

발 간 등 록 번 호  
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

# 憲法論叢

第 26 輯



憲法裁判所



## 目 次

1. 통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 … 崔恩碩 …… 5  
    - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -
  2. 주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서  
    일반적으로 승인된 국제법규의 지위 …… 朴燦柱 …… 67
  3. 성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한  
    헌법적 고찰 …… 李熙勳 …… 173
  4. 평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점 … 韓秀雄 …… 241
  5. 법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견(管見) …… 鄭柱白 …… 299
  6. 헌법재판소 결정의 효력 …… 鄭鎬庚 …… 345  
    - 기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로 -
  7. 유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토 …… 朴眞完 …… 381
- 〈附 錄〉  
憲法論叢 收錄 論文索引 …… 461



통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할  
- 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -

Future of Unified Korea & Functions/Roles of Constitutional Court  
- Focused on constitutional ideology and status of constitutional court -

崔 恩 碩(Choi, Eun-Suk)

統一教育院 教授

- 目 次 -

I. 서론	7
II. 통일을 위한 헌법적 논의	10
1. 통일국가의 미래상	10
2. 통일환경과 헌법적 문제	12
3. 통일한국의 권력구조	15
가. 정치체제 통합 관련 법적 검토	15
나. 통일한국의 국가체제: 단일국가 對 복합국가	16
4. 통일 유형과 헌법의 기본질서	18
가. 전면적·급진적 통일의 경우	19
나. 점진적·단계적 통일의 경우	21

III. 통일한국의 정체성 확립과 헌법적 문제	23
1. 통일한국의 정체성과 헌법정신	23
2. 분단국가의 통일과 헌법	26
가. 독일통일과 헌법적 문제	26
나. 독일통일의 헌법적 시사점	30
3. 역대 정부의 통일·대북정책	32
IV. 통일한국의 미래와 헌법재판소 기능과 역할	33
1. 남북 통합을 위한 헌법의 기능과 역할	33
가. 통일독일의 내적 통합과 제도적 준비	33
나. 헌법적 기능과 역할을 위한 제도적 인프라 구축	35
2. 헌법이념과 위상 정립	38
가. 통일과정에서 북한주민에 대한 헌법상 기본권의 적용 문제	38
나. 통일한국과 헌법재판소의 위상 정립	39
V. 헌법재판소의 통일준비	41
1. 헌법재판과 남북 사회통합	41
2. 통일한국의 헌법적 가치 정립 방향	43
3. 통일로 시작하는 헌법재판제도의 새로운 도전	45
가. 통일과정에서의 헌법제정 혹은 헌법개정	45
나. 통일준비와 헌법재판소의 도전적 과제	48
VI. 결 론	52
* 국문초록 및 주제어	55
* 영문초록 및 주제어	56
* 참고문헌	58

## I. 서론

통일한국의 미래는 한민족 모두에게 자유, 평등, 민주, 복지, 정의 등 인류의 보편적인 가치를 구현하는 국가체제여야 한다. 따라서 통일한국의 헌법은 남북한<sup>1)</sup> 지역 사회공동체의 구성원들이 추구하는 통일국가의 헌법적 가치와 자유민주적 기본질서를 담아야 한다. 광복 70년·분단 70년으로 인한 남북한 사회문화적 격차는 통합과정에서 충돌될 수 있는 여러 가지 헌법적 문제를 해결하고 통일시대에 걸맞는 헌법재판소의 기능과 역할이 요청된다 할 것이다.

특히 남북한 사회공동체의 구성원으로 하여금 공동체의 생활에 동화(同化)되고 원만한 사회통합이 되기 위해서는 헌법재판소의 역할과 그 위상 정립이 그 어느 때보다 필요하다. 북한은 한국의 헌법재판소의 위상에 걸맞는 북한 사법기관으로 헌법재판제도를 두고 있지 않다. 대한민국이 주도하는 한반도 통일의 길을 모색하기 위해서는 무엇보다 통일한국의 미래상과 부합하는 올바른 헌법재판소의 위상 정립이 먼저 요구되어야 할 것이다.

그동안의 분단 상황 지속은 불필요한 국력 낭비와 이산가족의 고통, 자원의 분할 사용 등과 같은 여러 측면에서의 폐해와 이로 인한 민족의 발전과 번영을 저해하고 있다. 또한 분단의 장기화는 남북 간 이질화(異質化), 경제 격차 등의 심화로 민족의 정체성을 훼손시키는 한편 통일에 대한 부정적인 인식으로까지 이어지고 있다.

21세기에 들어선 이후 국제사회는 탈냉전, 세계화의 흐름 속에 자국의 실리추구를 위한 무한경쟁 시대에 돌입했다. 이 같은 추세 속에 통일 한반

---

\* 본 논문에 수록된 내용은 집필자의 개인적 견해이며, 소속기관의 공식입장이 아님을 밝힙니다.

1) 본 논문에서는 서술 편의상 ‘대한민국’의 국호를 ‘한국’, ‘남한’으로 표기하며, ‘조선민주주의인민공화국’의 국호를 ‘북한’, 또는 ‘북측’으로 표기하기로 한다.

도는 지구촌의 평화문제 뿐만 아니라 우리 민족의 생존과 번영을 위한 시대적 과제가 되었다.<sup>2)</sup> 통일은 분단의 고통과 폐해를 극복하고 국가의 지속 가능한 발전을 위해 달성해야 할 우리 민족의 시대적 과제다.<sup>3)</sup> 설사 이러한 통일을 달성했다하더라도 이질화된 남북 간의 격차를 해소하지 못하거나 원만한 국민통합이 이루어지지 못한다면 모름지기 또 다른 국가적 재앙으로 부닥칠 것이다. ‘통일을 이룩한다는 것은 구체적으로 무엇을 의미하는가’라는 물음에 명쾌한 해답을 제시하려면 어떻게 통일을 준비하고 헌법적 가치를 세울 것인가 하는 고민을 거듭해 나가지 않으면 안 된다.

남북한을 통합할 수 있는 이념체계는 전체주의적 계급가치와 형식주의적 개인가치를 발전적으로 통합하여 극복하는 이념체계로 구성되어야 할 것이다. 더욱이 통일을 위해 남북이 모색하는 이념체계는 단순히 이념론적 입장에서 양 체제의 장점만을 취사선택하는 하나의 평균적 결합형태가 아니라 양 체제가 자기모순과 갈등구조를 해소할 수 있는 질적으로 새로운 형태의 이념체계를 갖추어야 한다.<sup>4)</sup>

통일한국은 한민족 모두에게 자유, 평등, 민주, 복지, 정의 등 인류의 보편적인 가치가 존중되고 실현될 수 있는 국가체제임을 구상해 왔다. 그동안 우리 정부가 공식적으로 제시해 온 통일한국의 미래상은 보편적 가치가 존중되고 풍요로운 삶이 보장되는 자유민주주의와 시장경제 체제를 근간으로 삼는 민족공동체 건설이다.<sup>5)</sup> 우리 민족은 오랜 역사 속에서 문화적, 언어적 동질성을 유지해 왔다. 그러나 우리 민족은 일제 식민지 경험과 민족

---

2) 박근혜 대통령이 창설 70주년 유엔총회 기조연설(2015. 9. 29)에서 “통일 한반도는 지구촌 평화의 상징이자 새로운 성장 엔진으로 동북아는 물론 세계의 평화와 번영에 크게 기여할 것”임을 강조한 것도 이러한 추세를 반영한 것으로 보인다.

3) 통일부 통일교육원, 「2014 통일문제 이해」, 2014, p. 9.

4) 황병덕, “통일한국 미래상 대연구2-통일조국의 이념”, 「통일한국」, 통권 제125호, 평화문제연구소, 1994, p. 67.

5) 통일부 통일교육원, 「2014 통일문제 이해」, 앞의 책, pp. 19~21.



의 분단, 그리고 분단의 장기화로 인한 남북한 간 이질성<sup>6)</sup>이 심화되고 통일에 대한 관심이 세대 간에 많은 차이를 보이는 현상이 나타나고 있다. 하지만 우리 민족은 역사 속에서 나라가 위기에 처할 때마다 민족공동체 의식을 바탕으로 민족의 역량을 결집해 왔다. 이러한 우리의 민족정신을 이어받아 우리 민족의 공동체 의식과 동질성을 회복함으로써 남북 분단을 극복하고, 민족공동체 건설을 통해 민족사적 전통을 이어나가야 할 것이다.

특히 분단의 장기화로 남북한 통합과정에서 발생할 수 있는 여러 가지 사회적 갈등을 해소하기 위해서는 통일한국의 헌법이념과 헌법재판소의 위상 정립이 올바르게 제시되어야 할 것이다. 이런 점에서 통일한국의 헌법은 남북한 지역 사회공동체의 구성원들이 추구하는 일정한 헌법적 가치와 자유민주적 기본질서를 담아야 할 것이다. 먼저 남북공동체의 구성원으로 하여금 공동체의 생활에 동화되고 통합되어 살아 갈 수 있도록 해야 한다. 남북한 사회공동체가 원만한 통합을 하기 위해서는 남북 통합과정에서 충돌될 수 있는 여러 가지 헌법적 문제를 해결하고 통일시대에 걸맞는 헌법재판소의 기능과 역할이 요청된다는 점에서 본 논문은 이러한 문제제기를 시작하였고 이로 인한 과제들을 해결하고자 하는 데 목적을 두었다.

대한민국이 주도하는 한반도 통일의 길을 모색하기 위해서는 무엇보다 통일한국의 미래상과 부합하는 헌법재판소의 위상 정립이 먼저 요청되어야 함을 강조하고자 한다. 우선 II장에서는 통일을 위한 헌법적 논의로서, 먼저 통일국가의 미래상을 제시하고 우리 주변국과의 통일환경을 살펴본다. 그리고 통일헌법의 권력구조와 통일 유형에 따른 향후 전개될 헌법의 기본질서에 대해 고찰해 본다. III장에서는 통일한국의 정체성 확립과 헌법적

6) 자본주의와 사회주의 법체제의 이질성을 단기간에 극복하기 위한 법제도의 통합은 갑작스러운 통일상황에 직면하였을 때 임기응변식 대응으로는 도저히 감당할 수 없는 방대한 작업이며 오랫동안 법치국가의 전통을 쌓아온 독일도 그 과정에 여러 시행착오를 겪을 정도로 어려운 작업을 언급하고 있다. 통일법무과, 「통일은 온다-통일법무과 20년의 발자취와 나아갈 길」, 법무부, 2012, p. 4.

문제를 중심으로 살피되, 분단국가의 통일과 헌법을 고찰함으로써 그 시사점을 찾고자 한다. IV장에서는 통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할을 수행함에 있어 그와 결부된 헌법적 가치와 헌법재판소의 위상 정립을 위한 여러 논제들을 언급하고자 한다. V장에서는 헌법재판소의 통일준비 과제로 남북한 사회통합의 중요성을 강조하면서 통일헌법 제정 논의 및 통일시대를 대비한 헌법재판제도의 새로운 도전적 과제와 함께 발전적 운영 방향에 대해 살펴본다. VI장에서 이러한 논의를 통한 내용 요약과 함께 학문적 기대효과를 정리하면서 결론짓고자 한다.

## II. 통일을 위한 헌법적 논의

### 1. 통일국가의 미래상

대한민국이 바람직한 통일을 이뤄가기 위해서는 무엇보다 우리가 달성하려는 통일한국의 미래상이 무엇인지를 분명히 하는 것이 중요하다. 통일한국의 미래상에 대한 연구는 1980년대 당시 국토통일원이 「통일한국의 미래상」(1986. 7)을 발간한 이래 지속적으로 학자들의 연구영역이었다. 특히 이에 관한 연구는 1990년대 탈냉전의 시작과 함께 흡수통일론이 대두되면서 국책연구기관을 중심으로 활발하게 논의되었다. 그러나 이후 화해·협력을 통한 단계적·점진적 통일론이 주류를 이루면서 이에 대한 논의는 질적으로 진전되지 않았고 또한 양적으로도 급격히 줄어들었다. 특히 통일한국의 정치체제에 대한 논의에 있어서는 더욱 그러하다.<sup>7)</sup>

그 결과 국민과 학생들을 포함한 통일교육에 기초가 되는 「통일교육지

---

7) 허문영·이정우, 「통일한국의 정치체제」, KINU 연구총서 10-09, 통일연구원, 2010, p. 3.

침서·학교용」에서도 이에 대한 구체적 방향 제시보다 당위론적 방향을 언급하는 데 머물고 있다. 최근 발간된 「통일교육지침서·학교용」에서는 ‘민족공동체 국가 형성·발전’, ‘자유 민주복지국가 구현’, ‘선택의 기회 향유’, ‘선진 일류국가의 지향’ 등 원칙론적인 수준에서 방향만 제시되고 있을 뿐이다.<sup>8)</sup> 「2014 통일문제 이해」에서는 그나마 보다 상세하게 설명하고 있는데, 한민족 모두에게 자유, 평등, 민주, 복지, 정의 등 인류의 보편적인 가치를 구현하는 국가체제일 것을 들고 있다. 이런 점에서 통일한국의 미래상은 보편적 가치가 존중되고 풍요로운 삶이 보장되는 자유민주주의와 시장경제 체제를 근간으로 삼는 민족공동체 건설이라는 것을 분명히 제시하고 있다<sup>9)</sup>고 할 수 있으나, 결국 통일국가의 최종적 외형만 선언하는 정도에 그치고 있다.

자유민주주의는 인간 개개인의 존엄성을 최고의 가치로 존중하는 정치이념이다. 또한 정치적으로 투표권, 참정권, 정부 선택권 등 정치적 권리를 보장하고 경제적으로 자유로운 경제활동을 보장하는 시장경제의 원리에 바탕을 두고 있는 이념이다.<sup>10)</sup> 통일한국이 지향해 나갈 또 다른 기본 이념은 민족주의다. 여기서 말하는 민족주의는 다른 민족과의 공존공영을 추구하는 ‘열린 민족주의’<sup>11)</sup>를 의미한다. 남북통일의 정당성은 무엇보다 분단돼 있는 한민족의 정치적·문화적 공간을 일치시키는 통일된 민족국가의 형성에 근거하고 있다. 또한 통일한국의 민족주의는 우리 사회 내 소수의 다양한 인종과 문화를 인정하고 공존하는 열린 민족주의를 지향한다.

8) 통일부 통일교육원, 「통일교육지침서·학교용」, 2014, pp. 37~38.

9) 통일부 통일교육원, 「2014 통일문제 이해」, 앞의 책, p. 19.

10) 위의 책, pp. 19~20.

11) 민족주의는 자민족의 번영과 발전을 기하고자 하는 이데올로기다. 다소 배타적인 특징을 지니고 있으나 열린 민족주의는 타 민족과의 공존공영 속에 자민족의 발전을 모색하는 것을 의미한다. 따라서 통일을 지향하는 민족주의는 배타적이고 폐쇄적이 아닌 다른 민족, 다른 집단과의 호혜적 교류와 평화 모색을 보장하는 열린 민족주의다. 위의 책, p. 22.

통일은 단순히 분단 이전 상태로의 회귀를 의미하는 것이 아니라 서로 다른 두 체제를 자유민주주의와 인간의 존엄성이 존중되는 하나의 국가체제로 통합하는 것이며 이것은 결국 헌법을 정점으로 하는 법적 통합 문제로 귀착된다고 하겠다.<sup>12)</sup>

통일이란 다양한 의미의 통일이 있을 수 있으나, 우리의 남북통일이나 독일통일의 경우에 통일이란 하나의 국가로서의 통일, 즉 주권의 표지인 공동된 하나의 법체계 및 공동된 하나의 정부 밑에 남과 북이 들어가는 것을 의미한다. 언어의 통일, 경제적 통합, 민족의 통일 등도 대단히 중요한 것은 사실이지만 그것은 통일의 절대적인 필요조건도 더구나 충분조건도 아니다. 그런 의미에서 우리의 통일의 경우에도 법적인 시각에서의 국가의 의미가 대단히 중요하다는 것을 알 수 있다.<sup>13)</sup>

## 2. 통일환경과 헌법적 문제

헌법에 통일문제가 명시적으로 규정된 것은 1972년 제7차 개정헌법 이른바 유신헌법 전문에 ‘조국의 평화적 통일의 역사적 사명’이라는 문구를 기재한 것이 시초였다.<sup>14)</sup> 이후 1980년 제8차 개정헌법에서 대통령의 평화통일의무(제38조 제3항)를 명시하였고, 국가안위에 관한 중요정책에 통일정책도 포함시켰으며(제47조) 대통령의 자문기구로 민주평화통일정책자문회의(제68조)를 두고 있었다. 한편 1987년 개정된 현행 헌법은 제4조에서

---

12) 장소영, “독일통일과정의 헌법적 문제”, 「통일과정의 헌법적 문제」, 헌법재판소 창립 25주년 기념 학술대회 지정토론편, 헌법재판연구원, 2013. 9. 12, p. 49.

13) 최대권, 「헌법학강의」, 박영사, 1998, p. 78.

14) 제5차 개정헌법(1962년)에도 부칙 제8조에 “국토 수복 후의 국회의원의 수는 따로 법률로 정한다.”라는 조항을 두어 ‘통일’을 전제로 한 내용이 있기는 하였으나 명시적으로 통일이 언급된 것은 1972년 헌법이 최초이다. 송인호, 「통일법 강의-기본이론과 주요 쟁점」, 법률신문사, 2015, p. 173.

“대한민국은 통일을 지향하며 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”고 규정한 이른바 평화통일조항을 신설하였다. 평화통일의무는 모든 국가기관의 의무이다. 여기에서 국가기관에는 당연히 헌법재판소와 사법부도 포함된다고 할 수 있을 것이다. 다만 어떻게 평화통일을 달성할 것인지를 그 방법과 평화통일정책을 결정하는 것은 정책을 담당하는 행정부와 입법부의 우선적 소관사항이라고 할 수 있을 것이다.<sup>15)</sup> 통일문제는 기본적으로 국내적 통일 역량을 갖추어야 하겠지만, 최근 글로벌화되고 있는 세계적 추세에서 국제적 협력과 외교적 역량이 중요해지는 만큼 통일환경 조성에도 헌법적 차원에서 고민하지 않으면 안 된다.

21세기 국제질서 속에서 동북아 지역의 질서도 관련국의 이해관계에 따라 복잡하게 변화하고 있으며, 이에 따라 한반도 통일환경도 변화하고 있다. 한반도 통일은 민족문제인 동시에 국제문제다. 한반도의 통일은 남북한 분단 체제에서 남북한 통일 체제로의 전환이며 동북아 지역에서 한반도 질서의 변화이기도 하다. 한반도 질서의 변화는 한반도 주변 관련국의 전략적 이해에 직간접적으로 영향을 미친다. 또한 한반도 주변국의 전략적 이해가 한반도 질서의 변화에 직간접적으로 영향을 미치기도 한다. 따라서 한반도 통일을 위해서는 국제질서와 동북아 정세의 변화에 지속적인 관심을 가지고 대응하는 것이 중요하다.<sup>16)</sup>

15) 방승주, “헌법재판소와 법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가”, 『통일의 공법적 문제—독일 통일의 회고와 한국 통일의 전망』, 제157회 국제학술대회, 한국공법학회, 2010. 10. 8, p. 345.

16) 최근 한반도 주변 관련국의 지도부가 동시다발적으로 교체된 이후 동북아 정세는 유동성이 심화되고 있다. 미국의 힘의 우위가 여전한 가운데 중국의 부상이라는 변수가 작용하면서, 동북아시아에서 주요 국가 간의 상호경쟁과 협력이 교차되고 있다. 미국은 아시아로의 회귀와 전략적 재균형을 통해 전통적인 우방국과의 동맹 체제를 유지·강화하는 한편, 다자주의적인 협력을 추진하고 있다. 한반도 주변 정세에 대해 자세히는 오윤경 외, 『21세기 현대 국제법질서』, 박영사, 2001; 통일

지금 세계는 자유무역협정(FTA) 등과 같은 국제적 협력을 통해 경제 글로벌화가 가속됨으로써 국가 간의 경제 장벽들이 무너지고 있다. 그 결과로 다른 나라의 글로벌 금융위기는 단순히 좌시할 수 없을 정도로 우리 경제에 큰 영향을 끼치기도 한다. 이러한 시대에 세계 각국은 경쟁력을 높이기 위해 강도 높은 구조개혁 및 법제 개선을 추진하는 한편, 통상을 둘러싼 주도권 경쟁도 갈수록 치열해 지고 있다.

또한 오늘날 정보화사회로 급변하는 시점에서 남북한 원만한 법제통합과 통일한국의 신(新)국가건설의 인프라 구축을 위해서는 미래 과학기술의 발전 방향을 탐색하고 나아가 기술경쟁력을 갖추기 위한 여러 방안을 모색하지 않을 수 없는 것이 현실이다.<sup>17)</sup>

이러한 상황에서 우호적인 통일환경을 조성해 나가기 위해서는 우선 여러 가지 헌법적 문제들을 해결해야만 한다. 그것도 과거 우리가 경험하지 못했던 헌법적 문제들을 다루어야 한다는 점에서 헌법문제 해결을 위한 각종 부담을 안게 될 것이다.

예컨대, 자유무역협정 통상 문제라든가, 국제노동 환경 변화에 따른 외국인 근로자들의 노동 및 귀화 문제, 글로벌화로 인한 국적 문제, 통일과정에서 통일 이전 북한이 체결한 조약의 승계 문제에 대한 헌법적 판단 등 이런 다양한 헌법적 논의가 생산될 것이므로 이러한 문제들을 해소하지 않고서는 통일국가로 발돋움하기 또한 어려울 것이다.

무엇보다 통일환경에서 중요한 것은 분단국과 이해관계를 형성하고 있는 주변국가와의 협력체제의 제도화다. 남북의 통일문제와 관련한 한반도 문제는 국제정치의 문제로 다루어져 왔다. 분명 남북통일은 남북한의 자주적 입장에서 해결해야 할 문제이지만, 한반도와 관련한 주변국가에 대한 고려

---

연구원, 「통일환경 및 남북한관계 전망: 2014~2015」, 통일연구원, 2014; 통일연구원, 「신동북아질서 시대의 중장기 통일전략」, 통일연구원, 2014 등 참조 바람.  
17) 최은석·허 인, 「북한 지식재산권 제도의 이해」, 한국지식재산연구원·신론사, 2014, p. 128.

없이 해결되기 어려운 상황을 직시해야 한다. 다시 말해 남북통일문제는 당사자로서 남북한과 한반도와 직·간접적으로 연관되어 있는 주변국가와의 이해관계에 따른 고도의 정치과정으로서 상황변화에 따른 가변성과 다양성 및 의외성 등을 고려하여 종합적이고 총체적으로 접근해야 한다. 이 점에 있어 독일과 예멘은 그들의 통일에 대한 국제사회의 동의를 얻기 위한 노력을 제도화하였다.<sup>18)</sup> 독일통일은 주변국가의 동의를 획득하기 위한 외교적 노력으로 이른바 ‘2+4 회담’을 비롯한 구소련의 보증, 미국과 구소련과의 합의 등 국제협력 체제에 의해 가능하였다는 점을 인식해야 한다.<sup>19)</sup>

### 3. 통일한국의 권력구조

#### 가. 정치체제 통합 관련 법적 검토

통일국가 초반기에 남북통합의 법적 과제는 실로 광범위한 것으로 예상된다. 통일헌법에 기초할 경우, 각급 정부기구의 구성 등 관련 행정체제의 재편 등이 시행되어야 하기 때문이다. 물론 점진적인 통합과정에서는 남북연합 단계에서 충분한 논의와 제도화를 구축한 상황에서 통일을 맞이하겠지만, 이를 실제로 실현하는 과정에서 서로간의 이해관계에 따라 법적 갈등이나 시행상의 문제점이 발생할 수 있다.<sup>20)</sup>

통일이 되면 좌파이념을 배제할 논리가 없어지는 데다 구북한주민들의 이익을 대변할 정당, 특히 늘어난 빈민층의 복지를 요구하는 좌파정당, 사

18) 독일통일 과정과 발전상에 대해서는 황병덕 외, 「독일의 평화통일과 통일독일 20년 발전상」, KINU 통일대계연구 2010-03, 늘품, 2010 참조 바람.

19) 독일통일과 관련한 국제협력체제의 상황에 관해서는 *Deutsche Einheit; Sonderedition aus den Akten des Bundeskanzleramtes 1989/1990*, Muenchen: Oldenbourg, 1998, S. 158~195; 경남대학교 산학협력단, 「남북한 법제통합에 관한 연구」, 법제처, 2011, p. 16.

20) 최은석·허 인, 앞의 책, p. 21 참조.

회단체가 활성화됨으로써 정치집단이 다양화해질 것으로 예측된다. 남한지역의 각 정당들이 북한지역 유력인사를 끌어들이기 위한 경쟁도 치열해서 남북한 지역의 정치세력 간 연합도 가속화될 것으로 보인다. 이러한 남북한 정당, 사회단체 등의 교류활성화는 실질적인 남북통합에 도움이 될 것으로 예상된다는 것이 전문가들의 분석이다.<sup>21)</sup>

통일국가의 가장 중대한 통합과제는 무엇보다도 통일정부의 조직을 구축하는 것이다. 통일국가의 정부조직을 구축하는 방법은 크게 세 가지 경우로 생각해 볼 수 있다. 첫째는 어느 한쪽 정부가 다른 한 쪽을 흡수합병하는 방법이고, 둘째는 두 정부를 단순히 병합하는 방식이며, 셋째는 양측을 해체하고 발전적으로 새롭게 조직을 구성하는 방법이다.<sup>22)</sup>

#### 나. 통일한국의 국가체제: 단일국가 對 복합국가

남과 북은 공히 국가형태로서 단일국가 형태를 채택하고 있으며, 한반도에서 연방국가 형태를 채택한 역사를 찾기 보기 어렵다. 그런 점에서 통일 이후에도 단일국가 형태 그대로 지속되어야 한다는 논리도 나름 설득력을 가진다. 하지만 분단의 기간이 너무나 길었고 그 분단에 따른 정치·경제·사회·문화 모든 영역에서 많은 간극을 드러내고 있기 때문에 이를 합리적으로 극복하기 위한 방안으로서 연방제가 조심스럽게 거론되기도 한다.<sup>23)</sup>

21) 이와 관련하여 일찍이 1990년대 말 실시했던 한 설문조사의 예를 들어보면, 한·미 전문가 40명 중 33명(82.5%)이 아주가능, 5명(12.5%)이 약간가능, 2명(5%)이 없다고 대답하여 발생 가능성이 매우 높은 것으로 전망하고 있으며, 또한 한국 전문가 17명(85%)과 미국전문가 16명(80%)이 아주가능이라고 각각 응답하여 통일한국에서의 정치집단 다양화에 대해서는 양국전문가가 비슷한 예측을 보인바 있다. 옥태환·김수암, 「통일한국의 위상」, 민족통일연구원, 1997, p. 43.

22) 박종철 외, 「통일 이후 갈등해소를 위한 국민통합 방안」, 통일연구원, 2004, p. 207.

23) 최양근, 「한반도 통일연방국가 연구—동북아를 넘어 유라시아로」, 선인, 2014, pp. 175~238 참조; 성낙인, “기조발제문: 통일시대를 대비한 헌법과 통일법의 과제”,



남북한은 2000년 6월 남북정상회담을 통해 국가연합의 성격을 띤 남측의 ‘연합제안’과 북측의 ‘낮은 단계의 연방제안’이 서로 공통성이 있다고 인정하고 앞으로 이 방향에서 통일을 지향시켜 나가기로 합의한 바 있다. 남북한의 현행 통일방안은 궁극적인 통일경로에서 중요한 차이를 보이고 있으나, 완전한 통일에 앞서 복합국가체제에 의한 과도체제를 거치는 것이 바람직하다는 점에 인식을 공유하게 된 것이다. 그러나 여기서 제기되는 중요한 난관은 이와 같은 통일과정 관리상의 절차적 중요성에 대한 공유된 인식에도 불구하고 남북한 쌍방이 ‘남북연합’이나 ‘낮은 단계의 연방제’와 같은 복합국가체제를 역사상 한 번도 경험하지 못했기 때문에, 그리고 더욱 심각한 것은 통일방안 그 자체에 대한 오랜 불신과 오해의 누적으로 인해 그 실현과 운영방향에 대한 협의를 진지하게 추진해 나갈 준비가 피차간에 전혀 마련되어 있지 않다는 점이다.

이러한 문제를 극복하기 위해서는 무엇보다 먼저 남북연합이나 낮은 단계의 연방제에서 이론적 모형에 해당하는 국가연합이나 연방국가와 같은 복합국가체제에 대한 체계적 이해가 선행될 필요가 있다. 이와 동시에 그러한 복합국가체제를 실제로 체험한 역사적 사례에 대한 체계적 연구를 통해 보다 적실성 있는 대안을 마련해서 앞으로의 필요에 대비해야 한다. 그렇게 함으로써 ‘흡수통일’이나 또는 ‘낮은 단계의 연방제·고려연방제’에 대한 불필요한 오해와 불신을 극복하고, 나아가 남북한 쌍방이 모색하는 통일대화를 성과 있게 추진해야 할 것이다.

통일한국의 국가형태로서 상정될 수 있는 복합국가체제의 역사적 준거모형은 독일, 미국, 캐나다 등의 연방국가 체제모형이다. 이들은 통일을 위한 과도체제 하에서의 통합성과와 내용 여하에 따라서 실제적 채택 가능성이

---

「통일과정의 헌법적 문제」, 헌법재판소 창립 25주년 기념 학술대회, 헌법재판연구원, 2013. 9. 12, p. 11.

선별될 수 있는 체제모형에 해당한다.<sup>24)</sup> 그러나 연방국가 체제모형은 연방이라는 단어 사용에 대해 북한이 사용하고 있으므로 우리 국민들은 다소 거부감이 있는 것도 사실이다.

기본적으로 대한민국의 통일방안에 대해서는 ‘한민족공동체’ 통일방안이 여전히 유효한 것으로 보이며 여기에는 국가형태에 관한 한 특별한 논의가 없었다는 점에서 기존의 단일국가 형태를 그대로 지향하는 것으로 보아도 무방할 것이다.<sup>25)</sup>

북한은 이미 통일 이후 연방제를 주창한바 있지만, 그들이 주장하는 연방제는 남북연합, 즉 국가연합적 성격이 짙다는 평가를 받기도 한다. 특히 김대중 대통령과 김정일 국방위원장 사이에 진행된 최초의 남북정상회담에서는 ‘낮은 단계의 연방제’에 합의한 바 있다. ‘낮은 단계’의 의미에 관해서는 논쟁적이지만 아무튼 주어가 연방제라는 점에서 연방제를 합의한 것이다. 특히 김대중 전 대통령은 과거 재야 시절에 연방제를 주장하여 북측에 동조한다는 비판을 받기도 하였다는 점에서 적어도 연방제에 관한 한 두 정상이 쉽게 합의할 수 있었던 것으로 보인다.<sup>26)</sup>

#### 4. 통일 유형과 헌법의 기본질서

통일의 기본구상은 전쟁 등 무력 사용에 의존하지 않고 남북 간 신뢰와 협의를 바탕으로 평화적으로 추진되는 것이다. 통일은 남북 간 대화와 협상 등 평화적 방식을 통해 이루어야 한다. 이를 위해서는 먼저 한반도에서 전쟁 재발을 방지하고 북한의 군사적 위협으로부터 국민과 국가의 안전을

24) 허문영·이정우, 「통일한국의 정치체제」, 앞의 책, pp. 113~114.

25) 십지연, 「남북한 통일방안의 전개와 수립-자주화·국제화의 관점에서 본 통일방안 연구와 자료」, 들베개, 2001 참조.

26) 성낙인, “기조발제문: 통일시대를 대비한 헌법과 통일법의 과제”, 앞의 글, p. 11.

확보할 수 있는 안보 역량을 구축할 필요가 있다. 우리 헌법 제4조 평화통일조항이 추구하는 평화적 통일을 이끌어 내기 위해서는 대화와 교류·협력의 창을 열어두고 남북관계를 발전시키려는 노력을 지속해야 한다. 즉 상호 신뢰와 화해·협력의 정신에 따라 경제·사회·문화뿐만 아니라 정치·군사·외교 등 다양한 분야에서 남북관계를 개선하는 노력이 이루어져야 한다.

이하에서는 통일 유형에 따른 헌법의 기본질서에 대해 논하기로 한다.

### 가. 전면적·급진적 통일의 경우

통일 논의에 있어서 어떠한 전제나 가정을 붙이는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 이에 관해서는 우선 북쪽 체제와 같은 통일은 상상하기 어려울 뿐만 아니라, 국민소득이 20배 이상 차이 나는 상황에서 불가능한 문제이며 그것은 한민족과 대한민국의 재앙이라 아니할 수 없다. 물론 통일이 민족의 지상과제라는 점에 비추어 본다면 어느 쪽이던 간에 통일이 우선이라는 주장도 있을 수 있을 것이다. 실제로 남북 베트남은 북쪽으로 흡수통일이 되어 사회주의 국가체제를 유지하고 있다. 하지만 통일 베트남도 실질적으로는 시장경제로 진입하고 있다는 점에서 인류사회의 시대사적 흐름인 시장경제를 외면할 수는 없을 것이다.<sup>27)</sup>

독일은 서독식 사회적 시장경제국가로 동독을 흡수하는 편입방식의 통일을 했다. 독일의 통일은 우리에게 많은 교훈과 시사점을 던져주는 것이 사실이지만, 독일식 흡수통일도 예측 가능하였거나 사전에 충분한 준비를 통해서 이루어진 것이 아니라는 사실은 최근 한독통일자문위원회<sup>28)</sup>에서

27) 위의 글, p. 7.

28) 통일부가 주관이 되어 매년 번갈아가며 한국과 독일에서 개최되어 지금까지 제5차 한독통일자문위원회가 진행되었다. 발간된 제4차 위원회 회의록에서는 독일 통일 과정과 법적 문제들을 비롯해 민주적 행정체계 구축, 통일비용과 재원조달, 경제 정책적 전략과 수단, 한독경제협력 네트워크 등이 다루어졌다. 이에 대한 내용은

도 충분히 논의되었고, 특히 독일측 인사들이 강조한바 있다. 물론 독일은 통독 이전에 이미 라이프치히 등에서 민주화운동이 지속적으로 전개되었다는 점에서 폐쇄적인 북쪽과는 그 현실에 있어서 엄청난 차이가 있음을 알 수 있다. 그런 관점에서 본다면 동독은 현재의 북한보다는 정치적으로 훨씬 더 개방적이었음을 알 수 있다. 더구나 동독은 비록 서독에는 미치지 못하지만 경제적으로도 상당한 수준에 있었다는 점에서 통일의 충격이 오히려 우리보다 덜할 수 있었다는 평가도 가능할 것이다. 물론 동서독 사이에 남북한 같은 전쟁도 없었다는 사실이 매우 중요한 인자가 될 수 있을 것이다.

전면적 법제통합은 남한법이 북한 지역에 확대 적용되는 것을 의미한다. 어떤 방식에 의한 통일이 이루어지든 북한 주도의 통일이 아닌 한, 새로운 단일국가의 창설이라는 형식을 갖더라도, 현재의 남북한의 격차, 세계적 추세, 독일의 사례 등을 통해 볼 때 남한의 체제와 제도가 통일한국의 기본 원칙이 될 것임은 자명해 보인다. 이 경우 통일한국은 현행 대한민국 헌법이 지향하고 있는 바와 같이 대한민국과 동일성 내지 계속성을 유지하게 되며, 통일한국의 헌법적 질서는 현재 대한민국의 헌법적 질서를 유지하게 된다. 즉, 통일한국은 자유민주적 기본질서에 입각해야 한다. 헌법재판소는 위 ‘자유민주적 기본질서’를 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가 단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서”를 의미한다고 하면서 그 구체적인 내용으로 “기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립” 등을 들고 있다.<sup>29)</sup> 그 밖에도 자유민주적 기본질서의 구체적인 내용으로 언급되는 것으로는 책임정치의 구현, 행정의 합법률성의

통일부, 「제4차 한독통일자문위원회 회의록」, 2014. 12 참조 바람.  
29) 현재 1990.4.2. 선고 89헌가113 결정.

원칙, 정당활동의 자유보장, 복지국가주의, 문화국가주의, 국제평화주의 등이 있다.

이처럼 통일한국의 기본질서가 자유민주적 기본질서에 입각해야 한다면, 통일한국의 법제 역시 자유민주적 기본질서에 부합해야 한다. 따라서 구체적인 통일한국의 법제도는 이미 위와 같이 자유민주적 기본질서에 입각하여 제정, 시행되고 있는 남한의 법이 기본이 되어야 하는 것은 당연한 이치다. 더군다나 북한의 법제도는 우리와는 전혀 상반되는 일당 독재의 사회주의체제와 계획경제체제에 입각하고 있으므로 이러한 체제를 바탕으로 한 북한법제를 통일한국의 법제로 할 수 없는 것이다.

한편, 북한의 법제도를 일부 수용하여 남북한 법제도의 장점을 살리는 방향으로 새로운 법제도를 마련하자는 견해도 있을 수 있으나, 이는 이론적으로는 몰라도 현실적으로는 불가능한 방법이며 바람직하지도 않다. 현재의 북한법 체계<sup>30)</sup>의 수준으로서 새로운 체제 하의 복잡한 통일한국의 법현실을 규율할 수는 없는 것이다. 무엇보다도 통일 후유증을 최소화하기 위한 신속한 통합이 가장 절실한 과제가 될 것임을 감안한다면 남한법의 전면적 확대 적용은 불가피한 선택이기도 하다. 다만 애초의 발생 당시 사회주의가 추구하고자 했던, 자본의 남용과 횡포로부터 인간을 보호하고자 했던 정신을 추구하는 것은 지금의 우리도 공유하는 과제이기도 하다.<sup>31)</sup>

#### 나. 점진적·단계적 통일의 경우

오랜 분단에서 비롯된 남북한의 이질성을 극복하기 위해서는 꾸준하고 체계적인 노력이 필요하다. 남북이 화해협력을 통해 상호 신뢰를 쌓아 민

30) 박정원, 「북한의 국가법률체계와 입법체계 분석」, 「통일법제 인프라 구축을 위한 입법과제」, 2012 북한법제연구센터 공동학술대회, 국민대 북한법제연구센터·한국법제연구원·(사)한국입법학회, 2012. 10. 11, pp. 1~25 참조 바람.

31) 경남대학교 산학협력단, 「남북한 법제통합에 관한 연구」, 앞의 책, pp. 22~23.

족공동체를 건설해 나가면서 정치통합의 기반을 조성해 나가는 방안이 바람직하다. 남북한 정치체제의 차이, 경제적 격차, 문화적 이질성 등을 극복하면서 통일 기반을 착실히 다져야 통일이 순조롭게 달성될 수 있기 때문이다.

점진적 법제통합의 경우에도 남한법의 북한 지역에 대한 전면적 확장을 원칙으로 하면서, 정치적인 고려 등 특별한 사유에 의해 북한 지역에서의 북한법의 존속이 예외적으로 필요한 경우가 있을 수도 있음을 의미한다. 이때도 북한법이 통일 전의 북한법 그대로 적용될 수는 없는 것이다.<sup>32)</sup> 새로운 체제에 맞추어 수정되어야 함은 물론이다. 점진적 법제통합의 경우, ① 잠정적으로 북한지역에 적용 가능한 북한 법령, ② 부분 개정 후 한시적 효력 인정이 필요한 북한 법령, ③ 즉각적 효력 중지 내지 폐지가 필요한 북한 법령에 대한 선별·적용이 긴요할 것으로 보인다.<sup>33)</sup>

남북한이 점진적·단계적으로 통일을 추구해 나갈 때 공존공영을 위한 민족공동체는 자연스럽게 형성될 것이다. 무엇보다 통일은 국민적 합의와 국제사회와의 신뢰에 기반을 두고 추진해야 한다. 통일문제를 국민적 합의와 신뢰 속에 추진하기 위해서는 시민사회로부터의 의견 수렴 및 투명한 정보공개와 정책 추진 등을 통해 국민적 공감대를 강화해야 한다. 바람직한 통일의 방향은 무엇인지, 통일이 가져올 효용과 편익은 무엇인지, 여기에 투입될 재원 규모와 조달 방안은 무엇인지, 그리고 국민 부담을 최소화하는 방안은 무엇인지 등에 대한 논의와 준비가 필요하다.

한반도 통일과정은 남북만이 아닌 국제사회와의 협력을 통해 이뤄지는 것이며, 국제법질서와도 긴밀한 교류와 협력을 통해 헌법이 추구하고 있는

32) 평화통일 단계별 북한법의 적용 가능성을 제시한 논문으로는 정구진, “평화통일의 과정에서 북한법의 적용 가능성”, 「통일법제 인프라 확충을 위한 쟁점과 과제」, 서울대학교 헌법·통일법센터 주최 학술대회, 2012. 11. 2, pp. 99~100 참조 바람.

33) 경남대학교 산학협력단, 「남북한 법제통합에 관한 연구」, 앞의 글, p. 4.

통일정책의 실효성을 제고하고, 나아가 국제평화주의에 입각한 점진적·단계적 통일을 이루기 위한 헌법의 기본질서를 갖추는 노력을 게을리해서는 안될 것이다.

### Ⅲ. 통일한국의 정체성 확립과 헌법적 문제

#### 1. 통일한국의 정체성과 헌법정신

우리 민족은 한반도에 정착한 이래 농경 중심의 공동체를 이룩하면서 오랫동안 단일민족으로서의 정체성을 유지해 왔다. 삼면이 바다로 둘러싸인 반도라는 지리적 조건 하에서 고유한 우리만의 문화적 정체성을 이어오면서도 대륙과 해양 문화를 주체적으로 수용하면서 동아시아의 역사와 문화 발전의 매개자 역할도 해왔다.

우리 민족은 국가적 어려움이나 사회 혼란에 처할 때마다 언어공동체, 운명공동체, 혈연공동체 의식을 통해 통합과 발전을 도모해 왔다. 우리에게 흐르고 있는 대표적 민족정신으로서 ‘조화정신’은 서로 대립되거나 갈등을 일으키는 요소들을 주체적으로 융합하고자 하는 의식이다. 우리 민족은 일찍이 민간신앙을 비롯해 유교와 불교, 근세 이후에 들어온 기독교 등 다양한 사상을 조화롭게 공존시켜 왔다. 또한 우리 민족은 ‘생명존중 사상’에 기초해 인간 존중과 인본주의 윤리를 발전시켜 왔다. 마지막으로 우리 민족은 폐쇄적이거나 배타적이지 않은 ‘열린 공동체의식’을 지니고 있다. 따라서 우리 민족은 ‘내 가족’, ‘내 나라’보다는 ‘우리 가족’, ‘우리나라’를 내세워 왔다. 이런 의식 속에 우리 민족은 개방적이며 진취적인 세계관을 지니고 주변과 적극적인 교류를 행해 왔다. 현재 우리 주변에는 새로운 터전

을 찾아 온 북한이탈주민, 다문화 가정, 외국인 근로자들이 있다. 이러한 시대 상황은 우리에게 혈연 중심이나 자민족중심주의가 아니라 보다 개방적인 공동체 의식을 요구하고 있다.<sup>34)</sup>

남북 분단 이후 1948년 헌법 제정에서 현재에 이르기까지 헌법은 우리 민족의 정체성을 담는 헌법정신을 보여 왔다.<sup>35)</sup> 우리나라의 헌법현실을 우리나라 사회의 정치·경제·사회·문화의 문맥에서 사회과학적으로 이해하는 바탕 위에서 우리의 헌법정신을 가다듬어 왔고 이를 실천하려 했다는 점은 여러 문헌에서도 확인된다.<sup>36)</sup>

남북통일은 한국민족주의의 요청이지만 국가로서의 통일이 이루어질 때 민족통일도 완성되는 것이라 할 수 있다. 하나의 국가로서의 통일에 있어서 통일된 국가가 연방국가체제를 택하였는가 단일국가체제를 택하였는가 하는 점은 중요치 아니하다. 하나의 국가로서 통일되었다고 하는 점에는 전혀 동일한 까닭이다.<sup>37)</sup> 우리 헌법정신은 정치사회학적으로 볼 때 역사적인 상황 속에서 성립된 역사적인 산물이었다고 할 것이다. 즉 본의 아니게 35년간 일본의 식민지로서 많은 억압과 희생을 당한 우리 민족은 이미 일본의 식민지통치 하에서 민족의 동질성과 공동운명체로서의 일체감 내지 연대의식 같은 것을 절실히 느끼고 있었다. 이와 같은 연대의식이 1945년 해방과 더불어 독립국가건설이라는 컨센서스(Konsens)<sup>38)</sup>에 의해서 더욱 굳어지고 건국의 열망과 집념을 내용으로 하는 강력한 민족적·정치적·역사

34) 통일부 통일교육원, 「2014 통일문제 이해」, 앞의 책, p. 78 참조.

35) 우리나라 헌법의 성립과 제정 과정에 대해 상세히는 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2008, pp. 61~79 참조 바람.

36) 최대권, 「헌법학강의」, 앞의 책, p. 7 참조.

37) 위의 책, p. 78.

38) 라틴어에서 유래하는 ‘Konsens’라는 용어는 우리 말로 ‘동의’ 내지 ‘승낙’ 등으로 번역이 될 수도 있겠으나, ‘동의’ 내지 ‘승낙’은 Konsens라는 개념이 내포하고 있는 헌법학적 의미는 오히려 ‘공동관심사에 대한 합의’라는 말로 표현되고 있다. 허영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2009, p. 50.



적 컨센서스였다 할 것이다.<sup>39)</sup>

따라서 오늘날 우리 헌법 전문에서도 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고……” 라는 부분에서 보더라도 우리 민족의 정체성을 잘 반영한 헌법정신의 일례라 할 것이다. 나아가 통일 관련해서도 헌법전문에서 “조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고……” 라는 대목에서도 통일국가의 정체성 방향과 의지를 매우 강렬하게 보여주는 것이라 하겠다. 이런 점에서 통일한국은 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에서 각인(各人)의 기회를 균등히 하여 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 대한민국 국민과 우리 후손들의 안전과 행복을 영원히 확보할 것으로 선언하고 있다.<sup>40)</sup> 아울러 1948년 7월 17일 헌법이 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의해 개정함을 명문화한 것은 헌법이 대한민국의 나아갈 미래국가상을 잘 표현한 것이라 할 것이다. 따라서 무엇보다 우리의 헌법은 존중되어야 하고 헌법보호<sup>41)</sup>가 이루어져야 한다는 점에서 헌법재판제도가 도입되어 1987년 헌법 개정<sup>42)</sup>에서 들어오게 되었다.

---

39) 허 영, 「한국헌법론」, 앞의 책, p. 62 참조.

40) 대한민국 헌법 전문 참조.

41) 또는 ‘헌법보장’이라고도 한다.

42) 1987년 10월 29일 헌법개정에서는 기존의 헌법위원회를 폐지하고, 헌법보호를 위해 헌법재판소를 신설하여 법원의 제청에 의한 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 법률이 정하는 헌법소원심판을 관장하도록 하였다(헌법개정안 제111조 제1항).

## 2. 분단국가의 통일과 헌법

### 가. 독일통일과 헌법적 문제

서독기본법상 통일방식에 관한 논의를 살펴보면, 1990년 당시 동서독 통일추진 상황은 독일민주공화국(동독)의 독일연방공화국(서독)으로의 편입되는 방식의 형태로 전개되었다. 구소련 및 동구사회주의 국가들의 개혁·개방정책에 영향을 받은 동독주민들의 평화혁명은 동독정권의 붕괴를 가져왔으며, 나아가 궁극적인 독일통일을 가능케 하였다. 이러한 통일과정에서 통일방식에 대한 법적 논의가 활발히 행해졌지만, 결국 흡수통일이라는 현실 상황을 반영하여 헌법 상황도 동독의 서독연방으로의 편입이라는 상황으로 전개될 수밖에 없었다. 아무튼 통일방식과 관련한 법적 논의로는 편입방식의 통일과 관련한 국제법적인 문제, 북대서양조약기구(NATO)와의 관계 등이 있었으며, 대내적 문제 가운데에서는 서독기본법상의 제23조에 의한 편입방식의 통일과 제146조에 의한 신헌법제정 방식의 통일이 제기되었으며, 나아가 제3의 방식으로 서독기본법 제23조와 제146조에 의한 양자결합의 통일방식이 제기되었다. 그것은 동독이 우선 서독기본법에 편입하고 차후 통일독일의 신헌법을 제정한다는 것이다.<sup>43)</sup>

전후(1949~1989) 서독정부(독일연방공화국)의 독일문제에 대한 기본 입장은 “독일민족이 자유로운 자결의 원칙 하에서 독일의 통일과 자유를 달성한다”라고 명시한 기본법의 전문에서 밝히고 있다. 전후 제기된 분단국

---

43) 이는 당시 흡수통일론이 우세한 상황에서 제146조에 의한 신헌법제정이 현실성을 결여한 것이라는 전제에서 출발한 것으로서 기본법 제23조와 제146조를 상호보완관계로 보는 입장에 선 것이다. 독일통일과 헌법 논의에 대해 상세히는 장명봉, 「분단국가의 통일과 헌법—독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료」, 국민대출판부, 2001, p. 15 이하 참조 바람; 법원행정처, 「독일통일과 사법통합」, 법원행정처, 1995, pp. 98~103 참조 바람.

독일문제는 1990년 10월 3일 국가통일이 이루어지면서 해결되었다.<sup>44)</sup>

독일의 경우 냉전의 시작과 동시에 전승국이 두 진영으로 편성되면서 각각의 세력은 동·서 독일 점령지를 기점으로 충돌하기 시작하는데 비슷한 시기에 한반도 문제도 복잡성을 띠기 시작했다. 초기 독일연방 정부는 분단을 원점으로 돌릴 ‘통일정책’을 암중모색하면서 서방통합에 국가역량을 쏟는 가운데 1990년 독일문제를 해결한 것이다.<sup>45)</sup>

분단 당시 초기 서독 외교정책의 국가적 목적은 서독이 독일을 대표하는 유일한 정통국가임을 천명하는데 있었다. 즉 서독의 단독대표권 주장은 동독의 국제법적 비준을 방해하기 위한 정치적 목적인데, 이 목적을 관철시킬 수단으로 제기된 것이 할슈타인 독트린이다.<sup>46)</sup> 아데나워의 통일정책은 기본적으로 민족의 통일보다 우선 서독의 생존을 위해 서방통합에 우선권을 두고 서유럽 건설의 바탕 위에서 장기적으로 독일의 통일을 달성하고자 하였다. 동독을 포함한 동유럽과 단절하고 이 지역으로부터 항복을 받아내어 유럽통합을 이루고 독일통일을 달성한다는 것이었다. 그러나 이러한 통일정책에는 많은 논란이 따랐다. 서독의 일방적인 서방통합정책이 동·서독 간 분단의 골을 더욱 깊게 하는 과정적인 결과를 낳게 되었기

44) Weidenfeld, Werner/Korte Karl-Rudolf(Hg.). *Handwörterbuch zur drutschen Einheit*, Frankfurt am Mail/New York: Campus Verlag, 1992, pp. 127~128. 정홍모, “독일의 분단과 통일과정”, 한국정치사회연구소 편, 「분단국의 통일사례와 한반도 통일과제」, 프리마, 2011, p. 17 재인용.

45) 이제 독일통일의 간접적 교훈이 우리에게 주는 메시지는 한반도 문제가 분단 상황에서 통일로 종결되고 통일 후 내적 통합을 일궈낼 수 있기 위해서 독일 통일의 과정·방법에서 지혜와 교훈을 찾아 매뉴얼을 작성해야 할 때라고 본다.

46) 할슈타인 독트린이란 서독 정부는 동독을 국제법상 국가로 승인한 국가와 외교관계를 단절한다는 것을 의미한다. 아데나워의 이 같은 정치, 즉 “강자의 정치”는 동서진영의 경직된 투쟁과 10년이 넘도록 지속된 서독경제의 기적으로 지속되었다. 그러나 아데나워는 소위 강자의 정치를 실행하면서, 한편으로 독일인들로 하여금 독일의 분단에 익숙하게 만들었으며, 다른 한편으로 서독의 국제적 활동자유를 제약시키는 외교정책의 족쇄를 스스로 채웠다는 비판을 받았다. 정홍모, “독일의 분단과 통일과정”, 앞의 책, p. 28.

때문이다. 그러나 아데나워는 유럽통합을 통해 독일문제를 해결하지 않고는 독일의 통일은 단지 비운의 역사를 반복할 따름이라는 확실한 신념을 가졌다. 그는 독일민족주의라는 자기정체성 내지는 자부심을 유럽통합의 이념으로 대체하고 그 바탕에서 통일을 이루어야 한다고 생각했다. 그리고 유럽으로의 독일통합의 첫 단계로서 서독의 서유럽통합을 상정했다. 무엇보다도 자유, 민주주의, 자결의 가치를 지향하는 서방세계와의 견고한 단결과 발전을 통해 힘을 모으고 그 힘을 바탕으로 동유럽세계를 움직여 유럽의 분단을 극복하고 독일을 통일한다는 견해였다.<sup>47)</sup> 아데나워는 실제상에서는 독일통일과는 반대되는 정책을 취했지만 선언적·이데올로기적 차원에서는 항상 반복하여 독일통일의 가능성과 희망을 부추겨냈다.<sup>48)</sup>

동·서독은 서독기본법을 동독 가입과 동시에 옛 동독지역에도 확대 적용하기로 하였고, 이를 1990년 8월 31일 체결된 통일조약 제3조에 명시하였다. 그런데 통일조약은 서독기본법의 적용영역을 확대하는 것 이외에도 서독기본법을 개정하는 내용을 포함하였다.<sup>49)</sup>

1990년 10월 3일 ‘통일조약’의 발효와 함께 동독이란 국가가 소멸된 것은 물론 동독의 헌법 또한 효력을 상실하게 되었으나, 서독의 기본법이 전

47) 여기서 소련 공산주의사회를 굴복시킨다는 것은 무력에 의한 정복을 의미하는 것은 아니었다. 소련의 팽창정책에 의한 침략을 미연에 방지할 수 있는 군사력을 보유하고, 동시에 소련을 비롯한 동유럽국가들의 경제상황이 극도로 악화될 때 경제 원조를 조건으로 공산주의제도를 포기하게 할 수 있는 경제력을 보유하는 것을 의미했다. Wolfram F. Hanrieder, *Germany, America, Europe: Forty Years of Germany Foreign Policy*, New Haven: Yale University Press, 1989, p. 8; Gert Krell, “Die Ostpolitik der Bundesrepublik Deutschland und die deutsche Frage”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B29, 1990, p. 28. 손기웅, 「통합정책과 분단국 통일: 독일사례」, 통일연구원, 2007, pp. 26~27 재인용.

48) 손기웅, 위의 책, p. 31.

49) 동·서독의 통일조약 수용방식에 관하여 자세히는 장명봉, 「분단국가의 통일과 헌법—독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료」, 국민대출판부, 2001, pp. 20~47 참조 바람; 허완중, “독일통일과정의 헌법적 문제”, 「헌법재판연구」, 제2권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, pp. 176~177 참조 바람.

면적으로 그대로 동독에 확대 적용되게 된 것은 아니다. 비록 동독이 서독에 편입되었다 할지라도 일시에 동독의 사회주의체제가 서독의 기본법이 정하는 자유민주주의체제로 조정되지 못하기 때문에, 통일에 따른 기본법의 직접개정과 아울러 일정기간 동독주민의 생활관계를 규율했던 동독의 일부 법질서를 유지시킬 수 있는 헌법적 근거를 마련할 필요가 있었다. ‘통일조약’은 제4조에서 동독의 연방편입에 따른 기본법의 개정부분을 열거하고, 제5조에서 향후 기본법의 일부 혹은 전부에 대한 개정 또는 보완을 권고하였다.

독일통일에 따른 연방헌법재판소의 주요 판결을 살펴보면, 독일통일이 흡수통일방식으로 구체화하는 과정에서 서독내에서는 몇 가지 위헌문제가 제기되었다. 이에 대해 연방헌법재판소는 통일의 법적 문제를 해결함으로써 독일통일의 법적 장애를 제거하고 통일을 위한 법적 논거를 제공하였다. 그리고 연방헌법재판소는 통일조약 체결과 관련하여 연방정부와 연방의회가 이행한 절차는 서독기본법 제23조 제2문의 재통일명령에 헌법적 근거가 있다고 보았다. 독일민주공화국(동독)은 독일에 속하고, 그것이 독일 연방공화국(서독)과 맺는 관계에서 국제법적으로 외국으로 간주할 수 없으므로 비록 통일조약에서 국제법상 규정이 적용되고 의회가 서독기본법 제59조 제2항에 따른 동의법률 형태로 이에 협력한다고 하더라도 연방정부가 외교권을 행사한 것으로는 볼 수 없다고 하였다.<sup>50)</sup>

일례로 연방헌법재판소는 통일조약 제4조에 관한 합헌 판결을 내렸다. 기민당과 기사당의 의원 8명은 ‘통일조약’ 제4조(기본법 개정)가 의원의 법률개정안발의권을 침해하고, 기본법의 개정이 기본법 제79조의 절차에 의해서만 가능함에도 불구하고 ‘통일조약’에 의해 개정된 것은 기본법 위반이라는 이유로 위헌심판을 제기하였다. 이에 대해 1990년 9월 18일 연방헌

---

50) 허완중, “독일통일과정의 헌법적 문제”, 위의 논문, p. 177.

법재판소는 서독정부는 기본법 전문과 제23조에 의한 ‘재통일명제’의 헌법적 근거에 의해 ‘통일조약’ 제4조의 내용을 정하는 권능을 가지며, 연방정부는 독일통일의 역사적인 기회를 활용하기 위한 넓은 정치적 형성재량권을 갖는 헌법기관으로서 ‘통일조약’ 제4조의 내용을 정한 것은 헌법정신에 반하지 않는다는 논지로 기각판결을 내렸다.<sup>51)</sup>

### 나. 독일통일의 헌법적 시사점

다음에서 우리의 통일문제와 관련하여 독일의 통일사례에서 제시하고 있는 시사점을 법적 측면에서 살펴본다.

첫째, 통일에 대한 규범적 논의의 구체적 접근의 필요성이다. 통일논의는 현실점에서 더 이상 정치논리에만 머물러서는 안된다. 통일논의는 정치적 논의과정을 거쳐 규범적 의미를 가지게 될 때 비로소 타당성과 현실성을 확보하게 된다. 독일의 경우 정치적 차원의 통일논의는 규범적 의미로 발전하면서 구체적 통일과정이 진행할 수 있었다. 즉, 동서독 정부간의 규범적 합의 도출에 의거하여 구체화된 통일과정을 밟아나갈 수 있었던 것이다. 남북예멘의 경우도 양국 정상간의 정치적 통일논의가 규범화되면서 상호간에 합의정신을 유지하고 실현하려는 의지를 구체화할 수 있었고<sup>52)</sup> 통일과정에서의 여러 난관에도 불구하고 통합작업을 진행할 수 있었던 것이다. 이러한 통일사례에서 규범적 통일은 통일을 마무리하고 통일과정을 순조롭게 이룰 수 있었던 경험에서 우리는 교훈을 얻어야 한다.

둘째, 헌법적 측면에서 독일통일의 경우 서독기본법의 잠정헌법성의 반영과 동독의 통합 직전 구서독기본법의 질서에 편입하기 위한 자체의 헌법

51) *BVerfGE* 82, 19. 장명봉, 「분단국가의 통일과 헌법—독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료」, 앞의 책, p. 26 재인용.

52) 남북예멘의 정상간 합의의 규범화를 위한 정상회의의 합의사항의 문건화를 들 수 있다. 여기에는 카이로협정, 트리폴리협정 및 중요 정상회담의 합의서 및 협정이 해당된다.

개혁의 내용은 동서독이 모두 통일완성을 위하여 헌법적 통일체제 및 질서에 적합하도록 하여 헌법규범에 일치시키는 통일을 다졌었다. 더욱이 독일 통일과정에서 서독의 사법적 판단은 통일지향적 방향에서 접근되었다. 예컨대 동서독관계 및 독일통일과정에서 파생된 헌법적 문제에 관한 서독연방헌법재판소의 판결은 독일통일의 법적 문제를 해결하는 방향을 제시하였다.<sup>53)</sup> 이는 동서독 정부간의 규범적 합의 도출에 의거하여 구체화된 통일과정을 밟아갈 수 있었다.

셋째, 독일의 통일과정을 보면, 법적 기초에 의해 통일과정 및 대비작업을 진행하였음을 알 수 있다. 통일논의의 추진에 있어 법적 토대의 마련은 그만큼 추진력과 합법성을 갖추게 되는 것이다. 독일의 경우 서독기본법은 독일통일을 위한 헌법적 토대를 형성하였으며, 동서독간 베를린협정·통협협정·기본조약 등을 통해 분단극복을 위한 독일문제 관련 규정 등을 해결하였다. 특히 통일직전 동서독 사이의 ‘국가조약’과 ‘통일조약’의 체결은 독일통일을 위한 법적 기초가 되었으며, 아울러 통일 후 내부적 통합의 결속을 위한 법제도의 정비를 위한 입법은 이러한 면을 잘 보여준다. 한편 동독의 경우에도 서독으로의 편입과 관련하여 헌법개정을 비롯하여 통일을 위한 동독법제의 정비를 통일 이전에 마무리하였다.<sup>54)</sup>

여기에서 통일의 법적 기반은 통일과 함께 완료되는 것이 아니라 통일 이후에도 내부적 통합을 위해 헌법적 토대 마련과 아울러 법제 정비가 지

53) 이에 관해서는 「독일통일관련 연방헌법재판소의 판례 및 기본법개정에 관한 연구」, 헌법재판소, 1996, pp. 11~56 참조 바람.

54) 이에 관해서는 Peter Riess, Hans Hilger, *Das Rechtspflegerecht des Einigungsvertrages: Gesamtdarstellung mit besonderer Berücksichtigung der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens*(Berlin: Walter de Gruyter, 1991), S. 55~241; Klaus Stern, (Hrsg.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit, Band I (Eigentum - Neue Verfassung - Finanzverfassung)*, II (Zur Wiederherstellung der inneren Einheit), III (Zur Entstehung von Landesverfassungen in den neunten Ländern der Bundesrepublik Deutschland) (Koeln: Carl Heymanns Verlag KG, 1991. 1992) 참조. 독일의 통일과정 및 통일 후의 법제에 관한 개관은 「법률로 본 독일 통일」, 통일원, 1995, pp. 3~279.

속적으로 진행되어 왔다는 데에서 또 다른 교훈을 얻게 된다.

### 3. 역대 정부의 통일·대북정책

우리 역대 정부의 통일정책을 개략적으로 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.<sup>55)</sup> 먼저 이승만 정부의 통일정책은 실질적인 통일방안을 모색하고 제기했다기보다 선언적이고 상징적인 통일정책이라 할 수 있다. 박정희 정부(1961~1979년)의 통일정책은 1960년대 선(先)건설 후(後)통일 정책과 1972년 초 평화통일정책, 그리고 1972년 10월 17일 유신 쿠데타 이후 형식적으로는 평화통일에 대한 의지를 천명하지만, 실질적으로는 장기 집권을 위해서 분단고착화의 길을 택했다는 데 있다. 전두환 정부(1980~1987년)의 통일정책은 민족화합 민주통일방안이라는 구체적 통일방안을 제시하였으나 실질적으로는 지역적 성과를 이루는데 그치고 말았다. 노태우 정부(1988~1992년)의 통일정책은 1988년 9월 7일 민족자존과 통일번영을 위한 특별선언과 1989년 8월 11일 ‘한민족공동체 통일방안’<sup>56)</sup> 발표로 평가받을 수 있다. 김영삼 정부(1993~1997년)의 통일정책은 이른바 3단계 3기조 통일정책으로 알려져 있다. 김대중 정부(1998~2002년)의 대북정책은 이른바 햇볕정책으로 불리는 ‘대북포용정책’을 제시해 남북교류협력에 중점을 두었고,<sup>57)</sup> 노무현 정부(2003~2007년)의 대북정책은 ‘평화번영정책’으로 김대

55) 역대 정부의 평화통일정책의 비교 분석에 대해서는 정영화, “역대 정부·현 정부의 평화통일정책의 비교 및 헌법적 평가”, 「통일의 공법적 문제-독일 통일의 회고와 한국 통일의 전망」, 제157회 국제학술대회, 한국공법학회, 2010. 10. 8, pp. 261~304 참조 바람.

56) 1988년의 ‘민족자존과 통일번영을 위한 특별선언’(7·7선언)을 계승하는 정책으로, 국회에서 대통령의 특별선언을 통해 발표되었다. 이 통일방안은 남북 간에 누적된 불신과 대결의식, 그리고 이질화 현상을 그대로 둔 채 일시에 통일을 이룩한다는 것은 현실적으로 어렵다는 것을 전제로 하고 있다.

57) 김대중 정부는 2000년 6월 첫 남북정상회담을 통해 ‘6·15 남북공동선언문’을 채



중 정부의 대북정책의 계보를 이었다.<sup>58)</sup>

이명박 정부(2008~2012년)는 ‘상생공영정책’(비핵·개방·3000)을 제시함으로써 지난 10년의 정부와 달리 대조를 이루어 남북관계가 답보상태에 놓이게 되었다. 이후 박근혜 정부 들어 남북관계의 지속가능한 대북정책을 위해서는 우선적으로 남북 간 신뢰형성이 중요하다는 점을 강조하고, 남북 관계가 ‘도발-위기-타협-보상’과 같은 악순환 고리가 반복되게 된 것은 ‘신뢰’의 부재에서 출발해 이러한 신뢰는 남북한 사이에 국한되지 않고 국민들로부터의 신뢰가 가장 중요함을 기반으로 삼고 있다.<sup>59)</sup>

## IV. 통일한국의 미래와 헌법재판소 기능과 역할

### 1. 남북 통합을 위한 헌법의 기능과 역할

#### 가. 통일독일의 내적 통합과 제도적 준비

통일 이후 헌법재판소의 기능과 역할이 제대로 작동될 수 있도록 하기 위해서는 통일한국의 미래상과 부합하는 헌법재판소의 기능과 역할이 필요하다. 독일통일 과정에서도 가장 중시한 것은 바로 내적 통일을 향한 길을 어떻게 정할 것인가 고민했던 흔적들이 나타난다. 일례로 홍수피해의 극복은 공동의 연대적인 역량결집을 통하여 커다란 성과를 얻을 수 있음을 보

택하였다.

58) 노무현 정부에 들어서서는 2007년 10월 두 번째 남북정상회담을 통해 ‘10·4 선언문’을 채택하였다.

59) 한반도 신뢰프로세스의 추진 배경을 ① 전진과 후퇴를 반복해 온 남북관계의 악순환을 단절, ② 북한 핵문제 등 한반도 안보위기의 근원적 해결, ③ 과거 대북정책의 장점을 수용한 통합적 접근 모색을 내세우고 있다. 통일부 사이트([www.unikorea.go.kr](http://www.unikorea.go.kr), 검색일자: 2015. 8. 28) 참조.

여 주었다.<sup>60)</sup> 이러한 공동소속감이 시련의 상황에서도 입증되어야 하는 것이 옳다면 독일은 이 시험을 이미 통과했다. 독일의 내적 통합 상황은 국가적 역량결집에서 최고의 면모를 보여 주었다. 내적 통합에 대한 확신감의 증가 추세는 일반적인 정치적, 문화적 논쟁에서 분명하게 나타났다. 이 새로운 열린 자세는 삶의 방식과 삶의 관계를 합법화하려 들거나 범죄화하려 하지 않았다.<sup>61)</sup> 오히려 이는 동독지역 혹은 신연방주의 사람들에만 한정되지 않고 공동의 과거에 대한 수용의 전제가 강화되고 있다는 기대<sup>62)</sup>를 보여줌으로써 동서독 간의 원만한 사회통합을 일궈냈다고 할 수 있다.

그 밖에도 통일독일은 동독지역 재건 프로그램과 정책 영역에도 지대한 관심을 갖고 국가정책적으로, 헌법적으로 법적 뒷받침을 해 왔음을 여러 영역에서 확인할 수 있었다.<sup>63)</sup>

---

60) 2002년 8월 당시 독일은 역사상 가장 심각한 자연재해를 겪었으며, 그 피해는 엄청났다. 33만 7천여 명이 홍수피해를 입었으며, 20명이 죽었고, 10만여 명이 대피해야 했다. 홍수 발생 시기와 그 이후의 시기에 독일 전역은 홍수희생자에 대한 지원의 물결로 뒤덮였다. 단지 개인적 후원의 규모에서 뿐만 아니라 인근과 멀리에서 몰려들어 온 후원은 그 정도를 실감케 하였다. 여기서 통일독일의 응집력과 공공정신이 독일 전역을 휘감았다. 이는 구동독지역 피해지역의 지속적인 재건불가 상황이 장기화되는 것을 방지하도록 하였다. 이 기간 동안 많은 사람들에 있어서 독일의 통일은 개인적으로 경험 가능한 것이었다. 이러한 성숙한 연대는 계속 유지될 것을 희망하였고, 신연방주와 구연방주의 지속적인 공동 전진을 위한 통일독일의 협동과 공공정신을 보여준 통합의 모범으로 회자된다. 통일부, 「독일통일백서(2003)」, 통일부, 2004, p. 26.

61) 동서독은 통일을 전후한 사법통합의 준비와 그 기초 작업으로 법원 간의 사법공조 및 통일조약을 체결해 통합준비 과정을 착실히 진행해 왔다. 법원행정처, 「독일통일과 사법통합」, 법원행정처, 1995, pp. 64~94 참조 바람.

62) 통일부, 「독일통일백서(2003)」, 앞의 책, p. 30.

63) 독일통일을 위한 준비로는 정책적으로, 헌법적으로 다방면에서 진행돼 왔다. 통일을 위한 준비 과정으로 동방정책과 모스크바조약, 베를린협정, 동·서독 기본조약 등이 체결되었다. 이에 관해 상세히는 법원행정처, 「독일통일과 사법통합」, 앞의 책, pp. 13~20 참조 바람.

#### 나. 헌법적 기능과 역할을 위한 제도적 인프라 구축

분단의 장기화로 인한 남북 간의 경제적·사회문화적 격차 해소는 통일한국의 새로운 도전 과제로 다가올 것이다. 이를 해결하기 위해서는 통일독일과 같이 통일준비를 위한 북한지역 재건 프로그램과 법적 인프라 구축이 필요하다.<sup>64)</sup> 법치주의 국가이념, 사법에 의한 국가권력 통제에 대한 개념이 부족했던 구동독의 사법제도 하에서 그러한 임무를 담당해야 할 본래적 의미에서의 국가법원은 법의 문외한인 일반인이 재판을 담당하는 사회주의적 의미의 법원에 그 권한과 직무를 많이 이양했다.<sup>65)</sup> 북한지역 주민의 경우도 구동독 지역 주민과 같은 사회적 환경에 놓여 있다는 점에서 우리에게 주는 시사점을 제공해 준다. 북한도 본래적 의미의 법원<sup>66)</sup> 기능보다는 당정책을 실현하는 사회주의국가로서의 법원 기능을 해 왔다고 할 수 있다.<sup>67)</sup>

우리 헌법은 제3조(영토조항)와 제4조(평화통일조항)에서 추구하고 있는 헌법적 가치질서를 구현하기 위해 「남북관계 발전에 관한 법률」을 2005년 12월 29일 제정해 2006년 6월 30일 시행하고 있다. 이 법률은 남한과 북한 간의 관계를 ‘통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계’

64) 정부도 정책추진 기반 강화를 위해 법·제도적 기반 구축차원에서 통일법제 관계 부처와의 협업체계 구축을 강구하고 있다. 이에 대해서는 통일부, 「2015 통일백서」, 2015, pp. 249~256 참조 바람.

65) 법원행정처, 「독일통일과 사법통합」, 앞의 책, p. 49.

66) 북한은 법원을 ‘재판소’라 한다. 최고재판소를 정점으로 그 밑에 도(직할시)재판소와 시(구역), 군인민재판소를 두고, 이 밖에 특별재판소를 설치하고 있다. 특별재판소에는 군사재판소, 철도재판소, 군수재판소를 두고 있다(북한 재판소구성법 제3조). 참고로 북한의 「재판소구성법」은 1976. 1월 최고인민회의 상설회의 결정 제19호로 채택된 후, 1998. 7월 1차 수정보충, 1998. 11월 2차 수정보충, 2009. 4월 3차 수정, 2011. 12월 4차 수정보충되어 현재에 이르고 있다.

67) 북한의 사법제도에 대해 상세히는, 법원행정처, 「북한사법제도개관」, 법원행정처, 1996 참조 바람.

로 규정함과 아울러 남북 간 거래는 국가 간의 거래가 아닌 ‘민족내부거래’임을 명시하여 「남북기본합의서」(1991) 등을 통해 합의된 정신을 국내 법으로 재확인하였다<sup>68)</sup>는 데에 큰 의미가 있다.

이 법률에서 남북관계발전을 위한 정부의 책무로 한반도 평화 증진, 남북경제공동체 구현, 민족동질성 회복, 인도적 문제 해결, 대북지원 등을 규정하고 이를 실현하기 위해 5년 단위의 남북관계발전기본계획 및 연도별 시행계획을 수립·추진하도록 의무화하였다.

이처럼 이 법률은 남북관계를 포괄적으로 규율한 최초의 법률이자 남북 간 평화공존을 상징하는 법률이라 할 수 있으며, 따라서 이 법의 제정 의의는 매우 크다고 하겠다. 이제는 정부의 대북정책도 ‘통치행위’의 범주에서 벗어나 ‘법치’의 테두리에서 추진되어야 할 것이다. 이 법에 의거하여 정부가 중장기적 비전에 따른 일관된 정책을 추진함으로써 남북관계발전을 도모하고, 헌법정책의 목표이자 과제인 평화적 통일의 기반을 구축해 나가야 한다. 아울러 헌법재판소는 국가기관과 국민통합을 위한 남북통합 핵심 기관으로 새롭게 거듭 나야 하며 남북한 주민의 통일공감대 형성을 위한 역량을 집중해야 한다.

무엇보다 헌법재판제도의 실현을 위해서는 법적 인프라 구축의 일환으로 통일법제 구축사업을 위해 통일법제 관계부처와의 협업체계를 구축할 필요가 있다. 2014년에는 그동안 문제로 지적돼 오던 통일법제 업무의 중복을 방지하고 부처 간 업무 연계성을 강화하기 위해 통일부·법무부·법제처가 업무협약(2014. 9. 3)을 체결하였다. 업무협약을 계기로 각 부처는 통일법제 사업 전반에 대한 협력에 합의하였으며, 협약의 후속조치로서 다양한

---

68) 남북한 특수관계의 법적 근거와 북한의 법적 지위에 대해 상세히는 이효원, 「통일법의 이해」, 박영사, 2014, pp. 91~126; 양영희, “북한의 법적 지위”, 「통일사법정책연구(1)」, 법원행정처, 2006, pp. 17~34; 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 「남북교류와 관련한 법적 문제점(1)」, 법원행정처, 2002, pp. 11~71 참조 바람.

협력사업을 추진하였다. 우선, 그동안 각 부처가 별개로 관리해 오던 통일법제 DB를 하나로 통합, 공동으로 관리하는 시스템인 ‘통일법제 데이터베이스’<sup>69)</sup>를 구축함으로써, 정부 보유 자료에 대한 대국민 접근성을 향상시키고 보유 자료의 중복을 방지하게 되었다. 이는 부처 협업 및 정부 정보의 개방성·접근성 제고를 핵심으로 하는 정부 3.0기조에 적극 부응한 것으로서, 이를 통해 정부 부처 간 칸막이를 제거하고 협조체계를 정착시키고자 한 것이다.

그리고 유관부처 간 협업과 법률 전문가들의 전문성을 융합하여 상승효과를 거두기 위해 2014년에도 통일정책실장을 위원장으로 통일부·법무부·법제처 통일법제 담당자와 관련 민간 전문가들이 참여하는 ‘통일법제 추진위원회’를 지속 개최하였다. 연 4회 개최되는 회의를 통해 통일법제 관련 정책과 사업에 대한 민간 전문가의 자문 및 의견을 수렴하고, 정부부처 간 업무중복을 방지함으로써 통일법제 사업의 효과성을 제고하였다.<sup>70)</sup>

통일문제 중에서 가장 큰 문제는 바로 헌법적 문제 해결을 위한 신속한 헌법해석과 판단이 요구된다는 점이다. 그런 점에서 몇 가지 아쉬움이 남는다. 남북통일은 기본적으로 헌법적 논의<sup>71)</sup>가 중심이 되어 다양하게 논의 전개가 필요한데, 헌법기관인 헌법재판소가 협업체계를 함께 하지 못한 점은 향후 협업체계를 이룰 수 있도록 한다면 그 상승효과는 더 크다고 할 것이다. 차제에는 헌법 전문가가 다수 「통일법제추진위원회」의 구성원으로 참여하는 방안도 함께 강구될 필요가 있음을 제안한다. 그래야 온전한 통일한국을 건설하는데 헌법기관이 함께 동참함으로써 비로소 통일한국의 미래를 미생에서 완생으로 거듭날 수 있도록 기능하게 될 것이며 통일법제

69) 접속 사이트 <http://www.unilaw.go.kr> 참조 바람

70) 통일부, 「2015 통일백서」, 앞의 책, pp. 253~254.

71) 예컨대 통일헌법 제정, 헌법개정, 기본권 제한, 북한주민의 법적 지위 등에 대한 많은 헌법적 판단이 그때 그때 요구된다.

기반구축 또한 실현되지 않을까 생각된다.

## 2. 헌법이념과 위상 정립

### 가. 통일과정에서 북한주민에 대한 헌법상 기본권의 적용 문제

대한민국 헌법은 ‘인간의 존엄과 가치’를 기본권의 핵심 내용으로 정하고, 국가로 하여금 ‘인간의 존엄과 가치’를 핵으로 하는 기본권 보장 의무를 부과함으로써(헌법 제10조) 기본권 보장의 원칙적인 가치 지표가 ‘인간의 존엄성’이란 점을 명백히 밝히고 있다. 따라서 우리 헌법 제10조가 보장하는 ‘인간으로서의 존엄과 가치’는 통일한국의 헌법상 기본권 질서의 이념적·정신적인 출발점인 동시에 모든 기본권의 가치적인 핵심으로서의 성격을 갖기 때문에 통일한국의 헌법질서의 바탕이 되어야 하며, 통일한국의 헌법질서에서 절대적이고 양보할 수 없는 최고의 가치적인 컨센서스(Konsens)를 의미하게 된다.

문제는 통일 후 북한주민에 대한 현행의 헌법질서를 어떤 방법으로, 어떻게 보장할 것인가에 있다. 통일은 북한주민에게 대한민국의 헌법질서를 확장 적용하는 것이다. 이 과정에서 북한주민에게 헌법상 규정된 기본권을 전면적 확대 적용할 것인지, 혹은 선택적으로 적용할 것인지, 또는 기존의 북한헌법의 일부 기본권을 잠정적으로 적용할 것인지 문제될 것이다. 현실적으로 대한민국이 주도하는 평화통일을 전제하면 북한헌법의 기본권은 적용될 여지가 없을 뿐만 아니라, 현행 헌법의 기본권을 선택적으로 적용하는 사안도 아니다. 결국 통일은 현행 헌법상 기본권이 통일된 상황 하에서 북한주민에게 직접적이고 전면적으로 확장 적용되는 것이 통일의 취지에도 부합하게 될 것이다.

그렇다면 통일한국의 헌법질서는 평화적 통일의 사명에 입각하여 정치,

경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 남북한 전체주민들 모두에게 각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여 자유투쟁과 조화를 바탕으로 '자유민주적 기본질서'를 실현하기 위해서(전문) 국민의 자유와 권리를 헌법적 가치로 보호해야 한다. 즉 사회성과 주체성을 구비한 자주적 인격체로서의 남북한 주민이 사생활과 정신생활 영역은 물론, 정치, 경제, 사회·문화 생활영역에서 필요로 하는 일정한 공감대적 가치를 기본권으로 보호해야 한다. 부연하면, 통일한국의 헌법은 기본권의 이념적 기초를 '인간의 존엄성'에 두고, 기본권 실현의 방법적 기초를 '평등권'에서 구하면서, 모든 국민에게 사생활과 정신생활, 그리고 정치, 경제, 사회·문화생활에서 필요로 하는 자유와 권리를 보장해야 한다.<sup>72)</sup>

#### 나. 통일한국과 헌법재판소의 위상 정립

통일한국을 이루는 과정에서 가장 중요한 부분은 바로 헌법을 잘 정비하여 올바른 국가질서를 세우는 것이다. 따라서 통일헌법을 제정하거나, 기존의 헌법을 통일환경에 맞춰 개정하더라도 헌법을 잘 보호하고 실행하는 것이 필요하다. 헌법의 보호란 헌법이 확립해 놓은 헌정생활의 법적·정치적 기초가 흔들리거나 무너지는 것을 막음으로 인해서 헌법적 가치질서를 지키고 국가의 기본법인 헌법으로서의 위상을 가져야 할 것이다.<sup>73)</sup>

여기서 헌법심급으로서의 헌법재판소의 전문성·고유성과 그 결정의 잠정성이 어떻게 조화될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이는 헌법재판소와 다른 국가기관들이 헌법해석의 대화과정에서 어떠한 구조와 소통방식을

72) 한국제도경제학회, 「남북한 통합과정에서 헌법상 기본권의 북한 적용 문제」, 통일부, 2012, pp. 49~50.

73) 헌법의 보호는 헌법이 가지는 최고규범성에서 나오는 당연한 결과이다. 허영, 「한국헌법론」, 앞의 책, p. 126.

가져야 하는가 하는 문제로 연결된다. 그러나 헌법재판소가 헌법의 의미에 관하여 내리는 결정은 독점적이지도 않고 최종적인 것도 아니다. 제도적으로도 명령·규칙에 대한 위헌심사권(헌법 제107조 제2항), 선거관련소송(공직선거법 제222조, 제223조)은 법원에 분장되어 있고, 실무상으로도 정치적 결단을 요하는 성질의 문제에 대하여 국회 또는 대통령 내지 정부의 결정을 존중하고 판단을 유보하는 등 헌법재판소는 독점적인 지위에 있지도 않고 또한 스스로도 그렇게 주장하고 있지도 않다.<sup>74)</sup>

특히, 남북한 통합으로 발생될 수 있는 여러 가지 사회적 갈등을 해소하기 위해서는 앞서 문제제기 되고 있는 통일국가에서 통일한국의 헌법이념과 헌법재판소의 위상 정립을 올바르게 제시할 필요가 있다. 특히 북한의 사법기관과의 비교 시 한국의 헌법재판소의 위상에 걸맞는 북한 사법기관을 별도 설치하고 있지도 않으므로 북한주민들의 경우 헌법인식은 물론 헌법의 중요성에 대해 잘 알지 못하는 것으로 알려져 있다.<sup>75)</sup> 따라서 남북한 통합과정에서 통합의 조정자로서의 헌법재판소의 역할이 요구되며, 또한 지금과 같이 헌법보호 기관으로서의 헌법재판소의 기존의 역할을 충실히 수행할 것이 요청된다 할 것이다. 헌법재판이 민주적 정당성을 가져야 한다는 것은 헌법해석에서도 요구되는 것이지만, 통일과정에서 법률의 위헌여부에 대한 재판에서 그 성질상 요구되는 것이다.<sup>76)</sup> 따라서 한국의 헌법재판소의 역할과 그 위상 정립은 남북한 통합 시 매우 중요한 그 역할과 기능이 기대된다고 할 것이다.

74) 김선택, “헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할—한국헌법재판, 제3의 길, 가능한가?”, 「공법연구」, 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013, p. 36.

75) 북한이탈주민들은 북한과 전혀 다른 법환경인 남한에서 살게 된다. 남한은 민주주의 사회로 수령이나 당이 지배하는 사회가 아니기 때문에 법이 더욱 중요하다는 것은 쉽게 예상할 수 있다. 남한사회 정착시 법을 모른다면 불이익을 겪는다고 생각하는 사람이 78.2 퍼센트나 되는 것은 바로 이러한 사정을 잘 보여 주고 있다. 윤대규, 「북한주민의 법의식」, 한국법제연구원, 2005, p. 105.

76) 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2002, p. 11 참조.



## V. 헌법재판소의 통일준비

### 1. 헌법재판과 남북 사회통합

헌법은 국가질서의 근간을 정하는 기본법으로 국가공동체의 최고규범으로 작동하고 있다. 그렇기 때문에 헌법은 큰 틀의 성격을 갖는다. 세세한 부분까지 헌법에서 정하는 것은 현실적으로 가능하지도 않고, 바람직하지도 않기 때문에, 국가질서의 방향과 구조에 대한 큰 그림만을 헌법에서 직접 규정하고 있는 것이다.<sup>77)</sup>

따라서 헌법보호 및 헌법실현을 위해서 헌법재판의 독립은 헌법이 보장하는 권력분립 원리인 동시에 헌법재판의 성질을 가진다고 할 것이다. 헌법재판의 독립은 협의적으로 헌법재판 작용에서의 독립, 즉 재판상의 독립을 의미하지만 이를 실현하기 위해서는 헌법재판소의 독립이라는 기관의 독립과 재판관의 독립이라는 인적 독립이 이루어져야 한다.<sup>78)</sup> 따라서 헌법재판의 독립에는 헌법재판소의 독립과 재판관의 독립, 재판상의 독립이 포함된다. 이렇듯 헌법재판의 독립은 헌법재판의 공정성, 공평성, 정당성을 보장하기 위한 것이다.<sup>79)</sup> 특히 통일국가에서는 남북한 주민의 헌법소송에 대한 헌법재판의 공정성을 기대할 것이며, 그런 점에서 헌법재판소의 독립은 더욱 더 요구된다 할 것이다.

77) 장영수, “헌법 기본질서와 법치주의의 현실”, 「헌법가치와 법치주의」, 법무부·한국헌법학회 2015년 학술대회 자료집, 법무부·한국헌법학회, 2015. 4. 24, p. 3.

78) 통일한국이 되는 과정에서 북한지역 주민의 정치참여가 예상된다. 예컨대 헌법재판소 재판관 구성에 있어 북한지역 주민 출신의 헌법재판관 임용을 예정해 볼 수 있다. 이는 원만한 남북한 주민통합을 위해서도 필요하고 균형인사제도 측면에서도 필요하다고 본다. 참고로 최근 국내에서 탈북민 성공프로젝트사업으로 ‘메르켈 프로젝트’가 진행되고 있는 것도 성공사례를 찾아 남북 사회통합을 이끌기 위한 프로젝트라 할 것이다.

79) 정종섭, 「헌법재판강의」, 박영사, 2002, p. 20 참조.

모름지기 남북 사회통합을 새로운 통합과정론적 헌법관에서 볼 필요가 있다고 하겠다. 통합과정론적 헌법관에 따르면 헌법은 ‘사회통합을 위한 공감대적인 가치질서’이다. 즉 사회공동체가 내포하고 있는 다양한 이해관계, 그 구성원의 다양한 행동양식과 행동목표 등을 일정한 가치세계를 바탕으로 한 일체감 내지 연대의식에 의해 하나로 동화시키고 통합시킴으로써 국가를 조직하기 위한 수단이 바로 헌법이라고 한다.<sup>80)</sup> 따라서 국가란 결코 규범주의가 보는 것처럼 고정적인 ‘규범조직’일 수 없고 다양한 이해관계가 일정한 공감대적 가치를 바탕으로 동화되고 통합되어 가는 과정을 뜻하기 때문에 언제나 유동적인 상태에 있다. 끊임없이 진행되는 동화·통합과정에서 그 원동력이 되는 일체감 내지 연대감의 가치적인 공통분모를 뜻하는 헌법은 마땅히 가치적인 성격을 띠게 되고, 또 동화·통합과정의 진행 경과에 따라서는 일체감 내지 연대의식의 바탕이 되는 가치의 세계도 변할 수 있기 때문에 헌법은 언제나 개방적이 아니면 아니된다. 통합과정론이 때때로 ‘가치론적 헌법관’ 또는 ‘개방적인 헌법론’으로 불리어지는 이유도 그 때문이다.<sup>81)</sup>

근자에 우리 사회는 세계화의 대세 속에서 점차 다문화 사회로 변화되고 있어 통일한국에 형성할 민족공동체는 혈연적 의미의 폐쇄적 민족 개념을 넘어 열린 민족의 개념을 수용해야 한다. 이런 점에서 우리가 지향하는 통일한국의 민족공동체는 혈연에 기초한 폐쇄적 민족주의가 아니라 다른 민족과 그들의 문화도 이해하고 존중하는 개방적 자세를 지닌 열린 민족주의에 바탕을 두고 있는 것이다.<sup>82)</sup>

박근혜 정부는 출범과 함께 ‘평화통일 기반 구축’을 4대 국정기조의 하나로 설정하고 ‘한반도 신뢰프로세스’를 통해 신뢰를 바탕으로 한 남북관

80) 허 영, 「한국헌법론」, 앞의 책, p. 17.

81) 위의 책, p. 17.

82) 통일부 통일교육원, 「2014 통일문제 이해」, 앞의 책, p. 22.

계의 정상적 발전을 이룩하기 위해 노력하는 한편, 실질적인 통일준비도 추진해 왔다.

통일준비는 통일과정에서 발생할 수 있는 부작용이나 후유증을 최소화하고, 편익을 극대화함으로써 통일을 앞당기고, 더 나은 통일을 이루기 위한 모든 노력을 의미한다. 이러한 노력에는 남북관계를 발전시키고, 우리 국민의 통일의지를 결집하며, 국제사회의 한반도 통일에 대한 지지를 강화하는 것이 모두 포함된다. 한반도 통일은 평화적으로 이루어져야 하며, 이를 위해서는 남북한 당국과 주민, 국제사회가 통일로 가는 여정의 동반자가 되어 함께 통일을 준비해야 하기 때문이다.

## 2. 통일한국의 헌법적 가치 정립 방향

남북통일이란 남한과 북한이 서로 다른 국가체제로 분단되어 적대적인 상태로 지낸 것을 극복하고 하나의 민족공동체인 국가체제를 만드는 것을 의미한다. 이는 단순히 남북이 분단되기 이전의 상태로 회귀하는 것이 아니라, 한반도의 분단이라는 역사적 현실과 조건을 인정하고 이를 기초로 하여 새로운 국가공동체로 발전시켜 나아가는 창조적인 과정이다. 이러한 의미에서 남북통일은 정치체제의 통합만이 아니라 상이한 경제체제와 이질화된 사회·문화체제를 단일하고 동질적인 것으로 재구성하는 경제·사회 통합을 포함하는 개념이다. 그러므로 남북통일은 비록 정치적 통일이 달성되었다고 하더라도 그것만으로는 부족하고 경제·사회통합이 달성되었을 때에 비로소 완성되는 것이라고 하겠다.

우리 헌법이 지향하는 통일은 자유민주주의와 법치주의에 바탕을 둔 평화통일로서 이는 통일과정에서 뿐만 아니라 통일국가의 헌법적 이념이자 기본가치라고 할 수 있다. 따라서 남북통일을 달성한다는 것은 통일국가의

헌법적 가치를 실현하는 것이며, 이를 위해서는 과거 분단 상황으로 인하여 왜곡된 헌법적 가치를 바로 잡는 것이 선결되어야 한다. 이러한 작업은 남북한의 헌정체제가 운영되어 온 사실을 명확하게 파악하고, 규범적으로 평가할 수 있어야 가능할 것이다.

무엇보다 남북통합 과정에서 불거질 수 있는 것은 국민의 의사형성기관이라 할 수 있는 정당의 문제일 터인데, 위헌정당해산 문제는 민주적 기본질서를 침해하려는 비민주적 정당의 조직적 활동으로부터 헌법질서와 민주주의를 지키기 위한 헌법보장과 직결된다. 그리하여 위헌정당해산제도는 방어적 민주주의<sup>83)</sup>의 한 요소로써, 자유의 이름으로 자유를 파괴하거나, 민주주의의 이름으로 민주주의를 파괴하려는 것을 막고 민주주의의 실질적 요소를 침해하려는 민주주의의 적에 대한 스스로의 투쟁적 내지는 방어적 제도이다.<sup>84)</sup>

우리 헌법은 정당에 대해서 비교적 상세히 규율하면서 정당해산제도를 두고 있다. 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위반하는 경우 정당은 정부의 제소와 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된다. 정당해산제도는 민주주의가 가치상대주의에 기초하여 기능하지만 민주주의를 부인하는 가치를 관용할 수 없다는 이른바 방어적 민주주의를 제도화한 것이다. 정당해산제도는 지금까지 우리 헌정사에서 구체적인 적용례가 없고, 또 그 적용을 진지하게 고려한 적도 없었다. 그런데 최근 통합진보당 일부 국회의원들의 과거 및 현재의 정치적 성향 및 행위가 쟁점화하면서 정당해산의 요건에 해당하는가에 대한 논의가 이루어진 바 있다.<sup>85)</sup>

83) 방어적 민주주의론에 관한 최근 논의에 대해서는 김명재, “헌법상의 자유민주적 기본질서의 개념”, 『법률행정논총』, 제23집 제1호, 2013 참조 바람.

84) 임지봉, “위헌정당해산제도와 국가간급권제도”, 『고시계』 제55권 제8호, 고시계사, 2010, p. 22.

85) 전광석, “정당해산심판에 대한 헌법적 및 정치적 이해”, 『헌법판례연구』, 13권, 한국헌법판례연구학회, 2012, pp. 133~134.

따라서 남북한의 국가운영체제를 객관적이고 균형 있게 분석하고 평가하기 위해서는 남한 또한 북한 일방의 입장만을 기준으로 해서는 안 된다. 그러나 통일한국이 지향하는 평화통일의 원칙과 헌법적 가치 정립 방향은 가치중립적인 것이 아니라 인간의 존엄과 가치를 보장하고 개인의 자유와 행복을 구현하며, 이를 실현할 수 있는 민족공동체를 유지하는 것을 목적으로 하는 가치지향적인 것이다.<sup>86)87)</sup>

### 3. 통일로 시작하는 헌법재판제도의 새로운 도전

#### 가. 통일과정에서의 헌법제정 혹은 헌법개정

남북한 통일의 경우 헌법제정이 필연적으로 수반되는가, 아니면 헌법 개정으로도 족한 것인가의 문제는 통일의 형태와 밀접한 연관이 있다. 그러나 대한민국 헌법을 전제로 하는 한 평화통일이라든가 단계적 통일에 있어서도 현행 헌법의 자유민주적 기본질서에 반하는 내용의 통일은 불가능 할 뿐만 아니라 북한 주민의 의사를 도외시한 채 이루어지는 일방적 흡수통일에도 문제가 있다. 물론 영토조항이 있으므로 반드시 헌법제정을 요하는 것은 아니고, 북한 주민의 의사에 따라 북한체제의 붕괴를 전제로 하는 경우에는 남북한 간 조약체결 방식에 의하여 우리 헌법질서로의 편입도 가능하다. 만일 연방제 도입을 통한 통일의 경우에는 헌법 제정을 하지 않고 헌법 개정만으로 통일의 실현이 가능할 수도 있다.

그러나 헌법 제정이 필요한 경우에는 북한체제가 변하여 사회주의를 포기하고 우리와 동일하거나 유사한 민주적 법치국가체제를 전제로 할 때에

86) 이효원, “독일통일 과정에서의 체제불법의 청산과 그 시사점”, 「독일 통일 20년과 한반도 통일」, 법무부/IPUS/HSS 공동주최 국제 학술회의, 2010. 10. 4, p. 120.

87) 최은석, “통일 이후 북한의 정당해산심판의 요건과 헌법적 판단기준”, 「헌법재판연구」, 제2권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, pp. 227~228.

만 통일헌법을 제정하여 통일하는 방법을 상정할 수 있다. 이 경우에는 예컨대 헌법제정의회에서 각각의 새로운 헌법 제정안을 놓고 절충을 벌여 최종적으로 남북한 국민에 의한 국민투표를 거쳐 확정될 수 있을 것이다. 여기에서 헌법 제정 혹은 헌법 개정의 문제보다 중요한 것은 전체 대한민국 국민이 헌법 제정이나 개정의 의제적인 고려 주체가 아니라 언제나 실질적인 결정 주체로서 기능하여야 함이다.

반드시 총선을 통해 헌법제정의회가 마련되어야 하는 것은 아니지만, 적어도 북한에 우리 헌법질서 속으로 편입한다는 의사표시가 직접적이든 아니면 자유로운 선거에 의하여 구성된 의회의 인준을 통하는 간접적 방법에 의하든 표명되어야 한다. 구체적으로는 현행 헌법 제72조에 따라 전체 대한민국 국민 또는 경우에 따라 북한 주민을 상대로 통일에 관한 중요정책을 국민투표에 붙여 그 의사를 확인하는 방법을 생각할 수 있다.<sup>88)</sup>

한국은 독일과 달리 단일국가이다. 게다가 적용 범위를 서독에 국한하였던 서독기본법과 달리 헌법 제3조는 북한까지 헌법의 적용 범위에 포함한다. 따라서 독일과 같이 연방가입을 통한 통일방안은 고려될 수 없을 것이다.<sup>89)</sup> 그리고 개별 주들도 국가에 해당하여 연방관계가 곧 국가 사이의 관계인 연방국가와 달리 단일국가인 한국에서 국가는 오직 하나뿐이라서 남북한의 통일과 관련하여 이루어진 합의를 국가 사이의 합의라는 좁은 뜻의 조약으로 볼 수도 없을 것이다. 게다가 독일과 달리 헌법의 개정절차와 법률의 개정절차가 명백하게 다를 뿐 아니라 조약도 동의법률을 제정함으로써

88) 김병기, 「통일한국의 국가체제 및 통치구조 구축방향」, 법무부, 2013, pp. 69~70.

89) 이와 관련하여 한국 헌법이 단일국가를 전제한다는 점에 비추어 연방제 통일방안이 위헌이 아닌지를 살펴볼 필요가 있다는 문제제기가 있다. 구체적으로 먼저 지방자치제도에서 자치권을 강화하는 쪽으로 연방제를 응용하는 것만으로 충분한 것이 아닌지 그것으로 충분하지 않다면 연방제가 헌법 제3조와 충돌하는 것은 아닌지 헌법해석이 검토되어야 함을 제기하였다. 허완중, “독일통일과정의 헌법적 문제”, 앞의 논문, p. 177.

써 국내법에 편입되는 것이 아니라 국회 동의를 있어야만 국내법에 편입되므로, 남북한의 합의를 통한 헌법개정도 있을 수 없다고 할 것이다.<sup>90)</sup>

관련하여, 현행 대한민국 헌법 제3조 영토조항은 국가에게 통일에의 과제를 부여하는 근거가 될 수 있다고 보는 견해가 있다. 그리고 이러한 규범적 상태를 실현하는 과정에서 나타나는 현실적 상황에 대해서 헌법 제3조는 어느 정도 개방적이라는 관점이다. 단지 국내법상 북한을 하나의 국가로 볼 수 없다는 한계가 있을 뿐이다. 그렇다고 헌법 제3조가 북한과의 관계의 현실적인 변화에 장애가 되는 것은 아니다. 그렇기 때문에 북한을 범죄단체가 불법적으로 점거하고 있는 미수복지역이라고 일면적으로 이해해야 하는 헌법적 근거가 없다. 이에 상응하여 헌법 제3조가 평화적 통일의 과제를 부여하고 있는 헌법 제4조와 충돌하는 것도 아니다. 그렇다고 대북 유화정책이 헌법 제3조에 반한다고 볼 수도 없다. 따라서 대북 유화정책은 헌법 제3조가 개정되어야 비로소 취할 수 있는 정책이라는 주장은 헌법 제3조에 대한 잘못된 이해에 기초해 있고, 이러한 목적을 위하여 헌법 제3조를 개정할 필요가 없다는 것이다. 오히려 적극적으로 보면 헌법 제3조는 북한과의 관계에서 평화적인 공존과 대립적인 공존의 현실적인 가능성을 모두 내포하고 있다. 그리고 헌법 제4조는 규범적으로 통일의 과제를 다시 한번 확인하고, 동시에 평화적인 통일과 자유민주주의를 통일의 방법과 기초로서 제시<sup>91)</sup>하고 있는 것으로 보아야 한다.

위와 같이 논의되고 있는 헌법 제정 및 개정은 오롯이 헌법재판소의 판단에 맡겨져야 할 운명이 다가오고 있는지도 모른다. 이제 헌법재판은 통일과정에서 새롭게 시작하여 통일완성국가를 매듭지어야 하는 중대한 역할이 주어지게 되는 시점이 올 것이다.

90) 위의 논문, p. 177.

91) 전광석, “민주주의와 남북관계”, 『고시계』, 통권 제531호, 고시계사, 2001, p. 89.

### 나. 통일준비와 헌법재판소의 도전적 과제

남북 법제통합은 물리적인 영토적 통일에 선행하여 지금부터 진행될 수 있고 또한 진행되어야 하는 과정이다. 남북 간의 교류협력이 확대되어 가면 갈수록 법적 교류협력도 증대되기 마련이다. 오히려 남북 간의 법적 교류협력의 증대야말로 다른 분야의 교류협력을 더욱 안정적으로 발전시키는 근간이 된다. 이미 개성공업지구의 운영과 관련된 법제도는 명실상부한 남북한의 법적 교류협력이자 법제통합 과정의 한 예가 된다. 개성공단에도 적절한 법제도의 정비와 작동이 없이는 그 발전을 기대할 수 없다.<sup>92)</sup>

현재 남북 간 당면하고 있는 상황과 향후 증가가 예상되는 남북 간의 법적 교류협력을 위해 구체적으로 남북의 주민 상호간의 법의식이 어떠한 차이를 보이고 있는가 살펴보는 것은 중요한 의미를 갖는다.<sup>93)</sup> 바로 이러한 법의식은 헌법 및 법준수와의 결부되기 때문이다.

따라서 헌법의 보호는 통일준비 차원에서 통일 전·후 발생할 수 있는

---

92) 한편 최근 북한법령의 정비와 관련하여 주목되는 것은 이른바 개성공단법제의 입법과정에서 나타나고 있는 북한의 자세이다. 북한도 법이 시대적 변화에 따라 발전되고 변화한다고 설명하고 있다. 이에 따라 앞으로 북한법제는 외국인투자 및 대외경제법제와 관련 국내법제의 정비내용을 보면, 사회경제체제의 발전적 방향에 대응하여 변화해 나갈 것이다. 특히 김정은체제의 북한이 나아가야 할 방향을 경제부문에서의 개혁과 개방으로의 길을 확대하는 경우 이에 관련한 법령의 정비는 가속화될 것으로 보고 있다. 박정원, “북한의 국가법률체계와 입법체계 분석”, 앞의 글, pp. 24~25.

93) 남북한 주민의 법의식 비교 설문조사에서도 북한이탈주민들을 대상으로 실시함으로써 남북한 주민의 법의식 차이를 비교해 보더라도 먼저 ‘법’이라는 말을 들으면 어떤 느낌을 갖게 되느냐는 질문에 대하여 다섯 가지 가운데 선택하게 하였다. 이 가운데 응답 탈북자의 12.8 퍼센트는 ‘공평하다’를 선택하였으며, 19.6 퍼센트는 ‘민주적이다’를, 32.0 퍼센트는 ‘엄격하다’를, 22.8 퍼센트는 ‘편파적이다’를, 나머지 21.8 퍼센트는 ‘권위적이다’를 선택하였다. 북한주민들의 법에 대한 인상은 긍정적인 측면보다 부정적인 측면이 높았다. 남한주민의 경우에도 전반적으로 긍정적인 인상보다 부정적인 인상이 더 높다는 것은 북한주민의 경우와 마찬가지로이다. 윤대규, 「북한주민의 법의식」, 앞의 책, p. 114.



여러 가지 헌법침해에 대한 대비책을 강구할 필요가 있겠다. 일반적으로 통일 이후 이질적인 부분을 동질화 시키는 과정에서 헌법에 대한 도전이나 침해 가능성을 예견할 수 있겠지만, 통일 이전 남북통합 과정에서 헌법의 도전과 침해 가능성은 얼마든지 있을 수 있으므로 이를 배제하지 않아야 할 것이다. 예컨대 헌법재판소와 법원 등 사법기관은 정부와 국회의 평화통일정책과 관련하여 발생하는 여러 가지 헌법 및 법률적 분쟁에 대하여 사후적으로 심판하고,<sup>94)</sup> 이를 통하여 정부와 국회를 통제하는 기능을 가지므로, 평화통일정책을 적극적으로 주도할 수는 없다 하더라도 정책기관이 헌법이 부여하는 일정한 한계를 준수하도록 통제할 의무를 가진다.<sup>95)</sup>

통일을 준비하는 과정에서 헌법재판소가 미리 검토해야 할 최소한의 헌법적 문제들로 대략 다음과 같이 정리해 볼 수 있다.

첫째, 국가목표규정의 실현을 위한 헌법적 판단의 실질적 법치주의 실천이다. 현대적 권력분립의 체계 속에서 실질적 법치주의의 실현을 위해 가장 중요한 역할을 하고 있는 것이 헌법재판이다.<sup>96)</sup> 현행법상 인정되고 있는 다섯 가지의 헌법소송 유형들은 각기 법치주의의 실질화에 기여하고 있다. 규범통제의 기능을 하는 위헌법률심판이나 헌법소원심판뿐만 아니라 권한쟁의나 탄핵심판, 정당해산심판도 헌법규범의 준수라는 측면에서 법치주의의 실현에 기여하고 있으며, 전통적인 사법적 판단의 범위를 확장함으로써 법치주의를 강화하고 있는 것이다.<sup>97)</sup> 통일은 우리에게 새로운 기회의

94) 정부의 통일정책이 국민의 정치적 자유권과 표현의 자유, 국가안보와 통일의 가능성과 남북의 신뢰도에 미치는 다양한 공권력의 작용이 존재하기 때문에 당연히 법원이나 헌법재판소의 심사대상이 된다. 정영화, “역대 정부·현 정부의 평화통일정책의 비교 및 헌법적 평가”, 「통일의 공법적 문제-독일 통일의 회고와 한국 통일의 전망」, 제157회 국제학술대회, 한국공법학회, 2010. 10. 8, p. 298.

95) 방승주, “헌법재판소와 법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가”, 앞의 논문, p. 345.

96) 장영수, “헌법 기본질서와 법치주의의 현실”, 앞의 논문, p. 13.

97) 위의 논문, p. 14.

창을 열어 줄 것이다. 그 기회의 창을 보다 튼튼히 하고 법제도적 인프라 구축을 위해서는 통일한국의 헌법적 가치 정립과 헌법적 판단기준을 분명히 하지 않으면 안 된다.<sup>98)</sup> ‘민주’의 핵심이 국민의 힘과 책임이라면, ‘법치’의 핵심은 법의 객관성과 공정성에 대한 신뢰이다.<sup>99)</sup> 대한민국 헌법 제3조(영토조항)와 제4조(평화통일조항)만을 보더라도 한국에서 통일은 반드시 이루어야 하는 헌법적 목표로 제기된다. 특히 통일은 헌법을 토대로 이루어져야 한다는 점에서 통일 자체는 이미 헌법적 문제로 보고 있다. 게다가 대한민국 헌법은 통일을 국가목표이면서 의무로 규정하고 있다(헌법 전문, 제4조, 제66조 제3항, 제69조). 이러한 점에서 통일은 헌법과 아주 밀접한 관계를 맺고 있다. 이러한 다양한 헌법적 문제 중에서 이미 살펴본 독일통일과정에서 내려진 독일 연방헌법재판소 판례가 다른 것은 일부분에 불과하다. 하지만 연방헌법재판소가 직접 다룬 문제는 통일과정에서 반드시 해결되어야 할 중요한 헌법적 문제라는 것을 의미한다. 즉 독일 연방헌법재판소 판례에서 도출할 수 있는 헌법적 문제는 한국이 통일과정에서 부딪혀 다루고 해결해야 할 최소한의 헌법적 문제로 도전적 과제가 될 것이다. 따라서 통일을 대비하고 준비하는 한국에서도 이러한 문제는 반드시 검토되고 연구되어야 할 것이다. 물론 이러한 과정에서 한국과 독일의 차이점을 철저히 검토하여 이를 바탕으로 독일의 경험을 교훈삼아 통일한국의 미래상과 걸맞는 의미 있는 결과물을 도출할 수 있을 것으로 보인다.<sup>100)</sup>

둘째, 남북 통합과정에서 위헌정당에 대한 헌법적 판단 문제를 들 수 있다. 남북통일은 통일한국의 새로운 기회이자 도전이며, 미래다. 일반적으로 국가사회가 존재하는 한 권력분립을 실현하기 위해서는 정당의 존립은 필

98) 최은석, 앞의 논문, pp. 203~204.

99) 장영수, “헌법 기본질서와 법치주의의 현실”, 앞의 논문, p. 11.

100) 허완중, “독일통일과정의 헌법적 문제”, 앞의 논문, p. 195 참조.

연적이다. 문제는 남북 통일과정에서 자유민주적 기본질서에 입각하지 못한 북한 정당의 존립 근거는 합헌적이지도 않고 그 존재 자체가 정당성을 찾기도 어렵다.<sup>101)</sup> 나아가 북한의 위헌정당은 대한민국의 헌법을 침해할 수 있는 요소를 가지게 되므로 위헌정당해산심판을 통해 그 청산 대상이 될 수 있다.<sup>102)</sup> 헌법은 한 사회의 ‘공존을 위한 타협의 결과’<sup>103)</sup>라는 시각에서 볼 때, 그 사회에서 최고의 가치로 존중되어야 한다는 것은 더 말할 나위가 없기 때문에 통일 이후 남북한 주민의 공존을 실현시킬 위헌정당해산의 문제는 헌법적 판단과 함께 그만큼 엄격하게 추진되어야 한다. 이미 우리 한국사회에서 위헌정당해산에 대한 심판결정도 있었지만, 통일과정에서 남한<sup>104)</sup> 내 위헌정당이 다시 존립할 수 있고, 북한 정당의 존재로 헌법의 보호가 침해될 수 있을 것이다. 향후 남북 통합과정에서 북한지역의 정당에 대한 헌법적 판단을 어떻게 할 것인가가 핵심쟁점으로 떠오를 것이다. 북한정권이 체제 유지나 정권 연장을 위하여 자행한 각종의 불법행위는 체제불법으로서의 특성을 보인다.<sup>105)</sup> 체제불법이라 함은 논의의 상황과 여건에 따라 다양하게 정의될 수 있지만 통상적으로 ‘행위 당시에는 국가의 권력강제에 의하여 보장되는 총체적 규범질서 속에서 실정법이나 이에 준하는 명령에 근거한 국가행위의 형태로 자행됨으로써 체제 내부에서는 불법으로 평가받지 아니하였지만 그 체제의 붕괴로 인하여 종전의 가치질서와 법률체계가 전환됨에 따라 비로소 불법으로 평가받는 행위’라고 정의

101) 이와 관련하여 국내에서 논의되었던 국가보안법의 개폐 문제에 대한 헌법적 판단도 남북통일 과정에서 새로운 판단을 기대해 볼 수 있겠다. 우리 사회의 국가보안법 개폐 논쟁과 대응방향에 대해서는 제성호 편저, 「통일시대와 법」, 중앙대학교출판부, 2003, pp. 13~125 참조 바람.

102) 최은석, 앞의 논문, p. 203.

103) 허 영, 「한국헌법론」, 앞의 책, p. 19.

104) 본 논문에서는 서술 편의상 ‘대한민국’의 국호를 ‘한국’, ‘남한’으로 표기하며, ‘조선민주주의인민공화국’의 국호를 ‘북한’, 또는 ‘북측’으로 표기하기로 한다.

105) 김하중, 「통일한국의 과거청산」, 나남, 2013, p. 26.

된다.<sup>106)</sup> 이러한 체제불법은 특정한 정치조직체 내에서 제정된 법률에 근거하여 자행된 행위, 법률에 의하여 허용되거나 명령된 행위, 체제유지를 위하여 정권수뇌부에 명시적·묵시적 의사에 따라 이루어진 행위를 포괄하는 개념으로서 이러한 행위들은 행위 당시에는 적법한 행위로 취급된다. 그러나 이러한 체제불법은 그 체제가 붕괴되어 이념이나 가치가 전환된 새로운 체제가 수립되면 비로소 그 불법성이 드러나 그 행위자에 대한 법적·도덕적·정치적·사회적 책임이 추궁되는 특징을 갖는다.<sup>107)</sup>

## VI. 결 론

통일은 계획대로 되는 것이 아니다. 다시 말해 통일환경의 변수를 고려해 여러 가지 시나리오를 염두에 두고 진척시켜 나가지 않으면 안 된다는 점을 강조한 것이다. 따라서 통일의 당위성만을 강조한 맹목적인 계획이 아닌 현실적인 부분과 미래지향적인 부분을 고려해 통일국가의 미래상을 그리지 않으면 안 된다는 점을 역설하고자 한다. 이런 점에서 진정한 통일을 위한 헌법이념의 추구는 우리가 추구해야 할 통일정책과 연결선상에서 논의되어야 한다.<sup>108)</sup> 또한 통일준비 역시 통일정책의 범주 내에서 수립되

106) 법무부, 「통일독일의 구동독체제불법청산 개관」, 1995, p. 45.

107) 김하중, 앞의 책, pp. 26~27.

108) 현 정부는 이런 점을 감안하여 국정목표를 ‘행복한 통일시대의 기반구축’을 내세움으로써 국민 모두가 행복한 통일이 될 수 있도록 정책 추진전략을 강조하였다. 특히 「드레스덴 구상」이 순탄하게 이행되면 이는 곧 남북한 주민들이 직접 한반도 통일시대를 체험할 수 있는 계기로 작용하게 된다. 「드레스덴 구상」이 담고 있는 3대 요소, 즉 대북 인도적 지원, ‘민생 인프라’ 구축, 그리고 동질성 회복 노력 등의 제안은 남북관계 차원에서는 물론 국내적으로도 통일시대를 준비해 가는 초석이 될 수 있기 때문이다. 이에 대해 자세히는 통일연구원, 「드레스덴 구상」과 ‘행복한 통일」, 「제1 KINU 통일포럼」, 통일연구원, 2014. 4. 30. 참조 바람.

고 추구되어야 한다.

결론에 갈음하여 몇 가지 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 남북통일은 형식적 사회통합이 아닌 실질적 사회통합이 되도록 헌법적 판단과 인내가 요구된다. 과거 우리의 통일논의는 북한과의 관계에 있어서 실질적인 효과를 나타낼 수 있는 근거를 제공하여 주었다기보다는 북한에 대한 경쟁적 관계에서 단순한 정책적 의지의 표현이 아니었나 하는 반성을 하게 된다. 아울러 통일정책의 내용에 있어서도 ‘통일’과 ‘통합’에 대한 혼용은 더욱더 통일정책의 실질적 추구를 가로막는 것이 아니었나 생각이 든다. 특히 한국의 통일정책을 북한이 수용할 수 없고, 반대로 북한의 통일정책을 한국이 받아들일 수 없는 상황 속에서 남북한 각각의 통일정책의 대립은 교류와 협력을 통한 긴장완화나 통일을 위한 접근조차도 가로막는 것이었다.

둘째, 통일정책과 헌법상 제기되는 여러 가지 헌법적 문제에 대해 유연하고 탄력성 있게 대응해야 할 준비를 해야 한다. 지난 1990년대 들어 탈냉전기를 맞으면서 국제정치적 상황 변화는 남북한의 관계에 있어서도 많은 변화를 가져오게 되었다. 한국은 통일정책에 있어서 탄력성과 유연성을 가져야 할 것이다. 이를 위해 한국은 넓은 의미의 ‘통합’ 정책의 일환으로 통일정책을 수립해야 하며, 비록 단계적인 통일정책을 추구해야 하지만, 전체적인 맥락에서 이들 단계별 세부정책을 종합적으로 그리고 동시에 같이 추구해야만 하는 양면정책을 통일정책에 적용해야 할 것이다. 이제 한반도의 통일은 기다리는 것이 아니라 만들어져야 하는 것이며, 준비 없는 통일보다는 철저한 준비를 거친 통일을 이루어야만 할 것이다. 이런 점에서 통일한국의 미래상에 걸맞는 통일 이후 헌법재판소의 역할과 기능은 어쩌면 대한민국 건국 이래 가장 큰 도전적 과제가 될 것이다.

셋째, 헌법상 명시하고 있는 자유민주적 기본질서에 입각한 대의제 민주주의 실현이 되도록 헌법기관의 역할이 강조된다. 통일한국의 정치체제의

구체적 모습은 국민의 선거에 의해 선출되는 의회와 복수정당제를 갖춘 대의제 민주주의가 될 것이다. 통일 직후 남북한 주민들 사이에는 정치적 이념의 차이, 경제력의 격차, 사회·문화적 가치 및 관습의 차이 등 다양한 차이가 존재할 것이다. 통일국가에는 이러한 격차로 인한 갈등 해소, 남북주민의 자발적 참여의식 제고, 국민의 다양한 이익 반영, 정치세력 간의 이견과 갈등을 해결할 수 있는 헌법적 제도적 장치가 마련돼야 한다. 특히 대의제 민주주의 정치제도와 지방자치제, 복수정당제 등이 이에 해당될 것이다.

넷째, 헌법재판소는 정부의 일관된 통일정책을 추진하도록 일관된 헌법 해석은 물론 헌법보호를 통해 통일국가의 미래 방향을 적절히 제시해야 한다. 이러한 과정에서 남북관계의 부족한 부분을 보완하고 융합하고, 때로는 재단이 필요한 과정이 노정될 것이다. 그런 점에서 남북통합의 길목에서 헌법재판소가 해야 할 기능과 역할은 매우 중대하고도 지대하다. 특히 남북관계발전을 도모하고 헌법정책의 목표이자 과제인 평화적 통일의 기반을 구축하는데 국가기관과 국민통합의 역량을 집중할 수 있도록 역할 모색에 역량을 집중해야 한다. 무엇보다 남북한 원만한 통합을 위한 조정자로서, 그리고 헌법보호 기관으로서의 헌법재판소의 역할 모색은 통일법제 기반구축과 함께 남북한 주민의 통일공감대 형성에도 기여할 것이다.

이제 통일한국의 미래는 헌법재판제도와 헌법재판소의 역할에 달려있다고 해도 과언이 아니다. 원만한 남북통합을 위해서는 헌법보호는 물론 헌법의 기능이 제대로 작동할 수 있도록 헌법적 제도적 장치가 완비되어야 할 것이다. 통일과정에서 그 어느 때 보다 헌법재판소의 기능과 역할이 강조되며, 헌법적 가치가 중시되고 올바르게 위상 정립이 이루어질 때 비로소 완전한 통일국가를 이룩하게 될 것이며 이는 통일한국의 원동력이 될 것이다.

[국문초록]

## 통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할

통일한국의 미래는 한민족 모두에게 자유, 평등, 민주, 복지, 정의 등 인류의 보편적인 가치를 구현하는 국가체제여야 한다. 따라서 통일한국의 헌법은 남북한 지역 사회공동체의 구성원들이 추구하는 통일국가의 헌법적 가치와 자유민주적 기본질서를 담아야 한다. 광복 70년·분단 70년으로 인한 남북한 사회문화적 격차는 통합과정에서 충돌될 수 있는 여러 가지 헌법적 문제를 해결하고 통일시대에 걸맞는 헌법재판소의 기능과 역할이 요청된다고 할 것이다.

북한은 한국의 헌법재판소의 위상에 걸맞는 북한 사법기관으로 헌법재판 제도를 운용하고 있지 않다. 대한민국이 주도하는 한반도 통일의 길을 모색하기 위해서는 무엇보다 통일한국의 미래상과 부합하는 헌법재판소의 위상 정립이 요구된다.

통일한국의 미래상은 보편적 가치가 존중되고 풍요로운 삶이 보장되는 자유민주주의와 시장경제 체제를 근간으로 삼는 민족공동체 건설이다. 남북한 통합으로 발생될 수 있는 여러 가지 사회적 갈등을 해소하기 위해서는 통일한국의 헌법이념과 헌법재판소의 위상 정립이 올바르게 제시되어야 한다.

### 주제어

통일한국, 통일헌법, 헌법재판소, 헌법이념, 헌법재판, 헌법보호, 통일미래상, 자유민주주의, 법치국가, 통일준비

[Abstract]

### Future of Unified Korea & Functions/Roles of Constitutional Court

A unified Korea of the future should implement such universal values of humanity as freedom, equality, democracy, welfare, and justice for all Koreans. Therefore, the constitution of the unified Korea must contain constitutional values and liberal democratic order pursued by the members of South and North Korean communities. The social and cultural divide between two Korea that has accumulated for the past 70 years call for the constitutional court to play integral roles in resolving conflicts of various constitutional matters arising in the process of integration and ushering in an era of national unification.

North Korea does not have a constitutional adjudication system equivalent to the constitutional court of South Korea. To open a path to the unification of Korean Peninsula with South Korea taking initiative, we need to define the status of the constitutional court more than anything else consistent with the future identity of the unified Korea.

The future identity of the unified Korea is a national community founded on liberal democracy and market economy where universal values are respected and decent life is guaranteed. To resolve various social conflicts that will accompany the integration of two Koreas, constitutional ideology and the status of constitutional court for the unified Korea should be suggested appropriately.



**Key-words**

Unified Korea, unified constitution, constitutional court, constitutional ideology, constitutional adjudication, constitutional guarantee, future identify of unified Korea, liberal democracy, rule of law, preparation for national unification

## 참고문헌

- 경남대학교 산학협력단, 「남북한 법제통합에 관한 연구」, 법제처, 2011.
- 경남대학교 산학협력단, 「통일단계에서 잠정적으로 적용할 필요성이 있는 북한 법령의 범위와 적용방안에 관한 연구」, 법무부, 2010.
- 김정균·성재호, 「국제법」, 박영사, 2008.
- 김철수, 「헌법개설」, 박영사, 2009.
- 김하중, 「통일한국의 과거청산」, 나남, 2013.
- 김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2014.
- 박종철, 「통일한국에 대한 국제적 우려해소와 편익-지역 및 주변국 차원」, 통일연구원, 2012.
- 배정호 외, 「통일한국의 국가상과 한중협력」, 통일연구원, 2014.
- 법무부, 「한국인의 법과 생활」, 법무부, 2009.
- 법원행정처, 「독일통일과 사법통합」, 법원행정처, 1995.
- 법원행정처, 「북한사법제도개관」, 법원행정처, 1996.
- 서울대학교 통일평화연구원, 「2014 남북통합지수」, 서울대학교 통일평화연구원, 2014.
- 손기웅, 「통합정책과 분단국 통일: 독일사례」, 통일연구원, 2007.
- 송인호, 「통일법 강의-기본이론과 주요 쟁점」, 법률신문사, 2015.
- 시노다 히데아키 지음, 노석태 옮김, 「평화구축과 법의 지배: 국제평화활동의 이론적·기능적 분석」, 한국학술정보(주), 2008.
- 신용인, 「헌법소송법」, 한국학술정보(주), 2012.
- 염돈재, 「독일통일의 과정과 교훈」, 평화문제연구소, 2010.
- 이효원, 「통일법의 이해」, 박영사, 2014.
- 장명봉, 「분단국가의 통일과 헌법-독일과 예멘의 통일사례와 헌법자료」, 국민대출판부, 2001.
- 정재황, 「헌법재판개론」, 박영사, 2001.
- 정종섭, 「헌법재판강의」, 박영사, 2002.

- 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2009.
- 제성호 편저, 『통일시대와 법』, 중앙대학교출판부, 2003.
- 조찬래 외, 『남북한통합론』, 대왕사, 1998.
- 최대권, 『헌법학강의』, 박영사, 1998.
- 최용기, 『통일헌법상의 권력구조에 관한 연구』, 통일원, 1992.
- 최양근, 『한반도 통일연방국가 연구—동북아를 넘어 유라시아로』, 선인, 2014.
- 최은석·허 인, 『북한 지식재산권 제도의 이해』, 한국지식재산권·신문사, 2014.
- 최진욱 외, 『박근혜정부의 통일의교안보 비전과 추진 과제』, KINU 정책연구시리즈 13-03, 통일연구원, 2013.
- 통일법무과, 『통일은 온다—통일법무과 20년의 발자취와 나아갈 길』, 법무부, 2012.
- 통일부 통일교육원, 『2014 통일문제 이해』, 통일부 통일교육원, 2014.
- 통일부 통일교육원, 『통일교육지침서』, 통일부 통일교육원, 2014.
- 통일부, 『2015 통일백서』, 통일부, 2015.
- 통일부, 『독일통일백서(2003)』, 통일부, 2004.
- 통일부, 『제4차 한독통일자문위원회 회의록』, 통일부, 2014. 9. 17.
- 통일부, 『통일국가의 비전과 바람직한 통일의 과정』, 통일부 정책세미나, 2014. 12. 11.
- 통일연구원, 『2006 독일통일백서』, 통일연구원, 2008.
- 통일연구원, 『드레스덴 구상』과 ‘행복한 통일’, 『제1차 KINU 통일포럼』, 통일연구원, 2014. 4. 30.
- 한국정치사회연구소 편, 『분단국의 통일사례와 한반도 통일과제』, 프리마, 2011.
- 한국제도경제학회, 『남북한 통합과정에서 헌법상 기본권의 북한 적용 문제』, 통일부 연구용역 결과보고서, 2012.
- 한국헌법재판연구학회 편, 『헌법판례연구(15)』, 집현재, 2014.
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008.
- 허 영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2009.
- 허문영·이정우, 『통일한국의 정치체제』, KINU 연구총서 10-09, 통일연구원, 2010.
- 헌법재판연구원, 『통일과 법, 현재와 미래』, 통일심포지엄, 헌법재판연구원, 2014. 5. 12.

- 헌법판례연구회 편, 『헌법판례연구(I)』, 박영사, 1999.
- 황병덕 외, 『독일의 평화통일과 통일독일 20년 발전상』, KINU 통일대계연구 2010-03, 늘품, 2010.
- Bertrand Mathieu, 전 훈 번역, “독일통일과 유럽 연합 그리고 형성중인 법질서상의 국가의 개념과 민주주의 원칙(리) 확(정)립의 난제”, 『통일의 공법적 문제-독일 통일의 회고와 한국 통일의 전망』, 제157회 국제학술대회, 한국공법학회, 2010. 10. 8.
- Philip Kunig, 정혜영 번역, “독일 통일에 있어서 법치주의원리의 역할”, 『통일의 공법적 문제-독일 통일의 회고와 한국 통일의 전망』, 제157회 국제학술대회, 한국공법학회, 2010. 10. 8.
- 강규형, “통일한국의 정체성을 위한 노력: 자유민주주의와 시장경제를 중심으로”, 『통일과 인권: 통일한국의 정체성 확립을 위한 방안 모색』, 코리아정책연구원 학술회의 토론문, 2014. 11. 11.
- 강현철, “통일헌법과 권력구조-남북한 통일헌법상의 정부형태에 관한 연구”, 『제헌 66주년기념 공동학술대회: 기조연설』, 국회 법제실·유럽헌법학회, 2014. 7. 11.
- 권영철, “21세기적 헌법 담론-새로운 지향성과 과제”, 『동아법학』, 동아대학교 법학연구소, 2012.
- 김동환, “통일한국 미래상 대연구4-통일한국의 권력구조” 『통일한국』, 통권 제127호, 평화문제연구소, 1994.
- 김동희, “한국의 법치주의에 대한 일고”, 『법치주의와 민주주의』, 2011년 한국 공법학자대회(제161회 국제학술대회), 한국공법학회·제주대학교 법과 정책연구소, 2011. 4. 22~23.
- 김명기, “통일한국 미래상 대연구1-통일한국의 헌법”, 『통일한국』, 통권 제126호, 평화문제연구소, 1994.
- 김문현, “헌법-반민주적 정당의 해산”, 『고시연구』, 통권 제335호, 고시연구사, 2002.
- 김문현, “헌법-영토조항과 북한주민의 법적 지위”, 『고시연구』, 통권 제299호, 고시연구사, 1999.

