

憲法實務研究

제 17 권

(2016)

憲法實務研究會 編



헌법재판소

발 간 사

헌법실무연구회에서는 헌법학계와 헌법재판의 실무가들이 함께 참여하여 연구와 토론을 같이 해 오고 있습니다. 헌법실무연구회에서 이루어진 다양한 견해들의 교환과 날카로운 비판은, 헌법의 가치와 정신이 우리 공동체 곳곳에 잘 스며들 수 있는 헌법재판을 실현하는 데 있어 적지 않은 기여를 해 왔다고 자부합니다.

다양한 생활 영역 모두가 헌법정신에 따라 규율될 때, 우리 사회의 다양한 구성원들이 여러 분야에서 획득한 진리가 헌법을 구체화할 때, 우리 헌법이 추구하는 민주주의와 법치주의가 더욱 잘 구현되고 발전할 것입니다. 헌법실무연구회는 지난 한 해 동안 명확성 원칙, 선거자금의 규제와 표현의 자유, 혐오 표현 등 구체적으로 문제되고 있는 여러 헌법적 쟁점들과 함께, 상업광고에 대한 사전 검열, 정정보건법상 보호입원제 헌법불합치 결정 등 최근 헌법재판소가 결정한 구체적 사건들에 대한 깊이 있는 논의와 평석의 시간을 가졌습니다. 역사가를 초빙하여 조선 왕조의 법 운영과 한국 헌법 개정사에 관하여 공부하고, 유럽연합의 노동시장의 유연성-안정성 균형의 실험과 우리 사회의 대안에 대한 사회학 연구에 대해 토론하기도 하였습니다.

2016년 3월에 열린 제149회 월례발표회부터 2016년 11월에 열린 제155회 월례발표회까지의 이러한 연구 성과를 정리한 「헌법실무연구」 제17권을 발간하게 된 것을 기쁘게 생각합니다.

앞으로도 헌법실무연구회는 우리 공동체가 마주한 생생한 실제 사안들을 살피고, 고결한 이상과 현실의 상황을 두루 숙고하며, 지혜를 모아 답을 찾는 노력을 계속하겠습니다. 헌법실무연구회의 지속적인 발전을 위하여 회원 여러분의 많은 관심과 참여를 부탁드립니다.

발표와 지정토론 및 토론에 참여한 모든 분들과, 연구 성과를 좋은 책으로 출판할 수 있도록 애쓴 헌법재판소 직원들에게도 감사의 말씀을 전합니다.

2017. 4.

헌법실무연구회 회장 이진성

일러두기

- (1) 이 책은 2016. 3. 제149회 월례발표회부터 2016. 11. 제155회 월례발표회까지 헌법재판소(2층 회의실)에서 이루어진 주제발표, 지정토론 및 자유토론을 수록한 것입니다.
- (2) 각 발표문의 체제와 판결인용방법 등은 대체적으로 원문 그대로이고, 별도로 통일시키지 않았습니다.
- (3) 토론요지는 녹음된 자유토론의 내용을 정리하여 수록한 것입니다. 다만 녹음 상태나 발언의 내용에 따라 그 의미를 충분히 알기 어려운 경우가 있었음을 양해바랍니다.
- (4) 발표자, 토론자의 직함은 원칙적으로 발표일을 기준으로 하였습니다.

차 례

제149회(2016. 3. 10.) 발표문

상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제

- 헌법재판소 판례이론을 중심으로 -	이 중 훈	1
• 지정토론문	박 경 신	30
• 지정토론문	조 소 영	32
• 토론요지		37

제150회(2016. 4. 28.) 발표문

대한민국 헌법 개정의 역사

- 정치적 상황을 중심으로 -	서 중 석	51
조선시대 법 운용		
- 경국대전을 중심으로 -	이 이 화	57
• 토론요지		62

제151회(2016. 5. 25.) 발표문

명확성원칙에 대한 재검토

김 경 목	72	
• 지정토론문	양 천 수	98
• 지정토론문	이 희 훈	106
• 토론요지		117

제152회(2016. 7. 13.) 발표문

미국의 선거자금규제 판례와 표현의 자유

- 역사적 배경과 판례를 중심으로 -	임 성 희	133
• 지정토론문	김 재 선	164
• 지정토론문	신 우 용	171
• 토론요지		178

제153회(2016. 9. 21.) 발표문

혐오표현과 표현의 자유

- 혐오표현에 대한 규제 찬반론을 중심으로 -	우 승 아 200
• 지정토론문	김 지 혜 231
• 지정토론문	김 민 정 238
• 토론요지	244

제154회(2016. 10. 26.) 발표문

유럽연합의 유연성

- 안정성 균형의 실험과 노동의 대안 -	조 돈 문 258
• 지정토론문	신 옥 주 284
• 지정토론문	박 지 순 291
• 토론요지	296

제155회(2016. 11. 23.) 발표문

헌법재판소 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제 ... 신 권 철 311

• 지정토론문	김 광 옥 350
• 지정토론문	신 은 주 360
• 토론요지	366

헌법실무연구 수록논문 색인(제1권~제16권)	8
--------------------------------	---

상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제

- 헌법재판소 판례이론을 중심으로 -

이 중 훈*

I. 서설

종래 상업광고에 대한 사전검열문제에 있어 중요한 결정으로는 방송광고 사전심의 사건(헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506)과 건강기능식품 기능성 표시·광고 사전심의 사건(헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75)이 있었다. 헌법재판소는 앞선 사건에서 텔레비전 방송광고에 사전검열금지원칙을 적용하였으나 그 후 건강기능식품 기능성 표시·광고에는 동 원칙을 적용하지 않았다. 그리하여 상업광고가 사전검열금지원칙의 적용대상에서 배제되는지, 또는 표현물의 내용에 따라 사전검열금지원칙의 적용 여부가 달리 판단되는 것인지에 대한 의문이 학계로부터 제기되었다.¹⁾

그러던 중 헌법재판소는 최근 의료광고 사전심의 사건(헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75)에서, 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현에 대해서는 사전검열금지원칙이 예외 없이 적용된다고 선언하고, 상업광고의 성격을 가지는 의료광고에 대해서도 헌법 제21조 제2항을 적용함으로써 그 간의 논란에 종지부를 찍었다. 특기할 만한 점은, 위 사건에서 다수의견과 소수의견이 상업광고의 사전검열과 관련된 세 가지 중요 쟁점에 관하여 상반되는 견해를 취하였다는 것이다. 다수의

* 헌법재판소 헌법연구관

1) 한수용, 헌법학(제5판), 법문사, 2015, 759쪽.

견과 소수의견은 첫째, 상업광고가 표현의 자유의 보호를 받는지, 둘째, 상업광고에 사전검열금지원칙이 적용되는지, 셋째, 민간심의기구의 행정주체성 판단 기준은 무엇인지의 문제를 놓고 대답하였다.

이 글에서는 위의 세 가지 쟁점에 대한 그동안의 헌법재판소 판례이론을 정리해보고, 이에 대한 검토를 통해 표현의 자유를 좀 더 확보할 수 있는 방안이 무엇인지를 생각해보고자 한다.

II. 상업광고가 표현의 자유의 보호를 받는지

1. 문제 제기

헌법 제21조 제1항은 표현의 자유를 보장하고 있다. 표현의 자유를 보장하는 이유는 인간의 표현과 전달의 욕구를 보호하고, 민주적 의사형성과정에서 자유로운 논쟁과 의견의 경합을 보장하기 위함이다.²⁾ 헌법재판소 또한 표현의 자유는 “개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하며 국민주권을 실현하는 데 필수불가결한 것”이라고 보아, 표현의 자유를 개인적 인격발현의 요소이자, 동시에 자유민주적 국가질서를 구성하는 요소로 보고 있다.³⁾

일반적으로 상업광고는 ‘상품이나 서비스의 판매를 촉진하기 위하여 선전하는 영리목적의 표현행위’⁴⁾ 또는 ‘상품이나 서비스에 대한 정보를 여러 가지 매체를 통하여 소비자에게 널리 알리는 의도적인 활동’을 의미한다. 상업광고는 영리를 목적으로 하므로 일반적으로 정치적·시민적 표현행위와 관련이 없거나 적다는 특징을 지닌다.⁵⁾ 또한, 상업광고는 상품에 대한 정보를 제공함으로써 소비자

2) 한수용, 헌법학(제5판), 법문사, 2015, 733-734쪽.

3) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 93. 표현의 자유의 헌법적 보장이 개인적인 자기결정의 사고에 근거를 두고 있는지 아니면 국민주권이나 자기통치의 사고에 근거를 두고 있는지의 문제는 미국에서 계속되고 있는 논쟁이나, 우리 헌법재판소는 표현의 자유를 위와 같이 이중적인 의미로 이해하고 있으므로 그러한 논쟁은 불필요하다는 견해로, 한수용, 헌법학(제5판), 법문사, 2015, 733.

4) 노회범, 상업적 언론 규제의 합헌성 심사기준: 미국 연방대법원 판례를 중심으로, 한양대학교 대학원 석사학위논문, 2007, 4쪽.

5) 헌법재판소는 “상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위와는 차이가 있고, 직업수행의 자유에 있어서도 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것이 아니다.”라고 보고 있다. 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198; 헌재 2008. 5. 29. 2007헌마248, 판례집 20-1하, 287, 296; 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 250; 헌재

들의 선택을 위한 판단과 의사결정에 보조적인 역할을 하고, 새로운 생활양식과 가치관을 제시함으로써 새로운 문화를 형성하는 긍정적인 측면을 가지지만, 이윤 추구라는 목적 아래 그릇된 행동양식을 사회적 가치로 정형화시킴으로써 기존의 문화를 왜곡된 방향으로 변질시킬 수 있고, 그 내용이 허위이거나 과장되었을 경우에는 소비자를 오도하고 공정한 경쟁을 저해할 수 있다는 부정적인 측면도 가지고 있다.⁶⁾

따라서 상업광고를 헌법 제21조 제1항에서 보장하는 표현의 자유를 통해 보호할 수 있을 것인지가 문제 된다.

2. 헌법재판소의 태도

① 헌법재판소는 광고가 헌법 제21조 제1항의 보호대상이 되는지가 문제된 최초의 사건인 현재 1998. 2. 27. 96헌바2 사건에서, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 된다고 판시하였다.⁷⁾

그런데 그 후 현재 2002. 12. 18. 2000헌마764 사건에서, “광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다.”라고 판시하여⁸⁾, 상업광고는 ‘그 내용이 공익을 포함하는 때’에만 표현의 자유로서 보장받을 수 있는 것인지에 대한 의문이 있었다.

그러나 헌법재판소는 위 결정 이후 일관되게, “상업광고도 사상·지식·정보 등을 불특정 다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 된다.”라고만 판시하여, 그 내용이 공익을 포함하는지를 묻지 않고 상업광고가 표현의 자유의 보호영역에 속함을 명백히 하였다.⁹⁾

2012. 2. 23. 2009헌마318, 판례집 24-1상, 261, 276.

6) 현재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 867; 현재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 252 참조.

7) 현재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124.

8) 현재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 867.

9) 현재 2005. 10. 27. 2003헌가3 결정(의료광고), 현재 2008. 5. 29. 2007헌마248 결정(세무사 광고), 현재 2008. 6. 26. 2005헌마506 결정(텔레비전 방송광고), 현재 2010. 7. 29. 2006헌바75 결정(건강기능식품 표시·광고), 현재 2012. 2. 23. 2009헌마318 결정(상조업 광고), 현재 2015. 12. 23. 2015헌바75 결정(의료광고).

② 이에 대해서는, 상업적 광고는 민주사회의 토론과 여론 형성에 이바지하기 위한 것이 아니라 영업이나 상품의 홍보와 판매촉진을 주된 목적으로 하는 영리적 활동이므로, 표현의 자유가 아닌 영업활동의 자유(헌법 제15조)에 포섭될 뿐이라는 소수의견이 있었다. 이 견해는 헌법 제21조의 ‘언론·출판’은 ‘인간의 정신적 활동을 표현하고 전파하는 모든 행위와 수단’을 의미하는 것으로 해석하여서는 아니 되고, ‘민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 토론 및 여론 형성에 기여하기 위하여 불특정 또는 다수인에게 공표하거나 전파하는 행위·수단’을 의미하는 것으로 제한적으로 해석하여야 한다고 주장하며, 다수의견이 ‘언론·출판’에 모든 의사표현행위와 모든 표현수단과 매개체를 포함된다고 해석한 것은 언론·출판의 개념을 지나치게 확대한 것이라고 비판하였다.¹⁰⁾

그 후 의료광고 사전심의 사건에서도, 의료광고와 같은 상업적 광고는 표현의 자유에 의해 보호를 받는 대상이 되지 않는다는 소수의견이 제시되었다.¹¹⁾

3. 학설

① 상업광고도 표현행위의 하나로 볼 수 있으므로 당연히 표현의 자유의 보호대상에 해당한다는 것이 학계의 다수견해이다. 언론·출판의 자유는 의견의 표현하고 전파할 자유를 포함하는데, 여기서 의견의 개념은 원칙적으로 넓게 이해해야 하며, 그것은 공적 사항에 관한 것이든 사적 사항에 관한 것이든, 정치적인 것이든 비정치적인 것이든 또는 상업적인 것이든 비상업적인 것이든 상관없다는 것이다.¹²⁾

② 이에 대하여, 상업광고는 표현의 자유에 의해 보호받지 못한다는 견해가

10) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 재판관 조대현의 별개의견; 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 재판관 조대현의 별개의견.

11) 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75 재판관 조용호의 반대의견.

12) 계획열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 431-432쪽. 상업적 광고에 의한 상업적 정보의 자유로운 유통은 자유시장경제의 필수적 요소이며, 그런 점에서 상업적 광고는 그 자체로서 공공적 성격을 지니며 표현의 자유의 보호대상이 된다는 견해로, 양건, 헌법강의(제3판), 법문사, 2012, 482쪽. 언론의 자유의 보호 영역에 있어 의사표현의 매체가 무엇인지는 중요한 기준이 아니며, 광고물도 사상·지식·정보를 불특정다수인에게 전달하는 것으로 언론의 자유에 의하여 보호된다는 견해로 전광석, 한국헌법론(제8판), 328쪽. 표현의 자유에 의하여 개인의 행위가 보호되는지 여부는 개인이 어느 정도로 공익적인 목적 또는 이기적인 목적을 추구하는지에 달려있을 수 없으므로 상업광고도 표현의 자유에 의해 보호를 받는다는 견해로, 한수웅, 헌법학(제5판), 법문사, 2015, 738쪽. 의사표현의 자유에 있어 의사표현 및 전달의 형식에는 아무런 제한이 없으므로 광고를 이용한 의사표현도 포함된다는 견해로, 허영, 한국헌법론(전정11판), 박영사, 2015, 580쪽.

있다. 이 견해에 따르면 표현의 자유는 정신적 자유의 하나로서 정신활동의 자유, 정신적 표현의 자유를 말하는데, 정신적 표현이란 직접적으로 인격발현을 목적으로 하는 활동이어야 한다고 한다. 따라서 정신활동의 자유라고 볼 수 없는 영리적인 광고 등은 표현의 자유로는 파악할 수 없고 영업의 자유로 이해된다고 한다.¹³⁾

4. 검토

표현의 자유에서 ‘표현’의 범위에 상업광고가 포함되는지의 문제는, 자유권의 보호영역을 가능한 넓게 볼 것인지, 아니면 한정 또는 구체화하는 방식을 따를 것인지와 관련이 있다. 자유권의 보호영역을 가능한 한 넓게 보는 방식과 해당 기본권규범의 보호방향이나 목적을 고려하여 자유권의 보호영역을 한정 또는 구체화하는 방식은 각각 장단점을 가지고 있다. 전자에 따를 경우 개인의 행위가 개별 기본권으로 최대한 포섭되므로 일반적 자유권 조항을 지나치게 원용하는 것을 줄일 수 있으며, 무엇보다 기본권적 보호가 흡결되는 부분을 줄임으로써 자유의 보장에 충실할 수 있다. 반면, 기본권으로 보호할 가치가 없는 행위가 보호영역 단계를 통과하게 될 가능성이 있다. 후자에 따를 경우 역사적·발생사적 규범 목적에 충실한 기본권 실무를 구현할 수 있으며, 기본권심사를 조속히 끝냄으로써 헌법재판소의 업무부담을 줄이고 소송경제를 도모할 수 있다는 장점이 있다. 반면, 보호영역 단계에서 법관이 광범위하게 개입하게 되고, 보호영역을 축소시키는 명확한 기준을 제시하기 어려우며, 보호영역의 해석이 당대의 헌법해석자(헌법재판관)의 관점에 따라 달라질 수 있다는 단점을 가진다.¹⁴⁾ 개인에 대한 흡결 없는 기본권적 보호를 도모하고 자의적인 헌법재판의 위험을 피하기 위해서는, 개별적 자유권의 보호영역은 원칙적으로 넓게 해석되어야 한다.¹⁵⁾ 따라서 헌법 제21조의 ‘언론·출판’ 또는 표현의 자유에서의 ‘표현’은 원칙적으로 넓게 이해되어야 한다.

13) 김철수, 헌법학신론(제19전정신판), 박영사, 2009, 718-719쪽.

14) 윤정인, 자유권 보호영역의 광협논쟁 -독일에서의 논의를 중심으로-, 공법연구 제41집 제3호, 2013. 2, 161-162쪽.

15) 자유권의 보호영역을 넓게 볼 경우, 보편적 정의의 관점에서 도저히 기본권적 가치를 가지는 것으로 볼 수 없는 행위를 자유권의 보호영역에서 배제하는 기준을 탐구할 필요가 과제로 남게 된다고 한다. 윤정인, 자유권 보호영역의 광협논쟁 -독일에서의 논의를 중심으로-, 공법연구 제41집 제3호, 2013. 2, 162쪽.

또한, 영리를 목적으로 하는 행위라는 이유로 상업광고를 표현의 자유의 보호범위에서 배제하는 것은, ‘국가가 그 의견표명을 그 동기·대상·내용이나 형태에 따라 평가해서는 아니 된다는 요청’에 반한다는 문제점을 가진다.¹⁶⁾

결국 표현의 자유를 통해 개인의 행위를 보호할 것인지 여부를 결정함에 있어서, 표현의 목적이 공익의 추구인지 아니면 사익의 추구인지, 표현의 내용이 정치적인지 아니면 경제적 이익에 관한 것인지 등을 고려하여서는 아니 된다. 이와 같은 사항들은 기껏해야 법익형량의 단계에서 고려될 수 있을 뿐이다. 결론적으로 상업광고 역시 표현의 자유에 의하여 보호되어야 한다. 참고로 헌법재판소는 표현의 자유의 보호영역을 가능한 한 넓게 보는 방식을 채택하여, 상업광고뿐만 아니라 음란표현도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당한다고 판단한 바 있다.¹⁷⁾

III. 상업광고에 사전검열금지원칙이 적용되는지

1. 문제 제기

헌법 제21조 제2항은, 언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다고 규정하고 있다. 여기서 말하는 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉, 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다.¹⁸⁾

여기서 사전검열금지원칙의 절대적 효력에 예외를 인정할 수 있는지, 다시 말하면 헌법 제21조 제1항의 보호를 받는 표현 중 일부에 대하여 헌법 제21조 제2항의 적용을 배제할 수 있는지가 문제 된다.¹⁹⁾

16) 한수용, 헌법학(제5판), 법문사, 2015, 738쪽.

17) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등, 판례집 21-1하, 545, 559-560.

18) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 222; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397, 410; 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 252 참조.

19) 독일에서는 사전검열금지가 절대적 효력을 가진다고 이해되고 있으며, 따라서 검열금지의 원칙은 청소년 보호 또는 타인의 명예 보호를 위하여도 그 예외가 인정되지 않는다. 그러나 미국에서는 영화나 음란한 표현에 대한 규제를 위하여 또는 청소년을 보호하기 위하여 행정기관에 의한 사전심의를 허용하고 있으며, 다만 엄격한 절차적 요건을 요구하고 있다. 박용상, 언론의 자유, 박영사, 2013, 483-485쪽.

2. 헌법재판소의 태도

절대적 사전검열금지원칙의 적용범위를 제한하려는 견해는 종래 헌법재판소의 소수의견으로 몇 차례 제시된 바 있으나, 다수의견에 이르지 못하는 못하였다. 그러던 중 건강기능식품 기능성 표시·광고 사전심의 사건(헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75)에서 이 문제가 다시 논의되었는데, 법정의견은 상업광고인 건강기능식품의 기능성 표시·광고에 대해 사전검열금지원칙의 적용을 배제하였으나, 4인의 재판관은 사전검열금지원칙이 적용된다는 태도를 보여, 논리구성을 두고 의견이 나뉘었다. 최근의 의료광고 사전심의 사건(헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75)에서 법정의견은 상업광고의 하나인 의료광고에 대해 사전검열금지원칙이 적용됨을 긍정하였고, 반대의견은 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다는 견해를 밝혔다.

가. 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 영화 등급분류보류 사건(위헌)

헌법재판소는 영화는 그 상영 전에 영상물등급위원회로부터 상영등급을 분류받아야 한다고 규정한 영화진흥법(1999. 2. 8. 법률 제5929호로 전문개정된 것) 제21조 제4항에 대하여, 헌법에 의하여 금지되는 검열이므로 헌법에 위반된다고 판단하였다.

다수의견은 영화도 의사형성적 작용을 하는 한 의사의 표현·전파의 형식의 하나로 인정되며 따라서 언론·출판의 자유에 의해서 보호된다고 보았고, 나아가 사전검열금지원칙을 적용하여 이 사건 법률조항이 위헌이라고 판단하였다.

이에 대해 재판관 송인준은 반대의견을 통해, 헌법상의 검열 금지를 어떠한 예외도 허용되지 않는 절대적인 것으로 보아야 하는가에 대하여는 의문을 제기하였다. 반대의견은, 검열금지의 원칙을 절대적인 것으로 받아들이는 해석이 헌법 규정의 문언에 충실한 해석이라는 점은 수긍하면서도, 영화는 시청각을 표현수단으로 하는 영상매체이므로 일단 상영되고 나면 그 자극이나 충격이 매우 강하게 그리고 직접 전달되어 영향력이 크다는 점, 일단 소비자에게 보급되고 난 뒤에는 이를 효율적으로 규제할 방법이 없다는 점을 들어, 영화에 대한 사전검증절차를 허용해야 한다는 견해를 제시하였다.

나. 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8 외국비디오물 수입추천 사건(위헌)

헌법재판소는 외국비디오물을 수입할 경우에 반드시 영상물등급위원회로부

터 수입추천을 받도록 규정하고 있는 구 음반·비디오물및게임물에관한법률(1999. 2. 8. 법률 제5925호로 제정되고, 2001. 5. 24. 법률 제6473호로 전문개정되기 전의 것) 제16조 제1항 등에 대하여, 사전검열에 해당하므로 헌법에 위반된다고 판단하였다.

다수의견은 외국비디오물의 수입·배포행위도 의사형성적 작용이라는 관점에서 당연히 의사의 표현·전파 형식의 하나에 해당함을 인정할 수 있으므로, 외국비디오물의 수입·배포행위 역시 언론·출판의 자유의 보호범위 내에 있고, 이러한 영역에 대한 사전검열은 우리나라 헌법이 금지하는 것으로 허용되지 않는다고 보았고, 나아가 사전검열금지원칙을 적용하여 이 사건 법률조항이 위헌이라고 판단하였다.

이에 대해 재판관 송인준은 반대의견을 통해, 2000헌가9 결정의 반대의견에서 주장하였던 영상물에 대한 사전검증절차의 필요성을 다시 언급하면서, 비디오물은 오히려 영화보다도 상영·보급 이전 단계에서의 내용에 대한 사전검증 필요성이 더 크다고 하였다. 나아가 반대의견은 다수의견이 검열금지의 원칙을 엄격히 적용하고자 하는 것은 과거 권위주의적 정부 하에서 검열을 정부입장의 옹호 내지 홍보수단으로 악용하던 데 대한 반응으로 일면 이해할 수 있는 측면은 있으나, 표출된 후의 교정이 불가능한 해악으로부터 건전한 사회윤리의식과 청소년을 보호하여 국가사회의 건전성을 유지하는 것은 가치혼돈시대의 최소한의 보호장치로서 결코 포기될 수 없는 것이라고 하면서, 외국비디오물에 대한 수입추천제도는 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당하지 않는다는 견해를 제시하였다.

다. 현재 2008. 6. 26. 2005헌마506 방송광고 사전심의 사건(위헌)

헌법재판소는 방송위원회로부터 위탁을 받은 한국광고자율심의기구로 하여금 텔레비전 방송광고의 사전심의를 담당하도록 한 구 방송법(2004. 3. 22. 법률 7213호로 개정되고, 2008. 2. 29. 법률 제8867호로 개정되기 전의 것) 제32조 제2항, 제3항, 방송법시행령(2004. 9. 17. 대통령령 제18548호로 개정된 것) 제21조의2 본문 중 ‘텔레비전방송광고’ 부분 및 ‘방송심의에 관한 규정’(2000. 8. 28. 방송위원회규칙 제22호로 제정된 것) 제59조 등에 대하여, 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하여 헌법에 위반된다고 판단하였다.

다수의견은 방송광고도 표현의 자유 보호의 대상이 된다고 보았고, 나아가 사전검열금지원칙을 적용하여 이 사건 텔레비전 방송광고 사전심의는 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다고 판단하였다.

이에 대해 재판관 조대현은 별개의견을 통해, 텔레비전 방송광고가 광고주나 광고제작자의 의견이나 사상을 말이나 글로 표현하여 민주사회의 다양한 의사의 하나로 불특정 또는 다수인에게 공표하고 전달하기 위한 것이라면 헌법 제21조 제2항의 언론에 해당되어 그에 대한 사전검열이 금지된다고 할 수 있을 것이나, 상업적 방송광고는 민주사회의 토론과 여론 형성에 이바지하기 위한 것이 아니라 영업활동의 자유에 포섭되므로 이에 대해서는 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다는 견해를 제시하였다.

재판관 목영준은 반대의견을 통해, 상업광고는 표현의 자유의 보호대상에 포함되지만 사전검열금지원칙의 보호를 받지 않는다는 견해를 제시하였다. 반대의견은 시대의 변천과 과학의 발달로 과거에는 예견할 수 없는 정도의 전파성과 파괴력을 가진 표현매체들이 등장하고 있는바, 사전검열금지원칙을 경직적으로 적용하게 되면 불합리한 결과에 이르게 되므로 사전검열금지의 대상이 되는 표현행위 및 매체의 범위는 우리 헌법 제21조의 목적에 맞게 제한되어야 한다고 주장하였다. 나아가 상업광고는 영리동기에 의하여 추동되기 때문에 다른 언론매체에 비하여 장래 위축되지 않는 특성을 가지는 점, 상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 대한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있어 일반 표현행위에 비하여 그 보호정도를 달리할 필요가 있는 점 등을 고려하면, 이에 대하여는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다고 하였다.

라. 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 건강기능식품 기능성 표시·광고 사전심의 사건(합헌)

헌법재판소는 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의절차에 관하여 규정한 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2002. 8. 26. 법률 제6727호로 제정된 것) 제16조 제1항 및 제32조 제1항 제3호 중 각 “광고” 부분, 구 ‘건강기능식품에 관한 법률’(2002. 8. 26. 법률 제6727호로 제정되고 2008. 3. 21. 법률 제8941호로 개정되기 전의 것) 제18조 제1항 제5호 중 “광고” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다. 결론은 7:2 합헌이었으나 그 논리구성을 두고 팽팽하게 의견이 나뉘었다. 위 결정에서 사전검열금지원칙의 적용을 부정한 재판관은 총 5인으로 선례변경에 필요한 6인의 동의를 얻지는 못하였는바, 그렇다면 헌법재판소가 상업광고에도 사전검열금지원칙이 적용된다는 기존의 선례(방송광고 사전심의 사건)를 변경한 것은 아니라고 보인다. 따라서 이 결정을 상업광고 전반에 관한 헌법재판소의

견해 표명이라고 보기는 어려우며, 건강기능식품광고에 한정된 입장이라고 보아야 한다.

2006헌바75 결정 중 사전검열금지원칙의 적용대상에 관한 부분을 좀 더 자세히 살펴보면 다음과 같다.

(1) 건강기능식품의 기능성 표시·광고에는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다는 견해(5인 재판관. 법정의견 4인 + 별개의견 1인)

① 법정의견(재판관 김희옥, 재판관 민형기, 재판관 이동흡, 재판관 목영준): 표현의 자유 보호대상이나, 사전검열금지원칙은 부적용.

사전검열금지원칙이 적용될 대상 역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고, 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 할 것이다. 그렇지 않으면 표현의 자유에 있어서 표현의 대상이나 내용, 표현매체나 형태 등이 어떠한 공간에 헌법 제21조 제1항의 언론·출판에 해당하기만 하면 동조 제2항에 따라 이에 대한 사전검열은 무조건 금지된다는 결론이 되거나, 헌법이 표현의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 진정한 목적에 전혀 맞지 않게 사전검열금지원칙을 운용하는 결과가 될 수 있고, 표현의 자유가 생명권, 건강권과 같은 다른 중요한 법익과 충돌하는 경우에도 일방의 기본권 주체의 표현의 자유만을 과도하게 보호하는 결과가 될 수 있기 때문이다.

건강기능식품에 대한 허위·과장 광고를 사전에 예방하지 않을 경우 불특정 다수가 신체·건강상 피해를 보는 등 광범위한 해악이 초래될 수 있고, 허위·과장 광고 등에 대해 사후적인 제재를 하더라도 소비자들이 신체·건강상으로 이미 입은 피해는 피해 회복이 사실상 불가능할 수 있어서 실효성이 별로 없다는 문제가 있다. 반면에 건강기능식품 광고는 영리 목적의 순수한 상업광고로서 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위 등과 별로 관련이 없고, 이러한 광고를 사전에 심사한다고 하더라도 예술활동의 독창성과 창의성 등이 침해되거나 표현의 자유 등이 크게 위축되어 집권자의 입맛에 맞는 표현만 허용되는 결과가 될 위험도 작다. 따라서 건강기능식품의 표시·광고에 관한 사전심의절차를 법률로 규정하였다 하여 이를 우리 헌법이 절대적으로 금지하는 사전검열에 해당한다고 보기는 어렵다 할 것이다.²⁰⁾

20) 법정의견은 사전검열금지원칙이 적용되는 범위를 좁힌 것으로 평가된다. 진광석, 한국헌법론(제8판), 집현재, 2013, 339-340쪽; 성낙인, 헌법학(제13판), 법문사, 2013, 579쪽.

② 별개의견(재판관 조대현): 표현의 자유 보호대상 아니고, 따라서 사전검열 금지원칙도 부적용.

건강기능식품의 기능성에 대한 표시·광고는 ‘민주사회의 다양한 의사를 말이나 글로 표현하여 공표하는 것’이 아니어서 헌법 제21조의 ‘언론·출판’에 해당된다고 볼 수 없으므로, 이에 대하여 사전에 심의위원회의 심의를 받게 하더라도 헌법 제21조 제2항에 위반된다고 볼 수 없다.

(2) 건강기능식품의 기능성 표시·광고에도 사전검열금지원칙이 적용된다는 견해(4인 재판관. 별개의견 2인 + 반대의견 2인)

① 별개의견(재판관 이강국, 재판관 송두환): 표현의 자유 보호대상이며, 사전검열금지원칙 적용. 그러나 심의기관의 행정주체성을 부정하여 결론은 합헌.

헌법 제21조 제1항이 모든 국민은 언론·출판의 자유를 가진다고 하여 표현의 자유를 보장할 때 그 표현의 범위에는 상업광고도 포함되는 것이고, 상업광고의 성격을 가진 이 사건 건강기능식품 광고 역시 표현의 자유에 의한 보호를 받는 것이므로, 동조 제2항에 따라 이에 대한 사전검열은 절대적으로 금지된다.

표현의 자유의 보호대상이 되는 상업광고 중에서 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 영역을 따로 설정할 수 있는지, 설정한다면 그 구별기준은 무엇인지 의문이다. 상품이나 상품광고의 특수성, 이에 대한 규제 필요성 등의 요소는 과잉금지원칙에 의한 위헌성 여부 심사에 있어서 고려할 요소이지, 그 이전에 사전검열금지원칙의 적용대상인지 여부를 가리는 데 있어서의 판단요소는 아니다. 또한 상업광고의 경우도 광고를 하고자 하는 자가 독창성이나 창의성, 예술성이 있는 표현을 얼마든지 사용할 수 있다. 따라서 건강기능식품의 광고에도 사전검열금지원칙이 적용된다.

② 반대의견(재판관 이공현, 재판관 김종대): 표현의 자유 보호 대상, 사전검열금지원칙 적용, 심의기관의 행정기관성을 인정하여 결론은 위헌.

언론·출판의 자유의 내용 중 의사표현·전파의 자유에 있어서 의사표현 또는 전파의 매개체는 어떠한 형태이건 가능하며 그 제한이 없으며, 상업적 광고표현도 표현의 자유의 보호 대상이 되므로 이 사건 건강기능식품 표시·광고 역시 헌법 제21조 제1항의 ‘언론·출판’에 해당함은 물론이고, 동조 제2항에 의한 사전검열금지의 적용대상도 되는 것이다.

마. 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75 의료광고 사전심의 사건(위헌)

헌법재판소는 의료광고의 사전심의절차에 관하여 규정한 의료법(2009. 1. 30. 법률 제9386호로 개정된 것) 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’ 부분 및 의료법(2010. 7. 23. 법률 제10387호로 개정된 것) 제89조 가운데 제56조 제2항 제9호 중 ‘제57조에 따른 심의를 받지 아니한 광고’에 관한 부분이 사전검열금지원칙에 위반된다고 결정하였다.

2015헌바75 결정 중 사전검열금지원칙의 적용대상에 관한 부분을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

(1) 의료광고에도 사전검열금지원칙이 적용된다는 견해(8인 재판관의 다수의견)

현행 헌법이 사전검열을 금지하는 규정을 두면서 1962년 헌법과 같이 특정한 표현에 대해 예외적으로 검열을 허용하는 규정을 두고 있지 아니한 점, 이러한 상황에서 표현의 특성이나 이에 대한 규제의 필요성에 따라 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현 중에서 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 영역을 따로 설정할 경우 그 기준에 대한 객관성을 담보할 수 없어 종국적으로는 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제할 가능성을 배제할 수 없게 된다는 점 등을 고려하면, 현행 헌법상 사전검열은 예외 없이 금지되는 것으로 보아야 한다.

의료광고는 의료행위나 의료서비스의 효능이나 우수성 등에 관한 정보를 널리 알려 의료소비를 촉진하려는 행위로서 상업광고의 성격을 가지고 있지만, 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유의 보호 대상이 됨은 물론이고, 동조 제2항도 당연히 적용되어 사전검열도 금지된다.

(2) 의료광고에는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다는 견해(재판관 조용호의 반대의견)

기본적으로 의료광고와 같은 상업적 광고는 표현의 자유에 의해 보호를 받는 대상이 되지 않는다고 본다. 만약 광고가 표현의 자유의 보호대상이 된다는 우리 재판소의 선례를 전제로 하더라도, 의료광고에 대해서는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다.

사전검열금지원칙을 적용함에 있어서는 ‘사전검열행위’ 자체의 범위를 헌법 제21조의 진정한 목적에 맞는 범위 내로 제한하여 적용해야 할 뿐만 아니라, ‘사

사전검열금지원칙이 적용될 대상' 역시 헌법이 언론·출판의 자유를 보장하고, 사전검열을 금지하는 목적에 맞게 한정하여 적용해야 한다. 그렇지 않으면 표현의 자유에 있어서 표현의 대상이나 내용, 표현매체나 형태 등이 어떠한 간에 헌법 제21조 제1항의 언론·출판에 해당하기만 하면 동조 제2항에 따라 이에 대한 사전검열은 무조건 금지된다는 부당한 결론에 이르거나, 헌법이 표현의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 진정한 목적에 전혀 맞지 않게 사전검열금지원칙을 운용하는 결과가 될 수 있고, 표현의 자유가 생명권, 건강권과 같은 다른 중요한 법익과 충돌하는 경우에도 일방의 기본권 주체의 표현의 자유만을 과도하게 보호하는 결과가 될 수 있기 때문이다.

특히 의료는 고도의 전문적 지식과 기술을 요하고 국민의 건강에 직결되는 것이므로 의료소비자를 보호하기 위해서는 의료광고에 대한 합리적 규제가 필요하다는 점, 의료광고는 영리 목적의 상업광고로서 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위 등과 관련이 적고, 이러한 광고를 사전에 심사한다고 하여 예술활동의 독창성과 창의성 등이 침해되거나 표현의 자유 등이 크게 위축되어 집권자의 입맛에 맞는 표현만 허용되는 결과가 될 위험도 작다는 점을 고려하면, 의료광고에 대해서는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다. 이와 같은 취지에서 우리 재판소는 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의절차에 관하여 규정한 '건강기능식품에 관한 법률' 관련 조항에 대하여 합헌 결정을 한 바 있다(헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 법정의견 참조).

3. 학설

종래 사전검열금지원칙의 적용범위에 관한 학설상의 논의는 주로 청소년 보호 등을 위하여 영화나 방송에 대해 사전검열을 허용할 것인지에 관해서 이루어져 왔다. 그런데 방송광고 사전심의에 관한 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 결정과 건강기능식품 기능성 표시·광고 사전심의에 관한 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 결정 이후, 상업광고에 대해 사전검열금지원칙의 적용을 배제할 수 있는지가 본격적으로 논의되기 시작하였다.

- ① 일정한 표현에는 사전검열금지원칙의 적용이 배제될 수 있다는 견해 헌법 제21조 제1항에 의해 보호받는 표현일지라도 동조 제2항의 사전검열금

지원칙의 적용이 배제될 수 있다는 견해이다.

여기에는 사전검열금지원칙은 본래 인쇄매체시대를 배경으로 형성되어 온 것으로서 전파매체나 영상매체처럼 새로이 등장한 언론매체에 대해 종래 형성된 법원리를 똑같이 적용하는 것은 바람직하지 않으며, 매체의 특성에 따라서는 검열제도 인정될 수 있다고 해석하여야 한다는 견해²¹⁾와, 광고 등 영업상 표현은 경제적 자유권과 밀접하게 관련되어 있으므로 전통적인 자유보다는 더 많은 제한이 불가피하며, 이에 따라 상업광고에 대한 제한에 있어서는 사전검열금지원칙도 적용되기 어려울 것이라는 견해²²⁾ 등이 있다.

② 헌법상 보호되는 표현에는 사전검열금지원칙이 예외 없이 적용된다는 견해 헌법 제21조 제1항의 보호를 받는 표현에는 동조 제2항의 사전검열금지원칙이 적용된다는 견해이다.

영화 등에 대해서도 사전검열금지원칙이 적용되는지에 관하여, 헌법이 요구하는 검열금지의 목적은 표현에 대한 국가의 포괄적·전면적 통제로 말미암은 정신생활의 마비 상태를 방지하기 위한 것인바, 청소년에게 심각하게 유해하거나 부정적인 영향을 미칠 수 있는 표현물에 대해서도 사전검열금지원칙은 적용되어야 하며, 그 대안으로서 자율규제의 방향으로 법제도가 형성되어야 한다는 견해가 있다.²³⁾ 영화·연예에 대한 당국의 사전검열제는 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하는 것이 되므로 허용될 수 없고, 그 대신 영화인과 연예인들 자신에 의한 자율적 사전심의제를 채택하여야 한다는 견해²⁴⁾도 같은 취지라 할 것이다.

상업광고에 대해서도 사전검열금지원칙이 적용된다는 견해는 다음을 논거로 한다. ㉠ 상업광고에 대한 보호의 정도가 낮다고 하여 당연히 사전검열금지원칙의 적용대상에서 배제된다고 할 수 없다. 헌법재판소는 음란표현도 헌법상 보호되는 표현이라고 보면서 음란표현에도 사전검열금지원칙이 적용됨을 전제로

21) 양건, 헌법상 검열금지의 해석-헌법재판소의 영화 사전심의 위헌결정에 대한 비판적 분석과 새로운 해석의 제시, 법학논총 제15집, 1998, 227쪽; 양건, 헌법강의(제3판), 법문사, 2012, 496-497쪽. 양건 교수는 헌법재판소가 2006헌바75 결정에서 “표현의 대상이나 내용, 표현매체나 형태 등”에 따라서는 사전검열금지가 적용되지 않는다고 판시한 것은, 종래 판례에서의 경직된 해석에 한계가 있음을 헌법재판소 스스로 인식하였기 때문이라고 본다. 같은 취지로, 홍승기, 방송광고 사전심의 위헌 판단의 함의-헌법재판소 2005헌마506 사건을 중심으로, 행정법연구 제37호, 2013. 11, 73-74쪽.

22) 성낙인, 헌법학(제13판), 법문사, 2013, 565쪽.

23) 이부하, 방송광고와 관련한 청소년보호법제-독일의 법제도를 중심으로-, 한독사회과학논총 제22권 제1호, 2012. 3, 104-106쪽.

24) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 510-511쪽.

하였는데²⁵⁾, 그렇다면 음란표현보다 보호의 정도가 더 높은 상업광고에 대하여도 검열 금지의 원칙이 적용되어야 한다. ㉠ 일정한 유해 표현에 대해서는 민간단체의 자율적인 사전심의를 통하여 그 표현이나 유포를 억제할 수 있다. 따라서 일정한 표현에 대해서 사전검열금지원칙의 보호를 박탈할 필요가 없다. ㉡ 상업광고 중 일부에 대해서는 사전검열금지원칙이 적용되지 않는다는 견해는, 광고의 내용을 심사하여 동 원칙의 적용대상을 선별하겠다는 것으로서, 이러한 방법론은 절대적 한계원칙인 사전검열금지원칙을 상대적 원칙으로 변질시킬 위험이 있다. ㉢ 규제의 필요성이 강한 표현에 대해서는 사전검열금지원칙의 적용이 배제된다는 견해가 있으나, 규제의 필요성은 과잉금지원칙의 적용과정에서 고려하여야 할 사항이지 사전검열금지원칙의 적용과는 무관한 것이다. 이러한 견해는 사실상 과잉금지원칙을 사전검열금지보다 우선 적용하는 결과에 이르는데, 이것은 특칙적·우선적 한계원칙으로서의 사전검열금지원칙과 배치되는 것이다.²⁶⁾

4. 검토

① 검열금지조항의 역사적 변화

1948년 제헌헌법은 제13조에서 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다.”라고 규정하여 표현의 자유에 법률유보를 두었고, 검열금지를 명문화하지 않았다.²⁷⁾

1960년 헌법은 자유당 정권하의 언론탄압에 대한 반작용으로서 언론의 자유를 두텁게 보호하였다. 제13조 제1문은 “모든 국민은 언론, 출판의 자유와 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다.”라고 규정하여 법률유보를 삭제하였고, 제28조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한

25) “음란표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 음란표현에 대하여는 언론·출판의 자유의 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 명확성의 원칙, 검열 금지의 원칙 등에 입각한 합헌성 심사를 하지 못하게 될 뿐만 아니라, …결국 음란표현에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 농후하게 된다는 점을 간과할 수 없다.” 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 등, 판례집 21-1하, 545, 545.

26) 김배원, 언론·출판의 자유와 사전검열금지원칙, 공법학연구 제16권 제1호, 2015. 2, 97-102쪽. 광고가 표현의 자유의 보호 대상으로 인정되는 한 우리 헌법이 절대적으로 보장하고 있는 사전검열금지원칙은 그대로 적용된다고 보아야 할 것이라는 견해로는, 한위수, 광고의 규제와 표현의 자유, 헌법논총 제18집, 2007, 359-360쪽.

27) 제헌헌법 제13조가 사전검열금지원칙을 정하고 있지는 않았지만, 출판의 자유에 대한 가장 큰 침해는 검열제도인바 이는 부득이한 경우가 아니면 행하지 않는 것이 본조의 취지에 적합한 것이라 할 수 있다는 견해로는, 유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1953, 75-76쪽.

경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다. 단, 그 제한은 자유와 권리의 본질적인 내용을 훼손하여서는 아니되며 언론, 출판에 대한 허가나 검열과 집회, 결사에 대한 허가를 규정할 수 없다.”라고 규정하여 사전검열금지원칙을 최초로 명문화하였다.

1962년 헌법은 제18조 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”라고 규정하였고, 같은 조 제2항에서 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 다만, 공중도덕과 사회윤리를 위하여는 영화나 연예에 대한 검열을 할 수 있다.”라고 규정하여 사전검열금지원칙을 유지하면서도 예외적으로 영화나 연예에 대한 검열을 허용하였다. 위 조항은 1969년 헌법 개정시에도 유지되었다.

1972년 헌법(소위 유신헌법)은 제18조에서 “모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론·출판·집회·결사의 자유를 제한받지 아니한다.”라고 규정하여 법률유보조항을 두었고, 사전검열금지조항을 삭제하였다. 1980년 헌법은 제20조에서 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.”라고 하여 법률유보를 삭제하였으나, 사전검열금지 조항은 회생하지 못하였다. 이 시기에 영화·연예 관계 법률 이외에 사전검열을 명문으로 제도화한 법률은 없었으나, 권위주의 정권을 유지하기 위해 정보를 통제하는 여러 정치적 기제가 광범위하고 심각한 검열체제를 구축하였다.²⁸⁾

1987년 헌법에 와서야 사전검열금지 조항이 부활하여, 헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”라고 규정하였다.

정리하자면, 우리나라에서 표현의 자유는 제헌헌법에서부터 보장되었으나, 표현의 자유를 규정한 헌법규정은 계속하여 변화했다. 1960년 헌법에서 처음으로 사전검열금지원칙이 명문화되었지만, 1962년 헌법에서는 영화나 연예에 대한 검열이 허용되었고, 1972년 헌법에서는 사전검열금지 조항이 완전히 삭제되었다. 현행 헌법에 와서야 사전검열금지 조항은 부활하였고, 이때 특정한 표현에 대한 예외적 검열을 허용하는 1962년 헌법 제18조 제2항 단서와 같은 규정은 도입되지 않았다. 현행 헌법 제21조 제2항의 문언, 과거 군사독재 시절 정부가 검열을 악용하였던 경험과 이에 따른 헌법 규정의 역사적 변화를 고려한다면, 현행 헌법 아래서 사전검열금지원칙은 비상계엄이 선포된 때(헌법 제77조 제3항)를 제외하고는

28) 박용상, 헌법상 사전검열금지의 원칙, 헌법논총 제21집, 2010, 136쪽.

헌법 제21조 제1항의 보호를 받는 표현에 대하여 예외 없이 적용되는 것이라고 보아야 한다.

② 사전검열금지원칙의 상대적 적용에 대한 비판

헌법 제21조 제2항의 사전검열금지원칙은 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 일반적 한계원칙에 대한 특칙이며, 전자와 후자는 특별조항과 일반조항의 관계에 있다. 따라서 표현의 자유에 대한 사전제한을 심사함에 있어 사전검열금지원칙을 먼저 적용하고, 사전검열에 해당하지 아니하는 경우에 비로소 과잉금지원칙을 적용하게 된다. 만약 규제의 필요성이나 이익형량을 통하여 사전검열금지원칙의 적용대상성을 판단하게 된다면, 과잉금지원칙의 특칙으로서 사전검열금지원칙의 우선적 지위가 사라질 우려가 있다. 보호할 가치가 작고 규제할 필요성이 큰 표현에 대해서 사전검열금지원칙을 적용하지 않을 수 있다는 것은, 사실상 과잉금지원칙을 우선 적용하여 사전검열금지원칙의 적용대상성을 판단하고 있는 것이기 때문이다.²⁹⁾ 규제의 필요성 등의 요소는 과잉금지원칙 심사에 있어서 고려할 요소이지, 사전검열금지원칙의 적용대상인지 아닌지를 가리는 데 있어서의 판단요소는 아니다.

또한, 사전검열금지원칙의 적용이 배제되는 표현의 영역을 따로 설정할 경우, 그 기준에 대한 객관성을 담보하기가 쉽지 않다는 문제가 있다. 표현의 내용 또는 표현 매체에 따라 사전검열금지원칙의 적용을 배제하는 것은 결국 사전검열금지원칙의 다변화·상대화를 초래하게 되며, 이러한 변형된 이론의 전개가 자유롭게 행해지게 된다면 헌법재판은 자의적이라는 의심을 받게 될 것이다.

③ 상업광고에 관한 보호 필요성

표현의 내용이 민주주의 실현을 위한 여론형성과 관계가 크면 클수록 표현의 자유의 보호가치가 더 커지며, 표현의 자유의 헌법적 한계가 그만큼 약해진다는 견해가 있다.³⁰⁾ 헌법재판소 역시 상업광고가 정치적·시민적 표현행위와는 차이가 있다는 점에 주목하여, 상업광고 규제에 관하여 비례의 원칙에 의한 심사를 하더라도 그 중 '피해의 최소화' 원칙은 '입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지'를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다고 반복하여 판시하

29) 김배원, 언론·출판의 자유와 사전검열금지원칙, 공법학연구 제16권 제1호, 2015. 2, 75-76쪽, 101-102쪽.

30) 조소영, 상업적 언론을 진정한 표현의 자유권화하기 위한 헌법적 논의, 법조 제52권 제9호, 2003, 208쪽.

여 왔다.³¹⁾

그러나 과잉금지원칙 심사에 있어 보호의 정도를 완화하는 것과 사전검열금지원칙을 통한 보호를 포기하는 것은 완전히 별개의 문제이다. 또한, 상업적인 표현을 정치적인 표현 또는 공적 관심사에 관한 표현과 구분한 뒤 전자가 후자보다 보호할 가치가 작다고 보는 태도에 대해서는 지속적으로 의문이 제기되고 있다. 표현의 자유를 민주주의의 관점에서 기능적으로 해석하고자 하는 시도를 비판하면서 기본권의 관점에서 볼 때 정치적인 행위라도 정치적으로 무관한 행위에 대하여 원칙적인 우위를 가지지 않는다는 견해가 존재하며,³²⁾ 현대사회에서 광고로 대표되는 상업적 언론이 가지는 헌법적 의미에 주목하여 상업적 언론과 정치적·시민적 표현행위를 구별하지 말고 보호해야 한다는 의견도 제시되고 있다.³³⁾

상업적 정보도 경우에 따라 일정한 정치적·시민적 함의를 가질 수 있다. 예컨대, 성전환수술에 관한 의료광고의 경우, 그 자체가 해당 의료인의 트랜스젠더에 대한 의견을 내포하는 것이라고 해석될 수 있으며, 그러한 광고의 자유로운 유통 자체가 성적소수자 문제에 관한 일정한 정치적·시민적 함의를 가진다고 볼 수도 있다. 그럼에도 불구하고 만약 이것이 상업적 광고라는 이유만으로 사전검열의 대상이 되도록 한다면, 이러한 견해나 의견이 세상에 알려지기도 전에 사장되어 버릴 위험이 있다. 또한, 창의성과 예술성이 있는 상업광고도 얼마든지 존재할 수 있으며, 광고에 대해 사전검열을 허용한다면 광고를 매개로 한 예술적인 표현이 동결될 위험이 있다.

이상과 같은 점을 고려한다면, 상업광고에 대한 사전검열금지원칙의 보호를 쉽게 포기하여서는 아니 될 것이다.

④ 대안의 존재: 민간에 의한 사전심의의 가능성

사전검열금지원칙을 한정하여 적용하지 않으면 표현의 대상이나 내용, 표현 매체나 형태 등이 어떠한건 간에 이에 대한 사전검열은 무조건 금지된다는 부당한 결론에 이를 수 있다는 지적이 있다. 그러나 검열금지원칙은 모든 형태의 사전

31) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198 헌재 2008. 5. 29. 2007헌마248, 판례집 20-1하, 287, 296 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 250 헌재 2012. 2. 23. 2009헌마318, 판례집 24-1상, 261, 276 등.

32) 폰 뮐히/쿠니히(한수용 역), 독일기본법 주해서 제1권(II), 헌법재판소, 2005. 5쪽.

33) 김웅규, 상업적 광고에 관한 센트럴 허드슨기준에 대한 비판적 분석과 대안, 홍익법학 제13권 제4호, 2012, 224-225쪽. 김웅규 교수는 상업적 언론에 대한 규제를 심사함에 있어서 피해의 최소성 원칙을 강화하여 적용하여야 한다고 주장한다.

적인 규제를 금지하는 것이 아니다. 우리 재판소는 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이라는 네 가지 요건을 갖춘 경우에만 금지되는 검열로 보고 있다.³⁴⁾ 여기에 해당하지 않는 사전심사의 허용된다. 따라서 행정권에 의한 사전심사가 아닌 민간에 의한 사전심의를 한다면, 규제의 필요성이 큰 표현에 대해 합헌적인 통제를 가할 수 있다.

현대국가는 전통적인 행정규제만으로는 그 목적을 충분히 달성할 수 없어서 국가에 의한 규제독점주의를 포기하고 다원적인 규제수단을 모색하게 되었는데, 그중에서 중요한 의미가 있는 것이 자율규제 방식이다. 국가가 아닌 민간이 규제 주체가 되어 자신의 활동을 스스로 규제하게 하면서, 국가는 단지 이러한 자율규제의 기반을 조성하고 자율규제가 갖는 한계를 극복하기 위해 법적으로 보완하는 것이다.³⁵⁾ 명문으로 사전검열을 금지하고 있는 현행 헌법 하에서는 이러한 자율적 심의제가 가장 바람직한 제도라고 할 수 있다.³⁶⁾

사전검열금지원칙의 절대적 적용으로 야기될 수 있는 문제점은 오히려 동원칙을 더욱 일관성 있게 예외 없이 적용함으로써 입법부로 하여금 ‘행정권’에 의한 사전심사가 아닌 ‘민간기구’에 의한 자율적 사전심의회로 나아가도록 촉구함으로써 해결하는 방향으로 나아가야 하며, 그렇게 하는 것이 사전검열금지원칙을 준수하며 다른 법익과의 조화도 이루는 방안이 될 것이다.³⁷⁾

다만 이 경우 사전심사 주체의 행정기관성 여부에 대한 심사를 거쳐야 하며, 위 심사를 통과할 경우에만 상업광고에 대한 합헌적 사전규제라는 목적을 달성할 수 있다.

