

발 간 등 록 번 호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

憲法論叢

第 27 輯



憲法裁判所

目 次

1. 미국에 있어 ‘살아있는 헌법’ 논의에 관한 소고 · 金文顯	5
2. 헌법해석과 원의주의의 쟁점	金敏培 ··· 61
3. 아리스토텔레스 정식 비판	鄭柱白 ··· 141
4. 알 권리의 법적 성격과 내용	金培元 ··· 183
5. 정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성	朴燦柱 ··· 245
6. 브라질의 헌법재판에 관한 연구	盧昊稔 ··· 359
 <附 錄>	
憲法論叢 收錄 論文索引	437

미국에 있어 ‘살아있는 헌법’ 논의에 관한 소고

Is the Constitution to be a Living Document?

- On the Debate over the Living Constitution in the U.S. -

金 文 顯(Kim, Moon-Hyun)

梨花女子大學校 名譽教授

- 目 次 -

I. 서설	7
II. 살아있는 헌법의 의의와 논의의 동향	9
1. 의의	9
가. 용어의 등장	9
나. 의의	10
다. 유기체로서의 살아있는 헌법	21
라. 살아있는 헌법과 원의주의	31
2. 논의의 동향	15
III. 살아있는 헌법의 내용	20
1. 헌법의 변동성과 현실적 타당성	22
2. 헌법의 효력의 근거-세대를 통한 생성과 진화	32

3. 살아있는 헌법과 불문헌법	2
4. 죽은 자에 의한 산 자의 지배의 부정	82
5. 헌법개정의 어려움	9
6. 헌법해석의 의미	3
7. 살아있는 헌법과 사법진보주의/사법적극주의	53
IV. 살아있는 헌법에 대한 비판	7
1. 입헌주의 및 성문헌법성에의 배치	73
2. 헌법해석의 객관성·중립성의 상실	83
3. 민주주의와의 충돌	4
4. 헌법과 법원의 기능	4
V. 대안적 견해	45
1. D. Strauss의 코먼로 어프로치	4
2. Jack M. Balkin 교수의 살아있는 원의주의(기본구조원의주의)	74
VI. 결어	49
* 국문초록 및 주제어	3
* 영문초록 및 주제어	6
* 참고문헌	8

I. 서설

미국에 있어 연방헌법해석에 관한 논쟁의 최전선에 있는 개념의 하나로 ‘살아있는 헌법(living constitution)’을 들 수 있다.¹⁾ 살아있는 헌법이란 용어는 매혹적이면서 또한 선정적 용어이다. William H. Rehnquist 대법원장은 살아있는 헌법은 일견 그에 대비되는 ‘죽은 헌법(a dead constitution)’에 비해서는 나은 헌법으로 여겨지고 당연히 압도적 다수는 죽은 헌법보다는 살아있는 헌법을 선호할 것이라 지적하면서 그러나 “‘살아있는 헌법’이란 용어는 다양한 색깔의 코트와 같이 불편한 부정확성을 가지고 있다.”고 한 바 있다.²⁾ 그런 점에서 이를 주장하는 살아있는 헌법주의는 종래 하나의 이론이라기보다는 일종의 슬로건으로 생각되었다.

David A. Strauss 교수의 지적처럼³⁾ 살아있는 헌법을 가진다는 것은 시간이 지남에 따라 헌법개정 이외의 방법으로 변화하는 헌법을 가진다는 것을 의미한다. 즉 살아있는 헌법주의는 헌법이 제정 당시 헌법제정자가 내린 결정의 내용에 고정되어 있는 것이 아니라 시대와 사회의 변화, 세대의 변화와 가치의식의 변화에 조응하여 변화하는 것이라는 생각에 바탕한 것으로 헌법의 본질, 헌법과 헌법현실과의 관계, 헌법해석 등 헌법의 근본적 문제와 닿아있는 이론이라 할 수 있다. 그것은 또한 역사적으로 사법진보주의와 관련되며, 사법부의 태도와 관련하여서는 사법적극주의와 연결되는

-
- 1) Scott Dodson, A Darwinist View of the Living Constitution, 61 Vanderbilt Law Rev. 1319(2008); 살아있는 헌법개념과 관련하여 그 논의의 상징적 문제로 Roe v. Wade판결과 낙태권(the right to abortion)의 인정 여부를 들 수 있다. (Jack M. Balkin, Abortion and Original Meaning, 24 Const. Comment. 291, 352(2007))
 - 2) William H. Rehnquist, The Notion of a Living Constitution, 54 Texas Law Review 693(1976)
 - 3) David A. Strauss, Do We Have A Living Constitution?, 59 Drake Law Rev., 973, 975(2011)

이론이라 할 수 있다.

이러한 살아있는 헌법은 우리나라에서는 비교적 생소한 개념이지만 기실 헌법의 개방성과 생활규범성을 강조하는 주장은 이러한 살아있는 헌법주의와 맥을 같이 하고 있다고 할 수 있다.⁴⁾ 또한 독일에서의 헌법해석에 관한 다양한 이론도 그 양상이나 세부내용에 있어 차이가 있으나 기본적으로는 살아있는 헌법주의를 비롯한 비원의주의와 원의주의 논쟁과 다르지 않다.⁵⁾ 특히 미국에서의 살아있는 헌법논의는 법관의 헌법해석을 중심으로 논의되는 것이므로 우리나라의 헌법재판소나 법원의 헌법해석과 관련하여 큰 의미가 있다 할 것이다.

본고에서는 미국에서의 살아있는 헌법에 관한 논의의 배경과 그 주장내용, 그리고 그것이 가지는 문제와 최근에 제시된 대안적 견해를 살펴보고 결론으로 필자의 간략한 의견을 제시하고자 한다.

-
- 4) 우리나라 헌법해석방법 및 헌법의 특성에 관해서는 김철수, 헌법학신문, 2013, 16면 및 23면 이하, 권영성, 헌법학원론, 2010, 23면 이하, 허영, 한국헌법론, 2010, 63면 이하 참조; 살아있는 헌법으로서 불문헌법의 재판규범성에 관해서는 김철수, 학설·판례 헌법학(하), 2008, 2067-2068 참조; 미국의 헌법해석에 관해서는 양건, 헌법해석의 기본문제, 금강 김철수교수화갑기념 헌법재판의 이론과 실제, 1993, 22면 이하 참조
- 5) 과거 독일에서의 포르스토프 교수와 홀로바흐 교수의 논쟁 등은 미국에서의 원의주의-살아있는 헌법주의 논쟁과 그 기본논리에서는 크게 다르지 않다. 이들 독일의 헌법해석에 관한 논문의 번역으로는 계희열 편역, 헌법의 해석, 1993에 수록된 논문 참조

II. 살아있는 헌법의 의의와 논의의 동향

1. 의의

가. 용어의 등장

‘살아있는 헌법(living constitution)’이란 용어가 처음 등장한 것은 1927년 당시 Columbia Law School 교수였던 Howard L. McBain의 저서 ‘The Living Constitution’에서 였다.⁶⁾ 그는 그 저서에서 “헌법은 발전한다. 그것은 몇 가지의 다른 방법으로 바뀌고 확장된다. 헌법은 관습의 성장과 특히 정당의 관습과 실제의 성장에 따라 발전해 왔다.”고 하였다.⁷⁾ 1936년에는 Charles Beard 교수가 “The Living Constitution”이란 논문에서 “실제로서 헌법은 살아있는 것이다.”고 한바 있다.⁸⁾ 그 뒤 1967년 Yale대학 Law School 교수였던 Reich가 Black 대법관에 관한 심포지움에서 ‘The Living Constitution and the Court's Role’이라는 주제로 발표를 한바 있다.⁹⁾ Charles Reich교수는 “생동적 사회에 있어 권리장전은 그 적용에 있어 변하지 않으면 안 되며 그렇지 않은 경우 원래의 의미조차 상실하게 된다. 변하지 않는 의미를 가진 헌법규정이란 있을 수 없다. 만약 어떤 헌법규정

-
- 6) Howard Lee McBain, The Living Constitution: A Consideration of the Realities and Legends of our Fundamental Law 11(1927)(이에 관해서는 William H. Rehnquist, 전계논문(주2), 694; Scott Dodson, 전계논문(주1), 1324 참조); 이 책의 서평으로는 M.Landis, Book Review- ‘The Living Constitution’ by Howard Lee McBain, 41 Harv. Law Review 545(1928); 이미 1916년 Louis D. Brandeis의 The Living Law, 10 Ill.L.Rev. 461 란 논문에서 살아있는 법이란 말이 사용된바 있다.
- 7) Howard Lee McBain, 상계서, 25(Scott Dodson, 전계논문(주1), 1324에서 재인용)
- 8) Charles Beard, The Living Constitution, 185 ANNALS AM.ACAD. POL.&SOC.SCI. 29,31(1936) Scott Dodson, 전계논문(주1), 1323에서 재인용)
- 9) 이에 관해서는 William H. Rehnquist, 전계논문(주2), 694

이 다른 헌법규정이 변하고 사회 자체가 변하는데도 변하지 않은 채 있다면 그 헌법규정은 퇴출될 것이다. 사실 일부 권리장전규정 중 일부에 그러한 일이 있어났다. 헌법규정은 사회와 같은 방향으로 또 같은 만큼 변화함으로써만 그 본래의 모습을 유지할 수 있다. 헌법에서는 항구성은 변화를 요구한다.”고 하였다.¹⁰⁾ 그 뒤 수사로서 살아있는 헌법이란 용어는 일반적으로 사용되고 있다.

나. 의의

살아있는 헌법의 개념도 그 자체 매우 광범위한 개념이고 주장하는 학자에 따라 상이한 의미를 포함하는 개념이다.¹¹⁾ William H. Rehnquist 대법원장에 의하면 ‘살아있는 헌법(living constitution)’이란 용어는 두 가지 전혀 다른 의미로 쓰여지고 있는데 그 하나는 헌법제정자는 추상적 용어로 규정하고 후속세대가 그들이 사는 끊임없이 변화하는 환경에 맞추어 그 용어를 적용하도록 하는 의미에서 사용되는 경우로서 이러한 의미에 대해서는 반대할 사람이 거의 없을 것이라 하고, 또 다른 의미로는 법원이 당시 사회의 대변자이자 양심으로서 선언하는 헌법을 의미하는데 이러한 의미에서의 살아있는 헌법은 수용될 수 없다고 한바 있다.¹²⁾ 그러나 대체로 ‘살아있는 헌법’은 헌법개정절차를 거치지 아니하고 시대와 환경의 변화에 따라 그에 적응하여 진화·변화하는 헌법을 일컫는다.¹³⁾ 이는 실제의 헌법은 헌법전속에 고정·불변으로 있는 것이 아니라 시대와 현실의 변화에 따라

10) Charles A. Reich, Mr. Justice Black and the Living Constitution, 76 Harvard Law Rev. 673, 735-36(1963)

11) Thomas B. Colby/Peter J. Smith, 전계논문(주15), 263; Lawrence B. Solum, We are All Originalists Now, Robert W. Bennett and Lawrence B. Solum, Constitutional Originalism -A Debate-, 64(2011)

12) William H. Rehnquist, 전계논문(주2), 694ff

13) David A. Strauss, The Living Constitution, Oxford Univ. Press, 2010, 1

과거에 제정된 낡은 헌법전을 넘어 성장, 변화한다는 의미를 담고 있다. 이는 헌법은 적응하고 변화하는 것이며, 지금의 국민이 과거 오래전에 내려진 결정에 구속되어 이를 변경할 수 없다는 것은 인정될 수 없다는 것을 의미한다.

그런 점에서 살아있는 헌법주의는 헌법원리는 변화하는 상황에 적응하여야 하며, 헌법규정은 그대로라 하더라도 헌법적용은 변화하는 환경과 변화하는 가치를 반영하여야 한다는 점에 기초하고 있다.¹⁴⁾ 그래서 헌법해석에 있어 과거의 역사적 사실에 우선을 두는 것이 아니라 헌법규정, 역사, 시대적 현실 등을 헌법해석에 수용할 것을 주장한다. Jack M. Balkin 교수에 의하면 살아있는 헌법주의(living constitutionalism)는 헌법은 변화하는 시간과 조건에 적응하여야 하며 미국민의 변화하는 가치를 반영하여야 한다는 주장을 말한다고 한다.¹⁵⁾ 살아있는 헌법주의(living constitutionalism)는 법원이 헌법을 어떻게 해석하여야 하는가의 판단에 관한 하나의 철학으로서 원의주의에 대립하는 해석방법이라 할 수 있다. 말하자면 법관이 보다 나은, 또는 보다 정당한 판결을 하기 위해 의식적으로 따를 수 있고 또 따라야 하는 해석방법이라는 것이다.¹⁶⁾

또한 살아있는 헌법주의는 헌법제정 당시의 이미 죽은 세대가 현세대를 통제하는 것을 부인하고 헌법이 오늘날 살아있는 자에 대해 구속력을 가지려면 시대에 맞게 업데이트되어야 한다고 주장한다.¹⁷⁾ 그리하여 헌법규정

14) Solum, Lawrence B., What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory, Grant Huscroft/Bradley W. Miller(ed.), The Challenge of Originalism-Theories of Constitutional Interpretation, Cambridge University Press (2011), 39

15) Jack M. Balkin, Living Originalism, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, 277

16) 상계논문, 277

17) Ethan J. Leib, The Perpetual Anxiety of Living Constitutionalism, 24 Constitutional Commentary, 353, 358ff(2007)

의 해석에 살아있는 현세대의 견해와 기대가 반영되어야 한다고 하고, 헌법전은 현세대의 동의가 있을 때 완전히 허구적인 것이 아닌, 우리만의 것이 될 수 있다고 한다.¹⁸⁾ 그런 점에서 헌법규정과 원리에 대한 현세대의 동의를 결합하여야 하며, 헌법규정해석에 있어 원래의 의미의 구속으로부터 풀어주어야 한다고 한다.

다. 유기체로서의 살아있는 헌법

살아있는 헌법이란 말은 헌법은 살아있는 유기체와 마찬가지로 그 내적 논리에 따라 성장하고 변화하며 외적인 환경의 변화에 적응한다는 것을 표현한 수사이다.¹⁹⁾ 말하자면 헌법을 생물학적 개념에 빗대어 헌법이 살아있는 유기체로서의 특성을 가지고 성장하고 진화한다는 것을 표현하는 것이다. 그래서 흔히 ‘살아있는 나무(living tree)’라는 말로 표현되기도 한다. 이 말은 캐나다의 The Privy Council이 Person사건²⁰⁾에서 헌법해석방법으로 캐나다대법원이 채택한 원의주의를 배척하면서 헌법을 “본래적 한계의 범위 내에서 성장하고 팽창할 수 있는 살아있는 나무(a living tree capable of growth and expansion within its natural limits)”²¹⁾에 비유한 것에서 유래한다. 이는 참된 헌법은 살아있고 유기적인 것으로 법전속의 법에 머무르고 있는 것이 아니라 계속 성장하고 법전속의 의미를 넘어서는 것이라는 의미

18) Ethan J. Leib, 상계논문, 360

19) Lawrence B. Solum, 전계논문(주9), 66

20) Edwards v. Attorney-General for Canada,(1930) A.C. 124(P.C.)(일반적으로는 the Persons Case로 알려져 있다. 이 판례는 캐나다에서 비원의주의-살아있는 헌법해석 방법을 기초한 것으로 알려져 있다. 이에 관해서는 Bradley W. Miller, Origin Myth: The Persons Case, the Living Tree, and the New Originalism, Grant Huscroft and Bradley W. Miller(ed.), The Challenge of Originalism, The Theories of Constitutional Interpretation, 2011, 120ff)

21) Person Case, at 136(“영국의 북아메리카법(The British North America Act)은 캐나다에 본래적 한계내에서 성장하고 팽창할 수 있는 살아있는 나무를 심었다.”)

를 담고 있다. 그 나무의 가지들은 모든 방향으로 뻗치고 있고 그 나무의 나뭇잎 중에는 유명한 관례들이 있다고 할 수 있다.²²⁾

이처럼 헌법을 유기체로 비유하는 것은 헌법의 사실적 특성뿐 아니라 헌법을 어떻게 이해하고 해석하고 적용하여야 할 것인가에 대한 규범적 시각을 담고 있다고 할 수 있다.²³⁾ 그러나 이러한 비유는 부분적으로 적합한 부분도 있지만 헌법은 살아있는 유기체와는 다른 특성이 있어 그 비유가 적절하지 않은 경우도 있다. 예컨대 Scott Dodson 교수에 의하면 헌법은 다윈의 진화론이 적용되는 자연적 선택보다는 보다 인위적 선택 내지 지적 디자인에 따른다는 점에서 다르다고 한다.²⁴⁾

그런 점에서 살아있는 헌법이란 용어가 남용되면 논의를 활발하게 하기보다 방해할 위험이 크다는 지적도 있다.²⁵⁾

라. 살아있는 헌법과 원의주의

살아있는 헌법은 비원의주의자들에 의해 주장된 것으로 원래 원의주의와 대립적 개념으로 이해되어 왔다. 사실 현대적 원의주의는 기원상 살아있는 헌법이론의 지나친 주장에 대한 대응으로 발전한 것이지만 또 한편으로는 계속적 진화과정에서 살아있는 헌법개념을 수용하고 있는 것도 사실이

22) Jack M. Balkin, *The Roots of The Living Constitution*. Panelist Papers, 92 *Boston University Law Rev.* 1129(2012)

23) Scott Dodson, *상계논문*(주1), 1321

24) Scott Dodson, *상계논문*, 1322; 그에 의하면 살아있는 헌법을 살아있는 피부, 뼈, 몸, 그리고 피를 가지고 있으면서 변화, 적응, 진화하고, 또한 건강하고 또 쇠퇴하는 능력을 가진 것으로 묘사하는 것은 모순이 없다 할 것이나 살아있는 생물이 자연적 물질에서 그 에너지를 사용하고, 재생산을 하며, 삶과 죽음에 관한 확실한 삶의 주기를 가진다는 점에서는 다르다고 한다. 이러한 비유의 정확성 여부에 관해서는 Scott Dodson, *상계논문*, 1326ff

25) Scott Dodson, *상계논문*, 1345

다.²⁶⁾ 그러나 원의주의에도 다양한 입장이 있고, 살아있는 헌법주의에도 다양한 이론이 있으므로 양자를 대립적 관계로 보는 견해도 있지만 양자가 서로 상용할 수 있다고 보는 견해도 있다.

Solum 교수에 의하면 원의주의도 다양하고 살아있는 헌법주의도 다양하여 공존의 가능성이 있을 수도 있고 양립할 수 없을 수도 있다고 한다.²⁷⁾ 그에 의하면 양자의 공존가능성은 신원의주의자들이 주장하는 것처럼 헌법 해석과 헌법구성을 구별하고 양자는 그 적용영역이 다르다는 측면에서 가능하다고 한다. 즉 원의주의는 헌법해석의 영역에서, 그리고 살아있는 헌법주의는 헌법구성의 영역에서 적용된다고 주장한다. 이러한 신원의주의 입장에서는 헌법의 애매한 규정은 시대에 따라 변화하는 가치와 상황에 따라 변화하는 헌법구성을 허용하며 이 영역에서는 살아있는 헌법주의가 인정된다는 것이다. 만약 살아있는 헌법주의도 원의주의와 마찬가지로 헌법규정이 일정부분에서는 변화될 수 없는 고정된 의미(*hard core*)를 가지고 있고 그래서 그 내용은 시대의 상황이나 가치의 변화에 관계없다는 점을 인정하고, 원의주의도 추상적이고 애매한 일반적 헌법규정의 의미에 대해서는 헌법구성을 인정하여 변화하는 상황과 가치에 따라 그 내용이 변화한다고 이해하면 양자는 양립할 수 있다고 볼 수 있는 것이다.

그러나 양자는 양립불가하다는 견해도 있다. 살아있는 헌법주의자들 중에는 헌법에 변화할 수 없는 고정된 부분이 있다는 것을 부인하는 견해가 있는데 그들은 헌법의 핵심적 내용도 변화할 수 있다고 보므로 원의주의와 양립이 불가능하다. 또한 원의주의 중에도 헌법제정자의 구체적 의사에까지 구속된다고 보는 엄격원의주의(*strict originalism*)는 헌법의 의미변화를 부정하므로 살아있는 헌법주의와는 상용할 수 없다.

26) Thomas B. Colby/Peter J. Smith, 전계논문(주9), 263

27) Lawrence B. Solum, 전계논문(주12), 39ff

2. 논의의 동향

살아있는 헌법개념에 있어 중요한 전기가 된 것은 20세기 초반 그것이 뉴딜정책을 정당화하는 개혁의 논리로서 등장하면서였으나 이미 이전에도 그러한 생각이 없었던 것은 아니다. 예컨대 Woodrow Wilson 대통령은 일찍이 “government는 기계가 아니라 살아있는 것이다. 그것은 보편적 이론이 적용되는 문제가 아니라 유기체적 생명체의 문제이다.”라고²⁸⁾ 한바 있고 Oliver Wendell Holmes 대법관도 Gompers v. U.S.(1914)판결에서 “헌법 규정은 그 형식에 본질을 모두 포함하고 있는 수학적공식과 같은 것이 아니다. 그것은 유기적, 살아있는 제도(organic, living institution)이다.”²⁹⁾라고 한바 있다. Weems v. U.S.(1910)사건에서 연방대법원은 “시간은 변화를 만들고 새로운 조건과 목적을 낳는다. 따라서 어떤 원리가 생명력을 가지기 위해서는 그것을 제정한 과오보다는 보다 넓게 적용할 수 있어야 한다. 이는 특히 헌법에 타당한바 …… (잔인하고 이상한 형벌금지) 그러므로 진화하여야 하고, 낡은 것에 고정되어 있다기보다 인도적 정의의 개념에 비추어 공적 의견이 발전함에 따라 그 의미를 얻을 수 있다.”³⁰⁾고 하여 헌법이 고정된 것이 아니라 변화·발전하는 것임을 지적한바 있다.

그 후 프랭클린 루즈벨트 대통령에 의한 뉴딜정책은 경제적 자유, 연방 정부의 목적, 기능, 권위 등에 관한 헌법의 의미에 대한 근본적 변화를 초래하였는데 그 논리로서 살아있는 헌법주의가 등장하였다. 1932년 프랭클린 루즈벨트 대통령은 취임식연설에서 “우리의 헌법은 간단하고 실제적이어서 그 본질적 형태를 잃어버리지 않고도 변화에 따른 특정필요에 언제나

28) Scott Dodson, 전계논문(주1), 1323에서 인용

29) Gompers v. U.S. 233 U.S. 604,610(1914)

30) Weems v. U.S. 217 U.S. 349,378(1910)

부응할 수 있다.”고 하였다. 그는 당시 사법개혁(court packing plan)과 정부의 행정권을 강화하는 계획을 시도하면서 성문헌법을 ‘장애물(a stumbling block to be circumvented)’로 묘사하면서 헌법논의를 과당적·이념적 목적을 위한 핑계에 불과하다고 하였다.³¹⁾ 특히 종래 사법보수적극주의입장에 있던 연방대법원에 대한 루즈벨트 대통령의 사법개혁시도가 있는 1937년을 기점으로 진보주의법학의 원리로 살아있는 헌법주의가 세력을 얻게 되었다. 당시 뉴딜시대의 진보법조인들은 Holmes 대법관이 헌법의 생명은 논리가 아니라 경험이라고 보고 헌법은 “우리의 모든 경험에 비추어 고려되어야 하고 단순히 백 년 전에 이야기된 것에 따라 고려해서는 안된다.”³²⁾고 한 말이나 Brandeis 대법관이 “권력의 남용으로부터 개인을 보호하는 규정”은 “변화하는 세상에 적용할 수 있는 비슷한 능력을 가져야 한다.”³³⁾고 한 말에 공감하였다.³⁴⁾

이러한 영향을 받아 살아있는 헌법주의자들은 각 세대는 당시의 필요에 부응하여 헌법을 형성할 권리가 있다고 주장하였다. 법원도 과거 자유방임-경제적 자유/재산권에 관한 보수적 법리들을 폐기하고 복지·적극국가적 원리들을 수용하였다. 살아있는 헌법주의자들은 이러한 뉴딜진보주의 내지 적극국가-진보주의(statist liberalism)를 살아있는 헌법이라는 수사로 합리화 하되 근본법은 시대적응적이고 성장하는 사회적 유기물(social organism)이라 생각하였고³⁵⁾ 1937년 이후 살아있는 헌법주의는 적극국가-진보주의의 법논리적 논거가 되었다. 특히 유명한 Carolene Products Co. 사건의 각주 4는

31) 이에 관해서는 Herman Belz, *A Living Constitution or Fundamental Law - American Constitutionalism in Historical Perspective*, Rowman & Littlefield Pub. Inc., 1998, 8

32) *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433(1920)

33) *Olmstead v. U.S.* 277 U.S. 438, 472(1928)

34) Frank B. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford Univ. Press, 2013, 84

35) Herman Belz, 상계서, 8

그 뒤 1950년대 이후의 판결에서의 살아있는 헌법주의의 법리를 제시해 주었다.

이러한 살아있는 헌법주의는 그 뒤 워렌 법원에서의 진보적 판결의 배경을 이루었다. 대표적으로 1954년의 *Brown v. Board of Education* 판결을 들 수 있다. 특히 1960년대에 와서도 인종문제, 형사절차, 종교, 교육, 언론출판의 자유, 의원정수배정(*apportionment*)문제, 복지에 관한 권리 등에 관한 진보적 판결이 있었고 1960년대에 와서 미연방대법원의 판결에서 이러한 살아있는 헌법주의가 번성하게 되었다.³⁶⁾ 그 뒤 버거 법원에서도 이러한 입장이 유지되어 1971년 *Reed v. Reed* 판결을 비롯한 양성평등에 관한 판결, 1973년의 *Roe v. Wade* 판결 등이 있었다. 특히 *Roe v. Wade* 판결에 대해서는 성문헌법 어디에도 그 근거를 찾을 수 없는 법리에 따른 판결로서 진보주의 진영 내에서도 논란이 있을 정도였으며 이를 계기로 법조인들은 자신이 어느 진영에 속하는지를 생각하지 않을 수 없게 되었고, 보수주의자를 결속시켜 원의주의/비원의주의의 논쟁이 불붙게 되는 계기를 만들었다.

그리하여 이미 1960년대 후반 이후 1970년대 중반 사이 지명된 연방대법관후보자에 대한 미연방상원 법사위원회에서의 인사청문회에서 다수의 지명자에게 ‘살아있는 헌법’을 믿는지 여부에 대한 질문이 있었을 정도로³⁷⁾ 살아있는 헌법/원의주의문제는 정치현실에서도 중요한 관심사가 되게 되었다. 그 뒤 1975년 Thomas C. Grey 교수의 ‘Do We Have an Unwritten Constitution?’³⁸⁾이란 논문이 헌법재판의 현실과 재판규범으로서 불문헌법을 주장하여 살아있는 헌법 개념의 발전에 크게 기여하였다.³⁹⁾ 실무가로서는

36) Herman Belz, 상계서, 223

37) William H. Rehnquist, 전계논문(주2), 693

38) Thomas C. Grey, Do We Have an Unwritten Constitution?, 27 Stanford Law Review 703(1975)

39) Thomas B. Colby/Peter J. Smith, 전계논문(주9)의 각주 119 참조

William J. Brennan Jr. 대법관이 대표적 살아있는 헌법주의자로서 활동하였고 학계에서도 다수의 학자들이 이를 지지하였다. Antonin Scalia 대법관은 1989년 논문⁴⁰⁾에서 당시 저명 법학자들 다수 예컨대, Laurence H. Tribe 교수, Paul Brest 교수, Owen Fiss 교수, Ronald Dworkin 교수, Richard Parker 교수, David Richards 교수 등이 원의주의를 부정하고 있음을 지적한바 있다. 그리하여 헌법을 살아있는 헌법으로 보는 것은 매우 일반화되어 고등학교나 대학 학부교육에서 헌법을 살아있는 헌법으로 가르치기도 하였다.⁴¹⁾

그러나 워렌 법원과 버거 법원의 진보적 관례에 대한 원의주의자들의 비판이 거세지고, 특히 1976년 Rehnquist 대법관은 “The Notion of a Living Constitution”이라는 논문에서 살아있는 헌법에 대한 비판적 견해를 제시한 바 있다. 그 뒤 살아있는 헌법논의에 전기를 가져온 것은 1987년 살아있는 헌법에 대한 대표적 비판자였던 Robert Bork 판사의 대법관인준안의 부결이었다. Belz 교수는 Bork 판사의 인준표결은 넓은 의미에서 헌법철학으로서 진보법학과 적정한 사법심사로서 사법적극주의에 대한 표결로서 의미를 가졌다고 지적한바 있다.⁴²⁾ Bork 판사의 인준안부결은 단순히 Bork 판사 개인의 대법관인준부결로서의 의미를 넘어 헌법규정의 불명확성과 그에 따른 법관의 헌법규정의 의미에 대한 자유로운 해석을 공식적으로 허용하는 것을 의미하였다. Erwin Chemerinsky 교수같은 학자는 이러한 상원의 표결결과는 민주주의의 실체는 다수지배의 절차보다도 오히려 법관에 의해 확인된 실체적 가치에 있다고 보았다고 이해하는 것이 보다 정확할 것이라 하였다.⁴³⁾

그러나 Robert Bork 판사의 연방대법관후보인준안 부결 이후 진보주의자

40) Antonin Scalia, Originalism: The Lesser Evil, 57 U. Cin. L. Rev. 849(1989)

41) Eugene W. Hickok, Jr., The Birth of The “Living” Constitution, 14 Colonial Law 6 (1984-1985)

42) Herman Belz, 전계서(주10), 237

43) Herman Belz, 상계서, 238에서 인용

들의 기대와 달리 원의주의는 위축되지 않고 오히려 강화되는 경향을 보였고 사법진보주의와 살아있는 헌법주의에 대한 비판이 거세어졌다. 보수주의진영에서 성문헌법주의에 기초한 제한된 정부의 복원을 시도하면서 진보주의가 성문헌법을 고유의 가치를 가지지 않은 하나의 종이조각으로 만들었다고 비판하였다. 한 때 원의주의를 비판했던 H. Jefferson Powell 교수는 50년의 진보주의법학이 미국입헌주의를 지적·도덕적 혼란상태에 빠뜨렸다고 한탄하면서 당시의 헌법이론을 ‘진보적 과두지배에 대한 숨겨진 변명’에 지나지 않는다고 비난하였다.⁴⁴⁾

1990년대 이후 Antonin Scalia 대법관이 보다 진화한 원의주의를 주장하면서 대표적 원의주의자로 부상하였다. 근래에 와서는 원의주의는 헌법해석에 있어 하나의 주도적 접근방법이 되었다거나,⁴⁵⁾ 원의주의가 확실히 승리하고 있는 것처럼 보인다⁴⁶⁾는 지적을 받을 만큼 지지세력이 확장되었다. 그러나 그럼에도 Antonin Scalia 대법관은 최근에 와서 헌법해석에 있어 원의주의진영의 세력이 확장되었으나 여전히 살아있는 헌법주의가 법원과 로스쿨, 그리고 일반시민을 지배하고 있다고 지적하고 대중과 법학교수, 그리고 법원으로 하여금 이처럼 매력적이며 법관의 권한을 강화하는 철학으로부터 떼어내기는 쉬운 일이 아니라고 지적한바 있다.⁴⁷⁾ 그러나 그 뒤 원의주의도 진화되면서 T. B. Colby & P. J. Smith 교수가 ‘원의주의자들이 살아있는 헌법개념에 대해 경멸하였음에도 정작 그들 자신도 자신들의 주장의 논리적 규범적 우월성을 감아먹는 ‘살아있는 헌법주의’를 창설하는 긴

44) 이에 관해서는 Herman Belz, 상계서, 222

45) Michael C. Dorf, Book Review The Undead Constitution, 125 Harvard L. Rev. 2011(2012); Michael C. Dorf는 이처럼 원의주의가 헌법해석에서 주도적 지위를 가지게 된 것은 Scalia 대법관의 영향이 적지 않다고 지적한다. (2011)

46) Ethan J. Leib, The Perpetual Anxiety of Living Constitutionalism, 24 Constitutional Commentary, 353(2007)

47) Antonin Scalia, Foreword, in: Originalism: A Quater-Century of Debate, Steven G. Calabresi(ed.), Regnery Publishing, Inc., 2007, 43

행로를 걸어왔다.’고 지적하고 있는 것⁴⁸⁾처럼 살아있는 헌법주의의 주장내용을 상당부분 수용하고 있다.

최근에는 Yale 대학의 David A. Strauss 교수가 원의주의를 비판하면서 종래의 살아있는 헌법주의와는 다른, 선례에 바탕한 a common law constitution 이라는 살아있는 헌법을 주장하고 있다. 또 같은 대학의 Jack M. Balkin 교수는 살아있는 원의주의(living originalism) 내지 기본구조원주의(framework originalism)를 주장하면서 원의주의와 살아있는 헌법주의는 서로 대립적인 것이 아니라고 하면서 양자의 결합을 주장하여 학계의 주목을 끌고 있다.

한편 미국의 살아있는 헌법개념은 유럽인권법원이 인권헌장을 “현재의 상황에 따라 해석되어야 한다.”라고한 판시에서도 발견되며, 다수의 외국법원의 판례가 미국연방대법원의 ‘살아있는 헌법’에 관한 판례를 인용하고 있다는 지적도 있다.⁴⁹⁾

III. 살아있는 헌법의 내용

살아있는 헌법은 다양한 헌법적 문제에 뿌리를 뺏고 있는 거대개념이며 그런 만큼 그것을 주장하는 내용이나 논거도 다양하다. 이를 다음 몇 가지로 정리할 수 있을 것이다.

1. 헌법의 변동성과 현실적 타당성

살아있는 헌법개념의 핵심적 아이디어는 헌법은 시대와 현실의 변화에

48) Thomas B. Colby/Peter J. Smith, 전계논문(주9), 307

49) Antonin Scalia, 전계논문(주45), 45

따라 변한다는 것이다. 또한 과거에 고정된, 변하지 않는 헌법은 현상황에서는 비현실적이고 부당한 결론에 이르게 하며, 사회가 기능하는 데 장애물이 되게 된다고 본다. Lawrence Solum 교수는 살아있는 헌법주의의 보편적 주장내용으로 헌법원리의 유동성을 들면서 살아있는 헌법주의는 헌법원리의 지배는 특정 헌법규정이 제정될 당시에 고정되어 있지 않다는 견해를 말한다고 하고 있다.⁵⁰⁾ 이러한 개념은 헌법의 고정성-불변성을 주장하는 원의주의와 기본적으로 대립하는 개념이 아닐 수 없다.

이러한 살아있는 헌법주의의 입장은 두 가지 측면에서 파악할 수 있다. 가) 하나는 사실적 측면으로 종래 헌법의 역사를 보면 사실상 헌법개정에 의하지 아니하고도 헌법이 변화해 왔다는 것이다. David A. Strauss 교수는 미국헌법에 관한 가장 근본적 사실은 그것이 변한다는 것이며 이러한 변화는 사소하거나 기술적 세부사항에 관한 것이 아니라 헌법의 핵심에 있는 중요사항에 관한 것이며 그 변화가 헌법이 예정하는 헌법개정에 의한 것이 아니라는 점에 공통점을 가진다고 한다.⁵¹⁾ 예컨대 1900년대만 해도 노동과 경영의 관계에 대해 의회는 규율할 권한이 없다고 보았으나 1930년대에 와서는 격렬한 논쟁사항이 되었고, 오늘에 와서는 의회가 그에 대한 권한이 있다는 것이 당연시되고 있으며, 양성평등에 관해서도 1950년대까지만 해도 주가 여성이 특정직업에 취업하는 것을 금지하는 법을 제정하는 것이 허용되는 것으로 보았으나 지금은 위헌법률의 대표적 예가 되고 있으며, 공립학교에서의 인종분리문제에 대해서도 1900년대에는 논쟁의 대상조차 되지 않았으나 지금은 위헌이라는 것이 확립되었고, 1900년대나 1930년대에는 1인1표(one person, one vote)는 들어본 적도 없는 것이었으나 1960년대 초반 대법원의 판결이후 지금은 미국헌법의 핵심적 부분으로 당연한 것으로 받아들여지고 있다는 것이다.

50) Lawrence B. Solum, 전계논문(주9), 67

51) David A. Strauss, 전계논문(주3) 973-974

또 하나는 나)규범적 측면으로 헌법은 시대의 변화에 따라 변화하여야 하며, 변화하지 않는 헌법은 정당하지 않다고 하는 것이다. 즉 헌법이 규율하는 세계는 고정되어 있는 것이 아니라 변화하며, 그에 따라 헌법도 현실의 변화에 맞추어 변화하지 않으면 안된다는 것이다.⁵²⁾ 그들은 현실의 변화에 따라 헌법이 변화하는 것은 불가피하고 또 옳은 일이며 만약 헌법이 변화하지 않으면 그것은 무시되거나 더 나쁜게는 진보를 막고 우리사회가 제대로 기능하는 것을 방해하는 장애물 내지 유물이 되고 말 것이라고 주장한다.⁵³⁾ 말하자면 헌법이 제정될 때에는 예상하지 못한 문제가 빈번하게 제기되고 제정당시의 의미 그대로 적용하는 경우 불합리한 결과를 초래하게 되는 것은 불가피한 것이다. 그런 점에서 원의주의는 결정과정에서 현재의 가치를 지속적으로 주입하는 데는 한계가 있을 수밖에 없으며 그런 점에서 살아있는 헌법은 논리적으로 불가피하다고 할 수 없을지는 몰라도 실제상으로는 불가역적이라고 한다.⁵⁴⁾

일찍이 Hughes 대법원장은 *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell* 사건(1934)⁵⁵⁾에서 “이러한 공적 필요는 한 세기 전에는 생각되지 않았다거나 그 당시의 시각에서 헌법규정이 가졌던 의미가 우리의 시대에도 그대로 적용되어야 한다고 주장하는 것은 답이 되지 않는다. 만약 헌법이 제정될 당시의 의미가 그대로 오늘날에도 적용되어야 한다는 말이 헌법의 중요 규정들을 헌법제정자가 그 당시의 조건과 견해에 따라 그 헌법규정에 부여하려 하였던 의미로만 해석하여야 한다는 의도를 가졌다면 그 말은 스스로 논박의 소지가 있는 것이다. 마샬 대법원장이 “우리는 우리가 말하는 것이 헌법-앞으로 올 미래세대에게도 적용되고 그에 따라 인간사의 다양한 위기

52) Robert W. Bennett, *Originalism and the Living American Constitution*, Robert W. Bennett and Lawrence B. Solum, *Constitutional Originalism - A Debate-*, 2011, 79

53) David A Strauss, 전계서(주11), 2

54) Robert W. Bennett, 전계논문(주50), 82

55) 290 U.S. 398, 442-3(1934)

에도 적용될 수 있는-이라는 것을 결코 잊어서는 안된다”고 한 유명한 경구는 이러한 좁은 생각을 막기 위한 것이었다.”고 한바 있다. 또 William Brennan 대법관은 헌법은 이미 존재했던 사회를 보존하기 위한 것이 아니라 새로운 사회를 만들고 과거의 정치사회가 충분히 인식하지 못했던 새로운 원리를 도입하고자 한 것이라 하면서 그런 점에서 헌법해석은 헌법규정의 개방성을 설명할 수 있어야 한다고 하였다. 그래서 예컨대 노예제폐지나 흑인의 법적 평등보호 및 선거권보장에 관한 증보조항을 해석할 때 그 조항을 규정한 사람들이 현상유지를 하고자 한 것이 아니라 그들의 세상을 바꾸어 노예제의 흔적을 지우고자 함을 목적으로 하였다는 점을 상기할 필요가 있다고 하였다.⁵⁶⁾ 그는 연방대법원의 헌법해석에 관한 독특한 기능에 비추어 선례구속에 관한 상당한 유연성이 요구된다고 하면서 연방대법원이 헌법의 의미에 관해 최종적으로 결정하므로 그 견해는 시대가 바뀔에 따라 변경되어야 하는 것이 마땅하며 만약 그렇지 않다면 헌법은 이미 사라진 세대의 시대착오적인 견해에 갇히게 될 것이라 하였다.⁵⁷⁾

2. 헌법의 효력의 근거 - 세대를 통한 생성과 진화

헌법의 해석은 헌법의 효력근거를 어디에서 찾느냐에 따라 달라질 수 밖에 없다. 즉 헌법이 법으로서 구속력을 가지는 것은 헌법을 정립할 수 있는 정당한 권한을 가진 주권자의 명령이기 때문에 효력을 가진다면 헌법 해석기관은 주권자인 헌법제정자의 의사에 따라 헌법을 해석하여야지 자신의 견해에 따라 헌법을 해석해서는 안되며 이는 결국 원의주의로 귀결되게

56) William J. Brennan, Jr., Speech To The Text And Teaching Symposium, Georgetown University, Washington, D.C. October 12, 1985, in: Steven G. Calabresi(ed.), Originalism: A Quarter-Century of Debate, 2007, 62

57) William J. Brennan, Jr., 상계발표문, 69

된다. 그러나 살아있는 헌법주의자들은 헌법은 어느 한 시점(헌법제정 당시)에 내린 주권자의 명령이 아니라 세대를 거쳐 연면하게 이어지는 과정을 통해 생성, 변화하는 것이며, 헌법의 효력은 헌법의 진화와 이어지는 세대에 의한 수용가능성에 있다고 주장한다. 그래서 헌법이 오늘날 살아있는 자에 대해 구속력을 가지려면 시대에 맞게 업데이트되어야 한다고 주장한다.⁵⁸⁾ 따라서 헌법규정의 해석에 살아있는 현세대의 견해와 기대가 반영되어야 하고, 헌법규정과 원리에 대한 현세대의 동의를 결합하여야 하며, 헌법규정해석에 있어 원래의 의미의 구속으로부터 풀어주어야 한다고 한다. 이렇게 헌법전은 현세대의 동의가 있을 때 완전히 허구적인 것이 아닌, 우리만의 것이 될 수 있다고 주장한다.⁵⁹⁾

Paul Brest 교수는 미국의 전통에 가장 깊이 뿌리내린 정치이론에 의하면 헌법의 권위는 제정자의 동의에서 나온다고 하나 헌법제정자가 스스로 동의 하였다 하더라도 성문헌법에 대한 지속적인 충성의 근거로는 타당하지 않다고 한다. 왜냐하면 지금의 우리는 헌법을 제정하지도 않았고, 헌법을 제정한 사람은 모두 죽어 사라졌기 때문이라 한다. 그는 제정된 성문헌법이 권위를 가지고 법이 되기 위해서는 역사적으로 지속적인 동의 내지 인정을 통해서만 가능하다고 한다.⁶⁰⁾

Strauss 교수에 의하면⁶¹⁾ 법으로서 효력을 가지는 근거에 대해서 두 가지 입장이 있는데 하나는 법은 권한있는 자(왕이나 독재자든, 국민이든)의 명령이기 때문에 법으로서 구속력을 가진다고 보는 입장이다. 원의주의는 이러한 입장에 있는데 원의주의는 헌법은 국민이 제정하였으므로 법이라 할 수 있고 따라서 헌법을 해석할 때 제정자인 국민이 어떤 의사를 가졌는지에

58) Ethan J. Leib, 전계논문(주15), 358ff

59) Ethan J. Leib, 상계논문, 360

60) Paul Brest, The Misconceived Quest for The Original Understanding, 60 Boston.Univ..Law Rev.204, 225(1980)

61) David A. Strauss, 전계서(주11), 36 이하

따라 해석하여야 하며, 만약 의사에 따라 해석하지 않는 경우 그것은 헌법을 해석하는 것이 아니라 자신의 가치를 헌법으로 만드는 것이 된다고 본다.

그러나 또 다른 입장에서 코먼로 어프로치는 법은 관습과 마찬가지로 어느 한 시점에 주권자가 발하는 것이 아니라 시대를 거치면서 발전하는 것이라 본다.⁶²⁾ 살아있는 헌법주의는 헌법은 한 시점의 주권자의 명령-그것이 민주적이든 아니든-이 아니라 시대를 거쳐 발전하는 것으로 어느 한 시점의 산물은 아니며 무수한 사람과 세대의 진화적 산물이며 일련의 선례의 발전을 통해 진화적 과정을 거쳐 생성되는 것이라 한다. 특히 코먼로관점은 법의 권위는 권한있는 특정주체가 제정하였다는 사실에서 나오는 것이 아니라 법의 진화적 기원과 이어지는 세대에 의한 일반적 수용가능성에서 나온다고 보고 시대를 거쳐 법이 효력을 가지는 것은 이러한 이유에서만 그 효력을 주장할 수 있다고 한다. 이러한 입장에서는 법의 내용은 법제정자의 의사나 성문조항에 의해서만 해석될 수 없고 진화적 과정을 통해 결정되며 현재의 해석자는 이러한 새로운 변화를 무시하는 것이 아니라 이러한 진화를 이어감으로써 진화에 기여할 수 있다고 본다. 법은 선례들의 발전을 통한 이러한 진화적 과정으로부터 나오며 법관은 어려운 문제에 봉착할 때 선례를 고려하지 않으면 안 된다. 선례가 분명한 경우 선례에 따라 판단하여야 할 것이나 그렇지 않은 경우 법관이 스스로 판단하지 않으면 안 되며, 경우에 따라서는 공정과 좋은 정책에 대한 법관의 스스로의 견해에 따라 판단하지 않으면 안 된다고 한다.

3. 살아있는 헌법과 불문헌법

원의주의가 헌법의 성문성에 근거하고 있다면 살아있는 헌법주의는 불문

62) 상계서, 37-38

헌법개념과 연관되어있다.⁶³⁾ 즉 지금의 원의주의의 핵심내용의 하나가 성문헌법규정의 문언적 의미의 법적 구속성이라 한다면,⁶⁴⁾ 살아있는 헌법에는 시대에 따라 발전하는 관례와 관습을 포함하고 있다.⁶⁵⁾ 그런 점에서 살아있는 헌법주의자들은 성문헌법뿐 아니라 관례나 관습의 중요성을 인정하고 헌법은 성문헌법에 국한되는 것은 아니며 관례나 관습과 같은 불문헌법을 포함한다고 본다.

예컨대 Thomas C. Grey 교수는 과거 중요사건에서 대법관이 헌법적 판단을 함에 있어 성문헌법규정을 언급하거나 분석하는 것은 별다른 중요역할을 하지 못하였고, 정작 판결의 근거로 든 대부분은 기껏해야 성문헌법에 규정은 되어 있으나 그 내용은 거의 구체화되지 아니한 정부구조의 거대개념과 개인의 권리였으며, 대표적으로 포괄적 규정인 적법절차, 평등보호같은 성문헌법규정을 근거로 들었다고 지적하였다.⁶⁶⁾ 그는 종래 연방대법원이 입법을 위헌이라 판단한 근거가 되는 헌법원리나 가치들의 내용은 사실 성문헌법조항에 의한 것은 아니라고 하고 포괄적 내용을 가진 헌법규정이 사법적 발전과 근본적 국가가치의 구명에 관한 정당근거로 볼 수 있다고 하였다. 이러한 가치는 인간사회의 항구적이고 보편적 모습일 수 있고 또는 특정문화와 성장과 변화에 따른 것일 수 있다. 후자에 대한 수사가 ‘살아있는 헌법’이다. 이는 기본적 권리의 이름으로 권력을 억제하는 규정을 가지고 있으나 사법부가 시대가 지나감에 따른 이러한 권리의 내용상의 발전과 변화를 충분히 수용할 수 있을 정도로 덜 구체적인 헌법을 말한다고 한다.⁶⁷⁾ 그런 점에서 그는 Black 대법관이 주장하는 해석모델은 헌법에 열거되지 아니한 ‘본질적(essential)’ 또는 ‘근본적(fundamental)’ 자유나

63) Herman Belz, 전게서(주32), 8

64) Lawrence B. Solum, 전게논문(주9), 18

65) David A. Strauss, 전게서(주11), 99

66) Thomas C. Grey, 전게논문(주36), 707f

67) Thomas C. Grey, 상계논문, 709

공정한 절차를 보장하고 그 개념의 도덕적 내용을 법원으로 하여금 부여하도록 하는 헌법적 원리와 조화될 수 없다고 하였다.⁶⁸⁾ Paul Brest 교수도 미국의 헌법전통은 성문헌법규정에만 초점을 맞추는 것이 아니라 법원이나 다른 기관의 결정이나 관행에 초점을 두고 있다고 하였다. 실제에 있어 헌법조항과 원래의 이해를 보충하고 또 때로는 훼손하는 것은 그 자체 미국 헌법의 전통의 한 부분이라 하였다.⁶⁹⁾ 성문의 헌법규정에 규정된 가치를 실현하는 것만이 입헌주의의 목적에 가장 잘 봉사할 수 있다고 원의주의자들이 주장하나 실제의 헌법재판은 오직 우리 사회의 근본가치를 실현하는 것이어야 한다고 하였다.⁷⁰⁾

한편 D. Strauss 교수에 의하면 미국의 헌법체제는 선례와 관습이 나름대로 성문헌법 못지않은 중요성을 가진 코먼로 체제가 되었다고 하면서 코먼로헌법은 살아있는 헌법을 의미한다고 하였다.⁷¹⁾ 그에 의하면 코먼로는 오랜 시간동안 축적된 선례와 관습 위에 구축되었고 이러한 선례들은 적응과 변화의 여지를 인정한다고 한다. 그는 성문헌법도 선례나 관습과 같은 살아있는 헌법과 마찬가지로 중요하다고 하면서 많은 사건에서 선례나 코먼로의 도움 없이도 성문헌법만으로도 판결을 할 수 있으나 헌법과 다른 법령의 해석은 달라서 성문헌법의 해석에 초점을 두는 다른 법령의 경우와 달리 헌법의 경우 성문헌법조항은 별 관심의 대상이 되지 못하고, 선례와 선례가 없는 경우 공정성과 좋은 정책에 관한 코먼센스가 문제가 된다고 한다.⁷²⁾ 그는 대부분의 사건에서 성문헌법은 구체적 법적 쟁점을 결정하는데 특별히 중요한 역할을 하거나 큰 도움이 되는 역할을 하는 것이 아니라

68) Thomas Grey, 상계논문, 709f

69) Paul Brest, The Misconceived Quest for The Original Understanding, 60 Boston Univ., Law Rev. 204, 225(1980)

70) Paul Brest, 상계논문, 227

71) David A. Strauss, 전게서(주11), 3

72) David A. Strauss, 상계서, 34

고 하면서 미국에서의 실제적으로 기능하는 헌법은 선례와 관습, 이해 (understanding)라 할 수 있고 그것이 바로 ‘우리의 살아있는 헌법(our living constitution)’이라 한다.⁷³⁾

Akhil Reed Amar 교수도 미국헌법은 성문헌법과 불문헌법이 결합하여 하나의 헌법체제를 만든다고 보고 미국성문헌법은 단지 미국을 실질적으로 지배하는 기본원리를 정하기 시작하였을 뿐 불문헌법이 성문헌법을 대신함이 없이 성문헌법을 지지하고 보완한다고 한다. 예컨대 인종차별은 원래 평등에 반한다는 생각은 성문헌법에 규정된바 없고, 1인1표(one person, one vote)원칙은 성문헌법이 명시적으로 규정하고 있지 않으나 지금은 불문의 원칙으로서 연방대법원, 주요정당, 압도적 다수의 시민들에 의해 지지되고 있다고 한다.⁷⁴⁾ 그는 성문헌법은 불문헌법 없이는 그 빈틈을 메우지도 안정화할 수도 없다고 한다. 그러나 또한 불문헌법은 성문헌법을 무시할 수 없으며 연방대법원도 성문헌법을 무시하거나 반복할 수 있다고 공언한 적이 없다고 한다.⁷⁵⁾

4. 죽은 자에 의한 산 자의 지배의 부정

살아있는 헌법의 개념은 왜 과거의 죽은 자에 의해 내려진 결정에 의해 현재의 산 자가 구속받아야 하는가 하는 소위 ‘제퍼슨의 회의(Jeffersonian skepticism)’를 주요 논거로 한다.⁷⁶⁾ 말하자면 왜 오랜 옛날 헌법을 제정한 세대의 의도나 이해에 의해 현세대가 지배받아야 하는가 하는 것이다. 이러한 생각은 원의주의는 헌법을 부당하게 고정화하고 그에 따라 과거세대

73) David A. Strauss, 상계서, 35

74) Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution*, Basic Books, 2012, ix ff

75) Akhil Reed Amar, 상계서, xi

76) David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford Univ. Press, 2010, 100

의 낡은 생각을 현세대에 부과하기 때문에 헌법해석방법으로서는 적절하지 않다고 주장한다.⁷⁷⁾

일찍이 토마스 제퍼슨(Thomas Jefferson)은 1789년 제임스 매디슨(James Madison)에게 보낸 편지에서 “우리는 법의 본질상 한 독립국가가 다른 나라로부터 독립적이듯이 한 세대도 다른 세대로부터 독립적이라는 것을 인지하지 못하고 있는 것 같다.”고 하면서 헌법이 제정된다고 그 헌법이 다음 세대를 통제할 수 있는 권한을 주장할 수 있는가? 이미 죽은 과거의 사람이 지금 우리를 지배한다는 것이 정당한가? 하는 의문을 제기하였다.⁷⁸⁾ 노아 웹스터(Noah Webster)도 ‘항구적 헌법을 만들려는 시도는 미래세대의 의사를 통제할 수 있는 권리가 있다는 것을 가정하는 것이고, 우리가 아시아에 있는 어떤 한 나라에 대해 정당한 권한이 거의 없는 것과 같이 권한이 없는 사람들에게 입법을 할 수 있는 권한이 있다고 가정하는 것이다’⁷⁹⁾ 한바 있다. 이러한 의문은 Robert A. Dahl 교수가 “인간의 한계를 가진 55명에 의해 200년 전에 작성되었고 실제로는 39명만이 서명하였으며 그들 중 상당수가 노예 소유주였고, 겨우 13개 주에서, 이제는 모두 죽고 잊혀진 지 오래된 2천명도 안 되는 적은 수가 투표하여 비준한 문서에 우리는 무엇 때문에 오늘날까지 얽매어 있어야 하는가”⁸⁰⁾ 한 점에서도 나타나고 있다.

이 점에 관하여 Ronald Dworkin 교수는 원의주의자는 헌법제정을 위하여 국민이 선출한 정치인들이 헌법이 무엇을 뜻하는지를 판단할 권한을 가져야 하는 것이 민주주의에 부합한다고 주장하나 제헌헌법의 기초자는 전

77) Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation*, 1999, 196

78) David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford Univ. Press, 2010, pp 99-100
에서 인용

79) John H. Ely, *Democracy and Distrust-A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, 11에서 인용

80) 로버트 달 지음, 박상훈·박수형 옮김, *미국헌법과 민주주의*, 2005, 78면

혀 국민전체의 대표자가 아니었으며 그 이후 헌법개정시대를 거치면서도 수정헌법기초자의 의사가 당시 국민의 여론으로 볼 정도로 민주주의가 발전하지 못하였고 거의 모든 상황이 달라진 지금에 와서도 오래전에 선출된 헌법기초자의 구체적 정치적 신념이 구속력을 가져야 한다고 할 수는 없다고 지적한다. 그래서 예컨대 인종문제가 모든 측면에서 변화한 오늘날에 와서도 애초 수정 제14조에 투표한 사람의 의견을 지금의 미국의 공적 도덕으로 보는 것은 어리석은 일이라고 한다.⁸¹⁾

이러한 지적은 헌법해석이 과거 헌법제정당시의 헌법제정자의 의사나 제정당시의 일반적 의사에 구속되어서는 안 되고, 세대와 사회가 바뀌면 헌법해석도 달라져야 함을 말하고 있다. 이러한 논리는 각 세대는 스스로 자신에 의한 지배를 할 수 있는데 현세대는 분명히 과거 세대가 제정한 헌법을 스스로 만들지 않았으니 현세대는 살아있는 헌법에 따라 스스로의 동의에 의해 성립된 정부에 의해 통치되어야 하며, 과거로부터의 죽은 손에 의해 국민의 의사가 제한되어서는 안 된다는 것이다.⁸²⁾

5. 헌법개정의 어려움

살아있는 헌법개념은 미국연방헌법이 그 개정절차의 엄격한 경성성으로 인하여 헌법개정 자체가 대단히 어렵다는 현실과 연관된다. 사실 연방헌법이 1787년 제정된 이래 실제로 헌법개정은 매우 드물게 이루어지고 있다. 그에 따라 성문헌법과 현실의 간극이 매우 큰 경우가 많고 그런 점에서 헌법개정절차에 의하지 아니하고 법원의 판결이나 의회의 입법, 정부의 정책 등을 통해 헌법이 사실상 변화하는 경우가 많다. Bruce Ackerman 교수는 “지금 우리는 낙태와 신앙, 그리고 연방주의와 대통령의 전쟁에 관한 권한

81) 로널드 드워킨 지음, 장영민 옮김, 법의 제국, 510-511 (2004)

82) Keith E. Whittington, Constitutional Interpretation, 1999, 196

(war powers of the presidency)에 관한 거대한 논쟁의 소용돌이에 있으나 이러한 문제를 헌법개정을 통해 해결할 수 있으리라고는 전혀 기대할 수 없다.”고 하면서 미국에서 “살아있는 헌법에 획기적 변화를 초래한 것은 헌법개정절차에 의한 개정이 아니라 법원에 의한 개혁(judicial revolution)이었다.”고 하였다.⁸³⁾ 또한 Strauss 교수는 “미국의 성문헌법은 220여년 전에 제정되었고, 그것은 개정될 수는 있으나 그 개정절차는 매우 어렵다. 가장 중요한 헌법개정은 거의 150년 전에 있었을 뿐 그 뒤의 개정은 대부분 상대적으로 사소한 사항에 관한 것이었다. 그에 비해 세상은 예측할 수 없을 만큼 변하여 미국의 영토는 확장되고, 인구도 엄청나게 불었다. 기술 변화도 엄청나고 국제상황이나 경제, 사회상황도 엄청나게 변하였다. 이러한 변화는 헌법이 제정될 당시에는 전혀 예상하지 못한 것이다. 그런데 이러한 변화에 맞추어 까다로운 헌법개정절차를 거치도록 하는 것은 비현실적이다.”고 하면서 “살아있는 헌법 이외의 현실적 대안은 없다.”고 하고 있다.⁸⁴⁾

6. 헌법해석의 의미

Antonin Scalia 대법관은 “헌법해석에 관한 기본적 대답은 헌법기초자의 의도와 객관적 의미 간의 것이 아니라 원래의 의미(그것을 기초자의 의도에서 도출하든 아니든)와 현재의 의미 간의 대답이다.”고 한바 있다.⁸⁵⁾ 원의주의가 헌법제정자의 의도나 헌법제정 당시의 원래의 의미를 밝혀내는 것을 헌법해석이라 한다면 살아있는 헌법주의는 과거의 헌법의 의미가 아

83) Ackerman, “The Living Constitution”, 120 Harv. L.Rev. 1737, 1741-1742(2007)

84) David A. Strauss, 전계서(주11), 1-2

85) Mitchell N. Berman, Originalism Is Bunk, 84 New York University Law Review 1, 17 (2009)에서 인용

나라 지금의 헌법의 의미를 밝혀내는 것이 헌법해석이라 이해한다. 그런 점에서 살아있는 헌법주의자들은 헌법은 시대의 변화에 따라 유동적이며 헌법해석은 현세대의 의사에 따른 헌법을 발견하는 것이라 주장한다. 그들은 헌법규정, 특히 헌법원리나 가치가 가지는 다의성과 애매성, 불명확성에 비추어 헌법의 구체적 의미는 현재의 구체적 상황에서의 가치선택, 정의와 올바른 정책 등에 대한 판단을 통해 실현된다고 본다. 그런 점에서 Ethan J. Leib 교수에 의하면 살아있는 헌법주의자에게 헌법해석이란 정당화의 사회적 실현이며, 그런 점에서 원의주의가 헌법해석의 첫 단계에서 원래의 의미 이외의 외적인 요소를 배제하는 반면 살아있는 헌법주의는 결과에 대한 논의, 기초를 이루는 정치적 당위성, 사려분별(*prudence*), 원리(*doctrine*), 법의 지배요소 등을 헌법해석의 첫 단계에서 모두 고려하여야 한다고 주장한다고 한다.⁸⁶⁾

William Brennan 대법관은 헌법규정은 그것이 실제적 가치선택을 담고 있다는 것을 받아들이지 않으면 이해할 수 없다고 하면서 “헌법의 내용에 충실하기 위해서는 헌법전을 해석하는 방법은 실재하는 실질적 가치의 선택에 대해 설명하여야 하고 헌법규정의 모호성을 현대의 상황에 적응토록 하여야 함을 받아들여야 한다. 헌법제정자는 당시 국왕의 특정 과오에 대한 투쟁을 통해 기본적 원리를 인정하였다. 즉 그 투쟁이 특정원리의 독특한 내용을 형성하였다. 그러나 우리가 이러한 근본적 원리를 수용함에 있어 그러한 세부적이고 때로는 시대착오적인 내용에 구속되지도 않았고 구속되어서도 안된다.”⁸⁷⁾고 하였다. 그는 현재의 대법관은 20세기 미국인으로서 우리가 할 수 있는 유일한 방법에 따라 헌법을 해석하여야 한다고 하면서 헌법제정의 역사나 그 간의 헌법해석의 역사를 고려하지만 그러나 궁

86) Ethan J. Leib, 전계논문(주15), 361

87) William Brennan, Jr., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification, Text and Teaching Symposium*, Georgetown University, 1985, 7

극적 문제는 헌법규정이 우리의 시대에 무엇을 의미하는가 하는 것이라 한다.88)

한편 Lawrence Lessig 교수에 의하면 헌법규정은 변하지 않더라도 콘텍스트(context)-이해(understandings), 사실(facts), 이론(theory), 그 헌법규정의 의미와 관련되는 기타 모든 요소를 아우르는 총합으로서-가 변하면 헌법규정의 해석은 변하여야 한다고 한다.89) 그에 의하면 텍스트와 콘텍스트가 의미를 만들며 텍스트나 콘텍스트가 바뀌면 그 의미가 변한다고 한다. 법에 있어서는 의미는 법적 텍스트를 개별사건에 적용함을 통해 정해지고 그 구체적 사건이 바로 콘텍스트라고 한다. 결국 법의 적용은 콘텍스트 속에 법적 텍스트를 해석하는 것이며 법관이나 변호사가 하는 일은 과거의 콘텍스트에서 행한 법적 텍스트에 대한 과거의 해석을 보존하기 위하여 새로운 콘텍스트에서 법적 텍스트를 해석하는 것이라 하였다.90)

이러한 주장과 관련하여 최근 Keith E. Whittington 교수, Randy E. Barnett 교수같은 원의주의자(新原意主義者)들은 기존 원의주의의 주장내용을 수정하여 헌법해석과 헌법구성을 구별하고 헌법구성이 아닌 헌법해석에는 원의주의만이 타당함을 주장하고 있다.91)

그러나 David A. Strauss 교수는 신원의주의자들이 이처럼 헌법해석과 헌법구성을 구별하고 원래의 의미가 의미하는 것이 분명한 경우에만 법관이 원의주의에 따른 헌법해석을 하고 그것이 불분명한 경우에는 헌법구성을 하여야 한다고 주장하는 것을 비판하면서 논란이 있는 사안의 대부분은

88) 상계발표문, 7-8

89) Lawrence Lessig, Undertaking Changed Readings: Fidelity and Theory, 47 Stanford Law Review, 395, 404ff(1995)

90) Lawrence Lessig, 상계논문, 402

91) Keith E. Whittington, 전게서(주82), 7 및 Keith E. Whittington, Constitutional Construction, Harvard University Press, 1999, 1; Randy E. Barnett, Interpretation and Constuction, 34 Harvard Journal of Law & Pubic Policy65, 66(2011)

그것이 불분명한 경우에 해당하여 헌법구성을 하여야 하는 경우에 해당하고 헌법구성은 선례나 정책적 판단에 따라야 하여 결국 헌법이 원의주의적 근거가 아니라 선례와 정책적 판단에 따른 그때그때의 판단에 의존하게 된다고 한다. 이처럼 원래의 의미가 애매한 경우 원의주의자들은 결국 자신의 견해를 주입하게 될 것이라 비판한다.⁹²⁾

한편 살아있는 원의주의를 주장하는 Jack M. Balkin 교수는 헌법해석과 헌법구성의 통합이론을 주장하면서 ‘텍스트와 원리의 방법(the method of text and principle)’을 제시하고 있다.⁹³⁾ 그는 원래의 의미에 따라 헌법을 해석할 것을 주장하면서 또한 헌법구성의 과정은 살아있는 헌법주의가 적용되는 영역이라 하였다. 그는 헌법해석은 가)의미의 확인(예컨대 수정 제1조의 speech란 말이 speaking만을 의미하는지, writing, music, painting도 포함하는지)과 나)헌법구성-해석의 다양한 방식을 모두 사용하여 헌법을 실현하고 적용하는 것-이라는 활동을 포함한다고 하고, 가)활동을 확인으로서 해석(interpretation-as-ascertainment)이라 하고, 나)활동을 구성으로서의 해석(interpretation-as-construction)이라 부를 수 있을 것이라 하면서 보통 헌법 해석이라 하면 양자를 다 포함하는 것이며, 많은 경우 특히 법관에 의한 헌법해석의 경우 사실상 구성으로서의 해석을 의미한다고 한다.⁹⁴⁾ 그에 의하면⁹⁵⁾ 헌법구성이 필요한 두 가지 경우로 가)헌법규정이 어떤 문제에 대해 애매하거나 침묵하고 있어 그 규정을 적용하기 위해 그 단어를 구체화하거나 또는 공백을 메우기 위해 doctrine을 개발하거나 법을 제정하여야 하는 경우, 나)헌법적 목적을 달성하기 위해 법을 창조하거나 제도를 구축

92) David A. Strauss, Originalism, Conservatism, and Judicial Restraint, 34 Harvard Journal of Law & Public Policy 137, 142f(2011)

93) Jack M. Balkin, 전계서(주13), 3ff

94) Jack M. Balkin, 상계서, 4-5

95) Jack M. Balkin, Framework Originalism and the Living Constitution, 103 Northwestern University Law Review 549, 560(2009)

하여야 할 필요가 있는 경우를 들면서 이 두 가지 경우 모두 살아있는 헌법주의의 업무영역이라 하였다.

7. 살아있는 헌법과 사법진보주의/사법적극주의

보수주의가 원의주의와 연결되는 것처럼, 진보주의자들은 대체로 헌법이 사회적 필요와 근본적 정의의 이념에 부응하여야 한다고 믿으므로 헌법을 ‘살아있는 법’ ‘살아있는 헌장(a living charter)’으로 이해하였다.⁹⁶⁾ 1960년대와 1970년대의 워렌 법원이나 버거 법원의 진보적 판결은 이러한 입장의 표현이라 할 수 있다.

사실 살아있는 헌법주의와 원의주의간의 논쟁은 빈번하게 진보주의와 보수주의 간의 논쟁의 양상을 띄어왔다. 예컨대 William J. Brennan 대법관은 원의주의는 “다수에 대한 소수자의 권리주장에 대한 혐오를 표현한다. 권리의 주장을 1789년 헌법에 특별히 규정된 가치에 묶어두려는 사람은 사회적 발전을 무시하고 가장 중요한 원리들을 사회적 환경의 변화에 따라 적용하는 것을 회피하는 것이다”⁹⁷⁾라고 하여 원의주의가 초래하는 보수주의를 비판하였다.

헌법적 진보주의진영에서는 ‘살아있는 헌법주의’를 진보적 선례를 유지하고 사법심사를 통한 진보적 가치를 촉진하기 위한 주장의 표현방법으로 사용해 왔고, 반대로 보수주의자들은 원의주의를 자신의 헌법적 입장을 설명하기 위하여 사용하였다. 그리하여 지금의 진보주의자들은 원의주의가 보수적 법관들이 자신이 원하는 결론을 얻기 위한 논리에 불과하다고 매도

96) Robert C. Post and Reva B. Siegel, Democratic Constitutionalism, in: Jack M. Balkin & Reva B. Siegel(ed.), The Constitution In 2020, Oxford Univ. Press, 2009, 25

97) William J. Brennan, Jr., 전계발표문(주54), 59

하는 반면, 지금의 보수주의자들은 살아있는 헌법주의를 단지 진보적 사법적극주의의 포장에 불과하다고 공격하였다.⁹⁸⁾ Dorf 교수⁹⁹⁾도 살아있는 헌법은 대체로 일반사람들에게는 진보적 정서(liberal sympathies)를 암시하고 원의주의는 보수주의를 암시하는 것으로 이해된다고 하고 정치적으로 보수적 살아있는 헌법주의나 정치적으로 진보적 원의주의가 때로는 실현된 적이 있긴 하나 원의주의는 진보적인 살아있는 헌법주의에 반대를 목적으로 하는 정치적 우파의 운동으로 나타난 것으로 이러한 짝짓기는 지금도 유효하다고 하면서 현재의 원의주의의 보수주의와의 연합과 살아있는 헌법과 진보주의와의 연합은 단순한 역사적 사실만은 아니라고 하였다.

그러나 살아있는 헌법은 법이라기보다는 정치적 선호를 표현하는 것이라는 보수주의진영의 공격을 받고 진보주의자들도 최근에 와서 의미있는 사회적 변화에 부응하는 또는 그 근거로써 헌법을 논의하는 것을 피하고 오히려 헌법을 준수하는 것을 보여주는 방법을 모색하고 있다. 그래서 일부는 원의주의를 채택하기도 한다.¹⁰⁰⁾ Jack M. Balkin 교수는 원래의 의미의 준수와 살아있는 헌법의 개념을 정확히 이해하면 그것이 진보주의나 보수주의와 직결되는 것은 아니라고 하면서 원래의 의미의 원의주의는 진보주의와 양립할 수 있고 살아있는 헌법개념도 보수주의와 양립할 수 있다고 주장한다.¹⁰¹⁾

한편 살아있는 헌법주의는 사회적 변화에 따른 헌법의 변화를 인정하고 법관에 의한 그 판단을 인정하므로 사법적극주의와 연결되는 것이 보통이고 역사적으로 워렌 법원이나 버거 법원의 경우 그러하였다. 원의주의가

98) Jack M. Balkin, 전계서(주13), 280

99) Michael C. Dorf, 전계서평(주43), 2044f

100) Robert C. Post and Reva B. Siegel, Democratic Constitutionalism, in: Jack M. Balkin & Reva B. Siegel(ed.), The Constitution In 2020, Oxford Univ. Press, 2009, 25

101) Jack M. Balkin, 전계서(주13), 280-281

살아있는 헌법이 법관의 가치적 선호를 실현하고 헌법해석의 객관성과 중립성을 침해한다고 비판하면서 사법적 자제 내지 소극주의와 연결되는 반면 살아있는 헌법주의는 사법적극주의의 양상을 띄게 된다.

IV. 살아있는 헌법에 대한 비판

1. 입헌주의 및 성문헌법성에의 배치

살아있는 헌법주의는 법으로서의 헌법, 성문헌법주의와 입헌주의에 맞지 않다는 비판이 있다. 헌법을 가지는 이유는 국회나 정부, 법원, 국민의 행위를 헌법에 맞게 규제하고 통제하는 것인데 그러기 위해서는 헌법이 고정된 내용을 가지지 않으면 안된다는 것이며 그러기 위해 성문헌법을 가진다는 것이다. 그리고 성문헌법을 가진다는 것은 그것이 개정되지 않는 한 변하지 않는다는 것을 의미한다. 말하자면 헌법이 법으로서의 의미를 가지려면 헌법이 변화에 적응하는 것이 아니라 현실을 통제하고 변화를 제한하여야 하며 그러기 위해서는 헌법의 내용이 고정되어 있어야 한다고 보는 것이 입헌주의와 성문헌법주의에 부합한다는 것이다.

그래서 원의주의자들은 법으로서 헌법의 목적은 장래를 고정된 근본규범에 구속되게 하는 것이며, 헌법의 기능은 역사적 변화의 일부측면에 대해 방과제역할을 하는 것이라 하면서,¹⁰²⁾ 헌법은 변화를 촉진시키기 위해 있는 것이 아니라 장래를 고정된 근본규범에 구속되게 하여 변화를 관리하며 변화에 제한을 부과하고, 고정된 근본규범에 따라 규정된 방식으로 변화가

102) Dennis J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, Cambridge University, 2005, 90

이루어지도록 하기 위하여 존재하는 것이라 한다.¹⁰³⁾

그런 점에서 살아있는 헌법주의는 이러한 헌법의 존재이유와 성문헌법의 의미를 부정하고 헌법을 현실의 반영으로 만들게 된다고 비판한다. Keith E. Whittington 교수는 살아있는 헌법주의의 주요논거인 죽은 자의 논리(the dead hand argument)에 따르면 결국 현실에 대한 헌법의 통제는 부정되고 민주적 과정이나 법원의 실질적 가치결정을 통한 통제만이 기능하게 될 것이라 한다. 그는 살아있는 헌법주의가 지속적으로 적용되면 모든 문서는 현재의 제도적 현실의 모사(模寫) 이상의 의미를 가질 수 없게 된다고 비판한다. 그렇게 되면 성문헌법은 미국통치질서의 상징으로서의 의미를 상실하고 성문규정은 단순히 역사적 유물로만 남을 것이라 하였다.¹⁰⁴⁾

2. 헌법해석의 객관성 · 중립성의 상실

살아있는 헌법에 대해서는 헌법의 내용이 고정되어 있지 않고 때때로 변화한다면 헌법이 헌법을 해석하는 사람에 따라, 즉 그의 이념에 따라 변화할 수 있다는 것을 의미하게 되고, 특히 법관이 자신의 가치관에 따라 헌법을 변경할 수 있다는 결과가 될 것이라는 비판이 있다.¹⁰⁵⁾ 사실 과거 원의주의는 살아있는 헌법주의가 초래한 사법적 주관성에 대한 반대에서 출발하였다고 할 수 있다. 사법적 주관성이 인정되면 법관의 정치적 이념이나 가치관이 법의 내용에 큰 영향을 미치게 된다는 것이다.¹⁰⁶⁾ 이는 과거 워렌 법원이나 버거 법원의 판례에 대한 주된 비판의 하나였다.

103) Dennis J. Goldford, 상계서, 90

104) Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation*, 198-199

105) David A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford Univ. Press, 2010, 2

106) John Harrison, *Forms of Originalism and the Study of History*, 26 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 83,

그래서 원의주의자들은 살아있는 헌법주의는 미연방대법원판결이 적나라한 정치에 기초한 것임을 은폐하는 알팍한 술수라 비판하면서¹⁰⁷⁾ 헌법규정을 원래의 의미에 따라 해석하여야만 헌법해석자의 주관적 가치의 주입을 막고 헌법해석의 객관성과 중립성, 탈정치화를 확보할 수 있다고 주장한다. 그런 점에서 Bork 판사는 “대법원에 의한 근본적 가치의 선택은 정당화될 수 없다. 헌법규정이 명시적으로 우월적 가치에 대해 규정해 두지 않는 이상 당사자가 주장하는 어떤 인간의 가치가 다른 가치에 우선할 수 없다. 법관은 헌법규정과 역사, 그리고 그로부터 나오는 당연한 내용(fair implications)에만 따라야 하고 새로운 권리를 창설해서는 안된다.”고 하였다.¹⁰⁸⁾ 비원의주의자인 Paul Breast 교수도 원의주의의 보다 기능적 근거로는 헌법텍스트와 원래의 이해(original understanding)에 따르도록 하는 것이 해석자의 재량을 통제하고 헌법이 시간이 지나도 일관되게 해석되게 한다는 점을 든다.¹⁰⁹⁾

그러나 이에 대해 살아있는 헌법주의자들은 원의주의도 기실 헌법이란 것말로 포장한 정치적 이데올로기에 지나지 않는다고 하고 헌법재판은 불가피하게 가치선택을 포함하며 정치와 관계없는 재판이란 신화에 불과하다고 한다.¹¹⁰⁾ 그래서 원의주의가 성공적이었던 것은 그것이 가지는 객관성이나 예측가능성에 있었던 것이 아니라 우익을 위한 살아있는 헌법주의로서 기여하였기 때문이라는 지적도 있다.¹¹¹⁾ 그래서 원의주의는 실제에 있어서는 일관되게 적용되지 못하였고 보수적 정치가치를 헌법에 주입하기

107) Lawrence B. Solum, We Are All Originalists Now, Robert W. Bennett & Lawrence B. Solum, Constitutional Originalism -A Debate-, Cornell Univ. Press, 2011, 1

108) Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47 Ind. L.J.1, 8(1971)(Thomas Grey, 전계논문(주36) 704에서 인용)

109) Paul Breast, 전계논문(주67), 204

110) Lawrence B. Solum, 전계논문(주9), 1

111) Robert C. Post and Reva B. Siegel, 전계논문(주100), 30

위한 알팍한 속임수라고 비판하면서 원의주의자인 Scalia 대법관이나 Thomas 대법관도 실제 재판에 있어서는 예컨대 인종문제에 관하여 헌법텍스트나 원래의 이해에 충실하지 않은 의견을 제시하였다고 비판한다.¹¹²⁾ Strauss 교수도 원의주의는 헌법제정자의 의사를 빌미로 자신의 지위를 보호하려는 수사에 불과하다고 하면서 “이처럼 원의주의는 과거 종교개혁에서 프로테스탄트들이 카톨릭교회의 기존의 관행을 타락하고 잘못된 것으로 보고 성서와 그 원래의 이해에 돌아가기를 호소한 것과 같이 헌법텍스트와 원래의 의미에 호소함으로써 현존의 질서를 뒤집으려 한다고 하였다.¹¹³⁾ 그런 점에서 원의주의는 파괴적 강령으로서의 성격을 가지며 아무런 답은 제공해 주지 않는다고 한다. 원의주의는 종래의 지혜에 도전하면서 정작 어떤 원리를 정립하려 할 때 너무나 불명확하여 아무런 도움이 되지 않는다는 것이다. 그래서 원의주의는 관습이나 선례를 통상적으로 개방적이며, 해석자에게 자신의 견해를 주입하게 하는 역사적 자료로 대체한다고 비판하였다.¹¹⁴⁾

3. 민주주의와의 충돌

살아있는 헌법개념은 헌법의 유동성과 그에 따른 법관의 기본적 가치의 선택과 그에 대한 판단에 대한 통제의 어려움으로 인하여 과연 이러한 헌법개념이 민주주의와 부합할 수 있는가 하는 의문이 제시된다. 이 점이 원의주의자들이 원의주의만이 헌법을 제정한 국민의 의사에 충실하므로 민주적이며 살아있는 헌법주의는 국민에 의해 선출되지 아니한 법관에 의한 지배를 초래하므로 비민주적이라는 비판을 하는 이유이다.

112) Robert C. Post and Reva B. Siegel, 상계논문, 30

113) David A. Strauss, 전계논문(주93), 144

114) David A. Strauss, 상계논문, 144

Ely 교수에 의하면 다수지배민주주의는 미국법 전체 체계의 핵심인데 비원의주의 철학에는 그들이 부정할 수 없는 다수지배민주주의와의 불일치가 있다는 점이 큰 약점이라 지적한다.¹¹⁵⁾ 그에 의하면 선거에 의해 선출된 대의기관의 정책결정권한은 민주정에 있어 중요한 의미를 가지는데 사법심사는 국민에 의해 선출되지도 않은 법관이 국민이 선출한 대표자가 결정한 것을 헌법적 이유로 파기하고 그 결정은 통상적 입법절차에 의해서도 수정되지도 않는다는 점에 문제가 있다는 것이다. 이는 선출되지도 않고 다른 정치적 책임을 지지도 않는 기관에 의해 국민에 의해 선출된 대표자가 그들이 원하는 대로 통치할 수 없게 됨을 말하는 것이다.¹¹⁶⁾ 말하자면 살아있는 헌법주의를 비롯한 비원의주의는 헌법에서도 정치기관의 결정에서도 명시적으로 나타나지 않은 관념에 호소한다는 점에서 민주주의와 부합하지 않는다는 비판에 특히 취약하다는 것이다.¹¹⁷⁾ Antonin Scalia 대법관도 민주사회에서 법이 반드시 현재의 가치를 반영하여야 한다는 헌법적 보장은 요구되지 않으며 그런 것은 오히려 선거를 통해 잘 실현될 수 있다고 하면서, 원의주의가 보다 더 민주체제의 헌법의 본질이나 목적에 부합한다고 하였다.¹¹⁸⁾

Lino A. Graglia 교수도 비원의주의-사법적극주의에 바탕한 입헌민주주의(constitutional democracy)는 민주주의와 별 관계가 없다고 한다. 그에 의하면 이러한 입헌민주주의는 대부분의 사회정책의 기본적 이슈, 예컨대 그 사회의 성격과 문명화의 수준을 보여주는 낙태나 사형과 같은 이슈가 선거에서 국민 다수의 지지에 의해 결정되는 것이 아니라 문화적 엘리트로서 선출되지도 않고 종신직인 9명의 대법관에 의해 결정된다고 비판하였

115) J. H. Ely, 전계서(주78), 7

116) J. H. Ely, 상계서, 4

117) J. H. Ely, 상계서, 5

118) Antonin Scalia, 전계논문(주38), 862

다.¹¹⁹⁾

이에 대해 William J. Brennan 대법관은 대의민주주의와 법원의 사법심사의 조화와 그에 따른 헌법해석을 주장하면서도 대의민주주의에서 실체적 가치의 선택은 원칙적으로 선출되는 국민의 대표에 의해 결정되어야 한다는 것에 대해 비판한다. 이러한 관점은 헌법은 통치에 관한 플랜이지 근본적인 실체적 가치의 구현이 아니라고 보게 되는데 이처럼 실체적 정책의 문제를 모두 다수지배의 과정을 통해 해결하는 것은 결국 설득력을 상실할 것이라 비판한다. 만약 그렇게 되면 극단적으로는 공정하게 선출된 의원의 다수가 찬성하기만 하면 사회적 신분제나 재산권의 대규모의 박탈같은 것도 허용되게 될 것이나 헌법은 그러한 상황을 수용할 수 없다는 것이다.¹²⁰⁾ 현재의 정치적 다수가 침해할 수 없는 어떤 초월적 가치를 선언하는 것이 헌법, 특히 권리장전의 목적 자체이며, 다수지배의 절차를 통해서 바로 그 다수지배의 결과 초래되는 소수자의 권리침해에 대한 소수자의 권리가 보호되기를 기대할 수는 없다고 한다.¹²¹⁾

그는 헌법규정은 이러한 실체적 가치선택을 담고 있다는 점을 받아들이지 않으면 이해할 수 없으며 헌법규정은 일정가치를 의회의 권한이 미치지 못하는 곳에 두었다고 한다. 이처럼 헌법의 내용에 충실하기 위해서는 헌법규정의 해석방법은 이러한 실체적 가치선택의 존재를 설명하여야 하고 현재의 상황에 적용하는 경우의 부당치는 헌법규정의 모호성을 인정하여야 한다고 한다.¹²²⁾

Strauss 교수는 미국헌법체계에는 확실히 반민주주의적 요소가 있으며

119) Lino A. Graglia, It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism, Symposium-originalism, Democracy, and the Constitution, 19 Harvard Journal of Law & Policy, 293, 294 (1996)

120) William J. Brennan, Jr., 전계발표문(주54), 59f

121) William J. Brennan, Jr., 상계발표문, 60

122) William J. Brennan, Jr., 상계발표문, 60f

우리의 체제를 반민주적으로 만드는 것은 사법심사라 하면서 법원으로 하여금 헌법에 관한 대부분의 사건에 대하여 최종적 결정을 하도록 하는 것이 비민주적인 것이라 한다. 그런데 좀더 깊이 보면 헌법 자체가 어떤 의미에서 비민주적이며 그것은 다수가 원하는 것을 막는 역할을 한다고 한다. 그러나 사법심사를 비판하는 유력한 의견에도 불구하고 우리 대부분은 이러한 우리체제의 비민주적 요소를 좋은 것으로 생각한다고 하였다.¹²³⁾ 그는 원의주의는 헌법을 제정한 사람의 의사를 실현하므로 민주적이라 주장하나 헌법제정자는 더 이상 우리와 함께 있는 것이 아니며 체퍼슨의 지적처럼 왜 오래 전에 살았던 헌법제정자의 의사를 따라야 민주적인 것인지 이해하기 어렵다. 그 문제를 떠나서라도 원의주의자인 법관이라 하더라도 헌법제정자가 생각하지 못했던 이슈에 대하여 그 제정자의 의사가 무엇인지를 판단하지 않으면 안 되며, 그런 때에는 법관에 의한 비민주적 지배의 여지가 많다고 하지 않을 수 없다. 그는 미국의 헌법체제는 순수한 민주주의를 채택한 것이 아니며 법원이 헌법을 적용하는 경우 다수의 의사를 막는 것을 인정하고 있다고 주장한다.¹²⁴⁾

4. 헌법과 법원의 기능

살아있는 헌법에 대해서는 현재 무엇이 살아있는 헌법인가를 누가 유권적으로 판단할 수 있는가. 법원이 과연 이 문제에 적합한 기관인가 하는 의문이 제기되지 않을 수 없다. 사실 연방대법원이 헌법이라고 말하는 것이 헌법이라는 Marshall 대법원장이나 Hughes 대법원장의 말처럼 연방대법원은 구체적 사건을 통해서 지금 헌법이 무엇인지를 유권적으로 판단한다. 그러나 살아있는 헌법에 대한 판단은 고도의 정치적 결정을 포함하는 경우

123) David A. Strauss, 전계서(주11), 47

124) David A. Strauss, 상계서, 48

가 많으며 그러한 고도의 정치적 결정을 국민의 대표기관인 의회나 정부가 아닌, 국민에 의해 선출되지도 아니한 대법관에 의해 결정하는 것이 타당한가 하는 문제와 연결되지 않을 수 없다. 사실 살아있는 헌법이 현실의 변화에 맞추어 변화하는 헌법이라 한다면 그와 관련한 헌법문제에 대한 판단은 국민에 의해 선출되고 국민들의 여론을 반영하는 국민의 대표기관으로서 의회가 적합하다는 지적이 나오지 않을 수 없다.¹²⁵⁾

이와 관련하여 Raoul Berger 교수는 *Brown v. Board of Education* 판결에서 미연방대법원이 헌법증보 제14조의 평등보호조항의 의미는 현대사회에서의 공교육의 중요성을 고려하여서만이 결정될 수 있다고 판결한 것에 대하여 이는 현대의 필요에 부응하기 위하여 헌법을 개정할 수 있는 권한을 법원이 가진다는 것을 주장하는 것이라 비판하였다. 그는 사법자유주의자 중 일부가 대법원은 애초 상설의 헌법회의로 계획된 것이라 주장하는 것을 비판하면서 민주주의체제는 대통령뿐 아니라 법원도 헌법에 의해 통제될 것을 요구한다고 하고 헌법제정자에 의해 법원에 부여된 임무는 헌법에서 설정된 한계를 지키는 것이라 하였다.¹²⁶⁾

한편 Antonin Scalia 대법관은 비원의주의의 중요한 이론적 결함은 법원에 의한 위헌심사제도와 부합하지 않는다는 점이라고 하면서 연방법률의 위헌심사는 헌법에 명문으로 규정되지 않았으나 법이 무엇인가를 선언하는 것은 원래 법원의 관할이며 의무라 하였다. 그는 헌법은 다른 법에 우월적 효력을 가진 법이지만 헌법도 본질상 법원의 관할에 속하는 법으로서 일반적인 법의 해석방법에 따라 인식할 수 있는 고정된 의미를 가진 법이라 하였다.¹²⁷⁾ 그는 만약 헌법이 법이 아니고 당시의 사회적 가치의 적용의 문제라면 그것은 법이 아니라 의회가 그 문제를 관할하는 것이 타당할 것이라

125) Robert W. Bennett, 전계논문(주50), 79

126) Herman Belz, 전계서(주32), 226에서 인용

127) Antonin Scalia, 전계논문(주38), 854

하면서¹²⁸⁾ 원의주의는 법적용기관으로서 법원의 적정한 역할에 근거를 두고 있으며, 헌법도 법으로서 법원이 제정하거나 보완하여야 하는 것이 아니라 법원이 따라야 하는 것이며, 헌법을 법원이 지켜야 할 법으로 하는 유일한 길은 제정당시의 공적 의미에 따라 헌법을 해석하는 것이라 하였다.

V. 대안적 견해

종래 살아있는 헌법이 가지는 문제와 이에 대한 비판을 극복하기 위한 대안으로 최근 David A. Strauss 교수의 코먼로 어프로치(common law approach)와 Jack M. Balkin 교수의 살아있는 원의주의(living originalism) 내지 근본구조 원의주의/framework originalism)가 주장되어 큰 반향을 일으키고 있다.

1. D. Strauss의 코먼로 어프로치

최근 David A. Strauss 교수는 살아있는 헌법을 주장하면서 살아있는 헌법주의가 너무 애매하고 자의적이라는 비판과 관련하여 법관의 자의적 헌법해석을 막기 위해 선례 및 관습에 바탕한 살아있는 코먼로 어프로치(common law approach)를 주장한다.¹²⁹⁾

그는 원의주의는 전체적으로 타당성이 없는 어프로치이며 살아있는 헌법에 대한 현실적 대안은 없다고 주장한다. 그러나 살아있는 헌법은 고정성이 없어 그 비판자들이 지적하듯이 헌법을 해석하는 법관이 자신의 생각에

128) Antonin Scalia, 상계논문, 854

129) David A. Strauss, 전계서(주11), 1ff., 43ff

따라 이를 변경, 조작할 수 있다. 그런 점에서 살아있는 헌법은 자칫 더 이상 헌법도 법도 아닐 수 있다. 그런 점에서 살아있는, 현실에 적응하고, 변화하면서 동시에 안정적이고 자의적 해석을 할 수 없게 하는 헌법이 필요하다.¹³⁰⁾

그는 이러한 두 가지 서로 상반되는 요구를 충족하기 위한 대안으로 코먼로 어프로치를 주장한다. 그는 미국의 헌법체제는 선례와 과거의 관습으로 구성되는 코먼로체제가 되었으며, 그에 따라 선례와 관습은 미연방성문헌법만큼 중요하다고 한다. 그는 이러한 코먼로헌법은 살아있는 헌법이면서 또한 그때그때의 공론으로부터 기본원리를 보장할 수 있고 법관이 자신의 생각에 맞추어 조작하는 것을 방지할 수 있는 헌법이라 하면서,¹³¹⁾ 또한 선례와 관습을 강조하면서도 제한된 방법으로 변혁을 인정하는 체제라 한다.¹³²⁾ 그에 의하면 코먼로는 알고리즘이 아니며 결과에 대한 수학적 확실성을 가져오지는 않는다고 하면서 선례가 분명한 경우에는 합리적 반대의 여지를 인정하지 않지만 예외적인 경우 상당한 판단의 여지를 인정한다고 한다. 중요한 것은 공정성과 좋은 정책에 대한 고려가 현재의 법이 무엇인가에 관한 결정을 하는 데 정당한 한 부분으로 인정된다는 점으로 선례가 특정한 결과를 지시하지 않는 경우 이러한 고려에 따라 결과가 달라질 수 있다고 한다.¹³³⁾

David A. Strauss 교수는 코먼로 어프로치가 적어도 다음 네 가지 점에서 원의주의보다 우월하다고 주장한다.¹³⁴⁾ 첫째, 코먼로 어프로치는 원의주의보다 더 잘 기능할 수 있다. 즉 원의주의가 법관과 법률가가 역사학자가

130) David A. Strauss, 상계서, 2

131) David A. Strauss, 상계서, 3

132) David A. Strauss, 전계논문(주3), 977

133) David A. Strauss, 상계논문 977f

134) David A. Strauss, 전계서(주11), 43ff

되기를 요구하는 것에 반해 코먼로 어프로치는 법관과 법률가가 본래 하는 일을 할 것을 요구한다. 둘째, 코먼로 어프로치는 원의주의보다 정당하다. 코먼로 어프로치는 공정성과 좋은 정책이라는 추상적 이념이 보다 큰 역할을 하고 선례가 작은 역할을 할 수 있는 유연성을 가진다. 셋째, 코먼로 어프로치는 현실에 일어나고 있는 것 그대로이다. 원의주의는 현실에 부합하지 않는다. 넷째, 코먼로 어프로치는 보다 솔직하다. 원의주의는 원래의 이해에 따라 재판하면 법관의 개인견해에 따라 판결이 영향을 받지 않게 된다고 주장하나 이는 거짓된 것인 반면 코먼로 어프로치는 공정성과 좋은 정책에 대한 법관의 견해에 판결이 영향받는다라는 사실을 인정하지만 제한된 범위에서만 이를 허용한다.

2. Jack M. Balkin 교수의 살아있는 원의주의(기본구조원의주의)

최근 살아있는 원의주의(living originalism)-기본구조 원의주의(Framework Originalism)를 주장하여 학계의 많은 관심을 끌고 있는 Jack M. Balkin 교수는 살아있는 헌법주의는 원의주의와 대립적 개념이 아니라고 하면서 양자의 병존 내지 결합을 주장한다.

Jack M. Balkin에 의하면 원의주의와 살아있는 헌법주의를 서로 대립적인 것으로 보는 것은 잘못된 견해라 한다.¹³⁵⁾ 그에 의하면 원의주의자들은 일반적으로 헌법규정의 의미가 그 규정제정 당시에 이해된 의미에 따라 적용되어야 하고 만약 그 의미에 따르지 않으면 법으로서 헌법을 준수하지 않은 것이 될 것이라 주장하지만 그들은 -대표적으로 Antonin Scalia 대법관- 서로 다른 두 가지 개념, 즉 '헌법규정의 예기된 적용(the expected

135) Jack M. Balkin, 전계논문(주1), 292

application of constitutional texts)’(이는 구속력이 있는 법이라 볼 수 없다.)
과 ‘원래의 의미(the original meaning)’(이는 구속력 있는 법이다.)를 혼동
하고 있다고 한다.¹³⁶⁾ 이는 살아있는 헌법주의자들의 경우도 마찬가지인데
그들도 이러한 잘못을 그대로 답습함으로써 헌법규정이나 헌법의 역사, 헌
법의 구조 등에 대해 충실하여야 함을 불필요하게 소홀하게 취급하였다고
비판한다.¹³⁷⁾

그는 원래의 의미와 살아있는 헌법주의 둘 중에 어느 하나를 선택하여
야 한다는 것은 잘못된 선택이라 지적하면서 그 근거로 헌법해석에 있어
헌법규정의 원래의 의미와 헌법규정이 기초하고 있는 원리는 준수하여야
하지만 애초 예기된 적용을 준수하여야 하는 것은 아니라고 주장한다. 그
는 헌법해석의 과제는 헌법규정의 원래의 의미와 그 기초가 되는 원리를
보고 어떻게 그것을 현재의 상황에 가장 적합하게 적용하는가 하는 것이라
주장하면서 이러한 자신의 헌법해석방법을 ‘the method of text and
principle’이라 부르고 있다.¹³⁸⁾ 이러한 해석방법은 헌법규정의 원래의 의미
와 헌법제정자의 의도를 준수하면서도 헌법규정과 원리의 의미가 시대에
따라 변화하고 그에 따라 헌법규정과 원리에 대해 어떤 의미를 부여할 것
인가 하는 과제를 당시의 세대들에게 부여한다는 기본법(a basic law)에 부
합한다고 한다.¹³⁹⁾ 그에 따라 헌법규정과 원리가 그 뒤 개정되지 않은 경
우에도 그 적용과 이행은 변화할 수 있다고 한다. 그는 헌법을 준수하여야
한다는 것은 그 규정과 원리를 지금 현재의 상황에 적용하고 종래 헌법을
실현하기 위해 추구되었던 헌법적 관습과 선례를 이용한다는 것을 의미한
다고 하고 헌법규정과 원리에 근거하면서도 지금 현재의 상황에 맞게 적용

136) Jack M. Balkin, 상계논문, 292f

137) Jack M. Balkin, 상계논문, 293

138) Jack M. Balkin, 상계논문, 293

139) Jack M. Balkin, 상계논문, 293

하여야 함을 주장한다.¹⁴⁰⁾ 그런 점에서 그는 살아있는 헌법주의와 헌법규정의 원래의 의미의 준수는 양자택일의 문제가 아니라 같은 동전의 양면과 같은 것이라 주장한다.¹⁴¹⁾

VI. 결어

1. 살아있는 헌법논의는 제정된 지 200년도 더 지났음에도 그 개정은 지극히 어려운 미국헌정의 현실과 판례를 통해 발전한 사법심사제라는 미국의 특수한 상황과 연관되어 있고 미연방사법의 역사를 관통하는 핵심적 문제의 하나이다. 살아있는 헌법의 핵심적 아이디어는 시대와 현실의 변화에 따른 헌법의 변동성에 있으나 이에 많은 문제가 연관되어 있고 또 그로부터 파생된다. 살아있는 헌법은 헌법의 현실성과 타당성의 확보, 과거의 세대에 의한 현세대의 지배의 부정과 현세대의 가치와 현실의 반영, 성문헌법의 불완전성과 불문헌법에 의한 보완, 헌법규정과 헌법원리의 불명확성과 다의성, 모호성과 헌법해석을 통한 가치선택의 불가피성 등을 주장하지만 다른 한편으로는 법으로서의 헌법의 의미, 헌법의 성문성과 입헌주의의 실현, 헌정질서의 안정성, 헌법해석의 객관성과 중립성의 보장법관에 의한 과두지배(사법국가)의 방지와 민주주의의 실현, 헌법개정과 헌법해석의 구별 등과 관련하여 문제를 가지고 있다.

사실 헌법이 헌법제정 당시의 제정자의 의사나 당시의 일반적 의미에 고정되어 변화하지 않는가, 아니면 시대의 변화에 따른 현실과 국민의 가치의식의 변화에 따라 변화하는가의 양자택일은 비현실적이며 타당하지도

140) Jack M. Balkin, 상계논문, 352

141) Jack M. Balkin, 상계논문, 352

않다. 그렇게 문제를 제기하기보다는 어느 범위에서 헌법개정없이 헌법해석을 통해 헌법이 변화할 수 있으며, 그 변화의 주체나 방식이 어떠해야 하는지에 대한 물음이 보다 현실적이고 타당하다고 생각한다. 미국에서의 논의의 과정에서 보듯이 원의주의도 사실상 온건원의주의가 지배적이고 또 살아있는 헌법주의의 주장을 많이 수용하는 방향으로 발전해 왔고, 살아있는 헌법주의도 원의주의를 상당부분 수용하는 방식으로 진전되어 왔다.

2. 생각건대 헌법은 특정 시점에 헌법제정자에 의해 만들어졌으나 헌법제정자의 의사나 당시의 원래의 의미가 후세대를 당연히 구속한다고 보기는 어렵다. 현세대에도 과거에 제정된 헌법이 구속력을 가지는 것은 현세대가 그 헌법을 계속 헌법으로 승인하고 받아들였기 때문이다. 현세대는 종래의 헌법을 스스로의 판단에 따라 바꿀 수 있다. 헌법을 바꾸지 않는 것은 종래의 헌법을 수용한다는 것을 의미한다. 헌법을 바꾸려 하는 경우 가장 직접적으로는 헌법개정의 절차로, 나아가서 경우에 따라서는 사실상 헌법제정을 통하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 굳이 헌법개정을 할 필요가 없다고 판단하는 경우 각 국가기관이 헌법적 권한범위 내에서 종래의 헌법규정이나 헌법원리에 대한 헌법해석을 통해 제한적으로 헌법을 변화할 수 있도록 하고 있다. 예컨대 의회는 입법으로, 정부는 행정입법이나 관례를 통하여, 그리고 법원이나 헌법재판소는 헌법재판을 통해 종래의 헌법해석을 변경할 수 있다. 그리고 그들 국가기관 사이에 의견의 충돌이 있는 경우 헌법재판기관이 그 관할범위 내에서 최종적으로 판단한다. 이때 헌법재판기관이 어느 정도 다른 국가기관의 판단을 존중할 것인가는 헌법재판과 민주주의의 조화의 문제로서 단계적 심사문제가 된다.

3. 헌법에는 고정성과 변동성이 공존한다.

가. 헌법개정(사실상 헌법제정으로 포함하여)을 하지 않는 이상 헌법규정의 일반적·추상적 의미, 헌법상 기본질서나 기본제도, 기본가치는 변하지 않는다. 그런 점에서 헌법재판기관에 의한 헌법해석은 이러한 내용에 구속된다. 그래서 예컨대 헌법 제3조의 문언에도 불구하고 대한민국의 영토는 남한지역에 한정된다고 하는 것은 헌법해석의 범위를 넘어선 것이다.

나. 그러나 헌법의 구체적 의미는 변화한다. 헌법을 해석하는 것은 고문서를 해독하는 것과는 다르다. Jack Balkin 교수의 지적처럼 '과거에 만든 헌법규정과 현세대와의 대화'가 헌법해석의 핵심적 과제라 할 수 있다.¹⁴²⁾ 그것은 과거 헌법제정 당시에 헌법제정자의 의사나 공적 의미라는 역사적 사실을 밝혀내는 것이라기보다는(그것도 헌법해석에 중요한 자료가 되기는 하지만) 지금 현재 구속력을 가지는 헌법의 의미를 밝혀내는 작업이다. 그것은 지금 현실에 대한 적용을 전제로 하는 것이며 현실이나 현재의 국민적 의식, 이해와 무관한 헌법해석은 역사학적 의미는 있을지 몰라도 그것이 현재 구속력있는 헌법이라 하기는 어렵다. 헌법이 현실을 규율하지만 헌법과 헌법현실이 일방적 관계에 있는 것은 아니며 헌법현실, 국민의 헌법의식은 헌법을 변화시킨다. 헌법조항의 구체적 의미는 제정시점에 화석화되어 고정되어 있는 것이 아니라 그 규정의 문언, 현실, 가치의식 등 현재의 총체적 맥락(context)속에 그 의미가 정해지는 것이다. 예컨대 1948년 헌법제정이래 현행헌법에 이르기까지 성에 의한 차별을 금지하는 규정은 그대로 유지되고 있다. 그 규정의 일반적·추상적 의미(성을 이유로 불합리하게 차별해서는 안된다는)는 제정 당시나 지금이나 다르지 않다. 그러나 구체적 의미, 예컨대 상속이나 혼인빙자간음죄, 영역분리이데올로기, 적극

142) Jack M. Balkin, 상계논문, 352

적 평등실현조치 등 여성에 대한 보호조치 등과 관련한 구체적 의미는 현실에 있어 여성의 지위와 역할의 변화, 그에 대한 국민의 의식의 변화에 따라 변화하지 않을 수 없다. 또 언론출판의 자유의 일반적·추상적 의미는 변하지 않지만 표현매체에 관한 기술적 변화에 따라 인터넷을 통한 표현도 제정 당시에는 염두에 두지 않았다 하더라도 지금은 당연히 언론출판의 자유의 범주에 속한다고 보아야 할 것이다.

다. 이러한 구체적 의미의 변화는 헌법에 관한 판례나 관습을 통해 수행되며, 이러한 판례와 관습은 현실과 국민의식 등을 기반으로 한다. 이러한 변화는 헌법제정이나 개정과 달리 연면하게 이어지는 과정이다. 그런 점에서 헌법해석에 있어 종래의 헌법판례와 관습을 통해 형성된 헌법해석내용은 존중되어야 한다. 그러나 그것이 기초한 현실과 국민의식이 변화하는 경우 그에 구속되는 것은 아니며 새로운 해석이 가능하다. 그런 점에서 법관의 헌법해석은 국민의 헌법의식과 현실의 변화, 과거 판례나 관습, 세계적 추이 등에 대한 면밀한 검토에 바탕하여야 할 것이고 특히 기존의 헌법해석을 변경하는 경우 현실과 국민의식 변화에 대한 충분한 논증이 있어야 할 것이다

[국문초록]

미국에 있어 ‘살아있는 헌법’ 논의에 관한 소고

미국연방헌법상 살아있는 헌법개념은 헌법은 고정된 것이 아니라 시대에 따라 변화하며 변화된 현실과 국민의 가치가 반영되어야 한다는 주장의 수사적 표현이다. 이러한 논의는 제정된 지 200년도 더 지났음에도 그 개정은 지극히 어려운 미국헌정의 현실과 관례를 통해 발전한 사법심사제라는 미국의 특수한 상황과도 연관되어 있으나 헌법과 헌법해석에 있어 근본적 문제와 맞닿아 있다. 또한 그것은 사법진보주의-사법적극주의와 연관된다.

살아있는 헌법은 헌법의 현실성과 타당성의 확보, 과거의 세대에 의한 현세대의 지배의 부정과 현세대의 가치와 현실의 반영, 성문헌법의 불완전성과 불문헌법에 의한 보완, 헌법규정과 헌법원리의 불명확성과 다의성, 모호성과 헌법해석을 통한 가치선택의 불가피성 등을 주장하지만 다른 한편으로는 헌법의 성문성과 입헌주의의 실현, 헌정질서의 안정성, 헌법해석의 객관성과 중립성의 보장, 법관에 의한 과두지배(사법국가)의 방지와 민주주의의 실현, 헌법개정과 헌법해석의 구별 등에 비추어 문제를 가지고 있다.

헌법이 헌법제정당시의 제정자의 의사나 당시의 일반적 의미에 고정되어 변화하지 않는가, 아니면 시대의 변화에 따른 현실과 국민의 가치의식의 변화에 따라 변화하는가의 택일보다는 어느 범위에서 헌법개정없이 헌법해석을 통해 헌법이 변화할 수 있으며, 그 변화의 주체나 방식이 어떠해야 하는지에 대한 물음이 보다 현실적이고 타당하다고 생각한다.

헌법은 특정 시점에 헌법제정자에 의해 만들어졌으나 헌법제정자의 의사나 당시의 일반적 의미가 후세대를 당연히 구속한다고 보기는 어렵다. 현

세대는 종래의 헌법을 스스로의 판단에 따라 바꿀 수 있다. 헌법을 바꾸지 않는 것은 종래의 헌법을 수용한다는 것을 의미한다. 헌법을 바꾸려 하는 경우 가장 직접적으로는 헌법개정의 절차로, 나아가서 경우에 따라서는 사실상 헌법제정을 통하여 이를 변경할 수 있다. 그러나 굳이 헌법개정을 할 필요가 없다고 판단하는 경우 각 국가기관이 헌법적 권한범위 내에서 종래의 헌법규정이나 헌법원리에 대한 헌법해석을 통해 제한적으로 헌법을 변화할 수 있도록 하고 있다. 그들 국가기관 사이에 의견의 충돌이 있는 경우 헌법재판기관이 그 관할범위 내에서 최종적으로 판단한다. 이때 헌법재판기관이 어느 정도 다른 국가기관의 판단을 존중할 것인가는 헌법재판과 민주주의의 조화의 문제로서 단계적 심사문제가 된다.

헌법에는 고정성과 변동성이 공존한다. 헌법개정(사실상 헌법제정으로 포함하여)을 하지 않는 이상 헌법규정의 일반적·추상적 의미, 헌법상 기본질서나 기본제도, 기본가치는 변하지 않는다. 그러나 헌법의 구체적 의미는 변화한다. 헌법을 해석하는 것은 고문서를 해독하는 것과는 다르다. 그것은 과거 헌법제정 당시에 헌법제정자의 의사나 당시의 이해라는 역사적 사실을 밝혀내는 것이라기보다는 지금 현재 구속력을 가지는 헌법의 의미를 밝혀내는 작업이다. 헌법조항의 구체적 의미는 제정시점에 화석화되어 고정되어 있는 것이 아니라 그 규정의 문언, 현실, 가치의식 등 현재의 총체적 맥락(context)속에 그 의미가 정해지는 것이다.

이러한 변화는 헌법에 관한 판례나 관습을 통해 수행되며, 이러한 판례와 관습은 현실과 국민의식 등에 바탕하여야 한다. 이러한 변화는 헌법제정이나 개정과 달리 연면하게 이어지는 과정이다. 그런 점에서 헌법해석에 있어 종래의 헌법판례와 관습을 통해 형성된 헌법해석내용은 존중하여야 하나 그것이 기초한 현실과 국민의식이 변화하는 경우 그에 구속되는 것은 아니다. 법관의 헌법해석은 국민의 헌법의식과 현실의 변화, 과거 판례나 관습, 세계적 추이 등에 대한 면밀한 검토에 바탕하여야 할 것이고 특히

미국에 있어 '살아있는 헌법' 논의에 관한 소고

기존의 헌법해석을 변경하는 경우 현실과 국민의식변화에 대한 충분한 논증이 있어야 할 것이다

주제어

살아있는 헌법(주의), 원의주의, 헌법해석, 입헌주의, 불문헌법

[Abstract]

Is the Constitution to be a Living Document?

Living Constitution means the metaphor that the Constitution adapts and should adapt to changing times and conditions, and reflect the evolving values of the people. The debate on whether the constitution is a living document or not is connected with the concept, characteristics, functions, interpretation of constitution and democracy and judicial review. It contains choices of values that conflict each other.

The constitution is binding law not only because once the people as the sovereign enacted but also later generations have accepted it as fundamental law. Later generations can enact new constitution, or amend it. If they think it is not proper to enact a new constitution or to amend the constitution, they accept it as their fundamental law.

But it doesn't mean the intent of the ratifiers or original meaning bind later generation to concrete meaning of the text. The aim of constitutional interpretation is not to discover what was the historical meaning(the intent of the ratifiers or original meaning) of the text, but to interpret contemporary meaning of the text. The constitutional interpretation is not the decipher of old documents. The basic concept and fundamental value of a text and fundamental principles of a constitution should not be changed by constitutional interpretation. But the concrete meaning of a text is not isolated from the context that consists of realities, public

미국에 있어 '살아있는 헌법' 논의에 관한 소고

understandings etc. and changes according to them. For example the fundamental concept of sexual equality does not change, but the concrete meaning of it has changed according to the change of realities and public understandings.

Key-words

Living Constitution, Originalism, Constitutional Interpretation, Constitutionalism, Unwritten Constitution

참고문헌

- 로널드 드워킨 지음, 장영민 옮김, 법의 제국, 2004
- 로버트 달 지음, 박상훈·박수형 옮김, 미국헌법과 민주주의, 2005,
- Ackerman, Bruce, “The Living Constitution”, 120 Harvard L. Rev. 1737(2007)
- Balkin, Jack M., Abortion and Original Meaning, 24 Const. Comment. 291, 292(2007)
- _____, Framework Originalism and the Living Constitution, 103 Northwestern University Law Review 549(2009)
- _____, Living Originalism, The Belknap Press of Harvard University Press(2011)
- _____, Nine Perspectives on Living Originalism, 2012 University of Illinois Law Review 815(2012)
- _____, The Roots of The Living Constitution. Panelist Papers, 92 Boston University Law Rev. 1129(2012)
- Barnett, Randy E., Interpretation and Constuction, 34 Harvard Journal of Law & Pubic Policy 65(2011)
- Belz, Herman, A Living Constitution or Fundamental Law - American Constitutionalism in Historical Perspective, Rowman & Littlefield Pub. Inc., (1998)
- Bennett, Robert W., Originalism and the Living American Constitution,, Robert W. Bennett and Lawrence B. Solum, Constitutional Originalism - A Debate-(2011)
- Brennan, Jr. William J., Speech To The Text And Teaching Symposium, Georgetown University, Washington,D.C. October 12, 1985, in: Steven G. Calabresi(ed.), Originalism: A Quater-Century of Debate (2007)
- Brest, Paul, The Misconceived Quest for The Original Understanding, 60 Boston.Univ..Law Rev.204(1980)
- Brown, Rebbecca L., History For the Non-Originalist, 26 Harvard Journal of

- Law & Public Policy 69(2003)
- Colby, Thomas B./Smith, Peter J., LIVING ORIGINALISM, 59 Duke Law Journal 239 (2009)
- Cross, Frank B., The Failed Promise of Originalism, Stanford University Press (2013)
- Dodson, Scott, A Darwinist View of the Living Constitution, 61 Vanderbilt Law Rev. 1319(2008)
- Dorf, Michael C., Book Review The Undead Constitution, 125 Harvard L. Rev. 2011(2012)
- Fleming, James E., Living Originalism and Living Constitutionalism as Moral Readings of the American Constitution, 92 Boston University Law Review 1171(2012)
- Goldford, Dennis J., The American Constitution and the Debate over Originalism, Cambridge University(2005)
- Lino, A. Graglia, It's not Constitutinalism, It's Judicial Activism, Symposium-originalism, Democracy, and the Constitution, 19 Harvard Journal of Law & Policy, 293(1996)
- Grey, Thomas C., Do We Have an Unwritten Constitution?, 27 Stanford Law Review 703(1975)
- Hickok, Jr., Eugene W., The Birth of The “Living” Constitution, 14 Colonial Law 6(1984-1985)
- Leib, Ethan J., The Perpetual Anxiety of Living Constitutionalism, 24 Constitutional Commentary, 353, 358ff(2007)
- Lessig, Lawrence, Undertaking Changed Readings: Fidelity and Theory, 47 Stanford Law Review, 395(1995)
- Miller, Bradley W., Origin Myth: The Persons Case, the Living Tree, and the New Originalism, Grant Huscroft and Bradley W. Miller(ed.), The Challenge of Originalism, The Theories of Constitutional Interpretation,

憲法論叢 第27輯(2016)

2011,

Post, Robert C.& Siegel, Reva B., Democratic Constitutionalism, in: Jack M. Balkin & Reva B. Siegel(ed.), The Constitution In 2020, Oxford Univ. Press, (2009)

Rehnquist, William H., The Notion of a Living Constitution, 54 Texas Law Review 693, (1976)

Scalia, Antonin, Foreword, in: Originalism: A Quater- Century of Debate, Steven G. Calabresi(ed.), Regnery Publishing. Inc., 2007,

_____, Originalism: The Lesser Evil, 57 U. Cin. L.Rev. 849(1989)

Strauss, David A., The Living Constitution, Oxford Univ. Press, 2010,

_____, Do We Have A Living Constitution?, 59 Drake Law Rev., 973(2011)

_____, Originalism, Conservatism, and Judicial Restraint, 34 Harvard Journal of Law &Public Policy 137(2011)

Solum, Lawrence B., What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory, Grant Huscroft/Bradley W. Miller(ed.), The Challenge of Originalism-Theories of Constitutional Interpretation, Cambridge University Press(2011)

_____, We are All Originalists Now, Robert W. Bennett and Lawrence B. Solum, Constitutional Originalism -A Debate-, 2011, 18

Whittington, Keith E., Constitutional Interpretation, University Press of Kansas, (1999)

_____, Constitutional Construction, Harvard University Press (1999)

(논문접수일: 2016. 8. 31. 논문심사일: 2016. 10. 11. 게재확정일: 2016. 11. 11.)