- 김문현, “헌법－헌법개정의 한계 및 헌법규정에 대한 위헌심판”, 『고시연구』, 통권 제307호, 고시연구사, 1999.
- 김병호, “독일 통일의 현장 경험에서 본 한반도통일 담론－차이점과 쟁점”, 『한국독일사학회 제12회 학술대회 논문집』, 한국독일사학회, 2014. 10.
- 김선택, “헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할－한국헌법재판, 제3의 길, 가능한가?”, 『공법연구』, 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.
- 김영희, “통일한국의 정체성을 위한 노력: 자유민주주의와 시장경제를 중심으로”, 『통일과 인권: 통일한국의 정체성 확립을 위한 방안 모색』, 코리아정책연구원 학술회의 토론회, 2014. 11. 11.
- 김주현, “통일한국 미래상－무슨 내용을 어떻게 담을 것인가?”, 『8천만이 행복한 통일한국의 미래상』, ‘광복 70주년 기념’ 평화통일 대토론회, 2015. 5. 19.
- 김학준, “통일이념으로서의 한국민족주의”, 『통일문제연구』, 제6권 제1호, 평화문제연구소, 1994.
- 김효전, “통일을 위한 헌법적 논의”, 『제헌66주년기념 공동학술대회: 기초연설』, 국회 법제실·유럽헌법학회, 2014. 7. 11.
- 박명림, “남한과 북한의 헌법제정과 국가정체성 연구－국가 및 헌법 특성의 비교적 관계적 해석”, 『국제정치논총』, 제49집 제4호, 한국국제정치학회, 2009.
- 박영호, “남북관계와 신뢰 구축 이론”, 『한반도 평화통일, 어떻게 만들 것인가?－제네바 합의 이후 20년의 교훈과 과제』, 한국정치학회·민주평화통일자문회의·통일연구원, 2014. 12.
- 박정원, “북한의 국가법률체계와 입법체계 분석”, 『통일법제 인프라 구축을 위한 입법과제』, 2012 북한법제연구센터 공동학술대회, 국민대 북한법제연구센터·한국법제연구원·(사)한국입법학회, 2012. 10. 11.
- 박종철, “한국민족주의의 특성과 통일이념으로서의 과제”, 『통일연구논총』, 제2권 제1호, 통일연구원, 1993.
- 방승주, “헌법재판소와 법원의 남북관계 관련 판례에 대한 헌법적 평가”, 『통일의 공법적 문제－독일 통일의 회고와 한국 통일의 전망』, 제157회 국제학술대회, 한국공법학회, 2010. 10. 8.

- 성낙인, “기조발제문: 통일시대를 대비한 헌법과 통일법의 과제”, 『통일과정의 헌법적 문제』, 헌법재판소 창립 25주년 기념 학술대회, 헌법재판연구원, 2013. 9. 12.
- 성낙인, “통합진보당에 대한 위헌정당해산심판”, 『고시계』, 통권 제682호, 고시계사, 2013.
- 안창호, “기조발제문: 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일”, 『통일과정의 헌법적 문제』, 헌법재판소 창립 25주년 기념 학술대회, 헌법재판연구원, 2013. 9. 12.
- 양영희, “북한의 법적지위”, 『통일사법정책연구(1)』, 법원행정처, 2006.
- 오현철, “통일이념 구성을 위한 정치사상적 접근”, 『통일정책연구』, 제11권 제2호, 통일연구원, 2002.
- 유호열, “한반도의 통일비전 및 과제”, 『한반도 통일 관련 국제법과 정책』, 국립외교원 외교안보연구소 국제법센터 국제학술회의, 2014. 11. 19.
- 이규창, “남북법제통합의 기본원칙 및 방향과 과제”, 『저스티스』, 통권 제122호, 한국법학원, 2011.
- 이내영, “한국인의 통일의식의 결정요인—새로운 분석모델의 모색”, 『평화연구』, 제22권 제1호, 고려대학교 평화와민주주의연구소, 2014.
- 이병규, “헌법의 본질과 다양성 그리고 그 가치”, 『법학논총』, 제33집, 경북대학교 법학연구원, 2010.
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『법학연구』, 제17집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2014.
- 이부하, “헌법재판소의 신뢰보호원칙 심사기준에 대한 평가”, 『법학논고』, 제48집, 경북대학교 법학연구원, 2014.
- 이삼성, “한반도 통일문제 접근의 주요 문제—통일한국의 미래상과 통일과정에 관한 인식을 중심으로”, 『한국정치외교사논총』, 제13집, 한국정치외교사학회, 1995.
- 이재희, “전투적 민주주의(Militant Democracy)로부터의 민주주의 수호”, 『공법학연구』, 제15권 제2호, 한국비교공법학회, 2014.

- 이주현, “남북한 특수관계의 의미”, 『남북교류와 관련한 법적 문제점(1)－특수 사법제도연구위원회 제6·7차 회의 결과보고』, 법원행정처, 2002.
- 이춘근, “통일한국의 정체성을 위한 노력: 자유민주주의와 시장경제를 중심으로”, 『통일과 인권 : 통일한국의 정체성 확립을 위한 방안 모색』, 코리아정책연구원 학술회의, 2014. 11. 11.
- 이해정, “통일 한국의 미래상”, 현대경제연구원, 2013.
- 이행·이종신, “통일한국의 미래상과 과제”, 『햇볕정책 평가와 과제, 중장기 비전 학술회의』, 전남대학교 세계한상문화연구단, 2001.
- 임동원, “변화하는 세계속에 우리의 미래상”, 『통일한국』, 통권 제106호, 평화문제연구소, 1992.
- 임지봉, “헌법재판소의 통합진보당 해산결정에 대한 분석과 평가”, 『법학논총』, 제33집, 숭실대학교 법학연구소, 2015.
- 장명봉, “통일관련법 연구의 성찰과 방향”, 『국제법학회논총』, 제49권 제3호, 대한국제법학회, 2004.
- 장소영, “통일법제 연구의 현황과 과제－법무부 통일법무자료검색시스템 보유 논문을 대상으로”, 『남북관계의 변화를 대비한 통일법의 과제』, 서울대학교 헌법·통일법센터, 서울대학교 법학연구소, 2013. 6. 21.
- 장소영, “독일통일과정의 헌법적 문제”, 『통일과정의 헌법적 문제』, 헌법재판소 창립 25주년 기념 학술대회 지정토론회, 헌법재판연구원, 2013. 9. 12.
- 장영수, “헌법 기본질서와 법치주의의 현실”, 『헌법가치와 법치주의』, 법무부·한국헌법학회 2015년 학술대회 자료집, 법무부·한국헌법학회, 2015. 4. 24.
- 전광석, “민주주의와 남북관계”, 『고시계』, 통권 제531호, 고시계사, 2001.
- 전광석, “정당해산심판에 대한 헌법적 및 정치적 이해”, 『헌법판례연구』, 13권, 한국헌법판례연구학회, 2012.
- 전광석, “헌법의 규범력과 사회보장법: 기본구조”, 『한림법학 FORUM』, 제9권, 한림대학교 법학연구소, 2000.

- 전미영, “통일담론에 나타난 남북한 민족주의 비교연구—통일이념의 모색”, 『국제정치논총』, 제43집 제1호, 한국국제정치학회, 2003.
- 전학선, “통일헌법과 사회·경제통합”, 『제헌66주년기념 공동학술대회: 기초연설』, 국회 법제실·유럽헌법학회, 2014. 7. 11.
- 정구진, “평화통일의 과정에서 북한법의 적용 가능성”, 『통일법제 인프라 확충을 위한 쟁점과 과제』, 서울대학교 헌법·통일법센터 주최 학술대회, 2012. 11. 2.
- 정상우, “헌법 제정과 국가공동체의 통합”, 『광복 70주년 제헌학술대회: 광복 70주년 기념 “광복과 헌법제정”』, 국회 법제실·한국헌법학회, 2015. 7. 16.
- 정영화, “역대 정부·현 정부의 평화통일정책의 비교 및 헌법적 평가”, 『통일의 공법적 문제—독일 통일의 회고와 한국 통일의 전망』, 제157회 국제학술대회, 한국공법학회, 2010. 10. 8.
- 정홍모, “독일의 분단과 통일과정”, 한국정치사회연구소 편, 『분단국의 통일사례와 한반도 통일과제』, 프리마, 2011.
- 조의연, “남북한 간의 관할권과 준거법 결정기준”, 『통일사법정책연구(1)』, 법원행정처, 2006.
- 최대권, “민주주의와 법치주의—국회와 헌법재판소의 관계를 중심으로”, 『제헌 64주년 기념 학술대회 논문집 기초연설』, 국회 법제실·한국헌법학회, 2012. 7. 13.
- 최은석, “통일 이후 북한의 정당해산심판의 요건과 헌법적 판단기준”, 『헌법재판연구』, 제2권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 최희경, “국민이 공감하는 법치주의 실현방안”, 『헌법가치와 법치주의』, 법무부·한국헌법학회 2015년 학술대회 자료집, 법무부·한국헌법학회, 2015. 4. 24.
- 한스 휴고 클라인, 김환학 번역, “민주적 헌법국가의 헌법재판과 정치”, 『공법연구』, 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.
- 허완중, “독일통일과정의 헌법적 문제”, 『통일과정의 헌법적 문제』, 헌법재판소 창립 25주년 기념 학술대회, 헌법재판연구원, 2013. 9. 12.



통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할

허완중, “독일통일과정의 헌법적 문제”, 『헌법재판연구』, 제2권 제1호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.

허준영, “서독의 동독 이탈주민 통합 정책”, 『FES Information Series 2011-06』, Friedrich Ebert Stiftung, 2011. 10.

황병덕, “통일한국 미래상 대연구2-통일조국의 이념”, 『통일한국』, 통권 제125호, 평화문제연구소, 1994.

(논문접수일: 2015. 8. 31. 논문심사일: 2015. 10. 27. 게재확정일: 2015. 11. 13.)



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및  
동 영역에서 일반적으로 승인된  
국제법규의 지위

Crystallization of the concept of sovereignty in  
criminal law area and status of the generally  
recognized rules of international law

朴 燦 柱(Park, Chan-ju)  
辯護士

— 目 次 —

I. 주권 .....	69
II. 관할에 관한 입법주의와 형법규정 .....	82
1. 입법주의 .....	82
2. 형법규정 .....	84
III. 입법주의에 관한 형법의 문제점 .....	89
1. 주권이론과 입법주의 .....	89
2. 예양(禮讓, comity) .....	95

3. The Lotus Case .....	97
4. 속인주의 입법정책의 타당성 여부에 관한 논의 .....	98
가. 절대적·적극적 속인주의가 가지는 위험성 .....	98
나. 보통법국가들의 적극적 속인주의에 관한 소극적 태도 .....	100
다. 속인주의의 주권충돌 위험성 .....	103
라. 무지의 베일 .....	111
마. 소결 .....	114
5. 영토주권의 확장 .....	115
6. 보호주의 .....	121
7. 이중위험금지 .....	123
IV. 형법영역에서의 일반적으로 승인된 국제법규의 지위 .....	129
1. 일반적으로 승인된 국제법규 .....	129
2. 편입이론과 변형이론 .....	133
3. 편입에 대한 제한 .....	137
4. 국제형사관습법 .....	138
가. 국제형사관습법이론의 형성과정 .....	138
나. 영법계국가들에서의 국제관습형법이론의 퇴조 .....	141
다. R v Jones (Margaret) 사건판결 .....	143
라. 미법계국가들의 태도 .....	145
V. 검토 .....	146
1. 편입이론과 변형이론 .....	146
2. 주권의 제한에 대한 두 가지 헌법적 결단 .....	149
3. 국제형사관습법의 지위 .....	154
VI. 맺는말 .....	159
* 국문초록 및 주제어 .....	161
* 영문초록 및 주제어 .....	164
* 참고문헌 .....	167

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

## I. 주권

우리의 주권은 유럽사법재판소에 의해 탈취당했다. 유럽사법재판소는 우리 제정법을 침해하는 많은 결정들을 하였으며, 우리는 우리의 제정법을 대신하여 자신의 결정들에 대해 복종하여야 한다고 말하고 있다. …… 우리 법원들은 더 이상 우리 국가법을 집행할 수 없다. 우리 법원들은 공동 체법을 집행하여야 한다. 유럽사법재판소의 법은 더 이상 영국의 강어귀로 밀고 들어오는 조수는 아니다. 유럽사법재판소의 법은 해일(海溢)과 마찬가지로 우리의 방파제를 넘어뜨리고, 내륙으로 들어와 우리의 들판과 집들을 넘치고 있다—모든 사람들에게 경악스럽게도.<sup>1)</sup>

의회주권(Parliamentary sovereignty)이 지배하는 영국에서의 자조(自嘲)이지만, 거기에서 말하는 주권은 반드시 의회주권을 염두에 두고 한 말은 아닐 것이다. 그보다는 주권 개념이 그만큼 변하고 있다는 상징적 자조(自嘲)일 것이다. 그러면 주권(sovereignty)이란 어떠한 개념인가. 우리 대한민국 헌법은 제1조는 「대한민국은 민주공화국이다」라고 규정하는 제1항에 뒤이어 제2항에서 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다」라고 규정하여 「국민주권」 내지 소위 「대중주권(popular sovereignty)」을 선언하고 있는데, 고전적 의미의 주권개념에 의한 것이다. 그러나 주권 개념의 발전추세에 비추어 장래에도 제1조 제2항이 순수한 형태로 유지될 수 있을 것인지의 점에는 의문이 있다. 「국가(state)」<sup>2)</sup>가 존재하는 경우에

---

1) Lord Denning, judicial branch of the House of Lords, in Denning 1990; Karen A. Alters, “Who Are the ‘Masters of Treaty?’”, in Lisa L. Martin & Beth A. Simmons (edited), *International Institutions*, Massachusetts Institute Technology, 2001, p. 187을 통해 재인용.

2) 1933년의 국가들의 권리와 의무에 관한 몬테비데오협약(Montevideo Convention on Rights and Duties of States of 1933) 제1조에서는 「국제법상의 [권리주체인] 인(人)으로서의 국가는 다음과 같은 자격요건을 갖추어야 한다: (a) 항상적 인구,

는 반드시 「주권(sovereignty)」이 존재할 것이라는 사고는, 가볍게 생각하면 양자 사이에 밀접한 관계를 유지하는 개념으로 보일 수 있다. 그러나 오늘날 통용되고 있는 주권 개념이 법적으로 그리고 정치적 개념으로 형성되고 발전되어 온 유럽의 경우를 보면, 중세시대에는 국가는 공동체에서 존재하는 여러 가지 형태의 단체 가운데 어찌면 보다 강력한 힘을 가지는 하나의 단체에 불과하였다고 할 수 있다.<sup>3)</sup> 한편 유럽연합(European Union: EU)의 등장은 과장하면 주권개념의 퇴장을 선언하는 상징적 제도의 대두이다. 그리하여 일부에서는 유럽은 주권개념의 시작임과 동시에 주권개념의 종언을 고하는 지역이라는 평가를 받고 있다.<sup>4)</sup> 어쨌든 주권개념을 고찰함에 있어서 국제법학자들에 의해 주도된 사고이기는 하지만 방법론적으로 어

---

(b) 명확한 영토, (c) 정부 및 (d) 다른 국가들과 외교관계를 수립할 수 있는 능력」이라고 규정하고 있다.

- 3) Miyoshi Masahiro, *Sovereignty and International Law* (2009): 「유럽기독교국가세계의 패배의 결과로 신성로마제국은 자신들의 인구와 영토에 대해 다소 평등한 주권을 가지는 수백 개의 비교적 독립적인 권위체로 해체되었으며, 이는 이론적으로는 근대적인 민족-국가시스템(*nation-State system*)의 탄생을 각인하였다. … 그 후 국가주권은 점차적으로 점점 강력하여졌다. 17세기 및 18세기 동안 관할권의 중층구조라는 중세시대의 뒤범벅을 제거하고 선형적 영토경계를 선호하는—영해와 관련하여 3마일 지대를 최소한의 표준으로 삼고 있다—배타적 영토관할원칙이 발달되었다.」 Gabriel Reznick, *Shared Sovereignty and the European Union: The Transition to Post-Westphalian Sovereignty*, p. 2: 「중세주권과 웨스트팔리아주권의 주요한 차이는 Robert Jackson, *Sovereignty at the Millennium*, p. 17: “새로운 주권국가는 중세체제의 ‘분산된 권위(*dispersed authority*)’로부터 탈피하였으며, 주권국가 자신의 ‘중앙화 된 권위(*centralized authority*)’를 성공적으로 확립하고 이를 강제하였다.” 중앙화 된 권위는 통상적으로 정부 또는 국가에 대해 권력을 가지며 국가의 시민들이 복종하여야 하는 법을 제정하는, 군주제 또는 전체주의적 우두머리의 형태를 취하고 있다.」.

[https://www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences/sos/masahiro\\_miyoshi\\_paper.pdf](https://www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences/sos/masahiro_miyoshi_paper.pdf);  
[http://www.academia.edu/2763366/Shared\\_Sovereignty\\_and\\_the\\_European\\_Union\\_The\\_Transition\\_to\\_Post-Westphalian\\_Sovereignty](http://www.academia.edu/2763366/Shared_Sovereignty_and_the_European_Union_The_Transition_to_Post-Westphalian_Sovereignty)

- 4) 유럽연합의 출현으로 인한 회원국들의 주권이양 내지 포기에 대한 논의는, Gabriel Reznick, *supra* n. 3) 참조.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

는 정도 의미 있는 분석이라고 할 수 있는 것은 주권개념을 「내적」 주권 ('internal' aspect)과 「외적」 주권('external' aspect)으로 나누는 방법론이다. 학자에 따라서는 이러한 구별은 주권개념의 이해에 「필수적」이라고 보고 있다.<sup>5)</sup> 이들을 정의하는 방법은 여러 가지가 있을 수 있으나, 필자는 다음과 같은 이해 위에서 이 글을 전개하고자 한다.<sup>6)</sup> 내적주권은 「이에 의해 독립국가가 통치되며 이것으로부터 모든 구체적인 정치권력이 도출되는, 최고의, 절대적인 그리고 통제할 수 없는 권력」이라고 정의될 수 있다.<sup>7)</sup> 이에 대해 독립성 및 다른 국가의 내적 문제에 있어서 외부권력의 무간섭 (non-interference)을 의미한다.<sup>8)</sup>

주권이론이 Jean Bodin, Bentham, Austin 등에 의해 전개될 때 동인들은 내적주권에 초점을 맞추고 있었다고 할 수 있는데, 이에 대해 외적주권은 유럽에서 30년전쟁(Thirty Years' War)의 종결을 이끌어낸 1648년 체결된 일련의<sup>9)</sup> 조약들, 소위 Westphalia평화조약(Peace of Westphalia)에 의해 태동된 근대적 의미의 주권개념이다.<sup>10)</sup> 그리하여 외적주권은 통상적으로 Westphalia주권이라고 부른다. Bodin은 주권을 「국가에 귀속되고 있는, 절대적이며 영속적인 권력(absolute and perpetual power)－라틴말로는 'majestas'

---

5) MP Ferreira-Snyman, The evolution of state sovereignty: A historical overview, p. 4. <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/3689/Fundamina%20Snyman.finaal.pdf>

6) Halid Haki Barut, "Turkey's Sovereignty Test towards the Full Membership of the European Union", LLM European Union Law, University of Westminster, Law School, 2013, p. 6 참조.

7) Farlex, The Free Dictionary by Farlex; Legal Dictionary <http://legaldictionary.thefreedictionary.com/State+sovereignty>

8) Alain De Benoist, "What is sovereignty: Translated by Julia Kostova from "Qu'est-ce que la souveraineté?" in *Éléments*, No 96, November 1999, pp. 24-35. <http://www.alaindebenoist.com/pdf/whatissovereignty.pdf>

9) [http://www.historylearningsite.co.uk/peace\\_of\\_westphalia.htm](http://www.historylearningsite.co.uk/peace_of_westphalia.htm)

10) Halid Haki Barut, *supra* n. 6), p. 9

라고 불린다」)으로 정의하고 있다.<sup>11)</sup> 내적주권 개념과 관련하여 Bodin 자신의 「절대성」에는 「불가분성」이 전제되어 있으며,<sup>12)</sup> Bodin 이후 주권을 연구한 Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jack Rousseau 및 John Austin은 모두 주권의 분할가능하지 않고 다른 곳으로 귀속시킬 수 없으며 절대적인 특징들(indivisible, nonattributable and absolute features)을 강조하였다. 이러한 내적주권 개념의 탄생은 국가가 가지는 권력을 다른 사회적 및 정치적 집단에 대해 지상(‘최고’)의(supreme) 존재로 만들기 때문에, 중세시대의 국가 개념으로부터 절리될 수 있었다. 내적주권이 주권의 절대성을 강조하고 있었다 하더라도 그것이 주권에 대해 어떠한 제한도 인정되지 아니한다는 것을 의미하는 것은 아니었다. Bodin은 주권은 자연법이라는 수단을 통해 제한될 수 있다고 하였고 Hobbes 및 Locke은 사회계약(social contract)을 주권에 대한 제약으로 하였으며, Jean Jack Rousseau는 일반의지(general will)는 주권을 제약할 수 있다고 보았다. Charles-Louis de Secondat Montesquieu는 「법의 지배(rule of law)」과 「인권(human rights)」을 이용하여 주권의 절대성의 특징을 마무리짓는 한편, Montesquieu는 그와 아울러 「권력분립」이론을 이용하여 주권의 불가분할성의 특징도 아울러 마무리지었다.<sup>13)</sup>

외적주권 개념을 탄생시킨 계기가 된 Westphalia평화조약은 통상적으로 근대국제체제의 시작으로 간주되고 있는데,<sup>14)</sup> 이는 동 조약의 핵심원칙으

11) Jean Bodin, *Six Books of Commonwealth*, Translated by M.J. Tooley, Basil Blackwell Oxford, 1955 <http://www.constitution.org/bodin/bodin.txt>

12) Halid Haki Barut, *supra* n. 6), p. 9 (Edward Andrew, “Jean Bodin on Sovereignty.” *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts*2, no. 2, Stanford University (June 1, 2011)을 인용. Jean Bodin에 관한 「유명한 논문」이라고 언급한다).

13) Halid Haki Barut, *supra* n. 6), p. 9 (각주 12)의 본문부터 본주에 대한 본문 사이의 Barut의 세주(細注)는 생략한다); 아울러, Pavlos Eleftheriadis, *Law and Sovereignty*, Legal Research Paper Series Paper No 42/2009 October 2009, University of Oxford, pp. 1-16 참조. [www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/10006398.pdf](http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/10006398.pdf)

14) Gabriel Reznick, *supra* n. 3), p. 2: 『웨스트팔리아평화조약은 특정한 영토에 대한



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

로 ① 국가주권이론 및 정치적 자기결정(‘자치’)에 관한 기본적 권리; ② 국가들 간의 법적 평등원칙; ③ 한 국가의 내부분쟁에 대한 다른 국가의 불개입원칙이 포함되어 있기 때문이다.<sup>15)</sup> Westphalia주권 개념은 제2차 세계대전 과정에서 경험하게 된 전쟁의 참혹성 및 이에 대한 대응으로서 국가법과 국제법의 관계에 있어서 사실상 일원론(monism)이 대두되고,<sup>16)</sup> 제

---

주권을 확인하고, ‘국가체제(State System)’로 알려진 것을 창설하였다. 동 조약은 또한 독립국가의 구조에 대한 윤곽을 그리는 규칙들을 정립하였다 (Kimon Valeskakis, “Westphalia II: The Real Millennium Challenge?” (2000. 12.) p. 3을 인용; 아울러 Halid Haki Barut, *supra* n. 6), p. 11 (Andreas Osiander, “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”, *International Organization* 55, 2, Spring 2001, p. 251을 인용).

15) [https://en.wikipedia.org/wiki/Westphalian\\_sovereignty](https://en.wikipedia.org/wiki/Westphalian_sovereignty). Westphalia조약으로 18세기에 독일의 통치공국군주들(reigning princes)은 점점 독립적으로 되었다. 18세기에 절대적이고 완전한 또는 충분한 주권을 한편으로 하고 상대적이며 불완전하거나 반쪽짜리 주권을 다른 편으로 하여 양자 사이에 차별이 이루어졌다. 절대주권은 자신들 국가들의 안과 밖에서 제한이 없는 독립성을 가지는 군주들에게 귀속되었다. 상대주권은 상이한 측면의 국가의 외적 또는 외교적 업무의 측면에서 어느 정도 다른 군주들에게 의존적인 군주들에게 귀속되었다. 절대주권과 상대주권 사이의 구별 결과로, 이러한 측면에서는 비록 보편적이지는 않지만, 18세기동안에는, 주권의 가분성이 인정되었다고 할 수 있다. MP Ferreira-Snyman, *supra* n. 5), p. 10 (Lauterpacht (ed) *Oppenheim's International Law* Vol 1 (1947) 117-118을 인용하고 있다.) <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/3689/Fundamina%20Snyman.finaal.pdf>

16) MP Ferreira-Snyman, *supra* n. 5), pp. 13-15에서는 Krabbe, Duguit 및 Kelsen의 이론을 소개하고 있다. 특히 Kelsen과 관련하여, 「Kelsen에 의하면, 국제영역에 있어서는 두 개의 있을 수 있는 ‘근본규범들(two possible Grundnormen)’ 즉 국내법체제의 최고성 또는 국제법의 최고성이 존재한다. 국제법과 국내법 사이의 관계에 대해 일원론적 견해를 적용함으로써 국제관계의 ‘근본규범’은 국제법의 우위성을 취하고 있다고 주장한다. 실제로 국가들은 서로의 법적 질서의 평등성을 인정하기 때문에, 평등이론(doctrine of equality)은 국가들이 자신들의 법질서에 관한 ‘근본규범들’에 비해 보다 상위의 ‘근본규범’을 인정한다는 것을 의미하지 않을 수 없다. 자신들의 국가체제들의 평등한 힘은 평등성을 수여하는 보다 상위의 권위체의 존재가 가정되는 경우에만 가능하다. Kelsen은 국제법의 구속력을 ‘계약은 지켜져야 한다(pacta sunt servanda)’는 원칙과 같은 예의 국제관습으로 귀속시키고 있다. 국제관습의 구속력은 모든 법체제에 있어서 내재하는 ‘근본규범’을 형성한다. Kelsen *Reine Rechtslehre* (1960) 221-223. See Kelsen *Pure Theory of Law* (tr by

도적 측면에서 흔들리기 시작한 계기는 국제연합(UN)의 창설이며<sup>17)</sup> 결정 타는 유럽연합(EU)의 출현이다. 유럽연합 체제 하에서 회원국들은 일정범 위 내에서 자신들의 주권에 대한 행사를 유럽연합에게 이양하는 것이 된다.<sup>18)</sup> 이는 유럽연합의 주권과 회원국들의 주권이 동거하고 있다는 것을

Max Knight in 1970) 214-217. 국제법의 최고성을 강조함에 의해 Kelsen은 국제 법과 국내법의 경계선에 대한 소거(eradication of the border line), 보편적 법공동 체의 창설(creation of a universal legal community) 및 종국적인 세계국가의 출현 (eventual emergence of a world state)을 예견하고 있다. Kelsen *Reine Rechtslehre* (1960) 328. Also see Kelsen *Pure Theory of Law* (tr by Max Knight in 1970) 328. (Kelsen 이외의 각주는 생략)이 설명하고 있다.

17) Halid Haki Barut, *supra* n. 6), p. 11 (Eric Brahm, *The Concept of Sovereignty*, September (2004)를 인용)

18) 유럽연합의 출현은 Westphalia주권이론을 고수하던 국가들에게 심각한 고민을 안겼다. 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 제2판, 법제처, 2010, 165쪽 (정문식 집필부분): 「유럽연합조약이나 유럽공동체조약은 형식적 측면에서 여러 국가간 국제조약으로 볼 수 있다. 그러나 많은 회원국들에게는, 예컨대 독일의 다수견해는 이를 국제법과 독립된 법영역으로 파악한다. 독일기본법에서도 유럽통합과 관련하여서는 별도의 헌법조문들(...)을 두고 있기 때문에, 유럽연합이나 유럽공동체조약의 효력은 최소한 헌법적 효력으로 볼 수 있다. 특히 명시적 규정이 없음에도 유럽재판소(EuGH)의 적극적인 판례들(\*별주 1)과, 각 회원국 법원의 소극적 인정(\*별주 2), 학설의 지지 등을 통해 각 회원국에 대하여 유럽공동체 관련 영역에서는 적용우위의 효력을 갖는 것으로 확립되었다. 공동체법이 회원국의 헌법, 법률 등과 저촉되거나 갈등이 발생할 때, 공동체법 위반으로 회원국의 법을 무효화시키는 것(효력우위)이 아니라, 유럽공동체조약이 적용될 상황에서는 회원국 국내법의 '적용'만을 배제시키는 것이다. 아직 회원국들의 비준을 얻지 못하여 발효되지 못한 유럽헌법 제 I-6조(\*별주 3)는 이를 명문화하였다.」(아래 인용의 것 이외의 각주는 인용 생략)

\* (별주 1): EuGHE, Rs.26/62, Sig.1963, 1(23ff.)—*Van Gend & Loos*; Rs.6/64, Sig.1964, 1251(269f.)—*Costa/ENEL*; Rs.11/70, Sig.1970, 1125(1135ff.)—*International Handelsgesellschaft*.

\* (별주 2): 예컨대 독일연방헌법재판소의 경우 BVerfGE 37, 271(280ff.) *Solange I*; 73, 339(375ff.)—*Solange II*; 89, 155(174f.)—*Maastricht*; 102, 147(161ff.)—*Benanenmarkordnung*.

\* (별주 3): 「본 헌법과 연합에 이양된 권한을 행사하여 연합기관들이 제정한 법은 회원국 법에 우선한다.」

◦ Adrián Tokár, “Something Happened. Sovereignty and European Integration In:

Extraordinary Times”, IWM Junior Visiting Fellows Conferences, Vol. 11: Vienna 2001, pp. 11-12에서는 László Valki의 이론을 원용하면서 다음과 같이 논하고 있다. 「Hungary 국제법학자 László Valki는 …… 헝가리의 유럽연합 가입은 헝가리의 주권을 침해하지는 않을 것이라고 결론짓고 있다. László Valki는 자신의 논문(Valki László: Mit kezd a szuverenitással a nemzetközi jog? In: A szuverenitás káprázata, Budapest, 1996)에서 국제법은 결코 주권에 관한 정의를 만들어내지는 아니하였다고 결론짓고 있다. 심지어는 주권을 침해하는 것으로 생각되고 있는 국제연합의 산하에서 서명되고 있는 국제법 문서들은 주권국가들이 할 수 없는 것, 즉 주권은 어떠한 것은 아니라는 것을 말함으로써(saying what sovereign states cannot do, i.e. what sovereignty is not), 주권을 단지 소극적으로 정의하고 있을 뿐이다. 예를 들어, 국가들은 다른 국가들을 평등한 것으로 존중하여야 하고, 다른 국가들의 영토적 일체성(‘영토보전’)을 위협하게 해서는 아니 되며, 갈등을 해결하기 위해 무력을 사용할 수는 없다. Valki의 견해에 있어서, 이러한 상황에 비추어 사람들이 채택할 수 있는 주권에 관한 유일한 적극적 정의는, 국제무대에서 독립적으로 행동하는 국가들은 주권자이다(states acting independently on the international scene are sovereign) 라는 것이다. 이것이 외적 주권의 정의에 관한 최소주의자(minimalist)의 설명이다.

내적주권에 관하여 국가와 법의 단일성에 관한 Kelsen의 명제(thesis)를 바탕으로 추측하고 있다. Kelsen에 의하면, 법이론가는 폐쇄된 법체제로서의 이외에는 달리 국가를 정의할 수 없다. 모든 다른 정의들은 너무 모호하며, 사람들을 법이론의 분야로부터 끌어내서 19세기에는 독일에서 대중적이었지만 Kelsen에 의해 비판받고 있는 국가에 관한 일반이론으로 이끌고 있다. Valki는, Kelsen모형을 따라, 주권이란 다른 어떠한 법질서에도 복하지 아니하는 독립적 법질서의 존재를, 학자들이 달리 표현하는 방식으로, 헌법적 독립성(constitutional independence)을 의미한다고 주장하고 있다. 이러한 개념적 도입을 따라서, Valki는 자신들의 회원국들의 주권에 충격을 주고 있거나 주고 있다고 말하여지는 세 국제조직들에 대한 검토를 계속하고 있다. 이들은 국제연합, NATO 및 유럽연합이다. Valki의 분석은 1. 어떠한 종류의 의사결정권한이 이들 조직들의 손 안에 있느냐 및 2. 어느 정도로 의사결정체들이 회원국들로부터 「어느 정도의 거리를 두고 있느냐」 라는 두 가지 측면에 바탕하고 있다. … 전원일치 대신에 가중다수결이 요구되는 경우에 일부가 결의를 찬성하지 아니하지만 그 일부의 의사에 반하여 통과되고 있으며 그 일부에 대해 구속력을 가지게 되는 경우들이 있을 수 있다. 이것이 표준절차이다; 그러나 관여하는 국가들이 주권국가들인 경우에는 언제나 표준절차에는 또 하나의 차원이 존재한다. Valki는 회원국들은 이들 규칙들을 준수할 것을 자의적으로 결정하였으며, 따라서 가중다수결투표에 의한 어떠한 의사결정도 자신들의 주권을 포기하는 것이라기보다는 자신들의 주권을 행사하는 특별한 형태에 해당한다고 주장하고 있다. 본인은 이 견해는 단지 부분적으

의미하는데, 이러한 동거관계의 주권은 공유주권(shared sovereignty)이라고 부를 수 있다.<sup>19)</sup> 이렇게 볼 때 공유주권을 제외한 나머지 주권은 회원국들의 고유한 주권에 속하는데, 잔여주권(residual sovereignty)이라고 할 수 있다.<sup>20)</sup> 그러나 이러한 표현 자체가 전통적 주권개념에 대한 심각한 조롱이라고 할 수 있다. 어쨌든 구체적인 법 적용과 관련하여 적용이 문제되는 국가법이 유럽연합법에 위반하고 있다는 문제가 제기되는 경우에 그 국가법을 적용하여야 하는 입장에 있는 회원국은 그 적용에 앞서 유럽사법재판소에 국가법의 유럽연합법 위반 여부에 대한 선결결정을 위한 위탁(reference for preliminary ruling)을 하여야 하며, 그에 따라 이루어진 유럽사법재판소의 결정은 위탁회원국의 법원을 구속한다.<sup>21)</sup> 이러한 현상의 주권은 Westphalia

---

로만 옳다고 믿으며, [특별한 형태의 주권행사의] 파생결과를 이해하기 위해서는, 주권형태를 다른 관점에서 바라보아야 한다.]

<https://www.yumpu.com/en/document/view/11315247/something-happened-sovereignty-and-european-integration-iwm>

- 19) Gabriel Reznick, *supra* n. 3) 참조. 유럽연합의 창설에 관한 Maastricht조약이 독일 기본법을 위반하여 무효인지의 여부에 관한 독일연방헌법재판소판결(BVerfGE 47, 269 (1978))에 관한 Steve J. Boom, *The European Union after the Maastricht Decision: Is Germany the “Virginia of Europe?”* Revised version (1995), Jean Monnet Center at NYU School of Law <http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/95/9505ind.html>에서는 미합중국의 탄생과 유럽연합의 창설과 관련한 법리를 비교법적으로 고찰하고 있다. 공유주권이라고 하더라도 이는 일종의 주권의 제한이론인데도 「제한주권 (limited sovereignty)」라고 부르지 아니하는 것은, 동 개념이 구(舊)소련에서 「The Brezhnev Doctrine」으로 이용된 때문은 아닌가 추측된다.
- 20) Neil MacCormick, “The Maastricht Urteil: Sovereignty Now” *European Law Journal*, vol 1, no 3, November 1995, p. 265.  
[http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic162929.files/C\\_Europes\\_Legal\\_Political\\_Institutions/c\\_reading\\_maccormick.pdf](http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic162929.files/C_Europes_Legal_Political_Institutions/c_reading_maccormick.pdf).
- 21) 유럽사법재판소는 공동체법과 충돌하는 국가법은 적용할 수는 없으나 무효는 아니다 (inapplicable, not invalid) 라는 점을 명백히 하고 있다. Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*. [1978] EUECJ R-106/77; [1978] ECR 629 at 644. 따라서 비록 국가법은 공동체법을 적용하여야 하지만, 내국법은 존재를 유지하고 있다. 보다 이전의 사건에 있어서는 유럽사법재판소는 공동체법에 의존하고자 하는 사람들에게 영향을 미칠 수 있는 「모호한 상태(ambiguous state of

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

평화조약과는 양립할 수 없는 발상이기 때문에 탈(脫)웨스트팔리아주권 (post-Westphalian sovereignty)이라고 부른다. 학자에 따라서는 주권개념의 발전단계를 고전적 주권(classic sovereignty), 개방적 국제주권(liberal international sovereignty), 세계주권(cosmopolitan sovereignty)으로 나누기도 하는데,<sup>22)</sup> 세계주권은 다시 법적 세계주의, 정치적 세계주의, 경제적 세계주의 및 문화적 세계주의라는 측면에서 파악하고 있다. 이러한 이해에서는 국가만이 주권을 독점한다는 것은 퇴색하고 있으며, 어쩌면 국가의 지위는 공동체에서 존재하는 여러 가지 형태의 단체 가운데 보다 강력한 힘을 가지는 하나의 단체에 불과하다는 중세시대의 관념이 재조명되고 있는 것으로도 비칠 수 있다.<sup>23)</sup>

주권개념과 관련하여 언급하여야 할 점의 하나는 의회주권(Parliamentary

---

affairs)을 조성할 수 있는 상황을 인정하였었다. 그리하여 법적확실성을 위하여 유럽사법재판소는 회원국들에게 충돌하는 국가입법을 폐지할 적극적 의무를 부과하였다. Case 167/73, *Commission v France*, [1974] ECR 359 at 372 - 73. Corolina Koch, "The Doctrine of Supremacy of European Community Law as a Condition Precedent for the Doctrine of Direct Effect" (2004) 9 *International Trade and Business Law Review* 201. <http://www.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2004/8.html#FootnoteB58>. 이 점과 관련한 독일의 입장은 뒤에서 언급한다.

- 22) David Held, "Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty", Published in *Legal Theory*, Centre for the Study of Global Governance, London School of Economics and Political Science, 2002, pp. 41. <http://www.lse.ac.uk/Depts/global> 「고전적 주권」, pp. 5-7; 「개방적 국제주권」, pp. 7-22; 「세계주권」, pp. 22-41.; 아울러, David Held, *The Changing Structure of International Law: Sovereignty Transformed?*, 2003, pp. 162-175. <https://www.polity.co.uk/global/pdf/GTReader2eHeld.pdf>.
- 23) Gabriel Reznick, *supra* n. 3), p. 2에서는 「거의 190개 주권국가들이 웨스트팔리아 모형의 주권을 따르고 있다. 그럼에도 시간이 흐르면서, 주로 지구화로 인하여, 비정부조직들(NGOs), 미국만 하여도 약 40,000 NGO들이 있다) 및 정부 간 조직들(IGOs, ie. IMF)뿐 아니라 다국회사들도 주권을 획득하였다. 학자들은, 지구화가 새로운 개방사회, 지구적 금융시장이 금융주권을 제한하고 기술이 정보의 자유로운 흐름을 허용하였던 그러한 세계를 창조함에 따라 그 후 우리들은 주권을 초월하여 이동하여 왔는지를 물어왔다. 주권개념은 이동하고 있으며, EU는 그러한 이동의 커다란 예이다. (각주 생략)」

sovereignty) 개념이다. 의회주권은 두 가지 의미를 가진다. 하나는, 의회가 다른 국가기관, 즉 집행부 및 법원에 비해 힘에 있어서 우월한 권력기관이라는 의미이며, 다른 하나는, 입법권의 행사에 있어서 무제한이라는 의미이다. 이러한 의회주권개념은 영국에서 발전되어 현재도 소수의 국가들<sup>24)</sup>에 의해 유지되고 있는 주권개념이다. 영국의 경우 내적주권과 관련하여 아직 최고법원에 위헌법률심사권이 공식적으로 인정되지 않지만 *Jackson v Attorney General* 사건판결<sup>25)</sup>에서 이미 그 가능성이 상당한 정도로 성숙되었다고 할 수 있으며, 외적주권의 측면에서 *R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame (No 2)* 사건판결<sup>26)</sup>에서 Lord Steyn은 1998년인권법(Human Rights Act 1998)과 관련하여 「1998년인권법에 의해 우리 법으로 편입된 바의 유럽인권조약은 새로운 법질서를 창설하였다. …… Dicey에 의해 제공된 의회의 최고성이론(doctrine of the supremacy of Parliament)에 관한 고전적 설명은, 과거에는 순수하고 절대적이었지만, 오늘날에는 현대 연합왕국 내에서 설 자리를 잃어버린 것으로 이해될 수 있다.」<sup>27)</sup> 이 논하고 있다. 특히 *Jackson* 사건판결에서 Lord Steyn(para. 102) 및 Lord Hope(para. 126)은 의회주권은 사법부의 창조물이라고 혹평하고 있다.

24) Finland, Israel, Netherlands, New Zealand, Sweden, Barbados, Jamaica, Papua New Guinea 및 Solomon Islands. [https://en.wikipedia.org/wiki/Parliamentary\\_sovereignty](https://en.wikipedia.org/wiki/Parliamentary_sovereignty)

25) [2005] UKHL 56, [2006] 1 AC 262.

26) [1991] 1 AC 603.

27) 「의회주권」 및 *Jackson* 사건판결과 관련하여, Tom Mullen, “Reflections on *Jackson v Attorney General*: questioning sovereignty”, *Legal Studies* (2007) 27 (1), pp. 1 - 25. [http://www.researchgate.net/publication/46214788\\_Reflections\\_on\\_Jackson\\_v\\_Atorney\\_General\\_Questioning\\_Sovereignty](http://www.researchgate.net/publication/46214788_Reflections_on_Jackson_v_Atorney_General_Questioning_Sovereignty); Christopher Forsyth, “The definition of Parliament after *Jackson*: Can the life of Parliament be extended under the Parliament Acts 1911 and 1949?” *Int J Constitutional Law* (2011) 9 (1): 132-143. <http://icon.oxfordjournals.org/content/9/1/132.short>; Cheryl Saunders & Anna Dzedzic, *Parliamentary Sovereignty and Written Constitutions in Comparative Perspective* <http://republicat40.org/wp-content/uploads/2013/01/Parliamentary-Sovereignty-and-Written-Constitutions.pdf>

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

주권개념과 관련하여 언급하여야 할 또 하나의 점은 주권과 헌법제정권력의 관계와 관련된 문제이다. 상론할 수는 없지만 「헌법제정권력은 주권이 규범질서와 관련하여 행사되는 가장 대표적인 실현형태이긴 하지만 주권 그 자체는 아니다. 국민의 주권행사의 결과로 헌법제정권력이 발동되지만 헌법 제정 이후에도 주권행사는 끊임없이 요구되고 있는 점에서 주권은 헌법제정권력을 포괄하는 개념이다.」<sup>28)</sup>라는 명제를 받아들일 수 있다고 가정하자. 그런데 헌법제정권력의 한계에 대해서는 제한목적에서 오는 이데올로기적 한계, 법원리적 한계, 국제정치적 역학관계에 따른 한계, 자연법적 한계 등이 논하여지고 있다.<sup>29)</sup> 문제는 주권에도 제한이 따른다는 명제를 정립하고 그러한 제한으로 논하고 있는 것들은 대체로 헌법제정권력의 한계와 궤를 같이 하고 있다는 점이다. 이 점과 함께 Sieyès 및 Carl Schmitt의 헌법제정권력에 관한 정당성이론이 비판당하고 있는 현실<sup>30)</sup>에서 볼 때, 헌법 제2항에서 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다」라고 규정하여 국민주권/대중주권을 선언하지만 이는 일종의 이데올로기적 표현이고, 실제로는 헌법주권(constitutional sovereignty)<sup>31)</sup>이라는 개념의 주목이 요청된다.

대한민국헌법 제1조 제2항에서의 주권개념에 대해 주석서<sup>32)</sup>에서는 「주권이론의 발전과정 및 주장자들에 의한 개별적인 차이에도 불구하고 오늘날 주권의 의의와 성질에 대해서는 비교적 광범위한 합의가 형성되어 있다고 전제하고, 주권에 대해 형성된 합의를 「한 국가 내의 최고의 권력이며

28) 이승우, 헌법학, 도서출판 두남, 2009, 55쪽.

29) 이승우, 각주 28), 58-60쪽.

30) 이승우, 각주 28), 56-58쪽.

31) 이에 대한 논의는, Pavlos Eleftheriadis, Law and Soereignty, Legal Research Paper Series Paper No 42/2009, University of Oxford, October 2009, pp. 14-15. [www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/10006398.pdf](http://www.law.cam.ac.uk/faculty-resources/10006398.pdf).

32) 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I (총강 및 기본권에 관한 장), 81-82쪽 (장영수 집필부분)

이는 결코 나누어지거나 제3자에게 양도할 수 없는 권력이라고 보고 있다. 다만 주권의 속성의 하나인 불가분성(不可分性) 및 불가양성(不可讓性)과 관련하여, 「이에 대해서는 논란의 여지가 있다」는 말을 덧붙이고 있다.<sup>33)</sup> 이러한 이해는, 대한민국헌법 제1조 제2항의 주권 개념은 「내적주권」 개념 위에서 정립되고 있다고 할 수 있다. 아울러 대한민국헌법 제60조 제1항에서는 「주권의 제약에 관한 조약」의 체결·비준에 대해 국회의 비준을 요한다고 규정함으로써 제1조 제2항에 의해 최고의, 절대적인 그리고 통제할 수 없는 권력으로 국민에게 귀속되는 주권에 대한 제한이 가능할 수 있음을 선언하고 있다. 한편 제6조 제1항에서는 「헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다」라고 규정하는데, 전문(前文)의 「헌법에 의하여 체결·공포된 조약」 가운데 제60조 제1항이 규정하는 경우의 「주권의 제약에 관한 조약」은 직접적으로 「주권의 제약」과 관련되는 것은 당연하다. 문제는 후문(後文)의 「일반적으로 승인된 국제법규」 부분인데, 동 부분을 동 국제법규가 국내법에 의한 수용(adoption)과 변형(transformation)을 거치지 아니한 채 당연히 효력을 가지는 것으로, 즉 국내법으로의 자동편입(automatic incorporation)에 관한 규정으로 이해하는 경우에는<sup>34)</sup> 주권국가의 독립성 및 주권국가의 내적 문제에 대한 외부권력에 의한 무간섭원칙은 영향을 받을 수 있고, 뒤에서 상세히 다루지만 일종의 「주권의 제약」에 해당한다고 할 수 있다.

---

33) 장영수 교수는 각주를 통해 다음과 같이 설명하고 있다: 「예컨대 연방국가의 경우 다수의 지분국(즉 연방을 구성하는 주)들이 주권을 나누는 것으로 이해하여야 하지 않는가 라는 논란이 있었으며, 또한 제2차 세계대전 후에는 패전국이었던 독일이나 일본이 주권을 제약받았던 점을 들어 주권(즉 헌법제정권력)의 불가분성 및 불가양성에 대해 문제를 제기하는 경우가 있다.」

34) 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 각주 18), 163쪽 (정문석 집필부분)에서는 「조약」과 관련하여 「국제법에 우호적인 태도를 취한다면 수용의 방식을 취한다고 해석함이 합리적이다」이 논한다.



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

헌법의 주권과 관련한 이러한 규정태도는 내적주권에 대해서는 Bodin에 의해 정립되고 그 이후 가다듬어져 온 내적주권은 「국가에 귀속되고 있는, 절대적이며 영속적인 권력(absolute and perpetual power)」에 해당한다는 것 및 외적주권에 대해서는 웨스트팔리아주권개념을 충실히 반영하는 것으로, 그 이후 탈(脫)웨스트팔리아주권화하는 추세를 전혀 반영하지 못하고 있다. 물론 우리나라 현실이 유럽연합(EU)에 비견할만한 국가들의 복합체를 형성 하지도 그 일원이 되지도 못한 상황에서는 아직은 탈(脫)웨스트팔리아주권을 논할 필요가 없는데다가, 설사 유럽연합(EU)에 비견할 수 있는 국가들의 복합체를 형성하거나 가입한다고 하더라도 그 가입이나 탈퇴가 헌법 제 1조 제2항에서 규정하는 주권의 위임범위 내에서 이루어지는 이상, 「국가에 귀속되고 있는, 절대적이며 영속적인 권력」에 해당한다는 고전적 주권 개념에서 이탈하는 것은 아니라는 이론이 있을 수 있다. 그러나 이러한 태도는 「주권」개념을 「박제화」 하는 것이며, 국가들의 복합체 형성을 더디게 할 수 있을 것이다. 그러나 여기서 지적하고자 하는 점은, 탈(脫)Westphalia 주권적 경향이 헌법 및 헌법의 수권에 의해 제정된 법률들의 해석에 전혀 영향을 미칠 수 없느냐라는 점이다. 이 점은 앞으로의 논의의 전개과정에서 부분적으로 논의될 것이다. 우리는 앞에서 주권개념을 「내적주권」과 「외적주권」으로 나누는 방법론 주권개념의 이해에 「필수적」이라는 주장도 있다는 점을 보았는데, 이는 이론구성을 위해서는 타당하지만, 현실적인 운용에 있어서는 절대적인 것으로 보아서는 아니 될 것이다. 주권이론의 형법영역에 있어서의 발현인 관할이론(jurisdiction)에서는 「주권의 충돌」이라는 측면에서 양 개념을 교차시키면서 전개되어야 할 필요가 있다.

## II. 관할에 관한 입법주의와 형법규정

### 1. 입법주의

한 국가의 공간적 존립기반은 국민과 영토이다. 국가의 존립기반인 영토 및 국민과 관련한 주권을 영토주권/영토고권 및 대인주권/대인고권이라고 부른다.<sup>35)</sup> 영토주권 및 대인주권은 각기 독자적으로 존립하는(freestanding) 주권개념이다.

한 국가가 사람, 사건, 물건 또는 자원 등에 대해 행사할 수 있는 권한의 총계를 국가관할권(state jurisdiction)이라고 부르며, 국가주권의 한 발현 형태라고 할 수 있다. 우리 형법에서는 형법의 적용범위에 대해 규정하고 있는데, 형사사건에 관한 입법적 측면에서의 국가관할권의 행사로서 입법관할권(legislative jurisdiction)이라고 한다. 입법관할권은 자국 영토 내에서 물리적으로 발생하는 행위를 규율하기 위한 법규를 제정할 수 있는 역내관할권(intraterritorial jurisdiction)과 자국 영토 밖에서 적용되는 것으로 의도된 법규를 제정할 수 있는 역외관할권(extraterritorial jurisdiction)으로 나눌 수 있다.<sup>36)</sup> 어쨌든 형법의 장소적 적용범위를 어떻게 정할 것인가라는 문제와 관련하여 각국의 형법들이 취하는 입법태도는 다음과 같이 분류할 수 있다.

「속지주의(territorial principle; Territorialitätsprinzip)」란 자국의 영역 안에서 발생한 모든 범죄에 대해 범죄인의 국적을 불문하고 자국형법을 적용하는 원칙이다. 여기서 「영역」이라는 용어를 사용하는 것은 영토 밖에서의 항공기나 선박에 대해서 기국(旗國)법에 따라 속인주의가 적용될 수 있는가 하면, 영토 내의 조차지에 대해서 외국영토와 동일하게 취급될 수 있다

---

35) 이승우, 각주 28), 152쪽.

36) 김대순, 국제법론, 제15판, 삼영사, 2009, 388-391쪽

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

면 조차지에서의 범죄는 자국법이 아니라 조차지국가의 외국법이 적용될 여지가 있기 때문이다. 「속인주의(personal principle; Personalitätsprinzip)」란 범죄자나 피해자가 자국민인 경우에 범죄지의 여하를 불문하고 자국형법을 적용하는 원칙을 말한다. 속인주의는 범죄행위의 주체에 초점을 맞추어 범죄자가 자국민인 경우에 피해자의 국적은 묻지 아니하는 적극적 속인주의(active personality principle)<sup>37)</sup>와 범죄행위의 객체에 맞추어 피해자가 자국민인 경우에 가해자의 국적은 묻지 아니하는 소극적 속인주의(passive personality principle)로 나눌 수 있다. 따라서 속인주의를 자국민의 범죄에 대해서는 범죄지의 여하를 불문하고 자국형법을 적용한다는 원칙이라고 정의하는 경우에는 소극적 속인주의는 당초부터 속인주의에 포함되지 아니하며 보호주의가 보다 적합할 것이지만, 관행적으로 속인주의를 소극적 속인주의와 적극적 속인주의로 나누고 있다.<sup>38)</sup>

「보호주의(protective principle; Schutzgrundsatz)」란 자국 또는 자국민의 법익을 침해하는 범죄에 대해서는 범인의 국적과 범죄지를 불문하고 자국형법을 적용하는 원칙이다. 보호주의는 자국의 국가적 법익을 보호하는 것을 국가보호주의, 자국민의 개인적 법익을 보호하는 것을 개인보호주의로 세분할 수 있는데, 위에서 말하는 소극적 속인주의는 보호주의적 발상이다. 보호주의는 다시 자국의 국가적 법익을 보호하는 것을 국가보호주의(protective principle of state; Realprinzip)와, 자국민의 개인적 법익을 보호하는 것을 개인보호주의(protective principle of individual; Individualschutzprinzip)로 세

37) 공해(high seas)에서의 자국민의 범죄행위에 대해서는 「속인주의」이 적용된다. S.S. *Lotus (Fr. v. Turk.)* 사건판결(\*1927 PCIJ (ser. A) No. 10 (Sept. 7))에서 실시하듯, 「공해는 구속을 받지 않으며 무주물(res nullius)에 해당한다. 그리고 국가들의 공동 안전의 이익을 위해 부과된 예외 또는 제약을 떠나서는 공해는 어떤 영토적 권위에도 종속하지 아니한다.」이 보아야 하기 때문이다. 아울러 미국연방대법원의 *Skiriotis v. Florida* 사건판결(\*313 U.S. 69; 61 S.Ct. 924) 참조.

38) 예를 들어, 김성돈, 형법총론, 제3판, 2014, 103-104쪽; 최호진, 형법총론, 준커뮤니케이션즈, 2014, 69쪽.

분되는데, 소극적 속인주의는 후자에 해당한다. 「세계주의」란 범죄자 및 피해자의 국적 여부를 불문하고 오늘날의 평화로운 국제사회의 공존 질서를 침해하는 범죄이거나 다수국가의 공동의 이익에 반하는 범죄이거나 인간의 존엄성을 침해하는 반인도적 범죄에 대해 자국에서 처벌한다는 원칙을 말한다.<sup>39)</sup> 세계주의는 「보편주의(universal principle)」라고 부를 수도 있는데, 자국 또는 자국민이 범죄자, 범죄자 및 피해자의 어느 것과도 관련되지 아니하며 단지 자국이 형사관할권을 행사한다는 점에서 「관할」을 강조하여 「보편관할(universal jurisdiction)」의 문제로 논하고 있다.<sup>40)</sup> 일반적으로 「자국에서 처벌한다」는 것을 「자국형법을 적용하여 처벌한다」는 것으로 보고 있다.<sup>41)</sup>

## 2. 형법규정

관련된 규정은 형법 제2조에서 제7조까지이다. 규정형식은 「본법은 …… 죄를 범한 ……에게 적용한다」로 되어 있다. 이 형식에 있어서 「본법」은 대한민국의 「형법」을 의미하는 것은 당연하다. 그러면 「죄」는 어떠한 의미인가. 「형법이 규정하는 죄」가 이에 포함되는 것은 당연하다. 그러면 「대한민국이 제정한 형법 이외의 법이 규정하는 죄」는 어떠한가. 만일 「대한민국이 제정한 형법 이외의 법이 규정하는 죄」에 대해 형법 제2조에서 제

---

39) 독일형법에서는 제6조에서 「Auslandstaten gegen international geschützte Rechtsgüter (국제적으로 보호되는 법익에 대한 국외범)」라는 표제 하에, 「Das deutsche Strafrecht gilt weiter, unabhängig vom Recht des Tatorts, für folgende Taten, die im Ausland begangen werden」라고 규정하고 있다. 9개의 행위유형이 각호로 열거되고 있다.

40) 법제처에서 제공하는 영문법령에서도 형법 제296조의2 표제 「세계주의」를 「Universality」라고 번역하여 「보편관할(universal jurisdiction)」이라는 측면에서 접근하고 있다.

41) 최호진, 각주 38), 69쪽, 원형식, 사이버공간에 있어서 우리나라 형법의 적용범위, 인터넷 법률 2002년 제10호(2002년), 43쪽.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

7조까지의 규정이 당연히 적용되는 것이 아니라면, 이러한 「형법 이외의 법이 규정하는 죄」에 대해 형법 제2조에서 제7조의 정신을 적용하기 위해 이를 준용하거나 유추하는 규정을 두어야 한다는 문제가 제기될 수 있는데,<sup>42)</sup> 학자들은 이 점을 염두에 두고 있지 아니다. 이를 거론하는 것은 나중에 언급하겠지만, 국가의 공간적 존립기반인 국민 및 영토와 관련한 영토주권 및 대인주권과 어떠한 관계를 가지는가, 입법주의의 주된 원칙이 무엇인가라는 점과 관련되기 때문이다. 어쨌든 형법 제2조에서는 「국내법」이라는 표제 하에 「본법은 대한민국영역 내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다」라고 규정하는데, 전형적인 속지주의 규정에 해당한다.<sup>43)</sup> 제3조에서는 「내국인의 국외범」이라는 표제 하에 「본법은 대한민국영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다」라고 규정하는데, 속인주의에 관한 규정이다. 속지주의와 적극적 속인주의의 관계에 대해 양자가 국제형법에

---

42) 대법원 1986. 7. 22. 선고 86도1012 전원합의체 판결에서 다수의견은 「1개의 죄가 본법시행 전후에 걸쳐서 행하여진 때에는 본법 시행전에 범한 것으로 간주한다」 이 규정하는 형법 부칙 제4조 제1항과 관련하여 「부칙은 형법시행에 즈음하여 구 형법과의 관계에서 그 적용범위를 규정한 경과법으로서 형법 제8조에서 규정하는 총칙규정이 아닐 뿐 아니라 범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다고 규정한 형법 제1조 제1항의 해석으로서도 행위종료시의 법률의 적용을 배제한 점에서 타당한 것이 아니므로 신·구형법과의 관계가 아닌 다른 법과의 관계에서는 위 부칙을 적용 내지 유추적용할 것이 아니다」라고 실시한 바 있다. 「총칙규정이 아닐 뿐 아니라」라는 실시에 비추어 「총칙규정」에 해당하는 것은 「다른 법과의 관계에서도」 「총칙규정」을 적용할 수 있는 외형을 지니고 있다. 그러나 그 적용의 논의는 「신·구법 사이의 관계」라는 무척 협소한 영역에 한정되어 있으며, 형법 제2조에서 제7조까지의 규정이 「형법 이외의 법이 규정하는 죄」에 대해 당연히 적용될 수 있다는 광범한 논의는 아니었다. 이 점은 인용부분의 후단에서 「형법 제1조 제1항의 해석으로서도 행위종료시의 법률의 적용을 배제한 점에서 타당한 것이 아니므로」라는 다수의견의 결론에 대한 보강설시에 비추어 뚜렷하다.

43) 형법 제4조에서는 「국외에 있는 내국선박 등에서 외국인이 범한 죄」라는 표제 하에 「본법은 대한민국 영역 외에 있는 대한민국의 선박 또는 항공기내에서 죄를 범한 외국인에게 적용한다」라고 규정하여 대한민국의 영역을 대한민국의 선박 또는 항공기에 확장하는 기국주의(flag state principle; Flaggenprinzip)를 선언하고 있다.

있어서 대등한 원칙이라는 입장이 없는 것은 아니나,<sup>44)</sup> 일반적으로는 대한민국형법은 속지주의를 원칙으로 하고 적극적 속인주의를 보호주의 및 소극적 속인주의와 함께 보충적 원칙으로 채택하고 있다고 설명하고 있다.<sup>45)</sup>

형법 제5조에서는 「외국인의 국외범」이라는 표제 하에 「본법은 대한민국영역 외에서 다음에 기재한 죄<sup>46)</sup>를 범한 외국인에게 적용한다」라고 규정하는데, 보호주의에 관한 규정으로 이해된다. 이렇게 이해할 때 형법총칙에서는 세계주의에 관하여 명시적으로 이를 선언하는 규정을 두지 아니하는 셈이다. 그리하여 약취, 유인 및 인신매매의 죄와 관련하여 2013. 4. 5. 일부개정(법률 제11731호)을 통해 신설된 형법 제296조의2에서 「제287조부터 제292조까지 및 제294조는 대한민국 영역 밖에서 죄를 범한 외국인에게도 적용한다」라고 하여 제287조부터 제292조까지 및 제294조에 대해 세계주의를 선언하기까지는 대한민국형법에서 세계주의를 선언하는 규정이 존재할 수 있는지에 대해서는 부정설이 일반적이었다.<sup>47)</sup> 형법 이외의 법률에서 세계주의를 규정하는 것으로 이해되는 범죄로서는 2011년에 제정된 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」이 규정하는 「집단살해죄등」의 범죄이다. 동법은 제2조 제1호에서는 「집단살해죄등」을 동법 제8조부터 제14조까지의 죄를 말하는 것으로 정의한 후, 제3조(적용범위) 제5항에서 「이 법은 대한민국 영역 밖에서 집단살해죄등을 범하고 대한민국영

44) 김종원(편집대표), 주석형법 (상), 한국사법행정학회, 1988, 76쪽

45) 김성돈, 각주 38), 99쪽; 최호진, 각주 38), 51쪽(「일반적으로 속인주의는 속지주의를 보충하는 원칙으로 이해되고 있다」).

46) 내란의 죄(제1호), 외환의 죄(제2호), 국기에 관한 죄(제3호), 통화에 관한 죄(제4호), 유가증권, 우표와 인지에 관한 죄(제5호), 문서에 관한 죄 중 제225조 내지 제230조(제6호) 및 인장에 관한 죄 중 제238조(제7호)가 그것이다.

47) 형법 제5조 제4호(통화에 관한 죄) 및 제207조 제3항(「행사할 목적으로 외국에서 통용하는 외국의 화폐, 지폐 또는 은행권을 위조 또는 변조한 자는 10년 이하의 징역에 처한다」)을 체계적으로 해석하는 경우에는 외국에서 외국통화를 위조한 외국인에 대해 우리 형법을 적용할 수 있다는 입장이 있었다. 오영근, 형법총론, 보정판, 박영사, 2005, §4/37; 정성근·박광민, 형법총론, 제2판, 삼지원, 2005, 59쪽.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

역 안에 있는 외국인에게 적용한다」라고 규정하고 있다.<sup>48)</sup> 세계주의의 입법주의가 실효성을 가지기 위해서는 자국 또는 자국민이 범죄지, 범죄자 및 피해자의 어느 것과도 관련되지 아니하는데도 자국이 형사관할권을 행사하는 것은, 세계주의에 입각하여 처벌하고자 하는 범죄는 세계국가 또는 세계인들의 요구에 해당하므로 「당연히」 「세계 또는 세계인들을 대표하여」 관할권을 행사한다, 즉 자국의 관할권은 대표관할(representative jurisdiction)에 해당한다는 인식을 철저히 자각하여야 한다는 점이 중요하다. 독일형법 제7조 제2항에서는

국외에서 행하여지는 기타의 범죄행위에 대해 행위지에서 그 범죄에 대한 처벌규정을 두고 있거나 또는 어떠한 형벌권이 미치지 않는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 독일 형법이 적용된다.

1. 행위자가 행위 시에 독일인이었거나 행위 후에 독일인이 된 경우
2. 행위자가 행위 시에 외국인으로서 국내에서 체포되어 범죄의 유형에 따라 범죄인 인도법에 의한 인도가 허용됨에도 불구하고 적절한 기간 내에 인도청구가 제기되지 않았거나, 거절되었거나 또는 인도의 이행이 불가능하여 인도되지 아니한 경우

---

48) 동법 제3조 제1항은 속지주의를 선언한 형법 제2조와, 동법 제3조 제2항은 속인주의를 선언한 형법 제3조와, 동법 제3조 제3항은 기국주의를 선언한 형법 제4조와 사실상 동일하다. 다만 동법 제3조 제4항은 「이 법은 대한민국 영역 밖에서 대한민국 또는 대한민국 국민에 대하여 이 법으로 정한 죄를 범한 외국인에게 적용한다」라고 규정하고 있는데, 보호주의를 선언하기 위한 것이다. 이러한 체제는 「집단살해죄등」이 형법으로 흡수되는 경우에 제5조 제8호에서 규정될 것이다. 그런데 「집단살해죄등」에 대해 세계주의가 적용되는 경우에 동법 제3조 제1항부터 제4항까지의 규정을 둘 필요가 있는지 의문이 제기된다. 대법원 1986. 7. 22. 선고 86도1012 전원합의체 판결과 관련하여 앞의 각주 42)에서 언급한 바 있지만, 형법 총칙규정이 특별한 사정이 없는 한 다른 법률이 규정하는 범죄들에 대해 적용된다면 동법에서 이를 언급할 필요가 없을 것이며, 사실 세계주의가 적용되는 범죄행위에 대해서는 속지주의·속인주의 및 보호주의라는 입법정책을 논할 필요가 없기 때문이다. 따라서 동법 제3조 제1항 내지 제4항은 집단살해죄등에 해당하지 아니하는 제15조, 제16조를 위한 규정이라고 할 수 있다.

라고 규정하는데,<sup>49)</sup> 이 규정은 단순한 대표관할 제체에 관한 규정이라기보다는 대표관할 행사의 근거조항이면서도 그 행사에 관한 제한을 설정하는 기능을 하기 때문에, 대표관할이라는 의미를 퇴색시키고 있다고 할 수 있다. 세계주의를 선언하는 형법 제296조의2이나 세계주의적 입법을 하고 있는 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제3조 제5항에서는 대표관할에 관한 규정인데도 독일형법 제7조 제2항과는 달리 대표관할 행사에 대한 제한을 설정하고 있지 아니하다. 다만 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」은 「국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)」의 국내이행법에 해당되는데, 로마규정에서는 제11조 이하에서 관할에 관한 규정을 두고 있고 이는 직접 효력을 가지는데다가 동 법률 제19조에서는 「범죄인인도법」을 준용하도록

49) 이 조항에 근거하여 행사되는 관할권의 행사를 학자들은 「대리관할」이라고 부르는데, 김성돈, 각주 38), 99쪽; 최호진, 각주 38), 55쪽(「이를 ‘대리형사사법의 원칙(Grundsatz der stellvertretenden Strafrechtspflege)’이라고 한다.」), 최호진, 55쪽에서는 「범죄후 도주가 용이해진 현대의 국제화, 세계화 추세에 따라 ‘대리형사사법의 원칙’은 형법의 장소적 적용범위에서 고려할 필요가 있다」라고 제안하고 있다.

\* Zhou Lulu, “Brief Analysis of a Few Controversial Issues in Contemporary International Criminal Law” in Morten Bergsmo and Ling Yan (editors), *State Sovereignty and International Criminal Law*, Torkel Opsahl Academic EPublisher Beijing, 2012, p. 176: 『보편관할에 관한 이론의 하나는 범죄에 관한 보편이론(universal theory of crime)이다. 이 이론에 따르면, 범죄는 공동체에 대한 가해라는 것은 불변적이므로, 그 가해가 어느 곳에서 자행이 되었든 또는 범인이 어떠한 국적을 가지고 있든, 각 국가는 그 사해행위에 대해 관할을 행사하고 가해행위를 진압할 권리가 있다. 유명한 이태리 법률학자 Beccaria는 자신의 발상에 대해 다음과 같이 설명하고 있다: “예를 들어 Constantinople에서 자행된 잔학행위(에 대하여, 인간성을 공격한 사람은 모든 인류에 적의를 가지고 있는 것이 분명하고 보편적 증오의 대상(object of universal execration)이라는 추상화된 이론(abstracted reason)으로, 법관들은 사람들 사이의 특별한 모임들의 수호자라기보다는 일반적 인간성을 가지는 모험을 찾아다니는 방랑기사들인 것처럼(as if judges were to be the knights errant of human nature in general), Paris에서 처벌될 수 있다고 생각하는 사람들이 항상 존재하고 있다.” Cesare Beccaria-Bonesana, *An essay on Crimes and Punishments*, 2005, p. 76』



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위 규정하고 있어서, 동 법률에 관한 한 운용에 있어서는 독일형법 제7조 제2항과 큰 차이는 없을 것이다.

### Ⅲ. 입법주의에 관한 형법의 문제점

#### 1. 주권이론과 입법주의

형법은 실체법에 해당한다. 그리하여 형법이 취하고 있는 입법주의는 범죄자가 대한민국의 영역 안에 있다는 것을 전제로 하여 규정하고 있지는 않다. 그러나 범죄자가 불출석한 상태에서는 형사재판절차를 진행할 수 없는 것이 원칙이기 때문에<sup>50)</sup> 입법주의가 현실적으로 적용되기 위해서는 범죄자가 대한민국 영역에 소재하여야 한다. 다만 세계주의가 적용되는 경우에는 범죄자의 불출석 상태에서 이루어지는 권속재판이 논의되기도 한다.<sup>51)</sup> 어찌되었건 주권을 국가의 공간적 존립기반인 영토와 국민에 따라

---

50) 형사소송법 제276조에서는 피고인이 법인인 경우에는 대리인이 출석할 수 있으나 그 외에는 「피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 특별한 규정이 없으면 개정하지 못한다」라고 규정하고 있다. 형사소송법에서는 피고인이 불출석한 경우에도 공판절차를 진행할 수 있는 경우를 규정하지만, 판결선고기일에는 반드시 피고인이 출석하여야 한다(제277조 제3항 참조).

51) 김형구, 국제인권기준과 국제형사재판에 있어서의 권속재판의 허용과 한계, I법학논총 제23집, 숭실대학교법학연구소, 2010, pp. 403-427 참조. Zhou Lulu, *supra* n. 49), p. 117 (“[관할권을 행사하는] 국가의 영토 안에 현존하지 아니하거나, 해외에서 범죄를 자행한 [관할권을 행사하는] 국가의 시민이 범죄의 자행 후 [관할권을 행사하는] 국가로부터 자행한 국가로] 도피하여 되돌아간 경우의 어느 경우에도 보편관할의 객체가 되지 아니한다. 일부 학자들은 대표관할원칙은 [관할권을 행사하는] 국가 안에서 발견된 외국인혐의자에 대해서 뿐 아니고 해외에서 범죄를 자행한 후 [관할권을 행사하는] 국가로부터 자행한 국가로] 도피하여 되돌아간 경우에도 적용된다는 의견을 가지고 있다. [관할권을 행사하는] 국가는 관련된 외국국가

영토주권 및 대인주권으로 나눌 때, 범죄자가 대한민국 영역 내에 존재하는 것을 전제로 형사관할권을 행사하는 것은 모두 영토주권의 행사이다. 이는 속인주의에 입각한 범죄에 대한 형사관할권이 국가의 존립기반인 국민을 상대로 하는 행사이기 때문에 대인주권의 행사라는 측면이 있다고는 하지만, 범죄자가 대한민국 영역 내에 존재한다는 점에서는 영토주권의 행사에 해당한다. 위에서 언급하였듯, 대한민국형법은 속지주의를 원칙으로 하고 적극적 속인주의를 보호주의 및 소극적 속인주의와 함께 보충적 원칙으로 채택하고 있다는 것이 일반적인 설명이다. 그러나 이는 실정형법을 중심으로 논의하는 것일 뿐, 속지주의가 속인주의에 비해 우위적 원칙이어야 하는 당위성을 설명하는 것은 아니다.

우리 형사법체계에서는 세계주의를 사실상 극히 예외적일 정도로 받아들이고 있다.<sup>52)</sup> 그러나 원론적 논의이지만, 우리 형법이 우리 형법의 독자적인 범죄유형을 규정하고 처벌하면서도, 그와는 별도로 외국과의 충돌을 각오하고 그 외국이 보호주의에 입각하여 규정하거나 세계주의에 입각하는

---

의 요구를 바탕으로 하여 재판을 위해 혐의자를 자신의 법원 앞에 세울 수 있다.” 전거로 Lin Xin and Liu Nanlai (eds.), *Study of International Criminal Law Issues*, 2000, p. 235; Lin Xin and Li Qiong Ying, *International Criminal Law*, 2005, p. 54를 인용한다.)

52) 오늘날에는 보편주의 대상인 범죄들을 평화로운 국제사회의 공존질서를 침해하는 범죄(전쟁도발, 해적, 항공기납치, 국제테러)이거나 다수국가의 공동이익에 반하는 범죄(통화위조, 마약밀매) 또는 인간의 존엄성을 침해하는 반인도적 범죄(민족학살, 인신매매)로 한정하지만(최호진, 각주 38), 69-70쪽), 종전에는 절도죄의 경우도 보편관할이 적용된 경우가 있다. 예를 들어, G.R. No. L-8267, *U.S. v Cunan* (Republic of the Philippines, Supreme Court: 1913).

\* Zhou Lulu, *supra* n. 49), p. 116에서는 보편주의에 관한 이론적 근거로서 동 각주에서 소개한 범죄에 관한 보편이론(universal theory of crime) 이외에 지속적 공격행위이론(theory of continued offense)을 소개하고 있는데, 동 이론의 적용이 바로 이 판결이다. 그러나 공격행위의 지속성은 비록 「지속적」 형태이기 때문에 동일성을 가지고 있다고는 하지만, 범죄자가 발견된 국가에 대해 당초 범죄지에서의 범죄행위와는 분리되는 범죄행위를 자행한다는 것을 전제로 하기 때문에, 진정한 의미의 보편관할이론이라고 보기에는 부족하다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

범죄들에 대해 모두 처벌하는 것으로 하는 입법이 전혀 부당한 입법인가. 범죄자가 대한민국 영역 내에 존재한다는 것을 전제로 하는 경우에, 이는 영토주권의 행사에 해당할 것이다. 그리고 형사처벌을 통하여 수행하고자 하는 목적의 가장 중요한 것으로는 응징(retribution)과 억지(deterrence)가 있는데,<sup>53)</sup> 대표관할 법리는 세계주의에 입각하여 처벌하고자 하는 범죄는 세계국가 또는 세계인들의 요구에 해당하므로 「당연히」 「세계 또는 세계인들을 대표하여」 관할권을 행사한다는 것이기 때문에, 대표관할권의 행사는 그 자체가 「응징」의 목적 또한 충족된다는 것을 전제하는 법리라고 할 수 있을 것이다. 그러나 세계주의가 적용될 수 있는 범죄는 크게 확장하여 논하는 것이 가능하므로, 「응징」의 목적은 차치하더라도, 설사 처벌하고자 하는 범죄행위가 대한민국 영역 내에서 이루어진 것이 아니고 범죄자나 피해자 모두 대한민국 국민이 아니라고 하더라도 세계주의에 입각한 처벌을 한다는 것은 대한민국 영역 내에서 그와 같은 범죄행위가 자행되는 것을 막는다는 의미에서의 「억지」의 목적은 상당 정도로 달성할 수 있다. 그런데다가 오늘날에는 형법에 최근의 필요성을 반영하여 종전에는 예상하지 못하였던 범죄유형들이 속속 합류하고 있지만, 멀지 아니한 과거에, 자연범(*mala in se*)과 법정범(*mala prohibita*)과의 구별에 대한 비판이 없는 것은 아니지만, 형법은 주로 자연범을 중심으로 구성이 되어 있었으며, 많은 국가들에 의해 공통적으로 인정되는 범죄들에 해당하였다. 따라서 적어도 자연범에 대해 어느 나라에서 처벌한다는 것은 「억지」라는 목적에 보다 크게 기여한다고 할 수 있다.<sup>54)</sup> 그런데도 불구하고 그와 같은 입법형식을 취하

53) 형법이 지향하는 목적으로는 응징(retribution), 억지(deterrence), 격리(incapacitation), 재활(rehabilitation) 및 원상회복(restoration)의 다섯 가지이다.

[https://en.wikipedia.org/wiki/Criminal\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/Criminal_law).

54) 논의 전개를 위한 가정이기 때문에, 입법기술적으로 어떻게 규정할 것인지, 규정한다고 하더라도 규정내용의 모호성을 이유로 하는 위헌성 논란을 피할 수 있을 것 인지의 점은 고려할 필요가 없다. 김성규, 소극적 속인주의에 대한 제한으로서의

지 아니하는 것은 단 한 가지, 즉 외국과의 관계, 보다 구체적으로는 외국과의 주권충돌의 위험성을 고려한 예양의 결과(comity)라고 할 수밖에 없다.

외국이 보호주의에 입각하여 규정하거나 세계주의에 입각하는 범죄들에 대응하는 대한민국형법 규정이 존재하지 아니하는 경우에 다음과 같은 문제가 발생한다. 세계주의와 관련하여 우리나라 학자들이 범죄지, 범죄자 및 피해자의 국적 여부를 불문하고 오늘날의 평화로운 국제사회의 공존질서를 침해하는 범죄이거나 다수국가의 공동의 이익에 반하는 범죄이거나 인간의 존엄성을 침해하는 반인도적 범죄에 대해 「자국에서 처벌한다」는 것을 「자국형법을 적용하여 처벌한다」는 것으로 보고 있기 때문이다. 국제적으로 세계주의에 입각한 범죄라고 인정되는 범죄에 대하여 우리 형사법체계에서 이에 대응하는 처벌규정을 두지 아니하는 경우가 있을 수 있다. 예를 들어 해적행위(piracy)에 대해 우리나라에서는 형법 제340조(해상강도) 및 「1988년 항해안전에 대한 불법행위 억제협약(Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 1988)」 및 동 협약의 의정서(Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, 1988)에 대한 국내이행법으로 제정된<sup>55)</sup> 해상안전법에 의해 대처할 수 있지만, 대륙 법계에 속하는 독일과 일본의 경우에는 해적행위를 따로 규정하지 않고 철

---

쌍방가벌성의 요건—그 문제점과 대안, 성균관법학 21권 1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2009년, 11쪽: 「가령 입법에 따라서는 형법의 적용범위에 관하여 속지주의를 원칙으로 채택하는 한편, 국외법에 대해서는 오로지 (국가)보호주의 및 세계주의를 규정할 수도 있다.」 이러한 논의에서 세계주의 내지 보편관할적 입장에서 발생하는 「소송불경제」 문제는 고려하지 아니한다.

55) 최석윤, 해적행위에 대한 형사법적 대응방안, 형사법연구 제22권 제4호(통권45호) 한국형사법학회, 2010, 216-217쪽 (‘국내이행입법이 없더라도 헌법 제6조 제1항에 의해 국내법과 같은 효력을 가지지만, 해상테러행위에 대처하기 위한 명확한 법적 근거를 마련하기 위해 해상안전법을 제정하였다’).

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

도, 항공기, 선박 등을 교통수단의 범주로 합쳐서 그에 대한 위해행위를 처벌하는 규정을 두고 있다. 독일의 경우 해상교통수단에 대한 위해행위로 치사에 이른 경우에만 중신형 또는 10년 이상의 자유형을 규정하고 있을 뿐이고 그 밖의 경우에는 법정형이 5년 이하의 자유형으로 되어 있기 때문에 영미법계에 비해 법정형이 매우 낮게 규정되어 있다. 일본도 국내법상 해적행위를 따로 규정하지 않고 살인, 상해, 강도, 협박 등의 결과가 나타난 경우에 비로소 형법이 적용되기 때문에 해적행위가 제대로 처벌되지 않는다.<sup>56)</sup> 이렇게 볼 때 세계주의에 입각한 범죄인 해적이 순수한 의미에서의 해적으로 처벌되는 것이 아니라 세계주의에 입각한 해적의 구성행위들을 분해하여 처벌하는 것이 되기 때문에 과연 세계주의에 입각하여 범죄지, 범죄자 및 피해자의 국적 여부를 불문하고 자국에서 처벌하는 것이 가능할 수 있는지, 즉 속지주의, 속인주의 또는 보호주의의 요건을 충족하지 못하는 경우에는 처벌이 불가능한 것은 아닌지의 문제가 제기된다.<sup>57)</sup> 제기

56) 최석윤, 각주 55), 225쪽. 필자는 독일과 일본이 우리나라와 마찬가지로 그 후 본문의 국제협약을 바탕으로 우리나라의 「해상안전법」과 유사한 법이 제정되었는지는 추적하지 아니하고 있다. 본문의 논의를 위해서는 불필요하기 때문이다.

57) 이를 허용하는 경우에는 약취, 유인 및 인신매매의 죄와 관련한 형법 제296조의2 또한 세계주의적 범죄에 해당할 것이고, 반드시 해적행위에 국한할 것이 아니라 국제협약을 통해 세계주의에 입각하는 범죄들에 대해 대응하는 직접적인 내국법이 존재하지 아니하더라도 세계주의에 입각한 범죄들을 분해하여 내국법에 상당한 행위들에 대해 「세계주의적」 범죄행위에 해당한다는 이유로 처벌하는 것이 가능하게 될 것이다.

\* 이런 의미에서 Zhou Lulu, *supra* n. 49), pp. 186~187의 주장은 지극히 타당하다: 「사법기관들이 중국형법에서는 규정되지 아니하지만 국제형법협약들의 범죄들에 대해 기소하는 것은, ‘법이 없으면 범죄가 없다(*nullum crimen sine lege*)’는 원칙에 대한 위반이다. 실제로 때로는 사법기관들이 중국형법에 수록되지 아니한 국제범죄들을 중국형법상의 범죄로 대체하고, 공격자들을 상대로 기소하고 있다. 예를 들어 중국형법에는 해적(piracy)에 관한 범죄가 들어 있지 아니하므로, 외국공격자들은 고의살인, 고의상해, 교통수단의 파괴, 강도 또는 불법감금으로 기소되고 있다. 공격자들을 처벌하는 목적은 이러한 방법으로 성취될 수 있다고 하더라도, 이는 심각하게 ‘유추해석금지’ 원칙(principle of ‘prohibition

되는 문제를 회피하기 위해서는 세계주의에 입각하는 범죄들에 대해 「자국에서 처벌한다」는 것을 「자국형법을 적용하여 처벌한다」는 것으로 보는 학자들의 시각을 탈피하여야 하겠지만, 위에서 언급하고 있는 「1988년 항해 안전에 대한 불법행위 억제협약(Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 1988)」 제5조에서는 동 협약에서 규정하는 범죄들에 대한 형은 조인당사자국가들이 동 범죄들의 중대성을 고려한 적절한 형으로 처벌할 것을 규정함으로써, 형의 종류나 정도는 각 조인당사자국가들에 맡기고 있다. 이러한 사정은 국제협약으로 국내법으로 자동편입(automatic incorporation)되어야 함에도 불구하고 처벌은 국내이행법에 의해 이루어질 수밖에 없는 구조가 되고 말았다. 이러한 점을 염두에 둔다면, 그리고 영토고권의 행사에는 어떠한 제한도 있을 수 없다는 고전적 주권개념을 강조하는 한, 어느 국가든 형사처벌에 관한 입법주의는 세계주의, 즉 보편관할을 취하는 것이 가능한데도 그러한 입장을

---

of analogy')을 유린한다. 유추해석금지원칙은 '법이 없으면 범죄가 없다'는 원칙의 내재적 함의에서 유래한다. 어떤 행위가 형법에서 범죄로서 규정되지 아니하였던 경우에 유추가 허용된다면, '법이 없으면 범죄가 없다'는 원칙은 완전히 그 중요성을 상실할 것이다. 게다가 해적행위를 고의살인, 고의상해, 교통수단의 파괴, 강도 또는 불법감금으로 대체하는 것은 우스꽝스럽다. 설사 해적행위 범죄가 외국인에 의해 공해상에서 자행되고, 그 대상이 중국이나 중국의 시민 또는 선박이 아닌 경우에도, 국제연합해양법협약(United Nations Convention on the Law of the Sea)에 의해 중국은 해적행위에 대해 관할권을 행사할 수 있는 권리를 가지고 있음이 분명하다. 그러나 중국은 외국인에 의해 공해상에서 중국, 중국의 시민이나 선박과 어떠한 실질적 관련성(substantial connection)을 가지지 아니한 채 자행된 고의살인, 고의상해, 교통수단의 파괴, 강도 또는 불법감금과 같은 범죄들에 대해 도대체 어떠한 관할도 가지지 아니하고 있다. 이러한 범죄들은, 그 범죄들이 중국의 영토 안에서 수행되며 공격자들이 중국시민들이거나, 공격자들이 중국국가나 중국시민들에 대해 피해를 야기하는 경우에만, 중국은 범죄들에 대해 형사관할을 행사할 수 있다. 달리 말하면, 중국에 의해 체결되거나 가입된 조약들에서 규정되고 있는 국제범죄들에 대해 중국형법상의 범죄들을 유추함을 통해 형사관할을 행사할 수 있는 어떠한 법적 토대도 존재하지 아니한다.)

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

취하지 아니한 것은, 되풀이하지만 외국과의 관계, 보다 구체적으로는 외국과의 주권충돌의 위험성을 고려한 것이라고 할 수밖에 없으며, 자제적 주권행사(self-restrained exercise of sovereignty) 내지 예양(comity)이라고 할 수 있다.

## 2. 예양(禮讓, comity)

「국제예양」 또는 간단히 「예양」은 국제사회에 있어서 일반적으로 행하여지는 풍습·예의·편의·호의 등에 의하는 관례를 뜻한다는 의미에서 단순한 사실인 관습이라는 성격이 농후하였지만, 법적 의미에서의 예양이란 법적상호성(법적호혜성, legal reciprocity)을 뜻하는 것으로, 법적상호성은 한 관할권이 다른 국가 또는 동일한 국가의 다른 관할권에 일정한 특별한 취급(courtesies, 예의·호의)을 확장하는 원칙, 특히 그 다른 국가 또는 동일한 국가의 다른 관할권의 집행적·입법적 및 사법적 행위를 확장하는 원칙을 말한다.<sup>58)</sup>

국가들의 관할권행사는 당연히 충돌할 수 있도록 되어있다. 특히 법원의 관할권과 관련하여, 예를 들어 우리나라 사람이 미국에서 행한 거래에 관하여 우리나라는 대한민국 국민이라는 이유로, 미국은 미국에서 발생한 거래라는 이유로 동일하게 관할권을 행사할 수 있게 된다. 이처럼 관할권의 충돌이 발생할 경우 국가들은 경우에 따라 자신의 관할권을 계속적으로 주장하여 분쟁을 만들어내기도 하지만, 대부분은 어느 한쪽에서보다 관할의 이익이 크다고 인정되는 다른 국가에게 관할권을 양보하거나 관할권의 행사를 스스로 자제함으로써 상호예양의 차원에서 문제를 해결한다.<sup>59)</sup> 이 점

58) <https://en.wikipedia.org/wiki/Comity>

59) 홍성필, “사이버공간에서의 관할권”, 이화여대 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999, 192쪽.

은 형사관할에 관한 고찰에 있어서도 주목할 필요가 있다. 어쨌든 예양이론은 국제사법의 영역에서 먼저 발전되어왔다. 사실 국제사법 영역에서 이루어지는 많은 관할권의 합의는 「사법주권의 제한에 합의」이지만 「주권제한」이라는 측면은 거의 인식되지 아니한 채 이루어지고 있다.<sup>60)</sup>

\* 미국연방대법원의 *Hilton v Guyot* 사건판결(\*159 US 113 (1895))은 프랑스인들이 미국인을 상대로 프랑스 법원에서 선고된 판결을 미국에서 집행하는 것과 관련된 판결인데, 연방대법원 Gray 대법관은 「주권」과 관련하여 *Wheaton, Int. Law* (8th Ed.) §§ 78, 79(판결의 표기에 따름)을 인용하여 다음과 같이 설명하고 있다:

외국법이 어느 국가의 영토 안에서 가질 수 있는 모든 효력은 절대적으로 그 국가의 명시적이거나 암묵적인 동의에 의존하고 있다. 자신의 영토 안에서의 외국법의 적용에 관한 국가의 명시적 동의는 그 국가의 입법기관에 의해 제정된 법들에 의해 이루어지거나 다른 국가들과 체결된 조약들에 의해 이루어진다. 국가의 암묵적 동의는 공법학자들의 저술들 및 사법 및 집행기관들의 결정에 의해 명백히 된다. 외국법에 관하여 입법자들, 공적기관들 및 국제법학자들의 공인된 의무는 존재하지 아니한다. 그러나 외국법의 적용은 국가들의 효용에 대한 고려 및 상호적 편의로부터 인정될 뿐이다.

60) Ronald A. Brand, *Balancing Sovereignty and Party Autonomy in Private International Law: Regression at the European Court of Justice*, University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series Year 2005 Paper 25. <http://law.bepress.com/pittlwps/art25>. 특히 다음의 설명 참조:

국제사법은 「영토주권원칙 및 주권자들 사이의 평등원칙에 바탕하고 있다. 국제사법은 각 국가들은 자신의 국경선 안에 있는 사람들과 활동들을 규제하는 권한을 가지고 있다는 것 및 한 국가의 법과 행동들은 다른 국가에 어떠한 직접적인 효과도 가지지 못한다(have no direct effect in another)는 것을 가정하고 있다. Hannah L. Buxbaum, “Conflict of Economic Laws: From Sovereignty to Substance”, 42 *Va. J. Int'l L.* 931, 932 (2002)」

각 국가는 자신의 국경선 안에서 영토주권을 가지고 있다는 가정은 평등성 및 예양 개념으로부터 나오며, 다른 국가들의 법원들 안에서 다른 국가법원들이 다른 국가들 내에서 발생한 사건들을 직면하는 경우에 특히 영토주권에 대한 존중으로 귀착하고 있다. 이 점은 방향을 바꾸어 사건이 어느 곳에서 제기될 수 있는지, 제기된 쟁점들을 해결하기 위해 어떠한 법이 적용될 것인지 및 사건해결을 위해 이루어지는 판결에 대해 다른 국가들에서 주어지는 효과를 결정하기 위한 규칙(rules)의 발전으로 이어지고 있다. 국가와 사인당사자들 사이의 관계도 마찬가지로 옳다. 여기에서 다시, 단순한 (그리고 권위주의적인) 접근방법은 항상 자신들의 거래에 관한 사인당사자들의 의사를 국가의 의사에 종속시키게 될 것이다. 그럼에도



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

### 3. *The Lotus Case*

*Lotus* 접근방법은 일반적으로 국제법의 토대를 형성하는 접근방법으로 평가되고 있다. 1926년 8월 2일 밤, 프랑스선박 *Lotus호*와 터키선박 *Boz-Kourt호*가 공해상에서 충돌하여 *Boz-Kourt호*가 침몰하고 터키인 8명이 사망하였다. *Lotus호*가 터키령에 입항한 후 Turkey정부는 충돌 당시의 *Lotus호* 선장 *Demons*(프랑스인)과 *Boz-Kourt호* 선장(터키인)에 대해 자국형법에 기초하여 공소 제기하였다. 두 사람 모두에 대해 유죄판결이 내려지자 France 정부는 Turkey정부와 사이에 조인된 특별합의서에 의해 사건을 상설국제사법재판소에 의뢰하였다.<sup>61)</sup> 합의서에서의 주된 쟁점은 Turkey의 공소제기행위는 1923년의 거주·영업·재판관할권에 관한 *Lausanne조약*에 위반하고 국제법의 원칙에 저촉하였는가, 그것은 어떠한 원칙인가라는 점이었다.

*Lotus* 접근방법은 두 가지 원칙으로 구성되어 있다. 제1원칙은 관할은 영토적(territorial)이라는 점이다. 국제조약이나 관습법이 허용하지 아니하는 한, 국가는 자신의 관할을 영토 외에서 행사할 수 없다. 이는 한 국가는 어떠한 형태로든 자신의 권한을 다른 국가의 영토 내에서 행사할 수 없다는 것을 의미한다. 제2원칙은, 이를 허용하는 특별한 국제법규칙이 존재하지 아니한다고 하더라도 국가는 자신의 영토 내에서 어떠한 문제에 대해서도 자신의 관할권을 행사할 수 있다는 점이다. 국가들은 광범한 범위의 재량권을 가지고 있으며, 그와 같은 재량수단은 국제법의 금지규칙들에 의해

---

불구하고 당사자들은 많은 국가 법규범들로부터 선택할 수 있다는 발상은 21세기의 시작 당시의 공통적 관행의 문제가 되었다. 사적 관계에 있어서 사적 자율성에 대한 존중은 근대국제사법의 초석이 되었다. (7-8쪽)  
현대국제사법은 그와 같은 흘러가버린 개념의 주권을 뒤에 남겨두고 떠나는 과정에 있다(in the process of leaving behind such bygone concepts of sovereignty). (29쪽)

61) PCIJ Ser. A, No. 10, p. 4 (1927)

서만 제한된다(paras. 46-47). 상설국제사법재판소는 제2원칙과 관련하여 국가들의 주권자적 의사(sov<sup>er</sup>ign will)를 강조하면서, 국가의 독립성에 대한 제한은 추정되어서는 아니 된다고 보고 있다(para. 44). 주권자적 의사의 강조부분은 *The Lotus case*에서 많은 논란을 불러들이는 부분이며, 일부에서는 상설국제사법재판소는 국가의 주권과 동의에 너무 많은 강조를 하고 있다. 다시 말하면 강력한 실증주의적 견해를 취하고 있다는 비판을 받고 있다.<sup>62)</sup>

*The Lotus case*에서 France는 선박에 대한 기국(旗國)은 공해상의 선박 내에서 자행된 범죄행위들에 대해 배타적 관할을 가진다고 주장하였지만 재판소는 Turkey와 France 양자 모두는 사건 전체에 대해 관할권을 가진다고 판시하였다. 재판소는 또한 설사 범죄가 국가의 영토를 벗어나 자행되었다고 하더라도 범죄의 구성성분(constitutive element)이 그 국가 내에서 행하여진 한 국가는 영토관할을 가진다고 실시하였다.<sup>63)</sup> 이를 위해서는 범죄의 요소와 실제범죄행위는 전혀 분리불가능하다(entirely inseparable)는 점, 즉 구성성분이 존재하지 아니하는 경우에는 범죄는 일어나지 아니하였을 것이라는 점이 증명되어야 한다(para. 86).

#### 4. 속인주의 입법정책의 타당성 여부에 관한 논의

##### 가. 절대적·적극적 속인주의가 가지는 위험성

적극적 속인주의를 인정하지 않는다면 외국에서 죄를 범한 내국인이 외

62) Ruwanthika Gunaratne, *Lotus case*.

<https://ruwanthikagunaratne.wordpress.com/2012/07/27/lotus-case-summary/>.

63) 이러한 영토관할을 「주관적 영토관할」이라고 부른다. Ruwanthika Gunaratne, *supra* n. 62). 「주관적 영토성」 및 「객관적 영토성」에 대한 상세한 논의는, M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law (Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms vol. II)*, 3rd ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 100-104(주관적 영토성), pp. 104-108(객관적 영토성).

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

국의 행위지법상 범죄가 되지 않을 경우 국내법에 따라 처벌할 수 없게 된다. 왜냐하면 행위자는 행위지법에 의해 처벌되지 않을 뿐 아니라, 범죄지가 외국이기 때문에 행위자에게 내국법상의 속지주의도 적용할 수 없기 때문이다. 다만 속인주의, 특히 절대적·적극적 속인주의(absolute active personality principle)에는 다음과 같은 위험성이 따르는 것으로 지적되고 있다. 『절대적·적극적 속인주의란 범죄자가 자국민인 경우에 피해자의 국적은 묻지 아니하는 적극적 속인주의에 범죄지에서의 가벌성 여부까지도 묻지 아니하는 요건을 부가하는 것을 말한다. 절대적·적극적 속인주의는 국외에 체류하면서 Nazi체제에 저항하는 독일인들을 빈틈없이 처벌하기 위해 입법태도였다. 절대적·적극적 속인주의는 한국형법을 ‘위성형법’으로 만들 우려가 있다. 왜냐하면 행위자가 대한민국국민인 한, 그가 세계 어느 곳에 있는지 심지어는 무인도나 대기권 밖에 있더라도 위성처럼 감시하여 그가 형법의 명령과 금지에 위반한 경우에는 속인주의에 따라 형사처벌할 수 있기 때문이다.』<sup>64)</sup> 적극적 속인주의 원칙을 우리나라에서 적용하기 위해서는 행위지의 법에서도 동 행위를 범죄로 규정하여야 하는 요구를 쌍방가벌성(double criminality; beiderseitige Strafbarkeit)이라고, 쌍방가벌성이 요구되는 적극적 속인주의를 「제한적·적극적 속인주의(eingeschränkte aktive Personalitätsgrundsatz)」라고 정의할 수 있는데, 그러한 사정으로 논자는 우리 형법 제3조의 해석론을 통해서나 쌍방적 가벌성 원칙을 도입하는 입법론을 통해서 우리 형법 제3조가 가지는 국수주의적인 모습은 재고되어야 할 필요가 있다고 주장하고 있다.<sup>65)</sup>

64) 김성돈, 각주 38), 104쪽.

65) 김성돈, 각주 38), 104쪽.

\* 현행독일형법 제7조(기타의 국외범에 대한 적용범위) 제2항에서는 다음과 같이 규정하여 쌍방가벌성원칙에 입각하고 있다:

② 국외에서 행하여지는 기타의 범죄행위에 대해 행위지에서 그 범죄에 대한 처벌규정을 두고 있거나 또는 어떠한 형벌권이 미치지 않는 다음 각 호의 1에

### 나. 보통법국가들의 적극적 속인주의에 관한 소극적 태도

저명한 국제법학자인 Shaw<sup>66)</sup>는 보통법국가들의 입장과 관련하여 『특히 대륙법에 바탕하는 법체제 국가들은 자국민에 의해 자행된 공격행위가 외국의 영토 안에서 발생한 경우에 형사관할을 행사하여왔다.<sup>67)</sup> 그러나 보통법국가들은 해외에 있는 국민들에 대한 관할권의 행사는 무척 중대한 범죄들로 제한하였다.<sup>68)</sup> 영국에서 해외에 있는 국민들에 대한 관할권의 행사는 일반적으로 영국국민들이 해외에서 자행한 반역, 살인 및 중혼으로 제한되고 있었다.<sup>69)</sup> 1994년 남극대륙법(Antarctic Act 1994) 제21조 하에서, 연합

해당하는 경우에는 독일 형법이 적용된다.

1. 행위자가 행위 시에 독일인이었거나 행위 후에 독일인이 된 경우

66) Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge, 2008, pp. 663-664. 아래의 각주 67) - 68)는 Shaw의 각주 71) - 73)에 해당한다.

67) 예를 들어 G. Gilbert, “Crimes Sans Frontières: Jurisdictional Problems in English Law” 63 BYIL 1922, p. 417. 참조. 아울러 *Re Gutierrez* 24 ILR p. 265; *Public Prosecutor v Antoni* (1960) 32 ILR 140.

68) 영국내무부장관의 「우리들은 기소할 수 있는 직무권한을 선호하는 인사들이 이를 반대하는 인사들을 능가하는 경우에만 살인과 같은 일부 중대한 범죄에 대한 역외관할을 예외적으로 담당하여왔다」는 설명; HC Deb, vol. 445, col. 1429, Written Answer, 2 May 2006, UKMIL., 77 BYIL, 2006, p. 756 참조. 그러나 Lord Rodger의 논급, 「특정한 입법이 다른 국가들의 주권을 침해하지 아니하는 한, 연합왕국의 밖에 소재하는 영국시민들에 대해 의회가 입법하는 것에 대해 원칙에 있어서 어떠한 이의도 없다」 참조. *Al-Skeini v Secretary of State for Defence* [2007] UHHL 26, para. 46; 133 ILR p. 716.

69) 일반적으로 Official Secrets Act 1911 (s. 10) 및 Official Secrets Act 1989 (s. 15); Offences Against the Person Act 1861 ss. 9, 57; Merchant Shipping Act 1894 s. 681; *R v Kelly*, [1982] AC 665, 77 ILR p. 284; Suppression of Terrorism Act 1978 참조. 영국에서 해외에 있는 국민들에 대한 관할권의 행사는 오늘날에는 해외에서 자행된 다양한 성범죄들(Sexual Offences (Conspiracy and Incitement) Act 1996; Sex Offenders Act 및 Sexual Offences Act 2003 s. 72) 및 연합왕국의 회사 및 국민들에 의해 해외에서 자행된 일정한 뇌물 및 부패에 관한 범죄행위들(Anti-Terrorism Crime and Security Act 2001, Part 12)을 포섭하기 위해 확장되고 있다. *Skiriotis v Florida*, 313 US 69, 73 (1941); 10 AD, pp. 258, 260에서의 Hughes CJ의 설명 주목할 것. 아울러 DUSIPL, 1976, pp. 449-457 (미국을 벗어나

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

왕국 내에서 자행되는 경우에 범죄공격을 구성할 수 있었을 것을 남극대륙에서 하거나 하여야 할 것을 하지 아니하는 경우에, 그러한 행위나 불행위가 자행된 경우에는 행위자는 범죄행위를 자행한 것으로 간주되고 기소되고 처벌받을 수 있다.』라고 설명하고 있다.

보통법국가들이 해외에 있는 국민들에 대한 관할권의 행사는 무척 중대한 범죄들로 제한하는 태도는 영국에서도 마찬가지이지만, 의회주권사상이 흔들리는 와중에 있던<sup>70)</sup> 영국귀족원의 *Al-Skeini v Secretary of State for Defence* 사건판결<sup>71)</sup>에서 Lord Rodger of Earlsferry는 「특정한 입법이 다른 국가들의 주권을 침해하지 아니하는 한, 연합왕국의 밖에 소재하는 영국시민들에 대해 의회가 입법하는 것에 대해 원칙에 있어서 어떠한 이의도 없다(para. 46)」라고 실시하여 해외에 있는 국민들에 대한 관할권의 행사를 확장하는 입법이 가능하다는 것을 명백히 하면서도 그러한 입법은 「다른 국가들의 주권을 침해하지 아니하는 한」이라는 제한을 설정하고 있다. 그러나 가장 주목을 요하는 판결은 뒤에서 「보호주의」와 관련하여 언급할 귀족원의 *Treacy v Director of Public Prosecutions* 사건판결<sup>72)</sup>이다. 사안은 영국에 거주하는 피고인이 서독에 거주하는 여성에게 자필서신을 발송하여 돈을 요구하고 불응하는 경우에는 생명이 위협에 처할 것이라고 협박하였던 것이고 외국에서 외국인을 상대로 범행을 자행한 전형적인 사건은 아니

---

서, 특히 남극과 관련하여 자행된 범죄에 대해 미국국민들과 시민들을 미국지방법원들에 복하도록 하는 입법과 관련되고 있다) 참조.

70) 본문에서 「흔들리는 와중에 있던」이라고 표현한 것은 영국에서 「법의 지배(rule of law)」 원칙이 크게 흔들리며, 위험적 법률의 사법심사가능성이 높아지고 있는 현실을 고려한 설명이다. *Jackson v Attorney-General* 사건판결(\*[2006] AC 262, [2005] UKHL 56)에서 Lord Steyn para. 102, Lord Hope para. 126는 「법의 지배」 원칙은 법원의 창조물(judicial creation)로 보고 있다. 동 판결에 대한 논의에 대해서는, Christopher Forsyth, *supra* n. 27), pp. 132-143; Cheryl Saunders & Anna Dzedzic, *supra* n. 27).

71) [2007] UHHL 26

72) [1971] AC 537; [1971] 1 All ER 110

다. Lord Diplock은 피해결과가 외국에서 발생하였다는 점을 고려하기에 앞서 『연합왕국에서 일어나지 아니하였고 연합왕국에서 유해한 결과도 발생하지 아니하였던 행동에 대해 행위자들을 처벌하고자 한다면, 이는 다른 나라들의 영토 안에 있는 사람들의 행동에 대하여 가지는 그 다른 나라들의 주권에 대해 정당화될 수 없는 간섭이 될 것이다. 그러나 형법분야에 있어서의 의회의 입법권한의 행사에 대한 제한에 비해 보다 넓은 제한을 ‘예양’과 관련하여 요구하는 것에 대하여는 어떠한 근거도 알지 못하고 있다.』<sup>73)</sup>라고 실시하였다(at p. 561).

그러나 한편으로는 앞서 본 *Al-Skeini v Secretary of State for Defence* 사건판결<sup>74)</sup>에서 Lord Rodger가 「특정한 입법이 다른 국가들의 주권을 침해하지 아니하는 한, 연합왕국의 밖에 소재하는 영국시민들에 대해 의회가 입법하는 것에 대해 원칙에 있어서 어떠한 이의도 없다(para. 46)」라고 실시하는 의회의 입법이 「다른 국가들의 주권을 침해하지 아니하는지」 여부를 별 문제로 하더라도 과연 외국의 영토 내에서 이루어진 행위에 대해서도 적용되는 법률인지의 여부에 대해 의문이 있을 수 있다.<sup>75)</sup> 이와 관련하여서는 형법에 관한 제정법은 영토외적 적용이 이루어져서는 아니 된다는 역외부적용추정(presumption against extraterritoriality)의 법리가 문제된다. Australia Crimes Act의 Section 3A<sup>76)</sup>에서 「이 법은 오스트레일리아연방

73) Australia의 *Lipohar v R* 사건판결(\*[1999] HCA 65; 200 CLR 485; 168 ALR 8; 74 ALJR 282 ) para. 94; Canada의 *Libman v The Queen* 사건판결(\*[1985] 2 S.C.R. 178) para. 37에서 인용되고 있다.

74) [2007] UHHL 26

75) 이 문제는 보통법국가에 한정하는 것은 아니다. 형법에서 규정하는 입법주의가 형법 이외의 법에서 금지·처벌하는 행위가 자국민에 의해 외국의 영토 내에서 자행된 경우에, 형법총칙 상의 입법주의가 형법 이외의 법에서의 처벌규정에 대해서도 당연히 적용된다는 것을 가정하기 전에는 동법에 따라 처벌하기 위해서는 동법에서 그와 같은 행위들에 대해서까지 처벌한다는 의사가 명문으로 규정되어 있거나 동법으로부터 추론할 수 있어야 하기 때문이다.

76) 오늘날 시행되는 Criminal Code Act 1995 - Sect 3A(External Territories)에서는

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

(Commonwealth) 및 연방통치지역(Territories)의 모든 영역에 걸쳐서 적용되며, 오스트레일리아연방 및 연방통치지역의 모든 영역을 벗어나서도 마찬가지로 적용된다」라고 규정하는 것과 관련하여 Supreme Court of Victoria의 *Donald v Bojkovic* 사건판결<sup>77)</sup>에서 명확히 된 바 있다.<sup>78)</sup> 어쨌든 절대적·적극적 속인주의에 대해 소극적 태도를 취하는 영국은 국적이외국에서 자행한 행위들 가운데 영국에 유해한 행위를 미치는 경우에는 보호주의에 의해 규율하고 있다.<sup>79)</sup>

#### 다. 속인주의의 주권충돌 위험성

*Al-Skeini* 사건판결에서의 Lord Rodger의 설시는 모두 자국을 벗어나 외국에서 이루어진 자국민의 범행에 대해 자국이 이를 규율하는 입법의 가능성을 인정하면서도 그 입법이 관련된 외국의 주권을 침해하지 아니하거나 그 외국이나 외국의 시민들의 권리를 침해하지 아니하는 것을 요구하고 있다. 미국연방대법원의 *Skiriotes v Florida* 사건판결<sup>80)</sup>에서 Chief Justice Hughes는 공해상의 범죄와 관련하여 『미국정부에 직접적으로 유해하며 특정한 지역과 무관하게 위반이 이루어질 수 있는 행위들과 관계되는 형법은 그와 같은 취지의 명시적 선언이 없더라도 공해상에서의 또는 외국에서의 미국시민들에게 적용가능한 것으로 해석된다』고 설시하는데, 이 설시는 제정되는 입법은 「미국정부에 직접적으로 유해하여야 한다」는 요건을 부가하

---

「형법전은 모든 대외영토에 확장된다(The Criminal Code extends to every external Territory)」라고 규정하고 있다.

77) [1987] VicRp 33; [1987] VR 387.

78) *Lipohar v R* 사건판결(\*[1999] HCA 65; 200 CLR 485; 168 ALR 8; 74 ALJR 282) para. 96에서는 「Section 3A는 형법법은 역외적용을 하는 것으로 보아서는 아니 된다는 추정에 대한 대체를 의도하고 있으며 실제로 대체하고 있다」는 설시와 함께 *McDonald v Bojkovic* 사건판결을 전거로 인용하고 있다.

79) *Joyce v DPP* [1946] AC 347; [1946] 1 All ER 186.

80) [1941] USSC 120; 313 U.S. 69; 61 S.Ct. 924; 85 L.Ed. 1193.

는 것으로, 실제로는 「보호주의」적 입법이라는 것을 보이고 있다. 그리고 *Treacy* 사건판결로 Lord Diplock은 나아가 「다른 나라들의 주권에 대해 정당화될 수 없는 간섭」이라고 표현하고 있다.

### (1) 준거법 결정의 원칙

적극적 속인주의는 자국민이 외국에서 범죄를 범하고 귀국한 경우에 자국민을 불인도하는 원칙에 따라 행위국으로 인도할 수 없으므로 이 경우에 자국형법을 적용하여 처벌한다는 근본사상으로부터 유래하였다고 한다. 「적극적 속인주의」의 근본사상은 달리 말하면 자국민불인도(non-extradition of nationals) 사상과 연결되어 발전된 후속개념이라고 할 수 있다.<sup>81)</sup> 자국민을 행위지국에 인도하는 것은 자국과 행위지국 사이의 조약에 근거하거나 예양(禮讓, comity)에 근거한다. 그런데 자국민이 외국에서 죄를 범하고 귀국한 경우에 자국민의 국적국이 자국민불인도원칙에 따라 인도하지 아니하면서도 자국민을 전혀 처벌하지 아니한다는 것은 인도를 요구하는 외국에 대한 관계에서 바람직한 태도는 아니므로 자국형법에 의한 처벌이 가능한 경우에는 「자국형법으로」 처벌하겠다는 의사표시를 행위지국에 대해 밝힌 것이라고 이해하여야 한다. 속인주의는 이러한 입법태도를 함축하는 입법개념이며, 속지주의는 이에 대비되는 개념으로 구성된 것이라 할 수 있다. 어쨌든 「자국형법으로」 처벌하겠다는 의제적 의사표시는 근본적으로 적극적 속인주의가 절대적 개념이건 제한적 개념이건 처벌의 근거는 「행위국법」이어야 하지 왜 「자국법」이 되어야 하는가 라는 점이 문제를 제기한다.<sup>82)</sup> 왜냐하면 행위지국이 범죄를 자행하였던 범죄인에 대해 행위자의 국

81) 전지연, “형법 제3조의 적극적 속인주의의 문제점과 해결방안”, 법학연구 19권 2호, 연세대학교, 2009, 120쪽(Jescheck/Weigend, *Strafrecht*, AT, 5.Aufl., 1996, p. 196을 인용)

82) 이러한 발상은 필자의 독단만은 아니다. 김성규, “소극적 속인주의에 대한 제한으로서의 쌍방가벌성의 요건—그 문제점과 대안”, 성균관법학 21권 1호, 성균관대학



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

적국에 대해 행위지국이 행위자의 인도를 구한 것은 행위지국의 법에 따라 처벌하겠다는 의사이므로, 행위자의 국가가 「대인주권」을 가지기 때문에 당연히 관할권을 가지고 있다는 것만으로 행위자에 대해 자국법에 따라 처벌한다는 온전한 해답이 되지 못하기 때문이다. 외국에서의 범죄에 대해 자국법으로 처벌하는 것은 행위지국의 법이 행위자국의 관할에 종속하는 것이 아니라 양자를 대등한 관할이라고 보는 것을 전제하는 것인데, 이러한 관념은 그 자체가 「행위자국의 대인주권」과 「행위지국의 영토주권」 사이의 충돌을 방지 내지 조장하는 관념이다. 이러한 관념은 국제사건에서 절차는 법정지법(*lex fori*)에 의하지만 실체에 적용할 준거법은 행위지법(*lex loci commissi*)에 의한다는 통상원칙과도 배치된다.<sup>83)</sup> 물론 현실적으로 모든 범죄행위에 대해 인도가 이루어져야 하는지의 여부에 대해서는 국제적 관점에서 법·경제학적 분석이 뒷받침되어야 하겠지만, 어찌되었건 자국민 불인도원칙이 전제되지 아니하는 경우에는 처벌근거의 원칙적 형태는 행위지국법이라고 이해하는 노력이 양 주권의 충돌을 최소화 하는 방법일 수 있다.<sup>84)</sup> 「주권충돌」의 방지 내지 조장은 「대한민국은 국제평화의 유지에 노력……한다」라는 대한민국헌법 제5조 제1항의 정신에 배치된다. 따라서

---

교 비교법연구소, 2009, 35쪽에서는 「국외법에 대해 형법을 적용하는 데에 있어서 외국법을 고려하는 방식으로서 이론적으로는 ① 외국법만을 적용해서 처벌하는 방식도 생각될 수 있겠지만, 현실적으로 생각될 수 있는 것은 ② 내국법을 기본적으로 적용해서 처벌하지만 외국법이 보다 가벼운 처벌을 규정하고 있는 때에는 그 외국법을 적용해서 처벌하는 방식 및 ③ 내국법을 적용해서 처벌하지만 외국법에서도 가벌적인 경우에 한해서 처벌하는 방식이다」라고 논하고 있다.

83) 「*lex fori*」 및 「*lex loci commissi*」의 구체적 적용과 관련하여 제기되는 문제에 대해서는, *Macmillan Inc v Bishopgate Investment Trust Plc & Ors* [1995] EWCA Civ 55 참조.

84) 이렇게 이해할 때, 주권개념이 근대의 산물인 것이라는 점을 떠나 자국형법을 적용하여 처벌하기 위해 자국민불인도(non-extradition of nationals)라는 논리를 개발하였다는 의문을 제기하기에 충분하다. 즉 적극적 속인주의의 근본사상이라는 것은 선·후관계, 원인-결과 관계의 관계를 교묘하게 바꾸었다고 할 수 있다.

주권의 충돌을 감안하고서도 반드시 헌법 제3조를 입법하여야 할 필요성이 존재한다고 인정되지 아니하는 한, 수규자인 국민에게 발생하는 불이익을 감내하도록 요구할 수 없으며, 동 규정은 국제평화주의를 위반하고 국민의 기본권을 침해하는 규정으로서 위헌법률심판대상이 될 수 있다.

어쨌든 그러한 근본사상과 관련하여 특히 「절대적·적극적 속인주의」는 국제적인 연대성에 반한다는 비판이 제기되고 있다. 「절대적·적극적 속인주의」는 「행위지국에서는 범죄가 되지 않는 경우에도 자국의 형법이 적용된다. 이와 같은 자국법의 적용은 행위자의 입장에서 보면 행위자 자신이 준수해야 한다고 생각하는 형벌규범과 일치하지 아니할 수 있다. 일반적으로 행위자는 행위 당시에 자신의 국적에 해당하는 자국의 형벌규범에 의한 위하가 아니라 오히려 자신이 현재 소재하고 있는 행위지국의 형벌규범에 의한 위하를 받아들인다. 특히 해당범죄가 행정형법에 해당하는 범죄이거나 또는 해당범죄의 불법내용이 사소한 경우의 범죄인 경우에는 더욱 그렇다.」는 점이 그것이다.<sup>85)</sup> 그렇다면 적어도 「절대적·적극적 속인주의」는 죄형법정주의에 반하는 입법이라고 할 수 있으며,<sup>86)</sup> 이런 점에서 형법 제3조는 위헌일 가능성이 크다.

## (2) 국제적 연대성 유지를 위한 준거법

「제한적·적극적 속인주의」에는 이러한 문제는 해소되고 있다. 행위지국에서 처벌되지 아니한 것을 자국민이라는 이유로 자국에서 처벌한다는 비판은 피할 수 있기 때문이다. 학자에 따라서는 「쌍방가벌성(double criminality; beiderseitige Strafbarkeit)」과 관련하여 「동일한 행위지규범의 요구는 ‘구성요건의 동일성’(Tatbestandsidentität)의 의미에서가 아니라 ‘범죄행위의 동일성’(Tatidentität)의 의미로 이해될 수 있으며, 행위지국의 전체 법질

85) 전지연, 각주 81), 120쪽

86) 전지연, 각주 81), 120쪽. 「죄형법정주의의 공허화」라고 부르고 있다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

서, 특히 특별형법을 포함하는 것이다」라는 논지로 형법 제3조가 제한적·적극적 속인주의로 개정되어야 한다고 주장하고 있다.<sup>87)</sup> 사실 쌍방가벌성은 범인인도에 대한 장애사유들 중 하나라고 할 수 있는 「쌍방가벌성의 불충족(failure to fulfill dual criminality)」<sup>88)</sup>을 보다 독일형법적으로 개념으로 구성한 것이라고 할 수 있다. 그러나 행위자는 행위 당시에 자신의 국적에 해당하는 자국의 형벌규범에 의한 위하가 아니라 오히려 자신이 현재 소재하고 있는 행위지국의 형벌규범에 의한 위하를 받아들인다는 논의에 비추어볼 때, 「제한적·적극적 속인주의」라고 하더라도 앞서 지적한 자국민불인도원칙이 전제되지 아니하는 경우에는 행위자는 설사 자국으로 귀국하더라도 행위자가 자국민불허의 원칙에 따라 행위지국에 인도되지 아니하는 경우에 처벌의 근거는 행위지국법이지 자국형법은 아니라는 문제가 해소되는 것은 아니다. 더욱 자국법과 행위지법 사이에 구성요건을 달리 할 수도 있고, 경우에 처벌내용 또한 크게 차이가 있을 수 있다. 그런데도 자국법에 의해 처벌을 하는 것은 행위지국의 법을 「사실상」 「수정」 내지 「개정」을 하여 적용하는 것과 다를 바 없다. 행위자에게 적용되어야 할 준거법을 결정하는 것은 단순한 「입법정책」의 문제는 아니며 그보다는 「주권」의 차원에서 논의되어야 한다.

어느 나라가 자국 이외의 국가에서 자국형법의 죄를 범한 자국민을 처벌한다는 것은 「대인주권」이라는 개념에 비추어보면 자국 이외의 범죄행위에 대한 개입의 「명분」을 제공하는 것은 분명하다. 그러나 그와 같은 명분을 뒷받침하는 입법은 대인주권 가운데 「지배」라는 기능에 치중한 입법이

87) 전지연, 각주 81), 122쪽; 김성규, “소극적 속인주의에 대한 제한으로서의 쌍방가벌성의 요건—그 문제점과 대안”, 주 82), 17-19쪽

88) 그 이외의 장애사유로는 행위자가 정치범에 해당하지 아니할 것 및 행위자의 행위가 사형에 해당하거나 행위자가 고문, 반인륜적이거나 저열한 대우 또는 처벌(torture, inhuman or degrading treatment or punishment)을 받을 가능성이 있는 경우가 있다. <https://en.wikipedia.org/wiki/Extradition>.

기는 하지만 범죄행위 자체는 자국의 주권이 미치지 아니하는 외국에서의 범죄행위로서 그 외국의 「영토주권」이 미치는 영역 안에서의 범죄에 불과하다. 범죄행위가 발생한 외국으로서는 그와 같은 범죄행위에 대해서 처벌할 가치가 있다고 보는지, 처벌하는 경우에는 어떠한 내용으로 처벌할 것인지를 결정한다. 그런데도 그러한 범죄행위를 자행한 자국민이 외국에서 자국으로 입국하였다는 사정으로 「대인주권」을 내세워 처벌하는 것은 그 외국의 「영토주권」과의 충돌을 가져온다.<sup>89)</sup> 그 경우에 피고인의 소속국인 자국과 범죄행위가 행해진 외국 사이에서 「대인주권」과 「영토주권」 사이의 충돌을 각오하고서라도 「대인주권」이나 「영토주권」을 그대로 견지하겠다고 하는 입장이 있을 수 있다. 그리고 그와 같은 입장이 「헌법」에서 허용하는 것이라고 한다면 그러한 입장은 헌법제정권력의 결단이기 때문에 더 이상의 논의라는 것은 있을 수 없다. 그러나 그와 같은 입장이 「헌법」에서 허용하는 데 기인하는 것이 아니라 「입법」에 의한 독자적인 것이라면 이는 입법정책 내지 입법목적상으로는 어느 정도 타당성이 있을 수 있다고 하더라도 그와 같은 입법정책이나 입법목적이 자동성으로 그 입법의 헌법적합성을 뒷받침하는 것은 아니며, 나아가 그러한 입법이 자국의 헌법 내지 헌법정신에 부합하는 것인가 라는 문제를 검토하여야 한다.

---

89) 김대순, 각주 36), 402쪽에서는 「이처럼 국민개념을 부당하게 확대만 하지 않는다면 속인주의는 어떠한 제한도 받지 않는지의 질문이 제기된다. 그러나 속인주의도 일정 한계를 인정하지 않으면 안 될 것이다. 다시 말해서, 국가는 해외에 나가 있는 자국민들에게 거주국의 국내법에 의하여 금지된 행위를 하도록 요구할 수는 없으며, 또한 거주국의 국내법에 의하여 수행할 의무가 있는 행위를 하지 말도록 명령할 수도 없다.」라고 논하고, 411쪽에서는 「일사부재리」와 관련하여 「결국 일사부재리가 조약에 의하여 국제적 차원에서 실질적으로 보장되지 않는 한, 개인은 자신의 불법행위에 대해 둘 이상의 국가에서의 재판과 처벌도 각오하지 않으면 안 된다. 국가주권평등의 원칙상 일국의 관할권이 타국의 관할권행사에 종속될 수 없기 때문이다.」라고 논하고 있다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

### (3) 예양이론과 주권

국제법학자 Wheaton이 지적하듯<sup>90)</sup> 「외국법이 어느 국가(州. state)의 영토 안에서 가질 수 있는 모든 효력은 절대적으로 그 국가의 명시적이거나 암묵적인 동의에 의존하고 있다」는 부분이다. 행위자가 외국에서 소재함에도 불구하고 외국법이 아닌 행위자의 국적법을 적용하는 것은 외국의 예양이 존재하지 아니하는 한 허용되지 아니한다. 그러면 행위자가 외국을 떠나 국적국으로 돌아오는 경우에 국적국은 문제된 행위나 생활사상에 대해 외국법 대신 자국법을 적용할 수 있는가. 이에 대해 긍정적으로 답변한다면 이는 행위자가 외국에 소재하는 한 국적국의 「대인주권」은 그 외국의 「영토주권」보다 「우월」하지는 않다고 하더라도 적용을 위한 「잠재적」 상태에 있다는 것을 의미할 것이다. 그러나 앞서 살펴보았듯이, 그 사람이 외국에 소재하는 상태에서 소속국의 「대인주권」을 이유로 국적국의 법의 적용을 주장하는 경우에는 「대인주권」은 외국의 「영토주권」과 충돌하는 것은 피할 수 없다. 이러한 충돌을 피할 수 있는 길은 행위가 이루어진 당시를 기준시점으로 하여 외국이 자신의 「영토주권」과 경합하는 지위를 국적국에게 인정하고 있다고 「의제」할 수 있는 경우로 한정된다. 그러한 「의제」는 「예양」이 이루어지는 경우에 성립한다.<sup>91)</sup> 「예양」은 외국의 「영토주권」의 「우월성」을 전제로 한다. 「예양」에 의해 국적국에 허용되는 「대인주권」은 외국의 「영토주권」에 종속하는 것이며, 국적국의 「대인주권」은 존재하지

90) *Hilton v Guyot* 사건판결(\*159 US 113 (1895). 앞의 각주) 참조.

91) Ulich Huber는 자신의 「*De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*(1869)」에서 외국법은 이와 같이 암묵적 동의(tacit consent)를 통한 예양에 의해 자발적으로(voluntarily) 구속력을 가지므로 소속국법원의 외국법 적용과 절대적 영토고권 사이에는 충돌이 존재하지 아니한다고 보았다. Donald Earl Childress III, *Comity as conflict: Resituating international comity as conflict of laws*, University of California, Davis Law Review, vol. 44, 2010. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1576633](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1576633).

아니하는 것이나 마찬가지이다. 이에 대해 행위자가 외국에 소재함으로써 현실적으로 행사할 수 없는 「대인주권」이 행위자의 귀국을 계기로 「잠재적」 상태를 「벗어난」 대인고권의 행사는 「적법한」 대인주권이라는 반론이 있을 수 있다.

그러나 이러한 반론에 대해서는 행위자가 외국에 소재함으로써 「현실적으로 행사할 수 없는」 주권을 「대인주권」이라고 부를만한 실익이 존재하는 가라는 점을 문제삼을 수밖에 없다. 행위지국에 의한 예양이 이루어지지 않는 상태에서의 행위자의 행위지국에서의 지위는 행위국법에 의해서만 규율되므로, 행위자가 국적국에 소재하였을 경우에 행위 당시에 적용할 수 있었을 법은 존재하지 아니하는 법이나 마찬가지이다. 따라서 행위자가 국적국으로 돌아갔을 때 적용하는 법은 행위자와의 관계에서는 「실질적으로」 사후입법(ex post facto law)에 불과하며, 따라서 행위자에 대한 동법의 적용은 존재하지 아니하는 법의 적용으로, 「법률이 없으면 범죄도 없고, 법률이 없이는 형벌도 없다(*nullum crimen, sine lege nulla poena sine lege*)」는 죄형법정주의(principle of legality)에 어긋나는 것이다. 덧붙인다면 국제예양은 정적(靜的, static)인 것은 아니다. Supreme Court of Canada의 *Libman v The Queen* 사건판결<sup>92)</sup>에서 LaForest J는 이러한 바탕 위에서 「본인은 오늘의 세계에 있어서는 국가들은 과거에 국가들이 배타적 관할에 대해 민감하였던 것과 거의 같은 정도로 민감하다고는 믿지 아니하고 있다」라고 설시하고 있다. 이는 주권개념의 「절대성」이 상당한 정도로 느슨하여진 것 뿐 아니라, 범죄지의 결정에 있어서 범죄지의 결정에 대해 범죄실현을 위한 행위가 이루어진 장소와 범죄행위의 결과가 발생한 장소를 모두 범죄로 보는 입장으로 선회하는 현실을 반영한 때문이다.

