

憲法實務研究

제 10 권
(2009)

憲法實務研究會 編



헌법재판소

발 간 사

헌법실무연구회 제89회부터 제98회까지의 월례발표회 발표문과 지정토론문, 토론요지를 정리하여 「憲法實務研究 제10권」을 발간하게 됨을 기쁘게 생각합니다.

헌법실무연구회는 학계와 실무계의 상호협조에 의해 운영되는 학회로서 헌법 재판소 판례에 대한 평석과 헌법이론에 대한 연구를 통하여 헌법학과 헌법재판실무의 발전을 함께 도모한다는 데에 그 뜻을 두고 있습니다.

1999년 7월 2일 당시 헌법재판소에 재직중인 재판관 및 헌법연구관들과 헌법 재판실무에 관심을 가진 학자, 실무법조인들을 주축으로 창립총회 겸 제1회 월례 발표회를 개최한 이래, 10년의 세월이 지난 현재 약 630여명이 회원으로 가입하여 활동하고 있습니다.

특히 지난 12월 18일에는 제100회 월례발표회를 기념하여 헌법학계의 원로이신 김철수 교수님께서 “우리나라 헌법재판제도의 현재와 미래”라는 주제로 직접 발제를 담당해 주셨고, 한국공법학회·한국헌법학회·대법원 헌법연구회·대검찰청 공법연구회 등 관련 학회의 회장단 및 회원들도 직접 참석하셔서 진지한 토론과 축하의 말씀을 전해 주셨습니다. 우리 헌법실무연구회가 10년간 100회의 발표회를 단절 없이 진행할 수 있었던 것은 전직 회장님들과 회원님들의 헌신적이고 열정적인 노력의 결과라고 생각하며, 이 자리를 빌어 깊은 감사의 뜻을 전하고자 합니다.

주로 2009년도의 연구성과를 담은 이 책은 헌법의 가치적 핵심 기본권론에 그 초점이 맞추어져 있습니다. 기본권의 효력, 기본권 보호의무, 제도보장 등 총론적인 주제와 재산권, 근로3권, 군인의 인권 등 각론적인 주제가 고루 다루어졌고, 이들 성과물이 우리 학계와 실무계의 훌륭한 자산으로 활용될 것임을 믿어 의심치 않습니다.

앞으로도 헌법실무연구회가 훌륭하게 제 역할을 수행할 수 있도록 회원님들의 적극적인 참여를 부탁드립니다. 끝으로 헌법실무연구회의 성과를 좋은 책으로 펴내고자 애쓴 헌법재판소 직원 및 박영사 편집관계자 여러분께도 깊은 감사의 말씀을 전합니다.

2009. 12.

헌법실무연구회 회장 조 대 현

일러두기

- (1) 이 책은 2008. 11. 제89회 월례발표회부터 2009. 10. 제98회 월례발표회까지 대체로 매월 첫째 주 금요일 저녁 헌법재판소(2층 회의실)에서 이루어진 주제발표, 지정토론 및 자유토론을 수록한 것입니다.
* 제96회는 고려대학교 계획열 교수님의 특별강연으로 발표문 및 토론문이 없습니다.
- (2) 각 발표문의 체제와 판결인용방법 등은 대체적으로 원문 그대로이고, 별도로 통일시키지 않았습니다.
- (3) 토론요지는 녹음된 자유토론의 내용을 수록한 것입니다. 현장감을 주기 위하여, 또 다양한 접근방법을 그대로 알려 주기 위하여 구어체와 원래의 발언내용을 가급적 그대로 유지하였습니다. 다만 녹음상태나 발언의 내용에 따라 그 의미를 충분히 알기 어려운 경우가 있었음을 양해바랍니다. 토론요지 처음에 수록된 참여자명단은 발언순서에 따른 것입니다.
- (4) 발표자, 토론자의 직함은 원칙적으로 발표일을 기준으로 하였습니다.

차 례

제89회(2008. 11. 14) 발표문

법률유보와 의회유보	방 승 주 1
지정토론문	30
지정토론문	33
토론요지	36

제90회(2008. 12. 12) 발표문

헌법재판소 20년—그 명암과 굴곡	이 헌 환 57
헌법재판 20년과 행정법	김 광 수 83
지정토론문	118
지정토론문	123
토론요지	125

제91회(2009. 2. 6) 발표문

기본권의 대사인적 효력의 적용	이 준 일 148
지정토론문	161
지정토론문	170
지정토론문	173
토론요지	178

제92회(2009. 3. 6) 발표문

공무원의 노동 3 권에 관한 입법형성과 그 한계	김 진 곤 204
지정토론문	229
지정토론문	238
토론요지	242

iv 차 례

제93회(2009. 4. 10) 발표문

기본권보호의무의 심사기준으로서 과소보호금지원칙	이 부 하	257
지정토론문		284
지정토론문		290
토론요지		295

제94회(2009. 5. 1) 발표문

불온서적 지정의 위헌성	이 재 승	319
지정토론문		342
지정토론문		366
토론요지		378

제95회(2009. 6. 5) 발표문

헌법상 제도보장에 있어서 핵심영역의 보장	김 대 환	395
지정토론문		426
지정토론문		430
토론요지		435

제97회(2009. 9. 11) 발표문

헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토	남 복 현	463
지정토론문		511
지정토론문		514
토론요지		522

제98회(2009. 10. 9) 발표문

역 로빈훅 방식의 수용권행사의 위헌성	이 인 호	537
지정토론문		589
지정토론문		592
토론요지		601

헌법실무연구 수록 논문색인(제 1 권 ~ 제 9 권)		623
-------------------------------------	--	-----

憲法實務研究 제 10 권

2009年 12月 15日 初版印刷

2009年 12月 25日 初版發行

編 者 憲法實務研究會

發行人 安 鍾 萬

發行處 (株)博 英 社

서울特別市 鍾路區 平洞 13-31番地

電話 (733) 6771 FAX (736) 4818

登錄 1959. 3. 11. 제300-1959-1호(倫)

www.pakyoungsa.co.kr e-mail: pys@pakyoungsa.co.kr

破本은 바뀌 드립니다. 本書의 無斷複製行爲를 禁합니다.

定 價 45,000원

ISBN 978-89-7189-692-1

법률유보와 의회유보

방 승 주*

I. 문제제기

우리 헌법재판소는 위헌법률심판에서 법률유보 내지 의회유보원칙의 위반여부를 중요한 심사기준으로 삼고, 상당히 많은 사건에서 법률유보 내지는 의회유보 위반을 이유로 심판대상 법률조항에 대하여 위헌 내지 헌법불합치결정을 내려 왔다.

그리고 이러한 법률유보원칙의 근거로서 법치국가원리 또는 민주주의원리 등과 같은 헌법원리, 그 밖에 헌법 제37조 제2항 등과 같이 입법자에 대하여 기본권제한을 위임한 법률유보조항 등의 실정헌법규정을 들고 있기도 하다.

그런데 법률유보는 엄밀하게 말하면 시민의 자유와 재산권을 제한하기 위해서는 의회가 제정한 법률적 근거가 필요하다고 하는 초기 입헌군주주의 시대에 성립된 소위 법률의 유보원칙과는 구분되는 개념이라고 할 수 있다. 이러한 원칙이 구체적인 실정헌법에 규범화되어서 구체적 기본권의 제한을 위하여 의회에 수권한 위임규정을 법률유보라고 할 수 있을 것이다. 우리 헌법재판소는 헌법상의 기본권제한을 위한 수권규정을 주로 법률유보로 일컫는 것으로 보인다.

그런데 헌법 제37조 제2항이 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있는 바, 여기에서 말하는 “법률”개념은 반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률만이 아니라, 행정입법(법규명령)도 포함하는 개념이라고 이해되고 있다. 따라서 법률유보의 개념은 법률에 의한 규율만이 아니라 법률을 근거로 한 규율, 즉 행정입법에 의한 규율도 포함되는 것으로 이해하는 것이다[이는 기본권제한과 관련하여 법률에 의한 제한과 법률을 근거로 한 제한으로 나누어서 규정(독일 기본법

* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

제19조 제1항)하고 있는 독일 헌법의 해석론에 영향을 받은 것으로 추측된다]. 그렇다면 새로이 제기되는 문제는 일정한 입법사항에 대하여 어디까지가 국회가 제정해야 하고 어디에서부터 행정입법으로 위임해도 되는가이다. 특히 기본권제한과 관련되는 경우에는 기본권제한에 관하여 행정입법으로 위임할 수 있는 범위와 한계가 어디까지인가가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 의회가 행정부에 무제한적으로 입법위임을 해서는 안 되고, 본질적인 내용과 관련해서는 형식적 의미의 입법자인 국회가 직접 스스로 제정하여야 한다고 하는 소위 의회입법의 원칙이 바로 의회유보(Parlamentsvorbehalt)사상이며, 결국 의회유보의 원 뿌리는 법률유보와 같다고 할 수 있는 것이다.¹⁾ 그러나 법률유보와 의회유보는 양 원칙이 시작된 출발점은 같으나 적용범위와 대상에 있어서 서로 같지 아니하다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법재판소는 이 양자의 개념을 특별히 구별하지 않고 거의 동일한 개념으로 간주하고 있는 것으로 보인다.

한편 우리 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있는데, 판례와 학설은 이를 포괄위임입법금지의 원칙으로 받아들이고 있다. 이 규정은 대통령이 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임하여 준 사항에 대하여는 행정입법을 제정할 수 있음을 의미하는 것이므로, 행정입법의 근거규정이면서도 동시에 위임입법의 한계에 관하여 규정한 것으로 이해할 수 있다. 따라서 일정한 경우에는 국회가 직접 제정하는 법률에 반드시 규정하지 않으면 안 된다고 하는 의회유보의 원칙과 포괄위임입법금지의 원칙이 서로 어떻게 다른 것인지, 아니면 서로 같은 내용의 것인지의 문제가 아직 분명하게 밝혀지고 있지 않는 것으로 보인다.

그러므로 이하에서는 먼저 법률유보와 의회유보에 관한 헌법재판소의 판례에 대하여 분석한 후, 몇 가지 쟁점을 중심으로 헌법재판소의 판례에 대하여 비판적 검토 내지 문제제기를 시도해 보기로 한다.²⁾

1) Bernhard Busch, *Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt*, Berlin 1992, S. 66.

2) 이하 필자의 생각을 정리함에 있어서 무엇보다 Bernhard Busch, *Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt*, Berlin 1992의 책이 도움이 되었으며, 그 밖의 국내의 관련문헌은 다음 기회에 반영할 것임을 밝힘.

II. 법률유보와 의회유보에 대한 헌법재판소 판례³⁾

1. 법률유보원칙의 헌법적 근거

(1) 헌법의 개별조항

헌법재판소는 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 일반적 법률유보조항을 일반적 법률유보의 원칙으로 받아들이고 있다.⁴⁾ 뿐만 아니라, 헌법이 일정한 규율사항을 법률로 위임한 경우⁵⁾를 모두 법률유보로 파악하고 있다.

(2) 법치주의원리와 민주주의원리

한편 헌법재판소는 법률유보가 민주주의와 법치주의원리로부터 파생하는 것으로 보기도 하였다. 즉 「심판대상 법조항은 추정금 미납액수 하한의 범위나 기준 등을 전혀 규정하지 않은 채 이를 전적으로 법무부령에 위임하고 있는 바, 이는 포괄적 위임입법으로서 헌법 제95조에 위반될 뿐만 아니라 법치주의원리 및 민주주의원리에서 파생하는 법률유보원칙에 위배된다고 볼 수밖에 없다」⁶⁾고 하는 판례가 그 예이다.

법률유보가 민주주의의 원리에도 뿌리를 두고 있다고 하는 점을 더욱 분명히 하고 있는 판례로는 다음을 예로 들 수 있다. 「또한 헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요하고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까

3) 이하의 판례분석은 헌법재판소 홈페이지에서 “법률유보”를 색인으로 하여 시간관계상 내림차순 100번 사건까지 조사한 것임을 밝힘(나머지 사건들은 추후에 반영 예정).

4) 헌재 2006. 4. 27, 2005헌마1047, 판례집 제18권 1집 상, 601, 615; 헌재 2005. 12. 22, 2003헌가8, 판례집 제17권 2집, 577, 607; 헌재 2005. 6. 30, 2003헌바47, 판례집 제17권 1집, 834, 859.

5) 헌재 2005. 10. 27, 2003헌바50, 판례집 제17권 2집, 238, 251: “위 법률조항의 합헌성 여부를 판단함에 있어서는 우선, 위 법률조항에 따라 근로3권이 보장되는 공무원의 범위가 사실상의 노무에 종사하는 자로 한정되어 있는 것이, 앞서 본 바와 같이 근로3권의 주체를 법률로 정하도록 위임하고 있는 헌법 제33조 제2항의 법률유보에 내재하고 있는 목적에 어긋나는 것은 아닌 가라는 의문이 생길 수 있다.”

6) 헌재 2004. 10. 28, 2003헌가18, 판례집 제16권 2집 하, 86, 89.

지 내포하는 것으로 이해하여야 한다. 즉, 행정작용이 미치는 범위가 광범위하게 확산되고 있으며 그 내용도 복잡·다양하게 전개되는 것이 현대행정의 양상임을 고려할 때, 형식상 법률의 근거를 갖출 것을 요구하는 것만으로는 국가작용과 국민생활의 기본적이고도 중요한 요소마저 행정에 의하여 결정되는 결과를 초래하게 될 것인바, 이러한 결과는 국가의사의 근본적 결정권한이 국민의 대표기관인 의회에 있다고 하는 의회민주주의의 원리에 배치되는 것이라 할 것이다(헌재 1999. 5. 27, 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 643-644.)⁷⁾

2. 법률유보의 유형

(1) 제한적 법률유보

헌법재판소는 기본권의 제한을 입법자에게 위임하는 여러 헌법조항들에 대해서는 제한적 법률유보로 보고 있다. 대표적인 사례가 헌법 제37조 제2항이라고 할 수 있다.

(2) 형성적 법률유보

한편 기본권을 제한하기 위해서가 아니라 그 내용과 한계를 규정하기 위한 법률위임이 있는데 이러한 위임의 경우 형성적 법률유보라고 하는 개념을 쓰고 있다.

가령 「헌법 제23조 제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”라고 규정하여 다른 기본권 규정과는 달리 그 내용과 한계가 법률에 의해 구체적으로 형성되는 기본권 형성적 법률유보의 형태를 띠고 있다. 따라서 헌법이 보장하는 재산권의 내용과 한계는 국회에서 제정되는 형식적 의미의 법률에 의하여 정해지는 것이므로 헌법상의 재산권은 이를 통하여 실현되고 구체화하게 된다⁸⁾고 하는 판례가 그 예이다.

3. 다른 원칙과의 관련성

법률유보와 포괄위임입법금지의 원칙 등 다른 심사기준과의 관계에 대하여

7) 헌재 2004. 10. 28, 2003헌가18, 판례집 제16권 2집 하, 86, 102.

8) 헌재 2005. 5. 26, 2004헌바90, 판례집 제17권 1집, 660, 664-664; 헌재 2005. 2. 3, 2003헌마930, 판례집 제17권 1집, 167, 180-180; 헌재 2004. 4. 29, 2003헌바5, 판례집 제16권 1집, 509, 516; 헌재 1993. 7. 29, 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44.

명확하게 밝히고 있는 판례는 찾기가 힘들다.

다만 법률유보와 포괄위임입법금지의 원칙 내지 위임의 명확성을 함께 판단하고 있는 사례가 보인다. 즉 「이와 같이 보유정보의 성격과 양(量), 정보보유 목적의 비침해성 등을 종합하면 수권법률의 명확성이 특별히 강하게 요구된다고는 할 수 없으며, 따라서 개인정보법 제5조와 같은 일반적 수권조항에 근거하여 피청구인들의 보유행위가 이루어졌다 하더라도 법률유보원칙에 위배된다고 단정하기는 어렵다」⁹⁾가 그것인데, 이 경우 헌법재판소는 수권법률의 경우 위임의 명확성, 즉 포괄위임입법금지의 원칙을 기준으로, 그리고 그 법률을 근거로 한 피청구인들의 행위는 법률유보의 원칙을 기준으로 그 위헌여부를 심사하였다고 보이므로 양자의 관계에 대하여 직접 언급하고 있는 판례는 아닌 것으로 생각된다.

한편 헌법 제75조를 위임입법의 한계로서 뿐만 아니라 위임입법권의 근거로서 파악하고 있는 판례도 있다. 즉, 「헌법 제75조는 “법률에서 구체적 범위를 정하여 위임받은 사항…에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정함으로써 위임입법의 헌법상 근거가 됨과 동시에 위임은 구체적으로 범위를 정하여 해야 한다는 한계를 제시하고 있다(헌재 1999. 4. 29, 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 325).」¹⁰⁾

그 밖에 법률유보와 포괄위임입법금지의 원칙을 거의 같은 원리로서 간주하고 역시 포괄적으로 심사한 사례¹¹⁾도 있다.

4. 행정규칙에의 위임입법가능여부

국회가 입법사항을 대통령령이나 총리령, 부령이 아니라 행정규칙에 해당하는 고시나 훈령으로 위임하는 것도 가능한가의 문제와 관련하여 헌법재판소는 불가피한 경우에 가능한 것으로 보고 있으며, 그에 대한 통제는 엄격하게 이루어져야 한다고 보고 있다.¹²⁾

「이와 같은 배경 하에서 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법 수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조

9) 헌재 2005. 7. 21, 2003헌마282, 판례집 제17권 2집, 81, 92.

10) 헌재 2004. 3. 25, 2001헌마882, 판례집 제16권 1집, 441, 453-455.

11) 헌재 2004. 7. 15, 2001헌마646, 판례집 제16권 2집 상, 119, 132-133.

12) 헌재 2004. 10. 28, 99헌바91, 판례집 제16권 2집 하, 104, 119.

의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 제2의 국가기관인 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식을 선택할 수도 있다 할 것이다. 따라서, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이다. 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있는 것이다.¹³⁾

5. 위임입법 외의 영역에서의 법률유보와 의회유보의 적용사례: 정관에의 위임의 경우

법률이 “... 정관으로 정한다” 또는 “정관이 정하는 바에 의하여...”라고 정관에 위임한 경우에도 헌법상의 위임입법의 한계원칙이 적용될 것인지, 적용되지 않을 경우 위헌심사의 기준은 무엇인가가 문제된다. 이에 대하여 헌법재판소는 2001. 4. 26, 2000헌마122, 농업기반공사및농지기금관리법 부칙 제6조 단서 위헌확인사건¹⁴⁾에서 법률이 자치적인 사항을 공법적 단체의 정관으로 정하도록 위임한 경우 헌법 제75조, 제95조가 정하는 포괄위임입법금지규정은 적용되지 않고 이 경우에는 법률유보 내지는 의회유보의 원칙이 적용된다고 판시한 바 있다.¹⁵⁾

「법률이 자치적인 사항을 정관에 위임할 경우 원칙적으로 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙이 적용되지 않는다 하더라도, 그 사항이 국민의 권리, 의무에 관련되는 것일 경우에는, 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다(헌재 1998. 5. 28, 96헌가1 판례집 10-1, 509, 515-516) 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 것이다.

나아가 비록 기본적이고 본질적인 것이 아닌 권리와 의무에 관한 사항이라

13) 헌재 2004. 10. 28, 99헌마91, 판례집 제16권 2집 하, 104, 119.

14) 판례집 제13권 1집, 962.

15) 헌재 2001. 4. 26, 2000헌마122, 판례집 13-1, 962.

도, 국민의 권리와 의무에 관한 사항을 입법부의 권한 내지 의무로 하는 법치주의 내지 법률유보의 원칙을 고려할 때, 법률에서 정관으로 정하여질 내용을 되도록 범위를 한정시켜 위임하는 것이 바람직하며, 한편 정관으로 제정된 내용은 자의적인 것이어서는 안 될 것이다.¹⁶⁾

6. 위헌사례

(1) 집회신고 반려행위사건

우리 헌법은 모든 국민에게 집회의 자유를 보장하고 있고, 집회에 대한 사전 허가제를 금지하고 있는바, 옥외집회를 주최하고자 하는 자는 집시법이 정한 시간 전에 관할경찰관서장에게 집회신고서를 제출하여 접수시키기만 하면 원칙적으로 옥외집회를 할 수 있다. 그리고 이러한 집회의 자유에 대한 제한은 법률에 의해서만 가능하므로 법률에 정하여지지 않은 방법으로 이를 제한할 경우에는 그것이 과잉금지 원칙에 위배되었는지 여부를 판단할 필요 없이 헌법에 위반된다. 그런데 이 사건 피청구인은 청구인 ○○합섬 HK지회와 ○○생명인사지원실이 제출한 옥외집회신고서를 폭력사태 발생이 우려된다는 이유로 동시에 접수하였고, 이후 상호 충돌을 피한다는 이유로 두 개의 집회신고서를 모두 반려하였는 바, 법의 집행을 책임지고 있는 국가기관인 피청구인으로서의 집회의 자유를 제한함에 있어 실무상 아무리 어렵더라도 법에 규정된 방식에 따라야 할 책무가 있고, 이 사건 집회신고에 관한 사무를 처리하는데 있어서도 적법한 절차에 따라 접수순위를 확정하려는 최선의 노력을 한 후, 집시법 제8조 제2항에 따라 후순위로 접수된 집회의 금지 또는 제한을 통고하였어야 한다. 만일 접수순위를 정하기 어렵다는 현실적인 이유로 중복신고된 모든 옥외집회의 개최가 법률적 근거 없이 불허되는 것이 용인된다면, 집회의 자유를 보장하고 집회의 사전허가를 금지한 헌법 제21조 제1항 및 제2항은 무의미한 규정으로 전락할 위험성이 있다. 결국 이 사건 반려행위는 법률의 근거 없이 청구인들의 집회의 자유를 침해한 것으로서 헌법상 법률유보원칙에 위반된다고 할 것이다.¹⁷⁾

(2) 경고 및 관계자 경고 처분취소

이 사건 경고가 피청구인(방송위원회)이 방송사업자에게 방송표현 내용에 대한

16) 헌재 2001. 4. 26, 2000헌마122, 판례집 제13권 1집, 962, 973-974.

17) 헌재 2008. 5. 29, 2007헌마712, 공보 제140호, 830, 831.

경고를 함으로써 해당 방송에 대하여 제재를 가하는 것이라고 볼 때, 그러한 제재는 방송의 자유를 제한하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에 따라 법률적 근거를 지녀야 한다. 2006. 1. 24. 개정되기 전의 구 ‘선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙’(이하 ‘이 사건 규칙’이라 한다) 제11조 제2항은 “심의위원회는 심의기준을 위반한 정도가 경미하다고 판단되는 경우 주의 또는 경고를 정할 수 있다”고 하였다. 그런데 이 사건 규칙에 의한 그러한 ‘주의 또는 경고’는 2006. 10. 27. 개정되기 전 구 방송법 제100조 제1항에 나열된 제재조치에 포함되지 아니한 것이었으며, 법률의 위임에 따라 정할 수 있는 ‘제재조치’의 범위를 벗어난 것이었다. 따라서 이 사건 규칙 제11조 제2항에 근거한 이 사건 경고는 기본권 제한에서 요구되는 법률유보원칙에 위배된 것이므로 더 나아가 살펴볼 필요 없이 청구인 ○○방송의 방송의 자유를 침해하므로 이를 취소한다.¹⁸⁾

(3) 산업기술연수생 도입기준 완화결정 등 위헌확인

산업연수생이 연수라는 명목하에 사업주의 지시·감독을 받으면서 사실상 노무를 제공하고 수당 명목의 금품을 수령하는 등 실질적인 근로관계에 있는 경우에도, 근로기준법이 보장한 근로기준 중 주요사항을 외국인 산업연수생에 대하여만 적용되지 않도록 하는 것은 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 특히 이 사건 중소기업청 고시에 의하여 사용자의 법 준수능력이나 국가의 근로감독능력 등 사업자의 근로기준법 준수와 관련된 제반 여건이 갖추어진 업체만이 연수업체로 선정될 수 있으므로, 이러한 사업장에서 실질적 근로자인 산업연수생에 대하여 일반 근로자와 달리 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것은 자의적인 차별이라 아니할 수 없다.

근로기준법 제5조와 ‘국제연합의 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’ 제4조에 따라 ‘동등한 가치의 노동에 대하여 동등한 근로조건을 향유할 권리’를 제한하기 위하여는 법률에 의하여야만 하는바, 이를 행정규칙에서 규정하고 있으므로 위 법률유보의 원칙에도 위배된다.¹⁹⁾

(4) 안마사에관한규칙 제3조 제1항 제1호 등 위헌확인

이 사건 규칙조항은 안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자를 일정한 범위의 “앞을 보지 못하는” 사람으로 한정하는, 이른바 비맹제외기준(非盲除外基準)을 설정함으로써 시각장애인이 아닌 일반인으로 하여금 안마사 자격을 받을 수 없도록

18) 헌재 2007. 11. 29, 2004헌마290, 판례집 제19권 2집, 611, 611-612.

19) 헌재 2007. 8. 30, 2004헌마670, 판례집 제19권 2집, 297, 298.

규정하고 있다. 이는 시각장애인이 아닌 일반인이 안마사 직업을 선택할 수 있는 자유를 원천적으로 제한하는 것으로서, 아래에서 보는 바와 같이 기본권 제한에 관한 법률유보원칙이나 과잉금지원칙에 위배하여 일반인의 직업선택의 자유를 침해하고 있으므로 헌법에 위반된다.²⁰⁾

(5) 행정법시행령 제145조 제2항 등 위헌확인

금지처분을 받은 수형자에 대하여 징벌실 수용과 더불어 집필을 전면 금지하고 있는 시행령조항에 대하여 헌법재판소는 아무런 법률적 근거가 없는 것으로서 법률유보의 원칙에 위반된다고 보았다. 즉 「징벌실 수용이라는 특별한 구금상태는 신체의 자유나 거주이전의 자유와 같이 수형관계에서 당연히 제한될 것이 예상되는 기본권에 대한 가중된 제한이라고 할 수 있겠지만, 나아가 집필까지 금지하는 것은 그와 같이 당연히 예상되는 범위를 벗어난 처우상의 불이익 또는 편의의 박탈이라는 의미가 있다. 이와 같이 금지의 집행에 따라 부가되는 집필 금지라는 처우상의 불이익은 제한된 범위에서나마 수형자에게 부여되는 집필의 자유를 완전히 박탈하는 것으로서, 금지대상자의 표현의 자유, 직업수행의 자유, 행복추구권 등 일련의 기본권에 대한 제한을 초래한다는 점에서 법률유보 원칙의 준수 여부가 문제되는 것이다. … 이 사건 시행령조항은 금지처분을 받은 수형자의 집필에 관한 권리를 법률의 근거나 위임 없이 제한하는 것으로서 헌법 제37조 제2항 및 제75조에 위반된다고 할 것이다.»²¹⁾

(6) 출입국관리법 제4조 제1항 제4호 위헌제청

심판대상 법조항은 추징금 미납액수의 하한설정에 관한 구체적인 기준을 마련하지도 않은 채 행정입법인 법무부령에 포괄적으로 위임하고 있기 때문에 그 미납액수의 하한이 어느 범위에서 어떠한 기준에 의하여 정해질 지를 전혀 예측하거나 그 대강이라도 인식할 수 없게 되어 있을 뿐만 아니라(헌재 2003.4.24, 2002헌가15, 판례집 15-1, 360, 367 참조), 행정부의 자의적인 결정으로 인하여 추징금 미납액수의 하한이 수인 및 기대불가능할 정도로 축소될 염려마저 있다고 아니할 수 없다.

요컨대, 심판대상 법조항은 추징금 미납액수 하한의 범위나 기준 등을 전혀 규정하지 않은 채 이를 전적으로 법무부령에 위임하고 있는 바, 이는 포괄적 위임입법으로서 헌법 제95조에 위반될 뿐만 아니라 법치주의원리 및 민주주의원리에

20) 헌재 2006.5.25, 2003헌마715, 판례집 제18권 1집 하, 112.

21) 헌재 2005.2.24, 2003헌마289, 판례집 제17권 1집, 261, 272.

서 파생하는 법률유보원칙에 위배된다고 볼 수밖에 없다.²²⁾

→ 이 사건의 경우 법률유보원칙보다는 의회유보의 원칙에 위반되었다고 표현했어야 하지 않을까 생각된다.

(7) 2002학년도 대전광역시 공립중등학교 교사임용후보자
선정경쟁시험 시행요강 취소

헌법 제37조 제 2 항에 의하여 공무담임권도 다른 기본권들과 마찬가지로 그 본질적 내용을 침해하지 않는 한 국가의 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있다 할 것이다. 그러나 그러한 제한에는 반드시 법률적 근거가 있어야만 한다(헌재 1996. 6. 26, 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557 참조).

그런데 이 사건 가산점 항목에 관하여는 법률에서 명시적으로 규정하고 있지 않다. 이 사건 가산점 항목의 직접적인 근거규정은 교육공무원임용후보자선정경쟁시험규칙 제 8 조 제 3 항인 것으로 보이는데, 이 역시 그 법률적 근거가 매우 불분명하다. 피청구인은 위 시험규칙 조항이 “... 공개전형에 있어서 담당할 직무수행에 필요한 연령 기타 필요한 자격요건과 공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정한 교육공무원법 제11조 제 2 항과 “... 공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항은 교육인적자원부령으로 정한다”라고 규정한 교육공무원임용령 제11조 제 3 항의 위임·재위임에 기초한 것이라고 주장하나, 교육공무원법 제11조 제 2 항은 시험과목이나 배점, 시험실시 공고 절차 등 공개전형을 시행함에 있어 필요한 기술적·절차적인 사항들을 위임한 것일 뿐, 가산점에 관한 사항까지 위임한 것으로는 보기 어렵기 때문이다.

즉, 교육공무원법 제11조 제 1 항에서 “교사의 신규채용은 공개전형에 의한다”라고 규정한 것은 같은 법 제10조가 선언하고 있는 능력주의와 기회균등원칙에 입각하여 모든 응시자격자들에게 임용기회를 균등히 제공하려는 데 그 근본취지가 있다고 할 것인데, 이 사건 가산점 항목은 일부 특정 집단에게만 시험 외적인 평가기준을 가지고 시험에서 특혜를 주는 점에서 능력주의나 기회균등원칙, 나아가 공개전형의 근본취지에 반하는 측면이 있다. 따라서 이 사건 가산점 항목은 공개전형에 필요한 사항이라기보다는 오히려 공개전형원칙에 저촉되는 사항이라고 할 것인바, 공개전형원칙에 대한 예외로서 이 사건 가산점 항목에 관해 별도의 법률상 근거규정을 마련하는 것은 모르되, 교육공무원법 제11조 제 2 항에서 말하는 “공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항” 속에 이 사건 가산점 항목에 관한 것까

22) 헌재 2004. 10. 28, 2003헌가18, 판례집 제16권 2집 하, 86, 103.

지 당연히 포함된 것으로 볼 수는 없다.

그렇지 않고 교육공무원법 제11조 제2항이 이 사건 가산점 항목에 관한 사항까지 하위법령에 위임하고 있는 것으로 해석한다면, 이는 결국 포괄위임금지원칙 위반의 문제를 야기하게 될 것이다.²³⁾

7. 합헌사례

(1) 구급시설 내 CCTV 설치·운영행위사건

이 사건 CCTV 설치행위는 행형법 및 교도관직무규칙 등에 규정된 교도관의 계호활동 중 육안에 의한 시선계호를 CCTV 장비에 의한 시선계호로 대체한 것에 불과하므로, 이 사건 CCTV 설치행위에 대한 특별한 법적 근거가 없더라도 일반적인 계호활동을 허용하는 법률규정에 의하여 허용된다고 보아야 한다.²⁴⁾

이에 반하여 5인의 재판관들은 법률유보원칙에 위반된다고 하면서 반대의견을 냈다.

(2) 방송법 제64조 등 위헌소원

현행 방송법은 첫째, 수신료의 금액은 한국방송공사의 이사회에서 심의·의결한 후 방송위원회를 거쳐 국회의 승인을 얻도록 규정하고 있으며(제65조), 둘째, 수신료 납부의무자의 범위를 ‘텔레비전방송을 수신하기 위하여 수상기를 소지한 자’로 규정하고(제64조 제1항), 셋째, 징수절차와 관련하여 가산금 상한 및 추징금의 금액, 수신료의 체납시 국세체납처분의 예에 의하여 징수할 수 있음을 규정하고 있다(제66조). 따라서 수신료의 부과·징수에 관한 본질적인 요소들은 방송법에 모두 규정되어 있다고 할 것이다.

한편, 수신료 징수업무를 한국방송공사가 직접 수행할 것인지 제3자에게 위탁할 것인지, 위탁한다면 누구에게 위탁하도록 할 것인지, 위탁받은 자가 자신의 고유업무와 결합하여 징수업무를 할 수 있는지는 징수업무 처리의 효율성 등을 감안하여 결정할 수 있는 사항으로서 국민의 기본권제한에 관한 본질적인 사항이 아니라 할 것이다. 따라서 방송법 제64조 및 제67조 제2항은 법률유보의 원칙에 위반되지 아니한다.²⁵⁾

23) 헌재 2004. 3. 25, 2001헌마882, 판례집 제16권 1집, 441, 453-455.

24) 헌재 2008. 5. 29, 2005헌마137, 공보 제140호, 764, 765.

25) 헌재 2008. 2. 28, 2006헌바70, 공보 제137호, 343.

(3) 공중위생관리법 시행규칙 [별표 4] 제2호 라목 중 (10)부분 등 위헌 확인

공중위생관리법 제4조 제7항은 공중위생업자가 준수하여야 할 위생관리기준 기타 위생관리서비스의 제공에 관하여 필요한 사항 및 건전한 영업질서유지를 위하여 영업자가 준수하여야 할 사항에 관하여 구체적 범위를 정하여 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있어서 이 사건 규정이 법률의 위임이 없거나 또는 그 위임 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없으므로 이 사건 규정은 기본권 제한의 법률유보원칙에 어긋나지 아니한다.²⁶⁾

(4) 사법시험법시행령 제4조 제3항 등 위헌확인 등

청구인들은 법 제9조 제2항이 ‘다른 시험의 종류’와 ‘해당과목의 합격에 필요한 점수’ 및 ‘그 소명방법’을 대통령령에 위임하고 있는바, 그러한 사항은 수험생에 있어서 사법시험의 응시기회를 획득하느냐와 직결된 본질적 사항이므로, 이를 시행령에 위임한 것은 법률유보원칙에 위반된다고 주장한다. 살피건대, 법 제9조 제2항에서 대통령령에 위임하고 있는 ‘다른 시험의 종류’와 ‘해당과목의 합격에 필요한 점수’ 및 ‘그 소명방법’이 청구인들의 직업의 자유 또는 공무담임권 등에 있어서 본질적인 것이어서 반드시 법으로써 정해야 하고 대통령령에 위임하는 것 자체가 금지되는 사항이라 하기 어렵다. 법이 이미 판사·검사·변호사 또는 군법무관이 되기 위해서는 사법시험에 합격하여야 한다는 점을 밝히고 있고(법 제1조), 응시자격(법 제3조), 시험방법(법 제8조), 시험과목(법 제9조)의 중요한 내용을 법이 스스로 정한 뒤 그 구체적 내용의 일부를 대통령령에 위임하고 있을 뿐이다. 나아가 법 제9조 제2항 본문은 사법시험 제1차시험과목에 속하는 일부과목에 대해서는 다른 시험으로써 대체할 수 있음을 이미 밝히고 있고, 그보다도 더 구체적인 내용, 즉 ‘다른 시험의 종류’와 ‘해당과목의 합격에 필요한 점수’ 및 ‘그 소명방법’만을 대통령령에 위임하고 있는데, 이러한 내용이 청구인들의 직업선택의 자유 또는 공무담임권의 본질적 내용을 구성하는 것이어서 대통령령에 위임하여 규정할 수 없다는 청구인들의 주장을 받아들이기 어렵다.²⁷⁾

→ 이러한 경우 의회유보의 원칙에 위반되었다고 주장하여야 할 것 아닌가 생각된다. 법률유보 개념에는 행정입법에 의한 기본권제한 가능성도 포함되는 것

26) 헌재 2008. 1. 17, 2005헌마1215, 공보 제136호, 204, 205.

27) 헌재 2007. 4. 26, 2003헌마947, 판례집 제19권 1집, 514, 539.

으로 이해하는 헌법재판소의 논리에 따를 것 같으면, 이러한 표현은 그 자체가 모순이다. 따라서 이러한 경우에는 의회유보의 원칙 위반으로 표현을 정리해야 할 것이다.

(5) 소변강제채취 위헌확인

이 사건 시행령 조항이 규정하는 택지우선공급제도는 위에서 본 바와 같이 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 내용이 아니라 택지개발사업의 원활한 수행이라는 공익목적에 위하여 마련한 시혜적인 조치라고 할 것이어서 법률유보원칙이나 포괄위임금지원칙이 엄격하게 적용되는 영역이 아니라고 할 것이다. 택지개발촉진법 제18조는 제 1 항에서 택지를 공급하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 건설교통부장관의 승인을 얻어야 한다고 규정하여 이 사건 시행령 조항 소정의 택지우선공급제도의 근거를 마련하고 있고, 제 2 항은 공급하는 택지의 용도, 공급의 절차·방법 및 대상자 기타 공급조건에 관한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있는바, 동법의 입법 목적을 규정한 제1조, 택지 등 용어의 정의를 규정한 제2조, 택지개발계획 및 실시계획의 승인에 관한 제8조·제 9 조, 택지의 공급가격에 관한 제18조 제 3 항, 택지의 용도에 관한 제19조 등 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하면 대통령령에 규정될 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로, 택지개발촉진법 제18조 제 1 항·제 2 항은 법률유보원칙이나 포괄위임금지원칙에 위반된다고 할 수 없다.²⁸⁾

→ 시혜적인 조치의 경우 법률유보의 원칙 위반여부와 관련해서도 완화된 심사기준을 적용한 사례라고 할 수 있다.

(6) 국가유공자등단체설립에관한법률 제11조 위헌소원사건.

각 국가유공자 단체의 대의원의 선출에 관한 사항은 이 사건 법률이 정관규정사항으로 정하고 있는 총회의 소집·의결사항 및 회의방법, 각 단체의 지부 및 지회의 지부장 및 지회장의 선임방법, 이사회에 관한 사항(법 제6조의2 제 1 항, 제10 조 제 2 항, 제12조 제 2 항)과 마찬가지로 각 단체의 구성과 운영에 관한 것으로서, 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항이나 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항이라고 볼 수 없으므로, 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역이라고 할 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항이 각 단체의 대의원의 정수 및 선임방법 등은 정관으로 정하도록 한 것이 법률유보의 원칙이나

28) 현재 2006. 7. 27, 2005헌마277, 판례집 제18권 2집, 280, 304-305.

달리 헌법 규정에 위배된 것이라 볼 수 없고, 달리 청구인의 기본권이 침해되었다고 볼 사정이 없다.²⁹⁾

(7) 주민등록법 제17조의8 등 위헌확인 등

주민등록법 제17조의8 제2항 본문은 주민등록증의 수록사항의 하나로 지문을 규정하고 있을 뿐 “오른손 엄지손가락 지문”이라고 특정한 바가 없으며, 이 사건 시행령조항에서는 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.³⁰⁾

(8) 한중국제결혼절차 위헌확인

피청구인의 이 사건 결혼경위 등 기재요구행위는 합헌적인 법령인 출입국관리법 제8조 제2항, 동법 시행령 제11조 제2항, 동법 시행규칙 제9조 제4호, 제76조 제1항 등의 근거에 따라 이루어진 것이고 따라서 법률유보의 원칙에 위배되지 않는다.³¹⁾

(9) 대기환경보전법 시행규칙 제8조 제1호 등 위헌확인

한편 헌법재판소는 대기환경보전법상 첨가제의 첨가비율로 법정한 ‘소량’의 의미는 대기환경보전법의 목적 및 일반적인 첨가제의 특성을 고려할 때 사실상 자동차의 연료로서 사용되거나 휘발유를 대체할 수 없는 정도의 범위로서 ‘휘발유의 전체 용량에 비해 극히 적은 분량’을 의미하는 것으로 봄이 상당하다. 따라서 이 비율조항이 첨가제의 첨가비율을 ‘자동차용 연료에 부피기준으로 1% 미만’이라고 규정한 것은 모법의 위임범위를 일탈하거나 모법에 근거가 없는 것이 아니므로 헌법 제95조상의 위임입법의 한계와 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 법률유보의 원칙에 위배되지 아니한다고 판시하였다.³²⁾

(10) 집건불허처분 등 위헌확인

29) 헌재 2006. 3. 30, 2005헌바31, 판례집 제18권 1집 상, 362, 369.

30) 헌재 2005. 5. 26, 99헌마513, 판례집 제17권 1집, 668, 668-669.

31) 헌재 2005. 3. 31, 2003헌마87, 판례집 제17권 1집, 437, 438-439.

32) 헌재 2005. 2. 3, 2003헌마544, 판례집 제17권 1집, 133, 156.

헌법재판소는 한편 「행정법시행령 제145조 제2항은 행정법 제18조 제4항 및 제18조의2 제6항의 위임을 받아 “교화 또는 처우상 특히 부적당한 사유”를 구체화한 규정으로 볼 수 있으므로, 위 시행령조항이 기본권 제한의 법률유보원칙에 위반되어 위헌이라고는 볼 수 없다」고 보고 있으며, 또한 「법 제24조는 “대통령령이 정하는 바에 의하여” 수형자에게 운동을 하도록 하여야 한다고 규정하고 있고, 위에서 본 바와 같이 구금되어 있는 수형자에게 실외운동은 제한적으로 인정될 수밖에 없으므로, 금지 징벌을 받은 수형자에 대한 실외운동의 절대적 금지를 규정한 행정법시행령 제145조 제2항 본문이 법률의 근거 없이 새로운 기본권 제한을 하고 있다고는 볼 수 없다」³³⁾고 하고 있다.

(11) 대덕연구단지관리법시행령 제8조 제1항 제5호

[별표 5] 제1의 과 위헌확인

우리 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리는 필요한 경우에 한하여 “법률로써” 제한할 수 있다고 기본권의 법률유보를 규정하는 한편, 제75조는 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하여 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 시행령으로 제한할 수 있도록 하고 있다. 여기서 이 사건 시행령 규정의 모법인 대덕연구단지관리법이 연구단지내 녹지구역에 위험물저장 및 처리시설의 설치금지를 구체적으로 범위를 정하여 위임하였는지 여부와 대통령령에 정해질 내용을 일반 국민이 예측할 수 있을 정도로 ‘구체적으로’ 위임하였는지 여부가 문제된다. 포괄위임인지 아닌지 여부는 당해 규정뿐만 아니라 입법목적 및 전체 법규정을 유기적·체계적으로 종합하여 살펴보아야 한다.

살피건대, 대덕연구단지관리법 제6조 제1항은 “과학기술부장관은 제5조 제1항 각 호의 구역에 대하여 쾌적한 연구환경을 유지·보전하고 연구환경을 훼손하는 업소 등의 설치를 제한하기 위하여 도시계획법에 의하여 지정된 용도지역 안에서의 건축이 허용되는 건축물의 종류를 대통령령이 정하는 바에 따라 일부 제한할 수 있다”고 규정하여 그 근거를 두고 있음이 명백하고 한편, 국토의계획및이용에관한법률(구 도시계획법) 시행령에 의한 녹지구역에서도 LPG충전소는 제한된 영역에서만 허용하고 있으며(동법 시행령은 녹지지역을 보존녹지, 생산녹지, 자연녹지로 구분하면서 보존녹지와 자연녹지에 대하여만 LPG충전소 설치를 허용하고 있다. 그러

33) 헌재 2004. 12. 16, 2002헌마478, 판례집 제16권 2집 하, 548, 560.

나 액화석유가스관리및사업법에 의하여 LPG충전소는 허가사항이므로 녹지지역이라고 하더라도 자유롭게 허용된다고 볼 수 없다), 이 사건 연구단지가 비교적 한정된 공간이고 그 제한된 공간에 주거, 상업, 녹지, 연구구역으로 나뉘으로써 각 구역이 직접 접해 있으며 특히 녹지구역은 ‘녹지의 보전’을 위한 곳으로 LPG충전소와 같은 위험물저장 및 처리시설의 설치가 제한될 것이란 점은 어렵지 않게 예측할 수 있다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 시행령 규정이 기본권 제한의 법률유보원칙 내지 포괄위임금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다.³⁴⁾

→ 법률유보와 포괄위임법금지의 원칙을 거의 같은 내용인 것으로 간주하고 위헌심사를 하였으나, 이 경우 의회유보의 원칙위반 여부로 좁혔어야 하지 않나 생각된다.

Ⅲ. 법률유보와 의회유보원칙의 개념과 우리 입법현실에 있어서 실질적 의의

법치국가원리의 형식적 요소 가운데 가장 중요한 것 중의 하나로서 행정의 합법률성이 있음은 주지하는 바와 같다. 이러한 행정의 합법률성은 법률의 우위와 법률의 유보로 구체화되며, 법률유보는 형식적 의미의 입법자가 제정해야 하는 본질적인 입법사항이 무엇인지를 둘러싼 의회유보의 이론으로 발전하고 있다.

1. 법률유보원칙

헌법재판소가 사용하고 있는 법률유보 개념에는 19세기 독일의 입헌군주제하에서 시민의 자유와 재산권을 제한하기 위해서는 의회가 제정한 법률에 의하여야 한다고 하는 법률의 유보(Der Vorbehalt des Gesetzes)원칙으로서, 일종의 침해를 전제로 한 법률유보의 개념이었다고 할 수 있다. 법치국가원리의 가장 중요한 핵심적 요소가 법의 최고성과 행정의 합법률성의 원칙이었으며, 이 행정의 합법률성에는 법률의 우위와 법률의 유보가 포함되는 것이다.

이 법률의 유보는 역사적, 정치적으로 국민은 국민 스스로에 의하여 선출된 의회가 자기 자신들의 자유와 재산에 대하여 제한을 할 수도 있다는 신임을 부여하였다는 사실에 의하여 설명되고 있다. 결국 법률의 유보원칙은 행정권력의 행사

34) 현재 2004. 7. 15, 2001헌마646, 판례집 제16권 2집 상, 119, 132-133.

에 법률적 근거를 요구함으로써 자신들의 자유와 재산권을 보호하고자 한다는 점에서 법치국가원리 뿐만 아니라, 국민에 의하여 선출된, 따라서 민주적으로 정당화된 입법자에 의하여 결정된 법률을 근거로 기본권제한이 이루어져야 한다고 하는 민주주의원리에 그 사상적 기반이 있다고 할 수 있다.³⁵⁾

이러한 법률의 유보사상이 각 헌법에 구체적으로 실정화되어서 기본권제한의 근거가 된 조항이 법률유보라고 할 수 있다.

법률의 유보는 입헌군주시대에 군주로부터 시민의 자유와 재산에 대한 부당한 침해로 보호하고자 하는 원리이었기 때문에, 이러한 사상에 영향을 받은 법률유보는 원칙적으로 침해를 전제로 한 개념이었다. 그러나 입헌군주주의에서 민주주의 국가로 전환하면서 국가는 더 이상 과거와 같이 경찰행정영역에 국한하면서 활동하는 경찰국가가 아니라 사회와 시민 생활에 광범위하게 개입하는 사회국가로 발전하게 되었고, 이에 따라 다양한 급부활동을 하게 되었는데, 이러한 경우에도 역시 법률적 근거가 필요한가 하는 문제가 제기되기도 하였다. 하지만 이와 같은 국가적 시혜는 경쟁관계에 있는 다른 국민에게는 동시에 침해를 될 수도 있기 때문에, 이러한 경우에는 법률적 근거가 필요하다고 인정되고 있다.³⁶⁾

2. 의회유보원칙

그러나 이러한 법률의 유보는 행정입법에 의한 제한가능성을 배제하는 것은 아니기 때문에, 과연 이러한 행정입법에의 위임이 금지되는 영역, 다시 말해서 의회가 직접 규정해야 하는 영역은 어디까지인가의 논의가 독일에서 상당히 많이 논의가 되었고, 이러한 논의가 우리 학계와 판례에도 영향을 주어 소위 의회유보원칙, 즉 의회입법의 원칙으로 회자되고 있다.

법률의 유보가 법률적 근거가 없이 이루어지는 자유와 재산에 대한 침해를 방지하고자 하는 데에 초점을 맞추고 있다면 의회유보는 의회에 그리고 행정입법으로의 위임금지에 초점을 맞추고 있다. 다시 말해서 입법위임이 무제한적으로 이루어지게 되는 경우, 의회가 의회로서의 기능과 권한을 상실하게 될 수 있다는 것이다. 따라서 이러한 의회유보원칙은 의회의 입법권한을 유지하게 하는 데 그 목적이 있다고 할 수 있으며, 결국 민주주의원리에 그 기반을 두고 있는 것이다.

35) Ingo v. Münch, Staatsrecht, 1993, Rdnr. 344.

36) Ingo v. Münch, Staatsrecht, 1993, Rdnr. 345. 이러한 소위 복효적 행정행위 밖의 급부행정영역에서 법률유보가 필요한지에 관해서는 논란이 되고 있다. aaO, Rdnr. 347.

이러한 의회유보는 결국 입법자가 입법사항의 본질적인 내용은 스스로 결정하고 책임을 져야 한다는 것을 주된 내용으로 한다. 이렇게 입법사항의 본질적인 내용을 스스로 결정한다는 것은 우선 어떠한 법률규정의 밀도나 명확성의 측면에서 엄격성이 요구된다는 것, 다른 한편으로는 그러한 본질내용에 대해서는 행정입법으로 위임하여서는 안 된다고 하는 위임금지를 뜻한다고 할 수 있다.

독일에서 위임입법의 경우 목적, 내용, 정도가 모두 명확하게 확정될 것을 요구하는 기본법 제80조 제1항 제2문이 성립된 역사적 배경은 바이마르 공화국 헌법 제48조 제2항을 통한 대통령의 비상조치에 의한 명령의 남발, 그리고 1933년 3월 24일 수권법의 통과를 통하여 입법권을 총통인 히틀러에게 모두 넘겨주었던 역사적 과오를 되풀이하지 않기 위한 반성에 있었다고 할 수 있는 바,³⁷⁾ 이 조항이 의회유보원칙의 한 산물이라고 하는 점을 고려해 볼 때, 의회유보원칙의 기능은 이와 같이 의회기능이 행정부로 송두리째 이관되지 못하도록 하게 하는 데에도 그 목적이 있다고 볼 수 있다.

3. 우리 입법현실에 있어서 법률유보와 의회유보, 그리고 입법자의 형성의 자유

19세기 독일과 같이 행정권력은 군주가, 입법권은 의회가 각각 나누어 갖고 있던 시기에, 법률은 그야말로 시민의 자유와 재산을 지켜주는 보루가 되었을 것이다. 그리고 의회에 의하여 제정된 법률만이 민주적으로 정당화된 유일한 기본권 제한의 근거가 되었을 것이다. 그러나 의회민주주의 특히 의원내각제가 잘 발달된 나라의 경우, 정부 역시 의회다수파가 장악하게 되므로, 행정부에 의해서 제정된 법규명령도 사실상 민주적 정당성이 없다고 할 수 없고, 오늘날과 같이 급변하는 사회·경제적 문제에 적시에 대처하기 위해서는 오히려 행정입법의 필요성이 많이 있을 수 있으며, 이를 통하여 의회의 입법부담을 덜 수 있는 가능성이 커지는 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고, 헌법이 규정하고 있는 입법절차는 원칙적으로 형식적 의미의 입법자에 의한 것이며, 의회에서의 입법절차를 통하여 상충하는 이해관계가 조정되고, 국민의 여론형성에 의하여 입법과정이 감시·통제될 수 있는 가능성이 있어, 입법절차 전반이 보다 민주적으로 이루어질 수 있다고 할 수 있다. 그러한 이유에서 의원내각제가 잘 발달한 독일에서도 의회유보원칙을 통한 위임입법의 통제가 활발하게 이루어지고 있는 점을 고려할 때, 대통령제를 택하고 있는

37) Bernhard Busch, aaO, S. 126f.

우리의 경우 그러한 필요성은 더 말할 나위 없이 인정될 수 있다고 할 것이다.

오히려 여기에서 생각해 보아야 할 다른 관점이 있다면, 과거 권위주의 시대의 대통령은 마치 과거 군주주의 시대의 군주에 버금갈 정도의 권력을 휘둘렀으며, 그러한 권력의 명령을 받던 행정부에 의한 행정입법은 상당한 내용이 비민주적으로 제정되어 시행되었을 가능성이 있다. 더욱이 정부제출 법안의 경우 의회가 제정해야 할 많은 본질적인 사항마저도 행정부가 시행령으로 제정할 수 있게 함으로써, 행정부의 행정입법권한과 규제권한을 강화하는 경향의 법안이 제출되었음에도 불구하고 권위주의 정권하에서의 여당은 소위 통법부로 전락되어 이러한 법안을 아무런 문제없이 통과시킨 사례가 많았을 것이기 때문에, 위임입법의 남용과 법률유보원칙에 대한 위반사례가 수없이 많았을 것이라고 생각된다. 이러한 권위주의 시대를 거치면서 87년 헌법 이후 민주화가 이루어지고 헌법재판소의 위헌심사가 강화되면서, 과거 이러한 관행의 많은 법령들이 법률유보 내지 의회유보원칙의 관점에서 위헌선언 되었을 것이라고 생각된다.

그리고 또 다른 한편으로 오늘날에도 정부제출 법률안이 국회에 이송되어 첩첩이 쌓여 있음에도, 여러 가지 정치적 상황에 의하여 법안심사가 국회에서 제대로 이루어지지 못하다가, 갑작스럽게 정기국회 종료 직전에 수많은 법안을 일사천리로 통과시키는 경우가 종종 있었던 바, 이러한 경우 정부가 국회가 제정해야 할 본질적 사항에 대해서도 행정입법으로 제정하도록 법률에 위임근거규정을 지나치게 많이 마련해 둔 경우에는 민주화된 현재의 시점에서도 위임입법의 남용이 이루어질 수 있는 가능성이 여전히 크게 열려져 있다고 볼 수 있다.

이러한 관점에서 본다면, 법률유보와 의회유보원칙을 엄격하게 적용하는 것은 바람직스럽다고 할 수 있을 것이다. 다만 헌법이 입법자에게 입법위임과 관련하여도 형성의 자유 내지 재량을 부여하였다고 볼 수 있는 경우에는 법률유보 내지 의회유보원칙을 지나치게 엄격한 잣대로 적용하게 되는 경우, 입법자의 형성의 자유를 침해할 수 있는 소지도 있으며, 또한 위임입법의 순기능적 측면, 다시 말해서 본질적이지 않은 사항들에 대해서는 행정입법으로 위임함으로써, 의회입법의 부담을 경감하고자 하는 목적³⁸⁾이 제대로 실현되지 못할 수도 있으므로, 헌법재판소는 이러한 여러 가지 관점, 즉 민주화된 입법자가 정당한 목적을 가지고 위임입법권한을 행사하고 있는지, 아니면 의회가 자신의 과제와 기능을 해태하여 함부로 입법권한을 행정부로 이관하고 있지는 않은지, 그리고 또한 법률적 근거가 없이 행정입법이 남발되어 국민의 기본권이 침해되고 있는지 등의 다양한 관점들을

38) Bernhard Busch, aaO, S. 122.

고려하여 위헌여부의 판단을 하여야 할 것이라고 생각된다.

의회유보의 문제는 의회와 행정부의 입법권한에 대한 분배기능도 가지고 있지만, 헌법이 정당하게 위임입법권을 부여한 경우, 그에 반하여 지나치게 위임입법의 한계를 엄격하게 행사하게 되는 경우 헌법재판소는 다시 의회의 입법형성의 자유를 침해하게 될 것이라는 점도 염두에 두어야 할 것이다.

IV. 법률유보와 의회유보의 헌법적 근거

1. 법률유보와 의회유보에 대한 헌법적 근거³⁹⁾

헌법이 입법자에게 입법사항을 위임한 경우 헌법재판소는 이를 법률유보로 받아들이고 있다. 다시 말해서 입법위임과 법률유보를 동일한 개념으로 보는 것이다. 그런데 입법위임과 전통적인 법률유보의 개념은 서로 차이가 있다. 전술한 바와 같이 법률유보의 경우는 시민의 자유와 재산에 대한 침해를 전제로 한 침해유보가 그 출발이었으며, 이러한 원리가 각 헌법에 실정화되어 구체적인 법률유보로 나타나게 된 것이다. 따라서 법률유보는 기본권의 제한을 전제로 하는 개념이라고 보아야 할 것이다.

이에 반하여 입법위임은 반드시 기본권의 제한을 전제로 한다고 할 수 없다. 다시 말해서, 기본권과 관련되지 아니한 분야에서도 헌법은 입법자에게 법률을 제정하도록 위임하고 있는 것이다. 물론 이와 같이 법률유보나 입법위임이 없는 경우에도 국회는 헌법의 실현을 위해서 나름대로 법률을 제정할 수 있다. 왜냐하면 입법권은 국회에 속하는 것이기 때문이다(헌법 제41조).

그러나 의회유보의 개념은 기본권의 제한과 상관없이 일정한 입법사항과 관련한 본질적인 내용을 입법자가 규정해야 한다는 것을 의미한다고 할 수 있으므로, 헌법이 입법자에게 기본권과 상관없는 영역에서 입법위임을 하였을 경우에 어느 정도의 범위 내에서 입법자 스스로가 결정하고 나머지는 행정입법으로 위임해도 되는가의 문제가 제기될 수 있다.

그러한 점에서 기본권제한과 관련된 법률유보가 아닌 나머지 입법위임의 경

39) 우리 헌법상 입법위임과 법률유보의 목록에 대해서는 방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제 범위와 강도”, 헌정 60주년 및 헌법재판소 20주년 기념, 한국공법학회 제145회 학술대회, 헌정 60년 회고, 헌법재판과 민주주의, 2008. 10. 18, 113-157(122면 이하) 참조.

우도 모두 법률유보 내지 의회유보의 원리의 적용을 검토해 보아야 할 분야가 될 것이라고 생각된다.

(1) 법률유보의 헌법적 근거

법률유보의 헌법적 근거로서 대표적인 것은 일반적 법률유보 조항이라고 이해되고 있는 헌법 제37조 제2항이라고 할 수 있다. 그 밖에 기본권제한을 위한 개별적 법률유보조항과 기본권의 구체화를 위한 형성유보조항,⁴⁰⁾ 조세법률주의(헌법 제59조) 등을 들 수 있다.

한편 우리 헌법의 문언상의 표현의 차이와 관련하여 검토해 보아야 할 내용이 있다.

(가) “법령”개념과 “법률”개념의 차이

우리 헌법은 법률과 시행령을 함께 포괄하는 의미를 표현하고자 할 경우에는 “법령”이라고 하는 개념을 분명하게 사용하고 있다(제117조 제1항). 심지어 같은 조문 내에서 “법률”과 “법령”을 구분하여 사용한 예도 있다(제114조 제6항). 이와 같이 법률과 법령개념을 구분하여 사용하였다고 한다면, 법률개념은 결코 법령이 될 수 없다고 하여야 할 것이다. 그렇다면 나머지 법률의 개념은 모두 국회가 제정한 형식적 의미의 법률이 아니면 안 된다고 보아야 할 것인데 이러한 결론이 옳은가, 옳지 않다면 그 의미를 어떻게 해석해야 하는가의 문제가 제기된다.

일단, 헌법이 법률개념을 사용하였다면, 이는 형식적 의미의 입법자 즉, 국회가 제정한 법규범을 가리킨다고 보는 것이 사리에 맞다. 가령 제107조 제1항, 제113조 제1항, 제114조 제6항 등의 법률개념은 전후 문맥상 형식적 의미의 법률을 가리킨다고 하는 것이 자명하다.

그러나 기본권제한과 관련한 일반적 법률유보조항이나 개별적 법률유보조항에서의 법률개념에 법규명령도 포함될 수 있는가의 문제가 제기된다.

이러한 문제에 관하여 독일 기본법의 경우는 “법률에 의한 제한”과 “법률을 근거로 한 행정입법에 의한 기본권제한이 가능한 것으로 받아들일 수 있다. 하지만 우리 헌법 제37조 제2항이나 다른 개별적 법률유보조항은 이와 같이 “법률을 근거로 한” 제한가능성에 관하여 어떠한 암시도 주고 있지 아니하다. 그러나 독일 헌법해석론에 영향을 받은 학계나 현재 판례⁴¹⁾는 헌법 제37조 제2항의 “법률로써”

40) 방승주, 앞의 논문, 123면.

41) 국민의 기본권은 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하

의 개념에는 법률에 의한 규율과 법률을 근거로 한 규율이 모두 포함된다고 보고 있다.

이 점과 관련하여 문언적 해석에 의한다면 법률개념은 형식적 의미의 법률만을 의미한다고 보는 것이 타당하다. 그러나 다른 한편 헌법 제75조와 제95조는 위임입법의 가능성을 열어두고 있는 바, 국가가 법률로써 국민의 기본권을 제한하면서, 그 기본적이고도 본질적인 사항에 대하여는 직접 규정하고서, 나머지 비본질적인 세부적 사항에 대하여 행정입법으로 위임할 수 없다고 해야 할 것인가를 생각해 보면, 이를 인정하기가 힘들다고 본다. 특히 국가가 구체적 범위를 정하여 대통령령에 위임할 사항들은 대부분 국민의 기본권과 관련되는 사항이라고 보아야 할 것인데, 이러한 위임이 금지된다고 한다면 헌법 제75조는 거의 유명무실화 되고 말 것이다. 그러므로 다른 조문과의 관계 등을 고려한 체계적 해석을 해볼 때에 기본권제한과 관련한 법률유보조항에서 “법률”의 개념은 원칙적으로 형식적 의미의 법률을 의미하되, 예외적으로 기본권제한의 위임가능성을 배제하는 것은 아니라고 해석하는 것이 타당할 것이다.

(나) “기본적인 사항은 법률로 정한다”의 의미

우리 헌법 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다”고 하고 있다. 여기에서 법률개념은 형식적 의미의 법률을 의미한다고 하는 것이 헌법재판소의 입장이며, 타당하다고 볼 수 있다. 그 이유는 앞에서 “기본적인 사항”이 붙어 있기 때문이다. 학교교육, 평생교육을 포함한 교육제도에 관한 기본적인 사항, 즉 기초적이고도 본질적인 내용에 대해서 국가가 규정하지 않으면 누가 규정할 것인가를 생각해 볼 때, 이는 당연한 것이다.

이 점을 고려할 때, 과연 “기본적인 사항”이라는 조건이 붙지 않은 다른 조항의 “법률”개념은 실질적 의미의 법률개념으로 해석하여야 하는가의 문제가 제기되지만 그와 같이 확일적으로 반대해석을 해야 할 필연적 이유는 없다고 보아야 할 것이다. 즉 헌법의 전후 문맥상 그것이 국가가 제정한 형식적 의미의 법률을 헌법제정자가 의도했다고 인정되면, 그렇게 해석해야 하겠지만 그렇지 않은 경우

여 필요한 경우에 한하여 이를 제한할 수 있으나 그 제한은 원칙적으로 법률로써만 가능하며, 제한하는 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없고 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 이러한 법률유보의 원칙은 ‘법률에 의한’ 규율만을 뜻하는 것이 아니라 ‘법률에 근거한’ 규율을 요청하는 것이므로 기본권 제한의 형식이 반드시 법률의 형식일 필요는 없고 법률에 근거를 두면서 헌법 제75조가 요구하는 위임의 구체성과 명확성을 구비하기만 하면 위임입법에 의하여도 기본권 제한을 할 수 있다 할 것이다. 헌재 2005. 2. 24, 2003헌마289, 판례집 제17권 1집, 261, 269.

에는 실질적 의미의 법률개념으로 해석할 수도 있을 것이다.

(2) 의회유보의 헌법적 근거

우선 의회유보원칙의 헌법적 근거로서는 헌법 제40조를 들 수 있다. 물론 이 조항은 원칙적 의미에서 입법권은 국회에 속한다는 것이기 때문에 예외적으로 행정부에 입법권을 위임하는 것을 배제하는 조항이라고 할 수는 없을 것이다. 왜냐하면 입법권의 위임권한 역시 넓게 본다면 입법권에 포함된다고 할 수 있기 때문이다. 그러므로 헌법 제40조가 본질적인 입법사항은 국회가 제정해야 한다고 하는 원칙적 근거조항은 될 수 있다 하더라도, 구체적으로 어떠한 사항에 대하여 국회가 전속적 입법권을 가지는지에 대하여는 아무것도 말해주고 있지 아니하다.

그리고 위에서 고찰한 바와 같이 헌법이 형식적 의미의 입법자, 즉 국회가 제정한 법률을 의도했다고 볼 수 있는 모든 경우에 국회가 스스로 입법사항에 대하여 규정하지 않으면 안 된다.

2. 본질적인 입법사항인지 여부의 판단기준

실질적 의미의 법률개념을 사용한 법률유보의 경우, 행정입법에의 위임이 가능하다고 보아야 할 것이지만, 어떠한 사항에 대하여 국회 스스로가 결정하여야 하는가에 대해서는 역시 아무런 기준을 주고 있지 아니하다. 이 점, 즉 무엇을 본질적인 입법사항으로 볼 것인가와 관련해서는 여러 가지 관점에서 고찰해 볼 수 있을 것인데, 다음과 같이 법치국가원리상의 기준과 민주주의원리상의 기준으로 나누어서 생각해 볼 수 있을 것이다.

(가) 법치국가원리상의 기준

법률유보와 의회유보는 국민의 기본권을 제한함에 있어서는 법률적 근거를 요하게 함으로써, 국민의 기본권을 보호하고자 하는 데 그 목적이 있었음은 전술한 바와 같고 그것이 바로 법치국가원리적 배경에 해당한다. 그렇다면, 본질적인 입법사항인가 여부에 대해서는 해당 입법사항이 국민의 기본권과 어느 정도로 관련되는지 여부를 살펴보아야 할 것이다. 그리하여 기본권과의 관련성의 정도가 중하다고 판단될 경우에는 일응 형식적 입법자인 국회가 스스로 그 제한의 내용과 방법 및 정도에 대하여 결정하지 않으면 안 된다.

이 때에 중대성 여부는 기본권에 의하여 보장되는 헌법적 법익의 중요성, 그리고 그것이 관련 입법에 의하여 어느 정도로 중대하게 제한될 수 있는지 등을

고려하여 중대한 기본권제한을 초래한다고 생각될 경우에는 행정입법으로서가 아니라, 법률로써 직접 규율하는 방식을 택하여야 하리라고 생각된다.

(나) 민주주의원리상의 기준

다음으로 민주주의원리를 고려할 때, 국회가 직접 입법해야 하는 사항이 있을 수 있다. 가령 충돌하는 이해당사자의 범위가 매우 광범위하고 다양하여, 이해관계의 조정을 위해서는 국회의 입법과정을 거치게 해야 할 필요성이 있을 수 있다. 이러한 사항에 대하여 행정입법으로 위임하는 경우, 관련 당사자들의 갖가지 방법의 로비와 부정 가능성이 열리게 되며, 그로 인하여 행정관료의 잘못된 위임입법이나 법집행의 가능성이 상존한다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 본질적인 사항으로서 국회가 직접 규정하지 않으면 안 된다고 보아야 할 것이다. 물론 이러한 사항은 기본권과의 관련성의 정도도 중대한 경우가 대부분이 될 것이다.

그 밖에 기본권과 직접 관련은 되지 않는다 하더라도, 국가조직과 권한에 관한 입법, 국가와 사회질서에 미치는 영향과 파급효과가 대단히 큰 입법의 경우는 민주적으로 정당화된 입법자가 이에 대하여 결정하지 않으면 안 된다. 따라서 그러한 경우에는 위임입법은 금지된다고 보아야 할 것이다. 따라서 그러한 사항에 대하여 위임을 한 경우, 그 법률은 의회유보의 원칙에 위반된다고 보아야 할 것이다.

V. 법률유보와 의회유보의 적용

헌법재판소는 법률유보와 의회유보의 개념을 같은 것으로 보고 혼용하고 있는 것으로 보인다. 그러나 법률유보와 의회유보는 그 생성배경은 같아 하더라도 그 적용대상과 내용이 전혀 다르다고 볼 수 있다.

1. 법률적 근거가 없이 발해진 법규명령과 행정행위, 그리고 행정규칙

우선 법률유보는 헌법재판소도 인정하였듯이 형식적 의미의 입법자인 국회가 제정한 법률만으로 입법할 수 있다고 하는 의미가 아니라, 행정입법으로의 위임가능성도 내포하고 있는 개념이다. 그러므로 어떠한 법규명령이나 행정행위가 아무런 법률적 근거가 없이 발해진 경우 이는 법률유보의 원칙에 위반된다고 할 수 있다. 이와 관련하여 행정규칙은 행정내부적 효력만을 가지는 것으로 아무런 대외

적 효력을 갖지 않는 한에서는 법률적 근거가 따로 존재할 필요는 없을 것이다. 그러나 그것이 계속적으로 반복되어 행정의 자기구속의 원리가 적용될 수 있는 경우, 그에 반하는 경우는 평등권에 대한 침해를 야기할 수 있으므로, 이러한 행정규칙의 경우 대외적 효력을 갖는다고 볼 수 있다. 그리고 상위의 법규명령과 결합하여 대외적 효력을 가지는 경우에도 전체적으로 법규명령으로 간주할 수 있을 것이다. 그러한 경우에는 법률적 근거를 요한다고 보아야 할 것이다. 따라서 이러한 행정규칙의 경우 법률적 근거가 결여되었다면 법률유보위반의 가능성이 있다. 그리고 계속적으로 반복되지는 않았다 하더라도, 앞으로 계속 반복될 것으로 기대할 수 있는 행정내부적 지침이나 기준은 결국 같은 논리로 평등권을 침해할 수 있는 소지가 있다. 따라서 그러한 지침이나 기준의 경우는 대외적 효력을 가지는 것으로 사실상 간주될 수 있으므로 이러한 경우에는 법률적 근거가 필요하다고 보아야 할 것이다. 행정규칙이나 행정행위의 경우에 법률유보원칙에 위반되지 않기 위해서 반드시 법률에 근거가 있어야 하는 것은 아니고 상위의 법규명령에 그 근거가 있으면 족하다고 보아야 할 것이다.

2. 국회가 스스로 제정해야 할 입법사항을 행정입법으로 위임한 경우

다음으로 어떠한 법률이 국회가 제정해야 할 본질적 사항을 행정입법으로 위임한 경우에는 의회유보원칙에 위반된다. 이는 헌법에 입법위임규정이 있든 없든 마찬가지로 적용된다고 보아야 할 것이다.

즉 첫째, 입법위임규정이 있는 경우에는 그 분야에서 법치국가적 차원이나 민주주의적 차원에서의 여러 가지 관점을 고려하여 본질적인 것이라고 인정되는 사항에 대해서는 더 이상 행정입법으로 위임할 수 없을 것이므로, 그러한 사항에 대하여 국회가 행정입법으로 위임한 경우에는 법률유보의 원칙에 위반된 것이 아니라, 의회유보의 원칙에 위반되었다고 하여야 할 것이다.

둘째, 입법위임규정이 없으나, 국회가 헌법을 실행 또는 집행하기 위해서 입법을 한 후, 그와 관련되는 본질적인 사항에 대해서 행정입법으로 위임하였다면, 역시 마찬가지로 적용된다고 보아야 할 것이다.

3. 비본질적 입법사항에 대하여 구체적으로 범위를 정하지 않고서 위임한 경우

어떠한 사항이 본질적인 내용에 해당되지는 않기 때문에 행정입법으로 위임한 경우, 이 때에 구체적으로 범위를 정하지 않고 포괄적으로 위임을 하였다면, 그러한 위임은 의회유보의 원칙에는 반하지 않으나, 헌법 제75조의 포괄위임입법 금지의 원칙에 위배된다고 보아야 할 것이다. 헌법 제75조는 일단 입법사항에 대한 행정입법으로의 위임을 전제로 하는 것이기 때문에, 본질적인 내용에 대한 위임금지를 뜻하는 의회유보의 차원을 이미 떠난 것이다. 따라서 비본질적인 사항에 대한 포괄적 위임은 헌법 제75조에 위반될 수 있기 때문에, 헌법 제75조의 적용은 의회유보와 함께 국회의 입법권한을 수호하기 위한 중요한 수단이 될 수 있다.

4. 어떠한 법률이 일정한 규율사항에 대하여 정관에 위임한 경우

어떠한 법률이 일정한 규율사항에 대하여 행정입법이 아니라, 공법인의 정관이나 대학의 정관 등에 위임한 경우, 그러한 위임사항이 의회가 제정해야 할 본질적 사항까지도 모두 위임하였다면, 헌법 제75조의 포괄위임입법금지의 원칙 위반은 아니지만 의회유보원칙에는 위반되었다고 할 수 있을 것이다.

또한 이러한 위임을 받은 정관이 위임의 범위를 넘거나 또는 의회입법사항까지도 정관으로 규정한 경우 이러한 정관의 기본권침해여부가 문제되었다면, 이 정관의 위헌성은 일단 법률적 근거나 위임은 있으므로 법률유보원칙의 위반은 인정하기 힘들고, 오히려 의회유보원칙에 위반된 것으로 보아야 할 것이다.

VI. 의회유보와 다른 원리와의 관계

1. 명확성의 원칙과의 관계

의회유보는 헌법이 위임하는 입법사항에 대하여 그 본질적인 내용은 국회가 스스로 결정하고 책임을 져야 한다고 하는 원리이므로, 그러한 원리에 따라 그 법률은 우선 그 규정이 가급적 상세하게 규정되어야 하며, 또한 추상적이고 불확정적인 것이 아니라, 명확할 것을 요구한다. 따라서 법률의 명확성의 원칙은 이러한 의회유보원칙의 한 산물이라고 보아야 할 것이다.

달리 말해서 지나치게 불확정적이고 재량개념이나 일반조항을 사용한 경우에는 행정부가 그러한 재량규정이나 불확정개념을 구체적 사안에 적용하면서 가지

게 되는 재량이나 판단여지가 지나치게 넓게 인정될 수 있으므로, 그러한 한에서 입법자 스스로 결정해야 할 사항을 결정하지 않은 결과가 되는 것이다. 따라서 명확성의 원칙은 이러한 의회유보의 원칙과 밀접 불가분의 관계에 있다고 보아야 할 것이다.

2. 포괄위임입법금지의 원칙과의 관계

의회유보와 포괄위임입법금지의 원칙(헌법 제75조)은 어떠한 관계에 있는지가 문제될 수 있다. 다시 말하면 포괄위임입법금지의 원칙이 의회유보를 구체화한 것으로서 결국 동일한 것으로 볼 것인가 아니면 서로 다른 원리로 보아야 할 것인가이다.

독일에서도 기본법 제80조 제 1 항 제 2 문과 의회유보와의 관계에 관하여 동일설과 상이설로 논란이 되고 있다.⁴²⁾ 독일 연방헌법재판소는 초기에는 기본법 제80조 제 1 항 제 2 문을 적용하고 나면 별도로 법률유보나 의회유보에 대하여 언급하지는 않다가, BVerfGE 40, 237 결정에서부터는 이러한 입장으로부터 벗어나서, “기본법 제80조의 영역 외에서도 입법자는 기본적인 결정을 스스로 내리고 그러한 책임을 져야 한다”⁴³⁾고 하는 입장을 취하였다. 이러한 원칙을 독일 연방헌법재판소는 법치국가와 민주주의 헌법체계로부터 도출하고 있으며, 기본법 제80조 제 1 항 제 2 문은 이러한 헌법체계 내에서 일반적으로 효력이 인정되고 있는 법률의 유보원칙의 산물(Ausprägung)의 하나라고 하고 있다.⁴⁴⁾

우리 헌법 제75조는 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 대하여 대통령령을 발할 수 있다는 것이기 때문에, 위임금지라고 하기보다는 위임이 허용된 것을 전제로 그 위임이 어떻게 이루어져야 할지를 나타내 주는 헌법조항이라고 보아야 할 것이다. 따라서 이것은 종래의 표현방식, 즉 포괄위임입법금지의 원칙이라고 하기 보다는 “구체적위임원칙”의 개념을 사용하는 것이 보다 더 정확하다고 생각된다. 이 문제를 의회유보와 관련지어서 생각해 보면, 의회유보는 일정한 본질적인 문제에 대하여 위임을 금지할 뿐만 아니라 의회 스스로가 결정하여야

42) Bernhard Busch, aaO, S. 113: “의회유보는 규율의 본질적인 구성부분이 의회에 남겨져 있어야 한다. 다시 말해서 그러한 사항에 대해서는 행정입법으로 위임하여서는 안 된다는 것을 요구하는 것이고, 포괄위임입법금지의 원칙(헌법 제75조)은 법률이 법규명령으로 규율사항을 위임함에 있어서는 구체적으로 범위를 정하여서 위임할 것을 요구하는 것이다.”

43) BVerfGE 40, 237 (249 f.). Bernhard Busch, aaO, S. 117.

44) BVerfGE 41, 251 (266).

한다는 것이기 때문에 위임금지에 해당하는 데 반하여, 헌법 제75조는 위임허용을 전제로 하되, 다만 위임의 방법,⁴⁵⁾ 즉 구체적으로 범위를 정하여 할 것, 즉 위임의 명확성을 요구하고 있기 때문에, 결코 헌법 제75조와 의회유보는 동일한 원칙이라고 할 수 없을 것이며, 오히려 단계적으로 적용할 수 있는 원칙이라고 보아야 할 것이다(유사의견: Busch, 119. 위 독일 연방헌재 판례—퇴학판결 *Schulentlassungsscheidung*: BVerfGE 58, 257)

다시 말해서 일단 어떠한 사항이 국민의 기본권과 관련하여, 또는 국가나 사회질서에 대한 과급효과 등을 고려할 때 본질적인 입법사항이라고 볼 수 있을 경우, 그러한 사항에 대한 행정입법으로의 위임규정은 그 자체가 의회유보의 원칙에 위반되어 위헌이므로 더 이상 포괄위임입법금지의 원칙 위반여부를 심사할 필요도 없는 것이다.

그에 비하여 비본질적인 사항이기 때문에 위임이 가능하나 구체적으로 범위를 정하지 않고서 위임한 경우에는 헌법 제75조나 헌법 제95조에 위반되어 위헌일 수 있는 것이다.

결국 포괄위임입법금지의 원칙 역시 일정사항에 대하여 의회가 결정권한을 유지할 수 있게 하기 위한 수단이라고 볼 수 있다는 점에서 의회유보원칙의 실현 수단이라고 평가할 수는 있을 것이다.

VII. 맺음말과 앞으로의 연구과제

이상으로 법률유보와 의회유보에 대한 헌법재판소 판례, 개념과 실질적 의의, 헌법적 근거, 적용, 다른 원리와의 관계 등 몇 가지 쟁점을 검토하였다.

법률유보원칙은 모두 19세기 독일의 입헌군주주의 시대부터 법치국가원리의 요소로서 성립, 발전되어 왔던 제도로서, 바이마르 시대 공화국의 붕괴 및 수권법의 통과 등을 거치면서, 특히 의회유보의 원칙과 포괄위임입법금지의 원칙으로 발전되어 왔다고 볼 수 있다. 그러면서 법률유보원칙이 가지는 구체적 내용은 변천하여 왔다고 볼 수 있고, 과거의 내용이 현재의 민주주의 국가시대에 그대로 적용될 수 없으므로 의회입법의 원칙 등으로 발전하면서 독일 법치국가원리의 가장 중심적인 초석으로 자리매김하였다.

45) 동지, Jürgen Staupe, *Parlamentvorbehalt und Delegationsbefugnis*, Berlin 1986, S. 144—Bernhard Busch, aaO에서 재인용.

그러나 해방 후 갑작스럽게 민주주의 헌법을 받아들인 우리 대한민국은 법치 국가원리의 가장 기초적 개념인 법률유보에 대한 오랜 전통도 없이 곧바로 서구식 입헌주의와 법제도를 받아들였으며, 그 후 이승만 독재나 군부독재 등을 거치면서, 법률 대신 행정권력에 의한 폭압적 지배의 불행한 역사를 경험한 후, 87년 헌법 이래로 서서히 민주화와 헌법재판제도가 정착되면서 법치주의는 물론 법의 지배의 확립을 위해서 계속 전진하고 있다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 무분별한 행정입법으로의 위임권한의 남용이나 또는 행정입법을 통한 다양한 기본권제한의 가능성이 열려져 있는 것이 현실이므로, 그러한 입법현실에 대해서는 헌법재판소가 법률유보, 나아가 의회유보의 원칙으로 행정부와 또한 입법부를 통제하는 것이 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 보호하는 길이 된다.

다만 현대의 급부국가, 행정국가, 사회국가시대에는 행정입법의 필요성이 크고, 그와 함께 의회 입법부담의 경감필요성이 인정되는 측면이 있으므로, 그러한 범위 내에서 헌법재판소가 입법자의 형성의 자유를 침해하지 않으면서도 본질적인 내용에 대해서는 국회 스스로가 입법하게 함으로써 위임입법의 한계를 준수할 수 있도록 적절히 통제하는 것이 법치주의와 민주주의를 잘 수호할 수 있는 길이 라고 생각된다.

법률유보의 가장 기초적인 개념 중의 하나는 법률과 명령의 개념⁴⁶⁾이라고 생각된다. 독일의 경우 Laband, Anschütz 등의 법률개념에 영향을 받으면서, 법률유보이론이 계속 발전하여 왔음을 볼 수 있는 바, 우리의 경우도 법률, 법규명령, 행정규칙 등의 개념구분작업을 보다 정밀하게 시도하여 볼 필요가 있다고 생각된다. 이러한 과제는 차후의 지속적인 연구과제로 미루면서 이상으로 법률유보와 의회유보의 발표에 갈음할까 한다.

46) 법률과 명령의 형식적 개념은 각각 그 성립의 유형과 관련되는 데 반하여, 실질적 개념은 그 규율의 내용과 관련된다. 즉 실질적 의미의 법률의 특징은 그 내용이 법률관계의 규율과 결정을 위한 법문 내지 규범이라고 할 수 있는 국가적 의사의 표현을 포함하는 것이다. 이에 반하여 실질적 의미의 명령은 행정영역에서의 명령, 즉 자유로운 통치행위나 법률집행의 행사를 포함한다는 것이다. Bernhard Busch, aaO, S. 83.

김 계 홍*

1. 의회유보와 위임입법의 금지

발제자의 견해에 따르면 의회의 본질적인 입법사항이 있고 그 영역에 속하는 사항은 법률로서만 규율되어야 하고 행정입법에 위임할 수 없다고 하면서, 본질적인 입법사항의 기준으로 법치국가의 원리상 기준인 국민의 기본권과의 관련성 정도와 민주주의원리상 기준으로 이해관계의 충돌조정, 국가사회에 파급효과가 큰 입법의 민주적 정당성의 확보 등을 제시하고 있음.

그런데 발제자도 인정하듯이 법률유보가 원칙적으로 자유와 재산의 침해방지에 초점을 맞추고 있고, 이때 법률에는 형식상의 법률뿐만이 아니라 그에 기한 위임명령도 포함되어 있고, 이러한 위임명령으로도 자유와 재산을 침해하는 것이 가능하다고 보고 이 것은 법률의 유보에 위반되지 않는다고 보고 있는데, 도대체 국민의 자유와 재산을 침해하는 것 보다 더 본질적인 사항이어서 반드시 법률로만 규정되어야 하고 그렇지 않으면 위헌이 되는 사항이 어떠한 것이 있는지 의문임.

2. 의회유보와 헌법적 근거

법제처의 법안심사과정에서 원칙적으로 그 법안 중 국민에게 직접 부담을 주거나 처벌하거나 하는 중요사항을 법률에 유보하려고 하나, 모든 사항을 기술하기가 입법적으로 가능하지도 않고 가능하다 하더라도 국회의 부담을 과중하게 하는 경우도 있어, 이러한 경우에는 비록 처벌의 구성요건에 해당하는 중요한 사항이라 하더라도 구체적으로 범위를 정하여 대통령령 등 하위법령에 위임하는 것으로 하고 있는 바, 이는 헌법상에 명문으로 규정된 법률유보원칙과 포괄위임의 금지원칙이 별개가 아니라 상당한 결연성을 갖고 있다는 전제에서 가능한 것이라 생각됨. 즉, 법률에서 대강을 알 수 있을 정도로 구체적인 위임이 되고 법률과 통합하여

* 법제처 행정법제국 법제관.

해석하면 본질적인 사항에 해당하더라도 하위법령에 일정한 정도 위임이 가능하다는 것이 우리 헌법에서 예정한 것 아닌지 생각됨.

이에 반하여 의회유보는 헌법 제40조가 그 근거가 된다고 하나 입법권이 국회에 속한다고 하는 것이 국회에서 법률로만 정해야 할 사항이 있는 것으로 확대할 수는 없고, 설사 40조가 의회유보의 근거가 된다 하더라도 의회유보사항에 대하여 법률을 구체화하는 형태로서의 하위법령을 가능하게 하는 헌법 제95조가 이론에 의해서 배제된다고 해석될 수는 없다고 생각됨.

3. 의회유보와 입법권 또는 입법의무

단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분하다는 법률유보를 넘어서 국가공동체와 그 구성원에게 기본적인고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관계되는 영역은 입법자 스스로가 그 본질적인 사항에 대해서 결정하여야 한다는 의회유보가 입법권을 강화하는 것인지에 대하여 집행부의 독주를 견제하기 위하여 의회중심으로 국가공동체의 운명을 결정할 중요사항이 결정되어야 하는 것은 지당하다 할 것이나, 국회입법과정은 결국 어떠한 법안에 대하여 국회 스스로 본질적으로 답아야 하는 사항이 무엇인지를 확인하는 과정이며, 그 결과로 입법의 내용이나 위임의 형식·정도 등이 결정되는 것이라 할 것이어서 입법과정은 곧 본질성여부를 판단하는 과정이라 할 것임(물론 국회입법은 정부를 배제하고 하기 어려우므로 이 과정에 정부도 대등한 상대방으로 참여할 것임).

그런데 이러한 국회의 본질성에 대한 판단은 최종적인 것이 아니어서 사법부가 의회유보를 거론하면서 반드시 법률로 정해야 할 사항을 하위법령에 위임하여 위헌이라고 판단한다면, 결국 본질성에 대한 종국적인 판단은 국회가 아닌 사법부가 갖게 되고, 이 순간 국회는 입법권을 갖는 것이 아니라 입법의 의무를 해태하였다는 비난에 직면하게 되는 것으로 의회유보라는 원칙이 입법권의 강화를 강조하는 것이 아니라 사법부의 입법에의 적극관여로 비추어 질 수 있음에 우려를 표하지 않을 수 없음(이는 명확한 의회유보의 기준이 없는데서 더욱 우려되는 부분이기도 함).

4. 의회유보의 태양

한국방송공사의 수신료결정과 관련된 헌법재판소의 1999년 결정과 2008년 결정 당시의 한국방송공사법, 방송법을 비교해보면, 위헌결정을 받은 한국방송공사

법(제36조)은 수신료금액을 이사회 의결 후 공보처장관의 승인을 받아 부과·징수하도록 하고, 방송법(제65조)은 이사회 의결과 방송위원회를 거쳐 국회의 승인을 얻도록 하고 있는 데, 여기서 차이점은 국회의 승인절차를 두고 있느냐 임. 그렇다면 의회유보라는 것은 본질적인 사항을 위회가 법률로 직접 정하라는 것 외에 국회의 관여의 여지만 있으면 된다는 것이 아닌지, 즉 의회유보의 태양이 반드시 법률로만 국한되는 것이 아닌 것으로 생각됨.

정 호 경*

1. 법률유보

가. 의 의

◇ 헌 법

: 법률유보는 행정이 기본권을 제한하기 위한 요건으로 법률에 의한 수권을 요구하는 것이다.¹⁾

◇ 행 정 법

: 행정은 법률을 통하여 수권을 받은 경우에만 행위할 수 있다.²⁾

나. 근 거

- 행정의 자의적 권력행사방지(법치주의)

- 의회의 민주적 정당성(민주주의)

다. 역사적 기능

◇ 군주 행정으로부터 시민 사회를 보장하는 것

→ 법률유보의 범위: 시민의 자유, 재산에 대한 침해는 법률의 근거를 가져야

(Otto Mayer)

* 기본권 및 다른 헌법원리에 의거하지 않은 행정법의 이념으로서의 법치국가 및 법치행정의 한 내용으로 출발.

→ 기본권이론의 정립 및 행정의 민주적 정당성 확보 후

: 행정의 기본권 제한에 대한 수권요구원리(헌법)

: 주로 의회와의 관계에서 행정의 자율성 범위에서 고찰(행정법)

* 헌법의 법률유보이론은 기본권제한과 관련하여 기본권을 보장, 실현하는

* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

1) Pieroth/Schlink, *Staatsrecht II*

2) Maurer, *Verwaltungsrecht*.

데 관심을 두는 이론(현재적 관점에서)

행정법에서는 행정작용에 대한 의회의 수권의 근거를 요하는 이론

2. 중요사항유보설(Wesentlichkeit Theorie)

◇ 법률유보범위에 관한 이론

: 전통적인 침해 유보설의 극복 → 중요하고 본질적인 사항은 의회가 결정해야 → 의회유보론

◇ 의회유보는 중요사항유보설에 의해 생겨난 개념 → 규율사항에 중점 v. 법률유보는 규율형식의 문제(부분적 불일치—법률외의 의회의 결정형식³⁾)

◇ 중요사항유보설의 위임입법금지 측면이 의회유보, 즉 의회유보는 중요한 행정권발동은 의회에서 제정한 형식적 의미의 법률에 직접적으로 근거하여야 한다는 이론(법률유보이론은 법률 및 법규명령도 근거규범으로 인정함)으로서, 일반적 법률유보이론이 가지고 있는 근본적인 문제점인 위임입법을 통한 법률의 공동화현상을 방지하기 위한 법률유보이론.

3. 중요사항유보설과 명확성원칙(포괄위임금지원칙)

◇ 법률유보이론은 수권의 존재만을 요구할 뿐 수권의 방법은 문제삼지 않음 (기본법: “법률에 의한(durch Gesetz) + 법률에 근거한(auf Gesetz)” — 형식적 의미의 법률 (Gesetz))

◇ 행정에 대한 폭넓은 수권을 제한할 필요

→ 기본법 제80조 — 구체적으로 명확하게

◇ 중요사항유보설과 명확성원칙 — 명확성원칙은 독일 기본법 제80조 제1항의 해석론 — 우리 헌재는 “예견가능성”을 기준으로 봄 — 법률유보 범위에 관한 중요사항유보설이 등장하면서 명확성 원칙은 의미가 약화(?) 내지 포괄위임금지에 있어서는 의회유보론과 중복(한수용, “본질성이론과 입법위임의 명확성 원칙”, 헌법논총, 제14집)

◇ 중요사항유보설에 의한 한계: 입법자는 근본적 의미를 갖는 규범영역에서 특히 기본권행사의 영역에서, 모든 본질적인 결정을 스스로 ... 내려야 한다.

→ 법률유보는 의회유보로 강화된다.

3) 현재 1999년 결정, KBS 수신료 결정 사건 참조.

◇ “무엇이 중요한가(본질적인가)?”는 아직 해결되지 않았지만, 이 이론은 연방헌재가 고전적 공식(자유와 재산에 대한 침해)을 극복하려는 시도

→ 헌법의 관점에서는 의회유보의 대상 및 위임여부가 중요한 문제로, 행정법의 영역에서는 급부행정의 일부까지 법률유보 범위가 확대되었다는 점이 추가적 의미.

◇ 중요사항 유보설의 등장으로 행정법의 법률유보는 2단계로 설명됨

- 의회가 직접 규율해야 하는 사항 → 의회가 대강을 규율하고 위임해도 되는 사항 → 법률의 수권을 요하지 않는 사항

4. 심사단계 내지 영역

◇ 2단계론

: 의회유보의 범위를 먼저 확정하고, 위임이 가능한 경우의 법률의 규율밀도 측면에서는 명확성 원칙에 의한 심사

◇ 1단계론

: 법률의 규율밀도 측면에서의 심사는 결국 어느 범위까지 의회가 결정해야 하는가의 문제로 결국 의회와 행정의 권한분배의 문제로 귀착

→ 의회와 행정의 권한분배 확정의 기준 마련 필요

* 전통적인 이론에 따른 침해와 급부작용의 구분이 불명확하고, 근대 산업사회 이후 국가의 과제가 확대되었으며, 19세기와 달리 행정을 비롯한 국가권력 전반에 대한 민주적 정당성 확보됨(행정의 민주적 정당성 강화에 따른 의회입법독점주의에서 의회입법 중심주의로의 변화—헌재 2004년 결정, 금융산업구조개선에 관한 법률 참조)

* 따라서 새로운 기준 필요

이는 의회와 행정의 기능 및 특성 관점에서 접근해야

(예: 의회절차의 특징인 공개성을 요구하는 사항 등)

* 행정법에서 중요사항 유보설의 의미 및 기능

: 행정활동의 수권의 근거 여부 및 위임입법의 범위 설정

→ 결국 의회와 행정의 관계 문제로 귀착, 다만 행정의 자율성이란 측면을 좀 더 중시

제89회 발표회 토론요지

사 회 자 : 김하열(교수)

토론참여자 : 김계홍(교수), 정호경(교수), 정남철(교수), 황치연(헌법연구원), 김광묵
(부이사관), 김진한(헌법연구원)

간 사 : 오늘 진행은 김하열 교수님께서 해 주시겠습니다.

사 회 자 : 안녕하십니까?

오늘 헌법실무연구회 사회를 맡은 김하열입니다.

여러 가지 바쁘신 가운데서도 오늘 실무연구회에 참석해주신 여러 회원님들
께 감사의 말씀을 드립니다.

2008년 한해도 벌써 거의 다 지나간 것 같습니다.

올 2008년도는 특별히 헌법재판소 입장에서 여러 가지 뜻 깊은 한해였던 것
같습니다.

창립20주년이 되고 또 세계헌법재판소장회의도 성공적으로 개최를 했고요.
또 간략하게 회고를 해보면 연초부터 대통령 헌법소원사건이라든가, 또 **BBK**특검
법사건, 또 최근에 이르러서는 간통죄사건, 안마사사건, 어제 종부세사건에 이르기
까지 우리나라와 사회에 여러 가지로 많은 의미를 지니는 중요한 결정들을 내렸
던 것 같습니다. 개인적으로 헌법재판소의 지나간 발자취 그리고 현재의 헌법재판
소의 존재 이런 부분에 대해서 여러 가지로 경의를 표하고 있습니다.

이런 말씀을 드리면서 이번 헌법재판소 89회 헌법실무연구회 발표를 시작하
도록 하겠습니다.

시작에 앞서서 발표자분하고 지정토론자 두 분이 계십니다.

먼저 간단하게 약력을 소개해 드리겠습니다.

먼저 오늘 발표를 맡아주실 분은 현재 한양대 법대에 계시는 방승주 교수님
이십니다. 방승주 교수님은 고려대학교를 졸업하시고 독일 하노버대학교에서 법학
박사학위를 취득하셨습니다. 그리고 헌법재판소 연구원도 역임하시고 동아대학교
교수도 역임하셨습니다. 현재 한양대 법대에 재직중이십니다.

방승주 교수님을 소개합니다.

지정토론자 두 분이 계십니다.

먼저 정호경 교수를 소개해 올리겠습니다.

서울대를 졸업하시고 사법연수원을 수료하시고 또 헌법재판소 헌법연구관을 역임하시고 현재 한양대 법대에서 행정법을 가르치고 계십니다.

정호경 교수님.

또 다른 한분입니다.

법제처에 근무하시는 김계홍 법제관이십니다.

서울대를 졸업하시고 행정고등고시를 합격하시고 미국 듀크대학교에서 방문연구원을 역임하시고 현재 법제처 행정법제국 법제관으로 재직하고 계십니다.

김계홍 법제관님.

그러면 오늘 실무연구회 발표의 진행순서를 잠깐 말씀드리겠습니다.

먼저 발표를 맡으신 우리 방승주 교수님께서 발제를 해주시고요, 그리고 토론을 두 분께서 각자 완성을 해 주시고 그 이후에 발표자께서 답변을 하시고 그 이후에 자유토론의 순서로 넘어가겠습니다.

자유토론하시는 분이 많으면 몇 분의 자유토론을 한꺼번에 모아서 발표자께서 묶어서 일괄적으로 답변하는 이런 식으로 자유토론을 진행하도록 하겠습니다.

주최측의 예정된 헌법실무연구회의 마감시간을 제가 한번 더 상기를 시켜드리면 9시라고 합니다. 그래서 우리 발표를 맡으신 분 또 지정토론을 맡으신 분께서 적절히 유념하셔서 시간을 잘 지켜 주시면 고맙겠습니다.

그러면 먼저 방승주 교수님의 발표를 듣도록 하겠습니다.

< 주제발표자(방승주) 발표 >

사 회 자: 방승주 교수님 대단히 감사합니다.

적정한 시간 내에 아주 명쾌하게 발표내용을 잘 정리해주셨습니다.

그래서 제가 사회자로서 특별히 이 발표내용을 다시 정리하는 것은 완전히 불필요한 일일 것 같습니다.

진행순서에 따라서 이번에는 두 분 지정토론자분의 토론을 듣도록 하겠습니다.

먼저 정호경 교수님의 지정토론을 듣고 이어서 김계홍 법제관님의 지정토론을 듣겠습니다. 그 후에 발표자의 답변을 들어보도록 하겠습니다.

정 호 경: 법제관님 먼저...

사 회 자: 알겠습니다.

그러면 법제처 김계홍 법제관께서 먼저 지정토론을 해 주시기 바랍니다.

<지정토론자(김계홍) 발표>

사 회 자: 네, 대단히 감사합니다.

아주 마지막에 잘 정리해 주셔서 근본적으로 근거가 명확히 있는가? 또 법률유보와 포괄위임 이외에 의회유보라는 것이 왜 꼭 반드시 필요한가라는 이런 질문을 하시면서 항목별로 질문을 해 주셨습니다.

잠시 후에 우리 발표자의 의견을 들어보도록 하겠습니다.

그러면 다음으로 정호경 교수님의 지정토론을 듣도록 하겠습니다.

<지정토론자(정호경) 발표>

사 회 자: 대단히 감사합니다.

역시 헌법은 행정법에 의한 보완 내지 보장이 있으면 훨씬 더 좋다. 이런 생각을 해 봅니다. 행정법적인 측면에서 많이 보장을 해 주셔서 감사드리고, 세 가지 구체적인 질문을 해 주셨습니다.

이제 발표자께서 의견을 밝혀 주시는데요. 다만, 또 앞으로 우리 플로어에서 자유토론부분에 대해서 발표자의 의견을 자연스럽게 밝힐 수 있는 그런 기회도 있다고 봅니다. 비교적 간명하게 답변해 주시면 감사하겠습니다.

발 표 자: 편의상 방금 질문하신 우리 정 교수님의 질문에 대해서 바로 대답을 드리고 그리고 법제관님 질문을 말씀을 드리도록 하겠습니다.

전체적으로 의회유보와 법률유보의 이론적인 내용들, 주로 독일적인 내용들을 잘 정리를 해 주셨다. 이렇게 봅니다. 한수웅 박사님이 쓰신 논문들도 대체로 볼 때 독일해석론에 입각하고 있는 것 아닌가 이런 생각이 듭니다.

좀 말씀을 드리면, 독일기본법 제80조 1항 2문에는 어떻게 나와 있느냐 하면 “법률유보로 위임을 할 때는 그 목적과 내용과 정도가 그 수권법률에 확정되어야 한다.” 이렇게 규정되어 있어요. 그 확정된다, 베스팀스싸인모스 확정되어야 된다고 하는 말을 우리가 말하자면 명확하게 되어야 한다고 하는 말로 번역을 해서 명확성의 원칙이다. 이렇게 표현한 것입니다. 다시 말하면 여기서 말할 때의 명확성은 위임의 명확성입니다. 결국, 우리 현재나 또 우리 연구관들이 연구를 할 때 독일해석론을 많이 참고를 해 가지고 보고도 하고 또 그렇게 해서 현재 판례도 받아들여지면서 대체로 포괄위임입법금지원칙과 관련해서 위임의 명확성의 정도를 심사하는 방향으로 나가서 그렇게 크게 잘못되지 않았다. 이런 생각이 듭니다. 그러나 우리 헌법 제75조를 보십시오. 거기에는 그런 식의 규정이 있지 않아요.

구체적으로 범위를 정하여서입니다.

분명히 저는 이번 발표 이 시각은 우리가 그동안은 독일 문헌들 많이 참고했었는데, 우리 헌법 조항을 이제 우리 헌법 조항 그 자체대로 한번 보려고 하는 시도였다. 이런 말씀을 좀 드리고 싶고, 그래서 지금 정호경 교수님이 말씀하신 부분은 이게 좀 아까 명확성과 관련해서 도대체 이 명확성의 원칙이 결국은 포괄위임입법금지의 원칙 아니냐 이런 말씀을 하셨는데 그것은 잘못된 것 같습니다.

명확성의 원칙은 꼭 위임에 있어서만 명확해야만 하는 것은 아니거든요. 법률이 위임을 하지 않을 때에도 그 자체로서 명확히 해야 할 필요가 있는 것이지요. 따라서 명확성의 원칙은 일반적인 명확성의 원칙도 있고, 그 다음에 두 번째 우리가 포괄위임입법금지원칙과 관련해서는 위임을 할 때 위임의 수권규정 그 자체가 명확해라, 위임의 정도와 범위면에서 명확해라, 구체적으로 범위를 정해서 해라, 이런 얘기가 될 수 있을 것 같습니다. 따라서 포괄위임입법금지의 원칙과 명확성의 원칙은 분명히 다른 개념이다. 이렇게 봐야 될 것 같고요.

그 다음에 법률유보에서 법률에 근거가 있어야 된다는 얘긴데 작용법, 조직법, 예산법도 다 근거가 필요한지 질문하셨잖아요?

정 호 경 : 근거가 되는지?

발 표 자 : 그렇죠. 그러니까 작용법의 경우는 근거가 있어야 되는 것으로 받아들여지고 있는데 조직법이라든가 예산법에 있어서도 동시에 근거가 필요한지 이런 얘기 아니겠습니까? 그러니까 법률유보라고 표시를 했는데 결국에는 제가 말씀드리는 것이 그 법률유보는 둘로 쪼갤 수 있다고 하는 거예요. 그것은 아까 말씀하신 피로트도 인정하고 있고 독일 내에서는 다 인정이 되는 것인데, 보통의 법률유보라고 일컬어졌을 때에는 소위 아우프그룬트아이네스게제스(Auf Grund eines Gesetzes), 즉 법률을 근거로 한 그러한 경우와 그 다음에 법률에 의한, 그 말이 우리말이 아니기 때문에 어려워요. 그런데 ‘법률에 의한’은 직접 법률로 정하는 거예요. 그 다음에 아우프그룬트아이네스게제스(Auf Grund eines Gesetzes), 그것은 법률을 근거로 해서 행정입법을 제정해 가지고 그 행정입법으로 해라 이런 얘기거든요. 이 두 가지가 다 법률유보개념에 포함된다고 하는 것이 독일에서 다 받아들여지고 있고 따라서 결국에는 그것은 한계를 지어줄 수 있는 개념이 아니겠습니까? 둘 다 가능하다고 보는데. 결국 한계를 짓는 개념으로서 등장하는 것이 아까 우리 정 교수님은 ‘중요사항유보설’ 그랬는데 그것이 결국 의회유보이론인 것이지요.

그런데 제가 말씀드리는 것은 결국 문제가 복잡해 질 수 있어요. 자칫.

왜냐하면 이것은 다 구체적인 헌법조항을 떠나서 하는 얘기거든요. 우리 헌

법조항으로 다시 돌아와 보면 헌법조항에는 수없이 많은 법률에 대한 위임규정이 있어요. 거기에는 기본권과 관련해서 기본권 장에도 있지만, 그 외에 조직관련, 국가조직, 통치구조편, 총강쪽에도 많이 있고 많은 위임규정들이 있다 이런 얘기죠. 그 위임이라고 하는 것은 헌법이 직접 법률로 규정하라고 하는 명령이죠. 거기서 법률이라고 그랬지. 언제 명령이라고 그런 바 없어요, 사실은.

우리 법제관님은 말씀하실 때 의회유보의 법적근거가 박약하지 않느냐 이런 말씀을 하셨는데, 어떻게 본다면 끈이끈대로 문언적 해석만 한다면 정말 전부 의회유보인거예요. 법률이라고 했지 언제 시행령이라고 한적 있습니까? 시행령은 분명히 법령이라고 한테가 있거든요. 시행령으로 제정할 수 있다라고 하는 어떤 위임근거조항은 75조가 있습니다마는. 그런데 그러니까 문제가 되는 것이지요. 그렇게 분명히 헌법제정자가 그렇게 법률로 위임을 했을 때에 형식적 의미의 국회가 다하라고 하지는 않았을 것이다 틀림없이. 그런데 상당부분이 형식적 의미의 국회가 제정해야 될 필요성이 있는 부분들이 있을 테니까요. 결국 그 둘을 어떤 기준으로 나눌 것인가의 문제가 분명히 제기가 되는 것은 사실이지 않습니까? 따라서 그 기준을 정립하는 것이 매우 중요하고, 그 다음에 그렇게 해서 위임이 가능하다고 했을 때 그 전제하에서 75조가 발동이 되는 것이죠. 저는 이제 그렇게 이해를 했고 따라서 법률유보 플러스 75조면 전부 다 해결되는 것 아니냐 하는 데에는 조금 생각을 달리하고 싶은 것이죠. 그렇게 보는 분도 계세요. 독일에서도, 그것을 소위 동일성설적인 입장이다. 이렇게 얘기할 수 있겠는데요. 이것과 맥락을 같이 해서 정호경 교수님 질문에 답변을 드린다면 조직법, 예산법, 그래서 제가 아까 실질적인 의미의 법률개념을 더 연구를 해야 될 필요가 있다라고 하는 얘기를 그래서 한 것입니다.

독일의 경우는 예산과 같은 경우는 정말 어떻게 본다면 직접적으로 국민의 어떤 권리의무와 상관이 있는 내용이 아님에도 불구하고 그것을 법률의 형식으로 지금 하고 있거든요. 사실은 실질적으로는 법률이 아닌데 법률이라고 하는 껍데기를 띠고 나타나는 형식 중에 하나가 예산법입니다. 독일의 경우는.

그러나 우리는 그런.

사 회 자: 죄송합니다, 잠깐만요. 질문의 취지를 한번.

발 표 자: 조직법하고 예산법 말씀하셨죠?

정 호 경: 법률유보의 범위 또는 의회유보, 특히 법률유보라고 할 때 행정작용이 그게 행정입법 저는 행정처분이든 관계없이 행위작용이라고 봅니다. 그게 법률에 근거를 가져야 한다면 그게 핵심인데 그 법률의 근거 속에는 일반적으로 행

정법에서 논의하는 것은 작용법적 근거만 근거로 보거든요, 우리나라의 논의는. 그런데 거기에 예산법적 근거라든지 그 다음에 조직법적 근거도 그 근거의 법률에 들어 갈 수 있겠느냐?

발 표 자: 들어가야죠. 그게 의회유보의 요구고. 그런데 우리와 같은 경우는 예산의 경우는 법률로 하지 않도록 이렇게 헌법이 분명히 구분을 해 놓기 때문에 거기서는 우리에게 있어서는 문제가 되지 않을 것 같고, 예산 자체는. 조직의 경우도 저는 의회유보의 법리에 의해서 다 해결이 된다. 이렇게 보는 거예요. 그리고 법률적 근거가 필요하다 이렇게 보는 거죠.

왜 그러냐하면 그것은 아까도 말씀을 드렸듯이 국가나 사회적 법질서에 대한 파급효과가 상당히 크다. 따라서 이 민주주의적 관점에서 그러한 것들의 경우는 국회가 직접 제정을 해야 되는 사항이다.

정 호 경: 이 문제는 굉장하.

발 표 자: 뭐 견해는 틀릴 수 있어요.

사 회 자: 제가 한번 정리를 해 보겠습니다. 지금 다들 관심 깊게 듣고 계실 텐데요. 지금 하시는 말씀은 어떤 구체적인 행위작용의 근거가 되려면 그 근거가 되는 법률이 작용에 대해서 직접 정하고 있는 법률이어야 하느냐, 아니면 작용에 대해서는 정하지 않더라도 뭔가 조직을 주는, 또 예산을 주는 이런 법률이 있는데 그런 법률에 근거해서도 작용적인 행정작용을 할 수가 있는가 그런 취지의 질문...

발 표 자: 그것은 너무 원론적인 질문이시니까, 지금 질문하신 의도가 그것은 인정해 달라 이런 말씀 아니신가요? 당연히 그것은 뭐 완전히 법률로서 구체적으로, 법률이라고 하는 것이 처음부터 일반성, 추상성을 띤 규범인데 그것이 어떻게 작용에 관한 구체적인 내용까지 일일이 다 자세하게 규정을 할 수 있느냐? 그렇게 할 필요도 없고.

그 다음에 아까 김계홍 법제관님도 질문을 주셨습시다마는 제가 발표할 때는 표현을 하지는 않았거든요. 발제문에 그렇게 써놨는데, 상당부분 의회입법의 부담을 줄이면서도 그러면서도 행정입법으로 해야 할 필요성이 현대급부국가나 사회국가에서는 당연히 있는 것입니다. 그것을 부정하는 것이 아니고, 크게 봤을 때 결국에는 의회입법의 원칙의 출발이 어디서부터 생겼는지? 그것을 생각을 해 보면 결국에는 그로 인해서 의회입법권한이 무력화되거나 스스로 자기 포기하거나 이렇게 되지 않도록 그것을 방지한다고 하는데 초점이 있는 것이고.

그 다음에 지금 정 교수님 말씀하시는 그 부분은 행정의 합법률성의 원칙이

조. 행정의 합법률성의 원칙은 결국 법률의 우위 그리고 법률의 유보를 구체적인 두 가지 내용으로 하고 있는 것입니다. 여기서 뭐 행정이 어떻게 법률에 근거가 없이 할 수 있다고 하는 말은 거의 들어보지는 못한 얘기인 것 같고, 결국에는 그렇다고 해 가지고서 행정부가 의회가 규정하는 내용대로만 하는 자동판매기나 그렇게 얘기할 수는 없지만 재량이라든가 어떤 판단여지 또는 위임 이런 것들을 통해서 나름대로의 행정입법가능성 당연히 다 포함되는 얘기죠. 그러나 결국에는 그것의 한계를 긋는 것의 문제가 되는 것입니다.

정 호 경: 잠깐만요 제가, 정 교수님 말씀하신 것이 최근에 사실은 추가경정 예산하고 문제가 되었던 사안이어서 제가 다시 한번 말씀을 드리면, 지난번에 추가경정예산에 예컨대 양로원을 지원하는 양로원에 보조금을 지급하는 그런 내용이 예산이 통과가 되었습니다. 그런데 보조금예산 및 관리에 관한 법률에 의하면 양로원에 대해서는 보조사업을 할 수 없도록 되어 있어요.

발 표 자: 아, 법률에?

정 호 경: 법률과 그에 따른 시행령에 보조금사업으로 해서는 안 되는 사업이 쪽 열거되어 있는데 거기에 양로원이 있단 말입니다. 그런데 예산으로 지금 보조금을 지급하도록 그렇게 예산안을 만들어서 통과를 시켰어요. 그러면 이 예산이 양로원에 지급하는, 그러니까 법률에 하지 말라고 되어 있는데 그럼에도 불구하고 직접적으로 작용할 수 있는 근거가 될 수 있느냐라는 그부분….

정 호 경: 예산 자체만으로도?

김 계 흥: 예.

지정토론자: 독일에서 예산이 법률의 형식으로 만들어지기 때문에 생겨나는….

정 호 경: 재미있는 문제제기인 것 같고, 그것은 좀더 자세하게 제가 연구를 해 봐야 되겠습니다마는 쉽게 그렇게 긍정하기는 힘들 것 같은 생각이 들어요.

사 회 자: 이 문제는 혹시 자유토론이라든가 이런 부분에서 좀더 논의가 되면 추후에도 이야기하기로 하고 다른 부분 꼭히 뭐, 간략 간략하게 답변해 주시죠.

발 표 자: 예, 다른 부분 관점 말씀드리도록 하겠습니다.

그 다음에 지금 우리 정호경 교수님 질문하신 것 중에 ‘법률에 의하여’ 하고 ‘법률에 근거하여’라고 하는 것 두 가지가 다 법률유보에 포함되는 것 아니냐 그런 얘긴데, 독일에서는 당연히 그렇게 얘기하고 있고 우리나라도 그 영향을 받아서 지금 그렇게 포함 다 시키고 있습니다.

그 다음에 김계흥 법제관님이 질문하신 사항에 대해서 하나씩 하나씩 말씀을 드리도록 하겠습니다.

첫 번째 질문주신 것이 위임명령으로도 자유와 재산을 침해하는 것이 가능하다고 봤는데 그게 법률유보에 위반되지 않는 것은 아니지 않느냐? 그것은 제가 말씀드린 바입니다. 법률유보 내에 위임명령으로도 기본권제한가능성을 둔 것이기 때문에 오히려 그것을 갖다가 제한하기 위해서 의회유보가 나왔단 이런 말씀인거죠.

그 다음에 의회유보 이콜 헌법 제75조의 포괄위임입법금지원칙 아니냐 결국, 그러니까 이게 별로 헌법적 근거가 박약한데 법률유보하고 이 75조만으로도 족한 것 아니냐, 이런 식의 이해도 독일에서도 실제 있어요. 동일성설이다라고 일컬어지고 있는데, 그러나 제가 볼 때는 모든 입법사항이 다 위임과 위임이 아닌 의회 이것만으로 되는 것은 아니거든요.

생각을 해 봅시다. 행정부에 위임해야 될 것들이 있지만 위임하지 않고도 의회가 제정을 해야 되는데 의회가 제정하지 않는 것들이 있을 수도 있어요. 조직상의 문제라든가 권한상의 문제라든가, 그게 결국 나타나게 된다면 그것은 입법부작위로 나타날 거예요. 위임을 해야 될 때 위임을 안 하면 그것은 정말, 그것도 결국 입법부작위문제도 될 수 있겠고 행정부와 관련해가지고서도 문제가 될 수도 있겠습니다. 상호간의 관계에 있어서.

그런데 꼭 위임에 관한 입법만 입법사항으로 존재하는 것은 아니거든요. 그렇다고 친다면 그런 경우에 헌법이 분명히 법률로 규정을 하라고 법률위임을 했음에도 불구하고 법률을 제정해야 될 국가가 그것을 등한시하고 있다고 할 것 같으면 그것을 뭐로 추궁할 겁니까? 결국에는 그것은 의회입법의 원칙 아니겠어요. 그리고 헌법 제40조 “입법권은 국회에 있다.” 물론 거기서 말하는 것은 분명한 윤곽을 우리에게 그어주는 것은 아니죠. 전반적인 헌법, 전체적인 체계적 해석을 통해 가지고 밝혀야 됩니다마는. 그래서 의회유보의 원리가 우리 헌법재판소가 지금 그 개념을 왜 쓰고 있겠습니까? 사실은 필요하거든요. 그런데 아직은 법률유보하고 명확한 어떤 윤곽 이것을 구분하고 있지 못하지 않느냐, 그것이 저의 주장이었던 것이죠.

그 다음에 국회의 본질성에 관한 판단, 이것이 입법과정에서 이루어지고 있는 것 아니냐, 참 그것은 저에게 도움이 되는 중요한 지적을 해 주신 것 같습니다.

저도 거기에는 동의를 합니다.

그러니까 말하자면 의회가 입법을 할 때 행정부와 파트너가 되어서 입법권한에 관해서 서로 주고받으면서 분담을 하면서 이렇게 토론해 가는 과정이 입법과정 아니냐, 그리고 이런 부분들은 우리가 해야 되는 것이 맞는 것 아니냐, 이렇게 의논하는 것 아니냐, 상당히 그것은 인정하고 싶은 내용인데요. 그렇다고 해서 헌법

재판소가 그러면 잘했으니까 오케이 오케이 오케이 다 할 수 있느냐? 그것은 컨트롤 통제권한을 포기하는 것이죠? 그리고 우리의 역사를 보게 되면 입법권을 스스로 포기한 적들이 있던 말이죠. 이렇게 우리 헌정사에는 뭐 독일 수권법의 통과같은 그런 적은 없었습니다마는, 아까 제가 비근한 예를 들었듯이 권위주의정권하에서 그런 것들이 많이 있지 않습니까? 긴급조치 뭐 이런 독일 바이마르공화국 헌법 48조도 결국 대통령에 의한 비상대권에 의해서 바로 명령으로 그냥 법률과 같은 효력을 가지는 그런 것을 통과시키면서 결국은 입법권이 무력화되고 했던 것 아니겠어요? 그리고 그런 가능성들이 다 있고 한다면 결국 그것을 어떤 식으로 헌법재판소가 통제하고 막을 수 있겠는가, 이런 원리와 원칙이 분명하게 서지 않으면 안 되는 것 아닌가? 전부 75조로 해결될 수는 없는 것이라고 보는 것이죠.

그 다음에 관련지어 가지고 정관 자쭙(Satzung), 우리 정호경 교수님이 질문 주셨는데요.

자쭙(Satzung) 정관 뭐 이렇게 제가 표현을 했습니다마는 헌재에서 나왔기 때문에 그랬고, 우리의 판례 중에서 저것도 있습니다. 지방자치의 조례로 법률이 위임을 할 경우에 그 포괄위임입법금지의 원칙에 관해서는 좀더 완화된 심사를 할 수도 있다. 왜 그러냐하면 지방자치회의의 경우도 역시 어느 정도는 주민들에 의해서 민주적으로 정당화된 입법자가 나름대로 제정을 하는 것이니까 너무 일일이 그냥 입법자가 상세하게 구체적으로 범위를 정해서 조례로 위임하는 것은 맞지 않다, 이렇게 기준을 좀 완화시켜서 적용하는 것 같습니다.

그런데 행정위임하고 지방자치단체에 대한 자쭙 조례에 대한 위임은 특별히 좀, 성질이 같지는 않지만 둘 다 공권력이죠. 국가공권력, 고권적인 행위가 될 것입니다. 그런데 고권이 아닌 자치법규에 위임을 하는 경우 권력기관이 아닌 그런 경우는 반드시 같다고 볼 수는 없겠지요. 그런 경우에 어떻게 어디까지 의회가 자신이 결정해야 될 것을 대학이라든가 뭐 이런 자치기관에 어떤, 거기에 위임할 수 있겠는가? 그것이 위임이 안 된다고 하는 논리를 뭘로 펼 것인가? 그것은 포괄위임가지고는 안 된다고 하는 것이죠. 그러니까 결국은 의회입법의 원칙, 또 때로는 법률유보도 완전히 가능하지 않은 것은 아니겠습니다.

이런 점에서 의회유보의 원칙이 전부 인정이 되고 의회유보, 법률유보, 포괄위임 이렇게 다 구분을 해서 적용을 해야 될 필요성이 있다 이런 생각이 듭니다.

지금 명확성의 원칙과 관련해서도 지금 포괄위임입법금지원칙을 전부 독일식으로 위임의 명확성으로만 하고 있는데요. 우리 헌법조문은 꼭 그렇게 되어 있지는 않거든요. 그래서 이런 것들을 독일 기본권해석론에서 영향 받은 지금까지의

해석론으로부터 우리가 우리 헌법의 독자적인 조항들을 갖다가 좀 해석해 내려고 하는 그런 노력을 더 많이 기울여야 될 필요성이 있는 것 아니냐하는 생각입니다.

그 정도로 답변을 드리면 빠진 것이 없는지 모르겠습니다.

사 회 자: 대단히 감사합니다.

미진한 부분이 우리 발표하신 분이나 또 지정토론하신 분이나 있을 수 있다고 생각합니다. 지금 시간이 그렇게 많이 있다고 할 수는 없지만 그래도 플로어에 계신 우리 회원님들의 의견을 듣고 또 의견을 교환하는 과정에서 좀더 보완이 될 수 있었으면 합니다.

전체적으로 발표자께서 정리해 주신바와 같이 개념과 근거 그리고 과연 중요 사항 혹은 본질적인 사항이라는 것이 무엇이며 그 기준은 무엇인가? 그리고 포괄 위임금지와의 의회유보의 원칙이라든가 명확성의 원칙 이런 것들과의 관계가 어떻게 되느냐? 이런 것들이 크게 쟁점이 될 수 있을 것 같고요.

오늘 발표문이나 토론문에 나타나 있지 않더라도, 또 지금 여기 계신 분들에게서 생각하시는 또 다른 아주 중요한 쟁점이 있으시면 그런 부분도 하나의 토픽으로 삼으셔서 이게 네 가지를 구분해서 토론할 만한 그런 시간적인 여유도 없고, 또 네 가지가 상호 연관성을 가지고 있다고 봅니다. 어느 토픽이든 비교적 자유롭게 먼저 말씀을 좀 해 주시기 바랍니다.

정남철 교수님.

정 남 철 : 숙명여대 정남철입니다.

먼저 훌륭한 발표문을 보고 많은 교훈을 받은 것 같습니다.

그런데 발표문 20페이지를 보면 명확성심사와 의회유보에 관한 부분이 나와 있는데, 우리 헌법재판소는 최근에 소위 규범적 수권이론을 도입하고 있습니다. 그런데 그러한 부분에 대한 논의가 전혀 안 되어 있는데, 또 지금 발표문에는 그러한 규범적 수권이론과 좀 반대되는 내용을 담고 있습니다. 특별히 그러한 헌재와 반대되는 주장을 하시는 건지에 대한 의견을 여쭙고 싶고요.

그 다음에 두 번째는 아까 우리 정호경 교수님께서 좋은 질문해 주셨는데, 우리 행정법에 있어서는 적용범위가 사실은 많이 문제가 되고 있습니다. 특히 급부행정이 문제가 되는데 아까 양로원사건을 말씀하셨는데, 독일에서도 예산상의 조치만으로도 충분하다는 견해도 있고 또는 학자에 따라서는 예씨같은 분들은 이것은 특히 민주주의원리라든가 여러 가지 헌법상의 원리에 반하는 것으로 이렇게 비판하는 학자들도 있습니다.

그런데 제가 좀 궁금해 하는 것은 최근에 우리가 공기업의 민영화라든가 또

심지어는 PPP라고 해서 퍼블릭 프라이버시 파트너십이라고 해서 민간협력 같은 것이 논의가 되고 있는데, 이러한 영역들은 주로 헌법상으로 보면 생존배려의 영역이라고 볼 수 있습니다. 이러한 연구가 사실 충분치 않아가지고 여쭙고 싶은 것은 이러한 영역에 있어서 소위 보장책임이라는 논의도 있고 그런데, 법률유보의 원칙이 이러한 영역까지 적용되어야 되는 것인지 하는 것을 좀 여쭙고 싶습니다.

그다음 세 번째는 좀 사소한 것이지만 이 행정규칙에 자기구속의 법리를 발표문 19쪽에서 이렇게 설명을 하고 계신 데, 이 자기구속의 법리를 소위 대외적 효력이나 법규적 효력을 인정하는 법리로 이해하는 것은 다소 좀 잘못된 것이라고 생각이 됩니다. 특히 우리 헌법재판소 초기판례에도 이 행정규칙의 헌법소원의 대상성을 문제 삼아서 초기에 그런 판례들이 몇 가지 있었습니다. 그 이후에는 지금 대법원판례와 마찬가지로 소위 법령보충적 행정규칙의 법리를 적용하고 있는데, 제 개인적인 생각은 사실은 상당히 좀 비판적인 생각을 가지고 있습니다. 특히 행정규칙에 수권법리를 적용하는 것은 다른 외국입법례에서는 찾아보기 힘든 사항인데 지금 발표를 해 주신 우리 방 교수님께서서는 특히 헌법 75조 구체성과 명확성을 규정하고 있는 대통령령에 관한 조항을 강조하고 계신 데, 그러한 입장에서 본다면 우리가 헌법적으로 규정하지 않은 행정규칙에 대한 위임에 관한 규정, 즉 예컨대 행정규제기본법 4조 2항 단서 같은 규정들을 다소 위헌적인 비판적 견해도 많이 있습니다. 그러한 것과 관련해서 과연 이런 수권법리를 적용하는 것이 타당한 것인지에 대해서 한번 여쭙고 싶습니다.

사 회 자: 감사합니다.

진행을 아까 제가 서두에 말씀드린바와 같이 몇 분들의 의견이나 질문을 모아서 함께.

발 표 자: 이것은 이해의 편의를 위해 바로 좀 하고 넘어가는 것이 좋을 것 같습니다.

사 회 자: 왜냐하면 사실은 지금 정남철 교수님 질문해주신 이 부분들에 대한 이야기만 한다고 해도 아주 시간이라든가 이게 논의의 폭이 굉장히 넓은 부분입니다.

우리가 효율적으로 진행을 좀 해야 될 필요가 있을 것 같습니다.

그다음, 황치연 연구관님.

황 치 연: 제가 발표문을 듣고 또 토론하는 과정에서 너무 혼동이 되어 가고요. 도대체가 이 법률유보 또 조직에 관한 것을 법률로 정하는 것, 그 다음에 의회유보, 본질성이론, 포괄위임 이런, 옛날에는 명확했었는데 오히려 발표를 듣고

토론과정에서 더 혼동이 되었어요. 그래서 저는 코멘트 형식으로 제가 이해하고 있는 바를 얘기를 할까합니다. 한 3분정도 얘기하고 싶습니다.

첫 번째로 법률유보와 조직을 법률로 정한다는 것은 좀 다른 문제이지 않는가, 그러니까 법률유보에서 조직문제까지 포함시키는 것은 법률유보를 오히려 개념적으로 이해하기 어렵지 않은가, 이렇게 생각을 합니다.

그러면 법률유보라는 것은 결국 기본권을 제한하는 것으로 법률유보로 생각해야 되는데 이게 40조에서.

발 표 자: 그게 바로 침해유보예요.

황 치 연: 제 얘기 들어보세요. 헌법 40조 “입법권에 속한다”에서 근거를 찾는 것은 좀 무리고, 그 다음에 37조 2항에서 법률유보의 근거를 찾아야지 않겠는가. 그리고 37조 2항은 일반적인 법률유보이고 개별적인 기본권제한에 관한 개별적 법률유보가 있을 수 있지 않겠는가 이렇게 생각합니다. 그러니까 조직의 문제를 끌어들이어서 하는 것은 혼동스럽고.

두 번째로 그러면 의회유보와 본질성이론이라고 얘기했을 때 본질성이론은 침해유보설과 전부유보설 이 양극단의 스펙트럼에서 중요사항유보설로 그게 포함되지 않겠는가? 그러면 의회유보라는 것은 어떻게 생각하는가? 의회유보는 주체의 측면에서 얘기하는 거 아니냐 이거죠. 그러니까 위임입법과의 관계에 있어서 행정입법권과 본원적인 입법권 이 관계에서 의회유보라는 것을 생각할 수가 있고, 그 다음에 본질성이론과 의회유보와의 관계에 있어서는 내용적인 측면에서 접근하는 것이 본질성이론이고 어떤 배타적 입법범위의 문제에 관한 것이 의회유보에 관한 것이 아닌가 이렇게 생각을 합니다.

그러면 독일에서는 두루히게제츠 오더 아우푸그룬트아이네스게제체스(durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes) 이런 표현을 쓰는데 우리는 37조 2항에서는 “법률로써” 이렇게만 얘기하고 있거든요. 그러면 이 말은 독일식으로 얘기하면 두루히게제츠 이말 밖에 포섭을 안 하는데 만약에 법률유보라고 해서 그 법률에 근거하여 행정입법으로 하는 것까지 법률유보로 우리 헌법에서 끌어들이 수 있는 건지 지금 판례는 그렇게 되어 있지만, 그래서 그런 문제에 대해서 하나 지적하고 싶고요.

마지막으로 또 포괄위임에 관해서 독일기본법 80조 얘기하면서 80조상에 베스딘트비어덴(bestimmt werden) 확정되어야 된다 해서 명확성의 원칙하는데, 명확성의 원칙을 이해할 때는 크게는 법치국가원리의 법적안정성이 어떻게 확보되느냐 이게 클라하이트피어스테이트리히카이트 이런 명확성이 있어야 되는 것에 의해서 법치국가원리에서 나오는 명확성의 원칙이 있을 수가 있고, 죄형법정주의에서 구

성요건명확주의, 조세법률주의에서 과세요건명확주의, 그 다음에 위임입법의 문제에 있어서의 위임의 명확성요건 이런 측면에서 명확성을 이해해야 하지 않겠는가. 그러니까 명확성원칙을 갑자기 또 포괄위임과 잘 연결시키지 못한다고 그랬는데 포괄위임입법금지에서는 명확성원칙이 구체성과 예측가능성으로 이렇게 좀 특수화된 형태가 아닌가 이렇게 생각을 합니다.

이상 마치겠습니다.

사 회 자: 예, 감사합니다.

혹시 또 다른 분. 김광목 심의관이시죠?

김 광 목: 먼저 제 소개를 간단하게 드리겠습니다.

국회사무처에 있는 김광목 부이사관입니다.

다른 것보다도 제가 이 문제 오늘 좀 와서 들어보고 싶었던 것은 제가 몇 년 전까지만 해도 국회 법제실에 주무과장을 했었습니다. 그래서 그야말로 법률 홍수를 만드는데 아주 떠내려가지 않으려고 고생을 많이 했는데, 그래서 특히 제 개인 생각으로는 기본적으로 우리나라의 다른 문제는 몰라도 입법절차와 입법과정에 있어서 현재가 기여한 바가 많다고 생각을 합니다.

지금도 실제로 제가 법제교육을 시킬 때 다른 문제, 이것을 과연 현재가 결정할 문제냐 의회가 결정할 문제냐 하는데, 실제로 법제실무에 있어서나 이럴 때는 가이드라인을 줄 수 있기 때문에 개인적으로는 참 긍정적으로 봅니다.

그래서 특히 법률유보 관련된 판결에 대해서는 특히 이제 그런 단어만 들어가더라도 유심히 보고 있는데, 이 의회유보와 관련 되어서는 보시는 다양한 시각이 있을 수 있는데 제가 생각하기에는 우리 권력구조하고도, 통치구조하고도 같이 좀 봐야 되지 않겠나 생각이 됩니다. 예를 들어서 독일의 의회유보론 얘기를 많이 하면서 일반적으로 죽죽 이렇게 나오는데 독일은 의원내각제거든요. 잘 아시다시피 의원내각제이기 때문에 의회에서 집행부에 권한을 넘기는데 있어서 사실은 크게 부담이 없어요. 의원들 입장에서 보면요. 그래서 실제로 독일에 위헌판결이 많을 것 같지만 생각보다는 많지가 않아요. 같은 편한테 넘긴 것이거든요 사실은.

그러니까 역으로 말해서 아까 정호경 교수님도 말씀하셨지만 난텔리게이션 프린스플에 의하면 또 미국 그러면 많을 것 같지만 미국은 더 적어요. 위헌판결이. 그러면 이게 논리상의 문제냐 하면 제가 보는 바에 의해서는 무슨 논리가 뭐 위임하지 말고 집행부가 민주적 정당성이 있어서 그런가, 뭐 그런 것 같지도 않고 제가 보는 바에 의하면 실제적으로 독일 같은 경우에는 의원내각제라는 것이 영향을 준 것 같고, 미국 같은 경우에는 실제로 미국판례 같은 것을 보면 대법원에

서 볼 때 의회가 실질적으로 통제권을 갖고 있느냐, 단지 논리적인 문제가 아니라 실질적으로 통제권을 갖고 있느냐, 그러니까 우리가 만약에 우리나라에서 위헌판결을 내린다고 그러면 과연 법논리적으로 이게 규정이 되느냐, 물론 당연히 그런 것을 봐야 되겠지만, 실질적으로 의회가 수권된 다음에 개별법령에 대해서 통제수단이 있느냐, 쉽게 얘기해서 우리가, 우리 쇠고기 고시 같은 경우에 국회의원들이 고시 폐지를 하려고 무슨 데모를 하는 것처럼 이렇게 모이는 것이 코미디기는 한데, 실질적으로 위임하고 난 다음에 국회가 사실은 다른 통제수단이 없는 것 같아요. 그렇다면 더 엄격하고 강화된 판결이 나와야 되지 않느냐라는 생각을 개인적으로 좀 해보는데 어떻게 생각하시는지요. 그리고 의회유보이론은 제가 알고 있기로는 의회에 대한 사법심사 통제 강화하는 이론이 아니냐 그렇게 생각을 합니다.

실제로 독일의 에스페데 사람들 같은 경우가 특히 분노하는 것을 많이 봤는데요. 왜 그런가 하고 가만히 봤더니, 자세히 뭐 보기는 좀 그런데, 가만히 보니까 그런 것 같아요. 에스페데에서 실제로 위헌판결이, 독일 현재에서 위헌판결이 난 법률들이 누가 주도해서 만들었는가를 좀 알 필요가 있는 것 같아요. 그리고 실제로 위헌판결을, 그래 갖고 에스페데 사람들은 현재가 본질적인 거라고 얘기하지만 그것이 진짜 예측가능성 없으니까 사실은 자기 집권당을 갖고 통제하고자 하는 수단 아니냐 그렇게들 얘기를 하는데, 그래서 제 생각에는 우리 통치구조, 다시 얘기를 하지만 우리 의회가 실제로 수정을 할 수 있는 권한이 있는가 없는가 그 문제를 나중에 사법심사를 할 때 봐줘야 되지 않느냐 생각을 하고 있는 겁니다.

의견을 한번 주십시오.

사 회 자: 감사합니다.

한 두분 정도 더 질문이나 의견을 받고 우리 발표자의 의견을 들어보도록 하겠습니다.

토 론 자:...

사 회 자: 그러면 우선 발표자께서 정리를 해 주시고 또 진행을 하겠습니다.

발 표 자: 모두에도 말씀을 드렸습니다마는 아직 충분한 연구가 되었다라고 볼 수가 없어요. 그러니까 무슨 행정법학회에서 나온 같은 주제들에 관한 연구 뭐 이런 것들도 좀더 제가 다 고려를 해야 되는데 각주에도 써놨습니다마는 공부하면서 앞으로 더 저기를 할 겁니다. 오히려 제가 또 여쭙고 싶은 부분도 있을 수 있어요.

우선 정남철 교수님 첫 번째 현재가 기본적 수권이론을 받아들였다고 보는데 언급은 않고 있는데 그 의견이 어떠냐? 좀더 구체적으로 질문을 주세요. 규범적

수권이론이라고 하는게 됩니까?

정 남 철 : 예컨대 법률에서 여기서도 20페이지에 기록을 하고 계신 데, 재량이 라든가 계획재량, 판단의지 같은 것을 인정을 했을 때는 그것은 규범 즉 입법자가 그러한 내용을 규정하고 있기 때문에 명확성심사기준이 다소 완화될 수 있다는 얘기입니다.

발 표 자 : 그렇죠. 그것은 뭐 지금 말씀하신대로고요. 현재 판례도 그런 것들이 나와 있고, 포괄위임입법금지원칙과 관련해서만이 아니고 명확성원칙과 관련해서도 다 심사의 강도를 갖다 조절하는 판례들이 여러 개 나오지 않습니까? 명확성의 경우도 관련되는 기본권으로 중대성이 큰 데는 좀더 명확하게 해야 된다는가 포괄위임입법도 그렇습니다마는, 그리고 또 경우에 따라서 행정에 그렇게 어떤 재량이나 수권을 했었을 때 그게 이제 행정입법으로 해야 될 필요성이 있고 재량을 인정해야 될 필요성이 있다고 인정이 되는 영역에 있어서는 너무 또 그렇게 엄격한 잣대를 들이 되면 헌법이 바라던 어떤 권력구조를 헌법재판소가 변형을 시킬 수도 있는 가능성도 있는 것이죠.

그 다음에 두 번째로 근거와 관련해서 급부행정영역에도 법률적 근거가 필요하냐? 한마디로 말씀을 드리면 침익적 행정이 될 수 있어요. 예를 들어서 시혜적인 조치에 대해서는 사실 근거가 없다고 이렇게 우리가 쉽게 생각할 수도 있겠지만, 경제적인 측면에서 자금조성을 하고 할 때 양 경쟁당사자가 있는데 한쪽에만 자금을 조성해 줬다고 생각해 봅시다. 상대방은 피해를 입을 수밖에 없지요. 당연히 그것은 복효적인 형태고 그런 경우에는 당연히 법률적 근거가 필요하다고 봐야 될 것이고, 그 외에도 전부 우리가 토탈로 전부 법률유보가 필요하다고 봐야 될 것인가, 이 부분은 제가 아직 열어놨습니다. 그렇기는 하지만 전체적으로 보면 국가생활의 법률적인 어떤 명확화를 위해서 법률적 근거가 필요하다고 보는 쪽이 바람직하지 않겠는가, 일단은 그런 생각이 듭니다. 민간협력, 생존배려영역 그것도 포함되는 얘기가 되겠죠. 구체적으로 좀 살펴봐야 될 것 같습니다.

그 다음에 행정의 자기구속의 법리 이것은 저기죠. 이 시점에서 제가 아까 꺼내고자 싶었던 말씀을 좀 드려야 될 것 같은데, 결국에는 그래서 법률개념으로 좀 들어가야 될 필요가 있어요. 사실 라반트나 안슈츠 이런 사람들의 경우는 결국에는 법률이라고 하는 것은 뭐냐? 법주체들간에 권리관계, 법주체들간에 관계에 관한 법문헌이 법률이다 이렇게 했어요. 그러니까 당시에 권력을 소지하고 있었던 군주의 경우 군주가 제정하는 어떤 자쯤에 해당하는 소위 말하자면 행정내부적인 어떤 것이 있지 않습니까? 그것은 국가 스스로 내부적으로 결정한 것이기 때문에

대국민적인 어떤, 말하자면 권리주체 간에 또는 법주체간에 어떤 관계에 관한 규정이 아닌 거예요. 따라서 그것은 법률이 아닌 것이죠. 이런 사고가 계속 연결이 되어 가지고 결국에는 행정내부에서 자체적으로 내부적인 효력만 가지는 것에 대해서는 법률적 효력이 없는 것이고 대외적 효력에는 없는 것이고 따라서 그것은 법규라고 하지 않고 그것은 행정규칙에 해당하며 당연히 효력이 대외적으로는 미치지 않는 것으로 된 것 아닙니까? 그런데 오늘날에 와가지고서는 이러한 행정규칙의 경우도 계속적으로 반복되다보면 결국에는 평등원칙의 위반여부의 문제도 있을 수 있는 거죠. 그 표현을 자기구속의 법리로 쓰든 뭐든 그것은 상관없는 것이죠. 헌법적으로 볼 때는 누구는 해 주고 누구는 안 해 주고 지침이 있고, 그것이 내부적인 아무리 어떤 규칙이라 하더라도 대외적으로 봤을 때는 영향이 있는 것이죠. 따라서 이런 경우에 있어서는 결국 법률적 근거가 상위의 어떤 법규명령과 결합해서라도 필요하다. 그게 이제 법률적 근거라고 했을 때 반드시 법률이라고 말씀을 드리는 것은 아니죠. 법규명령상의 어떤 근거도 충분하다고 봐야 될 것 같고.

행정규제기본법 4조 2항 이 수권법 타당한가? 구체적인 자세한 것을 제가 좀 살펴본 다음에 말씀을 드려야 되는 사항일 것 같습니다. 시간이 없어서 정남철 교수님께 다시 질문을 드리기는 좀 힘들 것 같고.

그 다음에 황치연 박사님이 말씀하신 내용은 대부분 제가 말씀드린 내용에요. 그래서 특별히 따로 말씀을 드릴 필요가 없을 것 같고.

김광목 심의관님께서 주신 좋은 질문, 그런데 이 점은 제가 발표문에서는 언급을 일부 해놨습니다. 즉 독일은 의원내각제다 이거죠. 그래서 의회만 민주적 정당성이 있는게 아니고 의회다수가 정부를 장악하는데 결국 정부도 민주적 정당성이 있는 거죠. 그래서 행정입법으로 해도 우리에게 만큼은 민주적 정당성측면에서 크게 결함은 없어요. 그럼에도 불구하고 의회유보의 원칙이 왜 강조되고 나오겠습니까? 하물며 대통령제인 우리나라에서는 그것이 더욱 강조되어야 되겠죠. 그 얘기를 제가 안에다 써놨고요.

그 다음에 그래서 두 번째 지적하신 것은 저에게 좋은 도움이 되는 관점인 것 같습니다. 그러니까 결국에는 의회가 제정해 놓고, 위임입법으로 제정해 놓고 자기가 나중에 이것을 통제를 안 한다 이거예요. 관리를 안 한다. 차후적인 수정 가능성이 있는가? 있다고 봅니다. 그것은 국회가 부지런하기 나름이죠. 부지런하기 나름이고 그것은 통제할 수 있는데, 다만 제가 생각할 때는 오히려 그것보다도 헌법재판소가 그것을 의회유보의 문제를 갖다가 통제의 가능성을 늘 열어두고 있

어야만 의회가 게으름을 피우지 않는다 이런 얘기죠. 자기가 해야 될 것을 전부 행정입법으로 넘긴다든가. 솔직히 우리가 얘기한다면 행정부에서 법안 만들어서 국회 보내주면 좋죠 뭐. 스스로 만들려면 얼마나 골치 아프고 힘들니까? 그런데 정부안으로 만들 때보면 행정 각부가 자기와 이해관계가 있는 부분들에 관해서는 될 수 있으면 자기행정입법으로 하려고 들 것 아닙니까? 인지상정 아니겠어요? 그런 것 통제할 수 있는 가능성 열어놔야 되는 것 아닙니까? 그거 하는 것이 헌법재판소 아니겠습니까? 그래서 상당부분 헌법재판소에 할 일을 긍정적으로 평가해 주셨는데 거기에 대해서는 저도 전적으로 동의하는 바입니다.

그런 정도면 제가 답변을 다 드렸는지 모르겠습니다.

미진한 점이 있으면 또 질문주시거나 토론해 주시면 고맙겠습니다.

사 회 자: 감사합니다.

시간이 많이 경과하고 있기는 있습니다. 그래도 약간만 더 논의를, 지금 몇 가지 쟁점 중에서 특별히 지금 위임이 금지된 부분하고 위임이 허용된 부분의 구분이라 할까요. 기준, 그래서 크게 보면 입법과 행정의 권력분립적 기준을 어떻게 잡을 것인가? 우리 헌법재판소는 지금 의회유보라고 해서 “기본권에 관련된 본질적인 사항” 이렇게 얘기하고는 있습니다마는 사실 헌법재판에서 다루는 모든 사건들이 다 기본권 관련사항인데, 물론 케이스 바이 케이스이기는 하겠습니까마는 이런 문제를 비롯해서 좀더 다루어보고 싶은 그런 토픽 있으시면 몇 분만.

예, 김진한 연구관.

김 진 한: 지금 이론적인 부분 많이 말씀하셨는데 그 부분 떠나가지고 구체적인 사례중심으로 좀 여쭙보고 싶습니다.

최근에 군인들이 기본권과 관련한 문제제기를 하는 경우들이 발생하고 있는데요. 수형자 관련해서는 그동안 헌법재판소에서 많은 통제를 해 가지고 그 부분에 관해서는 법률유보라든지 이런 부분들이 많이 개선이 되었습니다.

그런데 군인부분은 많이 아직도 문제가 있는 것으로 보이고요. 그런데 예를 들어 군인사법에 보면 군인들의 법적지위를 규율하고 있는 법은 군인사법인데, 거기서는 사병들의 기본권이라든지 법적지위에 관해서는 별 규율이 없습니다. 그리고 이제 거기서 위임을 하고 있는데요. 위임을 하면서 “이 법에 규정하지 않은 사항들에 관해서는 대통령령에 위임한다.” 이런 식으로 규율하고 있습니다. 그러니까 군인의 복무에 관해서 이법에 규율하지 않은 사항은 대통령령에 의한다. 그러면서 대통령령에 보면 기본권제한에 관한 많은 사항들을 규율하고 있습니다. 그래서 최근에 무슨 불운서적문제라든지 그러한 여러 가지 기본권제한에 관한 사항들

을 규율하고 있지요.

그래서 제가 여쭙보고 싶은 것은 우선 첫째로, 이렇게 위임하고 있는 것이 어떻게 보면 포괄위임이고, 포괄위임금지원칙에 반하는 내용이고 어떻게 보면 또 의회유보에 반하는 내용일 수도 있고 기본권에 관한 사항은 법률에 의해야 하는 부분이니까, 또 어떻게 보면 군이라는 어떤 조직의 특수성상 그런 부분은 또 인정해야 될 부분이라고 할 수도 있는 부분이 있을 것 같고요. 좀 여러 가지 뭐 특별 권력관계 논의도 나올 수 있는 것 같고 여러 가지 논의가 좀 혼동되는 영역인 것 같습니다.

그리고 여태까지 헌법재판소에서 군인에 관한 부분에 대해서는 많이 판단을 안했기 때문에 우리가 새로 판단해야 될 영역인 것 같기도 하고요. 그래서 이런 부분에 대해서 교수님께서 어떻게 생각하시는지 그 부분 좀 여쭙보고 싶습니다.

사 회 자: 지금 시간이 제가 모두에 9시라고 말씀을 드렸고요. 그래서 모든 논의를 다할 수는 없을 것 같습니다.

지금 하하지 않으신 분 중에 꼭 좀 의견이나 이런 것을 피력하고 싶으신 분 모아서 듣고 마지막으로 우리 발표자의 의견을 듣는 순으로 하겠습니다.

신 등 승: 평생 처음 한번 해 보겠습니다.

민주적 정당성 아까 말씀을 하셨는데 대통령령은 대통령, 대통령도 민주적 정당성이 있는 것 아닌가요? 그런데 의회만 이렇게 민주적 정당성 얘기를 하는지 그것을 한번 설명해 주시죠.

사 회 자: 또 다른 분 없으시면 우리 지정토론 하셨던 정호경 연구관께 기회를 드리겠습니다.

간략하게 질문만하지 마시고 본인께서 좀더 설명이랄까 코멘트를 충분히 해주시면 좀더 이해하는데 많은 부분 도움이 될 것 같습니다.

정 호 경: 예, 사실은 제가 결론을 말씀드리고 싶어서, 아까 제가 조직법률이 문제는 질문이 이렇게 좀 제가 드린 방향하고 다르게 이렇게 토론이 되고 나왔는데, 제가 기본적으로 이렇게 생각하는 것은 아까 논리적으로 제가 생각하는 법률유보, 의회유보, 명확성, 위임문제 이게 논리적으로는 이렇게 구분이 되지만 결국 큰 틀에서 보면 무엇이 의회가 해야 될 일이고 의회가 어디까지 해야 될 일인가? 이거 결정하는 문제라는게 저의 기본적인 생각입니다. 그래서 그 말씀을 드렸고.

수권의 문제에서 미국은 제가 이 토론문에 안 쓴 이유가 미국쪽은 좀 자신이 없어서 그런데 제가 이해하고 있는 짧은 지식으로는 특별히 대통령의 권한이 아

닌 다음에는, 특별하게 이게 대통령 것 아닌 다음에는 다 의회가 갖고 있는 것이고 그 다음에 닌 델리게이션 독트린을 취하고 있지만 거기에 수권의 근거조항을 광범하게 인정하고 다음에 통제법리로 들어가는, 결국 통제의 핵심은 포괄위임금지인데 어디까지가 의회가 해야 되고 어디까지가 대통령이 해야 될 것이냐, 그다음 통제장치는 얼마나 확보하고 있는가 이런 관점에서 보는 것이지, 독일의 법률유보이론이라는게 제가 모두에서 이게 독일의 특유한 이론이라는 것을 처음부터 군주가 행정을 담당하고 있었기 때문에 의회와 군주의 타협 때문에 의회가 할 영역을 시민의 자유재산 이것만 의회가 하고 나머지는 행정의 자유영역으로 설정해놓은게 독일의 법률유보이론의 반면이고 그 출발이거든요. 그래서 제가 지금 중요사항유보설로 나온 단계에서는 이제는 무엇이 의회가 해야 될 것이고 무엇이 행정이 해야 될 것인가, 행정은 어느 정도까지 민주적 정당성을 갖고 자율적으로 행위할 수 있는가, 이 기준을 세워나가는게 제일 중요한 문제고 거기에 모든 논의를 집중시켜 나가는게 앞으로 판례라든지 바람직하지 이게 법률유보냐 의회유보냐 포괄위임이나 명확성이나 그 판단구조로 들어가면 거의 비슷하지 않은가라는게 제 생각이었습니다.

아까 포괄위임, 명확성문제도 명확성이... 정당성의 크기와 행정의 민주적 정당성의 크기는 어느 정도 차이가 나며 무엇이 의회의 기능과 행정의 기능에 적합한 문제인가라는 실질적 기준을 구별하는 문제로 넘어가야 되지 않는가라는게 오늘 저 토론의 마지막 결론이었습니다.

사 회 자: 그러면 우리 김진한 연구관 그리고 기조실장님 질문에 대해서 답변을 하고 아울러서 마지막으로 최종적으로 발표자로서의 입장을 정리해 주시고.

발 표 자: 김진한 연구관님이 주신 질문은 결국 특별권력관계의 문제지요.

군인의 관계인데, 전체적으로 과거에 특별권력관계이론에 의할 것 같으면 특별한 권력관계에 있는 국민들은 법률유보가 없이도 그들의 기본권을 제한해도 된다, 이 이론이었거든요. 그러나 오늘날 그 기본권이론의 어떤 일반화, 그 기본권의 어떤 방사효과고나 할까요 독일쪽 표현을 든다면, 그런 것 때문에 국가적인 생활 영역에 있어서 기본권의 효력이 미치지 않는 영역이 있어서는 안 된다고 하는 것이고, 따라서 그런 영역에도 당연히 법률유보가 필요하다. 그것이 대표적으로 독일의 수형자판결이 그랬고 우리나라에 있어서도 그런 식의 판결들이 지금 계속 나오고 있다고 보여집니다. 수형자들 중에서 감치, 금치 했을 때 독서 못하게 한 다든가 이런 것들 당장 아까 법률유보위반으로 최근에 나왔다고 하는 것은 대표적으로 그런 사례가 아닌가. 그런데 우리 군인사와 관련해서 군인들에 관한 어떤

법적지위에 관한 규율을 따로 하지 않고 포괄적으로 대통령령에 위임하는 그것은 문제이지 않느냐 이런 말씀이신데, 상당히 좀 문제가 있을 수 있다라고 봅니다. 그런데 결국 군인은 군인 나름대로의 어떤 특수한 위치에 있는 것이기 때문에 곧바로 모든 것이 다 똑같이 이렇게 적용이 될 수 있을 것인지는 한번 더 짚어보되, 어쨌든 과거와 같은 특별권력관계이론은 우리가 이미 포기한지 오래니까 그런 같은 잣대로서 적용해서는 안 될 것이다, 법률적 근거가 있어야 된다고 봅니다.

그 다음에 우리 기초실장님 좋은 질문해 주셨는데요. 그 생각 저도 해봤고요.

그런데 결국 왜 그럼에도 불구하고 입법권은 국회에 속한다라고 했을까요? 결국 입법과정을 얘기하는 것 아니겠습니까? 입법과정에서 전부 국민의 여러 가지 많은 권리관계, 의무관계, 또 충돌하는 이해관계 이런 것들이 조정이 되고 절충이 되고 타협이 될 수 있거든요. 그래서 대통령이 독자적으로 행정부서에서 결정을 하게 되면 거기에 여러 이해관계 있는 사람들이 특별한 어떤 로비관계에 있는 사람의 이익이 더 강조가 될 수 있는 가능성도 있을 수도 있고 하는 것들이 의회에서는 상당히 차단이 될 수 있는 제도적 장치가 있는 것 아닌가, 그것이 우리의 의회민주주의의 전유물이 아닌가, 그래서 독일이나 우리나라나 마찬가지로 얘기가 될 수 있을 것 같습니다.

그래서 이렇게 말씀을 드리기로 하고, 맞습니다. 우리 정호경 교수님 말씀하셨듯이 본질성이론에 따라서 결국 무엇이 가장 본질적인 사항으로서 국회가 직접 제정하지 않으면 안 되는 영역이고 그렇지 않아도 되는 영역이 뭐냐? 그 기준은 무엇으로 정할 것인가? 이게 이제 최종적인 우리에게 중요하게 던져지는 과제인 것 같습니다.

그 부분은 앞으로 계속 더 열어놓고서 연구를 해나가기로 하고, 저로서야 이번에 여러분들이 지적해 주신 많은 토론과 지적을 통해서 많은 점을 또 제가 배웠다라고 생각이 듭니다. 이거 가져가서 숙제를 열심히 하도록 하겠습니다.

감사합니다.

사 회 자: 마지막으로 헌법실무연구회 회장이시고 헌법재판소 재판관이신 조대현 재판관님의 마무리 말씀을 듣고 오늘 발표회를 마치도록 하겠습니다.

조 대 현: 잘 배웠습니다.

여러 가지 자료를 수집해서 정리해 주시고 가르쳐 주신데 감사합니다.

토론해 주신여러분께도 감사드립니다.

... 하는 저는 깊은 이론은 모르고 그냥 상식 하나만 가지고 지금 재판하고 있는데 국회에서 정했느냐 행정부에서 정했느냐 그것을 열심히 따지는 재판관님

도 계시고, 아니고 내용이 합리적이면 누가 했든 그냥 다 통과시키는 분도 계시고, 지금 뭐 입법능력이 국회가 우수하나 행정부가 우수하나 그것도 따지는 분도 계시고, 결국은 저희 재판소에서는 이론을 먼저 따지는게 아니고 결론이 구체적으로 타당하나 안하나 그것을 먼저 따지고 나서 이론을 거기다 맞추는, 이번 중부세 사건도 그런 것 같은데 그런 경향이 좀 있습니다. 연구회에서 하여튼 이론적으로 많이 점검을 해서 제공해 주시면 저희가 재판업무에 많이 반영하도록 하겠습니다.

오늘 도와주셔서 감사합니다.

사 회 자: 감사합니다.

그러면 이것으로서 89회 헌법실무연구회 발표회를 마치도록 하겠습니다.

오늘 발제를 준비해 주신 방승주 교수님 또 지정토론을 맡아주신 정호경 교수님, 김계홍 법제관님 또 늦은 시간까지 진지하게 토론에 참석해 주신 회원님들께 감사드리고요. 다만 사회자로서 너무 시간이라는 칼을 많이 휘둘러서 충분하게 논의를 하시지 못하도록 해 드려서 죄송하다는 말씀 드리겠습니다.

이것으로서 마치겠습니다.

감사합니다.

헌법재판소 20년—그 명암과 굴곡

이 헌 환*

I. 서언—현대 헌정국가와 헌법재판소의 역할

고대의 고차법사상으로부터 16세기의 Calvin의 사상, 그리고 영국의 혁명기에 그 사상적 기반을 두고 있다고 평가되는¹⁾ 사법심사(judicial review)가 1803년 미국의 *Marbury v. Madison* 판결을 통하여 관행적으로 제도화된 이후, 약 100년이 지나면서, 대륙법계 특히 독일에서 1920년대 후반에 국사재판권(*Staatsgerichtsbarkeit*) 논의와 그 제도화로 이어지고,²⁾ 2차대전이 끝난 후에는 헌법재판권(*Verfassungsgerichtsbarkeit*)에 관한 논의 및 그 제도화로 이어지면서,³⁾ 헌법재판제도는 20세기에 가히 현대국가의 중심이라 할 정도로 받아들여지게 되었다.⁴⁾ 서구에서의 헌법재판의 일반화는 20세기 후반의 사회주의 제 국가들의 붕괴 이후 새롭게 탄생한 대부분의 국가들이 다양한 형태의 헌법재판제도를 도입하는 결과로 이어졌다. 이와 같은 헌법재판제도의 일반화는 실질적 법치국가의 확립과 함께, 현대국가를 헌정국가(헌법국가; *Verfassungsstaat*) 혹은 신입헌주의(*new constitutionalism*)로⁵⁾ 일컫는 계기가 되고 있다. 헌법재판의 확대는 근대의 의회중심의 정치의 시대를 현대의, 헌법재판기관을 포함한 사법부 중심의 법치의 시대(사법국가; *Justizstaat*)로 특징짓게 할

* 아주대학교 법과대학 교수.

1) Cf. Ball, David T., *The Historical Origins of Judicial Review, 1536-1803*, New York, The Edwin Mellen Press, 2005.

2) Häberle, Peter(Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976에 수록된 H. Triepel, H. Kelsen, K. Schmitt, W. Simons 등의 1929년 논문들을 참조할 것.

3) 독일의 경우, 위의 주 2)의 Häberle의 책 및 Starck, Christian(Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, J.C.B.Mohr, Tübingen, 1976, I und II를 참조할 것.

4) R. Marcic는 전 지구가 헌법재판권의 光網(Lichtnetz)에 둘러싸이고, 헌법재판권이 없는 국가는 오늘날에는 찾아보기 어렵다고 하였다. Cf. Marcic, René, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Wien, 1963, S. 207.

5) Sweet, Alec Stone, *Governing with Judge—Constitutional Politics in Europe*, Oxford U. Press, 2000, p. 1.

뿐만 아니라, 한 국가의 거시적 및 미시적 양 측면에서 법치주의의 확대를 요구하고 있다.⁶⁾

한편, 현대사회의 헌법재판제도의 발전과 확립은 헌법재판의 역할기능에 관하여 다양한 견해를 놓고 있는데, 대표적인 주장들을 살펴보면, 첫째, 헌법의 수호자(*der Hüter der Verfassung*)로서의 역할,⁷⁾ 둘째, 보충적 입법자(*Ersatzgesetzgeber*)로서의 역할,⁸⁾ 셋째, 정부와의 관련에서, 정부의 동반자(*Nebenregierung*)⁹⁾ 혹은 정부의 반대자(*Vetospierer; Gegen- od. Kontra-regierung*)¹⁰⁾ 혹은 정부의 협력자(*Mitregierung*)¹¹⁾ 등의 역할, 넷째, 정치적 분쟁의 해결자로서의 역할,¹²⁾ 다섯째, (열린 사회의) 사회계약인 헌법의 보장 및 발전의 조정자로서의 역할¹³⁾ 등이 지적되고 있다. 헌법재판의 역할기능이 이처럼 확장되는 것은 국가의 규범적 권력으로서의 사법권이 독자성과 자율성을 가지게 되고, 정치과정에서 독자적인 참여자로서 기능하게 되었음을 의미한다. 이는 오늘날의 국가가 Montesquieu의 권력분립론을 넘어 실질적 의미의 권력분립이 확보되고 있음을 보여주는 것이다.¹⁴⁾

현대사회에서 나타나는 이러한 경향은 현대국가의 보편적 특징으로 받아들여지고 있지만, 일면으로는 예를 들면 EU와 같이, 세계화(globalization)와 더불어 국가

6) 거시적 측면에서는 국가권력의 측면에서 국가의 정책결정의 영역에서 헌법재판기관이 그 역할을 담당하게 되어 사법권이 실질적인 권력보유자로 자리잡았음을 의미하고, 미시적 측면에서는 헌법재판기관을 포함한 사법기관의 기본권보장을 통하여 국민생활의 구석구석까지 헌법의 규범성이 확장되고 있음을 의미한다.

7) 헌법의 수호자 논쟁에 관해서는, Schmitt, K./Kelsen, H., 김효진 역, 헌법의 수호자 논쟁, 교육과학사, 1991 참조.

8) Cf. Steiner, Udo, *Der Richter als Ersatzgesetzgeber*, in NJW, H. 40, S. 2919.

9) Cf. Schmidt, Manfred G., *Machtwechsel in der Bundesrepublik(1949-1990)*, in; Blanke, Bernhard/Wollman, Helmut(Hrsg.), *Die Alte Bundesrepublik. Kontinuität und Wandel. Leviathan-Sonderheft 12/1991*, Opladen, S. 179-203.

10) Cf. Tsebelis, George, *Veto Players. How Political Institutions Work*, Princeton, N.J. 2002; Wildenmann, Rudolf, *Die Rolle des Bundesverfassungsgerichtes und der Deutschen Bundesbank in der politischen Willensbildung*, Stuttgart, 1969.

11) Cf. Wewer, Götrik, *Das Bundesverfassungsgericht-eine Gegenregierung?*, in; Blanke, Bernhard/Wollman, Helmut(Hrsg.), *Die Alte Bundesrepublik. Kontinuität und Wandel. Leviathan-Sonderheft 12/1991*, Opladen, S. 310-335.

12) Cf. Ooyen, Robert Chr. van/Möllers, Martin H.W.(Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, VS Verl.(1. Aufl.), 2006, S. 215; Hönnige, Christoph, *Verfassungsgericht, Regierung und Opposition*, VS Verl., 2007, S. 207.

13) Cf. Häberle, Peter, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft*, in; Ooyen, Robert Chr. van/Möllers, Martin H.W.(Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, VS Verl.(1. Aufl.), 2006, S. 43.

14) 권력분립의 대표적 이론인 3권분립론의 이론적 기초가 3권간의 견제와 균형을 통하여 국민의 자유권을 보장함에 있다는 것은 주지의 사실이지만, 견제와 균형을 달성하기 위해서는, 3권이 각 각 정치과정에서 독자성을 가져야 함을 두말할 필요가 없다.

연합 형태의 공동체가 등장함으로써, 국제법의 헌법화(Konstitutionalisierung des Völkerrechts)가 논의되면서¹⁵⁾ 개별국가의 헌법과 연합체의 규범 사이의 괴리와 충돌현상이 나타나고,¹⁶⁾ 국제정치에서 법치주의의 한계가 지적되기도 하는 등,¹⁷⁾ 헌법재판의 범위와 내용, 그리고 한계 등에서 새로운 접근을 필요로 하는 상황이 전개되고 있기도 하다.¹⁸⁾

지극히 개괄적이지만 헌법재판제도의 역사와 역할기능을 언급한 것은, 세계사의 흐름 속에서 보편적인 국가운영의 기본원리로서의 헌법재판의 의미를 이해하고, 이제 갓 20년을 지나온 우리 헌법재판소의 경험과 위상을 점검해보는 척도로 이용할 수 있을 것이기 때문이다.

이하 II.에서는 우리나라 헌법재판소 탄생의 정치적 과정, 그리고 재판관임명과 결정의 경향에 관하여 간략히 살펴보고, III.에서는 정치과정과 헌법재판소의 관계에 관하여 논의한 후, IV.에서는 통일정책, 노동, 교육에 관련한 헌법재판소의 결정을 살펴본다. 마지막으로 헌법재판소를 포함한 사법제도 개헌에 관한 소견을 제시하는 것으로 이 글을 맺고자 한다.

II. 헌법재판소의 탄생과 성장

1. 헌법재판소제도의 채택

1945년 해방 이후 1987년까지 우리나라의 헌정은 권위주의적 권력으로 인해 오랜 기간 동안 독재의 사슬에 묶여 있었음은 주지의 사실이다. 식민지 경험과 분단이라는 중첩적 질곡이 현실을 지배하는 가운데, 새로운 국가건설(이승만 정부)과 경제발전(박정희 정부)이라는 명분 아래 시민사회(내지 민간사회)보다 국가를 우선시하고 우위에 둬으로써 헌법상 명분으로 내세운 자유민주주의와 현실의 상

15) Cf. Zifcak(ed.), *Globalization and the rule of law*, London, Routledge, 2005. 국내문헌으로는, 박진완, “세계화, 국민주권, 그리고 헌법”, 헌법학연구, 제14권 제3호, 한국헌법학회 편, 2008. 9, 1-28면 참조.

16) 오늘날 EU법과 회원국가의 법체계 사이의 충돌현상이 그 한 예이다.

17) Cf. Allain, Jean, *A Century of International Adjudication —The Rule of Law and its Limits*, Hague, TCM Asser Press, 2000, p. 7.

18) 예컨대, 2007년 여름에 있었던 세계헌법학회 총회의 대주제가 「헌법의 범위를 다시 생각하기 (Rethinking the Boundaries of Constitutional Law)」이었고, 그 하부의 네 가지 큰 주제 중의 하나가 「헌법의 국제화(the internationalisation of constitutional law)」이었다.

황은 상호 괴리되고 모순적인 모습을 보여주고 있었다. 민간사회의 장기간에 걸친 민주화의 정치적 투쟁은 1987년 6월 항쟁으로 나타났고, 드디어 국가와 시민사회의 합의 역전으로 인하여 새로운 헌법과 체제가 성립되었다. 소위 87년 체제가 그것이다. 4·19 혁명 이래 무산되었던 국민주권의 실질화가 다시금 성취되는 순간이었다.

1987년의 헌법개정에서는 대통령직선제가 가장 핵심적인 쟁점이었고, 국회에 설치된 개헌특위는 대통령선출방법에 관하여 합의를 이루었지만, 헌법상의 다른 규정들과 제도적 요소들에 대해서는 상대적으로 큰 관심을 기울이지 못한 채, 서둘러 헌법을 개정하였다.

현재의 헌법재판소의 사이버역사관에는 헌법재판소의 도입경위에 대하여 다음과 같이 서술하고 있다.

「각 정당은 개헌논의과정에서 헌법재판권을 어느 기관에 부여할 것인가에 관하여 의견을 달리하였다.

1987년 7월에 설치된 국회개헌특위의 논의초기에는 여당과 야당이 모두 위헌법률심사권을 대법원에 주자는 의견이었으나 그 밖에 정당해산심판권, 탄핵심판권, 권한쟁의심판권 등에 대하여는 여야간에 의견이 대립하였다. 여당은 정치적인 문제에 대하여 대법원이 개입하는 것이 바람직하지 못하므로 독립된 헌법위원회를 설치하여 담당하게 하자고 하였고, 야당은 이 권한들도 모두 대법원에 부여하자고 주장하였다. 정치권의 이러한 논의에 대해 대법원은 헌법위원회가 헌법재판권을 보유하는 것에 관하여 공식적으로 반대의견을 표명하였다.

그러나 여당과 야당은 당초의 견해와는 달리 헌법소원제도를 도입하는 과정에서 헌법재판소를 설치하고 이에 위헌법률심사권을 비롯한 헌법재판권을 부여하기로 하여 현행 헌법재판소제도를 입법하였다.」¹⁹⁾

이 서술에서는 헌법재판소가 도입되는 과정에 관하여 소략하게 설명하고 있는데, 약간 부연하여, 당시의 증언을 참고하면, 현재의 헌법재판소제도가 도입되는데 결정적인 계기가 된 것은 바로 헌법소원제도임을 알 수 있다. 즉, 87년 당시 국회 개헌특위의 위원이었던 임두빈 전 의원의 말을 빌리면,

「... 그 당시 제정할 당시에 헌법재판소에 대해서는 그리 신경을 많이 안 썼습니다. 그건 솔직하게 말씀드리는 것입니다. ... 그 당시 여야간에 이 헌법재판소를 두는 것은 옥상옥이다하는 점에 대해서는 공통된 의견을 가지고 있었습니다. 그렇기 때문에 미국

19) http://www.court.go.kr/home/history/open/20year_02.jsp.

식 사법심사제도 여기에 여야간에 의견이 일치했던 것입니다. 그러나 정치적인 사건을 법적으로 끌고 가는 것은 정치를 잘못하는 것이다. 그렇기 때문에 가능하면 정치적인 사건은 법적으로 끌고 가지 말자, 정치적인 것은 국회에서 끝내고 말아야지 사법부까지 신세질 수가 있느냐 이래서 그러면 가지 않기로 하자. 그리고 보니까 주된 문제가 뭐가 되느냐 하면, 헌법위원회에서 하고 있는 사항 중 위헌심사권 이것은 대법원에 주고 정치적인 관계, 정당해산, 탄핵, 권한쟁의는 헌법위원회에서 하자 그러니까, 야당에서 헌법위원회를 둘 필요가 뭐 있느냐, 사법권을 존중하고 또 키워 가려면 모든 권한을 사법부에 주어야 된다, 공정한 심판을 위해. 그러면 구라파에 있는 소원제도를 갖다 넣는다고 하면 우리가 양보를 하겠다. 이게 키(key)였습니다. 그래서 소원제도가 갑자기 들어간 거예요. 결국 소원제도가 문제입니다. ...」²⁰⁾

이 증언을 보면, 현재의 헌법재판소는 제도 자체의 가치나 깊이 있는 인식을 기초로 하여 설치된 것이 아니라, 헌법소원제도의 도입을 둘러싸고 여야 간의 간단한 타협으로 인하여 탄생한 것임을 알 수 있다. 개헌 당시 야당에서 헌법위원회를 주장했던 것은 추측컨대, 헌법재판소에 대하여 기존의 헌법위원회의 위상 정도로 인식하였던 때문이 아닌가 생각된다.

헌법재판소제도가 도입된 것이 이처럼 우연적 계기로 인한 것이었음에도 불구하고 이후의 헌법재판소의 활약상은 말 그대로 눈부신 것이었다고 해도 과언이 아니다. 굳이 이처럼 말하는 것은 헌법재판소가 도입되고 하위법인 헌법재판소법이 제정된 후에도 헌법재판소가 활발히 기능하리라는 예상보다는 오히려 과거의 헌법위원회처럼 사건이 별로 없을 것이라는 예상이 많았기 때문이다.²¹⁾ 이 점은 헌법재판소법이 제정될 당시 상임재판관의 수를 6인으로 하고 있었던 데에서도 추정할 수 있다.

2. 헌법재판소의 역할강화와 정치과정

비록 6·10 민주화항쟁을 거쳐 과거의 권위주의 권력을 타도하고 새로운 민

20) 서울대학교 법학연구소 편, “헌법재판의 활성화방안”, 국제학술세미나 자료, 1988, 146면 이하 참조.

21) 예컨대, 헌법재판소법이 제정된 이후 헌법재판의 활성화 가능성을 놓고 1988년 8월 26일에 개최된 심포지움에서, 권영성 교수는 헌법환경론, 여소야대에서의 위헌법률의 제정가능성의 회박, 법원의 소극적 자세, 헌법소원의 범위의 협소 등으로 인하여, 탄핵심판을 제외하고는, 헌법재판이 활성화될 가능성은 희박할 것으로 예상하였고(위 주 20의 책, 43-53면 참조), 계획열 교수는 추상적 규범통제의 배제, 법원재판의 제외로 인한 헌법소원제도의 무력화를 이유로(위 주 20의 책, 55-56면 참조), 김운룡 교수도 헌법재판소법 자체가 비활성화를 꾀하고 있다는 이유로 비판적인 입장을 표명하였다(위 주 20의 책, 117-118면 참조). 물론 이들 각 주장이 제시하는 비판의 근거를 개혁하여 장래에 헌법재판을 활성화하여야 한다는 주장도 적지 않았다.

주정부를 구성하기는 하였으나, 국가 전체에 남아 있는 권위주의적 요소들은 새로이 탄생한 헌법재판소가 제자리를 잡기에 많은 힘로가 있음을 보여주는 것이었다. 제도적으로는 이미 헌법재판소법의 제정과정에서 노정된 바와 같이,²²⁾ 헌법재판권을 법원의 권한으로 확보하는 데에 실패한 법원과 헌법재판소 사이의 권한다툼이 예상되고 있었고, 정치적으로는 과거 권위주의 권력 하에서 비민주악법이라고 평가되는 법률들²³⁾에 대한 위헌판단여부와 권위주의적 과거의 청산 문제가 커다란 부담으로 남아 있었으며, 사회적으로는 민주화 이후 터져 나오는 국민의 각종 요구들에 대하여 어떻게 답하여야 할지에 관하여 뚜렷한 전망을 할 수 없었던 상황이었다. 뿐만 아니라 지극히 제한적이라고 평가되었던²⁴⁾ 헌법재판소의 각 권한들을 어떻게 정상적으로 행사할 것인지에 관하여도 정해진 기준이 없이 헌법재판소 스스로 개척해 나가야 하는 상황이었다.

1988년 9월 1일에 헌법재판소법이 발효한 후, 조직과 인적 구성이 완료되기 전임에도 불구하고, 최초의 헌법소원사건으로 ‘사법서사법시행규칙’에 관한 헌법소원사건(88헌마1)과,²⁵⁾ 최초의 위헌법률심판사건으로 사회보호법 제 5 조 위헌심판제청(88헌가1)이 접수되었다.²⁶⁾ 최초의 위헌결정사건은 1990년 1월 15일 국가에 대한 가집행선고금지를 규정한 ‘소송촉진등에관한특례법’ 제 6 조 제 1 항 단서 위헌심판사건(88헌가7)이었으며, 이 후 헌법재판소는 20년 동안 위헌(헌법불합치, 한정위헌, 헌법소원사건 포함)결정으로 2008년 10월말 현재 총 477건의 위헌결정이 있었다.²⁷⁾

22) 1988년 1월 15일에 개척된 법무부 심포지움에서 가장 논란이 되었던 부분이 법원의 재판을 헌법소원에서 제외하는 것이 타당한가의 문제이었다. 법무부 편, 헌법재판제도, 법무자료 제95집, 1988. 2. 참조.

23) 5공화국 당시의 정치악법들에 대해서는, 한국기독교사회연구원 편, 법과 민주화—헌정정치악법 연구, 민중사, 1986 참조. 이 책에서는, 제 5 공화국헌법의 문제점과 함께, 국가보안법, 사회안전법, 사회보호법, 언론기본법, 집회 및 시위에 관한 법률, 자원관리법, 사회교육법, 경찰관직부집행법, 형사관련법, 노동관계법, 농민관계법 등과, 5공화국 당시 시안으로 나와 있었던 학원안정법 등에 대하여 검토하고 있다. 이 책에 수록된 법률들은 대부분 국회에 의하여 개정되거나 헌법재판소의 판단을 받았다.

24) 앞의 주 21의 각 주장 참조.

25) 이 사건은 이듬해인 1989년 3월 17일에 기각, 각하 되었고(헌재 1989. 3. 17, 88헌마1), 사법서사법은 1990년 1월 13일 법무사법으로 전면개정되었다(법률 제4200호). 이 법무사법의 시행을 위하여 대법원규칙으로 제정한 법무사법시행규칙(전부개정 1990. 2. 26. 대법원규칙 제1108호) 제 3 조 제 1 항(법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시행(이하 “시행”이라 한다)을 실시할 수 있다)이 나중에 문제된 조항이다.

26) 위헌법률심판사건으로 처음으로 제기된 사회보호법은 위헌심판제청만 130건이 넘을 정도로 문제가 많은 법률로 인식되고 있었다.

27) 헌법재판소 인터넷사이트의 심판사건누계표 참조. 89년 9건, 90년 9건, 91년 7건, 92년 16건, 93년 9건, 94년 11건, 95년 35건, 96년 8건, 97년 45건, 98년 35건, 99년 83건, 2000년 17건, 2001년 29건, 2002년 26건, 2003년 28건, 2004년 23건, 2005년 28건, 2006년 24건, 2007년 19건, 2008년

이 중 법률에 대한 위헌결정사건은 헌법재판소법 제68조 2항 사건을 포함하여 자그마치 390건이나 될 정도로 엄청난 숫자이다. 특히 외국의 입법례와는 다른 형태의 위헌법률심판제청수단인 헌법재판소법 제68조 제 2 항에 따른 위헌법률심판제청의 수가 본래의 위헌법률심판제청의 수보다 압도적으로 많은 것으로 나타나고 있는데(2008년10월 현재, 1585건 대 552건), 이는 법원이 상대적으로 당사자의 제청신청을 기각한 사례가 많았음을 보여주는 것이다.

한편, 헌법재판소가 국민의 인권을 보호하는 데에 기여하는 기관으로 인식되게 된 계기는 바로 검찰불기소처분에 대한 헌법소원을 인용하기 시작하면서부터이었다. 헌법재판소법이 제정될 당시에는 법원의 재판을 헌법소원에 포함시킬 것인가를 놓고 첨예한 대립을 벌였지만, 헌법소원제도가 활성화되는 데에는 의외로 검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원이 크게 기여한 것이다. 비록 적은 수이기는 하였지만, 헌법재판소가 검찰의 불기소처분취소결정을 내리게 되자, 이 후 헌법소원 사건은 검찰불기소처분에 대한 불복이 대부분을 차지하게 되었다.²⁸⁾ 이에 검찰은 헌법재판소에서 취소된 사건에 대해 이전과 동일한 처분을 내리기도 하였고, 국회 법사위에서 거론이 되기도 하였다.²⁹⁾ 또한 당시의 여당인 민자당의 의원 중에는 헌법재판소법을 개정하여 검찰의 불기소처분을 헌법소원의 대상에서 제외하여야 한다는 주장이 나오기도 하였다. 전통적인 권력기관으로서의 검찰이 헌법재판소의 위상에 위협을 가하려는 한 시도이었다고 볼 수 있다.

헌법재판소의 위상에 대하여 대립적인 입장을 가진 또다른 기관은 대법원이었다. 헌법재판소와 대법원 사이의 권한분쟁은 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 놓고 1990년 말에 처음으로 전개되었고, 두 번째로는 1996년4월에 한정위헌결정의 기속력에 관하여 서로 의견대립이 있었던 사례이다.

전자의 사건은 헌법재판소가 1990년 10월 15일 법무사법시행규칙에 관한 헌법소원사건에서 법무사법시행규칙의 위헌성여부를 심판할 수 있다는 것을 전제로 하여 「법무사법시행규칙(1990. 2. 26. 법원규칙 제1108호) 제 3 조 제 1 항은 헌법에 위

10월말 현재 16건. 각 사건수는 헌법재판소 인터넷 사이트의 사건통계부분을 재구성한 것이다. 1999년의 경우 헌법재판소의 연도별 심판사건 접수 및 처리현황 통계기록에서 제68조 2항사건 중 위헌이 69건으로 표기되어 있는데 이는 오기인 것으로 보인다.

28) 행정권의 행사에 대한 헌법소원 사건 총계 11,245건 중, 불기소처분에 대한 불복이 9,539건으로 약 85%를 점하고 있다. 헌법소원의 대상에서 법원의 재판이 제외되지 않았다면, 아마도 법원의 재판에 대한 헌법소원도 어마어마한 수가 되었을 것으로 짐작된다. 총체적으로 검찰을 포함한 우리나라의 (광의의) 사법기관에 대한 국민의 불신을 보여주는 예라 할 것이다.

29) http://likms.assembly.go.kr/kms_data/record/data/1/148/148ba0002b.PDF#page=1 제148회 제2차 법제사법위원회 회의록 50면 참조.

반된다」는 취지의 결정을 내린 데에 대하여, 대법원은 헌법재판소가 헌법의 명문 규정을 무시하고 명령·규칙에 대한 위헌심사를 함으로써 대법원의 권한을 침해하였다고 하여 문제를 제기하였다. 문제의 초점은 헌법 제107조 제2항에서 「명령, 규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다」고 규정하였기 때문에 대법원규칙에 대한 최종적 심사권을 대법원이 가짐에도 불구하고 헌법재판소가 이를 무시하고 대법원규칙에 대한 위헌판단을 하였다는 것이었다. 이 문제는 헌법소원의 대상이 어떤 것인가를 결정하는 중요한 것이었고, 헌법재판소와 대법원 그리고 재야 법조계 및 학계에서 치열한 공방이 있었다.³⁰⁾ 각각의 견해의 당부는 별론으로 하더라도 최소한 명령·규칙에 의하여 직접 침해를 당한 자의 기본권 구제라는 측면에서 본다면, 법원이 그동안 국민의 권리구제에 대하여 소극적으로 대처해 온 부분에 대하여 헌법재판소가 적극적으로 개입하였다는 점에서 헌법재판소의 기본권구제의 적극성을 높이 평가할 필요가 있을 것이다.³¹⁾

후자의 사건은 헌법재판소가 1995. 11. 30, 94헌바40, 95헌바13 사건에서, “구 소득세법 제23조 제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서는 실지거래가액에 의할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다”라는 주문의 결정을 한 데에 대하여, 대법원이 1996년 4월 9일의 판결(95누11405)에서, ‘… 한정위헌결정의 경우에는 헌법재판소의 결정에 불구하고 법률이나 법률조항은 그 문언이 전혀 달라지지 않은 채 그냥 존속하고 있는 것이므로 이와 같이 법률이나 법률조항의 문언이 변경되지 아니한 이상 이러한 한정위헌결정은 법률 또는 법률조항의 의미, 내용과 그 적용범위를 정하는 법률해석이라고 이해하지 않을 수 없다. … 한정위헌결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미·내용과 그 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일응 표명한 데 불과하여 이와 같이 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 대하여 어떠한 영향을 미치거나 기속력도 가질 수 없다고 하지 않을 수 없다’고 하여, 헌법재판소의 한정위헌결정의 효력을 부인한 사례이다. 헌법재판소는 대법원의 견해에 대하여 다시금 한정위헌결정의 기속력을 인정하는 결정을 내리면서,

30) 법원행정처 헌법연구반, 명령·규칙에 대한 위헌심사권, 1990. 11; 박일환, “법규범에 대한 헌법소원과 제소요건”, 한국공법학회 제13회 월례발표회 논문집 5면 이하 수록, 1990. 12. 14; 이석연, “헌법소원의 대상으로서의 명령규칙에 대한 위헌여부심사권”, 앞의 월례발표회 논문집 30면 이하 록; 김철용, “헌법재판소 89헌마178 결정에 대한 관견”, 앞의 월례발표회 논문집 41면 이하 수록.

31) 김철용, 앞의 주 30)의 글, 44면 참조.

위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판에 대하여 헌법소원이 가능하다고 함으로써 대법원의 판결을 취소하였고,³²⁾ 학계에서도 대법원의 견해가 적절하지 않은 것으로 평가되었다.³³⁾ 대법원은 이에 대해 헌법재판소의 한정위헌결정의 효력을 인정하지 아니하고 여전히 종전과 같은 판결을 내렸는데,³⁴⁾ 이는 헌법재판소와 대법원의 권한다툼의 한 양상으로 여전히 해결되지 않은 문제이다.

헌법재판소와 대법원 사이의 권한다툼은 헌법재판소의 권한확립에 대하여 대법원이 계속 이의를 제기하는 형태로 전개되고 있는데, 이러한 현상은 헌법재판권이 사법권의 한 내포이면서 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단임을 간과한 채, 헌법재판소를 대법원에 대립되는 기관으로 인식한 때문이라고 생각된다. 일면으로는 헌법재판소가 오늘날과 같이 강력한 국가기관으로 자리잡으리라고는 전혀 예상하지 못한 채, 헌법 및 헌법재판소법을 제정함으로써 인하여 발생하는 문제이기도 하다.³⁵⁾ 장래에 헌법과 헌법재판소법의 개정에서 반영되어야 할 필요가 있다.

3. 재판관임명의 정치학—헌법재판관의 정치적 성향에 관하여

헌법재판에 있어서 가장 중요한 것은 헌법재판을 담당하는 재판관의 문제이다. 무릇, 법적 판단이라 함은 현실의 사건에 대하여 법규범을 적용하여 법이 정한 효과를 부여하는 것이라 할 때, 이를 담당하는 재판관은 기계적인 법 적용·작용만을 담당하는 것으로 인식되어 왔던 것이 근대적인 사법관념이었다. 그러나 오늘날에는 재판관이 법창조 내지 법형성기능을 담당하게 되고, 이른바 권력성을 갖게 되었다는 점에 이의를 제기하는 견해는 거의 없다고 하여도 과언이 아니다. 특히 헌법재판의 경우에는 헌법의 정치성으로부터 유래하는 사건의 정치적 성격으로 인해 이를 판단하는 재판관이 갖는 정치적 성향은 사건 판단에 있어서 매우 결정적인 영향을 미치는 것으로 이해되어 있다.³⁶⁾

32) 헌재결 1997. 12. 24, 96헌마172등. 김철수 교수는 이 결정에 대하여 일부나마 법원의 판결에 대하여 헌법소원의 가능성을 열어놓은 것으로 평가하고 있다. 동, 헌법학(하), 박영사, 2008, 2090면 참조.

33) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 2089면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 1152면; 허영, 헌법소송법론(2판), 박영사, 2007, 244-245면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1208면; 정종섭, 헌법소송법(5판), 박영사, 2008, 56면.

34) 대법원 2001. 4. 27, 95재다14.

35) 대법원의 공식적인 견해는 아니지만, 법원의 구성원인 법관이 현행 헌법재판제도에 관하여 여러 가지 문제점을 지적하고 있는 글로, 최완주, “헌법재판제도의 재구성: 사법분열방지를 위한 방안을 중심으로”, 법조, 제55권 제3호(통권 594호), 20-60면 참조.

36) 예컨대, Segal과 Spath는 미연방대법원의 판결의 모델로서, 법적 모델(the legal model), 태도론적

헌법재판소 재판관의 정치적 성향은 재판관의 임명과정에서도 철저히 반영된다. 그러한 점에서 재판관임명은 중대한 정치행위로서의 의미를 지닌다.

우리 헌법상 헌법재판소 재판관은 대통령이 3인, 국회가 3인, 대법원이 3인을 선출 또는 지명한 9인을 대통령이 임명하도록 하고 있다. 이 임명과정에서 대통령과 국회 그리고 대법원은 그 각각의 정치적 성향에 따라 후보자를 선출 또는 지명하게 되는데, 선출 또는 지명되는 후보자의 정치적 성향은 헌법재판소 결정의 방향에 대하여 적지 않은 영향을 미치는 것으로 판단된다. 예컨대, 초대 헌법재판소 재판관 중 국회 선출 케이스로 임명된 변정수 재판관은 야당인 평민당의 추천으로 재판관이 되었는데, 이후의 판결에서도 그 정치적 성향이 그대로 드러나기도 하였다.³⁷⁾

1994년 제 1기 헌법재판소 재판관들의 임기가 끝나고 새로이 재판관들을 임명하는 과정에서는 그 임명방법을 둘러싸고 논란이 있었다. 특히 학계와 사회운동단체에서는 헌법재판소 재판관의 자격, 수, 임명방법 등을 개선해야 한다는 주장이 강하게 제기되었다.³⁸⁾ 그러나 김영삼 정부와 국회 그리고 대법원은 이에 응하지 아니하고 1994년 9월 15일 일방적으로 제 2기 재판관들과 헌법재판소장을 임명하였다.³⁹⁾

참여연대 사법감시센터의 조사결과를 보면, 2008년 10월 현재까지 헌법재판관을 역임한 사람은 모두 37인인데(2인은 연임), 이 중 판검사 경력자가 아닌 변호사나 (변호사자격이 있는) 헌법연구자가 헌법재판관이 된 경우는 전혀 없는 것으로 나타나 있다.⁴⁰⁾ 특히 초기에는 법관경력자 중 퇴직한 지 상당한 기간이 경과한 변호사들이 임명되었으나, 퇴직한 지 3년 이내의 변호사를 포함하여 법관경력자가 51.3%(20명)으로 전·현직 헌법재판관의 절반 이상을 차지하고 있으며, 시기가 지날수록 더욱 높아진 것으로 조사되었다.⁴¹⁾ 이러한 현상은, 이미 지난 2000년 9월

모델(the attitudinal model), 합리적 선택모델(the rational choice model) 등으로 나누어 설명하고 있다. Segal, J.A./Spath, H.J., *The Supreme Court and The Attitudinal Model Revisited*, Cambridge Univ. Press, 2002 참조.

37) 남복현, “헌법재판소 재판관의 재판 성향”, 법과 사회 제 5호(창작과 비평사, 1992), 139면 참조.

38) 그 이전의 논의로서 상임재판관의 수를 12-14인으로 하자는 견해로 권영성, “헌법재판의 현황과 과제”, 대한변협 심포지움(1990. 12. 17), 인권과정의(1991. 2)가 있었고, 재판관의 자격에 관한 논의는 최대권, “헌법재판소의 정치학—그 구조와 기능을 중심으로—”, 서울대학교 법학 제34권 1호 (1993. 2), 106면 이하; 법학교수회의 사법제도개혁에 관한 결의문 및 건의문[한국법학교수회 편, 법학교육과 법조개혁(길안사, 1994), 부록 수록] 등.

39) 헌법재판소 제 2기 재판관 임명의 문제점에 관해서는, 이승우, “헌법재판소 구성방법과 제 2기 재판관임명의 문제점”, 법과 사회 제10호(1994 하반기), 264면 이하 참조.

40) 이수리포트, 헌법재판소 20년, 헌법재판관 및 헌법연구관 구성분석, 헌법재판소를 누가 움직이는가?, 참여연대 편, 2008. 8. 31. 발간, 3면 참조. 인터넷사이트는, <http://blog.peoplepower21.org/Judiciary/40288>.

41) 위 리포트, 4면. 최초 재판관 임명때인 1988년 경우 당시 임명자(9명)중 11.1%(1명), 1991-1994

헌법재판관들에 대한 최초의 인사청문회에서 인사청문특별위원회의 개선점으로 지적되었다.⁴²⁾

헌법재판소재판관의 임명에 법관경력자가 많다는 것은 그 자체로 별로 문제 되지 않는 것처럼 보이지만, 실제로는 매우 심각한 문제를 안고 있다.

먼저, 우리나라 법원의 기본적 성격을 지적하지 않을 수 없다. 주지하다시피, 우리나라 법원은 일제강점기의 법원이 사실상 그대로 이어졌고, 그 영향에 따라 법원의 관료화와 계급화로 인해 많은 문제점이 지적되었던 경험을 가지고 있다.⁴³⁾ 건국초기에는 김병로 대법원장에 의하여 사법부의 독립이 유지되었으나, 이승만 대통령에 의하여 왜곡되기 시작한 사법부는 박정희 정권과 전두환 정권을 거치면서 철저히 권력지향적 사법부로 변질되었다.⁴⁴⁾ 민주화 이후 법원도 많은 개혁이 있기는 했으나, 관료화와 계급화의 문제가 완전히 극복되었다고 보기에는 무리가 있다. 이러한 상황에서 헌법재판소 재판관마저도 관료화된 법원의 한 직급처럼 취급되는 듯한 느낌을 지우기 어렵다. 말하자면, 피라미드 구조로 관료화되어 있는 법원조직에서 대법관과 비슷한 지위로 헌법재판관을 인식함으로써, 일면 법원 자체의 인사의 숨통을 틔워주는 좋은 기회로 인식되는 것이다.

다음으로, 헌법재판의 성격에 비추어 법관경력자만을 헌법재판소재판관으로 임용하도록 하는 것은 사회의 다양한 요구를 수용할 수 없다는 단점이 있다. 헌법재판 자체가 헌법의 개방성을 전제로 하여 변화하는 사회현실에서 제기되는 다양한 문제들을 다양한 시각에서 접근하고 이를 해결하도록 하는 것이라면, 적어도 법관경력자 이외의 비법조의 다양한 경력자들을 헌법재판소 재판관으로 임명하는 것이 바람직하다. 법원의 경우, 헌법재판소 재판관으로 임명되기 위하여는 적어도 고등법원의 부장판사 이상의 직급을 가진 자인 경우가 대부분인데, 이 경우 기존

년의 임명자(9명)중에서 44.4%(4명), 1997-2000년의 임명자(9명)중에서는 66.7%(6명), 2001-2007년의 임명자(12명)중에서는 75.0%(9명).

42) 위 리포트, 같은 면. 헌법재판소재판관에 현직법관출신이 점차 증가한다는 것은 헌법재판소의 위상에 대한 대법원의 인식이 크게 작용한 것으로 판단된다. 즉, 초기에는 헌법재판소가 오늘날과 같이 강력한 권력기관으로 자리잡을 것을 예상하지 못하였기 때문에, 쉽게 말하여 '별 볼일 없는 기관'일 것으로 생각하였다가 막상 그 위상이 증대한 후에는 적극적으로 정치권에 로비한 결과가 아닌가 생각된다.

43) 일례로 일제강점기에 법조인자격을 얻은 사람이 우리나라의 제조법조에서 마지막으로 퇴장한 시기가 1981년(이영섭 대법원장)이었음을 상기하면, 우리나라는 36년간 식민통치를 통해 고통을 받았을 뿐만 아니라 해방 후 36년간 억압적 식민통치의 기제이었던 식민지사법을 그대로 잔존시켰고, 이어서 독재권력이 등장함으로써, 민주국가에 걸 맞는 사법제도를 갖추지 못했음을 인정하지 않을 수 없다. 유신시대 이후에는 우리 사법부가 철저히 권력의 시녀로 전락하였고, 1987년 민주화 이후부터 법원의 개혁에 관하여 법원의 안팎에서 적지 않은 목소리들이 있었다.

44) 즐고, "정치과정에 있어서의 사법권에 관한 연구", 서울대학교 박사학위 논문, 1996 참조.

의 법원의 시각에만 익숙한 경우가 대부분일 것이다. 소수의 비법조경력자가 헌법재판소 재판관이 된다 하더라도 다수의 법조경력자가 있다면, 법적 전문성을 확보하는 데에는 아무런 문제가 없을 것이다. 새로이 헌법과 헌법재판소법이 개정된다면 반드시 고려되어야 할 사항이다.

재판관임명의 정치적 성격을 극명하게 보여준 사례가 2006년에 있었던 헌법재판소장 임명파동이였다. 2006년 9월, 헌법재판소의 소장을 임명하는 과정에서, 임명권자인 대통령의 소장후보자지명(전효숙 헌법재판소 재판관)에 대하여 한 국회의원이 헌법상 임명과정에 절차적 하자가 있음을 제기하고, 이어서 야당이 임명권자인 대통령의 소장후보자 지명철회를 요구하는 헌정사상 초유의 사태가 발생한 것이다. 이 사태는 결국 대통령이 소장후보자에 대한 기존의 지명을 철회하고 새로운 후보자를 지명하여 국회의 임명동의절차를 거친 뒤, 다음해 1월에 헌법재판소장에 취임함으로써 일단락되었다.⁴⁵⁾ 이 사태가 발생한 근본원인은 헌법재판소 구성에 관한 헌법규정 자체에 문제가 있었지만, 더 큰 문제는 정치권의 어느 누구도 헌법규정의 입법적 불비를 보완할 법의 제정 혹은 개정을 제안하지 않았다는 점이다. 정치적 행위자들은 단지 헌법상 규정의 불비를 문제삼아 정치적 목적을 달성하는 데에만 관심이 있었을 뿐이었다. 다만, 한 가지 성립된 규범적 결과는 기존의 헌법재판관을 사퇴시킨 후 새로이 헌법재판소의 소장으로 임명하는 것은 인정되지 않는다는, 일종의 헌법적 관습을 정립한 것으로 평가될 수는 있다.

III. 정치과정과 헌법재판소— 헌법재판소의 제자리잡기

1. 민주주의의 정착과 헌법재판소

헌법재판소가 출범할 즈음, 정치권은 4·26 총선으로 여소야대 정국이 형성되었고 그에 따라 비민주적인 과거청산의 문제가 강하게 제기되었다. 민간사회에 의하여 정치악법으로 지적되고 있던 법률들은 정권의 유지와 억압적 통치를 위한 제

45) 최고사법기관의 장을 임명하는 것을 지연하여 국민의 인권보호를 소홀히 한 사례는 이미 약 50년 전에도 있었던 불상사였다. 바로 1957년 초대 대법원장 김병로의 퇴임 이후에 대통령 이승만이 후임 대법원장을 약 6개월 동안 임명하지 않은 채 미루었다가 자신의 뜻에 맞는 후임자를 임명한 사례이다. 이는 정치의 영역이 사법의 영역에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지를 단적으로 보여준 사례이었음에도 불구하고, 50년이 지난 2006년에도 역사로부터 교훈을 얻지 못한 채 다시 같은 종류의 혼란을 되풀이한 것이다.

악법들이었다.⁴⁶⁾ 이들 법률들을 폐지 혹은 개정하는 것은 민주주의의 성취를 위하여 절대 필요한 것이었을 뿐만 아니라 그 자체 사법의 판단기준이었기 때문에 사법권의 정상적 기능을 위해서도 당연히 폐지 혹은 개정되어야 하는 것들이었다.

이들 법률들은 국회가 폐지 혹은 개정하거나 그렇지 않으면 헌법재판소가 당해 법률을 위헌무효로 판결함으로써 효력을 상실시키는 두 가지 방법에 의해 처리될 수 있는 것이었다.

상당수의 법률들은 국회에 의하여 개정되었지만, 전시대에 억압적 기제로 작용하였던 법률에 대해서는 별로 개정이 이루어지지 않았다. 그것은 노태우 정권이 국민의 직선에 의하여 집권하기는 했으나 아직은 과거의 억압적 통치방법을 버리지 않고 있음을 의미하는 것이었다. 이러한 법률들에 대해서는 국회에 의하여 개정 혹은 폐지되기를 기다리기보다는 새 헌법에서 새로이 규정하고 있는 위헌법률 심사제도를 통하여 헌법재판소의 결정으로 무효화하는 방법이 남아 있었다.

헌법재판소에 제기된 반민주악법의 대표적인 것은 바로 제헌 이후 그 화려한 명성을 유지해온 국가보안법이었다. 그러나 헌법재판소는 1990년 4월 2일 국가보안법 제 7조 1항 및 5항에 대한 한정합헌판결을 내림으로써 국가보안법을 그대로 존속시키고 말았다.⁴⁷⁾ 다만 국가보안법 제19조(구속기간의 연장)에 대해서는 1992년 4월 14일 판결에서 일부위헌결정이 내려졌다.⁴⁸⁾ 국가보안법은 수차례의 개정이 이루어지고, 한 때 거의 사문화되다시피 한 법률이었지만, 최근의 분위기에 편승하여 다시 활개 칠 조짐을 보여주고 있다. 헌법재판소가 좀더 과감하게 동 법률을 무효화하였다면 우리나라의 민주화가 훨씬 진척되었으리라 판단된다.

헌법재판소가 정치과정에 가장 민감하게 반응하는 결정들은 이른바 「과거청산」과 관련된 사건들에 관한 결정들이다.⁴⁹⁾ 이들 사건 중에서 특히 12·12 사건과 5·18사건에 대한 검찰의 불기소처분에 관한 헌법재판소의 결정은 현실의 정치과정과 직접적인 연관성을 보여주고 있는 결정이다.

12·12사건에 관한 결정은⁵⁰⁾ 사건에 직접 관련된 피의자들 중의 상당수가 여

46) 앞의 주 23의 책 참조.

47) 현재 1990. 4. 2, 89헌가113 결정. 이 결정의 논리는 그 이후에도 그대로 이어지고 있다.

48) 현재 1992. 4. 14, 90헌마82 결정.

49) 국가보위입법회의법에 관한 결정(현재 1989. 12. 18, 89헌마32·33 전원재판부결정); 반국가행위 자처벌에 관한 특별조치법에 관한 결정(현재 1993. 7. 29, 90헌바35); 공권력행사로 인한 재산권침해에 대한 헌법소원(국제그룹해체사건)에 관한 결정(현재 1993. 7. 29, 89헌마31); 12·12 사건에 대한 검찰의 불기소처분에 관한 결정(현재 1995. 1. 20, 94헌마246) 등.

50) 정승화 외 21인의 청구인들은 1993년 7월 19일 대검찰청에 이른바 12·12 사건에 관하여 청구의 전두환의 33명을 고소하였고, 서울지검은 위 사건의 고소장을 송부받아 수사한 후, 피고소인 전두환 외 34인에 대하여 “혐의없음”, “기소유예” 또는 “공소권없음”의 각 불기소처분을 하였다.

전히 정부여당의 고위직에 재직하고 있는 정치적 상황하에서 내려진 것으로, 헌법재판소의 결정에 대한 국민의 기대는 매우 큰 것이었으나, 헌법재판소는 결국 검찰의 불기소처분이 정당하였음을 인정하고, 다만 대통령 재직 동안의 공소시효진행정지에 대한 판단만을 하고 말았다.

5·18 사건에 관한 결정은,⁵¹⁾ 3당합당을 전제로 성립한 김영삼 정부가 3당합당의 논리를 깨뜨리고 3당합당의 한 당사자이었던 김종필을 당으로부터 축출하고, 그 후 지방자치단체의 장 선거에서 패배하여 상당한 정치적 위기의식을 느끼고 있었던 상황에서 검찰의 공소권없음이라는 결정이 내려졌고, 이 결정에 대한 국민적 비난이 고조되고 있었으며, 아울러 헌법재판소의 평의가 진행되고 있던 시기는 전임 대통령 노태우의 비자금 사건이 터져 사회의 비상한 관심아래 그 수사가 진행되고 있었던 시점이었다. 이러한 상황하에서 헌법재판소의 수차례의 평의가 진행되는 과정에서 검찰의 결정의 위헌여부에 관하여 격론이 벌어졌었으나, 전 대통령 노태우의 구속이후(11월 17일) 11월 23일의 평의 및 최종 평의이었던 11월 27일의 평의에서는 아무도 소수의견을 내지 않고 일치된 견해를 보인 것으로 전해지고 있다.⁵²⁾ 그리고 헌법재판소의 각하결정의 다수의견은 형식적인 법규정에 따라 각하결정을 한 것으로 보이지만, 이례적으로 각하결정 및 반대의견에 대하여 TV중계를 허용하는 등, 결정내용은 각하로 하되 반대의견을 생중계의 형식으로 공표함으로써 정치적·사회적 효과를 극대화하려는 모습을 보이기도 하였다.

12·12 사건과 5·18 사건에 대한 헌법재판소의 결정이 내려지는 과정은 현실의 정치상황과 헌법재판소 사이의 예리한 긴장관계를 여실히 보여주는 사례이었다. 이 과정에서 헌법재판소는 직접 주도적으로 정치적 및 사회적 부담을 짊어

청구인들은 위 불기소처분 중 피의자 전두환에 대한 부분에 불복하여 검찰청법의 규정에 따라 항고 및 재항고를 하였으나 모두 이유없다고 기각되자(1994. 11. 10), 피의자 전두환에 대한 피청구인의 위 불기소처분은 매우 자의적인 검찰권의 행사로서 범죄피해자인 청구인들의 헌법상 보장된 기본권, 즉 평등권, 재판청구권, 재판절차진술권 등을 침해하였다는 이유로 1994. 11. 24. 이 사건 헌법소원심판청구를 한 것이다.

51) 1995년 7월 18일 서울지검은 1980년의 5·18 항쟁에 대한 고소고발사건에 대하여 “공소권없음” 결정을 내렸고, 이에 정동년 등 322명의 고소고발인들은 7월 24일 검찰의 처분에 대한 헌법소원을 제기하였고, 8월 3일에는 이신범 등 18인이 헌법소원을 제기하였다. 이에 헌법재판소는 8월 8일, 전원재판부에 회부하여 심리하기로 결정하고, 심리가 진행하여 11월 30일에 결정을 선고하기로 하였다. 그러나 헌법재판소의 평의가 진행되고 있던 11월 25일, 대통령 김영삼은 5·18 사건에 대한 特別法制定을 여당에 지시하였다. 청구인들은 헌법재판소의 결정이 5·18 사건에 대한 특별법제정에 걸림돌로 작용할 것을 우려하여 11월 29일 헌법소원취하서를 제출하였고, 11월 30일 헌법재판소는 위 헌법소원 결정선고를 연기한다는 발표를 하였다. 2주일이 경과한 12월 15일 헌법재판소는 5·18 헌법소원의 심판절차가 종료되었다는 선언을 하였다.

52) 동아일보 1995. 11. 28.자 참조.

지려 하기보다는 사회의 다른 정치세력들의 눈치를 살피면서 끌려가는 듯한 입장을 견지했음을 부인하기 어렵다. 설립된 지 6, 7년 정도밖에 되지 않은 헌법재판소로서는 스스로의 지위가 확고하게 확립되기도 전에 너무 큰 짐을 진 것인지도 모른다. 그러나 적극적으로 이미 둘러진 물줄기의 흐름을 타는 지혜는 없었던 것일까? 그를 통해 자신의 입지를 더욱 공고히 할 기회를 포착하는 지혜는 없었을까?⁵³⁾ 아마도 유신시대와 5공시대에 법조인으로서 살았던 헌법재판소 재판관들의 자기인식에 근거하여 볼 때, 이는 쉽지 않았으리라!

2. 정책결정자로서의 헌법재판소

오늘날의 사법권이 전통적인 의미의 분쟁해결기능(dispute-resolution) 뿐만 아니라 정책결정자(policy-maker)로서 기능한다는 것은 더 이상 부연할 필요가 없다. 특히 헌법재판의 경우에는 그 정책결정기능은 의회의 정책결정에 대하여 때로는 보완적으로⁵⁴⁾ 때로는 강제적으로⁵⁵⁾ 행해지고 있다. 원래 의회에서 법률을 제정한다는 것은 법적으로는 법률이라는 일정한 규범형식을 정한다는 의미이지만, 정치적으로 내지 정책적으로는 일정한 사항에 대하여 정책을 결정한다는 것을 의미한다. 따라서 법학문헌에서 「~에 관한 법률」은 모두 「~에 관한 정책결정」으로 이해해도 무방하다고 생각한다.

의회에서 법률을 제정하는 과정, 즉 정책을 결정하는 과정은 국민을 대표하는 다양한 이해관계자의 토론과 타협을 통하여 이루어지는 정치적·동적인 과정이지만, 법률의 효력에 대한 헌법재판소의 심사과정은 철저히 헌법규범적 논리에 기초하여 이루어지는 법적·정적인 과정이다. 따라서 특정법률에 관하여 헌법재판소가 위헌여부를 심사한다는 것은 당해법률이 헌법이 정한 테두리 내에서 허용할 수 있는 정책인지의 여부를 판단하는 것이다.

헌법재판소가 정책결정을 하는 것은 의회처럼 적극적인 정책선택의 방법에 의한 것이 아닌 소극적인 정책배제의 방식에 의하여 결정된다. 이 때 어떤 정책이 헌법규범에 반하는지의 여부를 결정하는 것은 쉽지 않은 ‘난감한 문제(hard case)’

53) 주지하다시피, 미국의 위헌법률심사제도의 시초가 된 *Marbury v. Madison* 판결도 미국 건국 초기의 첨예한 정치적 이해대립의 상황에서 확립된 것이다.

54) 법률에 대한 합헌결정은 그 자체 의회의 정책결정의 헌법적 정당성을 부여하는 것이다.

55) 헌법재판소의 입법촉구(법률개선)결정은 헌법재판소결정이 갖는 사회적·정치적 구속력의 유무에 따라 의회를 강제할 수도 있다. 말하자면, 헌법재판소의 결정에 대하여 이를 무시할 수 없고 또 무시하지 않는 정치풍토가 확립되어 있는 나라에서는 헌법재판소의 입법촉구결정은 의회에 법률의 개정을 의무지우는 효과를 갖는다.

이다.⁵⁶⁾ 재판관은 무엇이 합헌인지 혹은 위헌인지에 관한 공동체의 기본관념, 즉 헌법의 이념에 근거하여 이를 결정이라는 형태로 제시한다. 사법적극주의와 사법소극주의는 정책결정에 있어서의 헌법재판소의 적극성 여부에 따라 결정된다.

우리나라의 헌법재판소는 지난 20년간, 수백건의 법률을 위헌으로 결정하였는데, 이것은 그 자체로 국민의 기본권보장과 국정운영에 관한 기본적인 정책을 결정하는 행위이었다. 이와 같은 헌법재판소의 정책결정은 정치적·경제적·사회적 제요인에 의하여 (대표를 통해) 국가의 정책결정에 자신의 의사를 반영하지 못하는 약자와 소수자들의 이해관계를 반영할 수 있을 때에 그 가치를 인정받을 수 있다(counter-majoritarianism).

전반적으로 보아, 지난 20년간 헌법재판소는 약자와 소수자의 권리와 이익을 신장하는 데에 기여한 점은 틀림없으나, 결코 만족스럽지 못하였다고 평가하고 싶다. 이는 약자와 소수자를 포함한 국가공동체구성원 전체의 이익이 아니라 특정집단이나 계층의 이익을 반영하는 결정들이 적지 않았기 때문이다.

3. 정치적 분쟁의 해결자로서의 헌법재판소

헌법재판소의 역할기능에 비추어 볼 때, 헌법재판소는 항상 정부여당과 그 반대자의 첨예한 정치적 대립관계의 한가운데에 서게 된다. 이 때 헌법재판소와 정부여당, 그리고 그 반대자(야당 기타 사회세력)는 긴장의 삼각구도(ein Spannungsdreieck)⁵⁷⁾를 형성하게 된다. 반대자들은 헌법재판을 일종의 정치적 무기로서 이용하려 한다.⁵⁸⁾ 우리나라의 경우에도 이는 예외가 아니었다. 헌법재판소가 정치적으로 매우 중요한 지위를 확보하게 되자, 정치적 영역에서 제기되는 각종의 문제들이 헌법재판소에 몰려들기 시작하였다. 헌법재판이 정치적 영역의 소용돌이 속에 있게 되는 것은 민주주의와 법치주의를 공동체의 기본원리로 채택하는 한, 필연적인 현상이다. 정치인들은 자신의 정치적 목적을 달성하기 위하여 다양한 수단을 선택할 수 있지만, 오늘날의 민주주의는 그 수단들이 법치주의의 한계 내에 있을 것을 요구한다. 그러나 민주주의와 법치주의는 정치인들에 의해 양자를 서로 파멸

56) Barak은 hard case를 정의하기를, 재판관이 합법적인 두 대안 중에서 어느 하나를 선택하는 권한을 가지는 사건으로 정의한다. Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton Univ. Press, 2008, xiii, note 15.

57) Hönnige, Christoph, supra (n. 12), S. 1 ff.

58) Maravall, J.M./Przeworski, A.(ed.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge Univ. Press, 2003, p. 261.

로 이끌 수 있는 기회를 제공할 수도 있다.⁵⁹⁾ 즉, 다수결주의(majoritarianism)에 기초한 민주주의를 강조할 때에는, 사법권독립에 기한 법치주의가 왜곡될 우려가 있고, 사법권의 엄격한 형식적 법치주의를 강조할 때에는 정당한 다수의 의사가 왜곡될 수도 있다. 정치인들의 이러한 욕구를 자제시키고, 고함과 몸싸움 그리고 폭압적 수단으로 인한 정치를 숙고(deliberation)와 타협(compromise)의 정치로 변화시키는 기제로서 헌법의 테두리 내에서 정치가 작동하도록 그 테두리를 명확히 설정해 주는 역할을 하는 것이 헌법재판소이다.

헌법재판소의 이러한 기능에 비추어 볼 때, 우리나라의 헌법재판소는 긴장의 삼각구도 속의 한 당사자가 아니라 대립된 양 당사자의 어느 일방에서 서서 자신의 권한을 행사한 것이 아닌가 하는 의심이 있다. 이러한 의심을 낳는 대표적 사례가 2004년의 두 결정, 즉 대통령탄핵 사건과 신행정수도이전특별법 사건이다.

대통령탄핵기각결정(헌재 2004. 5. 14, 2004헌나1)⁶⁰⁾은 국민들의 대규모의 촛불시위가 연일 지속되고, 탄핵소추 한 달 후에 있었던 국회의원 선거에서 여당이 과반수의 의석을 확보하는 정치적 상황이 전개되는 와중에 내려진 결정이었다. 결정이 내려진 후, 많은 헌법학자와⁶¹⁾ 정치학자들이⁶²⁾ 헌법재판소의 결정에 대하여 비판적인 견해들을 제시하였다. 대부분의 학자들은 현행 헌법상의 탄핵제도가 정치하지 못한 점을 지적하면서 아울러 헌법재판소의 결정에 대하여 논리적으로 문제를 안고 있음을 강하게 질타하였다.⁶³⁾ 이 결정은 앞서 지적한 바와 같이, 민주주의와

59) Maravall, J.M./Przeworski, A.(ed.), id., p. 266.

60) 2004년 3월 12일 제246회 국회임시회 제2차 본회의에서 유용태·홍사덕 의원 외 157인이 발의한 ‘대통령(노무현)탄핵소추안’을 상정하여 271인 중 193인의 찬성으로 가결하였다. 소추위원인 국회 법제사법위원회 위원장 김기춘은 헌법재판소법 제49조 제2항에 따라 소추의결서의 정본을 같은 날 헌법재판소에 제출하여 피청구인에 대한 탄핵심판을 청구한 사건에 대한 결정이다.

61) 강경근, “대통령 탄핵심판 기각결정”, 고시연구 2004. 6; 김종철, “노무현대통령탄핵심판사건에서 헌법재판소의 주요논지에 대한 비판적 검토”, 세계헌법학회 한국학회 편, 세계헌법연구 제9호, 2004; 박종보, “국회의 대정부통제권—대통령탄핵을 중심으로”, 한국공법학회 편, 공법연구, 제32집 제5호, 2004. 6; 송기춘, “우리 헌법상 대통령 탄핵제도에 관한 소고”, 한국공법학회 편, 공법연구, 제32집 제5호, 2004. 6; 동, “대통령노무현탄핵심판사건결정(헌법재판소 2004. 5. 14. 선고, 2004헌나1)의 몇 가지 문제점(판례평석)”, 민주법학 제26호, 2004; 장영수, “대통령탄핵의 헌법적 쟁점과 우리의 과제”, 심천계회열교수정년기념논문집, 대통령탄핵의 헌법적 쟁점과 우리의 과제, 2004; 정종섭, “탄핵제도와 헌법디자인”, 법과사회이론학회 편, 법과 사회, 2006; 동, “탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권(판례평석)”, 서울대 법학연구소 편, 법학(증범김동희교수정년기념호), 2005; 조홍석, “탄핵결정의 법리적 의미”, 비교공법학회 편, 공법학연구, 제5권 제2호, 2004; 차강진, “대통령에 대한 탄핵심판”, 비교공법학회 편, 공법학연구, 제5권 제3호, 2004, 189면 이하; 한수웅, “대통령에 대한 탄핵심판절차”, 한국헌법학회 편, 헌법학연구, 제11권 제1호, 2005. 3. 등 참조.

62) 박명림, “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의”, 한국정치학회보, 제39집 제1호; 최한수, “노무현 대통령탄핵에 관한 소고”, 대한정치학회보, 13집 3호, 2006 등 많은 글들이 있다.

63) 위 주 60에 언급한 학자들은 중립적인 입장에서 기각사실만을 요약하는 견해는 있어도 탄핵기

법치주의 사이의 긴장관계에서 법치주의의 기체로서 헌법상의 탄핵제도를 정치적 무기로 이용하여 민주주의를 왜곡하려는 한 시도이었다고 생각된다.

한편, 탄핵소추가 있는 후 엄청난 수의 사람들이 연일 촛불시위를 통해 적극적인 탄핵반대 의사를 표명한 것도 헌법적으로 많은 쟁점을 야기하고 있다. 헌법재판소의 결정문에서는 촛불시위에 대해서는 한마디의 언급이 없기 때문에, 촛불시위가 헌법재판소의 결정에 어떠한 영향을 미쳤는지는 판단하기 매우 어렵지만, 헌법재판소가 촛불시위를 전혀 의식하지 않았다고 판단하는 것은 너무도 단순한 인식일 것이다. 사실 헌법재판소도 탄핵소추의 상황에 대한 국민적 저항에 대하여 이를 의식하는 듯한 고뇌를 보여주기도 하였다. 즉, 탄핵심판에서 재판관의 개별적인 의견표명과 의견의 수에 대하여 표명하지 않을 수 있다고 한 것이다. 의견표명 및 의견의 수에 대하여 이를 비밀에 부친 것은 헌법재판관들의 책임회피라고 함이 타당할 것이다.

탄핵소추와 관련하여 또 한 가지 언급할 것은 직선대통령과 의회의 충돌, 즉 의회와 시민사회 충돌의 문제이다.⁶⁴⁾ 대의민주주의제도 하에서 내재하고 있는 국민주권과 의회권력 사이의 충돌, 시민권력과 의회권력 사이의 충돌의 문제가 극명하게 드러난 것이 탄핵사태이다. 현행 헌법은 이러한 충돌을 헌법재판소에 맡겨두고 있지만, 헌법재판소 재판관들의 의지는 국민의 의사를 반복할 수 있을 만큼 강경하지는 않았던 것으로 판단된다.

대통령 탄핵에 실패한 반대자들은 곧이어 정부여당의 중요한 정책에 대하여 정치적 공격을 가하기 시작하였는데, 그 대표적인 것이 신행정수도이전특별법 사건이다.

신행정수도건설특별법 위헌결정⁶⁵⁾ 국가균형발전과 지방분권이 현 시점에서 중요한 정책인가에 대한 판단은 전혀 없이, 소위 ‘관습헌법’이라는 생경한 개념을 동원하여 신행정수도특별법을 위헌으로 결정함으로써 우리나라의 헌법체계와 법치주의의 이념을 무참히 짓밟아 버린 최악의 결정이었다. 헌법학자들은 관습헌법

각을 반대한 견해는 거의 없다.

64) 박명림, 앞의 글, 262면 이하에서 이를 잘 지적하고 있다.

65) 2003년 12월 29일, 국회의원 194명 중 167명의 압도적 찬성으로 제정된 3대 특별법 중 신행정수도의건설을위한특별조치법(법률제7062호)에 대하여 서울특별시공무원, 서울시의회의원, 서울시에 주소를 둔 시민 및 전국 각지에 거주하는 국민들로 구성된 일단의 청구인들이 국민투표권, 납세자의 권리, 청문권, 평등권, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 공무담임권, 재산권 및 행복추구권을 각 침해받았다는 이유로 7.12(2004헌마554) 및 같은 달 15(2004헌마566) 위 법률을 대상으로 그 위헌의 확인을 구하는 헌법소원심판을 각 청구한 데 대하여, 관습헌법론을 근거로 하여 위헌으로 결정한 사건이다.

이라는 헌법재판소의 결정근거에 대하여 극심한 비판을 제기하고,⁶⁶⁾ 대한변호사 협회에서도 헌법재판소의 결정에 대한 토론회를 개최하여(2004. 11. 24), 헌법재판소의 법논리를 비난하였다.

헌법재판소는 신행정수도특별법을 위헌으로 하면서 헌법이론적으로 도저히 받아들이기 어려운 논리를 새로 창설하고 그에 따라 첨예하게 대립된 정쟁의 구도 속에서 어느 한편의 입장을 편들어버림으로써 헌법재판소 스스로 정치적 투쟁의 주체로 나선 결과가 되었다. 이것은 헌법재판소가 정치적 투쟁의 무기로 변질되어 정치의 사법화를 초래한 것이라고 하지 않을 수 없다. 더 큰 문제는 그러한 정치의 사법화가 다시금 사법의 정치화를 낳고 그에 따라 규범이 왜곡된다는 데에 있다. 신행정수도건설특별법에 대한 헌법재판소의 결정은 헌법규범의 해석을 빙자하여 정치적 투쟁의 장에 스스로를 던져 넣는 행위에 다름 아니었다.

한편, 헌법재판소의 관습헌법론은 신행정수도건설특별법의 후속입법에⁶⁷⁾ 대한 헌법재판소의 결정에서 곧바로 반복되었다. 헌법재판소는 동법에 대한 헌법소원에서 7인의 다수의견으로, 관습헌법의 존재를 인정할 수 없고, 특정의 국가정책에 대하여 대통령이 국민투표에 회부하지 아니한다고 하여도 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없다는 등의 이유로 청구인들의 청구를 각하하였다.⁶⁸⁾

관습헌법론에 따라 신행정수도건설특별법을 위헌으로 결정했던 헌법재판소가 1년이 갓 지난 시점에서 다시금 다수의견으로 관습헌법론을 반복하고 그 후속입법을 합헌으로 결정했다는 것은 이전의 관습헌법론이 얼마나 이론적인 결점을 가지고 있었는가를 단적으로 보여주는 예이다.

66) 헌법재판소 결정에 대한 반대견해로는, 김상겸, “성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구”, 헌법학연구, 제11권 1호, 2005, 295면 이하; 전광석, “수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토”, 공법연구, 제33집 2호, 2005, 113면 이하; 정연주, “신행정수도의건설을위한특별조치법의 위헌결정에 대한 헌법적 검토—헌재결 2004. 10. 21, 2004헌마554·666 병합—”, 공법학연구, 제7권 제1호, 2006, 267면 이하; 남복현, “헌법재판소의 이른바 ‘관습헌법’논리에 대한 비판적 분석(판례평석)”, 한양법학 제19집, 3면 이하; 양선숙, “수도—서울 명제의 ‘관습헌법’성립에 대한 비판적 검토”, 법철학연구 제9권 2호(2006), 231면 이하; 이영록, “수도 및 국기에 관한 관습헌법론 검토”, 세계헌법연구 제11권 제2호, 2005, 259면 이하; 서경석, “신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌결정에 대하여(판례평석)”, 민주법학 제27호, 2005, 398면 이하; 김배원, “국가정책, 관습헌법과 입법권에 대한 헌법적 고찰”, 공법학연구, 제5권 제3호, 2004, 147면 이하; 방승주, “수도가 서울이라는 사실이 과연 관습헌법인가?”, 공법학연구, 제6권 제1호, 2005, 153면 이하; 김명재, “관습헌법의 성립가능성과 한계”, 한국토지공법학회 편, 토지공법연구, 제30집, 2006, 239면 이하; 김기창, “성문헌법과 관습헌법”, 한국공법학회, 공법연구 제33호, 2005, 71면 이하; 조재현, “토지공법연구”, 제27집, 2005, 387면 이하; 박경철, “국민주권, 국민의 헌법제정권력, 그리고 관습헌법”, 헌법학연구 제13권 제2호, 2007, 199면 이하 등 참조. 단 다수의견과 유사한 견해로는, 김승대, “헌법관습의 법규범성에 관한 고찰”, 헌법논총 제15집, 2004. 12, 133면 이하 참조.

67) 신행정수도후속대책을위한연기·공주지역행정중심복합도시건설을위한특별법(법률 제7391호).

68) 헌재 2005. 11. 24, 2005헌마579 참조.

IV. 헌법원리의 구현과 헌법재판소—분야별 헌재결정

1. 통일정책 관련

우리 헌법은 1948년의 출발부터 분단국헌법으로 시작하였다. 일제강점기와 미군정기에 대한 규범적 청산이 없이 분단된 국토의 남쪽에서 출범한 대한민국은 그 국가적 정체성의 측면에서 많은 헌법적 쟁점들을 내포하고 있었다. 임시정부의 헌법적 의미, 일제강점기와 미군정기의 규범적 의미 등에 관하여 명확한 기준을 제시하지 못한 채 황급히 정부를 수립한 까닭에, 헌법상 통일정책도 또한 그때그때 집권세력의 의도에 따라 왜곡되거나 변화되었다.⁶⁹⁾ 통일정책은 그 자체 매우 중대한 헌법적 정책이기 때문에, 그 헌법적 적합성은 통일정책 수행의 정당성을 부여하는 중요한 요소이다.

헌행헌법은 통일정책의 기본원칙으로 평화적 통일정책을 규정하고 있다. 이 통일정책의 실현과 관련하여 가장 중요한 법률이 바로 국가보안법과 남북교류협력에관한특별법,⁷⁰⁾ 그리고 1991년 12월 13일 서명되고, 1992. 2. 19. 발효된 ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’이다.

국가보안법과 남북교류협력에관한법률의 관계에 관하여 헌법재판소는 남북교류법·국가보안법구별론(다수의견)⁷¹⁾ 일반법·특별법론(반대의견)⁷²⁾으로 나뉘어져서 재판의 전제성 결여를 이유로 한 동 사건의 각하 여부를 결정하였다.⁷³⁾ 동 결정에서 헌법재판소는 남한과 북한에 대하여 “... 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어...”라고 하면서, 북한에 대한 이중적·모순적 지위를 인정하고 있으며, 이후의 결정에서는⁷⁴⁾ “남북합의서는 남북관계를 ‘나라와 나라 사이의 관

69) 이승만 정부의 북진통일론이나 유신 이후의 평화통일론, 노태우정부의 UN동시가입 및 남북교류협력정책, 김대중·노무현정부의 햇볕정책, 이명박정부의 비핵·개방·3000정책 등.

70) 제정 1990. 8. 1(법률 제4239호). 2008년 2월 18일 10차 개정(법률 제8852호).

71) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 284면.

72) 성낙인, 위의 책, 285면.

73) 헌재 1993. 7. 29, 92헌바48.

74) 헌재 1997. 1. 16, 92헌바6; 2000. 7. 20, 98헌바63 등. 대법원은 남북합의서는 남북한 당국이 각기 정치적인 책임을 지고 상호간에 그 성의있는 이행을 약속한 것이기는 하나 법적 구속력이 있는 것은 아니어서 이를 국가간의 조약 또는 이에 준하는 것으로 볼 수 없고, 따라서 국내법과 동일

계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계'임을 전제로 하여 이루어진 합의문서인바, 이는 한민족공동체 내부의 특수관계를 바탕으로 한 당국간의 합의"라고 하고 있다.

다른 논점들은 제쳐두고서, 헌법재판소가 가진 남북관계에 관한 기본인식에 관하여 지적하고 싶은 것은, 헌법재판소가 남북한관계에 관하여 '잠정적으로 형성되는 특수관계'라고만 할 뿐, 구체적으로 그 관계의 법적 성질과 내용이 어떤 것인지에 관해서는 아무런 언급을 하고 있지 않다는 점이다. 과거 서독과 동독 사이의 기본조약의 체결에 대하여 서독연방헌법재판소의 판결과 비교하면, 우리 헌법재판소가 분단조국에 대하여 매우 일천한 인식을 하고 있다는 반증이다. 서독연방헌법재판소는 동서독의 기본관계를 소위 '지붕이론(Dachtheorie)'에 따라 '1민족2국가론'으로 이해하고 그에 따라 기본조약의 합헌성을 판결하였다.⁷⁵⁾ 남북한의 통일정책의 실현과정에서 남북한의 관계에 관하여 예컨대, '1민족2국가'든, '1국가2정부'⁷⁶⁾든 구체적으로 그 법적 성격을 명확히 하였다면 그 원칙에 따라 당시의 통일정책 뿐만 아니라 장래의 통일정책에까지도 남북한통일의 당위성 내지 규범적 정당성을 부여할 수 있을 것이다.

2. 노동분야

노동기본권은⁷⁷⁾ 현대 사회복지국가의 핵심적 권리이다. 우리 헌법에서도 사회적 기본권의 한 내포로서 노동기본권을 규정하고, 다양한 하위법률들을 두고 있다. 헌법재판소도 "헌법이 근로자의 근로 3 권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서 노동관계당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립·적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립·항쟁하고 때로는 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자

한 효력이 인정되는 것도 아니라고 판시하여(대법원 1999. 7. 23. 98두14525 판결), 남북합의서가 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다고 하고 있다.

75) BVerfG 1973. 7. 31. Ur. BVerfGE 36, 1.

76) 필자는 20세기 대한민국의 헌정사적 연속성의 관점에서 남북한이 모두 대한민국임시정부의 후속국가라는 관점에서 '1국가2정부론'을 택함이 타당하다고 생각한다.

77) 헌법재판소는 '근로기본권'이라고 표현하고 있다.

함에 있다”고 하여, 노동기본권의 중요성을 지적하고 있다.

그럼에도 불구하고 노동기본권에 관한 주장은 산업화와 개발독재시대를 거치면서 소위 ‘좌익’의 주장인 것처럼 곡해되었고 또한 정치적으로 이용되었다. 1987년 이래 우리 사회에 터져 나온 노동기본권에 관한 주장은 산업화와 경제개발의 이익을 적절히 분배하자는 목소리이었고, 사용자와 노동자 사이의 대등한 관계설정을 위하여 적극적인 노동운동이 전개되어, 많은 법률들이 제정 또는 개정되었다.

노동조합과 관련하여 문제된 대표적인 결정이 바로 교원노조(이른바 전교조 사건)와 관련된 사립학교법 제55조, 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판이다(헌재 1991. 7. 22, 89헌가106). 동 결정에서 헌법재판소는 1) 교원의 지위법정주의를 정한 헌법 제31조 제6항이 근로기본권에 관한 헌법 제33조 제1항에 우선하여 적용되며, 2) 사립학교 교원에게 근로3권의 행사를 제한 또는 금지하고 있다고 하더라도 이로써 근로기본권의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없고, 그 제한은 입법자가 교육제도의 본질을 지키기 위하여 결정한 것으로 필요하고 적정한 범위내의 것이며, 3) 사립학교 교원을 근로3권의 행사에 있어서 일반근로자의 경우와 달리 취급하여야 할 합리적인 이유가 있다 할 것이며, 4) 국제법상의 규범은 우리의 현실에 적합한 교육제도의 실시를 제약하면서까지 교원에게 근로권이 제한 없이 보장(保障)되어야 한다는 교원단체를 반드시 일반근로조합으로서만 구성하여야 한다는 주장의 근거로 삼을 수 없다는 등의 이유로 사립학교법 규정을 합헌선언하였다.