⑤ 소결

사전검열금지원칙의 적용범위에 대한 견해의 대립은 일정한 표현에 대한 사전규제의 필요성에 의해 촉발되었다. 일부 표현, 예컨대 건강과 관련된 상업광고에 대해서 사전검열금지원칙의 적용이 배제될 수 있어야 한다는 견해의 가장 큰 논거는, 검열금지원칙의 절대적 적용은 공익과 사익을 적절하게 조화시키기에 지나치게 경직적이라는 것이다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이, 표현에 대한 자율

34) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397, 410.

35) 박용상, 헌법상 사전검열금지의 원칙, 헌법논총 제21집, 2010, 161쪽.

36) 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007, 465쪽.

37) 김배원, 언론·출판의 자유와 사전검열금지원칙, 공법학연구 제16권 제1호, 2015. 2, 103-104쪽.

규제(민간에 의한 사전심의)를 통해 사전검열금지원칙을 준수하면서도 다른 법의과의 조화를 꾀할 수 있다. 따라서 헌법 제21조 제2항의 문언, 헌법규정의 역사적인 변화 과정, 사전검열금지원칙의 성격을 외면하면서까지 특정 표현에 대해서 사전검열금지원칙의 적용을 배제할 필요가 없다. 헌법상 보호를 받는 표현에는 사전검열금지원칙이 예외 없이 적용된다고 보는 것이 타당하다.

IV. 민간심의기구의 행정주체성 판단 기준

1. 문제 제기

민간기구에 의한 자율적 사전심의를 통해 표현의 자유를 보장하면서 다른 법의과의 조화를 꾀할 수 있음을 살펴보았다. 실제로 건강기능식품(건강기능식품법 제16조), 영유아식·체중조절용 조제식품과 같은 특수용도식품(식품위생법 제12조의3), 의료기기(의료기기법 제25조), 의약품(약사법 제68조의2), 의료(의료법 제57조) 분야에서는 영업자단체 등 민간단체가 광고 심의에 관한 업무를 위탁받아 수행하고 있다. 이제 남은 문제는 이러한 민간기구에 의한 광고심의가 헌법이 금지하는 사전검열에 해당하는지 여부이다.

헌법재판소는 헌법이 금지하는 사전검열의 요건으로 첫째, 일반적으로 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 존재할 것, 둘째, 행정권이 주체가 된 사전심사절차가 존재할 것, 셋째, 허가를 받지 아니한 의사표현을 금지할 것, 넷째, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 존재할 것을 제시하고 있다.³⁸⁾ 이 중 민간기구에 의한 사전심의를 위헌인지를 판단함에 있어 핵심이 되는 것은 행정권이 주체가 된 사전심사절차인지 여부, 즉 심의기관의 행정주체성 문제이다. 민간기구에 의한 심의는 자율적일 경우에만 헌법적으로 정당화되기 때문이다.

38) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 223; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402-403; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134, 147-149; 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8, 판례집 17-1, 51, 59; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397, 410 등.

2. 헌법재판소의 태도

가. 자율성의 요청

헌법재판소는 심의기관이 행정기관인가의 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 한다고 판시하였다. 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다는 것이다. 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술의 문제이므로 정부에게 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다.³⁹⁾

헌법재판소는 방송광고 사전심의 사건에서, 한국광고자율심의기구가 행정권의 영향력에서 완전히 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의를 하고 있다고 보기 어렵다는 이유로 민간심의기구의 행정기관성을 긍정하였다.⁴⁰⁾ 민간기구에 의한 심의는 자율적일 경우에만 헌법적으로 정당화된다는 점을 밝힌 것이다.

최근의 의료광고 사전심의 사건에서 헌법재판소는 한 걸음 더 나아가, “민간심의기구가 사전심의를 담당하고 있고, 현재에는 행정기관이 그 업무에 실질적인 개입을 하고 있지 않더라도 행정기관의 자의에 의해 언제든지 개입할 가능성이 열려 있다면 이 경우 역시 헌법이 금지하는 사전검열이라는 의심을 면하기 어려울 것이다. 개입 가능성의 존재 자체로 민간심의기구는 심의 업무에 영향을 받을 수밖에 없을 것이기 때문이다.”라고 판시하였다.⁴¹⁾ 이는 행정기관의 자의적 개입 가능성이 존재할 경우 행정기관성이 긍정된다고 봄으로써, 심의의 자율성을 엄격하게 판단한 것이다.

39) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 226; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 405; 헌재 1999. 9. 16. 99헌가1, 판례집 11-2, 245, 256-257; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9, 판례집 13-2, 134, 149; 헌재 2007. 10. 4. 2004헌바36, 판례집 19-2, 362, 371; 헌재 2008. 10. 30. 2004헌가18, 판례집 20-2 상, 664, 679; 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75, 공보 제231호, 158, 163.

40) 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506, 판례집 20-1하, 397, 411-414 참조.

41) 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75, 공보 제231호, 158, 163-164.

나. 행정기관성의 판단요소

(1) 주요 선례

검열주체의 행정기관성 판단에 관한 주요 선례는 아래와 같다.

① 현재 1996. 10. 4. 93헌가13등 영화 사전심의 사건(공연윤리위원회, 위헌)
헌법재판소는 “...공연법과 그 시행령에 의하면 공륜의 위원은 문화체육부장관에 의하여 위촉되고(공연법 제25조의 3 제3항), 위원장과 부위원장의 선출은 장관의 승인을 받아야 하며(같은 법 시행령 제20조 제1항), 위원장은 심의결과를 장관에게 보고하여야 하고(같은 법 시행령 제21조), 공륜은 국가예산의 범위 안에서 공륜의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록(같은 법 제25조의 3 제6항) 규정하고 있다. 그렇다면 공륜이 민간인으로 구성된 자율적인 기관이라고 할지라도...공륜은 검열기관으로 볼 수 밖에 없다.”라고 판시하였다.

② 현재 1999. 9. 16. 99헌가1 비디오물 사전심의 사건(한국공연예술진흥협의회, 위헌)

헌법재판소는 “공륜과 공진협에 관한 규정을 살펴보면 그 구성, 심의결과의 보고 등에 있어서 약간의 차이는 있으나, 공연법에 의하여 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있는 점에 있어서 큰 차이가 없다...오히려 공진협의 위원을 대통령이 위촉하고, 심의결과를 문화체육부장관에게 통보하여야 하며, 국가예산의 범위 안에서 공진협의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 구 공연법의 규정에 의하면 공진협은 그 성격에 있어서 공륜과 대동소이하다고 할 것이므로 위 93헌가13등 사건의 결정취지에 따라 공진협도 검열기관으로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.”라고 하였다.

③ 현재 2001. 8. 30. 2000헌가9 영화 등급분류보류 사건(영상물등급위원회, 위헌)

헌법재판소는 “...영화에 대한 심의 및 상영등급분류업무를 담당하고 등급분류보류결정권한을 갖고 있는 영상물등급위원회의 경우에도, 비록 이전의 공연윤리위원회나 한국공연예술진흥협의회와는 달리 문화관광부장관에 대한 보고 내지 통보의무는 없다고 하더라도, 여전히 영상물등급위원회의 위원을 대통령이 위촉

하고(공연법 제18조 제1항), 영상물등급위원회의 구성방법 및 절차에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(공연법 제18조 제2항, 공연법시행령 제22조), 국가예산의 범위 안에서 영상물등급위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있는 점(공연법 제30조)등에 비추어 볼 때, 행정권이 심의기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있고 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 있다고 보지 않을 수 없다.”라고 하였다.

④ 현재 2006. 10. 26. 2005헌가14 외국음반 추천 사건(영상물등급위원회, 위헌)

헌법재판소는 음반·비디오물및게임물에관한법률상의 영상물등급위원회의 경우“...그 위원에 대해서는 대통령이 위촉하도록 하고 있고 국가예산의 범위 안에서 영상물등급위원회의 운영에 필요한 경비의 보조를 받을 수 있도록 하고 있다는 점에서 공연법상 영상물등급위원회와 아무런 차이가 없다. 다만 영상물등급위원회 위원의 선임기준 등 그 구성·운영에 관하여 필요한 사항을 대통령이 아닌 영상물등급위원회의 규정에 위임(음비게법 제7조 제3항)하고 있다는 점에서 종전과는 다르게 되어 있으나, 위원회의 구성에 관한 핵심적 부분은 이미 상세히 법률로 규정하고 있으므로 그 점만으로 영상물등급위원회의 성격이 본질적으로 변화되었다고 보기 어렵다.”라고 하여 영상물등급위원회의 행정기관성을 긍정하였다.

⑤ 현재 2008. 6. 26. 2005헌마506 방송광고 사전심의 사건(한국광고자율심의기관, 위헌)

헌법재판소는, “...광고심의위원의 선임에 관여하는 회장과 이사의 선임에 문화관광부장관의 승인을 요하도록 하는 것은 광고심의위원회 위원 선임에 있어 민간에게 완전한 자율을 보장한 것이라 볼 수 없으며, 심의기관 구성에 행정권이 개입하고 있는 것이라 볼 수 있다. 한편...방송위원회와 자율심의기관 사이에 체결된 업무위탁계약서 제7조에 따르면 방송위원회는 위탁업무에 대해 심의기관을 지휘, 감독하고, 필요한 경우 위탁업무와 관련된 지시 및 조치를 할 수 있으며, 위탁업무 처리가 위법 또는 부당한 경우 그 처분을 취소하거나 정지시킬 수 있다. ...결국 자율심의기관이 그 방송광고 사전심의에 관한 위탁 업무를 처리함에 있어 방송위원회로부터 관리, 감독을 받고 있는 이상, 이 기구의 성격을 방송위원회와 달리 취급할 이유는 없어 보인다. 나아가 방송위원회는 방송법상 방송광고의 심의 기준이 되는 방송광고 심의규정을 제정, 개정할 권한을 가지고 있는

므로(구 방송법 제33조) 방송위원회는 방송광고 심의규정을 개정함으로써 언제든지 자신이 원하는 대로 자율심의기관의 심의 내용을 원격 조정할 수 있다. …마지막으로 방송위원회와 자율심의기관 사이의 업무위탁계약서 제8조에 의하면, 방송위원회는 위탁업무의 원활한 수행을 위하여 위탁계약기간 동안에 필요한 비용의 전부 또는 일부를 심의기관에 지원할 수 있다고 규정하고 있고, 실제 자율심의기관의 운영비나 사무실 유지비, 인건비 등은 방송위원회가 비용을 지급하고 있다. 이와 같이 자율심의기관의 운영비용을 방송위원회에 의존하고 있는 상황에서는 그 영향력에서 완전히 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의의 하고 있다고 보기 어렵고, 결국 이 사건 방송광고 사전심의에 있어서는 자율심의기관의 행정기관성을 부인하기는 어려울 것이다.”라고 판시하였다.

⑥ 현재 2015. 12. 23. 2015헌바75 의료광고 사전심의 사건(대한의사협회 · 대한치과의사협회 · 대한한 의사협회, 위헌)

다수의견은, “첫째, 의료법은 제57조 제1항에서 “의료법인· 의료기관· 의료인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 매체를 이용하여 의료광고를 하려는 경우 미리 광고의 내용과 방법 등에 관하여 보건복지부장관의 심의를 받아야 한다.”라고 규정하여 그 심의주체를 보건복지부장관으로 정하고 있고, 그 제3항에서 “보건복지부장관은 제1항에 따른 심의에 관한 업무를 제28조에 따라 설립된 단체에 위탁할 수 있다.”라고 규정하여…보건복지부장관이 그 위탁을 철회하고 직접 의료광고 심의업무를 담당할 수 있는 가능성을 열어두고 있다. 둘째, 의료법 시행령은 의료광고 심의위원회를 설치토록 하면서(제28조 제1항), 심의위원회 위원의 수와 구성 비율, 위원의 자격과 임기, 위원장과 부위원장의 위촉 방식 등 심의위원회의 구성에 관하여 직접 규율하고 있다(제28조 제2항 내지 제5항). 이는 곧 심의위원회 구성에 행정권이 개입할 수 있다는 것을 의미한다. 이와 같이 의료법 시행령의 개정을 통해 행정권이 심의위원회의 구성에 영향을 미칠 가능성이 존재하는 이상 그 구성에 자율성이 보장된다고 보기 어렵다. 셋째, 보건복지부장관은 심의의 주체로서 공무수탁사인에 해당하는 심의기관인 각 의사협회에 대하여 위임사무 처리에 대한 지휘·감독권을 가지고 있을 뿐만 아니라, 의료법 시행령 제28조 제6항에 의하면 심의기관의 장은 심의 및 재심의 결과를 분기별로 분기가 끝난 후 30일 이내에 보건복지부장관에게 보고하도록 하고 있으므로, 심의기관은 의료광고 사전심의 업무를 처리함에 있어서도 행정기관인 보건복지부장관의 영향력 아래 있다고 할 것이다. 설령 현재 보건복지부장관이 의료광고 심의에 구체

적인 지시를 하지 않고 있다고 하더라도, 제도적으로 자율성이 보장되지 않는 이상에는 심의에 아무런 영향이 없다고 할 수 없다. 넷째, 보건복지부장관 또는 시·도지사는 국민보건 향상을 위하여 필요하다고 인정될 때에는 의료인·의료기관·중앙회 또는 의료 관련 단체에 대하여 시설, 운영 경비, 조사·연구 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있으므로(의료법 제83조 제1항), 법률상 위와 같은 재정지원을 통하여 행정권이 언제든지 사전심의절차에 영향력을 행사할 가능성이 존재한다. 다섯째, 의료법은 심의기준·절차 등 의료광고의 심의에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있으므로(제57조 제4항), 행정권은 의료법 시행령의 개정을 통해 언제든지 심의기준을 설정하거나 변경할 수 있으며, 이에 따라 자신이 원하는 대로 심의 내용에 영향을 줄 수 있다. …이상과 같은 사정들을 종합하여 보면, 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의사협회나 그 산하의 각 심의위원회가 의료광고의 사전심의업무를 수행함에 있어서 보건복지부장관 등 행정권의 영향력에서 완전히 벗어나 독립적이고 자율적으로 사전심의를 하고 있다고 보기 어렵고, 결국 심의기관인 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의사협회의 행정기관성은 이를 부인할 수 없다.”라고 판시하였다.

이에 대하여 반대의견은, “첫째, …이 사건 의료광고의 심의를 위탁받은 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한의사협회는 각각 의사, 치과의사, 한의사로 구성된 민간단체로서 의료광고의 사전심의업무를 처리하고 있으나, 이 업무와 관련하여 보건복지부장관의 구체적인 관리·감독을 받는 것은 아니다. 둘째, 의료광고 사전심의업무를 실제 수행하는 각 의료광고 심의위원회의 심의위원은…민간 전문가 중에서 심의기관의 장이 위촉하며(구 의료법 시행령 제28조 제4항), 심의기관의 장인 대한의사협회장, 대한치과의사협회장, 대한한의사협회장은 모두 회원들이 직선 또는 간선으로 선출하고 있다. …따라서 심의기구 구성에 있어 자율성이 보장되고 있으며 보건복지부장관의 관여는 완전히 배제되고 있다. 셋째, …실제로 각 의료광고 심의위원회는 자체적으로 심의위원회 운영규정 및 의료광고 심의기준을 제·개정하여 왔다. 각 의사협회는 심의위원회의 소집권자, 의사·의결정족수 등 심의위원회 운영에 관해 자율적으로 정하며, 심의 역시 스스로 정한 구체적인 심의기준에 따라 이루어진다. …넷째, …심의와 관련된 비용은 심의기관의 장이 정하여 공고하는 수수료로 충당되므로(의료법 제57조 제2항, 의료법 시행규칙 제47조 제3항, 제4항), 각 의료광고 심의위원회는 정부의 보조금이 아니라 수수료를 주된 재원으로 하여 독립적으로 운영되고 있다고 할 수 있다. 다섯째, …실제 보건복지부장관은 심의 및 재심의 결과에 관한 보고를 받을 뿐 심

의내용에 관해 구체적인 업무지시를 하고 있지 아니하므로, 이러한 보고의무만을 가지고 행정권의 관리·감독이 이루어진다고 할 수는 없다. 위와 같은 점들을 종합하면, 이 사건 의료광고의 심의기관인 대한의사협회, 대한치과의사협회, 대한한 의사협회는 행정권으로부터 독립된 민간 자율기구로서, 그 행정주체성을 인정하기 어렵다.”라고 하였다.

(2) 선례의 분석

위의 선례들을 분석하여 보면, 헌법재판소는 종래 검열주체의 행정주체성에 대하여 ㉠ 행정권이 심의기관의 구성에 영향을 미칠 수 있는지, ㉡ 행정권이 심의기관의 구체적인 심의업무 처리에 대하여 지휘·감독할 수 있는지, ㉢ 행정권이 심의규정을 제·개정할 권한을 가지는지, ㉣ 행정권이 심의기관에 필요한 비용을 지원할 수 있는지를 종합적으로 고려하여 판단했음을 알 수 있다.

나아가 최근의 의료광고 사전심의 사건에서 다수의견은 행정권이 현재 민간 기구의 사전심의를 개입하고 있지 않더라도, 자의적으로 개입할 가능성이 존재한다면 심의기구의 행정권성을 인정하였다. 이는 행정기관의 자의적인 개입을 차단하여 심의의 자율성을 철저히 확보하기 위한 것으로 보인다. 반면 반대의견은 행정권이 현재 실제로 민간기구의 심의에 개입하고 있지 않다는 점을 강조함으로써 다수의견과 대비를 이루고 있다.⁴²⁾

42) 2006헌바75 결정에서 재판관 이강국, 재판관 송두환의 별개의견은 “...이 사건 기능성 표시·광고의 심의기관인 건강기능식품협회는 영업자들로 구성된 순수한 민간단체로서 기능성 표시·광고의 사전심의 업무 처리에 관하여 식약청장의 구체적인 관리·감독을 받는 것이 아니고, 기능성 표시·광고 사전심의 업무를 실제 수행하는 심의위원회의 구성에 있어서도 건강기능식품 관련 단체의 장, 시민단체의 장, 건강기능식품 관련 학회의 장 또는 대학의 장이 추천한 자, 관련 학식과 경험이 풍부한 자와 같은 민간 전문가들 중에서 건강기능식품협회장이 식약청장의 승인을 받아 위촉하도록 되어 있고 위원장, 부위원장은 식약청장의 승인 등의 절차 없이 위원들 간에 자유롭게 호선하도록 되어 있어서(심의기준 제10조 제2항 및 제3항) 심의기관 구성에 있어서 식약청장의 관여는 최소화되었다고 보이는 점, 건강기능식품의 기능성 표시·광고의 사전심의를 심의기관이 사전에 구체적으로 정해진 객관적인 심의기준(심의기준 제3조 등 참조)에 따라 심의하도록 되어 있고 심의결과에 대하여 이의가 있는 표시·광고 신청인은 제심의 요청(심의기준 제6조) 등의 방법으로 불복할 수 있도록 되어 있어서 식약청장의 심의절차에 대한 관여는 이의나 불복이 있을 경우 등의 간접적인 정도에 그치는 점, 아울러 보건복지부장관 또는 식약청장이 예산의 범위 안에서 건강기능식품의 안전성 제고를 위한 민간단체의 활동에 소요되는 경비 등의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다는 규정은 있으나(건강기능식품법 제39조), 건강기능식품협회가 이와 같은 예산지원을 실제 받고 있지는 않고 독자적으로 운영되고 있다는 점 등을 감안할 때 건강기능식품협회나 그 산하 심의위원회는 행정권으로부터 독립된 민간 자율기구로서 그 행정주체성을 인정하기 어렵다 할 것이다.”라고 하였는바, 이러한 견해 역시 행정권이 현재 실제로 민간기구의 심의에 개입하고 있지 않다는 점에 주목한 것이다.

다. 평가

헌법재판소는 민간기구에 의한 사전심의는 자율적으로 이루어질 경우에만 사전검열금지원칙에 위반되지 않는다고 보고 있다. 민간기구에 의한 사전심의는 국가가 아닌 민간단체가 일정한 표현에 대해 스스로 규제하게 하려는 것이므로, 행정권의 영향력을 배제하고 심의의 자율성을 확보하려는 일련의 판례의 태도는 타당하다.

특히 헌법재판소는 최근 의료광고 사전심의 사건에서 행정기관이 현재 민간기구의 심의업무에 실질적인 개입을 하고 있지 않더라도 언제든지 심의에 개입할 가능성이 열려 있다면 이 경우 헌법이 금지하는 사전검열이라는 의심을 면하기 어렵다고 보았다. 이는 자율성의 본질에 비추어 볼 때 설득력이 있다. 우리는 부유한 노예에 관한 로마의 희극을 통해 자율성의 의미를 파악할 수 있다. 플라우투스의 ‘모스텔라리아’에 등장하는 노예는 그의 주인이 자비롭고 보통 자리를 비운다는 사실에 기대어, 자신이 실제로 어떠한 직접적인 억압의 고통도 받은 적이 없다고 자랑할 수 있었다. 그러나 그는 타인의 권력 안에 있기 때문에 여전히 노예이다. 노예가 자신의 의지대로 행동할 수 있었다고는 해도, 언제나 주인의 너그러운 처분 안에서 그러했던 것이다. 주인은 언제든지 노예의 자유를 박탈할 수 있다. 그렇다면, 노예라는 것, 자율성을 가지지 못한다는 것의 본질은, 타인의 자의적인 개입 아래 놓여있다는 점에 있다.⁴³⁾ 그렇다면 현재 사실상 행정권의 간섭이 이루어지지 않고 있더라도, 사전심의가 행정권의 자의적인 개입 가능성에 노출되어 있다면, 헌법에 금지하는 사전검열에 해당한다고 보아야 한다.

V. 결어

지금까지 논의를 정리하면, ① 상업광고는 표현의 자유의 보호를 받으며, ② 표현의 자유의 보호를 받는 표현에는 사전검열금지원칙이 예외 없이 적용되고, ③ 만약 민간기구에 의한 표현물의 사전심의절차에 행정기관의 자의적 개입 가능성이 존재한다면 이는 헌법이 금지하는 사전검열에 해당한다는 것이 헌법재판소의 입장이라고 할 수 있겠다.

43) 쾨턴 스키너(조승래 역), 자유주의 이전의 자유, 코기타북, 2007, 92-94쪽.

현재 보건·식품 분야에는 민간기구에 의한 광고사전심의제도가 다수 도입되어 있다. 대표적으로 영유아식, 체중조절용 조제식품 등에 관한 광고사전심의제도⁴⁴⁾, 의료기기에 관한 광고사전심의제도⁴⁵⁾, 의약품 등에 관한 광고사전심의제도⁴⁶⁾를 들 수 있다. 특히 의료기기광고 심의제도의 경우, 의료기기 관련업무 담당

44) 식품위생법은 “영유아식, 체중조절용 조제식품 등 대통령령으로 정하는 식품에 대하여 표시·광고를 하려는 자는 식품의약품안전처장이 정한 식품 표시·광고 심의기준, 방법 및 절차에 따라 심의를 받아야 한다.”(제12조의3 제1항), “식품의약품안전처장은 제1항에 따른 식품의 표시·광고 사전심의에 관한 업무를 대통령령으로 정하는 기관 및 단체 등에 위탁할 수 있다.”(제12조의3 제2항)라고 각 규정한다. 식품위생법 시행령 제3조 제1항은 영유아용 식품(영아용 조제식품, 성장기용 조제식품, 영유아용 곡류조제식품 및 그 밖의 영유아용 식품), 체중조절용 조제식품, 특수의료용 식품, 임산부·수유부용 식품표시·광고를 사전심의대상으로 규정하고, 같은 조 제2항은 식품의 표시·광고의 사전심의에 관한 업무를 영업자단체인 한국식품산업협회에 위탁하고 있다. 한국식품산업협회는 ‘특수용도식품 표시 및 광고 심의기준’(식품의약품안전처 고시 제2013-83호) 제11조에 따라 그 내부에 심의위원회를 설치하여 운영하고 있다. 위원은 민간 전문가 중에서 심의기관의 장이 위촉하며(심의기준 제12조 제3항), 위원장 및 부위원장은 심의위원 중에서 호선한다(심의기준 제12조 제2항). 심의기관의 장은 심의 결과를 분기별로 식품의약품안전처장에게 보고하여야 한다(심의기준 제17조).

또한, 식품위생법은 제12조의3 제1항에 따라 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 표시·광고를 하는 것을 금지하며(제13조 제1항 제5호), 이를 위반하는 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다고 규정하고 있다(제95조 제1호).

45) 의료기기법은 “의료기기를 광고하려는 자는 식품의약품안전처장이 정한 심의기준·방법 및 절차에 따라 미리 식품의약품안전처장의 심의를 받아야 한다.”(제25조 제1항), “식품의약품안전처장은 제1항에 따른 심의에 관한 업무를 총리령으로 정하는 단체에 위탁할 수 있다.”(제25조 제2항)라고 각 규정한다. 여기서 “총리령으로 정하는 단체”란 「민법」 제32조에 따라 식품의약품안전처장으로부터 설립허가나 인가를 받은 의료기기 관련 법인 중 식품의약품안전처장이 지정하여 고시한 법인을 말하며(의료기기법 시행규칙 제29조 제2항), 현재 한국의료기기산업협회가 의료기기 광고 사전심의에 관한 업무를 위탁받아 수행하고 있다.

한국의료기기산업협회는 ‘의료기기광고 사전심의 규정’(식품의약품안전처 고시 제2014-90호) 제10조에 따라 그 내부에 의료기기광고 사전심의위원회를 설치하여 운영하고 있다. 위원은 민간전문가들과 의료기기 관련업무 담당 공무원들 중에서 식품의약품안전처장의 승인을 받아 심의기관의 장이 위촉한다(심의기준 제10조 제2항). 심의기관의 장은 매 심의결과를 식품의약품안전처장과 관할 영업허가 또는 신고기관에 보고하여야 한다(심의기준 제12조 제2항).

또한, 의료기기법은 제25조 제1항에 따른 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 광고를 금지하며(제24조 제2항 제6호), 이를 위반하는 경우 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다(제52조 제1항 제1호).

46) 약사법은 “의약품 제조업자·품목허가를 받은 자 또는 수입자가 그 제조 또는 수입한 의약품을 광고하려는 경우에는 총리령으로 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장의 심의를 받아야 한다.”(제68조의2 제1항), “식품의약품안전처장은 제1항에 따른 의약품 광고심의에 관한 업무를 제67조에 따라 설립된 법인에 위탁할 수 있다.”(제68조의2 제2항)라고 각 규정한다. 현재 영업자단체인 한국제약협회가 의약품 광고심의에 관한 업무를 위탁받아 수행하고 있다.

한국제약협회는 ‘약품 등의 안전에 관한 규칙’(2014. 8. 21. 총리령 제1089호로 개정된 것) 제83조 제1항에 따라 내부에 의약품광고심의위원회를 설치하여 운영하고 있다. 위원은 민간 전문가 중에서 광고심 의기관의 장이 위촉하고, 위원장 및 부위원장은 심의위원회에서 호선한다(규칙 제83조 제3항). 광고심 의기관의 장은 의약품 광고에 대한 심의 결과와 이의신청에 대한 심의 결과를 분기별로 식품의약품안전처장에게 보고하여야 한다(규칙 제83조 제5항).

한편 약사법은 심의를 받지 아니하거나 심의받은 내용과 다른 내용의 표시·광고를 하는 것을 금지하

공무원이 심의위원회의 위원이 될 수 있다는 점, 심의위원 위촉에 있어 식품의약품안전처장의 승인을 받아야 한다는 점 등에서 심의의 자율성을 확보하지 못한 것으로 보인다. 헌법재판소 결정의 취지에 맞추어 관련 법령에 대한 입법적 개선이 이루어져야 할 것이다.

는 규정과 이를 위반하였을 경우 처벌하는 규정은 따로 두고 있지 않다. 다만 약사법은 “의약품 등의 명칭·제조방법·효능이나 성능에 관하여 거짓광고 또는 과장광고를 하지 못한다.”라고 규정하면서(제 68조 제1항), 이를 위반하는 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제95조 제1항 제10호).

제149회 발표회 지정토론문

발제문: 상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제

- 헌법재판소 판례이론을 중심으로 -

발제자: 이종훈(헌법재판소 헌법연구관)

일시 및 장소: 2016. 3. 10.(목) 헌법재판소 2층 회의실

박 경 신*

1. 표현의 자유 보호 여부

음란물의 정의 = 선정성 + 비도덕성 + 가치부재성

음란물에 대한 두 가지 가능한 서사

(1) “음란물은 모두 보호되지 않는다.”

(2) “음란물은 위 세 가지 요건을 충족했을 때만 보호되지 않는다.”

대부분의 법원은 (2)의 서사를 구사하고 있음. 즉 음란물규제에 있어 선정성, 비도덕성, 가치부재성은 일종의 보호기제로 작동하고 있음.

상업적 표현도 마찬가지. 상업적 표현을 어떻게 정의할 것인가? “시민적 가치 부재성”? “정치성”? 결국 상업적 표현에 대한 정교하게 정의하려는 노력 자체가 이미 잠정적인 상업적 표현은 모두 보호범위 안에 있음을 인정하는 것임.

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

2. 검열금지원칙의 적용 여부

상업적 표현과 비상업적 표현에 대한 현재의 상이한 판단

비상업적 표현에 대해서는 허위사실유포죄 위헌 판결 - “(명백한 공익이 없는 한) 말이 허위라는 이유만으로 금지할 수는 없다.” - 허위도 보호대상.

상업적 표현에 대해서는? - “진실인 경우에도 공익을 위해 금지할 수 있다.”
예) 담배광고금지, 청소년유해매체물 광고금지

→ 틀림없이 상업적 표현과 비상업적 표현의 보호수준은 명확히 다름.

주류이론 - 사전검열금지원칙의 핵심: “(1)행정기관의 (2) 감정적 판단에 의한 (2) 원천봉쇄”의 문제 → 그렇다면, 상업적 표현도 감정적 판단에 의한 원천봉쇄의 폐해가 똑같이 적용될 수 있음. 행정기관에 의한 정부비판적 표현에 대한 보복이라는 요소가 없고 상업적 표현은 위축효과가 다소 적을 수도 있음.

보론: “상업적인 표현은 사전심의를 받아야 한다”는 규제 → 무엇이 상업적인 표현인지 어떻게 미리 알 수 있을까? 네이티브 광고는 상업적 표현인가? 돈을 받고 특정 제품이나 서비스에 대해 칭찬을 하는 글은 모두 상업적 표현이 될 수 있음. 논문? 영화? → “음란물은 모두 사전심의를 받아야 한다”는 규제의 모순 → 사전검열금지원칙은 모든 표현에게 적용되거나 모든 표현에게 적용되지 않거나 두 가지 선택 밖에 없음.

반론: 상업적 표현에 대한 사전검열을 통한 “원천봉쇄”는 해악이 아닐 수도 있음. 상업적 표현은 사후적 형법을 통해 특정 주제에 대해서는 아예 금지될 수도 있음. 그렇다면 사전검열을 통한다고 하여 더 침해가 발생한다고 하기 어려움.

3. 민간기관 vs. 행정기관

이 문제는 현재에서 실질 위주의 올바른 판단을 내리고 있는 듯. 행정기관이 후면에서 감독만 한다고 할지라도 위축효과는 똑같이 존재함.

제149회 발표회 지정토론문

발제문: 상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제

- 헌법재판소 판례이론을 중심으로 -

발제자: 이종훈(헌법재판소 헌법연구관)

일시 및 장소: 2016. 3. 10.(목) 헌법재판소 2층 회의실

조 소 영*

1. 들어가는 말

인간은 스스로 생각하는 바를 자유로이 표현할 수 있어야 한다는 명제는 고대로부터 인식되어 온 하나의 이념이었다. 그러나 이러한 ‘표현의 자유’가 법적인 권리로 법질서와 제도 속에서 온전히 승인받기까지는 장구한 세월을 필요로 하였다. 그리고 권리로 자리매김된 이후인 현대의 국가공동체 내에서조차도 사회의 다수파가 지지하고 생각하고 믿는 바에 어긋나는 의견의 표현은 공동체 질서를 파괴하거나 파괴할 만한 것으로 평가되었고, 그 위험성으로 인해 제재의 대상이 되곤하였다. 이런 배경 때문에 표현의 자유의 보장과 관련된 일련의 헌법적 문제들은 해묵은 진부한 문제이기도 하고 여전히 새로운 문제이기도 하다.

표현의 자유의 보장내용 또는 범위와 관련하여 상대적으로 현대적인 새로운 헌법적 문제로 다루어지는 주제 중의 하나가 상업적 표현, 즉 광고의 형태로 표현되는 의사와 관련된 문제이다. 미국 연방대법원의 그 유명한 Hudson Test의 이야기는 물론이고 우리 헌법재판소도 1998년 이래로 상업광고에 대해서 판단해야 하는 헌법적 평가들을 판례로 축적해 오고 있다. 그리고 상업광고와 관련된 헌법적

* 부산대학교 법학전문대학원 교수

문제들은 발제자의 원고 속에서 구분하여 전개하고 있는 바와 같이 ① 상업광고가 헌법이 표현의 자유로서 보장하는 보호영역에 속하는 것인가, ② 상업광고에 대한 제한의 한계를 다룸에 있어서 사전검열금지원칙이 적용될 수 있는 것인가, ③ 상업광고에 대한 심의유형들을 검열의 기준에 기해 판단할 때, 자율심의와의 구분점은 무엇인가의 문제로 정리해 볼 수 있다.

2. 상업광고와 표현의 자유의 보호영역

표현의 자유의 가장 기본적인 내용은 기본권 주체가 스스로 자신의 의사를 표현하고 전달하는 자유를 보장하는 것이다. 그런데 이러한 표현의 자유의 내용에 대하여 표현행위자인 주체는 이러한 자신의 의사표현과 전달을 통해서 여론형성에 참여하고자 하는 권리임을 덧붙여 설명하는 것이 다수의 견해이다. 그리고 같은 의사표현이라도 여론형성과의 관계가 크면 클수록 그 보호의 진지성이 커진다고 하거나 민주사회에서의 표현의 자유의 정치적 기능을 주된 기능으로 설명하곤 한다. 여론형성과의 건련성은 표현의 자유의 보장범위와 정도, 그에 대한 제한의 한계를 논의하는 경우에 분명히 중요한 판단근거가 되는 것임엔 틀림없다. 하지만 표현의 자유의 내용은 표현을 하고자 하는 행위자를 중심으로 판단해야 하는 것이고, 그 표현을 통해 달성하고자 하는 목적이 무엇인가는 해당 행위가 표현에 속하는 것인가를 판단하는 단계에서는 판단의 요소가 되어서는 안된다고 생각된다. 인간의 본능적인 권리가 표현의 자유이고, 무언가를 남에게 이야기할 수 있는 자유가 그 본질이라고 본다면, 행위자가 어떠한 목적에서이건 상관없이 스스로 생각하는 바를 표현하여 전달하고자 하는 경우에는 그 해당행위는 표현의 자유의 보호영역이라고 평가해야 하는 것이다. 이런 기준에 의한다면 상업적 표현인 상업광고도 그 자체는 표현의 자유의 보호영역으로 분류할 수 있는 것이고, 이에 대한 배제의 논의는 논리의 순탄한 흐름을 저해하게 될 우려가 크다. 더군다나 모든 기본권에 대한 일반적 법률유보를 원칙으로 규정하고 있는 우리 헌법규범구조 내에서 상업광고의 헌법적 보호 인정 문제는 오히려 헌법적인 쟁점으로서의 가치가 떨어진다고 할 것이다. 기본권은 최대보장이 원칙이고 그러한 면에서 기본권의 보호범위의 문제는 광의적으로 해석되는 것이 헌법정신에 부합되는 방향이라고 생각되기 때문이다.

3. 표현에 대한 사전제한과 사전검열금지의 원칙

표현에 대한 제한의 시기를 기준으로 보면 사전제한과 사후제한으로 구분된다. 물론 사전과 사후의 구분점은 표현의 전후이다. 실제로 언론의 역사를 되돌아 보면 표현의 자유는 국가권력에 의한 사전제한과의 투쟁이었음을 알 수 있고, 표현에 대한 사전제한은 해당 표현이 사상의 자유시장에 도달하기 이전의 단계에서 미리 차단하고 표현행위자 뿐만 아니라 수용자의 자유까지도 제한하게 되는 것이고, 해당 표현이 초래한 실제적 결과에 근거한 판단이 아니라 표현이 가져올 결과를 미리 예측하여 억제하려는 것이므로 그 폐해가 적지 않다는 점은 표현에 대한 사전제한의 위험성을 인정하는 배경이 된다. 미국 연방대법원 판례에서 판시했던 바, 표현에 대한 사전제한은 표현이 시장에 도달하는 것을 막는 것이지만 사후제한은 표현을 통한 전파는 허용하되 그 영향에 대한 책임을 지도록 하는 것이라는 점에서 사전제한에 대한 헌법적 판단은 엄격한 심사가 될 수밖에 없다. 이러한 제한시기의 차이로 인한 기본권 보장의 측면에서의 위험성의 차이는 표현의 자유에 대한 사후제한에 비하여 상대적으로 사전제한에 대한 심사의 강도를 강화하였고, 사전제한을 마련하는 측에 대하여 제한의 정당성을 입증하기 위한 가중된 책임을 부가하게 된 것이다. 따라서 표현의 자유에 대한 제한의 경우, 사전제한의 문제는 절대적으로 금지되는 제한은 아니다. 다만 우리 헌법이 제21조 제2항에서 명문으로 금지하고 있듯이 사전제한의 방법이 검열이나 허가의 형태가 되는 경우에는 금지사항이 되는 것으로 해석해야 한다. 허가와 검열의 형태는 제한의 주체와 제한의 상대방 간에 동등한 지위가 인정될 수 없는 상황을 전제한다는 점에서 제한의 위헌성이 문제가 되는 것이기 때문이다. 표현행위 자체를 허용하느냐의 여부를 재량권을 보유한 주체가 자의적으로 판단할 수 있는 여지를 줄 수 없다는 것이 사전검열금지와 사전허가금지의 헌법적 의미라고 해석되어야 할 것이다. 따라서 사전검열의 대상이 표현이라면 당해 사전검열은 그 자체로 위헌이라고 할 것이고, 사전검열을 위한 목적이나 필요성 등은 적용 여부를 결정하기 위한 근거가 될 수 없다고 보아야 한다. 즉, 상업광고의 경우에도 이러한 사전검열금지원칙은 절대적으로 적용되어야 한다. 그래서 상업광고가 헌법이 보호하는 표현의 보호영역에 해당하는 것인가를 판단하는 것이 중요한 출발점이 되는 것이다. 상업광고가 일반적인 표현의 경우보다 보호의 가치나 여론형성에의 진지성 등의 차이를 가진다 하더라도 이러한 점은 사전제한의 다른 방법이나 사후제한의 방법에 대한 위헌성 여부를 판단함에 있어서 고려되어야 할 사항이라고 할 것이고, 상업

광고가 표현의 보호영역에 해당하는 이상 사전검열금지의 원칙은 적용되어야 하는 위헌성 심사기준이다.

한편 상업광고에 대한 다른 제한의 정당성을 심사하는 경우에는, 일반적인 표현에 대한 제한의 정당성을 심사하는 경우와 다른 유형별 심사의 방식을 도입하는 것도 심사의 구조화에 도움이 될 수 있다고 생각한다. 종래에 상업광고를 표현의 자유의 대상이 아닌 영업의 자유의 측면에서 다루었던 것이나, 상업광고에 대한 제한의 정도가 달라야 하는 이유로 흔히 논의되는 광고 상대방에 대한 보호의 문제 등은 제한의 정당성을 심사하는 구조 속에서 감안되어야 하는 요소가 있기 때문이다. 미국 연방대법원이 상업광고에 대한 규제의 정당성을 심사하면서 유형화하여 정당성을 차별화했던 것이 한 예가 될 수 있다. 기만적인 내용을 담고 있거나 허위의 내용을 담고 있는 광고에 대한 제한의 경우, 허위는 아니지만 제한의 필요성이 인정되고 광고에 대한 제한으로 보호되는 법익의 가치가 큰 제한의 경우, 소비자에게 미칠 악영향을 제거하거나 보완하도록 하기 위한 제한의 경우, 광고 자체는 합법적이지만 그 광고로 인한 위험의 발생 또는 개연성을 방지하기 위한 제한의 경우 등.

4. 검열 주체 여부 판단을 위한 논의

헌법재판소는 이전의 공연윤리위원회 등 여러 판례들 속에서 헌법이 금지하는 사전검열에 해당되는 판단요건들을 구체화하였고, 그 내용은 발제문에서 설명한 바와 같다. 헌법이 표현에 관한 사전검열금지원칙을 명문으로 규정하고 있다는 것은 표현에 대한 사전검열 해당 여부는 어떠한 우회적인 검열의 방법도 가려내어 금지해야 한다는 것을 선언한 것임에 비추어, 헌법재판소가 문제된 사전심의의 형태가 실질적으로 사전검열에 해당하는가를 판단하는 것은 특히 그 주체의 실질을 중심으로 판단하고 있다. 관련 행정기관의 자의에 의해 언제든지 개입할 가능성이 있다면, 금지되는 검열의 주체에 해당한다고 판단하고 있기 때문이다. 그리고 자의적 개입 가능성 여부를 판단함에 있어서는 심의기관 구성에의 영향력, 구체적 심의업무 처리에 대한 지휘감독 가능성, 심의규정의 제개정 권한 유무, 비용 지원 가능성 등을 구체적이고 종합적으로 고려하여 판단하고 있다. 형식은 민간자율기구이고 자율적 심의활동이라 할지라도 그것이 실제로 헌법위반적인 내용을 가진다면, 표현의 자유를 보장해야 하는 헌법정신을 실현함에 있어서

헌법재판소는 궁극적인 판단기준을 제시해 나가야 할 수밖에 없다. 이런 점에서 본다면 헌법재판소가 이처럼 판단기준을 실제적으로 구체화하여 판단하는 것은 바람직한 것으로 생각된다. 가능성을 두고 실제성을 판단할 것이 아니라 실제 개입했는가를 두고 판단해야 한다는 소수의견이 오히려 형식논리이고, 헌법이 실현하고자 하는 표현의 자유의 가치를 약화시키는 내용이라고 비판받게 되는 것도 이러한 점에 기인한다.

5. 맺는 말

표현의 자유의 보호는 민주사회의 유지운영과 발전에 깊은 관련성을 갖는다. 하지만 이보다 더 중요한 이유는 표현의 자유는 인간 본연적인 권리라는 점에서 자유로움이 우선된 이후에 그 목적이나 가치가 평가될 수 있는 기본권이라는 점에 두어야 한다. 상업광고의 표현성, 그에 대한 보호의 정도, 제한의 한계론에 이르기까지 전반적으로 상업광고의 표현적 위상에 대해 다시 한번 생각해 볼 수 있는 기회를 주신 실무연구회와 발제자께 감사의 말씀을 드리며 작은 생각을 맺고자 한다.

제149회 발표회 토론요지

사 회 자(이상경 서울시립대 교수) : 상업광고에 관해서 헌법재판소가 쟁점으로 3가지를 냈는데요. 기본적으로 상업광고가 표현의 자유에 해당하느냐, 검열이 가능하느냐, 그리고 상업광고를 심의하는 주체가 행정기관이나 민간기관이나 이런 부분들이었습니다. 그런데 우리 이종훈 헌법연구관님께서서는 굉장히 표현의 자유를 강하게 보호하시는 입장에서 서술을 하신 것 같아요.

언론자유 최대 보호라는 관점은 정말 중요하지만, 어떤 경우에는 사회에 많은 영향을 미치는 표현들, 특히 상업적인 표현들에 대해서 우리가 어느 정도는 또 문제의식을 가지고 바라볼 필요가 있지 않느냐 하는 시각이 있습니다. 아마도 그런 부분은 우리 토론자님들께서 잘 피력해 주시리라 생각 합니다.

<주제발표자(이종훈 헌법연구관) 발표>

사 회 자 : 지금 이 발제문을 통해서 크게 세 가지의 논쟁점을 확인한 바가 있습니다. 표현의 자유의 보호범위를 어떻게 정할 것인가. 그리고 보호의 강도는 어떻게 정할 것인가. 헌법재판소 판례는 굉장히 넓게 표현의 자유의 보호범위를 인정해서 상업적 광고도 당연히 표현의 자유의 범주 내에 포함되는 것으로 보았습니다. 그런데 보호강도는, 비례원칙 적용의 엄격성, 이것에 대해서는 약간 헌법재판소가 조절을 하고 있다. 이 부분에 대해서는 이종훈 연구관님께서서는 반대의 견이신 것 같고요. 제가 과문하지만 기존의 문헌들을 찾아보면 조소영 교수님은 이 헌법재판소 입장에 찬성하시는 바가 또 있으셨던 것 같고요.

이런 보호강도의 문제에 더하여서 언론표현의 자유 제한에는 중첩적 혹은 가중적인 제한의 요건이 붙어있는데 그것이 이제 사전검열금지 원칙 아니겠습니까? 그래서 별개로 사전검열금지 원칙의 적용 여부에 대해서 또 살펴보시면서 여러 가지 판례들 가운데에서 등급보류 사건, 음비계법상의 수입추천 사건, 방송광고 사전심의까지는 헌법재판소가 일관된 모습을 보였는데, 건강기능식품의 기능성 표시광고 이 부분에 대해서는 우리 헌법재판소의 입장이 이례적이다 혹은 일회적이다, 이렇게 말씀을 하셨습니다. 과연 그러면 특정한 광고가 우리 사회 그리

고 우리 생명, 신체에 많은 유해성을 가져다 줄 수 있는 가능성이 높으면 우리가 그것을 규제할 수 있을 것인가 그런 논의를 할 수 있겠습니다. 이 부분에서는 박경신 교수님께서 거의 같은 입장을 취하고 계시는 것 같습니다.

마지막으로 민간기구에 의한 자율심의가 과연 자율심의인가라는 부분에 대해서 플라투스의 모스텔라리아에 있는 그런 비유를 들면서 “진정한 자유인과 노예는 주인의 개입 가능성에 의해서 구별될 수 있는 것이다. 행정기관이 언제든 지 심의와 관련된 사항에 관해서 위촉이든 뭐 절차든 각종 프로세스에 개입할 가능성이 있으면 그것은 이미 노예상태, 국가기관의 일부라고 볼 수 있겠다.” 이렇게 말씀을 하셨습니다.

전체적으로 아주 표현의 자유를 옹호하고 확장시키는 그런 논지를 펼치셨는데요. 이 부분에 대해서 또 학계에서 스승님으로서 여러 가지 많이 배우셨을 텐데, 박경신 교수님께서 토론자로서 오늘 와주셨습니다.

<지정토론자(박경신 고려대 교수) 지정토론>

: 상업적 표현에 대한 사전검열 문제를 살펴보는 데 좋은 길잡이가 되는 게 우리가 음란물에 대해서 어떤 태도를 취하고 있는지 좀 살펴보는 겁니다. 왜냐하면 상업적 표현에 대해서 사전검열금지원리를 적용하지 않아야 된다는 주장의 기저에는 두 가지 이유가 있지요.

하나는 정치적 표현에 비해서 그 보호가치가 떨어진다는 게 있고, 또 하나는 조대현 재판관님 많이 말씀하시는 건데 상업적 표현은 위축효과가 덜하다. 정치적 표현은 조금이라도 번거로움이 있으면 스스로 자제하게 되는데 상업적 표현은 스스로 먹고 살아야 돼서 하는 것이기 때문에 위축효과가 덜하다는 두 가지 측면이 있습니다.

두 가지 측면 모두 음란물도 비슷한 면이 있습니다. 음란물도 보호가치가 아무래도 좀 떨어진다고 그리고 욕구에 관한 것이기 때문에. 지금 음란물이 사실 표현의 자유 이론에서 아주 특이한 것이, 음란물에 묘사된 행위는 금지하지 않고 도리어 국가가 장려하면서, 그 행위의 묘사는 규제하는 아주 특이한 규제입니다. 어찌 됐든 그 음란물 역시 이 위축효과가 덜할 것으로 생각해 볼 수가 있습니다. 그래서 음란물에 대해서 우리가 태도를 변경하는 것과 상업적 표현에 대해서 태도를 변경하는 것이 좋은 비교가 된다고 생각을 합니다.

음란물의 정의를 가볍게 요약해 봤습니다. 우선 묘사가 선정적이어야 되고,

거기 묘사된 행위가 비도덕적이라야 합니다. 물론 더 화려하고 만연한 표현이지만 저는 뭐 이렇게 간단하게 정리를 해봤습니다. 그리고 마지막으로 하등의 사상적, 학술적 가치가 없어야 된다 그래서 가치부재성. 이렇게 세 가지 요소는 잘 아시다시피 미국 연방대법원의 밀러 테스트(Miller test)를 그대로 옮겨온 것이고요.

그런데 음란물의 정의에 대해서 우리가 두 가지 가능한 서사가 있습니다. 하나는 음란물은 모두 보호되지 않는다. 두 번째 서사는 음란물은 위 세 가지 요건을 충족했을 때만 보호되지 않는다. 실질적으로 같은 이야기인데, 서사를 다른 방식으로 하는 거거든요.

미국 연방대법원 같은 경우는 첫 번째 서사를 채택을 하죠. 그래서 음란물은 모두 보호되지 않는다. 그래서 대법원 판결문에 보면 음란물은 보호되지 않는다라는 말들이 계속 나오는 것이고. 하지만 우리 헌법재판소는 음란물은 위 세 가지 요건을 충족했을 때만 보호되지 않는다. 이래서 두 번째 서사를 구사를 하고 있습니다. 즉 음란물 규제에 있어서 선정성, 비도덕성, 가치부재성은 그러니까 잠정적으로 음란한 표현을 보호하는 기제로 작동하고 있습니다. 이러한 요건이 충족되어야만 잠정적으로 음란한 표현에 대한 규제가 가능하다는 것이기 때문입니다. 그렇기 때문에 헌법재판소에서도 음란물은 표현의 자유의 보호범위 안에 있다고 판시를 한 것으로 저는 이해하고 있습니다. 현재 판시가 정확하게 그렇게 실시되어 있지는 않지만 논리적으로는 그렇게 이해가 됩니다.

상업적 표현도 마찬가지라고 봅니다. 상업적 표현을 어떻게 정리할 것인가. 이것도 음란물처럼 뭐 시민적 가치가 없어야 하고, 또는 뭐 정치성이 없어야 되고, 정치성의 부재, 뭐 이런 식으로 정의를 할 수밖에 없을 텐데요. 그렇다면 이제 상업적 표현에 대해서 정교하게 정의하려는 노력 자체가 이미 잠정적인 상업적 표현은 모두 보호 범위 안에 있음을 인정하는 것이라고 봅니다. 그래서 이 논리를 잘 따라가시다 보면, 제 입장은 결국에 모든 표현은 표현의 자유의 보호대상이 우선은 된다. 보호대상이 된 후에 과잉금지원칙에 따른 비교형량을 하든지 이렇게 되는 것이지, 표현이라는 것은 애초부터 표현의 자유 보호범위 바깥에 있는 것은 없다는 결론에 다다를 수밖에 없음을 감지하신 분들도 계실 겁니다. 저는 그것이 옳은 결론이라고 봅니다. 헌법에서 표현의 자유가 보호된다는 것은, 모든 표현은 우선 표현이라고 부를 수 있는 이상 모두 과잉금지원칙이나 기타 원칙들을 충족하지 않고는 규제할 수 없다는 의지의 표명이라고 생각을 합니다.

표현의 자유의 보호 범위 안에 든다고 할지라도 그러면 검열금지 원칙이 적용될 것이냐는 또 다른 문제겠습니다. 우선 상업적 표현하고 비상업적 표현에 대

해서 현재의 판단은 상이합니다. 그 이야기를 먼저 하기 전에 그냥 주류 이론으로 내려가겠습니다. 위 상업적 표현, 비상업적 표현에 대한 것은 제가 반론 이야기할 때 다시 말씀드리겠습니다.

주류 이론에서 보면, 사전검열금지 원칙의 핵심은 행정기관의 잠정적 판단에 의한 원천봉쇄가 기본적인 해악이라는 것입니다. 그렇다면 상업적 표현도 행정기관의 잠정적 판단에 의한 원천봉쇄 폐해가 똑같이 나타날 수가 있습니다. 행정기관의 배제에 대해서 헌법적인 경계를 하는 이유는 여러 가지가 있습니다만, 그중에 하나는 정부 비판적 표현에 대한 보복의 문제가 있습니다. 그런데 상업적 표현은 이제 이게 없겠죠. 또는 상대적으로 적은 게 있겠죠. 그리고 아까도 말씀드렸습니다만, 상업적 표현은 위축효과가 다소 적을 수도 있을 겁니다.

하지만 이 사전검열금지 원칙으로 막으려는 폐해가 결국은 원천봉쇄의 문제다. 즉, 미국 논문, 문헌에서 많이 실시하는 ‘사상의 자유시장에 접근도 하지 못하게 하는 것’, 이것이 사전검열금지 원칙이 주로 타겟으로 삼고 있는, 그것이 막으려고 하는 폐해라고 한다면, 그 원천봉쇄의 문제는 상업적 표현에도 똑같이 나타날 수 있다는 것입니다.