---

92) [1985] 2 S.C.R. 178

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

## 라. 무지의 베일

입법을 할 때 수규자의 입장을 어떻게 반영할 것인가라는 점이 문제된다. 외국에서의 체재가 장기적인 것이든 일시적인 것이든 외국에 체재하는 국민이 자신의 입장을 반영할 수 있는 방법이 보장되어야 하는데, 그러한 방법의 모색은 사실상 어렵다. 일단 입법이 이루어져버리면 그 후에는 외국에 소재하는 국민의 의견은 법의 개정이나 폐지를 통해 실현될 수밖에 없는데, 동인들은 소수자에 불과할 뿐 아니라 의견의 규합을 실현할 추진력은 극히 미약하다. 그리고 아직 외국에 소재하지 아니하는 국민은 어떠한 입법이 이루어지는 당시에 자신이 앞으로 외국에 소재할 것이고 더욱 이루어질 입법에서 수규자가 되어 현실적으로 법적용을 받게 될 기연(機緣, chance)이라는 것은, 그 정도가 관념상으로 「그러할 수도 있다(possible)」는 정도이지 개연성(probable)에 이르는 기연이라고는 할 수 없다. 관념상으로 「그러할 수도 있다」는 정도만으로 수규자로 입법이 되는 경우에 발생할 수 있는 문제를 어떻게 극복할 수 있을 것인가. 외국에서의 체재가 장기적이고 그 소재가 생활의 터전이 되는 경우에는 「적극적 속인주의」는 외국에 체재하는 국민에게는 심각할 정도로 경쟁력을 훼손한다. 특히 국적국에서 처벌하는 범죄를 행위지국에서는 처벌하지 아니하는 경우에, 적극적 속인주의를 취하지 아니하는 국가의 국민들은 행위지국에서의 행동에 거리낌이 없는데도 이를 처벌하는 국가를 국적으로 하는 국민은 국적국으로 돌아가는 경우에 발생할 수도 있는 처벌가능성을 염두에 두어야 한다. 그리고 설사 행위지국에서도 처벌한다고 하더라도 행위를 범죄로 구성하는 요건이나 처벌의 내용에 차이가 있는 경우에는 그와 같은 차이까지도 「선행학습(prerequisite learning)」을 통해 미리 알고 있어야 하는데, 이러한 선행학습의 요구는 행위지국에서 처벌하지 아니하는 경우보다도 더 큰 노력을 요구할 것이다. 국가는 국민들이 자국 내에 있거나 자국을 벗어나 외국에 있거

나 그 국민이 가진 모든 능력을 발휘할 수 있도록 보장하고 이를 노력하여야 할 의무가 있는데도 적극적 속인주의는 이를 역행하고 있다. John Rawls는 자신의 역저 「정의론(A Theory of Justice)」에서 「원초적 상태(original position)」를 가정하고 「무지의 베일(veil of ignorance)」을 정의하면서, 무지의 베일이 의사결정에서 가지는 중요성을 논하고 있다.<sup>93)</sup> 「원초적 상태」란 일정한 정의관에 이르게 하도록 규정된 순수한 가상적 상황(hypothetical situation)으로, 우리의 도덕 판단과 정의감을 설명하기 위한 개념이다. (173쪽) 원초적 상태에서 도출되는 원칙은 공정한 절차로서, 순수 절차적 정의이다. 이러한 순수 절차적 정의는 사람들의 갈등과 반목을 증대시키는 특정한 우연의 결과를 무효화시켜야 하며, 자신의 이익을 위해 사회적, 자연적 여건을 악용하지 못하도록 해야 한다. 순수 절차적 정의의 이런 특징을 보장하기 위한 것이 무지의 베일이다. (187쪽) 「무지의 베일」은 어느 누구도 사회에서의 자신의 위치, 자신의 계급상의 지위나 사회적 신분을 모르며, 천부적 자산의 배분에 있어서의 운과 능력, 자신의 지적 능력과 힘 기타 이와 유사한 것에 대해서도 알지 못하는 상태를 말하는 것으로, 이러한 것들은 합의당사자들에게 알려져서는 아니 되는 것들이다. 따라서 당사자들은 그러한 상태를 알지 못하는 것으로 가정한다. (188쪽) 그러면 왜 무지의 상태를 가정하는가. 원초적 상태의 합의 당사자들은 무지의 베일로 인해 자신에 대한 특정한 지식을 알지 못하기 때문에 자신을 위한 특정한 이익을 취할 수 있는 방법을 알아낼 수 없다. 또한 자신의 손해도 인정할 이유

93) 아래의 설명은 장동익, 롤즈 「정의론」, 철학사상 별책 제5권 제14호, 서울대학교 철학사상연구소 (2005)에서 인용하였다.

[http://audio.dn.naver.com/audio/ncr/0850\\_1/20111213164052897\\_B4B8XPQHZ.pdf](http://audio.dn.naver.com/audio/ncr/0850_1/20111213164052897_B4B8XPQHZ.pdf), 교수는 「original situation」을 「원초적 입장」이라 번역하고 있다. Rawls이론에 대한 비판으로는, John Altmann, Critiquing the Veil of Ignorance and Putting Forth the L'echelle Naturelle. philpapers.org/archive/ALTCTV. 다음 각주에 이르기 전의 본문에서의 쪽수 표시는 이 책에서의 쪽수이다.



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

가 없기 때문에 결국 평등한 분배의 원칙을 정의의 제1원칙으로 채택하게 될 것이다. 결국 원초적 상태에 있는 합의 당사자들은 평등한 자유의 원칙과 소득과 부의 평등한 분배의 원칙을 갖게 될 것이기 때문이다. (200쪽)

Rawls의 「무지의 베일」 이론은 입법에서도 그대로 적용된다. 형법의 처벌목적이 크게 「응징」과 「억지」에 있다고 할 때, 적극적 속인주의에 입각한 국적국의 관할권은 보편관할이 가지는 대표관할로서의 성격이 결여되어 있으므로 외국에서 자행된 행위에 대한 국적국의 처벌이 행위지국인 외국을 대신하여 「응징」하는 성격을 가질 수 없으며 그렇다고 국적국의 영역 내의 범죄에 대한 것도 아니므로 「응징」의 효과를 가지는 것도 아니다. 그렇다고 「억지」의 효과도 거의 기대하기 힘들다. 아무런 억지효과도 수반하지 못하는 처벌은 비꼬아 말하면 「공짜로 주는(gratuitous)」 것에 불과하다.<sup>94)</sup> 그리고 「응징」과 「억지」라는 목적을 어느 정도 달성할 수 있다고 가

94) Stephen P. Garvey, "Lifting the Veil on Punishment", Buffalo Criminal Law Review, vol. 7: 443, 2004, p. 449 (Sharon Dolovich, Legitimate Punishment in Liberal Democracy, Buffalo Criminal Law Review, vol. 7: 307, 2004, p. 401 인용) <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1330&context=facpub>.

\* Garvey, p. 463에서는 다음과 같은 사고실험을 하고 있다: 『당신이 베일 뒤에 있는 계약자(‘사회계약 체결자’, contractor)이며 제안된 원칙들에 따라 살기로 약속하였다고 가정하자. 당신은 지금 베일을 걸어 나와서 이 원칙들이 특정한 사건에서 처벌이 보장되고 있는지, 언제 그리고 얼마만큼 보장되고 있는지를 결정하는 사계 속으로 들어가고 있다. 지금 당신의 공동체 안에서 방금 끔찍한 범죄가 발생하였다고 가정하자. 범죄자는 체포되었으며, 정당하게 유죄로 인정되었다. 그러나 범죄자를 처벌하는 것은 어떻게 해서든 아무런 억지효과도 발생할 수 없을 것이라는 제한적 의미에서, 어떠한 효력도 가져오지 못했다고 가정하자. 당신은 어떻게 할 것인가. 당신이 계약자들의 눈을 통해 세계 및 다른 사람들과의 관계를 이해한다면, 당신은 유일한 선택방법밖에 가지지 못할 것이다. 당신은 범죄자를 석방하여야 한다. 당신은 합법적으로 범죄자를 처벌할 수 없다. 당신은 피해자가 입었던 모든 피해에 대해 보상하도록 범죄자를 강제할 수는 있다. 그러나 본인이 당신에게 상상하도록 요구하였던 바와 같이 억지라는 말로 표현하여 어떠한 효과도 가져오지도 못한다면 그러한 처벌은 공짜이고 비합법적이다.』

정하더라도 처벌은 범죄와 관련하여 균형(proportionality)을 상실할 가능성이 크다. 물론 국적국은 국가의 영토 내에 체재하는 국민들에 대해서는 심지어는 국민들로부터 국가에 대한 충성심, 사회공동체를 유지하기 위한 도덕성 등 여러가지의 측면에서 형법에 국가가 국민들에게 요구하는 범죄유형을 편입할 수 있다. 그러나 외국에 체재하는 국민들을 형법의 수구자로 하여 또는 수구자의 범위에 포함시켜 입법하는 경우에는 입법자들은 자신들이 국내에 거주한다는 것을 전제로 국내에 거주하는 국민들에게 요구하는 수구기준을 맹목적으로 외국에 소재하는 국민들에게 확장하여서는 아니 되는 것이다. 맹목적인 확장은 소수자인 외국에 체재하는 국민의 경쟁력을 크게 제한하는 입법적 선택을 한 것으로 그만큼 위헌성을 내포하고 있다.<sup>95)</sup>

#### 마. 소결

형법 제3조로 돌아와 살펴볼 때, 형법 제3조가 취하고 있는 「적극적 속인주의」에 대해 헌법에는 이를 직접 허용하고 있는 규정은 존재하지 아니한다. 따라서 형법 제3조가 취하고 있는 「적극적 속인주의」에 대해서는 우리나라의 헌법 내지 헌법정신에 부합하는 것인가 라는 문제를 검토하여야 하는 것은 당연하다. 본래 「영토주권」은 한 나라의 영토 내에서 「완전한」 「주권」을 행사한다는 의미이다. 그런데 자국영토를 벗어난 지역에서의 범죄행위에 대한 처벌과 관련하여 「대인주권」과 「영토주권」이 충돌하는 경우

---

95) Stefan Voigt, “Veilonomics: On the Use and Utility of Veils in Constitutional Political Economics” in Louis M. Imbeau and Steve Jacobs (editors), Behind a Veil of Ignorance? - Power and Uncertainty in Constitutional Design, Studies in Public Choice, Springer, 2015, p. 12: 「Rawls는 극단적 위험회피(extreme risk aversion)를 자신의 추종자들에게 돌리고 있다는 것이 종종 언급되고 있다. 위험회피와 실제로 선택된 원칙들 사이의 관계는 하나의 가설로 바뀌어 질 수 있다: “위험회피의 정도가 높을수록, 선택된 원칙들은 보다 평등성을 지향한다.”. 「무지의 베일」에 대한 해설로는, Hammering Shield, “John Rawls And The Veil Of Ignorance”. <https://hammeringshield.wordpress.com/2013/03/04/903/>

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

에 이를 조정한다는 것은 「완전한」 「주권」에 대한 「제한」을 의미한다. 그러나 그와 같은 「완전한」 「주권」에 대한 「제한」은 「대인주권」과 「영토주권」의 충돌을 방지하는 것에 비해 국제평화주의에 기여하는 것이고 문명국으로서 지향하여야 하는 당연한 노력이라고 할 수 있다. 우리나라 헌법 제5조 제1항에서는 「대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 ……」라고 규정하고 있는바, 이는 「대인주권」과 「영토주권」이 충돌하는 경우에 이에 대한 조정을 정부에 의무지운 「헌법적 요청」이라고 할 수 있다. 따라서 형법 제3조는 위헌적 규정이라고 평가할 수 있는데,<sup>96)</sup> 이 경우에 보호주의에 관한 제5조, 제6조와의 조정이 필요하다. 왜냐 하면 대한민국 영역 외에서 제5조, 제6조의 죄를 범한 외국인은 보호주의에 의해 처벌받을 수 있는데, 대한민국의 국적을 가진 내국인은 제5조, 제6조의 적용을 받지 아니하기 때문이다. 따라서 제5조, 제6조의 주체로 내국인을 외국인과 함께 규정하여야 할 것이다.

## 5. 영토주권의 확장

앞서 언급하였던 영국귀족원의 귀족원의 *Treacy v Director of Public Prosecutions* 사건판결<sup>97)</sup>은 영국에 거주하는 피고인이 서독에 거주하는 여성에게 자필서신을 발송하여 돈을 요구하고 불응하는 경우에는 생명이 위협에 처할 것이라고 협박하였던 사안에 대한 것이다. 동 판결에서는 「연합왕국에서 일어나지 아니하였고 연합왕국에서 유해한 결과도 발생하지 아니

96) 국가가 이러한 의무를 이행하지 아니하는 것은 위헌이라고 할 수 있다. 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정 참조. 결정에서는 「작위의무」이 「법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우」라고 보고 있지만, 주권충돌의 해소는 단순히 「법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우」라기보다 「헌법」에서 구체적으로 규정되어 있는 경우라고 할 수 있다.

97) [1971] AC 537; [1971] 1 All ER 110

하였던 행동에 대해 행위자들을 처벌하고자 한다면, 이는 다른 나라들의 영토 안에 있는 사람들의 행동에 대하여 가지는 그 다른 나라들의 주권에 대해 정당화될 수 없는 간섭이 될 것'이라는 점을 지적하면서도, 행위자를 처벌할 수 있는 예외적 사정과 관련하여 『비록 동인들의 행위들의 파생결과가 연합왕국을 벗어나 발생한다고 하더라도, 의회가 연합왕국 내에 소재하고 있고 그리하여 우리 연합왕국법을 준수하여야 하는 사람들에게 처벌이라는 고통을 가하여 [그러한 파생결과를 발생시키는] England에서의 신체적 행동들을 하지 못하도록 금지하는 것을 막는 예양에 관한 어떤 원칙도 존재하지 아니한다. 사실 금지행위들이 사인들에 대한 위해를 야기하기 위해 계획된 성질의 것에 해당하는 경우에 그 피해자가 연합왕국 바로 그 안에 현존하는 것이 아니라 어느 다른 국가에 소재한다는 이유만으로 면책되는 것으로 그 행위자들을 처리하는 것은 예양에 해당한다기보다는 국수주의적 기미가 있다.』라고 판시하였다(at pp. 561-562).

우리 학자들은 범죄지의 결정에 대해 실행행위가 이루어진 장소(「행위설」)와 범죄행위의 결과가 발생한 장소(「결과설」)를 모두 범죄로 보는 「보편기준설」<sup>98)</sup> 내지 「편재설」<sup>99)</sup>을 취하고 있다. 미수범의 경우는 실행행위가 있었던 장소뿐 아니라 범행계획에 비추어볼 때 범죄의 결과가 발생할 것으로 예정되었던 장소도 범죄지에 해당한다.<sup>100)</sup> 「범죄행위의 결과가 발생한 장소」를 범죄지로 보는 이론을 국제형법이론에서는 영향이론(effects principle)이라고 부른다.<sup>101)</sup> 어쨌든 「보편기준설」 내지 「편재설」에 의하면 범죄실현

98) 최호진, 각주 38), 71쪽.

99) 김성돈, 각주 38), 102쪽.

100) 최호진, 각주 38), 72-73쪽; 신동운, 형법총론, 법문사, 2013, 67쪽.

101) Restatement (Third) of Foreign Relations Law 제402조: 국가는 다음 사항에 대하여 입법관할권을 가진다:

- (1) (a) 전부 또는 실질적인 일부가 그 영역내에서 발생한 행위
- (b) 그 영역내에 현존하는 사람의 지위 또는 물건에 대한 이해관계
- (c) 그 영역내에 실질적인 효과(영향)를 미치거나 미칠 의도로 그 영역 밖에

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

을 위한 행위가 이루어진 자국법의 적용이 가능하고, 따라서 설사 자국이 범죄자의 국적국이라고 하더라도 속인주의의 적용에 의한 처벌이 아니라 속지주의의 적용에 의한 처벌, 즉 영토주권에 의한 처벌에 해당한다고 할 수 있다. 역으로 범죄실현을 위한 행위가 이루어진 장소가 외국이고 범죄행위의 결과가 피해자의 국적국에서 발생한 경우에, 국적국이 행사하는 관할권은 결과발생지 국가로서의 처벌, 즉 영토주권에 의한 처벌임과 동시에<sup>102)</sup> 피해자의 소속국으로서의 보호주의로서의 처벌, 즉 소극적 대인주권에 의한 처벌에 해당한다.

근래에 사이버공간과 관련한 범죄의 관할권에 대해 활발한 논의가 이루어지고 있다. 「보편기준설」 내지 「편재설」과 관련하여서는, 최근 인터넷의 보급과 함께 세계가 사실상 국경이 없는 상태가 형성되고 있기 때문에 이를 일관되게 관철하면 전세계가 국내범죄지로 되어 형법적용이 지나치게 국내범죄지로 되어 형법적용이 지나치게 확장될 수 있다는 우려가 제기되고 있다.<sup>103)</sup> 그리하여 「보편기준설」 내지 「편재설」에 따른 과도한 형벌권의 확대를 방지하기 위해 행위지법과 결과발생지법이 모두 가벌성을 인정하는 경우에만 자국형법이 적용된다는 「쌍방가벌성」 원칙을 채택하는 것이

---

서 행한 행위

- (2) 그 영역내뿐 아니라 해외에 있는 자국민의 활동, 이해관계, 지위 또는 관계
- (3) 자국민이 아닌 자가 행한 그 영역 밖에서의 일정한 행위로서, 그 국가의 안보 또는 한정된 부류의 다른 국가적 이익을 해치는 것

\* 위의 원칙들은 각각 (1) 속지주의 및 영향주의(effects principle), (2) 속인주의, (3) 보호주의라고 알려져 있다. 최태현, “사이버공간에 대한 입법관할권”, 법학논총 17집, 한양대학교 법학연구소, 2000, 121쪽.

102) 필자는 행위자의 외국에서의 행위에 대해 행위지국의 예양이 없는 한 현실적으로든 잠재적으로든 행위자의 국적국법을 적용해서는 아니 된다고 보고 있다. 그러나 행위의 결과가 국적국에서 발생하는 경우에는 국적국은 범죄지의 국가로서 그 후 돌아온 행위자에 대해 영토주권에 근거하여 국적국의 법을 적용할 수 있다.

103) 김성돈, 각주 28), 103쪽. 아울러 김성규, “형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 내용과 한계”, 형사법연구 18호, 한국형사법학회, 2002, 194-197쪽 참조.

바람직하다는 주장,<sup>104)</sup> 추상적 위협범의 경우에 행위자가 대한민국 영토내에 영향을 끼치려는 의도를 가졌다는 것이 객관적으로 증명되고(예컨대 외국의 한글사이트), 해당 법익이 세계주의에 의해 보호되는 정도의 법익인 경우에 우리 형법을 적용하여야 한다는 주장,<sup>105)</sup> 추상적 위협범에 대하여 대한민국의 국가적·사회적 법익이 위협에 처하여야 한다는 요건 이외에 추가로 행위자가 자신의 지배하에 행위를 통하여 법익에 영향력을 행사한 것이어야 한다는 요건을 추가적으로 요구하고, 이러한 요건을 충족하는 경우에 형법 제6조의 보호주의가 적용될 수 있다는 주장<sup>106)</sup> 등이 제기되고 있다. 이에 대해 사이버공간 자체는 어떤 국가의 영유에도 속하지 않는 주권부재장소라고 할 수 있는데, 이러한 공간에서 가장 합당한 입법관할권의 근거는 국제법이론상 속인주의라는 주장이 있다. 어느 국가의 영유권도 미치지 않는 국제지역으로서 우주공간, 남극, 심해저, 공해 등이 있는데, 이러한 지역에서의 활동에 대해서는 현재 기국주의에 입각하여 행위자의 국적 국가에게 전속적 관할권을 부여하고 있다는 점을 고려할 때, 사이버공간은 어느 국가의 소유도 아니므로 이러한 국제법 체제를 유추하여 적용하는 것도 가능하다고 보며, 결국 사이버공간에서의 활동에 대하여는 속인주의가 가장 우선시되는 입법관할권 행사의 근거로 될 수 있다는 것이다.<sup>107)</sup> 이 입장에서는 속인주의가 원칙적 형태이고, 적절한 경우에는 매우 제한적이긴 하지만 영향이론에 근거하여 규율할 수 있다고 주장하고 있다.<sup>108)</sup>

104) 김성돈, 각주 38), 103쪽; 김성규, 각주 117), 196쪽.

105) 전지연, “사이버공간에서 형법적 적용범위의 수정·제한”, 법조 52권 11호 (통권 566호), 법조협회, 2003, 78쪽.

106) 원형식, 각주 41), 51쪽.

107) 다만 「기국주의」는 속지주의의 특수한 형태이다.

108) 최태현, 각주 101), 132쪽. 효과이론의 문제점에 대해서는, 김민서, “국제경제관계에서의 국가관할권에 관한 연구: 미국의 효과이론과 속인주의 확대시도를 중심으로”, 국제법학회논문총 제48권 제3호 통권 제97호, 대한국제법학회 (2003. 12) pp. 45-70 참조.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

사이버공간을 공해(公海), 국제공역(空域) 및 우주공간과 동일시 할 수 있는 범지구적 공유지(global commons) 또는 공공물(*res communis omnium*)로 파악하는 것으로서,<sup>109)</sup> 이는 당연한 사이버공간의 특성에 해당한다.<sup>110)</sup> 영토관할권의 구체적인 특징은 「효과이론(*effects doctrine*)」이며, 이론에 따라 자신의 영토 안에서 발생하지는 아니하였지만 유해한 효과가 관할권을 행사하는 국가의 영토 안에서 발생하는 행동에 대해 관할권을 행사하는 자격이 인정되고 있다.<sup>111)</sup> 사이버공유지에 적용하면, 효과이론은 다른 국가

---

109) U.S. Department of Defense, *Strategy for Operating in Cyberspace*: 「미국국방부(DoD)는 사이버공간의 잠재력을 충분하게 이용할 수 있도록 사이버공간을 조직하고 수련하며 장비를 갖추기 위한 작전영역(*operational domain*)으로 취급하고자 한다.」 아울러 U.S. Department of Defense, *The Strategy for Homeland Defense and Civil Support*, 2005, p. 12: 「범지구적 공유지는 국제수역 및 공역, 우주공간(space) 및 사이버공간으로 구성되고 있다.」 참조. Wolff Heintschel von Heinegg, 「Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyberspace」, p. 9 n. 9)를 통한 인용. [https://ccdcdoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/1\\_1\\_von\\_Heinegg\\_LegalImplicationsOfTerritorialSovereigntyInCyberspace.pdf](https://ccdcdoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/1_1_von_Heinegg_LegalImplicationsOfTerritorialSovereigntyInCyberspace.pdf).

110) Wolff Heintschel von Heinegg, *supra* n. 109) p. 10.

111) Wolff Heintschel von Heinegg, *supra* n. 109) p. 10 (전거로 Bernard H. Oxman, 「Jurisdiction of States」, para. 1, in: MPEPIL, available at <http://www.mpepil.com>, paras. 22 et seq를 인용)

\* 효과이론에 대한 EU법무부장관의 설명:

국제법 하에서 국가관할권이 근거로 하고 있는 두 가지 다툼이 없는 토대는 영토와 국적이다. 영토는 문제가 되고 있는 사람이나 물건이 위치하고 있거나 문제가 되고 있는 사건이 발생하였던 국가에 대해 관할권을 부여한다. 국적은 관련된 국가의 국민들(nationals)에 대해 관할권을 부여한다. 영토 그 자체는 관할에 관한 두 가지 별개의 원칙들을 발생시켰다: (i) 주관적 영토성(subjective territoriality). 주관적 영토성은 설사 해외에서 완성되었다고 하더라도 국가의 영토 안에서 시작된 행위들을 다루는 것을 국가에게 허용하고 있다. (ii) 객관적 영토성(objective territoriality). 객관적 영토성은 이와 반대로 해외에서 시작되었으나 적어도 일부분이 자신의 영토 안에서 완성되었던 행위들을 다루는 것을 국가에게 허용하고 있다.

효과이론은 효과를 발생시켰던 행동이 영토 안에서 발생하지 아니하였던 경우에 대해서도 국가에게 관할권을 부여하고 있다. ECJ, *Ahlström and others v Commission (In re Wood Pulp Cartel)*, joint cases 89/85, 104/85, 114/85,

안의 사이버기반시설을 상대로 사이버작업을 하였던 개인에 대해 관할권 행사를 하게 할 수 있다. 요약하면, 영토주권원칙 및 자신의 영토관할권을 행사하는 국가의 뒤이은 권리는, 영토 안의, 또는 국가가 배타적 관할권을 행사하는 송강구(platform) 위의 사이버기반시설이 관련되는 한에 있어서는, 사이버공간에 적용된다고 결론내릴 수 있다.<sup>112)</sup> 앞서 미수범의 경우는 실행행위가 있었던 장소뿐 아니라 범행계획에 비추어볼 때 범죄의 결과가 발생할 것으로 예정되었던 장소도 범죄지에 해당한다고 설명하였는데, 사이버공간을 이용하여 세계인을 상대로 사기나 명예훼손을 시도하는 경우에 그러한 범죄행위에 대해서는, 「쌍방적가벌성」의 문제를 돌파할 수 있는 한, 사실상 보편관할의 적용대상이 될 여지가 충분하다.<sup>113)</sup>

116-17/85 and 125-9/85, 96 ILR 148 *et seq.* (1994) (Wolff Heintschel von Heinegg, *supra* n. 109) pp. 14-15를 통해 재인용).

112) Wolff Heintschel von Heinegg, *supra* n. 109) pp. 14-15.

113) 정 완, “사이버범죄의 방지를 위한 국제협력방안”, 형사정책연구 18권 2호 (통권 70호), 한국형사정책연구원, 2007, 125-126쪽(「독일은 형법 제3조(속지주의)와 제9조(범죄지)를 적용하여 재판관할권을 행사하고 있다. 예컨대, 미국 뉴욕에 있는 독일의 ‘Deutsche Bank’의 온라인시스템이 해커의 침입을 받았다면 은행이 소재하는 미국법의 적용을 받아 미국의 재판관할권이 인정되나, 반면에 은행의 중앙시스템이 미국인에 의하여 침입되는 경우에는 은행본부가 독일에 소재하므로 독일법의 적용을 받아 독일의 재판관할권을 인정해야 한다고 한다. 즉 속지주의의 적용을 받는 범죄지는 독일형법 제9조 제1항에 근거하여 범죄행위지가 아닌 범죄행위의 결과발생지가 된다고 한다. 즉 인터넷상에서의 범죄행위결과지는 위험정보에 의하여 직접적인 침해의 결과가 발생한 경우뿐 아니라 위험정보에 접근할 수 있는 개연성이 인정되면 충분하다고 해석한다. Ulich Sieber, *Internationales Strafrecht im Internet*, NJW 1999, 2072쪽; 원혜옥, 인터넷범죄의 증거와 재판관할에 관한 연구(형사정책연구원 연구보고서, 2001, 100-101쪽 참조. 따라서 전 세계적인 웹사이트를 이용한 범죄 역시 독일에서 범죄행위의 결과가 발생하면 독일형법 제3조와 제9조에 의하여 독일이 형사재판관할권을 갖게 된다고 한다. 뿐만 아니라 사이버범죄의 심각성을 인정하여 형법 제6조에 규정된 세계주의를 적용하여 재판관할권을 확정할 수 있다는 데에도 이견이 없는 상황이다. 원혜옥, 101쪽.), 127쪽(「다만, 독일의 사례에서와 같이 외국인이 외국의 인터넷사이트를 이용하여 유포한 유해정보에 한국인이 접속한 경우에, 외국에서는 표현의 자유로 인정되어 범죄로 처벌할 수 없는 행위에 대하여 우리나라의 형법을 적용하여 사



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

## 6. 보호주의

보호주의의 초점은 행위의 장소나 피해의 장소라기보다는 이익의 성격에 맞추어져 있다. 이 구별은 *United States v Pizarusso* 사건판결<sup>114)</sup>에서 명백히 이루어지고 있는데, 사안은 외국인이 캐나다에서 미국영사관에 비자 신청을 함에 있어서 선서 하에 고의적으로 허위진술을 한 사안에 대한 것이다. 법원은 관련된 제정법(18 U.S.C. Section 1546) 위반이 캐나다에서 이루어졌다는 점을 신중하게 지적하였다. 범죄행위는 미국 주권에 영향을 미친다는 점을 인정함에 있어서 보호주의로 인해 국가는 「문제된 행동이 법시스템들을 합리적으로 발전시켜왔던 국가들의 법 하에서 범죄에 해당된다고 일반적으로 인정되는 한, 국가의 영토 밖에서 이루어지는 국가로서의 안전 또는 정부기능의 작동을 ‘위협하는(threatens)’<sup>115)</sup> 행동에 법적 파생결과(legal consequences)를 귀속시킬 수 있고 규정할 수 있는 관할권을 가지고 있다.»<sup>116)</sup> Canada에서의 영사관공무원에 대한 거짓말은 「미국의 주권 바로 그 자체에 대한 공공연한 모욕(affront)」에 해당하며, 「유효한 정부이익에 대해 유해한 영향(deleterious influence)을 미쳤다」. 그리하여 학자들은 보호주의는 보호를 주장하는 국가의 일정한 이익이나 기능에 대한 「잠재적」

---

이트를 폐쇄하는 등의 처분을 할 수 있는가에 대하여는 형법 제5조의 보호주의에 저촉되는 경우에는 우리 형법을 적용할 수 있을 것이나 음란물 등과 같이 형법 제5조에 포함되지 않는 범죄에 대하여는 형법을 적용할 수 없게 된다. 주 38) 또한 우리나라는 세계주의도 채택하고 있지 않으므로 독일의 경우와 같이 이 경우에 우리 형법을 적용할 수 없다. 결국 사이버범죄에 현실적으로 대처하기 위해서는 외국인의 국외범에 대하여 행위지를 근거로 하는 행위지법을 우선적으로 적용하되, 관련국간의 국제적인 협력을 필요로 하는 것이다.」.

114) 388 F. 2d 8 (1967. 2d Cir), cert. denied 392 US 938 (1968).

115) M. Cherif Bassiouni, *supra* n. 63), p. 108에서 동 서의 저자가 강조하는 부분

116) Restatement (Second), Foreign Relations, Section 33 (1965). 아울러 Harvard Research In International Law, Jurisdiction with Respect to Crime, 29 Am.J.Int'l L.Spec. Supp. 435, Section 7 (1935) 참조.

위협('potential' threats)을 불러일으키는 행동에 대한 관할을 허용하는 유일한 이론으로, 공인되거나 제정법상 규정된 이익이나 기능들로 「국한된다(is limited)」라고 설명하고 있다.<sup>117)</sup> 그러나 이러한 입장은 사안의 특수성에 따른 국가보호주의(protective principle of state)에 국한하는 것으로, 개인보호주의(protective principle of individual)를 염두에 두고 있지는 않다. 어쨌든 보호주의가 국가보호 내지 개인보호를 위해 「잠재적」 위협을 불러일으키는 행동에 대하여 형사관할을 인정하는 입법주의이므로 그만큼 행위지국의 주권과 충돌할 가능성이 있다. 그러나 절대적·적극적 속인주의와 같은 정도로 위헌성이 부각되지는 아니하고 있으므로, 어느 범위 내에서 보호주의의 대상범죄를 규정할 것인지의 점은 입법정책의 문제로 남을 수밖에 없고, 그리하여 행위자에게 있을 수 있는 불이익은 「이중위험금지」 법리에 의해 완화시켜야 할 것이다. 다만 형법 제6조에서는 대한민국 영역 외에서 대한민국 또는 대한민국국민에 대하여 죄를 범한 외국인에 대해 보호주의에 따라 처벌할 것을 규정하면서도, 제5조에서 규정하는 범죄를 제외한 나머지 범죄에 대해서는 「행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우」에는 보호주의를 적용하지 아니하는 것으로 규정하고 있다.

---

117) M. Cherif Bassiouni, *supra* n. 63), p. 109 (꺾쇠표시의 강조부분은 동서에 의한 것임). 이어지는 설명: 『객관적 영토성원칙과 보호주의 사이에는 어느 정도 중첩이 있을 수 있다. 범죄행위의 효과가 국가의 주권이나 일체성(integrity)을 침해하거나 정부의 기능을 훼손하는 경우에는 그 효과가 실제로 영토의 어떤 장소에 귀착되고 있는지의 여부에 따라 양 원칙의 어느 하나 또는 양자가 적용될 것이다. 객관적 주권이론은 영토원칙 내에서의 원칙으로 영토원칙의 확장에 해당함에 비해, 보호주의는 객관적 영토성원칙에 대한 예외에 해당한다. 보호주의는 실제적인 영토에 대한 효과를 요구하지는 아니하기 때문이다.』  
본문 판결 인용의 Justice Holmes의 *Strassheim v Daily* 사건판결(\*[1911] 221 U.S. 280)과 Judge Learned Hand의 *United States v Aluminum Co of America* 사건판결(\*148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945))를 참조한 것으로 보인다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

## 7. 이중위험금지

이중위험금지(rule against double jeopardy)<sup>118)</sup>를 우선 미국수정헌법 제5조의 규정에 따라 정의하면 「누구라도 동일한 범행으로 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 아니한다([N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb)」는 원칙을 말하는 것으로, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약(International Covenant on Civil and Political Rights)」 제14조 제7항, 「유럽인권협약(European Convention on Human Rights)」 제4조에서도 같은 취지를 규정하고 있다. 다만 국제협약 제14조 제7항에서는 「어느 누구도 각 국가의 법 및 형사절차에 따라 최종적으로 유죄로 인정되거나 무죄로 석방되었던 범죄에 대해 재차 재판에 회부되거나 처벌되어서는 아니 된다」라고, 유럽인권협약 제4조에서는 「어느 누구도 국가의 법과 형사절차에 따라 최종적으로 무죄로 석방되거나 유죄로 인정되었던 범죄에 대해 동일한 국가의 관할 하의 형사절차에서 재차 재판에 회부되거나 처벌되어서는 아니 된다」라고 규정하고 있기 때문에 국제적으로 확고한 법원칙이 되었다고 할 수 있다.<sup>119)</sup> 국제협

---

118) Michelle Edgely, “Truth or justice? Double jeopardy reform for Queensland: Rights in jeopardy” [2007] QUTLawJl 7; (2007) 7(1)에 의하면, 「이중위험금지」는 역사적으로 로마법의 기판사항(*res judicata*) 법리가 도입되었다는 평가를 받고 있으며(n. 30) 미국수정헌법 제5조가 등장하기 전에 Blackstone은 「영국보통법의 보편적 법언(*universal maxim*)」이라고 불렀다(n. 62).

119) 다만 영국에서는 이중위험금지를 부분적으로 훼손하는 시도가 이루어진 것으로 평가되고 있다. Criminal Justice Act 2003 에서는 이미 무죄가 확정된 사건이라도 살인, 성범죄, 마약범죄 등 중대범죄에 한하여 ① 새로이 강력한 증거(*new and compelling evidence*)가 나오고 ② 재심을 하는 것이 공정성(*interest of justice*)에 부합한다고 판단되는 경우 검사의 청구에 의하여 재심 가능하도록 규정하고 있는데, 입법배경은 1993. 4. 런던에서 Stephen Lawrence라는 흑인학생이 백인폭력배들에게 칼에 찔려 사망한 사건에서 용의자들이 모두 무죄평결이 내려진 것과 관련하여, 1999. 2. William Macpherson이 사건의 수사 및 재판 과정에

약 제14조 제7항이나 유럽인권협약 제4조는 규정취지에 비추어 이중위험 금지를 「동일한 국가 내에서의」 이중위험을 금지하는 것으로 이해되며, 미국연방대법원의 *Heath v Alabama* 사건판결<sup>120)</sup>에서도 같은 입장을 취하고 있는데, 그 이론적 근거는 이중주권이론(dual sovereignty doctrine)이다. 동 이론은 통치체제의 주권에 대한 공격행위로서의 범죄라는 보통법상의 개념 (common-law conception of crime as an offense against the sovereignty of the government)에 바탕하고 있다. 단일한 행위의 피고가 두 주권의 법들을 위반함을 통해 두 주권의 「평화와 존엄」을 위반하는 경우에, 피고는 두 가지 별개의 「공격행위(‘범죄행위’)들」을 자행하였다고 할 수 있다는데 근거한다.<sup>121)</sup>

이중주권이론 하에서, 상이한 관할권에 의해 두 공격행위가 정의되고 있는 한, 두 공격행위는 「동일한 공격행위」를 구성할 수는 없다. 이 점은 설사 공격행위들이 완전히 동일한(identical) 요소들을 포함하고 있으며 밀바탕을 이루는 제정법들이 완전히 동일한 어법들을 포함하고 있다고 하더라도, 마찬가지이다. 그 결과는 이중위험조항은 다중주권 맥락에서는 적용되지 않는다는 점이다. 그러하기 때문에 미국과 같이 연방국가에 있어서는

---

서의 문제점을 지적하고 개선책의 하나로 무죄평결이 내려진 사건에 대한 「이중기소금지」를 재검토하여야 한다고 주장한 것을 계기로 추진되었던 것이다. 그 후 이루어진 기소는 바로 이중위험금지에 관한 법을 변경한 것으로 평가되었다. <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/crime/8982608/Stephen-Lawrence-murder-chance-in-double-jeopardy-law-allowed-Gary-Dobson-prosecution.html>. 영국에서는 아직은 법원에 위험법률심사권이 주어지지 아니하고 있기 때문에, 동법에 대한 위헌성은 문제되지 아니하였다. 영국법을 모델로 하여 New South Wales에서는 Crimes (Appeal and Review) Amendment (Double Jeopardy) Act 2006을 제정하였다. 아울러, 김대순, “이중위험금지 규칙은 불변의 진리인가?—영국의 Stephen Lawrence 피살 사건을 중심으로”, *영산법률논총* 11권 2호, 영산대학교 법률연구소 2014년, pp. 3-19.

120) 474 U.S. 82 (1985)

121) *United States v Lanza*, 260 U.S. 377; 43 S.Ct. 141; 67 L.Ed. 314 (1922).

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

예를 들면, 두 주들을 횡단하면서 유괴를 한 피고인은 세 번에 걸쳐, 각 주에 의해 한 차례씩, 그리고 연방정부에 의해 한 차례에 걸쳐, 기소되고 유죄판결이 선고되며 처벌될 수 있다. 염두에 두어야 할 것은 이중위험은 반드시 드문 것은 아니며 기술의 발전과 더불어 빈번하게 될 가능성이 있다는 점이다. 인터넷은 전통적인 지리적 경계선들을 넘어서기 때문에 주들과 연방정부들 모두에게 피고인들에 대한 관할권을 확정하는 것은 훨씬 쉬워졌으며, 인터넷의 성장은 인터넷범죄행위에 있어서의 상응하는 성장을 동반하여왔기 때문이다.<sup>122)</sup>

이중주권이론은 미국에서 발전된 이론이다. 어쨌든 이중주권이론은 상당히 많은 학문적 비판의 주제가 되어왔다. 대부분의 반대자들은 동 이론은, 이중위험조항의 밑바탕을 이루는 가치들과 직접적으로 충돌하고 있다는 점에서, 그리고 동 이론은 역사적·헌법적 정당성(historical and constitutional legitimacy)을 결하고 있다는 점에서, 근본적으로 피고인들에게 공정하지 않다고 믿고 있다. 그 결과, 학자들은 권리를 보호하고 공정성을 확실히 하기 위해 동 이론은 폐지되거나 대체되어야 하며, 또는 수정되어야 한다고 주장하여왔다.<sup>123)</sup> 이러한 비판들의 대부분이 가지는 문제점들은, 해결책을 제시할 수 있는 헌법상의 다른 조항들은 배제한 채, 이중위험조항 및 이중주권이론 그 자체에 대해 너무 많은 초점을 맞춘다는 점이다. 그러나 특히 수정이나 대체와 관련한 논의는 연방국가와 주 사이와 같은 특정한 국가형태와 관련한 논의이기 때문에 연방국가가 아닌 주권국가들 사이에 관한 논의와 동일시할 수는 없다.<sup>124)</sup>

---

122) Adam J. Adler, Note, "Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem", Yale LJ vol. 124 no. 2, 2014, n. 27)-29)의 본문 참조.

123) 이에 대한 문헌소개는, Adam J. Adler, *supra* n. 122). 동 논문의 n. 4) - 6)에 해당.

124) Adam J. Adler, *supra* n. 122)에 대한 본문에서는 Adler는 이중주권이론에도 불구하고, 피고인이 이미 동일한 범죄에 대해 어느 관할권으로부터 처벌을 받았던 후

본래 「세계주의」에 입각한 「보편관할」에 관한 범죄는 행위지국이 아닌 범죄자의 소재국에서의 범죄자에 대한 재판과 처벌은 보편관할의 「대표관할(representative jurisdiction)」으로서 특징으로 인해 행위지국의 재판과 처벌로 의제된다.<sup>125)</sup> 그와 같이 의제하지 아니한다면 「대표관할」으로서 취지가 몰각되며, 동 범죄에 대해 보편관할을 인정하여서는 아니 될 것이다. 한편 「보호주의」에 해당하는 범죄에 대해서는 피해자의 국적국은 피해자인 자국민의 이익이나 자국민에 대해 가지는 국적국의 이익을 위해 당연히 범죄자에 대해 재판과 처벌을 할 수 있는 권리를 가지며, 그리하여 범죄자가 자국 안에 소재하는 경우에는 바로 재판과 처벌을 할 수 있으며, 행위지국이나 제3국에 있는 경우에는 행위지국이나 제3국에 대해 「인도 또는 기소(*aut dedere aut judicare: extradite or prosecute*)」<sup>126)</sup>의 선택을 요구할 수 있다. 다만 이 경우에 행위지국이나 제3국에서도 동 행위에 대해 처벌가능하여야 한다는 것을 형법 제6조에서는 「쌍방가벌성」을 요구하고 동조 단서

---

에는 다른 관할권에서는 피고인을 처벌할 수 있는 전혀 구속을 받지 아니하는 능력을 가지는 것이어서는 아니된다는 논리를 적법절차조항(Due Process Clause)을 관련시키고 있다. 구체적으로, Adler는 「한 국가의 이익이 다른 국가에 의해 충분히 또는 부분적으로 옹호되고 있는 경우에는 [옹호를 받은] 국가는 자신의 이익을 충분히 옹호하기 위해 필요한 것만큼만 덧붙일 수 있어야 한다. 그보다 나아간 처벌은 피고의 적법절차권리들을 유린할 것이다.」라고 논하고 있다. 그리고 자신의 주장을 뒷받침하기 위해 「필요한 것만큼만 덧붙이는」 것과 관련된 연방대법원 판결을 검토하고 있다. 인용부분에서의 「국가」에 대한 원문은 「sovereign state」으로 되어 있으며, 「주」를 염두에 둔 논리전개이지만 편의상 「국가」로 번역하였다.

125) 김성규, “소극적 속인주의에 대한 제한으로서의 쌍방가벌성의 요건—그 문제점과 대안”, 주 82), 35쪽에서는 소극적 속인주의와 관련하여 국외법에 대해 형법을 적용하는 데 있어서 외국법을 고려하는 방식의 하나인 「② 내국법을 기본적으로 적용해서 처벌하지만 외국법이 보다 가벼운 처벌을 규정하고 있는 때에는 그 외국법을 적용해서 처벌하는 방식」과 관련하여 「대표처벌」을 언급하고 있다. 이 경우에 피해자의 국적국은 행위지국이나 제3국을 대표하여 행위자를 처벌한다는 의미이다.

126) [https://en.wikipedia.org/wiki/Aut\\_dedere\\_aut\\_judicare](https://en.wikipedia.org/wiki/Aut_dedere_aut_judicare).

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

(“단 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 예외로 한다”)에서는 쌍방가벌성을 갖추지 못한 경우에 대해 처벌하지 아니하는 것으로 규정하고 있다. 그러나 쌍방가벌성 요구방식은 국외범에 대해 형법을 적용하는 데에 있어서 외국법을 고려하는 유일한 방식은 아니다. 고려방식으로서 이론적으로는 ① 외국법만을 적용해서 처벌하는 방식 외에도 ② 내국법을 기본적으로 적용해서 처벌하지만 외국법이 보다 가벼운 처벌을 규정하고 있는 때에는 그 외국법을 적용해서 처벌하는 방식 및 ③ 내국법을 적용해서 처벌하지만 외국법에서도 가벌적인 경우에 한해서 처벌하는 방식이 있다. 이와 관련하여 특히 관할권의 국제적 분배를 도모하는 취지에서 중요시되는 대표처벌주의에 충실하자면 단순히 쌍방가벌성을 요건으로 하는 ③의 방식보다는 쌍방가벌성의 정도가 증첩하는 범위 내에서 처벌하는 ②의 방식(*les mitior*)이 요구된다고 볼 수 있지만, ②의 방식에 따라 외국법을 적용하는 데에는 다양한 어려움이 따르기 때문에 실무상의 편의를 생각한다면 보다 간편한 ③의 방식이 무난하게 보일 수 있으며, 외국법을 고려하는 취지가 극단적인 자국보호주의의 관점을 피하는 데에 있는 것이라면 ③의 방식으로도 족하다는 입장<sup>127)</sup>이 있다. 형법 제6조 단서는 ③의 방식을 취한 것이다. 그러나 ③의 방식은 형법 제6조 단서에 해당하지 아니하는 경우에, 먼저 행위지국이나 제3국에서 행위자의 행위를 범죄로서 처벌한 경우에 이를 어떻게 처리할 것인지에 대한 해결방법을 제시하지는 못하고 있다.<sup>128)</sup> 가해행위와 피해사이의 관계를 고려할 때 소극적 속인주의, 즉 보호주의와 관련된 범죄에 대한 피해자 국적국의 처벌은 국적국의 대인주권에 근거하는 권리로서 이루어지는 것이기 때문에 행위지국이나 제3국의 영토주권에 의한 처벌에 우

127) 김성규, “소극적 속인주의에 대한 제한으로서의 쌍방가벌성의 요건—그 문제점과 대안”, 주 82), 35-36쪽.

128) Adam J. Adler, *supra* n. 122)은 이 문제를 집중적으로 다루는 논문이다.

선한다고 보아야 한다. 형법 제6조 단서의 「예외로 한다」는 표현은 이를 의미하는 것이고, 행위지국이나 제3국이 영토주권에 대한 국적국의 대인주권의 종속을 주장할 수는 없는 것이다.

이러한 점들과 앞서 지적한 적극적 속인주의의 문제점들을 고려하면, 설사 적극적 속인주의에 관한 형법 제3조가 직접적으로는 위헌이 되지 아니한다고 가정하더라도, 쌍방적 가벌성을 갖춘 범죄에 대해 이루어진 범죄지국의 처벌이 존재하는 경우에 이를 반영하는 방법을 제시하지 아니하였다는 점에서 제3조는 그 범위 내에서 위헌성을 가진다고 할 수 있다.<sup>129)</sup>

---

129) Australia의 Crimes Act 1914 제16A조에서는 「연방범죄를 범한 사람과 관련하여 선고되어야 할 형이나 명령을 결정함에 있어서 법원은 범죄행위의 모든 상황에 있어서 적절한 엄정성을 가지는 형이나 명령을 가하여야 한다」라고 규정하고 있다. 한편 Victoria주의 Criminal Procedure Act 제1항에서는 「항소법원이 제287조 하에서 항소를 허용하는 경우에, 항소법원은 원심법원의 형을 파기하고, 선고하는 형이 파기되는 정보보다 중하든 경하든 적절하다고 생각하는 형을 선고하여야 한다」라고 규정하고, 나아가 제3조에서 「제1항 하에서 형을 가함에 있어서 항소법원은 피항소인이 다시 형을 선고받음에 있어서, [이중위험을 고려하지 아니하는 경우에] 적절하다고 생각할 수 있는 정보보다 덜 중한 형을 가하기 위해 관련되는 이중위험이라는 요소를 고려해서는 아니 된다」라고 규정하고 있다. 제3항은 「불이익변경금지원칙」과 간접적으로 관련을 가지는 것으로 보인다. 이 양자의 제정법과 관련하여 High Court of Australia의 *Bui v Director of Public Prosecutions* (Cth) 사건판결(\*[2012] HCA 1) para. 25에서는 「제16A조는 정당한 해석을 바탕으로 하면 법관이 만든 어느 정도의 양형원칙들(judge-made sentencing principles)을 수용할 수 있다고 하더라도, 위에서 언급한 이유로 상고인이 주장하는 ‘원칙’을 수용할 수 있는 어떠한 여지도 남기지 아니하고 있다. *R v Gee* 사건판결(\*[2003] HCA 12 para. 62, per McHugh and Gummow JJ)에서는 …… ‘Judiciary Act 제64조, 제68조 제2항 및 제79조와 같은 규정들은, 정당한 해석에 의하면 이들 연방법(‘Judiciary Act’) 규정들이 “주법의 적용에 대한 어떠한 여지도 남기지 아니하였던 것으로 이해되는” “문면 그 자체로서 완전한(complete upon its face)” 연방입법설계에 주법을 끼워 넣지는 아니하고 있다」라는 점을 지적하였다.」 이 설시는 이중위험이라는 요소를 고려할 수 있다는 점을 명백히 한 것이다.



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

#### IV. 형법영역에서의 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

##### 1. 일반적으로 승인된 국제법규

대한민국 제6조 제1항에서는 「일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다」이 규정하고 있다. 제6조에서의 「일반적으로 승인된 국제법규」에 관한 한국헌법학회의 주석서 설명은 다음과 같다.<sup>130)</sup>

일반적으로 승인된 국제법규란 대다수의 국가가 승인하여 국제사회에서 보편적 효력을 갖는 규범으로서,<sup>131)</sup> 국제관습법을 의미한다는 입장과, 국제관습법 외에 우리나라가 체결당사국이 아닌 조약이라도 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 것은 포함된다는 입장, 법의 일반원칙까지 포함시키는 입장<sup>132)</sup> 등이 있다. 법의 일반원칙은 조약이나 국제관습법의 효력을 보충하는 기능을 갖는데 지나지 않고, 양자가 저촉될 때에는 하위에 있다. 우리나라가 당사국인 조약은 「헌법에 의하여 체결·공포된 조약」이다. 조약은 기본적으로 비당사국에 대하여 규범력을 발휘하는 것은 아니다.<sup>133)</sup> 다만 헌법이 국제

130) 사단법인 한국헌법학회, 각주 18), 153쪽(정문식 집필부분). 인용부분에 대한 주석의 각주는 아래 인용의 것을 제외하고는 생략한다.

131) 이준일, 헌법강의, 홍문사, 2007, 205쪽.

132) 일반적으로 승인된 국제법규를 성문의 국제법규, 불문의 국제관습법, 일반적으로 승인된 (국제)조약 등으로 구분하는 입장이 있다. 동 주석 각주 20)에서는 이에 대해 「성문의 국제법규와 일반적으로 승인된 국제조약이 어떻게 구분되는지 불분명하다. 이 견해는 독일기본법 제25조의 해석론을 따르는 것으로 보이는데, 참고로 독일의 경우 ‘일반적인 국제법규(die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes: 또는 국제법상 일반법규)에는 독일의 가입이나 비준에 관계없이 국제법상의 강행규범(*ius cogens*), 국제관습법상 임의규범, 지역적인 국제관습법, 법의 일반원칙 등이 포함되는 것으로 본다. Pernice, in: Dreier(Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl., 2006, Art. 5, Rn. 17ff; Streinz, in: Sachs(Hrsg.), GG, Bd. III, Art. 25(2000), Rn. 19ff. 등 참조.’라고 설명한다.

133) 조약법협약 제34조: 「조약은 제3국에 대하여 그 동의 없이는 의무 또는 권리를

평화주의를 기본원리로 삼고 있기 때문에, 우리나라가 가입하거나 체결하지 않은 조약이라도 일정한 조약은 국제사회의 절대적 다수의 지지를 바탕으로, 조약의 내용 중 국제관습법화 된 부분이 국제관습법의 자격으로 규범력을 가질 수 있다. 따라서 일반적으로 승인된 국제법규는 우리나라가 가입하지 않은 조약의 내용 중 규범력을 갖는 국제관습법을 의미하는 것으로 볼 수 있다.

우선 위의 설명 가운데 밑줄 친 부분은 국제관습법이라고 하더라도 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 조약에서 흡수하지 아니한 국제관습법은 「헌법 제6조 제1항이 규정하는」 일반적으로 승인된 국제법규에는 해당하지 아니한다는 취지로 이해된다. 한편 주권 개념의 발전과정을 보면 Jean Bodin(1530-1596)의 주권이론에 의하면 주권자의 권한(sovereign power)은 국제법에 의해 구속되는데, 국제법은 조약들이나 신법 또는 자연법으로부터 발생하고 있다고 보았다.<sup>134)</sup> 한편 근대의 여명기를 주도하였던 Spain의 근대국제법의 아버지들 중 한 사람인 Francisco de Victoria(1483-1546)는 「인디오 및 전쟁법 강의(*De Indis et de Iure Belli Relectionis*)」에서 만민법(*ius gentium*)은 인간의 이성 및 자연법의 결과이며, 따라서 모든 인류에게 공통하는 것이라는 제안과 함께 국제법은 전체세계에 의해 확정되었

창설하지 않는다.」

134) MP Ferreira-Snyman, *supra* n 5), p. 6. Bodin Les Six Livres de République (1577) Book I Ch 8; On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth (tr by Julian Franklin (1992)) 45; Perez Cooperative Sovereignty from Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law (2000) pp. 27-28 을 인용. <http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/3689/Fundamina%20Snyman.finaal.pdf>. 이어지는 설명은 다음과 같다: 「Grotius, Pufendorf 및 Burlamaqui와 같은 저술가들은 자연법에서 주권에 대한 제한을 찾으려고 노력하였으며, Christian Wolf와 같은 다른 저술가들은 이러한 제한들은 *civitas maxima*(세계국가)라고 불리는 국제기구들에서 찾아질 수 있다는 의견을 가지고 있었다. 이 점과 관련하여, Ninčić, *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United Nations* (1970) 3-4; Kelly *A Short History of Western Legal Theory* (1992) 299 참조」

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위  
 기 때문에 어느 국가가 국제법에 복하는 것을 거부할 수는 없다고 보았다.<sup>135)</sup> 또한 Francisco Suarez(1548-1617)는 자신의 「*De Legibus ac Deo Legislatore*」에서 국가들의 자유를 국제법과 자연법 모두에 의해 제한되는 것으로 보고 있다. 비록 국가들 사이의 통신과 교류는 대체로 선천적 이성(natural reason)에 의해 규율되지만, 상이한 국가들의 관습들에 의해 어떠한 특별한 규칙들이 확립될 수 있다고 보았다.<sup>136)</sup> 이러한 스페인철학자들의 사상은 Grotius의 사고에 의미 있는 영향을 미쳤다.<sup>137)</sup> Grotius는 국가들의 관습법인 만민법(*ius gentium*) 또는 자발법(voluntary law. *ius voluntarium*)<sup>138)</sup> 및 국가들 사이의 국제관계에 관심을 기울이는 자연법(*ius naturae*) 사이를 구별하고 있다.<sup>139)</sup> Grotius에 의하면 보편적이고 구속력 있는 자연법은 국

135) *De Indis et de Iure Belli Relectionis* (1696) Sec 3 par 2. 영역으로는 Franciscus de Victoria *De Indis et de Iure Belli Relectionis* (편집: Ernest Nys, 번역: John Pawley Bate in 1917) 151. Perrez *Cooperative Sovereignty from Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law* (2000), pp. 30-31에서는 대사들에 대한 유린불가성, 해양의 공동소유, 통신의 권리 및 여행의 자유를 만민법의 구속력을 가지는 규칙들에 대한 예로 들고 있다. 아울러, Kooijmans *The Doctrine of the Legal Equality of States* (1964) 59; Nussbaum A *Concise History of the Law of Nations* (1947) 60 참조. 본 각주 및 다음의 각주는 MP Ferreira-Snyman, *supra*, pp. 6-7, n. 26), n. 27)에서 인용.

136) Suarez *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* (1612) Book 2 Ch 19 par 9 참조. 독역으로는, Francisco Suarez *Ausgewählte Texte zum Völkerrecht* (번역: Josef de Vries in 1965) 67. 아울러 Kooijmans *The Doctrine of the Legal Equality of States* (1964) 63; Nussbaum A *Concise History of the Law of Nations* (1947) 67 참조.

137) MP Ferreira-Snyman, *supra*, n 5) p. 8.

138) 「Grotius의 국제법에 대한 취급에 관한 중요한 측면은 국제법은 더 이상 배타적으로 자연법에 의존하는 것이 아니라, 국가들은 구속력을 가지는 법적 규칙들(*ius voluntarium*)을 창설할 수 있다는 점이다」: [https://en.wikipedia.org/wiki/History\\_of\\_public\\_international\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/History_of_public_international_law).

139) *De Iure Belli ac Pacis* Book 1 Ch 1 par 10. For an English translation see Grotius *De Iure Belli ac Pacis* (translated by Campbell in 1814). Also see Lauterpacht (ed) *Oppenheim's International Law* Vol 1 (1947) 89; Kooijmans *The Doctrine of the Legal Equality of States* (1964) 67-68; Nussbaum A *Concise History of the Law of Nations* (1947) 104; Murphy “The Grotian vision of world order” 1982 *American Journal of International Law* 480-481.

제법의 제1차법원(法源)이다. 자연법은 국가들의 승인과 관계를 가지는 국제법에 관한 2차 자료에 의해 보충되고 있다.<sup>140)</sup> 비록 국제법이 부분적으로 국가들의 의사로부터 독립적이지만, 그럼에도 불구하고 Grotius는 국제법이 주권국가들을 구속하는 것으로 보고 있다.<sup>141)</sup> 그리고 근대주권이론을 정립하는 계기가 된 Westphalia조약은 1648년 체결되었다는 점을 고려할 때, 동 국제법학자들에 의해 주장되고 있는 국제법이란 조약 형태로서의 국제법이 아니라 국제관습법으로서의 국제법을 가리키고, 국제법은 자연법 내지 법의 일반이론이라는 형태의 것이 거의 틀림없을 것이다. 그런데다가 「일반적으로 승인된 국제법규」에 관한 규정은 제헌헌법에서도 제7조를 통해 규정되고 있었고, 당시에는 「일반적으로 승인된 국제법규」에 해당할만한 조약은 그다지 많지 아니하였기 때문에 제헌헌법 당시부터 제헌헌법을 기초한 헌법의 아버지들이 염두에 두었던 「일반적으로 승인된 국제법규」는 주로 국제관습법이었을 것이다. 이런 점에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 조약으로, 그리고 국제관습법은 조약에 흡수된 것으로 한정하는 주석서의 설명은 적어도 이와 같은 연혁적 사정들에 비추어 찬성하기 어렵다.

문제는 어느 정도로 국제공동체에서 인정되는 국제법규이어야 국제법규가 「일반적으로 승인된 국제법규」에 해당하는지의 점이다. 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51, 2005헌가5(병합) 결정에서는 국내법적인 수정의 필요에 따라 가입당시 유보되었던 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제22조 제1항, 우리나라가 비준한 바가 없는 국제노동기구의 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및

---

140) *De Iure Belli ac Pacis* Book 1 Ch 1 pars 13-14. Also see Kooijmans *The Doctrine of the Legal Equality of States* (1964) 68; Nussbaum *A Concise History of the Law of Nations* (1947) 104; Perrez *Cooperative Sovereignty from Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law* (2000) 35.

141) Perrez *Cooperative Sovereignty from Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law* (2000) 34-35.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)에 대해 일반적으로 승인된 국제법규의 지위를 인정하지 아니하였다. 영국항소법원의 *Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* 사건판결<sup>142)</sup>은 국가면책이론(doctrine of sovereign immunity)과 관련한 판결인데 Lord Denning은 동 이론에 대한 것이기는 하지만 국가들의 의견일치(consensus)라는 관념은 「허구(fiction)」라고 말하고 있다. 그만큼 국제법규가 「일반적으로 승인된」이라는 요건을 갖추기가 힘들다는 것을 의미한다.

## 2. 편입이론과 변형이론

일반적으로 승인된 국제법규가 국내법화 하는 과정에 대해 주석서에서는 별다른 설명을 하고 있지 아니하다.<sup>143)</sup> 학자들은 조약과 관련하여 「편입이론」과 「변형이론」을 논하고 있는데,<sup>144)</sup> 편입은 일원론 입장을, 변형은 이원론 입장을 취하는 것으로 보고 있다.<sup>145)</sup> 그리고 나아가 「조약에 대해 국내법으로서의 수용절차를 규정하고 있는 것과는 달리 우리 헌법은 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법으로서의 수용에 관해 적법한 절차를 규정하고 있지 않다. 따라서 일반적으로 승인된 국제법규 유무에 대한 판단만이

---

142) [1977] QB 529

143) 사단법인 한국헌법학회, 각주 18), 168-170쪽(정문식 집필부분) 참조.

144) 주석서인 사단법인 한국헌법학회, 각주 18), 162쪽(정문식 집필부분)에서는 Lord Denning이 사용하는 「incorporation」을 「수용」으로, 「transformation」을 「변형」으로 사용하는데, 「수용」은 「adoption」에 해당하는 것으로 이해된다. 「incorporation」에 대한 설명으로 보이는 것을 이한기, 국제법강의, 박영사, 1997, 132쪽에서는 「수용」으로, 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 179쪽에서는 독일용어법인 「Adoption」에 대응하여 「채용」으로 부르고 있다.

145) 주석서인 사단법인 한국헌법학회, 각주 18), 162쪽(정문식 집필부분)

요구된다。」라고 설명하고 있다.<sup>146)</sup> 이 이론들을 국제법규와 관련하여 설명한다면 「편입이론(doctrine of incorporation)」은 국제법규칙들이 의회법과 충돌하지 아니하는 한, 영국법으로 자동적으로(automatically) 편입되어 영국법의 일환을 이루는 것으로 보는 이론이며, 「변형이론(doctrine of transformation)」은 법관들의 결정에 의해 또는 의회법에 의해 국제법규칙들이 이미 수용되었고 우리 법의 일환을 이루고 있었던 것이 아니라면 국제법규칙들은 영국법의 일환으로 보아서는 아니된다는 이론이다. 이는 문제가 되는 국제법규가 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하는 한, 자동적으로 국내법화되는 것을 부정한다.

편입이론과 변형이론의 개념 자체는 단순하므로 동 이론들이 가지는 의미는 개념 자체보다는 국제관습법에 대한 취급이 민사에 관한 것과 형사에 관한 것을 달리할 필요성이 있느냐의 점과 관련된다. 이 글에서는 국제관계에 영향력을 행사하는 영법계국가들의 입장을 통해 살펴보고자 한다. 영국에서는 뒤에서 살펴 볼 *Trendtex Trading* 사건판결이 판결 이전에 편입이론을 취하는 것으로는 *Buvot v Barbut* 사건판결<sup>147)</sup>, *Triquet v Bath* 사건판결<sup>148)</sup>이, 변형이론을 취하는 것으로는 *Reg v Keyn* 사건판결<sup>149)</sup>이 대립하고 있었다. *Keyn* 사건판결은 영국으로부터 3마일 내의 바다에서 일어난 선박충돌—과실 있는 선박의 선장이 독일인이었다—로 여행객이 사망한 사건에 관한 것으로 영국으로부터 3마일 내의 해역을 영국 영토로 보는 국제관습을 인정할 수 있는 것인지의 여부가 쟁점이 되었다.

*Trendtex Trading Corporation v Central Bank of Nigeria* 사건판결<sup>150)</sup>은 영연방국가에서 「편입이론」과 「변형이론」에 관한 논의의 출발점인 판결이

146) 예를 들어 이승우, 각주 28), 292쪽.

147) (1736) 3 Burr. 1481. *per* Lord Talbot LC

148) (1764) 3 Burr 1478, *per* Lord Mansfield

149) (1876) 2 Ex.D. 63, *per* Cockburn CJ

150) [1977] QB 529

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

다.<sup>151)</sup> Lord Denning에 의하면 양 이론은 국제법규칙들의 변화를 직면할 때 큰 차이가 있다. 편입이론에 의하면 국제법규칙이 변하는 경우에는 영국법도 국제법과 함께 변한다. 그러나 변형이론에 의하면 영국법은 변하지 아니한다. 영국법은 선례에 의해 구속을 받는다. 영국법은 과거에 받아들여졌고 수용되었던 국제법규칙들에 철저히 구속받는다. 영국법은 국제법이 발전함에 따라 발전하는 것은 아니다.<sup>152)</sup> Lord Denning은 국제법이 변하고 있음에도 불구하고 과거에 영국은 물론이고 다른 국가들이 입법을 함이 없이 변경된 국제법규에 대해 효력을 부여하여왔던 점에 비추어 편입이론에 찬성하고 있다. 다만 *Trendtex Trading* 사건판결은 상사거래와 관련된 사안에 대한 것이었다. 그리하여 형사사건에서는 달리 접근하여야 하여야 한다는 문제가 제기되는데, 이 점은 국제형사관습법과 관련되기 때문에 뒤에서 살펴보기로 한다.

영연방의 태도는 나뉘고 있다. Canada대법원의 *R v Hape* 사건판결<sup>153)</sup>에서는 자동편입을 전제로 「의회주권은 입법자는 국제법을 깨뜨릴 수 있으나 깨뜨린다는 것을 명백하여야 한다는 것을 명하고 있다. 국제법에 대해 명백하게 깨뜨리지 아니하는 상태에서는, 법원들은 캐나다법의 해석을 돕기 위해 국제관습법의 금지규칙들을 조사할 수 있으며, 또한 보통법의 발전을 조사할 수 있다.」라고 선언하고 있다. Australia의 경우에 대법원

---

151) Canada Supreme Court의 *R v Hape* 사건판결([2007] 2 SCR 292)에서는 Lord Denning의 「incorporation」을 「adoption」으로 사용하고 있는 바, Lord Denning은 「adoption」을 「transformation」과 관련하여 사용하고 있다. Federal Court of Australia의 *Nulyarimma v Thompson* 사건판결(\*[1999] FCA 1192)도 마찬가지이다.

152) 이 판결 이전에 편입이론을 취하는 것으로는 *Buvot v Barbut* 사건판결\*(1736) 3 Burr. 1481. per Lord Talbot LC); *Triquet v Bath* 사건판결\*(1764) 3 Burr 1478, per Lord Mansfield), 변형이론을 취하는 것으로는 *Reg v Keyn* 사건판결\*(1876) 2 Ex.D. 63, per Cockburn CJ)이 대립하고 있었다.

153) [2007] 2 SCR 292

(High Court)의 태도는 다소 불확실하다.<sup>154)</sup> 다만 이론적 정치성으로 인해 영법계국가에서 자주 인용되고 있는 연방법원(Federal Court)의 *Nulyarimma v Thompson* 사건판결<sup>155)</sup>이 주목을 받고 있는데, 이 판결에서 다수의견은 변형이론을 취하고 있다.<sup>156)</sup> Singapore대법원(Court of Appeal)의 *Yong Vui Kong v Public Prosecutor* 사건판결<sup>157)</sup> para. 31-32에서는 「변형이론이 국제법에 대한 이원론적 접근방법과 보다 논리적으로 부합하는 것으로 보인다」라고 설명하고 있다. 그러나 동 판결에서는 이 문제를 확정적으로 결론짓지는 아니하는데, 국내법들이 국제관습법 규칙과 충돌하는 경우에는 어느 이론에 의하든 유효한 국내법들이 적용되어야 하기 때문이다. 미법계국가들은 편입이론을 지지하고 있다. 뒤에서 살펴볼 미국연방대법원의 *The Paquete Habana* 사건판결 및 Philippines대법원의 *Bayan Muna v Alberto Romulo* 사건판결<sup>158)</sup>은 그 전거에 해당한다.

---

154) Sir Anthony Mason, “International Law as a Source of Domestic Law”, in Opeskin, *International Law and Australian Federalism* (1997), p. 211에서는 「편입이론 및 국제관습법에 관한 증명의 어려움은 오스트레일리아에서 변형이론이 지배하고 있다(holds sway)는 것을 시사한다」이 설명하고 있는데, 이 부분은 뒤이어 나오는 *Nulyarimma* 사건판결의 다수의견인 Wilcox J(para. 23) 및 소수의견인 Merkel J(para. 129)에서 모두 인용되고 있다. *Yong Vui Kong v Public Prosecutor* 사건판결, para. 31에서는 「오스트레일리아에서는 변형이론이 지배하는 것으로 보인다」는 설명과 함께, *Nulyarimma* 사건판결을 전거로 인용하고 있다.

155) [1999] FCA 1192.

156) New Zealand는 *Marine Steel Ltd v Government of the Marshall Islands* 사건판결 (\*[1981] 2 NZLR 1); *Governor of Pitcairn and Associated Islands v Sutton* (\*[1995] 1 NZLR 426)의 일부 설시들을 근거로 편입이론을 취하는 것으로 평가되지만(per Merkel J in *Nulyarimma v Thompson* para. 121), 명백히 선언한 판결은 보이지 않는다.

157) [2015] SGCA 11

158) [2011] PHSC 112



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

### 3. 편입에 대한 제한

*Chung Chi Cheung v The King* 사건판결<sup>159)</sup>에서 Lord Atkin은 「어떠한 재판상 쟁점에 대해서건 법원들은 관련된 규칙들의 확인을 모색하고 있으며, 관련규칙을 찾아낸 경우에는, 그 규칙이 제정법에 의해 입법되거나 법원들에 의해 확정적으로 선언된 규칙들과 모순되지 아니하는 한, 그 규칙은 국내법으로 편입된 것으로 취급할 것이다」라고 실시함으로써 국제관습법이 국내법화되기 위해서는 「제정법에 의해 입법된 규칙들과 모순되지 아니할」 것을 요구하고 있다. 이 실시는 위에서 본 *Yong Vui Kong v Public Prosecutor* 사건판결 para. 32에서 인용되고 있는데, 이는 강행규범으로서의 성격을 지니는 국제관습법은 국내법화될 수 없다는 것을 의미한다. 그리하여 *Yong Vui Kong* 사건판결에서는 의회입법을 무효화하기 위해 강행규범(peremptory norms)적 국제관습법에 의존할 수 있다는 일부학자들의 주장이 있으며 그러한 주장은 「강행규범은 어느 국가도 훼손이 허용되지 아니하는 근본적인 국제적 가치를 표현하고 있다」는 점에 바탕하고 있다는 점(para. 34) 및 「강행규범은 ‘국제법규범들의 계층(a hierarchy of international legal norms)’을 창설하고 국가들이 조약을 통해 ‘국제공동체의 생명에 필수적인 자리를 차지하는, 보다 상위에 있는 이들 [강행]규범들을 무효화하는’ 것을 방지하기 위한 것이었으며, ‘인류의 양심에 깊숙이 뿌리내리고 있었다」<sup>160)</sup>는 점(para. 36)을 시인하면서도, 이원론(dualism)에 바탕하여 이들 주장을 배척하고 있다(para. 35).<sup>161)</sup>

159) [1939] AC 160

160) 이 부분은 「United Nations Conference on the Law of Treaties (First Session, Vienna, 26 March - 24 May 1968)」의 본회의(plenary meetings), 전체위원회외의(Committee of the Whole)의 요약에 해당한다. *Official Records*, p 296, para 23.

161) para. 37에서는 「일원론(monism)에 대해 다음과 같이 설명하고 있다: 「양자 사이에 충돌이 있는 경우에 어느 법이 우위를 차지하여야 하느냐」라는 중추적 문제

## 4. 국제형사관습법

### 가. 국제형사관습법이론의 형성과정

#### (1) 뉘른베르크재판

뉘른베르크재판에서는 피고인들에 대해 평화에 대한 범죄, 인도(人道)에 반한 범죄, 전쟁 범죄, 범죄 음모 등의 기소사실의 전부 또는 일부에 대해 유죄로 인정하였는데, 문제는 동 죄에 대한 법적 근거는 제2차세계대전이 종결된 후에 마련된 「처벌규범」<sup>162)</sup>을 적용하였던 점이다. 이러한 사정으로 뉘른베르크재판은 「승자의 정의(Victor's justice; Siegerjustiz)」라는 오명을 뒤집어쓰고 있다. 어찌되었건 뉘른베르크재판을 계기로 국제연합은 1950년 「뉘른베르크재판헌장 및 동 재판소의 판결에서 인정된 국제법원칙

---

에 대해 그 자체로서 해답을 주는 것은 아니다. 일원론학파의 주도적 지지자이었던 Hans Kelsen은 우위논쟁을 법과학의 문제라기보다는 윤리적이거나 정치적 선택의 문제에 해당한다고 생각하였다. Hans Kelsen, *Principles of International Law (The Lawbook Exchange, 1952)* at pp. 446 - 447. 그리하여 일원론을 받아들이는 것이 반드시 국제법의 국내법에 대한 수위성을 부가하지는 아니한다고 할 것이다

- 162) 재판을 위해 마련된 「처벌규범」은 기소장에 의하면 「관리위원회법 제2조(Article II of Control Council Law No. 10)」이다. Michael Biddiss, "Victors' justice: The Nuremberg tribunal" *History Today* (05-01-1995) pp. 4-5. ([http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/NT\\_Indictments.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Indictments.pdf))의 설명에 의하면 「전쟁범죄」에 대한 기소사실은 선례에 있어서 가장 강력한 토대를 가지고 있었다. 동 기소사실은 실제적인 교전행동이 이루어지는 동안 법과 관습들에 대한 위반들을 다루기 위해 'Hague Rules' 및 'Geneva Conventions'을 바탕으로 구성되어 있다. …… '소인 4'는 전쟁범죄 개념을 이전에는 상상조차 할 수 없었던 규모로 조직화되었던 만행(蠻行) 안에서의 전면적 갈등상황에 적용시켜야 하는 기소검사의 필요를 반영한다.」 이 점은 뉘른베르크재판이 국제관습법에 바탕하는 것으로 포장되어 있으나, 실질적으로 재판규범이 될만한 국제관습법은 존재하지 아니한다는 것을 의미한다. 인용부분의 「Hague Rules」은 「Hague Conventions of 1899 and 1907」, 「Geneva Conventions」은 「Geneva Convention of 22 August 1864」을 말한다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

들(Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal)」에 관한 보고서를 채택하였는데,<sup>163)</sup> 여기에서 동 재판에서 피고인들에게 적용하였던 평화에 대한 범죄, 인도(人道)에 반한 범죄, 전쟁 범죄 등에 대한 처벌을 국제관습법의 일종으로 「사후적으로」 인정하는 것이라고 할 수 있다.<sup>164)</sup>

## (2) Eichmann 재판

Nazi전범인 Eichmann에 대한 Israel의 처벌근거는 소급적 효력을 가지는 「이스라엘 나치·나치협력자 처벌법(Israel Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law, 1950)」이었으며, 기소사실은 독일에서 자행된 유대인학살이었다. 그리하여 Eichmann에 대한 납치 및 Israel법정에 세우는 바탕은 Israel법이 아니라 국제법일 수밖에 없는데, Eichmann은 Israel법이 국제법과 충돌하고 있고 그리하여 Israel법은 동 법원에 관할권을 부여할 수 없다」라고 주장하였다. 이와 관련한 1962년의 Israel대법원Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann 사건판결<sup>165)</sup>과 관련하여 판결이 선고된 지 50년이 지난 후의 국제엠네스티의 보고서가 출간되었는데, 소급입법의 논란과 관련된 부분은 다음과 같다:<sup>166)</sup>

「이스라엘 나치·나치협력자 처벌법」은 제2차 세계대전이 끝난 5년

163) [https://en.wikipedia.org/wiki/Nuremberg\\_trials](https://en.wikipedia.org/wiki/Nuremberg_trials).

164) 김영석, 국제형사재판소법강의, 개정판, 법문사, 2004, 15쪽: 「뉘른베르그원칙은 침략범죄, 인도에 반한 죄와 전쟁범죄를 … 추궁해야 한다는 국제관습법을 권위적으로 확인하는 것으로서 일반적으로 간주되었다. 각주 19) Francis A Boyle, *Defending Civil Resistance under International Law* (International Publishers), 1987, p. 62」

165) Int' L. Rep., vol. 36, 1968, p. 277. <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/185>

166) Amnesty International, *Eichmann Supreme Court Judgment - 50 years on, its significance today*, Amnesty International Publications, 2012, pp. 14-15.

후에 제정되었다. 그러나 대법원은 이 법에 의한 Adolf Eichmann에 대한 기소는 소급형법금지원칙-합법성원칙-(prohibition of retroactive criminal law (principle of legality))을 위반하지 않았다고 판결하였다. 대법원은 소급형법입법에 대한 근본적 금지는 당시는 국제법의 일환은 아니었다고 실시하였다(p. 581). 덧붙여 대법원은 어느 누구도 민간인을 집단처형소로 추방하거나 운송하는 것, 민간인들의 재산을 훔치고 죽이는 것과 같은 행위들은 도덕적으로 불법이라는 것을 알고 있었기 때문에, 국가법은 소급적 형사처벌에 관한 윤리적 금지도 위반하지 아니하였다는 점을 강조하였다(p. 282). 그러나 보다 중요한 것은, 대법원은 그와 같은 행동들은 자행되었던 당시에 국제법 하에서 범죄적인 것으로 오래 전부터 인정되어 왔다는, 보다 견고한 법적 토대 위에 동 판결을 올려놓았다(p. 283). 대법원은 Adolf Eichmann이 기소되었던 범죄들은 「오늘날에는 항상 국제범죄라는 낙인이 찍히며 국가들의 법에 의해 금지되는 것으로, 그리고 개인적 형사책임을 수반하는 것으로 간주되고 있는 것이 틀림없다」라고 선언하였다(p. 297).

1948년 유엔인권선언에서 기본적 권리로 인정된 소급형법금지원칙-합법성원칙-(Article 11(2))은 그 이래 국제적<sup>167)</sup> 및 지역적<sup>168)</sup> 인권문서들에서 보장되고 있으며, 오늘날 확고하게 국제관습법의 일환을 이루고 있다.<sup>169)</sup>

### (3) Pinochet 재판

*R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate; Ex parte Pinochet*

167) Article 15 of the ICCPR(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약)

168) Article 7 (No punishment without law) of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms(유럽인권조약)

169) Jean-Marie Henckerts and Louise Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Cambridge, Cambridge University Press and Geneva, International Committee of the Red Cross, 2005

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

(No 3) 사건판결<sup>170)</sup>은 Pinochet가 자신의 불법적 통치에 반대하던 칠레 내의 수천의 인사들을 납치, 감금, 고문, 살해하였으며 해외로 망명한 인사들에 대한 암살을 지시한 혐의로 스페인, 프랑스, 스위스 등의 사법기관으로부터 반인륜적 범죄 혐의로 기소되어 있던 상태에서, 98년 10월에 치료차 방문했던 영국에서 동 국가들의 범죄인인도 요청에 따라 체포됐다. 귀족원은 기소 내용 중 일부는 분명히 반인륜적 범죄에 해당하며 면책특권이 인정되지 않는다고 판결하여 그의 체포가 정당하며 기소한 국가에게 인도되어야 한다고 결정하였다. Lord Millett는 「모든 국가들은 국제관습법 하에서 관련 기준들을 충족하는 국제범죄에 관해 역외관할권을 행사할 수 있는 관할권을 가지고 있다」라고 전제하고 나아가 영국법원들이 영국법 하에서 역외관할권을 가지고 있는지의 여부는 「헌법상의 장치들 및 국제관습법과 형사법원의 관할 사이의 관계에 의존」하는데 「국제관습법은 보통법의 일환이며, 따라서 영국법원들은 국제관습법 하에서 보편관할의 범죄에 관하여 역외형사관할권을 가지고 있으며, 과거에 항상 가지고 있었다」라고 결론짓고 있다.

#### 나. 영법계국가들에서의 국제관습형법이론의 퇴조

과거에 영국법원들은 다양한 보통법상의 범죄를 창설하였다. 그러나 *Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd v Director of Public Prosecutions* 사건판결<sup>171)</sup> 및 *R v Withers* 사건판결<sup>172)</sup>는 보통법상의 범죄를 더 이상 창설하는 것은 허용되지 아니한다고 선언하였고, *R v Rimmington* 사건판결<sup>173)</sup>에서 para. 33에서는 「법원들은 오늘날 지금까지 처벌대상이 되지 아

170) [2000] 1 AC 147, [1999] UKHL 17; [1999] 3 WLR 827

171) [1973] AC 435

172) [1975] AC 842; at 857-8 per Lord Dilhorne at 863, per Lord Simon and at 877 per Lord Kilbrandon.

173) [2005] UKHL 63, [2006] Crim LR 153, [2006] 1 AC 459

니하였던 유형의 행위를 처벌가능한 것으로 하기 위해 기존의 범죄행위를 확장할 수도 없다」며 뜻을 밝혔다.

(1) *Nulyarimma v Thompson* 사건판결<sup>174)</sup>

*Nulyarimma v Thompson* 사건은 제노사이드(genocide)에 관한 것이다. 제노사이드가 국제범죄에 해당하지만 Australia는 집단학살방지및처벌에관한조약(1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)을 1949. 7. 8.에 비준하였을 뿐 이를 처벌하는 연방법이나 주법이 존재하지 아니하는 상태이었다. 그리고 연방형법전(Criminal Code (Cth)) 제1.1조에서는 「연방법을 위반하는 범죄들은 이 형법전 또는 다른 법률에 의해 또는 형법전이나 다른 법률의 수권에 의해 창설된 범죄로 국한된다」라고 규정하고 있는데, 이 규정은 1997. 1. 1.부터 시행되었으며, 연방법 하에서 보통법상의 범죄들을 폐지하고 있다. 그러한 상황 하에서 Australia가 동 조약에 대해 비준하였다는 점만을 근거로 제노사이드관련자들을 처벌할 수 있느냐의 점이 쟁점이 되었다.<sup>175)</sup> 다수의견의 Wilcox J는 「형법의 영역에 있어서는 ‘법이 없이는 범죄가 없다(*nullum crimen sine lege*)는 강력한 추정이 적용된다’는 이유로, Whitlam J는 Eichmann 재판 및 Lord Millett의 Pinochet 재판에서의 설시들을 검토한 후 「본인은 Lord Millett가 말하는 것과 같이 영국형사법원들의 ‘통상적으로 제정법상의(usually

---

174) [1999] FCA 1192.

175) Australia의 영토를 벗어나서 자행된 전쟁범죄에 대하여 Australia가 동 범죄의 보편관할적 성격에 근거하여 관할권을 행사할 수 있다는 점은 *Polyukhovitch v the Commonwealth* 사건판결(\*[1991] HCA 32; (1991) 172 CLR 501)에서 명백히 하였다. 동 사건에서 Brennan J는 「공격자들의 범죄들이 공격자들을 보편관할에 복하도록 하는 것이 국제평화와 질서에 유리한 그러한 성질의 것인 경우에 공격자들을 국가들의 법에 대한 위반을 이유로 심리하고 처벌하기 위해 관할권을 행사할 수 없다고 한다면 Australia의 국제적 법인격은 불완전하다고 할 것이다」라고 판시하였다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

statutory)’ 관할이 ‘보통법에 의해 보충되고’ 있다고 말하는 것은 기묘하다고 생각한다. 법원들은 더 이상 새로운 형사범죄들을 창설할 수 없다.’는 이유로 제노사이드관련자들에 대한 보통법상의 처벌을 부정하였다.

이에 대해 소수의견인 Merkel J는 *Knüller* 사건판결 및 *Withers* 사건판결의 법리를 받아들여 「새로운 범죄를 창설하는 법원의 권한행사는 또한 형법에 시인될 수 없는 불확실성을 형법에 끌어들이는 것」이라고 보면서도 (para. 161, 176), 동 판결들은 「내국법 하에서의 새로운 범죄들에 대한 ‘창설’과 관련되는 것이고 국제법 하에서의 범죄들을 내국법으로 ‘수용’하는 것과 관련되지는 아니하고(para. 176)」 있으며, 「국제법 하에서 보편관할범죄에 해당하는 제노사이드가 내국법의 일환으로 수용되어야 하는지의 여부를 결정함에 있어서 불확실성의 창설이나 가치판단의 부과 어느 것도 관련되어 있지 아니하다. …… 범죄에 대한 정의 및 국내법원들에 있어서의 제노사이드에 대한 기소와 처벌에 관한 절차는 충분할 정도로 확실하다. …… 제노사이드금지가 강행규범(*jus cogens*)의 지위로 진화하는 것 및 보통법에 있어서의 제노사이드금지의 수용은 자신들이 범죄적 행동에 관여하고 있는지 그러하지 않는지의 여부에 대해 잠재적 범죄인들에 대해 불확실성을 남기는 새로운 기준의 창설을 수반하지 아니한다. …… 보통법수용과정에 있어서 수반되는 것과 같은 가치판단도 존재하지 아니한다.」는 이유로, 제노사이드관련자에 대하여 국제관습형법상의 처벌은 수용이 되어야 한다고 보았다.

#### 다. *R v Jones (Margaret)* 사건판결<sup>176)</sup>

이 사건은 영국과 미국이 Iraq를 상대로 한 전쟁수행과 관련한 침략범죄를 사안으로 하고 있다. 침략범죄를 규율하는 근거규범은 「국제형사재판소

---

176) [2006] UKHL 16, [2007] 1 AC 136

에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court) 제8 조이었지만, 로마규정에 대한 영국의 이행입법은 제정되지 아니하였다. 그러한 상황에서 로마규정위반을 이유로 또는 국제관습법 위반을 이유로 상고인들을 처벌할 수 있는지의 점이 문제되었다. Lord Bingham은 para. 12에서 먼저 「침략적 전쟁 및 침공」이 구체적 제재규정이 존재하지 않는 상태에서도 「태고(太古)이래(since time immemorial)」 국제법위반이었다고 할 수 있는지의 점에 대해 의문을 제기하고 있다.<sup>177)</sup> 그리고 나아가 「침략적 전쟁이나 침공이 20세기가 시작하였을 당시 국제관습법에서 범죄로서 인정되었는지의 여부에 대해 의문이 있을 수 있다고 본인은 생각한다. 그러나 그러하든 아니하든, 20세기가 끝나던 당시에는 그와 같은 [국제관습법상의] 범죄가 인정되고 있었다는 점은 명료한 것으로 보인다.」라고 설시하면서도, 「23. 제노사이드에 관한 맥락에서 자동적 흡수(automatic assimilation)에 바탕 하는 주장은 Federal Court of Australia의 *Nulyarimma* 사건판결에서 배척되었다. … 본인 생각으로는 ‘국제관습법은 헌법이 허용하는 경우에만 영국법원들에서 적용가능하다’는 것은 옳다.<sup>178)</sup> ……」 28. 제정법상의 편입의 결여는 두 가지 주된 이유로 중립적 인지는 아니다. 첫째는, 지금은 귀족원의 전원일치의 *Knüller* 사건판결에서 결정된 바와 같이 법원들에게는 새로운 범죄를 창설할 수 있는 어떠한 권한도 존재하지 아니한다는 것이다. 비록 오래된 관습법상의 범죄들이 제정법에 의해 폐지되거나 대체되기까지 살아남겠지만, 새로운 범죄들은 창설될 수 없다. 제정법은 이제 새로운 형사범죄에 대한 유일한 원천이다. 둘째는, 국제관습법에서 확립된 범죄들에 국내적 효력을 부여하고자 하는 경우에 있어서, 관행은 입

177) 이러한 문제제기는 *United States of America v Ernst von Weizsäcker et al* 사건판결 (\*U.S. Military Tribunal IV, Case No. 11, 1948-1949, at p 319)에서 「침략적 전쟁 및 침공」은 「태고(太古)이래」 국제관습법상의 범죄이었다는 이유로 처벌하였기 때문이다.

178) O'Keefe, "Customary International Crimes in English Courts" (2001) BYIL 293, 335.



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위  
법을 하는 것이다.」라는 이유로, 「법이 없이는 범죄가 없다(*nullum crimen sine lege*)」는 법리를 국제관습법에도 그대로 적용하였다.

## 라. 미법계국가들의 태도

미국의 경우에 편입이론은 1900년의 연방대법원 *The Paquete Habana* 사건판결<sup>179)</sup>에서 수용되고 있었는데, 국제적 범죄에 대해 그에 관한 내국 법이 존재하지 아니한다고 하더라도 처벌할 수 있느냐의 점은 *Ex Parte Quirin* 사건의 전원일치판결<sup>180)</sup>에서 긍정되었다. 연방대법원은 「이 나라의 헌법의 역사가 시작된 바로 그때부터 이 법원은 전쟁에 관한 법(*law of war*)은 전쟁에서의 행동과 관련하여 적성국 개인들의 권리 및 의무와 함께 적성국의 권리와 의무를 규정하는 국가들의 법(*law of nations*)의 일환을 포함하는 것으로 인정하고 적용하여 왔다」는 점을 특히 언급하면서, 나아가 「의회는 그와 같은 범죄행위에 대한 재판을 규정함에 있어서 의회 자신이 스스로 국제법의 그에 관한 갈래를 성문화 하거나 그러한 갈래의 정확한 경계를 확정하고 또는 제정법을 통해 전쟁법이 낙인찍고 있는 행위들을 모두 열거하거나 정의하여야 할 의무를 지고 있는 것은 아니라는 점에는 어떤 이의도 존재하지 않는다」라고 선언하였다. 이러한 판결들에 의존하여 *Philippines* 대법원은 *Bayan Muna v Alberto Romulo* 사건판결<sup>181)</sup>에서는 강행규범(*jus cogens*)은 단호한 그리고 훼손이 허용되지 아니하는(*peremptory and non-derogable*) 규범이고 따라서 강행규범범죄들은 공정한 국제법질서의 존재에 근본적인 것으로 간주되고<sup>182)</sup> 그리하여 국가들은 심지어는 협약

179) 175 US 677, 20 SCt 290 (1900)

180) 317 US 1 (1942)

181) [2011] PHSC 112. 이어지는 두 각주는 동 판결의 각주에 의한 것임.

182) M. Cherif Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes* (국제범죄; 강행규범 및 모든 인류에 의해 그리고 모든 인류에 대해 부담하는 의무), 59-AUT Law & Contemp. Probs. 63, 67 (1996).

(agreement)에 의해서도 강행규범범죄들의 성격을 훼손할 수 없다고 설시하면서,<sup>183)</sup> 나아가 다음과 같이 설시하고 있다: 『이와 같은 강행규범적 범죄는 보편관할원칙, 즉 ‘모든 국가는 특정한 가증스러운 그리고 널리 낙인이 찍힌 범죄행위(heinous and widely condemned offenses)를 범한 개인에 대해, 심지어는 달리 공인되고 있는 관할에 대한 근거가 존재하지 아니한 경우에도, 관할권을 행사할 수 있다’는 원칙과 관련되고 있다. ‘이 원칙의 배경을 이루고 있는 이론적 근거는 이루어진 범죄가 너무 가증스럽기 때문에 그러한 범죄는 국제사회의 모든 구성원에 대해 이루어진 것으로 간주된다는데 있으며’ 그리하여 동 원칙은 모든 국가에 대해 그 범죄에 대해 관할권을 부여하고 있다.』<sup>184)</sup>

## V. 검토

### 1. 편입이론과 변형이론

「일반적으로 승인된 국제법규」가 국내법과 동일한 효력을 가지는 과정에 대해 다음과 같은 문제가 있을 수 있다. 「일반적으로 승인된 국제법규」가 국내법과 동일한 효력을 가지기에 앞서 먼저 수용(adoptio)과 변형(transformatio)과정을 거쳐야 한다는 변형이론에 의하면 「수용」과 「변형」이라는 과정을 거치면서, 국제법규에 대응하여 국내법화 한 국내법은 어떠

---

183) Carlee M. Hobbs, The Conflict Between the Alien Tort Statute Litigation and Foreign Amnesty Laws, 43 Vand. J. Transnat'l L. 505, 521 (2009-2010); 다음을 인용하고 있다. Jeffrey L. Dunoff, et al., International Law: Norms, Actors Process 380 (2d ed., 2006)

184) 이러한 논의과정은 Carlee M. Hobbs, *supra* n 183), 521을 바탕으로 하고 있다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

한 법이고, 국제법규와 이에 대응하는 국내법 사이의 효력관계는 어떠한가라는 점을 대체적으로 파악될 수 있다는 점에서 수용과 변형이라는 과정은 일종의 「사실인정」과 「입법행위에 대한 해석」의 문제로 귀결될 것이다. 따라서 조약의 경우에는 설사 「주권의 제약」에 관한 것이라고 하더라도 국회의 동의를 얻는 경우에는 체결이 가능하지만, 그러한 절차가 존재하지 아니하는 국제법규는 일반적으로 승인된 국제법규라는 사정만으로 당연히 국내법화하지 아니하며, 따라서 국회를 통하여 입법화되어야 한다. 그만큼 변형이론에서는 가급적으로 국내법과 충돌하는 국제법규에 대해서는 국내법화를 인정함에 있어서 소극적일 것이다. 한편 「자동편입(automatic incorporation)」이라고 보는 경우에는 두 가지 입장이 있을 수 있다. 헌법 제6조 제1항의 규정에 의해 「비로소」 편입의 효과가 주어진다는 입장에서는 헌법 제6조 제1항은 「형성적」 규정에 해당할 것이다. 이에 대해 적어도 일원론을 취하고 국제법의 국내법에 대한 우위를 인정하는 입장에서는 설사 헌법에서 제6조 제1항과 같은 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하는 한 「당연히」 편입이 이루어지기 때문에 제6조 제1항은 「확인적」 규정에 해당할 것이다. 어쨌든 자동편입의 입장에서는 편입되는 국제법규가 국내법과 충돌하는 내용의 경우에도 편입을 막을 수 없다. 그리고 「일반적으로 승인된 국제법규」가 국제관습법을 포함한다고 보는 경우에, 국내관습법과 무관하게 국제관습법이 형성될 수 있는가, 국제관습법이 어떻게 형성될 수 있는가라는 문제가 남는다.

*Yong Vui Kong* 사건판결에서 강행규범적 국제관습법이 국내법화 하기 위해서는 「변형」 절차를 거쳐야 한다는 것은 Singapore 헌법은 대한민국헌법 제61조 제1항에서 취하고 있는 바의 「자동편입」에 관한 규정을 두지 아니한데서 기인한다고 할 수 있다. 논의의 불가피성 때문에 「변형이론」을 취하는 *Yong Vui Kong* 사건판결에서 「편입이론」을 취하는 *Chung Chi Cheung* 사건판결의 Lord Atkin의 설시를 인용한 것이겠지만, 「제정법에 의해 입법

된 규칙들과 모순되지 아니 하여야 한다는 것은 비성문헌법 하에서 편입 이론의 적용을 제한하기 위한 조건으로서는 있을 수 있다고 하더라도, 「변형이론」에 원용할 것은 못 된다. 「수용」과 「변형」을 하지 않으면 그만이기 때문이다. 어찌되었건 「편입이론」에서 「제정법에 의해 입법된 규칙들과 모순되지 아니 하여야」 한다는 조건을 설정한 것은 그러한 조건을 위배하는 국제법규를 국내법화 하기 위해서는 「변형」절차를 거쳐야 한다는 것을 의미한다.

문제는 편입이론과 변형이론을 논하는 영법계의 Canada, Australia 및 Singapore, 미법계의 미국 및 Philippine는 성문법국가이지만 헌법에서는 대한민국헌법 제6조 제1항과 같은 「자동편입」에 관한 규정을 두지 아니하고 있고, 연합왕국과 New Zealand는 비성문법국가이기 때문에, 동 국가들은 「자동편입」에 관한 규정의 존재를 전제로 하는 논의는 불가능하다는 점이다. 이와 달리, 예를 들어 헝가리기본법(The Fundamental Law of Hungary, 2011. 4. 25. 시행) Article Q) (3)에서는 「헝가리는 일반적으로 승인되고 있는 국제법규칙들을 수용하여야 한다. 국제법에 관한 다른 원천들(‘法源’들)(sources)은 법규범들에 대한 공표를 통하여 헝가리법체제의 일환을 이룬다.」라고 규정하는 바, 이에 대하여 의회의 입법을 기다리지 아니하고 「자동적으로(automatically)」 헝가리법체제의 일환을 이룬다고 설명함에 비추어<sup>185)</sup> 「자동편입」에 관한 규정이라고 할 수 있다. 이는 *Chung Chi Cheung* 사건판결이나 *Yong Vui Kong* 사건판결에서와 같은 논의는 비성문헌법국가나 성문헌법국가라고 하더라도 「자동편입」에 관한 규정이 존재하지 아니하

---

185) Stefano Manacorda (directores), *Criminal Law between War and Peace*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 737-738. 다만 「incorporation」이라는 용어 대신에 「general transformation」이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 다른 「원천들(sources)」과 관련하여서는 「비준에 의해 관보에 공표되어야 한다」라고 설명하여 「general transformation」이 「incorporation」의 의미를 가짐을 알 수 있다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위는 국가에서나 제기될 수 있는 논의라고 할 수 있다. 「일반적으로 승인된 국제법규」가 국내법으로 자동편입되는 경우에 국내법에 대한 관계에서 특별법의 지위를 가지며, 양자 사이에는 특별법우선원칙(*lex specialis derogat lege generali*)이 성립하며, 따라서 국제법규와 충돌하는 국내법은, 헌법재판소에 의해 편입된 국제법규가 대한민국헌법을 위반하는 것으로 결정되지 아니하는 한, 효력을 상실한다.

## 2. 주권의 제한에 대한 두 가지 헌법적 결단

논의는 이에서 그치지 아니한다. 대한민국헌법 제60조 제1항에서는 「주권에 대한 제한」을 조약체결과 관련하여 규정하지만, 대한민국 제6조 또한 실제로는 「주권에 대한 제한」 규정이라는 점이다. 왜냐하면 제6조는 「입법기관의 입법을 기다리지 아니하고」 「국내법과 같은 효력을 가지는」 규범의 존재를 승인하고 있고, 이는 대한민국국회의 「입법주권」을 크게 제한하기 때문이다. 기묘한 것은 「주권의 제약에 관한 조약」에 관한 규정이 제5공화국헌법(헌법 제9호) 제96조 제1항에서 등장하고 현행헌법에서 이어지고 있지만 과연 어느 정도 주권에 대한 간섭이 이루어져야 「주권에 대한 제약」이라고 볼 수 있는지의 점에 대해 아직까지 주석서나 교과서에서 전혀 논의가 이루어지지 아니하고 있다는 점이다. 더욱 기묘한 것은 제헌헌법 이래 「일반적으로 승인된 국제법규」가 국내법과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있음에도 마찬가지로 전혀 논의가 이루어지지 아니하였다는 점이다.

어찌 되었건 헌법 제2조에서 「주권은 국민에게 있고 주권은 국민으로부터 나온다」라고 규정하고 있기 때문에 「주권에 대한 제한」이란 「주권은 국민에게 있고 주권은 국민으로부터 나온다」라는 정신을 일정부분 제한할

수 있으며, 따라서 조약에 의해 「주권에 대한 제한」을 가하는 방법에는 체약국들로부터 일정부분 주권을 이양받을 수 있는 유럽연합과 같은 초국가적 조직의 창설이 포함될 수 있다는 것을 의미한다. 그와 같이 헌법 제60조 제1항이 주권개념이 웨스트팔리아주권으로부터 탈(脫)웨스트팔리아주권으로 이행하고 고전적 주권개념으로부터 개방적 주권개념으로 진화하는 것을 허용하는 것으로써, 벌써 고전적 주권개념으로부터의 이탈이다. 마찬가지로 헌법 제6조가 「주권에 대한 제한」에 관한 규정이다. 그렇다면 헌법 제6조 제1항 또한 「주권은 국민에게 있고 주권은 국민으로부터 나온다」는 헌법 제2조의 정신을 일정부분 제한하고 있다는 해석이 허용되지 아니한다는 근거는 없다. 다만 헌법 제6조와 제60조는 규정취지가 다르다. 제6조에서 규정하는 「주권에 대한 제한」은 제60조 제1항을 통해서는 가능한, 체약국들로부터 일정부분 주권을 이양받는 유럽연합과 같은 초국가적 조직의 창설은 불가능하다. 대신 입법기관인 국가가 할 수 없는 기능을 수행할 수 있다. 조약과 법률 사이의 우위관계에 대해서는 학설의 대립이 있을 수 있지만, 국회의 입법기능의 본령은 「법률」의 제정이라고 할 때, 국회의 입법기능은 「헌법」과 「법률」 사이의 규범을 창설하는 것은 불가능하다. 그러나 「일반적으로 승인된 국제법규」에는 대한민국헌법이 규정하는 「법률」보다 「상위」에 있는 규범이 있을 수 있다.<sup>186)</sup> 나아가서는 대한민국헌법보다도 상위적 효력을 가지는 것들이 존재할 수 있다. 대한민국헌법 제6조는 국제법, 그 중에서도 「일반적으로 승인된 국제법규」의 헌법에 대한 우위를 간

186) 독일기본법 제25조에서는 「국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 이 원칙은 법률에 우선하며 연방영역의 주민에게 직접적으로 권리와 의무를 발생시킨다.」라고 규정하여, 「국제법의 일반원칙」의 법률에 대한 우위를 인정하고 있다. 제25조의 「국제법의 일반원칙」에 대해 연방헌법재판소는 「국가법질서의 일반법원칙에 의해 보충되고 있는, 보편적으로 적용가능한 국제관습법」이라고 정의하고 있다. 「Order of the German Federal Constitutional Court of Order of 08 May 2007 - 2 BvM 1/03」. ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm0001.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

접적으로 선언하는 근거규정에 해당하며, 헌법제정권력의 결단이라고 할 수 있다. 국내법우위이론에 따라, 특히 헌법우위이론에 따라 헌법에 배치되는 국제법규는 설사 그것이 「일반적으로 승인된 국제법규」에 해당한다고 하더라도 「자동편입이 이루어지는 것은 아니다」라고 보는 것은, 편입되는 국제관습법은 *Chung Chi Cheung v The King* 사건판결<sup>187)</sup> 등에서 선언되고 있는 영법계국가들의 「제정법에 의해 입법된 규칙들과 모순되지 아니하는」 것이어야 한다는 논리와 다른 바가 없다.

그렇다고 「일반적으로 승인된 국제법규」가 헌법과 갈등을 빚는 경우에 항상 헌법이 하위에 있다고 단정하여서는 아니된다. 대한민국헌법에는 주권자인 대한민국국민이 헌법제정권력의 행사를 통해 결단한 여러 내용들을 포함하고 있다. 그리고 그 결단은 대한민국헌법을 제정할 당시의 국가와 국민의 정체성과 지향하여야 할 정신, 보존해야 할 가치 및 당시까지 발전되어 온 국제적·국내적 헌법이론을 고려하여 이루어졌다. 따라서 결단 당시를 기준으로 하여 당시의 「일반적으로 승인된 국제법규」가 헌법과 충돌하는 경우에는 그러한 국제법규는 주권자인 대한민국국민의 의사에 배치되기 때문에 당시의 편입은 효력이 없다고 보아야 한다. 그러나 결단이 이루어진 당시로부터 오늘에 이르기까지 상당한 시간에 경과하고 국제적·국내적 상황이 변함으로써 결단 당시 고려되었던 사정들 또한 변하여갔을 것이다. 따라서 헌법제정권력을 통해 결단이 이루어질 당시의 사정들만을 고집하여 변화된 사정을 고려하지 아니하는 것 또한 문제가 있다. 이 경우에는 헌법이라고 하더라도 헌법제정당시의 헌법제정권력의 결단만을 내세워 헌법이 항상 「일반적으로 승인된 국제법규」보다 우위에 있어야 한다는 것은, 있을 수 없고, 오히려 「일반적으로 승인된 국제법규」의 헌법에 대한 우위를 인정하여야 한다. 양자의 조정은 「살아 있는 헌법(living constitution)」이

---

187) [1939] AC 160

리는 해석론을 빌어<sup>188)</sup> 상당 부분 이루어질 수 있다. 「살아 있는 헌법」에 대한 실용주의적 입장에 의하면, 헌법은 사회의 필요성의 문제로서 시간을 두고 진화하는 것으로 이해되고 있다. 이러한 입장에서는 당초의 의미만을 바라보는 것은, 당초의 의사가 오늘날 보편적으로 비난을 받고 있는 많은 관행을 허용하는 것이었던 경우에는 통제를 벗어난 순수한 원전주의(originalism)를 배척하는 원인이 되고 있다.<sup>189)</sup> 그러나 근본적으로는 「일반적으로 승인된 국제법규」의 헌법에 대한 우위가 인정되는 경우도 있다는 인식에서 출발하여야 한다. 어느 범위에서 「일반적으로 승인된 국제법규」의 헌법에 대한 우위가 인정될 것인지는 헌법재판소가 고뇌하여야 할 점이다.<sup>190)</sup>

헌법과 「일반적으로 승인된 국제법규」 사이의 갈등은 헌법에서 직접 규정하는 기본권 및 형사재판과 관련하여 발생할 수 있다. 그와 같은 갈등상황 하에서 헌법의 규정이 「일반적으로 승인된 국제법규」에 비해 전향적이며 수구자들을 보호하는 내용인 경우에는 여전히 헌법이 적용되어야 할 것이다. 시사적인 것은 유럽사법재판소의 결정의 효력과 관련한 독일헌법재판소의 입장을 살펴볼 필요가 있다. 유럽사법재판소는 *Van Gend En Loos*

188) *Missouri v Holland*, 252 US 416 (1920)에서 Justice Holmes는 「우리가 미국연방 헌법과 같은 조직법(constituent act)이기도 한 어휘들(words)을 다루는 경우에, 우리는 그 어휘들이 그 발전에 대해 가장 재능이 뛰어난 헌법창설자들에 의해서도 전혀 예견할 수 없었던 존재를 활기 있게 만들었다는 것을 인정하여야만 한다. 그 어휘들로서는 자신들이 하나의 유기적 조직체를 만들어냈다는 것을 인정받거나 기원하고 있다는 것으로 충분하였다; 헌법창설자들의 승계자들이 그 어휘들이 국가를 만들어냈다는 것을 증명하는데 있어서 한 세기가 필요하였으며, 증명을 하기 위해 승계인들에게 많은 땀과 피를 요구하였다.」라고 설명하였다. William Rehnquist, “The Notion of a Living Constitution”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* vol. 29 no. 2, 2006, p. 402에서는 인용한 Justice Holmes의 견해를 「살아 있는 헌법」에 대한 해석원리로 삼고 있다.

189) [https://en.wikipedia.org/wiki/Living\\_Constitution](https://en.wikipedia.org/wiki/Living_Constitution).

190) 이러한 논의는 헌법 이외의 법규범에 포함된 강행규정(*jus cogens*)에서도 이루어질 수 있다.



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

사건결정,<sup>191)</sup> *Costa v Enel* 사건결정<sup>192)</sup> 등을 통해 공동체법은 회원국들의 법적 지위가 어떠한지, 심지어는 국가헌법들의 경우에도 그 법의 모든 규정들에 대해 우위를 가져야 마땅하다고 결정하였다. 바로 이러한 유럽사법재판소의 결정들로 인해 유럽연합의 권한이 회원국들이 가지는 주권에 대한 우위를 확립할 수 있었던 것이다. 그런데도 독일은 아마 거의 유일하게 유럽연합 권한의 우위성을 도전하고 있다. 이 문제는 *Solange 1* 사건판결<sup>193)</sup> 및 *Solange 2* 사건판결<sup>194)</sup>에서 다루어졌는데, Professor Dr. Ninon Colneric은 「Protection of Fundamental Rights through the Court of Justice of European Communities」이라는 표제의 조사보고서(working paper)에서 *Solange 1* 사건판결 및 *Solange 2* 사건판결의 이러한 특징을 강조하면서, 다음과 같이 설명하고 있다<sup>195)</sup>:

EU공동체가 독일헌법에 의해 보장되고 있는 기본권들의 목록과 등가인(equivalent) 기본권에 관한 목록을 가지고 있지 아니하는 한, [독일연방헌법재판소]는 공동체법의 독일헌법과의 양립가능성을 심사할 수 있는 권리를 유보하였다. 기본권에 관한 유럽사법재판소의 판례법에 의해 각인된 연방헌법재판소(Federal Constitutional Court)는 1986년 *Solange 1* 사건판결에서의 자신의 입장을 수정하였다. 연방헌법재판소는 유럽공동체의 권한의 영역 안에 있어서, 독일헌법에 의해 제공되는, 개념, 내용 및 운용방법에 관한 [기본권에 관한 보호기준]

---

191) Case 26/62, *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963) ECR s.1.

192) Case 6/64, *Flamino Costa v Enel* (1964) ECR, s. 585.

193) BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I*-Beschlúß, 29 May 1974

194) BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 *Solange II*-decision, 22 October 1986

195) Ninon Colneric, Protection of Fundamental Rights through the Court of Justice of the European Communities, Working Paper 2, Page 9. Halid Hakı Barut, *supra* n. 6), p. 24를 통해 인용.

과 실제적으로 동등한 것으로 간주되어야 마땅한 기본권에 관한 보호기준이 생겨났다고 설명하였다. 이러한 발전에 비추어, 연방헌법재판소는, 유럽공동체, 특히 유럽사법재판소가 일반적으로 공동체의 기관들을 상대로 하여 기본권에 대한 효율적인 보호를 확실히 하는 한, 동 법원으로서의 독일헌법의 기본권의 바탕 위에서 제2차적 공동체법에 대해 더 이상 심사를 하지 아니할 것을 피력하였다.

인용부분의 취지는 결국 유럽사법재판소 결정과 독일기본법 중 어느 것이 효력을 가지는가는 어느 것이 기본권 보호에 충실한가에 달려 있다는 것을 보이는 것이다. 그러나 한편으로는 독일기본법 제26조 제1항에서는 「국제사회의 평화적인 공동생활을 방해하는데 적합하고, 그러한 의도로 하는 행위, 특히 침략전쟁 수행의 준비는 위헌이다. 이러한 행위는 형법에 의하여 처벌되어야 한다.」라고 규정하고 있는데, 보편관할이 문제되는 전쟁범죄, 반인도적 범죄 등과 같이 범죄의 성격은 경우에 따라서는 헌법규정의 적용이 제한되어야 한다는 것, 즉 「일반적으로 승인된 국제법규」가 우선적으로 적용될 수 있다는 것을 시사한다.

### 3. 국제형사관습법의 지위

국제형사관습법은 보편관할이 인정되는 범죄들 가운데 범죄의 성격이 전쟁범죄들이나 반인도범죄들 또는 해적범죄들에 대해서는 동 범죄를 재판하는 국가가 범죄가 자행되던 당시에 이를 처벌할 근거를 가지지 못한 경우에도 사후적으로 입법을 하여 처벌하고 또는 입법이 되어 있지 아니한 상태에서도 처벌하여왔다. 그리고 그 처벌은 재판하는 국가가 자국 내에서 관습형법에 의한 처벌을 허용하는지의 여부와는 무관하게 국제관습형법에 대한 위반이라는 것을 근거로 하고 있었다. 사실 이러한 접근방법에는 전

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

혀 의문이 없는 것은 아니다. 왜냐하면 재판하는 국가가 국제관습형법을 이유로 그와 같은 범죄를 처벌한다는 것은 내세우고 있는 국제관습형법과 동일하거나 유사한 구성요건을 가지는 형사규범들을 가지지 아니한다는 것 또는 자국법을 적용하는 경우에는 국제관습형법상의 구성요건들을 분해하여 그 일부들을 자국의 형사규범들에 맞추어 구성하고 이를 처벌할 수밖에 없다는 것을 의미하고, 이는 결국 극심한 유추해석을 불러들일 수밖에 없다는 것을 전제로 하기 때문이다. 그리고 관습형법을 허용하는 국가라고 하더라도<sup>196)</sup> 형성된 관습형법은 국제관습형법과 동일하거나 유사한 것이 존재하지 아니한다는 것을 뜻하기도 한다.<sup>197)</sup> 그렇다면 국내적으로 관습형법이 형성되지도 아니하는 상태에서 어떻게 국제관습형법이 존재할 수 있

---

196) 영국에서는 아직 상당한 정도의 관습범죄(보통법상의 범죄)들이 존재하며, 영미법 계국가들에서도 극히 제한적이기는 하지만 남아 있다.

[https://en.wikipedia.org/wiki/Common\\_law\\_offence](https://en.wikipedia.org/wiki/Common_law_offence). *Christian & Ors v The Queen (The Pitcairn Islands)* 사건판결(\*[2006] UKPC 47)에서는 「법이란 개개 신민의 생득권이다. 따라서 신민이 어디를 가든 자신들의 몸과 함께 법을 가지고 간다 ([A]s the law is the birthright of the every subject, so wherever they go they carry their laws with them)」은 Blackstone의 명제에 따라 Pitcairn에 정착한 선박 반도(叛徒)들의 후손들에 대해 반도들이 선박 탈취를 하였던 당시의 형사관습법을 적용하여 성범죄를 처벌할 수 있는가라는 점이 방론으로 논의되었다. 이 사건에서 다투어진 것은 관습형법의 부당성이 아니라 「법에 대한 접근가능성」과 「예측가능성」이었다. 이 문제에 대해서는, 박찬주, “법에 대한 접근가능성과 예측가능성”, 저스티스 통권 148호, 한국법학원, 2015, 5-42쪽 참조. 진지연, “형법 제 3조의 적극적 속인주의의 문제점과 해결방안”, 각주 81), 122쪽에서는 「쌍방가벌성」에 관한 논의에서 재판지국에서 적용하는 처벌규범과 행위지국에서의 처벌규범은 범죄행위의 동일성(Tatidentität)을 요구하는데, 그 동일성 판단에 있어서는 「행위지국의 기술되지 아니한 형벌규정들도 여기에 포함될 수 있다. 왜냐하면 예컨대 영미법국가와 같은 국가의 보통법(common law)에서는 법률주의원칙(*lex scripta*) 이 적용되지 않기 때문이다.」라고 논하고 있다. 이는 관습형법을 염두에 둔 설명이다.

197) 국제형사관습법과 동일한 자국의 형사관습법이 절대로 존재할 수 없다는 의미는 아니다. 속지주의·속인주의 또는 보호주의가 적용되지 아니하는 행위자에 대해 보편관할을 끌어들이므로써 처벌할 필요성이 있는 경우가 있을 수 있기 때문이다.

다는 것인가. 그럼에도 불구하고 국제관습형법이 규율할 수 있는 범죄의 유형을 떠나 국제관습형법이 존재할 수 있다는 것은 이미 확고하게 국제공동체에서 자리잡았다고 할 수 있다.

그러나 이 문제를 떠나서, 미국연방대법원의 *Ex Parte Quirin* 사건판결 및 Philippines대법원의 *Bayan Muna v Alberto Romulo* 사건판결에서 전제 하듯 국내법에서 관습형법이 허용되지 아니한다는 것과 국제형사관습법이 존재할 수 있다는 것은 전혀 별개의 문제인데도—이는 Australia연방법원의 *Nulyarimma v Thompson* 사건판결에서의 소수의견 Merkel J의 견해이기도 하다—귀족원의 *R v Jones (Margaret)* 사건판결은 이를 양자를 동일한 평면에서 논의함으로써 사실상 국제관습형법의 존재와 적용을 무력화시켜버렸다는 점에서 문제가 있다.<sup>198)</sup> 범죄와 형벌의 관계가 「성문의 법률」로 규정되어야 한다는 원칙을 성문법주의(*Gesetzlichkeitsprinzip*)라고 부르는데 학자들은 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항을 종합하여 대한민국은 성문법주의를 취하고 있다고 보는 한편, 성문법주의는 국민의 자유와 권리를 보호하기 위해 관습형법의 금지를 내용으로 한다고 설명하고 있다.<sup>199)</sup> 문제는 「국민의 자유와 권리를 보호하기 위해」라는 부분이다. 독일기본법 제26조 제1항에서는 「국제사회의 평화적인 공동생활을 방해하는데 적합하고, 그러한 의도로 하는 행위, 특히 침략전쟁 수행의 준비는 위헌이다. 이러한 행위는 형법에 의하여 처벌되어야 한다.」라고 규정하는 독일기본법 제26조 제1항은 대표적인 국제관습형법에 속하는 전쟁범죄에 대한 처벌은 「국제사회의 평화적인 공동생활」의 유지를 위하여 반드시 처벌되어야 할 범죄임을

198) Xhou Lulu, *supra* n. 49), pp. 183-185에서는 보편관할은 중국법에 편입되지도, 제정법에 의해 변형되어 수용되지도 아니하였다는 것, 그리하여 pp. 185-187에서는 보편관할에 관한 국제조약만으로 처벌하는 것은 죄형법정주의 및 유추해석금지원칙에 반한다는 것을 논하고 있다.

199) 이태인, “죄형법정주의에 관한 연구”, *고황법학*; 연천 허영박사 화갑기념 제2권, *고황법학교수회*, 1997, 322쪽.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

헌법적으로 선언하고 있는 것이다. 이 규정이 반드시 독일연방공화국이나 독일국민들만을 대상으로 하는 것인지는 조문만으로는 불분명하지만, 외국 국가 또는 외국인들의 독일 영토 밖에서의 행위들까지 포섭하는 규정이라고 가정할 때에는 독일형법 제6조에서는 「세계주의」 내지 「보편관할원칙」과 관련되는 범죄들을 규정하면서도 독일기본법 제26조 제1항의 취지를 반영하는 범죄를 규정하지는 아니하는 것은 국제관습형법에 의한 처벌가능성을 염두에 두고 있다고 할 수도 있다.<sup>200)</sup> *Nulyarimma* 사건판결에서 Merkel J가 지적하듯, 관습형법을 금지하는 것은 「형법에 시인될 수 없는 불확실성을 형법에 끌어들이기」 때문이다. 그러나 전쟁범죄 등과 같은 국제관습형법 가운데서도 전쟁범죄 등과 같은 것은 도덕적으로도 극악성이 두드러지는데다가, 엄격하게는 국제관습법에 의한 처벌은 새로운 범죄들에 대한 「창설(creation)」이라기보다는 국제법 하에서의 범죄들을 내국법으로 「수용(adoption)」하는 것에 지나지 아니하기 때문에 「형법에 시인될 수 없는 불확실성을 형법에 끌어들이는」 것이라고는 할 수 없다. 국제법의 국내법에 대한 영향은, Lord Denning이 *H P Bulner Ltd v J Bollinger SA* 사건판결<sup>201)</sup>에서 말하듯, 「밀물(incoming tide)」과 같다. 그런데도 귀족원의 *R v Jones (Margaret)* 사건판결은 이를 거스름으로써 사실상 국제관습형법의 존재와 적용을 무력화시켜버린 것이다. 물론 국제관습형법에서 논의하는 범죄들에는 다양한 형태가 있고, 그리하여 그 가벌성에도 차이가 있을 수 있다. *R v Jones (Margaret)* 사건판결에서 논의되는 범죄는 「고문(torture)」이었고 이는 「인도에 반하는 죄(crimes against humanity)」이었으며, 동 판결

200) 독일기본법 제26조 제1항이 외국국가 또는 외국인들의 독일 영토 밖에서의 행위들까지 포섭하는 규정은 아니라고 가정할 때에는 침략전쟁을 가장 혐오하고 있는 나라 가운데 하나인 독일의 형법 제6조에서 침략전쟁과 관련하여 「세계주의」 내지 「보편주의원칙」을 규정하지 아니하는 것은 무척 이해적이라고 할 수 있다. 이 주장부분은 독일학자들의 주장은 참고하지 아니한 상태에서 이루어진 것이다.

201) [1974] Ch 401, [1974] EWCA Civ 14

에 의하더라도 가벌성이 다른 유형의 죄에 비해 어느 정도 약한 범죄이었다. 그런데도 「고문」이 「국제형사재판소에 관한 로마규정」에서 규율하는 보편관할에 속하는 범죄에 해당하였으며, 그러한 사정으로 「고문」보다 가벌성이 더 큰 국제관습형법까지 모두 더 이상 법관들이 창설할 수 없는 범죄에 포함시켜버린 것은 「차도살인(借刀殺人)」이라고 아니할 수 없다. 법원의 국제관습형법의 적용은 법관이 창설한 관습형법의 적용이 아니라, 이미 존재하는 국제관습형법의 적용에 지나지 아니한다. 따라서 *Knüller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd v Director of Public Prosecutions* 사건판결 및 *R v Withers* 사건판결의 적용대상이 될 여지도 없었다.

대한민국헌법과 관련하여 고찰할 때, 헌법 제6조에서 규정하는 자동편입되는 「일반적으로 승인된 국제법규」에서는 그 국제법규가 형사에 관한 것인지 민사에 관한 것인지를 가리지 아니하고 있다. 따라서 제6조 규정상으로는 국제형사관습법도 그것이 「일반적으로 승인된」이라는 요건을 갖춘 한 「자동편입」되는 국제법규에 해당한다. 이에는 「죄형법정주의」, 달리 말하면 「성문법주의」를 내세워 국제형사관습법은 「자동편입」의 대상이 되지 못한다고 다들 여지가 있다. 그러나 이러한 태도는 앞서 말하였듯이 편입되는 국제관습법은 영법계국가들의 「제정법에 의해 입법된 규칙들과 모순되지 아니 하여야 한다」는 논리와 다른 바가 없다. 헌법 제6조는 제1장 「총강」부분에, 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 의해 도출되는 죄형법정주의 내지 성문법주의는 제2장 「국민의 권리와 의무」에서 규정하고 있다. 이러한 입헌 태도는 제6조가 제12조 제1항, 제13조 제1항보다 근본규범에 속한다고 할 수 있다. 그리고 헌법규정들 사이에는 「그 효력상의 차이를 인정하여야 할 형식적인 이유를 찾을 수 없다」<sup>202)</sup>는 헌법재판소의 논리를 받아들이는 경우에 있어서도 제6조와 제12조 제1항, 제13조 제1항은 대등한 관

---

202) 헌재 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 결정

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위에 있으므로 제12조 제1항, 제13조 제1항이 제6조의 효력을 제한하여야 할 근거가 되지 못한다.

「국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)」에서는 국제관습형법에 해당하는 범죄들을 국제형사재판에서 관할할 수 있도록 하였다. 동 로마규약에서는 동 규정에서 규정하는 범죄들에 대한 법정형까지 규정하고 있는데, 로마규정에 대한 이행법률의 형식으로 대한민국은 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」을 제정하였다. 문제는 동 법률이 제정되지 아니하였던 경우에는, 대한민국법원들이 설사 이행법률이 제정되지 아니한 경우에도 국제형사관습법에 의해 로마규정에서 규율하는 범죄들을 처벌할 수 있다는 입장을 취하는 경우에는 로마규정을 준용하여 재판하는 것은 별론으로 하고 적용하는 국제관습형법은 국내법에 대해 상위적 효력을 지닐 수도 있는데 이행법률이 제정됨으로써 형식적으로는 법률의 지위로 격하되어버린 외형을 가지게 되었다. 그리고 동 법률의 제정에 의해 해적행위 등 극히 일부의 국제관습형법범죄행위를 제외하고는 국제관습형법은 소멸하여버린 외형을 갖추게 되었다.

## VI. 맺는말

「법의 생명은 논리가 아니라 경험하여왔던 것들이다(life of the law has not been logic: it has been experience)」<sup>203)</sup>는 Oliver Wendell Holmes, Jr의 보통법과 관련한 설명이다. 그러나 그 설명이 가지는 타당성을 관념적으로 의심하는 법률가들은 거의 없을 것이다. 경험으로부터 유리된 법이란 생명

---

203) Oliver Wendell Holmes Jr, The Common Law (1881), The Lawbook Exchange, Ltd, 2005(reprinted) p. 1.

이 없다. 그리고 경험하여왔던 것들로부터 이루어진 추론이 합리적인 한, 「법」에는 그러한 「추론」이 포함될 것이다. 단순한 논리가 아니다. 그러나 특정한 논리를 전개함에 있어서 특히 선입견의 영향을 받는 경우에는 선입견을 옹호하는 방향으로 모든 전거들을 끌어들이기 때문에 논리 자체에 집착하고, 그로 인해 법은 생명을 잃어버리고 만다. 어쩌면 헌법적 측면에서 이루어지고 있는 우리나라에서의 지금까지의 주권에 대한 이해도 이에 속할 수 있다. 이 글에서 간단히 설명하여왔듯, 웨스트팔리아주권개념은 현저하게 퇴조하고 새로운 주권개념이 등장하고 있다. 이러한 현상은 헌법의 해석은 물론이고 하위법, 특히 형법에 영향을 미치는 것은 당연할 수 있는데도 현실에서는 그와 같은 영향력을 간과하고 있다. 필자의 이 글을 통한 시론은 그러한 영향력을 가급적 배제하고자 하는 데 있다. 이 글을 접하는 독자들에게 애정을 가지고 이 글을 읽어주실 것을 부탁드립니다. 이 때문이다. 많은 이해를 부탁드립니다. 이 글이 이 문제에 대해 조금이라도 기여할 수 있으면 바라고 있다.



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

[국문초록]

## 주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

필자는 이 글에서 주권개념과 주권개념의 변천을 개관하고, 나아가 주권 개념 및 주권개념의 변천이 형법의 적용에 관한 입법주의에 미치는 영향을 살펴보았다. 이 글의 초점은 「적극적속인주의」 및 「일반적으로 승인된 국제법규」이 가지는 문제점에 맞추어져 있다.

형법 제3조에서는 「내국인의 국외범」이라는 표제 하에 「본법은 대한민 국영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다」이 규정하고 있다. 주권을 가진 국가는 속지주의원칙에 의해 자신의 영토 안에서 자행된 범죄에 대해서는 조약에 의해 관할권 행사에 제한이 따르지 아니하는 한 범죄자의 국 적과는 관계없이 그 범죄자에 대해 형사관할권을 가진다. 외국은 내부문제 에 해당하는 범죄지국가의 관할행사에 대해 간섭할 수 없다. 그런데도 범 죄자의 국적국이 범죄자의 귀국을 이용하여 외국에서의 범죄행위에 대해 자국형법에 대한 위반을 이유로 처벌하는 것은 범죄자가 귀국하지 아니한 상태에서 범죄자가 자국형법의 잠재적 적용대상자임을 전제로 하고 있으 며, 이는 국적국의 속인주의와 범죄지국의 속지주의의 충돌에 해당한다. 그 런데다가 국적국의 속인주의의 적용은 외국에 있는 국민들의 행동을 크게 제한한다. 범죄지국이 범죄에 대해 처벌하지 아니하는 경우는 물론이고, 국 적국과 범죄지국의 범죄구성요건이나 위반에 대한 처벌내용이 다른 경우에 국적국의 처벌은 외국에 체재하는 국민들에게 끊임없이 국적국과 범죄지국 의 법에 대한 선행학습을 요구하고 이는 외국에 있는 국민들에게 불필요한

부담을 지우는 것이다. 형법 제3조는 「무지의 베일」 상태에서 입법하도록 하는 요구를 순응하지 못하는 입법이며, 헌법부적합의 기미가 있다.