교원노조의 문제는 교사들의 끈질긴 노력으로 1999년 1월에 법률로 제정되었는데,⁷⁸⁾ 헌법재판소가 이러한 역사적 흐름에 좀더 적극적으로 대응하였다면, 우리 사회를 발전시키는 데에 크게 기여하였을 것이다.

헌법재판소의 여러 결정들을 보면, 노동관련 사건에 관하여 법률에서의 기본적인 대립구도인 사용자와 노동자 사이에서 노동자쪽보다는 사용자쪽에 가까운 듯한 인상을 지우기 어렵다. 예컨대, 퇴직금우선변제권에 관한 결정,⁷⁹⁾ 생계보호기준사건 결정,⁸⁰⁾ 6개월미만노동자의 해고예고제도 배제 합헌결정,⁸¹⁾ 제3자개입금지조항의 합헌결정,⁸²⁾ 공무원의 노동운동 금지 합헌결정,⁸³⁾ 방송사업장의 쟁의

78) 제정 1999. 1. 29. 법률 제5727호.

79) 헌재 1997. 8. 21, 94헌바19, 95헌바34, 97헌가11(근로기준법제30조의2제2항위헌소원근로기준법제30조의2제2항등위헌제청).

80) 헌재 1997. 5. 29, 94헌마33(1994년 생계보호기준 위헌확인).

81) 헌재 2001. 7. 19, 99헌마663(근로기준법제35조제3호위헌확인).

82) 헌재 1993. 3. 11, 92헌바33(노동조합법 제45조의2 등 위헌소원).

83) 헌재 2005. 10. 27, 2003헌바50등(공무원의 노동운동 금지 사건).

행위금지에 관한 합헌결정⁸⁴⁾ 등 여러 결정에서 노동자의 기본권을 조장하기보다는 제약하는 방향으로 결정이 이루어지는 예가 적지 아니하다.

3. 교육분야

교육분야에 관한 헌법재판소의 결정은 상대적으로 보아 크게 문제될 만한 것이 없다고 판단된다. 이는 우리나라의 교육이 1987년 민주화 이후 법적·제도적으로 많이 정비되어 왔고, 적어도 교육부문에 관한 한 선진국의 수준으로 발전하고 있기 때문이라 생각한다. 다만, 2006년 이후의 교육관련 결정들 중, 교원징계재심위원회 혹은 교원소청심사위원회의 결정에 대하여 학교법인 또는 그 경영자가 불복할 수 없도록 한 규정에 대하여, 1998년에는 합헌으로 결정하였다가,⁸⁵⁾ 2006년의 결정에서 이를 번복하여 위헌으로 결정하였다.⁸⁶⁾ 헌법재판소는 1998년의 결정에서는 입법정책에 속하는 사항으로서 합리적 이유가 있으므로 합헌이라고 하였다가, 2006년의 결정에서는 합리적인 이유 없이 학교법인의 제소권만을 부인함으로써 헌법 제11조의 평등원칙을 위반하였고, 기타 제101조 제1항, 제107조 제2항 등에 위반한다고 결정하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 교원징계 혹은 재임용제도와 관련하여 교원의 지위를 학교법인 또는 경영자와 대등하게 취급하고 있음을 알 수 있다. 실제 교육현장에서 볼 때, 학교법인 또는 경영자와 교원의 관계는 결코 대등하다고 볼 수 없다. 교원소청심사위원회의 결정에 학교법인이나 경영자가 불복하게 하는 것은, 학교법인 혹은 경영자가 자의적으로 징계 혹은 재임용배제의 처분을 한 경우에 교원소청심사위원회를 거쳐 구제받을 수 있게 하고 그 결정에 불복할 수 없게 함으로써, 약자인 교원을 보호하고자 함에 그 취지가 있다고 할 것이다. 따라서 헌법재판소가 교원소청심사위원회의 결정을 행정심판의 재결과 같이 이해하여, 학교법인 또는 경영자에게 불복할 수 있도록 한 것은 강자인 학교법인 또는 경영자의 입장을 대변한 것이라고 이해할 수밖에 없다.

84) 헌재 1996. 12. 26, 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49(병합)(노동쟁의조정법 제4조, 제30조 제3호, 제31조, 제47조에 대한 헌법소원).

85) 헌재 1998. 7. 16, 95헌바19·26·30·42·61, 96헌마75(병합)(교원지위향상을위한특별법 제10조 제3항 위헌소원, 교원지위향상을위한특별법 제10조 제2항 등 위헌확인).

86) 헌재 2006. 4. 27, 2005헌마1119(대학교원기간임용제탈락자구제를위한특별법 위헌확인).

V. 맺 음 말

지금까지 우리나라 헌법재판소 20년의 명암과 굴곡을 지극히 개괄적으로 살펴 보았다. 20년의 세월을 짧은 글로 다 담는다는 것은 원천적으로 불가능하지만, 20년의 시대흐름과 그에 대응한 헌법재판소의 역할기능에 관하여 분석하고자 하였다. 지난 20년간의 헌법재판소의 활약상은 애초에 헌법재판소제도를 창설할 때 기대하였던 것보다 훨씬 큰 역할을 감당하였음을 부인할 수 없다. 그러나 현재의 헌법재판소가 지금까지의 역할방식과 결과에 안주한다면, 그 영광은 20년의 영광으로 그칠 뿐이다.

현재의 헌법재판소제도는 20년의 운용경험을 통해 볼 때, 헌법 및 법률의 제 규정에서 많은 문제점을 안고 있는 것으로 생각된다. 헌법 및 법률의 결합은 제도의 운영에 직접 영향을 미치게 되며, 국가의 다른 기관과 국민들에 의하여 헌법재판 자체가 왜곡되거나 오남용될 여지를 제공한다. 헌법재판소법의 경우는 본론의 각 해당분야에서 지적한 것으로 대체하고, 여기서는 지난 20년간의 경험을 통하여 노정된 제반 문제들을 해결하기 위한 헌법개정의 소견을 제시하는 것으로 글을 마치고자 한다.⁸⁷⁾

첫째로, 헌법재판소와 대법원을 통일적으로 규정할 필요가 있다. 현행헌법은 헌법상 사법기능을 규정하는 방식으로 기능중심이 아니라 기관중심으로 규정하여 제 5장에서 「법원」을, 제 6장에서 헌법재판소를 별도로 규정하고 있다. 헌법에서 사법기능을 담당할 국가기관의 명칭을 장의 제목으로 정하고 있는 예는 많지 아니하고 대부분의 나라들은 「사법」 혹은 「사법부」라고 제목을 정하고 있다.

권력분립원칙에 의한 각 국가권력을 규정하는 방식에 있어서도, 기능중심의 규정방식과 기관중심의 규정방식이 있음을 볼 수 있다. 전자는 입법·행정·사법의 각 기능을 장(chapter, Hauptteil) 혹은 절(abschnitt)의 제목으로 정하고 그 기능을 담당하는 기관을 규정하는 방식이다. 후자는 각 기능을 담당할 국가기관을 장 혹은 절의 제목으로 정하고 그 기관에 각 국가기능의 구체적 내용을 정하는 방식이다. 전자의 경우에는 국가기능을 중심으로 국가기관을 규정하기 때문에 헌법해석에 있어서도 기능중심의 이해가 용이한 반면, 후자의 경우에는 국가기관중심으로 국가기능을 규정하기 때문에 헌법해석에 있어서도 기관중심의 해석이 행해질 가능

87) 사법제도의 개헌에 관해서는, 줄고, “사법제도개헌—사법권력의 정상화를 위하여”, 한국헌법학회 편, 헌법학연구, 제14권 제4호, 2008. 12, 383면 이하 참조.

성이 크다고 생각된다. 사법기능을 구체화하는 헌법규정들의 경우에도 기능중심의 규정방식과 기관중심의 규정방식이 공존하고 있으나, 거의 대부분의 나라들은 기능중심으로 규정하고 있고, 극히 일부 나라들만이 기관중심으로 규정되어 있다.

헌법이 개정된다면, 사법의 장에 헌법재판소와 최고재판소(대법원)를 동시에 규정하되, 그 규정방식은 사법에 관한 통칙규정을 두고 이어서 헌법재판소, 최고재판소(대법원), 각급재판소(법원)의 순서로 정하거나, 역의 방법도 가능할 것이다.

둘째로, 사법관의 명칭 문제이다. 현행헌법은 사법기능을 담당하는 국가기관으로 법원과 헌법재판소 그리고 군사법원을 예정하고 예외적으로 행정심판을 허용하고 있다. 아울러 사법기능을 담당할 공직자에 대하여 「법관」 혹은 「재판관」이라는 명칭을 사용하고 있어서 명칭 자체로 제도화의 장애요인으로 작용하고 있으며, 그 의미에 관하여 상당한 혼란을 야기하고 있다. 사법기관의 명칭과 함께 사법관의 명칭도 통일하는 것이 바람직할 것이다.

셋째로, 헌법재판소와 대법원의 관계를 명확하게 할 필요가 있다. 앞서 본 바와 같이, 헌법재판소와 대법원 간의 권한분쟁의 가능성은 헌법규정 자체에서부터 유래한 것이다. 현실적으로 국민의 기본권보장이라는 헌법이념을 중시한다면 헌법개정을 하지 않고도 운영의 묘를 살리는 방안도 있을 것이지만, 근본적으로는 헌법 및 법률에서 명시적으로 규율하는 것이 필요하다. 기본적으로 헌법의 특성이 포괄적이고 개방적이라는 점에서 비추어 볼 때 이 문제에 대한 해결방안은 헌법에서 세세하게 규정하기보다는, 헌법재판소와 대법원 양 기관의 근접정도를 헌법에서 어떻게 규정하는가에 따라 결정될 수 있을 것으로 생각된다. 헌법상 사법권을 통일적으로 규정하면서 헌법재판소와 대법원의 관계를 재설정하는 것이 요망된다.

넷째로, 헌법재판소 재판관의 구성방법의 문제이다. 최고사법기관을 구성하는 경우, 민주성이 중시되는 경우에는 국민에 의한 직접구성 또는 관여의 방법과, 국민대표기관에 의하여 구성하는 방법이 있다. 독립성이 중시되는 경우에는, 헌법에 규정된 별도의 추천 또는 선출기구에 의한 구성방법과 법관 또는 법관의 자격을 가진 자들로 구성되는 기구에서 선출하는 방법이 있다.

현행헌법상 헌법재판소 재판관의 경우 법관의 자격이 전제되는데, 이는 오히려 변호사의 자격을 가진 자로 함이 타당하다. 뿐만 아니라 사회의 다양한 목소리를 수렴하기 위해서는 반드시 법조인이 아니더라도 헌법재판소 재판관으로 될 수 있도록 함이 타당하다.

다섯째로, 헌법재판소의 장의 임명방법과 임기에 관하여 명확한 규정을 두어

야 한다.

마지막으로, 헌법재판소를 포함한 사법부의 예산을 독립적으로 편성할 수 있게 하여야 한다.

헌법재판 20년과 행정법

김 광 수*

I. 서 론

헌법재판소의 개원 및 헌법재판의 활성화와 더불어 행정법 또한 크게 변화하였다. 헌법재판소의 판결은 행정법의 내용을 더욱 풍부하고 명확하게 만들었다고 할 수 있다. 굳이 행정법은 헌법의 구체화 법이라고 하는 표현을 빌지 않더라도 행정법과 헌법은 분리 불가능한 국가법 체계를 형성하고 있으며, 헌법이 보장하는 국민기본권에 관한 헌법재판소의 구체화를 통하여 행정법은 그 면모를 달리하였다고 할 수 있다.

이 발표에서는 그간 헌법재판이 가져온 행정법의 발전과 변화를 정리하고 회고하는 의미에서 이를 크게 나누어 3부로 구성하였다. 첫째로는 20년 동안 행정법적으로 중요한 헌법재판을 시간적으로 정리해 보았다. 둘째로는 행정법 이론 속의 헌법재판이다. 많은 행정법 교과서는 헌법재판을 행정법의 소재로 사용하고 있다. 행정법 서론에서 개별행정법에 이르기까지 헌법재판소의 결정은 큰 중요성을 가진다. 마지막으로 헌법재판과 행정법의 관계이다. 그간의 헌법재판의 성과를 짧은 시간에 정리하기는 쉽지 않다. 헌법재판 20년을 기리면서, 관련 법분야에서 헌법재판을 회고할 소재로 이 글을 제시한다.

II. 행정에 관한 헌법재판 연혁

법이 국가 내 가치를 지향하는 규범이듯이 보다 완전하고 이상적인 헌법재판 제도는 항상 현재 진행형의 구조를 가진다. 현재의 헌법재판 제도 또한 과거로부터 발전의 연속선상에 있음은 말할 나위가 없다.

* 서강대학교 법학부 교수.

1. 헌법재판소 이전의 헌법소송에서의 행정사건

건국헌법에서 도입한 헌법위원회에 위헌심사 제청된 최초의 사건은 행정법 영역에 속한다고 할 수 있다. 이 사안에서의 쟁점은 당시의 귀속재산처리법 제35조에서 귀속재산의 임차인이나 관리인이 그의 의무에 위반할 경우 등에는 정부가 그 임대차 계약이나 관리계약을 취소하고 당해 귀속재산의 반환을 명할 수 있다고 한 규정의 위헌여부였다. 이에 대하여 헌법위원회는 그 재산의 반환을 명할 수 있다는 규정이 바로 강제집행에 관한 사항을 위임한 것은 아니므로 위헌이 아니라고 하였다(헌법위원회 1952. 3. 29. 결정, 4284년 헌위 1, 2).¹⁾

제3 공화국에서는 대법원이 위헌법률심판을 담당하였다. 이 당시에 내려진 행정관련 결정으로는 1971년의 국가배상법 제2조 제1항 단서조항의²⁾ 위헌판결이 눈에 띈다. 대법원은 이 조항이 당시의 헌법 제26조(공무원의 직무상 불법행위 책임), 제8조(인간의 존엄과 가치, 국가의 기본권 보장 의무), 제9조(법 앞의 평등) 그리고 제32조 제2항(자유와 권리의 본질적인 내용 침해금지)에 위반된다고 하였다. 그 이유는 첫째로 국가배상과 재해보상금 등은 성질이 다르고, 둘째로 재해보상금은 불법행위로 인한 손해배상과 이종으로 지급되지 않도록 규정하고 있으며, 경찰관이나 일반 공무원에게도 지급되고 있는 점, 셋째로 국고부족이 군인이나 군속의 불법행위에 대한 손해배상청구권 부인사유가 되지 못하는 점, 넷째로 특별권력관계론은 직무상 손해의 부인 근거가 될 수 없다는 점이 제시되었다.³⁾

잘 알려져 있듯이 이 사안은 대한민국 사법사의 최대 질곡을 가져오는 계기가 되었으며, 위의 국가배상법 제2조 단서조항은 1972년 헌법 제26조 제2항에 규정되기에 이르렀다.⁴⁾ 이 헌법에서는 헌법위원회를 설치하였으나 여기서 당시의 법률이나 긴급조치 등이 위헌이라고 선언된 예는 없었다. 이러한 상태가 1987년 10월 헌법이 개정되고 1988년 9월 헌법재판소법이 시행될 때까지 계속되었다.

1) 헌법재판소, 헌법재판소 20년사, 2008, pp. 69-70.

2) 제2조 (배상책임) ① 공무원이 그 직무를 집행함에 당하여 고의 또는 과실로 법령에 위반하여 타인에게 손해를 가하였을 때에는 국가 또는 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다. 다만, 군인 또는 군속이 전투·훈련 기타 직무집행중에서 발생하였거나 국군의 목적상 사용하는 진지·영내·함정·선박·항공기 기타 운반기구안에서 발생한 전사·순직 또는 공상으로 인하여 다른 법령의 규정에 의하여 재해보상금 또는 유족일시금이나 유족연금 등을 지급받을 수 있을 때에는 이 법 및 민법의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 없다.

3) 헌법재판소, 위의 책, pp. 110-111.

4) ② 군인·군속·경찰공무원 기타 법률로 정한 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정한 보상 이외에 국가나 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다.

2. 헌법재판소 이후 20년

가. 전기(1989 - 1997)

헌법재판소가 창설되어 20년에 이르고 있다. 이 글에서는 편의상 이를 전기와 후기 각 10년으로 구분하고 그간의 경과를 살펴보고자 한다. 1987년 헌법이 개정되어 직선에 의한 대통령 선거가 실시되었다. 1992년에는 소위 문민정부가 출범하였고, 1997년에 외환위기를 겪으면서 집권당이 교체되고 소위 국민의 정부가 출범하였다.

1988년 9월 사법서사법 시행규칙에 대한 헌법소원이 헌법재판소에 제기된 최초의 헌법소원 사건으로 기록되었다. 이 사안에서 청구인은 사법서사법 제4조 제1항 제1호의 규정이 사법서사의 자격취득을 위한 요건을 잘못 규정함으로써 직업선택의 자유를 침해당하였다고 주장하였다(헌재 1989. 3. 17, 88헌마1 全員裁判部: 기각).

1989년 1월에는 첫 위헌선고 결정이 있었다. 이 사안에서 헌법재판소는

평등의 원칙은 헌법 제23조에 의하여 보장된 “모든 국민의 재산권”과 헌법 제27조 제3항에 의하여 보장된 “모든 국민의 신속한 재판 받을 권리”의 실현에도 당연히 적용되어야 할 것이므로 재산권 등 사권(私權)의 구제절차인 민사소송에서도 당사자가 누구인가에 따라 차별대우가 있어서는 아니 되는 것이며, 국가가 민사소송의 당사자가 되었다고 해서 합리적 이유 없이 우대받아서는 아니 되는 것이다. 왜냐하면 비록 국가라 할지라도 권력적 작용이 아닌, 민사소송의 대상이 되는 국고작용(國庫作用)으로 인한 법률관계에 있어서는 사인(私人)과 동등하게 다루어져야 하기 때문이다.⁵⁾

고 판시하였다(88헌가7). 이 결정은 국가가 행정주체로 행동하는 경우와 단순한 사경제주체로서 행동하는 경우를 구별하여 후자에 대하여는 사인과 동등하게 취급한다는 취지의 판단을 한 것으로 행정법관계론에도 상당한 영향을 주었다.

1989년에는 행정청이 보유하는 정보에 대한 공개거부를 알권리를 침해한다고 하여 위헌으로 결정하였다(88헌마22). 이 당시 정보의 공개에 관한 법률이 제정되어 있지 않고 관계 법령이 미비된 상황이었으나 이 사안에서 헌법재판소는 헌법 제21조와 자유민주적 기본질서를 규정한 헌법조항으로부터 직접적으로 국민의 알권리를 도출할 수 있다고 하였다. 이 결정은 이후에 관계법령의 정비(1991년의 사

5) 헌재 1989. 1. 25, 88헌가7, 판례집 제1권, 1, 2-3.

무관리규정,⁶⁾ 1994년 행정정보공개운영지침,⁷⁾ 1996년 공공기관의 정보공개에 관한 법률)에 영향을 주었다.

1989년 12월에 국토이용관리법상의 토지거래허가에 관한 규정에 대한 합헌결정이 있었다. 이 결정에서는 토지거래허가제를 재산권 보장에 위반되지 않는 토지정책 수단이라고 보았으며 또한 이법 규정의 위반자에 대한 처벌이 정당한 것이라고 판시하였다(88헌가13). 주지하듯이 이 시기는 올림픽 이후에 전국의 지가가 폭등함으로 인하여 사회적인 불안이 가중되고 있었는데 토지거래허가제가 이를 억제하는 수단이 되었다. 그런데 토지거래허가제는 종래 사유재산제와 계약의 자유에 기초한 경제활동의 근본이 되었으므로 이에 대한 문제제기도 상당수 있었다. 이 결정에도 9명의 재판관 가운데 5명은 위헌 의견을 내었으므로 이 조항은 “헌법에 위반된다고 선언할 수 없다”는 의미에서의 합헌으로 선고되었다.

1990년 10월에는 국공립대 교사우선채용규정인 교육공무원법 제1조 제1항이⁸⁾ 위헌선언 되었다. 이는 사립대학교 사범대학의 불만을 수용한 것으로 생각할 수 있다.

일주일 후에는 법무사법 시행규칙 제2조 제1항이⁹⁾ 위헌으로 결정되었다. 이 결정은 표면적으로는 법무사가 되기를 희망하는 사람들의 평등권과 직업선택의 자유를 옹호하는 의미를 가지지만 내면적으로는 행정입법의 통제권을 위요한 대법원과 헌법재판소의 권한경계의 설정에도 깊은 뜻을 지닌다. 위헌법률심사에도 헌법 제107조 제2항에 의거하여 명령, 규칙 등의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 최종적인 심판권을 가진다는 규정을 적용하여 헌법재판소의 관할권을 부정하는 견해가 있는 반면에 재판의 전제가 되지 않으나 기본권을 침해한 경우에는 행정입법을 공권력의 행사로 보아 직접 헌법재판소가 위헌여부를 심사할 권한을 가진

6) 제33조 (문서의 열람 및 복사) ① 행정기관은 다른 행정기관이 그 업무를 수행하기 위하여 당해 행정기관에서 보존하고 있는 문서의 열람 또는 복사를 요청하는 때에는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이에 응하여야 한다.

② 행정기관은 행정기관이 아닌 자가 당해 행정기관에서 보존하고 있는 문서의 열람 또는 복사를 요청하는 때에는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이를 허가할 수 있다. 다만, 비밀 또는 대외비로 분류된 문서의 경우에는 그러하지 아니하며, 외교문서의 경우에는 외무부령이 정하는 바에 따라 이를 허가할 수 있다.

7) 1. 목 적

· 국민의 알권리 충족과 행정의 신뢰성을 두텁게 하기 위하여 행정기관이 보유·관리하고 있는 정보를 일반 국민에게 공개함.

8) 제11조 (신규채용등) ① 교사의 신규채용에 있어서는 국립 또는 공립의 교육대학·사범대학 기타 교원양성기관의 졸업자 또는 수료자를 우선하여 채용하여야 한다.

9) 제3조 (법무사 시험) ① 법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시험을 실시할 수 있다.

다고 보는 견해도 존재하였다. 이 결정은 그간 헌법재판소와 대법원의 관할에 관한 불명확한 부분의 일단을 해결한 의미를 가진다. 공법학회에서도 이 판결이 뜨거운 논의의 대상이 되었다. 이 결정으로 인하여 행정입법으로 인한 기본권 침해에 대하여 헌법재판소의 관할권이 정립되었고, 이후 동종 사안의 선례로 기능하였다.

1991년 5월에는 시효취득 배제를 규정한 국유재산법 제5조¹⁰⁾ 규정이 위헌이라는 결정이 나왔다(89헌가97). 국유재산법상 국유재산은 행정재산, 보존재산 그리고 잡종재산으로 나누어진다. 이 가운데 잡종재산은 공적인 목적에 직접 사용되지 않으므로 이에 대하여 시효취득을 인정하는 것은 평등권, 사유재산의 보호 및 과잉금지에 반한다고 보았다. 이 결정으로 잡종재산에 대해서는 시효취득이 가능한 것으로 정리되었다. 그렇지만 공물의 시효취득에 관하여도 학설에서는 부정설, 제한적 시효취득설, 완전시효취득설이 대립하고 있다. 이 결정은 앞의 국고작용으로 인한 법률관계에서는 사인과 동등하게 취급하여야 한다고 본 결정(헌재 1989. 3. 17, 88헌마1 全員裁判部)과 동일한 취지를 담고 있다.

동년 7월에는 사립학교 교원의 노조구성 및 가입을 금지한 사립학교법 제55조등 합헌결정이 있었다(89헌가106). 전국교직원노동조합운동의 헌법적인 정당성에 관한 헌법재판소의 판단으로 주목을 받았던 결정이다. 공무원인 근로자는 헌법에 의하여 노동 3권이 보장되는데 당시에는 법률에 의하여 교원의 노동권이 인정되지 못하고 있었다. 그 후 1999년 교원의 노동조합설립 및 운영등에 관한 법률이 제정됨으로써 교원노조가 합법화되었다.

1992년 10월에 서울대학교 신입생선발 입시요강이 합헌이라고 결정하였다(92헌마68). 이 입시요강이 처분적인 성격을 가진 것은 아니지만 그 내용이 기본권에 영향을 미치는 사안이고, 법령에 의하여 뒷받침되어 실시될 것이 분명하므로 헌법소원이 권리구제를 위하여 적절한 방법이라고 보았다.

1993년 5월에는 18세 미만자 당구장 출입금지 표시 규정인 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙 제5조가 위헌결정되었다. 이 사안에서는 행정입법이 구체적 집행행위의 매개 없이 직접적으로 국민의 기본권을 침해하는 경우 헌법소원 심판의 대상이 됨을 다시 확인하였다.

동년 7월 제5공화국 정권에 의한 국제그룹 해체 사건에 대한 위헌결정이 있었다(89헌마31). 이 사안에서 현재는 권력적 사실행위로 인한 기본권 침해가 행정소송의 대상이 된다고 단정하기 어려운 경우 헌법소원 청구를 인정하여야 함을

10) 제5조 (국유재산의 보호) ② 국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다.

확인하였다.

1994년 7월 토지초과이득세법에 대한 헌법불합치결정이 내려졌다(92헌바49). 이 결정에서는 미실현이득에 대한 과세 자체는 헌법상의 조세개념과 저촉된다고 할 수 없으나, 단기등락이 장기적으로 미치는 영향을 고려하지 않았고, 단일의 고세율로 과세하는 등 방법에 있어서 헌법상의 재산권보장에 위반되는 측면이 있으나 이를 단순위헌으로 선언하는 경우 예상되는 법제 및 재정상의 혼란을 피하기 위하여 헌법불합치 선고를 하였다.

1998년에는 도시계획법 제21조에 대한 헌법불합치결정이 내려졌다. 그린벨트 결정이라고도 불리는 이 사안은 개발제한구역 내 건축물의 건축과 토지의 형질변경을 금지한 도시계획법 제21조가 헌법에 반하는지의 여부가 다투어졌다. 이 사안에서 현재는

“도시계획법 제21조에 의한 재산권의 제한은 개발제한구역으로 지정된 토지를 원칙적으로 지정 당시의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따라 사용할 수 있는 한, 재산권에 내재하는 사회적 제약을 비례의 원칙에 합치하게 합헌적으로 구체화한 것이라고 할 것이나, 종래의 지목과 토지현황에 의한 이용방법에 따른 토지의 사용도 할 수 없거나 실질적으로 사용·수익을 전혀 할 수 없는 예외적인 경우에도 아무런 보상 없이 이를 감수하도록 하고 있는 한, 비례의 원칙에 위반되어 당해 토지소유자의 재산권을 과도하게 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다(헌재 1998. 12. 24, 89헌마214, 판례집 제10권 2집, 927, 928-929).”

라고 판시하였다. 헌법상 재산권 보장의 내용과 그 한계가 이 결정으로 한층 명확하여졌다고 할 수 있다. 행정법의 영역에서 최고의 헌법재판 결정이라고 할만치 그 중요성과 논리성 영향력 등이 컸던 결정이다. 이 결정에 의한 입법조치로 2000년 1월 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법이 제정되었는데 이 법에서 정하는 매수청구권 등 권리구제의 기본틀은 현재의 결정 내용을 거의 그대로 반영하고 있다. 이와 같이 현재의 결정이 국회의 입법활동에 적극적인 영향을 미치는 현상은 헌법재판소의 위상을 여실히 보여주는 것이라 하겠다.

나. 후기(1999 - 2008)

1999년 4월 택지소유상한에 관한 법률이 위헌결정 되었다. 현재는 1. 특별시·광역시에 있어서 택지의 소유상한을 200평으로 정한 것이 과잉금지원칙에 어긋나는지 여부, 2. 택지소유상한에 관한 법률 시행 이전부터 택지를 소유하고 있는 사람에게

도 일률적으로 택지소유상한제를 적용하는 것이 신뢰이익을 해하는지 여부, 3. 경과 규정에서 법 시행 이전부터 택지를 소유하고 있는 사람을 법 시행 이후 택지를 취득한 사람과 동일하게 취급하는 것이 평등원칙에 위반되는지 여부, 4. 기간의 제한 없이 고율의 부담금을 계속적으로 부과하는 것이 재산권에 내재하는 사회적 제약에 의하여 허용되는 범위를 넘는지 여부, 그리고 5. 매수청구 후에도 부담금을 부과하는 것이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부 등 제기된 모든 쟁점에 대하여 위헌적인 요소가 있는 것으로 판단하였다(97헌바26). 이로써 1994년의 토지초과이득세법 헌법 불합치 결정과 함께 소위 토지공개념법으로 불린 토지투기억제 대책법이 모두 효력을 상실하게 되었다. 정부의 투기억제를 위한 대책법이 졸속으로 만들어진 점이 근본적으로 이들 법이 헌법불합치 내지 위헌판결의 빌미를 제공하였다고 볼 수 있다. 그렇다고 하여도 헌법재판소가 형식적인 재산권보장의 논리로 일관한 나머지 우리 사회에 만연하는 토지투기와 그로 인한 경제활동의 왜곡현상의 시정에 대하여 큰 기여를 하지 못한 점이 아쉽다고 하겠다.

10월에는 도시계획법 제 4 조가 헌법에 합치되지 않는다는 선고를 받았다. 이 조항은 도시계획결정으로 인한 각종의 행위를 제한하는 근거규정이다. 청구인들은 토지가 학교용지로 장기간 지정되어 있어서 재산권이용에 지장을 받고 있음에도 그에 관하여 아무런 보상규정을 두지 않은 것이 과도한 재산권의 제약이라고 주장하였다. 헌재는 이에 대하여 헌법불합치 결정을 하였는데 그 논리는 전년도에 그린벨트 판결과 맥락을 같이 하였다. 이 결정에 대한 후속대책 입법으로 개정된 2000년의 도시계획법 제40조는 매수청구권을 규정하였다.

12월에는 제대군인지원에 관한 법률 제 8 조에¹¹⁾ 대한 위헌결정이 있었다(98헌마363). 군복무를 한 사람에게 가산점을 부여함으로써 병역의무 이행자에게 혜택을 주는 것은 바람직하나 결과적으로 군복무의 기회가 없는 여성의 공무담임권을 제한한다고 본 것이다. 이로써 제대군인은 공무원 채용에 있어서 혜택을 받지 못하게 되었다. 한편 병역의무 이행자에 대한 사회적 혜택을 부여하는 방안이 꾸준히 논의되고 있는데, 최근에는 제대군인에 대한 제대지원금 혹은 학자금 지급방안이 국회에서 논의되고 있다.

2000년 4월에는 학원의 설립 운영에 관한 법률 제 3 조등에 대한 위헌결정이

11) 제대군인 지원에 관한 법률(1997. 12. 31. 법률 제5482호로 제정된 것) 제 8 조(채용시험의 가점) ① 제 7 조 제 2 항의 규정에 의한 취업보호실시기관이 그 직원을 채용하기 위한 시험을 실시할 경우에 제대군인이 그 채용시험에 응시한 때에는 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트의 범위 안에서 대통령령이 정하는 바에 따라 가산한다. 이 경우 취업보호실시기관이 필기시험을 실시하지 아니한 때에는 그에 갈음하여 실시하는 실기시험·서류전형 또는 면접시험의 득점에 이를 가산한다.

있었다. 이 법에서는 학원이나 교습소등 이외에서는 과외교습을 하지 못하게 하고, 이를 위반하는 경우 1년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다. 현재는 관련 조항이 배우고자 하는 아동과 청소년의 인격의 자유로운 발현권, 자녀를 가르치고자 하는 부모의 교육권, 과외교습을 하고자 하는 개인의 직업선택의 자유 및 행복추구권을 과도하게 제한한다고 하여 위헌결정을 내렸다(헌재 2000. 4. 27, 98헌가16, 판례집 제12권 1집, 427, 428-428).

2002년 8월에는 부부자산소득 합산과세 제도를 규정한 소득세법 제61조에 대한 위헌결정이 있었다(2001헌바82). 헌법재판소는 이 결정에서 당해 조항이 혼인과 가족생활을 부당하게 차별하는 것이라고 판단하였다.

같은 날 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 공무원의 당연퇴직을 규정한 지방공무원법 제61조에 대한 위헌결정이 있었다. 이 규정은 1990년 6월 25일 89헌마220 결정에서 합헌적인 것으로 판단된 바 있다. 당시에는 금고이상의 형의 선고유예 중에 있는 자는 공무원이 될 수 없으므로 공무원으로 재직중인 자 또한 당연퇴직하도록 하는 것이 타당하다고 보았다. 새로운 결정에서는 사회국가원리의 요청에 의한 공무원제도는 범죄로부터 순결한 공무원상보다는 공무원 개개인의 공무담임권이 더 중요한 것으로 판단하였다(헌재 2002. 8. 29, 2001헌마788, 2002헌마173(병합) 전원재판부).

2003년 1월에는 공직선거 및 부정선거 방지법 제47조 제 1 항에¹²⁾ 대한 위헌결정이 있었다. 이 조항에서는 기초의원출마하는 후보자에 대하여 정당경력을 사용할 수 있게 하면서도 정당추천을 표방할 수 없도록 하고 있는데, 이는 기초의원출마와 정당활동의 관계에 관하여 매우 불명확한 규정일 뿐만이 아니라 광역의원출마와 합리적이지 않은 차별을 하고 있으므로 위헌으로 선언하였다(2001헌가4). 이 조항은 2004년 개정된 공직선거법(법령명 변경)에서 괄호가 삭제되었다. 이에 따라 시군구 의원에 대해서도 정당공천이 이루어졌다. 그 결과 지방선거에서 인물보다는 추천정당에 의하여 투표하는 행태가 발생하였고, 기초의원은 지방주민의 말에 귀 기울이는 대신에 추천권자의 동향에 더 관심을 기울이는 사태가 발생하였다. 정당 정치의 이상에 치우친 나머지 지방자치의 현실을 고찰하지 못한 대표적인 실패사례로 들 수 있는 결정이다.

동년 6월 청소년 성보호에 관한 법률 제20조 제 2 항 제 1 호¹³⁾ 등 합헌결정이

12) 제47조 (정당의 후보자추천) ① 정당은 선거(자치구·시·군의원선거를 제외한다)에 있어 선거구별로 선거할 정수 범위 안에서 그 소속당원을 후보자(이하 "정당추천후보자"라 한다)로 추천할 수 있다.

13) 제20조 (범죄방지 제도) ① 청소년보호위원회는 청소년의 성을 사하는 행위 등의 범죄방지를 위한 제도문을 연 2회 이상 작성하여 관보게재를 포함한 대통령령이 정하는 방법으로 전국에 걸쳐

있었다(2002헌가14). 이 결정에서 현재는 사회를 성폭력의 위협으로부터 방어하는 공익은 성매수자의 인격권과 사생활의 비밀보다 우위에 있는 것으로 평가하였다. 행정상 의무이행 확보수단으로서의 공표제도의 정당성과 법적 근거에 대하여 논의가 있었는데 이 결정은 공표제도의 정당성을 긍정적으로 보았으며, 그 방법에 대해서도 시사점을 주었다고 할 수 있다.

2004년 9월에는 지방자치단체간의 관할권한쟁의에 대한 결정이 내려졌다. 이 사안에서 당진군은 아산만 해역 중에서 일정 해역(이하 ‘이 사건 해역’이라 한다)에 건설된 항만시설용 제방 중 일정 부분의 제방(이하 ‘이 사건 제방’이라 한다)에 대한 자치권한이 청구인에게 속하고, 피청구인 평택시장이 이 사건 제방을 자신의 토지대장에 등록한 것을 말소하지 아니한 부작위가 청구인의 위 자치권한을 침해하는 것 등을 확인할 것을 청구하였다. 현재는 다툼의 대상이 된 해역 및 방조제가 청구인의 관할 아래에 있음을 확인하였으나 토지대장에 등록하는 권한에 관한 다툼에 대해서는 각하하는 결정을 하였다. 헌법재판소의 관할사항인 권한쟁의심판에 관한 의미 있는 결정이라 할 수 있다(헌재 2004. 9. 23, 2000헌라2, 판례집 제16권 2집 상, 404, 404-404).

10월에는 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법에 대한 위헌결정이 있었다. 이 법은 대통령 소속의 신행정수도건설추진위원회가 정하는 신행정수도 예정지로 행정수도를 이전할 것을 규정하고 있었다. 현재는 신행정수도의 건설은 곧 우리나라 수도의 이전을 의미하는 것으로 이는 우리나라의 관습헌법상의 수도인 서울 이외의 지역으로 수도를 이전하는 것이므로 헌법에 위반된다고 하였다(2000헌마579). 이 결정의 영향으로 2005년 5월에 제정된 신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주 지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법에서는 그 규모를 축소하여 통일부와 외교부등의 주요 행정기관이 이전하지 않는 것으로 되었다. 이 법에 대해서 제기된 헌법소원 사건은 모두 각하되었다(2005헌마286, 2005헌마436, 2005헌마579 사건).

2005년 3월에는 학교용지확보에 관한 특별법 제 2 조 제 2 호 14)등이 위헌으로

게시 또는 배포하여야 한다.

② 제 1 항의 규정에 의한 제도문에는 다음 각호의 1에 해당하는 죄를 범한 자의 성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지를 그 형이 확정된 후 이를 게재하여 공개할 수 있다. 다만 죄를 범한 자가 청소년인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제 5 조의 규정을 위반한 자

14) 제 2 조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “학교용지”라 함은 각급학교의 교사·체육장 및 실습지 기타 학교시설의 신설에 필요한 토지를 말한다.

2. “개발사업”이라 함은 건축법·도시재개발법·도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법·주택법·택지개발촉진법 및 산업입지및개발에관한법률에 의하여 시행하는 사업중

결정되었다. 이 법률의 규정은 초등학교 학생의 교육은 의무교육이므로 이를 국가의 재정에서 부담하지 않는 것은 위법이며, 중등학교 학생의 경우에도 수분양자의 구체적인 상황을 고려하지 않은 채 일률적인 부담을 하도록 하는 것은 평등권에 위반된다고 하였다(2003헌가20). 각종의 개발사업에 부대하는 학교 건설비용의 일부를 입주자에게 부담하도록 하는 것은 옳지 못하다는 것이다.

10월에는 공무원의 노동운동을 금지한 지방공무원법 제58조 제1항등에 대한 합헌결정이 있었다(헌재 2005. 10. 27, 2003헌바50, 판례집 제17권 2집, 238, 243-243).¹⁵⁾ 헌법 제33조 제2항은 노동 3권을 향유할 수 있는 공무원의 범위를 입법에 위임하고 있는데, 이 조항이 입법재량을 벗어난 것은 아니라고 보았다. 1999년 7월 교원노동조합이 합법화되면서 공무원노동조합 설립에 대한 요구가 증대하였다. 교원의 노동기본권은 단체조직 및 단체교섭권에 한정되었고 쟁의행위는 인정되지 않는다(교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률 제8조). 공무원노동조합의 원시적인 형태는 공무원직장협의회로 나타났다. 공무원 직장협의회는 기관장이 4급 이상인 기관을 대상으로 하며, 가입자격은 6급 이하 일반직 및 이에 상당하는 특정직, 기능직과 고용직 공무원으로 제한되었다. 2005년 1월 공무원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률이 제정되어 공무원 노동기본권 보장의 새 장이 열렸다. 이 법률에 의하면 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수기술 직렬의 일반직공무원 등은 노동조합을 설립할 수 있다. 그렇지만 파업권 등 단체행동권은 제한되고 있다. 공무원들은 노동 3권의 확대보장을 원하고 있는데 헌법재판소가 여기에 대하여 명백한 선을 그은 것으로 평가할 수 있다.

2006년 2월에는 국가유공자등 예우 및 지원에 관한 법률 제31조 제1항¹⁶⁾ 등이 헌법에 불합치한다고 결정하였다(헌재 2006. 2. 23, 2004헌마675, 판례집 제18권 1집 상, 269, 273-273). 종전의 헌재 2001. 2. 22, 2000헌마25 결정에서는 동 조항이 합헌적인 것으로 보았다. 그러나 이후에 국가유공자의 숫자가 증가할 뿐만이 아니라

300세대 규모 이상의 주택건설용 토지를 조성·개발하거나 공동주택을 건설하는 사업을 말한다.

15) 지방공무원법 제58조(집단행위의 금지) ① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 그러하지 아니하다.

16) 국가유공자등예우및지원에관한법률(2004. 1. 20. 법률 제7104호로 개정된 것) 제31조(채용시험의 가점 등) ① 취업보호실시기관이 그 직원을 채용하기 위하여 채용시험을 실시하는 경우에는 당해 채용시험에 응시한 취업보호대상자의 득점에 만점의 10퍼센트를 가점하여야 한다.

② 제1항의 채용시험이 필기·실기·면접시험 등으로 구분되어 실시되는 시험의 경우에는 각 시험마다 만점의 10퍼센트를 가점하여야 하며, 2 이상의 과목으로 실시되는 시험에 있어서는 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 10퍼센트를 가점하여야 한다. 다만, 점수로 환산이 불가능한 시험에는 그러하지 아니하다.

각종 시험 경쟁이 치열해지고 국가유공자의 종류도 추가되는 등 변동으로 인하여 일반응시자와의 사이에 형평성이 떨어진다고 본 것이다. 다만 이를 위헌으로 선언할 경우에 발생할 혼란이 예상되어 헌법에 합치되지 않는 것으로 선언하고 법개정을 촉구하였다. 이 조항은 2007년 3월의 법개정에 의하여 국가유공자의 종류, 본인과 가족의 구별에 따라서 5~10%의 가산점을 주도록 하고, 합격자 가운데 이법에 의하여 가점을 받은 국가유공자의 총수가 총합격자의 30%를 넘지 않도록 하는 등 보완하였다.

2007년 6월에는 재외국민에게 선거권 및 피선거권을 부여하지 않는 선거법 관련조항이 헌법에 합치하지 않는다는 결정을 하였다(2004헌마644). 주민등록을 요건으로 재외국민의 참정권을 제한하는 것, 국내거주자에게만 주민등록을 허용하는 것, 주민등록을 요건으로 국내거주 재외국민의 지방선거 선거권과 피선거권을 제한하는 것이 모두 헌법에 합치하지 않는다고 보았다. 따라서 이 법조항은 헌법재판소의 선고에 따라 2008년 12월까지 개정하여야 한다. 아직은 이 조항에 대한 개정이 이루어지지 않았다. 다만 현재 국회 상임위원회 등에서 개정 논의가 활발히 진행되고 있다. 김성곤 의원 등이 제출한 안에 의하면 “국내에 거소를 정하여 거소신고를 한 재외국민에 대하여 선거권 및 피선거권을 부여하고, 선거인명부를 작성할 수 있도록 하는 한편, 대통령선거 및 비례대표국회의원선거에 있어서 재외선거제도를 도입하여 대한민국 국적을 보유하고 있는 재외국민은 재외공관이나 주민등록지·등록기준지 또는 국내거소신고지의 관할 구·시·군의 장에게 재외선거인 등록을 하고, 현지 재외공관에서 직접 또는 국외 거소에서 우편 또는 인터넷으로 투표할 수 있도록 한다.” 한편 조원진 의원이 대표발의한 안에서는 “재외선거인은 투표관리관과 투표참관인 앞에서 발송용 봉투·회송용 봉투·투표용지 및 신분증명서를 제시하여 본인임을 확인 받은 후 자서식으로 투표하며, 선거관리관은 인수한 투표지를 재외투표기간 만료일의 다음날까지 외교과우치를 이용하여 중앙선거관리위원회에 보내야 하며, 중앙선거관리위원회는 이를 우편으로 구·시·군선거관리위원회에 보내야 하는” 식으로 투표 방법을 구체화하고 있다.

2008년 11월에는 종합부동산세의 일부에 대한 위헌 및 헌법불합치결정이 내려졌다.¹⁷⁾ 현재는 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제 7 조 제

17) 2006헌바112 구 종합부동산세법 제 5 조 등 위헌소원, 2007헌바71 구 종합부동산세법 제 2 조 제 3 호 등 위헌소원, 2007헌바88 종합부동산세법 제 2 조 제 8 호 등 위헌소원, 2007헌바94 종합부동산세법 제 2 조 제 8 호 등 위헌소원, 2008헌바3 종합부동산세법 제 2 조 제 8 호 등 위헌소원, 2008헌가12 종합부동산세법 제 7 조 제 1 항 전문 괄호 부분 등 위헌제청, 2008헌바62 종합부동산세법 제11조 위헌소원(이상 병합).

1 항 중 전문의 괄호 부분 및 후문, 제 2 항, 제 3 항,¹⁸⁾ 제12조 제 1 항 제 1 호 중 본문의 괄호 부분 및 단서 부분, 제 2 항은¹⁹⁾ 헌법에 위반된다고 선언하였다. 구 종합부동산세법(2005. 1. 5. 법률 제7328호로 제정되고, 2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정되기 전의 것) 제 7 조 제 1 항, 제 8 조, 제 9 조 전단, 종합부동산세법(2005. 12. 31. 법률 제7836호로 개정된 것) 제 7 조 제 1 항 전문 중 괄호 부분을 제외한 부분, 제 8 조 제 1 항, 제 9 조 제 1 항, 제 2 항은 헌법에 합치되지 아니한다고 선언하고, 2009년 12 월말까지 개정하도록 하였다. 헌법재판소는 종합부동산세의 세대별 합산부분은 위헌이라고 하고, 주택분 종합부동산세의 부과부분에 대해서는 헌법불합치 결정을 내린 것이다. 종합부동산세는 전 정부가 부동산 투기억제책의 일환으로 도입하였는데, 현 정부는 이를 바꾸어야 한다고 주장하여 왔으므로 현재의 판단이 주목을 받은 바 있다.

III. 헌법재판 속의 행정법

1. 서

헌법재판은 행정법의 발전에 큰 영향을 끼치고 있다. 행정에 관한 헌법재판소의 판례는 행정법을 더욱 풍부하게 만들고 있다. 오래전부터 헌법이 행정법의 법원이라고 인정되어 왔으나 이는 최근 헌법재판과 행정법의 관계를 살펴보면 매

18) 제 7 조 (납세의무자) ① 과세기준일 현재 주택분 재산세의 납세의무자로서 국내에 있는 재산세 과세대상인 주택의 공시가격을 합산한 금액이 6억원(개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 말하며, 이하 “주택분 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자는 종합부동산세를 납부할 의무가 있다. 이 경우, 개인은 1세대에 속하는 자(이하 “세대원”이라 한다)중 대통령령이 정하는 주된 주택 소유자(이하 “주된 주택소유자”라 한다)가 납세의무자가 된다.

② 주된 주택소유자 또는 세대원의 판정은 과세기준일 현재의 상황에 의한다.

③ 주된 주택소유자 외의 세대원은 그가 소유한 주택의 공시가격을 한도로 주된 주택소유자와 연대하여 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

19) 제12조 (납세의무자) ① 과세기준일 현재 토지분 재산세의 납세의무자로서 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 당해 토지에 대한 종합부동산세를 납부할 의무가 있다.

1. 종합합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 3억 원(개인의 경우 세대별로 합산한 금액을 말하며, 이하 “토지분 종합합산 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자. 다만, 개인의 경우에는 세대원 중 대통령령이 정하는 주된 토지소유자로 한다.

2. 별도합산과세대상인 경우에는 국내에 소재하는 당해 과세대상토지의 공시가격을 합한 금액이 40억 원(이하 “토지분 별도합산 과세기준금액”이라 한다)을 초과하는 자

② 제 7 조 제 2 항 및 제 3 항의 규정은 종합합산과세대상 토지에 대한 종합부동산세를 부과함에 있어서 이를 준용한다.

우 타당한 표현이라고 생각된다. 여기서는 행정법 교과서에서 다루는 헌법재판소의 판례들을 살펴봄으로써 행정법 체계 안에서 차지하는 헌법재판의 비중을 조명하고자 한다. 순서는 교과서의 편장에 의한다.

2. 행정법 서론

가. 통치행위론

1) 대통령의 긴급 재정 경제명령

[헌재 1996. 2. 29, 93헌마186, 판례집 제 8 권 1집, 111, 111 - 111]

대통령(大統領)의 긴급재정경제명령(緊急財政經濟命令)은 국가긴급권(國家緊急權)의 일종으로서 고도(高度)의 정치적(政治的) 결단(決斷)에 의하여 발동(發動)되는 행위(行爲)이고 그 결단(決斷)을 존중하여야 할 필요성이 있는 행위(行爲)라는 의미에서 이른바 통치행위(統治行爲)에 속한다고 할 수 있으나, 통치행위(統治行爲)를 포함하여 모든 국가작용(國家作用)은 국민(國民)의 기본권적(基本權的) 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소(憲法裁判所)는 헌법(憲法)의 수호와 국민(國民)의 기본권(基本權) 보장(保障)을 사명으로 하는 국가기관(國家機關)이므로 비록 고도(高度)의 정치적(政治的) 결단(決斷)에 의하여 행해지는 국가작용(國家作用)이라고 할지라도 그것이 국민(國民)의 기본권(基本權) 침해(侵害)와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소(憲法裁判所)의 심판대상(審判對象)이 된다.

2) 이라크 파병 사건

[헌재 2004. 4. 29, 2003헌마814, 판례집 제16권 1집, 601, 607 - 607]

이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 우리 재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 오랜 민주주의 전통을 가진 외국에서도 외교 및 국방에 관련된 것으로서 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대하여는 줄곧 사법심사를 자제하고 있는 것도 바로 이러한 취지에서 나온 것이라 할 것이다. 이에 대하여는 설혹 사법적 심사의 회피로 자의적 결정이 방지될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.

나. 법치주의와 법률유보

[헌재 1999. 5. 27, 98헌바70 결정—공영방송(KBS)의 수신료 결정]

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국

민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙). 그런데 텔레비전 방송 수신료는 대다수 국민의 재산권 보장의 측면이나 한국방송공사에게 보장된 방송자유의 측면에서 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위 등과 함께 수신료에 관한 본질적인 중요한 사항이므로 국회가 스스로 행하여야 하는 사항에 속하는 것임에도 불구하고 한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.

다. 개인적 공권의 성립

개인적 공권이 성립하려면 입법에 의한 구체화가 필요하다.

[헌재 2003. 12. 18, 2002헌마1, 판례집 제15권 2집 하, 441, 449 - 449]

사회적 기본권의 성격을 가지는 의료보험수급권은 국가에 대하여 적극적으로 급부를 요구하는 것이므로 헌법규정만으로는 이를 실현할 수 없고 법률에 의한 형성을 필요로 한다. 의료보험수급권의 구체적 내용 즉, 수급요건·수급권자의 범위·급여금액 등은 법률에 의하여 비로소 확정된다(헌재 1999. 4. 29, 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513 참조).

그러나 경우에 따라서는 헌법상의 기본권으로부터 바로 개인의 법률상 이익이 인정되기도 한다.

[헌재 1998. 4. 30, 97헌마141, 판례집 제10권 1집, 496, 508 - 508]

일반법규에서 경쟁자를 보호하는 규정을 별도로 두고 있지 않은 경우에도 기본권인 경쟁의 자유가 바로 행정청의 지정행위의 취소를 구할 법률상의 이익이 된다 할 것이다.

3. 행정작용법 관련

가. 행정입법에 대한 통제

[헌재 1991. 7. 8, 91헌가4(위헌)—복표발행, 현상 기타 사행행위 단속법 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판]

위임입법(委任立法)에 관한 헌법(憲法) 제75조는 처벌법규(處罰法規)에도 적용되는 것이지만 처벌법규(處罰法規)의 위임(委任)은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률(法律)로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이 경우에도 법률(法律)에서 범죄(犯罪)의 구성요건(構成要件)은 처벌대상(處罰對象)인 행위(行

爲)가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌(刑罰)의 종류(種類) 및 그 상한(上限)과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

[헌재 1993. 5. 13, 92헌마80(全員裁判部)—體育施設の設置・利用에 관한法律施行規則제 5 조에 대한 헌법소원]

당구장에 대한 출입규제 내지 봉쇄는 법률(法律)(또는 법률이 구체적으로 명확히 범위를 정하여 위임(委任)한 경우의 법규명령(法規命令)에 의하여서만 비로소 가능하다고 할 것인바, 이 사건 심판대상규정은 모법(母法)의 위임(委任)이 없는 사항을 규정하고 있어 결국 위임(委任)의 범위(範圍)를 일탈(逸脫)한 것이라고 하지 않을 수 없다.

[헌재 1996. 2. 29, 94헌마213(전원재판부)—風俗營業의規制에 관한法律제 2 조 제 6 호 등 違憲確認]

법률(法律)에서 위임(委任)받은 사항(事項)을 전혀 규정(規定)하지 않고 재위임(再委任)하는 것은 이 위임금지(履委任禁止)의 법리(法理)에 반할 뿐 아니라 수권법(授權法)의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령(部令)의 제정(制定)·개정절차(改正節次)가 대통령령(大統領令)에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임(再委任)에 의한 부령(部令)의 경우에도 위임(委任)에 의한 대통령령(大統領令)에 가해지는 헌법상(憲法上)의 제한(制限)이 당연히 적용되어야 할 것이므로 법률(法律)에서 위임(委任)받은 사항(事項)을 전혀 규정(規定)하지 아니하고 그대로 재위임(再委任)하는 것은 허용(許容)되지 않으며 위임(委任)받은 사항(事項)에 관하여 대강(大綱)을 정하고 그 중의 특정사항(特定事項)을 범위를 정하여 하위법령(下位法令)에 다시 위임(委任)하는 경우에만 재위임(再委任)이 허용된다.

[헌재 1990. 10. 15, 89헌마178(全員裁判部)—法務士法施行規則에 대한 憲法訴願]

법무사법시행규칙(法務士法施行規則) 제 3 조 제 1 항은 법원행정처장(法院行政處長)이 법무사(法務士)를 보충(補充)할 필요(必要)가 없다고 인정하면 법무사시험(法務士試驗)을 실시(實施)하지 아니해도 된다는 것으로서 상위법(上位法)인 법무사법(法務士法) 제 4 조 제 1 항에 의하여 모든 국민(國民)에게 부여된 법무사(法務士) 자격취득(資格取得)의 기회(機會)를 하위법(下位法)인 시행규칙(施行規則)으로 박탈한 것이어서 평등권(平等權)과 직업선택(職業選擇)의 자유(自由)를 침해(侵害)한 것이다.

[헌재 1993. 5. 13, 92헌마80(全員裁判部)—體育施設の設置・利用에 관한法律施行規則제 5 조에 대한 헌법소원]

명령(命令)·규칙(規則) 그 자체에 의하여 직접(直接) 기본권(基本權)이 침해(侵害)되었을 경우에는 그것을 대상(對象)으로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있고, 그 경우 제소요건(提訴要件)으로서 당해 법령(法令)이 구체적 집행행위를 매개로 하지 아니하고 직접적(直接的)으로 그리고 현재적(現在的)으로 국민의 기본권을 침해하고 있어야 한다.

[헌재 2004. 2. 26, 2001헌마718(전원재판부)— 입법부작위위헌확인]

법률이 군법무관의 보수를 판사, 검사의 예에 의하도록 규정하면서 그 구체적 내용을 시행령에 위임하고 있다면, 이는 군법무관의 보수의 내용을 법률로써 일차적으로 형성한 것이고, 따라서 상당한 수준의 보수청구권이 인정되는 것이라 해석함이 상당하다. 그러므로 이 사건에서 대통령이 법률의 명시적 위임에도 불구하고 지금까지 해당 시행령을 제정하지 않아 그러한 보수청구권이 보장되지 않고 있다면 그러한 입법부작위는 정당한 이유 없이 청구인들의 재산권을 침해하는 것으로써 헌법에 위반된다.

나. 고시의 법규성 등

[헌재 2004. 10. 28, 99헌바91, 판례집 제16권 2집 하, 104, 105 - 105]

헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다.

[헌재 1998. 4. 30, 97헌마141(전원재판부)— 특별소비세법시행령제37조

제 3 항등위헌확인]

고시 또는 공고의 법적 성질은 일률적으로 판단될 것이 아니라 고시에 담겨진 내용에 따라 구체적인 경우마다 달리 결정된다고 보아야 한다. 즉, 고시가 일반·추상적 성격을 가질 때는 법규명령 또는 행정규칙에 해당하지만, 고시가 구체적인 규율의 성격을 갖는다면 행정처분에 해당한다. 이 사건 국세청고시는 특정 사업자를 납세병마개 제조자로 지정하였다는 행정처분의 내용을 모든 병마개 제조자에게 알리는 통지수단에 불과하므로, 청구인의 이 사건 국세청고시에 대한 헌법소원심판청구는 고시 그 자체가 아니라 고시의 실질적 내용을 이루는 국세청장의 위 납세병마개 제조자 지정처분에 대한 것으로 해석함이 타당하다.

[헌재 2004. 10. 28, 99헌바91(전원재판부)— 금융산업의 구조개선에 관한 법률

제 2 조 제 3 호 가목 등 위헌소원]

오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임

한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다. 그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다.

다. 위헌인 법률에 기한 행정처분의 효력

[대법원 1994. 10. 28, 92누9463— 압류처분등무효확인]

법률에 근거하여 행정처분이 발하여진 후에 헌법재판소가 그 행정처분의 근거가 된 법률을 위헌으로 결정하였다면 결과적으로 행정처분은 법률의 근거가 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자가 있는 것이 되나, 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 중대할 뿐만 아니라 명백한 것이어야 하는데, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정이 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로 헌법재판소의 위헌결정 전에 행정처분의 근거되는 당해 법률이 헌법에 위반된다는 사유는 특별한 사정이 없는 한 그 행정처분의 취소소송의 전제가 될 수 있을 뿐 당연무효사유는 아니라고 봄이 상당하다.

[헌재 1994. 6. 30, 92헌바23]

행정처분(行政處分)의 집행이 이미 종료되었고 그것이 번복될 경우 법적(法的) 안정성(安定性)을 크게 해치게 되는 경우에는 후에 행정처분(行政處分)의 근거가 된 법규가 헌법재판소에서 위헌으로 선고된다고 하더라도 그 행정처분(行政處分)이 당연무효가 되지는 않음이 원칙이라고 할 것이나, 행정처분(行政處分) 자체의 효력이 쟁송기간(爭訟期間) 경과 후에도 존속 중인 경우, 특히 그 처분(處分)이 위헌법률(違憲法律)에 근거하여 내려진 것이고 그 행정처분(行政處分)의 목적달성을 위하여서는 후행(後行) 행정처분(行政處分)이 필요한데 후행(後行) 행정처분(行政處分)은 아직 이루어지지 않은 경우와 같이 그 행정처분(行政處分)을 무효로 하더라도 법적 안정성을 크게 해치지 않는 반면에 그 하자가 중대하여 그 구제가 필요한 경우에 대하여서는 그 예외를 인정하여 이를 당연무효사유로 보아서 쟁송기간(爭訟期間) 경과 후에도 무효확인을 구할 수 있는 것이라고 봐야 할 것이다. 그렇다면 관련소송사건에서 청구인이 무효확인을 구하는 행정처분(行政處分)의 진행도는 마포세무서장의 압류만 있는 상태이고 그 처분의 만족을 위한 환가 및 청산이라는 행정처분(行政處分)은 아직 집행되지 않고 있는 경우이므로 이 사건은 위 예외에 해당되는 사례로 볼 여지가 있고, 따라서 헌법재판소로서는 위 압류처분(押留處分)의 근거법규(根據法規)에 대하여 일응 재판(裁判)의 전제

성(前提性)을 인정하여 그 위헌 여부에 대하여 판단하여야 할 것이다.

[대법원 2002. 8. 23, 2001두2959— 압류해제신청거부처분취소]

위헌법률에 기한 행정처분의 집행이나 집행력을 유지하기 위한 행위는 위헌결정의 기속력에 위반되어 허용되지 않는다고 보아야 할 것인데, 그 규정 이외에는 체납부담금을 강제로 징수할 수 있는 다른 법률적 근거가 없으므로, 그 위헌결정 이전에 이미 부담금 부과처분과 압류처분 및 이에 기한 압류등기가 이루어지고 위의 각 처분이 확정되었다고 하여도, 위헌결정 이후에는 별도의 행정처분인 매각처분, 분배처분 등 후속 체납처분 절차를 진행할 수 없는 것은 물론이고, 특별한 사정이 없는 한 기존의 압류등기나 교부 청구만으로는 다른 사람에 의하여 개시된 경매절차에서 배당을 받을 수도 없다.

4. 행정절차법 및 정보공개법 관련

가. 행정절차의 보장

[헌재 1992. 12. 24, 92헌가8]

헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리(適法節次原理)의 일반 조항(一般條項)에 해당하는 것으로서, 형사절차상(刑事節次上)의 영역에 한정되지 않고 입법(立法), 행정(行政) 등 국가(國家)의 모든 공권력(公權力)의 작용에는 절차상(節次上)의 적법성(適法性) 뿐만 아니라 법률의 구체적(具體的) 내용(內容)도 합리성(合理性)과 정당성(正當性)을 갖춘 실체적(實體的)인 적법성(適法性)이 있어야 한다는 적법절차(適法節次)의 원칙을 헌법의 기본원리(基本原理)로 명시하고 있는 것이므로 헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의(令狀主義)는 구속(拘束)의 개시시점(開始時點)에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소(取消) 또는 실효(失效)시킬 것인지의 여부도 사법권독립(司法權獨立)의 원칙에 의하여 신분(身分)이 보장(保障)되고 있는 법관(法官)의 판단에 의하여 결정되어야 한다는 것을 의미하고, 따라서 형사소송법 제331조 단서 규정과 같이 구속영장(拘束令狀)의 실효(失效) 여부를 검사(檢事)의 의견에 좌우되도록 하는 것은 헌법상(憲法上)의 적법절차(適法節次)의 원칙에 위배된다.

나. 정보공개제도

[헌재 1991. 5. 13, 90헌마133, 관례집 제3권, 234, 234 - 234]

확정된 형사소송기록(刑事訴訟記錄)의 복사신청(複寫申請)에 대한 서울지방검찰청 의정부지청장(地方檢察廳議政府支廳長)의 거부행위(拒否行爲)는 청구인(請求人)의 헌법상(憲法上)의 기본권(基本權)인 “알 권리(權利)”를 침해(侵害)한 것이다.

— 개인정보보호: 정보에 대한 자기결정권

[헌재 1995. 12. 28, 91헌마114, 판례집 제 7 권 2집, 876, 885 - 885]

공판정에서 진술을 하는 피고인·증인 등도 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며(헌법 제10조), 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니할 권리를 가지고 있으므로(헌법 제17조), 본인이 비밀로 하고자 하는 사적인 사항이 일반에 공개되지 아니하고 자신의 인격적 징표가 타인에 의하여 일방적으로 이용당하지 아니할 권리가 있다.

5. 행정의 의무이행확보 수단

1) 이중처벌의 문제

[헌재 2004. 2. 26, 2001헌바80, 판례집 제16권 1집, 202, 203 - 203]

전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다. 현행 건축법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 대집행과 이행강제금(제83조 제 1 항)이 인정되고 있는데, 양 제도는 각각의 장·단점이 있으므로 행정청은 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정 의지 등을 감안하여 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있으며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다.

2) 행정상 즉시강제와 영장주의

[헌재 2002. 10. 31, 2000헌가12, 판례집 제14권 2집, 345, 346 - 347]

이 사건 법률조항이 영장 없는 수거를 인정한다고 하더라도 이를 두고 헌법상 영장주의에 위배되는 것으로는 볼 수 없고, 위 구 음반·비디오물및게임물에관한법률 제24조 제 4 항에서 관계공무원이 당해 게임물 등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하도록 하고 있고, 동조 제 6 항에서 수거 등 처분을 하는 관계공무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 제시하도록 하는 등의 절차적 요건을 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로 보기도 어렵다.

3) 통고처분과 적법절차

[헌재 1998. 5. 28, 96헌바4, 판례집 제10권 1집, 610, 610 - 610]

통고처분은 상대방의 임의의 승복을 그 발효요건으로 하기 때문에 그 자체만으로는 통고이행을 강제하거나 상대방에게 아무런 권리의무를 형성하지 않으므로 행정심판이나 행정소송의 대상으로서의 처분성을 부여할 수 없고, 통고처분에 대하여 이의가 있으면 통고내용을 이행하지 않음으로써 고발되어 형사재판절차에서 통고처분의 위법·부당함을 얼마든지 다룰 수 있기 때문에 관세법 제38조 제 3 항 제 2 호가 법관에 의한

재판관을 권리를 침해한다든가 적법절차의 원칙에 저촉된다고 볼 수 없다.

4) 과징금의 위헌성

[헌재 2003. 7. 24, 2001헌가25, 판례집 제15권 2집 상, 1, 1 - 1]

구 독점규제및공정거래에관한법률 제24조의2에 의한 부당내부거래에 대한 과징금은 그 취지와 기능, 부과 주체와 절차 등을 종합할 때 부당내부거래 억지라는 행정목적 을 실현하기 위하여 그 위반행위에 대하여 제재를 가하는 행정상의 제재금으로서의 기본적 성격에 부당이득환수적 요소도 부가되어 있는 것이라 할 것이고, 이를 두고 헌 법 제13조 제1항에서 금지하는 국가형벌권 행사로서의 ‘처벌’에 해당한다고는 할 수 없으므로, 공정거래법에서 형사처벌과 아울러 과징금의 병과를 예정하고 있더라도 이 중처벌금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으며, 이 과징금 부과처분에 대하여 공정력과 집행력을 인정한다고 하여 이를 확정판결 전의 형벌집행과 같은 것으로 보아 무죄추 정 원칙에 위반된다고도 할 수 없다.

5) 특별부담금으로서의 텔레비전 방송 수신료

[헌재 1999. 5. 27, 98헌바70, 판례집 제11권 1집, 633, 641 - 641]

수신료는 ‘텔레비전방송의 수신을 위하여 수상기를 소지하는 자’라고 하는 특정집단 에 대하여 부과·징수하는 금전부담이고, 이 경우의 텔레비전방송에는 공사가 실시하 는 텔레비전방송도 포함될 뿐만 아니라, 수상기 소지자는 방송시설의 설치·운영, 방 송문화활동, 방송에 관한 조사·연구 등 공사가 수행하는 각종 사업의 직·간접적인 수혜자라고 볼 수 있으므로 공사가 수행하는 공영방송사업과 수신료 납부의무자인 수 상기소지자 집단 사이에는 수신료라는 금전부담을 지울만한 특별하고 긴밀한 관계가 성립된다고 할 것이며, 징수된 수신료는 국가의 일반적 과제를 수행하는데 사용되는 것이 아니라 공사가 수행하는 텔레비전방송 등의 특정 공익사업의 재정에 충당되며 독립채산방식에 의하여 별도로 관리된다는 점에서 특별부담금으로서의 요건을 갖추고 있다고 할 것이다.

6) 특별부담금의 위헌성

[헌재 1999. 10. 21, 97헌바84, 판례집 제11권 2집, 433, 434 - 434]

카지노업은 관광사업 중에서 수익성이 가장 높고, 다른 관광사업과는 달리 등록·지 정이 아닌 허가를 받도록 하고 있을 뿐만 아니라, 그 허가요건도 전에 비하여 강화되 어 매출액 및 이익의 증가가 예상되는 상황에서, 부족한 관광진흥개발기금의 확충을 통하여 관광사업의 발전에 필요한 재원을 확보하기 위하여 카지노사업자에게 일정금 액을 관광진흥개발기금에 납부하게 하여 이 기금을 관광사업의 발전을 위한 특정한 용도에만 사용하도록 하는 것은 관광사업의 발전이라는 입법목적의 달성을 위한 적절 한 방법으로 인정되고, 카지노업의 총매출액 개념의 특수성 및 카지노업의 높은 수익 성에 비추어 카지노사업자에 대하여 총매출액의 100분의 10의 범위 안에서 납부금을 부과한 것이 과도한 것으로 볼 수도 없으므로, 구 관광진흥법 제10조의4 제1항이 과

잉금지의 원칙에 위배하여 카지노사업자의 재산권을 침해하였다고 할 수 없다.

7) 신상공개제도(공표)의 위헌성

[헌재 2003. 6. 26, 2002헌가14, 판례집 제15권 1집, 624, 625 - 625]

신상공개제도는 범죄자 본인을 처벌하려는 것이 아니라, 현존하는 성폭력위험으로부터 사회 공동체를 지키려는 인식을 제고함과 동시에 일반인들이 청소년 성매수 등 범죄의 충동으로부터 자신을 제어하도록 하기 위하여 도입된 것으로서, 이를 통하여 달성하고자 하는 ‘청소년의 성보호’라는 목적은 우리 사회에 있어서 가장 중요한 공익의 하나라고 할 것이다.

이에 비하여 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도를 살펴보면, 법 제20조 제2항은 “성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지”를 공개하도록 규정하고 있는바, 이는 이미 공개된 형사재판에서 유죄가 확정된 형사판결이라는 공적 기록의 내용 중 일부를 국가가 공익 목적으로 공개하는 것으로 공개된 형사재판에서 밝혀진 범죄인들의 신상과 전과를 일반인이 알게 된다고 하여 그들의 인격권 내지 사생활의 비밀을 침해하는 것이라고 단정하기는 어렵다.

6. 행정구제법 관련

가. 국가배상제도에서의 위헌성 문제

[헌재 2001. 2. 22, 2000헌바38, 판례집 제13권 1집, 289, 289 - 289]

헌법 및 헌법재판소의 규정상 위헌심사의 대상이 되는 법률은 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하는 것이므로 헌법의 개별규정 자체는 헌법소원에 의한 위헌심사의 대상이 아니다. 한편, 이념적·논리적으로는 헌법규범 상호간의 우열을 인정할 수 있다 하더라도 그러한 규범 상호간의 우열이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정 상호간에 효력상의 차등을 의미하는 것이라고 볼 수 없으므로, 헌법의 개별규정에 대한 위헌심사는 허용될 수 없다.

[헌재 2001. 2. 22, 2000헌바38, 판례집 제13권 1집, 289, 289 - 289]

국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제1항에 의하여 보장되는 국가배상청구권을 헌법 내재적으로 제한하는 헌법 제29조 제2항에 직접 근거하고, 실질적으로 그 내용을 같이하는 것이므로 헌법에 위반되지 아니한다.

나. 손실보상 제도

1) 헌법이 보장하는 재산권

[헌재 1997. 11. 27, 97헌바10, 판례집 제 9 권 2집, 651, 652 - 652]

憲法 제23조 제 1 항 및 제13조 제 2 항에 의하여 보호되는 財産權은 私的有用性 및 그에 대한 원칙적 處分權을 내포하는 財産價値있는 具體的 權利이므로 구체적 권리 가 아닌 단순한 利益이나 財貨의 획득에 관한 기회 등은 재산권 보장의 대상이 아니라 할 것인바, 藥師는 단순히 의약품의 판매뿐만 아니라 의약품의 분석, 관리 등의 업무를 다루며, 藥師免許 그 자체는 讓渡·讓受할 수 없고 相續의 대상도 되지 아니하며, 또한 藥師의 韓藥調劑權이란 그것이 타인에 의하여 침해되었을 때 妨害를 배제하거나 原狀回復 내지 損害賠償을 請求할 수 있는 권리가 아니라 法律에 의하여 藥師의 지위에서 인정되는 하나의 權能에 불과하고, 더욱이 의약품을 판매하여 얻게 되는 이익 역시 장래의 불확실한 期待利益에 불과한 것이므로, 舊 藥事法上 藥師에게 인정된 韓藥調劑權은 위 憲法條項들이 말하는 財産權의 범위에 속하지 아니한다.

2) 보상규정의 필요성과 위헌문제

[헌재 1994. 12. 29, 89헌마2, 판례집 제 6 권 2집, 395, 396 - 396]

우리 헌법은 제헌(制憲) 이래 현재까지 일관하여 재산의 수용(收用), 사용(使用) 또는 제한(制限)에 대한 보상금을 지급하도록 규정하면서 이를 법률이 정하도록 위임함으로써 국가에게 명시적으로 수용(收用) 등의 경우 그 보상(補償)에 관한 입법(立法)義務를 부과하여 왔는데, 해방 후 사설철도회사(私設鐵道會社)의 전 재산을 수용(收用)하면서 그 보상절차(補償節次)를 규정한 군정법령(軍政法令) 제75호에 따른 보상절차(補償節次)가 이루어지지 않은 단계에서 조선철도(造船鐵道)의 통일폐지법률(統一廢止法律)에 의하여 위 군정법령(軍政法令)이 폐지됨으로써 대한민국의 법령에 의한 수용(收用)은 있었으나 그에 대한 보상을 실시할 수 있는 절차를 규정하는 법률이 없는 상태가 현재까지 계속되고 있으므로, 대한민국은 위 군정법령(軍政法令)에 근거한 수용(收用)에 대하여 보상에 관한 법률을 제정하여야 하는 입법(立法)자의 헌법상 명시된 입법(立法)義務가 발생하였으며, 위 폐지법률(廢止法律)이 시행된 지 30년이 지나도록 입법(立法)자가 전혀 아무런 입법(立法)조치를 취하지 않고 있는 것은 입법(立法)재량(立法裁量)의 한계를 넘는 입법(立法)의무불이행(立法義務不履行)으로서 보상청구권(補償請求權)이 확정된 자의 헌법상 보장된 재산권(財産權)을 침해하는 것이므로 위헌이다.

다. 국토계획과 손실보상

[헌재 1998. 12. 24, 89헌마214, 판례집 제10권 2집, 927, 928 - 928]

개발제한구역지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용의 방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용·수익

의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 것으로 보아야 한다.

[헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 제11권 2집, 383, 383 - 383]

도시계획시설의 지정으로 말미암아 당해 토지의 이용가능성이 배제되거나 또는 토지소유자가 토지를 종래 허용된 용도대로도 사용할 수 없기 때문에 이로 말미암아 현저한 재산적 손실이 발생하는 경우에는, 원칙적으로 사회적 제약의 범위를 넘는 수용적 효과를 인정하여 국가나 지방자치단체는 이에 대한 보상을 해야 한다.

라. 정당한 보상의 내용

[헌재 1995. 4. 20, 93헌바20, 판례집 제 7 권 1집, 519, 519 - 519]

헌법 제23조 제 3 항이 규정하는 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산(被收用財産)의 객관적(客觀的)인 재산가치(財産價値)를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 의미한다.

[헌재 2001. 4. 26, 2000헌바31, 판례집 제13권 1집, 932, 932 - 932]

공시지가가 그 평가의 기준이나 절차로 미루어 대상토지가 대상지역공고일 당시 갖는 객관적 가치를 평가하기 위한 것으로서 적정성을 갖고 있으며, 표준지와 지가선정 대상토지 사이에 가격의 유사성을 인정할 수 있도록 표준지 선정의 적정성이 보장되므로 위 조항이 헌법 제23조 제 3 항이 규정한 정당보상의 원칙에 위배되거나 과잉금지의 원칙에 위배된다고 볼 수 없고, 토지수용시 개별공시지가에 따라 손실보상액을 산정하지 아니하였다고 하여 위헌이 되는 것은 아니다.

마. 이주대책의 성격

[헌재 2006. 2. 23, 2004헌마19, 판례집 제18권 1집 상, 242, 242 - 242]

이주대책은 헌법 제23조 제 3 항에 규정된 정당한 보상에 포함되는 것이라기보다는 이에 부가하여 이주자들에게 종전의 생활상태를 회복시키기 위한 생활보상의 일환으로서 국가의 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도라고 볼 것이다. 따라서 이주대책의 실시 여부는 입법자의 입법정책적 재량의 영역에 속하므로 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률시행령 제40조 제 3 항 제 3 호(이하 '이 사건 조항'이라 한다)가 이주대책의 대상자에서 세입자를 제외하고 있는 것이 세입자의 재산권을 침해하는 것이라 볼 수 없다.

바. 헌법소원의 대상

1) 헌법재판의 행정소송에 대한 보충성

[헌재 2000. 6. 1, 99헌마538, 판례집 제12권 1집, 665, 665 - 665]

비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력행위로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있다.

2) 권력적 사실행위에 대한 헌법소원

[헌재 2003. 12. 18, 2001헌마754]

권력적 사실행위가 행정처분의 준비단계로서 행하여지거나 행정처분과 결합된 경우(合成的 行政行爲)에는 행정처분에 흡수·통합되어 불가분의 관계에 있다할 것이므로 행정처분만이 취소소송의 대상이 되고, 처분과 분리하여 따로 권력적 사실행위를 다룰 실익은 없다. 그러나 권력적 사실행위가 항상 행정처분의 준비행위로 행하여지거나 행정처분과 결합되는 것은 아니므로 그러한 사실행위에 대하여는 다룰 실익이 있다 할 것임에도 법원의 관례에 따르면 일반쟁송 절차로는 다룰 수 없음이 분명하다. 이 사건 감사는 행정처분의 준비단계로서 행하여지거나 처분과 결합된 바 없다. 그렇다면 이 사건 감사는 행정소송의 대상이 되는 행정행위로 볼 수 없어 법원에 의한 권리구제 절차를 밟을 것을 기대하는 것이 곤란하므로 보충성의 원칙의 예외로서 소원의 제기가 가능하다.

7. 개별행정법 관련

가. 지방자치법

1) 지방자치단체의 기본권 주체성

[헌재 1996. 3. 28, 96헌마50]

기본권의 주체라야만 헌법소원의 심판을 청구할 수 있고, 기본권의 주체가 아닌 자는 헌법소원의 심판을 청구할 수 없다고 할 것이다. 그리고 기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 “국민의 권리와 의무”이고 그 제10조 내지 제39조에서 “모든 국민은… 권리를 가진다”고 규정하고 있는 점에 비추어 원칙적으로 국민만이 헌법상 기본권의 주체이고, 공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인이나 그 기관은 헌법상 기본권의 주체가 될 수 없으므로 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인이나 그 기관은 헌법소원심판을 청구할 수 없다

2) 지방의회에 대한 청원의 요건

[헌재 1999. 11. 25, 97헌마54, 판례집 제11권 2집 583]

지방의회에 청원을 할 때에 지방의회 의원의 소개를 얻도록 한 것은 의원이 미리 청원의 내용을 확인하고 이를 소개하도록 함으로써 청원의 남발을 규제하고 심사의 효율을 기하기 위한 것이고, 지방의회 의원 모두가 소개의원이 되기를 거절하였다면 그 청원내용에 찬성하는 의원이 없는 것이므로 지방의회에서 심사하더라도 인용가능성이 전혀 없어 심사의 실익이 없으며, 청원의 소개의원도 1인으로 족한 점을 감안하면 이러한 정도의 제한은 공공복리를 위한 필요·최소한의 것이라고 할 수 있다.

3) 조례의 허용성 등

[헌재 1995. 4. 20, 92헌마264, 판례집 제 7 권 1집, 564, 564 - 564]

조례(條例)의 제정권자인 지방의회(地方議會)는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민(住民)의 대표기관(代表機關)이고 헌법이 지방자치단체(地方自治團體)에 포괄적(包括的)인 자치권(自治權)을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례(條例)에 대한 법률(法律)의 위임(委任)은 법규명령(法規命令)에 대한 법률(法律)의 위임(委任)과 같이 반드시 구체적(具體的)으로 범위(範圍)를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적(包括的)인 것으로 족하다.

— 조례에 대한 권리구제

[헌재 1995. 4. 20, 92헌마264, 판례집 제 7 권 1집, 564, 564 - 564]

조례(條例)는 지방자치단체(地方自治團體)가 그 자치입법권(自治立法權)에 근거하여 자주적으로 지방의회(地方議會)의 의결을 거쳐 제정한 법규(法規)이기 때문에 조례(條例) 자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자는 그 권리구제의 수단으로서 조례(條例)에 대한 헌법소원을 제기할 수 있다.

나. 공무원법

1) 근가산점 제도의 위헌성

[헌재 1999. 12. 23, 98헌마363, 판례집 제11권 2집, 770, 772 - 773]

헌법 제25조의 공무원임권 조항은 모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 하므로, 공직자선발에 관하여 능력주의에 바탕한 선발기준을 마련하지 아니하고 해당 공직이 요구하는 직무수행능력과 무관한 요소를 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 되나, 제대군인 지원이라는 입법목적은 예외적으로 능력주의를 제한할 수 있는 정당한 근거가 되지 못하는데도 불구하고 가산점제도는 능력주의에 기초하지 아니하고 성별, '현역복무를 감당할 수 있을 정도로 신체가 건강한가'와 같은 불합리한 기준으로 여성과 장애인 등의 공직취임권을 지나치게 제약하는 것으로서 헌법 제25조에 위배되고, 이로 인하여 청구인들의 공무원임권이 침해된다.

2) 금고형 이상의 선고유예에 의한 당연퇴직제의 위헌성

[헌재 2003. 10. 30, 2002헌마684, 판례집 제15권 2집 하, 211, 211 - 211]

국가공무원법 제69조 중 제33조 제1항 제5호 부분은 공무원이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정하고 있다. 그런데 같은 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우라고 하여도 범죄의 종류, 내용이 지극히 다양한 것이므로 그에 따라 국민의 공직에 대한 신뢰 등에 미치는 영향도 큰 차이가 있는 것이다. 따라서 입법자로서는 국민의 공직에 대한 신뢰보호를 위하여 해당 공무원이 반드시 퇴직하여야 할 범죄의 유형, 내용 등으로 그 당연퇴직의 사유 및 범위를 가급적 한정하여 규정하여야 할 것이다. 그런데 위 규정은 금고 이상의 선고유예의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐 아니라, 심지어 오늘날 누구에게나 위협이 상존하는 교통사고 관련 범죄 등 과실범의 경우마저 당연퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있으므로 최소침해성의 원칙에 반한다.

3) 공무원의 노동권

[헌재 1992. 4. 28, 90헌바27, 판례집 제 4 권, 255, 255 - 255]

국가공무원법(國家公務員法) 제66조 제1항이 근로3권(勤勞三權)이 보장(保障)되는 공무원(公務員)의 범위(範圍)를 사실상(事實上) 노무(勞務)에 종사하는 공무원(公務員)에 한정하고 있는 것은 근로3권(勤勞三權)의 향유주체(享有主體)가 될 수 있는 공무원(公務員)의 범위(範圍)를 정하도록 하기 위하여 헌법(憲法) 제33조 제2항이 입법권자(立法權者)에게 부여하고 있는 형성적(形成的) 재량권(裁量權)의 범위(範圍)를 벗어난 것이라고는 볼 수 없다.

[헌재 1993. 3. 11, 88헌마5, 판례집 제 5 권 1집, 59, 59 - 59]

모든 공무원(公務員)에게 단체행동권(團體行動權), 즉 쟁의권(爭議權)을 근본적으로 부인하고 있는 노동쟁의조정법(勞動爭議調整法) 제12조 제2항 중 「국가(國家)·지방자치단체(地方自治團體)에 종사하는 노동자(勞動者)」에 관한 부분은 현행(現行) 헌법(憲法) 제33조 제2항의 규정과 저촉되고 충돌되는 것으로 헌법(憲法) 제37조 제2항의 일반적(一般的) 법률유보조항(法律留保條項)에 의하여서도 정당화될 수 없는 것이지만, 헌법(憲法) 제33조 제2항의 규정은 일부 공무원(公務員)에게는 단체행동권(團體行動權)을 주지 않는다는 것도 전제하고 있으므로 합헌적(合憲的)인 면도 포함되어 있다. 따라서 위 규정은 단순위헌선언(單純違憲善言)을 하여 무효화(無效化)시킬 법률(法律)이 아니고, 앞으로 현행(現行) 헌법규정(憲法規定)과 충돌됨이 없이 합헌(合憲)의 상태가 되도록 고쳐져서 재정비되어야 할 규정이다.

[헌재 2008. 4. 24, 2004헌바47, 공보 제139호, 510, 514 - 514]

헌법 제33조 제2항이 입법권자에게 어느 범위의 공무원에게까지 노동3권을 부여 하느냐에 관한 입법재량권을 부여한 이상, 공무원의 노동3권의 본질적인 내용을 침해 하여 그 기본권이 형해화 되기에 이르렀다고 할 수 없다면 쉽사리 당해 법률을 위헌

이라고 단정할 수는 없으나, 공무원인 근로자의 특수성, 우리 사회의 경제적 능력 등 제반 사정을 감안하여 볼 때, 지방공무원법 제58조 제1항이 입법권자에게 부여된 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이라고까지 할 수 없다.

4) 사립학교 교원의 노동 3 권

[헌재 1991. 7. 22, 89헌가106, 판례집 제 3 권, 387, 387 - 388]

사립학교(私立學校) 교원(教員)에게 헌법(憲法) 제33조 제1항에 정한 근로 3 권(勤勞 3 權)의 행사를 제한(制限) 또는 금지(禁止)하고 있다고 하더라도 이로써 사립학교교원(私立學校教員)이 가지는 근로기본권(勤勞基本權)의 본질적(本質的) 내용(內容)을 침해(侵害)한 것으로 볼 수 없고, 그 제한(制限)은 입법자(立法者)가 교원지위(教員地位)의 특수성(特殊性)과 우리의 역사적(歷史的) 현실(現實)을 종합하여 공공(公共)의 이익(利益)인 교육제도(教育制度)의 본질(本質)을 지키기 위하여 결정(決定)한 것으로 필요(必要)하고 적정(適正)한 범위내(範圍內)의 것이다.

5) 학교법인의 재심위원회 재심결정에 대한 불복권

[헌재 2006. 2. 23, 2005헌가7, 판례집 제18권 1집 상, 58, 60 - 60]

학교법인에게 자신의 침해된 권익을 구제받을 수 있는 실효적인 권리구제절차가 제공되었다고 볼 수 없고, 교원지위부존재확인 등 민사소송절차도 교원이 처분의 취소를 구하는 재심을 따로 청구하거나 또는 재심결정에 불복하여 행정소송을 제기하는 경우에는 민사소송의 판결과 재심결정 또는 행정소송의 판결이 서로 모순·저촉될 가능성이 상존하므로 이 역시 간접적이고 우회적인 권리구제수단에 불과하다. 그리고 학교법인에게 재심결정에 불복할 제소권한을 부여한다고 하여 이 사건 법률조항이 추구하는 사립학교 교원의 신분보장에 특별한 장애사유가 생긴다든가 그 권리구제에 공백이 발생하는 것도 아니므로 이 사건 법률조항은 분쟁의 당사자이자 재심절차의 피청구인인 학교법인의 재판청구권을 침해한다.

6) 공무원연금의 법적인 성질

[헌재 1998. 12. 24, 96헌바73, 판례집 제10권 2집, 856, 856 - 856]

공무원연금제도는 공무원이 퇴직하거나 사망한 때에 공무원 및 그 유족의 생활안정과 복리향상에 기여하기 위한 사회보험으로서 법상 퇴직급여나 유족급여는 후불임금의 성격만 갖는 것이 아니라 기본적으로 사회보장적 급여로서의 성격을 가지면서 공무원이 기여금을 납부한다는 점에서 후불임금과 같은 성격도 함께 가진다.

7) 사범대학 출신 우대의 위헌성

[헌재 1990. 10. 8, 89헌마89, 판례집 제 2 권, 332, 332 - 332]

국·공립사범대학(國·公立師範大學) 등(等) 출신자(出身者)를 교육공무원(教育公務員)인 국·공립학교(國·公立學校) 교사(教師)로 우선하여 채용하도록 규정한 교육공무원법(教育公務員法) 제11조 제1항은 사립사범대학졸업자(私立師範大學卒業者)와 일반

대학(一般大學)의 교직과정 이수자(敎職過程履修者)가 교육공무원으로 채용될 수 있는 기회를 제한 또는 박탈하게 되어 결국 교육공무원(敎育公務員)이 되고자 하는 자를 그 출신학교(出身學敎)의 설립주체(設立主體)나 학과(學科)에 따라 차별(差別)하는 결과가 되는 바, 이러한 차별(差別)은 이를 정당화할 합리적(合理的)인 근거(根據)가 없으므로 헌법상(憲法上) 평등(平等)의 원칙(原則)에 어긋난다.

다. 사회보장행정

1) 인간다운 생활권

[헌재 1995. 7. 21, 93헌가14, 판례집 제 7 권 2집, 1, 3 - 3]

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 급부 내용을 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다.

2) 인간다운 생활권의 내용

[헌재 1997. 5. 29, 94헌마33, 판례집 제 9 권 1집, 543, 543 - 543]

국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 이탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.

3) 건강 생명권의 우선성

[헌재 2004. 8. 26, 2003헌마457, 판례집 제16권 2집 상, 355, 355 - 355]

흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이다.

4) 의무교육 관련법의 위헌여부

[헌재 1991. 2. 11, 90헌가27, 판례집 제 3 권, 11, 12 - 12]

교육법(敎育法) 제 8 조의2는 교육법(敎育法) 제 8 조에 정한 의무교육(義務敎育)으로서 3년의 중등교육의 순차적인 실시에 관하여만 대통령령(大統領令)이 정하도록 하였으므로 우선 제한(制限)된 범위(範圍)에서라도 의무교육(義務敎育)을 실시하되 순차로 그 대상을 확대하도록 되어 있음은 교육법의 각 규정상 명백하고, 다만 그 확대실시(擴大實施)의 시기(時期) 및 방법(方法)만을 대통령령(大統領令)에 위임(委任)하여 합리적(合理的)으로 정할 수 있도록 한 것이므로 포괄위임금지(包括委任禁止)를 규정한 헌법(憲法) 제75조에 위반(違反)되지 아니한다.

라. 공용부담법

[헌재 1994. 2. 24, 92헌가15, 판례집 제 6 권 1집, 38, 38 - 39]

공용수용(公用收用)은 헌법(憲法) 제23조 제 3 항에 명시(明示)되어 있는 대로 국민(國民)의 재산권(財産權)을 그 의사(意思)에 반하여 강제적(強制的)으로라도 취득(取得)해야 할 공익적(公益的) 필요성(必要性)이 있을 것, 법률(法律)에 의할 것, 정당(正當)한 보상(補償)을 지급(支給)할 것의 요건을 갖추어야 하므로 일단 공용수용(公用收用)의 요건(要件)을 갖추어 수용절차(收用節次)가 종료(終了)되었다고 하더라도 그 후에 수용(收用)의 목적(目的)인 공공사업(公共事業)이 수행(遂行)되지 아니하거나 또는 수용(收用)된 재산(財産)이 당해 공공사업(公共事業)에 필요 없게 되거나 이용(利用)되지 아니하게 되었다면 수용(收用)의 헌법(憲法)상 정당성(正當性)과 공공사업자(公共事業者)에 의한 재산권(財産權) 취득(取得)의 근거(根據)가 장래(將來)를 향하여 소멸(消滅)한다고 보아야 한다. 따라서 토지수용법(土地收用法) 제71조 소정의 환매권(還買權)은 헌법(憲法)상의 재산권(財産權) 보장규정(保障規定)으로부터 도출(導出)되는 것으로서 헌법(憲法)이 보장(保障)하는 재산권(財産權)의 내용에 포함되는 권리(權利)이며, 피수용자(被收用者)가 손실보상(損失補償)을 받고 소유권(所有權)의 박탈(剝奪)을 수인(受忍)할 의무(義務)는 그 재산권(財産權)의 목적물(目的物)이 공공사업(公共事業)에 이용(利用)되는 것을 전제(前提)로 하기 때문에 위 헌법(憲法)상 권리(權利)는 피수용자(被收用者)가 수용(收用) 당시 이미 정당(正當)한 손실보상(損失補償)을 받았다는 사실로 말미암아 부인(否認)되지 않는다.

마. 지역개발행정

[헌재 1989. 12. 22, 88헌가13, 판례집 제 1 권, 357, 357 - 357]

국토이용관리법(國土利用管理法) 제21조의3 제 1 항의 토지거래허가제(土地去來許可制)는 사유재산제도(私有財産制度)의 부정이 아니라 그 제한(制限)의 한 형태이고 토지(土地)의 투기적(投機的) 거래(去來)의 억제를 위하여 그 처분(處分)을 제한(制限)함은 부득이한 것이므로 재산권(財産權)의 본질적인 침해(侵害)가 아니며, 헌법상(憲法上)의 경제조항에도 위배(違背)되지 아니하고 현재의 상황에서 이러한 제한수단(制限手段)의 선택(選擇)이 헌법상(憲法上)의 비례(比例)의 원칙(原則)이나 과잉금지(過剩禁止)의 원칙(原則)에 위배(違背)된다고 할 수도 없다.

바. 환경행정법

1) 환경권의 우선적인 성격

[헌재 2004. 11. 25, 2003헌바54]

환경권은 인간의 존엄과 가치를 비롯한 행복추구권, 생명권 등을 실효성 있는 것으

로 뒷받침하기 위한 이른바 ‘기본권의 전제조건’의 보호’라는 헌법상의 의의를 가진다는 점에서 직업선택의 자유보다 상위의 개념으로 파악할 수 있고, 양자가 상충하는 경우 환경권을 우선하여야 한다.

2) 자동차 연료 첨가제의 범위

[헌재 2005. 2. 3, 2003헌마544, 판례집 제17권 1집, 133, 137 - 137]

대기환경보전법 제2조 제12호는 첨가제의 첨가량을 “소량”으로만 규정하고 “첨가제라 함은 … 환경부령으로 정하는 것을 말한다”라고 규정하고 있으므로 “소량”의 의미도 환경부령에 위임한 것으로 볼 수 있다. 이러한 위임에 따른 이 사건 규칙 제8조는 첨가제의 의미를 그 첨가비율, 종류 등으로 구체화하고 있는데 그 중 이 비율조항은 첨가제의 첨가비율을 “자동차용 연료에 부피기준으로 1퍼센트 미만의 비율”로 정하고 있는 것이므로 이 비율조항의 내용은 모법의 위임범위를 벗어난 것이 아니라고 할 것이다. 한편, 일반적으로 제품의 제조시 지켜야 할 기준 가운데에는 필요한 경우 제품인 내용물을 담은 용기에 관한 것도 포함될 수 있으므로 첨가제 제조기준에서 첨가제를 담아 공급하는 용기의 크기에 관하여 규정한다고 하여 이를 가리켜 모법의 위임범위를 벗어난 것이라고 할 수 없는바 이 용기조항은 근거법령인 대기환경보전법 제41조 제1항으로부터 위임받은 범위를 벗어난 내용을 규정한 것이 아니다.

3) 생 명 권

[헌재 2007. 3. 29, 2005헌바9, 01010001, 100 - 100]

무면허 의료행위는 그것이 무엇이든지 간에 생명, 신체에 대한 위험성을 항상 내포하고 있다. 다만 그와 같은 위험이 현실화되는 빈도나 경중에 다소간 차이가 있을 뿐이다. 이 사건에서 문제된 치과 보철행위도 그에 대한 전문지식이 없는 자의 행위는 장기적으로 부정교합으로 인한 악관절 장애 내지 부적합 시술로 인한 치주질환 등이 발생할 위험이 크고 전문지식 없는 자의 침 시술행위도 인체의 신경계에 치명적인 위험을 야기할 수 있다. 백보 양보하여 치과 보철행위나 침 시술행위가 다른 의료행위에 비하여 상대적으로 위험이나 부작용이 작다고 하더라도 이를 다른 의료행위로 인한 신체에 대한 위험과 단순 비교할 수는 없다. 뿐만 아니라 모든 무면허 의료행위의 위험성을 평가하여 그 불법과 비난가능성의 정도에 따라 구성요건을 일일이 세분하여 규정하는 것이 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다고 할 것이므로 그에 상응하는 법정형을 규정하는 것도 어렵다고 할 것이다.

사. 경제행정법

[헌재 1996. 4. 25, 92헌바47, 판례집 제8권 1집, 370, 380 - 380]

우리나라 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제

질서로서의 성격을 띠고 있다.

아. 재정법 관련

1) 지방재정법 중 잡종재산에 대한 취득시효 배제의 위헌성

[헌재 1992. 10. 1, 92헌가6, 판례집 제 4 권, 585, 585 - 585]

지방재정법(地方財政法) 제74조 제2항이 같은 법 제72조 제2항에 정한 공유재산(公有財産) 중 잡종재산(雜種財産)에 대하여까지 시효취득(時效取得)의 대상이 되지 아니한다고 규정한 것은, 사권(私權)을 규율하는 법률관계에 있어서는 그 권리주체가 누구냐에 따라 차별대우가 있어서는 아니되며 비록 지방자치단체(地方自治團體)라 할지라도 사경제적(私經濟的) 작용(作用)으로 인한 민사관계(民事關係)에 있어서는 사인(私人)과 대등하게 다루어져야 한다는 헌법의 기본원리에 반하고, 공유재산(公有財産)의 사유화(私有化)로 인한 잡식을 방지하고 그 효율적인 보존을 위한 적절한 수단도 되지 아니하여 법률(法律)에 의한 기본권(基本權) 제한(制限)에 있어서 비례(比例)의 원칙(原則) 또는 과잉금지(過剩禁止)의 원칙(原則)에 위배된다.

2) 토지초과이득세법 위헌여부

[헌재 1994. 7. 29, 92헌바49, 판례집 제 6 권 2집, 64, 66 - 66]

토초세는 그 계측(計測)의 객관성 보장이 심히 어려운 미실현이득(未實現利得)을 과세대상(課稅對象)으로 삼고 있는 관계로 토초세 세율(稅率)을 현행법(現行法)과 같이 고율(高率)로 하는 경우에는 자칫 가공이득(架空利得)에 대한 과세(課稅)가 되어 원본잡식(元本蠶食)으로 인한 재산권침해(財産權侵害)의 우려가 있고, 또한 적어도 토초세와 같은 이득(利得)에 대한 조세(租稅)에 있어서는, 조세(租稅)의 수직적(垂直的) 공평(公平)을 이루어 소득수준이 다른 국민들 사이의 실질적인 평등을 도모하여야 할 뿐만 아니라, 토초세는 어느 의미에서 양도소득세(讓渡所得稅)의 예납적(豫納的) 성격을 띠고 있음에도 불구하고 굳이 토초세의 세율체계(稅率體系)를 단일비례세(單一比例稅)로 한 것은 소득이 많은 납세자와 소득이 적은 납세자 사이의 실질적인 평등을 저해하는 것이다.

3) 조세의 부부합산 제도의 위헌성

[헌재 2002. 8. 29, 2001헌바82, 판례집 제14권 2집, 170, 171 - 171]

부부 자산소득 합산과세를 통해서 혼인한 부부에게 가하는 조세부담의 증가라는 불이익이 자산소득합산과세를 통하여 달성하는 사회적 공익보다 크다고 할 것이므로, 소득세법 제61조 제1항이 자산소득합산과세의 대상이 되는 혼인한 부부를 혼인하지 않은 부부나 독신자에 비하여 차별취급하는 것은 헌법상 정당화되지 아니하기 때문에 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

4) 세대별 합산의 위헌성

[헌재 2008. 11. 13, 2006헌바112, 2007헌바71, 2007헌바88, 2007헌바94, 2008헌바3, 2008헌가12, 2008헌바62(이상 병합)]

과거 여성들이 주로 가사노동에 종사하고 사회활동 참여가 미미하던 때에 비하여 오늘날 그들의 사회적 지위가 상승하여 맞벌이 부부의 수가 늘어나고, 법률혼 이외에 사실혼 관계의 남녀가 증가하는 등 전통적인 생활양식에도 많은 변화가 일어나고 있는 등, 전통적인 가(家)의 개념이 변화하고 있음을 고려할 때, 혼인한 부부가 사실혼 관계의 부부나 독신자에 비하여 조세부담에 관하여 불리한 취급을 받아야 할 이유를 찾아보기 어려우며, 더욱이 혼인신고를 하지 않고 동거하는 사실혼 관계의 부부와 혼인한 부부는 경제생활의 단위라는 면에서는 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 혼인한 부부에게만 보유세인 종합부동산세를 합산과세한다는 것은 헌법상 정당화되기 어려울 뿐만 아니라, 혼인한 부부나 가족과 함께 세대를 구성한 자에 대한 이러한 차별 취급은 혼인을 저해하거나 가정을 해체하는 요인으로 작용할 수 있는 것이 아닌가 하는 염려마저 들게 하므로 이러한 논리는 받아들이기 어렵다.

자. 특허소송의 심급

[헌재 1995. 9. 28, 92헌가11, 판례집 제 7 권 2집, 264, 264 - 264]

특허청(特許廳)의 심판절차(審判節次)에 의한 심결(審決)이나 보정각하결정(補正却下決定)은 특허청(特許廳)의 행정공무원(行政公務員)에 의한 것으로서 이를 헌법(憲法)과 법률(法律)이 정한 법관(法官)에 의한 재판(裁判)이라고 볼 수 없으므로 특허법(特許法) 제186조 제1항은 법관에 의한 사실확정 및 법률적용의 기회를 박탈한 것으로서 헌법상 국민에게 보장된 “법관(法官)에 의한” 재판(裁判)을 받을 권리의 본질적(本質的) 내용을 침해(侵害)하는 위헌규정(違憲規定)이다.

IV. 헌법재판과 행정법의 발전

1. 행정법에 대한 헌법재판의 영향

헌법재판소가 설립된 1988년 이래 행정법도 많은 변화를 겪었다. 특히 1994년 법원조직법과 행정소송법이 개정되어 행정법원이 개원함으로써 행정사건 재판에 대한 전문성이 증대하였다.

행정관계법에도 큰 변화가 있었다. 그 가운데 가장 큰 변화는 역시 지방자치제도의 전면적인 실시라고 할 수 있다. 지방자치법을 비롯하여 주민투표법 등의

지방자치 구현을 위한 법제도가 정비되었다. 지방자치단체와 지방주민 간에도 다수의 소송 사건이 발생하였다. 앞에서 본 지방자치단체 간의 권한에 관한 다툼도 지방자치의 활성화에 기인한 것이다.

행정절차법과 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 제정 및 실시는 국민들을 행정에 참가하면서 또한 행정을 견제할 수 있는 수단을 부여한 중요한 변화이다. 그리고 사회의 민주화와 경제발전으로 인하여 공무원관계법, 사회복지관계법, 경제행정법, 국토이용계획법 등의 분야가 변화 발전하였다. 그간의 개방화와 경제위기를 겪으면서 행정법의 세계화 또한 간과할 수 없는 현상이라 할 수 있다.

헌법재판과 행정재판은 사법작용이라는 점, 행정에 대한 통제적인 기능을 수행한다는 점, 제소요건으로 권리보호이익을 요하는 점, 당사자 처분권주의가 지배하는 점에서 유사성을 가진다. 그러나 헌법의 해석 및 적용을 위주로 하는 헌법재판은 행정소송과는 많은 점에서 다르다. 당사자의 구두변론 절차가 없는 점, 위헌결정이 국가기관을 구속하는 점은 헌법재판의 특징이다. 그러나 헌법재판에 의한 결정 내용의 실현은 국가기관의 자발적인 준수에 의존한다는 점에서 법원의 재판이 강제력을 가지는 점과 다르다.²⁰⁾

행정소송과 헌법소송의 관계에서 크게 세 가지의 쟁점이 존재한다. 하나는 행정입법에 대한 통제권을 누가 가지느냐 하는 점이다. 즉, 대법원 이외에 헌법재판소 또한 행정입법의 위헌성을 심사할 수 있는가가 문제되었다. 여기에 관해서는 앞에서 설명한 바 있다. 둘째는 헌법재판소법 제68조에서 다른 법률에 구제절차를 먼저 거치도록 하는 보충성 원칙이 어느 정도로 요구되느냐의 문제이다. 현재는 이에 대하여 별도의 권리구제절차가 존재하지 않을 때, 정당한 이유가 있는 착오로 인하여 전심절차를 밟지 않았을 때, 전심절차로 구제될 가능성이 없거나 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 불확실 할 때 등을 보충성 원칙의 예외로 본다. 셋째는 법원의 재판을 거친 행정처분에 대해서 헌법소원을 제기할 수 있겠는지가 다투어졌다. 여기에 대해서는 긍정설과 부정설이 대립하고 있으나 현재는 이를 제한적으로 인정하고 있는 것으로 볼 수 있겠다.

[헌재 1998. 6. 25, 95헌바24, 판례집 제10권 1집, 756, 757 - 757]

법원의 재판 대상이 되어 그에 관한 판결이 확정된 원행정처분은, 원행정처분에 관한 재판이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해함으로써 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되어 그 재판 자체까지 취소되는 경우에 한

20) 김철용, 행정법 I, pp. 606-7.

하여 헌법소원심판의 대상이 될 수 있을 뿐이고, 그 이외의 경우에 원행정처분의 취소
를 구하는 헌법소원심판청구는 허용되지 아니 한다

법원은 종래 행정소송의 문을 좁게 운용하고 있었다. 이는 곧 보충성 원칙에
의하여 헌재에 권리구제를 청구할 수 있는 여지를 넓히게 된다. 최근 대법원이 지
목변경신청거부에 대해 처분성을 인정한 것은 헌재의 결정이 법원의 판결에 영향
을 미친 전형적인 예라고 할 것이다.

뿐만이 아니라 위에서 열거한 헌재결정례에서 보듯이 행정법의 각 영역에 헌
재 판례가 침투함으로써 그간 불확실했던 부분이 확실해지고, 불완전했던 부분이
완전해지며, 기본권보호가 없거나 미진했던 부분의 기본권 보호가 충실해지는 등
의 효과를 낳고 있다.

2. 헌법재판과 법치주의

행정법에서 금과옥조로 여기는 법치행정의 원리는 법률의 법규창조력, 법률
의 우위 그리고 법률의 유보로 설명된다. 법치행정의 근간이 되는 원리에 대한 판
단에 있어서 헌법재판소의 역할은 매우 크다고 할 수 있다. 특히 현대 법치주의의
요청인 합헌적인 법률의 우위를 보장하는 실질적 법치주의 구현에 있어서 헌법재
판소의 역할은 매우 크다고 할 것이다. 다만 헌재가 지향해야 하는 법치주의의 방
향성 및 내용적인 측면에 있어서는 앞으로 더욱 많은 연구와 논의를 요한다고 할
것이다.

V. 결 론

헌법재판소 20년은 앞으로 기대되는 헌재의 발전에 비추어보면 극히 일부분
에 지나지 않는다. 다만, 이 시기가 헌재가 지향하는 위상에 대한 방향성을 부여
했다고 하는 점에서는 매우 중요하다. 이미 헌재의 성과와 발전에 대해서는 많은
논의와 연구가 있었으므로²¹⁾ 이 글은 단지 헌재의 결정을 중심으로 그간의 노고를

21) 국순옥, “헌법재판의 본질과 기능”, 민주주의법학연구회, 민주법학 통권11호, 1996, pp. 9-50; 김
경제, “한국의 헌법재판제도”, 한국비교공법학회, 공법학연구 제 7 권 제 3 호, 2006. 8, pp. 149-176;
김선태, “국가기능체계에 있어서 헌법재판소의 역할과 한계—국가조직관련 헌법재판소판례의 분
석과 평가—”, 한국공법학회, 공법연구 제33집 제 4 호, 2005. 6, pp. 179-209; 김종서, “헌법재판의

되돌아보는 데 그치기로 한다.

결론에 갈음하여 2007년 1월 22일 있었던 이강국 헌법재판소장의 취임사 가운데 일부를 인용하여 보기로 한다.

“또한 헌법재판소는 국민의 신뢰 위에서만 존재할 수 있습니다.

헌법재판소가 행사하고 있는 재판권은 헌법재판소가 스스로 창출한 권력이 아니라 국민으로부터 위임받아 행사하고 있는 것뿐입니다.

따라서 헌법재판소의 재판권은 국민들의 위임의 취지에 따라서, 그리고 국민들의 뜻에 맞게 행사되어야 하는 것입니다.”

허와 실”, 민주주의법학연구회, 민주법학 통권10호, 1996, pp.222-259; 서경석, “헌법재판소의 기본권해석론”, 민주주의법학연구회, 민주법학 통권11호, 1996, pp. 51-75; 서보건, “한국 헌법재판소의 현황과 전망”, 한국비교공법학회, 공법학연구 제7권 제3호, 2006. 8, p.203-220; 宋基春, “참여정부에서의 법치주의의 발전: 헌법적 평가와 전망”, 한국공법학회, 공법연구 公法研究 第35輯 제4號, 2007. 6, pp. 297-335; 신봉기, “헌법재판소의 재정분쟁 관련 결정례의 문제점과 과제”, 한국토지공법학회, 토지공법연구 土地公法研究 第33輯, 2006. 11, pp. 407-440; 이상영, “헌법재판소는 토지재산권을 어떻게 보았는가?”, 민주주의법학연구회, 민주법학 통권11호, 1996, pp. 76-105; 임지봉, “헌법재판소에 대한 국민의 민주적 통제”, 국제헌법학회 한국학회, 세계헌법연구 世界憲法研究 第13卷 第1號, 2007. 6, pp. 223-246; 정극원, “헌법재판을 통한 기본권의 확장”, 한국비교공법학회, 공법학연구 제7권 제5호, 2006. 12, pp. 119-150; 표시열, “행정부의 정책결정 주도에 따른 사법부의 역할 변화와 그 한계: 헌법 재판소의 위헌심판을 중심으로”, 한국헌법학회, 헌법학연구 憲法學研究 第11卷 第3號, 2005. 9, pp. 571-612.

헌법재판소의 제자리 찾기

“헌법재판소 20년—그 명암과 굴곡”(이헌환 교수)에 대한 토론

이 준 일*

I. 헌법과 헌법재판의 특성

헌법은 개방성과 도덕성 및 형량가능성을 특징으로 한다.¹⁾ 따라서 헌법을 해석하고 적용하는 헌법재판도 동일한 성격을 가질 수밖에 없다. 하지만 헌법재판을 법을 해석하고 적용하는 ‘사법작용’이라는 점에서 다른 재판과 다르지 않다. 단지 헌법이라는 특수한 성격을 가진 법규범을 해석하고 적용한다는 점에서 다른 재판과 다를 뿐이다. 결론적으로 헌법재판은 입법작용이나 정책작용이 될 수 없다. 헌법재판이 입법작용이나 정책작용으로 오인되는 이유는 헌법과 헌법재판의 특성인 개방성과 도덕성 및 형량가능성이라는 ‘열린 영역’에 입법적(정책적) 결단이나 정치적 타협이 개입되기 때문이다. 따라서 사법작용으로서 헌법재판을 위치 짓기 위해서는 헌법의 개방성과 도덕성 및 형량가능성이라는 열린 영역을 합리성, 정확히 말하자면 ‘합리적 논증의 절차’로 채울 필요가 있다.

II. 헌법재판기관으로서 헌법재판소

헌법재판을 담당하는 권한을 가진 헌법재판소는 그 권한의 성격 때문에 입법자와 충돌할 가능성이 크고, 또한 또 다른 사법부로서 법원과 충돌할 가능성도 대단히 높다.

* 고려대 법학전문대학원 교수.

1) 헌법의 이러한 특성에 대해서는 이준일, 헌법학강의, 제 3 판(2008), 1122면 이하 참조.

1. 헌법재판소와 입법부(의회)

헌법은 국가공동체에서 ‘가장 중요한 대상’을 규율대상으로 삼는다. 그러한 대상에 속하는 것으로 보편적·도덕적·근본적 권리로서 ‘인권’²⁾과 이성법적·보편적 ‘국가원리’ 및 국가공동체에 특수한 ‘헌법적 법익’을 들 수 있다. 이러한 세 가지 대상들의 공통점은 입법자가 법률로써 포기하거나 처분할 수 없다는 점이다. 입법자는 헌법에서 규율하지 않는 ‘중요한 대상’만을 법률로써 규율할 수 있을 뿐이다. 무엇이 중요한 대상에 속하는지에 대한 정책적 결정은 이른바 ‘형성의 자유’에 따라 보장된다. 아무튼 중요한 것은 헌법국가(헌법주의)원리에 따라 헌법에 구속되는 입법자가 법률로써 규율할 수 있는 중요한 대상에 대한 정책적 결정이 헌법에서 규율된 가장 중요한 대상의 내용을 침해할 수 없다는 점이다.

모든 국가권력이 헌법에 구속된다는 헌법국가원리를 강제적으로 관철하기 위하여 설치된 헌법재판소는 민주적 입법자가 공익(국민)의 대변자로서 제정한 법률의 헌법위반을 통제한다. 이 과정에서 헌법재판소는 헌법에서 규율된 가장 중요한 대상의 내용이 무엇인지를 ‘논증하는 권한’을 가진다. 따라서 헌법재판은 헌법재판소의 헌법에 관한 ‘논증의 권한’과 입법자의 공익에 관한 ‘정책의 권한’이 서로 충돌하는 장이 된다. 이러한 헌법재판과 민주주의의 충돌은 사법소극주의나 사법적극주의의 양자택일적 방법으로 해결될 수 없다. 구체적으로 문제가 된 사안에서 등장하는 기본권이나 헌법적 법익 또는 공익이 무엇인지에 따라 민주적 입법자의 결정에 대한 헌법재판소의 개입 여부가 결정될 수 있다. 이러한 개입 여부에 대해서 가장 잘못된 선례는 ‘행정수도이전특별법’ 판례가 될 것이다. 행정수도이전에 관한 판단이야말로 입법자에게 맡겨진 정책적 결정의 영역에 속하기 때문이다.

2. 헌법재판소와 사법부(법원)

헌법재판소는 헌법을 해석하고 적용한다. 반면에 사법부(법원)는 헌법 하위의 법령을 해석하고 적용한다. 헌법국가원리에 따라 헌법은 모든 국가권력을 구속한다는 점에서 사법부도 헌법에 구속되어야 하고, 이러한 헌법구속성은 헌법재판소가 설치되어 있는 한 헌법재판소에 의해 통제되는 것이 합리적이다. 따라서 헌법재판소가 헌법재판을 담당하는 한 법원의 재판에 대한 헌법소원제도가 인정되는 것이 일관성이 있다. 특히 기본권의 대사인적 효력의 관철이라는 점에서 ‘법관의

2) 인권의 개념적 표지에 대해서는 이준일, 인권법: 사회적 이슈와 인권(2007), 6면 이하 참조.

기본권존중의무'를 핵심으로 하는 기본권의 대사인적 효력(제3차호)³⁾은 재판에 대한 헌법소원이 인정되지 않고는 관철될 수 없다. 또한 법원의 법률해석권은 헌법적 한계를 갖는다는 점에서 법원의 법률해석권의 한계를 설정하는 변형결정의 효력에 대해서 법원은 부인할 수 없다.

III. 헌법재판소에 대한 기대

1. 비례성원칙의 적용과 관련하여

기본권제한과 관련하여 중요한 헌법원칙으로서 비례성원칙은 수많은 헌법재판소 판례에서 등장한다. 그런데 헌법재판소는 기본권제한에서 비례성원칙의 부분원칙을 ① 목적의 정당성원칙, ② 수단의 적합성원칙, ③ 피해의 최소성원칙, ④ 법익의 균형성원칙 네 가지로 이해하고 있다. 하지만 비례성원칙의 적용과 관련하여 '목적의 정당성'은 판단하지 않는 것이 바람직하다. 앞서 설명한 것처럼 공익적·정책적 목적의 설정은 입법자의 과제(권한)이고, 관계의 개념을 본질로 하는 비례성원칙의 구조상 목적의 정당성은 비례성원칙에 포함되지 않기 때문이다. 그리고 어차피 목적의 정당성은 좁은 의미의 비례성원칙에 따른 심사의 단계에서 검토되기 때문이다. 다시 말해 목적의 정당성은 독자적으로 판단되는 것이 아니라 충돌하는(제한되는) 기본권과 형량한 뒤 상대적으로 평가되는 것이기 때문이다.

비례성원칙의 적용과 관련하여 하나 더 지적하고 싶은 것은 비례성원칙에서 본질적인 부분원칙이 좁은 의미의 비례성원칙이라는 점이다. 이러한 좁은 의미의 비례성원칙의 구조적 본질은 '형량(Abwägung, balancing)'이다. 그런데 이러한 형량이란 적합성원칙에서 나온 결과와 필요성원칙에서 나온 결과를 단순하게 비교, 정리하는 과정이 아니다. 서로 충돌하는 기본권이나 가치 또는 이익의 비중을 비교하는 '평가(evaluation)'의 과정이 좁은 의미의 비례성원칙의 핵심적 내용이다. 이러한 평가의 과정은 논증의 과정으로서 각각의 기본권이나 가치 또는 이익의 비중이 더 높다는 데 대한 합리적 논거가 제시되는 과정이다. 그런데 헌법재판소는 이러한 형량의 과정에서 다양한 논거를 제시하는 데 소홀했다는 평가가 가능하다. 경우에 따라서 헌법재판소는 형량의 과정을 스쳐 지나가듯 얼버무리는 판례도 다수 발견된다.

3) 이준일, 헌법학강의, 제3판(2008), 432면 이하 참조.

한편 비례성원칙은 기본권의 기능에 따라 ‘과잉금지원칙(Übermaßverbot)’과 ‘과소금지원칙(Untermaßverbot)’으로 구분될 수 있다는 점도 중요하다. 기본권의 전통적 기능인 방어권, 즉 그 보호법익을 부작위청구권으로 하는 기본권의 경우에는 기본권제한은 작위형태로만 가능하기 때문에 ‘과잉제한금지’라는 개념이 가능하다. 반면에 기본권의 새로운 기능으로 이해되는 급부권, 즉 그 보호법익을 작위(급부)청구권으로 하는 기본권의 경우에는 기본권제한은 부작위형태로만 가능하기 때문에 ‘과소급부금지’라는 개념의 구성이 가능하다. 따라서 비례성원칙이 적용되는 기본권에 따라 비례성원칙의 구체적 내용을 달리 이해할 필요가 있다. 같은 맥락에서 비록 헌법재판소가 기본권의 적극적 기능을 인정하지 않더라도 비례성원칙과 과잉금지원칙을 동일한 개념으로 사용하지 않도록 주의해야 한다.

2. 평등원칙의 적용과 관련하여

평등원칙은 기본권제한, 정확히 말하자면 자유권의 제한에 대한 헌법적 타당성을 검토하기 위한 헌법적 원칙인 비례성원칙과 구분되어야 한다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 판단기준으로 사용되는 평등원칙은 비례성원칙과 자주 혼동되고 있다. 평등의 본질적 구조는 비교대상에 대한 동일성과 차이 및 평등대우와 불평등(차별)대우를 결정하기 위한 비교다.⁴⁾ 바로 이러한 비교의 과정은 좁은 의미의 비례성원칙에서 나타나는 비교와 유사한 점이 있다. 하지만 기본권제한에서 등장하는 기본권이나 가치 또는 이익의 비교는 무엇이 더 중요한지에 대한 비교인 반면에 평등원칙에 등장하는 비교는 동일성/차이 및 평등대우/불평등대우를 결정하기 위한 비교라는 점에서 차이가 있다. 물론 평등원칙에 대한 침해는 많은 경우에 기본권(자유권)침해로 이어져 비례성원칙에 대한 침해가 될 수도 있다. 하지만 평등원칙의 독자적 의미는 이러한 경우가 아닌 경우에 있다. 바로 이러한 평등원칙의 독자적 의미를 고려한 평등원칙의 이해가 헌법재판소에 요구된다.

3. 입법부작위 헌법소원

헌법재판소는 대부분의 입법부작위 헌법소원에 대해서 각하결정을 내린 바 있다.⁵⁾ 헌법상 입법 의무가 도출되거나 명시적으로 입법에 관한 기본권이 인정되

4) 평등원칙의 내용에 대해서는 이준일, 헌법학강의, 제 3 판(2008), 494면 이하 참조.

5) 입법부작위 헌법소원에 대해서는 이준일, 헌법학강의, 제 3 판(2008), 1232면 이하 참조.

어 그로부터 입법의무가 도출되지 않는 한 입법부작위 헌법소원의 적법성을 인정하지 않기 때문이다. 여기서 기본권의 전통적 기능인 방어권, 즉 부작위청구권이 아닌 급부권, 즉 작위청구권으로서의 기본권의 기능을 적극적으로 구성해볼 필요가 있다. 이러한 급부권에는 보호권과 절차권 및 사회권이 포함될 수 있다. 이와 같은 급부권들은 제도보장이나 국가의 의무 정도로만 이해되는 경향이 있다. 그 주된 이유는 남소에 대한 우려와 헌법재판소의 권한비대화(정책결정기관으로의 변질)에 대한 염려 때문인 것으로 판단된다. 하지만 이러한 권리들의 경우에도 앞서 언급한 것처럼 비례성원칙이 과소금지원칙의 형태로 적용될 수 있다는 점에서 헌법재판소는 이러한 권리를 적극적으로 인정하여 입법부작위 헌법소원을 활성화할 필요가 있다.

정 남 철*

먼저 헌법재판소 창립 20주년을 기념하는 헌법실무연구회의 토론을 맡게 된 것을 기쁘게 생각합니다. 또한 “憲法裁判 20년과 行政法”이라는 주제로 헌법재판과 행정법의 관계를 매우 포괄적이고 체계적으로 정리하여 많은 시사점을 주신 김광수 교수님께도 감사드립니다.

발제문은 헌법재판소의 창립 이후 행정법적으로 의미 있는 헌법판례를 연혁대로 정리하고 있을 뿐만 아니라, 一般行政法 외에 個別行政法의 영역까지 망라하여 소개하고 있습니다. 발표자께서는 헌법재판 20년과 행정법의 관계에 대해, “헌법재판소의 판결은 행정법의 내용을 더욱 풍부하고 명확하게 만들었다”고 평가하고 있습니다. 이러한 평가는 헌법재판의 先導的 機能을 강조한 것으로서, 매우 적절하고 타당한 평가라고 볼 수 있습니다. 법률유보이론, 위임입법의 명확성심사기준의 세분화, 권력적 사실행위에 대한 공권력행사의 적극적 인정, 재산권침해와 손실보상에 관한 법도그마틱(Rechtsdogmatik)의 정립 등은 그 구체적 사례라고 볼 수 있습니다.

발표문의 내용이 매우 방대하므로, 행정법의 주요쟁점 중 두 가지 점만 질문을 드리도록 하겠습니다.

첫째, 헌법재판소는 행정규칙에 ‘위임’의 법리를 적용하여 소위 法令補充의 行政規則을 인정하고, 헌법소원의 대상을 확대하고 있습니다. 이러한 점은 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제2조 제3호 가목 등 위헌소원 사건(99헌바91)에서 더욱 두드러집니다. 법적 안정성을 간과할 수 없는 헌법재판소의 입장에서는 불가피한 선택이라고 볼 수 있지만, 이러한 헌법재판소의 결정은 행정규칙의 헌법소원 대상성의 확대, 행정규칙의 법규성(정확히는 법규법성, 직접적 대외적 구속력)을 논증하는 주요한 근거로 사용되고 있습니다. 다만, 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제2조 제3호 가목 등 위헌소원사건을 면밀히 살펴보면(발표문 13면 하단 참조), 소위 법령보충적 행정규칙을 매우 제한적인 범위 내에서 인정하고 있다는 점에

* 숙명여대 법대 교수/대법원재판연구원.

유의할 필요가 있습니다. 법령보충적 행정규칙을 확대·적용함에 따르는 위험은 당해 사건의 소수의견이 지적하는 바와 같습니다. 이 부분에 관해 발표자의 의견과 평가를 듣고 싶습니다.

둘째, 구 도시계획법 제21조에 대한 위헌소헌 사건 이후 財産權分野의 판례는 법이론적 측면에서 매우 획기적인 발전을 이루었다고 볼 수 있습니다. 특히 학계의 다수의견이 주장하는 바와 같이 우리 헌법재판소가 分離理論(Trennungstheorie)을 채택하여, 재산권의 存續保障(Bestandsgarantie)을 강조하고 있는 점은 높게 평가할 수 있습니다. 특히 대법원판례와 달리 재산권의 사회적 기속 내지 재산권의 내용제한에 속하는 영역에 해당할 지라도 예외적으로 수인할 수 없는 경우에는 調整的補償(Ausgleichsentschädigung)이 가능하다는 이론을 적용함으로써, 손실보상의 흠결을 보완하고 있는 점은 고무적인 일로 보입니다. 그러나 존속보장을 위해 재산권침해의 구체적인 요건, 즉 보상을 요하는 ‘公用收用의 要件’을 명확히 실시하고 있지 않습니다. 헌법재판소는 일련의 결정에서 공용수용을 “공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈”이라고 정의하고, ① 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, ② 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, ③ 정당한 보상을 지급할 것 등을 제시하고 있을 뿐입니다(발표문 25쪽 참조). 이는 ‘손실보상’의 요건에 해당할 뿐, 공권력에 의한 재산권침해의 요건은 명확히 제시되어 있지 않습니다. 참고적으로 독일에서는 공용수용의 요건으로 ① 재산권에 대한 고권적 법률행위일 것, ② 재산권의 전면적·부분적 박탈행위일 것, ③ 공적 과제의 수행을 목적으로 할 것 등을 요구하고 있습니다. 재산권의 존속보장의 취지에 비추어 공공필요(공익)를 위한 재산권침해의 요건을 구체화하고 명확하게 하는 것은 재산권침해 후의 ‘보상’의 (확대)논의보다 선행되어야 한다고 봅니다. 여기에 대해 김 교수님의 고견을 듣고 싶습니다.

감사합니다.

제90회 발표회 토론요지

사 회 자: 장영수(교수)

토론참여자: 이준일(교수), 조소영(교수), 남복현(교수), 김대환(교수), 이기우(교수),
이 정(교수), 정남철(교수), 박 훈(교수), 정문식(교수)

간 사: 지금부터 헌법재판소 창립 20주년 기념 헌법실무연구회 정기발표회를 개최하겠습니다.

먼저 연말이라 바쁘신 데도 많이 참석해 주신 회원들께 감사드립니다.

오늘은 특히 20주년을 맞이해서 공법관련 학회를 다 초청해서 한자리를 만들었습니다.

먼저 학회 전 행사로 간단히 동영상을 시청하겠습니다.

이 동영상은 크게 세부분으로 구성되어 있습니다.

첫 번째는 헌법재판소 20주년의 발자취, 두 번째는 20주년 기념식, 세 번째는 세계소장회의의 주요장면을 편집했습니다.

동영상을 시청하겠습니다.

< 동영상 시청 >

간 사: 먼저 오늘 오신 외빈들을 위해서 이강국 헌법재판소장님께서 간단한 인사말씀을 하시겠습니다.

헌법재판소장: 그동안 안녕하십니까?

금년 무자년의 시무식을 한 것이 엇그제 같은데 벌써 세모가 되었고, 이제 세모의 인사를 드리는 시간이 되겠습니다. 참으로 세월의 빠름과 무상함을 절절하게 느끼는 그런 요즘이 아닌가 싶습니다.

연말연시 여러 가지로 바쁘실 텐데도 불구하고 저희 헌법재판소 실무연구회를 위해서 오늘 이렇게 참석해 주신 회원님 여러분들께 먼저 진심으로 감사하다는 말씀을 드립니다.

특히 오늘 저희 실무연구회에는 저희 헌법재판소 창립 20주년을 기념하기 위하여 15개 공법관련 학회에서 많은 회원님들이 참석하셔서 저희 헌법재판 20년의

회고와 전망에 관해서 주옥같은 발표도 하신다 그러고, 또 상당히 활발한 토론이 있을 것으로 기대되어서 더한층 그 의미와 내용이 새롭고 크다고 하겠습니다.

올 한해도 공법관련 학회 회원님들께서 저희 헌법재판소를 위해서 많은 도움과 격려와 지원을 주셨습니다. 저희 헌법재판소는 회원님들의 각별하신 지원과 협력에 대해서 항상 감사하고 또 감사하고 있습니다.

여러 회원님들께서도 잘 아시는 바와 같이 금년 한해는 저희 헌법재판소로서는 대단히 의미 있는 한해였습니다. 저희 헌법재판소가 창립20주년이 되는 해입니다.

저희 헌법재판소는 지난 20년 동안 여러 가지 우여곡절도 많았고 또 어려움도 많았습니다마는, 만난을 극복하고 각고의 노력과 헌신을 해온 덕택에 이제는 국민의 기본적 권리를 보호하고 또 헌법의 이념과 가치를 수호하는 명실상부한 헌법의 수호자가 되었습니다. 이렇게 된 데는 전임 역대 소장님들을 비롯한 재판관들 그리고 헌법재판소 가족 모두의 헌신과 노력이 있었기 때문에 가능한 것 아닌가 하고 저희들은 새삼스럽게 다시 한번 전임 여러분들께 감사의 말씀을 이 자리를 빌려서도 다시 한번 드리는 바입니다. 그런 노력의 결과에 의해서 저희 헌법재판소는 몇 곳의 언론기관의 여론조사에서 영향력과 신뢰도에 있어서 근래 한 5년동안 계속 국가기관 중에서 제1위를 달리는 그런 믿을 수 있고 영향력 큰 그런 국가기관으로 선정되기에 이르렀습니다.

또한 헌법재판소 창립 20주년 기념행사의 일환으로서 저희가 금년 9월 1일부터 나흘간에 걸쳐서 세계헌법재판소장회의를 개최했습니다. 이 회의에는 20개국의 헌법재판소장들과 베니스위원회를 비롯한 6개 헌법재판관련 협의체 의장 등 도합 91명이 참석해서 '21세기의 권력분립과 헌법재판'이라는 주제로 심포지엄을 가졌습니다.

조금 전에 보신 동영상에서 나타난 바와 마찬가지로 각국 대표들로부터 이 심포지엄의 조직과 구성, 프로그램의 내용과 집행 등에 관해서 아낌없는 최상급의 찬사를 받았고, 또한 창립 20주년이라는 비교적 짧은 기간 내에 눈부신 발전을 이룩한 대한민국 헌법재판소의 성과와 발전에 대해서 한결같이 부럽다는 평가를 받기도 했습니다. 이와 같이 저희 헌법재판소가 많은 성공과 성과를 거둘 수 있게 된 데는 여러 회원님들의 조언과 격려 그리고 지원이 있었기 때문에 가능했다고 저희는 그렇게 생각하고 다시 한번 여러 회원님들께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

이제 저희 헌법재판소는 지금 누리고 있는 국민들의 신뢰와 권위에 만족하지 않고 다음 세대를 위해서 새로운 방향을 모색하는 노력을 시작하려고 합니다.

저희 헌법재판소가 창립될 당시부터 우리가 모델로 삼았던 독일 연방헌법재

판소의 법리를 더욱 폭넓게 받아들이면서도 근래 한층 더 중요시되고 있는 미국 연방대법원의 판례이론 등을 종합하고 지향하여 우리나라에 적합한 새로운 제3의 길을 찾아보려고 노력하고자 합니다. 그래서 우리나라의 새로운 헌법재판제도가 전 세계에 있어서 새로운 방향과 기준을 제시하는 새로운 모델이 될 수 있도록 노력하려고 합니다.

다시 한번 지난 한해 저희 헌법재판소를 사랑해 주시고 도와주신 회원 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드리고 연말과 다가오는 새해를 맞이해서 여러 회원님들의 건강과 행복 그리고 댁내 평안하심을 빌겠습니다.

감사합니다.

간 사: 다음으로는 오늘 참석하신 관련학회를 대표해서 한국공법학회 김문현 회장님께서 축사를 하시겠습니다.

한국공법학회장: 제가 말이 조금 서툴러서 원고를 준비해 왔습니다.

존경하는 이강국 헌법재판소장님과 헌법재판관님, 헌법연구관님 그리고 우리 한국공법학회를 비롯한 여러 학회의 회원이신 교수님들이 참석하신 자리에서 이렇게 축사를 하게 되어서 영광스럽고 또 한국의 기라성 같은 헌법재판실무계와 학계의 주역을 뵈 수 있게 되어서 기쁘게 생각합니다.

먼저 헌법실무연구회가 헌법재판소 창립 20주년을 기념해서 성대한 학술발표회를 가지게 된 것을 축하드립니다. 그와 함께 헌법실무연구회가 그동안 매달 지속적인 헌법재판 관련 발표회를 통해서 헌법학회와 헌법재판실무에 많은 기여를 한 것에 대해서 감사드립니다.

저도 몇 년 전에 헌법실무연구회 발표를 한 적이 있었습니다마는 학자들의 모임인 학회에서 발표하고 또 다른 의미에서 헌법연구관 여러분들과의 토론이 매우 치열하고 긴장감 있었던 것을 기억합니다.

아시는 것처럼 헌법재판소가 출범할 당시에는 헌법재판소가 과거의 헌법위원회와 마찬가지로 휴면기관이 되고 말 것이라는 예측을 하는 분들도 상당히 많았습니다. 그러나 그동안 헌법재판소는 기대이상으로 성과를 거두어서 현행 헌법의 가장 성공작으로 평가받고 있습니다. 이러한 성공의 배경에는 우리사회의 민주화도 있지만 헌법재판관님들과 헌법연구관 여러분들의 크나큰 노력과 헌신이 있었고 또 간접적으로는 공법학자들의 기여도 있었다고 생각합니다.

사실 공법학계도 헌법재판소의 여러 결정을 통해서 많은 영향을 받고 있고 내용적으로도 풍성해지고 있습니다. 또한 이제 헌법재판소의 결정들은 학계의 비판과 평석을 통해서 더욱 발전할 수 있을 것으로 봅니다. 특히 학계와 실무계가

서로 유리되어 있는 우리나라의 현실에서 이러한 소통은 특히 강조될 필요가 있다고 생각합니다. 그런 점에서 헌법실무연구회의 역할은 의미가 있고 중요하다고 생각합니다.

사실 2년 전부터 우리 한국공법학회는 대법원 헌법연구회하고는 지금 계속 공동학술대회를 개최하고 있습니다. 기회가 있으면 헌법실무연구회하고도 학술적 교류가 있기를 바랍니다.

헌법실무연구회가 앞으로도 더욱 발전해서 헌법재판의 발전에 많은 기여를 하기를 바랍니다. 감사합니다.

간 사: 간단하게 오늘 귀하게 참석해 주신 분들을 소개해 드리겠습니다.

먼저 앞줄에 계신 한국행정관례연구회 최송화 회장님이십니다.

다음으로는 건국대 교수님이셨던 김철용 교수님.

그리고 우리 실무연구회 회장님이신 조대현 재판관님이십니다.

그리고 목영준 재판관님 참석해 주셨습니다.

다음으로 송두환 재판관님 참석해 주셨습니다.

지금부터 발표회를 시작하도록 하겠습니다.

오늘 사회는 한국공법학회 총무이사로 계시는 고려대학교 법대 장영수 교수님께서 진행해 주시겠습니다.

사 회 자 : 여러분 반갑습니다.

사실 금년이 헌법재판소창립 20주년이 되었고 그동안에 헌재 20주년을 기념하는 여러 가지 행사나 학술대회는 많이 있었습니다. 그런데 오늘 모임은 그것들과 구별되는 몇 가지 특징을 가지고 있는 것 같습니다. 발표주체의 특징도 있지만 참석자들 특히 토론자들의 어떤 특징적인 부분들을 우리가 간과할 수 없을 것 같습니다.

여기 여러분들 모여 계시지만 사실 우리가 조금 전에 동영상으로 봤었던 그런 대규모행사에 비하면 대규모의 학술행사다 이렇게 말을 하기는 어려울 것 같습니다. 하지만 독특한 구성의 의미 있는 행사라는 점은 우리가 얘기를 할 수 있을 것 같고요. 특히 지금 우리가 공법 다시 말하자면 헌법과 행정법에 있어서 각각 이 헌법재판소의 20년을 되돌아보는 그런 발표를 듣고 또 그 발표에 대해 가지고 여러 학회에서 대표자들이 나와 가지고 토론을 하게 됩니다. 그것은 결국 이 헌법재판소의 결정들 내지는 헌법을 보는 각 학회에 있어서의 전공분야에 따른 특징들을 우리가 이번 모임을 통해 가지고 잘 확인해 볼 수 있는 아주 좋은 기회라고 말씀드릴 수 있을 것 같습니다.

다만 한 가지 구체적인 발표와 토론에 들어가기에 앞서서 아쉬움으로서 말씀드릴 수밖에 없는 것은 주어진 시간의 제한이 있기 때문에 발표는 각 20분으로 그리고 토론은 각 5분으로 한정될 수밖에 없을 것 같습니다.

다행히 공식적인 행사가 끝난 이후에 송년행사를 통해 가지고 개별적으로 여러분들 의견을 나눌 수 있는 그런 기회는 있을 것 같습니다. 그리고 그 기회를 갖다가 이제 여러분들이 적절하게 활용하시기를 바라면서 일단 발표로 들어가도록 하겠습니다.

먼저 헌법분야에 있어서 지금 아주대에 계신 이헌환 교수님께서 헌법재판소 20년에 대한 검토의견을, 사실 20분이라고 하는 것이 20년을 요약해서 전달하기에는 너무 짧은 그런 시간이지만 뭐 이것이 3박4일을 한다고 해 가지고서 충분하겠습니까? 주어진 시간 안에서 우리가 할 수 있는 범위까지 이야기를 나누고 그리고 남은 얘기들은 나중에 또 계속 이어 나갈 수 있도록 이렇게 하기를 기대하겠습니다.

발표 부탁드립니다.

< 주제발표자(이헌환) 발표 >

사 회 자: 이 교수님 감사합니다.

시간이 약간 오버되었습니다마는 시간을 줄이기 위해서 너무나도 애쓰시는 모습을 봤기 때문에 차마 더 이상의 독촉을 하지를 못했습니다.

여기에 대해서 제가 따로 코멘트를 드린다는 것은 오히려 사족을 붙이는 것이 될 것 같아요. 바로 이제 행정법분야에 있어서의 헌법재판의 의미에 대한 서강대 김광수 교수님의 발표를 들어보도록 하겠습니다.

발표 부탁드립니다.

< 주제발표자(김광수) 발표 >

사 회 자: 감사합니다.

지금 이제 두 분 헌법학과 행정법학의 관점에 있어서의 헌법재판 20년을 돌아보면서 나름대로 평가도 해 주시고 의미 있는 부분들을 갖다가 지적도 해 주셨는데, 확실히 헌법과 행정법이 보는 시각이 조금 다른 것 같기는 합니다.

그리고 이 부분에 대해서는 이제 각 분야의 전문가들께서 조금 더 날카로운 지적 내지는 의견의 제시가 있을 것 같습니다.

그런데 지금 현재 9분의 토론자들이 예정이 되어 있고요. 그리고 그분들이

한분한분 질문을 하시면 거기에 대해가지고 발표자들이 답변을 해 줄 수 있는 그런 기회를 갖게 될 텐데요, 지금 주최측에서 토론자를 위한 좌석을 갖다가 따로 만들지는 못했다 이렇게 말씀하셨거든요.

제 개인적인 생각입니다. 차라리 발표하신 두 분을 잠시 쉬시게 하고 이 9분의 토론을 쪽 들은 다음에 종합해 가지고 답변을 하는 그 방식이 조금 낫지 않을까 싶고, 마침 사회자석 외에 여기 자리가 3개 있으니까 그러면 세 분씩 한번 올라오셔가지고서 의견을 말씀해 주시도록 그렇게 하는게 조금 더 낫지 않을까 싶습니다. 괜찮겠습니까?

예, 그러면 두 분 수고하셨습니다.

그러면 토론자들 중에서 지금 여기 제가 가지고 있는 이 자료에 따라서 순서대로 세분을 모시겠습니다.

한국공법학회에서 이준일 교수님, 한국헌법학회에서 조소영 교수님, 한국비교공법학회에서 남복현 교수님, 세 분 앞으로 나와서 의견을 말씀해 주시기 바랍니다.

그러면 그 순서대로 이준일 교수님부터 토론의견을 말씀해 해 주시는데요, 아까도 말씀드렸듯이 저희에게 주어지는 시간이 넉넉하지 않기 때문에 발표자들께서도 많은 어려움을 겪으셨고요, 토론하신 선생님들께서도 죄송하지만 5분이라는 시간을 엄격하게 지켜 주시기를 부탁드립니다.

자, 부탁드립니다.

< 지정토론자(이준일) 발표 >

사 회 자: 금방 마치실 것처럼 얘기를 해가지고 기다리다 기다리다 시간이 상당히 오버가 된 것 같습니다.

지금 이준일 교수께서는 기존의 발제문에 대해 가지고 의견을 말씀하신다기 보다는 헌법재판에 대한 독자적인 의견을 제시를 한 그런 입장인 것 같습니다.

이번에는 조소영 교수님 의견을 들어보겠습니다.

조 소 영: 제가 처음으로 헌법이라는 책을 받아들었던 당시에 이 헌법재판소가 시작이 되었습니다. 그래서 제가 입학하던 그 당시까지는 헌법은 고시공부 하는 자들한테 10일 전락과목이었거든요. 그런데 그 이후로 헌법재판소가 발전이 되고 역사가 쌓여가면서 이제는 헌·민·형중에 가장 어려운 과목중에 하나로 그렇게 자리매김하게 한 대표적인 제도실행입니다. 그래서 청년이었던 제가 이제 막 태어난 헌법재판소가 청년이 되는 결국 그렇게 되면 제 나이가 밝혀지게 되는 건데요, 제가 중장년이 되는 이즈음에 이제 헌법재판소를 같이 돌아보게 되는 그런

뜻 깊은 자리입니다.

일단은 앞에 이현환 교수님이 말씀해 주셨던 대부분의 내용, 어떤 헌법학 교수도 한번쯤은 얘기하고 싶었던 내용이라고 생각을 합니다. 그래서 많은 분들이 너무나 비슷한 지적을 해 주셨기 때문에 그것을 많이 삭제한 저만의 얘기이거나 아니면 지금 다루어지지 않았던 얘기들을 중심으로 좀 해 보려고 합니다.

일단은 헌법재판소라는 기관은 정말로 파괴력 있고 영향력 있고 신뢰 있는 기관이라고 저도 생각을 합니다. 그런 헌법재판소가 소장님의 말씀대로 영향력 있고 신뢰 있는 기관이 되기 위해서는 헌법재판소만이 해줘야 되는 역할이 있다고 생각을 합니다. 그런 측면에서 헌법재판소 20년을 되돌아 보건데 헌법재판소가 때로는 방기하지 않았나, 때로는 뒤로 미루어두지 않았나 라는 부분에서 앞으로 헌법재판소가 이 부분만은 다루어줘야 된다, 어떠한 국가기관도 다룰 수 없기 때문에 다루어줘야 된다는 부분은 일단 세 가지로 얘기를 먼저 드려보겠습니다.

제가 헌법시간에 그렇게 얘기를 합니다. 행정법시간인지 헌법시간인지 잘 보고 답안을 쓰라고 얘기할 때 가장 커다란 논쟁점이 통치행위 부분입니다.

통치행위에 대해서 과연 헌법재판소는 어떻게 해석하고 대법원은 어떻게 해석하는가? 일단 금융실명제사건 이후로 헌법재판소가 통치행위의 개념을 얘기하면서 동시에 사법적으로 판단할 수 있다는 어떤 적극적인 모습을 보여주는 부분에 있어서는 긍정적인 얘기를 할 수 있습니다. 하지만 몇 년이 불과 지나지 않은 2004년도에 가서는 이라크파병결정에 대한 헌법판단에 있어서는 사법적 자제라는 어떤 미국적인 이론을 가지고 얘기를 하고 계십니다.

사실 통치행위의 영역이 개념적으로 인정된다 하더라도 그것을 헌법적으로 당부를 판단하겠다, 어느 누구도 할 수 없는 헌법재판소만의 영역이었음에도 불구하고 이것에 대한 어떤 논증적인 판단을 해 주지 않았다는 점에 있어서 이것도 역시 아쉬움이 있는 부분입니다.

또 하나 권한쟁의심판영역에 있어서도 마찬가지입니다.

권한쟁의심판을 청구할 수 있는 청구인의 적격범위를 넓혔다는 점에 있어서는 긍정적일 수 있지만 여전히 국회 본회의에 있어서의 변칙적인 입법안처리, 어느 누가 이 부분에 대해서 헌법적인 판단을 해 줄 수 있겠습니까? 이 부분도 역시 헌법재판소의 몫이었다고 볼 수 있음에도 불구하고 이 부분에 대한 어떤 헌법적인 판단은 없으셨다는 점에 있어서 조금 더 적극적으로 되셨어야 되는 것이 아닌 가라는 그런 생각을 해 봅니다.

또 하나 헌법재판소는 권리를 보호하는 기본권을 보장해야 하는 기관입니다.

하지만 동시에 객관적으로 헌법질서도 수호해야 되는 기관입니다. 따라서 ‘헌법소원심판제도’ 우리나라만의 이런 어떤 특성을 가지고 있고 우리나라만의 어떤 장점을 보여주고 있는 이런 헌법소원심판제도의 발전과정에서 본다면 특히 5·18사건에 있어서 소 취하로 인한 종료선언결정과 같은 부분 이런 부분에 대해서는 오히려 헌법적인 해명이 긴요하게 필요했음에도 불구하고 헌법재판소가 스스로 헌법적인 판단을 내려 주지 않았던 그런 어떤 방기적인 측면이 있었지 않았다. 대표적으로 이런 세 가지의 측면과 같은 사건들의 경우에 있어서는 헌법재판소만이 할 수 있는 헌법적인 판단을 앞으로는 해 주셔야 되는게 아닌가라는 그런 생각을 합니다.

그리고 또 하나는 현재의 결정유형에 대한 얘기를 잠깐 해 보고자 합니다.

헌법재판소는 헌법과 헌법재판소법에 따라서 원칙적으로 위헌 또는 합헌결정만을 하게 되어 있습니다. 하지만 모든 학자들과 헌법재판소 재판관들께서도 인정하고 계시는 것처럼 변형결정의 필요성은 이제는 논쟁의 요소가 아니라 인정되는 여지가 있습니다. 하지만 변형이라는, 제가 일전에 미국 교수하고 얘기를 하는데 요, 이 변형결정의 개념을 얘기하는데 저희 꼬마애가 옆에서 듣고 있다가 제가 영어로 번역하는 그게 어눌했던 것인지 “엄마 그러면 변태야”라고 얘기를 하더라고요. 이 변형결정이 원칙적인 모습이 아니라는 측면에 있어서 변태적인 어떤 그런 편견을 받지 않게 하기 위한 요소가 분명히 갖추어져야 된다고 생각을 합니다. 장년에 들어가는 헌법재판소의 변형결정은 내용적으로 정리가 분명히 필요하다고 생각을 합니다.

예를 들어 가장 대표적인 변형결정인 헌법불합치결정이요, 그 결정유형이 왜 인정되는가를 가끔은 망각하고 계시거나 가끔은 일부러 회피하고 계시는게 아닌가 그런 생각이 듭니다. 시한부로 적용을 중지한다든지 아니면 아예 시한이 없는 적용중지를 헌법불합치결정에 담고 계신다라는 것은 헌법불합치결정의 어떤 본질을 새로 창조해내신 것이거나 아니면 그것을 완전히 변형시키신 것이거나 아니면 망각하신게 아닌가라는 그런 오해를 받으실 수 있다는 점에 있어서 정리가 필요하다고 생각을 합니다.

마지막으로 지금 누누이 얘기를 하고 계시는데요, 대법원과의 관계입니다.

특히 헌법소원의 심판대상성에 있어서 법원의 재판이 제외되었다는, 보충성의 원칙을 요소로 하면서 법원의 재판을 제외하였다는 헌법재판소법 자체의 논리적 모순을 헌법재판소 스스로가 개혁적으로 해결해나가셔야 되는 것이 아닌가라는 생각을 해 봅니다.

사실은 제가 지금 토론문도 없고 먼 거리에서 오다보니까 그런 것도 있지만 연락이 안 되어서 제가 토론문은 준비하지 못했지만 다음번에 토론문에서는 제가 왜 이런 얘기를 했는가에 대한 자세한 얘기를 다루도록 하겠습니다.

일단은 사회자 선생님의 미움을 받지 않아야 하기 때문에 이즈음에서 마감하고자 합니다.

사 회 자: 감사합니다. 이번에는 남북현 교수님 의견 들어보겠습니다. 시간 지켜주시기 부탁드립니다.

남 북 현: 안녕하십니까? 호원대 남북현입니다.

저는 비교공법학회에서 회장님의 지시를 받고서 왔습니다. 지금 저희 비교공법학회는 특성화된 학회입니다. 저희가 이 주제와 관련해서 어떻게 토론하느냐는 문제는 차라리 내일 저희가 가질 행사를 소개하는 것으로 대체하겠습니다.

즉 저희 학회는 내일 49회 학술대회를 갖습니다. 뭐냐 하면 헌법재판 20년 운영경험의 비교법적 분석입니다. 여기서 할 예정입니다.

그래서 발제자가 네 분이십니다. 한 분은 독일의 사법구조에서 본 우리 헌법재판, 또 한 분은 오스트리아 헌법재판운영이 한국에 미치는 영향, 또 한 분은 이번에 프랑스에서 헌법개정이 되면서 구체적 규범통제가 도입되었습니다. 그래서 그 구체적 규범통제하고 우리제도와와의 관계, 그리고 또 한 분은 미국의 사법심사제 시각에서 본 한국의 헌법재판 이렇게 네 가지 시각에서 다층적으로 한번 보려고 그러합니다.

아마 제가 구구하게 토론하기보다는 그분들이, 발제문들이 아마 여기에 상응한 저희 비교공법학회의 시각에서 나타난 아마 적절한 토론문이 되지 않을까 싶습니다. 그거 그렇게 마치고요. 그 다음에 한 가지, 그래도 왔으니까 한 말씀만 딱 드리고 가겠습니다.

며칠 전에 종부세 위헌하고 헌법불합치 냈습니다. 그리고 학교용지부담금제도 명하고 있는 「학교용지확보특별법」, 그중에서도 필요적 면제사유와 관련된 해석 이거 두 가지 다 헌법불합치결정을 냈습니다. 그 불합치결정을 내면서 불합치법률의 잠정적인 계속적용을 명했었습니다. 바로 그 부분이 지금 문제가 있는 것이 아니냐? 그래서 그 부분에 대해서 좀 까칠한 얘기를 드리고자 합니다.

그래서 오히려 저는 보니까 조대현 재판관님이 종부세 거기에 의견 쓰셨던데, 오히려 한정결정하고 헌법불합치결정 결합시키는 한정적 헌법불합치결정을 도입할 때쯤이 되지 않았느냐 그 얘기를 말씀드리고 싶습니다. 결론삼아서.

무슨 이야기냐 하면 예를 들어서 종합부동산세의 주택분 납부의무자에 관한

조항을 ‘주거목적의 1주택중 장기보유하거나 다른 재산소득이 없는 경우에는 일률적으로 적용함은 헌법에 합치되지 아니 한다’ 이런 어떤 한정적인 주문을 넣는 다든가 또는 학교용지부담금 관련해 가지고는 ‘기존학교를 증축하여 기부채납 한 경우를 필요적 면제사유로 정하지 아니하는 한 헌법에 합치되지 아니 한다’ 이런 식으로 집어넣고 대신에 한정불합치로 이야기된 부분에 대해서는 법적용절차를 중지시키고 개선입법에 의해서 처리하도록 했더라면 다투는 집단들의 이익도 충분히 반영하면서 원래의 헌법재판소가 헌법불합치결정한 취지를 잘 살릴 수 있지 않았을까 그런 생각을 해 봤습니다.

그래서 사실은 지금 가장 안타까운 것은 안타깝다면 좀 그렇지만 조금 문제가 있다고 생각되는 것은 다투는 집단에 대한 배려가 전혀 없다는 것입니다. 그렇지 않고 잠정적인 계속적용을 기본적인 전제로 한다는 것은 당해사건에 대해서는 불합치법률을 계속 적용하라는 취지인데, 그렇다고 한다면 당해사건에서 소송당사자로서 다투는 의미가 없어지게 됩니다.

만약에 제가 제안했던 이런 방법으로 했더라면 개선되지 않았을까 그런 생각을 해 봤습니다. 이상입니다.

사 회 자: 감사합니다. 세 분 모두 수고 많이 하셨습니다.

그러면 다음 세 분을 모시겠습니다.

지금 유럽헌법학회를 대표해서 김대환 교수님이 나오셨고요. 대한교육법학회를 대표해서 이기우 교수님 나오셨습니다. 그리고 한국노동법학회를 대표해서 이정 교수님, 이 세 분 단상으로 올라와 주시기 바랍니다.

지금까지 공법학회, 헌법학회, 비교공법학회 사실은 거의 비슷한 색깔을 가지고 있는 헌법전공 교수님들이 말씀을 하셨습니다만 지금부터 조금 색깔이 달라지지 않을까 하는 기대도 있는데 토론내용들을 한번 비교해 가면서 들어보시기 바랍니다.

먼저 김대환 교수님 토론 부탁드립니다.

김 대 환: 안녕하십니까? 시립대학교의 김대환 교수입니다.

저는 오늘 영남대학교의 은승표, 우리 유럽헌법학회 회장 대신 제가 이렇게 왔습니다. 지방에 계시기 때문에 아마 저보고 가라고 하신 것 같은데요.

그런데 여기 제가 얘기를 들을 때는 토론을 하라고 한 것 같지는 않고 축하도 드리고 또 우리 학회 광고도 좀 하라고 이렇게 얘기를 들은 것 같은데, 토론자로 이렇게 갑자기 하니 이게 지금 왔다 갔다 합니다. 시간은 5분이고요.

그래서 우선은 본래 의무, 제가 미션에 충실해서 회장님 대신해서 잠깐 인사

말씀을 드리고 학회에 대한 말씀을 좀 드리고 마지막에 제 개인적인 소견을 말씀드릴까합니다.

우선 올해 헌법재판소 20주년 정말 진심으로 축하드리고요.

제가 옛날에 법률가대회 토론에서 말씀드렸습니다마는 헌정 60주년이죠, 옛날로 치면 60주년이면 끝인데 나이가, 그런데 이게 다시 또 20주년이 새로운 시작이잖아요. 그러니까 헌법재판소가 앞으로 우리 헌정을 책임지고 이끌어가야 될 명백한 성인이 된 것처럼 보입니다.

그동안 저 개인적으로는 헌법재판소의 판례에 대해서 아주 기대도 많고 또 전적인 지지자입니다. 아무튼 그동안에 이렇게까지 헌법재판소를 성장시켜 주신 헌법재판소장님 역대 헌법재판소장님과 재판관님들 그리고 재판연구관님들의 노고에 대해서 유럽헌법학회를 대표해서 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

저희 학회는 2006년 12월에 창설이 되었습니다.

헌법재판소에 적을 두고 있는 친정인 셈인데요, 올해로 한 2년 정도 학회가 됩니다만 그동안 8회 정도에 걸쳐서 학술대회를 했고 학술지도 3호에 걸쳐서 지금, 4호가 지금 준비되고 있는 상태입니다. 상당히 열심히 하고 있습니다.

그런데 유럽헌법학회의 정체가 뭐냐, 근자에 와서는 또 2004년도 유럽헌법이 좌절되면서 이거 해체되어야 되지 않냐 이런 얘기도 있었습니다만, 실질적 의미의 헌법이라고 하는 것은 유럽에도 있는 것처럼 보입니다. 유럽차원에서든 그럼에도 불구하고.

그래서 우리 유럽 헌법은 유럽차원의 어떤 규범의 중심이 되고 있는 유럽공동체창설조약이라든가 유럽연합조약 그리고 유럽연합기본권헌장과 같은 것들을 중요한 연구를 합니다. 더불어서 유럽 각국에 있는 헌법도 연구대상으로 하고 있습니다.

나아가서는 유럽 헌법이라고 하는 그 자체 2004년도에 그 안에 보면 상당히 많은 부분이 행정법적 요소들을 가지고 있기 때문에 저희 유럽헌법학회는 그것을 다 포함해서 연구를 하고 있다고 보면 결국은 이제 유럽헌법학회는 유럽공법학회와 같은 기능을 하고 있다 이렇게 말씀을 드립니다.

유럽차원에서의 헌법적인 요소들은 말이죠. 독일이나 프랑스와 다르게 어떤 유럽의 각국들이 가지고 있는 그동안의 경험들을 최대공약수를 뽑아서 만들어 놓은 것이기 때문에 훨씬 더 보편타당성이 있는 규범들로 이루어져 있습니다. 그런 의미에서 저희들이 조금 연구를 해 보니까 훨씬 독일이나 프랑스나 미국과 같은 어느 국지적인 요소가 약하고 일반화가가능성이 높습니다. 그래서 앞으로 더 한층

우리가 헌법재판소에서도 그것에 대해서 연구할 필요성이 있겠다. 이런 생각을 가지고 사명감을 가지고 있습니다. 예를 들면 유럽 기본권헌장의 기본권유보에 있어서 일반적 법률유보형태를 취하고 있습니다. 우리하고 비슷하죠. 그 내용도 아주 비슷합니다. 비례성의 원칙이라든가 본질적인 내용이라든가 내용들이 거기 다 들어있습니다.

따라서 유럽기본권헌장 52조의 조항을 어떻게 해석하고 있는지 유럽공동체법원이, 그것을 우리가 잘 연구해나가면 우리 헌법 37조 2항을 연구해 가는데 상당히 많은 도움이 될 것이다 이렇게 생각이 듭니다.

그리고 또 유럽 헌법은 독일 헌법과 다르게 자유권중심으로 기본권이 논의되고 있지 않습니다. 사회적 기본권에 대해서도 중요한 챕터로 이게 자리 잡고 있기 때문이에요. 사회적 기본권을 어떻게 해석해 갈 것인가가 우리는 상당히 중요한 문제인데, 기존에 있던 미국식, 독일식의 해석이론만 가지고는 좀 자유권 해석이론은 부족하지 않느냐 이런 생각을 갖습니다. 그런 점에서 보면 유럽법을 이해한다는 것은 우리 헌법을 실천적으로 이해하고 판결해나가는데 아주 중요한 비교법적 자료가 되고 있다 이런 말씀을 드립니다.

시간이 다 되었다고 하시는데 어느 새 5분이 지나갔습니다.

마지막 코멘트 한마디만 하고 가겠습니다.

예를 들면 헌법의 해석에 있어서 저는 문언해석이 아주 중요하다고 보는데 아주 사소한 것입니다. 제가 한 가지 말씀드리면, 거주이전의 자유도 헌법재판소 판례집을 보면 거주점 이전의 자유가 아니고 거주이전의 자유라고 쓰여진 경우가 많습니다. 제가 볼 때 그것은 대단한 미스다 이렇게 보입니다. 그것은 헌법조문하고 다른 자유를 창설한 것처럼 보입니다. 그것은 분명히 수정을 하셔야 될 것 같고요.

그 다음에 앞으로 학계에 있어서도 헌법재판소의 결정내용을 어떤 논의의 기초로 삼아서 이렇게 논의를 해나가면 우리가 그동안 기초가 없이 만들어진 계수 법국가에 있어서는 많은 헌법적이고 실천적인 어떤 문화가 자리잡아갈 수 있을 것이다, 외국의 이론에 근거를 해서 헌법논의를 전개하는 것보다는 헌법재판소의 판결이유를 중심으로 해서 변증법적으로 논의를 해나간다면 좋은 헌법문화를 정착시킬 수 있지 않겠는가 그런 생각을 갖습니다.

이상입니다.

사 회 자: 감사합니다.

이번에는 그러면 이기우 교수님께 부탁드립니다.

이 기 우 : 반갑습니다.

먼저 시간이 제한되어 있기 때문에 헌법재판소에 대해서는 깊은 신뢰와 높은 기대를 가지고 있다는 말로 인사를 대신하겠습니다.

오늘 원래 이시우 회장님께서 나오시기로 했는데, 토론원고도 이시우 회장님이 작성한 겁니다, 갑자기 학교에 일이 생겨가지고 오늘 저한테 전화해서 꼭 좀 가서 보고를 해줬으면 좋겠다 그래서 제가 대신 나왔습니다.

먼저 큰 학회는 소개할 필요가 없지만 작은 학회는 좀 소개를 드릴 필요가 있을 것 같습니다.

이 대한교육법학회는 86년에 설립이 되어서 오늘에 이르고 있는데, 초창기에는 교육학을 하는 분들이 중심이 되었는데 90년대 초반부터 법학 하는 분들이 많이 관여를 하고 있고, 또 우리 교육법쪽에 축적된게 없다 보니까 조금 무리를 하고 있습니다. 규모에 비해서. 그래서 설립된 지 얼마 되지 않지만 그동안에 52차례의 학술대회를 했고 1년에 4차례 학술대회와 또 다른 나라의 교육법을 비교해서 발표하는 비교교육법포럼을 1년에 한 3, 4차례 이렇게 하고 있습니다. 학회지로는 교육법학연구를 1년에 두 번 내고 있는데 학진 등재지로 되어 있습니다.

오늘 주제하고 관련해서 몇 가지 관점에서 좀 말씀드리겠는데요. 우리 헌법상에 이 교육에 관한 조항이 아마 다른 나라보다는 훨씬 많습니다. 그리고 우리나라에서 이 교육에 대해서는 논자마다 매우 치열한 가치논쟁을 하고 있습니다. 그러기 때문에 우리 헌법학계의 교육에 대한 헌법규정의 해석 또 헌법재판소의 재판 이것이 더욱 절실하게 요구되는 것이 아닌가 이렇게 생각해 보고요.

헌법재판하고 관련해서는 그동안에 쪽 검색을 해 보니까 정확하지는 않겠지만 검색을 통해서 보면 교육받을 권리에 관해서 28건의 판례가 있고 의무교육으로 7건, 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성으로 30건, 그 다음에 대학의 자율성에 관한 것이 39건, 교원의 지위로 133건이 있습니다. 다른 분야와 비교해서 상당히 많은 판례가 축적이 되어 있다 이렇게 말씀드릴 수 있고요.

그중에서도 가장, 그러니까 헌법재판은 크게 두 가지로 볼 수가 있는데 하나는 공익적인 견지에서 통제지향적인 판결과 그 다음에 이 교육의 특유한 자율성을 보장하려는 이러한 판결로 볼 수 있는데, 그중에 지금까지 교육에 관련된 헌법재판소 판례 중에 가장 이정표적인 판결이 과외교습금지에 관한 결정이 아닌가 이렇게 보는데, 여기서 사적영역에서의 자율성을 강조하고 있고 또 그 다음에 공적교육에서의 국가의 역할을 강조하고 있는데, 여기서 사적영역에서 자율성을 강조한 것은 매우 획기적인 판결이다 이렇게 봐지고요. 그러나 공적분야에 있어서

자율성에 대해서는 상대적으로 좀 인색한 결정을 하고 있지 않느냐 이렇게 생각을 해 봅니다.

그 다음에 꼭 한 가지만 더 마지막으로 부탁드리고 싶은 것은 특히 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성에 대해서 이게 다른 나라 헌법에 없는 그런 규정인데 여기에 대한 해석이 매우 상반되고 있습니다. 이럴 때 헌법재판소에서는 양 입장을 절충하려고 매우 노력했는데, 경우에 따라서는 남쪽으로 가야 되는 방향이 있고 한사람은 또 북쪽으로 가야 된다. 이럴 때 절충적인 입장을 취하게 되면 아무 데도 못갑니다. 그래서 그럴 경우에는 고통스럽지만 결정을 해 주셔야 되는 것이 아닌가 이렇게 생각하고요. 이 분야에 우리 학회로서는 많은 축적을 해야 되겠고 헌법재판소에 대해서도 좀, 이런 특히 교육의 자주성, 전문성, 정치적 중립성, 자율성에 관한 명확한 입장을 기대하면서 제 토론 마치겠습니다.

감사합니다.

사 회 자: 감사합니다.

이번에는 이정 교수님께 토론 부탁드리겠습니다.

이 정: 안녕하세요. 한국노동법학회에서 왔습니다. 외국어대학교 이정이라고 합니다.

우선 헌법재판소 창립 20주년을 노동법학회를 대신해서 축하를 드리고요. 이렇게 뜻깊은 자리에 토론자로 참석하게 된 것을 개인적으로 영광으로 생각합니다.

특이한 것은 저는 여기 아까 공법학회 이렇게 편제를 하면서 노동법학회를 넣어주셔서 굉장히 고마웠는데요. 지금까지 노동법은 일반적으로 사법쪽으로 이렇게 편제를 했는데 새롭게 이렇게 노동법을 공법의 영역으로 넣어주셔서 대단히 고맙게 생각합니다.

그리고 노동법은 보통 한 학기에 15강 정도를 하는데 첫 번째, 두 번째, 세 번째 강의를 주로 헌법과 관련해서 강의합니다. 근로의 권리라든가 의무라든가 그 다음에 노동 3권이라든가 이런 것을 강의를 하는데 그래서 노동법은 상당히 야누스적인 얼굴을 가지고 있습니다. 그래서 특별하게 제가 이런 분류를 떠나가지고 사심 없이 헌법재판소에 따른 노동 분야의 결정에 대해서 몇 마디 하고자 합니다.

1988년에 헌법재판소가 창립된 이래 많은 노동사건들이 여기의 결정을 얻었는데요. 예를 들면 특히 이제 이런 것들이 집단적인 노사관계 쪽에 많이 집중이 되어 있습니다. 잘 아시다시피 우리나라의 경우에는 군사정권하에서 개별적인 노동관계부분에서는 상당히 외국에 비해서 수준이 높습니다. 그럼에도 불구하고 근로자단체가 정치세력화 되는 것에 대해서는 굉장히 경계를 했죠. 그러다보니까 집

단적인 노사관계 특히 노동조합과의 관계에서는 상당히 근로자들의 권리를 기본권을 제한하는 쪽으로 입법 특히 제·개정이 이루어졌습니다. 소위 말하는 악법이라고 하는 법들이 많았었는데요.

이런 와중에서 87년도에 민주화선언이 있었고, 그 다음에 헌법재판소가 생기니까 많은 근로자, 노동조합들이 이렇게 억압받는 그런 권리를 헌법재판소에 일종의 구제주역할을 해 줄 거라는 생각을 하고 처음에 많은 노동사건들이 헌법재판소에 몰리는 그런 쏠림현상이 있었습니다.

그 대표적인 것들을 제가 시간이 제한되었기 때문에 몇 가지만 말씀드리겠습니다. 대표적으로 1997년에 근로기준법이 개정되기 전에 이렇게 있었습니다. 근로자들의 퇴직금에 대해서는 제한 없이 직권이라든가 저당권에 우선적으로 변제를 해 주는 그런 조항이 있었는데 이런 것들이 결국은 담보물권을 형해화하는 것이 아닌가 하는 차원에서 문제가 되었다가 결국은 헌법불합치결정이 내려졌죠. 그 결과 무한정 이렇게 우선적으로 해 주던 퇴직금이 최종 3년분으로 되었다가 최근에는 아예 퇴직금부분은 날라가게 되었습니다.

그다음 또 하나는 잘 아시다시피 지난 10월에 전국수준학업성취도평가문제로, 그 대신에 현장체험을 실시해가지고 중징계문제로 문제가 된 전교조문제입니다.

특히 사립학교교원문제, 아까 선생님께서도 언급하셨는데요, 사립학교교원에 대해서 노동 3권을 제한하는 것이 결국은 노동 3권을 보장하고 있는 헌법 제33조에 반하지 않는 것인가? 이렇게 문제가 되었었는데 결국은 합헌판결을 내렸습니다. 그렇지만 그 이후에 1999년 잘 아시다시피 교원노조법이 생겼습니다. 그래서 합헌판결이 났지만 그 이후에 결국은 교원노조에 대해서도 쟁의권부분은 제한을 받지만 일정부분 노동기본권을 보장하는 쪽으로 입법이 이루어졌습니다.

그 외에도 여러 가지가 있는데 예를 들면 1993년도에 ‘제3 자개입금지조항’ 이것은 노동관계에는 당사자 외에는 개입을 하지 말라는 조항이죠. 최근에 권영길 의원이 13년만에 이 조항이 문제가 되어 가지고 1,500만원 벌금을 맞은 바로 그것입니다. 그게 있었고, 그 다음에 1999년에 ‘방송사업장의 쟁의행위금지’, 이것도 합헌결정이 났고요. 그 다음에 97년에 생활보호대상자에게 지급하는 돈이 헌법상에서 얘기하고 있는 인간다운 최저생활을 할 권리 거기에 반한다는 이유로 역시 위헌심판을 제청했는데 합헌결정이 났죠. 그 다음에 6개월 근로자에 대해서는 해고예고제도를 배제하고 있습니다. 보통 근속연수 6개월 이상 되면 해고시키기 전에 1개월 전에 예고수당을 지불하거나 예고를 하게 되어 있는데 6개월 미만자에 대해서는 전혀 아무런 예고 없이 해고를 하게 되어 있는 이것도 역시 헌법에 위

반되지 않는가 해서 문제가 되었었는데 합헌결정이 났고요. 이렇듯 거의 많은 부분들이 합헌결정이 났습니다. 아까 퇴직금문제는 빼놓고요.

그렇지만 이런 합헌결정이 났음에도 불구하고 결과적으로는 노동분야에서 많은 발전을 보게 되는 그런 계기가 되었습니다. 특히 아까 생계비문제 같은 경우는 합헌결정이 났지만 복지정책에 대한 반향을 불러일으켰고요. 그 다음에 아까 말씀드린 권영길 의원이 문제가 되었던 '제3자 개입문제' 결국 합헌결정이 났지만 1996년도에 제3자 금지조항이 삭제가 되었습니다.

그런데 우리 노동계에서는 특히 노동조합이라든지 이런 데에서는 헌법재판소에 가면 백전백패다 이런 얘기를 많이 듣고, 또 노동사건은 좀 서자 취급을 받는다는 그런 편견이 약간은 있습니다. 그렇다고 해서 저는 헌법재판소가 흔들림이 없으리라고 생각합니다만 그러한 불만의 목소리도 약간은 반영을 하면서 보다 적극적이고 의욕적으로 노동사건을 해 주십사하는 부탁을 마지막으로 드리고 싶습니다.

고맙습니다.

사 회 자: 감사합니다.

세 분 모두 토론을 마치셨고 이제 마지막 세 분을 모시겠습니다.

이번에는 행정판례연구회를 대표해서 정남철 교수님 나오셨고요, 그 다음에 한국세법학회를 대표해서 박훈 교수님 나오셨고, 법정정책학회를 대표해서 정문식 교수님 나오셨습니다.

세 분 단상으로 와주시기 바랍니다.

지금 원래 예정된 시간이 많이 오버되어 있기 때문에 이 5분이라는 시간에 신경을 많이 써주시기 부탁드립니다.

정남철 교수님부터 부탁드립니다.

< 지정토론자(정남철) 발표 >

사 회 자: 감사합니다.

정확하게 시간을 지켜주셨습니다.

이번에는 박훈 교수님께 부탁드립니다.

박 훈: 한국세법학회의 박훈입니다.

저는 헌법재판 20년 헌법과 행정법부분에서 조세분야 관련해서 현재에 긍정적인 평가 그리고 좀 유보적이지만 아쉬운 점 두 가지로 나누어서 설명드리고자 합니다.

그런데 한국세법학회를 먼저 소개를 드리면, 저희가 86년에서 20년이 넘었습니다.

그 다음에 회원이 약 450명 정도 되는데요, 이것을 두 가지 쟁점을 말씀드리기 전에 제가 학회를 소개드린 이유가 이 두 가지 쟁점에 대해서 저희 회원들 내부에서도 공법과 사법이라는 다양한 전공이 있고, 그 다음에 법학을 전공할 뿐만 아니라 여러 가지 공인회계사라든가 조세관련해서 법조 이외에 조세문제를 다루는 분이 있기 때문에 다양한 의견이 있다는 것을 먼저 말씀을 드리고 싶습니다.

그리고 두 가지 쟁점에 들어가기 전에 헌법재판이 입법권이나 또 행정권, 사법권과의 통제부분에 있어서 저희 사건이 중요한 문제로 등장했다는 부분을 제가 나름대로 준비를 했는데요, 시간관계상 그것은 아마 김광수 교수님이나 앞에서 또 이현환 교수님께서 발표하신 결정에 대한 분석부분이 있다고 생각이 들어서 바로 본론에 들어가고자 합니다.

첫 번째 헌법재판소의 조세분야에서의 긍정적인 평가라고 할 수 있는 부분입니다, 헌법재판소 초기결정의 상당부분이 조세부분에 있어서는 헌법 75조에 있던 포괄위임금지를 들어서 조세법률의 상당부분에서 위헌결정을 끌어냈습니다. 그래서 사실 시행령에 있던 규정이나 또는 시행규칙의 내용 자체가 법률에 담을 내용인데도 불구하고 체계를 잘못 잡았다는 이유로 여러 가지 위헌결정이 났는데요. 물론 그 자체에 대해서는 담세력, 세금을 부담할 수 있는 능력에 따라서 세금을 부담해야 되는데 단지 체계상 자리를 잘못 잡았다는 이유만으로 세금내야 될 사람이 세금 안냈다고 해서 현재에 대한 부정적 평가도 있는 것도 사실입니다.

그러나 실제로 국회 법제실이나 또는 실제로 국세를 담당하고 있는 기획재정부 세제실이나 또는 행안부 같은 곳을 들여다보면 법을 만들 때 주로 세법의 경우에 있어서는 의원입법보다는 정부입법의 형태로 많이 이루어지는데, 정부입법을 했을 때 현재의 그런 결정을 의식을 해서 기왕이면 법률로써 같은 내용이라도 담으려고 노력을 한다는 측면에서 보면 헌법재판소가 초기에 보여 줬던 세법에 있어서 포괄위임금지원칙을 들어서 세법에 관한 여러 가지 위헌결정을 내렸던 부분은 긍정적인 부분으로 평가가 된다고 생각이 됩니다.

그리고 두 번째 경우는 이 부분에 있어서는 굉장히 조심스러운 부분이기도 한데요, 앞에 발표자분들께서도 이야기를 해 주셨고 토론자부분에서도 중부세부분입니다. 아무래도 11월 달에 나왔던 부분이 세금문제이고 그 다음에 중부세에서 인용되었던 여러 가지 헌법재판소의 결정례가 앞에서 했던 세금에 관한 결정문의 중합편이라고 생각이 됩니다. 예를 들면 토초세에 관한 여러 가지 불합치결정의

부분도 논의가 되었었고요, 그 다음에 구 소득세법 61조에서 말했던 부부자산소득 합산과세에 관한 부분도 이 부분에서 위헌결정을, 세대별합산의 경우 위헌결정을 끌어내는데 하나의 논리로서 앞에 선행된 결정을 끌어냈다고 생각이 됩니다.

그래서 아쉬웠다는 부분은 그 결정의 옳고 그름을 떠나서 사실 헌법재판소가 조세분야에 미친 영향이라는 것이 단지 법을 만들었던 기간뿐만 아니라 납세의무자, 세금을 부담하는 사람들의 앞으로의 행태에 굉장히 많은 영향을 미치게 됩니다. 그래서 사실 헌법재판소도 여러 가지 고민 끝에 결정을 했지만 특히나 세대별합산 같은 경우에 있어서는 세제에 있어서 소득이나 또는 재산, 소비의 각각의 경우에 있어서 여전히 1세대1주택의 양도소득에 대한 비과세부분, 그래서 사실 1인이 하나의 주택을 가진 경우 하고 부부가 주택을 두 개 이상을 가지는 경우에 있어서 결국 부부의 경우는 비과세혜택을 받는데 불이익을 입는 제도가 남아있거든요. 그래서 아마 헌법재판소에서도 여러 가지 고민을 했겠지만 결국 재산을 벌고 그리고 재산을 보유하는 그 관계에 있어서 납세의무자의 경우에 있어서는 통합적으로 자기의 세금이 많고 적음에 그리고 앞으로 전략에 영향을 미치기 때문에 헌법재판소에서 내린 결정이 여러 가지 행태에 영향을 미칠 것이다. 그래서 헌법재판소에서 내린 결론이 현재 문제를 제기했던 납세의무자의 기본권, 헌법 36조에서 말하고 있는 혼인의 자유 같은 어떤 쟁점별로 논의를 하고 있다고 하는 헌법재판소의 어떤 한계 때문이기도 한데 그래서 헌법재판소가 미치는 영향을 본다면 세법분야에서는 굉장히 크다고 생각이 됩니다.

그래서 앞에 발표자와 토론자의 경우에 있어서도 불합치결정부분에 대해서 과연 세금을 내야 되는지 말아야 되는지 부분도 현재가 정확하게 결정의 여지를 남겨놓아서 지금도 일선에서는 혼선이 있는 것으로 알고 있습니다.

그래서 이와 관련해서 보면 결국 종합부동산세법이 2005년 1월달에 만들어질 때 행정입법형태로 만들어졌던 것이 결국 의원입법형태로 옷을 입고서 결정이 되었고, 사실 이 부분에 있어서 헌법재판소가 법을 만들 당시부터 관여를 했더라면 사실 너무나 많은 사람들이 세금을 내야 될지 말아야 될지 하는 결정에 대한 논의가 있기 때문에 그래서 헌법재판소의 경우에 추상적 규범통제에 관한 부분을 조세분야에 있어서는 법 만들 당시부터 헌법재판소가 관여를 하는 부분에 대해서 어떻게 생각할지 부분에 대해서 발표자 두 분 중에 한분께서 답변을 해 주시면 고맙겠습니다.

이상으로 마치도록 하겠습니다.

사 회 자: 감사합니다.

그러면 마지막 토론자로 정문식 교수님 부탁드립니다.

정 문 식: 저는 한국법정책학회를 대표해서 나왔는데 제가 능력이 있어서가 아니라 다른 분들이 다들 회의나 특히 학회가 많아서 가지고 거기 가시는 바람에 헌법을 공부한다는 이유로 제가 오게 되었습니다.

사실 헌법을 공부하기 때문에 재판소 판례에 대해서 어떤 비판을 할까 사실은 이런 마음을 가졌었는데 오늘 와서 이 20주년 기념 동영상을 보면서 “아, 비판할 자리는 아니구나” 또 저희 딸을 보니까 저희 딸이 저한테 대해서 “아빠 목소리가 왜 그래” 이러면 제가 기분이 나쁘거든요. 그런데 “아빠 목소리는 카리스마가 넘쳐” 이러면 제가 아주 기분이 좋습니다. 비록 현실은 그렇지 않다 할지라도.

또 두 번째 제 아들한테 “너 1억 있으면 뭐 할래” 그러면 우리 아들이 항상 “아빠는 제제하게 1억이 뭐야. 기왕 줄려면 100억줘” 이렇게 말을 하는 것을 보면서 헌법에 있어서의 특히 헌법재판소가 갖는 정책적인 측면에 있어서의 발전방향을 생각해 본다면 첫 번째로 헌법재판소의 20년 성과를 볼 때 세 가지 측면에서 보면 첫 번째, 국가기관의 권력분립측면에 있어서 입법·행정·사법뿐만 아니라 헌법재판이라고 하는 새로운 권력분할의 어떤 성과를 가져왔다. 두 번째로 이념적이고 추상적인 헌법규범이 실질적인 법규범으로서 헌법국가위상을 실현했다. 세 번째로 기본권향상에 크나큰 공적을 이룬 것은 그 누구도 부인할 수가 없습니다.

비록 몇 가지 이미 모든 발제자 또 토론자께서 말씀하셨던 몇 가지 사건이 있기는 하지만 그 몇 가지 사건 때문에 20년간의 헌법재판소의 공과가 그냥 무시될 수는 없지 않느냐? 그런 몇 가지 사건이 나올 수밖에 없었던 이유를 본다면 두 가지 측면에서 볼 수 있을 것 같습니다.

첫 번째는 기관의 독립성측면과 두 번째로는 헌법재판의 전문성 측면에서의 보충이 이루어지면 되지 않을까?

기왕 정책적인 측면에서 얘기하는 건데 단순히 뭐 ‘재판소원을 인정하자’ 이런 것, 또 아까 말씀하셨던 ‘재판관들 자격을 좀 넓히자’ 이런 것 말고 좀더 단호하게 나가 본다면 첫 번째, 헌법재판소 재판관 3인을 임명하는데 대법원장이 하시는데 그러면 우리도 대법관 4인은 헌법재판소장이 지명하는 것은 어떨까? 그래서 기관간 평등과 어떤 권력분립 또는 견제와 균형을 가진다고 한다면 헌법재판소 상임연구관중에 한 네 분을 대법관으로 보내면 헌법재판소의 입장이 충분히 반영되지 않을까? 또 대법원장이 대법관들 임명제청권을 갖는데 그러면 적어도 헌법재판소장이 헌법재판관들 임명제청권을 갖는 것은 어떤가? 이것이 어떤 기관의 독립성을 가져온다고 한다면 그러면 훨씬 더 입법과 행정 또 사법에 대해서 좀더

강력한 지위를 갖지 않을까? 이런 한번 정책적인 측면에서 기왕 상상할 바에야 좀더 나가 보자 하는 생각이 들었습니다.

두 번째로는 전문성측면에 있어서는 아쉽게도 헌법재판소 중요한 연구관님들께서 학계로 많이 나가십니다. 특히 학교를 많이 오시는데, 여기 오신 김하열 교수님이라든지 전종익 교수님이라든지 한양대 가신 윤영미 교수님이라든지 많은 분들이 가셨습니다. 또 얼마 전에 저희 학교에 오신 김현철 교수님이라든지, 자꾸만 연구관님들 보내지 마시고 교수들도 그냥 재판관 밑으로 데려오면 어떨까? 예컨대 상임재판관으로서 헌법재판소법 개정을 통해서 가능하다면, 만약에 헌법개정을 해야 된다고 한다면 고려를 해 볼 수가 있겠고, 아까 제가 말씀드렸던 재판관 임명문제라든지 그 다음에 재판관제청문제는 헌법개정이 필요하겠지만 적어도 상임재판관문제는 조금 더 정책적인 측면에서 생각해 볼 때 가능하지 않을까? 만약에 불가능하다면 각 재판관별로 전문가문위원들을 헌법진공 또는 행정법진공 각 학교의 전공교수들을 자문위원으로 둬으로써 자꾸만 학계에 뺏기지 말고 학계에 계신 분들을 헌법재판소에 소속시키는 이런 방법도 생각해 볼 수 있지 않을까? 그러한 정책적인 측면에서의 몇 가지 제안을 드림으로써 토론을 마칠까 합니다.

이상입니다.

사 회 자: 감사합니다.

이것으로서 9분의 토론의견을 모두 들었습니다. 여러분들 매우 다양하죠.

그러면 마지막으로 두 분 발제자들께서 종합적으로 토론의견들에 대한 답변을 간단하게 코멘트해 주시기 바랍니다.

두 분 발제자를 모십니다.

이 헌 환: 시간도 그렇고 해서, 지금 9분이 토론의 말씀을 해 주셨습니다.

사실 제가 우리 헌법재판소 20년을 이야기를 하면서 제가 완전하게 모든 것을 다 말씀드리지는 못했는데 많은 부분에서 많은 얘기들이 아마 사람마다 다 각자가 얘기가 있으시라는 생각이 듭니다.

그런데 지금 9분 말씀해 주신 중에서 특별히 제가 코멘트 할 만한 부분은 마지막에 계셨던 두 분 말씀 중에 아마 코멘트를 할 부분이 좀 있는 것 같습니다.

일곱 번째 세법학회에서 말씀하신 중에 추상적 규범통제문제에 관해서 둘 중에 얘기를 했으면 그런 말씀이 있어서 간단히 말씀드리면, 저는 현재 우리 헌법규정이 일반적으로는 추상적 규범통제를 금지하는 것으로 그렇게 해석을 하는 경우가 일반적입니다. 모든 교과서들이 그렇게 쓰고 있는데, 제 개인적인 견해로는 그것을 규정이 없다고 해서 금지된다. 이렇게 해석하는 것은 적절치 않다, 저는 그

런 해석론을 한번 전개한 적이 있습니다. 지금도 그런 입장이고요.

예컨대 우리 헌법규정에서 ‘법률이 정한 헌법소원’ 이런 헌법규정이 있는데 법률로써 추상적 규범통제의 방법을 헌법재판소법에서 규정한다면 그것이 위헌일 까? 저는 그런 생각을 좀 해 봤습니다. 그것은 아마도 국회라든가 여러 정치적인 의견 합의과정이 필요하지 않을까하는 생각이 있고요.

그 다음에 마지막에 정문식 선생님 법정정책학회에서 말씀하신 부분 중에 기관의 독립성과 전문성 관련해서 저희들이 전혀 생각하지 못했던 아주 파격적인 그런 부분에 몇 가지 말씀해 주셨습니다.

헌법재판소도 대법관 추천하자 또 동의하자, 그 다음에 교수 같은 경우에 전문성 입장에서 교수도 재판연구관으로 부르자, 상당히 의미 있는 부분입니다. 그런데 뒷부분 교수도 재판연구관으로 부르자 이런 부분관련해서 말씀드리면, 교수가 재판연구관으로 오면 저는 오늘 20년 얘기하면서도 속으로 부들부들 떨면서 얘기했는데 교수 입장에서, 재판연구관으로 와가지고 아마도 재판연구관으로서의 역할을 제대로 할 수 있을까 그런 생각도 한 번 해 봅니다.

그 다음에 현재의 대법관 추천이라든가 이런 조직구성 관련해서 방법도 제안을 해 주셨는데, 상당히 의미가 있고 종합적으로 생각해 볼만한 그런 주장이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

이런 정도로 마치겠습니다.

사 회 자: 김광수 교수님.

김 광 수: 토론 감사하게 잘 들었습니다.

행정법관련학회로 오늘 오신 학회 이외에 조금 소개를 드리면 행정법이론실무학회, 토지공법학회, 지방자치법학회가 굉장히 왕성하게 활동하고 있습니다.

그 학회에서는 아마 제가 발표한다니까 토론할게 없는게 아닌가 이래서 안 보낸 것으로 제가 나름대로 생각하고, 행정법이론실무학회는 며칠 전에 있었는데 대신 인사를 해 달라고 그렇게 직접 이야기했습니다.

행정법 관련해서는 제가 여러 교수님들의 토론 중에 정남철 교수님과 박훈 교수님 그리고 정문식 교수님 토론내용 중에 간단하게 언급하도록 하겠습니다.

우선 법률보충적 행정규칙에 대한 헌법재판소의 상당히 적극적인 어떤 판단, 그러니까 우리 헌법상의 법규명령수권을 예시적인 것으로 보는 그런데 대한 지적이신 것 같습니다. 그래서 이 부분이 법규명령의 확장이라고 하는 긍정적인 측면도 있지만 항상 위험성이 내재되고 있다는 부분에 저도 공감을 합니다.

그 다음에 존속보장이면서 왜 손실보상에 집중하고 공용수용의 요건이라든지

하는 그 수용자체의 문제에 대해서는 논거가 약하다 그러셨습니다.

이 부분은 대법원에서도 판단하고 있는 부분이기 때문에 현재에서 적극적으로 판단하지 않고 있었던 부분이 아닌가 이런 생각을 하면서, 손실보상부분이 그동안 불명확했기 때문에 헌법재판소에서 그것을 좀더 명확하게 판단하고 있다 이렇게 받아들일 수도 있을 것 같습니다.

그 다음 중부세와 관련해서 저는 전통적인 종래에 어떤 법률의 형식성, 논리성에 기초한 판단과 법적 정책적인 판단이 균형을 이루었다 이렇게 말씀드렸는데, 거기에 대한 이견도 있을 것 같고 워낙 사회적으로 첨예한 문제이기 때문에 다양한 판단이 개진될 수 있을 것 같습니다.

제 주제와 직접적인 관련이 없지만 우리 정문식 교수님께서도 권력분립에서 어떤 새로운 지평을 연 그런 것으로 헌법재판소의 역할을 그리고 공적을 강조하셨습니다.

그런데 오늘 이 자리는 법학자들만의 잔치라서 외부인은 초청이 없었지만 제가 최근에 읽은 책 중에 정치학자들의 헌법재판에 대한 지적을 잠시 좀 소개해 드리면, ‘헌법재판은 수평적 권력분립에는 상당히 충실하다’ 그러면서 ‘그 반면에 수직적 권력분립에는 약하다’ 이런 지적을 하고 있습니다.

그러면 수직적 권력분립이 뭐라고 말하고 있는가 하면 수직적 권력분립이라고 하는 것은 우리 사회 각계각층의 사람들이 마땅히 차지해야 될 몫을 헌법재판소가 인정하고 그것을 우리 사회 속에 용해될 수 있도록 적극적으로 보호하고 판단해 주는 기능인데 그것이 약하다 이런 지적을 하고 있습니다. 그래서 권력분립을 이야기할 때 수평적 권력분립과 함께 수직적 권력분립에 대해서도 좀더 신경을 써야 되지 않겠나 이렇게 생각합니다.

그 다음에 마지막으로 제가 행정법적인 측면에서 말씀드리면 교수들의 재판 참여, 현재참여도 좋지만 특히 행정법교수들을 좀더 많이 참여시켜 주시는게 좋지 않을까? 아까 우리 정 교수님께서도 지적하셨지만 헌법재판소가 많은 행정법결정을 내리고 있는데 그것이 우리 현재 행정법학회가 쌓아놓은 그런 이론적인 정치성을 반영하고 있는가라고 하는 부분에 약간 의문이 있을 수가 있고, 그 부분을 보충하는 것이 행정법학자의 적극적 견인을 통해서 고안될 수 있지 않을까 이런 생각을 할 수 있습니다. 감사합니다.

사 회 자: 이제 마무리 지을 시간이 되었습니다마는 이현환 교수님께서 간단하게 한마디만 더 하시겠다고 합니다.

이 현 환: 다르게 아니고 좀 전에 제가 교수들이 헌법재판소 연구관으로 오

는 문제 얘기했습니다마는 앞으로 미국식의 아미쿠스쿠리에 같은 그런 법정의 참고인제도 같은 그런 참고인, 지금도 참고인제도가 있습니다마는 그런 제도들을 좀 적극적으로 활용을 하는 방법도 있지 않을까하는 생각이 있어서 그런 부분들은 충분히 헌법재판소에서 활용을 할 수도 있으리라는 생각을 해 봅니다.

헌법재판소 연구관이라는 지위는 헌법재판소 내부의 지위가 있습니다마는 교수라는 사람들은 아무래도 기관밖에 있기 때문에 밖의 의견들을 그런 방법으로 공식적으로 수렴하는 그런 시스템을 구축해 보는 것도 좋은 방법이 아닌가 하는 생각을 해 봅니다.

사 회 자: 감사합니다.

지금 뭐 충분히 전달이 된 것 같고요. 사실 우리가 토론을 갖다가 활발하게 하자면 플로어에 계신 여러 회원님들께도 발언의 기회를 드리고 거기에 대해서 좀더 다양한 의견을 나누는 것도 필요하겠습니다마는 보시다시피 시간이 상당히 많이 오버가 되었고 송년회 자리가 준비되어 있으니까 여러분들께서 이제 그쪽에서 못다한 이야기를 계속 이어나가시기를 바라고요, 오늘 헌법재판소 창립 20주년을 기념해서 이 헌법재판 20년의 회고와 전망이라고 하는 주제로서 헌법과 행정법으로 나누어서 진행했었던 학술발표회 및 토론은 이것으로 종료를 하겠습니다.

여러분들 모두 감사합니다.

기본권의 대사인적 효력의 적용

이 준 일*

I. 개념과 근거

기본권의 ‘대사인적 효력’이란 기본권이 다른 국민(제3자)에 대해서 미치는 효력(제3자효)을 말하고, 기본권이 국가에 대해서 미치는 효력인 ‘대국가적 효력’과 대칭되는 개념이다. 따라서 기본권의 대사인적 효력은 국민과 국민 사이에서 발생하는 ‘수평적 효력’인 반면에 기본권의 대국가적 효력은 국민과 국가 사이에서 발생하는 ‘수직적 효력’이라는 점에서 차이가 있다.

기본권은 기본적으로 국가를 상대방으로 하는 방어권(Abwehrrecht)으로 이해된다. 이처럼 국가를 상대방으로 하여 소극적 행위(부작위)를 요구하는 ‘주관적 권리’¹⁾로서 기본권을 이해하는 한 기본권이 대국가적 효력을 갖는다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 하지만 방어권으로서의 기본권에 대한 이해는 두 가지 측면에서 변화를 요구받는다. 첫째는 기본권이 적극적 행위(작위 또는 급부)를 요구하는 주관적 권리인 급부권(Leistungsrecht)으로 이해되어야 한다는 점이고, 둘째는 기본권이 방어권이든 급부권이든 주관적 권리를 넘어 ‘객관적 규범’으로 이해되어야 한다는 점이다. 이러한 두 가지 요구는 밀접하게 관련되어 있다.

우선 기본권을 급부권으로 이해해야 한다는 것은 기본권이 국가를 상대방으로 하여 보호(Schutz)²⁾와 절차(Verfahren)³⁾ 및 급부(Leistung)⁴⁾에 관한 입법을 요구하

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

- 1) 흔히 ‘주관적 권리’로 불리는 기본권의 주관적 측면에는 권리(right) 이외에 자유(freedom)와 권한(competence)이 포함하기 때문에 정확한 개념정의를 위하여 일정한 상위개념이 필요한데 이것을 ‘지위(position)’라고 부를 수 있다면 기본권의 주관적 측면은 ‘주관적 지위’라고 표현할 수 있다.
- 2) 보호에 관한 입법을 요구할 수 있는 보호권에 대해서는 이준일, “기본권으로서 보호권과 기본권의 제3자효”, 저스티스(한국법학원), 통권 제65호(2000), 67면 이하 및 73면 이하 참조.
- 3) 절차에 관한 입법을 요구할 수 있는 절차권에 대해서는 이준일, “조직과 절차에 관한 기본권”, 아·태공법연구(아세아·태평양공법학회), 제9호(2001), 133면 이하 참조.
- 4) 여기서 급부는 좁은 의미의 급부를 의미하고, 이러한 좁은 의미의 급부를 요구할 수 있는 권리

는 권리로 확대되어야 함을 의미한다.⁵⁾ 하지만 이러한 급부권은 그 ‘보호영역의 불확정성’으로 인하여 국민의 주관적 권리로서가 아니라 국가의 ‘객관적 의무’로 이해되는 경향이 나타난다.⁶⁾ 기본권으로부터 이러한 국가의 객관적 의무를 도출하기 위해서는 기본권을 단순한 주관적 권리로부터 객관적 규범으로 이해되어야 할 필요가 있다. 물론 방어권의 경우에도 국민의 주관적 권리에 상응하여 국가의 객관적 의무가 도출될 수 있지만 이러한 객관적 의무는 주관적 권리와 불가분적으로 결합되어 있기 때문에 그에 관한 독자적인 근거로서 객관적 규범의 존재가 필요 없게 된다. 하지만 급부권의 경우에는 주관적 권리와 결부되지 않는 순수하게 객관적인 의무가 도출되어야 하기 때문에 그 근거로서 객관적 규범의 존재가 필요하게 된다. 바로 이러한 객관적 규범으로서의 기본권의 성격은 단순히 국가의 의무만을 요구하지 않고 국민의 의무로까지도 요구한다는 점이다. 그리고 체계정합성의 요구 때문에 객관적 규범으로서 기본권의 성격은 급부권뿐만 아니라 방어권에도 확대되어 적용될 수 있게 된다. 이처럼 방어권이든 급부권이든 객관적 규범으로 이해된 기본권의 효력은 국민과 국가의 ‘공법적’ 관계에서만 아니라 국민과 국민 상호간의 ‘사법적’ 관계에서도 확장되어 발생하게 된다(과급효 또는 방사효).

II. 이론구성

1. 간접효력설과 직접효력설

기본권의 객관적 성격으로부터 기본권의 대사인적 효력의 ‘존재’는 확인되었지만 이러한 효력이 구체적으로 어떠한 방식으로 ‘작동’하는지에 대해서는 또 다

를 사회적 기본권이라고 부른다. 사회적 기본권에 대해서는 이준일, “사회적 기본권”, 헌법학연구(한국헌법학회), 제10권 제1호(2004), 449면 이하 참조.

5) 알렉시는 보호 또는 절차에 관한 입법을 요구하는 급부권과 급부에 관한 입법을 요구하는 급부권을 구분하면서 전자를 규범적 급부권으로, 후자를 사실적 급부권으로 부른다. 전자의 경우에는 입법 자체가 급부의 본질적인 내용인 반면에 후자의 경우에는 입법은 형식에 지나지 않고 급부 자체가 본질적 내용이 되기 때문이다.

6) 예를 들어 보호권을 보호의무로 이해하는 견해로 방승주, “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제(上)”, 고시연구, 2004년 8월호(통권 제365호), 171면 이하 및 방승주, “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제(下)”, 고시연구, 2004년 9월호(통권 제366호), 14면 이하 참조. 한편 국가의 보호의무에 상응하는 국민의 보호받을 권리가 존재한다는 견해로 이승우, “기본권보호의무와 공권이론”, 고시연구, 1993년 9월호(통권 제234호), 78면 이하 및 82면 이하 참조.

른 이론구성이 필요하다.⁷⁾ 이와 관련해서는 우선 간접효력설과 직접효력설이 자주 인용된다.⁸⁾ 간접효력설에 따르면 사인간의 분쟁을 해결하기 위한 민사재판에서 재판을 담당하는 법관이 일차적으로 사법(私法)을 적용하면서 사법의 일반원칙(민법 제2조: 신의성실원칙, 권리남용금지원칙; 제103조: 공서양속 등)을 구체화하게 되는데 이 과정에서 법관은 이차적으로 기본권을 적용함으로써 사인간의 관계에 기본권이 ‘간접적으로’ 효력을 미치게 된다. 반면에 직접효력설에 따르면 일차적으로 사법이 적용되어야 하는 민사재판에서 법관은 사법과 함께 기본권을 적용함으로써 사법의 적용을 매개로 하지 않고서도 기본권이 ‘직접적으로’ 사인간의 관계에 효력을 미치게 된다.

2. 방어권설과 보호권설

(1) 간접효력설과 직접효력설은 기본적인 이론구성의 차이에도 불구하고 기본권이 사인간의 관계에 효력을 미치게 되는 구심점이 법관으로 모아진다는 점에서 공통적이다. 기본권을 사인간의 관계에 간접적으로 적용하든 직접적으로 적용하든 법관이 사인간의 분쟁을 해결하는 과정에서 기본권을 존중하여 적용하지 않으면 기본권의 효력은 발생하지 않게 되기 때문이다. 따라서 간접효력설이든 직접효력설이든 그 핵심은 법관의 기본권존중의무에 놓여 있게 된다. 여기서 다음과 같은 의문이 들게 된다. 기본권의 대사인적 효력은 단지 법관으로 대표되는 국가의 의무에 지나지 않는가? 기본권의 대사인적 효력을 국민의 권리로서도 주장할 수는 없는가?

(2) 이러한 의문에 대한 답변은 우선 방어권설에 의해 주어진다.⁹⁾ 방어권설에 따르면 사인에 의한 기본권침해의 결과에 대해서 국가는 동일한 책임을 부담하게 된다. 국가가 헌법적으로 그 사인에게 기본권을 보장했기 때문이다. 따라서 기본권을 침해당한 국민은 직접적으로 자신의 기본권을 침해한 사인에 대해서뿐만 아

7) 기본권의 대사인적 효력에 관한 이론구성에 대해서는 이준일, “기본권으로서 보호권과 기본권의 제 3 자효”, 저스티스(한국법학원), 통권 제65호(2000), 77면 이하 참조.

8) 계희열, “기본권의 대사인적 효력”, 고시연구, 1996년 11월호(통권 제272호), 109면 이하; 장영철, “기본권의 제 3 자적 효력과 기본권보호의무”, 공법연구(한국공법학회), 제29집 제 2 호(2001), 158면 이하; 장영수, “기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌”, 고려법학(고려대학교 법학연구원), 제38호(2002), 116면 이하; 김선택, “사법질서에 있어서 기본권의 효력”, 고려법학(고려대학교 법학연구원), 제39호(2002), 159면 이하; 임규철, “기본권의 제 3 자적 효력—독일에서의 학설과 판례를 중심으로—”, 공법연구(한국공법학회), 제32집 제 2 호(2003), 293면 이하 참조.

9) J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt 1977, 213면 이하; 같은이, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, München 1971, 140면 이하 참조.

나라 애초에 그러한 기본권을 그 사인에게 보장한 국가에 대해서도 동일한 책임을 물을 수 있다. 이로써 사인간의 분쟁을 해결하는 민사재판에서 사인은 법관에게 기본권의 적용을 주관적 권리로서 주장할 수 있게 된다.¹⁰⁾ 이러한 이론구성의 가장 큰 공헌은 사인에 의한 기본권침해에서 ‘국가도 책임’을 부담해야 한다는 점을 정확하게 밝히고 있다는 점이다. 반면에 이러한 이론구성이 가지는 가장 큰 약점은 사인에 의한 기본권침해의 책임을 국가가 ‘동일한 정도’로 부담해야 한다고 주장한다는 점이다.

(3) 방어권설의 공헌을 수용하면서도 그 약점을 극복하려는 시도가 보호권설이다.¹¹⁾ 보호권설에서도 사인에 의한 기본권침해에 대하여 국가도 책임을 부담한다는 점은 분명하다. 하지만 국가가 부담하는 책임의 정도는 직접적으로 기본권을 침해한 사인이 부담하는 책임의 정도와 다르다는 점이 방어권설과 비교하여 보호권설이 보여주는 가장 큰 차이점이다. 보호권설에 따라 사인에 의한 기본권침해에 대해서 국가가 부담하는 책임의 정도는 사인에 의한 기본권침해를 보호하지 못한 책임에 국한된다. 어쨌든 방어권설과 마찬가지로 보호권설에서도 사인간의 분쟁을 해결해야 하는 민사재판에서 국민은 법관에게 기본권의 존중과 적용을 요구할 수 있는 권리를 가지게 된다.

3. 종합적 이론구성

기본권의 대사인적 효력이 어떠한 방식으로 작동하는지에 대한 이와 같은 이론구성들은 기본권의 대사인적 효력이 보여주는 다양한 측면들 가운데 ‘단지 하나의 측면만’을 강조하여 부각시키고 있다. 간접효력설과 직접효력설은 궁극적으

10) 사인의 행위를 그 사인과 국가의 관련성을 매개로 국가행위(state action)로 의제함으로써 사인간에도 기본권의 효력을 적용하려는 미국 연방대법원의 이론구성도 결과적으로 사인의 행위를 국가와 연계시킴으로써 기본권의 효력을 사인간에 확대하려는 방어권설과 유사하다고 평가할 수 있다. 미국 연방대법원의 국가행위이론에 대해서는 이노홍, “기본권 대사인적 효력에 관한 미연방대법원의 심사기준”, 미국헌법연구(미국헌법학회), 제15권 제1호(2004), 163면 이하 참조. 하지만 기본권의 대사인적 효력은 사인의 행위에 대해서, 그것이 여전히 국가와 관련이 없는 순수하게 사인의 행위임에도 불구하고, 기본권의 효력을 적용시키기 위한 법리이다. 따라서 여전히 사인의 행위임에도 불구하고 그것을 폭넓게 국가의 행위와 동일시하려는 취지의 방어권설과는 달리 사인의 행위가 일정한 요건을 충족한 경우에만 제한적으로 국가행위로 의제하려는 미국 연방대법원의 시도는 애초에 기본권의 효력은 국가에 대한 것으로 한정하면서 기본권의 대사인적 효력이 인정되는 범위를 대단히 제한적으로 이해하고 있다고 볼 수 있다. 심지어 미국 연방대법원의 국가행위 이론은 기본권의 대사인적 효력을 부인하는 견해로 볼 수 있다는 주장도 있다. 김선택, “사법질서에 있어서 기본권의 효력”, 고려법학(고려대학교 법학연구원), 제39호(2002), 167면 참조.

11) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 487면 이하(한국어판: 로베르트 알렉시 지음/이준일 옮김, 기본권이론(한길사), 2007, 623면 이하) 참조.

로 법관의 기본권존중의무로 수렴되어 ‘국가의 의무’ 측면을 강조하고, 동시에 직접효력설은 그러한 국가의 의무를 매개로 국민이 국민에 대해서 기본권을 주장할 수 있는 ‘국민에 대한 국민의 권리’라는 측면이 부각된다. 한편 방어권설과 보호권설은 국민이 법관에게 기본권존중을 요구할 수 있는 권리를 갖게 됨으로써 ‘국가에 대한 국민의 권리’라는 측면이 강조된다.¹²⁾ 하지만 기본권의 대사인적 효력은 이러한 ‘세 가지 측면을 모두’ 가지고 있다. 국민은 개별적인 민사재판에서 국가(법관)에 대해서 기본권존중을 요구할 수 있는 권리가 있고, 국가(법관)는 개별적인 민사재판에서 기본권을 존중해야 할 의무가 있으며, 이러한 권리와 의무에 상응하여 구체적으로 확정될 수 있는 정도만큼 국민은 개별적인 민사재판에서 다른 국민에게 기본권을 주장할 수 있는 권리가 존재한다는 것이 기본권의 대사인적 효력의 내용이다. 따라서 기본권의 대사인적 효력에 관한 어떠한 학설이 일방적으로 옳다는 주장은 타당하지 못하고, 종합적인 이론구성을 통해서만 기본권 대사인적 효력이 가지는 다양한 측면이 올바르게 이해될 수 있게 된다.

III. 적 용

1. 기본권의 대사인적 효력과 보호권으로서 기본권의 기능

기본권의 대사인적 효력의 범리는 사인간의 분쟁을 해결하는 ‘민사재판’에서 기본권의 효력이 작동하는 방식을 잘 설명해준다. 따라서 사인간의 분쟁이 해결되는 민사재판은 기본권의 대사인적 효력이 실제로 발생하는 구체적인 장이 된다. 하지만 사인간의 분쟁은 형사적 제재(처벌)에 의하여 사전에 예방될 필요도 있고, 이를 위해서는 범죄와 형벌에 대한 입법이 전제되어야 한다. 이처럼 ‘형사입법’에 의하여 사인에 의한 기본권침해를 예방하는 국가의 작용을 설명하기 위하여 보호권의 범리가 요구된다. 보호권의 범리에 따르면 국가(입법자)는 사인인 제 3자의 기본권침해로부터 국민을 보호해야 하는 의무가 있고, 이에 상응하여 국민은 사인

12) 보호권의 범리를 단지 국가의 보호의무로 축소하여 이해하는 견해에 따르면 이러한 보호의무에 근거하여 기본권의 대사인적 효력을 구성하는 경우에도 국민은 법관에 대해서 기본권존중을 요구할 수 있는 권리를 갖지는 않는다. 따라서 이러한 견해는 기본권을 존중하지 않는 법관의 재판에 대해서 헌법소원을 인정해야만 하는 당위성을 정당화하는 데 어려움이 있다. 보호권의 범리를 보호의무로 이해하면서 기본권의 대사인적 효력에 대해서도 보호의무에 근거하여, 특히 독일 연방헌법재판소의 관례를 예로 들어 설명하는 견해로 방승주, “사법질서에 있어서 국가의 기본권보호의무”, 공법학연구(한국비교공법학회), 제 7 권 제 5 호(2006), 49면 참조.

에 의한 기본권침해로부터 자신을 보호할 수 있도록 기본권을 침해하는 범죄행위와 이에 대한 제재를 규정하는 ‘입법’을 국가에 대해서 요구할 수 있는 권리가 존재한다.¹³⁾ 이처럼 국민의 보호권에 대응하는 국가의 보호의무는 ‘입법자’를 상대방으로 하기 때문에 모든 국가권력에 대해서 요구되는 ‘기본권보장의무’ 또는 ‘기본권구속의무’는 보호권/보호의무의 간접적 근거는 될 수 있을지라도 직접적 근거는 되지 못한다.¹⁴⁾ 따라서 모든 국가권력의 기본권보장의무를 규정하고 있는 현행 헌법 제10조 제2 문은 보호권을 정당화하는 직접적 근거가 되지 못하고, 오히려 국민의 자유와 권리를 규정하고 있는 개별적 기본권조항이 보호권을 정당화할 수 있는 직접적 근거가 된다.

물론 앞서 설명한 것처럼 보호권과 같이 국가에 대하여 적극적 권리를 요구하는 급부권의 경우에는 ‘보호영역의 불확정성’을 이유로 국민의 권리보다 국가의 의무로서 이해하려는 경향이 있다. 하지만 기본권제한에 관한 헌법적 원칙인 비례성원칙을 급부권의 경우에는 ‘과소금지원칙(Untermaßverbot)’으로 구체화하여 적용하면¹⁵⁾ 급부권의 불확정적인 보호영역도 확정될 수 있고, 사실 상대적으로 보호영역이 확정적인 방어권의 경우에도 마찬가지로 비례성원칙을 ‘과잉금지원칙(Übermaßverbot)’의 형태로 적용해야만 그 보호영역이 확정될 수 있다는 점에서 양자의 보호영역이 보여주는 불확정성의 차이는 어느 정도 해소될 수 있기 때문에 국가에 대한 보호는 보호권이라는 국민의 권리로 이해해도 무리가 없을 것으로 판단된다.

어쨌든 사인간의 개별적이고 구체적인 ‘민사상’ 분쟁을 해결하기 위한 ‘재판(사법)작용’에서 기본권의 효력이 작동하는 기본권의 대사인적 효력의 법리는 사인간의 일반적이고 추상적인 ‘형사상’ 분쟁을 예방하기 위한 ‘입법작용’에서 기본

13) 보호권의 법리를 적절하게 이해할 수 있게 만드는 전형적인 사례인 낙태, 테러, 원자력발전소, 항공기소음 등과 관련된 독일 연방헌법재판소의 판례에 대한 자세한 설명은 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 공법학연구(한국비교공법학회), 제 8 권 제 3 호(2007), 127면 이하 참조. 한편 보호권의 법리에 대해서는 국가개입의 범위를 확장한다는 점, 법률유보원칙을 후퇴시키고 의회유보원칙을 약화시킨다는 점, 가부장적 후견주의(paternalism)의 혐의가 있다는 점, 기본권이론의 보수적 후퇴를 의미한다는 점, 사법국가로의 필연성과 연관되어 있다는 점 등에서 비판하는 견해가 있다. 이러한 견해로 서경석, “국가의 기본권보호의무 비판”, 헌법학연구(한국헌법학회), 제 9 권 제 3 호(2003), 401면 이하 참조. 하지만 이러한 비판은 대체로 헌법재판소라는 독립된 사법기관에 대해서 헌법재판권을 인정할 때 의회와 헌법재판소의 관계에서 발생할 수 있는 일반적 문제점과 연관되어 있고, 이러한 문제점은 의회와 헌법재판소의 합리적인 권한분배를 통해서 해결될 수 있다는 점에서 보호권/보호의무의 법리를 근본적으로 뒤흔든다고 볼 수는 없다.

14) 국가의 기본권보호의무를 일반적인 기본권보장의무로 이해하는 견해의 문제점에 대해서는 장영철, “기본권의 제 3 자적 효력과 기본권보호의무”, 공법연구(한국공법학회), 제29집 제 2 호(2001), 162면 이하 참조.

15) 기본권의 기능에 따른 비례성원칙의 구체화에 대해서는 이준일, “기본권의 기능과 제한 및 그 정당화의 세 가지 유형”, 공법연구(한국공법학회), 제29집 제 1 호(2000), 102면 이하 참조.

권의 효력이 작동하는 보호권의 법리와 구분되어야 한다. 기본권의 대사인적 효력이 ‘사법부(법관)’의 의무(합헌적 사법해석의 의무)를 매개로 구체적으로 실현된다면 기본권으로서 보호권은 ‘입법부(의회)’의 의무(헌법규체화적 형사입법의 의무)를 매개로 구체적으로 실현된다는 점에서 차이가 있다.¹⁶⁾ 다만 앞서 설명한 바와 같이 기본권의 대사인적 효력을 설명하는 도구로서 보호권의 법리가 차용될 수는 있어도 이로 인해 두 가지 법리가 혼용되어서는 안 될 것이다.¹⁷⁾

문제는 사인간의 분쟁을 민사적 제재(민법 제750조: 불법행위에 기한 손해배상)를 통해 사전에 예방하기 위한 입법작용인데 우선 이러한 입법작용 자체는 형사적 제재에 관한 입법작용과 같이 ‘입법부의 의무’를 통해 실현된다는 점에서 보호권의 법리에 의하여 설명될 수 있다. 하지만 개별적이고 구체적인 불법행위의 내용은 형사입법과는 달리 입법작용이 아니라 민사재판에서 확정된다는 점에서 기본권의 대사인적 효력의 법리가 적용되는 영역에 속한다.¹⁸⁾ 다시 말해 민사재판을

16) 보호권의 법리가 기본권의 “대국가적 효력”으로 이해되어야 한다는 견해도 같은 취지다. 김일환, “우리나라 헌법상 ‘기본권의 대사인적 효력’ 논의의 비판적 고찰”, 헌법학연구(한국헌법학회), 제6권 제2호(2000), 80면 참조.

17) 기본권의 대사인적 효력의 법리가 보호권(또는 보호의무)의 법리를 포함한다고 이해하는 견해(방승주, “사법질서에 있어서 국가의 기본권보호의무”, 공법학연구(한국비교공법학회), 제7권 제5호(2006), 49면 이하 및 71면 이하)도 두 가지 법리를 혼용하고 있다고 판단된다. 이 견해는 명시적으로 “입법부의 기본권보호의무”와 함께 “법관의 기본권의무”라는 용어를 사용하고 있다. 또한 기본권의 제3자효의 실현을 “입법을 통한 실현”과 “사법을 통한 실현”으로 구분하는 견해(김주환, “기본권의 규범구조와 제3자적 효력, 사법행정(한국사법행정학회), 제42권 제11호(2001), 21면 이하)도 두 가지 법리를 혼용하고 있는 것으로 보인다. 이 견해는 결국 “법관의 보호의무”(같은 이, 같은 글, 22면)라는 개념을 사용함으로써 보호의무와 대사인적 효력을 동일시한다. 그리고 기본권의 대사인적 효력을 “사법질서에 있어서 기본권의 효력”으로 부르면서 이러한 효력의 “실무적 구체화”를 위한 주체로서 법원 이외에 사법제정자(입법자)를 포함시키면서 법원의 의무를 “기본권보호의무”로 이해하는 견해(김선택, “사법질서에 있어서 기본권의 효력”, 고려법학(고려대학교 법학연구원), 제39호(2002), 174면 이하)도 두 가지 법리를 혼용한다. 그밖에 기본권의 대사인적 효력도 기본권보호의무와 동일하게 국가—사인—제3자의 삼각관계를 형성한다는 점에서 양자는 밀접한 관계를 형성한다고 보는 견해도 같은 취지로 이해된다. 장영철, “기본권의 제3자적 효력과 기본권보호의무”, 공법연구(한국공법학회), 제29집 제2호(2001), 156면 참조. 이러한 견해에 따르면 “기본권보호의무는 바로 국가를 매개로 한 제3자적 효력을 실효성 있게 하는 근거가 되는 것”이라는 결론에 이르게 된다(같은 이, 같은 글, 167면). 한편 “기본권의 3자적 효력과 국가의 기본권보호의무(는) … 근접한 면이 분명히 존재하나 이론적으로는 양자는 서로 분리될 수” 있다고 보는 견해는 우리의 입장과 유사하다. 임규철, “기본권의 제3자적 효력—독일에서의 학설과 판례를 중심으로—”, 공법연구(한국공법학회), 제32집 제2호(2003), 300면 이하 참조.

18) 견해에 따라서는 ‘계약법’의 영역에서는 사인간의 계약을 전제로 여기에 기본권이 단순히 적용되기 때문에 ‘기본권의 대사인적 효력’의 법리가 적용되지만 ‘불법행위법’의 영역에서는 복수의 기본권주체에 의해 서로 대립되는 기본권이 주장되기 때문에 ‘기본권의 충돌’의 법리가 적용된다고 본다. 장영수, “기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌”, 고려법학(고려대학교 법학연구원), 제38호(2002), 125면 이하 참조. 하지만 계약법의 영역에서도 서로 대립되는 기본권의 충돌이 발생할 수 있기 때문에(사립학교에서 실시되는 종교교육의 경우에 교육서비스에 관한 계약법의 영역에 해당하지만 학생의 종교의 자유와 학교의 종교의 자유가 충돌) 불법행위법의 영역에

담당하는 법관은 불법행위의 내용을 확정함에 있어서 분쟁당사자의 기본권을 존중해서 충분히 고려(형량)해야 한다. 이것은 민법상의 다른 일반원칙과 마찬가지로 불법행위조항이 기본권이 적용되기 위한 매개의 역할을 한다는 뜻이다. 이상의 내용은 다음의 표와 같이 정리할 수 있다.

	기본권의 대사인적 효력	보호권/보호의무
이념적 근거	기본권보장의무 또는 기본권구속의무	기본권보장의무 또는 기본권구속의무
직접적 근거	기본권의 객관적 성격	개별적 기본권/ 기본권의 객관적 성격
적용대상	사법부(법관)	입법부(의회)
적용영역	민사재판	형사입법
민사상 불법행위	불법행위의 구체화에서 형량의무	불법행위규정의 입법의무

서만 기본권의 충돌이 발생한다고 볼 수는 없다. 따라서 계약법의 영역과 불법행위법의 영역 모두에서 발생할 수 있는 기본권의 대립가능성 여부를 가지고 ‘기본권의 대사인적 효력’의 법리와 ‘기본권의 충돌’의 법리를 구분하는 것보다 기본권에 대한 구속의무가 입법자와 법관 가운데 어디에 정향되어 있는지에 따라 ‘보호권’의 법리와 ‘기본권의 대인적 효력’의 법리를 구분하는 것이 유용하다고 판단된다. 이에 따르면 불법행위법의 영역은 ‘보호권’의 법리에 의해서도 설명될 수 있지만 ‘기본권의 대사인적 효력’의 법리에 의해서도 설명이 가능해진다. 한편 기본권에 의한 기본권제한을 의미하는 ‘기본권의 충돌’의 법리는 입법자뿐만 아니라 법관도 적용받게 된다. ‘보호권’의 법리가 적용되는 입법자의 경우에는 형사법의 제정을 통해서뿐만 아니라 민사법(불법행위법)의 제정을 통해서도 ‘기본권의 충돌’을 함리적으로 조정해야 하고(입법을 통한 기본권의 충돌의 해결), ‘기본권의 대사인적 효력’의 법리가 적용되는 법관의 경우에는 계약법의 영역뿐만 아니라 불법행위법의 영역에서도 ‘기본권의 충돌’을 함리적으로 조정해야 한다(재판을 통한 기본권의 충돌의 해결). “사인간의 기본권 효력의 문제는 사실상 타인이 기본권 내지 이익에 대한 침해 내지 제한의 문제를 필연적으로 수반하게 된다. … 따라서 사인간의 기본권 효력의 문제는 결국 국 사인상호간의 기본권 내지 이익의 충돌을 전제로 해서 발생하는 것이다”라고 하는 견해(정연주, “기본권의 대사인적 효력”, 고시계, 1991년 7월호(통권 제413호), 76면)는 오히려 ‘기본권의 충돌’의 법리가 ‘기본권의 대사인적 효력’의 법리에 포함된 본질적 내용인 것으로 이해하여 ‘기본권의 대사인적 효력’의 법리가 적용되는 영역에서도 ‘기본권의 충돌’의 법리가 적용될 수 있음을 적절하게 지적하고 있다.

2. 기본권의 대사인적 효력과 재판에 대한 헌법소원

앞서 논의한 것처럼 어떠한 이론구성에 의하더라도 기본권의 대사인적 효력에 있어서 그 중심점은 법관의 기본권존중의무다. 이러한 사실은 사법(私法)을 적용해야 하는 법관에게 기본권존중을 요구하는 간접효력설의 경우에 가장 분명하게 강조되지만 직접효력설이나 보호권설의 경우에도 사인간의 분쟁을 해결하는 법관이 기본권을 존중하지 않으면 국민이 국민에 대해서 기본권을 주장할 수 있는 권리와 국민이 국가에 대해서 기본권존중을 요구할 수 있는 권리도 실제로는 작동하지 않게 된다. 여기서 법관의 기본권존중의무를 본질적 내용으로 하는 기본권의 대사인적 효력을 관철하기 위한 제도적 장치가 필요함을 확인할 수 있다. 그것은 바로 재판에 대한 헌법소원제도다. 법관이 반드시 이행해야 할 최소한의 기본권존중의무도 이행하지 않은 경우에는 당연히 이를 사후적으로라도 통제할 수 있는 절차가 보장되어야 한다. 이것은 기본권이 모든 국가권력을 구속한다는 헌법 국가의 원리를 관철하려는 데 목적이 있다. 비록 국민으로부터 직접적으로 민주적 정당성을 부여받은 입법부(의회)일지라도 기본권을 침해하는 법률을 제정하면 사후에 이를 위헌으로 선언하여 그 효력을 상실시킬 수 있는 것처럼¹⁹⁾ 사법부가 법률을 해석하고 적용하는 과정에서 기본권을 침해했다면 이러한 판결이나 결정을 헌법질서 밖으로 제거하는 것은 헌법국가의 일관된 요청이다.

물론 사법부가 스스로 기본권존중의무를 이행할 수 있거나 헌법재판을 담당하는 독립된 기관이 설치되어 있지 않다면 재판에 대한 헌법소원은 불필요할 수도 있다. 하지만 우리의 헌법현실은 기본권존중의무를 이행하지 않는 다수의 재판이 역사적으로 존재했다고 판단할 수도 있고,²⁰⁾ 또한 헌법규범은 헌법재판을 담

19) 입법부의 경우에는 기본권을 침해하는 법률의 제정이라는 작위(공권력의 행사)뿐만 아니라 보호입법을 포함하는 적극적 급부의무를 이행하지 않는 부작위(공권력의 불행사)에 의해서도 기본권을 침해할 수 있다. 따라서 기본권이 모든 국가권력을 구속한다는 헌법국가원리는 보호권에 상응하는 입법자의 의무에 대해서만 관철되는 것은 아니다. 또한 이러한 헌법국가원리는 입법부뿐만 아니라 사법부에 대해서도 관철되어야 한다는 점에서 입법부의 보호입법의무와 사법부의 기본권존중적 법률해석의무 모두를 정당화하는 근거가 된다. 따라서 헌법국가원리는 기본권의 대사인적 효력을 직접적으로 정당화하는 근거가 되지는 못하고, 오히려 객관적 규범으로서의 기본권의 특성이 기본권의 대사인적 효력을 직접적으로 정당화하는 근거가 된다.

20) 예를 들어 승실대 채플사건을 보자. 대법원(1998. 11. 10, 96다37268 판결)은 “사립학교는 국·공립학교와는 달리 종교의 자유의 내용으로서 종교교육 내지는 종교선전을 할 수 있고, 학교는 인적·물적 시설을 포함한 교육시설로써 학생들에게 교육을 실시하는 것을 본질로 하며, 특히 대학은 헌법상 자치권이 부여되어 있으므로 사립대학은 교육시설의 질서를 유지하고 재학관계를 명확히 하기 위하여 법률상 금지된 것이 아니면 학사관리, 입학 및 졸업에 관한 사항이나 학교 시설의 이용에 관한 사항 등을 학칙 등으로 제정할 수 있으며, 또한 구 교육법시행령 제55조는 학칙을 학교의 설립인가신청에 필요한 서류의 하나로 규정하고, 제56조 제1항은 학칙에서 기재

당하는 독립된 기관으로서 헌법재판소를 설치해 놓고 있다. 따라서 헌법국가의 원리를 관철하고, 특히 기본권의 대사인적 효력을 관철하기 위하여 재판에 대한 헌법소원이 인정되어야 한다.²¹⁾ 만약 그렇지 않으면 헌법국가의 실현이 적어도 사법의 영역에서는 관철되지 못하고, 기본권의 효력 가운데 사실상 절반은 그 의미를 상실했다고 평가해도 무리가 없을 것이다. 특별히 평등권의 대사인적 효력과 관련하여 사인에 의한 차별이 매우 제한적으로만 구제받고 있다는 사실은²²⁾ 왜 법원의 재판이 헌법소원의 대상이 되어야 하는지를 웅변적으로 보여주는 증거다.

3. 기본권의 기능과 기본권의 대사인적 효력

방어권의 경우에는 원칙적으로 기본권의 대사인적 효력을 적용하는 데 큰 어려움이 없다. 특히 행동이나 상태와 관련된 방어권의 경우에는²³⁾ 상대적으로 문

하여야 할 사항으로 ‘교과와 수업일수에 관한 사항’, ‘고사(또는 시험)와 과점수료에 관한 사항’, ‘입학·편입학·퇴학·전학·휴학·수료·졸업과 상벌에 관한 사항’ 등을 규정하고 있으므로, 사립대학은 종교교육 내지 종교선전을 위하여 학생들의 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들로 하여금 일정한 내용의 종교교육을 받을 것을 졸업요건으로 하는 학칙을 제정할 수 있다”고 하면서 “기독교 재단이 설립한 사립대학이 학칙으로 대학예배의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 경우, 위 대학교의 대학예배는 목사에 의한 예배뿐만 아니라 강연이나 드라마 등 다양한 형식을 취하고 있고 학생들에 대하여도 예배시간의 참석만을 졸업의 요건으로 할 뿐 그 태도나 성과 등을 평가하지는 않는 사실 등에 비추어 볼 때, 위 대학교의 예배는 복음 전도나 종교인 양성에 직접적인 목표가 있는 것이 아니고 신앙을 가지지 않을 자유를 침해하지 않는 범위 내에서 학생들에게 종교교육을 함으로써 진리·사랑에 기초한 보편적 교양인을 양성하는 데 목표를 두고 있다고 할 것이므로, 대학예배의 6학기 참석을 졸업요건으로 정한 위 대학교의 학칙은 헌법상 종교의 자유에 반하는 위헌무효의 학칙이 아니라고” 본다(강조는 필자). 하지만 학생들의 종교의 자유를 고려한다면 대학예배의 참석을 졸업요건으로 하는 학칙은 기본권침해의 가능성이 있다고 볼 수도 있다.

21) 같은 견해로 정연주, “기본권의 대사인적 효력”, 고시계, 1991년 7월호(통권 제413호), 82면; 김일환, “우리나라 헌법상 ‘기본권의 대사인적 효력’ 논의의 비판적 고찰”, 헌법학연구(한국헌법학회), 제 6권 제 2호(2000), 84면 이하 참조.

22) 현재 사인에 의한 차별은 ‘국가인권위원회법’에 의해서 일반적으로 구제받고 있고, 장애를 이유로 한 차별의 경우에 ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’에 의해서, 그리고 고용영역에서 연령을 이유로 한 차별의 경우에 ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’(2009년 3월 22일부터 시행, 특히 모집·채용을 제외한 영역에서의 연령차별금지는 2010년 1월 1일부터 시행)에 의해서 구제를 받을 수 있다.

23) 예를 들어 트랜스젠더나 동성애자임이 밝혀진 경우에 해고를 조건으로 하는 근로계약 또는 그러한 근로계약의 필수적 전제조건으로서 사생활을 묻는 면접시험의 부과(평등권 및 사생활의 비밀), 생명이나 신체의 일부를 포기하는 내용의 각서(생명권 및 신체불훼손에 관한 권리), 인신의 구속(감금)을 내용으로 하는 계약(신체의 자유), 기업에서 일정한 양심을 가진 자의 해고 또는 양심에 반하는 업무의 강요를 내용으로 하는 근로계약의 체결(양심의 자유), 사립학교에서 교수 또는 직원의 채용조건으로서 특정한 종교의 강요 및 학생의 졸업조건으로서 채플의 강요(종교의 자유), 사립대학에서 특정한 내용의 연구 또는 창작의 강요(학문의 자유 및 예술의 자유), 주거 또는 통신장비에 대한 상시적인 감청을 허용하는 내용의 계약(주거의 비밀 및 통신의 비밀), 특

제가 적지만 법적 지위와 관련된 방어권의 경우에는 법리적인 구성에서 다소 어려움이 있다. 예를 들어 우선 사법상(私法上)의 법적 지위인 재산권(제23조 제1항)이나 혼인·가족에 관한 권리(제36조 제1항)24)의 경우에는 사인간의 계약에 의해서 그러한 법적 지위에 대한 제약이 가능하기 때문에 기본권의 대사인적 효력을 적용하는 데는 전혀 문제가 없다. 반면에 공법상의 법적 지위인 선거권이나 공무담임권의 경우에는 원칙적으로 법적 지위에 대한 부분적 또는 전면적인 제약(박탈)이 국가의 입법을 통해서만 가능하다. 따라서 사인에 의한 법적 지위의 제약은 법적 지위의 행사를 사실적으로 방해하거나 저지하는 행위에 의해서만 가능하다. 어쨌든 공법상의 법적 지위에 대해서도 사인간의 계약(법적 지위의 부분적·전면적 포기)에 관한 계약: 국회의원에 당선되면 해고된다는 내용의 계약 또는 학칙, 국회의원에 당선되면 무조건 당론에 복종한다는 내용의 각서 또는 정당강령, 선거일에도 근로를 제공해야 한다는 내용의 근로계약, 특정인에게 투표하겠다는 또는 투표하지 않겠다는 내용의 계약 및 선거에 후보로 나서지 않겠다고 사퇴하겠다는 내용의 계약 등에 의하여 그 행사에 대한 사실적 방해나 저지가 가능하다는 점에서 법적 지위와 관련된 기본권의 경우에도 대사인적 효력이 적용될 수 있다.25)

한편 보호권이나 절차권 또는 사회권과 같은 급부권의 경우에는 공법상의 법적 지위와 관련된 방어권과 유사한 성격이 있다. 물론 공법상의 법적 지위와 관련된 방어권은 일정한 법적 지위에 대한 적극적 행위(작위)에 의한 제약을 금지(부작위/중지의 명령)하기 위하여 보장되는 반면에 급부권은 일정한 법적 지위에 대한 소극적 행위(부작위)에 의한 제약을 금지(작위의 명령)하기 위하여 보장된다는 점에서 차이가 있다. 하지만 급부권의 경우에도 일정한 급부(보호입법/절차입법/사실적 급부의 제공)에 관한 법적 지위를 헌법상 보장하는 것이고, 이러한 법적 지위에 대한 제약은 국가의 입법부작위에 의해서만 가능하지만 이러한 법적 지위의 행사에 대

정한 내용의 표현을 금지하는 근로계약이나 학칙(표현의 자유), 특정한 직업을 선택하지 않거나 특정한 내용(특정한 시간·장소·방법)으로 직업활동을 수행하지 않겠다는 내용의 계약(직업의 자유: 대법원 1997. 12. 26. 97다42540 판결[분양계약상의 또는 수분양자 상호간의 업종 제한 약정]; 1997. 6. 13. 97다8229 판결[퇴직사원의 경업금지의무에 관한 합의] 참조) 등을 들 수 있다.