헌법해석과 원의주의의 쟁점

Interpretation of the Constitution and Issue of Originalism

金 敏 培(Kim, Min-Bae)

仁荷大學校 教授

— 目 次 —

I. 서론	63
1. 연방대법관의 후임과 원의주의	36
2. 연구의 범주	6
II. 헌법해석과 원의주의 모델	7
1. 원의주의의 역사	6
2. 브레스트의 원의주의의 구별	7
가. 전개 과정	7
나. 원의주의와 비원의주의 구별	27
다. 해석자의 역사적 시각	4
라. 원의주의의 3가지 방식	5
마. 브레스트의 입장	7
3. 보크의 전통적 원의주의	8
가. 전개과정	8
나. 헌법문제의 딜레마와 원의주의	38
다. 원의주의와 중립성	87

III. 원의주의와 쟁점	9
1. 사법심사의 정당성	9
가. 위헌법률 심사	9
나. 사법심사와 반다수결주의	29
다. 대표제 민주주의와 원의주의	49
라. 통치의 본질적 특징	97
2. 죽은 자에 의한 지배구속	10
가. 과거와 미래 세대	10
나. 죽은 자에 의한 지배구속의 극복	11
다. 사법심사와 헌법해석	13
3. 헌법예의 기속과 법원의 정치화	17
가. 헌법예의 기속	107
나. 법원의 정치화 우려	118
다. 법문화 투쟁과 상식	111
IV. 원의주의의 재발견과 새로운 흐름	116
1. 신원의주의의 전개	113
가. 스카리어의 수정	113
나. 신원의주의의 동향	117
2. 티파티 운동과 원의주의의 재발견	119
가. 티파티 운동과 헌법보수주의	119
나. 헌법보수주의와 원의주의의 정치화	121
3. 원의주의가 주는 의미와 시사점	124
가. 의미	124
나. 헌법재판의 성격	125
다. 법원과 국민주권	126
* 국문초록 및 주제어	129
* 영문초록 및 주제어	132
* 참고문헌	135

I. 서론

1. 연방대법관의 후임과 원의주의

미국 연방대법원에서 보수파로 평가되었던 스카리어(Antonin Scalia) 대법관이 2016년 2월 13일, 79세를 일기로 세상을 떠났다.¹⁾ 그는 헌법의 의미는 고정되어 있고, 헌법이 시대와 함께 변하지 않는다는 철학을 지니고 있었다. 스카리어는 헌법의 해석과 적용에 있어 원의주의(originalism)를 주장하고, 실천하였던 핵심 법조인 가운데 한 사람이었다.

스카리어는 2008년, 개인이 권총을 소지할 권리를 인정한 Heller 판결에서 법정 의견을 집필했다.²⁾ 스카리어는 일관되게 낙태와 동성애자의 권리 확대에 반대하는 입장을 견지하였다. 사형 제도를 강력히 지지하면서도 표현의 자유에 대해서는 다른 보수 판사들과 선을 긋는 경우도 있었다. 그는 미국 오바마 대통령의 의료 보험 개혁 방안을 옹호하는 움직임에 대해서도 ‘완전 헛소리’라면서 비난하기도 했다.³⁾

스카리어의 부고가 전해지자 후임자 선출을 두고 치열한 논쟁이 일어났다. 오바마 대통령은 자신이 후임자를 지명하겠다고 밝혔고, 공화당 후보들은 선거가 끝날 때까지 인선을 보류하도록 요구했다. 그러나 오바마 대통령은 자신의 지명을 상원이 존중할 것을 기대한다며 상원이 공정하게 심의하고 적절한 타이밍에서 투표할 것을 촉구했다. 그는 신임 대법관 후보로

1) Antonin Scalia는 1986년 로널드 레이건 대통령에 의해 지명되었다. 1936년 뉴저지주 트랜턴에서 태어났으며, 이탈리아계 미국인 최초의 대법원 판사였다. https://www.washingtonpost.com/politics/texas-tv-station-scalia-died-of-a-heart-attack/2016/02/14/938e2170-d332-11e5-9823-02b905009f99_story.html.

2) District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570(2008)

3) <http://www.nytimes.com/2016/02/16/arts/recalling-scalia-a-literary-stylist-who-scorned-jiggery-pokery.html>

메릭 갈런드(Merrick B. Garland) 워싱턴DC 연방항소법원장을 지명했다.⁴⁾

그러나 인준권을 가진 상원의 다수당인 공화당이 인준 절차를 진행하지 않기로 하면서 예측불허 상황에 놓이게 됐다. 공화당이 연방대법원에서의 영향력을 ‘한 세대동안 잃는 사태를 피하기 위해’ 차기 대통령 당선자가 스카리어 대법관의 후임을 선택해야 한다고 했다.⁵⁾ 공화당은 다음 대통령이 2017년 1월 20일 취임 선서를 하기 전까지 어떻게든 후임 대법관의 인준을 지연시키야 한다는 보수파의 거센 압력을 받고 있다. 그것은 연방 대법원에서 보수주의파의 우위를 관철하기 위한 전략이기도 하다.⁶⁾

미국 연방대법원의 대법관 9명 중 5명이 보수파, 4명이 진보파로 구성되어 있었다.⁷⁾ 그러므로 다수결로 결정할 때 보수파가 우세했다. 그동안 기후 변화, 이민자 문제 등 관한 오바마 정권의 정책들에 대해 제동이 걸렸다. 그러므로 스카리어 대법관의 사망으로 보수와 진보가 4대 4로 팽팽한 지금, 미국에서 가장 강력한 국가기관 가운데 하나인 연방대법원에 쏠린 관심이 어느 때보다도 크다.

외형적으로는 후임 연방대법관의 문제를 둘러싼 투쟁이다. 좀 더 들어가면 공화당과 민주당의 정치적 대립이 있다. 그러나 헌법의 차원에서는 다

4) <https://www.whitehouse.gov/scotus>

5) <http://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/05/senate-obama-merrick-garland-supreme-court-nominee/482733/>

6) 2016.7.31. 미국 언론들은 클린턴 후보가 11월 대선에서 승리해 대통령이 될 경우 연방대법관에 지명할 가능성이 큰 후보 10인 명단을 발표했다. 명단 10인에는 오바마 대통령이 차기 대법관 후보로 지목한 메릭 갈런드 워싱턴DC 연방항소법원장, 인도계 법조인 스리 스리바나산 워싱턴DC 연방항소법원 판사도 포함돼 있다. 그리고 최초의 여성 한국계 미국인 연방 판사인 루시 고가 포함됐다. 참고로 연방 대법관을 상원이 승인하기까지 가장 오래 걸린 것은 125일이었다.

7) 민주당의 대통령이 지명한 RUTH BADER GINSBURG, STEPHEN G. BREYER, SONIA SOTOMAYOR, ELENA KAGAN의 4명이 리버럴파로 알려졌다. 공화당 대통령이 지명한 JOHN G. ROBERTS, JR., CLARENCE THOMAS, ANTHONY M. KENNEDY, SAMUEL A. ALITO, JR.의 4명이 보수파로 알려졌다.
<https://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx>.

른 시각에서 파악할 수 있다. 과연 어떤 헌법이념과 방법론을 가진 법관이 연방대법관이 될 것인가. 그것은 미국헌법과 연방대법원이 향후 20년간 어디로 향할 것인가를 보여주는 상징적 사건이 될 것이다.⁸⁾ 보수적 철학을 지닌 법관이 연방대법관이 될 것인가, 아니면 진보적 철학을 지닌 법관이 연방대법관이 될 것인가. 그것은 연방대법원이 사법소극주의 시대를 열어갈 것인가. 사법적극주의 시대를 열어갈 것인가를 가늠하는 잣대가 될 것이다. 국제화된 시대에 미국 연방대법원의 판결에 주는 영향이 미국은 물론 다른 국가에 미치는 영향 때문에 우리나라도 미국의 후임 대법관과 연방대법원의 방향에 관심을 갖지 않을 수 없다.

2. 연구의 범주

본 연구에서는 진보와 보수 혹은 사법적극주의와 사법소극주의의 바탕이 되는 원의주의에 대해 검토를 하고자 한다. 헌법에 대한 해석을 어떻게 할 것인가. 헌법 해석에서 법관은 어떤 입장을 채택해야 하는가. 원의주의는 헌법으로의 귀환 내지 기속을 주장한다. 원의주의는 소수자 보호 등을 이유로 하는 사법적극주의에 부정적이다. 물론 양자 사이에는 헌법을 둘러싼 이해관계의 대립도 있다. 그것들이 대변하는 구체적인 계층 내지는 정치적 계급집단도 있다.

본 연구에서는 원의주의가 올바른 헌법이론인지 아니면 사법소극주의가 올바른 법원의 태도인지 여부에 초점이 있는 것이 아니다. 그보다는 미국 헌법해석의 핵심을 이루고 있는 원의주의의 원형에 대해 관심이 있다. 이를 분석하기 위해 브레스트(P. Brest)의 원의주의 구별과 보크(R. Bork)의 원의주의 그리고 페리(M. Perry)의 원의주의 이론에 대해 초점을 두고 있

8) <http://m.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=25692>

다. 특히 보크의 원의주의론은 이론적 차원에서 뿐만 아니라 실천적 차원에서도 관심이 있다.

스미스(Peter Smith)는 원의주의를 3단계로 구분하였다.⁹⁾ 1단계는 워렌코트(Warren Court's)의 헌법 해석을 비판하면서 등장한 원의주의이다. 고전적 원의주의로 불리는 당시 논의의 특징은 헌법 제정자의 의도였다. 그러나 원의의 특징이나 죽은 자에 의한 지배구속의 문제 등에 의해 고전적 원의주의가 많은 비판을 받게 된다. 2단계는 헌법 조문에 초점을 두는 주장이다. 이른바 신원의주의다. 신원의주의는 헌법의 객관적인 의미를 명확히 하는 것을 목적으로 하고 있고, 해석론으로서도 큰 의미가 있다. 3단계는 헌법 해석과 헌법 구성¹⁰⁾으로 나누어 조정을 도모하려는 최근의 논의이다. 헌법의 의미를 결정하는 해석과 구체적 사례에 룰을 적용하는 구축으로 나누는 원의주의에 대한 새로운 접근방식이다.

본 연구에서는 제1단계가 연구의 중심이다. 제2단계는 다른 기회의 과제로 연구하고자 한다. 다만 고전적 원의주의가 어떻게 신원의주의로 연계되는가 하는 차원에서만 검토하고자 한다. 그리고 제3단계는 원의주의의 원형과는 다른 차원에서 검토되어야 할 과제다. 따라서 최근에 전개되고 있는 헌법구성론 등은 검토의 대상이 아니다. 본 연구에서는 구체적으로 헌법해석과 원의주의 모델로서 브레스트의 원의주의 이론, 보크의 전통적 원의주의에 대해 검토하고자 한다. 그리고 원의주의를 둘러싼 쟁점으로 사법심사의 정당성, 죽은 자에 의한 지배구속, 헌법예외의 기속과 법원의 정치화 등에 대해 살펴보고자 한다.

9) Peter Smith, "How Different Are Originalism and Non-Originalism?", 62 HASTINGS L.J. 707(2011).

10) constitutional construction을 '헌법구성, 헌법구축, 헌법구조' 중 어느 것으로 표현하는 것이 좋은지에 대해서는 추가적 연구가 필요하다. 본 연구는 제3단계에 대한 연구가 아니므로 구체적 검토는 추후 과제로 미룬다. 다만 본 연구에서는 '헌법구성'이라는 표현을 사용하고자 한다.

그리고 결론적으로 원의주의의 재발견과 새로운 흐름을 검토하고자 한다. 특히 헌법해석에서 원의주의가 주는 의미가 무엇인지, 신원의주의의 전개는 어떻게 이루어지고 있는지, 그리고 헌법해석과 다른 차원에서 진행된 티파티 운동과 원의주의의 재발견에 대해 연구하고자 한다. 이를 통해 전통적 원의주의를 재검토하고, 향후 헌법해석의 방법으로서의 원의주의와 헌법운동으로서의 원의주의의 가능성을 연구하고자 한다.

본 연구는 미국의 원의주의의 원형을 주로 연구대상으로 하고 있다. 따라서 미국 원의주의를 한국헌법의 해석론에 어떻게 적용할 것인가, 우리나라 헌법재판소의 판결들을 원의주의 시각에서 어떻게 평가할 것인가 하는 것은 연구 대상이 아니다. 헌법재판소가 내린 중요한 판결이나 최근 논란이 되고 있는 건국절 논쟁 등은 다음 연구과제로 남긴다.

II. 헌법해석과 원의주의의 모델

1. 원의주의의 역사

헌법 해석을 위한 특정한 방법론이 없다고 해서 헌법을 해석할 수 없는 것은 아니다. 법관들이나 법학자들 중에서 확고한 법해석 방법론을 갖고 있지 못한 경우도 있을 것이다. 하지만 법학자이든 법관이든 일관된 헌법관이나 해석원칙이 없다는 것이 사법부나 법학에 대한 일반국민들의 불신의 근원이 되고 있는 것이 아닌가 하는 점에 대한 검토가 필요하다.

만약 법관이 어떤 헌법조항에 대해서 헌법 제정자의 의도나 헌법의 의미를 들어 헌법 해석의 근거로 삼았다가, 다른 조항에서는 헌법 제정자의 의도나 그 의미를 무시하면서 정반대의 헌법 해석을 전개한다면 국민들은

법원을 어떻게 볼 것인가. 사법부에 대한 신뢰의 문제를 제기할 것이다. 그러므로 법관이 어떤 논거로 법을 해석하고, 판결의 근거로 삼을 것인가 하는 문제는 매우 중요하다.

미국에서는 헌법해석의 방법론을 둘러싼 논쟁이 치열하다. 해석주의 대 비해석주의, 원의주의 대 비원의주의가 그것이다. 본래 원의주의는 사법부의 헌법 해석을 원의에 따르도록 하여, 법원에 대한 통제를 목적으로 한 논의였다. 즉, 사법부가 헌법 제정자의 의도에 따라 헌법을 해석하는 것이 원의주의이다. 그러나 헌법해석을 둘러싼 논쟁에는 그 배경과 역사, 상호이해관계, 개인과 국가의 대립, 집단과 집단, 정부와 국민, 현재 권력과 미래 권력과의 대립 등이 내재되어 있다.

헌법해석의 방법으로 긴 생명력을 유지하고 있는 원의주의 역사는 매우 오래 되었다.¹¹⁾ 현재 원의주의론이 가장 영향력을 갖고 있는 곳은 미국이다. 미국에서는 건국 당초부터 헌법 제정자의 의도를 둘러싼 논란이 있었다.¹²⁾ 19세기 초의 판례에서도 원의주의 논쟁의 자료를 찾을 수 있다. 즉, 연방대법원은 헌법의 최고 법규성 및 사법권 조항에서 사법심사권을 도출하고 있다.¹³⁾ 여기에서는 사법 판단이 헌법전에 구속된다고 밝히고 있다. 즉, 원의에 대한 존중을 말하고 있다.

‘법원의 책무는 우리가 헌법으로부터 예측할 수 있는 최선의 빛을 비추어, 헌법 제정자가 제정하고자 하는 것을 해석하는 것이며, 헌법

11) 그 원류를 고찰해보면 고대 아테네에서도 논쟁의 단서를 찾을 수 있다는 주장도 있다. Mark J. Sundahl, “The Living Constitution of Ancient Athens: A Comparative Perspective on the Originalism Debate”, 42 *J. MARSHALL L. REV.* 463(2009).

12) Jamal Greene, “On the Origin of Originalism”, 88 *TEX. L. REV.* 1, 2(2009); Whitman H. Ridgway, “Original Intent and the Constitution”, 47 *MD. L. REV.* 171(1987).

13) *Marbury v. Madison*, 5 US 137(1803)

이 제정된 때의 진정한 의도나 의미에 따라서 발견한 헌법을 실천하는 것이다'¹⁴⁾

그러나 그 반작용으로 과거의 구속 내지 죽은 자(死者)에 의한 기속이라는 문제가 제기되었다. 그리고 그것은 원의주의가 죽은 헌법과 살아있는 헌법이라는 논쟁으로 이어지는 발단이 되었다. 한때, 원의주의는 다양한 비판을 받고 주춤하였다. 그러나 최근 미국의 헌법 학계에서는 원의주의론이 새로운 전개를 보이고 있다.¹⁵⁾ 일부 이론적 수정을 거쳐서 다시 살아나고 있다는 것이다.¹⁶⁾ 전통적 원의주의와는 다소 차별화된 측면을 포함하고 있는 신원의주의(new originalism)가 그것이다.¹⁷⁾ 신원의주의는 종래의 원의주의와 달리 헌법 제정자의 의도를 고집하지 않고, 조문의 의미를 중시하는 것으로, 시대의 변화에도 대응할 수 있다는 주장에 바탕을 두고 있다. 그것은 조문을 축으로 하면서도 추상적 원의를 설정하여 고전적 원의주의보다는 보편성 있는 해석론을 전개하고 있다. 하지만 원의주의의 핵심인 원의를 확대시키고 있다는 우려도 있다. 원의주의가 원의를 잃게 되면 그것은 원의주의가 아니라는 비난도 같은 차원의 비판이다.

원의주의의 부활 내지 재발견과 관련하여 주목받는 것이 2008년 District

14) *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 393(1857), at 405.

15) R. George Wright, "Originalism and the Problem of Fundamental Fairness", 91 *Marq. L. Rev.* 687, 2008. at 711; Randy Barnett, "An Originalism for Nonoriginalists", 45 *LOY. L. REV.* 611, (1999); Sanford Levinson, "Law as Literature", 60 *TEX. L. REV.* 373, 378 (1982); Andrew B. Coan, "Talking Originalism", 2009 *BYUL REV.* 847(2009). 25년 전 학설은 원의주의가 끝났다고 선언했다. 그러나 오늘의 미국 법학 논문집들은 원의주의가 넘쳐나고 있다.

16) Steven D. Smith, "The New and Old Originalism: A Discussion" (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 510, 2015).

17) James E. Fleming, "The Inclusiveness of the New Originalism", 82 *Fordham L. Rev.* 433 (2013); Keith E. Whittington, "The New Originalism", 2 *GEO. JL&PUB. POLY* 599, 600(2004).

of *Columbia v. Heller* 판결과 2010년 *McDonald v. Chicago* 판결¹⁸⁾이다. 연방대법원은 이 판결에서 원의주의적 접근방식을 채택하였다. 다른 한편 헌법이론과 연방대법원의 원의주의 재발견 현상과 관련된 새로운 움직임도 나타났다. 원의주의와 관련하여 티파티 운동과 같이 다른 영역과 차원에서 원의주의적 경향이 나타나고 있다.¹⁹⁾

2. 브레스트의 원의주의의 구별

가. 전개 과정

고전적 원의주의는 1970년대부터 1980년대에 걸쳐서 주창된 논의이다.²⁰⁾ 그것이 등장한 배경에는 워런 코트의 사법 적극주의에 대한 반발이 있었다. 워런 코트는 ‘연방대법원이 국민의 헌법상의 권리와 자유를 보장해야 하고, 국민들의 자유와 권리를 보호하기 위하여 기본적 가치를 선택해야만 하며, 선택을 위한 기본적 가치를 창조해야 한다’는 입장이었다.²¹⁾ 1967년, 마셜(T. Marshall)이 연방대법관에 임명되었을 때의 상원 청문회에서 어빈(Sam Ervin) 상원 의원이 사법부는 헌법 제정자의 의도에 따라야 하지 않느냐고 따졌다. 이에 대해 마셜은 헌법을 살아있는 문서로 이해한

18) *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 130 S. Ct. 3020(2010)

19) Rebecca E. Zietlow, “Popular Originalism? The Tea Party Movement and Constitutional Theory,” 64 *Fla. L. Rev.* 483 (2012); Jared A. Goldstein, “The Tea Party Movement and the Perils of Popular Originalism”, 53 *ARIZ. L. REV.* 827(2011); Jamal Greene, Nathaniel Persily, Stephen Ansolabehere, “Profiling Originalism”, 111 *COLUM. L. REV.* 356(2011).

20) Johnathan O’Neill, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Johns Hopkins University Press, 2005

21) J. Skelly Wright, “Professor Bickel, The Scholarly Tradition, and the Supreme Court”, 84 *HARV. L. REV.* 769, 1971, at 779; Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *IND.L.J.*, 1971, at 5.

다는 취지의 답변을 하였다.²²⁾ 그 뒤 1968년 대통령 선거에서 법과 질서의 회복을 내세운 닉슨(Richard M. Nixon) 대통령이 취임하였다. 그는 워런 코트에 대하여 1971년에는 렌퀴스트(William H. Rehnquist)을 연방대법관으로 지명하였다. 이 지명이 고전적 원의주의가 등장하는 계기가 된다. 1971년 상원 청문회에서 렌퀴스트는 헌법 제정자의 의도를 무시하지 않는다는 것을 약속했기 때문이다.

그렇다면 헌법제정자의 의도를 강조하는 원의주의는 어떤 배경을 갖고 있는가. 논쟁의 특징은 헌법에 충실해야 한다는 전제에서 출발한다. 그 전제에서 사법부의 헌법 해석이 재량을 일탈하고 부당하게 헌법상의 권리를 확대하고 있다고 본다. 동시에 그러한 헌법 해석은 헌법의 원의에 어긋난다고 비판하는 것이다. 이러한 주장의 배경에는 법원의 자유로운 법 창조나 관련 법리를 비판하는 동시에 사법에 대한 억제를 요구할 목적이 내재되어 있다. 그리고 그 수단으로서 원의를 이용하는 것이다.

그런데 브레스트는 그동안 해석주의와 비해석주의로 구분하던 논의를 원의주의라는 개념으로 전환시켰다. 그는 원의의 근원을 법전의 조문과 의도로 구분하였다.²³⁾ 법전주의에서는 헌법 조문만이 헌법상의 의무를 부과할 수 있다는 원리라는 점, 제정자의 의도는 조문 속에 내포되어 있다는 점, 그리고 조문은 확실히 제정자의 의도를 안내하고 있다는 점에 의거하여 법전의 조문 그대로 해석을 해야 한다는 것이다.²⁴⁾

한편 의도주의는 헌법을 제정한 자의 의도를 확인하여 헌법 규정을 해석해야 한다는 것이다.²⁵⁾ 의도주의에서는 해석 대상이 된 규정의 제정자를

22) Gregory Bassham, *Original Intent and the Constitution*, Rowman & Littlefield, 1992, at 12.

23) Paul Brest, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", 60 *B.U.L. REV.*204, at 204.

24) *Id.* at 205-206.

25) *Id.* at 209.

특정하고, 그 자의 발언과 문서 등을 근거로 의도를 살핀다. 그리고 그 특정 의도에 따라 해석을 행하는 것을 말한다. 이러한 브레스트의 구분은 원의주의의 형성에 크게 기여를 했다. 그리고 그의 구분방식은 당시 원의주의자들에게 비교적 호의적으로 받아들여졌다.

나. 원의주의와 비원의주의 구별

해석주의를 대신하여 원의주의라는 신조어를 제시하였던 브레스트는 헌법상의 의사 결정의 거의 대부분이 해석을 수반한다고 보았다. 문제는 무엇이 해석되느냐는 것이다. 헌법판단이 해석으로 나타나기 때문이다. 원의주의는 선례나 사회적 가치와는 구별되는 것으로서, 법전과 그 역사에 대해 해석을 하는 것을 나타내기 위해서 사용되는 것이다. 브레스트에 의하면 원의주의란 ‘미국 헌법의 법전, 혹은 제정자들의 의도에, 구속력 있는 권위를 부여하는 것, 헌법 소송의 접근방법’²⁶⁾이다.

원의주의가 가장 널리 받아들여지는 이유는 미국 헌법이 국가의 최고 법규이기 때문이다. 미국 헌법은 주권을 가진 합중국 시민의 의사이며, 해석자가 해야 할 일은 이들의 뜻을 확정하는 것이다. 보다 보편적인 지지 이유로는 법전과 원의에 충실한 것이 판단자의 재량을 제약하는 한편 미국 헌법이 역사적 시간을 넘어서도 일관되게 해석되는 것을 보장할 수 있다는 데 있다. 이에 반해 비원의주의란 ‘법전과 그 역사에, 일단 중요성을 인정하지만, 그것들을 권위 있는 것, 혹은 구속적인 것으로는 다루지 않는다’²⁷⁾는 입장이다.

브레스트에 의하면 원의주의에는 법전주의(textualism)와 의도주의(intentionalism)의 방식이 있다고 한다. 법전주의는 법규범에서의 언어를 주

26) 이러한 입장은 마셜 대법원장이 헌법의 성문성의 중요성에 언급한 이래 미국 헌법의 전통으로 계승되어 온 것이다.

27) Id. at 205.

요한 내지는 배타적인 법원(source)으로 하는 것이다. 왜냐하면 성문법전만이 헌법상의 의무를 부과할 수 있다는 명확한 원리가 존재하고 있고, 제정자들은 미국 헌법이 법전주의자의 규범대로 해석할 것을 의도하였기 때문이다. 그리고 법조문들은 제정자들의 의도를 알기 위한 가장 정확한 길잡이가 되기 때문이다.²⁸⁾

문제는 법전주의의 해석방법으로서 제시되는 ‘명백한 의미’가 과연 무엇인가 하는 점이다. 그것은 법전이 사용되는 상황에서 ‘영어로 말하는 일반인’이 이해한다는 의미라고 한다. 여기에는 두 종류의 상황이 관련되어 있다. 즉, 언어적 문맥과 사회적 맥락이다. 언어상 문맥은 어휘나 구문·문법에 관련된다. 사회적 맥락은 그 규정이 하려고 하는 여러 목적들과 관련된다.

한편 의도주의는 규정을 제정한 자들의 의도를 확정함으로써 그 규정을 해석하는 것이다. 법전은 제정자들의 의도를 알기 위한 유용한 단서임에 틀림없다. 그러나 법전이 다른 것보다 항상 상위적 지위를 차지한다는 것은 아니다. 또한 법전주의자들 가운데는 제정자들 특유의 언어사용법에 구애 받지 않을 뿐만 아니라 제정자들의 주관적 목적에도 관심이 없는 경우가 있다.

법전에 내포된 원의에 대한 해석을 놓고 페리(M. Perry)도 문제점을 지적한다. 그는 헌법재판에 대한 논쟁적인 책들이 매사에 분명하지 않으며, 많은 것들을 애매하게 만들고 있다고 한다.²⁹⁾ 페리 교수는 서로 관련되지만 구별되어야 할 개념으로 법문과 규범, 법문의 불확정성과 규범의 불확정성, 그리고 법문의 해석과 규범의 특정을 들고 있다. 특히 헌법 규정들의 규범적 의미가 명확하지 않으며, 해석적 검토가 필요하게 된다는 것이다. 그 목적은 법문을 해독하는 것이며, 법문의 의미를 확정함으로써 법문을

28) *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 4 Wheat. 122 (1819), at 202-203.

29) M. Perry, *The Constitution in the Courts: Law or Politics?*, Oxford, 1994, at 3-7.

이해할 수 있게 하는 것이다. 즉 법문에 표시된 규범을 확정하는 것이다.

그러나 법문이 불확정하다는 것은 법문의 규범적 의미에 대해서 일치하지 않았다는 것을 의미한다. 비록 법문의 규범적 의미를 확정할 수 있다고 해도, 규범 자체나 특정 문맥에 대해서는 불확정하다는 의미이다. 다시 말해 관련된 사실이 무엇인가. 그 밖에 관련된 법 규범은 무엇인가. 사건에 관계하는 다른 법 규범이 무엇을 의미하는가. 그러한 것에 대해서 일치한다고 해도 규범을 전제로 하여, 사건이 어떻게 해결되어야 하는가에 대해서는 일치하지 않는다는 것을 의미한다는 것이다.³⁰⁾

다. 해석자의 역사적 시각

브레스트는 원의주의자에게 역사가로서의 역할이 요구된다고 한다. 그는 이를 나누어 논한다. 첫째, 헌법 제정자의 관점에서 헌법상의 개념이나 가치를 이해하기 위해서 해석자는 헌법 제정자들의 세계에 몸을 던져야 한다. 둘째, 적어도 의도주의자는 헌법 제정자들의 해석의도 및 문제가 되고 있는 규정의 범위를 확정해야 한다. 셋째, 해석자는 헌법 제정자들의 개념이나 의도를 우리 시대에 비추어 다시 읽고, 헌법 제정자들이 예측하지 않은 상황에도 그것들을 적용해야 한다는 것이다.

그러나 브레스트에 따르면 이러한 접근방식은 다양한 어려움에 직면하게 된다. 첫째, 현대의 해석자로부터 해석의 대상물을 분리하는 것이 곤란하기 때문이다. 둘째, 헌법 제정자들이 미국 헌법을 당시의 해석자라면 어떻게 해석해야 할지에 대해서 의도주의자가 알 수 있다고 해도, 헌법 제정자들이 200년 후에도 이렇게 해석되는 것을 의도했다는 것을 보증할 수 없다. 셋째, 해석 행위에는 헌법 제정자들이 예상하지 못한 것 즉, 헌법 제정자들의 개념이나 태도를 투영한다고 표방했지만 결국 그것에 반하는 행위가 포

30) Id. at 7-8.

함되기 때문이다.

브레스트는 해석자가 역사가로서의 역할을 맡을 수 있더라도 여전히 문제는 남는다고 한다. 가다머(H. G. Gadamer)에 따르면 우리는 편견이나 선입견에서 벗어나서 우리 자신의 용어로 과거를 정확히 이해할 수 없기 때문이다.³¹⁾ 즉, 우리가 우리 자신의 세계관에 갇혀 있다는 것은 어떻게 해도 벗어나기 어려운 것이라고 한다.³²⁾ 이점은 해석자에 의한 원의이해가 매우 불확정한 것이며, 그것은 원의주의의 존재 근거를 붕괴시킬 수 있다는 점에서 주목해야 할 주장이다.

라. 원의주의의 3가지 방식

브레스트에 의하면 원의주의를 채택하는 경우 이것을 이해하는 데 서로 다른 견해가 존재한다. 하나는 엄격한 원의주의이며, 또 하나는 온건한 원의주의이다. 이들의 해석 태도를 법전주의와 의도주의라는 입장에서 브레스트는 검토하고 있다. 즉, 엄격한 법전주의와 엄격한 의도주의는 해석하는 데 있어서 공통점이 있는 것이 아니라 오히려 서로 배치되는 접근방식이라고 한다. 이에 반해 온건한 법전주의와 온건한 의도주의는 방법이나 결과에 있어서, 서로 매우 비슷하다고 한다.

브레스트는 원의주의를 엄격한 법전주의, 엄격한 의도주의, 그리고 온건한 원의주의의 세 가지 유형으로 나누어 검토하고 있다. 우선, 엄격한 법전주의는 법전의 사회적 맥락, 혹은 언어적 문맥을 무시하고 법전을 읽는 것이다. 그러나 이것은 언어가 가지고 있는 다의성, 애매함, 혹은 비유적인

31) Hans Georg Gadamer, *TRUTH AND METHOD*, Sheed & Ward Ltd and the Continuum Publishing Group, 1975, p.277; Tushnet, "Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles", 96 *HARV. L. REV.* 781, 1983, at 784-85.

32) P. Brest, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", 60 *B.U.L. REV.* 204, at 218-22.

사용법에 대처할 수 없게 되어, 우려스러운 결과를 만들게 된다고 한다.

엄격한 의도주의는 헌법제정자들이 주어진 상황에서 어떤 규정을 어떻게 적용하려 했는지를 확정하고, 그대로 적용해야 한다는 것이다. 그러나 헌법 제정자들이 이렇게 적용될 것을 의도했는지도 의문이다. 또한 헌법 제정자들의 의도에 대해서 이런 작업을 수행할 수 있는 정도로 역사의 사료를 수집하는 것이 어렵다는 점에 직면하게 된다.

돌이켜 보면 미국 헌법의 기초, 제정, 혹은 수정은 민주적 절차라는 관점에서 볼 때 일정한 결함이 있었다. 이것은 미국 헌법의 도덕적 위상과도 연계된다. 예를 들면, 1787년 합중국 헌법이나 수정 헌법 제14조의 제정에 있어서, 흑인인 미국인의 여러 이익은 적절하고 평등하게 대표되지 못했다. 그러므로 엄격한 의도주의를 현재에 그대로 적용하는 경우 매우 불안정한 헌법 질서를 만들어 내게 된다. 왜냐하면 헌법 제정자들의 의도에 새로운 상황이나 시각이 제시될 때마다 헌법해석의 재검토라는 압박을 받게 되기 때문이다.³³⁾

그러나 온건한 원의주의자의 신념과는 반대로 많은 원리의 발전에 거의 기여하지 못했다. 오히려 온건한 원의주의는 다음의 내용을 정당화하는 데 상당한 어려움에 직면하였다. 첫째, 평등보호의 원리를 수정헌법 제5조에 포함시키는 것 둘째, 인권 조항을 수정 제14조에 포함시키는 것 셋째, 실제적 적법 절차에 대한 견해, 그리고 넷째, 연방대법원 판결에 의해 확립된 의회의 입법에 대한 사법심사 등이다.

마. 브레스트의 입장

브레스트는 원의주의가 아니라 비원의주의가 보다 타당한 주장이라고 한다. 그 이유는 어디에 있으며, 또 어떻게 정당화하는가. 그는 ‘미국의 전통

33) Id. at 222-23 and 229-31.

에 가장 깊이 뿌리박은 정치 이론에 따르면 미국 헌법의 권위는 그 제정자들의 동의에서 나온다³⁴⁾고 한다. 그러나 제정자들의 동의는 헌법전에 대한 지속적인 충성을 적절하게 뒷받침하는 것은 아니다.

왜냐하면 그들의 동의는 그 후의 세대를 구속할 수 없기 때문이다. 지속적인 승낙 혹은 묵인의 역사를 통해서만, 헌법전은 헌법으로서 계속 존재할 수 있는 것이다. 그리고 미국 헌법 전통에서는 성문뿐 아니라 법원 및 기타 기관, 판결과 사례에도 초점을 두고 있다는 것이다. 이러한 전통은 비원의주의의 주요한 요소이며, 이러한 전통의 존재는 성문법전만을 근거로 하는 사고방식의 기초를 붕괴시키는 것이라고 한다.

브레스트는 동의와 마찬가지로 헌법 판단의 실천을 유효하게 하는 것으로서 능력을 들었다.³⁵⁾ 브레스트는 엘리(J. Ely)의 이론을 들어 다음과 같이 말한다. 즉 엘리에 따르면 법원은 대표 보강의 기능을 적절하게 수행할 수 있지만 다른 기본적인 가치를 확정하고, 적용할 능력은 없다고 한다.³⁶⁾ 이에 대해 빅켈(A. M. Bickel)은 기본적 가치의 강행을 법원에 인정하고, 입법에 대해 매우 강한 합헌성의 추정을 한다.³⁷⁾ 그렇다면 브레스트는 왜 비원의주의를 지지하는가. 그는 빅켈 교수의 기본적 가치의 강행이나 엘리 교수의 대표보강을 법원이 맡는다면, 법원이 헌법 정치의 여러 목적에 봉사할 수 있다고 생각하는 것이다. 그는 온건한 원의주의와 비원의주의란 법전과 원의에 대한 태도의 차이에 불과하며, 결과나 실천에서는

34) Id. at 225.

35) Fiss, Owen M., "The Supreme Court, 1979 Term-Foreword: The Forms of Justice", 93 *HARV.LREV.* 1,38(1979); Fiss, "The Forms of Justice" (1979). Faculty Scholarship Series. Paper 1220, Yale Law School Faculty Scholarship.

36) John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980; John H. Ely, "Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review", 37 *Md. L. Rev.* 451,1978, at 7.

37) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, 1962.

차이가 없다고 보는 것이다.

3. 보크의 전통적 원의주의

가. 전개과정

(1) 보크의 문제의식

원의주의를 초기에 이론적으로 주장한 것은 보크였다. 그는 레이건 대통령에 의해서 연방대법관에 지명됐지만 정치적 견해가 보수적이라는 점, 그 입장이 원의주의, 나아가 사법 소극주의인 것이 주된 이유가 되어 상원에서 승인이 거부되었다. 보크는 예일 로스쿨의 교수 시절에 법관이 헌법 제정자들의 의도에 따라야 한다고 주장하였다.³⁸⁾ 그 후 승인 거부 사태를 겪고, 다시 자기 입장을 옹호하기 위한 목적으로 원의주의를 강력히 주장하였다.³⁹⁾ 그는 워런 코트를 비판하면서 헌법 제정자들의 의도의 중요성을 주장하였다. 보크의 문제의식은 법관이 원의에 구속되는가 여부에 있었다. 그것을 단적으로 볼 수 있는 것이 다음과 같은 입장이다.

‘나는 법관이 헌법을 기초, 제안, 비준한 사람의 원의에 따라야 한다고 생각하는가 하는 문제에 대해서 살펴보고자 한다. 나는 법관이 구속된다고 생각한다. 나는 원의만이 헌법 판단의 정당성의 기반임을 논증하려고 한다.’⁴⁰⁾

38) Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *INDL.J.I.*, 1971, at 1-36.

39) Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990

40) Robert H. Bork, “The Constitution, Original Intent, and Economic Rights”, 21 *SAN DIEGO L. REV.* 823, 1986, at 823-34.

보크는 원의로부터의 접근만이 헌법 재판, 민주적 정당성, 그리고 미국 공화정체제의 구상에 일치한다고 했다. 그렇다면 원의로부터의 접근이란 어떤 것인가. 보크에 의하면 헌법은 정해진 절차에 의한 것이 아니면 일반적으로 바꿀 수 없는 룰로 생각한다. 우리들의 동의에 의해 제정법이 수정되거나 폐기되고, 헌법은 제5조에 정해진 절차에 따라 수정된다는 것이다.

법이나 헌법에 일정한 변경 절차가 존재한다는 것은 법관에 의해 변경되어서는 안된다는 것을 의미하는 것이다. 그렇다면 법관에 의해서 변경되어서는 안되는 룰이란 무엇인가. 그것은 법 제정 시에 이해되었던 것을 의미한다. 즉, 헌법의 경우 헌법의 비준자들이 이해하고자 하였던 것이다. 그러므로 주관적 의도가 아니라 제정자들이 언어를 사용하여 만들어 낸 법을 의미하는 것이다. ‘원래의 이해라는 것은 사용된 언어, 헌법 제정 회의에서의 토론, 일반 대중의 대화, 신문 기사, 당시 사용된 사전 등의 2차적 자료에 표명된 것이다.’⁴¹⁾ 그러므로 연방대법원이 헌법을 새롭게 써서는 안 된다는 것이다. 헌법에 입법자나 행정관과 마찬가지로 재판관도 구속되어야 한다는 것이다.⁴²⁾

보크에 따르면 헌법은 다수파의 의사와 개인의 자유를 어떻게 조정하는냐는 방법적 딜레마를 안고 있다. 이때 민주적 정당성을 갖고 있지 않은 사법이 개인의 자유를 지키는 역할을 할 것으로 기대한다. 하지만 법관이 헌법을 떠나 자유롭게 판단하게 되면 그 자체가 법이 되어 버리고, 민주 정치의 틀을 무너뜨리게 된다고 한다. 그래서 법관의 재량을 통제할 필요가 있다.

‘헌법이 법관을 묶는 유일한 방법은 법관에게 헌법 조문 및 기타 수정

41) Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990. at 144.

42) Id. at 143-145.

조문을 기초, 제안, 비준한 자의 의도대로 헌법 문구를 해석하도록 하는 것이다'.⁴³⁾

물론 헌법 문제는 각양각색이므로 헌법 제정자가 모든 사안을 상정했다고 할 수는 없다. 그러므로 헌법 제정자가 상정한 사안만이 헌법 문제가 되는 것은 아니다. 그러나 현대의 헌법 문제에 대해서 헌법 제정자가 살아 있다면 어떻게 생각할 것인가 하는 것을 법관이 추정하여 판단해서는 안 된다. 법관은 헌법에 충실해야만 하고, 헌법 제정자가 헌법에 심어 놓은 핵심적 가치에 따라야만 한다. 그런데도 오늘날 법관이 헌법 속에서 가치를 찾는 것이 아니라 오히려 새로운 가치를 창조하는 것을 인정하는 경향이 있다며 비판하고 있다.⁴⁴⁾

보크의 주장에 보조를 맞춘 것처럼 원의주의를 주창한 것이 버거(Raoul Berger)였다. 버거는 법관들이 조문이나 헌법 제정자의 의도를 중시하고 헌법 판단을 해야 한다고 했다.⁴⁵⁾ 버거의 주장을 정리하면 다음과 같다.

‘헌법은 헌법 제정자의 원리를 구체화한 것이다. 헌법의 내용은 조문이나 제정자의 의도를 참조함으로써 알 수 있다. 반대로 그것에 의해서 알 수 없다면 매디슨이나 제퍼슨이 말한 안정된 정부나 자유의 보장을 기대할 수 없다’.⁴⁶⁾

43) Robert H. Bork, “The Constitution, Original Intent, and Economic Rights”, 21 *SAN DIEGO L. REV.* 823, 1986, at 826.

44) Robert H. Bork, “Styles in Constitutional Theory”, 26 *S. TEX. LJ* 383, 384(1985).

45) Raoul Berger, *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT*, Harvard University Press, 1977, at 363-372; R. George Wright, “Originalism and the Problem of Fundamental Fairness”, 91 *Marq. L. Rev.* 687, 2008, at 691.

46) *Id.* at 364, 372.

그 때문에 법원이 헌법 판단을 실시하는 경우에는 조문을 바탕으로 해석하고 애매한 경우에는 제정자 의도에 따라야 한다고 주장한다.⁴⁷⁾

(2) 이론적 과제

그러나 보크나 버거의 논의는 원의주의를 해야 한다는 주장을 중심으로 전개하고 있기 때문에 구체적인 해석과정이 분명치 않다. 따라서 해석 과정을 어떻게 거쳐야 하는가가 쟁점이 된다. 미즈(Edwin Meese)는 헌법의 언어가 분명한 의미인 경우 그대로 따라야만 한다고 한다. 즉, 헌법이 규정 또는 암시하는 원리에 대해서 헌법 제정자나 헌법 비준자 사이에 합의가 있었다고 증명된 경우 그에 따라야만 한다. 그리고 헌법 규정의 정확한 의미와 범주가 애매한 경우 적어도 헌법전의 조문에 어긋나지 않는 방법으로 해석 또는 적용해야만 한다는 것이다.⁴⁸⁾

고전적 원의주의는 헌법 제정자의 의도를 존중하면서 사법 재량의 통제를 도모한다는 점에서 그 특징을 찾을 수 있다. 하지만 누구의 의도가 원의인가 하는 원의 특정문제와 마주해야 한다.⁴⁹⁾ 다시 말해 원의를 특정할 수 있는냐는 문제이다. 이에 대해 미즈는 조문과 기초자의 의도를 상정하고,⁵⁰⁾ 버거는 최초의 기초자를 염두에 두고 있었다. 하지만 최초의 기초자란 누구를 가리키는 것인가. 처음에 초안을 제안한 사람, 그것에 수정을 가

47) Raoul Berger, "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", 73 *CORNELL L.REV.* 350, 1988, at 351.

48) Edwin Meese, III, Address by the Attorney General Edwin Meese III Before the DC Chapter of the Federalist Society Lawyers Division in Washington DC, (November 15, 1985), in *ORIGINAL MEANING JURISPRUDENCE: A SOURCEBOOK* 96, 1987.

49) Paul Brest, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", 60 *B.U. L. REV.* 204, 1980, at, 209-222.

50) Edwin Meese, III, "The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution", 27 *TEX. L. REV.* 455, 1986, at 456.

한 사람, 초안에 찬성한 모든 사람들을 지칭 하는가. 아니면 다양한 인물 또는 집단을 상징하는가. 만약 특정을 할 수 있다고 해도 그 의도를 어떻게 파악할 수 있는가 하는 문제가 남아 있다. 기초에 관한 기록이 남아 있으면 좋지만 직접적인 기록이 남지 않을 경우, 예를 들어 그 사람의 글이나 메모의 종류까지 참고할 수 있겠느냐는 의문이 생긴다. 심지어 헌법 제정자의 원의를 찾더라도 오히려 그들은 그런 해석 방법을 원치 않았다면 어떻게 할 것인가. 이러한 것들은 원의주의의 방법 자체가 원의에서 벗어난다는 비판의 논거가 된다.⁵¹⁾

원의주의는 난감한 이론적 과제 이외에도 현실에서도 어려움에 처했다. 보크가 1987년에 레이건 대통령에 의해서 연방대법관으로 지명됐지만 상원에 의해서 거부되었다. 그러나 1986년부터 렌퀴스트 코트가 시작되자 사법이 보수적 방향으로 가닥을 잡기 시작했다. 그 결과 보수파의 입장에서 보면 사법재량의 통제를 주장하기 위해 원의주의를 내세우거나 사법부를 공격할 필요가 없어졌다. 그리고 보크의 연방대법관 지명의 실패 경험에 비추어 보면 굳이 정치적 위험을 무릅쓰고 원의주의를 요구하기보다 렌퀴스트 코트의 행방을 조용히 지켜보고 있는 것이 상책으로 여겨지게 되었다. 그 때문에 정치 이데올로기로서 원의주의의 수요는 크게 감소되었다.

이와 같이 원의주의가 단순한 정치 이념적인 차원에서 사법을 비판하는데 그쳤다면 이론으로서의 가치도 끝났을 것이다. 그런데 렌퀴스트 코트의 시작과 동시에 연방 대법원에 합류한 스카리어 대법관이 해석론으로서 원의주의의 유용성을 찾아내면서 원의주의는 이론적으로 세련되게 재생되게 된다. 그는 *Plessy v. Ferguson* 판결⁵²⁾에서 나타난 ‘분리하되 평등’의 원칙은 사법이 자의적으로 헌법 정신을 판단한 것이라고 비판한다. 그에 따르

51) H. Jefferson Powell, “The Original Understanding of Original Intent”, 98 *HARV. L.REV.* 885, 1985, at 948.

52) *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537(1896).

면 Plessy 판결은 사법부가 수정헌법 14조의 제정자의 원의를 무시하고, 조문에는 없는 헌법 정신을 마음대로 만들어 냈다는 것이다.⁵³⁾ 특히 스카리어의 조문중시의 견해는 기존의 원의주의에도 영향을 주었다.⁵⁴⁾

나. 헌법문제의 딜레마와 원의주의

(1) 의의

법원이 헌법 문제를 다루는 데 있어 핵심적 과제는 메디소니안 딜레마(Madisonian dilemma)를 해결하는 데 있다고 한다.⁵⁵⁾ 메디소니안 시스템은 상반된 두 원리로 구성되어 있다. 그리고 이 원리가 항상 조정되어야만 한다. 제1원리는 자기 통치이다. 그것은 생활의 광범위한 영역에서 다수자가 다수결이라는 점에 기초하여 통치할 자격이 있다는 것을 말한다.

제2원리는 제1원리가 존재함에도 불구하고, 다수자가 소수자에 강제하거나 강요해서는 안 된다는 것이다. 즉, 소수자인 개인의 경우 다수의 룰에서 해방되어야만 자신의 자유로운 생활영역이 있게 된다는 것이다. 그렇다면 다수결에 의한 민주적 지배와 개인의 자유가 확보되어야 한다는 결정을 어떻게 할 것인가.

바로 그 타당한 결정을 다수자에게도 소수자에게도 일임할 수 없는 딜레마가 존재한다. 왜냐하면 누구에게 그 해결을 맡기든지 간에 다수자에 의한 전제(tyranny) 혹은 소수자에 의한 전제에 빠질 위험이 존재하기 때문

53) Anthony E. Cook, "The Temptation and Fall of Original Understanding", 1990 *Duke Law Journal* 1163-1206 (1990), at 1172-73.

54) Earl. M. Maltz, "Personal Jurisdiction and Constitutional Theory: A Comment on *Burnham v. Superior Court*", 22 *RUTGERS LJ* 689, 1991, at 696; Charles A. Lofgren, "The Original Understanding of Original Intent?", 5 *CONST.COMMENTARY* 77, 1988. at 78.

55) Id. at 1167-68; Michael J. Gerhardt, "INTERPRETING BORK", 75 *Cornell L. Rev.* 1358, 1990, at 1373.

이다.⁵⁶⁾

(2) 헌법의 대처 방법과 이론의 필요성

보크에 의하면 미국 헌법은 이 문제에 대해서 세 가지 방법으로 대처하고 있다고 한다. 즉, 연방정부의 권한을 제한하는 방식, 대통령, 상원 의원 및 하원 의원이 각각 다른 시기에 유권자에 의해서 선출하는 방식, 그리고 권리 장전을 마련하는 방식이다. 이 가운데 마지막 방법이 소수자가 누려야 할 자유를 직접 확보하는 데 유효한 해결책이다. 연방 국민들은 다수자의 권능과 소수자의 자유라는 공존할 수 없는 원리를 확정하는 역할을 비정치적 기관인 연방법원에, 그리고 최종적으로는 연방대법원에 맡기고 있다.

이 조정 작업은 하나의 단계로 완성되는 것이 아니다. 다수자가 지배하는 자유와 개인의 지배되지 않는 자유란 영구히 긴장 관계에 서있기 때문이다. 이 딜레마는 모든 사건에서 그때마다 구체적으로 해결되어야 한다. 그리고 올바른 균형의 추구는 끝나지 않은 채 계속되게 된다.

연방대법원이 이 역할을 다하기 위한 헌법 이론적 차원의 뒷받침이 필요하게 된다. 왜냐하면 이 문제에 대한 논거나 이론이 존재하지 않는다면, 법원의 판결이 수용 가능한 범위 내인지도 알 수도 없고 또 이성적으로 논의할 수도 없기 때문이다. 그렇기 때문에 다수자와 개인의 영역을 확정하기 위한 올바른 이론이 필요하게 되는 것이다. 단일한 정답이 존재하지 않는다 하더라도 적어도 어느 정도 올바르다고 할 수 있는 것이 존재해야만 한다. 다시 말해 법원의 결정에 대해 수용 가능한 범위 내의 것인가를 설명해주고, 동시에 그 이론이나 논거에 의해 법관의 권한을 제한하고자 하였던 것이다.

56) Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 *IND.L.J.*, 1971, at 2-3.

헌법이 제도를 통해 대통령, 연방 의회, 주정부 및 지방 자치 단체의 자유를 제한하는 것처럼, 법원의 권한을 적절한 범위 내에 제한하는 것이 중요하다고 본 것이다. 그 점이 중요한 것은 법원이 일반국민에게 정치적 책임을 지는 기관이 아니기 때문이다. 그렇기 때문에 헌법이론은 도대체 어디에 법관의 정당한 권한이 있고, 그 한계가 있는가에 대해 설명해야 한다는 것이다.⁵⁷⁾

(3) 원의와 살아있는 헌법

과연 원의주의에 말하는 원의를 아는 것은 가능한가. 현재 우리들이 18세기 합중국 헌법을 제정한 사람들이 무엇을 의도했는지 알 수 있는가. 보크는 원의주의자가 사법심사를 정당화하기 위해서 헌법 제정자들의 의도를 적용한다는 하는 것은 오해라고 한다.⁵⁸⁾ 법을 제정한 자의 특정 의도가 무엇이었던가를 법관에게 알아낼 것을 요구한다면, 그것은 모든 법의 존속을 무너뜨리는 결과가 될 것이기 때문이다. 법관은 제정법, 계약, 혹은 다른 재판관의 의도를 자세히 알 수 없다는 것이다.

‘원의를 지지하는 법관이 원하는 모든 것은 미국 헌법의 문언, 구조, 그리고 역사적 사실이, 그에게 결론이 아니라 대전제를 제공하여 주고 있는 것이다. 이 대전제는 비준자들이 그에 반하는 입법 또는 행정의 행위로부터 보호하기를 원하는 원리, 혹은 명백히 규정된 가치이다. 법관이 거기에서, 이 원리 혹은 가치가 그의 눈앞에 있는 사건에서, 이의를 제기한 제정법 혹은 행위에 의해 위협 받고 있는지 여부를 검증되어야만 한다. 이 질문에 대한 해답이 법관의 소전제이며, 그리고 결론에 도달하는 것이다.’⁵⁹⁾

57) Robert H. Bork, THE TEMPTING OF AMERICA, 1990, at 133-41.

58) Id. at 162.

59) Id. at 162-63.

또한 미국의 건국 당시 조상들의 의도를 자세히 알지 못할 뿐만 아니라 그들이 의도한 원리조차 이해할 수 없다는 주장도 있다. 즉, 그들은 전혀 다른 사회에 살고 있었기 때문에 현재와 맞지 않는다는 것이다.

이에 대해 보크는 다음과 같이 반론을 제기한다. 모세의 십계명을 예로 보자. 그것은 현재의 우리 생활과도 다르고, 다른 언어로 쓰여 졌고, 전혀 다른 문화에 있는 사람들로부터 받았다. 그러나 4천 년이나 지났음에도 불구하고, 거기에 기술되어 있는 것을 우리는 이해할 수 있다. 이에 비하면 상황이 달라졌다고는 하지만 미국 헌법은 겨우 2백 년 전에 영어로 쓰여 졌고, 우리 문화 속에서 만들어진 것이다. 더구나 미국 헌법의 조항들을 이해하기 위한 단서가 되는 것들이 충분히 남아 있다는 것이다.

‘잇어서는 안 되는 것은, 우리들은, 미국 헌법전, 필라델피아 헌법 회의 기록, 헌법 비준 회의 기록, 당시 신문 기사, 더 페더럴리스트 페이퍼, 더 안티 페더럴리스트 페이퍼, 헌법의 기초 및 비준에 밝은 사람들이 대표하던 초기의 연방의회에 의해서 이루어진 헌법해석, 그리고 헌법 성립에 밝았던 행정관에 의해서 헌법에 가해진 해석, 법원 초기의 여러 판결, 조셉 스토리가 말해주듯이 당시의 사조에 잘 알고 있던 사람에 의해서 기록된 전문서적을 가지고 있다. 또, 법관이 헌법 및 헌법이 만들어 낸 정부의 구조부터 지식을 얻을 수 있다. 이러한 추측의 방식은 존 마셜 대법원장에게도 소급되며, 매우 유의하다. 마지막으로, 해석된 문서가 헌법이라는 점도 잇어서는 안 된다. 헌법은 유효한 통치를 만들기 위해서 고안된 것이다. 매우 불합리한 결과는, 그에 반대의 증거가 존재하지 않는 한, 의도되지 않았던 것이다. 그래서 미국 헌법의 대부분에 대해서 우리는 많은 것을 알고 그 밖의 부분에 대해서는 조금 알고 그리고 몇 가지 사례에 대해서는, 극히 조금, 혹은 아무것도 알고 있지 않다.’⁶⁰⁾

60) Id. at 165.

헌법은 사회가 변화하면서 함께 변화해야만 한다. 이른바 살아있는 헌법(living constitution)에 대한 논쟁이다. 보크는 지식·도덕적 유행을 따라서 헌법이 계속 성장한다는 의미라면, 헌법이 살아 있다는 생각에 거부감을 느끼지 않는다고 한다. 원의 철학은 경직된 헌법학, 혹은 기계적 법학을 요구하는 것이 아니기 때문이다. 원의철학은 헌법전과의 관련성과 완결성에 대한 유지를 통해 헌법 원리의 급격한 변화를 제어하는 것이다. 사회 상황이 변화하고 기존의 원리의 활력을 유지하기 위해 원리의 발전을 주장하고 있다.

그러나 법관이 사회의 가치가 달라졌다고 생각하여 새로운 헌법 원리를 창출하는 것이 옳지 않다는 것이 보크의 생각이다. 즉, 집에서 무엇을 이야기하고 있는지에 대해 정부가 전자 장치로 듣기 위해서 영장을 필요로 하는 것, 수정헌법 제4조에 의해서 보장된 사생활을 보호하는 것, 피임 도구를 사용하거나 살 권리, 낙태를 할 권리, 동성애 행위를 할 권리, 마리화나를 피울 권리, 사생활에 대한 한정된 보장을 확대하는 것 사이에는 차이가 존재한다는 것이다.⁶¹⁾

다. 원의주의와 중립성

(1) 원의도출의 중립성

보크는 법 원리를 중립적으로 적용하는 것만으로 연방대법원을 제어할 수 없다고 한다. 만약 중립적으로 적용되는 원리를 연방대법원이 자유롭게 선택할 수 있다면, 정치적 기관과 마찬가지로 자유롭게 입법하는 것을 연방대법원에 허용하는 것으로 본다. 또, 연방대법원이 원리의 범위를 자유롭게 결정할 수 있게 한다면 연방대법원이 원하는 결론을 끌어낼 수 있는 길이 열리게 된다는 것이다. 그러므로 원의에 있어서 원리의 도출, 정의, 적

61) Id. at 167-70.

용이라는 각각의 단계에서 중립성 확보가 필요하다는 것이다.⁶²⁾

우선, 원리의 도출에서 중립성이 필요하다. 원리의 도출은 법관이 미국 헌법의 원의에서 원리를 찾아내는 것이다. 법관이 다수자의 자유와 소수자의 자유가 각각 타당한 영역에 대해 비준자들의 결정을 그대로 받아들이는 것이다. 보크는 법관이 원리를 도출하는 과정에서 자신의 가치 판단을 할 필요가 없으며, 또 가치 판단을 해서도 안된다고 한다.⁶³⁾ 즉, 법관이 단지 그것을 수용하는 것이라고 한다.

미국 헌법은 그 원리를 매우 일반적으로 표현한 것이라고 한다. 수정 헌법 제1조는 ‘언론의 자유를 제한하는 어떤 법률도, 연방 의회가 제정해서는 안 된다’라고 하고 있다. 하지만 연방 의회가 어느 언론을 불법으로 해서는 안되고, 일정한 시기, 일정한 장소, 일정한 상황에서 언론을 위법하게 할 수 있다고 생각할 것이다. 그렇다면 법관이 어떻게 원리를 정의할 것인가. 즉, 헌법에서 도출된 원리의 중립적 제한을 어떻게 할 것인가의 문제가 제기된다.

(2) 텍스트 발견

보크는 법관의 역할은 추상화 레벨을 선택하는 것이 아니라 텍스트의 의미를 발견하는 데 있다고 한다. 그는 텍스트와 역사적 증거에 의해서 정당화되는 원리를 말하고 있다. 평등 보호 조항은 해방된 노예를 보호하기 위해서 채택된 것이다. 하지만 그 조항은 일반적이며 모든 국민에 적용되는 것이다. 보크는 평등 보호 조항에서 흑인은 백인보다 법률에 의해서 불리하게 취급되면 안 된다는 점을 비준자들은 의도하고, 흑인에 대해 유리한 차별로부터 백인이 준수해야 할 것을 의도하고 있었는가는 불분명하다고 한다. 이점에 대해 증거에 의해서 증명하려면 법관이 흑인만을 차별로

62) Id. at 145-46; Anthony E. Cook, id, 1170.

63) Id. at 146-47.

부터 보호해야 할 것이다.⁶⁴⁾

만약 인종의 평등이 헌법상 원리인 것이 증명되지 않는 경우, 흑인에게 유리한 많은 결정과 입법은 파기되어야 한다. 반대로 만약 인종의 평등이 원리라고 비준자들이 이해했다고 한다면 정반대의 결론에 이르게 된다. 그러므로 평등 보호에서 미국 헌법의 문언, 구조 및 역사에 대한 올바른 해석에 의해서 지지될 수 있는 것을 발견하는 것이 중요하게 된다. 이것은 역사적 증거가 존재하는 모든 헌법 조항에 널리 적용 가능한 해결방법이라고 보크는 말한다.⁶⁵⁾

(3) 적용의 중립성

보크는 원리의 중립적 적용이 필요하다고 한다. 즉, 적용돼야 할 원리를 도출하고 특정했다면 법관이 그것을 일관되게 적용해야 한다는 것이다. 그러나 법관이 도출하고 정의한 원리를 결코 바꿀 수 없다는 것이 아니다. 새로운 사건에는 새로운 패턴이 제공되는 것이며, 원리는 변경될 수 있으며 재정의 된다는 것이다.

그러나 법관이 그의 추론과 문자 그대로의 정식화를 분명히 해야 한다. 미국 헌법 바깥에 존재하는 이유에 근거하여, 요구된 결론에 도달하기 위해 포장을 해서는 안된다고 한다. 보크는 원리가 중립적이지 못했던 예로서, 1948년의 *Shelley v. Kraemer* 판결을 든다.⁶⁶⁾ 그렇다면 셸리 판결의 어디가

64) *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265(1978).

65) *Id.* at 147-51.

66) *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1(1948). 이 사건의 판결에 대해 대법관 승인을 위한 공청회에서 상원 의원들로부터 심한 비난을 받았다. 셸리 사건은, 소유자는 백인에 국한한다는 약관에도 불구하고, 백인 몇 명이 흑인들에게 땅을 팔았던 데서 시작한다. 이에 대해 다른 토지 소유자들이 약관의 집행을 주장하면서 주 법원에 제소하였다. 주 법원은 커먼로 상의 룰을 적용하여, 흑인이 토지를 소유하는 것을 금지하였다. 연방 대법원의 쟁점은 미국 헌법은 주의 행위만을 제약하고, 사인의 행위는 제약하지 않는 데 있었다. 인종에 따른 제한 조항이, 만약 주 입법부에 의해서 정해진 것이었다면, 의심 없이, 수정 헌법 제14조의 평등보호 조항 위반이 된

문제였던가. 보크는 이 판결에 따르면 미국 헌법의 지나친 왜곡에 그치지 않고, 연방대법원을 최고의 입법부로 만드는 것이라고 보았다. 켈리 판결은 원리의 중립적 적용이 아니라 정치적 판결이라는 것이 보크의 견해다.⁶⁷⁾

보크는 중립 원리를 사법이 지키는 것은 미국의 권력 분립 원리에 있어서 필요 불가결한 일이라고 한다. 왜냐하면 연방대법원이 미국 헌법을 상기시키는 것은 그것이 최종적이라는 것을 의미하는 것이고, 통상적인 억제와 균형에 불복하는 기관으로서의 역할을 허용하기 때문이다. 연방대법원이 헌법의 의도에 충실하려면 그것 자체를 억제해야 한다는 것이다.

보크에 의하면 사법의 역할을 한정해야하는 것은 미국의 공화정체제에서 법원의 지위에 대한 원의와 일치하는 것이라고 한다. 건국한 조상들이 의도한 정부 구조에 비추어 볼 때 법원에는 정치적 역할과 기능을 주지 않았기 때문이다. 보크는 그 논거로 ‘더 페더럴리스트’를 든다. 건국 조상들이 사법부의 역할을 어떻게 생각했는지, 비록 증거에 의해서 밝혀질 수 없다고 해도 미국 헌법 문언상 분명한 통치 구조에서 충분히 추측할 수 있다는 것이 보크의 주장이다.⁶⁸⁾

다. 그러나 주 법원은 흑인 차별의 원인을 만든 것이 아니라 사인 간 합의를 집행하는 데 불과하다고 했다. 연방 대법원은 주 법원의 판결이 스테이트 액션을 구성하고, 따라서 미국헌법의 여러 요구에 따랐다고 했다. 보크는, 이 사건 판결에서 채용된 스테이트 액션의 이론을 중립적인 형태로 적용하는 것은 불가능하다고 한다. 왜냐하면 주 법원이 소송을 각하하든지, 본안 판단으로 나아가든지, 이 판결에 따르면, 어떤 판결도 스테이트 액션이 되며, 헌법 판단에 따르게 되는 것이다. 이것이 의미하는 것은 사인의 행위는 모두 스테이트 액션이 될 수 있다는 것이며, 그 결과로서 무엇이 개인에게 허용되거나 혹은 허용되지 않을지에 대해 모두 연방 대법원이 룰을 만들게 된다. Anthony E. Cook, id, 1176-78.

67) Id. at 151-53.

68) Ilya Somin, “Originalism and Political Ignorance”, *Minnesota Law Review*, Vol. 97, No. 2, 2012, at 652; Id. at 153-55.

III. 원의주의와 쟁점

1. 사법심사의 정당성

가. 위헌법률 심사

1803년에 마셜 연방대법원장은 *Marbury v. Madison* 판결⁶⁹⁾에서 법원의 헌법 판단에 의하여 국가 행위를 무효화할 수 있다는 것을 선언했다. 그러나 사법심사는, 주차원에서는 1840년대까지, 연방에서는 남북 전쟁까지 완전히 정당화되지 않았다. 위헌법률심사권이라는 의미에서 사법심사라는 단어의 기원은 1910년이며, 연방대법원이 바로 헌법재판소로서 확립되는 것은 19세기 후반부터다.⁷⁰⁾ 20세기 초까지 미국 법학에서 헌법을 포함한 법 해석의 조류는 서덜랜드(Sutherland) 대법관의 다음의 말로 대표되었다. “헌법 해석에서 활용되는, 해석 전체의 목적은 그 제정자 및 그것을 채택한 자들이 의미한 것을 발견하고, 의도를 확인하고, 효과적인 것으로 하는 것이다.”⁷¹⁾ 이런 견해는 ‘힘이나 의사가 아닌 단지 판단’을 적절히 하는 자라는 법관상에서도 나타나며, 오랫동안 미국 법을 지배해 온 생각이었⁷²⁾고 말하고 있다. 이처럼 법선언설 혹은 전통 모델은 헌법 제정자, 넓게는 법 제정자의 의도를 발견하는 것이 법관의 역할로 되어 있다.⁷³⁾

69) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1Cranch) 137(1803).

70) Edward S. Corwin, “The Establishment of Judicial Review1,” *Michigan Law Review*, Vol. 9, No. 2 (Dec., 1910), pp. 102-125.

71) *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 453(1934).

72) G. BASSHAM, *ORIGINAL INTENT AND THE CONSTITUTION*, Rowman & Littlefield Publishers, 1992.

73) 법전을 해석할 때 법관의 중대한 의무는 그 제정자의 의도에 적합하게 하는 것이다. C. WOLFE, *HOW TO READ THE CONSTITUTION: ORIGINALISM, INTERPRETATION, AND JUDICIAL POWER*, Rowman & Littlefield Publishers, 1996.

그러나 이러한 법해석의 전통 모델인 ‘의도주의’ 접근방식은 비판을 받게 되었다. 가장 강력한 비판을 가한 것이 홈즈와 파운드 등 법 현실주의자들이었다. 물론 이들의 법학적 방법론이 일치하고, 상호 공유된 것은 아니었다. 하지만 법을 둘러싼 다툼에 있어서, 실제로 법관이 무엇을 하는지 현실적으로 볼 필요성이 있다는 점에서는 일치했다. 또 법 해석에 있어서 원의는 해석을 결정하는 것이 아니라는 점에 있어서도 공통적이었다.

그러나 1937년 이후에는 전통모델을 대체하게 된다.⁷⁴⁾ 이러한 비판과 노력을 상징하는 것이 1954년의 *Brown v. Board of Education* 판결에서였다.⁷⁵⁾ 즉, 워런 코트의 사법 적극주의가 시작된 것이다. 하지만 그 후 새로운 도전이 시작됐다. 이를 대표하는 것이 바로 보크였다.⁷⁶⁾ 돌이켜보면 보크의 이 논문은 그 후 논쟁의 시발점이었다. 1973년에 *Roe v. Wade* 사건에 대해 연방 대법원 판결이 내려지고, 이 판결은 헌법 해석 논쟁에 결정타를 날렸다. 후에 해석주의와 비해석주의, 혹은 원의주의와 비원의주의의 대립으로 전개되었다.

나. 사법심사와 반다수결주의

법률의 형태로 표현된 입법부의 의사가 헌법의 형태로 표시된 국민의 의사에 반한 경우에 법관은 제정법이 아니라 헌법에 의해서 판단해야 한다고 말한다. 사법심사를 인정하고 있다는 것이 입법권에 대해 사법권이 우

74) *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379(1937).

75) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483(1954).

76) 보크는 당시 예일대 로스쿨의 교수이었다. R. 보크의 논문은 인디애나 대학 로스쿨의 강연을 바탕으로 1971년 4월에 발표되었다. 1973년 낙태 금지를 역시 사생활 침해로 헌법 위반이라고 한 *Roe v. Wade* 사건 판결이 내려지기 직전이라는 절묘한 타이밍 때문에 더 주목을 받았다. 보크 교수의 이 논문에는 연방대법관 승인 거부 문제 후 자기주장의 변명의 의미도 담고 있다. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479(1965); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113(1973).

월하다는 것을 의미하는 것이 아니기 때문이다. 문제는 사법심사가 ‘반다수결주의’라는 극복하기 어려운 벽과 마주하게 된다는 점이다.⁷⁷⁾

입법부와 행정부는 직접·간접적으로 국민에 의한 선거에서 선출된 자로 구성되고 있다. 그런 의미에서 민주적으로 평가된다. 물론 의회와 대통령이 민주적 기관이라 해도 항상 그것들이 국민의 뜻을 정확히 반영시켰다는 것은 아니다. 반면에 법관은 선거에서 선출된 것이 아니다. 그런 의미에서 사법부는 두 기관에 비해 민주성이 약하다는 지적이 가능하다. 그렇다면 연방대법원이 입법부의 행위나 선거에 의해 책임을 지는 행정부의 활동을 위헌이라고 선언하는 것이 어떻게 합리화될 수 있는가. 그것은 결국에는 국민의 대표자들에 의한 행위를 막는다는 것을 의미하기 때문이다. 다른 한편 사법심사가 비민주적이라는 비난을 받는 이유와도 직접 연결되어 있다.⁷⁸⁾ 국민의 권력은 사법권에 대해서도 입법권에 대해서도 우위에 있기 때문이다.

사법심사가 다수결주의 원리나 정신에 반하는 것이 아닌가 하는 지적은 사법심사를 정당화하기 위한 이론 즉, ‘반다수결주의의 벽’을 극복하기 위한 이론을 필요로 하게 된다. 이에 대해 어떤 이론적 근거를 들고 있는가. 우선 다수파에 의한 다수결에 따른 결정이라고 해도 헌법에 반하거나 행해서는 안되는 것들이 있다고 본다. 그리고 다수파의 결정이 헌법에 위배되는 행위가 있을 수 있으므로 다수파의 행위를 무효로 하는 제도적 장치가 필요하게 된다. 바로 그것이 사법심사 제도라는 것이다. 그것은 다수결을 기초하는 민주주의제도와는 원리적으로 모순되더라도, 공리에는 적합한 제도이기 때문에 법원에 의한 사법심사가 가능하다는 것이다.

그러나 그러한 점을 간과한 원의주의자들은 사법심사가 민주주의에 반하기 때문에 해석 혹은 적용돼야 할 헌법을 제한해야 한다고 한다. 헌법 해

77) A. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH*, Yale University Press, 1962.

78) *Id.* at 16-17.

석에는 다수결주의에 반하는 즉, 반다수결주의라는 극복하기 어려운 벽이 존재한다고 본 것이다. 그리고 해석 방법론으로서 원의주의를 채용해야 한다고 주장하는 것이다.

구체적으로 그들은 헌법 기초자들 및 헌법 비준자들의 의사 표명인 조문과 원리에 근거해서 헌법해석을 해야 한다고 주장한다. 물론 원의주의를 채택한다고 해도 과연 원의가 헌법 제정자들의 의도를 의미하는가. 아니면 헌법 기초자들 및 비준자들이 헌법화한 원리를 의미하는 것인가 하는 점도 논쟁의 핵심이다. 헌법해석 방법에 대한 논쟁은 해석이 인식인가, 실천인가 하는 해석의 성질과도 연계되어 있다.

다. 대표제 민주주의와 원의주의

원의주의라는 것은 그것이 헌법 기초자의 의도이든 혹은 비준자에 의해 헌법화된 원리이든 헌법 제정자 뜻이 헌법 판단의 핵심이며, 헌법 판단의 근원은 그것들에 국한된다는 것이다.⁷⁹⁾ 이에 반해 비원의주의는 헌법 제정자에 의해서 헌법화된 것 이상의 것을 헌법으로 인정하고, 그것들에 의해서 법관이 헌법 판단하는 것을 인정하자는 입장이다. 헌법 제정자에 의해서 헌법화된 것 이외로서 무엇을 그 대상으로 할 것인가에 대해서는 의견이 다양하다. 예를 들면 불문헌법, 자연법 등을 대표적으로 든다. 그러나 미국 수정 헌법 제9조가 무명의 권리를 인정하는 것인가. 수정헌법 제14조가 실체적 적법절차를 인정하는가에 대해서는 의견이 엇갈리고 있다.

국가의 기본 원리를 민주주의로 하고 있다면 그 원리와 조화되는 것이 원의주의이다. 일반적인 민주주의 원칙에 따르면 헌법으로 표현되지 않은 원리나 조항에 대한 것은 선거에 대해 책임을 지는 의회와 행정에 맡겨져 있다. 그러므로 그 범위를 넘어서는 것은 민주주의의 원리와 조화되지 않

79) R. BERGER, *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT*, Harvard University Press, 1977.

는다는 것이다.

그러나 비원의주의론자의 입장에서는 불문 헌법이든, 자연법이든 그것을 제외한다는 것에 대해서 동의하지 않는다. 그들은 원의주의가 정당하다고 하면 어떤 원의주의가 타당한 것인가. 원의주의에 있어서 원의란 헌법 기초자의 의도인가, 현재 시점에서 헌법 제정자의 심리적 의도를 살펴본다는 것이 과연 가능한가, 헌법해석자에게 기초자의 의도를 요구할 수 있는가, 헌법제정자는 누구인가 등에 대한 반론을 제기하고 있다.

그러나 헌법 조항의 제정은 일반적으로 개별 사건 해결을 위한 것이기 보다는 일반원리를 설정하기 위한 것이다. 그러므로 헌법 제정자의 원의란 헌법화된 원리이다. 헌법 제정자로 표현되는 자는 기초자보다는 제헌의원이나 비준자로 보기도 한다. 왜냐하면 비준자의 의사가 당시 국민의 의사로 여겨져 존중받기 때문이다.

원의주의가 타당하다는 입장에서도 구체적으로 보면 엄격한 원의주의와 온건한 원의주의로 나뉘고 있다. 원의주의의 대표인 보크는 엄격한 원의주의자에 속한다. 그러나 헌법화된 원리로의 불확정성이나 역사의 불확정성에서 보면 온건한 원의주의가 타당하다는 주장도 있다. 문제는 그 근거가 되는 민주주의가 무엇을 뜻하는가. 이 근원적 물음에 답하기는 쉽지 않다. 브라이스(J. Bryce)는 다수결원리와 다수자의 지배를 민주주의의 핵심으로 생각하였다.

‘민주주의라는 말은 헤로도토스의 시절부터 끊임없이 사용되어, 국가 지배권이 합법적으로, 한개 혹은 몇 개의 특정 계급이 아니라 대체적으로 그 사회의 성원의 손에 주어진 정치 형태를 나타내는 것이었다. 그래서 정치 단체에서 의견의 불일치가 발생한 경우, 그 의지와 인정하는 것을, 평화적이고 합법적으로 결정하는 방법이 달리 발견되지 않았기 때문에, 투표에 의해서 행동하는 정치 단체에서는 지배가

다수자에게 귀속하는 결과가 되는 것이다.’⁸⁰⁾

민주주의란 본래 투표에 의해서 그 주권 의사를 표시하는 전 국민의 지배 그 이상도 그 이하의 어떤 것을 의미하는 것이 아니라는 것이다. 즉, 민주주의는 선거에 의한 다수자 지배를 뜻하며 거기에는 질적인 차원의 의미나 내용은 포함되어 있지 않다는 것이다.

이처럼 민주주의를 정치적 결정의 수단 혹은 다수결주의로 파악하는 견해는 유효하다. 그리고 근대 국가의 공리이기도 하다. 이러한 결정 방법에서 선거가 그 핵심이 된다. 그렇다면 정치적 책임과 선거에 의한 책임이라는 시각에서 민주주의를 파악하는 경우 사법부는 어떠한 위상인가. 사법은 입법이나 행정보다는 상대적으로 다른 위치에 있다. 국민에 대한 책임이라는 시각에서 보면 법원은 정치적 책임을 지는 민주적 기관과는 거리가 있다. 이러한 관점에서 보면 헌법 해석의 방식으로서 원의주의가 타당하다는 논거가 될 수 있다.

보크는 원의주의가 정당하다고 하는 이유를 바로 이 대표민주제에서 찾는다. 미국 헌법은 정책을 형성하는 권한을 부여받는 자는 선거를 통해서 책임을 지도록 하고 있다. 그에 따라서 자유가 유지되도록 하고 있다. 그러나 연방대법관은 종신직이며, 그 결과에 대해 국민에게 책임을 지지 않는다. 법관은 선출되지 않으며, 책임도 없고, 대표되지도 않는다고 한다.

보크는 말한다. 그렇다면 누가 법관의 무한한 권능으로부터 우리를 지킬 것인가. 어떻게 우리의 과수꾼으로부터 우리를 지킬 것인가. 이에 대한 유일한 해답은 법관이 그 자신이 바람직하다고 생각하는 신념이나 선입견으로 분리시켜, 헌법에 의해 기속되도록 하는 것이라고 한다. 법관은 미국 헌법이나 법률에서 찾아낼 수 없는 정책을 수립하거나 적용해서는 안된다. 물론 법관이 사건을 해결하는 데 있어서 어느 정도 법을 만들지 않으면 안

80) J. Bryce, *Modern Democracy*, The Macmillan Company, 1921, p.20.

되는 것은 사실이지만, 그것은 아주 작은, 틈을 메우는 법형성에 그쳐야 한다는 것이다. 즉, ‘미국 헌법 비준자들이 벽이나 지붕과 보를 만든 것이다. 법관이 금선 세공을 부가하고 건축물의 주요 특징을 유지’하는 것이라고 한다.⁸¹⁾

라. 통치의 본질적 특징

페리는 연방대법원은 헌법해석에 있어서 어떤 접근방식을 선택해야 하는가 라는 문제와 연방대법원의 역할은 어떻게 되어야 하느냐는 문제를 다루는 데 있어, 사법심사 자체의 정당성에 대해서 검토를 가하고 있다.⁸²⁾ 여기에서 역점을 두고 있는 것은 헌법상 정당화할 것인가 여부는 법적 정당성의 문제가 아니라 선인가 악인가라는 정치적·도덕적 정당성 문제라는 것이다.

사법심사는 현대 미국 사회에서 공감대가 형성된 제도이다. 이 문제가 중요한 것은 헌법해석의 접근방식과 밀접하게 관계된 것이기 때문이다. 사법심사의 정당성을 생각할 때의 문제의 출발점은 사법심사가 다수결주의에 반한다는 점에 있다. 즉, 사법심사가 반다수결주의임을 전제로 하면서도 지지되어야 할 것인가 하는 문제이다. 우리의 지지를 얻고 있는 사법심사가 우리들이 지지할 만한 것인가⁸³⁾라는 것이다.

페리는 미국 헌법이 사법심사를 확립하고 있는지에 대해 다음의 네 가지로 나누어 검토하고 있다. 첫째, 주 정부의 행위에 대한 주 법원의 심사 둘째, 주 정부의 행위에 대한 연방 법원, 특히 연방대법원의 심사 셋째, 연방 정부의 행위에 대한 주 법원의 심사, 그리고 넷째, 연방 정부의 행위에 대한 연방 법원, 특히 연방대법원의 심사이다.

81) R. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA, 1990, at 5.

82) M. PERRY, The Constitution in the court, at 208.

83) Id. at 17.

첫째에 대해서는 미국 헌법 제6조의 최고 법규 조항에 의해, 즉 ‘이 헌법은 …… 국가의 최고 법규이다. 각주의 법관은 각주의 헌법 또는 법률 중에 반대의 규정이 있다고 할지라도, 이에 구속된다’라는 규정에 의해 정해져 있다.

둘째에 대해서는 연방대법원의 심사를 금지하는 문언을 헌법에서 찾을 수 없을 뿐만 아니라 최초의 연방 의회에 의해서 제정된 법원조직법 이후 인정받아 온 것이다.⁸⁴⁾ 적어도 수정 헌법 제14조가 성립한 1868년의 시점에서 부터 이러한 심사를 당연한 전제로 하고 있었다.

셋째와 넷째에 대해서는 법문상 명확하지 않다. 또한 미국 헌법을 비준한 자들이 어떻게 이해했는지에 대해서도 역사가의 평가들이 엇갈린다. 그렇다고 해도 미국 헌법에 의해서 성립된 중앙 정부의 성질과 구조에서 볼 때 사법심사는 충분하고 필연적으로 추론할 수 있다고 한다.

페리 역시 보크와 마찬가지로 1788년에 출판된 ‘더 페더럴리스트’의 해밀턴의 견해를 든다.⁸⁵⁾ 그리고 미국 헌법에 권리 장전을 도입한 첫 의회에서 메디슨의 선언에서 보듯이 1791년에 권리 장전이 미국 헌법의 일부로 되었을 때, 헌법이 사법심사를 확립한 것은 자명하다고 대부분의 사람들이 생각했다는 것이다.⁸⁶⁾

그러나 미국 헌법이 사법심사를 확립했는가 여부 문제는 오늘날 관심이 많지 않다. 사법심사의 존재 자체에 반대 의견을 내세우는 사람도 없고, 그것은 미국의 통치에 있어서 불가결한 동시에 세계의 모범으로 제시할 수

84) <https://www.loc.gov/rr/program/bib/ourdocs/judiciary.html>

85) https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#The_Federalist_Papers-78; Coenen, Dan T., “Fifteen Curious Facts about The Federalist Papers” (2007). *Popular Media*. Paper 2. http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_pm/2

86) J.CHOPPER, *JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Univ of Chicago, 1980.

있다고 보기 때문이다. 즉, “사법심사는 오늘날, 미국의 통치에 있어서 불가결한 특질-본질적인 특징-이라는 의미에서, 사법심사는 합헌적이다”⁸⁷⁾라고 한다.

페리가 사법심사의 정당성 문제에서 다루고 있는 과제, 즉 정치적·도덕적 정당성 문제를 검토함에 있어서 다음과 같은 논의에서 출발한다. 즉, 정치 공동체가 권리와 자유를 확립하는 수단에는 두 가지 방법이 존재한다. 하나는 제정법으로 보호한다는 제정법 전략이며, 다른 하나는 헌법으로 보호한다는 헌법 전략이다. 민주적 공동체가 그 가운데 헌법 전략을 채택하는 것은 그 권리에 특별한 중요성을 인정하기 때문이다.

이 양자의 전략의 결정적인 차이는 개정 절차의 어려움에 있다. 즉, 제정법 전략의 경우에는 입법부의 다수에 의해서 수정하고 폐지할 수 있다. 이에 반해 헌법 전략의 경우에는 미국 헌법 제5조과 같이 개정하기 위해서는 입법부의 특별 다수와 국민 투표가 필요한 것이다.

페리에 따르면 민주적 정치 공동체가 권리·자유를 보호하기 위해서 헌법 전략에 의하는 것은 장래를 포함한 일반 정치에 대한 불신이나 회의가 존재하고 있다. 그리고 헌법 전략에는 권리를 강행하는 시스템이 필요하며, 그것이 사법심사인 것이다. 그러나 페리가 권리를 보호하는 구조로서 헌법 재판이 최적이라고 하는 것은 아니다. 다만 비교의 문제로서 헌법 전략에 따른 권리를 보호받으려는 자의 입장에서 보면 상대적으로 헌법재판보다 정치에 보다 더 많은 회의적 시각을 갖고 있다는 것이다.

87) M. PERRY, *id.* at 26.

2. 죽은 자에 의한 지배구속

가. 과거와 미래 세대

현재 살아 있는 사람이 죽은 자에 의해서 지배될 수 있는가. 즉, 죽은 자에 의한 지배구속이 원의주의와 헌법해석에서 쟁점이 되고 있다.

“성문 헌법은 우리나라의 헌법 통치 체제에서, 어떤 권위를 갖고 있는가. 이것은 공허한 질문이 아니다 …… 제6조는 헌법이 국가의 최고 법규라고 하고 있지만, 헌법 문서는 단순히 그 자체의 주장에 의해서 법, 더 나아가 최고법규로서의 지위를 획득하는 것이 아니다. 미국의 전통에 가장 깊이 있는 정치 이론에 따르면, 헌법의 권위는 그 제정자들의 동의에서 나온다. 그러나 제정자들이 자유롭게 헌법에 동의했다고 해도, 이것은 정립하고 있는 문서에 대한 지속적인 충성심의 기초가 되기에는 적합하지 않은 것이다. 그들의 동의는 후속세대를 구속할 수 없기 때문이다. 우리가 헌법을 채택한 것도 아니고, 그들은 사망했고, 존재하지 않는다”.⁸⁸⁾

그럼에도 불구하고 왜 200년 전에 제정된 헌법에 미래 세대가 구속되어야 하는가.⁸⁹⁾ 과거에 의한 현재의 구속은 헌법에만 한정되는 것이 아니라 다른 법령에도 적용되는 문제이기도 하다. 하지만 헌법의 경우는 보다 양자의 대립이 첨예하다. 왜냐하면 개정의 문턱이 높아 현재 의사의 과반수만으로는 바꿀 수 없으므로 과거의 지배가 강하게 나타나기 때문이다. 또한 사법부가 위헌 판단을 내리는 것은 과거의 의사를 바탕으로 현재 의사를

88) Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 *B.U.L. REV.* 204, at 225.

89) Lawrence Church, “History and the Constitutional Role of the Courts”, 1990 *WIS. L.REV.* 1071, 1990, at 1103.

무효화하는 것과 마찬가지로 등의 이유로 죽은 자에 의한 지배구속의 문제를 제기하게 된다.

러벤펠드(Jed Rubenfeld)는 제퍼슨의 지구는 현재 살아 있는 사람의 것이라는 문구를 인용하면서 자기를 구속하는 것은 현재의 의사가 아닌가 하는 물음에 답할 필요가 있다고 했다.⁹⁰⁾ 즉, 미국 헌법을 작성하고, 제안하고 비준한 자들이 사회 전체를 대표하고 있지 않았다. 그리고 선거권이 비약적으로 확대한 현재 시점에서 볼 때 헌법 제정자들에 의해서 주어진 헌법에 구속될 이유가 없다는 주장과도 일맥상통한다.

그런데 이러한 이의제기는 대통령, 연방의회 및 사법의 권능, 선거 시기와 방법 등에 대해서가 아니라 개인의 여러 권리를 보장하는 수정 조항을 향하고 있다는 것이 보크의 판단이다. 그는 이러한 의문제기는 그 진의가 다른 곳에 있다고 한다. 즉, 법원은 민주 과정에서 벗어나서 헌법상의 자유를 추가할 수 있다는 입장이 내재되어 있는 이의제기라는 것이다. 보크는 이러한 이의제기가 현재 사회 속에서 대표되지 않는 죽은 자에 의한 지배에 대해서가 아니라 살아 있는 다수자에 의한 지배 즉, 다수결원리에 대해 이의를 제기하는 것이라고 주장한다.⁹¹⁾

나. 죽은 자에 의한 지배구속의 극복

맥코넬(McConnell)은 죽은 자에 의한 지배구속의 문제를 피하기 위해서는 다음과 같은 점에 대한 답이 필요하다고 말한다.⁹²⁾ 첫째, 헌법의 내용이 통시적으로 유효한 정치 도덕의 원리를 분명히 하고 있다고 하는 이유

90) Jed Rubenfeld, "The Moment and the Millennium", 66 *GEO. WASH. L. REV.* 1085(1998).

91) R. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA*, 1990, at 170-171.

92) Michael W. McConnell, "Textualism and the Dead Hand of the Past", 66 *GEO. WASH. L. REV.* 1127, 1998.

둘째, 죽은 자에 의한 지배구속이 제약적인 것이 아니라 오히려 미래 세대가 자유와 민주주의를 향유하기 위해서 존재하고 있다고 하는 이유 셋째, 과거의 구속은 법률이나 계약에도 볼 수 있고, 헌법만의 문제가 아니라고 하는 이유 넷째, 헌법이 개정되는 것은 어려운 것이라는 점에서 미래 세대가 헌법에 대해서 묵시의 동의를 하는 것 아닌가 하는 이유 등이다.

러벤펠드는 인간의 특성에 주목하면서 통시적인 자기통치 수단으로 조문이 중요한 역할을 한다며, 조문을 바탕으로 한 통시적 자기 통치의 관점에서 죽은 자에 의한 지배구속의 문제를 극복하려고 한다.⁹³⁾ 맥코넬은 이처럼 조문에 근거한 접근에는 찬성하지만 그 이유에 대해서는 견해를 달리한다. 맥코넬에 따르면 러벤펠드의 논의는 헌법 제정자의 의도가 증시되지 않지만 조문의 배후에 있는 원의, 역사, 사법의 억제야말로 통시적 자기 통치를 가능하게 하는 이유이고, ‘그 때문에 나의 주장은 러벤펠드의 진단을 채택하지만 그 처방에는 찬성할 수 없다.’⁹⁴⁾고 한다. 즉, 맥코넬은 조문을 기반으로 하면서 원의, 역사를 참조함으로써 죽은 자에 의한 지배구속을 뛰어 넘을 수 있다고 한다.

이스터브룩(Easterbrook)은 본래 죽은 자에 의한 지배구속의 문제는 말장난에 불과하며, 좀 더 따지게 되면 모든 법령이 제대로 자기의 자리에 설 수 없게 된다고 반박한다.⁹⁵⁾ 예를 들어 어제 제정된 법은 어김없이 오늘도 그 효력을 가지고 있다. 이것도 과거가 구속하고 있는 점에는 변함이 없지만 누구도 이를 문제 삼지 않는다. 오히려 현재에 사는 사람들은 과거의 법령에 따르는 것을 당연하게 생각하고 있다.

즉 과거의 법령이 유효한 것은 제정자가 그렇게 희망했기 때문이 아니

93) JED RUBENFELD, *FREEDOM AND TIME: A THEORY OF CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT*, Yale University Press, 2001, at 91-102, 163-177.

94) McConnell, id at 1140.

95) Frank H. Easterbrook, “Textualism and the Dead Hand”, 66 *GEO. WASH. L. REV.* 1119, 1998.

다. 현재에 사는 사람이 제정된 법령이 오늘도 유효해야 한다고 생각하는 것이야말로 과거의 법령이 현재를 구속하는 것이다. 그러므로 거기서 중요한 역할을 하는 것은 제정자의 의도가 아니라 법령의 조문이다. 조문은 통시적으로 미래 세대에 받아들여지는 존재인 것이다.

이에 대해 죽은 자에 의한 지배구속은 문자 그대로 죽은 자를 지칭하는 것으로, 현재 의사의 대표 기관인 입법이 수 일, 수 년 후의 현재 의사를 구속하는 것과는 차원이 다르다는 반론이 제기될 가능성이 있다. 하지만 그렇게 되면 현재 의사는 어느 시점을 가리키는지를 확정해야만 한다. 제퍼슨은 약 19년으로 헌법을 포함한 모든 법의 수명이 끝나는 것으로 이해하였다.⁹⁶⁾ 만약 그렇다면 헌법뿐만 아니라 법률도 과거의 구속의 문제에 직면하게 된다. 이에 대해서는 헌법은 개정 절차의 난이도에 의해 법률보다는 과거의 구속이 강하다는 반론이 제기된다. 그러나 이는 과거의 구속 이라기보다는 헌법의 정통성에 관한 문제이며, 조문주의가 염두에 두는 것은 정통성의 문제가 아니라 해석 방법의 문제라는 것이다.

여기서 문제가 되는 것은 사법이 과거에 제정된 헌법에 따라서 현재 의사인 법률을 무효화하는 것이며, 그 때에 사용하는 헌법 해석 방법의 문제인 것이다. 헌법 해석 방법을 전개하기 위해서는 왜 그런 접근방식이 요청되는가, 그리고 조문의 의미는 무엇을 기준으로 하여 차용하는가를 분명히 하지 않으면 아니된다. 바로 여기에서 원의주의자들이 지향한 것이 원의의 객관화 문제였다.

다. 사법심사와 헌법해석

그것은 과거의 결정이 왜 현재를 구속하느냐는 것, 다시 말해 과거의 유산인 사법심사를 현재 우리가 유지해야 할 충분한 이유가 존재하는가. 조

96) Letter from Thomas Jefferson to James Madison(Sept. 6, 1789), in 15 THE PAPERS OF THOMAS JEFFERSON 395-396(Julian Boyd ed., 1958).

상들이 제정한 헌법상의 인권이 오늘날에도 중요하다는 것은 누구나 인정하고 있다. 그러나 이것들을 모두 사법심사로 보호해야 할 것인가. 예를 들면, 보호될 권리와 그렇지 않은 것이 연방대법원에 의해서 일방적으로 선별되기보다는 전체가 모두 보호되는 것으로 하는 것이 문제를 보다 완화시킬 수 있기 때문이다.⁹⁷⁾

“사법심사를 옹호하는 논의는, 이들 조항을 보호하기 위한 장치로서, 사법심사가 유효하다고 보는 것에 따르는 것이며, 보다 유효한 구조를 확립함으로써 사법심사를 고치는 것이 아니라면, 그리고 그 때까지는 사법심사를 시인하고 계속해야 할 것이다.”⁹⁸⁾

그렇다면 이처럼 정당화되는 사법심사의 행사에서, 연방대법원은 어떤 헌법해석의 접근을 채택해야 할 것인가. 페리는 여기서 두 개의 다른 문제를 혼동해서는 안 된다고 한다. 헌법전의 조항이 나타내고 있는 지시 혹은 명령이 무엇인지 검토하는 헌법의 해석과 헌법전의 각각의 조항으로 나타내는 불확정한 지시 혹은 명령으로, 개별의 문맥에 대해 내용을 부여하는 헌법의 특징이다.

원의주의는 헌법해석에 대한 하나의 입장이며, 헌법 특징에 대한 입장이 아니다. 연방대법원이 헌법 지시 혹은 명령으로서 무엇을 정당한 것으로 할 것인가에 대해서 두 가지 해답이 존재한다는 것이다. 하나가 법전주의 원의주의다. 이에 따르면 연방대법원은 미국 헌법의 텍스트에 의해서 나타나는 지시 혹은 명령만을 헌법상의 것으로 강행할 수 있다. 또 하나는 비법전주의이다. 이에 따르면 연방대법원은 헌법전으로 나타내는 지시 혹은 명령뿐만 아니라 그 이외의 것도 헌법상의 것으로 강행할 수 있다.

97) M. PERRY, *id.*, at 17-24.

98) *Id.* at 24.

이에 대해서 페리는, 근대 미국의 정치나 법문화에 있어서 비법전주의를 받아들일 수는 없다고 한다. 마셜 대법원장은 사법심사를 정당화하는 데 있어 헌법의 성문성에 대해 언급하고 있다.⁹⁹⁾ 즉, 미국 헌법에 나타나지 않은 지시 혹은 명령을 헌법상 정당한 것으로 하는 이유를 찾기 어렵다는 것이다. 성문의 미국헌법은 연방대법원이 강행하고 보호하는 모든 헌법상의 조건이나 제도를 완전히 드러내고 구체화하는 것이라 본다. 그러나 헌법전에 의해 나타내는 불확정한 지시 혹은 명령을 강행·특정하는 데 대해 반대하는 것이 바로 법관이 헌법전에 나타나지 않은 모든 전제에 의한다는 것을 부정하는 것은 아니라고 한다.¹⁰⁰⁾

이와 같이 헌법전으로 나타내는 지시 혹은 명령만을 연방대법원이 헌법상의 것으로 강행해야 하지만, 헌법전의 조항으로 나타내는 내용이 반드시 명확한 것은 아니다. 여기에서 누구에 의해서 이해된 헌법 조항이 권위를 가져야 할 것인지 여부가 문제가 된다. 바로 이 점에서 원의주의와 비원의주의가 각자 견해를 달리한다. 원의주의에 의하면 조항이 헌법화된 시점에서 국민에 의한 헌법 조항의 이해에 특별한 무게가 주어지게 된다. 페리는 다음과 같이 말한다.

“합중국 헌법은 다음과 같이 시작된다. 즉 우리 합중국 국민은 …… 미국을 위해 이 헌법을 제정하고 확립한다. 원의주의에 의하면 제안된 헌법 조항의 국민의 대표에 의한 비준이, 국민-대표를 통해서 조항을 제정하고, 확립한 국민-의 조항에 대한 이해를 전제로 이루어졌다고 생각되고 있다”.¹⁰¹⁾

99) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1Cranch) 137(1803).

100) M. PERRY, *id.* at 29-31.

101) *Id.* at 32.

헌법 제정 과정에서 국민의 대표자들 즉, 비준자들의 이해가 중요하다는 것은 국민이 조항을 어떻게 이해했는지에 대한 것이다. 즉, 국민이 충분한 주의를 지불하고, 모든 관련 정보에 액세스 할 수 있었다면 그러한 조항이 국민에 의해서 어떻게 이해되고 있었는지 알 수 있기 때문이다.

그러나 비원의주의에 의하면 조항이 헌법화된 시점에서 국민에 의한 이해 이외의 누군가 혹은 어느 집단의 이해가 조항 이해에서 특별한 의미를 지니게 된다고 한다. 그러나 그것이 누구 혹은 어느 집단에 의한 이해이며, 어떻게 그 의미를 지니는가. 스카리어는 이 점이 비원의주의의 치명적 결함이라고 한다.¹⁰²⁾ 결국 원의를 대체하기 위한 공감대가 존재하지 않는다는 것이다.¹⁰³⁾

사법심사를 행사하는 것의 정당성 문제와 헌법해석의 접근 문제는 불가분의 관계에 있다. 전자의 문제에 대한 해답은, 후자의 문제에 대한 해답을 결정한다. 원의주의를 지지하는 논의는 사법심사의 바탕에 있는 관점 즉, 그것은 정치적으로 활약한 선조들에 의해서 헌법에 규정된 다양한 지시 혹은 명령을 보호하는 데 있기 때문이다. 단, 각각의 헌법 조항이 어떤 지시 혹은 명령을 발하는지, 항상 분명한 것은 아니기 때문에 거기에 연방대법원에 의한 해석이 필요한 것이다. 미국헌법은 단순히 언어를 배치한 것에 불과한 것이 아니라 의도적인 정치적 활동이며, 언어의 배치에 의해 전달하려는 지시 혹은 명령인 것이다.

헌법이 비준된 근본적인 이유는 특정 지시 혹은 명령이 발휘되는 것을 희망했기 때문이다. 헌법 조항에 대해서 연방대법원에 원의 이외의 어떠한 의미를 부여하는 특권이 부여된 것에 대해 어떤 정당한 이유를 제시하기 어렵다. 건국의 조상들의 법 해석 방법도 엄격한 의도주의의 원의주의는

102) Antonin Scalia, "originalism The Lesser Evil", 57 *U. Cin. L. Rev.* 849(1989).

103) M. PERRY, id at 31-4.

아니지만 일종의 원의주의임에는 의심의 여지가 없다는 것이다.¹⁰⁴⁾

3. 헌법에의 기속과 법원의 정치화

가. 헌법에의 기속

보크는 헌법은 법이 아니라는 주장은 헌법의 이름으로, 사법에 의한 통치의 극적인 확대를 원하는 자에 의해서 만들어졌다고 한다. 그들이 말하고 싶은 것은 합중국 헌법이 사법 권한을 수권하지 않았다는 것이 아니라 이 권한을 제약할 수 없다는 데 있다는 것이다. 보크는 그런 예로서 브레스트의 견해를 들고 있다.

‘미국 헌법의 권위에 의문이 있음을 전제로 한다면 …… 지속적 동의나 묵시적 승낙의 역사를 통해서만, 헌법문서는 법이 될 수 있는 것이다. 우리나라의 헌법 전통은 문서뿐만 아니라 법원이나 기타 기관의 판결과 실례에도 또한 초점을 두었던 것이다. 그리고 이 전통은 비원의주의의 주요한 요소를 포함하고 있다. …… 법전이나 원의의 보충이나 그러한 것으로부터의 일탈의 실천은, 그 자체가 우리나라의 헌법 전통의 일부인 것이다.’¹⁰⁵⁾

보크는 반문한다. 우리들이 승인 또는 묵시적 승낙을 해주고 있는 범위에서 법관이 권리 장전을 무시할 수 있다는 것인가. 법관이 헌법을 바꾸고자 할 때 누가 동의하고 있는가. 정치 공동체가 승인하거나 묵인하고 있다는 것을 실제 어떻게 알 수 있는가. 만약 유효한 동의나 묵시적 승인이 존

104) M.PERRY, id at 47-50.

105) P. Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, 60 *B.U.L. REV.* 204, at 225.

제한다면 그것은 결국 유권자 다수의 동의나 승인이어야 하기 때문이다.

그런데도 리버럴파는 미국 헌법의 수정 권한을 다수결에 따른 주권자가 아니라 연방대법원에 부여하려고 하는 것이다. 그러나 보크는 미국 헌법의 핵심이 무언의 승인이나 묵시적 동의에 의해서는 수정될 수 없는 법이라고 한다. 이미 미국 헌법을 기초·제안·비준했던 자들이 헌법 제6조 제 2항에 ‘이 헌법은 …… 국가의 최고 법규이다.’로 규정하고, 제3항에 ‘앞에 규정한 상원의원 및 하원의원, 주 의회의원, 및 미국 및 주의 모든 행정관과 사법관은 선서 또는 확약에 의해서, 이 헌법을 지지할 의무를 진다’라고 규정하고 있기 때문이다

만약 연방대법관을 제외한 모든 공무원이 같은 헌법에 구속되고, 연방대법관은 모든 사람이 구속된 것을 계속 바꿀 수 있다고 한다면, 그것은 헌법전에 반하는 것이다. 연방대법원의 대법관은 헌법에 구속되지 않고, 다른 사람들은 헌법이 아니라 연방대법관에 기속되기 때문이다. 결국 보크는 헌법으로부터 사법의 일탈이 결코 정당화될 수 없다고 주장한다.¹⁰⁶⁾

나. 법원의 정치화 우려

드워킨은 원의주의 지지자들이 주장하는 정치적 중립은 허울이며, 그 철학에 의한 선택 자체가 정치적 결정이라고 한다.¹⁰⁷⁾ 원의주의 철학이 법관을 정치적 선택의 소용돌이로 몰아넣는다는 것이다. 보크는 드워킨의 주장은 일리가 있다고 한다. 그러나 이 정치적 내용의 선택은 법관에 의해 이뤄지는 것이 아니라 미국 헌법을 기초하고 제정한 자들에 의해서 훨씬 이전에 이루어진 것이라고 한다.

보크는 헌법에 관한 철학은 항상 정치적 귀결을 만들지만 결코 정치적 결과를 선택하는 정치적 의도를 지녀서는 안된다고 한다. 그러므로 특정

106) R. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA, 1990, at 171-76.

107) Dworkin, “The Forum of Principle”, 56 *N.Y.U.L.REV.*, 469, 1981, at 470.

철학의 정치적 결과가 무엇인가 하는 점이 아니라 그 철학 아래서 누가 정치적 결과를 선택하는가 하는 점이 더 중요하다는 것이다. 원의주의 철학에서 보면 미국 헌법 비준자들과 오늘날 입법자들이 정치적 결정을 하는 것이며, 법원은 그 결정의 수행에 최선을 다하는 것이라고 한다. 그것은 보수 철학이나 진보 철학이 아닌 미국 공화국의 구상이라는 것이다. 따라서 법원에 정치적 결과의 선택을 허용하는 이론은 잘못된 것이라고 한다.

법관이 어떠한 헌법철학과 어떤 정치적 견해를 갖고 있는가 하는 점이 중요한 것은 그들에 따라 연방대법원이 좌우되어 왔기 때문이라고 한다. 정치적 법원을 추구하고 있는 리버럴파는 법관이 유권자보다 더 리버럴하다는 신념을 가지고 있다. 따라서 리버럴파는 자신들의 이익보호차원에서 원의주의나 그것을 주장하는 자가 연방대법관에 임명되는 것을 반대하는 것이 정당하다고 주장한다.

그러나 보크는 그러한 자세는 대단히 반민주적이며, 길게 보면 미국의 건전성에 있어 위험한 것이라고 한다. 미국 헌법은 정부로부터 자유라는 자유뿐만 아니라 자기 통치의 자유까지도 그 전제로 하고 있기 때문이다. 통치에 대한 자유는 공동체를 만들려는 개개인에게 매우 중요한 것이다. 그것은 그와 그들이 사는 물질적, 심미적, 그리고 도덕적 환경을 지배하는 자유이다. 새로운 헌법상의 권리를 창조하는 방식으로 법원이 헌법을 수정하거나 정당한 이유 없이 기존의 권리를 부당하게 확대할 때 법원은 자유를 증대하는 것이 아니라 대집단에서 소집단으로 자유를 이동하는 데 불과하다고 한다.¹⁰⁸⁾

보크 주장의 바탕에는 과연 무엇이 있다. 그는 모든 분야에서 나타나고 있는 정치화에 대한 우려가 있다. 이 정치화 프로세스는 분야마다 다르지만 법 분야에서 받아들여지고 있는 현상은 우려할 만하다고 본다. 그는 법

108) R. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA, 1990, at 176-78.

문에 구체화되지 않았음에도 불구하고 법관이 정의의 이름으로 자유를 강행하는 것은 결국 법관이 입법자의 역할을 맡게 된다는 것이다. 보크는 법관이 판결을 내릴 때 승인된 법 원리를 근거하여, 정치적으로 일관하여 중립적인 방법으로 판단을 내려야만 한다고 주장한다. 왜냐하면 법을 정치화하려는 자에게는 민주적 정당성이 존재하지 않기 때문이다.

그런데도 이런 법의 정치화가 지난 한 세기 동안 일관하여 미국을 진보적인 방향으로 이끌어 왔다. 그러나 이것은 많은 미국인들이 원했던 방향이 아니라고 한다. 보크는 그것이야말로 법의 정당성의 파괴 현상이며, 연방대법원을 법 기관 아니라 정치기관으로 만들고 있다는 것이다.

그렇다면 왜 법의 정치화는 정당화될 수 없는가. 원의주의는 어떠한 이유에 의해 정당한가. 보크는 그것을 미국의 모든 자유의 기초가 공화정체제라는 구조에 있다는 데서 찾는다. 이 구조의 특징은 연방 정부의 권력이 분립되어 있다는 것이다. 그리고 모든 주의 자율권을 크게 유지하기 위해 연방 권력을 제한하고 있다. 바로 이것은 미국 헌법에 의해서 명령되고 있다. 이러한 권력의 분산은 권리장전 이상으로 미국의 자유를 보장해 왔다. 미국 헌법 속에는 사법권이 입법권이나 행정권까지도 공유한다는 것을 시사하는 어떤 규정도 존재하지 않는다.

연방법원에 위임된 권능은 다른 기관에 의해서 만들어진 법을 적용하는 것이다. 연방법원의 역할은 연방의회나 대통령의 권한을 미국 헌법에 의해 부여된 것에 한정하고, 권리 장전에 의해서 보장된 자유가 침해되지 않는가를 감시하는 것이다. 그리고 국민의 민주적 자율성을 미국 헌법에 의해서 부여된 최대한도까지 확보하는 것이다.

그렇다면 원의가 불분명하고, 헌법의 조항이 뜻하는 것이 무엇인가를 알 수 없는 경우 법관은 어떻게 행동해야 하는가. 이러한 경우란 법관이 헌법을 갖고 있지 않는 상황과 같다. 즉, 그 조항이 마치 산스크리트어로 쓰여 있던가 아니면 잉크의 얼룩에 의해서 지워진 것과 같은 상태인 것이다. 그

러한 경우 ‘법관에게는, 그 아래에 뭐가 있는 것이 틀림없다는 이유를 들어, 잉크의 얼룩을 해석할 자격이 없다는 것이다.’¹⁰⁹⁾ 그리고 이러한 상황이야말로 바로 미국 수정 헌법 14조의 특권·면제 조항에 적합한 것이다. 미국 헌법의 의미가 불분명한 경우 법관이 스스로 헌법을 작문할 것이 아니라 한발 물러서, 민주적인 다수결 원칙에 맡겨야만 한다는 것이다.¹¹⁰⁾

다. 법문화 투쟁과 상식

보크는 자기 자신의 연방대법관 승인 거부 문제를 말하면서, 그것은 법문화의 지배를 둘러싼 투쟁이라고 한다.¹¹¹⁾ 즉, 헌법 및 법률이 법이며, 이 원리들이 법관을 구속해야 하는가. 아니면 그것들은 유연한 텍스트이며, 특정 집단이나 정치적 주장이 승리할 수 있도록 법관이 수정할 수 있는 것인가. 그러한 사고방식을 둘러싼 전투였다는 것이다.

원의주의가 정당한 이유는 그것이 상식에 적합하기 때문이다. 즉, 법관이 법에 기속된다는 경우 법이 의미하는 것이 무엇인가. 법이란 헌법이든 법률이든 제정 시에 일반적으로 이해된 것으로서, 그것은 법전의 원리를 의미한다. 이것이 법이 무엇인지에 대한 일반적 견해이다. 보크가 이 점을 강조하는 것은 이 상식적 견해가 헌법학자에 의해서, 특히 로스쿨에서 헌법을 가르치는 사람에 의해서 부정되고 있다고 보기 때문이다. 그러나 이 점에 대해서는 상식이 옳은 것이며, 그래야만 사법의 우월성이 민주적으로 정당화될 수 있다고 한다.¹¹²⁾

법을 정치화하려는 세력은 저명한 로스쿨에서 영향력을 키우고 있으며,

109) Id. at 166.

110) Id. at 161-67.

111) Orrin G. Hatch, “Dangers of Political Law”, 75 *Cornell L. Rev.* 1337, 1990, at 1348.

112) R. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA*, 1990, at 4-6.

이 투쟁의 초점은 법원과 미국 헌법의 지배권을 누가 장악하느냐로 이행하고 있다고 한다. 헌법이야말로 미국 정치에서 마지막 카드라는 속내를 드러내고 있다는 것이다. 그는 연방대법원이 헌법을 장악하게 되거나 진보적 연방대법관이 다수가 된다면 특정의 문제에 대해 민주적 과정이나 절차는 종지부를 찍게 될 것이라고 주장한다.¹¹³⁾

여기에서도 보크는 자기 자신의 대법관 승인 거부 문제에 대해, 이 문제의 바탕에는 법원의 적절한 역할에 대한 견해의 차이가 있다고 말한다. 그리고 그것은 한 사람의 연방대법관을 향한 싸움이 아니라 법문화의 지배를 위한 투쟁이었다고 한다.¹¹⁴⁾

‘공격자는, 오랫동안, 저작물에서 원의주의 철학을 표명하고, 리버럴한 문화의 가장 중요한 승리였던 몇 가지에 대해서, 헌법상의 기초가 부족한 것을 보여주었던 후보자에 대해, 실제로, 그리고 그 이상으로 중요한 것은, 상징적으로, 패배시켜야만 한다는 것을 알고 있었던 것이다. 리버럴한 문화를 부여받은 자는 연방대법원 및 미국 헌법의 정치화를 유지하고, 만약 가능하면 더욱 강화하여, 확실히 정당화할 필요가 있었던 것이다.’¹¹⁵⁾

보크는 자신의 주장을 미국의 정통이라고 하고, 법관이 법에 기속되는 것을 부정하는 견해를 이단이라고 부른다. 이단파들은 입헌적 공화주의라는 미국적 구상을 변질시키고, 미국 헌법이 의미하는 비준자들의 원의는 중요하지 않다고 한다. 이러한 견해는 로스쿨이나 연방 대법원의 일부 대

113) Id. at 1-3.

114) Melsheimer, Thomas M., “Bork’s Apologia(The Tempting of America: The Political Seduction of the Law),” *St. John’s Law Review*: Vol. 64: Iss. 2, Article 13, 2012, at 423-26.

115) Id. at 9.

법관들에 의해서 지지되고 있으며, 갈수록 그 힘을 얻고 있다는 것이다. 법관이 새로운 원리를 창조하고, 낡은 원리를 파기하고, 현재 찾아낸 원리로 미국 헌법을 바꿀 수 있다는 신념을 만들어 가고 있다. 그 결과 법원은 권력 분립제와 연방제도라는 헌법의 원칙을 침해하고 있다는 것이다. 그리하여 법원이 연방의회와 주 의회가 갖고 있는 입법권보다 뛰어난 입법권을 갖게 되었다는 것이다.

보크에 의하면 리버럴파는 원의주의에 대한 비판을 통해 지난 50년 동안 일관하여 법원에서 정치적 승리를 얻었다고 한다. 그리고 향후 더 많은 정치적 승리를 거두기를 기대하고 있다고 평가한다. 리버럴한 문화를 대표하는 자들은 미국 헌법에서 찾을 수 없고, 또한 입법부가 정할 수 없는 것들에 대해 자신들의 도덕적·정치적 의도를 가지고 있다는 것이다. 그들은 미국 헌법을 변질시킴으로써 그들에게 승리를 가져다 줄 법관을 기대하고 있다는 것이다. 그렇기 때문에 미국의 이단파들이 자신과 같은 정통파를 꺼리고 있다고 보크는 주장한다.

IV. 원의주의의 재발견과 새로운 흐름

1. 신원의주의의 전개

가. 스카리어의 수정

보크 등이 주장했던 고전적 원의주의를 수정하겠다고 시도한 것은 스카리어였다. 그는 ‘나는 본래의 의도의 법리에서 본래의 의미의 법리로 라벨을 새로 붙이는 캠페인을 해야 한다고 생각한다¹¹⁶⁾’고 하면서 ‘헌법 기초

116) Antonin Scalia, Judge, US Court of Appeals for the DC Circuit, Address Before

자가 의도한 것이 아니라 조문의 본래 의미¹¹⁷⁾을 탐구해야 한다는 것이다. 여기서 말하는 조문의 본래의 의미를 찾기 위해서 단지 조문에 충실히 해석한다면 좋다는 것이 아니다. 스카리어는 그 같은 엄격 주의를 비판하면서 ‘조문은 그것이 공정한 의미를 갖게 합리적으로 해석되어야 한다¹¹⁸⁾’라고 하였다.

그러므로 조문만이 소재가 되는 것이 아니라 제정자 의도도 참고 자료가 된다는 것이다. 단, 과거와 같이 기존의 제정자의 주관적 의도에 따르는 것이 아니라 어디까지나 조문의 본래의 의미를 밝히기 위해서 제정자의 객관적 의도를 참조하는 것이라는 것이다.¹¹⁹⁾

이러한 접근방법은 조문을 바탕으로 하기 때문에 원의를 존중할 수 있고, 조문에서 본래의 의미를 찾아 구체적 상황에 따라 유연하게 해석하는 것이 가능하게 된다는 것이다. 예컨대 수정 제8조의 잔혹에 관한 해석을 생각해 보자.¹²⁰⁾ 이는 구체적인 룰이 아니라 추상적 원리를 나타내고 있으므로 본래의 의미를 찾아야만 한다. 이때 잔혹의 의미는 헌법 제정자가 수정 제8조의 제정 시에 잔혹하다고 생각한 형벌에 한정되는 것이 아니다. 수정 제8조의 원리는 실제로 잔혹한 형벌을 모두 대상으로 하는 것이다. 그러므로 당시 예상하지 못한 잔혹한 형벌에도 장래적으로 적용된다고 생각하게 된다. 스카리어는 이 해석 방법을 의미론적 의도에 근거한 것이라고 밝혔다.

the Attorney General's Conference on Economic Liberties, in Washington DC, (June 14, 1986), in *ORIGINAL MEANING JURISPRUDENCE: A SOURCEBOOK* 106(1987).

117) Antonin Scalia, Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in *A MATTER OF INTERPRETATION* 38(Amy Gutman ed., 1997).

118) *Id.* at 23.

119) *Id.* at 16-18.

120) Antonin Scalia, Response, in *A MATTER OF INTERPRETATION* at 129, 144-146.