보편관할은 관할대상인 범죄가 국제관습형법상의 범죄에 해당한다는 것을 전제로 하여, 범죄자의 국적국에도 범죄지국에도 해당하지 아니하는 국가가 행위자가 자신의 영토 안에 있다는 것을 이유로 개입하여 행사하는 형사관할을 말한다. 따라서 보편관할권을 행사하는 국가의 관할권은 대표관할권에 속한다. 일반적으로 승인된 국제법규가 한 국가에서 국내법으로 효력을 가지는 이론적 근거에는 편입이론과 변형이론이 있다. 그러나 성문헌법국가이면서도 대한민국헌법 제6조 제1항에서와 같은 「일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다」라는 규정이 존재하지 아니하는 국가 및 비성문국가에서 제기되는 이론의 대립이다. 대한민국헌법 제6조 제1항은 「자동편입」의 입장을 취하고 있다. 이러한 자동편입은 입법주권에 대한 제한이다. 문제는 대한민국헌법 제6조 제1항과 죄형법정주의가 도출되는 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항의 대등성으로 자동편입되는 국제법규에는 국제관습형법이 포함될 수밖에 없고, 성문법국가인 대한민국에서 국내범죄에 대해서는 관습형법에 의한 처벌이 허용되지 아니할지라도 국제범죄에 대해서는 국제관습형법위반을 이유로 처벌할 수 있게 된다. 필자는 이에 대한 합리적 근거로서, 국제관습형법범죄는 법관이 창설한 범죄가 아니라 이미 오래전부터 존재하여오던 수용한 범죄에 지나지 아니한다는 오스트레일리아 연방항소법원의 *Nulyarimma v Thompson* 사건판결의 소수의견 Merkel J의 의견에 동조하고 있다. 다만 「국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)」에 대한 이행법률의 형식으로 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」이 제정됨에 따라 대한민국에서는 해적행위라든지 극히 일부의 국제관습형법범죄 행위를 제외하고는 일용 국제관습형법은 소멸하여버린 외형을 갖추게 되었다는 점을 지적하고 있다.

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

### **주제어**

웨스트팔리아주권/탈(脫)웨스트팔리아주권, 일원론/이원론, 속인주의/속지주의  
/보호주의/세계주의, 절대적·적극적속인주의/상대적·적극적속인주의, 예양,  
쌍방적 가벌성, 이중위험금지, 보편관할, 무지의 베일, 편입이론/변형이론,  
관습형법에 대한 창설금지, 국제관습형법

[Abstract]

**Crystallization of the concept of sovereignty in  
criminal law area and status of the generally  
recognized rules of international law**

The writer overviews, in this essay, the concept of sovereignty and its transition, and goes on further to consider the impact on the legislative principles about application of the Criminal Act. This essay focuses on the topic of absolute personal principle and generally recognized rules of international law.

Article 3 of the Criminal Act provides, under the heading of ‘Crimes by Koreans outside Korea’, “This Act shall apply to all Korean nationals who commit crimes outside the territory of the Republic of Korea”. Sovereign states have criminal jurisdictions over criminals committing crimes within their territories according to the territorial principle, regardless of their nationality, unless sovereign states’ exercise of jurisdiction is confined by some treaties. In contrast, foreign countries cannot intervene in the criminal jurisdiction of the states of *locus commissi*, the exercises of which are only pure internal matters. Nevertheless, if the national states punishes criminals of their nationals for their offenses committed in the foreign countries exploiting the chances of their returns, such punishments presuppose that they are the potential subjects *in absentia* of their criminal laws. Those lead to inevitable clashes between personal principle of the national state of the criminal and

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

territorial principle of the state *locus commissi*. Furthermore, the states' application of personal principle to the nationals abroad, whether their stays are long or short, restrict their nationals' conduct heavily. The nationals abroad, not only neither when the state *locus commissi* punishes the kind of act committed by the people but also nor when the constituting elements of certain crimes and their punishment thereof are same between the state *locus commissi* and the national state, the punishment of the national state requires constant prior learning about the laws of those states. This imposes boresome and unnecessary burdens on the nationals abroad. Article 3 of the Criminal Act is an act not complying the requirement of legislating in the state of 'veil of ignorance'. This suggests unconstitutionality of the Article.

The universal jurisdiction assumes that the crimes under that jurisdiction are the crimes under the international criminal law. And under the doctrine of universality, a nation, neither the national state nor the state *locus commissi*, intervenes and exercises the criminal jurisdiction by the name of 'representative' of the nations competent of the trial. There are two theoretical grounds about how generally recognized rules of international law have the same effect as the domestic laws. Those are 'doctrine of incorporation' and 'doctrine of transformation'. However, competing theories can exist only in the unwritten constitutional countries or in the written constitutional countries without having provision of 'automatic incorporation'. Under the Article 6(1) of the Constitution of the Republic of Korea, "..... the generally recognized rules of international law shall have the same effect as the domestic laws of the Republic of Korea". That Article recognizes the 'automatic incorporation' about the generally recognized rules

of international law. But this sort of ‘automatic incorporation’ heavily restricts the legislating sovereignty of Parliament. The real problem of the ‘automatic incorporation’ is that the automatically incorporated rules should contain the crimes of international customary criminal law due to the equivalence of the Article 6(1) and the Articles 12(1), 13(1) from which principle of legality derives. And that makes possible the courts of Korea, one of the written constitutional state, to punish the international customary crimes, even though it is impossible to punish the acts of reprehensible character under the name of contravention of customary criminal law.

The writer agrees, as a reasonable ground of punishing the international customary crimes, with the Merkel J, minority opinion, in *Nulyarimma v Thompson* that international customary crimes are not the judge-made crimes but the incorporated crimes existing long time before. However, as the Act on Punishment, etc. of Crimes under jurisdiction of the international Criminal Court is enacted for implementing the Rome Statute of the International Criminal Court, most crimes excepting very few crimes such as piracy disappears from international customary criminal law.

**Key-words**

Westphalian/post-Westphalian sovereignty, monism/dualism, personal/territorial/protective principle, universality, absolute/restrictive active personal principle, comity, double criminality, rule against double jeopardy, universal jurisdiction, veil of ignorance, incorporation/transformation doctrine, prohibition of customary criminal law, international customary criminal law

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

## 참고문헌

- 김대순, 국제법론, 제15판, 삼영사, 2009. 각주 36)
- 김대순, “이중위험금지 규칙은 불변의 진리인가?—영국의 Stephen Lawrence 피살 사건을 중심으로”, 영산법률논총 11권 2호, 영산대학교 법률연구소 2014년. 각주 119)
- 김민서, “국제경제관계에서의 국가관할권에 관한 연구: 미국의 효과이론과 속인주의 확대시도를 중심으로”, 국제법학회논총 제48권 제3호 통권 제97호, 대한국제법학회 (2003. 12). 각주 108)
- 김성규, 소극적 속인주의에 대한 제한으로서의 쌍방가벌성의 요건—그 문제점과 대안, 성균관법학 21권 1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2009년. 각주 82)
- 김성규, “형법의 장소적 적용범위에 관한 규정의 내용과 한계”, 형사법연구 18호, 한국형사법학회, 2002. 각주 103)
- 김성돈, 형법총론, 제3판, 2014. 각주 38)
- 김영석, 국제형사재판소법강의, 개정판, 법문사, 2004. 각주 164)
- 김형구, 국제인권기준과 국제형사재판에 있어서의 필석재판의 허용과 한계, I법학논총 제23집, 숭실대학교법학연구소, 2010. 각주 51)
- 박찬주, “법에 대한 접근가능성과 예측가능성”, 저스티스 통권 148호, 한국법학원, 2015. 각주 196)
- 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 제2판, 법제처, 2010. 각주 18)
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2013. 각주 100)
- 원형식, 사이버공간에 있어서 우리나라 형법의 적용범위, 인터넷 법률 2002년 제10호(2002년). 각주 41)
- 이승우, 헌법학, 도서출판 두남, 2009. 각주 28)
- 이태연, “죄형법정주의에 관한 연구”, 고향법학; 연천 허영박사 화갑기념 제2권, 고향법학교수회, 1997. 각주 199)
- 장동익, 룰즈 『정의론』, 철학사상 별책 제5권 제14호, 서울대학교 철학사상연구소 (2005). 각주 93)

- 정 완, “사이버범죄의 방지를 위한 국제협력방안”, 형사정책연구 18권 2호 (통권 70호), 한국형사정책연구원, 2007. 각주 113)
- 전지연, “사이버공간에서 형법적 적용범위의 수정·제한”, 법조 52권 11호 (통권 566호), 법조협회, 2003. 각주 105)
- 전지연, “형법 제3조의 적극적 속인주의의 문제점과 해결방안”, 법학연구 19권 2호, 연세대학교, 2009. 각주 81)
- 최석윤, “해적행위에 대한 형사법적 대응방안”, 형사법연구 제22권 제4호(통권 45호) 한국형사법학회, 2010. 각주 55)
- 최태현, “사이버공간에 대한 입법관할권”, 법학논총 17집, 한양대학교 법학연구소, 2000. 각주 101)
- 최호진, 형법총론, 준커뮤니케이션즈, 2014. 각주 38)
- 홍성필, “사이버공간에서의 관할권”, 이화여대 법학논집 제4권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 1999. 각주 59)
- Adam J. Adler, Note, “Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem”, Yale LJ vol. 124 no. 2, 2014. 각주 122)
- Adrián Tokár, “Something Happened. Sovereignty and European Integration In: Extraordinary Times”, IWM Junior Visiting Fellows Conferences, Vol. 11: Vienna 2001. 각주 18)
- Amnesty International, Eichmann Supreme Court Judgment - 50 years on, its significance today, Amnesty International Publications, 2012. 각주 166)
- Carlee M. Hobbs, The Conflict Between the Alien Tort Statute Litigation and Foreign Amnesty Laws, 43 Vand. J. Transnat'l L. 505, 521 (2009-2010). 각주 183)
- Cheryl Saunders & Anna Dziedzic, Parliamentary Sovereignty and Written Constitutions in Comparative Perspective. 각주 27)



주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

- Christopher Forsyth, “The definition of Parliament after Jackson: Can the life of Parliament be extended under the Parliament Acts 1911 and 1949?” 각주 27)
- Cornelia Koch, “The Doctrine of Supremacy of European Community Law as a Condition Precedent for the Doctrine of Direct Effect” (2004) 9 International Trade and Business Law Review 201. 각주 21)
- David Held, “Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty”, Published in Legal Theory, Centre for the Study of Global Governance, London School of Economics and Political Science, 2002. 각주 22)
- David Held, The Changing Structure of International Law: Sovereignty Transformed?, 2003. 각주 22)
- Donald Earl Childress III, Comity as conflict: Resituating international comity as conflict of laws, University of California, Davis Law Review, vol. 44, 2010. 각주 91)
- Farlex, The Free Dictionary by Farlex; Legal Dictionary. 각주 7)
- G. Gilbert, “Crimes Sans Frontières: Jurisdictional Problems in English Law” 63 BYIL 1922. 각주 67)
- Gabriel Reznick, Shared Sovereignty and the European Union: The Transition to Post-Westphalian Sovereignty. 각주 3)
- Halid Haki Barut, Turkey's Sovereignty Test towards the Full Membership of the European Union, LLM European Union Law, University of Westminster, Law School, 2013. 각주 6)
- Hammering Shield, “John Rawls And The Veil Of Ignorance”. 각주 95)
- Jean Bodin, Six Books of Commonwealth, Translated by M.J. Tooley, Basil Blackwell Oxford, 1955. 각주 11)
- Karen A. Alters, “Who Are the ‘Masters of Treaty?’”. 각주 1)
- M. Cherif Bassiouni, International Criminal Law (Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms vol. II), 3rd ed., Martinus Nijhoff Publishers, 2008. 각주 63)

- M. Cherif Bassiouni, “International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes”, 59-AUT Law & Contemp. Probs. 63, 1996. 각주 182)
- M. P. Ferreira-Snyman, The evolution of state sovereignty: A historical overview. 각주 5)
- Malcolm N. Shaw, International Law, 6th ed., Cambridge, 2008. 각주 66)
- Michael Biddiss, “Victors' justice: The Nuremberg tribunal” History Today (05-01-1995) 각주 162)
- Michelle Edgely, “Truth or justice? Double jeopardy reform for Queensland: Rights in jeopardy” [2007] QUTLawJJI 7. 각주 118)
- Miyoshi Masahiro, Sovereignty and International Law (2009). 각주 3)
- Morten Bergsmo and Ling Yan (editors), State Sovereignty and International Criminal Law, Torkel Opsahl Academic EPublisher Beijing, 2012. 각주 49)
- Neil MacCormick, “The Maastricht Urteil: Sovereignty Now” European Law Journal, vol 1, no 3, November 1995. 각주 20)
- Oliver Wendell Holmes Jr, The Common Law (1881), The Lawbook Exchange, Ltd, 2005(reprinted) 각주 203)
- Pavlos Eleftheriadis, Law and Sovereignty, Legal Research Paper Series Paper No 42/2009 October 2009, University of Oxford. 각주 13)
- Tom Mullen, “Reflections on Jackson v Attorney General: questioning sovereignty”, Legal Studies (2007) 27 (1). 각주 27)
- Ronald A. Brand, Balancing Sovereignty and Party Autonomy in Private International Law: Regression at the European Court of Justice, University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series Year 2005 Paper 25. 각주 60)
- Ruwanthika Gunaratne, Lotus case. 각주 62)
- Stefan Voigt, “Veilonomics: On the Use and Utility of Veils in Constitutional Political Economics”. 각주 95)
- Stefano Manacorda (directores), Criminal Law between War and Peace, Ediciones de la Universidas de CastillaLa Mancha, 2009. 각주 185)

주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위

Stephen P. Garvey, “Lifting the Veil on Punishment”, *Buffalo Criminal Law Review*,  
vol. 7: 443, 2004. 각주 94)

Steve J. Boom, *The European Union after the Maastricht Decision: Is Germany  
the “Virginia of Europe?”* Revised version (1995), Jean Monnet  
Center at NYU School of Law. 각주 19)

William Rehnquist, “The Notion of a Living Constitution”, *Harvard Journal of  
Law and Public Policy* vol. 29 no. 2, 2006. 각주 188)

Wolff Heintschel von Heinegg, “Legal Implications of Territorial Sovereignty  
in Cyberspace”. 각주 109)

Zhou Lulu, “Brief Analysis of a Few Controversial Issues in Contemporary  
International Criminal Law” 각주 49)

(논문접수일: 2015. 8. 31. 논문심사일: 2015. 10. 27. 게재확정일: 2015. 11. 13.)



성적 자기결정권과 성폭력 관련  
법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰

A Constitutional Study on the Legislation and Precedent  
Concerning a Sexual Violence and the Right of  
Self-Determination of Sexual Intercourse or Sexual Encounter

李 熙 勳(Lee, Hie-Houn)

鮮文大學校 法學科 教授

- 目 次 -

I. 들어가는 글 .....	175
II. 성적 자기결정권의 내용 및 제한과 제한 입법에 대한 위헌심사기준의 정도 .....	179
1. 성적 자기결정권의 내용 .....	179
가. 성적 자기결정권의 의의 .....	179
나. 성적 자기결정권의 헌법적 근거 .....	182
2. 성적 자기결정권의 제한과 제한 입법에 대한 위헌심사기준의 정도 .....	198
가. 성적 자기결정권의 제한 .....	198
나. 성적 자기결정권의 제한 입법에 대한 위헌심사기준의 정도 .....	199

III. 성적 자기결정권에 대한 성폭력 관련 법제나 판례의 내용 및 검토	202
1. 형법상 강간죄 규정의 내용 및 성적 자기결정권의 침해 여부 검토	202
가. 형법상 강간죄 규정의 내용	202
나. 형법상 강간죄 규정의 내용 중 성적 자기결정권의 침해 여부 검토	203
다. 강간죄의 폭행이나 협박의 정도에 대한 외국의 입법례나 판례 및 시사점 검토	207
라. 우리나라 대법원의 부부강간죄 인정 판결에 대한 헌법적 검토	209
2. 균형법상 추행죄 규정의 내용 및 성적 자기결정권의 침해 여부 검토	211
가. 균형법상 추행죄 규정의 내용	211
나. 균형법상 추행죄 규정의 성적 자기결정권의 침해 여부 검토	213
다. 균형법상 추행죄 규정에 대한 외국의 입법례나 판례 및 시사점 검토	218
IV. 맺는 글: 입법적 제언을 곁하여	222
* 국문초록 및 주제어	228
* 영문초록 및 주제어	230
* 참고문헌	232

## I. 들어가는 글

2015년 8월 25일에 대구지법 제12형사부는 지난 2002년 1월부터 2007년 1월까지 5년 동안 대구 수성구와 남구 등의 지역에서 스타킹이나 마스크 등을 이용하여 얼굴을 숨기고 야간에 가스배관 등을 통해 혼사 시는 여성의 원룸만 골라 침입하여 총 21명의 여성들을 흉기로 위협하여 금품을 빼앗고 성폭행을 행하여 특수강도강간 등의 혐의로 기소된 일명 ‘발바리’라고 불렸던 김○○(46)에게 무기징역형과 함께 20년간 위치추적 전자장치(전자발찌) 부착을 명하는 판결을 했다.<sup>1)</sup> 그리고 우리나라 대법원은 1970년 3월 10일의 70도29 판결에서 부부간의 강간죄를 인정하지 않았던 입장<sup>2)</sup>을 변경하여 2009년 2월 12일의 2008도8601 판결에서 “혼인관계가 존속하는 상태에서 남편이 처의 의사에 반하여 폭행 또는 협박으로 성교행위를 한 경우에 강간죄가 성립하는지의 여부는 별론으로 하더라도 적어도 부부의 당사자 사이에 혼인관계가 파탄되었을 뿐만 아니라 더 이상 혼인관계를 지속할 의사가 없고 이혼의사의 합치가 있어 실질적인 부부관계가 인정될 수 없는 상태에 이르렀다면 이는 법률상의 배우자인 처도 형법상 강간죄의 객체가 된다.”라고 판시하여 부부간의 강간죄를 인정하였다.<sup>3)</sup>

---

1) 연합뉴스, ‘원룸 침입해 여성 21명 연쇄성폭행……40대 무기징역’, 검색일: 2015.8.30. <<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/08/25/0200000000AKR20150825160600053.HTML?input=1179m>>.

2) 우리나라 대법원은 1970년 3월 10일에 “법률상의 아내가 다른 여자와 동거하고 있는 법률상의 남편을 상대로 형법상 간통죄의 고소와 이혼소송을 제기하였으나 그 후에 부부간에 다시 새 출발을 하기로 약정하고 형법상 간통죄의 고소를 취하였다면 그들 사이에 실질적인 부부관계가 없다고 단정할 수 없으므로, 설사 법률상의 남편이 강제로 법률상의 아내를 간음하였다 하여도 이는 형법상 강간죄가 성립되지 않는다.”라고 판시하였다. 대판 1970. 3. 10. 70도29.

3) 대판 2009. 2. 12. 2008도8601.

또한 2014년 3월 17일 진선미 국회의원은 군인 또는 군인에 준하는 사람한테 향문성교나 그 밖의 추행을 하는 경우에는 2년 이하의 징역으로 형사처벌을 하도록 규정하고 있는 균형법 제92조의6 규정에 대해 우리나라는 최근 개인주의적·성개방적인 사고방식이 점차 확대됨에 따라 성에 관한 우리나라 국민의 법의식에 많은 변화가 있었고, 동성 간의 성적 행위가 비정상적이며 사회의 성도덕을 심하게 침해한다는 부정적인 시각에서 점차 벗어나 성적 지향성이 다름을 이유로 고용 등에 있어서 동성애자에 대해 차별을 하는 것은 헌법상 평등권을 침해한 것으로 인정되었는바, 이러한 동성애자에 대한 사회적 변화에 따라 균형법 제92조의6의 추행죄 규정을 삭제하는 개정이 필요하며, 균형법 제92조의6에 의해 군인 또는 군인에 준하는 사람이 군부대나 군영 밖의 사생활이 가능한 사적 공간에서의 추행에 대해서까지 동 규정을 적용하여 형사처벌을 할 수 있도록 한다면 이는 헌법상 비례의 원칙에 의할 때 너무 과다하게 군인 또는 군인에 준하는 사람의 성적 자기결정권 등의 기본권을 침해하는 위헌적 규정에 해당하므로, 동 규정을 삭제하는 것을 주요 골자로 하는 의안번호 1909746번의 동 규정에 대한 개정안을 국회에 대표발의 하였다.<sup>4)</sup>

이렇듯 우리는 거의 매일 매우 안타깝게도 크고 작은 각종 성폭행<sup>5)</sup>이나 성추행<sup>6)</sup> 범죄 사건들에 대한 뉴스를 접하고 있는바, 이러한 형태의 성폭

- 
- 4) 의안번호 1909746번, 균형법 일부개정법률안의 제안이유 및 주요 내용 부분 참고.
  - 5) 본 논문에서 ‘성폭행’은 형사상의 강간 범죄만을 뜻하는 협의적 개념으로 사용하였다. 왜냐하면 국어사전에 의할 때 ‘성폭행’이란 ‘강간을 완곡하게 이르는 말로, 폭행이나 협박에 의하여 피해자를 반항하지 못하게 하고 강제적으로 성관계를 맺는 것’을 뜻하기 때문이다. 민중서림, 엡센스 국어사전, 2015, 1439면.
  - 6) 본 논문에서 ‘성추행’은 국어사전에 의할 때 ‘강간 따위를 하거나 성희롱을 하는 것’으로 기술되어 있다. 민중서림, 상계서, 1438면. 그리고 ‘성추행’이란 건전한 상식이 있는 일반인의 성적 수치감이나 혐오감을 느끼게 하는 일체의 행위를 뜻한다고 보는 견해가 있다. 조인섭, “성폭력 관련법”, 24기 성폭력 전문상담원 교육자료집, 한국성폭력상담소, 2006. 11, 199면. 이러한 견해에 의할 때 성추행의 개념이 성폭행의 개념을 포함하는 보다 넓은 개념이라는 점을 알 수 있다.



력) 범죄들은 해당 성폭력 범죄 피해자의 헌법상 성적 자기결정권 등의 기본권을 침해하는 중대 범죄로, 우리나라에서 2013년에 발생한 강간이나 강제추행 등의 성폭력 범죄는 총 26,919건으로, 2013년 한 해 동안 평균적으로 성폭력 범죄가 하루에 73.8건, 한 시간에 3.1건이 발생하였는바, 6~8월인 여름에 8,451건이 발생하였고, 9-11월인 가을에 7,801건이 발생하여 여름과 가을에 약 60.37%가 발생하였다.<sup>8)</sup>

- 
- 7) 우리 사회에서 ‘성폭행’이나 ‘성추행’이란 용어 이외에도 ‘성폭력’이란 용어가 사용되고 있는바, 우리나라에서 ‘성폭력’이란 용어는 1980년대 후반에 여성·사회단체에서 사용하기 시작했고, 우리나라에서 법적으로는 1994년에 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’에서 공식적으로 처음 사용되었다. 다만 이 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률에서는 구체적으로 ‘성폭력’에 대한 개념을 정의하지는 않았는바, 성폭력이라는 개념은 강간이나 성추행 등을 포함하는 개념으로, 상대방의 의사에 반하여 가해지는 즉, 상대방의 헌법상 보호되는 성적 자기결정권 등을 침해하는 모든 신체적·언어적·정신적 폭력을 뜻한다고 할 것이다. 조인섭, 상계 논문, 199면. 즉, ‘성폭력’이란 성을 매개로 하여 인간에게 가해지는 일체의 정신적·신체적·언어적 폭력을 의미하는바, 성폭력은 강간, 윤간, 강도강간 뿐만 아니라 성추행, 언어적 희롱, 음란전화 등 상대방의 의사에 반하여 가하는 성적 행위로, 모든 신체적·언어적·정신적 폭력을 포괄하는 매우 광범위한 개념이다. 일반적으로 성폭력은 형사상의 강간이나 강제추행 등 신체적·물리적인 폭력을 의미하는 것으로 받아들여지고 있고, 성희롱은 이러한 형사상의 강간이나 강제추행 등을 제외한 가벼운 정도의 성적 행위로 받아들여지고 있다. 태보영, “대학내 성폭력에 관한 연구”, 인간이해 제22집, 서강대학교 학생생활상담연구소, 2001. 7, 40면. 이러한 성폭력의 개념은 상대방의 의사와 관계없이 또는 상대방의 의사에 반하여 일어나므로, 헌법상의 피해자의 성적 자기결정권 등의 기본권을 침해하며, 상대방에게 불쾌감이나 고통을 준다. 최근에 성폭력은 다양한 성적 행동을 포함하는 포괄하는 용어로 사용되고 있는바, 성적인 농담이나 음란전화부터 성추행이나 강간에 이르기까지 포함하는 광범위한 뜻으로 사용되고 있다. 박성혁·하혜숙·김보명, 대학내 성희롱·성폭력 실태 및 예방교육 활성화 방안 연구, 교육인적자원부, 2007. 12, 15면.
- 8) 대검찰청, 범죄분석, 제147호, 2014, 46면. 이밖에 성폭력 범죄의 초범은 39.2%(7,408명), 재범은 60.8%(11,470명)로 나타났다. 그리고 재범자 중에서 동종 전과자는 12.5%이고 이종 전과자는 87.5%로 나타났으며, 동종 전과자의 경우에는 1년 이내에 재범을 하는 경우가 38.1%로 나타났다. 가장 빈발한 시간대는 밤 시간대인 20:00~03:59 사이로 전체 성폭력 범죄의 42.5%로 나타났다. 대검찰청, 동일서, 45-50면.

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라에서 크게 쟁점화 된 여러 성폭력 관련 범죄들은 개인의 삶 또는 인생에 매우 중요한 헌법상 '성적 자기결정권'이라는 기본권이 부당하게 제한(이하에서 '침해'로 줄임)되는지 여부와 관련되어 있다. 그러나 아직 우리나라에서 이러한 헌법상의 성적 자기결정권의 의의, 헌법적 근거, 제한 및 제한 입법에 대한 위헌심사기준의 정도에 대해 심도 깊은 기존의 헌법적 선행 연구는 거의 찾아 볼 수 없으며, 형법상 강간죄와 균형법상 추행죄의 성폭력과 관련된 법제나 판례에 의해 헌법상 성적 자기결정권이 침해되는지 여부에 대해 개인의 헌법상 성적 자기결정권의 보호적 관점 하에서 해당 외국의 입법례나 판례의 검토와 함께 심도 깊게 연구한 선행 문헌이나 기존 연구는 많지 않다.

이에 본 연구 논문은 아래와 같이 크게 헌법상 성적 자기결정권의 총론적 부분과 각론적 부분의 두 개의 부분으로 나누어 각각 상세히 헌법적으로 고찰한다. 이 중에서 먼저 헌법상 성적 자기결정권의 총론적 성격의 부분에서는 성적 자기결정권의 의의(의미나 개념)에 대해 살펴보고, 성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대한 여러 학설들 및 판례들에 대해 고찰한 후, 이 중에서 어떤 근거로 어느 견해가 헌법적으로 타당한지를 검토하며, 성적 자기결정권을 제한하는 입법에 대한 위헌심사기준의 정도에 대해 각각 헌법적으로 상세히 살펴본다(이하 II). 다음으로 헌법상 성적 자기결정권에 대한 각론적 성격의 부분에서는 헌법상 성적 자기결정권을 침해할 문제점이 있는 성폭력 관련 법제나 판례에 대해 헌법적으로 상세히 검토할 것인바, 헌법상 성적 자기결정권의 보호적 관점 하에서 형법상 강간죄 규정의 폭행·협박의 정도에 대한 우리나라 대법원 판결의 태도와 학설 중 최협의설의 견해에 대해 헌법적 시각에서 비판적으로 검토한 후, 형법상 강간죄 규정의 폭행·협박의 정도에 대한 미국과 영국 및 독일과 프랑스의 주요 선진국의 해당 입법례나 판례를 살펴보고, 이에 대한 시사점을 고찰한다. 또한 우리나라 대법원이 부부강간죄를 인정한 2008도8601 판결에 대해 헌

법적으로 평가한다(이하 III-1). 그리고 균형법 제92조의6의 추행죄 규정이 군인 또는 군인에 준하는 사람의 헌법상 성적 자기결정권 등의 기본권을 침해하는지 여부에 대해 헌법적으로 자세히 검토한 후, 해당 규정에 대한 외국의 입법례와 시사점을 고찰한다(이하 III-2). 끝으로 결론 부분에서는 이상에서 살펴본 내용을 요약·정리한 후, 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권이 최대한 보호될 수 있도록 우리나라의 강간죄 규정의 폭행·협박의 정도에 대한 향후 바람직한 입법적 개선방안을 제시하며, 군인 또는 군인에 준하는 사람의 헌법상 성적 자기결정권이 최대한 보호될 수 있도록 향후 우리나라에서 균형법 제92조의6의 추행죄 규정에 대한 바람직한 입법적 개선방안을 제시하여, 형법상 강간죄 규정과 균형법상 추행죄 규정의 성폭력 관련 규정에 의해 개인의 성적 자기결정권이 침해 받지 않고 성적 자기결정권을 최대한 보호 또는 보장 받을 수 있도록 이 규정들에 대한 입법적인 제언을 한다(이하 IV).

## II. 성적 자기결정권의 내용 및 제한과 제한 입법에 대한 위헌심사기준의 정도

### 1. 성적 자기결정권의 내용

#### 가. 성적 자기결정권의 의의

##### (1) 학설

헌법상 성적 자기결정권의 의의나 개념에 대해서는 크게 다음과 같은 네 가지의 견해가 있다.

첫째, 헌법상 성적 자기결정권이란 성생활을 할 것인가, 결혼을 할 것인가, 어린이를 가질 것인가, 가족생활은 어떻게 할 것인가에 대한 자기결정권을 뜻한다.<sup>9)</sup>

둘째, 헌법상 성적 자기결정권이란 개인이 각자 스스로 자유롭게 혼전성교·혼외성교·동성 간의 합의에 의한 성적행동에 관한 사항 등을 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리라는 견해가 있다.<sup>10)</sup>

셋째, 헌법상 성적 자기결정권이란 개인이 각자 자신의 성적 도덕관에 의해 성행위에 대해 자유롭게 결정할 수 있는 권리와 성행위의 상대방에 대해 자유롭게 선택할 수 있는 권리를 뜻한다는 견해가 있다.<sup>11)</sup>

넷째, 인간은 자신의 생활을 자유롭게 결정할 수 있는 권리를 갖는 주체임을 전제로 하여 인간이라면 누구나 자신의 신체의 성장과 인격의 성숙에 따라 성생활의 가능성을 지니고 있는바, 헌법상 성적자기결정권이란 성행위의 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리 등 타인과의 관계를 전제로 하는 성적인 접촉이나 성적 행위뿐만 아니라 개인이 독자적으로 할 수 있는 성적 만족 행위를 결정하고 행할 수 있는 권리<sup>12)</sup> 등도 포함된다고 볼 것이다. 따라서 헌법상 성적 자기결정권은 개인의 성적 가치관에 따른 성생활을 자유롭게 결정하고 행할 수 있는 권리를 뜻한다고 할 것이며, 이러한 성적 자기결정권은 개인의 자기운명결정권의 하나로 인정할 수 있다는 견해가 있다.<sup>13)</sup>

9) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 498면.

10) 김주현, “자기결정권과 그 제한”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996. 12, 30면.

11) 이준일, “미혼모의 인권과 법정책”, 고려법학 제64호, 고려대 법학연구원, 2012. 3, 143-144면.

12) 2008년 5월 15일에 인천지방법원은 2007구2합5725 판결에서 “국민 개개인이 이 사건 물품과 같은 성기구를 사용할 것인지 여부는 어디까지나 개인의 성적 자유에 속하는 문제이고, 그 용도 및 기능이 여성용 자위기구라는 이유만으로 수입통관을 보류하는 것은 그 물품의 잠재적 소비자인 국민 개개인의 성적 자기결정권에 대한 지나친 간섭으로 보인다.”라고 판시하였다.

13) 이일·김성돈, “성적 자기결정권의 형법적 의의와 기능”, 법학논총 제34권 제2호, 단국대 법학연구소, 2010. 12, 403-404면.

## (2) 판례

헌법재판소는 성적 자기결정권의 의미나 개념에 대해 개인이 각자 자신의 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 권리로 보는 견해<sup>14)</sup>와 개인 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자가 독자적으로 성적 가치관을 확립하고, 이에 따라 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 결정에 따라 자기책임으로 상대방을 선택하여 성관계를 가질 권리라고 보는 견해<sup>15)</sup>가 있다.

## (3) 검토

이상에서 살펴본 헌법상 성적 자기결정권의 의의에 대한 여러 학설들과 판례들의 견해에 비추어 볼 때 헌법상 ‘성적 자기결정권’이란 개인이 각자 자신의 인생관을 기초로 확립된 성적 가치관에 따라 혼자서 행할 수 있는 성적 만족 행위를 결정하고 행할 수 있는 권리를 뜻한다. 그리고 헌법상 ‘성적 자기결정권’이란 자신의 책임 하에 마음에 드는 상대방과 자율적으로 성적 접촉이나 성행위의 여부를 결정할 수 있고, 성적 의사(意思)가 합치된 상대방과 그 어떤 성적 접촉이나 성행위를 행할 수 있는 권리를 뜻한다고 보는 것이 타당하다.

이러한 헌법상 성적 자기결정권의 의의는 전자의 경우에 헌법 제37조 제2항의 기본권의 정당한 제한 사유인 질서유지<sup>16)</sup> 등에 위반 또는 저촉되

14) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정.

15) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바40·2002헌바50(병합) 결정.

16) 여기서 ‘질서유지’란 국가 내에 있어서 존립과 안전의 보장 즉, 국가 내에서의 자유민주적 기본질서를 포함하는 헌법적 질서와 그 밖의 사회적 안녕질서의 보호를 뜻한다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 349면; 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2010, 408면. 즉, ‘질서유지’란 공동체의 평화를 위하여 개인 또는 집단 간의 조화로운 생활을 보장하기 위한 규칙의 형성과 유지를 뜻한다. 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2015, 258면. 이밖에 질서유지의 의미나 개념에 대해 자세한 것은 김철수, 전개서, 431-432면; 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2014, 351면; 성낙인, 헌법

지 않는 범위 내에서 독자적인 성적 만족 행위를 행하여야 진정으로 보호 또는 보장받을 수 있다. 그리고 헌법상 성적 자기결정권의 의의가 후자의 경우에는 개인이 자율적으로 진정 마음에 들거나 원하는(Willing) 상대방과 성적으로 친밀한 행위나 정교(情交: Intimacy)를 나누고 정신적·신체적인 만족을 얻으려는 자유가 전제되어야<sup>17)</sup> 진정으로 보호 또는 보장받을 수 있다.

한편 개인이 각자 자신의 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 등의 권리를 뜻하는 성적 자기결정권은 헌법상 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정과 행복추구권 규정에 근거하는 자기결정권으로부터 그 헌법적 근거가 도출되는 것인지<sup>18)</sup> 아니면 개인의 사생활의 영역에 관한 것으로 헌법상 제17조의 사생활의 비밀과 자유 규정으로부터 헌법적 근거가 도출되는 것인지 또는 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 않은 기본권의 보호 규정으로부터 도출되는 것인지 및 이들 기본권들 간의 경합 문제에 대해 여러 학설들과 판례의 견해가 나뉘어 있는바, 이러한 여러 견해 중에서 어느 견해가 어떤 사유로 헌법적으로 타당한지에 대해 이하에서 살펴본다.

## 나. 성적 자기결정권의 헌법적 근거

### (1) 학설

(가) 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정 및 행복추구권 규정에서 찾을 수 있다는 견해

---

학, 법문사, 2015, 950면; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2015, 514면; 정재황, 신 헌법입문, 박영사, 2015, 277면; 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2015, 365면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 299면.

17) Stephen J. Schulhofer. *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1998, p.15.

18) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정.

장기이식과 치료거부 등 자신의 생명과 신체의 처분에 대한 자기결정권, 성생활을 할 것인지의 여부 등에 대한 성적 자기결정권, 복장을 어떻게 할 것인가, 두발의 형태를 어떻게 할 것인가 등 생활 스타일에 대한 자기결정권, 자신의 정보를 비닉(秘匿)할 것인가 또는 이를 공개할 것인가 등에 대한 개인정보자기결정권, 소비자의 상품선택에 대한 자기결정권 등을 포함하는 자기결정권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정 및 행복추구권 규정에서 찾을 수 있다고 보는 견해가 있다.<sup>19)</sup>

**(나) 헌법 제10조의 인간의 존엄과 행복추구권 또는 헌법 제10조의 행복추구권 규정에서 찾을 수 있다는 견해**

헌법 제10조의 행복추구권에서 행복이라는 개념 자체가 역사적인 조건이나 때와 장소에 따라 그 개념이 달라질 수 있으며, 행복을 느끼는 정신적 상태는 개인의 생활환경이나 생활조건, 인생관, 가치관에 따라 각기 다르다고 할 것이다. 따라서 헌법 제10조의 행복추구권에서 ‘행복’이란 매우 주관적이고 다의적인 개념이므로 일률적으로 정의하는 것은 어렵지만, 소극적으로 사람이 고통과 불쾌감이 없는 상태를 추구할 권리를 뜻하고, 적극적으로 사람이 만족감을 느끼는 상태를 추구할 수 있는 권리를 뜻하며, 단순히 물질적(경제적)인 행복만을 뜻하는 것이 아니라 정신적인 행복까지 포괄하는 개념으로, 헌법 제10조의 행복추구권은 물질양면에 걸쳐서 안락한 삶을 추구할 수 있는 권리를 뜻한다고 할 것이다.<sup>20)</sup>

그리고 헌법상 행복추구권은 독자적으로 기본권의 근거로서 기능하기도 하고, 다른 한편으로는 다른 기본권과 결합하여 헌법에 열거되지 아니한 새로운 기본권을 도출하는 근거가 되기도 하는바,<sup>21)</sup> 이러한 행복추구권 안

19) 김철수, 전계서, 497-499면.

20) 성낙인, 전계서, 1003면; 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6·13(병합) 결정.

21) 전광석, 전계서, 291면. 이와 달리 헌법상 행복추구권은 어떤 구체적인 권리를 내용으로 한다기보다는 인간으로 서의 존엄과 가치를 존중받으며 살아갈 수 있는 모

에는 일반적 행동자유권이 포함되며, 행복추구권은 독자적으로 또는 헌법 제10조의 인간의 존엄에서 파생하는 일반적 인격권과 결합하여 개인의 자기결정권이 보장되며, 이러한 개인의 자기결정권으로부터 성적 자기결정권이 보장된다고 보는 견해가 있다.<sup>22)</sup>

**(다) 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정 및 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수 있다는 견해**

개인이 자유의지에 의해 자유롭게 자신의 운명을 결정할 수 있는 권리를 ‘자기결정권’이라고 하는바, 이러한 자기결정권은 헌법이나 공동체가 존재하든 존재하지 않든 또는 실정법에서 규정하고 있든 규정하지 않고 있든 상관없이 인간의 본질상 자명하게 인정되는 것이므로 실정헌법에서 굳이 이를 명시적으로 규정하지 않고 있다. 헌법상 자기결정권에는 성적 자기결정권, 자신의 생명 및 신체의 처분에 대한 결정권, 생활방식에 대한 결정권, 가족의 형성 및 유지에 대한 결정권이 포함되어 있는바, 자기결정권에 포함된 성적 자기결정권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정 및 헌법 제37조 제1항에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다는 견해가 있다.<sup>23)</sup>

**(라) 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에서 찾을 수 있다는 견해**

개인의 사생활영역이 외부로부터 차단되어 보호됨으로써 비로소 개성의 독자적인 형성이 가능하고, 개인은 이러한 개체의 고유성을 근거로 각자 다양한 방법으로 사회적 활동을 하여 공동체의 형성에 참여하게 되는데, 이는 민주주의의 근간이 된다. 이렇듯 민주주의 사회에서 중요한 역할을

---

든 국민의 당위적이고 이상적인 삶의 지표를 설정해 놓음으로써 인간의 존엄과 가치가 갖는 윤리규범적 성격과 실천규범적 성격을 강조해 놓은 것이라는 이유로 행복추구권의 기본권성을 부정하는 견해로는 임지봉, “행복추구권의 기본권성”, 저스티스 제71호, 한국법학원, 2003. 2, 13-14면; 허영, 전계서, 345면.

22) 전광석, 상계서, 291면.

23) 정종섭, 전계서, 418면.



하고 있는 사생활에 대한 영역을 보호하기 위해서 우리나라 헌법은 일반적 인격권의 보호범위 중에서 특히 사생활의 영역 부분의 보호를 위해서 개별 기본권 규정으로 헌법 제17조<sup>24)</sup> 규정을 두고 있다. 즉, 헌법 제17조는 개인의 사생활의 영역이 당사자의 의사에 반하여 외부로부터 공개되지 않도록 차단해 주는 권리인 ‘사생활의 비밀’과 개인의 사생활을 자기 스스로 자율적으로 형성할 수 있고 이러한 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것으로부터 보호해 주는 권리인 ‘사생활의 자유’로 구성된다. 이 중에서 성적 자기결정권은 자주적 인격발현의 기본조건으로서 헌법 제17조의 ‘사생활의 자유’로부터 보호되는바, 성적 자기결정권은 개인에게 자신의 성적 가치관을 스스로 결정할 수 있게 해 주어 성적 영역에서의 생활을 독자적으로 형성할 권리를 보장해 주고, 누구와 성적 접촉이나 성관계를 행할 것인가 및 혼인 증뿐만 아니라 혼인 외의 성적 접촉이나 성관계를 행할 것인지에 대해서 스스로 결정할 수 있도록 보호해 주며, 개인 자신이 결정한 성에 따라 성전환 수술을 할 것인지 및 자신이 결정한 성에 따라 생활할 권리 등에 대해서도 보호해 준다. 따라서 사생활의 자유는 일반 조항<sup>25)</sup>

---

24) 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 불가침 규정의 입법취지를 살펴보면 1980년에 제8차 헌법개정시 현대 사회가 정보화 사회로 발전하면서 개인의 사생활이 노출되는 위험이 증대하고, 국가기관이나 기업 등 각종 단체 또는 타인에 의한 개인의 사사(私事)에 관한 정보의 수집·보관 등의 과정에서 개인의 사생활이 침해되는 면이 많이 생겨 개인의 사생활을 보호해야 할 필요성이 커져 이에 개인의 사생활을 포괄적으로 보호하는 조항을 1980년 헌법의 제16조에 신설한 것이다. 즉, 정보기술의 발달에 따른 직접적인 기본권의 보호를 위해 기존의 고전적인 주거의 자유와 달리 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 규정을 신설한 것이다. 성낙인, 언론정보법, 나남출판, 1998, 486면; 한상범, “제5공화국 헌법의 특색”, 고시계 제288호, 국가고시학회, 1981. 2, 18면. 오늘날 사생활의 비밀과 자유 즉, 프라이버시권은 소극적으로 ‘사생활의 평온을 침해받지 아니하고 사생활의 비밀을 함부로 공개당하지 아니할 권리’에서 나아가 적극적으로 ‘자신에 관한 정보를 관리 및 통제할 수 있는 권리’를 포함한다. 성낙인, 전계서(주 16), 1221면.

25) 이러한 ‘일반조항’의 개념과 법적 기능 및 종류와 법적 허용성 및 헌법상 개정방향 등에 대해 자세한 것은 강희원, “이른바 "일반조항"에 관한 기초 법학적 이해”,

인 헌법 제10조의 일반적 인격권 규정에 대하여 특별 조항인 헌법 제17조에서 구체적으로 규정되어 보호되는바, 헌법상 성적 자기결정권은 헌법 제10조의 일반적 인격권 규정에 대해 특별법 관계에 있는 헌법 제17조를 우선적으로 적용하여, 개인이 자율적으로 성적인 사생활을 형성할 권리를 보호해 주는 헌법 제17조로부터 헌법상 성적 자기결정권이 도출된다고 보는 견해가 있다.<sup>26)</sup>

(마) 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수 있다는 견해

개인이 살아가는데 있어 성적인 문제 등 자신의 여러 문제들을 자신의 자유의사에 따라 자유로이 결정할 수 있는 자기결정권과 일반적 행동자유권, 평화적 생존권, 휴식권, 일조권, 생명권, 신체를 훼손당하지 않을 권리, 수면권, 스포츠권, 소비자의 선택 및 결정권 등은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위하여 필요한 것인바, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 누리기 위하여 필요한 것이라면 그 모두가 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 않는지만 경시되어서는 안 될 기본권에 해당하므로, 자기결정권에 포함된 성적 자기결정권은 헌법 제37조 제1항에서 보장된다는 견해가 있다.<sup>27)</sup>

---

고황법학 제1집, 고험법학회, 1994. 1, 209-265면; 김명식, “성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대한 재고찰”, 성균관법학 제15권 제2호, 성균관대 비교법연구소, 2003. 10, 25-28면; 김종세, “기본권 일반조항의 바람직한 헌법개정방향”, 법학연구 제34집, 한국법학회, 2009. 5, 19-39면.

26) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2011, 525-532면. 同旨: 김명식, 상계 논문, 31-42면; 김일환, “성적 자기결정권의 헌법상 도출근거에 관한 비판적 검토”, 헌법학연구 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006. 6, 126-136면; 김학성, 전계서, 391면; 성낙인, 전계서(주 16), 1012-1013면; 이효원, “성적 자기결정권에 대한 헌법재판소의 결정 분석”, 형사법의 신동향 제34호, 대검찰청, 2012. 3, 345면; 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010, 127면.

27) 권영성, 전계서, 310-311면.

## (2) 판례

(가) 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권 규정에서 찾을 수 있는 견해

형법상 간통죄 규정에 대해 합헌 결정한 헌법재판소는 1990년 9월 10일 89헌마82 결정과 1993년 3월 11일 90헌가70 결정 및 2001년 10월 25일 2000헌바60 결정과 헌법재판소의 2008년 10월 30일의 2007헌가17·21, 2008헌가7·26, 2008헌바21·47 (병합) 결정에서는 “헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’라고 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적자기결정권이 또한 포함되어 있으며 ……”라고 판시하였다.<sup>28)</sup>

이러한 세 개의 형법상 간통죄 처벌 규정에 대한 헌법재판소의 합헌 결정에서는 헌법상 성적 자기결정권을 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권으로부터 도출된다고 보았다.

그리고 이후 헌법재판소의 2009년 11월 26일의 2008헌바58·2009헌바191 결정에서도 헌법상 성적 자기결정권을 이전 세 개의 형법상 간통죄 처벌 규정에 대한 헌법재판소의 합헌 결정과 같이 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권으로부터 도출된다고 판시하였다.

28) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정; 헌재 1993. 3. 11. 90헌가70 결정; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정; 헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17·21, 2008헌가7·26, 2008헌바21·47(병합) 결정.

또한 이후 헌법재판소의 2015년 2월 26일의 2009헌바17·205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57·255·411, 2013헌바139·161·267·276·342·365, 2014헌바53·464, 2011헌가31, 2014헌가4 (병합) 결정(이하에서 “헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17·205 등 결정”으로 줄임)에서도 헌법상 성적 자기결정권을 이전 네 개의 형법상 간통죄 처벌 규정에 대한 헌법재판소의 합헌 결정에서와 같이 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권으로부터 도출된다고 판시하였다.

(나) 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 행복추구권 규정 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 규정에서 찾을 수 있다는 견해

형법상 혼인빙자간음죄 규정에 대해 합헌 결정한 헌법재판소의 2002년 10월 31일의 99헌바40·2002헌바50 결정에서 권성 헌법재판소 재판관을 제외한 다른 헌법재판소 재판관들은 “개인의 인격권과 행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기운명결정권에는 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 포함되어 있으며, 이 규정이 남성의 성적 자기결정권을 제한하는 것은 틀림없고, 남성의 성생활이라는 내밀한 사적 생활영역에서의 행위를 제한하므로, 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유 역시 제한한다. 한편 형법상 혼인빙자간음죄의 보호법익은 소위 ‘여성의 성적 자기결정권’이고, 이 법률 조항에 의하여 침해되는 기본권도 또한 ‘개인의 성적 자기결정권’이다. 성적 자기결정권은 헌법상 보호되는 인격권의 한 부분으로서, 인격권은 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 행복추구권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 그 헌법적 기초를 두고 있다.”라고 판시하였다.<sup>29)</sup>

이렇듯 형법상 혼인빙자간음죄 규정에 대해 합헌 결정한 헌법재판소의 2002년 10월 31일의 99헌바40·2002헌바50 결정에서 헌법상 성적 자기결

29) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바40·2002헌바50(병합) 결정.

정권의 헌법적 근거를 헌법 제10조의 인간의 존엄성 및 행복추구권 규정과 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 규정에서 도출된다고 보았다.

### (3) 검토

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라 헌법에서는 명문으로 ‘성적 자기결정권’을 규정하고 있지 않으므로, 성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대해 학설상 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정 및 행복추구권 규정에서 찾을 수 있다는 견해, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 행복추구권 또는 헌법 제10조의 행복추구권 규정에서 찾을 수 있다는 견해, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정 및 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수 있다는 견해, 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에서 찾을 수 있다는 견해, 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수 있다는 견해 등으로 나뉘어져 있다. 그리고 헌법재판소의 판례에 의할 때 성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대해 헌법 제10조의 인격권과 행복추구권 규정에서 찾을 수 있다는 견해, 헌법 제10조의 인간의 존엄성과 행복추구권 규정 및 헌법 제17조 규정에서 찾을 수 있다는 견해 등으로 나뉘어져 있다.

생각건대, 우리나라 헌법은 ‘자기결정권’이란 기본권을 명시적으로 규정하지 않고 있다. 그러나 누구나 자신의 의사와 책임 하에 자신의 운명을 자기 스스로 결정할 수 있는 ‘자기결정권’은 인간의 자아실현을 위한 원초적이고 필수불가결한 인간성의 본질적인 요소에 해당한다.<sup>30)</sup> 따라서 각 개인의 삶에 대한 중요한 사적인 사안에 대해 공권력이나 기타 사인으로부터 간섭을 받음이 없이 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리를 뜻하는 자기결정권<sup>31)</sup>은 우리나라 헌법상 그 규정 여부에 상

30) 이일·김성돈, 전계 논문, 403면.

31) 이러한 자기결정권의 헌법적 의의에 대해서는 권형준, “자기결정권에 관한 헌법재판소의 판례분석”, 법학논총 제17집, 한양대 법학연구소, 2000. 10, 63면; 성낙인, 전계서(주 16), 1012면.

관없이 당연히 보장된다고 할 것이다. 이러한 헌법상의 자기결정권에는 자기 자신의 사적인 사항인 결혼·이혼·출산·피임·낙태 등 인생의 전반에 걸친 설계에 관한 사항과 생명연장의 치료거부·자살·장기이식 등 삶과 죽음에 관한 사항 및 머리모양·복장·등산·수영·흡연·음주 등 개인의 생활방식이나 취미에 관한 사항, 그리고 혼전성교·혼외성교·동성애 등 성인 간의 합의에 의한 성적행동에 관한 사항 등에 관하여 스스로 자유롭게 결정하고 그 결정에 따라 행동할 수 있는 권리가 포함되어 있다.<sup>32)</sup> 즉, 헌법상 자기결정권에는 개인이 각자 자신의 성행위 여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 등의 성적 자기결정권이 포함되어 있는바,<sup>33)</sup> 이러한 성적 자기결정권의 헌법적 근거로는 다음과 같은 세 가지의 사유로 위의 성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대한 학설 중 (라)의 견해가 타당하다고 생각한다.

첫째, 우리나라 헌법은 제10조에서 인간의 존엄과 가치<sup>34)</sup> 및 행복추구권<sup>35)</sup>을 포괄적 권리 또는 포괄적 기본권으로서 규정한 것<sup>36)</sup>과는 별개로

32) 김주현, 전계 논문, 30면.

33) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정.

34) 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 다른 개별 기본권과 같이 독자적인 내용을 가진 주관적 공권으로서 구체적인 기본권성을 인정할 수 있는지 아니면 모든 기본권의 전제가 되는 기본원리의 선언으로서 기본권의 이념적 출발점 내지 구성원리에 불과한 것인지에 대한 문제에 대해 학설상 기본권성 인정설과 부정설 및 절충설의 견해와 헌법재판소의 견해 및 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치의 기본권성 인정설의 타당성에 대해 자세한 것은 성낙인, 전계서(주 16), 993-996면; 홍성방, 전계서(주 26), 11-18면.

35) 헌법상 행복추구권의 기본권성 인정 여부 및 다양한 법적 성격과 법적 효력에 대해 자세한 것은 김선택 a, “행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권 체계적 해석”, 안암법학 제1집, 안암법학회, 1993. 9, 181-184면, 189-196면; 김선택 b, “행복추구권”, 고시연구 제235호, 고시연구사, 1993. 10, 352-354면; 홍성방, 상계서, 31-44면.

36) 김학성, 전계서, 378면; 양건, 헌법강의, 법문사, 2012, 296면; 정재황, 전계서, 311면, 319면.

헌법 제12조부터 개별적 자유권 규정을 두고 있는바, 이러한 개별적 기본권 중의 하나인 헌법 제17조의 사생활의 자유<sup>37)</sup>의 의미에 대해 우리나라 헌법재판소는 “사생활의 자유는 사회공동체의 일반적인 생활 규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고, 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터 간섭을 받지 아니할 권리라고 할 수 있다.”라고 판시하였고,<sup>38)</sup> 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 보호영역<sup>39)</sup>에 대해 우리나라 헌법재

37) 프라이버시권의 의의 및 미국에서 프라이버시권의 발전과정과 내용에 대한 것은 강경근, “프라이버시권의 의의와 구성요소”, 고시연구 제306호, 고시연구사, 1999. 9. 25면; 권영성, “사생활의 비밀과 자유의 불가침”, 고시연구 제83호, 고시연구사, 1981. 12. 27-40면; 서주실, “Warren · Brandeis의 The Right to Privacy”, 미국헌법연구 제6호, 미국헌법연구소, 1995. 7. 56-57면; 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개 -미연방대법원 판례 분석을 중심으로-”, 미국헌법연구 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013. 4. 247~289면; 성선제, “정보화시대에서 프라이버시의 변화”, 공법연구 제35집 제5호, 한국공법학회, 2004. 6. 321-322면; 안용교, “프라이버시 권리의 헌법론적 고찰 -프라이버시 권리의 공법적 측면-”, 건국대학교 학술지 인문사회과학편 제23집, 건국대학교 학술연구소, 1979. 5. 123-148면; 윤명성, “프라이버시권에 관한 역사적 고찰 -미국을 중심으로-”, 경희법학 제20권, 경희대 법학연구소, 1985. 12. 115면; 이희훈, “공직선거법상 후보자의 신상공개에 대한 헌법적 평가”, 법과 정책 제16집 제2호, 제주대 법과정책연구원, 2010. 8. 283면; 정영화, “사이버스페이스와 프라이버시 -현행 개인정보보호법제의 문제점을 중심으로-”, 헌법학연구 제6권 제3호, 한국헌법학회, 2000. 11. 72-73면; 정재황, “사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구”, 헌법재판연구, 헌법재판소, 2002. 12. 119면; 조규범, “미국의 프라이버시 법제에 관한 연구”, 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대 비교법연구소, 2005. 12. 77-101면; 최희경, “미국 헌법상 정보 프라이버시권”, 법학논집 제19집 제2호, 이화여대 법학연구소, 2014. 12. 29-58면; 한상범, “사생활의 비밀과 자유의 불가침의 보장”, 고시연구 제81호, 고시연구사, 1980. 12. 35-45면; 황인호, “미국에서 프라이버시권의 전개과정에 관한 고찰”, 토지공법연구 제19집, 한국토지공법학회, 2003. 9. 241-246면; A. F. Westin, *Privacy and Freedom*, N.Y Atheneum, 1967, p.7; A. R. Miller, *The Assault on Privacy*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1971, p.226; C. Fried, *Privacy*, 77 *Yale Law Journal* 475, 1968, p.482; W. M. Beaney, *The Right to Privacy and American Law*, in *Law and Contemporary Problems*, Duke Univ, 1966, p.254.

38) 현재 2002. 3. 28, 2000헌바53 결정.

39) ‘기본권의 보호영역’이란 개별 기본권 규정에서 보호되는 생활영역을 뜻한다. Robert Alexy, *Die Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1985, S.273. 즉,

판소는 “사생활의 비밀은 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이며, 사생활의 자유는 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다. 구체적으로 사생활의 비밀과 자유가 보호하는 것은 개인의 내밀한 내용의 비밀을 유지할 권리, 개인이 자신의 사생활의 불가침을 보장받을 수 있는 권리, 개인의 양심영역이나 성적 영역과 같은 내밀한 영역에 대한 보호, 인격적인 감정세계의 존중의 권리와 정신적인 내면생활이 침해받지 아니할 권리 등이다. 우리나라 헌법재판소는 ‘사생활의 자유’란 사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리이며, 사생활과 관련된 사사로운 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리인 ‘사생활의 비밀’과 함께 헌법상 보장되고 있는 것이라고 판시한 바 있다.<sup>40)</sup> 즉, 헌법 제17조가 보호하고자 하는 기본권은 ‘사생활 영역’의 자유로운 형성과 비밀유지라고 할 것이다.”라고 판시하였다.<sup>41)</sup>

개별 기본권은 그 기본권의 보호영역 안에서 형성되고 발전된다. 이렇듯 기본권의 보호영역을 확정하고 결정하는 것은 개별기본권의 효과적인 발전에 기초적인 전제가 된다. Peter Lerche, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff”, in; Isensee Josef/ Kirchhof Paul, (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, C.F. Müller, 1992, SS.744-746. 그리고 이러한 기본권의 보호영역은 각각의 개별기본권의 헌법적 해석에 의해 정해진다. Albert Bleckmann, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 3. Aufl., Köln, 1989, S.328; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 5 Bde. in Tl.-Bdn., Bd. III/2, C.H. Beck, 1994, SS.41-42; Martin Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Germany, 1993, SS.396-397. 독일에서 이 보호영역과 같은 의미로 독일연방헌법재판소는 효력영역(Wirkungsbereich)을 사용한다. BVerfGE 32, 54(72). 이밖에 기본권의 보호영역의 개념과 역할 및 기능과 기본권 보호영역의 설정 또는 확정에 대한 것은 김명식, 전제 논문, 28-31면; 김일환, 전제 논문, 120-122면; 김학성, 전제서, 340-343면; 한수웅, 전제서, 420-429면.

40) 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 2000헌바39, 2000헌마167·168·199·205·280(병합) 결정.

41) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518 결정.



이러한 헌법 제17조의 사생활의 자유는 사생활의 형성 그 자체에 대한 자기결정권을 보장해 주는 기본권으로, 개인의 인격발현의 기본조건에 관하여 독자적으로 결정하고 이로써 사생활을 스스로 자율적으로 형성할 자유로써, 개인의 인격발현 및 개인적 생존의 근본조건을 보장해 준다. 이렇듯 개인의 자기결정에 따라 사생활을 형성할 권리인 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에서 보호하고자 하는 것은 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 사생활의 기본조건에 대한 자기결정이라는 점에서 사생활의 자유는 일반적 인격권의 한 내용에 속하는바, 사생활의 보호에 대한 별도의 규정을 두고 있지 않은 독일 기본법과는 달리 우리나라 헌법은 제17조에서 사생활의 비밀과 자유 규정을 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 우리나라 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정은 헌법 제10조의 일반적 인격권 규정에 대해 특별조항에 해당하여 개인이 자율적으로 사생활을 형성할 권리는 헌법 제10조의 일반적 인격권 규정이 아닌 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 의해 우선적으로 보호된다고 해석된다.<sup>42)</sup> 이러한 점에 비추어 볼 때 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정의 핵심적 보호영역에 속하는 개인이 자신의 성적 가치관을 스스로 결정하고, 이에 따라 혼인 중의 성적 행위와 혼인 이외의 상태에서 누구와 성관계를 가질 것인가를 결정하는 것과 성전환 수술을 할 것인가를 결정하는 것 및 자신이 결정한 성에 따라 생활할 권리를 보호받기 위하여 호적공부상의 성별정정을 청구하는 것 등의 ‘성적 자기결정권’은 개인의 자주적 인격발현의 기본조건으로서 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 의하여 보호된다고 보는 것이 타당하다.<sup>43)</sup>

그리고 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 의해 보호되는 성적 자기결정권을 포함한 모든 기본권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 실현

42) 同旨: 정종섭, 전계서, 425면.

43) 한수용, 전계서, 530-532면.

하기 위하여 헌법에 보장된 것인바, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정 등 다른 개별 기본권에 의하여 구체화되어 있다. 따라서 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 의해 보호되는 성적 자기결정권이라는 개별 기본권과의 관계에서 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 맨 끝에 부가적인 위헌 심사의 기준으로 고려되므로 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정은 기본권으로서 헌법재판의 실무에 있어 독자적인 의미는 크지 않다.<sup>44)</sup> 이러한 점에 비추어 볼 때 헌법상 성적 자기결정권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정이 아닌 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정으로부터 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이에 위의 성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대한 학설 중 (가)의 견해와 (나)의 견해 및 (다)의 견해에 동의할 수 없고, 판례 중 (가)의 견해와 (나)의 견해에 동의할 수 없다.

둘째, 우리나라 헌법 체계 하에서 헌법 제10조의 행복추구권 규정은 헌법에서 구체적으로 규정된 자유권에 의해 보호될 수 없는 인간의 행위나 법익에 대해 보충적으로 기본권적 보호를 제공하는 기능과 역할을 담당하는 일반적 자유권이라고 할 것인바, 성적 자기결정에 관련된 인간의 활동은 지극히 사적인 영역에 속하는 사항으로서 헌법 제10조의 행복추구권 규정에 대해 특별 기본권으로서의 지위에 있는 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정으로부터 성적 자기결정권은 보호된다고 할 것이다.<sup>45)</sup> 즉, 일반적 기본권과 특별 기본권이 경합<sup>46)</sup>하는 경우에 ‘특별법 우선의 원칙’에 의해 당해 행위에 적용될 수 있는 여러 기본권들 중 특별법적 위치에 있는 기본

44) 한수용, 상계서, 509면.

45) 김명식, 전계 논문, 27면, 35면.

46) ‘기본권의 경합’이란 동일한 기본권 주체가 일정한 공권력작용에 의해서 어느 기본권 주체의 여러 기본권 영역이 동시에 침해를 받았거나, 동일한 기본권 주체가 국가권력에 대해서 동시에 여러 기본권의 효력을 주장하는 경우를 뜻한다. 이러한 기본권의 경쟁을 ‘기본권의 경쟁’이라고도 한다. 허영, 전계서, 274면.

권을 우선해서 적용하여 해결해야 하므로,<sup>47)</sup> 결국 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 의하여 보호되는 성적 자기결정권의 헌법적 근거는 일반적 기본권인 헌법 제10조의 행복추구권 규정이 아닌 헌법 제10조의 특별 기본권에 해당하는 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에서 찾을 수 있다고 보는 것이 타당하다.<sup>48)</sup> 우리나라 헌법재판소는 헌법 제10조의 행복추구권은 다른 개별 기본권에 대해 보충적 성격의 기본권에 해당되어 행복추구권의 침해 여부는 독자적으로 판단할 필요가 없다는 취지로 “행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니기 때문에 공무담임권이라는 기본권이 행복추구권보다 우선적으로 적용된다. 따라서 행복추구권의 침해 여부를 독자적으로 판단할 필요가 없다. 그리고 공직의 경우 공무담임권은 직업선택의 자유에 대하여 특별 기본권이어서 두 개의 기본권이 경합할 때에는 후자의 적용을 배제하므로, 사립학교 교원의 청구를 부적법한 것으로 보는 한 직업선택의 자유는 문제되지 아니한다.”라고 판시하였다.<sup>49)</sup>

즉, 우리나라 헌법재판소는 헌법 제25조의 공무담임권을 헌법 제10조의 행복추구권에 대한 특별 기본권으로 보아 공무담임권을 우선 적용해야 한다고 판시하였다. 이러한 헌법재판소의 판례에 비추어 볼 때 만약 헌법상 성적 자기결정권의 근거를 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정이 아닌 헌법 제10조의 행복추구권 규정에서 먼저 도출된다고 보거나 헌법 제10조와 제17조로부터 함께 도출된다고 본다면 사생활의 자유를 보장하고 있는 헌법

47) 일반적 기본권과 특별 기본권이 경합하는 경우에는 특별법 우선의 원칙에 의해 당해 행위에 적용될 수 있는 여러 기본권들 중 특별법적 위치에 있는 기본권을 우선해서 적용하여 해결하는 것이 타당하다. 홍성방, 전거서 (주 16), 383면.

48) 同旨: 권형준, 전계논문, 19면; 김명식, 전계논문, 42면; 김일환, 전계 논문, 136면; 김학성, 전거서, 391면; 성낙인, 전거서(주 16), 1012면; 양건, 전거서, 299면, 303면; 홍성방, 전거서(주 26), 44면, 127면.

49) 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112 결정.

제17조의 입법취지가 몰각되거나<sup>50)</sup> 또는 헌법 제17조가 사문화되거나 형해화 되고,<sup>51)</sup> 우리나라 헌법에서 헌법 제12조부터의 개별 자유권 규정들을 특별히 따로 규정해 놓을 필요나 존재이유가 없어질 것이라는 문제점이 발생하며,<sup>52)</sup> 구체적인 사항이나 사안들이 어느 기본권에 포함되는지를 살펴보는 것을 포기하도록 만들 위험성이 발생할 수 있으므로, 결국 헌법 제12조부터의 개별적이고 구체적인 자유권들의 규범력을 약화시킬 수 있는 문제점이 발생한다.<sup>53)</sup> 이러한 점에 비추어 볼 때 헌법상 성적 자기결정권은 헌법 제10조의 행복추구권 규정이 아닌 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정으로부터 그 헌법적 근거를 찾을 수 있다고 보는 것이 타당하다. 이에 위의 성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대한 학설 중 (가)의 견해와 (나)의 견해에 동의할 수 없고, 판례 중 (가)의 견해와 (나)의 견해에 동의할 수 없다.

셋째, 우리나라 헌법 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”라고 규정되어 있다. 동 규정에서 ‘헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리’란 헌법상 기본권 보장에 있어 최고의 목표 및 가치에 해당하는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 필수 불가결한 수단으로서,<sup>54)</sup> 우리나라 헌법에 명시적으로 규정하지 아니한 자유와 권리도 헌법에 규정해 놓았는지의 여부와 상관없이 헌법해석을 통하여 이를 보장해야 한다는 헌법해석의 지침을 담고 있는 객관적 규정으로 볼 수 있다는 점에 비추어 볼 때 헌법 제37조 제1항은 헌

50) 권형준, 전계논문, 19면.

51) 김명식, 전계 논문, 40면.

52) 정재황, 전계서, 320면.

53) 김일환, “한국헌법상 ‘일반적 인격권’ 존재여부에 관한 비판적 고찰”, 공법연구, 한국공법학회, 2000. 6, 113-114면; 이희훈, “간통죄와 강간죄에 대한 헌법적 고찰—성적 자기결정권의 침해를 중심으로”, 중앙법학 제13집, 중앙법학회, 2011. 9, 60면.

54) 권영성, 전계서, 376면;

법에 열거되지 아니한 기본권을 도출하는 근거조항이 될 수 없다고 보는 것이 타당하다.<sup>55)</sup>

그리고 우리나라 헌법 제37조 제1항을 헌법에 명시적으로 보장된 기본권에 포섭되지 않은 기본권을 도출하는 근거로서 기본권의 포괄성을 규정한 것으로 보는 견해<sup>56)</sup>에 대해서는 기본권이 특별히 침해의 위험성이 높은 생활영역을 구체적으로 보호하기 위한 이념에 의해 보장되는 특성에 비추어 볼 때 헌법 제37조 제1항에 의한 기본권의 포괄성인 성격과 조화가 될 수 없다는 점<sup>57)</sup>에서 헌법 제37조 제1항은 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 도출하는 근거조항이 될 수 없다고 보는 것이 타당하다. 또한 헌법 제37조 제1항은 헌법 제정 당시에 예상할 수 없었지만 시대의 변화 및 이에 수반하는 사회경제적인 변화와 가치의 변화에 따라서 특별히 헌법적으로 보호해야 할 새로운 생활영역이라고 인식하더라도 우리나라 헌법은 약 50여 년간 9차례에 의해 개정되어 그동안 헌법에 행복추구권이나 사생활의 비밀과 자유 및 환경권 등을 직접 기본권으로 보호해야 한다는 규정을 직접 법제화하여 헌법의 제정 당시에 예상할 수 없었던 새로운 기본권에 대한 논의의 필요성은 거의 없다는 점에서 헌법의 제정 당시 보호의 필요성이 있었음에도 불구하고 헌법에 구체적으로 열거되어 있지 않은 기본권은 헌법 제37조 제1항을 근거로 해서가 아니라 헌법 제10조의 해석을 통해서 구체적인 기본권으로 인정하는 것이 타

55) 한수웅, 전거서, 503면. 이에 대해 헌법 제37조 제1항은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 의하여 확인 및 선언된 천부인권의 포괄성을 주의적으로 선언한 것으로 보는 견해도 있다. 김철수, 전거서, 488면. 이와 달리 헌법 제37조 제1항은 기본권의 모든 보호영역을 완성하는 역할을 하고 있으므로, 동 규정을 단순한 주의적 규정으로 해석하면 안 된다는 견해가 있다. 김학성, 전거서, 376면. 이 밖에 헌법 제37조 제1항의 다양한 헌법적 해석에 대한 것은 김선택, 전거 논문, 184-189면.

56) 헌재 2002. 1. 31, 2001헌바43 결정.

57) 전광석, 전거서, 228면.

당하다.<sup>58)</sup> 이러한 점에 비추어 볼 때 헌법상 성적 자기결정권은 헌법 제37조 제1항에서 찾을 수 있다는 위의 성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대한 학설 중 (마)의 견해에 동의할 수 없다.

## 2. 성적 자기결정권의 제한과 제한 입법에 대한 위헌심사 기준의 정도

### 가. 성적 자기결정권의 제한

우리나라 헌법 제37조 제2항에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정되어 있는바, 개인의 성적 자기결정권의 행사가 오로지 본인의 내심영역에 머물러 있고 외부적인 행위를 수반하지 않는 경우에는 성적 자기결정권의 본질적 내용으로만 구성되어 있어서 공권력은 개입할 수는 없다. 그러나 개인의 성적 자기결정권의 행사가 외부적 행위를 수반하는 경우에는 질서유지와 공공복리 등을 위하여 필수불가결한 최소한의 범위 내에서 공권력이 개입할 수 있으며 법률로 제한할 수 있게 된다.<sup>59)</sup> 이와 같은 취지로 우리나라 헌법재판소는 “개인의 성적 자기결정권은 국가적·사회적·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아닐 뿐만 아니라 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있듯이 질서유지(사회적 안녕질서), 공공복리(국민공동의 행복과 이익) 등 공동체 목적을 위하여 그 제한이 불가피한 경우에는 성적 자기결정권의 본질적 내용을 침해하지 않는 한도에서 법률로써 제한할 수 있다.”라

58) 전광석, 상계서, 228면, 286면.

59) 권형준, 전계논문, 20면.

고 판시하였다.<sup>60)</sup>

즉, 우리나라 헌법재판소는 개인의 성적 자기결정권이라는 기본권을 절대적 기본권이 아닌 상대적 기본권으로 보고 있는바, 이처럼 헌법상 성적 자기결정권은 헌법 제37조 제2항의 질서유지와 공공복리 등에 위반 또는 저촉되지 않는 범위(한도) 내에서 행사해야 한다.

#### 나. 성적 자기결정권의 제한 입법에 대한 위헌심사기준의 정도

우리나라 헌법재판소는 어떤 기본권을 제한할 때 그 제한 기준의 정도에 대해서 “기본권을 보장하는 목적은 인간의 존엄성을 실현하기 위한 것이다. 그러므로 우리 헌법구조에서 보다 더 중요한 자유영역과 덜 중요한 자유영역을 나눌 수 있다면, 이를 판단하는 유일한 기준은 ‘인간의 존엄성’이다. 따라서 인간의 존엄성을 실현하는 데 있어서 불가결하고 근본적인 자유는 더욱 강하게 보호되어야 하고 이에 대한 제한은 더욱 엄격히 심사되어야 하는 반면에, 인간의 존엄성의 실현에 있어서 부차적이고 잉여적인 자유는 공익상의 이유로 보다 더 광범위한 제한이 가능하다고 할 것이다.”라고 판시하였다.<sup>61)</sup>

그리고 우리나라 헌법재판소는 개별 기본권을 제한할 때 법률의 위헌심사기준으로 헌법상 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙<sup>62)</sup>을 적용하는바, 이

60) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정.

61) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37 외 66건(병합) 결정.

62) 헌법상 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 대해 자세한 것은 권영성, 전게서, 352-354면; 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2006. 12. 34-46면; 김철수, 전게서, 437-442면; 김학성, 전게서, 355-359면; 성낙인, 전게서(주 16), 952-963면; 양건, 전게서, 256-259면; 양삼승, “과잉금지의 원칙”, 헌법논총 제1집, 헌법재판소, 1990. 12. 114-157면; 이희훈, “일반교통방해죄와 외교기관 인근 집회·시위 금지에 대한 헌법적 평가-헌법재판소 2010. 03. 25. 선고, 2009헌가2 결정과 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고, 2010헌마111 결정에 대한 비판을 중심으로”, 공법연구 제39집

러한 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 의한 개별 기본권의 제한 입법의 위헌심사기준의 정도에 대해 “법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위협이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것이다. 반면에, 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 아니면 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다.”라고 판시하였다.<sup>63)</sup>

이렇게 판시한 위의 두 개의 헌법재판소의 견해에 비추어 볼 때 헌법 제17조의 사생활의 자유에 의해 보호되는 개인의 성적 자기결정권은 개인의 성과 관련된 사생활을 스스로 자율적으로 형성해 나갈 수 있는 자유로써, 이렇게 개인이 살아가는데 있어 근본조건에 해당한다. 따라서 헌법상 성적 자기결정권은 인간의 사생활의 자유의 보호를 통한 인간의 존엄성을 실현하는 데 있어서 필수 불가결하고 근본적인 자유에 해당한다. 이러한 견지에서 헌법상 성적 자기결정권은 더욱 강하게 보호해야 하고, 성적 자기결정권에 대한 제한은 더욱 엄격한 기준으로 심사하는 것이 타당하며, 성적 자기결정권을 제한하는 입법은 사회·경제정책적인 성격의 입법의 경우에 해당하기 보다는 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정에 근거하는 개인

제3호, 한국공법학회, 2011. 2, 284-285면; 전광석, 전게서, 275-278면; 정재황, 전게서, 279-282면; 정중섭, 전게서, 379-384면; 허영, 전게서, 297-299면; 한수웅, 전게서, 456-470면; 홍성방, 전게서(주 16), 410-415면; 황치연, “과잉금지원칙의 내용”, 공법연구 제24집 제3호, 한국공법학회, 1996. 9, 282-295면.

63) 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합) 결정.



의 핵심적 자유영역에 해당하는 기본권을 침해하는 입법의 경우에 해당하므로, 이러한 성적 자기결정권에 대한 보호는 헌법상 더욱 강화하는 것이 타당하다.

이러한 점에 비추어 볼 때 성적 자기결정권을 제한하는 입법에 대한 위헌심사기준인 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙을 적용할 때 그 위헌심사기준의 정도는 입법목적 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 심사하는 정도의 완화된 심사기준인 명백성의 통제에 그쳐서는 안 되고,<sup>64)</sup> 성적 자기결정권을 제한하는 입법은 보다 확실한 사실 확인과 예측 판단에 기초해야 한다.<sup>65)</sup>

따라서 헌법상 성적 자기결정권을 제한하는 입법의 규제에 관한 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 의한 위헌심사에 있어서 ‘최소 침해의 원칙’은 성적 자기결정권을 제한하는 입법의 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 또는 성적 자기결정권을 제한하는 입법의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하는 엄격(한) 심사의 기준을 적용하는 것이 타당하다.<sup>66)</sup>

---

64) 이러한 취지로 우리나라 헌법재판소는 “상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니다. 그러므로 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소성’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.”라고 판시하였다. 헌재 2005. 10. 27, 2003헌가3 결정.

65) 김학성, 전거서, 361면.

66) 同旨: 이효원, 전거 논문, 335-336면.

### Ⅲ. 성적 자기결정권에 대한 성폭력 관련 법제나 판례의 내용 및 검토

#### 1. 형법상 강간죄 규정의 내용 및 성적 자기결정권의 침해 여부 검토

##### 가. 형법상 강간죄 규정의 내용

우리나라 형법 제297조에서 “폭행 또는 협박으로 사람을 강간한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.”라고 규정하고 있다. 이러한 형법상의 강간죄 규정에 의해 먼저 행위주체를 살펴보면 모든 남성과 여성은 본죄의 주체가 되고, 강간죄의 객체는 사람이므로, 미혼·기혼·성년·미성년이나 노인 등의 음행상습의 여부나 성교능력을 불문하고 남성이나 여성 모두 본죄의 객체가 된다. 그리고 강간죄가 성립되기 위한 행위로 ‘폭행 또는 협박’을 행하였을 것이 필요한바, 여기서 ‘폭행’은 사람에 대한 유형력의 행사를 뜻하고, 그 대상은 피해자인 남성이나 여성 모두 해당하며, ‘협박’은 해악을 고지하는 것으로 제3자를 대상으로 하는 경우도 포함한다. 또한 ‘강간’이란 폭행이나 협박으로 상대방의 반항을 현저하게 어렵게 하는 상태를 조성하고 그 의사에 반하여 상대방의 남성이나 여성의 성기에 강간범의 성기를 삽입하는 것을 뜻하는바, 간음의 의사로 폭행이나 협박을 개시한 때에 강간죄의 실행의 착수가 있는 것이며, 강간범의 성기를 피해자의 성기에 삽입시 본죄의 기수가 된다. 또한 강간죄는 폭행이나 협박에 의하여 피해자의 의사에 반하여 간음한다는 사실에 대한 인식과 의사가 있으면 고의가 있는 것으로 보며, 강간의 수단인 폭행이나 협박은 따로 범죄를 구성하지 않고, 강간죄에 포함된다. 이밖에 피해자의 동의에 의한

간음은 강간죄를 구성하지 않고, 동일한 기회에 수회 간음한 때에도 단순 일죄만 성립한다.<sup>67)</sup>

#### 나. 형법상 강간죄 규정의 내용 중 성적 자기결정권의 침해 여부 검토

위에서 살펴본 형법상 강간죄에서 강간의 폭행이나 협박의 정도를 어느 정도로 볼 것인지에 대한 견해에 따라 헌법상 성적 자기결정권의 침해 여부가 문제시된다.

형법상 강간죄에서 강간의 폭행이나 협박의 정도에 대해 우리나라 대법원은 1990년 12월 11일의 90도2224 판결에서 “공소외인이 그 방에서 나간 후 피고인이 갑자기 피의자를 방바닥에 눕히고 몸으로 짓누르며 내의를 벗기어 간음하려 할 때에도 몸부림을 치고 저항하는 것만으로 피고인으로부터 벗어날 수 있었고, 범행 장소 또한 다수의 사람이 기숙하는 곳으로서 피해자가 얼마간의 반항을 하여도 주위에서 곧 알아차릴 수 있는 상황이었는 데도 그 방 밖에서 연탄불을 갈고 있던 공소외인도 피해자의 거부의 의사표시나 다투는 소리 이외에는 별다른 저항이나 고함을 알아차리지 못하였다는 것이고, … 피고인이 피해자를 간음하려 한 때의 상황이나 전후의 사정이 그와 같다면 피고인은 다만 ‘피해자의 의사에 반하는 정도의 유형력을 행사하여 피해자를 간음하려 하였음에도 불과하고’, 그 유형력의 행사가 ‘피해자의 반항을 현저히 곤란케 할 정도에까지 이른 것은 아니라고 봄’이 상당하다.”라고 판시하였다.<sup>68)</sup>

67) 김성돈, 형법각론, 성균관대 출판부, 2010, 160-162면; 김일수·서보화, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2004, 159-162면; 박상기, 형법강의, 법문사, 2010, 497-499면; 배종대, 형법각론, 홍문사, 2010, 250-255면; 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2010, 148-152면; 오영근, 형법각론, 박영사, 2009, 172-177면; 이재상, 형법각론, 박영사, 2010, 162-165면; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 214-217면; 임웅, 형법각론, 법문사, 2011, 171-173면.

68) 대판 1990. 12. 11. 90도2224.

그리고 이와 같은 취지로 우리나라 대법원은 형법상 강간죄에서 강간의 폭행이나 협박의 정도에 대해 2001년 2월 23일의 2000도5395 판결과 2001년 10월 30일의 2001도4462 판결에서 “강간죄가 성립하려면 ‘가해자의 폭행·협박은 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이어야 하고’, 그 폭행·협박이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것이었는지의 여부는 그 폭행·협박의 내용과 정도는 물론, 유형력을 행사하게 된 경위, 피해자와의 관계, 성교 당시와 그 후의 정황 등 모든 사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다.”라고 판시하였다.<sup>69)</sup>

이밖에 우리나라 대법원은 이와 같은 취지의 수많은 판결<sup>70)</sup>에서 대체로 ‘강간 피해자의 항거가 불가능하도록 할 정도’이거나 ‘현저히 곤란하게 할 정도’로 판시하고 있는바, 이러한 우리나라 대법원의 형법상 강간죄에서 강간의 폭행이나 협박의 정도에 대한 견해는 학설 중 최협의설<sup>71)</sup>의 견해와 같이 강간 피해자의 성적 자기결정권에 대해 폭넓게 보호해 주지 못하고 매우 협소하게 보호하여 성적 자기결정권을 침해할 수 있는 문제점이 있다.

이렇듯 형법상 강간죄가 성립되기 위한 강간시 폭행·협박의 정도에 대해 대체적인 우리나라 대법원의 견해나 학설 중 최협의설의 견해처럼 강간

69) 대판 2001. 2. 23. 2000도5395; 대판 2001. 10. 30. 2001도4462.

70) 이와 같은 취지의 대법원 판결로는 대판 1991. 5. 28. 91도546; 대판 1992. 4. 14. 92도259; 대판 1999. 9. 21. 99도2608; 대판 2004. 6. 25. 2004도2611.

71) 최협의설은 형법상 강간죄의 폭행·협박의 정도에 대해 우리나라 대법원의 판결의 견해와 같이 피해자의 항거를 불가능하게 하거나, 현저히 곤란하게 할 정도에 이르러야 하는 것으로 보는데, 이는 형법상 강간죄와 같이 물증이 아니라 가해자와 피해자 내지 증인의 진술에 주로 의존하여 유·무죄를 확정해야 하는 강간범죄에서는 강간의 피해자뿐만 아니라 강간범으로 몰려 평생을 망치게 되는 무고한 가해자도 보호해야 할 필요가 있기 때문이라고 한다. 오영근, 전게서, 172면; 임웅, 전게서, 171면. 이밖에 이와 같은 최협의설의 견해로는 김성돈, 전게서, 158면; 배종대, 전게서, 250-251면.

시 폭행·협박의 정도에 대해 모든 강간 피해자에게 균일한 방식으로 ‘강간 피해자의 항거가 불가능하거나 현저히 곤란할 정도’이어야 한다고 보는 것은 다음과 같은 네 가지 사유<sup>72)</sup>에 의해 헌법적으로 타당하지 않다.

첫째, 강간 피해자의 성격은 천차만별일 것인바, 강간 피해자의 평소 성격이나 생활태도 등에 따라 강간범의 갑작스런 강간행위에 의해 경악하여 몸이 굳어 버렸거나 또는 강간범에 대한 극도의 공포나 기타 다른 심리적인 사유로 강간행위에 대해 심히 적극적으로 저항할 수 없었거나 또는 강간 피해자가 타인의 도움을 전혀 기대하거나 요청할 수 없었거나 또는 강간범이 강간 피해자 보다 체력적으로 훨씬 우월하여 강간행위에 대해 저항하는 것이 무의미하여 적극적으로 강간행위에 대해 저항을 할 수 없었거나 처음부터 그 저항을 포기한 경우 등이 있을 수 있는바,<sup>73)</sup> 이러한 경우에도 당연히 강간 피해자의 헌법상의 성적 자기결정권을 침해하는 강간행위에 해당한다고 보아야 한다. 즉, 강간범의 강간행위에 대해 강간 피해자가 진지한 성교 거부의 의사표시를 하거나 또는 이러한 강간 피해자의 진지한 성교 거부의 의사표시를 억압하는 정도의 어떤 유형력의 행사가 있으면 강간죄의 폭행·협박에 해당한다고 보는 것이 성적 자기결정권이라는 기본권을 최대한 보장하려는 헌법상 기본권 보호 이념 또는 정신에 합치하므로, 이러한 견해가 헌법적으로 타당하다.

둘째, 대체적인 우리나라 대법원의 견해나 학설 중 최협의설의 견해처럼 만약 강간시 폭행·협박의 정도에 대해 ‘강간 피해자의 항거가 불가능하거나 현저히 곤란할 정도’로 본다면 강간 피해자에게 강간시도에 대해 강하게 저항 내지 항거를 했음을 입증해야 할 책임을 부담시키게 되어 자칫 강

72) 이희훈, 전계 논문(주 53), 77-78면, 81-82면.

73) 변종필, “강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006. 12, 151면; 조국, “‘아내강간’의 성부와 강간죄에서의 ‘폭행·협박’의 정도에 대한 재검토”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001. 6, 25-26면.

간 피해자에게 여러 정황상 자기방어에 소홀한 점을 이유로 오히려 강간의 책임을 전가시키거나<sup>74)</sup> 또는 강간의 피해자를 오히려 강간이라는 성폭력 범죄의 원인 제공자나 방조자로 변질시킬 위험성이 있어<sup>75)</sup> 강간 피해자의 헌법상의 성적 자기결정권을 침해할 수 있는 문제점이 있으므로, 강간 피해자의 진지한 성교 거부의 의사표시에 반하거나 또는 이러한 의사를 억압하는 정도의 유형력의 행사가 있으면 강간죄의 폭행이나 협박에 해당한다고 보는 것이 성적 자기결정권이라는 기본권을 최대한 보장하려는 헌법상 기본권 보호 이념 또는 정신에 합치하므로, 이러한 견해가 헌법적으로 타당하다.

셋째, 강간죄의 보호법익은 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권을 보호하는 것에 있다고 할 것인바,<sup>76)</sup> 강간 피해자의 성적 자기결정권을 침해하는 행위의 폭행이나 협박의 정도가 반드시 ‘강간 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 것’일 필요는 없다. 즉, 강간 피해자의 성적 자유의사 또는 강간 피해자의 자율적인 성적 자기결정에 반하는 행위는 그 유형과 정도를 불문하고 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정으로부터 도출되어 보장되는 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권을 침해하는 행위라고 보는 것이 형법상 강간죄의 ‘강간 피해자의 성적 자기결정권의 자유의 보호’라는 입법목적에 부합하며, 헌법상 강간 피해자의 성적 자기결정권의 보호 정도를 현저히 부당하게 축소시키지 않게 되기 때문에<sup>77)</sup> 강간죄의 폭행이나 협박의 정도에 대해 강간 피해자의 진지한 성교

74) 박상기, 전계서, 497면; 조국, 상계 논문, 27면.

75) 변종필, 전계 논문, 152면; 한인섭, “형법상 폭행개념에 대한 이론”, 형사법연구 제 10호, 한국형사법학회, 1998. 12, 124면.

76) 김성돈, 전계서, 154면; 김일수·서보학, 전계서, 154면; 박상기, 전계서, 493면; 배종대, 전계서, 244면; 손동권, 전계서, 143면; 오영근, 전계서, 169면; 이재상, 전계서, 158면; 이형국, 전계서, 212면; 임웅, 전계서, 164면.

77) 윤영철, “형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제”, 형사정책연구 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007. 3, 29-30면; 황성기, “강간죄에 대한 대법원 판례

거부의 의사표시에 반하거나 또는 이러한 의사를 억압하는 정도의 유형력의 행사가 있으면 강간죄의 폭행이나 협박에 해당한다고 보는 것이 헌법적으로 타당하다.

넷째, 우리나라 형법상 강간죄의 구성요건은 독일 형법의 강간죄 규정과 달리 폭행이나 협박에 대한 어떠한 한정된 수식어도 없기 때문에 강간죄 성립에 필요한 폭행이나 협박의 정도를 ‘강간 피해자의 항거가 불가능하거나 현저히 곤란할 정도’<sup>78)</sup>이어야 할 것으로 볼 필요가 없기 때문에<sup>78)</sup> 강간 피해자의 진지한 성교 거부의 의사표시에 반하거나, 이러한 의사를 억압하는 정도의 유형력의 행사가 있으면 강간죄의 폭행이나 협박에 해당한다고 보는 것이 성적 자기결정권이라는 기본권을 최대한 보장하려는 헌법상 기본권 보호 이념 또는 정신에 합치되므로, 이에 타당하다.

#### 다. 강간죄의 폭행이나 협박의 정도에 대한 외국의 입법례나 판례 및 시사점 검토

형법상 강간죄에서 강간의 폭행이나 협박의 정도에 대한 외국의 입법례나 판례에 대해 살펴보면 미국의 경우 1970년대까지 법원은 강간 피해자가 강간행위에 대해 모든 육체적 힘을 다해서 그리고 가능한 모든 수단을 사용하여 강간범과 싸우는 ‘극도의 필사적인 저항’을 했을 경우에 한하여 강간죄로 처벌되기 위한 폭행에 해당한다고 보았다.<sup>79)</sup> 그러나 이후 미국은 ‘강간죄 개혁운동’에 의해 모범형법전이 제정되었고, 1974년에 미시건 주에

---

비판”, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 제9차 자료집, 한국성폭력상담소, 2007. 3, 12-13면.

78) 변종필, 전계 논문, 150-151면; 조국, 형사법의 성평향, 박영사, 2004, 48면; 한인섭, 전계 논문, 136면.

79) 조국, 전계 논문, 20면.

서 최초로 형법상 강간죄 규정에서 ‘극도의 필사적인 저항요건’을 폐지하였으며, 현재 미국의 대다수의 주 형법전에서 강간 피해자의 ‘극도의 필사적인 저항요건’을 폐지하였다. 또한 미국 법원은 어떤 여성이 원하지 않는 성적 공격에 대한 두려움으로 마비가 된 듯이 꼼작도 못하게 되어 아무런 저항을 할 수 없는 경우를 예상할 수 있을 것인바, 강간 피해자의 저항이 ‘극도의 필사적인 저항’이 아닌 ‘진지한 저항’이나 ‘합리적인 저항’의 정도만 있으면 강간죄의 성립을 인정하고 있다.<sup>80)</sup>

다음으로 영국의 경우에 1956년 성범죄법 제69장 제1조 1. 남성 또는 여성에 대한 강간죄 규정의 제2항<sup>81)</sup>에 의하면 강간행위 당시 굳이 강간범의 폭력이나 협박이 없더라도 강간 피해자의 동의를 받지 않고 성교를 행했을 때에는 강간죄로 처벌하는 규정을 두고 있다.

그리고 독일은 독일 형법 제177조 제1항 제1-3호에서 ‘폭력 또는 신체나 생명에 대한 현존하는 위협으로 협박하여 강간’한 경우 이외에도 ‘피해자가 행위자의 공격에 대하여 보호 없이 노출되어 있는 상태를 이용하여 강간’한 경우에도 강간죄로 처벌하도록 규정하고 있는바, 강간 피해자가 가해자와의 신체적인 차이를 느껴 그 위압감에 저항을 처음부터 포기하거나 타인의 도움을 전혀 기대할 수 없는 경우 또는 피해자가 경악으로 몸이 굳어버렸거나 또는 가해자에 대한 공포나 기타 다른 심리적인 이유로 저항할 능력을 상실한 경우에도 강간죄로 처벌하도록 규정하고 있다.<sup>82)</sup> 또한 프랑스는 프랑스 형법 제222-23조에서 ‘폭행이나 강제 또는 협박이나 기습의

80) 윤영철, 전계 논문, 27면; 조국, 상계 논문, 21-22면.

81) 다음의 경우에 남자는 강간죄에 해당한다. (a) 성교행위 당시 동의하지 않는 사람(질 또는 항문을 통한) 성교를 하는 경우, (b) 그 당시에 상대방이 동의하지 않는다는 사실을 알고 있었거나 또는 상대방의 동의 여부를 판단하는데 있어 중과실이 있었던 경우, (c) 남자가 유부녀의 남편인 것처럼 속여 유부녀와의 성교를 유인해 내는 경우에도 강간죄를 범한 것이라고 규정하였다. 이후, 동 법률은 1994년에 형사정의와 공공질서법 제33장으로 대체되었다. 조국, 전계서, 66면.

82) 윤영철, 전계 논문, 27면.



형태'로 다른 사람에게 성적 삽입행위를 행한 일체의 행위를 형법상 강간죄로 처벌하고 있는바, 이를 통해 강간 피해자가 강간법에 대해 '끝까지 저항하였을 것'이라는 요건을 필요로 하지 않고 있다.<sup>83)</sup>

이러한 형법상 강간죄에서 강간의 폭행이나 협박의 정도에 대한 미국, 영국, 독일 및 프랑스의 주요 선진국의 입법례나 판례에 비추어 볼 때 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권의 보호 정도가 우리나라의 경우보다 강하여 강간죄의 성립요건인 강간 가해자의 폭행이나 협박의 정도를 우리나라의 경우보다 넓게 인정하여 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권을 최대한 보호 내지 보장해 주고 있음을 우리나라에 시사해 준다.<sup>84)</sup>

#### 라. 우리나라 대법원의 부부강간죄 인정 판결에 대한 헌법적 검토

2013년 5월 16일에 우리나라 대법원은 2012도14788·2012전도252 판결에서 자신의 아내를 흉기로 위협하고 아내에게 상처를 입히는 등 강제로 성관계를 하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반으로 기소된 강모씨(45)에게 징역 3년 6월을 선고한 원심을 확정하여 비록 법률상 부인일지라도 남편이 폭행이나 협박 등을 통해 부인의 의사에 반하여 강제로 성관계를 맺으면 형법상 강간죄가 성립할 수 있다고 우리나라에서는 처음으로 판시하여, 형법 제297조의 강간죄의 객체(대상)의 범위에 법률상의 부인을 강간죄의 객체(대상)에 포함되는 것으로 판시하였다.<sup>85)</sup>

동 판결에서 우리나라 대법원은 대법관 13명 중 2명을 제외한 11명의 대법관이 법률상 부부 사이에 민법상 동거의무가 있고, 여기에는 부부간에 성생활을 함께 할 의무도 포함된다는 점은 인정했지만, 이러한 부부간의

83) 김희균, “성폭력법 처벌의 이론: 강간죄의 구성요건 해당성”, 형사정책연구 제16권 제4호, 한국형사정책연구원, 2005. 12, 117면.

84) 이희훈, 전계 논문(주 53), 75-76면.

85) 대판 2013. 5. 16, 2012도14788·2012전도252.

성생활을 함께 할 의무에 일반적으로 남편의 폭행이나 협박에 의해 강요된 성관계를 부인이 감내할 의무까지 포함되지 않는다는 점을 명확히 밝혔다. 즉, 우리나라 대법원은 법적으로 혼인을 한 부부 사이이더라도 이를 이유로 부인이 헌법상 성적 자기결정권이라는 기본권을 포기한 것으로 볼 수 없고, 법적으로 혼인을 한 것이 부부 사이에 다른 일방에게 폭행이나 협박 등을 통해 성적으로 억압하거나 강제하는 삶을 참으면서 살아야 하는 과정이라고 볼 수 없으며, 혼인관계가 실질적으로 유지되는 경우에도 남편의 성폭력이 부인의 헌법상 성적 자기결정권을 심각하게 유린되는 상황이 지속되고 있음에도 국가가 부부 사이의 내밀한 성생활이라는 이유만으로 개입을 자제한다면 헌법상 인간의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인생활을 보장할 국가의 책무를 소홀히 하는 것으로서, 필요한 경우에 국가의 형벌권을 행사하여 국가가 더 이상의 피해를 방지토록 해야 한다고 명확히 판시하였다. 이러한 대법원의 2012도14788·2012전도252 판결은 법률상 혼인을 한 배우자이더라도 배우자가 스스로 선택한 인생관 등을 바탕으로 사회공동체 안에서 독자적으로 성적 관(性的 觀)을 확립하고, 이에 따라 부부간에 사생활의 영역에서 자기 스스로 내린 성적 결정에 따라 자신의 책임 하에 상대방과 성관계를 가질 수 있는 권리인 헌법상 성적 자기결정권이라는 기본권을 강하게 존중해 주고 최대한 보호해 주려는 것으로서 헌법상 타당한 판결이라고 하겠다.

한편 이렇게 부부간에도 강간죄가 성립되어 형사처벌을 할 수 있게 함으로써, 부부 중 어느 일방의 혼인 중의 성적 자기결정권을 인정하여 이를 보호해 줄 수 있느냐에 대한 외국의 입법례나 판례를 살펴보면 먼저 미국은 1976년까지 부부는 하나라는 이론에 근거하여 부부간의 강간을 인정하지 않는 ‘결혼 강간 면제법’ 조항이 있었으나, 이후 1984년에 미국의 뉴욕주 항소법원에서 혼인신고서는 아내 강간 자격증이 아니라는 판결을 내려 아내에 대한 강간을 처벌토록 하면서 한 주(州)씩 해당 ‘결혼 강간 면제법’

조항을 폐기하여 현재 미국은 모든 주(州)에서 부부 강간을 성폭행 범죄로 처벌하고 있다. 다음으로 영국은 1991년에 최고법원 전원합의체 판결을 통해서 부부간에 강간 면책을 공식적으로 폐기하였으며, 1994년에 영국은 형사정의 및 공공질서법을 제정하여 부부간의 강간을 강간죄에 포함시켜 처벌하고 있다. 그리고 독일은 1997년에 독일 형법에 부부강간죄를 처벌토록 규정하였다. 또한 프랑스는 1981년부터 부부강간죄를 일반 강간죄보다 무겁게 처벌하고 있다.

이러한 외국의 입법례나 판례의 견해에 비추어 볼 때 우리나라에서 2013년 5월 16일에 정상적인 부부사이라도 형법상 강간죄가 성립될 수 있다는 것을 대법원이 인정한 판결을 한 것은 우리나라도 이제 미국·영국·독일·프랑스 등과 같이 결혼한 아내의 몸과 성을 더 이상 남편의 소유물로 보는 가부장적인 남성중심주의적 사고에서 벗어나 강간은 설사 법률상의 부부간에도 아내의 성적 자기결정권을 심히 침해하여 아내의 심각한 육체적 또는 정신적인 피해를 발생시키는 범죄행위라는 것을 명시적으로 밝힌 것으로서, 법률상의 부부간에도 아내의 헌법상의 성적 자기결정권이라는 기본권을 강하게 보호해 주기 위한 판결이라는 점에서 헌법적으로 타당한 판결이라고 생각한다.

## 2. 균형법상 추행죄 규정의 내용 및 성적 자기결정권의 침해 여부 검토

### 가. 균형법상 추행죄 규정의 내용

현행 균형법 제92조의6 규정<sup>86)</sup>에서는 “균형법 제1조 제1항부터 제3

---

86) 우리나라가 1945년에 일본으로부터 해방된 후, 미군정하에서 1946년에 조선경비대가 창설되면서 미국의 전시법(The Article of War)과 해군관리법(The Articles for

항<sup>87)</sup>까지에 규정된 사람에 대하여 항문성교나 그 밖의 추행을 한 사람은 2년 이하의 징역에 처한다.”라고 규정되어 있다.

이러한 군형법 제92조의6 규정은 군형법 제1조 제1항부터 제3항까지 규정된 사람에 대해 항문성교나 그 밖의 추행을 하여 군사회의 기강을 문란시키고 전투력의 약화가 초래되는 것을 방지하며, 군인 각자의 건전한 성도덕의 관념과 성적 자기결정권과 성생활의 자유를 침해하는 행위를 처벌하기 위해 규정된 것으로, 형법 제245조에서 공연히 음란한 행위를 했을 때 처벌하는 규정인 ‘공연음란죄’와 형법 제298조에서 폭행이나 협박으로 사람에 대해 추행을 하는 행위를 처벌하는 규정인 강제추행죄가 규정되어 있지만, 군형법 제92조의6 규정에서 공연성이라든가 폭행이나 협박을 범죄구성요건으로 하지 않고 있다는 점에서 군형법 제92조의6 규정의 추행죄 규정은 형법상 공연음란죄 규정이나 강제추행죄 규정에 대하여 특별법적 위치에 있다고 할 것이다.<sup>88)</sup>

---

the Government of the United States Navy)을 모델로 하여 조선경비법과 조선해양경비법이 시행되었고, 이후 우리나라의 군 조직이 정비되면서 1948년에 국방경비법과 해안경비법이 제정되어 각각 육군과 해군에 적용되었는데, 이 중에서 국방경비법 제50조와 해안경비법 제13조에서 군인의 항문성교행위나 그 밖의 추행에 대해 처벌하는 규정을 두었고, 1962년 1월 20일에 법률 제1003호로 군형법이 공포·시행되어 이러한 1962년 1월에 제정된 군형법 제92조에서 현행 군형법 제92조의6 규정과 같은 취지의 규정을 신설하였다. 이렇게 우리나라에서 군형법 제92조의6 규정의 입법적 기원과 연혁에 대해 자세한 것은 이희훈, “구 군형법 제92조에 대한 헌법적 평가—헌법재판소 2011. 3. 31. 선고, 2008헌가21 결정의 평석을 중심으로”, 일감법학 제20집, 건국대 법학연구소, 2011. 8, 678-680면.

87) 군형법 제1조 제1항부터 제3항에서는 “제1항: 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다. 제2항: 제1항에서 ‘군인’이란 현역에 복무하는 장교, 준사관, 부사관 및 병(兵)을 말한다. 다만, 전환복무 중인 병은 제외한다. 제3항: 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여는 군인에 준하여 이 법을 적용한다. 1. 군무원, 2. 군적을 가진 군의 학교의 학생·생도와 사관후보생·부사관 후보생 및 병역법 제57조에 따른 군적을 가지는 재영 중인 학생, 3. 소집되어 실역에 복무하고 있는 예비역·보충역 및 제2국민역인 군인”이라고 규정되어 있다.

88) 고등군사법원, 군형법해설서, 고등군사법원, 2005, 183면.

그리고 군형법 제92조의6 규정의 내용을 살펴보면 먼저 주체는 군형법 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 군인 또는 군인에 준하는 사람이 군형법 제92조의6 규정의 피적용자이고, 행위는 항문성교나 그 밖의 추행을 하는 것이다. 여기서 ‘추행’의 사전적 의미는 더럽고 지저분한 행실 또는 음란한 짓을 뜻한다.<sup>89)</sup> 이에 대해 2008년 5월 29일에 대법원은 “구 군형법 제92조의 ‘기타 추행’이란, 계간에 이르지 아니한 동성에 성행위 등 객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하는 성적 만족 행위다.”라고 판시하였다.<sup>90)</sup>

이러한 대법원 판결의 견해는 형법상 ‘추행’의 의미를 피해자나 일반인에게 객관적으로 성적 수치심이나 혐오감을 일으키게 하는 일체의 음란행위를 뜻한다고 보는 객관설<sup>91)</sup>과 형법상 ‘추행’의 의미를 가해자의 성욕의 흥분이나 자극 또는 만족을 목적으로 하는 행위임을 중시하는 주관설<sup>92)</sup>을 합한 일종의 절충설의 형태로 판시한 것이다. 그리고 2008년 5월 29일에 대법원은 구 군형법 제92조에서 ‘기타 추행’을 형사처벌을 하도록 규정하고 있는 이유를 군형법상 추행죄의 피해자의 성적 자유나 성적 자기결정권의 침해가 아닌 군이라는 공동사회의 건전한 생활과 군기를 침해하는 것으로 판시하였다.<sup>93)</sup>

## 나. 군형법상 추행죄 규정의 성적 자기결정권의 침해 여부 검토

### (1) 군형법 제92조의6 규정의 입법 목적의 정당성 여부 검토

군형법 제92조의6 규정에서는 군형법 제1조 제1항부터 제3항까지에 규

89) 민중서림, 전게서, 2333면.

90) 대판 2008. 5. 29. 2008도2222.

91) 김성돈, 전게서, 164면; 배중대, 전게서, 260면; 이형국, 전게서, 219면.

92) 김일수·서보학, 전게서, 163면; 이재상, 전게서, 168면; 임웅, 전게서, 179면.

93) 대판 2008. 5. 29. 2008도2222.

정된 군인 또는 군인에 준하는 사람이 항문성교나 그 밖의 추행을 하는 것을 일체 금지시킨 후, 이를 위반시 2년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

이러한 균형법상 추행죄 규정의 입법의 목적은 ‘군이라는 공동사회의 건전한 생활의 보호와 군기의 확립’을 위한 것으로, 만약 동성 군인 사이의 어떤 성적 행위를 허용한다면 군의 위계적 질서나 명령체계에 문제가 발생할 것이라는 막연한 우려만 있을 뿐, 그들의 행위가 군의 업무나 기강에 해를 직접적으로 입힌다는 연관성이 극히 적다는 점과 비강제적 추행으로 균형법 제92조의6 규정에 의해 처벌된 피고인들 중 상당수는 범행이 발각되기 전까지 군 생활에 있어 그 능력을 인정받고 있었고, 이들로 인해 군 부대의 활동에 지장이 발생하지 않았다는 점 등에 비추어 볼 때 균형법 제92조의6 규정의 입법의 목적은 정당하지 않다고 보는 견해가 있다.<sup>94)</sup>

그러나 이에 대해서는 균형법 제92조의6 규정처럼 만약 군인 또는 군인에 준하는 사람 간의 추행 행위에 대해 엄중히 형사처벌을 하지 않으면 군대 구성원 간에 사랑의 감정으로 인해 친밀한 관계가 형성된 후, 이별이나 질투로 인해 서로 다투거나 심한 경우 살해를 하는 경우가 발생하거나 이와 반대로 추행을 당하여 이로 인하여 심한 좌절이나 모욕감 또는 수치심 등을 느껴 정신병을 앓게 되거나 자살을 하는 경우<sup>95)</sup> 등으로 인해 군대

94) 노기호, “균형법 제92조 ‘추행죄’의 위헌성 고찰—육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로”, 헌법학연구 제15권 제2호, 한국헌법학회, 2009. 6, 288면; 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공의과 인권 제5권 제1호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공의인권법연구센터, 2008. 2, 93-94면; 이호중, “균형법 제92조의 5 추행죄의 위헌성과 폐지론”, 형사법연구 제23집 제1호, 한국형사법학회, 2011. 3, 249-250면; 조국, “균형법 제92조의5 ‘계간 그 밖의 추행죄’ 비판”, 형사법연구 제23집 제4호, 한국형사법학회, 2011. 12, 306-307면; 헌재 2002. 6. 27. 2001헌바70 결정에서 송인준·주선희 헌법재판소 재판관들의 견해.

95) 군대 내 고참병의 성추행으로 인하여 하급 군인이 정신병원이나 자살한 경우에 대해서는 강진철, “동성애”, 고향법학 제3호, 고향법학교수회, 2001. 5, 52면.

내 엄정한 질서와 군기가 확립되지 못하고 해이해지거나 무너질 수 있다는 점 및 이성애자 군인들의 동성애자 군인들에 대해 느끼는 혐오의 감정 또는 자신들도 언제 동성애자 군인에게 사랑의 대상이 되어 추행을 당할지 모른다는 심리적 위축감이나 두려움 등으로 인해 군이라는 공동사회의 건전한 생활이 깨지고, 군의 협동심과 단결이 잘 이루어지지 않아 군의 사기가 떨어질 수 있어 이러한 군대 내에서의 추행 행위에 대해 엄중한 형사처벌을 하여 이러한 위험의 발생을 사전에 방지(예방)할 필요가 있다는 점과 우리나라 군대의 일반 남자 병사의 경우 성적 욕구가 가장 강하고 왕성한 시기에 헌법 제39조 제1항에 의해 의무적으로 복무하게 되는바, 현실적으로 이러한 남자 병사들이 수직적인 상하복종의 인간관계하에서 장기적으로 폐쇄적인 공간에서 함께 생활하면서 성적 욕구를 정상적인 방법을 통해 해소할 수 있는 기회가 극히 제한되어 있는 상황에서 상급자의 하급자에 대한 추행이 행해질 경우가 많은바, 특히 군대 내에서 동성 간의 성접촉 행위가 어느 일방의 폭행이나 협박 또는 위력이나 사랑 등에 의해 발생한다면 이는 군의 기강을 흔들리고 다른 장병들의 사기에 악영향을 미쳐 전투력의 손실을 가져올 것이라는 점<sup>96)</sup> 및 마치 군내의 지휘관은 병사들에게 있어 가정 내에서의 아버지와 같고, 병사들은 마치 가정 내에서의 형제와 같은 사이라고 볼 수 있는바, 가정 내에서 부모 자식 간 또는 형제 간에 근친상간이 엄격히 법으로 금지되고 있는 것처럼, 군대 내에서도 지휘관과 병사 간 또는 병사 간에 법적으로 엄격히 성적 접촉이나 성적 행위를 금지하는 것이 타당하다는 점에 비추어 볼 때 구 군형법 제92조의6 규정의 입법 목적은 정당하다고 생각한다.<sup>97)</sup>

96) 박영주, “동성애에 대한 법적 태도”, 부산법조 제21호, 부산지방변호사회, 2004. 1, 138면.

97) 이희훈, “미국과 한국의 동성애자 군복무 정책과 군복무 중 동성애 행위 처벌 규정에 대한 헌법적 고찰”, 헌법학연구 제18집 제4호, 한국헌법학회, 2012. 12, 264-266면; 정연주, “군형법상 추행죄의 헌법적 문제”, 공법학연구 제12권 제2호,

(2) 군형법 제92조의6 규정이 명확성의 원칙과 비례의 원칙에 위반되어 군인 또는 군인에 준하는 사람의 성적 자기결정권을 침해하는지 여부 검토

군형법 제92조의6 규정의 내용을 살펴보면 동 규정의 적용 주체는 군형법 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 군인 또는 군인에 준하는 사람으로, 이들에 대해 항문성교나 그 밖의 추행을 하는 것을 규제하거나 이에 대해 제재하는 것을 그 주요 내용으로 한다. 동 규정의 적용을 받는 추행의 장소가 군부대나 군영 안에서 행해진 추행을 대상으로 하는 것인지, 아니면 군부대나 군영 밖의 사생활이 가능한 사적 공간에서 행한 추행도 포함하는 것인지 또는 군부대나 군영 안이라도 사람들의 눈에 잘 보이지 않는 내밀한 장소에서 서로 간의 합의에 의해 행한 추행도 포함되는지 등이 불분명하여 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람들로 하여금 동 규정이 적용될 수 있는 추행의 장소를 예견하거나 판단할 수 없다고 할 것이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 군형법 제92조의6 규정은 헌법상 명확성의 원칙<sup>98)</sup>에 반하는 위헌적 규정으로 사료된다.<sup>99)</sup>

한국비교공법학회, 2011. 5, 147-149면.

- 98) 명확성의 원칙에 대해 자세한 것은 권영성, 전게서, 419-420면; 김철수, 전게서, 834-836면; 성낙인, 전게서(주 16), 1145면; 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 헌법학연구 제7권 제1호, 한국헌법학회, 2001. 5, 276면; 이희훈, “공직선거법 제93조 제1항의 헌법재판소 2009. 7. 30, 2007헌마718 결정에 대한 평석: UCC의 배포금지에 대한 비판을 중심으로”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12, 388면; 이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구-헌재 2010. 04. 29, 2008헌바118결정에 대한 평석을 곁하여”, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010. 9, 553-555면; 전광식, 전게서, 260-263면; 정종섭, 전게서, 509-513면; 정재황, 전게서, 346-349면; 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009. 12, 511-513면.
- 99) 同旨: 노기호, 전계 논문, 289-290면; 이호중, 전계 논문, 237-238면; 이희훈, 전계 논문(주 86), 692-693면; 임영덕, “미국과 한국에서의 군대 내 동성애 정책에 대한 고찰”, 미국헌법연구 제22권 제3호, 미국헌법학회, 2011. 12, 393면; 조국, 전



그리고 균형법 제1조 제1항부터 제3항까지에 규정된 군인 또는 군인에 준하는 사람들이 서로 간에 쌍방의 합의 즉, 어느 일방의 강제에 의한 것이 아닌 서로 간의 자발적인 합의에 의해 심지어 군부대나 군영 안이 아닌 휴가 등의 사유로 군부대나 군영 밖의 자택 등 사생활이 가능한 사적 공간에서의 추행 행위에 대해서까지 아무런 예외 없이 균형법 제92조의6 규정에 의하여 처벌을 할 수 있다고 형사사법기관이 자의적으로 해석하여 동 규정을 적용하여 형사처벌을 하려고 한다면 이러한 해석하에서 균형법 제92조의6 규정은 군인 또는 군인에 준하는 사람의 헌법상 성적 자기결정권 등을 과도하게 제한하는 것으로서, 동 규정은 헌법상 비례의 원칙에 반하는 위헌적 규정이라고 생각한다.<sup>100)</sup>

한편 균형법 제92조의6 규정에서 균형법 피적용자 간에 항문성교나 그 밖의 추행 행위를 한 자에 대해 현역 복무 부적합 처리를 하여 전역을 시키거나,<sup>101)</sup> 군대 내의 여러 징계 규정들을 통해 추행 행위를 한 자에 대하여 징계처분을 행하지 않고 균형법 제92조의6 규정에서 오직 징역형으로만 처벌하도록 규정한 것은 균형법 제92조의6 규정의 입법 목적에 필요한 정도를 넘어선 과도한 규제라는 점에서 비례의 원칙에 위반된다는 견해가 있다.<sup>102)</sup>

그러나 이 견해에 대해서는 다음과 같은 사유로 동의할 수 없다. 즉, 군 내부의 건전한 공적 생활을 영위케 하고, 군 조직 전체의 성적건강을 유지 시키며, 군기를 확립시키는데 조금이라도 도움이 될 것이므로, 동 규정은

---

계 논문(주 94), 310-311면; 조인형, “균형법상 추행죄의 문제점 및 개선방안”, 공군법률논집 제13집 제1권, 공군본부법무실, 2009. 1, 15면.

100) 이희훈, 전계 논문(주 97), 267면.

101) 전현희, “동성애의 법적 고찰”, 시민과 변호사 제83호, 서울지방변호사회, 2000. 12, 77면.

102) 노기호, 전계 논문, 292-293면; 이경환, 전계 논문, 99면; 이호중, 전계 논문, 258면; 조국, 전계 논문(주 94), 312면.

비례의 원칙 중 수단의 적합성 원칙에 합치된다고 할 것이다. 그리고 헌법 제39조 제1항에 의한 강제 징병제도하에서 군형법 제92조의6 규정을 통해 군이라는 공동사회의 건전한 생활을 보호하고, 군기를 확립시키기 위해서는 전역처리나 징계처분 등의 다른 방법에 의해서는 효과적으로 추행 행위를 규제하기 어렵고, 동 규정의 법정형이 2년 이하의 징역형으로 되어 있어 구체적인 사안을 고려하여 ‘집행유예’를 선고할 수 있도록 하여 정상을 참작하여 형법 제65조에 의해 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃게 하여 징역형을 받지 않은 것처럼 할 수 있다는 점에서 비례의 원칙 중 최소 침해의 원칙에 반하지 않는다고 할 것이다.<sup>103)</sup> 따라서 군형법 제92조의 6 규정에서 처벌형으로 징역형만을 부과하도록 규정한 것은 헌법상 비례의 원칙에 위반되지 않는다고 생각한다.

#### 다. 군형법상 추행죄 규정에 대한 외국의 입법례나 판례 및 시사점 검토

영국의 전시법(The Article of War)에 그 기원을 두고 있는<sup>104)</sup> 미국의 통일군사재판법(The Uniform Code of Military Justice) 제125조에서는 “동물과 또는 동성이나 이성의 다른 사람과 비자연적인(변태적인) 육체적 성행위를 한 자는 소도미(sodomy)로 처벌한다.”라는 규정을 두어 미군법 피적용자간에 일방의 강제에 의하든 또는 상호 간의 합의에 의하든 소도미<sup>105)</sup>에 대해 형사처벌을 하는 규정을 두고 있다. 이렇듯 미국은 1950년

103) 이희훈, 전계 논문(주 86), 698-699면; 현재 2011. 3. 31, 2008헌가21결정. 同旨: 정연주, 전계 논문, 149-150면.

104) Jeremy J.Gray, “The Military’s Ban on Consensual Sodomy in a Post-Lawrence World”, Washington University Journal of Law & Policy, Vol. 21, 2006, p.386.

105) ‘소도미’란 일방의 성기와 타방의 입 또는 항문을 이용한 성행위를 뜻한다. 최재석, “군내 동성애자 문제에 대한 법률적 고찰—미군의 Don't Ask, Don't Tell 정

이후로 미국의 50개의 주(州) 중에서 21개의 주가 주(州)법에 군대 내에서의 소도미 행위를 경범죄(misdemeanor) 또는 중범죄(felony)로 처벌하는 규정을 두고 있다.<sup>106)</sup>

이렇듯 미국은 군대에서 1917년부터 군복무 중에 동성애적 성행위에 대해 처벌하여 왔는데, 특히 미국에서 1950년에 통일군사재판법이 제정된 이후부터 현재까지 동법 제125조에서 미국의 군법을 적용받는 자 중에서 동성이든 이성이든 어느 일방의 강제에 의한 것이든 상호간의 합의에 의한 것이든 간에 비정상적인(변태적) 성행위에 대해서 처벌하여 왔고,<sup>107)</sup> 미국 군대에서 군복무 중의 특히 동성이나 이성에게 비정상적인(변태적) 성행위에 대해 형벌을 부과하여, 승리를 위한 군사능력에 필요한 높은 사기와 엄격한 질서 및 군기 및 부대 간의 단결(단합)을 위하여 비정상적인(변태적) 성행위를 철저히 금지시켜 왔음을 알 수 있다.<sup>108)</sup>

한편 미국 군사항소법원(The Court of Appeals for the Armed Forces: C.A.A.F)<sup>109)</sup>은 군대에서 동성 간의 성행위 즉, 소도미 행위를 처벌하는 내용의 통일군사재판법 제125조 규정의 위헌성 여부에 대해 선임부사관인 중사였던 Marcum이 그의 감독하에 있는 부사관인 Harrison과 일과 후(업무시간 외)에 기지 밖의 숙소에서 상호 합의하에 소도미를 행하여 군사법원에 기소되어 유죄판결을 받은 후, Marcum은 미국 군사항소법원에 미국의

---

책을 중심으로”, 법률정보판례연구 제1집 제1호, 법우사, 1999. 11, 133면.

106) 최재석, 상계 논문, 133면.

107) Jeremy J. Gray, Ibid, 386면.

108) 이희훈, 전계 논문(주 97), 251면.

109) 미군사항소법원은 미국의 군사법원 중 대법원 격에 해당하며, 3심 재판을 담당하는 법원으로, 미국 상원의 인준을 받고 대통령이 임명한 5인의 판사로 구성되어 있으며, 군사관련 범죄에 대한 최종심이며, 헌법적 문제가 재판의 전제가 되었을 때에 한하여 미국 연방대법원에 4심의 재판을 청구할 수 있다. 조인형, 전계 논문, 10면의 각주 26번; 이경환, 전계 논문, 78면의 각주 55번.

통일군사재판법 제125조가 미국 연방수정헌법상 프라이버시권을 침해하는 위헌적 규정이라며 자신은 무죄라는 사유로 상고한 *Marcum v. United States* 사건이 있었다.<sup>110)</sup> 이에 대해 미국 군사항소법원은 우선 군인에게도 미국 연방수정헌법상의 모든 권리가 보장되어야 하지만, 군대라는 특수성과 군대의 이익 즉, 군의 명령과 단결심(단합심) 및 엄격한 규율에의 복종, 그리고 군의 전투능력과 군 작전의 수행능력의 유지 및 향상 등을 위해서는 군인의 프라이버시권을 제한할 수 있다고 판시하면서 다음과 같은 세 가지 심사기준에 의해 그 위헌여부를 판단해야 한다고 밝혔다. 첫째, 법원은 피고인이 유죄를 받은 행위가 미국 연방대법원에 의해 인정된 자유권의 보호범위 안에 있는가를 살펴보아야 한다. 즉, 피고인의 행위가 성인들 사이에서 사적이고 합의된 행위인지를 검토해야 한다. 둘째, 법원은 피고인의 행위가 *Lawrence* 판결<sup>111)</sup>의 분석에서 벗어나 있는 것으로 인정되는 행동이나 요소가 있는지를 살펴보아야 한다. 즉, 피고인의 행위가 사회적 약자나 사실상 동의를 거절하기 어려운 상황하에 있는 상대방에게 행하였는지 또는 피고인의 행위가 공공연한 장소에서 행해졌는지 등의 사유를 검토해야 한다. 셋째, 법원은 피고인의 행위를 금지할 군사적 이유가 있는지를 살펴보아야 한다.<sup>112)</sup>

미국 군사항소법원은 이러한 세 가지 심사기준을 *Marcum* 사건에 적용하여 살펴볼 때 *Harrison*은 *Marcum*의 감독을 받는 하급자였기 때문에 *Harrison*에게 소도미가 사실상 강제되었거나 동의를 거절하기 어려운 상황에 있었다고 할 것이므로, 피고인인 *Marcum*의 행위는 *Lawrence* 판결과 같

110) *Marcum v. United States*, 60 M.J. 198 (C.A.A.F. 2004).

111) *Lawrence* 판결에서 *Lawrence*와 *Garner*의 구강성교행위가 경찰에 의해 적발되어 이들에게 텍사스 주의 형사법정에 의해 200달러의 벌금형을 부과한 텍사스 주의 소도미 처벌 규정에 대해 동 규정은 이들의 미국 연방수정헌법상 프라이버시권을 침해하는 위헌적 규정이라고 판시하였다. 조인형, 전계 논문, 9면.

112) 이경환, 전계 논문, 79-80면; 조인형, 상계 논문, 10면.

은 보호를 받지 못하며(위의 세 가지 심사기준<sup>113)</sup> 중 두 번째 심사기준의 위반), Marcum 중사가 근무하고 있는 미국 공군의 규율에서 동일한 명령 체계 내에 있는 상하급자 간에 교제를 금지하고 있었으므로, Marcum과 Harrison의 행위는 군대의 이익에 반한다는(위의 세 가지 심사기준 중 세 번째 심사기준의 위반) 사유로 통일군사재판법 제125조는 합헌이며, Marcum과 Harrison을 처벌하는 것은 정당하다고 판시하였다. 이후 Marcum은 미국 연방대법원에 상고하였으나, 미국 연방대법원은 이를 받아들이지 않았다.<sup>114)115)</sup>

이렇듯 미국에서는 통일군사재판법 제125조라는 입법과 미국 군사항소법원 및 미국 연방대법원에서 모두 군인에게 동성이나 이성 또는 동물을 대상으로 한 비정상적인(변태적) 성행위를 철저히 일체 금지시키는 것은 군의 승리에 필요한 높은 사기와 엄격한 질서 및 군기 및 부대 간의 단결(단합)과 군사 능력 등을 갖추기 위한 정당한 것으로, 이로 인하여 군인의 성적 자기결정권(미국 법원의 판결에서는 군인의 프라이버시권의 침해 문제로 봄) 등의 기본권이 침해되지 않는 것으로 보고 있음을 우리나라에 시사해 준다.

---

113) 본 논문의 III-2-다의 세 가지 심사기준을 뜻한다.

114) 이경환, 전계 논문, 80면; 조인형, 전계 논문, 10-11면.

115) 이밖에 미국 통일군사재판법 제125조는 이성 간의 소도미 행위에 대해서도 형벌을 부과하고 있는바, *Stirewalt v. United States* 사건에서 피고인 Stirewalt에게 그가 소속된 미국 해안경비대가 같은 명령체계 내에 있는 구성원 간에 성관계를 금지하는 규율을 가지고 있기 때문에 이성 간에 합의에 의한 소도미의 금지도 군대의 규율과 명령에 복종토록 하기 위한 것으로, 이성 간에 합의에 의한 소도미를 처벌하는 것은 군의 사기 충전 등 군의 이익을 위한 것으로 정당하다고 판시하였다. *Stirewalt v. United States*, 493 F.2d 1110(C.A.A.F. 2004). 이에 대해 자세한 것은 이희훈, 전계 논문(주 97), 255-256면.

#### IV. 맺는 글: 입법적 제언을 곁하여

우리는 거의 매일 매우 안타깝게도 강간 등 각종 성폭력 관련 신문 기사나 방송 뉴스 등을 접하고 있는바, 이러한 각종 성폭력 범죄는 그 피해자의 헌법상 성적 자기결정권을 심히 침해하는 문제점이 있다. 그리고 우리나라 헌법 제39조 제1항에 의해 국방의 의무를 위하여 군대에 입대하거나 군을 직업의 하나로 선택하여 군 복무를 하게 되는 등의 사유로 군인 또는 군인에 준하는 사람이 다른 군인 또는 군인에 준하는 사람에게 항문성교나 그 밖의 추행을 당하게 된다면 이때 피해자의 성적 자기결정권은 심히 침해 받는 문제점이 있다. 또한 군인 또는 군인에 준하는 사람이 자신의 자율적인 성적 성향에 의하여 다른 군인 또는 군인에 준하는 사람과 항문성교나 그 밖의 추행을 군부대나 군영 안이 아닌 사생활이 가능한 기타 사적 공간에서 서로 간의 합의에 의해 행하더라도 우리나라 군형법 제92조의6에 의해 형사처벌을 받도록 규정하고 있는 것은 군인 또는 군인에 준하는 사람의 성적 자기결정권을 과도하게 제한하여 침해하는 것으로 볼 수 있는 문제점이 있다.

이에 대해 살펴보면 먼저 강간 등 각종 성폭력 관련 범죄에 의하여 심히 침해될 수 있는 헌법상 성적 자기결정권은 일반적 기본권인 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정 및 행복추구권 규정과 관련되어 있고, 개별적 기본권인 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정도 연관되어 있다.<sup>116)</sup> 따라서 만약 헌법상 성적 자기결정권이 침해되면 기본권의 경합시 해결방안 중 특별법 우선의 원칙에 의해 일반적 기본권인 헌법 제10조에 대해 특별 기본권인 헌법 제17조를 우선시하여 헌법 제17조의 사생활의 자유 규정으로

---

116) 여기서 헌법상 성적 자기결정권의 도출 근거로 헌법 제37조 제1항을 제외하는 이유에 대해서는 본 논문의 II-1-나-(3)-셋째 부분 참조.

부터 도출되어 헌법상 성적 자기결정권이 보호 내지 보장된다고 해석하는 것이 타당하다.

다음으로 헌법상 성적 자기결정권과 관련된 성폭력 법제 중 형법상 강간죄 규정에서 폭행이나 협박의 정도에 대해 우리나라 대법원의 판결과 학설 중 최협의설은 강간죄의 폭행이나 협박의 정도를 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권을 중시하여 강간범에 대한 강간 피해자의 진지한 성교 거부 의사를 중시하지 않고 즉, 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권이 침해되는 것을 중시하기보다는 오히려 강간범이 부당하게 형법상 강간죄로 처벌받게 될 수 있는 것을 방지하기 위하여 형법상 강간죄 규정에서의 폭행이나 협박의 정도를 미국, 영국, 독일, 프랑스 등 다른 외국들보다 좁게 해석 및 적용하여 강간죄의 폭행이나 협박의 정도를 ‘강간 피해자의 항거가 불가능하거나 현저히 곤란할 정도’에 이르러야 하는 것으로 보고 있다.