상업적 표현의 특성이라는 게 보호가치가 좀 덜하다는 것이고 위축효과가 강하지 않다는 것인데, 위축효과가 덜하고 보호가치가 적은 편이라고 할지라도 원천 봉쇄됐을 때 나타나는 폐해는 똑같은 거거든요. 사상의 자유 시장에 들어갈 수 없다는 면에서는 똑같은 의미를 가지게 됩니다.

그리고 이 보론은 상업적 표현에 대해서만 사전검열 금지 원리를 배제하는 것이 논리적으로 불가능한 이유를 제가 적어본 건데요.

그렇다면 상업적 표현은 사전심의를 받아야 한다는 규제가 있을 수가 있겠지요. 그러면 무엇이 상업적인 표현인지 어떻게 알 수 있을까? 예를 들어서 네이티브 광고는 상업적 표현인가. 네이티브 광고가 뭐냐면, 언론사들에게 돈을 주면 그 기사에서 특정 제품을 언급을 하거나 특정 제품의 장점을 이야기를 합니다. 신문사들이 그렇게 하는 것은 지금 합법적이어서 많이 이루어지고 있습니다. 그러면 이것은 광고냐 아니냐? 또는 돈을 받고 특정 제품이나 서비스를 칭찬하는 글은 모두 상업적 표현이 될 수 있는데, 이런 식으로 펼쳐나가다 보면 논문, 영화 이런 것들도 특정 제품이나 서비스의 성능을 다룬다거나 그런 성능을 돋보이게 하는 경우에, 또 상업적 표현이 될 것인가 아닌가 이런 문제들이 발생을 합니다.

예를 들어서 지금 상업적 표현 못지않게 좀 헌법적으로 저열하게 대우받고 있는 게 게임이 있지요. 지금 게임 같은 경우는 등급제만 하고 있지, 출시 자체를

막지는 못하도록 되어 있기 때문에 사전검열금지 문제가 발생하지 않습니다만, 예를 들어서 ‘게임도 상업적 표현처럼 위축 효과가 적고, 보호가치가 별로 없고 그래서 게임에 대해서는 사전검열금지 원리를 적용하지 않는다. 그래서 모든 게임은 사전심사를 받아야 한다. 그래서 그중에서 불법적인 게임이 있으면 출시도 금지하겠다.’ 이런 제도가 있다고 생각을 해보십시오.

그러면 이제 게임이 무엇인가에 대한 토론을 우리가 또 해야 합니다. 어떤 것들에 대해서 게임이라고 할 것인가? 어떤 것들을 게임이라고 하고, 어떤 것들은 상업적 표현이라고 해서, 그런 부류의 표현에 대해서는 사전검열금지 원칙을 적용하지 않을 것인가라는 그런 논란은 매우 헌법적으로 또는 법리적으로 유지하기 어려운 상황으로 귀결된다고 봅니다.

음란물은 보호가치가 별로 없고 위축 효과가 별로 없으니까 음란물은 모두 사전 심의를 받아야 된다, 그런 규제가 과연 법리적으로 유지 가능한 규제인지 한번 생각을 해보시기 바랍니다. 저는 불가능하다고 생각을 합니다. 그래서 그런 비슷한 이유로 상업적 표현에 대해서만 사전검열금지원리를 적용하지 않는 것은 문제가 있다고 생각을 하고요.

그런데 여기에 대한 반론이 있을 수가 있습니다. 상업적 표현하고 비상업적 표현에 대한 현재의 판단은 상이합니다. 틀림없이 보호수준은 명확히 다릅니다. 예를 들어서 전기통신기본법의 허위사실유포죄 위헌 결정에서 허위도 보호대상이라고 했지만 상업적 표현 같은 경우 허위가 아니라 진실인 경우에도 금지할 수 있는 지금 헌법적 상황이 유지가 되고 있지요. 그래서 담배광고가 전면적으로 금지된다거나 제한상영가영화 광고금지가 있습니다. 제한상영가 영화도 틀림없이 합법적인 영화인데 그 광고를 금지하고 있고, 담배 자체 피우는 것 전부 다 합법적인데도 그 광고는 금지를 하고 있습니다. 이렇게 상업적 표현과 비상업적 표현의 보호수준은 명확히 다릅니다.

그런데 이렇게 다른 상태에서 과연 담배광고가 전면적으로 금지된 상태에서 담배광고에 대해서만 사전검열을 한다고 했을 때, 결국에 사전검열금지 원리가 막으려고 하는 게 결국은 원천봉쇄라면, 아예 담배광고를 사후적인 형법을 통해서 아예 금지할 수도 있다면, 국가에서 담배광고에 한해서는 검열을 받으면 허용을 하겠다고 하는 것은 왜 헌법적으로 용납되어서는 안 되는가 이런 질문을 가질 수밖에 없습니다. 제한상영가 영화광고도 마찬가지죠. 지금 제한상영가 영화광고는 전면적으로 금지되어 있습니다. 그런데 그걸 조금 풀어주기 위해서 사전허가를 받은 제한상영가 영화는 허용을 하겠다고 한다면, 이것에 대해서도 그럼 사전

검열금지 원리를 적용해서 그런 식의 사전검열은 금지된다고 할 것인지? 이게 좀 저도 계속 고민하고 있는 문제이고, 여기에 대해서 여기 계신 분들이 많은 깨우침을 주시면 좋겠습니다.

민간기관의 문제는 현재에서 지금 실질 위주로 올바르게 판단을 잘 내리고 있다고 생각을 하고, 발표자께서 말씀하신 그 노예의 비유에 맞게 행정기관이 후면에서 감독만 하고 있다고 할지라도 위축효과는 똑같이 존재하기 때문에 여기에 대해서는 더 말씀드리지 않겠습니다.

사 회 자 : 박경신 교수님께서서는 음란물에 대한 것, 즉 밀러 테스트를 통해서 그 구조를 유사하게 끌고 오셨습니다. 그래서 기본적으로 시민 가치의 부재성, 보호가치가 좀 떨어지고 위축효과가 좀 덜한 그런 표현에 대해서 원천봉쇄가 가능한 것이냐? 그런 부분에 대해서 의미 있는 화두를 던져주셨고요. 일단은 모든 표현이 표현이라고 하는 수식어를 달 수 있는 한은 헌법 제21조에 포섭이 되어야 되지 않느냐, 그렇게 말씀을 하셨고요. 사상의 자유 시장에 접근조차 못하게 하는 그런 원천봉쇄는 문제가 있는 것이다. 그래서 보호가치가 덜하다든지 위축효과가 떨어진다는지 하더라도 접근은 할 수 있도록 해 주어야 되는 것이 아니냐. 애시당초에 원천봉쇄를 해버리면 그것보다 더 큰 폐해가 생기기 때문이다. 그런 말씀을 하셨어요. 그래서 그거 관련해서 제한상영가 영화의 전면광고 제한, 이런 부분에 대해서 문제의식을 보여주셨습니다.

다음으로는 조소영 교수님의 깊이 있는 견해를 또 들어보도록 하겠습니다.

<지정토론자(조소영 부산대 교수) 지정토론>

: 표현의 자유는 제가 미력하나마 꾸준히 연구해 온 테마이고, 저는 표현의 자유는 일단 최대 보장이 되어야 된다는 걸 원칙으로 하는 연구자이기 때문에 어떤 측면에 있어서는 제가 해야 할 삼분의 일 정도의 이야기는 박경신 교수님도 역시 표현의 자유의 옹호론자시다 보니까 겹치는 부분이 있습니다. 지금 계속 게임 이야기를 하셨는데, 아시고 하시는 건지 제가 게임물관리위원회 9명의 위원 중에 하나거든요, 매주. 사실은 오늘이 게임물 등급 분류하는 날인데요, 주 직업을 버리고 지금 실무연구회에 왔습니다.

어쨌거나 제 결론은 표현의 자유에 해당이 된다면 최대 보장이라는 게 우리 헌법 정신에 맞다는 취지에서 이야기를 시작할 것이고요.

저는 결론은 비슷할 수 있을지라도 논리적인 측면에 있어서 이렇게 가는 게 좀 더 낫지 않을까 하는 제 개인적인 생각을 말씀드리고자 합니다.

첫 번째, 상업적 광고가, 과연 상업적 표현이라고 일컬어지는 이 부분이 헌법 21조가 보장하는 표현의 자유의 보호영역에 속할 것인가의 문제. 이것은 사실 어떤 면에 있어서 뒤에 다가오는 두 가지의 쟁점을 해결하기 위한 가장 전초적인 출발점이라고 생각합니다. 상업광고가 표현에 해당하지 않는다고 결론을 내리고 나면, 그 뒤의 쟁점은 의미가 없다는 것이죠. 이게 표현의 자유의 보호영역에 해당이 된다고 생각했을 때 그다음 두 개의 주제가 문제가 되는 것이기 때문에 가장 중요한 판단점이라고 생각을 합니다.

결론에 있어서 현재가 중간에 건강기능식품과 관련된 부분에 있어서 약간의 움직임이 있었지만, 여전히 일관되게, 더군다나 이번에 의료광고 사건에서 보여줬던 것처럼 상업적 표현은, 상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속한다고 보는 것에 대해서는 전적으로 동의를 하는 바입니다. 왜냐하면 어떤 표현행위가 있고 그것이 헌법 21조에 의거한 표현의 자유의 보호 영역에 속하는가는, 반대 의견처럼 그 표현을 한 목적이 무엇이고, 그 표현의 보호가치가 무엇이고 이런 선상에서 판단을 해야 하는 문제가 아니라, 표현 행위자를 중심으로 판단을 해야 된다고 생각하기 때문입니다.

제 토론문 초두에서 말씀드린 것처럼 ‘표현의 자유를 왜 보장하는가?’ 이것은 인간의 의식주와 똑같은 정도의 본능적인 권리이기 때문이거든요. 인간이기 때문에 본연적으로 말을 하고 싶은 것이고, 그 말 속에 내가 어떤 것을 전달하고 싶어서 내 생각을 이야기한다면, 그것을 보호하고자 했던 것이 표현의 자유라고 생각합니다. 그렇다면 표현 행위자가 어떤 목적을 가지고 있건, 내 표현 행위에 의한 표현의 내용을 상대방이 들었을 때 ‘아, 저건 가치가 있다, 없다’ 이런 측면에서 표현인가 아닌가를 판단해서는 안 된다고 생각합니다. 그런 기준에 의할 때는 상업광고도 분명한 의견의 전달이라는 측면에 있어서는 당연히 표현의 자유의 보호영역에 속해야 합니다.

또 하나는 표현의 자유에 해당되지 않는다고 생각하는 순간 이미 그것에 대한 보호의 정도나 제한의 정도를 판단하는 헌법적 문제가 사라지기 때문입니다. 더군다나 우리 헌법 규범 구조처럼 37조 2항에서 일반적 법률유보로, 기본권으로 인정된다 하더라도 그에 대한 제한을 열어놓고 있는 규범 구조에서, 굳이 표현의 자유의 보호 영역을 엄격하게 협의로 해석할 필요가 있겠는가? 헌법의 ‘기본권의 최대 보장’이라는 정신에 의거했을 때는 표현의 자유의 보호 영역이라는 제일 초

반부는 넓게 가져가야 되고, 그 넓게 가져가는 근거는 표현 행위자의 어떤 의사를 기준으로 해서 판단 범위를 넓혀야 된다고 생각을 합니다.

두 번째는 그렇다면 상업광고가 표현의 자유의 보호 영역에 속한다면, 이것이 과연 사전적 제한의 대상이 될 수 있겠는가 의 문제입니다. 박경신 교수님 토론하실 때 사전심의라는 단어도 쓰시고 사전 검열이라는 단어도 쓰셨거든요. 사실은 상업광고에 대한 위헌 결정의 어떤 흐름 속에서는 독일의 판례보다는 미국 연방대법원의 판례가 훨씬 더 많이 상기가 되고 있고, 실제로 언급이 되고 있거든요. 어떤 측면이냐면, 미국 연방대법원이 사실은 지구상의 어떤 국가보다도 표현의 자유의 문제의 영역에 있어서만큼은 굉장히 광범위하고 적극적으로 대처를 해왔다. 물론 지금의 미국 연방대법원은 보수적이라는 평가를 받고 있기는 하지만, 일련의 판례들을 통해서 적어도 표현의 자유에 관한 한은 굉장히 보호하는 입장을 취해왔다는 것 때문일 것입니다.

표현의 자유의 경우에는 사전제한이 되는 이 사전, 사후의 그 사(事)라는 게 표현행위를 기준으로 해서 표현행위 전에 제한을 할 수 있고, 표현행위 후에 제한을 할 수 있다라는 측면에서, 아까 박경신 교수님도 이야기하셨던 것처럼 아예 처음부터 내가 표현행위를 하기 전부터 누군가한테 내가 이런 이야기를 해도 될까라고 허락을 받는 구조가 된다면 표현의 자유를 자유권으로 행사하는데 있어서 원천봉쇄가 되기 때문에, 사전적인 제한은 사후제한보다 위험성이 있다. 실제로 이제까지 표현의 자유에 대한 국가권력에 의한 사전적인 제한들은 훨씬 더 위헌의 우려가 크다는 의심을 받아왔던 게 사실입니다. 그럼에도 불구하고 표현의 자유에 해당이 된다고 그래서, 사전적인 제한이 불가능하다 이것은 아니라는 거죠. 다만, 사후적인 제한조치에 비해서 사전적인 제한은 훨씬 더 엄격한 입증 책임을 질 것이다, 규제하는 측에서.

또 하나, 우리 헌법 21조 2항이 규정하고 있는 바, ‘절대적으로 금지된다’라고 저희 헌법학자들이 해석하는 부분은 표현의 자유에 대한 모든 사전적인 제한이 아니라 ‘사전적인 제한의 방법 중에 사전 검열의 방법’의 경우에는 절대적으로 금지가 된다고 본다는 겁니다. 그래서 저는 개인적으로 표현의 자유에 대한 제한의 문제는 크게 세 가지 카테고리로 나눌 수 있을 것이다. 사전제한과 사후제한으로 일단 나눌 수 있을 것이고, 사전 제한 중에는 사전검열의 방법과 기타의 사전적인 제한방법이 있을 수 있다. 그럴 때 우리 헌법이 규정하는 바는 표현의 자유의 보호 영역에 속하는 것에 대한 표현에 대해서는 ‘사전검열의 방법에 의한 사전적인 제한’은 적용 배제나 예외 이런 것을 논의할 수 없는 절대적인 금지원칙이라

고 생각을 합니다.

반면에 ‘사전검열의 방법이 아닌 사전적인 제한’의 경우에는 사후제한에 의한 과잉금지원칙을 적용하는 것처럼 적용하되, 엄격한 심사기준에 의해서 제한의 정당성을 검토 받아야 될 것이라고 생각을 합니다.

이런 구조가 되어야만, 세 번째의 쟁점인 과연 사전적인 제한으로서 도입되어 있는 사전심의라는 방법이 사전검열에 해당되는 것인지, 아니면 민간에 의한 순수한 자율심으로 볼 수 있을 것인지를 판단해야 되는 어떤 구조적인 실익이 있다고 생각을 합니다. 그렇기 때문에 표현의 자유에 대한 어떤 제한의 방법론이 있을 때는, 지금 이제 그 부분이 제가 질문을 드리려고 했던 부분인데, 발제문 17쪽에서 이종훈 연구관님은 헌법 21조 2항하고 37조 2항을 특별조항과 일반조항의 관계로 보셨어요. 그 풀이에 대해서 저는 조금 다른 의견을 이야기하고 있는 겁니다. 특별조항과 일반조항의 관계가 아니라 표현의 자유에 대한 제한을 심사하는데 있어서 제한의 시기에 따른 어떤 다른 심사기준이라는 거죠.

따라서 사전검열금지의 원칙에 따라 사전검열에 해당이 되면 사실 그 이상의 위헌여부 심사는 필요 없는 구조가 될 수 있다는 거죠. 헌법이 규정 속에서 절대적인 금지원칙으로 허가나 검열을 하지 말라고 하는 건, 사전적인 제한이 사전검열에 해당이 되는지만 판단이 된다면, 그것의 제한의 정당성은 더 이상의 논의가 필요 없는 그런 구조로 가야 되는 것이 아닌가. 그럼에도 불구하고 이것은 특별조항과 일반조항의 관계라기보다는, 제한의 시기와 맞물린 제한의 방법에 대한 위헌성의 또 다른 심사기준으로, 별개의 심사기준으로 보는 게 오히려 더 적당한 것이 아닌가라는 생각입니다. 이 부분에 대한 이 연구관님의 생각을 듣고 싶은 것이고요.

그 다음, 사전검열금지 원칙이 적용되는 대상이 있고 적용 배제되는 대상이 있겠는가? 저는 그렇게 나눌 수는 없다고 생각을 합니다. 왜냐하면 사전검열을 헌법이 금지한 헌법적인 의미는 자의적인 재량권을 행사해서 ‘할 수 있다, 할 수 없다’를 사전적으로 하지 말라는 것을 천명하고 있는 규정이기 때문에, 사전검열금지 원칙은 ‘사전검열에 해당하는가’의 판단여부가 중요한 것입니다. 사전검열에 해당한다고만 판단하게 되면 그 자체로 위헌이고, 표현에 관해서는 사전검열금지 원칙은 절대적으로 적용이 되어야 되는 원칙이라고 생각을 합니다.

다만 표현의 자유에 대한 어떤 제한의 방법론의 위헌성 심사기준에 있어서는 우리가 미국 연방대법원의 어떤 태도를 좀 가져와도 되지 않겠는가. 흔히 지금 많은 연구자들이 상업광고에 대한 어떤 제한 방법의 위헌성을 평가함에 있어서,

과잉금지원칙 심사의 단계에서 - 물론 다수의견에서도 말씀하고 계신 것처럼 - 제한의 정당성을 판단할 때 해도 된다는 입장입니다. 그런데 어떤 부분에서 그런 판단을 해야 되느냐와 관련해서 저는 침해의 최소성에서 생각을 해 봐야 된다고 생각합니다.

그래서 침해의 최소성을 판단할 때, 이게 과연 최소한의 제한이었느냐를 판단하는 부분에 있어서는, 아까 말씀드렸던 “보호가치가 있는가, 기만적인 광고였는가, 과장적인 광고였는가, 진실이긴 하되 이게 현혹의 우려가 있는 광고였는가, 또는 진실이긴 하되 위험의 개연성이, 예를 들어 모두 다 성형수술을 하게끔 유도할 수 있는 그런 어떤 위험성 또는 개연성이 있는 광고였는가.” 이 부분은 침해의 최소성을 이야기하는, 판단하는 단계에서 유형화해서 할 수 있지 않겠는가. 뭐 센트럴 허드슨(Central Hudson) 기준이 늘 적합하고 맞다는 의미가 아니고, 적어도 미국 연방대법원이 제한의 정당성을 판단함에 있어서 그게 침해의 최소성을 충족시켰는가를 판단할 때, 최소의 기준을 이렇게 유형별로 나누어 볼 수 있었다는 건 우리 헌법재판에도 어떤 시사점을 줄 수 있지 않을까라는 생각을 합니다.

그다음에 세 번째는 그렇다면 어떤 사전심의의 방법이 우리 헌법이 금지하는 사전검열인가? 우리 헌법재판소는 일관되게 적어도 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당되기 위해서는 다음과 같은 네 가지의 요건을 갖추어야 된다. 그리고 거기서 가장 핵심 쟁점은 심의기관의 행정기관성이고요. 그 행정기관성을 과연 어떻게 판단할 것인가? 지금 의료광고 사건에 이르기까지 헌법재판소가 그 심의기관의 실질적인 행정기관과의 개입 가능성을 보고 판단한다는 문체에 있어서는 저는 전적으로 찬성을 합니다.

제가 아까 말씀드렸던 것처럼 제가 게임물관리위원회 위원인데요. 글썄요, 이게 지금 등급분류 보류라든지 또는 절대적으로 게임물이 출시될 수 없도록 만든 장치가 아니라서 측면에서, 절대적인 금지의 의무를 가지고 있지 않은 그런 위원회라는 측면. 또 하나는 분명히 9인의 위원이 정부의 위촉을 받아서, 문광부장관의 위촉을 받지만 그 출생근거가 다 다르다는 것이죠. 문광부에서 위촉하는 위원도 있고, 학계에서 위촉하는 위원도 있고, 뭐 게임물협회에서 위촉한 위원도 있고. 이런 심의기관 구성에 있어서의 어떤 예전보다 열려진 개방성 때문에 그 혐의가 벗겨져 있는 건지는 모르겠습니다만, 어떤 사전적 심의를 담당하는 민간 기구가 있을 때 이게 과연 자율성을 갖는가? 순수한 업자들만의, 순수한 관련자들만의 자율적 심의인가는 그 주체성을 판단하는 데 있어서의 기준이 중요한데, 헌법재판소가 이런 식으로 법률에 규정이 없는 구체적인 기준을 세워주고 있다는

측면은 굉장히 지지받아야 됩니다. 법적안정성의 측면에 있어서도 그렇고, 지속적인 자기비판을 하는 데 있어서도 그렇고, 협회의 그런 측면에 있어서는 바람직한 방향이라고 생각을 합니다.

그래서 저는 상업광고와 관련된 이 일련의 부분에 있어서는, 대략적인 의견은 박경신 교수님이나 이 연구관님의 의견에 전적으로 동의합니다. 다만 논리 구성이나 앞으로의 관련 재판에 있어서는 제한성 판단의 유형화도 필요하다고 봅니다. 사전검열금지의 원칙이 헌법상 어떤 의미를 가지는가에 대해서 제 개인적인 생각을 말씀드렸습니다.

사 회 자 : 우리 조소영 교수님께서서는 지금 선명하게 표현행위의 보호 여부를 행위자 중심으로 판단해야 될 필요성을 강조하시면서도, 또 관련된 사전제한의 의미를 ‘검열’과 ‘사전심의’ 등 구별될 수 있는 단계를 분명하게 말씀해 주셨고요. 발표자께서 특별조항, 일반조항 이렇게 관계를 설정하시는 사전검열금지와 과잉금지원칙을, 그런 관계가 아니고 ‘제한의 시기에 따른, 다른 적용기준이 있지 않느냐’ 이 부분에 대해서 질문이 있었습니다.

미국의 센트럴 허드슨 기준 그리고 게임물 등급제한과 관련돼서 저 또한 여러 생각이 듭니다. 의문점들을 좀 말씀을 드리도록 하겠습니다.

발표문 각주 19번을 보면, 독일에서는 사전검열금지가 절대적 효력을 가진다고 이해되고 있으며, 따라서 검열금지의 원칙은 청소년보호 또는 타인의 명예 보호를 위해서도 예외가 인정되지 않는다. 아마도 독일의 경우에는 상당히 많은 부정적인 경험들이 있어서 이런 엄격한 기준을 도입했지 않았나, 이것은 오히려 미국보다 더 엄격한 기준이 아닌가 싶어요. 그래서 독일 쪽의 내용들을 조금 더 확인해보고 싶은 마음이 들고요. 미국에서는 오히려 이런 음란 표현과 같은 규제에 있어서는 청소년 보호, 청소년의 성 관련된 이익이라든지 뭐 청소년의 어떤 다른 보호와 관련된 것이라고 하면 보통 미국 사람들은 막 물불 가리지 않거든요. 그래서 청소년의 성, 청소년을 보호하기 위한 행정기관의 사전심의를 허용하고 있다. 물론 엄격한 절차와 요건이 필요하겠지만요. 그래서 그것을 지금 박용상님의 ‘언론의 자유’ 책에서 인용을 하셨는데, 이 부분에 대해서 과연 미국과 독일의 경우에 태도가 서로 상반된 것인가 그런 의문도 들고요.

그다음에 게임물 등급제한의 경우에는 아까 두 분 토론자님께서도 잘 말씀 하셨지만, 출시를 막지는 않고 등급분류만 하는 것입니다. 등급을 매겨서 일정한 수준의 게임물들은 알아서 자체적으로 금지시키는, 자체적으로 자정시키는 것이

쥬. 그런 것들은 우리가 허용한다고 하면, 예를 들어서 조금만 더 앞으로 나가게 되면 비디오물, 뭐 게임물 그리고 여기 송인준 재판관님도 말씀하셨는데 “영화와 달리 비디오물은 더 엄격하게 우리가 배포 전에 심사해야 될 필요성이 있지 않느냐, 그런 사회적인 영향력을 생각하면.” 그런 논리를 펼치게 됩니다. 사회적인 영향력이 커지는 그런 것들, 그리고 지금 현재 너무나 많은 사람들이 여기에 몰두해 있는데 예를 들어서 비디오를 통한 게임물이라든지 아니면 비디오, 게임물 자체 같은 경우에는 사회적인 영향력이 크기 때문에, 오히려 그런 송인준 재판관님의 입장에서는 어느 정도 이런 것을 사전에 규제할 방법을 더 강화시켜야 된다. 그것이 검열이라고 하는 수준에 이르러서는 안 된다는 건 분명하지만 뭐 강화시켜야 된다고 하는 논리가 성립될 수 있는 것이 아니냐. 그러면 지금껏 저희들이 논의해 온 그런 모든 것들의 토대가 지금 표현의 자유 영역 내에서 표현의 수준, 표현의 가치보호 수준의 여하를 막론하고 우리가 규제하는 것은 바람직하지 않다고 하는 것들인데, 그것을 새로이 바라봐야 되는 것은 아닌가. 그런 어떤 매체물의 성격이나 사회적인 영향도를 우리가 전혀 고려하지 않아도 되는 것인가.

물론 저는 두 분의 토론자님과 마찬가지로 표현의 자유의 최대 보장의 입장에서 항상 글을 쓰려고 노력하고 있지만요. 그런 부분에 대해서는 어떻게 고견을 가지고 계신지 좀 여쭙보고 싶습니다.

토 론 자(최희준 부장헌법연구관) : 저도 2015헌바75 결정의 다수의견의 취지를 충분히 이해합니다. 다만, 의료광고를 실제로 제한하는 것이 분명히 필요한 경우도 있지 않겠습니까? 근거가 없는 아주 과장된 상업광고라든지 뭐 약효가 확실하게 드러나지도 않은 광고라든지. 부작용이 분명히 있을 수가 있는데, 그러면 어떻게 규제를 하면 합헌이 되는 것인지. 상업광고에 대해서 의료기관에서 어떻게 자율적으로 어떤 기구가 어떤 기구를 구성해서 하면 사전검열이 안 되는 것인지. 그러니까 어느 정도쯤 하면 합헌이 되는 것인지 좀 궁금합니다.

발 표 자 : 먼저 조 교수님께서 말씀해 주신 것처럼, 어떻게 보면 사전검열 금지원칙과 과잉금지원칙이 별개의 다른 심사기준일 뿐이라는 말씀은 잘 공감됩니다. 왜냐하면 제가 특별조항과 일반조항의 관계에 있다고 서술을 한 것은 어떻게 보면 표현의 자유에 대한 사전제한을 심사함에 있어서 먼저 사전검열금지원칙을 적용하고, 사전검열에 해당하지 않으면 이제 비로소 과잉금지원칙을 적용하게 된다는 점에서, 그러니까 사전검열금지원칙이 먼저 심사된다는 것 측면에서

저는 특칙이나 특별조항이라는 단어를 썼는데, 이런 것이 좀 부적절할 수 있겠다는 생각이 들었습니다. 그러니까 이것은 좀 지나치게 제가 표현했다고 생각될 수 있다고 보이고요.

유형별 심사방식, 미국에서 어떤 표현의 규제에 대한 심사에서도 유형화시켜 놓은 방식은 굉장히 참고가 될 만하다고 봅니다. 특히나 침해의 최소성 원칙이나 이런 데에 있어서는 많이 공부가 필요할 것이라고 보이는 측면이 있습니다.

저도 2차 문헌을 통해서 결국은 간접적으로 받아들인 건데, 독일 같은 경우는 이상경 교수님께서 말씀해 주신 것처럼 나치의 경험 때문에 좀 엄격하게 사전검열을 제한하고 있는 태도입니다. 그렇기 때문에 어떠한 다른 법익을 위해서라도, 청소년보호나 타인의 명예보호를 위해서라도 일단 사전검열은 절대적으로 금지된다는 입장을 취하고 있는 것 같고요.

그다음에 미국 같은 경우는 사전심의회는 허용되지만, 아까 조 교수님께서 말씀해 주신 것처럼, 사전규제라는 게 위헌의 의심을 크게 받기 때문에, 사실은 약간의 차이는 있지만 표현의 자유에 대한 어떤 사전적 규제를 막으려고 하는 것은 독일이나 미국이나 일맥상통한 것 아닌가 그렇게 생각이 됩니다.

또한 게임물 같은 경우는 저는 마찬가지로 사전검열금지원칙 적용되어야 된다고 생각을 합니다. 왜냐하면 표현이기 때문에 헌법 제21조 제1항의 보호를 받는 이상 동조 제2항이 적용되는 건 피할 수 없다고 보이고요. 단지 이제 민간단체의 자율심의로 이어지는 것이 바람직할 것 같습니다. 사후규제 해도 충분히 가능하다고 보이기 때문에.

그리고 의료광고와 같은 어떤 건강에 관련된 광고에 대한 규제의 필요성을 말씀하셨는데, 마찬가지로 민간단체의 어떤 자율적인 심의로 나아가는 것이 가장 타당하다고 보입니다.

국가에서 개입을 좀 덜 하는 입법 기술을 발휘를 해서 그래도 적어도 뭐 ‘심의를 한다’까지는 규정할 수 있겠지만, 그 심의 주체나 심의기준에 대한 어떤 간섭 이런 것은 배제가 되어야 된다고 봅니다. 미국이나 독일이나 일본 같은 입법례를 조사해보면, 의료광고에 대해서 지금 국가에서 사전적으로 규제를 하고 있지 않습니다. 다 민간단체가 합니다. 독일에서도 그렇고 미국에서도 다 업자들이 모여서 스스로 걸러내는 방식이고, 그것을 통과한 다음에 정말 허위나 어떠한 잘못된 광고가 있으면 사후적인 처벌을 하고 있지, 국가가 앞장서서 먼저 걸어오고 있지는 않은 것 같습니다.

사 회 자 : 오늘 들으면서 앞으로도 많은 부분에서 계속 논의가 진작되어야
겠다는 생각이 들었습니다. 특히 표현의 자유는 우리 민주사회의 성숙도를 가늠
하게 되는 하나의 척도이기 때문에 앞으로도 계속해서 관심을 가져야겠습니다.

대한민국 헌법 개정의 역사

- 정치적 상황을 중심으로 -

서 중 석*

1. 제1차 개정(발췌개헌. 1952. 7. 4.)

■ 개정의 배경

- 1) 제헌헌법 - 제헌국회의원 임기 2년, 정부통령 임기 4년, 국회에서 정부통령 선출
- 2) 국회와 이승만대통령 - 전쟁시기 부역자문제처리와 거창양민학살사건, 국민방위군사건으로 이대통령과 국회 사이에 의견 차이가 있었음
- 3) 1950년 전쟁시기에 이시영 부통령 사임하고 후임 선출하는데 김성수와 이갑성 경쟁 - 김성수 선출
- 4) 이대통령은 정부통령 직선제로, 의원 다수(원내 자유당과 민국당)는 내각책임제로 개헌을 하려고 함

■ 개정 과정

- 1) 1952년 1월 18일 대통령직선제 개헌안 표결 - 재적 175명중 163명 참석, 가 19, 부 143, 기권 1
- 2) 백골단 뺏벌떼 민중자결단의 민의 동원과 최초의 지방자치선거(4·25 시·읍·면의회의원, 5·10 도의원)

* 성균관대학교 사학과 명예교수

- 3) 4월 17일 (원내)자유당 민국당 내각제개헌안 제출(곽상훈 외 122의원)
- 4) 4월 20일 총리 장면 경질하고 장택상 지명, 국회 인준
- 5) 5월 14일 직선제개헌안 일부 수정해 제출
- 6) 부산정치파동 5월 25일 0시 기해 계엄 선포
- 7) 6월 21일 발채개헌안 제출
- 8) 7월 4일 표결 재적의원 183명중 166명 참석, 3명 기립하지 않음

■ 헌법 개정의 문제점과 내용

- 1) 문제점 - 헌법개정안 30일 이상 공고하지 않음. 기립표결
- 2) 내용 - 정부통령직선, 양원제, 국무총리 제청에 의해 국무위원 임명, 국회 국무위원 불신임 결의

2. 제2차 개헌(사사오입개헌. 1954. 11. 29.)

■ 요인 - 정부통령 중임 제한

■ 경과

- 1) 1954년 5·20선거(공천제-‘개헌 조건부로 입후보케 하라’, 서약서 - 본당 총재 각하의 지시와 당 정책을 절대로 복종할 것. 민의원이 된 후에는 민의에 의한 당 결정의 개헌을 절대로 지지함)
- 2) 선거 결과 - 당선자 206명중 자유당 114명(득표율 36.8%, 민국당 15명, 6월 중순에 자유당 136석)
- 3) 7월 2일 국무원 신임 결의안 부결
- 4) 9월 6일 이기붕 외 135명 개정안 제출, 9월 8일 공고
한국일보 여론조사 가) 국가 안위에 관한 중대 사항 국민투표 28.5 : 63.7, 국무총리제 폐지 28.8 : 63.7, 초대 대통령에 한해서 연임 허용 16.9 : 78.8
- 5) 뉴델리밀회사건과 남북협상 중립배격 운동
- 6) 11월 20일 상정, 27일 표결 재적 202명중 가 135로 부결 선포
- 7) 부결 직후 이대통령 사사오입 제기, 28일 공보처장 “개헌안 통과되었다는 것이 정부 견해”
- 8) 개헌안 부결 반복 가결동의안 통과

- 내용, 앞의 4) 참조. 자유주의 경제, 부통령 승계 조항
국민투표법

3. 제3차 개정(1960. 6. 15.)

- 배경 - 4월혁명

- 6월 15일 여야 합의로 통과

- 내용

- 1) 내각책임제 - 국회는 양원제, 대통령은 총리 지명권, 계엄 선포 거부권, 정부의 정당 소추에 대한 동의권, 국군통수권
- 2) 정당조항 신설 - 정부가 대통령 승인 얻어 소추하고 헌법재판소 판결로 정당 해산 결정
- 3) 법관선임제도 - 대법원장과 대법관은 선거인단 구성으로 선출, 일반 법관은 대법관회의 결의에 따라 대법원장이 임명
- 4) 헌법재판소 상설
- 5) 기본권 보장 - 사전 허가나 검열제 철폐

4. 제4차 개정(1960. 11. 29.)

- 요인 - 혁명입법-특별법 제정의 필요성

- 계기 - 10·8판결

- 국회 10월 11일 헌법 개정 결의

- 11월 29일 민의원 참의원 통과한 개정 헌법 공포

- 결과 - 반민주행위자공민권제한법, 부정선거관련자처벌법안, 특별재판소 및 특별검찰부 조직 법안이 통과, 공포되고 마지막으로 부정축재자 처벌법 공포

5. 제5차 개정(1962년 12월 26일)

- 5·16군사정변 이후 민정이양 발표
- 제정인가 개정인가 논란이 있었지만, 국가재건최고회의에서 개정 절차를 밟아 국민투표로 확정하겠다고 발표
- 1962년 11월 5일 헌법개정안 공고, 12월 5일 계엄 해제, 12월 17일 국민투표로 확정
- 내용
 - 1) 다시 대통령 중심제로. 부통령제 없앴
 - 2) 무소속 출마 금지
 - 3) 대법원장은 법관추천회의 제청에 의해 대통령이 국회에 동의를 요청하고 국회 동의 얻으면 대통령이 임명, 대법원판사는 대법원장이 법관추천회의의 동의를 얻어 제청하고 대통령이 임명, 일반 법관은 대법원판사회의의 결 거쳐 대통령이 임명

6. 제6차 개정(1969년 10월 21일)

- 요인 - 대통령 3선 제한 조항
- 1967년 6·8총선으로 공화당 130석(또는 129석), 신민당 44석, 대중당 1석
- 3선개헌반대운동
- 1969년 9월 14일 국회 제3별관에서 새벽 2시 30분경 전격 통과, 10월 17일 국민투표로 확정
- 내용 - “대통령은 1차에 한하여 중임할 수 있다”를 “대통령의 계속 재임은 3기에 한한다”로 한다.

7. 제7차 개정(1972년 11월 24일)

- 배경 - ‘한국적 민주주의’, 3선개헌과 1971년 대선과 총선

■ 1972년 10월 17일 제엄, 10월 27일 비상국무회의 의결 거쳐 11월 21일 국민투표로 확정

■ 내용

- 1) 대통령, 주권적 수임기관인 통일주체국민회의에서 토론 없이 선출.
- 2) 통대에서 국회의원 3분의 1 선출(임기 3년), 통대는 국회 발의, 의결 헌법 개정안을 최종적으로 의결, 확정할 수 있다.
- 3) 국회의원 3분의 2는 중선거구에서 선출(임기 6년)
- 4) 기본권 제한, 대통령의 긴급조치권 국회해산권, 법률안거부권, 헌법개정안 발안권(국민투표로 확정)
- 5) 대법원장은 대통령이 국회 동의 얻어 임명, 그 외 법관은 대법원장의 제청에 의하여 대통령이 임명

8. 제8차 개정(1980년 10월 27일)

■ 배경 - 10·26, 12·12군사정변, 5·17군사정변, 5·31국가보위비상대책위원회(대통령자문기구)

■ 서울의 봄과 3김과 헌법개정안

■ 1980년 9월 29일 전두환대통령, 임시국무회의 의결 거쳐 헌법개정안 발의 공고, 10월 22일 국민투표로 헌법안 확정, 27일 공포

■ 내용

- 1) 대통령 5000명 이상으로 구성된 선거인단에서 선출(임기 7년 단임)
- 2) 의원 3분의 1을 전국구로, 전국구 3분의 2는 제1당의 몫
- 3) 대통령 비상조치권과 국회해산권
- 4) 일반 법관은 대법원장이 임명

9. 제9차 개정(1987년 10월 29일)

■ 배경 - 1985년 2·12총선 이후 개헌운동 전개, 6월민주화운동과 6·29선언

■ 1987년 10월 12일 여야 공동발의, 10월 27일 국민투표, 10월 29일 공포

■ 내용

- 1) 대통령직선제 5년 단임
- 2) 언론 출판의 허가 금지 등 기본권 강화
- 3) 헌법재판소 신설
- 4) 군의 정치적 중립 명문화

조선시대 법 운용

- 경국대전을 중심으로 -

이 이 화*

1) 경제육전(經濟六典)의 편찬

고대국가인 고구려 백제 신라 삼국은 율령을 반포해 국가 통치의 기본을 삼았다. 주로 당의 제도를 본받았는데 고려도 이 원칙을 따랐다. 중국의 당나라 제도를 수용한 측면이 많았다.

조선왕조를 확립한 뒤 그 일급 공로자였던 정도전은 통치철학의 기본을 제시한 조선경국전(朝鮮經國典)을 편찬하였다. 여기 첫 머리에 역대 국호를 소개하고 왕위 계승의 원칙과 기구 행정 조세 등 통치의 기본이 되는 항목을 제시하였다. 여기에서는 무엇보다 유교국가를 지향하는 이념을 담았다.

그런 뒤 1397년(태조 6) 조선 건설의 또 다른 공로자인 조준이, 정도전의 조선경국전을 참고해 10년 동안 수정을 거쳐 경제육전을 편찬하였다. 여기의 경제는 “경국제세”(經國濟世)의 의미를 담고 있다. 최초의 관찬 법전이었다. 여기에는 고려의 통치조직인 이조, 호조, 예조, 병조, 형조, 공조의 6전 체제에 따라 행정조직 등을 세부로 나누어 나열하였다.

경제육전은 태종과 세종의 통치 수단에 도움을 주었다. 세종은 많은 학문 관련 업적을 남겼으나 법전 편찬에는 큰 관심을 기울이지 않고 이 법전을 중심으로 통치를 수행하였던 것이다. 여기에 세종의 견해가 많이 반영되었다고 볼 수

* 사학자, 서원대 석좌교수

있었다.

이 시기부터 국왕의 윤음과 전교가 하나의 통치법 체계로 포함되어 그 운용의 기준이 되었다.

조선시대 전체에 걸쳐 국왕의 정책 결정이 법 적용의 기준이 되었다.

2) 경국대전(經國大典)의 편찬과 운용

15세기 중엽에 들어 조선왕조는 안정기에 접어들었다. 중앙집권적 정치체제를 확립하고 엄격한 신분제도를 확고하게 하기 위해 통일적 법전 편찬을 서둘렀다. 그리해 수정 보완을 거치면서 10년간 이 작업을 진행시켜 1471년 경국대전이 완성되었다. 경국은 “국가를 경영한다”는 뜻이다.

이게 최초의 종합적 성문법인데 유교국가의 이상인 요·순(堯舜)과 하·은·주(夏殷周) 삼대의 위민정치를 담으려 하였고 또 공자의 정치철학을 깔아 반포되었다. 그래서 그 기저에는 불교, 도교를 배척하는 사상을 깔고 있었다. 그 체제는 6전을 중심으로 항목을 나누어 제시하였다.

이전(吏典)에는 내명부 규정, 관료조직, 과거제 등 인사정책의 기본을 제시하였다. 호전(戶典)에는 토지 수취 화폐 요역 등을 제시하였고 예전(禮典)에는 외교 교육 의례 혼인 예악 등, 병전(兵典)에는 서울과 지방으로 나누어 군사관계의 조항과 군기 봉화 등 군사지원 관계, 형전(刑典)에는 반역 형벌 노비 관련 조항, 공전(工典)에는 도량형기의 규정과 공장 영선 산림 등의 규정을 두었다.

그런데 조선왕조의 통치의 특징이 군데군데 개재되어 있었다. 몇 가지 보기를 들면 다음과 같다. 무엇보다 귀천과 상하 준비를 차별하는 신분제도를 엄격하게 규정하였다. 양반과 벼슬아치의 특권이 철저하게 보장되어 있었고 양인과 천인의 권리는 아주 제약되었다. 양반 계열에서도 서얼과 재가녀의 자손을 차별하였다. 과거의 응시 자격을 주면서 서얼과 재가녀의 자손들에게 일정 이상 벼슬을 주지 않는 조항을 두었다.

다음으로는 아전 향리를 두어 과거 문과에 응시하지 못하게 하고 세습제 중인으로 고착시켰다. 그리해 천문 화공 등 잡직이나 기술직을 받아 양반 대열에 끼지 못하게 하였다. 백정 노비 등 천민에게는 철저하게 무료로 국가기관에 봉사하는 역을 지웠다. 보기를 들면 노비들은, 상전이 역모를 꾸미는 일 맡고는 어떤

경우라고 고발하지 못하게 하였으며 상전은 노비를 죽이는 일 말고는 어떤 불법을 저질러도 처벌을 받지 않았다. 하급 기술자인 장인들도 같은 대우를 받았다.

특히 노비들에게는 천자종모법(賤者從母法)에 따라 아버지가 양반이라도 어머니는 천인이면 천인의 혈통을 받았다. 가부장제에서 모순되는 제약이었다. 위의 몇 가지 사례만 보아도 철저한 신분제 사회를 지향하였던 것이다.

아무튼 경국대전은 조선의 기본 법전으로 이어져 오다가 조선후기인 18세기에 부분적으로 보완되었고 1894년 갑오개혁을 통해 과거제 신분제 등이 철폐되어 큰 변화를 보여 경국대전은 사실상 폐지되었다. 경국대전은 300년이 넘게 조선왕조를 버티던 통치의 기본 장치가 되었고 법 운용의 중심 수단이 되었다.

3) 조선 후기 법전 편찬

영조 정조의 재위 시기는 조선 후기로 사회변동이 극심한 전환의 시대였다. 이런 시기에 새로운 통치수단이 요구되어 두 국왕은 많은 개혁조치를 내놓았다. 그 과정에서 법전의 정리와 편찬이 이루어졌다. 더욱이 경국대전의 규정된 내용이 시대의 흐름에 많은 변화를 보였는데 이를 정리할 필요가 있었다.

여러 과정을 거쳐 먼저 1744년 속대전(續大典)이 이루어졌고 이어 1785년에 대전통편(大典通編)이 종합적으로 이루어져 반포되었다. 경국대전의 기본 체계를 따랐으나 사회변동에 따른 새로운 내용을 대폭 수용하였다. 특히 국왕이 내린 수교(受敎)를 포함해 실학자들의 사상이 수용되었다. 하지만 그 한계는 여전히 남아 있었다.

정조는 현실의 당면문제인 노비 관련법의 처리로 골머리를 앓았다. 조선 후기에는 노비들이 도망을 쳐서 노비문서는 텅텅 비어 있었고 포도청의 포졸들과 상전들은 노비추쇄법에 따라 노비를 잡으려 전국을 떠들썩하게 흔들었다. 막대한 재정과 인력이 소모되었다. 정조는 노비추쇄법을 폐지하게 조치하였다. 그리해 1801년 관시노비의 문서를 창덕궁 앞에서 불에 태워 일부 노비문서를 없애버렸다. 우리나라 인권의 역사에 기록될만하다.

한편 조선 후기에는 죄인의 인권 유린이 더욱 심하게 전개되었다. 증보무원록(增補無冤錄)을 반포하고 죄인을 추문과 국문을 하면서 그 기간과 형구를 정비하고 향쇄 족쇄 따위를 없애게 하였다. 정조는 죄인이나 혐의자의 인권을 존중하

는 획기적 조치를 단행하였던 것이다.

다음 흥선대원군이 집권한 시기인 1865년에 대전회통(大典會通)을 다시 반포하게 하였다. 대전회통이 완성된 뒤 80여 년 동안 이루어진 조치와 조례를 한데 담아 펴낸 것이다. 특히 문벌정치 아래에서 이루어진 삼정의 문란에 따른 새로운 정책의 시행이 필요한 시기에 맞춘 것이다. 이게 조선왕조 구체제시대의 마지막 법 편찬사업이었다.

4) 갑오개혁과 광무년간 법체제

1876년 개항 이후, 개화파가 등장해 유럽과 일본의 근대화를 추구한 면모가 있었다. 곧 입헌군주제나 미국식 대통령제를 수용하는 움직임이 있었고 궁내부를 두어 국가예산과 왕실 예산을 구분하는 제도의 도입을 도모하기도 하였다.

1894년에는 동학농민혁명과 갑오개혁이 동시에 전개되었다. 동학농민혁명은 양반 특권의 철폐, 평민 지위의 개선 등 신분제도 타파를 내걸었고 토지제도의 개혁을 주장하였다. 개화정부는 이런 주장을 수용하였는데 일본의 근대법 체계를 모방하였다고 볼 수 있겠다. 그리해 이런 토대에서 갑오개혁을 공포하였던 것이다.

그 내용을 요약하면, 과거제 폐지, 양반 특권 배제, 천민 노비 등 지위 개선과 해방, 조세의 화폐 금납제 등이었지만 토지개혁 문제만은 빠져 있었다. 김홍집 내각에는 법률 전문가가 보이지 않지만 일본의 근대법을 모델로 수용한 것으로 보인다.

보기를 들면, 전봉준 등 동학농민군 지도자들이 교수형을 당하였을 때 2심제의 적용을 받으면서도 판결서에는 “대전회통(大典會通) 형전(刑典) 중의 군복기마작변관문자(軍服騎馬作變官門者) 부대시참(不待時斬)”이라는 조항을 적용해 처형하였다. 그러면서 참형에 처하지 않고 개정법에 따라 교수형에 처하였던 것이다. 전근대법과 근대법을 배합해 적용한 것이다.

대한제국 시기, 광무년간에는 조선왕조의 연장선에서 제도의 개혁, 근대 법률의 수용 등이 혼재되어 있지만 일정한 부분에서는 상당히 근대 지향의 적용이 있었다고 판단된다. 보기를 들면 전통적 참형을 폐지하고 교수형을 실시했으며 판결은 2심제에 이어 3심제 재판을 적용하였던 것이다. 이어 민법에 있어서도 일

부일처제를 규정하는 등의 개정과 적용이 있었다. 하지만 근대법 이행기에는 사형의 경우에서 보아도 교수형을 시행하면서 참수형 효수형이 자행되기도 하였다.

마무리 지으면 조선의 법 운용은 유교적 인덕의 통치철학을 내걸어 위민정치를 표방하여 법 운용도 여기에 맞추었다. 하지만 귀천 상하 준비 남녀를 가리는 계급적 지배질서를 고수하려 하였던 것이다. 또 경국대전의 형전 조항은, 형벌 규정은 세밀하게 두었지만 인권을 도모한 규정은 아주 적었다.

일제 강점기의 전말에 대해서는 생략하기로 한다.

제150회 발표회 토론요지

간 사 : 오늘 헌법실무연구회 회장이신 이진성 헌법재판관님과 회원님들을 모시고, 제150회 헌법실무연구회를 열게 되었습니다. 1999년 7월 2일에 제1회 실무연구회를 개최한 이래 지금 17년을 지나 150회가 됐습니다.

오늘 특별히 헌법과 역사를 주제로 해서 조선왕조의 법 운용과 현대사에서 한국헌법 개정의 역사에 대해서 가르침을 받는 자리를 마련했습니다. 역사는 거울에 비추어 볼 때 헌법재판소라는 기관이 어떤 역할을 해야 하는지, 청사에 이름이 어떻게 기록되고 기억되는지, 나라의 큰 법을 어떻게 운영했는지에 대해서 많이 느끼고 배우려고 합니다.

오늘 사학의 대가 이이화, 서중석 두 분 선생님을 모셨습니다. 아시다시피 두 분 선생님은 우리 사회의 어른이자 역사학계의 큰 산이셔서 더 이상 설명이 필요할까 싶기도 합니다만, 귀한 발걸음 해 주신 선생님들을 조금 더 자세히 소개해 올리겠습니다.

이이화 선생님은 50여 년간 역사탐구와 저술에만 몰두해 오신 우리나라의 대표적인 역사학자십니다. 그동안 동학농민혁명 기념재단 이사장, 고구려역사문화보존회 이사장, 역사문제연구소 고문과 소장 등을 역임하셨고, 흥역사상연구소 소장을 하셨습니다. 우리나라 근대 주역의 대가이신 야산 이달 선생님의 4남이시기도 합니다. 허균의 생각, 우리 겨레의 전통생활, 이야기 인물 한국사, 한국사 이야기 전 22권 등등 선생님께 직접 제가 여쭙보지 못 했습니다만 인터넷 서점에 따라서 검색을 해보면 180여권 내지 210여권의 저서가 검색되고 있습니다. 심산상, 단재상, 임창순 학술상 등을 수상하셨습니다.

그리고 서중석 선생님께서는 성균관대 사학과 명예교수로 계시고, 아시아 평화와 역사교육연대 상임공동대표, 제주 4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복 위원회 위원, 일본교과서 바로잡기 운동본부 공동대표, 역사문제연구소 이사장 등을 역임하셨고, 대한민국 선거이야기, 사진과 그림으로 보는 한국 현대사, 기타 굉장히 많은데 너무 길어서 제가 좀 줄이겠습니다. 굉장히 많은 논문과 책을 저술 하셨습니다. 진단학회 두계학술상, 한길사 학술부문 단재상, 송건호 언론상 등을 수상하셨습니다.

오늘 사회를 맡아주신 분은 배경식 선생님입니다. 배경식 선생님은 대표작으로 올바르게 풀어쓴 백범일지라는 저서를 갖고 계시고요, 이 책은 10년에 걸쳐서 춘원 이광수가 운문하기 이전의 백범일지를 정확하게 번역하고 새로운 해석을 꼼꼼히 달았다는 평가를 받고 있습니다. 식민지 청년 이봉창의 고백, 마주보는 한 국사 교실 등의 저서가 있으시고, 현재 역사문제연구소 부소장으로 계십니다.

지금부터 제150회 실무연구회를 시작하겠습니다.

사 회 자(배경식 역사문제연구소 부소장) : 방금 소개를 받은 배경식입니다.

먼저 이이화 선생님의 조선시대 법 운용에 관한 발표를 듣고, 질의응답 시간을 갖도록 하겠습니다. 그리고 두 번째 발표로 서중석 선생님의 헌법 개정의 역사 발표를 하고 난 다음에 질의응답 시간을 갖고, 전체적으로 발표회를 정리하도록 하겠습니다.

먼저 이이화 선생님의 발표를 듣도록 하겠습니다.

제가 간단하게만 이야기하면, 조선시대의 기본 법전이었던 경국대전을 중심으로 조선시대에는 법이 어떻게 운용되고 있었고, 또 어떤 좋은 점과 문제점이 있었는지에 대하여 이이화 선생님께서 발표를 해 주시겠습니다.

<주제발표자(이이화 서원대 석좌교수) 발표>

토 론 자(신동승 수석부장연구관) : 아까 말씀하시기를 1801년에 노비문서를 불태웠다고 말씀을 하셨는데, 갑오경장 그때 또 관노비 없앤다고 말씀을 하시고 그랬는데, 그게 1801년에 없었으면 그 이후로는 이게 없어진 것 아닌가요? 계속 있었나요?

발 표 자(이이화) : 아마 빨리 얘기하다 보니까 그랬는데, ‘관시노비’ 관에 소속된 노비, 그러니까 노비는 여러 종류가 있어요. 사노비도 있고, 공노비도 있고 또 관노비 중에서도 소속에 따라서 달라요. 지방 관아에 소속된 노비도 있고 중앙 관아에 소속된 노비도 있고. 또 노비를 전담하는 내수사 같은 데가 있어요. 그런데 노비만 관리하는 게 아니라 거기에 노비가 몸값을 내는 게 있어요. 그걸 신흥이라 그래요. 베로 내는데, 그런 경우도 있어요. 그러니까 서양의, 유럽의 노예는 간단해요. 그런데 우리는 아주 내용이 복잡해요.