24) 예를 들어 결혼하거나 임신하면 퇴직하겠다는 내용의 근로계약이 혼인과 가족에 관한 권리를 제약하는 계약에 해당한다.

25) 독일 기본법(GG)은 의원직의 취임과 수행에 대한 방해를 금지하면서 의원직의 취임과 수행을 이유로 한 해고(Kündigung oder Entlassung)를 명시적으로 금지하고 있다(GG 제48조 제2항). 또한 의원은 국민전체(Vertreter des ganzen Volkes)의 대표이고, 어떠한 명령과 지시(Aufträge und Weisungen)에도 구속되지 않은 채 오로지 자신의 양심에만 따른다고 규정하고 있는데(GG 제38조 제1항 제2문) 이 규정은 당론에 대한 구속을 내용으로 하는 계약이나 강령을 금지하는 것으로 해석할 수 있다.

한 제3자의 사실적 방해나 저지(예: 재판청구권의 포기에 관한 계약, 사회보장수급권의 양도에 관한 계약)가 가능하므로 기본권의 대사인적 효력이 적용될 수 있다.

마지막으로 사회권의 하나로서 설명되는 노동3권(헌법 제33조 제1항)의 경우에 본질상 방어권(‘노동조합’이라는 특수한 결사에 대한 방어권)이므로 대사인적 효력을 인정하는 데는 문제가 없으나 견해에 따라서 ‘기본권의 성질상’ 직접효력설이 적용되는 예로 설명되기도 한다.²⁶⁾ 하지만 앞서 설명한 것처럼 기본권의 대사인적 효력은 모든 기본권에 대해서 간접효력설뿐만 아니라 직접효력설, 그리고 보호권설을 종합하여 이론구성이 가능하므로 노동3권에 대해서만 직접효력설이 적용되는 예로 설명할 필요는 없다.²⁷⁾ 같은 맥락에서 ‘헌법에 의하여 명시적으로’ 직접적 효력이 인정되는 예로 인용되기도 하는 헌법 제21조 제4항²⁸⁾의 경우에도 마찬가지다.²⁹⁾

IV. 결 론

객관적 규범(가치)으로서 기본권의 특성에서 유래하는 기본권의 대사인적 효력은 기본권의 대국가적 효력과 함께 전체적인 기본권 효력의 두 축을 형성한다. 그리고 이러한 기본권의 대사인적 효력은 법관의 기본권존중의무를 본질적인 내

26) 계희열, “기본권의 대사인적 효력”, 고시연구, 1996년 11월호(통권 제272호), 115면; 김선택, “사법질서에 있어서 기본권의 효력”, 고려법학(고려대학교 법학연구원), 제39호(2002), 170면 참조. 주지하듯이 독일의 경우에는 기본법(GG)이 근로자의 단결권을 제한하는 계약을 무효라고 규정하고 있기 때문에(GG 제9조 제3항 제2문) 근로자의 단결권은 헌법에 의하여 명시적으로 기본권의 대사인적 효력이 인정되는 기본권으로 설명되기도 한다.

27) 노동3권의 직접적인 대사인적 효력을 부인하는 견해로 김주환, “기본권의 규범구조와 제3자적 효력”, 사법행정(한국사법행정학회), 제42권 제11호(2001), 23면 이하 참조. 이 견해에 따르면 노동3권이 사용자에게 직접적으로 적용된다고 보는 주장은 “헌법 제33조의 텍스트구조를 무시하고 독일 기본법 제9조 제3항 제2문의 해석적 결론을 무비판적으로 전용한 것”으로 평가받는다.

28) 허영, 한국헌법론(2008), 260면 참조. 물론 이 경우에 사인에 대해서 직접적 효력을 발휘하는 기본권은 언론·출판의 자유가 아니라 “명예나 권리의 보호를 내용으로 하는 피해자의 기본권”이 된다는 견해도 주장된다. 김주환, “기본권의 규범구조와 제3자적 효력”, 사법행정(한국사법행정학회), 제42권 제11호(2001), 24면 참조. 한편 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판의 자유의(직접적인) 대사인적 효력을 인정한 조항이라기보다는 오히려 언론·출판의 자유를 법률적으로 제한하는 별도의 근거규정”으로 보아야 한다는 비판적 입장이 있다. 김선택, “사법질서에 있어서 기본권의 효력”, 고려법학(고려대학교 법학연구원), 제39호(2002), 156면 이하 참조.

29) 언론·출판의 자유뿐만 아니라 다른 모든 기본권도 다른 사람의 기본권과 충돌할 수 있고, 이 경우에 다른 사람의 기본권을 침해할 수 없다는 점에서 언론·출판의 자유에 대해서만 다른 사람의 기본권(“타인의 명예나 권리”)에 대한 침해금지를 명시적으로 규정한 것에 대해서 특별한 의미를 부여할 필요는 없다. 이러한 맥락에서도 언론·출판의 자유에 대해서만 헌법이 명시적으로 기본권의 대사인적 효력을 인정했다고 볼 수는 없다.

용으로 한다. 따라서 법관의 기본권존중의무를 관철시켜 기본권의 효력을 완벽하게 실현시킴으로써 국민의 기본권에 대한 흠결 없는 보장을 위해서는 재판에 대한 헌법소원이 인정되어야 한다. 기본권의 대사인적 효력을 인정함에도 불구하고 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 것은 단순히 헌법체계상의 논리적 모순에 그치는 것이 아니라 헌법과 기본권의 불완전한 실현을 의미하고, 동시에 모든 국가권력이 헌법의 기본가치인 기본권에 구속되어야 한다는 헌법국가의 요청을 반쪽짜리로 만드는 것을 의미한다. 더 나아가 기본권에 의해 통제받지 않는 국가권력의 존재는 국가(국가권력 및 국가기관)의 궁극적 목적인 기본권보장을 소홀히 함으로써 사법부의 존재목적까지도 의심스럽게 만들 수 있다는 점을 지적해야 한다.

김 일 환*

1. 기본권의 대사인적 효력논의의 ‘체계적’ 인식필요성

지금까지 우리나라 학설상 언급되고 있는 “기본권의 제삼자적 효력”에 관한 논의들을 요약하면 다음과 같다: 私法上 법률관계에 직접 적용될 수 있는 기본권의 종류나 범위에 관해서만 다툼이 있을 뿐, 미국과 독일의 판례 및 이론을 설명한 다음에 일반적으로 간접적 효력설에 근거하여 기본권의 대사인적 효력을 인정한다는 “원칙론적”이고 “추상적인” 결론을 맺고 있다.

하지만 기본권의 제삼자효가 논의되는 상황은 대부분 추상적인 것으로서 事前에 예측할 수 없는 것이다. 이러한 삼자효상황은 民事法院이 ‘사안에 따라서’ 해결해야만 하는 특별한 경우로 私法上 법률관계에서 개인의 기본권을 보호하는 기능을 가지면서도 동시에 私法の 독자성을 보존해야만 한다. 그렇기 때문에 기본권의 삼자효이론은 구체적인 경우에 언제나 그 해결의 근거를 제시해야만 하는 문제에 관한 것이다.

이러한 문제는 헌법상 보장되는 국민의 기본권이 순수하게 私法的으로 규율되는 私法主體 相互間 關係에도 또한 작용을 발현하는지에 관한 것이다. 이를 더 정확하게 표현한다면 1) 私法上 법률관계에 작용할 수 있는 기본권을 헌법이 담고 있는지, 2) 이와 더불어 자연인이든 법인이든 간에 私인이 다른 私法主體와 法律關係를 맺을 때 다른 私인의 기본권을 존중해야만 하는지를 말한다.

따라서 이준일 교수님의 “기본권의 대사인적 효력에 관한 어떠한 학설이 일방적으로 옳다는 주장은 타당하지 못하고, 종합적인 이론구성을 통해서만 기본권 대사인적 효력이 가지는 다양한 측면이 올바르게 이해될 수 있게 된다”는 견해는 기본권의 대사인적 효력에 관한 명확한 인식과 분석에 터 잡고 있다는 점에서 토론자는 찬성한다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

2. 재판소원과 기본권의 대사인적 효력논의의 연결필요성

다음으로 독일의 학설과 판례가 직접적용설 또는 간접적용설을 택하느냐와 상관없이 독일에서 기본권의 삼자효문제를 해결하기 위하여 ‘실무적’이고 ‘현실적’으로 중요한 것은 헌법소원의 대상에 ‘법원의 재판’이 포함된다는 것임을 인식해야만 한다. 그러나 현재 우리나라 헌법재판소법상 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되고 있는 이상, ‘기본권의 제삼자효’문제를 현실적으로 토론할 여지가 매우 작다.

이와 관련하여 또한 이준일 교수님은 이 논문에서 “법관의 기본권준중의무를 본질적 내용으로 하는 기본권의 대사인적 효력을 관철하기 위한 제도적 장치가 필요함을 확인할 수 있다. 그것은 바로 재판에 대한 헌법소원제도다. 법관이 반드시 이행해야 할 최소한의 기본권준중의무도 이행하지 않은 경우에는 당연히 이를 사후적으로라도 통제할 수 있는 절차가 보장되어야 한다”고 정확히 지적하고 있다.

3. 문제제기 및 의문사항

1) 私人間 법률관계에 기본권이 영향을 미치는지라는 이론전개의 ‘특수성’

미국에서는 위헌법원 이후 사법심사를 적극적으로 활용하여 국민의 기본권을 강력하게 보호하였으며 독일에서는 기본법 시행 이후 대국가적 효력의 확대와 더불어 기본권보호의무, 기본권의 대사인적 효력 등을 통하여 국민의 기본권을 적극적으로 보호하였다. 따라서 이 두 국가 모두 현대사회에서 기본권보호의 확대, 기본권효력의 강화라는 보편적 특징은 공유하면서 그에 따른 권력분립의 새로운 위기 또는 새로운 정립필요성[→ 특히 연방대법원 또는 헌법재판소(법원)의 기본권침해를 이유로 한 권한확대에 따른 다른 국가기관(특히 입법부)과 긴장관계의 고조]을 인식하고 있으나, 이러한 보편적 이념을 실현하는 제도상 차이점(미국의 연방대법원, 독일의 헌법법원), 기본권보호와 효력확대의 이론전개가 다름(예를 들어 私法秩序에 미치는 기본권의 효력, 기본권보호의무에 관한 논의 등) 또한 당연히 존재한다.

그렇다면 개인이나 私的 團體의 행위는 국가처럼 헌법상 구속 하에 있지 않으며, 국가 또한 私人的 行위에 대하여 책임을 지지도 않는 미국의 헌법이론(및 이에 근거한 국가행위판례)이나 私法上 법률관계에 기본권의 적용여부를 논하는 독일의 헌법이론 모두 해당 국가의 법전통, 헌법체계 등에 터 잡아 발전되어 온 것

이다.

국민의 기본권을 국가가 침해해서는 안 된다는 ‘대국가적 효력’은 민주법치 국가의 헌법상 보편적으로 인정되는 반면, 사인간 법률관계에 기본권이 영향을 미치는지라는 문제는 공유된 논의라고 보기 어렵다.

기본권의 대사인적 효력이 ‘私人과 私人間 法律關係에 기본권의 영향력여부’가 논의의 핵심이라면, 이러한 문제가 ‘우리나라’의 헌법제도와 규범체계 속에서 어떻게 나타나고 있는지를 우선 인식해야 한다. 그렇다면 독일의 헌법재판제도를 인정하지 아니하였고, 법원의 재판이 헌법소원의 대상에 포함되지 않았던 그동안의 우리나라 헌법 현실에서는 오히려 미국의 이론이나 독일 슈바베 교수의 이론이 더 설득력이 있을 수 있지 않을까 하는 생각도 해본다.

2) 이론과 제도간 불일치로 인한 ‘고여있고 맴도는’ 주장의 반복

‘기본권의 대사인적 효력’처럼 우리나라 헌법현실, 규범과 동떨어진 특정 국가의 이론에 근거한 논의나 이론전개는 그 해당 국가의 이론이나 연구 자체의 완결성이나 체계성을 곧장 우리에게 보장해 주지는 못한다. 곧 우리는 그동안 헌법상 어떠한 형태의 헌법재판제도를 도입하였던지 등과는 상관없이 대사인적 효력논의만을 이론적, 추상적으로 해왔을 뿐이다. 독일의 경우 이와 관련된 무수히 많은 연구논문들은 물론 수많은 판결들이 있는 반면, 우리나라의 경우에는 기본권의 대사인적 효력과 관련된 판결을 찾아보기 어려운지를 토론자는 묻고 있는 것이다.

결국 1970년대 이후 우리나라에서 기본권의 제삼자적 효력에 관한 논의가 진행된 이후 지금까지 더 이상 진전되지 못하는 이유는 바로 학계에서 논의되고 있는 이론들이 ‘우리’ 헌법현실 및 제도와는 무관하게 전개되고 있다는 데에 기인한다. 곧 기존의 이론전개가 과연 얼마만큼 “헌법적실성”을 갖느냐, 곧 우리나라의 헌법규범, 헌법제도, 헌법현실과 충분한 대응성을 갖고 있느냐를 묻는다면 적지 않은 회의를 갖게 된다.

3) 대사인적 효력논의의 전제로서 기본권의 이중적 성격에 관한 논쟁

이러한 토론자의 인식은 이준일 교수님의 다음과 같은 설명에 주목하게 된다: “기본권은 기본적으로 국가를 상대방으로 하는 방어권(Abwehrrecht)으로 이해된다. 이처럼 국가를 상대방으로 하여 소극적 행위(부작위)를 요구하는 ‘주관적 권리’로서 기본권을 이해하는 한 기본권이 대국가적 효력을 갖는다는 점에 대해서는 의

문의 여지가 없다(토론자 강조). 하지만 방어권으로서의 기본권에 대한 이해는 두 가지 측면에서 변화를 요구받는다. 첫째는 기본권이 적극적 행위(작위 또는 급부)를 요구하는 주관적 권리인 급부권(Leistungsrecht)으로 이해되어야 한다는 점이고, 둘째는 기본권이 방어권이든 급부권이든 주관적 권리를 넘어 ‘객관적 규범’으로 이해되어야 한다는 점이다. 이러한 두 가지 요구는 밀접하게 관련되어 있다.”

먼저 이준일 교수님의 위와 같은 주장을 이해하려면 제2차세계대전 이후 독일의 헌법상황을 이해해야 한다. 제2차세계대전 이후 독일은 나치정권의 만행에 대한 반성을 하게 되었고, 이에 따라서 기본법을 제정할 때 위헌정당해산제도, 기본권박탈제도, 전 세계적으로 가장 강력한 권한을 가지는 헌법법원 등을 도입하였다. 다음으로 헌법의 규범력확보라는 관점에서 바이마르헌법에는 사회적 기본권에 관한 규정이 있었으나 1949년에 기본법을 제정할 때 의식적으로 사회적 기본권을 헌법에 규정하지 않았을 뿐만 아니라, 동독과 서독이 통일된 후 개정된 헌법에도 사회적 기본권에 관한 규정을 삽입하지 않았다. 곧 독일은 사회적 기본권을 헌법에 규정하는 것 대신에 기본법 제20조, 제28조에서 사회국가원칙을 채택하였다. 그러나 이러한 사회국가원칙은 개인의 주관적 권리를 보장하는 것이 아니라 국가 목표규정이었다. 이에 따라 독일 기본법상 기본권으로 보장되는 자유권으로부터 사회적 기본권을 찾아내거나 제도보장이나 헌법명령 등으로부터 사회적 기본권을 추론하거나, 또는 구체적인 기본권과 결합한 사회국가원칙에서 적극적인 급부청구를 파악하려고 노력하나, 여전히 독일의 확고한 관례와 통설은 독일 기본법에는 국가에 대하여 적극적인 작위를 요구하는 본래적 의미의 급부권(사회적 기본권)은 존재하지 않는다고 인정하면서, 다만 평등권으로부터 파생적인 급부권을 도출하는 데에 주력하고 있다.

이러한 인식에 바탕을 두고 독일 연방헌법법원은 뤼트판결 이후 일관되게 헌법상 보장되는 개인의 기본권은 국가에 대한 개인의 주관적 방어권(토론자 강조)일 뿐만 아니라 또한 실정헌법상 근본결정으로서 모든 법영역에서 유효하며 立法, 司法, 行政을 위한 지침과 자극으로서 존재한다고 결정하였다. 이에 따라서 ① 모든 법영역에서 유효한 실정헌법상 근본결정이라는 기본권의 의미로부터 헌법질서와 나머지 법질서의 분리가 상대화되고 절차법이나 私人 相互間 法律關係와 같은 다른 모든 법질서에 기본권의 복사가 근거된다. ② 또한 立法, 司法, 行政을 위한 지침과 자극이라는 기본권의 의미로부터 개인의 주관적 권리가 직접 도출되지는 않는다 할지라도 이러한 기본권의 내용을 실현하기 위하여 이에 관한 모든 것을 행할 國家의 적극적인 의무가 나오게 된다고 결정하였다.

결국 토론자의 이와 같은 설명은 독일에서 논의되는 대사인적 효력, 특히 기본권의 이중적 성격(객관적 가치질서, 객관법적 의무, 객관법적 성격 등으로 언급되는)은 자유권(방어권)을 기본권으로 규정한 독일 기본법상 기본권보호의 한계를 해결하기 위하여 전개된 제2차세계대전 이후 제·개정된 독일 헌법의 맥락에서 나오는 ‘특수한’ 논의라는 것이다.

그렇다면 우리나라 헌법상 객관법적 의무를 인정하기 위한 논거는 독일과는 달리 기존의 주관적 권리[방어권으로서 자유권으로만 한정되지 않는(토론자 강조)]를 통하여 보호되지 못하는 흠결을 보완하기 위하여 등장해야 하고, 이는 자유권으로 제한되거나, 자유권만을 전제로 하지 않는 헌법상 보장되는 주관적 권리를 보충하는 기본권효력의 강화, 곧 보충(완)관계이지 전자에 의하여 후자가 제한되거나 약화되어서는 안 된다는 쪽으로 이론을 전개해야 한다고 본다.

따라서 제1차 헌법부터 제9차 헌법까지 자유권과 더불어 사회권 등을 헌법상 기본권으로 규정한 우리나라의 헌법상 기본권의 이중적 성격 인정 ‘여부’가 아니라 그 ‘논거’가 좀 더 차별화, 토착화되어야 한다고 본다. 이러한 토론자의 주장은 이준일 교수님의 이 논문에서 자유권과 더불어 사회권에서도 기본권의 대사인적 효력을 인정하는 견해와도 맥락을 같이한다고 본다.

4) 기본권의 대사인적 효력 및 보호권/보호의무 모두 직접적 근거가

기본권의 객관적 성격인지에 관한 의문

다음으로 이준일 교수님은 이 논문에서 “이처럼 국민의 보호권에 대응하는 국가의 보호의무는 ‘입법자’를 상대방으로 하기 때문에 모든 국가권력에 대해서 요구되는 ‘기본권보장의무’ 또는 ‘기본권구속의무’는 보호권/보호의무의 간접적 근거는 될 수 있을지라도 직접적 근거는 되지 못한다. 따라서 모든 국가권력의 기본권보장의무를 규정하고 있는 현행 헌법 제10조 제2문은 보호권을 정당화하는 직접적 근거가 되지 못하고, 오히려 국민의 자유와 권리를 규정하고 있는 개별적 기본권조항이 보호권을 정당화할 수 있는 직접적 근거가 된다. … 어쨌든 사인간의 개별적이고 구체적인 ‘민사상’ 분쟁을 해결하기 위한 ‘재판(사법)작용’에서 기본권의 효력이 작동하는 기본권의 대사인적 효력의 법리는 사인간의 일반적이고 추상적인 ‘형사상’ 분쟁을 예방하기 위한 ‘입법작용’에서 기본권의 효력이 작동하는 보호권의 법리와 구분되어야 한다”고 주장한다.

토론자는 기본권의 이중적 성격을 인정하는 전제하에서 주관적 권리로서 실

체적 기본권(자유권, 사회권, 평등권)과 절차적 기본권 보호와 이행을 국가에 요구하는 내용과 사인과 사인간 법률관계에서 국가의 기본권보호의무나 대사인적 효력 인정은 차원을 달리하는 문제라고 생각한다. 그렇다면 이준일 교수님께서 언급하신 기본권의 대사인적 효력에 따른 “보호”와 “보호권”이나 “보호의무”에 따른 “보호”는 동일한 것인지, 아니면 다른 것인지를 묻고 싶다.

또한 “현행 헌법 제10조 제2 문은 보호권을 정당화하는 직접적 근거가 되지 못하고, 오히려 국민의 자유와 권리를 규정하고 있는 개별적 기본권조항이 보호권을 정당화할 수 있는 직접적 근거가 된다”는 문장의 의미를 좀 더 설명해주시기를 부탁드립니다.

다음으로 이준일 교수님께서 언급하신 “기본권제한에 관한 헌법적 원칙인 비례성원칙을 급부권의 경우에는 ‘과소금지원칙(Untermaßverbot)’으로 구체화하여 적용하면”이란 문구에 근거하여 사회적 기본권에 적용되는 비례성원칙인 ‘과소금지원칙’과 객관법적 성격에 따라서 인정되는 기본권보호의무에 따른 ‘과소금지원칙’의 차이점에 대하여 설명을 부탁드립니다.

5) 기본권의 대사인적 효력은 대국가적 효력과 동일선상에서 인정되어야 하는가?

이준일 교수님은 “객관적 규범(가치)으로서 기본권의 특성에서 유래하는 기본권의 대사인적 효력은 기본권의 대국가적 효력과 함께 전체적인 기본권 효력의 두 축을 형성한다. 그리고 이러한 기본권의 대사인적 효력은 법관의 기본권준중의무를 본질적인 내용으로 한다”고 언급한다.

토론자가 보기에는 이러한 주장은 기본권의 대사인적 효력을 대국가적 효력과 동일한 정도로 인정해야 한다는 것으로 판단된다. 하지만 토론자는 기본권의 대국가적 효력은 원칙과 예외, 주체와 객체로서 국민과 국가 간 관계를 규율하는 민주법치국가 헌법의 당연하고 일반적이며 보편적인 것이지만, 대사인적 효력은 특수하고 예외적인 것으로 생각하고 있다. 기본권의 대국가적 효력이 민주법치국가에서 당연히 인정되는 것과는 달리 기본권의 제삼자적 효력이 지금도 논쟁되고 있는 결정적인 이유는 私法主體가 원칙적으로 모두 기본권주체라는 상황의 특수성 때문이다. 기본권의 제삼자적 효력을 인정함으로써 한 私人の 기본권이 다른 私人을 구속한다면 이는 바로 다른 私法主體의 기본권을 제한한다는 것을 뜻하기 때문이다.

이에 대한 이준일 교수님의 설명을 부탁드립니다.

6) 재판소원의 전면적 인정에 따른 문제점을 보완하거나 해결책은?

이준일 교수님은 자유권뿐만 아니라 사회권 등에서도 대사인적 효력을 이 논문에서 인정한다.

이와 관련하여 독일의 판례를 보면 “이 헌법소원은 민사법원이 수입과 재산이 없는 신용대출자의 가족이 보증인으로서 고도의 채무위험을 떠맡은 경우에, 은행과의 보증계약에 대하여 어느 정도까지 내용통제를 가하여야할 헌법상의 의무가 있는가의 문제에 대한 것이다.”¹⁾ “곧 사적 자치의 원칙에 기초하여 보증계약의 유효성을 인정한 판결을 대상으로 하여 헌법소원이 제기되었고, 급기야 헌법재판소에서 두 개의 민사9부 판결을 파기하기에 이른 것이다.”²⁾ 물론 이 판결에 대하여 독일 민사법학자들의 비판이 강하게 제기되었음은 너무도 당연할 것이다.

다음으로 토론자가 보기에 우리나라 헌법재판소 결정중에서도 기본권의 대사인적 효력을 인정한 것이 있다. 곧 헌법재판소는 헌법소원의 대상에서 ‘법원의 재판’을 제외한 것을 헌법합치적이라고 인정하면서도³⁾ “법원이 판결로써 사죄광고를 명하고 이를 강제집행하는 것이 양심의 자유를 침해하는지(토론자 강조)”에 관한 결정에서 “사죄광고제도는 국가가 재판이라는 권력작용을 통해(토론자 강조) 자기의 신념에 반하여 자기의 행위가 비행이며 죄가 된다는 윤리적 판단을 형성, 강요하여 외부에 표시하기를 명하는 한편 사과라는 도의적 의사까지 널리 퍼뜨리는 것이다. … 민법 제764조에서 명예회복을 위한 필요한 처분을 명할 수 있게 한 것은 금전에 의한 손해배상만으로는 전보가 안 되는 훼손된 피해자의 인격적 가치에 대한 사회적 객관적인 평가 자체를 회복시키기 위한 것이다. 이러한 회복방법에는 … 등의 방법을 상정할 수 있는데 사죄광고방법은 명예회복의 최후수단으로 보여지지 않으며 필요한 정도를 넘어서는 과도한 기본권제한방법이다. 따라서 민법 제764조의 ‘명예회복에 적당한 처분’에 사죄광고를 포함시키는 것은 헌법에 위반된다(토론자 강조)”⁴⁾고 결정하였다.⁵⁾ 이 결정에서 憲法裁判所는 실제로 민법 제

1) 방승주, “私法秩序에 있어서 國家의 基本權保護義務—최근 독일연방헌법재판소 판례의 분석을 중심으로—”, 公法學研究 第7卷 第5號, 57면 이하.

2) 안춘수, “BGH의 保證事件 判決에 대한 聯邦憲法裁判所의 違憲決定”, 법학연구 제8권, 323면 이하.

3) 헌재 1997. 12. 24, 96헌마172, 173(병합).

4) 헌재 1991. 4. 1, 89헌마160.

5) 우선 이 사건에서 청구인은 민법 제764조 소정의 “명예회복에 적당한 처분”이란 주로 謝罪廣告를 뜻하는 것으로서, 법원이 판결로써 사죄광고를 명하고 이를 강제 집행하도록 하는 것은(토론자 강조) 본인의 본심에 반하여 사물의 시비와 선악의 판단을 회부에 표현하게 하는 것이라고 하면서 결국 이는 헌법 제19조 소정의 양심의 자유의 한 내용인 침묵의 자유를 침해하는 것일 뿐만 아니라 헌법 제21조 제1항 소정의 언론·출판의 자유를 침해하는 것이므로 민법 제764조

764조 자체의 위헌여부를 심판의 대상으로 삼지 않았다. 왜냐하면 憲法裁判所 스스로 이 사건에서 심판의 대상은 “법원의 사죄광고명령”을 민법 제764조 소정의 “명예회복에 적당한 처분”에 포함시키는 것이 위헌인가 여부라고 언급하였기 때문이다. 따라서 憲法裁判所는 이 사건에서 “사죄광고게재”를 “민법 제764조 소정의 처분에 포함”시키는 “法院의 判決”에 관하여 다룬 것이다.⁶⁾

다음으로 독일의 학설과 판례가 직접적용설 또는 간접적용설을 택하느냐와 상관없이 독일에서 기본권의 삼자효문제를 해결하기 위하여 ‘실무적’이고 ‘현실적’으로 중요한 것은 헌법소원의 대상에 ‘법원의 재판’이 포함된다는 것임을 인식해야만 한다. 그러나 현재 우리나라 헌법재판소법상 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되고 있는 이상, ‘기본권의 제삼자효’문제를 현실적으로 토론할 여지가 매우 작다. 따라서 법원의 재판이 헌법소원의 대상에 포함되는 것은 논의의 시작일 뿐 끝이 아니다. 다시 말하자면 헌법소원의 대상에 법원의 재판이 포함되어야만 국민의 기본권보호라는 관점에서 얼마만큼, 어떠한 방법으로, 무슨 논리에 근거하여 私法上 法律關係에서 대법원의 법률해석권이 통제될 수 있는지를 다룰 수 있는 토대가 겨우 마련될 뿐이라는 것이다.

따라서 스스로 자제한다 하더라도 헌법재판소가 ‘원칙적으로’ ‘언제든지’ ‘기본권침해를 이유로’ 법원의 판결을 파기할 권한을 ‘일반적으로’ 확보하게 되면, 헌법재판소와 법원 사이에 갈등이 증폭될 가능성이 있다. 특히 이는 독일의 논의에서 이미 언급한 “私法の 식민화”, “전체법률의 기본권적 ‘획일화’”, 민사법원의 결정에 대한 잘못된 또는 지나친 개입 등의 오해를 불러일으킬 수 있다. 다음으로 위헌법률심사와는 달리 헌법소원의 대상인 재판소원은 헌법합치적 법률에 근거한 법원의 재판에 대한 것이다. 따라서 법원판결의 근거가 되는 법률이 위헌으로 결정되면, 그 판결에 대한 통제가 아니라 해당 규범의 통제가 행해진다. 그리고 해당 규범의 위헌이 확인되면 법원 또한 더 이상 그 법규범에 근거하여 판결할 수 없다. 따라서 법원의 판결을 그 근거가 되는 법규범으로부터 구별될 수 있고, 구별되는 경우에만 법원 판결 그 자체가 재판소원통제의 대상이 된다. 물론 독일에

는 헌법 제19조 및 제21조 제1항에 위반된다(토론자 강조)고 주장하였다. 그리고 憲法裁判所 또한 이 사건에서 심판의 대상은 謝罪廣告를 민법 제764조 소정의 “명예회복에 적당한 처분”에 포함시킬 때 同 條項이 違憲인지 與否라고 언급하였다.

6) 다음과 같은 獨逸 聯邦憲法法院의 결정을 참조: “이에 대하여 기본권에 담겨진 가치결정의 복사효가 민법에서 충분히 존중되는 지만을 검토하게 된다. 따라서 법원의 결정이 주장되는 기본권의 범위와 효력에 관하여 원칙적으로 잘못된 견해에 의존하였는지 또는 결정 그 자체가 해당 기본권을 침해하는지를 연방헌법법원은 심사해야만 한다”(BVerfGE 35, 202/219; 18, 85/92; 30, 173/188; 32, 311/316; 54, 148/151 f.; 62, 230/240 f.).

서도 이론적으로 가능한 이러한 구별이 실무상으로는 쉽지 않은 것으로 입증된다. 규범과 판결의 구별은 결국 해석을 필요로 하는 규범들에서 사라지고 만다. 무엇이 규범내용의 결정이고, 무엇이 법원의 판결인지, 규범통제는 어디서 끝나고, 적용통제는 어디서 시작하는가 등이 논란이 된다. 독일에서는 뉘트판결 이후 헌법합치적으로 판단된 법률의 적용—곧 법원의 판결—이 연방헌법법원의 심사 하에 있다. 이에 따라서 재판소원에 관한 연방헌법법원의 모든 결정이 결국 연방헌법법원을 초상고심으로 몰고 갈 위험성을 갖고 있으며, 이는 우리나라 헌법재판작용에서도 발생할 수 있는 문제이다.

이에 대한 이준일 교수님의 견해를 여쭙어본다.

7) 학설에 따른 대사인적 효력중 직접적용설은 헌법해석의 범위를 벗어나지 않는가?

계속해서 이준일 교수님은 “헌법국가의 원리를 관철하고, 특히 기본권의 대사인적 효력을 관철하기 위하여 재판에 대한 헌법소원이 인정되어야 한다. 만약 그렇지 않으면 헌법국가의 실현이 적어도 사법의 영역에서는 관철되지 못하고, 기본권의 효력 가운데 사실상 절반은 그 의미를 상실했다고 평가해도 무리가 없을 것이다. 특별히 평등권의 대사인적 효력과 관련하여 사인에 의한 차별이 매우 제한적으로만 구제받고 있다는 사실은 왜 법원의 재판이 헌법소원의 대상이 되어야 하는지를 용변적으로 보여주는 증거다. … 하지만 앞서 설명한 것처럼 기본권의 대사인적 효력은 모든 기본권에 대해서 간접효력설뿐만 아니라 직접효력설, 그리고 보호권설을 종합하여 이론구성이 가능하므로 노동 3 권에 대해서만 직접효력설이 적용되는 예로 설명할 필요는 없다”라고 주장한다.

이와 관련하여 우리나라 학설을 살펴보면 많은 기본권들이 私人間에도 직접 적용된다고 주장하는데 토론자가 보기에 이러한 주장에는 문제가 있다고 판단된다. 왜냐하면 私人間 法律關係에 기본권의 직접 적용은 헌법상 명시적으로 인정되는 것과 같은 극히 예외적인 경우에만 인정되기 때문이다.

이준일 교수님께 헌법에 명시적으로 사인간 법률관계에 기본권의 직접 적용을 규정하고 있지 않은 경우라 하더라도, 헌법해석을 통하여 직접 적용을 인정하는 것이 가능하다고 보시는지 여쭙어보고자 한다. 토론자의 판단으로는 문헌상 헌법해석을 통한 일부 기본권의 사인간 법률관계에 직접 적용주장은 헌법해석의 범위를 벗어난 헌법개정의 영역에 속한다.

전 중 익*

오늘 발표의 주제인 “기본권의 대사인적 효력의 적용”은 기본권의 효력과 성격에 대한 근본적인 이론들과 관련된 문제로서 지정토론자로 지정을 받아 토론을 하게 되어 걱정이 큼니다. 발표자께서 지금까지의 이론적인 논의들을 잘 정리하면서 종합적인 의견을 제시해주셔서 발표문을 통하여 많은 것을 배울 수 있었습니다. 발표자의 견해에 대부분 동의하고 읽으면서 의문이 생긴 점 몇가지에 대하여 간략하게 말씀드리겠습니다.

1. 기본권의 대사인적 효력과 보호권

발표자는 기본권의 대사인적 효력과 보호권으로서의 기능을 구분하면서 후자의 경우 사인간의 일반적이고 추상적인 형사상 분쟁을 예방하기 위한 입법작용에서 작동하는 것으로서 입법자를 상대방으로 하는 점에서 기본권 구속의무가 민사재판에서의 법관에 정향되어 있는 기본권의 대사인적 효력과 구분된다고 본다. 이어서 불법행위에 대한 입법의 경우 비록 입법부의 의무이행을 통해 실현되기는 하지만 개별적이고 구체적인 불법행위의 내용은 민사재판에서 확정된다는 점에서 대사인적 효력의 법리가 적용되는 영역이라고 보고 있다.

그러나 발표문 8~9쪽의 표에서 알 수 있는 바와 같이 기본권의 대사인적 효력과 보호의무가 이념적 근거나 직접적 근거에서 큰 차이가 없고, 단지 적용대상과 적용영역에서의 차이가 있을 뿐이다. 게다가 구체적인 적용형태를 보아도 형사사건의 경우 구체적인 범죄의 성립이나 위법행위의 확정판결을 통하여 이루어진다고 본다면 민사불법행위의 입법과의 차이는 크다고 보지 않는다. 적용대상과 영역의 구별에 큰 의미가 있다고 볼 수도 있지만, 오히려 입법자와 법관의 기본권 보호의무 또는 입법자나 사법을 통한 기본권의 실현으로 보는 것과 같이 양자를 결합하여 보는 것이 이론적으로 일관된 것으로 볼 수 있다.

* 서울대학교 법학전문대학원 교수.

결국 양자가 구별된다고 하기 위해서는 적용대상과 영역의 문제를 넘어서 구체적인 위헌의 문제가 제기될 때(대사인적 효력의 부적용에 의한 기본권 침해 또는 보호의무의 위반에 의한 기본권 침해) 어떠한 기준으로 판단되어야 하는지의 판단기준에서의 의미 있는 차별이 가능한지 여부가 논의되어야 할 것이다. 발표자의 양자를 구별하는 입장에 의하면 구체적인 판단에서 어떠한 의미가 있게 되는지 설명을 듣고 싶다.

2. 기본권의 대사인적 효력과 기본권 충돌의 문제

발표자는 기본권의 대사인적 효력에서 법관의 기본권존중의무를 본질적인 내용이라 하면서 주로 사인간의 계약 또는 사실적 방해나 저지에 의하여 일방의 기본권이 제한되는 경우 재판을 통하여 적용될 수 있다고 본다.

일방의 기본권이 문제되고 다른 한편 사적 자치나 계약자유 원칙 등이 고려되는 경우 위와 같은 법관의 기본권존중의무를 통한 설명은 구체적인 판단에서의 지침까지 제공한다는 점에서 의미가 있다고 생각된다. 그러나 사적 관계에서 양당사자 모두에게 기본권이 문제되는 경우(예를 들면 명예훼손사건에서 언론의 자유와 명예권; 학교채플사건에서 학생의 종교의 자유와 학교의 종교의 자유 등) 이를 어떻게 해결해야 하는지 여부에 대해서는 좀더 진전된 논의를 필요로 하는 것으로 보인다.

발표자는 기본권의 대사인적 효력과 관련하여 기본권 충돌의 경우 구체적으로 어떻게 해결해야 한다고 보는지 설명을 듣고 싶다.

3. 재판소원

발표자는 결론에서 “기본권의 대사인적 효력은 법관의 기본권존중의무를 본질적인 내용이라 하면서 이를 인정하면서 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 것은 단순히 헌법체계상의 논리적 모순에 그치지 않고 헌법과 기본권의 불완전한 실현을 의미하며 헌법국가의 요청을 반쪽짜리로 만드는 것”이라고 지적하여, 논리적·이론적으로 기본권의 대사인적 효력론이 재판소원과 밀접하게 관련되어 있는 점을 밝히고 있다.

그런데 재판에 대한 헌법소원을 논의하는 곳(발표문 10쪽)에서 “물론 사법부가 스스로 기본권존중의무를 이행할 수 있거나 헌법재판을 담당하는 독립된 기관이 설치되어 있지 않다면 재판에 대한 헌법소원은 불필요할 수도 있다. 하지만 우리

의 헌법현실은 기본권존중의무를 이행하지 않는 다수의 재판이 역사적으로 존재했다고 판단할 수도 있고, 또한 헌법규범은 헌법재판을 담당하는 독립된 기관으로서 헌법재판소를 설치해 놓고 있다. 따라서 헌법국가의 원리를 관철하고, 특히 기본권의 대사인적 효력을 관철하기 위하여 재판에 대한 헌법소원이 인정되어야 한다”라고 서술하고 있다. 이는 재판소원의 인정여부는 역사적 경험과 사회의 상황에 따라 정책적으로 정할 수 있는 것이며 헌법논리필연적인 것이 아니라는 입장으로 읽히기도 한다.

발표자의 재판소원 인정에 대한 명확한 입장은 무엇인가 듣고 싶다.

이 준 상*

먼저 이준일 교수님의 좋은 발표문에 감사드리고, 부족하지만 실무가의 입장에서 몇 가지 간단한 토론과 질문을 드리도록 하겠습니다.

1. 기본권의 대사인적 효력 논의의 실천적 의미

먼저 기본권의 대사인적 효력은 전통적으로 기본권이 문제시되거나 의식되지 않았던 사적 영역에 있어서의 기본권 침해적인 상황에 대하여 이를 구제하기 위한 논리로서, 연혁적으로 볼 때도 기본권의 성격을 방어적인 것에서 더 나아가 급요구적인 성격으로까지 확장시키기 위한 논의로 보인다.

현실적으로 직접효력설과 간접효력설의 실천적 차이는 크지 않고 발표자의 견해와 같이 이는 모두 법관의 기본권준중의무의 수행방식을 설명하는 것으로 정리할 수 있으나, 한편 방어권설과 보호권설과 관련하여서는 국가에 대하여 책임을 물을 수 있되 그 책임범위에 있어서 차이가 있다는 것인데 이러한 각 설의 실천적 차이가 무엇인지 명확하지 않다.

즉, 여기에서 말하는 ‘국가가 부담하는 책임’의 내용은 그에 상응하여 피해자가 기본권적용을 요구할 수 있는 권리발생의 요건사실을 의미하는 것인지, 아니면 다른 내용인지¹⁾ 설명이 필요하고, 나아가 보호권설에 의하여 책임을 지는 ‘사인에 의한 기본권침해를 받지 못하는 책임에 국한된다’는 의미가 무엇인지 궁금합니다.

2. 기본권의 대사인적 효력과 보호의무의 적용 범위와 심사기준

가. 기본권의 대사인적 효력은 주로 법관에 대하여, 기본권 보호의무는 입법

* 서울중앙지법 판사.

1) 이해하기에 따라서는 사인간의 기본권침해를 이유로 피해자가 국가에 대하여 손해배상책임이나 부작위의 경우에는 작위의무를 요구할 수 있다는 의미인 것으로도 보이나 사인간의 소송을 전제로 하고 있다는 점에서 이와 같은 설명은 아닌 것으로 보인다.

자(혹은 행정부)에 대한 것이라는 기본적인 구분에는 동의할 수 있고 후자와 관련하여서는 헌법재판소 결정례(2008헌마419, 2006헌마711, 2004헌마81, 90헌마110)에서도 이를 확인할 수 있다.

한편 기본권보호의무의 심사와 관련하여서는 ‘과소보호 금지원칙’이라는 심사기준이 정립되어 있지만,²⁾ 기본권의 대사인적 효력은 개인간의 기본권의 충돌의 문제로 환원되는 경우가 대부분인 것 같다.

이러한 기본권충돌의 문제는 통상 실제적 조화의 원칙을 근간으로 하여 법익형량의 원칙 등과 같은 다양한 해결원칙이 제시되고 경우에 따라서는 과잉금지원칙 위반 여부를 심사하는 경우³⁾도 있는바, 따라서 기본권의 대사인적 효력과 관련하여 별도로 독자적인 심사기준이 있는지,⁴⁾ 있다면 어느 정도의 심사강도를 가지고 심사해야 하는지 궁금합니다.

나. 미국에서의 국가행위론은 인종차별, 근로관계에 있어서 일정한 국가행위로 의제하거나 국가가 방조, 조장한 것으로 본 경우에만 사적인 영역에 헌법이 개입한다는 이론이지만 실제로는 상당히 광범위한 사적영역을 규율하는 것으로 보이며,⁵⁾ 최근 독일에서의 기본권의 대사인적 효력논의도 힘의 불균형성이 있는 제한적인 영역에서 이루어진다는 견해가 소개되고 있는바,⁶⁾ 그렇다면 헌법의 가치가 사법관계에 전방위적이고 상시적으로 개입하는 것이 아니라 어떤 제한적인 영역에서만 적용하는 것이 일반적인 추세로 보인다.

이와 관련하여 과연 발표자가 아는 범위내에서 독일 연방헌재에서 기본권의 대사인적 효력적용의 실제적인 범위는 어떠한지 알려주시기 바랍니다.

3. 재판소원의 필요성

가. 기본권의 대사인적 효력은 사인들간에도 기본권이 적용되므로 이와 관련한 민사재판에 있어 헌법적 가치를 충분히 인식, 적용하여 재판할 것을 요구하는

2) 현재 2008헌마419·423·436; 현재 90헌마110등 참조.

3) 특히 그 기본권 충돌이 법률을 매개로 한 경우에는 통상의 과잉금지원칙 위반 여부를 심사하기도 함(예: 실화책임법사건 2004헌가25).

4) 장영수 교수는 기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌이론은 그 대상이나 해결방식, 해결결과에 있어서 서로 차이점이 있다고 주장하고 있으나(장영수, “기본권의 대사인적 효력과 기본권의 충돌”, 고려법학 제38호, 124-127면), 발표자의 지적과 같이 반드시 그와 같이 구별할 수 있는지는 의문이다.

5) Constitutional Law, Erwin Chermersky(미국헌법연구회 번역본), 712-757면 참조.

6) 장석조, “민사재판과 헌법적 판단”, 한국공법학회 제135회 학술대회 자료집, 160면.

원리라고 정리할 수 있을 것인데, 위 기본권의 대사인적 효력이 적용되는 민사소송의 경우에는 변론주의 원칙이 지배하여 적어도 당사자가 제기하는 헌법적 쟁점에 대하여는 법원의 일정한 판단이 이루어진다고 볼 수 있고, 그 외 법원이 직권으로 헌법적 쟁점을 추출, 착안하여 판단할 필요가 있는 영역은 아니므로,7) 위 이론은 법원이 의도적으로 헌법적 쟁점을 누락, 간과한 경우에 대한 개입의 근거로 보기는 어려울 것이며, 결국 헌법적 쟁점을 판단한 판결내용의 위헌성을 문제삼는 것이라고 볼 수 있다.

나. 한편, 기본권의 대사인적 효력이 가장 잘 실현될 수 있는 방법이 재판에 대한 헌법소원일 수는 있으나, 그 재판소원이 반드시 헌법재판소에 의한 재판소원이어야 한다는 논리적 필연성이 있는 것은 아니고, 헌법수호와 기본권 보장 의무를 지고 있는 대법원을 정점으로 하는 재판통제로도 같은 목적을 달성할 수 있고, 이는 각국의 입법례와 실무운영에서도 시사받을 수 있는 바와 같이 기본적으로 헌법정책적인 사항이라고 할 것이다.8)

그리고 우리 헌법의 해석이나 체계상으로도 재판소원이 헌법적인 요구인지는 의문이며, 향후 헌법재판소가 체계상으로 유일한 최고법원이 되거나, 헌법이나 법률규정에서 재판소원에 대한 명확한 근거가 만들어 질 때 헌법재판소에 의한 재판소원이 시행될 수 있다고 보아야 한다.

따라서 기본권의 대사인적 효력은 최고법원이 재판소원을 할 수 있음을 전제로 그 관할권을 사인간의 다툼(민사소송)에까지 확대하는데 필요한 논거로서 개발된 것이지, 역으로 기본권의 대사인적 효력을 위해 재판소원제도를 인정하자는 논리는 성립하기 어렵다고 생각한다.

7) 물론 당사자가 제기하는 주장을 헌법적 쟁점으로 추출하는 농도에 있어서는 차이가 있을 수 있지만 이에 대한 판단을 완전히 누락하는 경우는 드물다고 할 것이다.

8) 헌법재판소제도를 채택하면서도 재판소원제도를 도입하지 않은 입법례도 다수 있다.

	재판소원 허용 여부	헌법소원 대상의 근거	현재와 대법원의 지위
① 독 일	허 용	헌 법	연방현재 > 연방법원
② 체 코			현재 > 대법원
③ 스 페 인		법 률	현재 = 대법원
④ 오스트리아	불 허 용	헌 법	현재 = 대법원
⑤ 러 시 아			현재 > 대법원
⑥ 슬로바키아			현재 > 대법원
⑦ 헝 가 리		법 률	현재 = 대법원
한 국			현재 = 대법원

다. 그리고 과거에 법원이 국민의 기본권보호에 충실하지 못하였던 다수의 재판이 있었던 점은 반성하고, 책임을 통감해야 할 부분이지만, 이러한 권위주의 정부시절의 법원의 활동내용을 오늘날에 있어서의 재판소원의 근거로 삼는 것은 적절하지 않다고 보이며, 아울러 평등권의 대사인적 효력에 있어 사인에 의한 차별이 제한적으로 구제받고 있다는 지적과 관련하여 이는 법률적인 차원에서 구제가 부족하고 이를 촉구하는 논거는 될 수 있지만 최근, 헌법재판의 활성화에 힘입어 법원에서도 평등권을 비롯한 헌법적인 쟁점에 관한 많은 판단이 이루어지고 있는 법원재판의 현실⁹⁾을 고려할 때 위의 사정을 재판소원의 근거로 삼을 수는 없다고 생각한다.

4. 결론과 여론

가. 기본권의 대사인적 효력은 사법관계에서도 객관적 질서로서 기본권의 효력이 적용될 수 있다는 원칙의 선언일 뿐 그 이론의 적용방법은 어떠한고, 그 결과가 어떻다는 것인지에 대한 구체적인 내용은 담고 있지 못하며, 이 이론에서 재판소원이 당연히 도출되는 것은 아니다. 또한 민사재판에 대한 헌법소원은 행정, 형사재판에 대한 헌법소원과 다른 차원에서 헌법소원에서 요구하는 공권력행사성이나 그 판단의 자의성과 관련하여 문제점을 내포하고 있으므로,¹⁰⁾ 민사재판소

9) 사적인 영역에 있어서 평등권 등을 직접 판단한 법원의 판결례는 많지 않으나 이는 불법행위 청구나 계약관련 소송에서 그 위법행위나 의무위반의 판단에 포함되어서 그런 것으로 보인다.

직접 판단한 사례로는 예탁금 회원제로 운영되는 골프클럽의 회칙상 해외회원에 대하여 회원권 양도 제한의 규정을 둔 경우, 그 규정이 헌법상의 평등권 조항, 민법상 반사회질서 조항 또는 신의성실에 반하여 무효라고 볼 수는 없다고 한 사례(대법원 1999. 4. 9, 98다20714 판결) 등이 있고, 한편 국가인권위원회의 권고 등에 대하여 다시 법원이 사법심사를 하기도 한다(회사가 여성 근로자에게 정신적, 육체적 부담이 비슷한 업무를 수행하는 남성근로자보다 적은 기본급을 지급한 것은 국가인권위원회법 제2조 제4호에 정한 ‘합리적인 이유 없이 성별을 이유로 한 차별행위’에 해당하므로, 그 회사에 대한 국가인권위원회의 손해배상권고결정은 적법하다고 한 사례: 서울행정법원 2008. 6. 12, 2007구합45057 판결). 그 외 헌법적 쟁점에 관한 판단을 한 사례는 무수히 많이 있고(임시이사사의 정식이사 선임권에 관한 상지학원 임시이사 사건: 대법원 2007. 5. 17, 2006다19054 전원합의체 판결 등), 특히 대법원은 헌법 제21조 제4항에 대하여 이를 명예권과 표현의 자유를 형량하여 조정하는 규정으로 해석하고 그 취지를 민사사건에 직접 적용해 오고 있다(대법원 1988. 10. 11, 85다카29 판결 등 참조).

10) 이노홍, “기본권의 대사인적 효력에 관한 미연방대법원의 심사기준”, 미국헌법연구 제15권 제1호, 399-400면 참조: 민사재판소원은 실질적으로 기본권의 대사인적 효력 문제로 귀결되는 것이고, 궁극적으로 사인에 대해 기본권의 직접적 적용을 의미하는 것이다. 그러므로 이를 적극적으로 인정하는 것은 헌법소원의 대상을 공권력의 행사와 불행사로 인한 기본권침해로 한정하는 것과 완전히 배치되는 결과를 낳게 되는 것일 수도 있다. 추상적이며 모호하며 객관적으로 그 서열 및 우열을 정하는 것이 불가능한 기본권이라는 가치로 모든 민사재판소원을 인정하여 사인간의 행위를 비교, 형량하는 것은 매우 위험할 수 있다. 이는 자칫 사적자치라는 헌법상 가장 기본

원의 인정은 더욱 신중해야 한다.

나. 현재 헌법재판소가 헌바사건을 어느 정도 재판소원의 취지로 운영하고 있는 현실을 고려할 때 당장 기본권 보호를 위해 재판소원제도를 시급히 도입해야 할 필요성이 크다고 보기는 어렵고 우리나라 사법체계의 재설계라는 큰 틀 속에서 그 도입 여부를 신중하게 결정해야 할 것으로 생각한다.

아울러 지금까지 재판소원에 대한 논의가 자주 있어 왔지만 대체로 총론적인 차원에서 찬, 반 양론에 따라 평행선을 달리는 논의였던 것으로 보이며, 향후 건설적인 논의를 위해서는 각 국에서의 재판소원의 구체적인 운용현황과 성과,¹¹⁾ 재판소원 제도가 없는 국가에서 기본권 관련 재판의 통제에 대한 평가 및 이를 통한 우리 현실과의 비교와 같은 각론적인 논의가 충분히 이루어져야 할 것으로 보인다.

적인 권리를 법률에 의한 유보가 아닌 재판관들의 가치관이나 재량에 위임하는 결과를 낳을 수 있는 것이기 때문이다.

11) 즉, 어떤 유형의 사건에서 실효적이었고, 어떤 유형의 사건에서 무의미했는지, 혹은 최고법원이 어떤 기준으로 재판소원에 개입하였고 이는 합리적이고 예측가능한 것이고 사회적으로 실효적인 것인지 등.

제91회(2009. 2. 6) 발표회 토론요지

사 회 자: 이인호(교수)

토론참여자: 김일환(교수), 전종익(교수), 이준상(판사), 정문식(교수), 방승주(교수),
손형섭(헌법연구원), 박규환(교수), 김선택(교수), 유성재(교수)

간 사: 안녕하세요? 헌법실무연구회 간사인 손인혁 연구관입니다.

지금부터 올해 2009년 들어 처음 모임인 제91회 실무연구회 정기발표회를 시작하도록 하겠습니다.

작년에는 위헌심사기준이라는 주제로 1년 동안 연구를 했었습니다.

올해는 개별기본권을 중심으로 위헌심사기준을 다시 좀 구체화시키고 그다음 기본권 일반이론에 대한 어떤 이론을 연구하는 시간을 갖도록 했습니다.

오늘 발표는 고려대학교 이준일 교수님께서 기본권의 대사인적 효력의 적용 문제에 대해서 발표해 주시겠습니다.

지금부터 이인호 교수님께서 진행해 주시겠습니다.

사 회 자: 안녕하세요? 중앙대학교 이인호입니다.

이번 실무연구회 발제 사회를 맡게 되었습니다.

제가 미력하나마 이런 사회를 맡게 된 것이 상당히 영광스럽습니다.

이전에는 저도 옆에서 발표도 하고 그랬었는데 지금은 좀 편안하게 발제하는 것을 들으면서 또 여러 선생님들과 같이 논의할 수 있는 기회가 되어서 정말 좋은 것 같습니다.

이 주제가 워낙 논란도 있고 또 우리 헌법이론적으로도 아주 깊이 있는 논점들이 많아서 우리 학계에서도 많은 교수님들께서 오신 것 같습니다.

이전에 보다 상당히 열의가 있는 오늘 모임인 것 같습니다.

논쟁이 뜨거울 것 같기는 한데요, 일단 발표를 듣고 지정토론을 하고 그 다음에 플로어에서 토론하는 순서로 진행을 하겠습니다.

오늘 발제하실 교수님을 먼저 소개해 올리겠습니다.

고려대학교 법과대학과 대학원을 나오시고 독일 킬(Kiel)대학교에서 법학박사 학위를 하셨습니다. 박사학위논문은 ‘기본권논쟁에서 비례성명령’이라고 하는 주

제로 학위를 받으셨습니다.

고려대 법대 이준일 교수님을 소개하겠습니다.

박수로 환영해 주십시오.

이어서 지정토론 세 분이 정해졌는데요. 지정토론을 하실 교수님으로 김일환 교수님입니다. 박수로 환영해 주시기 바랍니다.

김일환 교수님은 성균관대 법대 교수로 계시고 독일 만하임대학교에서 법학 박사학위를 하셨습니다. 최근에 떠오르는 젊은 별인 것 같습니다.

그리고 두 번째 지정토론으로 여기 연구관을 오랫동안 하셨던 서울대 전종익 교수님을 소개하겠습니다.

전 교수님은 서울대 법대와 서울대에서 석·박사학위 받으시고 사법시험 합격하고 나서 헌법재판소 연구관으로 들어오셔서 중간에 미국 코넬대 LLM까지 하셨습니다.

마지막으로 서울중앙지방법원의 이준상 판사님을 소개합니다.

이 판사님은 서울대 법대 나오시고 사법시험 합격하셔서 지금 판사로 재직하고 계십니다. 헌법연구관으로도 여기 파견 나오셔서 역임을 하셨습니다.

미국 버클리대 LLM 자격을 가지고 계십니다.

가급적 토론시간을 많이 확보하기 위해서 발표는 짧게 하고 토론하는 시간을 가지도록 노력하겠습니다.

이 교수님 30분정도 안에서 발표 부탁드립니다.

< 주제발표자 발표 >

사 회 자: 교수님 고맙습니다.

아주 논쟁적인 이슈를 지금 이렇게 짧은 글로 압축적으로 표현해 내셨습니다.

그게 고도의 능력이 아니면 어려운 것 같습니다.

여기에 엄청난 논쟁들이 많이 담겨있는 것 같은데요. 사실 익히 아시는 바와 같이 기본권의 대사인적 효력을 인정할거냐에서부터 논쟁이 있을 것 같습니다.

독일에서는 대사인적 효력이 당연히 인정되는 것으로 보고 있습니다. 제가 알기로 미국은 반드시 그렇지는 않은 것 같습니다.

우리나라에서도 논쟁이 기본적으로는 대사인적 효력을 인정하는 쪽으로 가고 있습니다. 일부 그것에 대해서 부정적인 입장을 가지고 있는 학자들도 있고요. 또 대사인적 효력을 인정한다고 하더라도 그 의미를 어떻게 이해할 것이냐 하는 것을 놓고 지금 여기 발제문에 각주에 있는 수많은 글들이 다양한 입장을 밝

하고 있습니다. 이번에 이준일 교수님 발제는 기존에 교수님들이 발제한 또는 학자들이 연구한 대사인적 효력에 관한 문제들을 전체를 훑으시면서 또 거기에 본인의 입장을 지금 밝혀내고 있습니다.

또 하나 더 논쟁적인 것은 결국 대사인적 효력의 문제가 재판소원의 문제로까지 연결된다는 지적을 하시고, 재판소원이 인정되지 않으면 기본권의 효력이 반절밖에 인정되지 못하는 것이라는 주장을 마지막으로 펼치고 계십니다.

상당히 여러 논점들이 여기에 깔려있고요. 여기에 참석하신 교수님들도 사실은 이 방면에 일가를 이루시는 분들이고 해서 아주 플로어에서의 토론도 상당히 흥미진진할 것 같습니다.

그전에 먼저 지정토론부터 듣고 전체 감을 한번 잡아보겠습니다.

먼저 김일환 교수님.

김일환 교수님은 독일에서 공부 하셨고 해서 어쩌면 발제자와의 입장이 어느 측면에서는 비슷한 측면도 있는 것이 아닌가 생각이 됩니다.

부탁드리겠습니다. 한 10분 내지는, 또 발언의 기회를 드리겠습니다.

< 지정토론자(김일환) 발표 >

사 회 자: 감사합니다. 제가 요약은 안하겠습니다.

핵심적으로 지금 이론의 토착화를 주장하셨고요. 그 다음에 헌법의 과부하문제에 걸리는 것 아니냐는 말씀을 하신 것 같습니다. 그러면서 그렇지 않아도 이 논쟁적인 주제에 또 하나 논쟁을 얹으시는 것 같습니다. 사죄광고사건은 우리나라에서 대사인적 효력을 인정한 최초의 판결이 아닌가라는 의견을 제시하셨고요. 또 헌법해석방법론에 관한 문제까지도 마지막에 제기를 하신 것 같습니다.

상당히 많은 쟁점이 거론되었는데 다른 지정토론자 선생님들의 토론을 듣고 종합해서 발제자께서 답변을 하겠습니다.

이어서 전종익 교수님 부탁드립니다.

< 지정토론자(전종익) 발표 >

사 회 자: 전 교수님 감사합니다.

세 가지 질문 겸 논점을 지적해 주셨습니다.

구체적인 것은 나중에 이준일 교수님께서 답변이 있겠습니다.

바로 이어서 이준상 판사님 부탁드립니다.

< 지정토론자(이준상) 발표 >

사 회 자: 이준상 판사님 고맙습니다.

이 교수님, 세 분의 여러 질문에 대해서 압축해서 중복되는 것은 묶어서 설명을 함께 해 주시고요. 설명하시면서 질문에 대한 요지를 간단하게 말씀하시면서 답변을 주시기 바랍니다.

발 표 자: 질문이 굉장히 많았습니다. 그래서 순서대로 답변을, 답변보다는 같이 논의해 보는 것으로 해보도록 하겠습니다.

김일환 교수님은 한국의 상황의 특수성을 많이 강조를 하고 대사인적 효력이 가지는 이론적인 맥락 이런 것들을 매우 강조하신 점에 대해서는 저도 충분히 동의할 수 있는 부분이라고 생각이 들고요. 그런 생각이 들더라고요, 왜 독일은 헌법재판소를 만들었고 미국은 연방대법원이 헌법재판을 하는가를 보면 여러 가지 맥락이 역시 있겠죠. 아마 독일 같은 경우에 사법에 대한 불신이 많이 반영된 것이고 입법에 대한 불신도 마찬가지로인 것이고, 미국의 경우에는 사법에 대한 신뢰가 그만큼 크기 때문에 그런게 있고, 또 잘 아시다시피 미국 연방대법원 대법관이 종신이기 때문에 권력분립 때문에 그러한 정치적인 영향을 받지 않는 상황에서 하는 그런 배경도 충분히 있다고 생각이 듭니다. 그래서 그런 구체적인 맥락들도 중요하다고 생각이 들고, 따라서 그런 구체적인 맥락에서 나온 대사인적 효력이라고 하는 법리지만 그 법리의 어떤 보편적 정당성은 충분히 우리가 생각해 볼 수 있는 가능성이 있기 때문에 단순한 그 배경적 특수성이 이론의 보편성을 배제하는 결정적 근거는 아니다 이런 생각이 들고, 오히려 굳이 그런 특수한 맥락을 고려한다면 아까 이준상 판사님도 말씀을 해 주셨지만 과연 우리 국민이 사법에 대한 신뢰를 가지고 있는가? 아니면 오히려 불신에 가까운가를 좀더 고려를 해 본다면 어떤 특수성의 맥락이 우리 특수성의 맥락과 유사한지는 결론을 내려 볼 수 있지 않을까 이런 둘러서 하는 답변을 좀 해 보고 싶고요.

그 다음에 많이 나왔던 질문이 아까 전종익 교수님하고도 겹쳤는데, 결국 보호권하고 제3자효의 관계인 것 같습니다.

제가 그래서 국내 문헌들이라든지 또 국내 문헌들이 언급하고 독일의 문헌들이라든지 이런 것들을 보면 말씀드렸던 것처럼 결국 궁극적으로 제3자효는 민사재판과 관련된 법관의 의무 그 다음에 보호권의 법리는 형사입법과 관련된 입법자의 의무라고 하는 그런 차이가 있다고 생각이 들고, 그런 차이의 가장 큰 차이점이라고 하는 것은 결국 민사법영역과 형사법영역이 다루고 있는 내용이라든지

그 안에 흐르는 체계상의 원리라든지 그 차이를 우리가 분명히 구분할 수가 있고 동시에 사법, 재판작용의 어떤 국가기능과 입법작용이라고 하는 국가기능의 근본적인 기능상의 차이를 우리가 인정할 수 있기 때문에 그러한 두 가지 관점에서 과연 이 헌법상의 법리들을 어떤 범위에서 적용할 수 있는지는 차이가 충분히 있고 실질적으로도 달라질 수 있다. 즉 보호권의 법리를 적용하는지 제3자의 법리를 적용하는지에 따라서 구체적으로 결론이 달라질 수 있고 결국 그 대상과 또 관련된 국가기능이 다르기 때문에 양자를 비교하는 과정에서도 서로 다른 결론이 나올 수 있지 않을까? 그것이 국가기능 사이에 어떤 형량의 문제라고 한다면 그런 결론이 나올 수 있지 않을까 하기 때문에 저는 기본적으로 여전히 그 차이를 구분하는 단순히 보호의무로 다 이렇게 포괄적으로 설명하는 것은 제 견해하고는 다르다 이런 생각이 들고요.

그 다음에 주로 많이 나온 질문 가운데 하나가 결국 대사인적 효력을 강화하면 헌법재판소의 권한이 비대해 지는 것 아닌가 내지는 사법의 과잉 내지는 사법의 반대죠. 재판의 과잉이 아니라 결국 그로 인한 사법의 식민화 이런 문제라든지 아주 중요한 문제라고 생각이 듭니다. 대사인적 효력의 마지막 논점은 결국 헌법재판소의 비대한 권한, 최고권력화 이것은 결국 헌법이 가장 금기시하는 그런 어떤 권력의 집중을 낳는 것은 아닌가 이런 문제들, 그래서 이런 부분들은 일률적으로 말하기는 어려운 부분이 있는 것 같습니다. 적어도 우리 헌법제정자는 사법을 두 개의 기관에 분리시켜 놓음으로써 그것도 하나의 권력분립이라는 생각이 들고, 따라서 헌법재판소의 권한이라고 하는 것도 그렇게 독일하고는 전혀 다르죠, 독일하고는 전혀 다르기 때문에 사법부의 하나로서 헌법재판소이기 때문에 헌법재판소의, 결국 누가 또 나중에 헌법재판소를 그러면 권력을 통제할 것인가라고 하는 문제도 나올 수 있지만 헌법재판소가 결국 사법의 영역에 얼마만큼 관여할 수 있는 것인지 내지는 법관의 재판을 얼마만큼 통제할 수 있을 것인지 그것은 결국 우리 헌법체계 안에서의 헌법재판소의 지위와도 관련되어 있는 문제라고 생각이 들고요. 그래서 헌법재판소가 모든 사안에 대해서 모든 재판 특히 민사재판에서 모든 경우에 이렇게 개입해야 되는 어떤 근거로서의 대사인적 효력은 분명히 아니라고 하는 생각이 들고, 그런 문제는 결국 이것이 권력의 실질적인 균형과 견제라고 하는 측면에서 이해되어야 되지 않겠는가? 그래서 대사인적 효력을 인정해서 민사재판에 대한 헌법재판소의 개입이 사법의 독자성 내지는 더 나아가서 결국에는 사법을 적용하는 사법의 독립성을 반드시 침해한다. 이렇게 보기는 어렵지 않겠는가 이런 생각이 들고요.

김일환 교수님이 아주 중요한 질문을 해 주셨는데, 기본권의 대사인적 효력이 결국 헌법의 어디에도 명시되어 있지 않은 것들인데 지나친 헌법해석의 확대, 사실상 헌법개정 아닌가라고 하는 논의, 아주 중요한 지적이라고 생각이 드는데요. 결국 헌법해석의 한계가 어디인지 이런 문제인 것 같은데, 결국 헌법은 잘 아시다시피 개방성이라고 하는 특징 때문에 사실상 어디까지가 헌법해석이고 어디까지가 헌법개정인가라고 하는 그런 구분점도 사실은 모호하지요. 그러나 아까 다 인정하셨던 것처럼 결국 이 기본권의 강화라고 하는 이것이 아까 우리 이준상 판사님 질문중에도 있었는데 결국 이것이 어떤 헌법적 논리 때문에 이런 결과를 도출하는 것이 아니라 오히려 헌법소원제도가 먼저 인정되기 위해서 이런 논리를 개발하는 거 아니냐 이렇게, 결국 무엇이 문제라고 하는 그런 문제 그것도 지적을 하셨는데요. 결국 헌법해석의 목적을 좀더 정확히 본다면 그것이 헌법재판소의 권한강화를 의도적으로 목적했다든지 또는 재판소원제도를 의도적으로 목적하고 이런 이론을 개발했다기 보다는 우리가 과연 헌법국가의 이념이라는게 무엇인지, 그런 관점에서 또 헌법을 해석한다면 기본권의 전체적인 의미는 무엇인지, 그렇다고 한다면 전체적인 방향은 결국 기본권의 강화, 결국 기본권의 효력의 확대 그것에 의한 부수적인 결과로서의 헌법재판소의 권한강화라든지 재판소원제도를 이해하는 것이 논리적인 순서로서는 맞지 않는지, 이것을 오히려 역으로 생각하는 것은 정치적, 전략적인 접근은 아닌지, 저는 오히려 그런 생각이 들고요.

마지막 한 가지는 과잉금지하고 과소금지문제도 있었던 것 같습니다.

그래서 여러 선생님들이 질문이 공통되는게 있었던 것 같고, 아까 우리 전종의 교수님도 기본권충돌문제도 말씀하셨던 것 같은데, 저는 아까 말씀드린 대로 기본적으로 기본권의 이른바 생활영역에 따른 구분보다는 기본권의 기능에 따른 구분에 좀더 포커스를 맞추는 것이 중요하다는 생각이 들고요. 그런 관점에서는 국가에 대한 전통적인 방어권, 즉 부작위를 요구하는 그런 권리는 과잉금지원칙으로도 충분히 설명이 되지만, 다만 전제는 과연 급부권을 권리로서 인정할 수 있을 것인가는 아까 서두에 말씀드린 것처럼 대체적인 경향들은 이것을 국가의 의무로서 한정지으려고 하는 견해들이 다수 존재하기 때문에 과연 이것을 권리로서 볼 수 있겠는가라고 하는 논의, 그래서 결국 보호권이라든지 또 절차권이라든지 사회적 기본권이라든지 이런 것들을 과연 권리로 볼 수 있는지에 대한 논쟁을 전제로 해서 이런 권리들이 주관적 권리로 인정될 수 있다고 한다면 당연히 비례성원칙이 적용되는 방식은 구조상의 차이 때문에 즉 부작위를 청구하는 권리와 작위를 청구하는 권리, 급부를 청구하는 권리는 기본적인 구조, 보호영역이 다르기 때문

에 그것을 제한하는 양태도 다르고 당연히 그것을 정당화하는 양식도 하나는 과잉금지가 되어야 되고 하나는 과소금지가 되어야 된다. 다만 결론적으로는 과잉금지나 과소금지는 결국 비례성원칙으로 모아질 수 있는 상위개념으로 모아질 수 있는 것이고, 비례성원칙이라고 하는 것은 오히려 적합성이나 필요성과 같은 심지어 헌재가 제시하고 있는 목적의 정당성보다는 결국은 서로 충돌하는 두 가지 가치의 형량 그것이 기본권과 공익이든 기본권과 기본권이든 같은 맥락에서 볼 수가 있다고 한다면 결국은 궁극적인 내용은 같다. 다만 기본권의 보호영역과 기능이 다르기 때문에 형량하는 과정에서 헌법재판소가 더 비중을 둘 때 약간의 차이는 날 수가 있지만 기본적인 구조는 형량이라고 하는 점에서 차이가 없다는 생각이 들고 그렇기 때문에 어떤 면에서는 기본권충돌이라고 부르는 것들도 사실상은 기본권제한이다. 결국 기본권을 제한하는 근거가 공익이 되는 경우에는 우리가 흔히 기본권제한으로 설명하지만 기본권의 제한의 근거가 되는 것이 기본권일 경우 기본권의 충돌로서 설명을 하지만 양자의 차이는 사실상 구조적인 차이는 없다. 물론 그것이 충돌하는 이익의 비중이 다르기 때문에 결과는 달라질 수가 있다. 그렇기 때문에 대사인적 효력과 기본권충돌의 관계에 있어서는 결국은 대사인적 효력에 있어서도 기본권충돌의 문제가 사법의 영역에서 반영이 되는 것이다. 그것도 결국 재판이라고 하는 사법작용에서 드러나는 것과 입법수준에서 나타나는 기본권충돌은 당연히 역시 이것이 구분될 수 있다면 차이는 있다. 질문이 결국 아까 보호권문제하고도 겹치는데 과연 이런 사법과 형사법 내지는 입법작용과 사법작용이라고 하는 이 영역들을 구분하지 않은 채 보호권의 법리라든지 기본권충돌의 법리를 마구 섞어서 사용하게 되면 논리적으로 혼란을 가져오지 않을까? 그렇게 본다면 사실상 보호의무, 대사인적 효력, 기본권충돌, 이런 것들이 다 그냥 결국 혼용이 되어 버리는 이런 논리적인 불명확성에 빠지는 것은 아닌지 이런 생각이 들고요.

마지막 아까 전중익 교수님 말씀하셨던 그것만 하나 더 답변하겠습니다.

제가 발표한 논문 중에 논리적으로 서로 모순되는 문장이 있는 것 같다. 제가 앞쪽에 기본적인, 이런 대사인적 효력의 법리를 관찰시키기 위해서는 재판에 대한 헌법소원이 도입되는 것이 맞다는 생각이 드는데요, 그것은 결국 논리적 정당성의 문제이고, 다만 우리가 충분히 고려해야 되는 것은 당연히 아까 뭐 한국의 특수성도 고려해야 된다고 하는 점도 마찬가지로 현실적인 타당성의 문제를 같이 검토한다면 당연히 우리 법원이 그야말로 미국의 법원처럼 국민의 신뢰를 받고 있는가라고 하는 점하고 결국은 미국처럼 대법원이 헌법재판을 담당하는 그런 제

도적인 틀이 있는가를 당연히 고려를 해야된다고 하는 관점에서 고려되는 요소로서의 어떤 현실적 타당성을 이야기하는 것이고, 이 뒷부분 현실적 타당성이라는 얘기가 이런 마지막 결론이 어떤 정책적 판단을 위한 그런 고려로서 고려된 것이 아니라 적어도 이런 논리적인 정당성을 검토할 때는 현실적인 타당성이 고려되어야 되기 때문에 그런 관점을 고려한다고 하더라도 더 나아가서는 그런 타당성을 고려했기 때문에 그런 측면에서도 결론적으로는 재판소원이 도입되는 것이 맞지 않는가 이런 생각이 들고요.

마지막 평등권 아까 이준상 판사님 말씀하셨던 부분, 입법의 부족으로 돌리셨는데 결국, 제가 본 최근의 대법원 판례 중에 가장 인상 깊은 판례는 트랜스젠더의 성별변경을 허가한 판례가 저는 대단히 기본권을 존중한 판결이라는 생각이 들더라고요. 우리 대법원이 참 많이 변했다라고 하는 생각이 들고 이런 것들을 보면 대사인적 효력을 인정하지 않아도 되겠다. 이런 생각이 들 정도로 아주 대단히 진보적인, 그리고 대법원 홈페이지 첫 페이지에도 나와 있는 그런 기본권존중의 판결이라는 생각이 드는데, 잘 아시다시피 독일 같은 경우에는 법원에서 법이 없다는 이유로 트랜스젠더의 성별변경을 인정하지 않았다가 위헌적 판결로 취소된, 그래서 법을 만들어 낸 계기가 된 그런 것이 있는데도 불구하고 우리 대법원은 오히려 더 적극적으로 전혀 입법이 없음에도 불구하고 트랜스젠더의 그러한 인격권, 이름변경에 관한 권리를 인정한 것들을 보면 이것이 단순히 입법의 부족으로만 이야기하기는 어렵고 사법부의 기본권존중에 대한 적극적 태도에 따라서 충분히 바뀔 수 있는 것이기 때문에, 특히 차별문제와 관련해서는 오히려 입법의 부족이 있기 때문에 차별사안들을 다루지 않겠다라기 보다는 오히려 입법의 부족이 있기 때문에 이런 경우에야말로 사인간의 관계에서 사법부가 좀더 적극적으로 기본권을 존중하는 그런 재판을 하는 것이 맞는 논리적 근거가 되지 않나 그런 생각이 듭니다.

다 대답했는지는 모르겠습니다. 여기까지 생각나는 대로 답변했습니다.

사 회 자: 어느 정도 답변이 된 것 같습니다.

지정토론자분한테는 나중에 혹시 기회가 되면 다시 말씀드릴 기회를 드리겠습니다.

상당히 많은 쟁점을 한 7개정도 논점을 정리해서 말씀해 주셨습니다.

사법부 불신이라고 하는 요소가 지금 제3자효 문제가 거론되는 가장 큰 배경이 아닌가 우리 사회에서, 하는 문제를 지적하신 것 같고요.

그 다음에 논쟁이 될 수 있는 부분이 제3자효의 법리하고 보호권의 법리를

구분해야 된다. 기존에 논의들 중에는 이것을 구분하지 않았던 그런 글들이 있었고 그것을 지금 비판하고 계신 것이고요. 아마 플로어에서 또 질문이 있으리라고 보여집니다.

또 중요한 문제는 결국은 대사인적 효력의 문제를 인정하게 되면 헌법재판의 권력이 비대화되는 것 아니냐? 아까 김일환 교수님이 헌법의 과부하라고 말씀하셨는데 이에 대해서도 결국 균형과 견제의 원리에서 헌재가 개입한다 하더라도 그것은 사법부의 독립을 침해한다고 볼 수는 없다는 입장이신 것 같고요.

그 다음에 과잉금지와 과소금지의 문제도 언급을 하셨고, 트랜스젠더 사안의 경우에 우리 법원이 적극적인 것 같다는 말씀을 하셨습니다.

몇 가지 다른 쟁점을 정리를 하셨습니다마는 이게 워낙 쟁점이 많아서 어느 것부터 정리가 되어야 될지 모르겠습니다마는 일단 플로어에서 질문부터 받겠습니다.

자기 소속과 성함을 말씀해 주시고 가급적 짧게 질문형식으로만 질문해 주시기 바랍니다.

정 문 식: 전남대학교 법과대학의 정문식입니다.

학생들한테 강의할 때 항상 “강의는 강의일 뿐 오해하지 말자” 이래가지고 강의하는데, 역시 마찬가지로 재미있게 하기 위해서 하는 것이니까 너무 오해는 없으시기를 부탁드립니다.

제가 이준일 교수님으로부터 해답을 얻기 위해서입니다.

어떤 문제가 있느냐? 어느 날 저에게 전지현과 김태희 씨가 동일하게 청혼을 했던 말입니다. 저로서는 엄청난 기쁨인데 선택을 해야 돼요. 우리 와이프를 버릴 것이냐 아니면 불쌍한 전지현을 택할 것이냐, 아니면 아무런 부족이 없는 김태희를 택할 것이냐? 제가 만일 김태희를 택했다면 저희 와이프는 혼인의 자유에 대한 침해 그리고 전지현은 평등권에 대한 침해를 주장해서 헌법소원심판을 청구할 것인가? 이게 과연 가능한 일인가에 대한 이런 개인간의 분쟁에 대해서도 깊이 헌법재판소 기관이 개입을 할 것인가? 저는 이런 식으로 학생들한테 가르치면서 기본권의 제3자효력에 대해서 부정적인 입장을 피력합니다.

두 번째, 과연 기본권의 제3자적 효력을 인정한다면 그것이 기본권의 신장을 가져오는 것이 분명하냐? 첫 번째, 자! 제가 전지현 했습니다, 그랬더니 헌법재판소가 아니 김태희가 더 나아 김태희, 그러면 김태희 씨의 기본권은 강화될지 몰라도 전지현이나 제 와이프의 기본권은 강화된 것인가? 결국 기본권을 고려하라는 것하고 기본권을 인정해서 실현시키는 것하고는 좀 다른 문제가 아닌가?

지금 이준일 교수님의 전공이신 비례성원칙을 고려한다면 비례의 원칙은 누구의 기본권을 일방적으로 보호하라는 말이 아니라, 고려하라는 의미입니다. 그렇기 때문에 반드시 그들의 기본권을 고려한다는 것이 그들의 기본권을 완전히 보장하는 것하고는 조금 구별이 되는 게 아닌가?

만약에, 세 번째입니다. 이렇게 기본권을 인정해야 된다고 끝까지 주장을 한다면 문제는 기본권의 기능에 있어서 의문이 제기됩니다.

기본권은 개인의 자유를 신장시키고 보장하는 것이었습니다. 그런데 이제는 기본권이 개인의 자유를 신장시키는 것이 아니라 기본권보호의무 때문에 기본권 보호 때문에 제 자유는 없어지고 저는 전지현과 결혼을 해야 되든지 김태희와 결혼을 해야 되든지 그러면 제 기본권은 상대적 입장에서 기본권의 신장이 아니라 의무로 바뀌는 문제가 발생하는데 이것은 어떻게 해결할 것인지?

네 번째, 기능뿐만 아니라 기본권의 개념자체에도 큰 혼란을 가져옵니다.

왜 그러느냐? 기본권은 기본적으로 제가 배울 때는 국가에 대한 개인의 자유와 권리였습니다. 그런데 지금 말씀하시는 기본권이라고 하는 것은 개인에 대한 개인의 자유와 권리가 되어 버렸습니다. 그러면 이것은 권리의 개념하고 기본권의 개념을 두리뭉실 뭉쳐가지고 모든 개인의 자유와 권리를 지켜야 된다. 그것이 국가이든 개인이든 이렇게 주장한다면 그러면 이것은 기본적인 기본권개념, 국가로부터 보호받아야 한다는 국가에 대해서 자유를 주장해야 된다는 이런 기본권의 개념자체가 흔들리게 아닌가? 그러면 앞으로 기본권은 국가는 필요가 없고 무조건 개인이든 국가든 전부 다 보호해야 되는 모든 자유와 권리라고 한다면 이것은 기본권의 개념에서도 큰 혼란을 가져오지 않을까 이런 생각을 해 봅니다.

또 하나 이것은 질문은 아닙니다마는 그러면 제가 만약에 질문만 해 버리고 대답을 안 한다면 이것 역시 평등원칙에 위반됩니다. 저도 우리 이준일 교수님께 평등권을 침해한다고 “너는 왜 질문만하고 대답은 안 해. 네 견해는 뭐야?”라고 말씀하시면 저는 그래서 기본적으로 기본권의 수호자는 국가일 뿐이지 개인은 아니다.

첫 번째 우리 헌법상 기본권의 제3 자효력을 직접적으로 인정할 근거는 없다고 생각합니다. 21조 4항 없다고 해서 개인의 명예와 인격이 보호 안 되느냐? 아니라고 생각합니다. 37조 2항이 있습니다. 또 헌법 33조, 한 가지 분명히 구분해야 될게 있습니다. 우리 헌법 33조는 단결권을 보장하고 있지 독일 헌법처럼 사인간의 계약자체를 무효화시키지 않습니다. 독일 헌법 9조 3항은 “노동경제조건의 유지와 개선을 위해 단체를 결성할 권리는 모든 직업에 보장된다. 이 권리를 제한하거나 방해하려는 협정, 개인간 협정은 무효다. 이를 목적으로 한 조치도 위법이

다.” 결국 사인간의 계약에 대해서 국가가 헌법이 무효를 선언한 것입니다. 그러니까 기본권의 직접적 효력을 인정할 근거가 됩니다. 그런데 우리 헌법조항에는 그럴 만한게 있을까에 관해서 조금 의문이 듭니다. 10조에서도 국가에게 요구를 하고 있지, 사인에게 요구하고 있느냐 이런 것이 제 개인적인 답변이고.

두 번째, 바로 그러면 간접효력설을 취할 것이냐? 저는 이제 학생들에 대해서 간접효력설 ….

사 회 자: 정 교수님 답변은 안하셔도 될 것 같은데.

정 문 식: 예, 또 하나 이것은 답변은 아니고요. 아까 말씀하신 재판소원, 법원에서 상당히 부담스러운 것 같습니다.

그런데 저는 그러면 법원의 재판소원 안 되면 독자적으로 만들면 되는 것 아닙니까? 68조 2항에다가 법률위헌심판제청 안 되면 소원할 수 있듯이, 기본권 침해되었다 생각하면 사인에 의해서, 다시 그러면 헌법소원 가져오면 되죠. 꼭 재판소원 가지고 대법원의 심기를 건드릴 필요가 없지 않은가 그런 생각을 해봅니다.

이상입니다.

사 회 자: 고맙습니다. 정문식 교수님.

아주 행복한 고민을 말씀하셨는데 저 같으면 중혼을 금지하는 법률의 위헌여부를 다루겠습니다.

아주 원론적인 문제제기를 하셨습니다. 지금 우리나라에서는 기본권의 대사인적 효력은 당연히 인정된다는 전제하에 누구나 논의를 하고 있는데 지금 몇 안 되는 극히 소수의 의견이 지금 개진되었습니다. 우리나라에서 찾기 쉽지 않은 의견이라고 저는 생각되는데 혹시 이 자리에서 다른 여러 논쟁거리가 많습니까마는 먼저 이게 문턱을 넘어가야 되는 논점이라서 혹시 이와 관련해서 또 다른 견해가 있으시면 다른 견해나 아니면 같은 견해나 아니면 답변도 좋습니다, 플로어에서.

기본권의 대사인적 효력은 인정될 수 없다. 지금 우리 논의 발제를 완전히 부정하는 발언을 하셨습니다.

정 문 식: 오해를 방지하기 위해서 아까 말씀드렸지만 저도 아마 제 기억에 이인호 선생님도 인정하지 않는 입장쪽이라서.

사 회 자: 그래서 얼마나 반가웠는지 모릅니다.

정 문 식: 그러면 지금 평등원칙에 위반되니까 그렇다면 저도 사실은 기본권의 제3자효력을 부정해라. 이런 것보다도 기본적으로 이 이론을 도입할 때 근본적인 취지, 우리가 기본권보장에 있어서 참 애매한 기본권보호영역의 밖에 있는 경계선에 있는 어려운 문제들 이것들에 대한 인식은 분명히 인정을 합니다.

또 법원입장에 대해서도 저도 개인적으로 기본권의 제3차효력은 인정된다고 하고 또 제작년인가요. 교사들 수업거부에 대해서 대법원이 교사들의 그런 교육권도 있지만 학생들의 학습권 이것 때문에 충돌하는 것을 인정했습니다. 거기서 분명히 형량을 했습니다. 제가 말씀드리고 싶은 것은 이게 인정한다고 해서 반드시 기본권의 확실한 보장 이런 것은 좀 생각을 해봐야 되지 않을까 이런 입장이지, 제가 기본권의 제3차효력을 부정한다 이렇게 말씀드리면 조금.

사 회 자: 알겠습니다.

혹시 여기 관련해서, 다른 분들은 다 반대하실 것 같은데요.

방송주 교수님.

방 송 주: 다른 분들이 말씀을 안 하시기 때문에 제가 먼저 이 말씀을 드리고 넘어가도록 하겠습니다.

아까 정문식 교수님 원칙적인 견해에 동의를 하고요. 그런데 전체 자체가 잘못된 것 같아요. 전지현하고 정문식하고 누구였죠 한사람이? 김태희하고. 이 셋은 다 평등해요. 누군가가 더 많은 권력을 가지고 있는 사람이 아니거든요. 그런데 예컨대 사랑의 권력을 가진 자, 마틸린 먼로라고 할까요. 하여튼 누가 될는지 몰라도 그 사람이 나로 하여금 결혼을 강제한다든가 안 할 수 없도록 만드는 상황이 되게 되면 그런 예외적인 상황에 대해서는 문제가 달라지는 것이죠. 이렇게 좀 비유말씀을 드리면서, 이 대사인적인 효력의 문제라고 하는 것은 당연히 대국가적인 효력이 원칙인 것을 전제로 예외적인 현상에 대한 기본권보장에 대한 빠짐없는 보장, 이것을 하기 위한 예비적인 수단에 불과한 것이지 이 원칙과 예외가 뒤바뀌어서는 안 될 것이라고 봅니다.

그 다음에 두 번째로 저도 질문드리고 싶었던 것 중에 하나가 가장 중요한 것은 기본권의 효력하고 대사인적인 효력 얘기를 하는데요. 이 기본권의 효력이라고 하는 것의 헌법적 근거가 도대체 뭐냐? 더 나아가서 대사인적인 효력의 헌법적 근거가 뭐냐? 이준일 교수님 발표문에 수없이 많은 추상적인 용어들이 난무했습니다마는 헌법의 명문규정에 대한 언급은 거의 찾아볼 수가 없었어요. 우리는 우리 헌법으로 하는 것이지 독일의 어떤 헌법이론을 따라서 그것을 우리 헌법에다가 꿰어다 맞추는 일들을 하는 것은 아니라고 봅니다. 옛날에는 저도 그랬던 것 같아요. 요즘은 조금 철이 들어가지고 자꾸 이게 우리 헌법이 눈에 보이더라고요. 그래서 그 관계를 한번 관련지어서 보면 아까 정문식 교수님도 말씀하셨습니다마는 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적인 인권”을 하시면서 뒤를 흐리셨거든요. 그러니까 거기서 국가라고 했지 누가 개인이라고 그랬느냐, 거기까지는 맞는

말씀이죠. 그런데 그렇다고 해서 다 끝납니까? 이 기본권의 침해는 국가만이 하는 게 아니에요. 유명철, 요새는 강호순, 지존파, 막가파 수없이 많지 않습니까? 그런 사람들에게 의해서 사적인 생명, 신체 또 막강한 경제권력을 가진 사람들에 의한 사적인 어떤 재산관계나 사적 지위에 대한 침탈 이런 것들이 수없이 난무하는 상황 속에서는 국가가 자기가 직접 침해하지 않는다고 해서 문제가 끝나는 것은 아니거든요. 그럴 때는 헌법은 종잇장에 불과할 수도 있는 것이죠.

사실은 저는 그래서 이 헌법 제10조를 잘 해석해야 된다고 보는데 제2문이 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 그 다음에 이를 보장해야 한다. 이렇게 되어 있습니다. 왜 확인의무에 대해서는 우리나라에서는 언급이 없는지 모르겠어요. 그러면 확인이라고 하는 말은 뭘까요? 제가 생각할 때는 거기서는 기본권이 가지는 것 이것을 국가가 그냥 확인했으면 된다. 이것이 아니고 침해하지 말라고 하는 뜻이죠. 그렇다면 여기서는 방어권의 헌법적 근거를 찾을 수 있을 것이며.

그 다음에 이것을 또 적극적으로 보장해야 된다고 하는 얘기까지 나오거든요. 이것은 틀림없이 보호의무보다는 훨씬 더 넓은 개념이라고 생각할 수 있을 것 같습니다. 단순히 사인에 의한 사인의 기본권적 법익에 대한 침해에 대해서 보호할 뿐만 아니라 그밖에 여러 가지 제도적, 절차적인 문제까지도 수없이 많은 보장수단이 있지 않습니까? 그것까지 다 하라. 이런 명령이지 않습니까? 그렇다면 헌법 제10조 제2문을 근거로 했을 때 틀림없이 우리는 사인이 사인의 기본권을 갖다가 얼마든지 침탈해서는 안 되도록 국가가 뭔가를 해야 할 의무가 있다고 하는 것을 거기서 도출해낼 수 있을 것 같아요. 이러한 어떤 매개구나, 어떤 수단을 거쳐서 그 다음번에 이어지는 기본권에 있어서 어떤 보호의무를 도출해내는 것은 제가 이해가 가는데 난데없이 보호권이라고 하는 개념이 나와 가지고 사회권, 절차권 막 해서 나오는데 보호권의 실체가 뭘지 모르겠습니다.

그러니까 제가 생각할 때는 오히려 기본권의 대사인효는 보호의무이론을 사적 영역에서 그것을 끌어다 적용한 것이다. 저는 이렇게 이해를 하는데, 이준일 교수님은 보호의무하고 보호권을 동일한 개념으로 보신 다음에 제3자효의 문제하고 보호의무라고 하는 것은 그렇게 혼용할 수 있는 것이 아니다, 형법적인 영역에서만 보호의무를 적용할 수 있는 것이다. 이렇게 말씀을 하시는데, 제가 생각할 때는 오히려 구별되어야 될 것은 보호권과 보호의무일 것 같아요. 보호권이 갑자기 튀어 나올 수는 없다고 생각이 됩니다. 보호의무도 우리나라에서는 아직까지 인정, 막 시작단계거든요 사실. 그런데 이 보호의무의 분명한 인정근거를 헌법적

으로 분명히 우리가 찾아주고 그런 다음에 어떠한 요건하에서 보호권을 특히 보호청구권을 인정할 수 있을 것인지 이 문제는 그다음 단계문제죠.

독일에서 논의되는 알렉시류의 어떤 보호권이라고 하는 그 표현이 우리에게 있어서 마치 다 명문으로 인정되는 기본권인 것처럼 쓰여지는 것은 상당히 문제가 있을 수 있다 이렇게 생각이 됩니다.

그 정도까지만 하겠습니다.

사 회 자: 고맙습니다. 방 교수님.

혹시 방 교수님의 답변 겸 질문에 이어서 토의를 해 주실 분.

손형섭 박사님.

손 형 섭: 손형섭 연구원입니다.

질문을 좀더 구체적인 얘기로 들어가서 한번 드려보고 싶습니다. 잘 몰라서 드리는 질문인데요. 대사인적 효력이 인정이 되면 그러면 재판소원을 인정하는 것이 논리적인 필연인가 아니면 정책적으로 그렇게 하는 것이 바람직한 것이라고 생각하시는가, 이것에 대해서 좀 여쭙보고 싶습니다.

민사관계에서는 물론 재판을 통해서 재판작용이 있으니까 그것이.

사 회 자: 논리필연인가 정책적 문제인가는 아까 진중익 교수님이 하셨나 이준상 판사님이 하셨나 해서 어느 정도의 답변은 했었던 것 같은데요.

손 형 섭: 관련되어서 좀더 부연적인 얘기를 하고 싶습니다.

일단은 지금 재판작용, 민사관계를 결국은 재판작용으로 하는데 9페이지 보면 기본권의 대사인적 효력을 관철하기 위해서 제도적인 장치로 재판에 대한 헌법소원이 필요하다 그런 얘기를 하셨는데요, 마치 이것을 좀 잘못 이해하면 마치 재판소원이 대사인적 효력의 무슨 대상이거나 그런 식의 오해가 있을 수도 있지 않나 생각하고요. 그래서 기본적으로 대사인적인 문제는 대국가적인 문제이기 때문에 결국은 핵심위가, 예컨대 민간의 문제를 다룬다고 해서 그것이 마치 대사인적인 문제인 것처럼 이해할 수 없는 것처럼 마찬가지로 생각하고요.

그리고 법원이 이제, 결국은 법원도 헌법아래 제반법률에 의해서 판단을 하는 것이니까 법원의 그런 재판에 대해서 헌법재판소가 일정한 컨트롤을 할 수 있는가 없는가는 일종의, 한번 말씀이 나왔던 것처럼 헌법정책적인 어떤 그런 고려가 아닌가, 그 부분에 대해서 공백상태가 있는 것인가 아닌가. 그렇게 생각해야 되지 않는가 생각하고요. 그리고 결국은 대사인적 효력이 미국에서 많이 거론이 잘 안 되는 것은 미국 자체는 법원에서 기본적으로 민사관계를 다 다루고 법원에서 헌법적인 판단도 할 수 있으니까 그것에 대해서 명확히 구분할 필요가 없기

때문에 그렇게 되지 않았는가 생각해서 결국은 지금 이렇게 나누는 그런 대사인적인 효력과 대국가적 효력을 나누는 것도 어떻게 보면 헌법재판소형 국가 또는 독일식의 어떤 이론적인 특유성이 있지 않는가라는 생각 또는 질문도 드리고요.

그래서 결국에는 대사인적 효력이 인정되면 이것이 재판소원에 대해서 헌법재판소가 권한을 갖는 것이 논리필연인가라고 생각하시는지 아니면 관철하기 위한 제도적 장치로 필요함을 확인할 수 있다고 하셨으니까 논리적으로 있으면 좀 좋겠다 정책적으로 그렇게 생각을 하시는 건지 그것을 여쭙보고 싶습니다.

사 회 자: 고맙습니다.

지금 세 분의 질문이 있었는데, 이 교수님 간단하게 답변을 좀 해 주시죠.

발 표 자: 우선 정문식 교수님 질문은 많이들, 결국 대사인적 효력이 인정되거나 또 재판소원이 인정되었을 때의 여러 가지 문제점들을 열거해 주신 것 같습니다.

사적자치의 영역에 국가가 지나치게 개입하는 것은 아닌지, 기본권의 신장이 아니라 오히려 의무의 부과 내지는 더 나아가서 기본권의 확정적 보장도 아닌 것이 기본권보장인 것처럼 보인다든지, 도대체 헌법해석적으로 제3 자효를 인정해야 할 근거가 무엇인지, 이것은 아까도 약간 중복된 측면이 있는 것 같은데요. 결국 반복하자면 그런 비판은 우리 정종섭 교수님도 제가 잠깐 교과서를 보니까 대사인적 효력에 반대하는 입장이시더라고요. 사실상 슈바베의 견해를 인용해서 사이비문제라고 하는 걸로 드러나는 그런 의견상의 문제일 뿐이다. 이런 식의 견해를 가지고 있으신 것 같더라고요. 결국 그런 견해들의 결론은 미국식 견해로 가더라고요. 결국 이것은 기본권은 대국가적 효력을 인정하는데 그치기 때문에 사인간의 효력은 어떻게든 그 사인간의 관계를 국가와 연결시키는 그런 것이기 때문에 결국 그렇게 가든지, 결국 그것은 사인적 효력의 범위를 축소하는 내지는 거의 사실상 부인하는 그런 결론들이 여전히 있고, 좀더 적극적이고 좀더 급진적인 견해들은 결국 국가의 후견주의 파터널리즘을 지지하는 근거로서 보호권이든 보호의무든 국가의 사인영역에 대한 개입을 정당화하는 일종의 심하게 얘기하면 보수주의적인 그런 견해로까지 매도를 하는 그런 견해도 있던 것 같습니다.

그래서 저는 개인적인 결국 국가의 역할과제를 충분히 이 대사인적 효력을 통해서 확인할 수 있다는 생각이 들고, 오히려 대사인적 효력이라든지 또는 그것이 구분하든 같은 것이든 간에 보호권이라든지 보호의무를 통해서 이 기본권을 통해서 국가가 어디까지 개입해야 될 것인지의 영역을 확정하는 문제이지 이 사인적 효력이나 이런 보호권, 보호의무를 가지고 국가의 개입을 정당화하는 그런

것은 아니다, 그래서 결코 후견주의적인 그런 결론에 도달하는 것은 아니다 이런 생각이 들고요.

그리고 굉장히 중요한 지적이라고 생각이 드는데, 대사인적 효력을 인정한다고 해서 기본권이 확정적으로 보장되는 것은 아니다. 당연하죠, 그것은 당연한 이야기고. 결국은 확정적 보장의 문제가 아니라 기본권에 대한 고려 내지는 배려의 문제이기 때문에 결국 중요한 것은 밸런스의 문제겠죠. 균형의 문제, 궁극적으로 서로 충돌하는 기본권들 사인간의 기본권들은 어떻게 조정할 것인가 국가가, 그것을 입법을 통해서 조정하든지 아니면 입법을 통해서 충분히 조정하지 못한 영역에 대해서는 법관이 당연히 충분히 조정해줘야 되는, 그러니까 대부분의 형사입법은 이미 죄형법정주의 이런 원칙들이 있기 때문에 국가가 적극적으로 뭐 완벽하다고 볼 수는 없지만 충분히, 요즘 흉악범들 얘기를 했지만 이미 그런 것들이야 형사법으로 입법이 다 되어 있는 문제이기 때문에 그런 문제는 이미 입법적으로 해결되었고, 결국 그런 형사적이 아닌 민사적인 문제는 결국 사적자치의 원칙이라고 하는 대원칙에 맡겨져 있기 때문에 결국은 이 원칙 안에서 국가가 개입하지 않았을 때 발생하는 기본권 침해 나아가서 결국 서로 충돌하는 기본권들의 부조화를 어떻게 재판에서 고려하고 균형을 다시 찾아줄 것인지 이런 것이기 때문에 결국 방승주 교수님의 질문에 다시 한번 연결이 되는데요. 저는 기본적으로 구분이 될 필요가 있다 생각이 들고. 자꾸 혼란을 가져오는 이유는 아까 나왔던 것처럼 민사상 불법행위부분인데 그 부분은 아까 질문 있었는데 제가 답변을 건너 뛰었습니다마는 전종의 교수님 그런 말씀하셨죠. 형사재판의 경우에도 법관이 사실상 하지 않느냐? 그러나 형사의 경우에는 입법과정에서 충분히 이미 고려가 되어서 정형화되어 있기 때문에 민사상불법행위하고는 분명히 차이가 있다. 다양한 기본권들이 충돌하는 민사상 불법행위와 이미 정형화되어서 충돌될 가능성이 있는 기본권들을 고려해서 형사입법을 하는 경우는 다르기 때문에 형사재판과 민사재판은 분명히 다르고 그런 측면에서는 이 중간영역으로서의 민사 불법행위의 경우에는 차이가 있는 것 같습니다.

그리고 여러 번 나온 것처럼 중요한 질문인 것 같은데, 헌법적 근거가 뭐냐 도대체? 글쎄, 방승주 교수님의 견해는 일면 타당한 면이 있다고 생각이 들고요. 그런 어떤 헌법적 근거를 찾아간다고 하는 것은 당연한 문제인 것 같습니다. 헌법적 논증의 당연한 전제이기 때문에 저도 부정하지는 않습니다.

다만 적어도 대사인적 효력의 근거를 인정하고 있는, 또 이론적 배경이 되고 있는 독일의 경우에는 적어도 기본권의 객관적 성격에 대해서 헌법적 근거가 없

지만 관례를 통해서 끌어내고 있기 때문에 적어도 헌법적 근거만을 찾아야 된다고 하는 문제로 돌아가면 대단히 난망하기는 하지만 적어도 헌법적 근거가 없다는 이유만으로 그런 해석의 가능성을 배제하는 것이 맞는 것인지? 그리고 이 문제를 결국 10조 2문의 문제로, 직접적 근거를 10조 2문으로 보는 것은 결국은 반복이 되겠지만 기본권보호에 관한 내용을 국가의 의무로 보는 경우에만 정당한 것이지 국민의 권리로 볼 수 있는 경우에는 적절하지 않다. 내지는 이것은 오히려 모든 국가권력의 기본권 구속의무와도 더 연결이 되기 때문에 결국 거슬러 거슬러 가서 추상적인 관점에서는 간접적인 근거는 될 수 있을지 모르지만 과연 이것이 직접적 근거가 될 수 있는지? 그래서 아까 이 부분도 잠깐 빠뜨렸는데 김일환 교수님께서 직접적 근거가 뭐냐 라고 했을 때 저는 오히려 그렇기 때문에 굳이 헌법에서 직접적인 근거를 찾는다면 오히려 보호권 같은 경우에는 개별기본권이 결국 국가에 대한 기본권으로 규정되어 있지만 각각의 개별기본권들이 사인에 대해서도 효력을 갖는 근거로서 충분히 인용될 수 있다. 그런 측면에서 본다면 그것이 바로 해석을 통해서 각각의 기본권 예를 들어서 요즘 흉악범의 문제를 굳이 헌법적으로 논증을 해본다면 결국 그러한 생명, 신체에 관한 권리로부터 대국가적인 방어권뿐만 아니라 대사인적인 보호권을 도출할 수 있는 근거가 각각의 개별기본권에서 명시적 근거가, 기본권보호권에 관한 근거가 없는 한 내지는 일반적 보호권에 관한 근거가 없는 한은 개별기본권에서 충분히 해석을 통해서 도출할 수 있다. 자꾸 명시적 근거를 찾는 문제는 오히려 헌법의 개방성을 도외시키고 오히려 이런 다양한 헌법해석가능성을 통한 기본권의 확대에 오히려 방해가 되지 않는가. 오히려 이렇게 된다면 우리가 지양해야 될 오히려 실증주의적인 결론, 헌법적 근거가 없기 때문에 권리가 존재하지 않는다고 하는 그것은 좀 곤란한 결론에 도달하지 않나. 오히려 국민은 기본권보장의 측면에서 더 나쁜 결과를 초래하지 않을까 이런 생각이 들고요.

손형섭 연구원님 질문은 제가 마지막 질문을 잘 이해를 못했는데요. 결국 논리적 필연성과 정체성 이런 문제였던 것 같은데, 기본적으로 아까 말씀드렸던 것처럼 결국 저는 그런 면에서 형사법과 민사법을 구분해야 될 필요성이 있다. 그래서 제3 자효를 민사재판영역 내지는 이런 영역에 국한시켜야만 결국 논리적 연결성이 찾아질 수 있지 않을까라는 생각도 들고요. 이것을 자꾸 섞어버리면 왜 재판소원의 문제가 제3 자효문제하고 직접적으로 연결이 되는지가 혼란스러워지고, 저는 아까도 말씀드렸던 것처럼 논리적인 그런 정당성이 충분히 있고, 다만 현실적인 타당성을 고려해야 되지만 그런 타당성을 고려했을지라도 오히려 그런 현실적

인 타당성에 근거해서 오히려 국민의 기본권을 충분히 고려하지 못한 법원재판의 역사를 통해서 오히려 더 견고한 어떤 정당성을 얻지 않을까 이런 생각이, 마지막 질문을 제가 잘 못 들어서 거기까지만 답변을 하도록 하겠습니다.

사 회 자: 어느 정도 답변이 되어진 것 아닌가 싶습니다.

이 대사인적 효력의 문제로 박사학위를 받으신 박규환 교수님도 나오셨는데 요. 박 교수님 한 말씀 해주시면 좋겠습니다.

박 규 환: 발언기회를 주셔서 감사합니다.

영산대학교 법과대학의 박규환이라고 합니다.

제가 이준일 교수님 논문에 대해서 대체로 저도 기존의 논의보다는 좀더 세밀화된 밀도 있는 어떤 대안제시를 한 논문이라는 생각이 드는데요. 그런데 다 주지하시다시피 독일에서 사실 이 부분이 독일 연방헌법재판소를 통해서 판결이 가끔씩 나오는데 그때마다 민법학자들이 잠잠하지를 않았습니다. 엄청난 비판들이 연방헌법재판소판결에 대해서 쏟아지고 그러면서도 연방헌법재판소는 쉬지 않고 가끔씩이지만 이 이론을 가지고, 물론 나중에 기본권보호의무로 추가를 좀 하기는 했지만 결과적으로 기본권의 효력을 전체적으로 국민생활 구석구석까지 미치겠다는 의지를 계속표명하면서 판결을 내놓을 때마다 사실 충격을 받는, 이게 아까도 여러 군데서 나왔지만 어떤 사람은 기본권이 보장되지만 어떤 사람은 기본권이 약화되는 결과가 나타날 수 있기 때문에 엄청난 논의와 피해자들이 발생하는데요. 실제로 민사법질서를 믿고 살았던. 그런데 독일의 민법학회에서 주장하는 민법학자들의 얘기를 가만히 보면 이것을 부정하지는 않지만 명확하게 해 달라는 거죠. 그러니까 민사질서가 지금 엄청나게 촘촘하고 정치하게 돌아가고 있는데 공법이라는 어떤 원칙이 들어오면서 민사질서가 무너질 수 있다는, 자기들이 세운 사적자치의 기본원칙들이 무너지게 되면 견잡을 수 없는 혼란으로 사회가 빠져드는 건데 도대체 무슨 근거를 가지고 이 기본권의 제3 자적 효력이라는 이름을 가지고 이렇게 되느냐? 인정은 하지만 구체적인 내용을 밝혀 달라. 그래서 그게 쟁점인데 오늘 이 논문에서 보니까 결국 저희가 공법계에서 공법학자들이 제시할 수 있는 것은 과소보호의 원칙이라든지 과잉금지의 원칙, 그러니까 어느 때 도대체 공법적 개입이 사법적 영역에 시작되느냐는 것이죠. 그러니까 명확하게 내 신체를 팔겠다. 이런 계약이 아닌 다음에야 어떻게 사인간에 발생하는 수많은 케이스들을 공법의 추상적 이론을 우리가 일반화시켜 가지고 기준을 민법학자들한테 제시할 수 있느냐. 이것을 못한다면 민법학자들의 비판은 계속될 수밖에 없고요.

저는 이준일 교수님 논문을 보면서, 물론 갈리시 교수님도 독일에서 많이 애

기를 하셨지만 많이 발전한 이론이지만 좀더 명확한 그러니까 과잉금지의 원칙과 과소금지의 원칙이 가장 구체적으로 근접했다면 민법학자들이 봤을 때 그러니까 민법학계에서 봤을 때 어떻게 우리가 좀더 구체적인 예측가능성을 줄 수 있느냐, 쉽게 얘기하면 언제 공법적 개입이 시작되었을 때 사회적인 수용이 이루어질 것인가, 이 이론쪽에서 저희가 이론개발을 못해낸다면 문제가 한국에서도 될 거라고 보는데, 물론 최근에 키코 사건이 있었지만 키코 사건 같은 경우도 아주 좋은 예가 될 수 있다고 생각하고 있습니다. 개인적으로는, 거기에 대해서 좀 생각하신 부분이 있는지 궁금하고요.

그리고 헌법적 근거부분은 사실 이 부분이 문제가 많은 부분 이라는 것은 여러 차례 나왔는데, 스위스 헌법 같은 경우는 이 논란을 헌법개정을 통해서 종식을 시켰는데 그런데 스위스의 예를 보면 헌법에 기본권의 제3 자적 효력을 인정한다는 조항이 들어갈 때나 안 들어갈 때나 현실적인 부분은 달라진게 없습니다. 그러니까 쉽게 얘기해서 법원에서는 이미 기본권의 제3 자적 효력을 통해서 판결을 하고 있었고 단지 이론적 논란을 헌법개정을 통해서 종식시켰기 때문에 근거부분에 있어서는 저희가 그렇게, 물론 있으면 좋지만 없다고 해서 이 부분을 도외시킬 수는 없는 부분이라고 생각하고요.

그리고 재판소원에 대해서는 왜 한국에서는 재판소원이 헌법재판소의 권한이 안 되는 쪽으로 결정이 되었는지 그것은 우리가 한국이 가진 법원의 어떤 문화라고 그래야 되나요? 이것을 충분히 고려해야 된다고 생각하고 그렇다면 과도기적으로 우리가 어떤 제도가 새롭게 필요한 것이 아닌가? 예를 들면 대법원에서 실제로 아까 이준상 판사님이 말씀하셨듯이 대법원판결에서도 헌법적 심사를 지금 많이 하고 있는데요, 사실 그것은 헌법재판소출범 이래 그 영향이 많이 들어갔다고 생각합니다.

하지만 우리나라의 법원문화를 봤을 때 대법원이 가지는 어떤 권위를 우리가 최대한 존중해 주면서 헌법재판소가 원원하는 어떤 그런 구조를 가지려면 결과적으로 기본권의 제3 자적 효력을 국민들에게 돌려주는 것은 일선 법관분들인데 그분들이 그런 부분을 활발하게 할 수 있도록 통로를 열어주는 것이 이런 재판소원을 인정해야 된다. 이렇게 주장하는 것보다는 과도기적인 어떠한 뭐라 그럴까 절충안이 있어야 된다는 거죠. 예를 들면 대법원 안에 헌법에 대한 재판소원에 대한 특별부를 둔다든지, 왜냐하면 지금 대법원 사건 자체가 민사뿐만 아니라 수많은 사건으로 넘치고 있는데 거기에 또 헌법까지 들어간다면 정밀한 심사를 못하기 때문에 어떤 그런 과도기적인 절충안을 학계에서 제시하지 않는다면 단순히 그냥,

저도 물론 재판소원이 허용되어야 된다고 주장하지만 과도기적인 대안이 필요한 거 아니냐, 그래야지 이 기본권의 효력이 전 국민의 구석구석으로 들어가고 결과적으로는 국민들이 알아서 기본권을 서로 존중해 주는 그런 한 단계 업그레이드 된 우리나라 사회가 되는 것이 아니냐 저는 그렇게 생각을 하고 있습니다.

거기에 대한 세 가지 부분에 대한 답변을 듣고 싶습니다.

사 회 자: 박 교수님 감사합니다.

이게 알고 보니까 헌법학자들간에 싸움이 아니라 헌법과 민법의 싸움이군요. 관련해서 질문 있으시면?

짧게 부탁드립니다.

성함과 소속을 좀 말씀해 주시죠.

사 회 자: 감사합니다.

질문이 굉장히 많은 데 정리를 좀하셔서 나중에. 또 혹시 질문 계십니까?

김선택 교수님도 할 말이 많으실 텐데 꼭 참고 계시는 것 같습니다.

김 선 택: 이름이 거명되었으니까 그냥 한마디만 하면, 우리 헌법의 기능이 뭔가? 헌법의 과제가 뭔가를 좀 생각해 봐야 될 것 같습니다.

헌법의 과제가 기본권편에 국한해서 보면 일단 약자를 보호하는데 있는 것 같아요. 소수자 보호에 초점이 있는 거다. 그러니까 기본권이 대국민적인 효력을 가질 때는 국가라는 강력한 권력과 맞서있는 개인, 약자죠. 약자를 보호하는 거고.

그런데 이런 기본권적 위험상황이라고 부르죠. 이런 것을 이런 권력적인 구조를 가지게 되는데 이거하고 매우 유사한 구조를 사회내의 권력자하고 약자가 만날 때 비슷한 상황이 됩니다.

그런데 만약 이러한 상황을 방지하게 되면 우리 헌법질서가 도달하려고 하는 그런 공동체상황에 갈 수가 없어요. 구체적으로 예를 들면 남녀의 동일노동 동일 임금의 원칙같은 것, 이게 만약에 여기서 입법에 의해서 입법이 일단 되어야 됩니다. 만약 기본권의 대사인효가 배제되어 버리면 입법으로 커버를 해줘야 돼요. 그런데 입법이 없거나 입법이 불완전하다 그런데 기본권으로 소급할 수 없다, 그러면 그 사회적 약자의 상황을 우리가 방지해 버리는 겁니다. 그러면 그런 상황에서 우리 헌법이 평등권이라고 하는 것이 무슨 의미가 있겠는가? 곤란하죠. 이런 문제 때문에 대사인효가 문제가 된 거고, 또 이 대사인효라는 문제하고 재판소원하고는 직접적인 관련은 없는 것 같아요. 그것은 문제가 다른 거예요. 그러니까 차원이 좀 다르다는 생각이 들고.

재판소원문제는 우리가 헌법재판기능을 어떻게 볼 것인지 문제입니다. 그래

서 헌법재판의 기능을 법원에 주든 헌재라는 특수한 독립기관을 만들든 그렇게 되는데 따라 다 달라질 수밖에 없어요.

문제는 입법통제기능은 헌법재판기능일 수밖에 없습니다. 기본적으로.

왜냐하면 일반사법기능은 입법통제를 할 수 없으니까. 그런데 기본권보장과 관련해서는 어디까지 할 것인가 과연? 그러니까 이것을 일반사법기관에게 헌법재판기능의 일환으로서의 기본권보장기능을 전적으로 맡길 것인가 아니면 한번 더 나아가서 별도의 통제를 할 거냐, 이것은 그야말로 헌법정책적인 문제입니다.

물론 이 안에서 우리가 아까 말씀드린 것처럼 헌법의 기능이라든가 또는 기본권의 어떤 기능 이런 것을 고려할 때 어느 쪽이 더, 우리의 여러 가지 문화가 있지 않습니까? 사법문화라든지 등등 그런 게 고려되어야 될 거다 이렇게 생각이 들고.

그 다음에 제가 다시 말씀드릴 기회가 없을까봐 한마디 더 첨언을 하자면 기본권보호의무하고 대사인효의 두 문제 때문에 그런데 저는 이상해요, 이게 문제영역은 굉장히 비슷합니다. 문제의 양상은 굉장히 비슷합니다. 그러니까 국가가 있고 기본권주체의 양쪽이 대립되는 삼각관계가 형성되지 않습니까? 권리의 삼각형이라고 독일에서는 부르는데 그렇게 되면 구조는 유사해요. 유사한데 실제 방향은 좀 틀립니다.

왜그러냐 하면 이 보호의무를 보면 헌법적 근거를 보면 개별기본권을 갖다가 객관적 규범적 내용으로 본 부분하고 우리 헌법 제10조 2문 같은 보장 의무가 헌법적 근거가 됩니다. 되는데, 그 대사인효 같은 경우는 개별기본권의 객관적 규범적 내용 이 부분이 근거가 되는 거죠. 그래서 근거도 좀 다르고 보장범위도 좀 달라요. 기본권보호의무의 경우에는 대국가적인 것이고 또 기본권의 유효성확보가 주된 목적입니다.

그런데 대사인효가 되면 사인이 수범자가 되는 거죠. 말하자면 기본권보호의무 같으면 국가가 바로 1차적 수범자가 되는데 기본권의 대사인효가 되면 1차적 수범자는 사인인 것입니다. 그런데 수범의 양식이 바뀌는 거죠. 이 수범의 양식을 직접효력설에 따르면 바로 주관적 사건이 창설되어 버리니까 바로 구속됩니다. 그러니까 법원에서 바로 적용할 수 있어요. 그런데 이것을 간접효력설로 가버리면 개인을 직접적 수범자로 할 수는 없으니까 그렇다고 해서 법관이 기본권존중의무를 벗어날 수도 없으니까 사법을 적용하되 사법의 그 조항을 해석할 때 헌법을 존중해서 해라 이렇게 되는 것 아니겠습니까? 그렇게 되기 때문에 결국 대사인효의 부분은 그렇습니다. 보호의무의 경우에는 기본권의 유효성을 확보해 주는게 주

목적이라면 대사인효에서는 아마도 사적자치를 복원시켜 주는 거라는 생각이 들어요. 사인간에 사법상의 법률관계가 너무 불균형하게 되어 있을 때 이점을 우리 기본권규정이 사법을 매개로해서 들어가서 그것을 정상적인 관계로 만들어 준다. 우리가 그러니까 대사인효나 보호의무할 때 굉장히 어려운 문제가 뭐냐 하면 어디까지 어떻게 할 것이냐가 문제입니다.

어떤 식의 법리를 구성해서 어떻게 이것을 해 줄 수 있겠는가? 이렇게 상당히 문제가 되는 것이고 그래서 저는 기본적으로는 아까 우리 방승주 교수님이 지적하신대로 원칙은 기본권이 당연히 국가를 수범자로해서 개인의 어떤 사적 이익을 방어하는게 주된 거니까 그와 유사한 구조로 나타나는 어떤 다른 그런 개인적 이익의 침해상황에 대해서 우리가 어떤 식으로 이것을 보호해 줄 것이냐, 이런 데 초점이 있다 이런 생각이 듭니다.

이 정도만.

사 회 자: 김 교수님 고맙습니다. 아주 좋은 지적이 있었습니다.

발제논문의 근본적인 의문을 던지는 재판소원과 관계가 있느냐 하는 질문을 던지신 것 같습니다. 제3자의 문제하고.

여기 지금 서두에 동일노동 동일임금의 문제를 언급하셨는데 지금 여기 다 헌법 교수님들입니다마는 민사법 교수님이 한 분 오셨습니다. 저희 중앙대학교의 노동법을 하고 계시는 유승재 교수님께서 오셨는데요. 이게 단순한 헌법의 문제가 아니고 민사법과의 관계문제인 것 같습니다. 그래서 노동법은 좀 특수성이 있습니다만, 민사법을 하시는 우리 유승재 교수님의 질문도 좋고요. 혹시 견해가 있으시면 한번 말씀해 주시면 고맙겠습니다.

유 성 재: 기회를 주셔서 감사합니다.

... 성을 이유로 한 차이에 대해서는 이미 실정법상에 근거규정이 있고요. 그리고 비정규 근로자를 이유로 한 차별임금에 대해서도 실정법상에 규정이 없는데 제가 궁금한 부분은 만약에 실정법상에 근거가 없는 국적이라든지 종교를 이유로 한 임금에 차별이 있었을 때 사인적 효력을 인정하게 된다면 헌법을 근거로 바로 차액, 높은 임금과 낮은 임금의 차액을 헌법조항을 근거로 해서 차액청구권이 발생할 것인지? 만약 그것을 인정하지 않고 재판소원을 인정한다면 거기에 의해서 다시 정정이 가능할 것인지? 간접적 효력을 인정하게 된다면 결국은 민법 2조를 통해서 들어올 수밖에 없다고 보는데 2조를 통해서 들어오는 것이 이러한 경우에도 과연 가능하다고 보시는지 저는 이 부분이 항상 궁금했습니다.

이상입니다.

사 회 자: 유성재 교수님 고맙습니다.

지금 네 분의 질의가 있었는데요. 이 교수님.

발 표 자: 영산대학교 박규환 선생님. 처음 뵙는데 아주 중요한 질문들을 많이 해주셨고요. 오히려 저는 이 질문들이 더 실제적이다 이런 생각이 들고요.

그것은 뭐 기본적으로 기본권의 대사인적 효력을 인정해야 된다고 하는 입장에서 오히려 더 나아가서 실제적으로 무엇을 해야 되는지를 밝혀 주고 계시기 때문에 대사인적 효력을 적용할 때 이른바 과소금지의 원칙이라든지 이런 것들을 구체적으로 어떻게, 그러나 사실 과소금지원칙만 내용이 불확정적인게 아니라 오히려 방어권을 제한할 때 적용하고 있는 과잉금지의 경우에도 그제 실질적인 어떤 내용이 있는 원칙이 아니라 구체적인 사안에 따라서 결국 어떠한 논거들이 오고 가면서 균형을 잡아가는 것이냐이기 때문에 마찬가지로 오히려 이런 것들이 사안이 되면 그 사안을 통해서 예측가능한 어떤 기준들이 마련이 되고 사회적으로도 수용될 수 있지 않을까? 아예 이것이 문제 자체가 안 되고 있기 때문에 아까 우리 김일환 교수님 말씀하셨던 것처럼 도대체 사안을 찾을 수 없다고 하는, 역지로 역지로 찾아보니까 하나 찾았다 뭐 이런 말씀처럼 이런 상황에서는 도저히 과소금지의 원칙... 전략적인 접근을 하신 것 같습니다.

대법원의 권위를 존중하면서 어떻게 인정할 것인가? 좋은 전략적인 판단이라는 생각은 드는데 모르겠습니다. 이게 전략적으로 해결해야 될, 우리가 헌법적인 문제가 과연 전략적 접근이 가능한 영역인지? 그것은 뭐 법정책에 관련된 문제이기 때문에 제가 잘 모르겠습니다, 그 부분은.

그 다음에 이재휴 선생님이신가요? 질문들이 제가 솔직히 잘 이해를 못한 부분이 많았고요. 그중에 특별히 잘 들었던 질문은 법관의 양심의 자유라고 하는 부분이 있었는데 그 부분은 우리가 충분히 방어가 가능한 것 같습니다.

법관의 양심이라고 하는 것도 헌법에 구속되는 양심이기 때문에 그것이 일반적으로 말하는 양심의 자유와는 다르기 때문에 당연히 헌법과 법률에 구속되는 그런 재판이기 때문에 양심의 자유를 가지고 제3자효를 부정하는 논거로 사용하기는 어렵지 않나 이런 생각이 들고요.

그 다음에 우리 김선택 교수님은 제가 충분히 동의할 수 있는 내용이 대부분이었어요. 그러나 한 가지 재판소원문제하고 논리적으로 연결되지는 않는다. 재판소원 자체의 문제가 반드시 제3자효 문제와 동일하다는 취지는 아니고요. 분명히 재판소원제도라고 하는 제도 자체의 취지는 분명히 있는 거지만 재판소원제도를 통해서 가장 효과적으로 실현시킬 수 있는 기본권의 영역이 무엇인가? 그게 바로

기본권의 제3차효다. 저는 그런 취지로 말씀을 드렸던 것입니다.

마지막으로 중앙대학교 유승재 교수님.

저는 이것은 결국 민법 교수와 헌법 교수의 차이인 것 같습니다.

민법 교수들은 확정적인 답변을 좋아하시는 것 같고 헌법 교수들은 늘 균형과 조화를 찾기 때문에 확정적인 답변을 드릴 수는 없죠. 당연히 그렇습니다. 당연히 그렇고. 그래서 아까 우리 정문식 교수님도 그런 말씀 많이 하셨지만 도대체 기본권보장을 통해서 확정적인게 뭐냐? 그러나 그게 기본권이죠, 그게 헌법이고, 헌법과 기본권의 속성 자체가 그런 것이기 때문에 어떤 확정적인 답변은 일단 곤란하지만 적어도 제 답변은 국적에 대한 차별이나 인종에 대한 차별이 충분히 고려되어야 된다고 하는 점은 저는 분명히 예스라고 말할 수 있습니다.

그러나 그것이 민사재판에서 국적이거나 인종에 대한 차별이 반영되지 않았을 때의 재판의 결과와 국적과 인종을 고려했을 때의 재판의 결과는 당연히 달라질 수도 있다. 당연히 달라져야만 된다가 아니라 달라질 수도 있다라고 하는 관점에서서는 법원은 당연히 외국인의 평등권을 고려한 재판을 해야 된다. 아니면 혼혈인의 경우에는 당연히 인종을 고려한 인종에 따른 차별을 금지하는 헌법의 평등권을 고려한 재판을 하는 것이 맞고 그 결과가 반드시 인종과 국적이 다른 사람들의 동일한 임금을 보장하는 결과를 초래하는 것은 아니다. 그러나 적어도 고려하는 것 그래서 그것이 결국 대사인적 효력이 주장하는 바이지 사인간의 확정적 권리를 기본권으로서 주장할 수 있는, 그래서 아까 말씀드린 것처럼 직접적 효력설의 의미도 아까 김선택 교수님도 잠깐 말씀하셨던 것처럼 직접적으로 주장할 수 있는 것이 무슨 사법상의 권리를 직접적으로 주장할 수 있는 것과는 전혀 다른 성질의 것이라고 하는 것은 당연하다. 주장할 수 있더라도 그 확정적인 내용은 재판의 결과에 따라서 확정될 수 있는 내지는 법원이 기본권을 존중했을 때와 안했을 때의 차이를 고려했을 때 주장할 수 있는 권리를 의미하는 것이지 사권처럼 어떤 사법적인 청구권처럼 확정적인 권리를 주장할 수 있는 것은 당연히 아니기 때문에 그러나 적어도 평등권을 고려했을 때의 재판의 결과는 달라질 수도 있다고 하는 점은 분명히 이야기할 수 있을 것 같습니다.

이 정도로 마치겠습니다.

사 회 자: 고맙습니다.

혹시 답변이 다 되셨는지 모르겠습니다마는 지금 저한테 주어진 시간이 1분이 지나가는 것 같습니다. 마음 같아서는 밤새도록 토론하고 싶습니다마는 지금 시간을 다투는 분도 있는 것 같고요. 제가 보기에 사회자의 월권으로 제 의견을

한 두 가지만 말씀을 드리고 재판관님의 총평을 들을까 하는데요.

결국 대사인적 효력문제는 국가가 기본권을 배려해야 된다고 하는 의무고 그 의무를 누가 이행할 거냐하는 문제가 아닌가? 저희들 논쟁은 법원이 할 거냐 아니면 입법자한테 맡길 거냐 하는 문제인 것 같습니다. 특히 어느 사회에서 어느 국가에서 누구를 더 신뢰하느냐 하는 문제가 아닌가 생각이 됩니다.

그래서 지금 이준일 교수님은 입법자도 못 믿겠고 사법부도 그렇고 오히려 헌법재판소를 더 신뢰하는 것 같은 느낌이 들고요. 대사인효를 부정하는 사람들은 사법부보다는 민주적 정치과정을 통해서 형성되는 입법자를 신뢰할 수밖에 없다는 생각을 가지고 있는 것이 아닌가.

그 다음에 한 말씀만 더 드리면 아까 박규환 교수님 재판소원의 과도기적 절충방안이 있어야 되는 것 아니냐? 저는 있다고 봅니다. 그게 한정위헌이라고 저는 생각합니다. 이 한정위헌의 문제가 결국 그런 과도기적 절충, 우리 지금 구조하에서 한정위헌이 그것의 하나의 대안이 아닌가 저는 개인적으로 생각을 하고요.

지난 3기, 4기 재판부의 한정위헌결정이 거의 없었습니다. 그것은 아마 대법원과의 관계를 충분히 고려한 우리 헌법재판소의 자제력에 기인한 것이라고 보여 지는데 지난 8월달부터 한정위헌이 나오기 시작했던 것 같습니다.

오늘 저희 회장으로 계시는 우리 조대현 재판관님께서서는 소수의견에서 계속 한정위헌의견을 내신 것을 제가 결정문에서 많이 읽었습니다. 상당히 저는 개인적으로 공감하는 입장이었던데요. 마지막으로 저희들 한 2시간에 걸친 토론 아주 좋은 토론이었던 것 같습니다. 회장님께서 총평을 해 주시는 것으로 마치면 어떨까 싶습니다.

총평하시기 전에 발제해 주신 이준일 교수님 또 토론해 주신 세 분 교수님, 선생님 감사를 드립니다.

박수로 격려해 주시기 바랍니다.

회장님의 마지막 총평을 들겠습니다.

조 대 현: 제가 총평할 입장은 못 되고요. 하여튼 2009년도 첫 번째 실무연구회에 이렇게 여러분들 나오셔가지고 정말 진지하고 열띠게 토론을 해 주셔서 감사하게 생각합니다.

상당히 어려운 주제라고 느껴지고요. 또 이론은 분분한데 왜 판례가 없느냐 이런 말씀도 있었는데, 사실 저희 재판을 맡고 있는 실무가입장에서는 이런 사건이 들어올까 겁이 납니다. 교수님들은 분명한 선을 제시하지 않아도 될지 모르지만 저희는 분명한 선을 만들어야 되거든요. 그런데 지금 상태에서는 감이 전혀 안

잡히는데요. 앞으로도 이 문제에 대해서 좀더 연구를 해서 저희가 분명한 결론을 내릴 수 있도록 도와주셨으면 감사하겠습니다.

그리고 다음 달부터 매월 실무연구회가 개최되니까 그때에도 계속 적극 참여 해 주셔서 우리 연구회가 더 발전할 수 있도록 도와주시기 바랍니다.

감사합니다.

공무원의 노동 3 권에 관한 입법형성과 그 한계

—사실상 노무에 종사하는 공무원[2003헌바51, 2005헌가5(병합)]을 중심으로—

김 진 곤*

I. 서 론

국가가 제 기능을 다하기 위하여 여러 조직이 구비되어야 하는 것은 필수적인데, 그 가운데서 인적 조직의 기반은 당해 국가의 기능을 뒷받침하는 핵심적 요소이다. 이와 같이 국가기능이 제 역할을 다할 수 있기 위해서 조직은 그 체계에 적합하여야 하고 국가목적인 공적 이익의 달성을 위하여 공공복무를 수행하는 토대로서 공무원 조직이 중요하다. 헌법이 국가를 창설하고 그에 기반하여 국가에 부여된 다양한 헌법적 의무는 규범에 의해 체계가 정립되었더라도 궁극적으로 그 조직을 운용하고 이끄는 주체는 공무원일 수밖에 없다. 그러므로 동서고금을 막론하고 국가의 운영을 위하여 공무원 인사의 문제는 가장 핵심적 화두가 될 수밖에 없었으며, 그 인사를 둘러싼 여러 부정적 요소를 일소하기 위하여 다양한 통제시스템을 개발하기 시작하였다. 그렇지만 이러한 통제장치를 개발함으로써 현대 법치국가들은 인치를 지양하고 법에 의한 지배를 통하여 헌법국가에 장기적 안정성을 부여하고 국가과제수행의 연속성을 담보하고자 직업공무원제도의 제도적 정착에 다양한 헌법이론적 접근을 시도하여 발전시켜 왔다.¹⁾

이렇게 발전시켜 온 직업공무원제도는 시대의 변화와 흐름에 따라 변화된 모습으로 이해되어 오면서 공무원의 헌법적 지위에 대한 새로운 시각을 요청받기 시작하였다. 뿐만 아니라 공무원의 헌법적 지위는 헌법이 지향하는 규범의 통일성 속에서 공적 복무관계라는 요소와 일반 국민(또는 근로자)과 비교한 평등성 문제가 혼합되면서 다양한 형태의 헌법적 문제로 제기되었고, 그에 대한 헌법적 해답이 사회보장법의 영역이나 노동법적 영역 등에서 입법형성의 한계 내지 해당 입법에

* 광운대학교 법대 교수.

1) 허영, 헌법이론과 헌법(박영사, 2008), 1112면 이하 참조.

대한 헌법적 통제의 자제(특히 기본권 제한에 대한 소급입법의 형성이나 기본권 주체의 한계확정 등) 등으로 다양한 문제를 양산하였다. 그러한 변화 속에서 헌법재판소는 이제까지 경험하지 못한 영역에서 헌법적 해답을 풀어놓아야 할 상황에 직면하면서, 헌법적 가치의 통일성을 유지하기 위하여 관련 헌법규정의 일관성 있는 태도를 견지하면서 기본권 보호의 보루로서 기능하여 왔다.

그 가운데서 헌법재판소는 특히 공무원의 노동 3 권과 관련한 핵심적 결정을 최근에 내놓았는데,²⁾ 이 결정에서 풍부한 헌법적 관점으로 분석하면서 그 논리를 전개하였다. 따라서 이 글에서는 그 결정에서 밝힌 의견의 이론적 정합성과 헌법 해석의 접근방식을 탐구하고 이에 대한 비판적 견해를 제시하고자 한다. 특히 검토대상으로 삼은 결정의 주요 쟁점은 국가공무원법 제66조 제1항 등에 관한 위헌소원으로서 사실상 노무에 종사하는 근로자의 개념확정이 공무원의 노동 3 권 보호를 위한 입법형성에 어떠한 영향을 미치는지를 살펴보고자 한다. 요컨대 아래에서 공무원의 노동 3 권에 관한 헌법적 체계와 그에 대한 헌법해석적 접근방식을 논하고, 그에 대한 문제를 헌법해석의 문제와 입법형성의 재량문제를 복합적으로 제시하기로 하겠다.

II. 사건개요 및 헌법재판소의 판단

1. 사건개요

이 결정은 두 가지 경로를 통하여 헌법재판소에 이르게 되었는데, 그 하나는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이고 다른 하나는 법원의 직권에 의한 위헌법률심판제청이다.

(1) 2003헌바51

청구인은 국회사무처 소속 6급 공무원으로 전국공무원노동조합위원장 겸 국회사무처 직장협의회 대표이다. 청구인은 위 공무원노동조합의 인정을 위한 전 단계로서 전국공무원직장협의회총연합을 출범시켜 수차례 집회를 개최하고 공무원노동조합을 출범시키는 등의 활동을 한 사실로 인하여 국가공무원법위반 등의 혐의로 기소되어 1심에서 유죄 판결을 선고받아, 항소한 후 그 소송계속 중 국가공

2) 현재결 2007. 8. 30, 2003헌바51, 2005헌가5(병합).

무원법 제66조 제 1 항, 제 2 항 및 제84조 중 제66조 위반 부분에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 위 항소심법원이 청구인의 항소를 기각하면서 위 제청신청도 기각하자 헌법재판소법 제68조 제 2 항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.³⁾

(2) 2005헌가5

전국경찰청고용직공무원노동조합은 각급 경찰서와 그 산하기관에 근무하는 고용직 공무원을 조직대상으로 한 노동조합으로서, 2004. 7. 24. 고용직 공무원 30명이 조합원으로서 설립총회를 마친 후 같은 달 27. 서울남부지방노동사무소에 노동조합설립신고서를 제출하였으나, 서울남부지방노동사무소장이 전국경찰청고용직공무원노동조합의 설립주체인 고용직공무원은 「노동조합 및 노동관계 조정법」 제 5 조의 규정에 의해 자유롭게 노동조합을 조직·가입할 수 있는 근로자에 해당하지 아니하고, 국가공무원법 제66조 제 1 항 단서, 제 2 항, 구 「국가공무원 복무규정」 제28조에 따라 노동운동을 할 수 있는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범주에도 해당하지 아니한다는 이유로 위 설립신고서를 반려하는 처분을 하자, 전국경찰청고용직공무원노동조합은 서울남부지방노동사무소장의 위 반려처분이 위법함을 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고, 위 법원은 직권으로 국가공무원법 제66조 제 2 항이 헌법에 위반된다는 이유로 이 사건 위헌제청결정을 하였다.⁴⁾

2. 헌법재판소의 판단

(1) 다수의견

헌법재판소는 총 8개의 관점을 제시하면서 주요 쟁점을 판단하고 있다. 첫째, 국가공무원법 제66조 제 1 항 중 노동운동, 공무 이외의 일을 위한 집단행위, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 부분은 그 법적 의미가 축소·제한하여 해석됨을 인정하면서 이 개념들은 명확성원칙에 어긋나지 않는다고 보았다. 둘째, 헌법 제 33조 제 2 항의 해석으로 보아 국가공무원법 제66조 제 1 항의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 노동 3 권 보장은 입법재량의 범위를 벗어난 것이라 할 수 없다고 보았다. 셋째, 서로 다른 법률 간의 충돌문제는 곧바로 헌법위반의 문제는 아니며 법률해석의 문제가 될 뿐이라고 하였다. 넷째, 공무원에게 공무 이외의 집단적 행

3) 서울중앙지법 2003. 1. 21. 2001고단10150; 서울중앙지법 2003. 7. 9. 2003노1118 참조.

4) 서울행정법원 2004구합26123 참조.

위를 금지하는 것은 공무원이라는 특수한 신분에서 나오므로 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 침해한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 다섯째, 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여만 노동 3 권을 보장하고 그 외의 공무원에 대하여 노동 3 권의 행사를 달리하여 취급한 것은 헌법상 평등 원칙을 위반한 것이 아니라고 결정하였다. 여섯째, 국가공무원법 제66조 제 1 항은 국제인권규약과 정면으로 배치되는 것은 아니며, 그 밖의 국제법상의 선언, 협약 및 권고 등은 우리나라가 비준⁵⁾한 바가 없거나 권고적 효력만 있어 위 조항에 대한 위헌성의 심사척도가 될 수 없다고 하였다. 일곱째, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위에 대한 입법위임은 위임입법의 원칙에 어긋나지 않는다고 보았다. 여덟째, 공무원이 국가공무원법 제66조 제 1 항을 위반한 경우에 처벌하는 규정으로 제84조를 두고 있는데, 그 규정은 입법재량의 한계를 벗어난 과중한 처벌이라고 보지 않았다.

(2) 반대의견

3인의 헌법재판관은 다른 견지에서 위 규정의 위헌성을 각 개진하였다. 첫째 견해는 공무원의 집단적 행위를 과도하게 제한하여 위 법률규정 전체를 헌법 제33조 제 2 항의 취지에 부합되지 않는 것으로 선언하고 입법개선을 촉구함이 상당하다고 하였다. 둘째 견해는 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대한 입법위임은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 보았고, 그것은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 보았다. 셋째 견해는 당해 규정은 다수 공무원의 노동기본권 자체를 일률적으로 부인하고 있어 기본권 침해의 최소원칙에 어긋날 뿐만 아니라 나아가 노동 3 권의 본질적 내용을 침해하고 있으며 평등원칙에도 위배된다는 의견을 제시하여 단순 위헌을 선언해야 한다고 하였다.

Ⅲ. 헌법 제33조와 공무원의 노동 3 권 체계

1. 헌정사적 발전

헌정사 속에서 노동 3 권의 규정은 몇 가지 측면에서 큰 변화를 겪어왔다. 특

5) 2009. 3. 현재 우리나라는 총 24개의 ILO협약을 비준한 상태이다. 협약 제155호와 협약 제187조가 비준되어 2008. 2. 20.부터 효력을 갖기 시작하였다.

히 공무원 내지 공공적 업무에 종사하는 근로자의 경우에 독특한 제한형태가 헌법전 속으로 편입되는 역사를 지녔다. 제헌 헌법은 제18조에서 근로자의 노동 3 권을 규정하였는데, 단지 법률의 범위 내에서 보장된다는 것을 확인하면서 사기업의 경우에 근로자가 이익분배권점권을 갖도록 하였다. 이 당시 우리 헌법제정권자는 일반 근로자와 공무원 내지 그 밖의 근로자 영역을 적어도 헌법전에서 구분하는 인식을 갖고 있지는 않았다. 다만 이 당시의 헌법도 현행 헌법 제37조 제2항과 유사하게 헌법 제28조에서 기본권 제한의 한계를 명시하고 있었다는 점이다.⁶⁾ 따라서 비록 헌법의 명시적 언급에 근거한 근로자집단에 대한 구분은 없었지만, 헌법 제28조에 토대를 둔다면 입법자의 입법형성에 따라 두 집단 내지 그 이상의 분류로 달리 재량권을 행사할 가능성은 열려 있었다. 그렇다면 이러한 제헌 헌법의 규정방식이 현행 헌법처럼 이미 헌법에서 공무원을 구분하여 취급하는 것과 서로 어떠한 측면에서 달라질 수 있는가는 또 다른 검토를 필요로 한다. 어쨌건 제헌 헌법의 노동 3 권 규정방식은 별다른 변화가 없이 1960. 11. 29. 시행 제4차 개정헌법까지 그대로 이어졌다.

그 후 5·16 군사쿠데타로 집권한 세력은 헌법을 개정하면서 노동 3 권 규정에 새로운 조항을 추가하였다. 당시 헌법 제29조에 제2항을 덧붙이면서 공무원의 노동 3 권에 대한 입법형성에 직결된 문제를 헌법전 속으로 편입하였다.⁷⁾ 이로써 종전에 노동 3 권의 주체와 그 권리행사의 범위가 오로지 입법권자에게 개방된 체계가 종말을 고하고 일반 근로자와 공무원은 헌법에서 달리 취급할 근거가 새롭게 마련된 것이다.

이미 일반 근로자와 공무원이 달리 규정된 헌법체계는 신군부에 의하여 등장한 집권세력에 의한 헌법개정에서도 한 걸음 더 나아가 또 다른 내용이 추가되면서 다소 복잡한 규정체계로 이행하게 되었다. 1980. 10. 27. 시행 제8차 개정헌법은 제31조에 제3항을 신설하면서 공무원과 국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체⁸⁾·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 제한 내지 부정할 수 있는 근거를 갖추게 되었다. 이

6) 제헌 헌법 제28조의 내용은 다음과 같다. 제28조 국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로써 경시되지는 아니한다. 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한한다.

7) 제29조 ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. ② 공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다.

8) 특히 방산업체에 종사하는 근로자에 대한 규율은 현행 헌법에도 그대로 이어지고 있는데, 이에 대하여 헌법재판소가 판단한 바가 있다(헌재결 1998. 2. 27, 95헌바10 참조).

전 헌법보다 더욱 더 노동 3권의 제한 폭은 넓어질 가능성이 헌법전에 명시되었고, 제31조 제3항에 근거한다면 거의 대부분의 근로자가 단체행동권을 행사할 여지는 극히 왜소화된 상태에 빠져든 것이다. 특히 제3항의 입법방식은 단체행동권의 주체를 확정하는 문제에서 뿐만 아니라 그 권리의 행사에 대한 부정도 가능하게 된 상황이라서 입법자의 손에 의하여 단체행동권에 대한 전면부정도 가능하게 된 것이다. 보다 구체적으로 분석하자면 ‘공익사업체’와 ‘국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체’의 개념이 어떠한 스펙트럼에 걸치느냐에 따라 기본권 주체의 범위가 확정되고, 그에 따라 확정된 근로자의 단체행동권은 상당한 정도로 제한되거나 심지어 부인될 수도 있기 때문에 두 가지 측면의 요소가 함께 작용하면서 노동 3권의 행사범위는 극소화될 가능성이 내포되어 있는 것이다.

헌법개정권력자는 종전의 극소화된 노동 3권의 구조를 최초로 여야합의에 의한 헌법개정 앞에서는 더 이상 유지하기 힘든 헌법체계라고 판단하였다. 그래서 당시 헌법 제31조 제2항의 공무원에 대한 규정을 보다 긍정적 방식으로 규정에 손질을 가하였으며, 제3항에 대한 대대적인 체제정비를 단행하였다. 그런 결과로 현행 헌법은 노동 3권에 관한 규정을 제33조에 두고, 제1항에서는 일반 근로자의 노동 3권을, 제2항에서는 공무원에 대한 특별규율 그리고 제3항에서는 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권의 제한 내지 부인의 근거를 갖추었다. 개정 전의 헌법과 비교해서 제3항을 대폭 정비하면서 넓은 범위에서 단체행동권이 제한 내지 부인될 가능성은 매우 축소되었으며, 이는 다행한 일이라 평가할 수 있다.

2. 현행 헌법의 구조와 입법형성

위에서 살펴본 것처럼 노동 3권에 대한 입법체계를 위하여 헌법개정권자는 어떻게 보면 일반 근로자에 대한 관심보다도 공무원 또는 다른 공공성을 지닌 서비스를 제공하는 근로자에 대한 그것이 훨씬 컸다는 것이다. 헌법규범적 측면에서 일반 근로자는 단 하나의 조항으로 해결될 수 있었지만 공무원 또는 그 밖의 영역에 있는 근로자는 새로운 체계를 필요로 하였기 때문이다. 물론 이 부분에 대한 논의에서 반드시 일반 근로자의 규정이 아닌 다른 특별규율이 필요했는가는 또 다른 문제이다. 그것은 헌법전의 전체적 체계에 대한 이해를 바탕으로 기본권 제한에 대한 일반이론으로 귀결될 수 있기 때문이다. 어쨌건 현행 헌법은 일반 근로자와 달리 공무원에 대한 노동 3권을 독자적 규정으로 해결하고 있으며, 단체행동

권과 관련해서는 또 다시 독립된 항을 두고 있다.

현행 헌법체계에서 노동 3 권을 분석하기 위해서는 몇 가지 문제점을 분석할 필요가 있다. 첫째, 노동 3 권은 그 이름에서 볼 수 있듯이 노동자(근로자)의 근로 조건 향상을 위하여 행사되는데, 여기서 이 권리의 주체를 어떻게 형성하는가이다(주체의 범위에 대한 문제). 둘째, 노동 3 권은 우리 헌법의 규정상 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권이라는 세 가지 내용의 권리를 함께 이해해야 한다(권리의 단계적 이해와 본질성). 셋째, 이 세 가지 권리를 인정하는 범위의 문제와 더불어 인정되는 권리를 또 다시 어느 수준까지 부여하고 제한할 것인가가 문제되고 있다(세 권리 각각에 대한 제한성의 문제).

노동 3 권은 그 성격이 독특하여 단순히 국가의 공권력에 의하여 방어할 수 있는 방어권적 의미만 내포하는 것이 아니라 그와 동시에 사적 자치의 원칙에 따라 체결된 근로계약관계에서 당사자간에 나타나는 힘의 불균형을 시정하고 자본주의사회에서 배태될 수 있는 모순상황을 극복하기 위하여 국가가 어느 정도 적극적으로 개입할 수 있는 여지를 부여하는 성격을 함께 갖고 있다.⁹⁾ 그러므로 노동 3 권은 자유권으로서 성격을 지니면서 사회권적 성격을 동시에 갖고 있다. 이와 같은 성격에 기초하면 노동 3 권의 전체적 체계를 형성하는 데는 입법자의 역할이 매우 중요하게 등장한다. 다른 모든 기본권 영역에서도 구체적인 입법을 통하여 나타나는 이익형량과 조정은 사회를 유지하기 위하여 상당히 중요한 사항이지만, 노동 3 권 영역에서 입법자의 입법형성과 그에 대한 여지는 더욱 강조될 수밖에 없다. 왜냐하면 이 분야의 핵심적 쟁점은 이해관계가 극도로 충돌적 상황에 서면서 그것 자체가 스스로 해결될 수 없는 상황이라 하더라도 사회의 지속성을 위하여 반드시 이익조정¹⁰⁾이 필수불가결하기 때문이다.¹¹⁾

따라서 노동 3 권이 갖는 구조적인 특성과 함께 그것에 대한 입법형성의 단계에서 고려해야 할 사항을 위에서 언급한 세 가지 쟁점을 중심으로 분석하는 것은 의미 있는 작업이 될 것이다. 그렇게 함으로써 헌법이 규정한 공무원의 노동 3 권

9) 노동 3 권의 이중적 성격에 관한 내용은 계획열, 헌법학(중)(박영사, 2007), 786면; 권영성, 헌법학원론(법문사, 2007), 668면; 성낙인, 헌법학(법문사, 2008), 701면; 정종섭, 헌법학원론(박영사, 2008), 609면; 허영, 한국헌법론(박영사, 2008), 504면 참조. 이 밖에 노동 3 권의 복합적 성격을 긍정하면서 자유권보다는 생존권을 강조하는 견해가 있다(김철수, 헌법학(박영사, 2008), 1184면). 중요한 헌법재판소의 결정으로 현재결 1991. 7. 22, 89헌가106; 현재결 1998. 2. 27, 94헌바13 등 참조.

10) 「노동조합 및 노동관계조정법」에서 이미 조정제도, 중재제도 그리고 긴급조정권제도 등을 마련하여 두고 있다.

11) 이러한 관점에서 국가의 중립성 의무가 강조된다. 자세한 내용은 전광석, “국가와 노동조합: 헌법적 접근”, 헌법법학 FORUM 제 5 권(1996), 88면 이하 참조.

체계를 이해하여 앞으로 전개될 입법형성에 일말의 방향을 제시할 수 있을 것으로 전망한다.

3. 입법형성과 헌법이념의 상호연락

(1) 노동 3권 주체의 범위 형성

일반적으로 헌법이 명시하고 있는 기본권에 대하여 우선적으로 기본권의 주체를 논하고 있다. 대부분의 경우에 내국인과 외국인의 구분, 자연인과 법인 내지 단체의 구분으로 다루게 되고 그에 따라 기본권의 주체를 설명하면 많은 부분의 헌법적 쟁점은 해소될 수 있다. 하지만 노동 3권의 문제에서 단순히 이 문제에만 국한된 것이 아니라 몇 가지 더 복잡한 양상을 띠고 있다. 첫째, 위에서 언급한 두 가지 구분 외에도 근로자인가 아닌가에 대한 구분작업이 필요하다. 근로자 여부에 대한 논의는 헌법이 직접 그 범위를 설정하고 획정한 바가 없기 때문에 오로지 입법자의 재량권에 개방되어 있다. 그래서 입법자는 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법에 근로자의 개념을 설정하고 있다. 근로자에 포함되는지 여부는 노동조합에 가입할 수 있는지 여부를 결정하게 되고, 그로 인한 노동 3권 행사의 주체가 될 수 있는지가 확정되는 것이다. 특히 공무원의 노동 3권을 규정하고 있는 헌법 제33조 제 2 항은 ‘법률이 정하는 자’에 한하여 그 행사 여부를 결정하고 있기 때문에 입법자의 형성재량권은 상당한 정도로 개방적이라 할 수 있다. 그렇지만 여기서도 기본권 주체를 입법자가 형성하더라도 뚜렷한 기준이 없거나 자의적으로 그 범위를 축소시키는 내용형성은 헌법의 이념에 합치하지 않는다.

헌법재판소는 평석대상이 된 사건의 결정문에서 “... 헌법 제33조 제 2 항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 노동 3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 노동 3권의 주체가 되지 못하므로, 노동 3권이 인정됨을 전제로 하는 헌법 제37조 제 2 항의 과잉금지원칙은 적용이 없는 것으로 보아야 할 것이다. ...”라고 하였다. 그런데 헌법에서 입법형성을 위임하면서 노동 3권을 향유할 수 있는 공무원의 범위를 구체적인 기준에 따라 확정하고 방식으로 입법하라는 명령을 하고 있는 것으로 보아야 한다. 또한 헌법 제33조 제 2 항은 상당한 정도로 개방성을 허용하고 있으므로 입법자가 어느 정도 낮은 수준의 범위에서 노동 3권의 주체를 형성하였다면 그에 대한 헌법적 비난은 충분히 가능하다. 만약 입법자가 노동 3권의 주체가 될 수 있는 공무원을 7급 이하의 공무원으로

획정하였다면 그 법률의 합헌성 여부에 대한 판단은 헌법이념의 충분한 실현이 아닌 과소화된 범위형성에 대하여 과잉금지원칙에 따른 심사방법을 동원할 수 있어야 한다. 그러므로 헌법재판소가 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 노동 3 권의 주체가 되지 못한다는 것을 강조하면서 헌법 제37조 제 2 항의 과잉금지원칙을 적용할 수 없다고 보는 것은 이해하기 어렵다. 그러므로 입법자가 제정한 현행 법률에 대한 비난으로 입법부작위를 다투더라도 그것은 진정입법부작위가 아닌 부진정입법부작위가 될 것이고, 현행 실정법에 대한 위헌성 여부를 다투는 것은 있을 수 있는 일이다. 현행 법률이 불변의 진리가 될 수 없는 것은 차치하고라도 입법자에 의하여 제외된 모든 공무원이 노동 3 권의 향유 주체로 포섭될 수 없다는 단정적인 논리는 수용하기 어려운 것이다. 오히려 헌법 제37조 제 2 항의 과잉금지원칙의 심사를 동원하여 과소보호가 아니며, 각 집단별 차별성이 평등원칙을 위반한 것이 아니라는 심사를 하는 것이 더욱 타당하다.

이와 같은 사안과 유사하게 헌법 제33조 제 3 항에서 정하고 있는 ‘주요’방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권 제한 내지 부인에 대한 헌법재판소의 결정에서는 과잉금지원칙에 따라 심사를 하고 있다.¹²⁾ 헌법이 명시한 ‘주요’방위산업체가 무엇을 뜻하는지, 또한 이 사업체에서 종사하는 근로자의 포섭범위는 단체행동권의 기본권 주체를 결정짓는 중요한 요소이므로 그 하위법규범에 규정된 사항이 입법자의 형성재량권 범위 내에 존재하고 있는지를 판단하는 것이다. 그러므로 이 사안에서 헌법재판소는 당연히 헌법의 규정에 따라 하위법규범이 제대로 정립되었는지를 판단하면서 그것이 지나치게 제한범위를 확장하여 기본권 행사의 범위를 과소화시킨 것이 아닌지를 과잉금지원칙에 따라 심사하고 있는 것이다.

(2) 권리의 단계적 이해와 본질성

노동 3 권은 하나의 범주로 인식되어 온 권리로서 서로 불가분의 연관성을 맺고 있는 것은 분명하다. 단결권은 노동영역에서 여러 문제를 풀어나가는 첫 단추에 해당하고, 이에 기초하여 단체교섭권과 단체행동권은 그 의미를 가질 수 있게 된다. 단체교섭권과 단체행동권은 노동조합이라는 단결조직이 전제되지 않고서는 거의 불가능한 일이다. 노동조합의 설립이 허용된 노동입법체계에서는 노동조합을 통하지 않은 비조직의 단체교섭이나 비노조원의 일방적 단체교섭주장은 허용되지 않는다.¹³⁾ 그리고 노동조합이 일정한 절차를 거쳐 파업 여부를 결정하지 않은 상

12) 헌재결 1998. 2. 27, 95헌바10 참조.

13) 이에 대한 관련문제로서 법외노조에 대한 논의가 있으며, 이때 어느 범위까지 이들의 활동을

태에서 비노조원들 내지 노동조합이 주도하지 않은 노조원들의 파업은 ‘Wild Cat Strike’라고 하여 정당한 파업으로 보지 않는다. 그러므로 노동 3권 가운데 노동조합이라는 자주적 단결체를 외부의 간섭이나 방해 없이 스스로 조직할 수 있는 권리를 보장하는 것이 가장 기초적이라는 것을 알 수 있다.

헌법 제33조 제 2 항에서는 “공무원인 근로자는 ‘법률이 정하는 자’에 한하여 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 하였다. 법문에 의하면 세 가지 권리를 반드시 모두 긍정해야만 하나에 대하여 의문이 들 수 있다. 공무원에 대한 노동 3권의 논의에서 이 부분에 대하여 다소간 의견이 갈린 것도 사실이다. 하지만 노동 3권 자체가 세 가지 권리를 모두 포함하고 그 각각의 권리가 매우 중요하고 불가분의 연관성을 내포한 것을 인정한다고 하더라도 어느 기본권 주체에 게 단결권을 허용한다고 하여 그 밖의 두 가지 권리를 일체로 허용해야 하는 것은 필연적이지는 않다.¹⁴⁾ 만약 세 가지 권리를 반드시 필수적으로 하나의 세트(Set)처럼 일체로 허용해야 한다면¹⁵⁾ 이미 모든 직권 내지 강제중재¹⁶⁾는 헌법이념에 벗어난 것으로 선언해야 했다. 또한 긴급조정권¹⁷⁾이 발동되면 근로자의 파업은 일정기간 정지되는 입법체계 또한 파업권을 사후에라도 제한하는 것이기 때문에 이러한 확장된 논의가 가능할 수 있을 지도 모른다. 하지만 이 세 가지 권리는 분리가 가능하고 입법자의 입법형성재량권에 따라 달리 취급할 가능성은 존재한다. 이와 같은 이론적 근거에도 당연히 단체교섭권이나 단체행동권에 보다 우호적이고 기본권을 최대한 보장하도록 입법자는 이익형량을 하여야 하는 것이 전제되어 있다. 예를 들어 단체행동권을 부인하는 경우에도 그것을 정당화할만한 보다 큰 공익이 제시되지 않고서는 타당성을 얻기가 어렵다. 그것이 어떤 크기의 공익인지에 대하여 입법자가 입증책임을 부담한다고 할 수 있다. 그러므로 기본권 제한의 정당성에 대한 공익의 제시에 즈음하여 입법자는 해당 기본권을 전부 부인하는 경우에 보다 강력한 소명의무가 주어진다고 볼 수 있다. 기본권의 보호영역에 대한 제한의 정도가 강화되면 될수록 그 제한의 정당화를 뒷받침하는 보다 큰

보호할 것인가가 제기된다.

14) 이와 관련된 논의로 이철수, “헌법과 노동법—교원노조에 관한 헌법재판소결정과 단체교섭중심론에 대한 비판적 검토—”, 헌법의 규범력과 법질서(정천희영박사정년기념논문집)(박영사, 2002), 484면 참조.

15) 헌재결 1991. 7. 22, 89헌가106(변정수 재판관의 의견) 참조. 헌재결 1993. 3. 11, 88헌마5에서도 동일한 견해를 밝히고 있다.

16) 이에 대한 논의는 헌재결 1996. 12. 26, 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49(병합)—제 1 차결정; 헌재결 2003. 5. 15, 2001헌가31—제 2 차결정 참조.

17) 「노동조합 및 노동관계조정법」 제76조 내지 제80조 참조.

헌법적 가치 내지 공익을 어느 정도 구체화할 수 있어야 그로부터 제한받는 기본권 주체에게 헌법적 동의를 얻어낼 수 있다. 그런 정교화된 가치형량의 절차를 통하지 못한 입법적 상황에서 만들어진 법규범이 제한받는 기본권 주체에게 신뢰를 주지 못하거나 기본권 주체가 해당 법규범에 대하여 상당한 이견을 제시하면서 그 위헌성을 제기하는 경우에 결국 헌법재판소를 향하여 보다 정제되고 형상화된 공익의 제시를 요구하게 된다. 그 과정에서 찾아낸 헌법적 가치 내지 공익의 형상이 헌법재판소의 결정에 대한 정당성을 뒷받침한다.

(3) 세 권리 각각에 대한 제한성의 문제

세 권리가 인정되는 수준은 크게 세 가지로 분류할 수 있다. 첫째, 단결권만 인정하는 경우이다. 둘째, 단결권과 단체교섭권을 인정하는 경우이다. 셋째, 위 세 권리 모두를 인정하는 경우이다. 이처럼 세 가지로 분류하여 노동 3 권의 입법형성이 이루어지더라도 다시 이 각각의 권리에 대한 제한 여부는 또 다시 입법형성에 의하여 그 수준이 정해질 수밖에 없다.

우선 단지 단결권만 인정하는 경우에는 노동조합의 설립과 그 활동에 대한 국가의 제한을 방어하는 측면이 매우 강하다. 하지만 이 경우에도 국가가 다른 일반 결사체와 달리 노동조합이 지닌 특성을 존중하여 보다 강력한 존립보호를 준다고 하여 헌법이념과 배치되는 것은 아니다.¹⁸⁾ 또한 노동조합이 어떤 형태로 설립되느냐에 대하여 입법자가 지정할 것이 아니라 직장별 단위노조를 설립하든, 아니면 산업별 연합노조를 설립하든 그것은 근로자의 자율에 맡길 사안이다. 설립하거나 설립된 노동조합이 법인으로 설립 내지 존속할 것인지 그 자체도 노동조합의 자율에 내맡길 수 있다.¹⁹⁾ 그러므로 단결권에 대한 제한은 특히 자주성을 강조하고 대외적 독립성을 핵심으로 하기 때문에 국가의 적극적 개입이 어느 정도 제한될 필요가 더 강하다.

다음으로 단결권과 단체교섭권만 인정하는 경우이다. 이 경우에 가장 핵심적 사안은 단체교섭의 범위를 어떻게 확정하느냐이다. 그런데 일반 근로자의 경우에 단체교섭사항에 대하여 입법에 의하여 제한사항을 명시적으로 두고 있지는 않다. 오로지 노동조합과 사용자 사이의 자율적 타협에 의하여 기능하도록 하고 있다. 하지만 입법자는 공무원의 노동조합설립을 허용하면서도 단체교섭의 대상을 이미

18) 「노동조합 및 노동관계조정법」 제 7 조와 제 8 조에서 각각 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위에 대한 구제신청권을 부여하고, 조세에 대한 특례를 두고 있다.

19) 「노동조합 및 노동관계조정법」 제 6 조에서 노동조합은 규약이 정하는 바에 따라 법인으로 할 수 있다.

법률에서 어느 정도 제한하고 있다.²⁰⁾ 입법자는 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제10조 제1항에 단체협약의 효력을 정하는 규정을 두면서, “제9조의 규정에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니 한다”라고 선언하였다. 비록 이 규정이 ‘법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용’ 그 자체가 단체교섭대상에서 전적으로 배제되는 것으로 보지는 않지만, 그에 관한 내용이 단체교섭에 의하여 체결되었다도 단체협약의 효력을 부여하지 않는 것이다. 위 법 제10조 제1항과 더불어 제10조 제2항은 정부교섭대표에게 이와 같은 내용에 대한 협약을 성실히 이행할 의무를 부여하고 있다. 공무원노조법 제10조 제1항에서 단체협약의 효력을 부인하는 이유는 그 교섭내용 자체가 이른바 사용자인 정부의 독자적 결정에만 의존할 수 없는 사항들이기 때문이다. 비록 정부가 그 내용에 대하여 계기를 부여하는 동인을 갖는다고 하더라도 권력분립의 원칙상 정부의 의사가 최종적 의사로 귀결되는 것이 아니라 의회의 통제를 받아서 다시 수정될 가능성이 항상 잠재되어 있다는 점이 그 이유이다. 이른바 최종적 국가의 의사는 정부와 의회의 상호협력 내지 통제에 기반하고 있으므로 단체협약의 대상으로 삼아 그에 대하여 규범력을 긍정하기 어려운 측면이 있다. 다만 정부대표와 노동조합이 단체교섭을 실시할 때에 상호 의사를 존중하는 차원과 그에 더 나아가 의회에 대한 강력한 의사표현의 수단으로 사용할 수는 있다. 특히 법령이나 조례의 내용은 그것이 노사의 단체협약에 의존하게 되는 경우에 입법형성재량권을 행사하는 대의기관의 기능을 왜곡되게 할 수 있고, 국가의 전체적인 대의민주주의의 근본체계에 손상을 가져올 우려가 있는 것이다.²¹⁾ 대의기관은 다양한 이해관계를 조정 내지 형량하여 규범을 정립하게 되는데, 그 가운데 형평을 유지하고 가치중립적 규범을 형성하는 것이 입법형성의 자유라는 이름으로 허용되어야 마땅하다. 일반 근로자의 경우에도 교섭대상의 범위에 포섭될 수 있느냐에 대한 첨예한 대립이 현재에도 진행 중이다. 이런 이유에서 일반 근로자와 달리 공무원인 근로자의 경우에는 단체교섭권을 원칙적으로 허용하더라도 그 교섭범위 또는 단체협약의 효력에 대한 제한이 가능할 수 있는 것이다.

끝으로 세 권리를 모두 인정하는 경우에도 단체교섭권이나 단체행동권을 제한

20) 공무원의 노조설립과 그 실제 운영에 관한 자세한 내용은 김인재, “공무원 노사관계 발전방안 소고(小考)”, 노동법연구 제25호(2008), 1면 이하; 김홍영, “공무원 노동관계에서 노동쟁의에 대한 조정(調停)”, 노동법학 제26호(2008. 6), 63면 이하 참조.

21) 전광석, “공무원의 노동쟁의권”, 고시계(1999. 6), 86면 참조.

할 수 있다. 그러나 우리 입법체계에서 일반 근로자의 경우에 단결권과 단체교섭권은 별다른 제한이 없으나 단체행동권(파업권)에 대한 제한은 존재한다.²²⁾ 입법자는 쟁의행위를 하는 경우라도 일정한 제한을 가하고 있다. 첫째, 노동조합은 쟁의행위에 돌입하기 위하여 일정한 투표절차에 따라 절차적 정당성을 획득하여야 한다. 이 절차적 부분은 파업을 실시하는 때에 파업의 정당성을 판단하는 하나의 중요한 요소이다. 대법원도 수차례 단체행동의 정당성을 판단하기 위하여 여러 가지 요소를 들면서 그 가운데 조합원의 의사를 묻는 투표절차를 거쳤는지를 중요한 심사자료로 활용하고 있다.²³⁾ 둘째, 필수공익사업의 필수유지업무를 정지하거나 폐지하는 방법으로 쟁의행위를 실시할 수 없다.²⁴⁾ 최소한의 업무유지를 위하여 노사가 그 범위를 설정하여 정상적 운영이 가능하도록 강제하고 있다. 셋째, 입법자는 분쟁상태의 조정과 중재를 위하여 단체교섭을 지원하고 있다. 이에 근거하여 노사의 양측은 단체교섭에 성실한 자세로 임하여야 할 뿐만 아니라 그 기간 동안 쟁의행위를 개시할 수 없다. 이 부분은 서로 이익관계가 상충하는 두 집단의 원만한 교섭을 지원하고 대립하고 있는 양쪽 당사자 사이에 무엇이 다른지를 확인하는 과정이며 그를 통한 산물인 ‘단체협약’을 만들어 내기 위한 중요한 절차에 속한다. 입법자는 대립관계에 선 당사자들을 그대로 방치하면서 사적 자치가 허용되는 영역이라고 치부하여 항상적 분쟁상태로 둘 수는 없다. 산업분야에서 노사관계의 안정성이야말로 사회의 지속적 발전과 균형을 담보할 수 있으며, 이를 통하여 체결된 단체협약은 문서로 기재되어 노동관계에서 하나의 안정적 규범으로 기능하게 된다.²⁵⁾ 이를 위하여 입법자는 조정위원회와 중재위원회를 두고 있다.²⁶⁾ 넷째, 노동부장관은 쟁의행위가 공익사업에 관한 것이거나 그 규모가 크거나 그 성질이 특별한 것으로서 현저히 국민경제를 해하거나 국민의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때에는 긴급조정의 결정을 할 수 있다. 쟁의행위가 사회에 미칠 파급효과가 막대할 경우라거나 장

22) 공무원의 단체행동권 부인에 관한 논거는 전광석, 한국헌법론(법문사, 2008), 370면 이하 참조.

23) 대판 1998. 1. 20. 97도588; 대판 2000. 5. 12. 98도3299. 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여 첫째, 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째, 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째, 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고 등 절차를 거쳐야 하는 한편, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.

24) 필수공익사업에 속하는 사항과 필수유지업무의 내용 그리고 어떻게 노사간에 협약이 정해지는가는 중요한 쟁점에 속한다. 「노동조합 및 노동관계조정법」 제42조의2 이하 참조.

25) 물론 단체협약의 규범성에 대하여 여러 이견이 존재하고 있기는 하다.

26) 「노동조합 및 노동관계조정법」 제55조, 제64조 참조.

기간 파업 등이 지속되어 중요한 공익적 가치가 크게 손상되는 상황이 전개되는 때에 긴급한 사태해결방안으로서 긴급조정권을 제한적으로 발동할 수 있다. 긴급조정권이 발동되고 그것이 공표되면 근로자는 30일간 쟁의행위를 재개할 수 없다. 물론 이 경우에 긴급조정권이 정당한 절차와 요건을 갖춘 경우에만 허용될 수 있다. 이 권한행사의 요건을 살펴보면 명확성이 떨어지는 부분이 있는 것도 사실이다. 위에서 살펴본 네 가지 큰 맥락에서 일반 근로자라 하여도 단체행동권이 전면 부인되는 것은 아니지만 일정 부분 제한될 수 있음을 알 수 있다. 그런 반면에 공무원노조나 교원노조는 각 법률에 따라 단체행동권을 전면 행사할 수 없다.²⁷⁾

IV. 사실상 노무의 개념에 대한 분석

위에서 공무원의 노동 3권 체계에 대한 전체적 조망을 하였다면, 아래에서는 이를 바탕으로 공무원법의 체계와 그 구조를 확인하면서 특히 사실상 노무에 종사하는 공무원의 입법형성의 문제에 집중하기로 한다.

1. 실정법적 체계

(1) 입법의 윤곽

여기서 평석하고자 하는 사안은 「국가공무원법」 제66조와 관련한 것이긴 하지만, 이 규정은 ‘병행규범’²⁸⁾의 모습으로 「지방공무원법」 제58조에도 그대로 복사되어 나타나고 있다. 그러므로 이 사안은 단지 국가공무원의 노동 3권 문제에 그치는 것이 아니라 지방공무원의 그것에도 마찬가지로 나타난다. 특히 지방공무원의 경우에는 법령에 근거하여 조례로 위임한 경우라서 보다 복잡한 헌법적 문제가 제기된다.

공무원 조직은 노동 3권과 관련하여 다음과 같은 몇 단계로 구분하여 살펴볼 필요가 있다. 첫째, 일반 공무원과 달리 교원의 신분을 가진 공무원은 교원노조법에 의하여 독자적으로 규율되고 있다. 그리고 교원노조는 단결권과 제한된 단체교

27) 공무원노조법 제11조, 교원노조법 제8조.

28) 동일한 내용을 담고 있는 법률규정이라고 하더라도 구체적 사건에서 재판의 전제성을 충족하지 못하는 경우에 헌법재판의 체계상 헌법재판소가 당해 규범을 심사할 수 없다. 이것은 구체적 규범통제만을 선택한 우리 헌법재판제도의 한계로 인하여 재판의 전제성을 갖추지 않아도 법률을 심사할 수 있는 추상적 규범통제가 허용될 수 없기 때문이다.

섭권을 향유하며 단체행동권은 전면 부인되고 있다. 둘째, 일반 공무원으로서 6급 이하의 공무원은 공무원노조에 가입할 수 있으며, 교원노조와 마찬가지로 단결권과 제한된 단체교섭권을 향유하며 단체행동권은 전면 부인된다. 이들은 공무원노조법에 근거하여 독자적으로 특례규정에 따라 규율되고 있다. 셋째, 공무원으로서 ‘사실상 노무’에 종사하는 자는 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 모두 향유할 수 있다. 이에 속하는 근로자는 교원노조 또는 공무원노조에 가입하는 것이 아니라 일반 근로자들처럼 독자적인 노동조합의 설립이 허용되고, 「노동조합 및 노동관계조정법」의 규율에 따르게 되는 점에서 차이가 있다. 그러므로 ‘사실상 노무’에 종사하는 공무원인지 여부는 일단 규율근거가 달라지고, 국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제58조의 단서에 포함되는지 여부가 결정되면서 그에 이은 각 법률에 마련한 처벌규정이 적용되는지 여부가 결정된다. 넷째, 위 세 영역 어디에도 포함되지 않는 공무원은 5급 이상의 직급에 있거나 공무원노조법에서 정한 특수한 업무영역에 종사하는 근로자는 노동 3 권 전부의 주체가 되지 못하는 입법체계를 형성하고 있다.²⁹⁾

적어도 위의 분류화된 사항은 헌법의 개방성에 따라 입법자가 입법재량권을 행사하여 형성한 체계에 해당한다. 헌법이 명시적으로 이러한 구분을 명령한 것도 아니며, 공무원도 일반 공무원과 사실상 노무에 종사하는 공무원을 구분할 것을 필연적으로 요구하고 있는 것도 아니다. 이것은 단지 입법자가 내린 정책적 결정에 따른 것이어서 향후 개선될 가능성은 여전히 남겨져 있다.

(2) 법률의 위임과 그 구조

여기서 집중하고자 하는 ‘사실상 노무’에 종사하는 공무원은 국가공무원법이나 지방공무원법 그 자체에서 명확하게 한계를 긋고 있지는 않다. 국가공무원법 제66조 제2항에서 그 범위를 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정하도록 하였으며, 지방공무원법 제58조 제2항에서는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 조례로 정하도록 위임하였다. 따라서 위 두 법률에 근거한다면 아직 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 일률적으로 내지 확정적으로 파악하기는 어려운 구조이다.

현재 하위규범을 살펴보면 다음과 같다. 국가공무원법 제66조 제2항의 위임

29) 공무원의 경우에 순환보직제로 인하여 어느 공무원이 노조가입이 가능한 신분에 편입될 수도 있고, 또한 그와 반대되는 현상이 일어나서 노조가입과 탈퇴를 반복할 상황이 전개될 수도 있다. 이에 대한 논의는 유각근, “공무원노조법의 주요쟁점에 대한 검토”, 노동법학 제26호(2008. 6), 112면 참조.

에 근거하여 공무원복무규정(대통령령) 제28조에서 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 자세하게 열거하고 있다. 그리고 법원공무원규칙(대법원규칙)은 법률적 근거를 국가공무원법 제66조 제2항임을 밝히면서 제91조에서 상세하게 정하고 있다. 그런데 위 두 규정을 살펴보면 그 포함범위가 다소 달라진다는 것을 확인할 수 있는데, 그에 대하여 아래에서 규범체계를 비교하면서 평가하기로 한다.

2. 위임입법의 체계와 그 한계

(1) 법적 명확성 여부에 대한 논의

헌법재판소는 사실상 노무의 법적 개념에 대하여 논증하면서 “... ‘사실상 노무’의 개념은 ‘육체노동을 통한 직무수행의 영역’으로서 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’은 공무원의 주된 직무를 정신활동으로 보고 이에 대비되는 신체활동에 종사하는 공무원으로 해석된다”라고 하여 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.³⁰⁾ 헌법재판소는 매우 간명하게도 사실상 노무의 개념은 집행당국에 의하여 자의적으로 해석될 여지가 없으며, 수범자의 예견가능성을 해할 정도로 불명확한 것은 아니라고 평가하였다. 그렇지만 어떤 범위의 근로자인지가 확연히 드러날 정도로 분명한 것인가는 좀 더 평가를 지켜볼 문제이다.

우리의 법체계에서 노동쟁의와 관련하여 1953. 3. 8. 법률 제279호로 제정·공포된 「노동쟁의조정법」 제6조 단서를 살펴보면, 처음으로 ‘단순 노무’라는 용어가 등장한다. 이 규정에서 단순 노무에 종사하는 공무원을 제외하고 다른 공무원은 쟁의행위를 금지하고 있었다. 또한 최초 제정된 국가공무원법을 살펴보아도 제37조에서 정치운동의 금지와 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 금하는 내용만 규정하고 사실상 노무의 개념은 나타나지 않았다. 그렇다면 가장 초기에 등장한 ‘단순 노무’는 오늘날 국가공무원법 등에서 사용하는 ‘사실상 노무’와 같은 개념인가도 밝혀져야 한다. 그런데 현행 법규정을 살펴보면 법률간 그 체계가 일관성을 유지하고 있지 못함을 발견할 수 있다. 국가공무원법 제2조는 공무원을 크게 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 구분한 후 다시 각 직렬을 구분하고 있다.³¹⁾ 특히 여기서 주목할 대상은 제3항의 특수경력직공무원을 분류한 것 중에

30) 헌재결 2007. 8. 30, 2003헌바51, 2005헌가5(병합) 참조. 이러한 설명은 일반 근로자와 공무원의 구분에서도 명확하지는 못한 측면이 있다. 공무원의 경우는 그들의 주된 직무가 국가정책의 입안과 결정에 관련된 업무를 수행하는 것으로 보는 것이 더 나을 듯하다.

31) 박근성, 행정법론(하)(박영사, 2008), 205면 이하; 홍정선, 행정법원론(하)(박영사, 2008), 272면 이하 참조.

서 제 4 호에 고용직공무원을 포함시키면서 이를 단순한 노무에 종사하는 공무원으로 규정하였다는 점이다. 그리고 공무원노조법 제 6 조에서 공무원노조에 가입할 수 있는 가입범위를 규정하면서 제 1 항 제 5 호에서 고용직공무원을 포함시키고 있다. 이 두 규정과 더불어 국가공무원법 제 66 조 및 지방공무원법 제 58 조를 모두 함께 융합시켜 분석하여 보면, 우선 규정상 ‘단순 노무’와 ‘사실상 노무’의 개념은 달라질 가능성도 배제할 수 없다. 따라서 법규정을 검토해 보면 다음과 같은 사실을 추론할 수 있다. 첫째, 두 개념은 때로는 동일하게 때로는 다르게 인식되고 있다는 것이다. 둘째, 입법자조차도 고용직공무원의 개념을 사용하면서 단순 노무라는 요소를 끌어들이어 위임입법의 과정에서 사실상 노무의 개념이 매우 불명확성을 내포하고 있음을 스스로 밝히고 있는 것이다. 셋째, 하위규범에서조차 사실상 노무에 종사하는 근로자로서 고용직공무원과 기능직공무원을 모두 포함시키거나 어느 한쪽만을 포함시켜 법적 개념으로서 상당히 모호성을 간직한 것임을 알 수 있다. 이와 같은 이유에서 사실상 노무의 개념은 매우 애매모호하거나 입법자조차 그 한계를 제대로 인식하지 못하는 관계로 법적 명확성의 원칙에 어긋나는 용어로 볼 수 있는 것이다. 또한 공무원노조법 제 6 조에서 규정한 바와 같이 만약 고용직 근로자로서 사실상 노무에 종사하는 자는 공무원노조에도 가입이 가능하거나 일반 노조에도 가입이 가능한 법적 상태에 있기 때문이다. 사실상 노무의 개념은 다음에서 보는 것처럼 형사처벌과 관련하여도 문제점을 노정하고 있다.

(2) 죄형법정주의의 우회적 일탈

국가공무원법 제 66 조의 규정에 따르면 사실상 노무에 종사하는 근로자가 아닌 경우에는 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 할 수 없게 되고 이를 위반한 경우에는 같은 법 제 84 조에 따라 형사처벌을 받게 된다. 그러므로 사실상 노무에 종사하는 공무원에 포함되는지 여부는 처벌규정에 해당하는 법 제 84 조의 구성요건 중 행위주체를 결정짓는 중요한 인자가 되는 것이다. 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범주에 속하는 순간 바로 형사처벌의 대상으로 진입하게 된다. 그렇지만 법률의 범위에서 사실상 노무의 개념 그 자체가 매우 애매모호하고, 그 대상주체를 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령에 위임하고 있어서 더욱 문제가 될 수 있는 상황이다.

오늘날 법치국가에서는 개인의 기본권을 최대한 보장하기 위하여 법률에 의한 처벌을 중요시하고, 형사처벌은 반드시 형식적 의미의 법률에 근거할 것을 강조하여 국가가 자의로 형벌권을 발동하지 못하도록 통제를 하고 있다. 그런데 예

외적으로 형벌법규를 위임할 여지가 존재하는데 그 경우에도 매우 한정적으로만 인정된다. 우선 긴급한 필요가 있는 경우에 위임이 허용되며, 다음으로 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 또한 허용된다.³²⁾ 이 두 경우 중 어느 하나에 해당하더라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 규정하여야 한다. 이러한 요건을 충족하면 위임이 가능하지만 기본권 주체에게 예측가능성을 담보할 수 있는지 유무를 판단하는 때에는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다. 이러한 엄격한 요건을 모두 통과한 때에만 형벌법규의 위임은 정당화될 수 있으며, 그 구체성 내지 예측가능성은 엄밀하게 통제될 필요성이 있다. 위임입법의 정당성 여부의 판단에서 우선은 위임하고 있는 법률규정 자체가 구체적으로 한정하고 있는지가 검증되어야 하며, 다음으로 위임받은 법규명령 등이 원래 수권한 범위를 일탈하지 않고 보다 자세하게 형벌법규의 체제를 갖추었는지를 통제할 필요가 있다. 그리고 형벌법규의 위임이 필요한 요건으로서 어떤 상황적 요건을 충족시킬 때에 우리는 ‘긴급한 경우’라고 지칭할 수 있는가에 대해서도 숙고해 보아야 한다. 이에 이어 위임입법을 정당화하는 ‘부득이한 사정’은 어떠한 경우에 통용될 수 있는지도 꼼꼼히 따져보아야 한다. 사회가 신속하게 변화하고 과학기술이 시시각각 변화하면서 자세한 규정 하나로 변화무쌍한 생활관계를 포섭하기 어려운 상황에 직면하지 않은 상태라면 부득이한 것이라고 판정하기는 어렵다. 오늘날 과학적 전문지식이 필요한 환경관련입법에서 위임입법은 두드러지게 나타나고 있다.

헌법재판소는 국가공무원법 제66조 제2항에서 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 위임입법에 맡긴 것에 대하여, “... 공무원을 국회 또는 행정부의 특수한 사정을 감안하지 아니하고 법률에서 일일이 정하는 것은 곤란한 일이므로 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 해당한다...”고 하면서 위 위임입법의 정당성을 논증하였다. 그러나 위에서 현행 입법체계를 살펴 보았듯이 규범집행자는 그 속성상 사실상 노무에 종사하는 공무원을 분류하는 때에 과소포함에 보다 적극적일 수 있다는 점이다. 또한 공무원이 속한 조직의 규칙이나 영에 따라 상당한 정도로 달리 입법화될 수 있음을 지적할 수 있다. 특히 이러한 입법형식의 전개에서 나타날 수 있는 기본권 비우호적 입법양태를 헌법재판소는 보다 엄밀한 강도로 심사할 필요가 있으며, 입법형식의 단순한 비난이 아니라 그것이 매우 자의적인 입법으로 이어질 상황이 크고 또한 형사처벌과 긴밀한

32) 헌재결 1991. 7. 8, 91헌가4; 헌재결 1994. 6. 30, 93헌가15; 헌재결 1997. 5. 29, 94헌바22 등 참조.

연관성을 띠고 있을 때에는 더욱 강조되는 대목이다. 처벌범위의 확정이 오로지 위임받은 조직의 입법에 의존하게 되는 구조는 결코 기본권 최대보장의 원칙과 가까이 하기 힘든 것이다. 구성요건의 중심을 이루는 행위주체를 확정하는 입법형성에서 입법자는 보다 명확한 용어 내지 범위를 미리 규정할 것이 의무로 주어진다. 헌법재판소가 다른 일반 법률에 의한 입법위임과 비교하여 형벌조항에 대한 위임에 관한 심사척도에서도 일관성 있게 견지해 온 바가 있다. 이 결정에서 반대의견은 “... 이 사건 처벌조항은 범죄의 핵심적인 구성요건을 추상적으로 규정한 채 그 구체적인 내용을 전부 하위법령에 위임함으로써 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되고 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다...”라고 하였다. 국가공무원법 제66조로부터 위임받은 국회인사규칙 제53조는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 정하지 않고 다시 그대로 위임하였으며, 그로부터 아무런 규정도 제정되지 않은 점에서 더욱 이 논증을 뒷받침할 수 있는 것이다.

(3) 조례규정과 평등권 침해 여부에 대한 논의

1) 비교집단과 차별성의 존부

앞서 논증한 죄형법정주의에 대한 논의는 국가공무원과 지방공무원에게 모두 적용될 수 있으며 아래에서 전개하는 평등성 위반 여부에 대한 구체적인 논증과 그 맥락이 닿아 있다. 따라서 위임입법의 합헌성에 관한 논의는 단순히 죄형법정주의원칙만 관련되는 것이 아니라 그것이 조직법 내지 조례에 대한 위임으로 말미암아 각 조직 및 자치단체별로 다른 입법이 형성되고, 그에 따라 제각각 다른 행위주체가 범죄구성요건으로 포섭되는 구조를 갖고 있기 때문에 평등성 문제를 야기한다.

또한 이 평등성의 문제는 몇 개의 비교집단으로 구분될 수 있으며, 그 근거 법령에 따라 달리 분류할 수 있다. 첫째, 국가공무원과 지방공무원은 서로 다른 근거법의 위임에 따라 사실상 노무에 종사하는 근로자로 규율받는다. 둘째, 국가공무원의 경우라도 국가공무원법 제66조 제2항에서 명시한 수임받은 조직이 국회, 대법원, 중앙선거관리위원회, 헌법재판소 그리고 행정부냐에 따라 달리 입법될 가능성이 존재한다. 셋째, 지방공무원의 경우에는 지방공무원법 제58조 제2항에서 위임한 바대로 각 지방자치단체가 만든 조례에 따라 모두 달리 규율될 수 있다. 위에서 구분한 집단은 다시 서로 다른 비교집단과 제각각 달리 적용될 가능성이 충분히 잠재되어 있기 때문에 비교집단은 무수히 달리 정립될 수 있는 것이다. 바로 이 부분에서 ‘사실상 노무’에 관한 입법형성이 무수한 입법자의 기준에 따라

달리 이루어지는 경우에 우리 헌법질서 속에 존재하는 개인은 무수히 다른 형벌 체계 속에서 생활하게 되는 것이다. 특히 공무원은 그것이 국가공무원이건 지방공무원이건 진출입이 가능한데, 이때에도 해당 공무원이 어떤 공무원이고 어느 자치단체가 만든 조례의 우산 속으로 들어가느냐에 따라 형벌제재가 가능할 수도 아닐 수도 있게 된다. 바로 이 점에서 국가의 형벌권은 일반성과 평등성을 간직한 법률에 근거하여 집행될 수 있어야 하는 원칙이 위협을 받고 있는 것이다.

그리고 지방자치법 제22조는 지방자치단체가 일정 범위에서 조례를 제정할 수 있는 권한을 부여하면서도 “... 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”라고 규정하고 있다. 이어서 법 제27조 제1항에서는 조례를 위반한 경우에 1천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있게 하였다. 이와 같은 규범구조 속에서 조례로 형벌의 구성요건이 구체적으로 확정되게 하여 국가의 형벌권을 행사하게 하는 것은 더욱 바람직하지 않은 상태이다.

2) 초과조례의 시사점과 평등성 문제

이 글에서 다루고자 하는 사안이 이른바 ‘초과조례’에 대한 논의와 동일하다고 볼 수는 없지만, 이 논의는 우리에게 중요한 점을 몇 가지 시사하고 있다.³³⁾ 비록 지방자치법이 이루어지는 조직체계를 갖추고 있더라도 규범의 단계론에 비추어 보면, 하위규범은 상위규범을 위반할 수 없는 것이 사실이다. 그러므로 조례는 법률이라는 상위규범에 어긋나는 내용을 포함할 수 없기 때문에 이때에도 법률우위의 원칙은 지켜져야 한다. 법률과 조례의 내용이 서로 다른 경우에 일정한 통제장치가 필요하고, 국가의 법규범이 정상적인 위계질서를 갖도록 입법형성이 이루어져야 한다. 법률과 조례가 일정한 규율대상이나 내용적 측면에서 긴장관계를 가질 수도 있는데, 그에 대한 논의가 필요하다.³⁴⁾

첫째, 법령에는 전혀 규정된 바가 없는데 조례가 일정한 사항을 규율하는 경우이다. 이때에는 지방자치법 제22조 단서에서 제한하고 있는 사항이 아니면 지방자치단체는 그에 대한 조례를 제정하여 시행할 수 있다. 둘째, 조례와 법령이 입법 목적의 측면에서 동일하지만 법령이 정하지 아니한 사항을 조례로 정한 경우이다

33) 김남진/김연태, 행정법Ⅱ(법문사, 2008), 113면 이하; 김동희, 행정법(Ⅱ)(박영사, 2008), 92면 이하; 박균성, 행정법론(하)(박영사, 2008), 165면 이하; 홍정선, 행정법원론(하)(박영사, 2008), 136면 이하 참조.

34) 이에 대한 판결로 대판 1997. 4. 25, 96추244(자활보호대상자에 대한 생계비 지원); 대판 1997. 4. 25, 96추251(차고지확보제도); 대판 2006. 10. 12, 2006추38(세 자녀 이상 세대에 대한 양육비 지원); 대판 2007. 12. 13, 2006추52(제주도 자동차렌트업 규제 강화) 등 참조.

(추가조례). 이 경우에 수익적 행정이고 재정법상 문제가 없으면 조례로 규정할 수 있으나, 침익적 행정이라면 지방자치법 제22조 단서의 요건을 충족하여야 한다. 셋째, 조례와 법령이 동일한 사항을 규율하고 입법목적도 동일한 경우에 조례가 법령보다 그 기준을 강화하는 경우이다(초과조례). 이런 상황에서는 침익적 행정이면 그 조례는 상위규범에 어긋나므로 법률우위의 원칙을 위반하는 것이다.³⁵⁾ 다만 대법원은 조례에서 정한 보호대상자에 대하여 생활보호법상 생계비에 준하여 생계비를 지원할 수 있도록 규정한 조례의 적법 여부를 판시하면서 다음 두 가지 주요 이유를 들었다. 대법원은 판결문에서 조례가 적법한 이유로 “i) 조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없는 때, ii) 또는 양자가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니다”라고 들었다.³⁶⁾ 당해 법령이 일정한 사항을 규제하고자 하는 목적으로 ‘최소기준’만을 정하고, 각 지방자치단체는 실정에 맞게 별도로 규율할 가능성을 열어두고 있는 때에는 그 조례가 비록 강화된 기준으로 입법화되었다더라도 법률우위의 원칙을 위반한 것이 아니다. 또한 수익적 행정이라도 법령이 정한 급부조건을 ‘강화’하는 조례는 침익적이므로 허용되지 않지만, 급부조건을 ‘완화’하는 조례는 법령의 최소기준에 따라 그 지방의 실정에 맞게 규율하는 것을 허용하는 취지라면 받아들일 수 있다.³⁷⁾

위와 같은 논의를 종합하면 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 이 글에서 다루고 있는 위임입법에 대한 논의가 위임한 사항의 불명확성과 그로 인하여 각 지방자치단체별로 조례가 달리 제정될 가능성이 존재한다는 점에서 법률이 본래 의도한 내용보다 강화된 수준으로 규범이 정립될 수도 있다는 점에서 시작한다. 앞서도 언급한 바와 같이 본 사안이 초과조례에 대한 논의와 동일한 사례로 볼 수는 없더라도 법률우위의 원칙과 위임입법의 원칙에 대한 상호 관련성은 부인할 수 없다. 특히 대법원이 다룬 사안 중에서 96추251 사건은 법률에서 허용한 범위를 초과하여 입법하여 궁극적으로 주민이 형벌을 받을 수 있는 상황에 처하게 된

35) 대판 1997. 4. 25, 96추251 참조.

36) 대판 1997. 4. 25, 96추244 참조.

37) 대판 2006. 4. 25, 96추244 참조.

다는 점에서 유사하다. 따라서 우리 입법자는 사실상 노무의 개념이 위임법규범(모법)에서 그 범위를 확정지를 필요가 있고, 손쉽게 지방자치단체의 조례로 위임할 사안이 아니라는 사실을 유념해야 할 것이다. 그러한 위임 자체가 전국적인 형벌근거에 대한 행위주체의 불통일성을 초래하고, 국민간에 평등성을 저해할 우려가 있는 것이다.

다만 이 논의는 위임의 법적 근거가 존재하고 있는 상황에서 그 위임에 따라 형성된 조례가 구체적으로 논쟁이 되고 있음을 전제하는 것이다. 만약 위임입법의 전체적 구조에서 위임하고 있는 법령에 흠이 존재하는 경우라면 위임규정 그 자체의 법적 문제점을 우선적으로 논할 수 있지만, 초과조례와 관련하여 논의되는 것은 그 위임이 상위법령과 조화될 수 있느냐라는 점에 있다는 것에 차이가 있다. 그런데 현재까지 지방자치단체 가운데 어느 곳도 ‘사실상 노무’에 종사하는 공무원에 관한 조례를 규정한 바 없기에 이론적 시사점만 원용할 수 있다.

(4) 위임입법에 대한 입법부작위의 통제

사실상 노무에 종사하는 근로자가 어떤 범위까지 포섭될 수 있을 것인가에 대한 문제는 입법위임의 과정에서 또 다른 문제를 발생시키고 있다. 국가공무원의 경우에는 국가공무원법 제66조의 근거에 따라 그 범위를 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령에 위임하였고, 지방공무원의 경우에는 지방공무원법 제58조에 근거하여 각 지방자치단체의 조례에 위임하였다.³⁸⁾ 우선 국가공무원의 경우에 공무원복무규정(대통령령)과 법원공무원규칙(대법원규칙)을 제외하고 어떤 조직도 법률의 명시적 위임을 이행한 바 없으며, 그에 대한 구체적인 논의도 진행되고 있지 못하다. 다음으로 지방공무원을 살펴보면 사실상 노무에 종사하는 근로자에 대한 규율방식은 세 단계를 거쳐 현재에 이르고 있다. 첫 단계³⁹⁾가 제정 지방공무원법의 경우로서 법 제58조에서 ‘각령’으로 정하도록 하였고, 둘째 단계⁴⁰⁾가 법 제58조에서 ‘대통령령’에 위임하였다가, 셋째 단계⁴¹⁾에서 현재의 입법처럼 ‘지방자치단체의 조례’에 위임하였다.

위와 같은 두 가지 입법상황을 고려해 보면 다음 사실을 확인할 수 있다. 첫

38) 다만 제정 국가공무원법은 사실상 노무에 종사하는 공무원을 구별하여 취급하지 않았다(법 제37조 참조). 그 후 1962. 2. 23. 시행 법률 제1029호에서 단서를 신설하여 사실상 노무에 종사하는 공무원을 별도 취급할 수 있는 근거를 마련하였다. 국회의 개정이유를 살펴보면, “국가공무원 중 사실상 노무에 종사하는 공무원에게 노동운동을 할 수 있도록 하려는 것임”이라고 짧게 밝히고 있다.

39) 지방공무원법 1963. 12. 2. 시행 법률 제1427호~1963. 12. 17. 시행 법률 제1550호.

40) 지방공무원법 1966. 5. 31. 시행 법률 제1794호~1972. 12. 26. 시행 법률 제2381호.

41) 지방공무원법 1973. 4. 1. 시행 법률 제2594호~현행.

제, 국가공무원법이건 지방공무원법이건 사실상 노무에 종사하는 근로자의 구체적 형성을 상위법률에서 하위법규에 위임하고 있음이 명백하다. 둘째, 두 경우 모두 법률이 위임근거를 명확하게 명시하였음에도 수입기관이 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우가 있다는 것이다. 국가공무원의 경우에는 일부 이미 입법이 존재하고 있기는 하지만, 실제 지방자치단체의 조례는 현재까지 제정된 사례를 발견하지 못하였다. 셋째, 이와 같은 입법부작위의 상태는 이미 수십 년이 경과한 현재 시점에도 제대로 정비되고 있지 못하다는 문제점이 상존하고 있다.

헌법재판소는 입법부작위와 관련한 사안에서 입법부작위를 진정입법부작위와 부진정입법부작위로 구분하면서 진정입법부작위가 될 수 있는 요건을 몇 가지 제시한 바 있다. 특히 그 중에서도 ‘행정입법부작위’에 관한 내용을 살펴보면 다음과 같다.⁴²⁾ 행정권력의 부작위에 대한 헌법소원의 허용 여부에 대한 기준으로 “공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다”고 제시하였다. 특히 행정명령의 제정 또는 개정의 지체가 위법으로 되어 그에 대한 법적 통제가 가능하기 위한 요건으로 세 가지를 제시하였다. “첫째, 행정청에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고 둘째, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 셋째, 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 한다.” 그러므로 헌법재판소는 위임입법에 대한 통제를 위한 요건으로 법적 의무의 존재, 입법을 위한 시간적 여유의 고려, 장기간 의무의 불이행 등을 기준으로 삼고 있다. 그렇다면 앞서 검토한 입법적 상황에 비추어 보면, 이 사안은 헌법재판소가 제시한 세 가지 요건을 모두 충실하게 충족하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 실제 대법원은 구청 소속 교통행정과 소속 지방지도원으로서 버스전용차로 통행위반 단속업무에 종사하던 자가 사실상 노무에 종사하는 공무원이라고 주장하면서 노동운동의 가능성 여부를 판별할 수 있는 조례가 제정되지 않은 것이 부작위라는 것을 핵심쟁점으로 제기한 부작위위법확인소송을 판단한 바가 있다.⁴³⁾ 하지만 이 사안에서 대법원은 소송계속 중에 원고가 이미 정년퇴직하였음을 주요 판단이유로 나열하면서 소송제기 후 사정변경에 기초하여 소의 이익이 상실되었다고 하여, 이에 대한 판단은 유보된 상태로 남게 되었다. 또한 입법부작위에 대한 행정소송의 적법 여부에 관하여 대법원은 “행정소송은 구체적

42) 헌재결 1998. 7. 16, 96헌마246(치과전문의자격시험제도 사건); 헌재결 2004. 2. 26, 2001헌마718(군법무관 임용법 사건) 참조.

43) 대판 2002. 6. 28, 2000두4750; 서울고법 2000. 5. 30, 99누15084(원심판결) 참조.

사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고, 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없다”고 판시하고 있다. 바로 이 지점에서 헌법재판소의 역할이 남아있게 되는 것이다. 일반 법원의 경우에는 소송계속 중에 사후에 발생한 사정변경으로 말미암아 문제된 사안에서 소의 이익이 상실되었다는 이유로 법적 판단이 유보될 가능성이 항상 존재하지만, 그 부분에 대한 보다 고양된 규범해석권에 기초하여 당해 규범에 대한 객관적 심사는 헌법재판소의 경우는 가능하다고 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 그러므로 현실에서는 이처럼 사실상 노무에 종사하는 공무원과 관련한 문제가 발생하고 있지만 입법부작위 상태가 장기간 지속되어 이 부분에서 기본권 보호의 사각지대가 이미 고착화되어 있다고 할 수 있다. 그러므로 입법자는 이제 새로운 관점에서 규범체계에 대하여 조망할 필요가 있고, 특히 위임입법에서 나타날 수 있는 여러 법적 문제점을 되짚어 볼 시기가 되었다.

V. 결 론

이상에서 우리는 공무원의 노동 3 권에 관한 기본체계를 살펴보면서 사실상 노무에 종사하는 근로자의 기본권적 지위를 밝혀보았다. 일반 공무원과 사실상 노무에 종사하는 공무원을 달리 취급할 헌법적 필연성은 전제되어 있지 않지만 입법자는 이 부분의 노동 3 권에 관한 입법재량권 행사에서 달리 취급하고 있다. 그런 가운데 입법자는 상위규범인 법률에서 사실상 노무에 종사하는 공무원의 개념을 구체적으로 명시하지 않은 채 위임입법에 맡기고 있다. 입법자의 입법형성권 행사에서 다음과 같은 문제점이 있음을 검토할 수 있었다.

첫째, 전체적인 입법체계에서 ‘사실상 노무’에 대한 개념이 혼돈 상태에 있다는 점이다. 이 개념은 단순 노무라는 것과 공무원분류에서 보듯이 고용직 내지 기능직과도 경계가 불분명하다. 둘째, 위임입법의 단계에서 사실상 노무에 종사하는 지 여부는 형사처벌규정과 합체하여 형벌의 구성요건 중 행위주체를 결정짓는 중요한 문제임에도 명확성원칙에 어긋나는 위임입법권이 행사되고 있다. 셋째, 국가 공무원집단 내지 지방공무원집단 상호간 또는 집단내에서의 형사처벌과 관련하여

44) 이 부분은 우리 헌법재판소가 누차 강조해 온 헌법소원의 이중성과 밀접한 연관성이 있다.

차별적 취급이 이루어질 가능성이 잠재되어 있다. 넷째, 위임입법을 명시한 후 상당한 시간이 경과하였음에도 하위규범의 입법자는 아무런 조치 내지 행위의무를 이행하지 않고 있어서 개인의 기본권 보호에 취약한 점을 내보이고 있다.

위와 같은 네 가지 큰 이유에서 입법자는 현행 국가공무원법 및 지방공무원법이 내포한 헌법적 문제점을 조망하고, 규범구조적 문제점에서 초래될 수 있는 기본권 위해적 요소를 가능한 한 신속하게 제거하여야 할 것이다. 헌법재판소 또는 법원이 기능할 수 있는 영역 또한 권력분립의 원칙에 비추어 보았을 때에 일정한 한계가 있을 수밖에 없으므로 입법자의 적극적인 개선노력이 뒷받침될 것이 요청된다.

후기: 이 발표(2009. 3. 6)가 있고 난 후, 헌법재판소는 2009. 7. 30. 재판관 6(위헌):3(각하)의 의견으로 지방자치단체가 지방공무원법 제58조 제2항의 위임에 따라 '사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위'를 정하는 조례를 제정하지 아니한 것은 정당한 사유 없이 조례를 제정하여야 할 헌법상 의무를 해태함으로써 청구인들이 단체행동권을 향유할 가능성 자체를 봉쇄한 것으로 헌법에 위반된다는 결정을 선고하였다(헌재결 2009. 7. 30, 2006헌마358). 이 결정에 따라 지방자치단체는 그 범위에 관하여 구체적인 입법형성을 할 의무가 있다.

I. 들어가는 글

1. 사건의 이슈(issues)에 대하여

상기 사건에서 제기된 이슈로는 원고가 법원에 계속중인 사건을 통해서 제기 및 주장하는 사실과 상황을 살펴보기로 한다.

(1) 2003헌바51

청구인은 국회사무처 소속 6급 공무원으로 ○○공무원노동조합위원장 겸 국회사무처 직장협의회 대표이다. 청구인은 위 공무원노동조합의 인정을 위한 전 단계로서 ○○공무원직장협의회총연합을 출범시켜 수차례 집회를 개최하고 공무원 노동조합을 출범시키는 등의 활동을 한 사실로 인하여 국가공무원법위반 등의 혐의로 기소되어 1심에서 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받았다(서울중앙지방법원 2003. 1. 21, 2001고단10150 판결).

청구인은 항소한 후 그 소송계속 중 국가공무원법 제66조 제 1 항, 제 2 항 및 제84조 중 제66조 위반 부분에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였으나, 위 항소심법원이 청구인의 항소를 기각하면서(서울중앙지방법원 2003. 7. 9, 2003노1118 판결) 위 제청신청도 기각하자(2003초기966), 청구인은 2003. 7. 14. 헌법재판소법 제68조 제 2 항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 같은 달 22. 대법원에 상고하였으나 기각되었다(대법원 2005. 5. 12, 2003도4331 판결).

(2) 2005헌가5

○○고용직공무원노동조합은 각급 경찰서와 그 산하기관에 근무하는 고용직

* 전북대 법학전문대학원 교수.

공무원을 조직대상으로 한 노동조합으로서, 2004. 7. 24. 고용직공무원 30명이 조합원으로서 설립총회를 마친 후 같은 달 27. 서울남부지방노동사무소에 노동조합설립신고서를 제출하였다.

서울남부지방노동사무소장이 2004. 7. 30. ○○고용직공무원노동조합의 설립주체인 고용직공무원은 ‘노동조합 및 노동관계 조정법’(이하 ‘노동조합법’이라 한다) 제 5 조의 규정에 의해 자유롭게 노동조합을 조직·가입할 수 있는 근로자에 해당하지 아니하고, 국가공무원법 제66조 제 1 항 단서, 제 2 항, ‘구 국가공무원 복무규정’(2004. 11. 3. 대통령령 제18580호로 개정되기 전의 것) 제28조에 따라 노동운동을 할 수 있는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범주에도 해당하지 아니한다는 이유로 설립신고서를 반려하는 처분을 하자, ○○고용직공무원노동조합은 서울남부지방노동사무소장의 위 반려처분이 위법함을 이유로 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하였고(서울행정법원 2004구합26123), 위 법원은 2005. 3. 22. 직권으로 국가공무원법 제66조 제 2 항이 헌법에 위반된다는 이유로 이 사건 위헌제청결정을 하였다.

2. 적용법률의 대상

이 사건들은 국가공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5452호로 개정된 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제66조 제 1 항, 제 2 항 중 “국회규칙” 및 “대통령령”(이하 ‘대통령령 등’이라 한다) 부분(청구인과 제청법원은 제 2 항 전체에 대하여 헌법소원을 제기하거나 위헌제청결정을 하였으나, 각 당해 사건에 적용되는 위 부분에 한정함이 상당하다), 제84조 중 제66조 제 1 항, 제 2 항 중 “국회규칙” 위반 부분(위 조항들 전체를 ‘이 사건 법률조항’이라 한다)의 위헌 여부로서 적용법률은 아래와 같다.

[국가공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5452호 개정)] 제66조 (집단행위의 금지)

① 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

② 제 1 항 단서의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다.

제84조 (벌칙) 제44조·제45조·제65조·제66조의 규정에 위반한 자는 다른 법률에 특별히 규정된 경우를 제외하고는 1년 이하의 징역 또는 300만 원 이하의 벌금에 처한다.

II. 주요쟁점의 결정

1. 다수의견

헌법 제33조 제2항이 공무원의 노동3권을 제한하면서 노동3권이 보장되는 주체의 범위를 법률에 의하여 정하도록 위임한 것은 다음과 같은 의미를 갖는다.

(1) 입법권이 공무원체도의 유지·발전과 전체 국민의 복리를 고려하고, 헌법상 보장된 공무원제도 자체의 기본 틀을 해하지 않는 범위 내에서 관련된 다양한 권익을 공공복리의 목적 아래 통합·조정할 수 있음을 의미한다.

(2) 공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 직무의 성질이 공공성·공정성·성실성 및 중립성이 보장되어야 한다는 특수한 사정을 고려하여, 전체 국민의 합의를 바탕으로 입법자의 구체적 입법에 의하여 공무원제도를 보장·보호할 수 있는 입법재량을 부여한 것이라고 한다.

그러면 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다.

현행 헌법은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하였다. 법 제66조 제1항은 “공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다”고 하며, 또 제2항은 “제1항 단서의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다”고 규정하여서, 노동3권이 보장되는 공무원의 범위를 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’으로 한정하고 있다.

위 법률조항이 노동3권이 보장되는 공무원의 범위를 사실상의 노무에 종사하는 공무원에 한정하였던 것은, 그 직무의 내용에 비추어 국민에 대한 영향이 크지 아니하여 노동3권을 보장하더라도 공역무 수행에 큰 지장이 없고, 노동조건에 비추어 우선적으로 노동3권을 인정할 필요성이 큰 집단을 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’으로 국회가 판단하였다고 할 수 있다.

그러므로 위 법률조항은 입법자가 노동3권의 향유주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정하도록 하기 위하여 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이 아니며, 따라서 헌법에 위반하는 것이라

고 할 수 없다(헌재 1992. 4. 28, 90헌바27등, 판례집 4, 255, 261-266; 헌재 2005. 10. 27, 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 249-252 참조).

2. 소수의견

(1) 반대의견

법 제66조 제1항이 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 모든 공무원에 대하여 노동운동을 위한 집단적 행위를 금지하고, 이에 위반되는 행위를 법 제84조에 의하여 형사처벌하는 것은 헌법에 합치되지 아니한다고 생각한다.

헌법 제33조 제1항이 근로자의 노동 3권을 규정한 것은 근로자에게 노동 3권에 관한 자유를 보장할 뿐만 아니라 근로자의 인간다운 생활을 보장하기 위한 것이다. 근로자의 노동 3권은 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위하여 필수불가결한 것이므로 국가는 이를 최대한 보장할 의무를 진다. 이는 사기업의 근로자이든, 공기업의 근로자이든, 공무원인 근로자이든, 다를 바 없다.

그런데 공무원의 노동 3권은 공무원의 특수한 지위와 직무의 공공성 및 근로조건의 내용에 맞추어 조절될 수 있다. 이러한 법리는 노동 3권을 보장하는 근본 목적으로부터 우러나오는 내재적 한계라고 할 수 있다. 개개의 헌법 조문은 헌법 전체가 설정한 기본질서에 부합되도록 해석되어야 한다. 헌법 제33조 제2항이 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정한 것은, 공무원인 근로자도 헌법 제33조 제1항에 의하여 노동 3권을 가진다는 것을 전제로, 근로자의 노동 3권을 보장한 헌법 제33조 제1항의 취지와 노동 3권의 내재적 한계에 관한 법리 및 공무원의 특수한 지위와 책임을 규정한 헌법 제7조의 취지를 조화시키기 위한 것이라고 보아야 한다. 따라서 헌법 제33조 제2항이 공무원의 노동 3권에 관하여 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서는 안 되고, 헌법 제33조 제1항의 취지와 헌법 제7조의 취지를 조화시켜야 하는 임무와 한계를 부여한 것이라고 보아야 한다.

헌법 제33조 제2항은 “법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고 있지만, 그 취지는 이미 본 바와 같이 공무원도 헌법 제33조 제1항에 따라 원칙적으로 노동 3권을 가지지만 헌법 제7조에서 밝히고 있는 공무원의 특수한 지위와 책임과 조화될 수 있는 한도에서 공무원의 노동 3권을 구체적으로 조절할 수 있고 그 구체적인 내용은 법률로 정한다는 취지라고 보아야 한다. “단결권·단체교섭권 및 단체행동권”이라고 규정하고 있지만,

노동 3 권을 전부 가지는 공무원을 법률로 정한다는 취지가 아니라, 공무원의 종류와 직급·직무내용에 따른 직무의 공공성, 지휘감독을 받는 근로자성의 정도, 근로조건의 내용, 근로조건을 향상시킬 필요성의 정도 등을 종합적으로 고려하여 노동 3 권의 전부 또는 일부가 허용되는 공무원의 범위를 법률로 정하라는 취지라고 보아야 한다.

이 사건 법률조항은 국가공무원의 노동운동을 위한 집단적 행위를 금지하고 그에 위반되는 행위를 형사처벌하면서, 사실상 노무에 종사하는 공무원만 예외로 규정하고 있다. 이 사건 법률조항은 공무원의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 노동 3 권의 내용 중에서 집단적 행위만을 금지하면서, 사실상 노무에 종사하는 공무원에게는 노동운동을 위한 집단적 행위도 허용하고 있다.

그렇지만 이 사건 법률조항은 공무원의 종류와 직급·직무내용에 따른 직무의 공공성, 지휘감독을 받는 근로자성의 정도, 근로조건의 내용, 근로조건을 향상시킬 필요성의 정도, 노동운동을 위한 집단적 행위의 내용, 노동운동을 위한 집단적 행위가 근무시간 중에 이루어졌는지 여부와 공무원의 직무전념의무를 저버리거나 공공직무의 수행에 지장을 주는지 여부 등을 고려하지 아니한 채, 오로지 사실상 노무에 종사하는 공무원인지 여부만을 기준으로 하여 노동운동을 위한 집단적 행위의 허용 여부를 결정하고 있다.

이는 헌법 제33조 제2항의 취지를 벗어나 노동운동을 위한 집단적 행위를 과도하게 제한하는 것이다. 다만, 대법원은 이 사건 법률조항의 “집단적 행위”는 “공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 집단적 행위”를 의미한다고 좁게 해석하여 이 사건 법률조항의 위헌성을 줄이려고 노력하고 있다. 그리고 헌법 제33조 제2항의 취지에 따르더라도 공무원 중에는 노동운동을 위한 집단적 행위를 금지함이 마땅한 공무원이 있을 것이고, 이 사건 법률조항은 그러한 공무원에 대하여 노동운동을 위한 집단적 행위를 금지하는 부분(헌법에 합치되는 부분)도 포함하고 있다. 또한, 1999. 7. 1.부터 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(법률 제5727호)이 시행되고 2006. 1. 28.부터 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’(법률 제7380호)이 시행됨으로써, 이 사건 법률조항의 위헌성이 대폭 개선되었다고 할 수 있다.

그러나 이 사건 법률조항의 위헌성이 완전히 제거되었다고 보기는 어렵다. 특히 공무원의 종류와 직무내용에 따른 직무의 공공성의 정도, 노동운동을 위한 집단적 행위가 공무원의 직무전념의무를 저버리거나 공공직무의 수행에 지장을

주는지 여부 등이 충분히 고려되었다고 보기 어렵다. 공무수행에 지장을 주지 않는 노동운동은, 공무원의 집단적 행위라고 하더라도, 일반적·전면적으로 금지시키고 형사처벌하는 대상으로 인정하기 어렵다.

결국 이 사건 법률조항은 헌법에 합치되는 부분과 헌법에 위반되는 부분을 아울러 내포하고 있는데, 위헌적인 부분만 구분하여 특정하기 어렵다. 위헌적인 부분만 특정하여 위헌선언하여 실효시키기 어렵고, 위헌적인 부분이 있다고 하여 합헌적인 부분까지 포함하여 전부에 대하여 위헌선언을 할 수도 없다. 그 위헌성을 제거하는 일은 국회의 구체적인 입법작용에 맡길 수밖에 없다. 그러므로 이 사건 법률조항 전체에 대하여 헌법 제33조 제2항의 취지에 부합되지 아니한다고 선언하고 개선입법을 촉구함이 상당하다.

(2) 반대의견

국가공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5452호로 개정된 것) 제66조 제1항, 제66조 제2항 중 “국회규칙” 및 “대통령령” 부분(이하 위 두 조항을 ‘이 사건 금지조항’이라 한다), 제84조 중 제66조 제1항 및 제2항의 “국회규칙”에 관한 부분(이하 ‘이 사건 처벌조항’이라 한다)이 모두 헌법에 위반된다.

Ⅲ. 입법재량의 의의

1. “사실상 노무에 종사하는 공무원”의 의미

공무원은 국민에 의해서 직접 또는 간접 선출 또는 임용되어 국가나 공공단체와 공법상의 근무관계를 맺고 공적 업무를 담당하는 사람을 의미한다. 공무원도 각종 노무의 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 사람이라는 점에서는 통상적인 의미의 근로자성을 지닌다(근로기준법 제14조, 제16조, 노동조합법 제2조 제1호 등). 따라서 헌법 제33조 제2항도 공무원의 근로자의 지위를 인정하는 것이라고 본다.

현행 헌법은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하였다. 여기서 법률로 정하는 공무원에 대하여 입법재량이 어느 정도의 범위로 인정되는지 문제이다. 법 제66조 제1항은 “공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니

된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다”고 규정한다. 또 제 2항은 “제 1항 단서의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다”고 규정하여서, 노동 3권이 보장되는 공무원의 범위를 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’으로 한정하고 있다.

문제는 “사실상 노무에 종사하는 공무원”의 구체적 내용에 대한 입법자의 재량이 어느 정도 허용되는지 여부이다. 이러한 입법재량의 인식방법은 4가지로 구분할 수 있다.

2. 헌법소송에서 위헌심사와 입법재량유형화의 관계

입법재량은 헌법상 일정한 범위에 있어서 입법재량에 위임되어 있는 영역이 존재하는 것을 전제한다. 문제는 입법재량이 어떠한 사항에 대하여 어느 정도의 범위를 인정할 것인가이다. 입법재량의 인식은 헌법규정에 기초하는 경우와 법률의 성질에 따른 경우 두 가지로 분류할 수 있다.

전자의 경우에 있어서 입법재량의 범위가 협소한 것에서 넓은 것으로 그 유형을 살펴보면 아래와 같다.

- 1) 가장 좁은 유형은 헌법규정이 명확한 개념을 포함하는 “고문”금지의 경우이다.
- 2) 헌법 제37조 2항에서의 국가안전보장, 공공복리 등을 사용하는 경우는 재량범위가 다소 넓어진다.
- 3) 헌법이 어떤 사항에 대해서 “법률이 정하는 바에 의하여”라고 규정하는 법률유보가 가장 넓은 재량범위를 인정한다.
- 4) 법률에 의해서 규제의 구체화 또는 형성내용을 명시하지 않는 경우도 입법재량의 범위가 넓게 인정될 수 있지만, 자유권적 기본권처럼 원래 제약이 엄격한 경우는 입법재량의 범위가 매우 협소하게 된다.

후자의 경우에는 법률의 성질에 의한 판단은 이중기준이론을 참고할 수 있는데, 정신적 자유의 규제는 입법재량이 최소한도로 좁아지고, 경제적 자유의 규제에는 입법재량이 훨씬 넓어진다.

그러나 입법재량의 실제적 유형화는 어려운 과제인 동시에 그의 한계를 가지고 있다고 본다. 이러한 헌법소송에서 입법재량판단은 위헌심사의 조각사유로서 사법소극주의를 낳기 때문에 구체적인 개별적인 헌법조문의 해석론에 의하여

해결되어야 할 것이다.

헌법소송에 있어서 입법재량은 위헌심사와 관련하여 구체적으로 몇 가지로 분류될 수 있다.

- 1) 의회의 판단에 위임되어 있는 영역에서 사법판단이 배제되는 경우는 의회의 자율권에 해당하는 사항이다.
- 2) 어느 범위에서 사법심사의 대상이 되지만, 그 이상은 입법정책에 위임되어 있는 영역으로서 조세나 형벌 등이다.
- 3) 명확성원칙의 경우와 같이 사법심사가 가능하지만, 제한되어 있는 결과로 의회의 판단이 우선하는 경우로서 경제적 기본권을 들 수 있다.
- 4) 의회의 판단보다는 사법판단이 보다 강하게 인정되는 경우로서 양심의 자유 등을 들 수 있다.

결국 입법재량의 유형화는 인권보장의 구체적 예견가능성을 부여하여 인권신장을 실질적으로 제고하는데 있다. 그렇다면 입법재량이론은 1) 입법재량의 넓은 적용, 2) 입법재량의 좁은 적용, 3) 입법재량의 적용배제 3가지로 구별할 수 있다.

첫째, 생존권관련소송, 조세관계소송, 경제정책시행의 소송, 공무원의 정치활동에 관한 소송 등은 현저히 합리성 결여가 명백한 재량의 일탈이나 남용의 경우에는 사법심사가 가능하다고 본다. 사법심사에 수반하여 재량통제기능을 가장 소극적으로 행사하는 방식이다. 여기서는 매우 단순히 입법목적의 합리성 여부를 심사하는데 그치지 않고, 합리성의 심사기준이 적용되고, 또 명확성의 원칙에 의하여 판단하지 않을 수 없다.

둘째, 국회의원선거구획정 관련소송, 약사법거리제한 관련소송 등에 있어서 입법재량이 협소하기 때문에 합리성심사의 기준이 아니라, 엄격합리성의 기준에 의한 심사가 행해져야 할 것이다.

셋째, 입법재량이 배제되는 경우로서는 절대적 평등원칙이나 원칙규범의 경우에 해당되는 것이라고 본다.

이러한 입법재량의 유형화는 헌법소송에 있어서 기본권해석의 엄밀한 논증의 합리성을 담보하기 위한 판례분석이 전제되지 않으면 안 된다. 입법재량이론은 헌법규범에서 생겨난 원리와 법률에서 나타난 원리의 대립에 있어서 순서를 구하는 헌법재판소가 입법부의 결정을 존중하는 서열의 판단을 행하는 방법이고, 그 한계를 확정하기 위해서는 인권의 가치서열의 확립과 입법사실의 전개, 위헌심사기준의 확립을 통한 기본권해석이 요청된다.

종래 헌법재판소의 헌법규범에 대한 해석방법은 대체로 입법재량의 적용을

전제하는 해석으로 일관하고 있다고 본다.¹⁾

IV. 결론²⁾: “사실상 노무” 개념의 헌법심사기준

“사실상 노무”에 종사하는 공무원에 있어서 직무의 성질이 공공성보다는 사무 자체가 민영화될 수 있을 정도로 민간업무와 유사한 형태로 해석될 것이다. 그렇다면 “사실상 노무”의 개념은 입법재량의 범위가 매우 제한되거나 또는 그것이 배제될 수 있는 성격을 갖기 때문에 입법자의 재량의 남용 또는 일탈의 여지도 고려해야 할 것이다. 나아가 노무에 종사하는 공무원의 인간다운 생활을 보장하기 위해서는 자유권의 성격 내지는 원칙규범의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 따라서 이에 대해서는 엄격합리성의 심사기준이 적용되어서 해석되어야 타당한 헌법규범의 해석이 될 것이다.

1) 이에 대해서 구체적인 헌법재판소의 판례경향에 대하여 추후 연구과제로 고려한다.

2) 지면과 시간상의 제한때문에 토론내용을 한정된 부분으로 그치고, 추후 지면으로 상세한 논의를 미룬다.

김 홍 준*

먼저 깊이 있는 논문을 발표해주신 김진곤 교수님께 감사를 드립니다. 덕분에 많이 배우고 생각하게 되는, 좋은 계기가 되었습니다. 김 교수님의 발표에 대하여는 전반적으로 공감하고 있는 바이므로 과연 제대로 된 지정토론을 할 수 있을지 걱정이 됩니다만, 주어진 역할에 충실하고자 2가지 사소한 질문을 드릴까 합니다.

1. 과잉금지의 원칙 적용 여부에 관하여

이 사건 결정에서는 헌법 제33조 제2항에서 공무원의 경우 법률이 정하는 자에 한하여 노동 3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있기 때문에 법률이 정하는 자 이외의 공무원은 노동 3권의 주체가 될 수 없어 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙은 적용될 수 없다고 판시하고 있습니다.

이 점에 대하여 김 교수는 “기본권 주체를 입법자가 형성하더라도 뚜렷한 기준이 없거나 자의적으로 그 범위를 축소시키는 내용형성은 헌법의 이념에 합치하지 않는다”는 전제 하에 “입법자에 의하여 제외된 모든 공무원이 노동 3권의 향유주체로 포섭될 수 없다는 단정적인 논리는 수용하기 어려운 것이다. 오히려 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 심사를 동원하여 과소보호가 아니며, 각 집단별 차별성이 평등원칙을 위반한 것이 아니라는 심사를 하는 것이 더욱 타당하다”고 비판하고 있습니다.

그런데 김 교수님과 같은 전제에 서더라도 반드시 과잉금지원칙에 의한 심사가 허용되어야 하는지는 다소 의문입니다. 헌법 제33조 제2항의 규정태도는 어디까지나 법률에 의하여 노동 3권의 주체가 되는 공무원의 범위를 정할 것을 선언하고 있다고 보는 것이 솔직한 해석이라고 여겨지므로, 노동 3권의 주체로 포섭되지 아니한 이상 그 다음 단계로 넘어가 과잉금지의 원칙을 적용하는 것은 불가능하다고 보는 것이 논리적이지 않을까 합니다. 다만, 법률이 그 범위를 자의적으로 정할 수는 없는 것이고, 여기에도 노동 3권의 주체가 되는 공무원과 그러하지 못

* 서울중앙지법 부장판사.

한 공무원 사이에 자의적인 차별은 없는 것인지 심사는 가능할 것입니다. 이 사건 결정은 물론 지방공무원법 제58조 제 1 항의 위헌 여부가 문제된 사건(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50 등)에서도 사실상 노무에 종사하는 공무원과 그 이외의 공무원을 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있다고 하여 평등원칙에 의한 심사를 하고 있습니다. 즉 헌법 제33조 제 2 항이 예정하고 있는 입법권의 행사는 평등의 원칙에 의한 통제는 가능하나 과잉금지원칙에 의한 통제는 불가능하지 않는가 하는 것이 저의 생각입니다.

2. 국가공무원법 제66조 제 1 항의 헌법적 근거 여하

이 사건 결정에서는 국가공무원법 제66조가 헌법 제33조 제 2 항에 근거한 것이고, 전체 국민의 공공복리와 사실상 노무에 공무원의 직무의 내용, 노동조건 등을 고려해 보았을 때 입법자에게 허용된 입법재량권의 범위를 벗어난 것이 아니라고 판시하고 있습니다.

헌법 제33조 제 2 항으로의 개정전 헌법규정은 김 교수님이 발제한 바와 같이 “최초로 여야합의에 의한 헌법 개정 앞에서는 더 이상 유지하기 힘든 헌법체계”라고 보는 것이 헌법개정연혁에 부합하는 이해라고 생각합니다. 개정전 헌법 제29조 제 2 항에서 공무원은 법률로 인정된 자를 제외하고는 노동 3 권을 가질 수 없다고 규정하고 있었던 것이 공무원은 원칙적으로 노동 3 권이 부정되나 예외적으로 법률에 의하여 노동 3 권이 인정될 수 있다는 입장이었다면, 헌법 제33조 제 2 항은 그와 같은 원칙과 예외의 기준을 제시하지 않은 채 노동 3 권이 인정되는 공무원의 범위를 국회에서 입법하도록 명하고 있을 뿐이기 때문입니다. 특히 그 개정의 역사에 비추어 보면, 당시 헌법개정권력은 헌법 제29조 제 2 항을 개정하면서 공무원의 노동 3 권을 헌법 제 7 조(공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위)와 조화롭게 보장할 수 있도록 입법부에 그 입법책임을 지운 것으로 이해됩니다.

이 사건 결정에서 단순히 규정의 내용만을 비교하여 “부정적 표현에서 긍정적 표현으로 바뀌었으므로 위와 같은 개헌의 취지를 반영하여 국회는 공무원의 노동 3 권을 좀 더 적극적으로 보장하는 방향으로 입법을 하여야 한다는 정치적 부담을 진다고 해석할 여지는 있을 것이나, … 위와 같은 헌법의 개정에도 불구하고 ‘법률로 인정된 자’ 또는 ‘법률이 인정하는 자’만이 노동 3 권을 가진다는 것을 표현하고 있다는 점에 있어서는 그 내용이 같(다)”라고 판시한 것은 이와 같은 헌법개정의 배경을 고려하지 않은 결과가 아닐까 합니다.

나아가 국가공무원법 제66조—지방공무원법 제58조도 마찬가지로입니다만—는 전혀 다른 헌법적 배경을 가지고 있습니다. 제정헌법은 노동 3 권과 관련하여 일반 근로자와 공무원을 구분하지 아니하였고, 1949. 8. 12. 제정된 국가공무원법 제37조에서도 “공무원은 정치운동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다”고만 규정하고 있었을 뿐, 공무원의 노동운동 일체를 금지하지는 아니하였습니다. 5·16 쿠데타 후 군사정권에 의해 국가공무원법이 개정되기 전까지는 노동조합법과 노동쟁의조정법에 의하여 이른바 ‘공안공무원’을 제외한 모든 공무원의 단결권과 단체교섭권이 보장되었고, 다만 단체행동권은 현업 공무원에게만 보장되었던 것입니다.

그러던 것이 국가재건최고회의가 1961. 9. 18. 국가공무원법 제37조를 개정하면서 “공무원은 … 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니 된다”로 개정하고, “단, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 노동운동은 예외로 한다”는 단서를 신설한 뒤 1962. 12. 26. 헌법의 전면 개정을 통해 공무원의 노동 3 권을 원칙적으로 부정하는 규정(앞서 본 제29조 제 2 항)을 두는 한편, 1963. 4. 17. 노동조합법과 노동쟁의조정법의 개정을 통해 공무원을 적용대상에서 제외함으로써 국가공무원법과 지방공무원법에서 일률적으로 공무원의 노동 3 권을 규율하게 되었습니다.

이와 같은 규율방식이 현행헌법 개정 전까지 유지되어 왔던 것이므로, 국가공무원법 제66조는 결국 원칙 부정·예외 허용이라는 개정전 헌법 제29조 제 2 항에 근거를 두고 있는 것으로서 공무원법에 의한 공무원의 노동 3 권 규율이라는 입법태도를 바탕으로 하고 있다고 할 것입니다.

그런데 헌법 제33조 제 2 항은 앞서 본 바와 같이 전혀 다른 헌법적 결단을 담고 있는 것이고, 여기서 공무원의 노동 3 권을 규율하게 될 새로운 입법은 종전 공무원법의 개정이 아니라 노동관계법의 제·개정—그것이 노동일반법이든 새로운 노동특별법이든 간에—일 것임을 예정하고 있는 것이라 하겠습니다.