스카리어의 캠페인에 동조한 원의주의자들은 조문이라는 형식적 소재를 바탕으로 그 객관적 의미를 찾으려는 방식으로 작업을 추진하였다.¹²¹⁾ 기초자나 비준자의 주관적 의도를 묻는 것이 아니라 보다 객관적인 의미를 찾으려는 것이다. 이렇게 조문 중시의 견해는 조문을 기초로 하여, 그것이 당시 어떻게 일반에게 이해되었는가 하는 점을 중시하였다.¹²²⁾

그런데 이러한 접근방법은 사법의 억제를 주된 목적으로 하는 고전적 원의주의와 달리 헌법충성을 실천한다는 관점에 차이가 있다. 그 해석방법이 소극적 자세에서 적극적 태도로 전환하였다.¹²³⁾

버넷(R. E. Barnett)에 따르면 ‘본래적 의미의 원의주의는 합리적 견지에서 보아 헌법 규정에 사용된 문구에 대해서 제정 시 일반적 또는 객관적 의미를 탐구하는¹²⁴⁾’ 것이라고 한다. 그렇다면 왜 이러한 접근방식을 택하였는가. 그에 의하면 헌법이 계약과 유사한 성질을 갖고 있기 때문이라고 한다. 계약이 정통성을 갖기 위해서는 당사자 간의 동의를 필수적이다. 그 때, 무엇에 대해서 동의했는지를 나타내는 문서가 존재하는 것이 바람직하다. 그것이 있으면 계약이 그 후의 세대를 구속할 수 있다. 그리고 계약에 관한 문제가 생겼을 때 법원은 계약 문서를 중심으로 그 객관적 의미를 바탕으로 판단하는 방법을 택할 수 있기 때문이다.

이러한 방식은 헌법에도 해당한다. 헌법은 계약의 일종이며 이후 세대를 구속한다. 그리고 어떠한 헌법 문제가 일어났을 경우에는 헌법전이 중요한 역할을 한다. 이때 법원은 계약 시 즉, 헌법 제정 시의 헌법 조문의 객관적 의미에 비추어 판단하게 된다. 이처럼 헌법 해석은 본래적 의미를 살펴

121) R. George Wright, *id.*, at 716-17; McConnel, *id.*, at 1136.

122) KEITH E. WHITTINGTON, *CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: TEXTUAL MEANING, ORIGINAL INTENT, AND JUDICIAL REVIEW* 60(1999).

123) Whittington, *id.*, at 608-609.

124) RANDY E. BARNETT, *RESTORING THE LOST CONSTITUTION*, Princeton University Press. 2004.

본다는 의미에서 원의주의를 택할 수 있는 것이다. 의미론적 원의주의는 종래의 제정자 의도에 주목한 고전적 원의주의와 달리 조문의 문구를 중요시 한다.¹²⁵⁾ 왜냐하면 고전적 원의주의에 따르면 조문과 동떨어진 의미를 긍정하게 되고, 헌법전의 의미가 없어지기 때문이다. 만약 조문과는 다른 의도가 있다고 하게 되면, 문언을 사용하는 의미도 없고, 법은 조문화할 필요가 없게 된다. 그 때문에 헌법의 의미를 밝히기 위해서는 제정자의 의도가 아니라 조문을 바탕으로 탐구해야 한다는 것이다.

그런데 특정의 주관적 의도에 의존하지 않고 헌법의 의도를 결정한다는 것이 일견 역설적으로도 보이는 이 시도는 문언의 의미를 밝히는 데서 시작된다고 한다. 그 방법은 반드시 특수한 것이 아니라 일반적으로 언어의 의미를 밝히는 방법과 같다. 즉, 일단 문언의 사전적 의미를 살피고, 그것과 병행하여 조문의 문맥이나 구조에 비추어 명확하게 한다. 이 방법에 의해서 조문의 의미가 드러나면 그것이 그대로 적용되는 룰이 된다. 문제는 시간이 경과하고 제정 당시와 상황이 변화한 경우이다. 이 경우에도 조문과 동떨어진 해석을 해서는 안 된다. 이때 제정 시 일반적 의미를 찾아 그것을 적용시키는 것이다.

특히 조문이 추상적인 내용을 정하고 있는 경우에는 시대의 변화에도 대응하기 쉽다. 이 경우 제정 시 일반적 의미를 밝히고, 기본 원리를 추출하고, 이를 적용하여 대응하면 되기 때문이다. 다만 여기서 추출한 원리가 조문의 의미에 반해서는 아니된다.¹²⁶⁾ 어디까지나 조문을 첫째로 생각하면서 원리의 적용을 생각해야만 한다. 이처럼 의도가 없는 조문에 주목함으로써, 의도와 조문의 괴리를 막을 수 있고 객관적으로 헌법의 본래적 의미를 밝히는 것이 가능하게 되는 것이다.

125) Id, at 633-636.

126) Randy E. Barnett, "Underlying Principles", 24 *CONST. COMMENTARY* 405, 2007, at. 411-416.

나. 신원의주의의 동향

이러한 신원의주의가 주목을 끈 것은 *Heller* 판결이다.¹²⁷⁾ *Heller* 판결에서는 수정 제2조가 총을 가질 권리를 개인에게 인정했는지가 쟁점이었다. 하지만 그것을 판단할 때 수정 제2조를 어떻게 해석해야 할지가 문제가 됐다.

‘수정 제2조를 해석할 때, “헌법전은 유권자가 이해할 수 있도록 작성된 것이다. 그 어구는 전문적 의미가 아닌 유권자가 표준 또는 통상 사용하고 있는 것이다.” 라는 원리에 우리들은 따른다. 표준적 의미에는 물론 관용적 의미를 포함할 수 있지만 그것은 헌법 제정 시의 일반 시민들이 모르는 비밀 또는 전문적인 의미를 배제한다¹²⁸⁾’.

스카리어 대법관의 법정 의견을 통해 조문을 베이스로 헌법 제정 시 일반 시민이 이해했다고 생각하는 의미에 따라 그것을 해석해야 한다고 하였다. 제정자 개인이 아니라 집합체로서 일반 시민의 이해에 의거하며 객관적인 의미를 탐구해야 한다는 것이다.

다만 헌법 제정 시의 일반 시민은 지금과 같은 일반 시민과는 다르다는 점에 주의해야만 한다. 당시는 바로 연방을 창설하려는 시점이었기 때문에 거의 모든 시민이 국가의 장래에 관심을 갖고 있었으며 동시에 헌법에도 지대한 관심을 갖고 있었다. 그래서 여기서 말하는 일반 대중은 사물을 잘 생각하고 합리적으로 판단하려고 애쓰던 사람들을 지칭하는 것이다. 그러므로 지금 일반적으로 사용하고 있는 시민과는 다른 의미의 시민이라는 것을 알 수 있다.

127) James E. Fleming, id at 448-49.; Christopher A. Boyko, “A New Originalism: Adoption of a Grammatical Interpretive Approach to Establishment Clause Jurisprudence After *District of Columbia v. Heller*”, 57 *CLEV. ST. L. REV.* 703(2009).

128) *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. at 576.

이 접근 방식 자체에 대해서는 다양한 비판이 제기되고 있다. 이 접근법을 택하더라도 실제로는 고전적 원의주의와 마찬가지로 사법의 주관성을 배제하지 못하다는 비판을 받게 된다고 한다. 왜냐하면, 문언의 객관적 의미를 찾더라도 복수의 의미가 존재하는 것이 많기 때문에 최종적으로는 사법부가 주관적으로 의미를 선택할 수밖에 없기 때문이다. 스카리어 대법관이 편리한대로만 전문을 인용하여 의미의 확정과 관련시키고 있다고 지적하고 있다.

그런데 스카리어는 이 방식으로 법관의 재량에 제한을 가하려 하고 있다. 그의 법정 의견은 ‘헌법 보장이 장래의 법관의 유용성의 판단에 맡겨 버린다면 더 이상 헌법 보장은 없는 것과 마찬가지이다. 헌법상의 권리는 국민이 채택할 당시 이해되었던 범위 내에서 안치되는 것이다…….129)’라고 말하고 있기 때문이다.

결국 법관의 헌법 해석에 있어서의 주관 혹은 객관의 문제는 실제의 해석 방법이라고 할 수 밖에 없다. 신원의주의가 말하는 제정 시 일반 시민의 이해는 의미론적 분석과 함께 역사적 작업을 수반하는 것이다. 스카리어 대법관으로서의 기존의 제정자 의도에 기초한 방법은 법관 개인의 선호에 따라 의도를 곡해할 우려가 있으므로 그것보다는 의미론적 및 역사적 작업에 의해 당시의 집합적 이해를 추출하는 것이 법관의 자의성을 배제할 수 있다고 생각한 것이다.

일반적으로 조문의 객관적 의미를 찾는 경우에는 두가지 방법이 있다. 하나는 강한 조문주의로 제정자의 의도를 고려함이 없이 오로지 조문의 의미만 보고 해석하는 것이다. 한편, 약한 조문주의는 기록 등을 참조하면서 제정자의 의도를 살피면서 조문의 의미를 해석하는 것이다. 그렇지만 실제로는 신원의주의는 다른 접근방식을 사용하고 있다.

129) 554 US at 634-635.

신원의주의는 제정자가 일반적으로 이해했다는 의미를 엄두에 두고 있다는 가정과 조문의 의미는 그렇게 해석될 것이라는 이중의 가정에 의거하고 있다.¹³⁰⁾ 그것은 조문을 문자 그대로 해석하는 것처럼 보이지만, 객관적 의미를 추출하려는 것이다. 이러한 가설 자체도 문제지만 그런 방법은 결과적으로 의미를 분명히 하고자 할 때 의거할 것이 없으며, 해석 방법으로 실패하고 있다. 그렇기 때문에 고전적 원의주의로 돌아가야 한다는 것이다.

이처럼 신원의주의는 원의의 객관화를 목표로 하고 있다는 점에서 비원의주의에 가깝지만 다른 한편 조문의 의미를 밝히기 위해서 제정자 의도를 이용하려고 하면 고전적 원의주의로 회귀하게 된다는 이중구속의 상황에 놓여 있다. 특히 신원의주의가 원의의 객관화를 표방하는 이상 비원의주의는 아니더라도 법관을 원의에 구속하려고 하던 본래 목적에서 벗어난 감이 있다. 그렇게 되면 이제 법관이 원의를 존중해야 하는가 여부의 문제가 아니라 원래 헌법이란 무엇인가. 그리고 그것은 고정적인 것인가 아니면 유동적인 것인가 하는 보다 더 근원적인 물음으로 되돌아가게 된다. 다시 말하면 원의주의의 문제는 해석론의 틀을 넘어 헌법 해석의 배후에 있는 헌법관이 무엇인가를 묻게 된다.

2. 티파티 운동과 원의주의의 재발견

가. 티파티 운동과 헌법보수주의

2010년 중간선거에서는 티파티 운동의 지원을 받은 공화당 의원들이 다수 당선하고, 그 결과 공화당은 하원에서 과반수를 획득했다. 그들은 재정 지출을 반복하는 큰 정부를 비판하며, 헌법 제정자가 내건 작은 정부로 돌

130) 신원의주의라고 해도 헌법을 헌법해석과 헌법구조라는 차원에서 접근하는 이론들이 주목을 받고 있다. James E. Fleming, id. at 452.

아갈 것을 주장하였다. 이 운동은 식민지 시대 세금의 고통에서 벗어나려고 싸웠던 건국 당초의 이념을 구현하고자 하는 것으로, 보스턴 차 사건을 빗대어 티파티 운동으로 불린다.

미국의 티파티 운동은 2009년 3월, 미국 정치 무대에 등장했다. 당초에는 일회성 모임에 불과하다고 여겨졌다. 하지만 2010년 4월에는 미국인 20%가 호감을 표시하고, 2010년 중간 선거에선 공화당의 신인 후보가 언론의 주목을 받았다.¹³¹⁾ 2011년에는 양원에 티파티 코커스라는 의원 모임이 만들어졌다.

티파티 운동은 중심적인 조직이나 지도자 없이 트위터나 페이스북 등으로 연계된 활동가와 지역 단체로 구성된 완만한 네트워크 중심이었다. 그들은 반 건강보험법, 반 경제자극법, 반 연방정부, 그리고 반 오바마와 같은 다양한 형태의 안티를 목표로 내걸었다.

티파티 운동의 집회 참가자 대부분은 포켓 사이즈의 헌법을 휴대하고 있었다. 티파티 운동 단체의 웹 사이트에는 ‘미국을 헌법의 원칙으로 되돌리는 것’을 사명으로 내걸었다. 티파티계의 후보로 출마한 자들은 자신들을 ‘헌법보수주의(Constitutional Conservatism)’¹³²⁾라고 자칭하고 있었다.

그러나 법학자들은 티파티 운동이 헌법을 어떻게 이해하고 있는가를 알아내는데 어려움을 겪고 있었다. 티파티 운동의 지지자들이 헌법을 법률가처럼 논의하는 것이 아니라 헌법에 대해서 매우 애매하게 말하고 있었기 때문이다. 또한 그들의 헌법상 권리가 얼마나 부정되고 있는지에 대해서는 정확히 이해하고 있지 못했지만 연방정부가 헌법에서 의도된 범위를 넘고 있다는 것을 믿고 있었다.¹³³⁾

131) Pew Research Center, “Distrust, Discontent, Anger and Partisan Rancor,” April 18, 2010. <http://www.people-press.org/2010/04/18/distrust-discontent-anger-and-partisan-rancor/>

132) <https://constitutionalconservative.wordpress.com/>

133) CHRISTOPHER W. SCHMIDT. “The Tea Party and the Constitution”, *HASTINGS*

티파티 운동이 왜 헌법을 중시하는가. 그것을 이해하기 위한 단서는 그들이 사용하는 헌법보수주의라는 말에서 찾을 수 있다. 그것을 추적하기 위해서는 헌법보수주의라는 말이 공화당 체제에서 만들어지는 과정을 볼 필요가 있다. 2009년 1월 27일, 후버 연구소의 버코위츠(Berkowitz)는 헌법보수주의라는 제목의 정책을 발표했다.¹³⁴⁾ 이것은 2008년 대선에서 패한 공화당이 앞으로 취해야 하는 전략은 공화당 기반의 사회 보수와 오바마 정권에 실망한 경제적 보수를 연결시키는 것이라고 제언하였다.¹³⁵⁾

버코위츠는 사회보수와 경제보수가 충돌하는 것이 아니라 원리적으로 가교하는 것이 가능하다고 주장했다. 그는 경제보수와 사회보수의 조화는 헌법이 정한 작은 정부로 돌아가는 것을 실현하는 것으로 보았다. 버코위츠는 70년대의 내셔널 리뷰 중에서 미국 보수주의의 사고방식의 하나인 융합주의를 꺼내어, 헌법보수주의라는 새 이름을 붙여 준 것이었다. 이 헌법보수주의라는 말은 그 뒤 티파티 운동의 시작인 Mount Vernon Statement¹³⁶⁾에서도 같은 의미에서 사용된다. 그 선언의 골자는 보수주의를 미국 건국기의 이념에 연결시키는 것으로 다음과 같이 요약된다.

‘현재의 연방 정부는 헌법의 제한을 무시하고 있다. 미국은 옛것을

CONSTITUTIONAL LAW QUARTERLY Vol. 39: 1, 2011, 193-252.

134) <http://www.peterberkowitz.com/constitutionalconservatism.pdf>

135) Peter Berkowitz, “Constitutional Conservatism,” Policy Review, No. 153, 2009. <http://www.hoover.org/publications/policy-review/article/5580>.

136) 버지니아 주 알렉산드리아에는 과거 조지 워싱턴이 소유했던 저택이 지금도 남아 있다. 현재는 도서관과 박물관으로서 공개되고 있다. 2010년 2월 17일 이 건물에서 Mount Vernon Statement이라는 문서가 채택되었다. 이 선언은 온건한 공화당이 현직에 도전함으로써 공화당을 나누는 것을 막겠다는 시도였다. 채택의 세리머니는 레이건 정권에서 사법 장관을 지낸 에드윈 스미스가 총괄하고, 80개 보수 단체의 지도자가 초청됐다. 주요 서명자는 헤리티지 재단 이사장, 보수 법조단체인 페더럴 리스트 소사이어티의 설립자, 내셔널 리뷰 관련자 등이다, 80년대의 보수 운동 활동가들이 차지하고 있었다.

벗어 던지고, 새로운 변화 없이는 안 된다고 주장하는 자가 있다. 그러나 어디로 가라고 하는 것인가. 체인지라는 생각은 알맹이 없는 약속, 위험한 속임수이다. 우리에게 필요한 변화는 미국의 건국이념으로 돌아가는 것이다. 우리는 독립 선언과 미국 헌법에 제시된 자유의 원칙에 의거 헌법보수주의의 입장을 여기에 선언한다.¹³⁷⁾

Mount Vernon 강령은 ‘경제 보수주의자는 도덕성이 작은 정부에게 필수적인 사실을 상기하기 바란다. 사회 보수주의자에게는 큰 정부가 개인의 도덕성에 있어 위협이라고 점을 상기하기 바란다’라고 주장하였다. 버코워츠의 정의한 헌법보수주의와 마찬가지로 경제보수와 사회보수의 가교를 시도하고 있다. 특히 Mount Vernon Statement는 헌법보수주의의 원칙으로 법의 지배에 근거한 작은 정부라는 원칙을 모든 법안에 적용한다는 등의 5가지를 제시하고 있다.¹³⁸⁾

나. 헌법보수주의와 원의주의 정치화

공화당의 보수파와 헌법파의 관계는 티파티 운동에서 처음으로 시작된 것은 아니다. Mount Vernon Statement의 기초에 종사한 스미스는 1985년 원의주의가 정부의 공식의 헌법 해석 방법이라면서, 원의주의와 공화당 정권의 관계를 선언하고 있다. 원의주의에 찬동하는 법률가로서 스카리어 연방대법관의 이름을 들고 있다. 그러나 원의주의는 어디까지나 법 해석론이다. 따라서 원의주의의 이해에 전문적인 지식을 필요로 한다는 점에서 법률가를 넘어 일반 시민들에게 확산될 것은 아니었다.

그런데도 티파티 운동은 헌법보수주의를 내걸고, 그 이념으로 원의주의

137) <http://www.themountvernonstatement.com/>; Alex Altman, “Can a New Manifesto Woo the Tea Party?” Time, February 17, 2010.

138) <http://www.heritage.org/initiatives/first-principles/primary-sources/the-mount-vernon-statement-recommits-conservatives-to-the-american-founding>

를 정치 운동의 근원이 될 수 있도록 재편하였다. 원의주의가 법관에 대해서 헌법의 문언을 헌법 제정자들이 이해한 것처럼 해석하도록 요구하는 법이론이라고 하면, 헌법보수주의는 의회에 대해서 헌법에 제시된 원칙에 따라서 정치를 하도록 요구하는 이데올로기라고 할 수 있다. 원의주의가 공화당이나 보수파들과 결합된 지 30년이 지났다. 그런데 놀랍게도 사법부의 영역이 아닌 정치의 영역에서 전혀 다른 형태로 원의주의가 활용되고 있다. 원의주의가 헌법보수주의라는 형태로 변용되어 처음으로 시민들에게 스며들어 가고 있는 것이다.¹³⁹⁾

본래 원의주의는 미국 헌법 전문과 수정 조항을 헌법 제정자들이 이해한 것처럼 해석해야 한다고 주장한다. 하지만 헌법보수주의에 있어서 합중국 헌법을 해석하기 위한 지침은 독립 선언에 나타난 ‘신성한 원칙’이라고 한다.¹⁴⁰⁾ 헌법보수주의는 미국헌법이란 독립 선언에 제시된 원칙을 정치 세계와의 타협을 통해서 표현한 것이라고 생각한다. 만약 이 원칙을 그대로 적용하는 경우 티파티 운동에서는 수정헌법 조항이 ‘잘못되었다’고 주장하는 것으로 연계된다. 이처럼 티파티 운동의 지지자와 티 파티의 간판을 내건 정치가는 자신의 정책을 헌법과 독립 선언에 연결시킴으로써 정당화하고 있다.

미국에서의 대부분의 사회운동이나 정치적 주장은 헌법에 결부시켜왔다. 예컨대 남북 전쟁으로 이어지는 노예제 폐지 운동과 1964년의 시민권 법을 쟁취한 시민권 운동은 헌법에 규정된 평등의 원칙에 호소하고, 실제로 미국의 사회를 바꾸는 데 성공했다. 그렇다면 티파티 운동의 주장하는 헌법보수주의의 입장이 미국 사회를 변화시킬 수 있을까. 지금까지의 역사에

139) Kate Zernike, *Boiling Mad: Inside Tea Party America*, Times Books, 2010; Theda Skocpol, Vanessa Williamson, *The Tea Party and the Remaking of Republican Conservatism*, Oxford University Press, 2016.

140) Jordan Sekulow, “Natural law, ‘nature’s God’ and the constitutional conservative”, *Washington Post*, October 15, 2010.

서 헌법에 대한 새로운 해석이 미국을 변경하려면 사회 운동뿐만 아니라 의회에서 다수당인거나 연방대법원에 의한 새로운 판례가 필요했다. 티파티와 헌법보수주의 그리고 원의주의가 향후 미국의 정책과 의회 입법 그리고 사법부의 판결에 중장기적으로 계속 영향을 줄 수 있는가. 영향을 미친다면 어떤 형식을 진행될 것인가 하는 점도 관심거리다.

3. 원의주의가 주는 의미와 시사점

가. 의미

보크는 헌법해석과 법률해석을 불문하고, 원의주의 채택을 주장하고 있다. 원의주의를 바로 보수주의로 이해하는 경향이 있다. 원의주의를 헌법실증주의와 동일하게 보는 입장도 있다. 하지만 원의주의는 자연법론으로도 법실증주의로도 특정의 정치적 경향과 논리 필연적으로 결부되어 있는 것이 아니다. 본고에서 검토한 것처럼 원의주의가 바로 보수주의인 것은 아니다. 헌법 문제에 대해 법관이 개입할 여지를 줄이려고 하는 것은 틀림없지만, 원의주의가 보수주의의 사상과 직접 결부되고 있는가 하는 점은 별도의 검토가 필요하다.

원의주의는 사법의 활동영역을 어떻게 볼 것인가. 그것은 활동영역을 좁게 볼 것인가, 넓게 볼 것인가 하는 점과 연계되어 있다. 그러나 그 자체가 특정한 정치적 내용을 가지고 있는 것은 아니다. 원의주의는 법원이 적극적이라도 소극적이라도, 혹은 보수적이라도 리버럴하게도 선택할 수 있는 바탕이 될 수 있다는 뜻이다. 원의주의의 문제는 자연법론과 법실증주의라는 법학의 영원한 주제로 통하는 길이기도 하다.

페리는 헌법해석에 있어서 법원, 특히 연방대법원이 어떠한 접근방법을 채택해야 하는가. 다른 하나는 헌법 문제를 해결하는 데 대해서 연방대법

원은 어떤 역할을 해야 하는가에 관심이 있었다. 이러한 과제에 대해 보크의 견해를 비판적으로 검토하면서 자기 입장을 확립하고 있다. 보크는 법과 정치는 뚜렷하게 구별되어야 한다. 헌법재판은 법 과정임에도 불구하고, 1954년의 *Brown* 사건 판결을 계기로¹⁴¹⁾ 정치과정으로 변질되었다고 한다.¹⁴²⁾

그렇다면 헌법재판이 법인가 정치인가.¹⁴³⁾ 헌법이 법인가 정치인가 하는 물음에 대해 보크는 법이라고 답한다. 이에 대해 페리는 법인 동시에 정치라고 답하고 있다. 또한 페리는 헌법재판을 둘러싼 오늘의 논쟁이 실제 사회의 정치 문제를 다루는 이상 어쩔 수 없는 면도 있다고는 하지만 지나치게 도전적으로 되어 있다는 점에 유감을 표시하고 있다. 아무튼 이론적 차원 내지 역사적 차원을 떠나 현실적으로 볼 때 헌법 해석이나 헌법재판의 성격을 보면 법인 동시에 정치라는 페리의 견해가 더 설득력이 있다.

나. 헌법재판의 성격

헌법재판이나 헌법해석이 최악의 사태에서는 나쁜 의미에서의 정치 즉, 일방적이고 독자적인 정치로 기능하는 경우도 있다. 그러나 헌법해석에 있어서 소중한 것은 최악의 사태로서의 헌법재판이 아니라 최선의 방식으로서의 헌법재판이다. 이 점에서 볼 때 헌법재판에 의한 헌법해석은 넓은 의미에서 정치의 일부라고 할 수 있다. 헌법재판에 의한 헌법해석이 넓은 의

141) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483(1954)

142) M. PERRY, *THE CONSTITUTION, THE COURTS*, at 201-204.

143) 페리는 헌법재판이 법이냐 정치이냐는 문제에 대해서 다음과 같이 답한다. ‘헌법재판은, 적절하게 생각되고 실천되는 한, 법에 불과한 것도 아니고, 정치에 불과한 것도 아니다……. 법인가. 정치인가. 논쟁적인 분리는 헌법재판은, 그 최선의 형태에서, 법과 정치의 양자라는 사실을 음미하는 것이다. 헌법재판은 권위주의적인 것인 동시에, 프로그래밍한 것이고, 뒤를 바라보는 동시에, 현재의 방향, 미래를 향한 것이다’. *Id.* at 204.

미에서 정치라는 것은 헌법재판이 통상의 정치를 보완하는 중요한 제도이자 방법이라는 의미이기도 하다.

한편 헌법재판에 의한 헌법해석은 국가라는 공동체를 어떻게 유지할 것인가 하는 근원적 질문과 연계되어 있다. 공동체적 생활을 유지하기 위해서 무엇이 필요한가. 무엇이 더 적합한가. 개인적 혹은 집단적인 문제를 해결하기 위해서 어떤 제도나 기관을 통해서 하는 것이 좋은가. 무엇이 더 적합한가. 그리고 그것은 헌법상의 권리와 자유로 연계된다. 구체적으로 인간과 선에 대한 개념이 무엇인가. 그 기준은 무엇이어야 하는가 하는 점과 연계된다. 문제는 인간과 선 혹은 악에 대한 헌법 개념이 불확정하다는 점이다. 그러나 이것을 누군가는 판단하고, 정의해야만 한다.

헌법이 상징하는 공동체는 역사적으로 확대되고, 발전된 공동체이다. 그리고 공동체는 전통에 대해서 관련된 과거의 것에 대해 그리고 현재의 시점에서 의미 있는 역할이 무엇인가에 대한 논의를 계속하고 있다. 사법부가 헌법해석을 통해 역사적 전통과 불확정한 개념 그리고 헌법에 내재된 기본권과 원리를 전체 공동체를 대표하여 해석하고 있는 것이다. 바로 그 점 때문에 헌법재판에 의한 헌법해석이 갖는 법의 창조적 성격을 부인할 수 없다. 또한 헌법재판에 의한 헌법해석은 헌법적 전통의 계승과 발전에 있어서 주요한 제도적 기반을 이루고 있다.

다. 법원과 국민주권

페리는 헌법재판의 프로세스가 두 가지로 구성된다고 한다. 하나는 해석적 검토이다. 그것은 애매한 불확정한 헌법 규정을 대상으로 하여, 이를 번역·해독하고, 텍스트에 의해서 나타나는 지시 혹은 명령을 확인하는 것이다. 다른 하나는 규범적 검토이다. 거기에서 대상은 불확정한 지시 혹은 명령이며, 지시 혹은 명령을 특정함으로써, 개별의 문맥에서의 명령의 구체적

인 의미를 확정하는 것이다.

이런 해석적 검토 및 규범적 검토에 대해서 법관에게 큰 영향을 주는 것이 사법의 역할에 대한 법관의 사고방식과 정치적 도덕관이라고 할 수 있다. 만약 헌법에 대한 역사와 헌법이 가진 도덕성이 불변이고 확정적이라면, 사법의 역할도 최소주의를 따르게 된다. 그러나 헌법에 대한 역사나 도덕성이 확정적이지 않다고 보면, 원의주의나 최소주의를 따를 필연성이 없게 된다.

그러므로 오늘의 헌법 이론 논쟁에 있어서 가장 중요한 쟁점은 원의주의 대 비원의주의도, 텍스트주의 대 비텍스트주의도 아니다. 가장 중요한 것은 헌법에 대한 역사의 불확정성, 헌법이 가진 도덕성의 불확정성, 혹은 이 양자에 직면했을 때 연방대법원이 수행해야 할 역할은 무엇인가 하는 점에 있다.

이 문제에 대해 세이어(James Bradley Thayer) 교수로부터 시사점을 얻을 수 있다.¹⁴⁴⁾ 그는 불확정한 헌법 내용을 특정 하는 데 대해서 법원이 해야 할 역할을 언급하고 있다. 그에 따르면 헌법 내용 내지 지침을 특정 하는 경우 연방대법원은 그 자체의 견해에 기초할 것이 아니라 공리에 맞는 합리적인 범주 내에서, 합헌성이 문제되고 있는 입법부의 활동에 포함된 사실들에 기초하여 특정해야 한다는 것이다.

그렇다면 헌법의 불확정성을 특정 하는 데 있어 법관이 대폭적인 재량을 행사해서는 안된다는 결론에 이르는 이유는 어디에서 찾을 수 있는가. 이 점에 대해서 세이어 교수는 궁극의 주권자인 ‘우리 국민’이 헌법 문제를 해결하는 데 대해 최종적 책임을 가져야만 한다는 민주적 확신에 뿌리를 두고 있다고 한다. 칸 교수의 표현에 의하면, ‘연방대법원이 국민을 대

144) James Bradley Thayer, “The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *HARV. L. REV.* 129(1893).

표하려고 하면 할수록 국민의 주권재민으로서의 기능은 정지되기 때문이다.¹⁴⁵⁾ 즉 선거에 의해 책임을 지는 기관과 그렇지 않은 기관 사이에 한계가 존재한다는 것이다. 그것은 대표제 원리에 입각한 의회의 민주적 대표성과 정치적 책임을 지지 않은 사법부의 경계를 분명히 하자는 것이다. 동시에 헌법에 대한 최고 내지 최후의 해석자는 헌법제정자이자 개정자인 유권자라는 의미이기도 하다.

다른 한편으로 미국에서 헌법해석과 관련한 원의주의 논쟁이 헌법운동 내지는 정치세력화의 수단이 되고 있다는 것은 매우 흥미롭다. 따라서 원의주의적인 헌법해석을 시대착오적이라거나 낡은 헌법해석 방법으로 평가하는 것은 성급하다. 헌법해석의 방법으로서 원의주의는 기본적 인권은 물론 정치적 제도에 대해 영향을 미친다는 점에서 끊임없이 질문하고 검토해야 할 중요한 주제이다. 민주주의와 헌법해석의 새로운 가능성을 우리들에게 묻고 있기 때문이다.

145) P. KAHN, *LEGITIMACY AND HISTORY*, Yale University Press. 1992.

[국문초록]

헌법해석과 원의주의의 쟁점

미국에서는 헌법해석의 방법론을 둘러싼 논쟁이 치열하다. 원의주의는 사법부의 헌법 해석을 원의에 따르도록 하여, 법원에 대한 통제를 목적으로 한 논의였다. 그러나 헌법해석을 둘러싼 논쟁에는 그 배경과 역사, 상호 이해관계, 개인과 국가의 대립, 집단과 집단, 정부와 국민, 현재 권력과 미래권력과의 대립 등이 내재되어 있다.

헌법해석의 방법으로 긴 생명력을 유지하고 있는 원의주의론이 가장 영향력을 갖고 있는 곳은 미국이다. 미국에서는 건국 당초부터 헌법 제정자의 의도를 둘러싼 논란이 있었다. 연방대법원은 헌법의 최고 법규성 및 사법권 조항에서 사법심사권을 도출하고 있다

그러나 그 반작용으로 과거의 구속 내지 죽은 자에 의한 기속이라는 문제가 제기되었다. 그리고 그것은 원의주의가 죽은 헌법과 살아있는 헌법이라는 논쟁으로 이어지는 발단이 되었다. 보크는 원의로부터의 접근만이 헌법 재판, 민주적 정당성, 그리고 미국 공화정체제의 구상에 일치한다고 했다.

그렇다면 원의로부터의 접근이란 어떤 것인가. 보크에 의하면 헌법은 정해진 절차에 의한 것이 아니면 일반적으로 바꿀 수 없는 룰로 생각한다. 우리들의 동의에 의해 제정법이 수정되거나 폐기되어야 하고, 헌법은 제5조에 정해진 절차에 따라 수정된다는 것이다. 법이나 헌법에 일정한 변경 절차가 존재한다는 것은 법관에 의해 변경되어서는 안된다는 것을 의미하는 것이라고 한다.

보크에 따르면 헌법은 다수파의 의사와 개인의 자유를 어떻게 조정하는 방법을 딜레마를 안고 있다. 이때 사법부가 개인의 자유를 지키는 역할을 할 것으로 기대한다. 하지만 법관이 헌법을 떠나 자유롭게 판단하게 되면 그 자체가 법이 되어 버리고, 민주 정치의 틀을 무너뜨리게 된다고 한다. 그래서 법관의 재량을 통제할 필요가 있다는 것이다.

그러나 최근 미국의 헌법 학계에서는 원의주의론이 새로운 전개를 보이고 있다. 일부 이론적 수정을 거쳐서 다시 살아나고 있다. 전통적 원의주의와는 다소 차별화된 측면을 포함하고 있는 신원의주의가 그것이다. 신원의주의는 종래의 원의주의와 달리 헌법 제정자의 의도를 고집하지 않고, 조문의 의미를 중시하는 것으로, 시대의 변화에도 대응할 수 있다는 주장에 바탕을 두고 있다. 그것은 조문을 축으로 하면서도 추상적 원의를 설정하여 고전적 원의주의보다는 보편성 있는 해석론을 전개하고 있다. 하지만 원의주의의 핵심인 원의를 확대시키고 있다는 우려도 있다. .

한편 미국에서 헌법해석과 관련한 원의주의 논쟁이 헌법운동 내지는 정치세력화의 수단이 되고 있다는 점은 매우 흥미롭다. 따라서 원의주의적인 헌법해석을 시대착오적이라거나 낡은 헌법해석 방법으로 평가하는 것은 성급하다. 헌법해석의 방법으로서 원의주의는 기본적 인권은 물론 정치적 체도에 대해 영향을 미친다는 점에서 끊임없이 질문하고 검토해야 할 중요한 주제이다. 또한 민주주의와 헌법해석의 새로운 가능성을 우리들에게 묻고 있기 때문이다.

본 연구에서는 원의주의가 올바른 헌법이론인지 아니면 사법소극주의가 올바른 법원의 태도인지 여부에 초점을 두고 있지 않다. 그 보다는 미국 헌법해석의 핵심을 이루고 있는 전통적 원의주의의 원형에 대해 관심이 있다. 특히 보크의 원의주의론은 이론적 차원에서 뿐만 아니라 실천적 차원에서도 관심이 있다. 이를 분석하기 위해 브레스트의 원의주의 구별과 보크의 원의주의 그리고 페리의 원의주의 이론에 대해 초점을 두고 있다.

본 연구에서는 구체적으로 헌법해석과 원의주의 모델로서 브레스트의 원의주의 이론, 보크의 전통적 원의주의에 대해 검토하고 있다. 그리고 원의주의를 둘러싼 쟁점으로 사법심사의 정당성, 죽은 자에 의한 지배구속, 헌법예외의 기속과 법원의 정치화 등에 대해 검토하고 있다. 결론적으로 원의주의의 재발견과 헌법운동의 새로운 흐름을 검토하였다. 특히 헌법해석에서 원의주의가 주는 의미가 무엇인지, 신원의주의의 전개는 어떻게 이루어지고 있는지, 그리고 헌법해석과 다른 차원에서 진행된 티파티 운동과 원의주의의 재발견에 대해 연구하였다.

주제어

헌법해석, 원의주의, 브레스트의 원의주의, 보크의 전통적 원의주의, 페리의 원의주의, 사법심사의 정당성, 법전주의, 법원의 정치화, 죽은 자에 의한 지배구속, 신원의주의, 티파티 운동과 미국 헌법

[Abstract]

Interpretation of the Constitution and Issue of Originalism

What is originalism. Originalists believe that judges should interpret the Constitution to mean what it was understood to mean at the time it was ratified. In fact, many originalists argue, originalism is the only approach deserving of the name interpretation. Judges employing other approaches don't mine the Constitution for meaning, as interpretation implies.

Originalism may now be the most popular version of constitutional theory in the legal academy. It has been endorsed by well-known conservative scholars such as R. Bork, P. Brest, M. Ferrer. It is also advocated by well-known originalist jurists such as Antonin Scalia. Bork's theory of constitutional interpretation uses a variety of examples from finding the meaning of the written constitutional text, the search for original historiography, and nonoriginalist precedents.

As a method of constitutional interpretation in the United States, originalism has a long history. It has been prominently advocated from the very first debates over constitutional meaning. Originalism regards the discoverable meaning of the Constitution at the time of its initial adoption as authoritative for purposes of constitutional interpretation in the present.

Theories of original meaning are based on implicit assumptions of public knowledge about relevant constitutional provisions. This is most

obvious in relatively simple formulations of theory, which interpret original meaning in terms of “what the public of that time would have understood the words to mean,” as Bork.

The old originalism flourished from the 1960s through the 1980s. As the Warren Court’s rights revolution became increasingly controversial in the late 1960s, critics of the Court frequently recurred to original intent to ground their disagreement with the Court’s innovative rulings, Warren Court’s expansion of individual rights, especially those of criminal defendants.

The new originalism offers a different variation on this basic theory than the old originalism. The new originalism has flourished since the early 1990s. It is more comprehensive and substantive than the old. It is more concerned with providing the basis for positive constitutional doctrine than the basis for subverting doctrine. The new originalism is focused less on the concrete intentions of individual drafters of constitutional text than on the public meaning of the text that was adopted.

Originalist methods of constitutional interpretation were understood as a means to that end. Originalism was thought to limit the discretion of the judge. Originalism would also insist that those are interpretive questions to be discovered through historical investigations. These points also suggest what originalists should explicitly admit: interpretation requires judgment.

I want to focus on the Brest, Bork, and Ferris theory. My focus here is on old originalism within academic constitutional theory. In this study, in particular, it was studied attention of constitutional interpretation and old Originalism. And I studied the issue over the attention of the legitimacy of judicial review, the dead hand, commitment to the Constitution, and the

憲法論叢 第27輯(2016)

politicization of the court. As conclusion, I examined the re-discovery and a new flow of Originalism.

Key-words

Constitutional interpretation, Originalism, the Originalism of Brest, the Originalism of Bork, the Originalism of the Ferry, the legitimacy of judicial review, textualism, the politicization of the court, the Dead Hand, new originalism, the Tea Party and the United States Constitution

참고문헌

- J. H. Choper, 안경환, “사법심사와 정치적 문제: 지나친 사법심사는 비사법적 일 수 있다”, 한국법학원, 저스티스 26, 1988.12, 139-145.
- 강휘원, “미국의 권력분립원칙과 사법심사권: John Marshall의 법적 사상과 정치적 기지를 중심으로”, 한국정책과학학회, 한국정책과학회보 7(2), 2003.8, 375-396.
- 김종구, “미국 연방대법원의 법해석과 텍스트주의”, 미국헌법학회, 미국헌법연구 21(3), 2010.12, 285-311.
- 김형남, “美國 聯邦大法院의 司法審査 基準”, 미국헌법학회, 미국헌법연구 12, 2001.6, 225-252.
- 남기윤, “현대 미국에서의 제정법 해석 방법논쟁과 방법론의 새로운 전개: 한국 私法學의 新課題 설정을 위한 비교 법학방법론 연구”, 한국법학원, 저스티스 100, 2007.10, 40-79.
- 박성우, “민주주의와 헌정주의의 갈등과 조화: 미국헌법 해석에 있어서 원본주의(Originalism)논쟁의 의미와 역할”, 한국정치학회, 한국정치학회보, 2006.9, 55-77.
- 오펜 라반, 윤진숙, “사법부 정치화에 대한 미국 연방대법원의 승인: 철학적 비판”, 숭실대학교 법학연구소, 법학논총 31, 2014.1, 289-306.
- 차강진, “미국 연방대법원의 역할과 헌법해석방법”, 부산대학교 법학연구소, 법학연구 40(1), 1999.12, 67-92
- 한상희, “미국에서의 사법심사의 근거: 헌법의 해석학을 중심으로”, 미국헌법학회, 미국헌법연구 9, 1998.7, 173-218.
- A. Bickel, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH*, Yale University Press, 1962,
- Andrew B. Coan, “Talking Originalism”, 2009 *BYU L REV.* 847(2009).
- Anthony E. Cook, “The Temptation and Fall of Original Understanding”, 1990 *Duke Law Journal* 1163-1206 (1990).

- Antonin Scalia, Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws, in *A MATTER OF INTERPRETATION* 38(Amy Gutman ed., 1997).
- C. WOLFE, *How To READ THE CONSTITUTION; ORIGINALISM, INTERPRETATION, AND JUDICIAL POWER*, Rowman & Littlefield Publishers, 1996.
- Charles A. Lofgren, “The Original Understanding of Original Intent?”, 5 *CONST.COMMENTARY* 77, 1988.
- Christopher A. Boyko, “A New Originalism: Adoption of a Grammatical Interpretive Approach to Establishment Clause Jurisprudence After *District of Columbia v. Heller*”, 57 *CLEV. ST. L. REV.* 703 (2009).
- C. W. SCHMIDT. “The Tea Party and the Constitution”, *HASTINGS CONSTITUTIONAL LAW QUARTERLY* Vol. 39: 1, 2011.
- Dworkin, “The Forum of Principle”, 56 *N.Y.U. L. REV.*, 469(1981).
- Earl. M. Maltz, “Personal Jurisdiction and Constitutional Theory: A Comment on *Burnham v. Superior Court*”, 22 *RUTGERS LJ* 689, 1991.
- Edward S. Corwin, “The Establishment of Judicial Review1,” *Michigan Law Review*, Vol. 9, No. 2 (Dec., 1910)
- Edwin Meese, III, “The Supreme Court of the United States: Bulwark of a Limited Constitution”, 27 *S. TEX. L. REV.* 455, 1986.
- Fiss, Owen M., “The Supreme Court, 1979 Term-Foreword: The Forms of Justice”, 93 *HARV. L. REV.* 1, 38(1979)
- Frank H. Easterbrook, “Textualism and the Dead Hand”, 66 *GEO. WASH. L. REV.* 1119, 1998.
- Gregory Bassham, *Original Intent and the Constitution*, Rowman & Littlefield, 1992.
- H. Jefferson Powell, “The Original Understanding of Original Intent”, 98 *HARV. L. REV.* 885, 1985.

- Hans Georg Gadamer, *TRUTH AND METHOD*, Sheed & Ward Ltd and the Continuum Publishing Group, 1975.
- Ilya Somin, "Originalism and Political Ignorance", *Minnesota Law Review*, Vol. 97, No. 2, 2012.
- J. Bryce, *Modern Democracy*, The Macmillan Company, 1921.
- J. Skelly Wright, "Professor Bickel, The Scholarly Tradition, ad the Supreme Court", 84 *HARV. L. REV.* 769, 1971.
- Jamal Greene, "On the Origin of Originalism", 88 *TEX. L. REV.* 1, 2(2009)
- Jamal Greene, Nathaniel Persily, Stephen Ansolabehere, "Profiling Originalism", 111 *COLUM. L. REV.* 356(2011).
- James Bradley Thayer, "The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 7 *HARV. L. REV.* 129(1893).
- James E. Fleming, "The Inclusiveness of the New Originalism", 82 *Fordham L. Rev.* 433 (2013).
- Jared A. Goldstein, "The Tea Party Movement and the Perils of Popular Originalism", 53 *ARIZ. L. REV.* 827(2011)
- Jed Rubinfeld, "The Moment and the Millennium", 66 *GEO. WASH. L. REV.* 1085(1998).
- John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980
- John H. Ely, "Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review", 37 *Md. L. Rev.* 451, 1978.
- Kate Zernike, *Boiling Mad: Inside Tea Party America*, Times Books, 2010.
- Keith E. Whittington, "The New Originalism", 2 *GEO. JL&PUB. POL'Y* 599, 600(2004).
- Lawrence Church, "History and the Constitutional Role of the Courts", 1990 *WIS. L. REV.* 1071, 1990.
- M. Perry, *The Constitution in the Courts: Law or Politics?*, Oxford, 1994.

- Mark J. Sundahl, "The Living Constitution of Ancient Athens: A Comparative Perspective on the Originalism Debate", 42 *J. MARSHALL L. REV.* 463(2009).
- Melsheimer, Thomas M., "Bork's Apologia(The Tempting of America: The Political Seduction of the Law)," *St. John's Law Review*: Vol. 64: Iss. 2, Article 13, 2012.
- Michael J. Gerhardt, "INTERPRETING BORK", 75 *Cornell L. Rev.* 1358, 1990.
- Michael W. McConnell, "Textualism and the Dead Hand of the Past", 66 *GEO.WASH. L. REV.* 1127,1998.
- Orrin G. Hatch, "Dangers of Political Law", 75 *Cornell L. Rev.* 1337, 1990.
- P. Brest, The Misconceived Quest for the Original Understanding, 60 *B.U. L. REV.* 204, 1980.
- Peter Smith, "How Different Are Originalism and Non-Originalism?", 62 *HASTINGS L. J.* 707(2011).
- R. George Wright, "Originalism and the Problem of Fundamental Fairness", 91 *Marq. L. Rev.* 687(2008).
- Raoul Berger, "Originalist Theories of Constitutional Interpretation", 73 *CORNELL L. REV.* 350, 1988.
- R. BERGER, *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT*, Harvard University Press, 1977.
- R. Barnett, "An Originalism for Nonoriginalists", 45 *LOY. L. REV.* 611, (1999)
- R. Barnett, "Underlying Principles", 24 *CONST. COMMENTARY* 405, 2007.
- Rebecca E. Zietlow, "Popular Originalism? The Tea Party Movement and Constitutional Theory," 64 *Fla. L. Rev.* 483(2012)
- Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 *IND. L. J.* 1, 1971.
- Robert H. Bork, "Styles in Constitutional Theory", 26 *S. TEX. LJ* 383,

384(1985).

Robert H. Bork, “The Constitution, Original Intent, and Economic Rights”, 21 *SAN DIEGO L. REV.* 823, 1986.

Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Free Press, 1990

Steven D. Smith, “The New and Old Originalism: A Discussion” (University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 510, 2015).

Theda Skocpol, Vanessa Williamson, *The Tea Party and the Remaking of Republican Conservatism*, Oxford University Press, 2016.

Tushnet, “Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles”, 96 *HARV. L. REV.* 781 (1983).

Whitman H. Ridgway, “Original Intent and the Constitution”, 47 *MD. L. REV.* 171(1987).

<http://m.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=25692>

<http://www.nytimes.com/2016/02/16/arts/recalling-scalia-a-literary-stylist-who-scorned-jiggery-pokery.html>

<http://www.peterberkowitz.com/constitutionalconservatism.pdf>

<http://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/05/senate-obama-merrick-garland-supreme-court-nominee/482733/>

<https://constitutionalconservative.wordpress.com/>

https://en.wikipedia.org/wiki/Joseph_Story

<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>

http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_pm/2

<https://www.loc.gov/tr/program/bib/ourdocs/judiciary.html>

<https://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx>

<https://www.washingtonpost.com/politics/texas-tv-station-scalia-died-of-a-heart-attack/>

憲法論叢 第27輯(2016)

k/2016/02/14/938e2170-d332-11e5-9823-02b905009f99_story.html

<https://www.whitehouse.gov/scotus>

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483(1954)

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570(2008)

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393(1857)

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479(1965)

Home Building and Loan Association v. Blaisdell, 290U.S.398,453(1934)

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

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1Cranch)137(1803)

McCulloch v. Maryland, 17 U.S.(4 Wheat.)316(1819)

McDonald v. Chicago, 561 U.S. 130 S. Ct. 3020(2010)

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537(1896)

Regents of the University of California v. Bakke, 438U.S.265(1978)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113(1973)

Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1(1948)

Sturges v. Crowninshield, 17 U.S. 4 Wheat. 122(1819)

West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S. 379(1937)

(논문접수일: 2016. 8. 31. 논문심사일: 2016. 10. 11. 게재확정일: 2016. 11. 11.)

아리스토텔레스 정식 비판

A Critique of the Aristotelian Formula

鄭柱白(Jeong, Joo-Baek)

忠南大學校 教授

— 目 次 —

I. 들어가는 말	143
II. 철학적 관점에서의 비판	144
1. 도입	144
2. 空虛	145
3. 不知	148
4. 矛盾	150
5. 無意味	151
III. 법학적 관점에서의 비판	152
1. 들어가는 말	152
2. 헌법 제11조 제1항	153
가. 문리적 이해	153
나. 법집행자에 대한 명령	154

다. 입법자에 대한 명령	156
라. 소결론	158
3. 計量	158
4. 인간으로서의 ‘같음’, 그리고 완벽하게 ‘다름’	9
5. 다르면 다르게 치우하여야 하는가?	11
IV. 실천적 난점 - 판례 비판	163
1. 심사의 방법	163
2. 기준의 부당성	165
3. 판례의 혼선	167
V. 폐해	171
1. 헌법을 대체한다는 점	171
가. 도입	171
나. 사회권 조항	171
다. 이른바 개별적 평등 조항	173
2. 헌법 조항의 통일적 해석	174
VI. 결론	175
* 국문초록 및 주제어	177
* 영문초록 및 주제어	179
* 참고문헌	181

I. 들어가는 말

상대적 평등설에는, 크게 보았을 때 서로 이질적인 두 가지 주장이 담겨 있다. 하나는, 합리적 차별을 허용하는 것이 평등한 것이라는 주장이고, 다른 하나는 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 처우하는 것이 평등한 것이라는 주장(이러한 후자의 주장을 이하에서 ‘아리스토텔레스 정식’ 또는 간단하게 ‘A 정식’이라 한다¹⁾)이다.

위 첫 번째의 주장은, 평등의 의미에 관한 주장이 아니다. ‘평등한 상태’ 자체는 동일한 처우를 하는 것을 뜻하나, 서로 다른 처우를 하더라도 그것만으로 곧바로 위헌으로 되는 것은 아니고, 그러한 경우라 하더라도 합리적인 이유가 있는 경우에는 위헌이라고 할 수 없다는 것이므로, 위 주장이 스스로 대립관계에 있다고 말하는 ‘동일한 처우를 하는 것이 평등한 것이라는 주장’과, 평등의 의미에 관하여는 완전히 일치하는 주장이다. 다른 한편 두 번째 주장 즉 A 정식은 평등의 의미 자체에 관하여, 같은 처우를 하는 것이 평등이라는 주장²⁾과 대립한다.

이 논문은 A 정식을 비판하는 것을 내용으로 한다. 즉, ‘상대적 평등’이 의미하는 바가, 모든 사람 또는 사물에 대해 같은 처우를 하여야 함을 전제로, 다만 합리적 이유가 있다면 다른 처우를 하는 것도 ‘허용’된다는 것을 의미하는 것인가(위 첫 번째 주장), 아니면 같은 것은 같게 처우하여야 하고, 다른 것은 다르게 처우하여야 한다는 것을 의미하는 것인가(위 두 번째 주장) 하는 점은 다른 논문³⁾에서 다루었고, 여기서는 A 정식이 재판

- 1) Aristoteles의 정의론을 기반으로 하기 때문에 이와 같이 이름붙인 것이다.
- 2) 이러한 주장을 보통 절대적 평등설이라고 부르나, 이는 잘못된 이름이다. 절대적 평등설의 반대편에는 상대적 평등설이 있다고 보아야 할 것인데, 위 첫 번째 주장에 따를 경우 양자는 평등의 의미에 관하여 대립하지 않는다. 오로지 ‘예외가능성’에 관해서만 대립하는 것이다.
- 3) 정주백, “상대적 평등설의 허구성”, 『헌법학연구』 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013, 153면 이하.

규범으로 작동할 수 있겠는가 하는 점만을 다룬다.

II. 철학적 관점에서의 비판

1. 도입

‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’의 원리는 아리스토텔레스가 말한 정의의 관념 중 하나인 ‘배분적 정의(distributive justice)’에서 나온 것이다. 그는 공동체가 가지고 있는 부나 명예와 같은 공동체의 자산을 구성원에게 어떻게 배분할 것인가에 관한 원리로, ‘동등한 사람에게 동등한 몫’⁴⁾이 배분되어야 한다는 원리, 즉 각자가 가진 자질의 비율에 따른 배분원리를 제시했다. 예를 들어 A와 B라는 구성원이 있을 때, A와 B에게 각기 분배된 공동체 자산 a, b가 있다면, $A : a = B : b$ 가 성립할 때, 즉 $a/A = b/B$ 가 성립할 때 정의가 실현되었다고 본 것인데, 이를 ‘비례적 평등’(proportional equality)이라고도 한다. 비례적 평등은 ‘각 구성원이 가진 자질(quality)의 비’와 ‘그 구성원에게 배분된 공동체 자산의 비’가 일치하는 것을 말한다.⁵⁾ 그렇다면 이 원리가 평등의 헌법이 정하고 있는 평등의 원리로 원용되기에

4) Nicomachean Ethics, V.3, 1131a30 ; “즉 우리는 법을 평등하다고 간주한다. 법은 또한 평등이기도 하지만 같은 것에 대한 평등이지 모든 것에 대한 평등인 것은 아니다. 그리고 우리는 불평등을 법이라고 간주한다. 물론 불평등은 또한 법이기도 하지만 모든 것에 대한 불평등이 아니라 같지 않은 것에 대한 불평등인 것이다.” Nicomachean Ethics, V.6, 1131a. Robert Alexy(이준일 譯), 『기본권이론』, 한길사, 2007, 466면의 각주 15.

5) W. von Leyden, *ARISTOTLE ON EQUALITY AND JUSTICE*, St. Martin's Press(New York:1985), p.3.

적절한 것인가 하는 점을 살펴보기로 한다.

2. 空虛

위와 같은 원리 즉, A 정식이 법원리로서 부적절하다는 것, 즉 공허하다는 점을 가장 잘 논증한 논문으로는 Westen의 논문을 들 수 있다. 그는 The Empty Idea of Equality라는 논문에서 다음과 같은 두 가지 점을 지적했다. 하나는 평등은 권리의 도움 없이는 아무 것도 독자적으로 결정할 수 없다는 것이고, 다른 하나는, 권리의 내용이 확정되고 나면 평등 자체는 무의미하고 무용하다는 것이다.⁶⁾

그의 두 가지 지적은 타당하다. ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’가 규범으로 작동하기 위해서는 먼저 두 비교집단이 본질적으로 같은가, 다른가가 결정되어야 한다. 그런데, 두 개의 비교집단이 같은가, 다른가를 결정하기 위해서는 ‘무엇을 기준으로’ 같음과 다름을 결정할 것인가가 결정되어야 한다. 예를 들어 응능부담원리가 헌법적으로 승인된다면, 조세의 부담에 관하여 같음과 다름의 기준은 ‘資力’이 된다. 두 개의 집단이 資力이라는 관점에서 동일함에도 불구하고 서로 다른 양의 조세를 부담하고 있다면, 본질적으로 서로 같은 것을 다르게 채우하는 것이고, 차별이 있다고 판단될 수 있는 것이다.

그런데, 만약 투표권에 관하여서라면 ‘資力’이 같음과 다름을 판단하는 기준으로 될 수 없다. 무엇보다 보통선거원칙은 자력이나 학력, 성별 등에 따라 다른 채우를 할 수 있다는 주장을 부인하는 데에서 출발하기 때문이다. 나아가 평등선거원칙은 투표권의 양에 관해서도 구별을 부인한다.

그런데, 이와 같은 구별의 기준이 정해지고 나면 평등이라는 형식 자체

6) Peter Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982) p.542.

는 아무런 의미도 가질 수 없다. 그래서 평등은 완벽한 동어반복이고, ‘아무 내용도 없으나 어떠한 내용도 받아들일 수 있는’ ‘동어반복적인 개념과의 유희’에 불과한, ‘어떠한 종류의 실질적 원리도 내세울 수 있게 하는’, ‘정반대의 가치판단도 배제하지 아니하는’, ‘내용 공허한’, ‘전적으로 무가치한’, 그야말로 한낱 ‘공허한 공식’일 뿐인,⁷⁾⁸⁾ 그래서 ‘형식적인’⁹⁾ 법원리일 뿐이다. 어떤 두 개의 집단이 본질적으로 같은가 하는 물음에 대해서 객관적이고 몰가치적 분석에 의해서 대답할 수 있는 경우는 거의 없기 때문이다.¹⁰⁾

그렇다면, 결국 A 정식에 따른 평등은 ‘같이 취급해 주어야 할 집단’을 ‘같이 취급해 주어야 한다’는 것으로밖에는 판단될 수가 없다. 즉, 같다는 ‘사실’에 대해 같은 처우를 해 주는 것이 아니라, 같은 처우를 해 주어야 할 사람에 같은 처우를 해 주는 것,¹¹⁾ 즉 ‘A=A이다’의 원리로 귀결된다.¹²⁾¹³⁾¹⁴⁾ 이 원리는 지극히 자명하다. 그래서 오래도록 부인되지도 않은 것이다.¹⁵⁾

7) 심현섭, “정의에 관한 연구”, 『서울대학교 법학』, 제29권 제2호, 서울대학교, 1988, 101면.

8) 장동진, 『현대자유주의 정치철학의 이해』, 동명사, 2001, 251면.

9) G. Radbruch(엄민영/서돈각 譯), 『법철학입문』, 육법사, 1982, 65면.

10) 이옥한, “자유권과 평등권의 사법적 심사구조”, 『사법행정』, 2003년 3월, 한국사법행정학회, 11면.

11) Peter Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harvard Law Review 537(1982), p.547

12) 김옥, “‘법 앞의 평등’이념을 어떻게 이해할 것인가?”, 『민주법학』 11권, 민주주의법학연구회, 1996, 300면.

13) 가장 극단적인 모습으로, 헌재가 이를 자인하고 있는 문장은 다음의 것을 들 수 있다. “헌법상 문제되는 평등권은 동일한 법적 효과를 받아야 할 자들에 대해 동일한 법적 효과를 주지 않는 입법을 한 경우에 발생하는 문제라고 할 것”(헌재 2009. 3. 26. 2006헌마72, 관례집 21-1상, 542, 553)

14) Peter Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982), p.543-545.

15) 항상, 언제라도 틀리지 않는다는 것은 아무 것도 말한 바가 없다는 自白과 다르지

규범이 명령하는 바는 아무 것도 없다.¹⁶⁾ 그렇다면 평등은 그 안에 아무 실체적인 내용도 없는 공허한 것이 되고, 그 내용은 해석하는 사람이 평등과는 별도로 채워 넣어야 한다. 그럼에도, ‘권리를 가질 만한 사람’은 ‘권리를 가진다’라는 법이 우스꽝스럽지 않다고 A 정식을 지지하는 논자들이 주장하는 것이다.

혹자는 이를 두고 헌법의 ‘개방성’ 또는 유연성이라는 말로 미화하려고도 한다. 평등개념 자체가 가치세계에 대하여 열려 있음으로 인해, 헌법상의 평등조항은 헌법이 처해 있는 시대와 상황을 평등조항에 반영할 수 있게 된다는 의미에서 유연성과 지속성을 지니게 되고, 한편 평등의 개념 자체가 공허하다는 바로 그 점으로 말미암아, 그 개념을 요소로 하는 평등원칙이나 평등조항은 오히려 시공 속의 현실을 담아, 시공을 초월하여 생명을 가진다고도 한다.¹⁷⁾¹⁸⁾

그러나, 개인적으로는 동의하기 어렵다. 헌법을 포함하여, 법이란 무엇인가? 미리 한 약속이다. 헌법에 기본권을 규정하여 둔 이유는, 이를 정치적 논란의 영역으로부터 분리시켜 다수결에 의한 결정이 미치지 못하는 곳에 두고자 함이다.¹⁹⁾ 전적으로 그 내용을 해석자가 채워야 한다면 그것은 이미 규범으로서의, 법으로서의 기능을 상실한 것이다. 법을 정립하는 자와 법을 해석하는 자가 같은 사람으로 되는 것으로서, 헌법을 제정하는 권력과 헌법을 해석하는 권력이 한 곳에 집중되는 것을 뜻하기 때문이다. 이에 더하여 평등이 정의라는 언명과 만나게 되면, 헌법을 해석하는 권한을 가

않다. ‘산은 산이요, 물은 물이다.’ 라는 말은 언제라도 틀릴 수 없다. ‘평면상 한 점에서 똑 같은 거리에 있는 점들의 집합은 원이다.’라는 말도 마찬가지다.

16) Hans Kelsen(김선복 譯), 『정의란 무엇인가』, 책과 사람들, 2010, 34면.

17) 황도수, 『헌법재판 심사기준으로서의 평등』, 1996, 서울대학교 박사학위논문.

18) 나는 이와 같은 주장에 대하여, 좀 더 포괄적인 조항을 두는 것은 어떤가 하는 제안과 안을 하고 싶다. ‘각자에게 각자의 것을’ 이라는 규범은 A 정식보다 훨씬 포괄적이다. 우선 비교를 전제로 하지 않기 때문이다.

19) West Virginia State Board of Education v. Barnette 319 U.S. 625, 638(1943)

진 자, 즉 헌법재판관은 완벽하게 헌법을 제정하는 권력을 소지하게 되는 것이다.

3. 不知

A 정식이 의미를 가지기 위해서는 사회적 자산 또는 부담의 분배 원리를 미리 알고 있어야 한다. 예를 들어, 교육이라는 가치는 어떻게 배분되어야 하는가, 즉 교육이라는 공동체의 자산이 각 구성원이 가진 어떤 자질에 따라 분배되어야 하는가를 미리 알 수 있어야 한다.

헌법 제31조에서는 교육에 관해 ‘능력’을 배분의 원리로 제시하고 있다.²⁰⁾ 또, 선거권에 대해서는 ‘평등’하게 배분되어야 할 것을 정하고 있다.²¹⁾ 이것은 선거권의 배분에 관하여, A 국민과 B 국민을 다르게 볼 기준이 있을 수 없다는 것, 따라서 교육 수준이나 재산 정도가 선거권의 양²²⁾에 대하여 영향을 미칠 수 없다는 것이다.

그런데 A 정식을 곧 헌법 제11조 제1항에서 말하는 평등의 의미로 받아들인다는 것은, 위와 같은 개별조항이 없더라도 헌법 제11조 제1항을 두고 궁리해 보면 위의 교육이나 선거권의 배분원리가 도출될 수 있다는 것을

20) 이 점에 관하여 판례의 입장은 다르다. 판례는 헌법 제31조 제1항이 교육이라는 가치의 분배원리를 정한 것을 보지 않는다. 즉, 헌법 제31조 제1항을 기반으로 하여, 능력이 다르므로, 다른 교육을 받을 권리가 있다는 주장을 부정한다. “헌법 제31조 제1항에서 말하는 ‘능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리’란 법률이 정하는 일정한 교육을 받을 전제조건으로서의 능력을 갖추었을 경우 차별 없이 균등하게 교육을 받을 기회가 보장된다는 것이지, 일정한 능력 - 예컨대 지능이나 수학 능력 등 - 이 있다고 하여 제한 없이 다른 사람과 차별하여 어떠한 내용과 종류와 기간의 교육을 받을 권리가 보장된다는 것은 아니다.”(헌재 1994. 2. 24. 93헌마 192, 판례집 6-1, 173)

21) 헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항.

22) 선거권을 부여할 것인지의 ‘여부’에 관한 문제는 보통선거가 다루는 문제다.

뜻한다.

특별히 헌재가 인정하는 개별적인 분배원리가 있기는 하다. 그 중 하나가, 응능부담원리이다. 형벌에 관한 책임주의도 이에 해당할 수 있다. 공직에 있어서는 능력주의가 언급된 일이 있다.²³⁾ 그런 것들이 헌법을 해석하는 식자들이 궁리해 보면 도출될 수 있는 결론들인가?

예를 들어 보자. 크게 보아 자본주의와 사회주의의 가장 큰 이념적 갈등은 분배원리를 둘러싼 것이다. 자본주의는 ‘일한 양에 따라’, 사회주의는 ‘필요에 따라’ 분배하는 것이 옳다고 본다. 그런데 그들은 모두 같은 평등이라는 가치를 그들의 헌법 안에 받아들이고 있다. 헌법을 해석하여 유일하게 올바른 원리가 나올 수 있다면, 나머지 하나는 틀린 것이라 아니할 수 없다. 모두가 같은 분배원리를 공유하고 있다면, A 정식에서 말하는 평등의 관념은 불필요하다.

그런데, 그와 같이 공유되는 분배원리가 없다면, A 정식은 아무런 내용도 없는 것이다. 결국은 무엇을 분배원리로 할 것인가에 관한 다툼을 이념 논쟁이라 할 수 있는 것이고, 그 이념 논쟁의 결과는 명문으로 표현될 수밖에 없다. 그것이 없더라도 ‘같은 것’과 ‘다른 것’을 궁리해 보아 헌법해석을 하는 식자들이 결론을 도출해 낼 수 있다는 생각은 지나온 역사를 참으로 무시하는 것이다.

그래서 Westen은 ‘평등’을 법의 영역에서 추방하여야 한다고 주장했다.²⁴⁾ 그는 A 정식이 당연히 ‘평등’을 의미한다는 것을 전제로 하였기 때문에 그와 같은 결론에 도달하였다. 그러나, 그렇게 할 일은 아니다. 그가 말하여야 하였던 것은 A 정식을 평등의 의미로 이해해서는 안 된다는 것이다.

23) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 797.

24) Peter Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982) p.596.

4. 矛盾

A 정식은 경우에 따라, 한편으로는 같은 처우를, 다른 한편으로는 다른 처우를 명한다. 이것을 혹자는 ‘평등의 첫 번째 내재적 모순’이라 부른다.²⁵⁾ 그러나 이것은 모순이 아니다. 한편으로는 같은 처우를, 다른 한편으로는 다른 처우를 명령하는 것이 아니라, 같은 것에 대해서는 같은 처우를, 다른 것에 대해서는 다른 처우를 명령하고 있으므로, 같은 처우를 해야 할 대상과, 다른 처우를 해야 할 대상이 다른 것이다. 하나의 대상에 대하여 같은 처우와 다른 처우를 하도록 명하고 있지는 않은 것이다.²⁶⁾

다만, 위 상황에 대한 대처방법에 관한 주장은 오류이다. 같은 것과 다른 것을 어떻게 구별할 것인가를 판단하여야 할 지점에서 이준일은, “평등 원칙을 잠정적으로 ‘평등대우에 유리한 명령’으로 해석”하여야 한다는 주장을 한다.²⁷⁾ ‘다른 것은 다르게’는 ‘같은 것은 같게’와 달리 그 규범력이 낮다는 주장도 유사한 것이다.²⁸⁾²⁹⁾ 그 근거로 “입법자가 본질적으로 다른

25) 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2011, 399면. 위 책에는 같은 처우, 다른 처우 대신에 ‘평등대우’, ‘불평등대우’라는 말을 사용하는데, 그것은 스스로 모순에 빠지는 것이다. ‘평등’ 원칙이 어떻게 ‘불평등’ 대우를 명령할 수 있다는 것인지 이해하기 어렵다. ‘평등’ 안에 ‘평등’과 ‘불평등’이 함께 들어갈 수 있다는 생각인데, 이해하기 어렵다. 이 논문에서는 ‘같은 처우’, ‘다른 처우’라는 말로 대체하여 쓴다.

26) 자신의 이론이 ‘모순’을 만났다고 인정하면서도 이를 철회하지 않는 것은 이해하기 어렵다. ‘모순처럼 보이는 상태’가 있고 이것이 해소될 수 있다면 그것은 모순이 아니다. 해소될 수 없을 때 모순이라 한다.

27) 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2011, 400면.

28) 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2015, 302면.

29) “일반적으로 수락가능한 근거가 불평등 취급 내지 불평등 배분을 정당화하지 않는 한, 협력체의 구성원은 일단 평등하게 취급되고 또 공동협력의 산물인 이익과 부담은 일단 평등하게 배분되어야 한다.”는 주장도 마찬가지다. 심헌섭, “정의에 관한 연구-정의의 기본개념과 기본원리”, 『서울대학교 법학』, 제29권 제2호, 서울대학교, 1988, 99면 ; 심헌섭, “정의의 실질적 기준에 관한 연구”, 『서울대학교 법학』, 제36권 제1호, 서울대학교, 1995, 85-109면. 이 부분은 김도균, “한국 법질서와 정

상황을 자의적으로 같게 취급하지 않았다면, 그 밖의 입법조치, 즉 차별적인 취급의 정도와 내용 등과 같은 적극적인 형성에 있어서는 입법자의 판단이 존중되어야 하기 때문”이라고 한다.³⁰⁾

그 주장을 요약하자면, “같은 것은 같게”와 “다른 것은 다르게”가 논리적으로 동등한 가치를 가치는 것이 아니라, 전자가 후자에 비하여 우월하다는 것이다. 왜 그런가? 거기에 대한 논증은 없다. “같은 것은 같게”라는 말이 “다른 것은 다르게”라는 말보다 앞에 있기 때문인가? 그렇다면 평등을 “다른 것은 다르게, 같은 것은 같게”로 이해하면 그 결론이 달라질 수 있다는 것이 될 것이나, 이는 도저히 이해하기 어려운 논리이다.³¹⁾

5. 無意味

만약 위의 A 정식을 받아들인다면, ‘평등’을 쟁취하였다는 말은 무의미한 것이 되고 만다. 위 정식의 논리대로라면 어떠한 상태도 정당화될 수 있기 때문이다. 노예제나 남녀차별, 인종차별이 정당화될 수 있는 논리들이 모자랄 일은 없게 될 것이다. 그리고 얼마나 오래도록 남녀차별과 인종차별이 나름대로 정당한 근거를 가지고 유지되어 왔는가를 이해하는 데는 그리 오랜 시간이 걸리지 않는다.

A 정식을 곧 평등의 의미 그 자체로 받아들이면, 평등은 ‘확립된 가치의 실현’이 문제되는 것이 아니라, 무엇을 평등으로 볼 것인가 하는 ‘평등 안에서의’ 개념논쟁으로 수렴되고 말 것이다. 그리 본다면 우리 인류사는 늘

의론: 공정과 공평, 그리고 운의 평등”, 『서울대학교 법학』 제53권 제1호, 서울대학교, 2012, 350면.

30) 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2015, 302면.

31) 논리적으로 ‘a and b’와 ‘b and a’가 다르다는 논증이 필요하겠으나, 그와 같은 논증이 이루어졌다고는 보이지 않는다.

평등했었다. 그리고 인류의 다름은 결국 평등과 또 다른 평등의 항쟁이었던
다는 것으로 귀착된다.³²⁾

III. 법학적 관점에서의 비판

1. 들어가는 말

위에서 본 바대로, 평등이 무엇을 의미하는 것인가에 관하여, A 정식은
‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 처우하는 것’이라고 본다. 그런데, 그것
이 우리 헌법체계 안에서 무엇을 의미하는가, 하는 것을 살펴볼 필요가 있
다. 이 글이 다루는 것은 법학적 관념이고, 그 중에서도 법해석학적 관념으
로서 ‘평등’이라는 말을 어떻게 이해하여야 하는가 하는 것이므로, 법전을
떠난 논의는 공허한 것일 수밖에 없다. 아리스토텔레스가 무슨 말을 하였
든, 그는 우리 헌법전을 뜯어보고 우리 헌법 안에 씌어진 평등의 의미에
관하여 말한 바가 없다는 점에서, 그의 말이 우리 헌법의 해석에 있어서
급과옥조가 될 수 없음은 자명한 것이다.

우리 헌법 안에서 ‘평등’이라는 말은, 헌법 제11조 제1항 전문,³³⁾ 제36
조 제1항,³⁴⁾ 제41조 제1항,³⁵⁾ 제67조 제1항³⁶⁾에 나온다. 그 중에서 주로

32) 아리스토텔레스가 노예제를 옹호한 것은 널리 알려진 사실이다. 과연 그의 주장을
오늘날의 평등의 이념적 뜻대로 삼는 것은 가능하고 옳은 것일까? 필자로서는 받
아들이기 어렵다.

33) 모든 국민은 법 앞에 평등하다.

34) 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며,
국가는 이를 보장한다.

35) 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성
한다.

36) 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.

논의되는 것은, 헌법 제11조 제1항에 쓰여진 ‘평등’이다.³⁷⁾

2. 헌법 제11조 제1항

가. 문리적 이해

헌법 제11조 제1항 전문의 술어는 ‘평등하다’이다. 주어는 ‘모든 국민’이다. 그러므로, 헌법 제11조 제1항 전문의 ‘평등하다’라는 말이 무엇을 의미하는 것인가 하는 것을 이해하기 위해서는, ‘평등하다’라는 말만을 도려내어서 궁리하여서는 안 된다. ‘모든 국민이 평등하다’는 것은 무슨 말인가, 더 나아가 ‘법 앞에서’ 평등하다는 것은 무슨 말인가 하는 것이 검토되어야 하는 것이다.

그런 점에서 A 정식이 말하는 바는, 적어도 문언상 헌법 제11조 제1항 전문에서 정하고 있는 ‘평등’의 의미로 이해되기에는 매우 부적절한 것이다. 헌법 제11조 제1항 전문의 ‘평등’의 자리에 A 정식이 이해하는 바를 대입하여 보면, ‘모든 국민은 법 앞에서 ‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게’다.’가 된다. 비문이다. 두말할 필요 없이 비문이다.

상대적 평등설도 모르고, 절대적 평등설도 모르는 사람들에게 헌법 제11조 제1항 전문을 보여 주고, 이것이 무슨 의미냐고 묻는다면, 십중팔구는 ‘모든 사람들이 동등하다, 같다, 다르지 아니하다’는 것을 의미한다고 대답할 것이다. 그리고 법학에 어느 정도 식견이 있는 사람에게 ‘사람’ 사이의 인격의 동등함에 있어서 예외가 있을 수 있느냐고 묻는다면, 그렇지 않다고 대답할 것이다. 그 사람이 장애인이면, 남자인지, 여자인지, 백인이건 흑인이건 그 인격의 동등함에 차이가 있을 수 없다고 대답할 것이다.

그렇게 보면, 헌법 제11조 제1항 전문의 의미에 관하여, ‘같음’과 ‘예외

37) 다른 부분에 대해서는 따로 본다.

없음'을 묶어서 그것을 절대적 평등설이라 이름짓는다면, 그 의견을 틀렸다고 말하기는 어려울 것이다.³⁸⁾ 이러한 관점에서 보면, 국민의 같음, 다르지 아니함에 예외가 있을 수 있다는 의미에서의 '상대적' 평등설은 받아들이기 쉽지 아니하다.³⁹⁾

나. 법집행자에 대한 명령

모든 국민이 평등하다는 선언이 법적으로 어떤 의미를 가지는가, 하는 것은 또 다른 문제다. 만약에 그 선언이 규범적으로 아무런 효력이 없다면 모르겠으나, 수범자가 있고, 수범자가 따라야 할 내용이 있다면, 그것을 밝혀내지 않는 이상 법 문장으로서의 의미가 없다.

적어도 문언에 비추어 보았을 때, 헌법 제11조 제1항 전문은 입법자가 아니라, 법을 집행하는 자에 대한 명령으로 디자인되었음에는 이론이 없다. 헌법 제11조 제1항 전문이 규범의 적용대상으로 삼았던, 법집행자에게 대하여 명령하는 바가 무엇인가에 대하여, 이 점을 언급하는 학자들 사이에서도 이론이 없다. '존재하는 법을 모든 국민에게, 똑같이 집행하는 것'이

38) 물론 절대적 평등설은 평등(같음)에 대하여는 이론의 여지가 없다는 것을 전제로 한다. 절대적 평등설은 예외가능성에 대한 견해의 대립에 있어서, 예외가능성이 없다는 견해를 밝힌 것이다.

39) 판례가 법 내용의 평등에 관하여, "평등원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 법적 효과를 달리 부여하기 위하여 선택한 차별의 기준이 객관적으로 정당화될 수 없을 때에는 그 기준을 법적 차별의 근거로 삼는 것을 금지한다."고 표현한 것(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 180)은 이와 같은 직관적 인식을 전제로 한 것이다. 그런데, 법내용의 평등을 말하면서 왜 정당화의 문제를 끌어들이까? 이 문제를 이해하면 평등의 문제는 대부분 해소될 것이라고 생각한다. 정당화는 별론으로 하고, 차별이 없는 상태라는 것은 어떠한 상태인가? 위 판시를 따른다면, '똑같이 처우하는 것', '다르게 처우하지 않는 것'이다. 그런데, 법이 다르게 처우한다면, 비로소 정당화 문제가 생긴다. 그런데, 헌법이 모든 사람과 사물에 대하여 똑같이 처우할 것을 명령하고 있다고 이해하기에는 '부담스러운 무언가'가 있다. 그래서 슬그머니 정당화 문제까지 묶어서 평등의 관념을 설명하고자 한 것이다.

라는 것이다. 즉, ‘모든 국민이 평등하다’는 선언이 법을 집행하는 자에게 어떤 의미를 가지는가, 하는 것을 궁리하여 보았을 때에는, 위와 같은 결론에 도달한다는 것이다.

그런데, A 정식은 정확히 법집행자에 대한 위 명령과 일치한다. 위에서 본 바대로 A 정식은 같은 것과 다른 것을 구별할 수 있는 외적 기준이 없으면 무의미하나, 그 외적 기준이 있으면 그 기준대로 함으로써 A 정식은 완전히 충족되기 때문이다.⁴⁰⁾

그런데, A 정식은 법집행자에 대한 명령에 있어서는 큰 의의가 없다. 위에서 본 바대로 ‘존재하는 법을 모든 국민에게, 똑같이 집행하는 것’이 법집행자에 대한 헌법 제11조 제1항 전문의 명령이라면, 그것은 사실 법치주의의 당연한 귀결일 수 있고, 그 결론을 이끌어 내기 위하여 굳이 A 정식을 거론할 필요가 없기 때문이다. 역지로 보태어 말을 한다면, 법의 구성요건을 충족하는 자들의 집단은 서로 본질적으로 같으므로, 같은 처우를 받아야 한다는 정도로 말할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 추론이 반드시 적절한 것만도 아닌 것 같다. A 정식의 원형을 이루는, ‘같은 것은 같게, 다른 것은 “그 비율에 따라” 다르게’까지 확장해 보면, ‘그 비율에 따라 다르게’ 처우할 권한까지 법집행자가 가진 것은 아니다. 그 비율도 법에 규정되어 있어야 한다.⁴¹⁾ 따라서, 적어도 ‘같

40) 아리스토텔레스는 법을 잘 따르는 것이 정의로운 것이라 하였다. *Nicomachean Ethics*, 1129a31-1130b21, 엄수균, 『자유주의적 정의』, 조선대 출판부, 2012, 13면 참조. 그리고 정의의 여신상이 상징하는바 또한 정확히 이 점과 일치한다. 정주백, “입법자 구속설 비판”, 『법학연구』, 제23권 제2호, 충남대학교, 2012, 21면 이하 참조.

41) 혹자는 행정청이 재량을 행사하여 집행하는 경우가 허다하지 않느냐고 반론을 제기할 수도 있겠으나, 이것은 입법자와 법집행자를 ‘기능’으로써 구별하지 않고 ‘기관’으로 구별하는 것을 전제로 하는 것이다. 이 점이 부당함에 대해서는, 정주백, “입법자 구속설 비판”, 『법학연구』, 제23권 제2호, 충남대학교, 2012, 15면 이하 참조.

은 것은 같게, 다른 것은 그 비율에 따라 다르게'는 법집행자와는 무관하다 할 수 있고, 그와 같은 맥락에서 있는 범위 내에서 A 정식 또한 법집행자와 무관한 것이라 말할 수 있다.

여하튼, 위에서 말한 '존재하는 법을 그대로, 일률적으로 집행하여야 한다'는 것은 '평등'의 의미 그 자체가 아님을 다시 한 번 강조하고 싶다. 헌법 제11조 제1항 전문에서 모든 국민이 평등하다는 것은, 모든 국민이 다르지 아니하다는 것, 즉 같다는 것을 의미하는 것이고, 이것이 헌법 제11조 제1항 전문의 평등의 의미이며, 이것이 법집행자에게는 위에서 본 바와 같은 법집행자에 대한 명령으로 이해될 수 있다는 것이다.

다. 입법자에 대한 명령

헌법 제11조 제1항 전문이 입법자에게 적용된다는 이해는, 문언에 반한다. 모든 국민이 모든 국민은 '법 앞에서' 평등하다고 하였기 때문이다. 이 말을 뒤집어 보면, 법의 내용에 관하여는 헌법 제11조 제1항 전문이 적용되지 아니한다는 것이다.⁴²⁾ 극단적으로 말한다면 모든 국민은 법 앞에서 평등할 뿐이고, 법의 내용에 있어서는 평등하지 아니하다는 것으로도 읽힐 수 있다. 반대해석의 논리에 따른 것이다.⁴³⁾ 그러나 여기서는 이 점을 다루지는 않고, 헌법 제11조 제1항 전문이 입법자를 구속한다는 주장을 일응 받아들여 보고 논의하기로 한다.

위에서 살펴본 바와 같이, 헌법 제11조 제1항 전문의 '평등'의 문언적 의미에 관해서는 이론이 있을 수 없다. A 정식이 주장하는 바는, 헌법 제11조 제1항 전문에서 말하는 평등의 의미 자체가 어떠하다는 것이 아니라,

42) 이 문제를 여기서 상론할 일은 아니다. 이 점에 관하여는, 정주백, “입법자 구속설 비판”, 『법학연구』, 제23권 제2호, 충남대학교, 2012, 11면 이하 참조.

43) 물론, 순수 논리학적 설명으로는, 법의 내용에 있어서는 개방되어 있다. 즉 아무 것도 말하고 있지 아니하다는 것이다.

‘모든 국민이 평등하다’는 선언이 “입법자에게는” 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 채우할 것을 명하는 것으로 이해되어야 한다는 것일 뿐이다. 여기서 확인할 수 있는 바로서, 헌법 제11조 제1항 전문의 ‘평등’의 의미가 A 정식, 즉 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 채우하는 것을 의미한다는 주장은, 그 논증형식에 있어서 이미 틀린 것이다. 앞에서 말한 바와 같이, 헌법 제11조 제1항 전문의 ‘평등’은 ‘같음’, 또는 ‘다르지 아니함’ 이상을 의미하지 않기 때문이다.

다른 한편, ‘모든 사람이 평등하다’로부터 ‘입법자는 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 채우하는 내용의 법을 제정하여야 한다’라는 명령이 어떻게 도출되는가, 하는 점에 대하여 학설은 사실 아무런 설명이 없다. 모든 것을 다 똑같이 대우하는 것은 가능하지도 않고 바람직하지도 않기 때문이라는 설명⁴⁴⁾이 그나마 가장 자세한 축에 속하고, 아예 설명이 없는 경우도 흔하다. 그러나 위와 같은 설명은 무의미하다. 우선 모든 것을 다 똑같이 대우하는 것이 불가능하고 바람직하지 않다고 하여, ‘같은 것은 같고, 다른 것은 다르게’ 채우하는 것이 가능하고 바람직하다는 결론에 이를 수는 없다. 하나에 하나를 더하면 셋이 된다는 주장이 틀렸음을 논증했다고 하여, 하나에 하나를 더하여 넷이 된다는 주장이 옳은 것은 아니다.

또, 모든 것에 대하여 다 똑같이 대우하는 것이 불가능하다고 하나, 사실 그것이 기술적으로 불가능한 것은 아니다. 세금에 관하여 예를 든다면, 모든 사람에게 같은 액수의 조세를 부과하는 것은 얼마든지 기술적으로 가능하다. 그러나 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’의 원리를 도입한 후에, 그 같고 다름이 각 사람의 부담능력에 따라 정해지는 것이라고 하려면, 모든 사람의 부담능력에 따라 조세가 부과되어야 하는데, 그것이야말로 불가능하다. 먼저 조세를 부담할 능력을 어떻게 따질 것에서부터 어려움을 겪

44) 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2011, 399면.

을 것이고, 거기에 맞추어서 같은 조세 부담능력을 가진 사람에게는 같은 조세를 부담시키고, 다른 조세부담능력을 가진 사람들에게는 다른 액수의 조세를 부담시켜야 하는데, 그것은 불가능한 것이다.

라. 소결론

헌법 제11조 제1항 전문에서 말하는 ‘평등’이 A 정식과 같이 이해된다는 것은 논리적이라 하기 어렵다. 그 문언 속에서의 ‘평등’은 ‘같음’과 ‘다름’의 양자를 동시에 포섭할 수 없다. 헌법 제11조 제1항 전문은, ‘모든 국민은 다르지 아니하고, 같다’라는 의미 이외에 다른 의미로 이해될 수 없는 것이고, 거기에는 어떠한 예외도 있을 수 없다. 이것을 보태어서 절대적 평등이라 한다면, 그것이야말로 절대적으로 옳다.

A 정식을 긍정적인 방향으로 이해하자면, 헌법 제11조 제1항이 입법자에게 ‘같은 갈게, 다른 것은 다르게’ 처우하는 내용의 법을 제정할 것을 명령하고 있다고 이해할 수 있다. 다만 납득할 만한 논증이 없으면 위에서 본 바와 같다.

이하에서는, 헌법 제11조 제1항 전문이 입법자에게 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 처우하는 법을 만들 것을 명령하고 있다고 이해되었을 때 어떤 문제가 있는가를 다룬다.

3. 計量

A 정식은, 공동체 구성원이 가진 품성의 비율에 따라 공동체의 가치나 부담이 배분되어야 한다는 생각이다. a만큼의 품성을 가진 사람이 A만큼의 가치를 배분받고, b만큼의 품성을 가진 사람이 B만큼의 가치를 배분받았다면, $A : a = B : b$ 가 성립할 때 평등한 분배가 이루어졌다고 보는 것이다.

예를 들어, 임금이 각자의 일한 양에 따라서 분배되어야 한다면, 임금의 배분에 있어서 ‘일한 양’이 같은 사람은 본질적으로 같은 사람이고, 일한 양이 다른 사람은 본질적으로 다른 사람이 된다. 5시간 일한 사람이 10의 임금을, 10시간 일한 사람이 20의 임금을 받았다면 양자의 상태는 정의롭다. $5 : 10 = 10 : 20$ 이 성립하기 때문이다. 이것으로부터 알 수 있는 것은, A 정식은 계량화할 수 있는 품성을 전제로 할 때에만 논의될 수 있다는 것이다.

그런데 헌법 제11조가 정하고 있는 평등은, 인간의 존엄에 있어서의 동등함, 같음에서 출발한다. 인간의 존엄에 있어서는 어떠한 경우에도 차등, 다름이 있을 수 없다. 남성과 여성이, 기독교를 믿는 사람과 불교를 믿는 사람이, 부자와 빈자가 다를 수 없으며, 이를 계량화할 수도 없다. 그러므로, 구별되어서는 아니되는 인간의 존엄 문제를 다루는 평등의 문제와, 인간이 가진 품성에 따라 가치와 부담을 배분하는 정의의 문제는 서로 차원을 달리하는 것이다.

4. 인간으로서의 ‘같음’, 그리고 완벽하게 ‘다름’

‘평등’의 출발은 같음에 있다. 평등은 차별을 받지 아니하는 상태라 할 수 있다. ‘차별’의 의미는 그 자체로, 분리되고 다르다는 뜻이다.⁴⁵⁾ 이것을 금지하겠다는 발상에서 시작된 이념이 평등이다. 남자와 여자는 다르게 처우되어서는 안 된다는 이념, 그것이 남녀평등인 것이다.

그러면 흑자는 반론을 할 수 있다. 남성과 여성은 생리적으로 다르지 않느냐고, 그러므로 다르게 처우하는 것이 ‘허용’되거나 ‘명령’될 수도 있다

45) 차별 문제를 다루는 많은 법률 조항을 살펴 보면 이 점은 분명하다. 이 점은 정주백, “간접차별 개념의 필요성에 관한 관건- 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363에 대한 평석을 곁하여 -”, 『헌법학연구』 제22권 제1호, 헌법학회, 2016, 145면 이하 참조.

고 말이다. 이것이 모든 사람과 사물을 동등하게 처우하여야 한다는 의미에서의 절대적 평등설에 대한 상대적 평등설의 반론이다. 그 중에서 ‘허용’될 수 있다는 입장이 ‘예외의 허부’ 문제로 상대적 평등설을 이해하는 입장이고, ‘명령’될 수 있다는 것이 A 정식이다. 그 중 전자는 평등의 의미 자체에 관한 논쟁이 아니라 함은 이미 논증한바 있다.⁴⁶⁾ 그러면 후자에 관하여 보자.

A 정식은 모든 인간을 모두 다르게 처우하여야 한다는 것으로 귀결될 수밖에 없다. 사람이 가진 어떠한 품성이라도 사람 사이에 같을 수 없기 때문이다. 그렇게 본다면, ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’에서 ‘같은 것은 같게’ 부분은 무의미하다. ‘같은 것’이 존재하지 아니하기 때문이다.

담세능력에 따른 조세 부담의 분배에 관해 보더라도, ‘같은 것은 같게’를 수평적 공평이라 하고, ‘다른 것은 다르게’를 수직적 공평이라 하는데,⁴⁷⁾ 서로 다름의 양이 ‘영(零)’이 되는 극단적인 하나의 상태만이 ‘같은 상태’로 되는 것이다. 그런데, 담세능력을 어떻게 조작적으로 정의하는가⁴⁸⁾에 따라 달라질 여지가 전혀 없는 것은 아니지만, 일응 모든 사람은 담세능력을 달리한다고 할 수밖에 없고,⁴⁹⁾ 관념적으로는 모든 사람이 다른 양의 세액을 부담하여야 한다. 결국 모든 사람이 다르게 취급받아야 하는 것으로 된다. 그러나 이것은 실현불가능한 명령이라 아니할 수 없다.

46) 정주백, “상대적 평등설의 허구성”, 『헌법학연구』 제19권 제2호, 한국헌법학회, 2013, 163면 이하.

47) 왜 갑자기 공평이라는 말이 들어서는가 하는 점이 문제될 수 있으나, 관용적 표현이므로 그대로 사용한다.

48) operational definition.

49) 범주화(categorizing)는 헌법적으로 용인될 수 없다. 서로 같지 아니한 것을 하나로 묶는 것이기 때문이다.

5. 다르면 다르게 처우하여야 하는가?

먼저 자연은 공평한가? 하는 물음을 던져보자. 자연은 공평하지 아니하다.⁵⁰⁾ 어떤 사람에게서는 명석한 머리를 주었으나 어떤 사람에게서는 그러하지 아니하고, 어떤 사람에게서는 건강한 몸을 주었으나 어떤 사람에게서는 그러하지 아니하다. 어떤 사람에게서는 아름다운 용모를 주었으나 어떤 사람에게서는 그러하지 아니하다. 이 상태를 공평 또는 불공평의 관점에서 본다면 불공평하다고 평가할 수 있다.⁵¹⁾

사람에 관하여는 위와 같은 불공평을 전제로 하고 논의할 수밖에 없다. 사람은 같지 아니하고, 여러 가지 측면에서 같지 아니하다. 다르다. 그런데, 이 다름을 어떻게 다룰 것인가 하는 것이, 사람들이 평등을 통해 다루어야 할 핵심적인 이슈이다. 이에 관하여, 다르더라도 다르게 처우할 수 없다는 결론이 평등의 이념이다.

헌법 제11조 제1항은 막무가내로 모든 국민이 평등하다고 선언하는 것이 아니다. ‘모든 국민은 ‘법 앞에’ 평등하다.’고 규정하고 있다. 헌법은

50) 물론 ‘공평’이라는 관점은 사람들 사이에서만 쓰일 수 있는 말이다. 여기서는 자연이 사람에게 가치 또는 부담을 배분한 것을 마치 사람이 한 것처럼 보아 평가할 수 있다면 어떻게 보아야 할 것인가 하는 문제를 이야기하기 위하여 ‘공평’이라는 말을 사용하였다.

51) 물론 몇 가지 더 검토해야 할 점이 있기는 하다. 한 가지 측면, 예를 들면 용모라는 측면에서 열후하다고 하더라도 다른 측면, 예를 들면 두뇌의 명석함이라는 측면에서 다른 사람들보다 나은 자질을 가졌다면 전체적으로는 공평한 것 아닌가 하는 반론이 있을 수 있다. 그러나 양 쪽 다 열후한 경우도 흔히 보이는 것이므로, 이 주장은 배척될 수 있다고 본다. 다른 한편, 사람이 이와 같은 일을 평가할 능력이 있는가 하는 점도 문제될 수 있다. 사람의 유한성, 불완전성이 문제될 것이다. 사람이 가진 한계를 시인하더라도 논의를 계속할 가치는 있다고 본다. 그것마저 받아들이지 않는다면, 우리들의 많은 논의들은 무의미한 것으로 될 것이다. 길게 보면 이 삶에서의 불공평이 다음 삶에서 보완되고 보충될 가능성도 없지 않다. 그것을 종교인이 말할 수는 있을 것이나, 법을 다루는 사람이 할 말은 아니다.

‘법 앞에’라는 조건을 붙여서 ‘모든 국민이 평등하다’고 말하고 있다. ‘법 뒤에서’는 어떠한가? 거기에 대하여 헌법 제11조 제1항 전문은 말하고 있지 아니하다.

그러므로, 남성이든, 장애인이든, 지적으로 우수하든 열등하든 그 어떤 특수성을 가지고 있더라도 ‘국민’이기만 하면, ‘법 앞에서’ ‘평등’하다. 거기에는 어떠한 다름도捨象된다. 같기 때문에 같은 처우를 받는 것이 아니다. ‘다르더라도’ 같게 처우하는 데 헌법 제11조 제1항 전문의 진정한 의의가 있는 것이다.

그렇다면 헌법 제11조 제1항 후문은 어떠한가? 필자는, 헌법 제11조 제1항 후문은 성이나 종교, 사회적 신분이라는 요소가 법적 효과를 부여하는데 표지로 작동하여서는 안 된다는 취지를 밝힌 것이라고 이해한다. 즉, 성별이나 종교, 사회적 신분은 법적 효과를 달리하는 데 작동하는 요건으로 사용되어서는 안 된다는 점을 밝힌 것이라 이해한다. 성별, 종교, 사회적 신분은 법이 사용해서는 아니되는 禁飭語다.

다시 한 번 헌법 제11조 제1항 후문을 보면, ‘누구든지 차별받지 아니한다’고 적혀 있다. 그런데 거기에도 제한이 있다. 막무가내로 차별받지 아니한다고 적혀있는 것이 아니다. ‘성별, 종교, 사회적 신분에 의하여’ 차별받지 아니한다고 선언하고 있을 뿐이다.⁵²⁾ 성별이 다르더라도, 종교가 다르더라도, 사회적 신분이 다르더라도 이를 이유로 차별을 해서는 안 된다는 것이다. 그러면 일응은 ‘성별, 종교, 사회적 신분’ 이외의 요소에 의하여 차별받는 것에 관하여는 헌법이 말하고 있지 않는 것 아닌가 하는 생각을 해

52) ‘정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서’라는 말이 용언을 제한하는 어구, 혹은 부사구로 작동하는가 하는 점도 흥미로운 주제이다. 아직까지 여기에 관하여 언급하는 문헌을 보지는 못하였으나, 가장 먼저 드는 생각은, ‘스포츠’는 여기에 해당하는가 하는 것이다. 스포츠에는 성을 이유로 다르게 처우하는 경우가 많다. 이에 관하여는 추가적인 연구가 필요할 것이라고 본다.

볼 수 있다.⁵³⁾ 그러면, 남성과 여성이 다른데, 어떻게 다른 처우를 안 할 수 있는가 하는 질문이 나올 수 있다. 만약 그 생각이 옳다면, 헌법이 잘못된 것이다. 헌법은 분명하게, 아무 조건 없이, 성별이 다르더라도 법적으로는 차별해서는 안 된다, 즉 다른 처우를 하여서는 안 된다고 정하고 있다.⁵⁴⁾

IV. 실천적 난점-판례 비판

1. 심사의 방법

‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게’를 규범의 내용으로 보는 A 정식은 평등권 침해 여부에 관하여 어떤 절차를 거쳐 심사가 이루어져야 한다고 말하는 것인가? 그것은 다음과 같은 절차를 거칠 것을 요구한다.⁵⁵⁾

<1유형: ‘다른 처우’ 사건>

(a) 비교집단 사이에 본질적으로 같은 점이 있는가?

-
- 53) 이 생각을 굳게 관철하면, 한정적 열거설로 간다. 그런데 이 구문을 예시적 열거라고 이해하면서, 상정해 볼 수 있는 거의 모든 ‘짝(pair)’에 대한 다른 처우가 헌법 제11조 제1항 후문에 의하여 금지된다고 보고, 더 나아가서 ‘구별하지 아니하는’ 것도 헌법 제11조 제1항 후문에 의하여 금지되는 것으로 이해될 수 있다는 생각이 통설이고, 판례다. 이 점에 대해서는, 정주백, “헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격”, 『헌법학연구』 제19권 제3호, 헌법학회, 2013, 293면 이하 참조.
- 54) 필자는 이 헌법 조항이 잘못되었다는 생각을 하지 않는다. 성별에 따라, 종교에 따라, 사회적 신분에 따라 다르게 처우하여야(should) 하는 사례를 아직까지는 알지 못하기 때문이다.
- 55) 김주환, “평등권 위반여부에 대한 심사기준”, 『강원법학』 제31권, 강원대학교, 2010, 35-53면의 분석들을 변형한 것이다.

(이 문제에 ‘예’라고 대답할 수 있는 경우에만 차별을 확인)

(b) 그 차별이 헌법적 정당성을 갖추고 있는가?

(이 문제에 ‘아니오’라고 대답할 수 있는 경우, 평등권이 침해되었다고 판단)

<2유형: ‘같은 처우’ 사건>

(a) 비교집단 사이에 본질적으로 다른 점이 있는가?

(이 문제에 ‘예’라고 대답할 수 있는 경우에만 차별을 확인)

(b) 그 차별이 헌법적 정당성을 갖추고 있는가?

(이 문제에 ‘아니오’라고 대답할 수 있는 경우, 평등권이 침해되었다고 판단)

그러므로, 같은 처우가 있다거나 다른 처우가 있다는 것 자체로부터 바로 평등한 상태에 있다거나,⁵⁶⁾ 평등하지 아니한 상태에 있다⁵⁷⁾고 판단할 수 없음은 자명하다.⁵⁸⁾ 그러므로, 평등권 침해 여부를 판단하기 위해서는 먼저, 그 상태가 평등한 상태인가, 아닌가를 판단하는 것이 우선적인 과업

56) 차별이 없다.

57) 차별이 있다.

58) 아래의 사건들에서는 두 개의 집단에 대해 같은 처우를 해주고 있으므로 아예 평등의 문제는 생기지 않는다고 하는데, 이는 A 정식과는 부합하지 아니한다. “간통죄의 규정은 남녀평등차별주의를 취하고 있으니 법 앞의 평등에도 반하지 아니한다.”(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 관례집 2, 306, 311). “간통죄가 피해자의 인내심이나 복수심의 다과 및 행위자의 경제적 능력에 따라 법률적용의 결과가 달라지고 경제적 강자인 남자에게보다는 경제적 약자인 여자에게 불리하게 작용하는 측면이 있는 점을 무시할 수는 없으나, 이는 개인의 명예와 사생활보호를 위하여 간통죄를 친고죄로 하는 데서 오는 부득이한 현상으로서 형법상 다른 친고죄에도 나타날 수 있는 문제이지 특별히 간통죄에만 해당되는 것은 아니며, 배우자 있는 자의 간통행위 규제가 불가피하고 배우자 모두에게 고소권이 인정되어 있는 이상 간통죄의 규정은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에도 반하지 아니한다.”(헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 관례집 13-2, 480, 485)

이다. 그런데, 이와 같은 작업을 거치지 아니하고, 다른 처우가 있다고 하여 바로 차별이 있다고 선언한 후 정당화 심사를 하는 대부분의 판례는 A 정식과 어울릴 수 없다. 그와 같은 태도는 A 정식을 지지하는 논자들이 한사코 거부하는 이른바 절대적 평등설을 전제로 할 때에만 가능한 입론이다.

2. 기준의 부당성

현재는 ‘같음’과 ‘다름’을 판단하는 기준으로, ‘당해 법률 조항의 의미와 목적’을 제시한다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾ 그런데, 당해 법률조항의 의미와 목적을 정하는 주체는 국회이다. 국회의 입법이 평등권을 침해하는 것 아닌가, 즉 A 정식의 논리를 따른다면 본질적으로 같은 것을 다르게 처우하는 것 아닌가, 또는

59) “서로 비교될 수 있는 사실관계가 모든 관점에서 완전히 동일한 것이 아니라 단지 일정 요소에 있어서만 동일한 경우에, 비교되는 두 사실관계를 법적으로 동일한 것으로 볼 것인지 아니면 다른 것으로 볼 것인지를 판단하기 위하여는 어떠한 요소가 결정적인 기준이 되는가가 문제된다. 두 개의 사실관계가 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법률조항의 의미와 목적에 달려있다.”(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727-728)

60) 『‘같은 것’과 ‘같지 아니한 것’을 구별하는 판단기준을 어떻게 정할 것인가 하는 것이 어려운 문제로 제기된다. 이 문제와 관련하여 영미법상의 ‘합리성의 原則’이나 대륙법상의 ‘恣意禁止의 原則’ 등이 그 판단 기준으로 제시되긴 하지만, 이들 원칙이 모든 문제를 명쾌하게 해결해 주지는 못한다. 왜냐하면 ‘합리적인 것’과 ‘불합리한 것’, ‘恣意的인 것’과 ‘그렇지 않은 것’을 구별하는 것은 또 다른 가치 판단을 필요로 하는 문제이기 때문이다.』라고 설명하는 견해가 있다.(허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016, 352-353면) 그러나, 같은 것과 다른 것을 구별하는 문제와 ‘합리적인 것’과 ‘불합리한 것’을 구별하는 문제 또는 ‘恣意的인 것’과 ‘그렇지 않은 것’을 구별하는 문제는 전혀 다른 것이다. 전자가 평등의 이상적인 상태를 확정해 내는 것에 관한 문제라면, 후자는 평등의 이상적인 상태로부터는 벗어난 것을 정당화하는 것에 관한 문제와 연결된다. ‘허용(may)’과 ‘명령(must)’을 구별하지 아니하고 사용하였다는 비판을 받을 소지가 크다. 정주백, “상대적 평등설의 허구성”, 『헌법학연구』, 제19권 제2호, 헌법학회, 2013, 178면 참조.

본질적으로 다른 것을 같게 채우하는 것이 아닌가를 판단함에 있어서, 첫 출발점이 되는 양자의 본질적으로 같음과 다름을 결정하는 기초를 입법자의 의사에서 구해야 한다는 것은 타당한 이론이라 보기 어렵다.

같다, 다르다는 헌법의 문제이다. 입법자가 같다고 보았는가, 다르다고 보았는가는 위헌 여부의 심사 ‘대상’이 될 뿐이다. 헌법이 양자를 같게 취급할 것을 명령하고 있음에도 불구하고 법률이 양자를 다르게 채우하고 있다면 이를 차별이라 할 것이고, 헌법이 양자를 다르게 취급할 것을 명령하고 있음에도 불구하고 법률이 양자를 같게 채우하고 있다면 이를 차별이라 할 것이다. 그런데, 양자가 같은가, 다른가를 국회가 정하고 있는 법률의 의미와 목적으로 살펴서 정한다는 것은, 헌법을 판단기준으로 하는 심사를 하지 않겠다는 것과 다름 아니다.

국회의 입법재량을 들어 이를 정당화하려는 시도가 있으나⁶¹⁾ 이 또한 부당하다. 입법재량의 문제와, 같은 것과 다른 것을 구별하는 문제는 전혀 무관한 문제다. 같은 것인가, 다른 것인가 하는 문제는 헌법 해석의 문제이고, 평등의 이상적인 상태를 벗어났을 때 얼마나 엄격하게 심사되어야 할 것인가에 관한 문제가 입법재량의 문제이다. 같은 채우를 하여야 할 것인가, 다른 채우를 하여야 할 것인가를 입법자가 정할 수 있다면,⁶²⁾ 거기에

61) 허영 교수는 “평등권이 요구하는 평등은 절대적 평등이 아니고 상대적 평등을 뜻하기 때문에 ‘같은 것’과 ‘같지 않은 것’, ‘같이 취급할 사항’과 ‘다르게 취급할 사항’을 결정할 수 있는 넓은 형성의 자유가 입법권자에게 허용된다”고 하나(허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016, 350면), 이해하기 어려운 설명이다. ‘같이 취급할 사항인가’. ‘다르게 취급할 사항인가’는 입법자가 결정할 문제가 아니다. 헌법의 문제이기 때문이다. ‘같은’, ‘다름’을 입법자가 결정한다면, 헌법을 입법자가 충진하는 것이 되기 때문이다. 입법자의 결정이 위와 같은 헌법적 명령에 위배되는가 아닌가가 위헌심사의 내용이 되는 것이다.

62) 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2011, 400면은, “평등의 실현은 우선적으로 입법자의 권한영역에 속하는 것”이라고 보고 있는데, 이러한 입장이 이 부류에 속한다고 볼 수 있다. 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2011, 580면, “평등대우에 있어서도 어떤 것이 같은 것으로 평등하게 취급되고, 또 어떤 것은 서로 다른 것으로서 차별하여

는 어떠한 내용의 헌법적 명령도 없는 것이 되고 만다.

한편, 입법자가 입법의 재량을 가지는 것은 평등권과의 관계에서만 그런 것이 아니다. 의회는 민주적 정당성을 가진 기관으로서 국민을 대표하여 입법활동을 하는 것이고, 다만 그 입법활동이 헌법이 정한 한계를 지켜야 한다는 제약이 있을 뿐이다. 입법재량론은 문제를 해결하는 데 있어서 아무런 도움을 주지 못한다.⁶³⁾

3. 관례의 혼선

구체적인 예를 들어 보자. 회사정리절차에서 담보권이 설정된 채권과 일반채권은 같은가, 다른가? 2003헌바47 사건에서는 이를 분명히 말하지 아니한다. 단지, “권리자가 채권에 덧붙여 담보권까지 가지고 있는지, 무담보채권만을 가지고 있는지를 구별하여 그 취급을 달리 정해야 할 뚜렷한 이유를 인정하기 어렵다.”고 말할 뿐이다.⁶⁴⁾ 한편, 공기업에 근무하는 자와 사기업에 근무하는 자는 근로조건에 있어서 같은 처우를 받아야 하는가, 다른 처우를 받아야 하는가? 헌법재판소는 본질적으로 위 두 개의 집단은 다르다고 보았다. 그러면서도 본질적으로 다르지 않다고 하더라도 다른 처우가 정당화된다고 부연설명하고 있다.⁶⁵⁾ 다른 취급에 대하여 같게 취급하

취급할 것인지의 판단은 일차적으로 입법자에 의해 내려지는 것이다.”는 주장도 마찬가지다. 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2015, 300면 ; 이종수, “사회적 차별과 평등의 실현”, 『연세법학연구』, 제10집 제2권, 연세대학교, 8면도 유사하다.

63) 같음과 다름의 분석을 시도하여 보았으나 결국은 불가능하다는 결론에 이르렀다는 논문으로, 홍강훈, “평등권 심사에 있어서 비교집단의 동일성 판단에 관한 연구”, 『공법연구』 제42집 제4호, 한국공법학회, 2014, 177-199면을 참고. 세계헌법학회 한국학회 편, 현대공법의 이론과 관례의 동향, 관악사, 2014, 237면 이하에 재록되어 있음.

64) 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바47, 관례집 17-1, 834, 865.

65) 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바74, 관례집 불게재. 사안은 이리하다. 구 농지개량조합

여야 하는가 하는 판단은 하지 아니하고, “동등하게 취급하는 것은 부당하므로, …… 차별취급은 합리적 근거가 있는 것으로서 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.”고 한다.⁶⁶⁾ 이는 ① 같게 취급하여야 한다, ② 그런데 다른 취급을 하고 있다, ③ 하지만 이러저러한 사정을 보아 정당화된다는 판단을 하나로 뭉뚱그린 것이라 아니할 수 없다. 그만큼 같은가, 다른가를 판단하는 것이 쉽지 아니함을 보여주는 것이다. 그러나 논리적으로 보았을 때 위와 같은 문제가, 같은 집단이나 다른 집단이나를 위 2003헌바74 사건에서처럼 ‘가정적으로’ 부연해서 해소될 성질의 것은 아니다. 왜냐하면 헌법적 명령을 확정하는 것이기 때문이다. 헌법적 명령이 무엇인가는 판단에 있어서의 대전제를 구성하는 것이다.

극단적으로 헌재가 다른 판단을 내린 경우도 있다. 이 사건⁶⁷⁾에서 심판의 대상으로 된 법률조항은, 고급오락장용 건축물을 취득하는 경우에는 보통의 건축물을 취득하는 경우에 비하여 다액의 취득세를 부과하도록 정하고 있다. 그런데, 청구인은 고급오락장용 건축물이기는 하나 자신은 이 건축물을 고급오락장용으로 사용할 의도가 없음에도 불구하고 취득세를 중과

법(1996. 8. 8. 법률 제5153호로 개정되어 1999. 2. 5. 법률 제5759호로 폐지되기 전의 것) 제40조 제1항은 “조합의 조직, 임원 및 직원의 복무와 보수, 직원의 임용에 관하여는 농림부장관이 정하는 기준에 따라 조합장이 정한다”고 정하고 있어서, 농지개량조합의 근로자들은 노동조합을 결성하여 단체협약을 체결하여도 그 효력이 농림부장관의 의사에 따라 좌우되므로 다른 사업장에서 근무하는 근로자들에 비하여 불리하게 취급받게 되어 결과적으로 청구인들의 평등권을 침해한다고 주장하였다.

66) “임용결격공무원등에대한퇴직보상금지급등에관한특례법 제6조가 임용결격·당연퇴직공무원에 대하여 공무원연금법상의 공무원상요양비 또는 공무원상요양일시금에 관한 규정만을 준용함으로써 결격사유가 없는 공무원에 비하여 불리하게 취급하고 있는 것은 사실이나, 공무원 임용결격사유의 규정취지에 비추어 공무원 임용결격사유가 있는 자와 없는 자를 동등하게 취급하는 것은 부당하므로, 위와 같은 차별취급은 합리적 근거가 있는 것으로서 평등권을 침해한 것으로 볼 수 없다.”(헌재 2001. 9. 27. 2000헌마342, 판례집 13-2, 422, 435)

67) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바87, 판례집 21-2상, 498.

(重課)하는 것은 자신의 평등권을 침해한다는 주장을 하였다. 즉, ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지는 취득행위’와 ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지지 않는 취득행위’를 동등하게 취급하는 것은 평등원칙에 위배된다는 것이다. 이에 대하여 헌법재판소는 심판대상 법률조항의 주된 목적이 사치성 재산의 소비를 억제하고 국민의 건전한 소비생활 정착을 도모하는 데에 있는 한, ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지는 취득행위’와 ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지지 않는 취득행위’는 본질적으로 상이한 집단이므로 그 취득목적에 따라 취득세 중과세 여부가 달라져야 할 것인바, 이러한 양자의 차이가 반영되지 아니한 채 심판대상 법률조항이 ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지지 않는 취득행위’에 대하여도 적용되는 것은 불합리한 차별취급에 해당하여 평등원칙에 위반된다고 판시하였다.⁶⁸⁾

위 사건에는 2인 재판관의 반대의견이 있다. 요지는 다음과 같다. “고급오락장의 ‘취득목적’이 고급오락장에 대한 취득세 중과세에 있어 ‘본질적으로 다른 두 개의 비교집단’을 나누는 기준은 될 수 없으므로, 취득목적이 무엇인지에 상관없이 ‘고급오락장 취득 행위’는 모두 본질적으로 동일한 집단이라고 보아야 한다. 따라서 심판대상 법률조항은 고급오락장으로 사용할 목적 없이 고급오락장을 취득한 경우에 적용되더라도 평등원칙에 위반되지 아니한다.”

그런데 흥미로운 것은, 헌법재판소가 2005년에는 동일한 쟁점에 대하여, 취득목적이라는 것은 지극히 주관적이어서 이를 객관적으로 확인하는 것은 매우 어려운 일일 뿐 아니라 고급오락장의 취득목적에 따라 취득세 중과세 여부를 달리하는 것은 그 해석과 법집행상의 자의가 개재될 여지가 있으며

68) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바87, 판례집 21-2상, 498, 512-513. 한 가지 특기할 점은, 같은 처우가 차별이라 하더라도 그 차별의 정당성에 대한 심사가 없이는 위헌이라 결론을 내릴 수 없다는 점이다. 그러나 이 사건에서는 아무런 논증 없이 ‘불합리한’ 차별취급이라 하는데, 이는 논리적 비약이다.

유통세인 취득세의 본질과도 상응하지 않으므로 고급오락장의 취득목적이 “본질적으로 다른 두 개의 비교집단”을 나누는 기준은 될 수 없다고 판시한바 있다는 점이다.⁶⁹⁾ 물론 이 판례는 위 2009년 사건으로써 변경되었다.

같은가, 다른가를 판단하기 어렵다는 점에서, 이를 논증부담의 문제로 해결하려는 견해가 있다. 이러한 견해에 따르면, “문제는 평등을 상대적 평등으로 이해하는 경우에도 무엇이 같은 대상이고, 또한 무엇이 다른 대상인지를 확인하는 것이 쉽지 않다는 점이다. 여기서 평등은 원칙적으로 ‘평등 대우에 유리한 원칙’으로 이해된다. 이러한 원칙에 따라 평등대우를 주장하는 사람이 아니라 불평등(차별) 대우를 주장하는 사람에게 논증부담이 부과된다. 따라서 평등권은 불평등 대우를 주장할 만한 합리적 근거가 제시되기 전까지 잠정적으로 평등하게 대우받을 권리를 의미하게 된다.”⁷⁰⁾고 한다. 동의하기 어려운 주장이다. 이 점에 대해서는 이미 위 II. 3.에서 살펴보았다.⁷¹⁾ 논리적으로 보았을 때 더 큰 문제는, “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게”가 헌법의 명령이므로, 즉 헌법상의 권리이므로 이를 원용하면 되는 것이지, 그 권리가 있음을 ‘논증’할 필요는 없다는 점을 간과한 것이다. 그 권리가 있는가 없는가의 문제는 법의 문제이고, 이는 법원이 판단하여야 할 사항이다.

69) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌바27, 판례집 17-1, 644, 656-656.

70) 이준일, “비례성원칙의 개념과 구조 및 구체화”, 『고시연구』 2005년 3월호, 고시연구사, 33면.

71) 두 개 집단이 본질적으로 같다는 점을 ‘단언하기 어렵다’고 선언할 뿐, 논증하지 아니한 사례로는, “청구인은 위치추적 전자장치 부착명령은 성폭력범죄 등 특정범죄에만 적용되기 때문에 다른 범죄와의 관계에서 평등원칙에 위배된다는 취지의 주장을 하나, 전자감시제도의 대상이 되는 특정 성폭력범죄와 그 밖의 일반 범죄는 서로 비교집단을 이루는 ‘본질적으로 동일한 것’이라고 단언하기는 어려우며, ……(하략)……”(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바89, 판례집 24-2하, 364, 386)라는 판시를 예로 들 수 있다.

V. 폐해

1. 헌법을 대체한다는 점

가. 도입

헌법 안에는 여러 조항들이 있다. 즉, 헌법 제11조만 있는 것이 아니다. 각 조항들이 긴밀히 연결되어 하나의 헌법 체계를 만들어 낸다. 하나의 헌법 조항은 ‘전체’가 아니라 ‘부분’일 뿐이다. 그러므로 각 개별 조항이 가지는 고유한 의미를 밝혀내어서, 각 개별 조항이 독자적으로 활동할 공간을 마련하여야 한다. 그것이 각 개별조항의 존재의의를 존중하는 것이다. 그런데, A 정식은 헌법전이 가지고 있는 각 개별조항의 존재의의를 부정하거나 매우 약화시켰다.