그러니까 어떤 점에서는 크게 보면 노비의 권리가 유럽 내에서보다 있다고

볼 수 있고, 어떤 점에서는 또 너무 세밀하게 만들어 놔가지고 이걸 벗어나기가 굉장히 힘들다 이렇게 볼 수도 있는데. 아까 1801년은 중앙에 딸린 관시노비를 - 관시노비가 다는 아니에요. 관시노비 중에 한 1/3에 해당하는 것 4, 5만 뭐 이 수준인데 - 1차로 태웠다는 것이에요, 노비문서. 그런데 다른 특수한 부서에는 또 일부가 남아 있었어요. 기본은 이제 아까 태웠고. 개인 노비는 그대로 남아있었어요, 그때 개인 노비는 손을 안 댔어요. 그리고 1894년에는 이게 개인 노비까지 포함을 시킨 거예요. 이제 이게 제한적인 해방이 아니라 전면적인 해방이에요, 그 차이에요.

그러니까 1894년, 95년인가에 전부 다 해방됐는데, 그것도 또 저항에 부딪쳐서 아까 말한 대로 의병이 일어나는 하나의 꼬투리가 되고 해가지고 고종이 일시 후퇴를 했어요. 그걸 일시 중지한다. 그러다가 이제 결국은 그 중지한 선언적인 의미만 가지고 그대로 다시 다. 근데 벌써 없어졌어요, 다 해방되고. 그때 이제 한 가지만 덧붙이면요, 충청도 일대에서 동학농민분들이 막 갔는데 사람들이 아우성치고 하니까 겁이 나요. 계집종 하나보고 “너 이제 나가라”하니까 이 계집종이 뭐라고 이야기했냐면 “여보슈, 당신. 저기 나 평생 노역 한 푼 안 주고 부러먹었는데, 우리보고 나가라고 하면 어디로 가느냐. 집이 있느냐, 논이 있느냐.” 거기 밖에 안 되는 거잖아요. 달라고 그랬어요. 쥐야 나갈 것 아니냐. 그렇지 않아요? 무조건 해방시켜가지고 어떻게 될 거예요, 그거. 갈 데가 없어, 생활비 아무것도 없어요. 그래서 이래서 막 주인한테 대들고 이런 경우도 있어요.

전환기에 그런 문제들이 얽혀 있었던 것입니다.

회 장(이진성 헌법재판관) : 마지막에 수도를 서울로 하는 관습헌법에 대해서 잠깐 말씀하셨는데, 그때의 그 결정에 대해서 외국의 헌법재판소나 헌법학자들도 “상당히 독특한 이론이다” 그런 평가들을 하고 있고 그런데요. 물론 경국대전에도 ‘수도 서울을 한양으로 한다’ 이렇게 정해놓은 것은 당연히 없었을 텐데요.

그러니까 선생님께서 수도에 대한 조선시대 이후로 어떤 그런 관습이 있다고 볼 수가 있는지, 없는지와 함께 그 결정에 대한 어떤 평가 같은 걸 좀 더 자세하게 해 주시면 좋겠습니다.

발 표 자(이이화) : 솔직하게 좀 이야기하겠습니다.

왕국을 건설할 때에는 가장 중요한 게 이 도움지입니다. 도움지가 무너지면, 다 무너져요. 전통도 무너지고, 그 왕조의 정통성도 무너지는 거예요, 다. 그래서

이 도읍지란 게 굉장히 중요한 것입니다. 아무리 주변 중국에서 고구려와 싸울 때에도 주변에서 아무리 다 점령을 해도 평양만 점령을 못하면 그 고구려 안 망하는 겁니다. 그러니까 언제든지 수도를, 도읍지를 막 성을 쌓고 튼튼히 해가지고 그거를 끝까지 고수하지 않습니까? 그래서 이 수도의 개념을 옛날에는 그냥 도읍지라고 했는데, 이게 굉장히 중요하지 않느냐, 또 정통성을 확보하는 데에도 상당히 외형적인 그런 것을 수도가 확보할 수 있다 이렇게 보는 거예요.

가령 굳이 따지면 북한하고 남한을 비교할 적에, 조선왕조 시대에 서울이, 어쨌든 식민지 시대에도 경성이 조선총독부 아래에서 대표한 그런 도시였기 때문에, 평양이 과거 뭐 고구려 시대에 수도였던 것과는 다르지 않느냐. 이게 중요한 것이예요.

그런 점에서 서울을 대한민국이 차지했다는 것 이것도 그 정통성, 재래식 정통론에 관련해 비추어 보면 상당히 의미가 있다 이렇게 보는 것인데.

여기에 하나 지금 말씀하신 대로 오늘날에는 서울은 수도로 그대로 두고, 세종시를 만들 때는 행정도시 - 행정수도란 말은 아니잖아요? - 행정중심도시 뭐 이렇게 하는 것인데, 나는 그렇게 개념을 받아들이고. 만약에 서울을 갖다가 모든 것을 옮긴다는 것까지는 더 단계를 봐야 되었겠지만 확실하지 않을 것 같은데, 헌법재판소에서 이걸 마치 수도를 전부 세종시로 옮기는 것으로 봤어요.

또 설령 그렇다 하더라도 그것이 현재의 해방 이후의 문제와 결부시켜서 그 이론을 폄하하면 또 모르겠지만, 엉뚱하게 조선시대 왕조시대의 것을 들어서... 물론 한양이라는 것이 관습적으로 중요한 수도의 개념을 가지고 있는 것은 분명하지만, 아까도 말했지만 또 일제시대에도 경성시라는 것을 그대로 두고 했는데.

그래서 이 문제를 내가 볼 때에는 이게 좀 보수적인 재판관들이 가지고 있는 억지 논리라고밖에 볼 수 없지만, 이게 좀 더 새롭게, 냉철하게 법률가들만 가지고 얘기할 것이 아니라 역사학자라든가 이런 사람들하고도 조금 대화를 해서 앞으로 좀 정리를 하셨으면 좋겠습니다.

물론 난 법률가 아니고 일반인으로서 헌법재판소가 무슨 일을 했는가 어느 정도는 알고 있지만, 그 많은 속에서도 가장 해방 후에 막말로 하면 코미디 비슷한 게 나는 세종시 문제가 아닌가 이렇게 생각합니다. 그래서 여러분들이 앞으로 선배들이 했다고 해서 다 좋다고 말하지 말고, 냉철하게 한번 따져봐 주시기 바랍니다.

사 회 자 : 예, 아쉬우나마 이 정도로 하고 두 번째 발표는 서중석 선생님의

대한민국 헌법 개정의 역사를 듣도록 하겠습니다.

대한민국이 1948년에 정부가 수립됐는데, 1987년까지 40년밖에 안 됐는데 사실 헌법을 9번이나 고쳤습니다. 이게 횟수로 따지면 4년 반마다 한 번씩 고친 겁니다. 그런데 87년 이후로는 지금 또 한 30년이 걸렸는데 한 번도 고치지 않았 습니다. 왜 40년도 안 된 사이에 9번이나 헌법을 고칠 수밖에 없었고, 그렇게 많이 고쳤지만 대한민국이 어떻게 됐는지라는 부분을 정치적 상황과 연관시켜서 서중 석 선생님께서 설명해 주시겠습니다.

<주제발표자(서중석 성균관대 명예교수) 발표>

토 론 자(승이도 헌법연구원) : 사실 헌정사에 대해서는 예전에 시험공부를 할 때 객관식에 나온다고 해서 몇 차 개정헌법에 뭐가 있었다는 식으로 달달 외웠 었던 기억은 있는데 그 배후에 있었던 정치적 상황에 대해서는 잘 몰랐었거든요. 그래서 서중석 교수님께서 잘 설명해 주셔서 감사하고, 또 사실 뒷부분 유신헌법 뒤 이런 부분도 좀 자세히 듣고 싶는데 시간이 없어서 조금 아쉬웠습니다. 그쪽 부분은 있다가 만찬 시간에 조금 더 제가 듣고 싶고요.

제가 이이화 교수님을 지면에서만 뵈고 이렇게 직접 뵈는 것은 처음인데, 사실 교수님께서 곡학아세하지 않고 정론직필하시는 것으로 되게 유명하십니다. 아까 관습헌법으로 되게 직설적인 말씀을 많이 해 주셨는데요.

사실 그 관습헌법이란 이론이 되게 이례적인 이론이었고 또 매우 정치적 사 건이었던 수도 이전 사건에 그 법리가 적용됨으로써, 국민의 절반 정도는 지지를 하셨지만 나머지 절반 분들의 비판도 있었던 것 같은데요. 그 당시의 3기 재판부 재판관님들의 고민은 변명을 하자면 제 생각으로는 아마 이랬던 것 같습니다. 국 회에서 법을 만들 수 있지 않습니까? 근데 헌법상 국회는 재적의원 과반수가 출 석하고, 그중에 또 과반수가 찬성을 하면 법을 만들 수 있습니다. 그러니까 수도 이전법을 국회가 만들 수 있기는 되게 편한 구조이고요. 그런데 지금 교수님께서 도 말씀하신 바와 같이 정치적 상황은 시시각각 변하는 것이기 때문에 4년마다 국회의원 선거를 하면 국회의 다수당과 집권당이 바뀔 수 있는 여지는 매우 큼니 다.

그러면 그 당시 재판관님들께서 고민하셨던 것은 아까 교수님께서 말씀하신 것처럼 수도는 국가의 전통과 운명을 좌우하는 매우 중요한 의미를 가진 것인데, 이렇게 중요한 것을 4년이라는 정치적 상황마다 국회의 다수당이 바뀌었다고 매

번 바꿀 수 있다면 그건 분명 국가 안에 큰 문제가 있을 수 있는 것이고, 그렇다면 이게 입법사항이 아니라 헌법사항은 아닐까? 즉, 국민 다수의 동의를 받아, 국민 투표를 해야 할 정도로 중요한 헌법사항이 아닌가를 고민하셨을 것이고, 거기서 이제 관습헌법 이론이 좀 차용됐었던 것 같습니다.

그러니까 수도라는 것은 관습헌법 사항이고, 따라서 국민투표를 통해서 개정되어야 할 사항이지, 국회의원 다수결에 따라서 수도가 매번 바뀔 수 있는 사항은 아니다. 그래서 이런 고민과 결론에서 관습헌법 이론이 사용되었다는 것을 말씀드릴려고 하고, 사실 그 이론을 사용함으로써 좀 정치적 사건에 그 이론이 쓰여서 많은 비판을 받았는데, 그래도 헌법재판관님들의 그런 고민이 있었다는 것을 교수님께서 조금 이해해 주셨으면 감사하겠습니다.

발 표 자(서중석) : 제가 얘기를 해야 하는 건가요? 그전에 제가 앞에서 한 이야기와 관련이 되어 있는데, 대한민국 정부 수립 문제라든가 제2공화국, 3공화국, 4공화국, 5공화국의 기산, 언제부터 시작된 것으로 봐야 하느냐 이런 부분이 학자들이 해결해야 할 몫인지 헌법재판소에서 해결해줘야 할 몫인지 그걸 잘 모르겠어요.

하여튼 좀 이런 기회에 한번 그 문제도 간간히 생각 좀 해 주셔가지고 어떻게 보는 게 좋을까 그런 걸 글도 쓰시고 하면 저희가 연구하는 데 많은 참고가 될 것 같습니다.

유신헌법에 대해서는 다들 잘 아시지만, 다시 한 번 정리를 한다는 뜻으로 아주 간단하게만 말씀을 드리겠습니다. 대한민국 헌법에 ‘대한민국은 민주공화국이다’ 하고 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있다’ 이렇게 되어 있는데, 이 부분이 이 헌법에서는 약간 다르게 나타나 있는 걸 볼 수 있습니다. 뭐냐 하면, 주권적 수임기관이라는 말을 써서 주권적 수임기관인 통일주체 국민회의가 이 주권을 수임해 가지고 행사하는 그런 면을 다분히 가지고 있습니다. 대통령을 선출하는 데에도 그렇게 되어 있고, 또 국회의원 3분의 1을 형식상으로는 여기서 뽑게 되어 있거든요? 이것도 주권을 수임 받았다는 논리에 의해서 이렇게 되는 거라고 볼 수가 있습니다. 뿐만 아니라 헌법을 개정한다든가 통일 이후에 어떻게 할 것인가 하는 문제 같은 걸 결정하는 것도 여기서 하게끔 그렇게 되어 있습니다. 누가 봐도 이견 전혀 참, “허수아비 기구가 아니냐” 이렇게까지 그 당시에서 얘기를 했던 겁니다만, 이런 막강한 권한이 통일주체 국민회의에 부여가 돼 있었지요.

그리고 “삼권분립이 이 헌법에서는 약화된 것이 아니냐” 그렇게 볼 수 있는

점이 있습니다. 국회의 권한이 우선 크게 축소가 됐다. 국회의원 3분의 1이 이 통대에서 선출하게끔 되어 있는 것도 그렇고, 중선거구제에서 국회의원을 선출하는 것도 이게 다분히 정치적인 의미가 있는 것이 아니냐. 그와 동시에 국정감사권이 라든가 이런 것이 없어져 버리고, 정기국회 회기일라든가 임시국회 소집도 크게 제한을 받게 되었고, 그러면서 이 긴급조치권이라든가 국회해산권이라든가 법률안거부권이라든가 이런 걸 대통령이 갖게 된 것도 국회의 기능을 크게 약화시킨 것이 아니냐. 예컨대 긴급조치, 대법원과 헌법재판소에 의해서 1호건, 4호건, 9호건 지금은 그것이 부정되고 있습니다만, 어쨌든 간에 그런 긴급조치권은 ‘국회에서만이 법률을 제정할 수 있다’ 하는 그런 권한을 침해한 걸로 일부 학자들에 의해서 받아들여지는 면이 있습니다. 이걸 법률적 효력이 있기 때문에 이제 그런 이야기가 나오지요.

그리고 사법부가 그전에 비해서 자율성이 약화됐다. 임명 절차에서 그게 드러나고, 그건 책임용까지를 포함한다 이렇게 이야기를 하고 있습니다. 그리고 기본권이 여러 가지로 제한이 돼있다 이것도 그전의 헌법과 차이가 많이 나는 거다.

그래서 사실은 이 80년 10월 27일 제8차 개정이 일어나기 전에 서울의 봄이라는 게 있었습니다. 1980년 참 아주 살얼음 같은 봄이라고도 얘기했습니다만, 5월 17일에 새로운 정변이 일어나기 전까지의 정국을 서울의 봄이라고 그 당시의 언론에서는 지칭을 했더랬습니다. 이 서울의 봄 때에 3김이라고 불리는 사람들이 있었는데 공화당의 새로운 대표가 된 김종필 그리고 신민당의 김영삼, 그리고 갑옥소에서 나와가지고 사면복권된 김대중 이 세 사람은 쉽게 새로운 헌법에 대해서 의견 일치를 봤더랬어요. 그것도 여야 합의라고도 볼 수 있는데, 양쪽에 모여가지고 우리 헌법을 어떻게 할 것인가 이 부분에 관해서 제3공화국 헌법으로 돌아가면 된다는 것이 합의가 됐습니다. 그게 제 기억에 1980년 3월쯤인 것 같아요. 그런데 다른 쪽에서는 그와 같은 다른 정치 구상을 하고 있었다, 이렇게 또 말씀드릴 수가 있네요.

발 표 자(이이화) : 사실 뭐 명쾌하게 대답하기는 내가 좀 법 이론이 약합니다. 다만 간단히 두 가지만 이야기하면요, 이 관습법을 꼭 나는 무시하고 그런 거는 아니라고 봅니다. 내가 법률 이론은 모르지만, 그 오래 인간이 어떤 규범을 지켜가며 살아온 것이기 때문에. 우리의 경우 두 가지를 이야기하면, 민법에 반영된 게 장자상속 원칙이라든가 이런 것들이 우리 역사 속에서는 또 가족사 속에서는 이게 전혀 무시할 수가 없어요. 요즘에 많이 달라졌지만 초기 단계에서는.

그리고 또 한 가지 이야기하면, 우리가 가장 인권과 문제 되는 사형제도로 옛날에는 효수형, 참형, 심지어 뭐 육시형 이런 것까지도 있었지만, 이런 관습을 벗어나는 것은 시대의 정신과 맞물려 있기 때문에 나중에는 가령 전봉준 경우는 최초로 교수형 적용을 받았는데. 근대에 와서 총살형 뭐 프랑스 같은 데도 다 중세 이런 거 칼로 목을 자르는 이런 것이 있었지만, 근대에서는 교수형으로 바뀌었고 하니까, 이런 것을 우리는 새로운 시대정신에 맞추어 가는 것이 관습법의 어떤 유연성이 있는 것 아닌가 이런 생각이 들어가고.

다만 끝에 한 가지 이야기하면, 이번에 재판소에서 말한 그 관습법 관련돼 가지고 수도 문제는 사실 좀 상당히 앞으로 논란의 여지도 있고, 좀 서로가 진실하게 한번 이야기를 해봤으면 나는 좋겠다 생각합니다.

물론 국가 기간의 문제니까 수도를 옮긴다는 건 엄청난 일이니까 이것을 뭐 국회에서 똑딱, 몇 사람, 반절 반절, 반토막 반토막 해가지고 통과시키는 게 문제가 아니다, 그런 관점에서는 또 이야기할 수 있지만, 그렇다고 해서 그것이 어떤 통치 이데올로기하고 상당히 차이가 있다고 봅니다. 왕조시대의 그런 접근 방식과 민주주의 시대의 접근 방식이 다른 것이니까 이런 점을 조금 유의해서 우리가 앞으로 논의를 전개했으면 좋겠다는 생각이 드러납니다.

발 표 자(서중석) : 현대사 전공자로서 수도 문제에 대해서 간단하게 제 의견을 말씀드릴고 싶습니다.

노무현 정부가 그걸 추진할 때 저는 그때 상당히 강하게 반대했어요. 제 친구 유인태라든가 이런 몇 사람들한테도 “그건 아주 노정권이 잘못하는 거다” 그런 점에서 그 당시 진보적인 세력이라 그럴까, 아마 이이화 선생님하고도 의견이 그 점에서는 차이가 나는 걸 텐데, 큰 의견 차이가 있었습니다.

저는 박정희 대통령이 77년 2월달에 수도이전설 - 2월인가? 맞을 겁니다 - 발표했을 때도 ‘저 수도 이전은 안 되는 건데, 저게 정치적인 어떤 무엇과 관련이 돼 있지 않을까’ 그런 생각을 그 당시에 많이 했더랬습니다. 그 당시는 특히 “북이 남침해온다” 이런 이야기가 언론이라든가 반공교육에서 많이 돌 때라 봐서 더더군다나 그렇게 하면 수도 이전은 안 된다 그런 얘기를 저는 많이 펴고 있었습니다.

여기에 계신 분들 가운데 1948년 9월 8일 북한 최고인민회의를 통과한 조선민주주의 인민공화국 헌법 98조인가? 글썬요, 조항은 부정확할 거예요.(주: 정확한 조항은 제103조) 거기에 ‘조선민주주의 인민공화국의 수부는 서울시다’라고

명기돼 있는 것을 혹시 기억하시는 분이 있을지 모르겠어요. 도대체 자신들의 정치력이 전혀 미치지 못하는 그런 부분인데, 말하자면 권력과도 아무 상관이 없고 하는데, 서울을 자기들이 서울이라고 정해놨어요. 이거는 한국에서만 있는 아주 독특한 현상인 겁니다.

지구상에서 하나의 지역에 하나의 민족이 장기간 거주하면서, 중앙집권식으로 그 국가를 발전시켰고, 그러면서 500년 이상 하나의 지역에 하나의 서울이 있었다. 이런 경우는 아주 드문 예입니다. 그런 예를 다른 지역에서 찾아내기는 굉장히 힘든데, 그거는 우리가 잘났고 못났고 하고는 아무 상관이 없는 지정학적인 요인에 의해서, 저는 그렇게 봤다라고 보고 있습니다. 그래서 한반도는 하나의 분명한 같은 일체를 이루어내야 하는 거다, 그것이 대한민국 헌법, 북한 헌법 양쪽에 다 들어가 버린 거예요. 그리고 지금도 북한 난민들이 바로 대한민국 국민이 될 수 있는 것도 그런 헌법 지위 때문에 그런 일이 일어난 거라고 볼 수가 있잖아요. 하여튼 간에 그 가운데 대한민국은 하나의 국가만 있을 수가 있다, 향후에는 그래서 통일헌법이 되어야 한다, 이게 80년대까지 한국인들의 아주 강한 그런 믿음이었더랬는데, 그런 사유에서 ‘서울이 어디에 위치하고 있느냐’라는 건 아주 중요합니다.

해방 직후 대한민국 정부가 갖고 있는 아주 유력한 세 가지 힘이 있었다고 볼 수가 있어요. 하나는 미군정과 연결이 되어 있는데 이 동북아 문제에서 미국의 발언권이 소련보다 훨씬 쎈 수밖에 없었다. 그래서 신탁통치를 한국에 하자고 할 때도 네 나라 중에 세 나라가 미국 쪽 나라로 되어 있다. 영국과 중국이잖아요. 그런 점에서 미군정이 있는 남쪽이 아주 유리한 점이 있었다는 게 하나가 있고.

그다음에 남쪽엔 서울이 있다. 이걸 아까 이이화 선생님도 말씀하셨지만 전 근대사회에서만 중요한 게 아니라 근대사회에서도 어느 쪽이 서울을 갖고 있느냐, 장악하고 있느냐 이것은 굉장히 중요합니다. 그런데 우리나라는 그냥 서울이 아니라 500년 이상을 거기에 서울로 정했던 그런 서울입니다. 그렇기 때문에 북쪽에서조차도 자기 헌법에 못을 박았던 그런 서울이라는 말이에요. 이 서울은 쉽게 변경될 수가 없는 거예요.

그리고 또 하나는 해방이 됐을 때 인구가 남쪽이 이천만, 북쪽이 천만이 약간 안 되는 인구였습니다. 인구라는 것도 아주 중요한 역할을 하지요. 이 세 가지 요인 때문에 대한민국 정부가 수립되는데 북한에 대해서 강하게 입장을 주장할 수 있는 그런 근거가 저는 있었다고 봅니다.

그런데 바로 서울을 ‘북이 남침하기 때문에 다른 데로 옮겼으면 좋겠다’ 이

런 식의 주장을 한다거나, 또는 인구 소산책으로 서울을 다른 쪽으로 옮겼으면 좋다든가 이런 문제는 역사와 관련해서 상당히 어려운 문제를 제기할 수밖에 없는 거다. 그리고 한국이 해방 이후 걸어온 길을 쪽 볼 때, 결코 그건 인구 소산책도 될 수가 없고. 그런 여러 가지 문제가 개제가 되어 있어서 저는 아주 강하게 다른 지역으로 서울을 옮기는 걸 두 차례 다 비판적으로 봤던 겁니다.

사 회 자 : 굉장히 중요한 이야기가 나온 것 같습니다.

지금 보시다시피 진보적이라 하신 역사학자들 사이에서도 수도 이전과 관련된 부분에서는 의견이 일치하지 않은 부분들이 있기 때문에 앞으로 이런 부분들은 좀 더 많은 토론을 통해서 발전을 시켰으면 하는 생각입니다.

명확성원칙에 대한 재검토

김 경 목*

I. 들어가며

명확성원칙은 법률을 비롯한 규범의 위헌 심사에서 가장 빈번하게 사용되고 있는 심사척도이다. 법률이 명확하게 규정되어야 하는 이유는 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방하기 위해서이다. 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다.¹⁾

그런데 법규범은 규율대상이 되는 모든 사람과 변화하는 생활관계를 규율할 수 있어야 하므로 추상성과 일반성을 뗄 수밖에 없어 법규범이 어느 정도 명확하여야 헌법에 위반되느냐 위반되지 않느냐는 일률적으로 정해질 수 있는 것이 아니다. 이러한 추상성, 일반성을 가지는 법규범이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하려면 먼저 누구를 기준으로 명확성 여부를 판단할 것인가 하는 판단의 주체, 명확성 여부를 판단함에 있어 법규범의 문언만으로 판단할 것인가 그 밖의 요소를 고려하여 판단할 것인가 하는 판단의 기준, 어느 정도의 명확성이면 충분한가, 즉 규율영역에 따라 요구되는 명확성의 내용 역시 달라지는가 하는 명확성의 정도 등 여러 가지 문제가 제기된다.

* 헌법재판소 부장연구관

1) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255, 268-269 참조.

헌법재판소는 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신(불온통신)을 금지하는 전기통신사업법 제53조에 대해서는 「“공공의 안녕질서”, “미풍양속”이라는 것은 매우 추상적인 개념이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공공의 안녕질서”나 “미풍양속”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기도 어렵다.」²⁾는 이유로 명확성원칙에 반하여 위헌이라고 결정한 반면, 학교환경위생정화구역 안에서 미풍양속을 해하는 행위 및 시설의 설치를 금지하는 구 학교보건법 조항에 대해서는 「“미풍양속을 해하는 행위 및 시설”의 개념은 추상적이고 포괄적이지만, 앞서 본 바와 같이 학교정화구역을 설정하고 일정한 행위와 시설을 금지하는 입법취지에 비추어 ‘미풍양속을 해하는 행위 및 시설’ 중에서 학교의 보건·위생과 학습환경에 나쁜 영향을 주는 행위 및 시설을 의미한다고 보아야 한다.」는 이유로 명확성원칙에 반하지 않는다고 결정하였다.³⁾ 법조문에 “미풍양속”이라는 동일한 개념이 사용되었는데, 한쪽은 명확하다는 판단이, 다른 한쪽은 명확하지 않다는 판단이 내려진 이유는 무엇일까, 일반 국민은 헌법재판소의 이러한 판단에 대해 쉽게 수긍할 수 있을까. 명확성원칙은 법규범의 위헌 심사에서 중요한 척도임에도 불구하고 아직 모호한 부분이 많은 부분이기도 하다. 이러한 문제의식을 가지고 헌법재판소가 그동안 판단해온 명확성원칙에 대해 다시 한 번 검토해볼 필요가 있다는 생각에서 이 글을 쓰게 되었다.

명확성원칙은 헌법재판에서 그 적용영역에 따라 형사처벌조항과 관련하여서는 죄형법정주의의 명확성원칙, 기본권을 제한하는 법률의 명확성원칙 또는 법치국가의 명확성원칙(이하 법치국가의 명확성원칙으로만 표시한다), 특히 표현의 자유와 관련한 명확성원칙, 세법 조항과 관련하여서는 조세법률주의의 명확성원칙, 위임입법에 있어서의 명확성원칙으로 구분되어지며, 각각 요구되는 명확성의 정도나 판단방법을 달리 한다. 이 글에서는 논의의 범위를 죄형법정주의의 명확성원칙, 법치국가의 명확성원칙, 표현의 자유의 명확성원칙으로 한정한다.

이 글에서 다룰 내용은 명확성원칙의 판단주체, 판단기준, 규율영역에 따른 명확성의 정도와 관련하여 헌법재판소의 결정에 대하여 어떠한 비판과 문제점이 있는지에 대해 살펴보고, 명확성 여부의 판단과 관련하여 헌법재판소 결정의 일관성 문제에 대해 짚어보고자 한다.

2) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616

3) 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바60 등, 판례집 20-1상, 554

II. 명확성원칙에 관한 헌법재판소 실시 내용

법규범의 명확성원칙에 위배 여부에 관하여 판단한 헌법재판소 결정들을 분석해보면, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 한 것이 26건,⁴⁾ 표현의 자유의 명확성원칙에 반한다고 한 것이 1건,⁵⁾ 표현의 자유의 명확성원칙과 죄형법정주의의 명확성원칙을 동시에 판단하여 위배된다고 한 것이 1건,⁶⁾ 법치국가의 명확성원칙에 위배된다고 한 것이 3건⁷⁾이다. 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단한 결정 중에서 표현의 자유의 명확성원칙으로 심사한 것은 4건, 법치국가의 명확성원칙으로 심사한 것은 31건 정도여서 명확성원칙과 관련하여 가장 많이 심사 기준으로 등장하는 것은 죄형법정주의의 명확성원칙이라고 할 수 있다.

1. 죄형법정주의의 명확성원칙

형법정주의의 명확성원칙에 대한 헌법재판소의 일반적인 실시내용은 다음과 같다.

「죄형법정주의의 명확성원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다.

그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는

4) 헌법재판소 초기에 국가보안법 등과 관련하여 한정합헌을 내린 결정은 제외하였다.

5) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616

6) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등, 판례집 22-2하, 684.

7) 헌재 2005. 4. 28. 2003헌바40, 판례집 17-1, 508, 헌재 2005. 11. 24. 2004헌가28, 판례집 17-2, 378, 헌재 2008. 7. 31. 2007헌가4, 판례집 20-2상, 20, 28

처벌법규의 명확성원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수는 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159 참조.)⁸⁾

혹은 다음과 같은 내용으로 실시되기도 한다.

「모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법 기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없으므로 법 문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해 낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다. 한편, 그 명확성의 정도는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 할 것이다」⁹⁾

보충적으로 다음과 같은 실시내용이 덧붙여지는 경우도 있다.

-
- 8) 헌재 2010. 3. 25. 2009헌가2, 판례집 22-1상, 407, 412-413. 이는 죄형법정주의의 명확성원칙에 관하여 최초로 실시한 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정에서의 판시내용과 대동소이하다.
 “무릇 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다.
 여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법도구가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적(多義的)으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다 할 것이다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 복잡하게 정형화되어 다양하게 변화하는 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다.”(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383)
- 9) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 232; 헌재 1998. 7. 16. 96헌바35, 판례집 10-2, 159, 169; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바31, 판례집 13-1, 1233, 1239; 헌재 2010. 4. 29. 2009헌바46, 판례집 22-1하, 21, 27 참조

「...그리고 처벌법규에 대한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만으로 판단할 것이 아니라, 관련 법 조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하고, 그것도 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하며, 일반적이거나 불확정한 개념이 사용된 경우에는 당해 법률의 입법목적과 당해 법률의 다른 규정들을 원용하거나 다른 규정과의 상호관계를 고려하여 합리적으로 해석할 수 있는지 여부에 따라 가려야 한다.」¹⁰⁾

2. 법치국가의 명확성원칙

기본권을 제한하는 법률과 관련하여 법치국가의 명확성원칙에 관한 일반적인 실시내용은 다음과 같다.

「법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다.

다만, 기본권제한입법이라 하더라도 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이어서 입법기술상 일의적으로 규정할 수 없는 경우에는 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다. 또 당해 규정이 명확한지 여부는 그 규정의 문언만으로 판단할 것이 아니라 관련 조항을 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 할 것이다.」¹¹⁾

3. 표현의 자유의 명확성원칙

표현의 자유의 명확성원칙과 관련하여서는 앞서 본 죄형법정주의의 명확성원칙이나 법치주의의 명확성원칙에 대한 일반적인 실시내용에 이어 다음과 같은 내용이 덧붙여진다.

10) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13; 헌재 2001. 6. 28. 99헌바34 등; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌바397, 4

11) 헌재 1999. 9. 16. 97헌바73 등, 판례집 11-2, 285, 300

「그런데 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 이러한 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의의 이념의 실현에 불가결한 존재인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.」¹²⁾

Ⅲ. 명확성의 판단주체

1. 헌법재판소 결정에 대한 비판

헌법재판소는 명확성원칙을 “건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면” 명확하다고 판단한다. 이에 대해서는 다음과 같은 비판들이 있다.

- ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’을 어떻게 정하느냐의 문제이다. 이는 경험적으로 존재하는 실체가 아니라 규범적으로 구성된 가설이라는 점이다. 명확성을 설명하면서 오히려 불명확성의 개념을 사용하고 있다고 할 것이다. 이러한 불명확한 개념에 대해 헌법재판소는 명확하게 정의하거나 부언하여 설명할 필요가 있다.¹³⁾

12) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342; 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 628.

13) 정극원, 헌법재판과 명확성의 원칙, 공법학연구 제15권 제1호, 21면. 이준일, 헌법재판소가 이해하는 명확성원칙의 비판적 재구성, 헌법학연구 제7권 제1호(한국헌법학회), 287면 재인용.

- 헌법재판소는 통상인을 건전한 일반상식을 가진 자, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람, 보통의 상식을 갖춘 사람, 보통의 지성을 갖춘 사람 등으로 이해하고 있다. 건전한 상식, 통상적인 법감정, 보통의 상식, 보통의 지성 등이 무엇을 의미하여 이를 구비하였는지 여부를 누가 어떤 기준에 따라 판단해야 하는지가 불분명하다.¹⁴⁾
- 헌법재판소는 형식적으로는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라는 규범적으로 구성된 가설적 존재를 명확성의 판단 주체로 내세우면서 종국적 및 실질적으로는 법관이 명확성 여부를 판단하기 때문에 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인은 명확성 판단에 있어서 아무런 역할을 담당하지 못하는 허구인 것이다.¹⁵⁾

법규정은 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없으므로 법관의 보충적인 해석을 통하여 이러한 법조문의 의미내용을 확인해 낼 수 있다면 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 헌법재판소는 계속적으로 판시하고 있다. 헌법재판소는 법관의 보충적 해석을 강조하면서 명확성 판단의 실질적 주체를 법관으로 삼고 있다.¹⁶⁾

- 헌법재판소는 기본권 제한의 경우 명확성의 판단주체로 통상인을 제시하고 있는데, 이러한 통상인의 예측가능성은 통상인 자신의 직접적인 판단이 아니라 법관이 통상인의 입장에서 판단하는 것이고 이는 결국 전문성을 지닌 법관이 명확성을 판단하는 것으로 귀결된다는 문제점을 지니고 있다.¹⁷⁾

위 비판들을 정리해 보면, 명확성의 판단주체인 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’이라는 개념 자체가 불명확하고, 이는 가설적인 존재에 불과하여 결국 헌법재판소는 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’에게 명확한 지가 아니라 실질적으로는 법관의 보충적인 해석을 통해 법조문의 의미내용을 파

14) 손희권, 교육법에서의 명확성원칙의 법리에 관한 헌법재판소 결정 비판, 헌법학연구 제13권 제1호, 453면.

15) 이부하, 법적 안정성의 의미에서 명확성의 원칙, 세계헌법연구 제20권 제1호, 13면.

16) 이부하, 앞의 논문, 14면.

17) 손희권, 앞의 논문, 452면.

약할 수 있으면 명확하다고 하여 법관을 판단주체로 삼고 있다는 것이다.

2. 명확성의 판단주체는 누가 되어야 하는가

(1) 헌법재판소의 결정을 살펴보면 명확성원칙의 판단주체로 ‘건전한 일반상식을 가진 자’라는 표현을 사용한 경우¹⁸⁾가 244건, ‘보통의 상식을 갖춘 사람’이라는 표현을 사용한 경우¹⁹⁾가 7건, ‘통상의 판단능력을 가진 사람’이라는 표현을 사용한 경우²⁰⁾가 22건, ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’이라는 표현을 사용한 경우가 116건 정도이며, 최근에 들어서는 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’이라는 표현이 가장 많이 사용되는 것으로 보인다.²¹⁾

어느 정도의 상식을 갖추어야 건전한 상식을 가지고 있다고 할 수 있는지, 통상적인 법감정이라는 것은 무엇인지 단정적으로 말할 수 없는 부분이 있기는 하다. 그렇지만 법규범의 해석과 관련하여 이처럼 경험적으로 존재하는 실체가 아니라 규범적으로 구성된 가설적인 존재를 내세우는 것은 이례적인 것은 아니다.

대법원은 처벌법규의 명확성원칙 판단과 관련하여 “사물의 변별능력을 갖춘 일반인의 이해와 판단으로써 처벌법규의 입법 목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 그 구성요건 요소에 해당하는 행위 유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석 기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아니다.”²²⁾라고 판시하여 ‘사물의 변별능력을 갖춘 일반인’을 판단주체로 내세우는데, ‘사물의 변별능력’은 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력이라고 할 수 있다.²³⁾ 형법 제10조에서는 이러한

18) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383 등

19) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255, 268-270 등

20) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 88 등

21) “미국연방최고법원은 명확성이 문제되는 많은 판례에서 심판대상인 법령이 명확한지 여부는 원칙적으로 일반인을 기준으로 판단하여야 한다고 명시적으로 밝혀왔다. 범죄의 요소는 일반인(the ordinary person)이 사전에 그가 하는 행위가 합법적인지를 알아서 지성적으로(intelligently) 선택할 수 있도록 명확해야 한다고 하고, 어떠한 행위를 금지하거나 의무지우는 규정들이 모호하여 ‘보통의 지능을 가진 사람(men of common intelligence)’이 그 의미를 추측해야 하며 그 적용이 달라진다면, 이는 적법절차의 첫 번째 핵심을 위반하는 것이라고 하거나 …(후략).” 전종익, 미국 헌법상 명확성 원칙(void for vagueness) 심사, 서울대학교 법학, 제50권 제1호, 461면.

22) 대법원 2000. 11. 16. 선고 98도3665 전원합의체 판결, 대법원 2006. 5. 11. 선고 2006도920 판결 등 참조

23) “형법 제10조 제1항 소정의 심신상실자는 사물변별능력, 즉 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여

사물의 변별능력이 없거나 미약한 경우 형사 책임을 조각하거나 감경하고 있는 바, 형법은 수범자가 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력을 갖출 것을 책임의 전제로 삼고 있다.

헌법재판소가 명확성원칙의 판단주체로 삼는 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람’ 역시 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력을 가진 일반인 정도로 이해할 수 있으며, 일반적이고 추상적인 범규범이 구체적으로 어떠한 행위를 금지하고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되었는지를 판단함에 있어서 경험적으로 존재하는 실체인 개개인별로 이를 따지는 것은 불가능할뿐더러 바람직하지도 않다.

(2) 다만, 헌법재판소는 초창기부터 명확성원칙이 수범자에게 충분한 예측가능성을 주는지를 판단하면서 ‘법관의 보충적인 해석’을 끌어들었다. 부연하면, 죄형법정주의의 명확성원칙에 대해 판단한 최초의 결정에서 “구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적(多義的)으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다 할 것이다.”(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383)라고 한 이래 줄곧 ‘법관의 보충적인 해석’에 의하여 내용을 확인할 수 있다면 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판시

구별할 수 있는 능력이 결여되거나 의사결정능력, 즉 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여, 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력이 결여된 상태에 있는 자를 말하며...”(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결)

“구 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(2012. 12. 18. 법률 제11572호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제1항은 19세 이상의 사람이 ‘장애 아동·청소년’을 간음하는 행위를 처벌하도록 하면서 그 대상이 되는 ‘장애 아동·청소년’에 관하여 ‘장애인복지법 제2조 제1항에 따른 장애인으로서 신체적 또는 정신적인 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 13세 이상의 아동·청소년’이라고 정하고 있다.

이 사건 규정에서 말하는 사물을 변별한 능력이란 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 정할 수 있는 능력을 의미하고, 의사를 결정할 능력이란 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력을 의미한다고 할 것인데, 이러한 사물변별능력이나 의사결정능력은 판단능력 또는 의지능력과 관련된 것으로서 사실의 인식능력이나 기억능력과는 반드시 일치하는 것이 아니다”(대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결, 대법원 2014.01.29. 선고 2013도11323 판결 참조).

해 왔다.

그러나 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이 자신과 관계되는 특정한 법조문이 명확한지 여부가 불분명한 경우 법관의 보충적인 해석으로 그 의미가 명확해진다면 일반 국민은 법규정 그 자체로부터 구체적 법내용을 알 수 없기 때문에 법적 안정성으로부터 근원하는 예측가능성을 보장받지 못하는 결과에 이르고,²⁴⁾ 이와 같이 법관의 보충적 해석을 강조하게 되면 명확성 판단의 실질적 주체를 법관으로 삼게 되는 결과를 가져온다.²⁵⁾ 즉, 명확성원칙의 목적이 적용대상자에게는 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게는 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방하기 위한 것이라고 할 때, 법관의 보충적인 해석이 있어야만 수범자가 그 규제내용을 알 수 있게 된다면 적용대상자에 대하여 예측가능성을 제공한다는 측면에서 명확성원칙은 그 목적을 달성할 수 없다고 보아야 한다.

더욱이 헌법재판소는 명확성원칙을 판단할 때 “법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 된다.”²⁶⁾ “처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.”²⁷⁾라고 하고 있는바, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인에게 위와 같이 입법취지, 입법연혁, 법규범의 체계적 구조, 나아가 개별 법규범이 처해있는 여건이나 특수성까지 살펴 법규범의 내용을 파악하라고 하는 것은 불가능하며, 이는 사실상 법률전문가를 기준으로 하는 것에 다름 아니다.

24) 이부하, 앞의 논문, 14면.

25) 의료법상의 의료행위에 대하여 헌법재판소가 명확성원칙에 반하지 않는다는 판단을 한 것에 대하여 다음과 같은 비판이 있다.

“헌법재판관들이 의료법 제27조 제1항에 규정되어 있는 의료행위를 이렇게 의료법 전체를 통하여 그 의미를 확정할 수 있는 것이라고 보았다면 의료법 제27조 제1항은 명확성의 요건을 충족하지 못한다. 왜냐하면 명확성의 원칙에서 요구하는 명확성의 판단 지적 능력은 적용대상자가 기준이어야 하므로 이 조항의 적용대상자는 일반국민인데, 이들은 의료행위의 의미를 의료법 전체를 보고 거기에서 의미를 찾을 그런 능력이 없기 때문이다. 정말로 만약 의료행위라는 것의 의미가 이렇게 여러 조항을 전문적으로 해석하여야 겨우 의료행위의 의미를 알 수 있다면 이러한 사실은 이 조항들이 적어도 헌법재판관 정도의 지식을 가진 사람을 기준으로 명확성의 정도가 맞추어야 제정되었다는 것을 의미한다.”

김경제, 의료법 제27조 제1항의 의료행위와 명확성의 원칙, 공법학연구 제13권 제1호, 294-295면.

26) 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 822

27) 헌재 1989. 12. 22. 89헌가13; 헌재 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4, 19.

한편, 헌법재판소는 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고할 수 없도록 하고 이를 위반한 사용자를 형사처벌하는 근로기준법 제30조, 제110조에 대한 헌법 소원사건에서 명확성원칙과 관련하여 명확성원칙의 판단주체를 건전한 상식을 가진 일반인으로 내세우면서 이러한 일반인이 법률전문가의 조언을 구하는 것을 감안하여 명확성 여부를 판단하여야 한다는 특이한 판시를 하였다.

「법률 명확성의 원칙은 법치주의와 신뢰보호의 원칙에서 비롯되는 것이며, 불명확한 법률이 무효가 되어야 하는 것은 그것이 수범자에 대하여 ‘공정한 경고’를 흠결하기 때문이다. 여기서의 수범자는 준법정신을 가진 사회의 평균적 일반인을 의미하는데, 준법정신을 가진 평균인은 애매한 법문을 자신이 해석할 수 없을 때 자신만의 판단에 의할 것이 아니라 법률 전문가나 당해 법령에 보다 정통한 지식을 가진 사람 등의 의견이나 조언을 직접, 간접적으로 듣거나 참조하여 자신의 행동 여부를 결정하게 된다. 특정의 금지규정 내지 처벌규정의 내용을 파악함에 있어서 평균인의 입장에서 전문가의 조언이나 전문서적 등을 참고하여 자기의 책임하에 행동방향을 잡을 수 있고 그러한 결론이 보편성을 띠어 대부분 같은 결론에 도달할 수 있다면 명확성을 인정할 수 있고, 법률전문가 등의 조언을 구하여도 자신의 행위가 금지되는 것인지 아닌지를 도저히 정확히 예측할 수 없다면 그 규정은 불명확하여 무효가 될 수 밖에 없는 것이다. 이와 같이 법령 특히 형벌법규의 내용은 일반인에게 명확한 고지가 이루어져야 하는 것이나, 다만 당해 법령의 특성에 맞추어 그 일반인이 어떤 행위를 결정할 때 통상 어느 정도 법적 전문지식에 의한 보완을 받게 된다는 점을 감안하여 명확성 여부를 판단하여야 한다.(헌재 2005. 3. 31. 2003헌바12, 판례집 17-1, 340, 349)」

법규범은 일반적, 추상적인 개념을 사용하여 규정할 수밖에 없으며, 결국 법규범의 명확성 여부는 일반적, 추상적인 개념의 사용을 어느 정도까지 허용할 것인가의 문제이다. 앞서 본 바와 같이 명확성원칙의 목적 중 사전적으로 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 할 수 있어야 한다는 예측가능성 측면에서 보자면 수범자인 일반 국민을 기준으로 명확한지 여부를 따져야 하고, 사후적으로 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 자의적인 법집행을 예방한다는 측면에서 보자면 법률전문가를 기준으로 판단하는 것이 옳다고 생각

된다. 즉 법규범이 명확한지에 대하여 일반 국민에 대한 예측가능성을 판단할 때에는 법관의 보충적인 해석을 끌어들이지 않고 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 고지기능을 다하고 있는지를 살피고, 자의적인 법집행가능성을 판단할 때에는 법률전문가에게 객관적인 해석의 기준을 제시하고 있는지를 판단하는 것으로 나누어 보는 것이 필요하다.²⁸⁾

(3) 명확성원칙의 판단주체와 관련하여 눈에 띄는 특이한 설시들이 있다.

- ‘청소년이용음란물’을 정의하고 있는 청소년의성보호에관한법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제2조 제3호²⁹⁾의 명확성원칙 위배 여부 (소극)

「건전한 상식과 통상적인 법감정을 가지고 있는 사람이라면 위에서 살핀 바와 같은 이 사건 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계조화적 해석, 관계부처의 법률해석, 다른 처벌법규와의 비교 등을 고려하여 목적론적으로 해석할 때, 이 사건 법률의 ‘청소년이용음란물’에는 실제인물인 청소년이 등장하여야 한다고 보아야 함이 명백하고, 따라서 법률적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없이 건전한 법관의 양식이나 조리에 따른 보충적인 해석에 의하여 그 의미가 구체화되어 해결될 수 있는 이상 죄형법정주의에 있어서의 명확성의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없다. 비록 ‘청소년이용음란물’의 해석과 관련하여 당해사건의 재판을 담당하고 있는 제청법원 또는 대전지방검찰청 홍성지청장의 의견이 위와 같은 해석과 다르다 하더라도, 법령 해석상 상이점이 있다는 이유만으로 바로 명확성의 원칙에 위배된다고 단정할 수 있는 것은 아니므로, 이를 근거로 이 사건 법률의 위 각 규정이 죄형법정주의에 위반된다고 볼 수는 없다.」(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 264)

28) 명확성원칙에 관한 헌법재판소의 결정들에서 일반 국민에 대한 예측가능성보다는 법집행자에 의한 자의적인 집행가능성이 없는지에 더 초점을 맞추어 명확성원칙 위배 여부를 판단하고 있는 것으로 보인다.

29) 청소년의성보호에관한법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제2조(정의) 3.“청소년이용음란물”이라 함은 청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.

- 상습 강도·절도죄 등의 가중처벌에 관하여 규정한 특가법 제5조의4 제6항³⁰⁾의 명확성원칙 위배 여부(적극)

「실무에서도 특가법 제5조의4 제1항 중 형법 제329조에 관한 부분에 대하여 위헌결정이 선고된 이후, 특가법 제5조의4 제6항을 여전히 적용할 수 있는지에 관하여 하급심 판결이 엇갈렸고, 특가법 제5조의4 중 위헌으로 결정된 부분은 물론이고 그렇지 않은 부분에 관하여도 공소장변경절차를 통하여 죄명과 적용법조를 형법으로 변경한 다음 판결을 선고하고 있다. 이와 같이 상습적으로 형법 제329조의 죄를 범한 경우에 특가법 제5조의4 제6항으로 처벌할 수 있는지 여부에 대하여 법률전문가인 법관이나 검사들 사이에서도 의견이 나뉜다.

법률조항의 올바른 해석을 위하여 입법연혁이나 그 취지까지 참작해야 한다면 이는 법률전문가에게도 결코 쉽지 않은 일이다. 즉 통상의 판단능력을 가진 일반인은 물론 법률전문가에게조차 법해석상 혼란을 야기할 수 있을 정도라면, 이는 적어도 형벌법규에는 적합하지 아니한 것으로서 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반된다고 할 것이다(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16 참조).」(헌재 2015. 11. 26. 2013헌바343, 공보 제230호, 1762)

위 2001헌가27 결정에서는 법원과 검찰 간에 법률조항의 해석이 다르더라도 명확성원칙에 위배되는 것은 아니라고 하고, 아래 2013헌바343 결정에서 법률전문가인 법관이나 검사들 사이에서도 의견이 나뉘므로 법률전문가에게 법해석상 혼란을 야기할 수 있을 정도여서 명확성원칙에 위배된다고 한다. 범규범의 해석을 둘러싸고 하급심법원과 상급심법원의 의견이 다른 경우, 법원과 검찰의 의견이 다른 경우를 종종 보게 되는데, 이렇게 법률전문가들 사이에 의견이 나뉘는 경우 앞으로는 명확성원칙에 위배된다고 보아야 하는지 아닌지 의문이 남는다.

헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16 결정에서는 “이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 주거나 받은 자”를 형사처벌하는 정치자금법(1997. 11. 14. 법률 제5413호로 신설되고, 2004. 3. 12. 법률 제7191호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항

30) 특가법 제5조의4(상습 강도·절도죄 등의 가중처벌) ⑥ 제1항 또는 제2항의 죄로 두 번 이상 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 3년 이내에 다시 제1항 또는 제2항의 죄를 범한 경우에는 그 죄에 대하여 정한 형의 단기의 2배까지 가중한다.

의 명확성원칙 위배 여부가 문제되었는데, 다음과 같이 판시하였다.

「어떤 사람이 정치자금을 수수함에 있어서 법적인 제한이 있다는 것을 몰랐다는 것은 ‘법률의 부지’ 문제이지, ‘법률의 불명확성’ 문제는 아니라 할 것이다. 그러므로, 정치자금을 수수하고자 한다면 정치자금법에 정해진 방법대로 하지 아니하면 처벌된다는 점은 이 사건 법률조항에 의해 명백하다. 그리고, 정치자금법의 각 개별조항에 의하면 정치자금을 수수하는 방법이 상세히 규정되어 있어서 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 정치자금법이 허용하는 정치자금의 수수방법은 능히 인식할 수 있다. 나아가 우리 사회에 있어서 정치자금을 주거나 받는 등 이 사건 법률조항과 연관을 맺게 되는 사람은 위에서 말한 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’보다는 정치자금의 수수방법에 대해 더 잘 알 수 있는 지위에 있다고 본다면, 정치자금법에 정해진 방법 이외의 것을 포괄적으로 지칭하는 의미로 쓰인 “이 법이 정하지 아니한 방법” 부분이 불명료하다고 할 수 없다.」(헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16, 판례집 16-1, 759, 766)

법규범의 수범자는 수범자인 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이지만, 실제로 정치자금을 주거나 받는 사람들은 정치자금의 수수방법에 대해 더 잘 알 수 있는 지위에 있는 사람들이라는 또 다른 가상의 수범자를 이중으로 내세워 판단하는 것은 적절하지 않다고 생각된다.

IV. 명확성의 판단기준

1. 헌법재판소 결정에 대한 비판

헌법재판소는 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규범의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부에 따라 판단한다고 한다. 명확성원칙의 판단기준으로서 예측가능성은 국민의 입장에서 형식적으로 법문의 명확성을 갖출 뿐만 아니라, 내용적으로 법문의 의미내

용이 무엇인지를 알 수 있는 상황을 요구한다. 그런데, 헌법재판소의 견해에 의하면, 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 된다고 한다.³¹⁾ 또한 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다고 한다.

이러한 헌법재판소의 견해를 그대로 따르면, 국민이 법규범의 의미내용을 알려고 하면 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법을 제대로 숙지하고 있어야 된다. 또한 국민은 개개의 법률이나 법조항의 성격의 차이를 알아야 하고, 법률조항의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황도 알아야 하는 엄청난 능력을 지녀야 한다.³²⁾ 일반 국민이 명확성의 정도를 파악하기 위해 법률이나 법조항의 성격의 차이도 알아야 하고, 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 분석하여 명확성 여부를 판단하라는 것은 무리한 요구이다.³³⁾

2. 어느 범위까지 고려하여 명확성을 판단할 것인가

(1) 명확성 판단은 법규범의 문언을 해석하는 것부터 시작된다. 법규범의 해석을 위해서는 어휘의 사전적 의미를 살펴보는 작업이 먼저 이루어진다. 다음으로 입법 목적을 통해 법규범의 적용범위를 제한하게 된다. 실제 명확성 여부 판단에서 입법 목적은 일반적이고 추상적으로 규정된 법규정의 의미를 제한하기 위한 중요한 요소로 기능한다.³⁴⁾ 그리고 당해 법조항 외에 관련된 다른 규정들과의 상호관계를 검토하여 당해 법규정의 의미를 해석할 수 있는지를 살피게 되는데, 헌법재판소는 법규범의 체계적 구조 등을 고려하여 명확성 여부를 판단해오고 있다.³⁵⁾

31) 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 822.

32) 이부하, 앞의 논문, 14-15면.

33) 이부하, 앞의 논문, 19면.

34) 이봉의·전종익, 독점규제법 제3조의2 제1항 제5호 후단 “소비자이익의 저해행위” 금지의 위헌성 판단 - 명확성원칙을 중심으로, 서울대학교 법학 제49권 제3호, 256면.

35) 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812 등

(2) 이처럼 법규범의 의미를 해석하기 위하여 당해 법규범의 문언, 입법목적, 법규범의 체계적 구조를 고려하는 것은 기본적으로 필요하다. 그런데 당해 법규범의 ‘입법연혁’은 고려의 범위에 포함되는가 아닌가. 이에 대한 헌법재판소의 입장은 일관되지 않다.

헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83 결정에서는 “법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 된다.”고 하였다가,³⁶⁾ 헌재 2015. 11. 26. 2013헌바343 결정에서는 “법률조항의 올바른 해석을 위하여 입법연혁이나 그 취지까지 참작해야 한다면 이는 법률전문가에게도 결코 쉽지 않은 일이다(헌재 2015. 11. 26. 2013헌바343, 공보 제230호, 1762)³⁷⁾”라고 하였다. 사건으로는 법규범의 명확성 여부를 판단하면서 입법연혁까지 확인하여 이를 고려하도록 하는 것은 일반인이나 법률전문가 모두에게 지나친 요구라고 보인다.

(3) 청소년이용음란물을 “청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것…”으로 정의하고 있는 청소년의성보호에관한법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호로 제정된 것) 제2조 제3호의 명확성원칙 위배 여부와 관련하여 헌법재판소는 “건전한 상식과 통상적인 법감정을 가지고 있는 사람이라면 위에서 살핀 바와 같은 이 사건 법률의 입법경과와 입법목적, 같은 법률의 다른 규정들과의 체계조화적 해석, 관계부처의 법률해석, 다른 처벌법규와의 비교 등을 고려하여 목적론적으로 해석할 때, 이 사건 법률의 ‘청소년이용음란물’에는 실제인물인 청소년이 등장하여야 한다고 보아야 함이 명백하고”(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 264)라고 판시하였다. ‘관계부처의 법률

36) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 등, 판례집 21-1하, 545, 헌재 2012. 12. 27. 2012헌바47, 판례집 24-2하, 507 등

37) “건축물의 소유자 또는 관리자는 그 건축물·대지 및 건축설비를 항상 이 법 또는 이 법의 규정에 의한 명령이나 처분과 관계법령이 정하는 기준에 적합하도록 유지·관리하여야 한다”고 규정한 건축법 제26조에 대한 위헌제청사건(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16)에서 헌법재판소는 동일한 취지로 판시한 바 있다. 「이 사건 법률규정은 일정한 자가 건축물 등을 ‘관계법령’이 정하는 기준에 적합하게 유지·관리하지 아니하는 것을 구성요건으로 규정하고 있을 뿐 관계법령의 구체적인 범위는 물론 그 범위를 한정할 수 있는 기준에 관하여조차 아무런 규정도 하지 아니하고 있다. 만일 위 규정의 올바른 해석을 위하여는 입법연혁이나 그 취지까지 참작해야 한다면 이는 법률전문가에게도 결코 쉽지 않은 일이라고 할 것이다. 즉 통상의 판단능력을 가진 일반인은 물론 법률전문가에게조차 법해석상의 혼란을 야기할 수 있을 정도로 불명확하다.」(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 324-325)

해석'을 명확성 여부의 판단 시 고려하라고 하는 것은 이해하기 어렵다.

V. 명확성의 정도

1. 헌법재판소 결정에 대한 비판

앞서 본 바와 같이 헌법재판소는 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 표현의 자유가 수행하는 역할을 강조하면서 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하기 때문에 “표현의 자유를 규제하는 법률은 그 규제로 인해 보호되는 다른 표현에 대하여 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.”³⁸⁾고 하여 엄격한 명확성을 요구하고 있다. 그런데 위와 같은 설시에 뒤이어 “그러나 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법 기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 따라서 명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것이다. 그러므로 법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다 할 것이다.”(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342)³⁹⁾라는 내용을 덧붙이고 있다. 이에 대해 ‘최소한’과 ‘명확성’은 서로 모순되는 개념이므로 어느 정도가 최소한이며, 명확성이 강화되는 법률과는 어떻게 조화될 수 있는지가 설명되어야 한다는 비판이 있다.⁴⁰⁾

38) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342.

39) 유사한 설시로 헌재 2012. 2. 23. 2008헌마500 결정.

“이 사건 정보통신망법조항은 엄밀한 의미에서 형사처벌조항은 아니지만 형사처벌과 밀접한 관련이 있는 조항이고 동시에 표현의 자유를 제한하고 있으므로, 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용된다.

한편, 명확성원칙의 엄격한 적용이 요구되는 경우라 하더라도 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 여부를 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 명확성원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다.” (헌재 2012. 2. 23. 2008헌마500, 판례집 24-1상, 228, 247-248)

40) 이부하, 앞의 논문, 19면.

2. 규율영역에 따른 명확성의 정도는 과연 다른가

(1) “어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구되고 죄형법정주의가 지배하는 형사관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용되지만, 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다.”⁴¹⁾, “직업의 자유를 직접 제한하고 있으므로, 형사 관련 법률에서의 명확성의 정도는 아닐지라도 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 요구가 보다 강화된다.”⁴²⁾라는 헌법재판소의 결정들과 앞서 본 표현의 자유에 관한 헌법재판소 결정을 정리해보면, 규율영역별로 명확성의 요구 정도는 ① 표현의 자유의 명확성,⁴³⁾ ② 죄형법정주의의 명확성, ③ 기본권 제한 법률 또는 법치국가의 명확성 순으로 낮아지는 것으로 볼 수 있다.

그런데 헌법재판소는 표현의 자유를 규제하는 입법에 대한 명확성 심사에서 뿐만 아니라 죄형법정주의의 명확성원칙에서도 “...그러나 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술상 불가능하고, 다소 광범위하여 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 명확성원칙에 반한다고 할 수는 없다.”⁴⁴⁾라고 하여 명확성의 요구를 완화하고 있다.

그리고 법치국가의 명확성원칙에 대해서도 “법규범의 문언은 어느 정도 가

41) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79; 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바41, 판례집 23-1상, 276, 300; 헌재 2011. 11. 24. 2010헌바2, 판례집 23-2하, 278, 283-284

42) 부정당업자에 대하여 일정기간 입찰참가자격을 제한할 수 있도록 한 공공기관의 운영에 관한 법률 (2007. 1. 19. 법률 제8258호로 제정된 것) 제39조 제2항에 대한 헌법소원사건. 헌재 2012. 10. 25. 2011헌바99, 판례집 24-2하, 6, 15-16.

43) “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신”을 금지하는 전기통신사업법 제53조 제1항에 대한 헌법소원사건에서 다수의견은 표현의 자유에 대해서는 엄격한 명확성이 요구된다고 한 반면, 3인의 재판관은 반대의견에서 표현의 자유를 규제하는 입법이라고 하여 언제나 엄격한 심사기준이 채택되어야 하는 것은 아니라는 입장을 표하였다. “표현의 자유의 영역에서 그 위반에 대한 제재수단이 형벌일 경우에는 어떠한 영역보다도 명확성의 요구 정도가 강할 것이지만, 이 사건의 경우와 같이 그 위반의 제재수단이 비교적 경미하여 형벌 또는 이와 유사한 강도의 것이라고 보기 어려운 때에는, 단지 문제되는 영역이 표현의 자유라는 이유만으로 명확성의 원칙 내지 포괄위임금지의 원칙과 관련하여 특별히 엄격한 심사기준이 채택되어야 한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.”(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 635-636)

44) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등

치개념을 포함한 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없는 것이기 때문에 명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서, 법문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다⁴⁵⁾고 하여 표현의 자유의 명확성원칙에 관한 것과 별반 다를 게 없다.

그렇다면 표현의 자유의 명확성원칙, 죄형법정주의의 명확성원칙, 법치국가의 명확성원칙을 심사함에 있어서 요구되는 명확성의 정도는 같다는 것인가 다르다는 것인가. 다르다면 무엇이 어떻게 어느 정도로 엄격하게 판단된다는 것인지 아니면 어떻게 완화되어 판단된다는 것인지 도무지 알 수가 없다. 헌법재판소는 규율영역에 따라 요구되는 명확성의 정도가 다르다고 하면서도 어떤 점에서 다르게 판단되는 것인가에 대해 아무런 기준도 제시하고 있지 않다.

(2) 표현의 자유의 명확성원칙이 죄형법정주의의 명확성원칙과 같이 문제될 경우 헌법재판소는 두 원칙을 구분하여 판단하지 않고 하나의 기준으로 명확성 여부를 판단하고 있다. 즉 헌법재판소는 표현의 자유와 관련하여 좀 더 엄격한 명확성이 요구되는 듯한 입장을 취하지만 실제에 있어서는 죄형법정주의의 명확성원칙과 동일한 수준으로 판단하고 있는 것이다. 표현의 자유의 명확성원칙과 죄형법정주의의 명확성원칙이 같이 판단된 사례들을 보면 다음과 같다.

- 형법 제311조의 모욕죄에 대한 헌법소원 사건

공연히 사람을 모욕한 자를 처벌하도록 하고 있는 형벌조항일 뿐만 아니라 동시에 표현의 자유를 제한하고 있다. 따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성원칙뿐만 아니라 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서의 명확성원칙을 요구한다 할 것이며, 그 정도는 엄격한 의미에서의 명확성이라 할 것이다.(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 511)

45) 헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45, 판례집 17-2, 712, 721. 검사로서의 체면이나 위신을 손상하는 행위를 하였을 때 징계를 할 수 있도록 규정한 구 검사징계법(2006. 10. 27. 법률 제8056호로 개정되고 2009. 11. 2. 법률 제9817호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3호의 명확성원칙 위배 여부에 대한 판단이다.

- 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 허위의 통신을 한 자를 형사처벌하는 전기통신기본법 제47조에 대한 헌법소원 사건

이 사건 법률조항은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 엄격한 의미의 명확성원칙이 적용된다.(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등, 판례집 22-2하, 684, 695)

(3) 한편, 헌법재판소는 표현의 자유의 명확성원칙을 적용하는 데 소극적인 태도를 보이고 있다. 미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화의 반포 등 행위를 금지하고 이를 위반하는 자를 처벌하는 미성년자보호법 조항의 위헌 여부와 관련하여 표현의 자유의 명확성원칙 위배 여부에 대해서는 판단하지 않고 죄형법정주의 명확성원칙 위배만으로 판단하였다(헌재 2002. 2. 28. 99헌가8, 판례집 14-1, 87)

그 외에도 청소년이용음란물을 제작한 자를 형사처벌하는 청소년의성보호에관한법률 제8조 제1항에 대해서도 죄형법정주의의 명확성원칙에 대해서만 판단하고 표현의 자유의 명확성원칙은 판단하지 않았으며, 표현의 자유에 대해서는 과잉금지원칙 위배 여부만 심사하였다(헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251).

선거운동의 자유를 제한하는 공직선거법 조항에 대해서는 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하므로 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 보장한 헌법 제21조에 의하여도 보호받는다⁴⁶⁾라고 해놓고 죄형법정주의의 명확성원칙으로만 판단하고 표현의 자유의 명확성원칙은 판단하지 않았다(헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32, 판례집 20-2상, 750).

후보자비방을 형사처벌하는 공직선거법 제251조에 대해서도 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부만 판단하고, 표현의 자유는 과잉금지원칙 위배 여부만 심사하였다(헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75, 판례집 25-1, 447).

위와 같이 표현의 자유가 문제되어 과잉금지원칙 위배 여부에 대해 판단하면서도 표현의 자유의 명확성원칙 위배 여부는 판단하지 않은 사례들이 다수 존

46) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 435-436; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174, 193

재하는 점에서 보더라도 표현의 자유를 규제하는 입법에 대하여 엄격한 명확성이 요구된다는 원칙은 별로 실효성이 없는 듯하다.

(4) 헌법재판소가 명확성의 정도를 이례적으로 완화한 사례를 소개한다.

① 보험모집인이 “모집에 관하여 현저하게 부적당한 행위를 하였다고 인정되는 때” 업무의 정지나 등록을 취소할 수 있도록 한 보험업법 제147조 제2항 제2호에 대한 위헌제청사건에서, “보험계약의 특수성 그리고 보험모집질서의 중요성과 그에 따른 규제의 필요성에 비추어 볼 때 이 사건 법률조항이 다소 광의의 개념을 포함하는 용어를 사용하고 있다 하더라도 명확성의 원칙에 위배된다고 볼 수 없다. 보험계약은 다른 상거래와는 달리 단체성, 공공성, 사회성의 특성을 가지고 있고 이러한 특성으로 말미암아 다른 어떤 금융거래보다 더욱 규제의 필요성이 높을 뿐만 아니라 보험상품은 그 성격상 모집 단계에서부터 각종 부적절 행위나 기만적 행위가 일어날 가능성이 큰 결과 보험모집 단계에서의 규제의 필요성이 더욱 강조되기 때문이다. 이와 같은 점과 아울러 보험모집의 주체와 보험모집행위의 다양성을 감안한다면 명확성의 원칙은 상당히 완화되어 적용되어야 할 것이다.”(헌재 2002. 1. 31. 2000헌가8, 판례집 14-1, 1, 8)라고 판시하였다. 그러나 현대 사회에서 법규범의 규율대상이 되는 행위가 단일하게 혹은 획일적으로 나타나는 경우는 거의 없다. 보험대리점업무를 정지당한 자의 입장에서 보면 직업의 자유가 제한된 것인데 보험모집행위가 다양하다는 이유로 기본권을 제한하는 입법에 대하여 명확성의 정도를 완화하여 심사한다면 기본권 제한 입법에 대해 명확성원칙을 요구하는 목적은 그 의미가 퇴색될 수밖에 없다.

② 법원이 구속의 사유를 심사함에 있어 “범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려”하도록 규정한 형사소송법 제70조 제2항에 대한 헌법소원사건에서 “이 사건 법률조항은 법 제70조 제1항 소정의 구속 사유 외에 구속사유를 새로이 추가하거나 확장한 것이 아니라 구속판단시에 고려하여야 할 요소를 거시한 것이므로 요구되는 구체성의 정도는 상대적으로 완화되어야 할 것이다.”(헌재 2010. 11. 25. 2009헌바8, 판례집 22-2하, 358, 364-365)라고 판시하였는데, 구속되는 피의자의 입장에서는 신체의 자유를 제한하는 구속 여부의 판단에 어떠한 사항이 고려의 대상이 되는지는 중요한 사항임에도 명확성의 정도를 완화하는 것은 적절치 않다고 본다.

③ 채무자가 채권자를 해함을 알고 재산권을 목적으로 한 법률행위를 한 때 채권자취소권을 행사할 수 있도록 규정한 민법 제406조에 대한 헌법소원사건에서 헌법재판소는 “특히 민사법규는 행위규범의 측면이 강조되는 형벌법규와는 달리 기본적으로는 재판법규의 측면이 훨씬 강조되므로, 사회현실에 나타나는 여러 가지 현상에 관하여 일반적으로 흠결 없이 적용될 수 있도록 보다 추상적인 표현을 사용하는 것이 상대적으로 더 가능하다고 본다.”⁴⁷⁾라고 판시하였다.

정당한 권원이 있는 자의 도메인이름등의 등록을 방해하거나 정당한 권원이 있는 자로부터 부당한 이득을 얻는 등 부정한 목적으로 도메인이름등을 등록·보유, 사용하는 것을 금지한 인터넷주소자원에 관한 법률 제12조에 대한 헌법소원사건에서도 동일한 내용의 판시를 하였다.⁴⁸⁾

민사법규라 하더라도 기본권을 제한하는 내용을 담고 있는 경우에는 법치국가의 명확성원칙에 따라 판단하여야 한다. 그런데 위에서 본 헌법재판소의 판시 내용은 민사법규에 대해서는 죄형법정주의에 의하여 명확성의 정도가 엄격하게 요구되는 형벌법규에 비하여 요구되는 명확성의 정도가 완화된다는 것일 뿐인지, 아니면 민사법규는 재판규범의 측면이 있으므로 기본권 제한 입법에 대해 요구되는 명확성의 정도보다 더 완화된다는 것인지 그 의미가 불분명하다.

VI. 명확성 여부의 판단과 관련한 헌법재판소 결정의 일관성

1. 다시 서두에서 살펴본 얘기로 돌아가 보자. 헌법재판소는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 내용의 통신(불온통신)”을 금지하는 전기통신사업법 제53조는 표현의 자유의 명확성원칙에 반하지만(99헌마480), 학교환경위생정화구역 안에서 “미풍양속을 해하는 행위 및 시설”의 설치를 금지하는 구 학교보건법 조항은 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다(2006헌바60 등).

99헌마480 결정에서는 「“공공의 안녕질서”는 위 헌법 제37조 제2항의 “국가

47) 헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96, 판례집 19-2, 467, 478

48) 헌재 2013. 10. 24. 2011헌바138, 판례집 25-2하, 174, 180. 그 외에도 헌재 2009. 9. 24. 2007헌바118, 판례집 21-2상, 588, 597; 헌재 2013. 5. 30. 2012헌바335, 판례집 25-1, 318, 325 등

의 안전보장·질서유지”와 ‘미풍양속’은 “헌법 제21조 제4항의 “공중도덕이나 사회윤리”와 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 아니하다.”⁴⁹⁾라고 본 반면, 2006헌바60 등 결정에서는 ““미풍양속을 해하는 행위 및 시설’ 중에서 학교의 보건·위생과 학습환경에 나쁜 영향을 주는 행위 및 시설을 의미한다고 보아야.”⁵⁰⁾ 하기 때문에 불명확하지 않다는 것이다. 그러나 헌법재판소는 표현의 자유의 명확성원칙과 죄형법정주의의 명확성원칙 판단에 있어 요구되는 명확성의 정도를 다르게 보고 있지 않다는 점에서, ‘미풍양속을 해하는 행위 및 시설’ 중에서 학교의 보건·위생과 학습환경에 나쁜 영향을 주는 것으로 제한하고 있지만 “나쁜 영향을 주는 것인지”에 대한 가치판단 또한 상대적일 수밖에 없으므로, 학교의 보건·위생과 학습환경에 ‘나쁜 영향을 주는’ 행위 및 시설”의 범위와 한계에 관하여 수범자인 국민이나 법집행기관에게 구체적인 지침을 제시하지 못한다는 문제는 여전히 남는다.”⁵¹⁾고 지적한 2인의 반대의견이 훨씬 설득력이 있어 보인다.

2. 한편, 헌법재판소는 ‘공익’을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사처벌하는 전기통신사업법 제47조 제1항에 대한 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 사건에서 ““공익”이라는 개념은 이처럼 매우 추상적인 것이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없다. 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인들에게 있어 공통적으로 공익으로 인식될 수 있는 이익이 존재함은 의문의 여지가 없으나, 판단주체에 따라 공익인지 여부를 달리 판단할 가능성이 있는 이익이 존재함도 부인할 수 없다. 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵다.”⁵²⁾라고 하여 표현의 자유의 명확성원칙 및 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 판단하였다.

이에 반해 후보자(또는 후보자가 되고자 하는 자)를 비방한 경우 형사처벌하되, 진실한 사실로서 ‘공공의 이익’에 관한 때에는 처벌하지 않도록 규정한 공직선거법 제251조의 후보자비방죄에 대하여 헌법재판소는 명확성원칙에 위배되지

49) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 629

50) 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바60 등, 판례집 20-1상, 554, 565-566

51) 재판관 김종대, 송두환의 반대의견. 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바60 등, 판례집 20-1상, 554, 568

52) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등, 판례집 22-2하, 684, 696

않는다고 하였다(헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75 결정). 특히 위법성조각사유인 ‘공공의 이익’과 관련하여 “범죄의 성립과 처벌은 법률에 의하여야 한다는 죄형법정주의의 본래 취지에 비추어 볼 때, 위법성조각사유의 경우에도 죄형법정주의의 명확성원칙은 적용된다.”⁵³⁾라고 하면서, “‘공공의 이익’이란 일반적으로 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하는 것”⁵⁴⁾이며, “‘공공의 이익’이란 사회상황의 변화에 따라 그 의미가 변화할 수 있는 것이어서, 그것이 의미하는 바를 구체적, 서술적으로 열거하여 범위를 한정하는 것이 입법 기술상 현저히 곤란”⁵⁵⁾하므로 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다는 것이다. 2011헌바75 사건에서는 죄형법정주의의 명확성원칙에 대해서만 판단하였지만 후보자에 대한 비방이 담긴 표현이 어느 범위까지 허용되는지에 관한 것이므로 표현의 자유 역시 문제된다고 할 수 있다.

그렇다면 동일하게 표현의 자유의 명확성원칙과 죄형법정주의의 명확성원칙 위배 여부가 문제되는 위 2008헌바157과 2011헌바75 두 사건에서, “공익”의 개념은 매우 추상적인 것이어서 어떠한 표현행위가 과연 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없어 불명확하지만(2008헌바157), “공공의 이익”은 대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익을 의미하는 것이므로 명확하다(2011헌바75)는 결론에 대하여 왜 그래야 하는지 납득할 만한 이유를 찾기 힘들다.

3. 또 다른 사례로, 방송통신위원회로 하여금 ‘건전한 통신윤리’의 함양을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 정보⁵⁶⁾에 대하여 심의 및 시정요구를 할 수 있도록 규정한 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제21조에 대하여 헌재 2012. 2. 23. 2011헌가13 결정은 “‘건전한 통신윤리’라는 개념은 다소 추상적이기는 하나, 전기통신회선을 이용하여 정보를 전달함에 있어 우리 사회가 요

53) 헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75, 판례집 25-1, 447, 456

54) 헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75, 판례집 25-1, 447, 456

55) 헌재 2013. 6. 27. 2011헌바75, 판례집 25-1, 447, 457

56) 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 시행령 제8조는 “대통령령이 정하는 정보”란 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7에 따른 불법정보 및 청소년에게 유해한 정보 등 심의가 필요하다고 인정되는 정보라고 규정하고 있다.

구하는 최소한의 질서 또는 도덕률을 의미”⁵⁷⁾하므로 불명확하지 않다고 판시하였다.

과연 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속’(99헌마480), ‘공익’(2008헌바157)은 그 의미내용을 파악할 수 없을 정도로 구체화되어 있지 않지만, ‘건전한 통신윤리’(2011헌가13)는 그 의미가 명확한가. 99헌마480 사건에서 3인의 합헌의견은 “위 법률조항들에서 사용되고 있는 ‘공공의 안녕질서’ 또는 ‘미풍양속’은 ‘모든 국민이 준수하고 지킬 것이 요구되는 최소한도의 질서 또는 도덕률’을 의미한다고 보아야”⁵⁸⁾ 하므로 명확성원칙에 위배되지 않는다고 하였다. 99헌마480 사건의 다수의견처럼 ‘공공의 안녕질서’ 또는 ‘미풍양속’이 모든 국민이 준수하고 지킬 것이 요구되는 최소한도의 질서 또는 도덕률을 의미하는 것으로 볼 수 없다고 한다면, 2011헌가13 사건의 ‘건전한 통신윤리’ 역시 우리 사회가 요구하는 최소한의 질서 또는 도덕률을 의미하는 것으로 볼 수 없다고 하는 것이 논리가 일관된다. 2011헌가13 결정에서 3인의 반대의견에 좀 더 수긍이 가는 이유도 바로 그러한 점 때문이다.

「이 사건 법률조항의 ‘건전한 통신윤리’란 헌법 제21조 제4항의 ‘공중도덕이나 사회윤리’, 방송통신위원회법 제18조 제1항의 ‘정보통신에서의 건전한 문화 창달’과 비교하여 볼 때 동어반복이라 해도 좋을 정도로 전혀 구체화되어 있지 않은 것이다. 즉 심의위원회의 심의대상의 하나이자 시정요구의 대상이 되는 정보의 개념을 전혀 한정하지 못하고, 헌법상 기본권 제한의 요건, 헌법상 언론·출판자유 의 한계 또는 방송통신위원회의 설치목적 등을 그대로 옮겨 놓은 것에 불과할 정도로 그 의미가 불명확하고 추상적이다.

이처럼 ‘건전한 통신윤리’라는 것은 매우 추상적인 개념이어서, 어떠한 표현행위가 과연 ‘건전한 통신윤리’의 함양에 필요한 사항인지 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 행정기관으로서도 그 의미내용을 객관적으로 확정하기 어렵다. ... (중략)

결국, 방송통신위원회의 취급거부·정지·제한명령제도(정보통신망법 제44조의7 제3항)라는 기존의 규제제도 외에 이 사건 법률조항에 의해 심

57) 헌재 2012. 2. 23. 2011헌가13, 판례집 24-1상, 25, 35-36. 이 사건에서 명확성원칙과 포괄위임금지원칙 위배 여부를 별개로 판단하였다.

58) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 636-637

의위원회의 시정요구라는 또 하나의 표현의 내용 규제제도를 창설하면서, ‘건전한 통신윤리의 함양을 위하여 필요한 사항’이라는 모호하고도 추상적인 기준을 제시함으로써, 이미 헌법재판소에서 위헌이라고 판단되었던 ‘불온통신’이 ‘불건전정보’라는 모습으로 되살아난 것이다.」(헌재 2012. 2. 23. 2011헌가13, 판례집 24-1상, 25, 44)

VII. 마치며

법규범의 위헌 여부 판단은 법규범의 내용이 명확하게 규정되어 있는지에 대한 판단부터 시작된다는 점에서 명확성원칙은 헌법재판에서 중요한 심사도구이다. 그런데 그동안의 헌법재판소 결정들은 명확성원칙을 심사함에 있어 법규범의 내용이 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람 또는 법률전문가 누구에게 명확하면 되는지, 법규범의 내용을 해석할 때 어느 범위까지 고려하여 판단할 것인지, 규율영역에 따라 과연 명확성의 정도가 달리 요구되는 것인지 등과 관련하여 다소 불명확한(?) 태도를 보여주고 있음은 위에서 살펴본 바와 같다. 학문적 깊이와 고민의 부족으로 이 글에서 그와 같은 불명확함을 해소할 수 있는 대안을 제시하지는 못하지만, 헌법재판소 결정에 대한 신뢰가 높아질 수 있도록 앞으로는 명확성원칙을 심사하면서 헌법재판소가 기존에 확립된 실시방법만을 고수하기 보다는 그러한 심사방법이 옳은 것인지를 다시 한 번 돌아본 후 새롭게 명확성원칙에 관한 이론을 정립하고 일관된 입장을 보여주었으면 하는 바람이다.

제151회 발표회 지정토론문

발제문: 명확성원칙에 대한 재검토

발제자: 김경목(헌법재판소 부장연구원)

일시 및 장소: 2016. 5. 25.(수) 헌법재판소 2층 회의실

양 천 수*

I. 들어가며

오늘 토론을 맡게 된 영남대학교 법학전문대학원의 양천수라고 합니다. 저는 기초법학, 그 중에서도 법철학을 주된 전공으로 하고 있습니다. 이런 귀중한 자리에 여러 모로 부족한 저를 토론자로 불러주신 데 대해 진심으로 감사인사를 드립니다. 저는 학교에서 “법학방법론”을 강의하고 있고, 법학방법론이나 법해석학은 제가 관심을 기울이는 분야여서 ‘명확성원칙’에 관한 오늘 발표는 저에게 아주 유익하면서도 즐거운 지적 자극이 되었습니다. 훌륭한 발표를 해주신 김경목 부장연구원님에게 진심으로 감사를 드립니다. 김경목 부장연구원님의 발표문을 꼼꼼하게 읽으면서 많은 점을 배울 수 있었습니다. 이에 비해 제가 하는 토론은 여러 모로 부족합니다. 훌륭한 발표에 누가 되지 않을까 걱정이 됩니다. 이 점 양해 부탁드립니다. 제 전공이 기초법학인 만큼 기초법학의 관점에서 토론을 할까 합니다.

* 영남대학교 법학전문대학원 교수

II. 발표문의 전체구조

발표문에서 김경목 부장연구관님은 명확성원칙에 대한 헌법재판소의 판례를 광범위하게 그리고 때로는 비판적으로 분석하고 계십니다. 전공의 특성으로 헌법재판소 판례를 직접 접할 기회가 많지 않은 토론자에게는 좋은 공부가 되었습니다. 더군다나 헌법연구관이시면서도 헌법재판소 판례에 대해 일정 부분 비판적인 태도를 견지하시는 소신에 깊은 인상을 받았습니다. 이 발표문에서 김경목 부장연구관님은 명확성의 판단주체, 명확성의 판단기준, 명확성의 정도를 중심으로 하여 헌법재판소 판례 및 이에 관한 비판들을 분석하고 계십니다.

김경목 부장연구관님의 분석에 따르면, 헌법재판소는 명확성의 판단주체에 관해서는 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 추상적인 일반인’을, 명확성의 판단기준에 대해서는 법규범의 문언과 입법목적, 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 종합적 기준을, 명확성의 정도에 대해서는 이른바 ‘최소한의 명확성’과 유형적 판단을 제시하고 있습니다. 그러면서 판단주체 문제를 보완하기 위해 ‘법관의 보충적 해석’을 추가하고 있습니다. 이러한 헌법재판소의 태도에 대해 김경목 부장연구관님은 한편으로는 동의를 하면서도 다른 한편으로는 비판도 하십니다. 저 역시 기본적으로 김경목 부장연구관님의 주장에 공감합니다. 그렇지만 일견 일관적이지 않게 보이는 헌법재판소의 고민과 결론에 대해서도 수궁하는 점이 없지 않습니다. 솔직히 말씀드리면, 아마도 제가 김경목 부장연구관님보다 헌법재판소의 태도를 더욱 지지하지 않을까 합니다. 그 이유는 기본적으로 저는 복잡성이 놀랍도록 증대하고 있는 현대사회에서 명확성원칙에 너무 과도한 임무를 부여하는 것은 타당하지 않다고 생각하기 때문입니다.

III. 명확성원칙의 법이론적 의의와 한계

1. 명확성원칙의 법이론적 의의

헌법재판소 판례가 일관되게 지적하고 있는 것처럼, 명확성원칙은 법치주의를 실현하는 데 중요한 역할을 수행합니다. 이는 두 가지 측면에서 바라볼 수 있습니다. 일반 국민의 측면과 국가기관의 측면이 그것입니다. 잘 아시는 것처럼,

법규범의 의미내용이 명확하면 명확할수록 수범자인 일반 국민은 그 만큼 더 손쉽게 법규범을 이해하고 준수할 수 있을 것입니다. 이를 통해 법규범의 규범력, 즉 효력을 강화할 수 있습니다. 형법학의 개념으로 바꾸어 말하면, 명확성원칙을 최대한 실현하면 실현할수록 적극적 일반예방 역시 제고할 수 있는 것입니다. 명확한 법규범은 법규범에 대한 국민의 신뢰를 강화하고 이를 통해 기대가능성 및 법적 안정성도 제고할 것이기 때문입니다.

또한 국가기관의 측면에서 보면, 명확성원칙은 행정부와 사법부의 법률구속을 강화합니다. 법규범이 명확하면 명확할수록 행정부의 재량범위는 축소되고 법원의 해석여지도 축소되기 때문입니다. 만약 행정부와 사법부의 재량과 해석권한이 최소한도로 축소된다면, 그 만큼 법률을 통해 매개되는 국민의 의지가 직접적으로 국민 자신에게 투영될 것입니다. 자기결정(입법)에 따른 자기준수(법규범준수)라는 ‘동일성 민주주의’가 실현될 수 있을 것입니다. 이를 통해 공무원과 법관의 법률구속이념도 최대한 실현할 수 있을 것입니다. 이렇게 보면 명확성원칙은 ‘해석금지요청’의 현대적 버전이라고도 말할 수 있을 것입니다. 여기에는 “법은 가능한 한 쉽고 상식에 부합해야 한다.”는 소박한 윤리적 믿음이 담겨 있다고 생각합니다.

2. 명확성원칙의 한계

그러나 저는 명확성원칙을 둘러싼 이런 소박한 믿음은 여러 가지 이유로 현대사회에서 실현하기 어렵다고 생각합니다.

(1) 언어의 한계

첫째, 법규범을 구성하는 언어 자체가 근원적으로 모호성에서 자유로울 수 없다는 점을 지적할 수 있습니다. 언어는 통시적인 측면에서(통시적 모호성) 그리고 공시적인 측면에서(공시적 모호성) 모호할 수밖에 없습니다. 숫자가 아닌 이상 언어는 다의적으로 해석될 여지를 안고 있습니다. ‘사람’이나 ‘부녀’와 같은 아주 명확한 개념들도 특정한 상황에서는 불분명해진다는 점을 염두에 둘 필요가 있습니다. 따라서 다의적으로 해석될 여지가 있다고 해서 특정한 법규범이 명확성원칙에 위반된다고 손쉽게 판단하는 것은 바람직하지 않다고 생각합니다. 만약 그렇게 되면, 대부분의 법규범은 명확성원칙에 위반된다고 판단해야 할 것입니다.

심지어 헌법마저 명확성원칙 위반에서 자유로울 수 없을 것입니다. 잘 아시는 것처럼, 헌법은 정말 많은 일반조항적 규범, 즉 원칙규범을 갖고 있기 때문입니다. 언어로 만들어진 법규범은 본질적으로 모호할 수밖에 없고 바로 그 때문에 법률 전문가의 작업인 해석이 필요할 수밖에 없습니다. 만약 해석이 필요하지 않은 법규범만 존재한다면, 해석은 불필요한 작업이 될 것이고, 그렇게 되면 법규범해석을 주된 임무로 하는 실정법학 역시 상당수가 필요하지 않게 될 것입니다.

(2) 법체계의 비대화 · 복잡화

둘째, 헌법재판소 판례가 적절하게 지적하고 있는 것처럼, 법규범이 명확성에 과도하게 집착하면 법규범은 일반적 · 보편적 성격을 상실할 것이고, 이로 인해 법규범은 감당할 수 없을 정도로 비대화될 것입니다. 개별 법규범의 의미는 명확해질지는 몰라도 전체 법체계는 반대로 방대해지고 복잡해질 것입니다. 나무는 단순해졌는데, 숲은 더욱 복잡해질 것입니다. 이는 법치주의를 실현하는 데, 사법작용의 효용성을 도모하는 데도 바람직하지 않습니다.

(3) 법규범의 규율영역 확장

셋째, 법규범의 규율영역이 지속적으로 확장되고 있다는 점을 꼽을 수 있습니다. 사회가 기능적으로 복잡해지기 이전에는 법규범은 우리가 일상적으로 살아가는 공간, 즉 ‘생활세계’(Lebenswelt)를 주로 규율하였습니다. 따라서 법규범의 의미내용을 가능한 한 명확하게 하는 것이 가능했습니다. 그렇지만 오늘날에는 법규범이 규율하는 영역이 비약적으로 확대되고 있습니다. 우리가 일상적으로 경험하는 생활세계를 넘어, 기능적으로 복잡해지고 전문화된 영역, 즉 기능적 체계까지 규율하게 되었습니다. 그런데 이렇게 전문화된 규율영역은 일반인들이 제대로 이해하는 데 한계가 있을 수밖에 없습니다. 아무리 법규범을 명확하게 규율한다 할지라도 해당 규범이 의미하는 바를 일반 국민들이 정확하게 이해하기란 쉽지 않습니다.

(4) 법체계의 기능적 분화

넷째, 오늘날 법체계는 독자적인 전문화된 기능적 체계라는 점을 거론할 필요가 있습니다. 법은 독자적인 사회적 체계로서 독자적인 규범적 논리를 축적하

고 있습니다. 이러한 성과는 다시 법규범에 반영됩니다. 이 때문에 현대 체제이론에서는 법체계를 ‘자기생산적 체계’라고 부르기도 합니다. 오늘날 법은 이미 우리가 소박한 상식으로 파악할 수 있는 수준을 넘어서고 말았습니다. 바로 그 때문에 법학이라는 독자적인 학문이 그리고 법률가라는 독자적인 전문직업이 필요한 것이기도 합니다. 이러한 상황에서 일반인들이 손쉽게 이해할 수 있는 법규범을 만들라고 하는 것은 너무 무리한 요구라고 생각합니다.

또한 이처럼 법체계가 독자적인 기능체계로서 분화되었기에 법을 집행하고 해석하는 행정부와 사법부에 일정한 범위에서 독자적인 재량 및 해석권한을 부여할 필요가 있다고 생각합니다. 입법부에 너무 많은 권한을 부여하는 것은 현대적인 기능적 권력분립에도 맞지 않다고 생각합니다.

(5) 일반조항을 통한 소통 필요성

마지막으로, 헌법재판소 판례가 시사하는 것처럼, 경우에 따라서는 그 내용이 모호한 일반조항 등이 필요할 때도 있다는 점을 지적할 수 있습니다. 잘 아는 것처럼, 법체계는 언제나 사회에 비해 변화속도가 늦을 수밖에 없습니다. 이는 장점이 되기도 하고 단점이 되기도 합니다. 단점으로는 법체계가 사회적 환경의 변화를 적절하게 포착하지 못할 수 있다는 점입니다. 이 때 일반조항은 법체계가 사회적 환경과 적절하게 소통을 하는 데 도움을 줄 수 있습니다. 달리 말해, 일반조항을 통해 법체계와 사회적 환경 사이의 간극을 좁힐 수 있는 것입니다.

IV. 대안

1. 명확성원칙에서 과잉금지원칙으로

첫째는 헌법적 통제의 무게중심을 명확성원칙에서 과잉금지원칙으로 옮기는 것입니다. 명확성원칙을 통해 해당 법률을 무효화하기보다는 과잉금지원칙을 통해 통제하는 것이 더욱 설득력을 높일 수 있다고 생각합니다. 헌법재판소의 판례가 명확성원칙에 대해 각기 다른 결론을 내린 것도 이러한 과잉금지원칙을 고려했기 때문이라고 생각합니다.

2. 논증가능원칙으로서 명확성원칙

둘째는 명확성원칙을 논증가능원칙으로 이해하는 것입니다. 특정한 법규범의 의미내용이 법관이 합리적으로 논증할 수 있는 수준이라면 해당 법규범을 명확성원칙에 위반되지 않는 것으로 보는 것입니다. 이는 헌법재판소 관례가 말하는 보충적 해석 가능성 및 최소한의 명확성에 상응하는 것이라고 생각합니다.

3. 명확성원칙의 실현수단으로서 법정보화

셋째는 명확성원칙을 실질적으로 실현하기 위한 방안으로서 법정보화를 강화하는 것입니다. 해당 법규범이 구체적으로 의미하는 바를 수범자인 국민에게 정확하게 전달할 수 있도록 국가에게 책무를 부여하는 것입니다. 이는 다양한 방법으로 실현할 수 있을 것입니다. 유권해석을 적극적으로 이용하도록 하거나 주석서를 만들어 널리 보급하는 것도 좋은 방안이 될 수 있습니다. 물론 법학교육을 강화하는 것도 당연히 포함됩니다.

4. 법률의 착오 등과 같은 법도그마틱 활용

넷째는 법규범의 모호성 때문에 억울하게 피해를 보는 국민들이 발생하지 않도록 법률의 착오 등과 같은 법도그마틱(법리)을 적극 활용하는 것입니다. 우리 대법원 관례는 형사법영역에서 법률의 착오를 좀처럼 인정하지 않는 편인데, 제가 볼 때는 명확성원칙을 이유로 해당 법률을 무효화하는 것보다 법률의 착오를 적극 활용하여 수범자가 억울하게 피해를 입지 않도록 하는 것이 더욱 바람직하다고 생각합니다.

V. 질 문

토론의 마지막으로 김경목 부장연구관님에게 두 가지 소소한 질문을 드리도록 하겠습니다.

1. 첫 번째 질문

김경목 부장연구관님은 발표문 83쪽에서 다음과 같이 주장하십니다.

“즉 법규범이 명확한지에 대하여 일반 국민에 대한 예측가능성을 판단할 때에는 법관의 보충적인 해석을 끌어들이지 않고 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 고지기능을 다하고 있는지를 살피고, 자의적인 법집행가능성을 판단할 때에는 법률전문가에게 객관적인 해석의 기준을 제시하고 있는지를 판단하는 것으로 나누어 보는 것이 필요하다.”

이 주장이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 말씀을 듣고 싶습니다. 제가 볼 때, 이 두 가지 경우를 명확하게 구분할 수 있을지 의문이 들기 때문입니다. 즉 일정한 법규범이 명확성원칙에 위배되는지가 문제될 때는 일반 국민에 대한 예측가능성과 자의적인 법집행가능성이 동시에 문제가 되는 것이 아닌가 합니다. 이러한 경우 과연 판단 기준을 이원화할 수 있을지 의문이 듭니다.

2. 두 번째 질문

발표문 87쪽을 보면, 김경목 부장연구관님은 명확성원칙의 기준과 관련하여 다음과 같이 말씀하십니다.

“헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83 결정에서는 “법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 된다.”고 하였다가,¹⁾ 헌재 2015. 11. 26. 2013헌바343 결정에서는 “법률조항의 올바른 해석을 위하여 입법연혁이나 그 취지까지 참작해야 한다면 이는 법률전문가에게도 결코 쉽지 않은 일이다(헌재 2015. 11. 26. 2013헌바343, 공보 제230호, 1762)²⁾라고 하였다.

1) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 등, 판례집 21-1하, 545, 헌재 2012. 12. 27. 2012헌바47, 판례집 24-2하, 507 등.

2) “건축물의 소유자 또는 관리자는 그 건축물·대지 및 건축설비를 항상 이 법 또는 이 법의 규정에 의한 명령이나 처분과 관계법령이 정하는 기준에 적합하도록 유지·관리하여야 한다”고 규정한 건축법 제26조에 대한 위헌제청사건(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16)에서 헌법재판소는 동일한 취지로 관시한 바 있다. 「이 사건 법률규정은 일정한 자가 건축물 등을 ‘관계법령’이 정하는 기준에 적합하게 유지·관리하지

사건으로는 법규범의 명확성 여부를 판단하면서 입법연혁까지 확인하여 이를 고려하도록 하는 것은 일반인이나 법률전문가 모두에게 지나친 요구라고 보인다.”

그렇지만 법학방법론에서는 입법연혁을 고려하는 해석, 즉 역사적 해석을 아주 중요한 해석방법으로 고려합니다. 심지어 다양한 해석방법이 서로 충돌할 때 역사적 해석에 우선권을 부여해야 한다는 주장도 제기됩니다. 그렇다면 “법률 조항의 올바른 해석”을 위해서는 우선적으로 역사적 해석을 고려해야 하는 것이 아닐까 합니다. 언뜻 생각하면 명확성원칙과 관련하여 목적론적 해석이 역사적 해석보다 더욱 명확해 보이는 것 같지만, 많은 경우 목적 자체가 명확하지 않다는 점을 고려하면 실증적인 근거를 갖고 있는 역사적 해석이 토론자에게는 더욱 명확해 보입니다.

VI. 토론을 마치며

이상 여러 모로 부족한 제 토론을 마치도록 하겠습니다. 마지막으로 좋은 발표를 해주신 김경목 부장연구관님과 제 부족한 토론을 끝까지 경청해 주신 모든 분들에게 진심으로 감사인사를 드립니다. 고맙습니다.

아니하는 것을 구성요건으로 규정하고 있을 뿐 관계법령의 구체적인 범위는 물론 그 범위를 한정할 수 있는 기준에 관하여조차 아무런 규정도 하지 아니하고 있다.

만일 위 규정의 올바른 해석을 위하여는 입법연혁이나 그 취지까지 참작해야 한다면 이는 법률전문가에게도 결코 쉽지 않은 일이라고 할 것이다. 즉 통상의 판단능력을 가진 일반인은 물론 법률전문가에게조차 법해석상의 혼란을 야기할 수 있을 정도로 불명확하다.」(헌재 1997. 9. 25. 96헌가16, 판례집 9-2, 312, 324-325)

제151회 발표회 지정토론문

발제문: 명확성원칙에 대한 재검토

발제자: 김경목(헌법재판소 부장연구관)

일시 및 장소: 2016. 5. 25.(수) 헌법재판소 2층 회의실

이 희 훈*

I. 들어가는 말

먼저 오늘 제151회 헌법실무연구회 정기발표회에서 헌법재판소의 김경목 부장연구관님의 “명확성원칙에 대한 재검토”의 발표문에 대해 여러 모로 부족한 저에게 토론의 기회를 주신 점 깊이 감사드리며, 저 스스로 토론문을 준비할 시간이 많지 않았다는 점과 아직 많이 부족하다는 점 등을 고려하시어, 토론문의 내용상 미흡한 점 등이 있더라도 널리 양해해 주시길 바랍니다.

본 토론을 하기 전에 잠깐 저의 소개를 간단히 해 드리면, 저는 지난 2006년에 연세대학원 법학과에서 2016년 현재 헌법재판연구원장님이신 전광석 교수님께 “집회의 자유의 보호와 제한”이라는 주제로 박사학위를 받은 후, 주로 집회의 자유와 집회시위법 분야를 중심으로 연구(등재지 또는 등재후보지 총 22편)하였고, 현재 국가인권위원회에서 인권정책협의회 위원(자유권 중 집회의 자유 분야) 등을 맡고 있으며, 선문대학교 법학과에서 헌법과 인권법을 강의하고 있는바, ‘명확성의 원칙’은 이러한 집회의 자유 등 표현의 자유를 포함한 여러 인권 내지 기본권이 부당하게 해당 법률에 의해 제한받지 않는 지를 검토하기 위한 여러 위헌성 심사 기준 내지 척도 중 과잉금지의 원칙과 함께 가장 많이 사용되고 있다는 점에서 김경목 부장연구관님의 오늘 발표문의 주제인 ‘명확성의 원칙’에 대한 새

* 선문대학교 법학과 교수, 법학박사

로운 시각에서의 문제점 제시 관련 발표문은 토론을 준비하는 저에게 많은 도움이 되었습니다.

따라서 전반적으로 김경목 부장연구관님의 헌법재판소의 명확성의 원칙에 대한 결정시 명확성 원칙의 판단 주체와 판단 기준 및 명확성의 정도와 명확성 여부의 판단에 대한 헌법재판소 결정의 비일관적 모순성 등의 각각의 논점에 대해 (헌법재판소에 재직 중에 계시면서도) 대체로 비판적인 시각에서 명확성의 원칙에 대한 헌법재판소 결정의 여러 문제점들을 잘 제시해 주고 계시어, “명확성원칙에 대한 재검토”의 본 발표문의 내용과 해당 취지에 대해 대체적으로 동의하며, 본 발표문을 통해 향후 헌법재판소의 명확성의 원칙에 대한 결정에서 더 이상 본 발표문에서 제시된 여러 문제점이나 모순점들이 발생하지 않도록 해 줄 수 있다는 점에서 매우 바람직하다고 생각합니다.

다만, 본 발표문을 읽으면서 중간 중간에 본 발표문의 내용을 좀 더 보충하거나 부연 설명을 할 부분이라고 생각되는 부분과 본 발표문의 제시된 점과 약간의 다른 생각(異見)들을 본 발표문의 순서에 맞추어 밝히는 것으로 저의 부족한 토론을 대신하고자 합니다.

II. 본 발표문에 대한 주요 토론 내용

1. 명확성의 원칙의 의의(개념)

‘명확성의 원칙’이란, 국민의 기본권을 제한하는 법 규정이 너무 모호하거나 애매한 개념을 사용하여 그 의미를 추정할 수 없을 때에 그 법 규정은 막연하기 때문에 무효가 된다는 원칙으로, 개인의 법적지위 및 지위의 변동과 관련된 법률 관계의 내용이 명확해야 개인은 자신의 법적지위를 예측할 수 있게 되고, 이를 바탕으로 개인의 법적지위에 불이익한 효과를 미치는 행위를 자제하게 되며, 자신의 법적 지위를 유리하게 적극적으로 변경시킬 수 있게 된다.¹⁾ 즉, 개인에게 있어 법은 자신의 행동지침이 되므로 법의 내용은 구체적인 언어로 규정되어 수범자가 예측할 수 있도록 명확해야 한다.²⁾ 만약 어떠한 법규정으로부터 무엇이 금

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 419쪽; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2015, 261쪽.

2) 지성수, “위임입법에 있어서의 명확성 원칙”, 헌법논총 제15집, 2004, 667쪽.

지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 법적용 대상자가 미리 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 되고, 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 하여 기본권이 침해될 수 있기 때문에 명확성의 원칙은 모든 기본권을 제한하는 입법에 있어 그 한계원리가 된다.³⁾

이러한 명확성의 원칙은 개인이 어떤 행위를 할 때 해당 법률에 의해 금지되는 행위와 이를 위반시 해당 제재는 무엇인지 구체적이고 명료하게 미리 알 수 있게 해당 법규정이 규정되어야 한다는 원칙을 뜻하며,⁴⁾ 개인의 기본권을 제한하는 법 규정이 너무 애매하거나 모호한 개념을 사용하여 그 의미를 추정할 수 없는 경우에는 그 법 규정은 애매(막연, 모호)하기 때문에 무효가 된다는 원칙을 뜻한다.

2. 표현의 자유 관련 법률의 명확성의 원칙과 일반적 법률의 명확성의 원칙의 제한(규제) 정도의 차이

본 발표문의 73쪽에서 헌법재판소가 미풍양속을 해하는 불온통신을 금지하는 전기통신사업법 제53조에서의 ‘미풍양속’에 대해서는 위헌으로 판시하고⁵⁾, 학교환경위생정화구역 안에서 미풍양속을 금지하는 구 학교보건법 조항에 대해서는 헌법재판소가 합헌으로 판시한 것에 대하여 본 발표자께서 이렇게 다르게 판단된 이유는 무엇인지에 대한 물음에 대해 다음과 같이 생각한다.

먼저 사회구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문이다. 따라서 민주주의는 사회 내 여러 다양한 사상과 의견이 자유로운 교환과정을 통하여 여과 없이 사회 구석구석에 전달되고 자유로운 비판과 토론이 활발하게 이루어질 때에 비로소 그 꽃을 피울 수 있게 된다. 그리고 표현의 자유가 보장되지 않는다면 사상은 억제되고 진리는 더 이상 존재하지 않게 될 것이다. 문화의 진보는 한때 공식적인 진리로

3) 헌재 1990. 4. 2, 89헌가113 결정; 헌재 1997. 7. 22, 97헌바9 결정 등 참조. 이러한 취지로 미국 연방대법원에서 국가권력의 자의적이고 차별적인 법집행을 방지하기 위하여 해당 법률은 명확하게 규정되어야 한다고 밝힌 대표적인 판례는 *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972) 참조.

4) 이밖에 명확성의 원칙의 의미 내지 개념에 대한 것은 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2014, 423쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016, 1159쪽 이하; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015, 511쪽; 정재황, 신헌법학문, 박영사, 2015, 405쪽 등 참조.

5) 헌재 2002. 6. 27, 99헌마480 결정 등.

생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정 속에서 이루어진다. 진리를 추구할 권리는 우리 사회가 경화되지 않고 민주적으로 성장해가기 위한 원동력이며 불가결의 필요조건인 것이다.⁶⁾ 이렇듯 표현의 자유를 제한 내지 규제하는 법률은 표현의 자유에 의한 사상이나 진리의 경쟁을 통해 의사형성과정을 위축시키는 효과가 있기 때문에 법적 명확성이 다른 분야보다도 강하게 요구되고 필요로 한다.⁷⁾

따라서 민주주의 사회에서는 국민이 공적 관심사에 대하여 자유롭게 의견을 제시하고 타인의 의견을 경청하면서 자유롭게 토론을 행할 수 있어야 하는데, 만약 해당 제한 내지 규제 법률에 의하여 이른바 ‘위축효과’가 발생하게 되면 자유로운 토론이 불가능해지기 때문에 민주주의를 크게 해치게 된다.⁸⁾ 이러한 사유로 표현의 자유를 규제하는 법률은 위축효과의 방지를 위하여 법적 명확성을 강하게 요구하므로,⁹⁾ 전자의 전기통신사업법 제53조에서의 ‘미풍양속’에 대해서 헌법재판소는 위헌결정을 한 것이고,¹⁰⁾ 후자인 학교환경위생정화구역 안에서 미풍양속을 금지하는 구 학교보건법 조항의 경우에는 이러한 표현의 자유 관련 법률에서의 명확성의 원칙이 아닌 (이렇게 강한 법적 명확성의 원칙이 적용되지 않는) 일반적 법률에서의 (법치국가의) 명확성의 원칙에 해당하는 부분이므로, 헌법재판소는 이에 대해서는 전자와 달리 강한 법적 명확성을 요구하거나 필요로 하지 않아도 된다고 보아, 후자에서의 ‘미풍양속’에 대해서는 합헌으로 판시한 것으로 사료된다. 이에 ‘미풍양속’에 대한 2개의 헌법재판소의 판시 내용은 상호 모순되지 않는다고 생각한다.

다만, 이와 별도로 이렇게 법적으로 전문적인 다소 어렵고 깊은(?) 내용을 어떻게 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반 국민이 알 수 있을지에 대해서는 (본 발표자와 같이) 다소 회의적인 생각이 든다.

그렇다고 단순히 이러한 문제점만 제시하거나 고민만 하는 것보다는 (본 토론자의 부족한 생각으로 뒤에서 다시 한 번 밝히겠지만), 이에 대한 향후 바람직한 개선방안은 헌법재판소 등(대법원이나 기타 관계부처 등 포함)이 이러한 의문

6) 헌재 1998. 4. 30, 95헌가16 결정 등.

7) 전광석, 전계서, 262쪽.

8) 문재완, “위헌심사기준으로 과도한 광범성의 원칙”, 헌법학연구 21권 1호, 한국헌법학회, 2015. 9, 299쪽.

9) 이와 같은 취지로, 미국 연방대법원에서 미국 연방수정헌법 1조에 의해 보호되는 표현의 자유를 침해하는 법규정에 대해서 다른 경우에 비하여 보다 더 높은 정도의 고도로 세밀하게 재단되어진 법적 명확성을 요구 내지 필요로 한다는 판례로는 *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566 (1974) 등 참조.

10) 전광석, 전계서, 262쪽.