그렇다면 국가공무원법 제66조가 헌법적 배경으로 삼고 있었던 것은 개정 전 헌법 제29조 제 2 항이었을 뿐이고, 헌법 제33조 제 2 항은 아니라 할 것입니다. 그럼에도 불구하고 이 사건 결정에서 국가공무원법 제66조가 헌법 제33조 제 2 항에 근거하고 있다고 설시한 것은 위 헌법규정에 따라 입법부가 입법을 하기 전까지는 공무원의 노동 3 권을 규율할 수밖에 없는 국가공무원법상의 위 규정에 대응하는 다른 헌법규정이 없기 때문이라고 이해할 수는 있겠습니다만, 그렇다고 하여 “헌법 개정을 전후로 하여 위헌심사기준으로서의 헌법 제33조 제 2 항의 의미가

달라진다고 하기는 어렵다”고까지 선언한 것은 수궁하기 힘듭니다.

헌법이 예정하고 있는 입법이 이루어지기까지의 공백기동안 종전 관련 법률이 적용될 수밖에 없겠지만, 헌법의 개정을 통하여 공무원의 노동 3 권에 대한 주권자의 전향적인 의사가 확인된 이상 그 법률규정은 주권자의 새로운 의사에 부합하도록 엄격하게 심사되어야 할 것으로 생각합니다. 이 점과 관련하여 이 사건 결정은 “(국가공무원법 제66조 제 1 항이) … 노동 3 권의 주체를 법률로 정하도록 위임하고 있는 헌법 제33조 제 2 항의 법률유보에 내재하고 있는 목적에 어긋나는 것은 아닌가라는 의문이 생길 수 있다”고 하면서도 노동 3 권의 주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정함에 있어서는 헌법의 정신, 국제사회 노동관계법규를 고려하는 한편 “근로자인 공무원의 직위와 직급, 직무의 성질, 그 시대의 국가·사회적 상황 등도 아울러 고려하여 합리적으로 결정하여야 한다”는 입장에서 “그 직무의 내용에 비추어 국민에 대한 영향이 크지 아니하여 노동 3 권을 보장하더라도 공역무 수행에 큰 지장이 없고, 노동조건에 비추어 우선적으로 노동 3 권을 인정할 필요성이 큰 집단을 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’으로 국회가 판단하였다고 할 수 있다”면서 그 합헌성을 인정하고 있습니다.

그러나 헌법이 공무원의 노동 3 권 허용 여부에 관한 입장을 기본적으로 변경하고, 그에 따라 종전의 헌법적 입장에 터 잡아 입법된 국가공무원법 제66조 제 1 항 등 공무원관련 노동관계법의 개정을 명하고 있는 상황 하에서 종전의 헌법 하에서와 같은 위헌심사기준으로 위 조항을 심사한다는 것은 납득하기 어렵습니다. 이 점에 대한 김 교수님의 견해를 구합니다.

제92회 발표회 토론요지

사 회 자 : 이철수(교수)

토론참여자 : 정영화(교수), 김홍준(판사), 김복기(헌법연구관), 박진영(헌법연구관),
황문섭(헌법연구관), 박준희(헌법연구관), 유성재(교수)

간 사 : 헌법실무연구회 간사 손인혁 연구관입니다.

갑자기 날씨가 추워졌는데도 많이 참석해 주셔서 감사합니다.

오늘은 광운대 법대 김진곤 교수님께서 공무원의 노동 3 권에 관해서 발제해 주시겠습니다.

그리고 오늘 특별히 사회는 서울대에서 노동법을 강의하시는 이철수 교수님께서 맡아주셨습니다.

모두 박수로 환영해 주십시오.

지금부터는 교수님께서 진행해 주시겠습니다.

사 회 자 : 오늘 헌법재판소에 이런 토론자리 저는 처음입니다.

위헌성여부 소위 고도의 규범적 판단을 하는 유서 깊은 자리에 이렇게 와서 어안이 병병합니다. 저를 불러준 이유를 우리 김복기 연구관에게 들어보니 제가 이쪽부분에 노동법쪽 제도적인 측면에서 제가 관여를 좀했고 나름대로 몇 편의 글을 썼기 때문에 ….

사실 실무적인 관점에서 공무원노조법이 갖고 있는 여러 가지 문제점들 이 부분 앞으로 새로운 입법형성을 기다려야 되는 그런 문제인데, 오늘은 좀 고전적인 접근을 해야 되는 자리인 것 같습니다.

사회자의 1차적인 임무는 시간을 잘 관리하는 것으로 알고 있습니다.

그래서 제가 먼저 토론을 좀 활발히 할 수 있는 식으로 해서 시간을 많이 할애하도록 하겠습니다.

우리 김 교수님께는 한 35분에서 40분 시간을, 그 정도면 괜찮겠지요?

그러면 김진곤 교수의 발표를 먼저 듣고 회의를 진행시키도록 하겠습니다.

발표해 주시지요.

< 주제발표자 발표 >

사 회 자: 시간이 좀 경과를 했습니다.

어떻게 할까요? 토론자 발표를 다 듣고 하는게 좋을 것 같은데 순서를 어떻게 할까요? 앉은 순서대로? 예.

전북대 법대 교수로 재직하고 계신 정영화 교수의 토론을 듣도록 하겠습니다.

< 지정토론자(정영화) 발표 >

사 회 자: 이어서 김홍준 판사께서 해 주시지요.

< 지정토론자(김홍준) 발표 >

김 복 기: 헌법재판소에서 연구관으로 근무하고 있는 김복기입니다.

전반적으로 발제해 주신 김 교수님 의견에 저도 동의하는 편입니다. 그리고 이어서 지금 말씀해 주신 김홍준 판사님 지적해 주신 사항에도 제가 사실 기본적으로 공감하는 그런 입장인데요. 공교롭게 지적하신 그런 내용이 제가 지금 첫째 제기한 문제하고 겹칩니다. 그런데 저는 좀 일부러 반대 입장에서 한번 물음을 던져봤습니다. 지금 발제자하고 김 판사님께서도 말씀하신 바와 같이 제헌헌법은 공무원에 대한 개별 유보조항 없이 근로자 일반에 대해서 노동3권의 자유를 법률상 보장하고 그게 이제 5차 개정때 공무원인 근로자에 대해서 특별규정이 있었는데 약간 소극적 형태로 “누구를 제외하고는 가질 수 없다” 이런 형식을 유지하다가 87년 현행 헌법 개정때 “누구에 한하여 가진다.” 이렇게 되었습니다. 현행 헌법과 제헌헌법의 노동3권 보장 내지 제한 방식의 차이나 나아가 공무원의 노동3권 제한에 관한 현행 헌법과 제5차 개정 헌법의 표현의 차이에 주목해야 한다는 두 분 지적에 전적으로 공감합니다. 그런데 헌법 제33조 1항이 보장하는 노동3권 자체에 대해서 우리 재판소는 이는 어떠한 제약도 허용되지 아니하는 절대적인 권리가 아니라 일반적으로 37조 2항이 어느 경우에 어떤 상황에서든지 적용할 수 있는 공익상의 이유로, 37조 2항을 이유로 제한이 가능하다는 것을 일관되게 여러 결정례에서 확인하고 있습니다.

김 판사님께서 지금 자세히 설명해 주셨습니다만 일례로 공무원인 근로자에 대해서 개별유보조항이 없었던 그러니까 제헌헌법유형과 같았던 그런 시기에 이미 61년 9월 18일자 법률로, 헌법상이 아니라 법률로 이미 공무원에 대해서 정치운동을 금지하고 노동운동을 금지하는 그런 규정이 있었습니다. 물론 그 당시 시대상황이나 그 당시 이거에 대한 합헌결정이 있었던 것은 아니기 때문에 이게 뭐 특별히 참고할 만한 사항은 아닙니다만 만약에 그 당시에 결정을, 헌법재판소의

지금 노동 3 권에 대한 입장, 판시 기본입장에서 그 당시 헌법규정으로 이 당시 61년도 법률조항을 우리가 위헌여부를 판단했으면 과연 당연히 위헌으로 갔을까 그런 의문을 좀 제기해 봤습니다. 즉 이러한 입장에서 공무원 노동 3 권에 관한 헌법 연혁이나 표현방식의 차이가 바람직한 입법, 즉 국가가 헌법에 위반되지 않는 범위 내에서 국민의 기본권을 보다 적극적으로 보장하는 방향으로 나아가야한다는 입법론의 근거로는 적극적으로 작용할 수 있겠지만 노동 3 권이 보장되는 공무원의 범위설정에 관한 위헌여부판단에 결정적인 근거로 삼기에는 부족한 것이 아닌가라는 반론도 가능할 것 같은데, 그러니까 김 판사님하고 반대입장에서 제가 반론을 한번 제기해 본건데요, 교수님의 생각을 듣고 싶습니다.

그 다음에 종래 노동법 학계를 중심으로 노동 3 권은 기본적으로 자유권적 성격을 가지는 것인데 헌법재판소가 노동 3 권의 사회권성을 강조하면서 이를 근거로 노동 3 권 규율에 대한 광범위한 입법형성의 자유를 인정하고, 결과적으로 노동 3 권을 너무 과도하게 제한하거나 경우에 따라서는 형해화시킨다는 그런 비판이 노동법학계에 지배적으로 있어 왔다고 볼 수도 있을 것 같습니다.

교수님께서 소개하신 바와 같이 헌법재판소는 기본적으로 자유권적 기본권과 사회권적 기본권의 성격을 병유하는 것으로 보고 있지만 그에 관한 판시가 일관되는 것 같지는 않습니다. 개인적으로는 노동 3 권의 원래적 모습은 자유권인데 참고로 아까 말씀드린 바와 같이 제헌헌법은 명문상 아예 ‘자유’라는 표현을 쓰고 있습니다. 헌법연혁적이나 약자에 대한 보호이념적인 측면에서 사회권적인 성격이 있다고 우리가 표현하는 것은 아닌지 그런 생각이 듭니다. 이와 관련해서 헌법재판소가 사회권적 성격을 인식하거나 강조한다고 하여서 그것이 곧 논리적으로 노동 3 권 제한의 빌미로 사용될 수 있는 것은 아니라고 생각합니다. 오히려 사회권적 성격의 강조는 제가 조금 전에 말씀드린 바와 같이 그런 연혁적, 이념적인 이유로 근로자의 헌법적 권리를 보다 적극적으로 보장하는 국가의 입법 내지 정책에 대한 정당화 근거로 작용되는 또는 그렇게 되어야 하는 것이 아닌가라고 생각합니다. 교수님께서도 발제문에서 공무원 노동 3 권의 입법형성 문제를 논하시면서 노동 3 권의 법적성격에 관해서 언급하고 계신데 구체적으로 이 사건에서는 노동 3 권의 법적성격과 관련 조항의 위헌여부가 어떠한 관계를 맺고 있다고 보시는 것인지 여쭙고 싶습니다. 그것은 제 생각에는 적어도 이 사건은 어떤 사회권적 성격이 문제되는 것이 아니라 기본적으로 공무원이 단결하고 단체교섭하고 단체행동을 하고자 하는 어떤 자유권적 측면을 원천적으로 금지한 것이기 때문에 어떻게 보면 이 법률의 위헌여부하고는 크게 직접적으로 연관되지 않을 수 있지 않을까?

아니면 오히려 교수님께서서는 헌재가 이런 사회권적 성격을 항상 엄두에 두기 때문에 이렇게 결정한 것이라고 혹시 암묵적으로 말씀하신 것인지 궁금합니다.

마지막으로는 실무적인 입장에서 고민하다가 써봤는데요. 사실 이 부분에 대한 판단이 없는 것은 아니라고 봅니다. 대상 결정례의 다수의견이 노동 3 권의 부여와 관련해서는 평등권 침해여부도 같이 살펴보고 있습니다. 그러나 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유와 관련 되어서는 “기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위”의 금지와 관련해서 그런 표현의 자유의 침해가 있느냐에 대해서 판단했지만 별도로 평등권 침해여부는 판단하고 있지 않았습니니다. 형식적으로 그렇습니다. 물론 실무적으로 보면 사실상 표현의 자유의 판단부분에서 과잉금지원칙을 적용한 것으로 보이기 때문에 사실상 실질적으로는 평등권도 여기서 판단한 것 아니냐고 선회할 수도 있을 것 같습니다만 또 그렇게 보기 힘들거나 좀 아쉬운 것은 이 사건에서 전반적으로 문제되는 것은 다수의견이 정리한 것처럼 헌법상 유보가 되었기 때문에 노동 3 권 관련해서는 과잉금지원칙의 적용문제, 위배여부가 아예 문제가 안 된다는 것을 받아들인다 하더라도 평등권심사 관련해서나 아니면 언론의 자유의 과잉금지원칙 관련해서는 꼭 그게 과잉금지라는 표현이 아닐지라도 소위 말해서 과소포함이라든지 과대포함이라든가 있지 않습니까? 너무나 적은 집단을 포함시켰다 기본권보호 관련해서, 그리고 우리가 흔히 말하는 표현의 자유 관련해서는 개별 그룹별로 한번 판단해 볼 수도 있는 건데 그런 어떤 그룹별 판단이 안 된 상태에서 단순히 공무원은 공익적인 성격을 공무를 수행한다. 또한 법원이 집단적 행위에 대해서 이렇게 제한적 해석을 하고 있다는 어떻게 보면 개별적인, 공무원의 유형이 여러 개 있는데 그런 것에 대한 개별적인 판단, 즉 다른 것은 다르게 볼 수 있는 여지의 판단이 있음에도 불구하고 그냥 그것을 전체적, 사실상 노무에 종사하는 자를 제외한 모든 공무원에 대해서 전체적으로 추상적으로 이런 이유 때문에 또 제한도 이렇게 하기 때문에 특별히 문제 안 된다, 이렇게 판단한 것은 아닌지? 그래서 형식적 측면에서 문제를 제기하면서 결론을 말씀드리면 평등심사 관련해서 우리 헌재가 제가 보기에는 크게 두 가지 판시가 있었던 것 같은데, 적어도 표현의 자유는 우리가 중대한 기본권이라고 인식을 하고 있으니까 중대한 기본권으로 볼 수도 있고 또 한편으로는 다른 판시에 의하면 그냥 기본권 관련된 사항에 대해서는 평등심사할 때 엄격하게 가야 된다 그런 판시도 있으니까 우리가 이 사건에서 표현의 자유와 관련되어 가지고 공무원의 어떤 구체적인 유형별로 공무원이 담당하는 직무 성질을 고려해서 대상범위나 어떤 제한 범위 그리고 정도에 대해서 개별적으로 판단할 여지가 있지 않았을까? 그런 면에

서 문제를 제기하고 싶은데 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

이상입니다.

사 회 자: 감사합니다.

장시간동안 발표와 토론이 있었는데 대체로 오늘 나온 논점을 보면 세 가지 유형이 되는 것 같아요. 첫 번째가 현행 헌법 33조 2항과 국가공무원법 66조의 상관관계의 문제. 김홍준 판사가 제기했습니다만, 이 33조 2항이 워낙 오랜 기간동안 많이 바뀌었고 하기 때문에 헌법상의 어떤 변화를 실정법해석에서 어떤 식으로 반영할 것인지 이런 부분이 하나의 논점이 될 것 같고요.

두 번째가 김복기 연구관이 제기했습니다만 노동 3 권의 성격 이것이 소위 노동 3 권과 관련한 입법형성재량이 어떤 영향을 미칠 수 있는가? 그 상관관계에 관한 부분들이 문제가 잡히는 것 같습니다.

그리고 가장 큰 문제가 바로 오늘 발표자가 아주 상세히 설명했습니다. 정치하게 설명했습니다만 사실상 노무에 종사하는 공무원의 개념이랄까요. 사실 어려운, 저희들이 공부하면서도 이게 무슨 말인가 노가다인가? 이런 말까지도 했거든요. 과거에 공부하면서, 이 개념의 불명확성으로 인한 문제들 특히 죄형법정주의 위반문제가 발생하지 않는가, 그리고 집단간 차별 소위 평등을 해칠 수 있는 소지가 없는가라는 문제, 그리고 사실 이 규정에 따라서 권리가 형성이기 때문에 이것을 해태했을 경우에 생기는 입법부작위의 문제, 이런 부분들을 자세히 짚어주고 있습니다. 이와 관련된 토론들이 있어 왔습니다. 그래서 방금 이런 토론자들의 지적에 대해서 발표자에게 답변할 기회를 드리고 플로어에 마이크를 돌리도록 하겠습니다.

발 표 자: 먼저 과잉금지원칙에 대한 적용여부에 대해서 말씀드리겠습니다.

먼저 과잉금지원칙에 대한 심사를 동원하는 것이 적정한가? 또는 그 자체는 그 이후의 평등성 문제를 판단하는 것으로 가능하다고 말씀을 하셨는데, 제가 그 논의를 했던 이유는 일단 1차적으로 노동 3 권이라는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 권리에 대한 허용여부에서의 과소포함이라는 부분에 대한 일정한 문제였습니다.

그래서 그 예로 제가 만약에 7급 공무원까지만 단결권, 단체교섭권을 허용하는 입법형태가 이루어졌을 때 그에 대한 심사라는 부분을 제가 예를 들었었는데요. 그 다음에 나오는 부분에서 만약에 A라는 집단에게는 단결권만 인정하고 B라는 집단에게는 단체교섭권을 허용하고 또는 C는 모두 다 허용하는 경우 그런 경우가 만약에 나타났을 때 또는 같은 집단이지만 교원인 경우하고 교원이 아닌 일

반공무원의 경우 또는 공무원과 공무원 사이에 다른 일정한 노동 3 권에 대한 입법형성이 이루어 졌다면 평등원칙이 당연히 적용되는 것이 맞습니다.

그래서 김홍준 판사님께서 질문하신 내용하고 김복기 연구관님께서 질문하신 그 내용에서 1차적인 노동 3 권 그 자체에 대한 문제는 과잉금지원칙을 심사방법을 동원할 수 있다는 것이고 그 다음에 먼저 이루어진 구체적인 입법형성에서 또 다시 평등의 문제를 심사할 수 있다고 제가 판단을 했습니다. 그래서 그 부분에서 단계를 두 개를 나누어서 생각해 보면 평등원칙에 의한 통제가 가능하고 과잉금지원칙에 의한 통제는 불가능하지 않는가라는 질문에 대해서는 그 세 가지 권리에 대한 인정여부와 관련한 부분하고, 그 다음에 거기에 따라서 형성된 구체적인 행사의 범위 또는 그 포섭의 범위 간에 나타나는 차별성문제 이 부분 두 가지로 구분해서 판단할 수 있을 것 같습니다.

그 다음에 66조 1항에 대한 헌법적 근거여하에 대한 질문에서는 저도 이 부분을 많이 고민을 했습니다. 특히 헌법에서 명시하고 있는 공무원의 노동 3 권에 대한 규정이 노동조합 및 노동관계조정법이라는 그 일반적 규율하고 그 다음에 지금 현행과 같이 공무원노조법이라든지 교원노조법이 형성된 이 상황에서 66조가 가지고 있는 위치를 보게 되면 일반적으로 그 표제는 주로 공무원의 복무를 규정하고 있는 내용입니다. 그렇기 때문에 그 가운데서 만약에 공무원노조법이나 교원노조법이 전혀 없는 상태에 일반근로자를 규율하고 있는 노동조합 및 노동관계조정법으로 설명이 안 되기 때문에 그 부분에서 국가공무원법 66조 1항이 사실상 대체하고 있는 규범구조였습니다. 그렇기 때문에 이 상황에서 대법원이라든지 또는 다른 일반법원에서 판단할 때 거기에 대한 아무런 상황이 없고 주로 노동운동이라는 부분에서 판단할 때 단결권, 단체교섭권 또는 단체행동권과 관련한 아주 제한된 범위에서의 그 노동운동을 말한다고 판시를 하고 있습니다. 왜냐하면 사실상 노무에 종사하는 근로자에 대해서 이미 그 단서조항에 달고 있었기 때문에, 그래서 지금과 같은 상황에서는 이미 일반근로자의 경우에는 기존에 법률이 있었고 공무원과 교원의 경우에는 독자적인 특례규정을 다두고 있기 때문에 지금 국가공무원법 제66조 제 1 항은 그 문구에서 일정부분 손질을 가해야 된다고 생각합니다. 그래서 개정이 필요한 부분으로 저는 판단하고 있습니다. 그래서 그 부분에서 좀 더 명확하게 특별한 규율의 근거를 밝혀 주고 사실상 노무에 대한 부분도 단서에 서 어느 정도 윤곽을 잡아주는게 바람직하지 않나 생각하고 있습니다.

그리고 헌법 33조 2항에 대한 해석부분에서 33조 2항이 개정전 헌법 그러니까 1980년 헌법의 경우에는 약간 소극적인 면이 있었고 지금 개정된 부분은 적극

적인 면을 포함하고 있는데 과연 그렇다면 그것이 단순히 헌법을 개정하면서 정치적인 어떤 부담을 지우는 것으로만 볼 것이냐 아니면 거기에 우리 헌법개정권력은 또 다른 의미를 함께 함축하고 있는 것인가라는 부분을 평가해야 될 것 같습니다.

의견에 따라서 달라질 수 있겠지만 제가 판단할 때는 그 당시에 헌법개정이 이루어지는 정치적 상황이라는 부분을 고려해 본다면 지금 현행 33조 2항에서 “법률이 정하는 자”라고 해서 모든 것이 개방된 상태로 헌법이 열어두고 있다라고 판단하기에는 좀 어렵다고 볼 수 있겠습니다. 그래서 그 부분에서 입법자는 보다 적극적으로 노동3권에 대한 우호적인 방법으로 좀더 강화시키는 방향으로 입법형성이 이루어져야 될 것 같고, 단순히 단체적 부담이라고 말하기에는 저는 헌법개정의 뜻을 추적해 본다면 그렇게만 해석하기는 어렵다고 보고 있습니다.

그 다음에 노동3권의 성격론과 노동3권의 제한문제에서 일반적으로 노동3권이 처음 문제가 되기 시작했을 때는 산업혁명 이후에 나타나는 여러 가지 노동상황이라든지 근로자의 열악한 어떤 지위 이런 부분에서 특히 국가는 전적으로 단체형성 자체를 금지했습니다. 그래서 일정한 단체를 형성하는 경우에는 형사상 공모죄로 처벌되었기 때문에 먼저 단결할 수 있는 그 자체가 원천적으로 봉쇄되어 있었습니다. 그래서 오로지 국가로부터 형사상 처벌을 받지 않는 것이 가장 제1차적인 목표였습니다. 그래서 국가에 대한 방어권적 성격이 원천적으로 중요할 수밖에 없었고 국가는 더 이상 개인이 일정한 단체를 형성해서 의견을 취합하고 그에 대해서 일정한 의사표현을 하는 것을 막지마라라는 방어권적 측면이 굉장히 강했습니다. 그런데 오늘날 현실사회에서는 국가가 적극적으로 단결권을 억압하는 경우는 사실상 거의 찾아보기는 어렵습니다. 물론 법정요건이 허락하지 않는 국가도 있겠지만 우리의 입장에서 봤을 때는 그 부분에서는 어느 정도 해소가 되었습니다.

그렇다면 이런 경우에 보다 다양한 노동관계에 대해서 문제가 복잡하게 이루어지고 있는데 오늘날에 있어서 국가는 과연 어떤 역할을 해야 될 것이냐는 문제가 발생하게 됩니다. 그 가운데서 국가가 조정이라든지 중재라는 부분에서 큰 틀을 잡아가고 있습니다. 특히 이 부분에서 노사의 의견투영이라든지 또는 단체교섭을 이끄는 절차적인 투명성에 대한 문제에서 논란이 될 수 있는데 이 경우에 국가가 만약에 중립성을 훼손하면서 어느 한편을 든다고 하면 노사에게는 양측에서 어떤 경우도 동의를 받아낼 수가 없습니다. 그래서 직권중재가 가장 큰 헌법적인 쟁점으로 떠올랐던 이유도 그 경우에 과연 국가가 중립적인 입장에서 직권중재 또는 강제중재라는 제도를 형성했는가라는 부분에서 나타나고 있습니다. 그 경우

에는 단지 국가로부터 단체결성에 대한 방어권적인 측면뿐만 아니라 국가가 노사에서 힘의 균형을 행사할 수 있을 정도의 어떤 입법형성에 대한 지원이 필요한데 그 경우에 국가가 과연 중립적 위치에서 제대로 입법형성을 했는가라는 부분에서 헌법적 쟁점으로 드러날 수밖에 없었다고 생각합니다. 그래서 그 이후에 나타나는 중대한 입법개정이 이루어지는 계기가 헌법재판소에서 제1차 결정과 2차 결정을 거치게 되면서 5대4 결정을 하면서 엄청난 논의에 휩싸인 이후에 새롭게 나타난 문제가 필수유지업무 강제조항을 두게 되면서 법조항을 여러 개를 신설하게 됩니다. 그래서 이제는 또다시 필수유지업무가 무엇인가에 따라서 단체행동권을 행사할 수 있는 그 범위가 또다시 문제가 되기 시작합니다. 그래서 국가는 이런 부분에서 일정한 지원행위를 해야 되기 때문에 단순히 방어권적인 의미다. 물론 1차적으로 굉장히 중요합니다. 방어권적 의미가. 그래서 사실상 노무에 종사하는 공무원의 경우에도 입법자가 아무런 입법행위를 하지 않아서 어떻게 보면 입법부작위를 통해서 단체를 결성할 수 있는 자유가 침해되어 있다고 볼 수 있겠습니다. 물론 그렇다 하더라도 법적성격과 관련해서 법률조항의 위헌여부와 그러면 어떻게 연결되는가라는 부분에서 천착해 본다면 이 두 가지 성격을 모두 가지고 있다고 해서 지나치게 어느 한부분에서 편중되어서 판단해야 될 사항은 아니라고 볼 수 있겠습니다. 그래서 저는 헌법재판소가 판시하고 있는 사회적 성격을 가지고 있는 자유권이라는 그 표현이 일정하게 규범을 심사할 때 양자의 균형을 유지하기 위한 어떤 문구라고 저는 생각하고 있습니다.

그다음 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유와 관련한 평등심사에서 특히 별도심사가 필요했는가라는 부분과 표현의 자유에 대한 기본권의 중대성에 비추어 볼 때 여기에 대해서 개별적으로 판단해 볼 여지도 있지 않을까라는 질문이 있었습니다.

표현의 자유라는 부분에서 지금 사실상 노무에 종사하는 근로자의 경우에는 일단 여기에서는 단체형성과 관련한 범위문제에서 문제가 되었고, 만약에 이것이 일정한 의사표현을 하는 과정으로 나타나는데 그 과정에서 공권력이 개입을 했다면 그 부분에 대해서 표현의 자유를 논쟁으로 끌어들이 수 있다고 생각합니다.

특히 이 표현의 자유와 관련해서는 단결권의 행사라는 부분과 특히 이 경우에는 조합을 결성한 이후의 문제, 그러니까 조합활동을 하면서 일정한 리본을 착용하게 한다든지 일정한 집단적인 의사를 표현하는 행위 그 다음에 단체행동권이라는 개념과 관련해서 문제가 되고 있습니다.

왜냐하면 파업권이 아닌 단체행동권이라는 의미가 단순히 단결권의 행사의

하나로서 표현이 이루어지고 있는 상황에 불과한 것인가, 아니면 이것이 파업권과 동등한 단체행동권의 개념으로 포섭할 것인가, 이 부분에 대해서 대부분의 학자들은 단체행동권이라는 부분이 대체로는 파업권과 비슷한 논의를 하고 있습니다. 그렇지만 이 부분에서 좀더 단계별로 생각해 보면 이 단체행동권의 개념에 대해서는 좀더 논의를 해 봐야 될 필요가 있을 것 같고, 특히 의사표현과 관련한 부분에서 조합활동에서 단결권의 행사차원에서 나타나는 의사표현 이 부분이 좀더 검토가 되어야 될 것 같습니다. 그런데 이 사건에서는 표현의 자유가 보다 구체적으로 심사되지 않았던 이유는 아마도 이 사건 자체에서 나타나는 법적인 문제에서 비롯된 것이고 표현의 자유가 중요하기 때문에 반드시 논의가 되어야 될 것은 분명하다고 할 수 있습니다. 또한 표현의 자유와 관련해서 우리나라의 경우에 노동관계법적인 법 변천이 이루어지는데 종전의 경우에는 단체행동권을 행사할 때는 직장내에서만 오로지 행사할 수 있게 만들어진 법이 있었습니다. 그러다가 법이 개정되면서 단체행동권의 행사를 직장내외를 막론하고 외부에서도 할 수 있게 되었습니다. 그래서 만약에 200명의 근로자도 직장외부로 나타나는 경우에는 의사표현의 자유에 대한 실현뿐만 아니라 집회의 자유와 관련해서도 어떠한 논리로 다시 또 기본권에 대한 상충문제를 해결할 것인가라는 또 다른 문제가 제기되고 있습니다. 그래서 이 사건에서는 법적인 문제 때문에 아마도 표현의 자유에 대해서는 그렇게 판단한 것 같습니다.

사 회 자: 발표분량도 길고 합니지만 서로 짚어가는 지점들이 조금씩 다른 것 같아요. 그런데 지금 우리 발표자께서 자유권적 속성 이런 부분을 이야기하면서 자세히 언급했습니다만 토론을 위해서 공무원의 단결권, 노동3권에 대한 일반적인 모습이랄까요. 보편적인 측면들에 대해 약간 보충설명을 드리고.

사실 자유권과 사회권 이 부분이 대체되는 개념은 아니지요. 저희들은 원론적으로는 사회권적 기본권은 자유의 개념이 이미 포함되어 있는 것으로 이렇게 이해를 해 왔고 그것이 보편적인 해석입니다. 그런데 우리나라에서 교원의 단결권에서 소위 대상조치들이 나오는 소위 노동3권이 가지는 자유라는 속성이 무시된 이런 아픈 경험이 있었기 때문에 우리 논의에 있어서 항상 그런 것을 대비시켜서 논의를 하다보니까 오히려 어떤 경우에는 이해가 잘 안되기도 하고 머리가 복잡해질 겁니다. 그런 점을 제 나름대로 말씀드리고.

외국의 예에 있어서 자유와 이 부분이 의미가 없다고 보이는 것이 노동3권에서 나라별로 보면 예컨대 잘 아시겠죠. 프랑스 같은 경우는 단결, 단체교섭권, 단체행동권 다 되지요. 프랑스파업의 대부분은 공무원파업입니다. 그리고 독일 같

은 경우는 아예 엄밀한 의미의 공무원은 단결권은 있지만 단체교섭권은 없고 협약체결능력이 없습니다. 미국 같은 경우에는 단체행동권이 없지요. 단체교섭권을 연방노동법에서 보장하고 주에 몇 주가 단체행동권을 인정하는 나라, 또 영국 같은 경우는 이것이 공무원도 상당부분 허용됩니다. 그런데 우리처럼 기본권으로 보장되는 것이 아니고 형사 내지 민사면책의 범위, 책임을 질 것인가 말 것인가라는 보통법원리에 따라서 접근하기 때문에 우리처럼 기본권을 보장한다 이런 접근방식과 다르다는 거죠.

그리고 우리와 비슷한게 일본인데 결국 각 나라마다 보장수준이 다 다르고 한데 이 부분이 소위 자유권이나 사회권이나, 입법형성 이 부분으로 접근하기에는 다른 경로를 가는 것이 아닌가라는 측면을 말씀드리고.

또 하나는 김 교수께서 직권중재에 대해서 말씀드렸는데 약간 보충설명을 드리겠습니다. 지금 우리가 논란되고 있는 직권중재의 문제점은 기본적으로 단체행동권이 존재하는 단체행동권을 부여한 집단에 대해서 직권중재가 가지는 문제점입니다. 일반근로자에게 단체행동권을 주고 강제중재로 갔을 경우에는 단체행동권이 형해화된다는 것이 다수의견이지 않습니까? 그런데 공무원의 경우의 직권은 전혀 다른 의미를 지닙니다. 어찌 보면 일반사업장의 직권중재는 부정적인 반가치적인 의미를 지닌다면 공무원의 강제중재는 오히려 장려해야 되는 합가치적인 의미입니다. 왜냐하면 단체행동이 부정된 상태이기 때문에 단체교섭의 촉진을 위해서는 반드시 직권중재가 들어감으로 인해서 원활화를 시킵니다. 기본권제한이 아니고 기본권을 촉진시키는 의미를 지니게 되는 거지요. 따라서 단체행동권이 부여된 상태에서의 직권중재와 그러하지 않은 상태 공무원 같은 상태의 직권중재, 강제중재는 규범적 의미가 전혀 다르다는 점을 참고로 말씀드리도록 하겠습니다.

지금까지 장시간동안 발표자와 토론자간에 주고받고 했는데 플로어에서 말씀해 주시지요. 자유롭게 토론을 하는 쪽으로 해 주시면 좋겠습니다.

발표하시는 분들 성함을 말씀해 주세요.

박진영: 헌법재판소에서 근무하는 박진영 연구관입니다.

질문을 두 가지를 드리고 싶은데, 제 의견하고 결들여서 여쭙보겠습니다.

첫 번째는 지정토론자도 말씀하신 그거랑 연결이 되는 문제인데 공무원의 근로3권 제한에 있어서 헌법 37조 2항 과잉금지심사를 왜 안하느냐, 그게 헌법재판소 결정이 잘못되었다, 이런 말씀을 하시는 것과 관련해서 우리 헌법 33조 2항의 의미를 너무 무시한 해석이 되지 않나 그렇게 되면. 만약에 33조 2항이 없고 33조 1항만 있다면 그 경우에는 37조 2항에 의해서 기본권제한이 적정한가를 살펴야

될 것이고 그러면 공무원은 업무의 특수성이 있기 때문에 33조 2항이 별도로 없더라도 어차피 다른 근로자보다는 좀더 심한 제한이 허용될 것으로 보이거든요. 그러면 37조 2항에 의해서 과잉금지심사를 하는게 맞는데 33조 2항에 의하면 법률이 정하는 자에 한해서 근로 3 권을 인정하고 있기 때문에 이 33조 2항이라는 조항이 있는데도 불구하고 없는 것처럼 37조 2항에 의한 심사를 한다고 하는 것은 문리해석에 많이 반하지 않나. 물론 헌법개정이라는 면에서 놓고 보면 아까 말씀 많이 나온 것처럼 근로 3 권이 사회권적 성격보다는 자유권적 성격이 강하다, 그리고 33조 1항도 그런 취지로 규정이 되어 있다, 그런데 왜 갑자기 1항과 2항이 그러면 모순되지 않느냐, 왜 2항에 가서는 갑자기 입법자에게 이렇게 광범한 입법 형성권을 인정하느냐, 이런 얘기 충분히 가능하고 헌법개정문제로서는 얘기할 수 있겠습니까만 현행 헌법의 해석문제로 그렇게 과감하게 33조 2항을 무시할 수 있겠는가 이런 생각이 들고요. 그래서 37조 2항의 과잉금지심사를 해야 한다고 하셨는데 33조 2항이 있는 경우랑 없는 경우랑 그러면 심사방법에 있어서는 똑같다는 것을 의미하시는지 그 점에 대한 대답을 듣고 싶고요. 그거랑 관련해서 발제문 9 페이지 보면 밑에 “이와 같은 사항과 유사하게 헌법 33조 3항에서 정하고 있는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권 제한 내지 부인에 대한 헌법재판소의 결정에서는 과잉금지원칙에 따라 심사를 하고 있다” 이렇게 하고 계셔서 이 부분 표현은 좀 오해의 소지가 있어서 한번 재검토를 해 주시면 좋겠습니다. 제가 33조에 관한 헌법재판소 결정례는 거의 다 찾아봤는데 이런 판례가 없었는데 이게 무슨 얘기일까 궁금하게 생각이 되었거든요. 그리고 어떤 사안인지 짐작도 잘 안되고. 33조 2항하고 3항을 보면 어차피 “법률이 정하는” 이런 표현이 똑 같기 때문에 그러면 37조 2항에 의한 과잉금지심사를 안 한다면 33조 3항이 문제가 되었을 때도 안 해야 되지 않느냐, 논리적 일관성이 없다 이런 지적이신 것 같은데, 이 95헌바10 결정은 과잉금지원칙에 따라서 심사를 한 사례가 아닌 것으로 보입니다. 그것은 구 노동쟁의조정법 12조 2항이 쟁의행위가 금지되는 방산업체 근로자는 “방위산업에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자에 한한다.” 이렇게 하고 있기 때문에 이 33조 3항은 법률이 정하는 주요방산업체라고 하고 있는데 구 노동쟁의조정법에서는 그냥 방산업체 “방산업에 관한 특별조치법이 정하는 방산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위 안 된다.” 이렇게 하고 있어서 이 조항 자체가 33조 3항에 반하는 것이 아닌가? 그게 문제된 사안이었거든요. 그리고 그 이유에서는 법 전체를 종합적으로 해석해 볼 때 방위산업에 관한 특별조치법 18조에 의하면 “주요 방산업체에 종사하는 근로자의 경우에

만 정의행위가 금지된다”하는 것을 명확하게 규정하고 있고, 또 방위산업체의 지정에 관한 실무라든지 그런 지정관행을 보면 그렇게 되고 있기 때문에 결국 33조 3항에 반하지 않는다는 결정이었습니다. 이 결정이유에 보다보니까 방산업체 지정 과정에 관해서 방위산업체 지정이 취소가 안 되었는데 실질은 방위산업 생산을 안 하고 있는 업체의 경우 그때는 주요방산업체에 해당하지 않는다고 본 대법원 판례가 있었고요. 실질적으로 해석을 해서, 그 대법원판례의 실시내용 중에 보면 “37조 2항이 정하는 기본권보장의 정신에 비추어 볼 때 방산업체 지정이 취소가 안 되었다 하더라도 실질적으로 방산물자 생산을 중단하고 현재 방산업체로서 활동을 하고 있지 않다면 그 근로자는 이 정의행위에 대해서 처벌받는 방산업체에 근무하는 근로자로 볼 수 없다” 이런 취지의 대법원판례를 인용한 부분은 있는데 그것을 좀 오해하신 거 아닌가? 그래서 이 부분은 재검토를 해봐주시면 좋을 것 같습니다.

그리고 두 번째 질문드리고 싶은 것은, 오늘 발제문의 제일 중요한 포인트는 앞부분 이게 아니고 뒤에 말하는 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’ 이렇게 하고 그 사실상 노무에 종사하는 자의 범위를 지방공무원 같은 경우에는 조례로 그 다음에 국가공무원 같은 경우에는 각 규칙으로 정하도록 하고 있는 것, 이 부분이 좀 문제가 많다는 점에 오히려 초점이 있으신 것 같은데, 그 내용들에 대해서는 대체로 동의를 하고요. 그런데 마지막에 결론부분에 보면 약간 명확하지 않게 “헌법적인 측면에서 볼 때 여러 가지 문제점이 있기 때문에 입법적인 개선을 요한다” 이렇게 해놓으셔서요. 만약에 이 조항이 정면으로 죄형법정주의와 관련한 명확성의 원칙이라든지 혹은 위임입법과 관련한 포괄위임금지원칙이라든지 이런 것이 쟁점이 되어서 이게 위헌인가 아닌가 하는게 문제되는 사안이 있다면 이것을 위헌이라고 생각하시는 취지인지 아니면 헌법적으로는 여러 가지 문제점이 있지만 정책적인 개선을 요하는 사항이고 위헌이라고 까지는 볼 수 없다고 주장하시는 취지인지 그것을 얘기해 주시면 좋겠습니다.

마지막으로 한 가지 덧붙이자면 아까 표현의 자유 그 얘기가 나와서 얼핏 생각나서 말씀드리는데요. 국가공무원법이나 지방공무원법이 말하는 것은 그러니까 노동운동 그중에서도 단체가 하는 노동운동을 말하는 것 같거든요. 그래서 만약에 근로자의 집단이 근로조건과 관련된 문제로 집단으로서 의사표현을 한다든지 집회를 한다든지 하면 그것은 단체행동권의 문제로 가야 되지 않느냐. 그리고 결사를 한다고 하더라도 그것은 결사의 자유의 문제가 아니라 단결권의 문제로 봐야 되고 단체행동의 문제로 봐야 되고, 만약에 그게 아니라 근로자 개인으로서 하는

거라면 그것은 의사표현의 자유문제로 접근할 수 있겠죠. 그러나 이 집단적인게 문제가 될 때는 일반법, 특별법관계라든지 이런 것으로 볼 때 단체행동권이 우선한다고 봐야 되지 그거랑 별도로 또 표현의 자유를 심사하는 것은 부적절하다 저는 그렇게 생각을 합니다.

사 회 자: 욕심 많으시네요. 두 가지 한다고 하고서 네 가지 질문을 하시고.

첫 번째 질문이 김홍준 판사께서 제기한 질문인데, 시간이 제가 9시전에 끝 내라는 엄명을 받았습시다. 그래서 질문하실 것을 다 주시면 우리 발표자께서 총괄적으로 답변하는 이런 식으로 진행을 하도록 하겠습니다.

더 추가적으로 질문하실 분 안계십니까?

간단하게 질문해 주세요.

황 문 섭: 헌법재판소 황문섭 연구관입니다.

‘사실상 노무에 종사하는 자’의 개념이해는 1960년대 초반부터 규정된 국가 공무원 복무규정 등의 연혁적 과정을 살펴보는 것이 그 출발이 될 수 있다고 생각하는데, 여태까지의 관련 법령에서는 철도, 체신, 전매, 국립의료원 등 이른바 현업기관에 근무하는 현업공무원만을 사실상 노무에 종사하는 자로 규정하였을 뿐입니다. 대법원규칙에서도 고용직 공무원을 포함하고 있으나, 현재 대법원에 소속된 고용직 공무원은 없다고 합니다. 그렇다면 헌법재판소의 ‘사실상 노무에 종사하는 자’의 개념에 관한 판시를 논외로 하면, ‘사실상 노무에 종사하는 자’는 철도, 체신, 의료, 전매 등 이른바 민영사업과 유사한 영역에 종사하는 자로 한정하는 것이 타당하지 않겠습니까?

다음으로 ‘사실상 노무에 종사하는 자’에 해당하는지의 여부에 관한 논의의 실익은 단체행동권까지 보장되느냐에 있을 뿐인데, 현재와 같이 공무원복무규정의 국가공무원 일부에 대하여만 단체행동권까지 보장하고, 나머지 일반공무원들은 공무원노조법 등에 따라 단결권, 단체교섭권만 보장되는 상황이 헌법규정에 비추어 위헌적인 상황이라고 평가할 수 있을런지요?

만일 지방공무원들 중 사실상 노무에 종사하는 자가 있음에도 이를 정하지 않은 지방자치단체의 부작위가 위헌이라고 할 수 있다면, 결국 그와 같은 자를 사실상 노무에 종사하는 자의 범위에 포함시키지 아니한 현행 국가공무원복무규정도 불완전, 불충분 입법으로 위헌이라고 할 수밖에 없지 않겠습니까?

사 회 자: 충분히 잘 숙지가 되었을 것 같습니다.

지금까지 나온 말씀 외에 다른?

박 준 희: 헌법재판소 박준희 연구관입니다.

교수님께서 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’의 범위를 조례에서 정하도록 위임한 것의 문제점을 지적한 부분에 관하여 간단히 질문드리고자 합니다.

교수님께서 위임 자체가 형벌근거 및 행위주체에 대한 전국적인 불통일성을 초래하고 국민간에 평등성을 저해할 우려가 있다는 점에서 사실상 노무의 개념은 위임법규에서 그 범위를 확정지를 필요가 있고, 손쉽게 지방자치단체의 조례로 위임할 사항은 아니라고 하셨습니다. 그런데 조금 관점을 달리해서, 위임법규 및 조례에서 구체적으로 형성하는 것은 헌법 제33조 제2항에 의하여 근로3권을 모두 향유하는 ‘사실상 노무에 종사하는 공무원’이라는 점을 강조하면, 그 구체적 형성은 근로3권을 보다 확대하는 것이고, 조례로 정하라는 것은 지방자치단체의 특수성(예를 들어 어업이 중요한 비중을 차지하는 지방자치단체의 경우에는 같은 기능직 공무원이라도 공공성이 커서 단체행동권을 제한할 필요성이 큼)과 자치적 결정권을 고려할 때 근로3권을 보다 실효적으로 보장할 수 있는 면도 있지 않을까 하는 점에 관해서 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

유 성 재 : 중앙대학교 유성재입니다. 노동법을 전공하고 있습니다.

오늘 발표하신 쟁점하고는 조금 관계가 없는데 조금 놀라운 표현이 있어서 한번 의견을 듣고 싶습니다.

발표문 17페이지를 보시면 양괄호 1번 바로 밑에 “헌법재판소는 사실상 노무의 법적개념에 대하여 논증하면서 사실상 노무의 개념은 육체노동을 통한 직무수행의 영역으로서 사실상 노무에 종사하는 공무원은 공무원의 주된 직무를 정신활동으로 보고 이에 대비되는 신체활동에 종사하는 공무원으로 해석된다”라고 하고 있는데요. 이러한 헌법재판소의 표현을 본다면 지금 근로3권이 보장되고 보장되지 않는 양 경계의 판단기준이 육체노동이나 정신노동이냐를 가지고 판단하고 있는 것으로 보여 지는데 이런 부분에 대해서는 문제가 없다고 보시는지? 제가 보기에는 이러한 구별기준 자체가 잘못되었다라고 보거든요. 그래서 그 부분에 대해서 의견을 듣고 싶습니다.

사 회 자 : 이정도 받겠습니다.

사실 지금 나온 이야기들이 ‘사실상 노무에 종사하는 자.’ 이 개념이 아주 얼핏 우리가 대상을 집할 때 제기될 수 있는 여러 가지 문제가 거의 다 망라된 것 같습니다.

그래서 오늘 우리 발표자의 연구를 들으면 우리가 머리가 훨씬 맑아지지 않을까 이런 기대를 가집니다. 시간이 남았는데 좀 이야기해 주시죠.

발 표 자 : 과잉금지 원칙과 관련해서 말씀하신 부분에 대해서 제가 말씀드

리면, 33조 2항이 존재하는 경우에서 37조 2항에 대한 접근이라는 부분에서 말씀 하셨는데요. 그 경우에 제가 논의하고자 했던 것은 33조 2항에 근거해서 구체적으로 만들어진 법률조항에 대한 규범을 심사하는 단계를 말했습니다. 그러니까 헌법 33조 2항에 대한 규범해석의 문제가 아니라 33조 2항을 구체화 시킨 단계, 하위규범인 법률에 대한 심사방법으로서의 과잉금지원칙을 얘기한 것입니다. 그렇기 때문에 제가 여기 각주에서 말씀드린 법률이 정하는 주요방위산업체 구 노동쟁의조정법 12조의2에 관한 사항은 그 경우에 구체적으로 형성된 법률 자체가 과연 노동 3 권과 관련해서 기본권을 침해하고 있지 않는가에 대한 부분에서 과잉금지원칙을 심사하고 있는 겁니다. 그렇기 때문에 헌법 31조, 32조가 가지고 있는 그 헌법규범에 대한 해석부분하고 그 규범에 기초해서 이루어진 구체적인 법률에 대한 개별조항에 대한 심사 이 부분을 구분해서 제가 그렇게 말씀드린 것이기 때문에 그 부분에 대해서 12조의2항에 대해서 대법원결정도 이야기하셨는데 그 부분 내용은 다 맞습니다. 그런데 그 부분에서 심사했던 부분을 제가 과잉금지원칙이라고 얘기했던 이유가 그 경우에는 이미 33조 3항이라는 헌법규정에 의해서 구체화된 법률 구 노동쟁의조정법 12조의2에 대한 내용에 대한 심사를 얘기한 것입니다. 그래서 일단 그렇게 이해를 해 주시면 될 것 같고.

그 다음에 33조 2항이 존재하는 경우와 33조 2항이 전혀 존재하지 않는 경우, 결론은 33조 1항에 의해서 공무원과 일반근로자를 단 한 조항에 의해서 모두 규율하는 경우에는 37조 2항이라는 기본권제한입법의 한계조항을 가지고 심사를 해야 되겠죠 당연히. 그래서 그 경우에 33조 1항만 있다면 그 조항에 따라서 공무원에 대한 입법형성이 물론 넓어진다, 달라진다 할 수 있겠죠. 그렇지만 33조 2항이라는 조항이 새롭게 등장하면서 그 부분에 대해서는 일단 헌법개정권력은 33조 2항에 따라서 공무원은 특수하게 규율하겠다는 의지를 천명했다고 볼 수 있습니다. 그렇기 때문에 그 경우에도 “단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 법문에서 밝히고 있습니다. 그랬을 경우에 과연 입법자가 공무원의 경우에도 노동 3 권을 가지는데 이 세 가지 권리를 “맞”이라고 했기 때문에 세 가지 전부 다 허용할 것이냐 아니면 공무원의 경우에도 차별집단을 두어서 어떤 경우에는 3권 전체를 인정하고 어떤 경우에는 2권만 인정할 것인가라는 입법형성도 가능하다고 해석할 여지는 있다는 겁니다. 그래서 33조 1항만 있는 경우 33조 2항이 함께 있는 경우에는 물론 입법형성에 대한 여지가 1항만 있는 경우가 오히려 더 넓다고 할 수 있겠죠. 그렇지만 33조 2항이 나온 이 상황에서는 보다 적극적으로 그 부분에 대한 헌법개정의 의미를 찾아야 되지 않을까라고 생각을 합니다.

그 다음에 표현의 자유와 관련해서는 구체적인 질문이 제가 지금 좀 헛갈리고 있는데요. 그 부분은 다시 말씀을 드리구요.

그 다음에 사실상 노무의 개념과 관련해서 조례로 정하는 경우에 만약에 어업이 성한 지역에서의 자치단체는 조례에 의해서 어업과 관련한 업무에 종사하는 자를 자체적으로 하면 오히려 그것이 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위를 확장시키는 우호적인 방법이 아니냐고 말씀을 하셨는데 국가공무원복무규정이란지 법원공무원규칙을 표로 비교를 해봤는데요. 그 경우에 아까 다른 분이 질문하신 내용과 겹치는데요, 사실상 노무에 종사하는 공무원을 정의하면서 “지식경제부 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 기능직 공무원 및 고용직공무원으로서 다음 각호의 어느 하나에 해당하지 아니한 자”라고 밝히고 있으면서 이로부터 서무, 인사, 경리, 물품, 노무감독, 보안업무, 승용자동차, 구급차 이런 얘기를 쓰고 있습니다. 그런데 공무원을 구분하면서 그 직렬체계를 이미 기능직 또는 고용직이라고 명시를 하고 있기 때문에 만약에 어업이 이루어지고 있는 경우에도 공무원이 단순노무면 기능직인지 고용직인지는 구분할 수 있을 것 같습니다. 제가 봤을 때는, 그래서 공무원의 직렬을 구분하는 체계가 이미 마련되어 있기 때문에 그 부분에서 노무에 종사하는 공무원에의 포함여부를 이미 그 단계에서 선정할 수 있다고 생각합니다. 그 외에 일정한 아무런 직렬에 포함되지 않는 공무원을 저는 찾아볼 수 없다고 생각합니다. 단순히 그냥 계약직이 아닌 이상, 계약직이라도 기능직 몇 호 뭐 이렇게 고용을 하지 않습니까? 그래서 그 부분에 대해서는 고용직이라든지 또는 기능직이라는 그 범위를 반드시 확정할 수도 있다고 생각합니다.

그 다음에 마지막에 질문하신 것은 제가 엄청난 고민을 하고 지금도 왜 이런 문구가 들어갔는지 저는 좀 이해가 안 되는 부분이었습니다. 저랑 거의 비슷한 생각을 하고 계신 것 같은데요. 여기에서 헌법재판소가 “사실상 노무에 종사하는 공무원은 공무원의 주된 직무를 정신활동으로 보고 이에 대비되는 신체활동에 종사하는 공무원으로 해석된다.” 만약에 이런 해석을 하게 되면 공무원의 경우에도 사실상 노무에 종사하는 공무원의 경우에 신체활동이라는 부분하고 일반근로자의 경우에도 보다 고양된 정신적 활동을 하고 있는 근로자도 상당히 있습니다. 또 공무원은 결국 내부에서도 또다시 주된 직무를 정신활동이 아니지만 매우 필수적이고 지속적인 국가기능유지를 위해서 필요한 공무원의 직책이 있습니다. 비록 그것이 단순한 노무형태를 띠고 있을 지라도. 그래서 저는 “공무원의 주된 직무를 정신활동으로 보고 이에 대비되는 신체활동에 종사하는 공무원” 이것을 사실상 노

무에 종사하는 공무원으로 개념정의 한다는 것은 개념정의 출발에서 여러 가지 혼란을 줄 우려가 있기 때문에 이 경우에 과연 그것이 국가정책이라든지 정책입안에 대한 일정한 관련성이 밀접하게 연관되어 있느냐라는 부분에 좀더 기준을 두고서 이 부분에 대해서 개념정의를 좀더 다시 해 볼 필요가 있지 않을까라는 생각을 하고 있습니다.

사 회 자: 고맙습니다.

사실 다들 좀 머리도 빙빙 돌 것 같아요. 제가 보니까 과거 현재가 착종되기도 하고 특히 '사실상 노무에 종사하는' 이 개념은 연혁적으로 봤을 경우에 별로 바람직한 어떤 개념규정이 아닌 것 같아요. 특히 아까 유성재 교수가 질문한 대로 소위 우리 법제의 대원칙이 블루칼라와 화이트칼라를 구분 안하는 것인데 유독 공무원에서는 구분한다. 이 자체만으로도 그렇고. 사실 이 개념 일본에서 빌려온 개념이라서 얼핏 제 생각은 이 단서규정을 아예 다른 방식으로 규정하는 것이 어떨까? 해도 별 문제가 없을 것 같아요.

아까 우리 조대현 재판관께서 사실상 노무가 머리 아프다고 했는데 사실 저희들도 옛날부터 공부를 하면서도 이 규정이 역사가 어찌된 거냐? 이런 식으로 해서 우리가 아무리 인식을 하고 노력을 하더라도 이것은 답이 안 나오는 문제, 제일 좋은 방법은 뜯어고치는 것이 제일 좋지 않는가라는 생각이 들고.

여기 노동법 하는 분들도 많이 오셨는데 저희들이 사실 지금 이 공무원제도 이 부분이 실제로 오늘 규범론적인 평가가 많습시다만 제도적으로 문제가 굉장히 많은 이런, 과거 역사도 그랬고 지금 만들어진 자유가 주어진 이 공간내에서도 많은 문제점을 안고 있습니다. 저희들은 그런 부분을 관심을 가졌는데 오늘 여기에 헌법해석과 관련된 부분들에 있어서도 판사, 연구원들 또 학자님들이 보는 흥미 지점들이 다 다른 것 같아요. 어떤 면에서 오늘 발표가 너무나 많은 논쟁거리를 제공해 줬고 제 개인적으로는 많은 도움이 되었습니다만 한편으로는 머리가 좀 빙빙 도는 것 같은 아픔이 있고 하니 이것은 앞으로 이 헌법재판소의 숙제로 그 거하고 오늘 이 논의가 앞으로 입법론에도 좀 좋은 계기가 되었으면 하는 그런 말씀을 드리고 오늘 토론을 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

기본권보호의무의 심사기준으로서 과소보호금지원칙

이 부 하*

I. 서 론

1. 문제제기

헌법재판소는 1997년 1월 16일 교통사고처리특례법 제4조 제1항의 헌법소원¹⁾에서 기본권보호의무 위반 여부와 관련하여 과소보호금지원칙을 사용하였다. 그 후, 민법 제3조 및 제762조상 태아의 손해배상청구권에 관한 위헌소원,²⁾ 공직선거법에서 확정장치 사용 등에 따른 소음제한기준에 대한 헌법소원,³⁾ 미국산 쇠고기 및 쇠고기 제품 수입위생조건 헌법소원,⁴⁾ 또한 최근 교통사고처리특례법 제4조 제1항 헌법소원⁵⁾에서 국가의 기본권보호의무 위반에 있어서 과소보호금지원칙을 언급하고 있다.

본 논문에서는 먼저 기본권보호의무란 무엇인가를 설명하고, 이를 전제로 그 심사기준으로서 과소보호금지원칙이 어떠한 내용을 담고 있는지를 살펴본다. 또한 과연 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙이 동일한 것인지 여부가 독일뿐만 아니라, 우리나라 헌법재판소 판례에서도 견해가 대립하고 있는데, 이를 고찰하고 양자가 동일하지 않다면 그 근거를 제시해 본다. 그런 다음, 과잉금지원칙의 심사요소와 과소보호금지원칙의 심사요소는 동일한지 아니면 과소보호금지원칙은 독자적인 심사요소를 가지고 적용되는지를 판단해 본다.

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) 헌재 1997. 1. 16, 90헌마110.

2) 헌재 2008. 7. 31, 2004헌바81.

3) 헌재 2008. 7. 31, 2006헌마711.

4) 헌재 2008. 12. 26, 2008헌마419·423·436(병합).

5) 헌재 2009. 2. 26, 2005헌마764.

마지막으로 과소보호금지원칙의 심사기준과 심사밀도가 구분된다면, 과소보호금지원칙은 명백성 통제에 국한되는 심사밀도를 지니는지 아니면 명백성 통제, 설득력(주장가능성) 통제, 엄밀한 내용통제에까지 이르는 심사밀도를 지니는지를 판단해 본다.

II. 기본권보호의무

1. 기본권보호의무의 개념

이른바 기본권보호의무는 헌법상 보호되는 기본권을 제3자인 사인에 의한 위법한 가해나 가해의 위험으로부터 국가가 보호해야 하는 의무를 말하고 있다.⁶⁾ 이처럼 기본권보호의무는 국가와 가해자 및 피해자라는 3각관계를 중심으로 논의되는 특성을 지닌다. 독일 연방헌법재판소판결에서는 독일 기본법 제1조 1항 2문⁷⁾과 제2조 2항⁸⁾으로부터 객관법적인 기본권보호의무에 관한 헌법적 근거를 도출하고 있으며, 국가의 기본권보호는 단순히 국가의 지침이나 원칙이 아니라, 국가의 보호의무로 판시하고 있다.⁹⁾ 독일 연방헌법재판소에서 기본권보호의무로 거론하는 것으로는 부모의 자녀양육권행사에 대한 국가의 감독의 경우, 태아의 생명권을 낙태로부터 보호하는 경우, 테러에 대한 국가의 안전책 강구의 경우, 범죄의 일반예방을 위한 형집행의 경우, 현대과학기술의 발전에 따른 시설의 위험과 환경으로부터의 보호 등이다.

2. 기본권보호의무의 헌법적 근거

(1) 주관적 공권으로서의 방어권설

국민은 국가권력이 기본권을 침해하는 경우 국가에 대하여 방어권을 가진다. 동일하게 헌법상 보장된 기본권적 법익이 제3자인 사인에 의해 가해가 발생하여

6) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 151.

7) Vgl. BVerfGE 39, 1(41).

8) Vgl. BVerfGE 39, 1(41); 49, 89(140 ff.); 53, 30(57 ff.); 79, 174(201 f.); 88, 203(251).

9) BVerfGE 39, 1(42)—Schwangerschaftsabbruch I; 46, 160(164)—Schleyer; 49, 89(140 f.)—Kalkar I; 53, 30(57)—Mülheim-Kärlich; 56, 54(73)—Flughafen Düsseldorf-Lohausen; 77, 170(214)—C-Waffen; 79, 174(201 f.)—Verkehrslärm; 88, 203(251)—Schwangerschaftsabbruch II.

보호되지 않고 있을 경우, 기본권에 의거하여 국가에 대하여 효과적으로 보호해 줄 것을 요청할 수 있다.¹⁰⁾ 독일 연방헌법재판소는 사인에 의해 운영되는 위험원에 의해 다른 국민에게 위해가 발생하는 경우 국가에 대한 공동책임을 인정하고, 위험원의 허가처분에 대한 법적 전제조건을 기본권의 방어권이라는 기준으로 심사하였다.¹¹⁾

(2) 객관적 가치질서설

국민에 대한 국가의 기본권보호의무를 기본권의 객관적 가치질서로부터 도출한다. 독일 연방헌법재판소는 제 1 차 낙태판결(BVerfGE 39, 1)에서 태아의 생명보호를 위한 기본권보호의무를 헌법상 생명권(기본법 제 2 조 제 2 항 제 1 문)에서 도출하고 나아가 “인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다”라고 규정한 기본법 제 1 조 제 1 항 제 2 문을 인용하였다. 또한 1993년 5월 28일의 제 2 차 낙태판결(BVerfGE 88, 203)에서도 태아의 생명보호의무를 기본법 제 1 조 제 1 항에서 직접 도출하고 있다. 이는 기본권보호의무의 헌법적 근거가 실정 기본권규범이고, 또한 기본권보호의무는 기본권의 객관적 가치질서의 결과라고 본다.¹²⁾

(3) 국가과제로서의 安全(Sicherheit)설

국가과제는 한편으로는 기본권주체의 주관적인 보호요구를 충족시켜주고, 다른 한편으로는 기본권의 객관적인 보호요구를 충족시켜주며 국가공동체의 존속으로서의 安全을 수호하는데 있다.¹³⁾ 국가과제로서의 ‘안전’이란 공포라는 객관적인 원인으로부터의 자유(탈피)를 말한다.¹⁴⁾ 안전이란 기본권 보호법익을 다른 시민과의 관계에서 침해받지 않는 상태이며, 이를 방어권으로 유추해서 해석하면, 기본권주체가 다른 사람의 침해로부터 자유인 상태이다.¹⁵⁾ 그런데 안전이란 헌법적으

10) J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 2. Aufl., Hamburg, 1997, S. 213.

11) BVerfGE 53, 30(58).

12) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 77 ff.; Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1992, S. 51 ff.; C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999; K. Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrecht*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 109, Rn. 59.

13) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 137.

14) J. Isensee, *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 147.

15) J. Isensee, *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 84.

로 실정화될 필요성은 없으며, 실질적 헌법의 본질적인 구성요소라고 한다.¹⁶⁾

(4) 학설간 비판

객관법적 내용설에 대하여 비판하는 로버스(Robbers) 교수는 객관법의 과제는 개인의 자유영역과 권리를 부여하는 데 그 중점이 있는 것이 아니라, 오히려 개인의 자유영역을 타인의 자유영역에 귀속시키는 데 존재한다고 한다.¹⁷⁾ 결국 객관법이 주관적 권리를 형성하는 것이 아니라, 반대로 주관적 권리가 객관법을 형성한다고 한다.¹⁸⁾ 로버스(Robbers) 교수에 의하면, 주관적 권리에 대한 객관법의 우위 이론은 외형적인 약점을 지니고 있다고 한다. 왜냐하면, 통설에 의하면 현존하는 객관법이 개인의 자유영역과 관련시키려는 그 기능을 주관적 권리에 부여하는 한, 결국에는 주관적 권리가 개인의 자유영역을 비로소 형성한다는 것을 의미한다고 한다. 따라서 개인의 자유영역이 객관법에 의해 우선적으로 인정되어야 한다는 법규정은 없고, 객관법의 “비지위”(Nicht-Status)는 입법자의 입법영역을 벗어나는 것이라 한다.

그에 반해 객관법설에서 주관적 권리설을 비판하는 입장은, 주관적 권리설에 의하면 제3자인 사인에 의한 기본권적 보호이익의 가해는 금지되지 않은 것이므로, 국가가 금지하지 않은 사인의 가해행위를 법적으로 허용하는 결과가 된다고 한다. 즉, 국가는 제3자인 사인의 기본권적 보호이익의 가해를 인정하는 결과가 되고, 기본권적 보호이익의 가해당사자에게는 가해행위에 대한 수인의무를 부과하는 결과가 된다.¹⁹⁾ 또한 기본권의 내용으로서 ‘방어권’은 국가의 침해로부터 기본권규정을 통해 보호되는 주관적인 법적 지위로서 국가에게 금지되는 부작용을 요구하는 ‘기본권적 불가침의무’인 반면, ‘기본권보호의무’는 국가의 적극적인 작위를 요구하는 ‘국가의 보호의무’로서 구별됨을 간과하고 있다고 한다.²⁰⁾

3. 기본권보호의무로부터 기본권보호청구권 도출 여부

(1) 객관법적 내용설

이 입장은 국가의 기본권보호의무를 기본권의 객관법적 내용으로부터 도출한

16) J. Isensee, HdbStR V, 2000, § 111 Rn. 83.

17) Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, S. 148.

18) Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, S. 153.

19) J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, S. 214.

20) G. Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, S. 208 ff.

다. 즉, 기본권의 이중적 성격에 기초하여, 기본권은 국가에 의한 기본권침해를 방지할 뿐만 아니라, 국가 아닌 제3자인 사인에 의한 기본권적 법익에 대한 가해에 대하여도 국가의 보호를 인정하는 것이다.²¹⁾

(2) 주관적 권리설

기본권보호의무를 기본권의 전통적인 방어권으로서의 주관적 공권으로부터 도출하려는 입장은 헌법상 보장된 기본권이 제3자인 사인에 의해 국가적으로 금지되지 않은 가해가 발생하여 보호되지 않고 있을 경우, 기본권에 의거하여 국가에 대하여 효과적으로 보호해 줄 것을 요청할 수 있다.²²⁾

(3) 결 어

우리나라에서는 기본권의 객관법적 내용으로부터 기본권보호의무를 도출하는 입장에서 입법자의 구체적인 형성에 의해 개인의 주관적 권리를 인정하는 견해²³⁾와 기본권의 제3자적 효력에 의하여 기본권의 최대한 보장이라는 측면에서 기본권보호청구권을 인정하는 견해²⁴⁾ 등이 있다.

기본권보호청구권 문제의 핵심은 기본권보호의무를 이행할 법률의 부재시 헌법상 기본권을 근거로 직접 기본권보호청구가 가능한가 여부이다. 만약 기본권보호의무를 이행할 법률의 부재시 헌법상 기본권을 근거로 기본권보호의무를 부정하게 되면, 결국 헌법의 법률종속화 내지 헌법과 법률의 순환이론에 빠지게 된다. 주관적 권리침해 여부를 넘어서서 기본권보호의무 위반의 객관적 헌법위반이 확인되면, 바로 기본권주체의 기본권보호청구권이 인정된다. 결국 기본권의 객관법적 내용으로부터 기본권보호의무가 도출되고, 국민의 기본권보호라는 국가의 객관적 행위의무는 위협에 처해 있는 기본권주체에 의한 국가의 행위를 유발하는 주관적 보호청구권을 인정하게 한다.²⁵⁾ 이 경우 입법자의 구체적인 형성에 의한 기본권보호에 관한 법률은 개인의 주관적 권리인 기본권보호청구권을 실현시켜주는 방법을 구체화하게 된다.

21) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, § 111 Rn. 5.

22) J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 2. Aufl. Hamburg, 1997, S. 213.

23) 표명환, “기본권보호의무의 이론적 기초”, 헌법학연구 제8권 제1호, 2002, 148면; 전광석, 한국헌법론, 2006, 189면.

24) 박규환, “사법질서로의 기본권효력 확장구조와 그 한계”, 공법연구 제33집 제3호, 2005. 5, 127면.

25) E. Klein, NJW 1989, S. 1633 (1637); P. Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996, S. 58 ff.

4. 입법자의 기본권보호의무로서 법률개선의무 (Nachbesserungspflichten)

입법자가 법률을 제정할 때 법률의 내용·범위·절차 등의 규율대상을 불완전하거나 불충분하거나 불공정하게 규율한 경우, 법률에 근거하는 중요한 사실이나 법률작용에 대한 예단이 법률의 효력 발생 후 잘못된 예단으로 판명되었을 경우, 사실관계와 법적 상황이 변경되어 법규범과 사실 사이에 불일치가 발생하였을 경우 법률개선의무가 발생할 수 있다.²⁶⁾ 즉, 법률개선의무란 입법자가 기존법률을 폐지하거나 개정하거나 보충함으로써 법률의 오류를 개선하여야 할 입법자의무를 말한다. 법률개선의무는 헌법불합치결정이 있는 경우에 입법자에게 귀속된다.²⁷⁾

법률개선의무는 입법자의 헌법에 대한 기속과 관련 개별 헌법규정에서 도출된다. 따라서 기본권보호의무와 관련하여, 제3자인 기본권피해자에 대한 기본권 가해가 문제될 경우, 입법자는 과소보호금지원칙에 합치되는 법률을 제정할 의무를 이행하지 않음으로써 기본권을 침해할 수 있다.

III. 과소보호금지원칙

1. 서 설

이른바 ‘기본권보호의무’는 헌법상 보호되는 기본권을 제3자인 사인에 의한 위법한 가해나 가해의 위험으로부터 국가가 보호해야 하는 의무를 말하고 있다.²⁸⁾ 통설적 견해에 의하면, 자연재해로부터의 보호 및 외교적 보호는 제외된다.²⁹⁾ 기

26) Peter Badura, *Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur Nachbesserung von Gesetzen*, in: Georg Müller(Hrsg.), *FS für Kurt Eichenberger* 1982, S. 484.

27) 헌법재판소는 이를 ‘입법개선의무’라고 지칭한다. 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 판례집 제10권 2집, 927, 959(“헌법재판소가 불합치결정을 통해서 이 사건 법률조항을 형식적으로 존속케 하는 이유는, 헌법재판소가 위헌결정을 통하여 이 사건 법률조항을 법질서에서 제거함으로써 스스로 합헌적 상태를 실현할 수 없고, 위헌적 상태의 제거는 궁극적으로 입법자의 입법개선에 달려있기 때문이다. 그러므로 불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법자의 입법개선의무를 수반하게 된다”).

28) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 151.

29) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, § 111 Rn. 79, 89, 120 ff.(가해의 대상(객체)은 자유권적 기본권의 모든 보호법익이다. 예를 들면, 생명, 재산, 개인의 자유 등이다. 또한 천재지변과 기본권주체의 법적 책임영역밖에 있는 불가피한 사건들은 기본권보

본권보호의무와 구별할 개념으로 기본권의 제3자적 효력이 있다. 이에 관하여 ‘기본권의 제3자적 효력’은 국가의 기본권침해가능성을 전제로, 사법질서내로 기본권의 효력을 확장할 수 있느냐의 문제임에 반하여, ‘기본권보호의무’는 기본권 보호자로서 국가와 가해자 및 피해자라는 3각관계를 중심으로 국가가 피해자의 기본권 가해를 보호하는 문제이다. 그러나 사법(私法)관계에서 기본권의 제3자적 효력 문제는 사법(私法)을 해석·적용하는 법원이 기본권보호의무를 준수하는 문제로 나타날 수 있다.

헌법상 국가의 기본권보호의무는 국민의 기본권보호를 위해 적합하고 효과적이며 수인할 수 있는 것이어야 한다. 특히 입법자는 보호의무의 이행과 관련하여 헌법이 요구하는 최소한의 보장수준의 하한을 준수해야 한다. 이를 ‘과소보호금지’원칙이라 한다.³⁰⁾ 과소보호금지는 입법자의 보호의무의 기준으로서 중요하게 활용된다. 헌법은 개개의 기본권에 기초한 기본권규범으로 구성되어 있지, 모든 개별적 상황에서 기본권의 보호수준을 규정하고 있지 않다. 이러한 맥락에서 헌법상 3가지로 나누어 생각해 볼 수 있다. 첫째, 사인인 제3자의 가해에 대한 기본권보호의 요청이다. 둘째, 기본권 영역별로 상이하며 변화가능한 각각의 기본권 보호법익을 지닌다. 셋째, 기본권적 법익보호를 위한 헌법상 최소수준 이상을 요청하고 있다.³¹⁾ 이러한 기본권적 법익보호원칙인 과소보호금지원칙은 4가지 요소(독자적인 원칙, 상대적 기준, 기본권의 최소보호원칙, 입법자의 행위에 대한 일반적인 통제 기준)로 최종적으로 특징지을 수 있다.

2. 독자적인 원칙으로서 과소보호금지

과소보호금지가 과잉금지원칙과 관련하여 독자적인 원칙으로 인정될 수 있는가에 대하여 동일설과 독자성설로 학설이 대립된다.

(1) 동일설(Kongruenzthese)

과잉금지와 과소보호금지는 동전의 앞뒷면과 같다는 동일설에서는 과소보호

호의무와 관계없다); H. H. Klein, DVBl. 1994, S. 489, 490; Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, S. 74, 231; Merten, in: GS Burmeister, nach Fn. 15 und 65.

30) ‘과소보호금지’원칙은 과잉금지원칙과 비교되는 원칙으로 카나리스(Canaris) 교수에 의하여 처음으로 주장되었고(C.-W. Canaris, AcP 184(1984), 202 ff.), 이슨제(J. Isensee, HdbStR V, 1992, § 111) 교수에 의하여 이 원칙이 정립되었다.

31) 이와 유사한 취지로 C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Walter de Gruyter, 1999, S. 86.

금지와 과잉금지 양자는 비례성원칙의 동일한 결과이고, 양자는 필요성 있는 수단, 즉 법익의 보호를 위해 필요한 수단 그리고 법익침해시 국가의무불이행의 경우 필요한 수단을 선택하도록 입법자에게 요구하는 것이다.³²⁾ 과소보호금지는 과잉금지 원칙으로부터 도출되지 않는 어떠한 추가적 요청을 입법자에게 하고 있지 않다³³⁾ 고 한다. 즉, 필요성 있는 수단은 입법자의 형성의 자유의 상한이든 하한이든 기본권보호의무를 충족시켜준다는 것이다. 즉, 효율적인 보호조치를 취하는지 여부도 결국 협의의 비례성원칙에 의하고 이는 형량의 과정을 거친다는 점에서 과잉금지원칙과 차이가 없는 것이다.³⁴⁾ 또한 기본권보호의무에서 전제하는 국가—가해자—피해자의 삼각관계에서 입법자가 상충하는 이익을 균형적이고 비례적으로 형량하는 경우, 과잉금지원칙에 위반되지 않고 추가적으로 과소보호금지원칙의 적용이 필요한 경우는 없다는 것이다.³⁵⁾ 결국 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙에 포함되지 않는 독자적인 원칙으로 인정할 수 없다는 것이다.³⁶⁾

(2) 독자성설

과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과 다른 기능을 수행하기에, 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙의 외형으로서 이해될 수 없다고 한다.³⁷⁾ 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙은 상이한 초점을 겨냥하고 있다.³⁸⁾ 즉, 과잉금지원칙은 입법적 및 헌법적으로 정당한 목적과 입법자에 의해 보장되고 헌법상 허용되는 수단간의 관계라는 “필요성” 심사단계에 초점을 둔 원칙이다. 그러나 과소보호금지원칙은 각각의 기본권보호의무에서 정하는 최소한의 보호수준, 즉 “보호의무의 목적”에 초점이 있다. 따라서 법률상 목적과 헌법상 보호의무의 목적은 일치되기 어렵다.

또한 국가에 의한 기본권침해가 발생하지 않기에 과잉금지원칙이 적용될 수 없는 경우에도 예를 들면, 혼인과 가족생활에 대한 국가의 보호(헌법 제36조 제1

32) K.-E. Hain, DVBl. 1993, S. 982(983); ders., ZG 1996, S. 75(79); K. Hesse, FS- Mahrenholz, S. 556 f.

33) K.-E. Hain, DVBl. 1993, S. 982(983); Chr. Starck, JZ 1993, S. 816(817); Chr. Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung*, 1994, S. 46(81 f.); Hans-Uwe Erichsen, *Jura* 1997, S. 85(88); P. Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996, S. 86 f.

34) Pieroth/Schlink, *Grundrechte —Staatsrecht II*, Rn. 297a; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. II, Art. 20, Rn. 198.

35) K.-E. Hain, DVBl. 1993, S. 982(983); P. Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 87.

36) K. Stern, *Staatsrecht*, Bd. III/2, S. 813 f.

37) Vgl. E. Denninger, *FS-Mahrenholz*, S. 561(566); Merten, *Schutzpflichten*, S. 27.

38) J. Dietlein, *ZG* 1995, S. 131(136 ff.); M. Möstl, *DÖV* 1998, S. 1029(1038); E. Denninger, *FS-Mahrenholz*, S. 561(569).

항), 자연재해에 대한 국가의 보호(헌법 제34조 제6항)에도 독자적으로 과소보호금지 원칙이 적용될 수 있다.³⁹⁾

(3) 소 결

과잉금지원칙은 국가가 부작위하는 경우 헌법상 심사기준으로서 역할을 하지 못한다. 그러나 과소보호금지원칙은 이러한 국가의 부작위의 경우 심사기준으로서 작용한다. 또한 과잉금지원칙은 국가가 기본권제한을 유발하는 행위를 하지 말 것을 요구하지만, 과소보호금지원칙은 기본권피해자의 기본권보호를 위해 국가가 일정한 행위를 해 줄 것을 요구한다. 따라서 과잉금지원칙은 제한저지적으로 작용하지만, 과소보호금지원칙은 국가의 기본권 보호조치가 다른 기본권주체의 기본권을 제한하는 결과를 야기할 수 있으므로 제한유발적으로 작용한다.⁴⁰⁾

과잉금지원칙은 비례성심사에 있어서 필요성에 중점을 둔 것이고, 과소보호금지원칙은 적절성과 효율성에 그 중점이 있다. 헌법과 법률상 상이한 목적을 달성하기 위해 양 원칙이 서로 딜레마의 상황에 처할 수도 있으며, 양 원칙이 하나의 고정된 수단을 사용하지도 않고, 양 원칙의 심사기준이 일치하지도 않는다. 따라서 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과는 다른 독자성을 지닌 원칙이다.

3. 상대적 기준으로서 과소보호금지

과소보호금지원칙은 독자성을 지닌 원칙으로서 과잉금지원칙과 상이한 기준을 가진다. 입법자를 통한 기본권보호의무의 실행은 국가—가해자—피해자라는 삼각관계에서 기본권가해자의 방어권과 기본권피해자의 보호권의 충돌(상충)에서 분명하게 나타난다. 기본권의 측면에서 이러한 삼각관계는 전형적인 사법(私法)의 상충상황, 즉 한편으로는 방어권으로서 보호되는 자유와 다른 한편으로는 국가의 보호의무에 의해 보호되는 법익간의 효력범위에서 명백해진다.⁴¹⁾ 이 경우 과소보호금지원칙은 협의의 비례성원칙에서 그 실행을 판단해야 한다. 즉, 기본권보호의무의 실행을 위한 당해 법률 규정은 국가—가해자—피해자의 삼각관계에서 하나의 기준을 필요로 한다는 것이다.

39) 장영철, “헌법상 계약자유 의미와 보호”, 고시연구 2004/11, 24-25면.

40) Chr. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen 2001, S. 456; J. Dietlein, ZG 1995, S. 139; D. Merten, *Grundrechtliche Schutzpflichten und Unterraßverbot*, in: K. Stern/K. Grupp(Hrsg.), *Gedächtnisschrift für J. Burmeister*, Heidelberg 2005, S. 239; P. Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, S. 79; 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008. 10, 213면.

41) Vgl. U. Preis, *RdA* 1995, S. 333(341); W. Ruffner, *GS-Martens*, S. 215(222).

과소보호금지원칙을 실제상 구체적으로 적용하여 판단할 경우 어려움은 존재한다. 그러나 과소보호금지원칙의 초점은 입법자가 기본권보호의무를 얼마나 충실히 수행하였는가를 판단하는데 뿐만 아니라, 헌법이 입법자에게 기본권보호의무를 부과한다는 점에도 두어야 한다. 과소보호금지원칙은 과잉금지원칙과는 독립된 원칙이며, 그 독립성을 위한 구체적 기준을 제공하여야 한다. 따라서 과소보호금지원칙의 상대성이란 기본권보호의무에 의거하여 기본권보호의 최소수준 이상을 실현하기 위해서 충돌하는 기본권적 법익들을 고려해야 한다. 헌법적 의무에 근거하는 법률상 기본권보호의 최소수준은 불가피하게 상대적이다. 이는 다른 사람의 기본권행사와 관련하여 절대적인 보장을 충족시킬 수 없다. 즉, 기본권보호의무를 실현해야 되는 입법자는 과소보호금지원칙에 입각하여 충돌하는 다른 기본권에 대한 침해로 인해 기본권피해자의 법익보호를 할 수 있다.⁴²⁾ 다른 말로 표현하면 다른 기본권의 침해를 통해서 당해 기본권피해자의 기본권보호가 달성될 수 있다는 것이다.⁴³⁾

4. 기본권의 최소수준 이상의 보호로서 과소보호금지

과소보호금지원칙은 ‘가해자와 피해자’의 기본권보호에 집중하여 사법적 통제기준에만 중점을 두어서는 안 되고, 관련된 기본권의 ‘최소수준 이상’에 중점을 두어야 한다.⁴⁴⁾ 그러나 기본권보호의 방법은 ‘보호한다는 것’을 전부로 생각하여 환영(幻影)으로 만들어서는 안 된다.⁴⁵⁾ 헌법은 기본권보호의무를 어떻게 수행할지 여부에 대해 입법자에게 형성의 자유를 부여하고 있다. 입법자의 기본권보호조치는 적합하고 효과적이고 충분해야 하지만, 최대한의 보호에 대한 요청을 헌법상 명령하지는 않는다. 왜냐하면 최대한의 보호요청은 계속적으로 더 많은 보호를 요구하게 되며,⁴⁶⁾ 결국 최대한의 보호요청은 입법자를 헌법재판소의 견해에 종속시킬 것이기 때문이다.⁴⁷⁾ 기본권보호의무를 실행할 때 법률은 행정부에게 구체적인 위협에 대해 조치를 취하도록 할지 여부에 대한 결정재량을 허용할 수 있다. 그러

42) BVerfGE 88, 203(254).

43) Vgl. BVerfGE 96, 56(65).

44) W. Brohm, NJW 2001, S. 1(9); C.-W. Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeit in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS 1989, S. 161(163); F. Kirchhof, *Private Rechtsetzung*, S. 525.

45) Otto Depenheuer, *Der Mieter als Eigentümer?*, NJW 1993, S. 2561, 2564.

46) Chr. Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung*, 1994, S. 86 ff.

47) Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen”, *Der Staat* 29, 1990, S. 13, 29.

나 재량권의 행사를 명하고 효과적인 보호가 안 될 경우 그 재량의 정당성 여부를 심사하게 한다. 이 경우 ‘과소보호금지’원칙이 기본권보호의무와 관련하여 기능하게 된다.⁴⁸⁾

그러나 입법자의 형성의 자유는 당연히 무제한이 아니고, 비례성 원칙(과잉금지의 원칙)에 의해 윤곽이 그려진다. 반면, 과소보호금지원칙은 입법자의 형성의 자유에 대한 하한을 설정해준다.⁴⁹⁾ 통제규범의 영역에서 과소보호금지원칙을 통해 최적화의 모델이 구축될 수 있다고 판단하여, 입법자는 보호조치를 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙 사이의 양 간격에 어딘가에서 결정해서는 안 된다. 오히려 과소보호금지원칙은 입법자의 기본권상충의 해결을 보조하는 수단으로서 의미가 있다. 즉, 입법자의 상충해결의 한계로서 과잉금지원칙이 인정된다면, 과소보호금지원칙은 기본권보호의무의 발견을 위한 수단으로 인식되어야 한다.⁵⁰⁾

기본권의 최소보호의 수준은 일의적으로 확정할 수 없다. 최소보호의 수준은 개별적 사건, 보호법익의 종류, 보호법익의 중요도, 위험의 정도 등을 고려하여 판단할 수 있다.⁵¹⁾ 그러나 일반적으로 국가가 여태까지 전혀 어떠한 조치를 취하지 않거나 유효한 법적 상황에 의거한 어떤 조치를 취하지 않는 경우 및 제3자의 권리나 공익을 심히 침해함이 없이 이미 존재하는 보호수단보다도 더 개선된 보호수단이 존재하는 경우, 또는 유효한 법률에 의거하여 존재하는 보호법익의 장애 또는 위험에 대하여 사익과 공익을 비교형량할 때 수인할 수 없다면, 과소보호금지원칙을 위반하는 것이다.⁵²⁾

헌법재판적 통제의 기준으로서 ‘과소보호금지’원칙은 가치평가가 필요한 것이라는 문제가 제기될 수 있다. 상대적 기준으로서 과소보호금지는 상충하는 법익간의 비교형량의 한계로서 위치하고 있다. 따라서 가치평가가 이루어지지 않고서는 헌법상 기본권보호가 내용적으로 채워질 수 없다.⁵³⁾ 중요한 것은 헌법해석의 기본적 전제조건에 대한 것이 아니라, 최적화라는 목표로부터의 해방이자 과소보

48) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 90.

49) 이와 관련하여 비례성원칙과 과소보호금지원칙의 차이점은 이부하, “비례성원칙과 과소보호금지원칙”, *헌법학연구* 제13권 제 2 호, 2007. 6, 289면 이하 참조.

50) O. Seewald, *VerwArch* 88(1997), S. 199(205 ff.).

51) C.-W. Canaris, *JuS* 1989, S. 161(163).

52) Vgl. Brüning, *JuS* 2000, S. 955(957); M. Möstl, *DÖV* 1998, S. 1029(1038 f.).

53) Vgl. E.-W. Böckenförde, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt 1991, S. 115; H. H. Klein, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur*, in: FS für Franz Klein, 1994, S. 511(514 f.).

호금지를 목표로 해야 한다는 기본적 사고이다.

또한 가해자—국가—피해자라는 삼각관계에서 자연히 잠재적인 가해자의 기본권행사를 보장하기 때문에, 기본권 수범자(국가)의 역할이 약화된다는 문제가 제기될 수 있다.⁵⁴⁾ 방어권에 비해 기본권보호의무의 구조적 취약점은 존재한다. 이는 기본권보호의무는 헌법상 그 자체적으로 효력을 발휘하는 것이 아니라, 국가적 행위, 특히 입법행위가 필요하기 때문이다.⁵⁵⁾ 따라서 한편으로는 입법자의 형성의 자유가 작용하고,⁵⁶⁾ 다른 한편으로는 국가적 개입보다 사회적 자기규율이 우선하게 된다.⁵⁷⁾ 그러나 헌법에 의거하여 정해진 보호를 할 수 있는 다른 방법이 없다면, 입법자는 형법이란 수단을 강구해야 할 의무를 진다.⁵⁸⁾

5. 입법자의 행위에 대한 사법적(司法的) 통제기준으로서 과소보호금지

기본권보호의무의 법적 구조는 가해자—국가—피해자라는 삼각관계의 구조가 형성되며, 이로써 국가는 새로운 지위, 즉 기본권의 잠재적인 침해자라는 성격과 더불어 기본권의 보호자라는 새로운 지위가 부여된다. 즉, 국가의 기본권보호의무는 삼각관계의 법적 구조에서 국가와 피해자 사이의 공법적 급부관계를 주된 규율대상으로 한다.⁵⁹⁾ 그런데 헌법상 국가의 기본권보호의무에서 국가가 바로 사인인 가해자의 기본권 침해로부터 피해자인 사인에 대하여 일정한 보호조치를 취할 국가적 권한이나 의무를 부과할 수 있는 것은 아니다. 구체적인 국가의 보호조치에 관한 권한이나 의무는 형식적 의미의 법률을 통해서 정해지게 된다. 그리고 이러한 국가의 기본권보호의무를 위한 입법에 대하여 사법적 통제가 중요한 헌법적 의미를 가진다.⁶⁰⁾

헌법재판소는 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한

54) J. Hager, JZ 1994, S. 373(376, 381); J. Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, S. 165.

55) C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, S. 43; H. D. Jarass, AöR 110(1985), S. 363(384).

56) B. Weber-Dürler, VVDStRL 57(1998), S. 57(82).

57) C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, S. 47.

58) BVerfGE 39, 1(46 f.).

59) 이승우, “국가의 기본권보호의무”, 현대공법과 개인의 권익보호: 군제양승두교수화갑기념논문집 (1), 홍문사, 1994, 1165면; 정태호, “기본권보호의무”, 인권과정의 제252호, 1997. 8, 83면 이하; 장영철, “기본권의 제 3 자적 효력과 기본권보호의무”, 공법연구 제29집 제 2 호, 2001, 155면; 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 헌법학연구 제11권 제 2 호, 2005. 6, 214면.

60) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 151 ff.; 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, 헌법학연구 제11권 제 2 호, 2005. 6, 212면 이하.

보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니 된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 ‘과소보호금지’라는 헌법상의 원칙을 준수하였는지를 기준으로 심사하게 된다.⁶¹⁾ 그런데 헌법상 국가의 기본권보호의무로부터 국가가 바로 사인인 가해자의 기본권 가해로부터 피해자인 사인에 대하여 일정한 보호조치를 취할 국가적 권한이나 의무를 부과할 수 있는 것은 아니다.⁶²⁾ 다시 말하면, 국가가 국민의 기본권을 보장하기 위한 제반조치를 취할 의무가 부여되어 있더라도 언제나 헌법상의 의무위반이라고는 판단할 수 없다. 국가는 기본권보호의무를 이행하기 위한 보호대책을 강구함에 있어서 원칙적으로 사인에 의한 국민의 생명·신체에 대한 침해위험의 정도나 종류, 심각성, 발생의 빈도, 각종 대책의 효과뿐만 아니라 상충하는 보호법익과의 형량, 문화적·사회적·경제적·재정적 여건 등을 종합적으로 감안할 필요가 있기 때문에 기본권보호의무를 어떤 수단을 통하여 어떻게 이행할 것인가는 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되고, 이 경우 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 부여되어 있다. 즉, 입법자가 국가의 기본권보호의무를 어떻게 어느 정도로 구체화할 것인가는 입법자의 형성 여지에 달려있다. 기본권보호의무에서 요구하는 기본권보호조치는 단순히 최소한의 보호만 취하면 된다는 의미가 아니라, 최소한 과소보호의 기준을 넘는 효율적이고 적절한 조치를 취하라는 의미이다. 이와 관련한 심사에 있어서 헌법재판소는 입법자에게 보호의무 이행을 강제할 수는 없지만 입법의무가 있음을 확인할 수는 있다.

IV. 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙에 있어서 심사기준의 비교

1. (제한)목적의 정당성 vs. (보호의무)목적의 정당성

헌법 제37조 제2 항은 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항에 해당된다. 이는 모든 기본권에 일반적으로 적용될 수 있도록 법률유보를 규정한 것이다. 헌법 제37조 제2 항은 일반적 법률유보를 위한 목적상 한계로서 국가안전보장, 질서유지,

61) 헌재 1997. 1. 16, 90헌마110등, 판례집 9-1, 130면.

62) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR V*, 2000, § 111 Rn. 151 ff.; 표명환, “입법자의 기본권보호의무와 헌법적 통제”, *헌법학연구* 제11권 제2호, 2005. 6, 212면 이하.

공공복리를 규정하고 있다. 이 조항의 의미는 기본권을 제한하는 목적으로서 그 목적을 한정적으로 열거한 것이다. 따라서 이러한 목적 이외의 다른 목적으로 기본권을 제한할 수 없다는 것을 천명한 것이다. 그런데 우리 헌법재판소 결정에 의하면, 일반적으로 비례성심사 또는 과잉금지원칙심사에 있어서 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 들고 있는데, 비례성심사에 있어서 그 법률의 목적을 신중하고 엄격하게 다투어 ‘목적의 정당성’을 부정하기는 실재상 곤란하다. 기본권을 제한하는 목적으로 헌법상 국가안전보장, 질서유지, 공공복리만으로 한정하였음에도 헌법재판소가 입법부의 입법을 의심하여 목적의 정당성을 심사하는 것은 위의 3가지 목적 이외에 다른 목적으로 입법한 경우를 심사하려는 것인지에 대한 의문을 갖게 한다. 그리고 실제로 다수의 헌법재판소 결정들에서 입법목적의 정당성을 논할 때, 국가안전보장, 질서유지, 공공복리라는 목적에 부합한다는 취지보다는 그 법률 자체의 목적이 정당성을 지니는지 여부에 초점을 두고 있다.⁶³⁾ 그러나 헌법상 기본권제한을 위한 입법목적의 정당성은 입법목적이 헌법상 정당성을 지니는지를 의미하는 것이지, 법률 자체의 목적의 정당성을 의미하는 것은 아니다.⁶⁴⁾ 법률 자체의 목적의 정당성 판단은 헌법적합적인 입법목적인지를 판단하는 것이 아닌, 법률 자체의 정당성을 추구하는 유권해석이기에 당해 법률의 목적을 설명할 필요성이 적어진다. 당해법률의 목적은 개별법률의 제1조에 구체적으로 적시되어 있으므로, 만일 헌법재판소가 법률의 목적심사로서 입법목적의 내용적 정당성을 판단하는 것이라면, 이는 헌법재판소 스스로 목적심사에 관한 아무런 기준을 제시하지 못하는 상황에서 헌법상 요청되는 법률의 합헌성 추정원칙을 위배하는 것이 된다.⁶⁵⁾ 법률의 목적심사가 가능하려면 법률의 목적이 구체적으로 특정화되어야만 하는데, 실재상 법률의 목적은 대부분 추상적이고 불확정적인 개념들로 규정되어 있기에 목적심사의 전제조건을 충족하지 못하고 있다.

63) 예를 들면, “가산점제도의 주된 목적은 군복무 중에는 취업할 기회와 취업을 준비하는 기회를 상실하게 되므로 이러한 불이익을 보전해 줌으로써 제대군인이 군복무를 마친 후 빠른 기간내에 일반사회로 복귀할 수 있도록 해 주는 데에 있다. 인생의 황금기에 해당하는 20대 초·중반의 소중한 시간을 사회와 격리된 채 통제된 환경에서 자기개발의 여지없이 군복무 수행에 바침으로써 국가·사회에 기여하였고, 그 결과 공무원채용시험 응시 등 취업준비에 있어 제대군인이 아닌 사람에 비하여 상대적으로 불리한 처지에 놓이게 된 제대군인의 사회복귀를 지원한다는 것은 입법정책적으로 얼마든지 가능하고 또 매우 필요하다고 할 수 있으므로 이 입법목적은 정당하다”고 판시하고 있다(헌재 1999 12. 23. 98헌마363, 788면).

64) 이기철, “헌법재판소는 비례의 원칙에 목적의 정당성을 포함시켜도 좋은가?”, 공법연구 제35집 제1호, 385면.

65) 매우 희소하겠지만 만약 헌법재판소가 입법목적의 정당성이 헌법에 위반된다고 판단하여 그 위헌성을 주장한다면, 이는 또 다른 입법자로서 역할을 하는 것이 된다. 이는 헌법재판소가 헌법해석에 의한 권한확장의 의도를 지니고 있다고 할 수 있다.

일반적으로 법률의 합헌성추정과 합헌적 법률해석의 결과 심사대상인 법률의 목적은 원칙적으로 합헌성이 있다고 보아야 한다. 목적의 정당성 문제에서 헌법상 열거된 목적에 적합한지 여부만을 심사하는 것은 가능하더라도, 그 내용적 심사까지 하는 것은 비례성심사의 본질을 잘못 이해한 것이다.⁶⁶⁾ 왜냐하면 비례성원칙은 목적을 심사하기 위한 것이 아니라, 목적에 적합한 ‘수단’인지를 심사하기 위한 것이다.⁶⁷⁾ 즉, 목적의 정당성은 목적에 대한 수단이 적합성이 있는지를 심사하는 전제이며, 수단의 통제에 중점이 있다고 보아야지 입법의 목적을 다투기 위한 것이 아니다.⁶⁸⁾ 따라서 우리 헌법재판소처럼 비례성 심사를 할 경우 목적의 정당성, 수단의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성으로 판단할 것이 아니라, 원칙적으로 적합성, 필요성, 협의의 비례성(법익의 균형성)으로 3분하여 판단하는 것이 합리적이라 판단된다.

이에 반해 기본권보호의무에 있어서 국가조치의 목적은 이미 헌법상 도출되는 보호목적이기에 헌법상 정당성을 부여받고 있다.⁶⁹⁾ 헌법은 기본권보호의무의 목적을 스스로 확정하고 헌법적으로 정당화하기 때문에, 목적의 정당성은 당연히 인정된다. 따라서 과소보호금지원칙에서 목적의 정당성은 심사할 필요가 없다.⁷⁰⁾

2. 적합성 vs. 적절성

적합성(Geeignetheit) 원칙이란 특정한 입법목적 실현하기 위하여 채택된 수단은 그 목적실현에 적합하여야 한다는 원칙을 말한다. 이때 적합성의 의미는 목적실현에 투입된 수단이 최소한 결과발생의 개연성이 있거나,⁷¹⁾ 그 채택된 수단의 도움으로 의욕하는 결과의 발생을 촉진시킨다거나,⁷²⁾ 조금이라도 그 결과발생

66) 이와 동일한 견해로는 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2005, 350면(“관계의 개념을 처음부터 배제하고 있는 목적의 정당성은 비례성원칙의 부분원칙에 포함되지 않는 것으로 보아야 한다. 목적의 설정은 정책수립의 문제로서 입법자의 고유한 권한영역에 속해서 헌법재판소가 통제할 수 없는 영역으로 보아야 하기 때문에 목적의 정당성에 대한 심사는 비례성심사의 대상이 될 수 없다”).

67) 황치연, “우리 헌법재판소 판례에 있어서의 과잉금지원칙의 문제점”, 고시연구 97. 3, 180면.

68) 이와 다른 견해로는 김대환, “우리나라 헌법상 과잉금지원칙”, 공법학연구 제 6권 제 3호, 2005. 12, 199-200면.

69) J. Dietlein, *Das Unterraßverbot*, ZG 10(1995), 136 f.

70) 장영철, “과소보호금지원칙에 관한 연구”, 헌법학연구 제14권 제 1호, 2008. 3, 120면; 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제1-2호, 2008. 10, 217면.

71) Sachs, GGK, 3. Aufl. 2003, Art., 20 Rn. 150.

72) 예를 들면, 적합성원칙의 관점에서 삼림의 고사현상을 방지 또는 둔화시키기 위한 목적으로 자동차속도제한은 공해물질배출의 감축(기본권제한을 통해 형성된 상태)과 삼림의 구조개선(목적

에 원인이 된다는 것을 말한다. 사용하기로 채택된 수단이 결과발생에 전혀 영향을 주지 않거나 의도한 결과발생을 어렵게 만드는 경우에는 적합성이 존재하지 아니한다고 말할 수 있다.⁷³⁾ 한편, 적합성의 정도는 완전히 부적합한 수단이 아닌 한 부분적인 적합성이 있으면 되지, 완전한 적합성을 요구하지 않는다. 그러나 공권력에게 특정한 목표달성을 의무지우는 일정한 행위위임이 부여되어 있을 때에는 오히려 채택된 수단의 단순한 부분적인 적합성만으로는 그 자체가 적합성 원칙의 위반으로 평가될 수도 있을 것이다.⁷⁴⁾

이에 반해 과소보호금지원칙에서 요구하는 기본권보호의무 이행을 위한 ‘적절성’은 국가의 보호조치가 침해되는 기본권을 보호하는데 적절한가 여부이다. 적절성 여부는 상충하는 법익을 고려하여 적절하고 효과적인 보호를 달성할 수 있는 규범적 및 사실적 종류의 충분한 조치가 취해져야 한다. 이에선 사전적 및 사후적 보호가 상호 결합된 보호관념이 필요하다.⁷⁵⁾ 따라서 과소보호금지원칙에서 요구하는 적절성 심사는 비례성원칙에서 요구하는 적합성 심사보다 높은 수준을 요구한다.⁷⁶⁾

3. 필요성 vs. 효율성

필요성(Erforderlichkeit) 원칙이란 입법목적 실현하기 위해 필요한 수단이어야지, 필요한 정도를 넘어서 국민의 기본권을 침해하는 정도의 수단은 허용될 수 없다는 원칙이다. 달리 표현하면, 목적을 실현하기 위해 조금이라도 필요한 한도를 넘어서는 수단 또는 목적을 달성하기 위해 다른 수단이 있는 경우는 이 원칙을 위반하는 것이다. 이를 엄격히 해석하면 입법목적 실현을 위한 여러 가지 수단이 존재할 때 그 수단 중에서 가능한 한 ‘기본권 침해가 적은 수단’을 선택하라는 요청이다. 이를 일반적으로 ‘피해의 최소화’이라 부른다.

‘피해의 최소화’는 기본권의 유형에 따라 기본권 제한에 있어서 입법자의 입법형성의 자유에 차이를 나타낸다. 예를 들면, 정신적 자유권과는 달리, 재산권에 관한 입법의 경우 재산권의 내용과 한계를 형성할 입법자의 입법재량을 헌법이 상

이 실현된 것으로 관찰될 수 있는 상태 사이에 관련성이 있는 경우에만 비례성이 있다(Pieroth/Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II*, 20. Aufl., 2004, Rn. 284).

73) 황치연, “과잉금지원칙의 내용”, 공법연구 제24집 제3호, 1996. 7, 280면.

74) Vgl. M. C. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht*, 1985, S. 62; 황치연, “과잉금지원칙의 내용”, 280면 이하.

75) BVerfGE 88, 203(203 f.).

76) 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 220면.

대적으로 넓게 허용하기 때문에, 재산권에 관한 입법에 있어서 입법자는 ‘기본권 침해가 가장 적은 수단인 유일한 최소침해의 수단’을 선택하거나, ‘자유와 공익을 위한 최적화적 수단’을 선택한 입법을 할 것을 헌법이 요구하는 것은 아니다.

그런데 어떠한 수단이 기본권 침해가 적은 수단이나는 여러 수단사이에 비교를 통해 달성되기에 입법자가 상정하는 여러 수단이 반드시 가장 최소침해의 유일한 수단이라는 보장은 없다. 다만 입법자에게 최소침해성을 위한 노력과 의무는 헌법상 요청된다. 그러므로 필요성의 원칙은 기본권 침해를 최소화하는 단 하나의 수단만을 선택해야 하는 이상적이나 불가능한 최소침해성원칙은 아니고,⁷⁷⁾ 목적을 실현하는 여러 수단 가운데 되도록 덜 기본권을 침해하는 수단을 채택하라는 최소침해성의 요청인 것이다.

피해의 최소성과 관련하여 실무상 문제점으로서, 사법기관에 의한 어떠한 수단이 기본권 침해가 적은 수단이나는 대안들에 대한 비교기준을 찾기 어렵다는 것은 수궁이 간다.⁷⁸⁾ 현재 발생하는 문제를 해결하기 위해 입법수단이 투입된 경우와 그렇지 않은 경우간의 비교 및 관련성을 검증하여 침해의 최소성을 판단하는 것은 상당히 난해한 일이다. 따라서 최소침해성이 의심스러울 때에는 입법자에게 이익이 되는 방향으로 인정해 줌으로써 입법자의 평가적 우월권 내지 예측여지를 허용해 주어야 한다.⁷⁹⁾

이에 반해 과소보호금지원칙에서 요구하는 효율성은 보호조치가 적절하다면, 제3자의 기본권이나 기타 공익에 큰 부담을 주지 않으면서 더욱 효율적으로 침해되는 기본권을 보호할 수 있는 다른 대안이 있는가를 묻는다. 효율성 있는 수단은 기본권 피해자의 보호를 위해 효과적이고 충분한 보호를 제공하여야 한다. 따라서 국가가 선택한 수단이 비례성원칙의 필요성을 충족한다고 하더라도 과소보호금지원칙의 효율성을 충족하는 수단이라고 단언할 수는 없다.⁸⁰⁾

77) 이러한 의미에서 우리 헌법재판소도 다음과 같은 취지의 결정을 하고 있다(“국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이다. 국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다—헌재 1989. 12. 22, 88헌가13, 378면).

78) 이명용, “비례의 원칙의 2단계 심사문”, 헌법논총 제15집, 2004. 12, 515면.

79) F. Ossenbühl, in: *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognose-entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in: BVerfG und GG I, 1976, S. 489 ff.; M. Raabe, *Grundrechte und Erkenntnis—Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, 1998.

80) 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제 1-2호, 2008. 10, 211면.

4. 협의의 비례성

특정한 입법목적 달성을 위하여 적합하고 필요한 수단이 있다고 하여도 기본권제한입법에 의하여 침해 또는 제한되는 사익과 이를 제한함으로써 보호되는 공익을 비교형량할 때, 공익이 더 크거나 적어도 양자의 균형이 유지되어야 한다는 것이 이른바 ‘협의의 비례성 원칙’이다. 이를 균형성(Proportionalität), 상당성(Angemessenheit) 내지 기대가능성(Zumutbarkeit)이라고도 부른다.

협의의 비례성을 충족하기 위해서는 양자의 이익간 형량(Abwägung)이 필요하다. 형량이란 서로 충돌하는 법익 및 가치간의 중요성 및 비중의 평가작업이다.⁸¹⁾ 이러한 평가는 주장되는 논증의 우위에 의해 결정되므로 절대적으로 결정될 수 있는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 상대적인 중요성에 의해 결정된다.⁸²⁾

비교형량에 있어서 ‘양 법익의 균형’을 어느 정도로 엄격하게 인정할 것인가 여부에 따라 심사강도는 달라질 수 있지만, 원칙적으로 입법자의 입법형성의 자유를 전제로 하여, 입법자의 법익형량이 자의적이거나 일관성이 결여되거나 균형이 파괴된 것이 명확한 경우로서 기본권주체에 대한 과도한 부담이 되는 경우, 비례성을 위반한 것으로 인정할 수 있다.

협의의 비례성원칙을 ‘상당성’원칙 또는 ‘균형성’원칙이라고도 하는데, 개별 사건의 경우에 무엇이 상당한가 또는 균형적인가를 판단해야 한다. 그러나 협의의 비례성원칙은 형량해야 할 이익간의 문제⁸³⁾로 귀결되고 질적으로 다른 이익을 양적으로 비교할 수 있다는 것을 전제로 의제하는 것에 불과하다.⁸⁴⁾ 또한 형량에 사용할 합리적이고 구속력 있는 구체적인 기준이 부재한다는 문제점을 지니고 있다.⁸⁵⁾ 협의의 비례성원칙은 구체적으로 판단할 때 이렇게 명확한 기준이 결핍되

81) H. Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden, 1979, S. 178; 황치연, “헌법과 과잉금지”, 헌법학도의 길, 한국학술정보 2005, 119면(법의 형량이란 상충하는 법익간의 순위비교 또는 양자의 법익간에 관련되어 문제되는 내용의 우열을 비교하는 작업이다).

82) R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1996, S. 146.

83) 슈테른(Stern) 교수는 법익형량이란 두 개의 상충하는 법익간의 중요도를 평가하는 것을 목표로 불가피하게 충돌하는 법익의 서열을 비교하는 것이라고 정의한다. 구체적으로 (1) 헌법적 지위를 가지는가, 단순한 법률상의 지위를 가지는가, (2) 헌법상 법익간 상위의 가치 확정가능성, (3) 고유한 평가범주의 필요, (4) 기본권 법익의 경합, (5) 특정한 기본권이 다른 기본권을 전제로 하는 것, (6) 주변영역이 침해될 뿐인 기본권, (7) 연방헌법재판소에 의한 추상적·구체적 우월성의 언명, (8) 법익형량과 비례의 원칙 등의 원칙을 제시하고 있다(K. Stern, *Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, § 84).

84) 이명웅, 비례의 원칙의 2단계 심사론, 515면.

85) B. Schlink, in: *Festschrift für 50 Jahre BVerfG*, 2001, Bd. II, S. 445, 460 ff.

어 있기에 판단주체인 법원이나 헌법재판소의 주관적인 판단과 선입견이 개입할 가능성이 높다.

일부 견해에 의하면 협의의 비례성원칙을 ‘최적화명령’이라는 것으로 동일시하려 하는데 이는 논리전개에 문제가 있다. 일반적으로 알려진 협의의 비례성원칙(법익의 균형성)은 입법수단으로써 보호하려는 공익과 침해되는 기본권 사이에 균형이 이루어져 있는지의 여부에 대하여 형량하는 작업이다. 이러한 법익의 균형성을 판단함에 있어서는 그 당해 법률규정의 특성, 사실관계 및 그 실태, 입법규제의 필요성, 헌제도의 실질적인 운용현황 등을 종합적으로 고려하여야 한다.⁸⁶⁾ 그러므로 협의의 비례성원칙(법익의 균형성)은 입법수단으로써 얻는 공익과 침해되는 사익(기본권)을 비교형량하는 반면, 최적화명령은 두 개의 목적 상호간의 관계에서 최적의 상태를 실현하도록 요청하는 명령⁸⁷⁾이라고 할 수 있다. 그런데 최적화명령을 따를 경우에는 입법자 형성의 자유가 영(零; 0)이 되기 때문에 입법자의 형성의 자유를 박탈하는 문제가 발생한다. 또한 최적화명령에 의하면 법률 제정시에 선택할 수 있는 입법수단은 특정한 입법목적의 실현을 위한 하나의 최적화된 수단이기 때문에 일반적인 비례성원칙보다 더욱 더 엄격한 기준이 되어 사법심사시 합헌적 법률해석의 가능성을 배제시킬 가능성이 높다.

이에 반해 과소보호금지원칙에서 요구하는 협의의 비례성은 가해자의 기본권과 피해자의 기본권보호간의 형량을 의미한다. 국가가 피해자에 대한 기본권보호의무를 이행하기 위한 한계로서 가해자의 기본권을 비례성 원칙에 반하도록 침해해서는 안 된다는 한계가 설정된다. 이는 국가가 효율적인 보호조치를 취하지 않으면서 오히려 과도하게 가해자의 기본권을 비례성 원칙에 위배하면서까지 침해해서는 안 되기 때문이다.

V. 과소보호금지원칙에 있어서 심사밀도

비례성 원칙에 있어서 수단의 적합성심사에 있어서 헌법재판소는 입법자의 예단을 심사한다. 헌법재판소는 입법자의 미래에 대한 상황발전에 대한 예측판단을 규율영역의 특성, 확실한 판단을 내릴 수 있는 현실적 가능성의 정도 및 침해된 법익에 따라 상이하게 인정하고 있다. 즉, 명백성 통제(Evidenzkontrolle), 설득력

86) 헌재 1998. 4. 30, 95헌가16, 327(346-347).

87) 이준일, “비례성원칙의 개념과 구조 및 구체화”, 고시연구 2005/3, 27면.

통제(주장가능성 통제; *Vertretbarkeitskontrolle*), 내용통제(*Inhaltskontrolle*)라는 등급화된 기준으로 입법자의 예측판단을 심사하고 있다.⁸⁸⁾

명백성 통제에 있어서는 입법자의 예측판단권을 광범위하게 인정한다. 따라서 입법자가 재량의 한계를 명백히 일탈하였는지를 헌법재판소는 심사하게 된다. 즉, 헌법재판소는 법률상 달성하려는 목적을 실현하는데 명백하게 부적합한 경우에만 심사한다.⁸⁹⁾ 명백성 통제를 하는 경우는 입법자에게 정치적 재량이나 경제정책적 재량이 인정되는 입법에 대해서다.

이에 반해, 설득력 통제(주장가능성 통제)는 헌법재판소가 입법자의 예측판단이 실제적·내용적으로 타당한가의 판단은 하지 않지만, 입법자가 가용한 판단자료를 모두 동원하고 활용하여, 미래에 있어서는 법률의 효과를 납득할만하게 판단하려고 노력하여야 한다는 기준이다.⁹⁰⁾ 설득력 통제는 그 실질상, 국가기관이 기본권을 침해하는 판단을 내리는 과정에서 기울여야 할 주의의무에 대한 심사라고 할 수 있다. 일단 입법자가 이러한 주의의무를 기울임으로써 절차에 대한 요구를 충족시키면, 이로부터 입법자의 예측판단이 또한 내용적으로도 타당하다는 추정을 가져온다. 설득력 통제를 하는 경우는 주로 경제·세법영역에서 복잡하고 쉽게 인식할 수 없는 사실관계를 규율하는 입법에 대해서다.

내용통제는 헌법재판소가 입법자의 예측판단이 내용적·실체적으로 타당한가를 심사한다.⁹¹⁾ 내용통제는 일반적으로 침해되는 법익이 생명권이나 신체의 자유, 의식주 등 인간의 기본적 욕구, 직업의 자유 등 가장 기본적이고 개인적인 자유가 관련되는 영역에 적용한다.⁹²⁾ 여기서는 내용통제를 통하여 입법자의 예측판단을 헌법재판소의 예측판단으로 대체하게 된다.

예측판단에서 문제되는 것은 결국 입법자와 국민사이의 입법책임의 분배이다.⁹³⁾ 헌법재판소의 규범통제과정에서 결정의 전제가 되는 주요한 사실관계가 밝혀지지 않는다면 특히 법률의 효과를 예측하기 어렵다면, 이러한 불확실성이 누구의 부담으로 돌아가야 하는가 하는 실체법적인 입증책임의 문제에 관한 것이다. 독일 연방헌법재판소에 의하여 형성된 위의 3단계의 기준은 바로 입증책임분배의

88) BVerfGE 50, 290(332); Schneider, NJW 1980, S. 2105 f.; Ossenbühl, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellung und Prognoseentscheidungen durch das BVerfG*, in: BVerfG und GG I, S. 484 ff.

89) BVerfGE 36, 1(17); 37, 1(20); 196, 223.

90) BVerfGE 25, 1(12 f., 17); 30, 250(263); 39, 210(225 f.).

91) BVerfGE 7, 377(415); 11, 30(45); 17, 269(276 ff.); 39, 1(46, 51 ff.); 45, 187(238).

92) BVerfGE 50, 290(333); H.-P. Schneider, NJW 1980, S. 2105.

93) M. Kriele, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum*, Rn. 44 ff.

단계이다.⁹⁴⁾ 법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우에는 입증책임을 입법자에게 전가함으로써 자유의 보호는 더욱 강화된다. 이 경우 기본권의 주체에게 유리한 입증책임을 존재 그리고 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명, 입증해야 할 책임을 진다. 반면, 개인이 일반적으로 타인과의 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되고 결국 입법자에게 유리하게 입증책임을 분배된다. 따라서 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 잘못되었는가 하는 명백성의 통제에 그치게 된다.⁹⁵⁾

결국, 입법자의 보호의무이행에 대한 헌법재판소의 통제강도는 일률적인 것이 아니고 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 가해의 심각성, 그 가해의 빈도 등에 따라서 달라지게 된다. 그에 따라 기본권적 법익에 관한 보호입법에 대한 심사에 있어서 헌법재판소가 가하는 통제의 강도 역시 보호의무 위반이 일견 명백한지의 여부에 대한 통제, 입법자가 문제의 법률을 통하여 제시한 보호구상 자체가 설득력이 있는지의 여부에 대한 통제, 그리고 입법내용에 대한 엄밀한 통제 등으로 분화될 수 있다.⁹⁶⁾

VI. 과소보호금지원칙의 현재 판례에의 적용

공직선거법 확정장치 소음제한기준을 두지 않은 입법부작위를 다루는 헌법소원 사건⁹⁷⁾과 교통사고처리특례법 제4조 제1항 헌법소원 사건⁹⁸⁾에서 과소보호금지원칙과 관련한 논점을 살펴보고 평가한다.

94) BVerfGE 50, 290(331, 333, 340 ff.).

95) 한수용, “헌법재판의 한계 및 심사기준—헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로—”, 헌법논총 제8집(1997), 233-237면.

96) 헌재 1997. 1. 16, 90헌마110등, 판례집 9-1, 130-132면. 한수용, “헌법재판의 한계 및 심사기준”, 217면 이하와 233면; 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 308면 이하; 계희열, “헌법재판과 국가기능”, 221면 참조.

97) 헌재 2008. 7. 31, 2006헌마711.

98) 헌재 2009. 2. 26, 2005헌마764, 2008헌마118(병합).

1. 공직선거시 확장장치 소음제한기준 결정

(1) 3인 재판관의 합헌의견

환경권을 법률에 의하여 구체화되는 법률상의 권리로 보고 국가가 환경권에 관한 입법이 없거나 현저히 불충분하면, 그에 대한 권리구제를 구할 수 있다고 한다. 또한 헌법 제10조로부터 생명·신체에 대한 국가의 기본권보호의무가 도출된다고 한다. 환경피해가 생명·신체 등에 대한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 및 헌법 제35조 제1항의 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 보장하여야 할 국가의 의무로부터 국가의 기본권보호의무가 있다고 한다.

기본권보호의무의 준수여부를 심사할 때에는 국가가 기본권적 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가 하는 이른바 “과소보호금지원칙”의 위반여부를 기준으로 삼아야 한다. 국가의 기본권보호의무의 실현 책임은 원칙적으로 권력분립원칙과 민주적 정당성을 부여받고 정치적 책임을 지는 입법자에게 있고, 헌법재판소는 기본권보호의무의 실현에 있어서 입법자가 그 보호조치의 위반이 명백했느냐의 명백성통제에 그쳐야 한다. 따라서 청구인의 법익침해가 수인불가능하여야 하고, 생명·신체의 기본권적 법익침해의 가능성이 전제되어야 할 것인데, 이를 명백히 발견하기 어렵다. 또한 입법자는 공직선거법상 확장기사용방법, 기간, 장소, 대수 등에 대한 최소한의 필요한 규정을 두고 있으므로 입법자의 의무를 해태하였다고 보기 어렵다. 선거운동의 자유와 환경보호의무를 비교형량하여 볼 때 확장장치소음규제기준을 두지 않은 것만으로 과소보호금지원칙 위반이라 하기는 곤란하다.

(2) 1인 재판관의 합헌의견에 대한 보충의견

합헌의견과 결론은 같지만 보충의견에서는 이 사건의 심사기준으로 과소보호금지원칙이 아니라 과잉금지원칙을 적용하여야 한다고 주장한다. 3인의 합헌의견은 소음한도를 제한하지 아니한 입법자의 환경보호의무위반여부(헌법 제35조 제2항)를 과소보호금지원칙을 기준으로 심사했다. 하지만 본 사안에서는 오히려 확장장치의 사용에 따른 소음공해의 무제한성을 문제 삼은 것으로 볼 수도 있다. 즉, 국가가 소음공해를 초래함으로써 청구인의 환경권(헌법 제35조 제1항)에 대한 과잉제한여부의 정당성을 판단해야 함을 의미한다. 그러므로 비례의 원칙(과잉금지원칙)에 맞게 제한하는지를 심사하면, 과소보호금지원칙에 따른 심사는 불필요한 것이다. 비례의 원칙에 의하여 공직선거의 기능과 목적을 고려하여 확장장치사용을 허

가하는 규정은 공공복리를 위한 입법목적의 정당성과 수단의 적절성을 인정할 수 있고, 확장장치사용의 소음한도를 규정하지 않았다 하더라도 장소, 시간, 용도 등을 제한하고 있으므로 피해의 최소성을 부인하기 어렵다. 공직선거의 공익성을 고려하고 확장장치사용에 대한 공직선거법 관련규정을 살펴볼 때 소음공해의 정도와 환경권침해의 수인기대가능성을 긍정할 수 있으므로 법익의 균형성도 인정할 수 있다.

(3) 4인 재판관의 헌법불합치 의견

이 사건에서는 환경을 보장해야 할 국가의 기본권보호의무위반이 문제되고 그에 대한 심사기준은 과소보호금지원칙이라 한다. 이는 헌법이 요구하는 최소한의 기본권보호수준에 미달하였는지를 판단하는 것을 내용으로 한다. 그 기본권보호수준이란 일률적으로 결정할 수는 없지만 사안에 따라 법익의 중대성, 헌법질서에서의 위상, 법익침해의 직접성·심각성·불가역성 등을 종합 검토하여 명백성 통제에서 엄밀한 내용통제에 이르는 다양한 심사를 할 수 있다. 이러한 점에서 본 사안에서는 공직선거때마다 소음발생이 유발되어 기본권침해의 계속 반복의 위험성이 있고, 확장장치를 사용한 선거운동에 대한 부정적 인식의 불식필요성이 있고, 공직선거운동에서 확장장치의 소음의 출력수를 구체적으로 정함으로써 그 범위내에서 선거운동의 자유가 보장되며, 국가가 국민의 쾌적한 주거생활보장의무(헌법 제35조 제3항)를 지고 있음을 고려하여 내용통제를 하는 것이 타당하다.

(4) 평 가

1인 재판관의 보충의견에서는 국가가 소음공해를 초래한 것으로 의제하여 과잉금지원칙을 사용해야 한다고 판시하고 있다. 그러나 이 사건의 경우 과잉금지원칙에서 요구하는 2각 관계가 아닌, 국가—기본권 가해자(확성장치 사용자)—기본권 피해자(소음 피해자)라는 기본권보호의무에서의 3각관계를 전제로 하는 것이기에, 과소보호금지의 원칙이 적용되어야 할 것이다. 또한 과잉금지의 원칙은 국가가 부작위하는 경우 헌법상 심사기준으로서 역할을 하지 못하나, 과소보호금지원칙은 이러한 국가의 부작위의 경우 심사기준으로서 작용한다. 이 사건의 경우 부진정입법부작위로 봄이 타당하고 과소보호금지원칙이 적용되어야 한다. 또한 과잉금지원칙은 국가가 기본권제한을 유발하는 행위를 하지 말 것을 요구하지만, 과소보호금지원칙은 기본권 피해자의 기본권보호를 위해 국가가 일정한 행위를 해 줄 것을 요구한다. 이 사건에서 확장장치 사용을 하지 말 것을 요구하는 것이 아니

라, 확장장치의 출력수 등 소음에 대한 허용기준이 없어 신체에 대한 기본권적 법익 침해가 일어나고 있기에, 기본권적 법익 보호를 위해 국가가 일정한 입법조치를 해 줄 것을 요구하는 것이다. 과소보호금지의 원칙에 있어서 ‘효율성있는 수단’이란 기본권 피해자의 보호를 위해 효과적이고 충분한 보호를 제공하는 것을 말한다. 따라서 휴대용 확장장치의 사용시간을 오전 6시부터 오후 11시까지로 제한하는 것으로는 일반적인 제한기준이지, 효율성 있는 조치라고 하기 어렵다. 선거운동에 있어서 확장장치의 소음에 대해서는 구체적인 규제기준을 마련하여야만 효과적인 보호를 제공하는 것이라 할 수 있다.⁹⁹⁾

과소보호금지원칙에 있어서 심사밀도와 관련하여 법률에 의해 침해되는 법익이 신체의 자유라는 점, 선거의 반복으로 인한 법익침해의 반복성, 법익에 대한 위협의 불가역성 등을 고려하여 입법자의 보호의무이행에 대한 헌법재판소의 심사밀도는 내용통제를 사용할 수 있을 것이다.

2. 교통사고처리특례법 제4조 제1항 등 결정

(1) 다수의견인 위헌의견

기본권보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는데, 이는 타인에 의하여 개인의 신체나 생명 등 법익이 국가의 보호의무 없이는 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다.

교통사고를 방지하는 다른 보호조치에도 불구하고 국가가 형벌권이란 최종적인 수단을 사용하여야만 가장 효율적으로 국민의 생명과 신체권을 보호할 수 있는가가 문제된다. 만일 형벌이 법익을 가장 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 방법임에도 불구하고 국가가 형벌권을 포기한 것이라면 국가는 기본권보호의무를 위반함으로써 생명·신체의 안전과 같은 청구인들의 중요한 기본권을 침해한 것이 될 것이다.

국가가 국민의 생명·신체의 안전에 대한 보호의무를 다하지 않았는지 여부를 헌법재판소가 심사할 때에는 국가가 이를 보호하기 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취하였는가 하는 이른바 ‘과소보호금지원칙’의 위

99) 소음·진동규제법 시행규칙 [별표 8]과 같이 시간대별, 대상지역별로 dB(A) 이하로 규제하는 기준이 마련되어야 한다.

반 여부를 기준으로 삼아, 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무 위반을 확인하여야 하는 것이다.

이 사건에서는 교통사고를 방지하는 다른 보호조치에도 불구하고 국가가 형벌권이란 최종적인 수단을 사용하여야만 가장 효율적으로 국민의 생명과 신체권을 보호할 수 있는가가 문제된다. 이를 위하여 무엇보다도 우선적으로 형벌권의 행사가 곧 법익의 보호로 직결된다는 양자간의 확인하고도 직접적인 인과관계와 긴밀한 내적인 연관관계가 요구되고, 형벌이 법익을 가장 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 방법인 경우, 국가가 형벌권을 포기한다면 국가는 그의 보호의무를 위반하게 된다. 그러나 교통과실범에 대한 국가형벌권의 범위를 확대한다고 해서 형벌권의 행사가 곧 확실하고도 효율적인 법익의 보호로 이어지는 것은 아니다. 형벌의 일반예방효과와 범죄억제기능을 어느 정도 감안한다 하더라도 형벌을 통한 국민의 생명·신체의 안전이라는 법익의 보호효과는 그다지 확실한 것이 아니며, 결국 이 경우 형벌은 국가가 취할 수 있는 유효적절한 수많은 수단 중의 하나일 뿐이지, 결코 형벌까지 동원해야만 보호법익을 유효적절하게 보호할 수 있다는 의미의 최종적인 유일한 수단이 될 수는 없는 것이다.

그러므로 이 사건 법률조항을 두고 국가가 일정한 교통사고범죄에 대하여 형벌권을 행사하지 않음으로써 도로교통의 전반적인 위협으로부터 국민의 생명과 신체를 적절하고 유효하게 보호하는 아무런 조치를 취하지 않았든지, 아니면 국가가 취한 현재의 제반 조치가 명백하게 부적합하거나 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 할 수 없다.

(2) 평 가

기본권보호의무는 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체 등 법익이 국가의 보호의무 없이는 무력화될 정도의 상황에서만 적용될 수 있다는 견해는 기본권보호의무를 잘못 이해한 것이다. 기본권보호의무는 사인의 생명이나 신체 등의 법익이 침해될 경우 국가, 특히 일차적으로 입법자에게 사인의 생명이나 신체 등의 기본권적 법익을 효과적이고 적절하게 보호하는 입법을 하라는 의미이지, 기본권보호의무를 실행에 있어 국가의 보호 없이는 무력화될 정도의 상황에서만 작용하라는 보충적이고 최종적인 상황을 요구하지 않는다. 기본권보장의 측면에서는 국가의 형벌권 행사는 최종적인 조치이어야 하지만, 기본권보호의무의 측면에서는

생명·신체에 대한 기본권보호를 위한 효과적인 조치라면 형벌권의 행사도 이루어져야 한다. 또한 국민의 생명과 신체권을 보호하기 위한 국가의 보호조치가 가장 효율적이며 최종적인 유일한 수단이어야 하는 것은 아니다. 이러한 유일한 효과적인 수단의 실행은 현실적으로 불가능하며, 이는 입법자의 판단에 대해 헌법재판소가 전혀 관여하지 않겠다는 표현의 다름이 아니다.

헌법재판소는 국가의 기본권보호의무는 권력분립원칙과 민주주의원칙에 따라 국민에 의하여 직접 민주적 정당성을 부여받고 자신의 결정에 대하여 정치적 책임을 지는 입법자의 책임범위에 속하므로, 헌법재판소는 단지 제한적으로만 보호의무의 이행을 심사할 수 있다고 주장한다. 따라서 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무 위반을 확인하여야 한다고 한다.

이러한 입장은 제한(침입)에 대한 보호는 법률유보의 권한을 지닌 입법자에게 원칙적인 권한이 있고, 기본권보호의무의 심사밀도 문제는 권력분립원칙에 따라 국회와 헌법재판소의 권한배분의 문제로 보려는 견해이다. 특히 직접적인 민주적 정당성을 지닌 입법자의 판단에 대해서 헌법재판소는 명백성 통제만 가능하다는 것이다. 그러나 헌법재판소가 권력분립원칙을 핑계로 삼아 입법자의 판단에 대한 ‘사법적 자제’를 취하는 것은 문제가 있다. 권력분립원칙이란 기본권보장의 목적을 위한 통치기관의 운영원리이자 수단이라고 보아야지, 이를 기본권과 무관한 원칙으로 이해해서는 안 된다. 이 사건에서 문제되는 법익은 생명이라는 가장 중요한 기본권적 법익이고, 헌법재판소는 논의의 초점을 입법자가 어느 정도 효과적이고 적절하게 생명이라는 기본권을 보호하기 위한 의무를 수행했는가 여부에 두어야 한다. 기본권보장 및 기본권보호라는 목적을 두고 설립된 헌법재판소가 권력분립이나 민주적 정당성을 운운하며 기본권보호의무에 소극적인 입장을 취하겠다는 것은 자기모순이라 할 수 있다.

또한 헌법재판소는 국가의 기본권보호의무는 교통과실범의 경우 발생한 침해에 대한 사후처벌뿐이 아니라, 여러 가지 사전적·사후적 조치를 함께 취함으로써 이행된다고 한다. 결국 교통사고를 방지하는 다른 보호조치에도 불구하고 국가가 형벌권이란 최종적인 수단을 사용하여야만 가장 효율적으로 국민의 생명과 신체권을 보호할 수 있는지에 대해 양자간의 확연하고도 직접적인 인과관계와 긴밀한 내적인 연관관계가 요구되고, 형벌이 법익을 가장 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 방법인 경우, 국가의 형벌권 포기는 국가의 기본권보호의무 위반이 된다고 한다.

이는 입법자가 교통과실범의 사후처벌을 하지 않은 것만을 이유로 기본권보호의무를 실현하지 않은 것으로 볼 수 없다는 입장인데, 반대로 생각하여 기본권 피해자의 입장에서 입법자가 기본권보호의무를 위해 어떠한 효율적이고 적절한 조치를 취하였는지를 현재는 판단했어야 한다. 또한 형벌이 기본권적 법익을 가장 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 방법인지 여부를 판단할 것이 아니라, 국가가 중과실 등에 대한 교통사고에 대하여 형벌을 부과하는 것이 기본권적 법익을 보호하기 위해 효율적인지를 판단해야 한다. 기본권보호의무에서 요구하는 기본권보호조치는 가장 효율적인 수단일 것을 요구하는 것은 아니고, 반대로 단순히 최소한의 보호만 취하면 된다는 의미도 아니라, 최소한 과소보호의 기준을 넘는 효율적이고 적절한 조치를 취하라는 의미이다.

이 사건의 경우에 입법자의 보호의무이행에 대한 헌법재판소의 심사밀도는 생명이나 신체라는 기본권적 법익의 중대성, 교통사고의 위험으로부터 가해의 심각성, 업무상 과실 또는 중대한 과실로 인한 교통사고의 잦은 발생 등을 고려하여 내용통제까지도 가능하다고 본다.

과소보호금지원칙을 구체화하기 위한 문제 제기

허 완 중*

이부하 교수님의 발표를 잘 들었습니다. 여러모로 많은 것이 부족한 저에게 관련논문¹⁾을 한 편 썼다는 이유만으로 이렇게 훌륭한 자리에 토론자로 참여할 수 있게 해주셔서 깊이 감사드립니다.

이부하 교수님께서 발표문을 통해 우선 기본권보호의무를 주요 논점을 중심으로 개괄적으로 살핀 후(Ⅱ), 그 심사기준인 과소보호금지원칙의 내용을 특징별로 분석하고 계십니다(Ⅲ). 다음으로, 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙을 목적의 정당성, 적합성과 적절성, 필요성과 효율성, 협의의 비례성으로 나누어 비교하고(Ⅳ), 과소보호금지원칙의 심사밀도를 명백성 통제, 설득력 통제, 내용통제로 구분하여 검토하셨습니다(Ⅴ). 마지막으로 이러한 검토를 바탕으로 헌법재판소판례를 정리하고 비판하시면서 마무리 지으셨습니다(Ⅵ).

먼저 기본권보호의무와 관련하여 그 헌법적 근거와 기본권보호의무에서 기본권보호청구권을 도출할 수 있는지에 관한 학설 대립을 잘 정리해 주셔서 관련 문제점을 잘 파악할 수 있었습니다. 그리고 과소보호금지원칙의 특징을 독자적 원칙, 상대적 기준, 기본권의 최소수준 이상의 보호, 입법자의 행위에 대한 사법적 통제기준으로 보고 구체적 검토를 하신 것은 기존의 논의를 깔끔하게 정리하여 체계화하셨을 뿐 아니라 새로운 관점을 추가하고 계셔서 인상적이었습니다.

다음으로, 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 심사기준을 기존의 평면적이고 단조로운 비교에서 벗어나 개별 세부기준을 직접 비교하며 꼼꼼히 살피셔서 양 원칙의 차이점을 분명히 파악하고 ‘왜 과잉금지원칙이 독자성을 가지는지’를 쉽게 이해할 수 있었습니다. 그리고 과소보호금지원칙의 심사밀도를 명백성 통제, 설득력 통제, 내용통제라는 기능법적 관점에서 검토하여 구체화하고 차별함으로써 기존의 추상적 논의에서 벗어난 점이 신선해 보입니다.

* 성균관대학교 BK21 글로벌(Global) 과학기술법전문가 양성사업단 박사후연구원, 법학박사.

1) 허완중, “기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계”, 공법연구 제37집 제 1-2호, 한국공법학회, 2008, 201-227쪽.

또한, 헌법재판소판례를 정리하고 비판하시면서 기본권보호의무에 대한 심사 밀도를 다양화하려는 시도는, 과소보호금지원칙을 명백성통제에 국한함으로써 사실적 측면에서 기본권보호의무를 무력화하는 헌법재판소판례에 대해서 적절하게 비판한 것으로 보입니다.

전체적으로 발표문은 기본권보호의무와 과소보호금지원칙에 대한 중요 논점에 대한 정리와 검토가 돋보이고, 신선한 사건제시가 있는 것이 주목됩니다. 여러 관점에서 많은 것을 배우고 곰곰이 생각하게 하는 발표문이었습니다.

그러나 토론의 원활한 진행을 위해서 의문과 문제 제기를 하는 것이 토론자의 임무인지라 눈에 띄는 사항들을 중심으로 토론문에 대해서 문제를 제기하려고 합니다. 특히 제가 평소에 의문이 들었던 사항들을 제시하여 다양한 논의의 불씨를 제공하고자 합니다.

1. 기본권보호의무가 모든 기본권에서 문제 되는지 아니면 특정 기본권에서만 문제 되는지 교수님의 의견을 듣고 싶습니다. 발표문 14쪽의 표현(“헌법재판소는 기본권보호의무를 이행함에 있어서 국민의 생명·신체에 대한 보호의 정도가 헌법이 요구하는 최소한도의 보호수준에 미달해서는 아니 된다는 의미에서 이른바 국가의 국민에 대한 ‘과소보호금지’라는 헌법상의 원칙을 준수하였는지를 기준으로 심사하게 된다”)을 따르면, 현재까지 독일 연방헌법재판소의 판례와 마찬가지로 국민의 생명과 신체에 기본권보호의무를 국한하는 것으로 볼 여지가 있어 보입니다.

2. 기본권보호의무는 국가가 기본권에 과도하게 개입할 수 있게 하는 통로가 될 수도 있다는 비판이 있는데,²⁾ 이러한 위험을 어떻게 제거할 수 있는지 교수님의 의견이 궁금합니다.

3. 발표문 3-5쪽에서는 기본권보호의무의 헌법적 근거를 검토하고 계시는데, 교수님의 다른 논문³⁾과 달리 이에 대한 국내 학설 정리가 없는 것이 아쉽습니다. 그리고 이에 대한 교수님의 사건이 제시되지 않고 있는데, 이에 대한 교수님의 의견을 듣고 싶습니다.

4. 발표문 6-7쪽에서 법률개선의무를 자세한 설명 없이 언급함으로써 기본권 보호의무에서는 법률개선의무만 문제가 되는 것 같은 오해를 불러일으킬 것 같습니다. 이에 대한 보충적인 설명을 부탁드립니다.

2) 서경석, “국가의 기본권보호의무 비판”, 헌법학연구 제 9 권 제 3 호, 한국헌법학회, 2003, 393-424쪽.

3) 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 공법학연구 제 8 권 제 3 호, 한국비교공법학회, 2007, 130-131쪽.

5. 발표문 7쪽에서 기본권보호의무와 기본권의 제3자적 효력을 나누어 서술하고 계시는데, 기본권의 제3자적 효력도 기본권적 3각관계에서 문제 되는 것이고, 기본권보호의무에서처럼 기본권의 제3자적 효력에서도 가해자와 피해자의 관계가 문제 된다는 점에서 교수님께서 서술한 내용만으로 양자 사이의 명확한 구별이 가능한지 의심스럽습니다. 양자 사이의 구별이 가능한지, 그리고 가능하다면 양자 사이에 어떠한 차이점과 구별의 실익이 있는지 교수님의 의견을 듣고 싶습니다.

6. 발표문 7-8쪽에서 과소보호금지원칙을 최소한의 보장수준 하한을 준수하여야 한다는 것으로 이해하셨는데, 이러한 개념에서 가해자의 기본권보호문제가 도출될 수 있는지 의문이 듭니다. 그리고 발표문 13쪽에서 “국가의 기본권보호의무는 삼각관계의 법적 구조에서 국가와 피해자 사이의 공법적 급부관계를 주된 규율대상으로 한다”고 하셨는데, 이러한 입장이라면 가해자의 기본권보호는 과소보호금지원칙의 적용영역에서 벗어나는 것으로 보아야 하는 것은 아닌지 의심스럽습니다.

7. 발표문 10쪽에서 과소보호금지원칙의 독자성을 긍정하셨는데, 이러한 때에 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙은 서로 배척관계에 있는 것인지 궁금합니다. 발표문 12쪽의 “오히려 과소보호금지원칙은 입법자의 기본권상충의 해결을 보조하는 수단으로서 의미가 있다. 즉, 입법자의 상충해결의 한계로서 과잉금지원칙이 인정된다면, 과소보호금지원칙은 기본권보호의무의 발견을 위한 수단으로 인식되어야 한다”는 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙이 중첩적으로 적용될 수 있다는 의미로 읽힐 수 있습니다. 그러나 발표문 15-21쪽에서 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 심사기준을 비교하시는 것을 보면, 과소보호금지원칙이 과잉금지원칙의 심사내용을 이미 포함하는 것으로 보입니다. 덧붙여 기본권보호의무에서 기본권적 3각관계가 문제될 때는 결국, 기본권충돌이 발생할 때로 볼 수 있을텐데, 그렇다면 기본권충돌의 해결방법에 따라 결국 과잉금지원칙이 적용되어야 하는 것은 아닐까요? 특히 헌법 제37조 제2항에서 문제 되는 기본권제한은 그 원인을 구별하지 않는다는 점에서 기본권보호의무를 위해서 제3자의 기본권을 제한할 때에도 헌법 제37조 제2항이 적용되어야 하는 것은 아닐까요? 이와 관련하여 발표문 26쪽에서 기본권적 3각관계이기 때문에 과소보호금지원칙이 적용되어야 한다고 하셨는데, 기본권적 3각관계에서도 기본권제한이 발생할 수 있다는 점에서 이러한 때에도 과잉금지원칙은 문제가 될 수 있는 것은 아닌지요?

8. 발표문 10쪽에서 “과소보호금지원칙은 협의의 비례성원칙에서 그 실행을 판단해야 한다”고 하셨고, 다른 논문⁴⁾에서 교수님께서도 광의의 비례성원칙과 과잉금

4) 이부하, “비례성과 과소보호금지원칙”, 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 276쪽.

지원칙을 동의어로 보고 계신 것 같은데, 비례성원칙과 과소보호금지원칙 및 과잉금지원칙의 관계는 어떻게 되는 것인지 자세히 설명해 주시면 감사하겠습니다.

9. 발표문 10-11쪽에서 “기본권보호의무의 실행을 위한 당해 법률 규정은 국가—가해자—피해자의 삼각관계에서 하나의 기준을 필요로 한다는 것이다”라고 쓰시고 계시는데, 이것이 무슨 의미인지 좀 더 명확하게 설명해 주시면 감사하겠습니다. 여기서 하나의 기준이란 심사기준이 하나라는 것을 뜻하는 것인지 아니면 심사결과가 하나라는 것인지 밝혀 주시면 고맙겠습니다.

10. 발표문 10-11쪽에서 말하는 과소보호금지원칙의 상대성의 의미를 상세히 설명해 주시면 감사하겠습니다. 과소보호금지원칙이 형량기준이라는 점을 고려하면 이것은 당연한 것을 강조한 것에 그치는 것은 아닌지 의심스럽습니다.

11. 발표문 12쪽과 관련하여 최소보호수준을 확정할 때, 자율적 자기보호 가능성은 고려요소가 아닌지요? 이를 고려하지 않는다면 기본권보호의무를 근거로 국가가 과도하게 개입하는 것을 어떻게 막을 수 있을지 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

12. 발표문 12쪽에서 “제3자의 권리나 공익을 심히 침해함이 없이 이미 존재하는 보호수단보다도 더 개선된 보호수단이 존재하는 경우”에도 과소보호금지원칙을 위반하는 것이라고 하셨는데, 이러한 때에 언제나 최소보호수준에 미달되는 것으로 볼 수 있는지 여쭙고 싶습니다.

13. 발표문 13쪽 “가해자—국가—피해자라는 삼각관계에서 자연히 잠재적인 가해자의 기본권행사를 보장하기 때문에, 기본권의 수범자(국가)의 역할이 약화된다는 문제가 제기될 수 있다”는 말의 의미가 명확하지 않은 것으로 보입니다. 국가의 역할이 약화되는 것이 아니라 기본권보호의무를 통해서 국가가 과거에 개입하지 않았던 사법관계에 개입하도록 강제되거나 종래에 개입할 수 없었던 사법관계에 개입할 수 있게 되는 문제가 발생하는 것은 아닌지요? 즉 기본권보호의무 때문에 국가의 역할이 지나치게 강화되는 측면이 있다는 것이 문제가 되는 것은 아닌지요?

14. 발표문 14-15쪽에서 “기본권보호의무에서 요구하는 기본권보호조치는 단순히 최소한의 보호만 취하면 된다는 의미가 아니라, 최소한 과소보호의 기준을 넘는 효율적이고 적절한 조치를 취하라는 의미이다. 이와 관련한 심사에 있어서 헌법재판소는 입법자에게 보호의무 이행을 강제할 수 없지만 입법의무가 있음을 확인할 수 있다”고 하셨습니다. 이 문장은 과소보호금지원칙이 최소한의 보장수준 준수를 확인하는 것에 그치는 것이 아니라는 것으로 이해될 수 있는데, 이에 대한

자세하고 구체적인 설명을 부탁드립니다. 그리고 발표문 7-8쪽에서는 “특히 입법자는 보호의무의 이행과 관련하여 헌법이 요구하는 최소한의 보장수준의 하한을 준수해야 한다. 이를 ‘과소보호금지’원칙이라 한다”고 하셨는데, 이 문장은 이것과 모순되는 것은 아닌지 교수님의 설명을 듣고 싶습니다. 또한, 헌법재판소가 이행 강제 없이 입법의무를 확인할 수 있다는 것은 어떻게 이해되어야 하는지 교수님의 자세한 설명을 부탁드립니다.

15. 적절성을 설명하시는 발표문 17-18쪽에서 “적절성 여부는 상충하는 법익을 고려하여 적절하고 효과적인 보호를 달성할 수 있는 규범적 및 사실적 종류의 충분한 조치가 취해져야 한다”고 하시고, 효율성을 설명하시는 발표문 19쪽에서는 “효율성 있는 수단은 기본권피해자의 보호를 위해 효과적이고 충분한 보호를 제공하여야 한다”고 하셨는데, 양자의 차이는 무엇인지 구체적으로 설명해 주시기 바랍니다. 이와 관련하여 과소보호금지원칙이 과잉금지원칙에 대응되는 세부내용을 가져야만 하는지에 대한 교수님의 의견을 듣고 싶습니다.

16. 발표문 19쪽에서 “제 3 자의 기본권이나 기타 공익에 큰 부담을 주지 않으면서 더욱 효율적으로 침해되는 기본권을 보호할 수 있는 다른 대안이 있는가를 묻는다”고 하셨고, 발표문 21쪽에서 “국가가 피해자에 대한 기본권보호의무를 이행하기 위한 한계로서 가해자의 기본권을 비례성원칙에 반하도록 침해해서는 안 된다는 한계가 설정된다. 이는 국가가 효율적인 보호조치를 취하지 않으면서 오히려 과도하게 가해자의 기본권을 비례성원칙에 위배하면서까지 침해해서는 안 되기 때문이다”라고 하셨는데, 이것이 최저보호수준과 어떠한 관련성을 가질 수 있는지 궁금합니다.

기본권보호의무의 내용을 넓게 본다면 국가의 기본권개입을 과도하게 확대할 수 있는 위험성이 있습니다. 반면에 기본권보호의무가 문제 되었던 사안들을 살펴보면, 기본권보호의무를 인정하여야 할 때가 있음을 완전히 부정하기는 어려운 것으로 보입니다. 결국, 기본권보호의무를 어떠한 범위에서 인정하고 그 이행의 수준을 어떻게 확정할 것인지가 헌법적 문제가 될 것입니다. 과소보호금지원칙은 그러한 문제를 해결할 수 있는 유용한 심사기준으로 보입니다. 하지만, 과소보호금지원칙의 구체적 내용이나 적용범위는 아직 명확하게 밝혀져 있지 않은 것 같습니다. 이러한 문제점은 과소보호금지원칙이 기본권보호의무의 심사기준이라는 점에서 기본권보호의무의 개념과 특성을 바탕으로 심사기준인 과소보호금지원칙을 구체화하여야 그 해결가능성이 드러날 것으로 보입니다. 그리고 기본권보호의무가 기본권적 3각관계에서 문제 된다는 점에서 기본권의 제 3 자적 효력, 기본권충돌,

기본권포기 등 기본권 3각관계에서 문제 되는 것과 기본권보호의무 사이의 관계를 명확하게 확인하고 검토할 때, 그 해결의 실마리를 찾을 수도 있습니다. 어쨌든 기본권보호의무와 과소보호금지원칙은 기존의 기본권관계와 그 심사기준에 대한 재검토와 새로운 고려를 요구한다는 점은 부정할 수 없을 것입니다.

김 태 호*

1. 이부하 교수님의 발표는 기본권보호의무에 관한 논의를 심사기준으로서의 기능이라는 차원에서 정리한 것으로서 의의가 큰 논문이라고 생각된다. 특히 심사기준으로서 과소보호금지원칙을 과잉금지원칙과 심사체계에 따라 비교함으로써 과소보호금지원칙의 독자성과 그 심사구조를 규명하고, 과소보호금지원칙의 심사강도(심사밀도)가 강화될 필요가 있음을 역설하고 있다는 점에서 토론자는 많은 배움을 얻을 수 있었다. 헌법에 어두운 토론자이기는 하지만, 헌법재판소에서 사건에 관여하면서 얻게 된 몇 가지 문제의식을 토대로, 교수님의 풍성한 이론적 논의를 실무적 관심과 결합해 본다는 차원에서 몇 가지 문제제기를 해보기로 한다.

2. 기본권보호의무의 의의와 헌법적 근거, 문제되는 기본권

우리 헌법 제10조는 국가가 기본적 인권을 보장할 의무를 지니고 있다고 규정하고 있다(국가의 기본권·보장·의무). 그렇다면 국가의 기본권보장의무라고 하던 될 것도 같은데 굳이 다수 학설과 판례가 기본권보호의무라는 개념을 사용하고 있는 이유는 뭘까. 그것은 독일의 영향을 받은 ‘기본권보호의무’라는 도구적 개념을 사용하여 제3자(私人)에 의해서 기본권적 법익의 위법적인 제약이 야기되는 상황 하에서 일정한 경우 개인이 국가에 대하여 적극적인 작위를 요구할 수 있음을 긍정할 필요성이 있었기 때문이라고 생각된다. 그런 점에서 기본권보호의무는 모든 기본권을 보장하여야 하는 국가의 일반적인 의무와는 구별되는 개념이고, 최종적으로 기본권보호의무 위반에 의한 헌법위반의 긍정(규범통제절차)이나 기본권 침해 또는 기본권보호청구권의 긍정(헌법소원절차)을 통해 그 실현을 도모할 수 있는 독자적 의의를 가지는 개념이다.

이와 같이 기본권보호의무를 이해할 때 기본권보호의무는 그 도출근거를 무엇으로 볼 것인가에 따라서 기본권보장의무와 달리 모든 기본권에 대해 인정되는

* 헌법재판소 헌법연구원.

것은 아니라고 볼 여지도 있을 것이다. 가령 기본권보호의무가 인정되는 기본권은 생명, 신체의 안전에 관한 기본권에 한정된다고 하거나, 아니면 방어권설을 기초로 모든 자유권적 기본권에 대해 인정된다고 할 수도 있고, 객관적 가치질서로부터 기본권보호의무가 도출되므로 독일에는 없고 우리에게만 존재하는 사회권적 기본권 목록까지를 포함하여 모든 기본권에 대해서 기본권보호의무를 인정할 수 있다고 볼 수도 있겠다. 어떤 관점이 옳은 것인지 고견을 여쭙고 싶다.

3. 기본권보호의무로부터 기본권보호청구권의 도출 가능성

(1) 헌법재판에서, 특히 헌법소원심판에서 기본권보호의무 위반 여부를 어떤 단계에서 심사할 것인가는 쉽지 않은 문제이다. 발표문에서는 이 문제를 명확히 취급하고 있지는 않은데, 이를테면 불충분한 입법에 의해 (기본권 침해가 아니라) 기본권보호의무 위반이 초래되고 있다고 하면서 헌법소원 심판 청구를 하였을 때 그러한 청구에 대한 심사과정이 어떻게 될 것인지를 생각해 보자. 발표문은 “주관적 권리침해 여부를 넘어서서 기본권보호의무 위반의 객관적 헌법위반이 확인되면, 바로 기본권주체의 기본권보호청구권이 인정”된다(6면)고 구성하고 있다. “국가의 객관적 행위위반은 위험에 처해 있는 기본권주체에 의한 국가의 행위를 유발하는 주관적 보호청구권을 인정하게” 한다는 것이다.

(2) 그렇다면 기본권보호의무 위반 심사에서 헌법소원의 적법요건 심사는 무의미하고, 국가의 객관적 의무위반 여부를 곧바로 심사하여서 객관적 의무위반은 곧바로 주관적 보호청구권의 발생으로 연결되는 것인가? 이러한 논리구성은 객관적 법질서 위반으로부터 곧바로 주관적 권리를 도출한다거나, 권리가 먼저 있고 의무가 뒤따라 존재하는 것인데 그 순서가 뒤바뀐 것은 아닌가 하는 비판에 노출될 수 있다고 생각된다.

(3) 그런 점에서 ‘보호청구권’의 구성과 의미하는 바에 불분명한 점이 있는 것 또한 사실인 것 같다. 과묵한 탓인지 대표적인 독일 판례에서도 보호청구권이라는 개념을 명시적으로 사용하고 있지는 않은 것 같다. “보호의무가 위반되면, 그 점에 있어서 동시에 기본법 제2조 제2항 제1문에 따른 기본권의 침해가 존재하고, 이해관계인은 이에 맞서 헌법소원의 도움을 얻어 방어를 취할 수 있다”(BVerfGE 77, 170, 화학무기 사건)와 같은 식의 표현만을 발견할 수 있었다. 표현이 없다고 해서 보호청구권의 구상이 들어 있지 않다고 할 수는 없겠지만, 기본권 보호의무 위반과 기본권 침해간의 상관관계에 대해 해명되지 않은 부분이 있어서

는 아닌가 하는 생각이 들었다. ‘보호청구권’ 개념의 사용에 대한 발표자의 고견을 듣고 싶다.

(4) 나아가 토론자는 私見으로 다음과 같은 구성을 생각해 보았다. “기본권보호의무 위반의 주장이 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권 침해로 연결되기 위해서는 ① 문제된 상황이 청구인과 일정한 관련성이 있고, ② 그 상황에서 발생할 수 있는 사인의 행위에 의한 기본권 침해와 관련하여 국가의 기본권보호의무를 인정할 수 있으며, ③ 이러한 상황에 대한 국가의 기본권보호의무 불이행 내지 불완전한 이행이 보호의무를 위반한 것으로 볼 수 있다면 청구인의 기본권을 침해한 것”으로 구성하고, ①, ②는 적법요건 단계에서, ③은 본안단계에서 판단하되, 보호청구권은 문제된 기본권 침해의 결과로서 청구인이 갖게 되는 권리라고 보는 것이다. 이에 대한 고견도 듣고 싶다.

4. 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙의 관계에 대하여

(1) 과소보호금지원칙은 국가의 기본권 보호조치가 “다른 기본권주체의 기본권을 제한하는 결과를 야기할 수 있으므로 제한 유발적으로 작용한다는 점”(10면)에서 제한저지적으로 작용하는 과잉금지원칙과 구별되므로 독자적 원칙이라는 명쾌한 설명에 원칙적으로 동의한다. 그런데 이 원칙들이 사법심사에서의 구체적 심사기준이 된다는 차원에서 볼 때 다음과 같은 약간의 의문이 있다.

(2) 양 원칙이 별개의 원칙이라고 하더라도 동일한 사건에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙이 병렬적으로 심사기준이 될 수도 있다고 이해되어서는 아니 된다고 생각한다. 즉 피해자의 보호차원에서 과소보호금지원칙을 적용한 다음에, 가해자의 기본권을 침해하는 것이 되지 않는지 다시 과잉금지원칙을 적용하여 심사를 하여야 하는 것은 아니라고 생각한다. 즉 과소보호금지원칙을 적용하는 문제 상황이 있고 과잉금지원칙을 적용하여야 하는 문제 상황이 따로 있는 것이라고 생각한다. 현대 사회에서 기본권 관계가 국가—상대방—제3자의 삼각관계에서 구성되는 점은 있지만, 이 삼각관계는 적어도 사법심사에 있어서 청구인과 국가를 중심에 놓고 제3자의 이익을 고려하는 직삼각형관계이지, 청구인과 제3자를 동시에 고려하는 정삼각형관계는 아니기 때문이다. 만약 그렇지 않고 동일한 문제 상황에서 양 원칙을 같이 적용하게 된다면 입법재량의 상한과 하한을 양쪽에서 압박하게 되어 입법부의 활동영역을 현저히 축소하게 될 가능성이 있다고 생각한다. 그런 의미에서 기본권보호의무를 이행하는 한계로서 “가해자의 기본권을 비례

성 원칙에 반하도록 침해해서는 안 된다는 한계가 설정된다. 이는 국가가 효율적인 보호조치를 취하지 않으면서 오히려 과도하게 가해자의 기본권을 비례성원칙에 위배하면서까지 침해해서는 안 되기 때문이다”(21면)라는 언급은 실제 헌법재판에 심사기준으로서의 의미가 무엇인지 분명하지 않은 것 같다. 교통사고 피해자인 청구인의 기본권보호의무 위반에 관한 심판청구에서 교통사고 가해자의 기본권에 대한 과잉금지 위배 여부는 형량에서의 고려요소일 따름인 것으로 이해하면 되지 않은가 생각한다.

5. 과소보호금지 심사의 밀도(강도)에 관하여

(1) 우리 헌법재판소는 과소보호금지 심사를 적용하는 밀도에 대해서 일반적으로 명백성 통제의 입장에 가까운 것으로 이해된다. 이는 일반적인 비례원칙심사에 있어서 엄격심사, 완화된 심사, 합리성 심사와 같은 다양한 심사기준을 적용하는 것과는 대조되는 점이 있는 것이 사실이다. 그런 이유로 유력한 소수의견은 보호의무 위반의 심사에 있어서도 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 침해의 심각성, 그 침해의 빈도 등에 따라서 보호의무 위반이 일견 명백한지의 여부에 대한 통제, 입법자가 문제의 법률을 통하여 제시한 보호구상 자체가 설득력이 있는지의 여부에 국한된 통제, 그리고 입법내용에 대한 엄밀한 통제 등으로 분화될 수 있다(헌재 1997. 1. 16, 90헌마110등 결정 3인의 위헌의견, 판례집 9-1, 90, 131 참조)고 하고 있으며, 그러한 기준에 따라 공직선거법 확정장치 소음제한기준 결정에서의 4인 재판관과 미국산 쇠고기 사건에서의 1인 재판관이 명백성 통제보다 강화된 심사기준을 채택한 바 있다.

(2) 이와 같이 기본권보호의무 위반을 일률적으로 명백성 통제 방식으로 심사하는 것은 문제가 있다는 점에서 기본권보호의무 위반에 대한 심사기준의 강화 필요성이 있다는 이 교수님의 견해에 찬동한다. 그리고 기본권보호의무 위반이라는 판단이 입법자에게 특정한 조치를 취할 것을 요구하는 의미가 아니라, 현재와 같은 보호의 수준이 기본권보호에 불충분하므로 지금보다는 강화된 그 어떠한 조치를 취하라는 의미로 이해해야 한다는 지적(그러나 이를 가리켜 보호청구권의 인정이라고 부를 수 있을 것인지는 논란의 여지가 있다) 역시 공감하는 바 크다.

(3) 그러나 기본권보호의무의 심사밀도에 있어 “권력분립이나 민주적 정당성을 운운”(29면)하지 않을 수 없는 측면 또한 부정할 수 없다. 기본권보호의무 위반의 결과는 어쨌든 국가에 대해서 적극적인 ‘작위’를 요구하는 것으로 귀결되는 것

인데, 이는 국가의 적극적인 기본권 침해에 대한 방어적 측면과는 분명 동일하지 않은 차원이 있다고 생각하고, 그러한 점에서 입법자에게 부여된 판단의 권한과 의회의 1차적 판단에 대한 민주적 우위, 우리 사회의 자율적·정치적 의사결정 구조에의 존중을 부정할 수 없다고 생각된다. 그런 점에서 생명, 신체의 자유에 관한 기본권에 대해서는 심사밀도를 강화하되, 이를 한정된 사실판단에 기반한 신빙성 심사 정도에 그쳐야지 내용 통제를 하기는 곤란한 것이 아닌가 생각한다.

(4) 인간이 근본적으로 갖는 욕구로서 안전과 질서에의 욕구가 현대사회에서 다시 '안전'의 화두로 등장하고 있다. 이 시점에 테러리즘으로부터의 공격 위험성이 있다는 이유로 의회가 개인의 자유를 제약하는 법률을 만들게 된다면 자유를 제약받는 시민들은 당연히 기본권 제한의 과잉금지원칙 위반 여부를 헌법재판소에 문의할 수 있을 것이고, 이에 대해서는 원칙적으로 엄격심사를 하여야 할 것이다. 그런데 누군가 불안한 사람이 핵전쟁의 위험이 현실화되고 있으니 테러방지에 관한 법률을 정비하지 않은 것은 그야말로 기본권보호의무를 위반한 것이라고 헌법재판소에 문의한다면? 그 때 과소보호금지원칙의 심사밀도는 과잉금지원칙에서의 심사밀도와 결코 동일할 수는 없을 것 같다. 그리고 그러한 심사구조의 차이가 불안한 사람에게 특별히 불공평한 것으로 생각되지도 않는다. 기본권보호의무론의 심사밀도 강화에 선뜻 동의하기 어려운 이유를 생각하며 떠올려본 단상이다.

제93회 발표회 토론요지

사 회 자: 이명웅(헌법연구관)

토론참여자: 허완중(박사), 김태호(헌법연구원), 황성기(교수), 손인혁(헌법연구관),
노희범(헌법연구관), 지성구(헌법연구관), 이황희(헌법연구관), 오두진
(변호사), 황치연(헌법연구관)

간 사: 오늘 참석률이 조금 저조한 것 같습니다.

날씨가 너무 좋아도 이렇게 참석률이 저조한 것 같습니다.

오늘은 그동안 학계측 간사로 수고해 주신 황성기 교수님께서 오랜 고생 끝에 그만두시게 되셨고요. 새로 학계측 간사로 전종익 교수님께서 일을 맡으시게 되었습니다.

두 분께 따뜻한 박수를 보내주시기 바랍니다.

원래 한 말씀 하셔야 되는데 두 분께서 다 사양하셔서 그냥 박수로 대신하겠습니다.

오늘 주제는 기본권보호의무에 관해서입니다.

영남대 법학전문대학원의 이부하 교수님께서 발표해 주시겠고, 헌법재판소 이명웅 연구관님께서 진행해 주시겠습니다.

사 회 자: 여러분 반갑습니다. 아름다운 봄날저녁입니다.

오늘 중요한 문제인데도 불구하고 또 다른 분들 참석을 더 하시리라고 이렇게 생각을 합니다.

최근에 우리 헌법재판소에서도 이 기본권보호의무에 대한 판례들이 점점 많아지고 있습니다. 앞으로 평의에 올라갈 사건들 중에서도 그런 사건들이 있고요. 개인과 개인간에 어떤 사안에서 국가가 어느 정도의 입법적 조치를 했느냐라는 것이 점점 기본권에 대한 인식이 높아짐에 따라 다투는 범위가 높아지고 있습니다.

이럴 때 이부하 교수님께서 시의적절하게 최근에 판례들을 같이 언급하시면서 기본권보호의무의 성격이 뭐냐, 그 다음에 어떤 기준으로 헌법재판소가 판단해야 되느냐라는 것을 포함한 아주 포괄적인 논의를 해 주셨습니다.

이부하 교수님께서 한양대 법대 대학원을 졸업하시고 독일 쾰른대 법대를

졸업을 하셨습니다.

그리고 지정토론을 맡으실 허완중 박사님께서서는 고려대 법대 대학원을 졸업하시고 독일 뮌헨대에서 박사학위를 하시고 작년에 바로 박사학위를 하셨습니다. 현재 성균관대에 박사후연구원으로 계십니다.

그리고 또 한분의 지정토론자이신 김태호 헌법연구원께서는 서울대 법대 대학원 그리고 함부르크대 법대에서 수학하시고 지금 헌법연구원으로 계십니다.

이 세 분에 대해서 여러분들 따뜻한 박수로 인사를 해 주시기 바랍니다.

그러면 이부하 교수님께 마이크를 넘겨서 한 30분정도 발제를 해 주시고 토론자들께서는 10분정도씩 토론을 해 주시고 그 다음에 바로 플로어에서 질문을 받기로 하고, 토론자들 두 분의 토론내용에 대한 답변은 같이 플로어에서 자유롭게 얘기를 하면서 발제자께서 말씀해 주시는 그런 순서로 하도록 하겠습니다.

그러면 이부하 교수님 부탁드립니다.

< 주제발표자 발표 >

사 회 자: 시간을 많이 드리지 못해서 죄송합니다.

시간을 잘 맞춰주셔서 감사를 드립니다.

여러분들께서 잘 이해를 하실 수 있도록 제가 한 1, 2분에 걸쳐서 약간 요약이 필요한 주제인 것 같습니다.

그래서 우선 기본권보호의무의 헌법적 근거에 대해서 주관적 공권, 기본권 자체에서 보호의무를 청구할 어떤 그런 급부적인 그런 요소를 도입할 수 있다라는 설이 있고, 그것보다는 우리가 흔히 많이 접하는 기본권의 객관적 가치질서성 여기에서부터 기본권이라는 것을 하나의 국가가 단순히 침해하지 않았을 뿐만 아니라 충분히 보호하기 위한 어떤 조치를 취해야 된다는 그런 설이 있다라는 것을 소개를 시켜 주셨고요. 두 가지 설 사이에서는 서로 간에 어떤 비판이 있다라는 말씀을 해 주셨고.

그 다음에 헌법재판실무와도 관련해서 중요한 문제겠는데, 그러면 기본권보호의무를 어떻게 관철시킬 수 있을 것이냐는 것이죠. 여기에서 이론적인 접근이 필요한데 여기서 기본권보호청구권이라는 것을 전제를 하시고 그 기본권보호청구권이 앞에 나왔던 두 가지 설에서 각각 도출이 될 수가 있다는 것으로 보셨고, 특히 법률의 부재시 입법부작위상태에서 보호청구권이 더 빛을 발한다. 이런 취지의 말씀을 하셨습니다.

그 다음에 과잉금지와 과소금지원칙의 관계에 대해서, 그전에 기본권의 제 3

자적 효력과 기본권보호의무와의 관계에 대해서 본문에는 조금 설명을 하시고 그 부분은 발표를 안 하셨는데 나중에 한번 들어보면 좋을 것 같고요.

과잉금지와 과소금지의 관계에 대해서는 그것이 과잉금지원칙의 하나의 어떤 같은 측면이라는 그런 설과 독자적으로 이렇게 우리가 언뜻 보기에 독자적이지 않나 과잉금지와 다르지 않나라고 하는 생각이 드는데 같이 보는 그런 학설도 상당히 많다는 것을 말씀을 해 주셨고, 같이 보는 학설의 입장에서는 삼각관계라는 그 현상이 상당히 중요한 요소가 있는 것 같습니다. 그래서 과소금지의 내용적인 특징으로서 한 네 가지 정도의 얘기를 하셨는데 상대적 기준이라는 것이고 그리고 최소수준 이상의 보호를 해줘야 된다는 말씀을 하셨고, 특히 12페이지 아래쪽에서 실시된 어떤 심사기준, 법익형량을 포함한 그런 법익형량은 우리 결정의 소수의견에서 나온 그런 요소라서 더 관심이 있는 것 같습니다.

그 다음에 통제기준으로서의 과소금지 그 다음에 개별적으로 과잉금지와 과소금지와의 구분점을 네 가지 원칙에 입각해서 각각 해 주셨고요.

마지막으로 심사밀도라는 것을 언급을 하시면서 세 가지 기준의 우리가 명백성통제, 설득력통제, 내용통제 세 가지 기준에 대해서 말씀하셨는데 이것이 과잉금지원칙과는 어떤 관계고 헌법심사에서 어디에 위치를 해야 되느냐? 그 부분은 오늘 논의에서 우리가 잘 알아봐야 되겠습니다. 그래서 입증책임론과도 관련을 시켜주셨는데 입증책임이라는게 헌법재판에서 어떤 의미를 가지느냐 다시 한번 생각해 볼 계기가 된 것 같습니다. 그러한 어떤 논술에서 확정기 문제라든가 교특법 사건에서 심사기준이 너무 낮은 단계가 아니었냐라는 비판적 검토를 해 주셨습니다. 그러면 이런 내용에 대해서 우선 우리 허완중 박사님께서 지정토론을 해 주시겠습니다.

부탁드립니다.

< 지정토론자(허완중) 발표 >

사 회 자: 아주 자세하고 구체적인 토론을 해 주셨습니다.
그러면 김태호 박사님 부탁드립니다.

< 지정토론자(김태호) 발표 >

사 회 자: 감사합니다.

오늘 주제가 굉장히 포괄적이고 이론적인 부분이 많아서 아무래도 우리가 몇 가지로 나누어서 토의를 진행하는게 좋을 것 같은데요. 논문순서에 따라서 기본권

보호의무의 근거와 범위에 대한 한 구성이 있겠고, 그 다음에 보호의무를 구현하는 방법, 보호청구권과 관련된 구현방법을 구체적으로 어떻게 할 것이냐? 특히 헌법재판과 관련해서 어떻게 구현을 할 것이냐? 보호청구권을 인정을 할 것이냐 아니면 어디서 도출 이런 문제가 있겠고, 세 번째는 역시 과잉금지와 과소금지의 관계입니다. 그래서 여기서는 계속 삼각관계 얘기가 나오는데 그 삼각관계의 관점에서 검토가 되어야 되겠고, 또 과소금지의 헌법적 근거 이런 것도 같이 논의가 되면 좋겠습니다.

네 번째는 역시 어떻게 보면 가장 중요한 것이라고 할 수 있는 어느 정도 심사를 해야 되느냐라는 문제가 되겠고, 이런 네 가지 정도 기준으로 해서 나머지 논의 안 된 부분은 마지막에 시간이 되면 할 수 있을 것 같습니다. 그래서 발제자께서도 많은 토론자의 질문들을 잘 기억을 하셨다가 관련된 부분에서 말씀을 해주시면 좋을 것 같고요.

우선 기본권보호의무의 근거와 범위에 대해서 플로어에 계신 분들이 발표내용에 대해서 궁금하다든가 이런 부분에 대한 질문이 있다든가 코멘트가 있다든가 그러면 말씀을 해 주시면 좋겠습니다. 다소간에 구분된 주제가 겹쳐도 되니까요. 여러분들께서 자유스럽게 말씀을 해 주시면 좋겠습니다.

누구신지 소속과 이름을 말씀해 주시면.

황 성 기: 한양대에 있는 황성기입니다.

잘 몰라서 여쭙보겠는데요, 아까 김태호 박사님께서도 마지막에 언급을 하셨는데 제가 발표문을 보고 듣기로는 이 과소보호금지원칙이 독일에서 개발된 이론적 맥락, 배경이 생명·신체부분에 초점을 맞추어서 만들었다는 이야기를 들은 것 같은데 좀더 구체적으로 왜 그러면 독일에서 모든 기본권이 아니라 생명이나 신체에 관한 부분에서 이런 심사기준이나 이론을 개발했던 사회적 배경이라든지 이론적 배경, 독일 헌법, 기본법이 갖고 있는 구조상의 문제점, 독일사회가 그 당시 가지고 있던 문제점들을 자세하게 설명해 주시면 좀더 이 부분을 이해하는데 도움이 되지 않을까 생각하고 있습니다.

사 회 자: 또 다른 질문이나 코멘트 있으시면 해 주시지요.

그러면 여기서 기본권보호의무의 근거와 범위에 대해서 지정토론과 아울러 방금 말씀하신 그런 것은 결국 범위에 대한 문제와도 관련이 있는데 답변을 좀 해 주시지요.

발 표 자: 허 박사님도 그렇고 김 박사님도 다 기본권보호의무의 보호범위에 대해서 어디까지 할 것이냐를 여쭙보셨고 또 황 교수님도 여쭙봤습니다.

독일에서는 생명, 건강, 재산권, 인간의 존엄, 신체의 자유, 직업의 자유, 단체 행동권 이런 기본적인 보호법익과 관련해서 판례들이 있습니다. 그러니까 상당히 어떻게 보면 넓게 모든 자유권적 기본권 정도로 넓혀왔다고 볼 수 있습니다. 그러니까 이렇게 되는데 전제는 딱 하나 원칙적으로 사회적 기본권상의 법익은 일단 아니다. 그것은 보호법익으로 기본권보호의무가 사회적 기본권은 포함되지 않는다. 제외된다. 이렇게 보고 있는데, 왜냐하면 자유권적 기본권은 기존의 법익에 대해서 사인의 침해로부터 받은 것에 대해서 어떤 기존 법익의 존속보장이든 다시 원상태로 회복이든 이것을 하는 것임에 반해서, 사회적 기본권은 경제적으로 곤궁한 상태에 있는 사람들을 구제하기 위한 것이기 때문에, 지위의 향상을 통한 법익의 증대이기 때문에, 이것은 다른 문제라는 것이기 때문에 이 자유권적 기본권에 해당하는 모든 법익들을 다 포함하고 있는 것 같습니다.

독일의 경우에 그래서 판례가 제일 먼저 나온 것은 제1차 낙태판결이었습니 다. 독일 형법에 낙태죄규정을 수정후 12주 이내까지는 낙태를 허용하는 이런 넓히는, 낙태를 넓히는 개정법률, 형법법률을 내놓았는데 이것이 오히려 태아의 법익, 생명권이라는 법익을 침해할 우려가 크다. 그래서 기본권적 보호법익을 인정 하게 됩니다. 그 이외에도 생명, 신체, 원자력판결, 항공기소음, 대상판결 그래서 여러 자유권적 기본권에 관해서 넓혀놓았는데 나중에 김 박사님 질문에서도 나왔듯이 우리나라에서는, 그러면 이런 모든 자유권적 기본권 예를 들면 근로의 권리 라든가 단체행동권까지 인정할 것이냐의 문제는 저도 약간 회의적입니다. 그래서 굉장히 중요한 핵심적인 자유권적 기본권에서도 아주 핵심적이고 아주 중요한 기본권으로서 피해자와 아주 밀접한 관계가 있는 기본권법익에 한정되어야 되지 않을까? 그렇지 않으면 굉장히 헌법소원이라든가 다른 데 남용가능성이 있지 않을까? 그러면 거의 대부분의 것들이 다 기본권보호의무로 청구될 가능성이 상당히 높지 않나 이런 생각을 저는 개인적으로 해 봤습니다. 그러나 어떻게 보면 반대측에서는 넓혀놔야지 기본권보호의무를 넓게 해 주시고 또 기본권보호의무가 넓어지는게 바람직하지 않나 이런 측면에서는 그렇겠지만 그런게 헌법소원으로서의 어떤 구체적인 피해의 직접성 또는 구체성 이런 것들이 갖추어져야 되지 않나. 아주 중요한 기본권침해와 관련한 중요한 관련성이 있어야 되지 않나 이런 생각을 저는 개인적으로 하면서 보호법익은 자유권적 기본권중에 핵심적인 것으로 축소하는게 어떠냐? 예를 들면 여기서 들었듯이 생명과 신체정도에서도 아주 자기의 기본권관련성이 큰 것으로 한정하는 것이 어떠냐 이런 생각을 했습니다.

사 회 자: 예, 감사합니다.

아마 독일에서 생명, 신체 나왔던게 특히 1조 2항에서 인간의 존엄과 가치를 규정을 하면서 국가는 이를 보호해야 한다. 보호라는 말이 명문으로 들어가 있기 때문에 아마 좀더 보호청구권의 근거가 그쪽에서 시작된 것 같습니다. 근거와 범위에 대한 문제는 이정도로 하고요.

그러면 보호청구를 어떤 식으로 받을 것이냐는 이것은 이제 헌법소송실무와 관련해서 상당히, 적법요건이 무엇이냐, 그것이 어떤 기본권이냐, 원래 자유권이냐 아니면 독특한 어떤 보호청구권이 자유권으로부터 도출이 되는 것이냐는 어려운 문제가 있는데요. 이것은 아마 기본권보호의무 자체를 주관적 공권에서 바로 나오는 것이라고 하면 좀더 이론적 일관성은 있겠는데 실무상으로 과연 헌법재판소가 보호청구권이라는 별도의 어떤 절차적 기본권이 원래의 자유권속에 들어있다가 혹은 기본권보호의무와 관련해서 특별히 인정을 해 주어야 된다는 논거가 나올 수 있는지 어려운 문제가 있습니다. 이 부분에 대해서 궁금하신 부분이라든가 코멘트가 있으면 말씀을 해 주시면 감사하겠습니다.

그러면 역시 이 문제에 대해서도 오늘 발제자께서 말을 굉장히 많이 하셔야 될 것 같은데 질문이 많아가지고, 그런 헌법재판실무의 관점에서 김태호 박사님은 또 적법요건관점에서 거론을 하시고 그랬는데 가능한 답변을 부탁드립니다.

발 표 자: 제가 이쪽부분은 사실은 정확히 제가 맞게 대답할지는 모르겠는데, 저는 기본권의 객관적 내용으로부터 기본권보호의무가 도출된다 이렇게, 아까 대충 설명드렸지만 로버스 교수라는 사람은 ‘주관적 공권’ 방어권으로부터 기본권보호청구권이 나오기 때문에 별문제가 없습니다. 그런데 일반적으로 많은 다수설이니 객관적 내용으로부터 기본권보호의무가 나오면 어떤 문제점이 있냐하면 피해자의 경우 주관적 권리구제를 받으려면 결국에는 주관적 권리가 있어야 되는데 그러면 기본권보호의무라는데로부터 이 주관적 권리가 도출될 수 있느냐의 문제인데, 거기에 대해서 기본권의 객관적 내용에서는 다시 객관적 의무가 주관적 권리로 환원된다는 말을 쓰는데 이것을 재주관화라는 말을 쓰고 있습니다. 그런데 재주관화라는 말을 바로 인정할 것이냐 아니냐, 인정하는 견해가 많은 데, 기본권보호청구권을 인정할 때는 일단은 기본권침해, 가해라는 구체적 위험상태에서 국가가 어떤 작위나 부작위가 일어나고 그 작위나 부작위에 대해서 개인의 개별적인 기본권지위가 침해당한다는 것이기 때문에 국가의 어떤 작위나 부작위에 대해서 특별한 보호청구권이 나올 수 있다는 것이지요. 그래서 기본권피해자는 국가기관의 작위나 부작위 자체로 인해서 구체적 위험상태가 계속 발생하고 있기 때문에 자신의 기본권보호를 해 달라는 청구를 할 수 있다, 이렇게 보면 반드시 재주

관화가 있어야 되느냐? 그렇지는 않고 그러한 기본권보호의무의 위험한 상태가 있으면 국가의 작위나 부작위가 문제가 되어서 바로 재주관화 필요 없이 기본권 보호청구권 그러니까 여기서 보면 어떻게 보면 기본권보호의무가 있으면 그러한 상황이 있으면 개인의 기본권보호청구권이 자동적으로 그에 상응하게 발생할 수 있다 이렇게 말씀드릴 수 있습니다.

그런데 그런 것은 좀 논리의 비약이 약간 있을 수 있지만 그런 의무와 그런 상황이 있으면 위험한 상황이 있으면 거기에 상응하게 기본권보호청구권이 인정된다고 주장하는 견해도 있습니다. 그래서 반드시 재주관화라는 것도 문제가 되겠지만 그러한 의무와 상황이 있을 때 기본권보호청구권이 동전의 앞뒷면처럼 바로 나타날 수 있겠다 이런 생각이 제 개인적인 생각입니다.

사 회 자: 이점에 대해서 의견이 있으시면 말씀하시지요.

김태호 박사님 답변이 충분히 됐습니까?

김 태 호: 그러면 그 경우에 재주관화되는 권리는 보호청구권인가요?

보호청구권이라는 개념 자체가 굳이 필요 있나 이런 생각도 드는데요. 만약에 말씀하신 것처럼 객관적 상황이 아주 위험상황인데 거기에 대해서 국가가 제대로 의무를 다하고 있지 않으면 그 순간 바로 기본권이 침해된 것이다, 이렇게 봐버리면 굳이 보호청구권이라는 말은 쓸 필요가 없는 거 아닌가 하는 생각도 드는데요.

발 표 자: 저는 그렇게 생각하고 일반적으로 많은 학설들 중에는 재주관화가 필요하다는 학설이 있습니다. 그런데 그렇지 않더라도 재주관화 자체도 문제가 있기 때문에 의무로부터 바로 또 보호청구권이 발생한다는 것 자체도 약간 논리적 문제가 있기 때문에 바로 그런 의무가 있고 상황이 있으면 기본권 피해자는 거기로부터 기본권보호청구권이 도출될 수 있다. 기본권보호청구권을 주장할 수 있다 이렇게.

사 회 자: 또 다른 의문점이 있으시면 말씀을 해 주시지요.

역시 기본권보호의무를 가지고 바로 헌법소원을 청구할 수 있느냐라는 것이 중요한 문제일 것 같은데, 만약에 보호청구권이라든가 이런 어떤 문호를 넓히면 사실 많은 주제들이 헌법소원의 대상으로 본안판단까지 올라오는 그런 경우가 있을 것 같습니다. 거기에 대해서 김태호 박사님은 적법요건단계에서 뭔가 좀 제약하는 그런 요소를 말씀을 해 주셨는데 여러분들 생각은 어떻습니까? 기본권보호 의무위반으로 바로 헌법소원으로 그것을 청구할 수 있는지요?

손인혁 연구관님 생각은 어떻습니까? 어려운 문제라.

손 인 혁 : 깊이 생각해 보지는 못했는데요. 일단 하나의 위험성의 문제는 그런 것 같습니다. 이 문제는 기본권보호의무의 개념을 인정하건 안하건 이 논의와 무관하게 지금까지 우리 헌법재판실무에서는 가장 크게 문제가 되었던 상황이라고 생각을 합니다. 결국 어떤 것이든지 우리가 통상 말하는 기본권의 이중성을 인정하는 경우 그 이중성을 인정하는 것의 실질적인 의미는 기본권의 효력범위가 확대된다는 것에 있는 것 같습니다. 그렇다면 그것이 결국은 확대된다는 것에 그칠 것이냐, 아니면 주관적으로 그것이 구제받을 수 있도록 하나의 방법론을 던져 줄 것이냐 이 문제가 지금 여기 와서 귀결되어 있다고 생각을 하는데, 어려운 문제인 것 같습니다.

다만 그런 의제와 같은 형식은 지양을 해야 된다고 생각을 하는 것이 발제자께서 말씀하신바와 같이 사인으로부터 일어나는 기본권 가해를 국가의 행위로 결국 의제한다는 뉘앙스를 강하게 뭐라고 할까요. 느끼게 하거든요. 그러니까 결국은 이중성이라는 문제를 가지고 설명을 할 수 있는 부분을 애써 부정을 하기 위해서 주관적 공권성으로부터 청구권이 나온다고 생각을 하시고 그 근거로 드는 것이 결국 사인의 침해를 방어하지 못한 부분에 대해서 국가가 책임을 져야 될 것이 아니냐? 결국 국가를 통해서 권리를 도출해내야 될 것이 아니냐? 그 방어권적인 성질을, 그런 논리구성을 하는데 그것은 상당히 우회적이고 또한 그다지 설득력을 가지고 있는 것 같지도 않다고 저는 생각을 합니다.

사 회 자 : 또 다른 의견이 없으시면 나중에 또 종합적으로 말씀을 해 주시면 될 것 같고요. 그러면 이제 과잉금지의 원칙과 과소금지의 원칙의 관계가 무엇이냐는 문제로 들어가겠습니다. 일단 그것을 유사하게 보는 관점에서는 삼각관계에서 한쪽은 피해자지만 또 거기에는 가해자가 있기 때문에 결국 과잉금지원칙이 중첩적으로 적용되는 분야가 아니냐라는 논거가 강한 부분인 것 같은데요. 그리고 과소금지원칙을 별도로 했을 때 우리의 경우에는 그러면 그것은 헌법적인 근거가 뭐냐? 37조 2항에서 도출이 될 것이냐 이런 문제가 있을 것 같습니다. 또 여러분들이 궁금하신 것과 같이 대답을 듣고 싶은 부분이나 이런 부분이 있습니까? 여러분들 말을 많이 안 하시면 사회자가 잘못해서 의견의 기회를 너무 안 줬다 이런 얘기를 들을 수 있는데 활발하게 얘기를 해 주시고요.

그러면 이 문제에 대해서도 우선 발제자께서 지정토론이라든가 이런데 나온 것을 정리해서 한번 말씀을 해 주시겠습니까?

발 표 자 : 과잉금지와 과소보호금지원칙의 헌법적 근거에 관해서?

사 회 자 : 그러니까 그 헌법적 근거는 제가 제기한 것이고요. 과소금지를 따

로 봤을 때 과소금지란 그러면 헌법 어디서 도출될 것이냐라는 부분이고, 그것보다는 삼각관계에서 지금 김태호 박사는 그것은 결국 정삼각형이 아니라 직각삼각형처럼 피해자와 국가와의 관계가 위주가 되어야 되는게 아니냐라는 측면인 것 같고, 과잉금지와 과소금지를 결국 같은 것이라고 보는 것은 삼각관계에서 가해자 쪽에 대한 어떤 고려를 해야 되기 때문에 거기서는 과잉금지가 적용되어야 되는 것이고 그래서 실질적으로는 비슷한 것 아니냐 이런 취지인 것 같은데, 또 허 박사님 질문하신 그 관련부분이 있고요. 그래서 좀 답변을 해 주시지요.

발 표 자: 과잉금지의 원칙 자체가 법치국가원리 이쪽으로부터 나온다. 뭐 이렇게 설명을 하고 있지만 과소보호금지원칙도 어떤 헌법적 근거가 반드시 몇 조에 있어야 되느냐? 그것은 아니고 과잉금지나 과소보호금지원칙이나 둘 다 바로 헌법적인 명문규정이 없더라도 일반적인 원칙으로서 당연히 도출될 수 있습니다. 그런데 문제는 지금 과소보호금지원칙에 있어서의 심사요소들에 있어서 독자적으로 지금 기본권보호의무심사시 마지막에 협의의 비례성원칙에 과잉금지원칙이 적용되느냐 안 되느냐의 문제가 지금 논란이 되는 것 같습니다.

우리 헌법재판소가 판시했던 공직선거시 확장장치소음제한기준결정을 보면 일단 공직선거운동을 해서 휴대용 확장기사용을 하는 사람의 입장에서 보면 그 사람이 기본권 가해자고 그 다음에 소음으로부터 피해를 받은 기본권 피해자가 있는데 피해자의 기본권보호를 위해서 소음제한기준에 관한 법률을 예를 들면 제가 제시한 대로 시간대별, 대상지역별로 데시벨 이하로 조정해서 이렇게 구체적 기준을 마련했다 이것까지는 괜찮은데 이것은 기본권 가해자쪽에서 보면 별 문제가 없는데 비례성원칙을 침해하지 않는 데, 휴대용확성장치사용을 예를 들면 주거 지역에서 절대적으로 사용할 수 없도록 사용불가하는 법률을 만들었다 이러면 기본권 가해자의 선거운동의 자유를 비례성원칙에 위반되게 침해하는 경우가 되기 때문에 협의의 비례성원칙에서 보면 마지막에 과소보호금지원칙의 3요소중에 협의의 비례성원칙 중에 과잉금지원칙을 적용해서 기본권 가해자의 기본권을 침해할 가능성이 있다고 보여집니다. 그래서 과소보호금지원칙의 독자적인 요소를 가지고 있지만 마지막 협의의 비례성의 원칙에서는 가해자의 기본권을 비례성의 원칙을 넘어서 침해하는 것까지는 허용하지 않는다는 측면에서 보면 이 협의의 비례성은 과잉금지원칙과 아주 밀접한 관련이 있다고 저는 생각을 합니다.

사 회 자: 박사님 답변이 덜된 부분이 있습니까?

허 완 중: 아까 김태호 박사가 제 견해를 말씀하시고 약간 비판하셔서가지고 거기에 대해서 말을 해야 될 것 같은데요.

기본적으로 과잉금지원칙하고 과소금지원칙과의 관계에 대해서는 기존의 견해는 지금 나온 것처럼 하인 교수가 처음 주장했던 일치설이 먼저 있는데요. 그런데 일치성은 하인 교수 스스로가 얘기했듯이 한정적인 기준으로밖에 작용을 못했습니다. 그러니까 기본권삼각관계에서 제3자에 대해서 어떤 제약이 발생한 경우에만, 제약이 발생하지 않는 경우에는 어쩔 수 없이 다시 과소보호금지원칙으로 갈 수밖에 없다고 스스로 자인하고 있습니다. 그러니까 하인 교수의 견해는 보호조치를 했는데 그것이 제3자의 기본권을 침해하지 않으면 그때는 과소보호금지원칙이 적용될 수밖에 없다고 말씀하시고, 만약에 기본권이 침해가 되었을 경우에 그때에는 자기가 살펴보니 과잉금지원칙으로 심사를 하게 되면 천칭의 저울에서 딱 한 점에서 만나는 한 점밖에 나타나지 않기 때문에 그 한 점밖에 안 나는 그 점이 다시 과소보호금지원칙으로 심사를 해도 그 점밖에 안 된다. 그렇기 때문에 따로 그것을 심사할 필요가 없다고 하시면서 과잉금지원칙을 주장하십니다. 그리고 거기에 대해서는 비판이 있는데 대표적인 분이 메어튼 교수님 같은 경우는 어떻게 말씀하시느냐 하면 거기에 대해서 그것을 부정하십니다. 그런 한점이 나타나지 않는다고 하시면서 양자의 차이점들, 여기 이부하 교수님도 말씀하셨지만 이런 차이점을 얘기하면서 결국에는 다른 것이라고 하면서 지금 이부하 교수님이 주장하시는 것과 거의 유사한 형태로, 그러니까 과잉금지와 유사한 형태의 심사기준을 말씀하십니다. 그래서 사실상 적합성에서만 과소보호금지원칙을 고려하는 점에서 약간 틀리고 실제상으로 나머지 두 가지 원칙에서는 같은 그런 형태의 독자성을 주장하십니다. 그래서 저는 그 양자를 다 비판하고 있는 입장인데요.

첫 번째로 메어튼 교수님 같은 경우에서 과소보호금지원칙의 정의에 입각해서 봤을 때 과연 그런 내용이 도출될 수 있는가? 과소보호금지원칙은 분명히 어느 학자도 다 예외 없이 보호필요자에 대한 최소한의 헌법적 보호수준을 준수해야 된다는 말만하고 거기에 대해서 제3자에 대해서는 어떻게 되는지는 답이 없습니다. 그리고 아까도 얘기했지만 과소보호금지원칙은 제3자에 대한 피해가 발생을 했는지 안했는지 따지지 않습니다. 일반적인 기준이기 때문에 그것을 별도로 심사하지 않습니다. 그 개념 자체도 나오지도 않고 실제로 만약 그것을 넣게 되면 아까 말한 것처럼 피해가 없는 경우에는 사실상 심사하다 말게 되는 그런 일이 발생을 해서 저 같은 경우는 개인적으로는 그 양자로 인해 불리하게 됩니다. 그래서 과소보호금지원칙은 일반적 원칙으로서 기본권규정을 해석을 해서 과연 헌법이 보장하고 있는 최소보호수준이 무엇인가를 확인해서 국가가 행하는, 일반적으로는 입법자가 하겠죠. 입법자가 법률에 의해서 하게 될 텐데 그러한 보호조치가

그러한 수준을 넘었는지 안 넘었는지만 과잉금지원칙과는 다르게 적극적인 심사를 합니다. 과잉금지원칙에서는 현재 헌법재판소나 아니면 독일 연방헌법재판소가 일반적으로 채택하는 견해처럼 하지 않거나 아니면 명백하게 효과가 없는 경우에만 과소보호금지원칙에 위반된다 해서 명백성통제를 하는데 거기에 그치는 것이 아니라 실제로 보호수준을 넘었는지 안 넘었는지의 적극적 심사를 해야 된다고 저는 생각을 합니다. 그래서 과소보호금지원칙은 거기에서 그치는 거고, 그 다음에 보호수준을 넘었는데 보니까 제3자에 대한 침해가 발생을 했다. 그러면 그 경우에는 여러분들 흔히 아시는 것처럼 기본권충돌상황이 됩니다. 기본권충돌은 교과서상으로 기본권의 제3자적 효력에 의해서만 발생한다고 얘기를 하는데 실제로는 세 가지 사항에서 발생할 수 있습니다. 기본권의 제3자적 효력에서 대부분 발생을 하고, 두 번째는 기본권보호의무에서 또 발생을 합니다. 그런데 이 경우에는 기본권의 제3자적 효력과는 차이점이 생기는데 당사자의 주장 없이도 기본권충돌이 발생할 수 있습니다. 예를 들어서 태어나 아니면 환경권문제가 되었을 경우에 당사자가 주장하지 않더라도 국가가 입법이나 아니면 행정조치를 통해서 보호조치를 할 수가 있습니다. 그래서 그 경우에 좀 다른 점이 하나있고요. 그리고 또 예외적으로 발생한 것 중에는 마지막으로 주관적 권리가 충돌할 수 있습니다. 예를 들어서 통신사업처럼 국가가 소수의 사람들에게만 사업을 허가하는 경우에, 실제로는 우리나라처럼 현재는 SK랑 KT랑 LG 세 군데만 하죠. 그러니까 세 사업자만 선정을 하는데 만약에 5명, 6명이 되었을 경우에는 그 당사자 입장에서는 국가에 대해서 주관적 권리만 주장합니다. 나에게 그런 사업권을 달라라고 허가를 요청하는 데서 그치지만 실제상으로는 국가를 매개로 해서 그들 사이가 기본권이 충돌하게 되는 사안이 발생하게 됩니다. 그래서 이런 세 가지 경우에 다 문제가 되기 때문에 이 사안도 마찬가지로 기본권보호의무에서 기본권충돌이 발생을 하고 따라서 일반적인 형태와 똑같이 일반적인 것처럼 이익형량이나 아니면 실질조화의 원칙으로 해결이 되고 이 경우 반드시 또 대부분의 경우처럼 과잉금지원칙이 문제가 됩니다.

그런데 아까 김태호 박사님께서 말씀하셨듯이 양극관계로 보면 되지 않느냐 이렇게 하셨는데, 마지막에 드신 것처럼 가해자가 헌법소원을 제기했는지 또는 피해자가 헌법소원을 제기했는지에 따라서 기준이 달라지게 되면 보호수준이 달라지는 문제점이 발생을 합니다. 그런데 저처럼 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙을 단계적으로 적용하게 되면 어차피 과잉금지원칙은 최종적으로 다 적용되기 때문에 차이가 생기지 않습니다. 그러니까 일반적으로 기준이 달라지지 않고 언제나

누가 주장했는지에 따라서 달라지지 않고 같은 심사가 가능하게 됩니다. 그래서 거기에 좀 차이가 있는 것이고요. 그래서 저는 개인적으로는 과소금지의 원칙을 개념에 맞게 적합성에만 국한시키고 나머지 침해가 발생하는 경우에는 과잉금지 원칙이 또 예외적으로 적용될 수 있는데, 다만 여기서 아까 말씀드렸듯이 과소금지의 원칙에서 주장하는 적합성의 심사가 실제로는 과잉금지원칙의 적합성의 심사보다 훨씬 강한 높은 수준의 심사강도를 요구하기 때문에 사실상 과잉금지원칙에서 적합성심사는 의미가 없게 됩니다. 당연히 통과되기 때문에. 과소금지원칙을 통과했다면 당연히 적합성원칙 그런 소극적 심사는 당연히 통과하게 됩니다. 그렇기 때문에 사실상 결과상으로 보게 되면 지금 얘기했듯이 일치설이나 아니면 메어튼 교수처럼 독자성을 인정하고 3단계심사를 하는 것과 그리고 또 저처럼 양자를 완전히 구별하고 단계적인 심사하는 입장이랑 실제상으로 결과상에는 크게 차이가 없을 수도 있습니다.

그런데 제가 아까 말했듯이 제 견해의 강점은 언제나 일률적인 심사가 가능하게 되고 이론적인 설명이 깨끗해진다는 것입니다. 그래서 저는 그런 견해를 취하고 있습니다. 지금 얘기가 나와서 이렇게 얘기를 길게 드렸습니다.

사 회 자: 그러면 다른 말씀 없으시면 네 번째 주제인 심사강도를, 심사밀도, 심사강도 여러 가지 표현이 있습니다만 어느 정도로 심사를 해야 되느냐? 발제자께서는 헌법재판소의 두 사례에 대한 심사기준은 너무 약한 것이라고 말씀하셨는데 그랬을 때는 어떤 관점에서 그 기준을 정해야 될 것이냐라는 문제가 나타나는 것 같습니다. 재판소의 어떤 인식의 문제라고 할 수도 있겠지만 그 문제를 어떻게 접근해야 될 것인지 우선 여러분들께서 의문사항이 있으시면 말씀을 해 보시지요.

노회범 연구관님.

노 회 범: 헌법재판소 노회범 연구관입니다.

솔직히 너무 어려운 주제 같고 굉장히 생소한데요. 그리고 더군다나 저희들이 많이 활용하는 과잉제한금지원칙하고 과소보호금지원칙을 거의 동일한 것처럼 과문한 탓인지 몰라도 이렇게 들려지는데, 제가 이해하는 한 과잉제한금지원칙이라는 것은 그야말로 자유권, 제한적 법률유보에 있어서 위헌심사기준이죠 제한을 최소화해라, 덜 제한적인 것이 있으면 그 수단을 선택하라는 것이고, 과소보호금지원칙이라는 것은 형성적 법률유보, 법률이 정함으로써 국가가 정함으로써 어떤 기본권을 보호하는데 있어서 최소한 이 정도는 보호해야 된다, 이 정도도 보호하지 않으면 헌법에 위반된다. 이런 얘기거든요. 굉장히 대척점에 있는 것이고. 한쪽은 기본권을 제한하는데 있어서 최소화해야 된다는 것이고, 과소보호금지원칙은

기본권을 보호를 해야 되는데 국가가 최소한 이 정도는 보호해야 된다고 해서 정말 성질이 다른 것으로 이해를 했는데 지금 발표하시는 분 얘기를 들어보면 굉장히 우리 4단계심사에서 아주 유효하고 적절한 보호방법을 통해서 기본권을 보호해야 된다고까지 하면 이 과소보호금지원칙이라는 것이 오히려 더 강력한 법률의 위헌심사기준으로 다가오게 되는데 저는 그 점에서는 굉장히 이해가 부족한 탓인지는 몰라도 의문이 들고요.

결국은 저는 같은 연장선상에서 말씀드리는데, 결국은 과소보호금지원칙에 있어서 수단의 적절성 내지 효율성 이런 것들은 결국은 정도를 구현하기 위한 결과에 대한 표현에 불과한 것이지 과잉제한금지원칙에 있어서의 단계심사하고 같은 정도로 볼 수는 없다는 생각이 들고요. 그리고 일반적인 자유권, 지금 기본권 보호의무에 있어서 과소보호금지원칙이 전 기본권영역을 다 통할하는 것처럼 얘기하는데 결코 그렇지 않다. 헌법이 법률의 형성을 통해서 기본권을 보호해야 될 그런 위임을 했을 경우에 생길 수 있는 것이라는 거지요. 그래서 지금 계속 논조는, 또 한가지 의문은 가해자와 국가, 피해자의 삼각관계구도만 보는데 저는 반드시 그렇지는 않다. 왜냐하면 제3자의 어떤 기본권침해에 대해서 국가가 보호를 해야 되기는 하겠지만 반드시 그런 현상이 나오는 것은 아니다. 예를 들어서 최저생계비라든가 최저임금제라든가 이런 것은 반드시 제3자의 어떤 침해를 전제로 해서만 기본권이 침해되거나 구현되지 못하는 것은 아니거든요. 예를 들어서 80만원의 최저생계비가 나의 인간다운 생활을 방해한다고 했을 때 제3자가 있는 것은 아닙니다. 다만 최소한 90만원 정도는 국가가 보장을 해줘야 된다고 이렇게 주장하는 것이라고 봤을 때 우리 재판소에서는 최소한 90만원은 있어야 되겠다. 아니면 85만원 정도는 있어야 되겠다라는 것이지, 그 인간다운 생활을 보장하기 위해서 그 사람한테 최저생계비라는 유효적절한 수단이 아니고 차라리 일자리를 만들어 줘야된다 라든가, 그러면 일자리를 만들어 주는 것이 단순히 돈을 받는 것보다는 훨씬 더 유효적절한 수단이기 때문에 국가가 일자리를 만들어 주지 않는 것은 헌법에 위반된다고까지 얘기할 수 있다면 이것은 그야말로 아주 강력한 그런 위헌심사의 기준이고 그 밀도랄까요. 강도는 오히려 과잉제한금지원칙보다도 강한 것이 아닌가 생각이 되고, 저도 계속 오락가락하는데요. 그러니까 일단은 과소보호금지원칙은 우리 재판소가 97년도에 교특법 사건에서 처음 얘기를 하고 지금까지 나온게 한 네 다섯 개밖에 안 됩니다. 그래서 아직까지 정립은 안 됐지만 그래도 기본적으로 과소보호금지원칙은 형성적 법률유보에 있어서 합리성심사보다도 더 낮은 정도의 어떤 최소한 이 정도는 국가가 보장을 해줘야 인간다운 생

활을 할 수 있다거나 생명, 신체, 재산에 대한 자유를 누릴 수 있다는 정도의 아주 최소한의 심사기준에 불과한 것으로 이해가 되었었는데 이것이 뭐 과잉제한금지원칙과 거의 같은 정도로 높아진다면 굉장히 혼란스럽지 않은가 이런 생각이 듭니다. 이점에 대해서 발표자께서는 어떻게 생각하시는지? 토론자께서도 좀.

사 회 자: 예, 그런 우려에 대해서 답변을 해 주시고, 또 다른 의문이 없으면 답변을 듣도록 하겠습니다.

발 표 자: 제한적 법률유보, 형성적 법률유보 이 두 가지를 말씀하셨는데, 그 부분에 대해서, 제가 보기에는 법률유보의 성격여부에 따라서 형성적 법률유보는 기본적 보호의무가 적용되고 안 되고 이런 것은 아니고요. 법률유보의 성격여부는 전혀 문제가 없고 기본권의 성격이 문제인 것 같습니다. 그러니까 제가 아까 말씀드린 생명, 신체라든가 자유권적 기본권에 국한되기 때문에 지금 든 최저생계비 같은 것은 사회적 기본권에 관한 것이기 때문에 기본권보호의무가 적용될 여지가 없다고 보고, 또 요건은 지금 최저생계비 같은 것은 사인에 의한 가해라든가 가해위험이 존재하지 않기 때문에 그것은 논의 자체도 또 안 된다. 그러니까 그렇게 확장될 가능성, 지금 허 박사님도 또 여기서 주장하셨는데 ‘기본권보호의무’ 이러면 모든게 다 되지 않나? 그럴 위험은 좀 방지될 수가 있다. 왜냐하면 기본권보호의무로서 보호되는 보호법익을 한정해 놓고 또 그 요건을 엄격하게 하고, 또 모든 것을 기본권보호의무로 청구할 수 없게 사회적 자기규율로 먼저 하고 보충성을 좀 요구한다든가, 그 다음에 아까 말씀하셨듯이 현재 또는 장래의 급박한 위험이라는 이런 요건을 엄격히 요구한다면 실제적으로, 그 다음에 또 아까 기본권관련성을 아주 밀접한 중대한 기본권에 한정한다면 사실상 어느 정도의 옥석을 가릴 수 있지 않을까 이런, 너무 그렇게 많은 것들이 청구되지는 않으리라 생각되고 또 갈라질 수 있을 거라고 생각이 되어 집니다.

사 회 자: 심사강도에 대한 말씀을 해 주시지요.

발 표 자: 심사강도도 명백성통제, 설득력통제, 내용통제 이게 다 딱 떨어지는 않지만 기본권의 성격에 따라서 경제적인 영역, 경제적인 입법에 있어서는 명백성통제라든가 설득력통제는 지금 나와 있지만 세법이라든가 이렇게 복잡하고 쉽게 인식할 수 없는 것에 대한 것이라든가 그 다음에 내용통제는 생명이라든가 신체라든가 아주 핵심적인 자유권적 기본권 이렇게 보면, 다만 이것이 예단의 문제이기 때문에 입법자가 만든 법률이 앞으로 어떤 효과를 발생할 것이냐는 이런 예측의 문제이기 때문에 반드시 그것에 따라서 부담이 커지거나 입법자가 그것을 입증하라는 것이지요. 법률이 그러한 결과가 나올 것이라는 것을 입증하라는 내용

통제가 그런 면이기 때문에 입증이 충분하지 못했을 때는 그것이 내용통제를 통과하지 못하기 때문에 적법성통제 또는 과소보호 같으면 적절성통제 심사기준에 해당하는 그 부분에서 통과되지 못할 가능성이 있다는 것이지, 입증을 잘한다 그러면, 그 예단을 적절히 증명한다 그러면 그렇게 크게 문제될 것 같지는 않습니다. 그게 명백성통제만 되어야지만 이렇게 한다든가 그런 원칙도 없고 그것이 오히려 또 굉장히 제가 써놨지만 권력분립의 입장에서 굉장히 입법자가 만든 법률에 대해서는 조심스럽게 사법적 자제를 쓴다거나 이게 무슨 정치적 행위도 아닌데 사법적 자제를 그런 데서 적용하는 것은 부적절하지 않나. 그러니까 다양한 통제밀도를 가지고 심사밀도를 가지고 사용함으로써 어느 정도 입증책임을 입법자에게 지우는 것도 헌법재판소로서는 더 용이하지 않나 심사할 때 그런 생각을 좀 해 봅니다.

사 회 자: 한 가지 궁금한 것은 그 세 가지 명백성, 설득력, 내용적인 통제라는 그 심사기준이 과잉금지원칙하고는 어떤 관계인지, 그것이 그런 어떤 틀이 종전에 어떤 위헌심사기준에 어떻게 접합이 되는 것인지 혹시 아시면 좀 말씀해 주시면 좋겠습니다.

발 표 자: 너무 어려운 것만 질문하셔서.

지금 비례성원칙 이쪽, 저는 광의의 과잉금지원칙을 비례성원칙으로 보는데 이 과잉금지원칙을 하는 것은 실체법이론을 주장하는 쪽에서 말하는 것이고 지금 명백성통제나 설득력통제, 내용통제는 기능법설에서 주장하는 것입니다.

그러니까 입법자의 기능이 뭐냐라는 것이 본질적인 것이고 헌법재판소의 기능이 뭐냐? 이 기능에 적합하게 권력분립을 나누자는 것인데 이것이 이제 접목될 수 있다는 거죠. 실체법설에서 주장하는 것과 기능법설에서 주장하는 것이 같이 혼용될 수도 있다. 그러니까 지금 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 중에 수단의 적절성부분에 이 명백성통제와 설득력통제, 내용통제라는 이 심사밀도가 그 안에 들어가서 작용할 수 있다는 것을 저는 설명하는 것이고, 독일 연방헌법재판소 보니까 대부분 이 적절성통제에 많이 이것들이 혼용되어 있더라는 것을 제가 봤습니다. 그래서 우리도 이런 심사기준을 적합성통제에서 심사밀도를 쓰는 것도 괜찮겠다. 이런 설명을 드리겠습니다. 그래서 과잉금지, 과소보호 다 적용될 수 있겠다.

사 회 자: 감사합니다.

지성수 연구관 말씀해 주시지요.

지 성 수: 지성수 연구관입니다.

지금 말씀 듣다가 갑자기 궁금한게 있어 가지고 질문드리려고 그러는데요. 지금 심사강도를 이렇게 명백성, 설득력, 내용 이렇게 나누셔가지고 지금 말씀을 하셨는데, 그리고 각 적용되는 영역도 경제, 생명, 신체 이렇게 나눠가지고 하신 것을 보면 사실은 이것은 과잉금지에서의 어떤 그런 심사방법하고 그대로 지금 갖다가 쓰시는 것 같고, 그 다음에 기본권도 굉장히 엄격하게 제한을 하고 있다고 말씀을 하시지만 사실상 과잉금지에서 문제가 되는 사회적 기본권은 제외하더라도 나머지 기본권에 대해서는 전부 다 기본권보호의무를 인정을 하시는 것 같은 그런 인상을 받았거든요. 그런데 제가 생각하기에 이 보호의무가 문제가 되고 이게 과잉금지원칙심사보다는 과소보호심사쪽으로 가는 이유가 기본권을 침해당하는 사람이 결과적으로 가해자로부터 국가가 개입을 안 하고 사인인 제3자가 등장을 하게 되는데 그 제3자의 행위는 국가적으로 허용이 되어야 되는 적법한 행위라는 것에 사실은 그 기본이 있다고 생각합니다. 그러니까 그 적법한 행위를 통해서 결과적으로 또 다른 사인에게 제3자에게 피해를 주는 그런 구조하에서 국가가 어느 정도로 후견적 개입을 할 수가 있느냐, 이 문제 때문에 사실상 과잉 그러니까 과잉금지원칙이 아니라 과소보호원칙이라는 그런 심사도구가 등장을 했다고 저는 생각을 하는데, 그런 맥락에서 이것은 저는 과잉금지하고는 다른 쪽으로 심사강도나 방법이 가야되는게 아닌가 이런 생각을 가지고 있었습니다. 그런데 오늘 발표하시는 것을 말씀을 들으면 다른 언어를 통해서 이렇게 말씀을 하시는 것 같은데 사실 그 기본을 따지고 보면 과잉금지원칙쪽의 내용을 약간 말만 좀 바꾸어가지고 그대로 이쪽에 갖다가 밀도나 내지는 어떤 방법으로 사용을 하는 것 같은 그런, 제가 잘못 이해했는지는 모르지만 그런 생각이 들어서 질문을 드렸습니다.

사 회 자: 예, 이황희 연구관.

이 황 희: 헌법재판소 이황희 연구관이라고 합니다.

제가 많이 배울 수 있는 발표와 토론이었던 것 같고요. 제가 생각을 해 본게 있는데 사실 이게 질문이 되는지도 잘 모르겠습니다.

어떤 생각을 했냐하면 독일에서 기본권보호이론이 나온게 2차대전후에 케인즈주의적인 어떤 경제구조가 있고 후견적인 입장이 강할 때 국가가 사인을 보호하기 위한 어떤 강구책이라고 생각이 되는데요. 요즘에는 이른바 신자유주의시대라고 해서 국가가 자기임무를 많이 방기하는 상황인데 이때는 좀 새로운 시각이 필요하지 않을까라고 해서 고민을 해본 적이 있습니다. 그래서 이를 테면 요즘에 유행하고 있는 민영화라는 것을 생각을 해볼 때 그러니까 국가가 기존에 담당하던 역할을 어느 날 민영화를 했다고 한다면 어느 날 기준으로 해서 이부하 교수

님 말씀으로는 침해가 되었던게 가해가 되고요, 국민의 입장에서는 과잉금지로 보호 받을 수 있던게 민영화되는 순간부터 과소보호금지로 바뀌게 됩니다. 그러니까 국민의 입장에서는 어느 순간에 굉장히 자신의 기본권의 지위가 불안해 진다고 느낄 수 있지 않습니까? 그렇게 되었을 때 이를테면 교도소가 민영화된다든지 이를테면 경찰도 민영화될 수 있겠죠. 그 다음에 상수도 같은 것, 그런 식으로 되었을 때 국민들이 기본적인 어떤 지위에 불안을 느끼고 이런 현상이 생길 때 그러면 그 민영화시키는 그런 침해를 가해로 바꾸는 그 입법에 대해서는 헌법재판소, 그 입법자체를 통제할 수는 없는지라는 생각이 들고요.

그 다음에 하나는 아까 계속 교수님께서서는 기본권의 성질, 신체나 생명에 대해서 얘기를 하셨는데 제가 가진 생각은 전통적인 국가의 영역으로 해당되는 영역에서 민영화를 해서 발생하는 어떤 침해에 있어서는 국가가 가지고 있는 국민에 대한 의무를 민영화를 통해서 방기할 수 있는, 회피할 수 있는 수단도 된다고 생각합니다. 이런 식의 저의 논의의 구도가, 과잉금지·과소금지의 명확한, 사인에 의한 침해일 때는 과소금지 국가일 때는 과잉금지 그렇게 된다면 기본권으로 볼게 아니고 전형적인 국가의 영역, 이것은 정말 마땅히 국가가 담당해야 옳다는 영역에서 발생한, 비록 그게 사인일지라도 거기에서 발생한 기본권의 침해는 기본권보호의무상 심사강도가 과잉금지가 되어야 되는 것은 아닌지라는 의문이 듭니다.

이 두 가지에 대해서 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

사 회 자: 네, 말씀하시죠.

오 두 진: 오두진 변호사입니다.

연구회는 처음 와서 굉장히 생소한데요.

사 회 자: 어디서 오셨는지 말씀해 주시면.

오 두 진: 법률사무소 언세에서 나왔습니다. 개인적인 사건도 있고 해서 관심이 있어서 나왔습니다.

발제자분께 여쭙보고 싶은게 지금 강도가 전통적인 과잉금지와 접근하는 방향으로 밀도가 높아져야 된다고 주장하시는 건데, 발표내용 가운데는 나오지는 않았지만 제가 생각할 때 최근에 이 기본권보호의 제3자와의 관계에서 보호가 문제가 되는 사안이 객관적으로 1대1의 대응관계가 아니라 즉 대등한 관계가 아니라는 것인데 사인과 사이에서 피해를 받는 그런 사람들의 보호문제가 주로 되지 않는가 그런 생각이 듭니다. 따라서 이 유형은 전통적으로 국가로부터 침해를 받는 유형과 굉장히 유사한 상황이 되기 때문에 그러한 상황을 극복하고자 이 심사 밀도가 증가되어야 된다고 주장하시는 것은 아닌지 그것을 좀 듣고 싶습니다.

사 회 자: 감사합니다. 아주 좋은 포인트.

그러면 또 발제자에게 부탁을 드리겠습니다.

발 표 자: 질문들이 너무 수준이 높으셔서 제가 정리가 잘 안 되네요.

첫 번째 질문해 주신 지 연구관님은 과잉금지와 과소보호 거의 비슷한 것 같다 이런 느낌을 받는다 그랬는데 지금 심사밀도는 그렇습니다. 그것은 제가 똑같이 사용하니까 상관없습니다. 다만 과소보호금지원칙의 심사요소로서의 적절성 그 다음에 효율성 이것은 과잉금지의 적합성, 필요성과는 상이하다. 오히려 제가 적절성여부는 효과적인 보호조치를 위해서 규범적, 사실적으로 충분한 조치가 되어 있느냐라는 것이기 때문에 상당히 높은 수준을 요구하고 있고요, 적절성.

효율성도 제3자의 기본권에 다른 공익에 부담을 주지 않으면서 더 효율적인 보호수단이 있느냐이기 때문에 그 보호수단이 없으면 또 문제가 되기 때문에 오히려 더 제가 보기에는 과잉금지의 필요성원칙보다 더 강한 요구를 하고 있습니다. 그래서 이렇게 보면 과잉금지보다도 더 엄격하고 더 세밀한 기준이 될 수 있을 것 같습니다.

그리고 아까 사인의 적법한 침해문제가 될 수 있다 그러셨는데 맞습니다. 그런 경우도 있는데 전제조건이 기본권보호의무에서 사인의 위법한 가해—저는 가해라고 했습니다—인 경우지요. 이 위법성 여부는 그런데 우리가 법률상 위법하냐 아니냐를 따지는게 아니라 우리 헌법상, 법률에는 적법하더라도 헌법상 그 가해가 위법할 수 있다는 것을 전제로 하기 때문에 적법하게 했더라도 헌법적으로 보면 위법한 행위가 될 수도 있고 그래서 이 개념을 지금 적법까지도 넣어야 되느냐는 것은 좀 논란이 있을 수 있는데 결국에는 헌법적으로 봐서 사인에 의한 위법한 가해를 전제조건으로 하기 때문에 일반적으로 폭이 넓어지지는 않을 것 같다 그렇게 생각이 됩니다.

대답이 잘 안 되었지만 제 생각은 기본권보호의무와 관련해서 헌법소원 양이 폭주하지는 않을 것이다, 엄격하고 또 요건이 정해져 있으면, 그렇게 생각이 됩니다.

그 다음에 민영화 얘기는 주체를 변경하는 문제이기 때문에 사인으로 국가가 했던 것을 사인에게, 이런 경우는 정책적인 판단이기 때문에 이것을 우리가 어떤 법적통제가 가능할 것이냐 여부는 저도 잘 모르겠습니다. 이것은 제 한계를 뛰어넘은 것 같아서 뭐라고 대답을 할 수가 없겠습니다.

그런데 지금 말씀하신대로 민영화문제와 관련해서 기본권의 제3자효 그게 아주 중요한 것 같습니다. 토론자께서도 기본권의 제3자효와 관련해서 말씀이 있으신데, 세 번째 질문하신 분도 거대한 사인에 의해서 자꾸 기본권 가해가 일어나

고 있기 때문에 그게 이제 동일한 질문이신데, 그런 경우이기 때문에 심사기준이 더 높아지고 심사밀도도 더 강화된 것이 아니냐 이런 질문을 해 주셨는데, 그런 것도 있겠지만 반드시 그런 것은 아니고 기본권보호의무라는 것이 지금 무제한 적용되지는 않는다 제가 보기에는, 기본권보호의무라는 것은 제가 생각하기에는 생명이나 신체라는 아주 핵심적인 자유권적 기본권이기 때문에 이런 경우에 있어서는 또 기본권의 제3자효와는 약간 다를 수도 있다. 물론 교차하는 경우도 있지만. 대부분의 기본권의 제3자효는 사법관계에서 힘의 균형이 깨졌을 때 그 힘의 균형이 깨지는데서 국가가 개입할 필요가 있어서 개입해서 오히려 사적자치를 올바르게, 진정한 사적자치를 마련하기 위해서 국가가 개입하는 것이고, 이 기본권 보호의무는 생명이나 신체라는 기본권의 사인에 의한 침해가 일어났을 때 국가가 보호해줄 것이냐 말 것이냐의 문제이기 때문에 약간은 다를 수 있다. 저는 이렇게 생각하는데, 물론 교차관계도 공통적으로 겹치는 부분도 있을 수 있습니다. 그런데 기본권보호의무라는 것은 사법관계뿐만 아니라 지금 교특법처럼 공법관계라든가 생명침해 범죄행위 같은 경우에서도 발생할 수 있지만 저쪽 환경침해 같은 경우도 발생할 수 있지만 기본권의 제3자효는 일단 대부분 사법관계에서 계약법관계에서 주로 발생한다고 보면 약간 차이를 저는 두고 있지만, 또 많은 다수설은 양자가 서로 보완하면서 협조관계에 있다 이렇게 주장하는 학설도 상당히 많습니다. 독일에서는.

사 회 자: 감사합니다.

몇 달 전에 이준일 교수가 여기 발표하실 때 그 두 개를 구분하는 이론을 펴셨는데 그때도 같이 볼거나 달리 볼거나 그런 문제가 있었는데 오늘 또 정리가 잘된 것 같습니다. 이제 거의 마칠 시간이 되어서 여러분들 궁금한 것이 있으면 한 두 분 또 질문을 받도록 하겠습니다. 황치연 박사.

황 치 연: 과소금지의 원칙의 논리구조와 내용이 먼저 선행적으로 잘 밝혀져야 과잉금지원칙과 비교를 할 것 같은데 비교문제에 너무, 내용과 논리구조도 아직 형성되어 가고 있는 과정인데 자꾸 비교문제를 논하니까 좀 그런 느낌을 가졌습니다. 그러니까 먼저 논의할게 국가의 보호의무 그냥 슈츠플리트 보호의무, 기본권의 보호의무 이것이 어떤 관계가 있는지? 이 관계를 먼저 구별해야 하지 않을까 이런 생각이 듭니다. 그러면 만약에 국가의 보호의무 이런 측으로 해서 접근한다면 왜 꼭 삼각관계를 요구하는지? 가해의 의미가 기본권의 행사일 때는 전형적인 방어권으로서의 기본권의 상충이 되지만 범죄행위나 위법행위, 어떤 위험원이 될 때는 이것은 가해자와 피해자의 삼각관계가 되고 또 평등권에서 불합리

한 차별을 받지 않을 권리, 청구권에서 그 내용이 형성되고 있는 과정, 또 사회적 기본권에서 기본권의 구체화 등이 뭔가 이런 것일 때는 보호의미가 다 달라지지 않을 것인가 이렇게 생각을 합니다. 그러니까 기존에 국가에 대한 보호라는 관념으로부터 국가를 통한 보호를 할 때에 심사기준이 어떻게 되어야 되는가? 왜 이런 과소금지원칙이 드러날 수밖에 없는가? 그러니까 만약에 위법행위 또는 위험원인으로부터 삼각관계를 구성할 때는 뭐라 그럴까 ‘자력구제’를 원칙적으로 금지하고 폭력독점 이것을 국가공권력이라는 이름으로 하려니까 국가가 국민의 기본권에 적합한 생활여건의 보호라는 측면에서 접근하게 되어서 그런 보호의무가 나온다고 생각하는데 그런 관계, 그러니까 어떠한 기본권의 체계적 지위에 관해서 비롯되어 가지고 이게 개입금지과 달리 개입을 요구하는 상황, 또 국가의 작위적인 금지에 대해서 부작위상황에서 적극적인 요구사항 이런 것을 생각해 보면 심사기준도 주어진 상황여건 하에서 그 상황에 맞게끔 도출되는 것이지 왜 필요한 최소한으로만 해야 되는지 이런 문제가 성립되지 않지 않겠습니까?

그리고 심사청구에 관해서 적법성관련해서는 보호청구권이라는 개념을 동원한다면 기본권에 내포된 방어권의 개념과 뭐가 다르겠는가? 그러니까 이미 보호의무가 발생되었다. 이 수준이면 그것은 본안판단에 들어가는 것이지 보호청구권이라는 개념을 끌어들여서 청구할 수 있는 계기를 만들어 놓고 거기에서 보호의 무발생을 따진다는 것은 뭔가 안 맞지 않나 이런 생각이 듭니다.

여러 가지 하고 싶은 말이 있지만 이것으로 ... 하겠습니다.

사 회 자: 또 다른 분은 없으시고?

말씀하시지요.

오 두 진: 근거와 관련된 건데요. 제가 잘 몰라서 여쭙습니다.

논의와 조금 벗어날 수도 있는데 사실 오늘 이 보호의무를 논할 때 정의를 아예 내리시기를 3자에 의한 침해의 경우만 이것이 문제가 된다고 하셨습니다.

제가 사시할 때 읽었던 교과서를 보니까 우리의 경우에는 헌법 제10조가 근거가 되는데 헌법 제10조에는 기본권보장의무를 논하면서 교수님들이 언급하기를 기본적 인권에 대한 국가의 소극적 침해금지 의무를 포함시키고 있습니다. 그러니까 주관적 공권성에서 문제가 되는 국가로부터의 침해에서 보호하는 문제도 언급을 하고 있습니다. 그런데 실무적인 서적을 보면 항상 제3자에 대한 침해만 다루고 있거든요. 그래서 제가 판례를 좀 찾아보니까 굉장히 드물기는 하지만 2003년도 헌재 판례에도 국가로부터의 침해로부터 보호해야 된다는 것으로 헌법 제10조를 근거로 든 적이 있고요. 또 법원의 판결에 보면 흥미로운게 헌법 제10조의 보

호의무를 소수자보호의 근거로 굉장히 많이 드는 경우가 있습니다. 또 작년에 양심적 병역거부로 인해서 춘천지법이 위헌제청한 근거도 보면 헌법 제10조를 근거로 들면서 “다수자로부터 소수자를 보호할 의무가 도출된다.” 또는 “헌법적 법익의 충돌상황에서 국가가 보호해야 되는 의무가 헌법 제10조로부터 도출된다.” 이런 표현들을 많이 사용하고 있거든요. 그래서 제가 잘 몰라서 그런데 기본권보호의무는 물론 독일로부터 유래한 것은 맞지만 헌법 제10조를 우리가 이해할 때 국가의 보호의무를 반드시 제3자가 개입된 경우에만 한정되는 것인지 아니면 주관적 공권성이 약한 그런 권리에 있어서 다수자로부터 소수를 보호하는 하나의 도구로 헌법 제10조의 보호의무를 사용할 수는 없는 것인지 그런 의문이 좀 듭니다.

사 회 자: 감사합니다. 이상으로 질문을 마치고요.

저도 오늘 여러 가지 질문을 많이 했습니다만 마지막으로 드는 의문이 우리가 과소보호금지원칙을 기본권보호의무에만 쓰는 것이 아니라 사회적 기본권에도 쓰고 있거든요. 그런데 지금 같은 개념을 쓰면서 트랙이 막 달라져가지고 보호의무 사건들이 많다보니까 거기서 나오는 심사기준, 물론 그것도 오늘 논의에서 훨씬 부족합니다만 그것하고 사회적 기본권에서의 과소보호의무하고도 개념이 틀려지게 되는 그런 문제가 발생을 하는데 그런 것은 독일에는 없는 상황이지요. 그런 부분에 대해서 앞으로 어떻게 접근해야 될지 혹시 의견 있으면 같이 말씀해 주시고, 그러면 오늘 마지막으로 발제자 말씀을 듣겠습니다.

발 표 자: 황 연구관님이 질문해 주신거 보니까 가해자와 피해자의 기본권의 상충의 경우와 범죄행위라든가 위법행위의 경우에는 기본권의 상충이 발생하지 않는다 이렇게 말씀해 주신 것 같습니다.

기본권의 상충이 일어난 경우는 계속 말씀드렸지만 과소보호금지원칙이 적용되고 적절성과 효율성에 의해서 적용되고, 마지막에 있어서 기본권의 상충과 관련하여서 기본권의 가해자의 ... 생각에는 과잉금지원칙은 거기서는 가해자쪽에서 별로 안 필요하지 않나 이런 생각을 합니다. 그리고 최소한의 보장이라는 것이 최소한만 보장하면 된다는 것은 아니고 최소한의 보장 이상을 요구하기 때문에 그것은 계속 말씀드리지만 적절하고 효과적인 조치를 취하라는 말이기 때문에 언제든지 더 여러 가지 상이한 기본권별이라든가 상황별로 또 기본권보호의무의 수준 자체가 상이할 수 있다라는 것을 저도 동감하고 있습니다.

변호사님이 질문하신 것, 저는 개인적으로 헌법 제10조 단서 거기서는 기본권보호의무가 도출되지 않는다고 생각합니다. 그것은 우리 헌법 제10조의 조항은 기본권보장의무와 관련된 것이지 기본권보호의무를 도출할 수 없다라고 생각

합니다. 그것은 기본권보장의무와 관련된 것입니다. 저는 그렇게 생각합니다. 그래서 그 10조는 기본권을 최대한 보장하라는 것이고 그것은 모든 기본권에 다 적용되는 것이고 10조는, 우리가 말하는 기본권보호의무는 지금 말씀드렸듯이 자유권적 기본권중에 어디 한정할 것이냐 말 것이냐 이 정도의 문체고 최소보호이상을 하라는 것이기 때문에 완전히 다른 논의다. 그러니까 전통적인 교과서가 저는 뭐 그때까지는 논의가 없었으니까 그냥 뭐, 그때는 기본권보호의무라는 개념자체가 없었으니까 그것과 연결되지는 않는다. 10조는 아니라고 생각합니다. 그렇게 주장하시는 분도 지금 있는데.

삼각관계에서 3자가 개입했을 때 말고 2자가 개입하거나 이런 경우도 있을 수 있나? 있을 수 있습니다. 예를 들면 자살의 경우인데 자살의 경우는 삼각관계는 아니지만 사인이 스스로 자기가 자살한 경우에 이것이 자기가 스스로 가해자와 피해자가 될 수 있는데 그것이 가해자와 피해자가 동일하지만 실제 자살의 원인을 주는 것은 상당한 사회적 영향이나 다른 외부적인 제3자로부터 영향을 받았기 때문에 이 자살의 경우에도 삼각관계는 아니지만 기본권보호의무가 발생할 수도 있겠다고 하는 학설도 있고 저도 거기에 찬성하고 그 반대견해도 있습니다. 그래서 이렇게 있고.

소수자보호는 그냥 제 상식으로는 10조로부터가 아니라 소수자보호는 민주주의원리에 있어서 가장 중요한 방식이나 형식원리 중에 다수결원리와 소수자보호가 있는데, 이 소수자보호와 관련된 기본권은 예를 들면 민주주의원리로부터 도출하는게 어떨까 저는 그렇게 생각을 합니다.

그리고 마지막으로 우리 사회자님께서 사회적 기본권과소보호는 이것은 제가 잘 몰라서 나중에 말씀드리겠습니다.

사 회 자: 오늘 여러 가지 발제자를 많이 괴롭힌 것 같습니다.

제가 너무 딱딱하게 진행해서 여러분들 많이 얘기를 못했다면 사과를 드리고 다음에는 좀더 잘해 보도록 하겠습니다.

간 사: 이것으로 93회 발표회를 모두 마치겠습니다.

불온서적 지정의 위헌성*

이 재 승**

I. 머리말

한국사회에서 군인의 인권을 거론하기 시작한 것은 오래되지 않았다. ‘군인의 인권’은 처음에는 군대 안에서 빈발했던 구타·가혹행위·의문사·안전사고 등으로부터 사병(士兵)을 안전하게 지키기 위한 방어적 수준이었으나, 이제는 국제인권법¹⁾이나 헌법의 관점에서 군인의 지위를 포괄적으로 재구성하자는 데까지 이르렀다. 오늘날 정치적 위협세력으로서 군대에 대한 민주적 통제를 강조하는 입장, 안전하게 집으로 돌아올 군인의 권리를 강조하는 가족의 관심,²⁾ 침략전쟁을 부정하고 병역거부를 옹호하는 평화주의적 입장, 군대와 사회 모두에서 억압적인 군사문화를 해체하려는 여성주의적 입장, 제복 입은 시민인 군인에게 시민과 동일하게 권리를 인정해야 한다는 관점들이 거의 동시에 군인의 인권담론으로 합류하고 있다. 정치적—구조적 목표를 중시하든지 또는 군인 개인의 권리를 중시하든지 간에 군인의 인권을 존중하고, 보호하고, 완전하게 실현해야 한다는 것은 이제 시대의 요구사항이 되었다.

군부독재와 군사주의로 얼룩진 한국현대사에서 군개혁은 김영삼 정부가 하나

* ‘평화군사법연구회’ 회원들의 활발한 토론과 조언이 이 글의 완성도를 높여주었다는 점을 여기에 밝힌다. 이 글은 원래 필자가 헌법실무연구회에서 <군인의 인권>이라는 주제로 독일의 법제를 소개하는 취지의 발제문을 작성하였으나 당시 토론은 불온서적 지정에 관한 것에 집중되었기에 글로서는 크게 수정이 필요했다. 당시 토론에서 느꼈던 고민과 미비점을 다듬어 <민주법학> 제40호(2009년 7월)에 기고하였다. 이 글은 따라서 민주법학에 실린 것과 동일한 것이다.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수.