나. 사회권 조항

헌법에는 사회권에 관한 조항이 있다. 대표적으로 헌법 제34조 제1항⁷²⁾을 들 수 있다. 그런데 이 조항의 법적 성격에 관하여는 다툼이 있다. 크게 보면 구체적 권리설과 추상적 권리설이 있다. 쟁점은, 사회권 조항을 기초로 하여 국가를 향해 급부를 청구할 수 있는가 하는 것인데, 현재의 학설은 부정적이다.

그러나, 위의 논의가 ‘평등’ 조항을 매개로 하면 아무런 의미가 없는 것으로 된다. 즉, 사회적 부조를 청구하는 청구인이, 문제된 법률조항이 본질적으로 서로 다른 것을 같게 처우하고 있다고 주장하는 경우, 위에서 본바의 사회권의 법적 성격에 관한 논의는 사라지고, 본질적으로 같은가, 다

72) “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”

른가 하는 논의를 통하여, 본질적으로 다르므로 다른 처우를 하여야 하나 양자를 같이 처우하고 있으므로 일응 차별이 인정된다고 하게 된다.

대표적인 예로 2002헌마328 결정⁷³⁾을 들 수 있다. 위 사건의 청구인은 장애인인데, “장애인가구와 비장애인가구에게 동일한 최저생계비를 적용함으로써 비장애인가구와 비교하여 상대적으로 적은 액수의 생계급여를 받게 되는 것은 평등권을 침해하는 것”이라고 주장하였다.

이에 대하여 현재는, “이 사건 고시는 장애인가구의 추가지출비용을 반영한 별도의 최저생계비를 결정하지 않은 채 일률적으로 가구별 인원수만을 기준으로 한 최저생계비를 결정함으로써 사회부조의 일종인 보장법상의 생계급여를 지급받을 자격을 갖춘 생활능력 없는 장애인가구와 비장애인가구에게 동일한 최저생계비를 기준으로 하여 생계급여를 지급받게 하였다는 점에서 본질적으로 다른 것을 같게 취급하는 상황을 초래하였다고 볼 수 있다”고 한 후, 이것이 정당화될 것인가의 문제를 논하고 결국 청구인의 주장을 배척하였다. 이 결정문의 어디에도 사회권 조항에 대한 논의는 없다.

위와 같은 논의는 타당하지 아니하다. 많은 학설이 인정하는 바와 같이, 평등이 형식적인 권리에 불과하다면, 실체적인 내용을 담고 있는 조항이 있다면 그 조항이 적용되어야 하는 것이지, 그 조항을 무시하고 형식적 권리라는 평등권 조항을 적용하여 문제를 해결하려는 것은, 헌법전 전체의 질서를 무너뜨리는 것이다.

혹자는 “사회적 기본권의 주관적 권리로서의 성격에 대한 논란이 여전히 존재하는 점을 고려할 때, 사실적 평등을 주관적 권리로서 주장할 수 있도록⁷⁴⁾하기 위하여 법적 평등 외에 사실적 평등이 평등의 관념으로 인정되어야 한다고 주장한다. 헌법에서 명문으로 설정한 권리 문제로 다루어서

73) 현재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195.

74) 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2011, 403면.

해결되지 아니할 문제를, 형식뿐이라고 보는 평등에, 해석을 통하여 권리를 충전하겠다는 발상이다. 도저히 납득하기 어렵다.

다. 이른바 개별적 평등 조항

학설은, 헌법 제11조 제1항을 일반적 평등조항이라 하고, 헌법전 안에 산재한 일부의 조항을 뭉뚱그려서 개별적 평등조항이라 한다.⁷⁵⁾ 이와 같은 설명은 개별적인 조항들의 존재의의를 약화시키는 것이다. 즉, 헌법 제11조 제1항이 평등에 관하여 모든 것을 말하고 있고, 나머지 개별적 조항들은 위 일반조항의 구체화에 불과하다고 보는 것이다.

만약 A 정식을 헌법적 명령으로 이해하게 된다면, 우리의 헌법 중 상당한 부분은 주의적 규정 내지는 무용한 규정이 되고 만다. 예를 들면 여성, 노인과 청소년, 신체장애자의 복지에 관한 헌법 제34조, 모성의 보호에 관한 헌법 제36조 제3항 등은 없어도 되는 조문이 된다. A 정식으로 전부 해결할 수 있는 것이기 때문이다. 좀 더 나아가간다면, 우리 헌법전에서 제 11조를 제외하고 나머지 조항은 모두 없어도 좋을 것이다. 세상의 모든 법적 문제는 평등의 문제로 치환할 수 있다. 평등이 바로 정의라 하는 한도에서는 그러하다.

위에서 본 장애인 생계비 사건은 헌법 제34조 제5항⁷⁶⁾의 문제로 보아야 한다. 위 조항의 해석을 통하여 청구인에게 생계비 기준을 높여 달라고 청구할 권리가 인정되는가 하는 문제가 쟁점으로서 검토되어야 한다. 그리하지 않은 채로 ‘평등’이라는 일반규범을 통하여 배분에 관한 질서를 세우고자 하는 것은 특별히 우선적 처우에 관하여 규정하고 우리 헌법의 규정들

75) 헌법 제11조 제1항 제2문, 제41조 제1항, 제67조 제1항, 제116조 제1항, 제32조 제4항, 제36조 제1항, 제119조 제2항, 제123조 제2항, 헌법 제31조

76) 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

을 아무 의미도 없는 조항으로 만드는 것이 된다.⁷⁷⁾ 사회권 내지 생존권적 기본권 규정을 개별적으로 두고 있지 아니한 독일기본법에 대한 해석에 있어서도 사회권적·생존권적 평등요구는 평등조항보다는 사회국가조항에서 도출되는 것으로 해석하는 것이 통설이라고 한다.⁷⁸⁾

2. 헌법 조항의 통일적 해석

하나의 법률 또는 헌법전 안에 쓰이고 있는 용어는 하나의 의미로 이해되어야 한다. 그런데 우리 헌법 제41조의 보통·평등·직접·비밀선거 중 평등선거는 무엇을 의미하는가 하는 점을 살펴볼 필요가 있다. 만약 ‘평등’ 선거에서의 평등을 헌법 제11조의 평등과 같은 것으로 이해한다면, ‘평등’은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’로 이해되어야 할 것이고, 투표권의 부여에 있어서의 분배원리가 논의되어야 할 것이다. 만약 선거를 국가의사 결정에 참여하는 것이라 보았을 때, 현명한 사람에게 더 많은 결정권을 주는 것이 상대적 평등원리에 부합하는 것이라는 주장도 얼마든지 가능하다고 생각된다. 즉 현명한 사람에게는 더 많은 투표권을 주는 방법이 헌법상의 평등선거 이념에 부합한다고 볼 수도 있다는 것이다.

그런데 평등선거를 위와 같은 방법으로 이해하는 입장은 없는 것 같고, 오로지 1인 1표 원리만이 타당한 것으로 주장되고 있다. 위의 입장에 따르면 본질적으로 다른 것을 같게 치우하는 것으로서 ‘차별’이라 평가하는 주장이 전혀 없다는 것이다.

또 헌법 제11조의 평등과 헌법 제41조의 평등을 다른 의미로 읽어야 한다면, 그 근거는 무엇인가? 개인적으로는 ‘정치’를 끌어오지 아니하는 한

77) 황도수, “법규범으로서의 평등의 사적전개”, 『헌법논총』 제7집, 헌법재판소, 1996, 211면.

78) Conrad Hesse(계희열 譯), 『서독헌법원론』, 삼영사, 1987, 136면.

위 문제에 대답할 수 없는 것이라 생각된다. 결국 헌법 제11조의 평등과 헌법 제41조의 평등은 다른 의미를 가진다는 것인데, 이는 헌법이 예정한 바가 아니라 헌법을 해석하는 자가 그리 보는 것이다. 하나의 규범 안에서 같은 단어를 이와 같이 달리 읽는 것은 이미 해석의 수준을 넘는 것이라 아니할 수 없다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾

VI. 결론

이 논문은 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 채우하는 것(A 정식)이 상대적 평등설의 의미라고 이해하면서, 이것이 곧 헌법 제11조 제1항의 평등의 의미라고 이해하는 입장에 대해 살펴보면, 이러한 입장을 법 바깥의 문제와 법 안의 문제로 나누어서 살펴보았다.

법 바깥의 문제로서는 과연 A 정식이 규범으로 작동할 수 있는 자격을 갖추었는가 하는 점을, 그리고 법 안의 문제로서는 그것이 헌법 제11조의 해석론으로 도입되었을 때 구체적으로 어떤 문제점을 야기하는가 하는 점을 다루었다.

A 정식은 규범이 될 수 없다. 왜냐하면 아무 것도 말하는 바가 없기 때문이다. 그런데, A 정식이 마치 헌법의 평등의 내용인 것처럼 이해되면서 평등론은 혼돈(chaos)에 빠졌다. 헌법의 명령 자체가 모호한 것으로 되었고, 그 모호함에 기대어 헌법을 해석할 권한을 가진 기관은 헌법을 제정하는

79) 필자는 평등선거는 헌법 제11조와 무관하다고 본다. 보통선거가 헌법 제11조와 관련을 맺을 수 있다. 다른 논문에서 다룰 것이다.

80) 평등권의 심사 기준에 관해서도 이 문제가 중요한데, 이 점은 정주백, “평등권의 심사 기준 - 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격을 중심으로 -”, 『헌법논총』 제24집, 헌법재판소, 2013, 185면 이하 참조.

권한과 유사한 권한을 가지게 되었다. 어떠한 법 상태도 A 정식을 원용하여 위헌으로 선언할 수 있다. 그런데 문제는 누구도 A 정식의 평등이 무엇을 의미하는가를 물으면 대답할 수 없다는 것이다. 문제를 가져오면 대답하리라, 정도의 대답만 할 수 있다. 그러면 입법자는 어떠한 상태가 평등한 상태인지도 알 수 없다. 법을 만들어 두고 헌법을 해석하는 식자들의 논쟁에 법의 운명을 맡겨 둘 수 밖에 없다. 이것은 민주적 정당성을 갖춘 의회를 낮추어 보는 것이다. 그리고 우리 공동체의 운명을 몇몇 현자들에게 맡기자는 주장이다. 연구자는 그러한 상태가 옳지 않다고 본다.

이 논문은 A 정식을 비판하는 것에 중점을 둔 것이고, 필자가 생각하는 ‘평등’의 적극적인 해석론을 본격적으로 다룬 것은 아니다. 이것은 다음의 과제로 남기기로 한다.⁸¹⁾

81) 정주백, “2006헌마328 병역법 사건에서의 차별 확정”, 『법학연구』 제25권 제1호, 충남대학교, 2014, 11면 이하에 필자의 생각이 어느 정도는 담겨 있다.

[국문초록]

아리스토텔레스 정식 비판

상대적 평등설에는, 서로 이질적인 두 가지 주장이 담겨 있다. 그 중 하나는 합리적 차별을 허용하는 것이 평등한 것이라는 주장이고, 다른 하나는 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 채우하는 것이 평등한 것이라는 주장(이러한 두 번째 주장을 이하 ‘A 정식’이라 한다)이다. 이 논문은 A 정식을 비판하는 것을 내용으로 한다.

먼저 법 바깥의 문제로 살펴보았을 때, A 정식은 내용이 없는 공허한 정식이어서, 지극히 타당하지만 규범으로 작동할 수는 없다. A 정식은 결국 ‘A=A’이기 때문이다.

A 정식은 결국 헌법을 해석하는 사람에 의해 ‘충전(充填)’되었을 때 의미 있는 규범이 될 것이나, 헌법이 충전할 내용을 따로 규정해 두지 아니하였다면 결국 평등은 독자적으로 작동할 수 없는 것이 된다. 규범의 내용을 전적으로 법 해석자가 충전하는 경우 입법자와 법 해석자가 동일해지는 문제가 생긴다. 이를 타개하기 위하여 일응 ‘같은 채우가 명령된다’고 이해하는 학설도 있으나, 논리적인 설명이라 하기 어렵다. ‘같은 채우’와 ‘다른 채우’는 논리적으로 동등하기 때문이다. 나아가 A 정식은 평등권이라는 헌법상의 권리를 무의미한 것으로 만든다. 논쟁의 ‘틀’로만 남기 때문이다.

평등을 다룬 현재의 결정들을 살펴보면, 위와 같은 혼돈 상태가 확인된다. 헌법 제11조 제1항은 전문에서 법을 일률적으로 적용하여야 한다는 점을 밝히고 있고, 후문에서 성별, 종교, 사회적 신분을 이유로 다른 처우를 하는 것을 금지할 뿐이다. 어디에서도 ‘같은 것들만’ 같게 채우하라고 명령

한 바가 없고, 어디에서도 다르게 채우하라고 명령한바 또한 없다. 문리적으로 A 정식은 헌법 제11조 제1항 해석론으로 도입될 수 없다.

한편, A 정식은 현재의 결정들에서도 그대로 받아들여지지 않고 있다. 두 개의 집단이 본질적으로 같은가 다른가를 논증하지 않은 채로, 서로 다른 채우가 있다고 하여 바로 차별이 있다고 보는 것은 A 정식과 배치된다.

A 정식이 헌법 제11조 제1항의 해석론으로 도입됨으로 인하여 헌법상의 모든 기본권 조항이 거의 무의미한 것으로 되었다. 대표적으로는 사회권 조항이 무의미한 것이 되었고, 이른바 개별적 평등 조항이라고 말해지는 조항들 또한 무의미한 것이 되었다.

A 정식은 평등의 의미로 받아들여질 수 없다. 평등의 의미는 새롭게 이해되어야 한다.

주제어

평등, 아리스토텔레스 정식, 상대적 평등설, 사회권, 입법자 구속설

[Abstract]

A Critique of the Aristotelian Formula

The so-called ‘relative equality doctrine’ includes two heterogeneous arguments. The former is that it is equal to permit discrimination when it is reasonable, whereas the latter is that it is equal when we treat ‘like things alike, and unlike things unlike’. This article is a critique of the latter argument, which we call the ‘A Formula’ hereinafter.

From the outside of legal issues, the A Formula, the eventual logical form of which is ‘A=A’, is nothing but an empty form without its own content, which makes it irrefutable but also ineligible to be a ‘norm’.

The A Formula can be a meaningful norm only insofar as the interpreter of the constitution ‘fills’ it. But the source of his/her filling is only where the constitution provides the content, apart from equality itself. If the ‘filling’ is to be left solely to the interpreter, the legislation and interpretation of the constitution would lay in the same hands. Despite an effort to avoid this consequence, the argument that equality ‘presumably favors same treatment’ lacks its strength, as long as ‘same’ and ‘different’ treatments are to have the same logical value. What is more, the A Formula, which can be nothing more than a ‘frame’ of argument, leaves the constitution ‘right’ to equality meaningless.

The chaotic state of equality can be discerned in the decisions of the Korean Constitution Court. What Art. 11, Sec. 1 of the Constitution states

is merely (i) that law must be applied uniformly (the 1st clause), (ii) and that gender, religion, or social status cannot be the reason for treating people differently (the 2nd clause). Nowhere does it say that ‘(only) like things’ should be treated alike, nor that any people should be treated ‘unlike’. Based on this scripture, the A Formula cannot be incorporated into the interpretation of Art. 11, Sec. 1.

Furthermore, even in the jurisprudence of the Constitutional Court, the A Formula is not taken at its face value. Where there is merely a different treatment, the Court leaps to recognize a ‘discrimination’ without demonstrating whether the two groups in question is essentially same or different, which is not in conformity with the A Formula itself.

Incorporating the A Formula into the interpretation of Art. 11, Sec. 1 made almost every constitutional ‘basic rights’ provisions, not to mention only the ‘social rights’ provisions or the so-called ‘special equality provisions’, all obsolete.

The meaning of equality cannot be the A Formula itself, and ought to be sought somewhere else.

Key-words

Equality, Aristotle, Doctrine of Relative Equality, Social Rights, Doctrine of the binding power on legislature

참고문헌

- 염수균, 『자유주의적 정의』, 조선대 출판부, 2012.
- 장동진, 『현대자유주의 정치철학의 이해』, 동명사, 2001.
- 황도수, 『헌법재판 심사기준으로서의 평등』, 1996, 서울대학교 박사학위논문.
- 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2011.
- 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2015.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016.
- Conrad Hesse(계희열 譯), 『서독헌법원론』, 삼영사, 1987.
- G. Radbruch(엄민영/서돈각 譯), 『법철학입문』, 육법사, 1982.
- Hans Kelsen(김선복 譯), 『정의란 무엇인가』, 책과 사람들, 2010.
- Robert Alexy(이준일 譯), 『기본권이론』, 한길사, 2007.
- 김도균, “한국 법질서와 정의론: 공정과 공평, 그리고 운의 평등”, 『서울대학교 법학』 제53권 제1호, 서울대학교, 2012.
- 김옥, “‘법 앞의 평등’이념을 어떻게 이해할 것인가?”, 『민주법학』 11권, 민주주의법학연구회.
- 김주환, “평등권 위반여부에 대한 심사기준”, 『강원법학』 제31권, 강원대학교, 2010.
- 심현섭, “정의에 관한 연구”, 『서울대학교 법학』, 제29권 제2호, 서울대학교, 1988.
- 심현섭, “정의의 실질적 기준에 관한 연구”, 『서울대학교 법학』, 제36권 제1호, 서울대학교, 1995.
- 이욱한, “자유권과 평등권의 사법적 심사구조”, 『사법행정』, 2003년 3월호, 한국사법행정학회.
- 이종수, “사회적 차별과 평등의 실현”, 『연세법학연구』, 제10집 제2권, 연세대학교.
- 이준일, “비례성원칙의 개념과 구조 및 구체화”, 『고시연구』 2005년 3월호, 고시연구사.

憲法論叢 第27輯(2016)

- 정주백, “입법자 구속설 비판”, 『법학연구』, 제23권 제2호, 충남대학교, 2012.
- 정주백, “상대적 평등설의 허구성”, 『헌법학연구』 제19권 제2호, 헌법학회, 2013.
- 정주백, “헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격”, 『헌법학연구』 제19권 제3호, 헌법학회, 2013.
- 정주백, “평등권의 심사 기준 - 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격을 중심으로-”, 『헌법논총』 제24집, 헌법재판소, 2013.
- 정주백, “2006헌마328 병역법 사건에서의 차별 확정”, 『법학연구』 제25권 제1호, 충남대학교, 2014.
- 정주백, “간접차별 개념의 필요성에 관한 관건- 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363에 대한 평석을 겸하여 -”, 『헌법학연구』 제22권 제1호, 헌법학회, 2016.
- 홍강훈, “평등권 심사에 있어서 비교집단의 동일성 판단에 관한 연구”, 『공법연구』 제42집 제4호, 한국공법학회, 2014. 세계헌법학회 한국학회 편, 현대공법의 이론과 판례의 동향, 관악사, 2014. 재록.
- 황도수, “법규범으로서의 평등의 사적전개”, 『헌법논총』 제7집, 헌법재판소, 1996.
- Peter Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982). 이 논문의 번역은 최호동, “평등이라는 공허한 관념”, 『영남법학』, 제36호, 영남대학교, 2013.

(논문접수일: 2016. 8. 31. 논문심사일: 2016. 10. 11. 게재확정일: 2016. 11. 11.)

알 권리의 법적 성격과 내용

The Character and Contents of the Right to Know

金培元(Kim, Bae-Won)

釜山大學校 教授

— 目 次 —

I. 서설	185
II. 알 권리의 법적 성격	187
1. 서설	187
2. 알 권리의 대상정보와 법적 성격	19
가. 알 권리의 대상으로서의 정보	19
나. 자유권적·청구권적 알 권리와 대상 정보	9
3. 알 권리의 구체적 권리성	19
가. 서설	199
나. 알 권리의 구체적 권리성에 대한 판례와 학설	0
다. 일반적 정보공개청구권의 구체적 권리성에 대한 검토	12
III. 알 권리의 내용	220
1. 서설	220

2. 자유권적 성격의 알 권리	22
가. 정보수령권·정보수집권의 의의	2
나. 정보수령권·정보수집권의 대상	3
다. 정보수령권·정보수집권의 행위 태양과 구별실익	6
3. 청구권적 성격의 알 권리	20
가. 정보공개청구권의 의의	20
나. 일반적 정보공개청구권과 개별적 정보공개청구권	2
IV. 결론	235
* 국문초록 및 주제어	237
* 영문초록 및 주제어	238
* 참고문헌	240

I. 서설

알 권리가 기본적 인권의 하나로서 본격적으로 논의되고 법제도로 정비된 것은 20세기 중반, 대체로 제2차 세계대전 이후의 일이다. 국제기구로서 UN은 1948년 세계인권선언을 채택하고 제19조에서 정보의 자유 내지 알 권리를 규정하였고,¹⁾ 나치스 시대의 외국신문·잡지의 구독금지, 특정 방송의 청취금지 또는 금서목록의 작성 등 탄압에 시달렸던 서독에서는 이에 대한 반성으로 1949년 독일기본법 제5조 제1항에서 알 권리에 관한 명문의 규정을 두었다.²⁾ 미국에서도 1950년부터 국내 뉴스통제에 반대하여 「국민은 알 권리를 가진다.」는 구호를 내걸고 광범한 국정정보의 공개를 요구하는 캠페인을 벌였으며, 마침내 1966년에는 정보자유법(The Freedom of Information Act)을 제정하고 그 후 수차례의 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있다.³⁾

정보사회에서 정보의 가치와 중요성은 정보의 집중·통제 현상을 초래하고, 국가와 기업의 영향력 증대에 따른 권력과 자본의 논리는 정치적 목적이나 기업이익을 위하여 정보를 독점하거나 왜곡·조작 가능성을 수반한다.⁴⁾ 이러한 상황 하에서 단순히 정보조작의 대상이나 일방적인 정보수령자로서의 국민이 아니라 개인적·사회적·국가적 차원에서 공리적 가치나

1) Volker Diesbach, "The Concept of Freedom of Information in International Guarantees of Human Rights", 19 *Law and State* 91, 92, 94, (1979).

2) Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag., 1984) SS. 151-152.

3) 김배원, 알 권리에 관한 연구, 부산대학교 박사학위논문, 1989, 5면 참조. 미국의 정보자유법 개정과 관련하여서는 김배원, 미국의 정보자유법(FOIA) 30년 (1966-1996), *공법학연구* 제3권 제1호, 89-115면, 2001; Harold C. Relyea, *Federal freedom of information policy: Highlights of recent developments*, *Government Information Quarterly* 26, 314 - 320 (2009) 참조.

4) 김배원, *전계논문*, 22면 참조.

개인적 가치를 적극적이고 능동적으로 구현하기 위하여 알 권리를 주장하고 또 보장할 필요가 있는 것이다.

우리나라에서는 현행헌법상 알 권리를 명문으로 규정하고 있지는 않지만, 학설⁵⁾과 판례는 알 권리를 헌법상의 권리로 인정하고 있다. 특히, 판례는 표현의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조를 근거로 하여 자유권적 성격뿐만 아니라 청구권적 성격을 가지는 알 권리도 법률의 제정이 없더라도 직접 보장되는 것이며, 이는 헌법재판소의 확립된 판례라고 선언하였다.⁶⁾ 이러한 판례의 태도는 자유권적 성격의 알 권리⁷⁾와 청구권적 성격의 알 권리⁸⁾ 모두에 있어서 최근까지 그대로 유지되고 있다.

이 글에서는 알 권리의 법적 성격과 내용에 초점을 맞추어 살펴보고자 하는데, 알 권리의 법적 성격에 대하여는 알 권리의 ‘대상정보와 법적 성격’ 및 ‘알 권리의 구체적 권리성’을 중심으로 검토(Ⅱ)하고, 알 권리의 내용에 대하여는 알 권리를 ‘정보수령권, 정보수집권, 정보공개청구권’으로 세분하여 고찰(Ⅲ)한다.

이러한 고찰을 함에 있어서, 이미 1970년경부터 우리의 학설이 헌법상의 알 권리를 논하여 왔고 또 1990년을 전후하여 헌법재판소 판례가 헌법상

-
- 5) 최대권 교수는 국민의 알 권리는 입법을 마련하지 아니하는 한 도덕적·정치적 권리에 머물러 있게 되는 것이고, 입법을 통하여 구체화되는 권리라고 하고 있다. 최대권, 헌법학강의, 박영사, 2001, 291-292면.
 - 6) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133; 헌재 2015. 6. 25. 2011헌마769, 2012헌마209·536(병합). 물론, 헌법재판소는 헌법 제21조를 알 권리의 주된 근거조항으로 보고 있지만, 그 외에 국민주권주의(헌법 제1조), 인간의 존엄과 가치(제10조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)도 관련이 있다고 하였다. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133.
 - 7) 헌재 1998. 10. 29. 98헌마4; 헌재 2010. 10. 28. 2008헌마638; 헌재 2015. 3. 26. 2013헌마354; 헌재 2016. 4. 28. 2012헌마549등, 공보 제235호, 766; 헌재 2016. 5. 26. 2014헌마45, 공보 제236호, 931.
 - 8) 헌재 2004. 8. 26. 2003헌바81등; 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바107; 헌재 2015. 6. 25. 2011헌마769 등.

의 알 권리를 인정하고 그 후 확립된 선례로서 자리 잡고 있으므로,⁹⁾ 그동안 축적된 우리의 학설과 판례를 중심으로 살펴본다. 그리고 필요한 경우 우리의 학설과 판례에 직·간접적으로 영향을 미친 독일기본법, 미국연방헌법 또는 일본국헌법상의 알 권리에 관한 학설이나 판례도 검토하며 논의를 진행하고자 한다.

II. 알 권리의 법적 성격

1. 서설

알 권리에 대하여 헌법상 명문의 규정을 두고 있지 않은 우리나라에서도 알 권리는 헌법상 표현의 자유의 한 내용으로서 또는 표현의 자유와 표현의 자유의 관계에 있는 것으로 생각되어왔고, 그 의의나 성격도 일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 국가의 방해받지 않고 정보를 받을 자유인 자유권적 성격과 의사의 형성 등을 위하여 필요한 정보를 적극적으로 획득할 수 있는 권리로서 청구권적 성격을 지닌 것으로 파악되고 있다.

비교적 새로운 기본권으로서 알 권리의 법적 성격이 무엇인가 하는 것은 알 권리가 헌법상의 권리인가, 헌법상의 권리라면 기본권 분류체계상 어떤 기본권에 해당하는가, 또는 헌법상의 근거만으로 구체적으로 실현될 수 있는 권리인가 하는 등 알 권리의 본질과 관련된 문제이다.¹⁰⁾ 알 권리의 헌법상 근거와 관련하여 학설과 판례는 헌법의 어느 한 규정 또는 여러 규정에서 그 근거를 도출하고 있는데,¹¹⁾ 특히, 판례는 알 권리 자체가 개

9) 이에 대하여 구체적인 것은 김배원, '알 권리의 헌법적 근거'에 대한 판례의 분석과 검토, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015, 175-178면의 본문 및 각주 참조.

10) 성낙인, 알 권리, 헌법논총 제9집-창립 10주년 기념 특집호-, 1998, 168면 참조.

11) 학설은 다음과 같다. i) 표현의 자유(헌법 제21조)를 근거로 하는 견해: 문홍주,

별 기본권의 중요한 내용을 이루거나 그 실현을 위한 필수적 수단으로 기능하는 경우에는 그러한 개별 기본권을 근거로 하여 알 권리를 도출하기도 한다.¹²⁾

따라서 알 권리의 헌법상 근거는 알 권리의 법적 성격과 밀접한 관련을 가진다. 알 권리가 모든 기본권 실현의 내재적·목시적 전제라고 할 때, 알 권리의 법적 성격도 복합적일 수밖에 없다. 알 권리를 자유권적 성격과

한국헌법, 해암사, 1987, 272-273면; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2016, 588면; 양건, 헌법강의, 법문사, 2016, 647면; 홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2010, 161면; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2015, 546면; 문재완, 알 권리의 재구성-변호사시험법 제18조 제1항 위헌확인 사건의 판례 평석을 겸하여-, 공법연구 제44집 제2호, 2015, 110, 112면, ii) 표현의 자유와 인격권(제21조와 제10조) 또는 인격권(제10조)을 근거로 하는 견해: 김철수, 학설판례 헌법학(상), 박영사, 2008, 528, 531면; 김학성, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2015, 585면; 한수용, 헌법학, 법문사, 2016, 779-780, 783-784면; 박종보, 공공정보공개제도와 알 권리의 헌법적 근거, 공법연구 제28집 제1호, 1999, 12면; 홍준형, 행정법총론, 한울아카데미, 2001, 627-628, 629-630면; 홍준형, 정보공개청구권과 정보의 자유-독일에서의 논의를 중심으로-, 금량 김철수 교수 화갑기념 현대법의 이론과 실제, 박영사, 1993, 559면, iii) 표현의 자유(헌법 제21조 제1항), 국민주권의 원리(제1조), 인간의 존엄성 존중과 행복추구권(제10조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항) 등을 근거로 하는 견해: 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 495-497면; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016, 1200, 1202면; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015, 667, 670면, iv) 표현의 자유와 인격권(헌법 제21조와 제10조) 및 개별기본권 조항을 근거로 하는 견해: 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2016, 371면.

헌법재판소는 헌법 제21조를 알 권리의 주된 근거조항으로 보고 있지만, 그 외에 국민주권의 (헌법 제1조), 인간의 존엄과 가치(제10조), 인간다운 생활을 할 권리(제34조 제1항)도 관련이 있다고 하였다. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133.

- 12) 헌법재판소는 헌법 제21조를 근거로 한 초기의 결정-1989년의 88헌마22 결정과 1991년의 90헌마133 결정-이후, 자유권적 성격의 알 권리와 관련하여서는 헌법 제10조(인격권), 청구권적 성격의 알 권리와 관련하여서는 헌법 제12조 제4항(변호인의 조력을 받을 권리), 헌법 제24조(선거권), 헌법 제27조 제1항 및 제3항(재판청구권-신속·공정한 재판을 받을 권리), 등 헌법 제21조 외에 다른 헌법조항들을 근거로 하여 알 권리를 인정 하기도 한다. 의료법 제19조의2 제2항 위헌확인 등, 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등; 등사신청거부처분 취소, 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60; 공직선거법 제65조 제4항 위헌확인, 헌재 2014. 5. 29. 2012헌마913.

청구권적 성격을 가진 것으로 보거나 표현의 자유나 행복추구권(인격권)의 내용 나아가 참정권, 생활권적 의미를 내포하는 것으로 보는 견해들은 알 권리를 복합적 성격의 권리로 보는 것이다.¹³⁾ 그리고 알 권리가 기본권 행사의 전제로서 또는 개별 기본권 실현을 위한 필수적 전제가 되는 경우에는 그러한 기능 또는 방법으로서의 기능적·수단적 권리이기도 하다.¹⁴⁾

알 권리의 법적 성격을 이렇게 파악하는 것은 헌법상 근거와 함께 알 권리의 기능, 소극적·적극적 측면, 그리고 대상 정보의 내용 및 종류 등을 종합적으로 고려하여 고찰한 것이다. 알 권리는 정보 또는 정보원과 밀접불가분의 관련을 갖는 권리이고 정보의 내용이나 종류에 따라 알 권리의 법적 성격이나 내용도 다르게 되기 때문이다.

여기에서는 먼저, 알 권리의 대상 정보와 법적 성격의 문제로서 정보의 개념과 분류, 그리고 정보와 알 권리의 상관관계를 살펴본 후에 자유권적·청구권적 알 권리와 대상 정보에 대하여 고찰하고, 다음으로, 알 권리의 구체적 권리성에 대하여 살펴보려고 한다.

2. 알 권리의 대상정보와 법적 성격

가. 알 권리의 대상으로서의 정보

(1) 정보의 개념과 분류

(가) 정보의 개념

정보의 개념은 다의적이다. 일반 사전적 의미와 학문적 의미가 다르고 학문적 의미도 정보사회학이나 법학을 비롯한 다양한 분야마다 특색 있게

13) 권영성, 전게서, 497면; 김철수, 전게서, 528면; 허영, 전게서, 588면; 성낙인, 전게서, 1203면; 김학성, 전게서, 585-5면; 정종섭, 전게서, 668면 참조.

14) 김배원 전계논문(각주 3), 37면 참조.

개념정의를 하고 있다. 또한 구체적인 정보관련 법률에서도 입법적 정의를 내리고 있으나 개별 입법목적에 따라 상이한 차이를 나타내고 있다.¹⁵⁾

헌법상 알 권리의 대상으로서 정보원, 정보의 의미를 살펴보면 다음과 같다. ‘정보원’이란 “정보의 원천으로서 정보자료의 출처”¹⁶⁾ 또는 “모든 사안과 관련하여 의견이나 사실을 표현하기에 적합한 대상뿐 아니라 정보를 받아들이는 자에게 정신적으로 영향을 행사하고 그 결과 그의 의견형성에 기여할 수 있는 모든 인식의 대상”¹⁷⁾을 말하는 것으로 정의하고 있으며, ‘정보’는 의사형성의 기초자료,¹⁸⁾ 양심·사상·의견·지식 등의 형성에 관련이 있는 일체의 자료,¹⁹⁾ 또는 “사상·신조·의견·지식·사실·감정 등 개인의 정신활동과 관련된 일체의 것”,²⁰⁾ 또는 “정보란 사람들 사이의 커뮤니케이션 및 사회적 상호작용을 위한 의사형성의 원재료이며 그것은 인간에 의하여 지각될 수 있고 또 다른 사람에게 전달될 수 있는 모든 것”²¹⁾으로 정의를 내리고 있기도 하다.²²⁾

요컨대, 정보는 의사형성의 기초자료로서 인간에 의하여 인식될 수 있고 전달될 수 있는 모든 것이라고 정의할 수 있을 것이다. 정보원 또는 정보라는 개념은 어떻게 정의를 하더라도 추상성을 벗어나기 어려운데, 정보의 분류와 함께하는 정보의 개념은 알 권리의 성격, 포괄 범위, 제한방법 등과 밀접한 관련을 갖게 되므로 알 권리의 파악에 있어서 정보의 분류가 중요

15) 김현철, 정보기본권에 관한 연구, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 39-42면 참조.

16) 권영성, 전게서, 495면.

17) 한수용, 전게서, 781면.

18) 허영, 전게서, 588면.

19) 권영성, 전게서, 496면.

20) 佐藤幸治, 憲法, 青林書院新社, 1983, 350頁.

21) Diesbach, *supra* note 1, 95.

22) 김배원, 정보기본권의 독자성과 타당범위에 관한 고찰-헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로-, 헌법학연구 제12집 제4호, 2006, 203-204면.

한 의미를 지닌다.

(나) 정보의 분류

오늘날 정보사회에서는 정보통신기술의 발달로 인한 온라인(on-line) 정보의 축적과 활성화로 인하여 이전의 오프라인(off-line) 정보는 그 유통환경을 달리할 뿐만 아니라 비중도 상대적으로 떨어지게 되었다. 이러한 정보사회의 새로운 환경 속에서 온라인 정보와 오프라인 정보는 그 유통, 보호, 규제 등에 있어서 서로 다른 대책과 수단이 동원되고 있다. 그럼에도 불구하고 양 정보는 정보의 속성에서 나타나는 기본적인 공통점은 그대로 유지하고 있다.

정보는 관점에 따라 여러 가지로 분류할 수 있는데, 그 기준을 1) 정보제공자의 의사 여하, 2) 정보의 관리 또는 성격 여하, 3) 정보에 대한 일반적 접근 가능성 여부로 설정하여 분류해보고자 한다.²³⁾

1) 정보제공자의 의사에 따른 분류

정보(원)는 정보제공자의 의사 여하에 따라 ① 자발적 정보(원)(willing sources, voluntary sources), ② 중립적 정보(원)(neutral sources-places and events, physical information or public facility), ③ 비자발적 정보(원)(unwilling sources, involuntary sources)로 나누어 볼 수 있다.²⁴⁾ 여기에서 중립적 정보(원)이란 자발적 또는 비자발적 정보(원)의 어느 범주에도 속하지 않는 ‘장소나 사건’을 말한다. 중립적 정보(원)은 물리적 영역에 도달한 누구에게라도 중립적이고 활용 가능한 것이다.²⁵⁾ 그리고 자발적 정보(원)이란 정보제공자가 스스로 정보를 제공하거나 공개하는 경우의 정보(원)을

23) 정보의 분류와 관련하여서는 김배원 상계논문, 204-206면 참조.

24) Note, The Right of the Public and the Press to Gather Information, 87 Harv. L. Rev, 1505, 1510, 1517, 1524 (1974); David M. Ivester, The Constitutional Right to Know, 4 Hastings Cons. L.Q., 109 (1977).

25) Note, supra note 24, at 1518.

말하고, 비자발적 정보(원)이란 비공개 상태에서 보유 또는 관리되고 있는 정보로서 그 보유자나 관리자의 의사에 반하여 일반적으로 접근할 수 없는 정보원을 말한다.

2) 정보의 관리 여부 또는 정보의 성격에 따른 분류

정보는 정보의 관리 여부에 따라 관리정보·비관리정보로 나누고, 관리정보를 다시 관리주체에 따라 공공기관정보·사회집단정보·개인정보²⁶⁾로 분류할 수 있다.²⁷⁾ 정보를 그 성격에 따라 분류하는 견해는 위에서 언급한 공공기관정보·사회집단정보·개인정보를 다시 ‘공공기관 정보’ 대 ‘사회집단정보·개인정보’로 나누어 전자를 공적 정보, 후자를 사적 정보로 세분한다. 이 견해는 공적 정보에서는 국가비밀을 알 권리의 한계로 보고 사적 정보-사회집단정보·개인정보²⁸⁾-에서는 기업비밀과 프라이버시를 한계로 보고 있다.²⁹⁾

3) 정보에 대한 ‘일반적 접근 가능성’ 여부에 따른 분류

일반적 접근 가능성 여부에 따라 일반정보-공표되어 일반 국민이 접근할 수 있는 정보-와 내부정보-일반적으로 접근할 수 없는 정보-로 구분하기도 한다.³⁰⁾

26) 관리주체를 기준으로 분류하는 경우의 ‘개인정보’는 개인이 보유 또는 관리하는 정보로서 개인정보자기결정권의 대상으로서 ‘개인정보’를 말하는 것이라기보다는 “개인이 관리하는 정보”라는 의미로 파악된다.

27) 石村善治, 知る權利と情報公開, 公法研究 第43號, 1981, 108-111頁 참조.

28) 정보의 성격에 따라 분류하는 경우의 ‘개인정보’는 개인정보자기결정권의 대상으로서 개인정보를 비롯하여 “개인의 사적 정보”라는 의미로 파악된다. ‘개인정보’도 정보로서 알 권리의 대상이 되는 정보이지만, ‘정보의 공개’라는 측면보다는 우선적으로 ‘정보의 보호’라는 측면이 중시되어 개인정보자기결정권의 대상으로서 논의되고 있다. 장주봉, 개인정보의 의미와 보호범위, 법학평론, 제3권, 2012, 34-64면; 김현경, 개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제, 미국헌법연구 제25권 제2호, 2014, 164면 참조.

29) 清水英夫, 言論法研究, 學陽書房, 1979, 37-39頁.

30) 권영성, 전게서, 495면.

정보에 대한 ‘일반적인 접근 가능성’, 즉 ‘일반적으로 접근할 수 있는(접근 가능한) 정보(원)’의 의미는 대체로 “불특정 다수인에게 개방된 정보원”으로서 “불특정 다수인에게 일정한 정보를 알리기에 적합한 시설적·기술적 여건을 갖추고 있는 것”,³¹⁾ “일반적으로 정보원이, 공공일반에 즉 개별적으로 특정할 수 없는 인적 범주에게 정보를 제공하기에 기술적으로 적합하고 그렇게 하도록 정해져 있는 경우”³²⁾로 파악하며, 이미 ‘공개된’ 정보로서 국가의 개입이나 간섭이 없으면 ‘불특정 다수인’이 인지하고 이용할 수 있는 정보를 의미한다.

신문, 방송, 영화, 인터넷, 공적 강연, 공적 행사 등이 일반적으로 접근할 수 있는 정보원의 예이고,³³⁾ 개인우편물, 사적 대화, 국가기관이 관리하는 정보 및 공문서 등은 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”이 아니다.³⁴⁾ 그렇지만, ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보’들도 공개된 경우에는 일반적으로 접근할 수 있는 것이 될 수 있다.³⁵⁾

나. 자유권적·청구권적 알 권리와 대상 정보

정보의 분류는 알 권리의 법적 성격과 밀접한 관련을 가진다. 정보제공자·정보수령자의 의사 및 일반적 접근 가능성의 분류기준을 중심으로 자유권적·청구권적 알 권리와 대상 정보의 상관관계를 살펴본다.

31) 허영, 전게서, 589-590면; 정종섭, 전게서, 670면.

32) 박승호, 정보의 자유, 공법연구 제31집 제5호, 2003, 25면 각주 23) 참조.

33) 허영, 전게서, 590면; 정종섭, 전게서, 670면; 한수웅, 헌법상의 ‘알 권리’-헌법재판소 주요결정에 대한 판례평석을 곁하여-, 법조, 551호, 2002, 49면.

34) 한수웅, 상계논문, 48-49면; 박승호, 전계논문, 26면.

35) 박승호, 상계논문, 26면, 각주 40) 참조.

(1) 정보 제공자·수령자의 의사에 따른 정보 분류와 알 권리의 법적 성격

알 권리의 법적 성격과 관련하여 이를 자유권적 성격과 청구권적 성격으로 나누어 볼 때, 전자는 정보에 대한 수령권·수집권으로 나타나고 후자는 정보에 대한 공개청구권으로 나타난다. 이와 같은 알 권리의 법적 성격과 대상 정보의 상호 관련성은 정보제공자의 의사에 따른 정보의 분류-자발적 정보, 중립적 정보, 비자발적 정보-와 함께 정보를 받아들이는 측의 태도와도 연계되어 있다.

즉, 정보수령권의 경우는 수령자 측의 완전히 수동적인 행위(*passive activities*)이고, 정보수집권의 경우는 적어도 정보에의 접근을 위한 수집자 측의 일정한 시도가 있는 행위(*recipient-initiated activities*)이며, 정보공개청구권의 경우는 그야말로 청구권자 측의 적극적인 행위(*active activities*)가 수반되는 것이다.³⁶⁾

정보를 제공하는 측의 의사와 정보를 받아들이는 측의 태도를 고려하여 알 권리의 법적 성격을 구체적으로 살펴보면, ‘자발적 정보원’으로부터 정보를 수령할 권리인 정보수령권과 자발적 및 중립적 정보원으로부터 정보를 수집할 권리인 정보수집권은 자유권적 성격의 알 권리이며, ‘비자발적 정보원’으로부터 정보의 공개를 청구할 권리인 정보공개청구권은 청구권적 성격의 알 권리이다.

(2) 정보제공자의 의사와 관련한 대상정보와 알 권리의 법적 성격

위에서 살펴본 바와 같이, 정보제공자의 자발적 의사 여부는 정보를 ‘자발적 정보원’과 ‘비자발적 정보원’으로 분류하는 기준이 되고, 그것은 동시

36) Ivester, *supra* note 24, at 109, 137-140.

에 자유권적 알 권리와 청구권적 알 권리의 대상을 분류하는 기준이 된다. 그리고 이러한 기준은 동시에 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”과 “일반적으로 접근할 수 없는 정보원”으로 구분하는 기준이 될 수도 있다. 이에 따라 전자는 자유권적 알 권리의 대상이 되고 후자는 청구권적 알 권리의 대상이 되는데, 그 역 논리-“일반적으로 접근할 수 있는 정보원”만이 자유권적 알 권리의 대상이 되고 “일반적으로 접근할 수 없는 정보원”만이 청구권적 알 권리의 대상이 된다는 논리-도 성립하는지 하는 점은 검토할 필요가 있다.

(가) 알 권리의 법적 성격과 대상정보의 상관관계

알 권리의 대상정보와 법적 성격과 관련하여 자유권적 성격의 알 권리의 대상을 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”에 한정하거나 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”인지 여부에 따라 알 권리의 법적 성격이 정해진다고 하는 견해가 있다.³⁷⁾ 이 견해는 “국민이 정보원에 일반적으로 접근할 수 있는가”의 여부에 따라 일반적으로 접근할 수 있는 정보에의 접근을 방해하는 국가행위를 금지하는 자유권으로서의 ‘알 권리’와 일반적으로 접근할 수 없는 정보에의 접근을 가능하게 하는 청구권으로서의 ‘알 권리’는 엄격하게 구분되어야 한다.”고 한다.³⁸⁾

이 견해는 알 권리의 대상정보와 법적 성격의 상호관계를 필요충분관계에 있는 것으로 파악하고 있는데, 이에 대하여 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”과 “일반적으로 접근할 수 없는 정보원”으로 나누어 살펴본다.

(나) ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’과 알 권리의 법적 성격
 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’이란 불특정 다수인에게 개방된 정

37) 허영, 전계서, 588-590면; 성낙인, 전계논문, 178-179면; 김학성, 전계서, 585-586면; 정중섭, 전계서, 670-671면; 한수웅, 전계서, 781면.

38) 한수웅, 전계논문, 46면.

보원으로서 국가의 개입이나 간섭이 없으면 누구라도 인지하고 이용할 수 있는 정보를 의미한다. 신문, 도서, 방송, 영화, 인터넷, 공적 강연, 공적 행사 등이 일반적으로 접근할 수 있는 정보원의 예인데, 정보수령권은 이러한 정보를 자유롭게 보고, 듣고, 읽을 권리를 말하는 것이다. 이에 대하여 개인우편물, 사적 대화, 국가기관이 관리하는 정보 및 공문서 등은 “일반적으로 접근할 수 없는 정보원”이며 이들은 원칙적으로 정보수령권의 대상이 되지 아니한다.

그렇지만 ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보’들도 정보 보유자가 자발적-정보공개청구나 정보제공의 요구가 없으므로 공개하는 경우에는 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’이 될 수 있다. 정부의 경우에는 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’ 제7조(행정정보의 공표 등), 제8조(정보목록의 작성·비치 등), 제8조의2(공개대상 정보의 원문공개)에 따라 정보를 공개하는 경우, 그리고 개인의 경우에는 개인 블로그나 SNS 등에서 스스로 정보를 제공하거나 공개하는 경우가 그 예이다.

이와 같이 자발적으로 정보를 제공하여 불특정 다수인에게 공개된 경우에는 ‘정부보유 정보’나 ‘개인보유 정보’도 더 이상 ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’으로 남아 있는 것이 아니라 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’이 되어버리기 때문에 별다른 문제가 없다.

그러므로 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’을 대상으로 하는 알 권리는 자유권적 성격을 갖는 알 권리가 된다.

(다) ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’과 알 권리의 법적 성격

1) ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’을 ‘특정인’에게 제공하는 경우 위의 경우와는 달리 ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’을 정보제공자가 자발적으로 제공하는 경우에도 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’으로 바뀌지 않는 경우가 있다. 예를 들어, 해당 정보가 개인의 사생활에 관

한 정보-개인의료원 또는 국공립병원이 보유하고 있는 태아의 성별정보³⁹⁾ 또는 개인의 출생에 관한 정보-일 경우에는, 정보의 보유자 또는 관리자가 자발적으로 정보를 제공하더라도, 그러한 정보가 바로 ‘불특정 다수인’을 상대로 정보를 공개하는 것이라기보다는 해당 정보의 수령자 내지 수집자인 ‘특정인’에게 제공하는 것으로 보아야 할 것이다.

그러한 경우에 제공받는 정보는 여전히 ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’의 성격을 띠고 있으며, 여기에서 정보의 ‘제공’이나 ‘수령 또는 수집’을 제한하는 국가의 행위 역시 정보수령권 및 정보수집권을 제한하는 것이다.

따라서 이 경우에 자발적으로 제공된 “일반적으로 접근할 수 없는 정보(원)”도 자유권적 성격의 알 권리-정보수령권이나 정보수집권-의 보장 대상이 된다고 할 것이다.

2) ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’의 제공이나 공개를 규제하는 경우 “일반적으로 접근할 수 없는 정보(원)”-태아의 성별정보나 개인의 출생에 관한 정보-에 대하여 사전에 자발적 제공 자체를 규제함으로써 정보의 제공이나 수령·수집을 방해하거나 “일반적으로 접근할 수 없는 정보(원)”-정부보유 정보-에 대한 정부의 지나친 비밀주의로 말미암아 국민의 알 권리를 과도하게 제한하는 경우에도, 청구권적 성격의 알 권리가 아니라 자유권적 성격의 알 권리로서 정보수령이나 정보수집의 자유가 제한된다고 할 것이다.

이러한 경우에도 청구권적 알 권리의 행사로서 그러한 정보에 대한 정보공개청구를 하는 것이 아니라 문제되는 방해를 제거-“일반적으로 접근할 수 없는 정보(원)”에 대한 정보의 수령·수집을 제한하는 입법의 배제 또

39) 의료법 제19조의2 제2항 위헌확인 등 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236; 小泉 良幸, 「子どもの出自を知る権利」について 小泉 良幸, 学術の動向 Vol. 15 (2010) 참조.

는 정부의 과도한 비밀주의를 합헌적 범위 내로 조정·축소·함으로써 정보수령권·정보수집권을 보장받게 되는 것이다.

(라) 소결

위에서 살펴본 바와 같이, “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”이 자유권적 성격의 알 권리의 대상이 되는 것은 물론이고, 때로는 “일반적으로 접근할 수 없는 정보원”도 자유권적 성격의 알 권리의 대상이 될 수 있으므로, “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”인지 여부를 기준으로 알 권리의 법적 성격을 규정짓는 것은 타당하지 못하다고 본다.

독일과 같이 기본법상 명문의 규정으로 자유권적 알 권리의 대상을 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”에 한정하고 있는 경우와는 달리, 헌법해석을 통하여 도출되는 알 권리의 경우에는 반드시 자유권적 알 권리의 대상을 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”에 한정할 필요가 없기 때문이다. 판례도 일정한 경우 “일반적으로 접근할 수 없는 정보원”에 대한 제한을 자유권적 성격의 알 권리에 대한 제한으로 보고 있다.⁴⁰⁾

40) 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판 사건¹⁾과 국가보안법 제8조 제1항 등 위헌소원 사건¹⁾에서 “일반적으로 접근할 수 없는 정보”인 ‘군사기밀’에 대한 정보수집의 자유를 제한하는 군사기밀보호법 제6조-부당한 방법으로 탐지하거나 ‘수집’한 자를 처벌하도록 하고 있는 규정-와 구 군사기밀보호법 제11조-군사기밀 탐지와 수집을 처벌하는 조항-가 언론·출판의 자유 내지 ‘알 권리’의 본질적 내용을 침해하는지 여부 또는 국민의 알 권리를 과도하게 제한하는지 여부를 심사하고 있으며, 의료법 제19조의2 제2항 위헌확인 등 사건에서도 의료인이 보유하고 있는 ‘태아의 성별정보’-“일반적으로 접근할 수 없는 정보”-에 대한 정보수령 내지 정보수집을 제한하는 의료법 제19조의2 제2항에 대하여 “부모의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리”를 제한하고 있다고 판시하고 있다. 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64; 헌재 2014. 9. 25. 2011헌바358, 판례집 26-2상, 445; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236.

3. 알 권리의 구체적 권리성

가. 서설

알 권리에 관한 학설은, 알 권리를 헌법상의 권리로 인정하지 않거나 배경적 권리로 이해하는 일부 견해⁴¹⁾를 제외하고는, 알 권리의 헌법상 근거를 다르게 보면서도 자유권적 성격과 청구권적 성격의 알 권리를 모두 인정하는 것이 지배적인 입장이다. 그러면서도 일반적 정보공개청구권의 구체적 권리성과 관련하여서는 찬·반 입장⁴²⁾이 대립하고 있다. 그리고 판례는 이미 그 선례에서 알 권리의 자유권적·청구권적 성격(일반적 정보공개청구권까지 포함)을 모두 인정하며 표현의 자유(헌법 제21조)를 근거로 하여 직접 보장된다고 선언하였고,⁴³⁾ 최근에는 개별적 정보공개청구권과 관련하여 동 조항 외에 다른 헌법 조항을 근거로 하여서도 알 권리의 청구권적 성격을 인정하고 있다.

그런데 일반적 정보공개청구권이 헌법 제21조에 의하여 직접 보장된다고 하면서도 그 정당성의 논거에 대한 구체적인 제시는 미흡하였고, 또 그렇게 선언한 당해 사건에서조차 일반적 정보공개청구권이 아니라 개별적 정보공개청구권의 견지에서 판단하였다.

헌법 제21조를 근거로 하여 일반적 정보공개청구권을 인정하는 선례에 대한 논란은 표현의 자유의 가치와 기능과도 밀접한 관련을 가진다. 우리 학계에서도 이와 관련한 논의가 없는 것은 아니나, 국민주권이나 민주주의

41) 최대권, 전게서, 291-292면; 박종보, 전계논문, 13면.

42) 성낙인, 전계논문, 172면; 한수웅, 전계논문, 40, 51-64면; 박종보, 전계논문, 13-15면; 박승호, 전계논문, 43-44면 등 참조.

43) 한병채, 최광률 두 재판관은 90헌마133 결정에서 청구권적 기본권으로서의 알 권리도 헌법 제21조에 직접 보장될 수 있다고 하는 법정의견에 대하여, 다수의견이 무리한 이론구성을 하고 있다고 비판하면서 반대의견을 제시하고 있다. 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234, 245-247, 250-261면 참조.

실현을 위한 표현의 자유의 공리적 가치를 중시하며 알 권리의 구체적 권리성을 살펴보고 있는 미국연방헌법상의 논의도 살펴볼 가치가 있다.

이러한 점에서 먼저, 헌법재판소의 판례와 그에 대한 학설, 그리고 미국 연방헌법상 알 권리(정보공개청구권)의 구체적 권리성을 둘러싼 학설상의 대립을 살펴 본 후에, 헌법 제21조 등을 근거로 한 판례와 그에 대한 학설을 구체적으로 검토하고자 한다.

나. 알 권리의 구체적 권리성에 대한 판례와 학설

(1) 헌법재판소의 판례와 학설상의 논의

(가) 헌법재판소의 선례와 이후의 결정

1) 헌법재판소 선례(88헌마22 결정과 90헌마133 결정)의 요지

헌법재판소는 헌법상 알 권리 보장의 선례가 되는 88헌마22 결정과 90헌마133 결정에서, i) 표현의 자유의 개인적 가치와 공리적 가치를 고려할 때, 표현의 자유의 보장을 위하여 알 권리의 보장이 필요하고, ii) 그러한 의미에서 알 권리는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며, iii) 알 권리에는 자유권적 성격의 알 권리뿐만 아니라 청구권적 성격의 알 권리-일반적 정보공개청구권-까지도 헌법 제21조에 의하여 직접 보장된다고 판시하였고, 특히, 국정의 공개와 관련하여 헌법상의 명문의 규정을 두고 있는 입법의 공개(제50조 제1항), 재판의 공개(제109조), 그리고 명문규정을 두고 있지 않은 행정의 공개에 관하여서도 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)를 가진다고 하였다.⁴⁴⁾

선례의 결정 이후 헌법재판소는 주로 개별적 정보공개청구권에 대하여 다루어 오다가, 그 20년 후인 2009년 국회법 제57조 제5항 단서 등 위헌

44) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22; 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133.

소원 사건(2007헌바17 결정)⁴⁵⁾에서 다시 일반적 정보공개청구권과 관련한 결정을 하였다.⁴⁶⁾

2) 2007헌바17 결정의 요지

2007헌바17 결정에서 헌법재판소는 헌법 제50조 제1항 본문의 ‘국회의 의사공개 원칙’의 취지와 알 권리와 관련성을 고려하면서, 국회의 의사에 대하여는 직접적인 이해관계 유무와 상관없이 일반적 정보공개청구권을 가진다고 결정을 내렸다.

2007헌바17 결정은 “국회 의사공개 원칙은 대의민주주의 정치에 있어서 공공정보의 공개를 통해 국정에 대한 국민의 참여도를 높이고 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 필요불가결한 요소이다.”라고 하면서, “이 같은 헌법규정의 취지를 고려하면, 국민은 ‘헌법상 보장된 알권리’의 한 내용으로서 국회에 대하여 입법과정의 공개를 요구할 권리를 가지며, ‘국회의 의사’에 대하여는 직접적인 이해관계 유무와 상관없이 일반적 정보공개청구권을 가진다고 할 수 있다.”라고 하였다.

그리고 의사공개원칙의 예외와 관련하여, 알권리에서 파생되는 일반적 정보공개청구권도 제한될 수 있는 것으로서 헌법 제50조 제1항 단서에서 규정한 ‘출석의원 과반수의 찬성’ 또는 ‘의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때’의 비공개 사유는 “의사공개의 원칙 및 알권리에 대한 헌법유보에 해당”하며, 특히, ‘출석의원 과반수의 찬성’에 의한 회의 비

45) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바17, 판례집 21-2상, 469.

46) 이 2007헌바17 결정 전 일반적 정보공개청구권을 다룬 것은 아니지만, 2000년 국회예산결산특별위원회 계수조정소위원회 방청허가불허 위헌확인, 국회상임위원회 방청불허행위 위헌확인 등 사건 (98헌마443등)에서도 헌법 제50조 제1항의 “국회 의사공개 원칙”이 쟁점이 되었다. 이 사건에서 헌법재판소는, 의사공개원칙의 헌법적 의미를 “본회의든 위원회의 회의든 국회의 회의는 원칙적으로 공개하여야 하고, 원하는 모든 국민은 원칙적으로 그 회의를 방청할 수 있는 것이다.”라고 하였다. 헌재 2000. 6. 29. 98헌마443등, 판례집 12-1, 886, 897-898.

공개의 경우에 “그 비공개 사유에 대하여는 아무런 제한을 두지 아니하여 의사의 공개 여부에 관한 국회의 재량”을 인정하고 있다고 판시하고 있다.⁴⁷⁾

(나) 선례에 대한 학설상의 논의

알 권리에 관한 헌법재판소의 선례에 대하여, 학설은 헌법 제21조를 근거로 정보공개청구권 또는 일반적 정보공개청구권을 인정하는 입장에 대하여 긍정설⁴⁸⁾과 부정설⁴⁹⁾로 나뉜다.

1) 긍정설

긍정설은, ① 표현의 자유를 국민의 자기지배로 이해하면 주권자인 국민은 자신의 대리인인 정부가 하는 일에 대하여 알 권리가 있고 정부는 열린 행정을 해야 할 의무를 지므로, 표현의 자유라는 자유권에서 정부보유 문서에 접근권이라는 청구권적 요소가 인정되는 것은 당연한 논리적 귀결이라는 견해,⁵⁰⁾ ② i) 헌법의 적극적 해석을 통하여 자유권으로부터 일반적 정보공개청구권을 도출할 수 있고, ii) 알 권리의 진정한 실현을 위하여는 일반적 정보공개청구권이 필수불가결하며, iii) 헌법 제10조 또는 제37조 제1항과 같은 포괄적 성격의 기본권 규정을 두고 있음을 고려하여 기본권 우호적인 해석을 시도하는 것이 올바른 태도라는 견해⁵¹⁾ 등이 있다.

2) 부정설

부정설을 개관해 보면, ① 헌법 제21조가 보장하는 알 권리(정보의 자유)는 자유권적 성격의 알 권리이므로, 헌법 제21조를 근거로 하여서는 정

47) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바17, 판례집 21-2상, 469, 476-477.

48) 박승호, 전계논문, 43, 45면; 문재완, 전계논문, 113면.

49) 한수웅, 전계논문, 51-64면; 박중보, 전계논문, 13면. 홍준형, 전계논문 559면.

50) 문재완, 전계논문, 113면.

51) 박승호, 전계논문, 43면.

보공개청구권을 도출할 수 없다는 견해,⁵²⁾ ② 알 권리는 헌법 제21조의 표현의 자유보다 더 포괄적인 권리이므로 알 권리(개별적 정보공개청구권)의 도출 근거를 헌법 제10조 및 제37조 제1항에서 찾고 일반적 정보공개청구권은 입법을 통하여 보장하는 것이 바람직하다는 견해,⁵³⁾ 그리고 ③ i) 자유권에서 청구권을 도출할 수 있는 경우는 자유권의 실질적 구현을 위하여 필요불가결한 경우에만 가능한데 일반적 정보공개청구권은 표현의 자유의 실질적 보장을 위하여 반드시 불가결한 요소라고 할 수 없고, ii) 헌법 재판소의 자유권에 대한 지나친 확장해석은 입법자와의 관계에서 헌법적 권한범위를 넘는 것이며, iii) 헌법상 공개주의나 민주주의 원리에서 바로 일반적 정보공개청구권이 도출하는 것은 아니며 입법을 통하여 구현되어야 한다는 견해⁵⁴⁾ 등이 있다.

다. 일반적 정보공개청구권의 구체적 권리성에 대한 검토

(1) 헌법재판소의 선례 및 그 이후의 결정과 학설에 대한 검토

(가) 헌법재판소 선례 이후의 결정(2007헌바17)에 대한 검토

2007헌바17 결정은 “국회 의사공개에 관한 원칙은 대의민주주의 정치에 있어서 공공정보의 공개를 통해 국정에 대한 국민의 참여도를 높이고 국정운영의 투명성을 확보하기 위하여 필요불가결한 요소이다.”라고 하면서, “이 같은 헌법규정의 취지를 고려하면, 국민은 ‘헌법상 보장된 알 권리’의 한 내용으로서 국회에 대하여 입법과정의 공개를 요구할 권리를 가지며, ‘국회의 의사’에 대하여는 직접적인 이해관계 유무와 상관없이 일반적 정보공개청

52) 박종보, 전계논문, 13면. 그리하여 이 견해는 정보공개청구권의 근거를 헌법 제10조와 제37조 제1항에서 나오는 일반적 인격권에서 찾고 있다. 박종보, 상계논문, 13-14면.

53) 홍준형, 전계논문 559-561면.

54) 한수용, 전계논문, 51-64면.

구권을 가진다고 할 수 있다.”라고 하였다.

그러면서도 헌법재판소는 헌법 제50조 제1항 단서의 ‘의사공개원칙의 예외’와 관련하여, 알 권리에서 파생되는 일반적 정보공개청구권도 제한될 수 있는 것으로서 헌법 제50조 제1항 단서에서 규정한 ‘출석의원 과반수의 찬성’ 또는 ‘의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때’의 비공개 사유는 “의사공개 원칙 및 알권리에 대한 헌법유보에 해당”하며, 특히, ‘출석의원 과반수의 찬성’에 의한 회의 비공개에 “그 비공개 사유에 대하여는 아무런 제한을 두지 아니하여 의사의 공개 여부에 관한 국회의 재량”을 인정하고 있다고 판시하고 있다.⁵⁵⁾

그러나 의사공개원칙의 취지에 따라 ‘헌법상 보장된 알 권리’의 한 내용으로서 보장되어야 할 것은 자유권적 성격의 알 권리고, ‘청구권적 성격의 알 권리’는 아니라고 할 것이다. 왜냐하면, 의사공개원칙의 적용에 따라 “국회의 회의는 원칙적으로 공개하여야 하고, 원하는 모든 국민은 원칙적으로 그 회의를 방청할 수 있는 것”이므로, ‘국회의 의사’는 ‘헌법이 인정’하는 “일반적으로 접근 할 수 있는 정보원”에 해당하기 때문이다.

따라서 헌법 제50조 제1항 단서의 예외에 해당하지 않는 한, ‘국회의 의사’에 대한 방청이나 보도의 자유가 제한될 때에는 정보의 공개청구가 아니라 정보의 수령·수집에 대한 방해제거를 청구하여야 할 것이다.

헌법 제50조 제1항 단서의 ‘의사공개원칙의 예외’가 문제되는 경우, 즉 “출석의원 과반수의 찬성이 있거나” “의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때”에, 전자의 경우는 의결정족수만 충족되면 그 사유는 묻지 않는 절대적 재량을 부여한 것이므로 정보의 수령·수집에 대한 방해제거도 청구할 수 없을 것이다. 이에 대하여 후자의 경우, 즉 의장이 국가의 안전보장의 필요성을 이유로 ‘국회의 의사를 비공개’로 하였을 경우에

55) 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바17, 판례집 21-2상, 469, 476-477.

는 “일반적으로 접근할 수 있는 정보”가 “일반적으로 접근할 수 없는 정보”로 바뀌게 될 것이므로, 그러한 ‘국회의 비공개 의사’에 대하여 일반적 정보공개청구권을 행사함으로써 국회의장의 비공개 결정에 대한 헌법상의 적정성 여부에 대하여 헌법재판소의 판단을 받을 수 있도록 하여야 할 것이다.

그러므로 헌법 제50조 제1항 본문의 ‘의사공개원칙’을 일반적 정보공개청구권의 근거로 삼기는 어렵다고 할 것이다.

(나) 헌법재판소 선례의 비판 학설에 대한 검토

헌법 제21조를 근거로 하여 일반적 정보공개청구권을 도출하는 헌법재판소의 선례에 대하여 비판적인 학설 중, 1) 자유권에서 청구권을 도출하는 문제, 2) 기본권 해석을 둘러싼 헌법재판소와 입법자 간의 권한 문제, 3) 헌법상 공개주의나 민주주의 원리에서 바로 일반적 정보공개청구권을 도출하는 문제를 중심으로 비판한 견해⁵⁶⁾를 살펴본다.

1) 자유권(표현의 자유)에서 청구권(일반적 정보공개청구권)을 도출하는 문제

우선, 이 견해는 ‘자유권에서 청구권을 도출하는 문제’와 관련하여 자유권의 실질적 구현을 위하여 필요불가결한 경우에는 자유권에서 청구권의 도출도 가능하지만, ‘일반적 정보공개청구권’은 표현의 자유의 실질적 보장을 위하여 반드시 불가결한 요소라고 할 수는 없다고 한다.⁵⁷⁾ 그리고 민주주의 원리와 관련하여서도 “표현의 자유는 개인의 자유권으로서 위협받는 자유영역의 보호를 위한 것이지 민주주의나 국민주권의 실현, 국가행위의 통제를 위하여 헌법에 기본권으로 규정된 것이 아니다. …… 따라서 국민주권의 실현수단, 국가행정의 투명성을 확보하기 위한 수단, 국가행정의 통

56) 한수용, 전계논문, 51-64면 참조.

57) 한수용, 상계논문, 60면.

제수단으로서의 기능은 표현의 자유에 부여된 기능이 아니다.”라고 하고 있다.⁵⁸⁾

자유권으로부터 청구권을 도출하는 문제는 현행헌법상 사생활의 비밀과 자유의 적극적 측면에서 청구권적 내용을 포함하는 개인정보자기결정권을 도출하는 학설⁵⁹⁾도 있고, 미국연방헌법상 표현의 자유의 가치나 기능과 함께 표현의 자유의 적극적 측면도 오래전부터 논의되어왔다.⁶⁰⁾

알 권리의 핵심은 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)에 있다고 보는 헌법재판소의 견해는, 미국에서 전개되는 표현의 자유의 이론과 관련시켜 이해할 때에 의미를 지닌다고 본다. 즉, 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있다고 보는 알 권리도 표현의 자유와 동일한 기능을 하는데, i) 개인의 자기실현, ii) 진리추구 또는 보다 나은 해결책을 구하기 위한 방법, iii) 민주사회에서 집단적인 정책결정, iv) 폭력이나 부당한 강제에 의존하지 않고 효과적인 사회변동을 위한 메카니즘으로서의 기능이 그것이다.⁶¹⁾ Rehnquist 연방대법관은 이러한 기능들을 공리적 가치(utilitarian values)와 개인적 가치(individualist values)의 두 범주로 나누어 고찰한다. 사회 전체에 유익하기 때문에 공리적인 표현의 자유의 가치는 ‘사회목표를 달성하는 목적에 대한 수단’으로서 표현의 자유를 정당화하고, 개인적 가치는 그 자체가 목적-개인의 행복-으로서 표현의 자유를 정당화한다. 이러한 공리적·개인적 정당화 요소는 상호배타적인 것이 아니라 가끔 공존하기도 한다. 두 범주를 구분하는 것이 중요한데, 그것은

58) 한수웅, 상계논문, 63면.

59) 권영성, 전게서, 454면; 성낙인, 전게서 1243면; 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구 제29집 제3호, 2001, 102면 참조.

60) Thomas I. Emerson, “The Affirmative Side of the First Amendment”, 15 Geo. L. Rev. 795 (1981).

61) Thomas I. Emerson, “Legal Foundations of the Right to Know”, 1976 Wash. U. L. Q. 1, 2 (1976).

개인의 행복에만 치중하는 표현(개인적 가치)보다는 정통한 유권자가 되도록 이바지하는 표현(공리적 가치)에 더 큰 비중을 두어야 할 것이기 때문이다.⁶²⁾

이러한 견지에서 개인의 ‘의사형성’-개인적 가치추구-과 국민의 ‘여론형성’-공리적 가치의 추구-을 위하여 헌법 제21조를 근거로 도출되는 알 권리, 특히 정보공개청구권은 표현의 자유의 실질적 구현을 위하여 필요불가결한 것으로 볼 수 있을 것이다. 위의 견해는 표현의 자유의 개인적 가치에 치중하여 공리적 가치를 소홀히 한 것으로 보인다. 그러한 점에서 헌법 제21조를 근거로 하여 일반적 정보공개청구권을 도출하려는 헌법재판소의 접근방법은 상당한 타당성과 의의가 있다고 본다.

2) 기본권 해석을 둘러싼 헌법재판소·입법자 간의 권한 범위 및 헌법상 원칙에서 일반적 정보공개청구권을 도출하는 문제

다음으로, 이 견해는 기본권 해석을 둘러싼 헌법재판소와 입법자 간의 권한 문제와 관련하여 “헌법재판소가 자유권을 지나치게 확장적으로 해석함”으로써 “입법자에게 합헌적 상태를 회복하기 위한 입법의무를 부과”하는 것은, 입법자와의 관계에서 헌법적으로 부여된 권한의 범위를 넘는 것이라고⁶³⁾라고 하며, 그리고 헌법상 공개주의와 관련하여 “헌법상 공개주의 조항은 일반적 정보공개청구권을 국민의 기본권으로서 인정하지 않는다는 것을 시사하는 것”이며, 이러한 점에서 ‘표현의 자유’로부터 기본권으로서의 ‘정보공개청구권’을 도출하는 해석은 헌법상 특별히 규정된 공개주의 조항과도 합치하지 않는다고⁶⁴⁾한다.

62) Rehnquist, “The First Amendment: Freedom, Philosophy”, and the Law, 12 Gonz. L. Rev. 1, 3-8 (1976). See Note, “The Right to Know in First Amendment Analysis”, 57 Tex. L. Rev. 505, 512 (1979).

63) 한수웅, 전계논문, 55면.

64) 한수웅, 전계논문, 62면.

이에 대하여는 위의 2007헌바17 결정에서 이미 살펴본 바와 같이, “헌법상 공개주의 원칙”은 국가기관에게 헌법상 원칙적인 공개를 명하는 조항이고 따라서 그러한 원칙이 적용되는 경우에는 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”에 해당하게 되어 청구권적 알 권리인 정보공개청구권이 적용되는 영역이 아니라 자유권적 알 권리로서 정보수령이나 정보수집의 자유가 적용되는 영역이 된다.

다만, 국가기관이 “헌법상 공개주의 원칙”의 ‘예외’에 해당한다고 판단하여 공개하지 아니하는 경우, 즉 국가기관의 비공개 결정으로 “일반적으로 접근할 수 없는 정보”가 된 경우에 비로소 정보공개청구권의 행사 대상이 되고, 여기에서 헌법재판소는 그러한 비공개의 헌법적 정당성 여부를 심사할 수 있게 된다.

따라서 ‘헌법상 공개주의 조항’이 일반적 정보공개청구권을 국민의 기본권으로서 인정하지 않는다는 것을 시사한다거나 자유권에 대한 확장적 해석이 헌법상의 권한을 넘어서는 것이라고 볼 수는 없을 것이다.

(2) 미국연방헌법상 구체적 권리성에 대한 논의

위에서 검토한 바와 같이 현행헌법 제21조로부터 정보공개청구권을 도출하는 것은 표현의 자유를 실질적으로 구현할 뿐만 아니라 그 정당성의 근거도 충분히 뒷받침될 수 있는 것으로 보인다. 그런데 과연 오로지 표현의 자유의 조항 하나만으로 ‘일반적 정보공개청구권’의 헌법상 근거를 찾는 것이 타당한지는 비교법적 관점에서 미국 헌법상의 논의를 좀 더 살펴볼 필요가 있다.

알 권리를 헌법상 명문으로 보장하지 않는 미국에서도 청구권적 성격의 알 권리, 즉 정보공개청구권 또는 정보접근권⁶⁵⁾이 헌법상 구체적 권리인가

65) 미국에서는 알 권리를 ‘right to know’ 또는 ‘right of access’로 표현한다. 후자는 특히, 알 권리의 적극적 측면을 의미하는 용어로 사용되고 있는 것이 일반적이다.

에 대하여 학설상 논란이 있다.

알 권리의 가장 중요한 적용대상은 비밀 속에 있는 정부정보를 공개하는데 있다고 하면서, 헌법상의 알 권리를 구체적 권리로 보는 견해는 “(국민들의 참정욕구, 당시의 정치적 태도, 집권자들의 선의 등의) 제반 상황은 변할 수 있고 또 정보의 자유에 관한 법률들도 폐기될 수 있다; 헌법상 알 권리(the constitutional right to know)의 인정과 집행만이 시민과 정부 사이의 바람직한 권력의 균형을 회복하고 유지하는 데 도움이 된다.”고 역설하고 있다.⁶⁶⁾

이에 대하여 헌법상 알 권리의 주 근거인 수정헌법 제1조가 곧 정보자유법은 아니라고 강조하면서 추상적 권리임을 주장하는 견해와 권리부정설에 속하는 견해들⁶⁷⁾도 있다.⁶⁸⁾

(가) 구체적 권리설

구체적 권리설은 수정헌법 제1조를 근거로 하여 동조를 제정한 1) 헌법 제정자들의 의도, 동조의 민주정치체제에 있어서 기능과 결부된 헌법이론

Vincent Blasi, “*The Pathological Perspective and the First Amendment*”, 85 Col. L. Rev. 449, 489 (1985); Mary M. Cheh, “*Judicial Supervision of Executive Secrecy: Rethinking Freedom of Expression for Government Employes and the Public of Access to Government Information*”, 69 Cornell L. Rev. 690, 720-721 (1984) 참조.

66) Ivester, supra note 24, at 162-163. 그 외 미국에서 구체적 권리설을 주장하는 견해로는 Note, “*The First Amendment Right to Gather State-Held Information*”, 89 Yale L. J. 923, 939(1980); Emerson, supra note 61, at 14-17; Emerson, supra note 60, at 795 참조.

67) Louis Henkin, “*The Right to Know and the Duty to Withhold: The Case of The Pentagon Papers*”, 120 U. Pa. L. Rev. 271, 273 (1971); Note, supra note 24, at 1513-1512; James C. Goodale, “*Legal Fitfalls of in the Right to Know*”, 1976 Wash. U. L.Q. 29 (1976); Lillian R. Bevier, “*An Informed Public, an Informing Press: The Search for a Constitutional Principle*”, 68 Cal. L. Rev. 482, 516-517 (1980).

68) 김배원, 전제논문(각주 3), 40면 참조. 이하 미국 연방헌법상의 구체적 권리설과 추상적 권리설에 대한 논의는 김배원, 상제논문, 41-46면 참조.

특히, 2) Meikiejohn의 자치이론 또는 3) Blasi의 공권력 감시·비판 기능 이론 등을 기초로 하고 있다.

1) 헌법제정자들의 의도를 기초로 하는 구체적 권리설

이미 헌법제정 당시 수정헌법 제1조에 알 권리를 포함시킬 의도가 있었다는 주장이다. 헌법제정자들은 자치에 근거를 둔 정치체제를 의도하였고, 그러한 체제에 있어서 공중의 정보접근권은 필수적인 것으로 이해하였다는 것이다.⁶⁹⁾ Emerson 등 구체적 권리설을 주장하는 견해들이 대표적으로 인용하는 James Madison의 유명한 문구는 다음과 같다;⁷⁰⁾ “정보 또는 그것을 취득할 수단이 없는 국민의 지배는 희극 또는 비극의 서장이거나 다분히 둘 다이기도 하다. 지식은 무지를 영원히 지배할 것이다. 스스로 지배자이고자 하는 국민은 지식이 부여하는 힘으로 무장하지 않으면 안 된다.” 특히, Ivester는 헌법제정자들의 의도에서 근거를 찾고자 많은 지면을 할애하고 있다. 그는 수정헌법 제1조에는 국민들에게 정부의 업무에 관하여 직접 집행 할 수 있는 알 권리(a directly enforceable right to know)까지도 보장하려는 특별한 의도 또는 표현의 자유에 관한 규정이 적어도 알 권리를 보장하려는 기능적 수단으로 의도된 것임을 설득력 있게 보여주는 증거들이 있다고 주장한다.⁷¹⁾

69) Note, supra note 66, at 931-942.

70) “A popular Government, without popular information, or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or Tragedy; or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance: And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which Knowledge gives.” Emerson, supra note 61, at 1; Thomas I. Emerson, “Colonial Intentions and Current Relations of The First Amendment”, 125 U. Pa. L. Rev. 737, 754-55 (1977); Ivester, supra note 24, at 119 n. 54; Note, supra note 66, at 932 n. 45.

71) Ivester, supra note 24, at 119, 120-134.

2) Meiklejohn의 자치이론을 기초로 하는 구체적 권리설

동시에 의한 지배를 자치로 보는 Meiklejohn은 ‘노예의 복종’(the submission of a slave)과 ‘자유시민의 동의’(the consent of a free citizen)는 엄밀하게 구분되어야 한다고 강조하면서,⁷²⁾ 자치를 다음과 같이 부연설명하고 있다.⁷³⁾ “미합중국의 국민을 지배하는 모든 헌법적 권위는 정치체의 구성원으로서 행위하는 국민 자신에게 속한다. 그들은 분명히 ‘피지배자’이지만 동시에 ‘지배자’이다. 정치적 자유는 지배가 없는 것이 아니다. 이것이 자치(self-government)이다.” 나아가 그는 “언론의 자유의 원리는 자치를 위한 필요성에서 유래하는 것이지 추상적인 자연법이나 이성법이 아니다. 그것은, 공적 문제(public issues)는 보통선거를 통하여 결정해야 한다는 미국인들의 기본적인 동의에서 추론되는 것이다.”라고 하였다.⁷⁴⁾

정부정보의 공개를 알 권리의 가장 중요한 영역으로 보고 있는 Emerson은, 알 권리를 구체적 권리로 인정하기 위한 명백하고 설득력 있는 근거를 Meiklejohn의 이론에서 찾고 있는데,⁷⁵⁾ Emerson은 “주권자로서의 공중은 그들의 봉사자인 정부에 지시를 하기 위하여 활용될 수 있는 모든 정보를 가져야만 한다. 일반적인 명제로서 민주주의가 기능을 유지하려면 정보의 비공개는 있을 수 없다. …… 알 권리의 보장은 수정헌법 제1조의 주요한 요소이고 그렇게 인정되어야 한다.”⁷⁶⁾고 하고 있다.

또 다른 견해⁷⁷⁾도 “시민이 공적 문제에 실질적으로 참여하여 피지배자로서 자유롭게 동의할 수 있기 위하여는, 관련된 문제에 대한 충분한 토론

72) Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, (Haper& Brothers Publishers, 1948), at 6, 10.

73) Alexander Meiklejohn, “*The First Amendment Is an Absolute*”, 1961 Sup. Ct. Rev. 245, 253-254.

74) Meiklejohn, *supra* note 72, at 26-27.

75) Emerson, *supra* note 61, at 14.

76) *Id.*

77) Note, *supra* note 66, at 923-39.

에 결정의 근거를 둘 수 있어야만 한다.⁷⁸⁾ …… 자치에 있어서 핵심적인 내용을 보장하고 정보수집권의 중심근거가 되는 것이 바로 수정헌법 제1조인 것이다.”⁷⁹⁾라고 하여 Meiklejohn의 이론에 기초를 두고 있다.⁸⁰⁾

3) Blasi의 공권력 감시·비판 기능이론을 기초로 하는 구체적 권리설
Blasi는 공권력에 대한 감시·비판기능(the checking value)을 통하여 공무원들에게 그 의사에 반하여 정보를 제공할 헌법상의 의무를 지을 수 있는가 하는 것은 매우 어려운 문제라고 하고 있다. 그러면서도 그는 감시·비판기능 이론(the checking value)⁸¹⁾의 견지에서 다음과 같이 주장하고

78) Meiklejohn, supra note 72, at 25.

79) Note, supra note 66, at 932-33.

80) Id.

81) Vincent Blasi, “The Checking Value in First Amendment Theory”, 1977 Am. B. Found. Res. J. 521 (1977). Blasi는 공권력의 남용에 대한 감시 또는 비판(억제) 기능을 ‘the checking value’라는 독창적 용어를 구사하면서 알 권리의 기능도 여기에서 구하고 있다. Id. at 528, 609-611. 그는 이 ‘checking value’가 Meiklejohn의 자치이론-‘self-government value’-과 비교하여 다음과 같은 공통점과 차이점을 가진다고 한다. 우선 양 이론은 i) 언론의 정치적 중요성을 강조하고 따라서 정치체도와 관련된 커뮤니케이션에 대하여 특별한 보호를 위한 수정헌법 제1조의 이론을 수용하고 있다는 점, ii) 독자와 시청자를 위한 커뮤니케이션의 중요성에 역점을 두고 있다는 점, iii) 국민주권이론에 근거를 두고 있다는 점 등에서 공통점이 있다고 한다. Id. at 557-558. 그리고 양 이론의 차이점으로는 i) ‘self-government value’는 보다 광범한 커뮤니케이션에 관심을 가지고 따라서 그 전반에 대한 특별보호를 뒷받침하는 데 대하여 ‘checking value’는 공무원의 부정이라는 특정문제에 초점을 맞춘다는 점, ii) ‘self-government value’는 정치과정의 제 양상에 관한 모든 커뮤니케이션과 결부되어 논쟁이나 토론을 더 강조하는 점에서 특정 정치문제에 관심을 가지고 정보의 부족이 가장 큰 어려움으로 대두하는 ‘checking value’와 꼭 같은 정도로 정보를 강조할 수는 없을 것이라는 점, iii) 엘리트 그룹의 정치적 역할과 관련하여, 공무원을 단순한 국민의 대리인으로 보는 ‘self-government value’의 견지에서는 엘리트의 역할을 강조하지 않고 미국이 자치구조에서 언론기관의 특별한 역할에 대하여 언급이 없는 데 대하여 공무원을 대리인이자기보다는 잠재적인 압제자로 간주하는 ‘checking value’의 견지에서는 공무원들에 대한 감시·비판은 그들과 대등한 세력, 전문적인 기술 및 자세를 지닌 엘리트 그룹-야당이나 언론기관-에 의해서만 적절하게 이루어질 수 있다고 보는 점

있다.⁸²⁾

첫째, 공무원들에 대한 행위의 유포는 수정헌법 제1조의 본래의 의도이므로, 공중에 유포되는 정보의 질과 양을 제한하는 정책이나 실제조치들이 정부의 편의나 전통적인 대권의 행사라는 이유만으로 지지될 수는 없다. 적어도 공무원의 활동에 대한 취재의 제한은, 그러한 제한들이 중요한 정부의 이익보다 완화된 제한조치로써는 충분히 달성될 수 없는 이익을 실질적으로 증진시킨다는 점을 입증한 경우에만 지지될 수 있을 것이다.

둘째, 공권력의 남용과 관련된 정보를 입수하는 ‘언론기관’의 이익(궁극적으로 공중의 이익)은 때때로 효율성이나 정보의 비익에서 우러나오는 정부의 합법적이고 실질적인 이익보다 우월할 것이다. 따라서 수정헌법 제1조는 공권력남용을 조사하는 자라면 누구라도 열람하고 싶어 하는 예산회계문서와 같은 기록들에 언론기관이 접근할 수 있도록 요구할 것이다. 또한 언론기관이 어떤 기록 속에 공무원의 부정과 관련된 증거가 있다고 믿을 만한 합리적인 근거를 입증하였을 때에는 정보에의 접근과 비익 사이의 균형은 접근 쪽으로 훨씬 더 기울어 질 것이다.

요컨대, ‘감시·비판기능 이론’의 입장에서 언론기관에 의한 정부활동의 감시와 공문서기록에 대한 조사의 요청을, 수정헌법 제1조의 가장 중요한 이익을 구하는 것으로서 다루어야만 할 것으로 보고 있다.

등이 있다고 한다. Id. at 558-564.

요컨대, Blasi는 지배자와 피지배자의 동일성을 전제로 하는 자치이론의 현실정치에서 나타나는 허구성을 간파하면서 남용되기 쉬운 공권력에 대한 감시·비판기능을 강조하고 있다. 그는 이러한 감시·비판기능의 주요한 관문이 바로 정보의 입수라고 한다. Id. at 610. 김배원, 전계논문(각주 3), 29-30면 본문 및 각주 참조.

82) Blasi, supra note 81, at 609-610; 김배원, 전계논문(각주 3), 42-43면 참조.

(나) 추상적 권리설과 구체적 권리설에 대한 비판

1) 추상적 권리설

추상적 권리설은 다음과 같이 주장하고 있다. 구체적 권리가 경쟁관계에 있는 다른 도덕적, 법적 또는 정치적 고려에 의하여 제한되는 데 반하여, 추상적 권리는 개인이 구체적 권리를 주장할 수 있는 자격으로서 또는 단순히 다른 도덕적, 법적 또는 정치적 고려에 대하여 구체적 권리의 합법성을 위한 중요한 근거로서 이바지한다.

그런데 추상적 권리는 도덕적, 정치적인 것일지언정 헌법 그 자체는 아니다. 만약 알 권리가 어떤 의미에서든 헌법상의 권리라면 그것은 추상적 권리이다. 추상적 권리로서 공중의 알 권리(the public's right to know)의 정치적 이상(理想)이 정부에 대하여 직접 강제할 수 있는 구체적인 알 권리를 부여하지는 않는다. 알 권리의 정치적 이상의 의미는 수정헌법 제1조에 의하여 보장되는 구체적 권리들을 확장시키기 위하여 강력한 근거를 제공하는 것이다.⁸³⁾

2) 추상적 권리설의 구체적 권리설에 대한 비판

추상적 권리설이 주장하는 바를 중심으로 구체적 권리설에 대한 비판을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 헌법제정자들의 의도에 관해서이다. 헌법제정자들은 표현의 자유의 의미를 강조하고 그것을 달성하기 위하여 공중의 알 권리를 헌법상 추상적 권리로 상정했다는 것이다. 구체적 권리설이 으레 인용하는 Madison의 문구도 수정헌법 제1조의 자유를 옹호하기 위한 것이 아니라 공교육제도를 위한 Kentucky 주의 아낌없는 재정지출을 지지하는 서간에 쓰여진 것으로 Madison도 Jefferson과 마찬가지로 “잘 교육된 국민만이 영원히 자유로운

83) David M. O'Brien, "The First Amendment and the Public's right to Know", 7 Hastings Const. L.Q. 579, 588 (1980); 김배원, 전계논문(각주 3), 43면 참조.

국민일 수 있다」고 믿었던 것이다.”⁸⁴⁾ 결국, Madison뿐만 아니라 다른 헌법제정자들도 국민이 정부의 업무에 관하여 직접 강제할 수 있는 알 권리를 가진다는 견해를 지지한 증거는 없다고 비판한다.⁸⁵⁾

둘째, 구체적 권리설이 이론적 논거로 삼고 있는 Meiklejohn의 이론에 관해서이다.

우선, Meiklejohn은 자치(self-government)의 관념을 “공적 문제는 보통선거를 통하여 결정되어야 한다.”는 자치에 관한 미국인들의 기본적인 동의에서 추론하고 있는데, 그러한 동의는 오히려 보통선거로 선출된 국민의 대표들이 공적 문제를 결정해야 한다고 보는 것이 더 타당하다고 주장한다.⁸⁶⁾ 물론 헌법이 국민주권주의를 확립하고 있지만, 그것은 직접민주주의라기보다는 간접민주주의이다. 간접민주주의 체제 하에서 국민들이 직접 공적 문제를 결정 또는 집행할 수 있는 것은 아니므로, 그러한 국민주권의 견지에서는 헌법상의 근거를 발견할 수 없다고 주장한다.⁸⁷⁾

다음으로, Meiklejohn은 수정헌법 제1조가 개인의 권리와 관련되어 있기 때문이 아니라 공권력, 즉 정부의 책임과 관련되어 있기 때문에 절대적이라고 보고 있다.⁸⁸⁾ 수정헌법 제1조는 개인의 권리를 보장하는 것이 아니라 국민주권원리를 구현하는 것이고, 헌법전문, 제1조 제2항, 수정헌법 제10조와 마찬가지로 수정헌법 제1조도 자치를 향유할 수 있는 시민들의 권위와 권력을 인정하며 그들의 봉사자로서 설치된 기관에 의한 제한으로부터 국민의 ‘지배권력’을 보호한다는 것이다.⁸⁹⁾

84) O'Brien, supra note 83, at 587.

85) Id. 587, 589-603.

86) Bevier, supra note 67, at 505.

87) Id. at 505-506.

88) Meiklejohn, supra note 73, at 245.

89) Id. at 254. 이와는 대조적으로 수정헌법 제2조부터 제9조까지는 국가의 개인에 대한 지배를 인정하고 피지배자로서의 개인의 권리를 보장하기 위하여 국가권력을 제한하는 것이라고 한다. Id.

Meiklejohn의 분석은 수정헌법 제1조가 개인이나 단체에 권리를 부여한다는 것은 명백하게 부인하며, 수정헌법 제1조가 정부의 시설이나 자료에 접근할 적극적 또는 절대적인 권리를 부여하고 있다는 암시도 전혀 없다. 수정헌법 제1조는 공중의 자치에 관한 자유를 절대적으로 보장한다는 의미에서 절대적인 것이다.⁹⁰⁾ 따라서 수정헌법 제1조에 대한 Meiklejohn의 해석은, 그 지지자들이 주장하는 만큼 헌법상 ‘알 권리’에 대한 강한 뒷받침이 되지 못한다.

셋째, 국민의 알 권리 또는 공중의 알 권리(the people’s right to know or the public’s right to know)가 구체적 권리로 인정되려면, 권리주체인 국민 또는 공중이 명확하게 정의되어야 한다. 특히 다원화된 사회에 있어서 공중 또는 국민이란, 상징적인 호소력을 갖기는 하지만, 구체화함에 있어서는 문제가 많다. 구체적 권리설을 주장하는 Emerson 자신도 이러한 난점을 인정하고 있다.⁹¹⁾

넷째, 구체적 권리로서의 알 권리는 필연적으로 사전제한을 수반한다는 점이다. 기술한 바와 같이 추상적이고 무제한적인 공중의 알 권리는 오로지 표현의 자유의 중요성을 강조할 뿐이지만, 구체적이고 직접 집행할 수 있는 알 권리에 대한 주장은 다른 법적·정치적 고려에 의한 제한을 수반한다. 그 결과 공중이 알 권리를 가지는 것과 갖지 못하는 것에 대한 결정이 내려져야 하며, 이것은 필연적으로 사전제한과 결부되는 것이다. 알 권리가 자력집행적인 것은 아니기 때문에, 특정 사항에 대하여 공중이 알 권리를 가지느냐의 여부는 법원이 결정해야만 한다. 그리하여 법원이 알 권

90) O’Brien, *supra* note 83, at 616.

91) Emerson, *supra* note 61, at 9. Emerson은 알 권리가 개인에게 귀속되는가 아니면 단체에 귀속되는가 하고 반문하면서, 그 해답은 쉬운 공식에 따르는 것이 아니라고 하고 있다. 그는 기본적으로 상황의 실제와 함께 미국의 표현의 자유의 특질을 감안하여 경제적, 문화적, 종교적 등 다양한 사회집단에 알 권리가 귀속되어야 할 것으로 보는 것 같다. Id.

리를 인정하지 않으면, 그것은 적어도 일반적으로는 사전제한을 부과하는 것이 된다.⁹²⁾

(3) 미국연방헌법상 논의의 구체적 권리성에 대한 시사점과 사건

미국연방헌법상 국민주권원리와 수정헌법 제1조를 근거로 한 ‘구체적 권리설’에 대하여, ‘추상적 권리설’에서는 미국의 연방헌법은 직접민주주의라기보다는 간접민주주의를 채택하고 있으므로 그러한 국민주권의 견지에서는 구체적 권리로서 알 권리의 헌법상 근거를 발견할 수 없다고 비판하고 있다.

그런데 미국연방헌법상 구체적 권리설에 대한 이러한 비판은, 원칙적으로 간접민주제를 채택하고 있으면서도 예외적으로 직접민주제-헌법 제72조, 제130조 제2항-를 도입하고 있는 현행헌법 구조 하에서 알 권리-정보공개청구권 그것도 이미 살펴본 바와 같이 구체적 권리성의 근거가 특히 논란이 되고 있는 ‘일반적 정보공개청구권’-의 헌법상 근거를 탐색하는 데 많은 시사점을 주고 있다.

(가) 구체적 권리성에 대한 시사점

현행헌법은 헌법 제1조의 국민주권원리를 구체적으로 실현하는 방법으로 제72조와 제130조 제2항을 규정함으로써 주권자인 국민이 직접 국가의 사결정에 참여할 수 있도록 하였고, 이러한 국민투표권은 헌법상의 구체적 권리로서 보장되고 있다. 즉, 헌법 제72조는 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’을 국민투표에 붙일 수 있도록 하고, 제130조 제2항은 헌법개정안을 국민투표에 붙일 수 있도록 규정하고 있다. 전자의 경우 국민투표는 임의적인 것이기 때문에 대통령의 국민투표부위원의 행사가 있

92) Goodale, *supra* note 67, at 33-34.

어야 실시될 수 있는 것인데, 정치적 상황에 따라서는 대통령에 대한 신임 투표로 전략할 우려도 있다. 이에 대하여 후자의 경우 국민투표는 필수적 이기는 하지만, 국민이 헌법 개정안의 작성에는 관여하지 못하고 대통령과 국회 또는 국회가 마련한 개정안의 가부만 결정하는 데 그친다.

따라서 양자의 경우 관련된 정보를 정부가 제공 또는 공개하지 않거나 의도적으로 편향된 정보만 제공하는 경우에, 그러한 상황에서의 국민투표 는, 국민주권원리의 실질적 구현과는 거리가 멀게 되고 단지 국민적 정당 성을 부여하는 요식절차로 전략할 가능성이 크다. 국민들의 적정하고 합리 적인 판단과 의사결정을 위한 전제로서 현안이 되어 있는 중요정책이나 헌 법개정안과 관련한 정보의 공개는 필수적인 것이고, 이를 확보하는 주요한 수단이 정보공개청구권이다.

(나) 일반적 정보공개청구권의 구체적 권리성에 대한 사건

알 권리의 구체적 권리성과 관련하여 이미 살펴본 바와 같이 간접민주 주의를 원칙으로 하고 있는 현행헌법 체제 하에서, 헌법 제50조 제1항 본 문에 ‘국회의 의사공개 원칙’과 제109조 본문의 ‘재판 공개원칙’으로 국민 대표의 ‘입법’ 활동과 ‘사법’ 활동에 대한 헌법상의 공개명령에 따라 입법 과 사법 영역에서의 정부활동은 헌법적으로 “자유롭게 접근 할 수 있는 정 보원”에 해당하게 되었다.

다만, 이들 공개원칙의 예외로 비공개되는 경우에 그러한 비공개에 대하 여 헌법 제21조를 근거로 하여 일반적 정보공개청구권을 행사할 수 있을 것이다. 즉, 헌법 제50조 제1항 단서의 의사공개원칙의 예외가 문제되는 경우, “출석의원 과반수의 찬성이 있거나” “의장이 국가의 안전보장을 위 하여 필요하다고 인정할 때”에, 전자의 경우는 의결정족수만 충족되면 그 사유는 묻지 않으므로 문제가 없겠지만 후자의 경우는 의장의 안전보장을 위한 필요성과 관련하여 헌법상 쟁점이 있을 때에 “일반적으로 접근할 수

없는 정보”인 ‘비공개 의사’에 대하여 일반적 정보공개청구권을 행사함으로써 실질적으로 비공개할 경우이었던지 하는 헌법적 적정성을 다투어 볼 수 있을 것이다.

그러나 헌법상 공개원칙이 명시되지 아니한 ‘행정’ 영역에 대하여도 헌법 제21조를 근거로 하여 직접 일반적 정보공개청구권이 보장된다는 논리 구성은 어떠한가? 알 권리의 구체적 권리성에서 살펴본 바와 같이, 아무리 표현의 자유의 공리적 가치와 기능이 강조된다고 하더라도, 간접민주주의를 원칙으로 하는 현행헌법 체제 하에서 헌법상의 공개원칙과 그에 대한 예외 사유도 없이, 표현의 자유조항 하나만으로 일반적 정보공개청구권을 직접 도출하는 것은 헌법해석상 무리라고 생각한다.

따라서 국민주권원리를 선언한 헌법 제1조, 민주주의 실현을 위한 공리적 가치를 강조하는 헌법 제21조, 그리고 직접민주주의를 구현하는 헌법 제72조와 제130조 제2항을 근거로 하여 ‘국민투표와 관련한 국정 정보’-입법·사법 정보뿐만 아니라 ‘행정’에 관한 국정 정보까지도 포함하는 정보-의 공개를 청구할 권리, 즉 국정정보에 대한 일반적 정보공개청구권을 인정할 수 있고, 그것은 헌법상 구체적인 권리라고 할 것이다. 다만, 이렇게 인정되는 국정 정보에 대한 일반적 정보공개청구권이 구체적인 권리라고 하더라도, 결국 대상정보는 현안이 된 “국민투표와 관련된 정보”에 한정될 수밖에 없다. 헌법해석상 인정 근거가 되는 기존의 기본권을 넘어서기 어렵기 때문이다.

따라서 헌법 제10조와 제37조 제1항을 근거로 하는 헌법에 열거되지 아니한 권리-헌법상 독자적인 기본권-로서 알 권리를 인정할 필요가 있고, 해석상 도출되는 알 권리를 넘어 헌법개정을 통하여 명문으로 인정되는 알 권리를 보장할 필요가 있다.

Ⅲ. 알 권리의 내용

1. 서설

알 권리의 내용은 일반적으로 소극적·적극적 측면으로 나타나고, 더 세부적으로는 정보수령권, 정보수집권, 정보공개청구권으로 구분된다. 알 권리를 이렇게 세분하는 기준은 크게 ‘정보를 제공하는 측과 정보를 수령하는 측의 의사’를 기준으로 하는 경우와 ‘대상정보’를 기준으로 하는 두 경우로 나누어 볼 수 있다.

먼저, ‘정보를 제공하는 측과 정보를 수령하는 측의 의사’를 고려하여 알 권리의 내용을 구체적으로 살펴보면, 자발적 정보원으로부터 정보를 수령할 권리인 ‘정보수령권’과 자발적 및 중립적 정보원으로부터 정보를 수집할 권리인 ‘정보수집권’은 자유권적 성격의 알 권리이며, 비자발적 정보원으로부터 정보의 공개를 청구할 권리인 ‘정보공개청구권’은 청구권적 성격의 알 권리이다.

다음으로, ‘대상정보’를 기준으로 알 권리의 내용을 나누어 볼 수 있는데, 이는 알 권리의 대상정보와 법적 성격에서 이미 살펴본 정보의 분류와 밀접한 관련성을 가진다. i) ‘관리정보·비관리정보’의 분류는 전자를 정보공개청구권의 대상으로 후자를 정보수령권·정보수집권의 대상으로 만드는 것이 원칙이지만, 관리정보를 자발적으로 제공하거나 공개하는 경우에는 그것도 정보수령권·정보수집권의 대상이 될 수 있다. 이에 대하여 ii) ‘정부보유 정보·개인보유 정보’의 분류는, 양자 모두 자발적으로 제공되어 있지 않는 한, 정보수령권·정보수집권의 대상이 될 수 없다. 그러나 전자는 정보공개청구권의 대상이 될 수 있지만, 후자는 개인이 보유하는 정보이므로 기본권의 효력과 관련하여 원칙적으로 대상이 될 수 없다. 그리고

iii) ‘개인정보·비개인정보’의 분류에서, 개인정보는 (a) 개인정보가 ‘자기 정보’인 경우는 ‘개별적 정보공개청구권’과 ‘개인정보자기결정권’이 결합될 수 있는 대상정보가 되고, (b) 개인정보가 ‘타인정보’인 경우는 ‘개별적 정보공개청구권’의 원칙적 한계요인이 되며 ‘개인정보자기결정권’의 대상은 되지 아니한다. 비개인정보는 그러한 특성이 없는 대상정보이다.

여기에서는 알 권리를 자유권적 성격의 알 권리와 청구권적 성격의 알 권리로 나누고 정보수령권과 정보수집권을 전자의 알 권리의 내용으로, 그리고 정보공개청구권을 후자의 알 권리의 내용으로 살펴보는 데, 정보공개청구권은 다시 세분하여 일반적 정보공개청구권과 개별적 정보공개청구권으로 구분한다.⁹³⁾

93) 알 권리의 내용을 정보수령권, 정보수집권, 정보공개청구권으로 세분할 때 그 각각의 법적 성격과 관련하여서는, i) ‘정보수령권·정보수집권’을 자유권적 성격으로 파악하고 ‘정보공개청구권’을 청구권적 성격으로 파악하는 견해(성낙인, 전계논문, 177-181면; 성낙인, 전계서, 1204-1207면[성낙인 교수는 전계논문에서는 ‘정보수령권·정보수집권’을 자유권적 성격으로 ‘정보공개청구권’을 청구권적 성격으로 파악하면서도, 전계서에서는 알 권리를 소극적 정보수령권과 적극적 정보수집권으로 나누면서 후자를 정보공개청구권으로 파악하기도 한다.]; 정종섭, 전계서, 668면; 한수용, 전계서, 781면; 전광석, 전계서, 371-372면[전광석 교수는 ‘정보수령권’에 대한 언급 없이 ‘정보수집권’을 자유권적 측면으로, ‘정보공개청구권’을 청구권적 측면으로 본다.]), ii) ‘정보수령권’을 자유권적 측면으로 ‘정보수집권·정보공개청구권’을 청구권적 측면으로 이해하는 견해(김학성, 전계서, 587면), 그리고 iii) 정보수령권을 자유권적 측면으로 정보공개청구권을 청구권적 측면으로 보면서 정보수집권의 경우는 양 측면을 모두 지니고 있는 것으로 바라보는 견해(홍완식, 정보공개청구권에 관한 연구, 정법논총, 제22집, 1987, 87면)가 있다.

2. 자유권적 성격의 알 권리

가. 정보수령권·정보수집권의 의의

(1) 정보수령권의 의의

‘정보의 수령’이란 자발적으로 제공되는 정보를 받아들여 인지하거나 소지하는 것으로서, 정보의 수령은 ‘정보제공현상에 대한 수용’의 영역에서 문제되는 것이다.⁹⁴⁾ 이렇게 보면, 정보수령권 내지 정보수령의 자유(the right to receive information or freedom to receive information)는 자발적 정보원으로부터 국가의 방해를 받지 아니하고 자유롭게 정보를 인지 또는 소지하는 자유를 말하는 것이며,⁹⁵⁾ 정보수집권, 정보공개청구권과 비교하여 적극성이 가장 약하다. 이 권리를 행사하는 데 필요한 행위는 단지 제공되는 정보를 인지하거나 소지하는 데 국한되므로 정보제공의 반사적 효과로 볼 수도 있으며, 실제로 보고, 듣고, 읽는 데 지나지 않는다.

비록 정보수령권이 정보를 받아들이는 가장 소극적인 권리이기는 하나, 정보의 취사·선택과 관련하여서는 수령자의 주체적인 입장에서 정보수령 거부권(정보를 수령하지 아니할 자유)⁹⁶⁾도 포함된다고 할 것이다.⁹⁷⁾

94) Diesbach, *supra* note 1, at 96, 96 n.33.

95) 김배원, 전계논문(각주 3), 54-55면.

96) 정보수령거부권은 “정부언론과 사로잡힌 청중(a captive audience)”의 문제와 밀접한 관련성을 가진다. ‘사로잡힌 청중’이란 “원하지 않는 일정한 표현이나 정보를 들도록 강요받는 청중”을 말한다. Marcy Strauss, *Redefining the Captive Audience*, 19 *Hastings cons. L.Q.*, 85 (1992) 참조. 특히, 정부는 원하지 않거나 무관심한 청중들에게 정부커뮤니케이션을 강요할 수 있는 고압적 지위에 있거나 도로, 공원 등 사람들이 모이는 장소들에 대한 일방적 통제권을 가진다. Thomas I. Emerson, *The System of Freedom of Expression*, Random House, Inc., 1970, at 710-712 참조. ‘사로잡힌 청중’에 대한 구체적 논의에 대하여는 김배원, 미국헌법상 “사로잡힌 청중의 이론”, 미국헌법연구 제20권 제2호, 2009, 133-174면 참조.

97) 박승호, 전계논문, 32-33, 45면; 김배원, ‘정보’관련 기본권의 독자적·통합적 보장을 위한 시론, 헌법학연구 제7권 제2호, 2001, 117면.

정보수령권의 연혁을 보면, 처음부터 독자적인 권리로서의 지위를 가진 것은 아니었고, 정보를 제공하는 측의 권리와 관련하여 인정되어왔다. 정보수령권과 관련한 미국의 판례를 보면, 초기에는 정보제공자의 권리와 연계하여 정보수령권을 인정하였으나,⁹⁸⁾ 1965년 *Lamont v. Postmaster General* 사건⁹⁹⁾에서 비로소 정보수령권을 독자적인 권리로서 명백하게 인정하였다. 이 사건에서 연방대원은 “수신인의 서명이 있어야만 우편물을 수령할 수 있다고 하는 것은 …… 수정헌법 제1조가 보장하는 수신인의 권리에 대한 위헌적인 제한이다.”¹⁰⁰⁾라고 하였다.

알 권리에 대하여 명문의 규정을 두고 있는 독일에서는 정보수령권의 독자성이 더욱 강조되고 있다. 연방헌법재판소는 정보(수령)의 자유가 자유롭게 의견을 표명하고 제공할 권리의 단순한 구성부분이 아니라 헌법질서상 의견표명의 자유와 동등한 가치를 지닌 것으로 역설하고 있다.¹⁰¹⁾

정보수령권이 표현의 자유 또는 정보제공의 자유와 밀접한 관련성을 가지면서도 독자적 권리로서의 지위를 확보하였다는 것은, 다양한 정보에 대한 수령에 있어서 취사·선택권을 더욱 주체적이고 능동적으로 행사할 수 있게 되었음을 의미한다. 여기에서는 정보수령권의 대상정보와 관련하여 구체적으로 살펴본다.

98) *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233 (1936). 이 사건에서 연방대법원은 신문사의 주에 대한 과세는 헌법상 공중에게 부여된 정보의 제공행위를 제한하는 것이므로 위헌이라고 판시하고, 그에 대한 헌법상의 보장은 시민들의 정보교환과 수령을 보호하는 것이라고 하였다. *Ibid.*, at 243, 250. *Martin v. City of Struthers*, 319 U.S. 141 (1943). 이 사건에서도 연방대법원은 수정헌법 제1조는 전단을 배포할 권리를 내포하고 필연적으로 그것을 수령할 권리도 보호하는 것이라고 하여, 호별방문을 금지한 시 조례를 무효로 판결하였다. *Id.*, at 143.

99) 381 U. S. 301 (1965).

100) *Id.*, at 307.

101) BVerfGE 27, 71 (81); BVerfGE 27, 104 (108f.).

(2) 정보수집권의 의의

정보수집권은 자발적 또는 중립적 정보원으로부터 정보를 취득할 수 있는 권리를 말한다. 이것은 스스로 정보를 취득하고자 하는 적극성이 요구된다는 점에서 수동적인 정보수령권과 구별되며, 비자발적 정보원으로부터 정보의 공개를 청구하는 정보공개청구권과도 구별된다.

그런데 정보수집권을, 국가로부터 방해받지 않는 자유권적 측면과 국가에 대하여 적극적으로 정보공개를 청구하는 청구권적 측면으로 나누어 전자를 정보수령권으로 후자를 정보공개청구권으로 파악하는 견해도 있다.¹⁰²⁾ 이에 대하여 ‘소극적 수령’과 ‘적극적 수집’ 여하에 따라 알 권리의 내용을 자유권과 청구권으로 구별하려는 입장에 대하여 비판적인 견해가 있다.¹⁰³⁾

일반적인 용어 사용의 견지에서 ‘정보수집’이란 ‘정보의 수령이나 공개 청구’라는 수단을 모두 포함하는 정보에 대한 포괄적인 접근방법을 말하는 것으로 볼 수 있다. 그러한 점에서 정보수집의 적극성 정도를 기준으로 하는 용어 사용으로서 소극적인 정보수령권을 자유권으로 적극적 정보수집권을 청구권으로 보더라도 큰 문제는 없다고 본다. 오히려 그렇게 파악할 경우, 정보수령권·정보공개청구권과 구별되는 정보수집권의 독자적인 보호 영역은 없는가 하는 점이 검토되어야 할 것이다.

정보수집권은 주체와 관련하여 언론기관의 정보수집권(취재의 자유)과 개인의 정보수집권으로 나눌 수 있다. 전자는 후자와 달리 사회적·공공적 의의가 크다. 알 권리의 내포로서 정보수집권이 보장된다고 하더라도, 언론기관의 정보수집권(취재의 자유)은 ‘보도의 자유’를 위한 것이므로 표현의 자유의 영역에서 다루는 것이 나올 것으로 본다. 그리고 정보수령의 소재

102) 성낙인, 전계서, 1205-1206면.

103) 한수웅, 전계서, 781면.

지로서 국내·외 지역과 관련하여 국외에서의 정보수집권·이는 출국의 자유 즉, 거주·이전의 자유와도 관련이 있음-과 국내에서의 정보수집권, 그리고 대상과 관련하여 비자발적 정보원의 대상 가능성 등의 문제가 있다.

여기에서는 정보수집권의 대상정보, 정보수령권·정보수집권의 행위태양과 구별 실익에서 대하여 구체적으로 검토한다.

나. 정보수령권·정보수집권의 대상

(1) 정보수령권·정보수집권의 대상으로서 자발적 정보원

자유권적 성격의 알 권리로서 정보수령권과 정보수집권의 대상에 대하여 학계의 통설은 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”에 한정하고 있다.¹⁰⁴⁾ 그런데 알 권리의 대상정보와 법적 성격에서 이미 살펴본 바와 같이, 정보수령권과 정보수집권은 ‘자발적으로 제공된 정보’나 ‘자발적으로 제공하려는 정보’도 자유롭게 수령 또는 수집할 수 있는 권리이므로, 정보수령권과 정보수집권의 대상은 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”을 넘어 ‘자발적으로 제공된 정보’나 “자발적으로 제공하려는 정보”도 포함하는 “자발적 정보원”을 대상으로 한다고 할 것이다.

(2) ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’의 대상성

“일반적으로 접근할 수 없는 정보원”은 원칙적으로 정보수령권과 정보수집권의 대상이 될 수 없다. 그러나 정보제공자는 자발적 의사로 또는 정보공개에 청구 없이도 스스로 보유하거나 관리하는 정보를 ‘특정인’ 또는 ‘불특정 다수인’인 정보수령자나 정보수집자에게 제공 또는 공개할 수 있다.

이러한 경우에는 ‘정보제공자의 자발적 의사’를 규제하여 정보의 제공이

104) 허영, 전게서, 588-590면; 성낙인, 전계논문, 179, 178면; 김학성, 전게서, 585-586면; 정종섭, 전게서, 670-671면; 한수웅, 전게서, 781면.

나 공개를 규제하는 것은 곧 정보수령권·정보수집권을 제한하는 것이 되므로, “일반적으로 접근할 수 없는 정보원”도 예외적으로 정보수령권·정보수집권의 대상이 될 수 있다.

판례도 ‘군사기밀’¹⁰⁵⁾이나 ‘태아의 성별정보’¹⁰⁶⁾와 같이 “일반적으로 접근할 수 없는 정보”에 대한 정보수집이나 수령의 자유를 제한하는 법률의 위헌 여부를 판단하는 사건에서, 그러한 법률들이 언론·출판의 자유 내지 ‘알 권리’의 본질적 내용을 침해하는지 여부 또는 국민의 알 권리를 과도하게 제한하는지 여부를 심사하거나 “부모의 태아 성별 정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리”를 제한하고 있다고 판시하고 있다.

다. 정보수령권·정보수집권의 행위 태양과 구별실익

(1) 정보수령권·정보수집권의 행위 태양

정보수령권과 정보수집권은 모두 자유권적 알 권리의 내용으로서 자발적으로 제공되는 정보를 받아들이는 자유이지만, 정보를 받아들이는 태도-전자는 수동적이고 소극적인 행위이고 후자는 그보다는 적극적이지만 정보공개청구권 보다는 적극성이 약한 행위를 기준으로 구분되는 개념이다. 이와 같이 ‘정보를 얻는 행위의 적극성 여부’에 따라 ‘정보수령권’과 ‘정보수집권’을 구별하는 견해¹⁰⁷⁾에 대하여 그 기준이 모호할 뿐만 아니라 구별의 실익도 없다는 견해¹⁰⁸⁾가 있다. 물론, 정보수령자 측의 태도의 적극성이라는 것이 상대적인 것이고 구체적인 상황마다 달라질 수 있는 문제점이 있

105) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64; 헌재 2014. 9. 25. 2011헌바358, 판례집 26-2상, 445.

106) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236.

107) 성낙인, 전계논문, 177-181면; 김학성, 전게서, 587면; 정종섭, 전게서, 671면, 김배원, 전계논문(각주 3), 53-54면.

108) 한수용, 전계논문, 46면.

기는 하지만, 언제나 그러한 것은 아니다.

정보수령권·정보수집권의 행위 태양을 살펴보면, 예를 들어 정부보유 정보를 정부가 자발적으로 제공할 경우¹⁰⁹⁾나 헌법 제27조 제3항과 제109조에 의한 재판공개¹¹⁰⁾에 제공된 ‘정보’나 공개된 ‘재판’ 역시 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’에 해당한다. 여기에서 이러한 ‘정보’에 대한 “열람”이나 컴퓨터 화면상의 ‘인지’에 그치는 경우와 “복사나 등사” 또는 ‘내려받기(download)’까지 하는 경우는 그 적극성의 견지에서 분명히 서로 다른 행위태양이다. 그리고 ‘재판’에서 “단순한 방청”에 그치는 경우와 “메모, 녹음, 녹화나 촬영”을 하는 경우¹¹¹⁾도 ‘재판’에 접근하려는 정보수령자 측의 ‘적극성’ 여하에 따라 구분될 수 있다.

이러한 행위 태양은 언론기관의 정보수령·수집의 경우-언론기관의 취재 행위-에서 뚜렷하게 드러난다. 단순히 제공되는 정보를 수동적으로 수령하는 경우와 그러한 소극적 행위를 넘어 적극적으로 탐문하고 조사하며 비자

109) 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제7조(행정정보의 공표 등), 제8조(정보목록의 작성·비치 등), 제8조의2(공개대상 정보의 원문공개) 참조.