그러나 이렇게 강간죄의 폭행이나 협박의 정도를 매우 협소하게 보는 것은 강간죄의 보호법익이 강간 피해자의 성적 자기결정권의 자유를 보호하는 것에 있다는 점에 위반되며, 헌법상 강간 피해자의 성적 자기결정권의 보호범위를 현저히 부당하게 축소시키는 것으로 헌법상 타당하지 않다. 그리고 강간 피해자의 평소 성격 등에 의해 강간에 대해 경악하여 강간 피해자의 몸이 심히 굳어버렸거나 강간에 대한 극도의 공포심 등으로 인하여 적극적으로 저항할 수 없었거나 주변에 도움을 요청할 수 없었거나 강간범의 월등한 체력으로 강간에 대해 심히 저항할 수 없는 등의 경우에도 당연히 강간에 의한 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권이 침해된 것으로 보아 강간죄로 처벌해야 한다. 즉, 강간 피해자가 강간범에게 진지한 성교 거부의 의사표시를 하거나 또는 이러한 강간 피해자의 진지한 성교 거부의 의사표시를 억압하는 정도의 어떤 유형력의 행사가 있으면 강간죄의 폭행이나 협박에 해당한다고 보는 것이 성적 자기결정권이라는 기본권을 최대한 보장하려는 헌법상 기본권 보호 이념 또는 정신에 합치되어 타당하다.

그리고 만약 강간죄에서 강간의 폭행이나 협박의 정도를 ‘강간 피해자의 항거가 불가능하거나 현저히 곤란할 정도’로 협소하게 본다면 강간 피해자에게 강간 시도에 대해 강하게 저항 내지 항거를 했음을 입증해야 할 책임을 부담시키게 되어 자칫 강간 피해자에게 오히려 강간의 책임을 부당하게 전가시키거나 강간의 피해자를 오히려 강간이라는 성폭력 범죄의 원인 제공자나 방조자로 변질시킬 위험성이 있으므로, 강간 피해자의 헌법상의 성적 자기결정권이 침해되지 않고 최대한 보호받기 위해서는 강간죄에서 강간의 폭행이나 협박의 정도를 강간 피해자가 강간범에게 진지한 성교 거부의 의사표시를 하거나 또는 이러한 강간 피해자의 진지한 성교 거부의 의사표시를 억압하는 정도의 어떤 유형력의 행사가 있으면 강간죄의 폭행이나 협박에 해당하는 것으로 보는 것이 헌법적으로 타당하며, 강간죄의 폭행이나 협박의 정도가 ‘강간 피해자의 항거가 불가능하거나 현저히 곤란할 정도’에 이르는 경우에는 강간 피해자가 강간범에게 진지한 성교 거부의 의사표시를 하거나 또는 이러한 강간 피해자의 진지한 성교 거부의 의사표시를 억압하는 정도의 어떤 유형력의 행사가 있는 경우보다 보다 중하게 형사처벌을 하도록 입법적 개선 내지 개정을 하는 것이 바람직하다.

즉, 지난 1999년에 UN(유엔) 인권위원회는 우리나라의 자유권 조약 제2차 보고서를 심사하였는바, 우리나라에서 형법상 강간죄가 성립하기 위해서는 강간범의 강간행위에서 폭행이나 협박의 정도가 강간 피해자의 반항을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 정도에 해당하는 강렬한 저항의 요건이 필요하다는 것에 대해 “강간 여부를 강간 피해자의 동의가 아닌 저항으로 보거나, 강간범이 아닌 강간의 피해자를 기준으로 강간죄의 폭행·협박의 정도를 파악하려는 것은 한국의 법인식이 강간 피해자의 시민권을 근본적으로 침해하고 있다.”라는 의견을 우리나라에 제시했다.<sup>117)</sup>

117) 배은경, “성폭력 문제를 통해 본 여성의 시민권”, 여성과 사회 제8집, 한국여성연구소, 1997. 7, 66면.



이러한 UN(유엔) 인권위원회의 우리나라의 형법상 강간죄 규정에 대한 견해와 강간죄가 성립되기 위한 폭행이나 협박의 정도에 대한 미국, 영국, 독일, 프랑스의 입법례나 판례의 견해 및 형법상 강간죄 규정의 보호법은 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권을 보호하는 것에 있다는 점에 비추어 볼 때 향후 현재 우리나라 형법에서 강간죄가 성립되기 위한 폭행이나 협박의 정도에 상관없이 단순히 강간죄를 규정하고 있는 것에 대하여 강간시 강간 피해자의 항거를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 폭행이나 협박을 가했을 때에는 중형의 강간죄로 처벌할 수 있도록 개정하고, 강간 피해자의 성적 자기결정권에 위반하는 진지한 성교 거부의 의사표시에 저촉되거나 이러한 의사를 억압하는 정도의 유형력의 행사가 있을 때에는 현재의 형법상 강간죄의 규정에서처럼 처벌할 수 있도록 현행 형법상 강간죄 규정에 폭행이나 협박 이외에도 ‘위력’<sup>118)</sup> 또는 ‘동의’라는 새로운 구성요건적 행위 유형을 새로 추가하여 넣도록 개선 내지 개정하는 것<sup>119)</sup>이 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권을 최대한 보장해 주어야 하는 헌법적 이념 내지 정신에 합치된다는 점에서 바람직하다.<sup>120)</sup>

그리고 부부강간죄에 대해 2013년 5월 16일에 우리나라 대법원이 2012도14788·2012전도252 판결에서 혼인 중의 부부간에도 성적 자기결정권을 인정 및 보호해 주는 판결을 한 것은 우리나라에서 최초로 비록 법률상의 부부관계에 있더라도 실질적으로 그 혼인관계가 파탄이 난 상태에 있었을 경우에 법률상의 아내의 의사에 반하여 법률상의 남편이 그의 법률상의 아내에게 강제로 성행위를 했을 경우에는 형법상 강간죄가 성립한다고 판시하여 비록 법률상 부부라 하더라도 아내의 헌법상 성적 자기결정권이라

118) 형법상 ‘위력’이란 보통 폭행과 협박의 개념요소를 포함한 ‘상대방의 의사를 제압할 만한 유형·무형의 힘’을 뜻한다. 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009, 158면.

119) 형법개정연구회, 상계서, 157면.

120) 이희훈, 전계 논문(주 53), 83면.

는 기본권을 보호해 주었다는 점에서 헌법적으로 타당한 판결이라고 생각한다.

또한 헌법상 성적 자기결정권과 관련된 성폭력 법제 중 균형법 제92조의6 규정의 위헌성 여부에 대해 살펴보면 군의 승리에 필요한 높은 사기와 군대 내 엄정한 질서와 군기의 확립 및 유지와 군의 건전한 공동생활이 깨지지 않도록 해 주고, 군의 협동심과 단결을 잘 이루게 하며 승리를 위한 기타 군사능력 등을 갖추어 줄 수 있도록 하기 위해서 동 규정에 의해 군인 또는 군인에 준하는 사람 간에 항문성교나 그 밖의 추행을 하지 못하도록 규제나 제재를 가하기 위한 것이라는 점에서 동 규정의 입법의 목적은 정당하다고 생각하고, 미국의 균형법상 추행죄 관련 입법례와 판례<sup>121)</sup>에 비추어 볼 때에도 동 규정의 입법 목적의 정당성을 인정할 수 있다고 사료된다. 그리고 이러한 균형법 제92조의6 규정의 입법의 목적을 실현하기 위하여 동 규정의 위반행위에 대해서 징역형만으로 형사처벌을 하도록 규정한 것은 동 규정을 통하여 군이라는 공동사회의 건전한 생활을 보호하고, 군기를 확립시키기 위해서 전역처리나 징계처분 등의 다른 방법에 의해서는 효과적으로 군의 추행 행위를 규제하기 어렵다는 점과 균형법 제92조의6 규정상 추행죄를 범한 자에게 동 규정의 법정형이 2년 이하의 징역형으로 되어 있어 사안에 따라 정상을 참작하여 형법 제65조에 의한 집행유예를 선고한 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고의 효력을 잃게 하여 징역형을 받지 않은 것처럼 할 수 있다는 점에서 헌법상 비례의 원칙에 위반되지 않는다고 생각한다. 따라서 국회에 제출된 의안번호 1909746번의 균형법 제92조의6 규정의 개정안의 내용 중에서 동 규정 자체를 삭제하자는 것에 대해서는 동의할 수 없다.

그러나 균형법 제92조의6 규정은 군인 또는 군인에 준하는 사람의 추행

---

121) 본 논문의 III-2-다 부분 참조.

행위의 시간적·장소적 등의 적용 범위가 과연 어디까지인지 불분명하다는 점에서 명확성의 원칙에 위반될 가능성이 크며, 예를 들어 휴가기간 등과 같이 군복무 중의 시간이 아닌 상태에서 군부대나 군영 밖의 사생활이 가능한 사적 공간에서 자신의 자율적인 성적 성향에 따른 성적 접촉 행위에 대해서까지 동 규정을 적용하여 형사처벌을 할 수 있도록 규정한 것은 헌법상 비례의 원칙에 위반되어 군인 또는 군인에 준하는 사람의 성적 자기결정권을 침해할 가능성이 큰 위헌적 규정이라고 생각한다. 따라서 군인 또는 군인에 준하는 사람의 성적 자기결정권을 군형법 제92조의6 규정에 의해 침해되지 않고 최대한 보호 내지 보장해 주기 위해서는 향후 군형법 제92조의6 규정에서 일정한 예외적인 경우에 군인 또는 군인에 준하는 사람이 형사처벌을 받지 않도록 동 규정의 적용범위에서 제외되는 어느 일정한 시간이나 장소 등을 명확히 한정해서 규정하는 입법적 개선 내지 개정을 하는 것이 바람직하다.

[국문초록]

## 성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰

먼저 성적 자기결정권은 우리나라 헌법에서 명시적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 개인의 사생활의 자유에 속하는 성적 상대방과 성적 행위를 자율적으로 결정할 수 있는 권리인 성적 자기결정권은 기본권의 경합시 특별 기본권 우선의 원칙에 의해 일반적 기본권에 해당하는 헌법 제10조가 아닌 특별 기본권인 헌법 제17조에서 도출되어 보장되는 기본권으로 보는 것이 타당하다.

다음으로 헌법상 성적 자기결정권과 관련된 성폭력 법제 중 형법상 강간죄 규정에서 폭행이나 협박의 정도는 강간 피해자가 강간범에게 진지한 성교 거부의 의사표시를 하거나 또는 이러한 강간 피해자의 진지한 성교 거부의 의사표시를 억압하는 정도의 어떤 유형력의 행사만 있으면 강간죄의 폭행이나 협박에 해당한다고 보는 것이 헌법상 성적 자기결정권을 최대한 보장해 준다는 점에서 타당하다. 따라서 강간 피해자의 헌법상 성적 자기결정권을 최대한 보호 내지 보장하기 위해서 향후 우리나라 형법상 강간죄 규정을 ‘강간 피해자의 항거가 불가능하거나 현저히 곤란할 정도’에 이르지 않더라도 형사처벌을 할 수 있도록 개선 내지 개정하는 것이 바람직하다.

끝으로 헌법상 성적 자기결정권과 관련된 성폭력 법제 중 군형법 제92조의6 규정은 군의 승리에 필요한 높은 사기와 군대 내 엄정한 질서와 군기의 확립 및 유지 등을 위하여 군형법 제92조의6 규정에 의해 군인 또는

군인에 준하는 사람 간에 항문성교나 그 밖의 추행을 하지 못하도록 금지한 입법의 목적의 정당하다고 생각한다. 그러나 군형법 제92조의6 규정에 의해 군인 또는 군인에 준하는 사람이 군복무 중이 아닌 시간에 군부대나 군영 밖의 사생활이 가능한 사적 공간에서 자신의 자율적인 성적 성향에 따른 성적 접촉 행위에 대해서까지 아무런 예외 없이 군형법 제92조의6 규정을 적용하여 형사처벌을 할 수 있도록 한다면 이는 헌법상 명확성의 원칙과 비례의 원칙에 위반된다고 할 것이다. 따라서 향후 군형법 제92조의6 규정에 의해 군인 또는 군인에 준하는 사람의 헌법상 성적 자기결정권이 침해되지 않고 최대한 보호 내지 보장되기 위해서는 동 규정의 적용에서 제외되는 일정한 시간이나 장소 등을 명확히 한정하여 규정하는 개선 내지 개정을 하는 것이 바람직하다.

#### 주제어

성적 자기결정권, 사생활의 자유, 기본권의 경쟁, 형법상 강간죄, 폭행이나 협박의 정도, 군 형법상 추행죄, 명확성의 원칙, 비례의 원칙

[Abstract]

**A Constitutional Study on the Legislation and Precedent  
Concerning a Sexual Violence and the Right of  
Self-Determination of Sexual Intercourse or Sexual Encounter**

Firstly, it does not prescribe the right of self-determination of sexual intercourse or sexual encounter on clear statement in a constitution of our country. However, it is proper to think that the right of self-determination of sexual intercourse or sexual encounter is guaranteed by article 17 in a constitution which are the special basic right that is not article 10 in a constitution which are the general basics right by a principle of priority of the special basic right at the time of competition of the basic right.

Secondly, it is proper to think that there are violence and a threat of rape in the criminal law if a rape victim displays intention of sincere sex refusal to a rapist or if a rapist uses power to suppress a proposal of sincere sex refusal of a rape victim at a point to strongly protect the right of self-determination of sexual intercourse or sexual encounter of a rape victim. Therefore, it is desirable to revise it to punish it even if resistance of a rape victim is not impossible or not troubled significantly as for the rape rule of the criminal law of our country in future so that the maximum protects the right of self-determination of sexual intercourse or sexual encounter of a rape victim.

Finally, a protection of legislation's purpose of protection of armed forces

family life and establishment of armed forces law and order on the article 6 of 92 in military criminal law is fair. And, the method of discharge treatment or disciplinary action and so on cannot effectively regulate sexual molestation in the armed forces. But, the article 6 of 92 in military criminal law will assume that it is violated a void for vagueness doctrine and a principle of balancing test in a constitution that there was punishment without any kind of time and any exception for a place in this rule. Therefore, it is desirable to do revision to limit decided time or place removed from the article 6 of 92 in military criminal law application definitely in future so that the maximum protects the right of self-determination of sexual intercourse or sexual encounter of a soldier or a person to work as a soldier.

**Key-words**

Right of Self-Determination of Sexual Intercourse or Sexual Encounter, Freedom of a Privacy, Competition of a Basic Rights, Rape in a Criminal Law, Degree of a Violence or a Threat, Sexual Molestation in a Military Criminal Law, Void for Vagueness Doctrine, Principle of Balancing Test

## 참고문헌

- 고등군사법원, 균형법해설서, 고등군사법원, 2005.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
- 김성돈, 형법각론, 성균관대 출판부, 2010.
- 김일수·서보학, 새로 쓴 형법각론, 박영사, 2004.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
- 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2014.
- 대검찰청, 범죄분석, 제147호, 2014.
- 민중서림, 엡센스 국어사전, 2015.
- 박상기, 형법강의, 법문사, 2010.
- 박성혁·하혜숙·김보명, 대학내 성희롱·성폭력 실태 및 예방교육 활성화 방안 연구, 교육인적자원부, 2007. 12.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2010.
- 성낙인, 언론정보법, 나남출판, 1998.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2015.
- 손동권, 형법각론, 율곡출판사, 2010.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2009.
- 양 건, 헌법강의, 법문사, 2012.
- 이재상, 형법각론, 박영사, 2010.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 임 응, 형법각론, 법문사, 2011.
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2015.
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2015.
- 정재황, 신 헌법입문, 박영사, 2015.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015.
- 조 국, 형사법의 성편향, 박영사, 2004.
- 한수용, 헌법학, 법문사, 2011.



- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2015.
- 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009.
- 홍성방, 헌법학(상), 박영사, 2010.
- 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010.
- 강경근, “프라이버시권의 의의와 구성요소”, 고시연구 제306호, 고시연구사, 1999. 9.
- 강진철, “동성애”, 고향법학 제3호, 고향법학교수회, 2001. 5.
- 강희원, “이른바 “일반조항”에 관한 기초 법학적 이해”, 고향법학 제1집, 고향법학교수회, 1994. 1.
- 권영성, “사생활의 비밀과 자유의 불가침”, 고시연구 제83호, 고시연구사, 1981. 12.
- 권형준, “자기결정권에 관한 헌법재판소의 판례분석”, 법학논총 제17집, 한양대법학연구소, 2000. 10.
- 김대환, “헌법재판의 심사기준의 다양화 가능성과 과잉금지원칙의 헌법적 근거”, 세계헌법연구 제12권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2006. 12.
- 김명식, “성적 자기결정권의 헌법적 근거에 대한 재고찰”, 성균관법학 제15권 제2호, 성균관대 비교법연구소, 2003. 10.
- 김선택, “행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석”, 안암법학 제1집, 안암법학회, 1993. 9.
- 김선택, “행복추구권”, 고시연구 제235호, 고시연구사, 1993. 10.
- 김일환, “한국헌법상 ‘일반적 인격권’ 존재여부에 관한 비판적 고찰”, 공법연구, 한국공법학회, 2000. 6.
- 김일환, “성적 자기결정권의 헌법상 도출근거에 관한 비판적 검토”, 헌법학연구 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006. 6.
- 김종세, “기본권 일반조항의 바람직한 헌법개정방향”, 법학연구 제34집, 한국법학회, 2009. 5.
- 김주현, “자기결정권과 그 제한”, 헌법논총 제7집, 헌법재판소, 1996. 12.
- 김희균, “성폭력법 처벌의 이론: 강간죄의 구성요건 해당성”, 형사정책연구 제16권 제4호, 한국형사정책연구원, 2005. 12.

- 노기호, “군형법 제92조 “추행죄”의 위헌성 고찰—육군 제22사단 보통군사법원 2008.8.6. 위헌제청결정사건(2008고10)을 중심으로”, 헌법학연구 제15권 제2호, 한국헌법학회, 2009. 6.
- 박영주, “동성애에 대한 법적 태도”, 부산법조 제21호, 부산지방변호사회, 2004. 1.
- 배은경, “성폭력 문제를 통해 본 여성의 시민권”, 여성과 사회 제8집, 한국여성연구소, 1997. 7.
- 변종필, “강간죄의 폭행·협박에 관한 대법원의 해석론과 그 문제점”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006. 12.
- 서주실, “Warren·Brandeis의 The Right to Privacy”, 미국헌법연구 제6호, 미국헌법연구소, 1995. 7.
- 석인선, “헌법상 프라이버시권리 논의의 현대적 전개—미연방대법원 판례 분석을 중심으로”, 미국헌법연구 제24권 제1호, 미국헌법학회, 2013. 4.
- 성선재, “정보화시대에서 프라이버시의 변화”, 공법연구 제35집 제5호, 한국공법학회, 2004. 6.
- 안용교, “프라이버시 권리의 헌법론적 고찰—프라이버시 권리의 공법적 측면”, 건국대학교 학술지 인문사회과학편 제23집, 건국대학교 학술연구소, 1979. 5.
- 양삼승, “과잉금지의 원칙”, 헌법논총 제1집, 헌법재판소, 1990. 12.
- 윤명선, “프라이버시권에 관한 역사적 고찰—미국을 중심으로”, 경희법학 제20권, 경희대 법학연구소, 1985. 12.
- 윤영철, “형법의 법익론 관점에서 본 부부강간의 문제”, 형사정책연구 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007. 3.
- 이경환, “군대 내 동성애 행위 처벌에 대하여”, 공익과 인권 제5권 제1호, 서울대학교 BK21 법학연구단 공익인권법연구센터, 2008. 2.
- 이 열·김성돈, “성적 자기결정권의 형법적 의의와 기능”, 법학논총 제34권 제2호, 단국대 법학연구소, 2010. 12.
- 이준일, “헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성”, 헌법학연구 제7권 제1호, 한국헌법학회, 2001. 5.

성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰

- 이준일, “미혼모의 인권과 법정책”, 고려법학 제64호, 고려대 법학연구원, 2012. 3.
- 이호중, “균형법 제92조의 5 추행죄의 위헌성과 폐지론”, 형사법연구 제23집 제1호, 한국형사법학회, 2011. 3.
- 이효원, “성적 자기결정권에 대한 헌법재판소의 결정 분석”, 형사법의 신동향 제34호, 대검찰청, 2012. 3.
- 이희훈, “공직선거법 제93조 제1항의 헌법재판소 2009. 7. 30, 2007헌마718 결정에 대한 평석: UCC의 배포금지에 대한 비판을 중심으로”, 언론과 법 제8권 제2호, 한국언론법학회, 2009. 12.
- 이희훈, “공직선거법상 후보자의 신상공개에 대한 헌법적 평가”, 법과 정책 제16집 제2호, 제주대 법과정책연구원, 2010. 8.
- 이희훈, “집회 및 시위에 관한 법률 제5조 제1항에 대한 연구—헌재 2010. 04. 29, 2008헌바118결정에 대한 평석을 겸하여”, 헌법학연구 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010. 9.
- 이희훈, “일반교통방해죄와 외교기관 인근 집회·시위 금지에 대한 헌법적 평가—헌법재판소 2010. 03. 25. 선고, 2009헌가2 결정과 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고, 2010헌마111 결정에 대한 비판을 중심으로”, 공법연구 제39집 제3호, 한국공법학회, 2011. 2.
- 이희훈, “구 균형법 제92조에 대한 헌법적 평가—헌법재판소 2011. 3. 31. 선고, 2008헌가21 결정의 평석을 중심으로”, 일감법학 제20집, 건국대 법학연구소, 2011. 8.
- 이희훈, “간통죄와 강간죄에 대한 헌법적 고찰—성적 자기결정권의 침해를 중심으로”, 중앙법학 제13집, 중앙법학회, 2011. 9.
- 이희훈, “미국과 한국의 동성애자 군복무 정책과 군복무 중 동성애 행위 처벌 규정에 대한 헌법적 고찰”, 헌법학연구 제18집 제4호, 한국헌법학회, 2012. 12.
- 임영덕, “미국과 한국에서의 군대 내 동성애 정책에 대한 고찰”, 미국헌법연구 제22권 제3호, 미국헌법학회, 2011. 12.
- 임지봉, “행복추구권의 기본권성”, 저스티스 제71호, 한국법학원, 2003. 2.

- 전현희, “동성애의 법적 고찰”, 시민과 변호사 제83호, 서울지방변호사회, 2000. 12.
- 정연주, “군형법상 추행죄의 헌법적 문제”, 공법학연구 제12권 제2호, 한국비교공법학회, 2011. 5.
- 정영화, “사이버스페이스와 프라이버시—현행 개인정보보호법제의 문제점을 중심으로”, 헌법학연구 제6권 제3호, 한국헌법학회, 2000. 11.
- 정재황, “사이버공간상의 표현의 자유와 그 규제에 관한 연구”, 헌법재판연구, 헌법재판소, 2002. 12.
- 조 국, “‘아내강간’의 성부와 강간죄에서의 ‘폭행·협박’의 정도에 대한 재검토”, 형사정책 제13권 제1호, 한국형사정책학회, 2001. 6.
- 조 국, “군형법 제92조의5 ‘계간 그 밖의 추행죄’ 비판”, 형사법연구 제23집 제4호, 한국형사법학회, 2011. 12.
- 조규범, “미국의 프라이버시 법제에 관한 연구”, 성균관법학 제17권 제3호, 성균관대비교법연구소, 2005. 12.
- 조인섭, “성폭력 관련법”, 24기 성폭력 전문상담원 교육자료집, 한국성폭력상담소, 2006. 11.
- 조인형, “군형법상 추행죄의 문제점 및 개선방안”, 공군법률논집 제13집 제1권, 공군본부법무실, 2009. 1.
- 최재석, “군내 동성애자 문제에 대한 법률적 고찰—미군의 Don't Ask, Don't Tell 정책을 중심으로”, 법률정보판례연구 제1집 제1호, 법우사, 1999. 11.
- 최희경, “미국 헌법상 정보 프라이버시권”, 법학논집 제19집 제2호, 이화여대 법학연구소, 2014. 12.
- 태보영, “대학내 성폭력에 관한 연구”, 인간이해 제22집, 서강대학교 학생생활상담연구소, 2001. 7.
- 한상범, “사생활의 비밀과 자유의 불가침의 보장”, 고시연구 제81호, 고시연구사, 1980. 12.
- 한상범, “제5공화국 헌법의 특색”, 고시계 제288호, 국가고시학회, 1981. 2.
- 한인섭, “형법상 폭행개념에 대한 이론”, 형사법연구 제10호, 한국형사법학회, 1998. 12.

성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰

- 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009. 12
- 황성기, “강간죄에 대한 대법원 판례 비판”, 성폭력 조장하는 대법원 판례 바꾸기 제9차 자료집, 한국성폭력상담소, 2007. 3.
- 황인호, “미국에서 프라이버시권의 전개과정에 관한 고찰”, 토지공법연구 제19집, 한국토지공법학회, 2003. 9.
- 황치연, “과잉금지원칙의 내용”, 공법연구 제24집 제3호, 한국공법학회, 1996. 9.
- A. F. Westin, *Privacy and Freedom*, N.Y Atheneum, 1967.
- Albert Bleckmann, *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, 3. Aufl., Köln, 1989.
- A. R. Miller, *The Assault on Privacy*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1971.
- C. Fried, *Privacy*, 77 *Yale Law Journal* 475, 1968.
- Jeremy J.Gray, “The Military’s Ban on Consensual Sodomy in a Post-Lawrence World”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 21, 2006.
- Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 5 Bde. in Tl.-Bdn., Bd. III/2, C.H. Beck, 1994.
- Martin Morlok, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Germany, 1993.
- Peter Lerche, “Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff”, in; Isensee Josef/ Kirchhof Paul, (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, C.F. Müller, 1992.
- Robert Alexy, *Die Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1985.
- Stephen J. Schulhofer. *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1998.
- W. M. Beaney, *The Right to Privacy and American Law*, in *Law and Contemporary Problems*, Duke Univ, 1966.

연합뉴스, '원룸 침입해 여성 21명 연쇄성폭행……40대 무기징역', 검색일: 2015.8.30.  
<<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/08/25/0200000000AKR20150825160600053.HTML?input=1179m>>.

대판 1970. 3. 10. 70도29.

대판 1990. 12. 11. 90도2224.

대판 1991. 5. 28. 91도546.

대판 1992. 4. 14. 92도259.

대판 1999. 9. 21. 99도2608.

대판 2001. 2. 23. 2000도5395.

대판 2001. 10. 30. 2001도4462.

대판 2004. 6. 25. 2004도2611.

대판 2008. 5. 29. 2008도2222.

대판 2009. 2. 12. 2008도8601.

대판 2013. 5. 16. 2012도14788 · 2012전도252.

현재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정.

현재 1993. 3. 11. 90헌가70 결정.

현재 1997. 7. 16. 95헌가6 · 13(병합) 결정.

현재 1999. 4. 29. 94헌바37 외 66건(병합) 결정.

현재 2000. 12. 14. 99헌마112 결정.

현재 2001. 8. 30. 99헌바92, 2000헌바39, 2000헌마167 · 168 · 199 · 205 · 280(병합) 결정.

현재 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정

현재 2002. 1. 31. 2001헌바43 결정.

현재 2002. 3. 28. 2000헌바53 결정.

현재 2002. 6. 27. 2001헌바70 결정.

현재 2002. 10. 31. 99헌바40 · 2002헌바50(병합) 결정.

현재 2002. 10. 31. 99헌바76, 2000헌마505(병합) 결정.

성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰

헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518 결정.

헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3 결정.

헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17·21, 2008헌가7·26, 2008헌바21·47(병합) 결정.

헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21결정.

BVerfGE 32, 54(72).

Marcum v. United States, 60 M.J. 198 (C.A.A.F. 2004).

Stirewalt v. United States, 493 F.2d 1110(C.A.A.F. 2004).

(논문접수일: 2015. 8. 31. 논문심사일: 2015. 10. 27. 게재확정일: 2015. 11. 13.)





# 평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점

## A Critical Analysis of the Recent Constitutional Court Decisions of Equal Protection in Korea

韓 秀 雄(Han, Soo-Woong)

中央大學校 法學專門大學院 教授

### － 目 次 －

I. 문제의 제기 .....	243
II. 엄격한 평등심사가 정당화되는 경우 .....	246
1. 헌법이 스스로 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 경우(특별평등조항) .....	246
가. 엄격한 평등심사를 요청하는 헌법적 근거 .....	246
나. 특별평등조항의 헌법적 의미 .....	248
다. 엄격한 평등심사를 요청하는 헌법규정(특별평등조항) .....	249
라. 특별평등조항에 관한 헌법재판소 판례 .....	263
2. 차별대우가 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우 .....	264
가. 엄격한 심사를 요청하는 헌법적 근거 .....	264
나. 헌법적 의미 .....	268

III. 평등심사기준과 관련된 최근 주요 헌법재판소결정에 대한 비판	269
1. 현재 2010. 11. 25. 2006헌마328 결정(남성에 국한된 병역의무 부과 사건)의 문제점	269
가. 판시내용의 요지	269
나. 비판	271
2. 현재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정(제대군인 가산점 사건)을 비롯하여 공직취임권에 관한 헌법재판소결정의 문제점	274
가. 판시내용의 요지	274
나. 비판	276
3. 현재 2011. 5. 26. 2010헌마451 결정(선거방송토론회 사건)의 문제점	280
가. 판시내용의 요지	280
나. 비판	282
4. 현재 2011. 2. 24. 2008헌바56 결정(직계존속 고소불허 사건)의 문제점	285
가. 판시내용의 요지	285
나. 비판	286
IV. 맺는말	290
* 국문초록 및 주제어	293
* 독문초록 및 주제어	295
* 참고문헌	297

## I. 문제의 제기

헌법은 제11조 제1항 전문에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”고 하여 평등권을 보장하고 있다. 헌법상 평등권조항에 담겨 있는 평등원칙은 과잉금지원칙과 더불어 정의를 지향하는 헌법국가의 핵심적 행위원칙이다. 입법자는 법률의 제정에 있어서 무엇보다도 과잉금지원칙과 평등원칙을 입법의 한계로서 존중하고 준수해야 한다.

한편, 헌법 제11조 제1항 전문의 평등조항은 ‘어떠한 것이 같기 때문에 입법자가 같게 취급해야 하는지’를 판단할 수 있는 평가의 기준을 전혀 제시하지 않는다. 평등심사에 있어서 평가의 구체적 기준을 제시하지 못한다는 평등조항의 ‘내용적 개방성’으로 인하여, 헌법재판소는 이미 초기의 결정에서 ‘비교되는 사실관계를 달리 또는 같게 취급한 입법자의 평가가 자의적이어서는 안 된다’는 의미에서 ‘자의금지원칙’을 평등권 위반여부를 판단하는 심사기준으로 삼았다. 자의금지원칙에 의하면, 법률에 의한 차별을 정당화하는 합리적인 이유를 더 이상 인식할 수 없기 때문에 입법자의 결정을 용인하는 것이 일반적인 정의감정에 반하다고 판단되는 경우에 비로소, 평등원칙에 위반된다.<sup>1)</sup>

헌법재판소는 ‘제대군인 가산점 결정’(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363)을 계기로, 평등권의 위반여부를 판단하는 심사기준을 ‘자의금지원칙에 의한 완화된 심사’와 ‘비례의 원칙에 의한 엄격한 심사’로 구분하면서 엄격한 심사기준이 적용되는 경우를 구체적으로 서술함으로써 그 이후의 결정부터는 이러한 관점에 따라 평등심사를 하고자 시도하고 있다. 그러나 헌법재판소는 위 결정에서 엄격한 심사가 정당화되는 경우로서 ‘헌법이 특별히 평등을 요청하는 경우’와 ‘차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한

1) 한수용, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집(1998), 52면 이하 참조.

제한을 초래하는 경우'의 2가지 기준을 제시하였으나, 위 결정이 선고 된 지 15년이 지난 지금까지도 이러한 기준이 무엇을 의미하는지, 구체적으로 어떠한 경우가 이에 해당하는지에 관한 일관되고 명확한 판례가 형성되어 있지 않은 것으로 보인다. '제대군인 가산점 결정'에서 제시된 기준을 적용하고 있는 최근의 결정들을 살펴보면, 헌법재판소는 이러한 기준이 생성된 이론적 배경에 대한 기본적인 이해 없이, 나아가 위 기준의 적용범위에 관한 기본적인 합의 없이 매 사건마다 임기응변으로 대처하는 모습을 보이고 있다.

가령, 헌법재판소는 '제대군인 가산점 결정'에서는 근로의 영역에서 성별에 의한 차별을 금지하는 헌법 제32조 제4항은 '헌법이 특별히 평등을 요청하는 경우'에 해당한다고 판단한 반면, '남성에 국한된 병역의무의 부과 결정'(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328)에서는 성별 등에 의한 차별을 금지하는 헌법 제11조 제1항 후문은 '헌법이 특별히 평등을 요청하는 경우'에 해당하지 않는 것으로 판단하였다. 또한, 헌법재판소는 '선거방송토론회 결정'(헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451)에서 '선거운동에서의 기회균등'을 명시적으로 요구하는 헌법 제116조 제1항의 규정에도 불구하고 평등권위반 여부를 자의금지원칙을 적용하여 판단하였다. 뿐만 아니라, 헌법재판소는 '직계 존속 고소불허 결정'(헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56)에서 엄격한 심사가 요청되는 또 다른 경우인 '차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우'를 차별대우가 자유권이 아니라 재판절차진술권과 같은 절차적 기본권의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우에 대해서도 적용하고 있다.

헌법재판소의 이와 같이 일관되지 않는 판례의 발전에 직면하여, 헌법재판소가 스스로 제시한 기준의 생성배경과 그 적용범위를 다시 규명하고 확인해야 할 필요성은 매우 크다. 이 글에서는 첫째, 엄격한 평등심사가 요청되는 경우를 헌법재판소가 제시한 기준에 따라 '헌법이 특별히 차별을 금

지하는 특별평등조항의 경우'와 '차별대우가 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우'로 나누어, 우선 특별평등조항의 경우에 엄격한 심사를 정당화하는 헌법적 근거가 무엇인지, 일반적 평등조항과의 관계에서 특별평등조항의 헌법적 의미와 기능이 무엇인지, 어떠한 헌법규정이 특별평등조항에 해당하는지를 살펴본 다음(아래 II. 1.), 엄격한 심사를 요청하는 두 번째 경우와 관련하여 왜 엄격한 심사가 정당화되는지 그 헌법적 근거를 살펴보고, 두 번째 경우의 헌법적 의미와 적용의 한계를 검토하기로 한다(아래 II. 2.).

둘째, '평등심사기준에 관한 최근 주요 결정'을 대상으로 삼아, 헌법재판소가 '제대군인 가산점 결정'에서 제시한 '엄격한 평등심사의 기준'을 어떻게 구체화하고 있으며, 헌법재판소의 이러한 판시내용이 타당한 것인지에 관하여 위에서 확인한 이론적 바탕을 근거로 검토하고자 한다. 구체적으로, 헌법 제11조 제1항 후문의 규정, 헌법 제116조 제1항의 규정이 '헌법이 특별히 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 특별규정에 해당하는지'의 여부(아래 III. 1. 및 3.), 헌법 제25조의 공직취임권이 일반적 평등조항과 어떠한 관계에 있는지의 문제(아래 III. 2.), 차별대우로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우가 어떠한 경우이며, 자유권과 전혀 다른 성격을 가진 절차적 기본권의 제한이 문제되는 경우도 엄격한 심사를 정당화하는 경우에 해당하는지의 문제(아래 III. 4.) 등을 비판적으로 살펴보기로 한다.

## II. 엄격한 평등심사가 정당화되는 경우

### 1. 헌법이 스스로 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 경우(특별평등조항)

#### 가. 엄격한 평등심사를 요청하는 헌법적 근거

(1) 헌법은 헌법재판의 근거이자 동시에 한계이다. 헌법재판의 한계는 심사기준인 ‘실체적 헌법’으로부터 나온다. 헌법재판의 규범적 한계는 심사기준으로서의 헌법규범이 존재하지 않는 곳에 있다. 헌법재판소는 헌법을 심사기준으로 하여 입법자를 비롯한 국가기관이 헌법이 설정한 한계를 준수하였는지에 대하여 심사한다. 헌법이 국가행위에 대한 규범적 기준을 제시하고 있는 경우에만 헌법재판소는 이에 대한 위반을 확인할 수 있다. 사법적 판단의 심사기준이 될 수 있는 헌법규범이 존재하지 않는 경우, 바로 여기에 헌법재판의 한계가 있다.

따라서 헌법이 국가기관을 구속하는 만큼, 헌법재판소에 의한 심사가 가능하다. 이러한 점에서 ‘헌법이 국가기관을 구속하는 범위’와 ‘헌법재판소에 의한 심사의 범위’는 일치한다. 그런데 개별 헌법규범은 그 규율의 밀도와 규범적 효력에 있어서 상이하고, 이에 따라 국가기관에 대한 구속력에 있어서도 상이하다. 따라서 심사기준으로 고려되는 개별 헌법규범마다 별도로 입법자를 어느 정도로 구속하는지, 입법자에게 어느 정도로 형성권을 부여하는지 또는 제한하는지를 판단해야 한다.

평등권의 경우 입법자에게 광범위한 형성권이 인정된다면, 이는 헌법규범의 규율밀도(규범적 효력)가 낮기 때문이고 그 결과 입법자에 대한 구속력이 약하기 때문이다. 헌법재판의 심사기준으로서의 헌법규범이 가지는

이러한 결정적인 의미에 비추어, ‘헌법재판소’가 사법적으로 자제하는 것이 아니라 ‘헌법’이 스스로 확정하지 아니하고 입법자에게 그 형성을 위임하는 형태로 자제하는 것이다.<sup>2)</sup> 마찬가지로 헌법재판소가 입법자에게 정치적 형성권을 인정한다면, 이는 ‘헌법재판소’가 아니라 ‘헌법’이 스스로 부여하는 것이다.

(2) 이러한 관점에서 보건대, 헌법재판소의 심사밀도(엄격한 또는 완화된 심사)를 결정하는 중요한 기준은 입법자에게 인정되는 형성권의 정도이다. 평등권을 기준으로 하는 위헌심사에 있어서도 헌법재판소의 심사밀도는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라질 수밖에 없다. 따라서 입법자가 평등권을 입법을 통하여 구체적으로 실현함에 있어서 ‘헌법이 언제 어느 정도로 입법형성권을 제한하는지’의 관점에 의하여 심사밀도가 결정된다.

헌법이 스스로 평등권을 구체화하는 표현을 통하여 입법자에게 준수해야 하는 지침을 제시하는 경우, 입법자의 형성권은 축소되고, 이에 따라 보다 엄격한 심사가 요청된다. 단순한 자의심사를 넘는 엄격한 심사는 헌법에 직접적이든 간접적이든 근거가 있는 경우에만 허용될 수 있다. 따라서 헌법이 스스로 차별금지조항을 통하여 특별히 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 경우, 가령 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준이나 차별이 이루어져서는 안 되는 영역을 특별히 제시하고 있는 경우, 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 헌법재판소가 이러한 헌법적 요청이 준수되는지의 여부를 보다 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다.

---

2) Vgl. Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39(1981), S.112; Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2010, Rn.38; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2012, Rn.24.

### 나. 특별평등조항의 헌법적 의미

‘특별평등조항’이란,<sup>3)</sup> 무엇을 같게 또는 다르게 취급해야 하는지에 관하여 아무런 기준을 제시하지 않는 ‘일반적 평등조항’(헌법 제11조 제1항 전문)과는 달리, 특수한 방법으로 차별을 금지한다든지 아니면 평등을 요청함으로써 일반적 평등원칙의 내용을 구체화하고 입법을 통하여 평등원칙을 실현하는 입법자의 형성권을 제한하는 헌법상의 규정을 말한다. 특별평등조항은 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항에 대한 특별규정으로서 일반적 평등조항의 적용을 배제한다.<sup>4)</sup> 자유권의 영역에서 헌법 제10조 전문의 행복추구권이 개별자유권과의 관계에서 일반·특별관계에 있으며 개별자유권이 적용되지 않는 경우에 비로소 적용되는 일반적·보충적 자유권인 것과 마찬가지로, 일반적 평등조항은 특별평등조항이 적용되지 않는 경우에 비로소 보충적으로 적용된다.

특별평등조항은 일반적 평등조항과 비교할 때 보다 강화된 평등보호를 제공하고, 이로써 차별대우의 정당성에 대하여 보다 강화된 요구를 한다. 특별평등조항은 입법자가 모든 경우에 동등한 대우를 해야 한다는 것은 아니지만, 차별대우의 경우에는 특별한 정당성을 필요로 한다는 것을 의미한다. 헌법은 가령, 제11조 제1항 후문에서 절대적인 차별금지나 평등대우를 명령하는 것은 아니지만 입법자가 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 징표 또는 표지(標識)를 제시하였고, 이로써 헌법 스스로가 입법자의 형성권을 제한하고 있기 때문에, 입법자가 이러한 표지를 차별의 근거로 삼는 경우에는 헌법재판소가 헌법적 요청이 준수되는지 여부를 엄격하게 심사하는

- 3) ‘평등조항’이란 평등에 관한 객관적인 헌법규범을 말하며, 평등조항에 근거하여 개인에게는 국가에 대하여 평등을 요구할 수 있는 주관적 권리인 ‘평등권’이 부여되고, 국가에게는 이에 대응하는 의무로서 평등을 실현해야 할 의무가 부과된다.
- 4) 독일에서 일반적 평등조항과 특별평등조항의 관계에 관하여 vgl. Wendt, Spezielle Gleichheitsrechte, in: HbGR Bd.V, 2013, §127 Rn.3; Michael/Morlok, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn.783, 825.



것이 정당화된다.

헌법상의 특별평등조항은 ‘규정형식의 측면’에서는 아래에서 살펴보는 바와 같이, ‘헌법의 문언이 명시적으로 특별히 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 경우’와 ‘헌법해석을 통하여 헌법규정에 내재한 특별한 차별금지나 평등요청을 도출할 수 있는 경우’로 크게 나누어 볼 수 있다. 또한, 특별평등조항은 ‘규정내용의 측면’에서는 ‘역사적으로 우리 사회의 고유한 상황에 비추어 특별히 차별이 우려되기 때문에 헌법이 스스로 성별 등에 의한 차별을 금지하는 경우’와 ‘선거권·피선거권·선거운동에서의 기회균등·공직취임에서의 기회균등 등 참정권의 영역에서 모든 국민의 평등한 정치적 참여, 즉 엄격하고 형식적인 정치적 평등을 요청하는 경우’로 나누어 볼 수 있다.

#### 다. 엄격한 평등심사를 요청하는 헌법규정(특별평등조항)

(1) 헌법의 문언이 명시적으로 특별히 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 경우

(가) 헌법 제11조 제1항 후문(성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별금지)

1) 헌법 제11조 제1항 후문은 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항이 국가에 대하여 단지 평등원칙에 부합하는 행위를 요구할 뿐이라면, 후문은 구체적으로 어떠한 징표(표지)가 차별을 정당화하는 사유로 고려될 수 없는지에 관하여 규정하고 있다. 이로써 헌법 제11조 제1항 후문은 전문의 일반적 평등조항을 구체화하는 특별평등조항이다.<sup>5)</sup>

5) 독일에서도 독일기본법 제3조 제2항 제1문(“남성과 여성은 동등하다.”) 및 제3조

헌법제정자는 과거의 역사적 경험에 비추어 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별을 헌법규정을 통하여 금지하는 것이 필요하고, 일반적인 평등원칙만으로는 효율적으로 성별 등에 의한 차별을 배제할 수 있을 만큼 아직 국민 일반의 법의식이나 인식이 확고하지 않다고 판단하였기 때문에, 차별의 기준이 될 수 없는 특징을 특별히 명시적으로 언급하였다.<sup>6)</sup>

헌법 제11조 제1항 후문이 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 사유로서 ‘성별’을 언급한 것은 유교적 전통에 바탕을 둔 남존여비(男尊女卑) 사상에 대한 명시적인 부정을 의미한다. 헌법제정 당시 우리 사회에서 아직도 전통적인 남존여비사상과 가부장적 사고가 팽배하였고 혼인과 가정에서 남녀의 평등이 실현되고 있지 않았기 때문에, 헌법은 특별히 성별을 차별의 기준으로 삼아서는 안 되는 징표로 강조하고 있는 것이다.<sup>7)</sup>

헌법이 제11조 제1항 후문에서 차별금지사유로서 ‘종교’를 언급한 것은 국가가 특정 종교나 세계관과 일체감을 가지지 않는다는 종교적·세계관적 중립성을 표방한 것이고, 헌법 제20조 제2항의 정교분리의 원칙과 함께 국가의 세계관적 중립성을 실현하기 위한 필수적 요건을 규정한 것이다. 종교적·세계관적 중립성은 국가가 ‘모든 국민의 국가’로서 기능하기 위하여 불가결한 요건이다.<sup>8)</sup>

---

제3항 제1문(“어느 누구도 그의 성별, 출신, 인종, 언어, 출생지와 혈통, 신앙, 종교적 내지 정치적인 견해 때문에 차별받거나 우대받지 아니한다.”)은 일반적 평등조항인 제3조 제1항(“모든 인간은 법 앞에 평등하다.”)에 대한 특별규정으로서 일반적 평등조항의 적용을 배제하는 것으로 이해하고 있다. vgl Richter, Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: HbGR Bd.V. 2013, §126 Rn.34.

6) 1948년 건국헌법 제8조 “모든 국민은 법률 앞에 평등이며 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다. 사회적 특수계급의 제도는 일체 인정되지 아니하며 여하한 형태로도 이를 창설하지 못한다. 훈장과 기타 영전의 수여는 오로지 그 받은 자의 영예에 한한 것이며 여하한 특권도 창설되지 아니한다.”

7) 한수용, 헌법학, 2015, 586면.

8) 한수용, 헌법학, 2015, 586면.

헌법 제11조 제1항 후문이 차별금지사유로서 ‘사회적 신분’을 언급한 것은, 헌법제정 당시 아직도 우리 사회에 잔존하고 있던 유교적 전통으로서 반상제도(班常制度)와 같은 사회적 계급·신분제도에 대한 명시적인 부정을 표현하고 있는 것이다.<sup>9)</sup> 헌법 제11조의 평등원칙을 제정할 당시, 우리 사회에서 유교적 전통에 기인한 사회적 신분에 의한 차별이 아직도 완전히 폐지되지 않았고, 이에 의한 차별이 특별히 우려되었기 때문에, 헌법은 차별금지기준으로서 ‘사회적 신분’을 명문으로 수용한 것이다. “사회적 특수 계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.”고 규정하는 헌법 제11조 제2항도 위와 같은 헌법해석의 타당성을 뒷받침하고 있다.

2) 한편, 학계의 견해는 ‘헌법 제11조 제1항 후문은 전문의 ‘법 앞의 평등’의 내용을 단지 예시한 규정으로 이해해야 한다’고 주장하는 ‘예시적 규정설’과 ‘전문과 후문을 각 고유한 헌법적 의미와 기능을 가진 일반적 평등조항과 특별평등조항으로 이해하면서, 후문에 규정된 차별금지사유를 열거적인 것으로 이해해야 한다’고 주장하는 ‘열거적 규정설’로 나뉘어있다.<sup>10)</sup> 여기서 ‘열거적’이란, 후문에 규정된 차별금지사유에 의한 차별의 경

9) 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집(1988), VI. 1. 가. 서술부분 참조.

10) 예시적 규정설로는 권영성, 헌법학원론, 2010, 394면; 성낙인, 헌법학, 2014, 1006면; 정종섭, 헌법학원론, 2014, 452면; 홍성방, 헌법학(중), 2010, 62면; 허영, 한국헌법론, 2010, 346면. 이에 대하여 열거적 규정설로는 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집(1988), 90면; 김주환, “평등권 심사기준의 체계화”, 강원법학 제31권, 2010. 10. 38면; 이재희, “일반적 평등권 보장과 개별적 평등권 보장”, 헌법학연구 제21권 제2호, 2015. 6. 151면; 이상경, “사회적 신분에 의한 차별사유에 관한 소고”, 헌법학연구 제20권 제4호, 2014. 12. 177면; 이종수, “사회적 신분에 의한 차별금지의 헌법적 의미”, 공법연구 제31권 제1호, 2002. 11. 357면; 전광석, 한국헌법론, 2011, 262면; 조홍석, “평등권에 대한 헌법재판소 판례의 분석과 전망”, 공법연구 제33집 제4호, 2005. 6. 118면; 손상식, “평등권의 침해 여부에 대한 심사기준”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013, 26면. 또한 이러한 방향으

우에 한하여 특별평등조항인 후문의 규정이 적용되고, 그 외의 사유에 의한 차별의 경우에는, 예외적으로 다른 특별평등조항이 적용되지 않는 한, 일반적 평등조항을 적용하여 평등권위반여부를 심사해야 한다는 것을 의미한다. 반면에, ‘예시적 규정설’에 의하면 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별의 경우 및 그 외의 사유에 의한 차별의 경우 모두 전문의 일반적 평등조항을 적용하여 위헌여부를 판단하게 된다.

‘예시적 규정설’에 의하면, 위 후문 규정은 고유한 의미와 기능을 부여받음이 없이 전문 규정에 종속되어 단지 일반적 평등조항의 내용을 예시하는 규정으로, 헌법이 굳이 규정하지 않아도 될 당연한 사실을 규정한 조항, 즉 헌법 내에서 존재의미가 없는 조항으로 전락하게 된다. 그러나 개별 헌법 규범은 ‘헌법의 통일성’의 관점에서 헌법 내에서 그에게 부여된 고유한 의미를 갖도록 해석되어야 한다는 것은 헌법해석의 기본적인 출발점이다. 뿐만 아니라, 헌법 제11조 제1항 후문을 예시적 규정으로 본다면, 전문의 일반적 평등원칙을 구체화하고 있는 일련의 특별평등조항들(가령, 헌법 제32조 제4항 등)도 모두 헌법적으로 특별한 의미가 없는 예시적 규정으로 보아야 하는데, 다수의 헌법규정을 무의미하게 만드는 이러한 해석이 타당할 수 없다. 따라서 헌법 제11조 제1항 후문은 전문에 대한 특별규정으로서 차별의 기준으로 삼아서는 안 되는 특징을 ‘열거적으로’ 규정한 것으로 이해해야 한다.

3) ‘예시적 규정설’은 ‘성별·종교·사회적 신분 외에도 입법자가 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준은 다양하게 존재하기 때문에 헌법 제11조 제1항 후문을 단지 예시적인 규정으로 보아야 한다’고 주장한다. 물론, 헌법 제11조 제1항 후문에 규정된 차별금지사유 외에도 이에 버금가게 중요하기 때문에, 헌법이 차별의 기준으로 삼아서는 안 되는 다양한 사유, 가

---

로 성기용, “평등권의 보장과 발전”, 헌법논총 제19집(2008), 536면.

령 인종이나 출신 등을 제시하는 것이 가능할 것이다. 그러나 독일과 미국을 비롯하여 다수 국가의 헌법은 각국의 고유한 민족적 또는 역사적 체험을 바탕으로 명문으로 또는 최고법원의 판례를 통하여 특별히 차별의 기준으로 삼아서는 안 되는 사유를 제시하면서 이러한 차별금지사유를 열거적인 의미에서 이해하고 있는데,<sup>11)</sup> 우리의 경우에는 왜 달리 판단되어야 하는지의 의문이 제기된다.

우리 헌법은 제11조 제1항 후문 외에도, 아래에서 살펴보는 바와 같이 일반적 평등원칙을 구체화하는 다수의 특별평등조항을 가지고 있다. 나아가 헌법이 차별대우와 관련하여 구체적인 기준을 제시하고 있지 않기 때문에 ‘일반적 평등조항’이 적용되는 경우라 하더라도, 헌법에 열거되지 아니한 사유로 인한 차별이 개인의 인격발현에 중대한 영향을 미치는 경우에는 헌법해석을 통하여 엄격한 심사를 할 수 있는 가능성을 제공하고 있다. 가령, 입법자가 헌법 제11조 제1항 후문에 열거된 차별금지사유와 유사하게 개인의 인격발현에 중대한 영향을 미치는 인격적 요소(가령, 인종, 출신, 혈통 등)를 차별의 기준으로 삼는다면, 헌법재판소의 확립된 판례에 따라 이러한 차별은 자유권의 행사에 미치는 중대한 제한효과로 인하여 ‘차별이 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’에 해당하게 되어 예외 없이 엄격한 심사가 이루어진다.<sup>12)</sup>

#### (나) 헌법 제31조 제1항(교육의 영역에서 능력 외의 기준에 의한 차별금지)

- 
- 11) 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 표지를 특별히 언급하고 있는 독일 기본법 제3조 제3항은 우리 헌법 제11조 제1항 후문에 해당하는데, 독일 기본법 제3조 제3항에 언급된 표지는 열거적으로 규정된 것이라는 것이 독일의 학계와 판례의 지배적 견해이다. vgl. Michael/Morlok, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn.825.
- 12) 한수용, 헌법학, 2015, 587-588면; 김주환, “일반적 평등원칙의 심사기준과 방법의 합리화 방안”, 공법학연구 제9권 제3호, 2008. 8. 215면; 이재희, “일반적 평등권 보장과 개별적 평등권 보장”, 헌법학연구 제21권 제2호, 2015. 6. 151면.

헌법은 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 헌법은 “능력에 따라 균등하게”라는 표현을 통하여 교육영역에서 일반적 평등조항을 구체화하고 있다. 헌법 제31조 제1항은 헌법 제11조의 일반적 평등조항에 대한 특별규정으로서 교육의 영역에서 평등원칙을 실현하고자 하는 것이다.<sup>13)</sup> 평등권으로서 교육을 받을 권리는 ‘취학의 기회균등’, 즉 각자의 능력에 상응하는 교육을 받을 수 있도록 교육시설에 입학함에 있어서 자의적 차별이 금지되어야 한다는 차별금지원칙을 의미한다.

헌법 제31조 제1항은 교육시설에 입학함에 있어서 고려될 수 있는 유일한 차별기준으로서 ‘능력’의 요건을 스스로 제시함으로써, 능력 이외의 다른 요소에 의한 차별을 원칙적으로 금지하고 있다.<sup>14)</sup> 여기서 ‘능력’이란 ‘수학능력’을 의미한다. 교육제도에서 ‘수학능력’은 개인의 인격발현과 밀접한 관계에 있는 인격적 요소이며, 교육시설에 입학함에 있어서 고려될 수 있는 합리적인 차별기준을 의미한다.<sup>15)</sup> 이로써 교육의 영역에서 ‘능력주의’가 헌법적으로 확정되었고, 교육시설의 입학에서 능력 외의 다른 요소를 고려하여 취학기회를 제한하는 것은 원칙적으로 금지되며, 이에 대하여 특별한 정당성을 요구한다. 교육의 영역에서 능력주의는 입학여부를 결정하는 시험에 있어서 수학능력을 기준으로 하는 평가를 요구한다. 따라서 가령, 수학능력이 아니라 다른 기준에 의한 학생선발제도나 입학시험제도는 위헌의 의심을 강하게 불러일으키는 차별로서 보다 엄격하게 심사되어야 한다.<sup>16)</sup>

13) 유사한 취지로 헌재 1994. 2. 24. 93헌마192(의무교육 취학연령), 판례집 6-1, 173, 177.

14) 한수웅, “교육을 받을 권리와 국가교육권한의 한계 - 교육평준화 및 학교선택권 제한의 헌법적 한계를 중심으로”, 『법조』, 2008. 4. 8면.

15) Vgl. Oppermann, Schule und berufliche Ausbildung, in: HdbStR Bd.6, 1989, §135, Rn.41.

16) 같은 취지로 허영, 한국헌법론, 2010, 446면.

**(다) 헌법 제32조 제4항(근로의 영역에서 성별에 의한 차별금지)**

헌법은 제32조 제4항에서 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.”고 규정하고 있다. 위 헌법규정은 근로의 영역에서 성별에 의한 차별을 금지함으로써 특별히 남녀평등을 요구하고 있으므로, 엄격한 평등심사가 요청된다. 근로의 영역에서 양성의 평등을 요청하는 헌법 제32조 제4항은 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등권을 구체화하는 특별평등조항이자, 나아가 성별에 의한 차별을 모든 생활영역에서 금지하는 헌법 제11조 제1항 후문을 근로의 영역에서 다시 강조하고 확인하는 규정이다.

**(라) 헌법 제36조 제1항(혼인과 가족생활에서 성별에 의한 차별금지)**

헌법은 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있다. 위 헌법규정은 입법자가 혼인과 가족생활을 형성함에 있어서 준수해야 하는 헌법적 지침으로 ‘개인의 존엄’과 ‘양성의 평등’을 제시함으로써 혼인과 가족생활에서 성별에 의한 차별을 명시적으로 금지하고 있다. 혼인과 가족생활에서 ‘양성의 평등’은 전통적인 남존여비사상과 가부장적 사고에 대한 명시적인 부정을 의미한다. 헌법 제36조 제1항은 성별에 의한 차별을 금지하는 헌법 제11조 제1항 후문을 혼인과 가족생활의 영역에서 다시 강조하고 확인하는 규정이다.

**(마) 헌법 제39조 제2항(병역의무의 이행으로 인한 차별금지)**

헌법 제39조 제2항은 “누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”고 하여, 병역의무의 이행을 이유로 하는 불리한 차별을 금지하는 것은 물론이고, 병역의무의 이행으로 인하여 발생한 사실적

상황에 불리한 차별을 결부시키는 것을 금지하고 있다.<sup>17)</sup> 가령, 입법자가 국가공무원 임용연령의 확정함에 있어서 군복무기간을 고려하지 아니하고 그 상한을 너무 낮게 정함으로써 군복무를 이행한 지원자(군필자)의 임용을 사실상 어렵게 하는 경우 또는 특정 자격시험의 응시연령을 제한함에 있어서 병역의무의 이행으로 인한 시간적 지체를 고려하지 아니하고 응시연령을 확정하는 경우에는 헌법 제39조 제2항의 위반여부가 문제될 수 있다.

‘병역의무의 이행’과 ‘불이익한 처우’ 사이에는 인과관계가 있어야 하므로, ‘병역의무의 이행으로 인한 불이익한 처우’란 ‘누가 병역의무를 이행하였다는 바로 그 이유 때문에 불이익한 처우를 받는 경우’를 말한다. 여기서 불이익한 처우라 함은 단순한 사실상, 경제상의 이익을 모두 포함하는 것이 아니라 법적인 불이익을 의미하는 것으로 보아야 한다.<sup>18)</sup> 따라서 헌법 제39조 제2항은 제대군인가산점제도와 같이 제대군인에게 적극적인 보상조치를 취하는 제도의 헌법적 근거가 될 수 없다.<sup>19)</sup> 또한, 병역의무 그 자체를 이행하느라 받는 불이익은 병역의무의 이행으로 인한 불이익한 처우의 금지와는 무관하다.<sup>20)</sup>

---

17) 헌재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122, 133, “헌법 제39조 제2항 …의 의미에 관하여는 논란이 있을 수 있겠으나, 병역의무 이행을 직접적 이유로 차별적 불이익을 가하거나, 또는 병역의무를 이행한 것이 결과적, 간접적으로 그렇지 아니한 경우보다 오히려 불이익을 받는 결과를 초래하여서는 아니 된다는 것이 그 일차적이고도 기본적인 의미이다.”

18) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363등(제대군인가산점), 판례집 11-2, 770, 784.

19) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363등(제대군인가산점), 판례집 11-2, 770, 784, “가산점 제도는 이러한 헌법 제39조 제2항의 범위를 넘어 제대군인에게 일종의 적극적 보상조치를 취하는 제도라고 할 것이므로 이를 헌법 제39조 제2항에 근거한 제도라고 할 수 없다.”

20) 헌재 1999. 2. 25. 97헌바3등, 판례집 11-1, 122.



(바) 헌법 제116조 제1항(선거운동에서의 기회균등)

헌법은 제116조 제1항에서 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리 하에서 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”고 규정하고 있다. 위 헌법규정은 선거운동에서의 기회균등을 보장함으로써, 선거의 공정을 실현할 수 있도록 입법자에게 선거운동의 자유를 제한할 수 있는 권한을 부여하는 규범이자, 선거에서의 기회균등을 요청하는 평등선거원칙을 다시 한 번 확인하고 강조하는 규범이다. 헌법 제116조 제1항은 선거운동의 영역에서 평등원칙이 구체화된 형태로서, 선거운동과 관련하여 특별히 명시적으로 평등을 요청함으로써, 선거운동에서의 차별대우는 특별한 정당성을 필요로 한다는 것을 표현하고 있다. 따라서 선거운동에서의 기회균등의 위반이 문제되는 경우에는 엄격한 심사가 정당화된다.

(2) 헌법해석을 통하여 헌법규정에 내재한 특별한 차별금지나 평등요청을 도출할 수 있는 경우

(가) 헌법 제25조(공직취임에서 능력 외의 기준에 의한 차별금지)<sup>21)</sup>

헌법은 제25조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 하여 선거직 이외의 공직에 임명될 수 있는 ‘공직취임권’과 각종 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 ‘피선거권’이라는 상이한 보장내용을 포괄하는 공무담임권을 보장하고 있다.<sup>22)</sup> 공직취임권은 ‘누구나 공직에 취임할 수 있는 권리’가 아니라, 단지 ‘누구나 공직에 균등하게 접근할 수 있는 권리’를 보장한다.<sup>23)</sup> 국민은 공직취임권을 근거로 하여 국가로

21) 공무담임권에 관한 상세한 서술로는 한수웅, “공무담임권의 보장내용－공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 곁하여－”, 『중앙법학』 제16집 제3호, 2014. 9. 9-16면 참조.

22) 헌재 1996. 6. 26. 96헌마200, 판례집 8-1, 550, 557.

23) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788등(선고유예 받은 공무원의 당연퇴직), 판례집 14-2, 219, 224.

부터 공직의 제공을 요구할 수 없으나, 국가가 일단 공직을 제공하는 경우에는 국가는 급부를 제공하는 경우와 마찬가지로 평등원칙의 구속을 받기 때문에, 공직의 배분에 있어서 평등원칙을 준수해야 한다. 따라서 공직취임권은 ‘공직취임의 기회균등’에 관한 것이다.

헌법 제25조의 공무담임권은 공무원선발의 구체적 기준을 제시하고 있지 않지만, 평등원칙의 관점에서 능력주의를 기준으로 삼을 것을 필연적으로 요청한다.<sup>24)</sup> 능력주의란, 공무원의 임용과 승진에 있어서 단지 공무원의 ‘능력과 적성’만이 유일한 기준으로서 고려될 수 있다는 원칙이다.<sup>25)</sup> 다수의 국민이 제한된 공직을 가지고 경쟁하는 경우, 평등민주주의의 관점에서 볼 때 직업공무원의 선발에서 고려될 수 있는 유일한 합헌적 기준은 ‘공직에의 적격성(適格性)’, 즉 지원자의 ‘능력과 적성’일 수밖에 없다. 공무담임권의 헌법적 보장은 곧 능력주의의 헌법적 보장을 의미한다.<sup>26)</sup>

따라서 헌법 제25조의 공무담임권은 적어도 직업공무원의 임용(공직취임)에 관한 한, 헌법해석을 통하여 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 공무담임권을 가진다.”의 의미로 이해되어야 한다.<sup>27)</sup> 공무담임권은 공무원선발에 있어서 고려될 수 있는 유일한 차별기준으로서 ‘능력’을 제시함으로써

24) 한편, 독일 기본법 제33조 제2항은 “모든 독일인은 적성, 능력과 전문성에 따라 균등하게 공직에 취임할 권리를 가진다.”고 하여 공직선발에 있어서 능력주의를 스스로 확정하고 있다.

25) 현재 1999. 12. 23. 98헌마363(제대군인 가산점제도), 판례집 11-2, 770, 797, “헌법 제25조의 공무담임권 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 되는바, ……”

26) 능력주의에 관하여 상세하게 한수웅, “헌법 제7조의 의미 및 직업공무원제도의 보장”, 『법조』 2012. 11, 46면 이하 참조.

27) 이는 헌법 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 하여 교육을 받을 권리를 ‘개인적 능력의 유보’ 하에 둔 것과 그 맥락을 같이 한다.

써, 능력 이외의 다른 요소에 의한 차별을 원칙적으로 금지하고 있다. 이로써 공무원선발에 있어서 능력 외의 다른 요소를 고려하여 공직에의 접근을 제한하는 것은 원칙적으로 금지된다.<sup>28)</sup> 그러므로 공무원의 선발에 있어서 지원자의 능력 외에도 다른 요소(가령, 재대군인인지 또는 국가유공자인지의 여부 등)를 함께 고려하는 제도는 원칙적으로 능력에 의한 차별만을 허용하는 헌법 제25조의 요청에 반하는 것이므로, 위헌의 의심을 강하게 불러일으키는 차별로서 엄격한 평등심사가 정당화된다.

요컨대, 헌법 제25조의 공무원임권은 공직취임에 있어서 ‘능력’ 외의 기준에 의한 차별을 금지함으로써 특별히 평등을 요구하고 있다. 이로써 공직취임권은 특별평등권으로서 헌법 제11조의 일반적 평등권의 적용을 배제한다.<sup>29)</sup>

#### (나) 헌법 제36조 제1항(혼인과 가족생활에 대한 차별금지)

헌법은 제36조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있다. 여기서 국가의 ‘보장의무’란, 첫째, 이에 대응하는 개인의 주관적 권리로서 국가공권력에 의한 혼인과 가족생활의 침해를 금지하는 자유권의 보장을 의미하고, 둘째, 혼인·가족제도를 헌법적으로 보장하며(제도보장), 셋째, 모든 국가기관에 대하여 혼인과 가족생활을 보장해야 할 객관적 의무를 부과하고 있다.<sup>30)</sup>

28) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25(국가유공자 및 가족 가산점), 판례집 13-1, 386, “헌법 제25조가 보장하고 있는 비선거직 공직에 대한 공직취임권은 모든 국민에게 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장한다는 뜻으로 보아야 할 것이므로, 원칙적으로 공직자선발에 있어 해당 공직이 요구하는 직무수행능력과 무관한 요소인 성별·종교·사회적 신분·출신지역 등을 이유로 하는 어떠한 차별도 허용되지 않는다.”

29) Vgl. Wendt, Spezielle Gleichheitsrechte, in: HbGR Bd.V. 2013, §127 Rn.50ff..

30) 헌법재판소도 헌법 제36조 제1항의 보장내용을 이러한 취지로 이해하고 있다. 헌

혼인과 가족생활을 보장해야 할 국가의 객관적 의무는 혼인과 가족생활의 영역을 규율하는 입법자 및 법규범을 적용하는 법원과 행정청에 대하여 구속력 있는 가치결정을 의미한다. ‘혼인과 가족생활의 보장의무’로부터 일차적으로 혼인과 가족에 대한 불리한 차별의 금지가 도출된다. 국가가 혼인과 가족생활을 보장해야 한다면, ‘기혼자 및 가족의 구성원’을 ‘미혼자 및 가족의 구성원이 아닌 자’에 대하여 불리하게 차별해서는 안 된다는 것은, 국가가 취해야 할 가장 소극적이고도 일차적인 조치인 것이다. 헌법 제36조 제1항은 혼인을 하였다는 이유로 또는 가족을 구성하였다는 이유로 누구도 불리한 차별을 받아서는 안 된다는 요청을 함으로써, 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항에 대한 특별조항에 해당한다. 따라서 국가가 혼인과 가족에 대하여 차별을 하는 경우에는 엄격한 심사가 정당화된다.<sup>31)</sup> 부부 또는 가족구성원으로서의 특징에 의무나 부담을 결부시키는 것은 원칙적으로 허용되지 않으며, 이를 정당화하는 ‘중대한 합리적인 이유’

---

재 2002. 8. 29. 2001헌바82(부부자산소득 합산과세제도), 판례집 14-2, 170, “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.”

31) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82(부부자산소득 합산과세제도), 판례집 14-2, 170; 또한 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112(종합부동산세), 판례집 20-2하, 1, 2, “특정한 조세 법률조항이 혼인이나 가족생활을 근거로 부부 등 가족이 있는 자를 혼인하지 아니한 자 등에 비하여 차별 취급하는 것이라면 비례의 원칙에 의한 심사에 의하여 정당화되지 않는 한 헌법 제36조 제1항에 위반된다 할 것인데, ……”

를 필요로 한다.

(다) 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항의 보통·평등선거원칙(정치적 참여의 평등)<sup>32)</sup>

보통·평등선거원칙은 선거의 영역에서 일반적 평등조항이 구체화된 형태로서 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항에 대한 특별규정이다.<sup>33)</sup> 일반적 평등조항이 ‘사회의 영역’을 규율하는 국가에 대한 평등의 요청이라면, 보통·평등선거원칙은 ‘정치적 영역’을 규율하는 국가에 대한 평등의 요청이다. 사회의 영역은 개체의 고유성, 상이함, 다양성, 사적 자치의 사고에 의하여 지배되고 있으므로, 국가에 대하여 모든 대상을 원칙적으로 동등하게 대우할 것을 요청하지 않는다. 이에 대하여, 정치적 영역은 민주주의를 구성하는 영역으로서 모든 국민의 원칙적인 정치적 평등에서 출발하고 있다.<sup>34)</sup>

헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항은 모든 대상을 원칙적으로 동등하게 취급할 것을 요청하는 것이 아니라, 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 취급할 것을 요청한다. 일반적 평등조항의 경우, 모든 사실관계와 기본권주체를 원칙적으로 평등하게 취급해야 한다는 전제가 성립하지 않으며, 이에 따라 ‘형식적 평등이 원칙이고 차별은 예외’라고 하는 관계가 성립하지 않는다. 일반적 평등원칙이란 정의에 부합하게 같은 것은 같게 다

32) 이에 관한 상세한 서술로는 한수웅, ”헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451 결정(선거방송토론회 사건)에 대한 판례평석-평등권과 평등선거원칙의 관계를 중심으로-”, 『중앙법학』 제14집 제3호, 2012. 9. 103-118면 참조.

33) Vgl. Wendt, Spezielle Gleichheitsrechte, in: HbGR Bd.V. 2013, §127 Rn.9ff.; Frowein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, AöR 99(1974), S.80; M. Morlok, in: Dreier(Hg), Grundgesetzkommentar, Bd.2, 2006, Art.38, Rn.94.

34) Vgl. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR Bd.II, 2004, §24 Rn.42; Meyer, Wahlgrundsätze und Wahlverfahren, in: HStR II, 1987, §38 Rn.21.

른 것은 다르게 취급할 것을 요청하는 그 본질상 상대적 평등이다.

반면에, 보통·평등선거원칙은 모든 국민의 평등한 정치적 참여를 요구하고, 이로써 선거권과 피선거권의 영역에서 모든 국민의 원칙적인 평등을 요청한다. 헌법상 선거원칙은 선거의 헌법적 기능을 확보하고자 하는 것이고, 피선거권과 후보자 권리의 평등을 보장하지 못하는 선거원칙은 선거의 헌법적 기능을 확보할 수 없다. 선거원칙이 유권자의 평등 및 후보자의 평등을 요청한다는 것은 평등민주주의에서 필연적이다.

그러므로 모든 국민은 유권자로서 동수의 투표권을 가지며(보통선거원칙) 모든 투표는 가능하면 동등한 비중을 가져야 한다(평등선거원칙). 이러한 요청은 피선거권에 대해서도 마찬가지로 적용되어, 보통선거원칙의 관점에서 모든 국민은 선거에 입후보하여 공직에 취임할 수 있는 동등한 권리를 가져야 하며, 나아가 평등선거원칙의 관점에서 선거에 입후보하여 선출될 수 있는 동등한 기회(선거에서의 기회균등)를 가져야 한다.<sup>35)</sup> 이러한 의미에서 보통·평등선거원칙은 엄격하고도 형식적인 평등을 요청한다. 보통·평등선거원칙의 경우에는 평등대우가 원칙이고 차별대우가 예외이므로, 선거의 영역에서 차별대우는 불가피한 합리적인 사유에 의하여 특별히 정당화되어야 한다.<sup>36)</sup> 일반적 평등원칙과 보통·평등선거원칙이 헌법적으로 국가에 대하여 요청하는 바가 서로 다르다면, 이에 상응하여 그 위반여부를 판단하는 기준도 달라야 한다.<sup>37)</sup>

35) Vgl. Pauly, Das Wahlrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 123(1998), S.246ff.; Meyer, Wahlgrundsätze und Wahlverfahren, in: HStR II, 1987, §38 Rn.25; H. H. Trute, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar Bd.2, 2001, Art.38 Rn.56; Kunig, Fragen zu den Wahlrechtsgrundsätzen, Jura 1994 S.557; 허영, 『한국헌법론』, 2010, 771면; 권영성, 『헌법학』, 2010, 204면; 계희열, 『헌법학(상)』, 2004, 309면

36) Vgl. BVerfGE 34, 81, 98f.; 69, 92, 106.

37) Vgl. Pauly, Das Wahlrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 123(1998), S.250ff.

## 라. 특별평등조항에 관한 헌법재판소 판례

헌법재판소는 근로영역에서 남녀평등을 요청하는 헌법 제32조 제4항 및 혼인과 가족생활의 영역에서 남녀평등을 요청하는 헌법 제36조 제1항에 대하여 헌법에서 특별히 평등을 요청하는 특별평등조항의 성격을 인정함으로써 엄격한 심사가 정당화된다고 판시하였다.<sup>38)</sup>

반면에, 헌법 제11조 제1항 후문에 대해서는 비록 재판관 4인의 의견이기는 하지만, 특별히 평등을 금지하는 규정이 아니라 단지 일반적 평등조항의 내용을 예시하는 규정으로 판단함으로써 입법형성권을 제한하는 특별평등조항으로서의 성격을 부인하였고,<sup>39)</sup> 마찬가지로 헌법 제116조 제1항에 대해서도 엄격한 심사를 요청하는 특별평등조항의 성격을 부인하였다.<sup>40)</sup>

교육의 영역에서 능력 외의 기준에 의한 차별을 금지하는 헌법 제31조 제1항이 특별평등조항에 해당하는지에 관해서는 아직 입장을 밝힐 기회가 없었던 것으로 보인다. 한편, 헌법 제36조 제1항의 경우, 헌법이 범문상 명시적으로 차별을 금지하는 것은 아님에도 헌법해석을 통하여 혼인과 가족생활에 대한 차별금지를 도출함으로써 엄격한 심사기준을 적용하고 있다.<sup>41)</sup>

이에 대하여 헌법 제25조의 경우, 공무담임권이 공직취임에서 능력 외의 기준에 의한 차별금지를 요청하는 특별평등권임을 인식하지 못하고 있다. 그 결과, ‘제대군인 가산점 결정’을 비롯하여 일련의 결정에서 공무담임권 대신 일반적 평등조항을 심사기준으로 삼아 평등권위반여부를 판단하고 있

38) 헌법 제32조 제4항과 관련하여 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정(제대군인 가산점 사건) 참조; 헌법 제36조 제1항과 관련하여 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328 결정(남성에 국한된 병역의무 부과 사건) 참조.

39) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328 결정(남성에 국한된 병역의무 부과 사건)

40) 헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451 결정(선거방송토론회 사건)

41) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82 결정(부부자산소득 합산과세제도)

다.<sup>42)</sup> 또한, 헌법재판소는 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항의 보통·평등선거원칙이 참정권의 영역에서 특별평등조항이며 ‘피선거권의 제한’이나 ‘선거운동에서의 기회균등’의 문제가 보통·평등선거원칙의 문제라는 것을 인식하지 못하고, 피선거권의 제한이나 선거에서의 기회균등이 문제되는 일련의 결정에서 엄격한 심사가 아니라 자의금지원칙에 따른 완화된 심사를 하고 있다.<sup>43)</sup>

## 2. 차별대우가 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우

### 가. 엄격한 심사를 요청하는 헌법적 근거

(1) 헌법재판소는 “차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”라고 하여 엄격한 심사기준이 적용되는 또 다른 경우로 ‘차별대우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’를 언급하고 있다. 여기서 ‘엄격한 평등심사를 요청하는 또 다른 법적 상황’이 무엇인지를 이해하기 위해서는, 차별대우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래한다면 왜 입법형성권이 제한되는지, 입법형성권이 축소됨으로써 헌법재판소에 의한 엄격한 평등심사가 정당화되는 경우란 구체적으로 어떠한 경우인지의 문제가 규명되어야 한다.

입법자의 형성권은 언제나 동일하게 인정되는 것이 아니라 자유권침해의 효과에 따라 그 정도를 달리한다. 기본권제한의 효과에 따라 입법자에게 인정되는 입법형성권의 범위와 심사밀도가 달라질 수 있다고 하는 것은 자유권의 영역에서 확립된 원칙에 속한다. 자유권에 대한 제한의 효과가 클

42) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정(제대군인 가산점 사건)

43) 헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451 결정(선거방송토론회 사건)



수록 자유의 제한을 정당화하는 공익이 중대해야 하며, 이에 따라 자유권의 제한은 더욱 엄격하게 심사되어야 한다. 자유권제한의 중대성은 공권력 행위에 의하여 구체적으로 제한된 자유영역이 개인의 자유로운 인격발현에 대하여 가지는 중대성에 따라 달라지며, 이에 따라 헌법재판소에 의한 심사의 밀도도 달라진다.

헌법재판소도 침해된 법익의 의미, 즉 자유권제한의 효과에 따라 심사의 밀도가 다르며, 개인적 자유의 핵심영역에 대한 공권력의 침해는 더욱 중대한 공익에 의하여 정당화되어야 하는 반면, 침해된 자유영역이 사회적 기능 및 사회적 연관성을 가질수록 입법자는 폭넓은 규율권한을 가진다는 것을 일련의 결정에서 언급하고 있다.<sup>44)</sup>

(2) 따라서 자유권의 영역에서 제한된 자유가 개인의 핵심적 자유 영역에 속하는 것인지 아니면 사회적 기능이나 사회적 연관성을 가지는 것인지에 따라 기본권보호에 차등을 두고 이로써 입법자에게 인정되는 형성권의 범위를 달리하는 것과 마찬가지로, 평등권의 영역에서도 차별대우가 당사자의 자유권에 대하여 미치는 의미와 효과에 따라 입법형성권의 정도가 달라지고 헌법재판소에 의한 심사의 강도가 달라진다.<sup>45)</sup> 차별대우가 당사자의 자유권행사에 미치는 불리한 효과가 매우 크기 때문에 개인의 자유로운 인격발현을 저해하는 ‘차별대우의 실체적 비중’이 현저하다면, 이 경우 입법형성권이 축소됨으로써 심사기준의 강화가 정당화된다.<sup>46)</sup>

44) 예컨대, 헌법재판소는 직업의 자유와 관련하여 직업의 자유에 대한 제한이 개인의 자유로운 인격발현에 미치는 효과를 고려하여 객관적 사유·주관적 사유에 의한 허가요건, 직업수행의 자유에 대한 제한 등으로 나누어 심사밀도를 달리하고 있다. 또한, 표현의 자유와 관련해서도 개인의 인격발현에 기여하는 측면이 적은 상업광고에 대한 제한의 경우에는 완화된 심사를 하고 있으며, 재산권보장과 관련해서도 재산권객체가 인격발현에 미치는 영향을 고려하여 재산권의 제한에 대하여 차등화된 심사를 하고 있다.

45) 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집(1988), 94면 이하 참조.

46) 미국의 연방대법원은 이미 1960년대 엄격한 기준에 의한 평등심사를 인종, 종교,

한편, 차별대우가 자유권의 행사에 불리한 영향을 미치는 모든 경우에 엄격한 심사를 한다면, 이는 곧 자유권이 항상 문제되는 침해적 법률의 경우에는 엄격한 심사를 해야 하고 자유권이 문제되지 않는 수혜적인 법률의 경우에만 완화된 자의심사를 해야 한다는 결론에 이른다. 그러나 구체적으로 제한되는 자유영역의 의미가 개인의 핵심적 자유영역에 대하여 크면 클수록 자유권에 대한 보호는 더욱 강화되는 것과 마찬가지로, 평등권의 경우에도 입법자가 차별을 통하여 자유권의 핵심적인 영역을 제한할수록 입법형성권은 축소되고, 엄격한 심사가 정당화된다고 보는 것이 타당하다.<sup>47)</sup> 즉, 차별에 의하여 불리한 효과가 발생하는 구체적인 자유영역이 인간의 존엄성실현이나 자유로운 인격발현에 있어서 얼마나 중요한 의미를 가지고 있는가 하는 ‘침해된 자유의 의미와 기능’에 의하여 입법형성권의 정도가 결정된다.

따라서 인간의 존엄성실현 및 인격의 자유로운 발현을 위하여 중대하고도 불가결한 자유행사의 기회가 입법자의 차별대우로 인하여 위협받는 경우에는, 헌법재판소가 자의심사에 만족할 것이 아니라 엄격한 심사를 할 것이 요청된다. 이러한 관점에서 볼 때, ‘차별대우가 개인의 자유권행사에 중대한 영향을 미치는 경우’란 일반적으로, 차별대우에 의하여 생명권, 신체불가침권, 신체의 자유, 인격권, 사생활의 자유, 직업선택의 자유 등 인간 존엄성실현과 자유로운 인격발현의 핵심적 영역에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우를 말한다.<sup>48)</sup>

---

국적에 의한 차별에 국한시키지 아니하고 ‘기본적 자유권’이 침해당한 경우에까지 확대하였고, 독일의 연방헌법재판소의 제1재판부도 1980년 이래 평등권의 심사에 있어서 차별이 다른 자유권에 미치는 영향을 고려하여 차별의 효과가 자유권의 행사에 불리하게 나타나는 경우에는 엄격한 심사를 하고 있다.

47) Vgl. BVerfGE 98, 365, 389, 차별이 기본권적 자유의 행사에 부정적인 영향을 강하게 미칠수록 입법자의 형성권은 제한된다.

48) Vgl. Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rspr. des BVerfG zur Rechtssetzungsgleichheit, in: FS für Peter Lerche, 1993, S.131.

(3) 자유권에 있어서의 비례심사는 ‘기본권제한의 정도와 입법목적’을 비교형량하는 것이지만, 평등권에서의 비례심사는 ‘차별의 정도와 입법목적’을 비교형량하는 것인데, 여기서 차별의 정도란 차별로 인하여 초래되는 자유권의 행사에 있어서의 불리한 효과로서 결국 자유권적 효과를 의미한다.<sup>49)</sup> 이는 곧 평등심사를 통하여 자유권제한의 효과와 입법목적은 서로 교량함으로써 자유권에 의한 심사가 동시에 이루어진다는 것을 뜻한다. 따라서 비례원칙에 의한 평등심사 이후에 별도로 자유권을 기준으로 한 위헌심사는 사실상 불필요하다.

이러한 의미에서 ‘차별이 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’란 ‘차별이 자유권의 행사에 불리한 효과를 초래하는 경우’를 전제로 하는 것이고, 일반적 평등조항의 내용이 자유권에 대한 제한효과를 통하여 구체화될 수 있는 경우에 한정되는 것이다.<sup>50)</sup> 결국, ‘차별이 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’란 평등심사가 실질적으로 자유권에 의한 심사로 대체될 수 있는 경우를 전제로 하는 것이고, 이로써 평등권을 실현하는 입법자의 형성권이 자유권의 관점을 통하여 제한될 수 있는 경우를 의미하는 것이다.

(4) 이에 대하여, 차별대우가 자유권이 아니라 다른 법적 성격의 기본권(가령, 재판청구권, 선거권 등)의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우,

49) Vgl. BVerfGE 60, 123, 134, 성전환수술을 한 사람에 대하여 25세 이상과 25세 미만을 차별하여 25세 이상의 자에게만 호적상의 성명변경을 허용한 법률조항에 대한 헌법소원심판사건에서 ‘차별이 성전환수술을 한 자의 인격권에 현저한 영향을 미치는 경우에는 입법자의 형성권은 인격권과 인간의 존엄성에 의하여 제한을 받는다.’고 하여 위 규정의 평등권위반을 확인하였다. 또한, BVerfGE 88, 87, 98f.

50) 독일연방헌법재판소가 엄격한 평등심사기준을 적용하는 경우도 차별대우로 인하여 자유권에 불리한 효과가 발생하는 경우이며, 이로써 평등심사를 통하여 자유권에 의한 심사가 이루어지는 경우, 즉 평등권과 자유권이 만나는 경우에 한정된다. vgl. Pietzcker, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: HbGR Bd.V, 2013, §125, Rn.38, 56f.; Michael/Morlok, Grundrechte, 3. Aufl. 2012, Rn.795.

자유권 외의 기본권은 실제적인 보호범위를 가지고 있지 않기 때문에 차별 대우로 인하여 초래되는 기본권침해의 정도를 측정할 수 있는 방법이 없고, 그 결과 침해의 정도에 따라 입법형성권의 정도를 달리 인정할 수 있는 가능성이 없다. 차별대우로 인하여 자유권이 제한되는 경우에만 평등권의 내용이 자유권을 통하여 구체화될 수 있기 때문에, ‘차별대우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’란 결국 ‘차별대우가 자유권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’로 한정된다.

가령, 차별대우로 인하여 재판청구권에 대한 제한이 초래되는 경우, 재판청구권이 절차적 기본권으로서 단지 형식적인 보장내용(‘효과적인 권리 보호’)만을 가질 뿐, 실제적인 보장내용을 결여하고 있기 때문에, ‘재판청구권의 제한이 기본권주체에게 어느 정도로 중대한 효과를 초래하는지’의 관점을 판단할 수 있는 아무런 실제적 근거를 제시하지 아니한다.

한편, 차별대우가 선거권과 같은 참정권의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우는 정치적 영역에서 특별평등조항인 보통·평등선거원칙이 적용되는 영역이므로, 이러한 경우는 위에서 이미 확인한 바와 같이 ‘차별대우로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’가 아니라 ‘헌법이 스스로 평등을 요청하고 있는 경우’에 해당한다. 나아가, 사회적 기본권은 그 자체로서 행사할 수 없고, 이를 행사하기 위해서는 입법자에 의한 사전적 형성을 필요로 한다는 점에서, 차별대우로 인하여 사회적 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우란 생각할 수 없으며, 단지 사회적 기본권을 실현하고자 하는 사회국가적 입법이 평등권에 위반되는지의 문제만이 제기될 수 있을 뿐이다.

#### 나. 헌법적 의미

위에서 살펴본 바와 같이, ‘차별대우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’란 ‘차별대우가 자유권에 대한 중대한 제한을 초래하는

경우'로 이해해야 한다. '차별대우가 자유권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우'는 헌법이 스스로 평등을 요청하는 경우가 아니라, 차별대우가 자유권에 영향을 미침으로써 일반적 평등조항의 내용이 자유권을 통하여 구체화될 수 있는 경우, 즉 헌법해석을 통하여 자유권과의 연관관계에서 일반적 평등조항의 내용이 구체화될 수 있는 경우에 해당한다. 따라서 이러한 경우에는 특별평등조항이 아니라 헌법 제11조 제1항 전문의 '일반적 평등조항'이 적용된다. 그러나 입법자에 의한 차별대우가 자유권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우, 자유권에 대한 중대한 제한은 보다 중대한 사유에 의하여 정당화되어야 하므로, 이러한 경우에는 엄격한 심사가 정당화된다.

### Ⅲ. 평등심사기준과 관련된 최근 주요 헌법재판소결정에 대한 비판

#### 1. 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328 결정(남성에 국한된 병역의무 부과 사건)의 문제점

##### 가. 판시내용의 요지

대한민국 국민인 남자에 한하여 병역의무를 부과하고 있는 병역법조항의 평등권 침해 여부가 문제된 위 사건에서, 헌법재판소는 재판관 6인의 기각의견에 따라 심판청구를 기각하는 결정을 하였는데,<sup>51)</sup> 기각의견 중에서 평

51) 위 결정에서 헌법재판관의 견해는 '이 사건 법률조항이 성별을 기준으로 병역의무자의 범위를 정한 것은 자의금지원칙에 위배하여 평등권을 침해하지 않는다'는 재판관 4인의 기각의견, '이 사건 법률조항은 국가보위를 목적으로 하는 국군의 최적의 전투력 확보를 위한 것으로서 여자의 신체적 특징, 대한민국의 국방안보현실

등권위반여부를 판단한 재판관 4인의 기각의견을 살펴보면 다음과 같다.

“이 사건 법률조항은 ‘성별’을 기준으로 병역의무를 달리 부과하도록 한 규정이고, 이는 헌법 제11조 제1항 후문이 예시하는 사유에 기한 차별임은 분명하다. 그러나 헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다. ‘성별’의 경우를 살펴보면, 성별은 개인이 자유로이 선택할 수 없고 변경하기 어려운 생래적인 특징으로서 개인의 인간으로서의 존엄과 가치에 영향을 미치는 요소는 아니다. 그럼에도 불구하고 역사적으로 매우 오랜 기간 동안 대표적인 차별가능사유로서 정당화되어 왔기 때문에, 불합리한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 예시하기에 이른 것이다. 그러나 이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, 성별에 의한 차별취급이 곧바로 위헌의 강한 의심을 일으키는 사례군으로서 언제나 엄격한 심사를 요구하는 것이라고 단정 짓기는 어렵다. 우리 헌법은 ‘근로’, ‘혼인과 가족생활’ 등 인간의 활동의 주요부분을 차지하는 영역으로서 성별에 의한 불합리한 차별적 취급을 엄격하게 통제할 필요가 있는 영역에 대하여는 양성평등보호규정(제32조 제4항, 제36조 제1항)을 별도로 두고 있으며, 헌법재판소는 위와 같이 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용하여 왔으나, 이 사건 법률조항은 그에 해당한다고 보기 어렵다.”<sup>52)</sup>

---

등을 고려할 때 기본의무 부과에 있어 지켜야 할 헌법상 심사기준을 충족시킨다는 재판관 2인의 기각의견, ‘이 사건 법률조항은 국방의 의무의 자의적 배분으로서 남성의 평등권을 침해하여 헌법에 위반된다’는 재판관 2인의 위헌의견, ‘이 사건 법률조항으로 인하여 심판청구의 이익이 인정된다고 보기 어려우므로 위 조항에 대한 청구는 부적법하다’는 재판관 1인의 각하의견으로 갈리었다.

52) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328(남성에 국한된 병역의무의 부과), 판례집 22-2하,

위 기각의견은 위와 같은 이유로 ‘평등권위반여부는 완화된 심사척도인 자의금지원칙에 따라 판단해야 한다’고 확인한 다음, ‘남녀 간에 존재하는 신체적·생리적 차이에 비추어 남자만을 병역의무자로 정한 것이 현저히 자의적인 차별취급이라 보기 어렵다’고 판단하였다.

## 나. 비판

### (1) 헌법 제11조 제1항 후문을 특별평등조항으로 이해하는 경우, 특별평등조항의 헌법적 의미에 대한 오해

위 결정에서 재판관 4인의 기각의견은 헌법 제11조 제1항 후문을 예시적 조항으로 판단함에 있어서, 판단의 전제가 되는 ‘특별평등조항의 헌법적 의미’를 완전히 잘못 이해하고 있다. 위 기각의견은 “헌법 제11조 제1항 후문의 규정은 …… 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다.” 또는 “이와 같은 헌법규정이 남성과 여성의 차이, 예컨대 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 금지하는 것은 아니며, ……”라고 판시함으로써, 헌법 제11조 제1항 후문을 특별평등조항으로 이해하는 경우에는 헌법 제11조 제1항 후문이 성별에 의한 차별대우를 절대적으로 금지하는 것으로, 심지어 임신이나 출산과 관련된 신체적 차이 등을 이유로 한 차별취급까지 절대적으로 금지하는 것으로 오해하고 있다. 이로써 재판관 4인의 기각의견은 헌법 제11조 제1항 후문의 규범내용을 해석을 통하여 밝혀내는 과정에서 ‘특별평등조항의 헌법적 의미’에 대한 완전히 잘못된 이해에서 출발하고 있다.

특별평등조항의 의미는 차별의 절대적 금지가 아니라 차별의 원칙적인 금지에 있다. 헌법 제11조 제1항 후문에서 헌법이 성별에 의한 차별을 명

---

446, 454; 同旨 헌재 2011. 6. 30. 2010헌마460.

시적으로 금지한다는 것은, 헌법이 성별에 의한 차별을 원칙적으로 금지하고 있기 때문에 국가가 성별을 이유로 차별을 하는 경우에는 이러한 차별대우를 특별히 정당화해야 한다는 것을 의미한다. 즉, 헌법이 스스로 특별히 차별을 금지함으로써 평등을 요청하는 경우에는 ‘평등대우가 원칙이고 차별대우가 예외’에 해당하기 때문에, 국가가 차별대우를 하는 경우에는 이러한 예외는 특별한 정당성을 필요로 한다는 것이다.

성별에 의한 차별이란 성별을 이유로 한 차별을 뜻하는데, ‘성별’이란 표지와 ‘차별’ 사이에 인과관계가 있어야 한다. 즉 성별에 의한 차별이란 ‘누가 여자 또는 남자라는 사실 때문에 바로 그 이유로 차별받는다’는 것을 말한다. 헌법상 남녀차별금지의 요청에도 불구하고, 성별에 의한 모든 차별대우가 평등권에 위반되는 것은 아니고, 사물의 본질상 단지 남자나 여자에게서만 발생할 수 있는 문제의 해결을 위하여 필연적으로 차별이 요구되는 경우에는, 차별금지에 대한 정당한 예외적 사유가 있기 때문에 남녀를 차별하는 규정이 허용된다.<sup>53)</sup> 따라서 남녀를 차별하는 법률규정은 단지 임신, 출산, 신체적 능력 등 ‘생리적 차이’에 기인하는 경우에만 정당화된다.<sup>54)</sup>

그러나 위 기각의견은 특별평등조항의 헌법적 의미에 대한 잘못된 이해에 기초하여, 헌법 제11조 제1항 후문을 ‘특별평등조항’으로 해석하는 경우에는 신체적 차이를 이유로 하는 남녀 간의 차별까지도 헌법적으로 허용되지 않는 것으로 파악하였기 때문에, 그 결과 병역의무의 부과에 있어서 성

53) 예컨대, 출산 전 일정 기간 동안 산모(產母)에게만 조산휴가를 부여하는 규정은 성질상 단지 여성에게만 나타날 수 있는 문제의 해결을 위한 규정으로, 부(父)가 될 자에게 조산휴가를 부여하지 않는다고 하여 자신이나 태아의 건강에 위협이 발생하는 것은 아니므로, 헌법상 남녀차별금지의 요청에도 불구하고 차별을 정당화하는 필연적인 사유가 있다. vgl. BVerfGE 52, 369, 376(여성근로자에게만 부여되는 家事休暇日); BVerfGE 85, 191, 207 ff.(여성 근로자의 야간작업금지); 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집(1988), 93-94면 참조.

54) Vgl. Richter, Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: HbGR Bd.V. 2013, §126 Rn.34.



별에 의한 차별을 헌법적으로 허용되는 것으로 판단하기 위해서는 위 헌법 규정을 ‘예시적 조항’으로 파악할 수밖에 없었던 것으로 보인다. 헌법 제11조 제1항 후문을 입법형성권을 제한하는 특별평등조항으로 파악하고 성별에 의한 차별에 대하여 엄격한 심사기준을 적용한다 하더라도, 남녀 간의 생리적·신체적인 차이는 성별에 의한 차별을 정당화하는 예외적인 사유에 해당하기 때문에, 마찬가지로 합헌판단에 이를 수 있었다.

## (2) 헌법 제11조 제1항 후문의 해석에 있어서 오류

위 기각의견은 헌법해석을 통하여 헌법규정의 객관적 의미를 밝혀냄에 있어서 논증의 오류와 모순을 안고 있다.

첫째, 위 기각의견이 스스로 밝히고 있는 바와 같이, 성별에 의한 차별이 우리 사회에서 오랜 기간을 두고 고착화되었고, 이러한 차별을 극복해야 할 절실한 필요에 의하여 우리 헌법이 이를 차별금지의 사유로 규정하였다면, 이러한 차별금지조항이 국가에 대하여 아무런 특별한 헌법적 의미를 가지지 않는 ‘단지 예시적인 조항’이라고 주장할 수는 없다. 헌법이 우리 사회에서 성별에 의한 불합리한 차별을 극복할 의도로 성별에 의한 차별금지조항을 수용하였다면, 이러한 차별금지조항은 국가기관을 구속하는 효력을 가진 규정, 특히 입법자에 대해서는 성별에 의한 차별을 초래하는 입법을 원칙적으로 금지함으로써 입법형성권을 제한하는 규정으로 보는 것이 논리적으로 타당하다.

둘째, ‘헌법 제32조 제4항, 제36조 제1항의 양성평등 보호규정은 헌법이 특별히 양성평등을 요구하는 경우에 해당하나, 헌법 제11조 제1항 후문은 그에 해당한다고 보기 어렵다’는 위 기각의견은, 엄격한 평등심사가 정당화되는 경우인 ‘헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우’에 대한 자의적인 해석의 결과이며, 나아가 모든 생활영역에서 성별에 의한 차별을 명시적으로 금지하는 헌법 제11조 제1항 후문의 객관적 규범내용에도 반하는 것이다.

헌법재판소는 ‘제대군인 가산점 결정’에서 제11조 제1항 후문의 법적 성격에 관하여는 명시적으로 언급하지 아니하였으나, 헌법재판소가 헌법 제32조 제4항을 일반적 평등조항의 구체화된 표현으로 ‘헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’로 보았다면, 헌법 제11조 제1항 후문도 마찬가지로 바로 이러한 경우에 해당하는 것으로 파악하는 것이 논리적으로 타당하다. 이러한 점에서, ‘제대군인 가산점 결정’의 판시내용은 제11조 제1항 후문의 규정도 특별평등조항으로 파악해야 한다는 것을 암시하고 있다. 그러나 위 기각의견은 헌법 제32조 제4항은 특별평등조항인 반면, 헌법 제11조 제1항 후문은 헌법적으로 특별한 의미가 없는 예시적인 조항으로 판단함으로써, 논리적으로 일관된 입장을 취하지 못하고 있다.

헌법이 제11조 제1항 후문, 제32조 제4항, 제36조 제1항에서 모두 성별에 의한 차별을 명시적으로 금지하고 있음에도, ‘근로의 영역이나 혼인과 가족생활의 영역에서는 성별에 의한 차별이 원칙적으로 금지되지만, 정치·경제·문화·교육·납세·국방 등 그 외의 생활영역에서는 성별에 의한 차별이 원칙적으로 허용되며 단지 불합리한 차별만이 금지된다’고 하는 위 기각의견의 주장은 논리적으로 납득하기 어렵다. 이러한 판시내용은 “누구든지 성별에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”는 표현을 통하여 ‘모든 생활영역에서 성별에 의한 차별을 축출하고자 하는 헌법 제11조 제1항 후문의 객관적 규범내용에 정면으로 반하는 것이다.

## 2. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정(제대군인 가산점 사건)을 비롯하여 공직취임권에 관한 헌법재판소결정의 문제점

### 가. 판시내용의 요지

(1) 6급 이하의 공무원채용시험 등에서 제대군인에게 가산점을 부

여하도록 규정하고 있는 ‘제대군인지원에 관한 법률’조항의 위헌여부가 문제된 사건에서, 헌법재판소는 ‘가산점제도에 의하여 여성, 신체장애자 등의 평등권이 침해되는지 여부’를 판단한 다음,<sup>55)</sup> 이어서 ‘가산점제도에 의하여 여성, 신체장애자 등의 공무담임권이 침해되는지 여부’를 판단하였다.<sup>56)</sup>

헌법재판소는 평등권의 위반여부를 판단함에 있어서 ‘헌법 제32조 제4항이 근로의 영역에서 특별히 성별에 의한 차별을 금지하고 있고 또한 차별대우가 공무담임권이라는 기본권행사에 중대한 제약을 초래하고 있기 때문에 가산점제도는 엄격한 심사척도를 적용하여야 하는 위 두 경우에 모두 해당한다’고 판시함으로써 심판대상조항에 대하여 엄격한 비례심사를 한 결과 가산점제도가 평등권을 침해한다고 판단하였고,<sup>57)</sup> 나아가 공무담임권의 침해여부를 판단함에 있어서 ‘가산점제도에 의한 공직취임권의 제한은 위 평등권침해 여부의 판단부분에서 본 바와 마찬가지로 이유로 그 방법이 부당하고 그 정도가 현저히 지나쳐서 비례성원칙에 어긋나기 때문에, 공무담임권도 과도하게 침해한다’고 판단하였다.<sup>58)</sup>

(2) 헌법재판소는 공직취임의 기회균등이 문제되는 다수의 결정에서 공무담임권이 직업선택의 자유에 대한 특별규정으로서 ‘자유권적 성격’을 가지는 것으로 오해하여, ‘과잉금지원칙에 따른 공무담임권의 과잉제한 여부의 심사’ 및 ‘일반적 평등권을 기준으로 하는 평등심사’를 하고 있다. 예컨대, 헌법재판소는 5급 공무원 임용시험의 응시연령 제한이 문제된 사건(헌재 2008. 5. 29. 2007헌마1105)에서, “이 사건 시행령조항은 32세가 넘는 사람의 공직취임권을 직접적으로 제한하는 것이므로, 그러한 제한을 정당화하려면 헌법 제37조 제2항이 요구하는 과잉금지의 원칙에 부합하여야

55) 판례집 11-2, 770, 785면 이하.

56) 판례집 11-2, 770, 798면 이하.

57) 판례집 11-2, 770, 287-296.

58) 판례집 11-2, 770, 296-299.

한다.”고 판시함으로써, 응시연령의 제한을 차별의 문제가 아니라 공직취임 권에 대한 과잉제한의 문제로 보아 공무담임권을 과잉으로 제한하는지의 관점에서 판단하였다.<sup>59)</sup>

## 나. 비판

### (1) 평등권과 공무담임권에 의한 이중적 심사의 문제점<sup>60)</sup>

헌법재판소는 위 결정에서 심판대상조항이 ‘평등권에 위반되는지 여부’ 및 ‘공무담임권을 과잉으로 제한하는지 여부’의 이중적인 관점에서 판단하고 있다. 그런데 여기서 헌법재판소가 과잉금지원칙을 적용하여 그 위반여부를 심사하고 있는 ‘공무담임권’의 실체가 무엇인지에 대하여 의문이 제기된다.

헌법재판소는 ‘제대군인 가산점 결정’에서 한편으로는 ‘공무담임권의 요체가 능력주의와 기회균등에 있으며, 해당 공직이 요구하는 직무수행능력과 무관한 요소를 기준으로 삼는 것은 국민의 공직취임권을 침해하는 것이 된다’고 하여 공무담임권의 본질을 특별평등권으로 이해하는 듯한 태도를 취하다가도,<sup>61)</sup> 다른 한편으로는 ‘공무담임권도 필요한 경우 법률로써 제한될 수 있으나 그 경우에도 이를 과도하게 침해하여서는 아니된다’거나<sup>62)</sup> 또는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는 이유로서 “가산점제도는 헌법 제 25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문이다.”라고 하여<sup>63)</sup> 궁극적으로는 공무담임권을 자유

59) 판례집 20-1하, 329.

60) 이미 이러한 문제점을 지적하는 논문으로 한수웅, “공무담임권의 보장내용—공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 겸하여”, 『중앙법학』 제16집 제3호, 2014. 9. 15-16면.

61) 판례집 11-2, 770, 797-798.

62) 판례집 11-2, 770, 797.

63) 판례집 11-2, 770, 787.

권적 성격을 가진 기본권으로 이해하고 있다.

헌법재판소는 과잉금지원칙의 적용대상인 ‘공무담임권’의 보장내용이 무엇인지에 관하여 한 번도 스스로 의문을 제기한 적도 없고 이를 밝히고자 시도한 바도 없으나, ‘누구나 자유롭게 공직에 임명될 권리’를 보장내용으로 상정하지 않은 이상, 과잉금지원칙을 적용하여 공무담임권의 침해여부를 심사하는 헌법재판소의 판시내용을 이해하는 것은 불가능하다. 그러나 ‘누구나 자유롭게 공직에 임명될 권리를 보장하는 기본권’이란 헌법상 존재하지 않는다. 공직의 경우, 직업의 자유로운 선택은 처음부터 국가의 조직권한에 의하여 배제되기 때문에, 직업에의 ‘자유로운’ 접근이 보장되지 않는다. 직업으로 제공되는 공직의 수는 오로지 국가에 의하여 결정되며, 그러한 범위 내에서 공직은 직업으로서 선택될 수 있다. 공직의 경우, 직업을 국가의 간섭이나 방해받지 아니하고 자유롭게 선택할 수 있는 자유권적 측면은 사실상 존재하지 않는 것이다. 공직과 관련하여 직업선택의 자유는 ‘누구나 자유롭게 공직을 선택할 권리’가 아니라, ‘국가에 의하여 제공되는 한정된 공직을 누구나 균등하게 담당할 수 있는 권리’로 축소된다.<sup>64)</sup> 이로써 공직의 영역에서 직업선택의 자유는 ‘공직에 균등하게 접근할 권리’를 의미하게 된다. 요컨대, 공직을 ‘자유롭게’ 선택할 권리란 기본권으로서 존재하지 않으며, 단지 공직을 ‘균등하게’ 선택할 권리만이 존재할 뿐이다.

결국, 공직과 관련하여 ‘직업선택의 자유’라는 자유권은 직업으로서의 공직의 특수성으로 인하여 ‘균등한 공직취임권’이라는 평등권으로 전환되는 것이다.<sup>65)</sup> 이러한 점에서 공직과 관련하여 직업선택의 자유는 공직취임의 평등을 요청하는 공직취임권에 대하여 독자적인 의미를 가지지 못한다. 공

64) Vgl. BVerfGE 16, 6, 21.

65) 한수웅, “공무담임권의 보장내용—공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 곁하여”, 『중앙법학』 제16집 제3호, 2014. 9. 10-11면.

직취임권은 직업의 자유에 대한 특별규정으로서 직업의 자유의 적용을 원칙적으로 배제한다.<sup>66)</sup> 헌법재판소도 적어도 2000년대에 들어서부터는 이러한 입장을 취하고 있다.<sup>67)</sup>

공무담임권은 오로지 ‘공직에의 접근과 배분에 있어서의 평등’을 보장할 뿐이다. 헌법재판에서 공무담임권이 문제된다면, 공무담임권에 대한 과잉제한의 문제가 아니라 평등의 문제이다. 헌법재판소는 종래 다수의 결정에서 공무담임권의 법적 성격이 ‘평등에 대한 요청’이라는 것을 간과한 채, 공무담임권을 직업의 자유와 같은 자유권으로 오해함으로써, 헌법상 존재하지 않는 보호범위를 가진 ‘가상의 자유권’을 기준으로 하여 과잉금지원칙에 따른 위헌심사를 하여 왔다.

## (2) 공무담임권이 특별평등권이라는 것에 대한 인식의 부재(不在)

공무담임권은 공직취임에 있어서 ‘능력’ 외의 기준에 의한 차별을 금지함으로써 특별히 평등을 요구하고 있는 특별평등권이다.<sup>68)</sup> 공무원시험에서 제대군인이나 국가유공자 등 특정 집단에게 가산점을 부여함으로써 일정 응시자집단을 차별대우하는 경우에는 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등권이 아니라 특별평등권인 공무담임권이 적용된다.<sup>69)</sup>

66) Vgl. Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, 1989, §147 Rn.98; Merten, Berufsfreiheit des Beamten und Berufsbeamtentum, in: HbGR Bd.V, 2013, §114, Rn.11; H.-P. Schneider, Berufsfreiheit, in: HbGR Bd.V, 2013, §113, Rn.182; Mann, in: Sachs(Hg), GG, Art.12 Rn.56.

67) 현재 2000. 12. 14. 99헌마112(교육공무원 정년단축), 판례집 12-2, 399, 409, “공직의 경우 공무담임권은 직업선택의 자유에 대하여 특별기본권이어서 후자의 적용을 배제하므로, …… 직업선택의 자유는 문제되지 아니한다.”

68) 한수웅, “공무담임권의 보장내용—공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 곁하여”, 『중앙법학』 제16집 제3호, 2014. 9, 13-15면.

69) 그러나 문제되는 공무원집단과 다른 인적 집단을 비교한다든지 아니면 공무원임용 시험에 있어서 7급 공무원과 9급 공무원의 응시연령을 다르게 규정하는 경우 또는 초중등학교교원과 대학교원의 정년을 달리 규정하는 경우에는 공직자의 선발에

나아가, 공무담임권은 ‘자유로운 공직취임의 권리’가 아니라 ‘동등한 공직취임의 권리’로서 일반적 평등권뿐만 아니라 직업선택의 자유의 적용도 배제하는 특별조항이므로, 공직취임의 기회균등이 문제되는 경우에는 오로지 특별조항인 공무담임권만이 심사기준으로서 적용되어야 한다.<sup>70)</sup> 그러므로 공무원 채용시험에서 제대군인이나 국가유공자에게 가산점을 부여하는 경우, 헌법재판소는 특별평등권인 공무담임권을 심사기준으로 하여 위헌여부를 판단해야 하며, 공무담임권이 공직취임에 있어서 특별히 평등을 요청하기 때문에 가산점제도의 위헌여부를 판단함에 있어서 비례의 원칙에 의한 엄격한 평등심사를 해야 한다.<sup>71)</sup> 헌법재판소가 ‘제대군인 가산점 사건’에서 ‘평등권 위반여부’와 ‘공무담임권 침해여부’로 나누어 이중적으로 위헌여부를 판단한 것은, 공무담임권이 그 자체로서 일반평등권과 직업의 자유의 적용을 배제하는 특별평등권이라는 것을 간과한 것이다.

헌법재판소는 ‘제대군인 가산점 사건’에서 평등심사를 하면서 엄격한 심사척도가 적용되는 이유로, 헌법 제32조 제4항이 근로의 영역에서 특별히 평등을 요구하고 있고, 나아가 차별대우가 공무담임권이라는 기본권행사에 중대한 제약을 초래하는 것이라고 판시함으로써,<sup>72)</sup> 공무담임권 스스로가 공직에의 접근에 있어서 특별히 평등을 요구하고 있는 ‘특별평등권’임을 인식하지 못하고 있다. 위 사건에서 엄격한 심사척도가 적용되는 이유는

---

있어서 기회균등을 요청하는 공무담임권이 적용될 여지가 없으므로, 이러한 경우에는 헌법 제11조의 일반적 평등원칙이 적용된다.

70) Vgl. Kunig, in: v. Münch/Kunig(Hg), Grundgesetzkommentar, Bd.2 2001, Art.33 Rn.14; Merten, Berufsfreiheit des Beamten und Berufsbeamtentum, in: HbGR Bd.V, 2013, §114, Rn.14.

71) 이에 관하여 위 II. 1. 다. (2) (가) 부분 서술 참조.

72) ‘차별대우가 공무담임권이라는 기본권행사에 중대한 제약을 초래하는 것’이기 때문에 엄격한 평등심사를 해야 한다는 헌법재판소의 판시내용은 ‘차별대우로 인하여 평등권인 공무담임권이 중대하게 침해되는 것’이기 때문에 엄격심사를 해야 한다는 의미인데, 이러한 판시내용이 타당하지 않다는 것은 두말할 필요가 없다.

일차적으로, 공무원임권이 공직취임에 있어서 능력 외의 요소에 의한 차별을 금지함으로써 특별히 평등을 요구하고 있기 때문이고, 나아가 헌법 제32조 제4항이 부가적으로 근로의 영역에서 성별에 의한 차별을 명시적으로 금지하고 있기 때문이다.

### (3) 공·사기업체의 채용시험에서 가산점을 부여하는 경우 심사기준으로서 일반적 평등권

공무원 채용시험에서 가산점이 부여되는 경우에는 특별평등권인 공무원임권을 심사기준으로 하여 판단해야 하는 반면에, 공·사기업체의 채용시험에서 가산점이 부여되는 경우에는 헌법 제11조 제1항 전문의 ‘일반적 평등권’과 ‘직업의 자유’의 침해여부를 판단해야 한다.<sup>73)</sup> 가산점제도가 근로의 영역에서 성별에 의한 차별을 명시적으로 금지하고 있는 헌법 제32조 제4항의 요청에 반할 뿐만 아니라 가산점제도로 인한 차별대우가 여성과 장애인의 직업선택의 자유에 미치는 불리한 효과가 중대하므로, 일반적 평등조항을 적용함에 있어서 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다. 결국, 위 사건에서 헌법재판소는 가산점제도가 공·사기업체의 채용시험에서 실시되는 경우와 공무원 채용시험에서 실시되는 경우를 구분하여 각 경우에 대하여 다른 심사기준을 적용하여 판단했어야 한다.

## 3. 현재 2011. 5. 26. 2010헌마451 결정(선거방송토론회 사건)의 문제점

### 가. 판시내용의 요지

공직선거법은 구·시·군 선거방송토론위원회로 하여금 선거운동기간

73) 만일 심판대상조항이 여성·장애인·군복무를 하지 않은 남성 등이 아니라 오로지 여성만을 차별의 대상으로 삼고 있다면, 이러한 경우에는 일반적 평등조항이 아니라 특별평등조항인 헌법 제32조 제4항이 적용되어야 한다.



중 지역구국회의원선거의 후보자를 초청하여 1회 이상의 대담·토론회 또는 합동방송연설회를 개최하도록 규정하면서(제82조의2 제3항), 지역구국회의원선거에서 공영방송매체를 이용한 선거방송 대담·토론회에 초청받을 수 있는 후보자를 주요정당이 추천한 후보자, 지난 선거에 입후보하여 일정 비율 이상을 득표한 후보자, 여론조사결과 일정 지지율 이상의 후보자로 제한하고 있다(제82조의2 제4항 제3호).

지역구국회의원선거에서 구·시·군 선거방송토론위원회가 개최하는 대담·토론회의 초청자격을 제한하고 있는 위 공직선거법조항의 위헌여부가 문제된 사건에서, 헌법재판소는 평등원칙의 위반여부를 판단하는 심사기준과 관련하여 “선거운동에서의 기회균등 보장은 일반적 평등원칙과 마찬가지로 합리적인 근거가 없는 자의적인 차별 내지 차등만을 금지하는 것으로 이해하여야 한다. 또한, 헌법 제116조 제1항에서 선거운동에 관하여 균등한 기회가 보장되어야 한다고 규정하고 있으나, 이를 두고 헌법이 특별히 차별을 금지하고 있는 영역으로 볼 수 없고, 헌법 제116조 제1항의 경우 입법자에게 선거운동에 관한 형성적 권한을 부여하고 있다고 볼 수 있다. 나아가 이 사건 법률조항에 의하여 중대한 기본권 제한을 초래하는 것도 아니므로, 이 사건 법률조항에 대한 평등권 침해 여부를 심사함에 있어서는 특별히 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는 것이 아니며 완화된 합리성 심사에 의하는 것으로 족하다고 할 것이다. 선거방송 대담·토론회에 대한 구체적인 형성 및 그에 관한 참가의 요건 등은 원칙적으로 입법정책의 문제로서 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 사항이라고 할 것이다.”라고 판시함으로써 선거운동에서의 기회균등이 문제되는 경우 이를 판단하는 심사기준으로 자의금지원칙을 제시하였다.<sup>74)</sup>

---

74) 판례집 23-1하, 237, 246-247.

## 나. 비판

### (1) 평등선거원칙이 아니라 일반적 평등조항을 적용한 것의 문제점

심판대상조항은, 공영방송사에 의한 선거운동 기회의 차별적 제공이 선거운동의 기회균등원칙에 위반하는지의 평등위반의 문제를 제기한다. 공영방송사가 선거방송의 기회를 후보자에게 차별적으로 제공하는 경우 이를 헌법적으로 판단하기 위한 출발점은, 선거운동에서의 기회균등의 문제는 평등선거원칙의 적용범위에 속한다고 하는 것이다. 위에서 서술한 바와 같이,<sup>75)</sup> 평등선거원칙은 보통선거원칙과 마찬가지로 선거와 피선거의 양면을 모두 포괄하는 원칙으로서 유권자의 입장에서 투표가치의 평등뿐만 아니라, 정당과 후보자의 입장에서 선거에서의 기회균등을 요청한다. 평등선거원칙은 선거의 영역에서 일반적 평등원칙이 구체화된 형태로서 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항에 대한 특별규정이다. 따라서 선거에서의 기회균등이 문제되는 경우에는 일반적 평등조항의 적용을 배제하는 특별평등조항인 평등선거원칙이 적용되어야 한다.

그러나 헌법재판소는 선거운동에서의 기회균등 위반여부를 다투는 사건에서 평등선거원칙이 아니라 일반적 평등조항을 심사기준으로 삼아 판단하였다. 헌법재판소가 이러한 오류를 범한 것은, 첫째, 선거운동에서의 기회균등의 문제가 곧 평등선거원칙의 문제라는 것을 인식하지 못한 것에 기인하는 것이며, 둘째, 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항과 헌법 제41조 제1항·제67조 제1항의 평등선거원칙은 서로 일반·특별관계에 있다고 하는 것을 인식하지 못한 것에 기인하는 것이다.

---

75) 위 II. 1. 다. (2) (다) 서술 부분 참조.

## (2) 평등원칙의 위반여부를 판단하면서 엄격한 심사가 아니라 완화된 심사를 한 점

(가) 헌법재판소가 위 결정에서 범한 또 다른 잘못은, 평등원칙의 위반여부를 판단하면서 엄격한 비례심사가 아니라 완화된 자의심사를 하였다는 점이다. 일반적 평등조항과 선거에서의 평등(평등선거원칙)은 그 발생사에 있어서 서로 완전히 다른 기원을 가지고 있다. 평등선거원칙은 모든 국민을 정치적 권리에 있어서 기계적이고 형식적으로 평등하게 대우할 것을 요청하는 민주주의의 이념에 그 정신적 기반을 두고 있는 반면, 일반적 평등조항은 사회의 영역에서 모든 개체의 상이함과 고유성에 그 출발점을 두고 있다. 정치적 영역에서 모든 국민은 그의 구체적 상황이나 개인적 특성과 관계없이 형식적으로 평등하게 취급되어야 하는 반면, 사회적 영역에서 국가는 단지 같은 것은 같게 취급할 것을 요청하는 일반적 평등조항의 구속을 받으며, 무엇이 같은 것이기 때문에 같게 취급해야 하는지의 판단에 관해서는 원칙적으로 입법자에게 광범위한 형성권이 인정된다. 다만, 헌법에서 스스로 차별을 금지함으로써 평등을 명시적으로 요청하는 경우에만 입법자의 형성권이 축소되어 엄격심사가 정당화될 수 있을 뿐이다.

이와 같이, ‘일반적 평등조항’과 ‘평등선거원칙’이 서로 상이한 영역에 그 정신적 기반을 두고 있고 서로 헌법적으로 국가에 대하여 요청하는 바가 다르다면, 이에 상응하여 그 위반여부를 판단하는 기준도 달라야 한다. 평등선거원칙은 그 이념적 기반을 평등민주주의에 두고 있기 때문에 국가에 대하여 엄격하고 형식적인 평등을 요청하며, 이에 대한 제한은 특별한 정당성을 필요로 한다. 따라서 평등선거원칙의 위반여부가 문제되는 경우에는 엄격한 심사가 정당화된다. 그러나 헌법재판소는 “선거운동에서의 기회균등 보장은 일반적 평등원칙과 마찬가지로 …… 합리적인 근거가 없는 자의적인 차별 내지 차등만을 금지하는 것으로 이해하여야 한다.”고 하

여76) 선거운동에서의 기회균등을 내포하는 평등선거원칙의 요청과 일반적 평등원칙의 요청이 근본적으로 다르다는 것을 간과하고 있다.

(나) 설사, 헌법재판소가 선거운동에서의 기회균등이 평등선거원칙의 문제라는 것을 인식하지 못하였다 하더라도, 적어도 헌법 제116조 제1항의 특별평등조항을 근거로 엄격한 비례심사를 해야 한다는 결론에 이르지 않은 것은 납득하기 어렵다.

헌법재판소는 위 결정에서 일반적 평등조항이 적용된다는 것을 전제로, 평등심사의 기준으로 자의금지원칙에 의한 완화된 심사와 엄격한 심사 중에서 무엇을 선택해야 하는지를 고민한 결과, “헌법 제116조 제1항에서 선거운동에 관하여 균등한 기회가 보장되어야 한다고 규정하고 있으나, 이를 두고 …… 헌법이 특별히 차별을 금지하고 있는 영역으로 볼 수 없다.”고 판시함으로써 완화된 심사를 해야 한다는 결론에 이르렀다. 그러나 헌법재판소의 이러한 판단은 첫째, 헌법 제116조 제1항을 객관적인 규정내용에 반하여 자의적으로 해석한 결과이며, 둘째, 엄격한 평등심사를 정당화하기 위하여 자신이 스스로 제시한 지침인 ‘헌법이 특별히 평등을 요청하는 경우’에 대한 불명확한 이해, 특히 ‘헌법에 의한 입법형성권의 제한’과 ‘엄격한 심사’ 사이의 상관관계에 대한 이해의 부족에 기인하는 것이다.

헌법 제116조 제1항은 ‘선거운동에서 균등한 기회의 보장’을 특별히 요청함으로써 입법자에게 명시적으로 선거운동과 관련하여 차별을 금지하고 평등취급을 명령하고 있으므로, 위 헌법조항은 ‘선거운동’과 관련하여 일반적 평등조항을 구체화하는 특별평등조항이며, 이로써 입법자의 형성권을 제한하는 규정으로 이해해야 하기 때문이다. 헌법에서 이와 같이 명시적으로 선거운동에서의 평등을 요청하고 있음에도 이러한 경우가 ‘헌법이 스스로 평등을 요청하고 있는 경우’에 해당하지 않는다면, 대체 어떠한 경우에

---

76) 판례집 23-1하, 237, 246.

이에 해당하는지 근본적인 의문이 제기된다.

#### 4. 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56 결정(직계존속 고소 불허 사건)의 문제점

##### 가. 판시내용의 요지

자기 또는 배우자의 직계존속을 고소하지 못하도록 규정한 형사소송법규정이 비속을 차별취급하여 평등권을 침해하는지의 여부가 문제된 위 사건에서, 헌법재판소는 재판관 4(합헌):5(위헌)의 의견으로 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고하였다.

헌법재판소는 우선 일치된 의견으로 “이 사건 법률조항은 ‘비속’이라는 특수한 신분관계인에 대하여 그 직계존속 및 배우자의 직계존속에 대한 고소권을 부정하고 있는데, 이러한 지위의 차이를 이유로 고소권을 제한하는 이 사건 법률조항이 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 위배되는지 여부가 쟁점이 된다.”고 전제한 다음, 재판관 4인의 합헌의견은 “범죄 피해자의 고소권은 그 자체로 헌법상의 기본권의 성격을 갖는 것이 아니라 형사절차상의 법적인 권리에 불과하지만, 한편으로는 국민의 재판절차진술권 행사의 전제가 되기도 하므로, 이 점에서 이 사건 법률조항이 비속인 범죄피해자의 재판절차진술권 행사에 중대한 제한을 초래하는 것인지 여부에 대한 판단이 필요하다. …… 이러한 점들을 고려해 볼 때 친고죄의 경우든 비친고죄의 경우든 이 사건 법률조항이 재판절차진술권의 중대한 제한을 초래한다고 보기는 어려우므로, 이 사건 법률조항이 평등원칙에 위반되는지 여부에 대한 판단은 완화된 자의심사에 따라 차별에 합리적인 이유가 있는지를 따져보는 것으로 족하다 할 것이다.”라고 하여 “이 사건 법률조항은 그 차별에 있어서 합리적인 이유가 있는 것이므로, 헌법 제11조 제1항의 평등

원칙에 위반된다고 할 수 없다.”고 판단하였다.<sup>77)</sup>

반면에, 재판관 5인의 위헌의견은 “이 사건 법률조항은 범죄피해자인 비속에 대하여 단순히 법적 권리인 고소권의 배제·박탈에 그치는 것이 아니라 헌법상 기본권인 재판절차진술권의 행사에 중대한 제한을 초래할 수 있다. …… 따라서, 비속의 존속에 대한 고소를 금지하는 이 사건 법률조항으로 인하여 비속의 재판절차청구권은 중대한 제한을 받게 된다 할 것이므로 위헌심사의 기준은 엄격한 심사척도에 의하여야 한다.”고 하여, “이 사건 법률조항은 비속에 대한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 차별 목적의 비중과 차별의 정도 간에 비례성을 갖춘 것이라고 볼 수 없으므로, 헌법상 평등원칙에 위배된다.”고 판단하였다.<sup>78)</sup>

## 나. 비판

### (1) ‘차별대우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’에 대한 오해

위에서 확인한 바와 같이,<sup>79)</sup> 엄격한 평등심사가 정당화되는 경우로서 ‘차별대우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’란 차별대우로 인하여 자유권에 중대한 제한효과가 발생하였고 이로써 중대한 자유권제한을 정당화해야 하는 입법자의 부담으로 인하여 입법형성권이 축소되는 경우, 즉 ‘차별대우가 자유권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’를 말한다.

헌법재판소는 일부 결정에서 ‘차별대우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’가 위와 같은 한정적인 의미임을 제대로 이해하지 못

77) 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56, 판례집 23-1상, 12, 19-21.

78) 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바56, 판례집 23-1상, 12, 22-23.

79) 위 II. 2. 부분 서술 참조.

하고 있다. 이는 무엇보다도 ‘제대군인 가산점 사건’에서 언급한 ‘부정확한’ 판시내용에 기인한다. 헌법재판소는 위 결정에서 엄격한 평등심사가 정당화되는 두 가지 경우를 서술하면서 두 번째 경우와 관련하여 “차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우”라고 판시하고 있는데, ‘관련 기본권에 대한 중대한 제한’이란 표현은 부정확하며 오해의 소지를 안고 있다. 이러한 판시내용에 의하면 차별대우로 인하여 모든 기본권이 관련될 수 있고 관련된 기본권에 대한 제한이 중대하다고 판단된다면 엄격한 심사를 해야 한다는 것인데, 차별대우가 자유권이 아니라 다른 성격의 기본권의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우에는 엄격한 심사가 정당화되지 않는다.

단순한 자의심사를 넘어서 비례의 원칙에 의한 엄격한 평등심사가 요청되는 경우란, 차별대우가 자유권의 행사에 불리한 영향을 미침으로써 평등권의 내용이 자유권을 통하여 구체화되는 경우를 의미하는 것인데, 위 결정의 판시내용은 엄격한 심사를 정당화하는 기준이 형성된 이론적 바탕을 전혀 이해하지 못하고 있다. 그 결과, 헌법재판소는 차별대우로 인하여 자유권이 아니라 ‘재판절차진술권’과 같이 절차적 기본권의 행사에 대하여 불리한 효과가 발생하는 경우에도 ‘완화된 또는 엄격한 평등심사를 해야 하는지’에 관하여 논란을 벌이는 잘못을 범하고 있다.

차별대우가 개인의 자유로운 인격발현에 미치는 실질적 효과를 구체적으로 고려함이 없이 단지 추상적으로 ‘차별대우가 관련 기본권에 대한 중대한 제한인지 또는 아닌지의 여부’만을 판단하는 것은 엄격한 평등심사를 정당화하는 논증의 바탕을 완전히 벗어난 것이다. 위 사건의 경우 ‘차별대우로 인하여 자유권에 중대한 제한을 초래하는 경우’에 해당하지 않으므로, 재판절차진술권에 대한 중대한 제한이 초래되는지에 관한 판단은 그 자체로서 불필요하다. 위 사건의 경우는 엄격한 심사가 처음부터 고려되지 않는 경우이므로, 자의금지원칙에 의한 평등심사를 해야 한다.