1) 이 분야의 책은 Rowe, Peter, *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*(Cambridge U.P., 2006); 기타 독일의 군인법제에 대해서는 이계수/이재승/오병두, “외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사—독일의 법령과 제도를 중심으로—”, 국가인권위원회 2006년도 연구용역보고서 참조.

2) 김호철, “군의문사 진정사건을 통해 본 자살처리자 문제현황”, 국회토론회자료집: 군내 자살처리자 어떻게 대응할 것인가?(대통령소속군의문사진상규명위원회, 2006. 12. 28) 참조.

회를 척결하고 내란범죄자를 처벌함으로써 시작되었다. 김대중 정부는 민주화투쟁에서 희생된 분들과 그 유족의 요구에 따라 의문사진상규명법(1999)을 제정함으로써 군대에서의 인권침해사건들을 부분적으로 정리하였다.³⁾ 노무현 정부는 법률상의 기구로서 군의문사진상규명위원회(2005)를 설치하여 미해결의 사건들을 조사하였고, 또한 이례적으로 국방부 내부에 반관반민의 국방부과거사위원회(2006)를 설치하여 군의 적폐를 청산하였다. 국가인권위원회도 군대 내에서 구금시설의 실태뿐만 아니라 전반적인 인권실태를 조사하였고, 국방부의 인권팀과 공동으로 인권교육 프로그램을 개발하고 인권교육도 시행하였다. 나아가 국방부는 병영문화 개선사업을 시행하고 인권상담관제도를 도입하여 인권침해의 예방에 역점을 두기 시작하였다. 최근의 과정을 정리하면, 한국의 군대는 비로소 시민의 군대로서 그리고 시민으로서 자의식을 형성하기 시작하였다고 할 수 있다. 그러나 신정부 하에서 인권의 향상을 말하기는 어려운 실정이다. 군당국은 군대 내에서 인권의 침해 그리고 군대에 의한 인권침해를 예방하는 데에 군인의 인권강화 정책이 매우 중요하다는 점을 깨닫지 못하고, 오히려 지휘권에 대한 거추장스러운 족쇄 정도로 여기는 듯하다.

불온서적 지정건은 우선적으로 민간영역에 대한 국방부의 사찰, 정보획득, 정보판단에 대한 권한과 절차의 합헌성 문제를 내포하고 있지만, 이 글은 그 점을 다루지 않고 불온서적 지정행위의 위헌성 문제에 국한하겠다. 국방부는 운동권 대학생들이 군대에 도서보내기 운동을 개시하려고 한다는 첩보에 근거하여 23권의 도서를 불온서적으로 지정하여 영내에 반입을 금지하였다.⁴⁾ 이에 법무관 7인이 불온서적 지정행위가 헌법상의 권리를 침해한다고 주장하며 헌법소원을 제기하자, 국방부는 법무관 2인을 파면하는 극단적 조치를 취하였다.⁵⁾ 이 사건을 배경으로 하여 필자는 2009년 5월에 헌법재판소의 한 연구모임에서 군인의 인권문제에 대하여 발제를 맡게 되었는데, 이 때 토론자로 나온 국방당국자의 진술을 통해 그들의 기본입장을 확인할 수 있었다. 또한 이 사건과 관련하여 국방부, 법무부, 법무

3) 김대중 정부는 군부의 위구심을 완화시키기 위하여 불온서적 반입금지조항과 같은 문제 규정을 군인복무규율에 도입해야 했다.

제16조의2 (불온표현물 소지·전파 등의 금지) 군인은 불온유인물·도서·도화 기타 표현물을 제작·복사·소지·운반·전파 또는 취득하여서는 아니 되며, 이를 취득한 때에는 즉시 신고하여야 한다(본조 신설 1998. 12. 31).

4) 군내 불온서적 차단대책 강구 지시[국방부 보안정책과 2608(08. 7. 22)], 군내 불온서적 차단대책 강구지시[공군 보안과 4528(08. 7. 24)], 군내 불온서적 반입차단대책 강구 지시[육군 정작과(08. 7. 28), 부대 불온서적 반입 차단 지시[육군 정보참모부(08. 8. 4)].

5) “국방부 안보위기 현 칼로 법무관 2명 파면 합리화”, 한겨레신문, 2009년 3월 20일자.

관리공단 등이 차례로 헌법재판소에 <의견서>를 제출하였으며, 그 내용도 담당 변호인을 통해 파악하게 되었다.

군당국은 입으로는 특별권력관계론을 부정하고 있지만, 군통수권, 군인의 특수지위, 고도의 정책재량을 언급하면서 실상 군대를 ‘법치주의로부터 자유로운 영역’으로 파악하고 있다. 필자는 국방부의 논지 중에서 핵심적인 사항에 대해 이 글에서 반론을 펼쳐보았다. 특히 표현의 자유와 관련하여 국방부가 원용하고 있는 독일과 미국의 법제, 사건, 이론을 검토하였으며, 그 결과 독일과 미국의 사례들은 국방부의 조치를 지지할 수 있는 적절한 자료가 아니라는 점을 밝혔다. 필자는 전체적으로 군대 안에서 군인의 인권을 강화하는 것만이 헌법의 지배를 가능하게 하고, 동시에 민주적 기본질서를 수호하는 방편이라는 점을 논증하였다. 결론적으로, 헌법재판소는 대한민국 군대를 계속 ‘국가 속의 국가’로 성화(聖化)할 것이 아니라 헌법규범을 통해 헌법의 사각(死角) 지대에 놓인 군대를 시민의 조직으로 전환시켜야 한다고 주장하였다.

II. 군인의 인권과 특별권력관계

1. 특별권력관계론을 넘어

군인과 국가의 관계는 종래 특별권력관계로 설명되었다. 특별권력관계이론은 19세기 독일의 외견적 입헌군주제하에서 성립하였다. 특별권력관계 내부에서는 기본권이나 법률유보가 적용되지 않고 직무명령이 적용됨으로써 행정기관과 그에 소속한 자 사이에 포괄적인 지배관계가 설정된다는 것이다. 이 이론은 프로이센에서 군주의 권력을 특권화하여 의회와 법원의 통제를 배제하였으며, 나치체제에서는 범죄적인 명령에 대해서도 복종을 정당화하는 공법 이데올로기였다.⁶⁾ 나치체제가 붕괴하고 서독기본법이 제정된 이후에도 특별권력관계의 지속 여부에 대하여 견해가 분분하였으나 독일 연방헌법재판소가 수행자 판결⁷⁾에서 이 논란에 종지부를 찍었다.⁸⁾ 독일 연방헌법재판소는 기본권이 입법권, 행정권, 사법권을 구속

6) 김도창, 일반행정법론(상)(청운사, 1993), 260쪽.

7) BVerfGE 33, 1-18(1972).

8) 김도창, 일반행정법론(상), 261쪽 이하; 임천영, 군인사법(법률문화원, 2003), 92쪽; 정하중, “민주적 법치국가에서의 특별권력관계”, 고시계(1994/9), 117쪽 이하.

한다(기본법 제 1 조 제 3 항)는 점을 강조하고, 수형자의 기본권도 ‘오로지 법률을 통해서(durch Gesetz) 또는 법률에 근거해서(aufgrund eines Gesetzes) 제한될 뿐’이라고 선언하였다. 이어서 독일연방행정재판소는 종래 특별권력관계로 이해되었던 재학관계에 대해서도 특별권력관계로서 재학관계를 부정하고 교육당국이 교육제도를 법률적 근거 없이(ohne gesetzliche Grundlage) 결정할 수 없다고 선언하였다.⁹⁾ 이제 특별권력관계는 특별법관계(Sonderrechtsverhältnis), 특수 행정법관계로 고쳐 불리면서 의회와 법원의 통제를 받게 되었다. 물론 효율성·지휘계통·근무규율·기능수행성 등과 같은 세련된 명제 속에서 종래의 권력요구들이 형태를 바꾸어 등장하기 때문에 특별권력관계와 그에 관한 사고방식을 근절하는 데에 어려움이 존재하지만, 기본권은 합헌적 방식으로만 제한되어야 한다는 명제는 의문의 여지가 없다.

독일 헌법은 군인에게 제한될 수 있는 기본권을 명시하고 있다(제17조의a).¹⁰⁾ 그러한 기본권도 법률을 통해 제한할 수 있음을 밝히고 있다. 따라서 독일 헌법학자들은 독일헌법 제17조의a가 제복 입은 시민으로서 군인의 지위를 규정하고 있다고 파악한다. 물론 군인의 기본권 제한조항에서 명시하지 않는 기본권은 군인도 일반시민과 동일한 방식으로 향유하게 된다. 이에 비하여 한국 헌법은 군인의 기본권 또는 군인의 법적 지위에 대하여 독일 헌법과 같은 규정을 두고 있지 않다.¹¹⁾ 그러나 이를 규율의 공백으로 이해할 수는 없다. 실제로 군인도 시민이라는 전제에서 접근하면 헌법상의 권리는 특별하게 제한하는 법률이 존재하지 않는 한 군인에게도 원칙적으로 인정된다고 해석하는 것이 헌법질서에 부합하기 때문이다. 정반대로 군인에게는 헌법상의 기본권이 전혀 인정되지 않는다고 주장할 여지가 없는 것은 아니지만, 입헌주의 원리가 가동되는 법치국가에서 이러한 입장은 실천적으로 허용될 수 없다. 헌법상의 권리를 배제하면서 헌법과 민주주의를 수호하려고 군인에게 요구하는 것은 민주헌법의 수행적 모순이거나 윤리적 모순에 해당하기 때문이다.

9) BverwGE, 47, 201-209(1974).

10) 독일 헌법 제17조의a(군인의 경우 기본권 제한) ① 군복무와 대체복무에 관한 법률은 군복무 및 대체복무기간 동안 군인과 대체복무자에게 다른 사람과 공동으로 이의신청이나 소원을 제기할 권리를 보장하는 한도 내에서 자신의 의견을 언어, 문자, 도화로 자유로이 표현하고 전파할 수 있는 권리(헌법 제 5 조 제 1 항 1 문 전단), 집회의 자유권(제 8 조), 타인과 공동으로 제출하는 것을 허용하는 한, 청원권(제17조)을 제한하는 규정을 둘 수 있다.

② 민방위를 포함하여 국방에 기여하는 법률은 거주이전의 자유(제11조), 주거의 불가침(제13조)을 제한하는 규정을 둘 수 있다.

11) 헌법은 군인 개인의 권리와 관련하여 이중배상금지(제29조 제 2 항), 국가유공자 상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대한 우대조치(제32조 제 6 항), 군복무로 인한 불이익처우금지(제39조 제 2 항)를 규정하고 있다.

한국 헌법은 ‘안전보장, 질서유지, 공공복리’를 목적으로 국민의 자유와 권리를 ‘법률로’ 제한할 수 있도록 규정하고 있다(제37조 제2항). 또한 기본권을 제한하는 때에는 기본권 제한의 법원칙을 따라야 한다. 기본권을 제한하는 법률은 필요성의 원칙, 적합성의 원칙, 비례의 원칙 등을 충족해야 하고, 자유와 권리의 본질적인 부분을 침해해서도 안 된다. 헌법상의 기본권 제한에 관한 원칙은 일반시민뿐만 아니라 군인에게도 동일하게 적용된다. 물론 군인에게는 일반적인 기본권 제한 이외에도 국방이나 국가안보를 위하여 헌법상의 자유와 권리를 제한당할 사유는 더욱 많다. 그러나 군인이 시민과 달리 이중적으로 또는 추가적으로 기본권을 제한당하는 사유들이 있는 때에도 그 제한의 방식은 헌법상의 원칙을 준수해야 한다. 한국 헌법은 독일 헌법 제1조 제3항—기본권은 입법, 사법, 행정을 구속한다—과 같은 규정은 두고 있지 않지만, 한국 헌법 제10조 2문—국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다—에서 말하는 ‘국가’는 입법권, 행정권, 사법권을 아우르는 국가권력을 의미하므로, 국방당국 역시 헌법과 기본권의 구속을 받지 않을 수 없다.

2. 국제인권규약

군인의 인권에 대한 포괄적인 국제규약은 존재하지 않는다. 국제인권규약은 인권규약의 적용을 배제하는 특수한 신분을 상정하고 있지 않으므로 군인권리규약과 같은 것은 원리상 필요하지 않다. 자유권규약(ICCPR) 제2조 제1항도 “이 규약의 당사국은 자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에게 … 어떠한 차별도 없이 이 규약에서 인정된 권리를 존중하고 확보”하도록 규정하고 있다. 규약 자체가 군인에 대해 권리의 제한가능성을 규정하고 있는 경우는 노동조합과 결사의 자유에 관한 것이다(제22조). 대체복무를 강제노동으로 보지 않는다는 규정(제8조 제3항)도 넓게는 군인의 권리의무에 관한 것이라고 볼 수 있다. 결국 나머지 권리는 일반시민과 동일하게 보호되고 동일한 절차와 방식으로 제한될 수 있다. 자유권규약은 인권제약의 방법과 사유를 개별 인권별로 매우 엄격하게 규정하고 있으며, 권리제한의 수단에 있어서 법률주의를 채택하고 있다.¹²⁾ 규약상의 권

12) 자유권규약(ICCPR) 제19조

1. 모든 사람은 간접받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

리를 부당하게 침해당한 군인은 개인통보제도를 활용하여 규약상의 권리구제절차를 밟을 수도 있다. 지역적 인권규약인 유럽인권협약도 당연히 군인에게 적용되고 있다.¹³⁾

한편 유럽안보협력기구(OSCE)는 1994년에 안보분야의 행동강령이라고 할 수 있는 <안보의 정치적 군사적 측면에 관한 행동강령>¹⁴⁾을 채택하여 회원국들에게 권고하고 있는데, 행동강령은 군대에 대한 민주적인 통제, 군대에서의 법의 지배, 군의 정치적 중립성 보장, 군인의 시민권 보장, 국제인도법상 책임을 강조하고 있다. 이러한 강령도 군인인권규범을 발전시키는 데에 중요한 기여를 하고 있다.

3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.

(a) 타인의 권리 또는 신용의 존중

(b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

13) 동성애자의 복무금지규정을 이유로 1993년부터 1995년 사이에 강제로 전역당한 영국의 군인들이 유럽인권재판소에 제소하였다(Lustig-Prean & Bekett case, Smith & Grady case). 이들은 성적 지향에 관한 조사활동과 전역조치가 유럽인권협약 제3조(비인도적 굴욕적 처우금지), 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리), 10조(표현의 자유) 또는 제14조(차별금지)를 위반했다고 주장했다. 유럽인권재판소는 두 사건에서 성적 지향성에 대한 조사뿐만 아니라 동성애자에 대한 전역조치는 유럽인권협약 제8조 위반이라고 결정하였다. 이 판결 이후 영국은 동성애자 금지규정(gay ban)을 철폐하였으며, 다른 국가들도 이러한 결정의 취지를 수용하기 시작하였다. Dalvi, Sameera, "Homosexuality and the European Court of Human Rights: Recent Judgments against the United Kingdom and their impact on the other Signatories to the European Convention on Human Rights", Univ. of Florida Journal of Law & Public Policy, 제15권(2004), 481쪽 이하.

14) CODE OF CONDUCT ON POLITICO-MILITARY ASPECTS OF SECURITY(=http://www.osce.org/documents/fsc/1994/12/4270_en.pdf)<검색일 : 2009년 4월 18일>(이하는 필자의 초역(抄譯)임)

제20조 당사국은 군대(준군사조직, 국내보안부대, 정보부, 경찰 포함)에 대한 민주적 정치적 통제가 안정과 안보의 불가피한 요소임을 인정한다. 당사국은 민주주의의 중요한 표현인 군대와 시민사회의 통합을 촉진시키고자 한다.

제23조 당사국은 군인 개인들의 시민적 권리들을 행사할 기회를 제공하고, 군대 자체의 정치적 중립성을 확보해야 한다.

제27조 당사국은 군복무자의 충원절차가 인권과 근본적 자유와 관련하여 회원국의 의무와 일치하도록 보장해야 한다.

제28조 당사국은 국내법과 관련 문서에 군인의 권리와 의무를 반영해야 한다. 당사국은 군복무의 면제나 대체복무를 도입하는 것을 고려해야 한다.

제30조 당사국은 군인들에게 무력충돌을 규율하는 국제인도법을 교육시키고, 군인들이 자신들의 행위로 인하여 국내법과 국제법에 따라 책임을 질 수 있다는 것을 의식하도록 보장할 것이다.

제32조 당사국은 군인이 유럽안보협력기구의 문서와 국제법에 반영된 인권과 자유를 관련된 헌법, 법률의 규정 및 군복무의 요건에 따라 향유하고 행사할 수 있도록 보장할 것이다.

제33조 당사국은 모든 군인의 권리를 보호하기 위하여 적절한 법적 행정적 절차를 제공할 것이다.

3. 제복 입은 시민

오늘날 대부분의 국가가 국제인도법과 군인의 인권 교육을 강조하면서 군인의 권리를 조명하기 시작하였다. 특히 침략전쟁, 억압적인 군사정부나 군사문화로 인하여 불행을 겪었던 국가들은 군대를 민주적으로 개혁하면서 제복 입은 시민(citizen in uniform)을 개혁적 군인상으로 제시하고 있다. 제복 입은 시민은 상관의 명령에 무조건 복종하는 예속민이 아니라 불법적인 명령을 거부하고 민주사회의 시민임을 자각하는 군인을 의미한다.¹⁵⁾ 제복 입은 시민은 헌법의 정신과 군사법을 연결하고 군대에서 헌법의 지배를 활성화하는 구체적인 이념이다. 특히 독일의 민주적·시민적 지휘이념(Innere Führung)은 독일 군대법 전체를 아우르는 지도원리로서 주목할 만하다.¹⁶⁾ 사실 불법적인 명령 앞에서 생각을 멈추고, 민주주의에 주저하고, 자신의 인권을 의식조차 못하는 군인이라면 시민의 인권을 보호하기는커녕 국가와 인류의 적에 지나지 않기 때문이다.

제복 입은 시민은 호사가들의 철학적 구호인 것만은 아니다. 국제인도법이나 각국의 군형법은 중대한 인권침해 행위와 관련한 불법적인 명령을 둘러싸고 상관과 부하의 책임을 엄격하게 추궁하고 있다. 그럼에도 불구하고 특별권력관계는 군대의 의식, 관행, 제도 속에는 완전히 사라지지 않고 있다. 군인의 권리와 의무의 범위와 한계를 헌법의 정신에 따라 명료하게 규정하는 법률을 확보하고 이에 따른 판결을 관철시킬 때에만 특별권력관계는 극복될 것이다. 군 조직 안에서도 법치주의, 기본권보장, 헌법의 지배를 관철시키는 논리를 군인지위법정주의(軍人地位法定主義)라고 할 수 있다.¹⁷⁾ 헌법소원에 대한 법무부의 <의견서>처럼 국군조직법

15) 2005년 12월 16일 유엔총회가 결의한 <국제인권법 및 국제인도법의 심각한 위반행위로 인한 희생자들의 구제와 배상에 관한 권리의 기본원칙과 지침(Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/res/60/147)>은 군인과 보안군에 대하여 국제인권법과 국제인도법의 교육을 실시할 것을 명시하고 있다. para. 23 참조.

16) 이는 정훈, 내적 지휘, 정신지도 등 다양하게 번역할 수 있으나 민주주의에 대한 충성, 시민사회에 대한 헌신, 시민사회와의 통합, 제복 입은 시민, 군인으로서의 존중 등 다양한 가치를 포괄하는 개혁적인 개념이다. 이 말은 원래 프랑스에 패배한 프로이센 군대의 정훈용어였으나 민주적으로 심화된 의미를 갖게 되었다. 이 의미에 대해서는 Busch, Eckart, *Der Wehrbeauftragte-Organ der parlamentarischen Kontrolle*(D & M, 1989), 77쪽 이하. 이 용어의 번역에 따른 고민에 대해서는 이계수/이재승/오병두, “외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사—독일의 법령과 제도를 중심으로—”, 국가인권위원회 2006년도 연구용역보고서, 21쪽 이하.

17) 군사행정분야에서 법률에 의한 행정이 관철되지 않는 현상을 지적하는 글로는, 이계수, “군대 내 구타 가혹행위 및 그로 인한 사고를 방지하기 위한 법적 제도적 방안에 관한 연구”, 민주법학 통권23호(민주주의법학연구회, 2003), 288쪽 이하.

이나 군인사법이 군인의 지위를 규정하고 있기 때문에 우리나라 군사법도 군인지위법정주의를 채택했다고 말할 수 있다. 그러나 권력발동의 근거로서 법률과 권력의 제한근거로서 법률을 구별하는 것이 법치주의의 기본이기 때문에 국방부의 견해는 적절하지 않다. 군인지위법정주의는 바로 권력의 제한근거로서 법률의 의미를 강조하는 것이다. 그런 점에서 보자면 실질적인 군인지위법정주의를 선언한 독일의 헌법 제17조의a와 군인법(Soldatengesetz) 제 6 조¹⁸⁾는 좋은 입법례라고 할 수 있다.

III. 불온서적 지정행위

1. 군사법제와 군인복무규율의 문제점

군사법 안에서 군인의 인권과 관련하여 특별권력관계적 사고가 잔존하고 있다. 특히 군인복무규율은 심각한 문제점을 안고 있다. 비교컨대, 독일 군인법은 군인의 자유와 권리를 제한하는 기본법이라고 할 수 있다. 독일의 군인법은 군인이 시민과 동일한 권리를 가진다는 원칙을 선언하고, 법전체에 걸쳐 권리를 제한할 수 있는 조건과 범위를 구체적으로 규정하고 있다. 우리나라의 군인사법은 직업군인과 장교들의 임면과 보직 등 인사문제에 집중하고 있을 뿐, 헌법상의 권리를 군인에게 어떻게 보장하고, 어떻게 제한하는지를 충실히 규정하고 있지 않다.

군인사법은 특히 포괄적으로 군인에 대하여 직무를 위반한 때에는 징계하도록 규정하고 있으며, 직무 위반여부는 군인사법과 군인사법 제47조의2에 근거한 <군인복무규율>에 따라 판정하도록 하고 있다. <군인복무규율>은 군인사법 제47조의2¹⁹⁾에 근거하여 발령된 군인의 직무에 대한 대통령령이다. 군인복무규율은 지휘계통, 효율성, 내부통제, 비밀유지 등을 목적으로 제정되었으나 법률상의 적절한 근거나 위임이 없는 권리제한규정들이 허다하다. 따라서 군인복무규율이야말로 특별권력관계의 생생한 증좌라고 할 수 있다. 군인사법 제56조 3호는 “이 법이나 이 법에 의한 명령을 위반한 때”에 징계조치를 취할 수 있도록 규정하고 있는데, 군인복무규율은 그 명령의 대표적인 예이다. 그러나 군인사법과 군인복무규율은

18) 군인법 제 6 조(군인의 시민으로서의 권리) 군인은 다른 일반 시민과 동일하게 시민으로서의 권리를 갖는다. 군인의 권리는 법률상 근거를 갖는 의무에 의하여 군사 임무의 필요한 범위 내에서 제한된다.

19) 제47조의2(복무규율) 군인의 복무에 관하여는 이 법에 규정한 것을 제외하고는 따로 대통령령이 정하는 바에 의한다<개정 1966. 10. 4>[본조신설 1963. 9. 24].

헌법의 관점에서 보자면 법리상 심각한 문제점을 안고 있다.

첫째로, 수권법률인 군인사법은 포괄적인 위임입법금지원칙(헌법 제75조)을 위반하였다. 물론 징계사유를 법률 수준에서 빠짐없이 규정하는 일은 가능하지도 않고, 필요하지도 않다. 따라서 징계사유를 군인사법이 하위법령에 위임하였다고 해서 그 자체로 위헌이라고 볼 수는 없다. 법치행정의 원리는 형사법상의 죄형법정주의 수준으로 높은 엄격성을 요구하지는 않기 때문이다. 그러나 수권 관계에서 헌법상의 법원칙을 준수해야 한다. 군인사법 제47조의2는 군인의 신분을 완전하게 박탈하거나 결정적 불이익을 줄 수 있는 징계사유를 구체적인 범위를 정하지 않고 포괄적으로 위임하였다. 군인사법 제47조의2는 헌법 제75조에 따라 “구체적으로 범위를 정하여 위임”하여야 함에도 권한을 백지위임하고 있으므로 위헌적이다.²⁰⁾ 군인의 신분박탈에 관해서라면 징계사유의 유형과 징계수준에 대하여 범위를 어느 정도 한정하여 위임하지 않으면 안 된다.²¹⁾ 또한 그 징계사유가 군인의 기본권과 얽혀 있는 경우에는 법원칙을 더욱 엄정하게 준수해야 한다.

둘째로, 수임명령인 군인복무규율도 위법하다. 군인복무규율은 대체로 군인사법의 범위 내에서 군인의 의무를 설정해야 한다. 군인복무규율이 헌법상의 기본적인 자유와 권리를 제한하기 위해서는 기본권 제한의 근거로서 법률이 필요하고, 제한의 범위와 방식은 헌법의 원칙을 준수해야 한다. 그러나 불온도서 반입금지규정(제16조의2)은 기본권제한 법정주의를 벗어난 위헌적인 규정이다(헌법 제37조 제2항). 또한 군인복무규율은 본질적으로 상위법의 규율범위를 넘어서는 것으로서 위법한 것이다.²²⁾ 상위법인 군인사법이 불온서적을 전혀 언급하고 있지 않는데도 그에 대해 임의로 규율하고 있기 때문이다.²³⁾

20) 하위법령(보건복지부령)이 안마사자격을 시각장애와 연결시켜 모법(의료법)으로부터 구체적으로 위임받지 않은 사항에 대하여 기본권을 침해하는 규범을 제정하였다는 결정은 헌법재판소 2006. 5. 25. 2003헌마715, 2006헌마368(병합) 전원재판부.

21) 중요사항유보설(Wesentlichkeitstheorie)은 입법자의 주도적 형성권과 집행권의 독자성을 고려한 이론이다. 이 이론은 행정행위가 관련자의 기본권을 침해하지 않더라도 관련자의 기본권에 본질적으로 관련을 갖고 있는지를 주목한다. 이 이론에 따르면 입법자는 근본적인 규범적 영역, 특히 기본권행사의 영역에서 중요한 모든 결정을 직접 내려야 할 의무가 있다. BVerfGE 33, 125-171 (1972)(전문의 자격에 대한 의사협회의 자율적 규정에 대한 국가입법권); BVerfGE 47, 46-85(1978)(성교육내용에 관한 국가입법권); BVerfGE 57, 121-139, 130(1981)(변호사시험 과목평점)Hans J. Wolf/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht* 제1권, 11판(München, 1999), § 18 문단번호 12; Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15판(München, 2004), § 6, 문단번호 11 이하; 강경선/이계수, *행정법 I* (방송대출판부, 2008), 90쪽 이하.

22) 수권법률 자체가 없는데도 수임명령을 제정한 경우, 수임명령이 수권대상 이외의 사항을 규정한 경우, 수임명령이 수권법률의 수권 취지나 내용에 반하거나 수권의 범위를 넘어가는 경우, 수임명령이 수권법률이 전제로 하고 있는 사항에 대하여 어떤 제한이나 변경을 가한 경우. 강경선/이계수, 92쪽 참조.

23) 군인복무규율 제25조는 4항은 ‘군인은 복무와 관련된 고충사항을 진정 집단서명 기타 법령이

셋째로, 설령 군인복무규율이 상위법인 군인사법의 위임에 기초하여 불온서적 지정권한을 규정하였다고 하더라도, 또한 군인사법이 직접적으로 불온서적금지 규정을 두었다고 하더라도, 기본권의 제한의 목적과 방식이 헌법의 제원칙에 부합하는지 검토해야 한다. 비록 불온서적금지가 법률의 수준에서 규정되어 있다고 하더라도 헌법이 예정하고 있는 제한목적과 제한사유에 해당하지 않을 뿐만 아니라 필요성, 비례성, 적합성, 최소침해, 본질침해 금지 등 제한방식에 관한 헌법적 문턱도 통과할 수 없다고 본다.

넷째로, 불온서적에서 말하는 불온성(不穩性)은 자유민주적 기본질서에 부합하는 개념이 아니다. 제정시대나 식민치하에서 권위주의적 치안권력이 군주나 총독의 권위에 도전하는 새로운 지식을 불온하다고 규정하였다. 불온성의 정치적 배후는 권력자의 자의이므로 이 말은 자유민주적 국가에서 적합하지 않은 시대착오적 개념이다. 또한 불온은 막연하고 포괄적이어서 기본권을 제한하는 법률용어가 갖추어야 할 명확성을 결여하고 있다.²⁴⁾ 불온성의 판단주체가 법원이 아니라 군당 국가라면 결국 당국자의 불안심리가 모든 것을 좌우하게 될 것이다. 그들의 눈에 불온하지 않는 것이 도대체 무엇일까!

2. 불온서적 지정행위의 문제점

불온서적 지정행위의 위헌성을 두 가지 관점에서 검토할 수 있다. 우선적으로 불온서적 지정행위가 자유민주적 기본질서와 양립하는가? 다음으로 불온서적 지정행위가 헌법상의 어떠한 권리를 침해하는가? 마지막으로 이러한 금서규정을 대안적으로 헌법에 부합하는 방식으로 개선할 여지는 없는지 아울러 검토할 것이다.

1) 자유민주적 기본질서의 침해

한국헌법은 문민주의(헌법 제86조 제3항, 제87조 제3항)와 군의 정치적 중립성 원칙(제5조 제2항)을 규정하고 있다. 이것이 국방헌법의 핵심이라고 할 수 있다. 이 규정으로부터 군대는 시민적 권력이 결정해야할 사항에 관여하지 말아야 하며,

정하지 아니한 방법을 통하여 군외부에 해결을 요청하여서는 아니 된다'고 규정하고 있는데, 이러한 금지사항은 상위법인 군인사법에서 정해야할 사항이므로, 이 조항도 수임명령의 한계를 넘어간 것이다.

24) 구 전기통신사업법 제53조도 '불온통신'이라는 개념을 사용하였으나 헌법재판소는 "'공공의 안녕질서, 미풍양속을 해하는' 불온"개념이 명확성의 원칙에 입각하여 위헌결정을 내렸다. 헌재 2002. 6. 27, 99헌마480 결정.

시민적 권력의 결정에 복종해야 한다는 행동강령이 추론된다. 따라서 시민적 권력(의회와 법원)이 사회에서 금지하는 표현이나 도서를 군당국이 군대 내에서 금지하는 것은 문제가 없다. 그러나 사회에서 허용된 표현이나 도서를 군대 내에서 금지하는 것은 헌법질서를 교란시킨다.²⁵⁾ 금서조치는 우리 헌법질서의 핵심인 자유민주적 기본질서²⁶⁾를 파괴하고, 특별히 군대에 대하여 부과된 문민주의와 정치적 중립성을 침해할 수 있다. 물론 금서를 예정하는 헌법질서는 표현의 자유의 관점에서는 혐오스러운 것이지만, 그러한 체제라고 하더라도 금서 여부에 대한 결정권만큼은 사법부에게 한정하는 것이 그나마 입헌주의에 부합할 것이다. 그 점에서 보면 국방부의 불온서적 지정은 사법부의 권한을 찬탈하는 것이라고 할 수 있다.

군당국이 특정도서를 정치적 이유로 영내에 반입할 수 없도록 한 것은 정치적 견해에 대한 차별이기도 하다. 군당국이 자유민주적 기본질서와 양립하는 사상과 도서를 임의로 선별하여 합부로 무가치판단을 하거나 배제할 권한이 없으며, 더구나 정부당국의 정책적 지향점과 다른 견해와 전망을 갖고 있는 서적을 금지하는 것은 사회적으로 허용된 정치사상과 세계에 대한 심각한 도전이다.²⁷⁾ 시민으로서 군인은 특정정당의 정치적 세계관 또는 특정한 극우적 세계관 속에서 획일화를 강요당할 수도 없고, 특정한 정부정책을 전면적으로 지지할 것을 강요당해서도 안 되기 때문이다. 바로 군당국은 도서의 정치성을 탄핵하면서 스스로 정치적 중립성을 부인하고 특정한 정치색을 드러낸 것이다.

25) ‘법률상으로 금지되지만 사실상으로 허용되고 있는 것’도 금지할 수 있는지는 문제이다.

26) 독일에서는 개별 군인에게 정치적 중립의무를 부과하지 않고, 다양한 정치적 권리를 인정한다. 예컨대, 군인은 국회의원 등 공직에도 출마할 수 있다. 독일 군인법 제 8 조는 민주적 기본질서에 충성할 의무를 군인에게 부과시키고 있다. 그런데 이 규정은 군인의 정치활동의 한계규정으로 작용하고 있다. 군인이 가입한 정당이 민주적 기본질서를 부정하고, 헌법에 적대적인 목표를 가지고 있다면, 그러한 정당에 가입하여 활동하는 행위는 군인법 제 8 조를 위배한 것이고, 따라서 징계사유에 해당한다. 연방행정법원은 1982년에 독일공산당(DKP)의 목적이 자유민주적 기본질서와 양립하지 않는다고 판결하였고, 또한 독일민족민주당(NPD)이 같은 판단을 받았다(각각 BVerwGE 73, 263-287(1982); 83, 136-158(1984)). 따라서 이러한 정당에서 적극적으로 활동한 군인은 징계조치를 당할 수 있다. 통일 이후에 극우정당인 공화당(Die Republikaner)이 위헌정당으로서 논란의 초점이 되고 있다. 병무청이 공화당에서 적극적인 당원으로 활동한 예비군 중위의 소집을 철회한 사건에서 연방행정법원은 병무청의 결정을 지지하였다. BVerwG 2003. 9. 17 판결(=<http://lexetius.com/2003,2470?version=drudruen>)<검색일 2009년 5월 14일>.

27) 미군지침은 ‘출판물이 정부정책이나 관료들을 비판한다는 이유로 배포를 금지할 수 없다’고 규정하고 있다. Guidelines for Handling Dissident and Protest Activities Among Members of the Armed Forces(No. 1325.6) 3.5.1.3항 참조. 독일 군인법 제15조 4항은 ‘상관으로서 군인은 자신의 부하에게 특정한 정치적 견해를 지지하거나 반대하도록 영향력을 행사하여서는 아니 된다’고 규정하고 있다.

2) 기본권의 침해

(1) 표현의 자유

가. 읽을 권리

불온서적 지정행위는 군인의 자유와 권리를 침해한다. 금서조치는 구체적으로는 알권리의 일종인 읽을 권리(right to read) 또는 도서나 매체에 대한 접근권을 침해한다. 책을 읽는다는 것은 인간의 모든 지적 활동의 기초에 해당하기 때문에 금서조치는 다양한 정신적 권리로 향하는 관문 권리, 즉 권리의 밀동을 근본적으로 부정하는 것이다. 읽을 권리는 자유로운 독서와 정보접근이 개인의 사상, 양심, 견해를 형성시킨다는 관점에서는 이러한 접근과정에 군당국의 간섭을 배제하는 방어적 차원을 가지며, 또한 문화국가라는 헌법원리로부터 문화적 향유의 기반을 국가에게 조성해달라는 적극적 차원을 보유하고 있다. 특히 ‘군인의’ 읽을 권리는 병역 의무이행자라는 공적 희생자 지위로부터 상관적으로 발생하는 적절한 처우보상권과 불이익처우금지(제39조 2항)에 기하여 다양한 독서물을 포함하여 부대 내에 공공도서관을 조성해줄 것을 군당국에 적극적으로 청구할 권리까지도 포함한다고 본다.²⁸⁾ 즉 적극적 조성에 대한 국가의 의무가 성립한다고 보아야 한다. 실제로 군당국은 군인이 대학에서 학점을 취득할 수 있도록 제도를 개선하여 왔는데, 금서지정행위가 이러한 문화지향적 정책과 어떻게 양립할 수 있는지 의문스럽다. 독서는 지적활동의 요소행위이다. 요소행위라고 부르는 이유는 이것이 없으면 더 높은 차원의 지적 활동이 중단되기 때문이다. 따라서 읽을 권리를 부정하면 다른 정신적 권리들을 침해하게 된다. 따라서 금서조치는 행복추구권(제10조), 인간의 존엄권(제10조), 평등권(제11조), 사생활의 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심의 자유(제19조), 표현의 자유(제21조),²⁹⁾ 학문과 예술의 자유(제22조)를 모두 침해할 수 있다. 필자는 국방부와 법무부의 <의견서>를 염두에 두고 표현의 자유와 관련한 쟁점들을 검토하겠다.

나. 의견의 형성권과 의견의 표출권의 구별

읽을 권리나 알권리는 표현의 자유의 일부분이다. 국방부는 <의견서>에서 미

28) 어쩌면 읽을 권리에 그칠 것이 아니라 군인의 고단한 일상을 감안하여 ‘책을 읽어줄 의무’(오디오북)까지도 국가에게 요구할 수 있을 것이다. 일반시민이 적절한 공공도서관에서 다양한 정보를 얻듯이, 군인도 국가비용으로 다양한 문화시설을 이용할 기회를 국가에게 요구할 수 있다.

29) 독일에서는 헌법 제 5 조 제 1 항 2문으로부터 도출되는 정보자유권은 공동막사에 거주하는 군인에게도 인정된다. 군인은 온갖 종류의 신분, 도서, 인쇄물을 수령할 수 있고, 라디오 청취나 텔레비전 시청이 허용된다. Scherer/Alff/Poretzschkin, *Soldatengesetz*, 8판(Vahlen, 2008), § 6 문단번호 35.

국이나 독일의 군사법도 국가안보를 위해 표현의 자유를 제한한다고 주장하는 한편, 독서도 표현행위이므로 군당국이 불온서적을 지정할 수도 있다며 구렁이 담 넘어달 결론지었다. 그러나 이러한 주장에는 중대한 결함이 있다.

첫째로, 표현의 자유에서 말하는 표현활동의 영역이 매우 다양하고 포괄적임에도 불구하고, 국방부가 특수한 표현행위에 대한 제한사례를 모호하게 확대시켜 ‘더욱 보호받아야할’ 수준의 표현행위들에 대한 제한근거로 오용하기 때문이다. 표현의 자유를 전적으로 보호해주고자 할 때에는 이러한 흐릿한 논법도 허용되지만, 반대로 개별적인 표현행위들을 제한하고자 할 때에는 각종 표현행위들의 미묘한 차이를 구별해야 한다. 즉 책을 소지하는 행위, 책을 읽는 행위, 책을 집필하는 행위, 책을 출판하는 행위, 강연을 하는 행위, 집회시위를 벌이는 행위는 모두 표현행위에 속하지만 동질적인 행위수준에 속하지 않기 때문에 차이를 주목해야 한다.

둘째로, 국방부는 도서반입금지규정이 미국이나 독일의 군사법제 내에 존재하는지, 그것이 법률의 수준에 있는지, 아니면 법률의 위임도 없이 국방부의 지침으로 존재하는지, 그러한 지침이 법원에 의해 유효한 것으로 인정되었는지, 특히 정부정책을 비판한다는 이유로 도서를 금지하는 규정이 존재하는지를 정밀하게 논증해야 하는데도 불구하고, 결론과 관련성이 없거나 심지어 모순되기까지 한 사례들을 두서없이 제시하고 있다.

결론적으로, 책을 읽을 권리나 도서소지권의 본질을 파악하기 위해서는 의견형성권(또는 의견보유권)과 의견표현권을 구별하는 것이 필요하다. 미국과 독일의 군사법제를 보더라도 책을 읽을 권리나 책을 소지할 권리는 의견형성권(의견보유권)과 관련되어 엄격하게 보호받고 있는 반면, 의견표현권 등에 대해서는 비교적 많은 제한을 두고 있다. 그런데 앞서 비판한 바와 같이 국방부는 의견표현권에 대한 제한논리를 읽을 권리(의견형성권)에 대한 제한근거로 견강부회하고 있다.

다. 미국의 사례

국방부는 <의견서>에서 미군도 국가안보를 위해서 부대 안에서 표현의 자유를 제한하고 있다고 주장하며 몇 가지 판례³⁰⁾를 제시하고 있다. 그 중 불온서적

30) 국방부는 *Parker V. Levy*, 417 U.S. 733(1974); *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828(1976); *Brown V. Glines*, 444 U.S. 348(1980); *Secretary of Navy v. Huff*, 444 U.S. 453(1980)을 예시하였다.

Brown V. Glines 사건은 처우에 불만이 있는 공군예비역장교가 규정에 따른 지휘관의 허가를 받지 않고 부대를 방문한 하원의원과 국방장관에게 불만을 담은 청원서를 부대 안에서 전달하였던 것을 이유로 과면한 사건이다. 대법원은 배포를 위한 사전허가에 관한 공군규정(*Air force Regulation 35-15(3)(a)(1970)*)이 수정헌법 제 1 조와 하원의원과 통신할 수 있는 군인의 권리를 규정한 연방법(10 U.S.C. § 1034)을 위반하지 않았다고 결정하였다(*Brown V. Glines*, 444 U.S. 348(1980)) 후프 사건에서는 대법원은 해외기지에서 군인들이 연방하원의원에게 보낼 청원서는 지휘관의 사

지정행위와 관련성을 가지는 것으로 보이는 *Parker v. Levy* 사건(1974)을 검토하면, 군의관인 *Levy*는 베트남 전쟁 당시 잭슨 기지(Fort Jackson)에서 공수부대 위생병에 대해 교육훈련을 실시하라는 병원장의 명령을 거부하고, 흑인 병사들에게는 참전 거부를 공개적으로 촉구하고, 또한 특수부대를 살인마 집단이라고 공공연히 비난하였다. 레비는 군사법원에서 통일군사법원법(UCMJ) 제90조 제 2 항의 상관명령에 대한 불복종, 제133조의 장교의 품위위반, 제134조의 일반조항위반(군기문란부분)으로 처벌받게 되자 제133조와 제134조가 수정헌법 제 1 조(표현의 자유)와 제 5 조(적법절차)를 위반하였다는 이유로 항소하였다. 제 3 순회재판소는 동규정을 위헌이라고 선언하였으나, 대법원은 합헌이라고 결정하였다. 어쨌든 이 사건은 부대내에서 군인의 반전주장이나 명령불복종과 같은 적극적인 항의활동을 규제하는 사례로서 심각하게 검토해볼만 하지만, 국방부의 금서조치를 정당화할 요소를 포함하고 있지 않다.

국방부가 원용한 *Greer v. Spock* 사건(1976)은 소아과 의사이자 반전운동가인 스폭(B. Spock)에 대한 판결이다. 스폭은 월남전 반대운동에 적극적이었으며, 진보 정당인 인민당(People's Party)의 대통령 후보로서 디스 기지(Fort Dix) 안에서 선거유세를 개최하고자 홍보물을 배포하였는데 기지사령관이 배포를 금지하고 집회개최도 거부하였다. 이에 스폭은 집회를 금지한 기지규정³¹⁾이 수정헌법 제 1 조와 제 5 조를 위반하였다고 주장하였는데 연방대법원은 군기지나 군사시설은 공공포럼(public forum)이 아니므로 군사적 목적을 위해 기지사령관이 일반인의 표현의 자유를 제한할 수 있다고 보았다.³²⁾ 스폭 사건은 월남전을 반대하고 탈영하라는 취지

전송인을 거쳐야 한다는 해군 및 해병대규정이 연방법(10 U.S.C. § 1034)을 위반하지 않았다고 결정하였다(*Secretary of Navy v. Huff*, 444 U. S. 453 (1980)).

31) Fort Dix Regulation 210-26(1968), 210-27(1970).

32) 공공포럼이론—기지는 공공장소가 아니다—은 스폭 사건(*Greer v. Spock*, 424 U.S. 828(1976))에서 확립되었다. 플라워 사건에서는 스폭 사건과 다른 판결이 내려졌다. 텍사스 샘 휴스턴(Sam Houston) 기지의 사령관으로부터 기지 출입을 금지당한 평화활동가 플라워는 기지를 가로지르는 공공도로에서 반전 유인물을 살포하다 적발되어 연방법 제1382조—군기지의 명령지휘권을 보유한 자로부터 퇴거를 당하거나 기지출입을 금지당한 후에 다시 군기지에 재입장하거나 기지 내에서 발각된 자는 500 달러 이하의 벌금형이나 6개월 이하의 징역형에 처하거나 병과할 수 있다—위반을 이유로 유죄판결을 받았는데, 대법원은 31개소의 초병이 없는 진입로를 통해 공중에 개방된 샘 휴스턴 기지에서는 ‘군당국이 기지내 공도상에서 누가 걷고, 대화하고, 유인물을 배포하는 지에 대한 특별한 이익을 갖고 있다는 주장을 군당국이 포기한 것으로’ 파악하였다. 사실상 부대안의 공도를 공공포럼으로 파악하여 플라워의 행위를 허용하였다. *Flower v. United States*, 407 U.S. 197(1972); 스폭 사건과 같은 취지의 판결이 알버티니 사건이다. 하와이의 히캄 공군기지(Hickam Air Forces Base)에서 1972년 반전시위를 펼치다 부대장으로부터 영구적인 출입금지조치를 당한 알버티니가 1982년 히캄 기지 공중개방일(open house day)에 입장하여 사진을 찍고, 반전반핵 유인물을 배포하다가 연방법 제1382조의 위반을 이유로 연방지방법원에서 유죄판결을 받았다. 항소법원은 기지 공중개방일에는 기지가 공공포럼의 성격을 가진다고 인정하여 알버티

의 팜플렛과 대통령 선거 홍보물을 부대 내에서 배포하는 것을 금지하는 조치를 대상으로 하였다. 그러나 국방부가 불온서적 금지조치를 취하면서 이 이론을 원용하는 것은 이해할 수 없다. 이 논리가 목표하는 바는 부대마당에서 ‘민간인이’ 정치집회를 여는 것과 같은 적극적인 표현행위들은 제한할 수 있다는 것이기 때문이다. 부대안에서 ‘군인이’ 특정도서를 읽을 수 없게 하거나 소지할 수 없게 하려는 조치를 정당화할 요소는 이 사건에도 없다.

나아가 국방부는 <의견서>에서 <군인의 반대 및 항의활동을 처리하기 위한 지침(Guidelines for Handling Dissident and Protest Activities Among Members of the Armed Forces No. 1325.6)>이라는 미군지침의 일부규정을 원용하였다. 그러나 대한민국 국방부의 소망과 달리 이 지침은 오히려 미군의 광범위한 정치적 권리를 확인시켜 주고 있다. 이 사건과 관련하여 원용되고 있는 지침의 ‘인쇄물의 소지와 배포(3.5.1)’조항조차도 심지어 군인에게 무엇이든 소지하고 읽을 수 있는 권리를 인정하는 반면, 군당국의 통제는 배포행위와 관련해서만 인정하고 있을 뿐이다.³³⁾ 그 규정은 다섯 가지 원칙으로 정리할 수 있다.

첫째로, 부대 사령관은 우편물(post exchange)이나 부대도서관(military library)과 같은 공식적인 경로를 통해 반입되는 인쇄물에 대하여 배포를 금지시킬 권한이 없다. 둘째로, 부대 사령관은 비공식적인 경로로 유입되는 인쇄물이 군대의 충성심, 군기, 사기에 대하여 명백한 위험(clear danger)이 있다거나 인쇄물의 배포가 군사작전의 수행에 실질적인 지장을 초래한다고 판단하는 때에는 배포를 금지시킬 수 있다. 셋째로, 비공식적인 경로를 통해 반입된 허가받지 않은 인쇄물이라고 하더라도 군인이 단순히 소지하기 위한 것인 때에는 압수당하지 않는다. 넷째로, 허가받지 않은 인쇄물이 배포될 우려가 있는 때에는 부대사령관은 압수할 수 있다. 예컨대 군인이 복수의 인쇄물을 소지하고 있는 경우에는 부대사령관은 배포의 우

니의 수정 제 1 조의 표현의 자유권이 보호받아야 한다고 결정하였으나 연방대법원은 공중개방일이라 할지라도 기지가 공공포럼으로 전환되지 않는다면 연방지법의 판결을 지지하였다. *United States v. Albertini*, 472 U.S. 675(1985); 공공포럼의 전개과정에 대해서는 *Cruden & Leader, The First Amendment and Military Installations, Detroit College of Law Review*, 1984, 845쪽 이하.

33) 3.5.1 인쇄물의 소지와 배포

3.5.1.1 지휘관은 우편물이나 부대도서관과 같은 공식경로를 통해 반입되는 출판물의 특정호의 배포를 금지할 권한이 없다. 공식경로 이외의 방법으로 인한 출판물을 배포하는 때에는 지휘관은 군인의 충성, 군기 또는 사기에 명백한 위험이 존재하거나 출판물의 배포가 군사작전의 수행에 실질적인 지장을 초래하는지를 판단하기 위하여 군사시설 내의 배포에 대한 사전허가를 요구할 수 있다. 위험이 있다고 결정한 경우에는 배포를 금지한다.

3.5.1.2 허가받지 않은 인쇄물의 단순한 소지는 금지되지 않지만, 배포가 시도되려고 한다고 기지사령관이 결정한 때에는 배포금지된 인쇄물은 압수한다.

3.5.1.3 출판물이 정부정책이나 공무원들을 비판한다는 사실만으로 배포금지 사유가 될 수 없다.

려가 있다고 판단할 수 있다. 다섯째로, 사령관은 인쇄물이 정부를 비판한다는 이 유만으로 압수할 수 없다.

이 지침의 나머지 규정까지 검토하면, 이 규정이 부대 안팎의 정치적 항의시 위와 정치조직의 가입과 같은 적극적 표현행위를 규제하기 위한 방편으로서 선전물의 배포를 규제하는 것이지, 도서를 개인적으로 소지하고 읽는 행위, 즉 읽을 권리(right to read)를 제한하려는 것이 전혀 아니라는 점을 쉽게 알 수 있다.³⁴⁾ 미군 지침은 전반적으로 도서를 소지하고 읽는 행위와 정치적 집회를 부대 안에서 개최하기 위하여 유인물을 배포하는 것을 엄격하게 구별하고 있다. 결국 미군법제에서는 불온서적 지정에 관한 규정은 존재하지 않는다.

라. 독일의 사례

국방부는 <의견서>에서 독일의 2003년도 통합직무규정(ZDv 10/5) 제311조³⁵⁾를 거론하며 독일에서도 군당국이 도서반입을 자율적으로 규제하고 있다고 주장하였다. 법이 정하고 있는 범위를 넘어가려는 군당국의 위험스러운 충동은 독일도 한국과 마찬가지로 있다. 하지만 독일 법원이 이러한 규정을 어떻게 평가하는 지가 중요하다.

최근에 독일의 청소년 유해도서심사국³⁶⁾이 유해매체로 지정한 아동포르노 시디와 파일의 미국 버전을 부대내 컴퓨터에 저장한 군인이 통합직무규정 제311조 위반을 이유로 징계를 당한 사건에서 2005년 군징계법원(Truppendienstgericht)은 제311조에 의한 징계를 헌법위반으로 규정하고, 제311조는 징계조치의 독자적인 근거가 될 수 없다고 선언하였다.³⁷⁾ 국방부에 소속된 군징계법원이 특별권력관계의 잔재를 말끔하게 끝장내고 있다는 점이 매우 이채롭다. 군징계법원은 군인의 기본권은 법률을 통해서만 제약할 수 있다는 기본권 제한에 관한 헌법원칙을 다시 확인하였다. 실제로 독일 헌법은 이 문제에 대하여 명료한 답을 갖고 있다. 독일 헌법 제

34) Free Speech in the Military(=http://www.nlgmltf.org/leaflets/GI_Rights_free_speech.html)<검색일: 2009년 5월 30일>

35) 독일 <통합직무규정 10/5 병영생활(Leben in der militärischen Gemeinschaft)>은 국방부장관이 제정한 것으로서 우리나라의 <국군병영생활규정>과 유사하다. 통합직무규정 제311조는 자유민주적 기본질서에 반하거나, 인종주의적 증오를 유포하거나 인간에 대한 폭력적 활동을 조장하는 도서, 파일, 테이프, 데이터, 시디 등을 영내에 반입하지 못하도록 규정하였고, 나아가 연방군대를 비판하거나 정치집단을 선전하거나 타인의 인격을 모욕하거나 사자의 명예를 훼손하거나 일반의 수치심을 야기하는 물건도 반입하지 못하도록 규정하였다.

36) 독일에는 우리나라의 청소년보호법과 유사한 <청소년유해도서및매체의배포에관한법률(Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte)>이 존재한다. 유해매체심사국은 청소년에게 유해한 성표현물이나 인종주의적 표현물에 대해 금서조치를 취할 권한을 보유하고 있다. 이에 대해서는 이재승, “독일에서 성애문학의 규제법리”, 판례실무연구[V](판례실무연구회, 2001), 83쪽 이하.

37) TDG Süd, 4 Kammer Beschl. v. 05.07.2005, S4 BLc 14/05, NVwZ-RR 2006, 126쪽 이하.

17의a조³⁸⁾는 제5조 제1항 1문의 전반부, 즉 의견표현권(Recht auf freie Meinungsäußerung)³⁹⁾을 법률을 통해 제한할 수 있다고 규정하는 반면, 입을 권리와 관련된 제5조 제1항 1문의 후반부, 즉 일반적인 정보획득권 또는 알권리에 대해서는 제한을 예정하고 있지 않다.⁴⁰⁾ 즉 독일 헌법은 책을 읽는 것과 같은 소극적인 정보 획득권(Recht auf Informationsfreiheit)과 의견을 말이나 글로 적극적으로 표현하는 권리를 엄밀하게 구별하고 있다. 물론 도서에 대한 접근권이 독일법제 하에서 무제약적으로 보장되는 것은 아니다. 독일 형법도 특정한 도서들을 표현물 범죄로 규제하고 있기 때문이다. 다만 독일 형법이 도서를 금지하는 때에도 군인과 민간인이 동일한 규제를 받는다는 점이 중요하다.

국방부는 <의견서>에서 독일군이 2009년에 군대내에서 나치선전잡지인 <민족관찰자(Völkischer Beobachter)>를 압수했다는 사실을 고무적으로 인용하였다. 그러나 그것도 국방당국의 독자적인 조치가 아니라 바이에른 법원의 판결에 수반된 것임을 주목해야 한다. 그리고 국방부가 인용한 이후에 이 사건에 대한 제2심 판결은 놀라운 반전을 이루었다.⁴¹⁾ 결국 한국 국방부는 각국이 군인의 표현의 자유

38) 앞의 주 10) 참조.

39) 독일 헌법 제5조 (1) *누구나 자신의 의견을 말, 도서, 도화로 자유로이 표현하고 전파할 권리를 보유하고*, 일반적으로 이용할 수 있는 자료로부터 정보를 획득할 권리를 보유한다. 출판의 자유와 라디오와 필름을 통한 보도의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다(* 표현의 자유 중에서 제1문의 이탤릭체 부분이 헌법 제17조의a에 의해 제한가능성이 예정되어 있음).

40) Verbot des Einbringens bestimmter Ton-, Bild- und Datenträger in den Unterkunftsbereich allein durch Dienstvorschrift (ZDv 10/5 Nr. 311) zulässig?(http://www.deutsches-wehrrecht.de/WR-Urteile_Text_03.html)<검색일: 2009년 5월 9일>

41) 원래 <민족관찰자>라는 잡지는 히틀러의 정신적 지주인 Alfred Rosenberg가 편집장을 맡아 나치 이데올로기를 널리 전파하였다. 로젠베르크는 제2차세계대전후 연합국 국제군사법정에서 수괴급전범(major war criminal)으로 사형판결을 받고 1946년에 교수형에 처해졌다. 그런데 독일의 한 출판사가 2009년에 <민족관찰자> 창간호(1933)의 영인본을 자사의 잡지인 Zeitungszeugen의 부록으로 발행하였다. 형법적으로는 독일에서 나치당의 선전물을 배포하는 이러한 행위는 범죄(제86조, 제86조의a, 제130조)에 해당할 소지가 있다. 민법적으로는 그 배포행위가 국가의 저작권을 침해할 수가 있었다. <민족관찰자>는 나치관련 재산이었기 때문에 연합국이 몰수하였다가 전후청산과정에서 바이에른 주정부에게 이양하였다. 이에 따라 저작권자인 바이에른 주정부는 나치즘의 확산을 우려하여 저작권 침해를 이유로 소송을 개시하여, 뮌헨 구법원(Amtsgericht München)은 2009년 1월에 독일전역에서 <민족전선>의 압수를 명령하였다. 그러나 뮌헨 지방법원(Landsgericht München) 민사부는 2009년 3월 25일에 바이에른 주정부가 <민족관찰자>의 1933년 판에 대해서는 저작권을 갖지 않는다고 결정하였다(독일에서 저작권의 보호기간은 70년이므로 1939년 이전판에 대해서는 주정부의 저작권이 소멸한 것이다). 이어서 뮌헨 지방법원 형사부는 2009년 4월 20일자 판결에서 잡지사의 <민족관찰자>의 발행과 배포행위는 ‘국민계몽(staatsbürgerliche Aufklärung)’의 취지에서 허용된다고 판결함으로써 형법적으로도 무죄를 선고하였다. 위법성 조각사유로서 국민계몽은 형법 해당조항에도 규정되어 있다(형법 제86조 제3항 참조). 이 판결에 대해서는 *Beschlagnahmung der der Zeitschrift »Zeitungszeugen« war rechtswidrig*(=<http://www.urheberrecht.org/news/3611/>)<검색일: 2009년 5월 31일>.

를 제한하고 있다고 모호하게 주장하면서 금서조치를 부당하게 정당화하려고 한 것이다.

(2) 양심의 자유

불온서적 지정행위는 양심의 자유를 침해한다. 일반적으로 양심의 자유를 양심의 형성단계와 양심의 실현단계로 구별한다. 이는 앞서 말한 의견형성권과 의견표출권의 구별과 등가적이다. 특정한 사상과 양심을 적극적으로 표출하는 행위, 예컨대, 저작자로서 도서를 출판하거나 사상가로서 강연을 하거나 자신의 양심을 표현하기 위하여 적극적·외적 활동을 전개하는 행위는 양심실현단계의 문제이다. 양심실현단계는 일반적으로 표현의 자유의 문제로서 일정한 경우에 제한당할 수 있다. 미국의 사례들도 주로 양심실현단계에서의 제약으로 이해된다. 반면 개인이 독서와 성찰을 통하여 자신의 윤리적 입장을 도야하는 행위, 예컨대, 특정한 도서를 선택하여 읽는 활동은 양심형성 단계의 문제이다. 금서조치는 군인에게 처음부터 특정한 사상에 접근하는 것을 금지 또는 제한하기 때문에 양심형성단계에서의 권리침해라고 할 수 있다.

군인은 개인적으로 정치적 사안에서 정부정책에 대하여 비판적인 서적을 읽을 권리가 있으며, 또한 비판적인 정치적 견해를 보유할 수도 있다. 비단 금서조치만이 양심의 자유를 침해하는 것이 아니다. 다양한 군대안의 관행들도 정치적 견해와 양심의 자유를 침해할 수 있다. 군당국이나 상관이 특정한 정치적 견해나 이데올로기로 군인의 세계관을 도배하거나 주입하는 것도 사상과 양심의 자유에 대한 침해이다. 군당국은 오히려 군인이 시민으로서 균형잡힌 정치적 시각을 갖출 수 있도록 다양한 사상과 다양한 매체에 접근할 기회를 ‘국가의 비용으로’ 제공해야 한다. 시민으로서 군인은 일색화되어서는 안 된다. 군당국이 특정신문을 군대에 보급하는 것도 군인의 알권리, 정보선택권, 양심의 자유, 문화향유권을 침해하는 관행이다.

3) 사후확인조치로서 가능한가?

국방부의 불온서적 지정과정은 특별히 논의할 필요도 없을 것이다. 국방당국자들이 그 도서 내용을 온전하게 소화할 수 있을지 의문스럽다. 또한 그 내용을 읽지 않은 채로 불온서적 지정조치를 먼저 내렸다는 정황도 2008년도 국회 질의과정에서 이미 밝혀졌다. 그런데 헌법소원 이후에는 국방부는 <의견서>에서 장황하게 국방부내의 전문적 식견을 갖춘 ‘정훈문화심의위원회’가 검토하여 결정하였다는 증빙자료들을 애처롭게 제시하였다. 그러나 이것도 부질없는 시도이다. 국방

부는 불온서적을 지정할 권한이 없기 때문이다.

국방부는 불온서적을 일방적으로 지정하면서 군인복무규율 제16조의2에 따라 그러한 권한을 행사하였다고 밝혔다. 그러나 그 규정에 입각하여 군당국이 불온서적을 일방적으로 지정하거나, 그러한 조치를 취할 수 있다고 해석하는 때에는 위헌적인 규정이라는 점을 앞서 지적하였다. 이러한 문제점에도 불구하고 금서규정은 제한적인 범위 내에서 운영할 수 있다고 본다. 불온서적 반입금지규정을 계속 적용하고자 하더라도 국가보안법의 이적표현물의 범위를 넘어갈 수 없다. 해당도서들의 국가보안법 위반 여부는 법원이 판단할 사항이기 때문에 군당국은 유죄판결을 받은 도서에 대해 사후적으로 반입금지조치를 취할 수 있을 뿐이다.

사후 확인조치로서 반입금지규정을 일반적인 규정으로 운영하기 위해서는 독일과 미국의 법제가 참고할만하다. 독일에서는 본질적으로 금서조치와 관련된 국방부의 지침에 대하여 군정계법원이 위헌으로 결정하였다. 따라서 형법상 금지도서들을 사후에 군대가 금지하는 방법 이외에는 대안이 없다. 따라서 형법상 문제 없는 도서들은 군대 내에서도 아무런 문제가 없다. 독일 형법은 주로 공산당과 나치당과 같은 위헌정당의 선전물(제86조), 그 대체조직의 선전물(86조의a), 음란물(형법 제184조) 또는 홀로코스트를 부정하거나 인종주의적 증오를 고취하거나 특정집단에 대하여 폭력적 공격을 부추기는 도서(형법 제130조)⁴²⁾ 기타 청소년 유해매체물 등이 표현물범죄에 해당하기 때문에 군대에서도 유죄판결을 받은 도서를 반입, 소지, 전파, 판매, 전시해서는 안 된다. 따라서 이러한 행위는 해당 형법규정에 따라 처벌되며,⁴³⁾ 금지된 표현물을 소지하는 행위는 일반적으로 군인의 품위유지위반을 이유로 징계조치의 대상이 될 수 있다. 특히 인종주의적 표현의 제약은 민주적 기본질서에 대한 충성의무 위반으로 다루어지고 있다. 전범국가로서 부채의식이나 경각심이 드러나는 부분이다.

미국에서는 아동포르노를 규제하는 형사법제가 발전되어 있다. 군대와 관련해서는 특별히 군인품위유지법(Military Honor and Decency Act of 1996)이 있다. 이 법에 따라 군당국은 군기지 안에서 노골적인 성적 표현물의 판매, 대여 등을 금지하고 있다(10 U.S.C.A. § 2489a). 또한 컴퓨터에 아동포르노를 저장해두는 행위도 금지하고 있다.⁴⁴⁾

결국 한국군대는 형법상 음란물죄, 국가보안법위반죄, 국가기밀죄, 군사기밀

42) 이재승, “기억과 법: 홀로코스트 부장”, 법철학연구 제11권 제1호(한국법철학회, 2008), 223쪽 이하.

43) Scherer/Alff/Poretschkin, *Soldatengesetz*, § 6 문단번호 35.

44) Shanor/Hogue, *National Security and Military Law*(Thomson West, 2003), 164쪽 이하.

죄, 명예훼손죄 등으로 유죄판결을 이미 받은 도서에 대하여 군인의 품위유지의무를 근거로 영내반입을 금지하면 될 것이다. 그 경우 군인복무규율 제16조의2(불온도서반입금지)보다는 군인복무규율 제9조(품위유지의무)가 규제근거로서 더 좋다고 여겨진다. 물론 이 경우에도 대통령령 수준이 아니라 헌법질서에 부합하도록 하기 위해서 법률 수준에서 도서나 개인소지품과 관련하여 품위유지의무를 확정되는 것이 합당하다고 본다.

IV. 결 론

불온서적 지정행위는 특별권력관계의 일시적 발작으로 그쳤더라면 좋았을 것인데 사태는 끝까지 갔다. 군당국은 다양한 방식으로 압력을 행사하여 일부 법무관으로 하여금 헌법소원을 취하하도록 하였고, 소원 취하를 거부한 법무관에 대하여 파면이라는 중징계조치를 취했다. 파면조치에 대해서도 이미 행정소송이 제기되었다. 실제로 헌법상 인정된 권리를 제한하고, 헌법소원을 제기했다는 이유로 가혹한 징계조치를 내린 것은 악의에 의한 징계권행사로써 일반적으로 형법상 직권남용죄(제123조)에 해당한다. 악의의 징계조치는 특수한 불법성을 갖기 때문에 법적 구제가 필요하다. 이와 같은 악의 또는 중과실에 의한 징계조치에 대해서는 징계조치에 관여한 자 전체를 상대로 개인적인 손해배상책임을 추궁하는 것이 합리적이다.

제2차 세계대전 후 독일은 개혁된 군대를 도입하면서 상관의 범죄에 대하여 매우 다양한 규정을 도입하였다. 특히 징계권을 참칭하거나 징계권을 남용하여 과도한 징계조치를 취하는 행위를 징계권남용죄⁴⁵⁾로 벌하고 있다. 이처럼 권한에 따른 책임의 명료한 확정은 지휘관이든, 하급자이든, 자신들의 책임을 효과적으로 인식시킨다. 그런 점에서 보자면 우리 군형법은 상당한 결함을 안고 있다. 또한 불온서적에 대한 헌법소원 이후 법무관들에 대한 국방당국의 지속적인 압박에 딱 어울리는 범죄규정도 독일 군형법에서 명료하게 규정되어 있다. 독일 군형법은 상

45) 독일 군형법 제39조(징계권의 남용) 징계권을 보유한 상관이 고의로 또는 악의로 다음의 행위를 하는 때에는 5년 이하의 자유형에 처한다.

1. 법률상 징계처분의 대상이 되지 않는 하급자에게 징계조치를 취하거나 징계조치를 취하도록 영향을 미치는 행위
2. 종류나 한도에 있어서 법률에 규정되지 않거나 상관의 취할 수 없는 징계조치를 하급자에게 불리하게 취하는 행위
3. 직무위반행위에 대해 허용되지 않는 조치로 벌하는 행위

관이 하급자의 소원이나 진정제기를 방해하는 것을 ‘소원방해죄’로 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 한국군의 지휘관들은 이와 같은 행위를 실제로 범죄로 인식할 정도로 범치주의적 안목을 갖고 있는지 궁금하다. 그러나 이러한 행위도 한국 형법상 당연히 직권남용죄에 해당한다.

마지막으로, 헌법소원을 제기한 법무관들은 지난 민주화의 역사가 낳은 자랑스러운 시대의 아들이고, 이들은 바로 ‘제복 입은 시민’이자 ‘양심적인 군인’들이다. 원래 혹독한 시절에는 호소할 데라곤 하늘과 양심밖에 없다. 우리 시대에 양심을 말하는 사람이 점점 늘어가고 있다. 병역을 거부하는 사람들, 이라크 전쟁의 참전에 반대하며 군인이기를 거부한 사람들, 촛불집회를 거부한 전경 등. 이들의 양심이 지금은 미미하지만 언젠가 세상을 바꿀 것이다. 헌법재판소는 이 사건을 통해 특별권력관계라는 봉건적 잔재를 일소하고 군대를 시민의 합헌적 조직으로 전환시킬 것을 기대해본다. 그와 같은 결정은 한국 군사법의 역사에서 새로운 원칙을 확립시키는 계기가 될 것이다.

46) 독일군형법 제35조(소원방해죄)

① 명령, 협박, 약속, 선물 또는 기타의 방법으로 의무에 반하여 하급자가 독일연방 또는 주의 대표기관, 군사음부즈만, 본부 또는 상관에게 진정, 신고 또는 소원을 제출하거나 고발을 행하거나 권리를 행사하는 것을 방해한 자는 3년 이하의 자유형에 처한다.

② 직무상 심사 또는 처리의 대상이 되는 의사표시를 억압한 자도 같은 형에 처한다.

③ 미수는 별한다.

참 고 문 헌

- 강경선/이계수, 행정법 I, 방송대출판부, 2008
- 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1993
- 김호철, “군의문사 진정사건을 통해 본 자살처리자 문제현황”, 국회토론회자료집: 군내 자살처리자 어떻게 대우할 것인가?, 대통령소속군의문사진상규명위원회 2006. 2. 28
- 이계수/이재승/오병두, “외국 군 인사 복무 관련 법령 및 제도 등 실태조사—독일의 법령과 제도를 중심으로—”, 국가인권위원회 2006년도 연구용역보고서
- 이계수, “군대내 구타 가혹행위 및 그로 인한 사고를 방지하기 위한 법적 제도적 방안에 관한 연구”, 민주법학 통권23호, 민주주의법학연회, 2003
- 이재승, “독일에서 성애문학의 규제법리”, 관례실무연구[V], 관례실무연구회, 2001
- _____, “기억과 법: 홀로코스트 부정”, 법철학연구 제11권 제1호, 한국법철학회, 2008
- 임천영, 군인사법, 법률문화원, 2003
- 정하중, “민주적 법치국가에서의 특별권력관계”, 고시계, 1994/9
- 한겨레신문, “국방부 ‘안보위기’ 헌 칼로 법무관 2명 파면 합리화”, 2009년 3월 20일자. 국방부, 법무부, 정부법무공단, 헌법소원에 대한 의견서, 2009
- Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/res/60/147(2005-12-16)
- Beschlagnahmung der der Zeitschrift »Zeitungszeugen« war rechtswidrig(=<http://www.urheberrecht.org/news/3611/>)<검색일: 2009년 5월 31일>
- Busch, Eckart, *Der Wehrbeauftragte—Organ der parlamentarischen Kontrolle*, D&M, 1989
- Code of Conduct on Politico-Military Aspects of Security(=http://www.osce.org/documents/fsc/1994/12/4270_en.pdf)<검색일: 2009년 4월 18일>
- Cruden & Leader, “The First Amendment and Military Installations”, *Detroit College of Law Review*, 1984
- Dalvi, Sameera, “Homosexuality and the European Court of Human Rights: Recent Judgments against the United Kingdom and their impact on the other Signatories to the European Convention on Human Rights”, *Univ. of Florida Journal of Law & Public Policy*, Vol. 15, 2004
- Free Speech in the Military(=http://www.nlgmlt.org/leaflets/GI_Rights_free_speech.html)<검색일: 2009년 5월 30일>
- Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., C.H.Beck, 2004

- Reeb & Többecke, *Lexikon Innere Führung*, 3. Aufl., Walhalla, 2003
- Rowe, Peter, *The Impact of Human Rights Law on Armed Forces*, Cambridge U.P., 2006
- Scherer & Alff & Poretschkin, *Soldatengesetz*, 8. Aufl., Vahlen, 2008
- Shanor & Hogue, *National Security and Military Law*, Thomson West, 2003
- Wolf & Bachof & Stober, *Verwaltungsrecht Bd. I*, 11. Aufl., München, 1999
- Verbot des Einbringens bestimmter Ton-, Bild- und Datenträger in den Unterkunftsbereich
allein durch Dienstvorschrift(ZDv 10/5 Nr. 311) zulässig?(=http://www.deutscheswehrrecht.de/WR-Urteile_Text_03.html)<검색일 : 2009년 5월 9일>

군인의 인권에 대한 문제점 지적에 대한 반론*

고 석**

I. 개 관

금번 군인의 인권에 관한 논의의 소재라고 할 수 있는 ‘국방부의 병영 내 불온서적 차단대책 강구 지시’와 이에 대하여 일부 법무관들이 헌법소원을 제기하게 된 경위를 우선 간략하게 살펴볼 필요가 있다. 국방부가 헌법재판소에 제출한 답변과 관련 자료들에 의하면, 국방부는 특정의 친북이적단체가 추진하고 있는 병영 내 도서보내기 운동은 군 장병들의 정신전력에 부정적 영향을 끼칠 우려가 있다는 첩보 보고를 특정 정보기관으로부터 접한 후 정신교육 담당 부서로 하여금 이를 검토하게 한 결과, 위 부서는 군의 정신전력 유지·강화 차원에서 위 특정단체의 활동은 사전 차단하는 것이 필요하다고 판단하고 국방부장관 명의로 각 군 총장에게 위 특정 단체가 군 병영 내로 보내려는 도서들에 대한 병영 내 차단대책을 강구하라는 지시를 하달하였다. 그 후 위 사실이 한 언론사를 통해 비판적으로 보도되자 인권위원회가 국방부에 시정권고의견을 송부하였고 국회에서도 이를 지지 또는 비판하는 질의가 이어졌으며 이어 일부 법무장교들이 국방부 지시가 위헌이라며 헌법소원을 제기하는 사태로 발전하였다. 따라서 본 헌법소원의 주요 쟁점은 군인의 읽을 권리를 제한하는 지시와 그 지시의 근거가 된 군인복무규율 등의 조항들이 위헌인지 여부이다.

이러한 헌법소원과 관련된 일련의 사정을 배경으로 하여 본 반론은 발제자가 국방부의 불온서적 지정조치에 대하여는 비판적 태도를 견지하면서 헌법소원을 제기한 군법무관들의 주장을 지지하는 데 대하여 개인적 입장에서 몇 가지 다른

* 본 토론은 일부 군법무관들이 2008년 10월 국방부의 ‘불온서적 영내 반입 차단대책 강구 지시’가 위헌이라며 헌법소원을 제기한 시기에 이루어져 자연스럽게 위 헌법소원의 쟁점과 관련된 군인의 기본권 제한의 문제와 위 불온서적 금지조치와 관련된 군인복무규율 등 군사 관련 법령들의 위헌성 여부를 다루게 되었다.

** 육군본부 법무실장

견해가 있을 수 있다는 점을 피력해 보고자 하는 것이다.

우선 군인의 기본권은 일반시민의 그것과 달리 취급되어야 할 필요가 있는가의 문제를 살펴볼 필요가 있다. 여기에는 권리의 제한뿐 아니라 더 많은 권리의 향유를 동시에 포함하는 개념으로 이해하여야 한다. 기본권 제한의 문제에 국한하여 보더라도 군인은 시민의 구성원으로 인권 또는 기본권 향유의 주체이므로 군인에 대한 기본권의 제한도 헌법에 그 근거가 필요하고 그 기본권 제한의 범위도 군의 기능수행을 위하여 필요한 최소한도에 머무를 것이 요구되며 따라서 헌법과 법률에 근거가 없거나 불필요한 기본권의 침해를 야기할 우려가 있는 과도한 기본권 제한 법령이나 직무명령을 줄여나가는 것이 필요하며 이를 위한 노력들은 부단히 계속되어야 할 것이라는 점에 대해서는 이론의 여지가 없으리라 생각된다. 그런데 여기에서 더 나아가 군인의 기본권을 일반 시민의 그것과 달리 취급하여야 할 하등의 근거나 이유가 없고 이는 우리 헌법 그 어디에서도 군인의 기본권을 더 제한할 수 있다는 명문 규정이 없기 때문이라는 주장이 있다면 이를 과연 어떻게 이해할 것인가? 이러한 견해는 현행 헌법질서 하에서 결코 받아들여지기 어려울 것으로 생각된다. 왜냐하면 이는 헌법상 군에게 주어진 국가 안보의 사명과 이를 가능하게 하기 위한 헌법상의 국방의 의무로부터 파생되는 여러 의무들과 그에 따른 기본권의 제한을 부정하는 것과 같기 때문이다. 동서고금을 막론하고 군대 조직은 그 공동체의 안전을 최종적으로 수호하는 것을 임무로 하였고 우리 헌법도 군에 대해 우리 정부의 정통성과 자유민주주의 체제를 부인하고 있는 집단이나 국가로부터 대한민국의 안전보장과 국토방위의 신성한 사명을 부여하고 있다. 군대 구성원은 일반 시민들 중에서 공동체 안전을 위하여 봉사하는 존재이다. 이들은 필연적으로 자기희생과 봉사를 실천하고 또한 이를 위해 향유할 수 있는 권리의 제한을 스스로 수용한다. 이것은 헌법과 법률에 의하여 모든 국민에게 주어지는 국방의 의무의 형식으로 나타난다. 그러므로 어떠한 권리의 향유가 국방의 의무의 이행과 충돌하는 경우에는 일반 시민에게는 제한될 수 없는 권리라도 군인이라는 이유로 제한될 수 있는 경우가 종종 발생할 수 있다. 예를 들어 병영생활을 하여야 할 의무가 주어진 군인은 거주이전의 자유를 주장할 수 없는 것과 같다. 거주이전의 자유는 헌법상 보장된 모든 국민의 권리로서 누구나 주장할 수 있지만 군인에게는 병역법상 주어지는 병영생활의 의무가 있고 이러한 권리와 의무가 충돌할 경우에는 법령상 근거에 의하여 주어지는 의무의 이행이 더 우선이기 때문이다. 이러한 측면에서 발제자의 견해에 대해서는 군인의 권리 보장에만 치중한 나머지 군인과 군 조직에 부여되어 있는 국가안보의 사명과 이를 위한 의

무를 지나치게 경시하였다는 비판이 가능할 것으로 보인다.

다음으로 군인의 기본권을 일반 시민의 그것과 비교하여 더 많이 제한하거나 경우에 따라서는 더 많은 보호를 할 수 있다고 할 때 이를 위한 법적 근거는 무엇인가가 문제될 수 있다. 발제자는 독일 기본법 제17조a가 군인에 대하여 제한할 수 있는 기본권을 열거하고 있는 예 등을 제시하며 우리의 헌법 태도가 후진적이며 군인의 기본권을 제한하고 있는 군인복무규율 등의 관련 법령들에는 문제점이 많다는 점을 지적한다. 그러나 우리 헌법 제39조가 국방의 의무를 규정하고 구체적인 국방의 의무를 법률로써 부과할 수 있도록 하고 또한 헌법 제37조 제2항은 국가안전보장을 위한 법률에 의한 기본권의 제한을 명문으로 규정하고 있기 때문에 우리 헌법과 관련 법령들이 독일의 그것에 비하여 결코 후진적이라거나 문제가 많다고 쉽게 단정하기 어려울 것으로 판단된다. 오히려 발제자는 독일 기본법 제17조a가 독일 기본법에 편입되게 된 역사적 배경을 경시하고 있는 것으로 보인다. 위 조항은 패전국 독일의 재무장과 관련하여 주변국들을 자극하지 않기 위한 고려에서 추가된 것이라고 하는 점을 감안해서 위 조항을 이해하여야 할 것으로 본다. 위와 같이 군인에 대한 기본권의 제한은 헌법 제39조와 제37조 제2항에 의거하여 제정된 법률과 그 법률의 위임을 받은 법규명령이나 행정규칙에 의하여 이루어질 수 있다고 할 수 있다. 물론 비록 헌법과 법률상의 근거가 있더라도 행정규칙 형식으로는 기본권의 제한을 가할 수 없다는 견해가 독일의 연방행정법원 판례에서 나타나고 있지만 독일과 한국의 입법들은 헌법과 법률의 근거가 있는 경우 법규명령이나 행정규칙에 의한 기본권의 제한가능성이 인정되고 있다고 할 수 있다. 그런데 여기서 상위법이 하위법에 구체적인 사항을 위임할 때에는 포괄 위임은 금지된다는 원칙들이 준수되어야 한다는 점이다. 물론 구체적인 법규명령이 상위법인 법률이 위임한 범위를 넘어서서 제정된 것인지에 대한 판단은 고도의 법적 평가가 필요한 부분이므로 이에 대하여는 각자마다 언제나 견해가 다를 수 있을 것이다. 이에 대해서는 뒤에서 좀 더 자세하게 논의해 보기로 하겠다.

군인의 기본권 문제와 관련하여서는 군대 조직에 특유한 명령복종 제도를 고려하여야 할 필요가 있다. 법률상 근거에 의하여 군인에게 부여된 여러 의무들 중에는 명령에 대한 복종의 의무가 존재한다. 예컨대 영내 거주 의무는 병역법상에 그 근거가 마련되어 있는 것과 같이 대부분의 의무들은 법령상의 근거에 의하여 구체화 되어 있는 반면 명령복종의 의무 관계는 법령상 구체적인 근거가 있지만 복종의무가 주어지는 구체적인 명령의 내용에 대해서는 상관에게 백지위임되어 있다. 또한 명령복종의무를 제대로 이행하지 않은 경우에는 다른 의무이행을 게을

리 한 경우와 마찬가지로 형벌이나 징계벌에 처해질 수 있다는 점에서 그 법적 효력에 있어서 다른 법령상의 의무들과 하등의 차이가 없다. 그러면 이러한 명령권은 어디로부터 나오는 것인가? 그것은 헌법 제74조의 군통수권 조항과 이를 구체화 하고 있는 국군조직법 등 관련 법령에 의해서이다. 명령복종의무로 인하여 군인의 기본권은 제한될 수밖에 없으므로 이러한 군통수권 관련 조항들도 기본권 제한의 근거조항의 하나라고 할 수 있다. 실제로 명치유신 헌법은 군인의 기본권에 대해서는 군통수권과 저촉되지 않는 범위 내에서 헌법상 기본권 조항을 준용한다는 취지의 조항을 두고 있었다. 그런데 명령복종의 의무는 다른 법령상의 의무와는 달리 이익교량이 필요하다고 보아야 한다고 생각된다. 즉 명령 하달의 기초가 되는 군사적 필요성과 그 명령 수행으로 야기되는 수명자의 기본권의 침해 간의 이익교량이 필요하다. 예컨대 백마고지 전투에서와 같이 중대한 국익이 걸린 경우에는 일반적으로 군인의 생명권을 이유로 공격명령의 이행을 거부할 수 없겠지만 비록 전시라고 할지라도 명령권자는 수명자인 부하들의 사상을 최대한 줄일 수 있는 임무수행방법으로 명령을 하달하여야 할 것이고 군사적 필요성보다 부하의 생명권의 이익이 더 큰 경우에는 복종의무 위반으로 의율하지 않는 법 적용이 바람직하다고 할 것이다. 물론 문제는 그러한 이익교량의 권한은 부하에게 주어지지 않고 다만 사후적·객관적으로 판단할 문제라고 할 것이다. 이와 같이 군대조직에 특유한 명령복종 제도를 존치하는 이유는 동서고금을 막론하고 군의 사명에 있다. 군은 자국의 영속성을 보전하는 임무를 완수하기 위해서 평시에는 강력한 전투력의 유지를 통해 전쟁을 억지시켜 평화를 유지하고, 이에 실패하여 전쟁이 발발할 경우에는 언제든지 적과 싸워 이길 수 있는 조직이 되어야 하기 때문일 것이다. 따라서 군에서는 일반 사회 조직에서는 찾아보기 어려운 국방 목적을 위한 여러 가지 의무들이 주어져 있다. 군형법, 군인사법상의 각종 의무, 엄격한 상명하복 체계와 군기와 기율(紀律)의 중시 등이 그것들이다. 그리고 이러한 군의 임무와 조직적 특성들은 군인의 기본권 향유 범위를 일반 시민의 그것과 비교하여 필연적으로 더 좁히는 결과를 가져오게 된다. 예컨대 대법원이 “헌법 제39조는 모든 국민은 법률이 정한 바에 의하여 국방의 의무를 진다고 규정하고 있는 바, 이는 국방의 개념이나 이를 담당하고 있는 군의 조직, 속성 등에 비추어 그 규정 자체가 군의 구성원에 대하여 필요한 범위의 기본권을 전제로 하고 있다고 보아야 할 것”이라고 판시하여¹⁾ 군의 구성원에 대하여는 기본권의 제한은 헌법상 정당하다는 것을 인정하고 있는 것이 그 한 예이다. 여기서 간과해서는 안 될 것은 엄격

1) 대법원 1991. 4. 23, 90누4839 판결.

한 위계질서를 바탕으로 하는 일사불란한 지휘명령체계의 확립과 군인에게 주어지는 특수한 명령복종의무는 상관을 위한 특혜가 아니라는 것이다. 이는 국가안보라는 군의 기능수행력을 극대화하여 궁극적으로는 적과 싸워서 승리할 수 있도록 하기 위한 수단에 불과하다. 누구나 상관이나 부하가 될 수 있기 때문이다. 군의 명령복종체계가 오랜 인류 역사를 통하여 큰 변경 없이 그대로 유지되어 왔던 이유도 여기에 있다고 할 것이다.

이상에서 살펴 본 바와 같이 국가의 안보를 위하여 존재하는 군의 구성원에게는 그 나라가 처한 상황이나 체제와는 크게 상관없이 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 일반시민에 비하여 더 많고 넓은 범위의 기본권의 제한이 당연시 되고 있다고 할 수 있다. 이하에서는 이를 좀 더 자세하게 논증하여보고 추가적으로 발제자가 제기하고 있는 바와 같이 과연 우리의 현행 군 관련 법제가 위헌이라고 보아야 할 것인가 특히 본건 논의의 기초가 되고 있는 헌법소원의 주요 쟁점에서 문제가 된 군인사법과 군인복무규율상의 해당 조항들에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 해야 마땅하다는 주장을 어디까지 수용할 수 있을 것인가에 대하여 발제자의 주장의 모순점을 지적해보고 그에 대한 의견을 간략하게 제시해 보고자 한다.

II. 군통수권과 군인의 기본권 제한

가. 몇몇 국가들의 경우

군인의 기본권이 일반 시민의 그것에 비하여 더 많이 제한받을 수 있다는 해석을 가능하게 하는 조항들은 각국의 헌법들에서 발견된다. 발제에서 소개한 바와 같이 독일 기본법 제17조a는 군인의 기본권들 중에서 법률로써 제한될 수 있는 기본권들을 열거하고 있는데 이는 군인의 기본권에 관하여 직접적으로 헌법에서 규정하고 있는 경우에 해당한다. 반면 우리 헌법은 군인의 기본권 문제를 헌법상의 국방의 의무를 구체화 하는 법률로써 혹은 국가안전보장을 위한 기본권 제한 법률에 의거하여 제한 될 수 있도록 그 근거를 마련하고 있다. 한국 헌법, 미국이나 독일 연방헌법에서 군통수권과 군인의 기본권 제한 관계를 직접적으로 규율하는 조항을 두고 있지는 않지만 법률유보를 통하여 일반국민과 구별되는 군인에 대한 기본권 제한 가능성을 열어놓고 있다는 점에서 큰 차이가 없다고 할 수 있다.

한편 오늘날 각국 헌법들을 보면 군인의 기본권과 군통수권의 관계에 대하여 직접적으로 규정하고 있는 입법례는 없는 것으로 보인다.²⁾ 물론 군통수권의 행사를 위해서 군인의 기본권이 제한될 수 있다. 후술하는 바와 같이 헌법재판소의 일련의 결정과 대법원의 판결,³⁾ 미국 연방대법원의 판결⁴⁾이나 미국의 수정 헌법 제 5 조⁵⁾ 등도 이와 같은 입장에서의 판결 또는 입법이라고 하겠다. 또한 일본의 이른바 평화헌법도 마찬가지다. 즉 일본 헌법에는 비록 군통수권에 대한 규정이나 군인의 기본권 제한에 대해서 특별한 규정이 없는데 이것은 패전국으로서 무력행사를 포기한 특유의 헌법적 특성 때문이고 실제 사정을 보면 미·일상호방위조약과 자위대법을 비롯한 일련의 유사법제를 통해서 무력집단인 자위대에 대한 통수권 조항과 비상사태와 관련된 국민의 재산권 제한을 규정하고 있음을 알 수 있다. 결국 일본에서도 비록 헌법상의 명문규정 형식은 아니라도 군통수권 행사를 위한 일정한 권리의 제한을 인정하고 있다는 점을 부인할 수 없다. 나아가 다른 국가들의 헌법 태도를 보아도 이념적으로는 국민의 기본권 보장을 위하여 존재하는 국가의 영속성을 보장하기 위한 군대의 존재와 이러한 군대의 존재 목적을 원활히 달성하기 위한 군통수작용에 따른 군인의 기본권 제한의 원리는 서구 선진 국가들은 물론이려니와 사회주의국가 일반에 있어서도 헌법 규정에 명문의 규정이 있는가와 관계없이 당연히 되고 있는 것으로 보인다. 전술한 바와 같이 독일 기본법은 군인의 기본권 제한에 대한 명문의 규정을 두고 있으며 병역거부자에 대한 대

2) 명치유신 헌법은 군인에게 기본권 조항은 군통수작용과 저촉되지 않는 범위 내에서 준용된다고 규정하였다.

3) 대법원 1991. 4. 23. 90누4839 판결.

4) 미국 연방대법원은 군사시설내 표현물의 배포에 대하여 지휘관은 군인원의 충성, 군기 또는 사기에 명백한 위험이 존재하거나 출판물의 배포가 군사작전의 수행을 중대하게 방해(materially interfere)하는지 판단하기 위하여 사전허가를 요구할 수 있다고 규정하는 미국 국방성 지침 및 육·해·공군 각 규정과 그에 근거한 부대내규에 대하여, *Greer v. Spock*, *Brown v. Glines*, *Secretary of Navy v. Huff* 판결 등에서 각 합헌으로 판단하였다. 특히 *Brown V. Glines* 사건에서 공군기지 안에서 청원서를 돌리는 것은 사전에 기지사령관의 허가를 받아야 한다는 공군기지법은 군기확립이라는 정부이익을 위하여 필요하기 때문에 수정헌법 제 1 조 위반이 아니라고 판단했으며 (*Brown V. Glines*, 444 U.S. 348(1980)) 또한 *Parker V. Levy* 사건에서는 국가안보와 관련된 경우에는 표현의 자유에 대한 수정헌법 제 1 조가 군복무 중인 사람들에게는 달리 적용되어야 한다고 하면서 군인에 대한 가중된 기본권 제한을 인정하고 있다(*Parker V. Levy*, 417. U.S. 733(1974)).

5) 미국 수정헌법 제 5 조는 '누구든지 대배심에 의한 고발이나 기소에 의하지 아니하고는 사형(capital crime) 또는 파렴치한 범죄(infamous crime)로 처벌될 수 없다. 다만, 육군이나 해군, 전사 또는 공공의 안녕이 위태로운 때에 현역에 복무하는 민병대의 경우에는 이를 예외로 한다'고 규정하고 있다. 미국 일반시민에게 주어진 헌법상 권리의 하나인 대배심(grand jury)에 의하여 재판받을 권리인 미국 수정헌법 제 5 조가 군법피적용자에게는 적용되지 않는다는 헌법 수정 제 5 조가 명백하게 규정하고 있다. 즉, 군법피적용자에 대하여는 별도 기구인 군사법원에 의한 재판받을 것이 헌법상 예정되고 있음을 천명하고 있다.

체복무를 인정하고 있기 때문에 병역과 대체복무에 대한 법률은 그 소속원에 대하여 병역 또는 대체복무 기간 중에 말, 글 그리고 그림으로 자유로이 의사를 표현하고 전파할 기본권과 집회의 자유에 대한 기본권 그리고 다른 사람과 공동으로 청원 및 소원을 할 권리를 제한할 수 있도록 하고 있다.⁶⁾ 한편, 독일 기본법은 군통수권의 원활한 행사와 군내부의 독자적인 질서의 유지를 위해서 군인의 기본권 제한 규정을 별도로 두고 있다는 점은 그 조항에서 특별히 제한할 수 있도록 규정한 기본권(표현의 자유, 집회의 자유, 청원권) 이외에는 일반 국민들과 동일한 방식으로만 기본권의 제한이 가능하다는 것으로 해석할 여지도 있으나 일반국민과 구별되는 군인의 특수한 지위에 대한 헌법적 고려를 통하여 군통수권을 확고히 하고자 한다는 해석도 가능할 것이다. 특히 군인의 경우에는 일반국민에게는 아무런 제한이 없는 청원권과 소원권을 공동으로 행사할 수 없도록 하여 군무 이외의 집단행동에 대해서는 헌법상 권리구제 수단이라 하더라도 집단적으로 행사하지 못하도록 헌법에 명문으로 규정되어 있다는 점에서 이를 매우 강하게 규제하고 있다는 점에서 시사점이 있다고 할 것이다.

각국의 헌법체제하에서 각국 군인의 기본권이나 인권과 군대조직을 운용하는 통수권 체계와의 관계를 어떻게 설정하느냐의 문제는 각국의 헌법정책의 문제이고 헌법에 명시적 규정이 마련된 경우에는 그 헌법상의 규정을 통해 그러한 규정이 없는 경우에는 국방에 관하여 규정하고 있는 다른 헌법 규정들을 통하여 어떻게 통일적으로 이를 이해할 것인지의 해석과 판례를 통하여 군인의 헌법상의 지위를 규명하고, 군대 내에서의 군인의 기본권의 성격이나 제한을 헌법적으로 규명하는 것이 필요하다. 우리의 경우 군의 헌법상 지위에 대해서 일반적으로 정하고 있는 조항이 헌법 제5조 제2항이다. “국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수 된다”라는 이 규정은 군 또는 군인의 존재 의의가 국가안전보장과 국토방위의 의무 수행에 있음을 명확히 하고 있다. 이와 같이 군인의 존재 의의의 실현 과정은 정치적 중립성의 준수와 함께하는 것이어야 한다. 우리 헌법이 제86조 제3항의 “군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리로 임명될 수 없다” 및 제87조 제4항의 “군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무위원으로 임명될 수 없다” 등의 규정을 통하여 국무총리와 국

6) 기본법 제17조a(군인의 기본권제한) 제1항 병역과 대체복무에 관한 법률은 군대와 대체복무의 소속원에 대하여 병역 또는 대체복무 기간 중 말, 글 그리고 그림으로 자유로이 의사를 표현하고 전파할 기본권(제5조 제1항 제1문 전단), 집회의 자유에 관한 기본권(제8조) 그리고 다른 사람과 공동으로 청원과 소원을 할 권리가 부여되는 경우에는 청원권(제17조)을 제한하도록 규정할 수 있다.

무위원 등 최고위 임명직 공직자의 문민원칙을 규정하여 군인의 정치적 중립성을 특히 일반 공직자에 비해서도 더 강하게 요구하고 있는데 이는 결국 군인의 공무담임권 등의 여러 권리들이 특히 더 제한될 수 있음을 논증케 하는 하나의 근거가 된다 하겠다. 따라서 헌법 제5조 제2항에서 군인의 정치적 중립의무는 헌법 제7조 제2항에서 말하는 공무원의 정치적 중립성, 즉 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장 된다”는 그 정도보다 강한 요구이며 군인에게 이러한 일정한 의무를 부담하게 하는 것은 헌법정책적 측면에서 필요한 것이고 궁극적으로 군인의 기본권 제한의 결과를 초래하게 되는 것이다.

이와 같이 군인의 헌법상 지위와 의무는 크게 2가지로 대별하여 볼 수 있는데 그 하나는 국가안전보장과 국토방위를 위한 책무의 실현자로서의 지위이고, 또 다른 하나는 정치적 중립성을 지키고, 군대에 대한 문민통제를 통한 법치국가적 민주주의의 실현자로서의 지위이다. 그리고 이러한 두 가지 군인에게 부여된 의무는 군과 군인에 대한 법률의 내용을 규율하는 하나의 기준이 될 수 있을 것이다. 이러한 두 가지 중심축을 기조로 하는 우리 헌법 규정이 군과 군인에 관하여 정하고 있는 기본이 되는 규정은 군이 지니는 헌법상의 책무, 즉 국가의 안전보장과 국토방위의 책무 실현 및 이를 위하여 요구되는 정치적 중립성 등의 제 가치에 따른 일정한 정도의 권리 제한이라고 하겠다. 예를 들면 우리 헌법이 특히 군인이 갖는 그 책무에 기하여 군인에 대하여 일반 국민이나 공무원에 비하여 특히 더 제한을 하는 기본권으로 정하고 있는 국가배상청구권, 군인의 군사법원에서의 재판 관할과 관련된 재판청구권의 제한 등 헌법에서 군인의 기본권을 제한할 수 있는 것으로 볼 수 있다.⁷⁾ 이와 같이 군인의 기본권적 지위에 대해서 헌법은 몇 가

7) 우리 헌법은 군인의 재판청구권을 일반 국민은 물론이고 다른 공직자에 비하여서도 특히 더 제한하고 있는 바, 예를 들어 헌법 제27조 제2항은 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다”는 문언의 표현 형식을 사용함으로써, 군인 및 군무원의 군 생활 특히 영내에 있어서의 기본권 제한의 가능성이 존재함을 헌법상 인정하고 있다. 특히 헌법 제29조 제2항에서 제한하고 있는 국가배상청구권을 보아도 이는 추론된다. 즉 “군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다”고 하는 등의 이런 예는 공무원에 비해서도 군인의 기본권 제한의 정도가 더 넓다는 점을 인정하지 않을 수 없게 한다. 또 하나의 예로서 군인의 재판청구권 제한이 있다. 헌법 제110조 “① 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다. ② 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할한다. ③ 군사법원의 조직권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다. ④ 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다”가 그것이다. 이 조항에서 보듯이 우리 헌법은 다른 나라의 헌법 규정과는 확연히 다르게

지의 기본권에 대해서는 명문의 규정을 두고 있으므로 이를 구체적으로 정하기 위해서는 법률이나 관례의 입장을 검토하여야 할 필요성이 있다. 이 외에 어떤 범위에서 어느 정도의 기본권이 일반 국민에 비하여 특히 더 제한되는냐에 관해서 정한 일반 규정은 없지만 위의 헌법 규정으로 보아 군인에 대한 특별신분관계 등을 따져 특히 더 제한될 수 있는 기본권의 내용 등은 헌법 제37조 제2항 등의 요건을 따져 이를 판단하면 될 것이다.

나. 미국에 있어서 군인의 표현의 자유 제한 사례

미국 국방부 지침⁸⁾은 군의 특수성으로 인하여 군인의 표현의 자유는 일반 국민의 경우보다 광범위한 제한을 받으며, 특히 군부대 안은 지휘관이 전면적으로 용인하는 등 특별한 사정이 없는 한 군인·일반국민 여부를 불문하고 표현의 자유를 행사할 수 있는 공공포럼⁹⁾으로 볼 수 없다. 결국, 군부대는 일반사회에 존재하는 공공장소로서 “공공포럼”의 기능을 수행한다고 할 수 없으며, 이는 일반인인지 군인인지 여부와 무관하며, 군부대내 표현의 자유 및 유인물의 배포 등의 자유는 결국 일반사회에 비하여 크게 제한받는다 하더라도 당연히 위헌이라 할 수 없

일반법원의 조직 체계와 달리 ‘군사법원’의 제도를 인정하고 있다. 우리 헌법의 이 군사법원 관련 규정들은 특히 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다 함으로써 군사법원의 행사가 일반 사법권에 비하여 가지는 독자성의 특성을 명시하고 있다.

8) Department of Defense Directive 1325.6(1969). Department of Defense Directive 1325.6(1996) 참조. 해당부분의 내용은 대동소이하며 또한 Department of the Navy OPNAV Instruction 1620.1B (1999)도 동일한 규정을 두고 있다.

9) 미국 수정헌법 제1조와 관련하여 “공공포럼”개념이 있다. 공공포럼이란 역사적으로 공중의 이용을 위해 신택된 것으로 여겨지는 장소로서, 일반 시가지와 공원 등 집회, 시민 상호간 생각의 공유 및 공공문제에 관한 토론을 위해 사용되는 곳을 일컫는다(“Public forums”, for purposes of the First Amendment, are streets and parks which have immemorially been held in trust for the use of the public and have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions”; *People v. DeRossett*, 237 Ill. App.3d. 3d 315, 178 Ill. Dec. 244, 604 N.E.2d 500(4th Dist. 1992)) 정부가 표현행위를 위한 장소로서 공중에 개방한 공공재산은 제한적 공공포럼(limited public forum)으로 보며, 표현 또는 비표현행위를 위하여 설치되었으나 공중을 위한 무제한적 표현행위 장소로 지정된 바 없는 공공시설은 비공공포럼(nonpublic forum)으로 본다.

일반적으로 시가지, 공원 및 다른 공중장소는 정보전달 및 의견발표의 자유를 행사하기에 적절한 장소로서 공공포럼으로 인정될 수 있으며 공항, 교회, 학교부지 및 공공도로도 공공포럼으로 인정된 바 있다(“As a general rule, streets, parks, and other public places are proper places for the exercise of the freedom of communicating information and disseminating opinion”; *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921(7th Cir. 1975); *Mosley v. Police Dept. of City of Chicago*, 432 F.2d 1256(7th Cir. 1970), judgement aff’d, 408 U.S. 92, 92 S. Ct. 2286, 33 L. Ed. 2d 212(1972)).

을 것이다(Greer v. Spock 판결,¹⁰ Flower v. United States 판결¹¹). 특히 군인의 표현의 자유는 질서·군기유지 등 국가안전보장을 위하여 제한될 수 있으며, 제한의 범위는 원칙적으로 지휘관의 재량에 맡겨져 있으나, 재량은 국방성 및 각군 규정에 부합하도록 행사되어야 한다. 그러나 제한의 근거는 국방성 및 각군 규정 그 자체가 아니라 헌법이 전제로 하는 군의 특수성이므로, 지휘관의 조치가 규정의 범위를 벗어났다고 하여 당연히 위헌이라 할 수 없을 것이다. 국방성 및 각군 규정은 지휘관이 군의 충성, 군기, 사기에 영향을 명백한 위협이 발생할 수 있거나 군임무 수행에 현저한 장애가 발생할 경우 유인물의 배포에 대한 사전허가를 요구할 수 있다하여, 재량의 범위를 굉장히 넓게 규정하고 있다. 실제로 지휘관 조치의 목적이 정당하였다면 재량의 범위를 일탈하였다고 보기 어렵다 할 것이다.

Ⅲ. 이른바 특별권력관계의 방증들에 대한 비판적 견해

발제자가 지적한 바대로 군대에 관한 행정이나 군대의 조직에도 헌법과 법률에 의한 지배 또는 법치주의가 실현되어야 하고, 법률의 유보 없이 군인의 기본권을 제한하거나 군인에 대하여 사법심사가 이뤄지지 않는다는 이른바 전통적인 의미에서 특별권력관계이론은 우리나라의 군대에서도 적용되지 않는다는 점에 대하여는 같은 견해이다. 그러나 오히려 헌법상의 군에 대한 규정을 종합하여 보면, 군대 구성원에 대해서는 그 명칭을 특별지위나 특별신분관계나 특별행정법관계라고 하는 것과 상관없이 일반사회의 구성원과는 구별되는 특유의 내부의 질서와 권리의무 관계가 성립한다는 점에 대해서는 이론이 없으며, 과거의 법률유보가 인정되지 않는 특별권력관계는 아니지만 군인에 대하여 특별신분관계가 인정된다는 점에 대해서도 이론이 없다. 우리 헌법재판소도 후술하는 바와 같이 ‘군열차려 결정’¹²을 통하여 군인의 기본적인 헌법상 지위와 그 관계는 법과 규정 등의 규범에 반하지 아니한 상관의 정당한 명령에 대해서는 이에 복종할 의무가 있음을 확인함으로써, 기본적으로 자유로운 인격의 평등한 관계에 기초하고 있는 일반 국민 상호간의 관계에 비하여 군인의 기본권의 범주와 한계 등은 기본적으로 ‘명령·

10) Thomas U. Greer, Commander, Fort Dix Military Reservation, et al., Petitioners, v. Benjamin Spocket al. 424 U.S. 828, 96 S.Ct. 1211.

11) John Thomas Flower v. United States, 407 U.S. 197, 92 S.Ct. 1842, 32 L.Ed.2d 653(1972).

12) 헌재 1989. 10. 27, 89헌마56 결정.

복종'의 관계 내지 특수한 신분관계에 있음을 인정한 것으로 판단하는 등 판례¹³⁾와 통설은 군인복무관계를 특수한 신분관계로 보고 있다. 군에 대한 우리 헌법상의 여러 규정을 살펴보면, 군인에 대하여는 국가의 안보를 위하여 다른 어떤 기본권의 주체보다 더 많이 기본권이 제한이 될 가능성을 열어놓고 있다는 점이 우리 헌법의 올바른 해석이라고 생각된다. 따라서 발제자가 군인의 기본권에 관하여 헌법에서 규정하지 않고 있고 군복무와 관련한 각종 법령들의 내용이 헌법이나 상위법인 수권법의 범위 안에서 적정하지 못하고, 징계사유가 법률에 규정되어 있지 않고 각종의무위반에 대한 징계가 적정하지 못하고, 군사법원의 절차가 법치주의로부터 이탈하였으므로 적절하지 못하여 우리의 법제는 아직도 특별권력관계의 이론에서 헤어나지 못하고 있어서 위헌적이라고 주장하고 있는 부분들은 그 논의의 전제가 잘못된 것이라고 할 수 있다. 더 나아가 발제자가 구체적으로 위헌이라고 주장하고 있는 부분들에 대하여는 헌법상의 법리나 법령의 규정의 취지를 오해한 것으로서 보이며 다음과 같이 반론할 수 있다고 할 것이다.

IV. 군인사법 제47조의2 등의 위헌성에 대한 반론

1. 군인사법 제56조의 위헌성

발제자는 군인사법이 위헌이라는 근거로서 군인사법 제56조는 포괄적으로 군인에 대하여 작위의무를 위반한 때에는 징계하도록 규정하고 있으며, 직무의무위반 여부를 판정하는 데에 군인법과 군인사법 제47조의2에 근거한 군인복무규율상의 제 의무를 기준으로 삼고 있는 바, 징계사유는 본질적으로 모두 법률에 규정되도록 하여야 하고, 이를 하위 법령에 구체화 한다고 하더라도 그 금지사항의 범위와 내용, 징계조치의 정도가 규정되어야 하고, 어떠한 경우에도 그 내용이 헌법이나 상위법의 취지에 부합해야 한다고 주장하면서 군인사법 제47조의2는 군인의 신분을 완전하게 박탈할 수 있게 하거나 군인 신분에 결정적 불이익을 줄 수 있

13) '군무 외의 집단행위'를 금지한 군인복무규율 제38조는 헌법 제39조, 국군조직법 제6조, 제10조 제2항, 군인사법 제47조, 제47조의2의 각 규정에 근거하여, 군인의 기본권을 제한하고 있는 규정으로 보아야 할 것이며 이는 특수한 신분관계에 있는 군인에 대하여 국방목적 수행상 필요한 군복무에 관한 규율로서 그 규제가 합리성을 결여하였다거나 기본권의 본질적인 내용을 침해하고 있다고 볼 수 없으므로 이를 위헌 또는 무효의 규정이라고 볼 수 없다고 한 대법원의 판결 참조(대법원 1991. 4. 23. 90누4839 판결).

는 기본권 제한사유나 징계사유를 구체적인 범위를 정하지 않고 위임한 백지위임으로서 헌법 제75조의 포괄금지원칙에 위배된다고 주장하므로 이에 대하여 살펴보자.

군인사법 제56조14)는 징계사유를 직접 규정하고 있을 뿐 이를 하위법령에 위임하고 있는 규정형식을 취하고 있지 않다. 즉 이는 위임입법의 형식을 취하지 않고 있으므로 이를 두고 헌법 제75조의 포괄위임입법의 금지에 위배 또는 백지위임이라고 주장하는 것은 위임입법의 형식을 오해한 것에서 비롯한 것이라고 할 수 있다. 이는 징계에 관한 위임규정인 군인사법 제61조(위임규정)가 징계사유는 적시하고 있지 않은 점에서 의심의 여지없이 분명하다고 하겠다. 이 규정에서는 대통령령에 위임하고 있는 사항으로 징계위원회 및 항고심사위원회의 구성·운영과 징계 및 항고절차, 그밖에 징계처분의 시행 등을 위하여 필요한 사항으로 한정하고 있다. 아마도 발제자가 주장하고자 하는 바는 군인사법 제56조의 제3호의 징계사유인 “이 법(군인사법)과 이 법에 의한 명령에 위반한 때” 중 후단의 징계사유는 결국 군인복무규율상의 의무위반을 의미하는 것이므로 징계사유를 대통령령으로 규율하고 있는 것은 위헌이라는 취지로 이해된다. 그러나 이러한 견해도 동의하기 어렵다. 징계사유를 법률에서 빠짐없이 규정하는 것이 바람직하다고 할지 모르나 이는 가능하지도 않고 필요하지도 않다. 특히 사회현상의 복잡 다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 모든 법규를 예외 없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에 법 현실의 변화나 전문적 기술의 발달에 즉시 대응하여야 할 필요 등의 사정이 있는 경우에는 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법으로 규율하도록 하는 것도 필요한 것이다.¹⁵⁾ 또한, 형사처벌 사유가 아닌 징계처벌사유를 대통령령인 군인복무규율 위반까지 확대하고 있다고 하여 이것이 헌법에 위반되었다고 하는 것은 타당하다고 할 수 없다. 특히 발제자는 비판적 시각을 전개하기에 앞서 이것이 헌법의 어떤 조항에 위배되었다는 것인지를 적시하는 것이 필요할 것이다.

14) 군인사법 제56조 “법 제58조에서의 징계권자는 군인이 다음 각호의 어느 하나에 해당되게 하는 때에는 징계의결의 요구를 하고 …생략… 1. 직무상의 의무를 위반하거나 직무를 태만히 한 때, 2. 직무의 내외를 불문하고 품위를 손상하는 행위를 한 때, 3. 그 밖에 이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반한 때”

15) 헌재 1996. 6. 26, 93헌마2 결정; 헌재 1998. 7. 16, 96헌바52 등 결정 참조.

2. 군인사법 제47조의2와 포괄위임금지의 원칙 (군인복무규율의 諸규정과의 관계)

발제자는 군인복무규율은 대체로 군인사법의 범위 내에서 군인의 의무를 설정해야 하는데 군인복무규율은 군인사법이 규정하지 않은 새로운 사항에 대하여서도 규정하고 있으므로 이는 포괄위임입법금지원칙에 반한다고 주장하므로 살펴보기로 하자(발제자는 새로운 사항에 대하여는 적시하지 않고 있으나 군인복무규율상 여러 의무 규정을 염두에 두고 있는 것으로 본다).

발제자가 주장하는 새로운 사항이라고 주장하는 것은 모두 군인사법 제47조의2에서 말하는 군인의 복무에 관한 것으로 전혀 새로운 사항이 아니고 군인의 복무에 관한 태양이나 형식을 모두 법률에서 의율하는 것은 입법기술상 불가능할 뿐만 아니라 법령의 개폐가 자유로운 대통령령의 형식으로 규율하는 것이 더 타당하다는 입법자의 의도를 고려한 것으로 헌법상 문제될 것이 전혀 없다. 즉, 군인사법 제47조의2는 군인의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건의 특수성을 고려하여 그 임용·복무·교육훈련·사기·복지 및 신분보장 등에 관하여 국가공무원법에 대한 특례(동법 제1조) 중 최소한을 군인사법으로 규율하고, 군인의 복무에 관한 세부적 사항은 현실의 변화에 대응하여 유연하게 규율하기 위해 군의 최고통수권자인 대통령(헌법 제74조 제1항)이 발령하는 시행령으로 규율하는 것이 타당하다는 데에 위임의 취지가 있다.¹⁶⁾ 또한 대통령령인 군인복무규율 제1조(목적)에서도 이를 이어 받아 ‘이 영은 군인사법 제47조의2의 규정에 의하여 군인의 복무 기타 병영생활에 관한 기본사항을 규정함을 목적으로 한다’고 하여 군인복무규율상의 여러 가지 의무조항은 군인의 복무에 관련된 의무사항으로서 상위 법령의 근거를 가지고 있다. 따라서 모법의 근거가 없는 전혀 새로운 사항에 대하여 규정한 것이 아님을 유의하여야 할 것이다.

헌법재판소는 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 예측가능한지 판단함에 있어 개별위임조항 하나만이 아니라 관련 법조항 전

16) 군인사법 제47조의2는 1966. 10. 4. 법률 제1837호로 개정된 이후로 다른 조항들의 개정과 상관 없이 유지되고 있는데, 이처럼 동 조항이 42년 넘게 유지되고 있는 사실은 그만큼 우리 입법자의 의사가 확고하다는 점을 간접적으로 증명한다. 이와 같은 취지에서 군인사법의 여러 조항들에서 대통령령에 위임입법을 하는 예가 많다. 군인사법 제47조의2의 위임을 받아 군인복무규율이 규율하고 있는 군인의 복무에 관한 사항으로는 직무유기 및 근무지 이탈 금지(군인복무규율 제12조), 영리행위 및 겸직 금지(제16조), 정치적 행위의 제한(제18조), 군인의 상관에 대한 복종의무(군인복무규율 제23조 제1항) 등이 그 예이다.

체를 유기적·체계적으로 심사하여 판단하여야 한다고 판시하고 있다.¹⁷⁾ 관련 법 조항에는 당해 법률의 다른 조항만을 의미하는 것이 아니라 관련 법규의 내용도 포함될 수 있다. 군인사법은 군인의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건의 특수성을 고려하여 그 임용·복무·교육훈련·사기·복지 및 신분보장 등에 관하여 국가공무원법에 대한 특례를 규정함을 목적으로 하는 것으로서(군인사법 제1장), 군인의 계급 및 분과(동법 제2장), 복무(동법 제3장), 보임(동법 제4장), 권리 및 의무(동법 제8장), 징계(동법 제10장) 등에 관하여 자세히 규정하고 있으며 특히 동법 제47조는 군인의 충성의무와 성실의무에 대하여 규정하고 있다. 따라서 동법 제47조의2에 의하여 제정된 군인복무규율의 개별적 조항들이 위임의 범위 내에 있는지 여부의 문제는 군인사법의 목적, 관련 개별 조항, 특히 동법 제47조의 충성과 성실의 의무 및 헌법, 국군 조직법, 병역법, 군형법 등 군 관련 법률들로부터 충분히 예측가능한 것인지와 관련되며 충분히 예측가능하다. 만일 발제자의 주장대로 군인사법과 군인복무규율 간의 관계가 문제가 된다면 우리 입법의 대부분이 이에 해당한다. 예를 들어 국가공무원법 제67조의 입법형식도 “공무원의 복무에 관하여 필요한 사항은 이 법에 규정한 것 외에는 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다”는 위임규정을 두고, 위 위임규정을 근거로 하여 대통령령으로서 ‘국가공무원복무규정, 경찰공무원복무규정, 재외공무원복무규정, 소방공무원복무규정’ 등으로 해당공무원의 복무에 관한 사항을 규정하고 있다 그러므로 군인사법에서 대통령령에 규정될 군인복무규율의 내용 및 범위를 예측할 수 있도록 구체적이고 명확하게 위임하고 있지 않아 포괄위임금지원칙에 위배된다는 주장은 수용하기 어려운 지나친 주장이라 하겠다.

참고로 부언한다면 군은 항상 전시를 상정하고 있고 전시에는 정상적인 입법 기능이 발휘될 수 없으므로, 행정입법으로 규율할 필요성이 크고,¹⁸⁾ 군 복무는 규율대상이 다양하고 변화무쌍한 것이 사실이고 따라서 위임의 구체성이나 명확성 요건이 완화될 수 있다고 보는 것이 더 타당하다고 본다.¹⁹⁾

이상을 종합할 때 군인사법 제47조의2는 합리적 이유를 갖는 타당한 규율이며, 동 조항이 포괄위임금지원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로 군인복무규율의諸 규정이 모법의 근거가 없어 위헌·위법하다는 주장은 타당하지 않다.

17) 헌재 1991. 7. 8, 91헌가4 결정 참조.

18) 헌법 제76조 긴급처분·명령권, 제77조 계엄선포와 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

19) 헌재 2002. 12. 18, 2001헌바52 결정 참조.

VI. 기타 군인복무규율의 개별 규정 검토

1. 외부진정금지의 위헌성에 대한 반론

발제자는 군인복무규율 제25조 제4항과 관련하여 군인은 복무와 관련된 고충사항을 진정, 집단서명 기타 법령이 정하지 아니한 방법을 통하여 군외부에 해결을 요청하여서는 아니 된다는 규정은 모법인 군인사법 제51조의3(고충처리)으로부터 수입된 규정이지만, 명백한 금지 규정은 법률에서 정해야 할 사항이지 대통령령에서 정할 수 있는 사항이라고 해석되지 않으므로 수입입법의 한계를 일탈한 것으로서 위헌 위법이라고 주장한다.

그런데 이 조항은 군인의 고충처리 방법에 관한 것으로서 고충처리절차의 진행을 규제하려는 것이 그 주된 입법의 취지가 아니고, 일반적으로 고충처리 자체를 금지하는 규정도 아니다. 즉 군인의 경우 군인의 복무와 관련된 고충사항을 진정, 집단서명 기타 법령이 정하지 아니한 방법을 금지하는 것은 상명하복 등 명령복종관계를 그 특징으로 하는 군조직에 있어서 군인들이 집단으로 서명하는 것은 지휘권에 대한 도전이나 항명으로 비춰지게 되어 군조직을 보호하고 지휘권에 대한 도전으로 발전하는 것을 방지하기 위한 필요성에서 고충처리의 방법을 규율한 것으로 이를 반드시 법률에 규정할 필요가 없을 뿐만 아니라 기술적인 것이라고 보아서 상위법의 근거가 반드시 필요한 것인지도 의문이고 또한 전술한 바와 같이 군인복무규율 제25조 제4항의 ‘군인이 복무에 관련된 고충사항’은 군인사법 제47조의2의 위임규정인 ‘군인의 복무’에 관한 사항에 포함되어 위임의 근거가 없다고 볼 수도 없다. 또한 “법령이 정하지 아니한 방법”의 진정한 의미는 합법적인 방법을 통하여 고충처리절차를 개시하여야 한다는 것을 명확히 한 것이고,²⁰⁾ 여기에 적시된 ‘법령’의 의미를 발제자의 주장처럼 군인사관계법령에 제한하여 협의로 좁게 해석할 근거도 없고, 청원권이나 재판청구권 행사와 관련된 모든 법령이 포함된다고 할 것이므로 하위 법령이 상위 법령의 규정을 배제하여 위헌이라는 발제자의 주장은 존재하지 않는 상황을 가정한 것으로 타당하지 않다고 할 것이

20) 독일 헌법재판소의 판례에 의하면 청원을 통하여 “법률로 금지된 것을 주장”하거나 청원이 “모욕적, 도발적 또는 협박적인 내용을 포함하고 있는 경우 그 청원은 부적법하다고 한다(E 2, 225/229). … 즉 한편으로는 법적으로 금지된 행태가 청원의 형식을 띠고 하여 적법하게 되는 것은 아니다. 그러므로 형법에 위반되는 청원은 제17조(청원권)에 의하여 보호받지 못한다(독일기본권 개론, 헌법재판소, 334면).

다. 또한 대한민국의 사병도 최근 인권위에 제소를 하여 인권위관계관이 부대를 방문하고 상담을 하고 그 결과를 부대의 지휘관에게 고지하는 등의 사례가 있었다. 또한 전술한 바와 같이 독일 기본법이 집단적인 청원이나 소원을 명시적으로 금지하고 있는 태도에 주목할 필요가 있다.

2. 의견건의제도의 위헌성에 대한 반론

발제자는 군인복무규율 제24조(의견의 건의)는 상위법에 근거가 없어서 수임명령의 한계를 벗어나 위헌이라고 주장한다.

그런데 부하인 군인이 군에 유익하거나 정당한 의견이 있는 경우에 지휘계통에 따라 단독으로 상관에게 건의할 수 있다(제1항 전문)는 규정의 내용은 전술한 바와 같이 군인사법 제47조의2에서 말하는 ‘군인의 복무에 관한’ 것으로서 이미 군인사법 제47조의2에서 법률로 대통령령으로 위임하고 있음을 간과한 것으로서 발제자의 주장내용이 타당하지 않다.

참고로 군인복무규율 제24조를 규정하게 된 취지는 군대내 문제를 외부에 제기하라는 것이 아니고 “부하는… 지휘계통에 따라 단독으로 상관에게 건의할 수 있다”라고 규정하여 자체적으로 해결하도록 하여 지휘권 차원에서 해결을 도모하여 군대의 기능수행력을 보장하기 위한 것이다. 또한 이를 거치지 않는(이는 군인복무규율 제25조 제4항의 법령이 정하지 아니한 방법에 해당하게 될 것이다) 방법으로 외부에 (언론 등 기관에 곧바로) 의존하여 해결하려는 것은 지휘명령복종관계의 지휘권을 흔들 수 있는 위험성이 있으므로 이를 제거하기 위한 군의 특수성을 고려한 이 규정은 지극히 타당한 입법이라고 할 것이다. 이 조항의 법문의 마지막표현이 ‘할 수 있다’고 규정하여 군인의 권리를 보장하기 위한 것으로 해석될 여지도 없지 않으나, 이는 경우에 따라서는 의무가 될 수도 있다고 할 것이다. 예를 들어 상관의 명령이 법규에 위반한 것이거나 주어진 사정 하에서 국익을 침해할 우려가 큰 경우에는 그 수명자인 부하는 상관에게 필요한 유익한 건의를 하여야만 할 것이다. 이는 군인의 충성의 의무에서 도출된다.

또한 ‘군인=폐쇄적 집단’이라는 발제자의 주장은 오해에서 비롯된 것으로 보인다. 군조직은 기무, 헌병, 법무와 같은 군사법기관, 상급 지휘관, 감찰기능, 국회의 국정감사, 인권상담관의 운영 등을 통한 견제와 감시기능이 잘 작동되고 있는 곳이다. 특히 인터넷 문화의 보급은 군을 더욱 더 투명하고 밝은 곳으로 만들고 있다. 다만 독일과 같은 움브즈만 제도의 도입이 남북한이 현재 대치하고 있고 평

화의 상태도 아닌 정전의 상태에 있는 우리 군의 현실상 과연 최선인지에 대하여 신중한 검토가 필요하다고 판단된다.

3. 사적 제재와 원인제공행위 금지(제15조 제 1 항)의 비판에 대한 반론

발제자는 원인제공행위는 법률적 의미가 명료하지 않고 원인제공금지(제15조 제 1 항)는 구타나 가혹행위의 법적 책임을 추궁하는 것과 무관한 것인데도 행위와 원인을 동등시함으로써 가혹행위에 대한 책임을 회색시키고 일종의 쌍벌주의를 조장함으로써 가혹행위의 피해자가 이를 공개적으로 문제화하는 것을 억압함으로써 사실상 구타 등 가혹행위는 상관에 의하여 이뤄진다는 현실을 고려할 때 상관을 편드는 규정일 뿐만 아니라 구타 가혹행위를 인권침해의 관점에서 접근하는 대신에 전적으로 부대의 질서유지, 즉 지휘권의 차원에서 취급하는 데에서 비롯된 것이라고 비판한다.

그런데 군인복무규율은 병영생활을 규율하기 위한 것이고 군대의 존재목적은 국가안보를 위한 조직으로 강한 전투력을 유지하여야 하는 바, 건강한 전투력은 구타와 가혹행위 등이 없는 건강한 조직에서 군기와 사기가 살아 있는 부대에서 나오는 것이므로 동 조항의 취지도 또한 부대의 질서유지와 지휘권을 보장하기 위하여 병영내에서 이러한 불미스러운 일이 발생하지 않도록 하기 위한 것이다. 즉, 사적인 제재를 일으킬 수 있는 행위를 하여서는 아니 된다는 규정은 가해자와 함께 피해자를 벌하려는 취지라기보다는 모든 군인이 품위 있게 행동하고 타부대원들과의 관계에서 타인에게 해를 끼치는 행동을 하지 않도록 하는 주의적·훈시적 규정으로 화평한 가운데 군생활을 하기 위한 차원에서 둔 규정이라고 보아야 한다. 이런 규정의 존재가 하급자가 아닌 상관만을 편향되게 보호하기 위한 것이라는 해석은 지나친 해석이라고 할 것이다. 결국 발제자의 주장처럼 피해자인 하급자가 쌍벌주의 조장을 통한 피해자의 공개 이슈화를 방해한다는 주장은 군사법의 운영의 현실을 오해한 것으로 타당하지 않다.

4. 기타 정치적 행위의 제한(18조) 조항에 대한 비판에 대한 반론

발제자는 정치적 행위의 제한(18조), 집단행위금지(제13조 제 1 항), 사회단체금지(제13조 제 2 항)규정들이 포괄적이고 일반적 행동의 자유의 본질을 침해하는 규정이고, 군인복무규율은 전체적으로 지휘관들이 원하는 것 모두를 조문화하는 것

으로서 군인복무규율은 법의 지배가 아니라 군기에 의한 압제를 정당화하고 있다고 주장한다.

그런데 군인의 정치적 행위의 제한이나 집단행위 금지 등은 군인의 헌법상 정치적 중립의무를 실현하기 위한 구체적인 입법으로서 군인의 이러한 일반적 행동의 자유에 대한 제한의 방식은 헌법과 법률에 의한 것으로서 전혀 포괄적이지 않고도, 헌법에 위배되지 않고, 군인은 특수한 신분관계에 놓여 있을 뿐만 아니라 헌법상 군통수권의 행사의 대상자로서 대법원이 실시²¹⁾한 바와 같이 국방의 의무에 기초하여 여러 가지 기본권의 제한이 당연히 예정되어 있다는 점에서 발제자가 위의 규정이 군기에 의한 압제를 정당화하고 있다는 식의 표현은 너무 편향된 시각으로서 균형 감각을 잃은 주장일 뿐만 아니라 우리 군대에 대한 헌법과 법률, 판례를 오인한 것에 기초한 주장으로서 타당하지 않다고 할 수 있다.

5. 군인복무규율은 모두 의무규정이라는 점에 대한 반론

발제자는 군인복무규율 제 2 장 제 1 절에서는 주로 군인의 의무를 많이 규정하고 있다. 즉 제 6 조(충성의 의무), 제 7 조(성실의무), 제 7 조의2(국민에 대한친절의무) 제 8 조(정적의 의무), 제 9 조(품위유지의무), 제 10조(비밀엄수의무), 제 10조의2(전쟁법준수의무), 제 11조(청렴 및 검소의무), 제 11조의2(환경보전의무), 제 12조(직무유기 및 근무지 이탈금지), 제 13조(집단행위금지), 제 14조(직권남용금지), 제 15조(사적제제의 금지), 제 16조(영리행위 및 검직금지), 제 16조의2(불온표현물 소지 전과 등의 금지), 제 18조(정치적행위의 제한)가 그 예들이다. 그런데 이러한 의무규정은 헌법상의 국방의 의무를 이행하거나 공무원이나 군인의 의무와 관련된 조항을 보다 구체화한 것으로서 모두 합헌적인 것들이며 군인의 기본권을 침해하기 위한 목적의 조항들도 아니다. 또한 군인복무규율이 의무만 규정을 하고 있는 것이 아니고 제 3 절에서는 고충처리(제 25조)나 종교생활의 보장(제 30조), 제 5 장에서 휴가(제 39조-제 40조), 국외여행(제 41조), 외출 외박(제 42조) 등 권리에 대해서도 규정하고 있다는 점도 유의할 필요가 있으며 기타 권리에 대하여는 군인사법 제 8 장(권리 의무)이나 군인사법시행령 제 7 장(권리의무) 등에서 이미 규정하고 있고, 특별법인 군인연금법과 군

21) 우리 대법원은 “헌법 제 39 조는 모든 국민은 법률이 정한 바에 의하여 국방의 의무를 진다고 규정하고 있는 바, 이는 국방의 개념이나 이를 담당하고 있는 군의 조직, 속성 등에 비추어 그 규정 자체가 군의 구성원에 대하여 필요한 범위의 기본권을 전제로 하고 있다고 보아야 할 것”이라고 판시하여 군의 구성원에 대하여는 기본권의 제한은 헌법상 정당하다는 것을 인정하고 있다(대법원 1991. 4. 23. 90누4839 판결).

인보수법 등을 통하여 급여 및 연금을 받을 권리를 보장하여 주는 등 군인의 권리에 대하여서 상위법령 또는 다른 법령으로 보장하여 주고 있으므로 군인복무규율에서는 군인이 복무 기타 병영생활을 규제하려는 것이 주된 목적이므로 이와 같은 헌법구체화 의무조항이 많이 존재한 것을 두고 의무에 편향된 규정이라고 폄하하는 것은 균형잡힌 시각이라고 할 수 없다.

VII. 군사법원 운영의 위헌성 주장에 대한 반론

한국의 군사법원 제도가 헌법상 위헌적 제도라는 주장은 결코 타당하다고 할 수 없다.²²⁾ 한국식 군사법원 제도는 형식적으로 군통수권자인 대통령을 정점으로 한 국군조직에 소속되어 있으면서 사법적 판단과 관련해서는 대법원의 통제를 받는 형식을 가지고 있다. 이는 우리 군사법원 제도가 미국식 제도를 계수한데 따른 특성이다. 그 결과 군사법원의 운영에 있어서 군 통수계통의 주요 지휘관들이 관할관으로 재판절차에 개입하도록 되어 있고 재판부를 구성함에 있어서도 변호사 자격이 없는 일반 장교가 심판관으로 재판부 구성에 관여하게 된다. 그러나 이러한 한국적 군사법원 제도는 헌법상의 명문의 근거가 있는 것으로서 지극히 합헌적인 것이다.²³⁾ 군사법원이 헌법전의 법원편에 편제되어 있음에도 군사법원을 군에 설치한 것은 위헌적이라는 견해가 있을 수 있으나 이는 우리 군사법원 제도의 역사와 그것이 헌법전에 편입되게 된 경위와 그 필요성 등에 대하여 잘 이해하지 못한데서 연유된다. 군사법원이 국군조직 내에 설치된다고 하여 헌법에 위배된다고 할 수 없다.²⁴⁾ 헌법재판소도 구 군사법원법 제 6 조 등 위헌 소원사건(93헌바25)에서 ‘헌법이

22) 한국 최초의 군사법제도에 대하여 규정한 국방경비법은 미국의 지휘관 중심의 군사법제도를 모방하여 도입하여 운용하다가 군법회의에 대한 헌법상 근거가 없다는 위헌시비를 해소하기 위하여 군법회의를 1954년 2차 헌법개정시 헌법상의 명문규정으로 도입하게 되었다. 그런데 군법회의를 미국과 같이 의회편에 규정하지 아니하고 헌법 제83조의2로 헌법상의 법원편에 편제함으로써 군법회의는 명실상부한 사법부소속의 일반법원에 대응하는 법원의 한 종류가 되고, 헌법상의 사법기관적 성격을 보유하게 되었다. 그 후 1962년 법률 제1004호로 국방경비법이 폐지되고 군법회의법으로 제정되어 개편되는 과정에서 실제적인 측면에서는 미국의 제도가, 절차적인 측면에서는 대륙법 계통을 수용한 혼합형의 군사법제도가 채택되어 군법회의의 사법기관성이 강조되었고, 군사법원법 시대에서는 관할관의 영장발부권한도 군판사에게로 이양되어 오늘날의 군사법제도의 기본구조가 되었다.

23) 고석, “한국군사재판제도의 성립과 개편과정에 관한 연구”, 서울대 박사학위논문, 335면 참조.

24) 군사법원의 설치를 헌법에서 군내에 설치해야 한다는 명시적인 규정은 없었지만, 군사법원의 연혁과 현행 군사법원법 제 6 조는 특별법원으로서의 군사법원의 정체성을 반영하여 군사법원을 장관급 장교가 지휘하는 부대에 설치한다는 점에 대하여 명백하게 규정하고 있다. 이와 같이 현

군사법원을 특별법원으로 설치하도록 허용하되 대법원을 군사재판의 최종심으로 하고 있고 구 군사법원법 제21조 제1항은 재판관의 재판상의 독립을, 같은 조 제2항은 재판관의 신분을 보장하고 있으며 또한 같은 법 제22조 제3항, 제23조 제1항에 의하면 군사법원의 재판관은 반드시 일반법원의 법관과 동등한 자격을 가진 군판사를 포함시켜 구성하도록 하고 있는바, 이러한 사정을 감안하면 구 군사법원법 제6조가 일반법원과 따로 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하였다든 사유만으로 헌법이 허용한 특별법원으로서 군사법원의 한계를 일탈하여 사법권의 독립을 침해하고 위임입법의 한계를 일탈하거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조의 평등권을 본질적으로 침해한 것이라고 할 수 없다'고 판시하여 군사법원을 군에 설치하였다는 이유로 위헌이라고 할 수 없다고 판시했다.²⁵⁾

헌법상 특별법원으로서의 군사법원을 해석할 때에는 특별법원의 의미에 대한 통설적인 입장은 헌법과 법률이 정한 법관이 아닌 자에 의한 재판을 하는 법원을 의미하거나 최종심을 대법원으로 하지 아니한다는 의미에서 법원의 의미로 받아들여지고 있다. 전자의 의미, 즉 헌법과 법률이 정한 법관이 아닌 자에 의한 재판을 하는 법원이라는 의미에서 군사법원의 재판부 구성원은 헌법과 법률이 정한 법관이 아니어도 되므로 비법률가가 참여하여도 상관이 없다. 따라서 재판관이 법률에 의한 법관자격이 아닌 구성원이 재판부의 일원으로 참석하여도 문제될 것이 없다는 의미에서 헌법상의 법원의 구성원리로서의 전문성·민주성·독립성의 원리가 반드시 동일하게 요구되는 법원은 아니라는 해석이 가능하다.²⁶⁾

행 군사법원법이 군사법원을 군내에 설치하게 된 이유 또한 군의 헌법상 조직과 관련된 체계적 지위에서 찾아야 한다. 군은 정부조직법, 검찰청법, 경찰법 등의 법률에 의한 검찰청, 경찰청과 같은 법률상의 기관과 달리 헌법상의 기관이다. 헌법 제5조 제2항은 국군의 사명과 정치적 중립성을 선언하고, 제4장 정부의 제1절 [대통령]편의 제74조는 대통령의 국군통수권과 국군의 조직, 편성의 법률주의를 규정하고 있다. 이는 다른 행정 각 부의 설치, 조직의 법률주의가 같은 장 제2절 행정부 제3관 제96조에 위치하고 있는 것과 대비된다. 이에 따라 군은 이미 정부 조직법과 별도의 국군조직법에 의하여 조직 편성되어 있다. 또한 군은 군사기관(군사조직)으로서의 지위와 행정기관으로서의 지위를 함께 갖는 이중적인 특별 군사 행정 기관이라 할 수 있다. 즉, 행정권의 지휘계통과 통치행위로서의 군 통수계통에 동시에 놓여 있으나 헌법상 후자가 보다 본질적인 군의 지위라고 할 수 있다. 이에 반해 정부조직법 등에 의해 군 조직에 부여된 행정권한은 부가적인 것이라 할 수 있다. 그래서 군사법원의 헌법적 정체성을 평가함에 있어 먼저 이러한 국군의 헌법상 지위, 즉 헌법적 국가기관, 군사기관, 전·평시 국가를 대표하는 국제법상 기관으로서의 지위를 고려할 필요가 있으며 이러한 헌법상의 기관인 국군의 유지를 위해서는 군사법원을 군에 설치하여 운용하는 것이 더 합리적이고 합헌적일 것이라는 입법자의 결단이 합리성이 결여되지 않는 한 존중되어야 한다.

25) 헌재 1996. 10. 31, 93헌바25.

26) 또한 후자의 의미, 즉 최종심을 대법원으로 하지 아니하여도 된다는 법원의 의미는 군통수권자나 이로부터 군정권을 위임받아 행사하고 있는 각 군 총장 이하 각급 부대 관할관이 관여한 재판에는 자신들의 지휘권을 위하여 행한 조치가 포함되어 있어서 이를 존중하여 주고, 가능한 한

이와 같이 우리의 군사법원 등 군사법제도는 미국의 제도를 모범으로 하여 규율하고 있는 바, 미국의 연방대법원은 *Dynes v. Hoover*. 61 US(1859) 판결에서 ‘군사법제도는 미합중국 헌법 제3조의 의미에 있어서 사법제도가 아니다’라고 판시함으로써 군사법제도의 헌법적 근거는 사법부에 대하여 규정하고 있는 헌법 제3조가 아님을 분명히 하였다.²⁷⁾ 또한 미국의 군사법제도는 지휘관에게 한국의 지휘관에 비하여 훨씬 강력한 권한이 인정되고 있다. 또한 우리의 관할관은 미국의 재판 소집권자(*convening authority*)에 해당하는 것으로서 우리 헌법재판소에서 합헌으로 결정한 바 있고, 관할관에 대한 비판은 수용할 수 없다. 더 나아가 고등군사법원에서는 심판관이라는 비법률가 아닌 3인의 군관사만으로 재판이 가능하다.

VIII 군에 대한 헌법적 통제가 안 된다는 주장에 대한 반론

우리 헌법재판소는 전술한 바와 같이 군사법제도에 대한 헌법적인 판단을 하여 이미 합헌으로 판단한 바 있으며, 열차려와 관련된 군인의 명령에 불복종한 자에 대한 기소유예처분과 관련²⁸⁾ 하여 군검찰권의 불행사에 대한 헌법소원을 통하

사법부의 최고기관인 대법원도 적극적으로 이에 대하여 간섭하지 않겠다는 의미로 받아들일 수 있다. 전이나 비상계엄하에서는 단심제가 허용되고 있는 것도 이와 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 이것은 곧 헌법상의 권력분립주의의 표현인 것이다. 만약에 이렇게 보지 않고 헌법 제110조의 특별법원으로서의 군사법원에서의 법원의 의미를 일반 법원에 대응하는 재판작용을 의미하는 사법기관으로만 파악하는 경우, 현행의 지휘관 중심의 군사법제도는 군사법원의 헌법적 구성원리인 전문성·민주성·독립성이 확보되지 못하여 현행 헌법의 체계 하에서는 존재할 수 없는 위헌적인 제도라는 비판이 있을 수밖에 없을 것이다.

27) 우리와 달리 미국 헌법은 사법부에 대하여 규정하고 있는 연방헌법 제3조에서 군사법원에 대하여 명시적으로 규정하지 않았다. 반면, 미국 연방헌법 제1조는 ‘국회는 육군을 양성하고 지원할 권한을 갖는다. 단, 이에 대한 국회의 예산은 2년보다 더 장기일 수 있다. 또한 의회는 해군을 지원하고 유지할 권한을 갖고 있으며 지상군과 해군을 지휘할 규정을 만들 수 있다’고 규정하여 군사법원에 대하여 직접적, 명시적인 규정은 없지만 의회가 군에 대한 양성·지원·지휘 통제 목적으로 입법권을 가지고 있는 것으로 규정하고 있는 헌법 제1조에서 군사법원의 헌법적 근거를 찾을 수 있다. 위에서 본 바와 같이 미국의 헌법 제3조는 군사법원에 대해 언급하지 않고 있으며, 헌법 제1조에서 의회를 통하여 군을 통제할 수 있도록 특별한 법률을 제정할 수 있도록 헌법에서 의회에 수권을 하게 되었는데 이러한 헌법적인 근거로 제정된 것이 미국의 통일 군사법이다. 따라서 통일군사법의 근거는 헌법 제1조에서부터 기인하여 나온 것으로 볼 수 있으며, 군사법원의 조직 및 절차 등 세부적인 내용은 헌법 제1조에 근거하여 의회에서 만든 통일군사법을 살펴보면 된다. 따라서 우리의 헌법상 군사법원이 사법부의 한 종류로서 특별법원으로 취급하고 있지만, 미국 헌법의 군사법원에 대한 태도는 미국 헌법상 사법부가 아닌 의회(국회)에서 인정하는 특별한 형태의 법원으로서 사법부 예하 조직이 아닌 것으로 헌법상 편제되어 있다. 따라서 그 헌법상 지위가 한국과는 근본적으로 차이가 나는 것을 알 수 있다(서제덕, “군사법제도의 비교에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 106면 참조).

28) 헌법재판소는 “위법한 무권한의 명령이고 실질적인 가혹행위를 단순히 군상사의 명령이라는 이

여 헌법적인 통제를 하는 등 군대의 법제나 공권력의 행사에 대하여 수시로 헌법적인 통제가 되고 있다는 점을 간과하고 있다. 즉 ‘군일차려 결정’을 비롯한 많은 현재의 결정에서 헌법재판소가 군과 군인과 관련된 법제나 공권력의 행사에 관하여서도 당연히 헌법에 기초하여 이를 전제로 법률 이하의 규범을 판단하고 있음을 반증하고 있다.²⁹⁾ 따라서 군대에 대하여 헌법의 통제가 되고 있지 않다는 발제자의 주장은 너무나 군사법제도나 이에 대한 정확한 법운용 현실을 모르고 있거나 현실을 제대로 파악하지 못한 전제에서 펼쳐진 주장으로서 타당하지 않다고 할 것이다.

IX. 명령과 복종에 대한 관계

명령의 합법성여부 또는 불법성여부에 대한 판단 기준에 대한 명확한 기준이 없기 때문에 부하에게 특별권력관계 이론으로 회귀하게 된다는 이론에는 찬성하기 어렵다. 명령이 불법한지 합법한지의 여부는 건전한 상식을 가진 사람이라면 예측가능하다고 보이기 때문이다. 명령의 합법성의 여하에 대하여 판정하기가 불명확한 경우란 거의 없다고 보이고, 판정여부가 불명확한 상황과 결부된 명령이 부당한 명령인 경우에도 명령복종관계에 있는 군의 조직의 특성상 부하에게 복종의무가 존재한다고 하여 특별권력관계이론으로 회귀된다는 것은 논리의 비약이

유만으로 항명죄의 객체인 정당한 명령으로 단정한 끝에 항명죄까지 성립한다고 보는 것은 군인의 행복추구권을 침해한다”고 보았다(헌재 1989. 10. 27. 89헌마56: 군검찰관의 공소권행사에 관한 헌법소원 취소결정[판례집1 309-321]. 이하 이를 ‘군일차려 결정’이라 한다). 이 ‘군일차려 결정’ 사건의 개요를 보면, 청구인은 군에 입대하여 병장으로 근무하다가 훈련장에서 총검술 교육을 받던 중 일차려(기합)를 거부한 것이 발단이 되어 벌어진 싸움으로 눈 상해를 입어 의병제대하게 되었다. 이에 군사법경찰관은 선착순 구보명령거부를 항명죄로 입건 수사하였고, 이 사건을 송치받은 같은 사단 소속의 검찰관은 상관의 정당한 명령에 불복종한 사실은 인정되나 제반사정을 참작하여 청구인에 대한 공소를 제기하지 아니함이 상당하다고 하여 청구인의 항명죄 혐의에 대하여 기소유예 처분을 하였다. 다만 청구인과 같이 위 일차려 명령을 복종하지 않은 자에 대하여는 항명죄로 기소한 바 있으나 보통 군사법원과 고등 군사법원에서 그 부분 각 무죄판결을 받아 판결이 확정되었다. 이에 비한다면 청구인의 기소유예처분은 어쨌든 유죄인 것이다. 따라서 청구인은 군 검찰관의 공소권행사에 관한 헌법소원을 청구한 것이고 헌법재판소는 청구인에 대하여 한 기소유예처분은 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이므로 이를 취소한다는 결정을 내렸다.

29) 헌법 제10조 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”를 인용하면서 대통령령인 군인복무규율 제34조, 제35조를 해석한다. 또 예를 든다면 기본적 인권 보장의 헌법정신과 군인복무규율상의 규정에 입각하여 군인의 기본적 인권을 존중하고…(중간 생략)… 1979. 육군 일반 명령 제37호가 발하여 졌고, …(중간 생략)… 인간으로서의 존엄과 가치 존중의 헌법정신과 군인복무규율상의 규정 …(중간 생략)… 등이 그것이다.

심하다고 할 것이다. 군 조직을 유지하기 위하여서는 엄격한 상명하복 체계와 엄정한 군기강의 유지가 필요하고 이에 대한 총체적인 책임을 지고 있는 자가 군통수권자인 대통령을 정점으로 한 지휘관들이다. 군이 지휘체계에 따라 각급 지휘관을 중심으로 모든 권한행사가 이루어지도록 한 것은 그것이 군의 기능수행력을 극대화 할 수 있기 때문이며 이는 인류역사를 통하여 증명되고 동서고금을 통하여 지배되어 온 체계이다. 따라서 명령복종제도는 군의 핵심이라고 할 수 있다. 또한 발제자의 주장처럼 명령복종관계에서 부하의 책임만 규정할 것이 아니고 상관의 명령발령에 대한 책임 부분도 보다 상세하게 규율하는 것이 필요하다는 점에 동의하지만 지휘관의 책임에 대해서는 이미 법률상 상당 부분 자세하게 규율되어 있는 점을 간과하여서는 안 될 것이다. 지휘관의 월권행위에 대한 규제는 현행 형법 제123조의 직권남용죄나 형법 제33조(간접정범이나 특수교사)로 규율하여 왔으며 입법의 부재로 인하여 지휘관이나 상관의 월권행위에 대하여 처벌하지 못한 사례는 없었다. 사법상의 권리구제절차 이외에도 소원수리(사병의 경우)나 고충처리 심사(간부의 경우) 또는 건의제도나 외부에 진정제도를 통하여 해결하는 제도가 존재하므로 독일과 같은 법제를 반드시 따라야 하는지는 신중한 판단을 하여야 한다.³⁰⁾

X. 결 론

발제자의 발표를 보면 군에 대한 충분한 정보가 부족하거나 오래된 정보 내지는 편향된 시각에 의존하고 있다는 의심을 지우기 어렵다. 군인복무규율은 군조직의 특성상 의무조항이 많지만 권리규정도 존재하고 있다는 점도 사실이고, 군인복무규율 제47조의2는 포괄위임금지의 원칙에 위배되지 않고 법률에 근거한 것으로서 모법에 근거가 없는 것이 아니다. 또한 다른 군인복무규율의 개별규정들도 모두 군인사법인 모법에 근거를 두고 있으며 헌법상 문제점도 없다고 본다. 군대에 대한 법제에 대하여 헌법적인 통제는 오래 전부터 작동하고 있었으며 군에 대한 법제는 모두 위헌적이라는 시각에 치우친 견해로서 수용하기 어렵다. 또한 정전체제 상태로 50년을 넘게 남북이 대치하고 있는 현실에서 명령복종관계를 특징

30) 우리 정부는 현재 상관과 부하의 책임소재에 대한 로마협약의 가입국으로서 이에 대한 이행입법을 추진 중에 있으며 이를 통하여서 상관과 부하에 대한 책임을 얼마든지 추궁할 수 있는 길이 열리게 되었다.

으로 하는 군조직의 특수성과 군인의 특수한 신분관계를 존중할 필요성은 지금도 계속되고 있으므로 제복 입은 시민으로서 군인의 기본권의 제한과 일반 시민의 기본권의 제한은 그 정도나 사유에 있어서 동등할 수 없다고 할 것이므로 이에 대한 규범이나 공권력의 행사에 대한 헌법적 통제를 함에 있어서는 합리성의 심사 또는 완화된 심사 방법을 선택하여야 할 것이다.

이 상 경*

1. 들어가며

군인의 인권문제가 사회적 이슈로 대두되기까지는 많은 시간이 소요되고 어려움이 있었다고 여겨지는 큰 이유 중의 하나는 군대사회의 폐쇄성일 것이다. 헌법적 가치가 투영될 수 없는 이러한 폐쇄성 하에서 특히 “인간의 존엄과 가치”라고 하는 우리 헌법질서의 이념적 핵이 군대라고 하는 집단내부에서 얼마나 규범력을 발휘하고 있었는지 의구심부터 앞선다. 근자에 들어 일련의 군대 내의 인권침해 사태들이 드러났지만 이러한 문제들도 빙산의 일각에 불과하다고 판단되었기에 군인인권문제개선에 발본색원적인 방법을 모색하게 되었다고 여겨진다. 이러한 문제의식에 입각하여 이재승 교수님께서서는 발표문을 통해 병영문화개선, 군인인권교육 등의 의식개혁 차원을 넘어 독일 군인법제의 내용을 상세히 살펴보면서 향후 우리 군대에 적용할 수 있는 규범적인 틀과 개혁방향에 관한 중요한 시사점을 제시하신 것으로 보인다. 우리의 낙후된 군대문화와 군인인권의 현주소에서 한걸음 발전할 수 있는 규범적 방향을 제시한 이재승 교수님의 옥고를 통해 많은 공부가 되었음에 진심으로 감사를 드리고 싶고 또한 이런 귀한 자리에서 지정토론을 할 수 있는 기회를 허락해 주신 헌법실무연구회원님들께도 깊은 감사의 말씀을 올린다.

2. 불온서적소지금지한 군인복무규율 위헌성

교수님의 발표문 1쪽에 언급된 불온도서 반입금지조항(군인복무규율 제16조의2)에 관련한 위헌소원이 헌법재판소에 제기되어 있는데, 관련법조항인 군인사법 제47조의2는 군인의 복무에 관하여는 이 법에 규정한 것을 제외하고는 따로 대통령령이 정하는 바에 의한다고 정하고 있으며 이를 근거로 한 군인복무규율 제16조

* 광운대학교 법학과 교수.

의2는 불온유인물등을 소지·전파 또는 취득해서는 안 되고, 이를 취득한 때는 즉시 신고해야 한다고 규정하고 있다. 국방부는 이러한 규정을 근거로 하여 2008년 7월 북한찬양, 반정부·반미, 반자본주의 등 세 분야의 ‘불온서적’ 23권에 대해 거 뒤들이라는 공문을 각 군에 보낸바 있다.

위헌성에 관해 언급하자면, 우선 이미 폐기된 것으로 보이는 특별권력관계이론을 백번 양보하여 인정한다고 하더라도 이에 종속된 군인의 기본권 제한은 헌법이나 법률에 의해야 하므로 군인복무규율에 의한 기본권제한은 인정될 수 없다는 점을 지적할 수 있다. 또한 군인사법에서는 대통령령으로 정할 군인복무의 내용이 어떤 것인지에 대해 아무 규정도 하지 않은 채 행정입법으로 위임하고 있고, 군인복무규율도 ‘불온문서’를 규정하는 주체나 태양에 대해 아무런 규정도 하지 않고 있어 위 군인복무규율은 포괄위임입법금지의 원칙을 위반했다 할 것이다. 나아가 이와 같은 규율은 도서 내용에 대해 자신의 견해를 표출하는 표현의 자유 및 자신의 양심에 따른 판단을 좇는 양심의 자유, 자신의 학습 또는 삶의 행복을 위해 도서를 구입해 읽는 행복추구권 등 여러 기본권을 침해하고 나아가 군인과 민간인에 대한 평등원칙에 반하는 규율체계를 가지고 있어 위헌의 가능성이 짙다고 보여 진다.

현재 헌법재판소에는 군인사법 제47조의2 등에 대한 위헌소원(2008헌마638)이 제기되어 있고 동 헌법소원을 제기한 군법무관들은 현재 국방부에 의해 ‘일종의 항명’이라며 파면되었는데 동규율의 위헌성과 군법무관들의 파면조치의 평가에 대한 교수님의 고견을 듣고 싶다.

3. 양심적 병역거부와 관련한 문제

교수님께서서는 2쪽에서 새로운 관점들이 군인인권엔 합류하였는데 그 중의 하나로 양심적 병역거부권을 중심으로 한 평화주의적 흐름을 언급했다. 여기서 양심적 병역거부에 대한 처벌은 전형적으로 “양심에 반하는 행위의 강제”에 해당한다. 다시 말해 부작위를 통한 양심실현의 자유를 국가가 정면으로 침해하는 것이다. 더욱이 병역강제는 거부자의 양심과 존재론적이고 본질적인 충돌을 일으키고 있으며, 그의 “양심에 반하는 행위의 강제금지”를 근원적으로 침해한다. 병역강제는 “행동”을 강제 받게 되므로 국가권력의 기본권 침해의 정도는 더욱 심각하다. 양심에 따른 병역거부에 대한 처벌, 그것도 다른 대안을 전혀 마련하지 않은 가운데의 처벌은 위헌적이라 하지 않을 수 없다(물론 뒤에 볼 우리 헌법재판소의 입장은 다

른 결론이다). 종교적 배경을 갖고 거부할 경우에는 신앙의 자유와 양심의 자유가 중첩된다고 보는 것이 합당할 것이다. 미국의 법원은 신앙적 행위에 대한 국가법의 규제의 가능성과 그 범위에 대해 많은 기준을 축적해왔다. 1917년 미국의회는 대독선전포고와 함께 강제징집령을 발동하면서, 널리 승인된 종교적 분과 혹은 조직의 신조나 원칙이 어떤 형태의 전쟁에도 참가하는 것을 금하고 있는 경우에, 그에 속한 자들을 강제징집의 범위에서 제외하였다. 1940년 2차대전에서 의회는 그 면제범위에 종교적 훈련과 신앙을 이유로, 어떤 형태의 전쟁에 대해서도 양심적으로 반대하는 자를 포함하는 방향으로 징집면제의 범위를 넓혔다. 양심적 병역거부권이 헌법상의 권리로 보장된 최초의 사례는 1776년 미국 펜실바니아주 헌법이다. 동 헌법 제 8 조는 “집총을 하는 것에 대하여 양심적 가책을 느끼는(conscientiously scrupulous) 어떠한 사람도 그가 대체복무를 하려 한다면(if he will pay such equivalent) 집총하도록 강제될 수 없다”라고 선언한 바 있다 한다(Pa. Const. of 1776, art. 8.). 미국 연방대법원은 양심적 병역거부가 인정되려면 병역거부가 “무엇이 옳고 틀린 것인가에 대한 도덕적·윤리적 또는 종교적 믿음에서 도출되어야 하며, 이러한 믿음은 전통적인 종교적 신념으로 유지되어야 한다”는 것(Welsh v. United States, 398 U.S. 333, 340. 1970)으로 판결하였고, Gillette vs. U.S.[401 U.S. 437(1971)]판결에서는 특정전쟁의 반대는 양심적 병역거부권의 내용으로 포섭될 수 없다고 판시하였다. 즉 양심적 병역거부는 특정 전쟁에 대한 거부가 아니라 일체의 전쟁에 대한 거부를 의미하는 것으로 보았다.

그럼에도 불구하고 우리 헌법재판소의 입장은 양심의 자유로부터 대체복무를 요구할 권리가 도출되지 않는다고 판단하였으나 입법자에 대한 권고사항으로 양심보호조치를 취할 것을 명한 바 있다. 이와 같은 헌법재판소의 입장에 관하여 어떠한 평가를 내리고 계신지 고견을 듣고 싶다.

참조: 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청(헌재 2004. 8. 26, 2002헌가1)

4. 입법자에 대한 권고

(1) 양심적 병역거부의 문제는 이제 우리나라에서도 국가공동체의 주요한 현안이 되었다. 이미 오래 전부터 여호와의 증인을 중심으로 종교적 양심을 이유로 병역을 거부하는 현상이 존재하였고, 최근에는 이러한 현상이 불교신자, 평화주의자들에게까지 확산되는 것을 엿볼 수 있다. 병역기피자는 이 사건 법률조항에 의하여 형사처벌을 받는 것은 물론이고, 공무원, 임·직원으로서의 취업을 제한받고

각종 관허업의 허가·인가·면허 등을 받을 수 없으며(병역법 제76조), 형사처벌을 받은 후에도 공무원임용자격이 상당한 기간 동안 박탈되는 등(국가공무원법 제33조 등) 사회적으로 막대한 불이익을 받게 된다.

양심적 병역거부자의 수는 비록 아직 소수에 불과하나, 입법자는 이 사건 법률조항의 시행으로 인하여 양심갈등의 상황이 집단적으로 발생한다는 것을 그 동안 충분히 인식하고 확인할 수 있었으므로, 이제는 양심적 병역거부자의 고뇌와 갈등상황을 외면하고 그대로 방치할 것이 아니라, 이들을 어떻게 배려할 것인가에 관하여 진지한 사회적 논의를 거쳐 나름대로의 국가적 해결책을 찾아야 할 때가 되었다고 판단된다.

국제적으로도 이미 1967년부터 유럽공동체, 국제연합의 차원에서 양심적 병역거부를 인정하여야 한다는 결의를 반복하기에 이르렀고, 1997년 국제연합의 조사에 의할 때, 징병제를 실시하는 93개국 중 양심적 병역거부를 전혀 인정하고 있지 않는 국가는 약 절반에 불과할 정도로 이미 많은 국가에서 입법을 통하여 이 문제를 해결하고 있다.

(2) 입법자는 헌법 제19조의 양심의 자유에 의하여 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범위 내에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적인 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등을 완화해야 할 의무가 있으며, 이러한 가능성을 제공할 수 없다면, 적어도 의무위반시 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 그의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는 여지가 있는가를 살펴보아야 한다.

그러므로 입법자는 양심의 자유와 국가안보라는 법익의 갈등관계를 해소하고 양 법익을 공존시킬 수 있는 방안이 있는지, 국가안보란 공익의 실현을 확보하면서도 병역거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안이 있는지, 우리 사회가 이제는 양심적 병역거부자에 대하여 이해와 관용을 보일 정도로 성숙한 사회가 되었는지에 관하여 진지하게 검토하여야 할 것이며, 설사 대체복무제를 도입하지 않기로 하더라도, 법적용기관이 양심우호적 법적용을 통하여 양심을 보호하는 조치를 취할 수 있도록 하는 방향으로 입법을 보완할 것인지에 관하여 숙고하여야 한다.

5. 동성애 군인의 보호에 관한 문제

교수님의 발표문 3쪽의 각주 7에서 동성애자의 복무금지규정을 이유로 강제 전역당한 영국의 군인이 유럽인권재판소에 제소하여 동 재판소는 성적 지향성에

대한 조사뿐만 아니라 동성애자에 대한 전역 조치는 유럽인권협약 제 8 조 위반이라고 결정하였다는 언급과 관련하여 우리나라에서의 상황 및 미국의 말씀을 첨언드리려고 한다.

2006년 3월 6일 도봉경찰서 소속 전경 유정민석(24)씨는 자신의 여성성을 지키기 위해 병역거부를 선언하고 복무를 이탈한 사건이 발생했는데 이러한 동성애자의 문제자 불거지자 군과 경찰은 곤혹스러움을 감추지 못했다. 또한 군인은 아니지만 소위 특별권력관계상의 지위를 가진 소방공무원 사건에 관한 서울행정법원의 다음의 판결은 주목할 만하다. 즉 서울행정법원은 2001년 1월 동성애관계로 물의를 일으켰다는 것을 이유로 감봉처분조치를 받은 소방공무원이 서울시장을 상대로 하여 제기한 “감봉처분 취소청구”소송에서 원고 승소판결을 내리면서, “단둘이 영화를 보거나 술에 취해 입 맞춘 행동은 정상적인 관계에서도 있을 수 있거나 취기에 장난삼아 할 수도 있으므로, 동성애라고 하기 어렵다”고 판결이유를 밝힌 적이 있다. 이는 동성애자인 소방공무원은 불이익처분을 당할 수 있다는 전제에서 판결한 것이므로 우리 법원의 보수적 태도를 엿볼 수 있을 것 같다.

현재 군형법 제92조에 “계간 및 기타 추행을 한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”고 규정하여 동성애를 처벌할 수 있는 규정을 두고 있다. 군형법 제92조는 동성간 ‘성폭력’에 대한 처벌 규정이라기보다는 ‘동성애’ 자체에 대한 금지규정의 의미를 담고 있어 문제다. 또한 군형법은 동의에 의한 경우나 비동의에 의한 범죄를 구분하고 있지 않다. 남성의 군복무가 의무적인 우리나라의 경우 동성애자에 대한 특별한 배려가 없어 많은 사회적 문제를 야기할 수 있다. 사전적인 선별절차로 병무청은 소집된 병사들의 성적 선호를 조사하기 위하여 여러 질문을 통한 심리검사를 실시한다. 현재 복무 중인 병사가 동성애자인 경우 “개인적 장애” 혹은 “행동장애” 등으로 구분되어 시설에 유치되거나 불명예 제대를 하게 된다. 군인사법시행규칙 별표 1에서는 성적 선호장애를 심신장애의 하나로 간주하는 한편, 징병신체검사등검사규칙 별지 2에서는 그것을 행태장애로 분류하고 있다. 이러한 규정들은 시민·정치적 권리에 관한 국제조약 제 2 조와 제 26조에 명시된 제 평등권 중 유엔인권이사회(The United Nations Human Rights Committee)가 특별히 포함시킨 ‘성적지향을 이유로 한 차별로부터의 보호’와 헌법 제 37조 그리고 국가인권위원회법 제 30조에 규정된 성적(性的) 지향에 의한 차별금지 조항에 위배된다. 우리나라의 회사들은 통상 입사지원서를 받을 때 병역사항에 관한 소명자료를 요청하기 때문에 불명예제대는 상당한 정도의 직, 간접의 사회적인 압력을 초래하게 된다. 군복무기록에는 본인의 동성애 또는 정신적 장애 때문에 불명예 제대했다는 사실

이 기록될 것이기 때문이고 그러한 사실은 채용에 매우 불리한 조건이 되기 때문이다. 따라서 이러한 문제점을 시정하기 위해서 동성애 군인의 권리보호를 위한 새로운 길이 모색되어야 할 것이며 동성애 군인을 범죄자로 낙인찍는 균형법의 규정은 위헌적인 것으로 조속히 시정되어야 할 것이다.

참조: 미국의 경우—불문부담법(Don't Ask, Don't Tell Act): 10 U.S.C. Section 654와 그 집행법

클린턴 대통령은 1993년 1월 대통령령에 의해 게이, 레즈비언, 양성애자의 축출을 종결시키고자 하는 의도를 발표하였다. 그러나 극심한 반대에 직면한 대통령은 즉시 상원국방위원회장과 콜린 파월 장군들과 합의하에 의회가 상하원의 청문을 통하여 이 문제에 대한 연구를 마칠 때까지 연기하기로 하였다. 대통령의 지지와 의회청문을 거쳐 10 U.S.C. Section 654가 제정되었으며,¹⁾ 동 법은 군지원자는 그의 성적 취향에 대해 질문을 받지 않을 것이며, “성적 취향(Sexual Orientation)” 자체는 군복무의 개시와 복무의 계속에 방해사유가 되지 않는다는 것을 골자로 한다. 다만, 여기의 “동성애적 행위(homosexual conduct)”는 군복무의 개시와 계속의 저해사유이며 여기의 “행위”에는 동성애적 행위 이외에도 그러한 동성애적 “성향(propensity)” 혹은 동성애적 행위에 관여하려는 의도를 나타내는 “진술(statement)”도 해당한다고 규정하고 있다. 따라서 군의 정책은 입영자나 복무자에게 동성애자임을 묻지 않을 것이니 자신이 동성애자이거나 양성애자임을 진술하지도 말라는 것이다. 이와 같은 법 아래에서 과연 공공연히 동성애자인 것을 표명하고 다니는 병사를 강제 전역시키는 것이 과연 헌법에 위반되는 것인지가 논란이 되고 있다. 아직 연방대법원의 판결은 없지만, 불문부담법에 의해 강제 전역된 군인들이 제기한 소송이 몇몇 연방항소심에서 심리되었으나 모든 항소법원은 군의 정책을 지지한 바 있다.²⁾

1) 동법의 (b) policy부분의 (2)항을 보면 소속원이 자신의 동성애자이거나 양성애자임을 언급하거나 그와 같은 취지의 단어를 언급할 경우에는 그를 군으로부터 분리시킬 수 있다고 규정하고 있다(that the member has stated that he or she is a homosexual or bisexual, or words to that effect...).

2) Able v. United States, 155 F.3d 628(2d Cir. 1988); Richenberg v. Perry, 97 F.3d 256(8th Cir. 1996); Holmes v. California Army National Guard, 124 F.3d 1126(9th Cir. 1997). 대표적인 사건은 Lt. Paul Thomsson, USN v William Perry, 80 F.3d 915 (4th Cir. 1996)(en banc.)으로 제4 항소법원은 Thomsson 중위의 축출에 적용되는 654조 (b)가 합헌이라고 하였다. Thomsson은 자신이 동성애자이며 그가 동성애 행위에 연루되었다는 추정에 대한 반대증거를 제출하는 것을 거부한 이후에 동법에 의해 군으로부터 축출되었다. 9명의 판사가 재판장이 Willkinson의 입장을 따랐고 여기서 법원은 군사에 관한 쟁점은 정치적인 기관의 결정을 존중하며, 그러한 존중의 내용은 “동성애자라는 진술”에는 불법적인 계간의 설득력 있는 증거가 포함되었다고 추정하는 군대의 판단을 따르는 것도 포함된다고 한다. 또한 공공연한 동성애는 군대의 사기와 군의 일체감을 약화시킨다고 판시하였다. 반대의견은 공개적으로 동성애자인 군인이 공개적으로 정상이라고 하는 군인보다 불

[대표적 사례 : Cook v. Rumsfeld]³⁾

(1) 사실관계

Cook을 포함한 12명의 원고들은 동성애 혹은 양성애자로서 각 미육군, 공군, 해군, 해안경비대에 소속되어 미군사작전을 돕기 위해 이라크, 쿠웨이트, 사우디아라비아 및 세계의 다른 지역에서 영예로이 복무한 바 있다. 이들 중 몇몇은 메달과 리본 등을 수여 받았으며 탁월한 군복무로 인한 서훈을 받기 까지 하였다. 그러나 이와 같은 귀중한 공헌에도 불구하고 원고 모두는 오로지 그들의 동성애적 성향을 이유로 하여 2002~04년도 사이에 10 U.S.C 654조(소위 “Don't Ask, Don't Tell Act”—이하 “DADT”)의 규정에 따라 복무기한이 도래하기 전에 강제적으로 군대를 떠나게 되었다. 위 DADT 654조는 현역 복무 중인 자가 동성애자 이거나 양성애자라고 진술한 경우 누구라도 면직되는 것으로 규정하고 있으며, 복무자가 광의의 “동성애적 행위”를 범한 경우 혹은 생물학적으로 같은 성(性)을 가진 자와 혼인하거나 혼인을 시도한 경우에도 마찬가지로 면직된다고 규정하고 있다. 동 법에 따라 원고들은 면직되었고 그들의 역무에 복귀하는 청구는 거절되었기에 2006년 12월 6일 연방 1 심법원에 위 DADT의 위헌성을 주장하면서 소를 제기한 것이다.

(2) 판결요지

사생활권은 성인의 합의에 의한 사적인 친밀관계를 형성하는 기본적인 자유권적 이익(fundamental liberty interest)에까지 미치지 때문에 이를 규제하는 Texas 주법은 적법절차규정 아래에서 엄격심사(strict scrutiny)를 거쳐야 한다는 Lawrence v. Texas 판결에도 불구하고, 동 연방지방법원은 성적교섭과 관련한 사적인 삶을 어떻게 영위하는가를 결정하는 자유권적 이해관계는 “기본적”인 권리가 아니라(their liberty interest in deciding how to conduct their private lives in matter pertaining to sex is not “fundamental”)는 근거에 의존하여 DADT가 “합리성기준”에 따라 심사되어야 한다고 판단하였다. 법원은 또한 그와 동일한 이유로 원고의 평등보호청구를 기각하며 DADT가 정당한 정부의 이익(legitimate governmental interest)에 합리적으로 연관(rationally related)되어 있다고 판단하였다. 나아가 군부가 원고들의 성적 취향에 관한 진술을 복무부

법적인 행위에 연루될 가능성이 더욱 높다고 하는 믿음에 합리적인 근거가 없다고 하였다.

3) Cook v. Rumsfeld, 429 F.Supp.2d 385(2006). 이 사건은 연방 1 심법원(Federal District Court)의 판결로서 패소 원고들이 항소하여 현재 제 1 회 순회법원에 계류 중인 사건으로, 향후 연방항소법원이 어떤 판결을 내릴지 예의 주시할 가치가 있다.

서에서 원고들을 격리시키는 근거로 사용하고 있기 때문에 DADT는 성적 취향에 관한 진술을 처벌하고 있는 것이어서 수정 제 1 조상에 보장되는 원고들의 언론의 자유를 위헌적으로 침해한다는 주장에 대해서도 동 연방 1 심법원은 DADT는 규율내용적 중립성(content neutral)을 지키고 있고 동 규정에서 진술을 단지 “증거”로만 활용되는 것이며 증거로서 진술을 사용하는 것은 *Wisconsin v. Mitchell* 사건⁴⁾에 의하여 허용된다고 원고주장을 모두 기각하였다.

(3) 비 관

DADT에 대한 공식적인 최초의 도전인 *Thomasson v. Perry*⁵⁾ 사건이 좌절된 이후 계속된 항의적 사건의 하나로 제 9 순회법원관내 연방항소법원에 현재 계류 중인 사건인 *Cook v. Rumsfeld*의 결론이 어떻게 될지 아직은 아무도 모르는 상황이다. 다음은 항소이유서(appellate brief)에 나타난 연방 1 심법원 판결의 문제점이다.

① 기본적으로 DADT의 속칭 자체도 잘못된 명칭(misnomer)이다. 왜냐하면 동 명칭에 의하면 마치 동성애자들이 군대 내에 잔류할 수 있도록 하겠다는 합의사항을 지킬 수 있는 것처럼 보이지만 법문 어디에도 “묻지 않겠다”는 보장의 내용이 담겨 있지 않기 때문이다. DADT법의 어느 조항도 군대가 그 복무자의 성적 취향에 관해 묻지 말라고 규정한 바가 없다. 오히려 국방부 명령이 복무자들의 성적 취향에 조사할 수 있는 사령관들의 재량을 제한하고 있을 뿐이며 그럼에도 그러한 부당한 질문에 정직하게 대답한 복무자들을 면직시킬 수 있는 권한에 대한 그 어떠한 제한도 없다. 이러한 결과, 위 원고들은 모두 사령관이나 조사관에 의해 그들이 동성애자인지의 여부에 관해 질문을 받은 후에 면직 조치된 것이다.

② DADT법은 가족이든 혹은 의료보호제공자든 누구에게라도 자신의 동성애적 취향을 말하기만 하면 적용되며, 나아가 위증죄의 부담을 안게 되는 소송절차상에서의 비자발적 진술이든 경찰보고상의 진술이든간에 동성애적 성향을 언급하게 되는 경우에는 적용된다고 하는 부당성을 안고 있다.

③ 동 법원과 몇몇 미항소법원은 sodomy 처벌을 합헌이라 판시한 *Bowers v. Hardwick* 사건에 근거하여 DADT는 동성애적 행위(homosexual conduct)를 규율하는 것이기 때문에 합헌이라고 판단하고 있지만 성인간의 동의에 의한 사적인 접촉과 친밀관계는 자유권적 이해관계이고 이는 사생활권에 의해 포섭된다는 *Lawrence v.*

4) *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476(1993) [수정 제 1 조는 범죄의 구성요소나 범죄의 동기 또는 의도를 입증하는 증거로 진술표현(speech)을 사용하는 것을 금지하지 않는다고 판시].

5) *Thomasson v. Perry*, 80 F.3d 915(1996).

Texas 사건에서 연방대법원은 명시적으로 *Hardwick* 판결의 입장을 번복했고 그 후에 DADT의 위헌성에 관해서는 아직 연방법원의 판결이 없음을 간과해서는 안 된다.

④ DADT는 기본적인 자유권적 이익에 부담이 되기 때문에 적법절차규정 하에서 엄격한 심사의 대상이 되어야 한다. 다시 말하자면 동 법은 실체적 적법절차원리 아래 인정되는 기본적인 사생활권을 침해하는 것이다. 여기에 자유와 사생활권의 치명적 박탈을 요청하는 필요불가결한 이익 혹은 중요한 이익은 물론 정당한 이익조차도 인정되기 어렵다. 나아가 원고의 자유와 사생활의 제한이 그 어떠한 정부의 이익도 필수적으로 촉진하거나 합리적인 연관성을 가진다고 보기 어렵다.

⑤ DADT에 따르면 동성애자 혹은 양성애자는 그들의 성적 취향에 근거하여 면직되는 반면에 이성애자들(heterosexuals)은 그들의 성적 취향에 의해 면직되지 않는데 이는 성적 소수자에 대하여 보장된 법상의 평등보호원리를 정면으로 위반하는 것이다. 나아가 DADT는 결국 동성애자나 양성애자들의 발언이나 행동(상징적 언어: symbolic speech)을 제한하는 것인데 비하여 이성애자인 복무자에게는 이와 동등한 제한이 부과되지 않는다고 하는 점은 평등보호원칙에 위배되는 것이다.

⑥ DADT는 또한 수정헌법 제1조 하에서 보장되는 언론의 자유에 부담을 주기 때문에 엄격심사의 잣대적용을 요청한다. 수정 제1조에서 여러 가지의 기본적인 자유권이 보장되지만 그 중에서도 강요된 의사표현을 하지 않을 자유 또한 보장된다. 그런데 DADT는 원고들이 자신이 동성애자 혹은 이성애자임을 표방하지 않을 자유 또한 침해되므로 위헌적이다. 나아가 원고들이 몇몇 문제들(GLB로서의 가족구성에 대한 욕구 및 성적 희롱에 대한 보상 등)에 대한 구제를 찾지도 못하게 되는데 이러한 활동은 결국 원고들의 면직사태로 연결될 것이기 때문이다. DADT는 결국 언론을 내용을 기준으로 통제하게 되는 것이므로 국가는 국가가 실현하고자 하는 필요불가결한 이익에 관하여 그리고 그 이익을 실현하는데 있어서 다른 대안적 수단이 없음을 입증해야 할 것이다.

결론적으로, *Lawrence* 판결에서 연방대법원이 제시한 논거와 마찬가지로, 성적 취향에 관하여는 엄격한 심사의 잣대가 적용되어야 한다고 본다. 따라서 엄격심사기준 하에서 DADT는 적법절차에 의해 보장된 사생활권의 하나인 성적인 취향의 자유를 침해하고, 성적 취향을 가진 병사를 부당하게 차별하여 평등보호에 위반하며, 나아가 자신의 동성애성향을 표출하지도 못하게 함으로서 수정헌법 1조가 보장하고 있는 언론의 자유도 침해하여 위헌이라고 본다.

6. 군인기본법제정의 문제

교수님께서서는 5쪽에서 군인의 권리와 의무를 포괄하는 권리장전의 필요성을 언급하시면서도 권리목록이나 가이드라인 작업은 군인을 상대로 인권교육에 유용한 발견적 기능을 수행할 수 있지만, 법적 논리구성에서 본질적 기여를 하는 것은 아니라고 하고 계신데, 다른 견해에 의하면, 군인기본법을 제정한다고 했을 때 제일 중요한 것은 군인의 권리목록을 만드는 일이며 방법론적으로는 군인의 “실체적” 권리목록을 만드는 일에 앞서 그러한 권리들을 관철시키는 절차를 고려해 볼 만하다는 입장(군인권리의 절차법적 보장의 우선성; 이계수, “전근대적 군사문화와 군인의 인권”, 9쪽)에 대해서는 어떻게 생각하시는지 고견을 듣고 싶다.

7. 상관을 살해한 경우 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 군형법 제53조 제 1 항 위헌제청 사건(헌재 2007. 11. 29, 2006헌가13)

교수님의 발표문 5쪽에서 언급된 군형법상의 각종규정들에 대한 책임원리 등에 의한 접근 등과 관련하여 우리 헌법재판소는 다음과 같이 판시한 바 있다.

“법정형의 종류와 범위를 정하는 것이 기본적으로 입법자의 권한에 속하는 것이라고 하더라도, 형벌은 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성이 지켜져야 하는바, 군대내 명령체계유지 및 국가방위라는 이유만으로 가해자와 상관 사이에 명령복종관계가 있는지 여부를 불문하고 전시와 평시를 구분하지 아니한 채 다양한 동기와 행위태양의 범죄를 동일하게 평가하여 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있는 이 사건 법률조항은, 범죄의 중대성 정도에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가의 이념에 어긋나고, 형벌체계상 정당성을 상실한 것이다.”

8. 관할관의 확인제도를 규정한 군사법원법 제 6 조 등 위헌소원 사건(헌재 1996. 10. 31, 93헌바25)

교수님의 발표문 10쪽에서 “법관이 아니 자의 재판을 통해 제 2 심까지 심급 기회를 억지로 허비하게 한다는 점, 관할관의 자의적 개입과 사면을 보장하고 있

다는 점, 때로는 관할관을 상대로 관할관이 법정에서 재판받는 다는 점 등은 심각한 문제이다. (헌법에 정해져 있기 때문에) 군사법원을 설치하는 것 자체가 위헌이라고 할 수 없지만 군사법원의 권한과 구조를 헌법에 부합하도록 개선시키고 그 방향으로 유도해야 한다”라고 지적하신 점에는 전적으로 찬성하나 나아가 “국방부 소속인 군사법원을 본질적으로 대법원 산하에 정규법원의 형태로 운영하여 군사 병무사건만을 다루는 재판부를 구성하는 것도 하나의 방법이다”라고 지적하신 부분과 관련해서는 다음과 같은 헌법재판소의 입장과의 정리가 문제될 듯하다. 즉 우리 헌법재판소는 군사법원법 제6조 등 위헌소원사건(헌재 1996. 10. 31, 93헌바25)에서 “군은 국가의 안전보장과 국토방위의 임무를 수행하기 위하여 외적에 대항하는 전투집단으로서 생명을 걸고 위험한 행동을 하는 특성을 가진다. 이와 같은 군대조직에 있어서 군기의 유지와 군 지휘권 확립은 그 조직을 유지, 운용하는데 있어서 필요불가결한 것인데 군사범죄는 일반적으로 군대조직을 급속도로 오염시켜 군기를 일거에 붕괴시키는 특징을 가지고 있다. 그리고 군은 그 임무의 특성상 전시에 말할 것도 없고 평시에도 적의 동태나 작전계획에 따라 자주 이동하고, 급박하게 상황이 변화하므로 이에 대응하여 언제, 어디서나 신속히 군사재판을 할 수 있도록 하기 위하여 군사법원을 군부대 등에 설치할 필요가 있고, 군 지휘권을 확립하고 군사범죄를 정확히 심리, 판단할 수 있도록 하기 위하여 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두고 관할관이 군판사 및 재판관의 인사권을 갖게 하고, 군의 사정을 잘 알고 군사문제에 관하여 경험과 학식이 풍부한 일반장교를 재판에 참여시킬 필요가 있으며 또한 군사법원체제가 전시에 제대로 기능을 할 수 있기 위하여는 그러한 사법체제가 평시에 미리 조직, 운영되고 있어야 할 것이다. 특히 북한과 접제한 군사적 대치상황에 놓여있는 우리나라의 경우에는 그러한 사법체제의 필요성이 더욱 크다고 할 것이다. 따라서 구 군사법원법 제6조가 군사법원을 군부대 등에 설치하도록 하고, 같은 법 제7조가 군사법원에 군 지휘관을 관할관으로 두도록 하고, 같은 법 제23조, 제24조, 제25조가 국방부장관, 각군참모총장 및 관할관이 군판사 및 심판관의 임명권과 재판관의 지정권을 갖고 심판관은 일반장교 중에서 임명할 수 있도록 규정한 것은 위에서 본 바와 같이 헌법 제110조 제1항, 제3항의 위임에 따라 군사법원을 특별법원으로 설치함에 있어서 군대조직 및 군사재판의 특수성을 고려하고 군사재판을 신속, 적정하게 하여 군기를 유지하고 군지휘권을 확립하기 위한 것으로서 필요하고 합리적인 이유가 있다고 할 것이다”라고 판시하였는데 이에 대한 적절한 비판의 견해를 여쭙고 싶다.

9. 국방감독관(옴부즈만)제도의 도입가능성

교수님께서서는 독일의 군인법제에 관해 상세한 설명을 하시면서 국방옴부즈만 제도를 소개해 주셨는데 군인인권보장을 위해서 군옴부즈만 제도의 도입이 꼭 필요하다고 본다. 군은 지난 50년 동안 외부통제가 전무한 조직이었기에 군인의 인권이 논의되고 있는 이 시점에 옴부즈만제도는 시의적절한 논의라고 할 것이기 때문이다. 외부통제제도로서의 옴부즈만제도는 군내부 통제제도와 연계될 수 있기 때문에 군인 인권보장에 중요한 역할을 하게 되리라 보는 바, 현재 상태에서 ‘국가인권위원회법’을 개정하여 ‘국가인권위원회’로 하여금 군인의 인권실태를 점검·통제할 수 있도록 하는 것이 가능한지, 아니면 별도의 옴부즈만을 설치하는 것이 필요한지에 대한 교수님의 견해를 여쭙고 싶다.

10. 나 가 며

앞으로 장병기본권제정과 군인복무기본법제정, 장병기본권 상담위원회 설치, 장병인권상담관제도도입, 고충상담센터와 복무부적응병사진료센터설치추진, 신병교육훈련체계개선, 국방부차원의 ‘인권자문위원회’ 설치·운영, ‘병영문화개선대책위원회’ 운영 등 국방부가 최근 들어 전근대적인 병영문화를 개선하고 군인의 인권보호의 만전을 기하기 위한 제안을 내어 놓았는데, 이러한 것들이 제대로 실천만 된다면 많은 부분의 우리 군의 인권보장체계의 선진화가 이루어지고, 이에 따른 군 본연의 임무수행역량의 강화에 순기능적인 역할을 하게 될 것으로 보인다. 이러한 시점에 시의적절한 토론을 하게 되어 기쁘고 앞으로 이에 관한 논의가 더욱 활발해졌으면 한다.

제94회 발표회 토론요지

사 회 자: 정재황(교수)

토론참여자: 고 석(육군본부법무실장), 이상경(교수), 황치연(헌법연구원), 서재덕
(국방부 검찰단 송무부장), 박종신(육군본부 법무실 국제법장교), 이황희
(헌법연구원), 송광석(육군본부 중령)

간 사: 반갑습니다. 실무연구회 간사 손인혁 연구관입니다.

지금부터 제94회 월례발표회를 시작하도록 하겠습니다.

오늘 날을 잡을 때 원래 5월 1일하고 5월 8일이 금요일이었는데 아무래도 여
기 우리 회원님들은 부모님에 대한 걱정이 더 많으실 것 같아가지고 5월 8일을
피하고 5월 1일로 정했습니다. 그랬는데 많이 오시지는 않은 것 같습니다.

저 나름대로는 아마 다음 주에 하면 더 적게 나오리라고 생각을 합니다.

오늘 주제는 저희들이 2009년도 헌법실무연구회 중점 테마로 기본권론을 삼
았습니다. 오늘은 그중에 한 부분으로서 군인의 기본권에 대해서 알아보는 시간이
되겠습니다.

이번 발표는 건국대 법학전문대학원의 이재승 교수님께서 담당해 주시겠습니다.

지금부터는 정재황 교수님께서 진행해 주시겠습니다.

사 회 자: 여러분 안녕하세요. 반갑습니다.

벌써 우리가 94회째를 맞이했습니다.

간사께서 말씀하신대로 연휴가 시작되었는데 저희들은 계속 공부방이 열려있
습니다. 오늘 주제는 군인의 인권을 어떻게 볼 것인가라는 제목으로 진행이 되겠
습니다.

이 자리에는 우리 회장님을 비롯해서 특별히 송두환 재판관님께서 자리를 같
이 해 주셨습니다. 감사드립니다. 그리고 사무차장님 또 기획실장님, 김상환 부장
님, 여러 연구관님들이 자리하셨고요.

시간이 많지 않고 해서, 또 미리 메일을 통해서 받아보셨겠지만 발제도 그렇
고 토론문도 상당히 양이 많습니다. 그래서 발제하시는 우리 이 교수님께 제가 압
력을 벌써 행사했습니다. 시간을 좀 줄여주시기를 부탁드립니다. 말씀드렸는데요.

그래서 시간도 없고 해서 바로 발제로 들어가기로 하겠습니까?

발제를 맡으실 우리 이재승 교수님께서서는 서울대학교 법과대학 및 동 대학원에서 박사학위를 받으셨고요, 법제처 법제연구담당관을 역임하셨습니다. 현재는 건국대학교 법학전문대학원의 교수로 봉직하고 계시고요, 평화군사법학회의 중요한 멤버로서 초창기부터 맹활약을 해오시고 계십니다.

양심적 병역거부권과 대체복무제 등 군인관련 인권에 관한 문제의 논문들 다수 발표하신바가 있는 사계의 전문가이십니다.

지정토론을 맡아주실 두 분은 잠시 뒤에 토론에 임하실 때 제가 말씀을 올리도록 하겠습니다.

그러면 먼저 이재승 교수님의 발제를 청해서 듣도록 하겠습니다.

< 주제발표자 발표 >

사 회 자: 수고하셨습니다.

위낙 이게 포괄적인 문제라고 보여집니다.

군인들의 생활터전, 사회도 우리 일반 사회공동체처럼 많은 사람들이 모여서 움직이는 집단이기 때문에 여러 가지 법적인 문제가 있는 가운데 그리하여 그동안 저희 학계에서도 이 군인의 기본권에 관한 논문들이 그렇게 많지 않았고, 특히나 이렇게 전반적으로 다루어지고 있는 논문은 별로 없었습니다.

무엇보다도 국방헌법이라는 개념을 주장을 하셨고, 종래 이 특별권력관계에서 이제는 탈피해서 법치주의적인 군규율체도를 얘기를 하셨고, 특히 독일의 제도에 대해서 많이 언급을 해 주신 것 같습니다.

제가 여기서 더 말씀을 드리면 없는 시간에 사족을 다는 것 같고, 오늘 토론을 통해서 또 그동안 제가 사실은 시간을 많이 못 드렸습니다. 그렇기 때문에 우리 발제자께서 하시고 싶으신 의견이 있고 또 좀더 소개하실게 있으시면 토론 가운데 보완을 해 주시기를 바라고요.

이어서 바로 토론 듣도록 하겠습니다.

오늘 토론은 먼저, 이것도 고민입니다. 민간에서 먼저 해야 되는지 아니면 우리 정예부대의 법무를 전문으로 이끄시는 장군님께서 먼저 하셔야될지 고민이었는데, 예우차원에서 토론을 먼저 부탁을 드리겠습니다.

고석 준장님께서 토론을 맡으시겠는데요.

육군사관학교를 나오셨고 서울대학교 법과대학 및 동 대학원에서 수료를 하시고 그 다음에 법학박사를 서울대학교에서 받으셨습니다. 그리고 사법연수원 23

기로 수료하시고 지금 현재는 육군본부의 법무실장님으로 계십니다.

오늘 대전에서 2시 10분에 출발하셨는데 거의 6시 가까이 도착하셨으니까 무려 3시간 50분이 걸린 것 같습니다. 오늘 연휴가 시작되어서 아마 바틀랙이 심했는데 사실은 KTX같은 1시간인데 그래도 원로를 오셔가지고 아주 힘드셨고 그래서 오늘 귀한 시간을 저희들이 빼앗게 되는 것 같습니다.

칭해서 듣도록 하겠습니다.

통상의 관례에 따르면 10분인데요. 그래서 특히 원로에 오셨다는 것도 있고 그래서 5분을 더 드리도록 하겠습니다.

< 지정토론자(고석) 발표 >

사 회 자: 수고하셨습니다.

항상 사회를 보면 제가 왜 사회를 맡았느냐 후회막급인데요. 저도 학회 사회를 적지 않게 봤습니다만. 그래서 장군님께서나 또 우리 이상경 교수님께서 저를 구제해 주시기를 바랍니다. 제가 이 모임이 끝나면 이 많은 우수한 연구관들께서 당신이 과연 연구위원이 맞느냐라는 얘기를 하실 것 같아서 마음이 졸입니다.

대단히 죄송하나 이미 배포된 것일 뿐만 아니라 이상경 교수님은 일주일 전에 주셨기 때문에 다 우리가 숙지를 하고 있는 것 같아서 그야말로 포인업을 해주시는 의미에서 한 5분 내로 마쳐주시기 바랍니다.

대단히 죄송합니다.

이상경 교수님께서서는 잘 아시죠. 여러분들 사실은, 연세대학교 법과대학을 나오셔서 서울대학교 대학원에서 법학석사를 하셨고 미국의 워싱턴유니버시티스쿨 오브 로에서 JD뿐만 아니고 JSD학위도 취득을 하셨습니다. 그리고 독일 쾰대학교 법과대학의 공법학연구소의 비지팅 스킨으로 다녀오신 바가 있습니다.

칭해 듣겠습니다.

< 지정토론자(이상경) 발표 >

사 회 자: 감사합니다.

이 교수님께는 시간을 너무 짧게 드려서 정말 죄송스럽게 생각합니다.

토론이 중요한 것 같아서 그렇습니다. 토론과정에서 여러분들께서 의견 많이 내주시기를 바라구요. 이제 여러분들의 자유토론을 듣겠습니다.

지금 통상 저희들이 발제자의 발제 그 다음에 지정토론자 두 분의 의견을 듣고 또 발제자의 답변을 들어왔습니다만 오늘은 주제가 포괄적이고 해서 플로어에

여러 연구관님들 또 외부에서 오신 분들 질문 또 견해 등을 듣고 그래서 한번 정리를 해 보도록 하겠습니다. 얼마든지 자유롭게, 묻지도 않고 따지지도 않습니다.

황 박사님께서 먼저 하시렵니까? 외부에서 오신 분 혹시 있으시면? 없으신가요? 우리 법무관님들? 그냥 스스럼없이 말씀하시면 됩니다.

혹시 의견 있으시면?

일단은 우리 내부에 분이 한번.

대신 황 박사님 죄송스러우나 1분 이내에.

황 치 연 : 알겠습니다.

존경하는 두 분 재판관님 모시고 이렇게 회의를 진행하는데 아는 바가 없는 제가 질문을 하게 되어서 너무 죄송스럽게 생각합니다.

먼저 발표자께 질문을 하나드리고 싶습니다.

주체가 군인의 인권에 관계되기 때문에 지휘권과 인권과의 관계를 대립관계로 파악하시는 것 같은데 그래서 ‘불법적인 명령에 대한 부하의 저항권’ 이런 개념을 설정하는데, 과연 이런 개념이 그런 군대의 어떠한 존립목적 이런 것을 했을 때 성립될 수 있는 개념인지? 물론 미시적인 접근에서는 그게 충분한 대립관계에서 저항권이라는 제3자적 개념을 도입할 수는 있겠지만 거시적으로 국가 철학적으로 본다면 생존이 최고의 법철학이다. 그러니까 국가의 존립 없이 국민의 기본권이라는게 존재할 수 있을까? 이런 생각을 가지는 입장에서는 아, 이거 과연 불법적인 명령에 대한 부하의 저항권개념을 인정할 수 있을까? 이것을 굉장히 우려되게 생각할 수도 있는데 이점에 대해서는 어떻게 생각하는지 묻고 싶습니다.

그리고 이상경 교수님으로부터 많이 배웠습니다. 여러 가지.

고석 토론자께 제가 하나 질문을 드리고 싶은 것은, 결국은 헌법이라는 것은 국가목적 달성을 위한 규범틀인데 그게 국민의 기본권을 보장하고 실현하는 그런 메커니즘 아니냐 결국은, 그런데 헌법상에 많이 설정되어 있는 원리들이 있는데 미국헌법에서는 장관이 지시를 내리고 군대 지휘관이 규율체계에 관한 명령을 내리면 그것으로 끝나지 왜 어떤 법적 틀 안에서 패전국인 독일법체계를 본받으려고 하느냐 승전국인 미국도 이런 거 아니냐하는데, 우리가 살고 있는 것은 미국 헌법하에서 살고 있는게 아니라 한국 헌법질서하에서 살고 있기 때문에 그러한 헌법적인 규율원리에 군대라는 조직도 따라야지 않겠느냐? 결국 헌법재판이라는 것은 리스트럭처링, 어떤 이 사회에 대한 구조조정 하는 것이 아닌가 이렇게 생각을 합니다.

그러니까 이 국방의 영역 군법체계에도 헌법재판을 통한 리스트럭처링단계를

부인할 수는 없지 않을까. 이렇게 생각을 합니다.

이상입니다.

사 회 자: 정말 끝나신 겁니까? 감사합니다.

또 다른 분?

죄송합니다. 제가 깜빡 잊었네요. 간사의 명령을 위반하면 그야말로 항명죄가 되는데, 우리 손인혁 연구관계서 명령하시기를 자유토론하시는 분께서는 소속 그리고 합자를 밝혀주시면 좋겠습니다. 왜냐하면 우리가 화기에애한 분위기속에서 진행하려고 합니다.

말씀하시죠.

서 재 덕: 저는 국방부 검찰단에서 근무하고 있는 서재덕이라고 합니다. 직책은 송무부장이고요. 국가소송을 책임을 지고 있는 사람입니다.

저도 2000년도에서 2001년도까지 현재 연구관을 했었는데 와보니까 친정애 온 것처럼 참 좋고 그렇습니다. 오늘 열띤 토론을 들어보니까 상당히 재미있고 옛날에 여기 참여했던 기본들이 새록새록 나고 또 함께 알고 있는 반가운 얼굴도 보고해서 참 반갑습니다.

그런데 오늘 발제자에 대해서 한 두 어가지만 물어보고 싶은게 있는데, 제가 그때 여기 근무할 때에도 그때 당시 법무감님한테 현재에 계류중인 국방부 관련 사건을 보고하라고 업무보고를 한 적이 있었는데, 그때 제 기억이 한 25건 정도 있었던 것 같거든요. 그리고 보면 그때 당시에도 군대관련법제에서 많은 헌법소원들이 제기되고 있고 헌법이 많이, 그때 제가 느꼈던게 뭐였냐 하면 군 사법제도 군법제도에 대해서 상당히 많이 헌법재판을 하고 있구나. 몰랐어요. 여기 와서 보니까 헌법이 잘 작동이 되고 있더라. 그런데 여기 교수님이 지적하신 내용 중에서는 헌법이 전혀 작동하지 않고 있다, 이런 부분들은 좀 수궁하기 어렵다는 생각을 일단 말씀드리고 싶고.

그 다음에 이상경 교수님도 아까 이야기를 하셨는데 우리가 지금 특별권력관계가 극복되어야 된다. 이제는 극복되어야 된다 했는데 특별권력관계는 이미 다 폐지되어 있고 지금 현재 제가 알기로는 이 특별권력관계라는 것이 법률의 유보 없이 기본권을 제한할 수 없다. 그 다음에 특별권력관계 내에 있는 구성원들에 대해서 사법심사가 이루어져야 된다. 지금 다 되고 있거든요. 그 부분에 대해서 이의가 있는 사람은 하나도 없다고 생각이 되어 지는데 그게 안 되고 있다는 것인 지에 대해서 좀. 그것은 아니고 특별권력관계는 폐지가 되었지만 현재관례나 대법원결정례에서 보면 군인의 기본권은 다른 일반시민에 비해서 훨씬 더 많이 헌법

적으로 제약이 예정되어 있고 또 실제로 기본권제한이 많이 이루어지고 있다. 이런 것으로 특수한 신분관계 이런 식으로 표현하고 있지요. 그래서 그 특수한 신분관계를 아예 폐지하자는 말인지 그것을 한번 묻고 싶습니다.

그 다음에 미국에서도 아까 발제자께서 약간 혼동하고 계신 것 같은데, 국방부지침인가 거기에 보면 각 군의 지침이 있어요. 거기에서는 제가 원문을 정확히 기억을 못하는데 하여튼 이 표현물을 가져올 때는 군기, 사기 그 다음에 군사임무달성에 명백하게 이해가 초래하는 경우에는 군의 지휘관 허가를 득하고 가져와야 된다. 그래서 ‘프린티드 머트리얼’ 그렇게 되어 있거든요. 그래서 프린티드 머트리얼은 모든 도서라든지 다 포함이 될 수 있는 것이겠죠. 그래서 그런 것들을 보면 미국도 군사임무달성이나 군기, 사기 이런 것을 굉장히 우선시하고 있구나라는 것을 보게 되었어요. 하여튼 글라인스 판결, 허프 판결 이런 판결들에서 그 조항이 위헌이 아니라는 그런 대법원판례가 있다는 것을 한번 적시를 하고 싶고요. 그래서 어느 나라에서나 하여튼 세계 각국의 헌법체제에 상관없이 기본권은 국가영속성이 그 사람들의 구성원들인 군인들의 기본권보다도 훨씬 더 중요하다는 것은 변함없는 진리인 것 같습니다.

하여튼 이 정도로 하고 제가 질문한 것에 대해서 답변 한번 해 주시면 고맙겠습니다.

사 회 자: 감사합니다.

우리 서재덕 박사님께서 코멘트를 하셨고 또 질문도 했습니다.

또 다른 분? 그거보다는 좀더 이 토론을 활성화시키기 위해서.

본인 소개를 좀 해 주시기 바랍니다.

박 종 신: 저는 육군본부 법무실에서 국제법장교로 일하는 박종신입니다.

저는 입대하기 전에 독일에서 15년을 살았고 프라이브르그법대를 졸업했으며 독일변호사자격을 가졌습니다.

먼저 독일법이 왜 중요하냐? 왜 독일법을 우리나라에서 도입하려하느냐? 아니면 독일법이 장단점이 뭐냐를 논하기 전에 제 소견을 먼저 말씀드리고 싶습니다.

먼저 저는 법이란 사회에서 나오는 것이고 그렇기 때문에 법을 이해하고 법체계, 사법체계 아니면 판례를 이해하려면 그 주변환경 아니면 배경 아니면 실무에서의 의미가 중요한 작용을 한다고 믿습니다.

독일 군사법같은 경우 독일은 전 세계적 유례없는 1, 2차대전 패망으로 인한 역사적인 교훈을 가진 나라입니다. 독일은 우리나라처럼 분단이 되었고 통일이 된 나라입니다. 지금 현재는 통일이 되었습니다. 20년 동안. 그리고 유럽연합의 통합

을 통해서 그리고 나토의 영향력을 통해서 독일군은 의미가 없습니다. 현재, 적이 없습니다. 독일 지리학적으로 봐서 이라크까지는 적이 없습니다. 그리고 교수님께서 독일은 대규모군대를 갖고 있다 하셨는데, 독일 현재 군사정책으로는 소규모군대를 유지하는게 최우선이라고 생각됩니다.

특히 제 친구들 제가 고등학교를 독일에서 나왔기 때문에 친구들의 병역문제 같은 것을 많이 의논하고 토론도 해봤는데 독일은 현재 병역의무를 이행하지 않는 대학생들이 20%가 넘습니다. 전체적으로 30%이상은 대체복무로 나갑니다. 30에서 40%. 군대를 실제로 입소하고 입대하는 사람들은 50%도 안 됩니다. 그런 상황입니다. 그리고 헌법상으로 공격전쟁이 가능하지 않습니다. 방어전쟁만 가능합니다. 일본처럼. 그리고 이런 역사적인 교훈을 통해 가지고 1949년 독일인들이 민주주의 헌법을 채택한 후에 당시 독일은 군대를 갖는다는 것을 생각조차 안했습니다. 군대를 가진 이유가 뭐냐? 철의 장벽 때문에 정치적인 판단에 의해서 생겼습니다. 영향이 뭐냐? 정치적 판단에 의해 가지고 독일군이 전 국민이 원하지 않았는데 전 유럽국가가 원하지 않은 상황에서 만든 영향이 뭐냐? 첫 번째로 헌법상 공격전쟁이 불가능하고, 두 번째로 군대 자체가 국방부장관 직속입니다. 행정부입니다. 하나의 행정부이기 때문에 국방부장관이 적어도 평시에는 명령 및 지휘권을 갖고 있고, 그리고 아까 독일 옴브즈만제도에 대해서 언급을 하셨는데 이것도 그 당시 외교정책적 이유에서 불가피한 독일의 재무장 때문에 만든 것입니다. 왜냐? 독일 군사조직의 영향력을 해체시키고 가능한 한 의회에서 컨트롤할 수 있도록 만든 것입니다. 그게 바로 역사적 배경입니다. 독일 옴브즈만의 역사적 배경이 그 당시 재무장을 하기 위한 막말로 말하자면 핑계였던 것입니다. 그런데 지금 현재에는 독일군인의 기본권을 유지한다. 맞습니다. 그런데 생각해 보면 독일군대는 우리나라 군인과 비례적으로 비교했을 때 아주 작습니다. 그 작은 군대에서 매년 6천건 이상의 인권문제가 발생한다면 과연 그런 나라의 독일 군사제도라든지 인권제도를 우리나라에서 도입해서 큰 도움을 받을 수 있는지 의문스럽습니다.

그리고 두 번째로 아까 독일군에서 나치와 포르노관련서적과 그림이라든지 그런 것을 반입을 금지하고 그렇다고 하셨는데 그것은 맞습니다. 독일 형법 130조 맞습니다. 하지만 지금 그것은 지금 현재 그러니까 독일이 적이 없는 상태에서 통일된 후에 EU통합이 된 상태에서 나토군이 있는 상태에서 가능한 판단입니다.

제가 교수님께 묻겠습니다.

당시 쿠바사태라든지 60년대 70년대 독일이 동독이라는 적이 있었고 그 당시에 사회주의관련서적이라든지 그림 아니면 그런 견해와 관련된 서적들을 과연 금

지시하지 않았을까 하는 의문이 듭니다.

그리고 세 번째로 교수님께서서는 군인의 기본권보호, 맞습니다. 헌법상으로 기본권보호, 헌법상으로 보장된 기본권 중요합니다. 군인뿐만 아니라 전 국민의 기본권보호는 중요합니다. 하지만 독일 헌법에는 군기능수행력도 규정되어 있습니다. 군기능수행력뿐만 아니라 명령 및 지휘권도 헌법상 규정되어 있습니다.

이는 뭐냐? 군 기능수행력과 명령 및 지휘권 이것은 다른 국민의 기본권보호와 동등하게 헌법적인 동등한 위치에 있습니다. 그렇기 때문에 일방적으로 국민의 기본권보호 아니면 군인의 기본권보호를 일방적으로 우위가 있다고 말할 수는 없는 것입니다. 실제로 독일 판례들을 연구를 하면 독일 특히 70년대 80년대에 독일 통일전까지만 해도 군기능수행력과 명령 및 지휘권에 제 소견에는 우위를 둔 것 같습니다. 그런데 그것은 더 많이 연구해 봐야될 과제인 것 같습니다.

마치겠습니다.

사 회 자: 수고하셨습니다.

독일과 우리 상황이 좀 다르지 않느냐? 그것을 주로 강조하신 것 같아요. 그 얘기는 조금 있다가 듣고 한 분, 두 분 정도.

이 황 회: 헌법재판소 이황회 연구관이라고 합니다.

고석 장군님의 인상적인 토론 잘 들었습니다.

듣다보니까 작은 부분에 질문이 몇 개 있어서 여쭙고 싶습니다.

첫 번째는 군인의 단체행동이 굉장히 위험하다고 얘기를 하셨는데요. 그렇다 면 제가 이해하기로 이번 헌법소원도 6명이라는 사람이 혹시 단체로 내서 그게 문제가 되었다는 뜻인지? 그렇다면 6명이 개별적으로 헌법소원을 내면 괜찮은데 혹시 단체로 한 서면에 같이 내서 문제가 된다는 뜻인지 약간 의문이 들어서 여쭙고 싶고요.

두 번째는 이적단체로 지정된 한총련이 책을 보내서 문제라고 말씀을 하셨던 것으로 제가 이해를 하는데요. 만약에 한총련이 고등학교 교과서를 보내면 이를 테면 말이죠. 그러니까 그런 식으로 고등학교 교과서를 보냈을 때 그러면 그 고등학교 교과서도 한총련이 보냈기 때문에 불온서적이 되는 건지? 그게 아니라면 그 내용을 검토하셨다는 내용인데 사실 그 23권의 내용 중에는 세간의 평가로 북한 찬양도 아니고 반정부도 아니고 반미도 아니고 반자본주의도 아니고 심지어 2008년 학술원에서 우수도서로 추천까지 받아서 청와대 도서관에까지 들어 간 책들도 있습니다. 그런 책들이 거기 포함된 것에 대해서는 어떻게 생각을 하시는지 의견을 여쭙고 싶습니다.

사 회 자: 한 분만 더.

이줄 제일 끝에 있는 분이 손을 드신 거 아닌가요?

그러면 우선 짧게, 제가 볼 때는 질문을 몇 가지로 정리할 수 있을 것 같습니다.

우리 토론자분께 사실은 죄송스럽게 생각하는게 토론분량만 해도 발표논문같이 많이 쓰셨는데, 고석 준장님께는 대체적으로 두 가지 질문인 것 같습니다.

한번 답변을 해 주셨으면.

고 석: 두 가지가 아니고 네 가지인데 짧게 하겠습니다.

먼저 교수님께서 기본권 보장하는 것이 전투력을 강화시키는 것이 아니냐라고 말씀하셨는데, 문제는 꼭 그런 것은 아니라는 것입니다. 그러니까 아까 우리 박종신 변호사가 얘기했다시피 헌법상 군의 임무가 있습니다. 국가의 사활에 관한 문제가 있고 그 다음에 이제 국민의 기본권문제가 있는데, 실제로 미국 연방대법원 같은 경우에는 또 실제로 독일의 군인법 6조 같은 경우에는 법률상 근거지어진 의무에 의하여 직무수행의 요구가 있는 경우에는 기본권이 제한된다는 것이거든요. 그래서 문제는 충돌을 할 때 어떻게 해결할 것이냐의 문제라는 겁니다. 그 문제를 말씀드린 것이고. 우리 대한민국의 군인의 기본권을 소위 말하면 기능수행력이라고 아까 얘기했지만 국가안보기능을 약화시키지 않으면서 극대화할 수 있다면 다 원하는 것이지요. 그런데 지금 현재의 체제가 어떠냐? 오랜 역사를 통해서 선진외국의 여러 제도들을 통해서 계속 발전되고 개선되어온 제도라는 측면에서 말씀을 드린 것이고요. 근본적인 취지에 대해서 반대하는 것은 아닙니다.

그 다음에 아까 함자를 제가.

사 회 자: 이황희 연구관입니다.

고 석: 똑같은 취지로 제가 답변을 대신하겠습니다.

그리고 아까 미국 군대지휘관 명령에 의해서 법률에 의하지 않아도 된다는 뜻이냐? 이런 지적에 대해서는 제가 그런 취지로 말씀드린 것은 아니고, 아까 발제자께서 미국의 경우에도 법률유보에 의해서 이렇게 한다는 식의 표현을 하셨기 때문에 실제 미국의 관련규정을 제가 알고 있는 연구한 바를 말씀드린 것이고요. 오해가 없었으면 좋겠고요.

그 다음에 마지막으로 군인의 단체행동 이거 각자 하면 어떠냐? 저는 각자 하면 집단행동이 아니라고 생각합니다.

우리 군인 그러니까 우리가 그것을 어떻게 이해를 하냐하면 집단행동이 쉽게 말하면 군의 기능을 저하시켰느냐? 군의 내부질서와 군기를 저하시켰느냐? 결국

은 그런 행동을 지휘권을 침해했느냐? 이런 것이거든요. 그러니까 군이 기능을 수행하는데 있어서 장애가 될 추상적 위험이 있느냐? 이런 부분에서 집단행위를 금지하는 것이라고 생각합니다. 그런데 각자 여러 사람이 해서 우연히 의사연락이 없다면 한곳에 병합이 된다면 문제가 되겠습니까?

그 다음에 문제는 이 소원 제기과정에서 자기들끼리 읽는 사이버월드라든가 그 다음에 공적인 말하자면 교육을 받는 시간에 그런 이슈를 가지고 서로 들어와라, 같이 해보자 이런 것들에 대하여 종합적으로 판단한 것입니다.

그리고 이제 그런 과정들이 예를 들어서 정상적인 군대라인에 있는 지휘계통에 있는 사람에 대한 부정적인 평가를 함부로 했대든가 예를 들어 그런 부분들을 종합해서 한 것이고요.

그 다음에 한총련 도서보내기, 고등학교 교과서 말씀하셨는데, 물론 전혀 문제 안 되지요. 그렇게 되면. 그런데 기무사의 설명에 의하면 6월초 경에 전방에 있는 모 사단에서 활동관이 자기가 망원으로 활용하는 어떤 조직의 첩보계통으로부터 들어서 이리이러한 서적들을 받았는데 그 후에 또 그쪽 내부 사이트에 있는 다른 자료들에서 그런 움직임이 있다는 것을 확인하고 자기들은 내부적으로 그것이 어떤 성향의 책이냐만 분류했다는 겁니다. 이것은 친북이적이겠다, 이것은 반미겠다, 이것은 반정부겠다. 이렇게 분류해서 국방부에 보고했다고 하는 것이거든요. 그래서 아까도 말씀드렸듯이 대부분이 보시면 거기에 두 권의 책은 북한에서 발간된 소설 이런 겁니다. ‘북한도 살만한 곳이다’.

그 다음에 아까 말씀드린 책이 어떤 것이냐 하면 ‘북한의 미사일전략’, ‘북한의 경제발전전략’, ‘핵과 한반도.’ 이런 것은 실제 서울지법 23부에서 4월 1일날 선고해서 국가보안법상 금지되는 이적표현물이라고 판결이 났습니다.

그 다음에 아까 아마도 ‘나쁜 사마리아인’을 지칭하신 것 같은데요. 이것이 그러니까 어떤 예를 들면 좋을까요? 직접 책을 이 많은 데서 해도 되는지 모르겠습니다만 저는 그렇게 생각합니다. 군인이 아닌 사람이 정부정책을 비판할 수가 있고 대통령을 비판할 수 있고 그렇게 할 수 있다고 생각합니다. 심지어는 물러나라고 할 수도 있고. 그런데 군조직에 있는 군을 구성하는 국가안보를 담당하는 군대구성원들이 그런 행위를 휴가중이나 근무 중에 한다면 그것은 바람직한 것이 아니다. 그런데 이 책은 이런 견해도 있는 것 같습니다. 그러니까 결국은 어떤 반 FTA, 촛불시위 그 다음에 그것을 더 확대시켜서 북한의 어떤 강성대군 광명성 1, 2호를 올린 것을 찬양하며 뭐 이런 내용과 관련해서 결국은 반FTA, 그러면 나쁜 사마리아인의 책의 내용이 뭐냐 하면 신자유주의에 대해서 비판하는 것이거든요.

신자유주의 그러니까 미국을 중심으로 한 부자나라가 자기들은 보호무역을 통해서 부자나라가 되었으면서 이제 와서는 가난한 우리나라 같은 나라를 무역장벽을 헐자고 주장한다는 책입니다. 그래서 이런 부분들은 당시에 사실 우리 군내부적으로 이런 부분이 있었습니다. 자, 휴가 나간 장병들이 TV를 보면 머리가 짧은 애들이 좃불 들고 가는 겁니다. 그런 부분들이 좀 우려스럽다 이런 내부적인 교육도 저도 받은 적이 있고, 그것이 정치적인 중립의 문제가 아니라 군인이 그런 시위에 나가서 이렇게 하는 것이 부상을 당할 수도 있고 이런 부정애적인 입장에서 조치한 것인데 아마 이것도 제가 볼 때는, 그리고 그 다음에 또 하나는 한국이라는 것은 6·25때부터 시작해서 결국은 한미의 어떤 혈맹과 같은 그런 안보의 양 동맹 관계를 주축으로 해서 전쟁을 억지해 오고 있고 실제로 전쟁이 나면 극복하도록 되어 있습니다.

그래서 결국은 그 책이 경제학자들에게는 새로운 시각을 주고 베스트셀러가 될 수 있지만 장병들에게는 정신전력상 부정적인 영향을 줄 수 있다고 아마, 정신전력분야에 근무하는 것은 북한이 그렇듯이 우리도, 북한도 사상전, 사이버전, 심리전 뭐 공작활동, 원정화사건 기억하지 않습니까? 그런 것이 있듯이 우리가 남북한이 갈라진 60년 역사상 계속되어 오고 있습니다. 그래서 나름대로 어떤 부분이 병영 생활하는 군인들에게 도움이 되고 안 되는지에 대해서 나름대로의 노하우가 있거든요. 마치 이순신 장군이 왜군의 함선을 어떻게 격퇴할 것이냐에 대한 전략이나 전술이 있듯이 사실 이것은 북한을 그러니까 우리의 적이 북한이라면 북한을 이기기 위한 것이라고 생각을 하고요.

그 다음에 실제로 보면 우리 헌법 그 다음에 국군조직법, 군인사법, 군인복무규율 그 다음에 군인복무규율에는 더 자세한 내용은 각 장관이나 총장이 정하도록 되어 있는데 거기에 보면 국군병영생활규정이라고 있습니다. 거기에 보면 “물품 특히 폭발물, 흥기, 주류, 소형카세트, 무선호출기, 개인휴대 통신장비, 현금카드, 불량 불온도서, 유인물, 음반, 디스켓, 테이프 등을 영내에 반입할 수 없다.” 여기서 불량 불온도서는 아주 포괄적입니다. 그 다음에 더 중요한 것은 물품을 영내 반입할 때는 지휘관의 허가 하에 해야 된다고 되어 있습니다. 이게 헌법으로부터 내려온 관련된 조항인데 모르겠습니까. 이것도 뭐 상위법에 명확한 근거가 없지 않느냐? 이렇게 말씀할 수도 있는데, 포괄위임이니 뭐니 판단할 때는 그리고 상위법 전체 관련된 전체 관계 법률이 그러한 규율을 예정하고 있는지. 그 다음에 누구나 그것을 보면 예측할 수 있는 것이, 당장 우리 군인의 입장에서 적에게 유리한 어떤 표현물이 되었든 뭐가 되었든 간에 이런 부분에 대해서 당연히 그것을

소지하지 않아야 될 것은 군인의 충성의무로부터 당연히 나온다고 생각합니다. 군복을 입고 있는 한, 국가안보를 위해서, 다수 전체의 안전을 위해서 자기가 희생하는 것이거든요.

1952년도에 백마고지전투에서 중공군이 11,000명 한국군이 3,000명이 죽었습니다. 고지주인이 일곱 번 바뀌었거든요. 전사가 말하고 있습니다. 그때 한번 투입된 대대병력은 3분의 2가 죽어나온다는 것입니다. 그런데 일곱 번이나 다른 대대가 교체되어 가면서 내가 죽을 줄 알면서 가는 것이거든요.

그러면 거기서 문제될 수 있는 것이 생명권, 얼마나 중요합니까? 나는 생명권 때문에 헌법재판소판례 받아보고 예를 들어서 무슨 행정법원판례 받아보고 물론 극단적인 예입니다만, 그래서 이번에 국방부의 조치가 목적도 국가안보, 정신 전력 차원에서 한 것이고, 그 다음에 근본적으로 읽지 말라고 한 것이 아닙니다. 그런 밖에서의 여러 가지 시위 그 다음에 기타 그런 연장선상 여러 가지 활동들이 휴가 나온 병사들을 통해서 이게 영입이 안 되었으면 좋겠다고 하는 하나의 강조고 어떤 그런 것이지 실제로 저는 이 공문이 구체적으로 실현이 되어서 뭐 이렇게 속소 되지고 사무실 뒤졌다는 얘기 한 번도 들어보지 못했습니다.

그리고 실제로 이런 공문은 구체적으로 이런 공문이 아니더라도 예를 들어서 우리가 한 달에 한 번씩 또는 6개월에 한 번씩 또는 1년에 한 번씩 보안감사를 하는데 그때 USB 가져오지 마라, 뭐뭐하지 마라, 여러 가지 지시가 나오거든요.

다만 실제로 그런 것을 어떻게 하느냐? 다 어떻게 뒤져봅니까? 점검하는 사람은 두 사람이나 한 사람인데, 보안과에 있는 군무원이나 중령 하나 기무사에서 나온 사람 한 사람정도 하는데 가끔씩 음주운전 측정하듯이 그냥 한번 정문에서 일정한 시간 한 시간이면 한 시간 두 시간이면 두 시간 정해 놓고 “가방 한번 열어봐주시겠어요?” 그 정도라고 생각하시면 됩니다.

이상입니다.

사 회 자: 감사합니다.

발제하신 우리 이 교수님, 이상경 교수님께는 질문이?

이 상 경: 특별권력관계론인데 저는 이미 폐기된 특별권력관계이론이라고.

사 회 자: 확인만 하시면 될 것 같고요. 그리고 이재승 교수님.

발 표 자: 저는 뭐 워낙 많이 시간을 썼기 때문에 제가 여러 번 붙잡고 싶지는 않고요. 아까 황치연 박사님이 저항권 개념이 너무 적대적으로 설정된 것 아니냐 했는데, 사실은 제가 2004년에 군대인권실태조사 이런 데 관여를 했는데 그것은 사실은 저는 법철학적으로 저항권이라는 것, 우리 시민불복종의 약간 극단적인

형태다 이렇게 이해를 하고 있는데, 오히려 군인들이 자기들의 처지를 그렇게 표현을 하면서 그것을 인권으로 박아달라는 거예요. 그런데 그게 특별히 권총 뽑아서 덤비겠다, 이런 뜻은 아니고 그냥 불복종한다라는 말을 군인들이 일상적으로 그것을 갖다가 저항권이라고 말하더라고요. 그러니까 우리가 어느 순간에 복종하지 않아도 되느냐, 이런 문제에 대한 자기들의 어떤 절박한 표현이지 법적으로 이렇게 우리가 쓰는 그런 저항권개념하고는 조금 다릅니다. 불복종할 수 있는 권리 이런 것입니다.

사 회 자: 우리 이상경 교수님께서 공식적으로 토론문에서 던진 질문이 있지요. 그것은 간단하게는 답변하셔야 될 것 같습니다.

발 표 자: 파면조치 포함해서 이 교수님 주장은 다 동의하고요. 사실은 제가 독일을 얘기하니까 왜 전범국가를 예를 들었냐하는데, 지금 제도가 좋으냐 나쁘냐 이렇게 접근해 들어가야지 나는 무슨 말인지 잘 모르겠어요. 미국이 그러면 미국은 전 세계에 전쟁을 벌이고 있으니까 그렇게 독립된 형태의 군사법원을 유지하는게 현실에 맞거든요. 그런데 우리는 전국이 법원으로 다 많이 되어 있는데 왜 군사법원을 두어야 되는지 저는 우리식으로 한번 생각을 해보자 이겁니다. 그거였고요.

또 독일 얘기를 하게 되는데, 이렇게 징계권을 남용한 행위는 사실은 범죄로 처벌됩니다. 독일에서는, 징계사항이 아닌데도 거의 악의적으로 하고 있는 것이거든요. 그리고 명백하게 국방부가 철회하지 않는다고 공표를 했기 때문에 헌법소원을 제기한 그 군인들도 선택의 여지가 없었던 거지요 사실은, 국방부가 그런 문제를 한번 어드벌린... 철회하겠다는 것도 아니고 단호하게 밀고 나가겠다. 그리고 한 번도 단호하게 밀고 나가지 않은 적이 없어요. 국방부 연예규범 포함해 가지고, 그래서 인권침해적인 성향 때문에 그렇게 했다고 저는 보여줍니다.

그리고 내부적으로 희망이 없었을 때는 빨리 그런 싹을 거둬내고 외부화시키는 것에 헌법재판소가 기여를 해야지 그것을 내부한테 떠넘긴다는 것은 인권침해를 이중화시키고 악재를 지속시키는 효과밖에 없을 것이라고 저는 생각합니다.

그리고 지금 독일의 경험이 있으신 분이 독일 갔다 오셔서 얘기를 해서 좀 찢리기는 한데, 사실은 독일 갔다 온 사람들은 다 좋아하는데 독일 갔다 와서 독일의 군사법제에 대해서 약간 비판인 것입니까? 그런 식으로 발언하는 분은 처음 들었고요. 저는 군대와 계엄제도 이런 것과 관련해 가지고는 사실은 규범화는 되지 않았지만 예를 들어서 80년대 중반에 파리의 최저인도주의기준 같은 것이 있거든요. 그러니까 이런 것을 보면서 사실은 계엄법이나 이런 것도 얼마나 지금 문명국가들이 말하고 있는 기본권인 기준하고 떨어져있는가를 한번 검토해야 될 때

라고 생각을 합니다.

사실은 해 왔던 대로 하는 것이 문제가 아니라 우리가 얼마나 법치주의 요구에 맞게 하고 있느냐 이것이지요. 그래서 사실은 군인은 국가안보를 위해 존재한다고 해 가지고 인권이고 민주주의고 법률유보고 이것을 다 없애고 한다면 이거야말로 민주주의의, 누굽니까? 오스틴 마일드로 일종의 화형론적 모순 아닙니까? 여기 고양이가 있는데 나는 고양이 안 믿겠다고 말하는 거지요. 민주주의를 위해서 민주적 질서를 위해 지키라고 말하면서 그것을 유보해 버린다면 그 군인한테, 그것은 충성에 조건이 없는 거지요 사실은. 저는 그렇게 생각을 합니다.

제가 마지막에 너무 과하게 주장해서 좀 죄송합니다.

사 회 자: 우리가 허용된 시간이 몇 시까지? 9시까지입니까?

준장님 딱 1분만, 저희들이 9시까지 예정이 되어 있고 해서.

고 석: 징계, 악의적으로 징계, 이런 말씀을 상당히 줘. 왜 그러냐하면 이게 행정부 내부의 질서유지에서 나름대로 기준이나 이런게 있거든요.

그 다음에 이것이 그걸로 끝나는게 아니라 행정소송하고 대법원까지 갈 겁니다.

그리고 아까 징계권을 남용한다, 나중에 한번 개인적으로 관심이 있으시면 저희들이 관련 자료를 한번 설명을 드리고 싶고.

그 다음에 인권도 기본권도 없다고 아무도 그렇게 얘기하지 않습니다. 법률유보가 적용되지 않아야 된다. 아무도 그렇게 얘기를 하지 않습니다.

그러나 현재에 우리 한국의 군사법제를 보는 시각이 현재의 시스템을 정확히 알고 하시는 비판이 아닌 것 같다. 그래서 이런 부분에 대해서 저희들이 좀 설명을 드리는 것일 뿐이고요.

아까도 계속 말씀드렸지만 왜 인권이 중요하지 않습니까? 기본권이 중요하지 않습니까? 중요하지요.

이상입니다.

사 회 자: 혹시 오늘 질문을 하지 않으면 내가 연휴를 보낼 수 없다는 분 계시면?

송 광 석: 제가 한 말씀만, 육군본부에 근무하는 송광석 중령입니다.

저는 중대장을 했었습니다. 중대장을 할 때 부하들을 지휘하면서 실제로 기본권이 많이 침해당했다고 하는데 지휘권도 굉장히 약화되어 있습니다. 군대가.

그래서 그런 부분에 대해서도 헌법적 가치가 있다고 저는 확신을 하는데 어떤 군대의 지휘권도. 군대는 기본적으로 기본권을 보호하는 조직이지만 보장하는 조직은 아닙니다. 의무를 수행하는 사람들이 많은 구성원들을 이루고 있고. 그런

데 이제 사법부가 빨리 빨리 해결해 줘야 되는 것 아니냐? 이렇게 말씀하시는데, 군대 상관도 장병의 기본권을 보호하는 기관입니다. 모든 국가기관은 기본권을 보호하는데 또 지휘관들한테 부여된 임무는 또 다른 임무가 있습니다. 그것을 수행하다보면 부득이하게 병사들의 기본권을 제한하는 경우가 있는 것입니다. 그런데 그런 충돌의 과정에서 어떤 군내부조직의 노력을 믿지 않으면 군대가 기능을 발휘할 수 없는 부분이 있습니다. 예를 들어서 아까 재판청구권 얘기하시는데 제가 봄마다 나가서 진지공사를 합니다. 그러면 예를 들어서 제가 한 150명을 데리고 나가서 진지공사를 하는데 환경을 침해한다는 생각을 갖고 병사들이 “아, 이것은 환경권침해다”라는 생각을 갖고 저한테 건의를 해서 다른 방법으로 공사를 하거나 아니면 공사를 안 하면 안 되냐 하고 건의하지 않고 어느 날 갑자기 집에 갔더니 서울행정법원의 소장이 날아와 가지고 저희 병사 10명이 중대장을 상대로 소송을 제기했다. 아니면 헌법재판소에 환경권을 침해하는 명령에 복종할 수 없어서 내가 정말 양심에 너무 침해가 심해 가지고 명령을 수행할 수 없다. 그래서 헌법재판소 법정에 가서 제가 그 병사와 대등한 위치에서 내 명령이 옳고 그른지를 막 따진다. 이런 상황이 극단적이라고 하실지 모르지만 결국은 그런 상황을 막기 위해서 아까 얘기한 명령의 건의라든지 고충처리라든지 이런 제도가 있는 겁니다.

그래서 ... 임무수행이 저해된다고 하면 그것은 제한해야 되는 거 아닙니까?

그 부분에 대해서 제가 묻고 싶습니다.

발 표 자: 규범의 형식이 있거든요. 서열이라는게 있는데 그렇게 필요한 것을 그냥 아무 데나 만들어 가지고 제한을 해 버린다면 헌법 필요 없잖아요? 그렇게 되면?

송 광 석: 규범형식이 헌법에 있는 기본권이 항상 다 법률로 제한되는 것은 아니지 않습니까? 지금 현재 우리 상황은.

발 표 자: 그렇게 해야 된다는게 지금 특별권력관계는 극복되었다고 말하는 순간 모든 헌법상의 권리는 그것이 법률에 의해서거나 아니면 법률에 근거해서만 제한될 수 있다는 것을 동의해야 되는 거죠. 그것을 동의하십니까? 안 하십니까?

송 광 석: 당연히 동의하죠. 그런데 법률에 근거가 있음에도 불구하고 그러한 근거들이 없다고 주장을 하시니까.

발 표 자: 무슨 얘기...

송 광 석: 예를 들어 군인복무규율도 하늘에서 떨어진 것은 아니지 않습니까?

발 표 자: 아, 그게 그러니까 헌법에 의하기를 헌법 자체를 헌법이 무조건 어떤 발동근거이기만하면 된다고 생각을 하니깐 그렇게 되는 거지요.

사 회 자: 마찬가지로 법 논리인 것 같습니다.

시간이 많이 되었고 이제 뒤풀이 시간이 있어서 그때 못다 하신 말씀을 많이 하시면 되고, 방금 우리 소령님의 말씀은 군대에 지금 고충이 있다는 그런 말씀이지요? 지휘권.

송 광 석: 그러니까 권리행사도 군대의 기능수행과 충돌하면 조정될 필요가 있다는 거지요.

사 회 자: 잘 들었습니다.

그러면 이제 토론은 종결해야 되고요.

우리 회장님 마지막으로 마무리 말씀을 해 주시면, 지도 말씀을 해 주시면 감사하겠습니다.

조 대 현: 우리나라에서 군인의 인권문제에 관해서 논의된 적이 그렇게 많지 않았던게 아닌가 싶습니다.

이번 발제로 깊이 있는 연구가 이루어 질 수 있는 계기가 되었으면 좋겠고요.

저는 이 주제를 선정할 당시에 사실 제 개인적으로는 군인들이 국토방위의 목적을 달성하기 위해서는 기본권제한을 가장 많이 받는, 수행자 못지않게 기본권 제한을 많이 받는데 받아야 된다고 생각을 합니다.

그런데 그 방법을 어떻게 할 거냐? 기본권제한을 받을 때 그러면 장교와 사병은 어떻게 차이가 있느냐? 그리고 병영생활을 하는 사병의 경우에도 일과시간 중과 일과시간이 끝난 뒤에는 어떻게 차이가 있겠느냐? 그리고 평시와 전시의 기본권에 대한 규율은 어떻게 차이가 있겠느냐? 이런 게 좀 궁금했거든요.

하여튼 오늘 열심히 발표해 주시고 토론해 주셔서 정말 감사합니다.

많은 도움이 되었다 생각합니다.

감사합니다.

사 회 자: 끝내라는 얘기인 모양입니다. 회장님께서 말씀하신대로 앞으로 연구를 계속 각론을 해나가야 될 것 같습니다.

이런 말씀드리면 외람됩니다만 저도 체자가 군에 가 있고 법무관이요 그래서 요즘 힘들다는 아 이것도 와전될 수가 있겠습니다만, 국토방위에 여념이 없다고 말씀을 드려야 되는데 그러다보니까 그런 생각이 듭니다. 우리는 가족공동체라는 생각이 들고요. 이 대북관계뿐만 아니고 우리는 지금 중국, 일본에 또 에워싸여 있습니다. 그래서 강성 강한, 강성이라면 이상하고요. 그야말로 부국강병의 나라가 되도록 하는 그런 의미의 법적 지혜를 모아야 될 것 같습니다.

오늘 장시간 발표를 해 주신 이재승 교수님께 감사를 드리고 또 회장님 말씀

하신대로 최초로 우리 실무연구회에 나오신 고 장군님 수고하셨습니다.

발표문 못지않게 양이 많았습니다. 토론문이.