110) 헌법 제27조 제3항과 제109조에 의한 재판공개는 국민 일반에 대한 공개이고, 심리는 헌법 제109조 단서에 의하여 예외적으로 공개할 수 있지만, 판결은 예외가 없다. 성낙인, 전게서, 1111, 1439면; 정종섭, 전게서, 838-839면; 한수용, 929-930, 1358-1359면. 법정의 규모, 질서유지, 심리의 원활한 진행 등을 고려하여 일반국민의 방청을 제한하는 조치를 취하더라도, 이것이 공개재판주의의 취지에 반하는 것은 아니다. 대법원 1990.6.8. 선고 90도646 판결.

111) 헌법상 공개재판의 원칙을 선언하면서도 우리나라는 외국에 비하여 법정에서의 녹음이나 촬영, 중계방송 등에 대하여는 매우 소극적이다. 법원조직법 제59조(녹화 등의 금지), 법정 방청 및 촬영 등에 관한 규칙 제4조(촬영 등의 제한) 및 제5조(촬영 등 행위시의 주의)에서는 재판장의 허가 없이는 사실상 촬영 등의 행위가 불가능하다. 외국에서의 법정 취재 상황, 그리고 외국 법원의 법정 취재에 대한 경향 등을 살펴보면, 헌법상 국민의 알 권리와 공정한 재판이라는 양 법익 사이의 균형과 조화라는 문제가 있기는 하지만, 우리나라에서는 지나치게 재판의 공정성에 기울어진 태도에서 벗어나지 못하고 있다는 비판이 있다. 손태규, 국민의 알 권리와 법정 촬영 및 방송-한국과 외국의 비교 연구-, 공법연구 제40집 제4호, 2012, 56면 참조.

발적 정보원에 대하여도 적법한 절차에 따른 공개청구가 아니라 그 외의 방법으로 정보를 취득하는 경우에는 구별기준이 뚜렷하다. 이러한 경우의 취재행위는 단순히 ‘정보수령행위’가 아닐 뿐만 아니라 ‘정보공개청구행위’도 아닌 점에서 분명히 양자와 구별되는 ‘정보수집행위’로 파악할 수 있을 것이다.

(2) 정보수령권 · 정보수집권의 구별실익

위에서 살펴본 바와 같이 정보수령행위와 정보수집행위는 ‘정보를 얻는 행위’의 적극성 여부를 기준으로 할 때 그 행위태양이 분명하게 구분될 수 있으며, 그러한 구분은 구체적인 사건에서 헌법적 쟁점을 야기할 수도 있으므로 구별의 실익이 없는 것도 아니다.

일본에서의 1978년 ‘外務省秘密漏泄’ 사건¹¹²⁾과 1989년 ‘法廷傍聽メモヲ禁止’ 사건¹¹³⁾은 이에 대한 좋은 예가 된다. 전자는 ‘국가비밀의 개념’과 함께 ‘취재행위의 헌법적 보장-위법한 취재행위의 정당행위 해당성 여부’의 문제를 다룬 사건이었고, 후자는 공개된 법정에서의 방청인에게 ‘단순한 방청’을 넘어 ‘재판내용의 메모행위’까지도 허용되는지 여부가 문제된 사건이었다. 양 사건에서는 정보수령행위 및 정보공개청구행위와 구별되는 정보수집행위, 그리고 정보수령행위와 구별되는 정보수집행위의 헌법적 보장의 문제를 다루고 있는 것이다.

또한 우리나라에서도 2015년 ‘체포영장의 열람 · 등사신청 거부처분 위헌 확인’ 사건(2012헌마610 결정)¹¹⁴⁾에서 헌법재판소는 심판대상과 관련하여, “피청구인이 청구인 천○봉, 조○선에게 체포영장의 열람을 허용한 사실은 인정되므로, 체포영장 열람신청에 대한 거부처분은 심판대상에서 제외한다.

112) 最高裁 1978年 5月 31日 第1小法廷決定 刑集 32卷 3號 457頁.

113) 最高裁 1989年 3月 8日 大法廷判決.

114) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마610, 판례집 27-2상, 293.

이 사건 심판대상은 피청구인이 2012. 7. 5. 청구인 천○봉, 조○선의 체포영장 등사신청을 거부한 행위(이하 ‘이 사건 거부처분’이라고 한다)가 청구인들의 기본권을 침해하여 헌법에 위반되는지 여부이고”라고 하고 있다.¹¹⁵⁾ 여기에서 헌법재판소는 ‘열람’과 ‘등사’를 구별하여 각각 별개의 심판대상으로 삼고 있다.

위 2012헌마610 사건은 권리보호이익은 물론 심판이익도 인정되지 아니하여 각하된 사건이지만, 이 결정에서 반대의견(4인재판관)은 선례인 2000헌마474 결정¹¹⁶⁾을 인용하면서 “열람을 통하여 체포영장의 내용을 파악할 수 있었으므로, 이 사건 거부처분에 의하여 청구인 천○봉, 조○선이 체포영장의 공개를 청구할 권리, 즉 알 권리가 제한된 것으로 보기 어렵다.”고 하고 있다.

그러나 이 반대의견은 다음과 같은 점에서 문제가 있다. ‘열람’과 ‘등사’라는 ‘내용 파악’의 수단에 기능상의 차이가 있음에도 불구하고, 그 중 어느 한 수단만 허용하면 알 권리의 제한은 없다고 본 점이다. ‘열람’과 ‘등사’는 “정보를 얻는 행위의 적극성 여부”에 따라 구분되는 공개 수단으로서 ‘내용 파악’이라는 점에서 질적인 차이가 있다. ‘열람’과 ‘등사’를 구별하여 각각 별개의 심판대상으로 삼으면서도, “열람을 통하여 체포영장의 내용을 파악할 수 있었으므로 ‘등사’ 거부처분에 의하여 알 권리가 제한된 것으로 보기 어렵다.”고 판단한 것은 알 권리를 제대로 보장하는 판단이라고 할 수 없을 것이다.

그러므로 ‘정보를 얻는 행위의 적극성 여부’에 따라 알 권리의 내용을 ‘정보수령권’과 ‘정보수집권’을 구분하는 것은 헌법상 의미가 있고 그 실익이 있는 것이다.

115) 헌재 2015. 7. 30. 2012헌마610, 판례집 27-2상, 293, 297.

116) 헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474, 판례집 15-1, 282.

3. 청구권적 성격의 알 권리

가. 정보공개청구권의 의의

정보공개청구권은 비자발적인 정부정보원으로부터 정보공개를 청구할 권리를 말하는데, 정보를 제공받는 측의 가장 적극적인 태도를 수반한다. 헌법재판소는 초기에는 정보공개청구권의 헌법상 근거를 헌법 제21조에서만 찾았으나 개별적 정보공개청구권의 근거와 관련하여서는 헌법 제21조 외에 헌법 제12조 제4항, 헌법 제24조, 제27조를 들기도 한다. 그리고 일반적 정보공개청구권과 관련하여서는 헌법 제21조와 헌법 제50조 제1항 본문의 ‘의사공개의 원칙’을 근거로 하여 ‘국회 의사’에 대한 일반적 정보공개청구권을 인정하였다.

정보공개청구권은 대상정보와 관련하여, 정보수령권이나 정보수집권이 자발적·비자발적 정보원·‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’과 ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’-을 모두를 대상으로 하는 데 대하여, 비자발적 정보원만을 대상으로 하는 점에서 자유권적 알 권리인 후자의 두 권리와 구별된다. 그리고 대상정보와 청구인 사이에 정당한 이해관계 여부에 따라 개별적 정보공개청구권과 일반적 정보공개청구권으로 구분된다. 전자는 개인적 가치에 치중한 것이고 후자는 개인적 가치와 공리적 가치를 공유하는 것이나 그 중점은 공리적 가치에 있다고 할 것이다.

여기에서는 정보공개청구권의 내용을 일반적 정보공개청구권과 개별적 정보공개청구권으로 나누고, 후자를 다시 개인정보자기결정권과 비교하며 서술하고자 한다.

나. 일반적 정보공개청구권과 개별적 정보공개청구권

(1) 일반적 정보공개청구권

(가) 현행헌법상 일반적 정보공개청구권의 근거와 구체적 권리성

일반적 정보공개청구권은 청구대상 정보와 청구인 사이에 정당한 이해관계가 없더라도 청구를 인정하는 권리인데, 이를 헌법상의 권리로 인정한다고 하더라도 추상적 권리에 그치는지 아니면 구체적 권리인지가 문제된다.

알 권리의 구체적 권리성과 관련하여 이미 살펴본 바와 같이, 간접민주주의를 원칙으로 하고 있는 현행헌법 체제 하에서, 헌법 제50조 제1항 본문의 ‘국회의 의사공개 원칙’과 제109조 본문의 ‘재판 공개원칙’으로 국민대표의 ‘입법’ 활동과 ‘사법’ 활동’에 대한 헌법상의 공개명령에 따라 입법과 사법 영역에서의 정부활동은 “자유롭게 접근 할 수 있는 정보원”에 해당하게 되었다. 다만, 이들 공개원칙의 예외로 비공개되는 경우에 그러한 비공개에 대하여 일반적 정보공개청구권을 행사하여 헌법적 적정성을 심사받을 수 있을 것이다. 그런데 헌법상 공개원칙이 명시되지 아니한 ‘행정’ 영역에 대하여도 헌법 제21조를 근거로 하여 직접 일반적 정보공개청구권이 보장된다는 논리구성은 헌법해석상 무리라고 생각한다.

따라서 국민주권원리를 선언한 헌법 제1조, 민주주의 실현을 위한 공리적 가치를 강조하는 헌법 제21조, 그리고 직접민주주의를 구현하는 헌법 제72조와 제130조 제2항을 근거로 하여 종합적으로 해석할 때, ‘국민투표와 관련한 국정 정보’의 공개를 청구할 권리-일반적 정보공개청구권-는 헌법상 구체적인 권리로서 인정 될 수 있다고 본다.

(나) 일반적 정보공개청구권과 ‘일반적으로 접근할 수 있는/없는 정보원’의 관계

“일반적으로 접근할 수 있는 정보원”과 “일반적으로 접근할 수 없는 정

보원'의 의미 또는 일반적 정보공개청구권과의 관계에 대하여 논란이 있다. 즉, 공공기관이 보유하는 정보는 위에서 언급한 바와 같이 보통 '일반적으로 접근할 수 없는 정보원'이라고 파악하는 데 대하여 이를 '일반적으로 접근할 수 있는 정보원'으로 보거나,¹¹⁷⁾ 법률-정보공개법 등-로서 '일반적 정보공개청구권'을 인정하는 경우에는 공공기관이 보유하는 정보도 '일반적으로 접근할 수 없는 정보원'에서 '일반적으로 접근할 수 있는 정보원'으로 바뀌게 된다고 하는 견해¹¹⁸⁾가 있다.

이에 대하여 “비록 국가가 ‘공공기관의 정보공개에 관한 법률’을 제정하여, 그 결과 일반 국민이 공공기관으로부터 정보의 공개를 요청할 수 있게 되었다 하더라도, 공공기관이 보유하는 정보는 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’에 해당되지 않는다.”는 견해¹¹⁹⁾가 있어 서로 상반되는 모습이 나타난다.

이러한 논란과 관련하여 “일반적으로 접근할 수 있는/없는 정보원”과

117) 문재완 교수는 비공개 상태에 있는 ‘정부 또는 공공기관 보유 정보’ 자체를 ‘일반적으로 접근 가능한 정보’로 보고, 정부의 비공개라는 방해가 있으므로 이를 배제하는 것이 ‘일반적 정보공개청구권’이라고 하여(114면) ‘일반적 정보공개청구권’을 자유적 알 권리의 한 내용으로 보고 있는 것 같다. 그러면서도 “표현의 자유라는 자유권에서 정부보유 문서에 대한 접근권이라는 청구권적 요소가 인정되는 것은 당연한 논리적 귀결이다.”(113면)라고 하고 있다. 문재완, 전계논문, 112-114면.

118) 이상학 교수는 문재완 교수와는 달리 국가기관이 보유한 문서는 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’에 해당하지 않는다고 하면서도(104면), 독일의 정보자유법 제1조나 우리나라 정보공개법 제5조에서 ‘일반적 정보공개청구권’을 인정하고 있음을 이유로 ‘연방이 보유한 정보(특히 공공기관의 문서)’나 ‘공공기관이 보유한 정보’를 ‘일반적으로 접근 가능한 것’으로 이해하고 있다(94면 각주 4) 및 105면). 이상학, 알 권리로써 정보자유와 쟁점-독일에서의 논의를 중심으로-, 법학연구 제17집 제3호, 2014, 94면 각주 4), 104, 105면.

119) 한수용, 전계논문, 49면; 박종보 교수는 ‘일반적’이라는 용어와 관련하여 ‘일반적 접근 가능성’과 ‘일반적 공개 청구권’에서 사용되는 ‘일반적’의 의미를 구별하여 개념상의 혼란을 피하여야 함을 지적하고 있다. 박종보, 전계논문, 12면 각주 45).

“일반적 정보공개청구권”에서 사용하고 있는 ‘일반적’이란 용어의 ‘의미’와 각 경우의 ‘구제수단’을 비교·검토하면서 논의해보면 다음과 같다.

우선, 전자와 후자에서 사용하는 용어(‘일반적’)의 ‘의미’와 관련하여 전자에서는 이미 ‘공개되어 있는 정보’에 대하여 따로 정보공개청구를 할 필요 없이 누구라도 접근가능하다는 의미에서 일반적 ‘인지(認知) 또는 이용가능성’의 의미이고, 후자에서는 ‘비공개 상태에 있는 정보’에 대하여 정당한 이해관계 없는 자도 일반적으로 공개를 청구할 수 있다는 의미에서 일반적 ‘청구가능성’의 의미라는 점에서 서로 다르다.

다음으로, 전자와 후자의 경우 제한에 대한 ‘구제수단’과 관련하여서는 전자의 경우는 일반적 접근 가능성이 방해될 경우에 해당 정보가 ‘자유권적 알 권리의 대상’으로서 ‘소극적인 방해배제’를 청구하게 될 것이고, 후자의 경우는 해당 정보가 ‘청구권적 알 권리의 대상’으로서 ‘적극적인 정보공개’를 청구하게 된다는 점에서 서로 다르다.

따라서 비공개 정보에 대한 ‘일반적 정보공개청구권’의 인정이 곧 ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’에서 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’으로 바뀌게 된다고 할 수는 없을 것이다.

(2) 개별적 정보공개청구권과 개인정보자기결정권

개별적 정보공개청구권은 대상정보와 정당한 이해관계가 있는 사람에게만 인정된다는 점에서 일반적 정보공개청구권과 구별되는데, 바로 그러한 점에서 개인정보를 대상으로 하여 개인정보 주체에게 인정되는 개인정보자기결정권과 유사한 점을 지닌다. 즉, 개별적 정보공개청구권과 개인정보자기결정권은 ‘개인정보’를 대상으로 하여 공개청구를 하거나 열람을 하는 경우에 경합될 수 있는 권리이다.

그러나 ‘개별적 정보공개청구권’은 i) 정보의 공개를 원칙으로 하는 정보공개청구권의 구성부분으로서 ‘일반적 정보공개청구권’과 대립하는 개념

으로 사용하는 것이 보통이고,¹²⁰⁾ ii) 대상정보가 ‘개인정보’에 한정되지 않고 청구인과 정당한 이해관계가 있는 정보도 포함되며, iii) 개인정보의 주체뿐만 아니라 정당한 이해관계 있는 제3자도 주체가 될 수 있다는 점에서 ‘개인정보자기결정권’과 구별된다고 할 것이다.

그런데 i) 개별적 정보공개청구권을 알 권리에 포함된다고 보면서도 그 도출 근거는 개인정보자기결정권 내지 정보자결권에서 찾고 있거나¹²¹⁾ ii) 특정한 기본권의 실현과 관계없이 인격권에 기초하여 청구하는 개별적 정보공개청구권은 알 권리가 아니라 개인정보자기결정권으로 분류하려는 견해¹²²⁾가 있다.

개별적 정보공개청구권을 알 권리에 포함된다고 보면서도 일반적 인격권에 터 잡은 정보자결권에서 도출된다고 보면, 개별적 정보공개청구권의 보호 범위는 인격적 이익의 보호를 위한 정보의 공개청구에 머무르게 될 것이다. 이에 대하여 개별 기본권의 실현을 위한 개별적 정보공개청구권을 알 권리의 범주에 포함시키면서도 유독 인격권에 기초하여 청구하는 개별적 정보공개청구권은 알 권리가 아니라 개인정보자기결정권으로 분류하려는 견해가 있는데, 이 경우 대상정보가 개인정보에 해당하지 않는 경우-개인의 시험성적은 ‘개인정보’가 될 수도 있으나 ‘태아의 성별정보’나 ‘개인의 출생비밀과 관련한 생부/생모의 정보’에 관한 공공기관 정보는 청구인 자신의 개인정보로 보기 어려울 것이다-에는 권리 보장에 차이가 나타날

120) 전광석, 정보화사회의 헌법구조, 헌법학연구, 제5권 제2호, 1999, 297-301면; 홍준형, 전계논문, 557면; 김일환, 전계논문, 109면 등 참조. 정중섭 교수는 일반적 정보공개청구권과 개별적 정보공개청구권의 구별과 관련하여 “일반적”이라거나 이와 대립되는 ‘개별적’이라는 것은 개념상 존재하지 않는다.”라고 하고 하고 있는데, 선뜻 이해하기 어렵다. 정중섭, [판례평석] 확정된 형사재판기록을 열람 등사할 권리와 그 제한-대상판례: 헌재 1991. 5. 13. 선고, 90헌마133 결정-, 헌법학연구 제1집, 1995, 370면.

121) 한수웅, 전계서, 783-784, 786면; 홍준형, 전계서, 628-630면.

122) 문재완, 전계논문, 116, 120면.

수 있다. 태아의 성별정보나 개인의 출생비밀 정보는 개별적 정보공개청구권의 보호대상이 될 수 있는 반면, 개인정보자기결정권의 보호대상은 되기 어렵기 때문이다.

이러한 점에서 상호 유사성이 있기는 하나 성립배경이나 목적, 대상이 반드시 일치하지 않는 개별적 정보공개청구권과 개인정보자기결정권은 명확하게 구분하여 논하는 것이 타당하다고 본다.

IV. 결론

우리나라에서 알 권리는 학설상 1970년을 전후하여 논의되기 시작하였고, 판례는 1990년을 전후하여 알 권리를 헌법상의 구체적인 권리로 인정하였다. 그럼에도 불구하고 아직까지 알 권리의 법적 성격이나 대상정보, 내용과 관련하여 다양한 논의가 진행 중이고, 판례도 알 권리의 선례 확립 이후 기본적인 입장을 유지하면서 새로운 경향을 보이고 있다.

이 글은 먼저 알 권리의 법적 성격(Ⅱ)에서 알 권리의 대상정보와 법적 성격, 알 권리의 구체적 권리성에 대하여 검토하였다. 통설은 판례와는 달리 알 권리의 대상정보를 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”의 여부를 기준으로 자유권적 성격의 알 권리와 청구권적 성격의 알 권리의 대상정보를 구분하고 있다.

알 권리의 대상정보가 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원”인지 여부로 알 권리의 법적 성격을 판단할 것이 아니라, 오히려 “자발적 정보원” 여부와 함께 정보의 접근가능성을 고려하여 알 권리의 대상정보를 파악하여야 할 것이다.

그리고 알 권리 특히, 일반적 정보공개청구권의 구체적 권리성과 관련하여

여서는, 미국연방헌법상의 구체적 권리성에 대한 학설상의 논의를 비교법적으로 고려할 때, 헌법 제21조만으로는 미흡하고 헌법 제1조, 제21조, 제72조 및 제130조 제2항을 근거로 하여 도출하는 것이 타당하다고 본다. 그런데 이 경우는 청구 대상이 국민투표의 대상과 관련한 정보에 한정될 것이므로, 위 헌법조항들을 근거로 하여 헌법해석을 통하여 도출되는 일반적 정보공개청구권은 한계가 있다.

끝으로, 알 권리의 내용(Ⅲ)과 관련하여서는 우선, 자유권적 성격의 알 권리의 행위태양으로서 ‘정보수령행위’와 ‘정보수집행위’를 구분하는 것은 알 권리의 보장범위를 확대하는 헌법적 의미를 지니는 것이므로 구별할 실익이 있다. 다음으로, 정보수령권·정보수집권의 대상은 자발적 정보원으로서 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’과 일정한 경우에는 ‘일반적으로 접근할 수 없는 정보원’도 포함된다. 그리고 정보공개청구권에 있어서 헌법재판소는 헌법 제21조 외에 헌법 제50조 본문의 ‘국회의 의사공개 원칙’에 근거하여 일반적 정보공개청구권을 도출하고 있으나, 헌법상 ‘의사공개 원칙’으로 인하여 ‘국회의 의사’는 ‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원’이 되고 이의 제한에 대하여는 정보공개청구권보다는 방해배제청구권을 통하여 구체받아야 할 사안이라고 할 것이므로, 헌법 제50조 제1항 본문의 ‘의사공개원칙’을 일반적 정보공개청구권의 근거로 삼기는 어렵다고 할 것이다.

현행헌법상 알 권리는 헌법해석을 통하여 인정되고 있으나, 알 권리의 보편성과 독자적 기본권성을 고려할 때, 헌법 제10조와 제37조 제1항을 근거로 하는 헌법에 열거되지 아니한 독자적 기본권으로서 알 권리를 보장하는 방향으로 나아가야 할 것이고 궁극적으로는 헌법개정을 통하여 명시적으로 인정되어야 할 것이다.

[국문초록]

알 권리의 법적 성격과 내용

우리나라에서 알 권리는 학설상 1970년을 전후하여 논의되기 시작하였고, 판례는 1990년을 전후하여 알 권리를 헌법상의 구체적인 권리로 인정하였다. 그럼에도 불구하고 아직까지 알 권리의 법적 성격이나 대상정보, 내용과 관련하여 다양한 논의가 진행 중이고, 판례도 알 권리의 선례 확립 이후 기본적인 입장을 유지하면서 새로운 경향을 보이고 있다.

이 글은 먼저 알 권리의 법적 성격(Ⅱ)에서 알 권리의 대상정보와 법적 성격, 알 권리의 구체적 권리성을 미국연방헌법상의 논의와 함께 비교법적으로 살펴봄, 알 권리의 내용(Ⅲ)을 자유권적 알 권리로서 정보수령권과 정보수집권을, 청구권적 알 권리의 내용으로서 정보공개청구권으로 나누어 서술하였다.

결론(Ⅳ)으로서, 알 권리는 모든 정보에 대하여 접근할 수 있는 최광의 개념의 헌법상 독자적인 권리로서 헌법 해석상으로는 제10조 및 제37조 제1항을 근거로 하는 헌법상 열거되지 아니한 권리로 해석되어야 할 것이며, 그 성격은 자유권적 성격과 청구권적 성격을 가지는 구체적 권리이고, 그 내용은 정보수령권, 정보수집권 그리고 정보공개청구권을 포괄하는 권리이다.

주제어

알 권리, 정보의 자유, 표현의 자유, 자발적 정보원, 비자발적 정보원, 정보수령권, 정보수집권, 정보공개청구권

[Abstract]

The Character and Contents of the Right to Know

The theory of right to know had begun to be discussed sometime around 1970 and the precedent recognized it as a specific constitutional right around 1990.

Despite such history, variety of theoretical debates on the usage, the notion, and the assurance range of right to know or the freedom of information are still being presented.

The cases related to the right to know continuously maintains what had been established in the precedents as they also suggest new tendency in the ground.

In the legal character of right to know(II), the target information, its legal characteristics and the specific rights of the right to know will be reviewed in the perspective of both American Constitution and Korean Constitution with comparison methods. The contents of right to know(III) will be reviewed divided into two; the right to receive and gather information will be discussed in the right to know in civil rights and the right to acquire information will be mentioned in the right to acquire.

In conclusion(IV), the right to know is the most powerful constitutional definition, which is also an independent right that has an access to all information; it has not been listed in the Constitution with its basis on the article 10 and article 37 section 1. It is a specific right that has the

character of civil rights and the right to acquire, its contents including the right to receive information, right to gather information, and right to acquire information.

Key-words

right to know, freedom of information, freedom of expression, willing sources, unwilling sources, right to receive information, right to gather information, right to acquire information

참고문헌

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008.
- 김철수, 「학설판례 헌법학 (상)」, 박영사, 2008.
- 김학성, 「헌법학원론」, 피엔씨미디어, 2015.
- 문홍주, 「한국헌법」, 해암사, 1987.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2016.
- 양 건, 「헌법강의」, 법문사, 2016.
- 이준일, 「헌법학강의」, 홍문사, 2015.
- 전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2016.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2015.
- 최대권, 「헌법학강의」, 박영사, 2001.
- 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2016.
- 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2016.
- 홍성방, 「헌법학(중)」, 박영사, 2010.
- 홍준형, 「행정법총론」, 한울아카데미, 2001.
-
- 권영호, “알 권리와 언론·출판의 자유”, 법학논총 제19집, 1993.
- 김배원, “알 권리에 관한 연구”, 부산대학교 박사학위논문, 1989.
- _____, “미국의 정보자유법(FOIA) 30년(1966-1996)”, 공법학연구 제3권 제1호, 2001.
- _____, “‘정보’관련 기본권의 독자적·통합적 보장을 위한 시론”, 헌법학연구 제7권 제2호, 2001.
- _____, “정보기본권의 독자성과 타당범위에 대한 고찰-헌법개정과 관련한 체계구성을 중심으로-”, 헌법학연구 제12집 제4호, 2006.
- _____, “미국헌법상 ‘사로잡힌 청중의 이론’”, 미국헌법연구 제20권 제2호, 2009.
- _____, “‘알 권리의 헌법적 근거’에 대한 판례의 분석과 검토”, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015.

- 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 공법연구 제29집 제 3호, 2001.
- 김현경, “개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제”, 미국헌법연구 제25권 제 2호, 2014.
- 김현철, “정보기본권에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2010.
- 문재완, “알 권리의 재구성-변호사시험법 제18조 제1항 위헌확인 사건의 판례 평석을 곁하여-”, 공법연구 제44집 제2호, 2015.
- 박승호, “정보의 자유”, 공법연구 제31집 제5호, 2003.
- 박종보, “공공정보공개제도와 알 권리의 헌법적 근거”, 공법연구 제28집 제1호, 1999.
- 성낙인, “알 권리”, 헌법논총 제9집-창립 10주년 기념 특집호-, 1998.
- 손태규, “국민의 알 권리와 법정 촬영 및 방송-한국과 외국의 비교 연구-”, 공법연구 제40집 제4호, 2012.
- 이상학, “알 권리로서 정보자유의 쟁점-독일에서의 논의를 중심으로-”, 법학연구 제17집 제3호, 2014.
- 장주봉, “개인정보의 의미와 보호범위”, 법학평론 제3권, 2012.
- 전광석, 정보화사회의 헌법구조, 「헌법판례연구」, 법문사, 2000.
- 정종섭, [판례평석] 확정된 형사재판기록을 열람 등사할 권리와 그 제한-대상판례: 헌법재판소 1991. 5. 13. 선고, 90헌마133 결정-, 헌법학연구 제1집, 1995.
- 지성우, “정보헌법과 커뮤니케이션 분야의 쟁점”, 정치커뮤니케이션 연구 통권 33호, 2014.
- 한수웅, “헌법상의 ‘알 권리’-헌법재판소 주요결정에 대한 판례평석을 곁하여-”, 법조 제551호, 2002.
- 홍완식, “정보공개청구권에 관한 연구”, 정법논총 제22집, 1987.
- 홍준형, “정보공개청구권과 정보의 자유-독일에서의 논의를 중심으로-”, 「금강 김철수 교수 화갑기념 현대법의 이론과 실제」, 박영사, 1993.

憲法論叢 第27輯(2016)

佐藤幸治, 「憲法」, 青林書院新社, 1983.

清水英夫, 「言論法研究」, 學陽書房, 1979.

石村善治, “知る権利と情報公開”, 公法研究 第43號, 1981.

小泉 良幸, 「子どもの出自を知る権利」について 小泉 良幸, 学術の動向 Vol. 15(2010).

Alexander Meiklejohn, “The First Amendment Is an Absolute”, Sup. Ct. Rev. 245, 1961.

David M. O'Brien, “The First Amendment and the Public's right to Know”, 7 Hastings Const. L.Q. 579, 1980.

David Mitchell Ivester, “The Constitutional Right to Know”, 4 Hastings Const. L.Q. 109, 1977.

Harold C. Relyea, “Federal freedom of information policy: Highlights of recent developments”, Government Information Quarterly 26, 2009.

James C. Goodale, “Legal Pitfalls of in the Right to Know”, Wash. U. L.Q. 29, 1976

Lillian R. Bevier, “An Informed Public, an Informing Press: The Search for a Constitutional Principle”, 68 Cal. L. Rev. 482, 1980.

Louis Henkin, “The Right to Know and the Duty to Withhold: The Case of The Pentagon Papers”, 120 U. Pa. L. Rev. 271, 1971.

Marcy Strauss, “Redefining the Captive Audience”, 19 Hastings cons. L.Q., 85, 1992.

Mary M. Cheh, “Judicial Supervision of Executive Secrecy: Rethinking Freedom of Expression for Government Employees and the Public of Access to Government Information”, 69 Cornell L. Rev. 690, 1984.

Note, “The Right of the Public and the Press to Gather Information”, 87 Harv. L. Rev, 1505, 1974.

Note, “The First Amendment Right to Gather State-Held Information”, 89 Yale

- L. J. 923, 1980.
- Thomas I. Emerson, "Legal Foundations of The Right To Know", Wash. U. L.Q. 1, 1976.
- _____, "Colonial Intentions and Current Relations of The First Amendment", 125 U. Pa. L. Rev. 737, 1977.
- _____, "The Affirmative Side of the First Amendment", 15 Geo. L. Rev. 795, 1981.
- Vincent Blasi, "The Checking Value in First amendment Theory", A. B. Found. Research J. 521, 1977.
- _____, "The Pathological Perspective and the First Amendment", 85 Col. L. Rev. 449, 1985.
- Volker Diesbach, "The Concept of Freedom of Information in International Guarantees of Human Rights", 19 Law and State 91, 1979.
- Alexander Meiklejohn, Free Speech and Its Relation to Self-Government, Haper& Brothers Publishers, 1948.
- David M. O'Brien, The Public's right to Know, Praeger Publisher, 1981.
- Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag. 1984.
- Patrick Birkinshaw, Freedom of Information, London: George Weidenfeld and Nicolson Ltd., 1988.
- Thomas I. Emerson, The System of Freedom of Expression, Random House, Inc., 1970.

(논문접수일: 2016. 8. 31. 논문심사일: 2016. 10. 11. 게재확정일: 2016. 11. 11.)

정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성

Admissibility of Deprivation of Membership of National
Assembly Accompanying the Decision on Dissolution of
Unconstitutional Political Party

朴 燦 柱(Park, Chan-Ju)

辯護士

— 目 次 —

I. 머리말	247
II. 지금까지의 논의의 개요(大要)	252
1. 본래적 논의	252
가. 학설	252
나. 헌법재판소의 입장	259
2. 관련되는 논의	261
가. 해산정당 소속의원의 신분에 관한 입법을 통한 해결방법의 허용성	262
나. 공직선거법 제192조 제4항에 관한 해석론	264
다. 제3공화국헌법 제38조가 이후의 헌법에서 입헌되지 아니한 데 대한 해석론	267

III. 필자의 입장	269
1. 대의민주주의 내지 자유위임원칙이 의원직 상실 여부에 미치는 영향	92
가. 대의민주주의 및 자유위임원칙과 위헌정당해산의 관계	92
나. 정당기속과 국민의 「추정적」 의사의 관계	3
다. 「추정적」 국민의사의 훼손과 그 복원	2
2. 규범형식과 관련한 문제	284
가. 의원직 상실에는 반드시 헌법적 근거가 필요한가	2
나. 위헌정당해산에서 본질적 효력을 어떻게 바라보아야 할 것인가	102
다. 의원직 상실과 관련한 입법에서는 어떠한 내용을 규정하여야 하는가	307
라. 제3공화국헌법 제38조의 입헌과 유신헌법에서의 불입헌이 논의에 영향을 미치는가	312
마. 공직선거법 제192조 제4항이 지위유지설이나 절충설에 유리하게 작용하는가	315
3. 헌법재판소의 의원직상실결정의 함의	3
IV. 헌법재판소의 비성문헌법적 권한	3
1. 논의의 방향설정	323
2. 위헌법률심사권의 확립과정	35
3. 관습헌법에 대한 성문헌법과 대등한 효력의 확인	8
4. 다수결원칙의 확립	336
5. 위헌법률에 대한 소급효 규정의 사실상 무력화	0
6. 소결: 재판에 있어서의 부가적 권한이란 무엇인가	4
V. 맺음말	343
* 국문초록 및 주제어	35
* 영문초록 및 주제어	38
* 참고문헌	352

I. 머리말

헌법재판소는 2014. 12. 19. 정부에 의해 제기된 통합진보당해산심판청구사건(2013헌다1)에서 통합진보당에 대한 해산결정(이하에서 「위헌정당해산결정」)을 함과 동시에 피청구인 소속 국회의원(총 5인)에 대한 의원직상실결정(이하에서 「의원직상실결정」)을 하였다. 헌법재판소의 정당해산결정은 「정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배할 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다」는 헌법 제8조 제4항 및 「정당의 해산심판」을 헌법재판소의 관장사항으로 규정하는 헌법 제111조 제1항 제3호에 근거하는 것으로, 헌법재판소는 헌법 제8조 제4항에서 정당해산에 관한 핵심요건으로 삼고 있는 「정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배」되는지의 여부와 관련하여서는 결론부분에서 「피청구인이 북한식 사회주의를 실현한다는 숨은 목적을 가지고 내란을 논의하는 회합을 개최하고 비례대표 부정경선 사건이나 중앙위원회 폭력 사건을 일으키는 등의 활동을 하여 왔는데 이러한 활동은 유사상황에서 반복될 가능성이 크다. 더구나 피청구인 주도세력의 북한 추종성에 비추어 피청구인의 여러 활동들은 민주적 기본질서에 대해 실질적 해악을 끼칠 구체적 위험성이 발현된 것으로 보인다. 특히 내란 관련 사건에서 피청구인 구성원들이 북한에 동조하여 대한민국의 존립에 위협을 가할 수 있는 방안을 구체적으로 논의한 것은 피청구인의 진정한 목적을 단적으로 드러낸 것으로서 표현의 자유의 한계를 넘어 민주적 기본질서에 대한 구체적 위험성을 배가한 것이다. 이상을 종합하면, 피청구인의 위와 같은 진정한 목적이나 그에 기초한 활동은 우리 사회의 민주적 기본질서에 대해 실질적 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하였다고 판단되므로, 우리 헌법상 민주적 기본질서에 위배된다.」고 실시하였다. 이

글에서는 헌법재판소의 위헌정당해산결정에 이르는 사실인정이 정당하게 이루어졌다는 것을 전제로 동 해산결정에 부수하여 해산정당 소속의 의원직상실결정을 할 수 있는지를 논할 뿐,¹⁾ 동 해산결정을 위한 사실인정이 정당한 것인지의 여부에 대해서는 다루지 아니하고 있다.

한편 헌법재판소는 의원직상실결정에서 「[동]재판소의 해산결정으로 위헌정당이 해산되는 경우에 그 정당 소속 국회의원이 그 의원직을 유지하는지 상실하는지에 대하여 헌법이나 법률에 명문의 규정이 없다」고 실시함으로써 명문의 결여를 명백히 하면서 소속 국회의원의 자격의 상실결정을 하고 있다.²⁾ 헌법에서는 제8조에서건 제111조에서건 헌법재판소가 정당의 해산결정을 하는 경우에 동 정당의 소속의원에 대해 그 직의 상실결정을 할 수 있다는 규정을 두지 아니하고 있다. 위헌정당심판청구사건에 관한 절차와 효력을 규정하는 헌법재판소법 제59조에서도 「정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다」고 규정할 뿐 해산되는 해산정당의 소속의원의 신분에 대해 어떠한 규정도 하지 아니하고 있다는 점에서는 마찬가지이다. 헌법과 헌법재판소법에 의하면 헌법재판소의 의원직상실결정에 대해 필요한 「명문」의 규정이 없는 것은 분명하다. 문제는 공직선거

- 1) 통합진보당의 해산결정을 위한 위헌정당해산결정에서의 사실인정에 대해서는 그 당부를 둘러싸고 격렬한 논의가 있다. 양 건, 헌법강의, 제6판, 법문사, 2016, 205 쪽이 있으며, 『정당해산의 사유 등 정당해산의 헌법적 판단기준에 관한 한, 헌법재판소의 결정에 특별한 문제점이 있다고 보기 어렵다. 다만 그러한 기준을 실제의 사실관계에 적용하는 과정에서, 문제된 정당의 이념이나 활동에 관한 인식, 또는 “주도세력”의 개념설정이나 그 적용 등, 관련사실의 인식이나 헌법적 판단기준에의 부합성 여부에 관하여 다수의견과 소수의견의 대립이 있는 것이다.』고 설명하고 있다.
- 2) 본문의 정당해산결정(2013헌다1)에 대해서는 「정당해산결정을 하더라도 소속 국회의원의 의원직을 상실시킨 것은 아무런 법적 근거가 없어 위법하다」는 이유로 재심청구가 이루어졌으나 현재 2016. 5. 26. 2015헌아2 결정에서는 신청취지는 「재심대상결정이 사실을 잘못 인정하였거나 법리를 오해한 위법이 있다는 것에 불과하므로 민사소송법 제451조 제1항의 어느 재심사유에도 해당하지 않는다」는 이유로 동 재심청구를 각하하였다.

법 제192조 제4항에서는 「비례대표국회의원은 소속정당의 합당·해산 또는 제명 외의 사유로 당적을 이탈·변경하는 때에는 국회법 제136조(퇴직) 또는 지방자치법 제78조(의원의 퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다」고 규정하고 있는데, 이 규정은 위헌정당해산결정에 부수하는 의원직상실결정과 전혀 무관한 규정이라는 취지인가, 아니면 동 결정과 어느 정도 관련성을 가지고 있지만 의원지위상실결정을 하는 데 있어서 장애가 되지 아니하는 규정이라는 취지인가 라는 점이 그다지 분명하지 아니하다.

헌법재판소의 의원직상실결정에 대한 분석은 두 가지 방면에서 이루어질 수 있다. 하나는, 학자들의 학설을 바탕으로 이루어지는 분석이다. 의원직상실에 관한 헌법과 헌법재판소법 규정의 부존재로 종래부터 지위상실설(다수설)과 지위유지설 및 절충설(전국구국회의원은 지위를 상실하지만 지역구국회의원은 자격을 유지한다는 설)이 대립하고 있었는데, 헌법재판소의 의원직상실결정은 지위상실설에 입각한 것이다. 다른 하나는, 헌법재판소의 의원직상실결정이 과거에 이루어지고 있었던 헌법재판의 관할에 관한 선행들로부터 이탈되었다고 볼 수 있는지, 이탈이 있었다고 하는 경우에 그 이탈이 지금까지의 추세에 비추어 허용가능한 범위 내에 있는 것인지, 현저한 이탈에 해당한다고 보아야 할 것인지를 탐구하는 분석방법이다.

전자와 관련하여 의원직상실결정의 전·후에 학설의 내용을 대비하면 그 분량에 있어서는 커졌으나 내용상으로는 크게 정치(精緻)하여진 것은 없다. 그러나 동 결정 후의 학설은 동 결정과 관련하여 전개되어야 마땅하므로 이 글에서는 동 결정 이후의 학설을 중심으로 소개하면서 학설의 타당성을 검토하고 있다. 한편 지위유지설에 의하는 한 우리 헌법재판소의 의원직상실결정은 헌법과 법률에 근거하지 아니하는 위헌적 결정에 해당한다. 주지하듯 독일연방헌법재판소가 정당해산결정³⁾이 이루어지기 전까지는

3) BVerfGE 2, 1. 1952. 10. 23. 해산결정이 이루어진 사회주의제국당(Die Sozialistische Reichspartei: SRP) 사건에 관한 논의에 대하여는, 한국공법학회, 정당해산심판제도에

독일에서도 해산정당의 소속의원들에 대한 지위상실 규정을 두지 아니하고 있었는데 동 연방헌법재판소의 의원직상실결정을 계기로 연방선거법에서 위헌정당 해산시 의원직을 상실한다는 명문규정(동법 제46조, 제47조)을 규정하기에 이르렀다. 그렇다면 우리나라에서와 마찬가지로 독일(당시의 「서독」)에서도 독일연방헌법재판소의 의원직상실결정이 헌법적 근거 없이 이루어진 것으로 오히려 헌법위반은 아닌가 라는 논쟁을 불러 일으켰는지, 그리고 연방선거법의 관계규정의 편입은 그와 같은 위헌논란을 계기로 한 것인지의 여부가 문제되겠으나(우리나라에서는 의원직상실결정 이후 아직까지 공직선거법에서 의원지위상실에 관한 동법 개정이 이루어지지 아니하고 있다) 독일헌법학에 밝지 아니한 필자로서는 잘 알지 못하지만, 그다지 활발한 논의가 이루어지고 있을 것으로 보이지는 아니한다.⁴⁾ 뒤에서 상세히 논

관한 연구, 헌법재판연구 15권, 헌법재판소, 2004, 43-46쪽(정태호 집필부분) 참조. SRP 사건과 1956. 8. 17. 해산결정이 이루어진 독일공산당(Kommunistische Partei Deutschlands: KPD)사건에 관한 영미법계에 대한 소개에 대해서는, Paul Franz, 'Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison', 5 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 51 (1982), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol5/iss1/3> 참조.

4) 김종현, '통합진보당 해산결정의 몇 가지 쟁점에 대한 연구 - 결정서에 대한 비판적 독해를 중심으로 -', 헌법학연구 제1권 제3호, 한국헌법학회, 2015, 381쪽에서는 『다수의견의 설시는 의원직상실비판론을 효과적으로 극복하고 있지 못하다고 판단된다. 가령 의원직상실은 정당해산심판제도의 본질로부터 인정되는 기본적 효력이라는 논리로는, 사회주의제국당 해산결정 이후 독일연방의회가 새삼 연방선거법을 개정하여 명문의 규정을 둔 사실(史實)을 설명하지 못한다. 의원직상실이 제도의 본질로부터 당연히 인정되는 효력이라면, 이와 같은 개정은 불필요했을 것이기 때문이다.』고 논하고 있다. 「사실(史實)을 설명하지 못한다」는 논의는 독일연방헌법재판소의 의원직상실결정이 「위헌적이라는 논의는 없었다」는 것을 암묵적으로 전제하는 논의라기보다는, 논의가 있더라도 큰 의미는 없다는 취지일 것이다. 독일에서의 논의에 대한 간단한 언급은, 계획열, 「당적변동과 의원직 -탈당의 경우 의원직박탈은 헌법상 가능한가?」, 현대법의 이론과 실제; 금강김철수교수화갑기념 간행위원회, 박영사, 1993, 132쪽 참조. 『정당이 위헌판결을 받고 해산되는 경우에는 의원직을 상실한다고 보는 견해(각주 100): G. Leibholz와 의원의 정당성은 독자적인 것이기 때문에 이 경우에도 의원직상실에 반대하는 견해가 있다. 각주 101: K.

하겠지만 우선 지적하고자 하는 점은, 우리 헌법재판소의 의원직상실결정의 판시취지에 의하는 한 헌법재판소의 위헌정당해산결정이 이루어지는 것을 전제로 공직선거법에서 동 해산정당의 소속의원의 지위는 「위헌정당해산결정과 동시에 소속의원은 의원으로서의 지위를 상실하며」 라고 실시하여 「동시성」 이외에 달리 규정하는 것을 허용하지 아니한다. 그렇다면 헌법재판소법이나 공직선거법에서 「굳이」 해산정당의 소속의원의 지위에 관하여 규정한다고 하더라도 그 내용은 크게 제한이 되어야 한다는 점이다. 그렇기 때문에 정당해산결정이 있기 훨씬 전에 한국공법학회가 헌법재판소에 제출한 연구보고서⁵⁾에서 「그 후 독일에서는 연방선거법에서 위헌정당해산시 의원직을 상실한다는 명문규정(동법 제46조, 제47조)을 두어 이 문제를 해결하였다」고 설명하고 있지만, 그 취지가 입법에 있어서 입법자에게 재량을 크게 허용하는 입법론이나 해석론으로 작용하는 것은 바람직하지 않다는 점이다. 헌법재판소의 의원직상실결정이 과거에 이루어지고 있었던 헌법재판의 관할에 관한 선행들로부터 이탈 여부를 논하는 후자와 관련하여서는 이 분석방법을 취하는 경우에 헌법재판소의 의원직상실결정은

Hesse).』 각주의 내용 및 전거는 생략. 아울러 다음 논의를 참조할 것. 김문현, ‘정당해산심판에 관한 소고’, 성균관법학 19권 2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007, 12쪽. 『독일의 경우 …… 의원의 자유위임관계를 중시하는 학자 중에는 의원의 국민적 정당성이 독자성을 가지며 정당해산시 의원직상실을 인정하는 것은 헌법상 의원의 자유위임에 위배되기 때문에 반민주정당의 해산결정의 경우에도 의원직상실은 있을 수 없다고 보는 견해도 있다. 주 45)』. 주 45)에서의 전거는 「K. Hesse, 통일독일헌법론(Grundzüge des Verfassungsrechts: der Bundesrepublik Deutschland(계획열역)), 20판, 박영사, 2001, 366쪽. 기타의 전거는 생략. 김문현, 233쪽에서는 독일의 경우 「독일 기본법 제21조 제2항에 따른 위헌확정의 법적 효과는 정당의 해산, 정당재산의 몰수, 대체조직의 금지, 의원직 상실 등을 들 수 있다. 이로써 가장 강경한 제재조치가 채택된 셈이다. 이러한 규정은 위헌이라고 단정하기에는 어려울지 모르지만, 기본적으로 자유롭고 열린 정치의사형성과정을 전제하고 있는 헌법의 정신에 비추어 보아 적어도 입법정책상 고려의 여지가 많다고 할 수 있다. 각주 41: Schuster)」라고 설명한다. 각주의 전거는 생략.

5) 한국공법학회, 정당해산심판제도에 관한 연구, 각주 3), 267쪽(이성환 집필부분)

헌법재판의 흐름이라는 측면에서 그 자체로서의 정당성을 확보하느냐가 문제와 관련될 뿐이다. 따라서 필자가 뒤에서 살펴볼 과거의 선례들의 개별 선례에 대한 학자들의 비판은 개별선례와 관련하여서 학문적으로는 의미가 있을 수 있지만 헌법재판소의 의원직상실결정이 가지는 헌법재판의 흐름 그 자체 내에서의 정당성과는 무관하다 할 것이다. 이 글은 앞서 언급하는 두 가지 문제를 모두 다루고 있다.

II. 지금까지의 논의의 개요(大要)

1. 본래적 논의

위헌정당해산결정에 부수하는 의원지위 상실 여부를 논하는 데 있어서는 한 학자가 시도하듯 규범형식론적 관점, 헌법해석론적 관점, 이론적인 관점이라는 세 가지 관점에서 접근할 수 있다.⁶⁾ 그러나 이러한 방법은 다분히 지위유지설적 논의를 전개하기 위해 동원되는 방법론으로 기울고 있으며, 헌법재판소 결정이나 논자들이 모두 동 접근방법에 의해 설명하고 있지는 아니하다.

가. 학설

헌법재판소의 의원직상실결정이 선고되기 전에는 당시 활발하게 활동하였던 학자들이라고 하더라도 동 결정이 선고된 후의 학자들에 비해 논의의 정도는 비교적 간단하였다.⁷⁾ 아래의 설명들은 동 의원지위상실결정이 선고

6) 전광석, 한국헌법론, 제11판, 집현재, 2016, 140-141쪽

7) 의원지위상실결정이 선고된 직후 언론에서 동 의원지위상실결정을 소개하면서 언

된 후의 것들이다.

(1) 지위상실설

지위상실설에서는 정당해산심판제도가 가지고 있는 예방적 헌법수호의 취지나 방어적 민주주의의 이념에 비추어 정당이 위헌으로 해산되면 그 정당이 소속되어 있는 국회의원의 자격은 당연히 상실된다고 보면서, 국회의원의 국민대표성을 중시하여 위헌정당이 해산되더라도 국회의원의 자격은 유지되어야 한다는 입장은 문제의 본질을 제대로 파악하지 못하는 것으로 평가하고 있다. 헌법재판소가 정당해산결정을 내리는 경우 소속 국회의원의 지위와 관련하여 제기되는 문제는, 정치적 상황에서 국회의원의 정당기속성과 국민대표성 사이의 갈등의 문제가 아니라, 예외적 상황에서 헌법수호에 관한 문제이기 때문이라는 것이다. 국회의원이 정당의 대표가 아니라 국민의 대표이기 때문에 정당의 소속 여부와 관계없이 그 지위를 유지한다는 사고는 국회의원의 정당기속성과 국민대표성이라는 이중적 지위가 서로 충돌하는 경우 이를 해결하기 위한 하나의 관점이지, 정당해산심판절차에

급하는 지위유지설에 관한 전거들은 주로 김철수 교수의 설명 및 헌법재판소의 「용역보고서」와 같은 것들이 있다. 김철수, 헌법과 정치, 진원사, 2012, 129쪽에서는 「소속의원의 자격이 상실되는가에 관하여는 문제가 있으나, 우리 헌법상 무소속 입후보금지규정이 없고 현행공직선거법도 무소속후보를 허용하고 있으므로 국회의원의 자격은 그대로 유지되며 무소속의원으로 남는다고 하겠다. 동지 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1989, 205쪽」이라고 설명하고 있다. 「용역보고서」인 한국공법학회, 정당해산심판제도에 관한 연구, 각주 3), 265쪽(이성환 집필부분)에서는 「이 문제는 전체적인 법체계 속에서 그 답을 찾아야 한다고 본다. 먼저 우리나라 1962년 헌법은 제38조에서 국회의원은 “소속정당이 해산된 때에는 그 자격이 상실된다.”라는 규정을 두고 있었지만 현행 헌법이나 법률에는 자격상실에 대하여 아무런 명문규정이 없다. 따라서 법조문이 삭제되었다고 볼 수 있는데, 이는 입법자의 의사가 이전의 명문규정과는 반대로 바뀐 것이라고 해석할 수 있다. 따라서 해산되더라도 자격을 상실하지 않는 것으로 해석할 수 있다」고 설명하고 있었다. 지위상실설에 입각하는 입장으로는 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 197쪽 등을 참고할 수 있었다.

서 해산결정의 효력을 판단하기 위해 고려될 수 있는 관점은 아니다.⁸⁾ 지위상실설을 취하는 경우에 의원이 소속정당이 위헌정당이라고 판단하여 탈당하는 것을 어떻게 평가할 것인가가 문제될 수 있을 것이다.⁹⁾ 다만 지위

-
- 8) 한수웅, 헌법학, 제6판, 법문사, 2016, 1538쪽. 허영, 헌법소송법론, 제11판, 박영사, 2016, 301쪽: 「국민에 의해서 선출된 국회의원이 헌법기관으로서 정당기속과 무관하게 자유위임에 의한 정치활동을 할 수 있는 것은 헌법적인 테두리 안에서 우리 헌법이 추구하는 자유민주적 기본질서를 존중하고 실현하는 경우에만 주장할 수 있는 논리이다. 국회의원이 헌법기관으로서의 지위와 자유위임을 악용해서 위헌적인 정당에 소속해서 위헌적인 정치활동을 하는 것까지 그런 논리로 보호를 받을 수는 없다. …… 국회에서 신분상실을 위한 별도의 조치를 해야 한다는 논리는 정상적인 활동을 전제로 한 국회의 자율권 취지를 오해한 것이라고 할 것이다.」; 허영, 한국이론과 헌법, 제7판, 박영사, 2015, 281쪽의 「위헌정당의 해산결정에 따라 위헌정당에 소속되어 있던 의원은 당연히 그 의원자격을 상실하게 된다. …… 위헌정당해산제도에 내포되어 있는 투쟁적 내지 방어적 민주주의의 정신상 당연하다고 본다. 자유위임관계에 바탕을 두는 대의민주주의 정신이 정당국가의 권리보다 우선하는 효력이 있다고 보는 경우에도 위헌정당해산 제도에 내포되고 있는 투쟁적·방어적 민주주의의 취지를 살리려고 하는 한 의원직 상실의 결과는 불가피하다.」
- 9) 정연주, ‘대의제도와 정당기속-전국구국회의원의 당적이탈·변경시 의원직상실문제와 관련하여’, 인권과 정의 276권, 대한변호사회, 1998, 95-96쪽에서는 「전국구의원이 헌법재판소의 위헌결정 이전에 그와 관련 없이 이미 소속정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배된다고 독자적인 양심에 따라 판단했다면 이러한 경우에 해당의원에 대한 정당기속강제와 국민의 정당구도결정권 등은 전혀 정당성이 없는 것이고, 따라서 임의로 소속정당으로부터 이탈할 수 있어야 하고 또한 이탈해야만 할 것이다. 이를 자유위임의 원칙을 본질로 하는 대의제도가 요구할 뿐만 아니라, 대의제도를 비롯한 모든 통치기구의 구성원리 및 통치기구의 조직과 활동이 자유민주적 기본질서 등 헌법상의 기본이념과 기본원리 및 기본권보장과 실현의 목적과 한계 내에서만 정당화될 수 있다는 관점에서 볼 때 이는 해당의원-지역구의원과 전국구의원 모두의 권한이자 의무인 것이다.」라고 주장하는 데 대해, 박정철, ‘공직선거및선거부정방지법 제192조 제3항 제3호와 제4항의 문제점’, 헌법의 규범력과 법질서: 연천 허영박사 정년기념논문집, 박영사, 2002, 760-761쪽에서는 「헌법이 정당의 존립을 특별히 보호하고 있는 취지에 비추어 볼 때 정당은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전까지는 합헌적인 정당으로 추정되어야 하고 그 존립과 활동이 인정되고 보호되어야 하므로 의원이 소속정당을 위헌정당으로 판단하고 탈당하더라도 의원직을 상실하게 하고 보궐선거에서 국민의 심판을 받게 하는 것이 정당을 보호하려는 정당국가원리의 관점에서나 방어적 민주주의의 남용으로

상실설에 입각하면서도 헌법재판에 있어서의 큰 기둥의 하나인 비례원칙을 하는 경우에는 소속의원 전부가 자동으로 자격을 상실하는 것이 아니라 소속의원별로 개별화 하여야 한다는 입장이 있다.¹⁰⁾

(2) 지위유지설

한 학자는 지위유지설을 세 가지 관점에서 다음과 같이 이 설을 전개하고 있다.¹¹⁾ 첫째, 규범형식론적 관점에서이다. 국회의원 신분의 상실은 신분의 취득만큼이나 중요한 사안이다. 그렇다면 이 문제에 대해서는 헌법이 직접 규정하거나 적어도 입법적 결단이 필요하며, 이러한 상태에서 헌법재

부터 정당을 보호해야 한다는 점에서 타당하다고 생각된다. 국회의원이 당적을 이탈·변경하는 동기는 가치각색이므로 그 동기에 따라 의원직상실 여부를 달리 하게 되면 의원직의 유지 여부가 국회의원 개인의 주관적 판단에 따라 좌우되어 법적 안정성을 해치고 당적이탈시 의원직상실제도로 추구하는 입법목적을 달성할 수 없게 될 것이다」라고 주장하고 있다. 밑줄 친 부분의 본의는 당적의 이탈·변경에 불구하고 위험정당의 해산과 동시에 의원직을 상실시키되 다만 보궐선거에의 출마를 허용하도록 함으로써, 즉 입법을 통해 해산정당의 소속의원에 대한 의원직 상실을 규정하는 데 대해 한계를 설정하는 것으로, 해산정당 소속의원의 지위에 대해 입법적으로 해결하여야 한다는 주장에 대한 제한이라고 할 수 있다.

- 10) 최희수, 헌법소송법요론, 개정판, 대명출판사, 2016, 337-338쪽: 「방어적 민주주의의 적용에 있어서도 비례의 원칙이 적용되어야 한다는 점을 고려할 때, 위험정당의 목적이나 활동과 객관적으로 관련되었는지에 따라 의원직 등 신분의 상실여부를 개별적으로 판단하여 예외적으로 의원직 등을 유지하도록 하는 것은 허용[된다]. 의원직 등 상실을 명문으로 규정하는 경우에도 동시에 개별적으로 소명할 수 있는 기회를 제공하는 예외규정을 두는 것이 금지되지 아니한다.」
- 11) 전광석, 한국헌법론, 각주 6), 140-141쪽. 양 건, 헌법강의, 각주 1), 170쪽: 「정당 국가의 원리를 법적으로 어느 정도 수용할 것인가는 정당정치 현실에 비추어 판단해야 [한]다. 한국의 정당정치가 아직 낮은 단계에 머물러 있음을 볼 때, 의원의 정당에 대한 기속을 매우 제한적인 범위 내에서만 인정해야 [한]다.」; 207쪽: 「정당해산의 경우에 소속의원의 의원직상실 여부에 관해서는 입법으로 해결하는 것이 바람직하지만(독일연방선거법은 의원직 상실을 명시하고 있다), 해석론으로는 의원직을 상실하지 않는다고 보는 것이 타당하다. 첫째, 선거가 국민주권의 행사라는 점에 비추어 의원직 상실은 법률에 명시된 경우에 한한다는 것이 타당하다. ……」 둘째 및 셋째의 점은 각주 12), 각주 21) 및 그에 대한 각 본문 참조.

판소가 국회의원의 신분상실에 관하여 독자적인 결정을 할 수 있는지 의문이라는 것이다. 둘째, 헌법해석론적 관점에서이다. 위헌정당해산심판의 대상은 정당이다. 위헌정당해산결정이 해당 정당소속 국회의원의 신분에 영향을 미치기 위해서는 정당과 소속 국회의원 간에 일체성이 있어야 한다. 그러나 국회의원은 유형화된 정치이념과 정책방향을 기준으로 정당에 소속된 것이며, 구체적으로 정당의 이념 및 정책과 일체성을 갖는 것은 아니라는 것이다. 셋째, 이론적인 관점에서이다. 국민과 국회의원의 관계에 적용되는 자유위임은 오늘날 지배적인 정치적 영향력을 갖는 정당과의 관계에서 국회의원의 국민대표성을 보호하는 중요한 이론적 근거이다. 그런데 위헌정당해산의 경우에 민주주의를 방어한다는 명목으로 자유위임관계에 대한 예외를 인정하는 경우 국회의원의 국민대표성과 자유위임관계를 희생하는 뇌관이 될 수 있으며, 이는 민주주의의 독소로 작용할 수 있다는 것이다.¹²⁾

12) 유사한 입장으로 양 건, 헌법강의, 각주 1), 207쪽 (「해석론적 관점」으로서 「자유위임원칙에 비추어 소속의원의 정당에 대한 기속은 헌법과 법률에 명시된 범위에 한정하는 것이 옳다」); 이준일, 헌법학강의 제6판, 홍문사, 2015, 225쪽 (「① 단체와 구성원의 법적 지위가 항상 일치하는 것은 아니기 때문에 위헌인 정당을 해산하는 것과 그 정당에 소속된 국회의원의 의원직을 상실시키는 것은 논리필연적인 문제가 아니다, ② 위헌정당해산제도는 정당의 해산보다는 정당의 보호에 초점이 맞춰져야 하기 때문에 정당이 해산되는 경우에도 해산의 효과는 최소화되어야 한다, ③ 정당국가원리보다는 대의제를 구체화 하는 자유위임의 원리가 원칙적으로 우선한다.」)

* 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1 결정에서의 권성 재판관의 반대의견: 「오늘날 대의제 민주주의에 있어서 국회의원의 국민대표성이 정당국가적 현실에 의하여 사실상 변질되고 의원의 정당의 예속이 일반적인 경향이라고 하더라도, 이러한 현상이 헌법규범상의 대의제 민주주의를 보충하는 현실의 한 모습에 그치는 정도를 넘어서서, 대의제 민주주의 원리를 부정하고 그 틀을 뛰어 넘는 원칙의 변화를 의미한다면 이것은 결단코 용납될 수 없다. 그러므로, 대표적으로 이 사건과 같이 양자의 이념이 충돌하는 경우에는 자유위임을 근본으로 하는 대의제 민주주의 원리를 우선시켜야만 한다.」 피청구인은 2001. 12. 24. 한나라당 교섭단체대표의원이 요청한, 같은 한나라당 의원으로서 국회 보건복지위원회 소속이던 청구인과 환경노동위원회 소속이던 박혁규 의원을 서로 맞바꾸는 내용의 상임위원회 위원 사·보임 요청서에 결재를 하였으며 이는 국회법 제48조 제1항에 규정하는 바의 교섭단

(3) 절충설

이 설은 지역구국회의원과 전국구국회의원을 구별하고, 전국구의원은 위헌정당의 해산결정과 함께 의원직을 상실하지만 지역구국회의원은 그대로 의원직을 유지하며 소속정당의 해산으로 소속정당이 없는 상태에서 무소속으로 남는다고 보는데, 그러한 결론에 도달하는 설명에는 다음과 같은 상이한 입장이 있다.

한 설명에 의하면, 정당해산결정이 소속의원의 의원직 상실로 당연히 이어지는 것은 아니며 정당해산은 정당 자체의 근거지를 없애기 위한 조치이므로 소속의원의 의원직 상실과는 별개의 것으로 보아야 한다는 것은 지위유지설과 입장을 같이 한다. 다만 지위유지설과의 차이는 정당해산이 국민으로부터 자유위임을 박탈할 수는 없기 때문에 의원의 정당기속은 대의민주주의를 실현하는 모습에 그쳐야지 대의민주주의 원리와 충돌되고 그 틀을 뛰어넘는 것이어서는 아니 된다. 또한 위헌정당의 해산을 명하는 비상상황에서는 국회의원의 국민대표성은 희생될 수밖에 없다는 점에 관한 헌법재판소의 논리를 수긍하면서도, 정당해산은 가치 상대주의를 그 내용으로 하는 민주주의 헌법원리에 대한 중대한 예외로서 남용될 경우 민주주의에 대한 중대한 위협이 되기 때문에 결정에 대한 신중은 물론 그 효과마저도 엄격해야 하며, 따라서 위헌정당에 대한 해산결정으로 비례대표 의원직의 자격박탈은 정당하다고 하더라도 지역구출신 국회의원의 자격도 함께 박탈하는 것은 정당해산의 효과에만 주목한 것으로 대의제를 뛰어넘는 것이 되어 적절치 않다고 보고 있다.¹³⁾

체대표의원의 요청에 따른 상임위원 개선행위에 해당할 수 있는데도, 동 재판관은 「대의제민주주의」를 뛰어넘고 있는 것으로 평가하고 있다. 이러한 극단적 입장은 의원지위상실결정에 대해서도 동일한 결론을 내릴 가능성이 크다.

13) 김학성, 헌법학원론, 제4판, 피엔씨미디어, 2015, 171-173쪽

다른 설명에 의하면 국회의원의 자격 문제는 그 선출과정에서 정당과 주권자의 의사의 역할에 의해 판단하여야 한다고 보고 있다. 비례대표의원의 경우 정당의 의사가 절대적으로 반영되는 데 비하여, 지역구 의원은 후보자에 대한 유권자의 선택이기 때문이라는데 근거한다.¹⁴⁾

(4) 공무담임권과 관련하여 논의하여야 한다는 설

이론적으로 정당해산심판제도가 방어적 내지 투쟁적 민주주의의 수단이 라는 점을 감안할 때 그리고 해산결정의 실효성 확보와 헌법보호를 위해 해산된 정당에서 활동한 소속 국회의원의 신분을 상실시키는 것이 타당하다고 보면서도, 실제로 의원직을 상실시키기 위하여서는 법치주의원리 내지 법률유보의 원칙상 관련법률에 이에 관한 -국회의원의 공무담임권의 박탈¹⁵⁾을 허용하는- 근거조항이 존재하여야 하며, 따라서 정당해산결정에 따라 의원자격이 자동적으로 상실되는 것은 아니고, 헌법재판소나 선거관리 위원회도 법률의 근거없이 의원직 상실결정을 내릴 수는 없다고 할 것이라는 입장이다.¹⁶⁾

14) 문광삼, 헌법학, 제2판, 삼영사, 2015, 197쪽

15) 의원직 박탈은 「공무담임권」의 제한이라는 주장에 대해서는, 정종섭, ‘전국구 국회의원의 당적 이탈·변경과 의원직의 상실 여부’, 헌법연구 2권, 철학과 현실사, 1999, 135-136쪽(「공직선거및선거부정방지법 제192조 제4항에서 정하고 있는 의원직 상실 규정은 전국구 국회의원이 지니고 있는 전체 국민의 대표자라는 지위와 정면으로 배치되는 것이어서 위헌임을 면하지 못한다고 할 것이다. 위 법률의 규정이 위반하고 있는 것은 헌법 제25조(공무담임권), 제46조 제2항(명령적 위임의 배제)과 선거제도 등 대의원리를 정하고 있는 규정이다.); 박경철, ‘공직선거및선거부정방지법 제192조 제3항 제3호와 제4항의 문제점’, 각주 9), 758쪽에서는 비례대표국회의원의 당적의 이탈·변경의 경우에 의원직 상실을 규정하는 공직선거법 제192조 제4항 규정은 「무기속위임원칙의 적용에서 지역구국회의원과 비례대표국회의원을 합리적 이유 없이 차별하여 헌법상의 평등원칙에 위배되며, 이로 인하여 비례대표국회의원의 공무담임권과 정당선택의 자유를 침해하는 위헌적 규정이라고 할 것」.

16) 정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015, 241-244쪽

나. 헌법재판소의 입장

헌법재판소가 의원지위상실결정을 함에 있어서 「국회의원의 국민대표성과 정당기속성」, 「정당해산심판제도의 본질적 효력과 의원직 상실 여부」 라는 두 단계로 나누어 고찰하고, 「그러므로 정당해산심판제도의 본질적 효력에 따라, 그리고 정당해산결정의 취지와 목적의 실효성을 확보하기 위하여, 피 청구인 소속 국회의원들에 대하여 모두 의원직을 상실시키기로 한다」 라고 결론짓고 있다.

(1) 국회의원의 국민대표성과 정당기속성의 관계

① 국회의원은 어느 누구의 지시나 간섭을 받지 아니하고 국가이익을 우선하여 자신의 양심에 따라 직무를 행하는 국민 전체의 대표자로서 활동을 하는 한편(헌법 제46조 제2항 참조), 현대 정당민주주의 발전과 더불어 현실적으로 소속 정당의 공천을 받아 소속 정당의 지원이나 배경 아래 당선되고 당원의 한 사람으로서 사실상 정당의사 형성에 대한 정당의 규율이나 당론 등에 영향을 받아 정당의 이념을 대변하는 지위도 함께 가지게 되었다.

② 공직선거법 제192조 제4항은 비례대표 국회의원에 대하여 소속정당의 ‘해산’ 등 이외의 사유로 당적을 이탈하는 경우 퇴직된다고 규정하고 있는데, 이 규정의 의미는 정당이 스스로 해산하는 경우에 비례대표 국회의원은 퇴직되지 않는다는 것으로서, 국회의원의 국민대표성과 정당기속성 사이의 긴장관계를 적절하게 조화시켜 규율하고 있다.

(2) 정당해산심판제도의 본질적 효력과 의원직 상실 여부

① 헌법재판소의 해산결정에 따른 정당의 강제해산의 경우에는 그 정당 소속 국회의원이 그 의원직을 상실하는지 여부에 관하여 헌법이나 법률에

아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 위헌으로 해산되는 정당 소속 국회의원의 의원직 상실 여부는 위헌정당해산제도의 취지와 그 제도의 본질적 효력에 비추어 판단하여야 한다.

② 정당해산심판제도의 본질은 그 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 정당을 국민의 정치적 의사 형성과정에서 미리 배제함으로써 국민을 보호하고 헌법을 수호하기 위한 것이다. 어떠한 정당을 엄격한 요건 아래 위헌정당으로 판단하여 해산을 명하는 것은 헌법을 수호한다는 방어적 민주주의의 관점에서 비롯되는 것이고, 이러한 비상상황에서는 국회의원의 국민대표성은 부득이 희생될 수밖에 없다.

③ 국회의원이 국민 전체의 대표자로서의 지위를 가진다는 것과 방어적 민주주의의 정신이 논리 필연적으로 충돌하는 것이 아닐 뿐 아니라, 국회의원이 헌법기관으로서 정당기속과 무관하게 국민의 자유위임에 따라 정치 활동을 할 수 있는 것은 헌법의 테두리 안에서 우리 헌법이 추구하는 민주적 기본질서를 존중하고 실현하는 경우에만 가능한 것이지, 헌법재판소의 해산결정에도 불구하고 그 정당 소속 국회의원이 위헌적인 정치이념을 실현하기 위한 정치활동을 계속하는 것까지 보호받을 수는 없다.

④ 만일 해산되는 위헌정당 소속 국회의원이 의원직을 유지한다면 그 정당의 위헌적인 정치이념을 정치적 의사 형성과정에서 대변하고 또 이를 실현하려는 활동을 계속하는 것을 허용함으로써 실질적으로는 그 정당이 계속 존속하는 것과 마찬가지로의 결과를 가져오게 될 것이다. 따라서 해산 정당 소속 국회의원의 의원직을 상실시키지 않는 것은 결국 위헌정당해산 제도가 가지는 헌법수호의 기능이나 방어적 민주주의 이념과 원리에 어긋나는 것이고, 나아가 정당해산결정의 실효성을 제대로 확보할 수 없게 된다.

⑤ 이와 같이 위헌정당 해산결정으로 해산되는 정당 소속 국회의원의 의원직 상실은 정당해산심판 제도의 본질로부터 인정되는 기본적 효력으로

봄이 상당하므로, 이에 관하여 명문의 규정이 있는지 여부는 고려의 대상이 되지 아니하고, 그 국회의원이 지역구에서 당선되었는지, 비례대표로 당선되었는지 여부에 따라 아무런 차이가 없이, 정당해산결정으로 인하여 신분유지의 헌법적 정당성을 잃으므로 그 의원직은 상실되어야 한다.

2. 관련되는 논의

가. 해산정당 소속의원의 신분에 관한 입법을 통한 해결방법의 허용성

헌법재판소의 위헌정당해산결정이 이루어지는 경우를 대비한 해산정당 소속의원의 신분에 대한 헌법 및 법률상의 명문 규정의 결여를 대처하는 방법으로는 소속의원의 의원직 상실 여부를 헌법에서 이를 직접 규정하는 방향으로 나아가는 것이 근본적이겠지만, 법률에서 규정하는 것이 헌법상 허용되는가.

(1) 허용설

지위상실설을 취하는 논자들은 「어떤 정당이 위헌정당이라는 이유로 해산되면 해당정당에 소속한 비례대표국회의원은 자격을 상실하고(동법 제 192조 제4항), 지역구국회의원도 국회의원의 자격을 상실한다」고 보기 때문에 이 문제를 입법에 의해 해결할 필요는 없을 것이다. 그러나 통상적으로 「이 점을 분명히 하기 위해서는 법률에 명시하는 것이 필요하다」고 설명하고 있다.¹⁷⁾ 논자에 따라서는 지위상실 여부에 대한 자신의 입장을 명

17) 예를 들어 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016, 1554쪽. 아울러, 허 영, 헌법소송법론, 각주 8), 302쪽 (「우리도 이 문제를 입법적으로 해결하는 것이 바람직하지만, 입법이 이루어질 때까지는 해산정당 소속 국회의원의 의원자격을 상실하게 하는 것이 불가피하다고 할 것이다.」) 참조.

백히 하지 아니하면서도 「법률에 명시하는 것이 필요하다」면서 동일한 입장을 취하기도 한다.¹⁸⁾ 한편 정당해산심판제도가 방어적 내지 투쟁적 민주주의의 수단이라는 점을 감안할 때 해산된 정당에서 활동한 소속 국회의원의 신분을 상실시키는 것이 타당하다고 보면서도 법치주의원리 내지 법률유보의 원칙상 관련법률에 국회의원의 공무담임권의 박탈을 허용하는 근거 조항이 존재하여야 한다는 입장에서는 헌법상 허용의 문제가 아니라 마땅히 존재하여야 한다고 보고 있다.¹⁹⁾

(2) 불허용설

지위유지설에서는 자신들이 들고 있는 논거, 특히 자유위임의 법리에 비추어 법률로써 해산정당 소속의원의 의원직을 상실시키는 것은 위헌의 문제가 제기된다는 입장을 취할 것이다.²⁰⁾ 그리고 「위헌」이라는 적극적 표현

18) 김하열, 헌법소송법, 제2판, 박영사, 2016, 750쪽; 이동흡, 헌법소송법, 박영사, 2015, 653쪽 참조.

19) 정연주, 헌법소송론, 각주 16), 241-244쪽.

20) 이준일, 각주 12), 225쪽: 「법률의 규정을 통해서 해결하려는 견해도 여전히 그러한 법률의 위헌성 문제를 남긴다는 점에서 타당하지 않다고 생각된다.」. 한국공법학회, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판연구 10권, 헌법재판소, 1999, 407-408쪽 (김문현 집필부분)에서는 「라. 개정방향과 이유」와 관련하여 『헌법상의 대의제 민주주의원리에도 불구하고 우리나라의 정당국가적 현실에 비추어 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배되는 위헌정당의 해산결정시에는 그 소속의원의 신분을 상실토록 하는 것이 타당하다. 다만 이러한 결론을 아무런 명문의 근거 없이 해석론상 주장하는 것은 무리라고 생각되고 이를 명문으로 규정할 필요가 있다고 생각한다. 이를 규정하는 경우 헌법재판소법이나 공직선거및선거부정방지법에 규정하는 것을 생각할 수 있다. 그러나 이를 법률로 규정하는 경우 헌법상 자유위임의 법리와 관련하여 위헌여부가 문제될 소지가 있으므로 이를 헌법에 명문으로 규정하는 것도 고려할 필요가 있다고 생각한다.』고 설명하고, 다음과 같은 개정을 제안하고 있다.:

(1) 제1안: 헌법재판소법 제59조(결정의 효력) 정당의 해산을 명하는 결정이 선고된 때에는 그 정당은 해산된다. 그 정당소속의 국회의원은 국회의원신분을 상실한다.

(2) 제2안: 헌법 제8조(정당) ④정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위

은 하지 아니하면서도 「해당의원의 활동이 정당해산결정의 근거가 된 경우에는 그 의원을 제명하는 방법(헌법 제64조 제3항)이 있다」고 설명하거나²¹⁾ 절충설을 취하면서 「해산된 정당의 대표나 당원 등으로 의원직을 유지한 개별지역구위원이 문제가 있다면 국회가 징계나 자격심사 등을 통해 배제함이 권력분립의 원리나 국회의 자율성 존중 등의 관점에서 바람직하다고 본다」고 설명하는 입장²²⁾은 헌법상의 징계나 자격심사 등을 통하지 아니하는 의원직의 상실을 법률에서 규정하는 것은 위헌이라는 점을 전제로 하는 것이라고 할 수 있다.²³⁾

배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다. 해산된 정당소속의 국회의원은 국회의원 신분을 상실한다.

- * 한수용, 한국학, 각주 8), 1538쪽(지위상실설 입장): 「전자(지위유지설, 필자 주)의 견해에 의하면 입법자가 입법을 통하여 소속의원의 의원직 상실을 규정하는 조항을 도입하는 것은 헌법상의 자유위임에 반하기 때문에 위헌이라는 결론에 이른다」
- 21) 양 건, 헌법강의, 각주 1), 207쪽. 이러한 설명은 헌법재판소의 의원자격상실결정이전부터 있어왔다. 김철수, 헌법학신론, 제20전정신판, 박영사, 2010, 1666쪽.
- 22) 문광삼, 헌법학, 각주 14), 197쪽
- 23) 정종섭, 헌법학원론, 각주 17), 1553-54쪽에서는 「국회법은 징계의 종류로 제명을 규정하고 있지만(국회법 §163①), 헌법이나 국회법 어디에도 국회의원에 대한 징계처분에 포함되는 제명의 사유로 정당해산심판에 의한 소속정당의 해산을 정하고 있는 것은 없기 때문에(동법 §156) 현행법상 이러한 경우에 해산결정된 정당에 소속하였던 국회의원을 제명할 수 있는 여지는 없다. 국회법상 자격심사의 경우에 ‘자격없음’으로 결정함에 있어서는 제적의원 2/3의 찬성이 필요하므로(동법 §142 ③) 이론상으로 위헌정당으로 해산된 정당의 당적을 가졌던 국회의원이 제적의원 1/3 이상인 경우에는 ‘자격 없음’의 의결정족수를 충족시키지 못한 경우에는 자격심사로 의원직을 상실시킬 수 없게 된다. 제명의 의결정족수도 이를 어떻게 정하든 위헌정당으로 해산된 정당의 당적을 가졌던 국회의원의 수로 인하여 의결정족수를 충족시키지 못한 경우에는 국회의원을 제명할 수 없게 된다.」라는 문제점을 적시하여 비유지설이 배경으로 삼는 징계 및 자격심사 방법에 의한 해산정당 소속의원에 대한 의원직퇴출의 한계 내지 문제점을 지적하고 있다.

나. 공직선거법 제192조 제4항에 관한 해석론

헌법재판소의 의원상실결정에서는 「위헌정당 해산결정으로 해산되는 정당 소속 국회의원의 의원직 상실은 정당해산심판 제도의 본질로부터 인정되는 기본적 효력」이라는 전제 하에, 「이에 관하여 명문의 규정이 있는지 여부는 고려의 대상이 되지 아니하고, 소속국회의원이 지역구에서 당선되었는지, 비례대표로 당선되었는지 여부에 따라 아무런 차이가 없이 신분유지의 정당성을 상실한 의원의 의원직은 상실되어야 한다고 설시하고 있다. 한편 공직선거법 제192조 제4항 본문은 「전국구국회의원 의석승계 미결정 위헌확인」사건에 관한 헌법재판소 결정²⁴⁾의 「직접적」 영향을 받아 입법된 조항으로,²⁵⁾ 「비례대표국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속정당의 합당·해산 또는 제명외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있는 때에는 국회법 제136조(퇴직) 또는 지방자치법 제78조(의원의 퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다」고 규정하고 있다. 그리고 동 조항을 둘러싸고 소속정당의 합당·해산 또는 제명외의 사유로 당적을 이탈·변경하는 것이 분명한 이탈·변경에 대해 그 이탈·변경하는 정치인의 행태를 「철재」정치인이라고 매도하는 것과는 별도로 공직선거법에서 의원직박탈을 규정하는 것은 위헌일 수 있다는 점이 지적되어왔으며, 『정당의 대리인이나 정당의 대표가 아니므로 정책결정권을 행사함에 있어 자신의 판단과 충돌되는 정당의 지시에는 기속되지 않는다. …… 정책결정권의

24) 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153 결정(「전국구국회의원 의석승계 미결정 위헌확인」사건): 「국회의원의 법적 지위 특히 전국구국회의원이 그를 공천한 정당을 탈당할 때 의원직을 상실하는 여부는 그 나라의 헌법과 법률이 국회의원을 이른바 자유위임(또는 무기속위임) 하에 두었는가, 명령적 위임(또는 기속위임)하에 두었는가, 양 제도를 병존하게 하였는가에 달려 있다. …… 이런 자유위임하의 국회의원의 지위는 그 의원직을 얻는 방법 즉 전국구로 얻었는가, 지역구로 얻었는가에 의하여 차이가 없으며, 전국구국회의원도 그를 공천한 정당을 탈당하였다고 하여도 별도의 법률규정이 있는 경우는 별론으로 하고 당연히 국회의원직을 상실하지는 않는다.」

25) 허 영, 「국회의원의 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계」, 연세행정논총 제26집, 연세대학교 행정대학원, 2001, 172-73쪽 참조.

행사에서 정당의 지시나 명령으로부터 자유로워야 하는 것은 전체 국민의 대표자라는 지위를 가능하게 하고 있는 명령적 위임의 배제 원리에 의하는 것이다. 이런 체계 내에서는 의원의 지위가 유지되는 상태에서도 의원의 활동은 정당으로부터 자유로운 것인데 하물며 의원의 지위의 존속 여부가 정당의 영향에 의해 좌우될 수는 없는 것이다. …… 이런 법리가 문제라고 한다면 대의원리의 채택 여부, 다시 말해 민주주의론의 원점으로 돌아가 대의원주의의 채택 여부에 관한 문제부터 다시 재검토하여야 하는 것이다. …… 법원리에 입각하여 살펴본 위의 논의를 정리해볼 때, 비례대표선거제도에 있어 자의에 의한 의원의 당적 이탈·변경이 의원직의 상실을 가져오느냐 하는 문제의 논의는 다음과 같은 결론으로 돌아간다. 비례대표선거제도가 ‘정당투표-정당대표-정당기속’의 법리하에 작동하는 경우에는 자발적으로 당적을 이탈·변경하면 의원직을 상실한다. 그 반면 비례대표선거제도가 ‘대의제국가-전체 국민의 대표-명령적 위임의 배제’의 법리하에 작동하는 경우에는 자발적으로 당적을 이탈·변경하여도 의원직을 상실하지 않는다.』는 주장이 설득력을 가지고 있었다.²⁶⁾ 다만 그와 같은 논의는 위헌정당의 해산과 직접적으로 관련된 논의는 아니었기 때문에, 헌법재판소의 의원상실결정이 공직선거법 제192조 제4항에 어떠한 영향을 미치는가라는 점이 문제될 수 있는데, 이 점과 관련한 논의가 헌법재판소의 의원상실결정에서 이루어지고 있다.

헌법재판소는 의원상실결정에서 공직선거법 제192조 제4항은 비례대표

26) 위헌정당해산과 관련시키지 아니한 상태에서의 공직선거법 제192조 제4항에 대한 위헌성 문제는 더 이상 상론하지 아니한다. 헌법교과서 단계에서의 논의로는 한수웅, 한국학, 각주 8), 1538쪽 각주 1): 『가령 공직선거법에서 지역구국회의원과 달리 비례대표국회의원이 자의로 탈당하는 때에는 국회의원직을 상실한다고 규정하는 경우 바로 이러한 경우에 국회의원의 이중적 지위 사이에 갈등이 발생하고, 이러한 규정이 지나치게 정당국가적 기속을 강조하고 국민의 대표자적 지위를 경시한다는 점에서 정당의 소속 여부와 관계없이 그 지위를 유지한다는 사고는 이러한 규정의 위헌성을 제시하는 논거로 유용할 수 있다.』

국회의원에 대하여 소속정당의 ‘해산’ 등 이외의 사유로 당적을 이탈하는 경우 퇴직된다고 규정하고 있는 의미는 「정당이 스스로 해산하는 경우에 비례대표 국회의원은 퇴직되지 않는다는 것으로서 국회의원의 국민대표성과 정당기속성 사이의 긴장관계를 적절하게 조화시켜 규율하고 있다」고 실시하고 있다. 헌법재판소의 이러한 실시는 동 제192조 제4항에서 규정하는 「해산」은 「정당이 스스로 해산하는」 해산, 즉 자진해산(임의해산)으로 국한하는 취지임²⁷⁾이 분명하다.²⁸⁾ 그리하여 중앙선거관리위원회에서는 지방의회 소속의원들의 비례대표의원에 대해서도 의원직을 상실하였다는 결정을 하였고 이에 비례대표지방의원들이 의원지위확인소송을 법원에 제기하기에 이르렀는데, 법원²⁹⁾에서는 「공직선거법 제192조 제4항은 비례대표지방의원

27) 헌법재판소의 의원상실결정 이전의 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 법제처, 2010, 253쪽(정만회 집필부분)에서는 「공직선거법 제192조 제4항의 정당의 해산은 그 입법취지에 비추어볼 때 자진해산의 경우로 한정하는 것이 타당하며 강제해산의 경우까지 포함하는 것은 어렵기 때문에」 라고 설명하여왔다.

28) 성낙인, 헌법학, 제16판, 법문사, 2016, 896쪽에서는 「명시적인 입장을 밝히지는 않았지만, 공직선거법 제192조 제4항의 의미를 정당이 자진해산하는 경우 비례대표국회의원은 퇴직하지 않는다는 의미라고 헌법재판소가 해석함으로써 위헌정당소속 비례대표지방의회의원의 경우에는 정당해산결정으로 의원직을 상실한다는 것이 헌법재판소의 입장인 것으로 이해된다」 라고 설명하고 있다.

29) 전주지방법원 2015. 11. 25. 선고 2015구합407 판결

* 논거는 다음과 같다.: 첫째, 침익적 행정처분의 근거가 되는 행정법규는 엄격하게 해석·적용하여야 하고 행정처분의 상대방에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 되며 …… 그 해석이 문언의 통상적 의미를 벗어나서는 아니 된다는 대법원판례의 기본법리(대법원 2008. 2. 28. 선고 2007두13791 판결 등)를 전제로 한다. 둘째, ‘해산’의 사전적 의미에는 ‘자진하여 해체하여 없어진다’는 것과 ‘자신의 의사와 무관하게 타인이 없어지게 한다’는 것이 모두 포함되어 있는데, 중앙선거관리위원회의 해석은 비례대표지방의회의원에게 지나치게 불리한 방향으로 지나치게 유추해석했다는 것이다. 또한 공직선거법 제192조 제4항에서 정하고 있는 “합당·해산 또는 제명”이 모두 지방의원의 의사와는 무관한 것임이 분명하고, 위 공직선거법 조항은 비례대표지방의회의원이 ‘자의’로 당적을 벗어나는 경우 당연퇴직되도록 하는 한편, ‘타의’로 당적을 이탈·변경하는 경우에는 그 직을 보장해주겠다는 의미라고 해석하는 것이 자연스러우며, 이는 입법연혁측면에서도 1992년 제14대 국회가 출범한 이후 전국구의원들의 탈당과

이 자의로 당직을 벗어나는 경우 당연히 퇴직하도록 하는 한편, 타의로 당직을 이탈·변경하게 되면 그 직을 보장해주겠다는 의미로 해석하는 것이 자연스럽다」라는 이유로 지방의회의원으로서의 지위를 유지시켰다. 학설상으로는 이러한 법원의 판결을 소개하면서 찬성하고 있는 입장³⁰⁾이 있는가 하면, 이와 달리 공직선거법 제192조 제4항은 정당의 해산과 관련하여 자진해산의 경우와 헌법재판소의 위헌결정에 의한 해산의 경우를 구별하지 않고 단순히 정당이 「해산된」 경우 의원직이 상실되지 않는다고 규정하고 있지만, 여기서의 해산은 「자진」해산만을 의미한다고 이해된다는 입장³¹⁾도 있다.

다. 제3공화국헌법 제38조가 이후의 헌법에서 입헌되지 아니한 데 대한 해석론

제헌헌법에서는 정당의 해산에 관한 조항은 존재하지 아니하였다. 그러나 제헌헌법 하에서 1958. 2. 25. 미군정명령 제55호에 근거한 행정처분으로 진보당에 대한 등록을 취소함으로써 진보당이 해산된 것에 대한 반성적

당적변경사태가 잇따르자 이른바 ‘철세정치인’을 규제하기 위하여 제정된 것이기 때문에 타당하다는 것이다. 셋째, 위헌정당해산결정에 따라 정당이 해산된 후 그 정당 소속 비례대표지방의회의원이 그 직을 상실하는지에 관하여는 헌법이나 법률에 명백한 규정이 없고, 지방자치법은 지방의원에 대한 자격상실의결을 할 수 있도록 규정하여 지방의회의 자율권을 일정 부분 보장하고 있는 이상, 중앙선거관리위원회 등이 지방의원직 퇴직 또는 의원직 상실 여부를 결정할 아무런 권한이 없다고 하였다.

[기고] 비례대표지방의회의원 판결로 돌아보는 통합진보당 정당해산 결정 <http://www.vop.co.kr/A00000972955.html>. 동 판결은 2016. 4. 25. 항소법원에서 동일한 이유로 유지되었다.

30) 양 건, 헌법강의, 각주 1), 207쪽. 헌법재판소의 의원자격상실결정 전부터 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001, 174쪽에서는 「비례대표국회의원의 경우 공직선거법 제192조 제4항이 해산의 경우에도 의원직을 유지한다」고 설명하여왔다.

31) 의원자격상실결정 전의 논의이지만, 박경철, ‘공직선거및선거부정방지법 제192조 제3항 제3호와 제4항의 문제점’, 각주 9), 760쪽.

차원에서³²⁾ 제2공화국헌법에 의해 창설된 헌법재판소에서 정당해산에 관한 사항을 관장하도록 규정하게 되었는데(제2공화국헌법 제83조의3 제4호), 제3공화국헌법에서는 정당해산에 관한 사항을 대법원의 관장으로 하는 한편(제3공화국헌법 제7조 제3항 단서) 「국회의원은 임기중 당적을 이탈하거나 변경한 때 또는 소속정당이 해산된 때에는 그 자격이 상실된다(동 헌법 제38조 본문)」고 규정하기에 이르렀던 것이다. 그러나 유신헌법 하에서 제3공화국헌법 하에서의 임기중 당적의 이탈·변경 또는 소속정당의 해산의 경우의 의원직상실규정은 입헌되지 아니하였고(유신헌법 제7조 제3항에 의해 정당해산에 관한 사항은 헌법재판소의 관장으로 되었다), 이러한 태도는 제5공화국 및 현행헌법으로 이어지고 있다. 지위유지설에서는 이러한 입헌태도의 변동을 자설에 대한 강력한 근거로 이용하고 있다.³³⁾ 이와는 반대

32) 헌법재판소의 정당해산결정에서는 다음과 같이 실시하고 있다.: 「우리는 그렇게 길다고 볼 수도 없는 대한민국의 현대사 속에서도 정치적 반대세력을 제거하고자 하는 정부의 일방적인 행정처분에 의해서 유력한 진보적 야당이 등록취소되어 사라지고 말았던 불행한 과거를 알고 있다. 헌법 제8조의 정당에 관한 규정, 특히 그 제4항의 정당해산심판제도는 이러한 우리 현대사에 대한 반성의 산물로서 1960. 6. 15. 제3차 헌법 개정을 통해 헌법에 도입된 것이다.」

33) 양삼석·장병연, ‘통합진보당 문제를 통해 본 위헌정당해산심판과 의원의 자격’, 대한정치학회보 22집 4호, 대한정치학회, 2014, 329쪽에서는 지위유지설에 대해 「국회의원이 정당에 소속되어 있다 해도 국회의원이 기본적으로는 국민에 의해서 선출된 국민의 대표이고 또한 정당과는 별개의 헌법기관이기 때문에 소속정당의 해산으로 신분상의 영향을 받아서는 안 된다고 보는 견해」라고 설명하고, 나아가 『현행 헌법이나 법률에는 자격상실과 관련한 명문 규정을 두고 있지 않음바 위에서 제시된 법조문이 폐기된 것으로 해석하는 것이다(각주 15)]. 즉, 입법의 취지가 이전의 명문규정과 반대로 바뀐 것이므로 정당 해산 시 의원직을 유지해야 하는 것으로 해석하는 것이다. 특히 의원직의 유지를 주장하는 학자들은 국회의원이 국민의 직접 투표에 의해 선출되었기 때문에 정당의 해산을 이유로 의원직을 박탈할 경우 대의민주주의의 도입취지를 훼손하는 것으로 본다. 김철수 교수는, 현행 헌법에는 국회의원직의 자동상실 여부에 관한 규정이 없기 때문에 국회의원의 자격심사나 제명 처분에 의해 국회의원직의 상실여부가 결정되어야 한다고 본다(각주 16) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2010, 1666쪽.』라고 설명하고 있다. 인용하는 김철수 교수에 대해서는 위 인용 외에 별도로 설명하지 아니한다. 동 각주 15)에

로 제3공화국헌법 제38조 본문의 규정과 관련하여 「이는 정당국가적 기속을 지나치게 강조한 사실상의 위헌적 헌법규정이라 볼 수 있다」고 논하는 입장³⁴⁾도 있다.

III. 필자의 입장

1. 대의민주주의 내지 자유위임원칙이 의원직 상실 여부에 미치는 영향

가. 대의민주주의 및 자유위임원칙과 위헌정당해산의 관계

민주주의국가라고 하더라도 국민의 참여와 동의에 의한 통치를 실현함에 있어서 국민이 직접 국가의사를 결정하는 것은 아니다. 대의민주주의는 국민이 국가의사를 결정할 대의기관의 구성원을 선출하고 선출된 구성원을 자신의 대표로 의제하면서 대표를 통해 간접적으로 정책결정에 참여하는 통치형태원리 및 국가의사의 결정원리를 말한다. 대의기관 구성원의 선출, 특히 지역구국회의원의 선출에 있어서 현저하지만 국회의원은 일정한 지역을 기초로 하여 선출되더라도 선출된 후의 구성원의 지위는 국민의 대표로 의제되며 국회의원은 자신의 양심에 따라 국가이익 내지 국민의 「추정적 의사」를 위해 의정활동을 하고 정책결정을 하여야 한다. 여기에서 대의기

서는 「그러나 이러한 해석 역시 자의적 관점에 입각한 것이라는 비판을 받을 수 있다. 유관 법조문이 삭제되었다는 사실 자체가 신분의 유지를 의미하는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 아울러 최종적으로 헌법재판소가 결정을 국회 자체에 위임할 것으로 볼 수도 있기 때문이다.」

34) 한수용, 한국학, 각주 8), 1538쪽. 이러한 주장은 각주 25)에서의 인용부분에 이어 나오는 주장이다.

관의 구성원은 자신을 선출한 선거인이나 선출이 이루어진 특정한 지역과 분리된다. 자유위임/무기속위임 원칙이란 흔히 선거과정에서 선거인이나 특정지역과 사이에 지속적인 위임약정이 이루어졌다고 하더라도 헌법적 측면에서는 기속적위임으로 취급되지 아니한다는 의미로 이해되지만, 이는 충분하지 못한 이해이다. 선거과정에서 선거인이나 특정지역과 사이에 지속적인 위임약정이 이루어질 때 그러한 약정은 적어도 정치적 측면에서는 선거인과 특정지역 사이에서 기속위임의 성격을 어느 정도 대유(帶有)할 수 있다고 하더라도, 국민의 대표라는 측면에서는 정치적 측면에서도 기속위임의 성격을 가질 수 없으며 가져서도 아니 된다. 어쨌든 자유위임원칙은 의원의 선출배경이나 과정과 관련되기보다는 선출 후의 대의활동과 관련되며, 지역구의원이건 전국구의원인건 관계없이 양자 모두에게 적용되는 원칙은 그 따름원칙이라고 할 수 있다.³⁵⁾ 이렇게 볼 때 정당해산제도는 대의민주주의 및 자유위임원칙의 외곽에 위치하며 동 원칙들에 대한 한계를 설정한다.

자유위임원칙이 선출 후의 대의활동과 관련된다는 것은 선거인이 선거를 통해 선출하고자 하는 대의기관 구성원을 선출하면서도 선출 후의 대의활동에 대한 예측이 사실상 불가능하다는 점을 전제로 한다. 따라서 선거인은 자신이 선출한 구성원에 대해 그 구성원이 자신의 양심에 따라 국가이익 내지 국민의 추정적 의사를 위해 의정활동을 하고 정책결정을 기대하고 있지만 선출된 구성원이 선거인의 기대와는 달리 의정활동을 하고 정책결정을 한다고 하더라도 국민소환이 허용되지 아니하는 현실에 있어서 대의기관 구성원의 자격을 강제로 상실시킬 수 있는가. 선출된 구성원의 활동이나 정책결정이 형벌법규를 위반하는 것이어서 유죄판결을 받거나 대의기관의 자율권을 통해 자격을 박탈하는 것은 별개의 문제라고 할 때, 구성원

35) 정연주, '대의제도와 정당기속-전국구국회의원의 당적이탈·변경시 의원직상실문제와 관련하여-', 각주 10), 87쪽 참조.

의 자격을 상실되지 아니한다는 명제를 상실시켜서는 아니 된다는 당위명제(normative proposition)로 전환시키는 것이 바로 자유위임원칙이다. 그럼에도 불구하고 대의기관의 자율권에 의한 자격박탈 이외의 경우로서 대의기관 구성원의 자격을 강제로 상실시킬 수 있는 길이 있을 수 있는가.³⁶⁾ 그러한 길이 있을 수 있다면 한 가지 길은 위헌정당해산제도일 것이다. 문제는 위헌정당해산제도를 그러한 길이와 관련하여 논하는 것 자체가 자칫하면 대의기관 구성원의 자격을 상실시키는 편법으로 악용될 수 있으며, 이 점이 「민주주의를 방어한다는 명목으로 자유위임관계에 대한 예외를 인정하는 경우 국회의원의 국민대표성과 자유위임관계를 희생하는 뇌관이 될 수 있으며, 이는 민주주의의 독소로 작용할 수 있다」는 지위유지설의 논거가 되는 것이다. 그러나 법학에 있어서는 순수논리적 접근이 필요한 경우에는 남용으로 제기될 수 있는 민주주의의 독소를 제거하는 방법을 모색하는 것과는 별도로 민주주의의 독소가 존재하지 아니하거나 제거된 상태에서 논의는 반드시 필요하다. 그리고 민주주의의 독소가 존재하지 아니하거나 제거된 상태³⁷⁾에서 방어적 민주주의가 발동함으로써 위헌정당의 소속

-
- 36) 우리 학자들이 국회의 자율권을 통해 국회의원의 지위를 박탈하는 것을 당연히 하는 것은 헌법 자체에서 자격심사와 제명을 규정한(제64조 제2항, 제3항) 때문이다. 국회의원에 대한 지위박탈의 금지를 자유위임원칙과 연결하여 이해하는 한, 동 규정을 통한 국회의원의 지위박탈은 자유위임원칙에 대한 예외이다. 그러나 기속위임이 특정한 선거인 및 특정지역과 관련한 정치적 기속이라고 이해하고, 지위박탈이 문제되는 국회의원을 제외한 국회의원은 그 특정한 선거인 또는 특정지역과는 절리된 국민의 대표라는 점과 관련하여 이해하는 경우에, 국회의원의 지위박탈은 특정한 선거인 또는 특정지역과는 단절된 국민의 대표에 의한 「자유위임의 철회」라는 성격을 가진다. 이러한 이해가 가능하다면, 자유위임원칙은 훼손이 불가능한 절대적 원칙이라고까지 볼 것은 아니다. 다만 「자격유지설이 주장하는 자유위임원칙의 절대성을 강조하는 한」 자율권이라는 명분으로 국회의원의 지위를 박탈하는 것이 국민주권과 조화를 이룰 수 있을지의 점은 문제로 남는다.
- 37) 전투적 민주주의로부터 민주주의를 수호하여야 한다는 점을 강조하고 있는 이재희, ‘전투적 민주주의(Militant Democracy)로부터의 민주주의 수호: 한국 헌법상 정당해산심판제도의 의의와 실제적 요건 해석을 중심으로’, 공법학연구 제15권 제2

의원에 대한 자격상실을 논의하는 경우에는, 위헌정당이라 하더라도 해산이 강제되어서는 아니 된다는 입장이 아니라면,³⁸⁾ 헌법재판소에 의한 소속의원에 대한 자격상실결정을 부정하는 것이 반드시 지위유지설의 본의는 아닐 것이다. 그런데도 이와 달리 그러한 남용의 우려 때문에 위헌정당 소속의원에 대한 자격상실은 어떠한 경우에도 있을 수 없다고 한다면 이는 민주주의의 독소가 존재하지 아니하거나 제거된 상태에서도 자격상실은 있을 수 없다는 것이 되고, 이는 위헌정당해산결정에 「남용의 의제」를 결합시킨 것이 된다. 이와 같은 접근방법에는 문제가 있다. 남용의 의제는 위헌정당해산결정기관(우리나라의 경우 ‘헌법재판소’)에 대한 「불신의 의제」를 달리 표현한 것과 다르지 아니하다. 위헌정당해산제도가 아무리 남용될 여지가 크다고 하더라도 해산결정기관이 엄정한 사법판단을 하고 있는 한, 그 결정기관이 피청구인정당에 대해 자유민주적기본질서에 위배되는 위헌정당이라고 결정하는 한, 동 정당에 대해 해산을 청구하는 정부에게 남용의 의도가 있었다고 하더라도 해산결정기관의 해산결정에 의해 정부의 남용의 의도는 단절이 된다고 보아야 한다. 즉 대체원인(superseding cause)의 개입에 의하여 인과관계가 단절된다. 그렇기 때문에 독일에서 정부가 특정

호, 한국공법학회, 2014, 134쪽에서 주장하는 「정당해산요건으로서 ‘정당의 목적이 나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때’라는 규정은, (구성원과는 별개로) 정당 자신이 추구하는 목적과 그 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 정당활동이, 특정한 이념이나 가치를 절대화하여 다원적 가치를 인정하지 않고 민주주의의 근본을 위협하는 것으로서, 이를 폭력이나 억압을 통해 적극적으로 관철하려고 하였고, 이에 따라 민주적 기본질서가 파괴될 구체적 위험이 발생하였으며, 문제된 정당이 정치현실에서 상당한 정치적 지위와 영향력을 갖고 있어서 최후수단으로서 정당해산이 요청될 정도로 위험이 현실화된 경우라고 해석해야 할 것」이라는 요건이 충족되는 상태를 가정하자.

38) 문광삼, ‘정당의 자유’, 법학연구 27권 1호, 부산대학교 법과대학 법학연구소, 1984, 183-186쪽에서는 정당설립의 자유와 관련하여 위헌정당금지인정설과 위헌정당금지부정설을 논의하고 있다. 위헌정당금지부정설은 정당해산제도를 인정하는 현행헌법에는 어울리지 아니한다고 할 수 있다.

정당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배된다고 확신하는 경우 헌법 재판소법 제55조의 정당해산심판청구를 하여야 할 의무가 존재하는지의 여부에 대한 논의가 있고 독일연방헌법재판소는 심판청구권자의 정치적 재량에 맡겨져 있다, 즉 심판청구권자가 정치적으로 책임을 지는 의무에 합당한 재량(pflichtgemäßes Ermessen)에 맡겨져 있다고 보고 있지만,³⁹⁾ 우리

39) BVerfGE 5, 85, 113; 12, 296, 305; 13, 123, 126; 17, 155, 166; 40, 287, 291. 학설상으로 기속행위설, 자유재량행위설, 기속재량행위설이 대립하고 있다. 독일에서의 학설의 전개에 대해서는 한국공법학회, 정당해산심판제도에 관한 연구, 각주 3), 169-179쪽(송석운 집필부분), 서독연방헌법재판소결정과 관련하여서는 한국공법학회, 정당해산심판제도에 관한 연구, 각주 3), 166-171쪽(송석운 집필부분) 참조. 문제는 대통령이 재량 또는 기속이 문제될 수 있는 계기란 어떠한 것일까라는 점이다. 동 연구, 175-176쪽에서는 기속재량행위설을 주장하는 이들은 권한쟁의, 탄핵제도 등을 통한 해산심판청구권 행사의 통제가능성을 들어 해산심판청구권의 행사가 일정한 경우 법적 의무의 성격을 띠 수 있다고 주장한다. 가령 국회의 원내교섭단체가, 정부가 특정 정당에 대한 해산심판청구를 하였을 경우 그 당 소속 국회의원들이 의원자격을 상실하고, 이 경우 원내의 다수관계가 자신들에게 유리하게 변했을 것임에도 불구하고 정부가 그 정당에 대한 해산심판청구를 하지 않아 자신들의 권한이 침해되었음을 이유로 정부를 상대로 권한쟁의청구를 할 수 있다는 것이다. 또한 특정 정당이 위헌적인 정당임에도 해산심판청구가 제기되지 않아 선거에 참여할 수 있게 됨으로써 정치적 경쟁에 있어서의 균등한 기회(헌법 제11조 제1항)를 침해받았음을 이유로 정당이 헌법소원을 청구하는 가능성(대통령의 행위에 대한 부작위 위헌확인소원)도 있을 수 있다. 또한 대통령이 고의 또는 과실로 위헌정당에 대한 정당해산심판을 청구하여야 하는 의무의 이행을 해태하여 직무수행에 있어서 헌법에 위배되었음을 이유로 탄핵소추를 받의·의결할 수 있다는 것이다. (각주 생략)』라고 설명하고 있으며, 대통령에 대한 형사소추도 예상할 수 있다. 그러나 어떠한 내용의 것이든 재량에 관한 논의는 나누어 살펴보아야 한다. 어떤 정당이 해산심판청구되지 아니하였는데도, 위헌정당에 해당한다는 이유로, 해산심판청구가 되었다면 그 정당은 헌법재판소에 의해 위헌정당으로 해산 결정되었을 것이라는 명제는 일종의 대체역사(alternate history, alternative history, alternative reality)에 해당한다. ‘Alternate history’ in Wikipedia. https://en.wikipedia.org/wiki/Alternate_history. 재판의 속성상 평결에서 단순과반수를 요구하는 일반 사건에 있어서도 어떠한 청구가 법원에 의해 당연히 받아들여지는 것은 아닌 상황에서 설사 어떤 정당이 위헌정당이라는 이유로 해산심판청구되었다고 하더라도 9인의 재판관 중 6인 이상의 찬성을 얻어 해산결정된다는 것은 극히 어려우리라는 것은 능히 추측할 수 있다. 그러나 그와 같은 대체역사는 반드시 실현된다는 것,

학계가 의원지위상실결정과 관련하여 독일문헌을 소개하지 못하고 있는 것은 독일에서 남용의 의제가 논의되지 아니한다는 점을 반영하는 것이다. 헌법재판소는 위헌정당해산에 부수하는 의원지위상실결정은 「정당해산심판 제도의 본질로부터 인정되는 기본적 효력」이라고 보고 있다. 따라서 지위 유지설이 의원지위상실결정이 「정당해산심판 제도의 본질적 효력」이라는 법리의 천명(闡明)을 문제 삼는 것이라면 별개이겠지만 그러한 법리를 받아들인다면 이 법리에 「남용의 의제」를 결합시키는 것은 양립할 수 없는 두 법리를 결합시키는 논점일탈(ignoratio elenchi, = missing the point) 내지 골대이동(moving the goalposts)의 오류 또는 은밀한 재정의의 오류(red herring fallacy: 주의전환의 오류)를 범하는 것이고, 이러한 의미에서 지위 유지설의 이론적 관점은 논의의 초점을 흐리고 있다. 이러한 오류를 유지하면서 동 설을 유지하기보다는 차라리 정당에 대한 일체의 강제해산을 허용하지 아니하는 방향으로 헌법개정을 추진하여야 할 것이다.⁴⁰⁾

나아가 정부가 그 정당이 위헌정당임을 잘 알고 있었다는 것을 가정하는 경우에는 정부가 그 정당에 대한 해산심판청구를 하지 아니하는 것은 헌법재판소가 위헌정당 소속의원에 대한 의원직 상실결정을 하지 아니하고 방치하는 것 자체, 또는 위헌정당해산결정을 함에 있어서 소속의원의 의원직을 그대로 유지할 수 있도록 입법하는 것은 모두 위헌적 활동이라는 점에서 다를 바가 없다. 이와 같이 대체역사가 반드시 실현된다고 가정하는 경우에는 정부가 해산심판청구를 하지 아니하는 것은 재량에 해당될 여지는 없고, 따라서 기속행위일 수밖에 없다. 그러나 이러한 대체역사가 반드시 실현된다는 것을 가정하지 아니한다면, 단순히 대체역사가 실현될 수도 있었으리라는 전제 하에서 다른 쟁점에 관한 법원의 소송이나 헌법재판소의 심판과정에서 정부의 책임을 논하는 것은 동 소송이나 심판과정에서 당사자가 되어 있지도 아니하는, 그리하여 당사자권도 보장되지 아니하는 정당에 대하여 위헌정당성을 논하는 것으로서 그 정당성을 확보할 수 없다. 더욱 대체역사를 전제로 하는 소송이 법원에서 이루어지는 경우에는 법원이 헌법재판소의 관장업무를 간접적으로 침해하는 것이 된다.

40) 2008. 9. 국회의장 자문기구로 발족한 헌법연구 자문위원회는 최종적으로 이 제도를 유지하기로 결정하였으나(헌법연구 자문위원회 결과보고서, 국회, 43-44쪽), 정당의 보호를 위해서 「정당에 대한 강제해산은 인정되지 않는다」로 개정하자는 의견까지 있었다. 그리고 이 보고서와 관련하여 도회근, ‘헌법 총강의 개정 필요성과

나. 정당기속과 국민의 「추정적」 의사의 관계

자유위임원칙과 대비되어 논의되는 것이 정당기속강제이다. 정당기속은 본질적으로 명령적 위임에 근거를 두고 있으므로 명령적위임의 배제, 즉 자유위임을 본질로 하는 대의원리와 조화를 이루기 위해서는 많은 인내를 필요로 하지만,⁴¹⁾ 전혀 배척관계에 있는 것은 아니다.⁴²⁾ 대의원리는 자유민주적 기본질서의 핵심이 속한다.⁴³⁾ 여기에서 정당기속이 강화되면 강화될수록 고도화된 정당기속은 자유민주적 기본질서와 충돌할 가능성이 있으며 여기에서 정당기속의 고도화와 비례하여 자유민주적 기본질서를 수호하기 위한 방어적 민주주의가 작동할 계기가 형성된다.⁴⁴⁾ 한편 의원직상실제

방향', 헌법학연구 16권 3호, 헌법학연구회, 2010, 19-20쪽에서는 「이 조항 도입 이래 50년간 한 번도 이 조항이 적용된 적이 없고, 정부에 의해 악용될 우려가 있으며, 진정한 자유민주주의를 구현하기 위해서는 정당의 자유에 대한 심각한 제한을 의미하는 이 조항이 폐지되어야 한다는 의견은 원칙적으로 타당하다. 이 조항이 없더라도 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의한 제한이 가능하기 때문에 굳이 이 조항을 헌법에 유지해야 할 이유가 있는지 의문이다.」고 논하고 있다.

- 41) 정종섭, '전국구 국회의원의 당적 이탈·변경과 의원직의 상실 여부', 각주 15), 124쪽 참조.
- 42) 현재 2003. 10. 30. 2002헌라1 결정: 「자유위임은 의회 내에서의 정치의사형성에 정당의 협력을 배척하는 것이 아니며, 의원이 정당과 교섭단체의 지시에 기속되는 것을 배척하는 근거가 되는 것도 아니다.」
- 43) 정당해산의 근거가 되는 위배가 문제되는 「민주적기본질서」가 「자유민주적 기본질서」만을 의미하는가 「사회민주적 기본질서」까지 포함하는 「헌법질서」를 의미하는지에 대해서는 논의가 있다. 어쨌든 「자유민주적 기본질서」를 기준으로 하는 태도는 사회주의제국당(SRP)에 대한 서독연방헌법재판소의 해산결정(BVerfGE 2, 1)에서 취하여졌다. 동 결정에서는 「정당이 자유민주적 헌법국가의 최고의 기본가치들을 동요시키는 경우에 비로소 그 정치적 생활에서의 배제를 정당화시킨다. 이러한 기본가치들은 기본법이 국가의 전체 질서·헌법적 질서·내에서 기초적인 것으로 간주하는 자유민주적 기본질서를 구성하고 있다.」고 논하고 있다. 우리 학자들은 「자유민주적 기본질서」에는 구체적으로 국민주권의 원리, 기본권보장, 권력분립제, 의회주의, 복수정당제보장 등이 그에 포함된다. 예를 들어 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 각주 27), 212쪽(정만희 집필부분). 여기서 들고 있는 구체적인 내용은 헌법재판소의 위헌정당해산결정에서도 그대로 인용되고 있다.
- 44) 현재 2003. 10. 30. 2002헌라1 결정에서의 권성 재판관의 반대의견: 「오늘날 대의

도가 추구하는 목적의 하나로 흔히 국민의 「정당선택권」 내지 「국회구도결정권」의 보호가 관련되어 논의되고 있다. 국민이 정당을 매개하여 선거를 통해 설정한 국회의석분포의 유지를 위하여 의원들을 이러한 국회의석분포 내지 국회구도에 기속시키는 것을 내용으로 하는 것으로, 국민의 국회구도결정권은 특히 비례대표선거제에서 국민의 정당투표를 통해 나타난 정당을 기준으로 한 의석분포에 대한 국민의 의사와 신뢰를 존중함으로써 건전한 정치풍토를 조성하고, 정당기속과 더불어 복수정당제를 내용으로 하는 정당민주주의와 다양한 국민의 의사를 국정에 반영하고자 하는 다원적 민주주의를 실현하고자 하는 데 그 목적이 있다.⁴⁵⁾ 따라서 국민의 국회구도결정권은 본래 의원들의 자의에 의한 당적의 이탈·변경을 염두에 두고 시발된 이론이었다.⁴⁶⁾ 문제는 국민의 국회구도결정권이라는 개념을 인정할 것

제 민주주의에 있어서 국회의원의 국민대표성이 정당국가적 현실에 의하여 사실상 변질되고 의원의 정당에의 예속이 일반적인 경향이라고 하더라도 …… 양자의 이념이 충돌하는 경우에는 자유위임을 근본으로 하는 대의제 민주주의 원리를 우선 시켜야만 한다.」

45) 예를 들어, 정연주, 「대의제도와 정당기속-전국구국회의원의 당적이탈·변경시 의원직상실문제와 관련하여-」, 각주 9), 96-97쪽 참조.

46) 허 영, 「국회의원의 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계」, 각주 25), 166-168쪽 참조. 헌재 1998. 10. 29. 96헌마186 결정에서는 「『국회구성권』이란 유권자가 설정한 국회의석분포에 국회의원들을 기속시키고자 하는 것이고, 이러한 내용의 『국회구성권』이라는 것은 오늘날 이해되고 있는 대의제도의 본질에 반하는 것이므로 헌법상 인정될 여지가 없다」라고 설시하듯, 국민들의 국회구도결정권을 부인하고 있다. 이에 대해 허 영 교수는 「『국회구성권』 내지는 『국회구도결정권』은 기본권적인 개념이라기보다는 현대적 국민주권의 대의적인 실현개념으로 이해하는 것이 옳다(167-168쪽)」는 반론을 제기하고 있다. 정연주, 「대의제도와 정당기속-전국구국회의원의 당적이탈·변경시 의원직상실문제와 관련하여-」, 각주 9), 97쪽에서는 「명령적 위임의 성격을 가지는 국민의 국회구도결정권은 어디까지나 자유위임의 원칙을 침해하지 않는 범위 내에서만 존중될 수 있는 정치적 고려대상에 불과하고, …… 국민의 정당선택권 내지 국회구도결정권의 보호를 이유로 전국구국회의원의 당적변경을 금지하거나 당적변경시 의원직을 상실시키는 제도는 자유위임의 원칙에 위반되는 위헌적 제도이다.」고 논하고 있다. 독일에서의 국회구도결정권에 대한 논의는, 김병록, 「당적변동과 의원직」, 법학논총; 백천오재환교수 정년기념논문집 4집

인가의 문제를 떠나 국민들이 각 지역의 선거인으로 투표에 참가하여 대의기관의 구성원을 선출함에 있어서 선거인들은, 자신이 선출하고자 하는 구성원이 단순히 장래에도 국민이 구상하는 국회구도결정을 훼손하지 않을 것이라는 가정 하에서 선출하는 것에 그치지 아니하고, 선출된 구성원이 자유민주적 기본질서에 적극적으로 부합하는 인물은 아니라고 하더라도 적어도 자유민주적 기본질서를 훼손하지는 아니할 것이라는 소극적 가정을 하고 있다는 점이다. 이러한 국민의 가정은, 앞서 말한, 대의제도의 기초를 형성하는 「추정적 의사」에 해당한다. 이러한 가정은 정당에 대해서도 마찬가지이다. 정당이 선거에서 후보자를 공천하고 선거에 참여하는 경우에, 국민은 그 정당이 민주적 기본질서를 위배한다는 이유로 헌법재판소에 의해 강제해산되었던 정당 또는 그 대체정당⁴⁷⁾이 아닌 이상, 당연히 민주적 기본질서를 훼손하지 않는 정당에 해당할 것이고 장래에도 민주적 기본질서를 훼손하지 아니할 것이라고 가정할 것이다. 이러한 가정 또한 대의제도의 기초를 형성하는 「추정적 의사」에 해당한다. 헌법재판소가 어떤 정당에 대해 위헌정당으로 인정하고 해산결정을 하는 것은 그 정당의 후보자를 자신들의 대표자로 선출한 국민의 「추정적 의사」를 근본적으로 뒤엎는 상황

조선대학교 법학연구소, 1998, 187-189쪽 참조.