점에 대한 법적 차이점 등에 대해 해당 헌법재판소의 판례 등(판결이나 결정 또는 처분 등 포함)에서 (간략하게라도 일반 국민을 상대로) 밝혀주거나 기타 헌법재판소 등(대법원이나 기타 관계부처 등 포함)의 발간물에서 이러한 부분들을 국민들에게 알려주거나 일반 국민들에게 어렸을 때부터 헌법 또는 기타 법적 지식을 쌓을 수 있도록 열심히 노력하는 등의 여러 방법들을 통해 진정으로 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반 국민으로 성장하거나 그렇게 될 수 있도록 하여 이러한 헌법 및 기타 법적 내용들을 스스로 알 수 있게 하거나 기타 법전문가의 도움을 받으면 나름 잘 이해할 수 있도록 해 주는 것이 바람직하다고 생각한다.

3. 죄형법정주의의 명확성 원칙의 적용 정도와 표현의 자유의 명확성 원칙의 적용 정도

먼저 본 발표문의 74-76쪽에서 죄형법정주의의 명확성 원칙에 대해 서술하고 있는 내용에 의하면 죄형법정주의의 명확성 원칙의 적용 정도는 그냥 단순히 1개만 존재하는 것 같은 느낌이 든다.

이에 대해 좀 더 보충 내지 부연 설명을 하면 범죄구성요건의 명확성의 정도는 모든 범죄에 있어서 동일하게 요구되거나 필요로 하는 것이 아니라, 개개의 범죄에 부과되는 형벌과 비례해서 및 개개의 범죄의 보호법익에 비례해서 형사상 죄형법정주의의 명확성의 원칙의 적용 정도에 차이가 있다. 예를 들어, 당해 범죄에 부과되는 처벌이 중하면 중할수록 범죄구성요건의 명확성은 더욱 세밀하게 규정되도록 요구되어 해당 법규정은 명확성 원칙의 적용 정도가 매우 강하게 요구되고, 경범죄처벌법과 같이 매우 경미한 처벌이 부과되는 경우에는 범죄구성요건의 명확성의 요구가 크게 낮아져서 그만큼 해당 법규정은 명확성 원칙의 적용 정도가 상대적으로 낮게 요구되어진다.¹¹⁾ 이렇듯 죄형법정주의의 명확성 원칙의 적용 정도는 개개의 범죄에 부과되는 형벌과 비례해서 및 개개의 범죄의 보호법익에 따라 나누어 볼 수 있다고 생각한다. 다음으로 본 발표문의 76-77쪽에서 표현의 자유의 명확성 원칙에 대해 서술하고 있는 내용에 의하면 표현의 자유의 명확성 원칙의 적용 정도는 그냥 단순히 1개만 존재하는 것 같은 느낌이 든다.

이에 대해 좀 더 보충 내지 부연 설명을 하면 표현의 자유의 명확성 원칙의 적용 정도는 일단 본 토론문의 II-2에서 밝혔듯이 위축효과의 방지를 위하여 엄

11) 임웅, “형법상 명확성의 원칙”, 성균관법학 16권 1호, 성균관대 법학연구소, 2004. 6, 486쪽.

격한 명확성이 기본적으로 요구되어지겠지만, 모든 표현에 있어서 똑같이 일률적으로 요구되어진다고 볼 수 없고, 해당 표현의 자유의 제한 입법에서 해당 법규정의 위반시 해당 제재수단의 강약에 따라서 및 해당 표현의 자유의 제한 입법에서의 제한의 표현의 성격에 따라서(예를 들어, 상업광고의 경우에는 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위와는 차이가 있고, 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니므로,¹²⁾ 다른 표현보다는 명확성 원칙의 적용 정도가 상대적으로 덜 엄격한 것으로 볼 수 있다.¹³⁾ 이렇듯 표현의 자유의 명확성 원칙의 적용 정도는 개개의 표현의 자유의 제한 입법에서 해당 제재수단의 강약이나 해당 제한되는 표현의 성격에 따라 나누어 볼 수 있다고 생각한다.

4. 명확성 원칙의 판단주체인 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’에 대한 검토

본 발표문의 77-85쪽 등에서 헌법재판소가 명확성 원칙의 판단주체로 설치하고 있는 명확성의 원칙은 중국적 및 실질적으로는 법 전문가인 법관이 명확성의 여부를 판단하기 때문에 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’은 명확성 판단에 있어서 아무런 역할을 담당하지 못하는 문제점이 있다고 밝히고 있다.

이러한 발표문을 읽고 본 토론자는 먼저 외국 법원의 경우에는 이에 대해 어떻게 하고 있는지 의문이 들었다. 왜냐하면 일정 부분 공감이가면서만 약 이러한 발표문이 제시한 문제점이 맞는다면 외국 법원에서는 과연 누가 주체가 되어 명확성의 원칙을 판단하는지 알고 이를 바탕으로 우리나라에서의 명확성 원칙의 판단주체에 대한 개선방안을 제시하고 싶어서였다.

그러나 그 대답은 미국 연방대법원과 독일 연방최고법원의 경우 모두 우리나라의 명확성 원칙의 판단주체에 대하여 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’과 거의 다르지 않다는 점이다. (짧은 시간관계상 미국 연방대법원과 독일 연방최고법원의 경우만 살펴봄을 양해해 주시길 바랍니다).

즉, 미국 연방대법원은 “어떠한 행위를 금지하거나 의무지우는 규정들이 모호하여 ‘보통의 지능을 가진 사람(men of common intelligence)’이 그 의미를 추측

12) 헌재 2005. 10. 27, 2003헌가3 결정 등.

13) 성기용, “명확성원칙에 관한 소고 -헌법재판소 99헌마480 결정을 중심으로-”, 법학논집 16권 2호, 이화여대 법학연구소, 2011. 12, 8-9쪽.

해야 하며, 그 적용이 달라진다면 이는 명확성의 원칙에 위반된다.”라고 판시하여,¹⁴⁾ 우리나라 헌법재판소의 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’과 거의 다르지 않다는 것을 실망스럽게도(?) 알 수 있다.

또한 독일 연방최고법원도 이와 유사한 취지로 “일반인이 특별한 어려움이 나 의문 없이 판단할 수 있는 정도’ 또는 ‘국민이 그의 행위가 구성요건을 충족한다고 확실하게 판단할 수 있는 정도’를 명확성의 원칙의 적용 주체로 판시하고 있다.¹⁵⁾

이렇듯 명확성 원칙에 대한 판단 주체에 대한 미국과 독일 법원의 판시 내용에 비추어 볼 때, 우리나라의 헌법재판소나 대법원에서 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’을 명확성 원칙에 대한 판단 주체로 판시하는 것은 이를 대체할만한 다른 것은 크게 없는 것 같고, 부득이하게 이렇게 판시하는 것은 나름 불가피한 것 같다.

다만, 이러한 명확성 원칙에 대한 판단 주체인 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’으로 보는 것에 대한 문제점은 향후 헌법재판소나 대법원은 명확성 원칙의 판단 주체에 대한 개념을 좀 더 명확하게 상세히 정의하거나 설명을 해 주는 것으로 개선할 필요가 있다.¹⁶⁾

그리고 실제로 명확성 원칙이 문제시된 해당 법규정에 대한 명확성 원칙에 대해 판단하는 주체인 법관이나 헌법재판소 재판관은 마치 법관이나 헌법재판소 재판관이 재판시 ‘개인적 양심’이 아닌 이와 유리된 별개의 ‘직업적 양심’을 가지고 재판하듯이, 자신의 개인적인 법전문적 지식 등을 가지고 해당 명확성 원칙을 판단할 것이 아니라, 이와 유리된 별개의 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’의 관점 하에서 해당 문제시된 법규정에 대한 명확성 원칙의 판단을 하는 것이 바람직하다.

14) *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451, 453 (1939). 이 판례의 출처는 전종익, “미국 헌법상 명확성 원칙 심사”, 서울대학교 법학, 50권 1호, 서울대 법학연구소, 2009. 3, 461쪽.

15) BGHSt. 30, 285. 이 판례의 출처는 하태훈, “명확성의 원칙과 일반교통해괴(형법 제185조)의 예시적 입법형식”, 형사법연구 26권 2호, 한국형사법학회, 2014. 6, 271-272쪽.

16) 정극원, “헌법재판과 명확성의 원칙”, 공법학연구, 15권 1호, 한국비교공법학회, 2014. 2, 21쪽.

5. 형사법의 경우와 민사법의 경우에 명확성 원칙의 적용상 차이가 있는지에 대한 검토

명확성의 원칙은 법치국가원리의 한 표현으로, 기본적으로 모든 기본권제한의 입법에 있어 적용된다.¹⁷⁾ 따라서 명확성의 원칙은 형사법과 관련된 법규정 뿐만 아니라 민사법과 관련된 법규정에도 적용된다고 하겠다.

이에 대해 본 발표문의 93쪽 중반부에서 밝힌 내용을 보충 내지 부연 설명하면

형벌법규와 민사법규는 모두 재판규범이면서 동시에 행위규범이지만, 이 중에서 형벌법규는 행위규범인 측면이 보다 더 강조되는데 반하여, 민사법규는 재판규범의 측면이 훨씬 강조된다. 따라서 형사법 관련 규정에서의 불명확은 피고인에게 무죄 등의 유리한 결과를 낳을 것이지만, 민사법 관련 규정에서의 불명확을 이유로 바로 재판을 거부할 수 없기 때문에 법원은 유추해석이나 관습법 또는 조리와 같이 명문화되지 않은 법원에 근거하여 재판할 수밖에 없게 되므로, 이렇게 하기 보다는 불명확하게라도 명제화 된 민사법적 규정을 제정하여 재판을 하는 것이 당사자를 위하여 보다 유리할 수도 있기 때문에, 민법상 ‘신의성실’ ‘선량한 풍속’ ‘불공정한’ ‘정당한 사유’ 등의 표현은 일반적으로 민사법규로서의 효력에는 별 문제가 없지만, 형사법상 ‘신의성실’ ‘선량한 풍속’ ‘불공정한’ ‘정당한 사유’ 등의 표현은 명확성의 원칙에 저촉될 수 있는 문제가 발생한다. 그리고 형사법규는 그 내용과 효력이 개인의 생명과 신체에 바로 영향을 미치기 때문에 대부분 재산상의 효력에 그치는 민사법규에 비하여 보다 높은 엄격한 명확성의 원칙이 요구되며, 생명과 신체에 대하여 어떤 위험을 초래할지를 법령을 통하여 분명히 알려 주지 않은 상태에서 초래되는 결과는 원상회복하기 어려운 경우가 많고, 당사자에게 주는 불안정과 위협은 일반적으로 재산에 대한 것보다 훨씬 크므로, 형사법규에 대한 명확성 원칙은 민사법규의 경우보다 고도의 엄격한 명확성의 원칙이 요구된다고 보는 것이 타당하다.¹⁸⁾

17) 헌재 1998. 4. 30, 95헌가16 결정 등.

18) 홍기태, “명확성의 원칙에 관한 연구”, 헌법논총, 11집, 헌법재판소, 2000, 285-286쪽.

6. 기타 토론 사항

(1) 본 발표문 74쪽의 첫 단락인 II에서의 헌법재판소의 통계 수치와 본 발표문 79쪽의 III-2-(1)에서의 헌법재판소의 통계 수치에 대해 각각 몇 년부터 몇 년까지의 통계수치 자료인지 그 해당 통계 기간이 표시되어 있지 않은바, 이에 대한 각각의 구체적인 통계 년도를 밝혀주길 바랍니다.

(2) 본 토론문에서 앞의 존경하는 양친수 교수님의 토론문의 내용과 중복되는 부분들은 시간상 (과감히) 생략하겠습니다.

III. 맺음 말

마지막으로 본 발표문의 97쪽의 VII 부분에서 명확성의 원칙에 대한 여러 문제점들에 대한 개선방안들에 대해 간략하게나마 제시하는 것으로 본 부족한 토론을 마치고자 합니다.

(1) 명확성의 원칙이 문제시되는 해당 법규정에서 먼저 전형적인 예를 열거한 다음 ‘기타 이와 유사한 행위’, ‘이에 준하는 방법’ 등의 표현을 사용하여 일반적인 문구가 의미하는 내용과 범위가 어느 정도 인식가능 하도록 규정하면 사전에 해당 법규정에서 명확성의 원칙의 문제가 발생되지 않도록 이를 방지할 수 있을 것이다.¹⁹⁾

(2) 명확성의 원칙이 문제시되는 형사처벌 규정이나 표현의 자유의 제한 규정 등에 대해서는 해당 법규정에서의 용어에 대해 객관적이고 자명한 언어 또는 용어를 사용하도록 개선하여 해당 용어에 대한 의미를 보다 명확하게 명확성 원칙의 판단 주체가 알 수 있거나 파악할 수 있도록 해당 용어에 대한 정의규정²⁰⁾이

19) 홍기태, 전계 논문, 299쪽.

20) 죄형법정주의가 적용되는 형사법영역, 조세법률주의가 적용되는 부담적 법률영역, 표현의 자유의 규제영역, 위임입법의 영역은 특히 보다 엄격한 명확성의 원칙이 강조되는바, 추상적 법개념을 불가피하게 사용하는 경우에 입법자는 일의적 해석이 가능하도록 해당 법규정에서 정의규정을 적극적으로 두는 것이 바람직하다. 김응규, “위헌심사기준으로서의 명확성과 광범성 무효의 원칙”, 공법연구, 35집 3호, 한

나 개념규정을 해당 법 규정에서 두거나²¹⁾ 또는 한정적 수식어를 사용하거나 적용한계규정을 두는²²⁾ 등 사전에 해당 법규정에서 명확성의 원칙의 문제가 발생되지 않도록 이를 방지할 수 있을 것이다.

(3) 명확성의 원칙이 문제시되는 해당 법규정에서 개괄적·추상적인 용어의 여러 개를 중복해 규정하여 상세한 1개의 기술적 용어보다 더욱 정확하게 개념을 파악할 수 있도록 명확성의 원칙이 문제시되는 해당 법규정에서 수개의 요건을 중첩하여 요건사실을 보다 명확하게 규정하는 방법으로 개선할 필요가 있다.²³⁾

(4) 다른 규제사항과 함께 하나의 법령에서 규정할 때에는 법령의 체계상 당해 규제사항을 특히 상세하게 규정하여 명확성을 담보하기가 곤란한 때도 많다. 별도의 단행법에서는 입법목적보다 구체화하고 보다 명확하고 기술적인 언어를 사용할 수 있게 하여 일반법에 대한 특별법을 두는 것과 같이 이미 동종의 사항에 관하여 법률이 있을 때 다시 별도의 법률을 두어 보다 상세히 규정하는 방법으로 개선할 필요가 있다.²⁴⁾

(5) 참고로, 기본권의 제한 입법에 사용된 용어의 개념이 과도하게 광범위한 경우에는 명확성의 원칙에 대한 위반 여부의 문제로 보고, 기본권의 제한 입법에 사용된 용어의 개념이 정당한 입법 목적을 달성하는 데 필요한 범위를 넘어서 과도하게 적용되는 경우에는 과잉금지원칙에 대한 위반 여부의 문제로 보는 것이 타당하다.²⁵⁾

(6) 명확성 원칙에 대한 판단 주체인 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’으로 보는 것에 대해서는 향후 헌법재판소나 대법원은 명확성 원칙의 판단 주체에 대한 개념을 좀 더 명확하게 상세히 정의하거나 설명을 해 주는 것으로 개선할 필요가 있다.²⁶⁾

국공법학회, 2007. 2, 23쪽.

21) 정극원, 전계 논문, 21-22쪽.

22) 김승환, “입법의 원칙”, 세계헌법연구 12권 2호, 세계헌법학회한국학회, 2006. 12, 64쪽.

23) 홍기태, 상계 논문, 300쪽.

24) 홍기태, 상계 논문, 300쪽.

25) 문재완, 전계 논문, 318쪽.

26) 정극원, 전계 논문, 21쪽.

(7) 법관이나 헌법재판소 재판관은 자신의 개인적인 법전문적 지식 등을 가지고 해당 명확성 원칙을 판단할 것이 아니라, 이와 유리된 별개의 ‘건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인’의 관점 하에서 해당 문제시된 법규정에 대한 명확성 원칙의 판단을 하는 것이 바람직하다.²⁷⁾

(8) 헌법재판소 등(대법원이나 기타 관계부처 등 포함)이 이러한 의문점에 대한 법적 차이점 등에 대해 해당 헌법재판소의 관례 등(판결이나 결정 또는 처분 등 포함)에서 (간략하게라도 일반 국민을 상대로) 밝혀주거나 기타 헌법재판소 등(대법원이나 기타 관계부처 등 포함)의 발간물에서 이러한 부분들을 국민들에게 알려주거나 일반 국민들에게 어렸을 때부터 헌법 또는 기타 법적 지식을 쌓을 수 있도록 열심히 노력하는 등의 여러 방법들을 통해 진정으로 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반 국민으로 성장할 수 있게 노력하거나(예를 들어, 어린이나 청소년을 대상으로 한 헌법재판관 또는 헌법사랑 공모전 등의 적극 육성), 그렇게 될 수 있도록 하여(예를 들어, 일반 성인들을 대상으로 한 사이버나 온라인의 고등교육기관이 평생교육기관 등에서 헌법 등 각종 법 관련 강의 동영상의 배포 및 교육 또는 헌법 등 각종 법 관련 특강 등을 통한 법지식을 함양), 이러한 헌법 및 기타 법적 내용들을 스스로 알 수 있게 하거나 기타 법전문가의 도움을 받으면 나름 잘 이해할 수 있도록 해 주는 것이 바람직하다.

27) 同旨: 김용규, 23쪽.

제151회 발표회 토론요지

<주제발표자(김경목 부장연구관) 발표>

사 회 자(방승주 한양대 교수) : 명확성의 원칙의 판단 주체, 또 명확성의 기준이 뭐냐, 또 각 규율 영역마다 다를 것인가, 같을 것인가 등등에 걸쳐서 거의 전수조사를 하시다시피 판례를 분석해서 우리에게 좋은 토론의 자료들을 제공해주셨다고 생각합니다. 현재로서는 약간 아플 수도 있을 것 같아요. 상당 부분 날카로운 비판이 외부에서보다 못지않게 들어가 있다고 생각이 듭니다.

<지정토론자(양천수 영남대 교수) 지정토론>

<지정토론자(이희훈 선문대 교수) 지정토론>

사 회 자 : 우선 양천수 교수님께서 첫 번째 질문해 주신 부분은, 명확성에 대해서 그 판단 주체가 누구냐, 예측 가능성이 누구에게 있어야 되느냐 이런 부분과 관련해서, 법 집행자 그리고 법 적용을 받아야 되는 수범자, 이렇게 이원화할 수 있는 것인가 인 것 같고요.

다음에 두 번째 질문은 뭐 연혁도 좀 고려해야 되는 것 맞는 것 아니냐. 김경목 연구관님께서 비판적으로 좀 말씀을 해 주셨기 때문에 그런 질문이 들어갔어요.

그다음에 이희훈 교수님은 일반적인 어떤 정상적인 법 감정을 가진 통상인을 기준으로 하는 문제는 외국도 이렇게 한다는, 큰 문제를 안 두시는 다른 의견을 피셨어요.

그리고 표현의 자유, 형벌 영역, 좀 그렇게 굵직하게 구분할 게 아니라, 세부적으로 좀 들어가서 명확성의 엄격성의 정도를 달리해야 되는 것 아닌가, 이런 주문을 주시고 계시거든요.

발 표 자 : 첫 번째 양천수 교수님 질문 주신 게 “예측 가능성과 자의적인 법 집행 가능성을 이원화, 판단기준을 이원화할 수 있느냐” 이 문제인데, 제가 고

민했던 부분은 ‘일반인에게 예측 가능하냐’라는 부분과 ‘법집행기관에게 자의적인 해석을 가능하게 하는 어떤 해석 기준을 주지 못하느냐’ 이 두 개를 조금 분리해서 봐야 된다는 접근이었어요.

예를 들면 99헌가8 결정이 음란성을 조장할 우려가 있는 만화 부분에 대해서는 합헌이라고 했고, 잔인성을 조장할 우려가 있는 만화 부분에 대해서는 위헌을 했습니다. 그런데 음란에 대해서는 사실 현재하고 대법원이 옛날부터 명확하다는 입장이었습니다. 그 음란이라는 것은 일반 보통인의 성욕을 자극해서 성적 흥분을 유발하고 성적 수치심을 해하며, 성적 도의관념에 반하는 것. 사실 뭔가 이게 기준이 제시되는 것 같은데 이렇게 딱 따져보면 이게 기준이 될까라는 의문이 들지 않으시나요? 그러니까 기준이라고 이야기하지만 불명확한 측면이 있기는 하거든요.

근데 음란 개념이 명확한 만큼 사실은 일반인들 입장에서는 잔인성을 조장할 우려가 있는 만화, ‘이 정도는 너무 잔인하면 형사처벌 받겠구나’라는 어떤 예측 가능성을 줄 수 있다고 생각합니다. 그런데 이게 일반인의 측면에서 ‘잔인성을 조장할 우려가 있는 만화’라는 부분의 예측 가능성 측면에서는 괜찮은 것 같지만, 집행 기준으로 자의적인 집행 가능성 측면에서 들어가 보면, 법관으로서 어떤 어느 정도 잔인하면 애는 형사처벌 대상이 되는 것인가라는 것에 대해서는 전혀 어떤 지침을 제시하지 못합니다. 이런 점에서 나누어 볼 수 있지 않은가.

그런데 또 다른 측면에서 보면 이 불온통신, 전기통신사업법 조항에서 보면 이 조항은 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람이 보더라도, 도대체 음란한 걸 하지 말라는 건지 아니면 폭력적인 걸 하지 말라는 건지, 아니면 체제 비판적인 어떤 국가보안법 위반적인 걸 하지 말라는 건지, 이 규제된 함의의 스펙트럼이 너무 넓어서 도저히 예측 가능성이 없는 건 아닌가. 그래서 이거는 일반인 입장에서 보더라도 예측 가능성이 없다.

그래서 일반인 입장에서 어느 정도 행위에 지침을 주는지에 대한 판단과, 법을 집행하는 사람 입장에서 기준을 제시하고 있는지를 단계적으로 좀 나누어 봤으면 한다는 이야기고요. 그러니까 일반인의 예측 가능성을 이야기하면서 “너는 항상 법관의 보충적인 해석까지 고려해야 돼”라고 하는 것은 일반인 기준을 아예 그냥 무용지물로 만드는 게 아닌가라는 판단에서 그렇게 제가 말씀드린 겁니다.

두 번째 질문은 역사적 해석 얘기를 하셨는데요. 교수님께서 정확하게 얘기하신 것처럼 독일은 명확하게 입법자의 의사를 밝히고 있는데, 저희가 헌법재판한 10년 해서 제일 어려운 게 도대체 입법자는 왜 이 조문을 만들었고, 어떤 목적

으로 무엇을 달성하려고 하는지가 전혀 자료상 드러나지 않는 경우가 많습니다. 그러니까 법 규범의 내용을 확인할 때 입법연혁을 찾아서 그걸 고려해서 하는 것은 틀림없이 필요한 작업입니다. 그런데 사실은 법률전문가인 법관들도 법률조항 해석할 때 제가 잘 모르긴 하지만 연혁적으로 깊이 고민하고 그 문제까지 다 고려해서 판단하는지는 좀 의문이 있습니다. 저희가 헌법연구관으로서 헌법재판할 때 입법연혁을 확인해서 내용을 확인하는 것도 사실은 굉장히 쉽지 않은 작업입니다.

가장 문제점이 뭐냐면, 입법자들이 법률조항을 개정할 때 바로 직전의 법 조항만 놓고 고려를 하지, 그 법률조항이 제정된 이후에 어떻게 변해왔는지는 전혀 고려하고 있지 않습니다. 그렇기 때문에 법률조항 내용을 해석함에 있어서 명확한지 여부를 판단함에 있어서, “입법연혁을 고려하는 게 이러니, 이렇게 해서 명확해”라고까지 하라는 건 너무 지나친 게 아닌가. 그러니까 ‘해석’할 때 입법연혁을 고려할 필요가 없다는 게 아니라, ‘명확성 판단’에 있어서는 입법연혁까지 고려해서 ‘이 법 규범이 명확하다 안 하다’라고까지 하는 것은 좀 저는 너무 요구하는 게 아닌가라는 생각에서 말씀드린 겁니다.

이희훈 교수님은 특별히 질문을 안 주셨는데요, 제가 몇 가지만 말씀을 드리면, 사실은 미풍양속에 대해서 헌재가 합헌결정을 내린 것에 비해서 앞의 불온통신 같은 경우에는 표현의 자유기 때문에 오히려 더 보호하는 측면이 있어서 그런 게 아닌가라고 말씀을 하셨는데, 저도 그런 측면이 없지 않아 있다고 생각합니다.

왜냐하면 그 결정을 하면서 헌재가 어떤 내용을 덧붙였냐면, 표현의 자유를 규제하는 법률 외에 다른 법률의 경우에도 공공의 안녕, 질서와 미풍양속을 그다음에 표현을 사용하는 걸 금지하는 건 아니다. 경우에 따라서는 이런 표현이 사용될 수 있다고 유보적인 내용을 달았습니다. 그런데 제가 이제 의문을, 문제를 제기하는 것은, 표현의 자유의 명확성을 엄격하게 심사를 하는 것에 반대한다는 게 아니라, 그렇게 얘기하면서 다른 사안에서 다시 최소한의 명확성이라고 완화하고 있는 그 태도에 좀 문제가 있지 않은가라는 점이고요.

그다음에 표현의 종류에 따라서 명확성 정도가 달라질 수 있으면 좋겠지만, 제가 계속 의문을 가진 게 도대체 왜, 어떻게 달라지는가에 대한 기준이었기 때문에 ‘자꾸 이렇게 세분해서 하는 게 가능할까?’ 이런 의문이 있습니다. 그리고 죄형법정주의 명확성과 관련해서도 처벌이 중하면 중할수록 그 명확성의 세밀도가 엄격해지고 처벌이 약하면 명확성 이유가 낮아진다고 하는데, 저는 이 생각은 좀 반대입니다. 왜냐하면 처벌이 중하다는 것이 기준이면, 그러면 징역 10년 이상으

로 법정형이 규정되어 있으면 이걸 엄격하게 봐야 되고, 아니면 경범죄처벌법같이 처벌이 경미하기 때문에 더 낮게 봐야 되는지? 그런데 죄형법정주의라는 것 자체가 형사처벌되는 경우에는 그 수범자한테 해도 되는 행위와 하면 안 되는 행위에 대한 지침을 더 줄 수 있어야 한다는 것이기 때문에 이점에 대해서는 저는 개인적으로 좀 생각이 다른 것 같습니다.

사 회 자 : 독일과 같은 경우에는 사실 명확성의 원칙과 관련해서, 특히 위임의 명확성의 문제가 되겠습니다만, 독일기본법 제80조 1항 2문인가요? 거기에 위임의 목적, 범위, 정도와 관련해서 그것이 명확하게 위임되어야 된다고 하는 일종의 주문이 있거든요, 헌법적 주문이. Bestimmtheit Prinzip. Bestimmt라고 하는 단어를 거기에 쓰고 그런데. 물론 뭐 독일연방헌법재판소가 명확성의 원칙을 얘기할 땐 꼭 Bestimmtheit만 쓰는 것은 아니죠, Klarheit도 쓰고 그렇게 해서. 그 헌법적 근거에만 매여 있다, 이제 이렇게 이야기할 수는 없어도, 과연 우리가 일반적으로 법치국가원리에 따라서 명확성의 원칙이 요구가 된다 하고서, 헌법재판소 판례에 따라서 쪽 해왔고 그랬기 때문에 당연한 것으로 전제도 하지만, 과연 우리 헌법에 명문으로 어떠한 헌법적 근거가 있는 것인지도 한번 생각해봐야 되는 것 아닌가 그 문제제기를 한번 해보고 싶습니다.

그다음에 지금 논란이 되고 있는 것 중에 이제 김경목 연구관님까지 판단 주체와 관련해서 말씀을 해 주셨습니다.

세 번째로는 규율 영역과 관련해가지고 명확성의 원칙을 요구하는 엄격성의 정도가 아주 달라야 되는 것 아닌가? 이게 지금 쟁점입니다. 이거 지금 약간 대립이 되고 있는 것이 사실이거든요. 아까 이회훈 교수님께서 나름 상당히 설득력 있는 말씀도 해 주신 것 같고요.

네 번째로는 모든 법문이라고 하는 것은 일반적이고 추상적인 것이니까 그게 명확한지 명확하지 않은지를 따져보려면, 일단 해석을 해야 될 것 아닙니까? 그러면 통상적인 해석 방법에 따를 때는 문법적·논리적·역사적·체계적 해석 다 들어왔거든요. 그래서 이제 그거를 해야만 이게 명확한지 아닌지 알 수 있는 것이고. 지금 판단 주체가 논란이 되고 있는 것 같은데, 최종적인 판단자는 재판관님 아니신가 그런 생각을 해보면, 결국 해석 방법이라고 하는 것이 다 동원되어야 되는 건 아닌지 이런 문제제기를 해봅니다.

토 론 자(배보운 부장연구관) : 양천수 교수님이 현대 국가에 와서는 전문적인 입법 영역이 많이 등장함으로 인해서 전문가의 어떤 해석적인 것에 맡겨지고, 그러다 보니까 규율체계가 헌법재판소, 법원 또는 행정부의 법 담당하는 사람들의 어떤 해석이 상당히 작용을 하고, 일반인들은 사실 알고 해도 일반인 상식 자체에 의해서 - 기준은 그렇지만 - 알 수 없는 영역이 많이 늘어나고 있다는 말씀을 하셨습니다. 그런데 현실적인 측면에서 우리 구체적인 상황이 어떻나 이 부분도 같이 논의하면서, 이론이나 이런 것들 현실에 접목해서 개발하고 제시하여야 되지 않겠나 싶어서 이야기 드리려고 합니다.

중국 속담에 굴이 회수를 넘어가면 탕자가 된다고 합니다. 같은 것이라도 풍토나 어떤 시대적 상황이나 환경이나 이런 것에 따라서 구체적인 경우에는 다르게 작용한다는 것입니다. 법이라는 것은 사실 그 생활영역이나 국민이 직접적으로 적용되고 영향을 미치기 때문에, 이런 것을 고려해야만 비로소 완전한 의미에서의 해석이라든지 적용이 이루어질 수 있고, 법적 이념과 원칙이 적용되는 것이 아닌가.

아까 발표자께서도 말씀하셨지만 우리는 정말 국회의 입법이유를 규명할 수 있는 자료가 없습니다. 법률을 일괄적으로 개정을 하면 여러 조문이 있는데 심지어 뭐 전체 조문을 개정하는 경우에도 국회 위원회의 개정입법 이유서가 한 두 페이지로 끝납니다. 입법목적에 준하는 거 한두 줄 정도, 많아야 세 줄 정도로 끝납니다. 그걸 가지고 우리가 심판대상으로 들어오면 입법 목적을 실제로 연구관이 만들다시피 하는 경우도 있습니다.

물론 뭐 법리 가지고 합리적으로 해석을 합니다만, 그러면 어떻게 연혁적 해석, 역사적 해석을 우리의 상황에서 제시할 수 있는가. 잠깐 이상하다고 지적을 하셨습니다만, 바로 이야기하는 전문가 영역의 해석이 중요하다는 거하고 관련이 있는 것 같습니다. 현재 상황을 보면 앞으로 국회의 관행이 그렇게 빠른 시일 내에 해결될 것 같진 않습니다. 이런 상황은 국민과 법이 더욱더 유리되는 현상이 아닌가. 법에 대한 신뢰가 우리 한국에서 떨어지는 데 바로 그 이유도 하나 있는 것이 아닌가. 그런 부분에 대해서 한번 심각하게 고민을 해보야 될 주제 아닌가?

사실은 명확성 원칙과 관련해서 대부분의 경우 형사법이라든지 국회의장 규율 부분에 있어서는 직접적으로 영향을 미치는데도 그런 결과가 나오는 것을 보면 한번 교수님들도 같이 고민해야 될 부분이 아닌가. 사실 실무적으로 굉장히 애로사항이 있는 부분이거든요, 저희들도.

사 회 자 : 줄이자면 입법목적이 불분명한 경우가 많이 있다는 말씀이신 거지요?

토 론 자(배보운) : 그런 걸 전제로 해서 그러면 현실적으로 어떻게 이론을 우리가 정리해 나갈 수 있는가 이 부분이 전제되지 않으면, 사실 한국에서의 이론은 곱둡니다. 외국에는 이걸 가지고 역사적 해석이 중요하다고 대안으로 제시를 하는데, 우리는 그 대안을 쓸 수 없지 않습니까? 실질적으로. 그렇게 되면 어떻게 해야 될 것인지? 이거는 뭐 현재만으로 해결해낼 수 있는 부분이 아니기 때문에 학계에 있는 분들이 그런 문제의식을 가지고 이론 모형이나 솔루션을 제시하면, 실무자들은 받아서 채택해서 하는 것이 사실은 기본적인 구도로는 맞을 것 같습니다. 그래서 문제제기 차원에서.

사 회 자 : 배보운 연구관님께서 제가 아까 제시 드렸던 마지막 법 해석 방법, 어디까지 동원해야 될 것인가에 관한 문제에 관해서 나름 의견을 말씀해주신 걸로 생각이 됩니다.

지정토론자(양천수) : 좋은 지적이십니다.

저도 원칙론적으로 말씀을 드린 건데요, 오늘 아침에 방법론 수업을 했는데 저도 그 얘기를 했습니다. 역사적 해석을 관철하기 위해서는 세 가지 요건이 충족돼야 된다. 첫째는 입법자의 의사가 결정이 돼야 된다. 둘째는 입법자의 결정된 의사를 확인할 수 있어야 된다. 세 번째는 그 당시에 결정된 입법자 의사가 오늘 시점에서 봤을 때도 여전히 타당한 것이어야 된다.

이런 세 가지의 조건을 제시를 했는데요, 법률문화의 차이 때문에 우리는 일단 입법자의 의사를 확인하기가 쉽지 않고, 오늘날에는 특히나 여야의 정쟁으로 많은 경우에 입법자의 의사를 결정하지 않고 그냥 모호하게 타협시킨 다음에 그것을 현재나 법원에 넘겨버리는 경우도 참 많이 있지요. 그래서 우리의 현실 상황에서 역사적 해석을 동원한다는 것은 무리가 있을 겁니다. 그건 저도 공감을 하는 바고요.

결국 이때 사용할 수 있는 것은 법조문의 전체적, 체계적 해석을 통해 다시 한 번 그 연혁, 입법자의 의사를 추단할 수 있는 방법밖에 없는 게 아닌가.

일단 저도 그 정도 말씀을 드릴 수밖에 없을 것 같습니다.

토 론 자(하민정 헌법연구관) : 평소에 명확성 원칙 판단 관련해서 기준으로 아까도 나왔지만 “죄형법정주의나 표현의 자유는 강화된다, 뒤 수시로 변하는 경우에는 완화된다” 이런 문구를 계속 저희가 쓰고 있습니다. 그런데 그 문구 이후에 구체적으로 판단해 나아가면, 사건 사건마다 그렇다고 어떻게 엄격하게 판단했는지 아니면 어떻게 완화시켜 판단했는지, 사실은 잘 구분해서 판단을 저희가 하고 있는지도 잘 모르겠고, 그게 어떻게 가능한지도 잘 모르겠습니다.

그런데 더 나아가서 교수님들께서는 지금 이제 표현의 내용에 따라서, 뭐 처벌의 정도에 따라서까지 더 세분해서 기준을 좀 나눠야 되는 게 아닌가라는 의견도 제시해 주셨는데요.

그렇다면 판단 기준이 일반인이라는 것에 대해서는 어떤 영역에서든지 다 마찬가지로 적용될 것 같고, 우리가 해석하는 데 있어서 요소도 뭐 체계, 법체계의 다른 조항과의 관계, 입법목적, 사전적 의미 이런 것을 다 고려해서 판단하는 것은 뭐 죄형법정주의든 일반적인 기본권 제한 영역이든 다 마찬가지입니다. 그것을 다 배제하고 놓는다면 도대체 어떤 지점에서 저희가 명확성 심사를 강화시키고 완화시킬 수 있을 것인지 그게 계속 고민이 됐었거든요. 그래서 거기에 대한 의견을 좀 부탁드립니다.

지정토론자(이회훈) : 일단 아까 배보운 연구관님께서 질문하신 내용 잠깐만 하나 하시면, 국회 속기록을 읽다 보면 허무한 게 뭐냐면, 여야 간에 막 싸우다가 그냥 말없이 통과된 게 굉장히 많아요. 그러니까 국회가 원래 해야 될 일들을 헌법재판소나 법원 쪽으로 떠넘기는 듯한 인상이 있습니다.

심지어 어떤 분이 명확성의 원칙에 관련해서 뭔가 기준을 헌법재판소가 좀 알아서 만들어 가지고, 축적한 판례를 기준으로 후속 사건을 판단하자고 이야기 합니다. 또 단순 합헌이나 단순 위헌보다는 최대한 한정합헌이라든지 한정위헌 같은 해석을 좀 하면서, 모호한 규정이 이것만 벗어나서 해석을 하면 괜찮은 거니까 이렇게 하지 말아라 해석을, 뭐 이러한 것들을 헌법재판소가 많이 좀 판례를 써라. 그러니까 오히려 국회나 다른 국가기관이 자기네들이 할 일을 이쪽에 지금 주문을 하는 경우가 많이 있거든요.

결과적으로는 헌법재판소의 판례를 통해서 하라는 것인데, 그러면 헌법재판소는 과연 어떤 기준을 할 것이냐. 똑같은 대답이지만 헌법재판관님들께서 또 연구관님들께서 통상인의 어떤 감정, 생각을 가지고 이 사람들 같으면 이 정도면 모호하거나 중하다고 생각할 거야 이런 정도의 어떤 걸 가지고 어떤 판례가 축적

이 되면 된다 일단. 물론 뭐 잘됐다 못됐다를 떠나서. 그런 어떤 방향을 제시해라, 이런 얘기를 하고 계시거든요. 결과적으로는 다른 나라도 그렇고 이렇게 할 수밖에 없다. 배보운 연구관님도 말씀해주셨지만 헌법재판소가 그런 역할을 해야 되는 느낌이 좀 많이 있습니다. 기준을 세우는 거는 그렇게 할 수 밖에 없지 않을까, 불가피하게.

지정토론자(양천수) : 좋은 질문입니다. 저도 참 생각을 해보니까, 일단은 아까 제 주장의 첫 번째가 이제 무게중심을 과잉금지원칙으로 옮겨가야 된다는 건데요. 저는 현재가 명확성 원칙을 판단할 때 유형화하는 것은 그 자체가 이미 결과 고려를 하고 있는 것이다. 즉 침해의 정도가 더 높을 가능성이 높은 곳에 대해서는 엄격함을 추구하고 그다음에 그 정도가 약한 것은 덜. 이걸 바로 과잉금지의 사고를 명확성 원칙과 결합해서 판단하고 있는 게 아닌가 하는 생각이 들고요.

저는 그런 방식을 일단 기본적으로 존중을 하는데, 그러면 엄격함이란 무엇 일까 아니면 덜 엄격한 게 무엇이나, 결국 그것에 대한 일률적 판단이 어렵기 때문에, 저는 “엄격하게 판단하라는 것은, 그만큼 더 논증을 많이 해라.” 이런 식으로 일단은 생각을 해야 되는 게 아니냐. 보통 우리의 판례가 학자들로부터 많이 비판받는 게 추상론을 좀 일반적으로 제시를 하고, 그다음에 중간단계의 논증을 많은 경우에 거치지 않으면서, 결론을 이끌어내는 것 같다고 이제 비판을 하는데, 그렇다면 그 중간단계의 논증 또는 법리를 만들 필요가 있는 게 아니냐.

예를 들어서 표현의 자유 문제에 대해서 왜 현재가 좀 다른 견해를 취할까? 제가 떠오르는 아이디어 하나는, 만약 표현의 자유 자체가 공적인 성격이 강한 정치적 표현의 자유가 있고, 반대로 타인의 사적인 프라이버시를 침해할 수 있는 또는 다른 해악을 끼칠 수 있는 사적인 성격의 표현의 자유를 만약 우리가 이분할을 한다면, 전자에 대해서는 좀 더 표현의 자유의 폭을 넓힐 필요가 있고, 후자에 대해서는 특히나 그 해를 입을 수 있는 상대방이 청소년이라면 청소년보호라는 또 다른 보호의 관점을 동원해서 우리가 그 표현의 자유의 보호 정도를 제한해야 되는 게 아니냐. 뭐 이런 식으로 판단할 수 있는 게 아닌가. 그렇다면 현재가 얘기한 종합적 판단을 저는 지지하고, 다만 저는 종합적 판단의 논증의 형태를 좀 더 개발을 해야 될 필요가 있다. 그래야만이 왜 엄격하게 우리가 판단했는지에 대한 그 내용이 충족이 될 것이라고 생각을 합니다.

사 회 자 : 양천수 교수님께서 법 해석 방법론과 관련한 침언의 말씀, 또

하민정 연구관님에 대한 답변의 말씀 해 주셨습니다.

토 론 자(정주희 헌법연구관) : 양친수 교수님께서 명확성 원칙보다는 과잉 금지원칙으로 가야 된다고 말씀을 하시면서, 그 대안 중의 하나로 법률의 착오 등과 같은 법도그마틱의 활용이라고 해 주신 부분이 있습니다. 그런데 이 부분은 사실 대법원에서 많이 해야 될 부분 같고, 현재가 예컨대 ‘명확성 원칙에 위배되지 않으므로 합헌이다, 그런데 대법원에서 가령 법률의 착오 이론을 통해서 피해가 구제될 수 있을 것이다.’라고 쓴다는 것은 어떻게 보면 그냥 저희만의 법률해석의 견해에 불과할 수도 있을 것 같습니다.

그래서 이 부분을 읽으면서 과연 헌법재판소에서 어떤 방식으로 교수님께서 말씀하신 억울하게 피해를 입고 있는 수범자를 구제할 수 있을까도 생각을 좀 해 봤습니다. 그런데 2002년 청소년의 성 보호에 관한 법률 그 청소년 이용 음란물 관련 결정을 보면서 한 가지 좀 힌트를 얻을 수 있었습니다. 그러니까 교수님께서 말씀하신 취지는 “명확성 원칙 위배가 아니므로 위헌은 아니다. 그런데 합헌으로 볼 수 있지만 대법원으로 가서 한번 생각을 해보자.” 이인데, 이 결정 보면서 ‘재판소에서 명확성 원칙 심사를 하면서 조금 적극적으로 법률해석에 대해서 이르게 기준을 내놓을 수 있지 않을까’ 이런 생각도 들었습니다.

이 결정만 그런지 아니면 후에도 이러한 취지의 결정이 나오고 있는지도 더 조사를 해봐야 될 것 같은데, 사실 어떻게 보면 이 사건의 경위는 좀 재밌는 게 사법부하고 검찰하고 관계 기관의 법률해석이 좀 달랐습니다. 거기에 대해서 결론은 명확성 원칙에 위배되지 않는다는 취지로 판단을 했는데, 구체적으로 이유를 보면 ‘이 법률은 이렇게 해석이 될 수 있다’ 이런 취지로 헌법재판소에서 어떻게 보면 법률해석을 약간 최종적으로 판단한 면이 있습니다.

아까 교수님께서 말씀하신 헌법재판소에서 법률해석을 좀 더 적극적으로 할 필요가 있지 않나 그런 것파도 맥락이 맞닿아 있는 것 같은데, 일반적으로 보면 재판소에서 명확성 원칙이라는 거는 위헌 판단을 위한 도구이기 때문에, 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 판단하면 일견으로 봐서는 약간 소극적인 태도를 취하는 것처럼 보일 수도 있습니다. 그런데 제가 말씀드린 2002년 결정을 보면, 오히려 그 심사 기준을 적용하는 데 어떻게 보면 소극적인 태도를 취했는데, 결과적으로 법률해석이라는 측면을 봐서는 어떻게 보면 굉장히 적극적인 입장을 취했다고 볼 여지도 있는 것 같습니다.

법관의 법인식, 법 형성 이런 쪽으로 많이 논의가 되고 있는 것 같습니다. 그

런 논의를 헌법재판소에서 헌법적 해석을 하시는 분들께 그대로 적용을 해서 논의를 할 수 있는 것인지 궁금합니다.

지정토론자(양천수) : 첫 번째 질문은 결국에는 과잉금지원칙 심사 쪽으로 무게중심을 옮기고 어떻게 실현할 수 있는가? 결국에는 한정위헌이나 한정합헌 형식, 즉 대법원의, 법원의 해석 방식을 헌법재판소가 통제하는 그런 거라고 할 수가 있는데, 사실 이것을 사용을 할 필요가 있습니다. 그런데 우리는 재판소원의 문제가 제도적으로 금지가 되어 있으니까 이렇게 할 수 있는 방법이 없지만, 방금 잘 말씀하신 것처럼 현재가 해당 규정에 대해서 이렇게 일종의 해석에 대한 예를 설시를 하면서 ‘달리 해석하는 경우에 이제 한정위헌이다, 위헌 될 수 있다’라고 할 수 있습니다. 그렇게 적극적으로 활용을 한다면, 제가 말씀드린 다른 법도그마틱 또는 법률의 착오를 적극적으로 활용하는 방안도 간접적으로 달성할 수 있지 않을까 생각이 들고요.

그다음에 김경목 부장연구관님이 말씀하신 특이한 판례, 즉 근로기준법 관련해서 일반인이라면 다른 전문적인 내용을 참고할 것이라는 내용. 그런데 저는 이게 특이한 것 같지만 정보보화의 하나의 좋은 시사점이 된다고 생각이 듭니다. 현재가 해석의 기준을 만들어 놓고 그다음에 이것을 어떻게든 일반인들이 접근할 수 있는 방안으로 한다면, 그만큼 명확성이 실질적으로 차지하는 의미가 좀 변하지 않을까. 법률상으로는 명확히 불명확해 보이지만 법이 작동하고 있는 실제의 사회에서는 명확성을 획득할 수도 있는 가능성을 갖는 것이니까, 그런 방안으로 한번 시도해보는 것도 좋을 것 같고요.

일단 두 번째 질문은 약간 맥락이 안 맞는 듯 해보이긴 하지만, 법 형성 문제는 결국에는 죄형법정주의의 유추금지와 관련된 부분입니다. 유추를 인정하는 것은 법 해석의 한계를 넘어선 법 형성을 보는 건데, 이 문제는 다시 또 명확성과 관련된 근원적인 문제가 있습니다.

왜냐하면 해석의 한계의 기준에 대해서 보통 대법원은 ‘법 문언의 가능한 의미’를 얘기를 하지만, ‘법 문언의 가능한 의미’ 자체가 제가 볼 때는 명확한 기준이 아닙니다. 그 자체가 이제 해석을 필요로 하는 기준입니다. 그래서 결국 거기에서도 다시 아까 말씀드린 논증 가능성이 존재하느냐? 법관에 의한 합리적 논증 가능성이 있다면 그것은 해석의 한계범위에 있는 것입니다.

사 회 자 : 논의를 하다 보니까 가장 핵심적인 문제로 자연스럽게 들어온 것 같은 느낌이 듭니다. 그러니까 결국 명확한지 아닌지를 보려면 해석을 해야 되고, 해석할 때는 결국 어떤 방식으로 해석해야 되는 거냐, 이제 이런 얘기까지 많은 논의가 되는 것 같습니다.

지정토론자(이회훈) : 아까 질문해 주셨고, 발표자님께서도 통상인의 기준을 어떻게 할 것이냐 했는데, 헌법재판소가 통계자료라든지 한번 설문조사를 해본다든지. 평균인의 어쨌든 뭔가 샘플이 나온 거니까. 기존에는 그냥 헌법재판소에서 재판관님들이 자신의 어떤 이 정도면 평균이 생각하는 정도일거야 아님 몇 명이 모여서 의논을 한다든지 이 정도였다면, 설문조사라든지 여론조사 이런 거를 좀 참조를 한다면, 기속될 필요는 없지만, 어쨌든 평균인의 그런 어떤 생각들을 읽을 수 있는 방안이 되지 않을까요. ‘아, 이런 흐름이 있구나’ 하면서 해결할 수 있지 않을까요. 명확성의 정도에 대해서.

토 론 자(최희준 부장연구관) : 헌재가 직접 그거를 조사를 하게 되면 상당히 부담이 많이 될 것 같습니다. 오히려 그런 것은 청구인이나 피청구인들이 적극적으로 노력을 해서 조사를 해서 주장을 해야 되는 것 아닐까 싶습니다.

사 회 자 : 저도 일반 참석자의 입장에서 한두 개만 좀 질문을 드리겠습니다.

김경목 연구관님께서 나누신 거를 보게 되면, 말하자면 법치국가 명확성 또 기본권 명확성 뭐 표현의 자유의 명확성 또 위임입법의 명확성 이런 식으로 카테고리 좀 지었잖아요? 그런데 결국 표현의 자유가 기본권인 거고, 그다음에 죄형법정주의도 결국 신체의 자유의 기본권이 문제가 되는 것이고, 그냥 법치국가라고 할 때는 아마 전체적인 취지를 볼 때는 여러 다른 기본권들을 다 포함해서서 이렇게 말씀하시는 것 같아요. 그래서 결국에 이 카테고리 자체도 서로 상당히 중첩이 되는 것 아니냐.

결국엔 좀 생활영역별로 나뉘야 될 것 아닌가 하는 그런 생각이 좀 드는군요. 형벌 영역에서도 아까 이회훈 교수님 말씀하셨을 때는 그중에서도 좀 덜한 벌금도 있는 거고, 어떤 거는 사형도 있는 거고 그러니까 그 안에서도 좀 더 나누자라고 하는 이야기였었던 것 같고, 또 표현에서도 상업적 표현과 정치적 표현 이런 식으로 또 구분되어지는 것이 있을 수 있고.

그러니까 이게 무슨 법치주의적 명확성이나 기본권적 명확성이나 아니면 표현의 자유의 명확성이나 이런 카테고리 자체가 과연 합당한 것인지 한번 질문을 드리고 싶고.

또 하나는 발제하실 때, “표현의 자유와 관련해서 엄격 심사를 해야 된다고 했지만 조사를 해보니까 엄격하게 심사한 것은 별로 없는 것 같다” 이런 말씀하셨거든요. 그런데 제가 여기 연구원으로 있을 때 전기통신사업법 53조, 사실은 저와 황성기 교수가 같이 공동 보고를 해서 올렸었던 사건이 있고.

또 하나 생각이 나는 게, ‘출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률’ 제5조의2 음란 표현물과 또 저속한 간행물 표현이 있지 않습니까? 이 사건을 보면 상당히 표현의 자유에서도 엄격 심사를 한 듯 하거든요. 물론 뭐 음란 출판물은 판례가 축적이 돼서 어느 정도 알 수 있다 해서 합헌 했지만, 저속한 간행물 부분은 결국 위헌이 나가지 않았습니까? 과도한 광범성 원칙 위반이기도 하다는 중첩적인 표현도 나온 것 같았는데.

뭐 완전히 없는 건 아니다. 표현의 자유에 있어서도 나름 헌법재판소가 엄격 심사를 가동하고 있는 건 분명한 것 아닌가 그런 질문을 좀 드러보고 싶습니다.

발 표 자 : 두 번째 질문에 대한 답변부터 먼저 드리면, 오히려 저는 표현의 자유에 대해서 현재가 어떤 더한 중요성을 부여한다면 일관되게 더 엄격하게 그걸 적용했으면 하는 입장입니다. 그러니까 너무 안 하는 것, 표현의 자유에 대해서 엄격하게 심사한다고 선언을 해놓고 막상 표현의 자유가 문제 되는 사례들에서는 그렇게 심사를 안 한 사례들이 많다는 것이, 제가 이번 발표를 준비하면서 발견한 사실입니다. 그래서 앞으로는 그거를 좀 더 적극적으로 심사 기준으로 썼으면 하는 바람이 있습니다.

그리고 죄형법정주의, 표현의 자유에, 법치국가 명확성 결국 다 기본권에 관한 문제인데, 이렇게 분류하는 게 정당한가라는 질문을 주셨는데요. 사실 기본 베이스는 기본권을 제한하는 법률에 대해서 법치국가적 명확성을 요구하면서, 죄형법정주의 같은 경우는 신체의 자유에 더 문제되는 것이기 때문에 좀 더 엄격하게 보자고 해서, 현재가 하는 심사 기준으로 명확성의 기준을 높여놓은 거고요. 표현의 자유에도 마찬가지로 다른 기본권보다 더 엄격하게 보자고 해서 높여놓은 것입니다.

그런데 이게 가끔 실시방법을 찾아보면 기본권 제한에 관한 법률에 대해서 심사를 하면서 죄형법정주의보다는 완화된다고 나옵니다. 그러니까 이게 기본권

제한 법률의 위로 올라가야 되는데, 위에 엄격한 걸 기준으로 잡고 기본권 제한 법률은 완화돼서 심사한다 이러면, 이게 어디가 기준인지가 모호한 경우가 많습니다.

생활영역 별로 형벌, 표현 이렇게 해야 되는 것 아닌가라는 말씀을 하셨는데, 그러니까 더 중요한 기본권에 대해서는 명확성의 정도를 더 엄격하게 보는 거는 가능하다고 생각합니다. 그래서 규율 영역을 나누는 것도 결국은 중요하게 생각하는 기본권에 관한 어떤 걸 중요하게 생각을 할 것인가에 관한 문제인가 아닌가 그래서 크게 문제없지 않나라고 생각을 합니다.

토 론 자(김광욱 헌법연구관) : 명확성 원칙을 논할 때 자의적 해석이라든가 예측 가능성 문제를 많이 하고, 해석 문제는 우리가 전통적으로 얘기하는 문리 해석, 목적론적 해석, 역사적 해석 이런 내용들이 많이 있는데요. 법률조항의 명확성과 법률조항의 해석 사이의 관계가 대체 어떤 것이냐는 의문이 들었습니다.