그 다음에 이상경 교수님도 정말 역대 이래로 발표문 가깝게 되는 정도로 토론문이 많았는데 저는 정말로 운이 없는 사나이입니다. 이렇게 토론문도 많이 읽어야 되고 이런 것을 왜 간사께서 저를 시켰는지 모르겠습니다.

그러나 보람이 있었습니다. 여러분 장시간 감사합니다.

이상 종료하겠습니다.

헌법상 제도보장에 있어서 핵심영역의 보장

김 대 환*

I. 들어가는 말

제도보장¹⁾이라는 개념은 오늘날 보편된 기본권의 객관적 성격과 관련하여 독일 헌법학이 발견한 탁월한 법개념 중의 하나다. 라틴어의 *Institutio*에서 유래하는 제도(*Institution*)개념의 용법은 매우 다양하다. 그 중에서도 헌법학에서 사용하는 제도개념은 무엇보다도 오류(*M. Hauriou : 1856-1929*)에서 비롯되어 칼 슈미트(*C. Schmitt*)에 의하여 헌법학의 중요개념으로 자리잡게 되었다.²⁾

제도보장에 있어서 가장 큰 관심사는 역시 제도보장으로 인하여 보장되는 제도의 내용이다. 그 동안 학설과 판례를 통하여 확인된 바에 따르면 제도보장의 내용은 제도의 존속과 그 핵심영역의 보장이라고 간명하게 말할 수 있다. 따라서 입법자는 임의로 헌법상 보장된 제도를 폐지할 수 없을 뿐만 아니라 제도를 형성함에 도 완전한 입법형성권을 가지지 못한다. 그러나 제도보장의 핵심영역의 의미와 내용에 대하여는 학설과 판례의 발전에 일임되어 있다고 할 수 있다. 헌법재판소의 결정에서도 제도보장은 인정되고 있다. 나아가서 헌법 제37조 제2항의 명시적인 원용 없이 제도보장의 핵심영역이라는 개념도 사용하고 있다.³⁾ 이하에서는 제도보장의 핵심영역의 보장이라는 사상이 성립하게 된 연원을 살펴보고, 이것이 독일에서는 어떻게 발전되어 왔는지 그리고 기본권의 본질적 내용침해금지와의 관련성⁴⁾

* 서울시립대학교 교수.

** 이 발표문은 헌법학연구 제6권 제4호(2000. 12), 63-83면에 실린 필자의 논문 “제도보장에 있어서 핵심영역의 보호”를 수정, 가필한 것임.

1) 이하에서는 특별한 언급이 없는 한 제도보장의 개념을 제도적 보장을 포괄하는 상위개념으로 사용한다. 제도보장으로 번역되는 *Institutsgarantie*와 *Einrichtungsgarantie* 및 제도적 보장으로 번역되는 *institutionelle Garantie*의 구별에 대해서는 I. 1. 성립과정 부분 참조.

2) *Historisches Wörterbuch Der Philosophie*, Bd. 4, Schwabe & Co.(Basel: 1976), S. 420.

3) 후술하는 헌법재판소결정 참조.

4) 기본권의 본질적 내용과 핵심영역개념의 관계에 대해 문제제기를 하고 있는 것으로는 *Bleck-*

과 우리의 입장에서는 이를 어떻게 이해하여야 할 것인가를 차례로 검토해 본다.

II. 제도보장에 있어서 핵심영역의 보호사상의 성립

1. 성립과정

바이마르의 형식적 법치국가는 헌법규정에서 많은 기본권들을 법률유보하에 두고 있었다.⁵⁾ 기본권은 그것을 제한하는 법률이 정하는 바에 따라 보장되었으며, 입법자에 대한 법적 구속력도 인정되지 않았다.⁶⁾ 민주적 정당성을 가진 입법자들에 대한 司法的 통제는 법실증주의자들에 의하여 타당하지 않은 것으로 여겨져 부인되었다. 따라서 행정행위에 대한 법적 보호를 제외하면 개인이 자신의 기본권을 실현시킬 수 있는 법적 수단이 결여되어 있었다.⁷⁾ 이에 따라 기본권들은 내용이 비어 있는 것으로(*leerlaufend*) 취급되기도 했고,⁸⁾ 심지어는 기본권을 완전히 무시하는 현상도 겪게 되었다.⁹⁾

제도보장이론은 바이마르헌법시대의 이러한 기본권유린에 대항하는 이론으로서 탄생하였다.¹⁰⁾ 이 이론은 칼 슈미트에 의하여 본격적으로 논의되었다.¹¹⁾ 칼 슈미트에 있어서 헌법은 정치적 일원체의 유형과 형태에 대한 총체적 결단(*Gesamt-Entscheidung*)으로서 내용과 효력범위가 단행법률에 비해서 보다 상위이고 포괄적인

mann, Albert, *Staatsrecht II—Die Grundrechte*, 4. Aufl, Heymann(Köln u.a.: 1997), S. 298 Rn. 112 참조.

5) 바이마르헌법하에서의 법률유보의 근거는 헌법 제48조를 들 수 있다. 동조는 공화국의 공적 안전과 질서가 현저히 교란되거나 위협에 직면하게 될 경우 공적 안전과 질서의 회복에 필요한 조치를 할 수 있는 권한을 공화국 대통령에게 부여한 근거로서 공적 안전이라든가 공적 질서라는 개념이 점점 확대되어 갔다(Reinhold Zippelius, *Kleine deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. Aufl., Beck(München: 1995), 1995, S. 128).

6) Herbert G., *Der Wesensgehalt der Grundrechte*, EuGRZ 1985, S. 321(321) ff.

7) Herbert, EuGRZ 1985, S. 322.

8) Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte VI*, S. 99-100; Dreier H., in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar I*, Mohr(Tübingen: 1932), S. 1082 Rn. 1; Herbert, EuGRZ 1985, S. 322.

9) Stern K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2*, Beck(München: 1994), S. 843; Herbert, EuGRZ 1985, S. 322 등 참조.

10) Dreier, *Grundgesetz Kommentar I*, S. 1082 Rn. 1; Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte VI*, S. 99-100; Stern, *Das Staatsrecht III/2*, S. 844.

11) 멀리는 기제(F. Giese)로부터 볼프(M. Wolff), 트리펠(H. Triepel), 쉘허(W. Schelcher), 발덱커(L. Waldecker), 클라인(F. Klein)을 거쳐 슈미트에 이르는 제도보장 관념의 역사에 대한 보다 상세한 내용은 Abel G., *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, SöR Bd. 15, Duncker & Humblot(Berlin: 1964), S. 17-26; Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1*, 1988, S. 754 ff.) 참조.

어떤 것이었기 때문에¹²⁾ 입법자의 완전한 무기속은 생각하기 어려웠던 것이다.¹³⁾ 그는 소위 제도적 보장을 기본권에서 분리해 내고,¹⁴⁾ 그 자체 어떤 특정한 과제와 목적에 기여하는 법적으로 인정된 ‘제도’(Einrichtungen)의 보장으로 이해하였다.¹⁵⁾ 그는 제도적 보장은 본질적으로 한정적(begrenzt)이라고 보았다. 그것은 국가 내에서만 존재하고, 무제한적인 자유영역의 관념에 기초하는 것이 아니라 원칙적으로 그 자체 항상 劃定되고 제한되어 있는 바의 특정한 과제,¹⁶⁾ 목적에 기여하는 법적으로 승인된 제도(Institution)와 관련된다. 이러한 제도적 보장의 특징은 헌법이 제도들에 대하여 법률의 제정에 의하여 폐지하는 것을 불가능하게 하는 바의 특별한 보장을 하는 데에 있다고 하였다.¹⁷⁾

그는 1931년의 “바이마르공화국에 있어서의 자유와 제도적 보장”이라는 논문에서는 이러한 생각을 더욱 발전시켰다. 여기에서 그는 公法上的 제도의 보장을 의미하는 制度的 保障(institutionelle Garantie)과 私法上的 제도의 보장을 의미하는 制度保障(Institutsgarantie)을 구별하였다.¹⁸⁾ ‘제도적 보장’은 개념적으로 형성되고 조직된 따라서 확정되고 구분될 수 있는 공법적 성격의 제도(Einrichtungen)와 이에 대한 순수한 헌법적 보장을 전제로 한다고 보았다.¹⁹⁾ 그러므로 제도적 보장은 지방자치행정(바이마르공화국헌법 제127조)이나 직업공무원제도(바이마르공화국헌법 제129조) 등과 같이 최종적으로는 인간 때문에 존재하는 것이지만, 주관적인 권리로 인하여 존립하는 것은 아니다.²⁰⁾ 그에 반하여 ‘제도보장’은 바이마르헌법 제153조 제 1 항

12) Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot(Berlin : 1928), S. 18, 20.

13) Kloepfer, Michael, *Einrichtungsgarantien*, in: Merten/Papier(Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. II Grundrechte in Deutschland : Allgemeine Lehren I, C.F.Müller(Heidelberg : 2006), Rn. 7.

14) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 170 ff. C. Schmitt에 있어서 자유는 법제도(Rechtsinstitute)도, 제도(Einrichtungen)도, 시설(Anstalt)도 아니다. 즉 자유는 결코 조직되고 형성된 공법상의 제도(Institution)가 아니다(Freiheitsrechte und institutionelle Garantien(1931), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-54*, Duncker & Humblot(Berlin : 1958), S. 140(167); *Verfassungslehre*, S. 170f.). 그러나 많은 제도보장(Einrichtungsgarantien)이, 예컨대 지방자치행정(제127조), 직업공무원제도(제128조에서 제130조), 혼인(제119조), 재산권(제153조), 그리고 상속권(제104조) 같은 것들이 바이마르헌법에서 기본권과 같은 장(zweiter Hauptteil)에 구성되어 있었기 때문에 제도보장은 최소한 헌법 체계적으로 기본권과 관련되어 있다고 보았다. 나아가 제도보장은 주관적 권리도 보장할 수 있다고 하였다(*Verfassungslehre*, S. 172). 이러한 C. Schmitt의 견해는 바이마르공화국시대의 학설과 판결에서 널리 인정되었다.

15) Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 172.

16) 물론 그 과제는 개별적으로 전문화되어 있지 않고 효력범위에 어떤 보편성이 허용될 수 있다.

17) Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 170.

18) Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S. 140(143) ff.

19) Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S. 155.

20) Maunz-Dürig, *GG-Kommentar*, Beck(München : 1994), Art 1 Abs. III, Rn. 97.

(재산권), 제154조(상속권), 제119조(혼인)와 같은 특정한 내용을 가진 私法的 유형의 규범복합체²¹⁾(Normenkomplexe), 혹은 좀 더 정확히는 전통적으로 확립된 전형적 규범복합체 및 법적관계(Rechtsbeziehungen)라는 의미의 법제도의 헌법적 보장으로 설명되었다.²²⁾ 따라서 이러한 제도보장은 기본권과 관련된다.²³⁾

이와 같은 특정한 제도의 헌법적 보장이라는 슈미트의 생각은 많은 동조의견을 낳았다. 토마(R. Thoma)는 헌법은 제도(Institut) 그 자체 즉, 제도의 본질(Wesen)을 이루고 있는 최소한(Minimum)을 절대적으로(unbedingt) 확보하고자 하는 것이라고 하였고,²⁴⁾ 안쉬츠(G. Anschütz)는 그러한 보장의 효력은 제도(Institut)의 본질을 이루는 최소한(Minimum)을 완전히 폐기(Abschaffung)하거나 혹은 단순히 침해에 대해서도 절대적 효력(즉, 공화국의 헌법적 효력)으로 보호하고, 입법에 의한 제도규제는 이러한 한계의 범위 내에서만 허용된다는데 있다고 하였다.²⁵⁾ 토마와 안쉬츠의 견해는 사법상의 제도와 공법상의 제도의 차이를 받아들이지 않고 제도보장이념과 관련되는 보장사상을 도출하였다는데 특징이 있다.²⁶⁾ 클라인(F. Klein)은 제도적 보장과 제도보장을 통괄하는 상위개념으로서 제도보장(Einrichtungsgarantien)이라는 개념을 도입하였고, 제도보장을 법제도보장(Rechtsinstitutsgarantie)으로 부를 것을 제안하였다.²⁷⁾

이렇게 바이마르시대에 성립된 제도보장이론은 학자들의 생각에 다소의 이견이 있음에도 불구하고, 특정한 법제도가 폐지되거나 그 핵심영역(Kernbereich)²⁸⁾이 국가 특히 입법자에 의하여 침해되는 것을 방지한다는 것을 공통된 기본생각으로 하고 있었다. 즉, 보장된 제도는 폐지되어서는 안 될 뿐만 아니라, 그 본질적 존속(wesentlicher Bestand)이 침해되어서도 안 된다고 보았던 것이다. 그리하여 제도는 폐지(Abschaffung)와 空洞化(Entleerung)에 대하여, 나아가서는 그 근본요소(Substanz)의 침해에 대하여 보호를 받게 되었다.²⁹⁾

21) Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S. 164.

22) Schmitt, *Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volkes*, in: G. Anschütz/R. Thoma(Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts II*, Mohr(Tübingen: 1932), S. 572-606(596).

23) Maunz-Dürig, *GG-Kommentar*, Art 1 Abs. III, Rn. 97.

24) Thoma R., in: H. C. Nipperdey, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. I, Hobbings(Berlin: 1929), S. 1(33)(Stern, *Das Staatsrecht III/1*, S. 759에서 재인용).

25) Anschütz, *Die Verfassung*, S. 520.

26) Stern, *Das Staatsrecht III/1*, S. 759.

27) Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtseinrichtungen*, 1934.

28) 슈테른은 Wesensgehalt라는 말도 같이 사용한다(Stern, *Das Staatsrecht III/1*, S. 761).

29) 보다 자세한 것은 Stern, *Das Staatsrecht III/1*, § 68 1 2와 3; Herbert, *EuGRZ* 1985, S. 322.

2. 바이마르헌법상 보장된 제도

칼 슈미트를 비롯한 바이마르의 다수의 학자들은 제도적 보장 즉, 공법상의 제도적 보장으로서는 ① 사법의 독립성(바이마르헌법 제102조 이하), ② 지방자치행정(동법 제127조), ③ 직업공무원제도(동법 제128조 이하), ④ 종교단체의 지위(동법 제137조), ⑤ 학교제도(동법 제144조), 신학대학(동법 제149조)을 들고 있고, 사법상의 제도보장 즉, 제도보장으로서는 ① 혼인과 가족(동법 제119조), ② 부모의 양육권과 교육의무(동법 제120조), ③ 계약의 자유(동법 제152조), ④ 재산권(동법 제153조), ⑤ 상속권(동법 제154조)을 들고 있다.³⁰⁾

그런데 제도의 보장작용과 보장의 정도가 어느 정도인지, 그리고 과연 어떤 헌법규정이 어떤 제도로서 보장되는 것인지 여부를 판단함에 있어서 필요한 일반적인 전제조건들이 무엇인가에 대해서는 여전히 불분명하였던 것으로 평가되고 있다.³¹⁾

Ⅲ. 기본법 성립 후 핵심영역사상의 전개

1. 연방헌법재판소의 판결에 나타난 제도보장의 핵심영역

이러한 바이마르시대의 제도의 핵심영역보장사상은 기본법제정 이후에는 주로 연방헌법재판소의 판결에 의하여 형성·발전되었다. 따라서 연방헌법재판소의 판결을 우선 살펴보는 것이 필요하다.

1952년 3월 20일의 지방자치에 관한 판결³²⁾이 최초로 핵심영역의 개념을 추구하였지만 명확한 개념의 도출은 없었다. 그러나 이 결정에서 후의 핵심영역의 성공적 도출의 근거가 확립되었다. 핵심영역개념은 1954년 11월 18일의 단결의 자유에 관한 판결³³⁾에서 최초로 명시적으로 형성되었다.³⁴⁾ 이렇게 우선 핵심영역 설은 우선 기본법 제28조 제2항에 근거한 지방자치단체의 자치행정과 기본법 제

30) Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. VI, 1981, § 10, S. 119ff.

31) Kloepfer, *Einrichtungsgarantien*, Rn. 13.

32) BVerfGE 1, 167 ff. 내용에 대하여는 후술 참조.

33) BVerfGE 4, 96, 106. 결정내용은 후술 참조.

34) 물론 연방헌법재판소가 단결의 자유를 제도적으로 이해하는지의 여부에 대하여는 의심의 여지가 있을 수 있다. 이에 대하여는 Stern, *Staatsrecht III/1*, S. 776 참조.

9조 제3항에서 보장된 단결의 자유에 대하여 전개되어 왔다.

1) 지방자치제도

지방자치에 관한 위의 1952년 판결은 기본법 제28조 제2항의 보호 하에 있는 규범과 원칙의 총체(die Gesamtheit der Normen und Grundsätze)와 자치행정의 특정한 핵심(bestimmter Kern)을 구별하였다. 자치행정의 특정한 핵심은 모든 법적 제약에 대하여 보호되는 반면에, 자치행정의 기타의 출현형태는 필요한 범위 내에서 시간적으로나 내용적으로나 아무런 제약 없이도 법률에 의하여 제한될 수 있다고 하거나,³⁵⁾ 후의 판결에서도 지방자치단체(Gemeinde)의 자치의 제한은 그 핵심영역을 침해해서는 안 된다고 판결하거나,³⁶⁾ 지방자치행정에 대한 제한은 핵심영역을 침해하지 않는 경우, 그리고 그러한 한 기본법 제28조 제2항 제1문과 합치한다고 판시한 예가 다수 있다.³⁷⁾

무엇이 보장의 핵심영역에 속하는가를 판단함에 있어서는 제도의 이성적인 발전방향으로의 변화를 배제하지 않으면서도,³⁸⁾ 자치행정의 역사적 발전과 다양한 역사적 출현형태가 고려되어야 한다고 하였다.³⁹⁾ 그러나 정확한 구별은 여전히 쉬운 일은 아니다.⁴⁰⁾ 따라서 핵심영역이론에 대한 비판은 주로 핵심영역을 어느 정도라도 정확하게 표현하는 것은 지금까지 성공하지 못하고 있다는 점, 기본법 제28조 제2항 제1문은 핵심영역과 주변영역을 구분하고 있지 않다는 점 등을 그 논거로 하고 있다. 그렇기 때문에 핵심영역이론을 인정하더라도 이로써는 매우 극단적인 경우들만이 파악될 수 있을 뿐이라는 견해도 있다.⁴¹⁾

그럼에도 불구하고 지방자치제도의 보장 내용과 관련하여서는 다음과 같은 것들이 판례상 언급되어 왔다. 연방헌법재판소가 판시하고 있는 지방자치행정의 제도보장의 내용은 무엇보다도 임무의 유지·존속 및 자기책임성(자율성)과 관련하여 논의된다. 우선 지방자치행정의 임무의 유지·존속과 관련한 제도보장의 핵심영역으로는, 지방자치행정권의 보장에 의해 유지·존속되어야 할 지방자치단체의 지방자치행정 임무는 고정되어 있거나 불변인 징표에 의해 확정될 수 있는 그

35) BVerfGE 1, 167, 178.

36) BVerfGE 30, 227, 241.

37) BVerfGE 1, 167, 175, 178; 7, 358, 364; 8, 332, 359; 9, 268, 290; 11, 266, 274; 17, 172 182; 21, 117, 130; 22, 180, 205; 23, 353, 365; 26, 180, 238; 56, 298, 312.

38) BVerfGE 38, 258, 278 f.

39) BVerfGE 50, 195, 201; 56, 298, 312.

40) Schoch, JURA 2001, 121, 126.

41) Ehlers, DVBl. 2000, 1301, 1307.

러한 대상이 아니라, 법률에 의해 다른 공행정주체에게 위임되지 않은 바의 지역 공동체의 모든 사무를 특별한 수권근거 없이도 자신의 임무로서 파악하고 실행할 수 있는 권한이라고 하였다.⁴²⁾ 이를 임무발견권(Aufgabenfindungsrecht)이라고도 한다.⁴³⁾ 다음으로 자기책임성(자율성)과 관련하여서는 지방자치단체가 자신의 임무에 속하는 광범위한 사무를 독자적으로 실행할 권한 즉, 일반적으로 임무처리의 종류와 방식과 관련하여 국가의 조정으로부터의 자유가 핵심영역으로 언급되었다.⁴⁴⁾ 이는 자치단체의 임무를 실행함에 있어서 개별적, 구체적인 경과를 확정하고 그에 관해 결정할 권한을 말한다고 한,⁴⁵⁾ 따라서 지방자치단체의 독자적인 형성능력을 결과적으로 부인하는 그러한 규제는 지방자치단체의 자기책임성 또는 자율성의 핵심영역을 침해하는 것으로 된다.⁴⁶⁾ 예컨대 지방자치단체가 자기책임으로 원칙조례(Hauptsatzung)를 제정할 가능성을 박탈하는 것은 지방자치단체의 자기책임성의 핵심영역을 침해하는 것이다.⁴⁷⁾

2) 임금협약제도

전술한 바 핵심영역이라는 개념을 최초로 명시적으로 형성한 단결의 자유에 관한 위의 1954년 판결에서 연방헌법재판소는 기본법 제9조 제3항에서 보장된 단결의 자유가 역사적으로 형성된 바의 의미를 박탈당해서는 안 된다면, 기본법 제9조 제3항에서 헌법적으로 보호된 핵심영역과 관련하여서는 현대적 노동법의 의미에서 임금협약제도(Tarifvertragssystem)가 국가로부터 대체로 제공되어야 하고 그리고 이러한 임금협약의 당사자는 반드시 자유롭게 형성된 단결체이어야 한다고 하였다.⁴⁸⁾ 단결의 자유와 함께 동시에 보호되는 임금협약제도의 핵심영역은 입법자가 임금협약능력을 규정함에 있어서 결사에 의해 자유롭게 선택된 조직형태를 전적으로 또는 결정적인 정도로 고려하지 않거나 그와 같은 방법으로 단결의 자유라는 기본권을 간접적으로 공동화시키는 것을 금지한다고 하였다.⁴⁹⁾ 그리고 기본법 제9조 제3항은 단결의 자유를 보호하면서 단결체활동(Koalitionsbetätigung)도

42) BVerfGE 79, 127, 146(1988).

43) Kluth, in: Stober(Hrsg.), Verwaltungsrecht 3, § 94 Rn. 63.

44) BVerfGE 83, 363, 382(1991).

45) Kluth, in: Stober(Hrsg.), Verwaltungsrecht 3, § 94 Rn. 63.

46) BVerfGE 91, 228, 239(1994).

47) Kluth, in: Stober(Hrsg.), Verwaltungsrecht 3, § 94 Rn. 64. 우리의 경우에도 조례로 법률의 위임없이 자유와 권리를 제약하는 규정을 둘 수 있는지 여부에 대해 논란이 있다.

48) BVerfGE 4, 96, 106.

49) BVerfGE 4, 96, 108.

보호하는데 이 경우에는 그 핵심영역만을 보호한다고 하였다.⁵⁰⁾ 다른 법익의 보호를 위하여 핵심영역에 해당하는 결사체의 활동권에 대하여 사실상 불필요한 제한이 가해지는 경우 기본법 제9조 제3항의 핵심영역이 침해되게 된다.⁵¹⁾ 기타에 있어 구체적인 경우에 단결의 권능을 기획하고 자세히 규율함으로써 단결의 자유의 적용영역을 결정하는 것은 입법자가 할 일이라고 보았다.⁵²⁾

3) 직업공무원제도

기본법 제33조 제5항은 직업공무원제도의 구조적 원리의 핵심의 존속(Kernbestand)만을 보호한다.⁵³⁾ 따라서 기본법은 직업공무원제도를 규율함에 있어서 입법자에게 완전한 자유를 부여하지는 않으면서도, 다른 한편, 넓은 재량의 여지도 함께 보장한다.⁵⁴⁾

4) 혼인과 가족제도

제도보장으로서 기본법 제6조 제1항은 혼인과 가족에 관련된 규범핵심(Normkern) 혹은 질서핵심(Ordnungskern)]만을 보호한다.⁵⁵⁾ 따라서 입법자는 고도의 형성의 여지(Ausgestaltungsraum)를 갖는데 그러나 동시에 혼인의 자유에 대한 규제는 가령 일부일처제와 같이 기본법 제6조 제1항과 발전된 전래의 생활형태와의 관계로부터 나타나는 혼인제도를 결정짓는 본질적인 구조적 원리(Strukturprinzip)를 존중하여야 한다.⁵⁶⁾

5) 재산권 보장

기본법 제14조 제1항 제1문의 제도보장은 공동체적 그리고 경제적 변화에 상관없이 재산권이라고 불리는 규범의 기본적 존속(Grundbestand)을 보장하고 있다. 그것은 재산범영역에서 기본권적으로 보호되는 활동의 기본요소에 속하는 그러한 사항영역(Sachbereiche)을 사법질서로부터 배제하는 것을 금지하고, 따라서 기본권에 의하여 보호되는 자유영역이 폐지되거나 침해되는 것을 금지한다.⁵⁷⁾ 특히 입법자

50) BVerfGE 19, 303, 321; 28, 295, 305; 28, 310, 313; 38, 281, 305; 38, 386, 393; 57, 220, 246.

51) BVerfGE 19, 303, 322; 28, 295, 306; 57, 220, 246.

52) BVerfGE 18, 18, 27; 19, 303, 321; 28, 295, 305.

53) BVerfGE 8, 332, 343; 11, 203, 215.

54) BVerfGE 8, 1, 16; 9, 268, 286; 11, 203, 215.

55) BVerfGE 10, 59, 66.

56) BVerfGE 10, 59, 66 f.; 29, 166, 176; 31, 58, 69, 70; 36, 146, 162.

57) BVerfGE 24, 367, 389.

가 그 내용은 변형시킬 수 있지만 그 핵심영역을 침해해서는 안 되는 사법상의 청구권(privatrechtliche Ansprüche)을 보호한다.⁵⁸⁾

2. 제도보장의 핵심영역보장사상의 기본권에의 적용

이와 같은 핵심영역의 보장이라는 생각은 제도보장에 한정되지 않았다.⁵⁹⁾ 이미 살펴본 바와 같이 입법자가 마음대로 처분할 수 없는 “제도”의 핵심(Kern)의 보호라는 생각이 널리 수용되었을 뿐만 아니라, 바이마르헌법시대의 중요한 학설들은 기본권이 법률유보하에 놓여 있는 경우에도 입법자가 범할 수 없는 최후적 한계(eine äußerste Grenze)라는 것을 “순수한 기본권(echte Grundrechte)의 경우에도 인정하였던 것이다.⁶⁰⁾ 이러한 의미는 “모든 순수한 기본권들은 절대적 기본권(absolute Grundrechte)이다. 즉 모든 기본권은 법률에 의해서 보장되거나 그 내용이 법률에서 나오는 것은 아니며 그 법적 제한은 예외적인 것이다. 보다 정확히 말하면 그 제한은 원칙에 따라 행해지고 예측가능하며 그리고 일반적으로 규율되는 바의 그런 예외적인 것이다. 그것은 개인의 자유는 선재하는 것이고 국가적 제한은 예외적인 시민적 법치국가의 기초가 되는 배분의 원리(Verteilungsprinzip)에 속하는 것이다”⁶¹⁾라고 한 칼 슈미트의 언급에서도 이미 찾아볼 수 있다.

라이스너(W. Leisner)⁶²⁾는 제도의 핵심영역보장사상을 기본법 제19조 제2항의 본질적 내용보장을 이해하는데 활용하였다. 그는 입법부의 형성의 자유가 인정되는 경우에도 법률이 파괴해서는 안 되는 어떤 규범핵심의 보장을 그 주요내용으로 하면서 객관적 법의 영역에 국한되어 적용되어온 제도설(Institutslehre)을 기본권의 본질적 내용에 대한 현대적 학설의 출발점으로 보았다. 여기에서 라이스너는 주관적 권리에 제도설의 핵심영역사상을 적용함으로써 기본법 제19조 제2항 해석의 새로움을 기할 수 있다고 보았다.

슈나이더(Ludwig Schneider)⁶³⁾도 핵심영역사상과 제도적 보장의 관계는 기본법 하에서도 유지된다고 보았다. 그는 헌법에서 핵심영역사상은 한편으로는 현존하는

58) BVerfGE 42, 262, 293.

59) Leisner, Walter, *Grundrechte und Privatrecht*, Beck(München : 1960), S. 91.

60) Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, S. 91; Stern, *Das Staatsrecht III/2*, S. 845.

61) Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 166.

62) Leisner, *Grundrechte*, S. 91.

63) Schneider, Ludwig, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, SöR Bd. 439, Duncker & Humblot(Berlin : 1983), S. 195-197.

제도, 규정 혹은 법적 지위의 발전과 변화를 위한 재량여지를 주면서 다른 한편으로는 넘을 수 없는 한계를 확정하려고 하는 곳에서 발견된다고 본다.⁶⁴⁾ 그리하여 그것은 국가가 현존의 법원칙들을 변경하고 발전시키는 것을 가능하게 하면서, 동시에 국가가 특정한 질서핵심을 침해하지 않도록 하고 있는 것이라고 한다. 이러한 핵심영역사상의 기능에 착안할 때 이는 기본권의 본질적 내용보장규정의 의도와 일치한다고 한다. 따라서 기본법 제19조 제2항의 해석에서도 핵심영역설을 취하고 있다.

기본법시대에 들어와서 연방헌법재판소도 제도보장에 대한 핵심영역에 관하여 판단함과 동시에 기본권의 본질적 내용과 그 적용범위에 대하여 판시하면서 명시적인 기본법 제19조 제2항의 원용 없이 발전된 핵심영역(Kernbereich)이라는 개념으로 보충하고 있다.⁶⁵⁾ 이것은 기본적으로는 기본권적으로 보장되는 제도(Institute)에 해당되는 것이지만 이 외에도 발견된다.⁶⁶⁾ 이와 같이 핵심영역이라는 개념을 사용하는데는 특히 보호되는 법제도를 실효적으로 하기 위하여 특별한 정도의 법적 형성(Rechtsgestaltung)이 필요하다는 인식에 근거하고 있다. 이렇게 하여 구체적인 경우에는 재판을 통하여 입법자의 최후적 한계가 더 잘 드러나기도 한다.

핵심영역이 기본권에 적용된 최초의 것은 양심적 執銃拒否를 규정한 기본법 제4조 제3항과 관련하여서이다. 1978년 판결⁶⁷⁾에서 연방헌법재판소는 평화시기의 병역의무 동원이 전적으로 기본법 제4조 제3항에 의하여 보호되는 전쟁복무 거부권의 핵심영역에 해당하는 것이 아니라고 하였다. 그리고 무엇보다도 핵심영역사상은 기본법 제2조 제1항에 근거하는 자유로운 개성신장의 권리에 적용될 수 있는 것으로 나타났다. 즉, 아무리 중대한 공익이라 할지라도 “절대적으로 보호되는 사적 생활형성의 핵심영역에 대한 침해를 정당화할 수 없고 여기에서는 비례성원칙에 따른 형량은 일어나지 않는다”고 판시하고 있다.⁶⁸⁾

64) 이러한 관점은 이미 칼 슈미트의 제도보장에 대한 생각과 일치한다.

65) 헌법재판소도 헌법 제37조 제2항의 명시적인 언급 없이 핵심영역이라는 용어를 사용한다. 예컨대 헌재 96헌바62(1998), 지방세법 제9조 위헌소원, 공27, 361, 363이하에서는 「지방자치제도의 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 국민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다」고 판시하였다.

66) Herbert, EuGRZ 1985, S. 328.

67) BVerfGE 48, 127 ff.

68) BVerfGE 34, 238, 245.

IV. 제도의 핵심영역 보장과 기본권의 본질적 내용 보장의 관계

그런데 제도의 핵심영역의 보장이 기본법 제19조 제2항의 본질적 내용보장규정에 포섭되는지가 문제이다. 제도보장과 기본권의 본질적 내용보장규정의 관계에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있다.

1. 본질적 내용보장규정이 제도보장이론을 대체한다는 견해

뒤리히(G. Dürig)는 제도보장의 목적은 실증주의의 영향 하에 전능하게 그 권한을 행사하는 입법자가 기본권을 폐기하는 것을 방지하는 것이라고 보면서 기본법 제19조 제2항에 기본권의 본질적 내용의 불가침성이 규정됨으로써 이제는 실정법적 근거를 갖게 되어 제도보장이론에 대하여 반대하는 견해를 취하는 것이 가능하다고 보았다.⁶⁹⁾

2. 제도보장이론이 본질적 내용보장을 대체한다는 견해 (본질적 내용보장규정의 무용론)

아벨(G. Abel)은 뒤리히의 견해와는 반대의 입장에서 기본법이 본질적 내용보장을 규정한 것으로 인하여 제도보장이 무의미한 것으로 되는 것은 아니라고 보았다. 본질적 내용보장은 제도보장을 대체하는 새로운 것이 아니고 오히려 제도보장을 고려한 것으로서, 기본법 제19조 제2항을 통하여 이미 제도가 갖는 바의 효력을 다시 한 번 나타내는 것이라고 보았다. 가령 기본법 제14조가 재산권과 상속권을 보장한다면 그로써 직접적으로 그 헌법적 존속보장이 이와 관련된 주관적 권리의 전제가 되는 제도를 의미하는 것인데 이 경우 제도 그 자체를 나타내는 핵심존속(Kernbestand)이 온전히 유지되는 경우에만 제도의 존속이라고 할 수 있기 때문에 별도로 본질적 내용보장의 실정규정을 갖는다는 것은 다른 의미를 가질 수는 없다고 한다. 즉, 제도를 헌법의 보장하에 두는 것은 바로 그 본질을 보호하고자 하는 것을 의미하기 때문에 私法制度의 헌법적 보장과 관련하여 기본법 제

69) Maunz-Dürig, *GG-Kommentar*, Art 1 Abs. III, Rn. 98.

19조 제 2 항은 불필요한 것이라고 한다.⁷⁰⁾

3. 본질적 내용보장규정을 제도적 보장으로 보는 견해

1) 헤벌레의 견해

헤벌레(P. Häberle)⁷¹⁾는 기본법 제19조 제 2 항은 제도적 보장(institutionelle Garantie)으로서의 성격도 갖는다고 한다.⁷²⁾ 이것은 침해할 수 없는 내용, 침해할 수 없는 본질이라는 공식을 발전시켜왔다는 점에서 제도보장과 관련된다고 보았다. 제도적 성격을 가진 규범인 기본법 제19조 제 2 항을 제도적 보장의 대상으로 하는 생각은 일견 생소한 것처럼 느껴질 수 있지만 남용의 방지에 기여한다는 제도적 보장의 의미와 목적을 염두에 두면 별로 생소한 것도 아니라고 하면서 기본법 제 19조 제 2 항은 성문화된 기본권의 제도적 내용의 제도적 보장이라고 본다. 제도적 보장은 특정한 위협에 대한 우려에서 생기는데 기본법 제19조 제 2 항은 대체로 입법자에 대한 그러한 우려 때문에 등장하였다는 점에서 즉 위기에서의 출현(Krisenscheinung)이라는 점에서 특성을 공유한다. 이미 기본권 자체에 제도적 측면이 있음에도 불구하고 개념적으로 제19조 제 2 항을 제도적 보장으로 정의하는 것은 위에서 이미 언급한 바의 남용의 방지라는 제도적 보장의 의미와 목적을 고려하면 결코 방해받지 않는다고 한다.

그러나 헤벌레의 제도개념은 칼 슈미트에 있어서의 그것과는 구별된다는 점을 주의하여야 한다. 헤벌레의 제도적 기본권이론은 기본권 관련적 입법을 일괄하여서 자유를 제약하는 것으로 볼 수 없다고 하면서 내용결정적인 규범과 제한적인 규범을 구분한다. 내용을 결정하는 규범에 있어서 입법자는 더 많은 여지를 향유한다. 여기에 있어서 주관적 권리는 제도적 내용의 구성부분이고 그렇게 하여 정의된 바의 자유는 국가의 영향력행사를 근거로 특정한 목적에 의존되어 있는 것이라고 본다.⁷³⁾ 그러나 이러한 자유의 법화는 입법자가 내용을 결단할 위험성

70) Abel G., *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, SöR Bd. 15, Duncker & Humblot(Berlin : 1964), S. 38-39.

71) Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, 3. stark erweiterte Aufl., *Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Band 21*, Müller(Heidelberg : 1983), S. 236-237.

72) 기본법 제19조 제 2 항을 제도보장(Institutsgarantie)이라고 부르는 사람도 있다(W. Schätzel, *VVDStRL* 10(1952), S. 50).

73) Böckenförde, *NJW* 1974, S. 1529, 1532 참조.

을 내포하고 있다.

이에 반하여 칼 슈미트의 자유주의적 기본권관에 따르면 기본권은 개인의 방어권이다. 자유의 본질은 특정한 목적이나 목표로부터의 완전한 독립성 속에 존재한다. 따라서 자유는 특정한 목적이나 목표하에 만들어진 제도가 아니다. 법률은 기본권의 내용을 결정하는 것이 아니고 법률의 제한적 내용과 그 보충할 부분은 기본권에 따른다. 이러한 관점에서 있는 칼 슈미트에 있어서 제도는 헌법이 단행법률에 의하여 그 제거를 불가능하게 할 목적으로 특정한 보호를 부여하는 바의 것을 의미한다.⁷⁴⁾ 제도적 보장은 그 본질상 제약되어 있다. 그것은 단지 국가내부에서만 성립하고 원리적으로 무제한한 자유영역의 관념에 근거하지 않고 이미 앞에서 언급한 바와 같이 오히려 그 자체 항상 劃定되고 한정된 어떤 것이고, 특정한 과제와 특정한 목적에 기여하는 법적으로 승인된 제도와 관련된다.⁷⁵⁾ 그러므로 논리적으로나 법적으로나 슈미트에 있어서는 제도와 자유는 구별된다. 그것은 주관적 권리와 제도적 보장이 결합되어 있는 경우에도 마찬가지이다. 자유는 결코 법제도(Rechtsinstitut, Einrichtung, Anstalt)가 아니다.⁷⁶⁾ 또한 공법상의 조직되고 형성된 제도는 더욱 아니다. 자유권의 내용은 국가에 의하여 규정되는 것이 아니고 법률의 기준에 따라서 성립하는 것도 아니다.⁷⁷⁾ 그러나 자유주의적 기본권관은 공동체의 현실에 대한 충분한 고려를 하지 못하게 된다는 비판이 있다. 개인이 마음대로 자유롭게 조정할 수 있는 사회적 생활영역은 결코 존재하지 않는다는 것이다.⁷⁸⁾

2) 슈테른의 견해

슈테른(K. Stern)은 제도보장의 핵심영역은 보호영역과 비보호영역의 구분이 있다고 보았다. 이를 핵심과 껍질로 표현한다.⁷⁹⁾ 그러나 이런 재진술도 보호와 비보호의 영역구분에 대한 어떤 도움이 되지 못하는 못함을 지적하고 몇 가지 구체적 확정방안을 제시하고 있다. 우선 제도의 침해 후에 무엇이 남고 그리고 당해 제도의 原狀으로부터 본질적으로 벗어난 것인지의 여부를 제도의 구성요소를 열거하고 이를 공제하는 방법을 통하여 탐색하는 잔존설(Resttheorie)을 부인하면서 제도의 핵심영역은 단지 질적으로만 결정될 수 있다고 보았다. 이를 위하여 당해

74) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 170.

75) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 170-171.

76) C. Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantie*, S. 160.

77) C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S. 167.

78) M. Kloepfer, *Einrichtungsgarantien*, Rn. 31.

79) K. Stern, *Staatsrecht III/1*, S. 868.

제도보장의 특수한 징표를 드러내는 구조 혹은 형태결정적 구성요소가 도출되어야 한다고 한다. 그리고 완전한 고찰방법으로써 구조 내지 형태결정적 구성요소 중의 하나로서 제도의 역사적 요소를 고려하여 특징적인 역사적 출현형태가 핵심영역에 포함될 수 있을 것으로 보았다.⁸⁰⁾ 그리고 이렇게 이해된 제도보장의 핵심영역은 기본법 제19조 제2항의 본질적 내용 보장과 다를 바가 없다고 하였다.⁸¹⁾ 따라서 그는 제도보장에 있어서 핵심영역을 본질적 내용이라고 표현하기도 한다.⁸²⁾

4. 절 충 설

클뢰퍼(M. Kloepfer)는 자유주의적 기본권관이나 제도적 기본권이론 등 기본권이론의 엄격한 도그마에 의존하여 해석하기 보다는 개별적인 경우와 관련한 기본권해석이 보다 타당한 것으로 보고 있다. 그렇게 함으로써 어느 하나의 이론 모델을 고집하는 것보다는 높은 유연성과 역동성을 얻어낼 수 있다고 본다. 특히 그렇게 함으로써 그 때 그 때의 기본권의 개별적 요청들에 더 잘 부응할 수 있다고 한다. 모든 기본권이 법적인 형성을 요구하는 것은 아닌 반면 다수의 기본권은 국가에 대한 개인의 방어적 기능이 너무나 명백하여서 이러한 기본권의 보장의 제도화는 건설적으로 작용할 수도 있다. 이론에 엄격하게 구속되는 것은 특히 기본권규정의 규범선언 속에 포함되지 않은 어떤 것을 기본권규정에 복속시키게 되는 위험성이 존재한다고 본다. 특히 제도보장은 주관적 법적 지위를 추가적으로 강화하는 것이지 제한하는 것이 아니고, 결과에 있어서 개별법적 기본권내용에 반하는 것이어서는 안 된다는 제도보장의 고유한 임무를 충분히 고려하여야 한다고 하였다.⁸³⁾ 그리하여 그는 제도보장을 기본권과 관련성을 갖는 경우와 그렇지 않은 경우로 구분하고, 양자는 헌법적인 보호내용이 차이가 있는 것은 아니지만, 기본권관련적 제도보장(*grundrechtliche Einrichtungsgarantie*)은 부분적으로 자유권과 중첩할 수 있고, 그러한 한 개인의 법적지위의 보호를 동반하게 되고, 또한 기본권의 주관적 법적 내용과 객관적 법적 내용이 일치하는 한 기본권 관련적 입법자의 기본권에의 기속이라고 하는 제도보장의 원래의 목적은 무의미하게 된다고 한다. 클뢰퍼의 견해

80) Stern, *Staatsrecht III/1*, S. 879.

81) Stern, *Staatsrecht III/2*, S. 865.

82) Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*(§109), in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V, 1992, S. 77 Rn. 54.

83) Kloepfer, *Einrichtungsgarantien*, Rn. 43.

에 따르면 기본권관련성이 없는 제도보장(nicht-grundrechtliche Einrichtungsgarantie)은 여전히 제도보장으로서 의미를 가진다고 한다.⁸⁴⁾

V. 우리나라에서의 논의

1. 학 설

우리나라에서는 제도보장에 대한 논의는 비교적 활발히 이루어져 왔다고 할 수 있다.⁸⁵⁾ 이 과정에서 권리는 최대한의 보장인데 반하여, 제도보장은 최소한의 보장이라는 공식이 받아들여졌다.⁸⁶⁾ 물론 이러한 공식을 채용하는 경우에도 제도보장과 기본권의 관계를 완전히 단절하지는 않고 일정한 관계는 인정하는 것이 대체적인 입장이다.⁸⁷⁾ 나아가서는 주관적 권리와 객관적 질서로서의 내용에 강약의

84) Kloepfer, *Einrichtungsgarantien*, Rn. 29.

85) 우리나라에서의 제도보장이론의 등장과 개괄적인 논의과정에 대하여는 정중섭, “기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개”, 한국에서의 기본권이론의 형성과 발전(정철희영박사학위논문집), 1997, 박영사, 6-8, 28-29 참조. 제도보장에 관한 우리나라 논문으로는 다음을 참조할 것. 김철수, “제도보장의 의의와 법적 성격—제도보장이론의 소묘—”, 고시계, 1965. 5; 강창웅, “제도적 보장”, 월간고시 1975. 3; 이명구, “헌법상 제도적 보장의 법리”, 고시연구, 1975. 7; 김효전, “제도적 보장”, 법경시보(동아대), 1979. 4; 배준상, “제도적 보장”, 고시계 1979. 3; 이명구, “제도적 보장의 이론”, 고시연구, 1980. 6; 금기동, “제도적 보장”, 고시연구, 1981. 3; 허영, “기본권과 제도적 보장”, 고시연구, 1981. 11; 이동욱, “기본권보장과 제도적 보장”, 월간고시, 1981. 11; 금영수, “기본권과 제도적 보장”, 형사법의 제문제(양촌신동욱박사정년기념논문집), 1983; 권도혁, “기본권과 제도적 보장의 이론”, 동국대경주대분교논문집(인문·사회과학편), 1983. 12; 김영수, “제도적 보장(상·하)”, 월간고시, 1983. 8. 9; 신용간, “제도보장”, 고시계 1984. 12; 김영수, “기본권과 제도적 보장”, 월간고시, 1987. 10; 김승조, “헌법상의 제도적 보장”, 법과 사회연구, 1987. 4; 이관희, “헌법상의 제도적 보장”, 경찰대논문집 8집, 1989. 1; 김효전 역, “바이마르헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장”, 동아대독일학연구, 1990. 12; 이준구/류시조, “지방자치와 제도보장론”, 경북대법학논고, 1990. 12; 신현직, “기본권과 제도보장”, 고시계 1991. 7; 김영수, “기본권과 제도적 보장”, 현대공법의 제과제(화정서주실박사학위논문집), 복지인쇄사, 1992; 김효전, “제도이론의 계보”, 월간고시, 1993. 9.; 류지태, “지방자치의 제도적 보장론 소고(상·하)”, 고시연구 1993. 10, 11; 류지태, “지방자치의 제도적 보장론 소고”, 고려대법학논집 1993. 12; 정병욱, “독일의 지방자치제도보장과 지방자치단체의 법적지위”, 인권과 정의, 1994. 8; 이발래, “제도적 보장론”, 건국대대학원학술논문집, 1994. 8; 강경근, “제도적 보장과 임법형성권의 한계”, 고시연구, 1995. 10; 지규철, “개인의 권리와 제도적 보장으로서의 출판의 자유”, 공법학의 현대적 지평(심천계희열박사학위논문집), 박영사, 1995; 장지호, “지방자치의 제도적 보장”, 인하대사회과학연구소논문집, 1997. 9; 정극원, “제도보장론의 성립과 현대적 전개”, 헌법학연구 제 4 집 제 3 호, 1998. 10; 김명수, “기본권과 제도적 보장: 혼인·가족제도를 중심으로”, 헌법학연구, 제 5 집 제 2 호, 1999. 10. 학위논문으로는 유정문, “교육기본권과 제도적 보장에 관한 헌법적 고찰”, 연세대석사논문, 1995; 안민식, “제도보장이론과 제도적 기본권이론”, 고려대석사논문, 1993; 안성업, “기본권과 제도적 보장”, 전주대석사논문, 1985; 이상선, “제도적 보장”, 영남대석사논문, 1983.

86) 김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008, 375면.

87) 예컨대 김철수, 전거서, 374면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 184-185면.

차이가 있을 따름이라고 하여 기본권과 제도보장을 엄격히 구분하는 것을 비판하는 견해도 설득력 있게 제기되었다.⁸⁸⁾ 이 견해는 기본권이 갖는 주관적 권리와 객관적 질서의 기능적인 보완관계를 존중하는 기본권의 양면성을 수용하고 있다.

그에 반하여 제도보장의 핵심영역에 대한 논의는 그 동안 그렇게 활발하지 않았던 것으로 보인다. 대한민국 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용 침해금지 규정은 칼 슈미트의 제도보장이론을 연상케 함을 지적한다든가,⁸⁹⁾ 제도보장의 내용을 제도의 본질적 내용 침해금지로 설명하는 견해⁹⁰⁾ 등이 이와 관련된 간략한 언급들이다. 그리고 기본권의 본질적 내용을 헤벌레의 견해에 따라 기본권의 제도적 내용에 대한 제도적 보장이라는 견해도 있다.⁹¹⁾ 제도보장과 관련한 핵심영역이라는 사고를 기본권의 본질적 내용 침해금지의 규정을 이해하는 한 단서로 이해하는 입장도 있다.⁹²⁾

2. 헌법재판소 결정에 나타난 제도의 핵심영역보장

헌법재판소도 일찍부터 제도보장 개념을 수용하고 있다. 헌법재판소가 헌법적 보장으로 인정하고 있는 제도로는 지방자치제도, 의무교육제도, 직업공무원제도, 교육자치 및 지방교육자치제도, 혼인과 가족제도, 사유재산 및 사적자치의 원칙 등이 있다. 그 가운데에도 헌법적 논의의 많은 부분은 지방자치제도에 대한 것이다.

1) 제도보장에 대한 일반적 이해

(1) 제도보장의 헌법적 의의

헌법재판소의 제도보장에 대한 일반적 이해방식은 다음의 판결에서 잘 드러나고 있다: [제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서, 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장

88) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2009, 230면.

89) 허영, 전게서, 220면.

90) 김철수, 전게서, 375면.

91) 육중수, “헌법질서와 기본권의 본질적 내용”, 헌법학연구 제4집 제2호, 1998. 10, 241면.

92) 이 견해는 이 견해는 원칙적으로 기본권이 공권력에 의한 제한으로 인하여 그 핵심영역이 손상되거나 그 실체의 온전성(die vollständige Substanz des Grundrechts)을 상실하는 경우에는 그 본질적 내용에 대한 침해가 있다고 보는 핵심영역설을 기본적으로 따른다(정태호, “기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰”, 헌법논총 제8집, 279-362, 314면).

래의 법발전, 법형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다. 다시 말하면 이러한 제도적 보장은 주관적 권리가 아닌 객관적 범규범이라는 점에서 기본권과 구별되기는 하지만 헌법에 의하여 일정한 제도가 보장되면 입법자는 그 제도를 설정하고 유지할 입법의무를 지게 될 뿐만 아니라 헌법에 규정되어 있기 때문에 법률로써 이를 폐지할 수 없고, 비록 내용을 제한한다고 하더라도 그 본질적 내용을 침해할 수는 없다. 그러나 기본권의 보장은...(중략)...‘최대한 보장의 원칙’이 적용되는 것임에 반하여, 제도적 보장은 기본권 보장의 경우와는 달리 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 ‘최소한 보장의 원칙’이 적용]된다.⁹³⁾ 이러한 헌법재판소의 입장은 학설에서 기존에 주장되어 온 바의 제도보장이론과 동일한 것이다.

(2) 용어의 사용문제

제도보장의 핵심영역과 관련하여 헌법재판소는 핵심영역이라는 용어 대신 본질적 내용이라는 용어를 사용하기도 한다. 예를 들면 국가보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원결정에서는 국가공무원법 제70조 제1항 제3호의 직권면제사유에 해당되지 아니하는 한 임기만료나 정년시까지 신분의 보장을 직업공무원제도의 본질적 내용이라고 판단하고 있다.⁹⁴⁾ 국토이용관리법 제21조의3 제1항, 제31조의2의 위헌심판결정에서는 사유재산제도의 본질적 내용에 대하여 언급하였는데 재산권에 있어서와 동일하게 판단하고 있다 즉 [토지재산권의 본질인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다.]⁹⁵⁾ 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판결정⁹⁶⁾에서는 담보물권에 대한 국세의 우

93) 헌재 95헌바48(1997), 9-1, 435, 444-445 구 지방공무원법 제2조 제3항 제2호 나목 등 위헌소원; 2005헌마403(2006), 18-1상, 320, 334-335.

94) 헌재 89헌마32등(1989), 1, 343(354) 국가보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원. 직업공무원제도에 대하여 대법원도 본질적 내용이라는 용어를 사용한다. 예컨대 대판 95누17625(1997), 공1997, 1129 이하에서는 「헌법 제7조 제2항이 직업공무원제도가 정치적 중립성과 신분보장을 중추적 요소로 하는 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하고 그 구체적 내용을 법률로 정하도록 위임하고 있으므로, 이와 같은 헌법의 위임 및 기속적 방향제시에 따라 지방공무원법이 지방공무원의 종류 및 신분보장에 관하여 구체적 내용을 정하거나 변경하는 것은 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해」하는 것이 아니라고 하고 있다.

95) 헌재 88헌가13(1989), 1, 357이하 국토이용관리법 제21조의3 제1항, 제31조의2의 위헌심판.

96) 헌재 89헌가95(1990), 2, 245(256) 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판.

선은 담보물권의 본질적 내용을 침해한 것일 뿐 아니라 나아가 사유재산제도의 본질적 내용도 침해하는 것이라고 보았다. 이러한 판결들은 사유재산제도하의 재산권이라는 주관적 권리로서의 기본권 침해가 제도의 침해로 이어지는 것을 확인한 것으로서 객관규범의 본질적 내용을 주관적 권리에서 찾았다는 점이 특징이라고 할 것이다. 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률 제4조 위헌확인결정⁹⁷⁾에서는 지방자치단체의 자치보장의 본질적 내용으로 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장 등을 들고 있다. 이러한 지방자치단체의 자치보장의 본질적 내용은 최근의 서울특별시와 정부간의 권한쟁의에서도 그대로 인정되고 있다.⁹⁸⁾

그러나 여기서 언급되고 있는 본질적 내용이 헌법 제37조 제2항의 자유와 권리의 본질적 내용과 같은 의미인지는 불분명하다. 헌법재판소의 판례상 “본질적”이라는 용어는 제37조 제2항 제2문의 의미만을 가리키는 것은 아니므로 용법상 보다 정확한 사용이 요구된다. 예컨대 사회보호법 제5조의 위헌심판결정⁹⁹⁾에서는 신체에 대한 자유의 박탈을 사회보호법상의 보호감호처분의 본질적 내용이라고 한다면, 지방세법 제111조 제2항 위헌제청결정에서 납세의무에 있어서 과세표준과 시가표준액을 취득세 납세의무 그 자체의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라고 하는 것¹⁰⁰⁾ 등은 헌법 제37조 제2항 제2문의 자유와 권리의 본질적 내용과는 다른 의미로 사용하고 예들이라고 할 수 있다.¹⁰¹⁾

한편 헌법재판소는 제도보장에 대하여 핵심영역이라는 용어를 사용하기도 한다. 지방세법 제9조 위헌소원결정에서는 지방자치제도와 관련하여 지방자치단체가 과세를 면제하는 조례를 제정하고자 할 때에는 내무부장관의 사전허가를 얻도록 한 것에 대하여 이 법률조항은 지방자치단체의 조례제정권의 본질적인 핵심영역을 침해한다고 볼 수 없고, 지방자치의 이념에 기초를 둔 합헌심사의 요건인 공익성과 필요성, 합리성을 모두 갖추고 있는 것이라고 판시하였다. 이 결정에서는 지방자치제도의 헌법적 보장의 의의에 대하여도 판단하고 있는데 이에 따르면 지방자치의 헌법적 보장이란 [한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의

97) 헌재 94헌마201(1994), 6-2, 510 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률 제4조 위헌확인.

98) 헌재 2006헌라6(2009), 서울특별시와 정부간의 권한쟁의.

99) 헌재 88헌가5등(1989), 1, 69(81) 사회보호법 제5조의 위헌심판.

100) 헌재 99헌가2(1999), 11-2, 686 지방세법 제111조 제2항 위헌제청.

101) 소수의견에서이긴 하지만 변정수 재판관이 적법절차를 법치주의의 본질적 내용이라고 한 것도 그러한 예에 속한다(헌재 89헌마17등(1991), 3, 124(138) 사회보호법 위헌여부에 관한 헌법소원.

지역적 주체로서의 국민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다]고 하였다.¹⁰²⁾ 이러한 결정의 취지는 1년 후 공직선거및선거부정방지법 제84조 위헌소원결정에서 [지방자치제도의 헌법적 보장은 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체인 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있으므로, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 함은 헌법상의 요청인 것이다. 중앙정부와 지방자치단체 간에 권력을 수직적으로 분배하는 문제는 서로 조화가 이루어져야 하고, 이 조화를 도모하는 과정에서 입법 또는 중앙정부에 의한 지방자치의 본질의 훼손은 어떠한 경우라도 허용되어서는 안 되는 것이다]라고 판시함으로써 그대로 반복되고 있다.¹⁰³⁾

이 결정들은 본질적 내용이라는 개념과 핵심영역이라는 개념을 동일하게 사용하고 있는 것으로 판단된다.

2) 지방자치제도

지방자치제도를 제도적 보장으로 보는 것은 확고하다.¹⁰⁴⁾ 헌법재판소는 지방자치제도의 헌법적 보장의 의의를 설명하면서 제도의 핵심영역의 보장에 대해 여러 번 언급하였다.

(1) 지방자치제도의 헌법적 의의와 핵심영역의 보호

a. 지방자치제도의 헌법적 의의

a) [지방자치제도의 헌법적 보장...은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다. 다시 말하면 중앙정부의 권력과 지방자치단체간의 권력의 수직적 분배는 서로 조화가 요청되고 그 조화과정에서 지방자치의 핵심영역은 침해되어서는 안 되는 것이므로, 이와 같은 권력분립적·지방분권적인 기능을 통하여 지역주민의 기본권 보장에도 이바지하는 것이다].¹⁰⁵⁾

102) 헌재 96헌바62(1998), 10-1, 380(385) 지방세법 제9조 위헌소원.

103) 헌재 99헌바28(1999), 11-2, 543(551) 공직선거및선거부정방지법 제84조 위헌소원.

104) 헌재 91헌바15등(1994), 6-1, 317, 339; 95헌바48(1997), 9-1, 435, 444-445; 96헌바62(1998), 10-1, 380, 384; 2005헌마403(2006), 18-1상, 320, 334-335.

105) 헌재 96헌바62(1998), 10-1, 380, 384-388. 이러한 기존의 제도보장이론에 대해서는 '지방자치를

제한하는 법률의 위헌 여부에 대한 심사기준'으로서는 아무런 기능을 하지 못한다는 지적이 있다(헌재 2004헌바98(2007) 결정에서 김중대 재판관의 반대이견, 19-2, 725, 737-739): [지방자치체를 제한하는 법률의 위헌 여부에 대한 심사에 있어 종래에는, 지방자치의 본질 또는 지방자치의 본질적 내용이 되는 핵심영역을 훼손하는 정도에 이르는 입법은 허용되지 않으며, 그러한 정도에 이르지 않는 법률은 헌법에 위반되지 않는다고 보아 왔다(헌재 1998. 4. 30, 96헌바62 판례집 10-1, 380, 384-392; 헌재 2006. 2. 23, 2004헌바50, 판례집 18-1상, 170, 182-183 등 참조). 이러한 견해는 이른바 전통적인 제도보장론에 입각한 것으로, 지방자치체를 어떠한 모습으로 구체화할 것인지에 대해 입법자에게 광범위한 형성의 자유를 인정하여 지방자치제도 자체를 폐지하거나 부정하는 내용의 입법이 아닌 한 헌법에 위반되지 않는다고 보는 것이었다. 그러나 헌법이 명시적으로 보장하는 지방자치제도 자체를 부정하는 법률이란 현실적으로 존재하기 어렵고, '헌법이 보장하는 지방자치 자체를 부정하는 입법은 허용되지 않는다'고 말하는 것은 '헌법에 반하는 내용의 입법은 허용되지 않는다'는 말에 지나지 않아, 기존의 제도보장이론에 따른 경우 지방자치체를 규율 또는 제한하는 입법의 한계에 대해 구체적인 기준을 사실상 전혀 제시하지 못한다. 이와 같이 종래의 이른바 제도보장론에 입각한 심사는 헌법이 보장하는 지방자치의 의미와 구체적인 내용을 밝히지 아니하였고 지방자치체를 제한하는 입법의 한계에 대한 구체적인 기준을 전혀 제시하지 못함으로써 지방자치체를 보장한 헌법조항은 실질적인 규범력을 발휘하지 못한 채 장식적인 조항에 머무르게 되었고, 그 결과 지방자치체를 제한함으로써 위헌 여부가 문제되는 거의 모든 법률은 합헌으로 선언되어 지방자치원리에 의한 헌법적 심사 자체가 무의미한 것으로까지 받아들여지게 되었다]. 이 반대이견은 지방자치체를 제한하는 입법의 위헌심사 기준으로서 '공익성, 필요성, 합리성'을 들고 있다: [지방자치는 헌법이 보장하는 가치이며 지방자치단체가 가지는 자치권은 헌법적 권한이므로, 비록 지방자치체를 제한하는 경우에도 그 제한이 헌법이 보장하는 각종 지방자치권의 본질적 내용을 침해하여 이를 형해화하는 것이어서는 아니 된다. 그리고 헌법적 가치 또는 헌법적 권한을 제한하기 위해서는 그 제한이 또 다른 헌법적 가치를 위해 필요하고, 그 제한의 내용과 방법이 합리적인 것이어야 한다. 헌법적 가치 또는 헌법적 권한의 제한을 정당화하는 데 필요한 이러한 원리는 명문 규정의 존재 여부와 관계없이 헌법에 내재하는 자명한 원리라고 할 것이다. 우리 재판소도 지방자치단체의 조례제정권을 제한하는 법률이 지방자치체를 규정하는 헌법조항에 위반되는지 여부가 문제된 사건에서 "지방자치의 이념에 기초를 둔 합헌심사의 요건인 공익성과 필요성, 합리성"이라고 언급함으로써(헌재 1998. 4. 30, 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 391), '공익성, 필요성, 합리성'이 지방자치체를 제한하는 법률의 위헌 여부에 대한 심사기준이 될 수 있음을 밝힌 바 있다. 여기서 '공익성'이란, 지방자치의 제한을 통해 달성하고자 하는 목적이 지방자치 이외의 또 다른 높은 헌법적 가치를 달성하기 위한 것이라는 점을 의미한다고 볼 수 있다. 예컨대 국가의 안전보장이나 대외적인 국가 경쟁력의 강화, 국가 전체의 질서유지, 국민의 기본권 보호, 그 밖에 헌법이 보호하고자 하는 중요한 가치들을 위해서만 지방자치체를 제한할 수 있는 것이다. 그리고 '필요성'이란 헌법적 가치를 지니는 공익의 달성을 위해서는 지방자치체를 제한하는 것이 불가피한 것으로 인정되는 경우이어야 함을 의미한다고 볼 수 있으며, '합리성'이란 다른 헌법적 가치를 위해 지방자치체를 제한하는 경우에도 지방자치체를 제한하는 방법에는 객관적으로 인정되는 합리성이 있어야 한다는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 다만, 이와 같이 지방자치체를 제한하는 법률의 위헌 여부를 공익성, 필요성, 합리성의 기준에 따라 심사함에 있어서는 기본권을 제한하는 법률의 위헌 여부에 관한 심사에서와 같은 정도의 엄격한 심사를 요구할 수는 없겠지만, 적어도 헌법이 명문으로 규정하고 있는 지방자치의 보장과 그 실현에 명백히 반하지 않는 정도의 '공익성'과 '필요성' 및 '합리성'은 인정되어야만 하고 그럴 때에만 그 제한이 정당화될 수 있는 것이다(헌재 2004헌바98(2007), 19-2, 725, 737-739). 제도보장은 전통적으로 핵심영역의 보장을 주된 임무로 하여 탄생한 이론이므로 반대이견에도 불구하고 제도보장의 헌법적 의미는 여전히 인정된다. 다만 핵심영역이외의 보장에 있어서 어느 정도 입법자를 구속할 것인가의 문제는 반대이견이 제시하고 있는 바와 같은 공익성, 필요성, 합리성과 같은 원칙이 적용될 수 있을 것이다. 나아가서는 지방자치제도의 핵심내용을 규명해 나가는 가운데 시대적 요청에 따라 핵심영역을 확대해 나가는 방법도 생각해 볼 수 있다. 반대이견이 제시하고 있는 위헌심사기준은 일반적인 의미의 합리성심사를 의미하는 것으로 이해된다.

b) [지방자치제도의 헌법적 보장은 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체인 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있으므로, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 함은 헌법상의 요청인 것이다. 중앙정부와 지방자치단체 간에 권력을 수직적으로 분배하는 문제는 서로 조화가 이루어져야 하고, 이 조화를 도모하는 과정에서 입법 또는 중앙정부에 의한 지방자치의 본질의 훼손은 어떠한 경우라도 허용되어서는 안 되는 것이다(헌재 1998. 4. 30, 96헌바62, 판례집 10-1, 380, 385)](헌재 99헌바28(1999), 11-2, 543, 551-554).

c) [지방자치제도의 헌법적 보장은 한마디로 국민주권의 기본원리에서 출발하여 주권의 지역적 주체로서의 주민에 의한 자기통치의 실현으로 요약할 수 있고, 이러한 지방자치의 본질적 내용인 핵심영역은 어떠한 경우라도 입법 기타 중앙정부의 침해로부터 보호되어야 한다는 것을 의미한다(헌재 1998. 4. 30, 96헌바62 판례집 10-1, 380, 384-392). …그러나… 헌법상의 자치권의 범위는 법령에 의하여 형성되고 제한되며, 다만 지방자치단체의 자치권은 헌법상 보장을 받고 있으므로 비록 법령에 의하여 이를 제한하는 것이 가능하다고 하더라도 그 제한이 불합리하여 자치권의 본질을 훼손하는 정도에 이른다면 이는 헌법에 위반된다고 보아야 할 것이다(헌재 2002헌라2(2002), 14-2, 378, 385-386 참조)].¹⁰⁶⁾

b. 지방자치제도의 핵심영역의 내용

지방자치제도의 핵심영역이 무엇인가에 대해서도 판시하고 있다. 우선 적극적으로는 다음과 같이 판시하고 있다: [지방자치의 본질적 내용은 자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장이고(헌재 1994. 12. 29, 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 522), 우리 헌법상 자치단체의 보장은 단체자치와 주민자치를 포괄하는 것이다].¹⁰⁷⁾

그러나 지방자치제도의 핵심영역은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이지, 특정자치단체의 존속을 보장하는 것은 아니라고 한다: [헌법상 지방자치제도의 보장은 특정 지방자치단체의 존속을 보장하는 것이 아니며 지방자치단체의 폐치·분합은 헌법적으로 허용될 수 있다. 우리 재판소도 ‘자치제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것뿐이고 특정자치단체의 존속을 보장한다는 것은 아니며 지방자치단체의 폐치·분합에 있어 지방자치권의 존중은 법정절차의 준수로 족하다’고 판시(헌재 1995. 3. 23, 94헌마175, 판례집 7-1,

106) 헌재 2004헌바50(2006), 18-1상, 170, 182-183.

107) 헌재 2005헌마403(2006), 18-1상, 320, 334-335.

438, 452)하여 이러한 취지를 분명히 하고 있다. 이와 같이 헌법상 지방자치제도보장의 핵심영역 내지 본질적 부분이 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장하는 것이라면, 현행법에 따른 지방자치단체의 중층구조 또는 지방자치단체로서 특별시·광역시 및 도와 함께 시·군 및 구를 계속하여 존속하도록 할지 여부는 결국 입법자의 입법형성권의 범위에 들어가는 것으로 보아야 한다.¹⁰⁸⁾

최근의 서울특별시와 정부간의 권한쟁의결정에서는 [자치사무는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 처리 여부와 방법을 자기책임 아래 결정할 수 있는 사무로서 지방자치권의 최소한의 본질적 사항이므로 지방자치단체의 자치권을 보장한다고 한다면 최소한 이 같은 자치사무의 자율성만은 침해해서는 안 된다]고 판시함으로써 지방자치단체의 자치사무를 지방자치제도의 핵심영역에 속하는 것으로 보았다.¹⁰⁹⁾

(2) 지방자치제도의 비핵심영역(주변영역)에 있어서 심사기준으로서 합리성심사

지방자치제도의 핵심영역이 아닌 부분에 대한 입법자의 입법형성이 지방자치제도를 침해하고 있는지 여부를 판단함에 있어서 헌법재판소의 심사기준은 합리성심사인 것으로 보인다. 왜냐하면 헌법재판소는 지방자치제도의 침해여부 심사와 관련하여 합리성여부를 검토하고 있지만, 제도보장의 핵심영역의 침해여부는 입법내용의 합리성여부에 따라 판단할 수 있는 것이 아니고, 엄격하게 심사하여야 하는 것이기 때문이다.

a. [헌법 제117조 제2항은 지방자치단체의 종류를 법률로 정하도록 규정하고 있을 뿐 지방자치단체의 종류 및 구조를 명시하고 있지 않으므로 이에 관한 사항은 기본적으로 입법자에게 위임된 것으로 볼 수 있다. … 자치단체의 구조에 대한 개편을 입법자의 형성에 맡긴 헌법규정의 취지에 의하면, 이 사건 법률조항에 의하여 청구인들의 참정권과 평등권 등 기본권이 제한된다 하더라도 이것이 제주도 지역에서 중층으로 구성된 지방자치단체를 단층화하는 제도의 개편에 의하여 발생한 결과적인 것이라는 점에서, 그 위헌성 판단은 입법자의 판단이 현저히 자의적이어서 기본권 제한의 합리적인 재량의 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다].¹¹⁰⁾

b. [지방자치단체 소유의 행정재산은 일반 공중의 공동사용에 제공되는 까닭

108) 헌재 2005헌마1190(2006), 18-1상, 652, 658-659.

109) 헌재 2006헌라6(2009), 서울특별시와 정부간의 권한쟁의.

110) 헌재 2005헌마1190(2006), 18-1상, 652, 658-659.

에 공적 성격을 강하게 갖는 공물로서 그 목적에 부합하는 한도 내에서 그 관리 및 처분에 관하여 공법적 규율이 적용된다. 그리고 이 사건 법률조항은 국가적 사업인 농지개량시설의 설치사업을 효과적으로 실시하기 위하여 국가·지방자치단체 또는 농업진흥공사가 농지개량시설을 설치하고 농지개량조합은 이를 유지·관리하도록 하고자 하는 구 농촌근대화촉진법의 취지에 따른 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되며, 농지개량조합으로 하여금 농지개량시설의 설치에 관하여 발생한 지방자치단체의 권리만을 승계하는 것이 아니라 당해 농지개량시설의 설치·유지·관리 및 개보수를 위하여 발생한 차입금 등의 채무 역시 인수하도록 함으로써 농지개량시설의 이전으로 인한 지방자치단체의 피해를 줄이기 위한 배려를 하고 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항으로 인하여 지방자치단체가 소유하고 있던 농지개량시설에 대한 소유권이 농지개량조합에 이전되었다 하더라도 위에서 살펴본 이 사건 법률조항의 입법취지, 농지개량시설에 대한 공법적 규율의 적용, 권리와 의무의 포괄적인 승계인 점에 비추어 볼 때 그 합리성을 인정할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 지방자치의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없어 지방자치에 관한 헌법 제117조 제1항에 위반된다고 할 수 없다.¹¹¹⁾

c. 핵심영역이 아닌 부분을 제약하는 입법에 대한 심사와 관련하여 지방자치제도의 본질적 내용의 침해가 아니므로 위헌이 아니라고 한 결정이 있다:[... 제도적 보장으로서 주민의 자치권은 원칙적으로 개별 주민들에게 인정된 권리라 볼 수 없으며, 청구인들의 주장을 주민들의 지역에 관한 의사결정에 참여 내지 주민투표에 관한 권리침해로 이해하더라도 이러한 권리를 헌법이 보장하는 기본권인 참정권이라고 할 수 없는 것이다(헌재 2001.6.28, 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439-1440). 즉, 헌법상의 주민자치의 범위는 법률에 의하여 형성되고, 핵심영역이 아닌 한 법률에 의하여 제한될 수 있는 것이다. 돌이켜 이 사건 법률조항에 관하여 살펴보면, 이 사건 법률조항이 현직 자치단체 장에 대하여 3기 초과 연임을 제한하고 있더라도 그것만으로는 주민의 자치권을 심각하게 훼손한다고 볼 수 없다. 더욱이 새로운 자치단체장 역시 주민에 의하여 직접 선출되어 자치행정을 담당하게 되므로 주민자치의 본질적 기능에 침해가 있다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 법률조항은 지방자치제도에 있어서 주민자치를 과도하게 제한함으로써 입법형성의 한계를 벗어났다고 할 수 없다.]¹¹²⁾

111) 헌재 2004헌바50(2006), 18-1상, 170, 182-183. 그리고 이 결정에서 본질적 내용의 침해가 아니므로 헌법위반이 아니라고 하는 취지의 문언은 정확한 표현이라고 보기는 어렵다. 이에 대해서는 이하의 참조.

112) 헌재 2005헌마403(2006), 18-1상, 320, 334-335.

그러나 헌법재판소의 그 동안의 결정례에 따르면 제도보장의 소위 본질의 침해가 아닌 경우에는 합리성심사를 하여왔기 때문에 이 경우에도 본질의 침해가 아니므로 입법형성의 범위를 벗어나지 않았다고 하는 것은 논리적으로 타당하지 않다.

(3) 기초의회에서 정당표방을 금지한 것을 위헌으로 선언한 2003헌가9(2003)결정¹¹³⁾과 동일한 사안에 대해 합헌 선언한 99헌바28(1999) 결정¹¹⁴⁾에서는 과잉금지 심사를 하고 있지만 전자의 판결에서는 정치적 표현의 침해여부와 관련하여서이고, 후자의 경우는 정당활동의 자유의 침해여부와 관련하여서였다. 어느 것이나 기본권과 관련된 심사였다.

3) 지방교육자치제도

지방교육자치제도는 지방자치제도와 교육자치제도가 동시에 복합적으로 구현되어야 한다고 보고 따라서 민주주의와 지방자치 그리고 교육자치가 동시에 충족되어야 한다고 판시하고 있다: [헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정하고 있고, 헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정함으로써 제도보장으로서의 교육자치와 지방자치를 규정하고 있다. … 헌법재판소는 지방교육자치제도의 헌법적 본질에 관하여, “국민주권의 원리는 공권력의 구성·행사·통제를 지배하는 우리 통치질서의 기본원리이므로, 공권력의 일종인 지방자치권과 국가교육권(교육입법권·교육행정권·교육감독권 등)도 이 원리에 따른 국민적 정당성기반을 갖추어야만 한다. 그런데 국민주권·민주주의원리는 그 작용영역 즉, 공권력의 종류와 내용에 따라 구현방법이 상이할 수 있다. … 지방교육자치도 지방자치권행사의 일환으로서 보장되는 것이므로, 중앙권력에 대한 지방적 자치로서의 속성을 지니고 있지만, 동시에 그것은 헌법 제31조 제4항이 보장하고 있는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성을 구현하기 위한 것이므로, 문화적 자치로서의 속성도 아울러 지니고 있다. 이러한 ‘이중의 자치’의 요청으로 말미암아 지방교육자치의 민주적 정당성 요청은 어느 정도 제한이 불가피하게 된다. 지방교육자치는 ‘민주주의·지방자치·교육자주’라고 하는 세 가지의 헌법적 가치를 골고루 만족시킬 수 있어야만 하는 것이다. 민주주의의 요구를 절대시하여 비정치기관인 교육위원회나 교육감을 정치기관(국회의원·대통령 등)의 선출과 완전

113) 헌재 2003헌가9(2003), 15-1, 503, 511-513.

114) 헌재 99헌바28(1999), 11-2, 543, 551-554.

히 동일한 방식으로 구성한다거나, 지방자치의 요구를 절대시하여 지방자치단체장이나 지방의회가 교육위원·교육감의 선발을 무조건적으로 좌우한다거나, 교육자주의 요구를 절대시하여 교육·문화분야 관계자들만이 전적으로 교육위원·교육감을 결정한다거나 하는 방식은 그 어느 것이나 헌법적으로 허용될 수 없다”라고 판시한 바 있다.¹¹⁵⁾

4) 의무교육제도

[의무교육제도는 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 등을 지도원리로 하여 국민의 교육을 받을 권리를 뒷받침하기 위한, 헌법상의 교육기본권에 부수되는 제도보장이라 할 것이다.]¹¹⁶⁾

5) 직업공무원제도

직업공무원제도에 있어서는 제도보장을 인정하면서도 폭넓은 입법형성의 자유를 강조하고 있는 것이 눈에 띈다: [직업공무원제도는 지방자치제도, 복수정당제도, 혼인제도 등과 함께 “제도보장”의 하나로서 이는 일반적인 법에 의한 폐지나 제도본질의 침해를 금지한다는 의미의 최소보장”의 원칙이 적용되는바, 이는 기본권의 경우 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 따라 필요한 경우에 한하여 “최소한으로 제한”되는 것과 대조되는 것이다.]¹¹⁷⁾

[헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분과 정치적 중립성을 법률로써 보장할 것을 규정하고 있다. 위 조항의 뜻은 공무원이 정치과정에서 승리한 정당원에 의하여 충원되는 엽관제를 지양하고, 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하며 일관성 있는 공무수행의 독자성과 영속성을 유지하기 위하여 공직구조에 관한 제도적 보장으로서의 직업공무원제도를 마련해야 한다는 것이다. 직업공무원 제도는 바로 그러한 제도적 보장을 통하여 모든 공무원으로 하여금 어떤 특정 정당이나 특정 상급자를 위하여 충성하는 것이 아니라 국민전체에 대한 봉사자로서(헌법 제7조 제1항) 법에 따라 그 소임을 다할 수 있게 함으로써 공무원 개인의 권리나 이익을 보호함에 그치지 아니하고 나아가 국가기능의 측면에서 정치적 안정의 유지에 기여하도록 하는 제도이다. ... 직업공무원제도는 바로 헌법이 보장하는 제도적 보장중의 하나임이 분명하므로 입법자는 직업공무원제도에 관하여 ‘최

115) 헌재 2002헌마573(2003), 15-1, 319, 330-331; 99헌바113(2000), 12-1, 359, 368-369; 2000헌마283(2002), 14-1, 211, 223.

116) 헌재 90헌가27(1991), 3, 11, 19.

117) 헌재 91헌바15등(1994), 6-1, 317, 338-339.

소한 보장'의 원칙의 한계 안에서 폭넓은 입법형성의 자유를 가진다.]¹¹⁸⁾

6) 혼인과 가족제도

혼인과 가족제도에 있어서도 제도보장적 성격이 인정되지만, 판례는 나아가서 원법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 끌어내고 혼인에 따른 차별의 경우에는 중대한 합리적 근거라는 위헌심사기준을 제시하고 있다:[헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”라고 규정하고 있는데, 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 기본권으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 제도를 보장한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 헌법원리 내지 원칙규범으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제삼자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다. 이러한 헌법원리로부터 도출되는 차별금지명령은 헌법 제11조 제1항에서 보장되는 평등원칙을 혼인과 가족생활영역에서 더욱 더 구체화함으로써 혼인과 가족을 부당한 차별로부터 특별히 더 보호하려는 목적을 가진다. 이 때 특정한 법률조항이 혼인한 자를 불리하게 하는 차별취급은 중대한 합리적 근거가 존재하여 헌법상 정당화되는 경우에만 헌법 제36조 제1항에 위배되지 아니한다.]¹¹⁹⁾

7) 사유재산제도 및 사적자치의 원칙

[사유재산제도 및 사적자치의 원칙은 헌법상 보장된 주관적 권리가 아니라 제도보장의 일종으로서 입법자의 형성의 자유가 광범위하게 인정되는 분야이므로, 그 위헌 여부의 판단에 있어서는 입법의 한계를 일탈하였는지 여부가 문제된다]¹²⁰⁾라고 함으로써 사유재산제도 및 사적자치의 원칙을 제도보장으로 인정하고 있다. 그리고 사유재산제도가 사적자치의 원칙의 침해여부를 판단함에 있어서는 합리성심사(자의금지)를 적용하고 있다:[...관재담당공무원은 국유재산에 관한 정보의 장악과 매매가액결정에 대한 영향력 등을 통하여 국유재산을 저가로 부정취득할 우려가 있

118) 헌재 95헌바48(1997), 9-1, 435, 442-445.

119) 헌재 2001헌바82(2002), 14-2, 170, 180.

120) 헌재 96헌바55(1999), 11-1, 462, 470.

으므로, 입법자가 국유재산의 보전과 국유재산처분사무의 공정성 확보라는 입법목적 달성을 위하여 관재담당공무원의 국유재산취득행위를 절대적으로 무효화하는 방법을 채택한 것은 정당성이 충분히 인정된다 할 것이다. 또 입법자는 관재담당공무원의 국유재산취득행위의 무효로 인한 법률관계를 규율함에 있어서 위에서 본 법 제7조의 입법목적보다 더 중요시할 것인지, 아니면 관재담당공무원이 취득한 국유재산을 전득한 제3자의 신뢰 또는 거래의 안전을 더 중요시할 것인지를 결정할 재량도 갖고 있다 할 것이므로, 거래의 안전보다 국유재산의 공정한 관리처분이 라는 입법목적보다 더 중요시하여 선의의 제3자 보호규정을 두지 않았다 하여 이를 가리켜 자의적인 입법조치라고 볼 수는 없다. ...그러므로 법 제7조 제2항은 헌법 제23조 제1항 및 제119조 제1항에서 유래하는 사유재산제도 및 사적자치의 원리에 위반되지 아니한다.¹²¹⁾

이영모 재판관은 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원결정에서도 사유재산제도보장의 핵심영역을 언급하면서 토지재산권과 관련하여 ① 소유권자가 당해 토지를 이용할 수 있어야 하고 ② 당해 토지의 처분이 자유로 와야 한다는 두 가지 요소는 사유재산권의 제도보장을 위한 핵심영역에 속한다고 보았다.¹²²⁾

VI. 맺는 말

1. 제도보장에 대하여는 이를 비판하는 견해도 없지 않지만 판례와 학설을 통하여 일반적으로 인정되어 오고 있다. 이 글도 이러한 기초위에 작성되었다. 제도보장의 개념이 존재할 수 없다면 당연히 제도보장의 핵심영역의 보호라는 말은 성립할 수 없기 때문이다.

2. 제도보장은 많은 경우에 기본권과 관련되고 이 경우 제도보장은 그러한 기본권을 실현하는데 기여한다. 이렇게 하여 제도보장은 법적으로 일정한 생활영역을 형성하고 법질서를 창출하게 된다. 이러한 법적으로 창출된 제도가 없는 경우에는 기본권의 실현은 불가능하거나 곤란하게 될 수 있다. 그러한 점에서 자유와 질서는 밀접한 관련성을 갖는다. 기본권의 질서적 성격이 기본권에 내재한다는 의미이다(소위 기본권의 양면성). 그로부터 질서적 성격을 구체화하기 위한 입법적 조치가 뒤따라야 한다고 할 수 있다. 그러나 이것은 권리적 성격에서도 그러한 요

121) 헌재 96헌바55(1999), 11-1, 462, 470-472.

122) 헌재 89헌마214등(1998), 10-2, 927(965) 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원.

청이 못나온다고 할 바는 아니다. 대한민국헌법 제10조 제2문은 이러한 국가의 기본권 보장의무를 분명히 하고 있을 뿐만 아니라, 뒤에서 설명하는 블랙만의 견해에서도 그 단서를 찾을 수 있다. 따라서 기본권을 권리로 이해하든 질서로 이해하든 기본권을 실현시키는 것은 국가의 주요한 임무라고 볼 수 있는 것이다. 그러나 제도보장이라고 하는 것은 개념 원칙적으로 기본권 내용의 밖에 있으면서 직접적으로 관련 생활관계를 형성할 의무를 국가에게 부여한다. 그런 점에서 제도보장과 기본권은 동일한 방향을 지향하는 것이라고 할 수 있다.

3. 확실히 입법권의 기본권기속이 인정되는 현재에 있어서 제도보장의 원래적 의미가 상당부분 감소한 것은 인정할 수 있다. 그러나 직접적 기본권관련성이 적고 국가조직적 관련성을 갖는 제도보장(예컨대 지방자치제도와 직업공무원제도)의 경우에는 기본권의 본질적 내용 보장의 효력은 미칠 수가 없다. 따라서 이러한 경우에 제도보장이론은 여전히 유용하다.¹²³⁾ 또 제도보장은 당사자가 저항하지 않거나 또는 자신의 주관적 권리가 침해되지 않는 경우에도 허용될 수 없는 어떤 한계를 국가에 대해 설정할 수 있다. 따라서 제도보장은 개인의 주관적 법적 지위와 관련 없이도 일정한 제도보장의 방어적 효력에 의해 기본권의 보호에 기여할 수 있기 때문에 중첩적인 보호가 가능하다.¹²⁴⁾ 제도자체의 침해를 다투기 위한 어떤 법적 제도의 필요성도 이로부터 도출될 수 있다.

4. 헌법적으로 보장되는 제도는 헌법에 의하지 아니하고 법률로써는 이를 폐지할 수 없다. 나아가서는 법률로 이를 형성하는 경우에도 전적으로 입법자의 의사에 종속되지 않고 일정한 내용에 대하여는 이를 변경하거나 무시하여서는 안 된다. 이것이 제도보장에 있어서 핵심영역의 보호이론이다. 제도보장은 현재의 제도를 불가침한 것으로 보는 이론은 아니다. 그렇지 않으면 입법자는 변화된 공동체적 상황에 대해 대응할 수 없게 될 것이기 때문이다. 그래서 칼 슈미트는 제도보장의 보호작용은 특정한 규범망의 전형적이고 전래적인 구조에서 성립되는 바의 제도보장의 핵심영역에 한정되는 것으로 보았던 것이다.¹²⁵⁾

123) Schmidt-Jortzig, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung — Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, 1979, S. 61 f.

124) Kloepfer, *Einrichtungsgarantien*, Rn. 38: 클뢰퍼는 혼인제도를 예로 들어 재미있게 설명하고 있다. 혼인의 핵심영역은 부부의 일부일처 생활공동체를 의미하는데, 입법자가 법률로 중혼이나 동성간의 결혼을 도입한다 하더라도 연방헌법재판소의 관례에 따르면 혼인제도의 규정(기본법 제6조 제1항)은 다양한 형태의 혼인들 간에 어떤 기준을 제시하고 있는 것이라고 보지 않기 때문에 그러한 입법은 다른 사람의 권리를 침해하는 것이라고는 할 수 없기 때문에 기혼의 혼인공동체의 배우자들은 그러한 입법에 대해 아무런 조치도 취할 수 없을 것인데 반하여, 혼인제도를 제도보장으로 이해하는 경우에는 혼인의 기본구조가 보호될 수 있다고 한다.

125) Kloepfer, *Einrichtungsgarantien*, Rn. 31.

제도의 핵심영역 외에 있어서 입법자는 형성의 자유를 갖는다. 제도는 입법을 통하여 기본권을 실현하기도 하지만, 동시에 입법자는 제도의 핵심을 폐기하고 공동화시킬 위험성도 존재한다. 여기에서 제도보장의 핵심영역은 입법권형성의 최후적인 한계를 형성한다. 그런데 여기서 핵심영역의 침해는 형식적인 입법적 제한에 의해서만 이루어지는 것은 아니라는 점을 주의하여야 한다. 제도의 줄기는 형식적으로 존재하는 경우라고 하더라도 실질적인 제도보장의 취지를 훼손하는 경우에는 제도보장사상에 위배되는 것으로 보아야 한다.¹²⁶⁾

5. 제도보장의 핵심영역은 학설과 판례에 의하여 밝혀질 수밖에 없다. 제도보장의 핵심영역이 무엇인지와 관련하여 일반적으로 고찰하면, 우선 제도보장의 기원은 원칙적으로 과거와 관련된다는 점이 특징이다. 이러한 과거관련성은 제도보장의 존속적 기능 때문에 제도보장에 내재하는 것으로 이해된다. 그러나 제도보장의 기본적인 뼈대만이 제도보장의 핵심영역에 속하기 때문에 과거관련성은 여기에 한한다. 그러나 제도의 핵심영역에 속하는 본질적인 징표들도 제도를 출현시킨 공동체의 관념이 근본적으로 그리고 뿌리로부터 변하는 경우에는 제도의 출현형태는 변경될 수밖에 없다. 이러한 경우 어떠한 변경이 일어날 것인지에 대해서는 제도의 법적 형성과정에서 논의되고 새롭게 정의될 수 있어야 한다. 이러한 취지는 독일연방헌법재판소가 잘 정의하고 있다: 규범은 언제나 규범이 효력을 미치는 사회적 상황과 공동체적—정치적 세계관의 관계성 속에서 존재한다; 규범의 내용은 상황에 따라서 변화할 수 있고 또 변화하여야 한다. 이것은 특히 법률의 발생과 적용이 금세기처럼 생활관계와 법적 세계관을 원천적으로 변화시킨 경우에 특히 그러하다.¹²⁷⁾

블랙만(A. Bleckmann)은 제도보장의 의미를 기존의 역사적 의미를 넘어 적극적으로 해석하고 있다. 그는 제도보장에 의해 입법자는 개별적인 규정들에 기속될 뿐만 아니라 전체로서의 법규(*Gesamtheit von Rechtssätze*)에 기속되는 것으로 본다. 나아가 그렇게 함으로써만 다수의 개인의 권리의 사실상의 실현이 확보될 수 있는 경우에는 자유권은 입법자에게 특정한 법질서를 발전시킬 의무를 부과할 수 있다한다. 이것은 결국 기본권이 사회적으로 실효성이 있도록 기본권의 광범위한 제도적 전환(*Umsetzung*)을 요구하는 것이라고 한다.¹²⁸⁾

6. 기본권의 본질적 내용과 관련하여 종종 등장하는 제도보장의 핵심영역이

126) Kloepfer, *Einrichtungsgarantien*, Rn. 32.

127) BVerfGE 34, 269, 288 f.

128) Bleckmann, *Staatsrecht II*, S. 277.

라는 개념에 대한 위치설정이 또한 이글이 주요한 관심사 중의 하나이다. 헌법 제 37조 제 2 항에 따르면 정확히 자유와 권리의 본질적 내용은 침해할 수 없다고 하고 있다. 이 개념에 더 잡아 기본권의 본질적 내용 침해금지라 논의된다. 그런데 앞에서 본 바와 같이 헌법재판소는 기본권과 구별되는 바의 제도보장이라는 개념을 인정하면서도 그 핵심영역의 보호를 헌법 제37조 제 2 항의 명시적인 언급 없이 본질적 내용이라는 개념을 사용하고 있는가 하면 본질적 내용과 동의어로 사용하기도 하고, 핵심영역이라고 하기도 한다. 제도보장의 핵심영역과 기본권의 본질적 내용은 구별되는 것인가. 이와 관련하여 우선 기왕에 학설과 판례에 의해 인정된 제도보장의 핵심영역이 보장되어야 한다는 생각은 그대로 기본권에 적용될 수 있을 것이다. 이러한 생각은 자연스럽게 헌법 제37조 제 2 항으로 연결되어 기본권의 본질적 내용이라는 것은 기본권의 핵심영역이라고 대신 말할 수 있을 것이다.

그러면 제도보장의 핵심영역의 보호를 헌법 제37조 제 2 항을 원용하여 본질적 내용의 보호라고 할 수 있을 것인가. 이 문제는 기본권과 제도보장의 관계에 대한 해명문제로 소급하게 된다.

우선, 헌법재판소의 명시적인 결정에서 언급하고 있는 바와 같이 기본권과 구별되는 바의 제도보장이라는 독자적인 개념을 인정하는 한, 거기에 대하여는 헌법 제37조 제 2 항의 헌법명문에서 유래하는 바의 (기본권의) 본질적 내용과 구분하여 (제도보장의) 핵심영역이라는 개념을 사용하는 것이 논리적이다. 제도와 권리가 혼재하는 경우에도 개념적으로 양자는 구분된다.

둘째, 기본권이 본질적 내용 보장은 자연법사상에 근거한다. 대한민국헌법에 있어서는 헌법제정권력까지 구속하는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 그에 반하여 제도의 핵심영역의 보장은 헌법상 만들어진 제도를 전제로 하고 있다. 따라서 제도보장은 원칙적으로 입법권을 구속하려는 의도로 고안된 이론이다. 그러므로 기본권의 본질적 내용의 보호와 (제도보장)의 핵심영역의 보호는 구분하는 것이 타당하다. 침해되어서는 안 되는 내용이라는 점에서 형식적으로는 같은 사전적 의미를 갖는다고 하더라도 헌법적 평가가 다른 경우에는—기본권적 내용과 제도적 내용—구분하여 명명하는 것이 타당하다. 특히 이러한 것은 지방자치제도나 직업공무원제도 등과 같은 공제도의 보장에 대하여 타당하다.

셋째, 사제도의 보장의 경우에는 칼 슈미트가 언급한 것처럼 기본권과 관련이 깊다. 기본권의 본질적 내용의 보장이 주로 자유권에 대한 것이라고 할 경우에, 제도보장의 핵심영역은 자유권의 본질적 내용과 혼동될 수 있다. 그러나 사법

절차적 권리의 마련이라든가 급부권적 내용을 갖는 기본권 등과 같이 적극적인 지위로부터 나오는 권리를 제도적으로 보장하는 경우에 있어서는 본질적 내용 침해금지원칙과 관련되는 것이 아니라 오히려 기본권적으로 보호되는 최소한 기준으로서 과소보호금지원칙과 관련될 수 있다. 이러한 경우에는 헌법의 위임을 입법자가 어떻게 실현할 것인가는 원칙적으로 형성의 자유에 속하지만, 형성의 경우에도 필연적으로 요구되는 최소한의 수준에 미달하는 것이어서는 안 된다고 한 독일연방헌법재판소 판결에서도 찾아 볼 수 있다.¹²⁹⁾ 동재판소는 권리보호의 보장(Rechtsschutzgarantie)과 관련하여 이 최소한 수준의 기준은 권리보호의 효율성(Effektivität des Rechtsschutzes)이라고 한 바 있다. 즉, 권리보호를 받고자 하는 사람에게 흠결 없고 사실상 효과가 있는 그러한 사법적 통제가 가능한 것이어야 한다는 것이다.¹³⁰⁾

결론적으로, 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용 침해금지(본질적 내용의 보장)와 제도보장이론에 의한 핵심영역의 보장은 구별되는 내용이므로 이를 명명함에 있어서도 가능한 혼동을 피하고, 구분하여 개념을 사용하는 것이 바람직한 것으로 보인다.

129) BVerfGE 89, 28, 35 f.

130) BVerfGE 96, 27, 39.

명 재 진*

■ 제도보장의 핵심영역보호가 인정되면, 기본권의 본질적 내용침해 금지는 제도보장에서 불필요한 것인가?

본질적 내용침해금지는 세계적 경향,¹⁾ 독일 헌법의 내용 중 최고 수출품으로 평가된다. 즉 현대헌법의 보편적 정서를 반영한 표현으로 해석된다. 이 조항의 선언적 의미는 매우 중요하며, 기본권은 헌법의 개별조항에 의해 직접적 보호도 되지 않지만, 본질적 내용침해금지로 다시 한 번 보호된다. 제도보장도 기본권관련성을 고려해 보면 제도보장의 핵심부분 보호여부에 대한 검토 후에 기본권의 본질적 내용침해금지에 대해 검토할 필요가 있을 수도 있다.

제도보장의 위험성은 기본권보장을 약화시킬 수 있다는데 있으므로, 해당 기본권의 내용을 제도보장으로 축소시킬 위험성은 원천적으로 배제되어야 한다.

■ 제도보장은 바이마르적 유산이고, 현대에는 어울리지 않는 이론인가?

어울리지 않지만 효용성은 존재한다. 사법상의 제도보장은 기본권의 이중적 성격을 인정하는 경우 헌법상의 법제도보장은 기본권의 객관적 내용이라는 설명으로 해결된다고 본다. 그렇지만 공법상의 제도보장(지방자치제, 공무원제도)은 어떻게 설명할 수 있겠는가? 사제도보장이 기본권의 객관적 질서성이라는 면이 있지만 공제도보장은 그 제도보장의 독자성이 존재한다. 법률유보의 역기능이 나타나는 경우, 즉 법률에 의한 헌법상 제도침해가 빈번히 발생하는 경우, 이러한 현상을 막기 위해 제도보장은 유효하게 적용될 수 있다. 입법자의 권한남용을 위해 헌법제도보장의 유용성은 충분하다(입법권 남용에 대한 최대의 방어무기).

* 충남대학교 교수.

1) 스위스, 오스트리아, 알바니아, 폴란드, 키르기스, 슬로바키아, 체코, 헝가리, 터키 등이다.

보편적인 내용의 합의가 가능한 것이 사실이다(예: 고문금지, 강제적 종교행사참여금지, 검열금지, 청원금지 등 본질적 내용을 침해하는 경우). 유럽인권재판소도 이러한 본질적 내용의 침해금지를 판시사항의 하나로 삼고 있다.

■ 제도보장론의 효용성을 인정한다면 핵심영역의 보장으로 충분한 것인가?

(1) 문제가 되는 쟁점은 ‘최소보장’이라는 용어이다

기본권은 최대보장, 제도보장은 최소보장으로 귀결되는 제도보장의 일반적인 보장정도는 문제를 야기한다. 재산권은 최대보장, 사유재산제도는 최소보장이 높은가의 문제이다.

“준별론은 본래의 의도와는 다를지 몰라도 기본권보장은 최대한의 보장이고 제도보장은 최소한의 보장이라는 도식적인 주장을 하여 기본권의 실현에 혼란을 초래하였다. 헌법이 가치체계이고 기본권보장과 관련된 제도의 보장도 최대한의 보장인 기본권의 시련을 위하여 존재의 정당성을 가진다면 이런 제도보장이 법리상 최소한의 보장이 될 수는 없다. 제도의 보장에는 헌법유보와 법률유보와 같이 그 수준을 달리하여 규정하는 방법이 있는 만큼 그 범위 내에서 국회의 입법형성의 자유가 기본권보장의 경우와 비교하여 더 클 수는 있는 여지는 있지만 그렇다고 해서 제도보장이 항상 최소한의 보장으로 되는 것은 아니다. 제도보장이 기본권에 기속되는 경우에는 입법형성의 자유도 기본권에 의해 제약되므로 경우에 따라서는 제도보장에 대한 입법형성의 자유가 기본권에 의한 입법권의 기속과 동일 할 수 있다. 제도보장은 최소한의 보장이 아니라 기본권보장에 기속되면서 입법형성의 자유가 허용되는 범위 내에서 인정되는 것이다(정중섭, 기본권의 개념).”

제도보장의 최소보장원칙은 기본권을 약화시켜 오히려 입법권자를 통제한다는 본래의 의미를 상실케 만든다. 최소보장보다는 넓게 보는 태도가 바람직해 보인다. 최적보장의 원칙 등을 고려해 볼 수 있다. 제도보장의 핵심부분의 보장은 제도의 최소한을 보장하는 것이 아니라, 제도관련 기본권의 효력을 최적화시키는 제도창설을 입법권자에 요구한다고 보아야 한다. 그 내용은 제도의 성격에 따라 다양할 수는 있다.

(2) 기본권의 본질적 내용이라는 용어에 대해 제도보장에서는 핵심 영역

이라는 표현을 사용하는데 대한 문제점

스위스 헌법 제36조 제 4 항은 핵심내용(Kerngehalt)이라는 용어를 사용하고 있어, 본질적 내용(Wesensgehalt)이나 핵심내용이나 다를 바가 없는 것이다.²⁾ 핵심영역

2) Art. 36. Einschränkungen von Grundrechten (1) Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein.

은 기본권의 보호영역의 모습에 포섭되는 느낌이어서 거부감이 있기 때문에, 핵심 부분이라는 용어가 보다 더 적합해 보인다.

■ 제도와 자유는 준별되어야 하는가? 비준별론을 취하면서도 제도보장의 의의를 존속시키는 대안은 없는가?

준별론이 대세이지만, 고전적 의미의 준별론은 사라지고, 제도의 대부분이 기본권의 객관법적 내용임은 인정되어야 하고, 제도의 내용에서도 기본권은 도출된다는 것은 헌법재판소의 입장이기도 하고, 학계에서도 일반적으로 인정되고 있다.

“자유와 제도가 개념 그 자체에서 구별된다고 할지라도 이런 개념상의 구별이 기본권보장의 규정에서 제도를 도출하고, 제도보장의 규정에서 기본권을 도출하는데 방해가 되지 않는다. 기본권의 보장만 규정하고 따로 이를 실현하기 위한 제도의 보장을 정하고 있는 명문조항이 헌법에 없다고 하여 기본권을 실현시킬 제도의 보장이 헌법에 없다고 하는 것은 기본권을 단순한 종이위의 글씨에 지나지 않는 것으로 보는 태도이다. 제도를 보장하고 있는 규정에도 그 제도의 보장이 어떠한 성질의 것이냐에 따라 기본권이 도출될 수도 있고 안 될 수도 있다. 기본권보장규정의 경우에는 해당 기본권의 성질에 따라 그 기본권을 실현시키는 제도가 수준을 달리하여 다양하게 도출될 것이다(정종섭, 기본권의 개념).”

고립적(단절적) 준별론은 문제가 있지만, 자유의 성격상 제도와는 구별되는 것이다. 헌법의 규정의 차이로부터 효력의 차이를 도출할 수 있다.

헌법의 제도는 자유를 포함하지만 자유권으로 표현된 헌법의 기본권과는 구별된다. 자유권은 국가에 대한 방어권을 강조한 것이고, 제도는 기본권의 객관법적 측면을 규정하여, 방어권으로의 성격을 약화시키고, 입법자의 구속을 강화한 표현이다. 즉 국민의 권리(천부권적 자유권)를 강조한 것이 아니라, 입법자에 대한 통제를 명문화한 것으로 보아야 한다. 그러므로 제도보장에서 자유권의 도출은 매우 예외적인 경우에만 인정된다.

비준별적 입장에서 제도보장을 기본권보장에 포섭시키는 경우, 제도보장의

Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

(2) Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

(3) Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

(4) Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

고유의미는 사라지지만 제도에서 기본권을 도출하기 쉬워지고, 제도와 기본권간의 연결을 통한 효력강화의 효과가 발생할 것이다. 그러나 이러한 태도는 우리 헌법 명문규정에 어긋날 수 있다는 비판이 제기될 수 있다.

■ 제도보장을 급부청구권으로 해석할 수는 없는가? 가능할 것이다

제도보장을 소극적으로 입법권에 의한 침해금지로 해석할 것은 아니고, 적극적으로 제도와 그 제도가 가지는 기본권적 가치에 맞는 입법형성을 요구할 수 있는 급부청구권으로 해석할 수 있다고 본다. 헌법적 위상에 어울리지 못하고, 제도보장의 취지와 맞지 않는 입법에 대해 정당하고 흠 없는 입법에 대한 요구는 헌법소원으로 강제되어야 한다고 본다.

이 황 희*

금번 발표문의 “제도보장에 있어서 핵심영역” 개념은 우리 헌법재판에서 중요하게 활용되는 ‘제도보장’을 다루고 있다는 점에서 매우 의미 있는 주제라고 생각합니다. 지정토론을 준비하면서, 이 주제가 평소 저와 친숙하지 않은 분야이기도 하거니와, 행여 저의 깊이 없는 학문이 드러날까 많이 염려하기도 하였습니다. 그러나 발표자께서 독일과 우리나라에서의 이론적 논의들을 잘 정리해 주시어, 이번 토론을 준비하면서 많은 것들을 배우고 익힐 수 있었습니다. 이에 발표자에게 감사의 말씀을 드리며, 아래에서 발표문에 대한 몇 가지 생각 내지 의문들을 간략하게 말씀드리겠습니다.

1. 발표자께서는 이 발표문이, 판례와 학설을 통해 일반적으로 인정되어 오고 있는 제도보장의 개념을 기초로 작성되었다고 하셨습니다. 그러나 발표자께서도 지적하신 바와 같이, 제도보장의 개념은 바이마르헌법에서의 헌법체계상 문제점을 극복하기 위해 C. 슈미트가 고안한 개념적 장치라 할 수 있습니다(발표문의 註 12). 그리고 오늘날의 우리는 바이마르헌법과는 상이한 규범 현실에 놓여있다는 점에서, 제도보장 개념에 대한 부정적인 의견들도 유력하게 대두되고 있습니다. 결국, 이 발표문이 더욱 큰 의미를 가지기 위해서는 비록 오늘날의 규범현실이 바이마르 헌법의 그것과는 상이하다 하더라도 제도보장론이 여전히 이론적 생명력을 가진다는 점이 전제가 되어야 할 것으로 보입니다. 제도보장론에 대한 발표자의 이론적 평가는 어떠한지 여쭙고자 합니다.

2. 발표문은, 제도보장의 핵심영역 개념은 기본권의 본질적 내용이라는 개념과 맥락이 닿아 있지만, 양자는 별개의 개념인 만큼 구분해서 파악해야 한다는 논지를 펼치고 있습니다.

가. 제도보장에서의 ‘핵심영역’ 개념은, 그 이외의 영역에 대한 입법자의 형성적 재량을 인정하는 동시에, 다만 핵심영역을 침범할 경우 헌법에 위반된다고 판단할 수 있도록 해 준다는 점에서, 실무상 위헌심사의 주요한 기준으로 활용되

* 헌법재판소 헌법연구관.

고 있습니다. 그러나 기본권의 ‘본질적 내용’은, 헌법 제37조 제2항을 그 문면에 천착하여 해석할 경우(내지 본질적 내용에 관한 소위 절대설에 입각할 경우),¹⁾ ‘국가안전보장 등을 위하여 필요한 경우에 부과할 수 있는’ 허용된 제한(가령, 과잉금지원칙을 통과한 경우)임이 확인된 후, 다시금 제기되는 기본권 제한의 추가적 심사기준입니다.²⁾ 즉, 허용되지 않은 제한임이 판명난 경우라면(가령, 과잉금지원칙에 위배된 경우) 그 자체로 위헌이 되므로 기본권의 본질적 내용이 침해된 것인지에 관한 추가적인 심사가 불필요합니다.

그런데 우리 헌법재판소의 결정을 보면, 기본권 제한이 과잉금지원칙에 반할 때 이를 두고 본질적 내용도 함께 침해되었다고 보는 경우는 있어도, 과잉금지원칙에 반하지 않음에도 불구하고 기본권의 본질적 내용이 침해된 것인지 여부라는 추가적인 심사의 단계에서 이를 위헌으로 판단한 사례는 찾기 어렵습니다.³⁾ 즉, 실무상 기본권의 본질적 내용이라는 부분은 독자적인 심사의 기준으로 활용되고 있지 못하다는 것입니다.⁴⁾

이러한 상황에 비추어, “학설과 판례에 의해 인정된 제도보장의 핵심영역이 보장되어야 한다는 생각은 그래도 기본권에 적용될 수 있을 것”이며, “기본권의 본질적인 내용이라는 것은 기본권의 핵심영역”(발표문 19쪽)이라는 논지가 가지는 실천적인 함의는 무엇이라고 생각하시는지 여쭙고자 합니다.

나. 발표자께서는 기본권의 본질적 내용 보장이라는 개념이 제도보장에서의 핵심영역이라는 개념으로부터 영향을 받았다는 취지의 입론들을 지지하는 듯 합니다

1) 헌법 제37조 제2항 후단은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”는 것이다.

2) 물론, ‘본질적 내용’의 해석에 대한 상대설에 입각할 경우, 비례원칙을 의미하는 것으로 이해될 수 있다. 기본권 제한의 본질적 내용 보장에 대해서는, 丁泰鎬, “基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察”, 憲法論叢 第8輯, 1997, 279-362쪽 참조. 그러나 발표문이 상대설에 입각한 것으로 보이지는 않는다.

3) 심지어 사형제도에 대한 판단에서도, 본질적 내용을 침해하지 않는다고 하였다. “청구인은 사형이란 헌법에 의하여 국민에게 보장된 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 되어 헌법 제37조 제2항 단서에 위반된다는 취지로 주장한다. 그러나 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이다(헌재 1996. 11. 28, 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 546).”

4) 이는 독일의 경우에도 마찬가지이다. 독일연방헌재는 초기 판례에서 기본권의 ‘본질적 내용 보장’에 비교적 큰 의미를 부여하는 듯 하였지만, 1958년 이후 주변으로 밀려나고 말았다. 전체적으로 보면 본질적 내용의 보장은 독일 연방헌재의 판례에서 그다지 중요한 역할을 하지 못했고, 최근의 판례에서는 과잉금지원칙, 비례원칙 등의 위반여부를 통제함으로써 그치는 경향을 보이고 있다. 丁泰鎬, 위의 논문, 285-6쪽.

(발표문 9쪽, 14쪽, 19쪽). 다른 한편, 기본권의 본질적 내용 보장은 자연법 사상에 근거한다고 설명합니다(발표문 19쪽). 제도보장의 핵심영역 개념은 자연법 이론에 의거할 때 해결하기 곤란한 문제(가령, 前국가적 자유권, 즉 자연법상의 권리에 해당하지 않지만 헌법상 보호되어야 할 것들)를 처리하고 있다는 점에서, 위의 두 입장은 일견 모순적으로 보이기도 합니다. 혹 제가 잘못 이해한 것은 아닌지, 설명을 부탁드립니다.

3. 제도보장은, 기본권을 자유권으로 이해할 때 해결할 수 없었던 객관적 질서, 사회권 등의 보장이라는 문제를 처리할 수 있었다는 점에서, K. 헤세로부터 “객관적인 법으로서의 기본권의 의의를 부각시킨 것은 제도적 보장 및 제도보장에 관한 학설의 공헌”이라는 상찬(?)을 받기도 하였습니다.⁵⁾ 그러나 기본권을 자유권으로 한정하지 않고, 그 속에 주관적 권리이자 객관적 질서라는 이중적 성격을 부여할 경우 객관적 질서의 보호를 위해 굳이 제도보장의 개념을 원용하지 않아도 애초 제도보장의 개념을 통해 얻고자 했던 결과를 얻을 수 있습니다(그 때문에 기본권의 이중성을 인정하는 측에서는 C. 슈미트적 의미에서의 제도보장의 개념적 가치에 비판적이기도 합니다). 나아가, 이러한 입론상에서는 제도보장이 의미하는 ‘최소 보장’보다 더 두터운 보호의 대상이 될 수도 있습니다.

그런데, 우리 헌법재판소의 판례는 C. 슈미트적 의미에서의 제도보장론을 원용하기도 하는 반면(보고서14-5쪽의 현재 95헌바48 결정), 기본권의 이중적 성격을 긍정하는 듯한 판시를 하기도 합니다(현재 95헌마273 결정).⁶⁾ 이렇게 입장이 혼재된 상황에 대하여, 발표자께서는 어떻게 평가하시는지 궁금합니다.

4. 발표문에 나와 있듯이, 우리 학설과 판례는 “기본권은 최대한 보장의 원칙이 적용되고, 제도보장은 최소한 보장의 원칙이 적용된다”는 태도를 견지하고 있습니다. 그렇다면, 어떤 헌법 규정을 기본권으로 볼 것인지, 제도로 볼 것인지는 그 규정의 규범적 효력을 최대한 보장할 것인지, 아니면 최소한 보장할 것인지를 결정하는 중요한 문제라고 할 것입니다. 그런데, 우리 헌법상 무엇을 제도로 볼 것인지에 대해서는 제도보장론을 지지하는 측에서도 의견이 갈립니다.⁷⁾ 여러 학

5) 콘라드 헤세, 桂禮悅 譯, 독일헌법원론 제20판, 박영사, 2001년, 180쪽의 註 4.

6) “직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고, 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 주관적 공권의 성격이 두드러진 것이기는 하나 다른 한편 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다(현재 1997. 4. 24. 95헌마273, 판례집 9-1, 487, 496).”

7) 鄭宗燮, 基本權의 概念, 금붕어, 2007, 153쪽의 표 참조.

	김철수	권영성	안용교	구병삭	박일경	문홍주
國軍의 政治的 中立		○	○			
職業公務員制度	○	○	○	○	○	○

설은 대학의 자치를 제도보장으로 보지만, 관례는 대학의 자율성을 대학의 기본권으로 보기도 합니다.⁸⁾ 발표자께서는 제도보장의 핵심영역이 학설과 관례에 의하여 밝혀질 수밖에 없다고 하셨는데(발표문 19쪽), 그렇다면 일정한 헌법 규정을 권리로 볼 것인지 제도로 볼 것인지의 판단에 대해서는 어떻게 생각하고 계시는지 여쭙고 싶습니다.

5. 본질적 내용, 핵심영역, 특히 발표문 8쪽에서 인용된 독일연방헌재의 판시 중 ‘본질적인 구조적 원리(Strukturprinzip)’ 등의 개념은, 기실 서양의 유구한 지적 전통 속에서 면밀히 계승되어 온 서양철학의 중심 개념들(‘본질’, ‘실체’⁹⁾)과 맥락이 닿아 있다고 보입니다.

움직이지 않는 근본적 존재를 진리의 대상으로 추구했던 고대 회랍인들의 자연철학¹⁰⁾이래로, 서양의 전통적 사유(思惟)는 현상들로 존재하는 것들을 대상으로 하여 그러한 존재들을 근원적으로 있게 하는 ‘진짜 존재’, 즉 그러한 지속적, 법칙적, 유형적 변화들을 가능하게 하는 근원적인 참 존재인 ‘실재’를 탐구의 대상으로 삼았습니다.¹¹⁾ 이는 인간의 힘으로는 어찌해 볼 도리가 없는 피안(彼岸)의 영역에 대한 동경과 추구라는 관념으로 전수되어 왔습니다. 동양의 학문과는 달리 서양의 학문 영역에서 “...의 법칙”(가령, 에너지 보존의 법칙 등)들이 쏟아져 나온 것

複數政黨制度	○	○	○		○	○
特權制度의 禁止					○	
令狀制度, 辯護人制度, 拘束適否審制度					○	
言論, 出版의 自由		○	○		○	
政教分離				○		
私有財産制度	○	○	○	○	○	○
教育制度, 大學의 自治	○	○	○		○	○
勞動組合制度					○	○
婚姻, 家族制度	○	○	○	○	○	○
選舉制度		○	○		○	
地方自治制度	○	○	○	○	○	
農地小作制度禁止					○	
農漁民中小企業者 自助組織存立	○				○	

8) 헌재 92헌마68등 결정.

9) 실체, 혹은 실재를 의미하는 영어 substance는 라틴어 substantia는 sub(아래)+stare(서다)의 조어로서, ‘아래에 놓여있는 것, 즉 근본적인 것’을 의미한다.

10) 특히 탈레스(BC 624?~546?) 이후 소크라테스에 이르기까지 헬라스 철학의 주류를 이루었던 ‘자연에 관한 탐구’가 이에 해당된다.

11) 박종현, 헬라스 사상의 심층, 서광사, 2001, 118-119쪽.

도 그러한 이유때문이라 할 수 있습니다.

그렇다면, (1) 어떤 존재자가 있을 때, 그 존재자가 ① 가변적이고 현상적인 부분, 그래서 침해되거나 없어지더라도 그 존재자의 고유한 가치에 영향을 주지 않는 부분과 ② 불변적이고 본질적인 부분, 그래서 침해되거나 없어지게 되면 그 존재자의 고유한 가치가 부정당하는 부분으로 구성되어 있다는 관념은 서양의 오래된 정신사적 산물이라는 점 및 (2) 다수결로 결정할 수 없는 근본적 가치를 문서화하고자 한 근대 입헌주의(constitutionalism)의 정신¹²⁾을 감안해 볼 때,¹³⁾ (a) 기본권의 본질적 내용 및 제도보장에서의 핵심영역 개념이 어느 하나가 다른 하나에 영향을 주었다고 볼 수도 있지만, (b) 다른 한편 기본권의 본질적 내용과 제도보장의 핵심영역은 위와 같은 서양의 지적 전통 내지 근대 입헌주의의 정신으로부터 동근원성(同根源性)을 가지는 것에 불과하다고 볼 여지도 충분하다고 생각됩니다. 만약 후자의 입론대로라면, 비록 우리 헌법이 제37조 제2항에서 ‘본질적 내용’을 규정하고 있다고 하더라도, 제도보장론이 ‘본질적 내용’이라는 개념을 사용하기 위해서 반드시 헌법 제37조 제2항을 명시적으로 언급해야 한다고 보기 어려울 것입니다(발표문 19쪽의 “제도보장의 핵심영역의 보호를 헌법 제37조 제2항의 명시적인 언급 없이 본질적 내용이라는 개념을 사용하고 있는가 하면” 부분과 관련하여).

6. 愚問賢答을 부탁드립니다.

12) 1871년, 어느 미국인이 표현한 바와 같이, 헌법은 “미쳤을 때 자살적 행동을 하지 않도록 맑은 정신일 때 스스로를 묶어 놓는 사슬이다.” Hans Vorländer, *Die Verfassung, Idee und Geschichte*(C.H. Beck, 2004), 김성준 옮김, 헌법사(투멘, 2009), 16쪽.

13) 이는 하나의 이론이 성립하기 위한 이념적 전제사실(입증이 필요없는 당연한 사실)이라 할 수 있다. 이를테면, 근대 경제학이 성립하기 위해서는 “합리적인 인간” 즉, 같은 상품이라면싼 가격을 선호하는 “경제적 합리성”이 전제되어야 하고, 유클리드 기하학이 성립하기 위해서 평행선 공리(Parallel postulate)가 전제되어야 하는 것처럼, 인간의 존엄성 및 자유 의지 등은 근대 입헌주의를 성립시키기 위한 이념적 전제사실이라 할 수 있고, 다수결로 처리할 수 없는 본질적 가치가 개인에게 귀속된다는 관념(그 명칭이 본질적 내용이든 핵심영역이든) 또한 마찬가지라 할 수 있다.

제95회 발표회 토론요지

사 회 자: 김형성(교수)

토론참여자: 명재진(교수), 이황희(헌법연구원), 김선택(교수), 박인수(교수),
황치연(헌법연구원), 황도수(교수), 이승우(교수)

간 사: 참석률이 저조합니다만 그래도 날씨에 비하면 많이 오신 것 같습니다.

시간상 여기 계신 연구관들이 속속 내려올 테니까 기다리는 것보다 바로 시작을 하겠습니다.

오늘은 기본권 일반이론의 핵심적인 쟁점인 제도보장론에 대해서 서울시립대 김대환 교수님께서 발제해 주시겠습니다. 그리고 오늘은 특히 국회 입법조사처장을 지내신 김형성 교수님께서 진행을 맡아주시겠습니다.

모두 박수로 환영해 주시기 바랍니다.

지금부터는 교수님께서 진행해 주시겠습니다.

사 회 자: 반갑습니다.

방금 소개받은 김형성입니다.

95회나 되는 오랜 발표회의 사회를 맡게 되어서 개인적으로 영광이고, 오늘 좋은 발표회가 되기를 바랍니다. 내일이 연휴인데 이렇게 또 늦게까지 함께 자리를 해 주셔서 고맙다는 말씀 아울러 드립니다.

오늘 발표를 해 주실 서울시립대학 법학전문대학원의 김대환 교수님은 연세대학 법과대학을 졸업하시고 서울대학교 대학원에서 석사와 박사학위를 하셨습니다. 그리고 2003년, 4년에는 2년 동안 독일 괴팅겐대학에서 독일법에 대한 연구를 심도 있게 해 주셨습니다.

오늘 발표는 여러분들께서는 다 발제문을 받아서 알고 계시는 바처럼 제도보장에 있어서 핵심영역의 보장입니다. 잘 알고 계시는 바처럼 제도보장은 우리 헌법학계의 오랜 동안의 화두고 아주 큰 주제였습니다.

오늘 좋은 발표를 듣고 또 좋은 토론이 이루어지기를 바라면서 발표자에게 말씀 넘깁니다.

< 주제발표자 발표 >

사 회 자: 여러분들께서 잘 들으신 바처럼 상당히 어려운 주제의 장문의 발표문을 아주 잘 정리해서 발표를 해 주셨습니다.

특히 이 기본권의 본질적 내용과 또 제도보장의 핵심영역의 문제는 저로서도 상당히 난해한 문제였는데 오늘 발표를 통해서 많은 것을 배웠습니다.

개인적으로도 감사를 드리고요.

특히 기본권의 본질적 내용과 제도보장의 핵심영역을 한편으로는 대체될 수 있는 것으로 보시고, 또 그 영역의 보호와 관련해서는 구분해서 봐야 된다는 그런 말씀도 계셨고, 결론적으로는 제37조 제 2 항의 기본권의 본질적 내용이 제도보장의 어떤 핵심영역으로 이렇게 바로 전환되어져서는 좀 곤란하다는 그런 취지도 아마 결론적으로 말씀드릴 수 있을 것 같습니다.

오늘 발표회에 지정토론자가 두 분이 계십니다.

그래서 이 지정토론자 두 분이 먼저 약 10여 분간씩 토론을 해 주시고 그 다음에 그 토론내용에 대해서 우리 발제자께서 말씀을 해 주시고 그 다음에 플로어에서 자유롭게 질문해 주시고 또 발제자가 답변해 드리는 그런 형태로 진행을 하도록 하겠습니다.

그러면 먼저 지정토론자로 토론해 주실 지금 현재 충남대학교 법학전문대학원에 계시는 명재진 교수님을 소개해 드리겠습니다.

명재진 교수님은 연세대학교 법과대학을 졸업하시고 연세대학 법과대학에서 석사학위를 마치고 독일 본대학에서 마기스트를 하시고 또 독일 본대학에서 법학박사를 하셨습니다.

그러면 지금부터 명재진 교수님께서 토론해 주시겠습니다.

< 지정토론자(명재진) 발표 >

사 회 자: 그러면 토론내용에 대해서는 토론문으로 다 보고 계셨으니까 바로 발제자의 말씀을 듣도록 하겠습니다.

발 표 자: 좋은 토론 감사드립니다.

우선 말씀하신 내용들이 상당히 중요한 내용들이고 해서 제가 짧은 시간에 그것에 대해서 충분히 답변이 될 수 있는지 모르겠습니다만 가능한 한 답변을 해 보도록 하겠습니다.

기본권의 본질적 내용침해금지라고 하는 것은 이것은 아주 적절하게 지적을

하셨는데요. 여러 나라에 수출한 독일의 특허품이죠. 과잉금지원칙과 함께. 그런데 이런 본질적 내용침해금지원칙의 성립연원은 바로 사실은 과잉금지원칙이나 제도 보장이나 거의 비슷한 시기에 이게 이루어졌어요. 그런데 최근에 유럽연합이 탄생 하면서 거기에 지금 현재 리스본조약이 통과는 안 되었습니다만 리스본조약의 기본권현장을 보면 거기 기본권현장에도 일반조항인 52조엔가 보면 거기에 본질적 내용이라고 하는 것이 있습니다. 에센스 베이젠스 게하트라고 있습니다. 그러니까 독일에서도 이것은 무용하다하는 이야기들이 많이 있습니다만 여전히 새로이 만들어진 유럽의 기본권현장에도 이런 본질적 내용침해금지원칙이 들어간 것만 봐도 본질적 내용침해금지원칙은 분명히 현실적으로 의미가 있다 이렇게 말할 수 있는 겁니다.

저는 흔히 학생들에게 그런 얘기를 합니다. 예컨대 제가 기독교 믿는 사람은 아니지만 내가 하나님을 못 봤기 때문에 하나님이 없다 이렇게 말할 수는 없잖아요. 본질이 뭐라고 하느냐? 본질이 어렵고 힘들지만 본질에 대해서 어렵다고 해서 본질이 없다고 말하는 것은 상당히 용감한 것이다 이런 생각이 들어요. 이것을 비례성의 원칙으로 대체하는 것은 상당히 용감한 것이고 실천적인 의미로서 이게 무엇이 본질의 침해인가 하는 쪽으로 또 검토해 봐야 되는 겁니다.

그것은 역사적 경험을 통해서도 우리에게 많이 와 닿아 있는 거죠. 그런데 인간의 존엄성이라고 하는 것 자체를 인격존엄이라고 하는 추상적 개념으로 파악 하면 이게 뭔가 하지만, 사실은 인간의 존엄이라는 말이 시작된 이유는 노예제도를 폐지하려고 하는 것이고 강제노역을 금지하는 것이고 고문을 금지하는 것이에요. 그런 실천적인 의미들이 있습니다. 그러한 것들이 본질적 내용을 침해하는 것으로 판단할 수 있는 것이지요. 저는 그것을 그렇게 예를 잘 듭니다. 그러니까 인과관계가 상당히 어렵다. 형법상의 인과관계를 이해하기가 상당히 어려운데, 제가 옛날에 배운 글에 따르면 어머니가 단지를 떨어뜨리지 않았으면 단지가 깨어지지 않았을 것을 알 것이라는 말이지요. 그게 실천적인 인과관계지요. 그러한 식의 인과관계, 그래서 객관적 귀속론이라고 하는 것이 나왔는데 객관적 귀속론은 여전히 아까 말씀드린 것처럼 실천적 명령으로서의 기본권의 본질적 내용침해금지원칙으로 접근하는데 유용한 어떤 접근방법이다. 그래서 무엇이 이 시대의 본질적 내용의 침해적인 사유들로 열거될 수 있는지에 대해서 하나씩 하나씩 찾아내어 간다면 현실사회 속에서 본질적 내용 침해적인 사태는 점점 막을 수 있다 이렇게 판단이 들고, 따라서 이 본질적 내용침해금지의 원칙은 현실적으로도 의미가 있다 이렇게 전적으로 토론자의 의견과 공감합니다.

그 다음에 최소한의 보장이라고 하는 말은 이것은 이해를 잘 해야 되리라고 보는데요. 최소한은 보장해야 된다는 것이지, 최소한만 보장하면 된다는 것은 아니거든요. 제도보장은 최소한 이것은 보장이 되어야 된다는 취지이지 제도보장은 그렇게 소극적으로 또는 부정적으로 생각해서는 안 되지 않겠는가 그런 판단이 좀 들어요.

그래서 예를 들어서 제도보장이 예컨대 기본권관련적인 의미에서 제도보장이 본질적 내용보장으로 녹아들어있다. 이런 관점에서 보면 본질적 내용침해금지원칙이 딱 들어있기 때문에 본질적 내용이 들어있기 때문에 제도보장은 의미가 없다 이렇게 말하는 사람이 있다고 말씀드렸는데, 그러면 예컨대 기본권보호에 있어서 본질적 내용만 보호하면 됩니까? 그것은 아니잖아요. 그와 같은 똑같은 취지로 보면 최소한의 보장이라고 해서 그것이 최소한만 보장하면 된다, 최소한 이것은 보장해야 된다는 것이지 최소한만 보장하라는 취지는 아니다, 이렇게 최소한의 의미를 정확하게 이해하게 되면 최소한이라고 하는 것은 최후적 한계를 의미하는 것이지 그것이 어떤 폐기되어야 될 용어는 아니지 않느냐 저는 그런, 물론 최적인 것이라고 하는 것으로 그것을 더 정확하게 표현을 하고 있습니다만 제도보장이 가지고 있는 의미는 '최소한'조차 침해하는 입법부를 제어하려고 하는 것이기 때문에 그런 의미가 있고, 제가 얼핏 생각할 때는 아까 정종섭 교수님의 여기 표현은 그런 어떤 개념상의 어떤 착오가 있지 않느냐 이런 생각이 좀 듭니다.

그 다음에 제도와 자유는 준별해야 된다. 저는 이것은 그렇다고 봅니다. 기본권에 포섭이 된다고 하는 것은 소위 이것은 제도적 기본권이론이 나오면서 기본권에 제도가 포섭되는 것으로 제도적 성격이 있는 것으로 파악이 되었지 우리가 말하는 소위 헌법재판소의 어떤 확립된 판결 속에 있는 제도보장의 그 제도가 기본권에 들어가는 것은 아니에요. 그런 의미에서 이 둘은 좀 구분해서 이해를 해야 되는 것이 아니냐 이런 생각이 듭니다.

예컨대 한마디로 표현하면 제도적 기본권론에 있어서 말하는 제도는 기본권이고 제도보장에서 말하는 제도는 기본권이 아니지요. 그런 점에서 이 둘은 구분될 수 있는 개념입니다. 그것이 현실적으로 조우할 수는 있어요. 현실적으로 조우하는 것은 제도적 성격을 갖는 기본권이 이게 법률로 구체화되면 칼 슈미트적 관점에서 제도보장의 구체화인지 혹은 제도적 기본권론에 있어서 객관적인 어떤 성격의 구체화인지 이런 논쟁은 있을 수 있지요. 그것은 현실적으로는 머징할 수는 있지만 개념적으로는 다른 바탕을 가지고 들어간 것이지요. 그러한 관점에서 이해를 해야 된다 이렇게 보고.

그 다음에 모든 제도가 다 기본권과 관련성이 있는 것은 아니기 때문에 기본권과 관련성이 직접적으로 없는 그러한 것에도 여전히 제도보장은 의미가 있다 이런 말씀을 드리고 싶습니다.

그 다음에 제도보장을 급부청구권으로 이해할 수 없느냐? 이것은 아까 처음에 말씀을 제가 이 수정판을 늦게 어젯밤에 해서 드리는 바람에 못 보셔서 그런데 그렇게 말씀하셨죠? 저도 이 견해랑 상당히 일치합니다. 그래서 마지막에 말씀드린 바와 같이 제도보장이 소위 사회적 기본권이라든가 이런 것과 제도보장형태로, 그러한 기본권과 관련되어서 제도보장의 형태로 나타난다면 그것은 미니멈보장으로 최소한 이것은 보호되어야 된다. 최소한의 말하자면, 그런데 급부청구권이라고 하는 것이 우리 헌법적 의미로 보면 무엇입니까? 급부청구권이라고 하는 것은 헌법적으로 요청되는 바의 최소한은 보장되어야 된다는 것이 급부청구권의 권리의 내용이지요. 만일에 그것조차도 없으면 급부청구권이라고 말할 수가 없는 거지요. 그러한 의미의 제도보장으로 이렇게 통합이 일어날 수 있는 거지요. 그래서 제가 생각할 때도 최소한의 보장이라고 하는 것은 급부청구권에 있어서의 내용과 이렇게 조우할 수 있고 급부청구권이 제도적으로 보장되는 경우에는 그렇게 제도보장의 형태가 급부청구권을 보장해 주는 형태로, 뭐라고 할까요? 공동작업을 통해서 그것을 강화하는 형태로 나타나는 것이 아니냐, 이렇게 한번 말씀드려볼 수 있을 것 같습니다.

사 회 자: 감사합니다.

질문내용마다 아주 명쾌한 답변을 잘해 주셨는데요. 혹시 이와 관련해서 질문이 있으신 분도 조금 있다가 우리 지정토론을 다 마치고 그때 혹시 미진한 부분이 있으면 이와 관련해서도 다시 말씀을 나누도록 그렇게 하겠습니다.

그러면 다음은 두 번째 지정토론자로 이황희 헌법연구관이 토론을 해 주시겠는데요. 이황희 헌법연구관께서는 서울대 법대를 졸업하시고 서울대 대학원에서 법학석사를 하셨습니다. 사법연수원 34기로 수료하셨습니다.

그러면 이황희 헌법연구관께서 토론해 주시겠습니다.

< 지정토론자(이황희) 발표 >

사 회 자: 감사합니다.

가벼운 의문에서부터 무거운 질문까지 해 주셨는데, 답변 부탁드립니다.

발 표 자: 아까도 재판관님과 식사하면서 말씀드렸습디만, 제가 오늘 로스쿨수업을 했는데 수업하면 저녁은 되게 힘들거든요. 그런데 오늘 이 주제를 가지

고 제가 발표하면서도 사실 좀 힘들었어요. 힘들었는데, 토론내용도 사실 만만치 않아서 밥 먹고 또 하니가 말이죠. 피가 다 위로 쏠린 상태에서 머리를 돌리니까 너무 머리가 멍한 상태에 있습니다. 아무튼 그거 양해해 주시고 제가 받아들인 범위 내에서 제 생각을 말씀드리겠습니다.

첫 번째 질문은 아까 말씀하신 것처럼 이미 다른 발표 때나 우리 명재진 교수님의 토론에 대한 답변을 할 때 얘기가 좀 되었던 것 같기 때문에 일단은 건너가고요.

그 다음에 기본권의 핵심영역의 실천적 함의가 뭐냐? 이런 말씀을 하셨는데, 이것도 어느 정도 이야기가 되었는데, 문제는 저는 어차피 먹고 사는게 그거 시작한 것이 본질적 내용침해금지원칙으로 시작했기 때문에 이거 무너지면 저도 무너지기 때문에 계속 밀고 갈 판인데요. 이게 본질과 과잉은 서로 다른 원리죠. 과잉금지원칙은 서로 다른 원리이기 때문에 엄격한 의미에서 따지면 본질의 침해는 과잉된 침해라고 말할 수 있죠. 그러나 과잉된 침해는 본질의 침해냐? 그렇지 않죠.

그러면 과잉된 침해이지만 본질의 침해는 아닐 수 있죠. 예컨대 사형제도 같은 경우를 보면 과잉된 침해가 아니라고 했습니다. 판례상 그런 거죠. 과잉된 침해가 아니다, 과잉된 침해가 아니기 때문에 본질의 침해가 아니다, 이런 논리에서면 상대설에 입각하면 그것은 본질의 침해가 아니겠지만 절대설에 입각하게 되면 사형제도는 본질의 침해지요. 생명권의 본질에 대한 침해입니다. 따라서 헌법재판소 논리를 빌리면 그것은 과잉된 침해가 아니라 할지라도, 예컨대 수백명을 죽인 놈을 죽였기 때문에 과잉된 침해의 과잉은 아닐 수 있어요. 그러나 본질의 침해일 수는 있습니다. 이것은 상당히 획기적인 생각이죠. 과잉된 침해가 아님에도 불구하고 본질의 침해일 수 있어요. 이것은 왜 그러나 하면 개념적으로 볼 때는 개념조작적인 것처럼 보이기도 할 수 있는데, 제가 이 문제에 대해서 생각하고 생각해 봐도 이것은 다른 원리이기 때문에 그렇습니다. 서로 다른 법칙이 하나의 목적을 가지고 나타나기 때문에, 그런데 이것을 도로 섞기 시작하면 혼란이 발생하게 되는데 이것을 상대성으로 해서 본질적인 내용침해금지원칙을 과잉금지원칙으로 대치한다든가 하게 되면 혼란이 일어나게 되는 것이죠. 그렇게 되면 문제는 뭐냐 하면, 과연 본질적인 내용침해금지원칙이 우선 유용하냐 이런 얘기가 나올 텐데, 그거야 아까 제가 말씀드린 것처럼 본질적인 내용침해금지원칙은 두 가지의 명령으로 이해를 한다는 겁니다. 그 비판에 해당될 수 있는 것은 소위 이념적인 명령에 대한 어떤 해답을 잘 내어놓을 수 없는 것이 아니냐 하는 것에 대한 비판

일 수는 있지만 과연 그것은 일부분에 대한 타당한 얘기이기는 하지만 그것이 본질적인 내용침해금지원칙을 무용화시키는 것은 아니다 이렇게 말씀을 드리는 것이고.

그 다음에 그런 의미에 있어서 기본권의 핵심영역이다 하는 것은 의미가 있지요, 당연히.

그 다음에 예를 들어서 기본권의 본질적 내용이라는 것하고 제도보장의 핵심영역이라고 하는 것은 사실은 아까 제가 약간 잘못 발표했는지는 모르겠지만 소위 어떠한 것은 핵심은 보장되어야 된다는 핵심영역사상이 제도보장에 구현된 거예요. 그 사상이 기본권에 들어간 거죠. 제도보장의 제도의 핵심이 이쪽으로 들어간게 아니고 핵심영역의 보호사상이 이쪽으로 들어가고 이쪽으로 들어간 것이죠. 그런 의미에서 보면 둘의 어떤 영향의 문제, 예컨대 3페이지에 있는 것 말씀하셨던 질문에 대해서는 어느 정도 이해가 되지 않을까 이런 생각을 합니다.

그 다음에 ‘제도보장론을 원용하기도 하고 이중적 성격을 긍정하기도 하고’ 이 말씀을 하셨는데, 칼 슈미트적인 관점에서 ‘제도보장’ 권리가 아닌 바에 어떤 제도를 보장한다는 것, 제도보장을 인정한다는 것이 반드시 기본권의 이중적 성격을 부인하는 것으로 보지는 않습니다. 이것은 왜냐하면 기본권 밖에 있는 제도의 보장이기 때문에 기본권 자체가 제도적 성격을 가지고 있느냐의 그 ‘제도’는 말은 같지만 이 의미는 다른 거예요. 그런 점에서 보고 그것이 현실적으로 제도로 같이 나타나는 문제하고 혼돈되면 안 되는 것이지요. 예를 들어서 이런 분이 있습니다. 어떤 학자는 ‘기본권은 주관적인 것이고 주관적인 기본권이 헌법에 규정됨으로써 객관적인 것이다. 비로소’ 이런 말씀을 하시는데 그것은 완전히 그 ‘객관’하고 이 객관적인 것하고 기본권 자체가 객관적 성격을 갖는 것하고는 다른 의미예요. 그것은 입센의 책에 보면 아주 기본적인 말로 그 말이 나와 있습니다. 그런 의미의 객관은 옛날부터 있었던 거예요. 그것은 누구나 다 인정하는 객관이거든요. 그러니까 제가 말씀드리고자 하는 것은 그 객관이 어떤 컨텍스트 속에서 쓰여지느냐의 문제가 중요한 것이지 추상적으로 번역된 말이 여기 저기 그냥 막 다 동일한 의미를 가지고 쓰여지는 것은 아니다 이런 것이 문제고.

그 다음에 제가 생각할 때는 헌법상에 규정되어 있는 예컨대 본질적 내용은, 대한민국 헌법상의 본질적 내용은 헌법 제37조 제2항에 보장되어 있는 바, 국민의 자유와 권리의 본질적 내용이에요. 이것도 아니고 저것도 아니고 바로 그겁니다. 따라서 본질적 내용이라고 일반적으로 사용되는 용어하고는 다른 것이다, 이렇게 봐야 되는 것이죠. 따라서 헌법 제37조 제2항의 의미의 본질적 내용이라는 개념

을 사용하려면 항상 거기는 헌법 제37조 제 2 항이라는 코멘트가 붙어있어야 되는 겁니다. 일반적 의미의 본질적 내용과 사전적 의미의 본질적 내용인 것이지요. 그런데 헌법재판소의 판례는 핵심영역, 본질적 내용, 제37조 제 2 항 관계없이 막 써 버리거든요. 그것은 정확한 개념사용이 아닌 것처럼 보입니다.

왜 그러나 하면 아마 여기서는 상당히 논쟁이 될 수 있는 용어인데, 헌법 제 37조 제 2 항에 따르면 필요성의 원칙, 다시 말하면 ‘필요한 경우에 한하여’에서 ‘필요’라는 말은 최소침해금지원칙으로 이해한단 말입니다. 과잉금지원칙의 헌법적 근거를 제37조 제 2 항에서 보는 입장에서는. 그런데 헌법 그 이외에 뒤져보면 ‘필요’라는 말이 많이 나오는데 그 ‘필요’라는 말은 최소침해금지는 아니에요. 그런 의미에서 ‘필요’라는 말을 막 써버리면 안 되는 거예요. 아까도 말씀드렸지만 ‘지방자치에서의 필요성’ 나도 그 필요성인가 싶어서 들여다봤더니 공익을 보호할 필요성이예요. 공익을 보호할 필요성은 공익성하고 똑같은 것 아니에요. 그러면 왜 공익성, 필요성이라는 말을 쓰느냐는 거죠. ‘공익의 보호필요성’ 이렇게 해 버리면 될 텐데.

그래서 오늘 이게 논쟁이 될 수 있고 오늘 김형성 교수님께서 이 문제에 대해서는 아주 정통하시고 비례성의 원칙에 대해서 박사학위를 받으셨기 때문에 제가 감히 말씀드릴 수 없습니다만 오히려 좋은 자리라고 생각되어서 저는 강력하게 한번 말씀드려보고 싶고, 여기 또 질문있으신 분들이 많이 계시기 때문에 한번 생각해 주십사 말씀드리고 싶은 것은, 예컨대 우리나라 헌법재판소에서 말하고 있는 과잉금지원칙은 목적의 정당성이하 네 가지로 구성되어 있는 원칙이지요. 소위 독일에서 말하는 적합성, 필요성, 비례성하고는 틀린 거예요. 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 과잉금지원칙을 이야기하면서 적합성, 필요성, 비례성이라고 설명하는 사람들이 많아요. 교과서를 읽어보면, 그것은 잘못된 용어다 이겁니다. 그것은 우리나라 컨텍스트에서 사용할 수 없는 말이고 그쪽에서 쓸 수 있는 말이기 때문에 개념이 틀립니다. 그런데 우리나라 헌법에서 목적의 정당성부터 네 가지 원칙을 사용할 때에 이 원칙은 어디서 나오느냐? 이제 헌법적 근거를 말하는데, 이게 소위 헌법재판소에서 인정하고 있습니다만 과잉금지원칙은 엄격심사거든요. 과잉금지원칙이 엄격심사인 것은 미국의 스트릭스 크루트니를 보면 압니다. LIA의 원칙 ‘필요최소한의 규제수단의 원칙’ 최소침해의 원칙 때문에 그래요. 여기 필요성의 원칙은 바로 그것을 말하거든요. 그것을 말하기 때문에 이런 의미에서 보면 형식적 요소는 엄격한 심사입니다. 그런데 요즘에 헌법재판소는 이것을 완화시켜서 완화된 과잉금지와 엄격한 과잉금지라고 그래요. 엄격한 과잉금지를 완화시킨

과잉금지과 엄격한 과잉금지, 아니면 원래적 의미인지 더 엄격하다는 취지인지는 모르겠습니다만 아무튼 완화된 과잉금지와 엄격한 과잉금지로 나누어서 설명을 하고 있다 이거예요. 자, 그것도 조금 이상한데다가 개념 내재적으로 과잉금지원칙은 엄격할 수밖에 없습니다. 합리적 심사에 비하면, 통상적으로 엄격할 수밖에 없는 것인데, 그것이 헌법 제37조 제 2 항에서 근거를 찾아낸다 이겁니다. 그러면 헌법 제37조 제 2 항에 따르면 국민의 모든 자유와 권리는 다 과잉금지원칙을 적용하도록 되어 있다고요. 논리적으로 그렇잖아요. 그러면 과잉금지원칙보다도 약화된 심사를 하면 위헌이 됩니다. 그런데도 과잉금지원칙보다도 약화된 심사, 예컨대 자의금지원칙은 왜 적용하느냐 이거지요. 그것은 헌법재판소 스스로가 과잉금지원칙을 헌법 제37조 제 2 항에서 나온다고 했고 그것은 엄격심사임에도 불구하고 약화된 심사로서의 심사기준들 다양한 것들을 쓰는 것은 어떤 의미에서 제가 볼 때는 논리적으로 모순이 아니냐 이런 생각이 들게 됩니다. 야, 그것은 아니지. 국가안전보장, 질서유지, 공공 그렇게 말씀을 일단, 제가 논리적으로 볼 때 이론적으로 볼 때는 그렇게 밖에 받아들여 질 수 없고, 또 개념적으로 볼 때도 이렇게 이야기합니다. ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 제한하니까 이거 최소침해하라는 취지가 아니냐’ 이렇게 이야기를 합니다. 제가 볼 때 그것은 약간 이상하게 들려요. 제가 생각할 때는. 왜 그러냐하면 우리가 국어로 써놓고 난 다음에 이게 정확한 의미가 뭔가를 한번 해 보려면 영어로 번역해 보면 알아요. 영어로 번역해 보면 이게 무슨 말인지 저는 많은 경험에서 그것을 알 수 있게 되는데 내가 무엇을 의미하려고 했던 것인지, 과연 이 필요한 경우라고 하는 것은 목적과 떨어져서 필요한 경우를 의미하는 것인지 목적과 관련성에서 필요한 경우를 의미하는 것인지에 대해서 문제가 있을 수 있습니다.

제가 복사를 하나 해왔는데요. 이게 헌법학회에서 만든 영문헌법전입니다. 제 37조 제 2 항. 이것은 헌법학회에서 독자적으로 번역한 것이 아니고 어떤 기관에서 얻어서 가져온 겁니다. 여기에 보면 ‘The freedoms and rights of citizens may be restricted by Act only when necessary for national security’ 이렇게 되어 있다고요. 그러니까 국가안전보장을 위해서 필요한 경우를 의미하는 것이지, 이게 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 띄고 그 다음에 최소침해의미의 필요한 경우 의미로 이해하는 것은 조금 문언의 의미하고 맞지 않지 않느냐 이런 생각을 갖는 거죠. 그런 문언의 의미도 그렇거니와 아까 말씀드린바와 같이 과잉금지원칙이 가지고 있는 그 자체의 의미가 엄격한 심사이기 때문에, 예컨대 합리성심사보다는 엄격한

심사, 자의금지원칙보다는 엄격한 심사이기 때문에 그러한 심사를 위헌화 시키지 않으려면 과잉금지원칙은 이론에서 뽑는 것이 맞죠. 그래야 다른 다양한 차원의 심사기준들을 헌법재판소가 쓸 수가 있다 이겁니다. 예컨대 헌법재판소 초기에 있어서도 과잉금지를 해야 되기 때문에 명문에서 찾아내는 것이 타당했을 수는 있겠죠. 그러나 독일에서도 마찬가지로 과잉금지원칙은 헌법전에서 찾는 것이 아니고 법치국가에서 찾았어요. 그런 관점에서 보면 이론에서 찾는 거죠. 이론에서 찾아야 다양한 심사기준들을 헌법재판소에서 활용할 수 있는 것이 아니냐 저는 그런 생각이 듭니다.

그 다음에 어떤 제도를 헌법상 보장하고 있는 제도로 볼 것이냐는 논쟁거리가 됩니다. 이것은 우리나라 교과서를 뒤져보면 아까도 말씀하신 것처럼 다양하게 달라요. 견해가 다르기 때문에 여기에 어떤 무슨 일의적인 의미가 있는 것은 아니지만 아까 클라우스 슈테른이라든가 몇몇 사람들이 이야기한 것처럼 역시 제도보장이라고 하는 것이 예컨대 기본권관련적인 경우에는 기본권을 보장하려고 하면서 과거로부터 전래적으로 이루어져온 어떤 헌법적 관습 어떤 이런 것들을 제도로서 확보하려고 하는 취지가 해석이 될 수 있으면 제도보장으로 볼 수 있겠죠. 그리고 헌법상으로 명문으로 제도보장이라고 규정되어 있는 경우에는 또 그렇게 볼 수는 있을 겁니다.

다만 독일의 경우에도 보니까 기본법상으로 제도보장에 대해서는 공통된 어떤 제도로서 인정되는 것이 있는 반면에 논쟁이 있는 부분들이 있는 것 같습니다. 거기에 대해서는 앞으로 숙제인 것 같고, 그것에 대해서는 좀더 제도보장이 어떠한 요건을 갖추어야 될 것인가에 대해서는 판례가 좀더 발전되어야 될 텐데, 제가 지금 말씀드릴 수 있는 것은 뒤져본 바에 의하면 그런 정도 아닌가 이런 생각이 듭니다.

그리고 기본권의 본질적 내용에 있어서 본질적 내용이 뭐냐하고 이야기하면서 많은 사람들이 여러 용어를 사용했지만 제가 볼 때는 결론적으로는 개념을 치환 시킨 거예요. 리스트레이트먼트한거지 의미가 구체화된 것은 잘 없어요. 그런 의미에서 아까 말씀드린 것처럼 예컨대 루만 같은 사람들은 ‘본질의 본질은 알 수 없다’ 이런 취지로 제도론에 보니까 그렇게 적혀있더라고요. 그것을 아주 본질적 내용을 추구하는 사람들 허상을 갖다가 이렇게 일괄을 한 얘기인 것 같아요. 그런 의미에서 저는 소위 실천적 의미에서 기본권의 본질적 내용침해금지원칙을 좀 봐야 되고 거기에 대해서는 형법판례에서 학계에서 이렇게 확립된 바의 객관적 귀속의 이론이라고 하는 것이 중요한 의미를 갖는 것이 아니냐 이런 생각이

들고요.

그 다음에 우리나라 헌법이 인간의 존엄과 가치가 이게 무슨 포괄적 권리냐 아니냐 논쟁하기 이전에 인간의 존엄과 가치는 그 자체로 하나의 권리인데, 실천적 의미의 권리는 뭐냐? 바로 아까 말씀드린 바와 같이 고문금지, 노예제도금지 이런 거예요. 그런 것에서 선언을 하기 위해서 인간의 존엄이라고 하는 것을 디그너티라고 적혀있는 거지, 유럽헌법에도 그게 있습니다. 그런 취지에서 있는 것이 그 그 밑으로 보면 다 그런 말이 나와요.

그 다음에 두 번째로 이 휴먼 인간의 존엄이라고 하는 말에서 다른 기본권들이 나올 수 있는지 없는지 하는 관련성을 이야기하면서 이제 인간의 존엄을 좀 더 키워서 이해를 할 수 있을 것인지 없을 것인지? 키워져 그것을 이념이나 사상으로 볼 것인지 혹은 그것을 큰 의미의 포괄적 권리로 볼 것인지 이런 논쟁은 있을 수는 있겠지요. 그래서 그것은 하나의 기본권체계를 세우는데 있어서 타당한 논의이지 실천적으로는 인간의 존엄과 가치라고 하는 것은 아까 말씀드린 바와 같이 하나의 권리 그 자체로서 의미를 갖지 못하면, 그리고 전래적으로 인간이 경험한 바의 잘못된 폐습, 잘못된 인간존엄의 침해적 행위 이런 것들을 그 조항이 막지 못한다면 그 조문은 상당히 공허하고 허황된 것이 되어 버릴 것이다. 그래서 인간의 존엄이라고 하는 조문자체를 의미 있는 것으로 부여하기 위해서는 그렇게 실천적으로 해석하는 것이고, 또 한편으로는 기본권의 본질적 내용침해금지원칙이라 하는 것도 그렇게 접근해나가는 의미도 필요하다하는 얘기지요. 이렇게 말하면 ‘야, 그것은 절대설이 아니지 않느냐’ 이렇게 말할 수 있죠. 나는 그렇게 생각합니다. 왜냐하면 소위 인간에 있어서의 ‘절대’라고 하는 것은 무엇이나 하는 의미를 한번 궁구해 봐야 되겠지요. 예컨대 제가 왜 본질적 내용침해금지원칙의 논문을 처음에 쓰기로 시작했느냐 하면, 본질을 딱 찾아서 독일의 철학사전 뒤져보니까 처음에는 본질이 뭔지 쪽 나오고 뭐가 본질이다 하더니 현대로 들어오니까 본질이 해체가 되고 복잡해져요. ‘야 이거 쓸 수 없는 것이 아니냐’ 생각이 들었지만 저는 그렇게 생각하지 않았습시다.

헌법 제37조 제2항에 있는 본질적 내용이라고 하는 것은 규범적 의미입니다. 인간의 행동을 규제하는 내용이에요. 따라서 그것은 철학적 의미의 본질과는 다른 내용이다 이겁니다. ‘행동규범으로서의 헌법이 의미하는 그것’ 그것을 의미하는 것이기 때문에 그것은 인간사회에서 찾아낼 수 있는 것이죠. 그런 관점에서 저도 접근을 하면서 논문을 뒤져봤더니 독일의 60년대에 쓴 쾰리히라고 하는 사람이 그런 말을 써 놓았더라고요. 그래서 그것을 읽고 나서 아주 전율을 느꼈어

요. 바로 이것이다. 소위 아리스토텔레스 이후에 행복이라는 개념은 누구도 모르잖아요. 그런데 헌법은 행복추구권이 있거든요. 그러면 행복추구권의 헌법적 의미는 헌법재판소에서 할 수 있는 거죠. 철학적으로 그것이 맞다 아니다 그것은 철학의 얘기죠. 냉혹하게 생각하면 저는 그렇게 판단한다 이겁니다. 그런 의미에서 항상 본질적 내용이다 하는 개념을 사용할 때는 헌법상의 제37조 제2항의 의미로 사용한다면 반드시 37조 2항이 인용이 되어 있어야 되는 것이지 그냥 무턱대고 본질적인 내용이라고 해 버리면 그것은 규범으로서의 판례에서 나타날 수 있는 용어는 아니지 않느냐, 이런 생각이 들고요. 그런 의미에서 기본권의 본질적 내용은 치환해서 리스트레이트먼트 해서 그것은 핵심영역이다 말할 수 있습니다. 그러나 제도보장의 핵심영역을 이야기하면서 37조 2항의 본질적 내용을 갖다 쓰는 것은 문제가 있다 이런 얘기도요. 그러면서 그것은 좀 구분해서 쓰는 것이 개념적으로 혼돈을 주지 않는 것이 아니냐. 그래서 지금 제도, 제도하니까 소위 제도적 기본권의 제도하고 칼 슈미트적 제도가 동일한 제도로 개념적인 의미가 동일한 것으로 착각하니까 자꾸 이것이 이쪽에서 이것을 어떻게 이해해야 되느냐 하는 강박관념이 생기는데 저는 그렇게 이해하려고 애를 쓰지 않습니다. 그것은 다른 것이기 때문에 다른 것을 놔두는 것이죠. 그렇게 보는 것이 맞다 이런 얘기죠. 제가 방금 말씀드렸던 것은 상당히 논쟁거리가 될 수 있는 것이고, 제가 아주 극단적으로 표현하면 제37조 제2항을 과잉금지원칙의 헌법적 근거로 보는 한, 과잉금지원칙이 엄격한 심사인한, 과잉금지원칙보다도 완화된 심사를 기본권의 자유와 권리를 제한하는 입법을 심사할 때 사용하는 것은 위헌이다 이겁니다. 그렇게 따지면 헌법재판소는 스스로 많은 판결을 위헌적 판결을 한 것이죠. 이것은 좀 극단적인 레토릭하게 말씀을 드린 것인데요. 아무튼 그런 관점에서 보면 과잉금지원칙의 헌법적 근거에 대해서는 지금에 와서는 한번 판단해 볼 필요가 있다 이런 생각을 갖습니다.

사 회 자: 감사합니다.

들으신 바처럼 아주 열정적이고 격정적인 토론을 해 주셔서 아주 감사드리고 또 우연하게 그렇게 되었습니다만 우리 김 교수님께서 본질내용으로 논문을 쓰시고 저는 이제 비례성원칙, 과잉금지원칙가지고 논문을 쓰게 되었는데, 또 비례성원칙과 본질내용부분과 관련해서 제가 평소에 가지고 있던 의문을 이번 기회에 많이 해소해 주셔서 아주 고맙게 생각합니다.

특히 저도 우리 국내의 논의에 있어서 과잉금지의 원칙에 대한 기본적인 개념정의에 좀더 우리가 충실하고 좀 심도 있게 돌아보는 기회가 있었으면 좋겠다

하는 그런 생각을 많이 했었는데, 특히 이 과잉금지의 원칙은 수단과 방법의 비례 관계 내지는 과잉된 수단인가 하는 문제를 근본적으로 다루는 문제라는 점에서 상당히 좋은 시사점을 얻었습니다.

자, 어쨌든 이런 정도로 지정토론은 마치고요. 플로어에 계시는 여러분들의 말씀을 듣고 토론하도록 하겠습니다. 말씀하실 때 소속과 성함을 먼저 말씀해 주시고 말씀해 주시면 좋겠습니다.

김 선택 : 고대에 있는 김선택입니다.

제가 토론할 때 먼저 잘 안하는데 오늘은 좀, 약간 정리가 필요할 것 같아요. 왜냐하면 개념을 너무 어렵게 얘기해서 토론이 어려울 것 같습니다. 그래서 조금 쉽게 할 필요가 있다고 생각이 들어서 그러는데 두 가지만 먼저 하겠습니다. 나중에 또 말할 기회가 있었으면 좋겠는데 일단.

첫 번째 얘기하고 싶은 것은 비례성심사에 관한 얘기인데, 비례성심사의 헌법적 근거가 뭐냐? 이렇게 말할 때 법치국가원리에서 비례성심사가 되어야 되지요 그죠? 법치국가원리에서.

그 다음에는 우리 헌법은 제37조 제2항에 기본권제한근거가 있기 때문에 기본권제한입법에 대한 심사를 할 때 그 근거를 법치국가원리에서 끌어올 거냐 아니면 제37조 제2항에서 끌어올거냐 하는 문제는 제37조 제2항에서 끌어오는 게 헌법적이지요 사실 우리 헌법텍스트를 보면, 그런 말씀을 드릴 수 있고. 법치국가원리에서 나오는 일반적인 비례성심사라고 하는 것은 입법심사라기 보다는 대개는 행정처분 같은 것에 대한 위법성 심사할 때 많이 활용하는 겁니다. 그런 문제가 있고.

두 번째로 제37조 제2항의 비례성심사가 목적·수단관계로 일원적인 것이냐? 그렇지 않는 것. 왜 그러냐 하면 목적에도 차이가 있습니다. 아주 중요한 목적이 있고 조금 덜 중요한 목적이 있고 그냥 중요한 목적이 있는 거라고요.

수단도 마찬가지로요. 수단도 여러 가지 카테고리에 들어갈 수 있습니다. 예컨대 여러분이 직업의 자유를 3단계로 제한할 때 보면 비례성이 다 달라져요. 단계화됩니다. 그렇기 때문에 비례성심사라는 게 꼭 하나로 되는 것은 아니다, 그러니까 비례성을 엄격하게 보자, 좀 완화되게 보자 뭐 이렇게 얼마든지 구분될 수 있다는 생각이 들고.

세 번째 비례성심사하고 본질내용침해금지가 어떤 관련이 있느냐? 이것은 이렇게 봐야 됩니다. 비례성심사와 상관없이 본질내용심사를 할 수 있는 경우가 있어요. 어떤 거냐 하면 첫 번째는 이 본질내용에 속하는 것이 핵심적인 내용인데

핵심적인 내용이 이렇게 될 수 있습니다. 핵심적인 내용만 침해했으면 그 자체로 이미 위헌이 되는 겁니다. 무슨 얘기나 하면 비례성심사의 경우는 목적, 수단관계를 봐서 기본권의 어떤 부분을 침해했는데 그것이 핵심을 침해한 것이 아니다 이럴 수도 있어요. 그렇기 때문에 기본권보호 내용 가운데 어떤 것이 핵심이냐에 따라서는 비례성심사에서 걸리지 않더라도 별도로 본질내용이 걸릴 수도 있습니다.

두 번째 경우는 본질내용 자체를 침해하는 또 한 경우가 어떤 경우가 있느냐하면 전부 침해된 경우, 기본권의 보호라는데 전부 침해된게 확실하다면 별도로 비례성심사를 할 필요가 없어요. 그렇기 때문에 본질내용심사로 간단하게 배척할 수가 있습니다. 물론 이 두 번째 가능성은 좀 부담이 되겠지만 가능성이 있다고 생각이 들어요.

비례성심사는 이정도로 얘기하고 이제 우리 본문, 지금 이렇습니다.

지금 보니까 이런 얘기하시는데, 기본권의 주관적 권리성하고 객관적 원칙규범성으로 둘로 나눕니다. 이중성이, 그 다음에 제도보장 이런 데, 이것을 쉽게 설명해 드릴게요. 왜냐하면 혼인의 자유를 딱 예로 들지요 혼인의 자유. 혼인의 자유의 주관적 권리는 뭐니까? 당사자가 혼인을 할지 말지, 혼인의 상대방을 누구로 할지, 혼인형태를 어떻게 가져갈지 이것을 결정할 수 있는 자유입니다. 일종의 그냥 자유예요. 혼인이라는 어떤 기초적인 공동체를 형성하고 영유하는데 있어서 자기 마음대로 할 수 있다는 겁니다. 여기에 국가가 개입해서 막으면 안 된다는게 혼인의 자유예요. 그러면 혼인의 자유에서 나오는 객관적 원칙규범성은 뭐냐? 그것은 뭐냐 하면 예컨대 이런 겁니다. 사인간에 고용계약을 했는데 결혼퇴직을 전제로 한다, 결혼퇴직각서 같은 것을 병행한다, 이럴 경우에 이것은 과연 헌법상의 혼인의 자유를 기초로 해서 무효로 할 수 있겠는가? 이것은 할 수 없습니다. 우리 혼인의 자유는 헌법상의 주관적인 권리, 공법상의 권리가기 때문에 이것을 사법상 계약의 유무효를 판단할 수가 없어요. 이럴 때 우리가 어떻게 합니까? 혼인의 자유 자체가 하나의 원칙이란 말이에요. 이것이 사법상의 계약에도 원칙으로 작동해서 우리가 잘 알다시피 민법 제103조의 ‘양속’ 위반이다 그래서 이 계약을 무효로 할 수 있습니다. 이런 경우에 사용되는 거예요. 객관적원칙규범성이라는 것은.

그러면 제도보장은 뭐냐? 생각해 보십시오. 혼인이라는게 뭐니까? 그냥 아무렇게나 산다고 혼인이 되는게 아니고 법률로 정해져야 돼요. 뭐가 혼인이라는 것을 우리가 입법으로 정하는 겁니다. 그런데 이 혼인이라는 것을 법률로 정해 놓은 형태에 따라서 혼인의 자유의 모습이 바뀔 수가 있어요. 이것은 중요한 문제입니다. 어떻게 입법을 할 것이냐, 그 입법된 혼인에 진입할 거냐 말거냐, 그 입법으로

인해서 요구되는 상태의 혼인을 영위할 거냐 말거냐 이런 문제가 있는데, 제도 자체가 잘못되어 버리면 혼인의 자유라는 기본권이 형해화 되어 버립니다. 공동화되어 버려요. 그래서 우리가 혼인제도를 보장한다. 이렇게 말하는 거예요. 그러니까 혼인제도라는 것을 보장하는 것은 혼인제도를 법률로 형성할 때 꼭 이런 정도는 반드시 해야 한다하는 그런 알맹이를 말하는 것이고 그 본질내용은. 그 다음에 혼인의 자유의 그러니까 주관적 권리의 본질적 내용이라고 하는 것은 아마 혼인의 제도하고 연결되겠죠. 연결되는데 그가 주관적으로 결정해서 혼인생활을 할 때 양보할 수 없는 지점이 뭐냐 이겁니다. 이런 것을 말하는 거예요. 사실 지금 우리가 기본권의 주관적 권리에 있어서의 본질적인 내용이다, 제도보장의 핵심영역이다, 이런 용어는 아무 의미도 없습니다. 그것은 핵심영역이라 부르건 본질내용이라고 부르건 본질적 영역으로 부르건 상관이 없어요. 중요한 것은 뭐냐 하면 우리가 혼인의 자유를 행사하려면 혼인이라는 제도가 있어야 되는데 이 제도 자체가 최소한 입법적으로 형성할 때 넘어서는 안 될게 헌법에 딱 보장되어 있다는 거예요 헌법률로, '그것은 넘지 말라' 이런 내용이 있다는 겁니다. 그리고 그 내용을 가진 혼인제도에서 우리가 진입해서 무슨 생활을 할 혼인의 자유로 인한 결정을 할 때 여기서 우리가 양보할 수 없는 점이 또 있다는 거예요. 결국 이 세 가지는 다 다른 것이고, 그러니까 주관적 권리든 객관적 원칙규범이든 또는 제도보장이든 다 다른 겁니다. 다 다른 거고 또 전부 다른 형태로 사용되고 있기 때문에 이렇게 혼동할 필요는 없다고 생각합니다. 이렇게 다 같습니다. 종교의 자유도 마찬가지예요. 예를 들면 종교의 자유라는 주관적 권리가 있잖습니까? 그 다음에 이것을 객관적 원칙규범으로 가야 되면 종교를 이유로 해서 무슨 계약의 차별을 받거나 뭐 이렇게 되면 그거 또 문제되는, 객관적 원칙으로만 해결되는 거고 주관적 권리로 는 종교의 자유의 어떤 핵심영역을 침해하면 안 되는 것이고 또 정교분리제도가 있습니다. 종교의 자유를 행사하려면 정교분리제도가 되어 있어야지 제도적으로 정교 합쳐가지고 신정국가가 되어 버리면 종교의 자유가 없어져 버려요 아예, 없어져 버립니다. 그러니까 이게 지금 이 제도적 보장영역과 주관적 권리영역과 객관적 원칙규범이라고 하는 것은 세 가지 별도의 카테고리입니다. 개념카테고리가 형성되어 있어요. 이것을 우리가 좀 전제로 해야 토론이 수월할 것 같습니다.

사 회 자: 아주 좋은 말씀을 해 주셨는데 혹시 발제자께서 거기에 대해서 뭐?

박 인 수: 보충적으로 잠깐만 하나 말씀드리면, 발제자께서도 말씀하시고 또 김선택 교수님도 말씀하셨습니다만 사실 기본권개념과 제도보장의 개념은 명확히 구별되는 개념이거든요. 그런데 그게 기본권과 제도를, 물론 형성적인 것으로 보

면 기본권도 형성될 수 있는 것이고 제도도 형성될 수 있는 것이고 그런 측면에서 제도와 기본권을 혼돈스러운 그런 사례가 발생하는 것 같습니다.

그러나 기본적으로 본다면 기본권이라고 하는 것은 하나의 형성되어진 어떤 자유의 개념에서 출발하는 것이고, 거기에 비해서 제도보장이라고 하는 것은 우리가 의회주권이라고 하는 의회의 입법권 전달에 대한 어떤 하나의 한계로서 나타나는 것이 제도보장이거든요. 그러니까 의회주권자들이 무엇이든 간에 입법을 모든 것을 할 수 있다는 것에 대한 제동을 걸 수 있는 방법이 제도보장이라고 하는 큰 원리로 ... 겁니다. 그러니까 우리가 어떤 제도보장이라고 할 때 그 제도의 기본적인 것은 입법권의 한계에 관한 논리로서 대두된 것이고, 따라서 그러한 측면에서 제도라고 하는 것은 앞으로 제도보장에서의 제도는 그런 의미로 사용하게 된다면 상당히 명확히 구별될 수 있는 개념이 아니냐 그런 생각이 듭니다.

그래서 우리가 앞으로 지금 제도보장이라고 하는 개념을 상당히 기본권개념과 혼재해서 이렇게 막하다보니까 이 개념이 굉장히 사변적이고 철학적이고 아주 난해한 개념으로 되고 있습니다만 기본적으로 입법권과의 관계에서 어떤 제도의 개념, 그리고 또 자유의 개념에서의 권리의 개념 이렇게 개념정의를 해본다면 명확히 구별될 수 있는 것이고 한계가 나타날 수 있는 그런 개념이라는 생각이 듭니다.

사 회 자: 감사합니다.

발 표 자: 김선택 교수님하고 박인수 교수님 말씀을 아주 의미 있게 잘 들었습니다.

그리고 또 제가 생각하고 있던 것을 좀더 구체적으로 설명해 주신 것 같아서 저도 곱씹어볼 수 있는 내용을 말씀해 주셨기 때문에 오늘 아주 좋은 비유를 말씀해주셔서 가져가서 좀더 제가 연구하는데 많은 도움이 될 것 같습니다.

그런데 제가 이거하고는 조금 다를 수도 있는데요, 글썄 이런 자리가 잘 없으니까 한번 말씀드려보고 싶은 것은, 그저께 제가 법교육학회에서 헌법교육에 대해서 발표를 했는데요. 그 헌법교육을 발표하면서 제가 절실히 느낀 것은 역시 헌법교육이라 하더라도 어떤 국가전통에 있어서 헌법문화가 형성되어 있어야 헌법교육이라고 하는 것이 시민을 대상으로 한 교육이 이루어 질 수 있는 것처럼 보이는데, 현재 우리나라 헌법과 같이 텍스트는 한국 헌법이고 이론은 독일이나 프랑스나 미국 것으로 덮어써놓은 경우에는 문화가 정착되기 어렵다 이런 생각이 듭니다.

법학에 있어서 문화를 가져온다는 것은 결국 언어를 가져오는 것이고, 언어

를 가져오는 것은 의미를 가져오는 것이죠. 의미를 가져오는데 그 의미는 문화를 가져오는 것인데 우리 문화랑 맞지를 않죠. 아까 말씀을 지적을 또 잘 해 주셨는데 그러다보면 이게 약간 어설픈 상태로 아주 혼란한 것이 계속 유지될 가능성이 있다. 작금에 우리가 여러 가지 이론적인 혼란을 학생들이나 여러 사람들이 갖는 이유 중에 하나가 바로 그러한 것이라고 보여지고요. 과감하게 헌법문화로서 정착되지 않는 것은 사용하지 않거나 폐기할 수도 있어야 될 것 같이 보입니다. 그래서 미국대법원도 미국 법원조직법이 있고 법원이 생기고 한 5, 60년이 지나서는 영국판례가 이 판례에서는 사라졌답니다. 그리고 순수미국판례를 가지고 판결을 계속해 왔다고 하는 얘기를 들었습니다. 그런 의미에서 보면 소위 언어라고 하는 것 자체를 지금 소위 번역법학을 함에 있어서 이 언어의 의미를 우리가 지금쯤은 늦어도 지금쯤은 다시 곱씹어봐야 될 것이 아니냐, 이런 생각을 일단 제가 갖게 되고요. 그런 의미에서 이 용어, 예컨대 ‘기본권의 양면적 성격’, 해세가 얘기했던 양면적 성격 중에 주관적 공권성이라고 하는 것과 객관적 질서라고 하는 것 이것은 이야기할 때마다 곤란한 면이 있는 것 같아요. 그래서 제가 교과서에 있는 모든 주관적 공권에다가 이 말로 대치를 시켜 봤어요. 권리로 대치를 해봤어요. 헌법상의 권리, 헌법상의 권리 다 대치하면 말이 다 돼요. 객관적 질서를 가지고 질서, 법질서, 대체별, 말이 다 되는데 왜 굳이 어렵게 헌법재판소조차도 주관적 공권이라는 말을 쓰느냐 이겁니다. 그것을 제가 옛날에 한번 말씀을 드렸더니 우리 허영 교수님께서 게오르그 옐리네크의 학문적 전통을 이어서 말을 해 주는 것이 다 이런 말씀을 하셨는데, 그것도 저는 납득 못하는 바는 아니지만 주관적 권리로 하는 것은 권리지요. 권리는 주관적인 것일 수밖에 없기 때문에 수백티브가 붙어있는 거고, 그것은 제가 말씀드린 것처럼 지난번에 민스터대학에 있는 야라스라는 사람이 쓴 글에서도 봤고, 또 얼마 전에는 또 다른 독일인이 유럽 헌법을 쓴 글에서도 봤어요. 그 사람들은 독일적인 도그마를 가지고 유럽사람들의 헌법을 해석해야 되거든요. 그런데 유럽사람의 헌법은 독일적 도그마를 가지고 이론을 가지고 설명할 때 유럽인들은 그것을 모르고 있는 겁니다. 그러다보니까 아주 독일의 기초적인 용어를 설명을 해야 될 거라고요. 그래서 독일의 교과서에는 없는 설명이 유럽 헌법을 설명하는 독일인의 책 보면 딱 나와요. 그것은 우리에게 얼마나 유용한지 몰라요. 그거 딱 읽어보면 거기서 제가 발견한게 있습니다. 서브젝티브 라이트라고 영어로 번역되지만 영어에 있어서는 서브젝티브 라이트라고 하는 것은 좀 웃기는 개념이에요. 그러니까 라이트면 라이트고 로면 로지 서브젝티브 브라이트라고 굳이 말할 필요가 없다 그 말이에요.

우리는 권리와 법이 분리되어 있지요. 법은 객관적인 것이고 권리는 주관적인 것입니다. 그쪽사람은 레히트는 쥬백티브 서렉시트하고 오백티브 서렉시트가 이게 분리되지요. 레히트가 로도 있고 라이트고 있으니까. 그런 아주 기본적인 용어부터 정리를 해야 될 것 같은데, 이것은 너무나 큰 근원적인 거죠. 근원적인 문제이기 때문에 저 같은 햇병아리가 지금 그것을 말하기에는, 제가 사실 상당히 시도적으로 말씀드려보는 건데요. 그런 것들도 헌법재판소의 논의에서는 논의를 거쳐서 그러면 왜 주관적 공권이라고 하는 말을 사용해야 되는지라고 하면 당위성을 여기에서 확보하고 가는 것이 맞죠. 그러면 그것이 우리나라 헌법문화로 정착이 된다는 것입니다. 행정법에서는 그것은 객관적 공권이라고 그러고 헌법에서는 주관적 공권이라고 그러고 민법에서는 권리라 그러고 혼동된 상태의 개념을 여기 저기에서 사용하고 있는 것은 문화정착을 방해하는 것이다 이런 생각이 듭니다.

그래서 그것을 제가 헌법의 문화정착이 되기 위해서는 첫째는 헌법의 텍스트에 따른 해석을 해야 될 것이고, 독일과 다르면 단호히 버려야 되는 것이죠. 예컨대 헌법 제11조 제1항의 ‘모든 사람은 법 앞에 평등하다’라고 하는 것이 최초에는 법률 앞에 평등하다하는 개념이 법 앞에 평등하다로 개정이 된 거 아니에요 우리나라 헌법상. 법 앞에 평등하다는 것은 법률을 버리고 법을 채택했을 때는 당연히 입법자를 구속하는 거예요. 그럼에도 불구하고 오늘날 교과서에서 입법자를 구속하느냐 마느냐 입법자구속설, 입법자비구속설이라고 하는 것을 많은 교과서에 쓰는 것은 모순이죠. 그것은 독일의 논의의 연장선상에 있기 때문에 그런 것이 아니냐 이런 생각이 저로서는 든다는 겁니다. 일단 문언의 해석에 입각해야 되고.

두 번째는 담론의 시작은 헌법재판소의 판결부터 시작해야 되는 것이라고 봅니다.

어쨌거나 맞거나 틀렸거나 헌법재판소의 판례는 우리 헌법 현실이기 때문에 그렇거든요. 규범력을 발휘하고 움직여가는 것이기 때문에. 그렇다면 예컨대 과잉금지원칙을 적합성, 필요성, 비례성으로 볼 것이냐, 목적의 정당성, 방법의 적절성, 법익의 뭐 이것으로 볼 거냐. 헌법재판소의 지난 20여년 가운데 확립된 판결은 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성이예요. 말씀드린바와 같이 비례성이라고 하는 것은 제가 부에노스아이레스에서 온 친구가 독일에서 글을 보니까 거기도 틀려요. 나라마다 비례성이라는 개념이 다 틀리거든요. 소위 미국식으로 프로페셔널리티라고 하는 것도 틀린단 말입니다. 한국적 의미에 있어서 과잉금지원칙의 네 가지 요소로 헌법재판소의 판례가 있고 그것이 부당하지 않으면 그것부터 담론을 시작하는게 맞죠. 그것을 버리고 계속 독일식의 그런 식

의 용어를 원산지 용어를 계속 쓰는 것은 반문화적인 현상인 것으로 저는 보인다고 생각합니다. 그리고 난 다음에 우리의 문화의 정착을 좀더 강화하고 좋은 방향으로 이끌어가기 위해서 서구적인 어떤 컨퍼러티브 로가 필요한 것이지 확실이나 판례가 필요한 것이고, 이거 맞는지 점검해 보기 위해서 필요한 것이죠. 그러한 관점에서 헌법의 해석에 대한 어떤 오리엔테이션이 되어야 되지 않겠느냐 이런 생각을 해봤습니다.

사 회 자: 본주제와는 조금 벗어나기도 합니다만 그러나 유익한 말씀을 아주 열정적으로 해 주셨습니다.

또 다른 말씀.

황치연 연구관님.

황 치 연: 황치연 연구관입니다.

문제를 계속 확산시키면 발표주제와 너무나 멀어지기 때문에 과잉금지원칙이 어떻고 과잉금지원칙과 본질적 내용과의 관계 이런, 또 어떤 권리와, 객관적인 법과 주관적인 권리의 문제 이렇게 논의를 확산시키면 이 발표주제에 초점을 맞추어서 하기가 어렵기 때문에 저는 이 제도보장의 핵심영역과 기본권의 본질적 내용과도 이것도 완전히 거의 동떨어진 문제인데 이것을 결합시키는 과정에서 많은 독일도그마틱이 들어오고 거기에 또 많은 혼동이 있지 않느냐 이런 생각이 듭니다.

그러니까 제도보장의 핵심영역 이 관점에서만 제가 얘기를 하도록 하겠습니다.

아까 우리의 독특한 법률문화를 강조하면서 지금 또 제도보장에 관한 것은 다 칼 슈미트이론하고 또 페터 헤벌레의 이론으로 되어 있거든요. 그런데 ‘자유는 결코 제도일 수 없다’ 이런 칼 슈미트적인 사고에서 나오는 거고, 페터 헤벌레적인 제도적 기본권론에서 ‘자유는 결국 제도일 수밖에 없다’ 이 양론이 서로 필요에 따라서는 끌어들이고 또 다르게 전개를 시키기 때문에 굉장히 혼동되어 있다고 생각합니다.

만약에 칼 슈미트적인 자유와 제도는 결국 다르다 한다면 이때 칼 슈미트가 생각하는 자유는 우리 헌법상의 실정권으로서의 자유가 아니라 자연권으로서의 자유이지 않습니까? 그 자연권의 내용을 어느 누가 확정을 합니까? 실정권으로 안 되어 있는 내용을. 이것은 결국 헌법실학에 빠집니다. 그러니까 자유와 제도가 근본적으로 분리된다. 이렇게 생각하는 칼 슈미트의 이론은 현대의 어떠한 정치철학이라든지 어떠한 국가공동체이론에 있어서 바이마르공화국시대를 전제로 봐도 이것은 어려운 상황입니다. 그리고 만약에 페터 헤벌레와 같이 기본권의 양면성을 강조하다보니까 객관적 가치질서성을, 기본권이 주관적 권리이지만 객관적 가치질

서성이 있다는 측면에서 강조하다보니까 결국 많은 형성적 법률유보하에 있는 기본권들이 어떤 제도가 설정됨으로써 기본적으로 실효적으로 보장되지 않느냐 이렇게 생각할 수가 있습니다. 이럴 때 생각할 때에 그 제도보장의 개념하고 아까 칼 슈미트가 생각하는 제도보장의 개념하고는 구별해서 해야지 않느냐. 그러면 만약에 이런 것을 생각해 봅시다. 왜 제도보장이라는 말을 칼 슈미트가 썼을까? 적어도 일정한 역사성과 전통성을 지니고 세월이 흐르고 난 다음에도 어떠한 제도의 실체가 남게 된다면 적어도 거기에는 일정한 합리성이 배제되어 있다고 생각을 하는 겁니다. 그 사고의 기저에, 그러니까 이러한 많은 검증된 역사적 과정을 통해서 검증된 그 합리성이 있는 그 실체 그것을 입법자가 그것을 깨뜨릴 수는 없지 않느냐, 이게 칼 슈미트적인 생각이거든요.

그러면 만약에 어떤 국가가 새롭게 창설이 되었어요. 그 다음에 헌법이 만들어 졌어요. 그리고 헌법이 만들어진 그 공직자제도, 지방자치제도, 선거제도, 혼인제도, 사유재산제도 이런 것을 제도보장이라고 할 수 있습니까? 어떤 역사적인 그런 많은 검증을 통해서 적어도 합리적이라고, 누구라도 부인할 수 없는 합리적인 실체를 가진 그런 제도이기 때문에 입법자가 이 부분을 터치할 수 없다 이런 논리를 해야 한다면 우리나라에서 왕정과 대한제국시대 그 다음에 임정, 대한민국 시대로 걸어오면서 예컨대 공직제도가 어떻게 형성되어 왔는데 그 공직제도의 실질만큼은 우리 입법자가 터치할 수 없다 이렇게 논증을 해야 하지 않을까 생각을 합니다.

그러니까 자유는 결코 제도일 수 없다, 자유는 결국 제도일 수밖에 없다, 이런 두 양극단의 독일 도그마틱에 대해서 우리 헌법을 이해하는 데는 하나의 참고 사항으로 생각할 것이지 우리가 우리의 헌법적인 그런 성찰하고 그것을 간주하는데 독일적인 이론을 끌어들이어서 확장하기는 좀 어려운 면이 있지 않나 이런 생각을 합니다.

이상입니다.

사회자: 특별히 여기에 대해서 더 하실 말씀은 없으시죠?

예, 김선택 교수님.

김 선택: 하나 추가를, 죄송합니다. 한번 더 말씀을 드렸으면 좋겠는데, 자유가 제도냐 아니냐 하는 문제는 기본권의 성질에 관한 문제고 제도보장하고는 차원이 다른 문제예요. 그러니까 그것은 일단 빼버립시다. 자유가 제도냐 제도가 아니냐, 일 수 있냐 없냐. 이것은 기본권의 성질을 어떻게 볼 거냐의 논쟁입니다. 그러니까 빼고 제도보장만 가지고 얘기하자고요.

그런데 여기 큰 문제가 뭐냐 하면 지금 황치연 연구관님 말씀하신 대로 제도 보장의 핵심을 규정하기가 어렵습니다. 우리나라는, 혼인 같으면 혹시 가능할지 모르겠는데, 우리가 이렇게 않습니까? 근대적 법질서의 형성은 매우 최근에 이루어진 겁니다. 그러다 보니까 역사를 거슬러 올라가서 제도의 핵심을 규정한다, 가능하겠는가 이게? 그런데 여기서 우리가 고민해야 될게 이런 거예요. 그러면 계수 헌법국가는 어떻게 하란 말인가? 우리가 서서히 우리 민족 속에서 형성이 꼭 되어 가지고 그야말로 역사법학과 주장하듯이 우리 민족정신이 법률로 구체화되었다. 아, 그러면 거기 있는 제도야말로 우리가 거꾸로 거슬러 가면 다 찾아낼 수 있는데 이렇게 외국의 헌법을 베껴서 쓰는 경우에는 어떡하란 말이에요.

여기서 우리는 두 가지 방법밖에 없다는 생각이예요. 시스템을 사용할 수밖에 없습니다. 우리가 지금 우리 헌법국가의 시스템에서 일정한 제도를 운영할 수밖에 없다면 그 시스템쪽으로 확인할 수밖에 없어요. 합리적이냐 아니냐. 또 하나는 계수법국가니까 우리의 모법국가, 모델이 된 국가의 제도를 볼 수밖에 없어요. 그래서 저는 이 합리성, 시스템적인 합리성과 모델이 된 국가의 그런 역사성을 결합해서 제도보장의 핵심내용을 찾을 수밖에 다른 방법이 없다는 생각이 듭니다.

그 다음에 또 하나 논의해 볼게 이인데, 아까 명재진 교수님이 재미난 말을 했는데, 제도보장 이게 최소보장이냐? 저도 그것은 말이 안 된다고 생각해요. 저는 처음부터 왜 기본권은 최대보장이고 제도보장은 최소보장인지, 도대체 어디서 나왔는지 이해를 못하겠어요. 도대체 그런 것을 주장하는 학자가 어디 있는지 모르겠습니다. 독일에도 그런 학자 있을 리가 없어요. 말이 안 되는 거예요.

제가 왜 이 얘기를 하나하면 제도적 보장의 경우에는 제도의 핵심내용을 헌법률에 의해서 입법자로부터 방어하기 때문에 그래서 본질내용을 보호한다. 이래서 최소보장으로 한 것 같은데, 미안하지만 기본권도 결국 입법자가 제한하다보면 비례성만 잘 통과하면 결국 본질내용밖에 안 남는단 말이에요. 결국에는 똑같은 거 아닌가. 그렇게 말해 버리면, 그러면 기본권도 본질내용만 최후로 남을 거고 제도보장도 최후로 남을 거고 궁극적으로는 본질내용만 남는 건데 뭐는 최대보장이고 뭐는 최소보장이냐? 이런 식의 일도양단적인 딱 이렇게 구분하는 것은 잘못되어있다는 생각이 듭니다. 그렇다면 이런 질문이 가능해져요. 그러면 제도보장에 대해서도 적절한 보장이 입법형성이 요구된다면 그러면 제도보장입법에 대한 위헌성심사를 할 때 비례의 심사를 할 수 있겠는가? 이것은 우리 명재진 교수님이 대답 한번 해 보세요. 발표자도 좋고, 재미난 생각이라서 한번 여쭙보고 싶고.

그 다음에 두 번째 여쭙보고 싶은게 있는데, 제도보장에서 주관적 권리가 도

출된다고 보고 있습니다. 그죠? 제도보장에서 주관적 권리가 도출된다. 그럴 때 이 제도보장 자체를 가지고는 헌법소원을 할 수 없다 이렇게 보고 있어요. 그런데 제도보장에서 도출되는 주관적 권리에 대한 헌법소원심판 할 수 있습니까, 없습니까? 만약 들어오면? 이 두 문제를 좀 토론해 봤으면 하는 생각입니다. 그러니까 제도보장의 핵심내용을 어떻게 구체적으로 확정할 것이냐? 이것은 아까 제가 설명을 했습니다. 그 이상 어려운 것 같지만 하여튼 한번 토론해 봤으면 좋겠고.

두 번째는 제도보장을 적정보장을 한다면 위헌성심사에 비례성 심사도 할 수 있겠는가?

세 번째는 제도보장에 의해서 주관적 권리가 도출되었을 때 그 주관적 권리를 가지고 헌법소원심판을 할 수 있겠는가? 적법하다고 볼 수 있겠는가?

세 가지를 좀 대답을 해 주시죠.

사 회 자: 또 다른 아주 재미난 토론거리가 던져졌습니다.

황 도 수: 답변 전에 질문을 좀, 연관이 있어서 말씀드리겠습니다.

건국대학교 황도수 교수입니다.

지금 어차피 자꾸 이제 철학적으로 가고 있어서 현실적으로 우리가 왜 제도보장과 또 그 다음에 제37조 제 2 항을 왜 얘기를 비교해서 하는가라고 하는 문제죠? 헌법재판소가 쓰고 있는 심사기준이 다르기 때문에 그런 문제가 생긴다는 거예요. 제37조 제 2 항에서 기본권제한문제가 된다. 그러면 과잉금지원칙으로 갈 것이라고 얘기하고, 그 다음에 제도보장이라고 그러면 최소보장으로 가겠다. 또 내지는 합리성심사로 가겠다. 지금 확립된 판례로 그렇게 간단 말이에요. 제도보장에 대해서 문제를 삼고 있는 이유는 왜 헌법재판소가 제도보장이라는 제도라는 이름을 가지고서 엄격한 심사를 안 하고서 제도와 관련된 기본권들에 대한 심사를 또 합리성심사에서 합헌을 내리느냐? 제가 볼 때 그게 지금 문제가 될 수 있고, 제도보장에서 문제가 되는 것이 현실적으로 현재에서 도망가는 수단으로 쓰는 것 아니냐고 하는 데서 큰 문제의식을 발견하고 일원적이라고 말씀하셨고, 다른 학자들은 제37조 제 2 항에도 또 다른 기준이 있을 수 있다 해서 이원적이다, 완화된 과잉금지, 엄격한 과잉금지 이렇게 하는데 물론 그것은 논의는 그다음 치고.

또 제가 볼 때 제37조 제 2 항이 엄격한 심사라고 그러면 완화된 심사는 어디서 나오는가? 제37조 제 2 항이 적용이 안 되는 영역은 그러면 입법은 자유로우냐? 그렇지 않잖아요? 입법형성의 자유가 있지만 최소한 합리성은 가져야 된다는 의미에서 자의금지심사는 할 것이고 그 다음에 또 합리성심사는 할 테니까 결국은 그런 의미에서 볼 때 제37조 제 2 항이 적용되는 기본권이 제한되는 영역에서

의 과잉금지의 의미는 이론적인 의미가 될 수 있지 않겠는가 하는게 발제자 생각하고 비슷한데, 문제는 이 제37조 제2항이 적용이 안 되는 영역에서 합리성심사를 하는데 또다시 헌법재판소가 제도보장이라는 이름을 통해 가지고 다시 완화된 심사로서의 합리성심사를 또 한단 말이에요. 이 제도보장의 의미가 자칫 기본권으로 보장해야 될 부분을 기본권으로 보장하지 않고 아까 얘기 했듯이 잠깐 예로 들었듯이 혼인제도라는 이름으로다가 완화된 심사를 해 버리고 혼인에 관한 자유의 문제인데, 또 내지는 선거권에 관한 문제인데 선거제도라는 이름으로다가 완화된 심사를 하고, 정당의 자유로서 결사의 자유보다 훨씬 더 엄격하게 보장해야 되는데 정당제도라는 이름으로 자칫 또 도망갈 우려성은 있는 것 아니냐, 이런 의미에서 제가 볼 때 제도나 기본권이냐고 하는 논쟁은 우리 사회에서 있을 수밖에 없고, 그것에 대한 문제로서 양자는 어떻게 구분할 것인가의 쟁점이 나올 수밖에 없는 것 아니냐. 그리고 대부분 말씀하셨듯이 제도라는 것은 다 권리하고 연관되어 있다고 이렇게 보여지고, 지금 제도보장으로 순순히 남아 있는게 뭐냐? 없다고 보여지죠 저도, 없다. 남아 있는게 뭐냐? 제가 볼 때 다 권리와 관련 안 되어 있는 제도가 무엇이 있을까라고 하는 의문이 던져지고 그런 의미에서 볼 때 헌법재판소에서 제도보장이론을 가져가서 쓸 때 단순히 최소성심사만 한다, 뭐 합리성심사만 할 수 있겠는가, 이것은 헌법재판소가 도망가는 행동 아니겠는가? 한번 더 생각해 봐야 되고 제도보장 이름 속에도 그 속에 기본권이 있다면 엄격한 심사를 해야 되고 그런 의미에서 제도보장 이름으로다가 일원화된 기준을 제시하는 것은 좀 위험한 거 아닌가 하는 생각이 듭니다. 그런 의미에서 같이 이제 심사기준 얘기가 나왔으니까 같은 부분을 좀 생각해서 논의하시면 어떤가 하는 의미에서 말씀드립니다.

사 회 자: 문제를 좀더 구체적으로 말씀을 해 주셨는데요. 그러면 관련된 것이니까 마저 듣고.

황 도 수: 김선택 교수님께서 말씀을 하신 최소보장의 문제 그리고 특히 비례심사, 제도보장의 비례심사는 페터 레리헤가 이미 그 논문에서 비례성심사해야 된다고 했습니다. 제도보장에 관해서, 그러나 이것은 소수설이죠. 독일에서 소수설이고, 독일의 기준은 그렇습니다. 왜 헌법의 제정자들이 자유라고 했는가? 그리고 어떤 기준은 왜 제도라고 했는가? 거기에 주안점을 두어야 할 것이다. 기본권의 아버지가 자유라고 한 깊은 뜻이 있고 제도라고 한 깊은 뜻이 있을 것이다. 제도는 것은 원칙적으로 입법자의 입법형성권을 어느 정도 줄 수밖에 없기 때문에 제도화 시킨 것이고 자유라는 것은 그와 다른 성격이기 때문에 자유를 둔 것이죠.

그래서 이것을 구별을 해야 되는데 비례심사를 해야 될 때도 있다고 봅니다 저는 개인적으로, 왜냐하면 제도 중에는 상당히 변화가 되어 가지고 어떠한 입법자의 형성보다는 오늘날 국민 누구나 그것은 제도 이후에 자유의 개념으로 변질된 것이, 헌법적 자유의 개념으로 변질된 사항들, 그래서 과거의 제도였지만 오늘날에 있어서의 자유화된 그러한 제도들의 문제는 재판소가 빨리 인식해서 그것은 비례심사로 가야 되지 않느냐 저는 그렇게 개인적으로 생각을 해봤습니다.

발 표 자: 너무 황도수 교수님하고 김선택 교수님께서 중요한 말씀을 해주셨고, 공부를 해야 될 과제이지 제가 지금 답을 하기는 조금 어려운 주제들인 것 같습니다.

다만 이것을 다 뭉쳐서 총체적으로 볼 때 제가 생각할 때는 제도는 권리와 구분되는 것이 맞고 그런 점에서 보면 좀 혼돈될 부분이 적지 않느냐 이런 생각이 듭니다. 제도가 설령 권력으로 혼재되어 있을 수는 있지요. 또 제도로부터 권리가 나올 수도 있는데 그러면 그 권리가 어떤 권리냐? 소위 기본권적 권리냐에 대해서 판단을 해 보고 그래서 그것이 기본권적 권리이면 기본권보호의 원칙에 입각해서 법치국가의 원리에 따라서 이거 처리해야 되겠죠. 그러나 제도보장으로 볼 때는 아까 말씀하신 것처럼 제도보장은 핵심영역 이외에는 예컨대 광범위한 입법형성권을 보장한다는 취지이기 때문에 기본적 패턴이 기본권하고는 좀 다릅니다.

그것이 결국 한쪽은 이쪽에서 오고 한쪽은 이쪽에서 와서 결국 마주친다고 하는 것은 가능할 수 있을지 모르겠지만 접근방식이 다르기 때문에 기본적으로 다른 결과를 낼 가능성이 높다 이런 생각을 해 봅니다. 그래서 제도보장이라고 하는 것은 제도라고 하는 것하고 권리를 엄격히 구분해서 관념을 가지고 접근해 보면 소위 둘을 믹싱함으로써 생길 수 있는 그런 문제점들에 대해서 어느 정도 회피하고 또 답을 내어갈 수 있지 않느냐 이런 생각이 들고요.

그 다음에 제가 생각할 때는 저는 그렇습니다. 과잉금지원칙은 제도보장의 예컨대 비핵심적인 영역을 규제하는 입법이 헌법에 위반되는지 여부, 다시 말하면 제도보장의 취지에 위배되는지 여부를 검토할 때 있어서는 이것은 과잉금지원칙을 적용해서는 안 되지 않느냐 저는 그런 생각을 가집니다. 왜 그러냐 하면 제가 궁금한 것은 그랬어요. 미국에 있어서는 소위 심사의 밀도, 심사밀도에 따라서 기준이 확립되어 있는 반면에 독일의 경우에는 하나의 기준에 다양한 심사밀도들이 포함되어 있는 그런 기준을 가지고 있다 이 말입니다. 왜 이렇게 미분화된 기준을 독일에서는 가지고 있고 미국에서는 이것을 가지고 있는지에 대해서 그 차이에 대해서 제가 책을 양쪽으로 비교하면서 지난 1월달에 상당히 읽어봤어요. 읽어봤

는데 답이 없습니다. 그런데 얼핏 어느 글에 이런 말이 나와요. 그러니까 독일적인 어떤 대륙법학의 관점에서는 과잉금지의 원칙이 다양하게 이렇게 늘었다 줄었다 함으로써 할 수 있는 것으로 당연히 여겨졌기 때문에 소위 미국식의 어떤 덴서티에 따른 어떤 심사기준의 정립의 필요성은 별로 인식하지 못했다는 거예요. 그것을, 부지불식 그것은 인식하지 못한 상태에서 오늘날 미국과 이게 접목이 되면서 사실은 이제 두개를 비교하는 논문들이 많더라고요. 비교하는 논문들이 미국 쪽에서도 많이 일어나지만 독일쪽에도 일어나면서 제가 생각할 때는 그래서 독일에서도 소위 평등침해여부에서 비례성심사를 하게 되는 이유도 그런 미국적 영향이 아닌가 저는 그런 생각이 듭니다. 새로운 공식이 1980년에 들어오게 된 이유도 미국에서는 평등심사를 3단계로 하고 있는데 독일에서는 합리성심사만하고 있으니 문제 있을 수 있죠. 그런 점에서 비례성이라는 엄격심사를 도입해서 거기다가 자의금지원칙과 비례성을 이원적으로 이렇게 운영하고 있는 것이 아닌가? 그런 관례에 따라볼 때도 역시 자의금지의 원칙하고 비례성은 다른 거죠. 그러면 누가 더 엄격한 것이냐? 비례성이 더 엄격합니다. 비례성을 아무리 완화해도 개념적으로 이것은 더 엄격할 수밖에 없는 상태에 있는 것이다. 그리고 이 과잉금지의 원칙은 기본적으로 그러면 어디에서 나오느냐? 37조 2항에서 나온다는 것은 제가 아까 누누이 말씀드린바와 같고 그것은 좀 곤란한 문제고, 그러면 법치국가로 볼 수 있느냐 이런 생각이 있는데 법치국가라고 봤을 때는 좀 문제가 있을 수 있는 것이 예컨대 이런 우스운 비판이 있습니다. 법치국가가 뭐냐? 과잉금지를 넣어놓은 거죠. 그러면 과잉금지의 헌법적 근거가 뭐냐? 법치국가다. 이렇게 하는 모순이 있다 이겁니다. 그런 점에서 볼 때 발트 크랩스가 이야기했던 것처럼 역시 과잉금지원칙의 적용영역을 좀 좁히는 것이 필요하다 이런 생각이 듭니다.

과잉금지원칙의 적용영역을 좀 절제시켜서 좁히는 것이 필요한데 그러면 과잉금지원칙은 어디서, 과잉금지의 원칙은 항상 보면 소위 기본권 관련적으로 이해되어 왔고, 우리나라 헌법재판소에서도 지방자치제도를 과잉금지원칙을 적용할 때도 항상 거기는 정치적 뭐 어떤 정당의 자유라든가 이런 기본권, 주민의 재산권이라든가 이것이 지방자치와 결부되었을 때 그 문제를 판단하면서 과잉금지를 했던 것이거든요. 따라서 제도 자체를 과잉금지한 것이 아니고 그 제도 속에 포함되어 있는 권리를 과잉금지 원칙에 입각해서 파악했던 것이기 때문에 저는 그래서 과잉금지원칙의 헌법적 근거는 이론적으로 파악하는 것이 맞고 그 이론은 어디에서 나오느냐면 기본권의 어떤 성격이 아니냐 과잉금지원칙에서, 과잉금지원칙은 기본권을 최대한 보장해야 되기 때문에 그래서 나오는 것이다. 이렇게 보여지면 기본

권에 내재해 있는 것으로 이해를 할 수 있게 되고 그렇게 되면 기본권관련사태에서는 과잉금지원칙이 동원될 수 있지만 기본권적인 사안이 아닌 경우에는 과잉금지원칙이라는 것을 가져올 수는 있을 거예요. 왜냐하면 크랩스가 얘기한 것처럼 과잉금지원칙이라는 것은 소위 정의 관념의 표현이거든요. 합리적 결정사상이라고 표현했습니다. 과잉금지원칙이 다르게 아니고 합리적 결정사상이다. 합리적 결정사상이라면 우리나라도 있었지요 옛날부터. 그러면 그런 사상이 도입될 수는 있지만 소위 헌법적 근거를 가지고 헌법적 지위를 가지고 헌법적 내용을 가지고 헌법적 의미를 가지고 헌법적 효력을 가지고 나오는 것을 과잉금지원칙이라고 하는 것 자체는 기본권 이외의 영역에서 적용되는 것은 좁히는 것이 맞겠다. 저는 그런 생각이 듭니다. 그렇게 하는 것이 과잉금지원칙의 부작용을 줄일 수도 있고 그렇게 함으로써 과잉금지원칙 이름하에서 덮여져가는 여러 가지 어떤 판단자의 자의적인 판단 이런 것들도 줄일 수 있는 것이 아니냐. 그리고 다른 원칙의 개발가능성을 열어놓는 거지요. 그리고 그 다른 다양한 원칙들은 없지 않느냐? 없지 않을 겁니다. 다양한 원칙들을 어떤 비교법적 관점에서든 도입할 수도 있을 거고 그런 가운데서 우리가 변형시켜서 찾아낼 수도 있을 것이고 그래야만 한국적인 어떤 또 다른 헌법문화가 탄생할 수도 있다 저는 그렇게 생각을 해봤습니다.

사 회 자: 감사합니다. 지금 저희들의 토론이 굉장히 깊이 있고 또 의미 있는 토론이 진행되고 있습니다만 원래 우리가 예정하고 있는 시간이 9시정도를 맥시멈으로 예정을 하고 있었는데 시간이 많이 초과되고 있습니다.

그래서 가급적 꼭 필요한 압축된 토론을 해 주시면 고맙겠습니다.

이승우 교수님.

이 승 우: 제가 오늘 여기 나온 것은 선거 때문이 아니라 두 번째 나오는데 두 번째 주제 모두가 기본권과 제도보장의 관계입니다.

2년 전엔가 공무담임권과 관련해 가지고 이인호 교수가 발표할 때 제가 좀 한마디하고 싶어서 나와서 참석했었고 오늘 주제도 마찬가지로, 그만큼 우리 학계에 논쟁이 많이 있는 것임과 동시에 사실상 너무 오랫동안 전통적인 칼 슈미트의 제도보장이라는 개념하고 헤벌레의 개념 이런 것들에 대한 정리 없이 그냥 논의되는 이런 것들을 보면서 제 나름대로 4, 5년 전에 논문을 하나 썼는데 그 문제가 주로 양면성이론과 관련해 가지고 기본권과 제도보장의 관계를 썼기 때문에 그런지 관심을 좀 끌지 못했어요.

그런데 문제는 지난번에 참석해서 제 나름대로 의견을 발표하고 논문을 통해서 정리한 결과를 보면 저는 헌법재판소에서 제대로 길을 가고 있다고 보거든요.

공무담임권과 직업공무원제도보장의 상호관계에 대해서 전통적으로는 제도보장의 입장에서 직업공무원제도로 모든 문제를 해결하려고 하다가 이것이 최근에 와가지고 공무담임권의 범위 속에 이 보호범위를 포함시키면서 상호관계가 밀접하게 연결되어 있다 아까 황도수 교수님께서 지적한 것처럼, 어떻게 기본권과 제도와 무관계한 그런 기본이 있을 수 있고 제도가 있을 수 있냐? 이런 관점에서 이 문제를 저는 봐야 된다고 생각했었고, 그래서 이 문제를 헌법재판소가 공무담임권을 중심으로 해 가지고 모든 면직제도나 이런 것들을 처리하고 있는 것이 타당한 길이고 그게 양면성을 제대로 반영하고 있는 것이다. 이런 결론을 내린 바가 있었는데, 아무튼 오늘 문제도 보면 결국은 이제 그와 같은 것이죠. 기본권과 무관한 제도가 있을 수 있느냐? 그러니까 전통적인 칼 슈미트의 어떤 제도보장이라는게 이런 거니까 이래야 된다. 이런 생각을 떠나서 또 제도적 기본권이론에서 얘기한 것처럼 자유는 제도일 수밖에 없다, 그것을 떠나서 과연 기본권과 제도라고 하는 것이 별개로 논리 될 수 있느냐? 그것은 있을 수 없다고 저는 보거든요. 그런 관점에서 결국은 양면성의 시각에서 기본권과 제도보장 이런 식으로 논의가 되어야 되는데 하여튼 그 전제를 빨리 좀 청산하지 못하고 계속해서 우리 학계가 그런 논의를 하고 있다는 자체가 저로서는 아쉬움이 있어서 이 자리에 다시 참석해서 그런 것을 좀 호소하고 싶었던 겁니다. 이상입니다.

사 회 자: 감사합니다.

특별히 그것과 관련해서?

발 표 자: 예, 거기에 대해서 잠깐 제가 생각이 나서 그러는데요. 제가 말씀드렸던 기본권과 제도를 다르다하는 것은 개념구분을 말씀드리는 겁니다.

실제로 제도와 권리가 자유가 융합할 수 있는 것은 충분히 아까도 말씀드렸던 바와 같고, 다만 제도와 기본권의 개념적 혼동은 많은 다른 결과를 초래하기 때문에 개념적 구분을 하는 것이 필요하다 이런 차원이었던 것인데 어떤 기본권과 유리된 제도가 있을 수 있다는 전제하에서 말씀드리는 것은 반드시 그런, 물론 그런 것을 부인하는 것은 아닙니다. 반드시 그러나 전제에서 말씀드리는 것은 아니다라고 말씀드리는 겁니다.

사 회 자: 또 다른 말씀해 주실 분?

그러면 특별한 말씀이 없으시면 오늘 아주 좋은 발제를 주시고 또 좋은 토론을 해 주신 발제자, 토론자분들께 다시 한번 감사를 드리고, 오늘 늦게까지 이 자리에 함께 계시면서 경청해 주시고 또 함께 참여해 주신 우리 조대현 재판관님 회장님 그리고 사무차장님 감사드리고요. 또 좀 전에 가셨습시다만 영남대학의 박

인수 교수님. 멀리서 여기까지 찾아주셨고요. 오늘 이승우 교수님께서도 이 주제와 관련해서 오랫동안 가지고 있던 생각을 어렵게 이렇게 나오셔서 말씀해 주셔서 감사합니다.

김선택 교수님 또 여러 가지 좋은 말씀해 주셔서 감사드리고요.

어쨌든 오늘 우리의 이런 논의들이 앞으로 우리 헌법재판의 합리성, 정당성을 찾아가는데 조금이라도 도움이 되기를 바라면서 오늘 발표회는 마치도록 하겠습니다.

감사합니다.

헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토

—실체적 형벌법규를 중심으로—

남 복 현*

I. 글머리에

1. 문제의 제기

우리 헌법재판소는 지난 2009. 8. 31. 현재 총 63건의 헌법불합치결정(이하 ‘불합치결정’으로 약칭한다)을 선고한 바 있다.¹⁾ 불합치결정은 통상적으로 단순 위헌으로 결정될 경우에 초래될 법적 혼란이나 법적 공백이라는 부작용을 해소하기 위해 위헌결정의 법적 효과를 제약하기 위한 변형된 결정형식으로 파악된다. 이러한 불합치결정은 주로 비형벌법규를 대상으로 이루어졌다. 그렇지만, 최근에 이르기까지 3건에 대해 형벌법규가 헌법불합치로 결정된 바 있다.²⁾

* 호원대학교 법경찰학부 교수.

1) 헌법재판소가 처리한 사건의 수를 심판대상인 법률조항의 숫자나 접수되어 병합처리된 사건수를 기준으로 산정하지 아니하고, 헌법재판소가 판시사항이나 결정요지를 제시한 건수를 기준으로 산정하였을 경우에 그렇다. 구체적으로 살펴보면, 제 1기 재판부(1988. 9.부터 1994. 9.까지)가 4건, 제 2기 재판부(1994. 9.부터 2000. 9.까지)가 13건, 제 3기 재판부(2000. 9.부터 2006. 9.까지)가 25건, 그리고 제 4기 재판부(2006. 9.이래 2009. 8.말까지)가 21건 이었다.

2) 첫째는 이 발표문에서 집중적으로 다루어질 학교보건법 제 6조 제 1항 제 2호 위헌제청사건(헌재 2004. 5. 27, 2003헌가1, 2004헌가4[병합], 헌판집 16-1, 670)에서이다. 이 사건에서 불합치결정의 법적 효과는 불합치법률의 적용절차의 중지와 개선입법에 따른 처리이었다. 이 사건 결정의 심판대상인 학교보건법 제 6조 제 1항 본문 제 2호는 같은 법 제19조와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루었다. 이 사건 심판대상 조항은 구성요건을 규율한 셈이다. 둘째는 영화진흥법 제21조 제 3항 제 5호 등 위헌제청사건(헌재 2008. 7. 31, 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20-49)에서이다. 이 사건에서 헌법재판소는 ‘제한상영가’ 등급의 영화를 ‘상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화’라고 정의한 영화진흥법(이하 ‘영진법’이라 약칭한다) 제21조 제 3항 제 5호와 영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률(이하 ‘영비법’으로 약칭한다) 제29조 제 2항 제 5호가 각각 명확성 원칙에 위배되고, 제한상영가 상영등급분류의 구체적 기준을 영상물등급위원회의 규정에 위임하고 있는 영진법 제21조 제 7항 후문 중 ‘제 3항 제 5호’ 부분의 위임 규정이 포괄위임금지원칙에 위배되므로, 각각의 조항을 헌법불합치로 결정하였다. 그와 아울러 이미 폐지된 영진법 조항에 대해서는 적용의 중지를, 현행법인 영비법 조항에 대해서는 잠정적인 계속적용을 명하였다. 여기서

게다가 지난 2009. 1. 15. 대법원은 헌법재판소가 2004. 5. 27. 학교보건법 제 6조 제 1항 제 2호 위헌제정사건³⁾에서 학교보건법 제 6조 제 1항 본문 제 2호 중 ‘극장’ 부분 가운데 초·중등교육법 제 2조에 규정한 각 학교에 관한 부분을 헌법 불합치로 결정한 것⁴⁾과 관련해서 이 결정의 당해사건(광주지방법원 2002고단1864 학교보건법위반)의 상고심 판결⁴⁾에서 아주 주목할 만한 입장을 전개하였다.⁵⁾

비형벌법규에 대한 헌법불합치결정의 필요성과 법적 근거에 대한 논란은 이제 더 이상 제기되지 않는다. 다시 말해서 당연한 것으로 자연스럽게 받아들인다.

하지만, 형벌법규에 대해서는 이제 새로운 관심의 대상이 되었다. 대법원이 헌법재판소의 불합치결정취지를 그대로 수용하지 않고 전혀 다른 의미로 설정하였기 때문이다.⁶⁾ 그리고 이제까지 헌법재판소가 실제적 형벌법규의 위헌여부에 관한 다툼에 있어 취한 소극적인 모습에 대한 반성적 시각에서의 접근도 필요할 것이다.

실체적 형벌법규에 대한 불합치결정의 가능 여부를 논의하기 위해서는 위헌 법률의 효력에 대한 이론에 기초해서 접근해야 함은 물론이다. 비형벌법규에 대한 불합치결정이나 형벌법규의 위헌결정에 대해서도 미리 그 전제를 놓아야 한다. 게다가 형벌법규에 대한 불합치결정의 필요성, 그 이론적 근거와 법적 근거 유무, 가능할 경우 가능범위와 부수적인 문제점 등 전반을 새롭게 조명하지 않으면 안 된다.

그러면, 본고에서는 먼저, 불합치결정 전반에 관해 다룬다. 즉, 위헌법률의 효

도 ‘제한상영가’ 등급의 영화를 규율한 영비법 제29조 제 2항 제 5호(영진법 해당조항도 마찬가지이다)는 같은 법 제94조 벌칙조항의 구성요건으로 작용한다. 셋째는 의료법 제19조의2 제 2항 위헌확인사건(헌재 2008. 7. 31, 2004헌마1010·2005헌바90[병합], 관례집 20-2상 236-268)에서이다. 이 사건에서 헌법재판소는 구 의료법 제19조의2 제 2항과 의료법 제20조 제 2항에 관해 각각 태아의 성별에 대하여 이를 고지하는 것을 금지하는 것이 의료인의 직업수행의 자유와 부모의 태아성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리를 침해하는 것임을 이유로 각각에 대해 헌법불합치로 결정하였다. 그렇지만, 심판대상별로 지향하는 법 적용자에 대한 법적 효과는 달리 정하였다. 즉, 구법에 대해서는 구법의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하는 한편, 신법에 대해서는 잠정적인 계속적용을 명하였다. 태아의 성 감별행위를 금지한 의료법 제20조 제 2항(이는 구법도 마찬가지이다)은 같은 법 제88조와 결합해서 형벌법규로 기능한다는 점이다.

3) 헌재 2004. 5. 27, 2003헌가1, 관례집 16-1, 670.

4) 대법 2009. 1. 15, 2004도7111판결.

5) 실체적 형벌법규에 대해 그 법적 효과가 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 따른 처리를 내용으로 하는 헌법불합치결정이 선고되었다 할지라도, 불합치법률의 적용이 배제됨과 아울러 개선입법도 행위시의 법률이 아니어서 개선입법을 적용하면 헌법 제12조 제 1항과 제13조 제 1항에 위배되므로 적용해서는 안 되고, 따라서 처벌법규가 없으므로 무죄라는 것이다.

6) 이 판결에 대한 평석으로는 남복현, 한양법학 제20권 제 2집, 329-355; 김시철, 사법 2009. 6, 180-216 참조.

력이론의 차원에서 불합치결정의 논증체계를 살펴본다. 이어 불합치결정의 다른 결정유형과의 차이점과 법적 효과 등 쟁점사항에 관해 개괄적으로 검토한다. 그리고 나서는 실체적 형벌법규에 대한 불합치결정을 둘러싼 쟁점을 집중적으로 조명하기로 한다.

2. 논의대상의 확정

실체적 형벌법규에 대한 불합치결정의 가능 여부에 관하여 검토하기 위해서는 먼저 두 가지 측면에서 논의대상을 확정하고자 한다.

가. 실체적 형벌법규에서 배제되는 형벌법규의 개념

여기서 다루고자 하는 형벌법규는 실체적 형벌법규이다. 다시 말해서 절차적 형벌법규⁷⁾와 위헌결정으로 인해 부담적 효과가 발생하는 형벌법규⁸⁾에 대해서는 현재법 제47조 제2항 단서가 규율하는 위헌결정의 소급효가 적용되지 않는다. 이는 그런 법규에 대해 불합치결정이 선고된다 할지라도, 여기서의 논의대상에는 제외됨을 의미한다.

나. 사건에 대한 접근방식으로서의 장래효(또는 소급효)개념과 법률관계

형성(또는 법적 분쟁 제기)에 있어 시적 공간 개념

위헌결정의 장래효원칙과 예외적 소급효나 헌법불합치결정의 소급효와 개선

7) 현재 1992. 12. 24, 92헌가8, 판례집 4, 853(887, 형사실체법 규정에 대한 위헌선언만이 소급효를 가지며, 법원조직법이나 형사소송법 등 절차규정에 대한 위헌선언의 경우에는 그러한 소급효가 없다. 즉 현재법 제47조 제2항 단서규정에 의하여 법률에 관한 위헌결정의 법규적 효력에 대하여 소급효가 인정되는 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항의 범위는 실체적인 형벌법규로 한정하여야 하고, 위헌으로 결정된 법률이 형사소송절차에 관한 절차법적인 법률인 경우에는 같은 조항이 적용되지 않는다. 이와 같이 가급적 좁게 해석하는 것이 제도적으로 합당하다).

8) 실체적 형벌법규라 하더라도 그것이 위헌으로 선언될 경우 오히려 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되는 경우에는 죄형법정주의의 정신상 소급효가 인정되지 아니한다. 즉 교통사고처리특례법 제4조 등에 대한 헌법소원에 대한 결정(현재 1997. 1. 16, 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90[107])에서 헌법재판소는 특례법 제4조 제1항은 비록 형벌에 관한 것이기는 하지만 불처벌의 특례를 규정한 것이어서 위 법률조항에 대한 위헌결정의 소급효를 인정할 경우 오히려 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되므로 이와 같은 경우까지 현재법 제47조 제2항 단서의 적용범위에 포함시키는 것은 그 규정의 취지에 반하고, 따라서 위 법률조항이 헌법에 위반된다고 선고되더라도 형사처벌을 받지 않았던 자들을 소급하여 처벌할 수는 없다고 판시하여 형사상으로 불이익한 결과를 가져오는 경우에는 그 소급효를 인정하지 않고 있다. 이와 같은 취지의 결정으로는 현재 2009. 2. 26, 2005헌마764, 헌공 149, 451 이하 참조.

입법의 소급적용이라는 표현이 사용되곤 한다. 이런 점은 헌법재판소와 대법원도 마찬가지이다. 그런가 하면, 시적 공간 내지 시적 범위는 심판대상규범의 제정시점부터 결정시점까지, 결정시점부터 개선입법시점까지 그리고 개선입법시점 이후의 시적 공간으로 구분된다. 이러한 양자의 개념적 편차에 대해서도 미리 구획한다.

먼저, 장래효나 소급효는 결정이 선고되었을 경우 그 결정의 법적 효과가 발생하는 시점을 말한다. 예컨대, 위헌결정의 장래효란 결정일로부터 장래적으로 그 결정의 법적 효과가 발생함을 말한다. 소급효란 결정의 법적 효과가 과거의 일정 시점까지 소급됨을 말하는 것이다. 특히 예외적 소급효란 이렇게 소급하도록 해야만 법률관계를 형성한 행위시법과 법적 분쟁이 제기되어 법원에 소송이 계속중일 때 법원이 적용해야 할 재판시법이 서로 달라져선 안 되도록 할 의도로 만들어진 관념이다.

그러나 시적 공간 내지 시적 범위는 헌법재판소의 결정과 관련해서 의미 있는 시점을 기준으로 법률관계의 형성이나 법적 분쟁의 제기를 구획하는 틀이다. 다시 말해서 심판대상인 법률조항이 위헌으로 결정되었다고 해서 행위시법과 재판시법이 달라지는 것이 아니고, 법률관계의 형성과 법적 분쟁의 제기가 결정시점 이전에 이루어졌지만, 결정시점 이후에 법원이 헌법재판소의 심판결과에 따라 재판되어야 함을 의미할 따름이다.

3. 헌법불합치결정의 개념

불합치결정이란 심판대상인 법률에 위헌성이 내재해 있다 할지라도 단순히 위헌결정을 선고하여 당해 법률의 일반적 적용배제라는 법적 효과를 추구할 경우에 야기되는 법적 혼란을 회피하고 입법자의 입법형성권을 존중하기 위해 위헌결정의 법적 효과에 일정한 제약을 가하는 주문유형을 말한다.⁹⁾ 불합치결정의 법적 효과는 위헌결정의 법적 효과인 일반적 적용배제에 대한 일정한 제약을 의도한다. 일정한 제약은 위헌결정이 선고될 경우에 나타날 수 있는 법적 혼란¹⁰⁾을 방지하기 위한 것이다.

9) 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 관례집 14-1, 528, 546-547(헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종으로서, 심판대상이 된 법률조항이 실질적으로는 위헌이라 할지라도 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 헌법에 합치하지 아니한다는 선언에 그침으로써 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 효력상실을 제한적으로 적용하는 변형위헌결정의 주문형식이다).

10) 이것의 유형화에 대해서는 남복현, 박사학위논문, 310 이하 참조.

그렇지만, 불합치결정의 개념을 설정함에 있어 법률의 효력상실을 일정기간 유예하는 것에 지나지 않는다는 시각에서는 벗어나야 한다. 이런 시각에서 접근하게 되면, 형벌법규에 대한 불합치결정을 논의할 실익이 전혀 없게 된다. 구태여 찾는다면, 형벌법규에 대한 잠정적인 계속적용을 명하고 입법자는 단순히 개선입법하는 정도에서만 가능할 것이다.

II. 헌법불합치결정 일반론

1. 당연무효설에 있어 헌법불합치법률의 법적 성격

당연무효설에 입각해서 헌재법 제47조 제2항을 해석할 때, 효력상실은 적용배제를 의미한다. 즉 같은 항 본문에서 비형벌법규의 결정일로부터의 효력상실은 결정일로부터의 일반적인 적용배제를 의미하게 된다. 여기서 일반적 적용배제는 법적용절차에 있어 위헌인 법률의 적용에 관한 다툼이 있을 경우에는 언제나 그 적용이 배제됨을 의미한다.

이러한 시각에서 보면, 불합치결정이 선고되었다고 해서 효력상실의 유예나 장래효원칙에 대한 예외로서의 미래효가 인정될 수는 없다. 즉 잠정적인 계속적용이 당연한 귀결로 연결되는 것은 아니다. 불합치결정이 선고되었을 경우에도 원칙적인 적용배제는 그대로 유지되어야 한다. 물론 법적 효과로서의 적용배제에 대한 일정한 제약은 가능할 것이다. 바로 이 점에서 불합치결정과 위헌결정의 차이점이 나타난다. 즉 위헌결정의 경우 예외 없는 일반적인 적용배제가 당연한 것이다. 그러나 불합치결정에서는 원칙으로서의 일반적인 적용배제에 대해 일정한 제약을 가할 수 있다. 여기서 일정한 제약은 반드시 잠정적인 계속적용만을 의미하는 것은 아니다. 여기에는 불합치선언된 법률의 적용절차를 개선입법이 있을 때까지 정지할 것을 요구하는 것도 포함될 수 있다. 이 중 우선적으로 고려되어야 하는 것은 후자이다.

따라서 불합치법률은 위헌성이 내재하여 있지만, 위헌확인이 되지 아니한 상태의 법률이다. 위헌성이 내재하여 있다는 점에서 볼 때, 위헌인 법률이지만, 헌법재판소에 의해 위헌확인이 이루어지지 않았다는 점에서 당연무효라는 법적 효과가 발생하지 아니한 법률이다.

2. 헌법불합치결정의 위상

가. 헌법불합치결정의 유형

불합치결정의 유형은 그 법적 효과의 측면에서 두 가지로 구분할 수 있다. 양자는 기본적으로 헌법재판소가 심판대상이 된 법률의 헌법불합치성을 확인하고 입법자에게 개선입법을 촉구한다는 측면에서는 동일하다. 하지만, 그 선고사유와 법적 효과는 법적용자와 관련하여 서로 달리 나타난다.¹¹⁾ 그 하나는 불합치법률의 법적용절차의 중지와 개선입법에 의한 처리이고, 다른 하나는 불합치법률의 잠정적인 계속적용이다. 여기서 전자를 적용중지 불합치결정으로, 후자를 계속적용 불합치결정으로 칭한다. 이중 전자가 원칙적인 모습이고, 후자가 예외적이다.¹²⁾ 그런데 양자는 몇 가지 점에서 중요한 차이를 드러낸다.

첫째, 규율하고자 하는 시적 공간이다. 후자는 주로 불합치결정시점부터 개선입법시점까지의 법적 공백상태를 감안해서 이루어지는데 반해, 전자는 불합치법률의 제정시점부터 불합치결정시점까지 발생할 법적 혼란에 주목한다. 물론 전자도 불합치결정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간을 고려해야 할 경우가 있다.

둘째, 위헌으로 결정할 경우 발생할 법적 혼란이나 법적 공백상태 및 사회적 급부제공 배제 등의 문제이다. 후자는 주로 초래될 법적 공백상태가 위헌상태를 방지하는 것보다 더 위헌적인 상황이 초래되는 것을 상정한다. 그에 비해 전자는 초래될 수 있는 법적 혼란을 방지하고자 함이다.¹³⁾ 그러나 법적 공백이나 법적 혼란이 명료하게 구획되질 아니하고 양자가 결합되는 경우도 상정할 수 있겠다.

셋째, 양자 모두 입법자에게 개선입법을 촉구하는 법적 효과를 지향한다는 점에서는 공통적이다. 하지만, 후자의 경우 개선입법은 그야말로 불합치결정시점 이후에 이루어짐은 당연하고 개선입법 시행시점 이후를 또는 개선입법이 정한 시점 이후를, 경우에 따라서는 헌법재판소가 정한 시점 이후를 향해 그 효력을 발생할 것이다.¹⁴⁾ 그렇지만, 전자의 경우 후자의 시점을 포용함은 물론이고, 불합치법률의 제정시점부터 개선입법시점 사이의 시적 공간도 규율한다는 점이다.¹⁵⁾ 그뿐

11) 남북현, 박사학위논문, 305 이하; 남북현, 헌법재판연구 제 7 권, 364 이하; 한수웅, 헌법논총 제 6 집, 522 이하 참조.

12) 이에 대해서는 대체로 견해가 일치되는 듯하다.

13) 여기서의 법적 혼란으로는 소송의 범람, 국가재정의 파탄, 위헌법률이 차지하던 시적 공간이 폭넓음으로 인해 초래될 위헌결정의 대량적 효과 등을 예로 들 수 있다. 그리고 평등원칙위반으로 인한 사회적 기본권침해는 다른 차원에서 유형화할 수 있을 것이다.

14) 이 경우 이 시점 이전까지는 불합치법률이 적용된다.

아니라 불합치법률이 규율하였던 시적 공간을 개선입법이 대체한다는 측면에서 볼 때는 그 입법이 불합치법률의 제정시점에 이루어진 것과 사실상 동일하게 파악된다는 점이다.

넷째, 법적용자에 대한 효과에서 양자는 결정적인 차이를 드러낸다. 당연히 개선입법시점 이후에는 양자 모두 개선입법이 적용된다. 그렇지만 불합치결정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간을 후자의 경우 불합치법률이 규율하는데 반해, 전자의 경우 개선입법이 규율한다. 그리고 불합치법률의 제정시점부터 불합치결정 시점까지의 시적 공간에 형성된 법률관계에 관해서는 세부적으로 나누어 살펴보아야 한다. 먼저, 확정력발생사건의 경우 비형벌법규에 있어서는 양자 모두 불합치결정의 법적 효과가 영향을 미치지 아니한다.¹⁶⁾ 그리고 당해사건, 동종사건, 병행사건 및 일반사건에 있어서는 후자의 경우 불합치법률이, 전자의 경우 개선입법이 적용된다.

나. 위헌결정과의 차이점

불합치결정의 유형 중 계속적용 불합치결정은 위헌결정과 비교할 때, 위헌결정은 일반적 적용배제를 전제로 하는데 반해, 전자는 개선입법시점까지 불합치법률의 잠정적인 계속적용을 의도한다는 점에서 결정적으로 구분된다. 그러나 적용중지 불합치결정의 경우에는 좀더 세부적으로 검토되어야 한다. 게다가 적용중지 불합치결정의 법적 효과를 위헌결정과 구분 짓지 않으려는 시각도 있기 때문이다.

그런데 적용중지 불합치결정과 위헌결정 사이에는 구조적으로 중대한 차이점이 존재한다. 불합치결정이 위헌결정의 일종임은 분명하다. 하지만, 불합치결정은 단순위헌결정이 아니다. 불합치선언된 법률은 위헌선언된 법률이 아니다. 위헌법률은 처음부터 당연무효라는 당연무효설의 입장¹⁷⁾에서 볼 때, 법률에 관한 위헌 확인은 처음부터 당연무효라는 법적 효과가 발생하게 되기 때문에, 이러한 효과를 제약할 목적으로 행해지는 것이 바로 불합치결정이다.

그리고 불합치결정이 선고되면 입법자는 신속히 개선입법의무를 수행해야 한다.¹⁸⁾ 개선입법을 수행함에 있어 입법자는 헌법재판소가 제시한 입법범위에 전적으로 기속되어야 하는 것은 아니다. 그리고 개선입법의 효과는 입법상 일반원칙에

15) 동지: 황도수, 헌법실무연구회 제36회 발표회 발표논문, 16면 참조.

16) 그러나 형벌법규의 경우 후자에는 불합치법률의 적용상태가 그대로 확정되어 유지되지만, 전자에는 개선입법된 결과에 따라 유죄의 확정판결에 대해 재심청구가 허용된다.

17) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 박사학위논문, 289 이하 참조.

18) 이와 관련해서는 한수웅, 헌법논총 제 6 집, 521 이하; 신봉기, 헌법논총 제 7 집, 353 이하 참조.

따라 당연히 시행한 날로부터 장래적으로 발생하지만, 그것의 소급적용을 배제하는 것은 아니다. 그에 비해, 위헌결정이 이루어지면, 그 자체로 합헌상태의 회복이 이루어진 것으로 본다. 별도의 입법조치를 필요로 하지는 않는다. 다시 말해서 위헌결정으로 인해 효력이 상실된 법률의 조항이나 그 일부를 제거할 필요가 없이, 그 자체로 합헌적 질서가 확보된 것으로 본다.

다음, 헌법재판소가 법률에 관해 헌법불합치로 결정하였다 할지라도, 그것은 당해 법률을 위헌으로 결정한 것이 아니다. 단지 그 법률에 위헌성이 내재해 있음을 확인하고 그 위헌성을 입법자로 하여금 개선토록 조치하는 것이다. 불합치선언된 법률의 법적 성격은 위헌이지만 유효한 법률도 아니고, 처음부터 당연무효인 법률도 아니다. 즉 위헌성이 내재하여 있지만 위헌으로 확인되지는 아니한 법률이다. 다시 말하면 위헌결정의 법적 효과를 제약할 목적을 지니고 있지만 실제적인 위헌선언은 회피된 법률이다. 그에 따라 불합치결정된 법률은 입법자에게 처리를 위임한 법률이라고 하겠다.

위헌결정은 당해 법률이 헌법질서에 반함을 확인하는 것이므로, 위헌결정이 이루어지면 기존에 존재하였던 법적 틈새를 확인하는 것이 된다. 이에 반해 불합치결정은 이러한 법적 틈새의 발생을 방지할 목적으로 행해진다. 이에 따라 위헌결정에 있어 입법자는 이미 존재하는 법적 틈새를 보완할 것인지 아니면 방지할 것인지에 관해 입법재량권을 가지게 된다. 그러나 불합치결정에서는 그 결정으로 위헌상태의 확인이 이루어졌고, 구체적인 입법형성은 입법자에게 맡겨진 것이다. 다시 말하면 위헌결정에서는 헌법재판소의 위헌결정 자체로 인해 합헌질서의 확보가 이루어졌지만, 불합치결정에서는 입법자에 의한 개선입법에 의해 마무리가 되는 것이다.

법적 효과에 있어서도 중대한 차이가 드러난다. 위헌결정의 법적용자에 대한 효과는 일반적 적용배제이다. 그에 비해 불합치결정의 법적 효과는 일반적 적용배제에 대한 일정한 제약을 의미한다. 일정한 제약은 위헌결정이 선고될 경우에 나타날 수 있는 법적 혼란¹⁹⁾을 방지하기 위한 것이다. 적용중지 불합치결정의 법적용자에 대한 법적 효과는 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 따른 처리이다. 즉, 전자의 경우 적용대상인 법률이 없는 것과 같은 상태를 예정하고 있는데 반해, 후자의 경우 불합치법률의 적용을 배제하는 반면에 그 불합치법률이 점하던 시적 공간을 개선입법으로 대체한다는 의미를 지닌다.