47) 「대체정당」이란 헌법재판소의 정당해산결정에 의해서 해산된 정당의 위헌적인 기도를 해산된 정당을 대신하여 계속 추구하기 위해 만들어진 정당을 말한다. 헌법적 의미의 정당이기는 하지만, 헌법 제8조 제4항의 특권을 향유할 수 있는 정당은 아니다. 해산된 정당과 새로 창설된 정당은 조직적으로는 별개이지만, 기능적으로 동일한 정치적 결사체이다. 따라서 어떤 정당이 민주적 기본질서에 위반된다는 이유로 정당해산심판절차를 통해 해산되었다면, 신생정당처럼 활동하는 대체조직이 헌법 제8조 제4항의 특권을 다시 원용할 수 없다. 한 정당에게는 단 한 차례의 해산상의 특권이 주어질 뿐이기 때문이다. 정태호, 「현행 정당법상의 정당개념의 헌법적 문제점」, 경희법학 40권 2호, 경희대학교법학연구소, 2005, 145쪽. 정당법 제40조에서는 대체정당의 창당을 금지하고 있다. 대체정당 창당금지의 효과에 대해서 해산결정(2013헌다1)에서의 소수의견은 회의적 시각을 보이고 있다. 「후속정당의 금지효에 대해서 그것이 얼마만큼의 실효성을 가질 수 있는지 의문이 제기될 수 있다.」 소수의견 9. 라. (2) (가)

이라고 할 수 있다.

지위유지설에서는 「위헌정당해산결정이 해당 정당소속 국회의원의 신분에 영향을 미치기 위해서는 정당과 소속 국회의원 간에 일체성이 있어야 한다. 그러나 국회의원은 유형화된 정치이념과 정책방향을 기준으로 정당에 소속된 것이며, 구체적으로 정당의 이념 및 정책과 일체성을 갖는 것은 아니다.」라는 것을 동 설의 헌법해석론적 근거로 삼고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 설명에도 불구하고 위헌정당해산결정이 소속 국회의원의 신분에 영향을 미치는, 즉 의원직을 상실시키기 위해 필요한 정당과 소속 국회의원 간에 존재하는 「일체성」은 아주 모호한 개념이다. 헌법재판소의 의원지위상실결정의 선고 이후에 출간된 교과서나 논문에서는 동 결정에서 개념을 정립하고 있는 「주도세력」⁴⁹⁾의 범주에 소속의원이 포함되는 경우에는 「일체성」을 구비하는지의 여부조차 논하지 아니하고 있다.

헌법재판소의 의원직 상실결정에서는 의원직 상실결정에 있어서 그 근거를 「일체성」과 관련시키는 정도는 크지 아니하다.⁵⁰⁾ 헌법재판소는 단순히 과거형 사실에 해당하는 「국회의원은 …… 현대 정당민주주의의 발전과 더불어 현실적으로 소속 정당의 공천을 받아 소속 정당의 지원이나 배경 아래 당선되고 당원의 한 사람으로서 사실상 정치의사 형성에 대한 정당의 규율이나 당론 등에 영향을 받아 정당의 이념을 대변하는 지위도 함께 가지게 되었다」는 축과 미래형 사실에 해당하는 「만일 해산되는 위헌정당 소속 국회의원들이 의원직을 유지한다면 그 정당의 위헌적인 정치이념을 정치적 의사 형성과정에서 대변하고 또 이를 실현하려는 활동을 계속하는 것을 허용함으로써 실질적으로는 그 정당이 계속 존속하여 활동하는 것과 마

48) 앞의 각주 11)의 이어지는 본문 참조.

49) 해산결정(2013헌다1)의 다수의견 5. 나. 1) 가), (5. 나. 6), 5. 다. 1) 참조.

* 소수의견은 「주도세력」이라는 개념구성에 대해 자의적 개념이라는 의문을 제기하고 있다. 소수의견 9. 마. (4)

50) 관련된 논의는 뒤의 각주 93)의 본문에서 이어진다.

찬가지의 결과를 가져오게 될 것이다」는 축의 양 축 위에서 의원직 상실을 결정하고 있다. 양 축은 모두 국민의 「추정적」 의사와 연결되고 있으며, 「주도세력」과 직접적으로 연결되고 있지는 아니하다. 그렇다면 위헌정당 소속의원이 정당의 해산으로 의원직을 상실하는 것은 해산정당의 소속의원이었다는 점만으로 해산정당과 운명을 같이 하는 일종의 「결과책임」을 지는 것인가. 그렇지 는 아니하다. 우선 미래형 사실은 「결과책임」과는 무관하다.

위헌정당의 소속의원이라고 하더라도 그 부류는 두 가지로 나뉜다. 먼저 위헌정당의 소속의원이 「주도세력」의 일환을 이루고 있었던 경우에는 위헌정당과 「일체성」을 이루고 있었다고 할 수 있으므로 지위유지설을 취하는 경우에도 위헌정당의 해산과 더불어 의원직을 상실한다고 보아야 마땅하다. 그와 달리 주도세력 지위의 소속의원들에 대해서도 일체성을 인정하지 아니한다는 것이 지위유지설의 입장이라면, 동 설이 주장하는 「일체성」이란 해산정당과 소속의원은 별개의 「인(人)」이어서 소속의원은 의원직을 상실시켜서는 아니 된다는 논리, 그 이상도 그 이하도 아니다. 「일체성」이라는 개념은 일정한 요건이 충족되면 위헌정당이 해산되는 경우에 소속의원의 지위가 상실될 수도 있다는 의미를 남기고 있다. 지위유지설이 어떠한 경우에도 의원직을 상실시켜서는 아니 된다는 의미라면 요건이 충족되는 경우에는 의원지위가 상실될 수도 있다는 여운을 남기는 「일체성」이라는 개념을 사용해서는 아니 되며, 직설적으로 「별개의 인격체」이므로 「위헌정당해산에도 불구하고 소속의원은 의원직을 상실시켜서는 안 된다」고 표현하여야 할 것이다. 다른 부류로는 위헌정당 소속의원이 위헌정당에 가입하여 공천을 받고 당선되어 의원활동을 시작할 당시에는 주도세력에 합류하지 못하였지만 의원으로 활동할 당시에 주도세력에 의해 정당체도가 남용되고 자유민주적 기본질서에 위반하는 활동을 하고 있다는 것을 알면서 또는 알 수 있었음에도 불구하고 의식적으로 무관심하며 주도세력에 의한 정당체도의 남용에 편승하거나 남용의 「도관(導管, conduit)」으로 이용된 부

류이다. 동 부류는 그 도관이 국회의원의 특권과 연결되어 있기 때문에, 그리고 그러한 특권이 이용당하는 것은 주도세력이 정당제도를 남용하는 것보다 훨씬 파괴력이 크며, 적어도 대등하다고 보아야 한다. 외견적으로는 주도세력에 의한 정당제도의 남용과 국회의원의 특권은 별개이지만 양자가 별개로 움직일 때에 비해 훨씬 큰 통합효과(synergy)가 발생하는 것은 양자가 결합하는 때이다. 그런데도 위헌정당 소속의원이 소속정당에 대한 해산심판청구가 이루어지기 전에 이르자 방향을 바꾸어 통합효과에서 국회의원의 특권만을 분리시키고 자신이 가지는 특권은 통합효과에서 차지하는 영향력은 크지 아니할 뿐 아니라 자신은 주도세력과도 구별되는 무관한 세력이라고 주장하는 것은 허용될 수 없다. 소속의원에게는 해산심판청구가 이루어지기 상당 기간 전에 소속정당에 대한 위헌성의 논란이 진행되었을 것이므로 소속정당에 대한 나름의 평가와 정당을 변경·이탈할 수 있는 기회가 제공되고 있다고 평가할 수 있는 상태이었을 것인데도 스스로 그 기회를 무산시켜버렸기 때문이다.⁵¹⁾ 이렇게 이해할 때, 의원직을 상실하는 의원들은 주도세력과 동일하게 평가받아야 하는 계기가 된다. 「같은 것은 같게 취급되어야 한다(treat like cases as like)」.⁵²⁾ 그런데다가 소속정당이 일단

51) 2.1 Formal Equality in 'Equality' from Stanford Encyclopedia of Philosophy, First published Tue Mar 27, 2001; substantive revision Wed Jun 27, 2007. <http://plato.stanford.edu/entries/equality/>: 「두 사람이 적어도 규범적으로 관련성을 가지는 한 가지 점에 있어서(in at least one normatively relevant respect) 동등한 지위를 가지는 경우에 두 사람은 이 점과 관련하여 동등하게 취급되어야 한다. 이 점은 Aristotle이 Plato을 언급하면서 공식화한, 일반적으로 받아들여지고 있는 형식적 평등원칙: '동등한 것은 동등하게' 원칙(the generally accepted formal equality principle that Aristotle formulated in reference to Plato: 'treat like cases as like')이다. Aristotle, Nicomachean Ethics, V.3. 1131a10-b15; Politics, III.9.1280 a8-15, III. 12. 1282b18-23」

52) 위헌정당에 해산심판청구 전에 위헌정당을 이탈 또는 변경한 의원을 어떻게 취급할 것인가. 이들에 대해서는 헌법재판소가 의원직 상실결정을 함에 있어서 그대로 소속정당의 주도세력으로 남아 있는 의원과 차별화 하여 의원직 상실결정을 할 수 있으며, 정당해산과 관련한 입법이 이루어지는 경우에 입법에서 규정할 수 있는

해산된 이후에는 종전의 「주도세력」에 의한 정당의 남용을 통한 자유민주적 기본질서에 위배되는 활동의 수행은 크게 제한된 상태에 이르렀다고 할 수 있으나, 국회의원은 의원직 상실이 이루어지지 아니하는 한 어느 정도 제한이 따르는 것은 불가피하지만 여전히 국회의원의 특권을 향유한 상태에서 의지만 있다면 여전히 자유민주적 기본질서에 위배되는 활동을 합헌적으로 수행할 수 있기 때문에 활동의 폭과 정도는 종전의 주도세력을 압도할 것이다. 어쨌든 지위유지설은 주도세력이라는 범주의 세력 및 의원자격상실이 이루어질 의원들의 교집합(交集合, intersection)에 해당하는 소속의원들⁵³⁾이 「일체성」을 가지는지에 대해 전혀 논의하지 아니하고 있다. 그로부터 파생된 문제는, 지위유지설에서는 선출된 의원이 자유민주적 기본질서에 적극적으로 부합하는 인물은 아니라고 하더라도 적어도 자유민주적 기본질서를 훼손하지는 아니할 것이라는 소극적 가정을 하고 있는 국민의 「추정적」 의사가 파괴된 경우에도 국민대표성과 자유위임관계에 내세워 소속의원의 지위 존속을 주장할 뿐, 훼손된 국민대표성과 자유위임관계에 대

영역에 해당한다.

53) 사회제국당(SRP) 사건결정(BVerfGE 2, 1)에서 서독연방헌법재판소는 『기본법 제 21조는 정당의 목적뿐만 아니라 “추종자”의 행동도 구성요건적 징표로 삼고 있다; 정당의 의도가 그 추종자의 행동에 반영되어 있다는 것, 그리고 정당은 그 작용을 통해서 추종자의 이러한 행동을 정하게 된다는 것, 그러니까 그에 대하여 책임을 부담한다는 것을 잘 인식하면서, 기본법 제21조는 그 추종자의 행동을 정당에 귀속시키고 있다. 적어도 사회주의제국당을 옹호하는 사람은 모두, 그가 당원이 아닐 지라도, 추종자에 속한다. 전적으로 추종자에 적용되는 것은 당연히 연방의회의원 Richter-Roßler와 같은 중요한 당원에게 바로 해당된다.』고 실시하고 있다. 김승환, ‘위헌정당해산(사회주의제국당 위헌판결) - 1952. 10. 23. 독일연방헌법재판소 제1심판부 판결 -’, 한국헌법학의 현황과 과제: 금량김철수 교수정년기념논문집, 금량 김철수교수 정년기념논문집 간행위원회, 2002, 244-245쪽. 이러한 실시는 연방 의회의원들에 대해서는 당연히 「주도세력」에 해당한다는 점을 의제하고 있다. 그리고 이 각주에 대한 본문에서 필자가 「교집합」이라는 표현을 한 것은 헌법재판소가 혹은 소속의원 가운데서 개별적 판단에 의해 의원직을 상실하는 것으로 보는 경우가 있을 수 있음을 전제로 한 논의이다.

한 어떠한 처리방법도 제시하지 아니하고 있다. 이는 위험한 사고놀음이다. 주권은 국민의 일반의사(volonté générale)를 떠나서 논의할 수는 없다. 국민의 일반의사의 확인은 바로 국민주권의 실천적 행사의 확인에 해당한다. 그러나 국민주권의 실천적 행사에 대한 확인은 용이하지 아니하다는 점이 며, 여기에서 국민의 「추정적 의사」가 국민의 일반의사를 대신하는 것이고, 「추정적」 의사를 떠나서 국민대표성과 자유위임관계를 논하는 것은 공론(空論)에 불과한 이유이다.⁵⁴⁾

다. 「추정적」 국민의사의 훼손과 그 복원

우리 정치현실에서 더욱 두드러지지만 국민들은 대의기관의 구성원이 되고자 하는 출마자의 능력이나 인격은 크게 문제되지 아니하고 소속정당이 어떤 정당이나, 또는 어떠한 경위로 여당이나 제1야당이라는 프리미엄 속에서 출마하느냐가 거의 결정적인 경우가 많다.⁵⁵⁾ 이는 사실상 「정당을 기준으로 이루어지는 투표」가 이루어지고 있다는 것을 뜻한다. 이와 같이

54) 국민의 「국회구도결정권」(각주 45), 46) 및 그 본문 참조)에 관한 소극적 입장의 현재 1998. 10. 29. 96헌마186 결정(각주 45)과 관련한 논의이기는 하지만 박경철, 「국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구」, 박사학위논문, 연세대학교, 2001, 261쪽에서는 「헌법재판소의 견해는 국민의 선거권과 대의제의 자유위임원칙이 통치질서에서 가지는 의미를 제대로 파악하지 못하고 있다. 국민의 선거권과 대의제의 자유위임원칙은 국민주권을 실현하기 위한 것이라는 점과 국민의 선거권과 대의제의 자유위임원칙은 오늘날 정당국가에서 정당을 통하여 이루어지고 있음을 간과하고 있다.」고 논하고 있다.

55) 의원해산결정에서 의원지위를 상실한 국회의원들은 모두 통합진보당 소속 국회의원들로서 당시의 제1야당인 민주통합당의 협상을 통한 지역구배분 및 아권단일후보라는 기치 하에서 당선이 될 수 있었으며, 그러한 협상이 성사되지 아니하였을 경우에는 당선될 가능성은 거의 전무한 상태이었다. 2016년 총선거의 결과는 사실상 정당에 대한 선거인의 평가를 통한 투표이었으며 출마자의 능력이나 인격은 거의 도외시되었다. 독일연방헌법재판소는 사회주의제국당(SRP) 사건에서 「오늘날 많은 국가의 민주주의현실에서 이러한 국민의사는 정치적 행동통일체로서 정당을 통하여만 나타난다」고 실시하고 있다. BVerfGE 2, 1, 11 참조.

「정당을 기준으로 이루어지는 투표」가 투표행위의 사실상의 기준으로 작동한다면, 소속정당이 위헌정당일 수 있다는 점이 단순히 선거공학적 측면에서 의혹으로 제기되는 데 그치지 아니하고 상당히 설득력 있는 상태로 판명 내지 부각되었다고 가정하는 경우에는 그와 같은 「정당을 기준으로 이루어지는 투표」가 실현되었을 가능성은 현저히 줄어들었을 것이고, 이는 소속의원들의 낙선에 심각한 영향을 미칠 수 있는 충분한 계기가 되었을 것이다. 그러한 계기는 국민대표성 및 자유위임관계에 대한 훼손을 가져온다. 위헌정당에 대한 해산은 위헌정당에 의한 국민대표성 및 자유위임관계의 훼손을 객관적으로 확인하는 상징이다. 이러한 확인이 이루어지는 경우에 국민대표성과 자유위임관계의 훼손을 그대로 방치하는 것과, 훼손을 최소화하고 가능한 한 그 복원을 시도하는 것 가운데서 바람직한 그리고 마땅히 이루어져야 할 것이 무엇인지는 자명하다. 훼손의 최소화는 소속의원의 의원지위를 박탈하는 것이다. 의원의 지위를 유지하도록 하는 경우에는, 위헌정당에 소속하였던 의원들은 종전에 비해 보다 은밀하게 행동하겠지만 면책특권과 불체포특권을 통하여 그리고 각종의 행정부통제권한의 행사를 통해 합헌적·합법적으로 해산된 위헌정당이 지향하는 목적을 위해 여전히 활동할 수 있게 되며, 「주도세력」을 대체하게 된다. 이러한 의미에서 훼손된 국민대표성과 자유위임에 대한 대응은 국민대표성 및 자유위임관계를 국민의 「추정적」 의사에 종속시킬 수밖에 없다.⁵⁶⁾ 그런데도 그와 같은 중

56) 최희수 역, 독일헌법소송법(Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 2 Auflage, 2006), 헌법재판소, 2010, 375쪽: 『721. 해산된 정당에 (판결이 선고된 시점에) 소속된 연방과 주의 입법기관의 의원들은 그 의원직을 상실한다. …… 연방헌법재판소는 이미 법률적 근거가 없는 상태에서 연방헌법재판소법 제 35조만을 근거로 사회주의국가당(SRP) 사건과 독일공산당(KPD) 사건에서 의원직 상실을 명한바 있으며, 그렇게 하지 않을 경우 정당을 효과적으로 배제한다는 목적이 달성될 수 없게 된다는 것을 그 근거로 들고 있다(BVerGE 2, 1, 73f., 76f.; 5, 85, 392). 현재의 법률규정은 의원의 자유위임에 대한 보장(기본법 제38조 제1항 제2문)에도 불구하고 헌법적으로 아무런 의문이 없다. 왜냐하면 자유위임(freie

속으로 의원직을 상실하게 된 소속의원의 불이익이 존재한다는 것이 지위 유지설의 본의라면, 국민의 「추정적」 의사의 정당성을 의원직을 상실하게 되는 의원들의 재출마⁵⁷⁾ 등을 통하여 검증하는 것이 합리적이다. 대의기관 구성원의 선출에 있어서 「정당을 기준으로 이루어지는 투표」의 속성을 이용하여 위헌정당에 기꺼이 종속하고 나아가 「주도세력」으로 격상하고자 하였던 소속의원이 소속정당이 해산되기에 이르자 태도를 바꾸어 「일체성 결여」 또는 「별개의 인격체」라는 개념을 동원하여 정당과의 단절을 피하는 것은 정당한 해결방법은 아니다. 이런 점에서 지위유지설의 헌법해석론적 관점 또한 지위상실 여부에 대하여 논점을 흐리는 것은 마찬가지이다.

2. 규범형식과 관련한 문제

가. 의원직 상실에는 반드시 헌법적 근거가 필요한가

지위유지설에서는 규범론적 관점에서 국회의원 신분의 상실은 신분의 취득만큼이나 중요한 사안이므로 신분상실을 시키기 위해서는 헌법이 직접

Mundat)은 기본법이 확정하고 있는 바와 같이 자유민주적 기본질서가 가능할 수 있는 조건들의 보장이라는 점에서 헌법직접적 한계를 발견하기 때문이다. 국민의 정치적 의사형성이 이미 위헌적 정당의 영향으로부터 자유로운 것이어야 한다면 그러한 결과는 의회내에서의 국가의사형성의 경우에도 마찬가지로 적용되어야 하는 것이다。」 이러한 소송실무는 독일헌법소송법학계에서의 자유위임과의 관련성에 대한 분위기를 엿볼 수 있게 하며, 지위유지설을 취하는 학자들이 독일연방헌법재판소의 위헌정당판결이 더 이상 정당성을 가지지 못하는 것으로 폄하하는 것과는 크게 이해를 달리한다는 것을 보이고 있다. 헌법재판소가 보유하는 독일헌법소송법에 관한 문헌으로는 위 소개의 것 이외에 Thorsten Ingo Schmidt, *Verfassungsprozessrecht* (München: C.H. Beck, 2010)가 있다.

57) 무소속 출마나 다른 정당을 통한 출마를 의미한다. 논리적으로는 대체정당을 통한 출마는 허용되지 아니한다. 그러나 대체정당인지 여부에 대한 판단은 종국적으로는 또 하나의 정당해산심판청구를 통해 이루어져야 한다는 점에서(각주 68) 참조) 실제적 의미는 그다지 크지 아니하다.

규정하거나 적어도 입법적 결단이 필요하다고 주장하거나,⁵⁸⁾ 신분상실의 근거는 헌법에 의해야 하며 설사 법률에 신분상실의 근거를 마련한다고 하더라도 위헌이라고 주장하고 있다.⁵⁹⁾

정당이란 정치학적 정의이기는 하지만 정치적 영역에 있어서의 필수적인 사회적 행동통일체로서 「권력획득을 목적으로 하는 투쟁단체」이다.⁶⁰⁾ 헌법재판소가 위헌정당해산결정에서 「정당은 여타 단체들과 달리 정치권력을 장악하는 것을 목적으로 하며, 국정 운영의 주도권을 쥐고 자신의 정치적 계획을 현실 속에서 실현하고자 하는 속성을 가지는 법이다」라고 실시하는 것은 정당에 대한 정치학적 의미에 대한 설명이다.⁶¹⁾ 위헌정당해산제도는 어떤 정당이 민주적기본질서에 위배하여 「권력획득을 목적으로 하는 투쟁단체」로 활동하는 경우에 헌법재판소가 위헌정당해산결정을 함에 있어서 그 투쟁수단을 제거하는 조치를 취할 수 있는데, 그 조치에 따르는 효력에는 정당해산결정에 본질적인 것과 비본질적인 것이 있다. 본질적인 것과 비본질적인 것에 관한 설명으로 「속성」이라는 개념을 덧붙여 다음과 같은 설명이 이루어지고 있다.: 『사물이나 현상[이 지니고 있는] 성질은 모두 그것이 사물이나 현상에서 어떠한 역할을 하는가에 따라 크게 본질적인 것과 비본질적인 것으로 구별된다. 본질적인 속성(essential property/attribute)이란, 그것 없이는 사물이나 현상 그 자체가 존재할 수 없는 성질을 말하며, 이에 대해 비본질적인 성질(inessential property/attribute)은 그것 없이도 사물이나 현상이 존재할 수 있는 성질을 말한다.』⁶²⁾ 「효력」은 「성질」로부터 도출되거나 발생하기 때문에 약간의 수정을 가한다면 본질적 효력이란, 그

58) 각주 11)의 이어지는 본문 참조.

59) 각주 20) 참조.

60) 사단법인 한국헌법학회, 각주 27), 194쪽(정만희 집필부분) 참조.

61) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정 2. 가. (4)

62) [네이버 지식백과] 본질적 속성 [Essential property, 本質的屬性] (철학사전, 2009., 중원문화)

러한 효력이 도출되거나 발생되지 아니하고는 사물이나 현상 그 자체가 존재를 무의미하게 하는 효력을 말하며, 이에 대해 비본질적 효력은 그러한 효력이 도출되거나 발생하지 아니하더라도 사물이나 현상의 존재를 유의미하게 하는 효력을 말한다고 할 수 있다. 어쨌든 「본질적」이란 사전적 의미는 「본질에 관한」 또는 「본질에 관한 것」이라고 할 수 있지만, 무척 추상적 개념이다. 헌법에서 「본질적」이라는 용어는 「기본권의 제한 및 한계」를 규정하는 헌법 제37조 제2항에서 사용되고 있는데, 「내용」이라는 용어와 결합하여 「본질적 내용」이라고 규정하고 있다. 위헌정당해산결정에 부수하는 의원지위상실 여부의 문제가 반드시 기본권의 제한 및 한계 문제와 취지를 같이 하는 것은 아니라고 하더라도 이와 관련된 논의를 살펴볼 필요가 있다.⁶³⁾ 본질적 내용에 관한 학설로는 절대설과 상대설 및 인간의 존엄과 가치설의 세 가지인데, 여기서 의미를 가지는 것은 절대설과 상대설이다. 절대설의 내용은 다음과 같다.: 『기본권제한의 절대적인 한계인 핵심영역은 사전에 경계를 그을 수 있는 공간적인 영역이 아니다. 오히려 기본권 제한의 형태에 따라서 개별기본권의 존립을 사실상 유명무실하게 한 때에 자유와 권리의 본질적인 내용이 침해된다고 한다. 즉, 기본권의 본질적 내용이란 법률에 의하여 기본권이 제한된 경우에도 사회적 생활에 있어서 그 나머지 부분이 본래의 기본권의 기능을 그대로 유지할 수 있는지의 여부에 따라서 본질적 내용의 침해여부가 결정된다. …… 절대설은 기본권의 국가의 침해에 대하여 기본권의 본질적 내용을 절대적으로 보호하려 한다. 본질적 내용보다 높은 어떤 법익도 인정하지 않으며, 설사 구체적인 상황에서 본질적 내용보다 높은 법익이 있다고 하여도, 본질적 내용을 보장하여

63) 강태수, ‘본질적 내용의 침해금지규정에 관한 연구’, 법학논집 13집, 청주대학교 출판부, 1998, 5-6쪽에서는 「본질적 내용이라는 철학적인 표현이 무엇을 뜻하는 것인가? 이에 대한 정의는 아직도 학설이나 판례상 확립되지 않았다」고 설명하고 이에 관한 세 가지 학설을 고찰하고 있다.

기본권의 효력을 강화하고자 한다.』⁶⁴⁾ 상대설의 설명은 다음과 같다. 『상대설에 의하면 본질적 내용보호는 기본권제한에 의하여 달성하려는 법익이 구체적인 상황에서 당해 기본권의 본질적 내용보다 더 가치가 있는가에 따라서 결정된다. 즉, 기본권제한이 본래 필요한 최소한의 범위를 넘어서 이루어졌다면 본질적 내용은 침해된 것이다. …… 상대설에서는 절대적인 보호대상이 없다. …… 상대설은 결국 과잉금지의 원칙과 다를 바가 없다. 여기서 본질적 내용의 침해금지 조항은 기본권을 필요 이상으로 제한하지 말라는 호소 내지는 선언에 불과하다. 연방 최고일반재판소(BGH)의 판례에 의하면 기본권이 제한에 필요한 객관적인 동기와 이유보다도 더 심하게 기본권을 제한한다면, 기본권의 본질적 내용은 침해된다고 하였다.⁶⁵⁾ …… 상대설은 헌법상의 일정한 가치상의 위계질서가 있고, 이에 따라서 일정한 기본권은 다른 법익을 위하여 완전히 포기될 수도 있다는 것을 전제로 한다.』⁶⁶⁾

「본질적 효력」이란 「본질적 내용」으로부터 「당연히 도출되는」 효력이다. 따라서 위에서의 논의는 「본질적 효력」과 「본질적 내용」의 지향하는 목적에 따라 달라지는 것은 당연하지만, 위 논의에서의 밑줄 친 부분의 취지는 유지되어야 할 것이다. 정당해산과 관련하여 재정의한다면 절대설은 위헌 정당해산의 본질적 효력이란 위헌정당이 해산되는 경우에 정치적 생활에 있어서 위헌정당해산으로 발생하는 효력 가운데서 어떠한 효력이 본질적으로 취급하지 아니하는 경우에 본래의 위헌정당해산의 목적을 원래의 목적대로 달성할 수 있는냐의 여부에 따라서 본질적 효력의 훼손 여부가 결정된다고 변형될 것이다. 헌법재판소는 의원지위상실결정에서 의원지위상실은 정당해산심판 제도의 「본질로부터 인정되는 기본적 효력」, 즉 「본질적

64) 강태수, ‘본질적 내용의 침해금지규정에 관한 연구’, 각주 63), 6-7쪽. 교수가 언급하는 전거에 관한 각주는 생략.

65) BGHSt 4, 375; 4, 385; 5, 375; BGHZ 6, 270

66) 강태수, ‘본질적 내용의 침해금지규정에 관한 연구’, 각주 63), 8-10쪽. 교수가 언급하는 전거에 관한 각주는 생략.

효력」이라고 보고 있는데, 소속의원에 대한 의원지위를 상실시키지 아니하는 경우에는 위헌정당해산의 목적은 크게 훼손된다고 보기 때문이다. 상대설에서는 위헌정당해산으로 인해 위헌정당에 가해지는 금지 또는 제한이 헌법이 보호하고자 하는 일정한 제도나 가치에 대해 본래 필요한 최소한의 범위를 넘어서 이루어졌다면 그 제도나 가치의 본질을 침해하는 것으로 볼 것이다. 위헌정당해산과 관련시키는 경우에 상대설에서는 해산 그 자체 이외에는 어떠한 본질적 효력도 논의할 필요가 없다.

어떠한 적법하거나 위법한 공법행위나 처분 또는 사건이 발생·변경·소멸하는 경우에 그 발생·변경·소멸에는 어떠한 효력들 또한 발생·변경·소멸한다. 다만 위법한 공법행위나 처분 또는 사건의 발생·변경·소멸이 효력들의 발생·변경·소멸에 대해 계기순서대로 대응하는 것은 아니며, 예를 들어 사건의 발생이 효력의 소멸과 대응할 수 있다. 어쨌든 발생·변경·소멸하는 효력 중에는 반드시 본질적 효력이 존재할 것이고, 본질적 효력이 존재하지 아니하는 경우란 있을 수 없다. 헌법재판소가 소속의원의 의원지위상실을 위헌정당해산의 본질적 효력이라고 실시하는 것은 이러한 취지이다.⁶⁷⁾ 상대설에서는 의원지위상실을 본질적 효력으로 보지 않을 것이다. 해산 자체를 위헌정당해산에서 발생하는 본질적 효력으로 보

67) 본질적 효력이 발생하기 위해서 입법적 근거를 요구하지는 아니한다. 사회주의제국당(SRP) 사건에서 서독연방헌법재판소가 위헌정당의 「의석상실은 기본법 제21조에 의해 직접 도출된다(Der Mandatsverlust sich unmittelbar aus Art. 21 GG ergibt)」고 실시한 것(BVerfGE 2,1)은 이러한 취지이다. 김병목, ‘당적변동과 의원직’, 각주 46), 180쪽 참조.

* 의원지위상실 이외의 본질적 효력으로는 정당법 제40조의 「대체정당의 설립금지」이 있다. 서독연방헌법재판소에서 사회주의제국당(SRP)에 대한 해산결정(BVerfGE 2, 1)에서 대체정당설립의 금지를 명하고 있었으나, 당시 서독정당법 제46조 제3항에서 대체정당설립을 금지하고 있었다. 동 규정은 창당과 관련하여 동 업무를 담당하는 기관의 업무처리의 통일성을 확보하기 위한 것으로 보인다. 어쨌든 이러한 사정이 본질적 효력의 하나로 보는 데 장애가 될 수는 없다. 대체정당의 설립을 금지하지 아니한다면 사회주의제국당의 해산결정은 무의미하여질 것이기 때문이다.

기 때문이겠지만, 설사 의원지위상실이 본질적 효력에 해당한다고 하더라도 상대설에서는 기본적으로 일정한 제도나 가치의 본질에 대한 침해를 방지하기 위해서는 이와 배치되는 제도나 가치를 포기할 수 있다고 보기 때문에 국민대표성 및 자유위임의 보호를 위해서는 의원지위상실이라는 본질적 효력을 발생시키지 않을 수 있고 발생시켜서도 아니 된다고 보는 입장으로 연결될 것이다. 본질적 효력을 발생시켜서는 아니 된다는 것은 위헌정당해산의 효력을 위헌정당해산의 본질과 관련시키지 아니하고 외적인 제도나 가치에 절대성을 부여한다는 것을 의미한다. 필자가 이해하는 변형한 상태에서의 절대설과 상대설의 논의는 앞에서 살펴본 「대의민주주의 내지 자유위임원칙이 의원직 상실 여부에 미치는 영향」에 대한 논의와 동의이어(同意異語, tautology)에 불과하다고 평가할 수 있다. 이런 점에서 소속의원의 신분상실의 근거는 헌법에 의해야 하며 설사 법률에 신분상실의 근거를 마련한다고 하더라도 위헌이라는 지위유지설의 규범론적 관점은 위헌정당에 의해 훼손된 국민대표성 및 자유위임관계를 그대로 방치하는 것으로서, 헌법재판소가 결코 받아들일 수 없는 주장이라고 하겠다.⁶⁸⁾

68) 정연주, 헌법소송론, 각주 16), 249쪽에서는 『먼저 의원직 상실에 대한 별도의 근거규정 없이, 연방헌법재판소법 제35조에 근거하여 해산정당 소속의원의 의원직 상실을 명하는 독일의 판례를 우리의 경우에 원용할 수는 없다고 본다. 연방헌법재판소는 구체적으로 연방헌법재판소법 제35조의 “연방헌법재판소는 결정에서 결정의 집행자와 그 집행의 종류 및 방법을 정할 수 있다”는 강제집행조항에 근거하여 사회주의제국정당(SRP) 소속의원의 자격상실을 명했지만, 독일과는 달리 이러한 강제집행조항이 없는 우리의 경우에는 헌법재판소가 결정으로 해산된 정당소속 국회의원의 의원직 상실을 명할 법률적 근거가 없기 때문이다. 그런데 연방헌법재판소법 제35조에 근거하여 해산정당소속의원의 의원직 상실을 명한 독일의 판례도 잘못된 것이다. 연방헌법재판소법 제35조의 강제집행조항은 중국결정의 주문내용의 실효성 있는 집행을 확보하기 위한 근거규정이(각주 생략) 이에 더 나아가 별도의 법률의 근거도 없이 추가적인 기본권을 제한·박탈하는 내용의 주문을 허용하는 근거규정은 아니기 때문이다.』라고 논하고 있다. 그러나 연방헌법재판소법 제35조는 단순히 「헌법재판의 일반규정」에 지나지 아니하며 정당해산심판절차에 특유한 규정은 아니다. 따라서 연방헌법재판소법에서 규정하는 어느 헌법재판

나. 위헌정당해산에서 본질적 효력을 어떻게 바라보아야 할 것인가

그럼에도 불구하고 위헌정당 소속의원의 의원직상실을 본질적 효력으로 이해하는 데는 미진한 감이 있다. 이 점에서 필자의 추론을 전개할 수밖에 없다. 독일헌법학에 밝지 아니한 필자로서는 독일헌법학에서 유사한 추론이나 추론에 대한 반론이 이루어지고 있는지의 여부를 알 수 없다. 어쨌든 이와 관련한 우리 학자들의 어떠한 소개도 없는데, 독일헌법학에 경도하는 학계의 풍토에 비추어 어떠한 소개도 없다는 것이 논의가 전혀 없다는 것을 의미하는 것은 아니겠지만, 거의 논의가 이루어지지 아니한다는 것을 반영하는 것일 수 있다. 어쨌든 독일에서는 사회주의제국당(SRP) 사건을 계기로 연방선거법을 통해 의원직 상실규정을 입법하였기 때문에 서독연방 헌법재판소의 의원직 상실결정 이후에 그러한 추론을 사실상 무용하게 만

에서건 인용결정을 하는 경우에 적시할 수 있는 규정에 불과하다. 우리의 경우 헌법재판소가 통합진보당에 대한 해산결정 및 의원지위상실결정을 함으로써 결정과 「동시에」 통합진보당은 해산되고 주문에서 열거하는 소속의원들은 의원자격을 상실하는 「형성적 효력」을 발생하는 결정들이기 때문에 집행의 문제를 남기지 아니한다. 그리고 우리의 헌법재판의 경우에 심판신청사건이 인용되더라도 집행이 문제되는 사례들은 아직 없었다. 헌법재판에도 불구하고 집행이 남는 경우로 예상되는 것은 권한쟁의심판결정에서 헌법재판소가 부각위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 하였음에도 불구하고 피청구인이 결정 취지에 따른 처분을 하지 아니하는 경우(헌법재판소법 제66조 제2항)인데, 이 경우 행정소송 및 경우에 따라서는 재판소원을 통해 해결할 수밖에 없다. 그리고 위헌정당으로 해산된 후 창당된 정당이 「대체정당」에 해당하더라도 정당법이 정하는 형식적 요건을 갖추는 한 중앙선거관리위원회는 등록을 거부할 수 없으므로(정당법 제15조 본문) 다시 위헌정당해산신청을 통해 대체정당을 해산시켜야 할 것이다. 따라서 헌법재판소는 위헌정당해산결정을 하는 경우에 동시에 대체정당의 설립을 금지하고, 「헌법재판의 일반규정」이라고 할 수 있는 헌법재판소법 제40조(준용규정) 및 동조에 의해 준용되는 민사소송법, 행정소송법 등을 통해 사회주의제국정당(SRP)에서 서독연방헌법재판소가 취하였던 것처럼 「결정의 집행자와 그 집행의 종류 및 방법」을 정하여야 할 것이다. 그렇지 아니하는 통합진보당 해산결정(2013헌다1)에서의 한 소수의견(재판관 김이수)의 소수의견 9. 라. (2) (가)의 넷째 단락에서의 예측이 그대로 현실화될 것이다.

들었을 수 있다. 필자는 이에 관한 논의를 다음과 같이 나누어 살피고자 한다.

(1) 결사와 정당

서독기본법에서는 제9조에서는 「결사」에 관하여 규정하고 제21조에서는 「정당」에 대해 규정하고 있는데, 사회주의제국당(SRP) 사건에서 서독연방 헌법재판소는 「정당에 관한 한 기본법 제1조 제2항은 기본법 제9조 제2항에 대한 무조건적인 특별법적 규정」이라는 점 및 「기본법 제21조 제1항 제1문과 동조 제2항은 직접 적용될 수 있는 법」이라는 것, 「동조 제1항 제3문도 그것이 민주적 제 원리에 원칙적으로 위반되는 정당조직을 금지하고 있는 이상 직접 적용될 수 있는 법」이라는 점⁶⁹⁾을 명백히 하고 있다.⁷⁰⁾ 한편 「기본권의 상실(Verwirkung der Grundrechte; Forfeiture of basic rights)」을 규정하는 독일연방기본법 제18조에서는 「의사표현의 자유 특히 출판의 자유(제5조 제1항), 교수의 자유(제5조 제3항), 집회의 자유(제8조), 결사의 자유(제9조), 서신·우편 및 전신 전화의 비밀(제10조), 재산권(제14

69) 한국공법학회, 정당해산심판제도에 관한 연구, 각주 3), 46쪽(정태호 집필부분)을 인용하였다.

70) 제21조 【정당】

- ① 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다. 정당의 설립은 자유이다. 정당의 내부질서는 민주적 원칙에 부합해야 한다. 정당은 그 자금의 출처와 사용에 관하여 그리고 그 재산에 관하여 공개적으로 보고해야 한다.
- ② 그 목적이나 추종자의 행태에 있어 자유민주적 기본질서를 침해 또는 폐지하려 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 하는 정당은 위헌이다. 위헌성의 문제에 관하여는 연방헌법재판소가 결정한다.
- ③ 상세한 내용은 연방법률로 정한다.

제9조 【결사의 자유】

- ① 모든 독일인은 단체와 조합을 결성할 권리를 갖는다.
- ② 그 목적이나 활동이 형법에 위반되거나 헌법질서 또는 국제이해의 사상에 반하는 단체는 금지된다.
- ③ (생략)

조) 또는 망명권(제16조 제2항)을 자유민주적 기본질서를 공격하기 위해 남용하는 자는 이 기본권들을 상실한다. 상실과 그 범위는 연방헌법재판소에 의해서 선고된다。」고 규정하고 있다.⁷¹⁾ 그 중에서 정당과 가장 관련이 깊은 조항은 「결사의 자유」이다.

결사의 자유는 통상 자연인들이 단체와 조합을 설립하는 데서 출발하고 있다(기본법 제9조 제1항). 그에 대한 제한은 이 기본법에 따라 기본권의 법률에 의해서 또는 법률에 근거하여 제한될 수 있는 때에는 그 법률은 일반적으로 적용되는 법률에 의해 이루어지는데(동법 제19조 제1항), 그 경우에도 본질적 내용을 침해할 수 없다(동법 제19조 제2항). 그러나 국가의 간섭으로부터 보호할 뿐, 특별히 결사를 적극적으로 지원하고 특권을 부여하는 것은 아니다. 즉 결사의 자유는 자유권의 측면에서 접근하고 있다. 기본법은 정당에 대해서도 설립의 자유로부터 출발하고 있다(동법 제19조 제1항 제2문).⁷²⁾ 그러나 일단 정당이 설립되면 정당은 단순히 결사가 보호되는 정도에 비해 훨씬 많은 보호가 따르는 정당의 특권(Parteiprivileg; privilege of political party)이 인정되고 있다. 정당의 가장 큰 특권은 정당의 목적이나 추종자들의 활동이 민주적 기본질서를 침해하거나 폐지하려고 하더라도 헌법재판소의 결정을 통하여만 해산이 가능하다(동법 제93조 제1항 제5호)는 데 있다. 다음의 설명은 정당의 특권이 일반결사에 비해 정당이 어느 정도나 보호를 받을 수 있는지를 잘 드러내고 있다.⁷³⁾ 『기본법 제21조 제2항의 규정은 확정적인 것이다. 연방헌법재판소에 판결의 독점권이 부여된다. 어떤 정당이 자유롭게 활동할 수 있으며, 위헌적이라는 이유

71) 기본법에서의 신중한 규정에도 불구하고 동 규정을 적용하여 헌법재판소가 기본권 실효를 결정한 사례는 아직까지 존재하지 아니한다. 홍성방, 「헌법의 수호」, 고시계 47권 1호 (539호), 국가고시학회, 2002, 127-128쪽 참조.

72) 제1문은 「정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다」라는 내용이다.

73) 홍일선 역, 독일헌법총론(Christoph Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht), 28판, 피엔씨미디어, 2015, 38쪽

로 활동에 대한 제한이 가해질 수 없다는 것이다. 이러한 내용은 정당의 특권으로 인정된다. 어떤 정당이 위헌적이라는 이유로 공공시설의 이용에 거부될 수 없으며, 집회의 해산과 마찬가지로 정당행사에 대한 제한이 가해질 수는 없는 것이다. 그러므로 독일민족민주당(NDP)과 같은 정당의 시가행진을 나치정권의 이념과 유사하다는 이유로 금지하려는 경찰청의 시도는 허용되지 않는 것이다. 이와 같은 사례에서 경찰청은 집회법 제15조 제1항⁷⁴⁾을 주장할 수 있다. 이에 따르면 어떤 집회가 공공질서에 위협을 가져다준다면 금지될 수 있다. Münster 고등행정법원⁷⁵⁾은 기본법이 의도적으로 나치국가와 나치이념을 거부한다는 이유로 행정청의 주장을 받아들여 불법적인 상황을 긍정하였다. 반면 연방헌법재판소는 정당이 일반적으로 허용되는 수단을 통해 활동하는 한, 모든 방해로부터 자유로워야 한다는 점을 강조하였다. 정당행사에서 위헌적인 내용이 주장되었기 때문에 이를 금지한다는 것은, 해산이 선고되지 않았음에도 해산정당을 위헌정당으로 취급한다는 것을 의미한다는 것이다.⁷⁶⁾ 동 기본법 제18조에서 예정하는 상실의 정도는 기본권의 본질적 내용에 대한 침해일 수 있다. 그렇다면 동 제18조는 기본권의 본질적인 내용에 대한 침해를 금지하는 기본법 제19조 제2항에 대한 예외에 해당한다.

(2) 결사의 자유의 남용과 정당제도의 남용

기본권의 상실은 위헌정당의 해산이나 마찬가지로 헌법재판소의 결정에 의해 이루어진다(기본법 제18조 제2문).⁷⁷⁾ 독일연방재판소가 기본권상실을

74) 연방집회법은 개별 주가 자신의 집회법을 제정하지 않았다면, 해당 주에서 계속 적용된다. 기본법 제125a조 제1항. 동서 각주 44).

75) NJW 2001, 2114. 동서 각주 45).

76) NJW 2001, 2069; 2075; 2076. 동서 각주 46).

77) 기본권상실에 관한 절차에 대해서는, 최희수 역, 독일헌법소송법, 각주 56), 378-383쪽 참조.

결정하거나 위헌정당결정을 하기 위해서는 3분의 2 찬성을 요구하는 점은 동일하다(연방헌법재판소 제15조 제4항 제1문). 기본권의 상실은 기본법 제 18조에서 열거하는 자유를 「남용」하는 경우에 이루어지는데, 남용의 기준은 자유민주적 기본질서를 공격하기 위한 것인지에 의해 결정된다(동법 제 18조 제2문). 이는 정당의 해산에 관한 제21조 제2항 제1문의 규정과 유사한데,⁷⁸⁾ 기본법이 위헌정당을 헌법재판소를 통하여 해산할 수 있도록 하는 것은 위헌정당을 정당제도를 남용한 정당이라고 보기 때문이다. 그런데 결사의 자유의 남용과 정당제도의 남용에는 큰 차이가 있다. 결사의 자유의 남용 주체는 일반적으로 자연인이다. 그리하여 주체인 자연인이 결사의 자유를 남용하는 경우에는 그 자연인으로부터 결사의 자유를 실효시킨다. 이에 대해 정당제도의 남용 주체는 형식적으로는 정당 자체이다. 정당이 정당제도를 남용한 위헌정당이라는 것이 헌법재판소의 결론인 경우에 정당 자체의 해산을 시키는 것은 당연하다고 하더라도 정당해산 이외에 본질적 효력이 존재하지 않는다고 보는 경우에는 정당해산으로 달성할 수 있는 효력은 크게 제한된다. 우선 정당으로부터 기본권 상실조항(기본법 제18조 제2문)에서 규정하는 기본권들을 실효시키는 것이 불가능할 뿐 아니라 실효성도 없다. 해산된 정당은 실효의 주체가 될 수 없기 때문이다. 그뿐 아니라 위헌정당에 소속의원이 의원직을 상실하지 아니하는 한, 소속의원들은 위헌정당에 소속하지 아니한 상태에서 의원으로서 위헌정당의 목적을 그대로 추구할 수가 있다. 사실 위헌정당이 남용되는 경우에는 기본권상실조항에서 규정하는 기본권 중에서 단순히 결사의 자유뿐 아니고 그 이외의 자유, 특히 출판의 자유(기본법 제5조 제1항), 집회의 자유(동법 제8조), 서신·우편 및 전신 전화의 비밀(동법 제10조) 등의 남용뿐 아니라, 동조에

78) 해산의 근거를 「그 목적이나 추종자의 활동에 있어 자유민주적 기본질서를 침해 또는 폐지하려 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 하는」 이라고 규정하여 밑줄 친 부분이 추가되고 있다.

서 규정하지 아니하는 기본권까지 관련되고 있다. 특히 소속의원이 배출된 상태에서는 국회의원의 특권까지 이용하여 활동할 수 있는데, 이는 일종의 공무담임권의 남용에 해당한다.

어쨌든 정당제도의 남용이 정당의 특권 및 특히 국회의원의 특권까지 이용하여 이루어지는 경우에는, 그 남용의 범위는 결사의 자유의 남용에 비해 훨씬 광범하고 그 정도는 훨씬 심각할 수 있다. 이러한 점에서 정당이 민주적 기본질서에 부합하게 활동하는 경우에는 정당의 특권까지 부여하여 보호하지만, 일단 정당제도를 남용하면서 민주적 기본질서의 침해 또는 폐지를 위해 활동하고 있다는 것이 판명되는 경우에는 단순히 기본권의 상실규정에서 예정하는 상실의 범위 뿐 아니라 「이를 뛰어 넘어」 그 이외의 범위에서 위헌정당이 남용하고 있는, 그리고 남용할 수 있는 여지를 봉쇄하고 남용에 대해 제재를 가하는 효력을 인정하는 것이어야 한다.⁷⁹⁾ 우

79) 위헌정당해산에 대해 인정되는 효력은 기본권상실규정을 뛰어넘는 효력이어야 한다는 것은 기본적 효력이 입헌화되었다고 가정하는 경우에 그 가정적 입헌은 기본권 상실규정에 대한 특별규정이 되어야 한다는 것을 의미한다. 홍성방, ‘헌법의 수호’, 각주 71), 126쪽에서는 「이 규정은 기본법 제21조 제2항의 정당해산에 대해서 특별규정을 이룬다. 이 규정은 일차적으로는 헌법수호의 기능을, 이차적으로는 기본권 보호의 기능을 한다.」고 논하고 각주 48)에서 『이 규정의 성격 내지 기능에 대해서는 다음과 같은 세 가지 견해가 대립되고 있다. 1) A. Hamann, in: A. Hamann/H. Lenz, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar, 1956, S. 316, Anm. 1 zu Art. 18. 기본법 제18조는 기본권을 포함하고 있다. 왜냐하면 기본법 제18조의 구성요건은 한정되어 있으며, 실효는 특정의 기본권에 제한되어 있고 그 선언은 연방헌법재판소에 의해서만 행해진다. 그러므로 기본법 제18조는 자유권이다. 2) W. Schmitt Glaeser, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 56. 이 조항의 성립사로부터 기본법 제18조의 기본권실효제도는 일차적으로는 헌법수호규정이며, 이차적으로는 자유권을 보호하기도 한다. 3) A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 287f. ‘기본법제정회의’(Parlamentarischer Rat)의 견해를 무시할 수 없고 그러한 한에서 헌법수호규정이다.』고 논하고 있다. 논의에서 기본권상실을 정당해산과 관련시킨 점에 대해서는 찬성할 수 있지만 그 주된 논지는 「기본권상실」 규정은 기본법 제21조 제2항의 정당해산에 대해서 특별규정을 이룬다」는 점에서 분말이 전도되었다고 평가할 수 있다. 찬성할 수 없는 논리이다.

리는 앞에서 정치학적 의미에서의 정당을 「권력획득을 목적으로 하는 투쟁 단체」라고 정의하였는데,⁸⁰⁾ 그러한 투쟁은 「자연인」을 중심으로 이루어진다. 통합진보당 해산결정사건에서 헌법재판소는 「주도세력」⁸¹⁾이라는 용어를 사용하여 설명하고 있다. 이 용어를 빌어 설명한다면 위헌정당의 설립은 정당의 배후에 존재하는 주도세력에 의해 창당되고, 일단 창당된 후에는 창당 당시의 주도세력 그리고 이후 가세한, 위헌정당의 배후의 주도세력에 의해 남용된다. 따라서 남용할 수 있는 여지를 봉쇄하고 남용에 대해 제재를 가하는 것은 이러한 주도세력을 중심으로 하여 이루어져야 한다. 그 수단 가운데 본질적 효력의 하나라고 할 수 있는 대체정당의 설립금지 는 독일연방헌법재판소법 제46조 제3항에서 규정하고 있지만 또 하나의 본질적 효력이라고 할 수 있는 소속의원의 의원직 상실에 대해서는 헌법재판소법에서 명문의 규정을 두지 아니하고 있다. 만일 입법자가 소속의원의 의원직 상실에 관해 규정하지 아니하는 것이 의원직 유지의 해석으로 귀결된다고 본다면 이는 자유민주적 기본질서를 침해하거나 폐지하고자 활동하여 온 의원에 대해 장래에도 그러한 활동을 계속하여 할 수 있도록 입법자가 합헌적·공식적으로 보장한다는 것을 의미한다. 이러한 입법자의 보장은 헌법재판소의 입장에서 볼 때에는 위헌정당 소속의원에 의한 헌법침해 상태를 소극적으로 방치하는 것에서 나아가 적극적으로 용인한 것에 해당하는 것으로서 입법자의 위헌적인 소극적 입법활동에 해당한다. 그렇다면 입법자의 소극적 입법활동에 대해 위헌선언이 이루어져야 하는데, 단순한 위헌선언으로서는 근본적 문제가 해결되지 아니한다. 헌법재판소는 비록 해산결정 자체와 관련하여, 그리고 형사처벌과 관련하여 논의한 것이지만 「북한식 사회주의를 실현하고자 하는 피청구인의 목적과 활동에 내포된 중대한 위헌성, 대한민국 체제를 파괴하려는 북한과 대치하고 있는 특수한

80) 사단법인 한국헌법학회, 각주 27), 194쪽(정만희 집필부분).

81) 각주 49) 참조.

상황, 피청구인 구성원에 대한 개별적인 형사처벌로는 정당 자체의 위험성이 제거되지 않는 등 해산 결정 외에는 피청구인의 고유한 위험성을 제거할 수 있는 다른 대안이 없는 점」라는 설시⁸²⁾ 중 밑줄 친 부분의 설시는 「소속의원에 대한 개별적인 형사처벌로는 소속의원 자체의 위험성이 제거되지 않는 등, 의원직 상실결정 외에는 소속의원의 고유한 위험성을 제거할 수 있는 다른 대안이 없다」는 논리로 바꾸어 의원직 상실결정에 그대로 원용할 수 있는 논리이다.

(3) 정당의 국가기관 내지 헌법기관성

독일연방헌법재판소는 정당의 헌법상 지위와 관련하여 정당을 국가기관 또는 국가기관과 유사한 헌법기관으로 보고 있다.⁸³⁾ 그러면 연방헌법재판소가 정당의 헌법상 지위를 국가기관 내지 헌법기관으로 보았던 것은 어떠한 이유에서인가. 앞에서 지적하듯 입법자의 위헌적인 소극적 입법활동에

82) 다수의견 6. 다. (피청구인의 해산)

83) 정만희, 정당법론, 박사학위논문, 동아대학교출판부, 1985, 42-43쪽 참조: 『서독연방헌법재판소도 정당의 국가기관적 성격을 인정하는 경향을 보이는데 1952. 10. 23.의 [사회주의제국당의 위헌판결에서 ‘기본법은 정당을 정치적 사회적 영역에서부터 헌법적기구의 단계로 고양하였으며 헌법구조에 편입시켰다’라고 표현하고 있다(주 82): BVerfGE 2, 1(73)). 1954. 7. 20.의 [독일공산당의] 판결에서는 ‘정당은 헌법기관의 기능을 행사하고 있기 때문에 …… 조직된 헌법기관과 마찬가지로 헌법생활의 내적영역에 속하며, 따라서 정당은 “기관적 성질”(organschaftliche Qualität)을 가지고 있다’고 하였다(주 83): BVerfGE 4, 29f. 즉 정당이 국민의 정치적의사형성에 협력하는 경우에는 헌법기관(Verfassungsorgan)의 기능을 수행한다는 것이다. 이러한 연방헌법재판소의 판결은 F. Giese와 A. Hamann에 의하여 ‘국가기관으로서 정당’을 승인하는 것이라는 해석을 하게 되었다.』 교수는 이어 『정당을 국가기관으로 보려는 견해는 헌법해석상 여러 가지 의문이 제기된다. 즉 정당의 의사 및 활동이 바로 국가의 의사로 되는 것은 아니며, 국가기관의 일부로 된 정당이 동시에 기본권(결사의 자유, 표현의 자유)의 주체로 된다는 것은 상호 모순되는 것이다. 서독연방헌법재판소가 국가기관이라는 말을 피하고 ‘헌법기관’이라는 표현을 사용한 것도 이와 같은 배려에 의한 것이라고도 생각할 수 있지만 헌법기관의 설명에 있어 그 명확성을 결하고 있다고 본다.』 라는 비판을 가하고 있다.

위헌선언으로서의 근본적 문제가 해결되지 아니한다. 그리하여 헌법재판소로서는 소속정당의 해산에도 불구하고 소속의원이 의원지위를 유지하면서 동 정당이 여전히 생존하고 있고 자신은 위헌정당의 소속의원인 것처럼 합헌적으로 활동하는 문제를 근본적으로 접근하기 위해서는 정당의 헌법상 지위는 사적단체에 불과한 단순한 결사에 그치는 것이 아닌 국가기관 내지 헌법기관이라는 지위를 인정할 필요를 느꼈으리라는 것이 필자의 추론이다. 정당이 국가기관 헌법기관으로 보는 경우에는 소속정당이 위헌정당이라 하여 해산결정을 함에 있어서 단순한 사적결사에 비해 엄중한 제재와 책임을 물을 수 있는 배경으로 작용할 수 있다. 우리 헌법재판소가 통합진보당 해산결정을 함에 있어서 「주도세력」이라는 용어를 사용하고 있는데, 이 개념을 편의상 독일연방헌법재판소의 위헌정당해산결정에 차용하여 사용하는 경우에, 주도세력은 국가기관 내지 헌법기관의 「기관담당자」 내지 「기관구성원」의 지위에 서고 자유민주적 기본질서를 위해 국가에 대해 협력하고 헌법을 준수할 의무를 지는데, 그러한 협력은 결사의 경우에 비해 한층 강력하다.⁸⁴⁾ 그리고 그에 비례하여 의무위반에 대해 보다 강력한 제

84) 「[결사의] 목적이나 활동이 형법에 위반되거나 헌법질서 또는 국제이해의 사상에 반하는 단체는 금지된다(기본법 제9조 제2항).」 결사의 경우에는 「정당특권」과 같은 특권은 존재하지 아니한다. 특권에 상응하게 특권이 부여되는 것만큼 의무나 책임이 따른다는 것은 일종의 「당위명제」이다. 이 명제는 「noblesse oblige; nobility obliges(귀족은 상응하는 의무를 진다)」 또는 「무릇 많이 받은 자에게는 많이 요구할 것이요 많이 받은 자에게는 많이 달라 할 것이니라. Luke 12:48」과 일맥상통하고 있다. 법학자 Reginald Walter Michael Dias, *Jurisprudence* (4th ed., Butterworth, 1976)에서는 권리와 의무는 「법적 상관관계(jural correlatives)」를 가지는 것으로 설명하고 있는데, 「어떤 사람이 권리를 가지는 경우에 그 사람을 제외한 다른 사람은 권리를 가지는 사람에게 의무를 지고 있다(if someone has a right, someone else owes a duty to him)」는 내용이다. ‘Noblesse oblige’ in Wikipedia. https://en.wikipedia.org/wiki/Noblesse_oblige; ‘Murphy v Brentwood DC’ in Wikipedia. https://en.wikipedia.org/wiki/Murphy_v_Brentwood_DC; ‘Dutton v Bognor Regis UDC’ in Wikipedia. https://en.wikipedia.org/wiki/Dutton_v_Bognor_Regis_UDC. 그리고 이러한 접근은 *Murphy v Brentwood District Council* 사건판

재와 책임추궁이 가능해진다.

우리나라에서도 정당제도가 헌법에서 본격적으로 입헌되기에 이른 제3공화국에서 국가기관 내지 헌법기관설이 주류로 등장한 적이 있지만,⁸⁵⁾ 유신 헌법시대로 접어들면서 사적결사설과 중개적 권력설이 대두되었으며,⁸⁶⁾ 중개적 권력설은 오늘날의 통설이 되었다. 헌법재판소는 초·중등학교의 교육공무원의 정당가입 및 선거운동을 금지하고 있는 정당법 제6조 단서 제1호 등에 대한 위헌확인등 사건결정에서 「정당은 국민과 국가의 중개자로서 정치적 도관(導管)의 기능을 수행하여 주체적·능동적으로 국민의 다원적 정치의사를 유도·통합[한다]고 실시하였고,⁸⁷⁾ 통합진보당에 대한 위헌정당해산사건결정에서 「정당은 국민과 국가의 중개자로서의 기능을 수행한다. …… 국민의 정치의사형성을 매개하는 정당은 오늘날 민주주의에 있어서 필수불가결한 요소이기 때문에, 정당의 자유로운 설립과 활동은 민주주의 실현의 전제조건이라고 할 수 있다」⁸⁸⁾고 실시하여 중개적권력설을 확인하고 있다. 그러면 국가기관 내지 헌법기관설과 중개적 권력설은 항상 배척관계에 있는가. 그렇게 보아서는 아니 된다. 헌법재판소는 정당에 대해 「적어도 그 소유재산의 귀속관계에 있어서는 법인격 없는 사단으로 보아야

결([1991] UKHL 2)에서 *Dutton v Bognor Regis UDC* 사건판결([1972] 1 QB 373)에서의 Lord Denning의 의견을 배척하기 위해 활용되었다. Lord Denning은 실질적으로 Dias의 입장을 따르고 있지만 양 판결에서 Dias가 전개한 법리가 전거로 직접 이용되지는 아니하였다. 그러나 Dias의 입장이 「noblesse oblige」의 명제를 훼손하는 것은 아닐 것이다.

85) 당시의 유력한 헌법학자인 문흥주, 윤세창 교수 등이 취하던 입장으로, 동 교수들의 주장과 그에 대한 전거는, 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 각주 27), 242-243쪽(정만희 집필부분)

86) 당시의 유력한 헌법학자인 박일경 교수는 사적결사설을, 한태연 교수는 중개적 권력설을 취하였다. 동 교수들의 주장과 그에 대한 전거는, 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 각주 27), 243쪽(정만희 집필부분)

87) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 결정

88) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정

하므로」라고 판시한 바 있다.⁸⁹⁾ 설시의 「적어도」라는 것은 정당을 측면에 따라서는 다양하게 파악할 수 있는 가능성을 열어놓았던 점을 주목하여야 한다. 독일연방헌법재판소가 국가기관 내지 헌법기관으로 보았던 것은 위헌정당해산과 관련하여 이루어진 것이고,⁹⁰⁾ 이와 같이 정당의 헌법상의 지위를 다양하게 이해할 수 있는 길을 열어놓는 것⁹¹⁾이 헌법학도의 의무일 것이다.

(4) 법인격부인이론 내지 실체파악이론

지위유지설에서는 헌법해석학적 관점에서 위헌정당해산결정이 해당 정당 소속 국회의원의 신분에 영향을 미치기 위해서는 정당과 소속 국회의원 간

89) 헌재 1993. 7. 29. 92헌마262 결정

90) 연방헌법재판소가 국가기관설 내지 헌법기관설에서 중개적 권력설로 입장을 변경하였다는 계기가 되는 결정(BVerfGE 20, 56ff.)은 정당에 대한 국가보조와 관련한 정당법 규정에 대한 것이다. 결정요지에 대해서는 정만희, 정당법론, 각주 83), 151-152쪽 참조. 그러나 위헌정당해산결정과 정당보조 불허용 결정은 동 결정이 지향하는 바가 상이하기 때문에, 필자는 정당의 헌법상 지위에 대한 접근방향은 다를 수 있다고 본다.

91) 뒤에서 살필 「실체파악이론」과 관련한 이론이기는 하지만 규범적용설(Normanwendungslehre)에서는 법인에 대해 다음과 같이 파악하고 있다.: 『규범적용설은 우선 모든 법인을 단일한 구조로 상정하는 남용설의 법인관에 대해서 근본적인 의문을 제기한다. Muller-Freienfels교수의 설명에 의하면 초개인적·조직적 단일체인 법인의 기질(Substrat)은 세부적으로 매우 상이하게 형성되어 있으므로 법인격부인을 정당화할 수 있는 도식적·일반적 해결방안은 있을 수 없다고 비판한다. “법인”이라는 것은 단지 특정한 조직체를 지칭하기 위한 간편하면서도 압축적인 표현, 즉 관념구성을 위한 약칭(konstruktive Abbeviatur)에 불과하다는 것이다. 따라서 법인에 관한 통일적인 구상이 존재하지 않기 때문에, 법인격부인이 가능한지의 여부 또한 회사의 고유한 특성과 그 회사에 참여한 구성원의 이익을 고려하여 각각의 경우에 따라 개별적·구체적으로 판단되어야 한다는 것이다. 동 교수가 말하는 법인격부인이란 결국 법인과 관련한 특정한 사례가 문제되었을 경우에 문제된 사례를 구체적으로 분석하여 어떤 법규범을 어떻게 적용하여 문제를 해결하느냐 하는 것이다.』 송호영, 「독일법상 법인실체파악이론의 운용과 우리 법에의 시사점」, 관례 실무연구 IX, 박영사, 2010, 584-585쪽. 밑줄 친 부분은 필자의 접근과 유사하며, 수정을 거쳐 활용가능하다고 본다.

에 「일체성」이 있어야 한다고 주장하고 있다.⁹²⁾ 그러나 헌법재판소의 의원직 상실결정에서는 의원직 상실결정에 있어서 그 근거를 「일체성」과 관련시키는 정도는 크지 아니하며, 오히려 국민의 「추정적」 의사와 연결되고 있다. 그리고 「주도세력」과 직접적으로 연결되고 있지도 아니하다.⁹³⁾ 어쨌든 위헌정당 소속의원이 위헌정당에 가입하여 공천을 받고 당선되어 의원 활동을 시작할 당시에는 주도세력에 합류하지 못하였다고 하더라도 의원으로 활동할 당시에 주도세력에 의한 정당제도의 남용에 편승하거나 국회의원의 특권과 연결되어 남용의 「도관」으로 이용되는 것은 주도세력이 정당제도를 남용하는 것에 비해 파괴력이 훨씬 크거나 적어도 대등하다고 평가될 수 있다. 그리고 바로 이 점 때문에 위헌정당에 대한 해산심판청구가 이루어지자 국회의원의 특권만을 분리하여 자신이 가지는 특권은 통합효과에서 차지하는 영향력이 크지 아니하며 자신은 주도세력과는 무관하다고 주장하는 것은 허용되어서는 아니 된다.

정당과 소속의원 그리고 기타의 주도세력이 별개의 인격체인 것은 누구도 부인하지 못한다. 이를 법인이론에서는 분리원칙(Trennungsprinzip)이라고 부른다.⁹⁴⁾ 그러나 별개의 인격체라고 하여 어느 인격체의 활동에 대해 다른 인격체가 그 인격체와 동일한 것으로 간주하고 일정한 법적 효과를 귀속시키는 것이 법리상 전혀 불가능한 것도 아니다. 이와 관련하여 발전된 이론이 영미법상의 법인격부인이론(doctrine of the disregard of corporate entity of fiction) 내지 법인장막 제거이론(doctrine of piercing/lifting the corporate veil), 독일에서의 책임실체파악이론(Durchgriffslehre) 내지 법인장막제거(Schleierliftungslehre)인데,⁹⁵⁾ 이 이론들은 분리원칙에 대한 제한을

92) 각주 11)의 이어지는 본문 참조.

93) 각주 50)의 본문 참조.

94) 송호영, ‘독일법상 법인실체파악이론의 운용과 우리 법에의 시사점’, 각주 91), 581쪽.

95) 실체파악이론을 국내에 최초로 소개한 학자에 의하면 그 시초는 이미 반세기 이전에

위하여 실무상 발전되어온 이론이다.⁹⁶⁾

법인격부인이론은 현재 일반적으로 인정되고 있으나 그 이론적 근거와 적용요건에 관하여는 여전히 논란이 있다. 법인격부인이론의 발상지라고 할 수 있는 미국의 경우에도 법인격부인이 필요한 상황이 존재한다는 것에 대하여는 모든 법원과 이론가들이 인정하는 것이지만, 이것이 예외적으로 인정되는 것이어야 한다고 본다. 또한 어떠한 원칙과 요건 하에서 인정되어야 하는가 하는 점에 관해서는 일치된 결론이 없으며 지금까지도 이러한 혼란은 여전하다고 보기도 한다.⁹⁷⁾ 이러한 상황은 동 이론에 관한 후발주자인 독일에서도 마찬가지이다. 현재 독일의 학계에서는 법인격부인에 관한 통일적 설명은 불가능하다고 보고, 실체과약 문제를 해결하기 위해서는 사법규정들을 우선적으로 적용해야 한다는 견해가 지배적이다. 다만 실정 법규의 흠결로 인하여 다른 방법으로는 만족스런 결과를 이끌어 낼 수 없는 경우에 한해서 법인격부인법리를 적용할 수 있다고 한다. 즉 법인격부인법리는 보충적 수단 내지 최후의 수단(ultima ratio)으로 행사되어야 한다는 것이다. 이러한 해석론은 Muller-Freienfels교수가 주창한 규범적용설에서 유래한다.⁹⁸⁾ 어쨌든 동 이론들의 현저한 적용례의 하나가 법인의 사원이 1

씩터서 법원에 의하여 발전되어 왔고, 특히 2차대전 후 제국사회(Reichsgesellschaft)와 관련하여 부각되었다. 그리고 이와 같은 여러 가지 사건의 배후에 있는 통일된 원칙을 발견하려는 노력이 여러 사람에 의하여 행하여졌다. 정동윤, '주식회사의 법형태의 남용의 규제와 법인격부인이론', 저스티스 제10권 제1호, 한국법학원, 1972, 133쪽 및 각주 152) 참조.

96) 송호영, '독일법상 법인실체과약이론의 운용과 우리 법에의 시사점', 각주 91), 581-582쪽.

97) 김병연, '법인격남용의 새로운 유형과 법인격부인이론의 적용', 상사판례연구 21집 1권, 한국상사판례학회, 2008, 111쪽. 이 점에 대한 전거로 각주 4)에서 「J. Jarrod Jordan, Piercing the Corporate Veil in West Virginia: The Extension of Laya to All Sophisticated Commercial Entities, 109 W. Va. L. Rev. 141, 151 (2006)」을 들고 있다.

98) 송호영, '독일법상 법인실체과약이론의 운용과 우리 법에의 시사점', 각주 91), 587-588쪽. 각주 26)에서는 전거로 「KolnKomm-Kraft, §1 AktG Rz. 58」을 들고

인 혹은 소수의 가족구성원으로 형성된 1인회사 내지 가족회사의 경우에는 법인의 행위를 대표하는 자와 법인의 사원이 사실상 동일인이어서 때로는 법인의 행위와 사원개인의 행위를 엄격히 구분하는 것이 용이하지 아니하는 경우에, 형식적으로는 법인의 행위이기에 법인재산으로 책임을 져야 하지만, 실질적으로는 사원의 이익을 위한 것으로 보아 사원에게 책임을 묻는 것이 공평한 경우에 사원에게 책임을 묻는 경우이다.⁹⁹⁾ 이는 법인과 사원 사이에 분리원칙을 사실상 폐지하는 것이며, 양자 사이에 「일체성」을 인정하는 것과 다를 바 없다. 독일에서의 실체파악이론을 위헌정당해산과 관련시키는 경우에 위헌정당해산에 있어서 소속의원에 대해 정당납용에 대한 책임을 물어 의원직을 상실시키는지의 근거의 일단을 제공한다고 할 수 있다. 그러나 당시의 독일에서의 실체파악이론은 위헌정당 소속의원의 의원직 상실을 연방선거법에서 규정함으로써 양자 사이를 연결하여 국가기관이나 기관구성원에 대한 책임론¹⁰⁰⁾까지 연결되지는 못하고 미완상태에 머

있다. 규범적용설에 대해서는 각주 91) 참조.

99) 송호영, ‘독일법상 법인실체파악이론의 운용과 우리 법에의 시사점’, 각주 91), 581-582쪽.

100) 독일에서의 실체파악이론은 법인격과 배후자에 대한 법인격의 분리를 부정하는 입장이다. 그러나 근래에 그러한 분리를 더욱 철저히 하면서 법인, 특히 회사의 기관구성원의 책임을 논하는데, 송호영, ‘독일법상 법인실체파악이론의 운용과 우리 법에의 시사점’, 각주 91), 586-587쪽에서는 다음과 같이 설명하고 있다.: 『[Wilhelm]에 의하면 법인을 구성하는 사원에게 있어서 법인은 마치 외부의 제3자와 같은 존재라고 한다. 외부에 영향을 미치는 권한의 행사는 일정한 의무에 속박되는데, 법인의 사원 역시 제3자의 지위에 있는 법인에 대해 지배적인 영향력을 행사하게 되면 이는 바로 주의의무를 위반한 것이기 때문에 사원이 그 주의의무위반에 대한 책임을 져야 한다는 것이다. Wilhelm교수는 이러한 논리를 이사의 회사에 대한 주의의무를 규정한 독일유한회사법 제43조 및 독일주식법 제117조, 제311조 및 제317조에서 추론한다. 이러한 조항들은 회사의 기관으로서 회사에 대한 주의의무를 규정한 것이지만, 기관구성원으로서 책임을 지는 자는 이사에 한하지 않고 비록 이사가 아니더라도 실제로 회사업무에 지배적인 영향력을 행사하는 자는 모두 포함된다고 한다. 이러한 의미에서 회사에 대한 주의의무를 위반하여 발생한 사원의 책임을 ‘기관책임(Organhaftung)’이라고 부른다.

무르고 말았다. 어쨌든 정당은 위헌정당해산과 관련하여 헌법상 국가기관 내지 헌법기관이기 때문에 주도세력에 해당하는 소속의원은 국가기관 내지 헌법기관인 정당의 법률상 또는 사실상의 기관담당자 또는 구성원으로서 정당 당권의 대부분 또는 주요부분을 장악하고¹⁰¹⁾ 정당제도를 남용하여 자유민주적 기본질서를 침해 또는 폐지하는 경우에는 정당과 소속 국회의원 사이에 「일체성」을 인정하여도 좋을 것이다.

(5) 의원직 상실결정에 대한 직접적 근거

소속의원에 대해 책임을 추궁할 수 있는 근거를 간접적으로 국가기관 내지 헌법기관에서 구하는 독일연방헌법재판소는 사회주의제국당(SRP) 사건¹⁰²⁾에서 위헌정당해산과 관련하여 「기본법 제21조 제1항 제1문과 동조 제2항은 직접 적용될 수 있는 법」이라고 실시하는 한편, 소속의원에 대해 의원직을 상실시킬 수 있는 근거와 관련하여 「정당의 위헌성의 확인으로

(각주 생략)』 이와 유사하게 Flume는 사원행위책임설을 주장하고 있다. 송호영, 597쪽 참조. 다만 이러한 입장들은 서독연방헌법재판소의 위 결정들과는 방향이 다르다고 할 수 있다.

101) 통합진보당 해산결정(2013헌다1)에서 가장 큰 쟁점은 통합진보당의 「주도세력」에 의해 동 정당이 장악되었느냐 이었다. 그리하여 동 해산결정에서의 소수의견(재판관 김이수)도 이 점에 대한 엄정한 분석을 하고 있고 주도세력에 의한 동 정당의 장악을 부정하고 있다. 이 쟁점이 부각되었던 것은 청구인의 주장에 의한 것이기는 하지만, 어쨌든 소수의견에 의하더라도 주도세력에 의해 통합진보당의 장악이 이루어졌다면 주도세력과 통합진보당은 「일체화」가 이루어졌다는 추론을 허용하는 것으로 이해할 수 있다. 그러나 이 추론이 소수의견에서 「일체화」를 조건으로 의원직상실결정을 하는 것을 찬성한다는 취지라고 단정하기에는 미흡하다. 왜냐하면 소수의견도 「정당해산결정은 자율적이고 민주적인 정치적 과정 속에서 해당 정당의 위헌성이 해소되지 않을 뿐만 아니라, 그 정당으로 인한 위헌성이 우리 사회의 민주주의에 급박하고 중대한 위협으로 부상할 때에만 최후적이고 보충적으로 선고되어야 한다」고 실시하면서도(소수의견 9. 라. (2) (다)) 해산결정이 이루어지는 경우에 의원직 상실 여부에 대해 의견을 표명하지 않고 있기 때문이다. 헌법재판에서의 「주문별 평결방식」 때문이라고 할 수 있다.

102) BVerfGE 2, 1.

이 정당의 연방의회와 란트의회 의원직은 상실된다」고 판시하였다. 두 설시는 분리된 형식을 취하고 있으나, 전자의 설시가 반드시 의원직 상실 결정과 무관한 설시라고 보아야 하는지는 의문이 없지 않다. 한편 우리 헌법재판소는 앞서 언급 바와 같이 의원직상실결정(2013헌다1)에서 「헌법재판소의 해산결정으로 해산되는 정당 소속 국회의원의 의원직 상실은 정당 해산심판제도의 본질로부터 인정되는 기본적 효력으로 봄이 상당하므로, 이에 관하여 명문의 규정이 있는지 여부는 고려의 대상이 되지 아니[한다]」고 설시하고 있다. 설시 가운데 밑줄 친 「명문의 규정」은 헌법상의 명문의 근거보다는 법률상의 명문의 근거를 겨냥한 설시이다. 그리고 앞서 필자가 언급한 논거에 비추어 우리 헌법재판소가 의원직 상실을 정당해산심판제도의 본질로 보는 것은 타당하다고 본다.

양 헌법재판소의 설시가 그 방법에서 차이가 있고 그리하여 그 차이에 대해 약간의 고찰이 필요하다. 양 헌법재판소의 전개한 법리가 그 자체로는 정당하다고 하더라도, 양 헌법재판소의 태도를 다루는 데 있어서는 양자의 차이에 대한 약간의 고찰이 필요하다. 먼저 지적할 점은 독일연방헌법재판소가 판시하는 제21조 제1항 제1문과 동조 제2항을 의원직 상실에 대한 「직접적」 근거로 삼을 여지가 있는 데 비해, 우리 헌법재판소는 의원직 상실은 정당해산심판제도의 본질적 효력이라고 설시함으로써 헌법 제8조 제4항은 「간접적」 근거에 머무르고 있다. 그리하여 사회주의제국당 사건에서 위헌정당해산결정에도 불구하고 소속의원의 의원직 상실을 막기 위해서는 기본법 제21조 제1항 제1문과 동조 제2항의 효력을 문제 삼을 수 있는 근거를 찾아야 할 것이고, 예상할 수 있는 근거로는 기본법 제21조 제1항 제1문, 제2항 규정이 보다 상위의 헌법규범에 비추어 무효라고 주장하는 방법이 있을 수 있다. 독일연방헌법재판소는 「기본법 제3조 제2항에 저촉되는 법은 그것이 이 기본법 규정에 적응하기까지 효력을 가지나, 1953. 3. 31. 이후부터는 효력을 갖지 아니 한다」라고 규정한 기본법 제117조(제3

조 제2항과 제11조에 관한 경과규정) 제1항의 위헌여부를 위헌법률심판절차를 통하여 심사할 수 있다고 판시한 적이 있다.¹⁰³⁾ 독일연방헌법재판소의 위 결정은 사회주의제국당(SRP) 사건결정에 비해 한 해 늦은 결정이므로 사회주의제국당(SRP) 사건결정에 영향을 미칠 여지가 없었으며, 연방선거법에서 소속의원상실에 관한 규정을 둔 이후에도 이 문제와 관련한 논의는 없는 것으로 보인다. 이에 대해 우리 헌법재판소에 의하면 헌법 제8조 제4항은 의원직 상실에 대한 간접적 근거에 불과하기 때문에, 설사 독일연방헌법재판소나 우리 헌법재판소가 동일 또는 유사한 헌법조항 체계에서 동일한 현상에 대해 표현을 달리한 것이라고 하더라도 이를 문제 삼는 접

103) BVerfGE 3, 225. 결정과 관련하여 김시철, '위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의', 헌법논총 16집, 헌법재판소, 2005, 223-224쪽에서 다음과 같이 설명하고 있다.: 『독일의 경우 기본법 제79조(기본법의 개정) 제3항에서 '연방을 각 지방으로 분할편성하는 것, 입법에 있어서 지방의 원칙적인 협력, 또는 제1조와 제20조에 규정된 원칙들에 저촉되는 기본법 개정은 허용되지 아니한다.'라고 규정함으로써 일정한 유형의 헌법개정은 헌법적 차원에서 허용되지 아니한다는 점을 명시하고 있다. 이는 "헌법제정권자도 침해할 수 없는 초실정법적인 성격의 헌법(Verfassung)"과 "헌법제정권자가 그 재량에 따라서 처분할 수 있는 헌법률(Verfassungsgesetz)"을 구별하는 취지로서, BVerfGE 3, 225에서도 이러한 독일 기본법의 특성에 관하여 언급한 다음 경과규정인 기본법 제117조 제1항이 헌법(Verfassung)에 위배되는지 여부를 연방헌법재판소에서 판단하는 것이 타당하다는 결론에 이른 것이므로, 이러한 판례취지를 우리 헌법에 대한 일반적인 해석론으로 쉽게 수용하기는 어렵다고 본다. (각주 생략)』

* 이는 규범 간의 충돌에 관한 문제이다. 오세혁, 규범충돌 및 그 해소에 관한 연구 -규범체계의 통일성과 관련하여-, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2000, 123쪽에서는 「상·하위규범이 아닌 동위규범간의 규범충돌, 특히 하나의 동일한 법률 내에서 발생한 규범충돌에 대해서도 상위법우선의 원리가 적용될 수 있는지에 대해서 검토해볼 필요가 있다. 헌법위반의 헌법규범(verfassungswidrige Verfassungsnorm)의 이론, 즉 동일한 헌법 내에서도 상위한 위계를 가진 규범들이 존재하며 기본적인 헌법원리는 그와 충돌하는 하위의 규정에 우선한다는 이론은 바로 이 문제와 관련된 것이다. (전거 생략) 하지만, 동위규범간에는 엄밀하게 말하면 규범의 충돌이라기보다는 규범과 그 규범의 근거가 되는 원리의 충돌이라고 할 것이므로 상위법우선의 원리가 적용되기 어렵다.」라고 논하고 있다. 밑줄 친 부분에 대한 각주에서는 다음 각주의 결정을 들고 있다.

근방법에는 다소의 차이가 있을 수 있다. 먼저 우리 헌법재판소는 「이념적·논리적으로는 헌법규범 상호간의 우열을 인정할 수 있는 것이 사실」이라면서도, 「이때 인정되는 헌법규범 상호간의 우열은 추상적 가치규범의 구체화에 따른 것으로서 헌법의 통일적 해석에 있어서는 유용할 것이지만, 그것이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정 상호간에 효력상의 차등을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다」고 설시한 바 있다¹⁰⁴⁾는 점을 지적할 필요가 있다. 의원직 상실이 정당해산심판제도의 본질적 효력이라고 하더라도 헌법 제8조 제4항이 간접적 근거에 그치기 때문에 부수적 결정에 해당할 수밖에 없고, 따라서 학자에 따라서는 헌법재판소의 관장사항에 대한 확장에 해당하므로 그러한 확장가능성을 검토할 필요가 있다고 주장할 여지가 있다. 물론 이러한 주장은 실제로 주장된 바는 없으나, 그 가능성은 배제할 수는 없는 이상 이에 대한 검토가 필요하다. 이 문제는 뒤에서 재론한다.

다. 의원직 상실과 관련한 입법에서는 어떠한 내용을 규정하여야 하는가

앞서 언급하듯, 어떠한 적법하거나 위법한 공법행위나 처분 또는 사건이 발생·변경·소멸하는 경우에 그 발생·변경·소멸에는 어떠한 효력들 또한 발생·변경·소멸한다. 그리고 발생·변경·소멸하는 효력 중에는 반드시 본질적 효력이 존재할 것이다. 본질적 효력은 위법한 공법행위나 처분 또는 사건의 발생·변경·소멸로부터 당연히 발생하는 효력이기 때문에, 입법적 측면에서 위법한 공법행위나 처분 또는 사건의 발생·변경·소멸로부터 당연히 발생하는 본질적 효력을 규정할 수도 있겠지만, 그렇다고 본

104) 헌재 1996. 6. 13. 94헌바20 결정. 덧붙이면 헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38 결정에서 소수의견(하경철 재판관)은 위헌심사가능성을 주장한 바 있다.

질적 효력에 반드시 입법적 근거를 필요로 하는 것은 아니다. 비본질적 효력은 당연히 발생하여야 하는 효력은 아니기 때문에 입법에 의해 주어지는 것이 일반적이다. 위헌정당해산을 이와 관련하여 살펴본다면, 헌법이나 법률에서 소속의원의 의원직 상실결정을 명문으로 규정하지 아니하는데도 헌법재판소가 그 상실결정은 한 것은 의원직 상실이라는 본질적 효력은 명문의 입헌적 내지 입법적 근거를 필요로 하지 아니하고 발생한다고 보기 때문이다. 다만 의원직 상실결정을 위헌정당해산결정과는 별개로 주문화 한 것은 의원직 상실을 주문화 하지 아니하는 경우에는 피청구인으로 되어 있는 소속국회의원들이 의원직 불상실을 헌법재판소와 별개 제도인 법원을 통해 다룰 수 있는 빌미를 제공하기 때문이다. 이와 같이 의원직 상실이라는 효력은 「형성력」이라고 부를 수 있겠지만,¹⁰⁵⁾ 어쨌든 사회주의제국당

105) 연방헌법재판소 「재판」이 연방과 주의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청(Behörden)을 구속한다고 규정한 독일연방헌법재판소법 제31조 제1항과 달리 한국헌법재판소법은 모든 헌법재판소결정에 기속력을 부여하지 않는다. 즉 헌법재판소법 제47조 제1항과 제75조 제6항은 법률의 위헌결정이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다고 규정하고, 헌법재판소법 제67조 제1항은 권한쟁의심판의 결정이 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다고 규정하며, 헌법재판소법 제75조 제1항은 헌법소원의 인용결정이 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다고 규정한다. 이와 관련하여 허완중, 「헌법재판소결정의 기속력」, 헌법판례연구 제13권, 박영사, 2012, 334-335쪽: 「권한쟁의심판에서는 단순히 ‘결정’이라고 규정한다. 이것은 권한쟁의심판의 결정내용이 심판대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 존부나 범위를 판단한다는 점(헌법재판소법 제66조 제1항)에서 심판청구의 인용 여부와 관계없이 결정형식이 달라지지 않는다는 점을 고려한 것으로 보인다. 따라서 권한쟁의 심판에서는 기속력의 대상에 대해서 특별한 문제가 발생하지 않는다」라고 설명하고 있다. 그러나 이는 기속력이 발생하는 「대상」에 치중한 설명이며, 결정의 수급자가 누구이냐에 대한 논의는 아니다. 한국공법학회, 정당해산심판제도에 관한 연구, 각주 3), 247쪽(이성환 집필부분)에서는 「정당해산심판의 결정은 대립적 심판구조를 취하기 때문에 기관력으로 대부분의 문제를 해결할 수 있으므로 법률규정이 없음에도 구태여 헌법적 근거에 의한 효력인 기속력을 인정할 필요는 없다고 볼 수도 있다. 하지만 정당해산심판결정의 경우에도 헌법재판소의 결정을 존중하여야 한다는 추상적인 기속력은 존재한다고 보아야 한다. 이는 헌법재판을 사법권의 일종으로 보는 한 당연한 결과이다. 국가기

(SRP) 사건에서 독일연방헌법재판소가 위헌정당의 「의석상실은 기본법 제21조에 의해 직접 도출된다」고 실시한 것도 마찬가지로의 취지이다.¹⁰⁶⁾ 한편 대체정당의 창당금지는 본질적 효력에 해당하는데도 정당법에서 규정하고 있다(정당법 제40조). 한편 위헌정당 소유의 잔여재산의 국가귀속은 정당이 재산소유에 관한 한 법인격 없는 사단으로 취급되고 법인격 사단은 재산의 소유가 사단 성립의 본질적 요소는 아니므로¹⁰⁷⁾ 비본질적 효력에 불과하다.

본질적 효력이 명문의 입헌적 내지 입법적 근거를 필요로 하는 것은 아니라는 것은, 설사 입법적으로 본질적 근거를 규정한다고 하더라도 그 규정내용이 본질적 효력을 훼손하여서는 아니 된다는 것을 의미한다. 입법적 규정을 통해 본질적 효력을 훼손할 수 있다면 그 효력은 이미 본질적 효력

관 사이에는 다른 국가기관의 헌법적 권한발동에 의한 결정을 존중하여야 한다는 헌법적 의무가 존재한다고 보아야 한다.»고 논하고 있다. 수규자에 제3자가 포함하느냐의 문제는 형성력과 기속력에 대한 논의에서 이루어진다. 「기속력」이 「법규적 효력」과 관련하여 논의된다는 측면에서 위헌결정 및 한정적인 권한쟁의결정에서 규정하는 것은 일면 수긍할 수 있지만, 수규자적 측면에서는 기속력을 형성력과 구별하여야 할 뚜렷한 이유는 발견되지 아니한다고 할 수 있다. 위 「정당해산심판제도에 관한 연구」, 각주 3), 247-248쪽(이성환 집필부분)에서는 『정당해산심판의 결정은 형성력이 있기 때문에 이미 실질적인 법률상태의 변경을 가져오기 때문에 기속력은 불필요한 것으로 보일 수도 있다. 즉 정당해산심판의 결과 이미 정당이 존재하지 않게 되었는데 다시금 정당이 존재하는 것을 전제로 위헌인가 합헌인가 따질 필요는 없는 것이 아니냐 하는 의문이 생긴다. 하지만 형성력은 장래를 향한 효력일 뿐이므로 해산정당 때까지의 과거 문제에 대하여는 기속력에 의하여 문제를 해결하여야 한다는 측면에서 기속력이 필요하다. 해산된 정당에서 과거 주도적 활동을 한 정당간부에 대하여 내란예비죄나 국가보안법위반죄를 범한 경우에 헌법재판소의 결정과 모순되는 재판을 할 수는 없다. 또 위헌정당으로 해산제소 되었으나 합헌적인 활동을 한 것으로 결정된 정당활동을 이유로 그 구성원을 내란예비죄나 국가보안법위반죄로 처벌하는 것도 허용되지 않는다. ……」라고 논하고 있다. 밑줄 친 부분에서 알 수 있듯이, 의원직상실이라는 효력의 발생이나 다른 수규자들에 의한 존중 효력은 기속력이 아닌 형성력이다.

106) 각주 67) 참조.

107) 정당법 제12조의 「등록신청사항」에 해당하지도 아니한다.

에 해당하지 아니한다. 지위유지설이나 절충설을 취하면서 입법을 통하여 의원직 상실규정을 두는 것이 위헌은 아니라는 입장이나 지위상실설에서 위헌정당 소속의원의 의원직 상실이 위헌정당해산의 본질적 효력에 해당한다고 보면서도 입법적 해결이 바람직하다는 입장에 대해 제기되는 가장 큰 의문은 그 주장의 취지가 위헌정당해산에도 불구하고 소속의원의 의원직 유지가 가능하다거나 의원직 상실이라는 본질적 효력을 훼손하는 내용으로 입법을 할 수 있다는 것을 의미하는지 극히 불분명하다는 점이다. 만일 입법적 해결이 이를 용인하는 것이라면 이는 위헌정당해산의 본질적 효력을 발생하지 못하는 것으로서 위헌정당해산제도에 배치되는 위헌적 규정이라고 보아야 하며, 헌법재판소가 위헌정당해산결정을 하면서 동 위헌적 규정에 대해 부수적으로 위헌결정을 하여야 할 것이다. 그와 달리 위헌결정을 하지 아니한다면 위헌정당 소속의원은 헌법재판소 결정을 계기로 합헌적·합법적으로 민주적 기본질서에 반하는 활동을 할 수 있는 역설을 야기하기 때문이다. 따라서 위헌정당해산결정과 관련하여 입법할 수 있는 범위란 본질적 효력을 확인적으로 지지할 수 있는 범위 내에서 본질적 효력과 관계되는 효력, 그리고 비본질적 효력에 관한 것들이다. 소속의원의 의원직을 상실시키는 경우에 상실의원이 보궐선거에 출마할 수 있는 기준을 정하는 것, 소속정당에 대해 위헌정당해산심판청구가 이루어질 것을 예상하고 그에 앞서 탈당하는 의원들에 대한 의원직 상실기준을 정립하는 것은 이에 해당할 수 있다.¹⁰⁸⁾ 의원직을 상실한 의원이라고 하더라도 위헌정당에 대한 기속이 다양할 수 있고, 또 의원직을 상실한 의원이 위헌정당 소속의원이었다는 것이 이미 위헌결정을 통해 명백히 드러난 이상 국민의 「추정적」

108) 소속의원의 탈당이 의원직을 상실하지 아니한다는 논의가 가능한 시적 범위는 적어도 정부에 의한 위헌정당해산심판청구가 이루어지기 전이라고 할 것이다. 따라서 필자는 헌법재판소가 비례원칙을 적용하여 소속국회의원에 대해 선별적으로 의원직상실을 선언하는 것이 가능하다는 입장(각주 10))에는 찬성하지 아니한다.

의사는 명백히 깨뜨려졌다는 것이 드러났고, 그리하여 「추정적」 의사가 깨뜨려진 상태에서 국민의 심판을 받을 필요도 있기 때문이다.

앞서 살펴보듯 학자에 따라서는 해산결정의 실효성확보와 헌법보호를 위해 해산된 정당에서 활동한 소속 국회의원의 신분을 상실시키는 것이 타당하다고 보면서도, 실제로 의원직을 상실시키기 위하여서는 법치주의원리 내지 법률유보의 원칙상 국회의원의 공무담임권의 박탈을 허용하는 근거조항이 존재하여야 한다고 주장하고 있다.¹⁰⁹⁾ 이 주장은 공무담임권의 박탈에는 반드시 헌법상의 근거가 필요한 것은 아니고 법률상의 근거만으로도 충분하다는 취지이다. 그러나 그러한 주장은 독일연방헌법재판소가 사회주의제국당(SRP) 사건결정에서 실시하듯 기본법 제21조 제1항 제1문과 동조 제2항이 「직접적」 근거라고 보는 경우에는, 그리고 동 조항이 상위 헌법규범에 의해 무효가 되지 아니하는 한 법률상의 박탈근거규정이 요구되지 아니하는 것은 당연하며, 그렇지 아니하고 의원직상실이 정당해산제도의 본질적 효력이라면 마찬가지로 법률상의 공무담임권 박탈규정은 불필요하다. 왜냐 하면 기본법 제21조 제1항 제1문, 동조 제2항이라는 직접적 근거이든 본질적 효력이든 바로 그 자체가 소속의원의 의원직상실이라는 기본권을 상실시키는 근거가 된다는 점을 간과하고 있다. 만일 소속의원의 공무담임권과 관련한 입법이 공무담임권을 박탈하지 아니하는 것으로 되어 있는 경우에는, 이는 자유민주적 기본질서를 침해하거나 폐지하고자 활동하여 온 의원에 대해 장래에도 그러한 활동을 계속하여 할 수 있는 것을 입법자가 함현적·공식적으로 보장하는 것을 의미한다. 이러한 입법자의 보장은 그 자체 위헌적 입법이기 때문에 위헌결정되어야 할 것이다. 그와 달리 입법에서 의원직을 상실하는 것으로 규정한다고 하는 것은 의원직 상실에 대한 확인적 입법에 불과하며 창설적 규정에는 해당하지 아니하기 때문에, 입법

109) 각주 16) 참조.

에 의해 비로소 의원직에 대한 불안정이 해소되는 것도 아니다. 요컨대, 공무담임권 박탈주장은 헌법재판소의 의원직상실결정의 취지를 오해한 것에 불과하다.

라. 제3공화국헌법 제38조의 입헌과 유신헌법에서의 불입헌이 논의에 영향을 미치는가

제3공화국헌법에서는 「국회의원은 임기중 당적을 이탈하거나 변경한 때 또는 소속정당이 해산된 때에는 그 자격이 상실된다(동 헌법 제38조 본문)」고 규정하였던 것을 유신헌법에서는 입헌되지 아니하였는데 이는 위헌정당이 해산되더라도 소속의원의 의원직은 상실되지 아니하려는 것이 입헌취지에 부합한다는 것이 지위유지설의 주장이다.¹¹⁰⁾

동조에서의 「해산」에는 단순히 위헌정당해산뿐 아니고 자진해산도 포함하고 있다. 그러나 위헌정당해산보다는 자진해산에 초점이 맞춰졌을 수 있다. 국회의원의 임의적 활동인 당적의 이탈·변경으로 인한 자격상실은 헌법에 의한 형성적 효력규정이다. 「소속정당의 해산」을 당적의 이탈·변경과 평행하게 규정할 뿐 아니라, 헌법상의 정당해산제도의 입법적 연원이 1949년의 서독기본법 제21조 제2항의 정당금지조항에서 구하여지기 때문이다.¹¹¹⁾ 앞서 설명하듯 독일연방헌법재판소는 위헌정당에 대한 해산결정을 하면서 헌법이나 헌법재판소 등에 명문의 규정이 없는 상태에서 소속정당의 의원직을 「확인적으로」 상실시킨바 있고 이러한 사정은 제3공화국헌법에 대한 성안 당시에 성안에 관계한 위원들에게 잘 알려져 있었다.¹¹²⁾

110) 각주 33)의 본문 참조.

111) 예를 들어 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 각주 26), 211쪽(정만희 집필 부분): 「우리헌법상의 정당해산조항은 독일기본법의 정당조항을 모방한 것이다」 아울러, 김문현, 「정당해산심판에 관한 소고」, 각주 4), 2쪽 참조.

112) 박병섭, 「정당해산제도에 대한 헌법적 고찰」, 헌법해석과 헌법실천, 민주주의법학 연구회, 1997, 261쪽 각주 3): 『“민주적 기본질서”라는 용어는 1960년 헌법이 진

위원들은 동 제38조 본문에 대한 입헌이 이루어지지 아니한다고 하더라도 제3공화국헌법 하에서 위헌정당해산을 관장하게 될 대법원이 독일연방헌법 재판소와 마찬가지로 소속정당의 의원직을 상실시킬 수 있기 때문에, 그리고 우리 헌법학이 독일헌법학에 의해 크게 영향을 받고 있는 상황에서¹¹³⁾ 동 제38조가 규정하는 「해산」에서 「위헌정당해산」과 관련하여서는 일종의 「확인적」 규정으로 이해하였을 가능성이 크다.

유신헌법에서는 제3공화국헌법 제38조와 유사한 규정이 입헌되지 아니하고 있다. 그러나 앞서 논의하듯 제3공화국헌법 제38조가 규정하는 「해산」에서 「위헌정당해산」과 관련하여서는 일종의 「확인적」 규정으로 이해하였을 가능성이 크다고 보는 한 그러한 삭제가 반드시 위헌정당이 헌법재판소에 의해 강제해산되더라도 해산정당의 소속의원들이 자격을 상실시키지 아니하려는 것이 입헌자들의 의사이었다는 추론이 가능하다고 볼 것은 아니다.¹¹⁴⁾

보당사건을 계기로 정당의 자유를 고도로 보장하기 위해 당시 서독헌법의 전례에 따라서 정당조항을 신설하면서 처음으로 도입되었다(「제4대 국회 헌법개정 회의록」, 57쪽 이하 참조). 그런데 문제는 우리 헌법이 서독기본법 제21조의 정당조항을 그 원형으로 하였음에도 불구하고 왜 “자유로운”이라는 수식어를 삭제하였느냐는 점이다. 이에 대해 권영성 교수는 “개정헌법초안에는 서독의 그것과 같이 “자유로운”이라는 수식어가 첨가되어 있었으나 일부 혁신계정당의 기분에 맞지 않는다 하여 개정헌법에서는 삭제된 것이다.”(권영성, ‘정당조항에 관한 헌법상의 제문제’, 서울대학교 대학원 석사논문, 1961, 114쪽이라고 기술하고 있다. 당시의 회의록을 살펴보면 “헌법에 있어서 자유롭고 민주적인 기본질서라고 하는 것은 정치적 사회적 질서를 말하는 것이지 경제적 질서를 말하는 것이 아니다.”(「회의록」, 154쪽 이하)라고 해설하고 있다. 즉, “자유롭고 민주적인 기본질서”라는 용어와 함께 이에 대한 독일연방헌법재판소의 해석(BVerfGE, Bd. 4, Tubingen/1956, 18쪽)을 수용하고 있음을 알 수 있다.]

113) 김효진, ‘한국 헌법과 독일 기본법’, 저스티스 33권 2호, 한국법학원, 2000, 93쪽: 「이러한 정당국가의 이론적 근거로서는 독일의 헌법학자이며 정치학자로서 오랫동안 연방헌법재판소 재판관을 역임한 G. Leibholz의 이론과 그의 영향을 받은 연방헌법재판소의 판례가 자주 인용되었다.]

114) 양삼석·장병연, ‘통합진보당 문제를 통해 본 위헌정당해산심판과 의원의 자격’, 각주 33), 329쪽: 「이러한 해석 역시 자의적 관점에 입각한 것이라는 비판을 받을 수 있다. 유관 법조문이 삭제되었다는 사실 자체가 신분의 유지를 의미하는

유신시대의 헌법의 특색의 한 가지는 「권력의 인격화(personnalisation du pouvoir)」이다.¹¹⁵⁾ 권력의 인격화가 입헌취지로 지배하는 현상은 동 헌법 제7조 제3항에서 정당해산사유로 정당의 목적이나 활동이 「민주적 기본질서에 위배되는 때」와 평행하게 「국가의 존립에 위해가 될 때」를 규정함으로써 정당의 목적이나 활동이 「국가의 존립에 위해가 될 때」에는 「그 목적이나 활동이 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되지 아니 하더라도」 해산이 가능하도록 하는데서 나타난다.¹¹⁶⁾ 그리고 국회의 구성

것으로 볼 수 없다. 아울러 최종적으로 헌법재판소가 결정을 국회 자체에 위임할 것으로 볼 수도 있다.

115) 김효전, 「한국헌법Ⅱ - 권위주의헌법의 성립과 붕괴 -」, 공법연구 제17호, 한국공법학회, 1989, 107쪽: 『유신헌법을 선전하던 책자인 한국헌법연구회의 「헌법개정안 해설」에 의하면 “…… 국가원수로서의 대통령의 지위강화는 현대국가에 있어서의 ‘권력의 인격화’ (personnalisation du pouvoir)로 특징지어지며, 이러한 현대적 적용은 새 헌법에 있어서도 찾아볼 수 있는 특성이다”라고 하였다. 그 밖에 대통령은 입법, 사법의 조정적 기능과 중립적 권력(pouvoir neutre)을 행사함과 아울러 국가의 신용을 좌우하는 중요한 사항을 결정하는 ‘국가적 권력’(Pouvoir etatique)을 행사한다든가, ‘합리화된 의회주의’(le parlementarisme rationalise) 등과 같은 표현을 빌어 유신헌법은 마치 프랑스 제5공화국 de Gaulle헌법을 그 모델로 하여 제정된 것처럼 선전하였다. 설사 몇 개의 조문에서 그 표현방식의 유사성을 발견할 수 있다고 하더라도 de Gaulle은 국민적 여망에 따라서 제5공화국 헌법을 만들었고, 박정희 대통령은 국민의 의사에 반하여 자신이 헌법을 만든 점에 커다란 차이가 있다. (각주 생략)』 France에서의 「권력의 인격화」에 대한 논의는, 오창룡, 프랑스 대통령제 하에서 권력의 인격화(personalization) 현상에 관한 연구: 신자유주의 위기 환경과 우파 포퓰리즘의 진화를 중심으로, 박사학위논문 (서울대학교, 2012) 참조.

116) 순수하게 형식적으로만 보면 유신헌법에서의 양자에 대한 평행한 규정은 서독연방기본법 제21조 제2항 제1문: 「② 그 목적이나 추종자의 행태에 있어 자유민주적 기본질서를 침해 또는 폐지하려 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 하는 정당은 위헌이다」를 참고하였을 수도 있다. 그러나 우리나라의 현실을 보면 동 기본법을 충분히 참조할 수 있었던 제3공화국헌법, 그리고 유신헌법을 전부개정한 제5공화국헌법에서 「국가의 존립에 위해가 될 때」를 추가하지 아니하는 것은 올바른 방향이었다고 할 수 있다. 자유민주적 기본질서의 위배와 무관한 상태에서의 「국가의 존립에 위해가 될 때」라는 개념은 남용의 여지가 아주 큰 개념이기 때문이다.

과 관련하여 통일주체국민회의는 국회의원 정수의 3분의 1에 해당하는 수의 국회의원을 선거할 수 있고(유신헌법 제40조 제1항), 동 국회의원 후보자는 국회의원의 후보자는 대통령이 일괄 추천하며, 후보자 전체에 대한 찬반을 투표에 붙여 재적대의원 과반수의 출석과 출석대의원 과반수의 찬성으로 당선을 결정하도록 되어 있어서(동조 제2항) 이 선거에 정당이 개입하거나 개인이 출마하는 길은 봉쇄되어 있다. 그렇다면 제3공화국헌법 제38조와 유사한 규정이 유신헌법에서 입헌되지 아니한 사정이 위헌정당 소속의원의 자격상실 여부에 대한 논의에 있어서 결코 소속의원에게 호의적으로 작용할 여지는 없다고 보는 것이 정당한 헌법해석일 것이다.¹¹⁷⁾

마. 공직선거법 제192조 제4항이 지위유지설이나 절충설에 유리하게 작용하는가

공직선거법 제192조 제4항에서 규정하는 「해산」은 문리해석상 「자진해산」은 물론이고 「강제해산」까지 포함하며, 따라서 위헌정당해산에도 불구하고 비례대표국회의원은 그대로 자격을 유지한다거나(지위유지설 입장), 국회의원은 비례대표국회의원이든 지역구국회의원이든 마찬가지로 동일하게 국민의 대표이므로 정당해산에도 불구하고 국회의원의 자격을 유지한다(절충설 입장)는 것이 지위상실설에 대한 반론이다. 공직선거법 제192조 제4항에 대응하는 규정은 공직선거및선거부정방지법(법률 제7681호, 2005. 8.

117) 양 건, ‘한국헌법 III -제4공화국 및 제5공화국 헌법사의 개관-(1972~1988)’, 공법연구 17집, 한국공법학회, 1989, 120쪽: 『정당 국가적 경향의 지양 등을 유신헌법의 특징의 하나로 지적할 수 있다. 제 3공화국 헌법에서는 정당 국가적 경향을 강화하고, 정당에 대한 특혜적 제도를 규정했었다. 대통령과 국회의원의 후보요건에서 정당의 공천을 필수적으로 하고, 국회의원이 당적을 이탈, 변경하는 경우에 의원직을 상실토록 한 것이 그 예이다(……). 유신헌법에서는 이러한 규정이 삭제되었다. 유신헌법에서의 이른바 ‘권력의 인격화’ 경향과 상충하는 것으로 풀이된다.』 다만 「권력의 인격화」가 어떻게 소속의원에게 유리하게 작용할 수 있다는 것인지, 필자로서는 이해할 수 없다.

4., 일부개정을 통해 「공직선거법」으로 법명이 개정되었다)의 제정으로 폐지된 국회의원선거법에는 존재하지 아니하였다. 문제는 동 규정을 포함하여 동시에 개정이 이루어진 공직선거및선거부정방지법은 정치개혁특별위원회에서 성안되어 법제사법위원회에서 성안된 바대로 가결되었는데, 성안을 위하여 2005. 2. 26. 개최된 제252회국회정치개혁특별위원회공청회회의록(제3호), 성안된 안에 대하여 2005. 6. 24. 개최된 제254회국회정치개혁특별위원회의회의록(제6호), 2005. 6. 29. 개최된 제254회국회법제사법위원회회의록(제7호)의 어느 곳에서도 동 규정에 대한 논의가 이루어졌음을 찾아볼 수 없다. 이러한 상태에서는 동법 제192조 제4항이 도입된 당시의 배경이 결정적이라고 할 수는 없을지 몰라도 중요하다고 할 수 있다. 이러한 도입 배경 이외에 위헌정당에 대한 강제해산의 경우에 있어서의 소속위원의 지위상실 여부가 동법 규정의 도입배경이 되었다고 하기 위해서는 학계 또는 정치계에서 소수일망정 그 도입을 주장하였다는 점에 대한 전거가 제시되어야 하는데, 입법이 이루어지고 난 후 위헌정당해산과 관련하여 동 조항이 원용되었을 뿐이다. 그렇다면 공직선거법 제192조 제4항과 관련하여 전거가 될 수 있는 것은 앞서 설명하듯 동 규정 본문은 「전국구국회의원 의석승계 미결정 위헌확인」사건에 관한 헌법재판소 결정¹¹⁸⁾의 「직접적」 영향을 받아 입법된 조항이라는 점¹¹⁹⁾ 및 독일연방헌법재판소가 사회주의제국

118) 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153 결정. 각주 23).

119) 허 영, 「국회의원의 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계」, 각주 24), 172-73쪽: 「헌법재판소가」 「…… 전국구의원도 그를 공천한 정당을 탈당하였다고 하여도 별도의 법률규정이 있는 경우는 별론으로 하고 당연히 국회의원직을 상실하지는 않는다」고 판시한 결정을 통해서 국회의원의 당적변경이 갖는 헌법적인 의미를 언급한 것이 공직선거법 제192조 제4항의 입법에 직접적인 영향을 미쳤다고 볼 수 있다. 즉 우리 헌법재판소가 위의 판시 중에 비례대표국회의원에 관해서 「별도의 법률규정이 있는 경우는 별론으로 하고」라는 표현을 통해 비례대표국회의원의 탈당 시에 국회가 의원직 상실에 관한 입법을 할 수도 있다는 뉘앙스를 풍긴 것이 입법을 정당화 시킨 계기가 되었는지도 모른다.」 아울러 조홍석, 「비례대표 국회의원의 당적변경시 의원직 상실규정의 위헌성 - 공직선거및선거부정방지법

당(SRP) 사건과 관련하여 헌법이나 법률상의 명문의 근거가 없는 상태에서 「본질적 효력」이라는 논거 하에 위헌정당 소속의원의 의원직을 상실시켰다는 점뿐일 것이다. 이러한 이유에서 공직선거법 제192조 제4항이 지위유지설이나 절충설을 뒷받침하는 논거로 이용될 수는 없다.

3. 헌법재판소의 의원직상실결정의 함의

헌법재판소는 통합진보당 해산청구심판청구에 대한 결정(2013헌다1)에서 주문을 통해 통합진보당의 해산과 함께 통합진보당 소속 국회의원들에 대한 의원직상실결정을 하였다. 위헌정당해산결정을 하는 경우에 해산정당 소속의원들은 당연히 의원직을 상실한다는 것이 지위상실설의 입장임에도 불구하고 주문으로 의원직 상실의 형성결정을 하여야 하는 것은 의원직상실이 정당해산심판제도의 본질적 효력이라고 하더라도 헌법이나 법률이라는 명문에 근거하는 것은 아니므로 의원직상실에 형성적 효력을 부여할 필요가 있기 때문이다.¹²⁰⁾

제192조 제4항', 공법학연구 3권 1호, 한국비교공법학회, 2001, 118쪽: 『이 규정은 과거 정당의 이합집산이나 국회의원의 개인적 이해관계에 따라 임의로 탈당하거나 당적을 변경한 경우가 많이 있었는데, 이러한 후진국형 정치상황에서 철새정치인들의 당적변경을 규제해야 할 필요성이 제기되었기 때문이다. 특히 비례대표국회의원이 그를 공천한 정당을 탈당한 때에도 의원직을 유지한다는 것은 위헌이라는 헌법소원에 대하여 …… 이 헌법소원이 결정되기 직전 공선법이 제정되면서 제192조 제4항에 비례대표국회의원이 탈당시 자동적으로 퇴직된다는 규정이 제정되어 이 규정이 헌법적으로 정당화될 수 있느냐의 여부가 논의의 대상이 되었다.』

120) 독일연방헌법재판소는 사회제국당(SRP) 사건결정 주문 제4항에서 「사회주의제국당의 공천으로 선출되었거나 사회주의제국당에 대한 판결의 선고 당시에 사회주의제국당에 소속하고 있는 연방의회와 란트의회의 의원직은 보결 없이 상실된다」고 결정하였다. 이와 같이 주문에서는 의원직을 상실하는 소속의원들을 개별적으로 언급하지는 아니하였다.

헌법재판소는 의원직상실이 정당해산심판제도의 본질적 효력이기 때문에 「의원직 상실」에 관하여 명문의 규정이 있는지 여부는 고려의 대상이 되지 아니하고, 그 국회의원이 지역구에서 당선되었는지, 비례대표로 당선되었는지 여부에 따라 아무런 차이가 없이, 정당해산결정으로 인하여 신분유지의 헌법적 정당성을 잃으므로 그 의원직은 상실되어야 한다」고 보고 있다. 앞에서 논의한 바이지만 공직선거법 제192조 제4항에서는 「비례대표국회의원 또는 비례대표지방의회의원이 소속정당의 합당·해산 또는 제명 등의 사유로 당적을 이탈·변경하는 때에는 국회법 제136조(퇴직) 또는 지방자치법 제78조(의원의 퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다」고 규정하고 있으며 동 제4항에서 규정하는 「해산」과 관련하여서 헌법재판소가 「이 규정의 의미는 정당이 스스로 해산하는 경우에 비례대표국회의원은 퇴직되지 않는다는 것」이라고 설시하는 것은 정당에 대한 강제해산에 있어서는 비례대표국회의원은 위헌정당의 해산과 함께 퇴직한다는 것을 명백히 하는 것이다. 헌법재판소의 의원직상실결정 전의 학설을 보면 공직선거법 제192조 제4항의 해산에는 「자진해산」의 경우는 물론이고 「강제해산」이 모두 포함되고 그리하여 헌법재판소의 위헌정당해산결정에도 불구하고 국회의원이건 지방의원인건 비례대표의원은 의원직을 상실하지 아니한다는 이론이 존재하여왔다. 따라서 통합진보당에 대한 해산심판청구사건에서 정부가 비록 비례대표지방의원에 대해서 의원직 상실을 청구하지 아니하였다고 하더라도 국회의원의 경우와 마찬가지로 지방의원직의 상실을 시켜야 할 필요성이 있다고 인정하였다면, 공직선거법 제192조 제4항의 「해산」에 관한 부분이 「자진해산」의 경우는 물론이고 「강제해산」 또한 포함하는 것으로 해석하는 것은 「비례대표지방의원」과 관련하여 위헌정당해산제도의 본질적 효력에 반한다는 한정위헌선언을 하였어야 할 것이다.¹²¹⁾ 한정위헌선언을 하

121) 독일연방헌법재판소는 사회제국당(SRP) 사건결정 주문 제4항에서 「사회주의제국당의 공천으로 선출되었거나 사회주의제국당에 대한 판결의 선고 당시에 사회

는 경우에는 중앙선거관리위원회는 공직선거법 제192조 제4항에 근거하여 비례대표지방의원에 대해 의원직 상실을 하였다(122)을 하였던 것과 마찬가지로 지역구지방의원에 대해서도 의원직상실결정을 하였을 것이다. 그러면 헌법재판소는 왜 한정위헌결정을 하지 아니한 것일까. 추측이지만 헌법재판소가 의원직상실결정에서 공직선거법 제192조 제4항을 「국회의원의 국민대표성과 정당기속성 사이의 긴장관계를 적절하게 조화시켜 규율하고 있다」는 점에 대한 논거로 이용하기 때문이라고 할 수 있다. 이러한 설시는 헌법재판소로 하여금 동 제192조 제4항이 국회의원 및 지방의원을 지역구의원과 비례대표의원으로 나누고 지역구의원에 대해서만 의원직을 상실시키는 것이 지역구의원과 비례대표의원 사이에 제기될 수 있는 평등 원칙위반 논란을 회피할 수 있게 하고 있다.