## (2) 재판절차진술권에 대한 제한의 중대성여부를 판단하는 실체적 기준의 부재(不在)

차별대우가 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는지의 여부를 확인하기 위해서는 기본권제한의 중대성을 측정할 수 있어야 하고, 이는 기본권이 실체적 보호범위를 가져야 한다는 것을 의미한다. 기본권이 실체적 보호범위를 가지고 있는 경우에만 그에 대한 제한의 중대성을 확인할 수 있고, 기본권에 대한 중대한 제한 또는 중대하지 않은 제한의 구분이 가능하다. 재판청구권이나 재판절차진술권과 같이 ‘효과적인 권리보호의 요청’이나 ‘재판절차에서 형사피해자로서 진술할 수 있는 가능성의 보장’ 등 단지 형식적 보장내용만을 가지고 있는 절차적 기본권의 경우에는 기본권제한의 중대성을 파악하기 위하여 필요한 실체적 보장내용이 결여되어 있다.

가령, 재판청구권은 특정한 생활영역이나 법익을 ‘실체적’ 보호범위로 하는 자유권과는 달리, ‘효과적인 권리보호’라는 단지 ‘형식적’ 보장내용을 가지고 있기 때문에, 재판청구권의 제한이 기본권주체에게 어느 정도로 중대한 효과를 초래하는지의 관점을 판단할 수 있는 아무런 실체적 근거를 제공하지 아니한다. 이러한 이유에서 과잉금지원칙을 적용하여 재판청구권을 제한하는 소송법규정의 위헌여부를 판단한다 하더라도, 기본권제한 효과의 판단을 전제로 하여 ‘기본권제한의 효과’와 ‘공익의 비중’을 교량하는 ‘법익균형성’의 심사는 사실상 불가능하며, 보다 기본권을 적게 제한하는 대안을 찾는 ‘수단의 최소침해성’의 심사도 형식적인 심사에 그칠 수밖에 없다. 헌법재판소도 이를 인식하여 재판청구권을 구체적으로 형성하는 소송법규정의 위헌여부를 판단하는 기준으로서 ‘합리성원칙이나 자의금지원칙’ 또는 ‘완화된 비례의 원칙’을 언급하고 있다.<sup>80)</sup>

80) 재판청구권 침해여부를 판단하는 심사기준으로 합리성원칙이나 자의금지원칙을 언급하는 결정으로 헌재 2005. 5. 26. 2003헌가7, 판례집 17-1, 558, 567; 헌재 1998. 9. 30. 97헌바51, 판례집 10-2, 541, 550; 헌재 1998. 12. 24. 94헌바46, 판례집



마찬가지로 절차적 기본권인 재판절차진술권의 경우에도 재판절차진술권은 입법자에 대하여 형사절차법을 형성함에 있어서 형사피해자가 재판절차에서 진술할 수 있는 이익도 함께 고려해야 한다는 것만을 요청하기 때문에, ‘형사절차에서 형사피해자의 진술가능성에 대한 요청’이라는 형식적인 보장내용만을 가질 뿐, 기본권제한의 정도나 중대성여부를 판단할 수 있는 실체적 보장내용을 가지고 있지 않다. 입법자는 형사절차의 구체적 형성에 있어서 형사피해자의 재판절차진술권을 어느 정도로 고려할 것인지에 관하여 광범위한 형성의 자유를 가지므로, 재판절차진술권을 제한하는 절차법 규정의 위헌여부는 재판절차진술권의 제한이 이를 요청하는 합리적인 반대법익에 의하여 정당화되는지의 관점에서 판단된다. 헌법재판소도 재판절차진술권의 위반여부를 판단하는 기준으로 ‘입법재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우인지’의 관점을 제시하고 있다.<sup>81)</sup>

결국, 절차적 기본권의 본질상 절차적 기본권의 침해여부에 관한 판단이 실질적으로 ‘합리성심사’에 국한된다면, 차별대우가 절차적 기본권의 행사에 불리한 영향을 미치는 경우에 평등권위반여부를 판단하는 기준도 차별대우의 합리성여부만을 판단하는 완화된 심사기준일 수밖에 없다.

---

10-2, 842, 851; 완화된 비례원칙을 언급하는 결정으로 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358, 1372

81) 헌재 2003. 9. 25. 2002헌마533(형사미성년자의 형사책임면제), 판례집 15-2상, 479, 485, “헌법 제27조 제5항이 정한 법률유보는 법률에 의한 기본권의 제한을 목적으로 하는 자유권적 기본권에 대한 법률유보의 경우와는 달리 기본권으로서의 재판절차진술권을 보장하고 있는 헌법규범의 의미와 내용을 법률로써 구체화하기 위한 이른바 기본권형성적 법률유보에 해당한다. 따라서 헌법이 보장하는 형사피해자의 재판절차진술권을 어떠한 내용으로 구체화할 것인가에 관하여는 입법자에게 입법형성의 자유가 부여되고 있으며, 다만 그것이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리한 경우에 비로소 위헌의 문제가 생길 수 있다.”

## IV. 맺는말

1. 엄격한 평등심사가 정당화되는 경우는 크게 ‘헌법이 스스로 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 특별평등조항의 경우’와 ‘차별대우가 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우’로 나누어 볼 수 있다.

특별평등조항은 ‘규정형식의 측면’에서 다시 ‘헌법의 문언에서 명시적으로 특별히 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 경우’와 ‘헌법해석을 통하여 헌법규정에 내재한 특별한 차별금지나 평등요청을 도출할 수 있는 경우’로 구분할 수 있다. 전자(前者)에 속하는 특별평등조항으로는 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별을 금지하는 헌법 제10조 제1항 후문, 교육의 영역에서 능력 외의 기준에 의한 차별을 금지하는 헌법 제31조 제1항, 근로의 영역에서 성별에 의한 차별을 금지하는 헌법 제32조 제4항, 혼인과 가족생활에서 성별에 의한 차별을 금지하는 헌법 제36조 제1항, 병역의무의 이행으로 인한 차별을 금지하는 헌법 제39조 제2항, 선거운동에서의 기회균등을 요청하는 헌법 제116조 제1항을 들 수 있고, 후자(後者)에 속하는 특별평등조항으로는 공직취임에서 능력 외의 기준에 의한 차별을 금지하는 헌법 제25조, 혼인과 가족생활에 대한 차별을 금지하는 헌법 제36조 제1항, 선거에서 정치적 참여의 평등을 요청하는 헌법 제41조 제1항·제67조 제1항의 보통·평등선거원칙을 언급할 수 있다.

한편, 엄격한 평등심사를 요청하는 두 번째 경우인 ‘차별이 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’란 일반적 평등조항의 내용이 자유권에 대한 제한효과를 통하여 구체화될 수 있는 경우, 즉 평등심사가 실질적으로 자유권에 의한 심사로 대체됨으로써 평등권을 실현하는 입법자의 형성권이 자유권의 관점을 통하여 제한될 수 있는 경우를 전제로 하는 것이다. 따라서 ‘차별대우가 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우’는 차별

대우로 인하여 자유권에 중대한 제한효과가 발생하였고 이로써 중대한 자유권제한을 정당화해야 하는 입법자의 부담으로 인하여 입법형성권이 축소되는 경우, 즉 ‘차별대우가 자유권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’로 한정적으로 이해해야 한다.

특별평등조항은 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항에 대한 특별규정으로 일반적 평등조항의 적용을 배제한다. 따라서 평등심사의 기준으로 특별평등조항이 고려되는 경우에는 우선적으로 특별평등조항을 심사 기준으로 하여 평등권위반여부를 판단해야 한다. 반면에, ‘차별대우가 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우’에는 일반적 평등조항을 심사기준으로 하여 평등권위반여부를 판단하지만, 이 경우 입법자의 형성권이 제한되기 때문에 엄격한 심사가 정당화된다.

**2.** 헌법재판소는 ‘제대군인 가산점 결정’에서 엄격한 평등심사의 기준을 제시하였으나, 이러한 기준을 개별 사건에서 구체적으로 적용함에 있어서 매우 혼란스럽고 일관되지 못한 모습을 보이고 있다. 위 결정 이후 선고된 ‘평등심사기준에 관한 주요 결정들’을 살펴보면, 첫째, 일반적 평등조항과 특별평등조항의 관계 및 특별평등조항의 헌법적 의미와 기능이 무엇인지 불확실하고, 둘째, 어떠한 헌법규정이 특별평등조항에 해당하는지에 관한 판단이 자의적이거나 논증에 있어서 오류를 안고 있으며, 셋째, ‘차별대우가 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’가 구체적으로 어떠한 법적 상황인지에 관한 기본입장을 세우지 못하고 있다.

헌법재판소의 이러한 혼란스런 모습은 무엇보다도 ‘엄격한 평등심사의 기준’이 생성된 이론적 배경에 대한 기본적인 이해 없이 매 결정마다 임의로 위 기준을 해석하여 적용함으로써, 헌법재판소의 판례가 원래의 이론적 바탕을 벗어나 독자적으로 발전하고 있는 것에 기인한다. 헌법재판소는 이

憲法論叢 第26輯(2015)

제 다시 자신이 스스로 제시한 이론의 원점으로 돌아가 ‘왜 어떠한 경우에 엄격한 평등심사가 헌법적으로 정당화되는지’ 그 헌법적 근거를 새롭게 확인해야 하고 이를 바탕으로 ‘엄격한 평등심사의 기준’을 재정립해야 한다고 본다.

[국문초록]

### 평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점

‘특별평등조항’이란, 무엇을 같게 또는 다르게 취급해야 하는지에 관하여 아무런 기준을 제시하지 않는 ‘일반적 평등조항’(헌법 제11조 제1항 전문)과는 달리, 특수한 방법으로 차별을 금지한다든지 아니면 평등을 요청함으로써 일반적 평등원칙의 내용을 구체화하고 입법을 통하여 평등원칙을 실현하는 입법자의 형성권을 제한하는 헌법상의 규정을 말한다. 헌법이 스스로 특별히 차별을 금지하거나 평등을 요청하는 경우, 입법자의 형성권은 축소되고, 이에 따라 헌법재판소가 이러한 헌법적 요청이 준수되는지의 여부를 보다 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다.

특별평등조항은 헌법 제11조 제1항 전문의 일반적 평등조항에 대한 특별규정으로서 일반적 평등조항의 적용을 배제한다. 특별평등조항은 일반적 평등조항과 비교할 때 보다 강화된 평등보호를 제공하고, 이로써 차별대우의 정당성에 대하여 보다 강화된 요구를 한다. 특별평등조항은 입법자가 모든 경우에 동등한 대우를 해야 한다는 것은 아니지만, 차별대우의 경우에는 특별한 정당성을 필요로 한다는 것을 의미한다. 우리 헌법상의 특별평등조항은 ‘규정내용의 측면’에서 ‘역사적으로 우리 사회의 고유한 상황에 비추어 특별히 차별이 우려되기 때문에 헌법이 스스로 성별 등에 의한 차별을 금지하는 경우’와 ‘선거권·피선거권·선거운동에서의 기회균등·공직취임에서의 기회균등 등 참정권의 영역에서 모든 국민의 평등한 정치적 참여, 즉 엄격하고 형식적인 정치적 평등을 요청하는 경우’로 크게 나누어 볼 수 있다.

성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별을 금지하는 헌법 제11조 제1항 후문은 전문의 일반적 평등조항을 구체화하는 대표적인 특별평등조항이다. 위 후문에 규정된 차별금지사유는 열거적인 것으로 이해해야 한다. 여기서 ‘열거적’이란, 후문에 규정된 차별금지사유에 의한 차별의 경우에 한하여 특별평등조항인 후문의 규정이 적용되고, 그 외의 사유에 의한 차별의 경우에는, 예외적으로 다른 특별평등조항이 적용되지 않는 한, 일반적 평등조항을 적용하여 평등권위반여부를 심사해야 한다는 것을 의미한다.

헌법은 제11조 제1항 후문 외에도 일반적 평등원칙을 구체화하는 다수의 특별평등조항을 가지고 있다. 나아가 헌법이 차별대우와 관련하여 구체적인 기준을 제시하고 있지 않기 때문에 ‘일반적 평등조항’이 적용되는 경우라 하더라도, 헌법에 열거되지 아니한 사유로 인한 차별이 개인의 인격발현에 중대한 영향을 미치는 경우에는 헌법재판소의 확립된 판례에 따라 이러한 차별은 자유권의 행사에 미치는 중대한 제한효과로 인하여 ‘차별이 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우’에 해당하게 되어 예외 없이 엄격한 심사가 이루어진다.

### 주제어

일반적 평등조항, 특별평등조항, 공직취임권, 선거운동에서의 기회균등, 엄격한 평등심사

[Zusammenfassung]

## **Kritische Bemerkung über die neueren Verfassungsgerichtsentscheidungen zu den Gleichheitsrechten**

Im System der Gleichheitsrechte ist der allgemeine Gleichheitssatz in Art.11 Abs.1 S.1 Koreanische Verfassung Auffangrecht gegenüber den speziellen Diskriminierungsverboten. Die besonderen Gleichheitssätze bieten gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz einen qualifizierten Schutz. Allerdings entfaltet dieser besondere Schutz keine absolute Bedeutung. Die besonderen Gleichheitssätze verbieten eine Ungleichbehandlung nicht absolut sondern grundsätzlich. Daraus ergibt sich eine Verengung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und dementsprechend eine erhöhte Prüfungsintensität. Die besonderen Gleichheitssätze ermöglichen eine Prüfung, ob für eine Ungleichbehandlung ein zwingender Grund besteht.

Die Anwendbarkeit der verschärften Verhältnismäßigkeitsprüfung kann nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts durch zwei Kriterien ausgelöst werden. Erstens ist eine verschärfte Verhältnismäßigkeit zu prüfen, wenn die Verfassung selbst eine Ungleichbehandlung besonders verbietet bzw. eine Gleichbehandlung besonders gebietet und der Gesetzgeber entgegen diesen ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten eine Differenzierung vornimmt. Zweitens besteht ein Zusammenhang zu den Freiheitsgrundrechten. Die verschärfte Prüfung ist auch dann vorzunehmen,

憲法論叢 第26輯(2015)

wenn sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann und die Prüfung ist dabei umso strenger, je stärker dies der Fall ist. Dieser Ansatz ist auf das Zusammentreffen des allgemeinen Gleichheitssatzes mit einem Freiheitsrecht zu beschränken.

**Stichwörter**

Der allgemeine Gleichheitssatz, Die besonderen Gleichheitssätze, Chancengleichheit im Wahlkampf, verschärfte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Ungleichbehandlung, Recht auf Ämterzugang



## 참고문헌

- 김주환, “평등권 심사기준의 체계화”, 『강원법학 제31권』, 2010. 10.
- 김주환, “일반적 평등원칙의 심사기준과 방법의 합리화 방안”, 『공법학연구』 제9권 제3호, 2008. 8.
- 성기용, “평등권의 보장과 발전”, 『헌법논총』 제19집(2008)
- 손상식, “평등권의 침해 여부에 대한 심사기준”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013.
- 이상경, “사회적 신분에 의한 차별사유에 관한 소고”, 『헌법학연구』 제20권 제4호, 2014. 12.
- 이재희, “일반적 평등권 보장과 개별적 평등권 보장”, 『헌법학연구』 제21권 제2호, 2015. 6.
- 이종수, “사회적 신분에 의한 차별금지의 헌법적 의미”, 『공법연구』 제31권 제1호, 2002. 11.
- 조홍석, “평등권에 대한 헌법재판소 판례의 분석과 전망”, 『공법연구』 제33집 제4호, 2005. 6.
- 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 『헌법논총』 제9집(1998)
- 한수웅, “교육을 받을 권리와 국가교육권한의 한계—교육평준화 및 학교선택권 제한의 헌법적 한계를 중심으로”, 『법조』, 2008. 4.
- 한수웅, “공무담임권의 보장내용—공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 겸하여”, 『중앙법학』 제16집 제3호, 2014. 9.
- 한수웅, “헌법 제7조의 의미 및 직업공무원제도의 보장”, 『법조』 2012. 11.
- 한수웅, ”헌재 2011. 5. 26. 2010헌마451 결정(선거방송토론회 사건)에 대한 판례평석- 평등권과 평등선거원칙의 관계를 중심으로”, 『중앙법학』 제14집 제3호, 2012. 9.
- 한수웅, 『헌법학』, 2015
- 허영, 『한국헌법론』, 2010

憲法論叢 第26輯(2015)

- Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR Bd.II, 2004, §24
- Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VI, 1989, §147
- Frowein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, AöR 99(1974)
- Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rspr. des BVerfG zur Rechtssetzungsgleichheit, in: FS für Peter Lerche, 1993
- Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2010
- Kunig, Fragen zu den Wahlrechtsgrundsätzen, Jura 1994
- Kunig, in: v. Münch/Kunig(Hg), Grundgesetzkommentar, Bd.2 2001, Art.33
- Mann, in: Sachs(Hg), Grundgesetzkommentar, Art.12
- Merten, Berufsfreiheit des Beamten und Berufsbeamtentum, in: HbGR Bd.V, 2013, §114
- Meyer, Wahlgrundsätze und Wahlverfahren, in: HStR II, 1987, §38
- Michael/Morlok, Grundrechte, 3. Aufl. 2012
- M. Morlok, in: Dreier(Hg), Grundgesetzkommentar, Bd.2, 2006, Art.38,
- Oppermann, Schule und berufliche Ausbildung, in: HdbStR Bd.6, 1989, §135
- Pauly, Das Wahlrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 123(1998)
- Pietzcker, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: HbGR Bd.V, 2013, §125
- Richter, Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: HbGR Bd.V. 2013, §126
- Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39(1981)
- H.-P. Schneider, Berufsfreiheit, in: HbGR Bd.V, 2013, §113
- H. H. Trute, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar Bd.2, 2001, Art.38
- Wendt, Spezielle Gleichheitsrechte, in: HbGR Bd.V, 2013, §127

(논문접수일: 2015. 8. 31. 논문심사일: 2015. 10. 27. 게재확정일: 2015. 11. 13.)

# 법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견(管見)<sup>1)</sup>

## A Study on the Eligibility of Acts as Object of Constitutional Complaint

鄭 柱 白(Jeong, Joo-Baek)

忠南大學校 法學專門大學院 教授

### - 目 次 -

I. 문제의 제기 .....	301
II. 제1항소원 심판 관련 조문의 열거 .....	302
1. 우리 나라의 경우 .....	302
2. 독일의 경우 .....	304
III. 판례와 학설 .....	305
1. 판례 .....	305
2. 학설 .....	308

- 1) 이 논문을 작성하는데 최호동 변호사가 큰 도움을 주었다. 그는 이 논문의 논지에 찬동하지 않았다. 그러면서도 연구자와 토론해 주었고, 논문의 문맥을 가다듬어 주었으며, 영문 초록을 작성해 주었다. 그는 이 논문을 반박하는 논문을 내겠다고 한다. 반가운 일이다. 좋은 일이다. 논쟁은 옳음으로 다가가는 첩경이다. 최호동 변호사의 반론을 기대하고, 학문적 발전을 기원한다.

IV. 결정의 주문에 관련된 쟁점 .....	309
1. 현재법의 내용과 실천 .....	309
2. 쟁송물 .....	311
3. 침해된 기본권의 특정 .....	312
4. 법률의 취소 .....	315
5. 결정의 효력에 관한 쟁점—현재법 제47조의 준용 문제 .....	320
6. 기속력의 상대방 .....	325
7. 소결론 .....	327
V. 심판청구의 요건과 관련된 쟁점 .....	328
1. ‘공권력의 행사 또는 불행사’와 ‘법률’의 준별 .....	328
2. ‘공권력의 행사’와 ‘그 결과’의 준별 .....	330
3. 청구기간 .....	332
4. 직접성 .....	334
가. 실무 .....	334
나. 보충성과의 관계 .....	335
다. 실천의 어려움 .....	336
5. 소결론 .....	338
VI. 결론—입법적 보완 .....	339
* 국문초록 및 주제어 .....	341
* 영문초록 및 주제어 .....	342
* 참고문헌 .....	344

## I. 문제의 제기

헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 한다) 제68조 제1항 본문은 ‘공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권이 침해된 자’는 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다)에 헌법소원심판을 청구할 수 있다’고 규정하고 있다. 그런데, 헌재는 위의 ‘공권력의 행사’에 법률이 포함된다고 보고, 법률에 대한 위헌심사를 행하고 있다. 그리고 학계에서도 이 점에 대하여 논의하는 바가 적으나, 헌재의 결정을 당연히 옳다고 보는 것 같다.

헌법재판의 영역을 확장함으로써 기본권 보장을 충실히 할 수 있다는 점에 대해서는 이론이 있을 수 없다. 실제로 법률을 소원의 대상으로 삼아 여러 가지 중요한 결정들이 있었음도 부인할 수 없다.

그러나, 판례가 법률을 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원(이하 ‘제1항소원’이라 한다)의 대상으로 삼을 수 있다고 보는 법적인 근거는 오로지 ‘공권력의 행사’에 ‘입법작용’ 또는 ‘법률’이 포함되지 않을 이유가 없다는 것뿐이다. 법률을 제1항소원의 대상에서 배제하는 명문의 규정은 없지만,<sup>2)</sup> 현행 헌재법 전체를 체계적으로 이해했을 때, 어떻게 해석해야 할 것인가는 얼마든지 논의할 여지가 있다.

몇 가지 문제점만 들어보자면, 헌재법 제75조는 제1항소원을 인용하는 경우에 있어서의 효과 등을 정하고 있는데, 거기에는 입법 작용<sup>3)</sup>에 대해 기본권 침해 결정<sup>4)</sup>을 하는 경우에 관한 조항이 전혀 없다. 나아가 왜 법률의 ‘제정이나 개정 작용’이 아니라 ‘법률’이 소원의 대상으로 되는가, 청구 기간을 정한 헌재법 제69조를 적용하지 아니하여도 좋은가, 직접성은 왜

---

2) 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호는 국회의 입법을 명시적으로 진정 대상에서 제외하고 있다.

3) 또는 법률.

4) 또는 위헌 결정.

부가되어야 하는가, 제1항소원 심판을 청구하는 계기가 된 기본권 침해는 어떻게 회복되는가 등 법률이 제1항소원의 대상이 된다고 보는데 있어서 장애물로 되는 요소들이 상당히 있다.

이하에서는 우리 나라와 독일에 있어서의 제1항소원의 조문구조를(II), 법률이 제1항소원의 대상으로 되는가 하는 문제에 관한 판례와 학설을 각 살펴본 뒤(III), 결정 주문에 관련된 쟁점(IV)과 심판청구의 요건과 관련된 쟁점(V)을 각 검토하고 결론을 맺으면서 입법안을 제시해 보고자 한다(VI).

## II. 제1항소원 심판 관련 조문의 열개

### 1. 우리 나라의 경우

제1항소원을 통하여 법률의 위헌 여부를 다룰 수 있는가 하는 점을 살펴보기 위하여, 우선 제1항소원의 열개를 살펴보고자 한다. 물론, 쟁점과 관련된 조항들만을 검토한다.

헌법 제111조 제1항 제5호는 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’을 현재의 관장 사항으로 정하고 있다. 1987년 헌법 개정 당시, 헌법소원심판의 내용에 대하여 합의에 이르지 못한 상태에서 그 내용의 형성을 법률에 미루었다고 평가되고 있다.<sup>5)</sup> 위 헌법 조항을 기초로 하여, 헌재법 제68조 제1항 본문이 규정되었다. 그 내용은 위에서 본 바와 같다.

헌재법 제69조 제1항은 제1항소원의 청구기간에 관하여 정하고 있다. ‘그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이

---

5) 정중섭, “한국 헌법재판 및 헌법재판소의 개혁”, 『헌법논총』, 제19집, 헌법재판소, 2008, 117.

내'에 청구하여야 한다. 달리 법률을 대상으로 하는 경우에 대한 특칙을 두고 있지는 아니하다.

헌재법 제75조 제1항은, 이 논문의 주제에 있어서 매우 중요한 조항이다. 우선 제1항은 제1항소원의 인용결정이 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다고 밝히고 있다. 이 조항은, 제6항에 의하여 제5항의 부수적 위헌결정과 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원(이하에서는 '제2항소원'이라 한다)의 경우에 준용되는 헌재법 제47조 제1항과는 다른 내용을 담고 있다. 즉, 헌재법 제47조 제1항은, 법률의 위헌결정은 '법원'과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 규정하여 법원에 대한 기속력을 명시적으로 밝히고 있으나, 헌재법 제75조 제1항은 제1항소원의 인용 결정이 기속하는 대상으로 '법원'을 명시적으로 들고 있지 않다.

제75조 제2항은, 제1항소원을 인용할 때에는 인용결정서의 주문에 '침해된 기본권'과 '침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불행사'를 특정하여야 한다고 정하고 있다. 역시 대상이 법률인 경우에 관한 특칙은 두고 있지 않다.

제75조 제3항은, 제2항의 경우, 즉 제1항소원을 인용하는 경우에 현재는 기본권 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 '취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인'할 수 있다고 정하고 있다. 이 조항은 매우 중요하다. 헌재법 제68조 제1항은 헌법소원 심판의 심판의 대상은 '공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 침해하는지 여부'이다.<sup>6)</sup> 심판청구를 인용하는 경우, 청구인의 주장을 받아들여 '공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 침해한다'는 점을 확인하는 것만으로는 청구인의 기본권이 회복될 수 없고, 이 항에 의하여 현재가 공권력의 행사를 '취소'하거나(공권력 행사의 경우), 위헌임을 확인하여 같은 조 제4항에 따라 피청구인이 현재의 결정 취지에 따라 새로

6) 물론, 누구의 기본권을 침해하는 경우에 인용 결정을 할 수 있는가, 하는 점도 매우 중요한 논점이다. 이 논문의 주된 쟁점은 아니어서 아래에서 간단히 본다.

은 처분을 하였을 때(공권력 불행사의 경우), 비로소 청구인은 권리를 구제 받게 된다.

제75조 제5항은 현재가 부수적 위헌결정을 할 수 있음을 정하고 있고, 제6항은 부수적 위헌결정과 제2항소원을 인용하는 경우에 위헌법률심판에 관한 조항을 준용한다는 점을 밝히고 있다.

## 2. 독일의 경우

‘공권력에 의해 기본권이나 제20조 제4항(…중략…)에 포함되어 있는 권리가 침해받았다는 주장으로 제기된 헌법소원’을 연방헌법재판소의 관할로 정하고 있는 독일 기본법 제93조 제1항 제4a호를 토대로 하여, 독일 연방헌법재판소법 제90조 제1항은 ‘누구든지 공권력에 의해 자신의 기본권 또는 ……에 포함된 기본권 유사한 권리가 침해된 것을 이유로 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.’고 규정하고 있는데, 이 조항은 우리 헌법재판소법 제68조 제1항과 유사하다.

그런데, 동법 제93조 제3항은 ‘헌법소원이 법률에 대하여 …… 청구되는 경우, 헌법소원을 법률 시행 후 …… 1년 이내에 청구하여야 한다.’고 규정하여, 법률을 대상으로 하는 헌법소원심판청구에 있어서의 청구기간을 따로 정하여 두고 있다. 이 조항은 청구기간에 관한 내용을 규정하고 있지만, 제90조 제1항의 ‘공권력’에 ‘법률’이 포함됨을 밝히는 역할도 하고 있다.

한편, 독일 연방헌법재판소법 제95조 제3항은 ‘법률에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는, 당해 법률이 무효임을 선언하여야 한다. 헌법소원이 제2항에 따라 인용된 이유가 취소된 결정이 위헌인 법률에 기인하였기 때문인 경우에도 또한 같다. 이 경우에는 제79조의 규정을 준용한다.’고 규정하고 있다. 제1문은 우리 현재법에 없는 조항이다. 제2문과 제3문은 부수적 위



헌결정에 관한 조항으로서, 우리 헌재법 제75조 제5항과 제6항에 해당한다. 중요한 것은, 연방헌법재판소가 결정문에서 적극적으로 법률의 무효를 선언하여야 한다는 것이다. 이 조항은 권한쟁의심판에 관한 헌재법 제66조 제2항과 유사하다.

어쨌든, 독일의 연방헌법재판소법 제90조 제1항이 ‘공권력 행사’를 대상으로 하고 있고, 거기에 ‘법률’이 포섭됨은 동법 제93조 제3항이나, 제95조 제3항에 의해 문언상 명백하다.

### Ⅲ. 판례와 학설

#### 1. 판례

헌재가 제1항소원 사건에서 법률의 위헌 여부의 문제에 대하여 최초로 언급한 사건은, 88헌마1 사건<sup>7)</sup>이다. 이 사건에서 헌재는 법률이 당연히 제1항소원의 대상이 된다는 것을 전제로 하여 바로 직접성, 보충성 등의 요건을 검토한 후에 본안에 나아가 심사를 하였다.<sup>8)</sup> 그런데, 흥미로운 것은, 대법원도 법률이 제1항소원의 대상으로 되지 아니한다는 주장은 하지 아니하고, 직접성 흠결을 이유로 헌법소원심판 청구가 부적법하다고 주장할 뿐이었다는 것이다.<sup>9)10)</sup> 한편 입법자인 ‘국회’는 위 헌법소원에 대하여 의견

7) 헌재 1989. 3. 17. 판례집 1, 9.

8) 판례집 1, 19 이하.

9) 판례집 1, 15-16.

10) 법률에 대한 제1항소원 사건에 대법원이 의견을 낸 것은, 이 사건의 심판 대상이 법률의 위헌 여부 뿐만 아니라, 대법원 규칙인 사법서사법 시행규칙의 입법부작위가 포함되었기 때문이다.

을 내지 않았다.

이후 89헌마12 사건<sup>11)</sup>에서는 기본권 침해의 현재성이, 89헌마61 사건<sup>12)</sup>에서는 자기관련성이 각 인정되지 않는다는 이유로 각 부적법 각하 결정을 하였다. 다시 89헌마13 사건<sup>13)</sup>에서는 “헌법재판소법 제68조 제1항에는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 공권력의 행사에는 입법권자의 입법 행위도 포함된다 할 것이므로, 국민이 어떤 법률 또는 법률조항 자체에 의하여 직접 자신의 기본적 권리를 현재 침해받고 있는 경우에는 그 법률 또는 법률조항에 대하여 바로 헌법재판소법이 정한 절차에 따라 그 권리구제를 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”<sup>14)</sup>고 판시하였다.

이후 89헌마220 사건<sup>15)</sup>에서 “헌법소원심판의 청구사유를 규정한 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에 규정된 공권력 가운데는 입법권도 당연히 포함되고 따라서 법률에 대한 헌법소원도 가능하다고 할 것이나 모든 법률이 다 헌법소원의 대상이 되는 것이 아니고 그 법률이 별도의 구체적 집행행위를 기다리지 않고 직접적으로, 그리고 현재적으로 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 경우에 한정됨을 원칙으로 한다.”<sup>16)</sup>고 판시함으로써 법률을 직접 대상으로 하는 헌법소원이 가능하다는 판례는 확립되기에 이르렀다.

11) 헌재 1989. 7. 21. 판례집 1, 128.

12) 헌재 1989. 7. 28. 판례집 1, 166.

13) 헌재 1989. 9. 29. 판례집 1, 294.

14) 판례집 1, 296-297.

15) 헌재 1990. 6. 25. 판례집 2, 200.

16) 이 논문에서 상론할 바는 아니나, 법률이 제1항소원의 대상이 되는가 하는 문제, 즉 대상성의 문제를, 별도의 요건이라 할 수 있는 직접성, 현재성과 함께 설명하는 것은 곤란하다고 본다. ‘직접성과 현재성을 갖춘 법률’이 소원의 대상으로 되는 것이 아니라, ‘법률’이 소원의 대상으로 되나 ‘직접성’과 ‘현재성’을 갖춘 경우에만 적법한 것으로 된다고 보아야 한다. 만약 현재의 입장을 관철한다면, 모든 적법요건은 대상의 문제로 전환되고 말 것이다. ‘권리보호이익이 있는 법률’, ‘청구기간을 지킨 법률’ 등이 그것이다.

1988. 9. 1.부터 2015. 6. 30.까지 현재에 접수된 법률에 대한 제1항소원 사건의 수는 3,588건이다. 그 중 작위를 다툰 것이 3,401건이고, 입법부작위를 다툰 것이 187건이고, 이는 같은 기간 동안의 전체 제1항소원 사건 21,744건 중 약 17%를 차지한다.

처리된 사건 3,485건 중에는 위헌 72건, 헌법불합치 43건, 한정위헌 16건, 인용 5건이 있어서, 이에 따른 인용율은 약 4%이다. 전체 청구건수에 비하면 그리 높지 아니한 비율이라 할 수 있지만, 처리된 3,485건 중에는 각하된 2,393건과 취하된 105건이 있는데, 이 사건들은 본안 판단을 받지 아니한 것들이어서 이 사건들을 제외한 사건, 즉 본안 판단을 받았던 817건에 관하여만 본다면, 그 인용율은 약 17%에 달한다.<sup>17)</sup>

위헌법률심판의 본안인용율<sup>18)</sup>은 약 52%<sup>19)</sup>로서 매우 높지만, 제2항소원의 본안인용율이 약 15%인 것과 비교해 보면, 위의 약 17%는 낮은 것이라 할 수 없다. 이것은 법률에 대하여 적법하게 제1항소원을 청구하는 것은 상당히 어렵지만,<sup>20)</sup> 일단 적법하게 청구되었다면, 상당히 높은 비율로 인용되었다는 것을 보여준다. 이러한 점만 보더라도, 제1항소원의 대상으로 법률을 포섭시키는 것이 국민의 기본권 보장에 큰 의미를 가진다는 점을 부인하기는 어렵다.

---

17) 물론, 부작위에 대한 각하 결정이 거의 본안에서의 기각 결정과 유사한 성격을 가진다는 점을 감안하더라도, 전체 사건 수가 그리 크지 아니하므로, 큰 의미를 가지는 것은 아니다. 부작위를 제외한 작위, 즉 존재하는 법률에 대한 제1항소원의 본안인용율도 약 17%이다. 소숫점 이하에서 약간 차이가 날 뿐이다.

18) 인용된 사건 수를 본안 판단을 받은 사건 수로 나눈 것이고, 취하하거나 각하된 사건의 수는 분모에서 빠졌다.

19) 인용율 52%는 최근에 많이 선고되고 있는 양벌규정에 대한 위헌결정의 영향이 크다고 본다. 이 종류의 사건을 제외하면 인용율이 많이 떨어질 것이다.

20) 각하율이 약 76%에 달한다. 여기의 각하율은 전체 법률에 대한 제1항소원 사건 중 각하된 사건의 비율이다. 취하된 사건은 제외하였다.

## 2. 학설

이 문제를 다루는 논문은 그리 눈에 띄지 않는다. 위에서 본 바의 현재의 판단을 당연히 전제하고 있다.<sup>21)</sup> 이시윤 전 헌법재판관은 헌재법 제75조 제5항, 즉 부수적 위헌결정 조항이 법률에 대한 헌법소원이 허용됨을 전제로 한 것이라 본다.<sup>22)</sup>

흥미로운 것은 권영성 교수의 입장이다. 그는 1988년에는 헌법소원심판 청구 사유로서의 ‘공권력의 행사’에 ‘법률’은 포함되지 않는다고 보았다. 즉, 법률이 헌법에 위반되는지 여부는 위헌법률심판 절차를 통해서만 다룰 수 있고, 법률로 인해 기본권이 침해되었다 하더라도 그 문제가 구체적 사건으로 법원에 계속되지 않았다면 심판을 청구할 수 없다고 보았다.<sup>23)</sup> 그는 주장을 뒷받침하는 논거로, 헌재법 제75조 제4항을 들었다. 위 조항이 헌재법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사’를 ‘처분’이라 전제하고 있는 것으로 볼 때, 독일식의 법률에 대한 헌법소원은 인정될 여지가 없다고 보았다.<sup>24)25)</sup> 그런데, 그는 1992년의 논문에서 간단히 입장을 변경했다. 현재의 88헌마1 결정을 들면서, 간단히 ‘타당한 해석이다’라고 한다.<sup>26)</sup>

실무가의 논문으로는 헌재법 제68조 제1항에서 규정하고 있는 ‘공권력의

21) 김현철, 『판례 헌법소송법』, 전남대학교출판부, 2014, 286 ; 김하열, 『헌법소송법』, 박영사, 2014, 378 ; 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2015, 363 ; 이동흡, 『헌법소송법』, 박영사, 2015, 280.

22) 이시윤, “헌법소원심판에 관한 소고”, 『고시계』, 1989년 12월호, 146.

23) 권영성, “한국의 헌법재판제도”, 『서울대 법학』, 제29권 제3호, 1988, 44.

24) 같은 쪽.

25) 권영성 교수는 전제 논문, 39에서 한국의 헌법재판제도가 활성화되기 어려울 것이라는 비판적 생각을 표출하였다. 법률에 대한 헌법소원의 허용여부에 관한 생각도 어느 정도 영향을 미쳤을 수 있다.

26) 권영성, “헌법재판제도의 활성화방안에 관한 연구”, 『서울대 법학』, 제33권 제2호, 1992, 27.

행사'는 처분을 의미하고 법률에 대한 헌법소원은 인정되지 아니하는 것처럼 보인다는 것이 있다.<sup>27)</sup> 여운국 판사는 이 문제를 본격적으로 다룬 유일한 논문을 내었다.<sup>28)</sup> 이 논문은 주로 권력 분립 등 헌법이론의 관점에서 법률이 공권력의 행사에 포섭될 수 없다는 입장을 내세웠다. 헌재법의 해석론을 다루는 본 논문과는 다른 시각이다. 아직까지 학계에서는 이 주제에 관한 논의가 그리 활발하지는 않다.

## IV. 결정의 주문에 관련된 쟁점

### 1. 헌재법의 내용과 실천

공권력의 행사에 대하여 제기된 제1항소원을 인용하는 결정을 하는 경우에 어떤 주문을 내어야 하는가 하는 점을 살펴보기로 한다.

가장 먼저 필요한 것은, 헌재법 제75조 제2항에 따라 '침해의 원인이 된 공권력의 행사'를 특정하여야 한다. 여기에는 침해의 주체, 일시와 공권력 행사의 내용이 특정되어야 한다.

“청구인들이 2000. 6. 18. 09:00경부터 같은 달 20. 02:00경까지 서울 영등포구 당산동 3가 2의 11 소재 영등포경찰서 유치장에 수용되어 있는 동안 차폐시설이 불충분하여 사용과정에서 신체부위가 다른 유치인들 및 경찰관들에게 관찰될 수 있고 냄새가 유출되는 실내화장실을 사용하도록 강제한 피청구인의 행위”<sup>29)</sup>, “피청구인이 2012. 1. 31. 수원지방검찰청 2011

27) 강일원·유남석·최완주, “헌법소원심판”, 『헌법재판제도의 이해(재판자료 92집)』, 법원행정처, 2001, 520.

28) 여운국, “법령에 대한 헌법소원에 관한 고찰”, 『사법』, 제15호, 사법발전재단, 2011, 259 이하.

29) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 106.

형제○○○○호 사건에서 피의자 ○○○에 대하여 한 불기소처분”,<sup>30)</sup> “피청구인이 대통령에 보고하여 그 지시를 받아 1985. 2. 7. 청구인 경영의 국제그룹을 해체키로 기본방침을 정하고 같은 달 11. 그 인수업체를 정하는 한편, 이의 실행을 위하여 제일은행장 등에 지시하여 같은 달 13.부터 국제그룹계열사에 대한 은행자금관리에 착수하게 하고 청구인으로부터 처분 위임장 등으로 계열사의 처분권을 위임받게 하며 피청구인이 만든 보도자료에 의거하여 같은 달 21. 제일은행의 이름으로 해체를 언론에 발표하게 하는 등 국제그룹 해체를 위하여 한 일련의 공권력의 행사”<sup>31)</sup>로 표현되는 것이 그것이다.<sup>32)</sup>

다음으로는, 제1항소원의 대상으로 된 공권력의 행사가 기본권을 침해한다는 점을 밝혀야 한다. 여기서 중요한 것은, ‘청구인의’ 라는 표현이 필수적인가 하는 점이다. 이것은 청구인의 기본권이 침해된 경우에만 인용결정을 할 수 있는가 하는 문제와 직접 관련되고, 나아가서는 제1항소원의 성격과도 관련되는 매우 중요한 문제다. 만약 이 표현이 중요하지 않다고 본다면 객관소송의 성격이 강해질 것이고, 이 표현이 중요하고 본질적인 것이라고 본다면 주관적 권리구제절차로서의 성격이 강해질 것이다. 구체적인 법집행작용으로서의 공권력의 행사에 대해서는 침해된 기본권의 주체인 ‘청구인’이라는 표현이 기재되었다.<sup>33)</sup>

다음으로, 헌재법 제75조 제3항에 따라 위와 같은 공권력의 행사를 취소

30) 헌재 2014. 9. 25. 2013헌마455, 공보 제216호, 1626.

31) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 91.

32) 결정서의 모두에 청구인과 피청구인이 기재되어 있으므로 청구인과 피청구인이 특정된 것이다.

33) 위에 제기된 각 사건 참조. “청구인들의 인격권을 침해”(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 106); “청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해”(헌재 2014. 9. 25. 2013헌마455, 공보 제216호, 1626); “청구인의 기업활동의 자유와 평등권을 침해”(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 91).

할 것인가를 결정하여야 한다.<sup>34)</sup> 헌재법 제75조 제3항은 ‘취소’하거나 ‘위헌’임을 확인할 수 있다고 규정하고 있고, 이것은 헌재법 제75조 제2항의 기본권 침해 확인과는 별개의 주문이다. 이 주문의 의미에 대해서는 동일한 형식으로 입법된 헌재법 제66조 제2항 전단에 관한 현재의 해석을 원용해 볼 수 있다.<sup>35)</sup> 이 주문을 내지 아니하는 경우의 효력에 관해서는 아래 4.에서 본다.

취소 주문을 내는 경우에는, 위에서 본 바와 같은 공권력 행사를 취소한다는 선언을 하게 될 것이다. 위의 불기소처분취소를 다투는 제1항소원 사건의 경우에는, 따로 항을 나누어 취소주문을 내지는 않았고, 기본권침해확인에 이어서 바로 취소한다는 주문을 내었다. “피청구인이 (…중략…) 한 불기소처분은 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.”<sup>36)</sup> 이미 종료된 사실행위의 경우에는, 제2항에 기재된 바의, 공권력의 행사가 기본권을 침해하였다는 점만을 확인하고, 취소주문을 내지 아니하였다. 규범적으로 취소하여야 할 대상이 없기 때문이다.

## 2. 쟁송물

제1항소원의 쟁송물은 공권력의 행사 또는 불행사가 (청구인의) 기본권을 침해하는지 여부이다. 그렇다면, ‘법률과 관계된’ 공권력의 행사는 법률을 제정하는 행위 또는 개정하는 행위라고 보아야 할 것이다. 이 양자의 관계에 대해서는 아래에서 본다(V.1. 참조).

한편, 현재는 법률에 대한 제1항소원을 인용하는 경우에, 어김없이 ‘○

34) 아직까지 제1항소원에서는 기본권 침해 확인과 취소 여부가 분리될 수 있다는 것을 염두에 둔 결정은 없는 것으로 안다. 권한쟁의 심판과 다른 점이다.

35) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8, 판례집 21-2하, 14 등.

36) 헌재 2014. 9. 25. 2013헌마455, 공보 제216호, 1626 참조.

○법 제○항은 헌법에 위반된다’는 주문형식을 취하고 있다. 그런데, 법률을 제1항소원의 대상으로 삼는다 하더라도, 그 쟁송물은 ○○법 제○항(또는 그 제정/개정 행위)이 ‘헌법에 위반되는지 여부’가 아니고, ‘(청구인의) 기본권을 침해하는지 여부’이다.

물론, 청구인의 기본권을 침해하면 당연히 ‘위헌’이라 판단되어질 것이기 때문에, 즉 청구인의 기본권을 침해한다는 것은 헌법에 위배된다는 것의 충분조건(sufficient condition)이므로, 위와 같이 표현하더라도 논리적으로 틀렸다고 볼 수는 없으나, 그렇게 기재하여야 할 논리적 필요성이 있다고 보이지는 않는다.

또, 권한쟁의심판의 경우, 청구인의 헌법상의 권한을 침해한 경우에도 위헌 주문을 내지 않고,<sup>37)</sup> 법률상의 권한을 침해한 경우 위법하다는 주문을 내지 않은 것<sup>38)</sup>과 비교된다.

현재가 ‘기본권을 침해한다’는 주문을 내지 않고 ‘헌법에 위반된다’는 주문을 내는 것은, 그 효력과 관련이 있다고 본다. 즉, 전자의 주문을 내면 그 효력을 어떻게 할 것인가에 대하여 법적인 근거를 찾기 어려운 것에 비하여, 후자의 주문을 내면 현재법 제47조가 유추적용된다고 볼 여지가 생긴다는 점을 현재가 인식하였던 것이 아닐까 짐작된다. 다만 이 점에 관하여 현재가 입장을 밝힌 바는 없다.

### 3. 침해된 기본권의 특정

현재법 제75조 제2항은 제1항소원을 인용하는 때에는 주문에 침해된 기본권을 특정하여 기재할 것을 정하여 두고 있다. 그러함에도 불구하고 현재는 제1항소원 절차에서 법률조항에 대하여 위헌선언을 하면서도 침해된

37) 현재 2011. 8. 30. 2009헌라7, 판례집 23-2상, 220.

38) 현재 1999. 7. 22. 98헌라4, 판례집 11-2, 51.



기본권을 특정하지는 않고 있다. 이것은 ‘공권력의 행사’에 ‘법률’ 또는 ‘법률의 제·개정작용’이 포함된다고 하더라도, 법령 위반이라 아니할 수 없다.<sup>39)</sup>

현재는 “헌법재판소법 제75조 제2항의 규정에 따라 주문에 침해된 기본권을 표시하지 않는 이유는, 법률에 대한 헌법소원은 청구인의 침해된 기본권 구제의 면도 있으나 객관적인 헌법질서의 확립이라는 성질이 더 부각되어야 할 것이고, 동 규정의 취지가 같은 조 제3항 내지 제5항과의 관계에서 볼 때 입법권, 즉 법률에 의한 기본권침해의 경우에 부합하는 규정이라고 보여지지 않고, 오히려 같은 조 제6항이 헌법소원을 인용하여 법률의 위헌을 선고할 경우에는 같은 법 제45조, 제47조의 규정을 준용하도록 하고 있어서 구태여 주문에 침해된 기본권을 표시할 필요까지는 없다고 해석되기 때문이며, 이는 당재판소의 판례(1990. 10. 8. 선고, 89헌마89 결정<sup>40)</sup> 참조)이기도 하다.”라고 판시한 바 있다.<sup>41)</sup> 이에 대하여는, 2010헌마418 사건에서 조대현 재판관은 침해된 기본권을 특정하여야 한다는 의견을 내놓았다.<sup>42)43)</sup>

현재의 위와 같은 설명은, ‘법률’에 대하여도 제1항소원이 인정된다는 것을 ‘전제로’ 한 것이다. 그러나, 제1항소원이 주관적 권리구제에 중점이 있

39) 법률이 아닌 하위 법령의 경우에는 침해된 기본권을 특정하였다. 현재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 368; 현재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 367-368; 현재 2000. 3. 30. 99헌마143, 판례집 12-1, 404, 406 참조. 다만, 기본권을 침해하여 위헌이다, 라는 주문을 낸 것, 즉 위헌이라는 판단을 부가한 것은 불필요한 것이고, 여러 가지 점에서 혼선을 주는 것이다.

40) 이 결정에 침해된 기본권을 특정하지 아니하여도 좋은 이유가 실시되어 있지는 않다. 단지, 주문에서,  
 “1. 청구인 김○수의 이 사건 헌법소원심판청구를 각하한다.  
 2. 교육공무원법(1981.11.23. 법률 제3458호 전문개정) 제11조 제1항은 헌법에 위반된다.”라고 하여 침해된 기본권을 특정하지 않고 있을 뿐이다.

41) 현재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 116.

42) 현재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 562-563.

43) 기각 주문과의 부조화를 언급하는, 김하열, 전제서, 515 참조.

다는 것을 전제로 한다면, 법률은 그 대상으로 하기에 적절하지 아니한 바 있고, 그래서 입법자는 법률을 제1항소원의 대상으로 삼지 않았으며, 현재 법 제75조 제3항과 제5항은 법률에 대한 소원을 예정하지 아니하고 만들어진 조문이고, 법률에 대하여 제1항소원에서 인용하였을 경우에 관한 효력 규정이 없는 것은 법률이 제1항소원의 대상으로 되지 않는다는 해석의 근거라고 보는 것이 자연스러운 것이라 아니할 수 없다.

현재는 현재법에서 정한 바대로 침해된 기본권을 주문에 기재하여 특정하지 않는 것에 그치지 않고, 더 나아가 아예 기본권 침해가 없더라도 위헌이라고 판단한 바 있다. 즉, 현재는 “헌법소원이 단지 주관적인 권리구제 절차일 뿐만 아니라<sup>44)</sup> 객관적 헌법질서의 수호와 유지에 기여한다는 이중적 성격을 지니고 있으므로, 헌법재판소는 본안판단에 있어서 모든 헌법규범을 심사기준으로 삼음으로써 청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상의 위헌성을 심사한다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제1항이 비록 청구인이 주장하는 기본권을 침해하지는 않지만, 헌법 제107조 및 제111조에 규정된 헌법재판소의 권한규범에 부분적으로 위반되는 위헌적인 규정이므로, 이 사건 헌법소원은 위에서 밝힌 이유에 따라 한정적으로 인용될 수 있는 것이다.”<sup>45)</sup>라고 판시한 바 있다.

만약 이것이 일반적으로 받아들여진다면, 제1항소원의 본질이 달라진다. 제1항소원은 공권력 행사 또는 불행사가 기본권을 침해하는지 여부를 심사하는 절차이지, 헌법에 위반되는지 여부를 심사하는 절차가 아니다. 법률을 제1항소원의 대상으로 삼더라도 위와 같은 본질은 달라질 수 없다. 위 판례에서 현재법 조항<sup>46)</sup>이 청구인의 기본권을 침해하지 않는다면, 또는 좀

44) 판례집에는 “뿐만 아니라”라고 기재되어 있으나, “뿐만 아니라”의 오기인 것으로 보인다.

45) 현재 1997. 12. 24. 96헌마172 등, 판례집 9-2, 842, 862.

46) 이 사건의 심판의 대상은 현재법 제68조 제1항 중 재판소원을 금지한 부분이다.

더 널리 보아 누구의 기본권도 침해하지 않는다면, 청구인의 제1항소원은 인용될 수 없는 것이다. 그런데 청구인의, 나아가 국민의 기본권을 침해하지는 않지만,<sup>47)</sup> 현재의 권한을 침해한다는 이유로 제1항소원을 인용한 것이 위 결정이다. 위에서 본 바와 같이 주문에 침해된 기본권을 특정하지 아니하는 실무적 관행이, 더 나아가 기본권 침해 자체도 요하지 않는다고 본 위 결정의 단초로 작용하였다고 보인다.

#### 4. 법률의 취소

현재는 법률에 대한 제1항소원 사건에서 법률이 헌법에 위반된다는 주문을 낼 뿐, 취소 주문은 내지 않았다는 점은 위에서 보았다. 헌법에 위반된다는 주문을 현재법 제75조 제2항에서 말하는 기본권 침해 확인의 대응이라 보았을 때, 기본권 침해를 확인하기만 하고 기본권을 침해하는 공권력의 행사를 취소하는 주문을 내지 아니하는 경우, 제1항소원의 틀 안에서 어떤 효력을 가지는가, 하는 점을 탐색해 보기로 한다.

제1항소원 사건에서 이 점을 다룬 판례는 없다. 그런데, 권한쟁의심판에 서는 이 점이 다루어진 바가 있으므로, 참고할 만하다. 현재법 제61조 제1항은, “국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간에 권한의 유무 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 해당 국가기관 또는 지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.”고 정하고 있고, 현재법 제66조 제1항은, “헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위에 관하여 판단한다.”,

---

이 사건은 법원이 한정위헌 결정의 기속력을 인정하지 않는 것이 문제가 되어, 다시 현재법 제68조 제1항 중의 재판소원금지에 대하여 한정위헌 결정을 한 후 법원의 재판을 취소한, 헌법재판의 역사에 있어서 매우 중요한 사건이다.

47) 현재는 이 점을 명시적으로 판단하였다. 판례집 9-2, 854-859.

제2항은 “제1항의 경우에 헌법재판소는 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정 취지에 따른 처분을 하여야 한다.”고 정하고 있다. 위와 같은 조항들의 배치는 헌법소원 심판의 그것, 즉 헌재법 제68조 제1항, 제75조 제2항, 제3항, 제4항과 매우 유사하다.

현재는 헌재법 제66조 제1항과 제2항을 독자적인 조항으로 이해한다. 따라서, 제1항의 권한 침해 여부에 관한 결정은 필요적이나, 처분을 취소하거나 무효를 확인하는 결정은 재량에 속한다고 본다.<sup>48)49)</sup> 즉, 제1항에 따라 권한 침해를 확인하였다고 하여, 필연적으로 청구인의 권한을 침해하는 처분을 취소하거나 무효를 선언하여야 하는 것은 아니라는 것이다.

48) 헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8 등, 판례집 21-2하, 14, 79 재판관 이강국, 이공현의 의견; 헌법재판소, 『헌법재판실무제요(제1개정증보판)』, 2008, 351; 김하열, 전거서 588.

49) ‘재량에 속한다’는 점에 대해서는 의문이 있다. 재량에 속한다는 것은 청구인이 취소 또는 무효확인을 구하더라도, 헌재가 주문에서 이를 기재하지 않는 것이 판단 누락에 해당되지 않는다는 것을 의미하는 것으로 이해된다. 그러나, 청구인은 권한의 침해 상태를 복멸하기 위하여 권한쟁의 심판을 청구했는데, 제1항의 권한침해 확인에 대한 청구만이 ‘권리’이고, ‘취소 또는 무효확인’은 은전에 해당한다고 볼 수는 없다. 행정소송법 제28조는 사정판결에 관하여 규정하고 있는데, 사정판결을 하더라도 원고에 대한 배상방법등을 강구할 것을 정하고 있다(같은 조 제2항). ‘할 수 있다’는 규정은 권한이 있음을 말하는 것이지, 청구인이 그 부분에 대한 청구가 무의미한 것이라고 이해되어서는 곤란하다. 다른 이해로는 청구인이 구하지 아니하였더라도 헌재가 취소 또는 무효확인을 선언할 수 있다는 의미가 있을 수 있는데, 이 경우에도 권한침해 확인만을 구할 경우에 확인의 이익이 있을 것인가의 문제와 처분권주의에 위배되는 것 아닌가의 문제가 있을 수 있다. 전자에 관해서는 아래의 권한침해 확인 결정의 효력과 관계된다. 연구자는 ‘재량적’이라는 것이 헌재법 제66조 제1항의 ‘권한침해 확인’이 제2항의 ‘취소 또는 무효확인’에 대하여 필요조건(necessary condition)일 뿐 충분조건(sufficient condition)이 아니라는 의미로 읽혀야 한다고 생각한다. 즉, 권한침해확인 부분을 인용한다고 하여 논리필연적으로 취소 또는 무효확인을 하여야 하는 것은 아니라는 것이다. 내용에 있어서 헌재도 그와 같이 이해하고 있는 것으로 본다.

헌재법 제66조 제1항의 권한침해 확인 결정만 있는 경우, 그 효력이 무엇인가 하는 것이 문제로 될 수 있다. 국회의장의 법률안 공포 행위에 관한 사건에서, 9명의 재판관은 피청구인의 처분을 취소하거나 무효를 선언하지 아니한 이상, 권한침해의 확인 결정만으로는, ‘청구인의 권한을 침해한 피청구인의 처분의 유효성’이 소멸하지 아니한다고 보았다.<sup>50)</sup>

이와 같은 논리를 그대로, 제1항소원에 적용한다면, 공권력 행사에 대하여 기본권을 침해한다는 확인 결정이 있다고 하더라도, 이로써 그 공권력 행사의 법적 효과를 부인하는 효력이 생기는 것은 아니라는 결론에 이른다.<sup>51)</sup> 다만, 기본권을 침해한 공권력 행사의 결과를 제거할 의무가 피청구인에게 부과되는가 하는 문제, 즉 기본권 침해 확인 결정의 기속력의 내용이 쟁점으로 될 것이다.

위와 같은 점을 검사의 불기소처분에 대한 제1항소원 사건의 주문을 들어 설명하면 다음과 같다. 예를 들어, 위에서도 거론한 2013헌마455 사건에서 현재는 ‘피청구인이 2012. 1. 31. 수원지방검찰청 2011형제○○○○호 사건에서 피의자 ○○○에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해한 것이므로 이를 취소한다.’<sup>52)</sup>는 주문을 내었다. 그

50) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320. 다만, 위헌·위법성을 제거할 의무를 부담하는가하는 점에 관하여 재판관들 사이에 의견이 갈리었다. 4명의 재판관(이공현, 민형기, 이동흡, 목영준 재판관)은 확인결정의 기속력이 피청구인에게 적극적인 재처분 의무나 결과 제거 의무를 부과하지는 않는다고 본 반면, 5명의 재판관(김종대, 이강국, 조대현, 김희욱, 송두환 재판관)은 기속력이 처분의 위헌·위법성을 제거할 의무를 부과한다고 보았다. 다만, 김종대 재판관은 입법절차에 있어서의 하자는 특수성이 있다고 하면서, 법률안 가결선평행위에 내재하는 위헌·위법성을 어떤 방법으로 제거할 것인지는 전적으로 국회의 자율에 맡겨져 있다고 보았다. 판례집 22-2하, 332.

51) 만약, 공권력의 불행사에 입법부작위가 포함된다면, 현재가 입법부작위에 대해 위헌이라 선언하는 경우, 입법자인 국회는 결정취지에 따라 새로운 입법을 하여야 하는데, 그 의무는 헌재법 제75조 제4항에서 도출된다.

52) 헌재 2014. 9. 25. 2013헌마455, 공보 제216호, 1626.

중 ‘피청구인이 2012. 1. 31. 수원지방법검찰청 2011형제○○○○호 사건에서 피의자 ○○○에 대하여 한 불기소처분은 청구인의 평등권과 재판절차진술권을 침해’하였다는 것이, 헌재법 제75조 제2항에 따른 주문이고, ‘이를 취소한다’는 것이 제3항에 따른 주문이다. 기본권 침해 확인을 인용하였다고 하여 반드시 취소 주문을 내어야 하는 것은 아니다.<sup>53)</sup> 청구인이 이를 구하였더라도 제2항에 관한 청구만을 인용하는 주문만을 낼 수 있다.

만약 제2항에 관한 청구, 기본권 침해 확인만을 인용하고, 취소 주문을 내지 아니한 경우에, 위 결정이 피청구인에게 어떤 효력을 가지는가 하는 것이 문제될 것이다. 위의 2009헌라12 결정의 취지를 따른다면, 첫째, 피청구인의 불기소처분은 그대로 유효하다. 둘째, 피청구인은 기본권 침해 상태를 제거할 의무가 있는가에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 위 2009헌라12 결정의 취지를 관철한다면, 5명의 재판관은 기본권 침해 상태를 제거할 의무가 있다는 결론에, 4명의 재판관은 그렇지 않다는 결론에 이를 것이다.<sup>54)</sup>

위의 논리를 그대로 법률에 대한 제1항소원에 적용한다면, 제1항소원을 거쳐 현재가 법률에 대하여 위헌결정을 하더라도 그 법률이 효력을 상실하는 효과가 발생할 수 없다. 법률 자체의 효력을 상실시키기 위해서는 현재

53) 이 부분에 대해 현재가 판단한 바는 없다. 위에서 본 바의 권한쟁의심판에서의 판시를 유추한다면 그러하다는 것이다.

54) 그런데, 4명의 재판관은, 적극적인 재처분 의무나 결과제거의무를 부인하면서도, “다만 처분으로 인한 결과가 아닌 권한침해 자체로부터 발생한 결과가 있고, 이를 제거할 법률상·사실상의 가능성이 있다면 이를 제거할 의무를 인정할 여지가 있다”고 본다(판례집 22-2하, 331). 검사의 불기소처분의 경우라면, 기본권 침해 자체로부터 발생한 결과가 남아 있다고 보아, 이를 제거할 의무가 부과된다고 볼 여지도 있다. 위 4명의 재판관의 의견 중, 위 판시 부분에 이어진 내용은, “입법절차에서 심의·표결권의 침해는 입법절차와 함께 종료하여 더 이상 존재하지 아니하고 문제가 된 당해 법률안도 법률로 성립되면 그에 흡수되어 입법절차상 존재하는 하자를 따로 제거할 수 있는 방법이 없으므로 원상회복의 가능성을 인정하기 어렵다.”는 것이다. 불기소처분은 입법절차의 하자과 달리 볼 여지가 충분히 있다. 사실상·법률상 불기소 처분 사건을 재기하여 재처분할 수 있기 때문이다. 검사의 불기소처분에는 기관력이 인정되지 않는다.

법 제75조 제3항의 취소 주문이 필요하기 때문이다. 다만 위에서 말한 바와 같이, 의회가 법률을 개정하여야 할 의무가 있는가 하는 점에 대해서는 논란이 있을 수 있다.<sup>55)</sup>

이 점은 위헌법률심판이나 제2항소원의 경우와는 다르다. 위헌법률심판에 적용되고, 제2항소원에 준용되는 현재법 제47조 제2항이 위헌으로 결정된 법률 조항의 효력에 대해 정하고 있기 때문이다.

그런데, 과연 법률을 취소한다는 주문이 성립할 수 있는가? 일응은 어렵다고 보인다. 법률을 개정하는 행위를 위 법 제66조 제2항 소정의 무효확인 또는 취소의 대상인 처분으로 보아 위 법조항을 확대적용하려는 것은 문리상으로 무리가 있다는 논지<sup>56)</sup>는 그대로 타당하다고 생각된다. 그렇다면, ‘법률을 개정하는 행위’도 아닌 ‘법률’ 자체를 취소한다는 관념 자체가 불가능하다.<sup>57)</sup>

현재법 제75조 제3항과 제4항이 제1항소원을 인용하는 경우의 주문과 그 효과를 규정하고 있음에도 이를 따르는 주문을 내지 아니한 채, 현재법

---

55) 위의 2009헌라12 결정에서 김중대 재판관은 법률에 대해서는 다른 ‘처분’과 다른 성격을 지니고 있다고 보았는데, 이 점을 법률에 대한 제1항소원에 유추해 보면, 개정의무가 도출되지 않는다고 볼 여지도 있다. 그렇게 본다면, 법률 개정 의무가 인정되지 않는다는 의견을 피력한 재판관이 5명으로 된다.

56) 현재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320, 333 재판관 김중대의 의견.

57) 이 쟁점은 그대로 권한쟁의심판에 있어서도 유효하다. 입법 작용이 권한쟁의의 대상으로 될 수 있는가? 연구자는 부정적으로 본다. 입법작용을 취소할 수 있는가? 입법작용을 취소한다면, 결국 위헌 결정에 소급효를 부여하는 것과 같은데, 이것이 위헌법률심사의 본칙이라고 할 수 있는 위헌법률심판에 적용되는 현재법 제47조와 부합하지 않는다. 법률에 대한 위헌 결정에 있어서의 평의 정족수보다 가벼운 과반수의 찬성으로(현재법 제23조 제2항 제1호 참조. 같은 조 제1항과 결합해 보면, 4명 재판관의 찬성으로 법률의 효력을 상실시킬 수 있게 된다.) 법률의 효력을 상실시킬 수는 없다. 권한쟁의심판의 결정은, 인용결정이든 기각 결정이든, 당사자 쌍방을 기속하는데(현재법 제67조 제1항), 위헌 결정에 대해서만 기속력을 인정하는 현재법 제47조 제1항과 부합하지 않는다. 달리 규율되어야 할 필연성이 있다고 보기 어렵다. 이 점들에 대해서는 다른 논문에서 다루기로 한다.

제47조에서 정한 법적 효과가 생긴다고 주장하는 것은 이해하기 어렵다. 독일의 경우 법률에 대한 헌법소원을 인정하면서 인용하는 경우에는 그 법률조항이 무효라는 선언을 하여야 한다고 규정한 것을 보더라도, 아무런 법적 뒷받침 없이 당연히 헌재법 제47조가 준용된다는 해석을 그대로 받아들이기는 어렵다.

### 5. 결정의 효력에 관한 쟁점 - 헌재법 제47조의 준용 문제

위에서 본 바대로, 법률이 기본권을 침해한다는 결정 또는 헌법에 위반된다는 위헌 확인 결정만으로는 법률의 효력을 상실시킬 수 없음을 살펴본 것이다. 법률의 효력을 상실시키기 위해서는 제1항소원의 구조 안에서는 취소한다는 주문을 내어야 하는데, 법률을 취소한다는 관념 자체에 현재는 동의하기 어려워, 단지 법률이 헌법에 위반된다는 주문을 내는 것으로 짐작된다는 것도 기술하였다.

현재는 헌재법 제75조 제2항의 문언에도 불구하고, ‘헌법에 위반된다’는 주문을 내고, 그 효력은 위헌법률심판이나 제2항소원, 부수적 위헌결정의 그것과 같다고 보는 것으로 추측된다.<sup>58)</sup> 그런데, 제1항소원에서 법률에 대해 위헌결정을 하더라도, 제1항소원에 관한 법률조항 중에는 그 효력에 관한 규정이 없음에도 불구하고, 제1항소원에서 법률의 위헌 여부<sup>59)</sup>를 다룰

58) 제1항소원에서 법률에 대해 위헌결정을 하는 경우에, 장래효를 언급하는 것은 헌재법 제47조를 염두에 둔 것이라 보인다. 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마377, 판례집 13-2, 545, 553. 헌재 2012. 11. 29. 2010헌마613, 판례집 24-2하, 275 사건은 제1항소원과 제2항소원이 병합된 사건에서 형벌에 관해 (한정)위헌결정을 한 경우, 헌재법 제47조 제2항 단서에 따라 형벌규정이 소급적으로 효력을 상실한다고 보았다. 위헌결정의 효력을 제1항소원과 제2항소원에 있어서 다르게 보지 않는 것 같다. 헌재 2012. 11. 29. 2012헌마53, 공보 제194호, 1904은 제1항소원에서 형벌에 관해 위헌결정을 하더라도 이미 확정된 재판에 대하여 재심을 청구할 수 없다고 판시하였는데, 앞의 판시와 일관된 것인지는 의문이다.

59) 정확히는 법률의 기본권 침해 여부.



수 있다는 주장은 옳은 것일까?

법률에 대하여 위헌결정을 하면 어떤 효력이 있는가 하는 점에 대하여 헌재법은 매우 상세히 규정하고 있다. 헌재법 제47조 제2항, 제3항이 위헌 법률심판 사건에서 법률에 대해 위헌결정이 선고된 경우의 효력을 정하고 있고, 이를 헌재법 제75조 제6항에서는 제2항소원 심판에서 위헌이 선언된 경우에 준용하도록 정하고 있다.

한편, ‘공권력의 행사 또는 불행사’에 대한 제1항소원을 인용하는 경우에, ‘공권력의 행사 또는 불행사’가 위헌인 법률 또는 법률조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 부수적으로 해당 법률 또는 법률조항에 대하여 위헌임을 선고할 수 있고, 이 경우에 위헌결정의 효력에 관해서는 헌재법 제47조를 준용하도록 정하고 있다(헌재법 제75조 제6항).

그런데, 정작 제1항소원 절차에서 법률에 대하여 위헌이라는 선언을 하는 경우에 그 효력이 어떠한가 하는 점에 대해서는 헌재법 어디에도 정하고 있는 바가 없다. 법률이 위헌으로 선언되는 경우에 그 효력이 어떻게 될 것인가는 여타의 ‘공권력의 행사’와 비할 수 없을 정도로 중요한 문제이다. 매우 많은 사람들의 이해관계가 연루될 것이기 때문이다. 그래서 부수적 위헌선언의 경우에까지 상세하게 그 효력을 규정한 입법자가 정작 제1항소원에서 직접 위헌이라 선언한 경우에 그 효력이 어떻게 될 것인가를 규정해 두지 않았다는 것은, 적어도 입법자는 제1항소원 절차 안에서는 법률이 위헌심사의 대상으로 보지 아니하였다는 것을 추단케 한다.

김하열 교수는 헌재법 제45조, 제47조를 준용할 명시적 근거는 없지만, 제1항소원이 위헌법률심판, 제2항소원과 더불어 규범통제제도의 한 축을 담당한다는 것을 전제로, 위헌법률심판, 제2항소원에 대해 규범 폐기의 효력을 인정한다면, 법령에 대한 제1항소원에 대해서도 규범 폐기의 효력을 인정하여야 한다고 본다.<sup>60)</sup> 나아가 헌재법 제75조 제5항에서 부수적 위헌

60) 김하열, 전계서, 511-512.

결정에 대하여 헌재법 제45조, 제47조가 준용되므로 제1항소원의 경우에도 당연히 준용된다고 본다.<sup>61)</sup>

그러나, 제1항소원이 위헌법률심판, 제2항소원과 더불어 ‘규범통제제도’의 한 축을 담당하는가 하는 점에 대해 의문을 제기하는 입장에서는, 제1항소원이 규범통제절차로 작동한다는 점을 전제로 하는 주장을 그대로 받아들이기는 어렵다.

나아가 제1항소원에서 법률을 대상으로 한다는 것, 그리고 법률에 대해 위헌결정<sup>62)</sup>이 선고되는 경우에 헌재법 제45조, 제47조가 준용되는 것이 당연한 것이라면, 제1항소원 절차 안에서 이루어지는 부수적 위헌결정에 대하여 따로 헌재법 제45조, 제47조를 준용한다는 규정을 둘 필요가 없다. 단지, 부수적 위헌결정이 가능하다는 것만 밝히면 당연히 부수적 위헌 심사를 통한 법률에 대한 위헌결정의 경우에도 위헌결정의 효력 문제가 해결되기 때문이다.<sup>63)</sup> 오히려 헌재법 제75조 제6항은 확인적인 규정이 아니라, 부수적 위헌결정을 했을 때 위헌으로 결정된 법률의 효력을 형성하는 조항으로 이해하여야 할 것이다.<sup>64)</sup>

다른 한편, 헌재법 제47조는 위헌법률심판이라는 특수한 헌법재판 절차 안에서 효력을 가지는 조항일 뿐이지, 이 조항이 법률에 대한 위헌결정 일반에 그 효력을 가지는 조항은 아니다. 헌재법 제47조가 위헌으로 결정된 법률조항의 효력을 일반적으로 규율하는 역할을 담당하기 위해서는, 제4장

61) 김하열, 전계서, 512.

62) 정확하게는 ‘기본권을 침해한다’는 결정이다. 헌재법 제68조 제1항 참조.

63) 쟁송물이 다르다는 점도 지적하여야 할 듯하다. 헌재법 제75조 제5항에 따른 부수적 위헌 심사를 통해 법률을 ‘위헌’이라 선언하였으므로, 헌재법 제47조를 준용할 기초가 있다고 할 것이나, 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원심판의 쟁송물은 ‘공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 침해하는지 여부’이다.

64) 남북현 “헌법재판소법 개정방향”, 『헌법학연구』 제17권 제4호, 2011, 헌법학회, 29는 ‘입법의 불비’라 보면서, 제75조 제6항에서 ‘제68조의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우’로 변경할 것을 제안한다. 김하열, 전계서, 380도 마찬가지다.

의 특별심판절차 중의 위헌법률심판의 절차 안이 아니라, 제3장 일반심판절차 중에 규정되어 있어야 할 것이다.

또, 법률에 대하여, 기본권 침해 확인 결정을 하면<sup>65)</sup> 바로 헌재법 제47조가 준용된다는 논리를 이어가면, 입법 행위에 대한 권한침해 확인에 대해서 헌재법 제47조가 준용되지 못 할 이유가 없다. 그렇게 본다면, 헌재법 제66조 제2항의 취소 주문의 유무에 관계 없이 같은 조 제1항에 따른 권한 침해 확인 주문만으로도 당해 법률의 효력을 상실시킬 수 있다.<sup>66)</sup> 그러함에도 불구하고, 권한침해 확인 주문만을 내는 경우에 어떤 효력이 있는가가 위에서 본 바와 같이 논란의 대상으로 된다. 아직은 누구도 권한침해 확인이 위헌으로 포섭되는 경우라면,<sup>67)</sup> 바로 헌재법 제47조가 준용된다고 주장하지 않는다. 그런데, 똑같은 법률상의 구조를 가진 제1항소원 심판에서는 법률에 대한 기본권 침해 확인이 곧 위헌을 의미하는 것이어서 현

---

65) 내용에 있어서 ‘기본권 침해’ 확인이고, 현재는 ‘위헌’ 확인 형식의 주문을 내고 있음은 누차 이야기되었다.

66) 물론, 여기에는 몇 가지 정밀한 논의가 필요하다. 먼저, 권한쟁의심판의 쟁송물은 피청구인의 처분 또는 부작위가 청구인의 헌법상 또는 법률상 권한을 침해했는지 여부이므로, ‘권한 침해’가 바로 ‘위헌’이라 보기는 어렵다. 논리적으로는, 헌법상의 권한이 침해된 경우로 한정함이 상당하다. 다음으로, 권한쟁의심판에서는 ‘권한을 침해하였다’는 주문을 내지 ‘헌법에 위반된다’는 주문을 내지 않는다는 점을 들어 권한쟁의와 제1항소원은 다르다고 주장할 지도 모르겠으나, 법률에 대한 제1항소원에서 ‘헌법에 위반된다’는 주문을 내는 것 자체가 법률 위반이다. 제1항소원의 쟁송물은 ‘기본권을 침해하는지 여부’이지, ‘헌법에 위반되는지 여부’가 아니기 때문이다. 이 점이 위헌법률심판과 다른 앞에서도 지적하였다. 또, 제1항소원의 쟁송물은 법률이고, 권한쟁의심판의 쟁송물은 입법작용이므로 다르다고 주장할지 모르나, 헌재법 제68조 제1항은 제1항소원의 쟁송물을 ‘공권력의 행사’라고 하고 있다. 제1항소원의 쟁송물을 입법작용이 아니라, ‘법률’로 삼는 것도 법률 위반이다. 행정소송법 제2조 제1항 제1호는 ‘처분’과 ‘공권력의 행사’를 거의 같은 의미로 사용하고 있다. ‘처분은 …… 공권력의 행사다’로 기재되어 있다. 따라서 ‘입법작용’은 처분이고, ‘법률’은 공권력의 행사에 해당된다는 주장을 받아들이기는 쉽지 아니하다.

67) 헌법상의 권한을 침해하는 경우.

재법 제47조가 준용되어질 수 있다고 이해되는 점은 매우 의아한 것이라 아니할 수 없다.

헌재법 제47조 제2항은 비형벌 조항에 대한 위헌 결정에 장래효가 있다고 규정하고 있다. 그러면, 청구인은 제1항소원을 통해 기본권 침해, 또는 위헌 결정을 받더라도 정작 자신의 기본권 침해는 구제받지 못 할 가능성이 크다. 청구인이 구제받을 수 없는 상황이라면 권리보호이익이 없어서 청구인의 심판청구는 각하되어야 한다.

그런데, 학설이나 판례는 적어도 당해 사안에 대해서는 소급효가 미친다고 전제하고 있는 것 같다.<sup>68)</sup> 그러한 해석은 타당한 것일까? 결론만을 말한다면, 많은 법률에 대한 제1항소원 심판 사건이 권리보호이익의 부존재를 이유로 각하되었어야 할 것으로 보인다.

예를 들어 살펴 보기로 한다. 진보신당·녹색당 및 청년당(이하에서 모두 합쳐서 ‘이 사건 정당들’이라 한다.)은 2012. 4. 11. 열린 제19대 국회의 원선거에 참여하였으나, 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못하였다. 중앙선거관리위원회는 2012. 4. 12. 정당법 제44조 제1항 제3호<sup>69)</sup>(이하 ‘이 사건 법률 조항’이라 한다.)에 따라 위 정당들의 중앙당등록을 취소하고 이를 공고하였다.

이 사건 정당들은 정당법 제41조 제4항의 위헌확인을 구하는 헌법소원 심판을 청구하고, 같은 날 서울행정법원에 중앙선거관리위원회를 상대로 각 중앙당등록취소처분의 취소를 구하는 소를 제기한 후, 위 소송 계속 중 정당법 제44조 제1항 제3호에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였다. 위 법원은 위 신청을 받아들여 위헌법률심판을 제청하였다.<sup>70)</sup> 현재는 이 사건

68) 김하열, 전거서, 283 참조.

69) 정당법 제44조(등록의 취소) ① 정당이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 당해 선거관리위원회는 그 등록을 취소한다. 3. 임기만료에 의한 국회의원선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때

70) 각 정당의 대표들도 청구인으로 참가하였고, 대체정당 금지 조항도 심판의 대상으

법률 조항에 대하여 위헌 결정을 하였다.<sup>71)</sup>

그런데, 제1항소원 심판의 위헌 결정의 효력으로 ‘당연히’ 위의 중앙당등록취소처분은 그 효력을 상실하는가? 그렇게 볼 수는 없다. 위헌법률심판이나 제2항소원 심판에서 위헌 결정을 하더라도 그런 효력이 인정되는 것은 아니다. 이 사건에서 위헌법률심판을 제정한 법원이 변론을 재개하여 이 사건 정당들에 대한 중앙당등록취소처분을 취소함으로써 이 사건 정당들은 정당활동을 계속할 수 있게 된다. 당해 사안에 당연히 소급효가 미친다는 해석을 그대로 받아들이기는 어렵다.<sup>72)</sup>

이 글의 논제는 아니지만, 대통령령 등 행정입법에 대한 위헌결정에 대해서는 더욱 심각한 문제가 있다. 법률에 대해서는 어떻게든 현재법 제47조가 준용된다고 해석할 수 있을지 모르겠으나, 행정입법에 대하여 기본권 침해 확인 결정을 하는 경우,<sup>73)</sup> 그 효력이 어떠한가에 대해서는 현재법 어디에도 규정이 없을 뿐만 아니라, 준용할 조항 자체가 없다. 판례가 이 점을 밝힌 경우는 없는 것 같다. 김하열 교수는 명령의 경우에도 당연히 현재법 제47조가 준용된다고 보는 것 같으나,<sup>74)</sup> 달리 논거가 제시된 것 같지는 않다.

## 6. 기속력의 상대방

현재법 제47조 제1항은 위헌법률심판제청 사건에서 위헌결정이 선고되

---

로 되었으나, 여기서는 다루지 않는다.

71) 현재 2014. 1. 28. 2012헌마431, 2012헌가19(병합), 판례집 26-1상, 155.

72) 소급효가 인정되는가 여부는 권리보호이익과 관련하여 매우 중요한 문제라고 본다. 이 쟁점을 상술하기에는 지면이 모자라서 따로 다루기로 한다.

73) ‘위헌’ 주문을 내더라도.

74) 김하열, 전계서, 283. ‘법령’의 문제로 묶어서 다루고 있다.

면, 그 결정은 ‘법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체’를 기속한다고 정하고 있다. 이에 비하여, 헌법소원의 인용결정은 ‘모든 국가기관과 지방자치단체’를 기속한다.<sup>75)</sup> 다만, 헌재법 제75조 제5항에 따른 부수적 위헌선언의 경우나, 제2항소원 절차에서 법률에 대하여 위헌선언을 하는 경우에는 헌재법 제75조 제6항에 따라 헌재법 제47조 제1항이 준용되므로 위 각 결정이 법원을 기속함에는 이론이 있을 수 없다. 여기서 문제가 되는 것은, 제1항소원 절차에서 법률에 대하여 위헌 결정을 하는 경우에, 그 결정이 법원에 대하여 기속력을 가질 것인가, 하는 점이다.

물론, 헌재법 제75조 제1항의 ‘국가기관’에는 헌재법 제47조 제1항의 ‘법원과 그 밖의 국가기관’이 포섭된다고 해석할 여지가 전혀 없는 것은 아니나,<sup>76)77)78)</sup> 하나의 법률 안에서 사용된 ‘국가기관’의 의미를 위와 같이 두 가지로 해석하는 것이 자연스러울 리는 없다. 그렇다면, 입법자는 제1항소원 절차는 법원을 기속할 필요가 없는 심판대상만을 염두에 두고 제도를 디자인했다고 보는 것이 합리적인 것이고, 법률은 제1항소원의 대상이 아니라고 보는 것이 또한 합리적이다.<sup>79)</sup>

혹자는, 법원에 대한 기속력이 인정되지 않더라도 기속력의 대상이 되는

---

75) 헌재법 제75조 제1항.

76) ‘법원과 국가기관’이라 표현하였으면, ‘법원’과 ‘국가기관’의 대립성이 강할 수 있으나, ‘법원과 그 밖의 국가기관’이라 표현되어 있으므로, ‘국가기관’ ‘중’의 ‘법원’을 강조하기 위하여, ‘법원’을 언급한 후에 ‘그 밖의 국가기관’이라 표현한 것이라 볼 수 있다.

77) 헌재법 제67조 제1항은 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다고 정하고 있다. 여기에 법원도 포함된다고 해석된다.

78) 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526, 533은 ‘법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.’는 주문을 내었다.(밑줄은 필자가 친 것임.)

79) 일반 행정청으로서의 법원은 문제되지 않는다. 헌재 2012. 11. 29. 2011헌마786 등, 판례집 24-2하, 214에서 한정위헌 결정을 했지만, 법원행정처는 기속력을 시인한 바 있다.

국가기관이나 지방자치단체의 처분에 대하여 법원에 소를 제기한다면, 법원으로는 국가기관 또는 지방자치단체가 현재의 기속력 있는 결정에 반하는 처분을 하였다는 이유로 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 재판을 하여야 할 것이므로, 법원에 의하여 기속력이 인정되지 않더라도 문제되지 않는다는 생각을 할 수도 있을 것이다. 그러나, 현재법 제75조 제5항의 부수적 위헌 결정 당시에 당해 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대하여도 위헌 결정의 효력이 미친다고 본다면, 바로 제1항소원에서 위와 같은 효력을 인정할 수 있을지는 의문이다.

혹자는 현재법 제75조 제6항에 따라 부수적 위헌 선언의 경우에 법원에 대한 기속력이 인정된다면, 제1항소원에서 법률에 대해 위헌결정을 한 때에도 당연히 같은 효력이 인정될 것이라고 주장할지 모르지만, 그렇다면 왜 입법자는 바로 제1항소원에서 법률에 대해 위헌결정을 한 경우의 효력을 규정하지 아니하였을까, 하는 점을 그리 쉽게 설명하기는 어려울 것이다.

## 7. 소결론

현재법은 제68조 제1항 외에는, 개별적이고 구체적인 공권력 작용에 대한 헌법소원만을 상정한 규정들을 두고 있다.<sup>80)</sup> 개별적 구체적 공권력 작용에 대해서는, 필요하고도 충분하게 그 효력들을 규율하는 조항을 두고 있다. 그런데, 그 성격과 효력이 판이하게 다른<sup>81)</sup> ‘법률’에 대해서는 아무런 규율이 없다. 이를 표로 정리하면 다음과 같다.

---

80) 김하열, 전계서, 380.

81) 김하열, 전계서, 380.

공권력의 행사	효력에 관한 규정	비고
구체적 법집행작용	헌재법 제75조 제2항 내지 제4항	문제 없음
법률	전혀 없음	헌재법 제47조 준용
명령 등	전혀 없음	준용할 조항 없음

그런데도, 헌재법 제47조를 준용하면 족하다고 하면서, 헌재법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사’에 입법작용 나아가 법률이 포섭된다고 이해하는 것은 아무래도 이해하기 어렵다. 관념적으로 ‘공권력의 행사’에 ‘입법작용’이 포섭될 수 있음을 전적으로 부인할 수는 없겠지만, ‘입법작용’을 공권력의 행사에 포섭시켰다면 응당 규정하였어야 할 효과에 관한 규정이 전혀 존재하지 않는다면, 공권력의 행사에 ‘입법작용’이 포함된다는 앞선 해석도 다시 한 번 더 음미되어야 할 것 아닌가 하는 의문을 가지게 된다.

## V. 심판청구의 요건과 관련된 쟁점

### 1. ‘공권력의 행사 또는 불행사’와 ‘법률’의 준별

헌재법 제75조 제2항에서 규정하고 있는 ‘공권력의 행사 또는 불행사’는 헌재법 제68조 제1항에서의 ‘공권력의 행사 또는 불행사’와 동일하다고 보아야 할 것이다. 한편, 헌재법 제75조 제3항에서 지적하고 있는 ‘공권력의 행사 또는 불행사’ 또한 같은 조 제2항, 같은 법 제68조 제1항의 그것과 같은 의미를 가지는 것이다. 그런데, 헌재법 제75조 제5항에서의 ‘공권력의



행사 또는 불행사'는 위에서 든 각 '공권력의 행사 또는 불행사'와 다른 의미를 가진 것이라는 것이 통설과 판례의 입장인데 이를 선뜻 이해하기는 어렵다.

만약 현재법 제75조 제5항의 '공권력의 행사 또는 불행사'가 그 앞의 조항들에서의 '공권력의 행사 또는 불행사'와 같은 것이라면, 법률의 제·개정작용을 포함한 '공권력의 행사 또는 불행사'가 위헌인 법률 또는 법률조항에 기인할 수 있다는 것이 되고, 이것은 법률의 제정 또는 개정이 위헌인 다른 법률 또는 법률조항으로 말미암아 위헌으로 될 수 있다는 것이 되는데, 이것이 타당하지 아니함은 두 말을 필요로 하지 않는다.

물론, 가능한 해석방법으로는 현재법 제75조 제5항의 '공권력의 행사 또는 불행사'를 '법률을 제외한 공권력의 행사 또는 불행사'로 이해할 여지가 전혀 없는 것은 아니지만, 최소한 그러한 해석이 부자연스럽다는 비판을 면하기는 어려울 것이다. 하나의 법률조항 안에 쓰여진 표현은 같은 의미로 이해하는 것이 원칙이라 할 것이기 때문이다.

현재법 제75조 제5항의 '공권력의 행사 또는 불행사'에는 법률의 제정 또는 개정 작용이 포함되지 않는, 즉 법률의 집행작용만이 포함된다고 해석하여야 할 것인데, 그렇다면, 현재법 제68조 제1항 또는 현재법 제75조 제2항, 제3항의 '공권력의 행사 또는 불행사'에도 법률의 제정 또는 개정 작용이 포함되지 않는 것으로 이해하여야 한다는 결론에 이를 수 있다.

한편, 현재법이 법률에 대하여 부수적 위헌결정을 할 수 있는 조항을 규정해 두었다는 것은, 제1항소원에 있어서 법률 자체는 소원의 대상으로 되지 아니한다는 것을 전제로 한 것으로 이해하는 것이 존재하는 법의 의미를 있는 그대로 받아들이는 해석이라 아니할 수 없다. 만약 제1항소원에서 당연히 법률이 소원의 대상으로 된다면, 굳이 부수적 위헌결정에 관한 조항을 둘 필요가 있을지 의문이다.

물론, 위헌인 법률에 기한 공권력의 행사 또는 불행사를 취소하거나 위

헌임을 확인하면서 법률에 대해서까지 위헌결정을 함으로써 발본적으로 위헌성을 제거할 수 있다는 이점은 있다고 할 수 있으나, 청구인의 입장에서는 이미 공권력의 행사 또는 불행사를 취소하는 결정을 받았으므로 주관적 권리는 이미 보호되었다. 즉, 청구인에게는 공권력의 행사 또는 불행사의 기반으로 되는 법률 조항에 대하여 위헌결정을 한다고 하여 권리보호에 도움될 바가 없다.

## 2. ‘공권력의 행사’와 ‘그 결과’의 준별

입법작용이 공권력의 행사라면, 법률은 공권력 행사의 결과이지 공권력 행사 그 자체는 아니다. 현재도 이 점에 대해서는 명확히 인식하고 있다. 권한쟁의 심판의 경우, 법률 조항에 의하여 권한이 침해되었다고 주장하는 경우에도, 법률을 대상으로 하는 것이 아니라, 국회의 입법작용 자체를 권한쟁의의 대상으로 한다. 2005헌라4 사건에서 현재는 심판의 대상으로 “피청구인 국가가 법률 제7328호로 종합부동산세법을 제정한 것”이라 특정하고,<sup>82)</sup> 그 이유를 “권한쟁의심판과 위헌법률심판은 원칙적으로 구분되어야 한다는 점에서, 법률에 대한 권한쟁의심판은 ‘법률 그 자체’가 아니라, ‘법률의 제정행위’를 그 심판대상으로 해야 할 것이다(헌재 2005. 12. 22. 2004헌라3, 판례집 17-2, 650 참조).”라고 밝히고 있다.<sup>83)</sup>

그런데, 법률의 규정만을 두고 보면, 헌재법 제61조 제2항에서 “피청구인의 처분 또는 부작위(不作爲)”가 심판대상으로 된다고 정하고 있는데, 이때의 “피청구인의 처분 또는 부작위(不作爲)”의 의미에 관하여, “처분은 입법행위와 같은 법률의 제정과 관련된 권한의 존부 및 행사상의 다툼, 행정처분은 물론 행정입법과 같은 모든 행정작용 그리고 법원의 재판 및 사법

82) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집18-1하, 28, 31.

83) 판례집18-1하, 35.

행정작용 등을 포함하는 넓은 의미의 공권력처분을 의미하는 것”<sup>84)</sup>이라 하고 있다. 구문상 부적절한 점이 있으나, 그 의미는 헌재법 제61조 제2항의 ‘처분’ 안에 ‘입법작용’, ‘행정작용’, ‘사법작용’이 모두 포함된다는 것이라 할 것이다. 이를 헌재법 제68조 제1항의 표현을 빌린다면, ‘공권력의 행사’라 아니할 수 없다.

권한쟁의심판에서 ‘법률’은 권한쟁의심판의 대상으로 될 수 없고, 법률의 제·개정작용만이 대상으로 될 수 있다면, 같은 논리는 헌법소원에도 그대로 적용되어야 할 것이다. 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원은 공권력의 행사가 심판의 대상으로 될 수 있을지언정, 공권력 행사의 결과가 심판의 대상으로는 될 수 없다.

그러므로, 헌재가 제1항소원 절차에서 법률 자체에 대하여 위헌이라 선언하는 것은, ‘공권력의 행사’에 입법작용이 포함된다고 해석하더라도 타당하지 아니한 것이다.<sup>85)86)87)</sup>

84) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌라4, 판례집18-1하, 28, 35.

85) 아래와 같은 판시는 입법작용과 입법작용의 결과를 구별하지 아니하는 판시라 할 수 있다. “살피건대, 헌법재판소법 제68조 제1항에는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 자는 헌법소원 심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 공권력의 행사에는 입법권자의 입법행위도 포함된다할 것이므로, 국민이 어떤 법률 또는 법률조항 자체에 의하여 직접 자신의 기본적 권리를 현재 침해받고 있는 경우에는 그 법률 또는 법률조항에 대하여 바로 헌법재판소법이 정한 절차에 따라 그 권리구제를 구하는 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 그러한 헌법소원심판을 청구하는 때에는 입법부작위의 경우와 달리 헌법재판소법 제69조 제1항에 정한 청구기간 안에 심판청구를 하여야 한다 할 것이다.”(헌재 1989. 9. 29. 89헌마13, 판례집 1, 294, 296-297, 밑줄은 필자가 추가한 것임.)

86) 법률에 대한 헌법소원 문제에 대하여 헌재가 최초로 언급한 사건인, 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 20에서도 “이 사건처럼 공권력 행사의 일종이라고 할 입법 즉 법률 자체에 의한 기본권침해가 문제가 될 때에는……”이라고 기술하여 ‘입법’과 ‘법률’을 동일시하였다.

87) 남복현, “헌법재판소법 개정방향”, 『헌법학연구』 제17권 제4호, 헌법학회, 2011, 28 註에서는 “권한쟁의심판사건에서는 국회의 (법률안)의결행위 그 자체와 그 결행위의 산물인 법률을 구분한다. 헌법소원심판에 있어서도 공권력의 행사 또는

### 3. 청구기간

헌재법 제69조 제1항은, 제1항소원은 ‘그 사유’가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, ‘그 사유’가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다고 정하고 있다. 안 때로부터 90일, 있는 때로부터 1년을 중첩적으로 충족시켰을 때, 청구기간이 준수된 것으로 된다. 즉, 있는 때로부터 1년 이내더라도 안 때로부터 90일이 도과하였으면 청구기간을 지키지 못한 것으로 된다.<sup>88)</sup> 이와 같은 청구기간의 구조는 행정소송법상의 취소소송의 제소기간과 같고, 그 기간도 같다.<sup>89)</sup>

그런데, 여기서 말하는 ‘그 사유’란 ‘공권력의 행사’를 말하는 것이라 봄이 상당하다. 법률과 관련하여 말한다면, 법률의 제정하거나 개정하는 ‘행위’가 공권력의 행사로 이해될 수 있는 것이지, 제정하거나 개정한 결과물인 법률이 공권력의 행사로 될 수는 없다. 그렇다면, 법률의 제정이나 개정이 있는 때로부터 길게 잡아도 1년이 지남으로써 청구기간은 완료되는 것이다.<sup>90)</sup>

---

불행사로 규정하고 있는 바, 헌법재판소는 물론이고 통설적 견해는 국회의 입법작용과 관련한 공권력행사는 법률이라고 하는 점에 대해 아무런 이의도 제기하지 않는다. 그런데, 일반적 추상적 규율로서의 속성을 지닌 공권력행사와 관해서 공권력행사는 국회의 의결행위로 보아야 할 것은 아닌지 라는 의문을 제기한다. 여기서 공권력행사라는 의미를 의결행위로서의 개별적 행위로 볼 경우에는 법률이 심판대상이 될 여지가 없게 될 것이다.”라고 하여 통설과 판례에 대해 의혹을 제기한다.

88) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제1개정증보판), 2008, 267.

89) 행정소송법 제20조 참조.

90) 헌법재판소, 헌법재판실무제요(제1개정증보판), 2008, 268이 “법 제69조 제1항 본문의 청구기간을 법령에 대한 헌법소원에 문자 그대로 적용하는 경우에는 법령으로 인한 기본권 침해에 그에 대한 헌법소원을 통하여 구제받을 수 있는 가능성은 현저히 축소되고, 결과적으로 헌법소원을 통한 기본권 구제의 실효성이 현저히 저하되게 된다.”고 보는 것은, 청구기간의 기산점을 본문과 같이 이해하는 것을 전제로 한 기술이라 이해된다.

“법규정립행위(입법행위)는 그것이 국회입법이든 행정입법이든 막론하고 일종의 법률행위이므로 행위의 속성상 행위 자체는 한 번에 끝나는 것이고, 그러한 입법행위의 결과인 권리침해상태가 계속될 수 있을 뿐이라고 보아야 한다. 다시 말하자면, 기본권침해의 행위가 계속되는 것이 아니라, 기본권침해의 결과가 계속 남을 수 있을 뿐인 것이다. 그렇다면 기본권침해행위는 한 번에 끝났음에도 불구하고, 그 결과가 계속 남아 있다고 하여 청구기간의 제한을 전면적으로 배제하여야 한다는 주장은, 법적 안정성의 확보를 위한 청구기간의 설정취지에 반하는 것으로서 부당하다고 하여야 할 것이다.”<sup>91)</sup>는 현재의 결정은 ‘법률’이 아니라, ‘입법행위’를 소원의 대상으로 한다는 것을 전제로 이해하는 것이다. 이 논리를 따라가면, 법률의 시행 후에 기본권 침해의 사실관계가 발생하였다는 이유로 청구기간을 신장할 수 있다는 논리는 인정되기 어렵다.

그런데도 현재는 법률에 대한 헌법소원심판의 청구기간을 ‘법률의 시행과 동시에 기본권을 침해받게 되는 경우’와 ‘법률이 시행된 뒤 비로소 기본권을 침해받게 된 경우’로 나누어 후자에 대해서는 ‘기본권을 침해받게 되는 주관적 사유’가 발생한 사실을 안 때로부터 90일 이내, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 헌법소원심판을 청구하면 적법한 것으로 본다.<sup>92)</sup>

이러한 해석은, 상대방이 불특정 다수인이라는 점에서 법률과 유사한 성격을 가진다고 볼 수 있는 고시나 공고에 관하여 대법원이 해석하는 바와도 다르다. 대법원은 “통상 고시 또는 공고에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 그 처분의 상대방이 불특정 다수인이고, 그 처분의 효력이 불특정 다수인에게 일률적으로 적용되는 것이므로, 그에 대한 행정심판 청구기간도 그 행정처분에 이해관계를 갖는 자가 고시 또는 공고가 있었다는 사실

91) 현재 1992. 6. 26. 91헌마25, 판례집 4, 444, 450-451.

92) 현재 2013. 2. 28. 2011헌마666, 판례집 25-1, 134, 136.

을 현실적으로 알았는지 여부에 관계없이 고시가 효력을 발생하는 날인 고시 또는 공고가 있는 후 5일이 경과한 날에 행정처분이 있음을 알았다고 보아야 할 것”<sup>93)</sup>이라고 판시한 바 있다.

현재의 위와 같은 해석은, 명문으로 ‘법률’에 대한 헌법소원을 인정하고 있는 독일의 경우와도 다르다. 위에서 본 바와 같이 독일의 경우, 법률이 제정되거나 개정된 후 1년이 도과하면 누구도 헌법소원심판을 청구할 수 없다.<sup>94)</sup>

## 4. 직접성

### 가. 실무

공권력의 행사에 입법작용이 포섭된다는 명제는, 적어도 헌재법 제68조 제1항의 해석론으로 성립할 수 있다고 본다. 그런데, ‘법률의 제정·개정·작용’이 아니라 ‘법률’ 자체가 공권력 행사로 이해될 수 있느냐 하는 문제에 있어서 통설과 판례는 어려움을 겪을 수 있다. 그렇다고 하더라도, 즉 ‘법률’ 자체가 공권력의 행사라는 점을 받아들여도, 왜 법률 중의 일부, 즉 ‘직접성’을 갖춘 법률에 대해서만 헌법소원심판을 청구할 수 있는가에 대한 명문의 근거는 전혀 없다. 근거가 있다면, 오로지 독일에서 직접성이 있는 법률에 대해서만 헌법소원을 인정한다는 것이고, 독일도 명문의 근거 없이 인정하고 있다는 것일 것이다. 만약에 법률에 대한 헌법소원심판청구가 재판청구권으로 보장되는 내용이라면, 이 기본권을 법률적 근거 없이 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항에 위배되는 것이라는 비판에 접할

93) 대판 2000. 9. 8. 99두11257.

94) 권영성, “한국의 헌법재판제도”, 『서울대 법학』, 제29권 제3호, 서울대, 1988, 28은 헌재법 제69조 제1항의 청구기간은 ‘행정처분 등’에만 적용되고, 법률에는 적용이 없다 한다. 전적으로 자의적인 해석이다.

수 있을 것이라고 생각한다.

### 나. 보충성과의 관계

현재는, 헌법소원심판의 직접성 요건은 다른 권리구제수단에 의해서는 구제되지 않는 기본권 보장을 위한 특별하고도 보충적인 수단이라는 헌법소원의 본질로부터 비롯된 것이므로, 이 사건 조항이 헌법소원심판청구의 적법요건 중 하나로 기본권 침해의 직접성을 요구하는 것이 재판청구권을 침해하는 것은 아니라고 판시한 바 있으나,<sup>95)</sup> 헌법소원심판 청구가 보충적 구제수단이므로 직접성이 요구될 수 있다는 것은 독립적인 두 개의 요건을 준별하지 아니한 설명이라 하지 아니할 수 없다.<sup>96)97)</sup>

나아가 현재는 보충성 요건에서 말하는 구제절차란 그 공권력 행사 자체의 효력을 다투는 절차를 가리킨다고 본다.<sup>98)</sup> 따라서, 법률에 대한 헌법소원에 있어서는 다른 구제절차가 없으므로 보충성의 원칙이 적용될 여지가 없다고 본다.<sup>99)</sup> 즉, 법집행 작용에 대하여 다른 구제절차가 있다는 사정은 법률에 대한 보충성 요건 충족 여부에 대한 판단에 영향을 미치지 못

95) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671, 판례집 17-1, 785, 790; 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503; 헌재 2000. 6. 29. 2000헌마325, 판례집 12-1, 963, 969.

96) 同旨 이승환, “기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도”, 『헌법논총』 제17집, 헌법재판소, 2006, 313.

97) 양자를 준별하여 이해한 예로 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503를 들 수 있다. “법령에 대한 헌법소원에 있어서는 다른 구제절차가 없기 때문에 보충성의 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 보충성의 원칙이 적용되지 않는다고 하여 법령에 대한 헌법소원이 아무런 조건 없이 허용되는 것은 아니고 ‘기본권침해의 직접성’의 요건이 갖추어져야 한다.”

98) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 20; 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203.

99) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 20; 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203-204; 헌재 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 191.

한다는 것이다.

그런데, 법률에 기한 집행행위로 인해 기본권을 침해받게 되는 경우, 다른 구제 절차가 있다는 것이 직접성을 충족하지 못하여 부적법한 것이 되고, 법률에 존재하지 않는 직접성의 요건을 요구하는 이유가 보충성 원칙, 즉 다른 구제절차가 있으면 모두 거친 후에야 헌법소원을 제기할 수 있다는 원칙에 있다는 설명은 아무래도 이해하기 어렵다.

만약 직접성이 꼭 필요하다고 본다면, 보충성에 대한 해석의 변경으로 가능하다. 즉, 보충성은 법적인 근거가 있는 것이므로, 다른 구제 절차의 의미를, 문제된 공권력 자체의 효력을 다투는 절차로 보지 아니하고,<sup>100)</sup> 청구인의 기본권이 회복될 수 있는 일체의 절차라고 이해하면, 굳이 직접성 요건을 거론하지 않더라도 직접성 요건의 효과를 누릴 수 있다. 법률에 기한 집행행위가 예정되어 있는 경우, 보충성 원칙에 따라 집행행위의 효력을 부인하여 권리가 구제될 수 있으므로, 보충성이 흠결되었다고 판단하면 족하다. 그렇게 이해하면, 따로 법적 근거도 없이 직접성이라는 요건을 창출할 필요는 없다.

#### 다. 실천의 어려움

한편, 법률이 소원의 대상으로 되나 직접성이 있는 경우에만 적법하다고 보는 것을 인정한다고 하더라도, 다음 문제로는 직접성이 인정되는 법률조항이라고 하여 전부 적법하다고 보는 것 같지는 않은 실무관행을 어떻게 설명할 것인가 하는 점이다. 이러한 문제가 가장 현저하게 대두되는 영역이 형벌에 관한 조항과 조세에 관한 조항이다.

먼저 형벌에 관한 법률 조항에 관하여 현재는, “그 자체로서 국민의 기본권에 직접 관련지어지는 법규범이 아니고, 구체적인 소송사건에서 법원

---

100) 이것이 현재의 입장이다.



에 의하여 해석, 적용되는 규범으로서 법원의 재판이라는 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되는 법규범”이라 하면서 직접성을 부인하였다.<sup>101)</sup>

이와 같은 설시는 직접성에 관한 현재의 설명과 배치된다. 현재는 “그 법률을 통하여 자유가 제한되거나 의무가 부과되는 경우 또는 권리와 법적 지위 등이 박탈되는 경우에 법률에 의한 권리침해의 직접성이 인정된다”고 하기 때문이다.<sup>102)</sup>

그래서 몇몇 사건에서 “법률이 직접 국민에게 행위 의무 또는 금지 의무를 부과한 후 그 위반행위에 대한 제재로서 형벌, 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위 의무 또는 금지 의무를 직접 부담하게 되므로, 청구인이 제재를 받은 일이 없다고 할지라도 직접성을 결여하였다고 할 수는 없다.”고 판시한 바 있다.<sup>103)</sup> 그러나 이 경우들은 청구인들이 관련 업무에 이미 종사하는 경우들이다. 일반 형법 조항들에 관하여도 이와 같은 법리가 그대로 적용될 수 있을지는 의문이다. 일반 형법 조항들에 대해서는 재판규범성을 들어 직접성을 부인할 가능성이 크다고 생각된다. 왜냐하면, 일반 형법 조항에 대하여 직접성을 인정하면, 민중소송화할 가능성이 크기 때문이다.

이와 같은 성격이 두드러지게 드러나는 또 다른 영역이 신고납세 방식의 조세이다. 부과과세 방식의 조세의 경우에는 부과처분이 법적으로 예정되어 있으나, 신고납세 방식의 경우에는 행정청의 별도의 집행행위가 예정되어 있지 아니하고 납세자가 스스로 자신이 세액을 계산하여 신고하고 납

101) 헌재 1997. 6. 26. 96헌마148, 판례집 9-1, 690, 697.

102) 헌재 1991. 11. 25. 89헌마99, 판례집 3, 585, 589; 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351, 360; 헌재 2002. 7. 18. 2001헌마605, 판례집 14-2, 84, 95-96.

103) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154; 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 312; 헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 628.

부하여야 한다. 원칙적으로 행정청의 처분이 개입할 여지가 없다.

그러나, 현재는 신고납부의 형식에 의한 조세의 경우에도 부과징수의 형식에 의한 조세의 경우와 마찬가지로 종국적으로는 과세처분이라는 집행행위를 통하여 비로소 기본권침해가 현실화된다고 하면서 기본권침해의 직접성을 부정하였다.<sup>104)105)106)</sup>

## 5. 소결론

현재법 제68조 제1항의 공권력의 행사에 ‘입법작용’이 포섭된다고 보기에는 이를 뒷받침하는 규정들의 매우 부족하다. 그리고 설령 ‘입법작용’이 포섭된다고 보더라도, ‘법률의 제정작용 또는 개정작용’이 아닌 ‘법률’이 공권력 행사에 포섭된다는 해석은 문리에 어긋나고, 권한쟁의심판에 관한 조항들에 대한 해석과의 일관성을 잃은 것이다.

나아가 청구기간을 현재와 같이 해석하는 것이 타당한 것인지도 의문이다. 법률이 제1항소원의 대상으로 된다는 것을 전제로 하고 나서야 비로소 어느 정도 이해의 가능성이 열릴 뿐이다.

직접성 요건은 더욱 의아한 것이다. 법률이 제1항소원의 대상이 된다고 하면서 직접성이 없는 경우에는 다룰 수 없다는 법리는, 독일의 해석론을 전제로 하지 아니하면 도저히 받아들이기 어려운 것이다.

현재 현재의 해석론은 먼저 법률은 제1항소원의 대상으로 된다는 것을 전제하고 해석한 것으로 밖에 볼 수 없다. 이 해석에 독일의 해석론이 영향을 미쳤음은 분명하나, 독일은 명문의 근거가 있는 해석을 한 것인 반면, 현재의 해석에는 명문의 근거가 없다.

104) 현재 2001. 1. 18. 2000헌마80, 판례집 13-1, 163, 171-172.

105) 같은 취지의 판례 현재 2009. 4. 30. 2006헌마1261, 판례집 21-1하, 228, 242-243.

106) 김영일 재판관의 반대의견은, 판례집 13-1, 163, 173-176.

## VI. 결론 - 입법적 보완

법률이 제1항소원의 대상으로 되는가, 하는 문제는 국가의 공권력 배분에 있어서 매우 중요한 문제이다. 민주적 정당성을 갖추었다고 말해지는 국회의 작용을 헌재가 부인하기 위해서는, 그것을 정당화할 수 있는 법적인 근거가 충분하여야 하기 때문이다. 그 논증이 불충분하면 국회의 헌법상 권한인 입법권을 현재의 해석에 의하여 침해하는 것은 아닌가 하는 문제가 발생할 수 있다.

그럼에도 우리 학계나 헌재에 의해 법률이 제1항소원의 대상으로 되는가에 대한 논의가 그다지 이루어지지 않았다. 단지 ‘공권력의 행사’라는 표현 하나에 기대어, 모든 문제를 해결하여 왔다. 법률이 제1항소원의 대상으로 된다고 봄에 있어서는 여러 가지 입법적 흠결이라든지, 운용상의 난점이 있음에도 불구하고, 법률은 제1항소원의 대상이다, 라는 명제에 대해서는 회의할 수 없다는 목계 같은 것이 있었던 것으로 보인다.

법률을 제1항소원의 대상으로 포섭시키기 위해서는 좀 더 궁리해 보아야 할 점이 있다고 본다. 이론적으로, 입법적으로 보완하는 활동이 필요하다. 만약 입법적으로 보완을 한다면, 법률에 대한 제1항소원의 특칙을 묶어서 하나의 조문을 만드는 것이 가장 간편할 것이라고 생각한다. 법률에 규정되어 있어야 할 사항을 나열해 본다면, 첫째, 직접성이 인정되는 법률 또는 법률 조항에 대해 제1항소원을 제기할 수 있다는 점, 둘째, 청구기간에 관한 특칙, 셋째, 법률조항의 기본권 침해 확인에 대하여 현재법 제45조, 제47조 준용한다는 점과<sup>107)</sup> 헌법소원의 계기가 된 사안의 구제에 관한 조

107) 김하열, 전거서, 381은 헌법에 위반된다는 주문을 내는 특칙이 필요하다고 보나, 그럴 필요는 없는 것 같다. 제1항소원의 쟁송물은 공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 침해하는지 여부이므로, 이를 확인하는 주문을 내는 것이 수미일관된 것이다.

항이 필요할 것이다. 이를 예시하여 보면 다음과 같다.

제○○조(법률에 대한 헌법소원의 특칙) ① 법률 또는 법률조항에 의하여 직접 기본권을 침해받은 자는 그 법률 또는 법률조항을 대상으로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

② 제1항의 헌법소원심판은 법률 또는 법률조항의 시행으로 말미암아 기본권을 침해받은 자는 법률이 시행된 사실을 안 때로부터 90일, 법률 또는 법률조항이 시행된 때로부터 1년 이내에 청구하여야 하고, 법률 또는 법률조항이 시행된 후 기본권 침해 사실이 발생한 경우에는 그 사유가 발생한 사실을 안 때로부터 90일, 그 사유가 발생한 날로부터 1년 이내에 청구하여야 한다.<sup>108)</sup> 다만, 기본권 침해가 확실히 예견되는 경우에는 현재 기본권 침해가 없더라도 청구할 수 있다.

③ 제1항의 헌법소원심판을 인용하는 경우, 제75조 제2항에도 불구하고 침해된 기본권을 특정하지 아니할 수 있다. 그 효력에 관해서는 제45조, 제47조를 준용한다.

④ 제1항의 헌법소원심판을 인용하는 결정을 한 날로부터 30일 이내에, 헌법소원 심판의 계기가 된 공권력의 행사의 취소를 구하는 행정소송이나 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 재판이 확정된 경우에는 재심을 청구할 수 있다.

---

108) 다만, 현재의 실무례를 전제로 한 것이고, 이론상으로는 독일식으로 ‘시행된 때로부터 1년 이내’로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.

[국문초록]

## 법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견

헌법재판의 실무나 학설에 있어서 법률이 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원심판의 대상으로 되는가 하는 문제는 논의의 대상으로 되지 않는다. 헌재법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사’에 당연히 법률이 포함된다는 현재의 결정이 이 문제를 둘러싼 이론적 검토의 전부다.

그러나, 헌재법이 구체적 행정작용에 관한 규율만을 정하고 있음을 본다면, 법률이 당연히 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상으로 된다는 입론은 성급한 것이라 평가할 수밖에 없다.

이 논문에서 법률이 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원의 대상으로 볼 수 없다고 보는 논거는, 첫째, 효력에 관한 규정이 전혀 없다. 둘째, 헌재법 제75조와 종합해 보면, 헌재법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사’는 구체적이고 개별적 작용만이 포섭되는 것이다. 셋째, 법률의 제정 또는 개정 작용이 공권력의 행사로 될 가능성은 있어도, 법률의 제정이나 개정작용의 결과물인 법률은 공권력의 행사가 될 수 없다. 넷째, 현재는 법문에 어긋나는 방법으로 주문을 구성하고 있는데, 이것은 헌재법을 따르면서는 ‘법률’을 헌재법 제68조 제1항 소원의 대상으로 입론할 수 없기 때문이다.

현재의 해석에 의하여 법률을 헌재법 제68조 제1항 헌법소원의 대상으로 보는 관행이 굳어졌다고 하더라도 입법적 개선을 시도할 필요는 있다.

### 주제어

헌법소원, 법률, 공권력의 행사, 기본권, 직접성

[Abstract]

## A Study on the Eligibility of Acts as Object of Constitutional Complaint

Whether an ‘Act’ can be the object of a constitutional complaint based on Art.68 Sec.1 of the Korean Constitutional Court Act (hereinafter a “Sec.1 Complaint”) has almost never been a matter of question, either in the practice of Korean Constitutional Court (hereinafter “KCC”) or in the academic world. The only explanation, explicitly given by KCC, was that legislation is unquestionably included in the ‘exertion of public power’ provided in Art.68 Sec.1. But this apparent ‘dogma’ doesn’t seem to be compatible with a systematic interpretation of the present KCC Act, the elucidation of which is the purpose of this article.

First, the KCC Act contains no provision at all concerning the effect of an Act struck down as a result of the Sec.1 Complaint, which is indispensable should Acts be eligible objects for a Sec.1 Complaint.

Second, on a closer look together with Art. 75, the ‘exertion of public power’ provided in Art.68 Sec.1 can only include exertion thereof which is ‘concrete and particular’.

Third, even something legislative can be properly included in the exertion above, it is an ‘act of enactment of revision of the Act itself’, not an ‘Act’ itself, which is nothing more than a product of the above act.

Fourth, when KCC strikes down Acts in a Sec.1 Complaint, the manner

in which KCC constructs the main sentence of its decision is disaccordant with the provision of KCC Act, the reason of which seems to be that KCC cannot abide by the KCC Act and enable Sec.1 Complaint on Acts at the same time.

As a matter of interpretation of Sec.68 Art.1, it is at least 'problematic' to see Acts as eligible objects of Sec.1 Complaint. The problem must be dealt with, either by a novel theoretical work, or by a revision of the KCC Act.

**Key-words**

constitutional complaint, exertion of public power, fundamental rights, doctrine of immediacy

## 참고문헌

- 김하열, 『헌법소송법』, 박영사, 2014.  
허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2015.  
김현철, 『판례 헌법소송법』, 전남대학교출판부, 2014.  
이동흡, 『헌법소송법』, 박영사, 2015.  
헌법재판연구원, 『주식 헌법재판소법』, 한수웅 집필 부분, 2015.  
헌법재판소, 『헌법재판실무제요(제1개정증보판)』, 2008.  
정종섭, “한국 헌법재판 및 헌법재판소의 개혁”, 『헌법논총』, 제19집, 헌법재판소, 2008.  
강일원·유남석·최완주, “헌법소원심판”, 『헌법재판제도의 이해』, 재판자료 92집, 법원행정처, 2001.  
남복현 “헌법재판소법 개정방향”, 『헌법학연구』 제17권 제4호, 헌법학회, 2011.  
여운국, “법령에 대한 헌법소원에 관한 고찰”, 『사법』, 제15호, 사법연구지원재단, 2011.  
권영성, “헌법재판제도의 활성화방안에 관한 연구”, 『서울대 법학』, 제33권 제2호, 서울대, 1992.  
권영성, “한국의 헌법재판제도”, 『서울대 법학』, 제29권 제3호, 서울대, 1988.  
이승환, “기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도”, 『헌법논총』 제17집, 헌법재판소, 2006.

(논문접수일: 2015. 8. 31. 논문심사일: 2015. 10. 27. 게재확정일: 2015. 11. 13.)



# 헌법재판소 결정의 효력

-기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로-

The effects of constitutional court decision

-Focus on the subject and object range of the binding force-

鄭 鎬 庚(Jung Ho-Kyoung)

漢陽大學校 法學專門大學院 副教授

## - 目 次 -

I. 서설 .....	347
II. 헌법재판소 결정의 효력 .....	349
III. 기판력 .....	351
1. 서 .....	351
2. 인정 여부 .....	353
3. 기판력의 내용과 범위 .....	355
가. 내용 .....	355
나. 객관적 범위 .....	355
다. 주관적 범위 .....	356

IV. 기속력 .....	358
1. 서 .....	358
2. 내용 .....	359
3. 범위 .....	359
가. 주관적 범위 .....	359
나. 객관적 범위 .....	360
4. 기속력의 특별한 문제로서 반복입법의 문제 .....	363
V. 아산만 해역 매립지 귀속 결정 사건과 기속력 .....	365
1. 사건의 경과 .....	365
2. 현재 2004. 9. 23. 선고 2000헌라2 결정의 기판력의 범위 .....	367
3. 중분위와 대법원에 기속력이 미치는지 여부 .....	368
4. 현재 2004. 9. 23. 선고 2000헌라2 결정의 기속력의 객관적 범위 .....	369
5. 지방자치법 개정으로 인한 새로운 분쟁해결절차의 신설과 결정의 기속력 .....	371
VI. 결론 .....	373
* 국문초록 및 주제어 .....	376
* 독문초록 및 주제어 .....	377
* 참고문헌 .....	379

## I. 서설

헌법재판의 법적 성질은 정치적 ‘사법작용’이라는 것이 우리 헌법학계의 지배적 견해로 보인다.<sup>1)</sup> 지배적 견해에 따르면 헌법재판은 그 정치적 성격에도 불구하고 본질적으로 사법기능에 해당하기 때문에,<sup>2)</sup> 헌법재판소의 결정에는 일반법원의 판결과 마찬가지로 기판력과 기속력이 부여된다.

헌법재판소법(이하 ‘법’이라 한다) 제47조는 법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 하여 위헌결정의 기속력에 관해서 규정하고 있다. 또한 법 제75조 제1항과 제6항은 헌법소원의 인용결정에 대해서, 그리고 제67조 제1항은 권한쟁의심판의 결정에 대해서 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체에 대한 기속력을 규정하고 있다.<sup>3)</sup> 민사재판의 효력은 원칙적으로 재판의 당사자 사이에서만 미치는 것인데 반하여, 항고소송이나 헌법소송의 판결이나 결정의 기속력은 재판의 당사자를 넘어서 관계 행정기관 또는 모든 국가기관과 지방자치단체에 미친다고 규정한다. 이는 민사소송에 대비되는 공법소송의 특수성이라 할 수 있을 것이다.

그렇다면 헌법재판소의 결정 이후에 제기된 일련의 연속되는 유사한 사안에서 판단을 담당하는 분쟁조정기구나 법원은 헌법재판소의 결정에 기속되는가? 기속된다면 어느 정도로 기속되는 것일까? 일련의 유사한 사건에서 헌법재판소 결정의 기판력과 기속력은 어떻게 작용하는가? 본고에서는 헌법재판소 2004. 9. 23. 2000헌라2 당진군과 평택시 간의 권한쟁의 사건

- 
- 1) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2014, 721-722면; 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2013, 1335-1336면.
  - 2) 한수웅, 위의 책, 1336면. 일반적으로 사법의 특징적 징표로는 법을 기준으로 한 판단, 분쟁해결 권리보호보장, 법적 통제, 3단논법, 법형석적 요소, 심판청구에 기초한 활동, 유권적 결정 등을 들고 있다. 김하열, 「헌법소송법」, 박영사, 2014, 14면.
  - 3) 법 제67조 제1항은 “헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정하고 있다.

을 중심으로 위와 같은 쟁점에 대해서 고찰해 보고자 한다.

헌법재판소는 2004. 9. 23. 2000헌라2 당진군과 평택시 간의 권한쟁의 사건에서 “이른바 ‘아산만 해역’ 중에서 일정 해역에 건설된 항만시설용 제방 중 일정 부분의 제방에 대한 자치권한”이 당진군에 속하는지 평택시에 속하는지에 관해 결정하였다. 위 사건에서 쟁점은 ① 공유수면에 지방자치단체의 관할권을 인정할 수 있는지 여부, ② 공유수면에 지방자치단체의 관할권한이 존재한다면, 관할권을 획정하는 기준은 무엇인지 여부, ③ 공유수면에 지방자치단체의 관할권한이 존재하는 경우 그 관할권한은 공유수면에 매립된 토지에도 적용되는지 여부 등이었으며, 이에 관하여 헌법재판소는 5인의 다수의견으로 공유수면에 지방자치단체의 관할권이 존재하며, 그 기준은 관습법상 해상경계선이고, 관습법상 해상경계선 기준은 공유수면을 매립하여 생긴 토지의 관할을 정하는 경계기준이 된다고 판시한 바 있다.

한편 위 사건 이후 2009. 4. 지방자치법이 개정되어 공유수면 매립지 귀속 분쟁 해결절차에 관한 일련의 규정이 지방자치법에 신설되었다. 개정된 지방자치법 제4조는 제3항 내지 7항에서 공유수면 매립지의 귀속 분쟁을 ‘지방자치단체중앙분쟁조정위원회’(이하 ‘중분위’라 한다)의 심의·의결에 따라 행정자치부 장관이 결정하도록 규정하였다.<sup>4)5)</sup> 또한 같은 조 제8항은 행정자치부장관의 결정에 이의가 있는 경우 대법원에 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>6)</sup> 지방자치법 제4조 제3항 내지 제8항은 ‘매립지’ 등

4) 개정이유서에는 매립지 등 지적공부 미등록지의 등록과정에서 자치단체 간 분쟁이 자주 발생하여 이를 예방하기 위해 귀속절차를 제도화한다고 밝히고 있다.

5) 같은 조 제3항은 ‘제1항에도 불구하고……’라고 하여 명시적으로 제1항을 배제하고 있다. 우리 헌법재판소는 공유수면과 그 매립지 귀속에 관한 권한쟁의심판에서 지방자치법 제4조 제1항의 ‘중전과 같이 하고……’라는 부분에 대해 항상 언급하고, 이에 따라 1948. 8. 15. 당시 존재하던 관할구역의 경계가 원천적인 기준이 된다고 판시해 왔다. 이러한 측면에서 개정 지방자치법 제4조 제3항이 ‘공유수면 매립지’ 귀속에 대해서 제1항을 배제하는 것은 ‘중요한 의미’를 갖는다.

6) 이러한 개정이 있기 전에는 주로 헌법재판소가 권한쟁의심판을 통하여 공유수면과

의 관할 결정기준에 관한 실체법적 기준을 제시하고 있는 것은 아니며, 분쟁 해결에 관한 절차적 부분에 대해서만 규정하고 있다.

그런데 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 사건 이후에 매립된 아산만 해역의 일정 부분의 제방의 귀속에 대하여 다시 당진군과 평택시간의 관할권에 관한 분쟁이 발생하였고, 당진군수는 개정된 지방자치법 조항에 따라 행정안전부장관에게 매립지 귀속에 관한 결정을 신청하였다. 중분위는 대체적으로 대법원 2013. 11. 14. 선고 2010추73 판결<sup>7)</sup>에서 실시된 매립지 귀속 기준에 의거하여 매립지 귀속 여부를 결정하였고, 이에 당진시는 개정된 지방자치법 규정에 따라 위 결정에 불복하여 사건을 대법원에 제소한 상태이다. 본고에서는 위 사건을 계기로 하여 헌법재판소 결정의 효력, 특히 권한쟁의심판 결정의 기속력이 어느 범위에서 어느 국가기관에 어떻게 작용하는지에 관해 고찰해 보고자 한다.

## II. 헌법재판소 결정의 효력

일반적으로 소는 판결신청의 성질·내용에 의해서 이행의 소, 확인의 소, 형성의 소 세 가지로 분류된다. 이행의 소는 당사자의 이행청구권에 기하여 상대방에 대해 의무이행명령을 구하는 소이다. 확인의 소는 현재 다

---

그 매립지 관할의 귀속을 결정하였다. 공유수면과 그 매립지 관할 귀속에 관한 주요 결정으로는 현재 2011. 9. 29. 2009헌라5(인천시 남동구와 연수구), 현재 2009. 7. 30. 2005헌라2(웅진군과 태안군), 2006. 8. 31. 2003헌라1(광양시와 순천시), 2004. 9. 23. 2000헌라2(당진군과 평택시) 등이 있다.

7) 이 사건은 새만금 방조제 공사로 매립된 토지 및 제방에 대해 김제, 군산, 부안의 3개 지방자치단체가 관할권 분쟁을 하고 있는 사안으로서, 이미 완공된 새만금 방조제의 일부에 대한 위 3개 시·군의 관할권 다툼에 대한 중분위의 결정에 대한 대법원의 판결이다.

틈이 있는 권리·법률관계의 존재와 부존재의 확정을 요구하는 소이다. 그리고 형성의 소는 판결에 의한 법률관계의 변동을 요구하는 소이다. 형성 판결에는 대세적 효력이 부여되고, 형성의 소는 법적 안정성에 중대한 영향을 미치기 때문에 명문의 규정이 있는 경우에만 허용된다.

민사소송법학자 중에는 법 제47조 제2항의 위헌제정이나 제69조의 헌법소원을 형성의 소로 보는 견해도 있다.<sup>8)</sup> 형성판결은 기판력뿐만 아니라 형성력도 있으며, 또한 대세효를 갖는다. 그런데 형성판결이 갖는 대세효에 형성력뿐만 아니라 기판력도 포함되는지 문제된다. 만약 기판력도 대세효를 갖는다고 하면, 제3자는 확정된 형성판결의 주문에 포함된 사항과 다른 주장을 하며 소를 제기할 수 없을 것이다. 하지만 이와 관련해서는 판례나 학설이 명확히 다루고 있지 않다. 헌법재판소는 법 제47조 제2항의 위헌제정에 대해 합헌결정을 한 경우에, 후에 제3자가 다시 위헌제정을 하더라도 각하시키지 않는 것으로 보아, 대세효는 형성력에만 인정하고 기판력에는 인정하지 않는 것으로 보인다.

일반적으로 헌법재판 결정의 효력으로는 자기구속력, 형식적 확정력, 기판력, 기속력등이 언급된다. 자기구속력이나 형식적 확정력에 대해서는 큰 의문이 없으므로, 본고에서는 주로 기판력과 기속력에 대해서 다루고자 한다. 헌법재판 결정의 효력으로서 기판력에 관한 명문의 규정이 없지만, 법 제39조, 제40조 제1항 등을 근거로 하거나, 헌법재판소 결정도 사법재판의 하나로 보아 헌법재판 결정에 기판력을 인정하는 것이 일반적 견해로 보인다. 물론 헌법재판 결정에 기판력이 인정된다고 하더라도, 헌법재판의 특수성으로 인해 그 객관적, 주관적 범위와 관련해서 일반법원의 판결과 다른 차이점이 있을 수 있다. 헌법재판 결정의 기속력은 기판력과 달리 주관적 범위의 측면에서 사건의 당사자나 헌법재판소에 한정되지 아니하고, 모든

---

8) 예를 들어 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2015, 201면.

국가기관이나 지방자치단체 등에 확장하여 미친다는 점에 대해서는 이견이 없는 듯하다. 그러나 기속력이 헌법재판의 특성으로부터 당연히 인정될 수 있는 것인지 또는 헌법재판소법에 의해서 비로소 부여되는 효력인지, 기속력은 기판력과 무관한 헌법재판 결정의 독자적 효력인지 또는 기판력의 주관적 범위의 확장으로 보아야 하는지 등의 문제는 아직 명확하지 아니한 것으로 보인다. 아래에서는 기판력과 기속력의 관계를 검토하고, 특히 기속력의 주관적·객관적 범위를 상세하게 고찰해 보고자 한다.