법적 효과를 구체적으로 살펴보면, 위헌결정이 이루어지면 당해사건 등은 당

19) 이것의 유형화에 대해서는 남복현, 박사학위논문, 310 이하 참조.

연히 권리구제의 대상에 포함된다.²⁰⁾ 그러나 그에 비해 불합치결정이 이루어지면, 당해사건 등이 실제로 구제대상에 포함될 것인지는 입법결과에 따라 다르게 된다. 단지, 권리구제의 대상이 될 수 있는 기회를 제공해줄 뿐이다.

법률의 위헌결정과 관련하여 입법자에게 개선입법의무가 발생하는 것은 아니다. 그 자체로 합헌상태의 회복이 이루어진 것으로 파악한다. 위헌결정이나 한정결정된 상태를 그대로 방치한다 해서 위헌상태가 지속됨을 의미하는 것은 아니다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 적용중지 불합치결정 역시 위헌결정의 일종임은 분명하지만, 그 성격이나 법적 효과는 많은 편차를 지닌다 하겠다.

다. 한정결정과의 관계 확정

헌법재판소가 심판대상을 확정하고 그에 대해 결정주문의 유형을 선택함에 있어 한정결정과 불합치결정, 양자의 관계를 대체관계로 파악해서 접근하는 것이 아닌가 한다. 특히 심판대상 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호한 경우 해석기준을 정해서 한정결정을 할 수 있음에도 헌법불합치주문을 채택한다는 지적이 그것이다.²¹⁾ 양자는 대체관계가 아니고 보완관계로 봄이 정확한 진단이다.

한정결정과 불합치결정이 선택되는 효력영역은 서로 다르다.²²⁾ 즉 한정결정은 심판대상에 대해 해석기준을 제시하거나 심판대상을 제약하는 형태, 즉 대상적 효력영역을 구획하는 속성을 지닌다. 그에 반해, 불합치결정은 법적 효과를 시적으로 제약하는 형태, 즉 시적 효력영역을 구획하는 속성을 지닌다. 이와 같은 서로 다른 속성은 양자의 결합을 가능하게 한다. 그에 따라 주문은 ‘…로 해석하는 한 헌법에 합치되지 아니 한다’ 또는 ‘… 하는 범위 내에서 헌법에 합치되지 아니 한다’로 제시될 수 있을 것이다. 이 경우는 해석기준에 따라 합헌해석과 헌법불합치해석으로 나뉘어질 수 있게 된다.²³⁾ 각각의 해석부분에는 각각의 해석 방향에 상응한 결정의 효력이 발생하게 된다. 다시 말해서, 그 결정에 따른 절차법적 효력을 당연히 인정할 수 있고, 실체법적 효력에 있어서는 불합치해석된 부분은 불

20) 물론 헌법재판소나 대법원의 경우 일반사건에 대해서는 법익형량을 해야 한다는 입장이긴 하다. 헌재 1993. 5. 13, 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 227-228; 대법 2005. 11. 10, 2005두5628 판결 참조.

21) 이와 관련해서는 이상훈, 사법논집 제38집, 55-56 참조.

22) 이에 관한 상세한 내용은, 남복현, 헌법논총 제9집, 952; 남복현, 공법학연구 제10권 제1호, 71-72 참조.

23) 이는 비교법적 시각에서 볼 때에도, 특히 독일에서도 아주 자주 활용되는 결정형식이라는 점을 강조하고자 한다. 예컨대, vgl. BVerfGE 61, 319(320f. “소득세법 제32조의a는… 하는 한, 기본법 제6조 제1항과 연계된 기본법 제3조 제1항에 합치하지 아니한다. 소득세법 제32조의a에 따라… 기준이 되는 과세표준은 새로운 법적 규율이 있을 때까지 최장 1984. 12. 31.까지… 아이를 양육하는 편부·편모에게 계속하여 적용될 수 있다”). 이에 관해서는 정태호 역, 독일헌법재판론, 367 참조.

합치결과와 동일한 형태의 법적 효과가 발생한다. 물론 여기서는 개선입법의 추구와 더불어 법적용자로 하여금 불합치해석된 부분의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따르도록 명하는 것과 불합치해석된 부분의 잠정적인 계속 적용을 명함도 가능하다고 하겠다.

3. 헌법불합치결정의 선고영역

법률이 헌법에 위반되는 경우 헌법의 최고규범성을 보장하기 위하여 그 법률은 원칙적으로 위헌으로 선언되어야 한다. 다만 불합치결정을 정당화하는 예외적 사유가 인정되는 때에 한하여 불합치결정을 할 수 있다.²⁴⁾

불합치결정이 정당화되는 예외적인 사유로는, ① 일정한 범위의 수혜자에게 혜택을 부여하는 법률이 평등원칙에 위배된다고 판단하는 경우와 같이 단순위헌결정을 하는 때에는 현재 존재하는 혜택을 전부 제거하게 되어 헌법으로부터 더욱 멀어지는 결과를 초래할 우려가 있다거나, ② 위헌법률의 제거가 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우, ③ 심판대상 법률조항의 합헌부분과 위헌부분의 경계가 모호하여 단순위헌결정으로 대처하기 어려운 경우 등을 들 수 있으나, 자유권을 침해하는 위헌적 법률에 대하여는 위헌결정을 통한 위헌성의 제거로 합헌성이 회복된다는 측면에서 예외적 사유의 긍정에 매우 신중을 기하여야 할 것이다.

위헌법률의 제거로 인한 법적 공백이나 혼란의 우려가 있다 하더라도, 그것이 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이나 혼란이어서 예외적으로 일정 기간 위헌적인 상태를 감수하는 것이 헌법적 질서에 보다 가깝다고 판단되는 경우가 아니라면 불합치 결정이 원칙적으로 용인되지 아니한다.

4. 불합치결정의 법적 효과를 둘러싼 쟁점

가. 불합치법률의 형식적 존속과 입법자의 개선입법의무

1) 개선입법추구의 법적 성격과 입법자의 입법형성권

헌법재판소는 불합치결정을 하면서 입법자에게 신속한 개선입법을 촉구한다. 위헌결정에서는 헌법재판소가 결정함으로써 그 자체로서 합헌상태를 회복하지만, 불합치결정의 경우에는 입법자의 개선입법을 통해 합헌상태를 회복한다. 물론, 개

24) 헌재 1999. 10 21, 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 417-418 참조.

선입법의 내용에 대해서는 입법자에게 입법형성권이 인정된다. 하지만, 그렇다고 해서 헌법불합치결정의 취지와 무관하게 입법자에게 입법형성권이 보장되는 것은 아니다. 그 내용은 기본적으로 헌법재판소의 결정취지를 준수할 의무를 전제로 한다. 다시 말해서 불합치법률을 합헌적으로 개정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속하는 것이 아니고, 개선입법의무에 해당한다.²⁵⁾ 그렇다면, 개선입법 촉구의 내용은 불합치법률이 규율하던 법률관계의 실제적 내용을 불합치결정의 취지에 맞춰 개정하도록 요구하는 것이라고 하겠다. 즉, 헌법재판소가 결정 자체에서 요구한 틀은 그대로 존중되지 않으면 안 된다.

불합치결정에 있어 불합치법률은 형식적으로 계속 존속하게 된다. 위헌성이 내재되어 있음에도 불구하고 이와 같이 존속시키는 이유는 헌법재판소가 위헌결정을 통해 스스로 합헌상태를 회복한 것이 아니기 때문이다. 그리고 헌법재판소가 헌법불합치결정을 하는 주된 이유는, 권력분립원칙과 민주주의원칙의 관점에서 볼 때 입법자가 입법개선을 통하여 위헌적 상태를 궁극적으로 제거하는 것이 바람직하다는 판단에 따른 것이므로, 불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거하여야 할 입법자의 입법개선의를 수반하게 된다.²⁶⁾

다음, 불합치결정에 따라 입법자가 개선입법을 함에 있어 입법책임의 시적범위를 어디까지 확장할 수 있는지가 문제된다.²⁷⁾ 이에 관해 독일 연방헌법재판소는 “합헌적인 법적 상태를 회복할 입법자의 책임은 원칙적으로 불합치선언과 관련된 모든 시점으로 확장되고 그리고 최소한 위헌으로 선언된 규정에 근거한 아직 확정력이 발생되지 아니한 모든 작용을 포괄한다”고 한다.²⁸⁾ 따라서 개정된 규범관계의 위헌성이 입법자에 의해 장래적으로 제거된다면 그리고 확정적인 절차의 종결이 이루어지지 아니한 그러한 모든 사례들이 소급적으로 고려된다면, 그것으로 충분하다고 할 것이다.²⁹⁾ ³⁰⁾ 헌법에 부합하는 법적 상태를 회복시킬 입법자의 책무는 원칙적으로 불합치선언과 관련된 모든 시적 영역으로 확대되며 그리고

25) 반대: 김시철, 사법 2009. 6, 200.

26) 헌재 1999. 10. 21, 97헌마301, 판례집 11-2, 496, 513.

27) 정태호 역, 독일헌법재판론, 372-373 참조.

28) BVerfGE 87, 153(178).

29) Vgl. BVerfGE 81, 363(384).

30) 그렇지만 연방소규모정원법(우리식으로 표현하면 일종의 주말농장법에 해당한다)의 헌법불합치 결정과 관련하여 독일에서도 입법자가 개선입법을 함에 있어 결정시점 이전에 확정되어 절차가 종결된 사안에 대해서도 구체절차가 마련되어야 했음이 주장되었다. 그러나 이에 관해 연헌재는 연헌재법 제79조를 제시하지는 아니하였다(BVerfGE 87, 114<137>). 정태호 역, 독일헌법재판론, 372-373 참조.

최소한 아직 존속력이 발생되지 아니한 모든 작용, 즉 위헌으로 선언된 규정에 기인한 모든 작용을 포괄한다.³¹⁾

2) 개선입법의무 불이행에 대한 대응

헌법재판소가 입법자에게 개선입법촉구를 하였음에도 입법자가 장기간에 걸쳐 개선입법의무를 이행하지 않고 방치된 상태가 문제된다.³²⁾ 헌법재판소가 불합치결정을 선고한 취지에 따라 개선입법을 수행하지 않은 경우 집행력을 확보할 수 있는 방안이 있는가가 논의대상이다. 견해는 대체로 세 가지가 있다.

첫째는 개선입법의 시한이 명시된 경우 그 시한이 도과하거나 명시되지 아니한 경우 상당한 시일이 소요된 다음, 그 불합치법률은 당연히 효력을 상실한다는 견해이다.³³⁾ 둘째로는 그런 경우 거듭 위헌심판의 대상으로 삼아 전소에서 불합치로 결정하였던 법률에 대해 후소에서 위헌결정을 선고해야 한다는 견해이다. 셋째로는 입법개선 의무의 이행시기가 도과되었다는 것을 이유로 불합치로 선언된 법률이 당연히 효력을 상실하는 것으로 보기는 어렵고, 피해를 입은 국민은 헌법재판소에 입법부작위에 대한 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하거나 입법상 불법책임을 묻는 국가배상청구소송을 제기해서 구제를 받을 수 있을 뿐이라는 견해이다.

첫 번째 견해는 불합치결정을 선고한 취지에 부합하지 않는다. 특히 계속적용 불합치결정의 경우 불합치결정시점부터 개선입법시점까지의 법적 공백상태의 발생방지를 의도한 것이다. 그럼에도 입법시한까지 입법되지 않았음을 이유로 효력을 상실시키는 결정의 의도에 어긋난다. 그리고 적용중지 불합치결정의 경우 개선입법에 의거해서 처리할 목적으로 불합치법률의 적용이 중지된 상태이다. 이런 상태라면, 입법자의 개선입법의무를 사실상 억압하는 것이 필요하지, 법적용자가 나서서 대안을 모색하는 것은 적절치 않다.

두 번째 견해는, 불합치결정이 심판대상인 법률에 위헌성이 내포되어 있음을 전제로 하고 있는 관념이라는 점에 비추어 볼 때, 후소에서 당해 법률에 대해 새로이 위헌결정을 선고하는 것은 불합치결정의 선고 취지에 부합하지 않는다.

아무튼, 어느 누구에 의해서도 입법자에게 개선입법의무를 강제할 수는 없다.³⁴⁾ 집행력확보수단으로서의 입법대집행도 허용되어서는 안 된다. 단지 국가기

31) Vgl. BVerfGE 87, 153(178). E. 99, 280(298).

32) 이와 관련하여서 기한설정 자체를 전반적으로 검토할 필요성이 제기된다. 기한설정의 법적 성격, 명시적인 기한설정의 타당성 여부, 설정된 기한을 도과한 불합치법률의 법적 운명 및 법적용자의 대처 등이 그것이다.

33) 이 견해가 우리 헌법재판소의 입장이고 다수설이다.

34) 이는 민주적 정당성, 입법자의 입법형성권, 권력분립의 원리 등에 배치된다.

관의 불법책임에 대한 손해배상청구를 고려하여야 할 것이다.³⁵⁾

나. 불합치법률의 원칙적 적용배제와 절차의 중지

헌법재판소가 계속적용 불합치결정을 하는 경우 그 불합치법률은 개선입법시점까지 잠정적으로 계속 적용된다. 그에 비해 적용중지 불합치결정을 하는 경우가 문제된다. 즉 헌법재판소가 불합치결정을 하면서 개선입법시점까지 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 요구한 경우이다.

헌법재판소가 이러한 결정을 선고할 근거는 법치국가적 요청에서 찾을 수 있다. 이러한 불합치법률은 위헌성이 내재되어 있으나 위헌확인이 자제된 것이므로, 위헌성이 실존한다는 점에서 가능한 한 합헌적 질서에서 배제시킴이 옳기 때문이다. 그런 점에서 법적용자인 법원이나 행정청은 불합치법률의 적용을 중지함은 물론이고, 그 절차 역시 개선입법이 이루어질 때까지 정지하지 않으면 안 된다. 그럼으로써 불합치법률의 개선입법을 통해 소송당사자들은 침해된 권리를 구제받을 기회를 지니게 된다.

다. 불합치법률의 적용배제와 개선입법에 의한 처리의 관계³⁶⁾

불합치결정에 있어 헌법재판소가 입법자에게는 신속한 개선입법을 촉구함과 아울러 법적용자로 하여금 불합치법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하였다면, 개선입법된 결과가 당연히 불합치법률이 규율하던 시적 공간을 대체하는 것으로 보아야 한다. 이는 헌법재판소 결정취지에서 나오는 당연한 귀결이다.

그런데 이와 관련해서 불합치결정의 소급효가 미치는 영역에 개선입법이 소급적용되는지를 둘러싸고 이를 입법자가 경과규정으로 정해야 하는지와 정하지 아니하였을 경우 발생하는 법적 효과를 둘러싸고 논란이 제기된다. 이 문제는 후술하는 형벌법규에 대한 불합치결정의 법적 효과와도 아주 밀접한 연관성을 지닌다.

1) 불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용 여부

이 문제는 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 선고할 경우 그 결정에는 위헌결정과 마찬가지로 예외적 소급효가 인정되어야 하고, 그 소급효가 적용되는 사건의 범주에 개선입법이 소급적용이 될 수 있는가 하는 점이다.

먼저, 개정법률의 소급적용범위가 불합치결정의 소급효의 인정범위와 동일한

35) 남북현, 박사학위논문, 305; 남북현, 헌법재판연구 제 7 권, 360-361 참조.

36) 여기서의 논의대상에서 계속적용 불합치결정의 경우는 제외된다.

지를 둘러싸고 논란이 제기된다. 이에 대해서는 크게 두 가지 시각이 있다.

그 하나는 헌법재판소의 불합치결정은 입법자의 개선입법을 통해서 비로소 그 실질적인 내용과 효력을 갖게 되므로, 불합치결정의 소급효는 당연히 개선입법의 소급효를 의미한다는 것이다. 그래서 소급효의 범위는 양자가 동일하다는 견해이다.³⁷⁾ 이른바 동일설이다.³⁸⁾

다른 하나는 불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용을 분리시켜 양자의 관계를 단절적으로 파악하는 시각이다.³⁹⁾ 그래서 구별설이라 지칭된다.⁴⁰⁾ 이 견해는 개선입법의 소급적용은 입법자가 소급적용 여부와 그 범위를 확정하는 문제일 따름이지, 불합치결정에 의해 영향을 받는 것은 아니라고 한다. 또, 개선입법에 경과규정을 두지 않는 한, 개선입법이 당연히 소급적용되는 것은 아니라고 한다.

그러면, 구별설에 대해 비판적으로 접근한다.

첫째, 개선입법의 소급적용문제가 등장하게 된 요인이다. 이에 관해 구별설은 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 선고하게 되면, 입법공백이 발생하고, 그 입법공백상태를 해소하기 위해 개선입법이 등장하기 때문에 그 개선입법시점까지는 입법공백상태가 유지되는데, 그 개선입법을 법률개정 이전의 입법공백상태에 적용할 수 있는지 여부가 문제된다고 한다.⁴¹⁾

분명, 적용중지 불합치결정을 하게 되면, 결정시점부터 개선입법시점까지 입법의 공백상태가 발생한다. 기존에 형성되어 법적 분쟁이 발생한 경우나 그 시적 공간동안 법률관계가 형성된 경우에 대해 잠정적인 공백상태가 발생하게 된다. 그에 대해 그런 상황을 인식하면서도 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 한 것이다. 이는 필연적인 현상적 결과이다.

둘째, 개선입법의 소급적용을 입법자가 규율해야만 비로소 개선입법이 소급적용될 수 있을 뿐이고, 이를 규율하지 않으면 불가능하게 된다는 것이다.

적용중지 불합치결정에서 불합치법률의 적용을 중지하게 한 취지는 개선입법에 의한 대체를 전제로 함이다. 이는 본질적 징표이다. 구별설은 이를 부인한다.

37) 한수웅, 헌법논총 제 6 집, 489; 한수웅, 판례월보 제325호, 13; 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 170.

38) 이 용어에 관해서는 김시철, 사법 2009. 6, 202 이하 참조.

39) 이상훈, 사법논집 제38집, 27-28; 최완주, 재판자료 제92집, 397; 황도수, 헌법실무연구회 제36회 발표회 발표논문, 16.

40) 이 용어에 관해서도 김시철, 사법 2009. 6, 203 이하. 이 견해는 구별설을 “불합치결정의 효력은 그 결정 자체의 성질과 구조에 의해 일관되게 결정되어야 할 것이고, 사후에 입법자가 개선입법을 제정하면서 소급적용의 범위를 어떻게 정하는가에 따라 불합치결정의 효력이 달라질 수는 없다”는 입장이라고 한다.

41) 김시철, 사법 2009. 6, 201.

셋째, 구별설은 불합치결정시점 이전에 형성된 법률관계에 대해서는 단순위헌결정과 동일하게 불합치결정에도 소급효가 적용되며, 입법자가 개선입법의 소급적용을 명한 경우에 한해서만 문제된 법률관계⁴²⁾에 소급적용이 가능하다고 한다.

그러나 이는 불합치법률의 적용배제와 개선입법의 소급적용을 단절적으로 파악하는 오류에서 나온 것이다. 몇 가지 측면에서 지적한다.

그 하나는, 헌법재판소의 불합치결정에 관한, 즉 결정주문과 이유에 제시한 취지를 부인하는 것이다. 헌법재판소 결정 자체의 고유한 속성을 무시하는 행태이다.

그 둘은, 불합치결정의 본질적 징표는 입법자에게 신속한 개선입법의무의 부과에도 있다. 그 개선입법의 구체적 내용은 입법자의 입법형성권에 맡겨져 있지만, 그 대강 내지 윤곽에 대해서는 헌법재판소의 결정취지를 준수해야 한다.

그 셋은, 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 의해 처리하는 것이다. 다시 말해서 소급적용 여부를 입법자가 경과규정으로 정하였는지의 여부와 무관하게, 헌법재판소의 불합치결정 취지에서 도출되어야 한다. 물론 이 문제는 개선입법의무를 전혀 이행하지 않은 경우, 즉 입법을 해태한 경우와는 다른 차원에서 접근해야 한다.

넷째, 구별설에 따르면 불합치법률을 합헌적으로 개정하는 임무는 원칙적으로 입법자의 형성재량에 속한다는 것이다.⁴³⁾ 그에 따라 개선입법의 소급적용여부와 소급적용의 범위는 전적으로 입법자의 재량에 속한다고 한다.

그러나 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 하면서 개선입법의무를 부과한 것으로 보아야 한다. 개선입법의 내용을 구성함에 있어 입법자의 재량을 용인하는 것이지, 소급적용 여부나 소급적용의 범위까지 그에 속한 것은 아니다. 헌법재판소가 불합치결정을 하면서 개선입법에 따라 처리할 것을 이미 전제로 한 것이며, 이른바 소급적용 여부와 소급적용의 범위는 헌법재판소가 정한 바를 준수하지 않으면 안 된다. 이는 헌재법 제47조 제1항과 제75조 제1항의 기속력에서 오는 당연한 귀결이다. 물론 구법이 심판대상이 되었고, 그 구법이 이미 개정되어 있을 경우 그 개정된 법률을, 새로이 개선입법을 할 것이 없이, 적용하도록 하는 것도 가능하다.

다섯째, 구별설은 동일설을 여러 가지 시각에서 비판한다.⁴⁴⁾ 각각의 비판에

42) 여기서는 불합치결정시점 이전에 형성된 경우뿐만 아니라 개선입법시점까지 형성된 경우까지 포함하는 뜻이 보인다.

43) 김시철, 사법 2009. 6, 200.

44) 김시철, 사법 2009. 6, 204-205 참조.

대해 검토한다.

그 하나는 불합치결정이 개선입법시한을 명시한 경우 개선입법조치 없이 그 기한이 도과되면 단순위헌결정의 경우와 유사한 법적 효과가 발생하게 되는데, 이에 대한 해명이 불가능하다고 지적한다.

이는 불합치결정의 소급효와 개선입법의 소급적용을 동일시하는 동일설에 따르게 되면, 소급적용의 대상이 된 개선입법이 이루어지지 않았기 때문에 논리 구성 자체가 불가능함을 지적한 것이다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이, 개선입법시한이 도과된 경우 불합치법률의 효력이 상실되는 것으로 봄이 타당한지는 의문이다.

그 둘은, 입법공백상태에 대한 개선입법의 소급적용문제는 불합치결정의 소급효가 문제되지 않는 영역에서도 발생한다는 것이다. 즉 불합치결정의 장래효과 미치지만, 개선입법의 소급적용 여부가 문제되는 영역이 존재한다는 지적이다.

법적용절차의 중지와 개선입법에 의한 처리는 구별설이 주장하는 불합치결정의 소급효와는 다른 차원에서 접근해야 할 사안이다. 소급효란 표현은 불합치법률의 시행시점부터 불합치결정시점까지의 시적 공간에서 법률관계가 형성되었지만 아직 확정력이 발생하지 아니한 사건 일체를 지칭하는 것으로 파악된다. 그런가하면 불합치결정의 장래효는 결정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간에 대한 규율문제를 지칭한다. 그런데 불합치법률의 적용절차를 중지하라 함은 불합치법률의 시행시점부터 불합치결정시점까지는 물론이고 개선입법시점까지의 시적 공간 일체를 규율하도록 한 의미인 것이다. 따라서 비판은 초점을 맞추지 못한 것이다.

그 셋은 위헌법률심판제도의 본질과 권력분립원칙에 의거한 비판이다. 위헌결정은 그 결정 자체로 합헌상태가 회복된 것이다. 여기서 입법자의 별다른 기여를 요구하지 않는다. 오로지 법 적용자에게 위헌결정의 법적 효과로서 일반적 적용배제만을 요구할 따름이다.

하지만 불합치결정의 경우 법적 공백상태의 초래 등으로 인해 발생하는 법적 혼란을 방지하기 위해 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 결정유형이다. 그래서 위헌결정이 회피되고 불합치성만을 확인하였을 따름이다. 그렇지만 불합치법률에도 위헌성이 내재되어 있기 때문에 구체적인 사건처리에 있어서는 그 적용을 배제하는 반면, 신속하게 입법자가 개선입법한 내용으로 대체하도록 하는 것이다. 이렇게 볼 때, 위헌법률심판제도의 본질에 어긋나거나, 권력분립원칙에 어긋나는 것은 아니다. 오히려 법적 안정성과 실질적 정의를 공존하게 하는 합리적인 방안으로 이해해야 한다.

따라서 입법자의 경과규정이 없더라도 헌법재판소가 불합치결정을 선고하면

서 밝힌 취지에 맞춰서 접근함이 타당하다. 특히 법원은 법률에만 기속되는 것이 아니고 헌재법 제47조 제1항과 제75조 제1항에 따라 헌법재판소 결정취지를 준수해야 할 의무가 존재한다. 결정이유에 대해서까지도 기속력을 인정해야 한다는 주장이 펼쳐지는 이유는 법적용자인 법원과 행정청으로 하여금 헌법재판소의 결정내용에 부합하게 구체적인 사건을 처리하도록 하고자 함이다.

아무튼 구별설이 전개하는 인식태도는 헌법재판소의 불합치결정에 관한 실체를 정확하게 파악한 것이 아니라고 하겠다. 게다가 헌법 제107조 제1항은 법원으로 하여금 헌법재판소의 심판결과에 따라 재판하도록 하고 있는 바, 심판결과를 표시한 결정주문과 결정이유에 대해 그 취지를 그대로 받아들인다면, 모든 문제는 쉽게 해결될 것이다.

2) 입법자가 경과규정으로 규율하지 아니한 경우

다음, 헌법재판소가 불합치결정을 하면서 입법자에게 개선입법을 촉구하고 법적용자에게는 절차의 중지나 개선입법에 따른 처리를 하도록 하였을 경우, 나중에 입법자가 개선입법을 하였지만, 경과규정으로 개선입법의 소급적용을 명시하지 않은 경우에 대해 문제를 제기하곤 한다.

구별설은 이에 관해 문제가 발생된 법률관계의 해결을 위해 새로 제정된 개선입법을 어떠한 범위에서 어떠한 방식으로 소급적용할 것인지를 시각에서 접근한다. 그렇기 때문에, 입법자가 개선입법에 경과규정을 두지 않은 경우 개선입법이 당연히 소급적용되는 것은 아니라는 주장이 가능하게 된다.

헌법재판소는 입법자가 경과규정으로 개선입법의 적용을 명시하지 아니하였을 지라도 개선입법을 적용하지 않으면 안 되는 사유를 제시한다.⁴⁵⁾ 첫째, 당해사건이나 병행사건에 대해 불합치결정의 취지에 따라 개정된 법률을 적용하도록 하는 것은 불합치결정이 의도하는 효력의 본질적 부분 중의 하나라는 점이다. 둘째, 불합치결정은 구법조항들 중 무효로 될 부분의 구체적인 범위의 확정을 입법자의 형성의 자유에 맡겨 놓은 것이다. 셋째, 입법자가 헌법재판소의 결정취지에 맞추어 해당조항을 개정할 때에야 비로소 불합치결정에 의해 무효로 될 부분이 구체적으로 확정되는 것이다. 이상과 같은 사유로 당해사건이나 병행사건에 관하여는 구법조항들 중의 위헌부분이 제거된 것으로 보아야 할 개정법률 조항들을 적용할 수밖에 없다고 한다.

아무튼, 개선입법의 소급적용에 관해 입법자가 경과규정에서 이를 정하지 아니한 경우, 그 소급여부에 대해서는 헌법재판소의 불합치결정 취지에 따라야 한

45) 헌재 1995. 7. 27, 93헌바1, 판례집 7-2, 221, 246-247 참조.

다. 즉 경과규정이 불비되어 있다 할지라도, 불합치법률의 적용이 배제된 공간을 개선입법으로 대체하는 것으로 파악해야 한다.⁴⁶⁾

개선입법의 소급적용 문제는 불합치결정에 따른 불합치법률의 적용절차 중지와 그대로 연계된 문제이다. 즉 불합치법률의 적용배제는 위헌결정된 법률의 적용배제와 동일한 차원에서 접근해서는 안 된다. 불합치법률의 적용배제는 개선입법에 의한 대체를 전제로 한 관념이다. 단순히 적용배제에만 주목하고 개선입법에 의한 대체라는 관념을 일실하고 접근함으로써 불합치결정의 법적 효과가 위헌결정의 그것과 동일하다는 결론에 너무 쉽게 젖어들어서는 안 된다.

III. 실체적 형벌법규와 헌법불합치결정

1. 서

비형벌법규의 불합치결정은 위헌결정의 법적 효과를 제약하기 위해 이루어지는 결정이라 통상적으로 설명한다. 그 사유는 위헌결정으로 인해 초래될 법적 혼란이나 법적 공백상태의 발생을 방지하고자 함이다.

이런 논리체계를 형벌법규의 위헌결정과 불합치결정의 관계에도 적용하는 문제가 제기된다. 다시 말해서 위헌결정의 효과로서의 소급효를 불합치결정으로 과연 제약할 수 있으며, 있다면 얼마만큼 제약할 수 있는가 하는 점이다. 게다가 이에 관한 법적인 근거나 필요성을 제시함도 현재 중요한 과제이다. 그런데 독일에서는 형벌법규에 대해 불합치결정을 선고할 수 있음에 관해 실정법적 근거를 간략하게 두고 있긴 하지만, 아직 결정주문으로 이를 채택한 사례는 없다는 점에도 주목해야 한다.

그러면 여기서는 형벌법규에 대해 헌법불합치로 결정함에 있어 지향할 수 있는 개연성 있는 법적 효과 모형에 관해 주목하기로 한다. 아울러 거기서 제기되는 쟁점들에 대해서도 검토한다.

46) 이런 시각에서 볼 때, 개선입법이 이루어졌지만 경과규정을 규율하지 아니한 경우의 대체에 관해 발표자가 종래에 전개했던 방안은 개선입법이 전혀 이루어지지 않은 경우로 한정함이 옳다고 본다. 관련해서 남북현, “토초세법의 개정입법상 불비에 관하여(상)”, 법률신문 제2373호, 14; (하), 법률신문 제2374호, 15 참조.

2. 독일에서의 논의

가. 형벌법규가 불합치결정의 대상으로 입법에 반영된 과정

독일에서 형벌법규가 헌법불합치결정의 대상으로 입법된 과정은 2단계로 구분할 수 있다. 한 단계는 이를 규정한 연헌재법 제79조 제1항의 제정과정에 관한 것이고, 다른 한 단계는 불합치결정의 입법화과정이다. 그러면 여기서는 BVerfGE 115, 25(62-64)을 소개하는 것으로 대체한다.

먼저, 연헌재법 제정과정이다. “연헌재법 제79조는 제1항과 제2항에서 이미 확정되었거나 또는 그렇지 않으면 더 이상 다룰 수 없게 된 작용이 근거한 법규범이 위헌으로 선고된 경우 그에 관한 연헌재 본안재판의 효과를 규율하고 있다. 입법자는 1951년 연헌재법을 제정하는 과정에서,⁴⁷⁾ 법률의 위헌결정에 따른 법적 효과를 규율함에 있어 소급효과 더불어 그 법률을 무효로 한다는 점에서 출발하였던 까닭에,⁴⁸⁾ 연헌재법 제79조를 가지고 무효의 법적 효과를 법적 평화와 법적 안정성이라는 이익의 측면에서 제한하고자 하였다.”⁴⁹⁾

“이는 무엇보다도 먼저 연헌재법 제79조 제2항 제1문의 오늘날까지 변함없이 유지된 조항에 드러나 있는데, 거기서는—연헌재법 제95조 제2항의 유보하에 또는 특별한 법률규정의 유보하에—무효로 선언된 규범에 기인한 더 이상 다룰 수 없는 작용은 영향을 받지 아니한다는 것을 원칙으로 정하고 있으며,⁵⁰⁾ 또한 그 존재에 있어 더 이상 의문이 제기되지 않는다. 이러한 원칙에 대한 예외를 입법자가 형법에 관해서만 인정하고 있다.⁵¹⁾ 어느 누구에게도, 위헌인 형법에 기인한 형벌의 열락을 부담하도록 강요할 수는 없다는 것이다. 그런 까닭에 입법자는 연헌재법 제79조 제1항에서 추가적인 재심사유를 신설하고 있는데,⁵²⁾ 그 조항의 도움으로, 형사소송법 조항에 따라 위헌적인 근거에서 진행된 형사판결의 폐기나 교정을 통해 이러한 열락을 제거하는 것이 기결수로 하여금 가능하게 하였다.⁵³⁾ 다만, 그런 연유로 이런 사례에서 재판의 확정력이 파괴될 수 있다는 점이다.”

47) Vgl. BGBl. I. S. 243.

48) Vgl. BTDrucks. I/788, S. 34 zu § 72.

49) 이에 관해서는 1951. 1. 18. 제1대 독일연방의회 제112차 회의에서 Dr. Wahl의원(CDU)과 Neumayer의원(FDP)의 입론 참조, Sten. Ber. S. 4227 f., 4234[B], [C] 및 이미 BVerfGE 2, 380[404f.]; 7, 194[195f.]; 20, 230[235]; 37, 217[262]

50) Vgl. BVerfGE 7, 194[195]; 11, 263[265].

51) Vgl. BVerfGE 11, 263[265]; 32, 387[389]; 37, 217[262].

52) Vgl. BVerfGE 12, 388[340].

53) Vgl. BVerfGE 15, 309[312].

“이에 반해 모든 그 밖의 고권행위(행정행위와 법원의 재판)와 관련해서 그것은 연헌재법 제79조 제2항에 관한 제1문의 원칙에 따라 금지된다.⁵⁴⁾ 그렇지만 그런 고권행위 중에서 아직 집행되지 아니한 한도에서, 그 조항 제2문과 제3문에 따라 집행금지가 유효하다. 따라서 민사소송법에 따른 강제집행이 실행되면, 민사소송법 제767조를 준용해서 적용하는 것이 가능하게 된다. 연헌재는 이 규정으로부터 그리고 연헌재법 제79조 제2항 제4문으로부터 일반적인 법사상을 도출해내고 있는데, 그것은 한편으로는 위헌적인 근거로 이룩되어진 공권력의 다룰 수 없게 된 행위는 소급적으로 폐기되지 아니하며 또 과거에 그 행위에 의해 진전된 부담적 효과를 제거할 수는 없지만, 그렇지만 다른 한편으로는 위헌적인 작용을 강행적으로 관철함으로써 야기되는 미래적인 효과는 청산되어야만 한다는 것이다.”⁵⁵⁾

다음, 불합치결정의 입법화 경위를 살펴본다. 입법자는 1970. 12. 21. 연헌재법 제4차 개정법률⁵⁶⁾로 연헌재법 제79조 제1항을 개정하였고 또 그 조항은 오늘에 이르기까지 그대로 유효한 소견을 지니고 있는데, 그 조항은 이러한 목표설정과 체계에 아무런 수정도 가하지 아니하였다.⁵⁷⁾

“개정된 내용에 따르면, 확정적으로 종결된 형사절차의 재심가능성은, 개정법률의 시행되기 이전까지와는 달리, 형사절차가 진행된 판결이 연헌재가 무효로 선언한 형벌규범에 기인한 그런 사건으로 더 이상 한정되지는 않게 되었다는 점이다. 연헌재가 기본법에 불합치하는 것으로 선언한 어떠한 규범 내지 규범해석에 의거한 확정된 형사판결이 절차적으로 진행되었다면, 그 절차는 이제 오히려 명시적으로 재심을 청구할 수 있게 되었다.”

“이 규정은 당초 연방정부가 제안한 개정법률 초안에는 포함되지 아니하였고,⁵⁸⁾ 연방의회 법무위원회의 제안으로 등장하게 된 것이다. 확정된 형사판결이 연헌재가 위헌으로 선언한 법규범의 해석에 기인하였을 때, 그때에도 재심청구절차가 가능한지의 여부가 논란이 되었는데,⁵⁹⁾ 그 위원회는 법률개정이 필요함을 주장하였다. 그 위원회는 형사절차의 재심에 관해 이 절차는 법규범의 무효선언과 동등하게 허용되어야 한다는 소견이었다. 어떠한 형사판결이 위헌인 법적용에 기

54) Vgl. BVerfGE 15, 309[312]; 37, 217[262]; 81, 363[384].

55) Vgl. BVerfGE 20, 230[236]; 37, 217[263]; 91, 83[90f.]; 97, 35[48].

56) BGBl. I, S. 1765.

57) 이하 상세한 내용은 vgl. BVerfGE 115, 25, 64-65.

58) Vgl. BTDrucks VI/388, S. 3.

59) 병역의무거부자에 대한 형사재판절차에서 형사법원이 문제를 제기한 것이다. 이와 관련해서는 1970. 12. 2. 제6대 독일연방의회 제18차 회의에서 Dr. Arndt의원[SPD]의 입론 참조, Sten. Ber. S. 4597[A].

인한 것인지, 위헌적인 법규범에 기인한 것인지를 여부는 실질적으로 아무런 본질적인 차이점도 존재하지 않는다는 것이었다. 어떠한 법규범을 연헌재가 무효로 선언한 것이 아니라 기본법에 불합치하는 것으로 선언한 사건에서도 이젠 명시적으로 참작해야만 중국적인 해명에 기여할 수 있게 되었다.⁶⁰⁾

이 사건 판결에서는 위헌결정된 비형벌법규에 근거한 더 이상 다룰 수 없는 국가작용에는 위헌결정이 영향을 미치지 않는다는 연헌재법 제79조 제2항 제1문과 그러한 국가작용의 집행금지를 규정한 같은 항 제2문과 제3문과 관련해서 같은 조 제1항에 규정된 불합치결정과 위헌해석 부분이 그에 관해 명시적으로 규정하지 아니한 제2항 제1문과 제2문에도 유추적용될 수 있는 여부가 쟁점으로 다루어진 것이었다.⁶¹⁾

형벌법규의 불합치결정에 관해 학계에서는 그 가능성을 열어놓고 있다. “형벌법규에 대해 불합치결정이 선고되었다 할지라도, 위헌무효로 선언된 실체법에 의거하여 형벌의 선고가 이루어진 경우와 동일하게 그 형벌의 선고에 대한 재심절차는 당연히 인정된다.⁶²⁾ 형벌법규에 대한 불합치결정도 법규적 효력을 가진다. 불합치결정은 기본법에 불합치하는 조항을 무효선언처럼 법질서에서 제거하는 것이 아니라 그 조항을 형식적으로 존속하게 한다. 불합치결정은 단지 입법자에게 합헌적인 법적 상태의 창출의무를 부과할 따름이다. 불합치선언된 법률의 적용배제도 입법자가 개선입법을 할 때까지 계속 유지되게 된다. 이러한 점은 동법 제79조 제1항의 적용범위에 있어 중요한 의미를 지닌다. 기본법에 불합치하는 것으로 선언된 규범에 의거한 유죄선고는 이러한 점에서 유죄선고를 받은 자의 기본권을 침해한 것이다. 그러므로 이제까지 적용되었던 상태를 그대로 계속 유지해서는 안 된다. 그렇지만 다른 한편으로는 개정법률이 시행될 때까지 본안판결을 어떻게 할 것인지 확정되지 아니한 채로 불확실한 상태가 유지된다. 그로 인해 재심담당법원은 형벌집행의 연기 내지는 중단을 명하여야 하고, 그 밖에 재심절차는 개정법률이 시행될 때까지 정지하여야 한다.”

60) Vgl. BTDrucks VI/1471, S. 6 zu Art. 1 Nr. 15a.

61) 이에 관해 다수의견은 제79조 제2항은 제1항과의 관계에서 원칙과 예외의 관계로 파악한다. 또한 제79조 제2항의 존속보호대상에서 불합치결정이나 위헌해석이 제외되어서는 안 됨을 주장한다. 그런 점에서 유추적용을 주장한다. 그에 반해 소수의견은 제2항에 불합치결정이나 위헌해석의 유추적용을 배제한다 해서 원칙과 예외의 관계에 영향을 미치지 않는다고 한다. 상세한 내용은 vgl. BVerfGE 115, 25, 64f., 73ff.

62) Vgl. Ulsamer, in: Maunz u.a., BVerfGG, § 79, Rn. 16.

나. 불합치결정의 실태와 관련된 사항

형벌법규의 불합치결정에 관해 입법에는 반영되어 있지만, 실제로 실제적 형벌법규가 불합치로 결정된 사례는 없다.⁶³⁾ 그렇다고 해서 연헌재법 제79조 제1항에서 규율한 형벌법규의 헌법불합치결정에 관한 법적 근거가 불필요함을 적극적으로 주장하는 견해는 아직 확인하지 못하였다.

앞서 소개한 바와 같이 비형벌법규에 불합치결정이 있을 경우에도 연헌재법 제79조 제2항 제1문에 따른 더 이상 다룰 수 없는 국가작용에 영향을 미치지 아니함과 같은 항 제2문과 제3문에 따른 그런 국가작용의 집행금지의 대상에 해당함을 도출하는 근거로 헌법재판소 결정이 언급할 뿐인 것이다.

그런데 연헌재법 제4차 개정에서 연헌재법 제79조 제1항을 그리 규율한 바는 입법자가 헌법재판소에게 형벌법규의 위헌결정과 관련하여 폭넓은 결정형성의 자유 내지 변형결정의 재량권을 부여한 것이다. 물론 합헌적 법률해석에 관해 그리 규정했던 바는 형사법원의 판결태도를 교정하려는 경험적 반성의 일환이었다.

그러나 독일에서 헌법불합치가 형벌법규에 활용되지 아니한 이유 내지 실제로 위헌결정도 그리 많지 않았던 이유를 나름대로 살펴본다. 첫째, 헌법재판소의 활성화를 통한 다양한 형태로의 입법통제가 이미 독일 연방공화국의 성립초기부터 꾸준히 이어져왔다는 점이다.⁶⁴⁾ 둘째, 이미 나찌의 반성 등으로 입법과정이 훨씬 더 투명하고 치열하게 이루어져 왔기에, 위헌결정의 대상으로 형벌법규가 등장한 사례가 많지 않다는 점이다. 게다가 입법과정이, 특히 형벌법규에 대한 입법과정이 매우 치밀하고 조직적이다. 우리나라와 대비하면 명확한 점이 있다. 우리 헌

63) 독일 연헌재 관례집을 살펴보면, 헌법재판소 결정에서 연헌재법 제79조 제1항이 자주 거론되기는 한다. 하지만, 그렇다고 해서 실제적 형벌법규에 대해 위헌결정이나 불합치결정 또는 합헌적 법률해석이 자주 이루어졌음을 의미하는 것은 아니다. 연헌재법 제4차 개정에서 제79조 제1항은 제31조와 더불어 헌법불합치와 합헌적 법률해석의 법적 근거를 우회적으로나마 제공하였다. 특히 제31조에서는 기속력과 법적 효력의 근거를 명료하게 드러냈다. 그리고 제79조 제1항에 언급된 불합치결정된 법률과 합헌적인 법률해석에 대해서는 형사절차의 재심이 허용됨을 실제적 형벌법규와 관련해서 명시하고 있다. 그렇지만, 비형벌법규에 대해서는 제79조 제2항이 규율하고 있으면서도, 불합치선언된 법률이나 합헌적 법률해석된 부분에 근거한 국가작용의 처리방향에 대해 적극적인 언급이 없는 상태이다. 그 근거가 제79조 제1항에 언급되어 있을 따름이다. 다시 말해서 제79조 제1항에 불합치로 결정된 법률과 합헌적으로 해석된 법률의 부분이 명시되어 있다 할지라도, 그 의미는 제79조 제2항에 규율된 규범속성(비형벌법규)에 그대로 적용됨을 언급할 뿐인 것이다. 실제로 연헌재 관례집에 명시적으로 언급된 제79조 제1항의 활용성은 그런 차원에서 이용되고 있을 따름이다. 앞서 본문에 장황하게 소개한 BVerfGE 115, 25도 그런 논란의 일환으로 전개된 것에 지나지 않는다.

64) 1949년 기본법이 제정되어 독일 연방공화국이 성립하였고, 1951년부터 헌법재판소가 설치 운영되었다.

법재판소에서는 각종 가중처벌의 위헌논란이 폭넓게 제기되었다. 하지만, 독일의 경우 누범이나 경합범의 가중처벌 정도에 대한 논란이 있었을 따름이다.

3. 형벌법규의 불합치결정의 선고영역 내지 필요성

가. 변형결정의 활용필요성

형벌법규에 대해 위헌결정이 이루어지면, 현재법 제47조 제2항 단서에 따라 소급적으로 효력이 상실되고 또 같은 조 제3항에 따라 재심청구가 허용된다. 우리는 여기서 소급효가 지닌 형상화된 모습에 주목해야 한다. 비형벌법규에 대해 위헌결정이 이루어지면 확정력발생사건은 권리구제의 대상에서 제외된다. 그 의미는 결정시점과 근접하게 구제대상의 영역이 확정되고, 거기서 법적안정성과 정의의 조화를 도모한 것이다. 그러나 그에 비해 소급효를 인정하면, 이미 확정된 사건조차 구제대상 영역에 포함된다. 이로 인해 기관력의 파괴를 통한 법적 불안정성의 발생은 상상하기 어려운 정도에 이를 수 있다. 그럼에도 불구하고 우리 법체계에서는 형벌법규의 위헌결정에 대한 법적 효과로서 소급효를 인정하고 있다.

그러면, 먼저 우리 법체계상 형사실체법을 둘러싼 위헌여부의 현상적인 모습을 살펴본다.

첫째, 제헌 60년은 권위주의체제 40년과 민주주의체제 20년이다. 헌법재판이 활성화된 지난 20년간 위헌심판 실재를 살펴보면, 비형벌법규 위주로 이루어졌지, 형벌법규에 대해서는 그다지 많지 않았다. 이는 위헌성을 지닌 형벌법규가 제헌 이후 60년 동안 방치되었음을 의미하는 것이기도 하다.

둘째, 지난 시절 정상적인 입법기관이나 사법기관조차도 정상적인 절차를 통해 권위주의체제 유지에 동원되었다는 점이다. 체제유지의 핵심적인 도구가 바로 실체적 형벌법규라 할 수 있다. 그런 법규가 아직도 현재의 법질서 일부분을 점하고 있으며, 또 그런 법규의 위헌논란을 회피하고 헌법적 정당성을 도출하고자 왜곡된 법해석이 행해졌음을 부인해서는 안 된다.

셋째, 우리 입법실체와 관련해서 입법과정의 난맥상이 지적되어야 한다. 입법 절차를 진행함에 있어 기본권침해나 위헌적 요소를 배제하는 것에 관심을 집중하기보다는 신속과 효율중심적 사고로 접근함으로써 편의적인 입법실체로 인해 나타나는 위헌성에도 주목해야 한다.

넷째, 졸속입법 내지 여론입법은 물론이고, 그에 따른 특별형법이나 가중처벌 조항의 난무이다. 이에 대해 입법과정에서 헌법적 통제가 충실하게 이루어지지 못

하고 그대로 헌법재판소에 도달하게 된다는 점이다.

다섯째, 헌법재판소의 사법소극주의적인 모습도 지적되어야 한다. 대표적인 사례 두 가지를 지적한다. 그 하나는 실제적 형벌법규에 대한 뜨거운 위헌논란에서 한정합헌결정을 활용해서 위헌결정을 회피하고 또 한정합헌결정에 대해 거부적 자세를 취하는 법원이나 검찰과 절묘하게 타협하였다는 점이다. 다른 하나는 자기 모순적인 논리전개이다. 예컨대, 입법자의 입법재량권의 허용범위를 들 수 있다. 입법재량권은 경제적 자유권에서는 폭넓게 보장되지만, 신체의 자유에서는 매우 엄격하고 제한적으로 허용된다. 그럼에도 헌법재판소 결정의 실체를 보면, 신체의 자유를 제한하는 실제적 형벌법규의 정당성을 논증하는데 입법자의 폭넓은 입법재량권이 일상적으로 제시된다. 아무튼 다른 부문, 비형벌법규에 대한 위헌논란으로 국민적 관심이 치우침에 따라 실제적 형벌법규의 위헌논란은 논의의 대상에서 한 발짝 멀어지게 되었고, 그랬기에 이와 같이 방치된 것이다.

다음은 형벌법규에 대한 변형결정의 도입 필요성이다.

첫째는 실제적 형벌법규의 위헌결정에 따른 법적 효과로서의 소급효가 지닌 비중 내지 영향력에 대한 부담감을 해소시켜준다는 점이다. 예컨대 60년 전부터 존재하였던 형벌법규를 단순위헌으로 결정하였을 경우 형사절차의 재심청구를 허용함은 물론이고 무죄판결을 받은 것에 준해서 형사보상을 해주어야 하며, 각종 세부절차를 필요로 하게 된다. 이때 차라리 타협적인 차원에서 소급효의 허용범위를 제한하여 구체적 사건에서의 정의를 일정 부분 양보하게 하고, 법적 안정성을 존중하는 방향으로의 접근모색이 필요하다.

둘째는, 헌법재판소의 결정왜곡현상을 해소할 수 있다는 점이다. 부담을 완화시켜줌으로써 이것이 가능하게 된다. 그럼으로써 책임과 형벌의 비례관계나 법관의 양형재량권의 침해에 대해 입법자의 입법형성의 자유를 존중함을 이유로 내세우는 부작용이나 획일적인 가중처벌이나 특별형법을 합헌으로 판단하는 부작용을 해소시킬 것이다.

이어서 형벌법규에 대한 불합치결정의 가능여부를 검토한다.

우선, 불합치결정 부인론이다.⁶⁵⁾ 그 논거를 살펴본다. 첫째, 헌재법 제47조 제 2항 단서가 명확하게 소급효를 규정하고 있다는 점이다. 이는 신체의 자유를 억압

65) 방승주, 헌법학연구 제13권 제3호, 71-72; 김시철, 사법 2009.6, 180-216(195, 개선입법의 소급적 용을 통하여 피고인에게 유죄판결을 선고하는 것은 허용될 수 없다) 참조. 그리고 제한적 긍정설로는 황도수, 헌법실무연구회 제36회 발표회 발표논문, 25-26(법적 혼란이 중대할 경우 형벌법규에 대한 불합치결정이 고려될 수는 있지만 피해자의 피해를 최소화하는 방향이어야 하고 헌재법 제47조 제3항이 보장하는 확정판결의 재심을 배제해서는 안 된다).

받은 자에 대한 구제방안을 명료하게 제시한 것이다. 둘째, 형벌의 얼룩을 유죄확정판결을 받은 자에게 부담지워서는 안 된다는 것이다. 형벌법규는 국가기관이 공식적으로 정립한 법규범인데, 그 오류를 일반국민에게 전가해서는 안 되고, 그 부담은 온전히 국가의 몫으로 두어야 한다는 것이다. 셋째, 법적 안정성보다 정의가 우선시 되어야 한다는 점이다. 이것이야말로 헌법적 결단에 해당할 정도의 비중을 지닌다. 넷째, 독일의 사례에 비추어 보면, 1970년 실정법적 근거가 마련되었음에도 아직 한번도 불합치결정의 사례가 없는 이유는 현실적인 필요성이 없음을 의미한다. 다섯째, 비형벌법규에 대한 경우도 마찬가지지만, 실정법적 근거가 없다.

불합치결정 긍정론이다.⁶⁶⁾ 그 논거를 살펴본다. 첫째, 헌재법 제47조 제2항은 청구인용에 해당하는 대표적인 결정유형으로서 위헌결정을 예시한 것이다. 둘째, 위 조항 본문의 해석상 장래효원칙과 예외적인 소급효를 도출해낼 수 있고, 이에 의거해서 불합치결정이 그러한 법적 효과를 제약할 목적으로 등장한 바와 마찬가지로, 형벌법규에 대해서도 위 조항 단서의 적용을 완화할 수 있는 것으로 보아야 한다. 즉 형벌법규에 대해 위헌결정이 이루어질 경우 발생하는 최대 효과가 소급적인 효력상실이고, 그에 의거한 재심청구일 따름이다. 불합치결정으로 이를 완화시킬 수 있다는 것이다. 셋째, 법질서에 있어 소급효로 인한 파괴적 효과를 완화시켜야 한다는 점이다. 그를 통해 법적 안정성을 확보하는 반면, 정의를 일정부분 양보하도록 한다는 것이다. 넷째, 정의와 법적안정성의 관계에서 볼 때, 형벌법규에 대해서는 반드시 정의만을 추구해야 하는 것은 아니다. 이는 비교법적으로도 나타나 있으며, 단지 입법정책사항일 뿐이다. 다섯째, 독일의 경우 입법실체가 매우 치밀하기 때문에, 우리처럼 졸속입법이나 가중처벌, 특별형벌의 관행이 없기 때문에 그 필요성이 덜하다는 것이다.

생각건대, 비형벌법규에 대한 위헌결정은 기본적으로 장래효가 원칙이다. 이는 과거에 대해서는 어쩔 수 없지만, 미래에는 위헌적인 효과가 영향을 미쳐서는 안 된다는 지향점을 지닌다. 다시 말해서 법적 안정성이라는 이름으로 기관력을 보호한다. 확정력발생사건에 대해서는 권리구제의 범주에 포함시키지 않아 과거와의 단절을 철저히 유지한다. 하지만, 형벌법규에 위헌결정이 이루어지면, 소급적으로 효력이 상실된다. 비록 개별행위독자성의 원칙에 입각해서 형벌법규에 근거했던 유죄의 확정판결 등이 당연히 효력이 부인되는 것은 아니지만, 그 형벌법규의 헌법과의 충돌시점까지 소급해서 그 효력이 부인될 수 있게 된다. 거기까지 재심청구가

66) 이현환, 김철수교수화갑기념논문집, 291; 황우영, 김철수교수화갑기념논문집, 329; 남북현, 헌법재판연구 제7권, 379-381; 남북현, 한양법학 제20권 제2집, 329-355 참조.

폭넓게 허용됨과 아울러 재심은 기관력의 부인을 전제로 하는데, 그로 인해 정의의 확보는 철저히 지킬지만, 법적안정성의 파괴는 상상을 불허하게 된다.⁶⁷⁾

그래서 이론과 현실의 절충 내지 타협을 모색하는 것이다. 현재 우리가 처해진 사정을 냉정하게 보아야 한다. 독일에서 추구하는 “형벌법규에 대해서는 정의를 법적 안정성에 우선하는 반면, 비형벌법규에서는 정의와 법적 안정성의 타협 모색”을 그대로 한국사회에의 적용이 어렵다면, 형벌법규에 대해 정의관념만 일방적으로 관철하는 것이 아니라 법적 안정성의 배려를 모색하는 것이다. 아무튼 과거에 얽매어 과거의 족쇄에서 벗어나지 못해 실체적 형벌법규에 의한 신체의 자유가 극심하게 억압됨에도 미래에도 그런 오류가 지속되도록 해서는 안 된다.

나. 외국이론의 활용범위와 한계

형벌법규에 대해 헌법불합치로 결정을 하게 되면, 크게 보아 두 가지의 시각에서 매듭지어질 사항이 제기된다. 그 하나는 불합치결정은 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 것이므로 비형벌법규에서도 동일한 논리가 형벌법규에 대해서도 제기된다는 점이다. 다른 하나는 형벌법규에 대해 우리 헌재법 제47조 제2항 단서는 위헌결정에 따른 소급적인 효력상실 내지 소급효를 규율하고 있음에 따라 불합치결정이 이루어지게 될 경우 이에 어떠한 형태로 연관시킬 것인가 하는 점이다.

그러면, 첫째, 형벌법규의 위헌결정에 따른 소급효가 보편적인 입법사항에 해당하는지를 정의와 법적 안정성의 조화라는 시각에서 접근한다. 위헌결정에 있어 상호 대립되는 가치인 정의와 법적 안정성, 양자는 모두 실질적 법치주의에서 도출되는 헌법적 원칙이다. 비형벌법규와 관련해서는 양자의 절충을 도모하는 입법례가 대부분이다. 그렇지만, 형벌법규에 대해서는 소급효와 재심청구를 허용해서 정의에 절대적 가치를 두는 입법례가 있는가 하면, 비형벌법규의 경우와 동일하게 처우하는 입법례도 있다. 정의와 법적 안정성이 조우하는 지점을 살펴본다.⁶⁸⁾ 정의와 법적 안정성을 대척점에 놓고, 견주어 본다.

67) 물론 중간에 그 형벌법규가 개정되어 제정당시의 시점까지 소급되지는 않을 수 있어 법적 안정성의 파괴가 제한적이라는 지적도 있을 수 있을 것이다. 하지만, 후법에 대해 위헌결정이 나게 되면, 그 후법이 적용된 확정판결은 그에 따라 당연히 재심청구의 대상이 될 것이고, 후법의 위헌결정 소식을 접한 그 전법에 근거해서 유죄의 확정판결을 받은 기결수들은 재심개시청구를 하면서 그 전법에 대해 위헌심판제청신청을 하게 됨으로써 헌법재판소는 사후적으로 전법에 대해서도 동일한 취지의 결정을 할 수밖에 없을 것이다. 이런 경로를 거치다보면, 형벌법규가 아주 갖게 개정되었다 할지라도, 형벌법규에 대해 한번 위헌으로 결정되면 그 형벌법규의 전·후법에 대해서는 일종의 도미노적인 위헌결정 가능성을 부인할 수 없게 된다.

68) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 공법연구 제31집 제2호, 379.

먼저, 정의를 가장 중시하는 입장은 한국 헌재법 제47조 제2항 단서(형벌법규의 소급적 효력상실)와 독일 연헌재법 제79조 제1항(유죄의 확정판결에 대한 재심절차)이다.

반면, 법적 안정성을 가장 중시하는 입장은 위헌결정의 예외적인 소급효를 당해 사건에 한해 판례로 인정한 1975년 개정이전의 오스트리아 연방헌법 제140조이다. 그 다음이 1975년 헌법개정을 하면서 당해 사건과 헌법재판소가 달리 정한 경우에 예외적인 소급효를 인정한 오스트리아 연방헌법 제140조 제7항⁶⁹⁾이다.

그리고 비형벌법규의 위헌결정에 따른 법적 효과를 규정한 독일 연헌재법 제79조 제2항, 오스트리아의 재판설,⁷⁰⁾ 스페인 헌재법 제40조 제1항,⁷¹⁾ 이탈리아 헌재법 제30조⁷²⁾ 등은 법적 안정성과 정의가 균형을 이루는 지점을 위헌결정시점으로 설정하고 있다.⁷³⁾

여기서 주목해야 할 점은 오스트리아 연방헌법 제140조 제7항이나 재판설 등에서는 형벌법규의 위헌결정에 따른 법적 효과를 비형벌법규와 구분하지 않고 규율한다는 점이다. 이는 형벌법규에 대해 위헌결정을 하면 반드시 소급효를 인정하고 또 그 법적 효과를 소급적으로 배제하는 것이 헌법적인 원칙이라기보다는 입법정책적 사안임을 의미한다. 달리 표현하면, 형벌법규에 대해 불합치결정을 하면서 그 법적 효과로서의 소급효를 제한한다 할지라도, 비교법적인 측면에서는 그 정당성이 도출될 수 있음을 말하는 것이다.

둘째, 위헌결정효력이론도 다른 헌법소송이론과 마찬가지로 완성되어 매듭지어 졌다기보다는 꾸준히 개발 보완되어 간다는 점이다. 실질적 법치주의가 확립되고 입법과정에서 사전에 위헌성통제가 철저히 이루어지는 국가의 경우 사후적 통제

69) “법률이 위헌으로 인해 폐지되거나 제4항에 따라 헌법재판소가 법률이 위헌이었음을 선고하면, 모든 법원과 행정청은 헌법재판소의 결정에 기속된다. 헌법재판소가 폐지하는 결정에서 달리 정하지 않는 한, 당해 사건을 제외하고는 폐지 이전에 완성된 구성요건에는 종전의 법률이 계속 적용된다. 헌법재판소가 제5항에 따라 폐지결정에서 기한을 정하면, 당해 법률은 당해 사건을 제외하고는 이 기한이 도과하기 까지 완성된 구성요건에 적용되어야 한다.”

70) 이에 관한 상세한 내용은 vgl. Wolfgang Bauerreiss, Antinomie zwischen Art 139/140 und 140a B-VG? Zur Frage der „Konkretisierungstheorie“ des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1976, S. 505-513.

71) “법률, 법률적 효력을 가진 규정이나 작용의 위헌성을 확인하는 판결로 인해 위헌인 법률이나 규정 또는 작용이 적용되었던, 종결된 절차의 확정된 판결의 재심이 허용되는 것은 아니다. 이것은 이미 적용된 법규범의 무효로 인해 형량이나 제재의 감경을 초래하거나, 책임의 면제 또는 제한 등의 결과가 발생하는 그러한 형사절차나 질서벌절차에는 적용되지 아니한다.”

72) “... 위헌으로 선언된 법규범은 결정이 공포된 다음 날부터 더 이상 어떠한 적용도 허용되지 아니한다. 더 이상 다룰 수 없는 형사판결이 위헌으로 선언된 규범에 근거하여 적용된 것인 경우에는 그 집행과 형벌에 관한 모든 효과는 종료된다.”

73) 우리 헌법재판소와 대법원이 비형벌법규의 일반사건에 대한 법익형량이론을 전개하고 있는 바, 이 입장은 정의보다는 법적안정성을 우선시하는 태도라 여겨진다.

서의 구체적 규범통제는 그 빈도수나 위헌논란이 상대적으로 적을 수밖에 없다.

그리고 개발 보완된다는 측면을 살펴본다. 예컨대 불합치결정의 경우를 들 수 있다. 독일에서는 불합치결정된 법률에 근거한 처분의 성격이나 그러한 처분의 집행력 존중여부는 전혀 논의가 전개되지 아니함을 보았다. 그러나 그 당시 우리나라에서는 토초세법과 관련해서 논의의 기반을 마련해야 하는 형국이었다.

이런 점에 비추어 보면, 세계 각국마다 입법토양이나 민주화의 정도, 실질적 법치주의의 구현 정도 등에 따라 헌법소송이론은 독자성을 가지고 다양하게 발전해야 하는 취지로 파악될 수도 있겠다.

셋째, 위헌결정에 따른 소급효이론은 정리해야 할 과거의 규모와 밀접한 연관을 가진다는 점이다. 만약 과거와 완벽하게 단절된 상태에서 새로운 입법질서를 형성하고 그 틀 속에서 상위법위반문제를 해결하고 또 그에 따른 법적 효과의 적용범위를 구획하라고 한다면, 처음부터 당연무효의 틀을 폭넓게 인정할 수 있을 것이다. 구체적 사건에서의 정의만 추구하면 되고, 법적안정성 침해문제는 등장할 여지가 거의 없기 때문이다.

넷째, 위헌결정의 소급효과 가지는 파급적 효과이다. 비형벌법규에 위헌결정을 선고할 경우에도 그로 인해 발생하는 대량적인 효과를 완화하고자 불합치결정등의 변형결정이 모색되는 것이다. 여기서 비형벌법규는 확정력이 발생하지 아니한 사건에 대해서만 권리구제의 대상으로 논의될 뿐이다. 그럼에도 불구하고 위헌결정이 회피되는 형국인데 반해, 형벌법규의 경우에는 이미 확정된 사건에 대해서도 재심청구를 허용한다. 심판대상인 형벌법규가 제정된 지 오래되었고 또 그 법규 적용의 빈도수가 아주 높다면 그로 인한 파급효과는 상상하기 어려울 정도이다. 이런 사정이라면, 소급효를 제한하는 등의 방안을 적극적으로 모색함 직하다고 본다.

4. 형벌법규에 대한 불합치결정의 유형화 가능성

가. 비형벌법규의 경우와의 분별필요성

비형벌법규의 위헌결정에 따른 법적 효과는 위헌결정된 법률의 일반적 적용배제이고,⁷⁴⁾ 이는 과거에 대해서는 위헌법률이 만든 기성상태를 그대로 방치할 수밖에 없지만, 미래적으로는 더 이상 관철되어서는 안 된다는 시각을 표출한 것이다.⁷⁵⁾

74) 폐지무효설에 따르면, 위헌결정의 장래효원칙과 예외적인 소급효이다.

75) Vgl. BVerfGE 20, 230(236, 연헌재법 제79조 제2항은 구체적 사건에서의 실질적 정의와 법적 안정성을 형량한 결과로 만들어진 산물이라 할 수 있다. 즉 “연헌재법 제79조 제2항 제1문, 제2문 및 제4문의 조항을 연결지위 파악하면, 그것은 다음과 같은 법사상을 제시한다. 공권력의

이런 점은 구체적인 사건에서의 정의와 법적 안정성을 형성한 결과이다.

이에 더 잡은 불합치결정은 기본적으로 위헌결정의 법적 효과를 제약하기 위해서 만들어진 모형이다. 다시 말해서 불합치결정의 법적 효과를 모색함에 있어서 위헌결정의 법적 효과인 일반적 적용배제를⁷⁶⁾ 기본적인 전제로 해야 한다. 여기서 불합치결정은 입법자로 하여금 신속한 개선입법의무를 지움과 아울러 법적 용자에 대한 법적 효과에 제약을 가한다. 그 내용은 익히 제시된 바와 같이 불합치법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하는 경우와 불합치법률의 잠정적인 계속적용을 명하는 경우로 구분된다. 여기서 전자는 위헌법률의 적용을 배제하긴 하지만 입법자가 개선입법한 내용을 거기에 대체시킴으로써 합헌질서를 구현하고자 한다. 그리고 후자는 일반적 적용배제라는 법적 효과를 박탈하고 불합치법률의 제정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간을 불합치법률로 하여금 규율하게 한다.

이상과 같이 비형벌법규에 대한 불합치결정의 법적 효과는 기본적으로 위헌결정의 법적 효과를 제약하고자 한 취지이다. 여기서의 불합치결정은 그 전제가 된 위헌결정의 법적 효과가 확정된 바에 좌우됨은 당연하다. 달리 표현하면, 형벌법규에 대한 헌법불합치결정의 법적 효과를 모색함에 있어서도 동일한 논리체계가 원용될 수 있음을 의미한다.

우리 현재법 제47조 제2항 단서는 형벌법규에 대한 위헌결정이 있으면, 그 형벌법규는 소급하여 그 효력을 상실하는 것으로 하고 있다. 위헌결정의 법적 효과로서의 소급적인 일반적 적용배제와 재심청구를 논의의 전제로 삼아야만 형벌법규에 대한 불합치결정의 법적 효과 모형에 대해서도 나름대로 구획이 가능할 것이다. 비형벌법규에 대한 불합치결정에 있어 법적 효과의 규율모형이 형벌법규에 원용됨은 당연하지만, 그 모형을 아무런 조정 없이 그대로 수용해야 함을 의미하는 것은 아니다.

나. 불합치결정에 따른 시적 공간별 구획

위헌결정에서는 시적 공간이 대체로 세 범주로 구분된다. ① 위헌법률 제정

불가쟁력이 발생된 하자있는 행위는 소급적으로 폐지되는 것이 아니고 또 과거에 그 행위에 의해 야기된 불리한 효과도 제거되는 것은 아니지만, 그러나 미래적으로는 위헌적인 국가작용의 강제적인 실행으로 제시될 수 있는 결과는 예방되어야 한다”는 것이다. 관련 판례로는 BVerfGE 37, 217(263); 48, 327(340); 91, 83(90f.). 이에 관해서는 남복현, 공법연구 제31집 제2호, 375.

76) 적법한 소송요건을 갖추어 근거법률의 위헌성을 주장하는 경우에는 모두 권리구제의 대상에 포함시켜야 함을 말한다.

시점부터 결정시점 사이에 이미 확정력을 발생한 경우, ② 그 시적 공간에 법률관계가 형성되어 소송이 제기되었고 그로 인해 중국에는 위헌결정의 계기를 제공하게 된 당해사건, 위헌결정 당시 헌법재판소에 심판이 계속중이거나 법원에 위헌심판제청이 신청된 동종사건, 위헌결정 당시 법원에 소송이 계속중인 병행사건, 그리고 위헌결정 당시 이미 법률관계가 형성되었지만, 결정시점 이후에 법적 분쟁이 제기된 이른바 일반사건⁷⁷⁾에 해당하는 경우,⁷⁸⁾ 그리고 ③ 위헌결정 이후에 위헌법률에 기해 법률관계가 형성된 경우 등이다.⁷⁹⁾

그런데, 불합치결정은 여기서 ③의 경우를 둘로 구분할 수 있다. ③ 불합치결정 시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간과 ④ 개선입법시점 이후의 시적 공간이다.

이상은 비형벌법규와 관련해서 구획한 것이지만, 형벌법규에도 그대로 적용될 수 있다. 오히려 ①의 경우에는 유죄의 확정판결에 대해 재심청구까지 허용하고 있다.

77) 통상적으로 일반사건이란 위헌으로 결정된 법률이 적용되어 위헌결정 이후에 법적 분쟁이 제기된 사건을 말한다. 위헌법률에 근거하여 구체적 법률관계가 형성되었으나, 법률관계의 형성 당시에는 그 법률의 위헌여부가 아직 헌법재판소에서 결정되지 아니하였으며, 법원에의 제소기간 등이 아직 도과되지 아니한 경우로서 위헌결정 이후에 법원에 소송이 제기된 사건을 말한다. 거듭 말하지만, 일반사건은 제소기간이 도과된 사건이 아니다. 단지 법률관계의 형성이 지체되었기 때문에 문제될 뿐이다. 사법심사제에 의한다면, 당연히 법원이 부수적으로 법률의 위헌여부를 판단한 다음, 마땅히 권리구제의 대상에 포함시켜야 할 사건인 것이다. 그런데 일반사건의 의미가 이와 같음에도 불구하고, 헌법재판소나 대법원이 그런 사건들에 대해 법익형량을 해야 한다는 입장을 전개하면서 그 의미를 달리 파악하려 한다(헌재 1993. 5. 13, 92헌가10등, 헌판집 5-1, 226, 227-228; 대법 2005. 11. 10, 2005두5628 판결 참조). 아마도 그 요인은 소송상 적법요건에 대한 판단의 문제가 있어 인식을 근본적으로 달리하는 까닭으로 읽혀진다. 이에 관한 상세한 내용은 남북현, 공법연구 제37집 제1-2호, 76-77 참조.

78) 위헌결정의 효력이 미치는 사건의 유형으로 대법원은 이와 같이 유형화한다. 대법 2006. 6. 15, 2006두279 판결; 서울고법 2006. 10. 20, 2004누19271 판결, 법률신문 제3503호, 2006. 11. 6.자, 12면, 11면 참조. 그러나 헌법재판소는 이상과 같은 용어를 사용하지 않고 있다. 헌재 2000. 8. 31, 2000헌바6결정, 헌공 49, 744-746(구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서 법원의 제청·헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해 사건, 그리고 따로 위헌제청신청을 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건) 참조. 그런데 여기서 대법원이 사용하는 동종사건이나 병행사건이란 개념이 지칭하는 대상을 선정함에 있어 그 용어가 정확한 표현에 해당하는지는 의문의 여지가 없지 않다. 하지만, 대법원이 보편적으로 사용하고 있으며, 어떠한 형태로든 구획해서 특정할 필요성이 있으므로, 그런 점에서 본고에서도 그대로 이용하기로 한다.

79) 여기서 헌법재판소나 대법원이 제시하는 폐지무효설에 따르면, ③의 경우는 장래효가 적용되고, ②의 경우는 예외적으로 소급효가 적용되며, ①의 경우는 존속력이나 확정력 또는 소멸시효 등의 다른 법리에 의해 소급효가 제한되는 경우로 기술될 것이다.

다. 위헌결정과 불합치결정의 법적 효과 기산점으로서의 규범충돌시점

비형벌법규에 대해 위헌결정이나 불합치결정이 있을 경우 법적 효과를 논의하는 기준시점으로 폐지무효설은 자연스럽게 결정시점을 선택한다. 왜냐하면 장래효원칙과 예외적인 소급효라는 논의의 기준이 바로 결정시점이기 때문이다. 또 형벌법규에 대해서 위헌결정이 있을 경우에도 일단은 결정시점을 기준으로 논의를 전개한다. 결정일을 기준으로 유죄의 확정판결이란 개념이 정립되기 때문이다.

물론 결정시점은 당연무효설에서도 간과할 수 없는 중요한 시점이다. 이와 더불어 주목해야 할 시점이 바로 규범충돌시점이다. 비형벌법규의 경우 확정력발생사건은 권리구제의 대상에 포함되지 않기 때문에, 규범충돌이 아주 오래전에 발생한 경우 그 시점의 비중이 상대적으로 약하게 될 것이다. 하지만, 형벌법규의 경우 유죄의 확정판결에 대해 재심청구가 허용되므로 규범충돌시점은 나름대로 그 의미를 지니게 된다.

법률이 헌법에 위반되게 된 유형으로는 ① 제정당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 인하여 위헌이 되는 경우, ② 제정당시부터 시원적으로 위헌인 경우 그리고 ③ 제정당시에는 합헌이었으나 헌법이 개정되어 위헌으로 되는 경우 등을 제시한다.⁸⁰⁾ 이상에 대해 결정의 법적 효과를 논의함에 있어 기산점으로서의 규범충돌시점은 사정변경에 따른 경우에는 사정변경시점이며,⁸¹⁾ 시원적 위헌인 경우에는 심판대상인 법률의 제정시점이며, 그리고 개헌으로 인한 경우에는 개헌시점이 각각 그에 해당할 것이다.

그런데, 이미 전소에서 합헌으로 결정되었으나 후소에서 다시 다툼의 대상이 되어 위헌이나 불합치로 결정되었을 경우 규범충돌시점을 언제로 파악해야 할 것인가가 문제된다.⁸²⁾ 다시 말해서 후소 결정의 법적 효과에 대한 기산점을 언제로 할 것인가 하는 점이다. 이는 형벌법규의 경우 어느 시점까지 위헌결정이나 불합치결정의 소급효를 인정할 것인지를 좌우한다. 예컨대 간통죄에 대해 이미 4차례나 합헌결정되었지만,⁸³⁾ 나중에 위헌이나 불합치로 결정되었다고 가정할 때, 그

80) 현재 1993. 5. 13, 92헌가10, 5-1, 226, 242-244 참조.

81) 여기서 결정시점으로 파악할 경우에는 당해사건이 구제대상에 포함되지 않는 한계를 초래하게 된다.

82) 전소와 후소의 사이에 개헌이 이루어졌거나 심판대상인 법률조항의 개정이 있었다면, 이는 여기서 논의대상이 되지 않는다. 하지만, 후발적인 사정변경으로 이런 상황이 발생하였다면, 그런 경우는 논의대상에 포함되어야 할 것이다.

83) 현재 1990. 9. 10, 89헌마82, 판례집 2, 306; 1993. 3. 11, 90헌가70, 판례집 5-1, 18; 2001. 10. 25,

결정의 소급효를 인정하는 기산점을 언제로 할 것인가가 문제된다.⁸⁴⁾ 전소 결정의 정당성 인정을 전제로 해야 하므로,⁸⁵⁾ 후소의 결정에서 달리 정하지 않는 한, 전소의 결정시점을 기산점으로 함이 타당하지 않을까 한다.

이는 특히 헌법재판소가 종래 형벌법규에 대해 한정합헌이나 단순 합헌으로 결정한 사례들과 밀접한 연관성을 지니게 된다고 하겠다.

라. 형벌법규 불합치결정의 유형 모델과 그 검토

형벌법규에 대해 불합치결정을 하게 되면, 그 결정은 단순 위헌결정의 법적 효과를 제약하는 형태를 띠게 될 것이다. 이때 과연 어떠한 형태로 제약할 것인지를 유형화하기로 한다. 이에 대해서는 비형벌법규에 대한 불합치결정의 법적 효과를 준거로 삼아 접근하는 방법도 있고, 형벌법규에 대한 위헌결정의 그것에 기반을 두는 방법도 있다. 즉 적용중지 불합치결정에 터 잡는 경우, 계속적용 불합치결정에 터 잡는 경우, 그리고 형벌법규의 위헌결정에 따른 소급효를 제약하는 경우 등이다.

제 1 유형은 비형벌법규의 적용중지 불합치결정에 대한 법적 효과를 형벌법규의 경우에 그대로 원용하는 방안이다. 즉 불합치 형벌법규의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하는 경우이다. 당해사건 등⁸⁶⁾에 대해서는 개선입법된 결과에 따라 권리구제에 포함되는 여부를 정한다.⁸⁷⁾ 유죄의 확정판결 역시 개선입법된 내용에 따라 재심청구의 허용여부를 정하게 한다. 원래 재심은 확정력의 파괴를 의미하지만, 개선입법된 내용에 따라 처리하도록 함으로써 법적안정성의 훼손을 최소화할 수 있다. 게다가 사후적으로 형벌의 얼룩을 지워줄 수 있는 편익을 지니게 된다.⁸⁸⁾ 하지만, 어쨌든 결과적으로 확정력의 파괴를 완화시킬 수는 있겠지만, 재심개시절차는 단순위헌결정과 별다른 차이가 없이 진행될 것이다. 다시

2000헌바60, 판례집 13-2, 480; 2008. 10. 30, 2007헌가17, 판례집 20-2상, 696 참조.

84) 실제로 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제 5 조 제 4 항 제 1 호 등은 현재 2005. 6. 30, 2004헌바4등(판례집 17-1, 907)에서는 합헌으로 결정되었으나, 현재 2006. 4. 27, 2006헌가5(판례집 18-1상, 491)에서는 위헌으로 결정되었다.

85) 후소의 결정이 헌법재판에 있어서의 재심청구에 따른 것이 아니라면, 그렇게 접근해야 할 것이다. 헌법재판소 결정에 대한 재심의 허용여부에 관해서는 헌법재판소, 실무제요, 87 이하 참조.

86) 여기서는 당해사건, 동종사건, 유사사건 및 일반사건을 통칭한다. 즉 불합치법률의 제정시점부터 불합치결정시점까지의 시적 공간동안 법률관계가 형성되었지만, 결정 당시 아직 확정력이 발생하지 아니한 사건을 말한다.

87) 이는 형벌법규에 대해서만 독특하게 요구하는 것이 아니고, 비형벌법규에서도 동일한 접근자세를 취하는 바다.

88) 이런 점은 형법 제 1 조 제 3 항(재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다)과도 조화를 이룬다고 본다.

말해서 법원에의 업무경감을 기대하기는 어려울 것이다.

제 2 유형은 비형벌법규의 계속적용 불합치결정에 대한 법적 효과를 형벌법규의 경우에 그대로 원용하는 방안이다. 즉 불합치 형벌법규를 개선입법시점까지 잠정적으로 계속 적용하도록 하는 방안이다. 이에 따르면 당해사건 등은 권리구제의 대상에 포함되지 아니한다.⁸⁹⁾ 유죄의 확정판결 역시 재심청구의 대상이 되지 아니한다. 이 방안은 불합치법률의 제정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간 동안 발생할 법적 혼란이나 중대한 법적 공백상태의 초래를 방지할 의도를 전제로 한다. 이는 법적 안정성을 위해 구체적 사건에서의 정의를 전면적으로 포기한 것이다. 비형벌법규에 대한 경우보다 더욱 극심한 결과를 초래하게 된다.⁹⁰⁾ 그렇기 때문에 이런 점을 합리화할 만큼 중대한 법적 안정성에 있어서의 편익이 존재하지 않으면 안 된다.

제 3 유형은 비형벌법규의 위헌결정에 따른 법적 효과와 동일한 형태를 지향하는 방안이다. 즉 형벌법규에 대해 불합치결정이 선고되면, 비형벌법규에 대해 위헌결정이 선고된 것과 동일하게, 결정시점 이후 형성된 법률관계에 불합치법률의 적용이 배제됨은 물론이고, 당해사건등에 대해서는 불합치법률이나 개선입법의 적용이 배제된다. 오로지 유죄의 확정판결에 대한 재심청구만을 허용하지 않는 방안이다.⁹¹⁾ 이에 따를 때, 형벌의 얼룩을 지닌 피해자들은 침해된 기본권의 구제대상에서 배제된다. 이에 따른 저항을 어떻게 극복할 것인가가 관건이다. 또한 법리해석상 헌재법 제47조 제 3 항에 정면 배치된다는 지적을 면하기 어려운 한계를 지닌다.

제 4 유형은 제 3 유형과 동일하게 비형벌법규의 위헌결정에 따른 법적 효과를 지향하지만, 헌법재판소나 대법원이 일반사건에 대해 법익형량하는 바와 동일하게 형벌법규의 불합치결정에도 요구하는 방안이다. 이 방안에 따르면, 불합치결정시점부터 개선입법시점까지는 개선입법은 물론이고 불합치법률의 적용이 배제된다.

89) 이 유형에서는 구체적 규범통제의 제도적 취지에 부합하기 위해서는 당해사건에 대해서만큼은 구제대상에 포함시켜야 한다는 주장도 제시될 수 있을 것이다.

90) 게다가 본질적인 문제제기에 해당하는 것으로 헌재법 제47조 제 2 항 단서는 위헌결정의 경우 소급적인 효력상실임에도, 불합치결정되었음을 이유로 불합치 형벌법규를 잠정적으로 계속적용하게 함은 물론이고 결정시점 이후에서야 개선입법이 이루어지는데, 이를 그때까지 요구함은 지나치게 불합리하다는 점이다.

91) 이를 엄격하게 파악하면, 그 중에서도 유죄의 확정판결이 선고되긴 하였지만 아직 집행이 종료되지 아니한 사건에 대해서는 권리구제의 대상에 포함시켜줘야 할 것이다. 결국 이러한 관념은 독일 헌재법 제79조 제 2 항 제 1 문과 제 2 문의 틀을 차용해서 전개한 것이다. 즉 이미 확정적으로 종결된 경우, 유죄의 확정판결을 받아 실형으로 복역을 종료하였거나 집행유예처분이 종료된 경우에는 그대로 둘 수밖에 없지만, 불합치결정 당시 실형으로 복역 중이거나 집행유예가 진행 중이라면 이런 경우에 대해서만큼은 재심청구의 대상에 포함시켜야 한다는 것이다.

또 당해사건, 동종사건 및 병행사건에 대해서도 마찬가지다. 하지만, 일반사건에 대해서는 정의와 법적 안정성을 형량해서 구제대상에 포함여부를 정하게 하는 것이다. 그리고 유죄의 확정판결은 당연히 재심청구가 불가능하게 된다.

결국, 여기서 논의의 핵심은 두 가지로 본다. 물론, 형벌법규에 대해 불합치결정을 함으로써 위헌결정에 따른 법적 효과를 제약함이 전제된다. 그 하나는 법적 안정성을 이유로 재심청구를 부인해야 하는데, 국가공권력에 의해 가해진 형벌의 일부를 피해자들에게 전가함이 공정한 것인가 하는 점이다. 다른 하나는 법적 안정성을 이유로 형벌법규를 개선입법시점까지 잠정적으로 계속 적용하게 할 경우 그로 인해 피해자들의 형벌은 그대로 유지되어야 하는데, 이를 가능하게 할 법적 안정성이란 법익의 중요성은 과연 어느 정도이어야 하는가 하는 점이다. 결국 재심청구의 허용을 통한 확정력의 파괴는 구체적 사건에서의 정의를 구현하고자 함이다. 역시 법적 안정성과 정의를 어떻게 형량해서 조화를 이루어 실질적 법치주의를 구현한 것인가가 과제라고 하겠다.

5. 법적 효과별 형벌법규 불합치결정의 부수적 쟁점의 검토

형벌법규에 대해 불합치결정을 선고하게 될 경우 앞서 지적한 문제점이 드러남은 물론이고, 각 유형별로 고유한 쟁점적 사항이 노정된다. 게다가 대법원이나 이른바 구별설의 시각에서 접근하게 되면, 논의영역은 대폭 늘어나게 된다. 그러므로 여기서는 대체적으로 예상되는 적용중지 불합치결정과 계속적용 불합치결정을 중심으로 검토하기로 한다.

가. 제 1 유형 : 적용중지 불합치결정의 경우

1) 쟁 점

이 유형은 비형벌법규의 적용중지 불합치결정에 대한 법적 효과를 형벌법규의 경우에 그대로 원용하는 방안이다. 즉 불합치 형벌법규의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하는 경우이다. 이 방안은 당해사건등의 처리나 확정력발생사건(유죄확정판결)의 재심청구 허용여부에 대해서는 법적용절차를 중지시키고 개선입법된 결과에 따라 처리하도록 하는 것이다.

그런데 대법원은 2009. 1. 15. 실체적 형벌법규에 대해 그 법적 효과가 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 따른 처리를 내용으로 하는 헌법불합치결정이 선고되었다 할지라도, 불합치법률의 적용이 배제됨과 아울러 개선입법도 행위시의

법률이 아니어서 개선입법을 적용하면 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에 위배되므로 적용해서는 안 되고, 따라서 처벌법규가 없으므로 무죄라는 판결을 선고하였다.⁹²⁾ 그리고, 불합치법률의 적용금지와 개선입법의 소급적용에 있어 양자를 단절관계로 파악하는 구별설⁹³⁾은 이러한 대법원의 태도를 뒷받침하고 있다.

그런가 하면, 그밖에도 이 유형에 따르게 될 경우 여러 가지 쟁점적인 사항들이 등장하게 된다. 그 중에서도 결정시점과 개선입법시점 사이에 구체적인 법률관계를 형성할 법률적 근거도 없이 형성하라고 하였다가 사후적으로 개선입법으로 규율할 수밖에 없는 한계를 초래하는 문제에 대해서도 대안을 모색해야 한다.

그러면, 이상에 관해 단계적으로 검토한다.

2) 불합치 형벌법규의 적용금지와 개선입법의 소급적용

대법원과 구별설은 입법자에게 신속한 개선입법의무를 부과한 반면, 법적용자에게는 법적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 한 적용중지 불합치결정에 관해 불합치법률의 적용금지와 개선입법의 소급적용문제로 환치시켜 접근한다. 또 형벌법규에 관해서는 비형벌법규와는 다른 논리체계를 전개하기도 한다.

가) 대법원 판결의 논지

대법원이 2004도7111판결에서 주장하고자 하는 바⁹⁴⁾는 대체로 다섯 가지로 정리할 수 있다.⁹⁵⁾ ① 헌법불합치결정은 위헌결정의 일종이다. ② 헌법불합치로

92) 대법 2009. 1. 15, 2004도7111판결.

93) 이에 관한 상세한 내용은 김시철, 사법 2009. 6, 203 참조.

94) 법원이 헌법 제107조 제1항 등에 근거하여 법률의 위헌여부의 심판제청을 하는 것은 그 전제가 된 당해사건에서 위헌으로 결정된 법률조항을 적용하지 않으려는 데에 그 목적이 있다는 점과 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정취지에 비추어 볼 때, ... 헌법재판소의 헌법불합치결정은 당해사건인 이 사건에 적용되는 법률조항에 대한 위헌결정에 해당하는 것이다. 한편 구법 제19조는 당사자의 행위가 구법 제6조 제1항의 규정에 위반한 것을 구성요건으로 삼고 있으므로 구법 제6조 제1항 본문 제2호는 구법 제19조와 결합하여 형벌에 관한 법률조항을 이루는 것이라고 할 수 있는 바, 형벌에 관한 법률조항에 대하여 위헌결정이 선고되는 경우 그 법률조항의 효력이 소급하여 상실되고, 당해사건 뿐만 아니라 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적으로 재심이 허용된다는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항의 규정에 비추어 볼 때, 헌법불합치결정의 전면적인 소급효가 미치는 형사사건에서 법원은 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 구법 제6조 제1항 본문 제2호를 더 이상 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수 없다. 또한 구법 제6조 제1항 본문 제2호에 대하여 헌법불합치결정이 선고된 이후에 2005. 3. 24. 법률 제7396호로 개정된 학교보건법 제6조 제1항 본문 제2호의2 등은 피고인이 공소사실 기재와 같은 행위를 한 다음에 입법화된 것이 분명하므로, 이미 헌법에 합치되지 않는다고 선언된 구법을 토대로 하여 개정된 법률조항을 소급적용하여 피고인을 처벌하는 것은 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항의 명문규정에 위배되어 허용될 수 없는 것이다(헌법재판소 1989. 7. 14, 89헌가5 등 결정, 헌법재판소 1996. 2. 16, 96헌가2 등 결정 참조).

그렇다면 이 사건 공소사실은 이를 처벌할 법규가 존재하지 않아 피고사건이 죄가 되지 아니하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 피고인에게 무죄를 선고하여야 할 것이다.

95) 이에 관한 상세한 내용은 남복현, 한양법학 제20권 제2집, 329-355 참조.

결정된 법률조항은 형사사건에서 처벌법규로 적용될 수 없다. ③ 이 사건 개정법률은 행위시점 이후에 제정된 법률이다. ④ 개정법률에 근거해서 피고인을 처벌함은 죄형법정주의와 소급처벌금지의 원칙에 위반된다. ⑤ 따라서 이 사건에 적용될 처벌법규가 존재하지 않기 때문에 피고인은 무죄이다.

나) 이른바 구별설의 주장 내용

구별설은 비형벌법규에 대해 적용중지 불합치결정이 선고되면 그 의미는 불합치법률의 적용금지와 개선입법의 소급적용이라고 한다. 여기서 불합치법률의 적용금지는 위헌결정된 법률의 적용금지와 동일한 의미라고 하고, 개선입법을 소급적용할 것인지 여부와 그 범위는 입법자가 경과규정으로 규율할 사안이라고 한다. 그래서 법적용자인 법원이나 행정청은 입법자가 사후적으로 개선입법을 하면서 규율한 경과적인 조치에 근거해서 이미 형성된 법률관계를 규율하면 문제되지 않는다고 한다.

그런데 형벌법규에 대해 불합치결정이 이루어지면, 비형벌법규의 경우와 마찬가지로 위헌결정된 법률의 적용금지와 동일하게 파악됨에 따라 불합치 형벌법규는 적용금지가 됨과 아울러, 개선입법의 소급적용조차도 절대적으로 금지된다는 것이다. 사후적으로 범죄구성요건을 규정한 개선입법을 그 시행 이전에 종료한 피고인의 행위에 대한 처벌근거로 소급적용하는 것은 형벌불소급의 원칙에 정면으로 위배되기 때문이라는 것이다.⁹⁶⁾ 그렇기 때문에 형벌법규에 대한 불합치결정은 부인되어야 한다는 것이다.⁹⁷⁾

다) 대법원 판결과 구별설에 관한 검토

먼저, 대법원 판결을 검토한다.

대법원이 이 사건 판결에서는 ‘불합치법률의 적용배제’라는 요소와 ‘개정법률의 대체 적용’이라는 요소를 단절적으로 파악하고 있음을 보여준다. 불합치법률의 적용절차를 중지하게 한 취지는 그 법률의 적용을 배제할 목적이 분명하다. 대법원이 이와 같이 전개한 논리에 이의를 제기할 여지는 없다. 하지만, 개정법률이 이 사건 공소사실 이후에 제정되었기 때문에 사후입법금지의 원칙에 위반된다는 주장은 받아들이기 어렵다.

이에 대해서는 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따른 처리를 법적 효과로 하는 불합치결정의 본질적 징표를 검토함으로써 답변하고자 한다. 다시 말해서 불합치결정의 취지에 따라 입법자가 개선입법한 그 법률을 행위시점

96) 김시철, 사법 2009. 6, 208-209 참조.

97) 김시철, 사법 2009. 6, 207 참조.

이후에 제정된 법률이라고 취급하면서 소급입법에 의한 처벌금지라는 헌법적 원칙의 위반으로 파악함이 적절한가 하는 점이다.

이 사건 판결의 결정적인 오류는 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하라는 취지를 무시하였다는 점이다. 즉, 불합치법률의 적용배제는 개선입법으로의 대체를 기본적인 전제로 함에도 이를 간과한 것이다.

불합치결정에 따라 개선입법이 이루어졌고, 그 개선입법으로 불합치법률을 대체해서 적용하는 것은 헌법 제13조 제1항이 의도하는 바와 서로 배치되는 것이 아니다. 당해사건 등에의 불합치법률의 적용배제는 개선입법된 결과의 적용을 전제로 한 관념이다. 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따른 처리라는 법적 효과를 법적용자에 대해, 그리고 보다 근본적으로는 위헌성이 해소시켜야 할 개선입법의무를 입법자에 대해, 각각 본질적인 징표로 하는 불합치결정은 헌법 제12조 제1항이나 제13조 제1항과는 서로 충돌하지 않는다. 이들 헌법조항이 말하고자 하는 바는 종래에는 없던 새로운 형벌법규를 제정하고 그 법률을 소급 적용하여 사후적으로 처벌하고자 함을 금지한다는 취지이다.⁹⁸⁾ 여기서 개선입법은 기존의 불합치법률보다 합헌적인 질서에 부합되는 내용을 담고 있음을 전제로 하며, 위헌성이 제거되어야 함을 전제로 해서 지향된 바다.⁹⁹⁾

다음, 구별설의 주장에 대해 검토한다.

첫째, 불합치결정은 예외적인 상황에서 허용될 뿐이고, 그 실질적인 의미가 없다고 한다. 그러나 이는 불합치결정의 법적 효과를 위헌결정과 동일한 것으로 파악해서 접근함으로써 그런 결론에 도달한 것이다.

둘째, 사후적으로 범죄구성요건을 규정한 개선입법을 소급적용하는 것은 형벌 불소급의 원칙에 정면 배치된다는 것이다. 그렇지만, 개선입법을 적용함에 있어 소급적으로 구성요건을 완화하거나 소급적으로 가중된 형벌을 완화한다면, 이는 형법 제1조 제2항과도 조화를 이룬다. 여하튼 불합치결정에서 개선입법에 따른 처리는 그를 통해 헌법적 불합치상태를 해소하고 합헌상태를 회복하도록 한 것이다.

셋째, 형벌조항은 피고인의 자유권을 제한하는 침해규범이기 때문에 입법자의 입법형성의 자유가 있다는 이유만으로 불합치결정을 하는 것은 적당치 않다는 것이다. 하지만, 형벌법규라 할지라도, 오히려 사후적으로 구성요건이나 형벌가중을 각각 완화함은 문제되지 않는다.

98) 종래에는 없었던 새로운 구성요건을 형성하거나, 법적 효과를 가중해서 규율하는 경우를 상정할 수 있겠다.

99) 이 경우 개선입법된 내용이 그 자체로 불완전하게 위헌성을 제거하였다면, 이는 별도로 위헌여부 다툼의 대상이 된다고 할 것이다.

아무튼, 불합치결정을 함에 있어 형벌불소급의 원칙은 소급적인 범죄구성요건 제정의 금지와 소급적인 형벌가중의 금지를 추구할 뿐이다. 이런 점을 감안하지 않고, 일률적으로 불합치결정이 개선입법의 소급적용을 추구한다는 이유만으로 부적절함을 주장함은 타당성을 결여한 것이다.

라) 정 리

생각건대, 대법원은 이 사건 판결에서 상고를 기각할 것이 아니었고, 하급법원으로 파기 환송하였어야 했다. 그에 따라 하급법원은 개선입법된 구성요건에 해당하는 여부를 심리해서 개선입법에 따를 지라도 구성요건에 해당하면 그에 따른 벌칙조항의 적용을, 구성요건에 해당하지 아니하면 무죄를 선고하였어야 한다. 구체적으로 살펴보면, 이 사건 공소사실에 기재된 극장의 유형이 영화상영관 중 비상설상영장에 해당하는 경우에는 무죄가 되겠지만, 그렇지 아니한 경우 개선입법의 혜택을 향유할 수 없다고 할 것이다. 다시 말해서 불합치결정에 따른 개선입법에 반영되지 아니하였으므로, 공소사실에 기초해서 그대로 유죄를 인정함이 타당하다고 본다.

3) 결정시점과 개선입법시점 사이의 경과적 규율 필요성

적용중지 불합치결정의 경우 불합치법률의 적용을 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 하는 법적 효과를 지향함에 있어 결정시점과 개선입법시점 사이의 시적 공간을 규율하는 문제가 등장한다. 이 결정의 법적 효과에 따르면, 이 시적 공간은 불합치법률의 적용이 중지된 것은 물론이고, 아직 개선입법도 마련되지 아니한 상태에 놓이게 된다. 여기서 문제는 구체적 법률관계를 형성하지 않으면 안 될 상황에 놓여 있을 때, 이를 규율하는 법규범을 어떻게 드러내야 하는가 하는 점이다.¹⁰⁰⁾

100) 여기서 제기하는 문제는 불합치법률의 제정시점부터 불합치결정시점까지의 시적 공간동안 발생할 법적 혼란을 해소하기 위해 불합치법률의 적용중지와 개선입법의 처리를 요구하였을 경우, 불합치결정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간 동안에도 마찬가지로 그렇게 요구함으로써 문제될 소지는 없는가 하는 점과, 문제가 된다면, 그 문제를 어떻게 해소해야 할 것인가 하는 점이다. 이 문제에 관해 헌법재판소도 이미 인식한 것이 아닌가 한다. 헌법재판소는 2008. 7. 31. 두건의 헌법불합치결정을 선고한 바 있다. 두 건 모두 구법에 대해서는 불합치법률의 적용절차를 중지시키고 아울러 개선입법에 따라 처리하도록 한 반면, 현행법에 대해서는 개선입법시점까지 잠정적인 계속적용을 명하였다. 현재 2008. 7. 31, 2005헌바90(“1. 의료법 제19조의2 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다. 2. 의료법 제20조 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 규정은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다”); 현재 2008. 7. 31, 2007헌가4(“1. 영화진흥법 제21조 제3항 제5호 및 제21조 제7항 후문 중 ‘제3항 제5호’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다. 2. 「영화 및 비디오물 진흥에 관한 법률」 제29조 제2항 제5호는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다”).

불합치결정에 있어 법적용의 증지는 이미 공소사실이 확정된 경우에는 형사 소추절차의 증지를 의미한다. 그에 반해 공소사실을 형성해야 하는 경우에는 달리 파악되어야 한다. 즉 구성요건조항에 대해 불합치로 결정하고 개선입법에 따라 처리하도록 하였을 경우 최소한 불합치결정시점부터 개선입법시점까지의 시적 공간에 대해서는 사후적으로 개선입법된 결과에 따라 구성요건에 해당하는 여부를 판단하게 된다는 점이다. 이 시적 공간동안 일반국민은 자신의 행위가 형벌법규의 구성요건의 틀 속에 해당되는 여부에 대해 판단자료를 지니지 못한다는 점이다. 이는 사후처벌금지원칙에 위반된다는 논란을 불러일으키게 된다. 즉, 결정시점부터 개선입법시점까지 불합치 형벌법규의 적용을 중지하도록 요구함¹⁰¹⁾은 새로운 법률관계의 형성 자체를 방치함을 의미한다. 그렇게 해놓고선 개선입법의 결과에 근거해서 구성요건에 포함되는 사항에 대해서는 사후적으로 형사적인 제재를 가할 수도 있다는 것이다. 이는 개선입법에 따른 처리를 주장하는 논리의 가장 큰 약점이다. 그럴 경우 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 위배된다는 지적을 피할 길이 없다.

이에 관해서는 헌법재판소가 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에 관해 명료하게 제시한 의미¹⁰²⁾를 답변으로 갈음하기로 한다.

“헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 근본 뜻은 형벌법규는 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 설정하여 어떠한 행위가 금지되어 있고, 그에 위반한 경우 어떠한 형벌이 정해져 있는가를 미리 개인에 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록 하자는데 있다. 이로써 위 헌법조항은 실제적 형사법 영역에서의 어떠한 소급효력도 금지하고 있고, ‘범죄를 구성하지 않는 행위’라고 표현함으로써 절대적 소급효금지 대상은 ‘범죄구성요건’과 관련되는 것임을 밝히고 있다. … 헌법이 위 조항에서 비록 범죄구성요건만을 언급하고 있으나, 책임 없는 형벌을 금하고 행위의 불법과 행위자의 책임은 형벌과 적정한 비례관계를 유지하여야 한다는 적법절차의 원칙과 법치주의원칙에서 파생되는 책임원칙에 따라 범죄구성요건과 형벌은 불가분의 내적인 연관관계에 있기 때문에, 결국 죄형법정주의는 이 두 가지 요소로 구성되는 ‘가벌성’을 그 내용으로 하고 있는 것이다. 즉 가벌성의 조건을 사후적으로 변경할 것을 요구하는 공익의 요청도 개인의 신뢰보호와 법적안정성에 우선할 수 없다는 것을 명백히 규정함으로써, 위 헌법조항은 소급적인 범죄구성요건의 제정과 소급적인 형벌의 가중을 엄격히 금하

101) 이에 대해 부정적인 견해로는 황도수, 헌법실무연구회 제36회 발표회 발표논문, 25 참조.

102) 헌재 1996. 2. 16, 96헌가2, 헌판집 8-1, 51, 82.

고 있다.”

헌법재판소가 제시한 취지를 살펴보면, 새로운 범죄구성요건의 소급적 제정과 형벌의 소급적 가중을 엄격히 금하는 것이 죄형법정주의의 내용임을 밝히고 있다. 다시 말해서 범죄구성요건이 소급적으로 축소되거나 형벌을 소급적으로 완화시키는 것을 죄형법정주의가 금하는 바는 아니며, 헌법재판소가 적용중지 불합치결정을 하면서 개선입법에 따라 처리하도록 함도 이와 같은 구조의 틀을 벗어나지 않는 한, 문제되지 않는다. 따라서 “과거에 이미 행한 범죄에 대하여 적용하도록 하는 법률이라 하더라도”, 소추가능성이나 가벌성을 완화하거나 형벌가중의 정도를 완화시킨다면, 그런 법률에 관해 소급적용이라는 “사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정한 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다”고 하겠다.

하지만, 그렇다고 여기서 논의하고자 하는 바가 모두 매듭지어진 것은 아니다. 논의대상인 시적 공간에 있어 “허용된 행위와 금지된 행위의 경계”가 명확히 설정됨으로써 “어떠한 행위가 금지되어 있고, 그에 위반한 경우 어떠한 형벌이 정해져 있는가를 미리 개인에 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록” 하여야 함에도 그럴 수 없는 상황이 초래된다는 점이다.

이에 관해, 불합치법률이 형식적으로 존속하므로 그 불합치법률이 이 시적 공간을 규율하는 것으로 보아야 한다는 시각도 있다. 이는 적절치 않다. 왜냐하면 그럴 경우 이는 형식적 존속이 아니고 실질적 존속에 해당할 것이기 때문이다.

또 형벌법규에 대한 불합치결정에서 이 시적 공간을 문제삼는다면, 조세법률주의에 있어서도 마찬가지로 문제가 제기됨을 지적한다. 조세법률주의와 관련하여 불합치결정이 이루어지게 된다면, 그 개선입법은 대체로 불합치법률보다는 완화된 조세상 구성요건의 규율을 예정한다. 물론 확정되는 시점은 개선입법시점 이후이다. 구성요건의 소급적용은 불합치법률의 적용중지와 개선입법에 의한 처리를 요청하였으므로 가능하게 된다. 분명 과세처분을 받을 국민의 입장에서는 그 시적 공간 동안 불명확한 상태가 초래되긴 하지만, 형벌법규만큼 “허용된 행위와 금지된 행위의 경계”가 명확히 설정될 것을 과세요건에서는 요구하지 않는다. 즉, 명확성이나 예측가능성을 조세법규가 형벌법규만큼 강하게 요구하거나 헌법적으로 강요하지는 않는다.

이 시적 공간의 처리에 관해서는 적용중지 불합치결정의 대상이 된 법률이 지닌 규율소재나 특성 등을 감안해서 다양한 형태로 규율할 수 있도록 헌법재판소에 열어놓는 방안이 바람직할 것이다. 다시 말해서 불합치결정을 하면서 이 시

적 공간에 대해 특별히 규율할 필요성이 있을 경우 이를 결정주문에 명시적으로 밝히도록 하는 것이다. 결정시점 이전에 대해서는 개선입법에 따라 처리하는 반면, 결정시점 이후에 형성될 법률관계에 대해서는 잠정적인 경과조치를 통해 대안을 모색하도록 하는 것이다.¹⁰³⁾ 그래서 사안의 속성별로 잠정적인 계속적용과 유사한 경우의 경과적 규율을 허용하기도 하는 등 다양한 방식으로 대처하게 하는 것이다.

4) 기타 부수적인 쟁점

가) 당해사건 등의 권리구제 개연성

형벌법규에 대해 적용중지 불합치결정이 선고되면, 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리해야 하는 법적 효과를 지니게 된다. 그러면, 당해사건, 동종사건, 병행사건 및 일반사건이 권리구제의 대상에 포함되는가가 문제된다.

여기서 핵심은 불합치법률이 적용되지 아니하고 개선입법이 대체한다는 점이다. 바로 그 개선입법이 불합치법률이 규율하던 구성요건이나 형벌의 정도를 어떻게 규율하였는지에 따라 다르게 파악되어야 한다. 달리 말하면, 불합치결정이 선고되었다고 해서 당해사건등이 반드시 개선입법이 제공하는 혜택에 참여되는 것은 아니다. 단지 그 기회가 제공될 뿐이다. 그래서 각각의 사건별로 개선입법이 규율한 구성요건에 해당하면 그대로 형사제재가 가해질 것이고, 해당하지 않으면 제재를 면하게 될 것이다.

나) 확정판결에 대한 재심 가능 여부

적용중지 불합치결정이 선고되면, 법적용절차의 중지와 개선입법의 처리는 이미 확정력을 발생한 사건, 즉 유죄의 확정판결에 대해서도 그대로 적용된다. 다시 말해서 불합치법률에 대해 단순 위헌결정이 이루어진 바처럼 파악해서 재심청구가 허용된다는 의미는 아니다. 따라서 헌법재판소의 불합치결정취지와 개선입법 결과를 총괄적으로 고려해서 유죄의 확정판결에 대해 재심청구의 허용여부가 판단되어야 한다. 이는 당해사건 등이 권리구제의 대상에 포함되는 문제와 동일한 차원에서 접근해야 할 것이다.

다) 개선입법이 이루어지지 아니한 경우

발표자는 기본적으로 개선입법촉구와 관련해서 명시적인 기한설정이 바람직한 것이 아님을 지적한 바 있다. 또 개선입법이 해태되고 있는 경우 국가에 대한 입법상 불법책임을 묻는 방향으로의 접근을 제시한 바 있다.

그러나 견해에 따라서는 명시적인 개선입법 시한이 도과되었음에도 개선입법

103) 동지: 황도수, 헌법실무연구회 제36회 발표회 발표논문, 25 참조.

이 이루어지지 않았다면, 또는 개선입법시한이 명시되지 않았을지라도 상당한 시일이 도과되었음에도 이루어지지 않았다면, 그런 경우에는 불합치법률의 효력이 상실된 것으로 보아야 한다고 한다. 이에 따를 경우, 이는 사실상 단순 위헌으로 결정한 바와 동일한 상태가 조성되는 것이다.¹⁰⁴⁾ 여기서 그 의미를 파악하면, 형벌법규에 대해 위헌결정이 이루어진 것과 동등하게 된다는 것이다.

나. 제 2 유형 : 계속적용 불합치결정의 경우

1) 쟁 점

이 유형은 비형벌법규의 계속적용 불합치결정에 대한 법적 효과를 형벌법규의 경우에 그대로 원용하는 방안이다. 즉 불합치 형벌법규를 개선입법시점까지 잠정적으로 계속 적용하도록 하는 방안이다. 이 유형은 이와 같은 법적 효과를 지향함으로써 당해사건이 권리구제의 대상에 포함되지 아니함은 물론이고, 사실상 소급효와 장래효까지도 포기하지만, 장래의 개선입법에 따라 새로운 법률관계의 형성을 도모하도록 과거와 단절시켜주는 방안이다.

이 유형에서도 몇 가지 부수적인 쟁점이 등장한다. 그 중에서도 실제로 개선입법이 이루어진 다음에 개선입법과 잠정적으로 계속적용된 불합치 형벌법규가 경합되는 경우를 상정할 수 있다.

2) 개선입법시점 이후의 대처

계속적용 불합치결정이 이루어지면 불합치 형벌법규는 제정시점부터 결정시점까지는 물론이고, 결정시점부터 개선입법시점까지 잠정적으로 계속 적용된다. 그 이유는 위헌성이 내재된 불합치 형벌법규를 적용하는 것이 단순위헌으로 해서 그 법규의 적용을 배제하거나 재심청구를 허용하는 것보다 덜 위헌적인 상황을 초래하는 것으로 보기 때문이다. 게다가 법적 공백상태의 발생도 방지하게 된다.

이러한 불합치 형벌법규의 운명은 개선입법시점 직전까지이다. 그 이후에는 개선입법이 규율하게 된다. 그런데 이와 관련해서 몇 가지 현행법 조항이 관련되어 문제를 야기한다. 즉 형법 제 1 조 제 2 항은 “범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다.”고 하고 있으며, 같은 조 제 3 항은 “재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다”고 규정하고 있다. 그리

104) 여기서 제기되는 의문은, 그렇다고 한다면, 적용중지 불합치로 결정된 형벌법규가 단순위헌으로 결정이 가능한 상태에 있었음을 의미하는 것이라고 할 수 있는데, 구태여 그런 경우 불합치로 결정할 이유가 없었을 것이다.

고 형사소송법 제326조 제4호는 범죄후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때에는 판결로써 면소의 선고를 하여야 한다고 한다.

문제는 몇 가지로 정리된다. 첫째로는 잠정적으로 계속적용된 불합치 형벌법규에 의해 범죄구성요건으로 규율된 사항이 개선입법에서는 범죄를 구성하지 않는 경우이다. 둘째로는 잠정적으로 계속적용된 불합치 형벌법규와는 달리 개선입법에서는 불합치법률보다 형이 가벼울 때에도 문제된다. 물론, 불합치법률이 적용된 법률관계가 이미 확정되었다면, 문제되지 않는다고 하겠지만, 그 입법과정의 투명하게 노출된다고 할 때, 확정되기까지의 재판절차가 끝없이 천연되는 현상은 피할 수 없게 될 것이다. 셋째로는 잠정적으로 계속적용된 불합치 형벌법규에 의해 확정되었다 할지라도, 개선입법에서는 범죄를 구성하지 않는다면, 확정된 형벌은 집행될 수 없게 된다.

아무튼 개선입법은 분명 불합치 형벌법규보다 완화된 구성요건이나 완화된 형벌을 규율할 것이라는 점이다. 이는 계속적용 불합치결정에 나타난 결정취지이다. 그렇다고 한다면, 불합치 형벌법규를 잠정적으로 계속 적용받아야 할 국민의 시각에서는 합리적 선택을 의도함은 필연이다. 이로 인해 초래되는 형사소추절차상의 부담도 고려해야 할 것이다.

3) 기타 부수적 쟁점

가) 당해사건 등의 권리구제에 포함여부

계속적용 불합치결정은 법적 공백상태의 발생을 방지할 목적으로 법적용자로 하여금 개선입법시점까지 불합치 형벌법규의 잠정적인 계속 적용을 의도한다. 이는 달리 표현하면 당해사건은 물론이고 유사사건 및 유죄의 확정판결 등이 모두 권리구제의 대상에서 배제됨을 의미한다.

그런데 견해에 따라서는 불합치결정의 계기를 제공한 당해사건에 대해서만큼은 개시자혜택을 주어야 한다고 주장할 여지도 있다. 그래야 구체적 규범통제와 조화된다는 것이다. 하지만 그럴 경우 유사사건과의 형평성 문제를 초래하게 되고 그로 인해 순환론에 빠지게 될 수도 있다.

계속적용 불합치결정과 입법촉구결정과 차이점이 없는 것이 아닌지도 문제된다. 여기서 차이점은 입법자에게 미치는 불합치결정의 법적 효과이다. 전자는 입법자에게 개선입법의무를 부과한 반면에, 후자는 개선입법을 단순히 권고 내지 촉구함에 지나지 않는다. 기속력상 차이가 중요한 것이다. 하지만 법적용자인 법원이나 행정청에 대해서는 후자는 합헌결정임에 따라 그에 따른 법적 효과가 미치는 것이고, 전자는 법적용자에게 개선입법시점까지 불합치법률을 잠정적으로 계속

적용하도록 한 것이다. 따라서 심판대상인 법률의 제정시점부터 개선입법시점까지 시적 공간동안 법적 효과면에서 양자는 아무런 차이도 없다고 할 것이다.

나) 확정판결에 대한 재심가능성 검토

계속적용 불합치결정은 불합치법률의 제정시점부터 개선입법시점까지 불합치 형벌법규의 잠정적인 계속 적용을 의도한다. 그런데 재심청구라 함은 확정력 파괴를 전제로 한다. 서로 배치되는 의미를 지닌다. 유죄의 확정판결(확정력발생사건)도 여기에 정한 시적 공간에 포함된다. 그런 점에서 논의의 실익이 없다고 하겠다.

다만, 개선입법 이후 불합치 형벌법규에 근거한 확정판결에 대해 재심을 청구하였을 때, 허용하는 여부가 쟁점으로 등장할 여지도 있다. 하지만, 이를 받아들여지게 되면, 소급효방지라는 불합치결정의 실익에 본질적으로 상충된다고 하겠다.

다) 개선입법이 기한내 이루지지 아니한 경우

계속적용 불합치결정을 하면서 입법자로 하여금 신속한 개선입법을 촉구하였음에도 개선입법이 입법시한 내에 이루어지지 않았을 경우 불합치 형벌법규의 운명이 문제된다. 이 불합치결정의 취지가 법적 공백상태의 발생방지이므로 불합치 형벌법규가 그대로 존속해야 한다는 견해가 있을 수 있다. 또 그 입법시한이 도과되거나 시한이 명시되지 아니하였을 경우 상당한 기한이 도과되면 불합치 형벌법규의 효력이 상실된다는 견해도 가능하다.

여기서 전자에 따르면, 불합치 형벌법규가 잠정적으로 계속 적용될 것이다. 하지만, 후자에 따르면, 불합치 형벌법규가 효력을 상실함으로써 위헌결정된 바와 동일하게 취급되어야 할 것이다.

4) 정 리

이 유형에 있어 불합치 형벌법규의 계속적용이라는 지향점은 구체적 사건에서의 정의와는 절대적인 부조화를 이룬다는 점이다. 여기서 본질적인 사항은 구체적 사건에서의 정의를 지나치게 훼손하면서 법적 안정성을 추구한다는 점이다. 실제로 그럴 만큼 절대적인 가치로서의 법적 안정성이 존재하는지 의문이다.

6. 형벌법규에 있어 다른 변형결정과의 역할 배분 가능성 검토

한정결정은 해석기준을 정해서 심판대상의 위헌성을 논증하는 결정형식이다. 그래서 실무관행상 입법자에 대한 효과는 그리 크지 않다. 즉 종래 이루어진 입법에 대해 해석기준을 정해서 합헌부분과 위헌부분을 분별하는 것이므로, 이와 관련

해서 별다른 입법자의 역할이 필요한 것은 아니다.¹⁰⁵⁾

법적용자인 법원이나 행정청에게도 구성요건이 합헌해석부분에 있으면 합헌으로, 위헌해석부분에 놓여 있으면 위헌으로 파악해서 법을 해석·적용하면 된다. 그런데, 대법원을 비롯한 각급 법원은 법률해석권의 침해를 이유로 한정결정을 백안시한다. 법률의 해석·적용권은 배타적이고 전속적인 사법권의 내용에 해당되고, 법률해석권을 헌법재판소가 한정위헌결정을 통해 제약을 가하면, 이는 헌법 제101조 제1항과 제103조를 위반한 것으로 위헌이라고 한다.¹⁰⁶⁾

발표자가 여기서 주장하고자 하는 바는 한정결정을 종래 사법부가 권위주의적인 정권의 유지에 동원되던 과정에서 행한 각종 형사판결에 대해 재심청구를 받아들여 그 피해자들에게 재심의 기회를 제공하는 도구로 적극 활용하자는 것이다. 사법부가 아무런 계기도 없이 스스로 종래 행하였던 각종 형사판결에 대해 재심청구를 허용함은 무척이나 어려운 일일 것이다. 그러나 헌법재판소에서의 한정위헌이나 한정합헌결정을 계기로 삼아 과거에 대한 반성적 차원의 일환으로 재심청구를 받아들여 실질적으로 재심사하여 피해자들을 형벌의 얼룩에서 벗어나게 해줌이 바람직할 것이다.¹⁰⁷⁾

분명 강조하지만, 신체의 자유가 재산권보장보다 입법자의 입법형성의 폭이나 그 여지를 훨씬 엄격하게 적용하도록 요구한다는 점이다. 다시 말해서 기본권으로서의 보장정도가 훨씬 강화되어야 함을 의미한다. 그럼에도 지난 20년간 우리 헌법재판소의 결정실체를 총괄적으로 분석해보면, 그렇다고, 그렇게 하였다는 평가가 나오긴 대단히 어렵다. 아무튼 형벌법규에 대한 한정결정에 의거해서 법원이 재심청구를 허용한다면, 피해자들의 권리구제에는 크게 기여할 것이다.

IV. 글 마무리에

이상에서는 형벌법규의 불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점에 관해 검토하였다. 논의한 사항을 요약하는 것으로 결론을 갈음한다.

105) 물론 이와 같이 해석기준을 정해서 위헌여부를 판단하는 것이 입법자의 입법형성권 침해라는 주장이 제기되긴 하지만, 한정결정이 이루어졌다고 해서 기존의 입법내용을 수정해야 할 개선입법의무가 발생하는 것은 아니다.

106) 이런 주장의 타당여부를 더 이상 논의의 대상으로 삼고 싶지 않다. 그래서 구구하게 각주처리의 대상에서도 제외하기로 한다.

107) 이에 관해서는 김종철, “한정결정과 재심. 소위 ‘합정회’재심청구사건을 중심으로”, 인권재단 제2차 워크숍(2006. 10. 15) 발제문; 이종수, 헌법학연구 제14권 제4호, 77-106 참조.

1. 적용중지 불합치결정에서 불합치법률의 적용절차를 중지하고 개선입법에 따라 처리하도록 함에 있어 양자의 관계를 단절적으로 파악해서는 안 된다. 전자를 후자가 대체한다는 의미를 항상 전제로 해야 한다.

2. 형벌법규에 대한 적용중지 불합치결정에 있어 불합치 형벌법규의 적용급지가 당연하다 하겠지만, 개선입법이 소급입법에 해당하기 때문에 형벌불소급의 원칙에 위반되어 적용될 수 없다는 대법원 판결은 부적절하다. 불합치결정의 본질적 징표에 따르면, 불합치법률을 대체할 개선입법은 분명히 불합치법률이 규정한 구성요건이나 형벌의 정도보다 각각 완화되었을 것이다. 그렇다고 한다면, 이는 형벌불소급의 원칙에 위반되는 것이 아니다.

3. 형벌법규에 대해 불합치결정이 선고되면, 그를 통해 위헌결정이 지닌 법적 효과를 제약하는 방법은 다양할 것이다. 그 중에 대표적인 것으로는 불합치 형벌법규의 적용을 금지하고 개선입법으로 대체하게 하는 적용중지 불합치결정과 불합치 형벌법규의 잠정적인 계속적용을 명하는 계속적용 불합치결정을 들 수 있다.

4. 여기서 전자의 결정적인 약점으로는 불합치결정시점과 개선입법시점 사이의 시적 공간동안 일반국민에게 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명료하게 제시되지 못한다는 점이다. 이에 대해서는 헌법재판소가 불합치결정을 하면서 결정주문으로 경과적 규율을 제시함이 바람직할 것이다.

5. 후자의 결정적인 문제점은 불합치 형벌법규의 잠정적인 계속적용 상태가 종료되지 아니한 경우 개선입법이 실제 이루어진 시점 이후에도 형사법 적용의 일반 원칙에 해당하는 형법 제1조 제2항이나 제3항 및 형사소송법 제326조 제4호를 주장할 수 있게 된다는 점이다. 오히려 이와 같은 사태를 발생시킬 의도로 재판절차를 천연시키는 등의 행태가 보편적으로 이루어지는 부작용이 예상된다 하겠다.

6. 아무튼 형벌법규에 대해 불합치결정을 하는 것은 법적안정성을 확보하기 위해 정의에 양보를 구하는 것이다. 그 중에서도 재심청구를 통한 확정력의 파괴를 최소화하고자 하는 것이다. 그렇지만, 형벌의 얼룩은 국가기관의 형사입법으로 인해 초래된 것인데, 그로 인한 부담을 피해자인 국민에게 전가함이 타당한지에 대해서는 보다 근본적인 성찰을 요구한다고 하겠다.

참 고 문 헌

- 김시철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정”, 사법 2009. 6, 180-216.
- 남복현, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문, 한양대 대학원, 1994.
- _____, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점과 해결방안”, 헌법재판연구 제 7 권. 헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구, 헌법재판소, 1995. 12, 151-399.
- _____, “헌재법 제47조 제 2 항의 해석과 적용에 관한 비판적 고찰”, 법학논총 제 12집, 한양대 법학연구소, 1995, 379 이하.
- _____, “독일 연헌재법 제79조 제 2 항과 한국 헌재법 제47조 제 2 항의 비교법적 연구. 특히 위헌결정된 법률에 근거한 행정처분의 처리방안과 관련하여”, 공법연구 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997. 7, 435-462.
- _____, “법률에 관한 변형결정의 유형과 효력”, 헌법논총 제 9 집, 헌법재판소, 1998, 813-1063.
- _____, “판례평석: 위헌법률에 기한 행정처분의 집행력배제. 관련판례: 대법 2002. 8. 23, 2002두4372판결”, 공법연구 제31집 제 2 호, 한국공법학회, 2002, 365-382.
- _____, “판례평석: 한정적 헌법불합치결정의 필요성 검토. 헌재 2008. 9. 25, 2007 헌가9결정을 중심으로”, 공법학연구 제10권 제 1 호, 한국비교공법학회, 2009. 2, 53-81.
- _____, “판례평석: 위헌결정과 헌법불합치결정의 법적 효과에 있어 편차. 대상판례: 대법 2009. 1. 15, 2004도7111판결”, 한양법학 제20권 제 2 집, 한양법학회, 2009. 5, 329-355.
- 방승주, “헌법불합치결정의 문제점과 그 개선방안”, 헌법학연구 제13권 제 3 호, 한국헌법학회, 2007. 9, 49-106.
- 신봉기, “헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무”, 헌법논총 제 7 집, 헌법재판소, 1996, 349-384.
- 이상훈, “위헌결정과 헌법불합치결정의 효력 및 그 재판실무상 적용”, 사법논집 제38집, 법원도서관, 2004, 7-108.
- 이종수, “재심제도와 사법권. 과거청산의 관제를 중심으로”, 헌법학연구 제14권 제 4 호, 한국헌법학회, 2008. 12, 77-106.
- 이헌환, “위헌결정의 방식에 관한 연구”, 김철수교수화갑기념논문집. 헌법재판의 이론과 실제, 박영사, 1993, 259-300.
- 정종섭, 헌법소송법, 제 2 판, 박영사, 2004.

- 최완주, “헌법불합치결정”, 재판자료 제92집. 헌법재판제도의 이해, 법원도서관, 2001, 365-406.
- 클라우스 슈라이히 저/정태호 역, 독일헌법재판론. 독일연방헌법재판소의 지위·절차·재판, 미리, 2001.
- 한수웅, “헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력. 독일에서의 판례와 이론을 중심으로”, 헌법논총 제 6 집, 헌법재판소, 1995, 481-536.
- _____, “헌법불합치결정의 소급효력. 현재 1995. 11. 30, 91헌마1 (병합)결정”, 판례월보 제325호, 판례월보사, 1997, 9-20.
- 황도수, “헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도”, 헌법실무연구회 제36회 발표회 발표논문, 2003. 3. 17.
- 황우영, “위헌결정의 효력”, 김철수교수화갑기념논문집. 헌법재판의 이론과 실제, 1993, 박영사, 301-334.

황 도 수*

1. 序 論

실체적 형벌법규에 대한 헌법불합치결정에 관하여 자세하게 논의해 주신 남 교수님께 감사드립니다.

특히, 불합치결정에 따른 법률의 효력에 대한 시공간별 구획, 불합치결정의 법적 효과 기산점으로서의 규범충돌시점 등에 관한 논점을 제시하시고, 형벌법규 불합치결정의 유형모델을 검토하신 것은 논의를 깊이하는데 큰 도움이 된다고 생각합니다.

더 깊은 논의에 참고가 될 만한 몇 가지 쟁점을 더하고자 합니다.

2. 헌법불합치결정의 경과규율 내용

남 교수는 헌법불합치결정에서의 주문, 즉 헌법재판소가 행할 수 있는 경과규율의 내용에 관하여 ‘적용중지’와 ‘계속적용(점정적용)’을 중심으로 논의를 하고 있습니다. 우리나라 헌법재판소 실제 사례도 이에 한정되어 있음을 볼 수 있습니다.

그런데 헌법불합치결정의 취지에 의하면, 헌법불합치결정에서의 주문은 그러한 두 가지 방법에 한정되는 것은 아니라고 봅니다. 헌법재판소는 당해 사안과 당시의 상황에 비추어 적절한 경과조치를 스스로의 판단에 따라 합리적으로 결정할 수 있다고 봅니다.

예를 들어, 독일의 경우, 연방헌법재판소는 BVerfGE 37, 217결정에서 ‘독일 아버지와 외국인 어머니의 혼인으로 출생한 자식은 자동으로 독일 국적을 취득하고, 독일 어머니와 외국인 아버지 사이에서 출생한 자식은 무국적의 우려가 있을 때에만 독일 국적을 취득하도록 규정한 독일 국적법 조항이 평등원칙에 위반된

* 건국대 법학전문대학원 교수.

다'고 판단한 뒤, 입법자가 새로운 입법시까지 잠정적인 적용을 허용하지 않는다면 그 사이 태어난 자녀들이 아무도 국적을 취득하지 못하는 결과가 발생한다는 이유로 '양부모 중 1인이 독일인인 경우에 국적을 취득하도록 하는 내용'의 잠정적 규율을 행한 바 있는데, 이때 그 경과규율의 내용은 대상 법률은 물론 종전 법률에서도 찾아볼 수 없는 것이었습니다.

따라서 형벌법규에 대한 헌법불합치결정에 관한 이번 논의에서도 '헌법재판소가 적용중지와 계속적용 이외의 제3의 경과규율'을 할 수 있는 가능성에 관하여 적극적으로 고려하는 것이 바람직한 것으로 보입니다.

예를 들어, 일정한 행위금지조항의 실효성 확보를 위한 수단으로는 형사적 제재수단(처벌) 뿐만 아니라, 행정적 제재수단을 생각할 수도 있습니다. 헌법재판소가 일정한 행위금지조항에 대하여 위헌이라고 판단하고, 헌법불합치결정의 필요성을 인정할 경우, '형사적 제재수단'이 아니라 "행정적 제재수단"을 '경과규율'로 고려할 수도 있었다고 봅니다.

이러한 고려요소가 남 교수님의 논의에 미칠 수 있는 영향은 무엇인지 질문을 드리고 싶습니다.

3. 적용중지 헌법불합치결정과 소급처벌금지 원칙

처벌법규에 대한 적용중지 헌법불합치결정과 관련하여 동일설과 구별설이 논의되고 있습니다. 남 교수님은 동일설의 입장을 취하는 것으로 이해됩니다.

저는 개인적으로 구별설의 입장이 국민의 입장을 더욱 옹호할 수 있다는 점에서 구별설을 옹호하고 있습니다.

그리고 동일설의 논의에 대하여는 다음과 같이 몇 가지 비판이 가능하다고 생각합니다.

첫째, 형벌 축소, 완화 논의에 관하여 살펴봅니다.

동일설은 "범죄구성요건이 소급적으로 축소되거나 형벌을 소급적으로 완화시키는 것을 죄형법정주의가 금하는 바는 아니며, 헌법재판소가 적용금지 불합치결정을 하면서 개선입법에 따라 처리하도록 함도 이와 같은 구조의 틀을 벗어나지 않는 한 문제되지 않는다"라고 주장합니다.

그러나 헌법불합치결정은 처벌법규의 위헌성을 인정된 상태이고, 헌법불합치 결정 아래에서의 처벌법규는 '형식적 존속'만 인정될 뿐입니다. 즉, 헌법불합치결정이 선고된 종전 처벌법규는 '내용'을 가질 수 없는 것입니다.

이러한 관점에서 보면, 종전 처벌법규는 “범죄구성요건이 소급적으로 축소되거나 형벌을 소급적으로 완화시키는” 기준이 될 수 없습니다. 즉, 새로운 처벌법규가 종전 범죄구성요건을 소급적으로 축소하거나 형벌을 소급적으로 완화시키는 것이라는 판단 자체가 불가능하다고 보여집니다.

둘째, 헌법불합치결정을 통하여 처벌법규에 대한 입법을 강제할 수 있겠는가의 문제입니다.

헌법불합치결정과 위헌결정의 근본적인 차이점은 개선입법의무 부과(입법강제) 여부에 있습니다. 위헌결정의 경우에는, ‘법적 공백’으로 위헌성을 제거하고, 입법자에 대하여 “필요하면” 새로운 입법을 행하라는 것인데 반하여, 헌법불합치결정의 경우에는 ‘법적 공백’이 있을 수 없으니, 입법자에 대하여 ‘입법’을 반드시 행하라는 입법강제의 의미를 가집니다.

이때 동일설에 의하면, 헌법재판소가 헌법불합치결정을 통하여 입법부에 대하여 ‘처벌규정’에 대한 입법강제를 요구한다는 것을 의미하게 됩니다.

그러나 위에서도 잠시 언급하였듯이, 일정한 행위금지조항의 실효성 확보를 위한 수단으로 형사적 제재수단(처벌) 뿐만 아니라, 행정적 제재수단을 생각할 수도 있다는 점을 고려하면, ‘완화된 처벌’에 대한 개선입법만을 상정하고 있는 동일설은 헌법상 과잉금지원칙과도 충돌될 수 있는 어려움이 있을 것으로 생각됩니다.

이러한 점에 대하여 남 교수님의 의견은 어떠하신지 질문을 드리고 싶습니다.

4. 기 타

1. 개 요

발제자인 남복현 교수님의 발제문은, 헌법불합치결정의 일반론에 대한 검토 결과를 토대로, 형벌법규에 대한 헌법불합치결정에서 있을 수 있는 법적 문제점을 종합적으로 망라하고, 또 이를 유형화시켜 구체적인 쟁점에 대해 살피고 있다. 이는 형벌조항에 헌법불합치결정에 대한 연구에 있어서 매우 유용한 분석의 틀을 제공해 준다고 생각된다. 발제자의 발표내용에 대체로 수긍이 가지만, 쉽게 동의하기 어려운 몇 가지 부분이 있는 것도 사실이다.

발제자가 언급한 바와 같이 헌법재판소는 형벌조항의 구성요건으로 작용하고 있는 법률조항에 대하여 몇 건의 헌법불합치결정을 한 바 있지만, 한편 직접적으로 형벌조항 그 자체에 대하여 헌법불합치결정을 한 적은 없는 것으로 보인다. 심지어 학교보건법 사건(헌재 2004. 5. 27, 2003헌가1등 사건)에서는 형벌조항에 대하여 위헌심판제청이 이루어졌음에도 불구하고 형벌조항을 심판대상에서 제외한 후 구성요건조항에 대해서만 헌법불합치결정을 하기도 하였다. 물론 이러한 경우에도 그 실질에 있어서는 형벌조항에 대한 헌법불합치결정과 차이가 없는 것이 사실이다. 발제문에서 주로 언급하고 있는 대법원 2009. 1. 15, 2004도7111 판결도 헌재 2004. 5. 27, 2003헌가1등 결정이 실질적으로는 형벌조항에 대한 불합치결정에 다름없다는 전제에서 비롯된 것이다.

형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 관한 논의는, 입법론적 측면과 해석론적 측면이 구분될 필요가 있다고 본다. 해석론적 측면에서는 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 제107조 제1항, 헌법재판소법 제45조, 제47조의 규정에 근거하여야 한다. 특히 형벌조항에 대한 헌법불합치결정에 있어서 개개의 견해들은, 헌법재판소법 제47조 제2항(소급효), 제3항(재심)과의 관계에서 그 입장이 준별될 수 있다고 본다. 첫째, 불합치결정의 특수성 및 필요성을 강조하는 입장에서는 법 제47조

* 서울고등법원 판사, 헌법연구관.

제 2 항 및 제 3 항의 소급효와 재심도 제한 내지는 배제될 수 있다고 본다. 이는 법적인 근거보다는 이념적 필요성과 당위를 강조하는 입장이다. 둘째, 이와 대칭되는 입장에서 실질법적 근거를 중시하는 입장에서는 불합치결정이 허용된다 하더라도 법 제47조 제 2 항 및 제 3 항의 전면적인 적용은 불가피하고, 따라서 위헌 결정과 효력면에 있어서 실질적 차이점은 거의 없게 된다. 셋째, 절충적 입장에서 변형결정의 필요성, 특수성을 인정한다 하더라도 법 제47조 제 2 항 및 제 3 항의 부분적인 제한이나 완화만이 가능할 뿐, 이를 전면적으로 배제하는 차원의 불합치 결정은 있을 수 없다는 입장이다. 발제자는 대법원 2009. 1. 15, 2004도7111 판결을 위 둘째 입장으로 이해하면서, 헌법불합치결정의 유형에 따라 때로는 첫째의, 때로는 둘째의, 때로는 셋째의 입장을 견지하고 있다. 이는 당위적 측면 또는 입법론적 측면에서는 충분히 수긍할 수 있는 부분이 있지만, 해석론적 측면에서는 받아들이기 어려운 점이 있다. 대법원의 입장은 이미 발간된 평석¹⁾에서 그 이유를 살필 수 있는 만큼, 여기서 지정토론자는 주로 셋째 관점에서 발제문에 대한 몇 가지 의문점을 제기하고자 한다.

2. 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용 여부와 법적 근거

발제자는 형벌법규에 대한 불합치결정의 가능성에 대하여 부인론과 긍정론을 언급하고, 긍정론의 입장에서 논의를 전개하고 있다.

지정토론자의 입장에서 형벌법규에 대한 불합치결정이 불가능하다고 보지는 않지만, 이와 같은 허용성 여부에 대한 논의는 헌법불합치결정의 효력과 관련한 법적 문제를 해결하거나 또는 올바른 해석을 도출하는데 있어서 그 이론적 토대가 될 수밖에 없으므로, 쉽게 간과될 수 없는 부분이기도 하다.

먼저 발제문에서 불합치결정가능설의 논거로 제시하고 있는 사정은, 대개가 형벌조항에 대해서도 법적 안정성 관점에서 불합치결정이 필요하고 이는 입법정책사항에 해당하는 것으로 비교법적으로도 정당화될 수 있다는 것인바, 이러한 점에 대해서는 누구도 이론을 달기 어렵다. 하지만 문제는 불합치결정의 필요성이나 입법론적 관점이 아니라 현행 헌법과 법률하에서의 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용성에 대한 법적 근거 내지는 그 효력범위에 관한 해석의 한계에 관한 것이다.

헌법재판소는 최초의 불합치결정인 국회의원 기탁금 사건에서 헌법불합치결

1) 김시철, “형벌조항에 대한 헌법불합치결정”, 사법 2009. 6, 180-216.

정이 “헌법재판소법 제47조 제 1 항에 정한 위헌결정의 일종”임을 명백히 하였다(헌재 1989. 9. 8, 88헌가6, 판례집 1, 199, 259-260). 헌법재판소의 결정이 헌법과 법률의 범위 내에서 이루어져야 함은 당연한 것이고, 그 결정에 대한 해석도 헌법과 법률의 취지에 반하는 것이어서는 안 된다. 즉, 헌법재판소의 결정의 효력범위에 관한 해석도 헌법과 법률에 배치되는 것이어서는 안 되고, 현행 법률에 배치되는 해석은 해석론이 아니라 입법론으로 정당화될 수는 있을 뿐이다.²⁾ 헌법재판소의 비형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 효력도 헌법재판소법 제47조 제 2 항 본문의 규정을 변형해석하는 것일 뿐,³⁾ 이를 배제하거나 박탈하는 것은 아닌 것이다.

여기서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정의 허용의 한계 내지는 효력범위에 관한 해석의 한계지점을 찾을 수 있다고 본다. 즉 적법절차의 원칙과 형벌불소급의 원칙을 규정한 헌법 제12조 제 1 항, 제13조 제 1 항의 규정을 차치하고서라도, 적어도 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 헌법재판소법 제47조의 명문규정⁴⁾에 배치되거나 침탈하는 것이라면 이는 현행법제하에서 허용될 수 없는 결정인 것이다. 예컨대, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 헌법재판소법 제47조 제 2 항 단서의 소급효를 제한하거나 완화하는 것이 아니라 배제 또는 박탈하는 것이라면, 또 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 헌법재판소법 제47조 제 3 항에서 규정한 재심가능성을 전면적으로 배제하는 것이라면 이러한 결정은 현행 법제 하에서는 허용될 수 없는 것이라고 하여야 한다. 적절한 비유는 아니겠지만, 형사재판을 담당하는 판사가 집행유예결격자에 대하여, 실형보다는 집행유예가 필요한 경우로 보이고 비교법적으로도

2) 물론 헌법재판소법 제47조 제 2 항, 제 3 항의 규정이 헌법에 위배된다는 논의도 있을 수 있다. 하지만 이는 위 법률조항에 대한 위헌결정을 전제로 하는 것이므로, 현행법제하에서의 해석론으로는 받아들이기 어려운 것이 된다.

3) 「헌법재판소법 제45조의 취지가 위와 같다면 동법 제47조 제 2 항 본문의 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다”라는 규정취지도 이에 상응하여 변형해석하는 것이 논리의 필연귀결이다. 즉 제45조에 근거하여 한 변형재판에 대응하여 위헌법률의 실효여부 또는 그 시기도 헌법재판소가 재량으로 정할 수 있는 것으로 보아야 하며 이렇게 함으로써 비로소 헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있는 것이다. 단순위헌의 결정을 하여 그 결정이 있는 날로부터 법률의 효력을 즉시 상실하게 하는 하나의 극에서부터 단순합헌의 결정을 하여 법률의 효력을 그대로 유지시키는 또 하나의 극 사이에서, 문제된 법률의 효력 상실의 시기를 결정한 날로부터 곧바로가 아니라 새 법률이 개정될 때까지 일정기간 뒤로 미루는 방안을 택하는 형태의 결정주문을 우리는 “헌법에 합치되지 아니한다”로 표현하기로 한 것이다(헌재 1989. 9. 8, 88헌가6, 판례집 1, 199, 259-260).」

4) 제47조(위헌결정의 효력) ① 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.
② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.

③ 제 2 항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

④ 제 3 항의 재심에 대하여는 형사소송법의 규정을 준용한다.

그러한 경우 집행유예를 허용해주는 입법례가 있다고 하여 집행유예를 선고한다면, 이러한 판결이 상급법원에서 유지될 수 없음은 당연한 것이다.

따라서 헌법재판소의 형벌법규에 대한 헌법불합치결정은 그 필요성이 인정되는 경우라 하더라도, 소급효나 재심을 전면적으로 박탈하는 것으로 해석되어서는 안 될 것이고, 소급효나 재심의 범위를 완화하는 한도 내에서 그 허용성을 긍정할 수 있는 것이다.

그런데 발제문에 의하면, 입법론적 정당성과 해석론적 정당성을 구분하지 않고 있는 것으로 보이고, 적용유형에 따라서는 헌법불합치결정에 대한 헌법불합치결정에 있어 소급효나 재심이 전면적으로 인정되지 않을 수도 있다는 전제에 서 있는 것으로 보인다. 이에 대해서는 그것이 입법론적으로 타당한 접근방식은 될 수 있을지언정 바람직한 해석론으로 받아들여지기는 어렵다는 비판을 면할 수 없다고 생각된다.

3. 법적 효과별 유형화에 따른 쟁점 검토

가. 형벌조항에 대한 적용중지형 헌법불합치결정에 대하여 본다

(1) 대법원은 2009. 1. 15, 2004도7111 판결에서, 형벌조항에 대한 헌법불합치결정(적용중지)의 효력은 단순위헌결정의 효력과 본질적인 차이가 없는 것으로 보고 무죄를 선고한 원심을 확정하였다. 그 논거에 대해서는 따로 언급하지 않는다. 적어도 이러한 관점은 현행 헌법조항과 헌법재판소법의 명문 규정에 충실한 해석론으로 생각된다. 나아가 위 판결에서 든 이유 중 「당해 사건에 적용되는 법률조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정은 위헌결정에 해당한다」는 점을 수긍할 수 있는 것이라면, 이에 대하여 법원이 「헌법에 합치되지 않는다고 선언된 법률조항을 피고인에 대한 처벌법규로 그대로 적용할 수 없다」는 점도 수긍할 수밖에 없다고 본다. 특히 불합치결정만으로는 당해사건에 있어서 합헌부분과 위헌부분의 경계 및 그 적용대상인지의 여부를 명확히 알 수 없는 경우에도 개선입법에 의해서도 처벌구성요건조항이 존재하게 되었으므로 기존의 불합치결정을 받은 법률조항을 그대로 적용하여 유죄판결을 하라는 것은 형식논리적으로는 ‘위헌결정’의 일종인 불합치결정이 개선입법에 의하여 형벌조항에 대한 ‘합헌결정’으로 다시 전화되었다는 것이 된다.

(2) 이에 대하여 발제자의 입장은 형벌조항에 대한 헌법불합치결정(적용중지)이 있으면, 원칙적으로 처벌여부는 개선입법에 따라 결정되고(유죄 또는 무죄), 헌

재의 결정시점부터 개선입법시점까지는 경과적 규율이 필요하며, 재심청구의 허용 여부도 개선입법에 따라 결정되고, 개선입법이 이루어지지 아니한 경우라면 단순 위헌으로 결정된 것과 같게 된다는 주장으로 이해된다. 헌법불합치결정의 이유에 국가기관에 대한 기속력이 인정되는지에 대해서도 다툼이 있는 마당에⁵⁾ 입법자의 개선입법의 시기(개선입법시한이 정해진 경우 입법자의 개선입법이 없으면 무죄)와 내용(개선입법에 따라 처벌구성요건에서 제외된 경우 무죄 또는 면소, 처벌구성요건에 포함된 경우 기존의 처벌규정에 따라서 유죄)에 따라서 형벌조항에 대한 헌법불합치결정이 실질적인 위헌결정이 될 수도 있고, 실질적인 합헌결정이 될 수도 있다는 결론은 어색하고, 형벌조항의 명확성을 요구하는 죄형법정주의 관점에서나 헌법불합치결정이 중시하는 법적안정성의 관점에서도 이와 같은 유동적이고 가변적상황은 형사재판절차에 있어서 쉽게 받아들이기 곤란한 것이다.⁶⁾ 특히 입법부가 개정시한 내에 입법을 하지 아니한 경우(단순위헌결정과 동일함. 무죄 및 재심허용)나 헌법불합치결정의 이유를 제대로 반영하지 못한 입법을 한 경우(경우에 따라서는 합헌결정을 한 경우와 동일함. 유죄 및 재심기각) 또 개정시한 이후에 개선입법이 이루어진 경우(이미 단순위헌결정과 동일한 효력이 발생하였음에도 뒤늦게 개선입법이 마련되고 경과규정을 둔 경우에는 또 어떠한가. 적어도 개선입법이 있기 이전의 상황은 단순위헌결정과 동일하게 취급되어야 할 것이다)에는 헌법불합치결정의 취지는 몰각되고 구체적 사건에 따라서는 정의와 형평에 반하는 결과가 발생할 수도 있을 것이다. 나아가 현재로는 이러한 위험을 회피할 만한 법적 제도적 장치나 해석론이 존재하지는 않는다. 물론 위 대법원 판례에 대하여 헌법불합치결정의 특수성(개선입법에 따른 결정)을 고려하지 아니하고 이를 단순위헌결정과 동일하게 취급하였다는 비판은 가능하다고 할 것이다.

5) 김시철 부장판사는 평석에서, “헌법불합치결정의 결정주문은 이 사건 법률조항 전부가 헌법에 합치되지 않는다는 취지이지, 합헌적인 부분과 위헌적인 부분을 구분하여 헌법에 합치되지 않는다는 취지는 아니다(이유가 아니라 주문의 내용). 따라서 헌법불합치결정의 선고로써 형벌조항의 규범적 효력이 전부 소급적으로 상실되어 입법공백상태가 발생하게 되고, 그 이후 입법자가 행한 새로운 입법작용에 따른 개선입법과는 관계없이 피고인의 과거행위에 대한 처벌근거법률의 부존재는 이미 확정된 것으로 보아야 한다. 그리고 위헌으로 선언된 형벌조항에 근거한 기존의 모든 유죄확정판결에 대해서까지 전면적인 재심이 허용된다는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서, 제3항의 규정에 비추어 볼 때, 법원이 아직 확정되지 않은 형사소송사건에서 이미 헌법에 합치되지 않는 것으로 선언된 법률조항을 피고인에 대한 처벌법규로 적용할 수는 없다”고 하고 있다.

6) 발제자와 같은 입장을 취하는 경우라면, 개선입법이 있기까지는 관련 형사재판이 모두 중지되어야 한다. 따라서 구속된 피고인들은 모두 불구속 재판을 받게 될 것이고, 형사재판의 결론은 결국 개선입법이 개선입법시한 내에 이루어지느냐, 또 어떻게 개선입법이 이루어지느냐에 따라 달라질 수밖에 없다. 재심청구는 원칙적으로 허용되겠지만, 재심청구에 대한 본격적인 심리는 개선입법이 있기까지는 중지될 수밖에 없게 될 것이다. 결국 처벌 여부나 재심청구가 인용될 것인지의 여부는 새로운 입법을 하여야 할 입법부가 결정하는 것이 된다.

(3) 대법원의 견해에 의하든, 발제자의 견해에 의하든 처벌구성요건에 대한 헌법불합치결정의 경우 당해 재판의 처리에 있어서 실질적인 차이는 결과적으로 개선입법에 의하여도 여전히 처벌구성요건에 해당하게 된 경우에 무죄판결을 하는 것(발제자의 견해에 의하면 개선입법을 기다려 기존처벌규정을 적용하여 유죄판결을 하여야 한다)과 이 부분까지도 전면적인 재심을 허용하는 것이 타당한 것이냐는 점에 귀착된다. 어느 입장도 완벽한 것이 되지는 못한다는 점에서 고민은 계속될 수밖에 없지만, 적어도 당해사건에 있어서 위헌결정의 일종인 헌법불합치결정이 있었음에도 다시 기존의 처벌규정을 적용하여 유죄판결을 한다는 것은 구체적 규범통제의 실효성 관점에서나 헌법불합치결정의 근본적 성격에 비추어 쉽게 받아들이기 곤란한 부분이다.

나. 다음으로 형벌조항에 대한 잠정적용형 헌법불합치결정에 대하여 본다

(1) 발제자는, 형벌조항에 대한 잠정적용형 헌법불합치결정은 당해사건이 구제대상에서 제외됨은 물론이고, 개선입법의 소급효도 배제되고 재심도 허용될 수 없다는 관점을 유지하고 있다. 따라서 발제자도 이와 같은 결정이 정의를 지나치게 훼손하면서 법적안정성을 추구한다는 점을 지적하고 있다.

(2) 지정토론자의 입장에 의하면, 발제자의 해석을 전제로 하는 한 이와 같은 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제2항 및 제3항에 배치되는 것이므로, 그 필요성에 대한 입법론적 논의는 차치하고, 그와 같은 유형의 결정은 현행법하에서는 허용될 수 없다고 본다. 나아가 발제자의 관점을 유지한다면, 잠정적용형 불합치결정이 있는 이후에도 법원에 따라서는 잠정적용에 충실하여 유죄판결을 선고할 수도 있고, 헌법불합치의 취지에 충실하여 개선입법을 기다려 개선입법에 따라 무죄 또는 면소(소급효가 인정되지 않는다는 입장) 또는 유죄판결을 선고할 수도 있을 것이다. 또 심지어는 개선입법이 입법시한 내에 이루어지지 않는 경우에는 전면적으로 무죄가 선고될 수도 있을 것이다. 피고인에 대한 처벌의 여부와 정도를 결정함에 있어 입법의 시점과 내용이라는 가변요소 이외에 재판의 시점도 또 하나의 변수로 등장한다. 더욱이 이와 같이 입법의 시점과 재판의 시점이라는 우연적 요소에 따라 동일한 행위에 대한 처벌 여부가 달라지게 되었음에도 재심을 허용하지 않는다는 입장에서는 이를 바로잡거나 구제하여 줄 절차도 없게 된다(형법 제1조 제3항의 형 집행 면제는 매우 한정적인 범위에서 불공평을 시정하여 줄

수 있을 뿐이다). 따라서 이와 같은 잠정적용형 헌법불합치결정은 허용될 수 없는 것일 뿐만 아니라 구체적 정의와 형평의 관점에서도 수긍하기 어려운 것이다.

(3) 지정토론자의 관점에서는, 형벌조항에 대한 잠정적용형 헌법불합치결정의 효력을 단순위헌결정과 구별하는 경우에도 헌법재판소법 제47조 제2항 및 제3항의 소급효와 재심의 가능성이 인정되어야만 한다고 본다. 즉, 잠정적용이 된 후 개선입법에 의해 위헌으로 확정된 구 법률조항은 소급적으로 효력을 상실하므로, 이에 대한 재심이 허용되어야 한다. 이는 결국 (발제자가 의도하는) 잠정적용형 헌법불합치결정이나 적용중지형 헌법불합치결정이나 그 효력에 있어 본질적인 차이는 없다는 것이 된다. 차이가 있다면 불합치결정시점부터 개선입법시점까지의 경과적 규율의 필요성은 적용중지형 헌법불합치결정에서만 제기된다는 것이다.

(4) 만일 헌법재판소가 향후에 형벌조항에 대한 잠정적용형 헌법불합치결정을 할 경우, 법원의 사건처리방향은 예측하기 어렵다. 대법원 2009. 1. 15, 2004도7111 판결은 적용중지형 헌법불합치결정에 관한 것이었으므로, 잠정적용형 헌법불합치결정에 대하여는 이와 달리 판단할 가능성도 있고, 같은 법리를 적용하여 잠정적용형 헌법불합치결정도 단순위헌결정과 동일하게 취급할 가능성도 있을 것이다. 여하튼 구체적, 개별적 사건에서의 정의와 형평, 인권보호 등의 관점에서 볼 때, 위헌결정의 소급효와 재심의 가능성을 전면적으로 부정하기는 매우 어려울 것으로 생각된다.

4. 맺 음

최근 서울행정법원은 비형벌조항에 대한 잠정적용형 헌법불합치결정의 효력과 관련하여 의미 있는 판시를 하였는바(서울행정법원 2009. 8. 20, 2008구합9379 판결), 그 요지를 간단히 소개하면서 지정토론문을 맺는다.

헌법재판소가 헌법불합치결정을 한 경우, 헌법재판소는 당해 법률조항의 위헌성만을 선언할 뿐 그 위헌성의 제거를 어떠한 방식과 내용으로 할 것인지에 관하여는 국회에 미루어 둔 것이므로, 헌법재판소의 헌법불합치결정에 따른 법상태는 원칙적으로 국회의 개선입법의 내용에 따라 결정되어야 할 것이다. 그러나 이 사건의 경우에는 이러한 개선입법이 이루어지지 아니하였으므로 이 법원이 헌법불합치결정의 효력과 그 결정의 취지를 바탕으로 판단할 수밖에 없다. 이 사건 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제45조 본문 및 제47조 제1항에서 정한 위헌결정의 하나이고, 다만 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다”는 헌법재판소법

제47조 제2항 본문의 예외로서 위헌결정으로 인한 법률조항의 효력상실 시기만을 일정기간 뒤로 미루고 있음에 지나지 아니한다(대법원 1991. 6. 11, 90다5450 판결 참조). 이 사건 헌법불합치결정 이후 헌법재판소가 정한 시한까지 국회가 개선입법을 하지 아니하였으므로 이 사건 법률조항은 2009. 1. 1.자로 효력을 상실하였고 이러한 법상태는 2009. 1. 1.자로 이 사건 법률조항에 대하여 헌법재판소의 위헌결정이 있었던 것에 준하는 것으로 볼 수 있다.

이 사건 처분의 근거가 된 이 사건 법률조항은 이 사건 헌법불합치결정에 의해 2009. 1. 1.자로 효력을 상실하였는데, 이 사건 법률조항의 효력상실이라는 이 사건 헌법불합치결정의 효력은 앞서 본 바와 같이 이 사건에도 미치지므로, 피고의 이 사건 처분은 결국 법률의 근거가 없이 행하여진 것이 되어 위법하게 되었다.

나아가 이 사건의 경우 ① 원고는 공무원으로서의 직무상의 의무나 신분과 관련이 없는 범죄로 인해 금고 이상의 형을 선고받았는데, 이와 같은 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은 위헌이라는 것이 이 사건 헌법불합치결정의 취지로 보이는 점, ② 원고에 대한 형의 선고 및 확정인 헌법불합치결정 선고 이후에 발생한 것으로, 이처럼 처분의 기초가 되는 사실관계 자체가 헌법불합치결정 이후에 발생한 경우에 대하여 행정청이 당해 법률조항의 효력이 존속하고 있다는 이유만으로 헌법불합치결정의 취지에 반하는 내용의 처분을 할 수 있다고 보는 것은, 행정작용이 합헌적 법률에 의하여 이루어져야 한다는 원칙에 비추어 허용되지 않는다고 보아야 할 것인 점, ③ 비록 헌법재판소가 이 사건 헌법불합치결정을 하면서 일정한 시한까지 이 사건 법률조항의 효력을 유지시키고 잠정적으로 적용하도록 결정하였다고 하더라도 이 사건에서와 같이 헌법불합치로 선언된 법률조항 중 합헌인 부분과 위헌인 부분이 적용영역상 어느 정도 구분될 수 있는 경우에는, 합헌인 부분에 한정하여 잠정적용을 하도록 하는 것이 바람직하다고 할 것인 점 등을 종합해 보면, 원고에게 이 사건 법률조항을 적용하여 퇴직급여 등을 제한한 이 사건 처분은 위법하다고 봄이 상당하다.]

제97회 발표회 토론요지

사 회 자 : 윤영미(교수)

토론참여자 : 황도수(교수), 황문섭(판사), 황치연(헌법연구관), 김하열(교수)

간 사 : 남북현 교수님께서 실제적 형벌법규에 대한 헌법불합치결정에 관해서 발표해 주시겠습니다.

그리고 오늘 진행은 유명하신 윤영미 교수님께서 맡아주셨습니다.

박수 부탁드립니다.

사 회 자 : 안녕하세요? 윤영미입니다.

오늘 발표자이신 남북현 교수님을 잠깐 소개를 드리면 한양대에서 법률에 관한 위헌결정의 효력에 관한 연구로 박사학위 하시고 독일 켈른에서 객원교수로 계셨고 지금은 호원대 법경찰학부에 재직하시는데 이번에 지금 1년 동안 현재에서 연구교수하신다고 하시고요.

지정토론자는 헌법연구관 역임하시고 지금은 건국대 법학전문대학원에 계신 황도수 교수님하고 판사로 계시면서 여기 현재에 파견되어 계시는 황문섭 판사님께서 지정토론 해 주시는데, 발표자께서는 30분정도 발표하시고 지정토론은 각각 10분 내외로 필요하신 시간만큼 하시고 그 다음에 참여자분들 모두 참여하는 토론을 갖기로 하겠습니다.

발표에 들어가겠습니다.

< 주제발표자 발표 >

사 회 자 : 발표 잘 들었습니다.

요약을 해 주셨기 때문에 많은 내용을 다 읽어보지 못하신 분은 마무리의 요약 내용을 보시면 쟁점이 파악되실 것 같고요.

지정토론을 황도수 교수님께서 먼저 해 주시겠습니다.

< 지정토론자(황도수) 발표 >

사 회 자 : 지정토론을 다 하신 다음에 답변을 하시는게 좋겠지요?

황 교수님께서서는 지금 말씀드렸듯이 경과규정, 발제자께서도 행위규범 부재를 대비한 경과규정의 가능성을 언급하셨는데요. 황 교수님께서서는 더 다양한 형사 제재수단이 아니고 예를 들어서 행정적 제재수단을 내용으로 하는 경과규정도 할 수 있을 것이다. 그 경우에 논의에 어떤 점이 더해지는가라고 하셨고.

그 다음에 불합치결정 소급처벌금지와 관련해서 동일설이 아닌 구별설의 입장에서 몇 가지 점을 좀 다른 의견을 제시해 주셨습니다. 이점에 대한 답변은 조금 있다 듣기로 하고요. 황문섭 판사님께서 두 번째 지정토론을 해 주시겠습니다.

< 지정토론자(황문섭) 발표 >

사 회 자 : 황문섭 연구관님께서 헌법재판소법 제47조에 규정된 소급효규정, 재심규정에 관해서 해석상으로는 이것에 충실해야 되지 않겠는가 하는데서 출발 하셔가지고 발제자께서 말씀하신 그런 동일설에 의할 때는 여러 가지 정의와 형평에 어긋나는 현상이 일어날 수 있다고 예를 들어주셨습니다.

그리고 최근의 마침 대법원판결에 있어서 이것은 그러한 측면에서는 이해할 수 있는 것이 아닌가 하는 취지로 말씀하셨습니다.

두 분 지정토론에 대해서 발제자께서 답변해 주시겠습니다.

발 표 자 : 황 교수님 말씀 쪽 하면 네 가지 정도 쟁점을 제시하신 것 같습니다.

첫 번째로 제3의 경과규율을 경과규정으로 넣을 수 있지 않겠냐? 예를 들어서 지금 형사적 제재수단으로 되어 있는데 경과규정으로 행정적 제재수단을 제시할 수 있느냐? 개인적으로 그것은 좀 곤란하지 않느냐 하는 생각이 듭니다. 왜냐하면 개선입법으로 고려될 수 있지만 경과규정은 그야말로 최소한만 개선입법시점까지 야기되는 사태를 수동적이고 소극적으로 완화시키고 해소시켜주는 그런 정도의 의미를 지닌 것이지 어떤 적극적인 대안모색의 경우는 그야말로 입법자의 입법형성권에 맡겨야 되는 영역이 아닌지 그런 생각을 해 봤습니다.

두 번째로는 구별설이 오히려 타당한 거 아니냐? 지금 사실은 근본적인 시각 상에 차이가 있는 것이 있는데 저는 이렇게 생각을 합니다. 적용중지 불합치결정은 법적용절차를 중지해라. 그러니까 사실은 법률관계가 옛날에 형성이 되었고 법 적분쟁은 결정시점 이후에 어차피 처리가 되어야 되는데 그 처리하는 절차를 개선입법할 때는 잠깐 기다려라, 그 개선입법에 의해서 원래는 불합치법률이 적용되어야 될 그 영역을 개선입법에 의해 적용해 가지고 거기의 틀에 맞추어서 다시 재단을 해다오, 그런 취지로 설명을 드리고 싶습니다. 그래서 대체라는 용어를 쓰죠.

그런데 지금 계속 황 교수님이나 황 판사님이나 계속 가지고 있는 일관된 시

각은 불합치결정은 위헌결정의 일종이다, 위헌결정과 동일한 것이다. 뭐 이런 식의, 그러니까 적용금지는 아까 내내 말씀드렸지만 위헌결정에 있어서의 적용금지하고 불합치결정에서의 적용금지는 똑같은 돌림자니까 똑같다. 다시 말하면 그냥 위헌결정 그대로 가는 것이고, 그리고 불합치결정에서 똑같이 적용금지 위헌결정과 똑같은데 다만 입법자가 소급적용하면서 경과규정으로 정한 바가 혹시 그것이 있으면 그것은 배려해야 될지 모르겠다, 그런 정도의 취지가 우리가 구별설에서 얘기하는 적용금지 불합치결정에 대한 법적용자의 효과를 이해하는 것은 그렇게 하는 거 아닌가 싶습니다.

거기서 나타난 근본적인 편차가 있기 때문에 그 편차에 대해서는 제 생각에는 그 편차를 어떻게 해소하느냐가 핵심일 것 같습니다.

그렇게 해서 답변을 여러 가지 해 드릴 수가 있을 것 같고, 그런 시각에서 본다면 사실은 저처럼 그렇게 접근했을 때 개선입법의 처리안이라고 했는데 그 처리하고자 하는 개선입법이 기존에 있었던 불합치법률이 규율했던 구성요건, 이런 말씀을 드리고 싶어요. 그 구성요건에는 사실은 그야말로 위헌성이 있는 부분도 있고 합헌성이 있는 부분도 있습니다. 그 선을 입법자로 하여금 갖게 하는 것이라고 생각을 합니다. 그래서 새로 그러니까 기존에 있었던 구성요건의 틀에 이쪽은 이 범위에는 입법자가 보니까 이쪽은 합헌이고 이쪽은 위헌이다 그랬을 때 그렇게 입법이 되었다면 그 입법된 결과가 당해사건이든 계속사건이든 또는 그야말로 확정력 발생해 가지고 유죄확정판결사건이든 재심청구의 대상이 되는 그런 거라 할지라도 그 틀 속에서 다시 읽어내 봐줘야 되는 것 아니냐 그런 취지입니다.

그렇다고 한다면 기존에 위헌이었던 부분 그냥 계속 위헌으로 가는 겁니다. 유죄확정판결을 받았다 하더라도 기존에 불합치법률의 구성요건상에도 있었고 개선입법에 있어서의 구성요건상에도 똑같이 포함되어 있다면 그대로 놔두겠지요. 대신에 그 개선입법의 구성요건에서는 배제된 상태였다면 그것은 구제해 줘라. 그것은 재심청구의 대상으로 해서 해결해 주는 것이 맞지 않냐 그런 논리체계입니다.

그래서 그렇게 답변드리는 것으로, 나머지 말씀중에 한 가지 대법원 판결과 관련해서 처벌할 수 있는 문제하고 기속력문제 법원이 준수하는 문제하고 다른 것 아니냐는 문제는 사실은 기속력이라고 하는 것은 결정취지라고 하는 것은 이미 어떻게 하라고 하는 지침 내지 방향성을 설정한 것으로 봅니다.

특히 입법자에 대해서도 그게 우리가 단순위헌결정에 있어서 그 위헌결정이 입법자에 대한 기속력이 있느냐 그런 논란을 많이 제기합니다. 사실 그것을 인정했을 경우에는 헌법해석을 건드리는 것이기 때문에 그런 취지에서 나오는 얘기가

기는 하지만 우리가 불합치결정의 경우에는 입법자의 개선입법의무라고 하는 것을 기존에 있었던 불합치법률의 문제를 입법자에 의해서 해결해 달라고 청한 이상은 입법자는 해결해야만 한다는게 논리적 전제가 되지 그것을 인정을 안 하면 제 생각에는 불합치결정을 할 필요성은 없다고 봅니다. 그렇게 못한다는 거죠. 그러면 아무런 의미가 없다는 거죠.

사실은 왜 자꾸 이런 틀을 계속 저 같은 경우 열어놓으려고 하는 입장이나면, 실제로 이루어지는 법률관계는 너무나 다양합니다. 법이 규율하는 실체는. 그런데 정해진 몇 가지 도구가지고 그 틀을 무조건 다 맞추라고 하면 바로 그 부분에 있어서 사실은 계속 말씀드리지만 행정법원의 판결 그것도 사실은 현재에서 그런 선택했었던 것도 아마 하도 한정위헌이니, 헌법불합치같은 경우에는 좀 덜 하지만, 한정위헌같은 경우 하도 뭐라고 그러니까 ‘야 이거 안 해보고도 한번 해보자’ 이런 취지 아니었을까 그런 생각도 들어봅니다. 만약에 그것을 한정위헌 되었으면 사실은 한정위헌으로 했으면 물론 그게 저쪽에 위헌부분이 절대적 금지사유에 해당되는지 그것은 좀 다르겠지만 그것은 좀 문제가 있을 수 있습니다마는 그래서 그 부분 같은 경우 사실은 그 어떤 주문선택유형 이런 것들이 훨씬 더 아까 독일 얘기하면서 변형결정 활용할 수 있는 재량권을 좀 부여하도록 하자, 주문선택의 자유를 좀 열어놓자 그런 취지는 계속, 일관된 취지는 그런 측면에 있다고 말씀드리고 싶습니다.

그리고 또 하나는 법 적용자에 대한 기속력은 이것은 절대적인 것입니다.

사실은 계속 이것 분석하면서 대법원의 취지 이런 것들을 보면 계속 일관된 흐름의 한 가지는 헌법불합치결정과 관련해서는 전부 다 기속력 부정하는 내용들입니다.

판결이유, 자기네 결정문에 판결이유로 기재되어 있는 내용들은 절대적인 것으로 주장을 하면서 왜 결정주문에 대해서 나온 그것조차 인정을 안 하려고 그러는 건지, 그런 것들에서 안 맞는다는 것이죠. 논리 구조적으로. 그리고 제107조 제1항 같은 경우 심판결과에 따르라고 그랬는데 심판결과가 어디에 나오니까? 주문에 나옵니다. 그런데 안 따르다, 그 얘기를 한단 말이죠. 바로 그런 것들이 앞뒤가 안 맞는다는 것이죠 계속. 그런 말씀드리고 싶고.

그 다음에 황문섭 판사님 말씀드리도록 하면, 사실 위헌결정기산, 전소에는 합헌이고 후소에는 위헌이었을 때 사실 저는 그냥 그 부분에 대해서 현재가 후소결정에서 정한 시점으로 해야 되는 거 아니냐. 그렇게 대충 저기 했는데 사실 논리적으로 따져보면 대체로 네 가지는 나옵니다.

뭐냐 하면 심판대상인 법률의 제정시점, 그리고 그것이 나중에 여러 차례 개정되었을 때 최종개정시점 그러니까 규범충돌시점이죠. 그 다음에 전소의 결정시점, 후소의 결정시점 또는 현재가 후소의 결정에서 정한 시점 그렇게 보는 것이 대체로 다섯 가지 가능성이 있는데, 사실 이것을 어디로 설정해야 될지는 굉장히 어려운 문제라고 생각을 합니다. 그래서 아까 이것을 어떻게 활용하느냐의 문제도 사실 소급효, 결국은 우리가 지금 이 자리에서 논의하는 것은 딱 한 가지거든요. 소급효 없애버리는, 소급효로 인한 부담을 어떻게 해소할 거냐. 특히 재심청구라고 하는 불측의 예상되지 않는 그 많은 60년 동안 켜켜이 쌓여진 그 먼지를 어떻게 털어낼거냐, 털어내게 해 줄거냐 그 얘기라고 생각을 하는데, 그래서 이것이 어떻게 활용될지는 저도 한번 그런 생각이 있어 가지고 보여지길래 그냥 말씀을 올린 것입니다.

그 다음에 규범적 틀 속에서 봐야 되는 것 아니냐? 다시 말하면 조문에는 그거 불가능하도록 되어 있는데 어떻게 조문해석의 영역을 벗어날 수는 없지 않느냐 말씀드리는데, 발표문에서 작성을 했었습니다마는 사실 장래효원칙에 예외적인 소급효 같은 경우도 사실 그렇게 접근하기 위해서 그렇게 해석을 하는게 맞느냐라는 본질적인 문제부터 제기가 됩니다.

그렇지만 일단 위헌결정의 법적효과, 비형벌법규의 위헌결정의 법적효과 장래효원칙과 예외적인 소급효고 그 소급효적용범위가 일반사건까지 해당된다고 가정을 할 때 그것에 대한 위헌결정으로 인해서 야기되는 법적혼란이나 이런 것들을 해소할 목적으로 효과를 제약한다는 방법으로 선택한 것이 불합치결정에서 나온 두 가지 측면이 다 그렇다는 거죠. 적용금지도 그렇고 계속적용도 그렇고. 그렇다고 한다면 마찬가지로 소급효를 해야 된다. 그리고 그 소급효의 단서에 입각해서 그 다음에 재심청구를 해야 된다고 하는 것들이 제한받을 수 있다는 것을, 그러니까 그것이 형벌법규에 대한 그 위헌결정이 이루어졌을 경우 최대한의 효과를 얘기한 건데, 예를 들어 만약 이런 거라면 문제가 생길 겁니다. 소급효를 하고 재심청구 없이 전부 다 형벌을 면제시켜 줘라 이런 거라면 문제를 삼아도 문제가 될 거라고 생각합니다.

그것은 더 확대해 가고 더 심각한 문제를 초래할 수 있으니까요. 그게 아니고 소급효의 영역이 최대한의 영역이 소급효고 재심청구라고 한다면 그것을 조금 완화시키고 또는 불합치법률에 의해서 다듬어가지고 해당되는 영역만 숨아낸단가 또는 아까 발표를 안 했습니다마는 발표시간관계상 못했습니다마는 헌법재판소에서는 한정위헌결정을 해 주고 그것에 바탕을 두어서 기존에 아까 권위주의시

대에 있었던 각종 악법들에 대해서 만들어진 확정판결에 대해서 재심청구해서 다듬어보는 방법들 이런 것들도 다양하게 활용할 수 있는 것 아니냐, 그런 시각으로 접근한다면 별문제는 없는 것 아닌가 그런 생각을 해 봤습니다.

그 다음에 입법 의무의 불이행문제, 사실 저는 분명하게 말씀드리는데, 국회가 개선입법 의무를 불이행했다 그래서 불합치법률이 다음날 효력을 상실한다, 그것은 저는 안 맞다고 생각을 합니다. 그게 잠정적인 계속적용도 그렇고 적용중지의 불합치결정도 마찬가지로 생각을 합니다. 그래서 저는 독특하게 주장한게 있길래 그것가지고 더 이상 논리전개를 안 해봤는데 그거가지고 발표하기는 뭐해 가지고 말씀만, 비판적인 시각에서 말씀드린 겁니다.

그리고 이것도 있습니다. 지금 우리 국회가 사실은 조금 정신을 덜 차려서 그렇지 빨리 개선입법 의무를 그 기간내에 이행하도록 어떤 식으로든 압력을 넣고 해서 하는게 합리적이라고 생각을 합니다. 그게 안 되는게 정상이 아니고 되는게 정상이어야지 대한민국 질서가 제대로 잡힌 것이라고 생각을 합니다. 그런 측면에서 논리전개를 하고 싶고요.

그 다음에 소급효 재심가능성을 열어놓아야 되는 것 아니냐? 그래야 아까 말씀하셨듯이 경우에 따라서는 위헌이었다가 합헌이었다가 이렇게 하는 그런 부분들은 아마 제 생각에는 우리 황문섭 판사님께서 불합치법률이 촉구시킨 내에 개선입법이 이루어지지 않았을 경우에 그 다음에는 어떻게 되느냐? 그 불합치법률의 운명은 그것은 위헌이라는 것을 전제로 하시기 때문에 그런 일련의 지적이 나오는 것 아닌가 싶습니다. 그런데 그 부분에 대해서는 저는 좀 다르게 생각을 가지고 있다는 것은 말씀드렸고, 제대로 답변드렸는지 모르겠습니다.

사 회 자 : 아마 토론자분들께서도 더 대화를 나누고 싶으시겠지만 다른 참석자분들께 기회를 드리기 위해서 참석자분들의 토론을 들어보기로 하겠습니다.

의견이 있으시거나 발제자나 토론자에 대해서 문제제기가 있으신 분은 말씀해 주시기 바랍니다.

황치연 연구관님.

황 치 연 : 저는 평소에 연구관 토론회에서 형벌법규에 대해서는 불합치결정을 해서는 안 된다는 견해를 누누이 견지해 왔는데 그런 디테일하게 검토되지 않은 상태에서 직접적인 형벌조항은 아니지만 관계되는 측면에서 그것을 간과하고 했기 때문에 이번 행정법원의 결정과 같은 것이 나오지 않았느냐 저는 이렇게 생각을 합니다.

예컨대 독일 연방헌법재판소법 제79조의 경우에 형벌의 경우에도 불합치결정

을 할 수 있다고 조문상으로는 되어 있지만 실제로 안하는 이유가 발제문과 같은 현실의 문제에서 비롯되는 것인지 아니면 불합치결정의 구조논리상 형벌조항에 관해서는 있을 수 없기 때문에, 왜냐하면 형벌조항에 대해서 소급적으로 소멸되어야 되는 건데 전후관점에서, 과연 법적안정성의 측면에서 형벌조항이 위헌인데도 불구하고 그것을 계속 적용할 필요성이 있는 경우가 구체적으로 어떠한 경우가 있을 것인지 이것을 생각해 보고 그 다음에 다른 비교입법적으로 그것이 가능하다고 되어 있는 상황에서도 실제로 형벌조항에 대한 불합치결정의 사례가 그런 나라에서도 판례로서 있는지 궁금합니다.

그리고 헌법재판소 불합치결정에서 기한을 설정해 가지고 효력을 상실한다고 명시적으로 했는데도 불구하고 이게 효력상실이 아니라고 발제자같이 해석을 한다면 헌법재판소의 결정이 정말로 유명무실화되는 것 아닌가 그런 해석을 한다면, 그런 측면에서 헌법재판소가 명시적으로 일정한 입법개선기간이 도과하고 효력상실을 선언한 경우에도 효력상실이 안 된다는 것은 헌법재판소결정에 대한 해석을 너무 명시적으로 반하는 것 아닌가 이렇게 생각을 합니다.

여러 가지 궁극적인 논의사항이 있지만 우리나라 현실상으로 보면 아까 40년이 권위주의시대고 20년이 정상적인 시대였다면 그런 정의관점을 과거청산측면에서 보더라도 어떠한 불합치결정의 논리구조를 우리 입법하에서 실현한다고 할 때 현실적으로 보더라도 형벌사항에 관해서는 소급적으로 효력을 발휘하도록 하는 것이 더 타당하지 않겠는가. 더욱이 소급시점에 관해서 굉장히 우려를 하고 있는데 여러 가지 헌법개정 9차 개정이 이루어진 단계를 한번 생각해 보고, 또 위헌결정된 사항에 대해서 그전에 심판대상에서 일단 한정이 되는데 그 심판대상 한정 이전에 법률도 재심개시의 관계에서 도미노현상이 일어난다고 생각을 하는데, 재심개시사유가 소송을 제기할 때 존재하지 않는다면 재심각하판결을 받을 수밖에 없는데 그런 경우도 위헌제청을 할 수 있어서 도미노현상이 일어날 수 있는지 많은 의문점이 있습니다. 여러 가지 의견이 있지만 이상으로 마치겠습니다.

사 회 자 : 다른 분 한 분 더 말씀 들어보고 발제자가 답변하시겠습니다.

김하열 교수님.

김 하 열 : 김하열입니다. 발표와 토론 잘 들었습니다.

논의가 워낙 복잡하고 해서 잘 이해가 안 되서 중요한 부분은 질문을 못하겠고요. 좀 부차적일 수도 있는데 그냥 궁금해서 두 분 토론자님께 질문을 드리고 싶은데요. 황도수 교수님께서서는 적용중지와 계속적용 이외의 제3의 경과규율을 헌법불합치결정에서 할 수 있는 가능성이 있는 것이 아닌가, 이렇게 말씀을 하셨습니다.

는데, 만약 이렇게 제 3의 그러니까 개별적인 사례를 아주 구체적 타당성 있게 규율하는 이런 경과규율을 말씀하시는 것 같습니다. 독일의 사례를 인정하시는 것을 보니까. 만약에 그런 아주 구체적, 개별적인 이런 경과규율, 이 불합치결정의 효력으로서 할 수 있다는 것인지 아니면 뭔가 헌법불합치결정의 효력에 대해서 일반적으로 집행조항에 근거해서 하는 그런 집행조치 차원에서의 경과규율을 말씀하시는 것인지? 제가 이해하기로는 우리 헌법재판소법에는 집행조항은 없기 때문에 아마 불합치결정의 효력으로서도 이런 제 3의 다양한 형태의 구체적인 경과규율을 할 수 있다고 말씀하시는 것 같은데, 집행조항이 없는 상황에서도 이런 것들이 과연 가능할지 이것을 한번 여쭙보고 싶고요.

그리고 우리 황 판사님한테는 토론문 3쪽에, 아마 주된 토론의 요지는 절충설이라고 하시면서 ‘형벌법규에 대한 헌법불합치결정이 3쪽 마지막에 보면 필요성이 인정된다 하더라도 소급효나 재심을 전면적으로 박탈하는 것이어서는 안 된다’ 이렇게 말씀하셨거든요. 그런데 형벌법규든 비형벌법규든 불합치결정의 요체라는 것은 결국은 구제의 범위를 헌법재판소가 100% 결정하는 것이 아니고 구제의 범위를 입법자에게 넘겨서 입법자가 구제의 범위를 조정하라는 것으로 제가 아는 것이지 전혀 구체해 주지 않아도 된다는 개선입법의 가능성까지 허용하는 것은 아니지 않겠는가 이런 생각을 하는데요. 만약에 그렇다고 하면 형벌법규에 대해서 헌법불합치결정을 했다라고 하는데 개선입법에서 이런 당사자의 입장에서 구제를 받을 수 있는 소급효나 재심을 전면적으로 박탈하는 이런 내용의 개선입법을 한다고 하면 이것은 불합치결정의 취지를 살린 개선입법은 전혀 아니라고 봐야 되지 않겠는가. 저는 형벌법규에 대한 헌법불합치결정을 했을 때 입법자가 제대로 개선입법을 한다고 하면 소급효나 재심을 전면적으로 박탈하는 이런 개선입법은 상정할 수 없는 것이 아닌가 그런 생각이 드는데 이런 의문에 대해서 답변을 부탁드립니다.

이상입니다.

사 회 자: 그러면 발제자께서 먼저 황치연 연구관님 토론에 대해서 답변해 주시고 그 다음에 지정토론자들께서 답변해 주시겠습니다.

발 표 자: 사실 여러 가지 황 연구관님이 질문을 해 주셨어요. ... 안하는 것은 현실 때문에 그런 것보다는 불합치결정의 이론의 구조적인 논리적 한계 때문에 그런 것 아니냐? 사실 그러면 그 말씀에 대해서는 이원적인 접근이 가능하다고 봅니다.

우리가 내내 얘기했던 적용금지 불합치의 경우하고 계속적용 불합치하고 둘

로 나눌 때 적용금지 불합치의 경우에는 사실 그 부분에 대해서 굉장히 고민했더니 그 부분이 걸리지더라고요. 아까 말씀드렸던 그 결정시점부터 개선입법시점까지 사이에 일반국민의 시각에서는 어떻게 해야 될지 모르는 행위규범으로서의 구성요건이 정립이 안 되어 있다는 그 부분이 결정적인 약점이어서 제가 그렇게 접근을 했었고요.

그리고 계속적용 불합치의 경우에는 사실은 여기에 제 결론은 없습니다. 못 썼습니다 사실은. 자신 없어 가지고요. 감당이 안 되어 가지고 솔직히 못 썼습니다. 그래서 열어놓는 취지로 그냥 해 놓은 겁니다. 그래서 그런 측면에서 보면 사실은 굉장히 그 부분에 있어서 어디까지, 그래서 계속 던지는 질문이 그런 말씀인 겁니다.

결국은 형벌의 얼룩은 아무 잘못 없는 국민이 지고, 그 재심청구라고 하는게 확정력 파괴인데 그래서 정의를 확보하는 건데, 법적안정성을 위해서 일반국민들한테 그런 부담을 지라고 납득을 시키려면 그만큼 정도의 엄청난 정도의 법적안정성이 요구가 될 거다. 달리 표현하면 우리가 비형벌법규의 경우에는 장래효원칙임에도 불구하고 계속적용을 명하는 것 아닙니까? 그러면 거기서 나타나는 정도보다 훨씬 더 심각한 정도의 그 정의관념에 대한 해체를 가져오는데 그것을 어떻게 메울 것이냐? 사실 그 부분에 대해서는 저는 해답을 아직 못찾았습니다. 죄송합니다. 솔직한 말씀이고.

그 다음에 비교법적인 사례가 있냐? 뭐 다 아시면서 그러세요. 불합치결정이 비교법적 사례 있습니까? 독일 말고, 다른 나라 없죠. 다만 발표문에서 썼지만 오스트리아나 이탈리아 같은 경우는 그냥 구분 안하고 하더라. 그러다보니까 구분안하고 한다고 하는 건 그러면 거기에서도 사실은 오스트리아는 워낙 저기하지만 이탈리아 같은 경우도 사실은 비형벌법규하고 똑같은 형태로 형벌법규의 경우에도 뭐랄까 헌법재판소의 결정보다 훨씬 더 일반사건까지 권리구제 하는 그런 정도의 범위로 그렇게 이해하면 맞습니다. 그런 태도를 취하고 있는 것으로 알고 있기 때문에 그런 측면에서라면 비교법적 근거로는, 다시 말하면 재심청구라든가 소급효를 일부 법적안정성을 위해서 희생시키라고 하는 것 양보하게 하는 것도 입법정책적으로는 가능할 것 같다 그런 취지만 강조하고자 합니다.

그 다음에 기한을 설정해서 효력 상실하는 그런 문제 말씀이죠? 아마 그 점이 여기 계신 우리 헌법재판소 관계자들하고 저하고 차이점일 것 같습니다. 제가 실무하면 그렇게 말할 못 쓰죠. 문제를 해결해야 되기 때문에. 그런데 사실은 명시적 기한설정을 하면 안 된다고 저는 옛날에 94년도 박사학위논문부터 그렇게 써왔습니다. 왜냐하면 그것은 입법형성의 자유를 너무 제약하는 것 같다. 그래 가

지고 그렇게 써놓은 입장에서 문제해결 하는 것은 여러분들 하시지만 저는 제 나름대로 일관성을 유지해야 될 필요성도 있기 때문에 그렇게 전개했습니다.

그 다음에 심판대상을 한정하고 도미노현상 이런 문제 지적을 해 주셨는데, 그 가능성을 부정할 수는 없다고 봅니다. 그래서 사실 그런 것이 차단되고 그런 일이 안 벌어질 것이라고 생각을 하면 사실은 소급효 평평 인정하고 다해도 관계 없겠죠. 그런데 그렇지 않을 것 같다는 생각이 들기 때문에 조심스러운 부분이 있지 않을까 합니다.

이상입니다.

사 회 자: 그러면 제가 하나 뭔가 좀 명확히 하고 싶은게 있어서 그러는데 주문에서 몇 년 몇 월 몇 일까지 개선입법하지 않으면 효력을 상실한다라고 해도 상실하지 않는다는 말씀인가요?

발 표 자: 사실은 제 얘기는 그런 요구하는 헌법재판소의 태도가 그것이 입법시한을 박는다는게, 그러니까 입법해 달라고 촉구할지언정 그걸 입법형성의, 말이 꼬이는데 이거죠, 혹시 그 기한이 초과되었다. 그래 가지고 법률이 효력을 상실시키는 것은 아니라는 것입니다. 그런 효력이 상실될 그러한 형태의 불합치결정이라면 그 주문이 잘못 선택되었다. 저는 그렇게 생각을 하는 겁니다.

사 회 자: 그러면 황도수 교수님께서 집행조항이 없어도 할 수 있겠는지 말씀해 주시겠습니까.

황 도 수: 일단 헌법불합치결정의 종류가 크게 둘로 나누어진다는 생각을 한번 해볼 필요성이 있습니다.

제가 예전에 논문 쓸 때 단순헌법불합치결정하고 경과규율헌법불합치결정이 있다고 나눴던 것이 그 생각인데요. 그냥 원래의 헌법불합치결정은 평등원칙위반에서 논의가 되기 때문에 사실 내용상으로는 합헌이죠. 과잉금지원칙의 입장에서 볼 때는 합헌인데 평등원칙에 비추어봐서는 위헌이기 때문에 할 수 없이 입법자가 어떻게 평등을 실현할 것인지를 입법자한테 맡길 수밖에 없고 입법자가 법률을 개선해서 가져오면 그 부분에 관해서 소급적으로 적용하겠다. 그래서 평등한 상태를 과거로부터 지금까지 다 맞추어서 규율하겠다는 것이 원래 생각이었습니다.

그런데 이것 말고 또 다른 유형이 있는데 또 다른 유형은 뭐냐 하면 위헌인데 위헌상태를 그냥 단순위헌을 하게 되면 너무 사회적으로 혼란이 심하게 오기 때문에 그 혼란스러운 상태가 오히려, 위헌결정을 왜하냐 하면 정의를 위해서 하는데 사회적 혼란이 부정의를 가져온다, 그러니까 할 수 없이 뭔가 중간공백을 메울 수 있는 필요성이 있기 때문에 현재로서는 그 중간에 경과규율을 할 필요성이

있다. 그 경과규율은 눈물을 머금고 위헌법률이지만 계속 적용하게 하겠다고 생각해서 하는 것이 계속적용이다 라는 거죠. 그런데 여기의 계속적용이라는 것은 새로운 입법이 나올 때까지 혼란을 방지하기 위한 한 수단으로 택해진 것이고 그것은 어쩔 수 없이 정의의 관점에서 할 수 없이 하는 건데 그 할 수 없이 하는 것이 반드시 계속적용이어야 되느냐? 과거의 위헌법률을 적용하는 것만 되느냐? 이 부분이 계속 적용하는 것 자체도 집행조항이 없어도 하는 거죠. 할 수 없이 하는 건데, 할 수 없이 하는 바에야 이왕이면 현재에서 좋은 아이디어를 가지고 경과규율로 개선입법 될 때까지 이런 좋은 방법이 있다는 다른 방법을 제시할 수도 있다고 보고, 독일에서는 그 부분에 관해서 여러 가지 스타일이 있고 그 부분에 관해서 사례들이 많은 것으로 제가 알고 있습니다.

그 부분에 관해서 좀더 현재에서 적극적으로 고려해서 하는 것이 어떻겠는가. 특히 지금 처벌법규와 관련한 헌법불합치결정을 해서 계속적용을 명할 경우에 생기는 문제점은 여러 가지가 생길 수 있죠. 위헌법률에 대해서 왜 계속적용을 하는가? 국민은 현재는 위헌이라고 그러면서 그것을 갖다가 강제로 해서 형사처벌을 계속 받게 하고 유죄의 증거로 남기게 하고 전과자를 계속 만드는 것이 문제되니까 그것은 아니라는 거죠. 현재는 그것 말고 또 개선입법으로 해서 소급시키는 것도 또 문제가 되죠. 또 형사처벌 소급금지원칙에 의해서 헌법적으로 반하는 행위를 헌법재판소가 권장한다. 그것도 말이 안 된다는 것이죠. 결국 이때 할 수 있는 것은 헌법재판소가 그 부분 형벌불소급원칙을 피하면서 할 수 있는 경과규율을 현재가 찾을 수 있지 않았겠는가라고 하는 생각을 해 보면서 이게 이제 독일에서 하는 경과규율의 내용들을 우리가 조금 더 연구하는 것이 어떤가 하는 생각에서 저는 그런 쪽으로 말씀드린 것이고요.

할 수 없이 집행조항이 없어서 하는 건데, 이것은 집행조항이라기 보다는 헌법불합치결정, 위헌결정을 어떻게 집행하느냐 이런 문제라기보다는 위헌결정을 했을 때 생기는 문제점으로서 할 수 없이 행하게 되는 변형결정의 스타일로서의 어떤 내용이기 때문에 어쩔 수 없는 것 아니냐. 조항이 없어도 우리가 변형결정을 지금 조항 없이 하는 것과 같은 차원에서 이해할 수 있는 것 아니냐 하는 생각으로 이해해 보는 것이 어떤가 그런 생각을 가집니다.

가령 예를 들면 학교보건법 같은 경우에 그냥 현재에서 간단히 입법이 개선될 때까지 극장설립허가를 허가해서는 안 된다고 조문 하나만 행정적으로 붙여버렸으면 처벌문제 이 문제는 전혀 문제가 없고, 근처에서 뭐 허가가 안 나오니까 제일 걱정하던 부분이 제가 볼 때 극장이 난립되어 가지고서 그 기간동안에 문제

가 생길 수 있다 그러는데 행정적으로 그런 것은 얼마든지 제가 볼 때는 경과규율을 할 수 있었던 것 아닌가 하는 생각을 저는 내심으로 하고 있었습니다.

이상입니다.

사 회 자 : 그 다음에 황문섭 연구관님께서 소급효, 재심 그 문제에 대해서 말씀해 주시겠습니까.

황 문 섭 : 원래 손 연구관님께서 저한테 지정토론 하라할 때 질문 받고 이런 것은 토론자, 전혀 말씀 안하셨어요. 몇 번이나 제가.

그런데 하여간 김 교수님 소급효나 재심부분에 대한 관점은 제가 쓴 부분하고는 전혀 다른 관점이신 것 같고요. 저는 기본적으로 제47조 제2항의 소급효나 재심의 부분은 입법의 문제가 아니라 해석의 문제라고 생각을 하거든요.

예컨대 학교보건법 당해사건에서 예를 한번 들어본다면 원래 극장이 처벌구성요건이었는데 그중에 공연장이 빠지고 정확하지는 않지만 영화상영관으로 개선입법이 이루어졌다. 그 처벌구성요건이 바뀐 것이죠. 그런데 거기서 재심이나 소급효에 대해서 규정한 것은 아니거든요. 오로지 해석이 남겨졌는데, 예컨대 잠정적용을 명했다, 그랬는데 내가 공연장을 하고 있는 사람이었다. 극장이 처벌요건이었는데 내가 공연장을 하고 있었거든요. 유죄로 처벌받을 수 있죠. 개선입법에 의해서 공연장이 빠졌거든요. 그러면 무죄를 받아야겠죠. 그런데 그러면 이전에 유죄 받은 사람이 재심을 청구할 수 있을 것이냐? 공연장부분이 위헌성이 확인되어서 개선입법에서 빠졌다. 그 공연장부분에 대한 재심을 인정할 것이냐? 공연장부분으로 처벌받은 사람들에 대해서 소급효를 인정할 것이냐? 그 부분은 입법이 아니라 해석의 문제라고 생각되는데요. 거기서 해석을 할 때 헌법불합치결정의 특수성을 강조하는 차원에서는 그러니까 남 교수님 그런 입장으로 저는 이해를 했는데요. 원칙적으로 특히 잠정적용의 경우라면 말할 것도 없고요, 소급효나 재심이 허용되지 않는다는 입장이 제시가 되고 있고 그것이 또 저도 불합치결정의 특수성을 감안한다면 있을 수 있는 이론이라고 상정을 합니다.

그런데 그와 같이 예컨대 공연장으로 처벌받은 사람들에 대한 재심이 허용되지 않는다면 또는 소급효가 인정되지 않는다는 전제에서 헌법불합치결정을 한 것이라면 그와 같은 헌법불합치결정은 저는 해석의 허용범위를 넘어서는 것이고 허용되지 않는다는 차원이 아니라 해석을 할 때는 당연히 위헌성이 확인된 부분 개선입법에 의해서, 그 부분에 대해서는 최소한 재심이나 소급효를 열어두었을 때만 그것이 법규정에 충실한 해석이라고 생각을 해서 말씀드린 것이고요.

입법에서 소급효나 재심부분까지 같이 규율할 수 있을까요? 그 부분은 제가

김 교수님 입장을 정확하게 이해하지 못한 차원에서 일단 간단히 답변 드리도록 하겠습니다.

사 회 자 : 토론은 아마 더 해야 될 것 같은데 시간관계상 2차에서 하기로 하고요.

혹시나 꼭 하셔야 될 말씀이 있는 분이, 아직 토론 안하신 분이 있을까요? 말씀하실 분이 있습니까?

그러면 소장님이 참석하셨는데 소장님 말씀을 한번 듣기로 하겠습니다.

헌법재판소장 : 원래 각본이 없는 거죠. 저는 얘기를 못 들었는데, 독일 연방헌법재판소법 제79조의 개정과정에 대해서 발제자께서 모두에서 말씀하셨는데, 이 독일 연방헌법재판소법이 1949년도인가 만들어지고 나서 지금까지의 사이에 거의 60년 사이에 가장 크게 문제가 되었고 가장 크게 변했다고 하는 부분이 바로 제 79조에 대한 개정작업 과정이었습니다. 이 과정은 무려 4년이 걸렸어요. 그런데 지금 이 발표문에 언급된 부분은 일부분 같고, 이 제79조를 개정함에 있어서 최대의 논점은 연방헌법재판소에 의해서 위헌으로 선언된 법률에 의한 재심과 연방헌법재판소가 위헌이라고 선언한 해석에 의한 형벌법규의 재심 이것이 어떻게 다른 것이냐, 전자와 후자는 다른 것이냐, 같다면 그러면 후자의 경우에도 재심을 허용해 주어야 하는 것 아니냐, 이래 가지고 독일 연방하원인 분데스타그에서 무려 4년간 법사위원회에서 많은 전문가들이 참석하고 관여해서 개정된 법이 지금 제79조 제 1 항과 제 2 항입니다.

이 제79조 제 1 항과 제 2 항에서 결국 제 1 항은 연방헌법재판소에 의해서 위헌이라고 해석된 법률에 의한 형벌법규에 의한 처벌, 그 다음에 연방헌법재판소에 의해서 위헌이라고 선언된 형벌법규에 대한 해석에 의한 처벌 이 두 가지는 이론상으로는 차이가 있을 수 있지만 실제상으로는 국민의 입장에서 보면 차이가 없다, 그러니 후자의 경우에도 재심을 허용하자 하는 것이 결론이었어요. 그 과정에서 제31조도 같이 개정이 되었지요. 제31조 개정하면서 헌법불합치 조문이 들어감으로써 독일에서는 헌법불합치 주문이 변형결정이 아니라 정형결정이 된 것이죠. 그런데 우리나라에서는 아직은 실정법상의 지원을 받지 못하기 때문에 여전히 변형결정으로 남아있습니다.

이 불합치주문에 대해서는 우선 말씀드리고 싶은 것은 입법자들의 개선입법 의무 또는 입법자에 대한 개선입법명령 이렇게들 표현하시는데 헌법재판소는 불합치선언의 주문을 내면서 입법자들에게 개선입법을 하라고 명령한 일 없어요. 또 의무를 부과한 일 없습니다. 이것은 말하자면 행정판결에서 이행판결이 인정이 안

되는 것과 똑같은 이치입니다. 권력분립의 원칙상 법원이 행정부에 대해서 이행판결을 명할 수 없는 거나 마찬가지로 헌법재판소는 입법자들에 대해서 개선입법을 마련해라 하는 명령을 할 수 있는 권한이 없는 거예요. 그러니까 명령을 안 하죠. 다만 몇 월 몇 일까지 개선입법을 하지 않으면 그 이후부터는 효력이 없다. 이렇게 간접적으로만 주문을 내고 있을 뿐이죠. 우리 현재 선례 가운데 일부 그렇게 명령하는 식의 주문이 나온 선례가 좀 보이기는 보입니다마는 그것은 잘못된 주문이죠.

그 다음에 형벌법규 관련해서 문제를 검토함에 있어서는 우리가 아주 단순하게, 지금 사안이 굉장히 복잡해요 이게, 당해사건이 있고 동종사건이 있고 병행사건이 있죠. 또 형벌규정에 대해서도 계속적용과 적용중지의 경우로 나눌 수 있고, 또 이런 경우에도 피고인에 대한 형사판결이 확정된 경우가 있고 그렇지 않고 법원에 계속되어서 재판을 계속 받고 있는 경우가 있고 그래 가지고 이렇게 조합을, 얼마 전에 다른 문제 때문에 좀 검토를 해 보니까 무려 조합이 14개인가 이렇게 나오는데 참 어려워요. 그러니까 이게 그 자체로서도 어렵지만 조합 때문에 어려운 거예요. 그런데 당해사건에서 우리가 그냥 그러니까 이 문제를 가장 간단하게 생각하기 위해서는 당해사건에 한정해서 그 다음에 형벌법규에 대한 잠정적용 그 다음에 확정된 경우 이 조합만 가지고 생각을 하면 제일 간단한 것 같아요. 제일 간단한테 이런 경우에 문제는 형벌법규에 대해서 계속적용을 명했는데 그런데 피고인이 재판을 받다가 1심판결 받고 ‘아 나는 더 이상 항소하고 불복하지 않습니다’ 그래서 확정시켰어요. 그래가지고 유죄판결이 확정이 되었는데 개선입법시 한까지 개선입법이 마련이 안 되었어요. 그러면 거기서 당연히 그 당해조항은 위헌으로 되고 소급무효가 될 수밖에 없죠. 그러면 이미 확정된 피고인은 거기에 대해서 재심을 할 수 있잖아요. 그러면 헌법재판소는 그렇게 될 사안에 관해서 계속적용을 명했고 또 그 계속적용의 주문에 따라서 일반법원은 재판해 가지고 유죄까지 선고했어요. 그랬는데 나중에 개선시한까지 개선이 안 되는 바람에 위헌이 되고 소급무효가 되었어요. 자, 이 경우를 생각해 보면 이것은 헌법재판소나 법원이 국가배상책임까지도 저야할 문제구나 하는 그런 생각이 들어요.

그런데 또 다른 한편 자, 이번에 간통죄가 다행히, 다행이라면 좀 이상합니다 마는 하여튼 위헌이 안 되었습니다. 그런데 이게 위헌이 되었다고 가정할 때 그러면 해방이후 지금까지 간통사건으로 처벌받은 사람은 다 그러면 재심으로 해서 구제가 되어야 하느냐? 그러면 그동안에 간통에 대해서 합헌이라고 해 왔던 헌법재판소의 판단은 이게 뭐가 되느냐? 또 헌법재판소의 판단을 중요시한다면 당사

자 개인들의 권리구제는 어떻게 되는 거냐? 이게 뭐 한도 끝도 없어요. 그래서 제 결론은 구체적인 조항의 14가지 경우를 상정을 해봤습니다마는 결론은 이렇게 가지 않을까 싶어요. 우선 헌법불합치주문이라는 것은 아까 말씀드린 것과 같이 실정법에 근거가 없는 변형주문이고, 그러나 형벌법규에 대한 소급효는 이것은 실정법에 근거가 있는 실정법적인 효력이예요. 자, 두 가지의 가치나 법익이 충돌할 때 우리가 어느 쪽을 더 중시를 해야 할 것이냐? 참 어려운 문제예요. 그래서 이 경우에 이런 생각까지 해봤어요. 아까도 말씀드렸지만 행정판결에서 권력분립상 이행판결은 허용이 안 되죠. 그런데 어떤 사건에서 보면 항고소송과 당사자소송이 명확하게 구별되지 않는 그런 영역이 있죠. 이런 영역에서 판사가 자칫 놓쳐가지고 이게 당사자소송으로 알고 항고소송에 대해서 금전의 지급을 명했어요. 그러면 항고소송에서는 원래 이행판결은 안 되는데 결과적으로 항고소송에 이행판결의 주문을 낸 셈이 되었죠. 이런 경우에 판결의 효력은 어떻게 될 것이냐? 그것이 나중에 재심이나 뭐로 가서 구제가 되면 되겠지만 그렇지 않으면 당사자들이 또 불복을 앓고 있으면 그것으로 그냥 없어지는 것 아니겠어요. 그래서 이 문제는 참 어렵습니다.

결국은 우리가 실정법의 효력을 좀더 중요시해야 되는 것 아니냐 하는 그런 생각이 들어요. 지금 잠정적용 무슨 적용중지 확정된 경우 계속중인 경우 쪽 이렇게 하면 나중에 형법 제1조 제2항 문제까지 나오고 막 이러죠. 그런데 구체적인 경우는 말씀드리기 어렵지요. 앞으로 연구해 보도록 하겠습니다.

사 회 자 : 소장님께 간단한 덕담을 기대했는데 아주 흥미진진한 이야기를 해주셔서 공부가 많이 되었습니다.

마무리 말씀을 회장님께서 해 주시겠습니다.

조 대 현 : 어려운 주제에 대해서 깊이 있는 연구를 해 주시고 발표해 주시고 토론해 주신 분들께 감사드립니다.

그리고 소장님까지 좋은 말씀 해 주셔서 감사드립니다.

사실은 저도 이 헌법불합치결정에 대해서는 별개의견을 이미 일부 발표한 것도 있고 지금 입론중에 있습니다. 그래서 저도 하고 싶은 얘기가 많은 데 완전히 별개의 관점이기 때문에 제 의견을 여기서 발표하면 토론이 갈피를 못 잡을 것 같아서, 그리고 지금 제가 감기가 들어서 발표를 생략하고 다음 기회가 있으면 발표하기로 하겠습니다. 오늘 하여튼 깊이 있는 토론을 해 주셔서 감사합니다.

간 사 : 수고하셨습니다.

오늘 발표회를 모두 마치도록 하겠습니다.

역 로빈훗 방식의 수용권행사의 위헌성

— 헌법 제23조 제3항의 「공공필요」의 해석론 —

이 인 호*

I. 사건의 전개와 핵심쟁점

<재산권의 수용에 관한 각국의 헌법조문>

대한민국 헌법	제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하 되, 정당한 보상을 지급하여야 한다. [1948년 제정]
미국 연방헌법	Amendment(증보) 제 5 조 : 사적 재산은 정당한 보상이 없이는 공적 이용을 위하여 수 용되어질 수 없다.([N]or shall private property be taken for public use, without just com- pensation.) [1791년 제정]
일본국 헌법	제29조 ① 재산권은 이를 침해하여서는 아니 된다. ② 재산권의 내용은 공공의 복지에 적합하도록 법률에서 이를 정한다. ③ 사유재산은 정당한 보상 하에 이것을 공공을 위하여 사용할 수 있다[公共のために 用ひることができる]. [1946년 제정]
독일 연방헌법	제14조(재산권, 상속, 수용) ① 재산권과 상속권은 보장된다. 그들의 내용과 한계는 법 률로 정한다. ② 재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 또한 공공복리에 봉사하여야 한다. ③ 수용은 오직 공공복리를 위해서만(nur zum Wohle der Allgemeinheit) 허용될 수 있 다. 수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의해서 또는 법률에 근거하여서만 행하 여진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 형량하여 정해져야 한다. 보 상액 때문에 분쟁이 생길 경우에는 정규법원에 제소할 길이 열려 있다. [1949년 제정]

* 중앙대학교 법학전문대학원 교수.

[탕정 지방산업단지 사건]

(1) 사건의 개요

[1] 삼성전자 주식회사는 2004년 2월 23일 아산시장에게 「산업입지 및 개발에 관한 법률」(이하 “산업입지법”이라 한다) 제11조¹⁾에 근거하여 충청남도 아산시 탕정면 일대의 토지(3,261,281㎡)에 대하여 ‘산업단지 지정승인 요청서’를 제출하였고, 아산시장은 2004년 4월 19일 의견서 등을 첨부하여 요청서를 충청남도지사에게 전달하였으며, 충청남도지사는 2004년 7월 31일 삼성전자를 사업시행자로 하여 탕정면 일대의 토지(2,113,759㎡)를 ‘탕정 제2 일반지방산업단지’로 지정 승인한 후, 2004년 8월 5일 이를 고시하였다(‘산업단지지정처분’).

[2] 그 결과 이 산업단지 내에 위치한 모든 토지는 위 지정처분에 따라 수용대상토지로 지정이 되었다. 그러자 수용대상이 된 과수원과 농장의 소유자들(아버지와 두 명의 아들)은 대전지방법원에 위 지정처분의 취소를 구하는 행정소송(대전지법 2004구합2853)을 제기하였고, 소송계속 중 지정처분의 근거가 되는 산업입지법 제11조 등을 위헌이라고 주장하면서 위헌제청신청을 하였으나, 당해 법원에 의하여 지정처분취소청구 및 위헌제청신청을 2005년 12월에 모두 기각당하고 2006년 2월에 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다(2006헌바10).

[3] 한편, 삼성전자는 위 토지소유자들과 사이에 토지의 취득 등에 대하여 협의를 하였으나, 협이가 성립되지 아니하여 충청남도지방토지수용위원회에 재결을 신청하였고, 동 위원회는 2006년 5월에 수용재결을 하였다. 토지소유자들은 이 수용재결에 불복하여 대전지방법원에 충청남도지방토지수용위원회를 상대로 토지수용재결의 취소를 구하는 행정소송(대전지법 2006구합2239)을 제기하면서 산업입지법의 관련 조항(§§ 11①③, 16①-3, 22①② 및 § 2-6-자)에 대하여 위헌제청신청을 하

1) 제11조(민간기업 등의 산업단지지정요청) ① 국가 또는 지방자치단체외의 자로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 자는 개발계획을 작성하여 산업단지지정권자에게 국가산업단지 또는 일반산업단지 및 도시첨단산업단지의 지정을 요청할 수 있다.

② 제1항에 따라 국가산업단지의 지정·개발을 요청하고자 하는 경우에는 해당 지역 시·도지사에게 지정 요청 관련 서류를 동시에 제출하여 사전에 검토할 수 있도록 하여야 하며, 시·도지사에게 일반산업단지 또는 도시첨단산업단지의 지정·개발을 요청하려는 경우에는 해당 지역을 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 지정 요청 관련 서류를 동시에 제출하여 사전에 검토할 수 있도록 하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 의한 요청에 의하여 산업단지가 지정된 경우 그 지정을 요청한 자는 제16조의 규정에 따라 사업시행자로 지정받을 수 있다.

④ 제1항의 규정에 의하여 산업단지의 지정을 요청하는 경우 당해 산업단지의 규모, 기타 산업단지의 지정요청에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

였다. 그러나 대전지방법원은 위 청구와 신청을 2007년 9월 모두 기각하였으며, 이에 토지소유자들은 대전고등법원에 항소함과 동시에 2007년 10월에 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다(2007헌바114).

[4] 한편, 헌법재판소는 위 2006헌바10 사건(“탕정 지방산업단지 1차 사건”)에 대하여 2007년 4월에 각하 및 합헌결정을 내렸다.²⁾ 그리고 위 2007헌바114 사건(“탕정 지방산업단지 2차 사건”)에 대해서는 2009년 9월 24일 8(합헌) : 1(위헌)의 의견으로 합헌결정하였다.

※ 지정신청(2004. 2. 23)에서 승인 및 고시(2004. 8. 5)까지 소요기일 : 163일
(5개월 10일)

• 일반산업단지의 지정승인절차(산업법 §7, 10) : ① 산업단지개발계획수립 및 신청(삼성전자) → ② 관할 시장의 의견청취 → ③ 주민 및 관계전문가의 의견청취 → ④ 관계 행정기관의 장과 협의 → ⑤ 건설교통부장관(현재 국토해양부장관)의 승인(30만 제곱미터 이상의 산업단지인 경우) → ⑥ 장관의 승인 전에 산업입지정책심의회(건설부 소속)의 심의 → ⑦ 도지사 지정승인 → ⑧ 고시

※ 산업단지 지정승인 및 고시는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 의한 사업인정 및 고시로 의제되기 때문에(산업법 제22조 제2항) 이때부터 사업시행자(삼성전자)는 수용권을 취득하게 된다. 이로써 삼성전자는 5개월 10일만에 2,113,759㎡(64만평)의 땅에 대한 수용권을 획득하였다.

(2) 2007헌바114 사건에서 청구인들의 주장요지³⁾

청구인들은 10여년에 걸친 개간을 통하여 과수원과 잣나무 등의 조경수가 백백이 들어선 농장을 일구어 안정된 생활기반을 마련하여 살고 있는데 그 생활의 근거지를 강제로 수용당하게 되었다. 청구인들의 위헌주장 요지는 크게 세 가지이다.

(i) 영리적 사기업인 민간기업에게 아무런 절차적·부가적인 조건 없이 전면적인 토지수용권을 부여하는 산업입지법 규정들은 헌법 제23조 제3항의 “공공필요” 요건을 충족하지 못하는 위헌적인 입법이다.

⇒ 사업시행자인 삼성전자는 그 영위하는 사업의 본질상 전기, 가스, 상하수

2) 현재 2007. 4. 26, 2006헌바10 (탕정 지방산업단지 1차 사건) [8(일부각하/일부합헌) : 0].

3) 청구인들의 주장요지는 헌법소원심판청구서에서 정리한 것임.

도, 철도, 도로, 항만 등의 사업과 같은 국민의 생존을 배려하는 생존배려형 사기업이 아니며, 전형적인 영리적 사기업이다. 이런 영리적 사기업이 사업시행자로 되는 경우에는 회사의 본질상 이윤추구라는 범주를 벗어날 수 없다. 이 사건과 같이 삼성전자가 사용할 공업단지를 조성하는 것을 목적으로 토지를 수용하고, 그 토지의 수용만으로도 부족하여 이제 그 토지수용으로 인하여 발생하는 이주자들을 위한 이주자택지 등을 조성한다고 하면서 또다시 청구인들의 토지를 수용하는 것은 삼성전자 자신의 필요에 의한 것인지 ‘공공의 필요성’이 있다고 도저히 볼 수 없다. 우리 사회에서 토지의 실제거래가격보다 보상액의 기준이 되는 공시지가가 훨씬 낮아 토지수용으로 인한 개발이익이 상당히 크기 때문에 영리적 사기업이 사업시행자인 경우 토지수용권을 발동할 수 있는 산업단지의 규모를 확대하고자 하는 경향이 매우 강할 수밖에 없다.

- ⇒ 이 사건에서 사업시행자인 삼성전자는 이 사건 토지수용으로 인하여 획득하게 될 토지로부터 당장 엄청난 시세차익을 얻게 되는 반면에 청구인들 소유의 토지들이 속한 지방자치단체나 주민들에게는 얼마간의 세수에 보탬이 되거나 지방경제의 흐름에 다소의 보탬이 되고 약간의 미미한 고용효과 등을 기대할 수 있을 뿐이다. 삼성전자의 특성상 고도의 지식과 기술력을 가진 고급인력이 고용의 대부분을 차지할 것이고 현지주민들에게 돌아가는 고용효과는 지극히 미미할 것임이 분명하다. 이러한 부수적인 효과를 가지고 “공공필요성”이 있다고 할 수는 없다.
- ⇒ 영리적 사기업이 사업시행자가 되는 경우에는 “공공필요성”의 판단에 있어서 보다 더 제한적으로 엄격한 기준이 법률에 마련되어 있어야 한다. 영리적 사기업인 경우에는 그 영위하는 사업의 본질과는 다른, 그리고 지역경제 등을 위한 특별한 각출을 지속적으로 한다는 등 공공필요성을 긍정적으로 평가받을 수 있는 엄중한 여과과정을 거친 경우에 한하여 사인의 재산권침해를 용인하여야 할 것이다.
- ⇒ 산업법은 다른 법률과는 달리 아무런 절차적 부가적인 제한도 없이 영리적 사기업의 이윤추구에 토지수용권을 너무나 쉽게 허용하고 있는바, 이는 국가가 법률이라는 도구를 통하여 영리적 사기업이 사적 이익을 추구하는 데 결정적으로 기여하고 있는 것이다. 산업단지지정신청에서부터 수용재결처분에 이르기까지 일사천리로 일이 진행된 것은, 영리적 사기업의 사업시행자 지정에 있어서는 더욱 엄격하게 요구되어야 할 “공공필요

성” 요건이 제대로 심사되지 않은 채 통과되도록 방임하고 있는 법률의 흠결에 그 원인이 있다. 산업입지법은 영리적 사기업이라도 아무런 제한 없이 사업시행자로 될 수 있고, 일단 사업시행자로 되면 사실상 무제한적인 토지수용권을 주고 있는데다가 필요최소한의 제한조차 하지 않고 있다. 이는 공공필요성이 없더라도 인가권자인 시·도지사 및 영리적 사기업이 의기투합하면 바로 토지수용에 들어갈 수 있다는 것을 의미한다. 이윤추구의 목적이 기업경영의 전면에 나서는 영리적 사기업에 대하여 별다른 부가적 절차적 제한도 없이 토지수용권을 허용하는 것은 헌법 제23조의 헌법정신에 반한다.

※ 다른 법률상의 절차적 부가적인 제한

① 「도시 및 주거환경정비법」: 사업시행자가 정비사업의 사업시행인가를 신청하기 전에 미리 정관 등이 정하는 바에 따라 토지소유자의 동의를 얻어야 하되, 다만 사업시행자가 지정개발자인 경우에는 정비구역 안의 토지면적의 50% 이상의 토지소유자의 동의와 토지 등 소유자 과반수의 동의를 각각 얻도록 하고 있음 [제28조(사업시행인가) 제 4 항].

② 「지역균형개발 및 중소기업육성에 관한 법률」: 사업시행자가 민간개발자인 경우에는 사업대상 토지면적의 3분의 2 이상을 매입하고 토지소유자 총수 및 건물소유자 총수의 각 2분의 1 이상에 해당하는 자의 동의를 얻은 경우에 한하여 지역개발사업의 시행에 필요한 토지 등에 대한 토지수용권을 부여하고 있음 [제19조(토지수용 등) 제 1 항 단서].

③ 「유통단지개발촉진법」: 민법 또는 상법에 의하여 설립된 법인이 사업시행자인 경우에는 사업대상 토지면적의 3분의 2 이상을 매입하여야 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있도록 하고 있음 [제15조(토지 등의 수용) 제 1 항 단서].

④ 「도시개발법」: 민간사업시행자의 경우 사업대상 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 매입하고 토지소유자 총수의 3분의 2 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 토지수용권이 발생하도록 하고 있음 [제21조(토지 등의 수용 또는 사용) 제 1 항 단서].

⑤ 「기업도시개발특별법」: 민간기업이 독자적으로 기업도시를 개발하는 경우 토지수용권이 발생하기 위해서는 개발구역 토지면적의 50% 이상에 해당하는 토지를 확보하도록 요구하고 있음 [제14조(토지 등의 수용·사용) 제 3 항].

⑥ 「기업도시개발특별법」: 개발이익의 환수에 관한 규정을 두어 기업도시의 개발로 인하여 사업시행자가 일정한 정도의 이윤을 초과하여 얻을 수 없도록 규정하고 있음[제 8 조(개발이익의 추정 및 무상양여 등)].

(ii) 다른 개발법률과는 달리 산업입지법이 토지수용의 제한적인 부가적 요건을 요구하지 않은 채 영리적 사기업에게 전면적인 토지수용권을 부여하는 것은 사업시행자에게 명백한 특혜를 주는 것으로서 평등원칙에 위반된다.

(iii) 토지를 수용할 수 있는 산업단지개발사업의 종류를 정하고 있는 산업입지법 제 2 조 제 6 호 중 자목(“기타 가목 내지 아목의 사업에 부대되는 사업”)은 “부대되는 사업” 개념이 모호하여 명확성의 원칙에 위반된다.

⇒ 이 사건 청구인들의 토지는 산업단지 조성과정에서 발생하는 이주자들을 위한 이주자택지, 생활대책용지, 종교용지의 용도로 수용되었는데, 이러한 용도의 개발사업은 “산업단지개발사업”의 개념에 결코 포함될 수 없는 것임에도 제 2 조 제 6 호 자목의 “부대되는 사업”이라는 매우 불명확한 개념에 포섭되어 이 사건 토지가 수용되었다.

[향촌 농공단지 사건]

(1) 사건의 개요

[1] 갑은 이 사건 향촌농공단지 지정부지 내에 지상 및 그 앞 공유수면(바다)에서 중·소형선박 건조업체인 A조선소 및 선박수리업체인 B조선소를 운영하고 있고 이를 위하여 위 공유수면에 국토해양부 산하 마산지방해양항만청장으로부터 공유수면 점·사용허가를 받고 있으며, 을(갑의 父)은 향촌농공단지 지정부지 내에 위 A, B조선소 부지 등 8필지 토지를 소유하고 있다. 갑은 아버지인 을의 사업을 이어받아 조선소를 운영하고 있는데, 을과 갑이 이 부지에서 조선업을 운영해 온 것은 30여년이 되었다. 한편, 병은 C리조트의 공동대표이사로서 향촌농공단지 바로 인근에서 유원지를 조성하여 호텔 등 관광시설사업을 하고 있으면서 동시에 향촌농공단지 내 토지를 소유하고 있는 사람이다.

[2] 사천시와 주식회사 S조선소는 2006. 4. 6. ‘S조선소가 사천시 향촌동 일원 토지 40,000평 및 공유수면 28,000평에 300억 원을 투자하여 조선소 블록공장을 건립하고, 사천시는 공장건립에 필요한 공단지정 및 각종 인·허가와 지장물건의 보상 등에 적극 협조한다’는 내용의 양해각서를 체결하였다. 그 후 사천시장은

2007. 5. 25. 경상남도지사에게 농공단지로 개발할 사천시 향촌동 일대 261,500㎡ (79,104평)에 대하여 다음과 같은 내용의 농공단지 지정승인신청을 하였다.

- 주요유치업종 : 기타 운송장비 제조업
- 개발방법 : 지구지정 후 민간개발
- 지정목적 및 필요성 : 농촌 유희인력을 흡수하여 농외 소득원 개발에 주력함과 아울러 국토의 효율성 제고 및 한정된 토지공간의 고도이용을 도모하고, 국가적 차원의 경쟁력 있는 조선소 건립을 통하여 사천시의 경제활성화를 유도하고자 함

[3] 경상남도지사는 2007. 10. 17. 사천시장에게 「산업입지 및 개발에 관한 법률」(이하 '산업입지법'이라 한다) 제 8 조 제 2 항에 의하여 농공단지 지정승인을 하였다. 이에 따라 사천시장은 2007. 10. 31. 사천시 고시 제2007-111호로 산업입지법 제 8 조 제 1 항, 제 3 항에 의하여 사천시 향촌동 일원 261,500㎡(육지부 167,505㎡, 공유수면 93,995㎡)에 관하여 아래와 같은 내용의 향촌농공단지 지정 고시를 하였다.

- 단지명 : 향촌농공단지
- 위치 및 면적 : 사천시 향촌동, 사등동 215 일원 261,500㎡⁴⁾(공유수면 포함)
- 지정목적 : 안정적 선박건조를 위한 공장부지를 마련하기 위하여 실수요자 개발방식의 산업단지 조성계획으로서 지역 내 유희인력 취업을 통한 고용 창출 및 지역경제 활성화 도모
- 개발방법 : 민간개발(실수요자 개발)
- 유치업종 : 기타 운송장비 제조업

[4] 이후 S조선소는 2008. 1.경 사천시장에게 향촌농공단지 개발사업 시행자 지정신청을 하였고⁵⁾, 사천시장은 2008. 2. 12. 산업입지법 제16조 제 1 항, 같은 법 시행령 제19조 제 4 항에 의하여 S조선소를 위 개발사업 시행자로 지정하였다. 이후 사천시장은 2008. 11. 25. 사천시 고시 제2008-139호로 향촌농공단지 지정(개발계획) 변경을 고시하였는데, 이는 종전 면적 261,500㎡를 260,040㎡로 1,460㎡를 감하고, 개발기간을 2007년~2010년으로 연장하는 것을 골자로 하고 있다.

[5] 이후 사천시장은 2009. 3. 20. 산업입지법 제19조에 의하여 사천시 고시 제2009-31호로 향촌농공단지 실시계획승인 고시를 하였는데, 그 승인 고시한 부분은 변경과정을 거쳐 위 향촌농공단지로 지정된 260,040㎡ 중 육지부라고 칭하는

4) 이를 세분한 토지이용계획을 보면, 생산시설용지(생산 및 블록 조립시설용지) 187,263㎡, 지원시설용지 7,760㎡, 기반시설용지(도로, 녹지, 배수지, 하수종말처리장, 주차장) 66,477㎡로 되어 있음.

5) 그 지정신청내용은 앞서의 농공단지지정처분의 내용에 맞추어 이루어졌음.

166,485㎡에 국한되어 있다.

[6] 갑, 을, 병은 사천시장의 향촌농공단지 지정고시를 다투는 행정소송을 제기하여 2009년 9월 현재 항소심 소송계속 중에 있으며, 또한 사천시장의 실시계획 승인고시를 다투는 행정소송을 별도로 제기하여 현재 1심의 소송계속 중에 있다.

(2) 사건의 쟁점

갑은 아버지의 가업을 이어받아 도합 30여 년 동안 수용대상토지에서 조선업을 해오고 있으며, 가업을 물려받은 후 많은 노력을 기울여 차도선, 유람선, 어선 등을 꾸준히 수수하여 건조하여 왔고, 조달청의 관공선 건조입찰에도 적극 참가하여 2009. 3. 초순경 서울시 광진소방서 바지선(1,000톤급) 1척을 건조하여 납품하였고, 2009. 12.경 준공예정으로 방위사업청의 청소정(60톤급) 2척(총 제조대금 3,199,804,000원) 및 2011. 6. 준공예정으로 수상함 예인정(300톤) 4척(총 제조금액 15,367,135,240원)을 건조 중에 있는데, 이 사건 실시계획승인처분으로 인하여 조선소 부지 및 영업시설이 수용당하게 되면 당장 선박 건조를 멈출 수밖에 없고, 그렇다면 발주자 측으로부터 계약보증금 등을 물취당함은 물론(이러한 사태가 일어닥친다면 갑은 결국 도산할 수밖에 없을 것임) 조선업을 폐업⁶⁾하여야만 한다.

한편, S조선소의 사업계획에 의하면 블록공장 건설을 통하여 LPG, CNG, SUS 등 특수선박을 수주·건조하되 2,000명 이상의 신규고용창출을 할 수 있다고 주장하고 있다. 이 점에 대해서 갑·을·병은, S조선소의 작업을 위해 용접, 절단, 취부, 크레인 조작, 페인팅(도장) 등 고도의 숙련된 인원이 필요하여 지역의 농어민이 감당할 수 있는 업무는 아니고, 숙련된 근로자들의 대부분은 외지에서 출퇴근한다든지 한시적으로 원룸 등을 임차하여 사천지역에서 생활하게 될 뿐이며, S조선소의 작업 특성상 매입거래처는 철판, 용접봉, 절단장비, 도장(페인트) 등의 주요 자재는 사천시에서 구매, 조달 할 수 없는 품목들로 사천지역 소득증대에는 별 도움이 되지 않는다고 반박한다. 그렇지만 지역주민의 여론은 S조선소의 입주를 원하고 있는 것으로 추정된다.

이 사건 향촌농공단지의 조성을 통한 S조선소의 건립과 운영은 헌법 제23조 제3항의 수용권 행사의 요건인 “공공필요성”을 충족하는가? “공공필요”를 어떻게 해석할 것인가? 고용창출과 세수증대라는 부수적인 지역경제의 활성화효과를 위

6) 갑의 A조선소와 B조선소는 상시 및 일용직 근로자가 약 70여명에 이르고 있고, 협력업체만도 100여개 업체에 이르고 있으며, 소방방재청, 방위사업청 등 국방 등 국가의 주요 임무와 관련된 선박을 건조하였거나 하고 있고, 영세어민의 어선을 건조, 수리하는 업체이다.

하여 정부는 A사기업의 재산을 박탈하여 B사기업에게 넘겨줄 수 있는가?

II. 미연방대법원의 경제개발목적의 토지수용의 법리와 그에 대한 미국사회의 반응

1. 서언 : 비교법적 관점을 위하여

2005년에 선고된 미국 연방대법원의 *Kelo v. New London* 판결⁷⁾은 미국에서 지역경제의 발전을 위해 개인들의 집과 토지를 강제수용하여 민간개발업자(private developer)에게 이전하는 것의 합헌성이 다투어진 가장 최근의 사건이다. 이 사건에서 미국 연방대법원은 5대 4로 ‘낙후된 시의 경제부흥을 위한 도시개발 목적의 토지수용을 헌법적으로 승인’하였다.

이 판결에서 전개된 법리는 우리의 사건을 해결하는데 매우 중요한 시사점을 준다. 우리 헌법 제23조 제3항의 “공공필요” 요건은 1791년에 제정된 미국 연방헌법 증보 제5조의 “공적 이용”(public use) 요건과 약간의 표현상의 차이는 있지만 그 내재된 원리는 완전히 동일하기 때문이다.

아래에서는 비교법적 관점을 획득하기 위한 필요성에서 5인의 법정외견의 전문을 번역하여 소개하고 거기에서 제시된 법리를 파악하고 분석해 본다. 이어 4인의 반대의견의 요지를 소개한 다음, 이 판결 이후에 미국 사회 전체가 보여준 부정적인 반응과 대응을 간략히 소개하고자 한다.

이는 미국에서 경제개발 목적의 토지수용의 법리가 어떻게 전개되는지를 비교적 관점에서 참고하기 위한 것이다. 미국 연방헌법 증보 제5 조는 “사적 재산은 정당한 보상이 없이는 공적 이용을 위하여 수용되어질 수 없다”(“[N]or shall private property be taken for public use, without just compensation”)고 규정하고 있다. 우리 헌법 제23조 제3항의 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”는 규정과 거의 동일하다. 미국에서는 문제의 토지수용이 연방헌법상의 “공적 이용”(public use)에 해당하는 것인지를 놓고 주로 다투어진다.

Kelo 사건에서는 낙후된 시의 경제를 재건하기 위하여 광범위한 개발계획을 세우고 그에 따라 개발예정지역 안에 있는 개인의 집과 토지를 수용하는 것이 문제되었다. 이 사건의 개발계획은 수 십 년간의 경기침체로 인해 주정부에 의해

7) 545 U.S. 469(2005).

“낙후 지자체”(distressed municipality)로 지정되었던 시의 경제를 재건하기 위한 목적에서 수립되었으며, 또 사전에 치밀한 준비를 거친 것이었다. 그리고 이 사건의 개발계획은 90에이커(364,140㎡ = 110,160평)의 부지 위에 호텔 등의 휴양시설, 상업용의 요트계선장, 주립공원, 연방해양경비대박물관, R&D 사무실, 신 주거지역, 주차장, 기타 상업시설 등이 들어설 예정이었다.

우리나라 같으면 이러한 개발계획에 따른 토지수용은 당연히 우리 헌법상의 “공공필요”에 의한 것이라고 하여 다투어질 여지가 별로 없을지 모른다. 지난 30년 동안 국가건설, 경제발전에 몰입해 온 우리의 상황에서는 토지수용의 “공공필요” 요건을 매우 광범위하게 해석하여 왔던 것이 사실이다. 대법원도 예외는 아니었다. 그러나 이제 우리도 헌법 제23조의 재산권보장의 헌법정신을 본래대로 되살려야 할 시점에 왔다고 본다. 이번의 ‘탕정 지방산업단지 사건’과 ‘향촌 농공단지 사건’은 그 발단이 될 매우 중요한 사건이다.

필자의 판단에, 향촌농공단지 사건에서의 농공단지지정 및 그에 따르는 토지수용은 헌법정신에 명백히 반하는 전형적으로 가난한 사람에게서 빼앗아 부자에게 주는 “역 로빈훗 방식(a reverse Robin Hood fashion)의 수용권 행사”이다. 이는 “공공필요”의 요건을 설정해 놓은 헌법정신에 명백히 반하는 것이다.

미국의 Kelo 사건에서 낙후된 시의 경제개발을 위한 토지수용을 승인했던 미국연방대법원의 법정외견에서도 이는 철저히 부정되는 수용권의 행사이다. 그런데도 우리나라에서는 이러한 토지수용이 버젓이 공익의 이름으로 자행되고 있다. 향촌농공단지 사건에서 예정되는 토지수용은 수 십 년의 세월 동안 가업으로 이어지고 있는 소규모 조선소 부지를 빼앗아 대기업 조선소업자에게 일 대 일로 넘겨주는 것이다. 만일 이러한 토지수용이 사법부에서 허용된다면 이 나라 입헌주의는 심각한 상황에 놓이게 될 것이다.

미국 연방대법원의 관련 판결과 그 판결에 대한 미국 사회의 대응을 비교 참조하는 것은 토지수용과 관련한 재산권보장의 헌법정신이 현 시점에서 미국과 우리나라에서 얼마나 천양지차로 전개되고 있는가를 보고자 함이다. 미국의 판례가 우리의 판례일수는 없지만, 적어도 우리의 입헌주의를 확립하는 참고자료는 될 수 있을 것으로 본다.

Kelo 판결에서 5인의 다수의견이 승인한 토지수용은 수십년간 경제침체에 빠져 있던 New London시의 경제재생을 위한 목적에서 종합적인 도시개발계획에 따라 이루어진 토지수용이었으며, 또 개발예정지역 안에는 주립공원, 도로, 주택지구, R&D 사무실 등의 공공성이 있는 시설들이 다수 건설되도록 되어 있었다. 그

리고 수용되는 토지는 이 개발지역의 작은 부분에 불과한 것이었다. 향촌농공단지 사건에서의 수용목적이나 이용의 성격과는 현저한 차이가 있다.