그러나 보다 근본적 접근을 위해 헌법재판소의 통합진보당에 대한 위헌 정당해산결정은 「주도세력」이 정당제도남용을 통하여 자유민주적기본질서에 위배되는 활동을 하여온 것을 문제삼아 이루어진 것이고 소속의원들에 대한 의원직상실결정은 의원직을 상실하게 될 소속의원들과 통합진보당의 「주도세력」과의 교집합에서 이루어진 것이라는 점(123)을 주목할 필요가 있다. 앞서 지적한 바이지만 헌법재판소는 의원직상실결정에서 「국회의원의 국민대표성과 정당기속성」과 관련하여 「당원의 한 사람으로서 사실상 정치의사 형성에 대한 정당의 규율이나 당론 등에 영향을 받아 정당의 이념을 대변하는 지위도 함께 가지게 되었다」고 실시하고 있는데, 이 부분이 지방

주의제국당에 소속하고 있는 연방의회와 란트의회 의원직은 보결 없이 상실된다」고 하여 란트의회 의원직도 상실시켰다.

122) 중앙선거관리위원회는 지역구지방의원에 대해서는 별도의 의원직 상실결정을 하지 아니하였다. 공직선거법 제192조 제4항에 의해 지역구지방의원은 헌법재판소의 위헌정당결정과 동시에 의원직을 상실한다고 해석하였을 가능성을 배제할 수 없다.

123) 각주 53)의 본문 이하 참조.

의원의 지위상실 여부에 원용할 수 있기 위해서는 크게 수정되어야 할 것이고 그 적용기준이 대폭 완화되어야 할 의원들이 많을 수 있다. 지방의원들은 정당제도를 남용하면서 자유민주적 기본질서에 위배되는 활동을 수행하는 「주도세력」에 해당할 국회의원에 비해 가능성이 낮으며, 주도세력에 의한 정당제도의 남용에 편승하거나 남용의 「도관」으로 이용되는 부류에 해당할 가능성 또한 낮다. 지방의원이 국민의 정치적 의사형성에 관여할 수 있는 기회는 국회의원에 비해 크게 제한되어 있기 때문이다. 그리하여 위헌정당이 강제해산되는 경우에 의원직 상실이 정당해산심판제도의 본질적 효력에 해당한다고 하더라도 국회의원과 지방의원 사이에는 그 효력에 차이가 있다. 앞서 설명하듯 국회의원은 위헌정당 소속의원이 위헌정당에 가입하여 공천을 받고 당선되어 의원활동을 시작할 당시에는 설사 주도세력에 합류하지 못하였지만 의원으로 활동과정에서 주도세력에 의한 정당제도의 남용에 편승하거나 남용의 도관으로 이용되었다고 하더라도 그와 같은 부류는 도관이 국회의원의 특권과 연결되어 있기 때문에, 그리고 그러한 특권이 이용에 제공되는 것은 주도세력이 정당제도를 남용하는 것에 비해 파괴력이 훨씬 크거나 적어도 대등하다고 보아야 한다는 바로 그 점 때문에 소속정당이 위헌정당으로 해산되는 경우에 해산과 동시에 의원직을 상실하는 것은 당연하다. 그러나 지방의원의 경우에는 국회의원과 실질적으로 등가의 평가를 받을 수 있는 경우야 의원직 상실의 정당해산제도의 본질적 효력이라는 법리를 적용할 수 있기 때문에, 그러한 평가 이후에야 비로소 헌법재판소의 선별적 상실결정에 의해 상실될 수 있는 지위를 가지는 것이고, 헌법재판소의 입장과 반드시 배치되는 것은 아니다. 공직선거법 제192조 제4항은 이러한 목적론적 해석을 허용하지 아니하며, 이런 의미에서 헌법재판소의 선별적 상실결정을 예정하지 아니하는 공직선거법 제192조 제4항은 위헌규정이라고 할 수 있다.¹²⁴⁾

124) 최희수, 헌법소송법요론, 각주 10), 337-338쪽에서는 국회의원에 대해서 선별적

두 가지 위헌논의는 별개의 것이다. 헌법재판소가 공직선거법 제192조 제4항에 대해 위헌문제를 다루지 아니한 것은 통합진보당해산청구에 있어서 의원직 상실을 국회의원에 국한하여 청구한 청구취지에 의해 지방의원들에 대한 의원직 상실의 논리를 개발하지 못한 데서 기인하는 것으로, 설사 헌법재판소가 이에 관하여 위헌성 법리를 개발한다고 하더라도 이는 방론(*obiter dictum*)에 그칠 가능성이 크다. 다만 별도의 기회에 헌법재판소에서 공직선거법 제192조 제4항에 대해 「해산」과 관련하여 위헌성이 다투어지는 경우에, 앞서의 해석방법에 따른 한정위헌결정이 선고될 가능성은 적지 않다. 공직선거법 제192조 제4항이 「국회의원의 국민대표성과 정당기속성 사이의 긴장관계를 적절하게 조화시켜 규율하고 있다」는 정신을 유지하면서도 공직선거법 제192조 제4항의 「해산」에 관한 부분이 「자진해산」은 물론이고 「강제해산」을 모두 포함하는 것으로 해석하는 경우에는 「비례대표지방의원」과 관련하여서는 위헌정당해산제도의 본질적 효력에 반한다는 취지를 살리는 한정위헌선언은 충분히 가능하기 때문이다. 그러나 뒤의 방법에 의한 위헌선언은 헌법재판소가 실제로 위헌선언을 단행하는 데 난관이 적지 아니하다. 헌법재판소의 통합진보당 해산결정사건은 동 정당의 소속의원들이 「주도세력」에 해당하거나 국회의원은 위헌정당 소속의원이 위헌정당에 가입하여 공천을 받고 당선되어 의원활동을 시작할 당시에는 주도세력에 합류하지 못하였지만 의원으로 활동과정에서 주도세력에 의한 정당제도의 남용에 편승하거나 남용의 도관으로 이용되었다는 점을 중심으로 진행되었고 「국회의원의 국민대표성과 정당기속성」이라는 관점에서 소속의원의 의원직 상실을 결정한 것이다. 이러한 사정으로 동 해산결정사건에서 전개한 법리가 지방의원의 경우로 전용되는 것은 크게 제한되며 별도의 관

의원직 상실을 결정할 수 있다고 주장하고 있다. 그러나 필자는 선별적 상실은 지방의원의 경우에만 가능하다고 보고 있다. 지방의원은 「주도세력」으로 합류할 가능성이 국회의원에 비해 훨씬 적다고 보기 때문이다.

점이 추가되어야 하기 때문이다.

어쨌든 헌법재판소가 의원직상실결정에서 공직선거법 제192조 제4항의 「해산」과 관련하여 「이 규정의 의미는 정당이 스스로 해산하는 경우에 비례대표국회의원은 퇴직되지 않는다는 것」이라고 실시하는 것은 헌법재판소의 공직선거법 제192조 제4항의 「해산」과 관련하여 이루어진 유권해석이라고 할 수 있다. 그리고 만일 동 「해산」에는 헌법재판소의 해석과는 달리 「자진해산」은 물론이고 「강제해산」도 포함되어야 한다는 문리해석이 당연한 해석이라면, 의원직상실은 정당해산심판제도의 본질적 효력에 해당하기 때문에 공직선거법 제192조 제4항은 본질적 효력에 반하는 조항으로서 위헌이라는 「사실상의」 한정위헌선언을 하였다고 평가할 수 있다. 그런데도 불구하고 헌법재판소의 통합진보당에 대한 해산결정사건에서 그와 같은 「사실상의」 한정위헌선언이 주문에 포함될 수 없었던 사정, 그리고 법률에 대한 위헌결정은 주문에 포함된 경우에만 법원에 대해 기속력을 발생시킨다는 헌법재판소법 제47조 제1항에 편승하여 헌법재판소의 해석과는 반대로 법원들이 공직선거법 제192조 제4항의 「해산」에는 「자진해산」은 물론이고 「강제해산」도 포함되어야 한다는 해석론을 통해 헌법재판소의 통합진보당에 대한 해산결정에도 불구하고 비례대표지방의원의 의원직을 상실하지 아니한다고 본 것은, 위에서 살펴본 두 번째 해석론을 통한 위헌주장을 하는 것은 별론으로 하고 법원의 재판에 대해서도 재판소권이 이루어져야 한다는 당위론을 보다 강화하는 부작용을 초래하였다고 할 수 있다.

IV. 헌법재판소의 비성문헌법적 권한

1. 논의의 방향설정

의원직 상실이 정당해산심판제도의 본질적 효력이라고 하더라도 헌법 제 8조 제4항이 간접적 근거에 그치기 때문에 부수적 결정에 해당할 수밖에 없고, 따라서 학자에 따라서는 헌법재판소의 관장사항에 대한 확장에 해당하므로 그러한 확장가능성을 검토할 필요가 있다고 주장할 여지가 있다. 앞서의 설명은 이러한 의문에 대하여 충분한 해명을 하고 있다는 것이 필자의 입장이지만, 학자에 따라서는 제기된 의문에 대해 추가적인 검토 필요성이 있다고 주장할 여지가 있다. 제기되는 의문은 헌법재판소의 권한의 한계와 관련된 것이기 때문에 여기서는 이를 「헌법재판소의 비성문헌법적 권한」이라는 측면에서 살펴보고자 한다. 「비성문헌법」은 「불문헌법」이라고 부를 수도 있는데, 이 글에서는 비성문헌법/불문헌법(이하에서 「비성문헌법」이라고 부른다) 또는 뒤에서 언급할 관습헌법이 성문헌법을 가지고 있는 우리 헌법체제 하에서 성문헌법과 양립할 수 있느냐에 대한 논의는 생략한다. 헌법재판소가 비성문헌법 또는 관습헌법의 존재와 기능을 인정하고 있는 현실 하에서 이 글의 논의의 전개는, 의원직 상실이 정당해산심판제도의 본질적 효력이라는 전제 위에서, 위헌정당해산결정에 부수하는 의원직 상실결정이 비성문헌법 또는 관습헌법에 의해 뒷받침될 수 있을 만큼 선례에 의해 뒷받침될 수 있느냐는 점에 국한된다.

성문헌법 체제 하에서 성문헌법과 비성문헌법 또는 관습헌법의 양립가능성이 우리 헌법학계에서 본격적으로 논의된 계기는 헌법개정절차에 의하지 아니하고 입법을 통해서 수도의 위치를 변경하는 것은 「대한민국의 수도는 서울에 두어야 한다」는 관습헌법에 위반된다는 이유로 하는 헌법재판소의

신행정수도건설에관한특별조치법에 대한 위헌결정¹²⁵⁾이다. 먼저 비성문헌법과 관습헌법에 존재하는 차이가 문제되는데, 헌법재판소는 동 위헌결정에서 「우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전이 헌법의 법원(法源)이 된다. 그러나 성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다.」¹²⁶⁾ 라고 설시하여 불문헌법과 관습헌법 사이를 「내지」 라는 접속사로 연결하여 양자 사이의 관계설정에 어려움이 있음을 시사하고 있다.¹²⁷⁾

125) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등 결정

126) 다수의견 4. 다. (1) (가)

127) 비성문헌법과 관습헌법의 관계는 뚜렷하지 아니하다. 헌법은 존재론적 형태로서는 성문헌법과 비성문헌법의 구별이 이루어지고 있지만 성문헌법이 탄생한 후에는 관습헌법은 그 존재 자체에 관심을 기울이지 아니하고 있기 때문이다. 그러나 관습헌법을 인정하는 경우에는 모든 헌법이 존재론적 형태로서 성문헌법과 비성문헌법으로 대별되는 이상 성문헌법과는 별개로 존재하는 관습헌법은 비성문헌법에 해당한다고 할 수 있기 때문에, 비성문헌법이 더 포괄적인 존재형태일 수 있다. 따라서 성문헌법이 존재하는 경우에, 관습헌법이 존재할 수 있느냐 라는 문제와는 별개로, 비성문헌법이 존재할 수 없다는 관계는 일단 파괴되었다고 할 수 있다. 시각을 바꾸어 「헌법」이라는 단일한 범명이 최고규범이 존재하지 아니하더라도 성문적인 여러 법규범에서 추출된 원리 또는 최고규범으로 평가를 받는 규범들이 실질적으로 헌법으로 기능하고 있고 이를 비성문헌법이라고 부르는 경우에, 이를 「비성문」헌법이라고 부르는 것이 바람직한지는 검토할 필요는 있다. 관습헌법은 명백히 「비성문」헌법에 해당한다. 우리 학계에서 비성문헌법과 관습헌법의 정의 또는 관계에 대한 개략적 설명은, 김상겸, 「성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구 - 헌재 2004. 10. 22. 2004헌마554·566과 관련하여 -」, 헌법학연구 11권 1호, 2005, 299-301쪽 참조. 교수는 「관습헌법의 역사」와 관련하여 『불문헌법으로서 관습헌법은 성문헌법과 달리 관습의 존재로부터 출발하게 된다. …… 영국은 불문헌법국가의 대표적인 국가로 헌법적 관행과 헌법률, 그리고 보통법의 체계 속에서 일반법원에 의하여 형성되어 온 헌법원칙 등으로 헌법체계와 내용을 구축하고 있다. 이런 점에서 영국은 이미 1215년 Magna Carta에서 출발하여 시민혁명의 시기인 17세기 권리청원, 인신보호법, 권리장전 등으로 이어지는 헌법적 법률을 통하여 불문헌법의 틀을 갖추었다. 그러나 의회제도가

비성문헌법 또는 관습헌법의 위상을 결정적으로 고양하는 계기는 국가의 최고법원이 위헌법률심사권을 확보하기에 이른 것 및 성문헌법 하에서 비성문헌법 내지 관습헌법이 성문헌법과 대등한 효력을 가진다는 법리가 자리잡은 것의 양자라고 할 수 있다. 이 양자의 모두에 대해 관계를 가지는 국가는 우리나라가 반드시 유일한 나라라고 단정할 수는 없지만, 우리나라가 유력한 나라라는 것은 부인할 수 없다.

2. 위헌법률심사권의 확립과정

흔히 위헌법률심사제도는 미국연방대법원의 *Marbury v. Madison* 사건판결(128)에서 비롯하는 것으로 이해하고 있다. 그러나 그 시원에서 관습헌법적 측면을 간과해서는 아니 된다. 「법의 지배(rule of law)」의 정확한 내용을 어떻게 파악할 것인지는 어려운 일이다. 「법의 지배」가 학문적으로 뿌리를 내리는 결정적 계기는 Dicey에 의해 마련되었다. Dicey의 주장은 「의회는 어떠한 내용의 법이건 이를 제정하거나 제정하지 아니할 권리를 가진다. 어느 누구나 조직체도 의회의 입법을 폐기할 권한을 가지지 못한다.」는 것으로 요약되는데,¹²⁹⁾ 당시 지배적인 「의회주권(sov^{er}eignty of Parliament)」

정착하면서 상당수의 헌법적 사항이 법률의 형식으로 성문화되면서 헌법적 관행에 의하여 규율되는 헌법적 사항이 줄어들고 있다. 이러한 경향은 소수의 불문헌법국가의 보편적 경향으로 단지 단행 헌법전이 없다는 것 외에는 성문헌법국가와 차이가 거의 없다.』라고 설명하고 있다. 같은 책, 301-302쪽.

128) 5 U.S. 137 (1803). 미국에서 위헌법률심사제도는 *Marbury v. Madison* 사건판결이라고 보는 것이 일반적이지만, 그 법리 자체는 *Calder v. Bull* 사건판결([1798] USSC 3; 3 U.S. 386; 3 Dall. 386; 1 L.Ed. 648)에서 태동되었다. 이 문제에 대해서는 별고를 통해 논할 것이다.

129) Albert Ven Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Reprint, Liberty Fund, Inc., Originally published: 8th ed., London, Macmillan, 1915, pp. 3-4. http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf

사상에 기초하고 있다. 한편 법에는 제정법과 보통법의 양자가 있다. 따라서 보통법에도 법의 지배가 적용된다고 할 수 있다. 그런데 법의 지배가 보통법에 대한 제약으로서 기능하여왔다는 것은 기이한 측면이 있다. 본래 보통법은 「경우에 따라서는 의회의 입법을 무효로 할 수 있다」는 입장을 취하여 왔기 때문이다. 영국의 *Dr. Bonham's Case*에¹³⁰⁾에서 Lord Coke는 「보통법이 경우에 따라서는 의회의 입법을 무효로 할 수 있다」는 취지를 설시하고 있는데, 그 설시는 「의회의 제정법이 보통법적 정의와 조리 (common right and reason)에 어긋나고 시행에 모순을 가져오거나 시행 불가능한 경우에는 보통법은 의회의 행동을 통제하며 그러한 행동을 무효라고 판결할 수 있다」는 취지이다. *Dr. Bonham's Case*와 관련하여 동 판결에 대한 두주(headnote)¹³¹⁾에서 언급하듯 Lord Coke의 설시는 입법에 대한 사법적 심사권한에 대한 최초의 설명으로 평가되고 있다. 선례의 구속력을 철저히 하는 영국에서 *Dr. Bonham's Case*를 계기로 위헌법률심사제도가 발전할 수 있었는데도 불구하고 그러하지 못한 것은 동 사건과 관련하여 Lord Coke가 사실상 탄압을 받았을 뿐 아니라¹³²⁾ 그 후 Blackstone에 의해 주창된 의회주권사상¹³³⁾ 때문이었다. 미국에서 법원이 위헌법률심사권을

130) *Thomas Bonham v College of Physicians*, (1610) 8 Co Rep 114a: 77ER 646

131) Steve Sheppard (edited), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Volume 1, Indianapolis: Liberty Fund, 2003, p. 264. 아울러 박찬주, ‘헌법에 위반되는 헌법시행법률의 효력상실시기’, 헌법논총 23집, 헌법재판소, 2012, 360-361쪽 참조.

132) Lord Coke는 1616년 정직(停職)이 되었을 뿐 아니라 판결을 「고치도록(correct)」 명을 받았으며 1617. 10.에는 King James I로부터 동 판결에 대한 근거를 해명하도록 요구받았다. Lord Coke는 「본인의 판결문에서의 말들은 새로운 의견을 도입한 것이 아니라 종전에 판결되고 결정되었던 법에 관한 전거와 관련하여, 그리고 그 전거들이 Bonham 사건의 논의과정에서 인용되었을 뿐이다」라고 해명하면서도, 자신의 판결의 잘못을 인정하지는 아니하였다. ‘*Dr. Bonham's Case*’ in *Wikipedia*. https://en.wikipedia.org/wiki/Dr._Bonhams_Case.

133) William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1st ed.: 『의회가 적극적으로 어떠한 비합리적인 일에 대해 이루어져야 하는 것으로 입법을 한다고

획득하는 데 있어서 계기가 된 *Marbury v. Madison* 사건판결에서는 *Dr. Bonham's Case*를 직접 언급하지는 아니하기 때문에, *Dr. Bonham's Case*가 *Marbury v. Madison* 사건판결에 영향을 미쳤다는 데 대해서는 의문을 제기할 수도 있다. 그러나 미국연방재판소 Chief Justice Burger가 *Marbury v. Madison* 사건판결은 「영국의 법사상에 뿌리내리고 있다(*roots in English legal thought*)」고 말하였던 것¹³⁴⁾을 기억할 필요가 있다. 미국연방대법원의 *Marbury v. Madison* 사건판결은 미국연방대법원이 위헌법률심사를 할 수 있다는 어떠한 시사도 엿보이지 아니하는 연방헌법 하에서 『강조하건데, 무엇이 법(*law*)인가를 밝히는 것은 사법부의 영역이며 의무에 속한다. …… 두 개의 법이 서로 충돌하는 경우에 법원은 충돌하는 법들의 유효범위에 대해 결정하여야 한다. 그리하여 어떠한 법이 헌법과 불일치하며 그러한 법과 헌법이 모두 특정한 사건에 적용되는 경우에는 법원은 헌법을 무시하고 법에 순응하여 사건을 해결할 것인지 그와 달리 법을 무시하고 헌법에 순응하여 사건을 해결할 것인지를 결정하여야 한다. 이러한 법리는 사법적 의무의 본질(*essence*)에 해당한다.』는 논거 하에 위헌법률심사를 「재판에 필요한 본질」로 보았던 것이고,¹³⁵⁾ 따라서 미국에서의 위헌법률심

하더라도 본인으로서 그러한 것을 통제할 수 있는 어떠한 권한(*power*)도 알지 못한다.; 그리고 이러한 의미의 지배(*rule*)를 지지하는 것으로 주장하고 있는 예들의 어느 것도 제정법의 주된 목적이 비합리적인 경우에 법관들이 그 제정법을 거부할 수 있는 자유를 증명하지 못하고 있다.; 법관들이 제정법을 거부할 수 있다는 것은 사법적 권한을 입법적 권한 위에 놓는 것이고, 이는 정부의 전복에 해당할 것이다.』 Theodore F.T. Plucknett, “*Bonham's Case and Judicial Review*”. in Boyer, Allen D. *Law, Liberty, and Parliament: Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, 2004, p. 176. ‘*Dr. Bonham's Case*’ in Wikipedia(각주 132))에서 재인용.

134) Chief Justice Burger, ‘*The Doctrine of Judicial Review*’ *Current Legal Problems*, vol. 25, 1972, p. 6. Syed Kemal Bokhary, *The Rule of Law in an Evolving Democracy*, *Canterbury Law Review* vol 16, 2010, 225-242, at p.235에서 재인용.

135) 정연주, *헌법연구*, 법영사, 2014, 689쪽(「38. *Mabury v. Madison* 판결의 재조명, 683-699쪽」)

사는 Dr. Bonham's Case의 영향 하에 비성문헌법적 토대 위에서 출발을 하였던 것이다.

우리나라에서 위헌법률심사는 제헌헌법의 제정 전부터 이루어졌다. 의용민법 제14조에서는 일정한 행위를 함에 있어서는 부(夫)의 허가를 얻도록 규정하고 있었는데, 대법원 1947. 9. 2. 선고 1947민상88 판결에서는 아직 대한민국정부가 수립되지 아니하였고 따라서 성문헌법이 존재하지 아니한 상황에서 「남녀평등을 부인하던 구 제도로서 그 차별을 가장 현저히 한 민법 제14조는 우리 사회상태에 부합치 아니하므로 그 적용에 있어서 적당한 변경을 가할 것은 자연의 사태이다. 자(玆)에 본원은 사회의 진전과 법률의 해석을 조정함에 의하여 비로소 심판의 타당을 논할 수 있음에 감(鑑)하여 동조에 의한 처의 능력제한을 인정치 아니하는 바이다.」 라는 논거로 동조를 무효화하였다. 「사실상」의 위헌법률심사를 행한 것으로 볼 수 있다.¹³⁶⁾ 대법원의 이러한 위헌법률심사는 비성문헌법적 논거에 의한 것이며, 그러한 논거에 의해 비성문헌법의 존재가 확인되는 계기가 되었다.

3. 관습헌법에 대한 성문헌법과 대등한 효력의 확인

한 국가의 최고법원이 위헌법률심사권한을 확보한 과정을 보면 위헌법률심사제도는 성문헌법적 구조에서 출발한 것이 아니라 비성문헌법적 구조에서 출발하였다는 것을 알 수 있다. 그리고 비성문헌법적 구조에서 출발하였던 위헌법률심사제도가 그와 같은 심사와 그 심사 과정에서의 해석을 통

136) 박찬주, 법형성학, 제2권, 조선대학교출판부, 2011, 29쪽. 아울러 홍진기, '사법재판소의 법률심사', 법학의 제 문제, 유민 홍진기선생 화갑기념 논문집, 중앙일보·동양방송, 1977, 466-468쪽 참조. (法政 제2권 제11호 (1947. 11.)에 실린 논문이다.)

해 국가가 수립한 성문헌법의 틀과 방향 등을 사실상 결정하는 단계로 나아가고 있다. 여기에서 성문헌법 하에서도 비성문헌법이 양립할 수 있다는 발상이 떠오르는 것은 어쩔 수 없다.¹³⁷⁾ 헌법재판소의 신행정수도건설에관한특별조치법에 대한 위헌결정에서는 관습헌법에 대하여 성문헌법과 대등한 효력을 확인하고 있는데, 동 위헌결정 전의 성문헌법국가를 보면 상황에 크게 미치지 못한다고 할 수 있다. 헌법재판소가 말하는 헌법제정 당시부터 자명하거나 전제된 사항 및 보편적 헌법원리에 해당하는 것들은 「비성문헌법」 내지 「관습헌법」으로서 존재하고 있었다고 보는 것이 타당하고 헌법제정에도 불구하고 명문규정으로 편입되지 아니한 것들이 있다면 여전히 「비성문헌법」 내지 「관습헌법」으로 남아 있는지를 따져보아야 할 것이

137) 정태호, ‘성문헌법국가에서의 불문헌법규범과 관습헌법’, 경희법학 제45권 제3호, 경희대학교법학연구소, 2010, 304-305쪽: 『이처럼 헌법에 직접 명시되어 있지 아니하지만 헌법에 명시되어 있는 규범과 같은 효력을 발휘하는 헌법규범들이 존재하고, 이를 지칭하기 위하여 성문헌법국가에서도 불문헌법(규범)(각주 10)이라는 용어가 사용된다.(각주 11)』 관련된 각주 10)에서는 「물론 불문헌법의 개념이 명확한 것도 그에 대한 견해가 일치되고 있는 것도 아니다. 불문헌법의 개념과 관련한 논의의 역사적 전개 대해서 상세한 것은 무엇보다도 H. A. Wolff, *Ungeschriebenes Recht unter dem Grundgesetz*, 2000 참조」, 각주 11)에서는 「명시적으로 이를 언급하고 있는 대표적인 독일 판례로는 BVerfGE 2, 380 (403): “헌법은 성문헌법의 개별규정들로만 구성되어 있는 것이 아니라 이 개별규정들을 결합시키는, 이들을 내적으로 묶어주는 일반원칙, 지도이념들로도 구성되어 있다는 점을 고려하여야 한다. 헌법제정자는, 이 일반원칙이나 지도이념들이 입헌시 출발점이 된 헌법 이전부터 존재하는 전체적 형상을 각인해 왔기 때문에, 그것들을 하나의 특별한 법규로 구체화하지 않은 것이다.” 그밖에도 BVerfGE 10, 354 (363); 52, 131 (144).」 라는 설명을 가하고 있다.

* 관습헌법이 성문헌법과 대등한 효력을 가짐으로써 관습헌법과 성문헌법이 서로 충돌하는 내용인 경우에 신법우선의 원칙이 되어야 한다는 문제가 발생한다. 김선택, ‘형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판-위헌적 헌법규범의 성립가능성과 사법심사가능성에 관하여-’, 법학논집 32집, 고려대학교 법과대학 법학연구소, 1996, 346쪽. 다만 본문의 뒤에서 언급하듯이 관습헌법의 성립대상에 대해 헌법재판소는 「법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다」고 제한하기 때문에 그 가능성은 무척 좁다고 할 수 있다.

다.¹³⁸⁾ 한편 「정의」나 「자유」, 「존엄」와 같은 개념은 자연법 내지 자연권과 밀접한 개념이기 때문에 비성문헌법 내지 관습헌법과 어렵지 않게 결합될 수 있다. 어쨌든 「이 헌법 중에서 특정한 권리를 열거하는 것이 국민이 보유하고 있는 다른 권리들을 부인하거나 제한하는 것으로 해석해서는 아니 된다(The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.)」라고 규정하는 미국연방수정헌법 제9조와 관련하여 프라이버시권(right to privacy)을 확립한 *Griswold v. Connecticut* 사건판결¹³⁹⁾은 성문헌법인 미국연방헌법 하에서 비성문헌법이 존재할 수 있느냐 라는 논의에 단초를 제기하고 있다.¹⁴⁰⁾ 그리고 연방제도 유지를 위한 제도적 장치를 위해 「부가적 권한이론」을 고안한 미국연방대법원의 *McCulloch v. Maryland* 사건판결¹⁴¹⁾의 법

138) 신행정수도의건설을위한특별조치법에 대한 위헌결정(2004헌마554): 「성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다. 특히 헌법제정 당시 자명하거나 전제된 사항 및 보편적 헌법원리와 같은 것은 반드시 명문의 규정을 두지 아니하는 경우도 있다.」

139) 381 U.S. 479 (1965). 다수의견을 대표하는 Justice Douglas는 *Poe v. Ullman* 사건판결([1961] USSC 144; 367 U.S. 497)에서의 반대의견(Justice Harlan)을 참고로 하여 「권리장전(Bills of Right)의 구체적 보장들은 그러한 보장들에 대해 생명과 실체를 부여하는 것을 돕는 그러한 보장들로부터 방사된 것들에 의해 형성된 모호한 경계부분(반음영상태)(penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance)을 가지고 있다」고 실시하고 있다.

140) 안경환, 「미국연방헌법 수정 제9조의 의미」, 박영사, 2014, 711-733쪽, 특히 728-730쪽 (「미국헌법의 이해」에 수록되어 있다). 미국헌법학계에서는 비성문헌법에 대한 부정설이 다수인 것 같으나, 중요한 것은 어느 입장이 다수인가 라는 점은 중요하지 않다. 우리나라에서도 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554·566 결정에도 불구하고 비판론이 다수인 것을 상기할 필요가 있다. 수정헌법 제9조에 국한하지 아니하는 논의에 관하여는, Ernest A. Young, 'Constitution Outside the Constitution', *The Yale Law Journal* 117, 2007, pp. 408-473 참조.

141) 17 U.S. 316 (1819)

리는 독일에서도 차용되고 있다. 독일연방기본법에서는 연방의 권한을 열거하고 열거되지 아니한 권한은 지방의 권한에 속한다는 형식을 취하고 있기 때문이다(기본법 제70조, 제83조 및 제92조 참조). 이와 관련한 논의는 「불문(不文)의 연방권한의 존재 여부」¹⁴²⁾의 형식으로 논의되어오고 있었는데, 학자들에 의해 「어떤 권한을 명시적이지는 않지만 묵시적으로 부여하고 있는 경우-물론 이 경우 실제로 ‘불문(不文)의’ 권한이 문제되는 것은 극히 한정되어 있지만-에는 이것이 가능하다고 생각된다. 그러나 이러한 사태를 표현하는 데는 미국헌법의 ‘묵시적 권한(implied powers)’이라는 용어가 훨씬 적절하다.»¹⁴³⁾고 설명되고 있다.

헌법재판소는 신행정수도의건설을위한특별조치법에 대한 위헌결정에서 「국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있다. …… 관습에 의한 헌법적 규범의 생성은 국민주권이 행사되는 한 측면이다. 국민주권의 또는 민주주의는 성문이든 관습이든 실정법 전체의 정립에의 국민의 참

142) 계희열 역, 통일독일헌법원론, 각주 4), 150쪽(본문의 인용에 뒤이어 다음과 같은 설명이 이어지고): 『연방헌법재판소가 불문의 연방권한의 존재를 기본법의 헌법적 질서에 대해서도 인정한 것은 당연하다. 이것은 ‘연방에 배정된 사항이 묵시적으로 배정되어 있지 않은 다른 사항을 동시에 규율하지 않고서는 남득할 수 있게 규율될 수 없는 경우, 따라서 명시적으로 배정되지 않는 사항에 간섭하는 것이 연방헌법에 배정된 사항을 규율하는 데 있어서 불가결한 전제가 되는 경우’에 인정된다(원주 21)의 일부: BVerfGE 3, 407 (421)). 나아가 ‘부수적 권한’-이는 사항관련에 의한 특수사례-의 경우도 마찬가지이다. 연방헌법재판소는 이 부수적 권한을, 그 자체 연방입법에 속하지 않은 사항이 통일적이고 독자적인 사항은 아니지만, 연방의 권한에 속하는 사항의 하나의 필연적인 관련을 가지며 따라서 그 사항 분야의 부수물(Annex)로 간주될 수 있는 경우에 인정되고 있다(원주 22)의 일부: BVerfGE 8, 143 (148ff.)). 그러나 이러한 연방권한은 매우 엄격하게 해석되고 있고, 또한 그 밖의 경우도 연방국가적 권한분배를 지방의 자주성을 분명히 강조하는 취지로 해석하는 재판소의 경향을 볼 수 있다(원주 23)은 생략.』

143) 계희열 역, 통일독일헌법원론, 각주 4), 149쪽 para. 236.

여를 요구한다고 할 것이며, 국민에 의하여 정립된 관습헌법은 입법권자를 구속하며 헌법으로서의 효력을 가진다.」¹⁴⁴⁾고 선언하고 있다. 그리고 나아가 관습헌법의 형성대상과 관련하여 『관습헌법이 성립하기 위하여서는 먼저 관습이 성립하는 사항이 단지 법률로 정할 사항이 아니라 반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항이 되어야 한다. 일반적으로 실질적인 헌법사항이라고 함은 널리 국가의 조직에 관한 사항이나 국가기관의 권한 구성에 관한 사항 혹은 개인의 국가권력에 대한 지위를 포함하여 말하지만, 관습헌법은 이와 같은 일반적인 헌법사항에 해당하는 내용 중에서도 특히 국가의 기본적이고 핵심적인 사항으로서 ‘법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항’을 대상으로 한다.』¹⁴⁵⁾고 실시하고 있다. 관습헌법에 성문헌법과 대등한 효력이 인정되기 때문에 관습법의 폐지는 헌법개정절차를 따라야 한다.¹⁴⁶⁾

실시 중에서 흔히 간과되는 부분은 「법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다」는 부분이다. 이 부분은 약간의 오독을 가져오는 단점을 가지지만, 의미를 가지는 관습헌법이 왜 「법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다」는 내용으로 압축되는가 라는 점에 주의를 환기시키고 있다. 압축부분은 관습헌법은 「관습헌법은 …… 특히 국가의 기본적이고 핵심적 사항으로서 법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다」는 명제의 부분집합에 해당한다. 관습헌법을 온전한 명제와 관련하여 읽을 때 온전한 명제가 「특히 국가의 기본적이고 핵심적 사항」에 관한 관습헌법의 성립을 배제하는 것은 아니라는 점을 명심하여야 한다. 「어느 사항이 법률에 의하여 규율하

144) 다수의견 4. 다. (1) (나)

145) 다수의견 4. 다. (1) (다)

146) 다수의견 4. 다. (4) (가)

는 것이 적합하지 아니하다」라는 명제의 술어부분 「적합하지 아니하다」에는 두 가지 경우가 포함된다.

하나는 어떠한 사항을 규율하는 법률에는 다양한 형태의 법률이 존재하고 그러한 다양한 법률에 관하여 공통적으로 적용될 수 있는 법리를 도출하는 것이 가능하지만 그 법리를 입법화 하는 것이 입법형식의 관점에서 어려울 뿐 아니라, 입법화가 가능하더라도 도출한 개별 법리에 대한 개정이나 폐지가 그 법리의 정신과는 무관하거나 그 법리를 훼손하는 것도 아닌 경우이다. 어쨌든 그 법리가 국가의 기본적이고 핵심적인 사항과 관계되기 때문에 관습헌법으로 고양하는 것이 반드시 불가능하지는 아닐 것이다.¹⁴⁷⁾ 이러한 사정 하에서 그 법리가 입헌화가 아닌 입법화에 그친다고 하더라도 도출한 개별 법리에 대한 개정이나 폐지가 그 법리의 정신과는 무관하거나 그 법리를 훼손하는 것이 아니기 때문에, 관습헌법에 해당하는 사항을 성문헌법 형식으로 입헌화를 하지 아니하고 헌법의 하위단계인 법률에서 입법화 하였다는 논거로 입법에 대한 위헌성을 문제삼는다고 하더라도 소의 이익은 존재하지 아니한다. 이러한 사정으로 뒤의 논의에서는 이 경우는 제외할 수밖에 없다.

다른 하나는 입법 자체는 용이할 수 있지만 입법화로 인한 파생결과가 국가의 정체성을 훼손하기 때문에 관습헌법의 형성주체인 헌법제정권력의 관점에서 수용하기 어려운 경우이다. 관습헌법은 「법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다」는 설시는 이 경우를 정조준

147) 필자는 박찬주, ‘헌법부칙 제5조에 대한 재론’, 저스티스 통권 156호, 한국법학원, 2016, 26쪽에서는 유신헌법 및 제5공화국헌법과 관련하여 제정된 비대의입법(非代議立法)이 비대의입법임을 이유로 위헌성을 문제삼을 수 있는 시기가 도래하였음에도 불구하고 비대의입법이 위헌임을 이유로 폐지하지 아니한 채 일부조항에 대해서 개정하는 경우와 관련하여 이를 대의입법과 동일한 것으로 받아들여기로 하는 관습헌법(Verfassungsgewohnheitsrecht)의 형성 내지 헌법변천(Verfassungswandelung)이 이루어진 것으로 볼 여지가 충분하다고 논하고 있다.

하고 있다. 신행정수도의건설을위한특별조치법에 대한 위헌결정에서 소수의견(재판관 전효숙)은 「관습헌법이란 실질적 의미의 헌법사항이 관습으로 규율되고 있다는 것을 뜻할 뿐이며, 관습헌법이라고 해서 성문헌법과 똑같은 효력이 인정된다고 볼 근거가 없다. …… 관습헌법의 변경은 헌법의 개정에 속하지 않으며 헌법이 마련한 대의민주주의 절차인 법률의 제정, 개정을 통하여 다루어질 수 있다.」¹⁴⁸⁾고 논하는 한편, 나아가 「“법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항”은 선형적으로 정해지는 것이 아니며, 어떤 증명된 명제로부터 논리적으로 도출되는 것도 아니다. “법률로 규율하기 부적합한 사항”이라는 것도 헌법논리상 어떤 기준점을 찾기 어렵다. 법률로 규율할 사항이라도 헌법에 규정되어 있으면 헌법적 효력을 가지는 것이며, 헌법에 규정될만한 사항이라도 법률에 규정되어 있다고 해서 잘못이라고 할 수 없다.」고 주장하고 있다. 동 주장 가운데 「선형적으로 정해지는 것」이라는 부분은 맞는 주장이라고 할 수 있어도, 밑줄 친 부분은 동 법률에 위헌문제가 제기되고 위헌결정을 받는 한에 있어서는 「잘못이다.」 이러한 주장은 일종의 「순환논증의 오류(circulus in probando: fallacy of begging the question)」를 범하고 있다. 그리고 그와 같은 설명으로는 관습헌법은 「법률에 의하여 규율하는 것이 적함하지 아니한 사항을 대상으로 한다」는 부분에 대한 적합한 설명을 제공하지 못한다. 사실 관습헌법이 존재한다고 가정하고 그 관습헌법이 법률에서 규율하는 단계에 이르는 경우에는 그 규율이 관습헌법의 대상이었다는 점은 우리의 인식권 밖으로 사라지고 만다. 위헌문제가 제기될 여지가 없기 때문이다. 동 사건에서 관습헌법의 대상으로 논의되었던 것으로는 「서울」이 우리나라의 「수도」에 해당하느냐 라는 것 이외에도 「국명을 정하는 것」, 「우리말을 국어로 하고 우리글을 한글로 하는 것」, 「영토를 획정하고

148) 소수의견 7. 가. (4)

국가주권의 소재를 밝히는 것」 등, 소위 국가의 「정체성」에 관한 것들이 논의되고 있다. 그 중 「우리말을 국어로 하고 우리글을 한글로 하는 것」을 예로 드는 경우에, 이를 「관습헌법」의 영역으로 보지 아니하거나 관습헌법의 영역에 포함한다고 하더라도 단순히 「법률」로써 개정 내지 폐지할 수 있다고 한다면 국회는 헌법제정권력과는 무관하게 「우리말을 국어로 삼지 아니하고 우리글을 한글로 하지 아니하고」 경우에 따라서는 「중국어」를 국어로 삼고 한자를 우리 글자로 삼는 것」도 가능하게 된다. 이를 「법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상」으로 하는 관습헌법으로 삼는 것은 그러한 내용의 법률의 제정을 봉쇄함으로써 「우리말을 국어로 하고 우리글을 한글로 하는 것」을 내용으로 하는 관습헌법을 유지하기 위한 것이다. 학자¹⁴⁹⁾에 따라서는 『어떤 헌법해석의 결과가 명문의 헌법과 같은 구조를 가지려면 명문의 헌법규범이 가지는 ‘경성’도 함께 공유하여야 한다. 그러므로 헌법 자체에서 불가피하게 추론될 수 있는 것에만 불문헌법규범의 지위가 주어진다고 보아야 한다.¹⁵⁰⁾ 그렇기 때문에 불문헌법규

149) 정태호, ‘성문헌법국가에서의 불문헌법규범과 관습헌법’, 각주 137), 307-308쪽

150) 정태호, ‘성문헌법국가에서의 불문헌법규범과 관습헌법’, 각주 137), 307쪽에서는 「불문헌법규범의 성문헌법 연계성. *Konnexität des ungeschriebenen Verfassungsrechts zum geschriebenen Verfassungsrecht*」이라고 부르면서, 각주 18)에서는 『독일학계의 지배설. 가령 R. Smend: “성문헌법의 이면”에 있다; S. Koriath: 불문헌법은 성문법의 추상적인 발전; N. Achterberg: 성문법내의 “준거”; C. Tomuschat; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., 1995, Rn 34 및 이 책의 한국어 번역판인 계획열 역, 「독일헌법원론」, 2001, 단락번호 34 ‘불문의 헌법규범들은 성문헌법을 보충하고 또 그렇기 때문에 성문헌법의 규정이나 원칙들에 담긴 의미를 발현시키고, 그것을 완전하게 하거나 발전적으로 형성할 수 있을 뿐이며 그리고 그것과 합치하는 범위 안에서만 성립하고 또 존속할 수 있다.’; H. A. Wolff. (소개 전거들은 생략)』라는 설명이 가해지고 있다.

* 김상겸, ‘의회 자율권과 사법-독일의 경우를 중심으로-’, 헌법학연구 제9권 제2호, 한국헌법학회, 2003, 108-109쪽: 「의회자율권」과 관련하여 「기본법은 의회의 구성원들의 정치적 권한에 관하여 명시적인 규정을 갖고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 권한에 대하여 인정한다면 그것은 불문의 조직권한을 인정하는 결과이기

범은 성문헌법과는 다른 독자적인 헌법의 법원(法源)이 아니다.』라고 논하는데, 논하는 부분 가운데 「함께 공유」하여야 한다는 「경성」은 심히 생경한 용어이다. 「경성」이라는 용어가 헌법의 종류를 가르는 한 방법인 「연성」과 대비되는 개념이라면, 「법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다」는 취지를 전혀 수용하지 못하는 것으로서 헌법재판소의 입장과는 어울리지 아니한다. 「법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 한다」는 명제는 「헌법 자체에서 불가피하게 추론될 수 있는」 명제에는 해당하지 아니한다.

4. 다수결원칙의 확립

제3공화국헌법 제102조 제1항에서 「법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다」고 규정할 뿐, 대법원이 위헌선언을 함에 있어서 필요한 정족수를 별도로 규정하지 아니하고 있었다. 1970. 8. 9. 개정 법률 제2222호로 개정되기 전의 구 법원조직법 제59조 제1항에서 마찬가지로 「합의심판은 헌법 및 법률에 다른 규정이 없으면 과반수로써 결정한다」고 규정하고 있었는데, 같은 항이 개정되면서 「다만, 대법원이 제7조 제1항 제1호의 규정에 의한 합의심판을 하는 때에는 대법원판사전원의 3분의 2이상의 출석과 출석인원 3분의 2이상의 찬성으로 결정한다」라는 단서가 추가되었는데 대법원에 의해 위헌선언되었다. 『이 합의정족수는 삼권분립 제도를 채택한 헌법의 근본정신으로 보나, 이 합의정족수를 제한하는 경우에는 반드시 헌법자체에서 규

때문에 논란의 여지가 있다. 이 문제에 대해서는 지금까지 독일의 학계에서나 사법 판결의 대상이 된 적이 없다. 기본법 하에서 명시적 규정이 없는 권한에 대한 문제는 전통적으로 불문의 입법권과 행정권의 문제와 관계에서 논의되었다. 이러한 권한은 헌법에 내재하는 권한 내지 관습헌법적 권한(Verfassungsgewohnheitsrechtliche Kompetenz)이라고 하였다.」

정하여온 경위에 비추어 일반법률로써는 제한할 수 없다고 보아야 할 것이고, 특히 법원의 위헌심사권은 사법권에 의하여 입법부가 제정한 헌법에 위반된 법률의 적용을 거부함으로써 위헌입법을 억제하여 헌법을 수호하고 사법권과 입법권이 균형을 갖도록 하자는 것이므로 헌법의 근거 없이 법원의 위헌심사권을 제한할 수 없다 할 것이다.¹⁵¹⁾ 동 판결을 통해 절대다수결원칙은 특별한 사정이 없는 한 위에서 비성문헌법 내지 관습헌법의 하나로써 자리매김할 수 있는 토대가 마련되었다고 할 수 있다.

이 판결에는 큰 아이러니가 존재한다. 당시 위헌 여부가 문제된 법률은 구 국가배상법 제2조 제1항(1967. 3. 3. 법률 제1899호)으로, 당시 평결에는 대법원판사 전원이 출석하였고 평결 결과 위헌이라는 의견이 과반수이었으나 출석인원 3분의 2에는 미달되었다. 그리하여 다시 구 법원조직법 제59조 제1항의 위헌이 문제되었고, 평결에서 출석인원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어, 먼저 동법 제59조 제1항이 위헌선언되고 이어 구 국가배상법 제2조 제1항이 위헌선언되었다. 따라서 당시 위헌의견이 출석인원 3분의 2 이상이 되지 못하였다면 구 법원조직법 규정은 합헌으로 처리될 수밖에 없었을 것이다. 여기에서 우리는 대법원판결에서 시사하는 바를 도출할 필요가 있다. 필자가 도출하고자 하는 점은 법원, 특히 대법원은 국회와 대등한 헌법상의 기관이기 때문에 헌법이 법원에 수여하고자 하는 권한은 그 후의 헌법개정을 통해 제한이 이루어지기까지는 온전하게 유지되어야 하며 법률로써 제한되어서는 아니 된다는 점이다. 헌법상의 권한의 온전한 유지는 비단 대법원뿐 아니고 헌법기관인 국회에도 마찬가지이다. 국회는 총선거를 통해 국회가 새로 구성된 경우에는 새로 구성된 국회는 헌법에서 규정하는 권한을 온전한 형태로 행사할 수 있는 지위에 있다. 따라서 선행국회가 국회의 권한행사를 제한하는 법률을 제정하였고 동 법률을 제정한 국회

151) 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 전원합의체판결

가 동 법률에 구속되는 것은 어쩔 수 없다고 하더라도 그 법률이 후계국회의 권한행사를 제한하는 것은 헌법이 예정하지 아니하는 것으로서 위헌성을 지닌다. 여기에서 작동이 요구되는 법언이 「의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다(Parliament cannot bind its successors)」라는 법언¹⁵²⁾으로 표현된다.¹⁵³⁾ 소위 국회선진화법이라고 불리는 가중정족수에 관한 국회법 제

152) 동 법언은 AV Dicey의 「법의 지배(rule of law)」이론에서 형성된 종속원칙들 가운데 하나이다. 다만 영국에서는 「다수결원칙」이 확고하게 자리 잡고 있고 가중정족수에 의한 원칙의 변경은 예상할 수 없는 변경에 해당하기 때문에 통상적으로 「국회는 법률을 제정하면서 동 법률에 대해 장래의 국회에 의한 변경 또는 번복을 금지하는」 것으로 할 수 없다는 형태로 논의되었다. 일부 학자와 법관들은, 입법부는 법적 규칙들을 통해 구성되며 규제되어야 하기 때문에 의회는 자신에 대해 절차적 (또는 ‘방법과 형식(manner and form)’) 제한을 가할 수 있다고 주장하면서, 의회는 자신을 구속할 수 없다는 전통적 견해에 의문을 가져왔다. W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (London: University of London Press, 1st ed., 1933); R.T.E. Latham, *The Law and the Commonwealth* (Oxford, Oxford University Press, 1949); Geoffrey Marshall, *Constitutional Theory* (Oxford, Oxford University Press, 1971); Jackson v. Attorney General, [2005] UKHL 56 at [81] per Lord Steyn; Harris v. Minister of the Interior, 1952 (2) SA 428(A). 위 설명에서 밑줄 친 부분을 제외한 설명과 그에 대한 전거는, ‘Parliamentary sovereignty’ in Wikipedia에 의함. 필자는 「의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다(Parliament cannot bind its successors)」에 대한 상론 및 우리 국회선진화법의 위헌성에 대해 시사하는 점을 중심으로 별고를 준비하고 있다. 그리하여 더 이상의 상론은 피한다.

153) 이러한 점에서 입법권이나 사법권의 절차적 권한행사를 제한하는 법률 자체의 위헌성이 문제되는 경우에 그 위헌성을 바로잡지 않는다면 이는 그러한 법률에 대해 준헌법(quasi-constitution law)의 지위를 인정하는 것이 된다. 여기에서 단순다수결의 법리에 의해 위헌성을 바로잡아야 한다는 당위성이 제기된다. 상원에서의 토론종결에 관한 가중다수결 요건과 관련하여 McGinnis and Michael B. Rappaport, ‘The rights of legislators and the wrongs of interpretation: A Further defense of the constitutionality of legislative supermajority rules’, 47 *Duke Law Journal* 327, 1997, p. 344에서 토론종결에 관한 가중다수결의 적용을 받지 아니하고 단순다수결에 의한 개정이 가능하다고 보고 있으며, Mini Marziani, *Filibuster Abuse*, Brennan Center for Justice (New York University School of Law), 2010, p. 16에서는 『요약하면 다수결이 새로운 회기가 시작할 때 상원규칙 Rule XXII를 변경할 수 없는 한, 현행 규칙은 위헌이다』라고 주장하고 있다. 의

85조 제1항, 제85조의2 제1항의 위헌성이 문제되는 이유는 여기에 있다.¹⁵⁴⁾ 이런 점에서 대법원판결은 절대다수결원칙에 대해 특별한 사정이 없는 한 비성문헌법 내지 관습헌법의 하나로서 자리매김할 수 있는 토대를 마련하였다고 할 수 있다. 현재 1994. 6. 30. 92헌바23 결정에서의 다수의 견은 과반수평결의 원칙은 「재판관이 재판을 함에 있어서 과반수으로써 재판하여야 함은 재판의 기본원칙이다」라고 실시하면서 위 대법원판결을 참고 판례로 인용하고 있는바,¹⁵⁵⁾ 헌법재판소가 이러한 사정까지 염두에 두었는지는 알 수 없지만,¹⁵⁶⁾ 확립되어가던 다수결원칙에 큰 제동을 가하는 것이

회가 총선을 거쳐 새로 구성되는 경우에 새로 구성된 각 의회는 헌법에서 예정하는 모든 권한을 헌법에서 규정하는 제한 이외에는 완전한 형태로 가진다는 것은 「의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다(Parliament cannot bind its successors)」라는 법언으로 요약된다. 그리하여 상원규칙 Rule XXII에서 토론종결을 위해서는 60%의 가중다수결을 요하도록 규정하더라도 새로 구성된 의회는 토론종결에 있어서 그와 같은 제한을 받지 아니한 채 가중다수결 조항을 단순과반수로 개정할 수 있다는 취지이다. 상원규칙 Rule XXII는 우리 국회선진화법 제 106조의2에서의 60% 가중다수결의 원형이다.

154) 현재 2016. 5. 26. 2015헌라1 결정(국회의원과 국회의장등 간의 권한쟁의사건)에서는 「법률의 제·개정 행위를 다루는 권한쟁의심판의 경우에는 국회가 피청구인적격을 가지므로, 청구인들이 국회의장 및 기재위 위원장에 대하여 제기한 이 사건 국회법 개정행위에 대한 심판청구는 피청구인적격이 없는 자를 상대로 한 청구로서 부적법하다」는 이유로 각하하였다.

155) 현재 1994. 6. 30. 92헌바23 결정

156) 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호(종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 경우)를 강조하는 한 동호가 헌법재판소에 의해 위헌결정이 되기 위해서는 동 규정에 의한 6인 이상 찬성이라는 가중다수결이 요구된다. 이는 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 판결에서의 위헌선언 과정을 되풀이하는 것이고, 그렇다면 동 대법원판결은 헌법재판소가 「재판관이 재판을 함에 있어서 과반수으로써 재판하여야 함은 재판의 기본원칙」이라는 명제에 대한 참고선례로 인용할 가치는 거의 없다. 따라서 동 규정이 위헌인지 여부를 다루는데 있어서는 헌법재판관 6인 이상의 가중다수결에 의해 결정할 것이 아니라, 대법원이 선언한 법리는 관습헌법임을 이유로 상위법적용의 원칙(*lex superior derogat legi inferiori*)에 따라 단순다수결에 의해 위헌선언을 하는 것이 정도(正道)이다. 그럼에도 헌법재판소 92헌바23 결정에서 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 판결을 참조판례로 인용한 후 바로 이어서 「헌법의 위 규정에 따른 헌법재

라고 할 수 있다. 어쨌든 대법원에 의한 다수결원칙의 확립은 헌법학적으로 유례를 찾기 어려운 「바람직한」 결정이다.

5. 위헌법률에 대한 소급효 규정의 사실상 무력화

위헌결정을 받은 법률이나 법률조항은 결정이 있는 날로부터 법률로서의 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제2항). 동 규정에 대해 헌법재판소는 동 조항을 합헌이라고 보면서도 개시자혜택을 부여하고 병행사건(Parallelfälle)에도 확장하는 방법을 통해 소급효를 부여하는 것을 모두 수용하였다.¹⁵⁷⁾ 그러면 왜 헌법재판소는 헌법재판소법 제47조 제2항에 대해 합헌성을 유지하면서도 「사실상」 무력화시켰는가. 헌법재판소의 입장은 다음 설시로 요약된다.: 『헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책의 문제인 것으로 보인다. 다시 말하면 위헌결정에 소급효를 인정할 것인가를 정함에 있어 ‘법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙’과 ‘개별적 사건에 있어서의 정의 내지 평등의 원칙’이라는 서로 상충되는 두 가지 원칙이 대립하게 되는데, 개별적 사건에서의 정의

판소법 제23조 제2항 단서의 규정상 6인 이상의 찬성을 필요로 하는 경우 이외의 사항에 관한 재판에 있어서는 원래의 재판원칙대로 재판관 과반수의 찬성으로 결정되어야 하는 것이고 그에 대하여서는 이론의 여지가 있을 수 없는 것이다(헌법재판소 제23조 제2항 본문 및 법원조직법 제66조 제1항 참조)」이라고 실시하여 간접적이지만 「합헌규정」으로 보는 것은 유감이다. 헌법재판소법 제23조 제2항 제2호의 위헌성에 대하여는, 박찬주, ‘헌법재판과 정족수’, 외법논집 제34권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010, 47-49쪽; 박찬주, 법형성학 제2관, 각주 131), 564-565쪽 참조.

157) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24 · 50 결정

내지 평등의 원칙이 헌법상의 원칙임은 물론 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙도 법치주의의 본질적 구성요소로서 수호되어야 할 헌법적 가치이므로, 이 중 어느 원칙을 더 중요시 할 것인가에 관하여는 법의 연혁·성질·보호법의 등을 고려하여 입법자가 자유롭게 선택할 수 있도록 일임된 사항으로 보여진다.』 이와 같이 「입법정책의 문제」라는 구실 하에 헌법재판소의 명문규정을 사실상 무력화한 것은 우리 헌법재판소의 입장이 비성문국가 내지 관례법국가로 이행한다는 것을 상징하고 있다.

6. 소결: 재판에 있어서의 부가적 권한이란 무엇인가

앞에서 본 선례들을 살펴보는 경우에 헌법재판소와 대법원의 재판에 관한 주요한 권한은 성문헌법이 존재하지 아니한 상태에서도 목적론적 해결을 위해 비성문헌법적 권한을 동원하였고, 그 권한행사를 통한 해결은 나름대로 가치를 인정받아오고 있다. 관습헌법에 대해서는 논란이 많았던 것은, 논란의 발단이 된 신행정수도의건설을위한특별조치법이 행정수도를 특정지역으로 이전한다는 지역적 문제와 결합하여 「서울」=「수도」라는 등식을 파괴할 필요성이 중첩되었던 것은 아닌지,¹⁵⁸⁾ 그리고 부정적 학설이 강력한 독일헌법학의 영향을 받은 것이 아니었는지,¹⁵⁹⁾ 필자는 강하게 의심하고 있다. 앞서 지적하듯 관습헌법의 내용이 「서울」=「수도」라는 등식에 관한 것이 아니라 예를 들어 「우리말을 국어로 하고 우리글을 한글로 하는 것」을 관습헌법으로 볼 것이냐 라는 점이 문제되었고 위헌결정에서 헌법재판소가 방점을 가하고 있는 「법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니

158) 2010년 중반까지의 관습헌법에 대한 비판적 견해에 대해서는, 정태호, ‘성문헌법국가에서의 불문헌법규범과 관습헌법’, 각주 137), 300-301쪽의 각주 3) 계기문헌 참조.

159) 관습헌법을 논의한 독일의 문헌에 대해서는, 정태호, ‘성문헌법국가에서의 불문헌법규범과 관습헌법’, 각주 137), 301쪽의 각주 4) 참조.

한 사항을 대상으로 한다」는 설시로 쟁점이 이동되었을 경우에는 지금과는 분위기가 크게 달라졌을 것이다.

헌법재판소가 위헌정당해산결정을 하면서 부수적으로 의원직상실결정을 하는 것은 앞서 설명한 선례들과 비교할 때 헌법재판소의 월권이라고 볼 정도는 아니다. 위헌정당해산결정에 부수하는 결정이었을 뿐이고 논리적 구조가 의원직상실이 정당해산심판제도의 본질적 효력이라는 것을 전제로 하고 있을 뿐, 앞서 살펴보았던 4가지 유형에 비해 비성문헌법 내지 관습헌법에 의존하여 자신의 권한을 확장하는 정도는 훨씬 미약하다. 헌법재판소의 본질적 효력이라는 법리는 서독연방헌법재판소가 사회주의제국당(SRP)에 대해 위헌정당해산결정과 함께 의원직상실결정을 하면서 실시한 「기본법 제21조 제1항 제1문과 동조 제2항은 직접 적용될 수 있는 법」이라는 부분, 「정당의 위헌성의 확인으로 이 정당의 연방의회와 란트의회의 의원직은 상실된다」라는 부분을 우리의 헌법재판 실시태도에 맞추어 일부 변형하면서 부수적 결정을 한 것에 불과한 것으로, 비록 독일헌법재판소 결정을 이용한 것이기는 하나 선례조차 확보하고 있다. 이는 성문헌법이 존재하지 아니한 상태에서 출발한 위헌법률심사나 성문헌법 하에서도 관습헌법이 양립할 수 있으며 효력에 있어서 양자는 대등하다는 것, 그리고 성문헌법적 근거 없이 「위헌입법을 억제하여 헌법을 수호하고 사법권과 입법권이 균형을 갖도록 하기 위하여」 과반수원칙을 확립한 것, 명문의 법률규정을 사실상 무력화시키는 것 등에 비하면 전혀 월권으로 평가할 것은 아니다. 여기에서 High Court of Australia(호주 최고법원)의 *D'Emden v. Pedder* 사건판결¹⁶⁰⁾을 인용할 필요가 있다. 이 사건에서는 앞서 소개한 미국연방대법원의 *McCulloch v. Maryland* 사건판결¹⁶¹⁾에서 전개한 「부가적 권한(implied power)이론」을 수용하고 있는데, 대법원장 Griffith는 다음과

160) [1904] HCA 1; (1904) 1 CLR 91

161) 17 US 316 (1819)

같이 실시하고 있다. 『여기서는 ‘quando lex aliquid concedit, concedere videtur et illud sine quo res ipsa valere non potest’¹⁶²⁾이라는 법언을 언급할 필요가 있을 뿐이다. 달리 말하면 어떠한 권한이나 통제가 명시적으로 부여되는 경우에는, 부여자의 능력이 미치는 모든 것에 이르기까지 그리고 특별한 언급이 없더라도(to the full extent of the capacity of the grantor, and without special mention), 그에 대한 거부는 부여 그 자체를 무의미하게 만들 수 있는 모든 권한과 모든 통제가 부여된 권한에 포함되어 있다. 법언은 실제로는 어떤 특별한 법체제에 국한한 이론은 아니라 불문헌법에 의한 것이든 요식의 서면이나 그 이외의 방법에 의한 권한 위임에 의한 것이든 모든 형태의 권한부여에 관한 필요불가결한 해석원칙이며, 문제되고 있는 사건의 필요성으로부터 정부의 권한 행사를 부여받은 모든 사람들에게 적용된다.』 법언은 비록 연방의 권한과 관련하여 동원되었지만, 위헌법률심사를 비롯하여 헌법수호의 책무를 담당한 최종적 사법기관이 헌법재판을 하는 경우에 적용될 수 있는 법언이라 할 수 있다.

V. 맺음말

필자는 이 글에서 헌법재판소는 헌법재판에 있어서 광범한 부가적 권한을 가지고 있으며 의원직상실결정은 부가적 권한의 일종이라는 점 및 부가적 권한의 행사는 부가적 권한의 행사에 관한 외국 및 우리나라의 과거의 선례들과 비교하여 월권이라고는 볼 수 없다는 점을 가급적 상세하게 논하

162) = When the law gives a man anything, it gives him that also without which the thing cannot exist(법이 어느 사람에게 어느 것을 주는 경우에는, 그것에 필요 불가결한 것도 또한 주는 것으로 본다). 이태희·임홍근, 법률영어사전, 법문사, 2007, 1540쪽

였다. 이 글의 작성에 있어서 학자들의 논의는 가급적 헌법재판소의 의원직상실결정 이후에 발표되거나 출간된 문헌을 중심으로 진행하였다. 이는 우리 학자들이 어느 정도나 헌법재판소의 결정에 대해 면밀한 검토를 하고 있는지를 드러내고자 하는 것으로, 그 진행과정에서 느낀 것은 의원직 상실결정에 국한할 것은 아니고 참고하고자 하는 선례들에 대해 우리 학자들이 그다지 충분한 검토가 이루어지지 아니하고 있다는 점이었다. 외국이론의 소개도 좋지만 중요한 것은 우리나라 최고사법기관들의 재판에 대한 성실한 분석에서 출발하여야 한다. 이 글은 필자의 주관이 뚜렷이 투영되어 있기 때문에 그만큼 잘못도 적지 않을 것으로 본다. 이 글에 대해 많은 비판과 지적이 있기를 바라는 것은 이 때문이다.

[국문초록]

정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성

헌법재판소는 2014. 12. 19. 통합진보당해산심판청구사건(2013헌다1)에서 동 정당에 대한 해산결정과 함께 동 정당의 소속의원에 대해 의원직상실결정을 하였다. 문제는, 정당해산심판을 헌법재판소의 관장업무로 규정하는 헌법이나 정당해산청구에 대한 심판절차를 규정하는 헌법재판소법에서 정당해산결정으로 의원직이 상실된다는 규정을 두지 아니하고 있고, 그리하여 헌법재판소는 의원직상실의 근거를 정당해산심판제도로부터 발생하는 본질적 효력에서 구하고 있다는 점에 있다. 동 결정은 지위상실설에 입각한 것이며, 서독연방헌법재판소의 사회주의제국당에 관한 위헌정당해산결정에서 취한 입장이기도 하다.

위헌정당해산결정에도 불구하고 의원직을 그대로 보유한다는 지위유지설에서의 논거는 「민주주의를 방어한다는 명목으로 자유위임관계에 대한 예외를 인정하는 경우 국회의원의 국민대표성과 자유위임관계를 희생하는 뇌관이 될 수 있으며, 이는 민주주의의 독소로 작용할 수 있다」는 데 있다. 그러나 정당이 선거에서 후보자를 공천하고 후보자로 하여금 선거에 참여하도록 하는 경우에, 국민은 그 정당이 민주적 기본질서를 훼손하지 않는 정당에 해당할 것이고 장래에도 민주적 기본질서를 훼손하지 아니할 것이라고 가정하고 자신의 대표자로 소속의원을 선출하였을 것이다. 이러한 가정은 대의제도의 기초를 형성하는 국민의 「추정적 의사」에 해당한다. 그리고 일단 선출이 이루어진 경우에 있어서의 국민들의 가정은 선출된 의원이 설사 자유민주적 기본질서에 적극적으로 부합하는 인물은 아니라고 하더라도

도 적어도 자유민주적 기본질서를 훼손하지 아니하고 의정활동을 수행할 것이라는 일종의 소극적 형태로 유지하고 있을 것이다. 헌법재판소가 어떤 정당에 대해 위헌정당으로 인정하고 해산결정을 하는 것은 그 정당의 후보자를 자신들의 대표자로 선출한 국민의 「추정적 의사」를 근본적으로 뒤엎는 상황이라고 할 수 있다. 지위유지설에서는 국민의 「추정적」 의사가 파괴된 경우에도 국민대표성과 자유위임관계만을 내세워 소속의원의 지위가 유지되어야 한다는 것을 주장할 뿐, 훼손된 국민대표성과 자유위임관계에 대한 어떠한 복원방법도 제시하지 아니하고 있다. 이는 위험한 사고놀음이다. 주권은 국민의 일반의사(volonté générale)를 떠나서 논의할 수는 없다.

한편 필자는 의원직상실결정은 있을 수 있는 위헌법률심사와 관련하고 있다는 점을 지적하고 있다. 헌법에서 소속 국회의원의 지위 상실에 관하여 어떤 규정을 두지 아니한 상태에서 법률에서 위헌정당의 해산에도 불구하고 소속 국회의원에 대해 의원직을 상실하지 아니하는 것으로 규정하고 있다면 헌법재판소는 그러한 법률에 대해 위헌결정을 할 수 있다. 정당해산제도의 본질적 효력은 그러한 규정들에 대해 당연히 위헌결정하도록 요구하기 때문이다. 필자가 「당연히」 「위헌결정의 대상이 되어야 한다」고 주장하는 것은 헌법재판소가 그와 같은 절차를 취하지 아니하는 것은 「위헌정당해산제도가 가지는 헌법수호의 기능이나 방어적 민주주의 이념과 원리가 수행될 수 없는 상태를 방치한다는 것을 의미하기 때문이다. 헌법재판소의 방치는 그 자체로서 지속적인 헌법위반상태의 방지에 해당한다.

필자는 이 글에서 지위유지설에 대한 반론을 제시하는 데 그치지 아니하고 헌법재판소의 것이든 대법원의 것이든 헌법이 제정되기 이전의 또는 헌법상의 명문의 근거가 없는 상태에서 이루어진 사법기관의 권한행사에 관한 선례들을 살펴보고 있다. 그리고 헌법재판소의 의원직상실결정이 헌법의 명문의 근거 없이 이루어진 월권이라는 일부 비판에 대해서는 High Court of Australia의 D'Emden v. Pedder 사건판결에서 대법원장 Griffith가

인용하는 법언: 「법이 어느 사람에게 어느 것을 주는 경우에는, 그것에 필요 불가결한 것도 또한 주는 것으로 본다」을 인용하고 있다.

주제어

위헌정당해산결정, 의원지위상실결정, 자유민주적 기본질서, 헌법수호기능, 방어적 민주주의/전투적 민주주의, 부가적 권한, 부수적 결정, 지위상실설/지위유지설, 공무담임권, 위헌정당해산심판제도의 본질적 효력, 자진해산/강제해산, 국민의 국회구도결정권, 공직선거법 제192조 제4항의 위헌성, 성문헌법/비성문헌법, 관습헌법, 대의민주주의, 국회의원의 정당기속성, 국회의원의 국민대표성, 자유위임원칙/무기속원칙, 국민의 추정적 의사, 정당제도의 남용, 기본권상실제도, 위헌법률심사, 헌법재판소의 비성문헌법적 권한

[Abstract]

Admissibility of Deprivation of Membership of
National Assembly Accompanying the Decision on
Dissolution of Unconstitutional Political Party

The Constitutional Court passed decision¹⁾ on the requested dissolution of Unified Progressive Party in favor of Government and collaterally decided to deprive 5 national assemblymen belonging to that Party of their each membership of the National Assembly on Dec. 19, 2014. The problem raised by the decision is as follows. The Constitution granting the jurisdiction over dissolution of political party to the Constitutional Court or the Constitutional Court Act providing the legal procedure and the resultant matters of that dissolution lacks the provision(s) about whether the compulsory dissolution deprive those assemblymen of their each membership. For this reason the Constitutional Court established the ground of deprivation of the membership on the fundamental/intrinsic effect which the adjudication on dissolution of unconstitutional political party gives birth to. Such a rationale is based on the maintenance view of the status of assemblyman, and is also the view taken by the decision of the German Federal Constitutional Court on the dissolution of an unconstitutional political party, i.e. Die Sozialistische Reichspartei (SRP).

The argument presented by the maintenance view in spite of the

1) Constitutional Court, 2013 Hun-Da 1, Dec. 19, 2014

dissolution of an unconstitutional political party resides in the worry that “if we acknowledge an exception to the free mandate relation under the pretext of defending democracy, such exception may work as a poison to the direct cause of sacrificing the wholesome representative character of national assemblyman to the public and the principle of free mandate relation, and works as a poison to democracy.”

But when a party nominates a person as a candidate for that party and make him participate in an election, the public elect him as their representative under the supposition that the party must not be the party impairing the fundamental free and democratic order and further will not impair that order in the future likewise. This sort of supposition corresponds to the 「assumptive will」 of the public forming and supporting the basis of representative system, and the character of their supposition corresponds to an affirmative one. After the election, the assumptive will varies a little nevertheless holds in passive form that the elected assemblyman, though not answering the fundamental free and democratic order actively, but still is without impairing that order in the course of legislative activity. The decision of the Constitutional Court judging a party as an unconstitutional one and making that party dissolve brings about a situation betraying such 「assumptive will」 of the public fundamentally. The maintenance view stubbornly advocates the holding of membership solely in the name of representative character to the public and the principle of free mandate relation even when the 「assumptive will」 is destructed, without offering any practicable restoration about the impaired representative character and the principle. For this reason the maintenance view is a dangerous thinking spree. The sovereignty cannot be

discussed departing from 「volonté générale」 of the public.

The writer also asserts that the decision on the deprivation of membership is linked to the review of unconstitutionality on possible legislations, if any. Even if a law stipulates that an assemblyman does not lose his membership in spite of a compulsory dissolution on the ground that the Constitution is silent about the membership, the Constitutional Court can declare such legislation as unconstitutional. It goes without saying the fundamental effect of adjudication on dissolution of unconstitutional political party requires such declaration. The reason of the writer's using terminology such as 「it goes without saying」, 「requires」 is, if the Constitutional Court does not declare the possible legislations as unconstitutional, it means that the Court neglects the situation where 「the function of protecting the Constitution and ideal and principle of defending democracy」 can not be fulfilled. The neglect of the Constitutional Court is, in itself, the neglect of an unconstitutional situation.

In this essay, the writer not only present the refutation to the maintenance view but also survey the precedents about exercising the judicial power before the Constitution being ordained and established or without express Article of the Constitution. Further, the writer copes with the critics that the decision on deprivation of membership by the Constitutional Court exceeds the Court's jurisdiction of the Court as the Constitution does not authorise expressly by the maxim: 「quando lex aliquid concedit, concedere videtur et illud sine quo res ipsa valere non potest」²⁾ quoted by Chief Justice Griffith presiding the High Court of

2) = When the law gives a man anything, it gives him that also without which the thing cannot exist

Australia in *D'Emden v. Pedder*.³⁾

Key-words

decision on dissolution of political party, decision on deprivation of membership of National Assembly, fundamental free and democratic order, function of protection of constitution, defensive democracy/militant democracy, implied powers, collateral decision, maintenance view of the membership/deprivation view of the membership, right to hold public office, fundamental/intrinsic effect of adjudication on dissolution of political party, voluntary dissolution/involuntary dissolution, decision by the public of composition of National Assembly, unconstitutionality of Article 192 (4) of Public Official Election Act, written constitution/unwritten constitution, customary constitution, review of unconstitutionality, representative democracy, binding character of national assemblyman to political parties, representative character of national assemblyman to the public, principle of free mandate(or delegation)/principle of non-binding mandate(or delegation), presumed will of the public, abuse of the political party system, forfeiture of basic rights, scrutiny of constitutionality on a law, unwritten constitutional power of the Constitutional Court

3) [1904] HCA 1; (1904) 1 CLR 91

참고문헌

- 계희열 역, K. Hesse, 통일독일헌법론(Grundzüge des Verfassungsrechts: der Bundesrepublik Deutschland), 20판, 박영사, 2001. 각주 4)
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009. 각주 7)
- 김철수, 헌법과 정치, 진원사, 2012. 각주 7)
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2010. 각주 21)
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001. 각주 30)
- 김하열, 헌법소송법, 제2판, 박영사, 2016. 각주 18)
- 김학성, 헌법학원론, 제4판, 피엔씨미디어, 2015. 각주 13)
- 문광삼, 헌법학, 제2판, 삼영사, 2015. 각주 14)
- 박경철, 국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구, 박사학위논문, 연세대학교, 2001. 각주 54)
- 박찬주, 법형성학, 제2판, 조선대학교출판부, 2011. 각주 136)
- 사단법인 한국헌법학회, 헌법주석서 I, 법제처, 2010. 각주 27)
- 성낙인, 헌법학, 제16판, 법문사, 2016. 각주 28)
- 양 건, 헌법강의, 제6판, 법문사, 2016. 각주 1)
- 오세혁, 규범충돌 및 그 해소에 관한 연구 -규범체계의 통일성과 관련하여-, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2000. 각주 103)
- 이동흡, 헌법소송법, 박영사, 2015. 각주 18)
- 이준일, 헌법학강의 제6판, 홍문사, 2015. 각주 12)
- 전광석, 한국헌법론, 제11판, 집현재, 2016. 각주 6)
- 정만희, 정당법론, 박사학위논문, 동아대학교출판부, 1985. 각주 83)
- 정연주, 헌법소송론, 법영사, 2015. 각주 16)
- 정연주, 헌법연구, 법영사, 2014. 각주 135)
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016. 각주 17)
- 최희수 역, 독일헌법소송법(Christian Hillgruber/Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 2 Auflage, 2006), 헌법재판소, 2010. 각주 56)

- 최희수, 헌법소송법요론, 개정판, 대명출판사, 2016. 각주 10)
- 한국공법학회, 정당해산심판제도에 관한 연구, 헌법재판연구 15권, 헌법재판소, 2004. 각주 3)
- 한국공법학회, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판연구 10권, 헌법재판소, 1999. 각주 20)
- 한수용, 헌법학, 제6판, 법문사, 2016. 각주 8)
- 허 영, 헌법소송법론, 제11판, 박영사, 2016. 각주 8)
- 허 영, 한국이론과 헌법, 제7판, 박영사, 2015. 각주 8)
- 홍일선 역, 독일헌법총론(Christoph Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht), 28판, 피엔씨미디어, 2015. 각주 71)
- 강태수, '본질적 내용의 침해금지규정에 관한 연구', 법학논집 13집, 청주대학교 출판부, 1998. 각주 63)
- 계희열, '당적변동과 의원직 -탈당의 경우 의원직박탈은 헌법상 가능한가?-', 현대법의 이론과 실제; 금량김철수교수화갑기념 간행위원회, 박영사, 1993. 각주 4)
- 김문현, '정당해산심판에 관한 소고', 성균관법학 19권 2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007. 각주 4)
- 김병록, '당적변동과 의원직', 법학논총; 백천오재환교수 정년기념논문집 4집, 조선대학교 법학연구소, 1998. 각주 46)
- 김병연, '법인격남용의 새로운 유형과 법인격부인이론의 적용', 상사판례연구 21집 1권, 한국상사판례학회, 2008. 각주 97)
- 김상겸, '의회의 자율권과 사법 -독일의 경우를 중심으로-', 헌법학연구 제9권 제2호, 한국헌법학회, 2003. 각주 150)
- 김상겸, '성문헌법국가에 있어서 관습헌법의 의미에 관한 연구 - 현재 2004. 10. 22. 2004헌마554·566과 관련하여 -', 헌법학연구 11권 1호, 2005. 각주 127)
- 김선택, '형식적 헌법의 실질적 위헌성에 대한 헌법재판-위헌적 헌법규범의 성립가능성과 사법심사가능성에 관하여-', 법학논집 32집, 고려대학교 법

- 과대학 법학연구소, 1996. 각주 137)
- 김승환, '위헌정당해산(사회주의제국당 위헌판결) - 1952. 10. 23. 독일연방헌법 재판소 제1심판부 판결 -', 한국헌법학의 현황과 과제: 금랑김철수 교수정년기념논문집, 금랑김철수교수 정년기념논문집 간행위원회, 2002. 각주 53)
- 김시철, '위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의', 헌법논총 16집, 헌법재판소, 2005. 각주 103)
- 김종현, '통합진보당 해산결정의 몇 가지 쟁점에 대한 연구 - 결정서에 대한 비판적 독해를 중심으로 -', 헌법학연구 제1권 제3호, 한국헌법학회, 2015. 각주 4)
- 김효전, '한국 헌법과 독일 기본법', 저스티스 33권 2호, 한국법학원, 2000. 각주 113)
- 김효전, '한국헌법Ⅱ - 권위주의헌법의 성립과 붕괴 -', 공법연구 제17호, 한국공법학회, 1989. 각주 115)
- 도희근, '헌법 총강의 개정 필요성과 방향', 헌법학연구 16권 3호, 헌법학연구회, 2010. 각주 40)
- 문광삼, '정당의 자유', 법학연구 27권 1호, 부산대학교 법과대학 법학연구소, 1984. 각주 38)
- 박경철, '공직선거및선거부정방지법 제192조 제3항 제3호와 제4항의 문제점', 헌법의 규범력과 법질서: 연천 허영박사 정년기념논문집, 박영사, 2002. 각주 9)
- 박병섭, '정당해산제도에 대한 헌법적 고찰', 헌법해석과 헌법실천, 민주주의법학연구회, 1997. 각주 112)
- 박찬주, '헌법부칙 제5조에 대한 재론', 저스티스 통권 156호, 한국법학원, 2016. 각주 147)
- 박찬주, '헌법에 위반되는 헌법시행전 법률의 효력상실시기', 헌법논총 23집, 헌법재판소, 2012. 각주 131)
- 박찬주, '헌법재판과 정족수', 외법논집 제34권 제2호, 한국외국어대학교 법학

- 연구소, 2010. 각주 156)
- 송호영, '독일법상 법인실체과악이론의 운용과 우리 법에의 시사점', 판례실무 연구 IX, 박영사, 2010. 각주 91)
- 안경환, '미국연방헌법 수정 제9조의 의미', 미국헌법의 이해, 박영사, 2014. 각주 141)
- 양 건, '한국헌법 III -제4공화국 및 제5공화국 헌법사의 개관-(1972~1988)', 공법연구 17집, 한국공법학회, 1989. 각주 117)
- 양삼석·장병연, '통합진보당 문제를 통해 본위헌정당해산심판과 의원의 자격', 대한정치학회보 22집 4호, 대한정치학회, 2014. 각주 33)
- 이재희, '진투적 민주주의(Militant Democracy)로부터의 민주주의 수호: 한국 헌법상 정당해산심판제도의 의의와 실제적 요건 해석을 중심으로', 공법학연구 제15권 제2호, 한국공법학회, 2014. 각주 37)
- 이태희·임홍근, 법률영어사전, 법문사, 2007. 각주 162)
- 정동윤, '주식회사의 법형태의 남용의 규제와 법인격부인이론', 저스티스 제10권 제1호, 한국법학원, 1972. 각주 95)
- 정연주, '대의제도와 정당기속-전국구국회의원의 당적이탈·변경시 의원직상실 문제와 관련하여-', 인권과 정의 276권, 대한변호사회, 1998. 각주 9)
- 정종섭, '전국구 국회의원의 당적 이탈·변경과 의원직의 상실 여부', 헌법연구 2권, 철학과 현실사, 1999. 각주 15)
- 정태호, '성문헌법국가에서의 불문헌법규범과 관습헌법', 경희법학 제45권 제3호, 경희대학교법학연구소, 2010. 각주 137)
- 정태호, '현행 정당법상의 정당개념의 헌법적 문제점', 경희법학 40권 2호, 경희대학교법학연구소, 2005. 각주 47)
- 조홍석, '비례대표 국회의원의 당적변경시 의원직 상실규정의 위헌성 - 공식선거및선거부정방지법 제192조 제4항', 공법학연구 3권 1호, 한국비교공법학회, 2001. 각주 119)
- 허 영, '국회의원의 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계', 연세행정논총 제26집, 연세대학교 행정대학원, 2001. 각주 25)

憲法論叢 第27輯(2016)

홍성방, ‘헌법의 수호’, 고시계 47권 1호 (539호), 국가고시학회, 2002. 각주 71)

홍진기, ‘사법재판소의 법률심사’, 법학의 제 문제, 유민 홍진기선생 화갑기념 논문집, 중앙일보·동양방송, 1977. 각주 136)

Albert VenDicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Reprint, Liberty Fund, Inc., Originally published: 8th ed., London, Macmillan, 1915. 각주 122)

McGinnis and Michael B. Rappaport, ‘The rights of legislators and the wrongs of interpretation: A Further defense of the constitutionality of legislative supermajority rules’, 47 Duke Law Journal 327, 1997. 각주 153)

Mini Marziani, Filibuster Abuse, Brennan Center for Justice (New York University School of Law), 2010. 각주 153)

Paul Franz, ‘Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison’, 5 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 51 (1982). 각주 3)

Steve Sheppard (edited), The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, Volume 1, Indianapolis: Liberty Fund, 2003. 각주 124)

Syed Kemal Bokhary, The Rule of Law in an Evolving Democracy, Canterbury Law Review vol 16, 2010. 각주 127)

2.1 Formal Equality in ‘Equality’ from Stanford Encyclopedia of Philosophy, First published Mar 27, 2001; substantive revision Jun 27, 2007. 각주 50)

‘Alternate history’ in Wikipedia. 각주 39)

‘Dr. Bonham's Case’ in Wikipedia. 각주 125)

‘Dutton v. Bognor Regis UDC’ in Wikipedia. 각주 84)

정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성

‘Murphy v. Brentwood DC’ in Wikipedia. 각주 84)

‘Noblesse oblige’ in Wikipedia. 각주 84)

‘Parliamentary sovereignty’ in Wikipedia. 각주 152)

(논문접수일: 2016. 8. 31. 논문심사일: 2016. 10. 11. 게재확정일: 2016. 11. 11.)

브라질의 헌법재판에 관한 연구
A Study on the Constitutional Control System of Brazil

盧 昊 昶(Roh, Ho-Chang)
湖西大學校 教授

— 目 次 —

I. 서론	361
II. 브라질의 헌정사, 입법체계 및 사법체계	363
1. 헌정사	363
2. 사법체도의 전개	369
3. 현행 입법체계	373
4. 현행 사법체계	376
5. 헌법재판에 관한 법원의 권한	381
III. 추상적 규범통제	383
1. 개관 및 배경	383
2. 위헌직접소송	385
가. 의의 및 절차의 개시	385
나. 제소권자	386

다. 제소와 관련된 기타 절차 및 공화국검찰총장의 법적 지위	38
라. 대상 및 위헌판단의 효력	31
3. 부작위위헌직접소송	35
4. 기본규정불이행쟁송	38
5. 합헌확인소송	40
IV. 구체적 규범통제로서 부수적 심사	4
1. 개관 및 배경	403
2. 부수적 심사의 절차와 효력	45
3. 부수적 심사에서 위헌 판단의 요건	48
4. 부수적 심사에서 연방최고법원과 연방상원의 관계와 역할	94
5. 기타 간이구제제도	412
가. 개관	412
나. 인신보호령	413
다. 권리보장령	416
라. 헌법규정실시보장령	47
마. 정보보호령	419
바. 민중소송	419
사. 구제상 특징	420
6. Súmula Vinculante 및 Repercussão Geral의 도입	421
V. 평가 및 함의	425
* 국문초록 및 주제어	49
* 영문초록 및 주제어	481
* 참고문헌	433

I. 서론

헌법재판이라 함은 헌법을 운용함에 있어서 헌법의 규범내용 또는 기타 헌법 문제에 대하여 다툼이 발생한 경우에 독립적 관할권을 가지는 재판을 통하여 이를 유권적으로 해결하여 헌법의 규범적 효력을 지키고 헌정생활의 안정을 유지하고자 하는 헌법의 인식·실현작용이다.¹⁾ 헌법은 성문성, 경성, 최고규범성, 기본권의 직접적 효력성, 헌법개념의 포괄성 등을 특성으로 하고 있기 때문에 헌법재판의 성격도 사법작용, 정치작용, 입법작용 등 다양하게 논의되고 있다.²⁾ 헌법재판의 종류는 여러 관점과 기준에 따라 나누어질 수 있는데, 대체로 거론되고 있는 것으로는 기관쟁의, 규범통제(추상적 규범통제, 구체적 규범통제), 헌법소원, 선거심사, 탄핵심판, 기본권 실효, 위헌정당해산, 연방국가적 쟁의 등이 있다.³⁾

우리나라의 경우 헌법재판은 헌법 및 헌법재판소법에 의해 보장되며, 현재 위헌법률심판, 헌법소원심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판이라는 5가지 형태를 인정하고 있다. 그런데 헌법재판의 범주에 속하는 제도는 국가마다 어떻게 설계하느냐에 따라서 차이가 있을 것이다. 우리나라의 경우 헌법 제111조에서 헌법재판을 법원과는 다른 별도의 기관으로서 헌법재판소의 관할사항으로 규정하고 있고 이를 헌법 제101조 제1항에서 규정한 법원의 재판권과 구별하고 있음을 볼 수 있다. 그렇기 때문에 우리나라에서 헌법재판이라고 언급할 때는 ‘헌법재판소’라는 국가기관을 염두에 두고 언급하는 것이 될 것이다. 그에 비해 헌법재판소라는 별도의 국가기관이 없이 법원에서 일반적으로 헌법적 문제를 직접 판단할 수 있는 국가에서라면 헌법재판이라고 언급할 때 그 용어가 포섭하는 범위는 보다 광범위할

1) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2016, 867면; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016, 1021면.

2) 허영, 앞의 책, 867~873면; 정종섭, 앞의 책, 1026~1032면.

3) 허영, 앞의 책, 878~882면.

것으로 보인다.

어찌되었든 우리나라에서의 헌법재판은 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 지키는 최후의 보루로서⁴⁾ 그 역할을 지금까지 충실히 하고 있다. 그런데 우리나라의 헌법재판에 있어서 두 가지 특징을 지적하자면, 한 가지는 헌법재판소라는 별도의 기관을 두어 집중적으로 맡기고 있다는 점이고 다른 한 가지는 구체적 규범통제라는 점을 들 수 있겠다. 우리나라의 헌법재판이 가지고 있는 이러한 특징들은 비교 대상 국가에 따라서 크게 차이가 날 수도 있는 부분이라고 할 수 있다.

우리나라는 식민지 체험을 하면서 서구의 법제도를 받아들였고 또 이로 부터 많은 영향을 받고 있음을 부정하기 어렵다. 그런 이유로 유럽 대륙의 선진국이라든가 영미 그밖에 일본에 이르기까지 비교법 연구의 범위가 펼쳐져 있다. 그런데 중남미의 경우에는 아직 그 연구가 제대로 시도되고 있지조차 못한 것으로 보인다. 물리적인 거리, 언어적인 장벽, 세계 무대에서의 경제적 위상 등 여러 가지 이유가 있을 것이다.

그렇지만 지구화 시대에 중남미 국가에 대해서도 눈길을 돌려야 하는 시점이 되었고 그 중에서도 특히 브라질의 경우 더욱 관심을 가지고 살펴볼 필요가 있다고 본다. 세계 5위의 영토,⁵⁾ 무궁무진한 자원, 2억의 인구, 세계의 허파역할을 하는 산림 등 외적인 면모에서 예상되는 시장경제적 가치에서뿐만 아니라 대륙법 계수, 식민지, 독립, 신분제, 전쟁, 왕정, 입헌군주제, 입헌공화제, 군부 쿠데타, 민주화 투쟁, 문민정부 이양, IMF 구제금융 등⁶⁾ 법적인 측면, 정치적 측면, 사회적 측면, 경제적 측면에서 우리나라

4) 헌법재판소 홈페이지(<https://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/main/index.do>, 2016.8.31. 최종방문) 모토 참조.

5) 미국 CIA 온라인 국가정보에 따르면, 영토 면적은 러시아, 캐나다, 미국, 중국, 브라질, 호주, 인도 등 순서로 순위가 매겨진다(<http://www.cia-worldfactbook.us/>, 미국 CIA 온라인 국가정보, 2016.8.31. 최종방문).

6) <http://www.cia-worldfactbook.us/south-america/brazil.html>(미국 CIA 온라인 국가정보

와 비슷한 경험을 해왔다는 점 때문이다.

따라서, 지구 정반대편에 있으면서도 우리나라와 유사한 법적·정치적·사회적·경제적 경험을 가진 브라질에서 국가권력에 대한 통제나 국민의 기본권 보장을 위한 헌법재판제도가 어떻게 형성되고 진행되어 왔는가를 살펴보고 분석하는 것은 의미있는 작업이 될 것이라고 본다.

II. 브라질의 헌정사, 입법체계 및 사법체계

1. 헌정사

브라질은 1500년 발견된 이후 포르투갈의 식민지로 개척되어 왔고 간혹 프랑스와 네덜란드의 침략을 받긴 했으나 격퇴하고 식민지를 유지하였다.⁷⁾ 그러다가 유럽에서 나폴레옹이 득세하면서 1808년 이베리아 반도를 침략하자 포르투갈 왕실이 브라질로 피난하였다. 그 후 1821년 왕은 포르투갈로 귀국하였으나, 왕자는 남아있다가 1822년 브라질 독립을 선언하게 되었다.⁸⁾ 이로써 322년간 지속된 브라질의 식민지 시대(1500~1822년)는 막을 내리게 된다. 브라질 독립을 선언했던 동 페드로 1세 황제(Dom Pedro I)는 1824년 입헌군주제(monarquia constitutional) 하의 헌법을 제정·선포하였다(제국헌법). 이후 1871년에는 노예의 자녀는 자유인임을 규정한 법(Lei do Ventre Livre, ‘자유로운 배’법)이 제정·시행되었고, 1885년에는 60세 이상의 노예를 해방시켜주는 법(Lei Saraiva-Cotegipe)이 제정·시행되었으

브라질 편, 2016.8.31. 최종방문); <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2002/pr0240.htm> (IMF의 브라질 구제금융 관련 발표, 2016.8.31. 최종방문).

7) Boris Fausto(최해성 역), 브라질의 역사, 그린비, 17~96면.

8) Boris Fausto, 앞의 책, 96~123면.

며, 1888년 5월 13일 노예제도를 철폐하는 법(Lei Àurea, 황금법)이 제정·시행되면서 노예가 해방되었다. 이윽고 1889년 11월 15일 군부에 의해 공화정(república)이 선포되었다.⁹⁾ 1891년 입헌공화국 하에서는 공화국헌법을 새롭게 제정하게 되었고 이 때부터 1930년 지롤리우 바르가스(Getúlio Vargas)가 집권할 때까지 소위 구공화정(República Velha, 1889~1930년) 시대가 진행된다. 이후 1934년, 1937년, 1946년, 1967년, 1988년에 각각 헌법이 새롭게 제정되었다. 브라질의 헌정사에서 주요한 특징을 한 가지 지적하자면 브라질의 경우 국가조직이나 법제도의 변천에 있어서 연속성을 보여주고 있다는 점이다. 이에 대한 중요한 이유로 브라질의 경우 중남미의 다른 국가들과는 달리 식민지로부터의 독립 과정이 평화롭게 이루어졌고 제국에서 공화국으로의 전환도 외세의 힘에 의한 것이 아니라 스스로의 선택에 의한 변화였다는 점이 지적되고 있다.¹⁰⁾ 이하에서는 헌정사를 간략히 짚어보기로 한다.

1822년 브라질 독립 후 1823년 제헌의회(Assembleia Constituinte)가 구성되었고 자유주의적 혹은 민주주의적 내용을 담은 헌법 초안이 마련되었으나 당시 브라질의 군주인 동 빼드로 1세는 절대군주제를 희망하였기 때문에 권력갈등 과정에서 제헌의회를 해산하게 되었다.¹¹⁾ 그리고 1824년 군주를 입법권, 행정권, 사법권 3권 간의 갈등을 조정하는 조정인(Moderador)으로 규정하고 그에게 모든 권력을 집중시킨 제국헌법(CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, Carta de Lei de 25 de Março de 1824)을 공포하였다. 제국헌법은 세습군주제(Monarchico Hereditario)를 명

9) Renato Saraiva, *Direito do Trabalho-Versão Universitária*, Editora Método, 2009, p. 36; Boris Fausto, 앞의 책, 126~218면.

10) 조희문, “라틴아메리카 사법제도와 최근의 사법개혁”, 사법개혁과 세계의 사법제도 [VI], 사법제도비교연구회, 2008, 500면.

11) Walber de Moura Agra, *Curso de Direito Constitucional*, Forense, 2014, pp. 62~63; Boris Fausto, 앞의 책, 130면.

시하였고(제국헌법 제3조) 개인적으로 다른 종교를 허용하는 바탕 위에서 국교를 로마 가톨릭으로 정하였으며(제국헌법 제5조) 당시 브라질 인구의 대부분을 차지했던 노예에 대해서는 당연한 것인지는 모르겠으나 시민(cidadão)으로서의 지위를 인정하지 않았다(제국헌법 제6조). 제국헌법 하에서 브라질은 단일국가로서 전국은 성(省, *província*) 단위로 구분되었으며(제국헌법 제2조) 성의 개수는 20개였고¹²⁾ 각 성은 황제에 의해 임명된 총독(*presidente*)에 의해 운영되는 것으로 되었다(제국헌법 제165조). 제국헌법 하에서 ‘모든 정치조직의 핵심’(*chave de toda a organização Política*)인 조정권(*Poder Moderador*)은 국가의 최고 수장이자 제1의 대표자인 황제(*Imperador*)에게 ‘독점적으로 위임되어’(*delegado privativamente*) 있으며(제국헌법 제98조), 행정부의 수반으로서 자유롭게 행정각부 장관을 임명할 수 있고(제국헌법 제101조), 직무수행 부족을 이유로 성의 총독을 해임할 수도 있었다(제국헌법 제165조). 그밖에 황제는 입법동의권, 의회 결정에 대한 승인·거부권, 하원해산권, 하원 구성을 위한 선거소집권, 상원위원 임명권, 판사에 대한 직무정지권 등 절대적인 권력을 행사하였다.¹³⁾ 한편 1824년 제국헌법의 경우 통치체제로는 입헌군주제였지만 1787년 미국 헌법의 영향을 받았기 때문에 미국 헌법에서 채택한 ‘Judicial Power’(사법권)라는 용어를 차용하여 브라질 제국헌법 제6편(*Título 6*)은 ‘Poder Judicial’(사법권)이라는 용어를 사용하여 사법체제를 규정하게 되었다고 한다.¹⁴⁾

1888년 황금법(*Lei Áurea*) 시행으로 노예제도를 폐지한 후 군사력을 가진 대지주 및 지방 호족 등으로 구성된 지배계층 집단인 꼬로넬(*coronel*)이 1889년 무혈혁명을 일으켜 군주제를 폐지하고 공화제를 선언하게 되었고

12) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 63.

13) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm (1824년 헌법); Walber de Moura Agra, *op. cit.*, pp. 63~64; Boris Fausto, 앞의 책, 131~133면; 조희문(2008), 앞의 논문, 502면.

14) 조희문(2008), 앞의 논문, 502면.

이런 이유로 1889년부터 1930년까지의 시기는 사회지배 측면에서 ‘코로넬 체제’(coronelismo)로 불리기도 한다.¹⁵⁾ 1891년의 헌법[CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891), 공화국헌법]은 공화제 선언과 더불어 대통령제와 연방제(República Federativa)를 채택하게 되었다(공화국헌법 제1조). 또한 연방제를 채택하게 되면서 종래의 성(省)은 주(州, Estado)로 전환되었다(공화국헌법 제2조).¹⁶⁾ 제국헌법에 존재했던 조정권은 당연히 폐지되었고 조정권이 존재하던 자리는 대통령제(sistema presidencialista)로 대체되었다. 공화제 전환 이후 대통령제를 채택한 공화국헌법의 제정에 있어서는 1787년 미국 헌법의 영향을 받은 법률가이자 정치가였던 후이 바르보자(Rui Barbosa)의 기여가 컸다.¹⁷⁾ 공화국헌법에서는 국교 폐지, 기본권 확대(제72조~제78조),¹⁸⁾ 사형폐지(제72조 제21항), 대통령직선제(제41조), 대통령 4년 임기 및 연임금지(제43조), 상원의원 선거제 및 임기제(제30조~제31조) 등이 규정되었다.¹⁹⁾ 한편 이 시기에 커피 산지인 상빠울루 주와 우유 산지인 미나스 제라이스 주 출신이 대통령을 번갈아가며 수행했는데 이와 같은

15) Boris Fausto, 앞의 책, 220~238면. coronel은 국가경비대(군대) 계급 중 ‘대령’을 의미하며 coronel 체제 역시 이 용어에서 유래되었다.

16) 1891년 공화국헌법 이래로 브라질은 26개의 주(Estado, 州)와 1개의 연방특구(Distrito Federal)로 구성된 연방국가인데, 본래 여러 성(省)으로 이루어진 1개의 단일국가였다가 통치의 편의상 연방제를 채택하여 주(州)로 구분하고 있을 뿐이라는 점에서, 본래 다수의 분리되어 있던 국가들이 연방제로 합쳐진 미국식 연방제와는 다르다.

17) Walber de Moura Agra, op. cit., p. 65.

18) 특히 공화국헌법 제78조는 다음과 같이 규정하였다. “제78조-헌법에 구체적으로 명시된 보장과 권리가, 열거되지 않은 다른 보장과 권리를 배제하는 것은 아닌데, 이는 헌법이 설정한 정부형태의 결과이자 헌법이 부여한 원칙들의 결과이다.”(Art 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.)

19) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm (1891년 헌법)

권력순환방식을 두고 ‘커피-우유 정치’(política do café com leite)라고 한다.²⁰⁾

1930년대 세계 대공황기에 오면서 지롤리우 바르가스(Getúlio Vargas)가 쿠데타로 집권하면서 꼬로넬의 지배와 커피-우유 체제를 무너뜨리고 1934년에 헌법을 새롭게 제정하게 되었다(CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934)).²¹⁾ 1934년 헌법은 1919년의 독일 바이마르 헌법의 영향을 받아서 국민의 최저생존에 관심을 가져 다양한 노동기본권(동일노동 동일임금, 최저임금, 1일 8시간 근무, 근로연령 제한, 연차유급휴가, 부당해고에 대한 보상, 단체협약 승인 등)을 규정하였고(제121조) 노동법원 설치를 인정하였으며(제122조) 투표를 18세 이상 모든 국민(여성 포함)의 의무로 규정하였고(제108조, 제109조) 하원의원의 선거에 비례대표제를 도입하여 하원을 국민, 노조, 직업 대표들로 비례적으로 구성하였다(제23조).²²⁾

1937년에는 지롤리우 바르가스가 폴란드 헌법과 이탈리아의 파시즘에 영향을 받아 헌법에 파시즘적 코포라티즘을 도입하여 새롭게 제정하고 [CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)] 신국가(Estado Novo) 체제를 정립하였다.²³⁾ 신국가 헌법에서는 바르가스 대통령이 자신의 민간독재 체제를 강화하기 위한 조치들을 규정하였다. 대통령의 의회해산권(제75조 b), 대통령에 대한 간접선거(제82조~제84조) 등은 그러한 예로 볼 수 있다. 또한 노동통제의 입장도 헌법에 반영되어 ‘노동은 의무’이며(제136조) ‘파업과 직장폐쇄는 국가생산이라는 우월적 이익과 양립불가능하고 노동과 자본에 모두 해가 되

20) Boris Fausto, 앞의 책, 238~247면.

21) Boris Fausto, 앞의 책, 282~305면.

22) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm (1934년 헌법); Walber de Moura Agra, *op. cit.*, pp. 65~66.

23) Renato Saraiva, *op. cit.*, p. 35~36; Walber de Moura Agra, *op. cit.*, pp. 66~67.

는 반사회적 수단으로 선언'되었고(제139조) 1942년에는 대통령령(Decreto nº 10.358, de 1942)에 의해 노동기본권을 규정한 제137조, 제138조가 효력 정지되기도 하였다.²⁴⁾

1945년에는 바르가스 정부가 전복되었는데, 제헌의회가 구성되고 새로운 헌법이 1946년에 제정되었다[CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)]. 1946년 헌법에서는, 1934년 헌법에 규정되었다가 신국가 헌법에서 폐지된 기본권 보장과 경제에 대한 국가개입 조항들이 다시 규정되었고 입법부에서도 코포라티즘적 대표체제가 소멸하고 국민에 의한 직접선거로 바뀌었으며 대통령을 임기 5년 직선제로 선출하는 것으로 변경되었다(제79조, 제82조).²⁵⁾

1964년에는 쿠데타로 집권한 가스텔루 브라구(Castelo Branco) 장군은 권위주의적인 군사독재 체제를 확립하였는데, 헌법을 직접 개정하는 대신에 정부의 제도적 조치(Atos Institucionais)를 활용하여 헌법 사항들을 수정하는 편법을 사용하였다. 군사정부는 이후 1937년 헌법으로부터 영감을 받아 권위주의적 색채가 진한 1967년 헌법(CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967)을 새로 제정하였고, 간접적 방식으로 선출되는 대통령의 권한을 강화하고 국가안보라는 미명 하에 시민의 자유를 억압하였다. 예컨대, 대통령령을 통해 어떤 시민이라도 10년간 그의 정치적 권리를 정지시킬 수 있다는 것이 그러하다(Ato Institucional nº 5, 제4조). 이 시기에 특기할 만한 것이 있다면, 국호를 브라질합중국(Estados Unidos do Brasil)에서 브라질연방공화국(República Federativa do Brasil)으로 변경한 점을 지적할 수 있겠다.²⁶⁾

24) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm (1937년 헌법)

25) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm (1946년 헌법); Walber de Moura Agra, *op. cit.*, pp. 67~68.

26) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm (1967년 헌법); Walber de Moura Agra, *op. cit.*, pp. 68~69.

1980년대를 전후하여 군부독재에 반대하여 대통령 직선제를 비롯한 민주화 투쟁이 격렬하게 전개되었고(소위 ‘diretas já’ 운동) 결국 군사정부가 물러나면서 군사정부는 1986년 평화적으로 민간에 정권을 이양하였다. 문민정부 하에서 1988년 245개의 조문으로 이루어진 방대한 내용의 새로운 헌법이 제정되었다(CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 이하 ‘신헌법’).²⁷⁾ 그런데 1988년의 신헌법은 그 동안 억눌려 있던 민중의 열망을 많이 담게 되어 법률이나 그 밖의 하위 규범에 규정할 만한 대단히 상세한 내용도 다수 헌법에 규정하게 되었다. 그런 이유로 헌법치고는 분량이 대단히 많고 헌법이 일반적인 특징으로 가지는 개방성이나 추상성 등은 대단히 약해 보일 정도다. 어찌되었든 신헌법은 개인의 자유와 권리보장 규정을 비중있고 상세하게 규정하게 되었고 정치적 기본권을 확대하였다. 통치구조의 면에서는 의회정치, 직선제 대통령제도, 연방제 등 기본적인 내용이 유지되었다.²⁸⁾

2. 사법제도의 전개

사법제도에 있어서는 운영 측면에서, 세 시기로 구분하여 그 특징을 볼 수 있다. 첫 번째는, 식민지 시절로서 이 시기에는 식민지 초기에 정치·사법 제도인 세습봉토제(capitania)를 실시하였으나 실패하면서 총독부(Governo-Geral)를 세워 통치하게 된다. 그런데 브라질 내에서 발생하는 사건들에 대해 총독부가 있던 살바도르(Salvador)에²⁹⁾ 관계법원(Tribunal da

27) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (1988년 헌법)

28) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, 69~70면.

29) 살바도르는 브라질의 동북부 지방 바이아(Bahia)주의 주도로서 식민지 시절에는 사탕수수 재배로 경제의 중심지 역할을 하였고 아프리카로부터 노예가 수입되는 주요 항구이기도 하였다. Boris Fausto, 앞의 책, 42~44면, 67~70면 등.

Relação)이라는³⁰⁾ 법원을 설치하여 처리하되 최종심은 포르투갈의 최고법원인 Casa da Suplicação de Lisboa(리스본 탄원법원)에서 다루게 하였다. 1751년에는 리오 데 자네이루(Rio de Janeiro)에도 관계법원을 설치하였고 1763년 총독부를 살바도르에서 리오로 이전하게 되었다. 두 번째는, 나폴레옹의 포르투갈 침략으로 포르투갈 왕실이 브라질로 피난한 시기로서 브라질에서 발생한 사건을 최종적으로 포르투갈의 최고법원인 Casa da Suplicação de Lisboa에서 처리할 수 없게 되어 리오 관계법원(Tribunal da Relação do Rio de Janeiro)을 Casa da Suplicação do Brasil(브라질 탄원법원)로 전환하여 브라질에서 발생하는 사건의 최종심을 담당할 수 있게 하였다. 이렇게 되면서 유럽을 관할로 하는 최고법원과 브라질을 관할로 하는 최고법원이라는 이원적 체제가 형성된다.³¹⁾ 세 번째는, 독립 이후 시기인데, 1821년 왕실은 포르투갈로 복귀하였으나 왕자가 남아있다가 1822년 독립 선언을 하게 되고 1824년 제국헌법 제163조에서 사법최고법원(Supremo Tribunal de Justiça)을 설립하도록 규정하면서³²⁾ 독자적인 사법

30) 관계법원(Tribunal da Relação)은 본래 포르투갈의 2심 법원을 지칭하는 용어인데, 브라질에서는 식민지 시절에 포르투갈의 사법제도를 모방하여 설치한 법원이다. 현재도 포르투갈에서는 2심 법원을 관계법원이라고 지칭하고 있다. 현재 포르투갈에서는 Évora, Guimarães, Porto, Coimbra, Lisboa에 관계법원이 설치되어 있다. <http://www.tre.mj.pt/>(에보라 관계법원, 2016.8.31. 최종방문); <http://www.trg.pt/>(기마랑이스 관계법원, 2016.8.31. 최종방문); <http://www.trp.pt/apresentacao.html>(쁘르뚜 관계법원, 2016.8.31. 최종방문); <http://www.trc.pt/>(코잉브라 관계법원, 2016.8.31. 최종방문); <http://www.trl.mj.pt/inicio/home.php>(리스본 관계법원, 2016.8.31. 최종방문).

31) 조희문, “브라질의 헌법재판제도”, 외법논집 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.11, 43면; 조희문(2008), 앞의 논문, 500~502면.

32) Constituição de 1824, Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

체계로 나아가게 된다. 사법최고법원에서는 하급법원 판결의 재심리 (revista)에 대한 인용 또는 기각, 장관이나 법관 등 고위공직자의 직무상 비위 내지 범죄, 성(省, *provincia*, 현재의 州) 간의 관할권 내지 권한 분쟁 등에 대해 다룰 수 있었다(1824년 제국헌법 제164조).³³⁾ 제국헌법 하에서 사법최고법원의 이러한 관할 대상은 다분히 일반 민형사 사건과는 다르다는 점에서 헌법재판으로 다루어지는 것이 적절할 것으로 보이는 사안들인 바, 브라질이 공화제로 전환되면서 제정된 1891년 공화국헌법에서는 이러한 점들이 반영되어 연방최고법원(Supremo Tribunal Federal)을 설치하였고 연방최고법원의 권한에는 헌법재판권한이 포함되기에 이르렀다(1891년 공화국헌법 제55조 이하). 1891년 공화국헌법 하에서 규정된 연방최고법원의 권한으로는 첫째, 대통령 · 주(州)장관 · 외교장관 등의 범죄, 연방과 주 간의 권한쟁의, 연방 또는 주와 외국 간의 분쟁, 주법원과 연방법원 간의 분쟁 등에 대한 단일심, 둘째, 연방법원 판결에 대한 최종 상소심 또는 주법원 판결에 대한 최종 상소심(조약 · 연방법의 유효성이나 적용 및 주법원 판결이 공화국헌법에 위반되는지 여부가 문제될 때, 주정부의 법률 · 행위 기타 주법원 판결이 공화국헌법이나 연방법에 위반되는지 여부가 문제될 때), 셋째, 유죄확정된 판결에 대한 재심이 있었다(1891년 공화국헌법 제59조).³⁴⁾

33) Constituição de 1824, Art. 164. A este Tribunal Compete:

- I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.
- II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.
- III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

34) Constituição de 1891, Art 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

- I - processar e julgar originária e privativamente:
 - a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;
 - b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;

1934년 헌법에서는 연방최고법원의 명칭을 Supremo Tribunal Federal에서 Corte Suprema(최고법원)으로 변경한 바 있고(제73조~제77조), 군사법원(Juizes e Tribunais Militares), 선거법원(Juizes e Tribunais Eleitorais)이 신설되었으며(제63조) 연방법원과 주법원의 이원체제는 유지되었다. 이 시기에는 노동법원도 설치되었는데 노동법원에 관해서는 사법부에 관한 규정이 적용되지 않으며 노동법원의 구성원은 노사단체가 선거를 통해서 동수로 선출하도록 규정하고 있었다(제122조).

1937년 헌법에서는 연방최고법원의 명칭이 Corte Suprema에서 Supremo Tribunal Federal로 회복되었으나 사법부의 구성을 연방최고법원, 주법원, 군사법원으로 하면서 연방법원과 선거법원을 폐지하였다(제90조).

-
- c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
 - d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
 - e) os conflitos dos Juizes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juizes e Tribunais de um Estado com Juizes e Tribunais de outro Estado.
- II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;
- III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.
- § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
 - b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.
- § 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

1946년 헌법은 민주주의 회복과 함께 사법부의 독립성을 보다 고려하게 되었다. 체계적 측면에서 기존의 사법체계에 더하여 노동법원이 사법부로 포함된 점(제94조), 주법원(Justiça dos Estados)이 독립적인 편(Título II, 제124조)으로 편성된 점이 특징적이다.

군부독재 이후 제정된 1967년 헌법은 사법제도 자체에 대해서는 특별한 변동을 가하지 않았으나 1968년의 제5차 제도적 조치(Ato Institucional nº 5, 일종의 편법적 헌법 수정)를 통하여 대통령으로 하여금 법관의 특권과 신분보장에 대해 제한할 수 있도록 하였다.³⁵⁾

현행 헌법인 1988년 신헌법은 제4편(Título IV) 제3장(Capítulo III)에서 사법권(司法權, Poder Judiciário)의 체계, 내용, 권한에 대해 매우 상세히 규정하고 있는바, 이에 대해서는 과거 군사독재 시절 사법부에 대한 억압의 반작용이라는 평가가 있다.³⁶⁾

3. 현행 입법체계

브라질에서 입법권은 연방상원(Senado Federal, 이하 ‘상원’)과 연방하원(Câmara dos Deputados)으로 구성된 연방의회(Congresso Nacional)의 권한에 속한다(신헌법 제44조 본문).

브라질의 입법체계와 위계질서에 대해서 신헌법에서 어떤 규범이 상위규범이고 어떤 규범이 하위규범이라고 직접적으로 명시하고 있지는 않지만, 입법절차에 포섭되는 사항에 대해 규정하고 있는 신헌법 제59조를 통하여 입법의 종류와 위계질서를 파악할 수 있다. 신헌법 제59조는 본문(caput)에

35) Walber de Moura Agra, op. cit., p. 68; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm (1968년 제도적 조치 제5호)

36) 조희문(2008), 앞의 논문, 505면.

서 “입법절차는 다음의 입법작업을 포함한다. I. 헌법수정(emendas à Constituição), II. 보충법률(leis complementares), III. 일반법률(leis ordinárias), IV. 위임법률(leis delegadas), V. 임시조치(medidas provisórias), VI. 입법부령(decretos legislativos), VII. 결의(resoluções)”로 규정하고 있고, 동조 단서 조항(parágrafo único)에서는 “보충법률은 입법작업(elaboração), 법문작성, 법률의 개정 및 통합에 대해 정한다.”고 규정하고 있다.³⁷⁾

‘헌법수정’은 헌법을 부분적으로 개정한 것인데 신헌법 제60조에서 헌법수정의 제안권자, 개정절차를 정하고 있다. 특히 신헌법 제60조 제4항은 ‘첫째, 연방제(a forma federativa de Estado), 둘째, 직접·비밀·보통·정기(定期)투표(o voto direto, secreto, universal e periódico), 셋째, 권력분립(a separação dos Poderes), 넷째, 개인의 권리 및 그 보장(os direitos e garantias individuais)’에 관해서는 소위 개정금지조항(cláusula pétrea)으로 명명하여 명시적으로 규정하고 있다.

‘보충법률’은 헌법의 규정실현을 위한 것으로 그 관련 법률의 제정과 내용적 범위가 헌법상에 명시된 법률을 의미한다(신헌법 제59조 단서조항). 보충법률은 통과를 위해서 연방의회 재적과반수의 찬성의결을 요구하고 있어서(신헌법 제69조) ‘일반법률’이 연방의회 재적과반수 출석, 출석 과반수의 결을 요구하는 것(신헌법 제47조)에 비해 절차가 보다 까다롭다.

‘일반법률’은 통상적인 입법절차에 따른 법률을 의미한다. 즉 연방의회 재적과반수 출석, 출석 과반수 찬성의결에 따라 제정될 수 있는 보통의 법률을 의미한다. 일반법률과 보충법률은 발의권자가 동일한데, ‘상원의원, 하원의원, 연방대통령, 연방최고법원, 각 분야 고등법원, 공화국검찰총장(Procurador-Geral da República), 시민’으로 되어 있다(신헌법 제61조). 다만

37) 브라질의 법조문 규정의 특징을 보면, 우선 본문(caput)이 등장하고 각 호가 등장하며 항은 보충적으로 등장 한다. 그리고 단서규정이 필요한 경우 별도로 단서조항이라는 명칭으로 내용이 등장하는 순서를 취하고 있다.

신헌법 제59조상의 규정 순서 및 의결요건을 보건대, 보충법률이 일반법률보다 상위 규범으로 보인다.

‘위임법률’은 연방의회에서 사전에 구체적으로 범위와 원칙을 정하여 특별히 연방대통령에게 위임하여 연방대통령이 제정하는 규범을 의미하는데, 연방대통령은 연방의회에 위임을 요청해야 한다(신헌법 제68조 본문). 그런데 모든 사항이 위임의 대상이 될 수 있는 것은 아니고, 연방의회의 전권(專權)에 속하는 사항, 하원이나 상원의 전권에 속하는 사항, 보충법률에 유보된 사항, 사법부 및 검찰의 조직이나 경력 및 신분보장에 관한 사항, 국적·공민권·개인의 권리·정치적 권리·선거권, 다년도 계획, 예산편성 등에 관한 사항은 위임이 허용되지 않는다(신헌법 제68조 제1항). 위임법률은 연방대통령이 제정한다는 점에서는 일종의 행정입법에 속하는 것으로도 보이지만, 의결절차 측면에서 보면 일반법률과 동일하기 때문에 규범 서열상으로는 일반법률과 동등한 지위인 것으로 보인다.