### Ⅲ. 기판력

#### 1. 서

일반적으로 법원이 한 중구판결에 대하여 당사자의 불복상소로도 취소할 수 없게 된 상태를 판결이 형식적으로 확정되었다고 하고, 형식적으로 확정된 판결에 부여되는 효력을 실질적 확정력 또는 기판력이라고 한다. 기판력은 확정판결의 주문에 포함된 법률적 판단의 내용은 이후 그 소송 당사자의 관계를 규율하는 새로운 기준이 되는 것이므로 동일한 사항이 소송상 문제가 되었을 때 당사자는 이에 저촉되는 주장을 할 수 없고(불가쟁), 법원도 이에 저촉되는 판단을 할 수 없는(불가반) 효력을 말한다.<sup>9)</sup> 즉 기

9) 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2756 판결. 민사소송에서는 실질적 확정력인 기판력을 설명할 때, 당사자에 대한 효력을 불가쟁, 법원에 대한 효력을 불가반으로 표현하지만(김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2014, 752면; 이시윤, 앞의 책, 616면 등), 헌법소송에서는 형식적 확정력을 불가쟁력으로 표현한다(예를 들어, 김하열, 앞의 책, 190면; 허완중, “헌법재판소결정의 확정력”, 헌법학연구, 14권 4호, 418면 이하; 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2001, 46면 등. 형사소송에서의 불가쟁력과 불가반력과 관련한 논의에 대해서는

판력은 법원과 당사자 모두에게 미치는 효력이다. 기판력 제도는 일반적으로 국가의 재판기관이 당사자 사이의 법적 분쟁을 공권적으로 판단한 것에 기초한 법적 안정성에 근거하여 인정된다.<sup>10)</sup> 기판력은 민사소송뿐만 아니라 형사소송,<sup>11)</sup> 행정소송 등 일반법원의 확정판결이 가지는 효력 중 하나이다. 위와 같이 일반법원의 모든 판결이 원칙적으로 기판력을 가진다면 헌법재판 결정도 그 법적 성질을 사법작용으로 보는 한, 그 결정유형에 상관없이 기판력이 인정될 수 있을 것이다.<sup>12)</sup>

기판력은 전소에서 확정된 권리관계가 후소에서 다시 문제되는 때에 작용한다. 즉 기판력은, 전소와 후소의 소송물<sup>13)</sup>이 동일한 경우, 전소의 소송물에 관한 판단이 후소의 선결문제가 되는 경우, 후소가 전소의 기판력 있는 법률관계와 정면으로 모순되는 반대관계를 소송물로 할 때 작용하게 된다. 헌법재판의 소송물은 심판유형에 따라 다르다. 위헌법률심판은 제청된 법률의 위헌여부, 헌법소원심판은 특정 공권력 행사로 기본권이 침해되었는지 여부, 권한쟁의심판은 피청구인의 처분으로 청구인의 권한이 침해되었는지 혹은 권한이 청구인과 피청구인 중 누구에게 귀속되는지 여부가 소송물이 될 것이다.<sup>14)</sup> 헌법재판에서는 일반소송과 달리 처분권주의가 원칙적으로 적용되지 않는다. 따라서 헌법재판소는 청구인의 심판청구에 기재된 청구취지 등에 구애받지 않고 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단할

신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014, 1492면 참조.

10) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2015, 616면.

11) 신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014, 1495면 이하 참조.

12) 기판력의 정당성 근거에 관한 절차보장설의 입장에 의하면(이시윤, 앞의 책, 618면 참조), 헌법소원, 권한쟁의, 탄핵심판과 같이 개별 당사자 사이의 구체적 법적 분쟁이 심판대상인 경우에는 헌법재판소 결정에 기판력을 인정하는 데 무리는 없을 것이다(김하열, 앞의 책, 193면 참조).

13) 민사소송 등 일반소송과는 달리 헌법재판에서는 ‘소송물’이라는 표현 대신 ‘심판의 대상’이라는 표현을 자주 사용하는 듯하다(김하열, 앞의 책, 126면). 독일어로는 Streitgegenstand로 동일하다.

14) 헌법소송에서 소송물(심판의 대상)에 관한 상세는 김하열, 앞의 책, 126면 이하 참조.



수 있고, 청구인이 주장하는 침해된 기본권과 침해의 원인이 되는 공권력을 직권으로 조사하여 심판대상을 확정할 수 있다고 할 것이다.<sup>15)</sup>

## 2. 인정 여부

헌법재판소법에는 기관력과 관련된 직접적인 규정은 없다. 다만 법 제39조가 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다는 일사부재리에 관하여 규정하고 있으며, 제40조 제1항이 헌법재판소 심판절차에 관해서는 민사소송에 관한 법령을 준용한다고 규정하고 있다. 우리나라의 통설은 위 두 규정을 근거로 헌법재판소 결정에 기관력을 인정하고 있고,<sup>16)</sup> 헌법재판소<sup>17)</sup>와 대법원<sup>18)</sup>도 헌법재판 결정에 기관력을 인정하고 있다. 독일의 경우도 우리와 마찬가지로 연방헌법재판소법에서 기관력에 대해서 직접적으로 규정하고 있지 않지만, 독일 연방헌법재판소와 통설은 헌법재판 결정의 기관력을 인정하고 있다.<sup>19)</sup> 개별적 공권력 행사에 대한 헌법소원, 권한쟁의심판, 탄핵심판 등과 같이 개별 당사자 사이의 구체적 법률관계의 다툼이 심판대상인 경우에는 헌법재판 결정에 기관력을 인정하는 것이 일반적이다.

그러나 규범통제재판인 위헌법률심판이나 법 제68조 제2항의 헌법소원,

15) 헌재 1993. 5. 13. 91헌마190 결정 참조.

16) 정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2012, 178면은 일사부재리는 당사자가 없거나 확정하기 어려운 경우에도 반복금지 근거를 제공할 수 있다는 점에서 기관력의 범위와 다르다는 입장이다(동일한 견해로 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바48의 1인의 반대 의견 참조).

17) 헌재 1990. 6. 25. 90헌가11(이 사안에서 헌법재판소는 위헌법률심판 결정에 기관력을 인정하면서, 그 주관적 범위를 언급하며 기관력이 미치는 제청당사자로 제청법원을 언급하였다. 이에 대해서는 아래 기관력의 주관적 범위에서 자세히 다룬다) 참조.

18) 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346(대법원은 헌법재판소 결정에 기관력을 인정하며 결정 주문에 기관력이 미친다고 객관적 범위를 명확히 하였다).

19) BVerfGE 4, 31 (38); 104, 151 (196) 등 참조.

법 제68조 제1항의 헌법소원 중 법령에 대한 헌법소원 등에 대해서는 기판력을 인정하지 않는 견해가 있다. 규범통제재판은 상·하위 규범 사이의 충돌 여부를 객관적으로 판단하는 것이지, 일반 민사소송과 같이 구체적 사실관계에 규범을 적용하는 상황을 전제하는 것이 아니라거나,<sup>20)</sup> 청구인은 고유한 청구권을 주장하는 것이 아니라 객관적 소송을 진행시키는 것에 불과해 고유한 의미의 당사자가 없다는 것을 그 논거로 한다.<sup>21)</sup>

그런데 결론적으로 규범통제결정에 기판력을 인정할 것인지 여부에 관한 논의는 큰 실익이 없다고 할 것이다. 기판력은 전소와 후소 사이에 작용하는 소송법적 효력인데, 위헌결정이 난 경우 그 법률의 효력은 상실되기 때문에 다시 동일한 법률의 위헌 여부에 대해 심판하는 것은 상정하기 어렵다. 다만 법률에 대해 합헌결정이 내려진 경우가 문제인데, 소송물을 일반 민사소송과 같이 파악할 경우 합헌결정이 난 법률에 대해 다시 위헌심판을 신청하는 것은 기판력에 반할 수도 있기 때문이다. 하지만 우리 헌법재판소는 비록 당사자가 동일하고, 심판유형이 동일하고, 심판대상이 동일하더라도, 당해 사건의 내용이 다른 경우 일사부재리의 원칙이 적용되지 않는다고 하여, 이미 합헌결정이 난 법률에 대해 다시 위헌심판을 신청하더라도 합헌결정의 기판력에 저촉되지 않는다는 입장이다.<sup>22)</sup>

---

20) BayVerfGHE 5, 166(183); 11, 127(140); 18, 30(35). 현재 2001. 6. 28. 2000헌바 48 사안에서 1인의 반대의견은, “기판력은 그 개념상 법률을 일정한 사실관계에 적용하는 재판절차에서 발생하는 것인데, 헌법 재판소의 규범통제절차는 하위법규범을 상위규범(헌법)에 견주어 판단하는 절차이기 때문에, 사실관계에 법률을 적용하는 재판절차와 다르고 본질적으로 입법작용에 가까우므로 규범통제절차에서의 헌법재판소결정은 기판력이 인정될 여지가 없다고 판시하고 있다.”는 독일 바이에른(Bayern) 주 헌법재판소의 입장을 인용하며 규범통제재판에 대해서는 기판력을 인정할 수 없다는 입장이다. 일반소송의 기판력이 갖는 법적 안정성 등의 효과는 법 제39조 일사부재리 규정에 의해 충분히 가능하며, 위 규정과 기판력은 서로 다르다는 입장이다.

21) 허완중, 헌법재판소 결정의 확정력, 423면.

22) 현재 2006. 5. 25. 2003헌바115 참조.

### 3. 기판력의 내용과 범위

#### 가. 내용

기판력의 구속력은 무엇이며, 어떠한 법적 성질을 가지느냐에 대해서 다름이 있는데, 이는 기판력의 본질에 관한 이론이라 할 수 있다. 현재는 크게 반복금지설과 모순금지설이 대립되고 있다. 반복금지설은 일사부재리에 내재하는 분쟁해결의 1회성을 강조하고, 모순금지설은 재판의 통일이라는 요청을 강조한다. 반복금지설에 의하면 전소와 소송물이 같은 후소는 전소의 결과에 상관없이 부적법 각하시키지만, 모순금지설에 의하면 후소 법원은 전소 확정판결의 내용과 모순되는 판단을 하지 못하도록 하는 것이다.<sup>23)</sup>

#### 나. 객관적 범위

민사소송법 제216조 제1항은 주문에 포함된 것에 한하여 기판력을 가진다고 규정하고 있다. 따라서 판결이유 중에 판단된 사실관계, 선결적 법률관계, 항변, 법규의 해석 등에 대해서는 원칙적으로 기판력이 미치지 않는다. 판결이유에 기판력이 미치지 않도록 한 취지는 이유에까지 기판력이 인정되면 잘못된 판단을 시정할 기회가 적어지고, 주문에만 기판력을 미치게 함으로써 당사자와 법원의 입장에서 신속한 재판이라는 결론을 얻을 수 있다는 것이다.<sup>24)</sup> 주문에는 소송물에 관한 판단이 표시되기 때문에 원칙적으로 소송물에 대한 판단에만 기판력이 미친다.<sup>25)</sup>

23) 이시윤, 앞의 책, 616면 이하 참조.

24) 이시윤, 앞의 책, 641면 이하 참조.

25) 민사소송에서 소송물이론에 대해 견해가 대립되어 있다. 더구나 헌법재판은 그 특수성으로 인해, 각 결정유형별로 소송물(심판대상)을 무엇으로 볼 것인가에 대한 논의가 있을 수 있다(예를 들어, 헌재 2001. 6. 28. 2000헌바48 결정 참조).

우리 대법원도 위와 같이 주문에 포함된 것에 한해서만 기판력이 미친다는 입장을 취하고 있다. 이에 대해 판결이유 중의 판단이라 하여도 그것이 소송에 있어서 중요한 쟁점이 되어 당사자가 주장·증명하고 법원도 그에 관하여 실질적 심리를 한 경우에는 그 쟁점에 대해서 행한 법원의 판단에 구속력을 인정하자는 이론이 있다. 이른바 쟁점효(issue preclusion, 쟁점배제효) 이론이다.<sup>26)</sup> 하지만 어떠한 것이 중요한 쟁점인지 그 기준을 정하는 것은 명확하지 않다는 이유 등으로 우리 대법원은 쟁점효 이론을 인정하지 않고 있다.<sup>27)</sup> 다만 우리 대법원은 관련 사건의 확정판결에서 인정된 사실의 증명력을 인정하여, 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 ‘사실’은 유력한 증거가 되므로 합리적 이유설시 없이 배척할 수 없고, 특히 두 개의 민사소송의 당사자가 같고 분쟁의 기초사실이 같은 경우에는 더욱 그러하다고 판시하고 있다.<sup>28)</sup> 그러나 이는 이전의 확정판결에서 인정된 ‘사실’에 관한 효력이지만, 인정된 사실에 ‘법규를 해석하고 적용’하는 것은 포함되지 않는다고 할 것이다.<sup>29)</sup>

#### 다. 주관적 범위

민사소송법 제218조는 기판력의 주관적 범위에 관해 규정하고 있다. 기판력은 절차에 참여하여 재판을 수행한 당사자에게만 미치고 원칙적으로 제3자에게는 미치지 않는다. 동법 제218조는 당사자 이외에 변론 종결 뒤의 승계인, 청구의 목적물 소지자, 추정승계인, 제3자 소송담당자 등 당사자와 같이 볼 수 있는 일정한 범위의 제3자에게 기판력이 미친다고 규정하

26) 이시윤, 앞의 책, 643면 이하 참조.

27) 대법원 1979. 2. 13. 선고 78다58 전원합의체판결 참조.

28) 대법원 2003. 8. 19. 선고 2001다47467 판결 참조.

29) 동일한 상황이라면 헌법재판에 있어서도 이러한 효력이 인정될 수 있을 것이나, 헌법재판은 일반 민사소송과 그 특성이 달라, 위의 효력이 인정되는 상황은 거의 없을 것이다.

고 있다.<sup>30)</sup> 헌법재판의 목적과 기능은 개인의 주관적 권리 구제뿐만 아니라, 객관적 헌법질서의 보장에도 있다. 따라서 당사자의 존재, 당사자의 확정 등과 관련해서는 헌법재판의 특수성을 고려해야 할 것이다.<sup>31)</sup> 권한쟁의 심판에서는 국가기관이나 지방자치단체, 정당해산심판에서는 정부와 정당, 탄핵심판인 경우 국회와 피소추자에게 기관력이 미칠 것이며, 공권력의 행사·불행사를 대상으로 하는 법 제68조 제1항의 헌법소원의 경우에는 사인과 공권력 주체에게 기관력이 미칠 것이다.

기관력의 주관적 범위와 관련해서 가장 문제가 되는 것은 규범통제재판이다. 규범통제재판에서는 누구를 당사자로 확정할지가 쉽지 않다. 먼저 제청법원을 당사자로 인정할 것인지 문제된다. 헌법재판소는 제청법원은 적어도 사건 ‘제청당사자’로서 심판의 기관력을 받는다는 입장이다.<sup>32)</sup> 제청법원은 당해 사건 당사자의 제청신청에 구속되지 않고 자신의 독자적 판단에 따라서 위헌법률심판을 제청할 수 있고, 헌법재판소의 심판대상은 제청법원의 제청서를 통해서 확정된다는 등의 이유로 제청법원의 당사자성을 인정하는 견해가 있다.<sup>33)</sup> 하지만 법원은 분쟁 당사자가 아니라 분쟁을 해결하는 주체이기 때문에 제청법원은 당사자가 아니라 할 것이다.<sup>34)</sup> 한편 당

30) 통상의 소송은 대립하는 당사자 사이의 분쟁을 ‘상대적으로’ 해결하는 것이기 때문에 판결의 효력이 당사자에게만 미치는 것이 원칙이다. 하지만 신분관계·단체관계·공법상의 법률관계 등에서는 예외적으로 일정한 범위의 제3자나 제3자 모두에게 판결의 효력이 미치게 함으로써 법률관계를 획일적으로 처리할 필요가 있다. 예외로는 첫째, 한정적 확장으로, 개인회생채권확정소송의 판결이 회생채권자나 회생담보권자에게 미치는 경우, 둘째, 일반적 확장으로 가사소송, 회사관계소송, 행정소송 등을 들 수 있다. 이러한 소송의 판결에 대해서는 이른바 ‘대세효’가 있다. 자세한 내용은 이시윤, 앞의 책, 657면 이하 참조.

31) 김하열, 앞의 책, 99면.

32) 헌재 1990. 6. 25. 90헌가11 결정 참조. 이 사안은 헌법재판소의 한정합헌해석의 필요성과, 한정합헌해석이 제청법원을 기속하는가 여부가 쟁점이 된 사건이다.

33) 남복현, “동일한 사건의 인정범위와 현재결정의 기관력”, 강의중 교수 정년기념논문집, 2002, 111면; 허완중, 헌법재판소결정의 확정력, 432면 이하 등.

34) 김하열, 앞의 책, 박영사, 100면 참조.

해 사건의 당사자는 제청신청을 할 수 있을 뿐, 헌법재판소에 제청을 할 수 있는 주체가 아니므로 당사자로 볼 수는 없다.<sup>35)</sup> 또한 위헌법률심판 절차에서는 제청의 상대방이 되는 당사자도 상정하기 어렵다.

## IV. 기속력

### 1. 서

헌법재판 결정에는 기속력이 있다. 법 제47조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정하고, 이 규정은 법 제68조 제2항에서 헌법소원의 인용 결정에 준용하고 있다. 또한 법 제67조 제1항에서 “헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정하고, 법 제75조 제1항은 헌법소원의 인용결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 것으로 규정하고 있다. 독일은 연방헌법재판소법 제31조 제1항이 연방헌법재판소 재판은 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 구속한다고 규정하고 있는 것에 반해 우리 헌법재판소법은 위와 같이 모든 헌법재판소 결정에 기속력을 부여하는 것이 아니라, 법률에 대한 위헌결정, 권한쟁의 결정, 헌법소원 인용결정 등에 기속력을 부여하고 있다. 위 규정들의 반대해석에 의하면 법률에 대한 합헌결정, 헌법소원의 기각결정에는 기속력이 인정되지 않는다고 할 것이다. 우리 헌법재판소는 위헌결정의 기속력의 근거로 헌법의 최고규범성의 수호자라는 헌법재판소의 지위, 헌법재판제도의 본질, 헌법규

35) 김하열, 앞의 책, 박영사, 100면; 허완중, 헌법재판소결정의 확정력, 432면 등. 이에 반해 최희수, 규범통제결정의 기판력, 헌법논총(헌법재판소), 14집, 2003, 566면은 당해 사건 당사자도 위헌법률심판의 당사자로 인정하고 있다.

정(제107조, 제111조), 법치주의 원리 등을 들고 있다.<sup>36)</sup>

## 2. 내용

헌법재판 결정의 기관력이 헌법재판소와 당사자에게 미치는 것이라면, 기속력은 모든 국가기관과 지방자치단체에 미치는 효력이다. 기속력에 의해 국가기관 등은 헌법재판소의 결정을 준수하고 결정에 저촉되는 행위를 해서는 안 된다. 우선 국가기관 등은 헌법재판소가 내린 결정을 실현시켜야 한다. 일반 법원의 판결은 집행기관(집행법원 등)이 판결의 내용을 실현시키지만, 헌법재판에는 이러한 직접적 집행기관이 없다. 설사 집행기관이 있다고 가정하더라도 헌법재판소의 결정은 그 내용상 직접강제, 대체집행 등 일반적인 집행은 상정하기 어렵다. 또한 헌법재판소도 자신의 결정을 스스로 실현시킬 수는 없다. 따라서 국가기관 등이 헌법재판소 결정을 실현해야 한다.<sup>37)</sup> 또한 국가기관은 헌법재판소가 내린 결정에 저촉되는 행위를 해서는 안 된다. 즉 헌법재판소가 특정 법률에 대해 위헌결정을 내린 경우, 모든 국가기관은 더 이상 그 법률을 적용해서는 안 되고, 동일한 법률을 다시 제정해서는 안 된다.

## 3. 범위

### 가. 주관적 범위

기속력에 관한 헌법재판소 규정(법 제47조 제1항, 제67조 제1항, 제75조 제1항, 제6항)에 따르면 모든 국가기관, 지방자치단체는 절차에 참여하였는

36) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172,173 결정 등 참조.

37) 법 제66조 제2항, 제75조 제4항 참조.

지 여부와 관계없이 헌법재판 결정의 기속력에 구속된다. 국가기관에는 일반 법원도 포함된다. 한편 기속력에는 대세적 효력이 인정되지 않기 때문에 일반 私인에게는 기속력이 미치지 않는다. 당사자인 일반 사인에게는 기관력은 미치지만 기속력은 미치지 않는다. 한편 헌법재판소 자신이 기속력에 구속되는지 여부에 대해서는 긍정하는 견해도 있지만,<sup>38)</sup> 부정하는 견해가 지배적이다.<sup>39)</sup> 헌법재판소는 기관력에 구속되므로 기속력이 미치는지 여부에 관한 논의는 실익이 크지 않을 것이다.

## 나. 객관적 범위

기관력과 마찬가지로 기속력도 결정 주문에 미친다는 것에는 이론이 없다. 또한 소수의견에는 기속력이 미치지 않는다는 것에도 이론이 없다. 하지만 결정 이유에 기속력이 미치는지에 대해서는 견해가 나뉜다.<sup>40)</sup> 일반적으로 헌법재판소 결정 이유는 중요이유(결정을 이끌어 내는 데 중요한 이유, *tragende Gründe*), 이유와 방론으로 이루어진다고 볼 수 있다. 여기서 방론에까지 기속력이 미치는 것으로 보는 견해는 없다. 문제는 중요이유에

38) 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2012, 1284면 참조.

39) 김하열, 앞의 책, 206면; 허완중, 헌법재판소 결정의 기속력, 346면 등. 한수웅 교수는 헌법재판소는 자신의 법적 견해를 새로운 인식과 사회현상의 변화에 적응시킬 수 있도록 장래의 발전에 대하여 개방적이어야 한다는 이유로 헌법재판소에는 원칙적으로 결정의 기속력이 미치지 않는다고 하면서도, 헌법재판소가 종래의 견해로부터 벗어나는 것은 언제나 특별한 정당성을 필요로 한다고 본다. 즉, 종래의 판례가 유지될 것을 요청하는 법적 안정성과 지속성의 관점 및 과거에 이미 결정된 사건과 장래의 사건에 대하여 동등한 취급을 요청하는 관점보다도 판례의 변경을 요청하는 사유가 중대해야 한다고 한다. 한수웅, 앞의 책, 1363-1364면.

40) 기관력은 주문에만 미친다는 것이 통설적 견해이지만, 기관력이 판결 주문에만 미치고 판결 이유에 미치지 않도록 한 취지는 기속력이 결정 이유에까지 미치는지 여부와는 직접적인 관계가 없다. 왜냐하면 기관력은 기본적으로 소송 당사자와 법원을 구속하는 효력이지만, 기속력은 모든 국가기관과 지방자치단체를 구속하는 효력이기 때문이다.



기속력이 미치느냐 하는 것이다.

사법작용으로서의 헌법재판은 올바른 헌법을 인식·적용하는 것이라 할 수 있다. 그러나 헌법규범의 개방성, 추상성 때문에 일반적으로 헌법규정에서는 다양한 해석의 가능성이 도출될 수 있고, 이러한 해석 가능성 중 하나를 선택하는 헌법재판소 결정의 정확한 내용은 결론의 간결한 표현인 결정주문만으로는 명확하게 드러나지 않는 때가 많다. 헌법재판소의 결정문이 일반 법원의 판결문에 비해서 긴 이유가 주로 이러한 원인에 기인한다고 할 수 있다. 그러므로 헌법재판소 결정의 구체적 내용을 정확하게 인식하기 위해서는 결정이유를 상세히 검토해야 한다. 따라서 일반사법재판보다 헌법재판에서는 중요이유의 도움을 받아서 결정주문을 명확하게 할 필요성이 훨씬 크므로, 헌법재판소 결정의 기속력의 객관적 범위와 관련하여 중요이유는 특별하게 취급되어야 한다는 주장이 있다.<sup>41)</sup> 그러나 일반 법원의 판결 주문도 그 내용을 파악하기 위해서 판결 이유를 해석해야 하는 경우가 많고, 헌법재판소 결정의 기판력의 객관적 범위와 관련해서도 결정이유의 도움을 받아야 할 경우도 많다는 점을 고려하면, 위의 논거가 중요이유에 기속력을 인정해야 하는 결정적 근거로 보기는 어렵다. 오히려 기속력을 당사자가 아닌 모든 국가기관이나 지방자치단체에 미치도록 한 입법자의 의도에서 기속력의 객관적 범위를 파악하는 것이 타당해 보인다.

먼저 중요이유에 기속력을 부정하는 견해의 논거는, 중요이유와 그렇지 않은 이유를 구분할 수 있는 명확한 기준이 없고, 중요이유에 기속력을 인정하면 헌법재판소의 헌법해석이 교조화되어 헌법해석이 고착화되고 헌법이 경직화될 수 있다는 것이다.<sup>42)</sup> 중요이유에는 기속력이 인정되지 않는다는 견해에 의하면 결과적으로 기속력은 실제적으로 당해사건에서 해결된 구체적 분쟁과 관련해서만 미치게 된다. 이에 대해 중요이유에도 기속력을

41) 허완중, 헌법재판소결정의 기속력, 356면 참조.

42) 정종섭, 앞의 책, 180면 이하 참조.

인정하는 견해는, 위헌으로 결정된 행위가 반복될 경우 중요이유의 기속력은 그에 대한 통제수단으로 고려될 수 있고, 중요이유에 기속력을 인정하면 헌법해석의 통일성과 법적용의 일관성을 확보할 수 있다는 것이다.<sup>43)</sup> 즉 헌법은 최고규범이자 객관적 법질서로서, 헌법재판을 통해 헌법의 내용이 확인되면 모든 국가기관은 확인된 헌법의 내용을 당해 사건에만 적용할 것이 아니라 향후 국가기관의 판단과 행동의 지침으로 삼아 준수해야 한다는 것이다.<sup>44)</sup>

결론적으로 중요이유에 기속력을 인정할 것인가의 문제는, 헌법재판소법이 모든 국가기관과 지방자치단체에 기속력이 미치게 한 입법자의 의도를 중심으로 파악해야 할 것이다. 헌법재판은 일반 법원의 판결과 달리, 해당 사건을 해결하는 것에 그치는 것이 아니라 헌법수호, 중요한 헌법적 쟁점의 해석, 유사한 사건의 반복 방지 등 객관소송의 특성을 가지고 있고, 이를 뒷받침하는 절차법적 특성들을 가지고 있다.<sup>45)</sup> 헌법재판은 추상적이고 개방적인 헌법규정을 구체화하고 해석하는 것이 본래적 기능인데, 이러한 부분은 주문보다 결정이유에서 주로 이루어진다는 점을 고려하면 헌법재판의 실효성을 높이기 위해서는 중요이유에 기속력을 인정하는 것이 타당하다고 할 것이다.

---

43) 남북현, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 184면 이하; 허완중, 헌법재판소결정의 기속력, 357면 이하 참조. 독일 연방 헌법재판소도 결정 이유에 기속력이 미친다고 하고 있다(BVerfGE 1, 14(37); 19, 377(392); 40, 88(93f.) 등).

44) 김하열, 앞의 책, 205면 이하 참조. 또한 헌법해석의 교조화, 고착화와 같은 위험성은 독일과 달리 법률에 대한 합헌결정이나 헌법소원 기각결정 등에 기속력이 인정되지 않는 우리의 상황에서는 크게 문제될 것이 없다고 한다.

45) 정연주, 앞의 논문, 333면 참조.

#### 4. 기속력의 특별한 문제로서 반복입법의 문제

입법기관이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률과 같거나 비슷한 내용의 법률을 다시 입법하는 것이 허용되거나 금지되는지 여부가 문제된다. 이는 기관력이 아니라 기속력의 주관적 범위 및 객관적 범위와 관계되는 문제이다.<sup>46)</sup> 기속력이 중요 이유에도 미친다고 하는 견해에 의하면, 중요이유는 당해 사건을 떠나 추후에도 일반적으로 구속력을 가지므로 원칙적으로 반복입법은 허용되지 않는다고 할 것이다.<sup>47)48)</sup>

이 경우에도 기속력의 주관적 범위가 문제될 수 있다. 즉 기속력이 중요 이유에도 미치더라도, 주관적 범위에서 입법기관은 그 특성상 기속력에 의해 구속되지 않는다는 주장이 있을 수 있기 때문이다. 우리 헌법재판소는 이 문제에 대해 정면으로 판시한 바 없다.<sup>49)</sup> 독일 연방헌법재판소는 연방헌법재판소법 제31조가 입법기관에 대해 예외규정을 두고 있지 않으므로, 헌법재판소의 위헌 결정은 연방의 모든 헌법기관을 동일한 내용의 법률을 다시 제정하지 못한다는 입장이었다.<sup>50)</sup> 하지만 연방헌법재판소 제1재판부

46) 입법 기관은 당해 사건의 당사자도 아니고, 다시 제정된 법은 위헌으로 결정된 법과 달라서 소송물이 다르다. 김지형, “헌법재판소결정의 기판력—특히 독일에서의 논의를 중심으로”, 헌법논총, 3집, 1992, 291면, 300면 참조.

47) 김하열, 앞의 책, 207면 참조.

48) 기속력의 객관적 범위를 주문에 한정하는 견해에 의하면, 위헌 결정 후 입법기관이 새로운 절차를 거쳐 다시 법률을 제정하였다면 내용이 동일하더라도 별개의 법률이므로 기속력이 미치지 않는다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 기속력이 미치는 객관적 범위를 주문의 판단 대상으로서 소송물이 된 사실관계, 즉 행정판례에서 말하는 처분사유의 추가·변경의 한계로서의 기본적 사실관계의 동일성을 기준으로 본다면, 기속력의 객관적 범위를 주문에 한정한다고 하더라도 기본적 사실관계의 동일성이 인정되는 범위 내의 사실을 대상으로 하는 반복입법은 기속력에 저촉된다고 볼 여지가 있다.

49) 이에 대한 독일 연방헌법재판소의 입장과 학설에 대해서는 정연주, “안마사 결정의 재검토 위헌결정—기속력의 주관적, 객관적 범위의 문제를 중심으로—”, 홍익법학(홍익대학교 법학연구소), 10권 2호, 2009, 322면 이하 참조.

50) BVerfGE 1, 14(37); 69, 112(115). 입법권은 집행권 및 사법권과는 달리 헌법질서

는 그 후 견해를 변경하여 반복입법이 허용되지만 동일한 내용의 입법을 하려면 ‘특별한 근거’가 필요하다고 하여 입장을 완화하였다. 여기서 ‘특별한 근거’란 헌법재판소의 판단에 기준이 되었던, 사실적·법적 관계나 그에 관한 견해의 본질적 변경이 있을 때 인정된다고 한다.<sup>51)</sup>

우리나라의 학설은 대체로 입법자는 형식적으로는 헌법재판소 결정에 기속되지 않지만, 특별한 정당화 사유가 존재할 때에만 반복입법을 할 수 있다고 한다.<sup>52)</sup> 사건으로는 입법자가 헌법재판소 결정에 기속되지 않는 이유로 위헌 결정과 반복입법에 있어서 정치적 부담의 균형 문제를 추가하고자 한다. 위헌 결정 이후에 의회가 동일한 내용의 입법을 제정하기 위해서는 상당한 정치적 부담을 감수해야 한다. 의회가 그러한 정치적 부담을 감수하고 동일한 내용의 입법을 제정하였다면, 헌법재판소는 그 법률이 기속력에 반한다는 이유로 위헌 무효화할 것이 아니라, 그 법률의 내용이 헌법에 위반된다는 실제적 이유로 다시 위헌판단을 하는 것이 정치적 부담을 균등하게 지는 것이며, 이것이 권력분립의 정신에도 부합한다고 생각한다.

---

에만 기속될 뿐 헌법하위의 법질서에는 기속되지 않으며, 입법자는 새로운 입법을 통하여 헌법재판소와 다른 헌법해석에 관한 견해를 표명할 수 있고, 변동하는 사회적 요청에 부합하는 법질서를 창설할 수 있어야 한다는 것이 그 이유이다.

51) BVerfGE 96, 260(263); 102, 127(141f.).

52) 정연주, 앞의 논문, 328면. 정종섭, 앞의 책, 360면 이하; 김하열, 앞의 책, 208면 등. 입법자가 동일한 내용의 규범을 반복적으로 제정하는 것은 특별한 이유를 필요로 한다고 본다. 입법자가 헌법재판소의 헌법해석으로부터 벗어나기 위해서는, 충분히 설득력 있고 납득할 만한 이유가 존재해야 한다. 무엇보다도 이러한 이유에 해당하는 것은 헌법적 판단에서 중요한 사실적·법적 관계의 근본적인 변화 및 법적 견해의 본질적 변화이다. 한수웅, 앞의 책, 1365면 참조.

## V. 아산만 해역 매립지 귀속 결정 사건과 기속력

### 1. 사건의 경과

헌법재판소는 2004. 9. 23. 2000헌라2 당진군과 평택시간의 권한쟁의 사건에서 “이른바 ‘아산만 해역’ 중에서 일정 해역에 건설된 항만시설용 제방 중 일정 부분의 제방에 대한 자치권한”이 당진군에 속하는지 평택시에 속하는지에 관해 결정하였다. 위 사건에서 쟁점은 ① 공유수면에 지방자치단체의 관할권을 인정할 수 있는지 여부, ② 공유수면에 지방자치단체의 관할권한이 존재한다면, 관할권을 획정하는 기준은 무엇인지 여부, ③ 공유수면에 지방자치단체의 관할권한이 존재하는 경우 그 관할권한은 공유수면에 매립된 토지에도 적용되는지 여부 등이었으며, 이에 관하여 헌법재판소는 5인의 다수의견으로 공유수면에 지방자치단체의 관할권이 존재하며, 그 기준은 관습법상 해상경계선이고, 관습법상 해상경계선 기준은 공유수면을 매립하여 생긴 토지의 관할을 정하는 경계기준이 된다고 판시한 바 있다.<sup>53)</sup>

53) 이 사건에서 위 쟁점들에 대한 헌법재판소의 다수의견의 요지는 다음과 같다.

- 「(1) 수산업법 제8조 및 제41조 제2항, 공유수면관리법 제4조 및 제5조, 연안관리법 제8조 등의 개별법률 규정들, 학계의 통설, 대법원의 판례 및 법제처의 의견을 종합하건대, 지방자치단체의 구역은 주민·자치권과 함께 자치단체의 구성요소이며, 자치권이 미치는 관할 구역의 범위에는 육지는 물론 바다도 포함되므로, 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재한다.
- (2) 지방자치단체가 관할하는 공유수면의 행정구역 경계에 관하여는 법률로 규정하지 않고 있어서, 공유수면에 대한 행정구역을 구분하는 법률상의 경계는 존재하지 않지만, 지방자치단체 등의 행정기관이 수산업법상의 어업허가 내지 어업면허, 어업단속행위, 공유수면관리법상의 공유수면에 대한 점용 내지 사용허가 등 개별법률들에 의한 행정권한을 행사함에 있어서 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선을 행정구역 경계선으로 인정해온 행정관행이 존재하고, 이러한 행정관행이 오랜 기간동안 존재하여 왔고, 지형도상 해상경

그런데 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 사건 이후에도 이른바 아산만 해역에는 계속 추가매립이 진행되어 새로운 매립지가 생성되었고, 새로 조성된 매립지의 귀속에 대하여 다시 당진군과 평택시간의 관할권에 관한 분쟁이 발생하였다. 당진군수는 개정된 지방자치법 조항에 따라 행정자치부장관에게 매립지 귀속에 관한 결정을 신청하였다. 지방자치법에 따라 새로이 매립지 귀속 결정의 심의·의결 기관이 된 중분위는 대체적으로 대법원 2013. 11. 14. 선고 2010추73 판결<sup>54)</sup>에서 실시된 매립지 귀속 기준에 의거하여 매립지 귀속 여부를 결정하였다. 이에 당진군은 개정된 지방자치법

계선이 해상에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대한 지방자치단체들과 일반 국민들의 법적확신이 존재한다고 할 것이므로, 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선은 행정관습법상 해상경계선으로 인정될 뿐만 아니라 행정판례법상으로도 인정되고 있기 때문에, 불문법상의 해상경계가 된다.

(3) 이 사건에서 경기도지사와 충청남도지사가 1966년부터 1973년까지 이 사건 아산만해역에서 당시의 지형도상의 해상경계선을 대강의 기준으로 하여 어업에 관한 행정관할권을 행사하였고, 1983년 이후부터 1992년까지는 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 지형도상의 해상경계선을 엄격한 기준으로 하여 이 사건 아산만해역 중에서 자신에게 속하는 해역에서 어업에 관한 행정관할권을 독자적으로 행사한 행정관행이 존재하고, 이러한 행정관행이 상당히 오랜 기간동안 존재하여 왔다고 볼 수 있으며, 이 사건 아산만에 대한 지형도상 해상경계선이 해상에서의 행정구역 경계선이라는 점에 대한 충청남도 및 경기도의 지방자치단체들과 이들 지역 주민들의 법적확신이 존재하므로, 이 사건 아산만 해역에 대한 지형도상 해상경계선은 이 사건 아산만 해역에서의 행정구역 경계를 확인하는 행정관습법상의 경계선으로 인정된다. 따라서 1977년에 편집되어 1978년에 간행된 아산 1/50,000 지형도상에 표시된 이 사건 해상경계선을 기준으로 할 때, 이 사건 해역에 대한 관할권한은 청구인에게 귀속된다.

(4) 공유수면에 대한 지방자치단체의 자치권한이 존재하기 때문에, 해역에 관한 관할구역과 그 해역 위에 매립된 토지에 관한 관할구역이 일치하여야 하므로, 지방자치단체가 관할하는 공유수면에 매립된 토지에 대한 관할권한은 당연히 당해 공유수면을 관할하는 지방자치단체에 귀속된다. 위에서 본 바와 같이, 이 사건 해역에 대한 관할권한은 청구인에게 귀속되기 때문에, 이 사건 해역에 건설된 이 사건 제방에 대한 관할권한도 청구인에게 귀속된다.]

54) 이 사건은 새만금 방조제 공사로 매립된 토지에 대해 김제, 군산, 부안 3개 지방자치단체가 관할권 분쟁을 하고 있는 사안이다.

규정에 따라 위 결정에 불복하여 사건을 대법원에 제소한 상태이다. 여기서는 다음과 같은 문제점을 검토해보고자 한다.

첫째, 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기판력은 새로이 제소된 사건에 미치는가?

둘째, 중분위와 대법원은 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기속력을 받는가?

셋째, 중분위와 대법원에 기속력이 미친다면 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기속력의 객관적 범위는 어떻게 되는가?

넷째, 지방자치법 개정으로 새로운 분쟁해결절차를 도입한 것은 기속력에 어떤 영향을 미치는가?

## 2. 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기판력의 범위

헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 권한쟁의심판 사건에서 헌법재판소는 이미 당진군과 평택시 사이에 있는 아산만 해역에 건설된 항만시설용 제방 중 일정 부분의 제방에 대해서 이미 관습법상 해상경계선 기준에 따라 그 귀속 여부를 결정한 바 있다.<sup>55)</sup> 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정에서 ‘평택·당진항 제방(당진 신평면 매산리 976, 32,834.8㎡)’에 대해서는 당진군의 관할로 결정을 하였다. 위 헌법재판소 결정 후, 2009. 4. 지방자치법 개정 전, 제방 안쪽 9필지(매산리 976-1 내지 976-9)에 대해서는 당진군 관할로 등록이 되었다. 그 후 추가로 건설된 제방과 매립지 등에 대해서는

---

55) 판단 대상에 대한 자세한 지리적 범위는 헌재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정문과 행정자치부, 평택·당진항 매립지에 관한 중앙분쟁조정위원회 심의·의결에 관한 2015. 4. 13.자 보도자료 참고. 이 논문 말미에 판단 대상이 된 평택당진항 매립지도면을 참고자료로 첨부하였다.

2009. 4. 지방자치법 개정으로 새로이 매립지 귀속의 심의·의결 기관이 된 중분위에 관할귀속에 대해 판단 신청을 하였다. 즉 아산만 해역의 제방, 매립지의 관할 귀속과 관련해서는 크게 3가지 구역으로 나누어 볼 수 있다. ① 헌법재판소의 권한쟁의심판에 의한 결정이 있었던 매산리 976에 해당하는 제방, ② 위 제방 안쪽의 9필지,<sup>56)</sup> ③ 이후 추가로 건설되어 중분위에 신청된 제방과 매립지 등이다.<sup>57)</sup> 이 중 중분위의 귀속 결정의 대상이 된 ③의 제방과 매립지에 대해서는 헌법재판소 결정의 대상이 된 바 없으므로 기판력은 문제되지 아니하나, 위 헌법재판소 결정의 기속력이 미치는지 여부가 문제된다.<sup>58)</sup>

### 3. 중분위와 대법원에 기속력이 미치는지 여부

중분위와 대법원에 기속력이 미치는지 여부의 문제는 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기속력의 주관적 범위에 관한 문제이다. 법 제67조 제1항은 “헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”고 규정하고 있는데, 여기서 ‘모든 국가기관’에는 행정기관뿐만 아니라 법원<sup>59)</sup>과 지방자치단체도 포함된다는 것에 대하여 헌법학계의

56) ②의 9개 필지는 2009. 4. 지방자치법 개정 전에 이미 당진군 관할로 등록이 된 매립지로 중분위의 심의 대상이 아니다(2005년 혹은 2008년에 등록이 됨).

57) ①, ②, ③의 제방과 매립지가 위치한 구역에 대한 이해를 돕기 위해, 글 마지막에 있는 그림 참조.

58) ① 매산리 976에 해당하는 제방은 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 주문에서 이 구역에 대한 관할 권한을 명확히 판시하였으므로 기판력이 발생하였다고 할 것이다. 기판력은 전소와 후소의 관계에서 발생하는 소송법상 효력이지만, 동일한 당사자가 행정자치부장관(중분위)이나 대법원에 헌법재판소 결정의 대상이 되었던 ① 제방이 속할 지방자치단체의 결정을 신청한다면 기판력 제도의 취지상 헌법재판소 결정의 기판력이 미친다고 보아야 할 것이다.

59) 헌법재판소 결정의 기속력이 법원에도 미친다는 것에 대해서는 이론이 없으며, 헌정위헌이나 한정합헌결정의 기속력이 법원에 미치는지 여부에 관해서는 견해가 나



이설이 없고, 이는 또한 헌법재판소의 입장이기도 하다. 중분위는 지방자치단체간의 분쟁을 해결하기 위해 지방자치법에 근거하여 행정자치부에 소속된 분쟁해결기구로서 행정기관에 해당한다고 할 것이다. 따라서 2009. 4. 지방자치법 개정으로 새로이 공유수면의 매립지 관할귀속의 결정권한을 가지게 된 중분위는 물론 중분위의 결정을 대상으로 재판을 하는 대법원에도 헌법재판소 결정의 기속력이 미친다고 할 것이다.

#### 4. 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기속력의 객관적 범위

기속력의 객관적 범위를 주문에 한정하는 견해에 의하면, 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기속력은 당해 결정문의 주문에서 표시된 아산만 해역의 제방의 결정 부분(위 ① 매산리 976 제방)에만 기속력이 발생한다고 할 것이다.<sup>60)</sup> 기속력을 주문에 한정하면, 위 기판력의 검토 부분에서 살펴본 바와 같이 위 사건 이후 새로 매립된 제방 부분을 심판대상으로 하는 후속 사건은 심판의 대상이 다르므로 기속력도 미칠 여지가 없다고 할 것이다. 그러나 기속력을 주문을 이끌어내는 중요 이유에도 미치는 것으로 본다면, 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 주문을 이끌어내는 중요이유들은 일련의 연속된 사안으로서의 후속 사건에 기속력으로 작용한다고 할 것이다. 더 구체적인 검토가 필요하다. 전제 하에 위 사건의 중요이유는

---

된다. 헌법재판소는 이 경우에도 법원에 미치는 것으로 보고 있다(현재 2012. 12. 27. 2011헌바117 참조).

60) 결정 주문은 아래와 같다.

「1. 청구인의 피청구인 평택시장에 대한 심판청구를 각하한다.

2. 별지도면 표시 “가, 나, 다, 라, 마, 바, 사, 아, 자, 차, 카, 타, 가” 각 점을 순차적으로 연결한 선내 부분에 해당하는 면적 32,834.8㎡의 제방에 대한 관할권한은 청구인에게 있음을 확인한다.」

사건의 쟁점과 더불어 다음과 같이 정리해 볼 수 있을 것이다.

위 사건에서 쟁점은 ① 공유수면에 지방자치단체의 관할권을 인정할 수 있는지 여부, ② 공유수면에 지방자치단체의 관할권한이 존재한다면, 관할권을 획정하는 기준은 무엇인지 여부, ③ 공유수면에 지방자치단체의 관할권한이 존재하는 경우 그 관할권한은 공유수면에 매립된 토지에도 적용되는지 여부 등이었다. 이러한 쟁점에 관하여 헌법재판소는 공유수면에 지방자치단체의 관할권이 존재하며, 그 기준은 관습법상 해상경계선이고, 관습법상 해상경계선 기준은 공유수면을 매립하여 생긴 토지의 관할을 정하는 경계기준이 된다고 이유에서 설시하고 있는 바, 이러한 판시내용은 주문을 끌어내는 중요이유로서 기속력의 객관적 범위에 포함된다고 할 것이고, 따라서 이와 연관된 후속 사건을 처리하는 모든 국가기관들은 원칙적으로는 헌법재판소의 결정에 기속된다고 할 것이다.

중요이유에도 기속력이 미친다고 볼 경우, 문제는 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기속력이 미치는 후속사건을 어느 범위로 한정 또는 확장할 것인지 여부이다.<sup>61)</sup> 먼저 “아산만 해역 일대에 건설되는 제방과 매립지 귀속에 관한 사건”에 기속력이 미치는 것으로 볼 수 있다. 다음으로 아산만 해역 외에 공유수면 매립으로 인해 생긴 귀속지 분쟁사건 일반에 대해 기속력이 미친다고 볼 수 있다. 이에 관하여 현재 학계나 실무계에서 논의가 거의 없는 상태에서 본고에서 구체적이고 확정적으로 논하기는 쉽지 않다. 하지만 헌법재판소가 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정에서 공유수면 매립지의 관할귀속을 정하는 논거로 제시한 기준들이 다른 해역의 매립지 귀속 분쟁사건에서 적용되지 않을 이유가 없고, 또 매립 사업이 연속해서 이루어진다고 가정할 경우 아산만 해역과 다른 해역을 명확히 구분하

---

61) 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 주문에 포함된 구역(① 매산리 976 제방)의 경우는 분쟁해결기구로서의 중분위나 대법원도 기판력의 적용을 받는 것으로 본다면 일반적으로 기판력의 문제로 해결이 가능하다.

기도 쉽지 않을 것이란 점에서 일견 헌법재판소 결정의 기속력이 동일한 종류의 일반 사건에도 미친다고 보는 것이 타당할 것으로 본다.

## 5. 지방자치법 개정으로 인한 새로운 분쟁해결절차의 신설과 결정의 기속력

위에서 본 바와 같이 중분위와 대법원은 헌법재판소 결정의 기속력이 미치는 주관적 범위에 포함되고, 중분위에 신청된 후속사건은 동일한 아산만 해역에 매립된 일련의 공유수면 매립지 귀속에 관한 분쟁이라는 점에서 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기속력이 후속 사건에 미친다고 볼 것이다. 즉 중분위와 대법원은 새롭게 신청된 후속사건에서 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 중요이유에 기속된다고 할 것이다.

하지만 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 사건 이후 입법자는 빈번한 매립지 귀속 분쟁 문제를 해결하기 위해 2009. 4. 지방자치법을 개정하여 매립지 귀속 결정에 관한 새로운 분쟁해결절차를 신설하였다. 개정된 지방자치법 제4조는 제3항 내지 7항에서 공유수면 매립지의 귀속 분쟁을 중분위의 심의·의결에 따라 행정자치부 장관이 결정하도록 규정하였고, 또한 같은 조 제8항은 행정자치부장관의 결정에 이의가 있는 경우 대법원에 소송을 제기하도록 규정하였다.<sup>62)</sup> 지방자치법 제4조 제3항 내지 제8항은 ‘매립지’ 등의 관할 결정기준에 관한 실체법적 기준에 대하여는 규정하고 있지 아니하다.

앞에서 검토한 바와 같이 필자는 헌법재판소 결정의 기속력은 입법자에게는 미치지 않는다고 본다. 따라서 입법자는 헌법재판소 결정 이후의 여

---

62) 이러한 개정으로 인해 매립지 귀속 분쟁 문제는 더 이상 권한쟁의심판의 대상이 될 수 없는지 여부에 관해서는 견해가 나뉘지만, 이에 관해서는 상론하지 아니한다.

러 가지 사정들을 고려하여 법률을 제정하거나 개정할 수 있고 위헌결정된 법률의 내용과 비슷하거나 동일한 내용의 법률을 제정할 수도 있다.<sup>63)</sup> 만약 입법자가 공유수면 매립지 귀속 문제에 관하여 헌법재판소의 판시내용과 다른 실체적 기준을 입법하였다면, 반복입법에 관한 논의와 비슷한 논의가 가능할 것이나, 본 사안의 경우 입법자가 헌법재판소의 결정과 다른 실체적 기준을 입법한 것이 아니므로, 반복입법에 관한 논의와 동일한 상황은 아니다. 입법자는 2009. 4. 지방자치법을 개정하여 공유수면 매립지 관할귀속에 관한 결정 주체와 절차를 신설 내지 변경하였다. 문제는 입법자의 개정입법을 통해서 공유수면 매립지 관할귀속 분쟁에 관한 결정권을 부여받은 중분위와 대법원이 관련사건 혹은 후속사건에서 헌법재판소 결정의 중요이유에 구속되는지 여부이다. 이는 헌법재판소 결정의 기속력에 입법자가 구속되는지 여부의 문제가 아니라 지방자치법 개정취지를 고려할 때, 중분위나 대법원이 기존 헌법재판소 결정의 중요이유에 구속되는가의 문제이다.

위 지방자치법 개정이유서에는 매립지 등 지적공부 미등록지의 등록과정에서 자치단체간 분쟁이 자주 발생하여 이를 예방하기 위해 귀속절차를 제도화한다고 밝히고 있다. 입법자는 왜 기존의 헌법재판소 권한쟁의심판 절차를 중분위 심의·의결을 거쳐 행정자치부 장관이 결정하도록 개정하였을까? 사건으로는 이러한 개정의 취지는 매립지 귀속 결정의 문제가 헌법적 분쟁의 성격 보다는 합목적성에 기반한 행정정책적 결정의 성격을 더 많이 가지기 때문이고, 개정법이 일차적으로는 중분위의 의결을 거쳐 행정자치부 장관이 결정하도록 하고, 이러한 행정결정에 대한 불복으로서 대법원에

---

63) 물론 사정변경이 없음에도 불구하고 입법자가 위헌결정된 법률과 비슷하거나 동일한 내용의 법률을 제정할 경우 헌법재판소가 다시 위헌판단을 하는 것은 별개의 문제이다. 즉 필자는 헌법재판소가 다시 위헌판단을 할 수 있지만, 그것은 기속력에 반하기 때문이 아니라 법률의 내용이 그 전 법률과 마찬가지로 위헌이기 때문에 위헌결정해야 한다고 본다.

불복소송을 제기하도록 구성한 것은 이러한 사안의 특성을 반영한 것이라고 생각한다. 개정법이 매립지 귀속에 관한 실체적 기준을 규정하고 있지는 않지만 이러한 개정취지에 비추어 보면 중분위나 대법원은 일정한 범위 내에서는 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 기속력을 받지만 일정 범위에서는 기속력에 구속되지 않는다고 볼 것이다. 더 상세한 검토가 필요하겠지만 이러한 개정 취지를 고려할 때 사안과 같은 경우에서 공유수면에 지방자치단체의 관할권이 존재한다는 사실과 공유수면의 관할권 획정 기준은 관습법상 해상경계선이란 점에 대해서는 헌법재판소 결정의 기속력이 미친다고 본다. 그러나 공유수면을 매립하여 생긴 토지, 즉 매립지의 귀속 기준은 관습법상의 해상경계선 기준 외에 공익과 행정의 합목적성을 고려한 정책적 결정이 필요하고, 이것이 입법자가 법을 개정하여 새로운 분쟁 해결절차를 신설 내지 변경한 취지라고 생각되기 때문에, 이에 관해서는 기속력이 미치지 않는다고 볼 것이다.<sup>64)65)</sup>

## VI. 결론

헌법재판은 사법작용이고, 헌법재판 결정에는 기판력과 기속력이 부여된

64) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2010추73 판결도 ‘종래 매립지 등 관할 결정의 준칙으로 적용되어 온 지형도상 해상경계선 기준이 가지던 관습법적 효력이 2009. 4. 1. 개정된 지방자치법에 의하여 변경 내지 제한되는 것’으로 보았다.

65) 헌법재판소도 2015. 7. 30. 홍성군과 태안군 간의 ‘공유수면’에 관한 권한쟁의심판에서 기존의 기준을 변경하였다. 즉 경계의 기준을 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선이 아니라, 오히려 국가기본도상의 해상경계선에 대해서는 더 이상 규범적 효력을 인정하지 않고, 대신 등거리 중간선 원칙, 공유수면에 위치한 도서들의 존재, 관련 행정구역의 관할 변경, 행정권한의 행사 연혁이나 사무처리의 실상, 지리적·생활적 긴밀성 등을 고려하여 형평의 원칙에 따라 해상경계선을 획정해야 한다고 판시했다.

다. 또한 헌법재판 결정의 기속력은 기속력에 관한 헌법재판소법 규정이 없더라도 헌법재판소의 지위, 헌법재판제도의 본질, 법치주의 원리 등을 근거로 기속력이 인정될 수 있다. 기속력은 기관력의 단순한 확장이 아니라 헌법재판의 존재 의의, 역할 등에서 도출될 수 있는 효력이고, 헌법재판소법의 기속력에 관한 규정은 이에 대한 확인적 규정이라고 할 것이다. 기속력을 주문에만 미친다고 볼 경우에는 행정기관의 동일한 이유에 기한 반복적 처분 외에는 심판대상을 달리하는 경우에는 기속력이 큰 의미를 지니지 못할 것이다. 그러므로 위에서 검토한 바와 같이 기속력은 주문과 주문을 끌어내는 중요한 이유에도 미친다고 보지만, 입법자의 입법형성의 여지와 입법자와 위헌판단자의 정치적 부담의 고른 분배 등을 고려할 때, 기속력은 입법자에게는 미치지 않거나 최소한 한정적으로 미친다고 할 것이다.

현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정의 주문을 이끌어내는 중요 이유들은 일련의 연속된 사안으로서의 후속 사건에 기속력으로 작용한다고 할 것이다. 즉, 위 사건의 대표적 쟁점에 관한 헌법재판소의 판시는 주문을 끌어내는 중요 이유로서 후속 사건에 기속력이 미친다고 할 것이다. 다만 이 때 기속력이 미치는 후속사건의 범위를 어떻게 설정할지, 구체적으로 어떠한 쟁점들에 기속력이 인정되는지, 나아가 입법자가 헌법재판이 아닌 새로운 분쟁해결절차를 입법하였을 경우에 기속력은 어떻게 되는지 등에 관하여는 본고에서 행한 간략한 논의 그 이상의 의미와 중요성이 있으므로 향후 이에 관한 더 풍부하고 정치한 논의가 필요할 것으로 본다. 이에 관해 더 자세한 논의는 다음 기회를 기약하기로 한다.

[참고 그림]



- ①은 현재 2004. 9. 23. 2000헌라2 결정에 의해 당진군 관할로 결정된 제방
- ②는 2009. 4. 지방자치법 개정 이전에 당진군 관할로 등록된 매립지
- ③은 2013. 중분위에 관할귀속 신청된 제방과 매립지 등

[국문초록]

### 헌법재판소 결정의 효력

2009. 4. 지방자치법이 개정되어 공유수면 매립지 등이 소속할 지방자치단체를 행정안전부장관(중앙분쟁조정위원회)이 결정하도록 하고, 이에 이의가 있는 경우 대법원에 소송을 제기하도록 하고 있다. 지방자치법 개정 전에는, 공유수면과 그 매립지가 어느 지방자치단체에 소속하는지 여부는 헌법재판소가 권한쟁의심판으로 결정하였다. 지방자치법 개정 전, 헌법재판소는 공유수면과 그 매립지 귀속에 대해 결정할 때, 국립지리원이 간행한 지형도상의 해상경계선이 행정관습법상, 행정판례법상으로 인정되고 있다는 이유로 이를 기준으로 결정해 왔다.

지방자치법 개정 이후에도 공유수면 매립사업은 계속되고 있고, 그 매립지 관할 귀속에 대한 분쟁도 계속 발생하고 있다. 이러한 후속사건들에서 중앙분쟁조정위원회가 기존 헌법재판소 결정에 구속되는지 여부가 문제된다. 이와 관련해 검토되어야 할 것은, 우선 중앙분쟁조정위원회와 대법원이 헌법재판소 결정의 기속력을 받는지, 기속력이 미친다고 볼 경우에 어느 범위의 사건에까지 기속력이 미치는지 여부가 문제된다. 또한 새로운 법의 제정이나 개정을 통해서 공유수면 매립지에 관한 새로운 절차를 규정한 경우 기존의 결정의 기속력에 어떤 영향을 미치는지 여부도 문제된다. 본고에서는 아산만 해역 매립지 귀속을 둘러싼 당진군과 평택시간의 분쟁을 계기로 위와 같은 문제점들을 고찰하였다.

#### 주제어

헌법재판소 결정, 권한쟁의심판, 기속력, 기판력, 중요이유



[Zusammenfassung]

## Die Wirkungen der Verfassungsgerichtlicher Entscheidung

Am April 2009 wurde KAG(Gesetz über Kommunale Autonomie) verändert: Der Minister des Ministeriums für Verwaltung und Sicherheit(zentrums konfliktsschlichtungsausschuss) entscheidet wessen Gemeinegebiet das aus dem öffentlichen Gewässer neu gewonnenen Land zuzugehören ist. Wenn es die Einwendung über diese Entscheidung gibt, hat man den Prozess bei Obersten Gerichtshof in Süd-Korea zu machen. Vor der Veränderung des Gesetz über kommunale Selbstverwaltung, hat das Verfassungsgericht mit dem Kompetenzkonfliktsurteil bestimmt, dass Gemeinegebiet das aus dem öffentlichen Gewässer neu gewonnenen Land gehört.

Vor der Veränderung von dem KAG, wenn das Verfassungsgericht bestimmt, dass öffentlichen Gewässer neu gewonnenen Land zuzugehören ist. Die Marinegrenzlinie von der Übersichtskarte, die staatlich Geographische Untersuchungsbehörde veröffentlicht, wird von dem Verwaltungsgewohnheitsrecht und Verwaltungssprechungsrecht erkennt. Damit hat das Verfassungsgericht festgelegt.

Nach dem Veränderung von dem KAG dauert das Landgewinnungsunternehmen von öffentlichen Gewässer und der Konflikt über den Anfall von der Landgewinnungs Jurisdiktion weitermacht. Es geht um wie in diesen Fall, dass existierende Verfassungsgerichtsbestimmung über eine Bestimmung von dem zentrumskonfliktsschlichtungsausschuss beeinflussen kann. Deswegen ist

es zu bearbeiten, dass zuerst die Verfassungsgerichtsbestimmung über den zentrumskonfliktsschlichtungsausschuss und Obersten Gerichtshof eine Bindungskraft haben kann, wenn es Bindungswirkung gibt, beeinflusst die Bindungswirkung bis eine Angelegenheit.

Es gibt auch ein Problem, dass die Verbindlichkeit von existierende bestimmung bei der Definition eines neuen Verfahrens für die öffentliche Gewässer neu gewonnenen Land durch die Einrichtung und Veränderung der neuen Gesetzgebung ausüben kann.

In diesem Papier, handelt es sich um den rechtlichen Streit über die prozessuale Probleme beim Konflikts von Danjin und Pyeongtaek über das Asan Bai Landgewinnung.

**Stichwörter**

Bindungswirkung, Verfassungsgericht, Verfassungsgerichtliche Entscheidung, Rechtskraft, Organstreitverfahren

## 참고문헌

- 김지형, “헌법재판소결정의 기판력—특히 독일에서의 논의를 중심으로”, 헌법논총, 3집, 1992
- 남복현, “헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안”, 『헌법재판소결정의 효력에 관한 연구』, 헌법재판소, 1996
- 남복현, “동일한 사건의 인정범위와 헌재결정의 기판력”, 강의중 교수 정년기념논문집, 2002
- 박정철, “입법절차의 하자를 이유로 하는 권한침해확인결정의 심판대상과 기속력의 내용”, 공법학연구, 13권 2호, 2012
- 박정훈, “취소소송의 소송물에 관한 연구”, 법조, 49권 7호, 2000
- 박진영, “입법절차의 하자를 이유로 하는 권한침해확인결정의 기속력”, 경희법학, 49권 3호, 2014
- 이기철, “헌법재판소결정의 주된 이유에도 기속력이 미치는가?”, 한양법학, 13권, 2002
- 전정환, “헌법재판소 결정의 확정력에 관한 고찰”, 아태공법연구, 8권, 2000
- 정연주, “안마사 결정의 재검토—위헌결정 기속력의 주관적, 객관적 범위의 문제를 중심으로”, 홍익법학(홍익대학교 법학연구소), 10권 2호, 2009
- 조재현, “권한쟁의심판에서 결정의 범위와 기속력에 관한 연구”, 헌법학연구, 18권 1호, 2012
- 최대권, “헌법재판의 소송물과 결정의 효력”, 서울대학교 법학, 38권 1호, 1997
- 최희수, “법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구”, 박사학위논문(고려대학교), 2001
- 최희수, “규범통제결정의 기판력”, 헌법논총(헌법재판소), 14집, 2003
- 최희수, “헌법재판소 결정의 중요이유의 기속력에 관한 연구”, 공법연구, 33집 1호, 2004
- 허완중, “헌법재판소 결정의 확정력”, 헌법학 연구, 14권 4호, 2008

憲法論叢 第26輯(2015)

허완중, “헌법재판소 결정의 기속력”, 헌법판례연구, 13권, 2012

김하열, 「헌법소송법」, 박영사, 2014

김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2014

성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2014

신동운, 「신형사소송법」, 법문사, 2014

이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2015

정종섭, 「헌법소송법」, 박영사, 2012

한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2013

(논문접수일: 2015. 8. 31. 논문심사일: 2015. 10. 27. 게재확정일: 2015. 11. 13.)

# 유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토

## Study on Network of European Constitutional Courts

朴 眞 完(Park, Zin-Wan)

慶北大學校 法學專門大學院 教授

### - 目 次 -

I. 서	383
II. 연합의 개념	391
1. 관할규정(Zuständigkeitsregelungen)	394
2. 보충적 규정들	395
3. 소원청구대상의 불인정	396
III. 유럽인권협약의 보장자로서 유럽인권법원	397
1. 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소의 협력	401
2. 유럽인권협약과 유럽연합의 기본권 헌장과의 관계	405
3. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽법원의 결정	408
4. 헌법재판소 연합에서의 헌법적 동질성 실현수단으로서 유럽인권법원의 결정의 구속력	411

IV. 유럽의 인권보장체계에서의 유럽법원의 역할 .....	414
1. 유럽법의 우위와 기본권 현장의 법적 효력 .....	417
2. 유럽연합의 기본권 보호를 위한 소송수단으로서 무효소송 .....	424
3. 유럽연합법의 통일성 보장을 위한 사전결정절차 .....	426
V. 유럽연합의 기본권 현장과 구성국가의 헌법상의 기본권 보호 .....	430
1. 유럽연합법의 적용영역에서의 구성국가의 기본권의 적용불인정 .....	436
2. 예외적 상황에서의 구성국가들의 국내적 기본권의 적용 .....	437
VI. 헌법재판소 결합 속에 상호협력의 방법 .....	441
VII. 독일의 경우—유럽의 헌법재판소 연합에 있어서 독일연방 헌법재판소의 협력 .....	448
VIII. 결론 .....	451
* 국문초록 및 주제어 .....	453
* 영문초록 및 주제어 .....	456
* 참고문헌 .....	458

## I. 서

유럽의 기본권 보호에 있어서 유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union/Charta der Grundrechte der Europäischen Union),<sup>1)</sup> 유럽인권협약(European Convention on Human Rights),<sup>2)</sup> 각 유럽

1) 불문의 공동체법(Gemeinschaftsrecht)에 근거한 유럽공동체법원(Court of Justice of the European Communities)에 의한 기본권 보장과 1950년의 유럽회의의 가입국가에 대한 유럽인권협약의 적용으로 양분된 유럽의 기본권의 보장의 복잡한 상태를 보다 확실하게 그리고 예측가능하게 만들려고 제정된 2000년의 유럽연합의 기본권 헌장(European Union Charter of Fundamental Rights)은 기존의 유럽인권협약과 유럽사회헌장(European Social Charter)의 권리보장을 그대로 수용하여 계수한 것 이란 점에서 중요한 역사적 의미를 가진다. 유럽연합의 기본권 헌장은 그 내용에 있어서 고전적인 자유권적 기본권 외에도 매우 다양한 형태의 기본권들을 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 기본권 헌장의 대부분의 내용은 유럽공동체법원이 법관법의 적용을 통하여 발전시킨 것 내지 유럽의 문서들 속에서 가장 다양한 특성들을 가지고 있는 것들, 특히 유럽인권협약 상의 기본권 보장을 계수하여 이를 성문화한 것이다. 유럽연합의 기본권 헌장의 제정 후에 유럽헌법제정회의는 유럽연합의 기본권 헌장을 유럽헌법조약(Vertrag über eine Verfassung für Europa (Verfassungsvertrag))의 제2편(Teil II)에 기본권 헌장을 편입하는 선택함으로써, 유럽헌법조약의 비준을 통하여 유럽연합의 기본권 헌장에 법적 구속력을 부여할 수 있는 길을 열어 놓았다. 박진완, 유럽인권협약의 유럽연합의 기본권 헌장 속에서의 계승과 발전, 세계헌법연구 제13권 제1호, 세계헌법학회 한국학회 2007, 345-46쪽. 그러나 유럽헌법조약의 제2편에 유럽연합의 기본권 헌장을 수용함으로써 기본권 헌장에 대한 법적인 구속력을 확보하려고 하였던 시도가, 2005년 5월의 프랑스와 6월의 네덜란드에서의 국민투표를 통한 유럽헌법조약 비준안에 부결로 인하여 좌초되었다. 통일적인 조약상의 조문들을 통하여 유럽통합의 법적 토대를 마련하려고 했음에도 불구하고, 모든 유럽연합구성국가의 비준을 얻지 못했던 유럽헌법조약을 대체하는 개정조약(Reform Treaty, Reformvertrag)인 리스본 조약(Treaty of Lisbon, Vertrag von Lissabon)은 유럽헌법조약처럼 기본권 헌장을 유럽연합조약의 구성부분으로 편입하고 않고, 단지 유럽연합조약 제6조 제1항 제1 하부항 (Art. 6 Abs. 1 UAbs 1 EUV) 규정을 통하여 유럽연합의 기본권 헌장에 구속력을 부여하기로 결정하였다. 이를 통해서 유럽연합의 기본권 헌장은 기본권의 의미와 특성을 완전히 강조하는 독자적인 문서로 남게 되었다. 2007년 12월 12일 유럽의회, 집행위원회 그리고 에 의하여 공포되고 공보 C에 공고되었다. 이 최종적 기본권 헌장은 2000년에 공포된 기본권 헌장과 내용적으로는 거의 일치한다. 유럽헌법조약에도

연합의 구성국가들의 헌법 그리고 그 구성국가들의 각 주의 헌법들은 각각 그 속에 기본권 규정들을 두고 있다. 이에 상응하는 기본권 보장기관으로서 4개의 법원들을 두고 있다: 유럽법원으로 불리는 유럽연합법원(Court of Justice

---

규정되었던 기본권 헌장 제52조 제4항-제7항이 추가되었다. 그 외에도 기본권 헌장 제42조의 문서에 대한 접근권(Recht auf Zugang zu Dokumenten)에 있어서 기본권 보장의무자(Verpflichten)의 범위가 확대되었다. 기본권 헌장 제51조 제1항 제1호의 규정에 있어서 (광의의) 적용범위((weiter) Anwendungsbereich)가 명백히 표시되었다. 최종적으로 참조된 내용들(Verweisungen)과 연관된 내용들(Bezugnahmen)이 리스본 개정조약의 변경 조건들에 의해 조정되었다. 박진완, 리스본 조약에 대한 독일연방헌법재판소 결정의 분석, 세계헌법연구 제18권 제1호, 세계헌법학회 한국학회 2012, 300-1쪽.

- 2) ‘인권과 기본자유 보호에 관한 유럽협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)’은 일반적으로 ‘유럽인권협약(European Convention on Human Rights)’으로 명명된다. 유럽인권협약은 유럽과 같은 지역적인 인권보장의 영역에 있어서 가장 오래된 인권조약이다. 유럽인권협약은 최초의 지역적 인권협약일 뿐만 아니라, 유럽에서 뿐만 아니라 더 나아가서 세계 최초의 법적 구속력을 가지는 인권협약이다. 1948년 12월 10일의 제3차 유엔총회에서 채택된 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)은 국제적 조약이 아니라, 부분적으로 관습적인 효력을 가지는 정치적 승인이기 때문이다. 유럽인권협약은 1950년 11월 4일 로마(Rome)에서 서명되었고, 1953년 11월 3일 효력을 발생한다. 그 후 계속적으로 유럽인권협약은 수많은 후속 의정서들을 통해서 확장되어졌다. 유럽인권협약의 제목에서 언급된 기본자유는 유럽공통의 문화유산에 바탕을 둔 법에 의한 문화적 통합을 목적으로 유럽회의(Council of Europe, Europarat) (혹은 유럽평의회라고도 번역하기도 함)의 목적을 실현하는 의미에서 인간이 당연히 누리는 기본적인 자유를 의미하는 것이라는 점에서, 경제적 통합을 목적으로 한 경제공동체인 유럽공동체(EC)의 기본자유 개념보다는 넓은 일반적 개념이라고 볼 수 있다. 따라서 설사 유럽공동체의 기본자유가 기본권과 유사한 효력을 가지고, 경우에 따라서는 유럽공동체법원(EuGH)이 기본자유를 기본권으로 언급하더라도, 경제적 통합을 목표로 출발한 유럽공동체에서의 기본자유와 법에 의한 문화적 통합을 목적으로 한 기본권에 의한 유럽통합의 차이점을 고려해 볼 때 양자는 명백히 구분되는 개념이다. 유럽인권협약은 인권보장과 관련된 유럽의 법발전에서 여러 가지 형태로 많은 영향을 주었다. 우선적으로 유럽인권협약은 유럽회의의 구성국가의 헌법에 대하여 많은 영향을 미쳐서, 양자 사이에는 많은 상호작용이 일어났다. 또 다른 한편으로는 유럽인권협약은 유럽연합(EU)의 기본권 보장의 발전, 특히 유럽공동체법원에 의한 기본권 보장에 있어서 중요한 법적인 판단기준이 되는 척도로서 고려되었다. 박진완, 위의 논문, 346-45쪽.



of the European Union),<sup>3)</sup> 유럽인권법원(European Court of Human Right), 각 구성국가들의 헌법재판소 그리고 주 헌법재판소.

리스본 조약(Treaty of Lisbon)<sup>4)</sup>에 의하면 유럽연합의 기본권 보호는 다음의 두 가지 토대에 근거하고 있다: 법적으로 조약과 동등한 효력이 부여되고, 이러한 조약과 동일한 효력부여를 통해서 법적인 구속력(Rechtsverbindlichkeit)이 인정된, 2007년 12월 12일 새롭게 개정된 유럽연합의 기본권 헌장(der Charta der Grundrechte der Europäischen Union)<sup>5)</sup> (유럽연합조약(EUV) 제6조 제1항) 그리고 그와 별도로 유럽연합법의 일반적 법원칙으로서 계

- 3) 리스본 조약은 유럽연합법원(Gerichtshof der Europäischen Union)으로 명칭이 변경된 유럽공동체법원(Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)에 대한 규정들을 더욱 더 개선·발전시켰다. 유럽연합법원은 공동의 외교정책과 안보정책에 대해서는 원칙적으로 관할권을 가지지 않는다. 리스본 조약에 따른 유럽연합조약(EUV) 제40조의 준수에 대한 통제(Kontrolle) 그리고 자연인 혹은 법인에 대한 제한적인 결정의 법적합성에 대한 감시에 대해서는 예외가 인정된다 (리스본 조약에 따른 유럽연합조약(EUV-Lissabon) 제24조 제1항 제2하부항(UAbs.) 제5문; 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제275조). 자유, 안전 그리고 권리의 공간적 영역(Gebiet des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts)에 대해서는 원칙적으로 유럽연합법원은 관할권을 가진다. 구성국가의 경찰 혹은 형사소추기관의 처분의 유효성 혹은 비례성에 대한 심사 그리고 공적인 질서유지와 내적인 안전의 보호를 위한 구성국가의 관할권의 인식에 대해서는 예외가 인정된다 (유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제276조). 그 외에도 리스본 조약은 소송의 종류 특히 무효소송(Nichtigkeitsklage)에 대해서 개정을 하였다. 박진완, 앞의 논문(주 1), 303-4쪽.
- 4) 리스본 조약은 통일적인 유럽의 문서들(Akte) 그리고 마아스트리히트(Maastricht), 암스테르담(Amsterdam) 그리고 니스(Nice) 조약과 마찬가지로 국제법적인 개정조약(ein völkerrechtlicher Änderungsvertrag)이다. 리스본 조약은 암스테르담 조약 그리고 니스조약처럼 1992년 2월 7일의 유럽연합조약(EUV) 제48조에 근거하고 있다. 리스본 조약은 마아스트리히트 조약의 효력 발생 이후 규정된 개정절차(Änderungsverfahren)에 의하여 생겨났다. 그럼에도 불구하고 리스본 조약은 위에서 언급한 이전의 조약들과 다르게 리스본 조약은 기존의 조약체계의 근본적 변경을 규정하고 있다. 이러한 까닭에 유럽연합의 발전에 있어서 리스본 조약은 마아스트리히트 조약에 비견되고 있다. 리스본 조약의 전문은 좌초된 유럽헌법조약이 아닌, 암스테르담 조약과 니스조약과의 직접적 연관성을 규정하고 있다. 박진완, 앞의 논문(주 1), 297쪽.
- 5) ABI Nr. C 303/1; BGBl 2008 II S. 1165 ff.

속적으로 효력을 발생하고 있는 불문의 유럽연합의 기본권(ungeschriebene Unionsgrundrechte) (연합조약 제6조 제3항). 이러한 유럽연합의 기본권 보호를 위한 두개의 기초는 유럽연합이 유럽인권협약에 가입할 권한과 의무를 부여하고 있는 리스본 조약에 따른 유럽연합조약 제6조 제2항에 의하여 보충될 수 있다.<sup>6)</sup>

유럽연합의 기본권 헌장, 유럽인권협약, 유럽연합과 유럽회의에 가입하고 있는 유럽의 각 국가들의 국내헌법과 그 국가에 소속된 각주들의 주헌법들로 구성되는 유럽의 다면적 권리보장체계에서의 기본권 보장규정들 그리고 이의 보장을 위한 법원들의 관할권과 활동범위의 교차와 중복이 유럽의 기본권 보호에 얼마나 기여하고 있는가 라는 질문을 우선적으로 제기해 본다. 이 질문에 대한 대답으로서 「이 헌장은 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)의 보장하에서, 유럽연합의 기관(Organe), 제도(Einrichtungen) 그리고 그 이외의 지위(sonstige Stellen)에 대하여 그리고 유럽연합법의 실행되는 경우에 한하여 구성국가에 대하여 유효하게 적용된다. 이에 상응하게 이들은 권리를 존중하고, 원칙(Grundsätze)을 준수하고, 그리고 이들의 각 관할권(Zuständigkeiten)의 범위내에서 그리고 조약 속에서 유럽연합에게 양도된 관할권의 한계를 존중하면서 권리와 원칙의 적용을 지원한다」고 규정하고 있는 유럽연합의 기본권 헌장 제51조 제1항의 내용을 우선적으로 검토해 볼 수 있다. 그리고 그 외에도 「이 헌장은 유럽연합법의 효력범위를 유럽연합의 관할권을 넘어서 확장시키지 않고, 새로운 관할권(Zuständigkeiten)은 유럽연합의 새로운 책무(Aufgaben)를 근거지우지 않고, 헌장은 조약 속에서 확정된 관할권과 책무를 변경시키지 않는다」고 규정하고 있는 기본권 헌장 제51조 제2항도 이에 대한 중요한 법해석 기준이 된다.<sup>7)</sup> 이 조문들의 내용을 고려해

6) BVerfG, Urteil v. 30. 6. 2009 - 2 BvE 2/08 Rn. 35; 박진완, 앞의 논문(주 1), 301-302쪽.

7) 박진완, 유럽연합의 기본권 헌장의 해석과 적용에 관한 일반규정, 헌법과 기본권의 현황과 과제. 금량 김철수 선생 팔순기념 논문집, 경인문화사 2012, 788쪽.

볼 때 유럽인권협약 그리고 유럽인권협약 그리고 유럽연합의 기본권 헌장은 유럽의 조약법원들(Vertragsgerichte)로서 유럽인권법원과 유럽법원의 권한을 조약상의 인권보장으로 제한하고 있다.<sup>8)</sup>

이러한 유럽연합의 조약상의 인권보장체제를 헌법적 인권보장체제로서 변모시킨 유럽법원으로 불리는 현재의 유럽연합법원, 유럽연합과 또 다른 형태의 유럽의 헌법적 인권보장체제로서 발전된 유럽인권협약체제 속의 유럽인권법원 그리고 국내법적인 인권과 기본권 보장자로서의 역할을 수행하고 있는 독일연방헌법재판소와 같은 구성국가의 헌법재판소 사이의 관할권과 권한의 균형적인 조정과 확립의 문제는 유럽의 다면적 인권보장체제에서의 기본권 보호의 핵심적 논의대상이 된다. 이에 대한 평가는 버뮤다 삼각지대(Bermuda Triangle)라는 비관적 평가로부터 시작하여, 평화로운 공존이라는 중립적 입장 그리고 유럽의 헌법재판소 연합(Europäischer Verfassungsgerichtsverbund)<sup>9)</sup>이라는 낙관적 평가로 나타난다.<sup>10)</sup> 이러한 유럽의 헌법재판소 연합 속에는 4개의 기본권 문서들(Grundrechtstexte)인 유럽인권협약, 유럽연합의 기본권 헌장, 각 국가들의 연방헌법과 주의 헌법. 이러한 유럽에서의 시민들의 기본권 보호를 위한 기본권 문서들의 중복적 적용은 시민들의 권리보호의 최적화 실현에 어느 정도 기여할 수 있는가? 이러한 유럽차원의 기본권 문서들의 중복적 적용과정에서 발생할 수 있는 충돌과 갈등의 조정과정은 유럽전체의 차원에서 혹은 유럽의 각 국가의 헌법질서의 차원에서 일반적이고 포괄적으로 인정될 수 있는 인권보호의 표준적 기준의 도출에 기여할 수 있는가 그리고 그것이 가능하다면 어떻게 그러한 기본적 합의사항을 이끌어 낼 수 있고, 이러한 작업은 어느 정도까

8) Ferdinand Kirchhof, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, S. 267.

9) Andreas Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

10) Markus Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, S. 273.

지 진행될 수 있는가 하는 질문도 또한 제기될 수 있다. 유럽차원에서의 인권보장은 28개의 유럽연합의 구성국가 속에서의 유럽연합의 기본권 헌장의 보장을 전담하고 있는 유럽연합법원, 유럽회의의 47개 구성국가 속에서의 유럽인권협약상의 권리보장을 책임지고 있는 유럽인권법원 그리고 유럽 국가들의 헌법재판소 혹은 최고법원을 통해서 행해진다. 더 나아가서 주에 주헌법재판소가 있는 독일과 같은 나라에서는 주헌법재판소도 인권보장의 의무를 수행한다. 따라서 최대한의 경우에는 4개의 법원들과 4개의 기본권 보장문서들이 광범위한 인권보호기능을 수행한다.<sup>11)</sup>

그럼에도 불구하고 이러한 4개의 법원들에 의한 유럽의 인권보호기능의 수행이 반드시 항상 기본권 보호의 최적화 실현에 기여하는 것은 아니다. 왜냐하면 서로 다른 법원들을 통한 인권보호실현은 불가피하게 서로 다른 결정들을 만들어 낼 수 있기 때문이다. 이것은 예컨대 재산권의 보호영역에 대한 해석 혹은 직업의 자유의 제한과 같은 동일한 목적의 보호와 관련된 사안에 있어서 각 법원들이 결과적으로 기본권의 보호영역의 확정 혹은 기본권 제한의 정당화 사유의 인정과 관련하여 전혀 다른 법해석과 적용을 할 수 있다는 것을 의미한다. 두 개 혹은 여러 개의 동일 혹은 유사한 기본권들의 효력이 발생하고 있는 다면적 법질서에 있어서 각 법원들의 서로 일치하지 않는 판례의 양산은 기본권을 보호하기보다는 오히려 기본권 보호에 손상을 초래할 수 있다. 따라서 이러한 법원의 판례들의 충돌을 피하기 위하여 각 기본권 보장규범의 적용범위와 법원의 관할권의 조정과 한계 설정이 행해져야만 한다.<sup>12)</sup> 유럽법원의 결정, 유럽인권법원의 결정과 구성 국가의 헌법재판소의 결정들이 서로 일치하는 것은 매우 어려운 것으로 입증되었다. 이러한 각 법원들의 판례의 통일성 실현의 어려움이 아마도 최근 유럽법원이 자신의 결정을 통해서 유럽연합의 유럽인권협약에 가입을

11) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 267.

12) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 269.

저지한 중요한 이유가 될 것이다.

2014년 12월 18일의 유럽연합(EU)의 유럽인권협약 가입에 대한 자신의 평가서(Gutachten)<sup>13)</sup>에서 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union)은 유럽연합의 국제법적인 활동전개에 대한 명백한 한계설정으로 유럽연합의 유럽인권협약 가입이 유럽연합법 위반이라고 결정하였다.<sup>14)</sup> 유럽연합법원은 유럽연합의 유럽인권협약가입이 유럽연합조약 제6조 제2항, 그리고 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서(Protokol) (제8호)에 합치되지 않는다고 보았다.<sup>15)</sup> 만일 유럽연합의 유럽인권협약가입 후에 유럽연합이 유럽인권협약에 구속된다면, 예를 들어서 유럽인권협약 제8조 제1항의 의미 속의 주거개념(Wohnungsbegriff)의 해석과 같이 동일한 기본권 개념에 대한 유럽연합법원과 유럽인권법원의 판례내용의 차이가 존재한다면, 유럽연합법원의 유럽연합법에 대한 독립적 해석권이 어느 정도까지 잘 보장될 수 있는가 하는 의문이 제기된다. 유럽연합의 유럽인권협약 가입이라는 유럽 및 국제적 인권보장의 역사에서의 새로운 국면전개의 진행이 유럽연합조약 위반으로 본 유럽연합법원의 견제로 인하여 저지되었지만, 유럽전체의 인권보장체계로서 유럽연합과 유럽인권협약의 긴밀한 연계의 기본적 틀은 깨어졌다고 볼 수 없다.

유럽의 각 법원들의 판례의 차이로 인한 문제점들을 극복하기 위한 각 법원들의 관할권과 권한인정범위에 대한 엄격한 한계설정은 가능하고 또한 행해진다. 그러나 이러한 각 법원들의 관할과 권한에 대한 엄격한 한계설정의 요구로 말미암아 유럽법원 혹은 유럽인권법원의 법해석을 통한 각 구성국가들의 주권적 헌법질서에 대한 광범위한 간섭과 조정은 행해질

13) EuGH, Gutachten C-2/13. 18.12.2014, BeckRS 2015, 80256 – EMRK-Beitritt II.

14) Mattias Wendel, Der EMRK-Beitritt als Unionsverstoß. Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihre Grenzen, NJW 2015, S. 921.

15) Marten Breuer, “Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!” Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330.

수 없다. 왜냐하면 이들 유럽연합이나 유럽회의의 실질적 지배자는 그 구성국들이고, 유럽법원이나 유럽인권법원 역시 이러한 구성국들의 상위 법에 근거한 조약상의 법원(Vertragsgerichte)이기 때문이다. 이들 유럽법원들은 자신들의 권한을 조약으로부터 위임받고 있다.<sup>16)</sup>

유럽연합의 구성국가의 국민인 유럽연합의 시민이 직면한 헌법적 문제에 대하여 최종적 해답을 줄 수 있는 법원은 어디인가? 그 국가의 헌법재판소, 룩셈부르크(Luxembourg)에 있는 유럽법원 혹은 스트라스부르(Strasbourg)에 있는 유럽인권재판소. 이 문제는 최근에 문제가 된 2013년 2월 26일의 Åkerberg Fransson 사건<sup>17)</sup>에 대한 유럽법원의 판결과 관련하여 법학적 범위를 넘어서는 유럽연합의 중요한 관심사가 되었다. 이 결정에서 유럽연합법원은 유럽연합의 기본권 헌장의 적용영역과 이중처벌금지 원칙(the *ne bis in dem* principle)에 대한 법해석을 하였다. 이 결정에서 유럽연합법원은 이중처벌금지원칙은 어떤 유럽연합의 구성국가(이 사례에서는 스웨덴(Sweden))가 똑같은 조세회피행위에 대하여 조세처벌(tax penalty)과 형사적 처벌(criminal penalty)을 연속적으로 부과하는 것을 저지하지 않는다고 보았다. 왜냐하면 조세처벌은 그 본질적 측면에서 형사적 처벌이 아니라고 보았기 때문이다. 이 결정에서 유럽연합법원은 유럽연합의 법질서 속에서 보장된 기본권은 모든 유럽연합법에 의하여 규율된 사례들 속에서는 적용되지만, 이 범위 밖에서는 적용되지 않는다고 결정하였다. 이 결정은 유럽법원을 유럽의 인권보장자로서 재확인시키고 유럽연합의 기본권 헌장 속에 규정된 기본권들이 유럽연합 시민들에게 실질적으로 적용되는 권리라는 점을 각인시킨 중요한 판례가 되었다.<sup>18)</sup>

16) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 269.

17) Judgment of the Court of 26 February 2013. C-617/10 Åklagaren v Åkerberg Fransson.

18) Oskar Josef Gstrein, Die Europäische Union und ihre Reidentifikation als Hüterin der Menschenrechte, Saar Blueprints, 1/2004, S. 9 f.

유럽의 다면적 헌법재판소 연합 속에서의 인권보장에 대한 최종적 결정권의 인정여부와 유럽연합의 28개의 구성국가의 헌법재판소들 혹은 최고법원들과 유럽법원 그리고 유럽인권법원과의 관계의 문제는 유럽헌법발전에 있어서 이들 법원들의 역할의 적정한 배분의 문제와 관련성을 가진다고 볼 수 있다. 28개 유럽연합의 구성국가 중 단지 18개 국가만이 특별한 헌법재판소를 가지고 있다. 나머지 10개국은 독자적 헌법재판체제를 가지고 있지 않고 있다<sup>19)</sup>. 이러한 유럽연합의 구성국가들의 헌법재판체제와 헌법의 다양성은 이들 국가들의 헌법재판소와 유럽법원과의 관계설정에 있어서 중요한 고려사항이 된다.

## II. 연합의 개념

어떻게 이러한 유럽의 헌법재판소들 상호간의 관계를 개념적으로 잘 정리할 수 있을까? 이와 관련하여 Andreas Voßkuhle는 각 헌법재판소들의 개념과 역할의 차이를 그대로 인정하는 것을 전제로 하면서, 유럽의 다양한 인권보장영역에서의 이들의 협력과 공조관계를 표현할 수 있는 개념으로서 연합(Verbund)이라는 개념을 사용하는 것을 주장하고 있다.<sup>20)</sup> 그는 Eberhard Schmidt-Aßmann의 질서관념으로서 연합이 다양한 관련성 속에서 사용될 수 있다고 판단하고 있다.<sup>21)</sup> 그는 공동협력의 정확한 기술을 확정하

---

19) Koen Lenaerts, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, S. 4.

20) Andreas Voßkuhle, Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsgerichtsverbund - Am Beispiel des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen-, <http://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/media.php/13/60-Jahr-091104-Festakt-RedeVosskuhle.pdf> S. 5.

21) Schmidt-Aßmann, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle

지 않고, 서로 연관성을 가지는 다면화 체계(Mehrebenensystem)의 기능방식을 설명하기 위한 목적에서 연합이란 개념을 사용하고 있다. 그는 이러한 연합 개념의 사용을 통해서 서로 연합된 법질서들 사이의 동등화(Gleichordnung), 상위질서설정(Überordnung) 혹은 하위질서설정(Unterordnung)과 같은 공간적으로 아주 단순화된 관념을 포기하는 대신, 통일성, 차이 그리고 다양성, 동질성 그리고 다원성, 경계설정, 공동협력 그리고 상호간의 교차적 연결과 같은 다양한 질서관점의 사용을 통한 세분화된 분석을 시도하고 있다<sup>22)</sup>. Schmidt-Aßmann은 다음과 같이 연합을 설명하고 있다:<sup>23)</sup> “연합은 두 개의 조직원리, 협력과 위계질서의 원리의 교차를 통하여 필요한 행동통일성 (Handlungseinheit)을 만들어 내려고 하는 질서관념(Ordnungsidee)이다. 연합의 관념 속에 공동의 행위를 위한 독자성, 고려 그리고 능력이 똑같이 설계되어 있다”.

Hanke Brunkhorst는 오늘날의 유럽연합의 조직적 복잡성을 반영하고 있는 연합적 특성의 예들 중의 하나로서 헌법재판소 연합(Verfassungsgerichtsverbund) 개념을 언급한 것을 다음과 같이 설명하고 있다:<sup>24)</sup> “오늘날의 유럽연합의 조직-복잡성에 대한 연합적 모형은 Paul Kirchhof의 국가연합(Staatenverbund)<sup>25)</sup> 뿐만 아니라 Udo Di Fabio의 헌법재판소 연합<sup>26)</sup> 뿐만 아니라 국가연합과

---

des Europäischen Verwaltungsrechts, in: 같은이 / Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, Tübingen 2005, S. 7; 같은이, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. Berlin; Heidelberg 2004, S. 1 f.; Voßkuhle, 위의 논문, S. 5.

22) Schmidt-Aßmann, 위의 책, S. 7.

23) Schmidt-Aßmann, 위의 책, S. 7.

24) Hanke Brunkhorst, Zwischen transnationaler Klassenherrschaft und egalitärer Konstitutionalisierung Europas zweite Chance, in: Christian Joerges/Matthias Mahlmann/Ulrich K. Preuß (Hrsg.), “Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit” und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas, Wiesbaden 2008, S. 109.

25) Paul Kirchhof, Der Staat—eine Erneuerungsaufgabe, Freiburg; Base; Wien 2005, S. 97 ff.

26) Udo Di Fabio, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, Tübingen 2001, S. 78.



별도로 헌법재판소 연합을 넘어서는 Rousseau의 하나의 공화국적인 시민연합(ein republikanischer Bürgerbund)이다”.

헌법재판소 연합의 실질적 연합기술(materielle Verbundtechniken)에 대한 판단에 있어서는 기능적인 측면에서 어떤 헌법재판소의 기능적 활동범위의 확정이 매우 중요하다. 각 헌법재판소들은 자신들의 헌법의 수호자로서 그 헌법의 적용범위에 있어서 헌법위반 여부에 대한 독자적 심사권한과 결정 권한을 가진다. 따라서 기능적인 측면에서 볼 때 실질적 연합기술은 헌법재판소의 기능적 활동범위에 대한 심사기준과 결정기준을 확정한다. 이렇게 볼 때 유럽의 헌법재판소연합 개념인정을 위한 기본적 출발점은 각 헌법재판소가 자신의 관할영역의 범위 내에서 헌법수호를 위한 독자적이고 고유한 심사기준과 결정기준을 가진다는 점이다. 예컨대 독일의 각 주의 헌법재판소는 주헌법의 유지와 해석을 위한 관할권을 가지고, 독일연방헌법재판소는 연방헌법의 유지와 해석을 위한 관할권을 가지고, 유럽법원은 유럽연합법의 유지와 수호를 위한 관할권을 가지고, 유럽인권법원은 유럽인권협약의 유지와 수호를 위한 관할권을 가진다. 그러나 이러한 각 헌법재판소의 자신의 헌법수호를 위한 독자적이고 고유한 심사기준과 결정기준들은 유럽의 헌법재판소 연합에 있어서의 유럽연합법의 직접효(direct effect) 인정을 통한 유럽연합법의 적용우위의 보장 그리고 유럽인권협약의 사실상의 직접효를 통한 각 국가의 헌법적 주권질서에 대한 제한과 영향력 행사를 통해서 쉽게 깨어질 수 있다. 이러한 유럽연합조약, 유럽연합의 기본권 헌장 그리고 유럽인권협약을 통한 유럽의 헌법질서의 헌법화 과정에 있어서 유럽의 실질적인 헌법조약들과 각 유럽연합의 구성국가들 그리고 각 유럽인권협약의 가입국가들의 헌법들과의 관계 속에서 유럽의 기본권 보장체계를 형성하고 있는 개별 법규범들은 유럽의 헌법재판소 연합을 위한 실질적 연합기술의 근거가 된다.

Voßkuhle는 형식적 연합기술(formelle Verbundtechniken)로서 ① 관할

규정(Zuständigkeitsregelungen), ②보충적 규정(Subsidiaritätsregelungen), ③ 소원청구대상의 불인정(Entfallen von Beschwerdegegenständen)을 들고 있다.

## 1. 관할규정(Zuständigkeitsregelungen)

유럽의 헌법재판소 연합의 기능범위는 각 헌법재판소의 관할규정에 의하여 명백히 확정된다. 이와 관련하여 전속적 관할(ausschließliche Zuständigkeiten)과 대안적 관할(alternative Zuständigkeiten) 및 예비적 관할(Reservezuständigkeiten)과 평행적 관할(paralle Zuständigkeiten)의 구분이 행해진다.<sup>27)</sup> 독일에서의 연방헌법재판소와 주헌법재판소 사이의 권한의 범위와 그 한계설정에 있어서 이러한 관할의 구분은 다음과 같이 행해진다. 독일연합헌법재판소는 위헌정당해산심판(Parteiverbot) (기본법 제21조 제2항) 그리고 연방과 주사이의 쟁의(Bund-Länder Streitigkeit) (기본법 제93조 제1항 제3호) 그리고 각 주의 헌법의 효력범위를 넘어서는 각 주들 사이의 쟁의(Zwischenländerstreitigkeiten) (기본법 제93조 제1항 제4호 변형(Var.) 2) 및 법관에 대한 탄핵(Richteranklage) (기본법 제98조 제2항)에 대해서는 전속적 관할권을 가진다.<sup>28)</sup>

대안적 관할로서는 선거심사(Wahlprüfung) (기본법 제41조 제2항 및 각 주의 헌법들)를 들 수 있다.<sup>29)</sup> 기본법 제41조 제1항에 의하면 선거심사는 연방의회의 결정사항(Sache der Bundestages)이지만, 기본법 제41조 제2항은 연방의회의 결정에 대한 연방헌법재판소에 대한 소원(Beschwerde)의 청구를 허용하고 있다.

예비적 관할로서는 주 내부의 헌법적 기관쟁의(Verfassungsorganstreitigkeiten

27) Voßkuhle, 앞의 논문(주 20), S. 7 Fußnote 32.

28) Voßkuhle, in: Herman v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. III, München 2010, Art.93 Rn. 71.

29) Voßkuhle, 위의 책, Art. 93 Rn. 72.

innerhalb eines Landes) (기본법 제93조 제1항 제4호 변형 3) 그리고 주법률에 대한 지역자치헌법소원(Kommunalverfassungsbeschwerde gegen Landesgesetze) (제93조 제1항 제4b호 반문장(Halbs) 2)에 대한 연방헌법재판소의 보충적 결정권한을 그 예로 들 수 있다. 연방헌법재판소는 주헌법재판소를 통한 적합한 권리보호가능성이 존재하지 않는 한에서만 예비적 권리보장기능을 수행한다.<sup>30)</sup>

평행적 관할로서는 구체적 규범통제에 있어서 법원은 주헌법의 침해에 대해서는 주헌법재판소에 대하여 그리고 연방헌법의 침해에 대해서는 연방헌법재판소에 대하여 심판제청을 하여야 한다(기본법 제100조 제1항 제1문). 이러한 주헌법재판소와 연방헌법재판소의 두 개의 독자적 관할권의 인정은 서로 분리된 헌법적 영역과 서로 다른 헌법적 통제강도의 인정을 전제로 한 것이다.<sup>31)</sup> 그 외에도 Voßkuhle는 주공권력의 행위(Akte der Landesgewalt)가 주헌법재판소와 연방헌법재판소에 의하여 각각 통제되는 경우 역시 평행적 관할에 해당된다고 설명하고 있다.<sup>32)</sup> 더 나아가서 그는 이러한 평행적 관할은 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소 사이의 구조적 관계에서도 인정된다고 보고 있다. 왜냐하면 연방의 공권력적 행위에 대해서는 원칙적으로 연방헌법재판소에 대한 헌법소원 뿐만 아니라 유럽인권법원에 대한 유럽인권협약소원(Konventionbeswerde)도 가능하기 때문이다.<sup>33)</sup>

## 2. 보충적 규정들

이러한 평행적 관할을 어느 정도까지 정확히 세부적으로 분류하기 위해

30) Voßkuhle, 위의 책, Art. 93 Rn. 72.

31) Voßkuhle, 위의 책, Art. 93 Rn. 73.

32) Voßkuhle, 앞의 논문(주 20), S. 8.

33) Voßkuhle, 앞의 논문(주 20), S. 9.

서는 보충적 규정이 존재하는지 여부에 대한 검토가 필요하다. 독일연방헌법재판소는 주 헌법재판소와의 관계에서는 보충적 규정을 두고 있지 않고 있다. 연방헌법재판소의 판례에 의하면 연방헌법재판소에 대한 헌법소원심판청구에 앞서서 반드시 주헌법재판소에 대한 심판청구를 요구하지 않는다. 따라서 청구인은 심판청구사유가 존재하면 양 법원에 대하여 평행적으로 각각 심판을 청구할 수 있다.

이에 반해서 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소 그리고 다른 국가들의 헌법재판소와의 관계는 그렇지 아니다. 유럽인권법원에 대하여 유럽인권협약소원을 제기하기 위해서는 연방헌법재판소에 대한 헌법소원을 사전에 청구해야만 한다. 이런 점에서 볼 때 유럽인권법원에 대한 소원절차는 보충적이다.<sup>34)</sup>

### 3. 소원청구대상의 불인정

위에서 언급한 바와 같이 보충적 규정이 존재하지 않는 평행적 관할의 경우에는 다른 형태로 조정되어야만 한다. 따라서 유럽인권법원에 대한 협약소원을 제기하기 전에 각 국가들의 헌법재판소에 대한 헌법소원의 청구절차의 경유를 요구하는 것과 같은 보충적 규정의 형태가 존재하지 않는 이러한 평행적 관할의 경우에는, 이와 다른 형태의 통제가 행해질 수 있다. 이 경우에는 다른 헌법재판소의 다른 절차에 대한 심판청구는 심판대상의 부존재로 선언되거나 혹은 다른 헌법재판소에서 미리 헌법위반이 확정되었다면, 심판청구의 이익이 인정되지 않는 형태로 조정된 평행적 관할이 인정된다.<sup>35)</sup>

---

34) Voßkuhle, 앞의 논문(주 20), S. 9.

35) Voßkuhle, 앞의 논문(주 20), S. 10.

### Ⅲ. 유럽인권협약의 보장자로서 유럽인권법원

유럽인권협약의 구속력 확보를 위한 감독업무를 수행하는 유럽인권법원은 유럽인권협약 제19조에 근거하여 1959년 1월 21일 설립되었다. 최초의 지역적 인권협약일 뿐만 아니라, 유럽에서 뿐만 아니라 더 나아가서 세계 최초의 법적 구속력을 가지는 인권협약으로서 유럽인권협약의 유럽에서의 성공의 가장 중요한 요인은 독일의 헌법소원과 기능적으로 유사한 개인소원절차(Individualbeschwerdeverfahren)의 보장이다.<sup>36)</sup> 따라서 유럽인권협약 가입국의 모든 시민들은 자신들의 소속국 법원들의 결정의 내용과 관계없이 개인소원의 제기를 통해서 유럽인권협약의 침해에 대한 권리보호를 유럽인권법원에 요청할 수 있다. 이러한 개인소원제기의 전제조건은 헌법소원과 마찬가지로 모든 국내법적인 구제수단의 경우이다. 따라서 경우에 따라서는 독일 연방헌법재판소의 결정도 유럽인권법원의 개인소원절차의 심사대상이 될 수 있다.

유럽인권법원은 계속적으로 실무에서 유럽의 지역적인 인권법 보장수준의 확보와 유지를 위해서 유럽인권협약을 가입국가(memberstate)의 다른 국제법상의 의무보다 우선하여 적용하였다. 이러한 사실은 유럽인권법원의 유럽인권협약 하에서 정당화된 기본권 제한(justified limitations)의 문제로서 이와 버금가는 국제적 의무에 근거한 유럽인권협약상의 권리의 제한의 형성과정 뿐만 아니라 유럽인권협약의 본질적 특성에 대한 일반적 언급을 통해서 잘 나타나고 있다. 유럽인권법원은 이러한 유럽인권협약의 보장을 ‘명령적 성격(peremptory character)’을 가지는 것으로서 언급하고,<sup>37)</sup> 유럽인권

36) Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 2.

37) Case 45036/98 Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, para. 154; Stephen Gardbaum, Human Rights and International Constitutionalism, in Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance

협약을 ‘유럽의 공법질서의 헌법적 협약(constitutional instrument of European public order)’으로 설명하면서,<sup>38)</sup> 유럽인권협약 가입국가는 “협약가입의 결과로서 발생하는 인권협약의 효력을 준수할 조약상의 의무준수의 차원에서 협약상의 의무(Convention liability)를 부담한다”는 것을 확인하고 있다.<sup>39)</sup>

비록 유럽연합법과 다른 경로를 선택했다고 할 지라도 유럽인권협약은 연방화로서의 헌법화(constitutionalization as federalization)와 거의 유사한 성과를 달성하였다. 유럽인권협약은 다른 국제법의 법원에 대한 자신의 헌법적 우위를 발전시키는 것뿐만 아니라, 구성국가의 국내법에 대한 연방적 우위(federal supremacy)를 발전시키는 과정 역시 성공적으로 진행하였다.<sup>40)</sup> 통일된 유럽법 질서의 확립을 위한 유럽연합법의 우위에 근거한 중요한 헌법적 원칙의 하나로서 직접효를 요구하고 있는 유럽연합법과 달리, 유럽인권협약은 이러한 직접효를 공식적으로 요구하지 않고, 단지 자신의 권리가 침해된 개인은 국가공권력에 대한 효과적인 사법적 구제수단(remedy)으로서 개인소원 제도를 규정하고 있다.<sup>41)</sup>

개인소원에 대한 유럽인권법원의 결정에 대하여 유럽인권협약 가입국가는 어떠한 국내법적인 효력을 인정할 것인가 하는 문제가 제기된다. 이 문제는 유럽인권협약에 대하여 어떠한 국내법적인 효력, 즉 국내법인 헌법 혹은 법률과 동일한 효력을 부여할 것인가 하는 문제이다. 이에 따라서 국내법의 유럽인권협약적합적 해석(konventionkonforme Auslegung)의 의무의 내용은 달라질 수 있다.<sup>42)</sup>

242 (Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman eds., Cambridge University Press 2009).

38) Case 15318/89 *Loizidou v. Turkey* (preliminary objection), para. 75; Gardbaum, 위의 책, p. 242.

39) *Bosphorus*, para. 154; Gardbaum, 앞의 책(주 14), p. 242; ; 박진완, 국제적 헌법주의의 실현형태로서 국제적 인권보장체계에 대한 검토-아시아에서의 국제인권법모델 수립을 위한 시론, 유럽헌법연구 제15호, 사단법인 유럽헌법학회 2014, 153쪽.

40) Gardbaum, 앞의 책(주 37), p. 246.

41) Gardbaum, 앞의 책(주 37), pp. 246-47.

42) 박진완, 유럽인권법원의 *Görgülü v. Germany* 사건을 둘러싼 유럽인권법원과 독일

유럽인권협약을 국내법 질서에 편입하는 데 있어서 헌법보다 높은 지위 (네덜란드 (the Netherlands)), 헌법과 동등한 지위 (오스트리아(Austria)), 헌법보다는 하위 그러나 법률보다는 상위 그리고 법률과 동등한 지위 (독일 (Germany))와 같이 다양한 유형들이 존재한다. 독일의 경우 독일법질서에 상반되는 유럽인권법원의 결정을 준수하라는 의무를 부과하고 있는 유럽인권협약 제46조를 포함하여 유럽인권협약은 단지 변형법률(Transformationengesetz) 그리고 이를 통해서 연방법률(Bundesgesetz)과 동일한 순위를 가진다. 이에 반해서 오스트리아에서는 유럽인권협약은 헌법과 동일한 순위를 가진다.<sup>43)</sup>

유럽인권법원의 결정은 기본권을 침해하는 유럽인권협약가입국가의 국내법 규정, 결정 혹은 법원의 판결을 폐지무효화할 수 없고, 단지 확인적 성격(feststellender Charakter)만을 가진다. 그러므로 유럽인권법원은 자신의 결정을 통해서 구성국가가 국제법적인 측면에서 단지 유럽인권협약을 위반했다는 것을 확인할 뿐이다.<sup>44)</sup> 이에 대하여 가입국가는 국제법적으로 유럽인권협약 제46조 제2항의 유럽회의의 각료위원회(Committee of Ministers, Ministerkomitee)에 의하여 감독되어진 기본권 침해를 제거해야될 의무를 부담한다. 유럽회의의 각료위원회는 유럽인권법원의 최종적 결정의 집행여부에 대한 감독업무를 담당하고 있다(유럽인권협약 제46조 제2항).<sup>45)</sup>

이렇게 다양한 법규범의 형태로 구성국가들이 유럽인권협약을 국내법질서에 편입시키고, 이를 통해서 개인이 유럽인권협약의 규정을 국내법원에서 원용하는 것을 허용한다는 점을 고려해 볼 때, 유럽인권협약은 법적인 직접효(de jure direct effect)보다는 사실상의(de facto) 직접효를 가진다. 게다가 유럽인권협약의 규정이 그렇게 국내법원에서 원용된 때에는, 몇몇 국

연방헌법재판소의 갈등, 유럽헌법연구 제3호, 유럽헌법학회 2008, 188쪽.

43) 박진완, 위의 논문, 188쪽.

44) H. D. Jarass, EU-Grundrechte, München 2005, § 1 Rn. 15.

45) 박진완, 앞의 논문(주 42), 187-88쪽.

가들은 국가법원의 법관들에게 유럽인권법원(European Court of Human Rights)에 의하여 행해진 관련 인권협약상의 권리의 해석을 고려하거나 혹은 참작할 것을 요구한다. 영국(the United Kingdom)의 경우에는 인권법(Human Rights Act) 제2절(section)은 영국법관에 대하여 유럽인권법원의 해석을 참작할 것을 요구한다. 유럽인권협약(ECHR)의 국제적 인권규정을 인권법을 통해서 국내적으로 적용하는 것과 관련하여, 영국의 상원(House of Lords)은 (오로지 외국인에 대해서만 적용되는) 2001년의 테러리즘과 범죄방지 및 안전법(Anti-Terrorism, Crime and Security Act)의 무기한 구금 규정(indefinite detention provisions)을 영국에 살고 있는 외국인에 대한 불법적인 차별(unlawful discrimination)로 선언하였다.<sup>46)</sup>

독일의 *Görgülü v. Germany* 사건<sup>47)</sup>에서 나타난 바와 같이 특정한 국내적 규범적 위계질서 편입된 권리에 대하여 어떠한 지위를 부여하더라도, 적어도 유럽인권법원에 대한 성공적인 의존이 존재하는 경우에는, 구성국가는 유럽인권협약 제46조에 의하여 유럽인권법원의 결정을 일반적으로 따라야 하며, 필요한 경우에는 자신의 헌법을 포함한 구성국가의 국내법 그리고/혹은 정책을 개정 혹은 폐지한다는 점에서 볼 때, 유럽인권협약은 유사하게 국내법에 대한 우위를 사실상 성취하여 왔다.<sup>48)</sup> 유럽인권협약 제46조<sup>49)</sup>에 근거한 유럽인권법원의 결정의 구속력 인정을 통해서 현재와 미래의 유럽에서의 기본권 보장체계에 있어서 유럽인권협약의 지위와 역할은 매우 중요하다. 유럽인권협약의 내용을 구체화하고 있는 유럽인권법원의 결정에 대한 독일법원의 반응의 한 예로서 2004년 2월 26일의 유럽인권법

46) Gardbaum, 앞의 책(주 37), p. 253 footnote 35.

47) 26/02/04 - Rechtssache Görgülü gegen DEUTSCHLAND (Individualbeschwerde Nr. 74969/01); BVerfGE 111, 307.

48) Gardbaum, 앞의 책(주 37), p. 247.

49) “유럽인권협약의 가입국가는 그들이 당사자가 된 모든 사건들 속에서 유럽인권법원의 최종결정을 따를 의무를 진다”.



원의 *Görgülü v. Germany* 결정<sup>50)</sup>에 대한 독일법원의 대응과 이에 대한 독일헌법재판소의 조정과정은 하나의 중요한 사례가 된다.<sup>51)</sup>

유럽연합과 비교해 볼 때 유럽인권협약은 이러한 단지 가볍고 약한 방법을 통해서 구성국가들 속에서 원용할 수 있는 그리고 최고법으로서 기능하였고, 그 결과 연방화된 혹은 헌법화된 지역적 인권법 체계로서 인정될 수 있었다.<sup>52)</sup> 이러한 유럽인권법원을 통한 전체유럽의 인권보장체계의 발전적 실현을 고려해 볼 때 유럽인권법원을 인권과 관련된 헌법재판소로 인정할 수 있다.<sup>53)</sup>

## 1. 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소의 협력

유럽인권협약상의 인권보장체계와 독일기본법상의 기본권 보장체계의 동질화 연합기술의 실행은 독일연방헌법재판소와 유럽인권법원 사이의 공동 협력을 헌법적 측면에서 국가주권의 행사와 국제적 공동협력의 관념을 결합시키는 기본법의 국제법친화성(*Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*)이라는 지도원리를 통해서 실행된다.<sup>54)</sup> 독일연방헌법재판소는 독일의 법질서 내에서의 유럽인권협약의 형식적인 규범적 효력과 실질적인 내용적 효력의 차이의 불일치를 극복하기 위한 동질화 기술로서 지역적인 인권보장을 목적으로 하는 유럽인권협약의 헌법적 의미의 인정과 독일기본법상의 국제법친화적 태도에서 그 해결책을 찾고 있다. 이러한 독일기본법상의 국제법친화성은 국제조약법과 국제적 공동작업을 통한 국가의 주권행사를 증진시키

50) BVerfGE 111, 307; 26/02/04 - Rechtssache G. gegen DEUTSCHLAND (Individualbeschwerde Nr. 74969/01).

51) 이에 대해서는 박진완, 앞의 논문(주 42), 173쪽.

52) Gardbaum, 앞의 책(주 37), p. 247.

53) Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 3.

54) Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 4.

고, 독일연방공화국의 국제법상의 의무수행과 관련된 갈등은 가능한 한 생기지 않도록 해석할 것을 요구하고 있다. 이와 관련하여 독일기본법은 독일공권력의 국제적 공동협력(독일기본법 제24조)과 유럽통합에 대한 협력(제23조)을 프로그램적으로 규정하고 있다. 더 나아가서 독일기본법은 법률에 대한 국제법상의 일반원칙의 우위를 인정하고 있고(독일기본법 제25조 제2항), 기본법 제59조 제2항을 통하여 국제조약법을 권력분립의 체계속에 편입시키고 있다.<sup>55)</sup> 그럼에도 불구하고 독일연방헌법재판소는 독일기본법상의 국제법친화성이 국제법의 구속력에 대한 개방성 인정이라는 특단의 조치로 연결되지는 않았다고 진단하고 있다. 국제법질서와 국내법질서의 구분을 인정하는 이원론에 따라 국제조약법은 독일기본법 제59조 제2항의 동의 법률이 없는 국내적으로 직접적 효력을 가지는 법률로서 인정될 수 없으며, 그와 마찬가지로 독일기본법 제25조의 국제관습법(Völkergewohnheitsrecht)의 경우에도 헌법적 효력을 인정하고 있지 않기 때문이다. 국제법질서와 국내법질서의 구분을 전제로 한 이원론적 관점에서의 독일기본법상의 국제법과 국내법 사이의 관계설정은 국제법의 국내법질서에서의 효력이 국내법적 관점에서 국내법에 의하여 결정된다는 것을 분명히 하고 있다(독일기본법 제25조, 제59 제2항).<sup>56)</sup>

이러한 독일의 국내법의 국제법친화적 해석은 유럽의 인권보호에 있어서 유럽인권법원과의 공동협력으로 연결된다. 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소 사이의 국제적 헌법재판소 연합은 형식적 연합기술 뿐만 아니라 실질적 연합기술을 통해서 확정된다. 형식적 연합기술로서 양 헌법재판소들 사이에 존재하는 관할규정(Zuständigkeitsregelungen)과 보충적 규정

55) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04. paragraph 33; 박진완, 앞의 논문(주 42), 182쪽.

56) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04. paragraph 34; 박진완, 앞의 논문(주 42), 182쪽.

(Subsidiaritätsregelungen)이 적용된다.<sup>57)</sup>

연방의 공권력의 행위에 대하여 원칙적으로 연방헌법재판소에 대한 헌법소원 뿐만 아니라 유럽인권법원에 대한 유럽인권협약소원(Konventionbeswerde)도 가능하기 때문에 평행적 관할(paralle Zuständigkeiten)은 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소 사이의 구조적 관계에서 존재한다. 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소와의 평행적 관할은 유럽인권법원에 대하여 유럽인권협약소원을 제기하기 전에 연방헌법재판소에 대한 헌법소원을 사전에 경유해야만 하는 보충적 규정에 의하여 통제되고 있다. 이러한 독일연방헌법재판소의 사전적 권리구제절차의 경우(Rechtswegerschöpfung)의 요구는 양법원들 사이에 존재하는 유럽인권협약 혹은 독일 기본법과 같은 서로 다른 심사기준과 결정기준의 차이 때문일 뿐만 아니라 양 법원들 사이에는 처음부터 순수한 권한갈등이 존재하지 않기 때문이다.<sup>58)</sup>

이 두 헌법재판소연합에 있어서 동질화 기술의 적용은 유럽인권법원의 결정의 독일내에서의 구속력인정의 문제와 관련성을 가진다. 유럽연합조약 제6조 제2항과 제3항에 의하여 유럽연합의 기관에 대하여 유럽인권법원의 결정의 광범위한 구속력이 인정되는데 반하여, 유럽인권법원의 유럽인권협약의 가입국가들에 대한 구속력 인정의 문제는 유럽인권협약의 그 가입국가들의 법질서 속에서 어떠한 법적 효력을 예컨대 헌법 혹은 법률과 동일한 효력을 인정받고 있는가 하는 문제와 관련성을 가진다. 따라서 유럽인권협약의 직접적 효력을 인정하고 있는 유럽인권협약 가입국가들 속에서 유럽인권법원의 결정의 법적 효력은 그 국가의 법질서 속에서의 유럽인권협약의 법적 효력에 따라서 결정된다.<sup>59)</sup> 예컨대 독일의 경우에는 기본법 제59조에 의하여 독일의 국내법 질서 속에서 일반적 연방법률(einfache

57) Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 4.

58) Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 4.

59) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 273.

Bundesgesetze)과 동일한 효력을 인정받는다. 따라서 독일의 전문법원들(Fachgerichte)은 유럽인권협약의 인권법적인 내용에 대한 특별한 주의를 하면서, 유럽인권협약을 다른 연방법률처럼 해석하고 적용한다. 그럼에도 불구하고 유럽인권협약은 47개 가입국가들 속에서 최소한의 인권보장의 수준을 보장해야만 하기 때문에, 유럽인권협약이 독일의 법질서 속에서도 임의적인 일반법률처럼 해석되고 적용될 수는 없다. 이렇기 때문에 독일연방헌법재판소는 유럽인권협약의 인권법적인 내용 때문에 일반적인 연방법률의 영역에서 아주 특별한 지위를 인정하였고,<sup>60)</sup> 전문법원에 대하여 유럽인권협약의 가치를 존중하고, 유럽인권협약이 국가에 대하여 부과한 의무를 이행하는 것이 국내헌법에 의하여 가능한 것으로 인정되는 한에서는 이를 행할 것을 요구한다.<sup>61)</sup> 이를 통해서 유럽인권협약은 추상적인 효력영역 속에서가 아닌, 그 현실적이고 실질적인 일반법률의 법 적용 영역에 있어서 중요한 의미를 가지게 되었다.<sup>62)</sup>

이렇게 볼 때 소송당사자가 된 유럽인권협약 가입국가는 유럽인권법원의 결정을 통해서 나타난 유럽인권협약위반확인에 대해서 더 이상 이의를 제기할 수 없고, 계속적인 유럽인권협약위반상태를 종료해야만 한다. 특히 유럽인권법원이 가입국가의 국내법적 규정을 유럽인권협약위반이라고 선언한 경우에는, 법원은 법실무에서 이 규정을 국제법 적합적(völkerrechtskonform), 즉 유럽인권협약적합적으로 해석하거나, 혹은 입법자는 이러한 유럽인권협약에 위반되는 규정을 개정할 수 있다. 특정한 행정행위가 유럽인권협약에 위반된 경우에는 당해관청은 행정절차법의 규정에 따라 행정행위를 취소해야만 한다.<sup>63)</sup>

60) BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 317.

61) BVerfGE 111, 307, 327, 329; 128, 326, 371.

62) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 274.

63) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04. paragraph 51; 박진완, 앞의 논문(주 42), 192-93쪽.

독일연방헌법재판소는 유럽인권법원과의 협력 속에서 유럽의 헌법재판소 연합의 개념을 보다 확고히 하기 위하여 다음과 같은 노력을 실행하고 있다. 독일연방헌법재판소는 법원의 재판이 확정된 후 그 법원의 결정과 인권법적인 측면에서 다른 결과를 인정하게 되는 유럽인권법원의 새로운 결정이 나타나면, 이 확정된 법원의 재판에 대하여 새로운 헌법소원의 제기를 허용하였다.<sup>64)</sup> 독일연방헌법재판소는 이러한 헌법소원의 인정을 통해서 유럽인권법원의 결정 속에 나타난 고려와 논거를 자신의 결정 속에서 새롭게 다시 반영하는 것을 통해서 유럽인권법원과의 협력을 더욱 더 공고히 할 가능성을 열어놓았다.<sup>65)</sup> 더 나아가서 독일연방헌법재판소는 유럽인권법원이 구성국가들에 대하여 아주 높은 기본권 보장수준의 준수를 요구할 것이 아니라, 유럽에서의 최소한의 인권보장수준의 보장실현을 위한 자신의 역할을 고려하여 상호협력적 대화를 계속적으로 진행하고, 독일연방헌법재판소가 인정한 가치들을 유럽인권법원의 결정 속에서 고려해 줄 것을 요구하였다. 이러한 점을 고려해 볼 때 독일연방헌법재판소와 유럽인권법원 사이의 법원결합은 매우 긍정적으로 발전적 관계가 형성되었다고 볼 수 있다.<sup>66)</sup>

## 2. 유럽인권협약과 유럽연합의 기본권 헌장과의 관계

유럽인권협약에 대한 유럽연합의 가입을 규정하고 있는 유럽연합조약 제 6조 제2항에 의하여, 유럽연합의 유럽인권협약 가입 후에는 유럽연합을 통한 유럽인권협약의 적용이 기본권 헌장 제53조에 의하여 어떠한 방식으로든 유럽연합-기본권을 통하여 축소될 수 없다. 오히려 더 나아가서 유럽

64) BVerfGE 128, 326, 364 f.

65) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 274.

66) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 274.

연합-기본권과 유럽인권협약-기본권은 서로 (관할권을 가지는 기관과 해당 절차 속에서) 병렬적으로 적용된다.<sup>67)</sup> 유럽연합의 기본권 헌장의 규정과 유럽인권협약과의 보호수준(Schutzniveau)의 조정과 관련하여 기본권 헌장 제53조는 「이 헌장의 어떠한 규정도 유럽연합법 그리고 국제법 및 유럽연합 혹은 유럽연합의 모든 구성국가가 조약당사자(Vertragsparteien)가 되는 국제협약(internationale Übereinkünfte) 그 중에서도 특히 인권과 기본자유의 보호를 위한 유럽협약(Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten) 그와 동시에 구성국가의 헌법의 적용범위 속에서 인정되는 인권과 기본자유의 제한(Einschränkung) 혹은 침해(Verletzung)로 해석될 수 없다」라고 규정하고 있다. 이 규정은 유럽연합법, 구성국가의 법 그리고 국제법의 각 적용범위 속에서 현재 보장되는 권리보장수준의 유지를 목적으로 하고 있다. 그러므로 이 규정에 의하면 기본권 헌장 속에서 규정된 기본권에 대한 해석은 유럽연합법, 국제법, 유럽인권협약과 같은 국제협약 혹은 구성국가의 헌법에서 도출되는 인권과 기본권을 제한하는 근거로 사용되어서는 안된다.

기본권 헌장 제52조 제3항은 「이 헌장이 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약을 통하여 보장된 권리에 상응하는 권리를 규정하고 있는 한에서는, 이 권리는 위에서 언급한 협약 속에서 이들 권리에 대하여 인정하고 있는 것과 동일한 의미(Bedeutung)와 적용범위(Tragweite)를 가진다」고 규정함으로써 유럽인권협약에 규정된 기본권의 내용과 동일한 유럽연합의 기본권 헌장의 기본권은 유럽인권협약의 기본권과 동일한 의미와 적용범위를 가진다는 것을 명확히 하고 있다. 그러한 까닭에 유럽인권협약은 유럽인권협약의 기본권 보장과 중복되는 유럽연합의 기본권의 영역에 있어서는 특별한 의미를 가진다. 유럽인권협약은 그러한 기본권의 제한가능성의 인

---

67) Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2013, Art. 53 Rn. 15.

정에 있어서 중요한 의미를 가진다 (그러한 한에서는 기본권 헌장 제52조 제2항의 규정은 단지 보충적 성격을 가진다).<sup>68)</sup>

기본권 헌장 제52조 제3항 제1문에 의한 유럽인권협약의 내용의 최소한의 보장의 요구의 실현은 기본권 헌장 전문(Charter-Präambel) 제5조가 의미하는 바와 같이 유럽인권법원의 판례를 참조하는 것이 된다. 따라서 유럽연합-기본권의 해석과 적용에 있어서 유럽인권법의 판례는 중요한 의미를 가진다. 유럽법원은 이미 유럽연합의 기본권 헌장의 효력 발생 이전부터 유럽법원은 유럽인권법원의 판례를 참조하는 것<sup>69)</sup>을 고려하였다.<sup>70)</sup> 물론 유럽인권법원의 결정은 규범 그 자체가 아님에도 불구하고, 규범인 유럽인권협약의 내용을 구체화하고 있기 때문에, 기본권 헌장 속의 규범적 언급이 명확하지 않고, 이와 관련된 유럽법원의 판례가 존재하지 않는 경우에는 유럽인권법원의 판례가 기본권의 해석과 적용에 고려될 수 있다. 이렇게 볼 때 유럽연합-기본권의 해석과 적용에 있어서 유럽인권협약 그리고 유럽인권법원의 판례는 매우 중요한 의미를 가진다.<sup>71)</sup> 독일의 법원들은 유럽인권협약의 적용과 관련된 많은 논란이 된 사례들 속에서 유럽인권법원과 다른 법적인 견해를 피력하였다. 유럽인권법원은 유럽의 각 나라의 헌법재판소나 법원들이 상이한 법해석을 하는 경우에는 기본권 보호에 있어서 평가영역(margin of appreciation)의 인정을 통한 사법적 자제를 하였다.<sup>72)</sup>

68) Jarass, 위의 책, Art. 52 Rn. 60; 박진완, 앞의 논문(주 7), 794쪽.

69) EuGH, Rs. 94/00, Slg. 2002, I-9011 Rn. 29; GA Maduro, Rs. 465/07 v. 9.9.08, Nr. 23.

70) EuGH, Rs. 247/99, Slg. 2002, I-8375 Rn. 274; EuG, Rs. 236/01 Slg. 2004, II-1181 Rn. 405.

71) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 52 Rn. 65; 박진완, 앞의 논문(주 7), 795쪽.

72) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 275.

### 3. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽법원의 결정

리스본 조약(treaty of Lisbon)에 의하여 개정된 유럽연합조약 제6조 제2항은 법인격을 가지고 있는 유럽연합의 유럽인권협약에로의 가입을 규정하고 있다. 이것은 이미 오랫동안 논의된 유럽의 인권보호를 위한 노력들 중의 하나로 볼 수 있다. 유럽연합(EU) 내지-2009년 12월 1일의 리스본 조약의 효력발생 이전의 유럽공동체(EG)의 유럽인권협약 가입은 이미 40년 이상 되는 유럽의 중요한 관심사였다.<sup>73)</sup> 유럽공동체가 조약체결 당사자(Vertragspartei)로서 유럽인권협약에 가입할 수 있는가 하는 문제와 관련하여, 유럽공동체법원은 지금까지 유효한 법적 기준에 의하여 판단해 볼 때 유럽연합은 유럽인권협약에 가입할 권한이 없다는 자신의 평가서(Gutachten) 2/94를 통해서 이를 부정하였다.<sup>74)</sup> 왜냐하면 이에 대한 충분한 권한적 근거(Kompetenzgrundlage)가 존재하지 않기 때문이다.<sup>75)</sup> 이렇게 유럽공동체 법원이 1996년에 그러한 가입의 유럽연합의 조약체계와의 합치성 확보를 위한 전제조건을 제시한 후에, 그 법적 근거를 마련하기 위한 노력이 전개되었다. 이러한 노력의 결과로서 이미 부결된 유럽헌법조약(Treaty establishing a Constitution for Europe)은 제I-9조 제2항에서 유럽연합의 유럽인권협약의 가입을 규정하였다. 그 후 리스본 조약에 의하여 개정된 현재의 유럽연합조약 제6조 제2항은 유럽연합은 유럽인권협약에 가입한다고 다시 규정함으로써 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 법적 근거를

73) Walter Obwexer, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, S, 115.

74) 1996 I-1763 - EMRK (Gutachten 2/94); Hans-Peter Folz, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht. EUV | AEUV | Grundrechte-Charta, Baden-Baden 2012, Art. 6 Rn. 6.

75) 박진완, 앞의 논문(주 39), 157-58쪽.