해석이라는 게 우리가 얘기하는 법 발견이라고 한다면, 조문이 명확하나 명확하지 않느냐 문제 이전에, 그 법률조항의 해석내용 자체가 그 조문의 내용이기 때문에 거의 명확한 거라고 봐야 되거든요. 그러니까 저는 왜 명확성을 얘기할 때 보충적인 해석이란 표현을 사용해야 되는지? 그러니까 해석이라는 게 법 발견이라면, 그 법 조항의 내용 자체가 그것이기 때문에, 이 법률조항 자체는 명확하다고 봐야 된다. 그 법률조항이 명확하나 명확하지 않느냐 보충적 해석을 통해서 이게 확정될 수 있어서 명확성 원칙에 반하지 않는다는 표현 자체가 좀 부적합한 표현일 수 있지 않은가 하는 생각을 해봤습니다.

근데 명확성의 원칙과 법률해석 문제에서의 양자의 관점이 조금 다르다고 생각을 한 게, 명확성의 원칙은 혹은 일반인 수범자라는 것도 어떻게 예측할 것인가의 문제이다. 법률해석은 유권해석 기관도 할 수 있고 재판기관도 할 수 있지만, 이 법률을 과연 어떻게 해석할 것인가라서, 전문가적인 입장에서 어떻게 볼 것인가 문제라서 관점이 약간 다를 수는 있다. 결과적으로 명확성 원칙과 법률해석 관계에 대해, 법률 조항이 갖고 있는 의미를 어떻게 밝힐 것인가라는 해석을 다 했을 때도 이 조문 내용을 도저히 파악할 수 없거나, 아니면 이 조문 내용이 너무 많은 것을 담고 있거나 하는 경우에 명확성 원칙에 위반된다고 얘기하는 게, 조금 더 솔직한 문제 아닌가 이런 좀 고민을 해봤습니다.

이게 법철학에서 얘기하는 법 인식이나 법 해석 이런 문제랑 맞는 내용인지 잘 모르겠습니다.

지정토론자(양천수) : 제가 토론문에도 말씀드린 것처럼 사실 제가 생각할 때 완전한 명확성이 성립하기 위해서는, 실현되기 위해서는 해석이 필요 없어야 된다고 봅니다. 해석을 요구한다는 것 자체가, 법 규범에, 문헌에 불명확성을 제거한다는 의미가 제가 볼 때 있는 것 같습니다.

근데 그러한 요청은 그야말로 자연법적인 규율만이 존재하던 시대에는 가능할 수가 있습니다. 왜냐하면 우리의 윤리적 직관과 법 규범의 의미 내용이 합치하는 시대가 있다고 본다면, 그때는 명확한 규범이 우리를 지배하고 우리 양심 자체가 법 규범이 되겠죠. 하지만 오늘날에는 우리의 생활영역을 넘어서는 굉장히 복잡다단한 기능적 영역까지 법 규범이 규율하고 있기 때문에 그런 명확성을 과연 추구할 수 있을까?

그래서 저는 현재가 고육지책으로 만든 게, 바로 보충적 해석을 통해서 더 명확해진다면 결국 명확해진다면 법 규범이 명확성 원칙에 반하지 않는다는 타협책을 냈다는 생각이 들고, 저는 그 타협책을 결론적으로 지지합니다.

왜냐하면 법 인식 말씀을 하시는데, 사실 제가 바탕으로 삼고 있는 법 해석학에 따르면, 모든 법 해석은 결국에는 법을 형성해간다는 것과 질적으로 같습니다. 어떻게 본다면 법관이 법을 해석한다는 것은, 그냥 프로그램 상으로 또 텍스트 상으로만 존재하던, 어떻게 보면 형식만 존재하는 법 규범의 의미 내용을 비로소 만들어가는 것이거든요. 그렇게 본다면, ‘해석을 통해 법 규범의 의미를 명확하게 한다’, 이걸 제가 볼 때는 좀 솔직히 안 맞는 말입니다.

그러니까 오늘날 우리에게 필요한 것은 명확성 원칙에 대한 재해석 또는 의미의 축소이고, 보충적 해석을 통한 명확성으로 좀 의미를 바꿔야 되는 것이고. 그래서 그 무게중심을 아님 과도한 부담을 명확성 심사에서 좀 덜어야 된다. 왜냐하면 ‘해석이 없는 법 규범이 과연 존재할 수 있을까’라는 게 저의 근본적인 의문이기 때문이죠.

사 회 자 : 또 다른 의견 없으시면 실제로 결정 권한을 가지고 계시는 그리고 해석 권한을 가지고 계시고, 명확성이 뭔지 결국 최종적인 결론을 내리실 수 있는 이진성 재판관님의 의견을 들어보겠습니다.

회 장(이진성 헌법재판관) : 기본적인 원칙이 있고, 거기에서 비롯하여 여러 사안에 따라서 달라지는 구체적 타당성을 추구하는 것들이 있는데, 각 결정에서

나타나는 차이점을 찾아내서 그것을 왜 일관되지 못하냐고 비판하는 건 상당히 쉽습니다. 그런데 중요한 것은 그 수많은 결정들이 과연 이 원칙에 대해서 어떻게 말을 하고 있는지, 그 명확성의 원칙에서의 원칙은 무엇인지, 또 핵심은 무엇인지를 탐구해서 그것을 오히려 밝혀내는 것이 더 필요하지 않았을까 하는 생각이 듭니다.

그리고 한 가지, 판단 주체라는 표현을 쓰니까 이게 일반인이라고 하면서, 뭐 법관이 보충적으로 해석을 하고 한다는 건데, 그러면 ‘법관이 판단하는 거냐, 일반인이 판단하는 거냐?’라는 생각이 들 수가 있습니다. 그런데 판단 주체라는 표현을 쓰는 것이 과연 적절한 것인지 하는 생각이 약간 들었는데요. 결국은 이게 일반인의 기준으로 법관이 판단하는 것이거든요. 그렇다면 그것을 과연 판단 주체라는 표현으로 일반인이나 법관이나 괜히 또 양단적으로 얘기를 할 수가 있는 것인지 그런 생각이 들었습니다.

사실 헌법재판소에서도 명확성이 어디까지 포섭하는 건지, 규정 자체는 그다지 불명확한 점이 없는데, 그렇다면 이걸 명확성의 원칙으로 심사해야 될 것인지, 아니면 명확성은 통과가 된 것이고 이걸 과잉금지심사해서 어디까지 규제를 해야 되는 것인지를 보는 것이 더 타당하다는 지적들이 많이 되고 있습니다. 그래서 양 교수님의 지적처럼 명확성 원칙 가지고 너무 설왕설래할 것이 아니라 과잉금지로 가서 거기서 판단이 되는 게 바람직하다는 생각이 듭니다.

한 가지, 실무가의 입장에서는 명확성의 원칙으로 해서 만약에 위헌이라고 한다면, 이게 가치중립적으로 갈 여지가 상당히 많습니다. 그런데 이걸 과잉금지 원칙으로 가게 되면, 이제 가치가 들어가게 되죠. 결국 헌법재판소는 혼자 하는 게 아니라 9명의 재판관이 하는 거니까, 거기서는 자기가 어느 가치에 중점을 두느냐에 따라서 또 과잉금지에 위배되는지 안 되는지에 대한 논란이 많이 생깁니다.

그래서 과연 어떤 것이 바람직한지 그건 잘 모르겠지만, 기본적으로 이 모든 법률용어를 아무리 명확하게 한다 하더라도 그건 해석을 수반하지 않을 수 없는 것이고, 그래서 너무 명확성 원칙을 가지고 얘기할 건 아니라, 과잉금지원칙 심사나 이런 방향으로 좀 이제 논점을 옮겨야 되지 않느냐. 아주 좋은 지적을 하신 것 같습니다.

한 가지 이제 방 교수님께서 말씀을 하셨는데, 판단자로서 한 가지 변명을 하자면, 사실 재판이라는 것은 어떤 이론적인 논문을 발표하는 게 아니라 구체적인 사안에서 그 사건의 중궁적인 해결을 위해서 구체적 타당성을 추구하는 것일

니다. 그러다 보면 결국 결정이나 판결문에 구체적으로 표현되는 것이 일관성을 유지하지 못하는 것 아니냐 뭐 이런 지적을 받을 수는 있습니다. 그것이 문제되는 것은 결국 결정문이나 판결들이 이제 앞으로 선례로서 기능을 한다는 것이죠. 그래서 그것이 나중에 오독될 수가 있다라는 게 큰 문제인데. 글썬요, 그런 선례로서의 기능보다는, 모든 재판은 그 사건의 구체적 타당성에 맞는 종국적 해결을 하는 게 사실은 더 목적입니다. 그래서 그런 관점에서 학계에 계신 분들은 과연 이 판결이 여기서 무엇을 말하고 있는 건지를 불명확하시겠지만 잘 명확하게 파악해 주셨으면 좋겠다는 생각이 들고요.

끝으로 할 얘기는, 이렇게 명확성의 원칙을 아무리 얘기해봐야 불명확할 수밖에 없는데, 하여튼 우리 재판소로서도 이런 문제점을 다시금 이번 기회에 더 인식을 해서, 국민들에게 우리 재판소의 판단을 조금 더 명확하게 전달하는데 주력을 해야 되겠다 이런 생각이 듭니다.

사 회 자 : 감사합니다.

마지막으로 발표하신 김경목 연구관님께서 종합적인 결론을 내려주시고, 오늘 모든 토론을 마치도록 하겠습니다.

발 표 자 : 명확성과 관련돼서 진짜 바라건데는 계속 느끼는 거지만, 불친절한 국회가 국민에 대해서 명확하지 않은 법률들을 만들어 내고, 현재는 가급적이면 친절하게 이 법률을 합헌적으로 해석해서 이 내용이 이렇게 저렇게 위헌이지 않다라고 판단을 해왔습니다. 그런데 그 국회에서 법을 만들 때, 아까 이희훈 교수님께서 얘기하신 것처럼, 정의 규정이나 이런 걸 통해서, 도대체 이 법에서 어떤 내용을 다루고 어떤 내용을 규제를 하는 건지에 대한 친절한 설명이 덧붙여진다면 훨씬 더 현재에서 규범 판단을 함에 있어서 명확성 문제의 많은 부분이 해결될 수 있지 않을까 생각을 합니다.

또 하나 재판관님께서 말씀하신 것처럼, 법 문헌 자체가 명확한데 포섭 범위가 너무 광범위해서 불명확하다고 결정을 한 경우들이 몇 개 있습니다. 그런데 이런 부분들은 명확성의 문제가 아니라 과잉금지의 문제로 판단을 하는 게 맞지 않을까라는 생각을 저도 했었습니다.

미국의 선거자금규제 판례와 표현의 자유

- 역사적 배경과 판례를 중심으로 -*

임 성 희**

I. 들어가며

선거는 대의제 민주주의를 실현하고¹⁾ 통치권의 민주적 정당성을 확보하는 중요한 수단이며 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주주의를 구성하고 움직이게 하는 현대 민주주의에서의 핵심적인 요소이다.

그런데 지금까지 우리 판례를 살펴보면, 부정선거와 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하고 실질적인 선거운동의 기회를 보장하기 위하여는 선거의 공정성이 확보되어야 하고, 이를 위해서는 선거운동에 대한 규제가 불가피하다는 논리로 정치적 표현의 자유를 제한하는 공직선거법 등의 조항들에 대하여 대부분 합헌결정을 하여 온 것이 현실이다.²⁾

* 이 발표문은 법조 8월호에 게재될 예정인 논문을 수정, 보완한 것임을 밝힌다.

** 헌법재판소 헌법연구관(팀장)

- 1) 선거는 국민대표자가 행사하는 국가권력에 민주적 정당성을 부여하는 방법인 동시에 공적 업무를 수행함에 합당한 인물을 찾아내어 주요 공직에 배치하는 방법이므로 대의민주주의에서는 선거 없는 대표나 대표 없는 선거는 상상하기 어렵다. 정종섭, 헌법학원론 제8판, 박영사, 2013, p900
- 2) 헌법재판소 판례의 경향은 한 마디로, 선거운동의 자유에 대한 보장의 필요성을 인정하면서도 선거운동의 자유를 광범위하게 제한하고 있는 공직선거법 규정의 합헌성을 관대하게 확인해주고 있다는 것으로 요약할 수 있다. 이로써 헌법재판소는 공직선거법 규정에서 드러나는 입법자의 기본입장, 즉 유권자의 판단능력에 대한 불신을 전제로 하는 후견주의적 입장에 근본적으로 동조하고 있다. 한수용, 헌법학 제2판, 법문사, 2012 pp186-187

반면 미국의 경우 1970년대 이래 선거자금규제를 위하여 제정된 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act)나 이를 개선하기 위하여 2000년대에 제정된 초당적 선거개혁법(Bipartisan Campaign Reform Act)과 같은 개혁입법에 대하여, 미국연방대법원은 선거자금의 지출제한은 표현의 자유를 침해하므로 위헌이라고 결정하여, 선거운동기회의 균등을 확보하기 위한 의회의 노력이 동력을 상실하여 과도한 선거비용 증가로 선거의 공정성을 훼손하는 결과를 가져왔다는 비판을 받고 있다.

우리나라는 정치자금법에서 정치자금을 ‘당비, 후원금, 기탁금, 보조금과 정당의 당헌, 당규 등에서 정한 부대 수입, 그밖에 정치활동을 위하여 정당, 공직선거 당선자, 후보자, 후원회, 정당의 간부 또는 유급 사무직원, 그밖에 정치활동을 하는 자에게 제공되는 금전, 유가증권, 그 밖의 물건과 그 자의 정치활동에 소요되는 비용’으로 정의하고 있고³⁾, 공직선거법에서 선거비용을 ‘당해 선거에서 선거운동을 위하여 소요되는 금전, 물품 및 채무 그밖에 모든 재산상의 가치가 있는 것으로서 당해 후보자가 부담하는 비용 등’이라고 정하여⁴⁾ 양자를 나누어 규율하고 있다. 이처럼 정치자금과 선거비용의 법적 개념을 구분하고 있는 우리 법제와는 달리 미국에서 정치자금은 선거비용과 동의어로 사용되는데 이는 미국에서 정치는 즉 선거라는 정치현실에 기인한다. 미국에서의 정당은 유럽의 계급 위주 대중정당과는 달리⁵⁾ 후보자의 선거운동조직으로서의 역할이 강하고, 선거는 정당 중심이 아니라 후보자 중심으로 치러진다. 따라서 각 후보자들의 개별 선거운동의 중요성이 매우 크고 치열하며 선거운동방식에 여론조사나 TV광고 등이 많이 활용되는 고비용 구조이다.⁶⁾

미국의 선거자금규제 판례와 관련한 선행연구들을 살펴보면, 미국의 선거자금규제 법령과 제도의 연혁과 현황(최혜령, 2012)(김용승, 2010)(김준석, 2010)(김선화, 2002, 2009), 2010년 Citizens United 판결을 비롯한 미국의 선거자금규제 관련 판례와 이에 대한 비판 등을 소개하고(정영철, 2010)(임지봉, 2010)(김재선, 2012)(최희경, 2012) 기업의 정치자금 기부에 대한 헌법적 및 기업법적 검토(정종섭, 1996)(김성태, 1996), 미국의 정치자금 개혁의 역사, 정당정치 변화와의 관계에

3) 정치자금법 제3조

4) 공직선거법 제119조

5) 서정진, 최은정 “미국의 정당정치 변화와 정치자금 규제”, 평화연구(제23권 제2호), 2015, p98

6) 김용승, “미국 선거법제 연구-선거자금 규제 등 중심”, 형사법의 신통향 제26호, 2010, p197; 백창재, “미국 정치자금 제도개혁의 동향”, 국제지역연구 제13권 제2호, 2004, pp19-20

서 연구하는 등(서정건, 최은정, 2015)(백창재, 1998, 2004) 다양한 시각에서 접근하여 왔다. 미국의 정치자금은 현실적으로 다양한 경로를 통해 이루어지고 있고 정치자금이 복잡하게 구성되어 있어 정당국고보조, 선거자금, 정치활동위원회, 소프트머니 등을 관련법령 및 관례와 함께 종합적으로 검토하여야 비로소 선거자금의 실체를 온전히 이해할 수 있음은 물론이다. 다만 본고에서는 미국 선거자금의 전반적인 소개)보다는 선거자금규제로 인한 선거운동 기회균등과 표현의 자유의 관계에 대해 살펴보고자 한다.

미국연방대법원이 표현의 자유의 우월적 지위를 강조하는 것은, 선거운동에서 공적 쟁점들에 대한 토론의 양과 범위를 통제하는 주체는 정부가 아닌 국민(후보자, 시민, 단체, 정치위원회 등)이라는 입장에 기초하여, 선거자금규제가 정치적 표현의 자유에 대한 직접적 제한에 해당한다고 보기 때문이다.⁸⁾

그런데 선거자금규제가 전체적인 토론의 양과 범위를 축소시킴으로써 정부가 국민의 표현의 자유를 침해하는 측면도 있지만, 한편으로는 정치적 의견을 표현하고자 하는 후보자들, 유권자들 간에 자금의 多寡로 인하여 선거운동의 기회가 불균등해짐으로 인하여 자금이 부족하거나 정치적으로 소수인 자들의 표현의 자유가 침해되는 측면도 분명히 존재한다.⁹⁾ 본고에서는 경제력에 따라 후보자들, 유권자들 사이에서 표현의 자유가 불평등하게 되는 측면에 초점을 맞추어 선거의 영역에 있어서의 표현의 자유에 대하여 검토해보고자 한다.

나아가, 표현의 자유와 선거운동의 기회균등이 마치 서로 대립하는 가치로 이해되고 어떤 가치를 우위에 둘 것인가를 두고 평행선을 달리는 것과 같은 공방이 이어지고 있는 가운데, 표현의 자유가 역사적으로 어떤 배경에서 등장하게 되었는지 살펴보고 본래 이들 가치가 공히 선거라는 대의제 민주주의 실현을 목표로 하는 수단임을 역사적 관점에서 확인하며, 우리가 오늘날 선거자금규제로 인

7) 이에 대한 자세한 설명은 위에 소개한 선행연구 및 각주10의 문헌 참조

8) 심사과정에서 익명의 심사위원이 언급한 내용이다. Buckley 판결의 법정의견에 바로 그러한 문장이 등장한다. “In the free society ordained by our Constitution it is not the government, but the people - individually as citizens and candidates and collectively as associations and political committees - who must retain control over the quantity and range of debate on public issues in a political campaign.”

9) 선거자금 지출제한은 “개인이 선거의 결과에 영향을 미칠 수 있는 상대적인 가능성을 균등화(equalizing the relative ability of individuals to influence the outcome of elections)”를 달성하고자 하기 위한 것이라는 정부측 주장에 대하여, Buckley 판결의 법정의견은 “국가가 일부 국민의 목소리를 상대적으로 키워주기 위하여 다른 일부 국민의 표현을 제한할 수 있다는 주장은, 다양하고 적대적인 내용의 정보를 가능한 한 넓게 배포할 수 있도록 보장하는 표현의 자유의 본질에 전혀 맞지 않는다”라고 명시적으로 기각한 바 있다. “...the concept that government may restrict the speech of some in order to enhance the relative voice of others is wholly foreign to the First Amendment...”

한 표현의 자유 침해 문제를 구체적으로 판단함에 있어 어떤 기준을 염두에 두어야 할지 고민해보고자 한다.

이하 본고에서는 II에서 선거자금규제와 관련된 미국연방대법원 판례의 흐름의 개관과 대표적인 판례를 통하여 선거자금규제에서 표현의 자유가 어떤 지위를 가지는지 확인한 후, III에서 위 판례의 중심에 있는 표현의 자유가 미국헌정사에서 어떠한 과정을 거쳐 등장하게 되었는지 역사적인 관점에서 살펴본 다음, 마지막으로 IV에서 선거운동에 관한 우리 판례의 태도를 검토하고 선거운동 기회균등과의 관계에 있어 표현의 자유에 논술한다.

II. 미국 판례의 동향¹⁰⁾

1. 개관

선거자금규제에 대한 선거자금지출이나 기부가 “행위”(conduct)에 해당하는 것이 아니라 “표현”(speech)에 해당하기 때문에 표현의 자유 침해에 관한 엄격심사기준에 부합하여야 한다는 원칙을 확립한 Buckley 판결(1976)을 비롯하여 선거자금에 관한 미국연방대법원의 판례는 다양한 쟁점에 걸쳐 있다. 예를 들어 기부 또는 지출의 제한을 허용할 것인지 여부, 기부 내지 지출내역을 공개하도록 하는 것이 위헌인지 여부, 기부제한을 허용할 경우 입법자가 정한 구체적인 금액의 한도가 적절한지 여부, 후보자에 대한 지지를 위한 선거자금의 모금 등의 수단으로 활용되는 정치활동위원회나 정당의 후보자 지지에 대하여는 기부 또는 지출제한 규정을 어떻게 적용할 것인지, 대통령 선거에 일부 도입된 선거공영제(public financing)와 표현의 자유의 관계 등에 관하여 논의가 되어 왔다.

구체적으로는 (i) 공개(disclosure)에 대하여, 기부내역 공개규정이 역사적으로 정부와 사적 단체들로부터 압박의 대상이 되어 온 소수정당에도 동일하게 적용

10) 이에 대한 일반적인 설명으로는 정영철, “기업의 정치적 표현과 언론의 자유-최근 미국연방대법원 판결이 한국에 주는 시사점”, 언론과 법 제9권 제2호, 2010, pp200-219; 김용승, 앞의 글 pp199-243; 최혜영, “미국 선거자금규제의 무력화-BCRA의 변화와 현재”, 사회과학연구 제28권 제4호, 2012, pp165-177; 임지봉, “미국헌법상 정치적 표현의 자유와 선거운동의 규제”, 미국헌법연구 제21권 제2호, 2010 pp90-107 참조. 관련 판례들과 학계의 논의에 대한 자세한 설명은 Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, Karlan, *The First Amendment, Fourth Edition*, Wolters Kluwer, 2012, pp452-515 참조

되어야 하는지에 관한 *Brown v. Socialist Workers '74 Campaign Committee*(1982)¹¹⁾, 초당적 선거개혁법에서의 공개규정을 합헌이라고 판단한 *McCConnell v. Federal Election Commission*(2010)¹²⁾, “X가 이 광고의 내용에 대해 책임이 있다”라는 취지의 주의경고문을 선거운동방송에 명시하도록 한 *Citizens United v. Federal Election Commission*(2010)¹³⁾, 주민투표신청서에 서명한 자들의 성명을 공개하도록 한 워싱턴 주법이 합헌이라고 한 *Doe v. Reed*(2010)¹⁴⁾ (ii) 기부제한 한도액에 대하여, 각 주법으로 정한 해당 기부금액의 구체적인 한도액이 합헌인지에 관한 *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*(2000)¹⁵⁾, *Randall v. Sorrell*(2006)¹⁶⁾ (iii) 정치활동위원회(political action committee)¹⁷⁾에 대하여, 독립적인 PAC이 국고보조금을 받고 있는 대통령 후보자의 당선을 위하여 1,000불 이상을 지출하는 것을 금지하는 규정이 위헌이라고 한 *Federal Election Commission v. National Conservative Political Action Committee* (1985)¹⁸⁾, 개인과 비법인사단이 복수후보자 정치위원회(multicandidate political committee¹⁹⁾)에 연간 5,000불 이상을 기부하는 것을 금지하는 규정이 합헌이라고 한 *California Medical Association v. Federal Election Commission*(1981)²⁰⁾, 주식회사가 아닌 기업(non stock corporation)이 “사원”이 아닌 자들로부터 연방선거를 위하여 기부금을 모집하는 행위를 금지하는 규정이 합헌이라고 한 *Federal Election Commission v. National Right to Work*

11) 459 U.S. 87(1982)

12) 540 U.S. 93 (2003)

13) 558 U.S. 310 (2010)

14) 130 U.S. 2811 (2010)

15) 523 U.S. 666 2000)

16) 548 U.S. 230 (2006)

17) PAC이라고 통칭됨. 종래 연방선거자금법에 의하면 기업 및 노동조합의 정치자금 기여가 금지되었고, 일종의 정치적 이익단체인 PAC을 통한 기여만이 합법적인 통로로 인정되었으며 정치자금의 수수과정에 대해 투명성을 확보하고 규제를 용이하게 할 수 있었다. 이처럼 PAC은 기업, 노동조합, 직종연합(professional association) 및 특정 쟁점단체(issue group)(예를 들어 총기, 알콜, 정치, 교육, 의료쟁점 등)에 의하여 결성된 조직체로서 표면적으로는 특정한 정당이나 후보자와 정식으로 연관되지 않으면서도 선거에 영향을 미치기 위하여 그 구성원의 자발적 헌금에 의하여 정치적 자금을 조성하고 지출하는 단체이다. 김용승, 앞의 글 p198 각주 5 및 p209 각주 12 참조; 백창재, “미국 정치자금 제도개혁의 동학”, p21

18) 470 U.S. 480 (1985)

19) 6개월 이상 등록되어 50명 이상의 기부자들이 5명 이상의 연방공직선거 후보자에게 기부한 정치위원회를 말한다. A multicandidate committee is a political committee with more than 50 contributors which has been registered for at least 6 months and, with the exception of state party committees, has made contributions to 5 or more candidates for federal office. 11 CFR 100.5(e)(3)

20) 453 U.S. 182 (1981)

Committee(1982)²¹⁾ (iv) 정당이 자신의 의회 후보자를 위하여 지출하는 금액에도 연방선거자금법상 제한이 적용되는지에 관하여, 정당이 후보자와 협의하여 (coordinated) 선거자금을 지출하는 경우에는 기부와 같이 보아야 하므로 Buckley 판결이 세운 기준에 따라 제한을 받는다고 한 Colorado Republican Federal Campaign Committee v. Federal Election Commission(1996)²²⁾ (Colorado I), Federal Election Commission v. Colorado Republican Federal Campaign Committee(2001)²³⁾ (Colorado II) (v) 선거공영제·매칭펀드에 관하여, 의회 후보자가 자신의 당선을 위하여 자비로 350,000불 이상을 지출한 경우 상대방 후보자는 본래의 기부한도액보다 세배까지의 기부금을 받을 수 있도록 허용한 초당적 선거개혁법 규정이 위헌이라고 한 Davis v. Federal Election Commission(2008)²⁴⁾, 주 공직(state office) 후보자가 국고보조금을 받고자 할 경우 자비지출은 500불로 한정되고, 적어도 한 차례 공개토론에 참여해야 하며 남은 공적자금은 환원하는 등 일정 조건을 준수하도록 한 아리조나주 청렴선거법 규정이 위헌이라고 한 Arizona Free Enterprise Club's Freedom Club PAC v. Bennett(2011)²⁵⁾ 등의 판례가 있다.

위 판례들은 서로 연관되어 있어 체계적으로 살필 필요가 있으나, 지면의 한계상 이하에서는 선거자금 지출과 기부는 표현의 자유의 문제라고 선언한 Buckley 판결을 비롯하여, ‘기업 등 경제력 있는 자가 선거에 압도적인 영향력을 행사하여 다른 후보자 또는 유권자들의 표현의 자유가 침해된다고 볼 것인가’가 쟁점이 된 대표적인 판례들을 주로 검토한다.

2. 대표적인 판결

가. Buckley v. Valeo (1976)²⁶⁾

선거자금규제 법령이 정치적 표현의 자유를 침해하지 않기 위하여는 엄격한 심사기준을 충족시켜야 한다는 기본적인 법리는 1976년 Buckley v. Valeo 판결에서 처음 확립되었다.

21) 459 U.S. 197 (1982)

22) 518 U.S. 604 (1996)

23) 533 U.S. 431 (2001)

24) 128 U.S. 2759 (2008)

25) 131 U.S. 2806 (2011)

26) 424 U.S. 1 (1976)

1971년 미국연방의회는 연방선거자금법(Federal Election Campaign Act)를 통과시켰고 1974년 이를 개정하여 ① 개인 및 단체의 정치기부금(contribution) 상한을 1,000불로 제한하고 ② 특정 후보자와 관련된 개인 및 단체의 해당 후보자를 위한 독립적 지출(independent expenditure)²⁷⁾²⁸⁾의 상한 역시 동일하게 제한하였으며 ③ 연방선거위원회(Federal Election Committee, FEC라고 통칭)에 기부 및 지출내역을 공개(disclosure)하도록 하였다.²⁹⁾ 이에 미국 보수연합(American Conservative Union)과 뉴욕출신의 보수파 상원의원 버클리(James Buckley)등은 상원 원내총무 발레오(Francis R. Valeo)를 상대로 위 1974년 연방선거자금법에 대하여 표현의 자유 침해를 이유로 소를 제기하였다.

미국연방대법원은, 의회가 연방선거를 규제할 권한을 갖기는 하지만 그러한 입법목적에 달성함에 있어서 수정헌법 제1조의 표현의 자유를 침해하는지 여부를 엄격심사기준에 의하여 심사해야 한다고 보았다. 그리고 선거자금규제에서 표현의 자유가 문제되는 이유는, “선거기간 동안 개인이나 단체가 정치적 의사표현에 대하여 지출할 수 있는 자금총액을 제한하는 것은 토의되는 쟁점의 수, 논의의 깊이, 전달될 수 있는 대중의 수를 제한함으로써 필연적으로 표현의 양(quantity of political speech)을 감소시킨다. 이는 오늘날 대중사회에서 모든 의사전달수단이 금전의 지출을 필요로 하기 때문이다”라고 설명하였다.

법정의견은 직접적인 기부로부터 발생하는 부패 또는 부패의 외관(corruption or appearance of corruption)을 방지하여야 한다는 대의제로서의 공익을 표현의 자유에 우선시하여 기부제한은 합헌이라고 본 반면, 후보자에 대한 지출에는 그러한 대의제에 대한 직접적인 위협이 없기 때문에 지출제한은 표현의 자유를 침해

27) 독립적 지출이라 함은 어떤 후보자나 위원회 또는 후보자의 기관과 협력이나 상의 없이, 그리고 그러한 후보자 등의 요구나 제안 없이, 특정 후보자에 대한 선거나 낙선운동과 지지운동을 위하여 지출하는 것을 의미한다. 김선화, “미국 정치자금규제의 현황과 헌법적 쟁점”, 세계헌법연구(제15권 제2호), 2009. 6. p157 각주7; 정영철, 앞의 글 p200 각주 20에서는 이를 ‘독자적 경비지출’로 번역하고, ‘선거에서 특정 후보 또는 정당을 지지하거나 반대한다는 의사를 표현하기 위하여 자발적으로 지출하는 경비’라고 설명한다.

28) 이와 반대되는 개념으로 협의된 지출(coordinated expenditure)이 있다. 협의된 지출은 후보자, 그 후보자로부터 수권받은 정치위원회, 그들의 대리인 또는 정당위원회나 그 대리인과의 합의 또는 협조, 그들의 요청이나 제안에 의해 또는 일반적이거나 개별적 양해에 따라 행하여진 지출을 의미한다. 최희경, “미국의 정치자금규제에 관한 헌법적 고찰”, 세계헌법연구(제18권 제2호), 2012. 8. 30. p85 각주67; 연계지출이라고 번역되기도 한다. 김용승, 앞의 글 p213

29) 1974년 개정 연방선거자금법의 주요 내용은 기존의 1971년 연방선거자금법의 공개규정을 강화하고, 기부한도를 1인당 하나의 선거에서 한 후보에게 1,000불(2012년 기준으로 환산하면 약 4,660불)로 제한하였으며, 연간 기부한도 총액을 25,000불(2012년 기준으로 환산하면 약 116,000불)으로 제한하였다. Anthony Johnstone, “Recalibrating Campaign Finance Law”, Yale Law & Policy Review, 2013, p223

하여 위헌이라고 보았다. 또한 선거자금의 지출 및 기부를 공개하도록 정한 것은 유권자들에게 자금 지출에 관한 정보를 제공함으로써 투표에 필요한 정보를 제공할 수 있고, 실질적이고 가능한 부패를 방지할 수 있으며, 법집행기관에게 필요한 자료를 제공할 필요가 있다는 측면에서 합헌이라고 보았다.³⁰⁾

위와 같은 기부와 지출의 二分法은 미국연방대법원이 선거의 공정성과 표현의 자유 양자를 충족시키기 위하여 고안해낸 일종의 전략적 타협으로 보이지만 그 이론적 구성의 타당성에 대하여는 많은 비판이 있어 왔다.³¹⁾ 예를 들어, 후보자에 대한 독립적 지출은 결국에는 후보자의 유권자들에 대한 표현으로 이어지게 되어 있음에도 불구하고, 독립적 지출이 후보자에 대한 표현(speech to the candidate)에 그치고 일반 대중에 대한 표현(speech to the public)에 해당하지 않는다고 형식적으로 구분하는 것은 현실감각이 떨어지는 탁상공론이라는 지적이 있다. 그리고 개인이나 집단이 자금을 지출함에 있어 설사 후보자나 그 선거조직과 어떠한 협의를 거치지 않고 독자적으로 행동하였다고 하여 그 후보자가 아무런 부담을 가지지 않는 것은 아니다. 오히려 기부한 후원자에 대하여와 마찬가지로 독립적 지출을 통해 혜택을 입은 후보자는 부담을 가지게 되고, 특정 쟁점을 지지하는 집단이 독립적 지출을 한 경우 그 쟁점을 표방하는 후보자와 집단 사이에는 긴밀한 관계가 강화되는 것이 현실이다.³²⁾ 독립적 지출이 대의제에 미치는 악영향이 과소평가되었고 후보자에 대한 기부가 의미하는 표현의 자유의 가치가 무시당했다는 비판도 있다.³³⁾

이러한 여러 가지 비판에도 불구하고 1976년 *Buckley v. Valeo* 판결의 기초는 현재까지도 유지되고 있고, 선거자금규제에는 엄격한 심사기준을 동반하는 정치적 표현의 자유가 문제된다는 기본 법리에 따라 이후 미국에서의 선거자금규제 개혁을 위한 입법부의 노력은 위헌 시비를 피하지 못하고 있다.

30) 김재선, “미국 연방선거법상 기업의 정치적 독립지출 허용의 의미와 시사점- Citizens United v. FEC 판례를 중심으로”, 외법논집 제36권 제1호, 2012, p43

31) Richard Post, *Citizens Divided*, Harvard University Press, 2014, p3

32) Bruce E. Cain, “Is Dependence Corruption” the Solution to America’s Campaign Finance Problems?” *California Law Review*, 2014. 2. p43

33) Post, 앞의 책 p56

나. First National Bank of Boston v. Belotti (1978)³⁴⁾

미국연방대법원은, 기업의 재산, 사업이나 자산에 중대한 영향을 미치는 것이 아닌 사안에 대한 주민투표(referendum)에 영향을 미치기 위하여 기업이 지출이나 기부를 하는 것을 금지한 매서추세츠 주법이 위헌이라고 판단하였다. 하급심에서 주 법원은 기업의 표현의 자유의 범위를 한정하여, 기업의 표현의 자유는 그 기업의 사업, 재산이나 자산에 중요한 영향을 미치는 사안에 한하여 보장된다고 보아 (그러한 영향을 미치는 것이 아닌 사안에 관한) 위 규정은 합헌이라고 보았으나, 연방대법원은 이 사안에서의 쟁점은 기업이 자연인과 같은 범위의 표현의 자유를 향유하는지 여부가 아니라고 과거환송하면서, 부와 권력을 가진 기업이 영향력을 행사하여 다른 표현들을 압도할 위험이 있다는 주장에 대하여는, 민주주의 사회에서는 국민들이 서로 대립하는 논의들의 가치를 스스로 판단하고 선택하는 책임을 지고 있고, 그것이 기업의 표현이라 하여 달리 볼 것은 아니라고 판단하였다.

다. Austin v. Michigan Chamber of Commerce (1990)³⁵⁾³⁶⁾

미시간 주 상공회의소의 일반 재정은 회원들이 납부하는 연회비로 충당되었는데, 회원 중 4분의 3은 영리기업이었다. 1989년 미시간 주 상공회의소는 일반 재정상의 자금을 사용하여 미시간 주 선거에 출마한 특정 후보를 지지하는 광고를 지역 신문에 실고자 하였다. 그러나 미시간 주의 선거자금법은 언론사를 제외한 모든 기업이 회사의 일반 재정자금(general treasury funds)을 사용하여 특정 후보자의 지지 또는 반대를 위한 독립적 지출을 할 수 없고, 다만 일반 재정과 독립된 기금(segregated funds)³⁷⁾을 조성하여 그러한 지출을 하는 것은 허용하고 있었

34) 435 U.S. 765 (1978)

35) 494 U.S. 652 (1990)

36) Austin 판결의 취지는 이후 비영리법인의 경우에도 마찬가지로 적용된다는 Federal Election Commission v. Beaumont, 539 U.S. 146 (2003)

37) 영국 노동당의 경우도 정치자금을 노동조합에 많이 의존하고 있지만, 영국에서는 노동조합의 조합비를 정치자금으로 기부하는 것을 금지하고 있기 때문에 이를 받아 사용하는 것이 아니라, 노동조합에 별도로 설치되어 있는 자발적 정치자금단체의 모금으로 마련된 기금(separate voluntary contribution)에 의존하고 있다. 이러한 모금단체에의 가입 여부는 조합원이 임의로 결정하며, 가입하지 아니한 경우에도 불이익이 돌아가지 않게 하고 있다. 따라서 이러한 기금을 정치자금으로 기부하는 것은 실질적으로 개개인의 기부행위의 집합에 지나지 않는 것이기 때문에 다수결에 따른 정치적 기본권 침해가 발생하지 않는다. 정종섭, “기업의 정치자금 기부의 문제점과 위헌 여부”, 법과 사회 제13권, 1996, pp45-46 참조

다. 이에 미시간 주 상공회의소는 이러한 규정이 표현의 자유를 침해한다고 다투었다.

마셜 대법관이 집필한 법정의견에서 미국연방대법원은, 기업이 유한책임·영속성(perpetual life)·자산의 누적과 배당에 관한 혜택 등 특수한 법적 경제적 특징을 가지고, 그러한 특징으로 인하여 기업은 경제적 시장에서 축적한 자원을 정치적 시장에서 불공정하게 사용할 수 있게 되며, 위 규정이 기업의 정치적 견해를 지지하여서가 아니라 투자자와 소비자들의 경제적 동기에 의한 판단에 따라 축적된 것에 불과한 기업의 거대한 자본이 선거에 투입되어 불공정한 선거결과를 초래하고 정치적 부패를 유발하는 것을 방지한다는 공익에 의하여 정당화되고, 분리된 기금을 조성하여 정치적 목적으로 사용하는 대체수단은 허용하고 있는 점에 비추어 합헌이라고 보았다. 기업이 표현하는 정치적 의사는 그 기업을 지지하는 대중의 정치적 의사가 반영된 것이라기보다는 소비자와 투자자의 경제적 의사가 개입된 것이므로 기업이 기업의 재정으로 정치적 의사를 표현하는 것은 제한되어야 한다는 취지이다.³⁸⁾ 이에 대하여 3인의 반대의견은 기업이富를 축적하였다는 이유로 기업의 정치적 표현의 자유를 제한하는 것은 표현의 자유의 주체에 따른 차별에 해당하여 허용될 수 없다고 보았다.

라. *McConnell v. Federal Election Commission* (2003)

2002년 시행된 초당적 선거개혁법(Bipartisan Campaign Reform Act)은 전국적 규모의 정당(national parties)이 소위 연성자금(soft money)³⁹⁾을 모집, 지지하거나 지출하는 것을 금지하였다.⁴⁰⁾ 또한 기업이나 노동조합이 선거 60일전부터는 특정

38) 최혜령, 앞의 글 p173

39) 연방선거운동법상의 모금과 지출내역 공개의무 등 제한을 받지 않는 자금을 총칭하는 개념이다. 김용승, 앞의 글 p198; 김선화, “미국의 정치자금법제 연구-2002년 연방선거운동개혁법을 중심으로”, 한국법제연구원(2002), p21

1979년 연방의회는 미국연방대법원의 판결에 따라 정치자금규제를 완화하였는데, 그 핵심은 주와 지역의 정당들(state and local parties)이 유권자등록(voter registration), 투표독려운동(get-out-the-vote, GOTV), 자원봉사활동, 정책메시지 전파 활동 등 정당조직관리(party building activities)을 위해 모금하고 지출하는 정치자금에 대한 내역을 FEC에 보고하는 의무대상에서 제외된 것이다. 이처럼 정당건설 활동을 통해 주와 지역 정당들이 주로 기업이나 단체가 제공하는 후원금을 연방선거에 참여하는 후보들에게 지원하는 경우 사용되는 정치자금을 소프트머니라고 부르게 되었다. 서경건, 최은정, 앞의 글 p97; 김재선, 앞의 글 p48; 백창재, “미국 정치자금 제도개혁의 동향” p22, pp25-26 참조

40) 이와 관련하여, 헌법재판소는 2015. 12. 23. 2013헌바168 결정(판례집 27-2하, 511)에서 정당 후원회를 통한 정치자금 기부를 금지하고 위반시 형사처벌하는 정치자금법 조항이 정당의 정당활동의 자유와 국민의 정치적 표현의 자유를 침해한다고 보아 헌법불합치결정을 한 바 있다. 이에 대하여는, 정당 후원회

후보를 위한 정책지지(issue advocacy)⁴¹⁾를 하지 못하도록 하고 기업이 일반 재정부담으로 후보를 대신하여 독립적 지출 또는 대리지출 형태로 광고에 지출하는 선거운동방송(electioneering communications)⁴²⁾도 제한하였다. 이에 맥코넬 상원의원 등은 위 규정이 표현의 자유를 침해한다고 주장하면서 소를 제기하였다.

미국연방대법원은 문제된 규정이 합헌이라고 판단하면서, 연성자금은 유권자 등록율과 투표율을 높이기 위하여 지출되는 것에 불과하므로 이는 자금제공자의 정치적 가치를 표현하기 때문에 더 강하게 보호되어야 하는 일반 선거비용과는 구분되어야 하며, 정부는 전국적 규모의 정당에 대한 대규모 연성자금 기부로 인한 부패의 실제 발생 또는 그러한 외관 형성을 막기 위한 정당한 이해를 가지고 있으므로 이를 규제하는 것은 합헌이라고 보았다. 나아가 위 규정은 부유한 개인, 기업, 노동조합이 거액의 기부를 통하여 연방선거, 연방 후보자, 연방 공직자들에 대하여 영향력을 행사하는 것⁴³⁾을 막기 위한 것이고, PAC을 통하여 그러한 지지를 표현할 기회가 이미 충분히 보장되어 있다고 보았다. 초당적 선거개혁법이 사용하는 선거운동방송이라는 개념이 지나치게 불명확하고 기업이 지불하는 광고와 같이 부패와 관련 없어 보이는 행위까지 불필요하게 과잉제한하고 있다는 주장에 대하여, 기업이나 노동조합은 PAC⁴⁴⁾을 통하여 그러한 지지활동을 할 충분

를 부활하면 군소정당 내지 신생정당보다는 오히려 거대정당 내지 기득정당이 더 큰 망외의 이익을 보게 될 것이고, 일반 국민은 자신이 지지하는 정당에 속한 정치인 개인 후원회에 정치자금을 기부함으로써 간접적으로 특정 정당에 대한 지지를 표명할 수 있고, 당비 납부나 기탁금 등의 방법으로도 정당에 대한 재정적 후원을 할 수 있으므로 정경유착을 막기 위하여 정당 후원회를 금지하는 것은 합헌이라고 본 재판관 조용호의 반대이견이 있었다.

- 41) 이에 대비되는 개념은 명시적 지지(express advocacy)이다. 정당이 모은 소프트웨어와 개인과 기업 등이 자발적으로 모은 독자지출의 대부분은 정책지지에 사용되는데, 이는 특정 후보자의 당선이나 낙선을 주장하는 명확한 문구(vote for, elect, support, cast your ballot for, for Congress, vote against, defeat, reject와 같은 magic words)를 사용하는 대신 공공정책 메시지라는 명목으로 선거에서의 쟁점에 대한 주장을 밝혀 간접적으로 후보들의 당선이나 낙선에 영향을 미친다. 쟁점지지도 번역되기도 한다. 김용승, 앞의 글 p209 각주 13, pp221-222 참조; 최혜영, 앞의 글 pp164-165 참조
- 42) 연방선거를 위한 후보자를 위하여 총선거, 보궐선거, 결선투표 전 60일 이내, 예비선거(primary)나 선호투표 또는 정당의 전당대회, 코커스 전 30일 이내에 관련 유권자를 대상으로(대통령, 부통령 선거는 대상 제한 없음) 특정 후보자(clearly identified candidate)를 지지하거나 반대하는 내용의 방송, 케이블 또는 위성방송을 의미한다. 김재선, 앞의 글 p41. 인터넷, 전화, 문서를 통한 지지는 여기 포함되지 않는다.
- 43) ‘로비스트, CEO, 부유한 개인들은 거액의 연성자금을 전국적 규모의 정당에 기부하여 왔다. 이는 특정 정책을 지지하여서라기보다는 연방 공직자들에 대하여 영향력을 행사하거나 정치복복을 피하기 위해서이다. 1996년과 2000년 자료에 의하면 50대 연성자금 기부자들 중 반 이상이 공화당과 민주당 모두에게 기부하였다.’ 540 U.S. 93 (2003) p37 참조
- 44) PAC이 광범하게 인정되고 또 활발하게 활동하고 있다 하더라도, 특히 기업 PAC에 대해서는 정치적 부패를 합법화하는 것이라는 점, 정치인이나 공직자의 기업의존도가 높아 직무수행에 영향을 받는다는 점, 투표자의 정치적 무관심을 조장하고 정당의 기능쇠퇴를 초래하는 점, 각각의 특수이익을 추구하는

한 기회가 마련되어 있고, 규제회피를 방지하기 위하여 그러한 제한을 하는 것은 합헌이라고 판단하였다.

이에 대하여 법으로 현직자(incumbent)와 도전자(challenger)가 할 수 있는 선거운동의 양을 똑같이 규제하더라도, 현실적으로 그러한 제한은 결국 현직자들을 우대하게 된다는 비판(Scalia), 기업이나 노동조합이 일반 재정과 독립된 기금을 통해 여전히 선거운동방송을 지원할 수 있다고 하더라도 기업이나 노동조합이 그 자체로 표현하는 것이 금지되는 근본적인 결과에는 차이가 없다는 견해(Kennedy), 연성자금규제는 뇌물죄 등으로 충분히 방지할 수 있다는 견해(Thomas) 등의 반대의견이 있었다.

McConnell 판결은 오크너 대법관이 퇴임한 후 2007년에 Federal Election Commission v. Wisconsin Right to Life (2007)⁴⁵⁾ 판결에서 ‘문체된 선거운동방송에 관한 초당적 선거개혁법 규정이 Wisconsin Right to Life의 TV 정치광고에 적용되는 한(as applied) 위헌’으로 판례변경되었다.

마. Citizens United v. Federal Election Commission (2010)

보수 시민운동 비영리단체인 Citizens United는 2008년 대통령 민주당 예비경선을 30일 앞두고 민주당 대선후보자였던 힐러리 클린턴을 비판하는 내용의 Hillary: The Movie라는 제목의 다큐멘터리 비디오를 제작하여 이를 알리는 광고를 케이블 방송을 통하여 방영하고자 하였으나 연방선거위원회는 이것이 초당적 선거개혁법이 금지하는 ‘선거운동방송’에 해당한다고 판단하여 방영금지처분을 하였고, 이에 Citizens United는 위 규정이 위헌이라고 주장하며 소를 제기하였다⁴⁶⁾. 초당적 선거개혁법 이전에도 연방법은 기업과 노동조합이 후보자의 당선이나 낙선을 명시적으로 지지하기 위해 일반 재정자금으로 독립적인 지출을 하는 것을 금지하여 왔다.

미국연방대법원은 McConnell 판결에서 합헌으로 판단하였던, 기업 등이 후보자를 당선시키거나 낙선시키기 위하여 기업 등의 일반 재정자금을 독립적으로 지출하는 것을 금지하는 초당적 선거개혁법 규정이 기업 등의 정치적 표현의 자

PAC들에 의해 국가적 통합이 파괴되는 점, 정치적 기득권 세력과 기업 PAC의 밀착으로 현상유지적 상황을 고착화시키고 있는 점(새로운 세력의 의회 진출을 저지하는 요인이 됨) 등이 지적되고 있다. 정중섭, 앞의 글 p48

45) 551 U.S. 449 (2007)

46) 김재선, 앞의 글 pp39-40

유를 침해하여 위헌이라고 판단하였다. 케네디 대법관이 집필한 법정의견은, 영리 혹은 비영리법인의 정치적 표현에 대한 침해를 정당화시키기에 충분할 정도로 강력한 정부의 이익이 인정되지 않기 때문에, 표현의 주체가 기업이라는 점을 이유로 기업의 정치적 표현을 억압할 수는 없다고 보았다. 즉 수정헌법 제1조는 선거결과에 영향을 미치는 개인과 단체의 능력을 균등화(equalizing)하려는 시도를 금지하며, 표현의 주체가 가지는 부를 이유로 정치적 표현을 제한하는 것은 허용되지 않는다고 실시하였다.⁴⁷⁾ 미국연방대법원은 *Buckley* 판결과 *Belotti* 판결에서 확인한 위 원칙을 재확인하고 이 판시와 저촉되는 범위에서 *Austin*과 *McConnell* 판결을 폐기하였다.

이 판결은 5:4로 침례하게 대답하였고, 기업이 독립된 별도의 기금을 통하지 않고서도 일반 재정자금으로 선거후보자에 대하여 직접 자금을 지원할 수 있게 되었다는 점에서 미국사회에서 엄청난 비판과 논쟁을 불러일으켰다.⁴⁸⁾ 스티븐즈 대법관이 집필한 반대의견은, 기업에 의해 미국 선거제도가 부패·왜곡될 수 있는 잠재성에 관하여 심각한 우려를 표명하였으며, 기업의 막강한 자금력, 기업이 다수의 주주들로 구성된다는 특수한 법적 구조 등을 감안할 때 정치적 표현의 자유를 향유하는 주체의 측면에서 기업은 자연인과 엄연히 다르다는 차이점을 강조하고, 기업의 과도한 정치자금 지출로 선거의 공정성을 해칠 우려, 자금력이 부족한 소수자들의 의견이 선거에 반영되지 못할 위험, 선거절차에 있어서의 진실성, 정당성 보장 등의 공익을 달성하기 위하여 문제된 규정을 합헌으로 인정해야 한다고 주장하였다.

3. 소결

이상 살펴본 바와 같이 미국연방대법원은 선거자금규제에 대하여 표현의 자유는 선거결과에 영향을 미치는 개인과 단체의 능력을 균등화(equalizing)하려는 시도 자체를 금지한다는 태도를 유지하고 있다.

이는 돈으로 선거광고 등 표현을 독점하는 것을 방임하고 부의 힘으로 선거에 광범위한 영향을 미치는 결과를 묵인하는 것이라는 학계의 비판도 있다. 유권

47) 최희경, 앞의 글 p88

48) ‘5:4로 나뉜 Citizens United만큼 최근 수십 년간 미국 행정부 사법부 입법부 간에 이 정도로 현저한 적대감을 촉발한 연방대법원 결정은 없었다.’ Ronald Dworkin, *The Decision That Threatens Democracy*, New York Review of Books, 2010. 5. 13.

자들이 선거결과에 영향을 미칠 수 있는 상대적인 가능성과 선거를 통하여 후보자가 되고자 하는 시민들의 기회를 균등하게 하기 위하여는, 선거자금에 있어 경제력의 차이를 조정할 필요가 있고 그로 인하여 소수자들의 더 다양한 의견들을 들을 수 있기 때문에 표현의 자유의 본질에도 반하지 않는다는 취지이다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾

선거자금규제를 찬성하는 견해 가운데에는, 독립적 지출제한을 허용하지 않는 미국연방대법원의 확립된 판례가 바뀌지 않는 이상, 차선책으로 기부제한이나 공개의무, 매칭펀드, 선거공영제 등 그나마 헌법적으로 가능성이 열려 있는 다른 수단들을 각 주 내지 연방의 정치, 경제, 사회 상황의 현실에 맞추어 계량적으로 재조정(recalibrate)하여 선거자금규제의 목적을 달성하는 것이 합리적이라는 의견도 제기된다.⁵¹⁾ 미국연방대법원도 정당한 입법목적이라고 인정한 부패(corruption)의 개념을 원전주의(originalist) 입장에서 재해석하여 선거자금의 제공자들에 대한 기속(dependence corruption) 방지라는 공익도 부패의 범위에 포섭시키면⁵²⁾ 엄격심사기준의 좁은 관문을 돌파할 수 있을 것이라는 주장도 발견되고, 표현의 자유가 가지는 자유주의적 측면(법정의견- 표현의 자유 체제에 정부의 후견주의적 개입 반대)과 평등주의적 측면(반대의견- 불균등한 영향력을 제한하여 표현의 기회 재분배)이 모두 수용하고 있는 공개의무를 통하여 선거자금규제의 문제를 해결해야 한다는 주장도 제기된다.⁵³⁾

49) 후보자가 아닌 제3자의 선거비용 지출한도를 제한하는 선거법 규정이 표현의 자유를 침해하는지가 문제된 사건에서, 캐나다대법원은 제3자 광고는 정치적 표현에 해당하지만 자금이 많은 제3자가 정치 광고를 통하여 정치적 담론을 독점할 가능성이 있고 그에 반대하는 일부는 자신의 견해를 전달할 기회를 상실하게 되므로 불균등한 의견의 배포로 인하여 유권자들이 선거에 유의미하게 참여하여 투표권을 행사할 수 없게 된다는 논리로, 위 규정을 합헌이라고 판단하였다. *Harper v. Canada*, 1 S.C.R. 827 (2004)

50) 경제력의 차이 외에도 선거결과에 영향을 미치는 요소에는 개인적인 명성, 시간, 자질, 능력, 교육수준, 집안 등 다른 많은 것이 있는데 불구하고 왜 굳이 '경제력의 균등화'만 문제삼느냐라는 비판이 있을 수 있다. 이에 대하여는 선거에 미치는 영향에 있어 돈이 현실적으로 가장 큰 문제가 되고, 선거는 사회에서 부의 분배적 정의를 실현하는 중요한 수단이며, 완벽한 선거자금규제에는 어차피 한계가 있다는 의견도 발견된다. Edward B. Foley, "Equal-Dollars-Per-Voter: A Constitutional Principle of Campaign Finance", *Columbia Law Review*, 1994, pp1246-1249

51) Anthony Johnstone, 앞의 글 p237

52) Lawrence Lessig, "What an Originalist Would Understand Corruption to Mean", *California Law Review*, 2014. 2. pp1-24

53) Kathleen S. Sullivan, "Two Concepts of Freedom of Speech", *Harvard Law Review*, 2010 pp176-177

III. 역사적 배경⁵⁴⁾

1. 건국 초기

미국독립혁명은 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다는 자기통치⁵⁵⁾(self government)를 목표로 삼았다. 그러한 자기통치를 달성하기 위하여, 미국 전체인구와 영토의 광범위함을 감안할 때 국민이 모여서 국가정책을 스스로 결정하는 형태보다는 대의제가 적합하다고 보았다. 이미 영국의 식민통치 아래에서 미국 국민이 스스로 체험하였듯이, 대의제가 성공하기 위해서는 국민과 그들이 권력을 위임한 대의기관 사이에 소통의 연속성(chain of communication)이 필수적으로 전제되어야 함을 익히 인식하고 있었다.