‘임시조치’는 중대하고 긴급한 경우 공화국대통령이 내릴 수 있는 규범으로서 법률의 효력을 가지며 공포 즉시 연방의회에 송부되어야 한다(신헌법 제62조 본문, 신헌법 제84조 XXVI). 일정한 경우를 제외하고는 60일 이내에 법률로 전환되지 않으면 그 효력을 잃게 된다(신헌법 제62조 제3항 전단).

‘입법부령’은 연방헌법 제49조에서 규정한 연방의회의 전속관할(competência exclusiva)에 속하는 권한들을 규율하기 위해서 입법부가 제정한 규범을 의미한다.³⁸⁾ 특히 임시조치가 60일을 한도로 추가로 연장되는 경우 그 후속적인 법률관계를 규율하기 위해 연방의회는 입법부령을 발하게 된다(신헌법 제62조 제3항 후단).

38) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *Resumo de Direito Constitucional, Método*, 2011, p. 228.

‘결의’는 법률의 제정과정 밖에서 연방의회 또는 상·하원에 의해 채택되는 법률이 아닌 결정을 의미하는데, 연방의회의 관할에 속하는 것 중 법률에 유보된 것이 아닌 정치적·행정적 주제에 관하여 규정하는 데 유용한 규범적 행위이다.³⁹⁾

4. 현행 사법체계

브라질은 연방제를 채택하고 있기 때문에 일반적으로 그 사법체계는 연방법원과 각 주의 법원으로 구성된다고 할 수 있다. 그러나 대표적인 연방제 국가인 미국의 사법체계와 비교하면 차이점이 드러난다.

미국의 경우 연방법원과 주법원으로 크게 대별될 뿐 일반법원과 특별법원이 별도로 설치되어 있지는 않다. 반면에 브라질의 법원은 기본적으로 일반법원과 특별법원으로 구성된다. 특별법원으로는 군사법원, 노동법원, 선거법원이 있다. 일반법원의 경우 연방법원과 주 법원으로 구성된다. 연방 지방법원은 일반법원에 속하는 주 지방법원과 사물관할이 동일하지만 소속이 연방이라는 점에서 다를 뿐이다. 브라질의 헌법은 제92조부터 제126조까지에 걸쳐 사법권(司法權, poder judiciário)이라는 제하에 사법부의 구성과 권한, 법관 임명 및 신분보장 등에 대해서 대단히 상세하게 규정하고 있다.

브라질의 사법부를 구성하는 법원의 종류에 대해서는 헌법 제92조에서 규정하고 있다. 법원의 종류는 첫째, 연방최고법원(o Supremo Tribunal Federal, STF), 둘째, 연방고등법원(o Superior Tribunal de Justiça, STJ), 셋째, 연방지방법원 및 연방법관(os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais), 넷째, 노동법원 및 노동법관(os Tribunais e Juizes do Trabalho),

39) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 228.

다섯째, 선거지방법원 및 선거법관(os Tribunais e Juizes Eleitorais), 여섯째, 군사지방법원 및 군사법관(os Tribunais e Juizes Militares), 일곱째, 주, 연방특구 및 직할지역의 법원 및 법관(os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios)이다. 그리고 법원은 아니지만 사법부에 속하는 기관으로서 국가사법위원회(Conselho Nacional de Justiça)도 규정되어 있다(신헌법 제92조 I-A).⁴⁰⁾ 국립사법평의회는 사법부의 행정 및 재무를 관리하고 법관의 직무수행을 감독하며 헌법에 의해 부여된 권한을 기획하고 설계하는 등 역할을 한다.⁴¹⁾ 요컨대, 브라질에서는 우리나라와 달리 별도의 헌법재판소(Tribunal Constitucional)가 존재하지는 않는다.

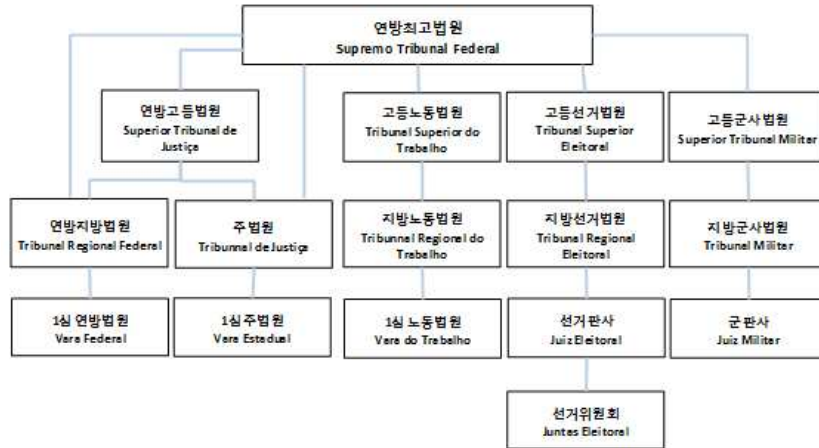
브라질에서는 헌법재판을 다루는 연방최고법원(STF) 외에도 일반법원과 특별법원 각각의 체계에서 최고법원의 역할을 하는 법원이 별도로 마련되어 있다. 우선 연방최고법원(STF)은 우리나라의 헌법재판소처럼 헌법재판을 수행한다. 즉 연방최고법원이 일반적인 사건에 있어서는 최종심의 역할을 하지는 않는다. 반면 연방고등법원(STJ)은 비헌법적 사건에 있어서 연방법과 주법을 모두 관할하고 그러한 관할에 있어서 최고법원의 역할을 수행하고 있다. 그리고 고등노동법원(TST, Tribunal Superior do Trabalho), 고등선거법원(TSE, Tribunal Superior Eleitoral), 고등군사법원(STM, Superior Tribunal Militar)도 특별법원으로서 노동, 선거, 군사라는 특별한 분야에서 최고법원의 역할을 한다.⁴²⁾

40) 이는 2004년 제45차 헌법수정을 통해 도입되었다(Emenda Constitucional n° 45).

41) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 263.

42) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 264.

<그림: 브라질의 사법체계>⁴³⁾



5. 헌법재판에 관한 법원의 권한

헌법재판의 분류와 관련하여 우리에게 익숙한 방식은 구체적 규범통제 (konkrete Normenkontrolle, concrete review, controle concreto)와 추상적 규범통제(abstrakte Normenkontrolle, abstract review, controle abstrato)로 구분하는 것이다. 우리나라의 헌법재판은 기본적으로 구체적 사건을 전제로 하고 있기에 구체적 규범통제방식이라고 할 수 있다. 그러나 구체적 사건성을 전제로 하지 않고 규범 그 자체의 위헌성을 문제삼는 추상적 규범통제 방식도 얼마든지 생각할 수 있다. 그리고 추상적 규범통제에 있어서도 심판대상이 되는 규범이 제정·공포 및 시행여부에 따라 사전적 규범통제

43) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 263~264; 조희문(2010.11), 앞의 논문, 42면 기타 관련 조문을 토대로 작성.

(priori review), 사후적 규범통제(posteriori review)로 구분할 수도 있다. 종합적으로 보면, 우리나라의 헌법재판은 구체적 규범통제이고 사후적 규범통제에 해당한다.⁴⁴⁾

그런데 헌법재판에 관해서는 통제기관을 기준으로 구분해보는 것도 가능하다. 예컨대, 최고재판소, 대법원, 헌법재판소, 최고법원 등 명칭에 관계없이 사법부 위계질서상 가장 상위의 법원이 집중적인 규범통제권을 가지는 집중적 통제방식(controle concentrado)과 사법부에 속하는 다양한 재판기관이 헌법재판을 할 수 있는 분산적 통제방식(controle difuso)으로 구분하는 것이 그러하다.⁴⁵⁾

법원의 헌법재판 권한과 관련하여 브라질의 현행 헌법인 1988년 신헌법에서는 다소 복잡하게 규정하고 있다. 관련 근거 규정을 우선 살펴보자.

첫째, 법원 일반에 대하여 절대 다수결로 법률이나 공권력의 규범적 행위의 위헌성을 선언할 수 있도록 권한을 부여하고 있다(신헌법 제97조).⁴⁶⁾

둘째, 연방최고법원에 대하여 위헌직접소송(ação direta de inconstitucionalidade) 재판 권한 및 합헌확인소송(ação declaratória de constitucionalidade) 재판 권한(신헌법 제102조 I a),⁴⁷⁾ 부작위위헌직접소송(ação direta

44) 정중섭, 앞의 책, 1514면.

45) 조희문(2010.11), 앞의 논문, 47면.

46) 신헌법 제97조. 법원은 오직 그 구성원의 절대다수결 또는 해당 특정기관 구성원의 절대다수결에 의해서만, 법률 또는 공권력의 규범적 행위의 위헌성을 선언할 수 있다.

Constituição de 1988, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

47) 위헌직접소송의 경우 1988년 신헌법 제정 당시부터 규정되어 있었고 합헌확인소송의 경우 1993년 헌법수정 제3호를 통해 도입되었다.

신헌법 제102조. 헌법의 수호는 우선적으로 연방최고법원에 속하며, 다음의 권한을 포함한다.

I - 원심으로서 절차를 진행하고 재판한다.

a) 법률 기타 연방 또는 주의 규범적 행위에 대한 위헌직접소송 및 법률 기타 연

de inconstitucionalidade por omissão) 재판 권한(신헌법 제103조 제2항),⁴⁸⁾ 기본규정불이행쟁송(arguição de descumprimento de preceito fundamental) 재판 권한(신헌법 제102조 제1항)⁴⁹⁾ 부여되어 있다.

셋째, 일반법원이든 특별법원이든 각 분야의 3심에 해당하는 최고법원의 판결에 대해서는 헌법 위반의 의심이 있을 때 연방최고법원(STF)에 대하여 특별상소(Recurso Extraordinário)를 제기할 수 있다(신헌법 제102조 III). 또한 연방최고법원(STF)은 법률의 위헌성에 대한 추상적 심사(controle abstrato)를 할 수 있는 권한을 가지고 있는 동시에 일반법원에 속하는 2심 주법원(TJ)과 2심 연방법원(TRF)의 판결에 대해서도 헌법 위반의 논란이 있을 때 특별상소(Recurso Extraordinário)를 인정하고 있다(신헌법 제102조 III).⁵⁰⁾

방의 규범적 행위에 대한 합헌확인소송

Constituição de 1988, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

48) 신헌법 제103조 제2항. 헌법규범을 유효하게 하기 위한 조치의 부작위에 대해 위헌성이 선언된 때에는, 필요한 조치의 채택을 위하여 권한있는 권부(權府)에 통지하고 이 기관이 행정기관인 경우에는 30일 이내에 해당 조치를 행하도록 한다. Constituição de 1988, Art. 103. § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

49) 신헌법 제102조 제1항. 본 헌법에 의해 발생한 기본규정불이행쟁송은, 법률에 따라, 연방최고법원에 의해 심사된다.

Constituição de 1988, Art. 102. § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

50) 신헌법 제102조 III. 단일심 또는 최종심에서 판결된 소송이 특별상소를 통하여(연방최고법원에) 상소되었을 때, 제소된 그 판결이 다음 중 하나에 해당하는지 여

그리고 개인의 권리침해에 대해 연방최고법원에 다룰 수 있는 권리구제 절차로서 인신보호령(habeas corpus), 권리보장령(mandado de segurança), 헌법규정실시보장령(mandado de injunção), 집단적 권리보장령(mandado de segurança coletivo), 정보보호령(habeas data), 민중소송(ação popular)에 관한 근거와 내용이 헌법전에 산재하고 있다.

그밖에 연방최고법원의 권한으로 권한쟁의심판, 외국과의 분쟁관할, 일정한 유형의 사건에 대한 재판 등이 있다. 첫째, 연방최고법원은 연방정부와 지방정부(주, 연방특구), 지방정부 상호간, 행정부와 사법부, 사법부 내의 권한다툼 등 권한쟁의심판에 대한 전속관할권을 갖는다(신헌법 제102조 I f, l, o). 둘째, 연방최고법원은 대외관계에 있어 사법부를 대표한다. 국가이익에 필수적이라면 정치적인 판단을 할 필요도 있어서 연방최고법원은 정치적 사법기구의 성격도 가진다.⁵¹⁾ 연방최고법원은 외국정부나 국제기구와 연방정부, 지방정부(주, 연방특구), 직할령(Território)과의 분쟁에 관해서 전속관할권을 갖는다(신헌법 제102조 I e). 그리고 외국정부가 요청하는 범죄인인도(extradição)에 관해서도 전속관할권을 갖는다(신헌법 제102조 I g). 셋째, 연방최고법원은 일정한 고위공직자 예컨대, 대통령, 부통령, 연방의회

부를 재판한다.

- a) 이 헌법의 규정에 위반하는지 여부
- b) 조약 또는 연방법의 위헌성을 선고할 것인지 여부
- c) 이 헌법에 비추어, 다투어진 지방정부의 법률 또는 행위를 유효하다고 판단할지 여부
- d) 연방법에 비추어, 다투어진 지방법률을 유효하다고 판단할지 여부

Constituição de 1988, Art. 102. III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

51) 조희문(2010.11), 앞의 논문, 53면.

의원, 연방최고법원 재판관, 공화국검찰총장의 일반범죄(*infrações penais comuns*)에 대한 전속관할권을 가지고 있고(신헌법 제102조 I b), 장관(*Ministros de Estado*), 육해공군의 장군(신헌법 제52조 I의 규정에 따라 공화국대통령과 관련된 범죄의 경우는 제외), 각 분야별 고등법원 법관(*membros dos Tribunais Superiores*), 연방회계법원 법관, 외교사절의 장의 일반범죄(*infrações penais comuns*)와 책임범죄(*crimes de responsabilidade*)에 대해서도 전속관할권을 행사한다(신헌법 제102조 I c). 그리고 정치범죄(*crime político*)에 대한 보통상소(*recurso ordinário*)의 최종심의 역할을 한다(신헌법 제102조 II b). 넷째, 연방최고법원은 국가사법위원회(*Conselho Nacional de Justiça*)와 국가검찰위원회(*Conselho Nacional do Ministério Público*)를 상대로 한 소송에 대해서도 전속관할권을 갖는다(신헌법 제102조 I r).

일응 브라질 헌법상 규정된 내용으로 보건대, 판결에 대해서는 원칙적으로 헌법재판으로 다룰 수 없고 또한 추상적 규범통제를 인정하고 있지 않는 우리나라와는 크게 두 가지 측면에서 차이점을 볼 수 있다. 첫째, 브라질에서는 구체적 소송에서 적용되는 규범의 위헌 여부를 해당 법원에서도 다룰 수 있고 또 그 판결에 대해 헌법 위반의 논란이 있을 때는 최종적인 판단자인 연방최고법원에게 그 당부를 다룰 수 있으므로 구체적 규범통제에 있어서는 분산적 통제(*controle difuso*) 및 사후적 통제(*posteriori review*)가 혼합된 방식을 채택하고 있다는 점이다. 둘째, 구체적 사건성을 전제로 하지 않고 법률 기타 규범적 행위(*ato normativo*)에 대한 위헌심사를 할 수 있는 추상적 규범통제도 동시에 채택하고 있다는 점이다.

Ⅲ. 추상적 규범통제

1. 개관 및 배경

추상적 규범통제(*controle abstrato*)라 함은, 구체적 사건과 관계없이, 직접적으로 법률 기타 규범적 행위 그 자체를 대상으로 하여 그 법률 기타 규범적 행위가 헌법에 위반된다는 이유로 효력을 가지는 것을 저지하는 것(사전적 심사) 또는 효력의 지속을 저지하는 것(사후적 심사)을 의미한다.⁵²⁾ 브라질에서 추상적 심사는 1965년에 1946년 헌법에 대한 헌법수정 제16호(*Emenda à Constituição nº 16*)를 통해서 도입되었다. 1965년 당시 헌법수정 제16호를 통해 도입된 추상적 심사는 ‘위헌제소’(*representação contra inconstitucionalidade*)였는데, 연방최고법원을 전속관할로 하여 공화국검찰총장(*Procurador-Geral da República*)에 의해 연방 또는 주(州)의 법률 또는 규범적 성격의 행위에 관한 위헌심사가 인정된다는 것이었다.⁵³⁾ 그런데 브라질에서도 우리나라에서와 마찬가지로 법률이 제정 및 공포되어 효력을 가지기 전에 재판이라는 형태로 그 효력 발생을 저지한다는 의

52) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 342. 추상적 심사(*controle abstrato*)의 동의어로는 *controle concentrado*, *controle in abstracto*, *controle direto*, *controle por via de ação*, *controle por via principal*, *controle em tese*가 있다.

53) 1946년 헌법, 제101조 - 다음은 연방최고법원의 관할로 한다.

I - 원심으로 절차를 진행하고 재판한다.

k) 연방 또는 주의 법률 또는 규범적 성격의 행위에 대하여 공화국검찰총장에 의하여 제기되는 위헌제소(1965년 헌법수정 제16호에 의한 개정)

Constituição de 1946, Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

미에서의 사전적·추상적 심사는 이루어지고 있지 않다. 물론 법률의 제정 단계에서 정치적 차원에서 사전적이고 추상적인 심사가 가능하지만(예컨대, 헌법 제66조의 대통령의 거부권 행사), 재판의 형태로는 사후적인 추상적 심사만 가능하다.⁵⁴⁾ 추상적 심사는 구체적인 소송과는 별개로 이루어지는 것이고 법률 등의 위헌성을 이유로 하여 직접적으로 그 유효성이 연방 최고법원에서 다투어진다.

브라질 법질서에서 위헌성의 발현 형태는, 첫째, 작위(ação)가 위헌인 경우, 둘째, 부작위(omissão)가 위헌인 경우, 셋째, 기본규정(preceito fundamental)의 불이행이 위헌인 경우, 넷째, 평가적(valorativo)으로 보았을 때 위헌인 경우의 4가지로 언급되고 있다.⁵⁵⁾ 그리고 이 중에서 작위가 위헌인 경우는 형식적 위헌(inconstitucionalidade formal)인 경우와 실질적 위헌(inconstitucionalidade material)인 경우로 구분될 수 있는데, 형식적 위헌이라 함은 어떤 입법적 작위가 헌법상 절차 규정을 위반한 경우를 의미한다.⁵⁶⁾ 형식적 위헌에 대해서는 한 때 연방최고법원이 대통령의 명시적 기준이 그 흠결을 치유해 줄 수 있는 것으로 보고 있었으나(Súmula nº 5, 판례 제5번)⁵⁷⁾ 현재는 동 판례가 폐기되어⁵⁸⁾ 연방최고법원도 대통령의 명시적 기준이 있든 묵시적 동의가 있든 관계없이 형식적 위헌성이 치유될 수 없는 것으로 보고 있다.⁵⁹⁾

54) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), “ブラジルの違憲審査制度”, 北大法学論集, 42(6), 北海道大学校, 1992.7.31., 1420~1421頁.

55) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 674.

56) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 675.

57) Súmula nº 5는 1963년 12월 13일 채택되었다. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=5.NUME. NAO S.FLSV.&base=baseSumulas> (연방최고법원, 2016.8.31. 최종방문). Súmula는 판결 자체는 아니고 법리로 채택된 판례요지를 지칭한다.

58) 1995년 12월 7일자 위헌직접소송 1381 판결(ADI 1381 MC)에 의해 1988년 헌법 하에서 Súmula nº 5는 더 이상 존속할 수 없는 것으로 확인되었다.

59) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 675.

현재 신헌법상 인정되고 있는 위헌직접소송(ação direta de inconstitucionalidade), 부작위위헌직접소송(ação direta de inconstitucionalidade por omissão), 기본규정불이행쟁송(arguição de descumprimento de preceito fundamental), 합헌확인소송(ação declaratória de constitucionalidade)은 모두 추상적 심사에 속하는 것으로 인정되고 있으며 연방최고법원의 전속관할이다.⁶⁰⁾

2. 위헌직접소송

가. 의의 및 절차의 개시

1988년의 신헌법 제102조 I a는 위헌직접소송(Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI)을 연방최고법원의 권한으로 규정하고 있다. 위헌직접소송은 1965년 도입되었던 위헌제소에서 그 유래를 찾을 수 있지만 제도의 명칭은 신헌법에서 처음 채택된 것이다. 신헌법이 특별히 위헌직접소송이라는 명칭을 채택한 이유는, 민주화 이후의 첫 번째 헌법인 1988년 신헌법 이후에 제정되는 연방과 주(州)의 모든 규범적 행위를 연방최고법원의 직접 통제에 복종시키기 위한 적절한 사법통제장치는 위헌직접소송임을 확인하기 위한 것이었다.⁶¹⁾

위헌직접소송은 구체적 소송을 전제로 하지 않고 있다. 즉 위헌직접소송은 이해관계자의 존재없이 가능한 것이다. 그러나 연방최고법원이 직권으로 심사 절차를 개시할 수 없다. 심사절차는 제소권자(신헌법 제103조에 의해 승인된 여러 기관 중 하나)의 신청에 의해 개시된다.

1988년 이후 위헌직접소송의 누적 건수는 2016년 8월 29일을 기준으로

60) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 342.

61) Hely Lopes Meirelles · Arnaldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, Malheiros Editores, 2014, p. 388.

총 3,931건으로 집계되고 있다.⁶²⁾

나. 제소권자

신헌법 제103조가 규정하고 있는 제소권자는 다음과 같다. 첫째, 공화국 대통령, 둘째, 연방상원의 상임위원회, 셋째, 연방하원의 상임위원회, 넷째, 주입법회의의 상임위원회, 다섯째, 주지사, 여섯째, 공화국검찰총장(Procurador-Geral da República), 일곱째, 브라질변호사회 연방위원회, 여덟째, 연방의회에 대표를 보유한 정당, 아홉째, 노사단체연합 또는 전국적 범위의 계급단체 중 하나이다.⁶³⁾

1988년 헌법 이전까지만 해도 위헌제소(representação contra inconstitucionalidade)의 제소권자는 오로지 공화국검찰총장(Procurador-Geral da República) 뿐이었다. 공화국검찰총장은 대통령과 밀접한 정치적 관계를 가지고 있기 때문에 위헌제소의 제소권자가 공화국검찰총장뿐이라는 점은 이 제도가 제한적일 수밖에 없다는 점을 시사하였다. 왜냐하면 공화국검찰총장이 어떤

62) <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi> (연방최고 법원의 위헌직접소송 재판건수 통계자료, 2016.8.31. 최종방문).

63) Constituição de 1946, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

법률 조항에 대해 위헌성이 없다고 판단해버리면 결코 위헌직접소송이 제기될 여지는 없었기 때문이다.⁶⁴⁾ 그런 점에서 신헌법은 위헌을 다룰 수 있는 권리와 관련하여 공화국검찰총장의 독점권을 깨뜨렸다는 의미를 가진다.⁶⁵⁾ 또한 제소권자의 범위 확대는 규범통제의 범위가 확대된 것뿐만 아니라 시민의 참여 통로가 어느 정도는 열렸다는 긍정적 의미를 가지는 것으로 이해될 수 있다. 왜냐하면, 시민은 추상적 규범심사에 관해서 연방최고법원에 직접 제소하는 권리를 가지고 있지는 않지만 제소권을 가진 여러 기관이나 단체 특히 의회, 정당, 계급단체 등을 통해 제소를 위한 압력을 행사하는 것이 가능하기 때문이다.⁶⁶⁾

제기권자와 관련하여서는 ‘전국 지자체 및 환경 협회(Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente)’가 전국 규모의 계급단체(entidade de classe)가 아니라는 이유로 당사자적격이 부인된 사례가 있다(2001년 5월 23일 판결).⁶⁷⁾

신청에 의해 절차가 개시되면 이후에는 당해 소송은 연방최고법원의 절차 진행에 따르게 되고 제소권자의 소 취하는 인정되지 않는 것으로 본다.⁶⁸⁾

다. 제소와 관련된 기타 절차 및 공화국검찰총장의 법적 지위

신헌법 제103조 제1항은 ‘위헌직접소송에 있어서 공화국검찰총장(Procurador-Geral da República)이 사전에 청문을 받지 않으면 안 되게’ 정

64) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1426頁.

65) Hely Lopes Meirelles · Arnoldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 388.

66) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1426頁.

67) ADIn 2.360-MS, rel. Min. Moreira Alves, 23.5.2001.(ADI-2360). <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo229.htm> (연방최고법원, 2016.8.31. 최종방문)

68) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, pp. 348.

하고 있다.⁶⁹⁾ 즉, 공화국검찰총장은 위헌직접소송의 제소권자이면서 동시에 위헌직접소송이 제기되었을 때 다툼의 대상이 되는 법률을 옹호하는 역할도 하는 것이다. 이런 점은 일견 모순되어 보이고 공화국검찰총장의 법적 지위를 어떻게 이해해야 할 것인지 의문이 제기될 수 있다.

이와 관련해서는, 일단 현행 헌법인 신헌법에서 검찰과 공화국검찰총장에 대하여 어떻게 규정하고 있는지 먼저 살펴볼 필요가 있다.

신헌법은 제127조 본문에서 ‘검찰(Ministério Público)은 국가의 사법기능에 필수적이고 영속적인 제도이며, 법질서, 민주주의체제, 처분할 수 없는 사회적·개인적 이익의 옹호를 임무로 한다’고 규정한 바탕 위에서, 제127조 제1항에서 ‘직무의 일체성·불가분성·독립성’을 제도적 원칙으로 보장하고 있고, 제127조 제2항에서 ‘직무와 행정의 자율성’을 보장하고 있으며, 제127조 제3항에서 ‘예산편성법(lei de diretrizes orçamentárias)의 한도 내에서 예산안 편성의 자율권’을 보장하고 있다.⁷⁰⁾ 또한 신헌법 제128조 제1

69) Constituição de 1988, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

...

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

70) Constituição de 1988, Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites

항에서는 ‘검찰의 수장은 공화국검찰총장이 되며 공화국검찰총장은 검사로서 35세 이상인 자 중에서 연방상원 의원의 절대다수에 의하여 승인된 후 2년의 임기로 대통령이 임명하되 재임이 허용’되는 것으로 하고 있고 동조 제2항에서는 ‘공화국검찰총장의 해임은 대통령의 발의로 행하여지지만 연방상원 의원의 절대다수에 의한 동의가 필요’한 것으로 규정하여⁷¹⁾ 공화국 검찰총장의 신분을 철저히 보장하고 있다.

신헌법의 규정을 보건대, 브라질에서 검찰은 입법, 행정, 사법으로부터도 독립된 별도의 권력임을 알 수 있다.⁷²⁾ 명문의 규정상 검찰의 독립성이 확실하게 보장되고 있고 공화국검찰총장의 역할로 인하여 공화국검찰총장에게는 권력으로부터의 독립과 신분보장이 특히 더 인정되고 있는 것으로 보인다. 명칭상으로도 브라질 검찰의 명칭은 우리나라와 다른데, 우리나라에서 검찰(prosecution service)은⁷³⁾ 조직법상으로 법무부 산하에 있으므로 행

estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

71) Constituição de 1988, Art. 128. O Ministério Público abrange:

I - o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
- b) o Ministério Público do Trabalho;
- c) o Ministério Público Militar;
- d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II - os Ministérios Públicos dos Estados.

§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

§ 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

72) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, pp. 302~303.

73) 검찰의 영어 명칭은 검찰청 홈페이지에서 인용. http://www.spo.go.kr/spo/intro/cicm/cl_cm.jsp (검찰청 홈페이지, 2016.8.31. 최종방문)

정권의 일부임이 분명하지만,⁷⁴⁾ 브라질의 경우 검찰은 그 명칭이 Ministério Público(영어로는 Public Ministry)여서, 입법, 행정, 사법과 구별되는 별도의 권력임을 암시하고 있고 설사 행정권의 범주에 속한다고 보더라도 특정한 어떤 행정 권력에 종속된 것은 아님을 보여주고 있다.

그밖에 신헌법 제103조 제3항에서는 ‘연방최고법원이 법규범(norma legal)이나 규범적 행위(ato normativo)의 위헌성을 심사할 때는 미리 연방총변호인(Advogado-Geral da União)을 소환하여 다툼의 대상이 되는 법문 또는 규범적 행위를 변호하도록’ 하고 있다.⁷⁵⁾ 연방총변호인은 연방총변호청(Advocacia-Geral da União)의 수장이다(신헌법 제131조 제1항). 연방총변호청은 1988년 신헌법에 의하여 창설되었는데, 직접 또는 다른 기관을 통하여 재판상 또는 재판 외에서 연방을 대리하는 역할을 하며 대통령을 수반으로 하는 행정부의 법률고문 역할도 하며 또한 위헌성이 다투어지는 법규범 등의 변호하는 역할도 담당한다(신헌법 제131조 본문 및 동조 제1항). 즉 연방총변호청의 신설은 행정부의 자문역할 및 재판에서 연방의 이익을 대표하려는 목적에 따른 것이므로, 공화국검찰총장의 지위는 더 이상 연방의 이익대표자는 아닌 것이고 1988년 이전의 헌법에서 존재하던 그의 착종된 지위는 이제 제거되었다고 보는 것이 타당하다.⁷⁶⁾

그렇다면 공화국검찰총장은 그 임명은 최종적으로 대통령에 의한 것이긴

74) 정부조직법[법률 제13593호, 2015.12.22., 일부개정] 제32조(법무부) ① 법무부장관은 검찰·행형·인권옹호·출입국관리 그 밖에 법무에 관한 사무를 관장한다.
② 검사에 관한 사무를 관장하기 위하여 법무부장관 소속으로 검찰청을 둔다.
③ 검찰청의 조직·직무범위 그 밖에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.

75) Constituição de 1988, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

...

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

76) Hely Lopes Meirelles · Arnoldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, pp. 394.

하지만 그 법적 지위가 대통령에 종속된 것은 아님을 알 수 있고 따라서 정권의 이익에 영합할 이유가 없게 되었다고 평가된다.⁷⁷⁾ 따라서 신헌법 하에서 공화국검찰총장은 더 이상 연방의 이익대표자가 아니라 공익의 대표자로 새롭게 설정되었다는 점이 부각되어야 하고, 또한 추상적 규범통제에서 공화국검찰총장은 자발적으로 또는 이해관계자들의 유도에 따라 위헌제소를 이끌어나가므로, 그는 위헌직접소송에서 스스로의 발의에 의한 원고로서 그리고 법의 수호자(*custos legis*)로서 등장하지 않으면 안 된다.⁷⁸⁾

한편, 공화국대통령이 또한 위헌직접소송의 제소권자에 속하기 때문에 연방총변호청의 기능은 모순적으로 보일 수 있다. 왜냐하면 공화국대통령이 위헌직접소송을 제기하는 경우에 연방총변호청은 대통령의 법률고문으로서 대통령을 위하여 문제되는 법규범의 위헌성을 주장해야 하는 동시에 위헌성이 다투어지는 법규범을 변호해야 하는 헌법상의 역할을 수행해야 한다는 해석이 가능하기 때문이다.⁷⁹⁾

라. 대상 및 위헌판단의 효력

추상적 심사는 법률이나 규범적 행위(*lei ou ato normativo*) 그 자체를 직접적 대상으로 한다. 따라서 위헌성이 문제되는 법규범에 기초한 ‘행위’는 추상적 심사의 대상이 되지 않는다. 추상적 심사에 복종하는 대상으로는 법률, 각 주(州)의 헌법규범, 신헌법 수정조항, 연방 또는 주의 규범 및 연방을 구성하는 주 사이에서 맺어진 규범적 성격을 가지는 협정 등이 광범위하게 포함되는 것으로 해석되고 있다.⁸⁰⁾ 물론 법률보다 하위에 있는

77) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1426~1427頁.

78) Hely Lopes Meirelles · Arnaldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, pp. 394~395.

79) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1427頁.

80) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1428頁.

규범에 있어서는 적법성의 심사가 우선한다는 것은 명백하다.

대상의 시적 범위와 관련해서는 1988년 신헌법 공포 이후에 제정·공포된 법률 기타 규범적 행위에 한정되는 것으로 이해되고 있다.⁸¹⁾ 또한 심사 대상 규범은 제정되어 공포된 것이어야 한다. 다만, 시행되는 것까지는 필요하지 않다고 보고 있다.⁸²⁾ 한편 이미 폐지되어 효력이 사라진 법규범은 심사 대상이 되지 못한다.⁸³⁾ 연방최고법원이 이미 판결을 통하여 위헌임을 선언한 규범도 더 이상 다투어질 수 없다.⁸⁴⁾

심사 대상과 관련하여서 주목할 만한 위헌직접소송 사례로는 두 가지 정도를 예로 들 수 있다.

첫 번째는 브라질 연방헌법(1988년 신헌법)의 전문(前文, *preâmbulo*)의 규범력과 주(州)헌법의 대상성에 관한 것이다. 동 전문은 “우리들, 브라질인의 대표는, 제헌의회에 모여, 민주국가를 수립하기 위해, 우애롭고 다원적이며 편견없는 사회의 최고 가치인 개인의 권리·사회적 권리·자유·안전·안녕·발전·평등·정의의 실행을 보장하기 위한 목적으로, 사회적 조화에 입각하고 국내의 질서 속에서 분쟁의 평화적 해결을 약속하며, ‘신의 가호 아래서’(*sob a proteção de Deus*) 다음의 브라질 연방공화국 헌법을 공포한다.”로 되어있는데,⁸⁵⁾ 브라질의 각 주(州)의 헌법도 연방헌법 전

81) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 345.

82) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1428頁.

83) Hely Lopes Meirelles · Arnaldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, 432; Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 346.

84) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1429頁.

85) Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO

문을 참조하여 ‘신의 가호아래서(sob a proteção de Deus)’라는 문구를 넣고 있다. 그런데 브라질 북부 아마존 유역에 위치하고 있는 아끄리주(Estado do Acre) 헌법에서는 그 문구를 전문(前文)에서 넣고 있지 않아서, 아끄리 주헌법은 연방헌법에 위반된다고 하며 사회자유당(Partido Social Liberal)에 의해 아끄리 주입법의회(Assembléia Legislativa do Acre)를 상대로 위헌직접소송이 연방최고법원에 제기되었다. 이에 대해 연방최고법원에서는 ‘연방헌법의 중핵적 규범(normas centrais)은 각 주헌법에 의무적으로 삽입되어야 하는 것이지만, 연방헌법 전문은 헌법제정자의 이념적 입장을 반영할 뿐 권리나 의무를 발생시키지도 않고 규범적 효력(força normativa)을 발생시키지도 않으며 또한 중핵적 규범이 되지도 않으므로, 신의 가호 요청은 규범적 효력을 가지지 못하는 것이어서 위헌직접소송은 이유없다’고 판단하였다(2002년 8월 15일 선고).⁸⁶⁾

두 번째는 연방헌법의 개별 조항이 위헌판단의 대상이 될 수 있는지에 관한 사례이다. 1988년 제정 당시의 신헌법은 그 경과규정(Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) 제2조에서 정부 형태와 체계에 관한 국민투표(plebiscito)를 1993년 9월 7일에 시행하기로 되어 있었는데⁸⁷⁾ 1992년 8월 25일자 헌법수정 제2호(Emenda Constitucional nº 2, de 25 de agosto de 1992)로 국민투표일을 1993년 4월 21일로 앞당기게 되었다. 그런데, 이에 대하여 국가질서재건당(Partido de Reedificação da Ordem Nacional)이 원고가 되어 연방의회를 피고로 하여, 헌법수정 제2호가 헌법 위반이 아닌지 다투는 위헌직접소송을 연방최고법원에 제기하였고, 이에

DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

86) ADI 2076/AC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 15/08/2002, p. DJ 08/08/2003. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=59125> (연방최고법원, 2016.8.31. 최종방문).

87) 9월 7일은 브라질이 포르투갈로부터의 독립을 선언한 날로서 국경일에 해당한다.

대해 연방최고법원은 헌법수정도 개정금지조항(*cláusula pétrea*)에⁸⁸⁾ 명시적으로 혹은 묵시적으로 위반될 수 있는 것이므로 위헌심사 대상이 될 수 있다고 판시한바 있다(1993년 4월 14일 선고).⁸⁹⁾ 다만 동 판결에서 연방최고법원은 헌법수정 제2호가 합헌이라고 선언하며 청구를 기각했다. 그런데 연방최고법원이 연방헌법의 개별 조항에 대해 위헌심사의 대상이 될 수 있다고 판단한 것에 관해서는, 이를 두고 연방최고법원이 헌법수정에 있어서 입법자의 역할을 한다는 의미로 보아서는 곤란하고 다만 그 개정금지조항을 확인시켜 최소한 헌법수정을 통한 헌법침해만큼은 방지하겠다는 취지로 이해하는 것이 타당할 것이다.⁹⁰⁾

위헌직접소송에서의 위헌판단은 대세효(*eficácia contra todos, erga omnes*), 소급효(*efeitos retroativos, ex tunc*), 사법기관·행정기관에 대한 기속효(*efeito vinculante*), 구법에 대한 관계에서 회복효(*efeito repristinatório em relação à legislação anterior*)를⁹¹⁾ 가진다.⁹²⁾

88) 신헌법 제60조는 헌법수정(*emenda à constituição*, 헌법개정)에 관하여 그 제안자, 요건, 개정금지조항 등을 규정하고 있다. 동조 제4항에서는 “다음의 것을 폐지하고자 하는 수정의 제안은 결의의 대상이 될 수 없다.”고 하여 개정금지사항으로 ‘연방제, 직접·비밀·보통·정기(定期)선거, 권력분립, 개인의 권리 및 보장’의 4가지를 규정하고 있다.

Constituição de 1988, Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

89) ADI 829/DF. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266553> (연방최고법원, 2016.8.31. 최종방문).

90) 조희문(2010.11), 앞의 논문, 49면.

91) 예컨대, b법률이 시행되면서 a법률이 효력을 상실하였지만, c법률이 시행되면서 b법률이 효력을 상실하였을 때, a법률이 다시 효력을 회복하는 경우를 의미한다.

92) Vicente Paulo·Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 355.

조약에 관해서는, 그것이 국내법체계에 포함된 이상은, 일반적으로 합헌성 심사가 이루어져, 법관 및 법원은 국내에서 제정된 규범과 마찬가지로 그것들을 감시한다. 그런데 조약에 대해서 위헌 선언을 하는 경우에 당해 조약 자체를 취소한 것은 아니고 동 선언은 당해 조약의 적용을 배제시키는 것이고 그 결과 승인된 효력을 박탈하는 의미를 가진다.⁹³⁾

한편 위헌의 의심이 있는 법률은 분리될 수 있고, 위헌이라고 판단된 부분은 법체계로부터 제외되고, 내용이 헌법에 위반되지 않는 다른 부분은 존속한다. 이는, 분리의 내용이 실질적인 변질 및 당해 법률의 훼손을 야기하지 않는 경우에만 가능한 것은 명백하다. 만약, 당해 법률의 각 부분의 관계가 특히 밀접하고, 상호간에 의존하고 있는 경우에는, 존재하는 부분의 위헌이, 그 법률 전체의 위헌선언을 초래하게 된다. 부분적인 위헌의 선언은, 당해 법률의 의의 및 입법자의 의사를 변질시키는 것은 아니고, 또한 입법권의 독립을 침해하는 것도 아니다.⁹⁴⁾

3. 부작위위헌직접소송

위헌직접소송 중에서 특별히 (입법)부작위를 위헌이라고 다루는 위헌직접소송은, ‘부작위위헌직접소송’(Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ADO)이라는 별도의 명칭을 부여하여 구분하는 것이 가능할 수 있다. 이렇게 볼 수 있는 이유는, 1988년 헌법 제103조 제2항에서 “헌법 규범을 유효하게 하기 위한 조치의 ‘흡결에 대해 위헌성이 선언된 때에는’(declarada a inconstitucionalidade por omissão), 필요한 조치의 채택에 관하여 권한있는 권부(權府)에 통지하고 이 기관이 행정기관인 경우에는 30일 이내에 해당 조치를 행하도록 한다.”고 부작위가 위헌임이 판명된 때

93) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1429頁.

94) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1429頁.

에는 특별히 사후적 조치에 관한 규정을 두고 있기 때문이다. 즉 ‘부작위’라는 부분에 초점을 맞춘다면 부작위위헌직접소송을 위헌직접소송과 구별되는 독립된 유형으로 보는 것이 가능할지도 모른다.⁹⁵⁾

그러나 부작위위헌직접소송은 그 명칭에서 알 수 있듯이 위헌직접소송일 뿐이고 다만 부작위를 다룬다는 특성상 재판 후의 사후적 조치에 관한 규정이 필요한 것에 불과하다. 또한 부작위에 대해서도 위헌임을 다룰 수 있는 것은 분명할 것이기 때문에 위헌직접소송은 부작위가 위헌임을 다투는 경우도 포함한다고 보는 것이 해석상 타당하다.

이러한 점은 이미 살펴본 바 있는, 아끄리 주헌법의 전문에서 ‘신의 가호 아래’라는 문구가 포함되어 있지 않은 것이 문제된 사례(ADI 2076/AC)에서도 드러난다. 동 판결의 사례에서 문제된 부분은 아끄리 주헌법이 ‘신의 가호 아래’라는 문구를 넣고 있지 않은 것이므로 부진정‘부작위’가 문제된 것인데, 이에 대해 연방최고법원은 동 소송이 ‘신헌법 제102조 Ia에 근거한 소송’임을 명시하고 있어서 ‘부작위에 의한 위헌직접소송’도 ‘위헌직접소송’의 범주 내에 있는 것으로 인식하고 있다는 점을 분명히 하고 있다.⁹⁶⁾ 그리고 조문 체계라는 관점에서 볼 때도, 신헌법 제103조 본문에서 위헌직접소송의 제소권자를 언급하고 있고 그 다음에 규정된 신헌법 제103조 제2항에서 부작위에 대한 위헌판단 이후의 조치를 언급하고 있지만, 정작 부작위를 위헌으로 다투는 경우에도 제소권자에 대한 별도의 언급은 없기 때문에 그 제소권자는 위헌직접소송에서와 동일하다는 점을 알 수 있는 바,⁹⁷⁾ 신헌법 제102조 Ia는 단지 위헌직접소송이라고만 규정하고 있지만 이는 부작위위헌직접소송을 포함하는 것으로 보는 것이 타당하다. 즉 위헌

95) 佐藤美由紀, 브라질における違憲審査制の展開, 東京大学出版会, 2006, 229頁.

96) <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324> (연방최고법원, 2016.8.31. 최종방문)

97) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 232頁.

직접소송에서 부작위에 관하여 별도의 규정이 필요한 이유는 그 위헌판단 이후의 조치에 관하여 정할 필요가 있다는 것 외에는 달리 해석하기 어렵다.

부작위위헌직접소송의 요건은 일반적 의무의 존재로는 불충분하고 일정한 구체적 의무가 필요하고 따라서 대상으로 되는 규범은 체계상 일의적으로 결정되는 것에 한정되지만, 정당이나 민주적 장치에 위임되어야 할 강력한 규정은 대상으로 되지 않는다고 한다.⁹⁸⁾

부작위도 종류가 진정(입법)부작위와 부진정(입법)부작위의 두 가지가 있을 수 있는데, 진정부작위의 경우와 달리 부진정부작위는 평등원칙 위배라고 하는 작위에 의한 위헌성을 포함하고 있는 것으로 생각된다. 다만 평등원칙위배는 실질적으로 고려되어야 한다. 그리고 부진정부작위를 대상으로 하는 위헌직접소송 역시 위헌성을 다투는 경우이므로 부작위위헌직접소송으로서는 용인되어도 작위에 대한 위헌직접소송 또는 구체적 규범통제에서는 부정될 수도 있다고 한다.⁹⁹⁾

한편 위헌직접소송에서는 연방총변호청의 참가가 필수적이지만(신헌법 제103조 제3항) 부작위위헌직접소송에서는 옹호해야 할 규범 자체가 존재하지 않는 상황이므로 연방총변호청의 개입은 불필요하다는 견해가 있다.¹⁰⁰⁾ 그런데 진정부작위라면 타당한 견해이지만 부진정부작위라면 달리 보아야 할 것으로 보인다.

1988년 이후 부작위위헌직접소송, 즉 부작위를 위헌으로 다투는 사건의 누적 건수는 2016년 8월 29일을 기준으로 총 19건에 불과하다.¹⁰¹⁾

98) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 232頁.

99) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 233頁.

100) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 233頁.

101) <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado> (연방최고법원의 부작위위헌직접소송 재판건수 통계자료, 2016.8.31. 최종방문).

4. 기본규정불이행쟁송

1988년 신헌법은 위헌직접소송, 부작위위헌직접소송에 더하여 제102조 제1항에서 기본규정불이행쟁송(Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF)을 규정하고 있다. 동항은 “본 헌법에 의해 발생한 기본규정불이행쟁송은, 법률에 따라, 연방최고법원에 의해 심사된다.”고 규정하고 있다.

이 제도는 헌법의 옹호자로서 연방최고법원의 기능에 대한 순수한 표현으로도 평가될 수 있는데, 표면적으로는 분명히 헌법의 기본원칙을 실현한다고 하는 특별한 목적을 가지고 법적 구제의 범위를 확대한 것처럼 보인다.¹⁰²⁾ 그런데 사실 이러한 규정은 비교법적으로 동일한 제도를 찾기 어렵다는 점에서 이해하기에 어려운 점이 있다.¹⁰³⁾

게다가 이 규정에서는 몇 가지 의문이 존재한다. 기본규정이 무엇인가, 헌법상 기본규정과 기본규정이 아닌 것을 구별하는 것이 가능한가, 기본규정은 개인적 권리 보장을 목적으로 하는가 아니면 불특정다수의 이익을 보호하기 위한 것인가, 이런 종류의 쟁송이 연방최고법원에 제소되는 것이 타당한가 등이 그러하다.¹⁰⁴⁾ 또한 헌법에 위반되는 법률이 제정되었다거나, 헌법이 제정을 명한 법률의 흠결이 있다거나, 헌법에 위반되는 행정행위의 실시가 존재하는 경우 헌법침해가 발생하는데, 이런 경우에 대하여 각각

102) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 701; 佐藤美由紀(2006), 前掲, 238頁.

103) Celso Agrícola Barbi, “Supremo Tribunal Federal-funções na Constituição Federal de 1988”, *Revista da Faculdade de Direito*, v.33, Universidade Federal de Minas Gerais, 1991.10, p. 116.

104) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, pp. 701~702; José Carlos Moreira Alves, “O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição-questões e perspectivas”, *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 173, 1988, pp. 43~44(佐藤美由紀(2006), 前掲, 238頁에서 재인용).

위헌직접소송, 부작위위헌직접소송, 권리보장령의 규정을 두어 대비하고 있는바, 이에 더하여 기본규정불이행쟁송을 둘 여지가 있다고는 생각하지 않는다는 반대 견해도 존재하였다.¹⁰⁵⁾ 기본규정불이행쟁송은 이미 존재하는 헌법상의 기본규정의 구체화를 목표로 하는 것이라는 점에서 입법적 흠결의 존재에 대해 문제삼는 부작위위헌직접소송과도 구별된다.¹⁰⁶⁾ 결국 기본규정불이행쟁송의 목적은 위헌직접소송이 1988년 신헌법 제정 이전의 법률에 대해서는 적용되기 어렵다는 맹점을 해소하기 위하여 도입된 것으로 보는 것이 설득력 있다고 본다.¹⁰⁷⁾

그런데 헌법문언에서는 권한을 규정한 것뿐이고 구체화를 위한 법적 규율을 필요로 하는 것이어서 기본규정불이행쟁송은 그 운용상 장애가 있었다. 헌법 규범 중에서 특히 기본적인 것이라고 생각되는 규범에 관해서는, 특별한 쟁송절차를 법률이 정할 것을 헌법은 규정하였으나, 문제는 헌법에서 어떤 규정이 기본규정인지 정한 바가 없었기 때문에, 법률에 의해서 어떤 규정이 기본적인 것인가가 결정되어야 하는데, 헌법 제정 후 이런 법률이 한동안 제정되지 않았었기 때문에 이 제도는 유용하지 않았고 휴면상태에 있었다.¹⁰⁸⁾

그러다가 1999년 기본규정불이행쟁송을 구체화하는 법률(1999년 12월 3일자 법률 제9,882호, Lei no 9.882, de 3 de Dezembro de 1999)이 제정되었다. 이 법률에 따르면, 기본규정불이행쟁송의 목적은 공권력의 행사에 의한 기본규정에 대한 침해의 회피하고 회복하는 것에 있다(동법 제1조 본문). 또한 공권력의 행사에 기인하는 기본규정에 대한 침해의 회피 및 회복 기타 헌법 이전의 것을 포함하여 연방·주·시의 법률 및 규범정립행

105) Celso Agrícola Barbi, *op. cit.*, p. 116.

106) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, pp. 702~703.

107) 조희문(2010.11), 앞의 논문, 51면.

108) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 239頁.

위에 관한 헌법상의 논쟁의 근거가 중대한 경우에도 기본규정불이행쟁송을 제기하는 것이 가능하다(동법 제1조 단서조항). 쟁송의 제소권자는 위헌직접소송의 제소권자와 동일하지만, 이해관계인은 위헌직접소송의 제3자와 마찬가지로 기본규정불이행쟁송의 제기를 공화국검찰총장에게 요청하는 것이 가능하다(동법 제2조 제1항). 소장에는 원칙적으로 침해되었다고 생각되는 기본규정, 문제로 된 행위, 기본규정의 침해의 증명, 그 증명을 첨부한 청구를 기재하여 제출한다(동법 제3조). 만약 극도의 긴급성이나 중대한 침해의 위험이 존재하는 경우에는 보고 담당 법관이 보전처분을 내리는 것이 인정되고 있다(동법 제5조, 제6조 본문). 보고담당법관(relator)은 필요한 경우 관계자를 청문하거나 감정을 하기도 하며(동법 제6조 제1항) 보고서를 전체 법관에게 배포하여 재판기일을 정한다(동법 제7조). 검찰에게도 열람의 기회가 부여된다(동법 제7조 단서조항). 판결의 정족수는 전체 법관의 3분의 2이다(동법 제8조). 판결이 내려지면 기본규정의 해석·적용조건·방법을 정하고, 다투어지는 행위의 실시에 대해 책임이 있는 기관에 통지하며, 재판장은 판결 즉시 이행을 결정하고 판결서를 작성하게 되고, 판결은 확정되면 공시된다(동법 제10조 본문, 제1항, 제2항). 판결은 대세적 효력을 가지며, 입법권과 행정권에 대하여 구속력을 가진다(동법 제10조 제3항). 위헌판결의 경우에는 연방최고법원에 매우 유연한 효력 내용의 결정권이 부여되어 있는바, 연방최고법원은 법적 안정성 및 사회적 이익을 고려하여 3분의 2의 가중다수에 의해 그 효력을 축소하거나 효력발생시기를 결정하는 것이 가능하다(동법 제11조). 기본규정불이행쟁송의 판결에 대해서는 상소나 재심이 허용되지 않는다(동법 제12조). 만약 선고된 판결이 이행되지 않는 경우에는 연방최고법원의 내부규칙(Regimento Interno)에 따라 그에 대해 다투는 것이 허용된다(동법 제13조). 그런데 기본규정불이행쟁송에 있어서는 보충성(subsidiariedade) 원칙이 적용되기 때문에 침해를 구제할 다른 방법이 존재하는 경우에는 허용되지 않는다(동법 제4조 제1항).

그러나 문제는 법률 제9,882/1999호에서도 역시 기본규정불이행쟁송을 제기할 만한 사유가 되는 기본규정(*preceitos fundamentais*)이 무엇인지 열거하거나 예시하고 있지 않다는 점이다. 그래서 기본규정불이행쟁송이 제기될 만한 규범에 대한 확인을 할 권한은 연방최고법원이 스스로 가지고 있는 것으로 이해되고 있으며, 그러한 기본규정으로는 일반적으로 개인의 권리 및 보장(신헌법 제5조),¹⁰⁹⁾ 개정금지조항(*cláusula pétrea*)으로 보호되는 원칙들(신헌법 제60조 제4항), 주(州)가 위반하였을 때 연방의 개입을 정당화할 만한 민감한 원칙들(신헌법 제34조 VII)¹¹⁰⁾이 거론되고 있다.¹¹¹⁾

기본규정불이행쟁송에서 본안판단(*decisão de mérito*)은 대세효(*eficácia contra todos, erga omnes*)와 사법기관에 대한 기속효(*efeito vinculante*)를

109) 신헌법 제5조는 본문에서 ‘모든 자는 법 앞에 평등하며, 어떠한 성질의 차별도 없으며, 브라질인 및 국내에 거주하는 외국인에 대하여는 생명, 자유, 평등, 안전 및 재산의 불가침이 다음의 규정에 따라 인정된다’고 규정하면서 78가지의 권리 보장을 인정하고 있다.

110) 신헌법 제34조. 다음의 경우를 제외하고 연방은 주(州)나 연방특구에 개입하지 않는다.

...

VII - 아래의 헌법적 원칙의 준수를 보장하기 위하여

- a) 공화정, 대표제 및 민주주의
- b) 인권
- c) 시(市)의 자치
- d) 직접·간접의 공공행정의 회계보고

Constituição de 1988, Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

...

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

111) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 370.

가지는 것으로 이해되고 있다.¹¹²⁾ 기본규정불이행쟁송은 2000년 이후 제기 되기 시작했고 총 누적 건수는 2016년 8월 29일 기준으로 416건이다.¹¹³⁾

5. 합헌확인소송

1993년에는 1988년 신헌법에 대한 제3차 수정(Emenda Constitucional nº 3, de 1993)이 있었고 이를 통해 위헌직접소송에 더하여 합헌확인소송(Ação Declaratória de Constitucionalidade, ADC)이 도입되었다.

합헌확인소송의 도입은, 헌법재판제도의 법령 정당화 기능을 정면으로부터 긍정하는 취지에서, 지금까지처럼 위헌을 주장하는 측의 제소만 인정하는 것이 아니라 합헌을 주장하는 측으로부터의 제소도 적극적으로 받아들인 것인데, 연방최고법원에 의한 합헌판결을 획득하는 것을 통해서도 법령 정당화 기능이 작용할 수 있다는 점을 명시적으로 규정한 것이고, 특히 합헌판단에도 구속력이 있다는 점을 분명하게 한 것에 그 취지가 있다.¹¹⁴⁾ 1993년 이후 합헌확인소송의 누적 건수는 2016년 8월 29일을 기준으로 총 32건에 불과한 것으로 집계되고 있다.¹¹⁵⁾

합헌확인소송과 관련하여 신헌법 제102조 제2항에서는 “연방의 법률 또는 규범정립행위의 위헌직접소송과 합헌확인소송에 있어서 연방최고법원에 의해 판단되는 본안에 관한 확정판결은 모든 자에게 효력을 가지고 있고 (eficácia contra todos) 그밖에 사법기관 및 집행권에 대해서도 구속력 (efeito vinculante)을 가진다.”고 규정하여 합헌확인소송의 효력에 관해서

112) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 371.

113) <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf> (연방 최고법원의 기본규정불이행쟁송 재판건수 통계자료, 2016.8.31. 최종방문).

114) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 244頁.

115) <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adc> (연방최고법원의 합헌확인소송 재판건수 통계자료, 2016.8.31. 최종방문).

대세효(*erga omnes*)와 기속효를 인정하고 있음을 알 수 있다. 그리고 신헌법 제103조는 합헌확인소송의 제소권자에 대해 위헌직접소송과 동일하게 규정하고 있다.

한편 합헌확인소송에서도 연방총변호청의 개입은 적용되지 않는 것으로 해석된다.¹¹⁶⁾

IV. 구체적 규범통제로서 부수적 심사

1. 개관 및 배경

브라질에서 구체적 규범통제(*controle concreto*)는 분산적 심사(*controle difuso*) 혹은 부수적 심사(*controle incidental*)로도 지칭된다. 브라질의 구체적 규범통제는 사법부를 구성하는 어떤 법원이나 법관이든 모든 심급의 절차에서 규범의 위헌 판단이 가능하다.¹¹⁷⁾ 즉 분산적(*difuso*) 심사 방식인데¹¹⁸⁾ 이처럼 특정한 기관만 심사를 할 수 있는 것이 아니라 모든 법관 및 법원이 심사 권한을 가질 수 있어야 한다는 관념의 이면에는 어떤 법적 분쟁을 소송의 본안에서 판단할 때 적용 법률이 하자 있는 것이어서는 안 된다는 것이 기본이라는 인식이 자리하고 있기 때문이다.¹¹⁹⁾ 실제로 법원에 제기된 구체적 사건에서 위헌 논쟁을 평가하게 되는 소송은 다양하다.¹²⁰⁾ 그리고 구체적 규범통제에서 제기되는 적용 규범의 위헌 논쟁은 권

116) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 368.

117) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 713.

118) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 331.

119) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1432頁.

120) 예컨대, 권리보장령(*mandado de segurança*), 인신보호령(*habeas corpus*), 정보보호

리 보호를 주된 목적으로 하는 사법적 요청의 과정에서 등장하는 부차적인 문제(questão acessória)라고 인식하기 때문에 부수적(incidental)인 것으로 이해되고 있다.¹²¹⁾ 게다가 구체적 사건의 판단에서 그 사건에 적용되는 규범의 위헌성이 인정되었을 때 법관이나 법원은 단지 그 규범의 적용을 하지 않을 뿐이다. 이처럼, 브라질에서 구체적 규범통제를 부수적인 것으로 이해한다는 것은, 진행 중인 소송에 있어서 헌법 위반 판단의 문제는 이차적인 것이고 중심적인 문제가 아닌 것으로 본다는 의미도 있다.¹²²⁾

우리나라에서 구체적 규범통제가 헌법재판소에서만 집중적으로 이루어지며 위헌 선언된 법률에 대해서는 단지 당해 사건에서 그 적용을 하지 않는 것에 그치는 것이 아니라 법률 또는 법률 조항 자체의 효력을 상실시킨다는 점에서(헌법재판소법 제47조 제2항), 브라질의 구체적 규범통제와는 대단히 구별된다. 따라서 브라질의 구체적 규범통제를 만연히 구체적 규범통제로 지칭하게 된다면, 우리나라의 그것과 비교하여 혼란이 생길 수도 있고 브라질의 그것이 가지는 고유한 특징을 드러내지도 못하기 때문에 이하에서는 브라질의 구체적 규범통제를 부수적 심사 또는 부수적 규범통제로 지칭하고자 한다.

브라질의 부수적 심사는 브라질 역사상 두 번째의 헌법이자 공화국헌법 으로서는 최초의 헌법에 해당하는 1891년 헌법에서 도입된 이래로 120년이 넘는 역사를 가지고 있다. 당시에 이미 1세기에 가까운 위헌심사의 역사를 가지고 있었음에도 불구하고 명문으로 위헌심사를 규정하고 있지 않던 미국과는 달리, 브라질은 1891년 헌법의 본문에서 법률의 합헌성 여부에 대한 심사를 할 수 있도록 제도로 명확하게 규정하였다. 즉 1891년 헌

령(habeas data), 공적민사소송(ação civil pública), 민중소송(ação popular), 통상소송(ação ordinária) 등 다양하다. Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 332.

121) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 332.

122) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1431頁.

법은 ‘당사자가 헌법의 한 가지 규정에 찬성 또는 반대하게 된 소송을 인식하여 판단하는 것은 법관 및 법원의 관할에 속한다.’고 규정하였고(1891년 헌법 제60조 a) 또한 ‘최종심으로서의 각 주 법원의 판결에 관하여, 조약 또는 연방 법률의 유효성이나 적용이 문제되거나 각 주 법원의 판결이 헌법에 어긋나는지 문제될 때에는, 연방최고법원에 상소하여 심리를 받게 된다.’고 규정하고 있었다(1891년 헌법 제59조 제1항 a).

현행 1988년 신헌법에서는 제102조 III에서 부수적 심사의 근거를 규정하고 있다.¹²³⁾

2. 부수적 심사의 절차와 효력

소송 절차에서 모든 소송참가자는 구체적 사건에 적용되는 규범의 위헌성을 선언해 줄 것을 사법기관에 신청할 수 있다. 이 때 구체적 규범통제를 신청할 수 있는 당사자적격(*legitimação ativa*)을 가지는 자는 첫째, 소송 당사자(*partes do processo*), 둘째, 절차에서 소송참가자로 인정된 제3자(*terceiros admitidos como intervenientes no processo*), 셋째, 검찰의 대리인

123) 제102조 III. 단일심 또는 최종심에서 판결된 소송이 특별상소를 통하여 (연방최고법원에) 상소되었을 때, 제소된 그 판결이 다음 중 하나에 해당하는지 여부를 재판한다.

- a) 이 헌법의 규정에 위반하는지 여부
- b) 조약 또는 연방법의 위헌성을 선고할 것인지 여부
- c) 이 헌법에 비추어, 다투어진 지방정부의 법률 또는 행위를 유효하다고 판단할지 여부
- d) 연방법에 비추어, 다투어진 지방법률을 유효하다고 판단할지 여부

Art. 102. III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

(representante do Ministério Público)이다.¹²⁴⁾ 그렇지만 법관이나 법원도 직 무상(de officio) 신청과 관계없이 법률의 위헌성을 선언하고 구체적 사건에 그 적용을 회피할 수 있는데, 이는 헌법 수호를 위한 권한이자 의무이기 때문이다.¹²⁵⁾

부수적 심사는 법원에 제기된 사건에서 다툼이 있는 구체적 이익이 존재하는 경우라면 그 성격이 무엇이든 관계없이 모든 소송에서 신청될 수 있다. 민사소송이든, 형사소송이든, 행정소송이든, 조세소송이든, 노동소송이든, 선거소송이든 관계없이 구체적 규범통제를 위해 제공될 수 있다. 계쟁사건이 무엇이든 심리절차이건, 집행절차이건, 보전절차이건 절차의 종류는 관계없다. 그래서 권리보장령(mandado de segurança)이든, 인신보호령(habeas corpus)이든, 정보보호령(habeas data)이든, 공적민사소송(ação civil pública)이든, 민중소송(ação popular)이든, 통상소송(ação ordinária)이든 간에 구체적 규범통제를 실현하는 데 있어 모두 적격이다.¹²⁶⁾

브라질의 부수적 심사제도에는 기본적으로 법관은 자신에게 소송이 제기 되었을 때 헌법문제에 있어서의 법관이기도 하다는 점이 전제로 되어 있다. 법관이든 법원이든 소송당사자에 의한 청구가 있는 경우, 구체적 사건에 대해 문제되는 그 법률을 적용하지 않기 위해서 그 법률의 위헌성을 선언할 수 있다.¹²⁷⁾ 그렇지만 실제로는 법관이 직권으로 위헌의 선언을 하기 보다는 당해 사건에서 문제된 법률의 적용을 회피하는 것이 일반적이라고 한다. 왜냐하면 당사자가 재판의 전제가 되는 법률의 위헌을 주장하는 경우에도 위헌에 대한 주장이 설득력있게 논증되어야 하는 것이고 설사 위헌의 의심이 있다고 하더라도 법관 입장에서 위헌의 주장을 무조건 받아들일

124) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 332.

125) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 332.

126) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 333.

127) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 333.

것이 아니라 공익과의 관계도 고려하여 당사자의 위헌 주장을 받아들이지 않고 해당 법률을 그대로 적용할 수도 있기 때문이다.¹²⁸⁾

만약 당해 재판에서 당사자의 위헌 신청에 대해 법원이 이를 인정하지 않고 합헌 판단을 하는 경우에는 이 결정에 대해서는 상소가 허용되지 않는다. 위헌의 신청이 받아들여지지 않게 되면, 본안 판단은 속행되고 당해 소송에 있어서의 판결이 내려진다. 당연히 실체적 쟁점에 관한 판단은 적용 규범에 대해 합헌으로 판단한 결정에 구속되어 내려진다.¹²⁹⁾

부수적 심사에서의 효력상 특징은 다음과 같다.

첫째, 위헌선언은 소송당사자들 사이에서만 한정된 효력(소급효)을 가질 뿐이며 사법기관을 기속하는 효력이 없다.¹³⁰⁾ 그래서 위헌 선언이 해당 법률을 법질서로부터 축출하지는 않는다. 또한 소송에 참여하지 않은 제3자에게는 여전이 그 법률이 적용될 수 있고, 설사 그 제3자가 그 법률이 위헌으로 선언된 소송에서 당사자였던 자들이 처한 것과 유사한 법적 상황에 놓이게 되었더라도 마찬가지이다.¹³¹⁾

둘째, 구체적 사건에서 적용되는 해당 법률의 위헌선언에 대해서는 상소가 인정된다. 다만 위헌판단이 연방최고법원에 의해 이루어진 때에는, 연방 최고법원이 정점이기 때문에 더 이상의 상소는 불가능하다.¹³²⁾

셋째, 구체적 재판에서 문제된 법률에 대한 위헌선언이 있더라도 이는 그 재판에서 그 법률이 적용되지 않는다는 의미에 불과한 것이지 법관이나 법원의 위헌선언으로 법률이 대체적 관점에서 효력을 상실하는 것은 아니고 법률이 일반적으로 효력을 상실하기 위해서는 연방상원에 의한 결의

128) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1431頁.

129) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1432頁.

130) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 714; Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 335.

131) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, p. 335.

132) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 714.

(*resolução*)가 필요하다. 이는 연방최고법원이 당해 사건에서 적용 법률의 위헌선언을 하더라도 마찬가지이다.¹³³⁾ 신헌법 제52조 X는 ‘연방최고법원의 최종 결정에 따라 위헌으로 되는 법률의 집행을 전부 또는 일부 정지하는 것을 연방상원의 전권으로 하는 것’으로 규정하여 이를 분명히 하고 있다.¹³⁴⁾ 연방상원의 이러한 행위는 소급효(*efeito retroativo, ex tunc*)를 가지는 것, 즉 위헌선언된 해당 법률의 공포된 때부터 효력을 가지는 것으로 이해되고 있다.¹³⁵⁾

한편, 추상적 심사에서는 연방최고법원에 의해 위헌선언된 법률에 대해서 연방상원에 의한 법률의 집행 정지가 별도로 적용되지 않는다.¹³⁶⁾

브라질의 부수적 심사나 우리나라의 위헌법률심판이나 구체적인 사건이 존재할 것을 전제로 하는 것은 공통적이다. 그렇지만, 우리나라의 위헌법률심판이 오로지 헌법재판소의 권한일 뿐이며 법원은 위헌법률심판 제청을 하거나 제청 신청을 할 수 있을 뿐이라는 점에서 차이가 있고, 우리나라의 위헌법률심판의 위헌선언은 대세효(*erga omnes*)가 있어서 모든 시민에게 효력이 있고 또한 더 이상 다룰 수 없다는 점에서 차이가 있다.

3. 부수적 심사에서 위헌 판단의 요건

위헌의 주장이 용인될 수 없거나 근거가 없는 것이라면, 그 주장은 배척

133) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1432頁.

134) 신헌법 제52조. 아래의 사항은 전적으로 연방상원의 권한으로 한다.

X - 연방최고법원에 의해 중국적인 결정으로 위헌 선언된 법률을 전부 혹은 부분적으로 집행을 정지하는 것.

Constituição de 1988, Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

135) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 336.

136) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 336.

될 수 있다. 위헌 주장이 배척되는 경우는 해석론으로 논의되고 있다.

첫째, 위헌의 주장이 규범적 행위 또는 공권력으로부터 발해진 행위에 관한 것이 아니라면, 그 주장은 모두 배척되지 않으면 아니 된다. 왜냐하면 쟁점에서는 당해 소송의 판결에 적용되어야 하는 규범적 행위가 포함될 것이 필요하기 때문이다.¹³⁷⁾

둘째, 주장되고 있는 위헌성이 사건의 판단에서 고도의 영향력을 가진 것이 아니면 아니 된다. 실제 판결이 위헌성 여부의 판단과 무관한 것이라면, 위헌의 주장은 아무 관계가 없는 것이어서 인용되지 않는다.¹³⁸⁾

4. 부수적 심사에서 연방최고법원과 연방상원의 관계와 역할

부수적 심사에서 위헌 또는 합헌의 선언은, 모든 법정의 모든 사건에서 인정된다. 그렇지만 특히 연방최고법원의 모든 법관에게는 다른 소송에서 자기 입장을 수정할 수 있는 권리가 보장되고 있다. 다만 연방최고법원의 위헌선언의 경우에는 연방상원에 통지한 후에 연방상원에 의한 규범의 정지 결의가 공시된 경우라면, 이후 위헌 판단에 관한 변경은 어떤 효과도 가지지 못한다.¹³⁹⁾ 왜냐하면, 어떤 규범의 위헌선언에 대하여 연방상원의 정지 결의가 존재한 이후에는 그 법률이 위헌이라는 점에 대하여 일반적 효력이 부여되기 때문이다.¹⁴⁰⁾

이와 관련하여, 연방상원은 연방최고법원의 위헌판단에 의무적으로 따라

137) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 714; Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史 訳), 前掲, 1433頁.

138) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1433頁.

139) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 336.

140) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1435頁.

야 하는지 의문이 생길 수 있다. 이에 대해서 헌법이나 연방상원의 내부규칙은 침묵하고 있다. 여기서 주의할 점은 연방최고법원에 의해 위헌선언된 법률의 집행 정지는 어디까지나 연방상원의 권한일 뿐이지 의무는 아니어서 연방상원은 재량권을 가진다는 점이다.¹⁴¹⁾ 그렇지만 지금까지 연방상원이 연방최고법원의 위헌선언의 승인을 거부한 적은 한 번도 없고 연방최고법원에 의해 위헌이라고 선언되는 모든 법률의 효력 정지를 결의하여 왔기에 거기서 일종의 헌법상의 관습이 형성되고 있다고 평가되며, 다만, 연방최고법원 스스로는, 위헌선언에 따라 법률의 효력을 정지할 의무가 연방상원에게 있는 것은 아니라고 보고 있을 뿐이다.¹⁴²⁾ 또한 연방상원의 결정은 어디까지나 위헌으로 선언된 법률의 효력을 상실시키는 것이 법률의 폐지를 의미하는 것은 아니라고 이해되고 있다. 왜냐하면 법률의 폐지는 입법부의 권한이기 때문이다.¹⁴³⁾

이미 본 바와 같이, 연방최고법원 판결이 구체적 심사에 의해 어떤 법률의 위헌을 선언한다면, 그 판결 이후 연방상원은 그 법률의 위헌선언에 대해 세효(erga omnes)를 부여하는 것이 가능하다. 다만 연방상원이 당해 법률의 효력 정지에 찬성하는 결의를 하기 전에는, 위헌선언은 당해 소송의 당사자 사이에서만 효력을 가진다.

그런데 부수적 심사에 있어서 연방상원에 의한 정지 제도는 위헌선언된 법률에 대하여 일반적 효과를 부여하기 위해 이미 1934년에 도입되어 지금까지 내려온 것인데,¹⁴⁴⁾ 연방상원이 행하는 이러한 행위의 법적 성질이나 정당성의 근거에 대해서는 논란이 존재하였다. 이에 대해서는, “연방상원의 이러한 역할은 오로지 연방최고법원의 판단을 공공의 것으로 하여 모

141) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 336.

142) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1436頁.

143) Walber de Moura Agra, *op. cit.*, p. 714.

144) Hely Lopes Meirelles · Arnoldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 733.

든 시민이 그것을 알도록 하는 것에 있다.”는 견해,¹⁴⁵⁾ “연방상원은 개별적인 것에 일반적인 효과를 부여하여 판결의 효과를 일반화시키는 ‘정치적 행위’(ato político)를 하고 있다.”고 인식하는 견해,¹⁴⁶⁾ “공적질서의 이익에 즉응하는 유일한 해결책은 법률이 유효했던 동안에 형성된 법적 상황에 영향을 미칠 것을 인정하지 말고, 법률 정지의 효력 발생 후에만 영향을 미치는 것”이라며 장래효(ex nunc)를 인정하자는 견해,¹⁴⁷⁾ “법률의 정지는 법률의 폐지에 해당하고 정지된 법률은 그 집행적 성질을 잃는 것이지만, 그렇다고 해서, 과거에 구축된 형식적으로 완전한 법적 행위에는 영향이 없고, 정식으로 획득된 권리(direito regularmente adquirido)의 미래효(efeito futuro)도 보장되기 때문에, 연방상원의 행위는 장래적(ex nunc)인 것”임을 피력하는 견해¹⁴⁸⁾ 등이 제시된 바 있다.

연방최고법원의 위헌판단의 유효성이 연방상원에서 문제된 적은 없었기 때문에 연방상원은 그 역할을 계속 해나가길 원한다. 또한 연방상원에 의해 승인된 연방최고법원의 판결의 존엄과 위신은 매우 높기 때문에, 연방상원의 역할은 연방최고법원에게도 매우 중요하다. 연방최고법원의 판결에 대해서는 그 후의 연방최고법원이라든가 다른 법원이 모두 따라 간다는 전제에 선다면, 연방상원의 관여가 없더라도 아무 문제가 생기지는 않을 것

145) Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Forense, 1968, p. 145(Hely Lopes Meirelles · Arnaldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 734에서 재인용).

146) Paulo Brossard, “O Senado e as leis inconstitucionais”, *Revista de Informação Legislativa* 13(50)/61(Hely Lopes Meirelles · Arnaldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 734에서 재인용).

147) Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do Controle da Constitucionalidade*, Forense, 1966, p. 164(Hely Lopes Meirelles · Arnaldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 735에서 재인용).

148) Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Theoria das Constituições Rígidas*, José Bushatsky Editor, 1980, p. 211(Hely Lopes Meirelles · Arnaldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 735에서 재인용).

이다. 그렇지만 연방상원의 결의는 연방최고법원의 위헌판단에 일반적인 성격(대세효)을 즉시 승인하고 부여한다는 점에서 그 중요성을 인정하지 않을 수 없다.¹⁴⁹⁾

5. 기타 간이구제제도

가. 개관

브라질의 규범통제제도를 살펴볼 때에 특수한 간이구제제도에도 주목을 할 필요가 있다. 그러한 간이구제제도는 헌법에서 그 근거를 규정하고 있는데, 종류로는 인신보호령(habeas corpus, 신헌법 제5조 LXVIII), 권리보장령(mandado de segurança, 신헌법 제5조 LXIX), 집단적 권리보장령(mandado de segurança coletivo, 신헌법 제5조 LXX), 헌법규정실시보장령(mandado de injunção, 신헌법 제5조 LXXI), 정보보호령(habeas data, 신헌법 제5조 LXXII), 민중소송(ação popular, 신헌법 제5조 LXXIII)이 있다.

전통적으로 중심적인 간이구제제도는 인신보호령과 권리보장령이다. 인신보호령은 19세기에 채택되었고 권리보장령은 1934년에 채택되었다. 브라질에서 간이구제제도는 영미법에서 영향을 받아 19세기에 형성된 인신보호령에서 시작하였다. 인신보호령을 통해 1890년대에 브라질에서 최초의 헌법소송이 전개되었다. 하지만, 이 제도는 그 명칭에서도 쉽게 추측할 수 있듯이 본래 위법한 신체 구속에 대한 구제수단이었지만, 브라질에서는 신체적 구속과의 관계가 간접적이거나 심지어 없더라도 거의 모든 불법적인 침해에 대해 청구가능한 정도로까지 확장되어 운용되었다. 그리고 이러한 간이구제제도에서의 심사는 부수적 심사방식이 사용되었고 효과적이었다고 한다. 그러나 이처럼 인신보호령의 확장적 운용에 대해서는, 제도적 의의가

149) Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), 前掲, 1435頁.

희석되고 있다는 비판이 등장했고 1926년에 이동의 자유에 관한 권리 침해의 경우로만 한정되게 되었다. 그에 따라서 보호 대상에서 제외된 권리의 구제를 위해, 1934년 헌법에 의해 권리보장령이 새롭게 마련되고, 이 제도는 오늘에 이르기까지 광범위하게 이용되고 있다.¹⁵⁰⁾ 이런 점에서 인신보호령과 권리보장령은 본래 연속성을 가진 제도로 볼 수 있고 후에 인신보호령은 형사절차, 권리보장령은 민사절차로 절차상 명확하게 구분되어 분화되었다고 한다.¹⁵¹⁾

각각의 간이구제제도에 대해 신헌법의 규정을 중심으로 간략히 보면 다음과 같다.

나. 인신보호령

신헌법 제5조 LXVIII는 “누구든지 불법행위 또는 권력남용에 의해, 이동의 자유(liberdade de locomoção)에 대하여 폭력 또는 강제를 당하거나 당할 염려가 있을 때에는, 언제든지 인신보호령(habeas corpus)을 발급받을 수 있다.”고 규정하고 있다.¹⁵²⁾ 여기서 말하는 ‘이동의 자유’(liberdade de locomoção)란 개인에게 속하는 거주왕래(居住往來)의 권리를 의미한다.¹⁵³⁾

인신보호령은 형사적 성격의 소송으로서 특별한 절차이며 비용이 들지

150) 佐藤美由紀, “ブラジルにおける違憲審査制の機能一運用からの分析の試みー”, 라テン·아메리카論集 第38号, 라텐·아메리카政經学会, 2004, 24~25頁.

151) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 118頁, 133頁.

152) Constituição de 1988, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

153) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 87.

않는다. 신청에 있어 변호사도 필요가 없다. 이동의 자유가 침해당한 경우 뿐만 아니라 침해당할 염려가 있을 때에도 신청할 수 있는 것이기에 억지적(抑止的, repressivo) 성격과 예방적(preventivo) 성격을 동시에 가지고 있다.¹⁵⁴⁾

인신보호령의 절차에 대해서는 형사소송법(Código de Processo Penal) 제 647조~제667조에서 규정하고 있다. 신청인의 범위는 특별한 제한이 없고 누구라도 청구하는 것이 가능한데, 검사도 청구할 수 있다(형사소송법 제 654조 본문). 인신보호령의 청구를 위해서는 피해자의 성명, 강제 종류, 청구인의 서명이 필요하다(형사소송법 제654조 제1항). 한편 법원이나 법관이 직권으로 인신보호령을 발급하는 것도 가능하다(형사소송법 제654조 제 2항). 재판장은 필요하다고 인정되면 가해자로 생각되는 공적기관에 대하여 서면에 의한 정보제공을 요구하는 것이 가능하다(연방최고법원 규칙 제191조). 법원 및 법관은 그 재판권의 범위에서 즉시 청구된 명령을 발하게 된다(형사소송법 제649조).

연방최고법원도 인신보호령 발급에 관하여 특별히 규정하고 있다. 첫째, 신헌법 제102조 I a(위헌직접소송, 합헌확인소송)에 관련된 피해자, 신헌법 제102조 I b(대통령, 부통령, 연방의회 의원, 연방최고법원 재판관, 공화국 검찰총장의 일반범죄)에 관련된 피해자, 신헌법 제102조 I c[장관, 육해공군의 장군(신헌법 제52조 I의 규정에 따라 공화국대통령과 관련된 범죄의 경우는 제외), 각 분야별 고등법원 법관(membros dos Tribunais Superiores), 연방회계법원 법관, 외교사절의 장의 일반범죄와 책임범죄]에 관련된 피해자에게 연방최고법원은 인신보호령을 발급할 수 있다(신헌법 제102조 I d).¹⁵⁵⁾

154) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 87.

155) Constituição de 1988, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou

둘째, 구속자(coator)가 각 분야별 고등법원(Tribunal Superior)이거나, 구속자 또는 피해자가 당국(autoridade) 또는 직원(funcionário)이고 그들의 행위가 연방최고법원의 전속관할인 경우 또는 유일심급(única instância)에서 연방최고법원의 전속관할에 속하는 범죄로 취급될 때, 연방최고법원은 인신보호령을 발급할 수 있다.¹⁵⁶⁾

estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

밑줄 친 부분을 보면, ‘전목(a, b, c)에서 언급된 자들이 피해자인 경우 인신보호령’을 발급할 수 있도록 되어 있다.

156) Constituição de 1988, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

다. 권리보장령

신헌법 제5조 LXIX는 “불법행위 또는 권력남용의 책임이 있는 자가 관공서 또는 공권력의 권한을 행사하는 법인의 기관일 때, 인신보호령(habeas corpus) 또는 정보보호령(habeas data)에 의해 보호되지 못하는 명백하고 확실한 법적 권리(direito líquido e certo)를 보호받기 위하여 권리보장령(mandado de segurança)을 발급받을 수 있다.”고 규정하고 있다.¹⁵⁷⁾ 또한 신헌법 제5조 LXX는 “집단적 권리보장령(mandado de segurança coletivo)은, 첫째, 연방의회에 대표를 보유하고 있는 정당이나, 둘째, 구성원 또는 조합원의 이익을 보호하기 위하여 적법하게 설립되고 적어도 1년 이상 활동하고 있는 노조, 직능단체 또는 사단에 의해 청구될 수 있다.”고 규정하여 집단적 차원의 권리보장령도 인정하고 있다. 특히 대통령, 연방상원·하원의 위원회, 연방회계법원, 공화국검찰총장, 연방최고법원 그 자신의 행위에 대한 권리보장령의 발급은 연방최고법원의 관할로 하고 있다(신헌법 제102조 I d).

권리보장령은 개인적 차원이나 집단적 차원에서나 모두 가능하며, 기본적인 요건은 헌법 규정에 적시되어 있듯이 명백하고 확실한 권리의 존재, 그 권리가 인신보호령이나 정보보호령에 의해 보장되지 못할 것(보충성 원칙), 구체적인 침해행위가 있을 것 세 가지이다.

권리보장령의 법적 성격은 특별약식‘민사’소송절차(ação civil de rito

157) Constituição de 1988, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

sumário especial)로 평가되고 있으며¹⁵⁸⁾ 현재는 법률 제12,016/2009호(Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009)를 통해 운용되고 있다. 동 법률에서는 권리보장령 청구를 위한 원고적격, 피고적격, 적용범위, 가처분 인용 요건, 가처분 기각 사유, 신청기간, 관할권, 신청취하, 집단적 권리보장령 등에 대해 상세히 규율하고 있다. 동 법률을 통해서 보면, 결국 권리보장령 신청의 목적은 가처분(*medida liminar*)을 받는 것에 있음을 알 수 있다. 가처분이 인용되기 위해서는 권리보장령의 기본적 요건 외에 추가적으로 가처분의 성질상 존재해야 하는 것으로서 첫째, 신청의 법적 타당성(*plausibilidade jurídica do pedido*, *fumus boni juris*), 둘째, 법적 구제가 지체되었을 때 회복이 불가능하거나 어려운 손해의 위험(*periculum in mora*)이 존재하여야 한다.¹⁵⁹⁾ 비용과 관련해서는, 악의(*má-fé*)의 소송을 제기하는 경우에 제재라는 불이익을 받는 것을 제외하고는 변호사보수 지급에 대한 명령은 권리보장령 절차에 포함되지 않는 것으로 규정되어 있다(동 법률 제25조). 권리보장령 절차에서는 보충적으로 민사소송법전(*Código de Processo Civil*)의 규정이 적용된다.

라. 헌법규정실시보장령

신헌법 제5조 LXXI는 “헌법상의 권리와 자유 및 국적, 주권, 공민권에 고유한 특권의 행사가 그 시행규범의 결여로 인하여 불가능하게 되었을 때는, 헌법규정실시보장령(*mandado de injunção*)이 발급될 수 있다.”고 규정하고 있다. 우선 대통령, 연방의회, 상하원의 집행위원회, 연방회계검사원, 각 분야 고등법원, 연방최고법원 자신을 포함하여, 필요한 규범의 작성권한 있는 자에 대한 헌법규정실시보장령의 발급은 연방최고법원의 관할로 한다(신헌법 제102조 I q). 또한 직접·간접 행정에 관한 연방의 기관·단체·

158) Hely Lopes Meirelles · Arnoldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 30.

159) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 91.

공적기관에 규범의 제정권한이 있는 경우에는 원칙적으로 헌법규정실시보장령도 연방최고법원에 신청된다(신헌법 제105조 I h). 헌법규정실시보장령의 절차에 관해서는 헌법에서 규정한 바가 없고 그밖에 다른 절차의 준용에 관해서도 헌법에서는 규정하고 있지 않다. 다만 1990년 5월 28일자 법률 제8038호는 헌법규정실시보장령에 관한 특별법이 제정될 때까지는 권리보장령의 절차가 적용되는 것으로 정하고 있다(동법 제24조).

이와 관련하여서는 이스빠리투산뚜州 민간경찰공무원노조(Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo)가 연방의회(Congresso Nacional)를 상대로 하여 공무원이 파업권을 행사할 수 있는 입법이 없어서 파업권 행사가 불가능하다는 점을 다투어 헌법규정실시보장령의 발급을 청구한 사례가 주목된다(2007년 10월 25일 결정, MI 670/ES). 청구인 노조의 주장은, 신헌법 제37조가 공공행정이 준수해야 할 원칙과 내용을 규정하고 있는데, 동 제37조 제6호에서 민간공무원의 자유로운 노조설립권을 규정하고 있으며 동 제37조 제7호에서 “파업권은 특별법에서 규정된 조건과 한계 내에서 행사될 수 있다”고 규정한 것에¹⁶⁰⁾ 근거를 둔 것이었다. 연방최고법원은 다수결로 헌법규정실시보장령의 발급을 인정하였는데, 동 결정에서는 민간 근로자의 파업권 행사에 관한 법률(법률 제 7,783/89호, Lei 7.783 de 28 de junho de 1989)을 적용하여 입법부작위(omissão legislativa)를 해결할 것을 제안하였다. 다만, 이 결정을 반대하는 재판관(Ministro) 측에서는 연방의회의 입법지체(mora)를 확인하는 것만 인

160) Constituição de 1988, Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

정한다는 의견과 결정의 효력 범위는 청구인 노조에 의해 대표되는 범주의 근로자에게만 한정되어야 하며 파업권 행사는 특별한 조건 하에서만 인정해야 한다는 의견이 있었다.¹⁶¹⁾

마. 정보보호령

신헌법 제5조 LXXII는 “첫째, 정부기관 또는 공공기관의 기록 또는 데이터뱅크에 기재되어 있는, 정원인에게 관련된 정보를 알게 하는 것을 보장하기 위하여, 둘째, 사법적 또는 행정적 비밀절차에 의하여 정보의 정정이 행해지지 않을 때 그 정정을 행하기 위하여, 정보보호령(habeas data)이 발급될 수 있다.”고 규정하고 있다.

정보보호령을 발급받기 위한 절차 역시 약식절차이며 비용은 들지 않는다.¹⁶²⁾

바. 민중소송

신헌법 제5조 LXXIII는 “시민은 누구나 공공 또는 국가가 참가하는 단체의 재산, 행정윤리(moralidade administrativa), 환경 그리고 역사적 및 문화적 자산에 대한 침해행위를 무효로 하는 민중소송(ação popular)을 제기하는 적법한 당사자가 된다. 원고는 악의(má-fé)가 증명될 때를 제외하고는

161) MI 670/ES. “Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.” Supremo Tribunal Federal, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 207, n. 1, janeiro a março de 2009, p. 109.

162) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 95~96.

재판비용 및 패소의 책임이 면제된다.”고 규정하고 있다.

신헌법의 규정에서 알 수 있듯이 민중소송은 기본적으로 개인의 주관적 권리 보호가 그 목적이 아니다. 신헌법에서 민중소송을 인정하고 있는 것은 공적인 것(coisa pública)의 관리에 대하여 시민의 참여가 가지는 가치를 인정한 것, 즉 공화주의의 구체화(concretização do princípio republicano)로서 평가되고 있으며, 공적인 것의 관리에 대해 공행정이 지켜야 할 합법성과 윤리성을 지적하고 있는 것이다.¹⁶³⁾ 민중소송에 대해서는 법률 제 4,717/1965호(Lei nº 4.717, de 29 de Junho de 1965)에 의해 상세히 규율되고 있고 동 법률에 규정된 것 이외에는 민사소송법이 준용된다(동 법률 제22조). 민중소송에 있어서 특징적인 것은 자율적인 공적 당사자(parte pública autônoma)로서 검찰(Ministério Público)이 소송의 타당성에 대해 의견을 제시하거나 절차진행이나 법 적용의 적법성도 감시하며 때로는 소송 당사자로 행위할 수도 있다는 점이다.¹⁶⁴⁾

사. 구제상 특징

각 분야별 고등법원에 의한 인신보호령, 권리보장령, 정보보호령, 헌법규정실시보장령의 거부가 단심으로 이루어진 경우 그에 대해서는 보통상소(recurso ordinário)를 통해 연방최고법원에서 다투는 것이 가능하다(신헌법 제102조 II).

간이구제제도는 부수적 심사(구체적 규범통제)에 포함되는 제도이지만, 통상의 소송과는 절차 및 형식 등을 달리 한다. 일정한 중요한 권리에 있어서 자의적인 국가행위에 의한 침해로부터 시민 등을 효과적으로 보호하기 위해서는 특별히 간이화된 구제절차가 마련될 필요가 있다.¹⁶⁵⁾

163) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 98~99.

164) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 100.

165) 이와 관련하여 연방최고법원의 2010년 자료에 따르면, 인신보호령 사건이 2,432

6. Súmula Vinculante 및 Repercussão Geral의 도입

이미 살펴본 바와 같이, 브라질에서는 헌법재판과 관련하여 매우 다양한 권리구제절차를 두고 있다. 더구나 구체적 규범통제(*controle concreto*)에 있어서는 연방최고법원에서 내려진 판결이 다른 사법기관과의 관계에서 구속력(*força vinculante*)이 인정되고 있지 않다.¹⁶⁶⁾ 이는 어떤 특정한 법률이 문제되는 반복되는 구체적 사건에서 연방최고법원이 그 법률의 위헌성을 선언하더라도 하급심 법관이나 하급법원은 연방최고법원이 판단한 것과 다르게 이 법률을 합헌으로 이해하여 구체적인 다른 사건들에서 계속하여 이 법률을 적용해도 된다는 의미가 된다. 즉 연방최고법원의 판단을 다른 법원들은 합법적으로 따르지 않을 수 있는 것이다. 그래서 동일한 목적을 가진 지나치게 많은 소송들이 연방최고법원에 폭주하게 되었고 연방최고법원은 무수히 자주 동일한 판단을 내려야 하고 사법판단이 지체되는 현상이 초래되었다.¹⁶⁷⁾

이러한 문제를 해소하기 위해 사법개혁(*Reforma do Judiciário*)이 진행되었고 그 결과 2004년 헌법수정 제45호(*Emenda Constitucional 45/2004*)로¹⁶⁸⁾ 두 가지 새로운 제도가 도입되었다. 이는 바로 *Súmula Vinculante*(쑤물라 빙꼴란찌, 구속적 판례요지)와 *Repercussão Geral*(헤빠꾸썩 제라우, 일반적 영향)이다.

건, 권리보장령 사건이 430건, 헌법규정실시보장령 사건이 508건, 정보보호령 사건이 1건 각 처리된 것으로 집계되었다. 조희문(2010.11), 앞의 논문, 55면에서 재인용.

166) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 337.

167) Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *op. cit.*, 337.

168) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm (헌법수정 제45호, 2004)

우선, Súmula Vinculante는 현재 신헌법 제103-A조에 삽입되어 있다.¹⁶⁹⁾ 그리고 법률 제11,417/2006호는 동 제도의 시행법률이다. Súmula Vinculante는 헌법적 문제(matéria constitucional)에 관하여 연방최고법원의 반복된 판결에서 지지되어 나머지 사법기관 및 행정기관에 대한 관계에서 구속력을 갖도록 하고자 연방최고법원에서 발표한 관례요지를 의미한다.¹⁷⁰⁾ 즉 Súmula Vinculante의 발표를 통해, 사법기관이나 행정기관에서 동일한 문제에 대해 심각한 법적 불안정을 초래하고 다층적인 절차 진행을 초래하는 논란거리가 되는 규범에 대해 해석의 일관성을 확보하여 규범의 가치를 높이고 효

169) Constituição de 1988, Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

170) <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=S&id=581> (연방최고법원, 용어해설, 2016.8.31. 최종방문)

을성을 확보하고자 하는 것이다(신헌법 제103조-A 제1항).

연방최고법원은, 헌법적 문제에 대한 반복적 판결(*reiteradas decisões*)이 있는 후, 직권(*de ofício*) 또는 요청(*provocação*)이 있다면, 전체 재판관 2/3의 결정으로 *Súmula*(판례요지)를 채택하여, 이것이 공식적으로 발표되면 나머지 사법기관과 행정기관 전체에 대해 구속력(*efeito vinculante*)을 갖게 된다(신헌법 제103조-A 본문). 그리고 *Súmula*에 대한 인정, 수정, 폐지는 위헌직접소송을 제기하는 것에 의해서도 가능하다(신헌법 제103조-A 제2항). 만약 어떤 행정행위 또는 사법판결에서 *Súmula Vinculante*를 따르지 않거나 이를 부당하게 적용하는 경우에는, 이에 대해 연방최고법원에 소송(*reclamação*)으로 다룰 수 있고, 이에 대해 연방최고법원은 그 행정행위를 무효로 하거나 그 판결을 파기하거나 할 수 있고 그밖에 그 *Súmula*의 적용과 함께 또는 그 *Súmula*의 적용없이 다른 *Súmula*가 제시되어야 한다고 판단하게 된다(신헌법 제103조-A 제3항).

다음으로 *Repercussão Geral*(일반적 영향)은 현재 신헌법 제102조 제3항에 삽입되어 있다.¹⁷¹⁾ 이 제도 또한 사법개혁의 일환으로 헌법수정 제45호를 통해 2004년 도입된 것이고, 연방최고법원이 장차 심리해야 할 특별상소(*recursos extraordinários*) 사건을 법적·정치적·사회적·경제적 타당성이라는 기준에 따라 선별하는 것을 가능케 하고자 함에 있다.¹⁷²⁾ *Repercussão Geral*은 결국 특별상소에서 연방최고법원이 그 수락여부를 스스로 결정할 수 있도록 함으로써 처리해야 하는 사건의 수를 줄이고자 하는 것이다.

171) Constituição de 1988, Art. 102. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

172) <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451> (연방최고법원, 용어해설, 2016.8.31. 최종방문)

Repercussão Geral 제도의 내용은 이렇다. 특별상소(recursos extraordinários)에서 상소인이, 연방최고법원으로 하여금 그 특별상소를 심리하도록 하기 위해서는, 법률에 따라, 당해 사건에서 논의되는 헌법적 문제의 ‘일반적 영향’(Repercussão Geral)을 증명해야 하는데, 일반적 영향이 있는지 여부에 대한 판단은 재판관 전원의 3분의 2의 찬성에 의해 결정되며, 만약 일반적 영향이 있는 것으로 판단이 되면 연방최고법원은 그 특별상소에 대해 본안 판단을 하게 된다(신헌법 제102조 제3항).

신헌법 상의 Repercussão Geral 제도는 현재 법률 제11,418/2006호(Lei nº 11.418, de 19 de Dezembro de 2006)에 의해 운용되고 있다. 동 법률에서는 Repercussão Geral 효과가 인정되기 위해서는 경제적·정치적·사회적·법적 관점에서 소송사건의 주관적 이해관계를 넘어서는 중요한 문제가 존재하는 경우일 것을 요구하고 있다(동법 제2조).¹⁷³⁾ 그런데 동 법률

173) 법률 제11,418/2006호 제2조는 당시 시행 중이던 민사소송법[Código de Processo Civil(Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973)]에 아래와 같이 삽입되었다.

민사소송법 제543-A조. 연방최고법원은, 제기된 헌법적 문제가 본조의 규정에 따라 일반적 영향을 가지지 못할 때에는 특별상소를 받아들이지 않으며, 이에 대해서는 불복할 수 없다.

제1조. ‘일반적 영향’ 효과를 위해서는 경제적·정치적·사회적·법적 관점에서 소송사건의 주관적 이해관계를 넘어서는 중요한 문제의 존재가 인정되어야 한다.

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1o. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

그리고 브라질의 민사소송법은 2015년에 전면 개정되었고(Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015) ‘일반적 영향’에 관한 조문은 다음과 같이 동일하게 규정되어 있다.

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1o. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de

은 이에 대한 구체적 판단기준이나 시행 절차에 관해서는 연방최고법원의 내부규정(Regimento Interno)에 따라 정하도록 위임하고 있다(동법 제3조). 이는 사실상 연방최고법원에 제도에 관한 모든 통제권을 인정한 것으로 평가되고 있다.¹⁷⁴⁾

Súmula Vinculante나 Repercussão Geral은 영미법계의 선례구속성 원칙(stare decisis)이나 미연방대법원(Supreme Court of the U.S.)의 선택적 상소권(certiorari) 제도를 참조하여 브라질식으로 응용하여 도입한 것이라는 평가가 있다.¹⁷⁵⁾ 사법개혁을 통한 이러한 노력은 보다 신속하게 권리구제를 하고자 하는 의지와 보다 중요한 헌법적 문제에 더욱 고민하겠다는 자세로 읽힐 수 있겠다.

V. 평가 및 함의

브라질의 헌법재판에 있어서 가장 특색있다고 할 만한 것은 구체적 규범통제에 해당하는 부수적 심사와 추상적 규범통제에 해당하는 추상적 심사가 동시에 존재한다는 점이다. 이 두 가지 서로 다른 양대 축은 그 목적이 서로 다르고 구별되는 제도이다. 이런 상황에서 각종 다양한 간이구제 제도들이 함께 얹혀있다. 더구나 특히 브라질은 연방제 국가라는 체제를 취하고 있기에 구체적 심사와 같은 개인의 권리구제를 위한 제도 이외에 위헌직접소송처럼 추상적 심사가 존재하여 연방제 원칙의 유지와 같은 정

questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

...

174) 조희문(2010.11.), 앞의 논문, 56면.

175) 조희문(2010.11.), 앞의 논문, 56~57면.

치적 목적을 위해 이용될 수 있다는 점은 우리나라에서는 볼 수 없는 모습이다.

부수적 심사의 경우 개개 법관이 법률의 유효성을 각자 판단할 수 있고 그렇다보니 같은 법률이라도 어떤 법관은 이를 적용시키고 다른 법관은 이를 적용하지 않는 경우도 발생한다. 그러므로 연방최고법원의 최종적인 판단이 있을 때까지는 개별적이고 구체적인 권리는 불확정적이라고 볼 여지가 있고 이런 점은 부수적 심사 제도의 단점으로 거론될 수 있다. 이러한 문제제기로 인해 브라질에서도 1934년 헌법 제정 이래로 연방최고법원과 구별되는 별도의 헌법재판소 설치에 대한 논의가 존재해왔고 개별 법관이 법률 등의 위헌성을 판단할 수 있는 부수적 심사를 폐지하고 단일한 사법기관을 통한 집중적 규범통제방식으로 전환하자는 논의도 있었다. 그렇지만, 오히려 연방최고법원 자체가 ‘헌법재판소’化 되는 방향으로 진행되어 왔다.¹⁷⁶⁾ 이와 같이 부수적 심사의 고집이라는 사법적 전통은 120여년이 넘는 브라질 헌법재판의 역사를 통해 하급 법원에게도 위헌심사권의 행사가 인정된다는 헌법적 각인으로 이어져 오고 있다. 그리고 부수적 심사로 인해 예상되는 각종 하급법원의 위헌 판단의 난맥상은 그 동안 축적된 연방최고법원의 판례에 구속성을 인정하는 *Súmula Vinculante*가 인정됨으로써 법적 안정성·공평성·효율성의 문제가 상당히 해결된 것으로 평가되고 있다.¹⁷⁷⁾ 더구나 사법개혁을 통해 *Súmula Vinculante* 이외에도 *Repercussão Geral* 같은 제도도 도입되었기에 헌법재판은 보다 더 중요한 문제에 대한 친착이 가능한 방향으로 진행할 수 있게 되었다.

추상적 심사에서는 입법권 행사의 가장 중요한 결과물의 유효성이 다투어진다는 중대한 문제가 취급되는 것이기 때문에, 연방최고법원에 대한 취소권은 국가기관에게만 인정되고 개별 시민에게는 인정되지 않는다. 추상

176) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 243頁.

177) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 244頁.

적 심사는 제소권이 국가기관에 한정되어 있고 시민은 제외되는데, 그렇다면 추상적 심사는 존재이유와 그 주된 기능은 무엇일까. 결론적으로 말하자면, 브라질에서 추상적 심사는 연방헌법에 위배되는 하위 규범, 특히 주법(州法)을 배제하여 연방제를 공고히 유지하고자 하는 데 그 존재이유와 목적이 있다고 평가된다. 브라질은 공화국 성립 때부터 연방에 상당히 강력한 권한이 부여된 연방제를 채택했었지만, 식민지 시대 때부터 형성되어 온 일종의 지방호족체제인 코로넬 체제(coronelismo)의 잔재가 남아있다고 보니 그와 같은 주권력(州權力)에 대하여 국가 통제의 일환으로서 추상적 심사가 이용되고 있는 점을 배제할 수 없다. 물론 주법에 대한 연방헌법의 통제 방식으로서 추상적 심사만이 그 기능을 하는 것은 아니고 부수적 심사 역시 일정한 역할을 할 것이다. 그렇지만 연방의 주에 대한 통제 기능은 추상적 심사에서 두드러진다고 볼 수 있고 그러한 특징이 단적으로 드러나는 부분은 합헌확인소송이라는 지적이 있다.¹⁷⁸⁾

추상적 심사의 경우 20세기 이래로 그 심사의 범위가 확대되어 온 경향이 있는데, 특히 1988년 신헌법에 의한 제소권자의 확대에 대해서는 브라질 헌법재판의 중심이 부수적 심사로부터 추상적 심사로 옮겨갔다는 평가가 있다.¹⁷⁹⁾ 게다가 1993년 채택된 합헌확인소송도 1988년 신헌법 이후의 추상적 심사 확장의 예시가 된다.

추상적 심사의 확대와 사법개혁 이후의 사정에 의해 부수적 심사는 아무래도 활용이 축소될 여지가 있다. 왜냐하면 문제되는 법규범에 대해서는 구체적 쟁송 사건에 적용되기 전에 이미 추상적 심사를 통해 통제될 가능성이 커질 수 있기 때문이다. 추상적 심사의 확대가 그 자체로 법령이 일반적으로 추상적 심사의 판단을 받게 되기 쉽고 따라서 동일한 법령에 있어서 하급 법원의 판단에 어떤 방향을 지정해줄 가능성이 높아진다. 이에

178) 佐藤美由紀(2004), 前掲, 25~27頁.

179) Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, Saraiva, 1996, p. 80.

더하여 추상적 심사의 판결에는 사법권에 대한 구속력이 수반하는 것을 전제로 한다면 문제성 있는 법규범에 대한 통제는 추상적 심사에 의해 이미 해결되는 것이 되므로 잠재적인 대량의 부수적인 소송을 미연에 억제되는 긍정적인 효과도 생길 수 있을 것이다.¹⁸⁰⁾

요컨대, 우리나라와 다른 국가 체제를 가진 브라질은 고유한 국가목적상 필요 등으로 인해 독특한 추상적 심사라는 헌법재판을 발전시켜 왔고 한편으로 개인의 권리 구제도 고민하였기 때문에 부수적 심사라는 구체적 규범 통제와 다양한 간이구제제도를 구현해왔다. 더구나 브라질과 우리나라는 유사한 경험들을 한바 있긴 하지만, 지금까지의 역사적·정치적·사회문화적 환경과 배경은 사실 대단히 상이하기에 양국의 헌법재판 간에도 공통점보다는 다른 점이 더 많은 것은 당연한 것인지도 모르겠다. 예컨대, 우리나라가 별도의 헌법재판 기관인 헌법재판소를 통한 집중심사 방식의 헌법재판제도를 발전시켜 왔다면, 브라질은 별도의 헌법재판소를 두지 않고 법원을 통해서 개별적 권리구제 측면에서는 각급 법원에 헌법재판권한을 부여하고 또 이에 대해 다룰 수 있도록 함으로써 분산되고 부수적인 심사제도를 발전시켜 오고 헌법 질서를 통한 연방과 주 간의 체제유지 측면에서는 연방최고법원을 중심으로 추상적 심사제도를 발전시켜 온 점은 120여년의 헌법재판 경험의 산물임에 틀림없다. 한정된 지면에서 120여년의 헌법재판 역사를 지닌 브라질 헌법재판의 전체상을 가볍게 조망하는 것조차 쉽지 않지만, 헌법재판을 통해 국가체제 유지와 국민의 기본권 보장이라는 근본적인 목표를 추구한다는 점은 우리나라나 브라질이나 마찬가지로 발 견할 수 있었다. 글로벌 시대에 브라질 헌법재판제도의 세밀한 모습과 작동원리를 정확하게 파악하고 시사점을 많이 발굴한다면 우리의 제도 발전과 법생활 향상에 많은 도움이 될 것으로 기대한다.

180) 佐藤美由紀(2006), 前掲, 244頁.

[국문초록]

브라질의 헌법재판에 관한 연구

정치적·역사적·사회경제적 측면에서 우리나라와 공통적인 경험을 가지고 있는 브라질은 연방제체제 유지라는 국가 목적과 개인의 기본권 보장이라는 국가 책임을 수행하기 위해 크게 두 가지 측면에서 헌법재판제도를 발전시켜 왔다. 또한 식민지에서 독립하고 공화국을 수립하고 군부 독재를 거쳐오면서 헌법도 여러 차례 바뀌었다. 특히 민주화 투쟁을 통해 군부독재를 몰아내고 제정된 1988년 헌법(소위 '신헌법')은 현행 헌법재판제도의 근거가 되고 있다.

브라질의 헌법재판제도는 크게 두 개의 축으로 구성되어 있다. 하나는 추상적 심사이고 다른 하나는 부수적 심사이다. 우리나라와는 달리 집중적인 규범통제를 위해 별도의 헌법재판소를 두지 않고 있는 브라질에서는 두 가지 방식의 헌법재판을 구현하기 위해 연방최고법원과 각급 법원을 유기적으로 활용하는 방식을 채택하여 발전 및 개선시켜 왔다.

추상적 심사는 구체적인 소송과는 별개로 이루어지는 것이고 법률 등의 위헌성을 이유로 하여 직접적으로 그 유효성이 연방최고법원에서 다투어진 다. 추상적 심사는 근본 목적이 연방제라는 국가 체제 유지에 놓여있기 때문에 특히 주(州)의 법률이 연방헌법에 부합하는지 심사함으로써 주(州) 권력을 통제하는 방향으로 진행된다. 그렇다보니 추상적 심사의 제소권자는 원칙적으로 국가기관이다. 이러한 추상적 심사의 종류로는 기본적으로 위헌직접소송, 부작위위헌직접소송, 기본규정불이행쟁송, 합헌확인소송의 4가지가 있다.

부수적 심사의 경우 개개인의 기본권 구제를 목표로 하는 구체적 규범 통제에 속하는 헌법재판인데, 구체적 소송 사건을 전제로 하여 법률 등의 위헌 여부가 해당 법원에서 직접 다투어질 수 있다. 그런 이유로 ‘부수적’이라는 수식어가 붙는다. 그렇지만 해당 법원에서의 헌법문제 판단에 대해서는 불복할 수 있고 헌법문제의 판단은 최종적으로 연방최고법원에서 이루어진다. 어느 법원이나 헌법적 판단이 가능한 부수적 심사에서는 각종 하급법원의 위헌 판단의 난맥상이 예상되지만 그 동안 축적된 연방최고법원의 판례에 구속성이 인정됨으로써 이러한 문제는 상당부분 해결된 것으로 평가되고 있다. 그밖에 부수적 심사에서는 인신보호령, 권리보장령 등 간이구제제도도 발달하여 개인의 권리 구제에 기여하고 있다.

우리나라의 헌법재판과 브라질의 헌법재판은 주제, 내용, 방법, 형식 등 다양한 측면에서 서로 차이점이 많지만, 국가 체제 유지와 국민의 기본권 구제라는 목적 측면에서는 서로 같은 곳을 바라보고 있다고 할 수 있다.

주제어

브라질, 신헌법, 헌법재판, 추상적 심사, 부수적 심사, 연방최고법원, 위헌직접소송, 부작위위헌직접소송, 기본규정불이행쟁송, 합헌확인소송, 간이구제제도, 인신보호령, 권리보장령, 구속적 판례요지, 일반적 영향

[Abstract]

A Study on the Constitutional Control System of Brazil

The current Brazilian constitutional review is characterized by the originality and diversity of the available legal actions, either to dispute the constitutional character of an act of the public power, or to protect the fundamental rights. Among these actions are “mandado de segurança”, “mandado de injunção”, “habeas corpus”, “ação popular” and so on. In addition to these forms of diffuse constitutional control, there are other constitutional actions related to the abstract constitutional control by the Supreme Federal Court, such as direct action of unconstitutionality, direct action of unconstitutionality by omission, declaratory action of constitutionality and allegation of disobedience of fundamental precept.

The model of diffuse constitutional control adopted in Brazil allows any judge or tribunal to declare the unconstitutionality of legislation, without any kind of restriction concerning the different types of legal actions. Different from other models, in the Brazilian judiciary system, there is no one single type of action or appeal to protect the fundamental rights, being tailored to this purpose, mainly, the following constitutional actions: “mandado de segurança”, the writ of “habeas corpus”, “habeas data”, “mandado de injunção”, “ação popular”, etc.

Moreover, in the Brazilian system, the abstract constitutional control is concentrated in the Supreme Federal Court, which is responsible for the

process and ruling of the autonomous actions involving constitutional controversies (direct action of unconstitutionality, declaratory action of constitutionality, direct action of unconstitutionality by omission and allegation of disobedience of fundamental precept, which are typical of the abstract constitutional control, as defined in article 103 of 1988's Federal Constitution).

Key-words

Brazil, 1988's Federal Constitution, abstract constitutional control, direct action of unconstitutionality, declaratory action of constitutionality, direct action of unconstitutionality by omission and allegation of disobedience of fundamental precept, diffuse constitutional control, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus

참고문헌

- 정중섭, 헌법학원론, 박영사, 2016.
- 조희문, “라틴아메리카 사법제도와 최근의 사법개혁”, 사법개혁과 세계의 사법제도[VI], 사법제도비교연구회, 2008.
- _____, “브라질의 헌법재판제도”, 외법논집 제34권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2010.11.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2016.
- Boris Fausto(최해성 역), 브라질의 역사, 그린비, 2013.
- Celso Agrícola Barbi, “Supremo Tribunal Federal-funções na Constituição Federal de 1988”, *Revista da Faculdade de Direito*, v.33, Universidade Federal de Minas Gerais, 1991.10.
- Hely Lopes Meirelles · Arnoldo Wald · Gilmar Ferreira Mendes, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, Malheiros Editores, 2014.
- José Carlos Moreira Alves, “O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição-questões e perspectivas”, *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 173, 1988.
- Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, Saraiva, 1996.
- Lúcio Bittencourt, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Forense, 1968.
- Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Theoria das Constituições Rígidas*, José Bushatsky Editor, 1980.
- Paulo Brossard, “O Senado e as leis inconstitucionais”, *Revista de Informação Legislativa* 13(50)/61.
- Paulo RODRIGUES = VIEIRA(下井康史訳), “ブラジルの違憲審査制度”, 北大法学論集, 42(6), 北海道大学校, 1992.7.31.

憲法論叢 第27輯(2016)

Renato Saraiva, *Direito do Trabalho-Versão Universitária*, Editora Método, 2009.

Supremo Tribunal Federal, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 207, n. 1, janeiro a março de 2009.

Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do Controle da Constitucionalidade*, Forense, 1966.

Vicente Paulo · Marcelo Alexandrino, *Resumo de Direito Constitucional*, Método, 2011.

Walber de Moura Agra, *Curso de Direito Constitucional*, Forense, 2014.

佐藤美由紀, “ブラジルにおける違憲審査制の機能一運用からの分析の試みー”,
ラテン・アメリカ論集 第38号, ラテン・アメリカ政経学会, 2004.
_____, ブラジルにおける違憲審査制の展開, 東京大学出版会, 2006.

<https://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/main/index.do> (대한민국 헌법재판소)

<http://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook> (미국 CIA 온라인 국가정보)

<http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2002/pr0240.htm> (IMF)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm (브라질 1968년 제도적 조치 제5호)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm (브라질 1824년 헌법)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm (브라질 1891년 헌법)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm (브라질 1934년 헌법)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm (브라질 1937년 헌법)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm (브라질 1946년 헌법)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm (브라질 1967년 헌법)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm (브라질 1988년 헌법)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm (브라질 2004년 헌법수정 제45호)

http://www.spo.go.kr/spo/intro/cicm/cl_cm.jsp (대한민국 검찰청)

<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> (브라질 연방최고법원)

<http://www.trc.pt> (포르투갈 꼬잉브라 관계법원)

<http://www.tre.mj.pt> (포르투갈 에보라 관계법원)

<http://www.trg.pt> (포르투갈 기마랑이스 관계법원)

<http://www.trl.mj.pt/inicio/home.php> (포르투갈 리스본 관계법원)

<http://www.trp.pt/apresentacao.html> (포르투갈 뵤르뚜 관계법원)

(논문접수일: 2016. 8. 31. 논문심사일: 2016. 10. 11. 게재확정일: 2016. 11. 11.)

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 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊 精 一	83
過剩禁止의 原則 - 특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁 三 承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 鍾 彬	159
스페인 憲法의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判所制度와 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹 眞 秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李 石 淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第 2 輯(1991年)

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135

憲法論叢 第27輯(2016)

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 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(III)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性의 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

論 題	筆 者	收錄面數
憲法訴訟과 行政訴訟：現行 命令·規則에 대한 違憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李 明 雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李 郁 漢	445

第 4 輯(1993年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	韓 炳 燾	7
判斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂 禧 悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃 道 洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金 顯 哲	265
法律의 해석·적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李 明 雄	321
憲法上의 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27輯(2016)

論 題	筆 者	收錄面數
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裴 俊 相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓 相 範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭 宗 燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴 洪 佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜 潤 遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛 奉 起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅 仁 均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金 鍾 書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳 虎 澤	537

第 6 輯(1995年)

論 題	筆 者	收錄面數
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘 秉 朔	5
環境權考	金 哲 洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李 康 懾	121
憲法學論 및 憲法學 敎育	崔 大 權	153
原處분에 대한 憲法訴願	黃 道 洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁 泰 鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金 顯 哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛 奉 起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅 仁 均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓 秀 雄	481

第 7 輯(1996年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判과 新當事者主義	徐 元 宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席安全띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金 柱 賢	25
行政指導와 憲法訴願	李 景 民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃 道 洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜 潤 遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法の 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 중심으로 -	韓 秀 雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 評決방식을 기초로 -	崔 甲 先	243

憲法論叢 第27輯(2016)

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: 한수용)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제 10집에 게재됨.

第 11 輯(2000年)

論 題	筆 者	收錄面數
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性의 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禧悅)	481

憲法論叢 第27輯(2016)

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 - 현재 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 比較·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의 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

憲法論叢 第27輯(2016)

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 중심으로 -	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 비판적 고찰	韓秀雄	409

第 26輯(2015年)

論 題	筆 者	收錄面數
통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -	崔恩碩	5
주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위	朴燦柱	67
성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰	李熙勳	173
평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점	韓秀雄	241
법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견(管見)	鄭柱白	299

憲法論叢 第27輯(2016)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판소 결정의 효력 －기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로－	鄭鎬庚	345
유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토	朴眞完	381

版 權
所 有

憲法論叢(第27輯)

2016年 11月 28日 印刷

2016年 11月 30日 發行

發行處：憲法裁判所

주 소：서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

진 화：(代) 708-3456

인 쇄：성문인쇄사 02)2272-7553

(非賣品)