마련하였다.<sup>76)</sup> 2009년 12월 초 유럽연합 측에서, 2010년 6월 초 유럽인권협약 측에서 필요한 법적인 전제조건이 마련된 후에, 2010년 7월에 스트라스부르(Strasbourg)와 브뤼셀(Brüssel) 사이의 구체적인 협상이 개시되었고, 일년 후 전문가적 차원에서 긍정적인 결과가 잠정적으로 도출되었다.<sup>77)</sup>

그러나 2014년 12월 18일 유럽연합법원은 유럽연합의 국제법적인 활동 전개의 한계를 명백히 제시하였다. 유럽법원은 유럽연합의 유럽인권협약 가입에 대한 자신의 평가서(Gutachten)에서 이러한 가입이 유럽연합법 위반이라고 결정하였다.<sup>78)</sup> 유럽연합법원은 유럽연합의 유럽인권협약의 가입이 유럽연합조약 제6조 제2항 그리고 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서(Protokol)(제8호)에 합치되지 않는다고 보았다.<sup>79)</sup> 만일 유럽연합의 유럽인권협약에 가입의 결과로서 유럽연합이 유럽인권협약에 구속된다면, 설사 유럽인권협약이 유럽연합법의 기본권 보장의 핵심적 내용을 형성한다고 할 지라도, 유럽법원의 독자적인 기본권 해석권이 인정될 수 있는가 하는 의문이 제기될 수 있다. 예를 들면 유럽인권협약 제8조 제1항의 의미 속의 주거개념(Wohnungsbegriff)의 해석과 같이 동일한 기본권 개념에 대한 유럽법원과 유럽인권법원의 판례가 서로 다르다면 이러한 의구심은 더욱 더 증폭될 수밖에 없다. Hoechst 사건<sup>80)</sup> 속에서 유럽법원은 유럽인권협약 제8조 제1항의 의미 속의 주거로서의 영업공간(Geschäftsraum)의 특성을 인정하지 않았다. 그 후 얼마 지나지

76) Rudolf Geiger, in: Gieger/Daniel Erasmus Khan/Markus Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2010, Art. 6 Rn. 4.

77) Walter Obwexer, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, S. 115; 박진완, 앞의 논문(주 39), 158쪽.

78) EuGH, Gutachten C-2/13. 18.12.2014, BeckRS 2015, 80256-EMRK-Beitritt II.

79) Marten Breuer, "Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!" Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330.

80) EuGH-Hoechst, Rs. 46/87 und 227/88-Slg 1989, 2919, Rn 17 f.

않은 시점에서의 Niemitz 사건<sup>81)</sup> 속에서 주거개념에 대한 광의의 해석 (weite Auslegung)을 선택하였다.<sup>82)</sup> 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제267조의 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren) 속에서 행해지는 유럽연합법원의 법해석에 대한 구속은 유럽연합의 법질서의 내부 속에서만 인정될 뿐이지, 유럽연합이 가입한 유럽인권협약 체제에 대해서는 자신의 법해석에 대한 구속을 요구할 수 없다. 그렇기 때문에 유럽연합의 유럽인권협약에 대한 가입이 행해진다면, 유럽연합법원의 이러한 유럽연합법에 대한 독점적 해석권이 어느 정도까지 잘 보장될 수 있는가 하는 의문은 충분히 제기될 수 있다.

이러한 유럽연합법원의 제동으로 인하여 국제적 인권보장의 역사에서 정치적인 측면에서 뿐만 아니라 법적인 측면에서의 새로운 국면전개로 볼 수 있는 자치적인 법질서를 가지고 있는 초국가적 조직의 고도로 발전된 국제법적인 인권보호체계의 가입은 완성될 수가 없었다. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입조약의 효력발생과 비준이 행해지게 된다면 유럽연합의 기관과 제도 그리고 그 이외의 지위의 법적 행위에 대한 유럽인권협약상의 개인소원의 제기가 가능하게 될 수 있었다. 이것은 유럽인권법원이 유럽연합법의 국내법적 전환을 위한 유럽연합의 구성국가들의 법적 행위의 유럽인권협약과의 합치여부를 심사할 수 있다는 것을 의미한다.<sup>83)</sup> 2014년 12월 18일의 유럽연합법원의 입장표현에 대한 적절한 해결책은 무엇일까 하는 문제에 대한 검토는 다음의 연구로 미루기로 한다.

81) EGMR Urteil v. 16.12.1992, Serie A Vol. 251 B, S. 23, 34 f, auch NJW 1993, 718.

82) Marc Bungenberg, Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, AEUV Artikel 218 Rn. 113.

83) Stephen Breitenmoser/Robert Weyeneth, 위의 책, AEUV Artikel 67 Rn. 37.

#### 4. 헌법재판소 연합에서의 헌법적 동질성 실현수단으로서 유럽인권법원의 결정의 구속력

국제적 헌법재판소 연합으로서 유럽인권법원과 각 국가의 헌법재판소 혹은 최고법원과의 관계를 살펴보기 위해서는 우선적으로 유럽인권법원의 결정의 각 국가의 국내법원에 대한 구속력의 문제에 대하여 검토해 보는 것이 중요한 의미를 가진다. 이것은 또한 헌법재판소 연합에서의 헌법적 동질성 실현수단으로서 유럽인권법원의 결정의 구성국가의 법원에 대한 구속력 인정의 문제로 볼 수 있다. 이와 관련하여 유럽인권법원의 결정의 효력에 대한 독일국내법질서에서의 실행과정을 살펴보는 것은 중요한 의미를 가진다. Görgülü결정에서 유럽인권법원은 자신의 결정의 구속력을 다음의 두가지 측면으로 구분하고 있다:<sup>84)</sup> ① 유럽인권협약에 의한 유럽인권법원의 결정의 효력, ② 독일법속에서의 이러한 효력의 수용.

유럽인권법원의 결정에 대하여 국내법적으로 어떠한 법적인 효력을 부여할 것인가 하는 문제는 각 국가의 국내법 질서가 유럽인권협약에 대하여 국내법인 헌법 혹은 법률과 동일한 효력을 부여할 것인가 하는 문제와 관련성을 가진다. 독일의 경우 독일법질서에 상반되는 유럽인권법원의 결정을 준수하라는 의무를 부과하고 있는 유럽인권협약 제46조를 포함하여 유럽인권협약은 단지 변형법률(Transformationsgesetz) 그리고 이를 통해서 연방법률(Bundesgesetz)과 동일한 순위를 가진다. 이와 반해서 오스트리아에서는 유럽인권협약은 헌법과 동일한 순위를 가진다.

유럽인권법원의 결정의 구속력은 “유럽인권협약의 가입국가는 그들이 당사자가 된 모든 사건들 속에서 유럽인권법원의 최종결정을 따를 의무를 진

84) Hans Joachim Cremer, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen / Anmerkungen zum Görgülü-Beschluß des BVerfGE vom 14. 10. 2004, EuGRZ 2004, S. 689; 박진완, 앞의 논문(주 42), 187쪽.

다’<sup>85)</sup>고 규정하고 있는 유럽인권협약 제46조로부터 나온다. 이렇게 볼 때 유럽인권법원의 결정의 구속력은 단순히 학설 혹은 판례를 통해서 인정된 것이 아니다. 국제인권조약으로서 유럽인권협약의 중요한 의미는 최종적으로 유럽인권협약의 가입국가의 기본권 침해에 대한 법적구제수단인 유럽인권법원에 대한 개인소원제기에 대한 유럽인권법원의 결정의 구속력 확보를 통하여 관철될 수 있다.

독일연방헌법재판소는 유럽인권협약의 가입국가의 유럽인권법원의 결정에 대한 국내법적 구속에 대해서 다음과 같이 설명하고 있다:<sup>86)</sup> “유럽인권법원의 결정은 소송당사자인 국가에게 심판의 대상과 관련하여 원칙적으로 확인된 유럽인권협약의 침해없이 가능한 한 현재상태를 회복시킬 의무를 부과하고 있다. 여전히 확인된 유럽인권협약의 위반이 지속된다면—예컨대 유럽인권협약 제5조를 위반하는 구속의 지속—혹은 유럽인권협약 제8조를 위반하는 사생활과 가족생활의 제한의 사례 속에서, 유럽인권협약의 가입국가는 이러한 침해상태를 종료할 의무를 부담한다. 유럽인권협약의 가입국가가 개인소원제기자에 대하여 유럽인권협약위반으로 확인된 행위의 계속적 실행 혹은 반복을 하는 경우에는 새롭게 유럽인권협약을 침해하는 것이 된다. 무엇보다도 결정의 효력은 단지 확정력을 가지고 결정된 사안(res iudicata)과 관련성을 가지고, 개인소원제기자의 참여하에서 새로운 국내절차까지 현실상황과 법관계를 변화시킬 수 있다”.

모든 다른 법원의 결정과 마찬가지로 유럽인권법원의 결정은 기판력(material binding force, materielle Rechtskraft)을 가진다. 유럽인권협약 제42조 그리고 제44조에 의하면 유럽인권법원의 결정은 최종적 결정이므로 당연히 형식적 확정력(formal binding force, formelle Rechtskraft)인 불가쟁

85) The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

86) Vgl. 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004-2 BvR 1481/04. paragraph 41; 박진완, 앞의 논문(주 42), 191-92쪽.

성을 가진다. 유럽인권협약의 가입국가의 유럽인권법원의 결정에 대한 구속을 규정하고 있는 유럽인권협약 제46조의 규정에 의하여 소송당사자가 된 유럽인권협약의 가입국가는 유럽인권법원의 결정에 구속되고, 그와 동시에 유럽인권법원의 결정은 제한적인 기판력을 가진다.<sup>87)</sup> 바로 이 점에서 독일연방헌법재판소법 제31조 그리고 우리 헌법재판소법 제47조에 의한 헌법재판소 결정의 구속력과 유럽인권법원의 결정의 구속력은 다음의 측면에서 다른 점을 가지고 있다. 왜냐하면 위에서 설명한 바와 같이 유럽인권협약은 이러한 기판력의 한계의 범위를 넘어서는 특별한 구속력을 인정하고 있지 않기 때문이다.<sup>88)</sup>

유럽인권법원은 유럽인권협약에 위반되는 구성국가의 국내법을 무효선언하거나, 유럽인권협약에 위반되는 구성국가의 법원의 결정을 파기할 권한을 가지고 있지 않고, 단지 소송의 대상이 된 사안과 관련해서, 구체적인 심판의 대상과 관련하여 소송당사자가 된 국가가 유럽인권협약을 준수 혹은 위반했는지 여부만을 확인하는 확인판단(Feststellungsurteil)만 내릴 수 있다. 따라서 가입당사국의 구체적인 조치를 직접적으로 취소하는 파기결정(kassatorische Entscheidung)은 내릴 수 없다.<sup>89)</sup> 이런 점에서 유럽인권법원의 결정은 단지 확인적 효력만 가진다. 유럽인권법원의 결정을 통해서 유럽인권협약 위반의 확인되면 우선적으로 소송당사자인 유럽인권협약의 가입국가는 그 국가의 행위가 더 이상 유럽인권협약에 합치된다고 견해를 제시할 수 없다.<sup>90)</sup>

87) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04. paragraph 38; 박진완, 앞의 논문(주 42), 189쪽.

88) 박진완, 앞의 논문(주 42), 190-191쪽, 보다 상세한 내용은 박진완, 앞의 논문(주 42), 180-191쪽 참조.

89) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04. paragraph 40; 박진완, 앞의 논문(주 42), 191쪽 참조.

90) 독일연방헌법재판소결정 Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 - 2 BvR 1481/04. paragraph 41; 박진완, 앞의 논문(주 42), 191쪽 참조.

#### IV. 유럽의 인권보장체계에서의 유럽법원의 역할

유럽인권법원과 달리 이미 1952년에 설치된 유럽법원은 전문화된 법원은 아니었다. 유럽법원의 내용적인 재판관할의 범위는 폭넓게 정해져 있다. 유럽법원에 대한 조약적 근거는 유럽법원의 업무를 “조약의 해석과 적용에 있어서 유럽법원이 법의 유지를 보장한다”고 규정하고 있는 유럽연합조약(EUV) 제19조 제1항 제2문이다. 유럽법원의 사법적 결정은 유럽통합에 기여하고, 특히 법공동체로서의 유럽연합의 확립에 있어서 매우 중요한 판단 기준을 제공한다. 유럽법원은 유럽연합의 초국가적 법질서(supranationale Rechtsordnung)의 내부에서 비록 공동체 입법자(Gemeinschaftsgesetzgeber)의 입법형성의 자유영역에 대한 사법적 자제의 명령의 존중에도 불구하고, 수평적이고, 광범위한 사법적 관할권을 가진다. 그와 동시에 유럽법원은 수직적으로 아주 특별한 방식으로 구성국가의 법질서에 계속적으로 영향력을 행사하고 있다.<sup>91)</sup>

유럽공동체의 경제적 기본자유의 보장을 위한 조약에 기초한 체제(treaty-based regime)에서 처음 출발한 유럽연합은 유럽법의 우위를 바탕으로 유럽법의 구성국가의 법질서에 직접적 효력의 인정을 통하여 점차적으로(국제적) 헌법에 기초한 국제적 체제로 변화되었다. 특히 유럽법의 해석과 적용의 책무를 수행하고 있는 유럽법원은 유럽연합을 더 이상 국제적 수준에서만 작용하는 국제조약에 기초한 체제가 아니라, 상당히 충분한 정도까지 유럽법이 유럽연합의 구성국가의 국내법질서에 효력을 미치고, 국내적 그리고 국제적 수준들 사이의 관계를 조직화하는 헌법에 기초한 체제로 변화시키는 데 중요한 공헌을 하였다. 이러한 유럽연합의 변화과정은 연방화(federalization)로서 헌법화, 혹은 이원주의(dualism)로부터 연방주의

---

91) Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 3.

(federalism)로의 이동으로 이해될 수 있다.<sup>92)</sup> 유럽법원의 이러한 역할수행은 유럽연합이 조약의 성립과 이에 대한 합의 양자를 행한 국가에 대해서만 법적 의무를 부과하는 조약에 기초한 체제를 벗어나서 유럽법을 준수하는 행위를 하지 않은 국가에 대하여 유럽법 준수 의무를 부과할 수 있는 능력을 가지는 수직적인 체제로 변화하는 데 중요한 기여를 하였다. 이러한 수직적 헌법체제는 다수결의 형식을 통한 자치적인 입법능력을 가지고 있는 거버넌스 구조(governance structure)에 의하여 부과되고, 강제적 관할권(compulsory jurisdiction)을 가지고 있는 재판기관인 유럽법원에 의하여 집행된다. 헌법화의 이러한 진행과정 속에서 합의(consent)에서 강제(compulsion)로의 이동이 나타난다.<sup>93)</sup> 이러한 이동의 전형적 형태는 유럽연합이다.

그럼에도 불구하고 유럽연합의 제1차적 법(Primärrecht)의 단편적 성격 때문에 종종 유럽법원은 유럽법의 보충적 법형성(rechtsergänzende Rechtsfortbildung)을 시도하였다. 방법론적인 측면에서 유럽법원의 사법적 결정은 유럽공동체 지침(Richtlinie)의 국내법적 불전환과 그 이외의 공동체법의 위반에 대한 구성국가의 책임 및 국제적 조약체결에 있어서 공동체의 포괄적 권한에 대한 제1차적 법의 효율적 실행명령(effet utile)의 이행의 차원에서 인정되는 지침에 대한 직접적 효력을 가진다는 점은 주목할 만한 가치가 있다.<sup>94)</sup>

이렇게 유럽법원이 해석적용한 유럽법은 어떤 국내적 입법 혹은 다른 조치가 행해질 필요성이 없이 그리고 조약의 헌법적 지위에 관계없이 직접효 이론(doctrine of direct effect)에 의하여 바로 국내법 질서에 대한 자신의 효력을 발생하게 되었다.<sup>95)</sup> 이러한 직접효의 인정은 초국가적 지위

92) Gardbaum, 앞의 책(주 37), p. 246

93) Gardbaum, 앞의 책(주 37), pp. 245-46.

94) Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 3.

95) Gardbaum, 위의 논문(주 37), p. 246.

(supranational status)를 가지고 있는 유럽연합의 법체계에 있어서 헌법화된 국제법 체제의 패러다임(paradigm of a constitutionalized regime of international law)의 실현을 가능하게 만들었다. 그 경로는 다음의 두가지 방향으로 진행되었다: ① 유럽연합의 연방화의 기능 그리고 새로운 법적 의무가 다수결의 형식에 의하여 만들어지고, ② 강제적 관할(compulsory jurisdiction)을 가지고 있는 국제법원과 국내법원에 의하여 집행되는 거버넌스 구조에 의하여 실현된다.<sup>96)</sup> 이렇게 유럽법원의 유럽법의 해석과 적용을 통해서 유럽연합이 조약에 기초한 실체에서 초국가적 실체로의 변화된 것은 결코 과소평가될 수 없다.

유럽연합법의 우선적 효력의 인정을 통해서 유럽연합조약 그 자체 그리고 유럽법원의 인권 관련 판례들은 모든 다른 유형의 유럽연합법과 충돌에 있어서 우선적 효력을 가진다. 유럽연합의 기본권 헌장이 이러한 법적 구속력을 가지기 전에도, 유럽법원은 일반적 법원칙으로서 유럽연합의 인권법을 조약의 구성부분으로서의 효력을 인정하는 것을 통해서 이러한 상황을 합리화하려고 시도하였음에도 불구하고, 유럽연합의 인권법은 실제로 거의 틀림없이 그러한 분쟁이 발생한 경우에는 조약에 우선하였다.<sup>97)</sup> 리스본 조약에 의하여 개정된 유럽연합조약(EUV) 제6조 제1항 제1문은 기본권 헌장의 편입에 대하여 규정하고 있고, 제6조 제1항 제2문은 기본권 헌장에 대하여 제1차적 법과 동일한 효력을 인정하고 있다.<sup>98)</sup> 유럽연합조약 제6조 제1항 제1하부항이 조약과 기본권 헌장이 동일한 효력순위(Rang)를 가진다고 규정하고 있기 때문에, 기본권 헌장 속에 규정된 기본권과 원칙들은 제1차

96) Joseph Weiler, The Transformation of Europe, 100 Yale Law Journal 2403 (1991); Gardbaum, 위의 논문(주 37), p. 246; 박진완, 앞의 논문(주 39), 155쪽.

97) Gardbaum, 앞의 논문(주 37), p. 241.

98) Wolff Heintschel von Heinegg, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht. EUV | AEUV | Grundrechte-Charta, Baden-Baden 2012, Artikel 3 EUV, Rn. 3.



적 법(Primärrecht)으로 인정된다.<sup>99)</sup> 기본권 헌장-기본권(Charter-Grundrechte)은 일반적 법원칙으로서 우선적 유럽연합법의 핵심적 부분을 형성하고 있기 때문에, 기본권 헌장-기본권은 이미 이전에 제1차적 법의 구성부분으로서 인정되었던 일반적 법원칙에서 도출된 기본권도 동일한 효력을 가진다.<sup>100)</sup>

## 1. 유럽법의 우위와 기본권 헌장의 법적 효력

유럽연합의 각 구성국가들의 헌법재판소들과 유럽법원과의 관계는 항상 헛살이 비치는 양지로만 채워지는 것은 아니다. 왜냐하면 각 구성국가들의 실질적 헌법은 구성국가들의 헌법재판소와 유럽법원과의 잠재적 갈등의 원인이 될 수 있기 때문이다. 왜냐하면 각 구성국가들의 헌법재판소가 적용할 실질적 헌법의 내용이 유럽연합법의 우위의 대상 그리고 범위와 관련되어 있는 한에서는 이러한 갈등들은 명백히 현실화될 수 있기 때문이다.<sup>101)</sup>

유럽법원과 유럽연합의 각 구성국가들의 헌법재판소와 관계 속에서 유럽법원의 지위를 확정하기 위해서는 우선적으로 유럽연합법의 근본적 특징들에 대한 검토가 우선적으로 행해져야만 한다. 각 국가들의 법체계의 내부 속에서 그 법적 지위가 결정되는 국제법과는 달리 유럽연합법의 법적 지위는 각 유럽연합의 구성국가들의 법체계 속에서 유럽연합법 그 자체에 의하여 확정한다. 다시 말하면 유럽연합법이 유럽연합법의 지위를 확정한다. 유럽법원은 1963년 2월 5일의 네덜란드의 운송기업인 van Gend & Loos 대

99) EuGH, Rs. 555/07 v. 19.1.10, Rn. 22.

100) Eckhard Pache, in: F. Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, § 4 Rn. 120.

101) Lenaerts, 앞의 논문(주 19), S. 12.

네덜란드 재정행정(Niederländische Finanzverwaltung)과의 사건에 대한 결정에서 유럽공동체 법질서의 독자성과 유럽공동체법의 우위를 인정하였다.<sup>102)</sup> “유럽경제공동체(Europäische Wirtschaftsgemeinschaft)는 국가들이 유럽경제공동체를 위하여 비록 제한적인 영역에 있어서라도 자신들의 주권적 권리를 제한하는 국제법의 새로운 법질서를 제시하고 있다. 즉 구성국가들뿐만 아니라 개인들(die Einzelnen)이 법적 주체(Rechtssubjekte)가 되는 하나의 법질서. 그러한 까닭에 구성국가들의 입법으로부터 독립된 공동체법은 각 개인에게 의무를 부과할 뿐만 아니라 권리도 부여한다”.

구성국가들의 국내법에 대한 유럽연합법의 우위를 유럽법원은 van Gend & Loos 결정을 근거로 하여 처음으로 1964년 7월 15일의 Costa/ENEL 결정<sup>103)</sup> 속에서 공식화한다. 유럽법원은 이 결정에서 유럽경제공동체의 법질서의 독자성을 강조하고 있다. 유럽경제공동체조약(EWG-Vertrag)은 구성국가들의 법질서가 수용하고, 그리하여 구성국가들의 국내법원이 적용해야만 하는 독자적 법질서를 창설하였다. 그러므로 구성국가들은 자신들의 주권적 권리(Souveränitätsrechte)를 제한하고, 그 국가의 구성원들과 그 국가 자신이 구속되는 법체계(Rechtskörper)를 창설하였다. 이 결정에서 유럽법원은 호혜주의(Gegenseitigkeit)의 기초하에서—자신의 독자적인 주권적 권리도 부분적으로 양도하여서—수용한 법질서에 위반하여 구성국가가 일방적인 조치를 내리고, 그 결과로서 유럽연합법이 어떤 구성국가의 후속적인 국내적 입법에 의하여 서로 다른 효력을 가지는 것이 가능하게 된다면, 이것은 조약의 근본원리에 모순되는 것이라고 하면서 유럽공동체법의 우위를 적극적으로 근거지웠다.<sup>104)</sup> 유럽법원은 자율적 법원으로서 유럽공동체조약의 독

102) EuGH, Urteil vom 5.2.1963, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 3, Entscheidungsgründe II. B.

103) EuGH, Urteil vom 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa ./ ENEL), Slg. 1964, 1141.

104) EuGH, Rs. 6/64 (Costa ./ ENEL), S. 1269 f.

자성을 구성국가의 국내법에 대한 공동체법의 우위의 근거로 제시하고 있다. 따라서 조약이 공동체법으로서의 자신의 특성을 인정받지 못하고, 공동체의 법적근거 그 자체에 대하여 문제가 제기되지 않는다면, 어떠한 국내법적인 법규정도 조약에 우선할 수 없다.<sup>105)</sup> Costa/ENEL 결정을 통해서 볼 때 유럽연합법의 우위는 유럽연합의 법질서의 특수성 혹은 법적 성격 그 자체에서 연유한다고 볼 수 있다. 그 후 1970년 12월 17일의 국제회사(Internationale Handelsgesellschaft)에 대한 결정에서 유럽법원은 유럽연합기관의 행위의 효력은 단지 유럽연합법에 의해서만 판단될 수 있다고 결정하였다. 이 결정에서 유럽법원은 구성국가의 헌법에 대한 유럽연합법의 우위를 확인하고 있다.<sup>106)</sup>

유럽연합조약(EUV) 제6조 제1항 제3문은 유럽연합의 기본권의 법원(Rechtsquelle)과 법인식원(Rechtserkenntnisquellen)에 대하여 언급하고 있다. 유럽연합법 특히 기본권과 일반적 법원칙의 영역에 있어서는 법원(Rechtsquellen)과 법인식원(Rechtserkenntnisquellen)이 구분된다.<sup>107)</sup> 유럽연합조약 제6조 제1항 제1하부항(UAbs.)에 의하면 유럽연합-기본권(EU-Grundrechte)의 법원(Rechtsquelle)은 우선적으로 유럽연합의 기본권 현장의 규정들이다. 그

105) EuGH, Rs. 6/64 (Costa / ENEL), S. 1270.

106) EuGH, Urteil vom 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125, Rn. 3; Lenaerts, 앞의 논문(주 19), S. 13.

107) 법원은 법의 효력근거(Geltungsgrund des Rechts)를 형성하고, 법원은 직접적으로 법원칙(Rechtssätze)을 생산한다. 그 반면에 법인식원은 법원칙의 획득에 기여하는 기초를 포함하고 있다 (Jarass, 앞의 책(주 67), Einl. Rn. 40; 박진완, 앞의 논문(주 7), 783쪽). 법인식원의 특징은 법원칙의 인식에 기여하는데서 찾을 수 있다. 따라서 법인식원에 대해서는 법원의 해석을 위한 단순한 목표지향기능(Orientierungsfunktion)이 인정된다. 그와 반대로 법원으로 분류된 법조문의 원문(Text)은 직접적인 효력을 가지는 권리를 이끌어 낼 수 있다. 유럽연합의 기본권의 영역에서 법원과 법인식원의 구분은 이하에서 설명하는 바와 같이 중요한 의미를 가진다. 무엇보다도 이러한 양자의 구분의 차이가 상대성을 가지기 때문에 법인식원의 중요도는 상황에 따라 변화한다 (Jarass, 앞의 책(주 67), Einl. Rn. 40).

외에도 조약의 기본권 관련규정들 그리고 유럽연합조약(EUV) 제6조 제3항에 의하여 유럽연합법원(EuGH)이 유럽법의 일반적 법원칙(allgemeine Rechtsgrundsätze)에서 도출한 기본권이 유럽연합-기본권의 법원을 형성한다. 유럽연합의 가장 중요한 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)은 유럽연합조약 제6조 제3항에 언급된 유럽인권협약이다. 그 외에도 유럽연합조약 제6조 제3항은 유럽연합 구성국가(Mitgliedstaaten)들의 헌법적 전승(Verfassungsüberlieferung)을 법인식원으로 언급하고 있다. 그 외에도 기본권 헌장-주석(Charter-Erläuterungen) 역시 구속력을 가지지 않고 순수한 법원을 형성하지 않기 때문에 법인식원이 된다.<sup>108)</sup>

유럽연합의 기본권 헌장은 자신의 독자적인 적용범위를 가지고 있다. 조문제목(Überschrift)인 ‘적용범위(Anwendungsbereich/field of application/champ d’application)’로 규정되어 있는,<sup>109)</sup> 기본권 헌장 제51조는 기본권을 일반적으로 적용할 수 있는지 여부의 문제, 즉 기본권의 구속력(Grundrechtsbindung)에 대하여 규정하고 있다. 기본권 헌장 제51조 제1항은 「이 헌장은 보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)의 보장하에서, 유럽연합의 기관(Organe), 제도(Einrichtungen) 그리고 그 이외의 지위(sonstige Stellen)에 대하여 그리고 유럽연합법이 실행되는 경우에 한하여 구성국가에 대하여 유효하게 적용된다. 이에 상응하게 이들은 권리를 존중하고, 원칙(Grundsätze)을 준수하고, 그리고 이들의 각 관할권(Zuständigkeiten)의 범위내에서 그리고 조약 속에서 유럽연합에게 양도된 관할권의 한계를 존중하면서 권리와 원칙의 적용을 지원한다」고 규정하고 있다. 그리고 기본권 헌장 제51조 제2항은 「이 헌장은 유럽연합법의 효력범위를 유럽연합의 관할권을 넘어서 확장시키지

108) 기본권 헌장에는 기본권 제정회의 내지 유럽헌법제정회의의 의장단 회의(Präsidium des Grundrechts- bzw. des Verfassungskonvents)에 의하여 작성된 기본권 헌장의 주석(Erläuterungen zur Charta der Grundrechte)이 부가된다 ABI 2007 C 303/17. vgl. Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 52 Rn. 87.

109) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 51 Rn. 1.

않고, 새로운 관할권(Zuständigkeiten)은 유럽연합의 새로운 책무(Aufgaben)를 근거지우지 않고, 헌장은 조약 속에서 확정된 관할권과 책무를 변경시키지 않는다」고 규정하고 있다.<sup>110)</sup>

유럽연합의 기본권 헌장은 유럽연합의 기관에 대하여 구속력을 가진다. 유럽연합의 기본권은 기본권 헌장 제51조 제1항 제1문에 의하여 우선적으로 유럽연합의 모든 기관(Organe), 제도(Einrichtungen) 그리고 그 이외의 지위(Stelle)에 대하여 구속력을 가진다.<sup>111)</sup> 이러한 기관들은 유럽연합조약(EUV) 제31조 제1항 제2하부항(Uabs.) 속에 열거되어 있다: 유럽의회(European Parliament-Europäisches Parlament), 유럽정상회의(European Council / Europäischer Rat), 각료회의(the Council / Rat), 유럽위원회(the European Commission / Europäische Kommission), 유럽연합법원(the Court of Justice of the European Union / Gerichtshof der Europäischen Union), 유럽중앙은행(European Central Bank / Europäische Zentralbank), 회계원(Court of Auditors / Rechnunghof).<sup>112)</sup> 공직(Ämter)과 기관(Agenturen)과 같은 조약 혹은 조약을 근거로 하여 창설된 모든 통일(체)들(Einheiten)은 일반적으로 제도(Einrichtungen)와 그 이외의 지위(sonstige Stellen)로서 자세히 설명된다.<sup>113)</sup> 기관, 제도 그리고 그 이외의 지위의 상위개념(Oberbegriff)으로 지위(Stellen)가 사용될 수 있다. 이러한 용어사용의 통일성의 특징은 기본권의 구속력에 문제에 대해서는 아무런 역할을 수행하지 못한다.<sup>114)</sup>

유럽연합의 기본권 보장의 핵심적인 규범적 근거가 되는 유럽연합의 기본권 헌장은 이미 부결된 유럽헌법조약(EVV)과 달리 리스본 조약에서는 조약본문의 구성부분으로 존재하지 아니한다. 그럼에도 불구하고 유럽연합

110) 박진완, 앞의 논문(주 7), 788쪽.

111) Charta Erläuterungen, ABl 2007 C 303/32.

112) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 51 Rn. 3.

113) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/32.

114) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 51 Rn. 3; 박진완, 앞의 논문(주 7), 789쪽.

의 기본권 헌장의 법적인 구속력 인정은 법기술적으로 지시(Verweisung)의 형태를 통해서 확보되고 있다. 유럽연합조약 제6조 제1항은 유럽연합의 기본권 헌장의 법적 구속력 인정을 위한 지시를 명백하고 분명하게 규정하고 있다. 기본권 헌장의 유럽연합조약에 대한 편입에 대하여 규정하고 있는 유럽연합조약(EUV) 제6조 제1항 제1문, 기본권 헌장에 대하여 제1차적 법(Primärrecht)과 동일한 효력을 인정하고 있는 제6조 제1항 제2문이 바로 이러한 지시의 직접적 실행에 해당한다.<sup>115)</sup> 유럽연합조약 제6조 제1항 제1하부항(UAbs.) 제1문은 기본권 헌장에 포함된 권리, 자유 그리고 원칙에 대하여 조약과 동일한 효력을 인정한다고 함으로써 기본권 헌장 전체에 대한 법적인 구속력의 인정을 선언하고 있다. 이를 통해서 유럽연합조약은 원래의 의미의 기본권에 해당하는 권리와 자유 뿐만 아니라 독자적인 법으로 특성(Rechtscharakter)을 가지는 원칙에 대해서도 단순한 프로그램원칙(Programmgrundsätze)이 아닌, 기본권 헌장 제51조 제1항 제2문의 기본권 보호의무자(Grundrechtsverpflichtete)가 준수해야만 하는 구속력있는 법(verbindliches Recht)으로서의 효력을 인정하고 있다.<sup>116)</sup> 기본권 헌장은 2009년 12월 1일 법적인 구속력의 인정을 통해서, 유럽연합-기본권이 순수한 법원(echte-Rechtsquelle)이 되었다.<sup>117)</sup>

기본권 헌장에 대한 유럽연합조약과 동일한 효력순위(Rang)의 인정이 유럽연합조약 제6조 제1항 제1하부항을 통해서 확보되고 있기 때문에, 기본권 헌장 속에 규정된 기본권과 원칙들은 당연히 제1차적 법으로서의 효력

115) Wolff Heintschel von Heinegg, in: Christoph Vedder/Woff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht. EUV | AEUV | Grundrechte-Charta, Baden-Baden 2012, Artikel 3 EUV, Rn. 3.

116) Thorsten Kingreen, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/EGV, München 2007, GRCh Art. 52 Rn. 14.

117) 박진완, 유럽연합의 법질서에 있어서 기본권의 효력보장의 문제로서 유럽연합의 기본권 헌장상의 기본권 위반의 법적 효과에 대한 검토, 유럽헌법연구 제13호, 사단법인 유럽헌법학회 2013, 62쪽.

을 가진다.<sup>118)</sup> 따라서 기본권 헌장 상의 기본권은 성문의 유럽연합법과 동일한 효력을 가지기 때문에 양자 모두에 대해서는 유럽법의 우위가 인정된다. 그리하여 유럽연합법의 규범적 위계질서(Normenhierarchie)에서 동일한 효력을 순위를 가지는 유럽연합법과 기본권 헌장 상의 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 다양한 특별규정이 있는 경우를 제외하고는 실제적 조화의 원칙(Grundsatz der praktischen Konkordanz)에 따라 신중한 조정이 행해져야만 한다.<sup>119)</sup>

기본권 헌장 속의 기본권은 모든 이차적 법(sekundärrecht) 그리고 이보다 낮은 순위의 일차적 법(Primärrecht)의 해석에 있어서 척도가 된다. 그래서 유럽법원에 의한 이차적 법의 해석에 있어서는 적어도 일반적으로 기본권 적합적 해석(grundrechtskonforme Auslegung)이 행해진다.<sup>120)</sup> 기본권 헌장-기본권은 유럽연합의 기관에 의하여 제정된 모든 이차적 법의 제1차적 법과의 합치여부에 대한 법적합성 통제의 기준이 된다. 유럽법원은 유럽연합의 기능에 관한 조약 제263조에 의하여 유럽연합법원이 이러한 법적합성 통제의 심사권을 행사한다. 기본권 헌장-기본권에 위반되는 이차적 유럽연합법(sekundäres Unionsrecht)은 무효이기(unwirksam) 때문에, 될 수 있는 한 이러한 무효결정을 피하기 위하여, 이차적 법은 가능한 한 기본권적합적으로(grundrechtskonform) 해석되어야만 한다.<sup>121)</sup> 이러한 요구는

118) EuGH, Rs. 555/07 v. 19.1.10, Rn. 22.

119) 이에 대한 반론으로서 H.-W. Rengeling/P. Szczekalla는 이러한 양자의 충돌의 해결기준과 관련하여 기본권이 보장될 수 있는지 그리고 보장되지 않는지는 적어도 모든 국가법질서 혹은 초국가적 법질서의 핵심적 내용으로 미리 규정되어 있다고 전제하고 있다. 따라서 이러한 법질서의 선제적 구분의 한계를 넘어서지 않는 범위내에서, 가능한 기본적 적합적 해석을 통한 해결이 행해질 수 있는 사례에 있어서는 최종적 목적인 기본권의 우위가 인정되어야 한다고 해석하고 있다. Hans-Werner Rengeling/Peter Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, Köln; Berlin; München 2004, § 3 Rn. 255; 박진완, 앞의 논문(주 117), 64-65쪽,

120) Pache, 앞의 책 (주 100), § 4 Rn. 136.

121) EuGH, Rs. 46/87, Slg. 1989, 2859 Rn. 12; Rs. 101/01, Slg. 2003, I-12971 Rn.

바로 일반적인 이차적 법의 제1차적 법적합적 해석(allgemeine primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts)의 명령으로 나타난다.<sup>122)</sup> 유럽법원은 자신의 일관된 판례를 통해서 제1차적 법의 우위에 근거한 이차적 법의 제1차적 법적합적 해석의 명령(Geobt der primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts)을 인정하고 있다.<sup>123)</sup> 독일의 헌법합치적 법률해석의 개념적 원용없이 바로 도입된 이러한 이차법의 제1차적 법적합적 해석의 명령은 법실무와 이론 양쪽 모두 지지를 받고 있다.<sup>124)</sup> 유럽연합-기본권보호를 위한 소송수단으로서 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제263조와 제264조에 의한 유럽연합법원에 대한 무효소송(Nichtigkeitsklage)의 제기가 고려될 수 있다.

## 2. 유럽연합의 기본권 보호를 위한 소송수단으로서 무효소송

유럽연합의 기능에 관한 조약 제263조의 무효소송을 통한 개인소송가능성(Individualklagemöglichkeit)은 유럽연합에서의 개인의 기본권 보호, 즉 유럽연합시민의 기본권 보호에 있어서 특히 중요한 역할을 수행하게 될 것이다. 왜냐하면 독일과 우리나라의 헌법소원제도와 같은 기본권 소원

---

87; Rs. 305/05, Slg. 2007, I-5305 Rn. 28.

122) 이에 대해서는 EuGH, Rs. 314/89, Slg. 1991, I-1647 Rn. 17; Rs. 90/90, Slg. 1991, I-3617 Rn. 12; Rs. 98/91, Slg. 1994, I-223 Rn. 9; Jarass, 앞의 책 (주 67), Einl. Rn. 53.

123) EuGH, Rs. 218/82, Slg. 1983, 4063 Rn. 15 (Kommission/Rat); Rs. 201 und 202/85, Slg. 1986, 3477 Rn. 21 (Klensch/Staatssekretär); Rs. C-314/89, Slg. 1991, 1647 Rn. 17 (Rauh); Rs. C-98/91, Slg. 1994, I-248 Rn. 9 (Herbrink); Rs. 1/02, Slg. 2004, 3219, Rn. 30 (Borgmann); Rs. 305/05, Slg. 2007, I-5305 Rn. 28; Ruffert, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/EGV, München 2007, EGV Art. 249 Rn. 15.

124) Ruffert, 위의 책, EGV Art. 249 Rn. 15; 박진완, 앞의 논문(주 117), 66쪽.



(Grundrechtsbeschwerde) 형태의 개인소송의 보장을 통하여<sup>125)</sup> 유럽연합의 기관 그리고 그 이외의 유럽연합의 지위(예를 들면 대위원(Agenturen과 같은)의 행위가 감독될 수 있다. 특별한 전제조건을 충족없이 바로 청구를 제기할 수 있는 특권이 부여된 청구인(privilegierte Kläger)<sup>126)</sup>으로서 구성국가, 유럽연합의 기관 그리고 특권이 부여되지 않는 청구인(nicht-privilegierte Kläger)<sup>127)</sup>으로서 자연인과 법인은 행위가 자신과 직접적 그리고 개인적인 관련성을 가진 경우에만 청구를 제기할 수 있는 무효소송을 통하여 법적인 행위가 범위반이라는 것을 확인받을 수 있다. 이러한 청구인의 구분을 통하여 무효소송은 유럽법질서의 객관적 보호 그리고 개인의 기본권 보호의 두가지 상이한 목적을 동시에 추구하고 있다. 무효소송은 개인이 직접적으로 개인이 관련된 공동체의 법적 행위에 의하여 권리침해를 받게 되는 경우에 한하여 제기할 수 있다.

유럽연합의 기능에 관한 조약 제263조 제4항은 「모든 자연인 혹은 법인은…… 자신에 대하여 행해진 혹은 자신과 직접적으로 그리고 개별적으로 관련된 행위(Handlungen), 그리고 자신과 직접적으로 관련성을 가지고 어떠한 실행조치(Durchführungsmaßnahmen)도 수반되지 않는 명령적 성격(Verordnungscharakter)을 가지는 법규범(Rechtsakte)에 대하여 소송을 제기할 수 있다」고 무효소송에 대하여 규정하고 있다. 소송상의 특권을 가지지 않는 청구인으로서 개인이나 법인이 소송권한(Klagebefugnis)을 가지기 위해서는 관련된 행위나 법규범이 직접적으로 그리고 개별적으로 관련성을 가져야만 한다는 전제조건을 충족해야만 한다.<sup>128)</sup> 청구기간에 대해서는 유

125) Norbert Reich, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2002, S. 375 제정회의의 기록(Konvents-Dokumente). CONV 72/02, I.3; CONV 354/02.

126) Markus Kotzur, in: Rudolf Geiger/Daniel-Erasmus Khan/같은이, EUV/AEUV, München 2010, Art. 263 AEUV Rn. 16

127) Kotzur, 위의 책, Art. 263 AEUV Rn. 20,

128) 박진완, 위의 논문(주 117), 77쪽.

유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제256조 제6항은 무효소송은 처분이 공포된 날 혹은 행위가 원고에게 통지된 날 혹은 통지가 없는 경우에는 처분이 행해진 것을 안날로부터 2개월 이내에 제기해야만 한다고 규정하고 있다.

유럽연합법원은 일반적으로 모든 재판관들의 전원재판부(Plenum)에서 결정하는 것이 아니라, 특정한 법영역에 대한 관할권을 가지는 3명 혹은 5명으로 구성된 지정재판부(Kammer)에서 결정한다. 또한 특정한 경우에는 개별법관이 결정할 수 있다. 매우 중요한 의미를 가지는 사건의 경우에는 대지정재판부(große Kammer) 혹은 전원재판부에서 결정한다. 니스 조약 이래로 유럽법원의 업무를 경감시키기 위하여 유럽법원에 부속된 전문법원(Fachgerichte)이 설치되었다.<sup>129)</sup>

무효소송은 이전의 유럽공동체조약 제230조 제4항에 규정된 개인의 무효소송(Nichtkeitsklage Einzelner)의 보장형식을 유럽연합의 기능에 관한 조약 제263조 제4항의 직접소송(Direktklage)의 형식으로 수용계승한 것이다.<sup>130)</sup> 무효소송은 공동체기관의 행위에 대한 개인의 객관적 법적 통제와 주관적 권리보호의 가능성을 동시에 열어놓은 것이라는 점에서 유럽의 기본권 보호에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다.<sup>131)</sup>

### 3. 유럽연합법의 통일성 보장을 위한 사전결정절차

유럽법원은 유럽연합조약(EUV) 제19조 제3항 문자b와 유럽연합의 기능에 관

129) [https://de.wikipedia.org/wiki/Gericht\\_der\\_Europ%C3%A4ischen\\_Union](https://de.wikipedia.org/wiki/Gericht_der_Europ%C3%A4ischen_Union).

130) Alexander Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach den Vertrag von Lissbon - (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010, S. 43.

131) Vgl. Franz C. Mayer, Individualrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht, DVBl 2004, S. 609; 같은이, Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?, AöR 129 (2004), S. 245 f.

한 조약(AEUV) 제267조 속에 규정된 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren)를 통하여 유럽법의 해석과 기관의 행위의 유효성을 결정한다. 유럽법원은 이 절차 속에서 유럽법을 해석하고 경우에 따라서는 제2차적 유럽법의 상위유럽법과의 합치여부를 심사한다. 유럽연합의 각 구성국가들의 법원은 예를 독일연방재정법원 혹은 독일연방법원(Bundesgerichtshof)나 연방재정법원(Bundesfinanzhof)과 같은 최종심(letzte Instanz)이 문제되는 한에서는 사전결정절차를 통하여 유럽연합법의 해석의 문제를 유럽법원에 제청할 수 있거나 제청해야만 한다.<sup>132)</sup>

유럽법의 법적 통일성을 보장하는 사전결정절차는 유럽연합의 법적행위(Rechtsakte)인 제2차적 유럽법의 해석과 적용여부에 대하여 심사한다. 이와 관련하여 구성국가의 국내법원은 유럽의 입법행위(Gesetzgebungsakt)의 유효성 여부에 대한 심사를 요청할 수 있다. 사전결정절차는 구성국가의 법원 속에서의 유럽연합법 효력관철을 위한 독자적인 법해석권이 인정되는 경우에 발생하게 되는 유럽법 해석의 법적인 불통일성과 이로 인하여 야기되는 법적인 불안정성을 사전에 제거한다. 유럽법원은 이차법에 대한 폐기독점권을 가진다. 유럽법원의 유럽법의 폐기독점권은 이러한 자신의 통일성을 유지해야만 하는 유럽연합법의 본질적 특성에서 나온다.<sup>133)</sup> 이미 1987년의 Foto-Frost 결정에서 유럽법원은 유럽연합의 행위에 대한 아무런 문제가 제기되지 않을 경우에만, 유럽연합법의 유효성을 독자적으로 인정할 수 있다는 것을 명백히 하였다.<sup>134)</sup> 이와 반대로 구성국가의 국내법원은 유럽연합의 행위의 무효성을 확정할 권한이 없다. 만일 국내법원이 이러한 권한을 가지게 되면 유럽연합 법질서의 통일성 그리고 법적 안정성의 보장

132) 박진완, 위의 논문(주 117), 79-80쪽.

133) Judgment of the Court of 22 October 1987. C-314/85. Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost.

134) EuGH, Urteil vom 22.10.1987, Rs. C-314/85 (Foto-Frost), Slg. 1987, 4199, Rn. 14.

이 더 이상 유지될 수 없기 때문이다.<sup>135)</sup> 따라서 유럽법의 통일성을 유지하기 위해서 구성국가의 국내법질서의 차원에서 유럽법의 유효성에 대한 의심이 제기되는 경우에는 구성국가의 헌법재판소는 유럽법원에 사전결정절차의 제정을 해야만 한다. 이에 대한 한 예로서 아일랜드(Ireland)에서 헌법재판소의 기능을 행사하는 최고재판소(Supreme Court)는 유럽안정기구의 설치에 관한 조약(Treaty establishing the European stability mechanism (ESM))의 체결과 비준이 유럽법 위반이 아니라고 결정한 Pringle 사건<sup>136)</sup>에서 유럽법의 유효성과 해석의 문제와 관련하여 유럽법원에 사전결정절차의 제정을 하였다.

구성국가의 국내법원이 어떤 문제를 유럽법원에 제청하기 위해서는, 자신의 업무수행이 유럽연합법의 해석 내지 유효성을 전제로 해야만 한다. 유럽연합법의 해석 내지 유효성이 법원의 결정에 있어서 중요한 의미를 가져야만 하고(entscheidungerheblich), 유럽연합법의 해석이 이미 미리 행해지지 않아야만 한다. 구성국가의 법원은 유럽연합법원의 결정이 있기 전까지 재판을 중지한다. 제청된 문제들은 우선적으로 모든 공용어로 번역되어서 공보에 공고된다. 이를 통해서 구성국가 그리고 유럽연합의 기관들을 포함한 모든 참여 당사자들(beteiligte Parteien)에 의견을 표명할 기회가 부여된다. 법원의 판결이 내려지기 전에 구두변론 그리고 법원의 결정에 있어서 유럽법원의 재판관(Richter)을 지원하는 유럽연합법원의 법무관(Generalanwälte am Europäischen Gerichtshof)은의 최종적 의견제출(Schlussanträge des Generalanwalts)이 행해진다. 제청법원과 다른 법원은 유사한 사건에 있어서 유럽법원의 판결(Urteil)에 구속된다.

따라서 이러한 유럽법원의 결정이 내려지기 전에는 법적 행위가 그 행

---

135) EuGH, Rs. Foto-Frost (주 133), Rn. 15; Lenaert, 앞의 논문(주 19), S. 6 f.

136) Judgment of the Court (Full Court) of 27 November 2012. C-370/12 Thomas Pringle v Government of Ireland, Ireland and The Attorney General.

위의 기본권 위반성에도 불구하고 유효하게 다루어진다. 단지 중대하고 명백한 기본권 위반(schwerwiegende und offenkundige Grundrechtsverstöße)의 경우에는, 그 행위는 예외적으로 법적으로 처음부터 무효이다(inexistent). 동시에 사전결정절차가 개시된 경우에는, 이를 넘어서서 (가치분과 같은) 잠정적인 권리보호의 영역에서는 예외가 존재한다.<sup>137)</sup> 최종적으로 구체적인 전제조건 하에서는 법원의 재판과정에서 부수적 심사권(Recht der Inzidentsprüfung)이 인정된다.<sup>138)</sup>

행정절차 속에서 기본권에 위반되는 법적 행위는 처음부터 무효가(inexistent) 아닌 한에서는 일반적으로 적용된다. 이를 통해서 기본권에 대한 구속이 현저하게 상대화된다. 그 외에도 독일의 경우 기본법(Grundgesetz) 속에서 행정기관은 유럽연합법에 위반되는 국내법을 적용해서는 안된다는 판단을 내리고 있다.<sup>139)</sup> 그래서 행정기관은 특별한 주의를 가지고 기본권적합적 해석(grundrechtskonforme Auslegung)의 가능성을 심사해야만 한다.<sup>140)</sup>

유럽연합-기본권에 위반되는 유럽연합의 기관의 행위는 범위반(rechtswidrig)이기 때문에, 기본권 주체는 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제41조 제3항 그리고 제340조 제2항에 의하여 이러한 행위에 근거한 손해에 대해서는 배상청구권(Anspruch auf Ersatz von Schäden)이 인정된다. 손해배상 청구권은 물질적 손해와 정신적 손해 양자 모두에 대해서 인정된다. 특히

137) EuGH, Rs. 143/88, Slg. 1991, I-415 Rn. 19 f.; Rs. 465/93, Slg. 1995, I-3761 Rn. 40 ff.; Rs. 334/95, Slg. 1997, I-4517 Rn. 44, 47; Jarass, 앞의 책 (주 67), Einl. Rn. 59.

138) Jarass, 앞의 책(주 67), Einl. Rn. 59.

139) 이에 관해서는 Jarass, Grunfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts. Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtsetzung nach Maastricht, Köln; Berlin; Bonn; München, 1994, S. 102 f.

140) Jarass, 앞의 책 (주 67), Einl. Rn. 60.

정신적 손해에 대한 손해배상청구의 인정이 기본권 보호에 있어서 중요한 의미를 가진다. 그러나 이러한 손해배상청구권의 인정을 위해서는 이러한 범위반적 사실의 증명외에도 손해배상책임의 다른 전제조건들이 충족되어야만 한다. 손해배상청구권은 독일의 경우와 달리, 입법에 의한 기본권 위반의 경우에도 인정된다.<sup>141)</sup>

## V. 유럽연합의 기본권 헌장과 구성국가의 헌법상의 기본권 보호

유럽연합조약과 동일한 효력을 가지는 유럽연합—기본권은 유럽연합법의 부분으로서 모든 구성국가의 국내법보다 우선한다. 이러한 구성국가의 국내법에 대한 유럽연합법의 우위를 명백히 규정하였던 유럽헌법조약(제I-6조)과 달리, 리스본 조약은 이를 규정하지 않았다.<sup>142)</sup> 유럽연합법의 우위는 2007년 12월 13일 서명된 리스본 조약을 수용한 정부회의의 체결행위에 대한 설명 제17호(die Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz) 속에서 언급되고 있다.<sup>143)</sup>

구성국가 속에서도 기본권 헌장 제51조에 의하여 유럽연합의 기본권은 적용된다. 그러나 기본권 헌장은 일반적이고 포괄적으로 효력을 가지지 않는다.<sup>144)</sup> 기본권 헌장 제51조 제1항은 「이 헌장은 …… 유럽연합법이 실행되는 경우에 한하여 구성국가에 대하여 유효하게 적용된다」고 규정하고 있

141) Jarass, 앞의 책 (주 67), Einl. Rn. 61; 박진완, 위의 논문(77), 81쪽.

142) 박진완, 앞의 논문(주 7) Martin Borowsky, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, Art. 53 Rn. 10.

143) Borowsky, 위의 책, Art. 53 Rn. 10 Fn. 454; 박진완, 앞의 논문(주 117), 67쪽.

144) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), 270쪽.

다. 직접적 효력을 가지고 있는 유럽연합법에 위반되는 국내법에 대하여 일반적으로 인정되는 것과 마찬가지로 유럽연합-기본권에 위반되는 국내법은 적용될 수 없다. 따라서 모든 구성국가들의 국가기관, 특히 법원과 행정기관은 이러한 유럽연합-기본권의 국내법에 대한 우위를 고려해야만 한다. 이러한 기본권 헌장 속에 규정된 유럽연합-기본권의 국내법에 대한 우위는 또한 구성국가의 헌법에 대해서도 인정된다. 따라서 구성국가의 국내법은 유럽연합-기본권의…… 빛 속에서, 즉 유럽연합-기본권 적합적으로(EU-Grundrechtskonform) 해석되어야만 한다.<sup>145)</sup> 이러한 구성국가의 국내법의 유럽연합-기본권적합적 해석이 행해지는 경우에도, 이러한 기본권 적합적 해석의 규칙과 한계도 준수되어야 하기 때문에,<sup>146)</sup> 당연히 기본권 적합적 해석이 실정법 규정에 반하는 해석(Auslegung contra legem)이 되어서는 안된다.<sup>147)</sup>

기본권 헌장 제51조 제1항 제1문에 의하여 기본권 헌장의 기본권은 유럽연합법의 실행(Durchführung des Rechts der Union/implementing Union Law/mettent en œuvre le droit le l'Union)과 관련되는 경우에는 구성국가에 대해서도 구속력을 가진다. 전적으로 구성국가의 국내적 권한에 속하는 영역에 대해서는 유럽연합의 기본권은 적용될 수 없다. 이것은 또한 기본권 헌장-원칙(Charter-Grundsätze)에 대해서도 타당하게 적용된다.<sup>148)</sup> 더 나아가서 기본권 헌장 제51조 제2항은 「이 헌장은 유럽연합의 관할권을 넘어서 유럽연합법의 효력범위를 확장시키지 않고, 새로운 관할권(Zuständigkeiten), 유럽연합의 새로운 책무(Aufgaben)를 근거지우지 않을 뿐만 아니라 또한

145) Jarass, 앞의 책 (주 67), Einl. Rn. 54.

146) 이와 관련하여 예를 들면. EuGH, Rs. 264/96, Slg. 1998, I-4695 Rn. 31; Rs. 397/01, Slg. 2004, I-8835 Rn. 114; Rs. 105/03, Slg. 2005, I-5282 Rn. 43.

147) EuGH, Rs. 105/03, Slg. 2005, I-5285 Rn. 47; Rs. 212/04, Slg. 2006, I-6057 Rn. 110; 박진완, 앞의 논문(주 117), 67쪽.

148) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 51 Rn. 10.

조약 속에서 확정된 관할권과 책무를 변경시키지 않는다」고 규정하면서 기본권 헌장이 유럽연합법의 효력범위나 유럽연합의 권한확장의 근거로 이용될 수 없다는 것을 명백히 하고 있다.<sup>149)</sup> 기본권 헌장 제51조 제2항은 무엇보다도 정치적 목적에서 근거한 권한보호규정으로서 단지 선언적 성격을 가진다. 이 규정은 법논리적으로 볼 때 이미 유럽연합조약 제5조 제3항, 제51조 제1항 제1문의 보충성의 원칙 그리고 유럽연합조약 제5조 제2항 속에 규정된 제한된 개별적 위임의 원리(*Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung*)에서 도출된 것을 확인한 것이다.<sup>150)</sup>

따라서 기본권 헌장은 단지 구성국가를 통한 유럽연합법의 실행의 경우에만 적용되기 때문에, 구성국가 속에서의 ‘유럽연합법의 실행’의 개념적 해석과 관련하여 논란이 제기된다.<sup>151)</sup> 일반적 법원칙에 근거한 기본권(*Grundrechte aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen*) 역시 유럽연합법의 실행과 관련하여 구성국가에 대하여 구속력을 가진다. 기본권 헌장 제51조 제1항 제1문의 기본권의 적용범위는 이러한 일반적 법원칙에 근거한 기본권까지 포함하는 것으로 이해해야만 한다.<sup>152)</sup> 기본권 헌장의 기본권에 대한 구성국가의 구속은 기본권의 직접적 효력보장을 의미한다. 구성국가의 기본권 헌장의 기본권에 대한 국내적 전환행위(*nationale Umsetzungsakt*) 혹은 법 적용 명령없이 바로 기본권이 적용된다는 것을 의미한다.<sup>153)</sup>

2004년 3월 18일의 *Omega* 결정<sup>154)</sup>에서 유럽법원은 제1차법의 해석에 있어서 구성국가의 기본권 보장을 고려하였고, 이를 통해서 발생가능한 관

149) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 270; 박진완, 앞의 논문(주 7), 789쪽.

150) Borowsky, 앞의 책(주 142), Art. 51 Rn. 37; 박진완, 앞의 논문(주 7), 791쪽.

151) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 270.

152) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 51 Rn. 10; 박진완, 앞의 논문(주 7), 791쪽.

153) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 51 Rn. 13; 박진완, 앞의 논문(주 7), 791쪽.

154) Case C-36/02 OMEGA Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.



할권 분쟁을 사전에 예방할 수 있다는 것을 확인하였다.<sup>155)</sup> 이 결정에서 유럽법원은 독일에서 레이저총으로 인간에 대한 살인행위를 모방하는 게임의 상업적 판매행위를 금지하는 Bonn 경찰당국의 조치가 유럽공동체법상의 서비스 이동의 자유(freedom to provide services)에 대한 정당한 제한이라고 보았다. 그러나 유럽법원은 2013년 2월 26일의 Åkerberg Fransson 사건<sup>156)</sup>에서 구체적 사건 속에서 유럽연합법원칙과 그 어떤 관련성을 인정할 수 있으면, 보다 정확히 설명하면 어떤 구성국가가 유럽연합법의 적용범위 속에 있으면, 기본권 헌장의 기본권이 적용가능하다는 매우 대담한 결정을 내렸다. 이 결정에서 유럽법원은 기본권 헌장 제51조에 규정되고, 자신의 사법권의 범위에 속하는 유럽연합-기본권의 적용범위를 확장하였다.<sup>157)</sup> 이러한 유럽연합법 규정 속에 구성국가에 의하여 행정적 과제로서 전혀 실행될 수 없고, 구체적인 사례속에서 단지 고려점으로서만 인정될 수 있는 규정도 포함되게 될 것이다.<sup>158)</sup> 이러한 유럽법원의 적극적인 결정에 대하여 역으로 구성국가의 기본권과 이의 적용을 전담하는 구성국가의 헌법재판소의 나머지 역할의 설정의 문제가 제기된다.<sup>159)</sup> 독일연방헌법재판소는 반테러정보법(Antiterrordateigesetz)<sup>160)</sup>에 대한 결정에서 이러한 유럽법원의 견해는 기본권 헌장 제51조 혹은 유럽연합조약 제6조 제2항의 정신 혹은 문구와 합치되지 않는다는 것을 전원일치로 언급하였다. 이것은 관련된 법관계가 유럽법에 의하여 결정되는 경우,<sup>161)</sup> 즉 다시 말하면 구체적 사례에 대하여 법적인 구속력을 가지는 명령적 언급(Anweisung)이 사전에 규정된

155) Ludwigs, 앞의 논문(주 10), S. 274.

156) Judgement in Case C-617/10 Åklagaren v Åkerberg Fransson.

157) Ludwigs, 앞의 논문(주 10), S. 273.

158) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 270.

159) Ludwigs, 앞의 논문(주 10), S. 273.

160) BVerfG, Urteil v. 24.4.2013, 1 BvR 1215/07, NJW 2013, S. 1499.

161) NJW 2013, S. 1500.

경우에만, 유럽연합의 기본권 헌장이 적용될 수 있다는 입장이다. 이것은 이러한 경우에만 유럽연합-기본권이 적용되고, 이러한 경우를 벗어나서 유럽연합-기본권이 적용될 수 없다는 의미이다. 이와 관련하여 Ferdinand Kirchhof는 유럽연합법이 구속력 있게 규정하지 않은 영역에 대한 유럽연합-기본권의 적용범위의 확장은 유럽법원의 사법권의 범위를 넘어선 것이고, 이것은 독일연방헌법재판소에 의하여 인정될 수 없을 것이라고 보고 있다.<sup>162)</sup>

구성국가를 통한 유럽연합법의 실행의 경우에 유럽연합-기본권이 적용되는 것은 대체로 다음의 두가지 측면에서 문제점을 안고 있다. 구성국가가 특정한 행위를 하는 경우에는, 항상 그 국가는 그 국가의 독자적인 헌법의 구속을 받는다. 그러나 또한 구성국가는 유럽연합법을 실행하고, 이 과정에서 기본권 헌장상의 기본권 보호를 준수해야만 한다. 이렇기 때문에 항상 유럽연합의 기본권 헌장 그리고 구성국가의 헌법상의 기본권이 중복적으로 적용된다. 이 두 개의 기본권의 중복적 적용이 각각 서로 다른 결과를 명령하는 경우에는, 국내헌법상의 기본권의 순위와 존엄 때문에 유럽연합법의 적용우위를 일반적으로 인정할 수 없다.<sup>163)</sup> 구성국가의 국내법이 확실히 적용되는 영역은 바로 유럽법 적용의 절대적 한계 영역이다. 이와 반대로 유럽연합의 초국가적 법질서는 유럽연합법과 유럽연합-기본권의 존중을 그 구성국가에 대하여 요구한다. 그러나 이러한 요구의 목적은 유럽연합-기본권 보장과 동일한 구성국가의 기본권 보장체계의 마련 혹은 유럽연합에로의 유럽의 기본권 보장의 집중화 실현은 아니다. 왜냐하면 유럽연합-기본권과 국내적 기본권은 그 보호필요성이 다르기 때문이다.<sup>164)</sup> 경

162) 이러한 입장의 근거가 되는 연방헌법재판소의 결정은 BVerfGE 89, 155, 209 f.; Kirchhof, 앞의 논문(주 8), 270쪽.

163) Josef Isensee, in: Detlef Mertens/Hans Jürgen Papier, Handbuch de Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Heidelberg 2006, § 26 Rn. 31 ff.; Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 270 f.

164) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 271.

우에 따라서 유럽연합의 각 구성국가들이 내용적 공통성을 가지고 있는 헌법적 전통과 기본권을 형성하고 있는 한에서는, 이러한 공통적인 구성국가의 헌법적 전통과 기본권은 유럽연합-기본권의 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)이 된다. 이러한 어느 정도의 내용적 공통성에 바탕을 둔 공통의 법인식원의 형성이 반드시 그 공통적인 법인식원의 실질적 내용을 구체화하고 있는 각 구성국가들의 기본권의 모든 개별적 내용과 구성국가의 기본권에 대한 판례들의 내용적 일치까지 보장한다고 볼 수 없기 때문에, 결과적으로 유럽연합의 기본권과 개별국가의 기본권의 차이를 초래하게 만든다.<sup>165)</sup> 그 외에도 어떤 구성국가의 기본권의 내용이 다른 구성국가의 기본권의 내용과 아주 다르게 나타나는 경우와 같이 공통적인 유럽연합-기본권의 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)이 형성될 수 없다면, 이 경우에는 유럽연합의 기본권과 개별 구성국가의 기본권의 차이는 점점 더 커지게 된다.<sup>166)</sup> 이렇게 볼 때 공통적인 법인식원이 형성되는지 여부에 관계없이 유럽연합-기본권과 구성국가의 기본권은 서로 다른 의미와 적용범위를 가질 수 있다.

공통적인 법인식원을 형성하고 있는 유럽연합-기본권과 구성국가의 기본권의 각각의 서로 다른 관할권이 있는 유럽법원과 각 구성국가들의 헌법재판소에 의한 기본권의 구체화와 실현은 유럽연합법적인 영역과 구성국가의 법적인 영역에서의 기본권 보호가 서로 다르게 진행될 수 있다는 것을 의미한다. 궁극적으로 이러한 사례들에 있어서는 유럽연합-기본권과 구성국가의 기본권과의 관계의 문제, 즉 특히 양 기본권이 누적적으로(kumulativ) 적용되는지 여부 혹은 유럽연합의 기본권이 구성국가의 기본권을 배제하는지 여부의 문제가 제기된다. 우선적으로 이 문제와 관련하여 유럽연합의 기본권과 구성국가의 기본권의 적용범위가 전체적으로 중복되지 않음에도

165) 박진완, 앞의 논문(주 7), 803쪽.

166) 박진완, 앞의 논문(주 7), 803쪽.

불구하고,<sup>167)</sup> 이에 대해서는 여전히 논의의 여지가 존재한다.<sup>168)</sup>

## 1. 유럽연합법의 적용영역에서의 구성국가의 기본권의 적용불인정

유럽연합-기본권의 우위가 인정되는 유럽연합법의 적용영역에 있어서는 유럽연합법의 통일적 적용을 위하여 구성국가의 기본권은 적용될 수 없다.<sup>169)</sup> 따라서 이 경우에는 구성국가의 기본권에 구속되지 않는 유럽연합의 기관에 대한 유럽연합-기본권의 구속력이 인정된다. 그러므로 유럽법적인 행위의 발령(Erlass von Rechtsakten)과 관련된 사례에 대해서는, 당연히 직접적 효력이 인정된 유럽연합의 기본권이 적용된다. 따라서 유럽연합법의 적용영역에 있어서는 유럽연합-기본권의 우위가 보장된다. 그렇지만 또한 유럽연합의 사실상의 행위에 대한 구성국가의 기본권에 대한 구속력의 인정은 거의 인정될 수 없다. 왜냐하면 만일 이러한 구속이 허용된다면, 통일적인 유럽연합-기본권의 적용 그 자체를 위태롭게 만들 수 있기 때문이다.<sup>170)</sup>

유럽연합의 근본적 가치로서 인권의 존중을 들고 있는 유럽연합조약 제 2조를 고려해 볼 때, 유럽연합-기본권에 위반되는 유럽연합의 공권력의 행사, 즉 유럽연합의 기관, 제도 그리고 그 이외의 지위의 행위들은 범위반이다(rechtswidrig). 이러한 공권력의 행사에 대한 기본권위반 선언을 회피하기 위하여, 유럽연합법원은 기본권 적합적 해석이 가능한 경우에는 기본권

167) EuGH, Rs. 41/79, Slg. 1980, 1979 Rn. 4; Rs. 97/ 87, Slg. 1989, 3165 Rn. 7; Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 53 Rn. 9.

168) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 53 Rn. 8; 박진완, 앞의 논문(주 7), 803쪽.

169) Vgl. 이전의 유럽공동체법의 우위에 관한 판례. EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 Rn. 3 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr-und Vorratsstelle Getreide).

170) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 53 Rn. 9; 박진완, 앞의 논문(주 7), 804쪽.

적합적 해석을 시도해야만 한다.<sup>171)</sup>

오로지 유럽법원만이 유럽연합-기본권에 위반되는 어떤 법적 행위가 무효라고 확정할 수 있는 권한을 가진다. 유럽법원은 무효소송(Nichtigkeitsklage) 혹은 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren) (유럽연합의 기능에 관한 조약 제267조)를 통하여 이러한 결정을 할 수 있다. 유럽연합-기본권에 위반되는 법적 행위(Rechtsakte)는 무효임에도 불구하고 평등기본권(Gleichheitsgrundrechte) 그리고 절차기본권(Verfahrensgrundrechte)의 경우에는 무효선언의 제한이 가능하다.<sup>172)</sup>

## 2. 예외적 상황에서의 구성국가들의 국내적 기본권의 적용

구성국가와 구성국가의 기관을 통한 유럽연합법의 실행이 행해질 때, 즉 이들이 유럽연합-기본권의 보호의무자(Verpflichtete)가 되는 영역에서는, 구성국가의 국내적 기본권은 처음부터 적용될 수 없거나 혹은 유럽연합-기본권과 충돌되는 경우에도 그 우위를 인정받을 수 없다. 왜냐하면 유럽연합법의 우위에 근거한 강제적인 유럽연합법에 대한 구성국가의 구속 때문에, 구성국가의 국내기본권의 적용은 고려될 수 없다. 그러나 유럽연합법을 실행하는 구성국가의 조치와 관련하여 구성국가의 독자적 형성영역이 인정되는 경우에는 구성국가의 국내기본권의 적용가능성이 인정될 수 있다. 따라서 구성국가의 형성영역의 인정 여부에 따라, 구성국가의 유럽연합법실행 조치에 대한 구성국가의 기본권의 적용여부가 결정된다. 이런 상황에 대한 해결책은 이미 기본권 헌장 제51조 속에 규정되어 있다. 왜냐하면 기본권 헌장 제51조는 유럽연합-기본권의 적용의 우위가 아닌, 기본권의

---

171) Jarass, 앞의 책 (주 67), Einl. Rn. 58; 박진완(주 117), 앞의 논문, 79쪽.

172) Jarass, 앞의 책(주 67), Einl. Rn. 59.

적용범위 즉 기본권의 효력에 대하여 규정하고 있기 때문이다. 이 규정의 제정자들은 유럽연합-기본권과 구성국가들의 기본권의 중복적 적용에 있어서 적용우위에 대해서는 확정적 해답을 제공하지 않았다. 따라서 유럽연합-기본권의 적용우위에 대한 학설은 오로지 유럽법원의 판례에 근거한 것이다.<sup>173)</sup> 이차적 유럽연합법과 달리 유럽연합의 기본권은 어떠한 적용우위도 요구하지 않는다. 왜냐하면 유럽연합의 기본권은 유럽연합의 초국가적 법질서의 실현이 아닌, 유럽연합시민의 기본권 보호를 목적으로 하기 때문이다. 유럽연합의 기본권 헌장의 적용우위에 대한 한계설정의 법적 근거는 기본권 헌장 제51조 제2항에서 찾을 수 있다. 앞에서 언급한 바와 기본권 헌장 제51조 제2항에 의하여 기본권의 헌장의 해석과 적용과 관련된 유럽연합의 권한의 확대는 인정될 수 없다. 따라서 암묵적인 권한증대뿐만 아니라 유럽연합-기본권과 구성국가의 기본권 적용영역의 구분이 인정되는 현재상태의 균형을 깨뜨리는 기본권 헌장의 해석은 허용되지 않는다.<sup>174)</sup> 이렇게 볼 때 유럽법원의 판례를 통하여 인정된 유럽연합-기본권의 적용우위에 대한 도그마틱적인 근거는 구성국가의 기본권과 유럽연합-기본권의 충돌을 발생시키지 않는다.<sup>175)</sup>

유럽연합법이 구성국가에 대하여 입법형성의 자유영역(Spielräume) 혹은 재량(Ermessen)을 인정하거나 혹은 부여하는 경우에는 구성국가의 법원은 유럽연합-기본권뿐만 구성국가의 기본권을 (부수적으로) 적용할 수 있다.<sup>176)</sup> 따라서 유럽연합법에 대한 완전한 내지 최종적 구속으로부터 자유로운 입법형성의 자유영역<sup>177)</sup>이 인정되는 경우에는 양 기본권이 동시에 구속력을 가지게 된다. 따라서 이 경우에 있어서 유럽연합의 기본권의 역할

173) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 271.

174) Yvonne Dorf, Zur Interpretation der Grundrechtscharta, JZ 2005, S. 127 f.

175) Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 271.

176) Borowsky, 앞의 책(주 142), Art. 53 Rn. 14a.

177) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 53 Rn. 10.

은 준수해야 하는 기본권 보장의 최저수준을 보장하는 것이다.<sup>178)</sup> 이렇게 양 기본권의 적용영역이 중복되는 경우에, 이 영역에서의 구성국가의 국내적 기본권의 적용이 구성국가의 법 속에 규정된 한에서는, 유럽연합의 기본권과 국내적 기본권의 누적적 적용이 인정된다.<sup>179)</sup> 따라서 이러한 양 기본권의 이중적 적용이 허용되는 경우에는 기본권 보장의 최적화의 원칙에 의하여 개별적 사례에서 보다 유리한 기본권이 적용된다.<sup>180)</sup> 따라서 이러한 사례에 있어서 보다 유리한 내용을 규정하고 있는 구성국가의 기본권의 적용을 배제하는 유럽연합-기본권의 우위는 기본권 헌장 제53조의 의미와 목적에 위반될 수도 있다. 이러한 의구심은 예를 들면 유럽연합법의 국내적 전환에 있어서 유럽연합-기본권을 고려해야만 하는 경우에, 구성국가에 대하여 인정된 형성의 자유영역(Gestaltungsspielräume) 때문에 구성국가의 기본권이 적용될 수 있는 경우에 대해서 타당하게 적용된다. 이런 경우에는 유럽연합-기본권의 적용으로 인하여 구성국가의 국내적 기본권의 보호수준이 약화시키는 결과를 초래해서는 안된다.<sup>181)</sup>

그 외에도 유럽연합법 속의 기본자유(Grundfreiheiten)와 구성국가의 기본권이 서로 충돌하는 사례에 있어서 유럽법원이 구성국가의 국내헌법상의 기본권 보장수준보다 더 강하게 기본권을 제한하는 기본권 해석을 행한 경우에 대해서도 또한 똑같은 논리가 적용될 수 있다. 따라서 역시 이 경우에도 기본권 보장의 최적화 원칙의 적용을 고려하여 당연히 유럽연합법의 우위에 근거하여 유럽연합-기본권이 적용될 것이 아니라, 구성국가의 기본권이 적용되어야만 한다.<sup>182)</sup> 그러나 개별 사례에서 구성국가의 국내적 기본권의 적용이 유럽연합조약, 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV), 제2

178) Borowsky, 앞의 책(주 142), Art. 53 Rn. 14a.

179) Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 53 Rn. 11.

180) Borowsky, 앞의 책(주 142), Art. 53 Rn. 22; 박진완, 앞의 논문(주 7), 804쪽.

181) 박진완, 앞의 논문(주 7), 805쪽.

182) 박진완, 앞의 논문(주 7), 805쪽.

차법(sekundäres Recht)과 제3차법(tertiäres Recht)에 위반되는 경우에는, 구성국가의 기본권 적용이 허용될 수 없다. 문제가 되는 처분(Maßnahme)이 이에 상응하는 구성국가의 기본권에 위반되지 않는 경우에는, 최종적으로 유럽연합의 기본권도 또한 적용될 수 있다.<sup>183)</sup>

Paul Kirchhof는 관련 독일연방헌법재판소의 관련 판례들을 원용하면서 이러한 기본권의 중복적 적용이 허용되는 상황에서 기본권 보장의 최적화 실현과 관련하여 독일연방헌법재판소는 독일 기본법의 헌법적 정체성<sup>184)</sup>과 관련 기본권의 본질적 내용의 보장에 대한 위협이 심각하게 대두되는 경우에는 독일 기본법상의 기본권이 우선적으로 적용된다고 주장하고 있다. 그는 특히 이러한 극단적인 상황에서는 국민주권의 원리에 의하여 직접적으로 정당화된 기본법이 초국가적인, 단지 간접적인 민주적 정당성을 가지고 있는 조약법에 우선해야 한다고 보고 있다.<sup>185)</sup>

이와 관련하여 Hans D. Jarass 역시 또 다른 측면에서 구성국가의 국내 법규정이 유럽연합-기본권을 제한할 수 있다는 점에 대한 고려도 필요하다고 보고 있다. 구성국가에 대한 유럽연합-기본권의 구속력이 인정되는 한에서는, 구성국가는 유럽연합-기본권 제한의 권한을 가진다. 이것은 구성국가가 관련 유럽연합-기본권의 적용을 보장하고, 이러한 기본권 적용 보장에 상응하는 제한을 또한 할 수 있다는 것을 의미한다. 또한 구성국가는 그 이외의 유럽연합법 역시 제한할 수 있다. 명백히 개별국가의 법률 혹은 개별국가의 법규정 그리고 관행에 근거한 기본권에 대해서는 구성국가의 국내법규정은 특별한 의미를 가진다.<sup>186)</sup>

183) EuGH, Rs. 81/05, Slg. 2006, I-7569 Rn. 41; Jarass, 앞의 책(주 67), Art. 53 Rn. 11.

184) BVerfGE 113, 273, 296; 123, 267, 353 f., 358 ff.; 126, 286, 302; Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 1, 6 f.; Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 271.

185) BVerfGE 89, 155 169; 123, 167, 364 ff; Kirchhof, 앞의 논문(주 8), S. 271.

186) Jarass, 앞의 책 (주 67), Einl. Rn. 55; 박진완, 앞의 논문(주 117), 67-68쪽.



## VI. 헌법재판소 결합 속에 상호협력의 방법

유럽연합법원과 독일연방헌법재판소의 상호협력은 기본권 보호의 최적화 실현을 위한 두 법원의 자제와 협력의 원리에 따라 행해진다. 이 두 법원은 자신의 독자적 권한을 주의 깊게 그리고 다른 법원에 대한 고려하에서 행사한다. 독일연방헌법재판소는 예를 들면 자신의 조건 II(Solange-II)<sup>187)</sup> 속에서 유럽법원이 독일의 기본권을 중요한 결정내용 속에서 자신의 결정 속에서 존중하는 ‘한에서는’, 자신의 독자적 결정을 보류한다고 하면서 이러한 자제의 기술을 적용하였다. 유럽법원의 1964년의 결정<sup>188)</sup>을 통해서 인정된 공동체법의 적용우위는 일반적으로 공동체법과 국내법과의 관계 속에서 인정된다. 독일연방헌법재판소의 판례에 의하면 이러한 공동체법의 적용의 우위는 규범위계질서적인 도구는 아니다. 왜냐하면 독일의 경우 기본법이 이러한 적용의 우위를 어느 정도까지의 기본적 조건을 충족한 경우에만 인정하고 있기 때문이다. 이러한 적용의 우위는 침해할 수 없는 기본법의 헌법적 정체성의 핵심적 내용 그리고 이른바 조건-II-사건(Solange-II-Fall)<sup>189)</sup>에서 제시된, 유럽연합 속에서의 기본권 보호수준이 일반적으로 꼭 필수적인 수준이하로 내려가지 않는 한에서만 인정된다.<sup>190)</sup> 이 결정 속에서 독일연방헌법재판소는 1986년 10월 22일의 자신의 결정(Beschluß)에서 이러한 유럽공동체법의 우위의 조건을 다음과 같이 설명하고 있다<sup>191)</sup>: “유럽공동체(die Europäischen Gemeinschaften), 특히 유럽공동체법원(Gerichtshofs der Gemeinschaften)의 결정이 공동체의 공권력에 대하여 효과적인 기본권

187) BVerfGE 73, 339.

188) EuGH—Costa/ENEL, Rs. 6/64 - Slg 1964, 1141.

189) BVerfGE, 73, 339.

190) Voßkuhle, 앞의 논문, S. 12.

191) BVerfGE, 73, 339, 387.

보호를 일반적으로 보장하고, 기본법에 의하여 필수적으로 명령된 기본권 보호를 본질적인 측면에서 똑같이 존중하고, 무엇보다도 기본권의 본질적 내용을 일반적으로 보장하는 한에서는, 독일연방헌법재판소는 독일연방공화국의 통치권의 범위 속에서 독일법원과 관청의 행위에 대한 법적 근거로서 요구된 파생된 공동체법(abgeleitetem Gemeinschaftsrecht)의 적용가능성에 대한 자신의 재판권을 더 이상 행사하지 아니하고, 따라서 이 법을 더 이상 기본법의 기본권의 기준에 의하여 심사하지 아니한다. 그러므로 이에 상응하는 기본법 제100조 제1항의 위헌법률심판제청도 허용되지 않는다”.

리스본 조약에 의한 기본권 헌장의 법적 효력발생을 통해서 유럽의 헌법질서 속에는 일반적으로 두 개의 기본권이 적용된다. 이와 관련하여 유럽법원이 독일연방헌법재판소의 조건-II결정을 거꾸로 적용하는 조건적-결정(Solnage-Rechtsprechung)을 통하여 필요한 자제를 행사할 것을 요구할 수도 있다. 이러한 협력요청은 사전결정절차(Vorabentscheidungsverfahren)를 통해서 인정될 수 있다. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제267조에 의한 사전결정절차를 통하여 유럽연합법의 입법자가 제정한 법내용에 대한 유럽연합의 구성국가들의 법원들과 유럽법원과의 사이에 대화가 개시되고, 이 양 법원들 사이의 협력적 공동작업이 실행된다. 물론 이 절차의 진행과정에서 유럽연합법의 우위에 의한 규범적 위계질서의 형성이 문제가 된다고 할 지라도, 이러한 협력과정에서 유럽의 인권보호를 위한 각 법원들 상호간의 협력과 책임성의 분담이 행해진다.

유럽법원은 제2차적 유럽법(sekundäres Europarecht)에 대한 독점적인 폐기권(Verwerfungsmonopol)을 가진다. 1987년에 유럽법원은 Foto-Frost 사건<sup>192)</sup>에서 구성국가의 국내법원은 유럽연합의 행위의 무효를 확정할 수 없다고 결정하였다. 만일 구성국가의 국내법원이 유럽연합의 행위의 무효를

---

192) Judgment of the Court of 22 October 1987. C-314/85. Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost.

확인할 수 있다면, 유럽연합법 질서의 통일성과 법적 안정성은 더 이상 보장될 수 없기 때문이다. 유럽법원의 유럽연합의 독점적인 폐기권의 인정은 유럽연합법의 통일성을 보장해야만 하는 유럽연합법의 본질적 특성에서 나온다. 유럽법은 유럽연합법의 유효성과 해석과 관련하여 다음의 두가지 경우에 구성국가의 국내법원의 유럽법원에 대한 사전결정절차의 제청의 의무를 규정하고 있다. 한편으로 국내법원이 자신의 결정을 국내법적인 법적 구제절차를 통해서 더 이상 다룰 수 없는 경우에는, 그 법원은 유럽연합의 기능에 관한 조약 제267조 제1항 문자 a에 따라 유럽법의 해석의 문제를 유럽법원의 사전결정절차에 제청할 의무를 진다. 또 다른 측면에서는 구성국가의 국내법원은—어떤 심급이든 관계없이—유럽법의 효력에 대한 의심이 있는 경우에는 유럽법의 효력에 관한 문제를 유럽법원에 제청할 의무를 진다.<sup>193)</sup> 유럽연합의 기능에 관한 조약 제267조는 유럽법원이 사전결정절차에서 결정하는 사항으로서 각 문자 a와 b에서 a) 조약의 해석, b) 유럽연합의 기관(Organe), 제도(Einrichtungen) 혹은 그 이외의 지위(Stelle)의 행위의 효력과 해석을 규정하고 있다.

Voßkuhle가 이야기한 유럽의 다양한 헌법재판소 연합 속에서의 유럽법원, 유럽인권법원 그리고 유럽연합의 각 구성국가들의 헌법재판소들 사이의 적합한 책임의 분배는 한편으로는 구성국가들의 헌법적 정체성을 고려한 것이고, 그러나 또 다른 한편으로는 유럽법의 특수성과 유럽법원이 어떤 한 국가의 헌법재판소만이 아닌, 전체 28개국의 헌법재판소 혹은 최고법원과 서로 대비되는 상황자체를 감안한 것이다.<sup>194)</sup>

유럽연합의 구성국가들의 헌법재판소와 법원들 사이의 헌법해석을 둘러싼 의견과 입장의 차이는 유럽통합에 있어서 각 구성국가들의 다양하고 특별한 상황이 반영된 것이다. 이러한 각 국가들의 헌법재판소나 법원의 헌

193) Lanaerts, 앞의 논문(주 19), S. 5.

194) Lenaerts, 앞의 논문(주 19), S. 25

법해석의 차이에 대한 유럽법원의 유럽법해석을 통한 조정은 유럽법의 내용들에 대한 보다 강력한 수용을 요구하게 만든다. 이러한 요구는 소송법적인 측면에서는 구성국가의 헌법재판소들의 유럽법원에 대한 불제청(Nichtvorlage)의 감소로 나타난다. 또한 내용적으로는 구성국가의 헌법재판소들의 협력적 그리고 유럽연합법원과의 적극적인 대화에 참여하는 기본적인 입장을 표명으로 나타난다. 오스트리아 헌법재판소(der österreichische Verfassungsgerichtshof)는 보다 최근의 결정에서 기본권 헌장의 적용영역에 있어서는 기본권 헌장을 국내법에 대한 판단기준으로 적용하고, 이와 대립되는 국내법을 폐지하는 것(aufheben)을 명백히 인정하였다.<sup>195)</sup>

유럽연합의 구성국가들이 자신들의 주권을 양도한 영역에 있어서는 유럽연합법원은 유럽연합조약 제19조에 의하여 유럽연합의 조약해석의 관할권을 가지는 기관으로서 유럽연합법의 우위의 범위의 확정에서 적용되는 기준들을 확정한다. 스페인 헌법재판소(Constitutional Court, Spain) 역시 이에 상응하게 Melloni 사건(Melloni)<sup>196)</sup>에서의 자신의 첫 번째 그리고 지금까지 유일한 유럽법원에 대한 제청의 결과로서 오랫동안 견지하였던 국내헌법에 대한 자신의 해석을 포기하고, 유럽법원의 결정을 수용하였다. 이 결정에서 유럽연합법원은 유럽체포영장(European arrest warrant)에 의한 어떤 사람의 다른 유럽연합의 구성국가의 사법당국에로의 인도(이 사례에서는 Mr. Stefano Melloni의 스페인으로부터 이탈리아 사법당국에로의 인도)가 체포영장이 발부된 국가인 이탈리아에서의 권속재판을 통해서 행해진 그에 대한 유죄판결에 대한 사법적 심사가능성까지 보장하지 않는다고 결정하였다. 비교적 늦게 완전한 형태의 헌법재판의 형태를 취하고 있는 벨기에 헌법재판소(the Constitutional Court (Belgium)) 역시 Bressol 사건<sup>197)</sup>에서 유

195) Lenaerts, 앞의 논문(주 19), S. 26.

196) Judgment of the Court of 26 February 2013. C-399/11. Stefano Melloni v Ministerio fiscal.

197) Judgment of the Court of 13 April 2010 C-73/08 Nicolas Bressol and Others,

법원과 유럽법의 수용을 위한 보다 강력한 상호신뢰에 바탕을 둔 협력적 대화를 시도하였다. 이러한 상호간의 대화를 통해서 구현되는 구성국가들의 헌법재판소와 유럽법원 사이의 협력적 관계는 Landtová 사건<sup>198)</sup>에서와 갈등적 상황을 피하기 위한 방법을 찾기 위한 것이다.<sup>199)</sup>

적용우위가 보장된 유럽법에 의한 유럽의 법질서의 통합과 관련된 독일연방헌법재판소의 역할에 대한 많은 비판적 견해도 불구하고, 독일연방헌법재판소는 항상 인권과 시민권의 보장을 위한 자신의 의무수행을 통해서 유럽통합과정에 기여하였다. 특히 독일은 기본법 제23조의 개정을 통해서 제23조 제1항 제1문에서 독일이 유럽연합의 발전에 있어서 민주적, 법치국가적, 사회적 그리고 연방적 원칙들 및 보충성의 원칙과 적합한 기본권 보장의 의무실현에 협력할 것으로 요구하는 헌법적 위임(Verfassungsauftrag)을 규정하고 있다. 기본법상의 헌법원리인 국제법친화성(Völkerrechtsfreundlichkeit)의 원칙은 유럽통합에 있어서 독일의 협력을 허용할 뿐만 아니라, 독일연방헌법재판소가 리스본 유럽연합-개정조약에 대한 결정에서 강조한 바와 같이 헌법적 의무로서 명령하는 유럽법친화성(Europarechtsfreundlichkeit)의 원칙을 통해서 보충된다.<sup>200)</sup> 독일연방헌법재판소는 2009년 6월 30일 독일연방헌법재판소의 제2재판부(der Zweiter Senat des BVerfG)는 리스본 유럽연합-개정조약(EU-Reformvertrag von Lissabon)에 대한 동의법률(Zustimmungsgesetz)과 동반법률(Begleitgesetzes)의 헌법적 합성에 대한 권한쟁의심판(Organstreit)과 헌법소원(Verfassungsbeschwerde) 청구에 대한 결정에서 구성국가의 비준절차없이 행해지는 유럽연합조약개정 절차에 있어서는 기본법 제23조 제1항에 근거한 유럽연합(EU)에로의 통치권

Céline Chaverot and Others v Gouvernement de la Communauté française.

198) Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 22 June 2011. C-399/09. Marie Landtová v Česká správa sociálního zabezpečení.

199) Lenaerts, 앞의 논문(주 19), S. 26.

200) Voßkuhle, 앞의 논문(주 9), S. 2.

(고권)(Hoheitsrechte)의 양도에 대한 위임은 무엇보다도 제한된 개별적 위임의 원리(Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung)의 원리가 계속적으로 적용되어야만 한다는 것을 결정요지에서 강조하고 있다. 그 결과 이 경우에는 정부와 별도로 입법기관이 중요한 참여자로서의 역할을 수행해야만 한다는 것을 강조하고 있다.<sup>201)</sup> 연방헌법재판소는 리스본 조약 및 리스본 유럽연합-개정조약에 대한 동의법률(Zustimmungsgesetz)과 동반법률(Begleitgesetzes)의 이러한 유럽통합의 헌법적 한계의 준수여부에 대하여 기본법의 헌법적 정체성(Verfassungsidentität)이라는 심사기준을 적용하고 있다.<sup>202)</sup> 독일연방

201) BVerfG, Urteil v. 30. 6. 2009 - 2 BvE 2/08, Leitsätze 2. a) b); 박진완, 앞의 논문(주1), 306쪽. “비준절차없이 제한된 개별적 위임의 원리의 원칙적인 계속적 유지 하에서 조약법(Vertragsrecht)의 개정이 행해지는 방식으로, 유럽연합의 구성국들이 조약법을 형성하는 한에서는, 연방정부와 별도로 입법기관(gesetzgebende Körperschaften)이 독일 국내에서 기본법 제23조 제1항의 요구를 충족시켜야만 하고, 경우에 따라서는 헌법재판절차 속에서 요구될 수 있는 협력의 영역 속에서의 특별한 책임을 부담한다.

특별가교절차(spezielle Brückeverfahren)가 이미 리스본 조약을 통하여 충분히 확정된 분야에만 한정된다면, 독일기본법 제23조 제1항 제2문의 의미 속의 법률은 요구되지 않는다. 그러나 또한 이러한 사안들에 있어서 연방의회(Bundestag) 그리고-주의 입법권한과 관련되는 한에서는-연방참의원(Bundesrat)에게 다른 적합한 방식에 의한 통합에 대한 책임을 대변할 의무가 부가된다”.

202) BVerfG, Urteil v. 30. 6. 2009 - 2 BvE 2/08, Leitsätze 4. “연방헌법재판소는 유럽연합의 기관과 제도들의 법률제정행위(Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen)가 공동체법과 유럽연합법의 보충성 원칙(Subsidiaritätsprinzip)의 준수하에서(유럽공동체조약(EGV) 제5조 제1항 제2문 그리고 리스본 조약에 의한 유럽연합조약(EUV-Lissabon) 제5조 제1항 제2문) 통치권의 양도에 있어서 그들에게 부여된 제한된 개별적 위임(Einzelermächtigung)의 실행과정 속에서 허용된 지배권(Hoheitsrechte)의 한계를 준수하였는지 여부를 심사하였다(vgl. BVerfGE 58, 1 <30 f.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>: 한계를 벗어난 법률제정(abbrechender Rechtsakt)에 대해서). 이를 넘어서서 연방헌법재판소는 기본법 제79조 제3항과 결부된 기본법 제23조 제1항 제3문에 의한 기본법의 헌법적 정체성의 핵심적 내용이 보장되고 있는지 여부에 대해서도 심사하였다(vgl. BVerfGE 113, 273 <296>). 이러한 헌법에서 도출되는 심사권의 행사는 기본법의 유럽법친화성의 원칙(Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit)에 근거한 것이고, 그렇기 때문에 그것은 또한 충실한 협력의 원칙에 위반되지 않는다(유럽연합조약 제4조

헌법재판소는 이 결정에서 기본법 제23조 제1항 그리고 기본법의 전문으로부터 도출되는 단일화된 유럽의 실현을 위한 헌법적 위임(Verfassungsauftrag)은 독일의 헌법기관에 대해서는 유럽통합에 대한 참여가 그 기관들의 정치적 인 임의적 의사(politisches Belieben)에 맡길수 없다는 의미를 가진다고 해석하였다.<sup>203)</sup>

그 후 독일연방헌법재판소는 2012년 9월12일의 ESM 조약의 독일에서의 국내적 실행에 관련된 법률들에 대한 헌법소원 및 권한쟁의심판에 대한 자신의 결정에서 제한된 개별적 위임의 원리의 적용에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.<sup>204)</sup> “기본법(Grundgesetz)은 권한-권한(Kompetenz-Kompetenz)의 유럽연합 혹은 유럽연합에 의하여 설립된 기관에로의 양도를 금지한다(vgl. BVerfGE 89, 155 <187 f., 192, 199>; vgl. auch BVerfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>; 123, 267 <349>). 또한 독일 헌법기관들은 공권력 행사에 대한 백지위임(Blankettermächtigungen)을 해서는 안된다(vgl. BVerfGE 58, 1 <37>; 89, 155 <183 f., 187>; 123, 267 <351>). 그러한 까닭에 백지적 성격을 가진 역동적인 조약규정(dynamische Vertragsvorschriften)에 대하여 합의하지 않는 것 혹은 그 규정이 여전히 통합책임을 보장하는 방식으로 해석될 수 있다면, 어떠한 경우이든 이러한 책임의 효과적인 인식을 위한 적합한 안전장치를 설치하는 것이 헌법에 의하여 요구된다. 그러므로 국제법적인 조약에 대한 동의법률(Zustimmungsgesetz) 그리고 국내적 동반입법(innerstaatliche Begleitgesetzgebung)은 유럽연합 혹은 유럽연합에 의하여

---

제3항). 리스본 조약에 의한 유럽연합조약 제4조 제2항 제1문에 의하여 인정된 주권적 구성국가들의 기본적 정치적 그리고 헌법적 구조들은 계속적으로 진행되는 통합에 있어서 다르게 보장될 수 없다. 유럽법영역에서의 국가적 헌법적 정체성의 헌법적 그리고 유럽연합법적 보장은 서로 손을 맞잡고 가야 한다”. 박진완, 위의 논문, 307쪽.

203) 박진완, 앞의 논문(주 1), 309쪽.

204) BVerfG, 12.09.2012 - 2 BvR 1390/12 Rn. 209.

설립된 기관들이 권한-권한(Kompetenz- Kompetenz)을 장악하거나 혹은 그렇지 않으면 기본법의 통합을 위하여 고정된 헌법적 정체성(integrationsfeste Verfassungsidentität)이 침해되지 않고, 제한된 개별적 위임의 원칙(Prinzip der begrenzten Einzeleermächtigung)에 따라 유럽통합이 계속적으로 진행되도록 제정되어야만 한다. 여전히 헌법적으로 허용되는지 여부가 불분명한 경우(Grenzfälle des noch verfassungsrechtlich Zulässigen)에는 독일입법자는 필요한 경우에는 자신의 동의를 동반한 법률을 통하여 입법기관의 통합책임이 충분히 발휘될 수 있는 효과적인 대비책을 마련해야만 한다 (BVerfGE 123, 267 <353>”.

## Ⅷ. 독일의 경우 - 유럽의 헌법재판소 연합에 있어서 독일연방헌법재판소의 협력

연방최고법원 중의 하나로서 독일연방헌법재판소의 독자성과 독립성은 유럽의 헌법재판소 결합 속에서 그대로 보장된다. 왜냐하면 이러한 다면적 헌법재판소 연합체계 속에서도 연방헌법재판소는 유럽법원 그리고 유럽인권법원과 공동으로 분할된 책임영역에서 그 역할을 수행하기 때문이다. Herbert Bethge 교수는 국가연합(Staatsverbund), 헌법연합(Verfassungsverbund) 그리고 행정연합(Verwaltungsverbund)과 같은 유럽차원에서의 다른 결합형상(Verbundbilder)처럼 유럽의 헌법재판소 연합이 단지 상징적, 기껏해야 발견적 신호적 가치만을 가지고 있다고 평가절하하고 있다. 더 나아가서 그는 이러한 유럽의 헌법재판소연합을 전제로 한 헌법적 효력을 가진 다면적 체계(Mehrebenensystem) 그리고 이들 법원들 사이의 상호협력관계 역시 그러하다고 보고 있다. 왜냐하면 유럽의 헌법재판소 연합이 헌법인 기본



법과 법률인 연방헌법재판소법 제1조에 압축되어 규정된 독일의 헌법국가성의 보장자로서의 헌법재판소의 출중한 기능을 약화시킬 수 없기 때문이다.<sup>205)</sup>

경우에 따라서는 유럽의 다른 나라에서는 헌법적 효력을 인정받는 유럽인권협약 역시 독일에서는 일반법률에 의하여 변형된 조약이기 때문에, 유럽인권법원 역시 이러한 유럽인권협약의 독일 내에서의 효력의 보장을 위해 노력한다. 극단적인 경우에는 전문법원의 재판을 통한 유럽인권협약의 준수의 압박이 유럽인권법원들을 통한 독일연방헌법재판소의 교정가능성까지 초래할 수도 있다.<sup>206)</sup> 제1차적 그리고 제2차적 유럽연합법의 권위적 해석은 유럽법원이 담당한다.

Andreas Voßkuhle의 유럽의 헌법재판소결합 속에서의 협력적 관계는 최종적으로는 유럽연합법의 적용우위의 보장을 위한 갈등의 적절한 해결이라는 전제조건이 실현되어만 한다. 리스본 개정조약(Lissabonner Reformvertrag)에 대한 독일연방헌법재판소는 헌법적 정체성(Verfassungsidentität)(기본법 제23조 제1항 제3문, 제79조 제3항)의 유지 뿐만 아니라 선거권의 효력(Wirksamkeit des Wahlrechts)의 보장을 위하여 그리고 민주적 자결(demokratische Selbstbestimmung)의 유지를 위하여, 독일연방헌법재판소(BVerfG)가 자신의 관할권(Zuständigkeit)의 범위 속에서 유럽공동체권력(Gemeinschaftsgewalt) 혹은 유럽연합권력(Unionsgewalt)이 자신의 고권적(지배적) 행위(Hoheitsakte)를 통하여 헌법적 정체성(Verfassungsidentität)을 침해하지 않고, 자신에게 부여된 권한(Kompetenz)을 명백히 넘어서지 않도록 감시하는 것이 필요하다고 결정하였다 (공동체의 목적에 의한 통제

---

205) Herbert Bethge, in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/같은이, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 46. Ergänzungslieferung April 2015, § 1 Rn. 15.

206) BVerfGE 111, 307 (323 f.); 124, 300 (319); 127, 132 (164).

(Ultra-vires-Kontrolle)),<sup>207)</sup> 따라서 기본법 제79조 제3항과 결부된 기본법 제23조 제1항 제3문에 근거한 침해될 수 없는 독일기본법의 헌법적 정체성의 핵심적 내용의 유지가 위태로워지는 경우에는, 이른바 정체성 통제의 영역 속에서 유럽의 헌법재판소 연합 속에서의 갈등발생과 이에 대한 조정적 협력이 발생하는 상황을 예상할 수 있다.

그럼에도 불구하고 유럽법원과 독일연방헌법재판소 사이의 관계가 명백히 드러난 충돌상황으로 발전할 수는 없다. 왜냐하면 갈등현상으로 표현되는 충돌은 유럽연합의 법질서 내에서의 법적 통일성을 실현하기 위한 양법원들 사이의 협력적 조정작업을 통해서 충분히 극복될 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 고용과 직업에 있어서 나이로 인한 차별을 금지하고 있는 유럽공동체 지침(Directive) 2000/78 제6조 제1항에 위반되는 기간제 근로에 있어서 특별한 경우를 제외하고는 근로계약을 제한없이 종료할 수 있는 연령을 58세에서 52세로 인하한 2003년 1월 1일 효력을 발생한 하르츠 입법(Hartz Gesetzgebung, (“Hartz I”))인 독일 시간제 근로 및 기간제 근로 계약에 관한 법률(Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge) 제14조 제3항의 적용을 중단시킨 2005년 11월 22일의 유럽법원의 Mangold 결정<sup>208)</sup>이 유럽법원의 법해석 권한을 넘은 것이라는 독일내의 비판에도 불구하고, 유럽법원의 결정이 헌법적으로 이의가 제기될 수 있는 권한위반(Kompetenzüberschreitung)은 아니라고 본 2010년의 독일연방헌법재판소의 결정을 이러한 주장에 대한 근거로서 제시한다. 이 결정에서 독일연방헌법재판소는 연방헌법재판소를 통한 공동체의 목적에 의한 통제(Ultra-vires-Kontrolle)의 판단기준을 다음과 같이 설명하고 있다.<sup>209)</sup> “공동

207) 박진완, 앞의 논문(주 1), 309쪽.

208) Judgment of the Court of Justice in Case C-144/04 Werner Mangold v Rüdiger Helm.

209) BVerfG Beschluss des Zweiten Senats vom 6. Juli 2010 - 2 BvR 2661/06 -.

체의 목적에 의한 통제는 유럽기관의 권한위반이 충분히 확정될 수 있는 경우에만 고려될 수 있다. 이것은 유럽연합권력의 권한위반적 행위가 명백히 드러나고, 이러한 위반행위가 권한구조에 있어서 구성국가에 대하여 구조적으로 중요한 권한의 축소를 초래하는 것을 전제로 한다'. 독일연방헌법재판소는 유럽법원의 Mangold 결정의 원칙들을 적용한 연방노동법원의 결정<sup>210)</sup>에 대한 헌법소원에 대한 결정에서 새롭게 유럽법원에 사전결정절차(Vorabentscheidung) 제청을 하지 않았다.

기본권, 헌법적 정체성과 같은 적용의 우위가 확고하게 인정된 헌법적 구성요건들(Verfassungsbestände)의 강조 그리고 유럽법원의 법해석과 상이한 결과를 초래할 수 있는 구성국가의 법원의 독자적인 유럽법 해석은 이러한 갈등현상을 만드는 원인이 된다.<sup>211)</sup> 유럽연합에 새롭게 편입된 구성국가들의 국내헌법적 상황을 고려해 볼 때 이러한 일련의 사례들 속에서 유럽법과 국내헌법질서 사이의 갈등현상이 촉발될 수 있다. 이러한 갈등현상들은 유럽의 헌법재판소연합 속에서의 유럽연합의 법적 통일성을 지향하는 각 법원들 사이의 책임분할을 전제로 한 법원들 사이의 우호적인 건설적 협력이 이루어진다면 극복될 수 있다.

## VIII. 결론

유럽연합의 다면적 헌법질서 속에서의 책임의 분배 그리고 구성국가의 헌법적 정체성과 유럽법의 우위의 사이의 조정의 요구에 대한 검토는 유럽

210) BAG: Urteil vom 26. April 2006—7 AZR 500/04 Abgerufen am 30. August 2010 (NZA 2006, 1162 = AP Nr 23 zu § 14 TzBfG = DB 2006, 1734 = AiB 2006, 646).

211) Mayer, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 56. Ergänzungslieferung 2015, München 2015, Art. 19 Rn. 104.

의 헌법재판소 연합의 기능실현을 위해서 필요한 매우 중요한 판단기준을 이끌어 내는 계기가 된다. 헌법적 연합으로서의 유럽연합의 유지의 요청 그리고 구성국가들의 주권을 제한하고 있는 유럽법의 유럽법의 특성으로부터 구성국가의 법 특히 구성국가의 헌법에 대한 유럽연합법의 우위의 강제적 실현의 요구가 도출된다. 그러나 이러한 유럽법의 우위실현의 요구는 동시에 구성국가의 헌법적 정체성 뿐만 아니라 이와 결부된 가치다양성의 보호를 위한 영역을 어느 정도까지 허용하는 선에서 인정될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 이것은 유럽법의 근본적 가치를 위태롭게 하지 않고, 유럽연합의 입법자가 이와 다른 국내법적 판단기준의 적용을 배제하는 혹은 기본권 보호와 관련된 가치영역을 다루지 있지 않는 한에서는, 기본권 보호와 관련된 Melloni 사건에서 적용된 다음의 기준이 유효하게 적용된다:<sup>212)</sup> “이 적용이 유럽법원에 의하여 해석된 기본권 헌장의 적용수준뿐만 아니라, 유럽법의 우위, 통일 그리고 효력을 침해하지 않는 한에서는” 유럽연합법에 의하여 확정된 영역 속에서 구성국가의 헌법적 정체성의 보호를 위한 조건 하에서 인정된 가치의 다양성의 보장영역을 허용해야 한다.

---

212) Lenaerts, 앞의 논문(주 19), S. 27.

[국문초록]

## 유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토

2014년 12월 18일의 유럽연합의 유럽인권협약 가입에 대한 자신의 평가서(Gutachten)에서 유럽법원으로 불리는 현재의 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union)은 유럽연합의 국제법적인 활동전개의 한계에 대한 명백한 한계설정으로 유럽연합의 유럽인권협약가입이 유럽연합법 위반이라고 결정하였다. 유럽법원은 유럽연합조약 제6조 제2항 그리고 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서(Protokol)(제8호)에 합치되지 않는다고 보았다. 이러한 유럽법원의 견제로 인하여 유럽 및 국제적 인권보장의 역사에서의 새로운 국면전개의 진행이 저지되었지만, 유럽전체의 인권보장체계로서 유럽연합과 유럽인권협약의 긴밀한 연계의 기본적 틀은 깨어졌다고 볼 수 없다. 유럽연합의 유럽인권협약의 가입조약의 효력발생과 비준이 행해지게 된다면 유럽연합의 기관과 제도 그리고 그 이외의 지위의 법적 행위에 대한 유럽인권협약상의 개인소원의 제기가 가능하게 될 수 있었다. 이것은 유럽인권법원이 유럽연합법의 국내법적 전환을 위한 유럽연합의 구성국가들의 법적 행위의 유럽인권협약과의 합치여부를 심사할 수 있다는 것을 의미한다.

유럽법원, 유럽인권법원 그리고 유럽의 각 국가들의 헌법재판소 (독일과 같은 연방국가인 경우에는 연방헌법재판소와 각 주의 헌법재판소)가 유럽의 시민들의 권리를 보호하고 있다. 이와 관련하여 유럽에는 4개의 기본권 문서들(Grundrechtstexte)이 존재한다: 유럽인권협약, 유럽연합의 기본권 헌장, 각 국가들의 연방헌법과 주의 헌법. 이러한 유럽에서의 시민들의 기본

권 보호를 위한 기본권 문서들의 중복적 적용은 시민들의 권리보호의 최적화 실현에 어느 정도 기여할 수 있는가? 이러한 유럽차원의 기본권 문서들의 중복적 적용의 조정과정은 유럽전체의 차원에서 혹은 유럽의 각 국가의 헌법질서의 차원에서 일반적이고 포괄적으로 인정될 수 있는 인권보호의 표준적 기준을 도출에 기여할 수 있는가? 이러한 질문들에도 불구하고 이러한 4개의 법원들에 의한 유럽의 인권보호기능의 수행이 반드시 항상 기본권 보호의 최적화 실현에 기여하는 것은 아니다. 왜냐하면 서로 다른 법원들을 통한 인권보호실현은 불가피하게 서로 다른 결정들을 만들어 낼 수 있기 때문이다.

유럽연합의 다면적 헌법질서 속에서의 책임의 분배 그리고 구성국가의 헌법적 정체성과 유럽법의 우위의 사이의 조정의 요구에 대한 검토는 유럽의 헌법재판소연합의 기능실현에 있어서 매우 중요한 판단기준을 이끌어내는 계기가 된다. 헌법적 결합으로서의 유럽연합의 유지의 요청 그리고 구성국가들의 주권을 제한하고 있는 유럽법의 유럽법의 특성으로부터 구성국가의 법 특히 구성국가의 헌법에 대한 유럽연합법의 우위의 강제적 실현의 요구가 도출된다. 그러나 이러한 유럽법의 우위실현의 요구는 동시에 구성국가의 헌법적 정체성뿐만 아니라 이와 결부된 가치다양성의 보호를 위한 영역을 어느 정도까지 허용하는 선에서 인정될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 이것은 유럽법의 근본적 가치를 위태롭게 하지 않고, 유럽연합의 입법자가 이와 다른 국내법적 판단기준의 적용을 배제하는 혹은 기본권 보호와 관련된 가치영역을 다루지 있지 않는 한에서는, 기본권 보호와 관련된 Melloni 사건에서 적용된 다음의 기준이 유효하게 적용된다: “이 적용이 유럽법원에 의하여 해석된 기본권 헌장의 적용수준 뿐만 아니라, 유럽법의 우위, 통일 그리고 효력을 침해하지 않는 한에서는” 유럽연합법에 의하여 확정된 영역 속에서 구성국가의 헌법적 정체성의 보호를 위한 조건 하에서 인정된 가치의 다양성의 보장영역을 허용해야 한다.

**주제어**

유럽의 헌법재판소연합, 유럽의 지역적 인권보장 수준, 유럽법원과 독일연방헌법재판소의 협력, 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소의 협력, 유럽법원과 유럽인권법원 사이의 협력, 유럽인권협약과 유럽연합의 기본권 헌장과의 관계

[Abstract]

### Study on Network of European Constitutional Courts

In network of european constitutional courts, tasks of judicial protection of human rights are being imposed to the European Court of Justice, the European Court of Human Rights, national constitutional courts of member states. According to Article 6 (2) of the Treaty on European Union, the EU has obligation to accede to the European Convention Human Rights. But the Court of Justice of the European Union rejects draft agreement of EU accession to ECHR by way of its expert opinion to EU accession to ECHR. On 18 December 2014, the Court of Justice of the European Union gave its opinion on EU accession to ECHR in its ruling that the draft agreement on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights is accepted as violation against EU Law and therefore is not compatible with EU law order. This ruling of the European Constitutional Court would be a major obstacle to prevent the Union from acceding to the ECHR as the Lisbon Treaty requires.

In network of european constitutional courts, it is very difficult to harmonize precedents of national constitutional courts, the european court of justice, the european court of human rights across Europe. It is necessary to avoid collision and discord of laws being applied by giving balanced equation that are in accordance with union law's priority between considering of constitutional identity of member states and priority of



union law over national law in multilevel networking of European Constitutional Courts, because overlapping of jurisdictions and competences in law application could be overcome through division of jurisdictions and competences among these courts.

From the demands of EU as constitutional network and from the standpoint of nature of union law, member states must limit its sovereignty right for the priority of union law over law of member states, especially its constitutional law. European Union law gives an space for the protection of constitutional identity of member states and chances to hold high esteem to diversity of values being connected with it.

**Key-words**

network of European constitutional courts, European regional human rights level, cooperation between the Court of Justice of the European Union and the German Constitutional Court, cooperation between the European Court of Human Rights and the German Constitutional Court, cooperation between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights, relationship between European Convention on Human Right and Charter of Fundamental Rights of the European Union

## 참고문헌

- 박진완, 유럽인권협약의 유럽연합의 기본권 현장 속에서의 계승과 발전, 세계헌법연구 제13권 제1호, 세계헌법학회 한국학회 2007, 345-367쪽.
- 박진완, 유럽인권법원의 Görgülü v. Germany 사건을 둘러싼 유럽인권법원과 독일연방헌법재판소의 갈등, 유럽헌법연구 제3호, 유럽헌법학회 2008, 171-199쪽 참조.
- 박진완, 리스본 조약에 대한 독일연방헌법재판소결정의 분석, 세계헌법연구 제18권 제1호, 세계헌법학회 한국학회 2012, 293-321쪽.
- 박진완, 유럽연합의 기본권 현장의 해석과 적용에 관한 일반규정, 헌법과 기본권의 현황과 과제. 금량 김철수 선생 팔순기념 논문집, 경인문화사 2012, 783-810쪽.
- 박진완, 유럽연합의 법질서에 있어서 기본권의 효력보장의 문제로서 유럽연합의 기본권 현장상의 기본권 위반의 법적 효과에 대한 검토, 유럽헌법연구 제13호, 사단법인 유럽헌법학회 2013, 57-91쪽.
- 박진완, 국제적 헌법주의의 실현형태로서 국제적 인권보장체계에 대한 검토—아시아에서의 국제인권법모델 수립을 위한 시론, 유럽헌법연구 제15호, 사단법인 유럽헌법학회 2014, 129-168쪽.
- Gabriele Britz, Grundrechtsschutz durch Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, S. 275 ff.
- Marten Breuer, “Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!” Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330. Martin Borowski, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, Art. 51 Rn.
- Christos Giannopoulos, Considerations on Protocol N°16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New

- Life into the European Convention on Human Rights? 337-50 (German Law Journal)
- Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015.
- Oskar Josef Gstrein, Die Europäische Union und ihre Reidentifikation als Hüterin der Menschenrechte, Saar Blueprints, 1/2004.
- Die Europäische Union und ihre Reidentifikation als Hüterin der Menschenrechte
- Andreas Haratsch, Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – Das Kooperationsverhältnis zwischen EGMR und EuGH -, ZaöRV 66 (2006), S. 927 ff.
- Ulrich Hufeld, in: *같은이*/Astrid Epiney/Franz Merli (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2014, S. 41 ff.
- Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2013.
- Ferdinand Kirchhof, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, S. 267 ff.
- Markus Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, S. 273 ff.
- Koen Lenaerts, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, S. 3 ff.
- Walter Obwexer, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, S. 115 ff.
- Ingolf Pernice, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, EuR 2011, S. 151 ff.
- Jörg Philip Terhechte, Von Lissabon zu Mangold – Die Konsolidierung des europäischen Verfassungsgerichtsverbundes durch BVerfG, EuZW 2011, S. 81 ff.
- Andreas Voßkuhle, Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsgerichtsverbund - Am Beispiel des Staatsgerichtshofs der

憲法論叢 第26輯(2015)

Freien Hansestadt Bremen -, <http://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/media.php/13/60-Jahr-091104-Festakt-RedeVosskuhle.pdf> S. 1 ff.

Andreas Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

Andreas Voßkuhle, Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte, Europarechtliches Symposium 2015, Bundesarbeitsgericht Erfurt, 23. - 24. April 2015.

Mattias Wendel, Der EMRK-Beitritt als Unionsverstoß. Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihre Grenzen, NJW 2015, S. 921 ff.

(논문접수일: 2015. 8. 31. 논문심사일: 2015. 10. 27. 게재확정일: 2015. 11. 13.)

## 憲法論叢 收錄 論文索引

## 第 1 輯(1990年)

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 宋	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊 精 一	83
過剩禁止의 原則 - 특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁 三 承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 鍾 彬	159
스페인 憲法의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判所制度和 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹 眞 秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李 石 淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

## 第 2 輯(1991年)

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 宋	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135

論 題	筆 者	收錄面數
社會的 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟的 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審査의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 - 우리 制度와의 比較를 中心으로 -	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 - 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가? -	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法吏	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯 性」의 判斷基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

第 3 輯(1992年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 案	7
憲法裁判에 관한 管見(III)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를  중심으로 -	金 知 衡	275

論 題	筆 者	收錄面數
憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令 · 規則에 대한 違 憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李 明 雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李 郁 漢	445

第 4 輯(1993年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	韓 炳 宗	7
判斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂 禧 悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃 道 洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金 顯 哲	265
法律의 해석 · 적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의  필요성 -	李 明 雄	321
憲法上的 財產權 概念과 正當補償의 內容	崔 在 健	369
시청자의 법적 지위와 권리	金 鍾 書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅 仁 均	485

第 5 輯(1994年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金 容 均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐 元 宇	99

憲法論叢 第26輯(2015)

論 題	筆 者	收錄面數
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裊俊相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓相範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭宗燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴洪佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜潤遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛奉起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅仁均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金鍾書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳虎澤	537

第 6 輯(1995年)

論 題	筆 者	收錄面數
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘秉朔	5
環境權考	金哲洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李康懺	121
憲法學論 및 憲法學 教育	崔大權	153
原處分에 대한 憲法訴願	黃道洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁泰鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金顯哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛奉起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅仁均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓秀雄	481



第 7 輯(1996年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判과 新當事者主義	徐 元 宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席안전띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金 柱 賢	25
行政指導와 憲法訴願	李 景 民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃 道 洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜 潤 遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法の 獨自性	丁 泰 鎬	255
獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 強度	方 勝 柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法義務	辛 奉 起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔 甲 先	385

第 8 輯(1997年)

論 題	筆 者	收錄面數
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金 哲 洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權 寧 星	43
憲法上 宗教의 自由	桂 禧 悅	61
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -	金 善 擇	77
裁判의 前提性에 관한 考察	金 柱 賢	105
憲法裁判의 限界 및 審査基準 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 中心으로 -	韓 秀 雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 評決방식을 기초로 -	崔 甲 先	243

憲法論叢 第26輯(2015)

論 題	筆 者	收錄面數
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

第 9 輯(1998年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	211
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權 - 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론 -	張 哲 朝	431
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

第 10 輯(1999年)

論 題	筆 者	收錄面數
集會의 自由-集團的 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129

論 題	筆 者	收錄面數
相續制度的 憲法的 根據	尹 眞 秀	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究	黃 道 洙	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題	李 明 雄	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否	韓 秀 雄	283
憲法 제27조의 裁判請求權	韓 秀 雄	339
自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準	崔 甲 先	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 產權保障 - 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	431

(註) 「헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부(\* 필자: 한수웅)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제 10집에 게재됨.

第 11 輯(2000年)

論 題	筆 者	收錄面數
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性의 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禮悅)	481

第 12 輯(2001年)

論 題	筆 者	收錄面數
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由	金 善 擇	229
選舉와 法治 그리고 美國民主主義	裴 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

第 13 輯(2002年)

論 題	筆 者	收錄面數
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 국교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넨(Brennan)의 헌법관 - 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -	成 鮮 濟	443
憲法 第8條(政黨條項)의 兩面性	李 明 雄	471
1人1票 國會議員選舉制度의 違憲性 - 현재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -	鄭 然 宙	513
自由權의 基本權의 “制限”에 관한 考察 - 이른바 사실상의 기본권제약을 중심으로 -	丁 泰 鎬	561

論 題	筆 者	收錄面數
憲法上の 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌 법 제17조의 私生活 의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

第 14 輯(2003年)

論 題	筆 者	收錄面數
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 觀點 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杓	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의  판단 에의 그 응용 -	丁 泰 鎬	401
憲法 第36條 第1項에 의한 婚姻과 家族生活의 保障	崔 甲 先	497
規範統制決定의 既判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

第 15 輯(2004年)

論 題	筆 者	收錄面數
경제활동과 표현의 자유	朴 容 相	5
環境憲法の 바람직한 규정형태	高 文 炫	107
憲法慣習의 法規範性에 대한 考察	金 昇 大	133
刑事司法制度에 관한 우리나라와 美國의 憲法 등에 대한 比較法的 檢討 - 美國의 憲法이 우리 刑事司法制度에 미친 영향 등을 중심으로 -	金 時 徹	177
補償規定 없는 財産權制約法律에 대한憲法的 審査	金 顯 哲	271
搜查上 電子通信資料의 取得에 關한 憲法的 問題	吳 奇 斗	347
憲法·家族法·傳統	尹 眞 秀	411
미연방대법원의 국가행위심사기준 중 긴밀 관련성 (Close Nexus) 이론에 관한 고찰	李 魯 弘	471
비례의 원칙의 2단계 심사론	李 明 雄	509
헌법 제5조 제1항 ‘침략적 전쟁 부인’의 의미	全 種 杓	545
公權力 行使 및 根據法律에 대한 憲法訴願審判 併合請求의 問題點 - 憲裁 1997. 1. 16. 宣告 90헌마110·136 決定 評釋 -	鄭 求 桓	581
사립학교법상 기간임용제의 헌법적 문제 - 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 구 사립학교법 제53조의 2 제3항 위헌소원 사건을 중심으로 -	鄭 然 宙	629
위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로 -	池 成 洙	665
소급입법 과세금지원칙	崔 甲 先	705
정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) - 정치공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단 -	Sean Christopher Hayes	753

第 16 輯(2005年)

論 題	筆 者	收錄面數
언론의 자유와 공정한 재판	朴 容 相	5
출생전 인간생명의 헌법적 보호	金 善 擇	145
위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의	金 時 徹	181
憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察	金 顯 哲	255
사인에 대한 헌법적용문제에 대한 고찰 - 미국의 논의를 중심으로 -	李 魯 弘	315
Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점	李 明 雄	351
재산권의 보호영역	全 鍾 杓	399
憲法訴願의 對象으로서 소위 法令補充的 行政規則	鄭 南 哲	445
정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질	丁 泰 鎬	479
행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여	河 明 鎬	549
國家經濟政策의 憲法的 根據와 限界 - 헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로 -	韓 秀 雄	631

第 17 輯(2006年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권	李 永 模	5
憲法解釋에 관한 決定理由와 先例拘束의 原則	金 時 徹	35
개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 된 보충성(補充性) 요건 - 오스트리아의 헌법재판제도 -	金 又 洙	97
法令에 대한 憲法訴願의 直接性 要件	金 顯 哲	167
상업광고 규제의 합헌성 심사기준 - 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -	盧 熙 範	207
수용자의 기본권 제한	李 明 雄	255

論 題	筆 者	收錄面數
기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도	李 承 桓	299
私人을 위한 公用收用の 違憲性判斷	鄭 南 哲	373
위헌결정의 기속력 - 이른바 반복입법의 허용문제를 중심으로 -	鄭 然 宙	403
인간생체정보의 이용의 헌법적 한계에 관한 고찰	丁 泰 鎬	431
직업공무원제도와 공무원임권과의 관계 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -	池 成 洙	501

第 18 輯(2007年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所決定의 效力과 넓은 의미의 具體的 規範統制의 法的 性格 - 先例拘束의 原則의 적용 및 本案的 規範統制와 附隨的 規範統制에 대한 비교·검토를 중심으로 -	金 時 徹	5
헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자	金 顯 哲	95
기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -	盧 熙 範	139
권한쟁의심판제도의 문제점	明 載 眞	165
위헌결정의 효력발생시기 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 ‘결정이 있는 날로부터’에 대한 해석론을 중심으로 -	史 奉 官	203
민주주의와 헌법재판 - 헌법재판의 정당성 문제 -	李 明 雄	243
한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여	李 俊 相	273
광고의 규제와 표현의 자유	韓 渭 洙	341



第 19 輯(2008年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판과 입법	許 營	9
헌법재판소와 대법원의 관계 - 비교법적 검토 -	金哲洙	53
韓國 憲法裁判 및 憲法裁判所の 改革	鄭宗燮	91
憲法裁判과 行政法	洪準亨	129
민주주의와 법치주의-헌법재판의 정치학	崔大權	177
헌법재판과 남북한 통일	金昇大	225
간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관	金日秀	263
규범통제제도의 형성과 발전 - 규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로 -	韓秀雄	315
헌법소원제도의 형성과 발전	黃道洙	373
권한쟁의심판의 발전과 과제	金河烈	415
헌법상 인격권의 보장체계와 보호법익 - 헌법재판소판례를 중심으로 -	金善擇	489
평등권의 보장과 발전	成基鏞	525
財産權의 保障과 限界 - 憲法裁判所判例에 대한 評價를 중심으로 -	金文顯	563
신문법 및 언론피해구제법에 관한 헌재결정 - 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 신문법 등 위헌확인 사건 -	朴容相	599
선거권 및 피선거권의 보장과 발전	丁泰鎬	685
사회적 기본권과 헌법재판	全光錫	741
조세법과 헌법재판	金性洙	773
<外國論文>	Otto	819
재판소원의 저주와 축복	Depenheuer	
한국과 프랑스의 헌법재판소에 관한 비교 검토	Thierry Rambaud	859

第 20 輯(2009年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가의 중립성 원칙과 정부언론	朴容相	5
인터넷상 表現의 自由와 사이버 侮辱罪	金顯哲	205
헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심쟁점의 부조화 분석	南福鉉	243
IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구	明載眞	287
부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -	李垚根	321
헌법불합치결정의 사유 및 효력	李明雄	369
헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로-	全光錫	407
韓國憲政史에서 憲法訴願制度的 出現과 制度化	鄭宗燮	433
과잉금지원칙의 제문제	黃致連	463

第 21 輯(2010年)

論 題	筆 者	收錄面數
민사절차상의 재판을 받을 권리	李時潤	5
헌법상 사전검열금지의 원칙	朴容相	75
안전 관념의 변천이 기본권에 미친 영향	金敏培	251
電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜查權	吳奇斗	289
의료분야 헌법판례의 분석	李明雄	399
표현의 자유와 민사책임 - 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향 -	李鍾根	445
지역통합과 역사사법기구에 대한 전망	李鎬善	491
실질과세원칙의 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 -	曹瑛植	525

第 22 輯(2011年)

論 題	筆 者	收錄面數
독점금지법상 제약강제의 헌법적합성 - 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -	李奉儀	5
미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화 - 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -	李相莖	45
헌법상 평생교육의 개념 정의(定義)	李濬熙	83
빈곤사회와 생존권 논쟁 - 일본의 학설과 판례를 중심으로 -	金敏培	129
친권포기각서의 위헌성	李準一	177
미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차 - Writ of certiorari 제도를 중심으로 -	金珍漢	207
미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정	李明雄	249
프랑스 헌법재판소 결정의 효력 - 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -	金慧眞	311
헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무	許完重	357
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 - 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -	韓秀雄	447

第 23 輯(2012年)

論 題	筆 者	收錄面數
학문의 자유와 대학의 자치 - 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -	李準一	5
미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점 - Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) -	李明雄	49

論 題	筆 者	收錄面數
야간옥외집회금지 조항의 허가제성 - 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청 사건에 대한 분석 -	鄭柱白	93
선거구 획정과 평등선거 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -	金敏培	135
학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시 - 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -	李鍾根	189
현행 의료법의 문제점	金慶濟	229
헌법불합치결정과 입법시한	池成洙	275
행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성	鄭光賢	315
헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기	朴燦柱	353

第 24 輯(2013年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가기능으로서의 '집행개념'에 관한 소고	桂禧悅	5
헌법개정에 대한 위헌심사	李煌熙	45
헌법의 실종과 헌법을 만드는 미국의 사법부	文光三	105
평등권의 심사 기준 - 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격을 중심으로 -	鄭柱白	185
미연방헌법 수정 제1조와 정부언론의 법리	李鍾根	225
헌법재판소의 사회적 기본권에 대한 심사방법과 심사기준	池成洙	271
명령·규칙에 대한 헌법불합치결정	許完重	311
위치추적 전자감시제도의 소급적용에 대한 비판적 고찰	朴贊傑	347
憲法裁判所の 判例가 行政法에 미친 影響에 관한 小考	金重權	393

第 25 輯(2014年)

論 題	筆 者	收錄面數
기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계	許完重	5
방송의 자유의 주체	金顯龜	65
종교조항과 위헌심사의 기준	金敏培	129
原電閉鎖와 財産權保護 - 독일 원자력법 제13차 개정 법률의 위헌성 여부를 중 심으로 -	鄭南哲	205
동성결혼의 헌법적 문제	李鍾根	241
이산가족의 ‘가족에 관한 권리’	李準	289
한국 헌법재판소의 역할과 기능 재조명 - 소수자 보호를 중심으로 -	郭沅錫	327
헌법재판의 정치화에 대한 이론적 검토 - 미국 연방대법원의 경우 -	李明雄	371
위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판 적 고찰	韓秀雄	409



版 權  
所 有

## 憲法論叢 (第26輯)

---

2015年 11月 24日 印刷

2015年 11月 30日 發行

發行處：憲法裁判所

주 소：서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화：(代) 708-3456

인 쇄：성문인쇄사 02)2272-7553

---

(非賣品)