그럼에도 불구하고, 미국에서는 이처럼 공공성이 짙은 토지수용에 대해서조차 경제개발(economic development)이라는 목적의 토지수용이 연방헌법상의 “공적 이용”에 해당될 수 있는가를 놓고 국가 전체적으로 치열한 논쟁이 벌어진 것이다. 4인의 대법관들은 이런 성격의 토지수용도 헌법상 허용될 수 없다고 강력하게 반대하였다. 이들 대법관들은 문제의 종합개발계획으로 인해 선출되지 않은 따라서 유권자에게 책임을 지지 않는 비영리 민간법인(private nonprofit corporation)이 강제수용의 주된 수혜자가 된다는 사실에 반대하였다. 한편, 5인의 법정의견도 비록 이 사건의 종합개발계획을 “공적 이용”에 해당한다고 인정하긴 했지만, A의 재산을 다른 사인인 B에게 넘겨줄 목적으로 수용권을 행사하는 것은 헌법상 결코 허용될 수 없다고 분명하게 선언하고 있다. 5인의 법정의견은 “시민 B가 시민 A의 재산을 더 생산적으로 이용할 것이고 그리하여 세금을 더 많이 낼 것이라는 이유만으로 시민 A의 재산을 시민 B에게 이전시키는 정부의 행위는… 본 사건의 쟁점은 아니지만… 그러한 비정상적인 토지수용권의 행사는 무언가 사적 목적이 추진되고 있다는 의심(a suspicion that a private purpose was afoot)을 명백히 불러일으키는 것이다”고 판시하고 있다.

이 판결 이후에 미국 사회 전체가 보여 준 부정적인 반응과 대응은 특히 우리들에게 시사하는 바가 매우 크다. 부시 대통령은 판결이 내려지고 1주년이 되는 날 행정명령(executive order)을 발하여 연방기관들이 순전한 공익 목적이 아닌 사인의 경제적 이익을 늘려줄 목적으로 수용권을 행사하는 것을 금지시켰다. 연방의회에서는 경제개발을 유일한 목적으로 하는 토지수용권의 행사를 금지시키는 내용의 법률안들이 다수 제출되었다. 또한 42개 주가 경제개발 목적의 토지수용을 제한 내지는 금지하는 법률을 제정하였는데, 그 중 21개 주는 Kelo 판결에서 허용되었던 토지수용을 엄격히 금지하는 법률을 제정하였다. 우리의 입법상황과는 너무나 큰 대조를 보인다.

2. Kelo v. New London 판결의 법정의견(전문번역)

[원문] <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/04-108.ZO.html>

Kelo v. New London, 545 U.S. 469 (2005)

No. 04-108

June 23, 2005

Stevens 대법관이 법정의견을 집필하였다(4인의 대법관이 이에 참여함: Kennedy 대법관, Souter 대법관, Ginsburg 대법관, 그리고 Breyer 대법관).

2000년에, Connecticut주에 있는 New London시는, Connecticut주 대법원의 표현을 빌리면, “1,000개가 넘는 일자리를 창출하고, 시의 세수를 늘리며, 그리고 시의 도심과 해안지역을 포함하여 경제적으로 낙후된 시를 재건하기 위하여 기획된” 개발계획을 승인하였다. 268 Conn. 1, 5, 843 A. 2d 500, 507(2004). 이 개발계획에 필요한 토지를 모아 정리함에 있어서, 시의 개발사업시행자는 팔고자 원하는 소유자들로부터 토지를 매입하였으며, 팔기를 원치 않는 소유자들로부터 나머지 토지를 획득하기 위하여 정당한 보상을 지급하고 강제수용권(the power of eminent domain)을 행사하겠다고 제안해 놓고 있다. 본 사건에서의 쟁점은 시가 예정하고 있는 토지의 수용이 연방헌법 증보 제5 조의 수용조항(Takings Clause of the Fifth Amendment to the Constitution)⁸⁾이 의미하는 바의 “공적 이용”(public use)에 해당하는가 하는 것이다.

I.

New London시는 Connecticut주의 남동부, Thames강과 Long Island 수로가 만나는 지점에 위치하고 있다. 시는 수 십 년의 경기침체로 인해 지역경제사정이 매우 어려웠다. 시의 稅收와 인구는 계속해서 감소되었으며, 1990년에는 주당국에 의해서 “낙후 지자체”(distressed municipality)로 지정되기도 하였다. 1996년에 연방정부는 시의 Fort Trumbull 지역에 위치하면서 당시 1500명 이상의 일자리를 만들고 있던 Naval Undersea Warfare Center를 폐쇄시켰다. 1998년에 시의 실업률은 Connecticut주의 2배 가까이 되었으며, 24,000명이 채 안 되는 인구수는 1920년 이래로 가장 낮은 수치였다.

8) “사적 재산은 정당한 보상이 없이는 공적 이용을 위하여 수용되어질 수 없다.”([N]or shall private property be taken for public use, without just compensation.) U.S. Constitution, Amendment 5. 이 조항은 연방헌법 증보 제14조에 의하여 주에도 적용된다. Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago, 166 U.S. 226 (1897) 참조.

이러한 상황 속에서 주정부와 시당국은 시의 경제부흥을 위해서 Fort Trumbull 지역을 재개발하기로 결정하였다. 이를 위하여 시당국은 시의 경제발전계획을 원조하기 위해서 수년 전에 설립했던 비영리민간법인(private nonprofit entity)인 'New London 개발공사'(New London Development Corporation; 이하 "개발공사")를 재가동시켰다. 1998년 1월, 주정부는 개발공사의 계획입안 활동을 지원하기 위한 535만 달러의 공채발행과 Fort Trumbull 주립공원의 설립을 위한 1000만 달러의 공채발행을 승인하였다. 그 해 2월에, 제약회사인 Pfizer사가 Fort Trumbull에 바로 인접한 장소에 3억 달러짜리의 연구시설을 지을 것이라는 계획을 발표하였다. 시의 계획담당자들은 Pfizer사가 이 지역에 새로운 사업을 끌고 와서 지역경제회생의 촉매역할을 해 주기를 기대하고 있었다. 시의회(city council)로부터 최초의 승인을 받고 나서, 개발공사는 개발계획입안 활동을 계속해 나갔으며, 이 과정에 관해 일반인들을 교육하기 위하여 수차례의 주민회의를 개최하였다. 그 해 5월에, 시의회는 입안한 개발계획에 대한 심사를 위해 개발공사가 그 계획안을 주의 관련기관에 정식으로 제출하는 것을 승인하였다. 주정부 차원의 승인을 얻음으로써, 개발공사는 Fort Trumbull 지역의 90에이커를 대상으로 하는 종합개발계획을 마무리했다.

Fort Trumbull 지역은 템즈강(Thames River) 안으로 돌출해 있는 반도 위에 위치하고 있었다. 이 지역에는 이전에 해군시설이 점하고 있던 32 에이커의 땅 외에 약 115건의 개인 소유의 토지가 있었다. 개발계획은 이 지역을 7개 구역으로 나누고 있었다. 제 1 구역은 회의용 호텔과 휴양 및 상업용의 요트계선장이 들어서기로 되어 있었다. 보행자용 호반산책로는 여기서 시작해서 강변을 따라 계속되면서 개발지역의 강변을 연결시키고 있었다. 제 2 구역은 약 80채의 새로운 주택이 들어서서 시가근린지역으로 형성되며, 주립공원을 포함한 나머지 다른 구역과 공공도로로 연결되어 있었다. 또한 이 구역에는 새로이 건립될 연방해안경비대박물관(U.S. Coast Guard Museum)이 들어서기로 되어 있었다. 그리고 Pfizer사의 연구시설의 바로 북쪽 편에 위치하고 있는 제 3 구역은 약 9만 평방피트의 R&D 사무실 공간으로 잡혀 있었다. 제 4 A 구역은 인근의 주립공원을 찾는 사람들을 위한 주차공간과 소매점 등이 들어서기로 되어 있었고, 제 4 B 구역은 호반산책로의 마지막 코스와 요트수리용 계선장이 들어서기로 되어 있었다. 제 5, 6, 7 구역은 사무실, 소매점, 주차, 그리고 수상 관련 상업용지로 예정되어 있었다.

개발공사는 Pfizer사의 연구시설이 들어서고 또 그로 인해 새로운 상업이 유인될 것을 기대하면서 이를 기화로 삼아 위 종합개발계획을 실현한다는 의도를 가지고 있었다. 이 개발계획은 일자리를 창출하고, 조세수입을 늘리며, 시의 경제

희생을 위한 계기를 만드는 것 외에도, 시를 더욱 살기 좋은 곳으로 만들고 강변과 주립공원에서 레저 및 휴양의 기회를 창출해낸다는 의도를 가지고 있었다.

시의회는 2000년 1월에 위 개발계획을 승인하였으며, 개발공사를 시행 책임을 지는 사업시행자로 지정하였다. 또한 시의회는 개발공사에게 토지를 매수하거나 또는 시의 이름으로 토지수용권(eminent domain)을 행사하여 토지를 취득할 수 있는 권한을 인정하였다. 개발공사는 90에이커의 개발지역에 있는 부동산의 대부분을 협의매수하는 데 성공하였지만, 일부 토지소유자들과의 협의매수는 실패하였다. 그리하여 개발공사는 2000년 11월에 본 사건을 촉발시킨 수용절차를 진행시켰다.

II.

상고인 Susette Kelo는 1997년 이래로 Fort Trumbull 지역에서 살아 왔다. 그녀는 그녀의 집을 대폭 개량하였으며, 그녀는 그 집의 해안 경관을 자랑하고 있다. 상고인 Wilhelmina Dery는 1918년에 Fort Trumbull에 있는 그녀의 집에서 태어나 평생을 거기에서 살아 왔다. 그녀의 남편인 Charles(상고인의 한 사람임) 또한 약 60년 전에 그들이 결혼한 이래 그 집에서 살고 있다. 9명의 상고인들은 Fort Trumbull 지역에 모두 15건의 부동산을 소유하고 있는데, 4건은 개발계획상의 제 3구역에 위치하고 있고, 11건은 제 4 A구역에 위치하고 있다. 이들 중 10건의 부동산은 소유자 또는 그 가족이 점유하고 있고, 나머지 5건은 투자용 부동산이다. 이들 부동산 중 그 어떤 것도 낡아 못쓰다거나(blighted) 또는 가옥의 상태가 나쁘다는 주장은 전혀 없다. 대신에, 그 부동산들은 우연히 개발지역에 위치하고 있다는 이유만으로 수용의 대상이 되었다.

2000년 12월에, 상고인들은 New London Superior Court에 본 사건의 소송을 처음으로 제기하였다. 다른 무엇보다, 그들은 자신들의 부동산에 대한 수용은 연방 헌법 증보 제 5 조의 “공적 이용”(public use) 요건을 위반하는 것이라고 주장하였다. 7일간의 법관에 의한 사실심리 결과, 제 1 심 법원(Superior Court)은 제 4 A구역(주차장 구역)에 위치한 부동산의 수용을 금지하는 영구적 제한명령(a permanent restraining order)을 내렸다. 그렇지만 제 1 심 법원은 제 3 구역(사무실 구역)에 위치한 부동산에 대해서는 상고인들의 청구를 기각하였다. 2 App. to Pet. for Cert. 343-350.

제 1 심 법원의 판결이 있고 난 후, 양 쪽은 모두 Connecticut주 대법원(Supreme Court of Connecticut)에 상소하였다. 반대의견이 있었지만, 주대법원은 시가 예정하고 있는 모든 수용은 유효하다고 판단하였다. 주대법원은 문제의 수용이 주의 도시개발법 제132장에 의해서 정당하게 인정받은 것이라는 제 1 심 법원의 판단을

인정하였다. Conn. Gen. Stat. § 8-186 et seq.(2005) 참조. 그 법률은 경제개발계획의 일환으로(as part of an economic development project) 토지를, 심지어 개발되어진 토지를 수용하는 것은 “공적 이용”(public use)이고 “공공의 이익”(public interest)을 위한 것이라는 의회의 결정을 명시하고 있다. 268 Conn., at 18-28, 843 A. 2d, at 515-521. 이어서 주대법원은, *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229(1984) 판결과 *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26(1954) 판결에 의거해서, 이러한 경제개발은 연방헌법과 주헌법 하에서 유효한 공적 이용(valid public use)에 해당한다고 판시하였다. 268 Conn., at 40, 843 A. 2d, at 527.

마지막으로, 주대법원은 자신의 선례에 의거해서, 첫째, 본 사건에서 쟁점이 된 재산의 수용이 시가 의도하는 공적 이용 목적을 달성하기 위하여 “상당히 필요한 것인지”(reasonably necessary), 그리고 둘째, 그 수용이 “합리적으로 예상될 수 있는 필요”(reasonably foreseeable needs)를 위한 것인지에 대하여 결정을 내렸다. 주대법원은 개발계획의 제 3 구역에 관한 제 1 심 법원의 사실판단을 승인하였으나, 제 4 A 구역에 관한 제 1 심 법원의 판단을 파기하였는데, 의도하고 있는 이 구역 토지의 이용은 충분히 한정된 것이고 개발계획을 수립하는 과정에서 “합리적인 고려”(reasonable attention)가 이루어졌다는 시의 주장에 동의하였다.

세 명의 대법관이 개진한 반대의견은 경제개발을 위한 수용에는 “보다 엄격한” 사법심사기준(a heightened standard of judicial review)이 적용되어야 한다고 주장하였다. 반대의견은 문제의 개발계획이 유효한 공적 이용(valid public use)에 봉사하려는 의도를 가지고 있었다는 점을 인정하면서도, 시가 그 개발계획의 경제적 이익이 실제로 발생할 것이라는 점을 입증할 “명백하고 설득력 있는 증거”(clear and convincing evidence)를 제시하지 못했다는 이유로 모든 수용을 위헌이라고 판단하였다.

우리들은 시가 경제개발을 목적으로 재산을 수용하는 결정을 내리는 것이 과연 연방헌법 증보 제 5 조의 “공적 이용” 요건(the public use requirement of the Fifth Amendment)을 충족하는 것인지 여부를 판단하기 위하여 사건이송명령(certiorari)을 내렸다.

III.

공용수용과 관련하여 양 극단에 위치하고 있는 다음의 두 가지 법리는 두 말할 필요 없이 명백하다. 한 쪽 극단에 있는 다음의 법리는 오랜 동안 인정되어져 오고 있다: (i) 국가(the sovereign)는 A의 재산을 다른 사인인 B에게 전적으로 이전할 목적으로(for the sole purpose of transferring it to another private party B) A의 재산

을 강제로 수용할 수 없는 바, 설령 A에게 정당한 보상이 지급된다 하더라도 그러하다. 또 다른 극단에 있는 법리 또한 다음과 같이 명백하다: (ii) 주는 만일 향후 “공중에 의한 이용”(use by the public)이 그 수용의 목적이라고 한다면 한 사인의 재산을 수용하여 타인에게 이전시킬 수 있다. 예컨대, 대중교통의 책무를 지는 철도회사를 위하여 토지를 수용하는 것이 익숙한 사례이다. 그러나 이들 두 가지 법리는 그 어느 것도 본 사안을 해결하지 못한다.

첫 번째의 법리와 관련해서, 시는 특정의 사인에게 사적 이익을 넘겨주기 위한 목적에서(for the purpose of conferring a private benefit on a particular private party) 상고인들의 토지를 수용해서는 안 된다는 것은 의심의 여지가 없다. *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229, 245 (1984) (“순전히 사적인 수용은 공적 이용 요건의 심사를 넘어설 수 없다; 그것은 정부의 정당한 목적에 전혀 기여하는 바가 없으며 따라서 무효이다.” A purely private taking could not withstand the scrutiny of the public use requirement; it would serve no legitimate purpose of government and would thus be void); *Missouri Pacific R. Co. v. Nebraska*, 164 U.S. 403 (1896) 참조. 또한 그 수용의 실질적인 목적(its actual purpose)이 사적 이익을 넘겨주는 데 있다면, 시는 공공의 목적이라는 그럴싸한 핑계로(under the mere pretext of a public purpose) 사인의 재산을 강제로 수용해서는 안 된다. 그렇지만 본 사건에서 문제되는 수용은 “신중히 검토를 한”(carefully considered) 개발계획에 따라 이루어지는 것이다. 268 Conn., at 54, 843 A. 2d, at 536. Connecticut주의 사실심 법관과 대법원의 모든 대법관들은 본 사건에서 정당하지 못한 목적(an illegitimate purpose)을 보여주는 증거는 전혀 없다는 점에 모두 동의하고 있다. 그러므로 *Hawaii Housing Authority v. Midkiff* 사건에서 다루어졌던 법률에서와 마찬가지로, 시의 개발계획은 “특정 개인들의 집단에게 이익을 주기 위하여”(to benefit a particular class of identifiable individuals) 채택된 것은 아니었다.

한편, 본 사건은 시가 수용되는 토지를—적어도 그 전부는 아니라 하더라도—일반 공중의 이용(to use by the general public)에 개방할 계획을 가지고 있는 그런 사건은 아니다. 또한 본 사건의 수용되는 토지를 사적으로 이용하려는 사람들은 대중교통운송업자(common carriers)처럼 그들의 서비스를 누구든지 이용하고자 하는 모든 사람에게 이용할 수 있도록 사업을 운용할 것을 요구받고 있지도 않다. 그러나 그렇게 계획된 수용토지의 이용이 설령 공적 이용의 요건(public use requirement)을 충족시키기에 충분하다고 하더라도, 우리 “대법원은 수용된 재산이 일반 공중을 위하여 이용되어야 한다는 융통성 없는 요건을 오래 전에 이미 거부한 바 있

다.” Id. at 244. 사실, 19세기 중반에 많은 주법원들이 “공중에 의한 이용”(use by the public)을 공적 이용(public use)의 적정한 개념규정이라고 승인한 바 있었지만, 그렇게 좁은 견해는 시간이 지나면서 꾸준히 약화되었다. “공중에 의한 이용”이라는 기준(use by the public test)은 실제 적용하기도 어려울 뿐만 아니라(예컨대, 어느 정도 크기의 공중이 수용되는 재산을 이용해야 하는가? 어느 정도의 가격으로? 등), 또한 사회의 요구가 다양하고 또 항상 변화한다는 점을 전제로 할 때 실용적이지도 못하다는 점이 입증되었다. 따라서 우리 대법원이 19세기 말경에 연방헌법 증보 제 5조(Fifth Amendment)를 각 주에 적용하기 시작했을 때, 우리 대법원은 공적 이용(public use)을 “공적 목적”(public purpose)으로 더 넓게 그리고 더 자연스럽게 해석하는 접근방법을 받아들였다. 예컨대, *Fallbrook Irrigation Dist. v. Bradley*, 164 U.S. 112, 158-164 (1896) 참조. 그리하여, 광산업자가 자신이 소유하지 않는 토지 위로 광석을 운반하기 위하여 공중광석운반노선을 이용하는 것을 지지한 사건에서, Holmes 대법관의 법정의견은 “일반 공중에 의한 이용은 보편적인 기준으로 적절하지 못함”(the inadequacy of use by the general public as a universal test)을 강조하였다. *Strickley v. Highland Boy Gold Mining Co.*, 200 U.S. 527, 531 (1906). 그 이후 우리들은 계속해서 그리고 일관되게 공중에 의한 이용(use by the public)이라는 좁은 심사기준을 거부하여 왔다.

따라서 본 사건의 결론은 시의 개발계획이 과연 “공적 목적”(public purpose)에 봉사하는 것인가 하는 문제에 달려 있다. 우리들이 다룬 사건들은 예외 없이 이 개념을 넓게 규정하여 왔으며, 그것은 곧 이 분야에서 의회의 판단(legislative judgments)을 존중해 온 우리들의 오랜 정책을 반영하는 것이기도 하다.

Berman v. Parker, 348 U.S. 26 (1954) 판결에서, 우리 연방대법원은 Washington, D.C.의 폐허지역을 겨냥한 재개발계획을 지지하였는데, 그 지역에는 주민 5,000명의 가옥들 대부분이 수리가 불가능한 것이었다. 그 재개발계획에 따르면, 그 지역은 전부 수용이 되어 그 중 일부는 도로, 학교, 그리고 그 밖의 공공시설의 건설에 이용되도록 되어 있었다. 그리고 나머지 토지는 저렴한 주택의 건설을 포함하는 재개발의 목적을 위하여 사인들(private parties)에게 판매 또는 임차하는 것으로 되어 있었다.

이 지역에 위치하고 있던 한 백화점의 소유자가 그 수용을 다투었는데, 자신의 백화점은 그 자체로는 황폐하지 않아 사용할 수 있는 것임을 강조하면서 “보다 균형이 잘 잡히고 더 매력적인 지역사회”(better balanced, more attractive community)를 창설하는 것은 유효한 공적 이용(a valid public use)에 해당하지 않는다고 주장하

였다. *Id.*, at 31. 전원일치의 법정의견을 집필한 Douglas 대법관은 이 주장을 분리하여 판단하기를 거부하면서, 그 재개발계획이 성공하기 위해서는 그 지역이 “전체적으로 계획되어야 한다”(must be planned as a whole)는 의회와 행정기관의 판단을 존중하는 결정을 내렸다. *Id.*, at 34. 연방대법원은 이렇게 설명하였다: “지역 재개발 프로그램은 구역별로 또는 빌딩별로 잘게 나누어 단편적으로 접근할 필요가 없다.” *Id.*, at 35. 이 사건에서 수용의 전제를 이루는 공적 이용(public use)은 다음과 같이 명확하게 승인되었다.

“우리들은 지금 특정한 주택건설계획이 바람직한 것인가(desirable) 혹은 그렇지 않은가를 판단하기 위하여 앉아 있는 것이 아니다. 공공복리(public welfare)의 개념은 광범위하고 포괄적이다. 그 개념이 담고 있는 가치들은 물리적일뿐만 아니라 정신적이기도 하며 또 금전적일뿐만 아니라 심미적인 것이기도 하다. 지역사회가 건전할 뿐만 아니라 아름다워야 하고, 깨끗할 뿐만 아니라 공간적으로 넓어야 하며, 치안에 적합하여야 할 뿐만 아니라 도시의 균형이 잘 잡혀야 한다는 것을 결정하는 것은 의회의 권한에 속한다. 본 사안에서, 연방의회와 그 수권을 받은 기관들은 매우 다양한 가치들을 고려한 결정들을 내렸다. 그 결정들을 재평가하는 것은 우리들이 할 일이 아니다. 콜롬비아특별구를 다스리는 사람들이 이 나라의 수도가 위생적일 뿐만 아니라 아름다워야 한다고 결정을 내렸다면, 연방헌법 증보 제 5 조에는 그것을 가로막을 어떤 것도 포함되어 있지 않다.” *Id.*, at 33.

Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U.S. 229 (1984) 사건에서, 연방대법원은 Hawaii주의 법률을 심사하였는데, 이 법률은 토지소유가 집중되는 것을 완화하기 위하여 토지소유권을(정당한 보상을 주고) 임대인으로부터 수용하여 임차인에게 이전하도록 하고 있었다. 우리들은 전원일치로 이 법률의 합헌성을 인정하였으며, 제9연방항소법원의 견해를 배척하였다. 제9연방항소법원의 견해는 “이 법률은 A의 재산을 수용하여 그것을 전적으로 B의 사적 이용과 이익을 위하여 B에게 이전하려는 Hawaii주의 적나라한 시도이다”는 것이었다. *Id.*, at 235. 그러나 우리들은 *Berman* 판결에서 보여주었던, 이 분야에서 의회의 판단을 존중하는 접근방식을 재확인하면서, “소수에 의한 토지독점이라는 사회적 및 경제적 해악”(social and economic evils of a land oligopoly)을 제거한다는 주의 목적은 유효한 공적 이용(a valid public use)에 해당한다고 결론을 지었다. 467 U.S., at 241-242. 또한 우리들은 다음의 주장을 배척하였다: 주가 문제의 재산을 수용하여 사인에게 바로 넘겨주었다는 사실은 그 수용의 공적 성격을 어쨌든 축소시킨다. 우리들은 이렇게 설명하였다: 공적 이용(public use)을 결정함에 있어서 중요한 점은 “오로지 그 수용의

목적(only the taking's purpose)이지 그 수용의 기술적 부분(its mechanics)이 아니다.”
Id., at 244.

같은 법원개정기간 동안에 우리들은 순전히 경제적 맥락에서 제기된 또 다른 수용 사건에 대해 결정을 내렸다. *Ruckelshaus v. Monsanto, Co.*, 467 U.S. 986 (1984) 판결에서, 연방대법원은 「연방 살충제, 살균제 및 쥐약법」(the Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act)의 규정들을 심사하였는데, 이들 규정에 의하면 연방환경보호청(Environmental Protection Agency)은 나중에 제출된 살충제 신청을 평가함에 있어서 앞의 살충제 신청자가 제출한 자료(기업비밀을 포함하여)를 검토할 수 있으며, 다만 이 경우 그 나중의 살충제 신청자는 그 자료에 대하여 정당한 보상(just compensation)을 지급하여야 한다. 우리들은 이들 규정의 “가장 직접적인 수혜자들”(most direct beneficiaries)은 나중의 신청자들임을 인정하였다. Id., at 1014. 그럼에도 불구하고 우리들은 *Berman* 판결과 *Midkiff* 판결에 의거해서 그 법률을 합헌으로 지지하였다. 연방의회의 판단, 즉 많은 시간을 요하는 연구에 소요되는 비용을 신청자들에게 절약하게 해 줌으로써 살충제 시장에서의 진입을 가로막는 커다란 장벽 하나를 제거하고 그럼으로써 경쟁을 촉진시킨다는 연방의회의 판단이 충분히 근거가 있다고 우리들은 인정하였다. 467 U.S., at 1015.

전체적으로 보아, 사회적 필요(social needs)가 상황의 변화에 대응하여 시대별로 발전되어 왔듯이 이 나라의 여러 지역에 따라 사회적 필요가 다양하다는 점을 우리들은 인정해 왔다. 특히 우리들의 초기 판결들은 지역의 공공필요(local public needs)를 확인해냄에 있어서 주의 의회와 법원의 판단에 “커다란 존중”(great respect)을 강조하면서 연방주의(federalism)를 구체화하였다. *Hairston v. Danville & Western R. Co.*, 208 U.S. 598, 606-607 (1908) 참조. 지난 한 세기 이상 동안, 우리들의 공적 이용의 법리(public use jurisprudence)는 어떤 공공의 필요가 수용권한(the takings power)의 사용을 정당화하는지를 결정함에 있어서 의회에게 넓은 재량을 인정해 주기 위하여 엄격한 심사기준과 간접적인 심사를 현명하게 회피하여 왔다.

IV.

본 사건에서 New London시를 다스리는 사람들은 Fort Trumbull 지역에서 도시의 황폐함(blight)을 제거한다는 사회적 필요에 직면한 것은 아니었다. 그러나 그 지역은 경제부흥프로그램을 정당화시킬 만큼 충분히 낙후되었다는(the area was sufficiently distressed to justify a program of economic rejuvenation) 그들의 판단은 우리들의 존중을 받을만한 자격이 있다. 시는 새로운 일자리와 세수의 증대—결코 여기

에 한정되는 것은 아니지만—를 포함하여 그 지역사회에 상당한 이익(appreciable benefits to the community)을 가져다 줄 것이라고 믿은 경제개발계획(economic development plan)을 신중하게 체계적으로 짰다. 도시계획과 발전을 위해 수행한 다른 업무들과 마찬가지로, 시는 상업적 목적, 주거용의 목적, 그리고 휴양의 목적 등 다양한 토지이용을 조화롭게 조정하려고 노력하고 있으며, 이 과정에서 시는 그러한 다양한 토지이용이 그 부분들의 합계보다 더 커다란 하나의 총체(a whole)를 이룰 것이라는 희망을 가지고 있다. 이러한 계획을 실행하기 위하여, 시는 경제발전을 촉진시키기 위한 목적으로 토지수용권(eminent domain)의 사용을 명시적으로 승인하고 있는 주의 법률을 원용하여 왔다. 이 개발계획의 포괄적인 성격, 그 계획을 채택하기 전에 수행한 철저한 검토와 심의, 그리고 우리들 심사의 한정된 범위를 전제로 할 때, Berman 판결에서처럼, 우리들은 개별 토지소유자들의 다툼을 단편적으로 접근할 것이 아니고 전체 개발계획에 비추어 이 사건을 판단하는 것이 타당하다. 이 개발계획은 의심할 여지없이 공적 목적에 봉사하는 것이기 때문에(Because that plan unquestionably serves a public purpose), 이 사건에서 다투어지는 토지수용은 연방헌법 증보 제 5 조의 공적 이용 요건(public use requirement)을 충족시킨다.

이러한 결론을 피하기 위하여, 상고인들은 우리들로 하여금 ‘경제개발은 공적 이용에 해당하지 않는다’(economic development does not qualify as a public use)는 새로운 선명한 기준(a new bright-line rule)을 채택할 것을 촉구하고 있다. 시의 개발계획은 순전히 경제적 이익만을 제공해 줄 것이라는 설득력 없는 주장은 일단 제쳐두고, 기존의 어떤 선례(precedent)도 또 그 어떤 논리(logic)도 상고인들의 위 제안을 뒷받침하지 않는다. 경제개발을 촉진시키는 것은 전통적이고 오랜 동안 인정되어 온 정부의 기능이다. 더구나, 경제개발(economic development)을 그 밖에 우리가 인정해 왔던 다른 공적 목적들과 다른 것으로 보아 분리해낼 수 있는 일관된 방법이란 존재하지 않는다. 예컨대, 농업과 광업을 촉진시키는 토지수용을 지지했던 우리 연방대법원의 판결들 속에서, 우리들은 문제가 된 주의 시민들의 복지에 그들 산업이 갖는 중요성을 강조하였다. 예컨대, Strickley, 200 U.S. 527 참조. Berman 사건에서, 우리들은 도시의 폐허지역(a blighted area)을 재개발을 통해 “균형이 잘 잡힌”(well-balanced) 지역사회로 전환한다는 목적을 승인하였다. 348 U.S., at 33. Midkiff 사건에서는, 우리들은 “주의 주거용 부동산시장의 정상적인 기능을 인위적으로 방해하는” 소수에 의한 토지독점(land oligopoly)을 깨뜨리는 주의 이익을 지지하였다. 467 U.S., at 242. 또한 Monsanto 판결에서, 우리들은 “살충제 시장의 진입을 가로막는 중대한 장애”를 제거하는 연방의회의 목적을 승인하였다. 467

U.S., at 1014-1015. Fort Trumbull 지역의 개발을 통해 얻게 될 경제적 이익이라는 New London시의 이익이 위 다른 사건에서의 경제적 이익보다 공적 성격이 약하다고 판시하는 것은 적절하지 못한 일이다. 명백히, 경제개발(economic development)을 공적 목적(public purpose)에 대한 우리들의 전통적인 넓은 이해로부터 배제시킬 만한 아무런 근거가 없다.

상고인들은 경제개발을 위해 토지수용권(eminent domain)을 행사하는 것은 공적 수용(public takings)과 사적 수용(private takings) 사이의 경계를 흐리게 하는 것으로서 헌법상 허용되지 않는다고 주장한다. 아주 단순하게 볼 때, 정부가 공적 목적을 추구하다보면 때로는 사인 개개인(individual private parties)에게 이익이 돌아가는 경우가 있기 마련이다. 예컨대, Midkiff 사건에서, 토지소유권의 강제적인 이전은 예전에는 자신들의 집을 살 수 없었던 임차인들에게 직접적이고 중대한 이익을 넘겨주는 것이었다. Monsanto 판결에서, 우리들은 자료 공유 규정들의 “가장 직접적인 수혜자들”은 나중의 살충제 신청자들이었음을 인정하였지만, 그러나 이런 식으로 그들에게 이익을 준 것은 살충제 시장에서의 경쟁을 촉진시키기 위해 불가피한 것이었다. 467 U.S., at 1014. Berman 사건에서, 백화점 소유자는 재개발 계획에 의하면 수용된 토지는 재개발을 위하여 사적 개발업자들(private developers)에게 판매되거나 임대되도록 되어 있다는 사실을 언급하면서 “다른 사업자의 이익을 위하여 한 사업자의 재산을 수용하는 것”에 반대하였다. 348 U.S., at 33. 그 주장에 대한 우리들의 거부는 특별히 본 사건에 적실성을 갖는다: “공적 목적은 정부의 한 기관을 통해서보다는 사기업을 통해서 마찬가지로 또는 더 잘 달성될 수 있다. 공적인 소유(public ownership)만이 지역 재개발 사업이라는 공적인 목적을 달성하기 위한 유일한 수단이라고 말할 수는 없다.” Id., at 34.

또한 다음과 같은 주장이 제기되었다. 만약 선명한 기준(a bright-line rule)이 없다면, 앞으로 시민 B가 시민 A의 재산을 더 생산적으로 이용할 것이고 그리하여 세금을 더 많이 낼 것이라는 이유만으로 시민 A의 재산을 시민 B에게 이전시키는 시의 행위를 막을 수 있는 방법이 없을 것이다. 그러나 그와 같은 일 대 일의 재산 이전은 본 사건에서는 쟁점이 아니다. 그러한 비정상적인 토지수용권의 행사를 무언가 사적 목적이 추진되고 있다는 의심(a suspicion that a private purpose was afoot)을 명백히 불러일으키는 것이기 하지만,⁹⁾ 상고인들이 상정한 가상의 사건들은 그

9) 연방법원들은 그러한 비정상적인 수용권 행사를 의심의 눈초리로 보아 왔다. 예컨대, 99 *Cents Only Stores v. Lancaster Redevelopment Agency*, 237 F. Supp. 2d 1123 (CD Cal. 2001); *Cincinnati v. Vester*, 281 U.S. 439, 448 (1930) (논리적인 설명이 없는 주의 토지수용권 수권법률에 따라 이루어진 토지수용을 무효라고 판단함) 참조. 또한 이러한 유형의 토지수용은 또 다른 위헌성을 내포할

러한 사건들이 발생한다면 그때 판단될 수 있을 것이다. 그러한 가상의 사건들만으로는 공적 이용(public use)의 개념을 억지로 제한하는 수고를 할 필요가 없다.

상고인들의 재산에 대한 시의 수용권한을 이렇게 인정한다고 해서, 우리들이 수용에 따르는 어려움을 최소화하는 것은 아니다. 우리들의 의견에 담긴 그 어떤 것도 주가 자신의 토지수용권 행사에 더욱 제한을 가하는 것을 막는 것이 아니라 는 점을 우리들은 강조하고자 한다. 실제로, 많은 주들이 이미 연방헌법의 기준선 보다 더 엄격한 “공적 이용”(public use) 요건을 부과하고 있다. 이들 엄격요건 중의 일부는 주헌법의 차원에서 마련되기도 하고,¹⁰⁾ 또 일부는 토지수용권이 행사되어 질 수 있는 사유들을 신중하게 제한하는 주의 토지수용권 수권법률에 표현되어 있기도 하다.¹¹⁾ 경제개발을 촉진시키기 위하여 토지수용권을 행사하는 것이 필요 하고 또 현명한 것인지 여부는 확실히 정당한 공공 토론의 대상이다. 그렇지만, 우리 대법원의 권한은 단지 New London시가 예정하고 있는 토지수용이 연방헌법 증보 제 5 조가 의미하는 바의 “공적 이용”(public use)을 위한 것인지 여부를 판단 하는 데에 미친다. 이 헌법조항을 해석해 온 한 세기 이상에 걸친 우리의 판례법 은 위 문제에 긍정적인 대답을 명령하고 있기 때문에, 우리들은 상고인들이 요청 하는 구제를 줄 수 없다.

Connecticut주 대법원의 판결을 승인한다.

[반대의견의 요지]

O'Connor 대법관이 반대의견을 집필하였고, Rehnquist 대법원장, Scalia 대법관, Thomas 대법관이 이에 가담하였다. 또한 Thomas 대법관은 별도의 반대의견을 개 진하였다.

반대의견은 선출되지 않은 (따라서 유권자에게 책임을 지지 않는) 비영리 민간법 인(private nonprofit corporation)이 강제수용의 주된 수혜자였다는 사실에 반대하였다. 반대의견은 이런 식의 거꾸로 된 Robin Hood 방식—빈자에게서 빼앗아 부자에게 주는 방식—으로 토지수용권을 사용하는 것이 예외가 아닌 원칙이 될 것이라고 조심스럽게 전망하였다: “이제 다른 사인의 이익을 위하여 어떤 재산이든지 수용 될 수 있게 되었다. 이 판결의 예기치 않은 후유증은 결코 사소한 것이 아닐 것이

수 있다. Village of Willowbrook v. Olech, 528 U.S. 562 (2000) (per curiam) 참조.

10) 예컨대, County of Wayne v. Hathcock, 471 Mich. 445, 684 N.W. 2d 765 (2004) 참조.

11) 예컨대, California주의 법률 하에서는, 시는 폐허지역(blighted areas)에서의 경제개발 목적으로만 토지를 수용할 수 있다. Cal. Health & Safety Code Ann. §§ 33030-33037 (West 1997). Redevelopment Agency of Chula Vista v. Rados Bros., 95 Cal. App. 4th 309 (2002) 참조.

다. 그 수혜자들은 대기업이나 부동산개발업자 등 정치적 과정에서 과도한 영향력과 권력을 가진 그런 시민들이 될 가능성이 높다.” 반대의견은 이 판결이 “재산의 사적 이용과 공적 이용의 구분을 제거해버렸으며, 그리하여 연방헌법 증보 제 5 조의 수용조항에서 ‘공적 이용을 위한’(for public use)이라는 단어를 효과적으로 빼버렸다”고 주장하였다.

3. Kelo v. New London 판결의 사후경과 : 대통령과 연방의회 및 주의회의 대응

미국에서 이 판결은 엄청난 사회적 파장을 불러일으켰다.

이 판결이 있기 전에도 8개 주(Arkansas, Florida, Illinois, Kentucky, Maine, Montana, South Carolina 그리고 Washington)의 판례법은 도시의 폐허상태(blight)를 제거하기 위한 경우를 제외하고 경제개발 목적으로 토지수용권을 행사하는 것을 명시적으로 금지하고 있었다.¹²⁾

① Arkansas주 : City of Little Rock v. Raines, 411 S.W.2d 486, 494-95(Ark. 1967) [산업의 발전은 Arkansas주 헌법의 공적 이용 요건(public use requirement)을 충족하지 못하기 때문에 시는 공업단지(industrial park)를 조성하기 위한 목적에서 토지수용권을 행사하는 권한을 가지지 못한다고 판시함]

② Kentucky주 : City of Owensboro v. McCormick, 581 S.W.2d 3, 5-8(Ky. 1979) [시는 개인적인 상업적 개발 목적으로 농업용 재산을 수용할 수 없는데, 그러한 목적은 Kentucky주 헌법의 공적 이용 요건을 충족하지 못하기 때문이라고 판시함]

③ New Hampshire주 : Merrill v. City of Manchester, 499 A.2d 216, 218-19 (N.H. 1985) [토지를 공업단지로 개발하기 위하여 시가 토지수용권을 행사하는 경우에 그러한 이용은 공중에게 부수적으로만(only incidentally) 이익을 주는 것이기 때문에 New Hampshire주 헌법의 공적 이용 요건을 충족하지 못한다고 판시함]

④ South Carolina주 : Karesh v. City Council, 247 S.E.2d 342, 345(S.C. 1978) [사기업의 주차공간과 회의장소로 사용할 목적에서 그 사기업에게 토지를 임대해 주기 위하여 시가 토지수용권을 행사하는 것은 South Carolina주 헌법에서 허용되지 않는데, 그 프로젝트는 주로 사적 소유자에게 이익을 주는 것일 뿐 일반 공중이 그 시설들을 이용할 것이라는 보장이 전혀 없기 때문이라고 판시함]

12) Elizabeth F. Gallagher, “Note: Breaking New Ground: Using Eminent Domain for Economic Development”, 73 Fordham L. Rev. 1837 (2005)에서 인용함.

2005년 8월 4일에 Alabama주는 Kelo 판결에서 인정된 것과 같은 수용을 금지시키는 법률을 통과시켰으며, 한편 유사한 내용의 법률안들이 16개 주에서 제출되었다. 나아가, Alabama, California, Florida, Michigan, New Jersey 그리고 Texas주는 모두 같은 취지에서 헌법개정을 검토하고 있다. 그리고 이 쟁점은 2006년 선거에서 핵심 이슈가 되었다. 또한 2006년 3월에 Massachusetts주의 Scituate 타운은 연례타운회의에서 타운의 토지수용권한을 오직 공적 소유와 공적 이용을 위해서만 (only for public ownership and public use) 재산이 수용되는 경우에 한정지우는 표결을 하기도 하였다.

여론조사 결과 : 여론조사에 의하면 일반인들은 압도적으로 이 연방대법원의 판결에 반대하는 것으로 나타났다. Christian Science Monitor 온라인 여론조사에 의하면, 응답자의 93%가 연방대법원의 판결에 반대의사를 표시하였다. 다른 대부분의 여론조사에서도 제시된 질문 여하에 따라 65%에서 97%에 이르기까지 부정적인 반응을 보였다. 미국퇴직자협회(AARP), 전미흑인지위향상협회(NAACP), 자유당(Libertarian Party), 그리고 정의실천연구소(Institute for Justice) 등의 시민단체와 집단들이 이 판결에 대한 반대성명을 내놓았다. New London시의 일부 주민들은 이 판결에 맞서기 위하여 지역정당(One New London)을 결성하기도 하였다. 물론 이 지역정당은 시의회(City Council)를 장악하는 데는 실패하였지만, 의석 두 자리를 확보하여 Fort Trumbull 수용을 시정하기 위한 노력을 계속하고 있다.

Bush 대통령의 대응 : 이 판결의 1주년이 되는 2006년 6월 23일에 Bush 대통령은 행정명령(executive order)을 내려 연방정부는 “일반 공중(general public)에게 이익을 주기 위한 목적에서만 토지수용권을 행사하여야 하고 수용된 재산을 사인(private parties)에게 넘겨주어 그 사인의 경제적 이익을 늘릴 목적으로 수용권한을 행사해서는 안 된다”는 지침을 시달하였다.¹³⁾ Bush 대통령은 연방기관들이 병원이나 도로와 같은 공공사업(public projects)을 위한 경우를 제외하고는 개인의 재산을 수용해서는 안 된다고 명령을 내린 것이다.¹⁴⁾ 토지수용권한은 흔히 주정부나 지방정부에 의해서 행사되는 것이기 때문에, 연방기관에게 적용되는 이 명령은 그 효과가 제한적이다.

13) <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/06/20060623-10.html>

14) <http://www.cbsnews.com/stories/2006/06/24/ap/politics/mainD8IE9RHG0.shtml>

연방의회의 대응 : 2005년 6월 27일에는 John Cornyn 상원의원(공화당)이 경제개발 목적의 토지수용권의 행사를 제한하는 법률안(Protection of Homes, Small Businesses, and Private Property Act of 2005, S.B. 1313)을 연방의회에 제출하였다. 법률안은 첫째 (i) “공적 이용”(public use)을 정당화하는 유일한 사유가 경제개발(economic development)인 경우에는 연방정부가 토지수용권을 행사할 수 없도록 규정하고 있으며, 둘째 (ii) 연방기금의 제공과 결부시켜 주정부와 지방정부의 수용권 행사에 동일한 제한을 가하도록 하고 있다. 이후 유사한 내용의 법안들이 제출되었는데, Dennis Rehberg 하원의원(공화당), Tom Delay 하원의원(공화당), 그리고 John Conyers 하원의원(민주당) 등이 법안을 제출하였다.

주 의회의 대응 : 2007년 7월까지, 이 Kelo 판결에 대응해서 42개 주가 법률개정을 단행하였다. 이들 중 21개 주는 Kelo 판결에서 허용되었던 토지수용을 엄격히 금지하는 법률을 제정하였으며, 다른 21개 주는 경제개발 목적으로 시가 토지수용권을 행사하는 것에 대해 일정한 제한을 가하는 법률을 제정하였다. 나머지 8개 주는 경제개발 목적의 토지수용권 행사를 제한하는 법률을 제정하지는 않은 상태이다.¹⁵⁾

Ⅲ. 일본에서 토지수용의 공공성 요건의 판단절차와 관련 법리

1. 공공성 요건의 판단절차

일본국헌법 제29조 제3항은 “사유재산은 정당한 보상 하에 이것을 공공을 위하여 사용할 수 있다(公共のために用ひることができる)”고 규정하고 있다. 이러한 수용의 헌법상 요건인 “공공성” 판단은 두 단계로 나누어 엄격하게 이루어지고 있다.

우선, 수용을 필요로 하는 해당 사업이 토지수용법 제3조 각 호의 1에 해당하는 공익사업(=수용적격사업)이어야 한다. 토지수용법 제3조는 「토지를 수용 또는 사용할 수 있는 공공의 이익이 되는 사업」을 제1호에서 제35호까지 총 46개 항목에 걸쳐 개별입법에 의한 사업으로 특정하여 제한적으로 열거하고 있다. “여

15) http://www.castlecoalition.org/pdf/legislation/US_States_ED_Legis_Map_2007.pdf

기에 열거된 사업은, 그 하나하나 개별입법을 할 당시에, 개별적으로 사업내용의 공공성·공익성이 검토되고 일응 그 요건을 구비하였다는 판단 하에 열거된 것이고, 이후 새로운 필요에 의해 추가되는 경우에도, 그 공공성·공익성의 유무가 개별적으로 심사되어 추가되게 된다.”¹⁶⁾

토지수용법 제3조(토지를 수용 또는 사용할 수 있는 사업) 토지를 수용 또는 사용할 수 있는 공공의 이익이 되는 사업은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것에 관한 사업이어야 한다.

1. 도로법에 의한 도로, 도로운송법에 의한 일반자동차도 혹은 전용자동차도(동법에 의한 일반여객자동차운송사업 또는 화물자동차운송사업법에 의한 일반화물자동차운송사업의 이용에 제공되는 것에 한한다), 또는 주차장법에 의한 路外주차장
2. 하천법이 적용되거나 혹은 준용되는 하천 기타 공공의 이해에 관계가 있는 하천 또는 이들 하천에 治水 혹은 利水の 목적으로 설치하는 제방, 護岸, 댐, 수로, 저수지 기타의 시설
3. 砂防法에 의한 사방설비 또는 동법이 준용되는 砂防을 위한 시설
- 3의2. 국가 또는 도도부현이 설치하는 산사태방지법에 의한 산사태방지시설 또는 炭坑붕괴방지시설
- 3의3. 도도부현이 설치하는 급경사지의붕괴에의한재해방지예관법률에 의한 급경사지붕괴방지시설
4. 運河法에 의한 운하의 이용에 제공되는 시설
5. 국가, 지방공공단체, 토지개발구 또는 독립행정법인 신에너지·산업기술종합개발기구가 설치하는 농업용도로, 용수로, 배수로, 해안제방, 관개용 혹은 농작물재해방지의 연못 또는 방풍림 기타 그에 준하는 시설
6. 국가, 도도부현 또는 土地改良區가 토지개발법에 의하여 행하는 客土사업 또는 토지개발사업의 시행에 수반하여 설치하는 용배수기 혹은 지하수원의 이용에 관한 설비
7. 철도사업법에 의한 철도사업자 또는 索道사업자가 그 철도사업 또는 삭도사업에서 일반의 수요에 부응하는 용도에 사용되는 시설
- 7의2. 독립행정법인 철도건설·운수시설정비지원기구가 설치하는 철도 또는 궤도의 용도에 사용되는 시설
8. 軌道法에 의한 궤도 또는 동법이 준용되는 無軌條電車の 용도에 사용되는 시설
- 8의2. 석유파이프라인사업법에 의한 석유파이프라인사업의 용도에 사용되는 시설
9. 도로운송법에 의한 일반승합여객자동차운송사업(노선을 정하여 정기적으로 운행하는 자동차에 의하여 승합여객의 운송을 행하는 것에 한한다) 또는 화물자동차운송사업법에 의한 일반화물자동차운송사업(特別積合せ貨物運送을 하는 것에 한한다)의 이용에 제공되는 시설

16) 成田頼明, “公用收用の法理とその新しい動向”, 土地政策と法(弘文堂, 1989), 258頁.

- 9의2. 자동차터미널법 제3조의 허가를 받아 경영하는 자동차터미널사업의 용도에 사용되는 시설
10. 항만법에 의한 항만시설 또는 어항어장정비법에 의한 어항시설
- 10의2. 해안법에 의한 해안보존시설
11. 항로표지법에 의한 항로표지 또는 水路業務法에 의한 수로측량표
12. 항공법에 의한 비행장 또는 항공보안시설로서 공공의 사용에 제공되는 것
13. 기상, 해상, 지상 또는 홍수 기타 이것에 유사한 현상의 관측 또는 예보의 용도에 사용되는 시설
- 13의2. 우편사업주식회사가 설치하는 우편사업주식회사법 제3조 제1항 제1호에서 열거하는 업무의 용도에 사용되는 시설
14. 국가가 전파감시를 위하여 설치하는 무선방위 또는 전파의 질의 측정장치
15. 국가 또는 지방공공단체가 설치하는 전기통신설비
- 15의2. 전기통신사업법 제120조 제1항에서 규정하는 인정전기통신사업자가 동항에서 규정하는 인정전기통신사업의 용도에 사용되는 시설(동법의 규정에 의하여 토지 등을 사용할 수 있는 것을 제외한다)
16. 방송법에 의한 방송사업의 용도에 제공되는 방송설비
17. 전기사업법에 의한 일반전기사업, 卸電氣事業 또는 특정전기사업의 용도에 제공되는 전기공작물
- 17의2. 가스사업법에 의한 가스공작물
18. 수도법에 의한 수도사업 혹은 수도용수공급사업, 공업용수도사업법에 의한 공업용수도사업 또는 하수도법에 의한 공공하수도, 유역하수도 혹은 도시하수로의 용도에 제공되는 시설
19. 市町村이 소방법에 의하여 설치하는 소방의 용도에 제공되는 시설
20. 도도부현 또는 水防法에 의한 수방관리단체가 수방의 용도에 제공되는 시설
21. 학교교육법 제1조에서 규정하는 학교 또는 그에 준하는 기타의 교육 혹은 학술연구를 위한 시설
22. 사회교육법에 의한 公民館(동법 제42조에서 규정하는 공민관유사시설을 제외한다) 혹은 박물관 또는 도서관법에 의한 도서관(동법 제29조에서 규정하는 도서관동종시설을 제외한다)
23. 사회복지법에 의한 사회복지사업 혹은 갱생보호사업법에 의한 갱생보호사업의 용도에 제공되는 시설 또는 직업능력개발촉진법에 의한 공공직업능력개발시설 혹은 직업능력개발종합대학교
24. 국가, 지방공공단체, 독립행정법민국립병원기구, 건강보험조합 혹은 건강보험조합연합회, 국민건강보험조합 혹은 국민건강보험단체연합회, 국가공무원공제조합 혹은 국가공무원공제조합연합회 혹은 지방공무원공제조합 혹은 전국시정촌직원공제조합연합회가 설치하는 병원, 요양소, 진료소 혹은 조산소, 지역보건법에 의한 보건소 혹은 의료법에 의한 공적의료기관 또는 검역소

25. 묘지, 매장 등에 관한 법률에 의한 화장장
26. 도축장법에 의한 도축장 또는 化製場등에관한법률에 의한 化製場 혹은 死亡獸畜取扱場
27. 지방공공단체 또는 폐기물의처리및청소에관한법률에 제15조의5 제 1 항에서 규정하는 폐기물처리센터가 설치하는 동법에 의한 일반폐기물처리시설, 산업폐기물처리시설 기타의 폐기물의 처리시설(폐기물의 처분[재생을 포함]에 관련된 것에 한한다) 및 지방공공단체가 설치하는 공중변소
28. 도매시장법에 의한 중앙도매시장 및 지방도매시장
29. 자연공원법에 의한 공원사업
- 29의2. 자연환경보전법에 의한 원생자연환경보전지역에 관한 보전사업 및 자연환경보전지역에 관한 보전사업
30. 국가, 지방공공단체, 독립행정법인도시재생기구 또는 지방주택공급공사가 도시계획법 제 4 조 제 2 항에서 규정하는 도시계획구역에 대하여 동법 제 2 장의 규정에 의하여 정해진 제 1 종저층주거전용지역, 제 2 종저층주거전용지역, 제 1 종중고층주거전용지역, 제 2 종중고층주거전용지역, 제 1 종주거지역, 제 2 종주거지역 또는 준주거지역 내에서, 자신이 거주하기 위하여 주택을 필요로 하는 자에 대하여 임대하거나 또는 양도할 목적으로 행하는 50호 이상의 단지의 주택경영
31. 국가 또는 지방공공단체가 설치하는 청사, 공장, 연구소, 시험소 기타 직접 그 사무 또는 사업의 이용에 제공되는 시설
32. 국가 또는 지방공공단체가 설치하는 공원, 녹지, 광장, 운동장, 묘지, 시장 기타 공공의 이용에 제공되는 시설
33. 독립행정법인 일본원자력연구개발기구가 독립행정법인일본원자력연구개발기구법 제17조 제 1 항 제 1 호에서 제 3 호까지 열거하는 업무의 용도에 제공되는 시설
34. 독립행정법인 수자원기구가 설치하는 독립행정법인수자원기구법에 의한 수자원개발시설 및 愛知豊川用水施設
- 34의2. 독립행정법인 우주항공연구개발기구가 독립행정법인우주항공연구개발기구법 제 18조 제 1 항 제 1 호에서 제 4 호까지 열거하는 업무의 용도에 제공되는 시설
35. 위 각호의 어느 하나에 열거된 것에 관한 사업을 위하여 불가결한(欠くことができない) 통로, 다리, 철도, 궤도, 삭도, 전선로, 수로, 池井 `토석의 捨場 `재료의 置場, 직무상 상주를 필요로 하는 직원의 기숙사 기타의 시설

일본이 이처럼 수용적격사업을 개별입법에서 정하는 사업으로 특정하여 구체적으로 열거하는 방식(“개별입법방식”)을 1951년에 채택하게 된 것은, 2차 대전 이전의 관권적 색채가 농후했던 대표적인 법률로 비판받아온 구 토지수용법(1900년 제정)을 1946년의 평화헌법에 따라 민주적 제도로 전면개정한 결과이다.¹⁷⁾ 일본의

17) 高田賢造, 新訂 土地收用法(日本評論社) 17頁; 류하백, “토지수용에 있어 공익사업 강제제규정의 위헌성: 대법원 및 헌법재판소의 관련 판례 평석을 겸하여”, 토지공법연구 44집(한국토지공

구 토지수용법은 현재 우리의 공익사업법 제 4 조와 유사한 “일반적·추상적 예시 방식”을 취하고 있었다.¹⁸⁾

[비교] 우리나라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」

제 4 조(공익사업) 이 법에 의하여 토지 등을 취득 또는 사용할 수 있는 사업은 다음 각 호의 1에 해당하는 사업이어야 한다.

1. 국방·군사에 관한 사업
2. 관계 법률에 의하여 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 철도·도로·공항·항만·주차장·공영차고지·화물터미널·삭도·궤도·하천·제방·댐·운하·수도·하수도·하수종말처리·폐수처리·사방·방풍·방화·방조(防潮)·방수·저수지·용배수로·석유비축 및 송유·폐기물처리·전기·전기통신·방송·가스 및 기상관측에 관한 사업
3. 국가 또는 지방자치단체가 설치하는 청사·공장·연구소·시험소·보건 또는 문화 시설·공원·수목원·광장·운동장·시장·묘지·화장장·도축장 그 밖의 공공용 시설에 관한 사업
4. 관계 법률에 의하여 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 학교·도서관·박물관 및 미술관의 건립에 관한 사업
5. 국가·지방자치단체·정부투자기관·지방공기업 또는 국가나 지방자치단체가 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택의 건설 또는 택지의 조성에 관한 사업
6. 제 1 호 내지 제 5 호의 사업을 시행하기 위하여 필요한 통로·교량·전선로·재료적치장 그 밖의 부속시설에 관한 사업
7. 제 1 호부터 제 5 호까지의 사업을 시행하기 위하여 필요한 주택, 공장 등의 이주단지 조성에 관한 사업
8. 그 밖에 다른 법률에 의하여 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업

다음으로, 이러한 토지수용법상의 수용적격사업에 해당된다고 하여 공공성이 곧 바로 인정되는 것은 아니다. 특정 사업에 대한 공익성의 유무는 토지수용법상의 사업인정단계에서 다시 “토지를 수용 또는 사용할 공익상의 필요가 있는지 여부”를 구체적으로 심사함으로써 이루어진다. 그리고 이러한 사업인정을 받아야만 토지수용을 위한 재결신청이 가능하게 된다.

법학회, 2009. 5), 6면에서 재인용.

- 18) 일본의 구 토지수용법 제 2 조는 공공의 이익을 위하여 토지를 수용·사용할 수 있는 사업으로 다음의 5가지를 열거하고 있었다: (1) 국방 기타 군사에 관한 사업, (2) 황실능묘의 건립 또는 신사 혹은 관공서에 관한 사업, (3) 사회사업, 교육학예에 관한 사업 (4) 철도·수도·하수·국립공원 등 (5) 위생, 측후, 도로표지, 방풍, 수해예방 기타 공공의 목적을 가지고 국가나 지방자치단체 기타의 공공단체에서 시설하는 사업.

이러한 사업인정절차에서 해당 사업이 토지를 수용할 수 있는 가치가 있는 것인지 여부를 개별적·구체적으로 판단하게 되는데, 그 판단의 기준은 토지수용법 제20조에서 구체적으로 정하고 있다. 즉 사업인정청은 신청된 사업이 다음의 각호의 4가지 요건을 모두 충족하는 때에만 사업인정을 행할 수 있다(법 제20조).¹⁹⁾

1. 사업이 법 제3 조(공익사업) 각호의1에 규정한 사업일 것
2. 사업시행자가 해당사업을 수행할 충분한 의사와 능력을 가진 자일 것
3. 사업이 토지의 적정하고도 합리적인 이용에 기여하는 것일 것
⇒ 당해 토지가 그 사업에 이용됨으로써 얻게 되는 공공의 이익과 당해 토지가 그 사업에 이용됨으로써 잃게 되는 사적 내지 공공의 이익을 비교형량하여 전자가 후자에 우월하다고 인정되어야 한다. 이는 해당 사업계획의 내용, 그 사업에 의해서 얻게 되는 공공의 이익, 수용토지의 현재 이용상황, 그 토지가 갖는 사적 내지 공공적 가치 등에 대해서 종합적인 판단에 의해서 인정되어야 한다.
4. 사업이 토지를 수용 또는 사용할 공익상 필요가 있는 것일 것
⇒ 당해 사업에 대하여 1호에서 3호까지의 요건판단에서 고려된 사항 이외의 사항에 대해서 광범위하게 ① 수용·사용이라는 취득수단을 취할 필요성, ② 그 필요성이 공익목적에 합치 여부의 관점에서 판단을 추가하여야 한다는 의미로서, 사업을 조기에 시행할 필요성이 인정되어야 하고, 수용토지의 범위는 그 사업계획에 필요한 범위 내이고 합리적이라고 인정되어야 한다(공익적합성).

2. 토지수용의 공공성에 관한 법리

※ 이하의 내용은 成田頼明, “公用收用の法理とその新しい動向”, 『土地政策と法』(弘文堂, 1989), 257-265頁에서 그대로 번역하여 전재함. 아전인수의 오해를 피하기 위하여 일본의 논의를 있는 그대로 전달하기 위한 취지임

公用收用은 헌법 제29조 제3항의 문언에서도 명시하고 있는 바와 같이 “공공을 위하여 사용되는데” 경우에만 인정될 수 있다. 이것은 수용제도의 본질적인 제약으로서 공공성이 입증되지 않은 사업에 수용을 인정하는 것은 헌법위반이 된다. 이와 같은 공공성은, 무엇보다도 우선, 토지의 취득을 필요로 하는 사업 또는 시설 그 자체의 공공성·공익성이 존재하는지 여부를 묻는 문제이다.

어떤 사업이 공공성을 가지는지를 일반적·추상적으로 서술하는 것은 쉽지는 않지만, 수용이란 상대방의 재산권을 그의 의사에 반해서 강제적으로 박탈하는 제

19) 小澤道一, 土地收用法(上), 261-287頁; 류하백, “토지수용에 있어 공익사업 강제규정의 위헌성: 대법원 및 헌법재판소의 관련 판례 평석을 겸하여”, 토지공법연구 44집 (한국토지공법학회, 2009. 5), 14면에서 재인용.

도이기 때문에, 상대방에게 그와 같은 희생을 강요해서라도 그 강제박탈을 정당화하기에 충분한 공동의 이익이 존재한다는 사실이 이익의 비교형량의 결과 입증되지 않으면 안 된다. 그러한 사실의 존재 여부의 판단은 물론 위헌심사의 대상사항이며, 미국에서는 이 점을 둘러싸고 많은 판례들이 있다.

현재 우리나라(일본)의 토지수용법은 공공성·공익성 판단을 엄밀하고 신중하게 하기 위하여 두 단계에 걸쳐 안전장치를 마련해 놓고 있다. 그 첫 단계는, 개별 법률상의 사업에 대해 그 사업내용의 공공성·공익성을 일차적으로 검토하여 그 요건을 구비하였다고 일응 판단되는 사업에 한하여 그것을 수용적격사업으로 열거하는 방식이다. 그 다음 단계로서, 어떤 사업이 열거된 수용적격사업에 해당하는 하더라도 사업인정단계에서 재차 그 공공성·공익성을 개별적·구체적으로 확인하는 것이다.

다만, 도시계획법상의 도시계획사업(도시계획시설의 정비에 관한 사업 및 시가지 개발사업)에 대해서는, 토지수용법 제3조 각호의 어느 하나에서 규정하는 사업에 해당하는 것으로 간주되고(도시계획법 제69조), 도시계획사업의 인가 또는 승인으로써 토지수용법상의 사업인정을 대신하는 것으로 되어 있다(동법 제70조 제1항). 이 경우에는 개별적인 수용·사용의 공익상의 필요성의 판단은 이루어지지 않고, 사업내용의 도시계획적합성, 사업시행기간의 적절성, 다른 행정청에 의한 면허·허가·인가 등의 처분의 유무 내지 확실성만이 판단되게 된다(동법 제61조). 도시계획사업의 경우에는, 일정의 도시시설 또는 시가지개발사업이 법령의 규정에 의해 도시계획사업으로 되어 있는 것 그 자체로서 포괄적인 공익성이 인정되는 것으로 하는 것이다.

그런데, 종래의 일반적인 통념에 의하면, 해당 사업이 ① 순수한 수익목적 내지 영리목적을 위하여 행하여지는 경우, ② 한정된 특정 소수의 이익을 위해서만 행하여지는 경우, ③ 사람들이 사회·경제·문화생활을 영위함에 있어서 직접적인 필요성이 낮다고 생각되어지는 경우, 그리고 ④ 사업주체가 해당 토지를 직접적인 자기목적에 사용하고 共用으로 이용하지 않는 경우에는 이익의 비교형량의 관점에서 볼 때 공공성이 없다고 생각해 왔다. 이와 같은 전통적인 통념은 극히 일반적인 태도로서 일응 오늘날에도 타당한 것이라고 말해도 좋다. 그러나 최근에 이와 같은 전통적인 통념은 새로운 객관적인 조건의 변화에 따라 상당히 대폭적으로 수정을 받고 있다고 말하지 않을 수 없고, 그리하여 공공성 내지 공익성의 개념은 점차 확대되는 경향을 보이고 있다. 그 결과, 이전에는 법이론상 수용을 인정하여서는 안 된다고 생각되었던 그런 유형의 사업에 대해서도 새로운 관점으로

공공성을 발견함으로써 수용을 인정하는 사례가 적지 않게 생겨나고 있다. 이하 이와 같은 새로운 동향을 보이는 몇 가지 사례를 들어본다.

(i) 그 첫째는, 수익성과 공공성 내지 공익성은 반드시 모순되는 것은 아니라고 하는 것이다. 종래의 통념에서는 수용한 토지를 수익적·영리적인 사업의 용도에 사용하거나 또는 이들 사업에 도움이 되는 시설의 용도에 사용하는 것은 공공성이 있다고 볼 수 없기 때문에 허용되지 않는다고 생각해 왔다. 확실히 오늘날에도 특정의 은행·공장·백화점·호텔 등의 운영리사업의 용도에 사용하기 위하여 국가공권력인 수용권을 발동하여 토지를 수용하는 것이 헌법상 허용되지 않는다는 것은 말할 것도 없는 바이다. 그러나 최근 제 외국에서도 그리고 우리나라에서도 적극적으로 추진되고 있는 事業化區域(action area)의 정비나 大規模面開發事業에 있어서는 도시재개발(urban renewal)·뉴타운·공장단지·유통업무시가지 등의 예에서 보는 바와 같이, 정비조성 그 자체는 공적 기관이 실시하는 것으로 하더라도, 정비조성 후의 토지는 상점·사무소·유통업무시설·제조공장 등의 영리수익사업의 용도에 사용하게 된다. 그럼에도 불구하고, 정비조성사업을 실시하는 수단으로서 수용이라고 하는 수단을 사용하는 것을 인정하고 있다. 이들 사례에 있어서는, 정비조성 후의 토지가 민간의 수익사업을 위하여 사용된다고 하는 결과가 아니라, 노후화된 시가지의 기능을 회복·갱신함으로써 토지이용의 효율을 높이고, 단순한 베드타운이 아니라 주택·상점·사무소·병원·학교·극장·오락시설 모두를 한 세트로서 하는 신도시를 건설함으로써 과밀도시의 과중부담을 분산시키는 등등의 정책목표와 그 목표가 투영된 이들 사업의 효과에 착안하여, 사적인 손에 의해서는 충족될 수 없는 사회경제적인 수요의 충족이라고 하는 점에서 새로운 공익성을 발견하는 것이라고 말할 수 있을 것이다.²⁰⁾

우리나라(일본)에서도 수용권을 수반하는 공업단지조성사업에 관하여 규율하는 법률(「수도권의 균형정비구역 및 도시개발구역의 정비에 관한 법률」, 「近畿圏의 균형정비구역 및 도시개발구역의 정비 및 개발에 관한 법률」)의 입안과정에서, 이런 종류의 사업은 특히 수익을 목적으로 하는 제조공장 등의 부지의 조성을 목적으로 하는 것이어서, 수용권 부여의 당부를 둘러싸고 상당히 격한 논의가 이루어졌는데, 수도권 및 근기권의 경우에는, 기성 시가지 또는 기성 도시구역 내에 공업제한구역이 설정되어 있어 이 구역 내에서는 과도집중억제의 견지에서 공장·학교 등의 신증설을 규제하고 있기 때문에(「수도권의 기성시가지에 있어서 공업 등의 제한에 관한 법률」, 「近畿圏의 기성도시구역에 있어서 공장 등의 제한에 관한 법률」), 이와 같은 억제

20) 山田幸男, “計劃行政法における若干の法律問題”, 自治省 編, 自治論集 606-607頁 참조.

조치의 반대급부로서 근교정비지대나 도시개발구역에 공업단지를 조성하기 위한 수용이 인정될 수 있다고 하는 논리로 최종적으로 인정될 수 있었던 것이다. 덧붙여서 말하자면, 中部圏의 경우에는, 나고야시는 아직 과밀도시가 아니라고 하는 인식 아래, 수도권·근기권과 같은 공업제한구역의 제도는 없고 따라서 공장의 입지규제는 행하여지고 있지 않기 때문에, 수용권을 수반하는 공업단지조성사업은 인정되고 있지 않다. 최근에, 陵奥灣, 小川原湖 등의 차기 대규모 공업기지의 용지 취득과 관련해서 공업용지조성사업을 실시하는 주체에게 수용권을 인정하여야 한다고 하는 주장이 있다.²¹⁾ 이와 같은 주장 중에는, 석유·철강·전력 등의 기간산업이 기성공업지대나 그 주변부에서 공해문제·지역주민의 반대 등으로 공장의 신증설이 생각대로 진척되지 않고, 또 신규대규모공업기지로 예정되는 지역에서는 부동산업자의 압박에 의하여 지가가 급격히 상승하는 사태에 위기감을 느낀 나머지 수용이라고 하는 권력적 수단에 호소함으로써 광대한 토지를 안전하고 신속하게 취득하고자 하는 안이한 동기에 의해서 이루어지는 것도 적지 않다.

그러나 이와 같은 단순한 순경제적 이유만으로는 법률상 수용권을 부여하기에 충분히 강력한 공공성이 있는 것으로는 인정되기가 어렵다. 뿐만 아니라, 이와 같은 이유로는, 정책적으로 보더라도, 成田공항의 사례에서 보는 바와 같은 격렬한 반체제적인 저항을 초래하게 될 것이다. 수용권이나 先買權을 수반하는 공업기지의 조성사업이 인정되기 위해서는, 적어도 국토 전체의 체계적 이용에 관한 명확한 계획이 있고, 그것에 기초해서 공장 등의 계획적인 분산과 유도를 촉진하는 시책이 취하여지지 않으면 안 된다고 생각된다. 보다 구체적으로 말하자면, 무질서·무제한의 공장입지가 과밀의 폐해, 공해의 발생 등을 야기하는 지역에 대해서는 특정업종공장의 신증설을 규제하고, 기존의 공해발생공장 등의 분산·이전을 유도하는 공업입지조정조치를 강구함과 아울러, 이 조치를 수용하는 지역의 선정에 대해서는, 국토이용의 효율성, 장애의 수요의 예측, 공해의 방지, 지역원주민의 이익과의 관계 등의 요소를 객관적이고 합리적으로 고려하여 신중한 절차를 거쳐 정하는 방식의 제도가 필요하다. 일찍이 입안 당시 도시계획법과의 조정이 이루어

21) 1970년 7월 28일의 産業立地部會大規模工業基地委員會의 「대규모공업기지의 구상 및 개발방식에 대하여」라는 제목의 보고서는, 基幹資源型工業의 입지지점을 조속히 확보하기 위하여 대규모 공업기지를 개발하는 방식으로서 다음의 세 가지 방식을 제안하고 있다: ① 국가가 계획을 작성하여 公私혼합의 제3섹터인 주식회사가 사업을 실시하는 방식, ② 정부민간의 공동출자에 의한 인가법인이 계획을 작성하여 사업을 실시하는 방식, ③ 정부민간의 공동출자에 의한 재단법인이 계획을 작성하고, 사업의 실시는 국가·지방공공단체·민간이 각각 분담하는 방식. 그리고 ①②의 방식의 경우에는 실시주체에게 토지의 투기화방지의 견지에서 수용권 및선매권을 부여하여야 한다고 제안하고 있다.

지지 않아 입법화되지 못했던 공업입지정화법안과 같은 제도적 틀이 그 전제로서 최소한 필요한 것이 아닐까?

공공성의 유무의 문제는 산업기반시설에 대해서도 문제가 될 수 있다. 현재 이 점에서 문제가 되어 있는 것은, 석유파이프라인사업이다. 여러 외국에서는 이미 영국·프랑스와 같이 파이프라인의 부설에 관하여 公用地役權의 설정이나 수용권을 인정하고 있는 예가 있지만, 우리나라(일본)에서도 묵하 검토되고 있다. 이 문제는 석유파이프라인의 성격을 어떠한 것으로 파악하고, 또 그 경영형태를 어떠한 형태로 하는가에 따라 그 결론이 달라진다. 파이프라인이 단순한 산업기반시설이라든가 석유의 안정적인 공급을 위한 경제적 합리성을 추구하는 시설이라고 하는 것만으로는 수용권을 인정하기에는 문제가 있지만, 에너지의 common carrier(운송업자)로서의 성격을 가지는 것으로 규정하고 동시에 경영주체가 公의 손(국가, 지방공공단체, 공사·공단) 또는 연장된 公의 손(公私혼합회사·특허사업)이 되는 경우에는 수용권을 부여하는 것도 인정될 수 있을 것이다.

(ii) 다음으로 두 번째의 새로운 동향으로서, 위에서 말한 바와 연관되는 것이지만, 私的 사용 내지 제3자를 위한 수용이라고 하는 형태가 나타나고 있다는 것이다. 일반적으로 초창기의 토지수용은 起業者(이하 “사업시행자”)가 수용한 토지를 자신이 사용하는 것을 원칙으로 하고, 수용하여 조성한 토지를 제3자에게 이용하게 하는 경우에도, 토지에 대한 권한 그 자체는 공적인 사업주체 자신이 계속해서 가지는 것이 원칙이었다. 따라서 수용권을 행사한 공적 주체가 수용한 토지의 소유권 등을 제3자에게 양도하는 것과 같은 것은 인정되지 않았으며, 이것을 제3자에게 양도한 경우에는 사업시행자의 입장에서는 해당 토지가 불필요하게 된 것으로서 그 토지의 구 소유자 등에게 法定買受權이 생기는 것이 일반적인 모습이었다(토지수용법 제106조 제1항). 그런데 근년에 사업시행자가 광대한 토지를 조성·정비한 후 일정한 목적에 따라 그 토지의 소유권을 제3자인 私인에게 양도하여 최종적으로는 사적 이용의 용도로 사용하는 사업에 대해서도 수용권이 부여되게 되었다.

이와 같은 동향은 “공적 기관에 의한 公共的 보유를 위한 수용에서 공적 기관에 의한 사적 보유를 위한 수용으로의 발전”이라는 말로 표현되고 있다.²²⁾ 이러한 발전을 촉발시킨 것은, 공적 기관에 의한 개인주택의 대량공급사업, 불량주택 개량사업(slum clearance) 등이고, 현재는 미국·영국·독일·스웨덴 등의 나라에서

22) Craig, “Regulation and Purchase, Two Governmental Ways to Attain Planned Land Use”, in: Haar, *Law and Land*, 1964, p. 195.

도 도시재개발·뉴타운 등의 사업과 관련해서 널리 쓰이고 있다. 미국에서는 이와 같은 수용이 헌법상 인정되는지 여부와 관련해서 오래 전부터 많은 판례가 있는데, 초기의 판례는, 토지수용의 요건인 “공공적 이용”(public use)의 개념을 공공기관에 의한 이용의 의미로 좁게 해석하여, 뉴딜과 함께 등장한 연방의 저가임대주택·불량주택개량사업 등을 위한 토지수용은 연방헌법상의 “공공적 이용”의 의미를 쉽게 확장하는 것이라고 하여 이를 거부하였다. 그러나 2차 대전 이후에는 이와 같은 태도를 바꿔, 도시재개발 등을 위하여 수용된 토지가 순수하게 민간의 영리사업을 위하여 사용되는 것이라면 이는 위헌이지만, 황폐지구를 개량함에 있어서는 재개발 후에 사적 개발업자가 이익을 받더라도 그것은 법률의 주요목적에 비추어보면 부수적인 것에 지나지 않아서 공공의 목적을 상실하는 정도의 중대한 변화는 아니라고 한다. 오늘날에는 법원은 일반적으로 재개발 등의 사업에 의해 사적 소유자에게 토지를 양도하는 경우가 있더라도 “공공적 이용”이라고 하는 헌법상의 요건은 충족되는 것으로 이해하고 있다.²³⁾ 이들 판례에서는 “공공적 이용”(public use)이라고 하는 개념을 “공공적 이익”(public interest)과 동의어로 해석하고 있다.

우리나라(일본)에서도 1950년대 중반 이후 주로 面開發事業을 중심으로 이러한 수용제도가 설계되었다. 현재 이와 같은 형태의 수용이 인정되고 있는 사업에는, 주택지구개량사업(주택지구개량법), 신주택시가지개발사업(신주택시가지개발법), 유통업무단지조성사업(유통업무시가지의 정비에 관한 법률), 50호 이상의 한 단지의 주택경영(토지수용법 제 3조 제30호), 공업단지조성사업(수도권의 근교정비구역 및 도시개발구역의 정비에 관한 법률, 근기권의 근교정비구역 및 도시개발구역의 정비 및 개발에 관한 법률) 등이 있으며, 향후 대규모공업기지·역주변구역·대규모오피스센터·관광레크리에이션기지 등에 대해서도 동일한 방법을 취하여질 수 있도록 하는 움직임이 보인다. 우리나라(일본)에서는 이러한 사적 이용을 위한 수용의 당부를 둘러싼 법적 논의는, 농지개혁을 제외하고 지금까지 재판에서 다루어진 사례는 거의 없으며, 학자들 사이에서도 그다지 두드러지게 논의되고 있지는 않지만, 위에서 언급한 여러 제도의 입안단계에서는, 최종적으로 사인의 수익을 위하여 사용되어지는 그러한 수용이 전통적인 의미에서의 공공의 이익이 되는 사업의 범위를 일탈하는지 여부가 상당히 논의되고 있다. 그러나 앞에서 본 미국 법원의 사고방식과 마찬가지로, 주택의 대량공급, 시가지의 계획적인 정비, 도시기능의 유지·증진 등 이들 사업이 가지는 목적이나 효과 자체에 공공성을 인정하는 것은 이제는 충분한

23) Craig, op. cit., p. 195.

이유가 있다고 생각된다.

(iii) 세 번째의 새로운 동향은, 수용 주체의 다원화이다. 전통적인 수용의 주체는 국가·공공단체 등의 공적 행정주체인 것이 원칙이었으며, 그 밖에 특수회사·특허사업자 등도 “연장된 公의 손”으로서 수용의 주체가 될 수 있다는 것이다. 무엇보다 학설상으로는, 이와 같은 경우에도 수용권의 주체는 국가이고, 공공단체 기타의 사업주체는 국가에 대하여 자신의 사업을 위하여 필요한 토지 등의 수용청구권을 가지는 것에 지나지 않는다고 하는 주장(국가수용권설)도 있지만, 국가 이외의 사업주체는 자신의 목적을 위하여 토지를 수용하고 그 효과도 자신에게 귀속하는 것이기 때문에 사업시행자를 수용의 주체로 파악하는 것이 타당하다고 생각된다(사업시행자수용권설). 우리나라(일본)의 실정법에서는, 토지수용법에 따라 국가 및 지방공공단체 외에 公社(일본국유철도, 일본전매공사, 일본전신전화공사), 公團(일본철도건설공단, 本州四國連絡橋공단, 일본주택공단, 수자원개발공단 등), 사업단(석탄광해사업단, 핵연료개발사업단, 우주개발사업단 등), 공공조합(토지개발구, 건강보험조합, 국민건강보험조합, 국가공무원공제조합, 지방공무원공제조합 등), 특수회사(국제전신전화주식회사, 電源개발주식회사 등), 특허사업자(자동차터미널사업자, 일반자동차도사업자, 일반자동차운송사업자, 지방철도사업자, 방송사업자, 전기사업자, 가스사업자, 공업용수도사업자 등)가 행하는 일정한 사업에 대해서 수용권을 인정하고 있는데(토지수용법 제3조 각호), 도시계획법에서도 도도부현지사의 인가를 받아 도시계획사업의 시행자가 된 국가기관, 도도부현 및 시정촌 이외의 자에게는 수용권이 인정된다(도시계획법 제59조 제5항).

이들 중公私혼합의 특수회사나 특허사업자는 행정주체는 아니고 조직원리상으로는 사법인이며, 사인으로서의 지위를 가지는 데 지나지 않는 것이지만, 그 사업내용의 고도의 공익성을 확보하기 위하여 국가가 법률에 기초해서 일정한 감독을 행함으로써 “公의 支配”에 복종하게 하고 그들에게 “연장된 公의 손”으로서의 지위를 부여하는 것을 전제로 하여 수용권을 부여하는 것이 인정되고 있는 것이다. 근래에 들어, 도시의 개발정비사업에 민간의 자본력과 에너지를 동원하기 위하여 이른바 민간개발자를 대폭 활용할 필요성이 여러 방면에서 주장되어, 이러한 정책의 일환으로서, 민간개발자(civil developer)에게 수용권을 부여하여야 한다는 제안이 있다. 향후 도시개발에 민간자본을 끌어들이 필요성이 있다는 점은 인정된다 하더라도, 그 필요성이 있다고 하여 무조건적으로 수용권을 부여하는 것은 법률적으로는 상당히 문제가 있다. 이것이 가능하기 위해서는 최소한 다음과 같은 요건이 충족되어야 할 것이다.

첫째는,公私혼합기업의 형태로 제3 섹터로 하든가, 혹은 事業免許性을 채용함

으로써 해당 개발자를 “공의 지배”에 복종시키는 것이다. 수용권을 수반하는 민간 개발자의 활동이 승인되기 위해서는 일정한 자격이 요구되고 자본력·경영능력·신용능력이 충분히 인정되는 자여야 한다는 점은 당연하다. 우리나라(일본)에서는 지금 군소의 부동산업자나 건설업자가 스스로 민간개발자라고 칭하고 있지만, 택지권 물거래업법이나 건설업법 정도의 감독적 규제만으로는 아직 “공의 지배”에 복종하고 있다고는 말할 수 없기 때문에, 현재의 상태에서 수용권을 부여하는 것은 도저히 인정될 수 없다.

둘째는, 그 민간개발자가 국가·지방공공단체 등의 계획에 적합한 사업계획을 가지고 행정청의 감독 하에 그것을 실시하는 안전장치가 필요하다고 할 것이다. 이와 같은 계획적합성의 통제가 엄밀하게 이루어질 수 있는 상태가 제도적으로 보장되어 있는 한에 있어서만이 “연장된 공의 손”으로서의 지위를 인정할 수 있다.

셋째는, 조성정비 후의 토지·건물을 제3자에게 처분할 때에 투기목적의 용도에 사용되지 않도록 사후적인 통제수단을 확보해 두는 것이 필요하다. 미국에서도 민간기업에 의한 도시재개발이 부수적으로 공공의 이익을 증진시키는 점이 있다 하더라도 부동산투기가 주목적인 때에는 수용권이 인정되지 않는다.

IV. 독일에서 토지수용의 공공성 요건과 연방헌법재판소

□ 독일 헌법 14조 3항 1문: “수용은 오직 공공복리(Wohl der Allgemeinheit)를 위해서만 허용될 수 있다”

● 여기서의 “공공복리”의 개념²⁴⁾

— 일반적인 “공익”(oeffentliches Interesse)과 동일한 개념인가? 국가적으로 중요하다고 여겨지는 모든 공익이 여기서의 공공복리에 해당하는 것은 아니다<BVerfGE 56, 249(274)>. 일반적으로는 공공복리라는 말이 종종 공익과 동일한 의미로 사용되고 있긴 하지만, 여기서의 공공복리는 공익과는 다른 훨씬 우월하고 긴절한 고양된 의미로 이해된다. 따라서 단순한 국가의 재정적 확충과 국고의 증진 등은 비

24) 정연주, “공용침해의 허용조건으로서의 공공필요—서독기본법 제14조 3항 1문의 해석을 중심으로—”, 연세법학연구 제1호(연세대 법률문제연구소, 1990), 158-159면에서 발췌.

록 이러한 재정적 강화를 통해 결과적으로 국가의 공적 과제의 수행이 용이해지고 국민의 납세부담이 줄어든다 하더라도 이러한 한정된 의미의 공공복리의 실현에 해당한다고 할 수 없으며 따라서 이를 위한 공용침해는 허용될 수 없다<BVerfGE 56, 249(279); 66, 248(257)>. 공용침해는 국가의 재정증진과 세제보완을 위한 부수적 제도가 결코 아니며, 이를 위해서는 조세증액의 방법 등으로 해결하여야 한다. 아울러 공익사업수행자에 의하여 정치적 경제적으로 중요하고 유익한 것으로 간주된 모든 사업이 공용침해를 정당화시키는 것은 아니며, 국가나 공공단체에 의해 추구되는 모든 계획이 여기의 공공복리의 실현에 이바지하는 것이 아니다<BVerfGE 56, 249(279)>. 만일 그렇지 않다면 모든 국가의 공적과제수행을 위하여 공용침해가 허용되어질 것이며, 결과적으로 공공복리라고 하는 실질적 허용조건은 유명무실하게 되어 그 재산권보장의 기능을 상실하게 될 것이다.

· 공용침해는 공공복리를 그 직접적인 목적으로 하기 때문에 단순한 사익추구를 위해서는 허용될 수 없다. 공용침해는 사인간의 이해충돌을 조정하는 제도는 결코 아니며, 사적자치를 통해 해결할 수 없는 사인간의 이해대립을 국가공권력을 통해 해결할 목적으로 허용될 수는 없다.²⁵⁾

□ 공공필요라는 실체적 요건을 요구하는 것의 의의

· 단순히 보상의 조건으로서 요구되는 것이 아니라, 위법한 재산권침해를 미연에 방지한다는 적극적 의미를 지닌 것이다<정연주, 1990 : 158>.

· “공공필요”의 개념은 입법자의 재량에 맡겨진 개념이 아니다. 입법과정에서 일정한 범위 내에서의 해석의 여지를 남겨 놓은 제한적인 헌법개념이다<BVerfGE 24, 367(403f.); BVerwGE 3, 332(333f.); 정연주, 1990 : 157 재인용>.

— 그렇기 때문에 입법자는 당해 법률 속에서 공용침해의 목적과 허용조건을 명확히 규정함으로써 일정한 재산권침해에 대한 예측과 그 침해의 정도와 범위에 대한 측정을 가능하게 하도록 배려하여야만 한다. 아울러 입법자는 이러한 실질적 허용조건을 강화함으로써 공용침해의 가능성의 범위를 줄일 수는 있지만, 이를 완화시킴으로써 공용침해를 보다 용이하게 해서는 안 된다<BVerfGE 56, 249(270)>. 한편, 입법자가 관계 법률 속에서 공공복리를 목적으로 하는 일정한 공익사업을 명시하고 있다 하더라도 그 사업을 수행한다고 하는 것만으로는 이를 위한 공용침해가 바로 허용되는 것은 아니며, 이에 따른 개별적 조치로서의 해당 공용침해

25) Sondervotum Bohmer, BVerfGE 56, 249 (290); 정연주, 위의 글, 159면에서 재인용.

가 구체적으로 공공복리에 이바지하는가의 여부가 그때그때 또 다시 검토되어야 한다<BVerwGE 3, 332(334)>. 예컨대, 어느 일정한 토지가 도시계획에 포함되어 있다고 해서 이 계획수행을 위한 당해 토지의 수용이 바로 정당화되어지는 것은 아니며, 그 해당토지수용이 실제로 도시계획사업에 이바지하는가 그리고 나아가서 그 도시계획사업이 관계법률에 명시된 공익사업에 해당하는가의 여부가 단계적으로 검토되어야 한다<BVerfGE 56, 249(277f.)>.

■ 독일 연방헌법재판소는 1987년 3월 24일 선고한 ‘Boxberg 판결’에서 ‘지역의 경제발전과 고용증진이라는 명분으로 사기업을 위해서 행해지는 공용수용은, 주장되는 공익이 그 기업활동의 간접적인 결과로 나타나는 것에 불과할 때에는, 헌법상 허용되지 않는다’고 판시하였다.²⁶⁾ 이 사건은 Daimler-Benz AG사가 자동차 검사장을 설치하기 위하여 농업용 및 임업용 토지를 수용하는 것이 문제된 사건이다.

□ 독일의 학설 및 판례에 의하면, 사인에게 수용권을 부여하는 법률은 실현되는 수용목적용 명백히 기술하여야 하고, 기본적인 수용요건과 이를 심사하기 위한 절차를 확정하여야 하며, 추구하는 공공복리 목적을 보장하기 위한 대비책을 규정하여야하는 등 한층 강화된 엄격한 요구에 상응하여야 한다.

V. 우리 헌법 제23조 제3항의 “공공필요” 요건의 해석론

1. 재산권보장의 본질

헌법 제23조는 “① 모든 국민의 재산권은 보장된다. … ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용 … 은 법률로써 … 하여야 한다”고 규정하고 있다. 또한 헌법 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 규정하고 있다.

헌법재판소는 확립된 판례를 통하여 이들 헌법규정에 관해 이렇게 풀이하고 있다: “우리 헌법은 국민 개개인이 사적 자치의 원칙을 기초로 하는 자본주의의 시

26) BVerfGE 74, 264. 이 판결의 독일어 원문은 <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv074264.html>>에서 참조. 이 판결 전문의 한국번역본은 헌법재판소, 헌법재판자료집 제10집(2002), 113-135면에 수록되어 있다(최갑선, “Boxberg 토지의 공용수용 결정”). 헌법재판자료집의 본문이 수록된 디지털파일은 국회도서관 홈페이지 <<http://www.nanet.go.kr>>의 전자도서관 코너에서 검색하여 볼 수 있다.

장경제질서 아래 자유로운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족할 수 있도록 하면서, 사유재산의 자유로운 이용·수익과 그 처분 및 상속을 보장하고 있다. 이는 이러한 보장이 인간의 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라는 이상을 배경으로 하고 있는 것이다.”²⁷⁾

요컨대, 헌법재판소는 재산권의 자유보장적 기능을 강조하고 있다: “재산권의 보장은 곧 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕을 의미하는 것이며, 따라서 자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계에 있다.”²⁸⁾

특히 헌법재판소는 택지소유제한 사건²⁹⁾에서 ‘개인의 삶의 장소로서 그의 인간으로서의 존엄성과 행복추구권을 실현하는 데 있어서 불가분적으로 연관되어 있는 토지재산권’과 ‘그렇지 아니한, 예컨대 투자목적으로 보유하고 있는 토지재산권’은 재산권보장에 있어서 달리 취급해야 한다고 강조하면서, 전자의 토지재산권에 대한 제한입법에 대해 엄격한 심사기준을 적용하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 전자의 토지재산권, 즉 개인의 인격실현과 불가분적으로 연관되어 있는 택지에 대한 예외적인 고려 없이 일률적으로 660㎡로 소유상한을 설정하는 것은 적정한 택지공급이라고 하는 입법목적에 달성함에 있어서 필요한 정도를 넘는 토지재산권에 대한 과도한 제한이라고 하여 위헌선언을 하였다.

요컨대, 헌법이 보장하는 재산권은 사유재산의 자유로운 이용·수익·처분을 보장함으로써 자본주의경제질서에 있어서 개인과 기업의 경제적 자유와 창의를 담보하는 핵심적인 권리이다. 물론 재산권의 사회적 기속성이 요구되고 있으나, 문제의 재산권이 ‘개인의 인격실현과 불가분적으로 연관되어 있는 경우’에는 보다 엄격한 헌법적 보호가 요구된다.

2. 재산권보장에 있어서 존속보장의 원칙

헌법 제23조 제1 항이 “모든 국민의 재산권은 보장된다.”고 할 때, 그 의미는 “사유재산의 자유로운 이용·수익·처분”을 보장한다는 것이다. 이는 사유재산을 자신의 자유로운 의사에 의하지 아니하고는 누구에 의해서도 강제로 박탈당하지

27) 헌재 1989. 12. 22, 88헌가13, 판례집 1, 357, 367-368; 1999. 4. 29, 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 302; 2002. 8. 29, 2001헌가24, 판례집 14-2, 138, 151.

28) 헌재 1998. 12. 24, 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945; 1999. 4. 29, 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 302.

29) 헌재 1999. 4. 29, 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 315-316.

않는다는 것을 의미한다. 다시 말해서, 국가라도 개인의 사유재산을 그의 자유의사에 반하여 강제로 박탈할 수 없다는 것이다(존속보장).

그러나 헌법은 이에 대한 예외를 엄격한 요건 하에 마련해 놓고 있다. 제23조 제3항이 그것이다. 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용… 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있다(가치보장).

헌법 제23조는 모든 국민의 재산권을 보장하는 한편으로, “공공필요”에 의한 공용침해(재산권에 대한 수용, 사용, 제한)를 인정하고 있다. 따라서 “공공필요”가 없다면 법률로써도 재산권에 대한 공용침해는 허용되지 않는다.

지난 수 십 년 동안 우리 정부(입법부, 행정부, 사법부 포함)는 개발을 통한 경제발전이라는 국가적 과제에 몰입되어 재산권보장에 관한 헌법원칙을 소홀히 하여 왔다. ‘공공의 이익을 위하여 재산권을 박탈하더라도 사후에 손실보상을 충분히 해 주면 된다’는 사고는 헌법의 재산권보장의 원칙인 존속보장의 원칙에 부합하지 않는다.³⁰⁾ 지금도 많은 법률들이 개발과 발전이라는 명분으로 개인의 재산권을 쉽게 박탈할 수 있도록 허용하고 있다. 또한 우리의 행정법학계도 그 동안 주로 가치보장의 관점에서 손실보상의 요건에 대해서만 몰두해 온 것이 사실이다. 그러나 이제 이러한 사고의 편향은 극복되어야 한다. 이제 헌법의 “원칙”으로 돌아가야 한다. 원칙으로 돌아가서 그 동안의 무분별한 재산권침해를 재점검해 보아야 할 때이다.³¹⁾

보상에 초점을 두는 가치보장의 관점은 20세기 초 독일의 바이마르시대 제국법원이 견지하던 입장이었다. 그러나 독일의 경우 2차 대전 이후 Bonn기본법 하의 학설과 판례는 가치보장 대신 존속보장을 강조하여 오고 있으며, 이러한 현상은 독일 연방헌법재판소의 이른바 ‘자갈채취판결’(1981. 7. 15) 이후 더욱 분명해졌다. 나아가 독일 연방헌법재판소는 1987년 3월 24일 선고한 ‘Boxberg 판결’에서 ‘지역의 경제발전과 고용증진이라는 명분으로 사기업을 위해서 행해지는 공용수용은, 주장되는 공익이 그 기업활동의 간접적인 결과로 나타나는 것에 불과할 때에는, 헌법상

30) 정남철, “공용수용의 요건 및 한계에 관한 재검토”, 법조 제54권 제5호(법조협회, 2005. 5), 124면.

31) “헌법 제23조의 근본취지는 우리 헌법이 사유재산제도의 보장이라는 기초 위에서 원칙적으로 모든 국민의 구체적 재산권의 자유로운 이용·수익·처분을 보장하면서 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한은 헌법이 규정하는 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 허용한다는 것으로 해석된다.” (헌재 1998. 12. 24, 97헌마87등, 판례집 10-2, 978, 995). 또한 헌법재판소는 「공공용지취득특별법상의 협의취득의제 사건」에서(헌재 1995. 11. 30, 94헌가2 [9(위헌): 0]), “헌법상의 복지국가 이념을 실천하기 위하여 국가가 공공복리를 위하여 사적 영역에 개입하는 것이 필요하다고 하더라도, 자유주의적 시장경제질서를 근간으로 하고 있는 우리 헌법질서 하에서는 국가는 우선 사적 자치 영역에서 그러한 공공복리의 목적수행이 가능하도록 조장하고, 그것이 여의치 않을 때에만 실질적 법치주의에 따른 목적과 비례성 범위 내에서 개입하는 것이 타당하다”고 강조한 바 있다.

허용되지 않는다'고 판시하였다. 이 사건은 Daimler-Benz AG사가 자동차검사장을 설치하기 위하여 농업용 및 임업용 토지를 수용하는 것이 문제된 사건이다.

우리나라에서도 최근 헌법재판소가 독일의 분리이론을 도입하면서 여러 결정에서 '보상'이 아닌 '방어'에 비중을 두는 존속보장의 관점을 채택하고 있다. 또한 우리의 공법학계에서도 과거 8, 90년대에 존속보장의 관점에서 공용수용에 있어서 "공공필요"의 요건을 엄격하게 해석하려는 시도가 있었으며,³²⁾ 2000년대에 들어 여러 젊은 학자들이 종래의 가치보장의 관점에 대해 문제제기를 진지하게 하고 있음을 볼 수 있다.³³⁾

특히 백승주 박사는 최근의 문제 상황을 다음과 같이 설명하고 있다: "최근 정부가 국토의 균형개발정책에 따라 전국적으로 추진하거나 추진하려는 크고 작은 개발계획을 들여다보면 헌법상 재산권 수용의 전제요건에 충실하기보다는 오히려 정부의 특정 정책목적 실현을 위한 방편으로서 개인재산권 수용을 전제로 한 개발정책이 이루어지고 있다. 현행 헌법에 따르면 공공필요(이하 "공익"이라 한다)에 의하여 적법하게 재산권을 수용한 경우에는 법률의 정한 바에 따라 정당한 보상이 이루어져야 한다. 그럼에도 불구하고 특히 입법정책적인 측면에서 일반적인 법치국가적 요구사항이 잘 지켜지지 않거나 혹은 무시되는 경향이 짙어지고 있다. 우선 헌법상 재산권 수용의 가장 중요한 합법성요건으로서의 공익에 대한 엄격한 개념 형성, 즉 예컨대 "모든 구성원이 공통적으로 가지는 이익 혹은 공동복지의 증진"과 같은 보편적인 개념형성을 통한 해석·적용을 도외시한 채, 행정주체의 자의적 공익개념의 설정을 통한 소위 "기대권적 걸치레의 이익"을 마치 보편적인 공익개념과 동일시하는 경향이 드러나고 있다. 더욱이 공익이라는 불확정 개념을 해석·적용함에 있어서는 객관적으로 판단되어야 할 뿐만 아니라 특유한 헌법상의 정당화요건을 반드시 충족시켜야 함에도 불구하고 이를 간과하거나

32) 김남진, "사인을 위한 공용수용", 법학논집 제24집 (고려대 법학연구소, 1986. 12); 정연주, "공용침해의 허용조건으로서의 공공필요—서독기본법 제14조 3항 1문의 해석을 중심으로—", 연세법학연구 제1호 (연세대 법률문제연구소, 1990); 송희성, "재산권의 존속보장과 공공필요의 요건", 고시연구 제249호(고시연구사, 1994. 11); 정연주, "공용침해의 헌법상 허용조건", 연세법학연구 제3집(1995); 김성수, "행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명", 고시계 1996. 7.

33) 김연태, "공용수용의 요건으로서의 '공공필요'", 고려법학 제48호 (고려대 법학연구원, 2007. 4); 백승주, "수용조건으로서 공공필요 및 보상에 관한 연구—유럽연합 및 미국의 법체계상 논의를 중심으로—", 토지공법연구 제27집 (한국토지공법학회, 2005. 9); 김민호, "사인에 대한 공용수용권 특허의 위헌성 검토—미국의 사례를 중심으로—", 토지공법연구 제26집 (한국토지공법학회, 2005. 6); 정남철, "공용수용의 요건 및 한계에 관한 재검토", 법조 제54권 제5호 (법조협회, 2005. 5); 류하백, "현행 토지수용제도상 기본권 침해성에 관한 고찰", 토지공법연구 제10집 (한국토지공법학회, 2000. 8)

무시하는 행태로 나타나고 있다.”³⁴⁾

3. 예외로서의 공용수용이 허용되기 위한 헌법상의 요건

재산권을 자유의사에 반하여 박탈할 수 있는 예외로서의 공용수용이 헌법상 인정되기 위해서는 다음과 같은 엄격한 요건을 필요로 한다.

첫째, 재산권을 박탈하는 목적이 “공공의 이익”을 위한 것이어야 한다(공익성). 그런데 이 때의 공익은 일반적이고 간접적인 공익이 아니라 그 이상의 중대하고 직접적인 공익을 의미하는데, “특정한 공익사업과 연계되어 특정인의 재산권 침해가 불가피한 고양된 공익”을 의미한다.³⁵⁾ 그리고 이 공익성을 판단할 때에는 수용권을 수반하는 해당 사업 자체로부터 직접적으로 판단되어야지 부수적이고 간접적인 효과를 공익의 주된 판단요소로 삼아서는 안 된다. 특히, 영리적 사기업이 다른 사인의 재산권을 강제로 박탈하여 자신의 사적 이익의 창출을 목적으로 하는 자신의 업무에 사용하는 것은 그 어떤 명분으로도 공익성을 획득할 수 없다. 만약 이를 허용한다면, 그것은 헌법 제23조 제3항의 헌법정신을 파괴하는 것이며 자유민주주의 헌법질서를 정면으로 부정하는 것이다.

둘째, 재산권을 박탈하지 않고서는 목적으로 하는 공공의 이익을 실현할 수 없는 불가피한 상황 내지 사정이 존재하여야 한다(필요성). 이 필요성 판단은 개별적이고 구체적으로 이루어져야 한다. 헌법 제23조 제3항 소정의 “공공필요” 개념은 이 첫째와 둘째의 요건을 압축해 놓은 것이다.³⁶⁾

셋째, 재산권을 박탈하여 그것을 추진하는 사업에 활용함으로써 공익이 실현될 것이라는 점에 대하여 법률이 충분히 예정하고 있어야 한다(법률유보). 헌법 제23조 제3항이 “공공필요에 의한 재산권의 수용 … 은 법률로써 하”도록 규정하고 있는 것은 이러한 요건을 설정해 놓은 것이다. “보상”만을 법률로써 하도록 규정

34) 백승주, 위의 논문, 123면.

35) 김성수, “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명”, 고시계 1996. 7, 121면.

36) 헌법재판소는 재산권수용의 헌법적 요건으로서 “공공필요”를 계속 강조하여 왔다. “헌법 제23조 제3항은 ‘공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다’라고 하여 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요가 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다.” 헌재 1998. 12. 24, 97헌마90; 1999. 10. 21, 97헌바26; 2000. 4. 27, 99헌바58등.

하고 있지 않다는 점에 유의하여야 한다. 그리고 수용을 “법률로써” 하도록 하고 있는 것은 단순히 공용수용권의 근거만 법률로 규정하면 된다는 뜻이 아니라, 무엇이 재산권을 강제로 박탈할 만큼의 공익사업인지, 어떤 경우에 재산권 박탈의 불가피성을 인정할 수 있을 것인지, 어떤 절차를 통해 공익성과 필요성을 확보할 것인지, 그리고 사후에 그 공익성을 어떻게 지속적으로 담보할 것인지에 관하여 입법자가 법률에서 구체적으로 예정해 놓고 있어야 한다는 것을 의미한다.

이러한 법률유보의 요건은 모든 헌법상의 자유와 권리를 제한 또는 박탈함에 있어서 요구되는 일반적인 원칙이다(헌법 제37조 제2항). 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다. 주지하다시피, 모든 기본권제한에 적용되는 이 일반적인 법률유보의 원칙은 법률에 근거만 있으면 그 제한이 정당화된다는 것이 아니다. 기본권을 제한 내지 박탈함에 있어서 기본권실현에 중요한 사항 내지 본질적인 사항은 입법자가 직접 규정하여야 한다는 것을 의미한다(의회유보의 원칙).³⁷⁾ 이는 다시 말해서 어떤 자유와 권리를 어떤 이유로 제한 또는 박탈하려고 하는지에 대하여 입법자가 법률로써 분명하게 제시할 수 있어야 한다는 헌법적 요청인 것이다.

이러한 의회유보의 요청은 재산권을 “박탈”하는 “예외적인” 수용에 있어서는 더욱 강하게 작용한다. 왜냐하면, 자유의사에 의하지 않은 재산권의 “박탈”이라고 하는 것은 재산권자에게는 자유의 실현을 매우 심각하게 방해하는 것이기 때문이다. 특히 그 재산권이 ‘개인의 인격실현과 불가분적으로 연관되어 있는 경우’에는 더욱 그러하다. 바로 그렇기 때문에 헌법 제23조 제3항은 다시 한 번 더 재산권 박탈에 있어서의 법률유보를 선언하면서 이를 강조하고 있는 것이다.

요컨대, 헌법 제23조 제3항이 요구하고 있는 의회유보는 재산권의 존속보장에 직결되는 본질적이고 중요한 사항은 입법자가 법률로써 직접 규정하여야 한다는 요청이고, 여기서 본질적이고 중요한 사항이란 「(i) 어떤 사업이 재산권을 강제로 박탈할 만큼의 공익사업에 해당하는지를 구체적으로 인식할 수 있는 기준에 관한 사항, (ii) 재산권 박탈의 불가피성을 판단하기 위한 기준에 관한 사항, (iii)

37) 헌법재판소는 텔레비전방송수신료 사건에서 ‘수신료금액 및 납부의무자의 범위 등에 관한 결정은 국민의 재산권보장에 있어서 본질적이고 중요한 사항이기 때문에 국가가 스스로 행하여야 한다’고 하면서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반되어 위헌이라고 선언하였다. 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70.

수용권을 부여하기 전에 위 공익성과 필요성 판단을 진지하게 수행할 수 있는 절차적 보장에 관한 사항, 그리고 (iv) 수용 이후에 사업의 공익성을 지속적으로 담보할 수 있는 법적 수단에 관한 사항」이 그것이다.

따라서 이들 각 사항에 대한 명시적인 규율이 없이 “공공필요”에 관한 판단을 전적으로 행정부에게 일임한다면 그러한 법률이나 그에 따른 수용절차는 헌법 제23조의 제 3 항의 헌법취지를 부정하는 것이어서 위헌성을 면하기 어렵다.

넷째, 공용수용이 예외적으로 허용되기 위해서는 정당한 보상에 관한 내용이 법률에 규정되어 있어야 한다. 이 요건은 이 글의 논점이 아니기 때문에 여기서는 생략한다.

다섯째, 위 네 가지 요건에 대한 입증책임은 정부가 져야 한다. 헌법상의 기본권보장은 최대보장·최소제한의 원리라는 점, 재산권보장은 존속보장을 원칙으로 하며 가치보장은 예외적인 것이라는 점, 공용수용은 조용히 있는 국민의 생활터전을 일방적으로 빼앗아 가는 것이라는 점 등을 고려할 때 그 정당화요건에 대한 입증책임은 빼앗아 가는 쪽(행정부 및 사업시행자)이 지는 것이 마땅하다.

VI. 탕정 지방산업단지 2차 사건(2007헌바114)에 대한 비판적 고찰

[심판대상조항 및 관련 조항]

「산업입지 및 개발에 관한 법률」

제 2 조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

6. “산업단지개발사업”이라 함은 산업단지를 조성하기 위하여 시행하는 다음 각 목의 사업을 말한다.

자. 기타 가목 내지 아목의 사업에 부대되는 사업

제11조(민간기업 등의 산업단지지정요청) ① 국가 또는 지방자치단체외의 자로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 자는 개발계획을 작성하여 산업단지지정권자에게 국가산업단지 또는 일반산업단지 및 도시첨단산업단지의 지정을 요청할 수 있다.

② 제 1 항에 따라 국가산업단지의 지정·개발을 요청하고자 하는 경우에는 해당 지역 시·도지사에게 지정 요청 관련 서류를 동시에 제출하여 사전에 검토할 수 있도록 하여야 하며, 시·도지사에게 일반산업단지 또는 도시첨단산업단지의 지정·개발을 요청하려는 경우에는 해당 지역을 관할하는 시장·군수 또는 구청장에게 지정 요청 관련 서류를 동시에 제출하여 사전에 검토할 수 있도록 하여야 한다.

③ 제 1 항의 규정에 의한 요청에 의하여 산업단지가 지정된 경우 그 지정을 요청한 자는 제16조의 규정에 따라 사업시행자로 지정받을 수 있다.

④ 제 1 항의 규정에 의하여 산업단지의 지정을 요청하는 경우 당해 산업단지의 규모, 기타 산업단지의 지정요청에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제16조(산업단지개발사업의 시행자) ① 산업단지개발사업은 다음 각 호의 자 중에서 산업단지지정권자의 지정에 의하여 산업단지개발계획에서 정하는 자가 이를 시행한다.

1. 국가·지방자치단체·정부투자기관·지방공기업 또는 다른 법률에 의하여 산업단지개발사업을 시행할 수 있는 자
2. 「중소기업진흥에 관한 법률」에 의한 중소기업진흥공단 또는 「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」 제45조의3의 규정에 의하여 설립된 한국산업단지공단
3. 당해 개발계획에 적합한 시설을 설치하여 입주하고자 하는 자 또는 당해 개발계획에서 적합하게 산업단지를 개발할 능력이 있다고 인정되는 자로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 자
4. 제 1 호 내지 제 3 호에 해당하는 자가 산업단지의 개발을 목적으로 출자에 참여하여 설립한 법인으로서 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 법인
5. 제 3 호에 해당하는 사업시행자와 제20조의2의 규정에 의하여 산업단지개발에 관한 신탁계약을 체결한 부동산신탁업자
6. 산업단지안의 토지의 소유자 또는 그들이 산업단지개발을 위하여 설립한 조합

제22조(토지수용) ① 사업시행자(제16조 제 1 항 제 6 호의 규정에 의한 사업시행자를 제외한다. 이하 이 조에서 같다)는 산업단지개발사업에 필요한 토지·건물 또는 토지에 정착한 물건과 이에 관한 소유권외의 권리, 광업권·어업권·물의 사용에 관한 권리(이하 “토지등”이라 한다)를 수용 또는 사용할 수 있다.

② 제 1 항의 규정을 적용함에 있어서 제 7 조의4 제 1 항에 따른 산업단지의 지정·고시가 있는 때(제 6 조 제 5 항 각 호 외의 부분 단서 또는 제 7 조 제 6 항 및 제 7 조의2 제 5 항에 따라 사업시행자와 수용·사용할 토지 등의 세목을 산업단지가 지정된 후에 개발계획에 포함시키는 경우에는 이의 고시가 있는 때를 말한다) 또는 제19조의2의 규정에 의한 농공단지실시계획의 승인·고시가 있는 때에는 이를 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제20조 제 1 항 및 동법 제22조의 규정에 의한 사업인정 및 사업인정의 고시가 있는 것으로 본다.

「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」

제19조(토지 등의 수용 또는 사용) ① 사업시행자는 공익사업의 수행을 위하여 필요한 때에는 이 법이 정하는 바에 따라 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있다.

② 공익사업에 수용 또는 사용되고 있는 토지등은 특별히 필요한 경우가 아니면 이를 다른 공익사업을 위하여 수용 또는 사용할 수 없다.

제20조(사업인정) ① 사업시행자는 제19조의 규정에 따라 토지 등을 수용 또는 사용하고 자 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 국토해양부장관의 사업인정을 받아야 한다.

② 제 1 항의 규정에 의한 사업인정을 신청하고자 하는 자는 국토해양부령이 정하는 수수료를 납부하여야 한다.

“탕정 지방산업단지 2차 사건”(2007헌바114)에 대하여 헌법재판소는 2009년 9월 24일 8(합헌):1(위헌)의 의견으로 합헌결정을 내렸다. 헌법재판소의 8인의 다수 의견은 다음의 몇 가지 점에서 깊은 아쉬움을 남긴다.

첫째, 헌법 제23조의 재산권보장에 관한 헌법정신과 취지에 대한 역사적·비교

헌법적 성찰이 없이 경제발전을 국가적 지상과제로 삼았던 6, 70년대의 우리의 특수한 상황에서 성립되고 정당화되었던 ‘경제발전과 효율적 국토개발의 논리’에 함몰되어 ‘재산권의 존속보장의 헌법적 가치’를 경시하지 않았나 하는 아쉬움이 있다.

헌법 제23조 제3항의 “공공필요” 요건은 재산권자의 자유의지에 반해서 강제로 재산권을 국가가 박탈해야 하는 불가피한 예외적인 상황에서 그 강제적 박탈을 정당화하기 위한 최소한의 헌법적 요구사항이다. 그리고 그 강제적 박탈권한(수용권)은 원칙적으로 국가만이 가질 수 있다. 공적 주체가 아닌 사적 주체는 애초부터 수용권을 가질 수 없다. 그리하여 그 권한의 “행사” 또한 공행정주체가 담당하는 것이 원칙이다. 다만, 특별한 경우에 예외적으로 그 권한의 행사를 공행정주체가 아닌 다른 자에게 공적인 통제 하에서 위탁할 수는 있다. 그러나 이 위탁의 경우에도 그 수탁자가 “연장된 공의 손”으로서의 성격을 이탈하지 않도록 “공적 지배” 하에 놓여 있어야 한다. 소위 민간개발자(civil developer)에게도 수용권행사를 위탁할 것인지는 논란이 있을 수 있지만, 만에 하나 그 위탁을 허용한다 하더라도 “연장된 공의 손”으로서의 성격을 이탈해서는 안 된다. 이 성격을 이탈하는 순간 수용권은 환원되어야 한다. 더 이상 수용권위탁의 존재이유가 없기 때문이다.

그런데 다수의견은 수용권에 관한 이러한 법리를 실로 무의미하게 만드는 것 같은 논지를 펴고 있다: “헌법 제23조 제3항은… 재산권 수용의 주체를 한정하지 않고 있다. 이는 재산의 수용과 관련하여 그 수용의 주체가 국가 등에 한정되어야 하는지, 아니면 민간기업에게도 허용될 수 있는지 여부에 대하여 헌법이라는 규범적 층위에서는 구체적으로 결정된 내용이 없다는 점을 의미하는 것이다. 따라서 위 수용 등의 주체를 국가 등의 공적 기관에 한정하여 해석할 이유가 없다.”

한편, 다수의견은 산업단지 개발의 사회적 중요성을 대단히 강조하고 있다: “1960년대 초 경제개발계획의 추진과 더불어 시작된 산업단지 개발은 지난 세월 동안 우리나라 산업정책의 중추적인 역할을 수행해 왔다. … 나아가 산업단지의 개발로 인한 경제적 발전은, 그간 우리 사회의 사회문화적 발전에서도 큰 초석이 되어왔다. 역사적으로 반추해 본다면, 그와 같은 경제의 발전이 해당 국가공동체에서 영위되는 삶의 문명사적 수준을 신장시킨 주요한 동력이 되어 왔다는 점을 부인할 수 없다는 점에서, 산업단지 개발의 사회적 중요성을 확인할 수 있다.”

“삶의 문명사적 수준을 신장시킨 주요한 동력”이 된 산업단지 개발의 중요성을 강조하는 다수의견은 마치 전체의 이익이 된다면 소수의 재산권보장 정도는 희생될 수 있다는 뉘앙스로 읽히는 것은 무리한 추측일까? 산업단지의 일반적 중요성은 부정할 수 없다. 문제는 그 개발의 방식과 효과에 있다. 이 사건에서의 핵심

쟁점은 “순수한 영리적 사기업이 다른 사인의 재산을 강제로 박탈하여 자신의 사적 이익의 창출을 목적으로 하는 자신의 업무에 사용하는 것이, 부수적이고 간접적으로 지역경제에 도움이 되고 세수의 증대효과가 있다는 명분으로, 수용권행사의 헌법적 요건인 공공필요성을 획득할 수 있는가?” 하는 것이다. 이 쟁점은 산업단지 개발의 “일반적” 중요성을 강조하는 것으로 해결될 수 있는 문제가 아니다. 전형적인 순수한 사적 주체인 이 사건의 사업시행자(삼성전자)가 이 사건 산업단지의 개발을 통해 지역사회에 부수적이고 간접적으로 긍정적인 경제적 효과를 낸다고 해서 그 삼성전자를 “연장된 공의 손”으로서의 성격을 가진다고 볼 것인가 하는 문제이다. 다수의견은 이 핵심적인 쟁점에 대해서는 깊이 분석하지 않은 채 “공공필요성”이 당연히 있다는 전제 하에 논지를 펼치고 있는 것으로 보인다.

둘째, 다수의견은 산업입지법상의 몇 개 조항(수용조항과 정의조항)만을 심판의 대상으로 삼아 판단하고 있는데, 이 사건의 성격상 이는 매우 단편적인 접근방식이라고 생각된다. 이 사건의 분석에는 산업단지의 지정신청에서부터 수용재결에 이르는 전 과정에 관한 산업입지법의 규범태도를 통째로 심판대상으로 삼는 종합적인 접근방식이 필요하다.

삼성전자가 산업단지의 지정신청(2004. 2. 23)에서부터 승인 및 고시(2004. 8. 5)에 이르기까지 총 163일(5개월 10일)이 소요되었다. 산업입지법상 일반산업단지의 지정승인절차는 모두 8단계로 이루어져 있다(제7조 및 제10조): 「① 산업단지개발계획수립 및 신청(삼성전자) → ② 관할 시장의 의견청취 → ③ 주민 및 관계전문가의 의견청취 → ④ 관계 행정기관의 장과 협의 → ⑤ 건설교통부장관의 승인(30만 제곱미터 이상의 산업단지인 경우) → ⑥ 장관의 승인 전에 산업입지정책심의회(건교부 소속)의 심의 → ⑦ 도지사 지정승인 → ⑧ 고시」.

또한 산업입지법 제22조 제2항에 의하면, 산업단지 지정승인 및 고시는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “공익사업법”)에 의한 사업인정 및 고시로 의제되고, 따라서 사업시행자(삼성전자)는 승인고시가 있는 때에 곧 바로 수용권을 취득하게 된다. 그리하여 삼성전자는 5개월 10일만에 무려 64만 평(2,113,759㎡)의 땅에 대한 수용권을 획득한 것이다.

청구인들은 이처럼 영리적 사기업이 산업단지조성의 명목 하에 이렇게 일사천리로 헌법상의 공공필요성의 요건을 판단할 수 있는 아무런 절차적 보장장치도 없이, 그리고 공공필요성을 지속적으로 담보할 수 있는 부가적인 제한도 없이, 전면적으로 토지수용권을 획득하도록 허용하고 있는 그러한 규범상태를 문제 삼고 있는 것이다. “이는 국가가 법률이라는 도구를 통하여 영리적 사기업이 사적 이익

을 추구하는 데 결정적으로 기여하는 것”이며, “영리적 사기업의 사업시행자 지정에 있어서는 더욱 엄격하게 요구되어야 할 공공필요성 요건이 제대로 심사되지 않은 채 일사천리로 수용권을 전면적으로 부여하는 것을 허용하고 있는 규범상태는 공공필요성을 요건으로 명시하고 있는 헌법 제23조 제3항의 헌법취지에 반한다”고 주장하고 있는 것이다.

이 위헌주장에 있어서 심판대상이 되어야 할 중요한 법률조항은 산업입지법 제11조 제1항과 제3항 및 제22조 제2항이다. 제11조(민간기업 등의 산업단지지정요청) 제1항은 민간기업이 개발계획을 작성하여 산업단지의 지정을 요청할 수 있도록 하는 조항이고, 제3항은 그렇게 요청해서 산업단지가 지정이 되면 그 지정을 요청한 자를 수용권을 행사할 수 있는 사업시행자로 지정할 수 있도록 허용하는 조항이다. 또한 제22조(토지수용) 제2항은 산업단지 지정승인이 있으면 아무런 조건 없이 공익사업법상의 사업인정을 받은 것으로 무단히 의제하는 조항이다. 청구인들은 이들 조항을 포함한 전체적인 산업입지법의 규범상태가 위헌이라고 주장한 것이다. 때문에 당연히 이들 조항을 심판대상조항으로 청구한 것이었다.

그런데 다수의견은 매우 의아스럽게도 이들 조항(제11조 제1항, 제3항 및 제22조 제2항)을 아예 심판대상에서 처음부터 제외시켜 버리고 있다. 그러면서 그 이유를 이렇게 설시하고 있다: “청구인들 주장의 요체는 산업단지 개발의 명목으로 민간기업에게 수용권을 부여하고 있는 해당 법률조항의 위헌 여부에 있는 바, 산업입지법 제11조 제1항, 제3항, 제16조 제1항 제3호, 제22조 제2항은 당해 수용사건과 직접적으로 연관이 있다고 할 수 없거나 이에 대하여 청구인들이 고유한 위헌 주장을 적극적으로 하고 있지 않다고 보[인다].” 이를 어떻게 선해할 수 있겠는가?

VII. 맺는 말

미국 연방헌법 제5조는 정부가 “공용”(public use) 목적을 위한 경우에만 사유 재산을 수용할 수 있는 권한을 부여한다. 만약에 수용이 사적인 사용(private use)을 위한 것으로 간주되면 그 수용은 무효화되고 정부는 소유주한테 그 권한을 돌려주어야 한다. 연방대법원은 “비록 보상이 이루어지더라도 한 개인의 재산은 정당한 공공목적 없이 타인의 이익을 위하여 수용될 수 없다”고 종종 선언하였다.³⁸⁾

38) Thompson v. Consolidated Gas Corp., 300 U.S. 55, 80 (1937); 또한 Cincinnati v. Vester, 281 U.S.

연방헌법의 제정자들이 분명히 우려한 것은 정부가 어느 사적 소유자로부터 재산을 수용하여 타인에게 주는 Robin Hood의 역할을 수행하기 위하여 공용수용권한을 사용하는 것이었다.

미국 연방헌법의 제정에 참여했던 제임스 메디슨은 개인의 재산권을 보호하는 것이 정부의 주요한 목적들 중의 하나라고 여겼으며 공적사용(the public use)조항을 이러한 목적을 증진하기 위해서 제안했다고 한다. 메디슨은 특히 더 많은 토지를 취득하는 것에 이해관계를 가지는 강력한 특정집단이 다른 약한 사람들을 희생하면서 자신들의 이익을 위해서 입법부에 영향을 미칠 것을 두려워해서 특정집단의 영향에 의한 효과들을 통제하기 위해서 공적사용 조항(the public use clause)을 제안했다는 것이다. 메디슨은 미국 연방헌법상의 권리장전(Bill of Rights)을 이행하는 책임을 사법부에 맡겼다. 따라서 메디슨에 의하면 미국 연방수정헌법 제5조에 의한 수용은 오직 공적 이용을 위한 경우이어야만 인정되는 것이고 만약 사적 이용(private use)을 위한 수용이 허용된다면 이것은 법원들이 이익집단의 영향을 통제하는 것에 실패했다는 것을 나타내는 것이고 피수용자들의 재산권들을 박탈해서 다른 사람들의 혜택을 위해서 수용함으로써 사회 계약을 위반한 것을 나타내는 것에 불과하다고 한다.³⁹⁾

지난 수 십 년을 돌이켜보면, 우리는 개발을 통한 경제발전이라는 국가적 과제에 몰입되어 재산권보장에 관한 헌법원칙을 소홀히 하여 왔으며, 지금도 여전히 많은 개발법률들이 개발과 발전이라는 명분으로 개인의 재산권을 쉽게 박탈할 수 있도록 허용하고 있다. 그러나 이제 헌법의 “원칙”으로 돌아가야 한다. 원칙으로 돌아가서 그 동안의 무분별한 수용권의 위헌적인 남용을 가능하게 했던 규범질서와 관행을 재점검해 보아야 할 때이다. 기본권보장의 최후 보루인 헌법재판소에게 주어진 책임이라고 생각된다.

439, 447 (1930); Missouri P. R. Co. v. Nebraska, 164 U.S. 403, 416 (1896) 참조.

39) Michael J. Coughlin, Absolute Deference Leads to Unconstitutional Governance: The need for a new public use rule, 54 Cath. U. L. Rev. 1001, 1004-1007 (2005).

참 고 문 헌

- 김남옥, “사인에 대한 수용권 부여의 법적 문제”, 토지공법연구 43집 1호(한국토지공법학회, 2009. 2)
- 김남진, “사인을 위한 공용수용”, 법학논집 제24집(고려대 법학연구소, 1986. 12)
- 김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 토지공법연구 24집(한국토지공법학회, 2004. 12)
- 김문현, “헌법상 토지소유권 보장과 공익에 의한 제한”, 부동산법학 7집(한국부동산법학회, 2003)
- 김민호, “사인에 대한 공용수용권 특허의 위헌성 검토—미국의 사례를 중심으로”, 토지공법연구 제26집(한국토지공법학회, 2005. 6)
- 김성수, “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명”, 고시계 1996. 7
- 김연태, “공용수용의 요건으로서의 ‘공공필요’”, 고려법학 제48호(고려대 법학연구원, 2007. 4)
- 김춘환, “미국에 있어서 공용수용절차와 수용소송”, 토지공법연구 27집(한국토지공법학회, 2005. 9)
- 류하백, “현행 토지수용제도상 기본권 침해성에 관한 고찰”, 토지공법연구 제10집(한국토지공법학회, 2000. 8)
- _____, “토지수용에 있어 공익사업 강제규정의 위헌성: 대법원 및 헌법재판소의 관련 판례 평석을 곁하여”, 토지공법연구 44집(한국토지공법학회, 2009. 5)
- 박근성, “프랑스의 공용수용법제와 그 시사점”, 토지공법연구 30집(한국토지공법학회, 2006)
- 박태현, “사인을 위한 공용침해 재고: 경제개발의 위한 수용의 합헌성에 관한 미국연방대법원 판례를 중심으로”, 토지공법연구 40집(한국토지공법학회, 2008. 5)
- 백승주, “수용조건으로서 공공필요 및 보상에 관한 연구—유럽연합 및 미국의 법체계상 논의를 중심으로—”, 토지공법연구 제27집(한국토지공법학회, 2005. 9)
- 석중현 외, 기업도시 개발에 따른 토지수용권 검토 용역, 건설교통부 2004. 10
- 송희성, “재산권의 존속보장과 공공필요의 요건”, 고시연구 제249호(고시연구사, 1994. 11)
- 유해웅, “사회간접자본시설과 공용수용법리와의 관계”, 토지공법연구 1호(한국토지공법학회, 1995. 4)
- _____, “공공적 私用수용법제에 관한 고찰”, 국토정보 171호(국토개발연구원, 1996. 1)

- 이재삼, “공익사업에 있어서 사인의 수용권에 관한 연구”, 토지공법연구 43집 1호 (한국토지공법학회, 2009. 2)
- 정남철, “공용수용의 요건 및 한계에 관한 재검토”, 법조 제54권 제 5 호(법조협회, 2005. 5)
- 정연주, “공용침해의 허용조건으로서의 공공필요—서독기본법 제14조 3항 1문의 해석을 중심으로—”, 연세법학연구 제 1 호(연세대 법률문제연구소, 1990)
- _____, “공용침해의 헌법상 허용조건”, 연세법학연구 제 3 집, 1995
- 정하명, “미국에서의 민간에 의한 도시재개발과 공적 사용”, 토지공법연구 제27집 (한국토지공법학회, 2005. 9)
- 최갑선, “Boxberg 토지의 공용수용 결정”, 헌법재판자료집 제10집(헌법재판소, 2002)
- 칼 슈미트/정태호(역), “공용수용개념의 해체”, 경희법학 39권 3호(경희대 법학연구소, 2005. 2)
- 成田頼明, “公用収用の法理とその新しい動向”, 土地政策と法(弘文堂, 1989)
- 小澤道一, 逐條解説 土地収用法(上)(ぎょうせい, 2003)
- Michael J. Coughlin, Absolute Deference Leads to Unconstitutional Governance: The need for a new public use rule, 54 Cath. U. L. Rev. 1001(2005)

정 남 철*

(1) 먼저 발표자는 공용수용, 특히 사인의 공용수용에 있어서 그 요건의 하나인 ‘공공필요’의 개념해석을 심도 있게 다루고 있습니다. 특히 발표문에서 제시한 바와 같이 각국의 입법례는 공용수용의 요건의 하나로 유사한 공익성개념을 사용하고 있습니다. 이러한 비교법적 고찰은 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’의 개념을 이해하는 데에 큰 도움을 줄 수 있습니다. 그러나 미국의 “공적 이용을 위하여”(for public use), 일본의 “공공을 위하여”, 독일의 “공공복리”(Wohle der Allgemeinheit) 등의 공익성 개념은 대단히 추상적이고 해석을 요합니다. 한편, 우리 공익사업법 제4조에 열거된 ‘공익사업’의 유형들은 헌법 제23조 제3항의 “공공필요”의 개념을 해석하는 데에 도움을 줄 수 있습니다. 그러나 이러한 ‘공익사업’도 대단히 포괄적으로 규정되어 있습니다. 실제 독일에서는 ‘공공복리’를 공익이나 공공의 이익 등과 완전히 일치하는 개념은 아니며, 공익과 토지소유자의 이익(사익) 사이의 형량을 통해 정당화된다고 보는 견해가 유력합니다.¹⁾ 더불어 공용수용은 특별한 방식으로 적합하고, 필요하며 그리고 상당할 것을 요하고 있습니다(비례원칙).²⁾ 우리 헌법재판소도 2007헌마114 사건에서 보는 바와 같이 “공공필요”의 인정여부에 관한 판단은 물론이고, 사인을 위한 공용수용의 한계로서 공익성, 비례성 등을 면밀히 검토하고 있습니다. 이는 매우 고무적인 일로 보입니다.

(2) 전통적으로 공용수용의 주체는 국가이었으나(국가수용권설), 오늘날에는 수용의 효과를 향유할 수 있는 사업시행자를 수용권자로 보는 견해가 지배적입니다(사업시행자수용권설). 또한 학설은, 사인을 위한 공용수용이 사경제적 이익을 추구함에도 불구하고 그와 동시에 공적 과제를 수행한다는 점에서 이를 대체로 허용

* 숙명여대 법대 부교수/대법원재판연구원.

1) Hoppe/Grotefels, *Öffentliches Recht*, § 12 Rdn. 20. 대법원도 “공용수용은 공익사업을 위하여 특정의 재산권을 법률에 의하여 강제적으로 취득하는 것을 내용으로 하므로 그 공익사업을 위한 필요가 있어야 하고, 그 필요가 있는지에 대하여는 수용에 따른 상대방의 재산권침해를 정당화할 만한 공익의 존재가 쌍방의 이익의 비교형량의 결과로 입증되어야 하며, 그 입증책임은 사업시행자에게 있다.”고 판시하여, 공익을 사익과의 형량을 통해 구체화될 수 있음을 언급하고 있다(대법원 2005. 11. 10. 2003두7507 판결).

2) Hoppe/Grotefels, a.a.O., § 12 Rdn. 21.

하고 있습니다.³⁾ 그러나 사인(사기업)을 위한 공용수용을 허용한다고 하더라도, 경제적 사기업과 생존배려형 사기업은 구별될 필요가 있습니다. 독일연방헌법재판소는 공익적 성격이 강한 생존배려형 사기업의 공용수용을 원칙적으로 허용하고 있습니다. 다만, 경제적 사기업의 경우에는 일반적인 공용수용보다 엄격한 요건이 필요할 것으로 보입니다. 그러한 이유에서 기업도시개발특별법에서 규정하고 있는 “관광레저형 기업도시” 개발을 위한 공용수용은 다소 문제가 있는 것으로 보입니다. 이러한 기업도시는 지역경제의 활성화나 일자리창출 등의 공익(경제적 이익)에 기여하나, 이를 이유로 난개발과 환경훼손 등 환경이익을 침해할 가능성도 높습니다.⁴⁾ 이러한 경우에 경제적 이익이 침해되는 환경이익이나 토지소유권자의 재산적 이익보다 우월적 지위에 있다고 단정하기 어렵습니다.

(3) 발표자는 헌법 제23조의 재산권보장에 있어서 ‘존속보장’을 강조하면서 가치보장 중심의 사고에 대해 비판하고 있습니다. 이러한 견해에 전적으로 동감합니다. 그러나 우리 헌법 제23조의 구조를 이해함에 있어서 어려움에 봉착하게 되는 것이 “(공용)사용 또는 제한”의 해석이며, 헌법 제23조 제1항 제2문의 ‘내용제한규정’과의 구별은 어려운 과제입니다. 그 구별기준으로 독일에서 유래된 ‘특별한 희생’의 개념을 사용하고 있으나, 그 해석은 아직까지 명확한 해법을 제시해 주고 있지 않습니다. 독일의 학설 및 판례는 오히려 공용수용의 ‘요건’을 명확히 하여 내용제한규정과 구별하고 있으며, 존속보장의 의미를 강조하고 있습니다. 발표자께서는 헌법 제23조 제3항의 공용사용과 공용제한을 어떻게 이해하시는지에 대해 설명을 부탁드립니다.

(4) 발표자는 예외적으로 공용수용이 허용되기 위한 헌법상의 요건으로 ① 공익성, ② 필요성, ③ 적법성(법률유보)을 강조하면서, ‘공익성’과 ‘필요성’을 압축해 놓은 것이 헌법 제23조 제3항의 “공공필요”라고 보고 있습니다. 또한 공익성을 “특정한 공익사업과 연계되어 특정인의 재산권 침해가 불가피한 고양된 공익”으로 좁게 이해하면서, “공공의 이익을 실현할 수 없는 불가피한 상황”으로서 필요성 요건을 일반적인 공용수용의 허용요건에 관한 심사기준으로 사용하고 있습니다. 독일의 건설법전(Baugesetzbuch) 제87조 제1항에도 “수용은 개별사례에서 공공복리를 위해 필요하고, 수용의 목적을 수인할 수 있는 다른 방법으로 달성할 수 없는 경우에 한하여 허용된다.”고 하여, 공용수용의 한계로서 공공복리(공익성)와

3) Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, *Der Staat* 1(1962), S. 460ff.

4) 이에 관한 상세한 논의는 拙稿, 私人을 위한 公用收用의 違憲性判斷, 憲法論叢 제17집(2006. 12), 373면 이하.

필요성(비례성) 등을 강조하고 있습니다. 그러나 발표자께서 언급하시는 ‘필요성’의 개념은 오해의 소지가 높습니다. 또한 헌법상 “공공필요”의 개념은 ‘공공성’과 ‘필요성’으로 구분되는 가분적인 개념이 아니며, ‘필요성’은 비례의 원칙(과잉금지 원칙)의 하위유형으로서 공용수용의 한계에서 매우 중요한 역할을 수행합니다. 공용수용의 한계에 해당하는 공익성과 비례성은 서로 밀접한 관련을 가지고 있으나, 공익성의 심사에서 비례성이 당연히 도출된다고 보기 어렵습니다.

더불어 발표자는 “공익이 실현될 것이라는 점에 대하여 법률이 충분히 예정하고 있어야 한다”고 하여 ‘법률유보’의 원칙을 강조하고 있습니다. 전통적으로 공용수용은 적법한 재산권침해를 전제로 하고 있으며, 헌법 제23조 제3항도 “공공필요에 의한 재산권의 수용...은 법률로써”라고 규정하고 있습니다. 그러나 독일의 일부학설은 ‘위법’한 수용처분을 공용수용으로 본 독일 연방헌법재판소의 판례가 이미 존재한다고 소개하고 있으며,⁵⁾ 독일의 유력설도 ‘적법성’의 요건이 공용수용의 성립요건이 아니라 그 한계 내지 허용성의 문제에서 다루어야 한다고 보고 있습니다.⁶⁾ 이러한 견해가 우리의 사례에도 적용가능한지에 대해 여쭙어보고 싶습니다.

5) BVerfGE 56, 249/261. 이에 대한 상세한 소개는, Jarass, *Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?*, NJW 2000, S. 2845.

6) H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16. Aufl., § 27 Rdn. 54

이 황 희*

금번 발표문 “역 로빈훗 방식의 수용권행사의 위헌성”은 최근 우리 헌법재판에서 뜨거운 주제로 등장하고 있는 공용수용 및 공공필요 개념을 정면으로 다루고 있다는 점에서 매우 의미 있는 발표라고 생각합니다. 이인호 교수님의 훌륭한 글과 비교하여, 행여 저의 깊이 없는 학문이 드러날까 다소 걱정이 되기도 하였습니다.

발표자께서 미국의 Kelo 판결을 상세히 소개해 주시고, 나아가 일본, 독일의 법제나 판례들을 잘 정리해 주시어, 이번 토론을 준비하면서 많은 것들을 배우고 익힐 수 있었습니다. 이에 발표자에게 감사의 말씀을 드리며, 보다 심도 있는 논의로 나아가기 위해 아래에서는 발표문의 취지와 대립되는 몇 가지 시각들을 간략하게 말씀드리겠습니다.

1. 공공필요 혹은 공익과 관련하여

발표문은 2007헌마114 결정(이하 ‘대상 결정’이라 합니다)의 쟁점을 “순수한 영리적 사기업이 다른 사인의 재산권을 강제로 박탈하여 자신의 사적 이윤을 창출하는 목적으로 하는 자신의 업무에 사용하는 것이 부수적으로 지역경제 등에 도움이 된다 하여 공공필요성을 획득할 수 있는가?”(발표문 42면)에 있다고 지적한 후, ‘연장된 공의 손’으로서의 성격을 논증하는 것이 대상 결정의 핵심적인 논증이었다고 보고 있습니다.

가. 연장된 공의 손

그런데 대상결정은 “이 사건과 같이 민간기업이 수용의 주체가 되는 경우라 하더라도, 그 민간기업에게 수용권을 부여하는 것은 산업단지 지정처분 등을 행하는 국가 내지 지방자치단체 등이라 할 수 있는바, 이는 궁극적으로 수용에 요구되

* 헌법재판소 헌법연구관.

는 공공의 필요성 등에 대한 최종적인 판단권한이 국가와 같은 공적 기관에게 유보되어 있음을 의미하는 것이다. 국가 등의 공적 기관이 직접 수용의 주체가 되는 것이든 그러한 공적 기관의 최종적인 허부판단과 승인결정 하에 민간기업이 수용의 주체가 되는 것이든, 양자 사이에 공공필요에 대한 판단과 수용의 범위에 있어서 본질적인 차이를 가져올 것으로 보이지 않는다. 해당 사업의 공공필요성을 판단하고 수용의 가부를 검토하는 전반적인 절차 속에서 국가 등의 공적 기관이 주도적인 역할과 최종적인 결정권한을 보유하는 한, 비록 민간기업이 수용의 주체가 된다 할지라도 이는 위와 같은 국가 등의 결정에 대한 구체적인 실행에 불과한 까닭이다”(결정문 9-10면)라는 취지에서, 결국 개별 기업은 국가 등의 결정에 대한 구체적인 실행을 분담하는데 불과함을 밝혔습니다. 이를 ‘공의 손’ 법리와 유사한 취지로 볼 수 있는지요?

나. 공익에의 2차적인 기여?

발표문은, 경제개발을 위한 수용이 1차적으로는 해당 기업의 이익을 위한 것이며, 2차적으로 지역경제에 이바지한다고 봅니다.

(1) 공/사익 구분이 명확하다 할 수 있는가?

고대 회답이래, 전통적인 국가학의 관점에서 국가는 분명 공익을 추구하는 규범적 주체였고(대표적인 예로 아리스토텔레스¹⁾ 및 토마스 홉스²⁾를 들 수 있습니다) 개인의 경제활동은 공익과는 거리가 있다고 이해되어 왔습니다. 그러나 근대의 많은 자유주의 사상가들은, 가령 아담 스미스(Adam Smith, 1723-1790)는 개인의 사리추구(self-interest)가 개인은 물론, 국가 발전의 원동력이 될 수 있음을 논증하였습니다.³⁾ 특히 이러한 인식론적 전환을 촉진한 계기는 버나드 맨더빌(Bernard Mandeville, 1670-1733)이 제기한 ‘꿀벌의 우화’(The Fable of the Bees)였습니다. ‘개인의 악덕

1) Aristotle, *The Politics*, trans. Ernest Barker(Oxford: Oxford University Press, 1946), 나종일/천병희(옮김), 정치학(서울: 삼성출판사, 1993), 129-130쪽.

2) 그는 ‘사악한 인간의 본성’에서 비롯되는 ‘만인의 만인에 대한 투쟁’이라는 명제로부터 성경에서의 괴물(Leviathan)과도 같은 국가의 압도적인 지위와 역할을 강조하여 공익의 구현자로서 국가의 존립적 당위를 피력하였다. 토마스 홉스, 진석용 옮김, 리바이어던 1, 나남, 2008, 168-75쪽, 235-63쪽.

3) “각 개인은 그가 지휘할 수 있는 자본을 가장 유리하게 사용하려고 힘쓴다. 그의 관심사는 사실 자기 자신의 이익이지 사회의 이익은 아니다. 그러나 자기 자신의 이익을 추구하는 것이 자연스럽게 오히려 필연적으로 그로 하여금 사회에 가장 유익한 투자를 선호하게 한다.” 아담 스미스, 국부론(상), 동아출판사, 1992, 432쪽. “우리가 식사할 수 있는 것은 정육점 주인, 양조장 주인, 빵집 주인의 자비에 의한 것이 아니라 자기 자신의 이익에 대한 그들의 관심 때문이다. 우리는 그들의 인간성에 호소하지 않고 그들의 자기사랑(self love)에 호소하며, 그들에게 우리 자신의 필요를 이야기하지 않고 그들의 이익을 이야기한다.” 아담 스미스, 국부론(상), 22쪽.

이 공공의 이익'(private vices, public benefits)이라는 부제가 달린 이 글에서 그는 개인의 사치와 탐욕, 세속적 욕심 등에 힘입어 사회가 발전하고 유지된다는 점을 비유적으로 피력한바 있습니다. 이와 같은 입장에서 본다면, 기업가가 자본을 투자하여 공장을 짓고 근로자를 고용하는 행위는, 비록 그것이 기업가의 사적 이익을 추구하기 위한 동기에서 비롯되었다 하더라도, 궁극적으로는 그 사회의 번영과 발전의 동인이 될 수 있으므로 거기에 공익적 가치가 공존함을 전적으로 부정하기 어려워집니다.

나아가, 전통적으로 공익은 의회의 입법과 행정의 집행, 그리고 법원의 재판을 통해 실체적으로 확정될 수 있는 것으로 인식되었으나(실체론적 공익관), 현대산업사회의 복잡화와 가치다원주의로 인해 공익은 이제 실체적으로 확정될 수 있는 크기로 이미 존재하는 것이 아니라 절차를 통해 대립하는 다양한 이익들이 현출되고 이를 형량·조정함으로써 비로소 정립되어지는 것으로 이해되기도 합니다(다원주의적 공익관).⁴⁾ 이러한 입장에서 본다면, 우월한 공적 이성을 상정한 채 ‘이것이 공익이다’라고 단언하기가 어려워 집니다.

(2) 현 시점에서 고려해야 할 점들

① 우선, 사회국가의 등장으로 국가가 국민들의 삶을 책임져야 한다는 인식이 널리 수용됨으로 인해, 오늘날 일자리를 만드는 것이 중요한 국가적 과제가 되고 있습니다(발표문 19면의 *kelo* 판결 다수의견도, ‘경제개발을 촉진시키는 것은 전통적이고 오랜 동안 인정되어 온 정부의 기능이다’라고 하고 있는바, 맥락이 연결되는 판시로 보입니다).⁵⁾

② 또한, 시대의 상황을 고려하지 않을 수 없습니다.

(i) 초기 자본주의 시절에는 일자리가 넘치는데 반해 일하고자 하는 사람이 없어서 강제로라도 노동을 시켜야 했던 상황이 있었습니다. 영국의 경우를 보면, 헨리 8세의 법령에 의하면, 늙고 노동력이 없어 거지 허가(licence of beggar)를 받은 거지를 제외하고는, 일 안하고 부랑하다 체포되어 태형과 감금을 당한 후, 거주지로 돌아가 “노동에 종사하겠다”고 맹세해야 했습니다. 두 번째로 걸리면 귀를 잘

4) 박정훈, “행정법의 구조변화로서의 참여와 협력”, 공법연구 제30집 제 5 호, 2002, 3쪽.

5) 지난달 독일의 총선에서도, 총선의 최대 쟁점은 경제회복이었고, 기민당의 승리 역시 경제 및 일자리 정책의 승리로 평가되고 있다. 연합뉴스, “<독일총선 D-10> ③ 최대이슈는 경제 살리기”, 2009. 9. 17.자(<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2009/09/16/0200000000AKR20090916001200082.HTML?did=1179m>)

현 시점의 미국과 일본에서도, 일자리 문제는 국가의 최대 난제로 여겨지고 있다. 아시아 경제, “美·日 실업률 내리기 ‘안간힘’”, 2009. 10. 7.자(<http://www.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2009100616514471312>).

리고, 세 번째로 걸리면 사형에 처해졌습니다.⁶⁾ 헨리 8세가 이런 식으로 교살시켰던 사람들이 무려 7만 2천명에 달하였습니다.⁷⁾ 에드워드 6세의 통치 때의 법령에 의하면, 노동을 거절하는 자는 그를 고발한 자의 노예가 되었습니다. 누구나 부랑자의 자녀를 빼앗아 남자는 24세, 여자는 20세까지 사용할 권리가 있었습니다.⁸⁾ 네덜란드의 경우를 보더라도, 직업 없이 떠돌다가 걸린 사람들을 수용하는 곳에서, 하루종일 작업을 시킨 후 작업한 양에 따라 식사량을 결정하는가 하면, 좀 더 악질적인 노동 거부자는 물이 차오르는 지하 감방에 가둔 후, 간단한 펌프를 배부하여서, 익사하지 않으려면 끊임없이 펌프질을 하도록 유도했습니다. 잠깐 눈을 붙이다가도 일어나 펌프를 움직여야 했는데, 당국은 이에 대해 ‘노동의 소중함’을 교육시키기 위함이라고 했습니다.⁹⁾

(ii) 이런 이야기를 길고 자세하게 하는 이유는, 인류 역사상 일자리를 구하지 못해 실업이라는 사회적 곤란을 겪는 것은 바로 최근에 와서 본격적으로 맞닥뜨린 일이라는 점을 강조하기 위함입니다.¹⁰⁾ 과거에는 이렇게 일자리가 넘쳐도 일하지 않으려는 사람들 때문에 골치를 앓았던 반면, 현재는 다들 아시다시피 노동자가 되지 못해 걱정이 클 뿐 사람들이 노동을 하려고 하지 않아서 걱정인 것은 아닙니다. 최근에 와서 발생한 이러한 특수한 역사적 현상은 기존의 제도나 학문적 개념에 의지하여 해결하기 힘든 문제적 측면을 동반한다 할 것입니다.

③ 그리고 어떤 것이 공공의 이익을 위한 것인지의 문제는 객관적으로 접근하기가 곤란합니다. 작년 노벨경제학상 수상자이자 현존하는 케인지언 중 가장 저명한 학자로 손꼽히는 폴 크루그먼은 2001. 4. 22. *New York Times*의 칼럼을 통해 다음과 같은 사안을 소개하였습니다. 「1993년에 방글라데시에서 어린아이들이 월마트에 공급되는 의류를 만드는 현장이 공개됨에 따라 미국 상원의 톰 하킨 의원이 미성년 노동자를 고용하는 국가에서 만든 물건에 대해 수입을 금지하는 법안

6) 칼 마르크스, 김수행 譯, 자본론 제 I 권(下), 비봉출판사, 2000, 923-4쪽.

7) 칼 마르크스/프리드리히 엥겔스, 김대웅 譯, 독일 이데올로기 I, 두레, 1989, 104쪽.

8) 칼 마르크스, 자본론 제 I 권(下), 924쪽.

9) 주경철, 네덜란드, 산처럼, 2003, 234-5쪽 참조.

10) 물론 종전에도 간헐적인 불황이나 공황이 있기는 했지만, 2차대전 이후 40년간의 자본주의 황금기 동안 인류는 역사상 겪지 못했던 놀라운 만큼의 경제성장을 거두었다(이 글의 註 12 참조). 18세기에 영국에서 시작된 산업혁명이 본격적으로 제도에 올랐다고 평가되는 19세기 유럽의 산업선진국들의 평균 성장률은 1.0~1.5%였다. 농업에 기반한 까닭에 생산물이 전년(前年)과 다를바 없었던 수천년간의 역사와 단절하며, 당대에 무려 1%의 성장률을 기록한 것은 한 마리로 말해 ‘기적’이자 ‘혁명’이었던 것이다. 장하준, 나쁜 사마리아인들(서울: 부키, 2007), 50쪽 이하; 장하준, 사다리 건너차기(서울: 부키, 2004), 239쪽 표 3.1 참조. 이를 감안할 때, 20세기 중반 이후의 세계경제는 그야말로 놀라움 그 자체라 할 수 있다.

을 제출하였다. 이 법안의 직접적인 결과로 방글라데시의 의류 공장들이 어린이 고용을 중단하였다. 그러나 해고된 어린이들은 학교로 간 것이 아니라 더 열악한 일자리로 갔거나 아예 길거리에서 노숙하는 신세가 되었으며, 또 상당수의 어린이들은 매춘을 강요당했다.¹¹⁾ 그는 반세계화주의자들이 제3세계 국민의 가난을 걱정하고 그들을 돕고 싶어 하지만, 그들은 결과적으로 제3세계 국민의 가난을 심화시키고 나쁜 상황을 만들어주고 있다고 보았습니다.

즉, 사회의 복잡성과 가치다원주의 및 포스트모더니즘의 영향으로 인해, 경우에 따라서는 정합성을 갖춘 복수의 공익이 동시에 있게 되었습니다. 열악한 환경에서 일하는 것을 막는 것이 공익이 될 수 있지만(위 칼럼의 톰 하킨 의원), 더 열악한 환경에 빠지도록 하지 않는 것도 공익이 될 수도 있습니다(폴 크루그먼). 대상 결정으로 돌아와서 볼 때, 사인의 토지를 수용하여 산업단지를 건립하는 것이 개인의 기본권 보장에 유해할 수 있겠지만, 다른 한편 그 개인들에게 일자리가 부족하여 다량의 실업자가 산출되고 사회적으로 그 부담이 분배되도록 방지하는 것 또한 그 각 개인들에게 더욱 유해한 상황일 수 있습니다. 결국 이렇게 본다면 이는 경험적으로 입증되기 힘든 장래의 효과에 관한 정책적 판단의 문제로서의 성격을 강하게 견지합니다. 이에 대해서는 Kelo 판결의 다수의견과 같이 입법부의 심의적 기능을 존중함이 상당하다고 생각합니다.

④ 경제발전의 역사를 반추해 볼 필요가 있습니다. 후발주자로 자본주의를 받아들인 대다수의 나라들은 정부에 의한 경제개발을 통해 발전해 왔습니다. 우리 현실만을 두고 “경제발전을 지상과제로 삼았던 6, 70년대의 우리의 특수한 상황에서 성립되고 정당화 된”(발표문 41면) 것이라고 보기에는 부족한 면이 있습니다. 국가별경제성장률의 추이, 특히 1820-1973년 사이의 국가총생산(1인당생산)의 성장률을 보면, 1820-1870년이 2.2(1.0)%, 1870-1913년이 2.5(1.4)%, 1913-1950년이 1.9(1.2)%임에 반해, 1950-1973년은 4.9(3.8)%로 증대되었는바¹²⁾ 1950-1973년 당시 자본주의 국가들의 경제적 대성공담들은 프랑스, 스페인, 일본, 싱가포르, 남한에 이르기까지 정부가 지원, 감독, 지도하고 때때로 계획, 수행한 공업화 이야기들이었다는 점 또한 시사하는 바가 큼니다.¹³⁾ 우리의 역사를 볼 때, 경제발전에 전력을 경주함으로써 많은 인권침해를 야기해 온 것도 사실이나, 1인당 국민소득이 3000-4000달러가 되기 전에 민주주의를 향유한 나라가 없었다는 장하준 교수의

11) Paul Krugman, “Reckonings; Hearts And Heads”, The New York Times, 2001. 4. 22.자 p. 17.

12) 필립 암스트롱 외 2인, 김수행 옮김, 1945년 이후의 자본주의, 두산동아, 1996, 183쪽.

13) 에릭 홉스봄, 이용우 옮김, 극단의 시대(상), 까치, 1997, 375쪽.

평가¹⁴) 및 “선진화란 경제적으로 1인당 국민소득 3만 달러 수준의 향아리형 경제를 이루고, 정치적 자유화를 이룬 상태를 의미한다”고 보는 박세일 교수의 지적¹⁵)에 비추어 볼 때, 여전히 우리 사회에서 경제적 발전의 가치는 의미가 있다고 보입니다.

요컨대, 오늘날 우리 사회는 사회·경제적 발전을 통하여 과거와 비교할 수 없을 정도의 복합적인 구조를 가지게 되었고, 그 구성원들의 행위가 다양하고 중첩적인 인과적 맥락 속에 놓이게 되었다고 할 수 있습니다. 그렇다면, 사기업의 활동과 공익의 달성을 일도양단하여 1차적, 2차적으로 구분하는 틀이 여전히 유효한 구분인지 확신을 가지기가 쉽지 않다고 할 것입니다.

다. 전체이익만을 추구?

발표문은 경제발전을 위해 “소수의 재산권보장 정도는 희생될 수 있다는 니앙스로 읽히”기도 한다고 합니다(발표문 42면). 그런데, 대상결정은 공익성 보장을 위한 장치에 관하여 언급하고 있고(결정문 10면, 13-4면), 비례성심사를 통한 방법론적 적합성도 검토한바 있으며(결정문 14면 이하), 나아가 구체적인 산업단지 지정 및 수용처분의 공공필요성에 대해서는 여론 수렴 등의 적법절차 보장을 통한(결정문 11면, 특히 2006헌바10 결정의 원용 부분) 행정청의 1차적 심사 및 법원의 재판이라는 2차적 심사를 순차로 보장하고 있다는 점(결정문 11면, 15면) 등을 토대로 하고 있습니다. 이 부분에 대한 발표자의 생각은 어떠하신지 여쭙고 싶습니다.

2. 심판대상과 관련하여

가. 산업입지 및 개발에 관한 법률(이하 ‘산업입지법’이라 한다)

제11조 제1항 및 제3항

대상판결의 당해 사건은, 수용재결처분취소 소송(대전지방법원 2006구합2239)입니다. 그런데, 산업입지법 제11조는 산업단지지정과 관련된 조항입니다. 물론, 수용절차 전반을 조망할 때, 위 법 제11조의 문제점도 있을 수 있겠지만, ① 위 제11조는 산업단지지정처분의 근거가 되는 조항으로서, 당해 사건인 수용재결처분의 근거조항으로 보기 어렵고, ② 대법원의 확고한 판례에 따르면, 사업인정의 위법

14) “보수·진보 넘나드는 경제학자 장하준”, 중앙일보 2009. 4. 1. 인터넷판(http://article.joins.com/article/article.asp?Total_ID=3553033).

15) “건국 60주년, 60일 연속강연, <57>박세일”, 연합뉴스 2008. 9. 9. 인터넷 기사입력(<http://media.daum.net/politics/others/view.html?cateid=1020&newsid=20080909025410419&p=yonhap>).

부당한 하자를 이유로 수용재결처분의 취소를 구할 수 없다고 하여 사업인정처분과 수용처분 사이에는 하자승계를 인정하고 있지 않으므로(대법원 1987. 9. 8, 87누395 판결 등), 위 조항이 위헌무효로 선언된다 하더라도 당해 법원에서 다른 내용의 재판을 기대하기 어렵습니다.¹⁶⁾ 따라서 이 조항은 “당해 수용사건과 직접적으로 연관이 있다고 할 수 없는”(결정문 3면) 조항으로 볼 수 있습니다.

나. 산업입지법 제22조 제2항

이 조항은 산업단지의 승인이 있으면 공익사업법상의 사업인정을 받은 것으로 의제하는 조항입니다. 이러한 사업인정의제제도와 관련하여, ① 청구취지와 청구원인을 종합적으로 볼 때, 청구인은 사업인정의제제도의 구체적인 위헌성을 지적하며 다투고 있다고 보이지 않습니다. ② 우리 재판소는 도시계획시설사업의 실시계획 인가를 사업인정으로 의제하는 규정인 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제96조 제2항을 합헌으로 판단한 바 있습니다(헌재 2007. 11. 29, 2006헌바79, 판례집 19-2, 576).¹⁷⁾ ③ 또한, 산업단지 승인을 사업인정으로 의제한다고 하더라도, 이 조항은 절차적 기교를 추구한 것에 불과합니다. 왜냐하면, 대법원이 “구 토지수용법 제14조에 의한 토지수용을 위한 사업인정은 단순한 확인행위가 아니라 형성행위이고 당해 사업이 비록 토지를 수용할 수 있는 사업에 해당된다 하더라도 행정청으로서 그 사업이 공용수용을 할 만한 공익성이 있는지의 여부를 모든 사정을 참작하여 구체적으로 판단하여야 하는 것”(대판 1922. 11. 13, 92누596)이라고 판시해 오고 있다는 점을 감안할 때, 공공필요에 관한 엄격한 판단은 산업단지승인의 단계에서 이미 처리되고 있으므로, 다시 이를 판단하는 것은 절차의 중복이기 때문입니다. 위 헌재결정의 내용대로, “사업인정제도의 취지가 특정한 사업이 토지수용을 할 수 있는 공익사업에 해당함을 인정하는 것이라고 하더라도 공공필요 유무에 대한 판단이 반드시 사업인정의 절차를 통해서만 행해질 이유는 없다 할 것”입니다(헌재 2007. 11. 29, 2006헌바79, 판례집 19-2, 576, 587). 따라서 이 조항도 “당해 수용사건과 직접적으로 연관이 있다고 할 수 없는” 조항으로 볼 수 있습니다.

요컨대, 발표자께서 주장하시는 ‘종합적인 접근방식’(발표문 42면)이 분명 많은

16) 기실, 헌법재판소가 대법원의 판례를 어느 정도 존중을 해야 하는가라는 문제가 제기될 수 있지만, 구체적 규범통제를 취하고 있는 우리 법제에서, 당해 법원의 법리를 온전히 무시하기는 쉽지 않을 것이다.

17) 2006헌바79 결정에서 합헌성의 주요 논거였던 공공필요성 요건 및 국토계획법상 이해관계인의 의견청취, 관계행정기관과의 협의 등 공공필요에 대한 판단을 할 수 있는 적절한 절차 등은 대상결정에서 충분히 검토될 것이므로 쟁점이 중복될 우려도 있다.

장점을 지닌 것일 터이나, 그에 못지않게 구체적 규범통제를 취하고 있는 우리 법제의 구조를 감안하는 것도 필요하다고 보입니다.

3. 기타 의문점들

가. Kelo 판결에 관하여

Kelo 판결을 보면, 흔히 말하는 이른바 자유주의자(liberal, 스티븐스, 긴스버그 등)들은 모두 합헌의견을 취하였고, 보수주의자(conservative, 랜퀴스트, 스칼리아 등)들은 위헌의견을 취하였습니다. 저는 미국을 아직 가보지 못해서 Kelo 판결 이후의 상황을 겪어 보지 못했습니다만, 혹 발표문에 소개된 Kelo 판결 이후의 조치들이 부시 행정부 및 공화당의 의회다수 확보, 보수 언론의 여론 독과점 하에서 발생한 보수주의자들의 반응이라고 볼 여지는 없는지요?

나. Boxberg 판결에 관하여

독일연방헌법재판소는 Boxberg 판결에서, 연방건축법 제87조 제1항상의¹⁸⁾ “공공의 복리”는 기본법 제14조 제3항 제1문의 공공의 복리와 동일한 개념으로서 “지역경제의 활성화”라는 목적은 연방건축법에 이를 명시하여 공용침해를 허용하는 규정이 없는 한 공공의 복리 개념에 합치하는 것으로 확대해석할 수 없다고 판시하였습니다. 즉, 공공복리를 위한 사용이 사업 자체가 아니고 이 사건에서 처럼 단지 기업 활동의 간접적인 결과일 때에는 이와 같은 규정은 충분치 않으므로, 이때에는 간접적으로 성취되고 그래서 처음부터는 이를 수 없는 공용수용의 목표를 법률적으로 구체화할 것이 요구되어야 한다고 한 것입니다.¹⁹⁾

이 판결을 해석함에 있어서, 혹자들은 「독일 연방헌법재판소는 “지역경제의 활성화”와 같은 간접적·부수적인 형태의 목적이 수용을 규정하는 법률에 명백히 기술되지 않았음을 근거로, 해당 수용의 위헌성을 지적하였지만, 달리 말하자면

18) 연방건축법 제87조(공용수용의 허가를 위한 전제조건) (1) 공용수용은 개별적 경우에 공공복리를 위해 필요한 경우와, 공용수용목적이 다른 방법으로는 이루어질 수 없을 경우에만 허용된다. (헌법재판소, 독일연방헌법재판소 판례변역집, 합본집 제1권, 549-550쪽)

19) “사기업의 사업대상물이 이미 일반적으로 인정되는 존재유지 영역이라고 할 수 있는 경우(ex. 교통 및 공익사업부분)에는 이 ‘공공의’ 의무를 규정에 맞게 수행할 예비 작업이 이루어진 것으로 족하다. 이에 반해서 공공복리를 위한 사용이 사업 자체가 아니고 이 사건에서처럼 단지 기업 활동의 간접적인 결과일 때에는 이와 같은 규정은 충분치 않다. 이때에는 간접적으로 성취되고 그래서 처음부터는 이를 수 없는 공용수용의 목표를 법률적으로 구체화할 것이 요구되어야 한다.” BVerfGE 74, 264(286).

“지역경제구조의 개선이나 일자리 창출” 등과 같은 사기업활동의 부수적인 결과라 할지라도 그것이 수용 법률에 명백히 규정되어 있는 한 사인을 위한 수용의 허용요건으로서 공공복리의 개념에 해당할 수 있다고 본 것」으로 이해하기도 합니다.²⁰⁾ 이러한 논리에 따르자면, 대상결정의 심판대상 조항은 사기업활동의 부수적인 결과라 할지라도 그것이 수용 법률에 명백히 규정되었다고 볼 수 있을 듯 합니다만 이에 대하여 발표자는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

다. 공영개발과 민영개발

전통적으로 우리나라는 산업단지개발을 공영개발로 해 왔습니다. 그렇기 때문에 국가가 산업단지개발을 위해 수용을 한 후, 민간기업에게 분양을 하거나 임대해 왔습니다. (발표자께서 경제개발을 위한 수용 자체를 반대하지는 않는다는 전제에서) 그렇다면 만약 대상 결정의 사안에서, 기존의 방식대로 국가가 수용을 하고 난 후 삼성전자에 분양을 한 경우라면, 국가가 수용을 하였으므로 수용에는 문제가 없다고 볼 수 있는지 궁금합니다.

4. 마 치 며

쓰고 보니 대상결정의 취지를 편향적으로 옹호한 것 같기도 합니다. 그러나 지정토론문임을 감안하시어 저의 愚問에 대한 교수님의 賢答을 기대합니다.

20) 김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 토지공법연구 제24권, 2004, 583-5쪽; 박정훈, 2007헌바114 사건에 대한 의견서, 6면.

제98회 발표회 토론요지

사 회 자: 김성수(교수)

토론참여자: 정남철(교수), 이황희(헌법연구관), 박중보(교수), 황치연(헌법연구관),
이대근(헌법연구관), 최갑선(헌법연구관), 김진한(헌법연구관), 김주경
(헌법연구관), 노희범(헌법연구관)

간 사: 지금부터 제98회 정기발표회를 시작하도록 하겠습니다.

올해 발표회도 이제 두 번밖에 남지 않았습니다. 특히 12월에 있을 정기발표회는 100번째 모임입니다. 끝까지 많이 참석해 주시기 바랍니다.

오늘은 중앙대 이인호 교수님께서 민간기업자의 고용수용과 관련하여 평석을 겸한 발제를 해 주시겠습니다.

그리고 사회는 헌법연구위원으로 재직중인 김성수 교수님께서 해 주시겠습니다.

사 회 자: 여러분 안녕하십니까? 오늘 헌법실무연구회 발표회 사회를 맡게 된 연세대학교의 김성수입니다. 저도 이전에는 늘 객으로 왔지만 이제 식구의 입장에서 사회를 보게 되어서 대단히 기쁘게 생각합니다.

오늘 발제는 여러분들 발제문 다 가지고 계시겠습니까마는 ‘역 로빈훗 방식의 수용권 행사의 위헌성’ 지난 9월말에 헌재가 내린 결정에 대한 평석을 겸한 학술발표와 토론회가 되겠습니다.

로빈훗이 등장해서 재미있겠구나 하고 저도 읽어봤더니 역시 재미있더라고요 내용이. 상당히 재미있는데, 여러분들 일단 발제 들어가기 전에 발제자하고 토론자분들을 소개해 드리겠습니다.

우선 옆에 계신 우리 발제자 이인호 교수님은 여러분들 소개가 필요 없을 정도로 잘 아시는 분이기는 합니다마는 중앙대학교 법과대학을 졸업하시고 거기서 학사, 석사, 박사를 하시고 여기 헌법재판소의 식구로서 연구관으로 재직을 하셨습니다. 오늘 친정에 와서 약간은 친정어머니에 대한 약간의 따끔한 뭐라 그럴까요 질책이라 그럴까요. 그런 말씀을 해 주실 것으로 보고, 약력 중에서 빠진 것이 오늘 저녁식사를 못하셨다는 것이 빠져있어요.

그 다음에 지정토론자로서 정남철 교수님께서 오셨습니다.

정남철 교수님은 고려대학교 법대를 졸업하시고 독일 훔볼트대학 베를린에 있는 대학에서 박사를 받으시고 헌법연구원을 이 헌재에서 또 역임하시고 현재는 대법원 재판연구관으로 활동을 하고 계십니다. 그리고 현재 숙명여자대학교 법과 대학의 교수로 계십니다.

그 다음에 다른 한 분 토론자는 이황희 연구관이십니다.

서울대학교 법대를 졸업하시고 대학원에서 법학석사 하시고 사법연수원 34기를 수료하셨습니다. 현재 헌법으로 박사과정에 계십니다.

이인호 교수님 시작하시지요.

< 주제발표자 발표 >

사 회 자: 발제 대단히 감사합니다.

여러분 다 들으셨겠습니까마는 우리 이인호 교수님께서서는 헌재 결정에 대한 여러 가지 문제점들을 조목조목 반복하시고 반박을 하시고, 만약 이런 규범상태가 유지되는 상태에서 계속해서 헌재가 이런 결정을 내린다고 할 것 같으면 헌법상 보장된 개인의 재산권이라는게 과연 의미 있게 존속할 수 있겠는가? 그래서 비교법적인 검토도 해 주시고 여러 가지 다양한 각도에서 문제를 분석해 주셨습니다.

각주에도 잠깐 나와 있습니다마는 저는 이 교수님 발제를 들으면서 독일의 유명한 사건중에 하나인데 바르딜카임쉬의 케이블카사건에서 보충의견을 제시했던 뵘 재판관의 이야기가 생각이 납니다.

그분이 어떤 말씀을 하셨느냐 하면, 공공의 필요라고 하는 것 이것은 여러분들 독일 기본법 제14조 제1항에도 나와 있습니다마는 오로지 공공필요를 위해서만 토지 수용이 허용된다. 이 ‘오로지’라고 하는 것은 뭐냐 하면 결국 헌법제정권력자가 공공필요라는 것이 공용침해의 어떤 요건으로 전제되어 있는 것이기 때문에 그것이 전제되지 않은 공용수용은 있을 수 없고 따라서 그것은 전적으로 재산권주체를 보호하기 위한 조항으로 해석을 했던 것입니다. 그래서 만약에 공용수용을 해서 부수적으로 어떤 경제적 효과와 고용효과가 창출된다고 하더라도 그것은 헌법상 공공필요의 개념에 부합하지 못한다는 것이 그분의 핵심적인 주장이었고, 그런 여러 가지 주장의 타당성에 대해서는 우리 두 분의 토론자께서 여러 가지 좋은 내용으로 토론해 주실 것으로 믿습니다.

먼저 숙명여대 정남철 교수님께서서 토론해 시겠습니다.

< 지정토론자(정남철) 발표 >

사 회 자: 정남철 교수님 감사합니다.

핵심적인 것은 이번 사건에서 삼성전자가 과연 생존배려형 기업인가? 가스나 전기나 이런 공익적인 어떤 서비스를 제공하기 위한 기업인지 아니면 순수한 이익을 추구하는 경제적 사기업인지라고 하는 문제가 상당히 논란이 되지 않을까 싶고.

아까 정남철 교수님께서도 지적을 하셨습니다마는 공공의 필요라는 것을 너무 엄격하게 해석할 필요는 없지 않겠나. 사안별로 탄력적으로 해석할 가능성이 있어야 되겠다라는 말씀.

그 다음에 규범적으로 실정법에서 아까 발제자도 지적을 하셨습니다마는 제가 봐도 놀라운 것이 다른 법률과는 달리 예컨대 듀 프로세스에 관해서 특히 재산권주체나 주민들이 거기에 대해서 어떤 어떤 의사표시를 할 수 있는 기회조차도 상당히 부족한 어떤 이런 규범정태가 극복이 되어야 되지 않겠느냐. 그러니까 좀 구체화할 필요가 있다는 지적하셨습니다.

감사합니다.

이황희 연구관님께서 지정토론 해 주시겠습니다.

< 지정토론자(이황희) 발표 >

사 회 자: 감사합니다.

저도 반대의견을 읽으면서 오코너 여사 또 작고하신 랭퀴스 대법원장 또 클리언스토폴마스 판사, 대법관이지요. 그 다음에 스킨리아 판사는 여러분 아시는 바대로 아주 대표적인 극보수주의자인데, 이 반대의견을 보면서 저도 과연 이 사람들이 국가가 역 로빈훅 활동을 한 것에 대한 공분을 자아낸 것인지 아니면 재산권에 대한 침해에 대한 알레르기반응을 보이는 전통적인 보수자들의 그런 반응인지 저도 상당히 궁금해했습니다.

좋은 답변을 이인호 교수님으로부터 듣겠습니다.

발 표 자: 토론 고맙습니다. 먼저 정남철 교수님 질문 두 가지를 하셨는데요. 그런데 이 질문은 제가 답하기 좀 어려운 질문 같습니다.

먼저는 독일에서 엔트아이고눔이 공용침해라는 개념으로 쓰고 있는데 이것은 굉장히 좁은 개념이다. 우리는 그런데 제23조 제3항에 수용사용제한이라는 아주 넓은 개념을 쓰고 있는데 이 관계를 어떻게 볼 거냐? 이 질문은 재판의 전제성을 상실하는 질문인데요. 사용제한의 문제는 이 사안에서는 사용제한의 문제가 전혀 없고 수용 그 자체의 문제라서 제가 또 그 부분에 대해서 독일과 우리나라 사용

제한에 관한 내용은 제가 깊이 있게 공부를 못했습니다. 이 부분은 나중에 더 공부를 해서 혹시 기회가 되면 말씀을 드릴까 합니다.

그 다음에 하나 독일에서는 마지막에 위법한 수용처분도 공용수용으로 보는 판례가 있고 적법성의 요건도 공용수용의 요건이 아니라 그 한계 내지 허용성의 문제에서 다루어야 한다고 보는 견해도 유력한데 이러한 점에 대해 발표자의 의견을 부탁드립니다. 이랬는데, 이 부분도 독일에서의 이 견해가 정확히 지금 제가 짚지 못한 상태에서 답변을 드리기가 어렵습니다. 혹시 한번 나중에 이 견해의 기본취지를 말씀해 주시면 제가 그 부분에 대해서 다시 한번 언급을 할 수 있을 것 같기는 합니다마는 제가 독일의 이 논의들을 따라잡지 못하기 때문에 그 점에 대해서 사과를 드립니다.

그리고 이황희 헌법연구관계서 좋은 지적을 많이 해 주셨습니다.

먼저 여러 가지 지적을 해 주셨는데 순서대로 보면, 연장된 공의 손에 관한 문제인데 이것은 우리 헌법에서 토지수용의 주체가 누구냐? 저는 주체의 문제라기보다 수용권을 가지는 자는 국가라야 된다는 겁니다. 기본적으로 국가라야 되고 그 수용권을 행사하는 자는 위탁을 줄 수 있다. 그 위탁은 다만 원칙적으로는 공의 성격을 지닌 기관에게 위탁이 되어져야 되고 순수한 민간인에게 권한행사를 위탁할 경우가 있을 수 있는데, 그럴 경우에도 그것은 수용권을 행사하는 위탁을 받은 자 민간개발자가 적어도 공의 손의 성격을 가져야 된다는 것입니다. 순수하게 사적 주체로서 수용권을 행사해서는 안 된다는 것이 저의 기본생각입니다. 그렇지 않다면 그것은 공과 사의 구분이 없어지는 것이다. 우리 이황희 헌법연구관님은 어찌면 공과 사의 구분이 어렵지 않느냐? 그렇기 때문에 특히 오늘날 복지국가나 사회국가 이런 관점에서 보면 공과 사의 구분을 어떻게 할 수 있느냐? 저는 해야 된다고 생각합니다. 만약 공과 사를 구분하지 않는다 그러면 헌법재판소도 어떤 의미가 있습니까? 어떤 것이 공의 문제고 어떤 것이 사의 문제인가를 우리사회에서 적어도 법적으로 구분해주지 않는다면, 그래서 예컨대 사기업이 마음대로 다 원하기만 하면 산업단지라는 명분으로 모든 토지를 다 수용할 수 있고 가질 수 있고 거기에 대해서 정부가 그것을 조장을 하거나 아니면 격려를 하거나 하게 된다 그러면 거기에는 아주 심각한 문제가 있다고 봅니다. 이것은 저는 우리 자유민주주의체제의 가장 기본에 관한 문제라고 보여지고요.

여기 헌법재판소 여덟 분의 다수의견에도 적시되어 있습니다마는 경제발전 또는 고용증진 또 기업의 활동으로 인해서 아주 철학적이고 이론적인 이야기들을 하셨는데, 아담스미스이야기도 하고 멘더빌 이야기도 하셨습니다. 제가 기업의 활

동을 반사회적이라고 생각하지 않습니다. 만약 제가 그렇게 생각했다면 제 철학하고 전혀 다른 겁니다. 기업의 활동이 당연히 사회적이고 유익한 거지요. 그것을 제가 부정하는 것은 전혀 아닙니다. 그런데 이런 일반론을 이런 토지수용권을 박탈하는 쟁점에다가 끌어들이시면 이것은 전혀 쟁점하고 논쟁거리가 안 됩니다. 저도 당연히 기업의 활동이 대단히 중요하고 경제발전에 기여하는 바가 당연히 있는 것이고 사기업이, 사실은 저도 아담스미스주의자입니다. 기업의 활동이 시장에 활력을 불어일으키고 그로 인해서 결과적으로 사회 전체 공동체가 이익이 된다, 그것은 누구도 부정 못합니다. 그것은 자유민주주의체제의 가장 기본적인 내용이고요, 그것을 제가 마치 부정하는 것이 아니라.

이 황 희: 교수님, 제가 이 말씀을 드린 이유가요, 제가 알기로 학설의 다수 견해는 생존배려형 같은 경우는 토지수용을 광범하게 인정하고 영리적 사기업같은 경우는 다소 엄격한 요건하에서 허용하자라는 것이 다수의 견해로 알고 있는데, 교수님께서 본인은 아예 그 자체도 좀, 영리적 사기업을 위해서 하는 것은 안 된다고 말씀하셨다는 점에서 그렇게 말씀을 드린 겁니다.

발 표 자: 알겠습니다. 그 점은 제가 이해를 하고 있는데요. 지금 여기 2페이지에 보면 연구관님이 지금 현재 공공필요를 판단하고 수용 가부를 검토하는 전반적인 절차속에서 국가 등의 공적기관이 주도적인 역할과 최종적인 결정권한을 보유하고 있는 한 민간기업이 수용의 주체가 되어도 괜찮다는 취지를 말씀하셨는데요.

실제로 지금 제가 소개한 탕정 사건이나 향촌 농공단지 사건은 공행정주체가 이 사업을 주도한 것이 아닙니다. 그냥 삼성전자가 적극적으로 계획을 세워서 아산시장에게 요청해서 도지사가 승인한 겁니다. 그 과정에 과연 이것이 어떤 도시계획적인 전체 국토계획하에서 이 아산단지가 필요하다. 그래서 법률에서 구체적으로 입법자도 허용하고, 사실 독일의 Boxberg 판결은 입법자가 그것을 허용한 겁니다. 그런데도 연방헌법재판소가 위헌결정을 했습니다. 그런데 이것은 지금 이 과정을 보면 향촌 농공단지도 마찬가지입니다. 삼호조선이라고 하는 대기업이 큰 조선소가 사천시를 끌어들이었습니다. 그래서 그 부지를 획득하기 위해서 농공단지라는 도구를 사용해서 법률적 도구지요, 그 도구를 사용해서 처음부터 주도적으로 계획을 하고 입안을 해서 시행을 하고 있습니다. 여기에 어떻게 공적기관이 주도적인 역할을 했다고 말할 수 있는가? 이 사안을 뜯어보면요.

물론 일반적인 법률에는 당연히 공행정주체의 사업성이 떨어지고 그 과정에서 수용권을 가지고 위탁을 하는 것입니다. 그런데 그것이 가능하도록 되어 있는 규범체계라는 겁니다. 그러니까 오히려 사의 손에 공의 손이 늘어나고 있는

상황인데 그에 대한 분석이 전혀 없다. 그 점을 제가 짚어 보고자 하는 것이고요.

그 다음에 4페이지에 보시면 시대상황을 고려해서 오늘날 초기자본주의시점에 일자리는 넘치는데 일하고자 하는 사람이 없어서 여러 가지 아주 강력한 규제를 했다고 소개를 하고 있습니다. 막스 이야기도 곁들여서. 그러면서 하루 종일 작업을 시키는 뭘 물이 차오르는 지하감방에 가둔 후에 간단한 펌프를 배부하여서 역사하지 않으려면 끊임없이 펌프질을 하도록 유도했다. 잠깐 눈을 붙이다가도 일어나 펌프를 움직여야 하는데 당국은 이에 대해서 노동의 소중함을 교육시키기 위함이라고 했다. 저는 오히려 이것을 묻고 싶은데요. 지금 이런 정부에 의한 강제가 노동의 소중함을 교육시키기 위한 명분으로 허용된다고 보십니까? 그것은 아닐 것 아니에요? 저는 동일한 논리라고 봅니다. 사기업의 산업단지를 조성해 줌으로써 경제적으로 유익하다. 그래서 타인의 토지를 특별한 공공필요성에 대한 판단이 거의 없이 박탈할 수 있다는 것도 어쩌면 지금 이런 논리에 유사한 것 아닌가 생각이 드는데요. 아마 연구관님도 노동의 소중함을 교육시키기 위한 명분이 이것이 허용된다고 말할 수는 없을 것 같아요. 저는 같은 맥락에서 이 사건도 물론 그거하고 아주 그거하지는 않습니다마는 좀 유사한 것이 아닌가 싶고요.

물론 오늘날 여러 가지 공과 사의 구분이 어렵다고 이야기를 하시는데 그 점은 한편으로는 저도 어떻게 보면 사의 활동이 공의 이익에 직결되고 연결된다는 것은 부정하지 않습니다. 그러면서 여기 경험적으로 입증되기 힘든 장래의 효과에 관한 정책적 판단의 문제다. 그래서 입법부의 심의적 기능을 존중함이 상당하다. 저는 오히려 이 사안에서는 입법부가 적극적으로 사기업을 옹호하고 사기업을 위해서 국가가 헌법이 부여해 준 수용권을 남용했다고 봅니다. 이 케이스는 전형적으로, 이런 케이스들은.

그 다음에 심판대상과 관련한 문제인데, 제가 비판을 좀 했습니다마는 정작 필요한 조항을 심판대상에서 제외시키는 접근이 저는 이해하기 어려운게 종래 우리 헌법재판소의 판례경향하고 안 맞다. 우리 헌법재판소의 기본적인 판례는 설령 청구인이 주장하지 않는 것도 끌어와서 판단을 합니다. 그래서 모든 관점에서 위헌심사를 하는 것이 우리헌법재판소의 종래의 기본입장이었습니다.

그런데 여기서는 아예 주장하는 것도 끊어서 판단 안했습니다. 재판의 전제성이 없다는 이유로. 그런데 과연 재판의 전제성이 없는가 하는데 대한 판단도 저는 없다고 봅니다. 잘 알다시피 재판의 전제성요건은 재판이 주문이나 결론에 영향을 미치거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에 재판의 전제성이 없는 경우입니다. 그런데 이에 관한 판단은 없이 그냥 당해 수용

사건과 직접적으로 연관이 있다고 할 수 없다는 한마디로 재판의 전제성이 없다는 취지로 아예 심판대상에서 제외시켰습니다. 종래의 심판대상에서 어떤 것을 제외시키는 것이 아니라 일단 심판대상에 포함시키고 재판의 전제성요건을 판단해서 그것은 재판의 전제성이 없기 때문에 각하를 했습니다. 그런데 여기서는 전혀 그런 것이 아니라 처음부터 그냥 대상에서 제외시켜 버렸습니다. 과연 그게 저는 조금 이해하기 어려운 부분 아닌가 싶고요.

그래서 저는 아까 계속 강조하는 이야기는 오히려 그 제외된 두 조항을 종합적으로 볼 때 훨씬 더 중요한 조항이고 이 사안에서 핵심이다, 그런데 그 부분을 뺀 부분이 저는 이해가 좀 어려운 것 같습니다.

대법원의 하자승계이론에 관한 이야기도 언급되어 있습니다마는 저는 이 대법원의 하자승계의 법리도 이해하기 좀 어려운 것은 사실 일련의 절차입니다. 동일한 목적을 가지고 진행되는 일련의 절차들입니다. 지정승인이 있고 의제가 되고요, 그 다음에 수용 바로 되어 집니다. 그런데 이 절차가 별도로 분리된 별개의 목적을 지향하는 두개의 절차가 아닙니다. 그런데도 이것이 하자승계이론에서도 저는 당연히 하자승계이론은 앞에 선행처분이 후행처분의 하자에 영향을 미쳐야 된다고 보는데 어쨌든 대법원은 분리했다고 그러니다마는 이거하고는 저는 별개라고 보는 것이요. 지금 헌법재판소가 1차결정에서는 사업승인이 떨어진 것인데 지정처분에 대해서 다투었는데, 지정처분에 대해서 다퉴 때는 수용조항은 재판의 전제성이 없다고 해서 아예 빼버렸습니다. 그러면서 지정처분에서만 문제 삼았습니다.

그런데 제가 볼 때는 그것도 같은 맥락이라고 보는 것이 지정처분이 있으면 바로 사업인정이 의제가 되어 버린단 말이지요. 사업인정이 의제가 되면 수용권이 바로 발동됩니다. 그러면 이게 별개 분리된 절차가 아니라 한 절차인데도 그것은 또 끊어서 배제시키고 지정승인부분만 문제 삼아서, 문제 삼는 것도 그때도 합헌 의견도 보시면 그냥 적법절차 위반되지 않는다. 이게 청구인의 주장하고 전혀 다른 관점에서 합헌 그냥 한 것이 아닌가. 그런데 여기서는 또 중요한 부분은 또 제외시켜놓고 조금 덜 중요하다고 보는 부분만 단편적으로 집어서 여러 가지 다른 절차도 있고 하니까 헌법적으로 문제 안된다는 것이 과연 이 사건에서는 이해하겠는데, 우리 종래의 헌법재판소의 입장하고 좀 다른 것 아닌가 하는 생각이 들었습니다. 왜 이 사건에서만 이렇게 단편적으로 접근하는가? 종합적인 접근이 종래의 헌법재판소의 접근방식이었는데 모든 관점에서 검토한다는 것이 헌법재판소의 입장이었습니다.

그 다음에 보수언론 여론독과점하에서 발생한 보수주의자들의 반응이라고 볼

여지는 없는가? 발표문에, 이게 켈로 판결인데요. 물론 미국 연방대법원의 다수의 견과 반대의견의 대법관들의 성향은 지금 말씀하신대로입니다. 그런데 저는 이 문제는 좌와 우가 없는 문제라고 봅니다. 이것은 자유민주주의의 가장 기본문제고요. 좌측이든 우측이든 이 기본은 인정을 하고 시작해야 됩니다. 저는 기본적으로 자유주의자입니다. 진보주의자라고 말할 수는 없지만 자유주의자인데, 여기서는 보수주의자든 자유주의자든 관계가 없다고 봅니다. 이것은 결국 우리 헌법질서의 기본에 관한 문제로서 좌든 우든 이것을 전제로 해서 출발해야 되지 이것마저 무너지면 저는 상당히 위험한 입헌주의의 가장 위험한 상황으로 치달을 수 있다라는 것이고요.

마지막으로 제가 느낀 것이 지금 마지막 질문이 뭐냐 하면, 기존의 방식대로 국가가 수용을 하고 난후에 삼성전자에 분양을 한 경우라면 국가가 수용을 하였으므로 수용에는 문제가 없다고 볼 수 있는지 궁금하다고 말씀하셨는데, 저는 이런 경우도 안 된다고 봅니다. 국가가 사기업이 필요하다고 해서 타인의 토지를 빼앗아서 네가 하라고 하는 것은 그것은 헌법이 공용수용권을 국가에게 준 취지에 반하는 것이고요. 공용수용권을 남용한 것입니다.

제가 이게 얼핏 가장되어서 느낀 것은 개발독재의 논리이고 또 좀더 심하게 말씀드리면 내셔널소셜리즘의 경제체제에서는 가능할지 모릅니다. 국가가 필요한 사람을 위해서 사기업을 위해서 토지를 빼앗아서 줄 수 있습니다. 나치경제체제에서는. 그런데 저는 이거 용납될 수 없다고 봅니다. 이거마저 허용하면 저는 무너진다고 봅니다.

사 회 자: 감사합니다. 벌써 토론이 뜨거워지고 있다고 생각합니다.

플로어의 말씀을 들겠습니다.

질문하시기 전에 소속과 성명을 먼저 말씀해 주시면 고맙겠습니다.

사회 보는 사람이 어떻게 다 참가자의 성함도 모르느냐 사회의 전제성이 없다 이렇게 구박하지 마시고 말씀해 주시기 바랍니다.

예, 박종보 교수님.

박 종 보: 헌법위원 맡고 있는 한양대학교 박종보입니다.

제가 먼저 안 나서려고 그랬는데 지금 사회자 말씀대로 토론이 뜨거워지고 있어서 계속 이런 식으로 나가면 개념정의를 없이 논쟁이 계속 벌어질 것 같아요.

지금 공공성, 공공필요 굉장히 추상적인 얘기 아닙니까? 그 다음에 공익성이라는 것도 굉장히 다양하게 이야기가 되고 있거든요. 공, 사가 혼합되어 있다고 생각하는 분도 있는데, 아니 혼합이 되었던 뭐든 하여튼 구별은 해야 될 것 아니

냐 뭐 이렇게 얘기도 하고 하는데 그냥 발표자께 한 두 가지만 여쭙게요.

지금 공공성을 심사 안 한다. 뭐 그런 말씀하시는데 공공성을 어떻게 정의하고 계십니까? 예를 들면 사인의 영리는 완전히 배제한 것만이 공공성입니까? 그러니까 토지수용을 한다면 도로나 공원 조성할 때만 가능한 것이다. 사기업의 공장부지로는 절대 안 된다. 그렇게 생각하시는 건지? 그러면 공, 사 구별 얘기할 때도 공이라는 것은 그러면 사적인 이익을 완전히 배제한 것이 공익이고 나머지는 조금이라도 들어가면 사익을 도모하는 것인지? 아니면 그 반대 극단적인 경우는 100% 개인의 이익만이 아니라 다른 사람의 이익도 조금 포함되어 있으면 그것은 공익적인 것이다 말할 수 있는 것이거든요. 그러니까 지금 여기서 우리가 논의를 더 진행하기 전에 공공성 요건을 안 갖추고 있다고 판단하는데 공공성을 어떻게 생각하시는지? 그 다음에 공익과 사익이라는 것을 어떻게 구별하시는 것인지? 그것을 좀 말씀하신 다음에 해야 토론이 될 것 같습니다.

사 회 자: 질문 몇 개 더 받아보고 혹시 겹치는 부분 있으면 같이 한번 답변 하시지요.

먼저 그러면 말씀하시고.

발 표 자: 박 교수님 고맙습니다.

이게 사실 어떻게 보면 전제되는 개념구분인데, 저도 다른 글들을 읽으면서 사인을 위한 수용 이게 허용되느냐 안 되느냐 해서 일정한 경우 허용된다라는 것이 통설입니다. 그런데 이때 사인을 위한 수용이라는 의미는 제가 사적이익이 전혀 배제된 것만 공익이라고 이야기하는 것이 아니고요. 예를 들면 미국에서도 화의사건에서 보면 거대토지소유자의 재산을 수용해 가지고 임차인들에게 나누어줍니다. 그거 전적으로 사적이익을 위한 거지요 어떻게 보면. 그러니까 사인을 위한 수용입니다. 맞습니다. 그것이. 그런데 연방대법원은 전원 일치로 공공성을 인정합니다. 그러니까 공공성의 개념이 지금 제가 사적이익을 위한 것이면 무조건 안 되냐 그런 뜻은 아닙니다.

또 우리가 기본적으로 도시재개발을 한다든지 낙후된 지역을 거의 폐허에 가까운 지역을 전면 재개발해서 계획하에 할 경우에 일정한 부분을 사인에게 줄 수밖에 없습니다. 그 토지는, 공용으로 쓰는게 아니거든요. 임대인에게 주기도 하고 아니면 민간기업자에게도 일정부분을 나누어줍니다. 나누어 주는데 문제는 그 자체가 그러면 사인을 위한 수용이기 때문에 안 되느냐? 제가 그것을 주장하는 것은 아니라는 것입니다.

그런데 이 사안에서 제가 뭐가 그러면 여기서 말하는 공공성이냐는 것과 다

른 사익이 포함되어 있는 경우에 이 경계를 어떻게 끊을 거냐하는 것은 어쩌면 저도 못할지 모르겠습니다. 그러나 적어도 이 사안들에서는 전적으로 특정 A의 토지를 빼앗아서 특정 B에게 바로 넘겨주는 식의 수용권 발동은 우리 헌법질서에서 허용될 수 없다는 것이고요. 이것은 전혀 공공성이, 이 사안만은 제가 헌법재판소에 기대하는 것은 적어도 이 사안은 안 된다는 경계선을 나름대로 선을 그어줄 수 있다고 생각합니다. 나중에 다른 어떤 사안이 어떻게 발전할지 모릅니다마는.

사 회 자: 황치연 연구관님.

황 치 연: 아주 발표를 감명 깊게 잘 들었습니다.

일단 우리가 논증을 하거나 논쟁을 할 때 보이지 않는 손을 다루는 경제학적인 측면과 보이는 손을 다루는 법학적인 측면을 구별해서 어떠한 현상의 필요성을 설명하는 것 이것은 좀 지양해야 하지 않을까? 우리 가치판단을 하는 입장에서는 어떤 규범도그마틱에 입각해서 이야기를 해야 하지 않을까 이런 생각을 합니다.

이 문제는 궁극적인 문제로서 지금 어떤 특정한 나라가 파이의 크기를 확대하는 것이 더 문제이나, 이미 어느 정도 선진화된 나라, 파이가 이미 균분되게 배분된 상황에서 그 존속보장을 더 중요한 가치로 할 것이냐 이런 근원적인 문제가 있는 것 같습니다.

만약에 아주 개발도상국가한테 어느 경제학자가 균형발전론만 규범적으로 강조한다면 불균형발전론도 있을 수 있는 성립의 여지는 있다고 보거든요. 그런데 근본적으로 이러한 상황에서 가치보장, 재산권의 보장의 본질을 가치보장으로 볼 것이냐 존속보장으로 볼 것이냐에 있어서 일단 우리나라도 당연히 존속보장을 전제로 하고 예외적으로 가치보장을 이야기할 수 있는 상황으로 전환되어야지 않겠는가 이렇게 생각을 합니다.

그러면 보상기법에 있어서도 만약에 존속보장을 전제로 한다는 측면에서만 얘기를 하고요. 그 다음에 어떠한 가치보장에 있어서도 그 재산에 관련된 인격적 정체성이나 어떤 개인 문화적 가치, 역사성 이런 측면도 고려해서 보상하는 정당한 보상과의 관계를 설정하는 것이 타당하지 않을까 이렇게 생각을 합니다.

정남철 교수님은 최근 독일에서는 위법한 수용청구도 공용수용으로 보는 판례가 있다고 각주 5에서 판례를 언급하고 있는데, 이 판례는 1981년 3월 10일자 판례로서 지금 28년이 지났는데 최근이라고 그런 표현을 쓰기는 좀 어렵지 않나 이런 생각을 해보고요. 위법한 수용처분도 공용수용으로 보는 판례로 원용하기는 좀 적절하지 않지 않느냐. 그 판례를 다시 한번 검토해 주셨으면 어떨까 이런 생

각을 해봤습니다.

특별한 질문은 없고요. 제 개인적인 코멘트로 마치겠습니다.

사 회 자: 고맙습니다. 또.

이 대 근: 이대근 연구관이라고 합니다.

상당히 상위개념에 관한 말씀들을 많이 해서 열심히 배우고 있고요. 다만 실정법적인 부분을 조금 언급을 함으로써 뜨거움을 식히기도 하고 그런 부분에 대해서 좀 여쭙보고 싶습니다.

아까 교수님께서 말씀하실 때 우리나라의 규범구조가 지금 현재 공공필요성을 제대로 판단하지 못하게끔 되어 있다는 것을 강조를 하셨고, 현 당해사건이 2007헌바114 이 사건에서도 그 부분에 대해서 주로 말씀을 하신 것 같은데, 제가 드는 의문은 지금 공익사업법의 사업인정이 의제되고 있는 조항이 각종 개발사업법에 똑같은 규정형식으로 지금 들어가 있습니다. 3개 조항이 보통 들어가는데요. 하나는 거기서 실시계획인가나 어떤 개발사업이나 이런 것들이 실시계획인가 되었을 때 공익사업법상 사업인정이 의제가 되고, 두 번째는 재결기관을 좀 달리하고요, 세 번째는 나머지는 공익사업법을 다 준용한다. 이렇게 되어 있습니다. 그것이 항상 세트로 돌아다니거든요.

그런데 의문이 드는 것은 나머지는 준용한다라는 그 부분입니다.

교수님께서도 현재 우리나라의 공익사업법 자체가 애초에 그런 부분들이 미비되어 있다고 생각하시는 건지, 아니면 다른 개별법률들 마다 특히 이 산업입지법 이것은 정말 미비되어 있고 다른 법률은 안 그럴 수도 있고 이렇게 생각을 하시는 것인지 그런 것을 좀 여쭙보고 싶은 것이 지금 일본 토지수용법을 인용을 하신 이 부분, 예를 들어서 우리나라 사회기반시설에 대한 민간투자법 거의 이거하고 유사한 규정들이 여기저기에 들어가 있습니다. 그러니까 자세하게 30몇 개의 시설의 내용을 써놓았고 그 다음에 그 계획을 잡을 때 능력이나 의사 그 다음에 합리적 이용 이런 부분들이 고려되도록 법률에 명문화가 되어 있고요. 뒷부분에 감독기능 그러니까 주무관청이 생존배려형 여부의 그것을 제대로 시행하지 않을 경우에 어떻게 감독하느냐 하는 것까지 들어가 있습니다. 그러면 그 법률은 적어도 이 기준에는 거의 유사하게 들어맞는다는 것이거든요. 그러면 개별법률마다 다르다고 보시는 것인지 아니면 우리나라 법체계전반에 문제가 있다고 보시는 것인지 그것을 일단 여쭙보고 싶고요.

두 번째는 이번 9월 24일 선고 난 그 사건에서 재판관님 한 분의 소수의견을 보면 이익을 환수하는 부분에 대한 이야기가 나옵니다. 그러니까 지금까지 생존배

려형 사기업의 경우에 어떤 감독기능, 주로 공공성을 그대로 유지하는 것이냐, 나중에 사업을 흔히 속된 말로 따내고 나서 그것을 계속 갈 때 유지하는 것이냐는 부분으로 강조했던 반면에 이익의 환수여부를 기존에 어떤 개발이익부분은 보상 대상이 아니라는 논리에서 더 나아가서 사기업이 수용할 때는 뭐가 달라지겠다는 이런 논의가 하나 있었거든요. 그거하고 지금 여기서 말하는 듀 프로세스라고 아까 말씀하신, 그러니까 사업인정이전에 절차를 과연 적법절차라는 그 논리가 도입되는 것이 논리상 맞는 것인지 아니면 별도의 어떤 절차에 대한 요건을 마련해서 그것을 입법화하고 이런 부분들이 있어야 되는 것인지 그런 부분에 대해서 평소에 가지고 있었던 생각이 어떠셨는지 그 두 가지를 여쭙보고 싶습니다.

정 남 철: 저는 질문하신 그 부분은 표현이 적절하지는 않은 것 같습니다. 최근 문헌을 인용을 했는데 거기 소개된 판례는 방금 말씀하신대로 조금 시기적으로는 오래 된 판결 중에 그러한 내용을 담고 있다는 말씀을 드리겠습니다.

황 치 연: 내용상으로도 부적절 ...

정 남 철: 그 내용상 판단은 독일 학자들이 판단한 부분이라서 그 부분을 소개한 거니까 그 정도로 하겠습니다.

발 표 자: 황치연 연구관님 마이크 잡을 때 제가 좀 겁이 났습니다. 저를 신랄하게 비판하시는 줄 알았는데 고맙게 봐주시는군요. 존속보장을 강조하시는 입장이신 것 같아서 혹시 저하고 입장이 비슷한 건지는 모르겠습니다. 고맙게 생각하고요.

그 다음에 이대근 연구관님 두 가지 질문하셨는데, 저는 우리나라 규범체계 지금 토지 수용건을 행사할 수 있게 하는 규범체계 전반이 문제라고 생각합니다.

공익사업법도 사업인정절차를 보면 일본하고 비교가 안 되게 되어 있습니다. 아시다시피 그냥 공익사업인정을 국토해양부장관이 몇몇 의견 들어서 바로 판단합니다. 그러니까 이 절차도 사실은 문제가 있다는 거지요. 상당히 심각한 문제가 있다고 봅니다.

그런데 의제조항은 더더욱 그런 부분까지 다 결들여서 의제하고요. 또 여러 개발법률들 보시면 의제조항이 너무 많습니다. 심지어 관련된 어떤 허가나 처분이거나 인가나 특허를 받아야 되는 경우가 있는데요. 그것을 포괄적으로 전부 산업단지 지정이 되거나 무슨 사업인정이 되게 되면 전부 그거 특허, 인가 다 받은 것으로 의제하는 조항도 있습니다. 산업법에도 당연히 있습니다. 그러니까 이게 우리나라 규범 전체적으로 보면 입법자가 저는 의도하고 있다고 봅니다. 이것을. 그것이 어떤 형태로든 지금 현재 60여개의 개발법률들이 있는데 이 개발법률들이 가지고

있는 문제점을 누군가 짚어주지 않으면 저는 앞으로 심각한 문제가 된다. 그것이 마지막으로 대법원도 저는 못한다고 봅니다. 종래 대법원의 관례중에 공공필요성 따진 관례를 거의 못 봤습니다. 구체적으로요 당해사업에 대한. 그이야기는 결국은 대법원도 이 부분을 손을 못 댄다는 것이고 결국은 마지막 최후의 보루인 헌법재판소에 이 기능이 이 책임이 주어져 있는 것 아닌가 하는 생각을 가집니다.

그 다음에 하나는 사업인정단계에서의 적법절차의 문제인데요. 저는 헌법재판소가 이 결정에서 적법절차에 문제가 없다고 하였습니다. 그런데 그것을 보면 그냥 이런 의견청취도 하고 몇 가지 절차가 있기는 있지 않습니까? 지금 말씀드렸던. 그 다음에 행정소송을 통해서 그것을 다룰 수도 있다 하는 것까지 결들여서 이렇게 설시를 합니다. 그런데 적법절차는 재판이전의 절차입니다. 그러니까 재산권을 박탈할 때 모든 기본권을 박탈할 때 그 절차가 공정해야 된다는 것이고요. 그 절차의 공정성을 어떻게 담보할 거냐? 결국은 저는 일반적인 적법절차의 원리는 그 절차에 참여하는 재산권을 박탈당하는 자와 박탈하는 자간에 대등한 입장에서 재산권박탈의 타당성이 다투어져야 됩니다. 그게 저는 절차의 공정성이라고 생각합니다.

그러니까 그 절차에 참여하는 기본권을 박탈하는 절차에서 두 당사자가 박탈당하는 자와 박탈하는 자가 있겠지요. 그 박탈하는 두 당사자 사이에 적어도 어느 정도 대립적 구조하에서 사실관계가 확인되고 판단이 되어야 된다는 것이 저는 적법절차의 기본요체라고 보는데요. 그런데 더 나아가서 지금 재산권박탈의 부분은 수용을 하는 과정에서의 적법절차는 그보다 더 엄격한 절차가 요구되는 것이 다라고 저는 이해를 하고요. 그것이 특히 공공필요성에 관한 엄격한 심사가 이루어지지 않은 상태로 바로 행정청이 5개월만에 수용권한까지 다 주게 되는 이런 규범상태로서는 일본하고 너무 비교가 되는게 일본은 심지어 도로를 개설하는데도 10년간 협의를 합니다. 물론 사안마다 다르겠습니다마는, 도로개설 하는 것 당연한 공공의 목적이지요. 그럼에도 불구하고 수용권 발동 바로 안 됩니다. 협의를 충분히 해서 협의해도 도저히 안 될 때 그럴 때 수용권 행사가 이루어지게 되거든요. 그래서 이게 우리와, 물론 우리의 상황이 우리가 개발도상국이었을 때는 저도 이해할 수 있겠습니다. 그런데 지금은 헌법원칙으로 이제는 돌아가야 되는 것 아닌가. 물론 우리도 지금 경제발전을 해야 되는 상황에 있기는 하지만 그래도 이제는 한번쯤은 이 문제를 짚어서 헌법정신을 한번 되새겨야 되는 것 아닌가 하는 생각입니다.

사 회 자: 최 박사님.

최 갑 선 : 극단적으로 표현하면 이인호 교수님 입장에서 보면 공공필요성요건에서 사인을 위한 공용수용은 안 된다는 입장이고, 그런 입장이라면 어떤 경우에 예외적으로 허용할 수 있는지? 예외적으로 허용할 수 있는 아주 특별한 요건이 뭔지 구체적으로 한번 얘기해 주셨으면 좋겠고요.

그 다음에 이황희 연구관님 입장에서 보면 사인을 위한 공용수용은 언제든 다 된다고 그렇게 얘기할 수가 있을 것 같은데, 어떤 경우에 그러면 안 되는 건지? 사인을 위한 공용수용이 안 되는 특별한 요건이 어떤 것인지 얘기 좀 한번 해보시지요. 그러면 서로 입장이 더 명확하게 규명이 될 것 같습니다.

사 회 자 : 예, 말씀하시지요.

김 진 한 : 헌법연구원 김진한입니다.

제가 평소에 많이 관심을 기울이지 않았던 분야의 문제에 관해서 상세하게 설명해 주시고 많이 공부를 했습니다. 그리고 특히 적법절차 부분이라든지 이런 부분에 있어서는 상당히 공감할 수 있는 부분이 있었고 많은 부분 동의하고 있습니다. 그런데 한 가지 의문이 남는 것은 저는 이쪽 분야에 관해서 많이 공부를 하지 않았기 때문에 그냥 소박한 관점에서 들었던 의문입니다.

우리나라 자동차회사가 미국에 거대한 공장을 짓고 또는 동유럽 이런 곳에 거대한 공장을 짓고 또 다른 나라의 다국적 기업이 큰 공장을 특히 그런 공장을 유치하기 원하는 나라에 거대한 공장을 짓습니다. 그럴 때 그 나라 정부 또는 주 정부 또는 지방정부에서 거대한 땅을 그러한 기업들한테 제공을 하지요. 그런데 제공을 할 때 땅 소유자 중에 반발하는 사람은 없었을까 이런 의문이 들고요. 만약 반발하는 사람이 있었다면 그 땅을 빼놓고 그런 정부에서 제공을 했을까 이런 의문이 있습니다.

만약에 그 나라 정부에서 정말 그 공장을 유치하기를 원했다면 아마 그 거대한 땅을 수용을 해서 물론 충분한 보상을 해줬겠지만, 수용을 해서 제공하지 않았을까 하는 생각이 들고요. 그렇다면 우리나라가 우리나라 기업에 대해서 거대한 산업단지를 짓는데 있어서 반드시 그 땅일 필요는 없지만 그 땅이 유리한 지점중에 하나라고 하는 관점을 갖고 있을 때 그 지방정부나 국가의 입장에서는 그 기업이 다른 곳으로 이동하는 것보다는 그곳에 위치하는 것이 전체적인 경제의 관점에서는 필요하다는 판단을 할 수 있고, 그런데 많은 주민들이 동의하지만 그중에 동의하지 않는 주민들이 몇 명 있다고 할 때 그 경우에 그런 산업단지를 포기해야 되는 것인지 그런 부분에 좀 의문이 남습니다. 그래서 혹시나 그런 경우에 전체적인 주민의 관점에서든 수용당하는 많은 토지소유자 입장에서도 혹시나 그

부분을 자신들의 권리를 실현하는 측면에서 이익을 위해서 원하고 있는 측면도 있지는 않을까하는 의문이 있고요.

그래서 연결되어서 연상되는 것은 그러니까 미국의 대륙횡단철도를 만들 때 이게 맞는 예인지는 모르겠습니다. 고등학교 때 토지수용이라는 것이 어떻게 시작되었는지 이런 것을 고등학교 때 선생님께서 설명해 주시기를 대륙횡단철도를 만들 때 이게 똑바로 가야지 어쨌든 철로가 놓이지 않겠습니까? 그런데 그중에 일부 거대한 토지소유자들이 자기 땅에 지나가는 것을 반대했고 그 경우에 그 철로가 돌아가는 것보다는 전체적인 사회적 이익을 위해서 그 땅을 수용하는 것이 낫겠다고 판단을 해서 토지수용제도가 생겼다고 얘기를 들었는데, 그때 만약에 그 철도회사가 개인기업이었다 한다면, 물론 철로 자체는 어떤 공적인 시설이기는 하지만 그 경우에도 사적 이익을 위한 것이 아니었을까 하는 생각이 들고요.

그래서 오늘날 산업단지가 갖고 있는 특성 이것이 종래 어떤 개인공장 하나 이렇게 작은 규모하고는 다르게 그것이 갖고 있는 어떤 거대한 도시성 이런 것들이 있지 않겠습니까? 그런 도시성을 생각할 때는 그러니까 마치 도시가 없던 곳에 새로운 한 도시를 건설하는 것과 같은 효과가 있는 것인데요. 마찬가지로 거기에 대해서 반발하는 사람이 한 두 사람은 있을 수 있고 또 많은 사람들이 반대할 수도 있을 것입니다. 그런데 그러한 도시를 건설한다는 입장에서는 또 어떻게 보면 기존에 우리가 토지수용 하던 원리랑 비슷한 측면도 있지 않은가 하는 의문이 있습니다.

그냥 소박한 관점에서 질문 드렸습니다.

사 회 자: 연관되는 질문이신가요?

그러면 답변을 좀 하실까요?

이 황 희: 앞에 잠깐 제가 말씀드릴 내용이 하나 있는데요. 그러니까 심판대상 관련해서 이런 케이스가 이례적인 케이스가 아니고 사실 상당한 케이스에서 이런 식으로 당사자가 그렇게 적극적으로 주장하지 않은 경우에는 재판의 전체성이 없는 경우는 앞에서 많이 하는 케이스가 굉장히 많이 있습니다. 이점 말씀드리고 싶고요.

그 다음에 제가 앞서 말씀드렸듯이 제가 공하고 사가 분리가 안 된다는 것이 아니고 저도 확신을 가지지는 못하지만 이런 면도 있으니까 한번 고려를 해야 되지 않느냐라는 정도로 말씀드릴 것이고요. 공과 사가 전혀 없다 이런 것은 절대 아닙니다.

그리고 최갑선 박사님의 질문은 제 생각에는 그렇습니다. 많은 고려가 되겠

지요. 이를 테면 그 사회상황이라든가 그 공장이 필요한 어떤 사회적인 정도라든가 실업률 기타 등등이 될 텐데 법으로 그것을 일일이 규정하기가 쉽지 않다는 겁니다.

이를 테면 실업률이 4% 이상일 때 인구 500명 이상의 종업원을 구하는 공장은 된다. 이런 식으로 일일이 법으로 규정하기가 힘들기 때문에 법리 자체에서는 굉장히 일반적인 규정을 쓸 수밖에 없는 거지요. 없고, 대신에 이에 대한 구체적인 처분이 내려지고 이게 공공필요성이 있느냐 없느냐는 법원의 판단에 맡겨져 있다고 생각을 합니다. 사법절차로. 그러니까 이 케이스도 이를 테면 이게 공공의 필요성에 맞느냐 안 맞느냐. 이 구체적인 삼성전자사건이 공공의 필요성에 맞느냐 안 맞느냐는 법원의 판단을 받아야 될 겁니다. 아마 거기 판단을 받은 것으로 알고 있고요.

다만 저희가 판단한 것은 아까 이인호 교수님께서 말씀하셨듯이 이 사건에서 저희는 규범절차로 봤을 때 국가가 주도권을 쥐고 있다고 판단을 한 것입니다. 다만 국가가 주도권을 포기했다, 그렇게 이인호 교수님은 보고 계신 데 그럴 수도 있다고 생각합니다. 국가가 그것을 포기했다고 해서 그것을 이 법의 책임으로 물을 것인가 아니면 그 국가의 책임으로 물을 것인가. 그 포기할 경우까지를 상정해서 그런 만약의 경우까지 상정해서 이것을 한다고 하는 것이, 입법을 한다는 것이 기술적으로 가능한 것인지? 그럴 경우에는 국가가 그런 역할을 포기한 것은 이를 테면 지자체 민주주의 선거로 심판한다든지 아니면 행정소송에서 심판한다든지 그런 식으로 해결해야 되는 것이 아닌가 저는 그런 생각을 하고 있습니다.

발 표 자: 최갑선 박사님, 질문 고맙습니다.

사인을 위한 수용 이 부분은 아까 박종보 교수님의 질문도 유사한 것 같기는 한데요. 말씀드렸던 것처럼 제가 사인을 위한 수용은 어떤 경우에도 안 된다는 취지로 말씀드린 것이 아니고 사인을 위한 수용이 일반적으로 허용될 수 있습니다.

그런데 여기서 말하는 사인을 위한 수용이라는 의미는 기본적으로 공적 주체가 그것을 처음부터 계획을 해 가지고 그 얻어진 어떤 토지에 대해서 수용해서 얻어진 결과에 대해서 그 이익을 나누어주는 겁니다. 나누어줄 수는 있습니다. 아까 제가 미국에서도 하와이케이스 말씀드렸는데, 거대한 토지소유자의 재산을 빼앗아서 나누어 주었습니다. 그거 전형적으로 사인을 위한 수용이지요. 그런데 그 경우에 어떤 논리냐 하면 그것은 거대한 토지독점이라고 하는 사회적 해악을 해소하기 위한 겁니다. 그 자체가 공익인 것이지요. 그 자체가.

또 아까도 말씀드렸습니다마는 재개발하거나 할 때 도시재개발 할 때도 그것

을 가지고 일정한 분량을 하지 않습니까? 그 분양도 그 토지는 누구한테 이용되느냐 하면 그 개인이 이용하는 겁니다. 그 분량을 받은 사람이. 그거 사적이용이지요. 과거에는 그것도 원래 안 된다고 그랬습니다. 기본적으로 공적이용으로만 써야 된다. 그래서 철도, 도로 이것은 전형적인 공익목적입니다. 그것은 그 이용 자체가 누가 하느냐 하면 사인이 하는게 아니라 일반 공중이 하는 것이지요. 그런데 지금은 어느 정도 민간개발자가 재개발이나 노후된 이런 지역을 재개발해서 일정한 사인이 사용할 수 있게끔 분량을 해 준다는지 하는 그것은 전혀 문제가 안 됩니다. 어느 나라도 그것은 다 허용합니다. 저도 그것을 부정하는 것은 아니지요.

그 다음에 하나는 김진한 연구관님 아까 말씀하신 대륙횡단철도 그 사례는 전형적으로 그것은 공익사업입니다. 사인의 사업이 아닙니다. 사인을 위한 수용도 아닐 뿐만 아니라 전형적인 공익사업이고 그것은 수용이 가능하겠지요.

사 회 자: 김주경 연구관님 먼저, 그 다음에 노희범 연구관님.

김 주 경: 헌법재판소에서 근무하는 김주경 연구관입니다.

제가 이렇게 말씀드리는 것은 교수님께서 별로 마음에 들지 아니하는 결정 두 가지 중에 첫 번째 결정과 제가 조금 인연이 있어서 제가 말씀을 드리겠습니다.

이 사건은 제가 검토해 본 결과에 의하면 기본적으로 보상금액에 관한 것입니다. 지금 다른 토지수용에 관련된 법률이 규정하고 있는 토지수용권을 발동시킬 수 있는 요건으로 사업시행자가 기본적으로 협의취득 또는 협의매수를 해야 되는 비율을 50%, 60% 심지어 67%까지 정하고 있습니다. 그러면 자연적으로 협의매수를 하는 과정에서 사업시행자는 그 토지를 수용하게 되고 가격협상을 할 수밖에 없습니다. 가격협상을 하게 되면 보상액이 올라갈 수밖에 없는 현실입니다.

제가 교수님한테 드리는 말씀은 지금까지 규범적인 이야기들, 공공필요성에 대한 규범적인 이야기들이 많이 나왔습니다. 그래서 다소 쉽게 사실적으로 제가 말씀드리고자 합니다. 규범적인 측면이 아니라는 부분을 염두에 두시고 대답을 해주시면 감사하겠습니다.

지금 청구인 그러니까 지금 있는 이사건 이 문제가 된 토지는 충남 아산에 소재하는 토지입니다. 그런데 청구인들 중에 한분은 충남 천안에 거주하시고 두 분은 서울에 거주하시는 분들입니다. 그리고 그분들이 주장하는 이유라고 하는 것이 지금 현재도 아니고 노후에 그쪽 지역에 내려가서 이웃들과 정감 있게 노후생활을 보낼 권리라고 하는 부분과 그분들이 소유하고 있는 토지에 대한 소유권이 라고 하는 부분에 대한 공공필요성과, 그 다음에 특정기업을 염두에 두지 않고 이

게 특정기업이 아니라 어떤 기업이라고 하더라도 일반 지방산업단지가 들어서고 그 산업단지가 완성이 되고 그것이 일반기업들한테 분양이 되고 그 아산이라고 하는 도시에 들어설 수 있는 다양한 기업들이 존재함으로 인해서 가져오는 그 지방 주민들의 먹고 사는 문제, 한 두 사람이 아니라 여러 사람이 먹고 사는 생존권적인 문제와 그 다음에 이 토지소유권자가 가지고 있는 자신들이 침해당했다고 주장하는 권리 두 가지 중에 어느 쪽이 더 공공필요성이 있다고 생각하시는지 답변해 주시기 바랍니다.

사 회 자: 노 연구관님.

노 희 범: 헌법재판소 공보관 노희범입니다.

제가 공보관이라고 말씀드리는 것은 제가 연구업무를 안하고 있고요 지금, 실질적으로 못하고 있고, 공보업무를 하고 있어서 제가.

그리고 오늘 평소 존경하는 이인호 교수님 발표문을 들으니까 헌법을 수호하고 기본권을 보장해야 되는 헌법재판소가 헌법의 자유민주적 기본가치를 파괴하고 헌법의 가치를 굉장히 훼손한 그런 판결이 되어 버렸다. 이런 것에 대해서 제가 대응을 하지 않을 수 없어서 공식적으로.

잘 아시겠지만 우리 이인호 교수님이 헌법재판소를 그만큼 사랑하시기 때문에 좀 강한 톤으로 비판을 해 주신 것 같은데요. 일정부분 상당히 공감이 가고 일리가 있는 부분이 분명히 있습니다.

저는 꼭 발표문이나 토론자의 얘기를 논리적으로 지적하거나 그렇다기 보다 저는 지금 발제자께서도 말씀하셨다시피 규범상태, 법률의 체계가 공공필요성에 대한 판단이 굉장히 배제된 상태에서 민간사업시행자가 쉽게 수용할 수 있는 구조를 갖고 있었다는 점, 그 다음에 분명히 사업지정처분을 자치단체들이 고용창출하기 위해서 굉장히 적극적으로 알아서 해 주거든요. 그래서 심지어 원스톱쇼핑이라고 그래서 외국자본도 들어오면 공짜로 땅을 줄 정도로 이렇게 되어 있는데, 그런 공공필요성에 대한 판단이 사실은 많이 되고 있다고는 하지만 사실 헌법재판소 입장에서 법원에서 과연 그런 공공필요성에 대한 판단이 현실적으로 되고 있는지에 대한 검토라든가 논증을, 하여튼 결정문에 드러나지 않지만 그런 아주 광범위한 조사가 필요하다. 왜냐하면 우리 헌법재판소 입장로서는 재판소원도 안 된 상태에서 규범 그 자체를 형식적으로 판단하기 위해서는 굉장히 어려운 점이 있습니다.

그래서 만약에 법원이 구체적인 사건에서 이런 삼성전자와 같은 거대한 재벌기업의 이윤추구의 대상이 되었다라고 한다면 분명히 법원이나 사업지정단계에서

그런 체크가 분명히 되는 그런 시스템이 되어야 되는데, 사실 우리 현실, 규범의 현실이 그렇게 안 되고 있다는 점이 좀더 우리가 검토를 했어야 되는데, 사실은 이 사건에서는 우리헌법재판소의 판단은 제가 보기에는 법원에서 그 다음에 각 국가기관이나 지방자치단체에서 그런 충분한 공공필요성에 대한 판단이 분명히 있다는 강한 신뢰가 있었기 때문에 그 점에 대해서는 저희들이 공공필요성을 이 사안에서 이것을 꼭 판단해야 된다고 생각은 하지 않았었던 것 같습니다.

다만 지금 발제자께서 말씀하신 그런 부분들이 있었다면 분명히 이 규범을 현상학적으로 있는 그대로만 보고 판단하는 데는 좀 신중을 기해야 될 필요가 있다. 저는 이런 생각이 듭니다.

그리고 또 한 가지는 발제자께서도 민간사업시행자에 대한 수용권을 주는 것 자체를 전면적으로 아예 안 된다 이런 말씀은 아니신 것 같은데, 실제 이 법률은 부가적 제한이 전혀 없습니다. 일반적으로는 개발사업법들이 대부분 토지의 3분의 2 이상을 협의매수 할 것을 전제조건으로 하고 있습니다. 그래서 사업시행에 꼭 필요한 토지인데 몇 사람이 그냥 알박기를 하고 있는 경우에는 조금 수용권을 주는 그런 정도이지 이런 식으로 아무런 제한 없이, 협의매수를 할 생각을 안하겠지요, 공시지가로 다 수용을 해 버리면 되니까요. 그래서 아마 이 법률의 문제점이 좀더 있었지 않나 이런 생각이 들고요.

그래서 이게 앞으로 헌법재판소나 법원에서 더 강하게 공공필요성을 따지기는 하겠지만 한번 이런 결정이 나면 지금 이 탕정사건은 그렇지만 향촌사건이 아마 헌법재판소로 또 제기될 수도 있는데 한번 결정이 나고 나면 이게 쉽게 뒤집어질 수 없는 그런 구조하에서는 헌법재판소에서도 좀더 그런 규범의 상태, 규범이 적용되는 현실에 대한 광범위한 리서치가 고려가 필요했는지 않나 이런 생각이 듭니다.

그래서 우리 발제자께서도 헌법재판소가 국가사회주의적인 그런 법률을 인용해 주거나 나치적인 사고에서 이런 것이 아니고 정말로 공공필요에 의한 것은 법원이 알아서 하는 것이고, 민간사업자에게 수용권을 준 것 자체를 헌법에 반드시 위반된다고는 볼 수가 없지 않겠느냐, 그런 관점에서 여기에 대한 판단을 내린 것으로 봐주시면 좋겠다.

그리고 오늘이 563돌 한글창제기념일이라는데요. 그래서 요즘 판결문 쉽게 쓰기위해 이런 것을 많이 합니다. 그래서 이 판결문 다수의견, 법정의견을 보니까 재판관님들이 굉장히 현학적인 표현을 많이 써요. 그래서 삶의 문명사적 수준이라든가 규범적 층이라든가 이런 표현들을 아주 멋진 표현인데, 저는 공보업무 하다가

보면 이런 질문을 많이 받습니다. 이게 무슨 뜻이냐고? 그래서 재판관님들께서도 초등학교 5학년 수준의 판결문 작성에 조금 동참해 주어야 되지 않나. 그냥 여담으로 말씀드렸습니다.

발 표 자: 김주경 연구관님, 고맙습니다.

이 사건을 아마 담당하셨던 것 같습니다마는 1차 사건은.

저는 사실 이 내용은 모릅니다. 그 청구인들이 어디에서 살고 있는지 정말로 자신의 토지, 보니까 과수원하고 농장이라고 그러는 것 같습니다. 그리고 그 범위가 어느 정도 되는지는 모르겠는데요. 그 사람들의 주장은 그런 것 같습니다. 그러니까 이 사건의 핵심은 내 토지는 산업입지법에 의한 공공필요가 인정되는 영역의 토지가 아니다. 공장부지는 이미 다른데서 다 해 가지고 되어있고 부가적으로 더 삼성전자가 욕심을 많이 내어가지고 거기다가 아파트도 짓고 이렇게 해서 쫓겨나는 사람들을 위한 거주지로 수용하기 위한 것인데 이런 부분까지 수용해야 되느냐? 오히려 이것은 산업법의 본래의 목적하고 안 맞는 그것이라는 취지가 담겨있습니다. 그래서 지금 다투고 명확성의 원칙도 이야기하고 다투고 있는 것이거든요. 그런데 그 부분은 그렇게 짚어 들어갔으면 좀더 좋았지 않을까 하는 생각도 드는데 그런 점이 좀 아쉬웠고요.

질문중에 하나는 정말 거대한 공장을 지어서 먹고 사는 문제가 그 지역이 전부 해결되고 그런데 한 사람 때문에 말이지 그런 것이 만약에 허용되지 않는다. 그러면 그게 과연 공공의 이익을 위한 거냐? 정말 판단하기 어려운 질문입니다. 그런 경우가 있을 수도 있다고 봅니다. 저는 그런 경우에도 수용이 아니라 그것은 협의를 해야 된다. 조금 오래 걸리더라도. 지금 이거 5개월 10일만에 났습니다. 이 거대한 땅들이.

그런데 그런 노력을 왜 기울이지 않아도 된다고 말하느냐. 그런 진지한 노력은 먼저 필요한 것 아닌가요? 적어도 재산권을 박탈할 때 설령 그것이 너는 별로 필요도 없지 않느냐. 늙어서 사후에 노후보장하려고 하는게 뭐 그렇게 중요하냐? 그렇게 따지면 어떤 개인의 소수자의 기본권 소용이 없습니다.

헌법재판소가 존재하는 이유는 우리 사회 내에 다수의 의사로부터도 박탈할 수 없는 불가침의 인권이 있음을 확인하는 기관이 헌법재판소입니다. 다수가 원하면 다 할 수 있다. 그것은 헌법재판소가 아닙니다. ... 인정하면 그건 헌법재판소가 무너진다고 생각합니다.

헌법재판소의 기능은 10조 2항 2문에 있는 불가침의 기본적 인권을 보장하기 위한 것입니다. 다수 이름으로도 박탈할 수 없는 불가침, 불가양의 기본권을 확인

하고자 하는 것이고요, 왜 재산권은 그러면 불가침이냐? 저는 재산권만큼 중요한 기본권은 없다고 생각합니다. 혹시 오해를 할 수도 있겠는데요, 재산권은 자유의 조건입니다.

만약에 생각해 보십시오. 내가 가지고 있는 땅을, 땅이 아니라 조그만 소유권도 강제로 누가 빼앗아 간다고 생각해 보십시오. 가만 내버려 둘 사람 있습니까? 어떻게든 저항할 것입니다. 설령 그게 당신이 보기에는 필요 없는 것이라 하더라도 나한테는 절실하다. 조그만 재산권도 저는 중요하다고 생각합니다. 이것을 가볍게 넘겨서는 안 된다. 그래서 23조 3항이 있는 것이고요. 물론 시대의 흐름에 따라서 재산권도 절대적인 것은 아닙니다. 그렇기 때문에 사회적 기속력이 있고, 그 점은 23조 1항, 2항에서 우리 헌법이 예정해놨습니다. 그 정도로 사회적 기속성이 있을 때는 입법자의 판단하에 어느 정도 제한해라라고. 그런데 23조는 그것으로도 안 된다는 것입니다. 공공필요를 특별히 요구한 것은 다른 의도가 있는 것 아닌가 하는 생각입니다.

노회범 연구관님의 지적은 공보관님으로서의 당연한 지적이시라고, 저도 제가 아쉽다고 생각했습니다, 그래서. 말을 하다보니까 이게 국가 사회적인 ... 이긴 한데, 그것은 오버된 것이고요. 좀 아쉬운게 우리 헌법질서 관점과 그 다음에 현재 수용에 관한 규범 체계를 좀 보시면 너무 심합니다.

그 부분에 대한 통제기능을 헌법재판소가 해줬어야 되는 것 아닌가? 그게 아쉽다는 것입니다.

사 회 자: 재산권이 개인의 자유 실현에서 정말 중요한 기본권이라고 보셨지만 금요일 밤에 휴식권도 그 못지않게 중요한 기본권이라고 하니까 우리가 어떠한 경우에도 9시를 넘기지 말라는 손인혁 연구관님의 말씀이 있으셨습니다.

사실은 이 사건은 시작이라고 생각합니다.

왜냐하면 제가 기억하기로는 1994년에 민간투자법이 처음 만들어졌을 때 그때 이미 민간부분사업시행자에게 토지수용권을 줬거든요.

언젠가는 문제가 되겠지 했는데 이제 사건화가 됐고 앞으로 유사한 사건들이 현재에 많이 오지 않을까 그런 생각을 하고, 오늘의 토론이 바로 그런 사항에 대비하기 위한 어떤 준비라고도 생각합니다.

마지막으로 헌법실무회의 회장님인신 조대현 재판관님의 마무리 발언 듣도록 하겠습니다.

조 대 현: 구체적인 사건에 관한 결정문을 대상으로 해서 깊이 있는 연구와 발표와 토론을 해주셔서 정말 감사합니다.

이런 연구회가 자주 있어야 헌법재판이 더 발전할 수 있다고 생각합니다.

앞으로도 많이 기대를 하겠습니다.

오늘 깊이 연구해서 발표해주신 이인호 교수님, 그리고 토론해 주신 교수님과 연구관들한테 감사드리고, 여러 가지 문제점, 다양한 시각을 제시해 주신 여러분들께 정말 감사드립니다.

앞으로도 많이 이런 지적들을 많이 해 주셨으면 좋겠습니다.

감사합니다.

간 사: 늦게까지 고생 많으셨습니다. 이것으로 모두 마치겠습니다.

헌법실무연구 수록 논문색인(제 1 권 ~ 제 9 권)

제 1 권	제 1 회 발표문 (1999. 7. 2.)	택지소유상한에 관한 법률의 단순위헌결정 — 헌재 1999. 4. 29. 선고, 94헌마37등(병합) 결정, 판례집 11-1, 289 —	윤홍근
	제 2 회 발표문 (1999. 9. 3.)	음란물출판사등록취소사건 — 헌재 1998. 4. 31. 95헌가16, 판례집 10-1, 327 —	이인호
	제 3 회 발표문 (1999. 10. 1.)	도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 — 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927 —	김문현
	제 4 회 발표문 (1999. 11. 5.)	文通事故處理特例法 제 4 조 제 1 항 및 그에 근거한 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 適法性: 違憲決定의 遡及效 문제를 중심으로 — 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 —	윤진수
	제 5 회 발표문 (1999. 12. 3.)	자도소주(自道燒酒)구입명령 판결에 대한 평석 — 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 —	박경신
	제 6 회 발표문 (2000. 1. 7.)	變形決定의 문제점	김운용
	제 7 회 발표문 (2000. 2. 11.)	구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력 — 헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461 —	방승주
	제 8 회 발표문 (2000. 3. 10.)	선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점	이성환
	제 9 회 발표문 (2000. 4. 7.)	노동 3 권의 법적 성격과 노동단체법 — 헌재 1998. 2. 27. 94헌마13등, 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 —	이명웅
	제13회 발표문 (2000. 10. 6.)	평등의 원초적 해석과 실질적 평등의 논리적 존재 — 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	허종렬
	제16회 발표문 (2001. 2. 2.)	청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰 — 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목 등 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 — 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68, 76(병합) —	정연주
	제19회 발표문 (2001. 5. 4.)	미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교	정태호
	제20회 발표문 (2001. 6. 8.)	사립대학교수 재임용제의 헌법적 근거와 한계 — 사립학교법 제53조의 2의 제3항에 대한 헌법소원결정을 중심으로 —	김종철
	제21회 발표문 (2001. 7. 6.)	가변적이고 예측 불가능한 상황에서의 헌법해석 — 헌재 92헌바6 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, 90헌마19 결정, 92헌마41 결정, 94헌마49 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 토론 —‘기본권의 최대한의 보장과 제도의 최소한의 보장’에 전제된 오해의 극복을 위하여—	이종수
	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 위헌결정에 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(審査節圍)	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 판례를 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 법적 성질 — 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 판례의 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 —	박중수
	제51회 발표문 (2004. 12. 3.)	헌법재판소의 정치적 역할: ‘제한적 적극주의’를 넘어서	양 건
		헌법과 예술	김명곤
	제52회 발표문 (2005. 2. 18.)	탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권	정종섭
	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 개정안에 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.)	한국에서 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 체외인공수정 잔여배아(surplus embryo in vitro fertilization)의 법적 지위	강희원
		인간배아에 관한 생명윤리 논쟁과 법정책	이인영
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 (2005. 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.)	유럽법상 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	허중렬
		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 해석방법론 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 과잉금지원칙의 적용여부	한수용
	제86회 발표문 (2008. 7. 11.)	보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견	정태호
	제87회 발표문 (2008. 9. 19.)	미국의 사전제재 법리와 2002년 불온통신규제결정의 재발견	박경신
제88회 발표문 (2008. 10. 10.)	조세국가의 성격 및 구조와 조세입법에 대한 합헌성 심사의 기준	차진아	