그러나 한편으로는 민중의 폭력과 불안정성, 즉흥성을 우려하여 순수한 민주주의보다는 가장 뛰어난 장점과 인품을 갖춘 엘리트들이 선출되어 국민을 대표하는 공화국(republic)⁵⁶⁾을 이상적인 형태로 추구하였다. 이러한 견해는 아래 인용한 매디슨(Madison)의 연방주의자 논집(Federalist Papers) 제10편⁵⁷⁾에 잘 나타나 있다.

『순수한 민주주의, 즉 직접 정부를 구성하고 운영하는 소수 시민으로 구성된 사회는 파벌⁵⁸⁾의 악영향(mischiefs of the faction)에 대한 해결책을 제시할 수 없다. 대부분의 경우 전체의 다수는 공통된 열정 또는 이익을 가지고 정부형태 자체로 인해 혐의와 협조가 이루어질 것이며 힘이 약한 정당이나 마음에 들지 않는 개인을 희생시키려는 성향을 저지할 수단이 전혀 없다. 따라서 그러한 민주주의는 언

54) 이에 대한 일반적인 설명으로는 Post, 앞의 책 pp3-43

55) ‘자기결정과 자기지배’라고도 표현된다. 한수용, 앞의 책 p108 참조

56) 공화국은 ‘소극적으로는 군주나 황제와 같은 형태의 권력세습을 부인하는 헌정체제’(성낙인, 헌법학 제 14권 2014, p114), ‘형식적 의미에서 군주국과 대립되는 개념’(한수용, 앞의 책 p99), ‘제도로서의 군주를 두느냐 여부에 따라 군주국과 공화국으로 구분’(양건, 앞의 책 p116)된다고 통상적으로 설명되고 있다. 그런데 미국 건국의 아버지들 특히 매디슨이 발전시킨 공화국의 개념은 고대(classical)의 학자들 또는 마키아벨리가 언급한 공화국의 개념과 달리 ‘대표제도가 행해지는 정부’로 이해하고 있고, 민주주의와 구별되는 개념의 용어로 사용하고 있다. 이는 연방주의자 논집 제10편에서도 잘 드러난다. “민주주의와 공화제간의 가장 큰 두 가지 차이점은 첫째, 공화제의 경우 시민이 선출한 소수의 대표에게 권력을 위임한다는 사실이다. 둘째, 공화제는 더 많은 수의 시민들과 더 넓은 범위의 국가로 확장될 수 있다는 점이다.” 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이 지음, 김동영 옮김, 페더럴리스트 페이퍼, 한울(2013), p65

57) 알렉산더 해밀턴 등, 앞의 책, p65 참조

58) ‘파당’으로도 번역된다. 양건, 헌법강의 제4판, 법문사, 2013, p41

제나 소란과 분쟁의 연속이었고 개인의 안전과 재산권과는 공존이 어려웠으며 생명이 길지 않았고 결코 좋게 끝나지 않았다…공화국, 즉 대의제가 행해지는 정부는 다른 가능성을 열어주고 우리가 추구하는 해결책을 약속한다.』

위와 같은 입장은 시에에스(Sieyes)도 제시한 바 있다. 즉 대의제의 긍정적인 측면은, 국민이 고도의 판단능력을 지녔다고 인정되는 사람을 대표자로 선출하기 때문에, 대표자로서 의회에 진출하는 자가 평균적인 사회구성원이 아니라 최고의 현명한 사람, 즉 국민의 엘리트라는 사고에 기인한다. 국민 중에서 최고의 엘리트가 의회에 진출하면 의회에 모인 대표자는 의회에서의 공개적인 논의를 통하여 매 사안마다 무엇이 공익에 부합하는지를 보다 잘 인식할 수 있고, 이로써 의회에서 제정된 법률이 보다 타당성을 가진다는 것을 기대하게 한다. 공익은 국민의 자연적 의사로부터 나오는 것이 아니라 대의기관에 의하여 형성된 의사로부터 나온다.⁵⁹⁾

버크(E. Burke)의 대의정치이론에서, 대의제는 국가의사를 결정함에 있어 국민의 경험적 의사와 국민의 이익이 일치하는 경우에는 국민의 경험적 의사를 따르도록 하되, 양자가 일치하지 않는 경우에는 국민의 이익을 우선시한다.⁶⁰⁾ 국민의 의사(will)와 국민의 이익(interest)이 충돌하는 경우에 무엇이 국민 모두에게 이익이 되는가를 결정함에 있어서는 국민은 당사자이기 때문에 이를 결정할 수 없는바, 이 문제를 객관적이고 이성적으로 판단할 수 있는 제3자로 하여금 이를 결정하게 하되, 이 제3자를 국민의 선거로 정하도록 고안한 것이 대의제이다. 이러한 측면에서 대의민주주의는 근대국가로 이행하면서 인구의 과다나 국가의 거대화 또는 의사와 이익의 다양화로 인하여 현실에서 직접민주주의를 실현할 수 없어서 불가피하게 채택하게 된 것이 아니라, 현실에서 의사와 이익을 일치시키는 공동체의사결정방식으로 고안된 것이다. 그렇기 때문에 대의민주주의를 보완하는 하나의 방법으로 직접민주주의를 고려할 수도 있게 된다.⁶¹⁾

그러나 엘리트 대의제에 대하여 반대가 전혀 없었던 것은 아니다. 수정헌법 제1조의 입안 과정에서 “국민이 대표자들에게 명시적으로 지시할 권한”을 부여한다는 문구를 추가하자는 주장이 의회에서 제기되었고 이에 대하여 매디슨은 수정

59) 한수용, 앞의 책 p113

60) 버크가 의원의 지위를 가리켜 ‘선거구를 대표하는 의원이 아니라 왕국 의회의 의원’이라고 말한 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 양건, 앞의 책 p860

61) 공동체의 의사결정에서 의사(will)와 이익(interest)의 구별 문제를 밝혀낸 버크의 대의정치이론은 대의원리의 본질적인 문제를 명확하게 밝혀 놓은 것으로 대의민주주의의 발달에 있어 획기적인 선을 그었다. 정종섭, 앞의 책 p898, p903 참조.

헌법 제1조의 표현의 자유를 통하여 국민은 대표자들에 대한 자신의 의견을 이미 충분히 전달하고 공개적으로 밝힐 수 있으므로 소통의 연속성이 확보되고 위 문구를 별도로 추가할 필요가 없다고 반박하였다.

매디슨 등은 수정헌법 제1조에 보장된 표현의 자유 이외에도, 선거의 빈도를 높이면 높일수록 대표자들, 특히 하원의원이 국민과 공감대를 유지하고 책임⁶²⁾을 질 수 있도록 하는 대의제의 기능이 향상된다고 믿었다. 그리고 의원들이 국민의 의사를 제대로 반영하고 있다는 국민의 신뢰를 얻을 수 있도록, 선거의 적정간주기, 의원의 임기, 의원석의 수, 유권자들의 수 등 선거제도의 구체적 세부사항을 어떻게 설계할 것인지에 대하여 많은 고민을 하였다.

2. 1830년대 이후 (Jacksonian Period)

토크빌이 1831년 미국을 방문하여 그의 저서 ‘미국의 민주주의’(Democracy in America)에서 묘사한 미국 사회는 건국의 아버지들이 구상하였던 엘리트 대의제와는 다른 방향의 역동적인 평등주의적 민주주의로 변하고 있었다. 건국의 아버지들이 구상하였던 것처럼 뛰어난 자질을 갖춘 엘리트들을 대표로 선출하여 그들에게 국가의사결정을 맡기기보다는 일반 대중의 의지가 직접적으로 정치에 신속히 반영되도록 해야 한다는 의견이 지배적이었다. 이러한 움직임은 모든 백인 남성에게 투표권을 부여하도록 하는 보통선거운동과, “테네시의 농부”라고 스스로를 소개하면서 선거운동을 하여 당선된 잭슨 대통령을 비롯하여 당시 후보자들이 통나무집 출신 서민임을 내세웠던 것과는 맥락을 같이 한다.

이러한 배경에서 1830년대 이후 정당을 통한 대중의 정치참여가 뿌리를 내리고⁶³⁾ 국민의 의사를 효과적으로 반영하기 위한 도구로 정당 정치가 전국적으로 활발해지기 시작하였으며 정당이 선거를 통해 유권자들과 대표자들을 연결하는 매개 역할을 수행하게 되었다. 이에 따라 유권자들은 후보자의 이념이나 자질과 관계없이 그 후보자를 추천한 정당이 표방하는 정책에 기초하여 그 정당이 내세운 후보자에게 투표하게 되었다(*party-line voting*)⁶⁴⁾.

62) 대표자는 단지 한시적으로 선출되고 임기 후에는 다시 국민의 정치적 심판을 받게 되는 형태로 대표자는 국민에 대한 책임을 지게 된다. 한수용, 앞의 책 p112

63) 서정건, 최은정, 앞의 글 p80

64) 서정건, 최은정, 앞의 글 p82

3. 1870년대 남북전쟁 이후 1890년대까지 - 도금시대(the Gilded Age)⁶⁵⁾

남북전쟁 이후 정당은 구체적인 이념이나 정치적 견해, 국가정책결정의 방향 제시와는 관계없이 오로지 자신의 후보자들을 당선시키고 권력을 유지하는 데에 집중하였으며 정당이 유권자들을 동원하여 선거에서 승리하기 위하여 공직 등 혜택의 배분을 통하여 필요한 활동가를 충원하는 형태의 후견적인 엽관제(spoils system)가 성행하였다. 이처럼 19세기 후반의 미국 정당은 선거에서의 승리를 위해 유권자들을 조직, 동원하는 강력한 조직(party machine)이었다⁶⁶⁾.

그럼에도 불구하고 당시 정당에 대한 충성도나 투표율은 미국 역사상 유례를 찾기 어려울 정도로 매우 높았다. 정당은 각종 행사와 전당대회, 선거 자체를 일종의 불거리 이벤트로 기획하였고 대통령 선거에서 투표율이 75%를 상회할 정도였다. 정당에 대한 충성도는 특정 민족이나 종교 집단에 지지기반을 두거나(예를 들어 당시 천주교 아일랜드 이민자들은 대부분이 민주당을 지지) 개인과 집단에 대한 편의 제공으로 표를 보장받는 등의 형태로 유지되었다. 이러한 정당정치 전성기는 결국 1890년대와 1920년대 사이에 서서히 막을 내렸다.

이 무렵 제2차 산업혁명과 석유, 철도산업의 눈부신 발전으로 엄청난 부를 축적한 기업들이 정당과 결탁하여 정치를 지배하는 현상도 나타났다. 유권자들과 대표자를 매개하는 소통의 통로 역할을 수행하여야 할 정당이 부와 결탁하여 공공연히 부패하는 현실에 국민들은 실망하게 되었고 1924년에는 투표율이 50% 아래로 떨어지기에 이르렀다.

4. 1890년대 이후 1917년까지 진보주의⁶⁷⁾ 시대(the Progressive Era)

정당이 국민의 의사로부터 遊離되어 국민의 정당에 대한 신뢰가 무너지자

65) 1865년 남북 전쟁이 끝나고 1873년에 시작되어, 불황이 오는 1893년까지 미국 자본주의가 급속하게 발전한 28년간의 시대를 말한다. 문화가 마크 트웨인과 찰스 두들리 워너가 쓴 동명의 소설 《도금시대, 오늘날 이야기》(The Gilded Age: A Tale of Today)에서 유래한다.

66) 비교정치학적 관점에서 미국정당이 지니고 있는 특성으로 흔히 지목되는 것은 미국정당이 서구적인 이념정당, 혹은 정책정당이 아니라는 점이다. 즉 서구의 보수 정당들이나 사회민주주의 정당들은 일관된 이념과 정책을 제시하고 집권할 경우 이를 추진하는 데 비해, 미국의 정당은 뚜렷이 구분되는 이념이나 정책을 제시하지도 않으며 선거 후에도 일관된 정책을 추진하지 않는다는 것이다. 서구의 계급정당적 관점에서 바라볼 때, 미국 정당들은 이념정당이나 정책정당다운 면모를 지니지 못하고 있다고 평가된다. 백창재, “현대미국의 단일쟁점정치와 정당정치의 변동”, 미국학 제21권, 1998, p28, p35

67) 혁신주의로 번역되기도 한다. 백창재, “미국 정치자금 제도개혁의 동향”, p45

학자들은 대의제 그 자체에 대하여 회의를 품게 되었다.⁶⁸⁾ 당시 저명한 정치학자인 스미스(J. Allen Smith)는 1907년 그의 저서에서⁶⁹⁾ 유럽의 의원내각제와 달리 미국은 권력분립제를 채택하고 있어 단일 정당이 권력을 장악하기가 어렵고, 정당은 정치 보스의 지휘 아래 오로지 후보자들을 공직에 당선시키고 현직을 유지하게 하기 위하여 기업으로부터 자금을 받아 그 대가로 철도규제, 독과점금지, 기업에 대한 과세 등의 입법을 좌절시키고 있다고 분석하였다.

진보주의자들은 정경유착의 폐해를 타파하기 위하여 경제에 있어 대기업 규제와 더불어 정당개혁 등 정치영역의 구조조정이 필요하다고 주장하였다⁷⁰⁾. 경제규제에 관하여는 정치가들이 아니라 전문적인 지식과 기술을 갖춘 행정가들에게 맡겨야 한다고 보았고, 정치 구조조정에 대하여는 기업이 선거자금을 기부하거나 지출하는 것을 금지해야 한다는 주장도 제기되었다.⁷¹⁾⁷²⁾ 정치에서 정당의 역할은 축소되어야 한다고 보았으며, 정치가들은 국민들에 대하여 책임을 져야지 정당기계(*party machine*)에 책임을 지면 안 된다고 주장하였다.

진보주의자들은 기본적으로 대의제를 불신하여 직접민주주의를 지지하였고, 실제로 주민발안(*initiative*), 주민소환(*recall*), 주민투표(*referendum*)와 같은 제도가 일부 주에 도입되기도 하였다⁷³⁾. 그러나 진보주의자들이 국민과 더 직접적으로

68) 정당 후원자금의 부패를 개혁하기 위하여 기업과 은행들이 연방선거에 선거자금을 기부하는 것을 금지하는 내용의 1907년 *Tillman Act*가 통과되기도 하였으나, 실효적인 집행수단을 갖추지 못하여 효과를 거두지 못하였다. *Restoring Electoral Equilibrium in the Wake of Constitutionalized Campaign Finance*, *Harvard Law Review*, 2011, edited by the Harvard Law Review Association p1531

69) *The Spirit of American Government: A Study of the Constitution: Its Origin, Influence and Relation to Democracy*

70) 서정건, 최은정, 앞의 글 p106

71) 진보주의 시대의 상징과 같은 루즈벨트 대통령(Theodore Roosevelt)은 1910년 캔자스 연설에서 “헌법이 재산권을 보호하고 있기는 하지만, 그렇다고 기업이 투표권을 가지는 것은 아닙니다...정치적 목적으로 기업의 자금을 사용하는 것을 금지하는 법을 만들어 집행하여야 합니다...대의제에서는 국민이 권한을 위임한 대표들이 국민의 이익을 대변해야 하는 것이지 기업의 특별한 이익을 대변하여서는 안 됩니다”라고 주장하였다.

72) 이러한 진보주의자들의 우려는 약 한 세기가 지난 후 *Citizens United* 판결의 반대의견에서도 반복된다. 즉 기업의 지출을 제한하지 않으면 당선된 공직자들이 여론을 무시하고 기업의 부를 보호하게 된다는 논리이다.

73) 프랑스에서도 19세기 말엽 보통선거제도가 확립되어 가면서 고전적인 순수대표이론에 변용을 가하는 *반대표 이론(regime semi-representatif)*이 제시된다. 그 대표적인 이론가가 에즈맹(*Adhemar Esmein*)이다. 반대표이론에서는 대표자와 피대표자의 의사가 일치되어야 한다고 보며, 대표제는 직접민주제의 대체물로 본다. 이에 따르면 기본적으로 강제위임을 부정하는 대표위임을 유지하되, 제도적으로 국민투표제와 같은 직접민주제와 의회제의 결합 가능성을 제시한다. 순수대표이론이 의회의 국민으로부터의 독립을 강조한 것과 달리, 반대표이론은 의회가 국민의사의 반영에 소홀한 것에 대응하여 의회와 국민의과의 의사의 합치를 강조한다. 양건, 앞의 책 p861; 에즈맹에 의하여 제시된 반대표이론은 오늘날 반직

연결된 정부를 구상하기 위해 아무리 노력하였다 하더라도, 국민이 선거권의 행사를 통해 대의기관을 구성하고 그 대의기관이 수행하게 되는 입법 활동을 주민 발안이나 주민투표로 완전히 대체할 수 없다는 한계는 엄연히 존재하였다.

진보주의 시대에 주미 대사를 역임하기도 했던 영국의 정치가이자 법률가 브라이스(Bryce)는 그의 1888년 저서 *The American Commonwealth*에서, 미국은 세계 어느 나라보다 여론(public opinion)이 막강한 권력을 가지고 있고 여론이 법적으로는 선거라는 의식(ritual)을 통해 드러나지만 선거와 관계없이 항상 역동적으로 살아 움직이고 장기적으로 지대한 영향력을 가진다고 보았다. 그리고 국민이 입법부에 권한을 위임하는 경향이 있는 유럽 국가들에 비하여 미국 국민은 정부에 대한 주인의식이 강하다고 보았다.⁷⁴⁾ 제1차 세계대전 이후 뉴딜정책에 사상적 기초를 제공하였다고 평가되는 진보주의자 크롤리(Croly)는 미국의 대의제와 여론의 정부에 대한 직접적인 감독은 상호 보완적이라고 믿었고, 그러한 여론의 의지를 실현하기 위하여 제도적으로 강력한 행정부가 필요하다고 주장하였다.

5. 제1차 세계대전 이후

제1차 세계대전을 거치는 과정에서 정부의 검열과 선전(propaganda)에 의하여 여론이 얼마나 손쉽게 왜곡되고 조작될 수 있는지가 드러났다.⁷⁵⁾ 그에 따라 토론의 자유(freedom of discussion)의 중요성이 부각되었고 듀이(Dewey), 터프츠(Tufts)와 같은 진보주의 학자들은 1932년 출판된 『윤리』 제2판에서, 개인에게 부여된 기본권 가운데 ‘사유하고 질문하고 토론할 자유’가 민주주의 사회에서 가장 중요한 기본권이라고 주장하였다.

집민주주의이론으로 정립되고 있다. 반직접민주주의는 대표기관과 국민의 직접적인 개입이 공존하는 체제를 말하고, 과거에는 그리스, 스위스의 칸톤, 미국의 일부 주 등에서만 실천되어 왔으나 현재 다수의 국가에서 헌법상 제도로 도입되기에 이르렀다(프랑스 제4 및 제5공화국, 오스트리아, 독일의 란트, 아일랜드, 이탈리아, 스웨덴 등의 국가에서 헌법에 이를 명시하고 있다). 성낙인, 앞의 책 p154, pp322-323 참조

74) James Bryce, *The American Commonwealth*, Windham Press Classic Reprints, 2014, pp258-262 참조

75) 정치적 여론 조작, 호도에 대한 회의는 전체주의, 파시즘을 겪은 유럽에서도 이러한 상황은 마찬가지였다. 20세기 제2차 세계대전을 겪으면서 선거민주주의에 기반을 둔 의회도 국민의 자유와 권리를 부정할 수 있다는 사실을 경험하고 선거민주주의가 곧 자유민주주의를 의미하는 것은 아니라는 사실을 확인하기에 이르렀다. 따라서 자유민주주의를 진정으로 실현하기 위해서는 의회의 권력도 기속되는 상위법의 규범력이 필요하다는 것을 인식하게 되어 미국의 사법심사에서 출발한 헌법재판이 전세계적으로 확산되게 되었다. 정종섭, 앞의 책p1002 참조

미국연방대법원도 이 시대에 와서 본격적으로 수정헌법 제1조에 보장된 표현의 자유를 거론하기에 이르렀다. 1919년 *Abrams v. United States* 판결⁷⁶⁾의 반대의견에서 홀즈(Holmes) 대법관은 ‘진실이란 시장의 경쟁 안에서 사상의 자유로운 교류를 통하여 가장 잘 밝혀질 수 있다.’는 유명한 말을 남겼다.⁷⁷⁾

나아가 표현의 자유를 통하여 비로소 자기통치의 목적을 달성할 수 있다는 주장은 브랜다이즈(Brandeis) 대법관이 집필한 1920년 *Gilbert v. Minnesota* 판결⁷⁸⁾의 반대의견에서 처음으로 명시적으로 실시되었다.

『미국 시민이 자기 스스로의 또는 국가의 이익을 위하여 연방법 제정과 국가의 권력 행사에 대하여 참여하는 권리에, 그에 대하여 말하거나 집필할 권리, 현행법이나 개정안에 본인의 견해가 반영될 수 있도록 시도할 권리, 그러한 목적을 달성하기 위하여 본인의 소신대로 진실을 가르칠 권리도 당연히 포함된다. 그렇지 않다면 “의회에 불만을 제기하거나 정부의 권한 또는 의무와 관련된 어떤 것에 대하여 문제를 제기할 목적으로 모임을 결사할 자유”⁷⁹⁾는 아무런 실체적 내용이 없는 권리가 된다…시민이 표현의 자유를 자유롭게 온전히 행사하는 것은 보통 그의 의무이기도 하다. 왜냐하면 그 행사는 본인에게보다도 국가에 더 중요한 것이기 때문이다. 천체의 움직임과도 같이, 국가업무에 있어서의 조화(harmony)는 서로 부딪히는 세력들 사이의 싸움의 결과이다. 서로 충돌하는 의견들을 솔직히 표현하는 과정을 통하여 공권력 행사의 지해가 가장 잘 발휘될 수 있고 이를 억압하는 것에 통상적으로 가장 큰 위험이 도사리고 있다.』

1927년 *Whitney V. California* 판결⁸⁰⁾에서 브랜다이즈 대법관은, 표현의 자유는 “효과적인 민주주의에 반드시 필요”하며 “미국의 독립을 쟁취한 건국의 아버지들은 공개토론(public discussion)이 정치적 의무라고 믿었고 이것이야말로 미국 정부의 기본 원칙”이 되어야 한다고 실시하였다. 미국연방대법원은 1930년대에 표현의 자유에 대한 법리를 더 구체화하였다. 휴즈(Hughes) 대법관은 1931년

76) 250 U.S. 616 (1919)

77) 이른바 사상의 시장(marketplace of ideas)라는 이 이론은 밀튼(Milton)의 아레오파지티카(Areopagitica, 1644)와 밀(J. S. Mill)의 자유론(On Liberty, 1859)에 토대를 두고 있다. 이에 따르면, 진리를 인식할 수 있는 인간의 능력에는 한계가 있으며, 이런 한계를 전제로 할 때 최선의 방법은 모든 의견을 자유롭게 허용하는 것이다. 다만 사상의 자유시장론의 전통적 모델에 대하여 오늘날 특히 경제적 힘이 사상의 시장을 지배할 수 있음을 주목하고, 언론매체의 독과점화 현상으로 인해 고전적인 사상의 자유시장론이 작동하기 어렵게 되었다는 비판도 있다. 양건, 앞의 책 pp499-500

78) 254 U.S. 325 (1920)

79) 수정헌법 제1조의 문언을 인용한 것임

80) 274 U.S. 357 (1927)

Stromberg v. California 판결⁸¹⁾에서 “자유로운 정치적 토론의 기회 보장을 통하여, 정부는 국민의 의지에 반응하고 적법한 절차를 통하여 변화를 이룬다는 목적을 달성할 수 있고, 이는 공화국의 안전을 위하여 반드시 필요하며 미국 헌법 제도의 가장 근본적인 원칙이다.”라고 밝혔다.⁸²⁾

끊임없이 형성과정에 있는 여론이야말로 국민과 대표자를 연결함으로써 국민으로 하여금 국가의사결정에 주인의식을 가지게 하여 국가권력에 대한 민주적 정당화⁸³⁾의 근거가 된다는 요지의 담론적 민주주의⁸⁴⁾는 직접민주주의를 추구하는 진보주의 시대에는 아직 본격적으로 연구되지 않았지만 20세기에 하버마스(Habermas) 등 학자들에 의해 활발히 전개되었다. 담론적 민주주의는 끊임없이 계속되고 수시로 변하는 의사소통을 전제로 하는 반면, 대의제는 주기적으로 돌아오는 특정한 시점에 선거를 통하여 국민이 국가기관을 구성하고 국민에 의하여 선출된 대표자가 국가의사를 결정하는 의사결정을 전제로 한다는 점에서 차이가 있다. 구체적인 의사결정을 하는 그 시점에 있어서의 여론은 이미 지나간 과거의 여론을 참고로 하고 여론은 이미 끊임없이 변화하고 있기 때문에 의사결정시점에서의 여론과 그 의사결정이 참고한 여론이 시기적으로 일치할 수 없다.

담론적 민주주의와 대의제가 위와 같은 차이가 있기는 하지만, 하나의 헌법적 구조 안에서 이론적으로 충분히 양립할 수 있다. 왜냐하면 담론적 민주주의라고 하여서 공개담론(public discourse)에의 자유로운 참여만을 요구하는 것이 아니고, 한편으로는 그러한 담론을 공식적 의사결정(official decision making)에 연결할 수 있는 구조를 필요로 하기 때문이다. 그러한 구조의 역할을 헌법적으로 수행하여 온 것이 바로 대의제 정부이다.

여론은 정당의 정책결정이나 후보자추천에서 고려되고 차기 선거까지의 기간 중에도 국가기관의 정책결정에 영향을 미친다. 집권정당은 재선되기 위하여 정치적으로 여론의 구속을 받으며, 국가의 결정이 국민의 지지와 동의를 구할 수 있는지에 있어 여론은 결정적인 역할을 한다. 여론의 이러한 영향력을 준직접민

81) 283 U.S. 359 (1931)

82) 표현의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유는 국가의 침해로부터 개인의 의사소통의 자유를 보호하고자 하는 자유권적 기본권일 뿐만 아니라 아래에서 위로(개인·사회에서 국가권력으로) 이루어지는 정치적 의사 형성을 가능하게 하는 민주적 기본권이다. 한수웅, 앞의 책 pp121-122

83) 민주적 정당화는 국민이 그들의 정부가 자신들의 의견에 귀를 기울이고 있거나 잠재적으로 귀를 기울일 것이라고 믿을 때 이루어진다. 만일 이를 믿지 못한다면 국민은 정부로부터 멀어져서 주인의식을 상실하게 되고 그들에 대하여는 민주적으로 정당한 정부가 되지 못한다.

84) 미국 문헌에서는 deliberative democracy 내지 discursive democracy라고 표현되고 있음

주적 요소라 부를 수 있다. 물론 국가기관의 행위가 여론을 고려해야 한다는 것은 법적인 의무가 아니라 사실상 정치적 구속에 불과하므로 국가기관이 때로는 여론에 반하여 결정하는 것이 필요할 수도 있다. 다만 기술의 발달과 더불어 여론조사는 국가정책결정에 있어 국민투표적 성격을 띠고 있고 구체적 여론조사의 결과는 국가기관에게 저항하기 어려운 사실상의 강제로 작용한다. 우리나라와 같이 대의제가 제대로 자리잡지 못한 국가에서는 대의제를 위협하는 요소가 될 수 있다는 지적도 있다.⁸⁵⁾

6. 소결

미국은 건국 당시 엘리트 대의제를 거쳐 평등주의적 민주주의를 바탕으로 정당정치가 득세하였으나 정당정치의 부패로 인한 대의제에 대한 불신으로 진보주의 시대에는 직접민주주의가 지지를 받으면서 여론의 중요성이 부각되었고, 제1차 세계대전 이후 표현의 자유에 대한 법리가 미국연방대법원 판례에 의하여 구체화되었다. 이처럼 미국 역사에서 표현의 자유는 담론적 민주주의에 필요한 민주적 정당화의 절차를 보호하기 위한 것으로 이해되어 왔다. 그렇기 때문에 민주적 다수결 원칙에 따라 이루어진 의회의 법률을 위헌이라고 무효화시키는 도구로 수차례 사용되어 왔음에도 불구하고 ‘표현의 자유’는 미국 민주주의의 보호자라고 칭송되고 있다.⁸⁶⁾

이러한 역사적 배경에서 위 판결들을 살펴보면, 미국연방대법원이 직면한 선택은 선거를 통해 이루어지는 대의제를 보호할 것인지 아니면 표현의 자유를 통하여 이루어지는 담론적 민주주의를 보호할 것인지라고 볼 수도 있다. 대의제가 역사적으로 더 오랫동안 지속되어 왔음에도 불구하고 미국연방대법원은 담론적 민주주의의 손을 들어주었는데, 미국이 제1차 세계대전 이후 자기통치의 수단으로 담론적 민주주의를 택한 이유로 미국 정당정치의 특징이 거론되기도 한다. 즉 미국은 정당의 힘이 약하기 때문에 여론을 움직이기 위하여 대의제의 지배구조 영역 밖에서 공개적으로 싸움을 벌일 수밖에 없고, 그 과정에서 미국의 표현의 자유가 다른 나라에 비하여 독특한 힘을 얻게 되었다는 분석도 발견된다.

85) 한수웅, 앞의 책 p116

86) 미국에서의 표현의 자유 보호이론에 대하여는 사상의 자유시장이론(marketplace theory), 국민의 자기지배이론(self government theory), 국민의 자기만족이론(individual autonomy theory), 견제가치이론(checking value theory), 썬의 이론(dissent theory), 관용이론(tolerance theory) 등이 주장되고 있다. 김우성, 표현의 자유의 보호영역, 저스티스 제153호 pp18-19 참조, 2016. 4.

IV. 우리나라에의 시사점

1. 선거운동방법 제한에 관한 우리 판례 검토

우리 공직선거법은 “선거운동은 선거기간⁸⁷⁾ 개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다”고 정하여⁸⁸⁾ 일단 선거운동을 할 수 있는 기간을 제한하고 있고, 다시 선거운동의 방법도 폭넓게 제한하고 있어⁸⁹⁾ ‘공직선거법상 특별히 금지되어 있지 않는 한 누구나 자유롭게 선거운동을 할 수 있다’(제58조 제2항)고 규정하고 있음에도 불구하고 실제로는 광범위한 선거운동의 제한으로 인하여 사실상 선거운동 자유의 법제가 아니라 선거운동 규제의 법제라 해도 과언이 아니다.⁹⁰⁾

대표적으로 학계에서 많은 비판을 받고 있는 공직선거법 제93조 제1항(탈법 방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)은, “누구든지 선거일전 180일(補闕選舉 등에 있어서는 그 選舉의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(創黨準備委員會와 政黨의 政綱·정책을 포함한다. 이하 이 條에서 같다) 또는 후보자(候補者)가 되고자 하는 者를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없다.”고 정하고 있고, 이를 위반할 경우 형사처벌하고 있다.⁹¹⁾

87) 공직선거법 제33조(선거기간) ③ “선거기간”이란 다음 각 호의 기간을 말한다. <개정 2011.7.28.>

1. 대통령선거: 후보자등록마감일의 다음 날부터 선거일까지
2. 국회의원선거와 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거: 후보자등록마감일 후 6일부터 선거일까지

88) 공직선거법 제59조

89) 이에 관하여는, 1925년 제정된 관헌국가적 규제중심의 일본 보통선거법이 1934년에 개정된 형태로 1958년 분단체제부터 우리나라 선거법에 전면적으로 도입되었고, 1994년부터는 1945년 이래의 일본식 선거법제도 하에 있다는 통찰력 있는 분석도 있다. 송석윤, 헌법과 정치, 경인문화사, 2007, pp253-260 참조

90) 성낙인, 선거제도와 선거운동, 저스티스(제130호), 2012. 6. p22

91) 공직선거법 제255조(부정선거운동죄)

- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금에 처한다.
 5. 제93조(脫法方法에 의한 文書·圖畫의 배부·게시 등 금지)제1항의 규정에 위반하여 문서·도화 등을 배부·첩부·살포·게시·상영하거나 하게 한 자, 같은 조제2항의 규정에 위반하여 광고 또는 출연을 하거나 하게 한 자 또는 제3항의 규정에 위반하여 신분증명서·문서 기타 인쇄물을

헌법재판소는 위 조항과 유사한 내용을 정하고 있던 구 ‘공직선거 및 선거부정방지법’ 제93조 제1항에 대한 위헌소원사건(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174)에서 합헌결정을 선고한 이래 다수의 헌법소원사건에서 “공직선거법 제93조 제1항에 의한 제한은 선거의 자유와 공정을 보장하기 위한 제도적 장치로서, 선거운동 내지 의사표현에 있어서의 특정한 수단, 특히 폐해의 우려가 크다고 인정되는 인쇄물, 녹음 등의 배부, 살포 등 특정한 선거운동방법에 국한되는 것이므로, 과잉금지원칙에 위반하여 선거운동의 자유 등을 제한하거나 그 본질적 내용을 침해하지 않는다.”는 이유로 합헌결정을 하였다.⁹²⁾

그러던 중 헌법재판소는 2011. 12. 29. 2007헌마1001등 결정에서 “공직선거법 제93조 제1항의 ‘그 밖에 이와 유사한 것’에 정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법이 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다.”라는 한정위헌결정을 하였다(판례집 23-2하, 739).⁹³⁾ 이는 문서, 인쇄물 등 오프라인상의 표현수단이 작성 내지 제작·배포에 상당한 비용과 노력이 소요되고 정보의 전달 및 수용도 일방적·수동적으로 이루어지는 데 반해, 인터넷은 쌍방향 의사소통이 가능하고 자체적인 교정의 가능성이 있어 선거의 공정성과 평온에 미치는 영향이 확연히 다르다는 점을 고려하였기 때문으로 보인다.

그 후 헌법재판소는 2014. 4. 24. 2011헌바17등 결정⁹⁴⁾에서 공직선거법 제255조 제2항 제5호 중 ‘제93조 제1항의 규정에 위반하여 문서, 인쇄물을 배부·게시한 자’ 부분이 명확성원칙에 위배되지 아니하고 선거운동의 자유 내지 정치적 표현의 자유를 침해하지 아니한다는 이유로 합헌결정을 하여⁹⁵⁾ 위 2007헌마1001등 결정이 문서, 인쇄물 등에 관한 기존 판례를 변경한 것은 아님을 확인하였고, 다시 2016. 3. 31. 2013헌바26 결정에서 광고의 배부 금지에 관한 부분도 합헌이라

발급·배부 또는 징구하거나 하계 한 자

92) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526; 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바96등, 판례집 13-2, 830; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌바58, 판례집 14-1, 499; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바15, 공보 116, 803; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마217, 공보 118, 1157; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82, 판례집 19-1, 1; 헌재 2008. 10. 30. 2005헌바32, 판례집 20-2상, 750; 헌재 2009. 2. 26. 2006헌바626, 판례집 21-1상, 211; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599; 헌재 2009. 5. 28. 2007헌바24, 판례집 21-1하, 599

93) 위 공직선거법조항이 과잉금지원칙에 반하여 정치적 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다는 취지의 재판관 2인(재판관 이동흡, 재판관 박한철)의 반대의견이 있었다.

94) 판례집 26-1상, 628

95) 위 공직선거법조항이 과잉금지원칙에 반하여 정치적 표현의 자유를 침해한다는 취지의 재판관 3인(재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원)의 반대의견이 있었다.

96) 같은 취지로 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163

고 결정하였다⁹⁷⁾.

위 2013헌바26 결정은 2011헌바17등 선례의 판단 부분을 인용하면서 다음과 같이 실시하였다. “...이러한 상황에서 후보자 및 예비후보자뿐만 아니라 정당조직 및 그 관련조직에 속한 정당관계자와 유권자에게까지 문서 및 인쇄물의 배부·게시에 의한 선거운동 등이 전면적으로 허용된다면, 후보자 및 예비후보자의 정당가입 유무와 가입정당의 규모, 후보자·예비후보자 및 그를 지지하는 유권자의 경제적·정치적·사회적 영향력의 차이에 따른 선거운동 등에서의 불균형이 두드러지게 되어, 선거운동에 있어서 균등한 기회를 보장한다고 규정한 헌법 제 116조 제1항의 취지에 반하게 된다”⁹⁸⁾ “...광고는 표현 방법을 금전적으로 구매하는 것이기 때문에 문서, 인쇄물 등 다른 방식에 비하여 후보자 본인의 특별한 노력은 필요로 하지 않으면서 비용은 많이 드는 매체이므로, 경제력에 따라 그 이용 가능성에 큰 차이가 있을 수 있다”⁹⁹⁾

이에 대하여 2011헌바17등 결정에서 반대의견¹⁰⁰⁾은, 표현의 자유가 헌법상 가장 중요한 기본권의 하나로 인식되는 이유는 그것이 단순히 개인의 자유에 그치는 것이 아니고 통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로 지배기구에 참가한다고 하는 자치정체의 이념을 그 근간으로 하고 있기 때문이며, 표현의 자유는 선거의 공정성을 전제로 인정되는 것이 아니라고 보았다. 나아가 선거의 궁극적인 목적은 국민의 정치적 의사를 대의기관의 구성에 정확하게 반영하는 데 있으므로 선거의 공정성은 국민의 정치적 의사를 정확하게 반영하는 선거를 실현하기 위한 수단에 불과한 것이지 그 자체가 헌법적 목표는 아니라고 보았다. 또한 2013헌바26 결정의 반대의견에서 ‘일반 유권자의 광고에 의한 정치적 표현은 이를 허용하는 규정이 없어 전면적으로 금지되어 있다... 그러나 광고에도 다양한 유형의 광고가 있고 그 중에는 인터넷광고와 같이 상대적으로 비용이 저렴한 광고도 있으며, 일반 유권자의 정치광고도 그 비용이나 기간, 횟수 등을 적절하게 규제하는 방법으로 얼마든지 허용할 수 있다...광고를 통한 일반 유권자의 정치적 표현을 원천적으로 봉쇄하는 것은 불필요하고 과도한 기본권 제한’이라고 밝혔다.¹⁰¹⁾

97) 공보 234, 547

98) 공보 234, 550-551

99) 공보 234, 551

100) 재판관 김이수, 재판관 이진성, 재판관 강일원. 판례집 26-1상 657-663 참조

101) 공보 234, 552

2. 구체적 검토

표현의 자유와 선거의 공정성의 관계에 있어 헌법재판소 결정의 법정의견과 반대의견의 논증은 마치 Citizens United 판결의 법정의견과 반대의견의 논리가 뒤바뀐 것처럼 보인다. 앞서 Buckley 판결에서 기부와 지출의 영역을 구분하여 기부를 규제하는 것은 선거의 공정성을 위하여 합헌, 지출을 규제하는 것은 표현의 자유를 침해하여 위헌이라는 다소 위태로운 논리로 타협점을 찾으려 한 점도 표현의 자유와 선거의 공정성의 형량이라는 관점에서 매우 흥미롭다.

헌법재판소는 헌법 제116조 제1항의 취지에 따라 경제력의 차이에 따른 선거운동의 불균형을 방지하는 것 자체에 대하여 법정의견이나 반대의견 모두 일단 정당한 입법목적으로 전제하고 있는 것으로 보이고, 다만 그 불균형의 문제는 선거운동원의 고용, 관리조직의 구성 및 비용지출에 관한 규제조항으로 처리하면 충분하다는 주장이 반대의견의 취지이다¹⁰²⁾. 이러한 점에서 균등화 자체가 표현의 자유의 본질에 반한다고 선언한 미국연방대법원 입장과는 차이가 있다.

정치에 있어서 돈은 깨끗할 수 없으며 정치부패와 흑색선전을 유발한다는 일반 유권자들의 부정적 인식은 미국의 경우도 예외는 아니다¹⁰³⁾. 선거비용의 급증이 특히 하원선거의 경우 현직자에게 유리하게 작용하여(incumbency advantage) 의원들의 책임성과 반응성을 낮춤으로써 대의제에 중대한 도전을 낳았다는 분석도 있다.¹⁰⁴⁾ 그럼에도 불구하고 미국연방대법원은 정치적 표현의 자유를 침해한다는 논리로 기회균등과 선거의 공정성을 앞세운 선거자금규제를 위한 입법부의 노력과 긴장관계를 유지하여 왔다.

선거운동방법에 관하여 미국의 선거법은 선거홍보물에 자금의 출처를 밝힐 것을 요구하는 등 일부 규제를 제외하고는 선거운동방법에 관하여는 거의 제한하지 않고 있다. 또한 선거의 투명성을 확보하기 위하여 선거비용에 대한 철저한 공개와 보고를 자세히 규정하고 있어 유권자들은 개별 PAC과 FEC 홈페이지를

102) 다만 2011헌바17등 사건에서 반대의견은, 문서나 인쇄물의 무제한적인 제작·배부를 허용하는 것에 대하여, ‘후보자의 경제력 차이에 따른 선거운동의 불균형 방지는 후보자의 선거운동을 규제하는 정당한 입법목적이 될 수는 있으나, 일반 유권자의 정치적 표현의 제한에 대해서는 합리적으로 설명하지 못한다. 대다수의 일반 유권자들은 후보자와 관계없이 자신의 의견을 개진하기 위하여 문서의 방법으로 정치적 표현을 하고 있는데, 이러한 표현까지 후보자의 경제력 차이를 이유로 규제하는 것은 타당하지 않다’고 보았다.

103) 서정건, 최은정, 앞의 글 p107

104) 백창재, “미국 정치자금 제도개혁의 동향” p24-25

통하여 각 후보자의 선거비용의 내역을 확인할 수 있다.¹⁰⁵⁾

선거법에서 선거운동에 관한 법제의 핵심은 돈은 묶고 말은 풀다는 데 있다. 누구나 접근할 수 있는 정보사회에서 선거비용에 대한 통제는 하더라도 선거운동 그 자체에 대해서는 자유를 원칙으로 하고 규제는 예외로 해야 한다는 견해¹⁰⁶⁾에 전적으로 동의한다. 다만 미국과 달리 우리는 헌법 제116조에 선거운동의 기회균등이 명시적으로 보장되어 있으므로, 헌법재판소 관례의 태도와 같이 선거운동방법의 제한으로 인한 정치적 표현의 자유 침해 여부에 대한 위헌심사에 있어 후보자 또는 유권자 등의 경제력의 차이에 따른 선거운동의 불균형 측면은 없는지 검토하는 것이 타당하다는 의견이다.

V. 결론

본고에서는 선거자금규제와 관련된 미국연방대법원 관례의 동향과 그러한 관례의 중심에 있는 표현의 자유가 어떤 역사적 배경에서 그러한 기능을 가지게 되었는지 주로 역사적 관점에서 살펴보았다.

물론 우리나라와 미국의 선거법 제도나 관례를 살펴봄에 있어서는 각 나라의 선거문화의 역사성, 선거 및 정치문화의 특수성, 정치·경제·사회적 환경, 선거와 관련된 국민의식의 정도나 법 감정 등을 고려하여야 하고, 평면적 비교의 오류에 빠지지 않도록 신중하게 접근하여야 한다. 미국의 정당은 결집력이 강한 서유럽 정당과는 달리 정당단합도가 낮고, 유권자들의 선택에 대한 정당의 결정력이 낮다는 점도 우리나라 정치현실과 큰 차이로 지적될 수 있을 것이다.¹⁰⁷⁾ 그리고 선거자금 조달방법이나 후보자 지지 광고 등 정치적 표현의 규제를 함에 있어서 어떻게 제도를 설계하는 것이 가장 효율적인가는 각 나라의 특수한 사회여건에 따라 제각각 다를 수밖에 없다는 점 또한 당연하다.

다만 헌법적 관점에서 볼 때, 단지 표현의 자유가 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 중요한 기본권이기 때문에 선거의 공정성에 우선되어 우월한 효력¹⁰⁸⁾을 가진다는 논리는 선뜻 받아들이기 조심스럽다. 정치적 표현을 주

105) 김재선, 앞의 글 pp45-46

106) 성낙인, 앞의 글 p32

107) 백창재, “미국 정치자금 제도개혁의 동향”, p19

108) 표현의 자유가 갖는 특별한 중요성 때문에 표현의 자유는 다른 기본권에 비해 우월적 지위(preferred

고받는 과정에서 형성된 국민의 의사가 선거를 통해 정확하게 구현되기 위해서는 선거가 공정하게 치러지는 것이 중요하고, 공정한 선거에는 선거운동의 기회균등도 포함되며, 그러한 공정성 내지 기회균등 확보 역시 자기통치라는 민주주의의 궁극적인 목표를 위해 필수적이라는 점을 감안하면, ‘표현의 자유가 선거의 공정성보다 우월한 지위를 가진다’고 단정하기는 어렵다는 견해이다.

우리나라는 건국 이후 치러진 수많은 선거에서 금권선거, 흑색선전과 비방으로 얼룩진 과열선거, 정경유착, 관건선거가 끊임없이 문제되어 온 뼈아픈 경험을 안고 있다. 그동안 이루어 온 민주주의 발전에도 불구하고 올바른 선거문화 정착, 불법 정치자금 근절 등은 여전히 시급한 과제이고 선거자금의 모금이나 기부, 지출을 정치적 표현의 자유의 방편으로 적법하게 적용해 본 헌법사적 경험조차도 일천하다.

이러한 현실에서 선거운동방법과 선거비용을 어떻게 규제할 것인가는 민주주의에 대한 국민의 신뢰 회복을 위하여 고민하여야 할 핵심적인 과제이다. 그러한 제도 개선에 있어서는 표현의 자유와 선거의 공정성 확보 모두 그 자체로 절대적 목표가 아니라 궁극적으로는 자기통치라는 민주주의의 목표를 달성하기 위한 것이라는 점을 염두에 두고 이들 사이의 균형을 모색하여야 할 것이고, 그 과정에서 경제력의 차이로 인한 불균형은 우리 판례의 태도와 같이 정당한 입법목적으로 반드시 고려되어야 한다.

position)를 갖는다는 것은 미국 판례를 통해 형성된 법리다. 우월적 지위에 있다는 것은 우월한 법적 보장을 받는다는 것을 의미하며, 문제는 우월한 법적 보장の内容이 무엇이나 하는 것인데, 그 구체적인 내용에 관해서는 미국에서도 논란이 있다. 이에 대하여는 대체로 표현의 자유에 대한 합헌성판단의 기준을 다른 자유권의 규제보다 엄격하게 설정하고 있다는 취지로 설명된다. 다만 표현의 자유의 우월적 지위가 주로 미국에서 중시되는 것에 비하여, 유럽 대륙에서는 이러한 법리가 정착되었다거나 법제 도화되어 있다고 말하기는 어렵다. 양건, 앞의 책 p500 참조; 성낙인, 앞의 책 pp1125-1126 참조

참 고 문 헌

가. 단행본

- 김선화, 『미국의 정치자금법제연구-2002년 연방선거운동개혁법을 중심으로』, 한국법제연구원(2002)
- 성낙인, 『헌법학 제14판』, 법문사(2014)
- 송석운, 『헌법과 정치』, 경인문화사(2007)
- 양 건, 『헌법강의 제4판』, 법문사(2013)
- 정종섭, 『헌법학원론 제8판』, 박영사(2013)
- 한수웅, 『헌법학 제2판』, 법문사(2012)
- 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이 지음, 김동영 옮김, 『페더럴리스트 페이퍼』, 한울(2013)
- Richard Post, Citizens Divided, Harvard University Press, 2014
- James Bryce, The American Commonwealth, Windham Press Classic Reprints, 2014
- Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, Karlan, “The First Amendment”, Fourth Edition, Wolters Kluwer, 2012

나. 논문

- 김선화, “미국 정치자금규제의 현황과 헌법적 쟁점”, 세계헌법연구(제15권 제2호), 2009
- 김성태, “기업의 정치자금에 대한 기업법적 검토”, 법과 사회(제13권), 1996
- 김용승, “미국 선거법제 연구-선거자금 규제 등 중심”, 형사법의 신동향(제26호), 2010. 6.
- 김우성, “표현의 자유의 보호영역”, 저스티스(제153호), 2016. 4.
- 김재선, “미국 연방선거법상 기업의 정치적 독립지출 허용의 의미와 시사점”, 외법논집(제36권 제1호), 2012. 2.
- 김준석, “미국 청렴선거법(Clean Election Act)의 제도적 분석-메인, 애리조나의 사례를 중심으로”, 현대정치연구 (제3권 제1호), 2010. 4.
- 백창재, “현대미국의 단일쟁점정치와 정당정치의 변동”, 미국학(제21권), 1998
- 백창재, “미국 정치자금 제도개혁의 동학”, 국제지역연구(제13권 제2호), 2004
- 서정건, 최은정, “미국의 정당정치 변화와 정치자금 규제”, 평화연구(제23권 제2호), 2015. 10.
- 성낙인, “선거제도와 선거운동”, 저스티스(제130호), 2012. 6.

- 임지봉, “미국헌법상 정치적 표현의 자유와 선거운동의 규제”, 미국헌법연구(제21권 제2호), 2010
- 정영철, “기업의 정치적 표현과 언론의 자유-최근 미국연방대법원 판결이 한국에 주는 시사점”, 언론과 법(제9권 제2호), 2010. 12.
- 정종섭, “기업의 정치자금 기부 의 문제점과 위헌 여부”, 법과 사회(제13권), 1996
- 최혜령, “미국 선거자금규제의 무력화-BCRA의 변화와 현재”, 사회과학연구(제28집 제4호), 2012, 12
- 최희경, “미국의 정치자금규제에 관한 헌법적 고찰”, 세계헌법연구(제18권 제2호), 2012
- Anthony Johnstone, Recalibrating Campaign Finance Law, Yale Law & Policy Review, 2013
- Bruce E. Cain, “Is Dependence Corruption the Solution to America's Campaign Finance Problems?” California Law Review, 2014
- Lawrence Lessig, “What an Originalist Would Understand Corruption to Mean”, California Law Review, 2014
- “Restoring Electoral Equilibrium in the Wake of Constitutionalized Campaign Finance”, Harvard Law Review, 2011 edited by the Harvard Law Review Association
- Edward B. Foley, “Equal-Dollars-Per-Voter: A Constitutional Principle of Campaign Finance”, Columbia Law Review, 1994
- Kathleen S. Sullivan, “Two Concepts of Freedom of Speech”, Harvard Law Review, 2010

제152회 발표회 지정토론문

발제문: 미국의 선거자금규제 판례와 표현의 자유

- 역사적 배경과 판례를 중심으로 -

발제자: 임성희(헌법재판소 헌법연구관)

일시 및 장소: 2016. 7. 13.(수) 헌법재판소 2층 회의실

김 재 선*

I. 들어가며

우선, 미국의 선거자금규제에 관한 발표자님의 연구에 감사드립니다. 또한 훌륭한 연구결과를 듣고 토론할 수 있는 기회를 주신 점에 대하여 감사의 말씀을 올립니다.

본 발표를 통하여 미국 연방대법원의 판결을 반추해보고, 미국에서 넓게 인정되고 있는 정치적 표현의 자유의 법학적 의미에 대하여 다시한번 생각해볼 수 있었습니다. 저는 표현의 자유의 중요성을 인정하되 공정성이 함께 고려되어야 한다는 발표자의 주장에 대해 전적으로 동의하는 바입니다. 따라서 본 토론문은 발표자의 고견에 저의 견해를 보충하는 방식으로 같음하고자 합니다.

II. 표현의 자유에 관한 헌법적 논의

1. 미국 수정헌법상 표현의 자유 논의

미국 연방 수정헌법 제1조는 표현의 자유를 가장 중요한 헌법적 원칙으로 규

* 한경대학교 법학과 교수

정하여) 자유주의적 이념을 중요한 가치로 선언하였습니다. 개인화된 표현의 자유를 중요한 헌법적 가치로 선택한 미국헌법은 1776년 건국 이래 표현의 자유를 국가의 근본적 가치로 보는 특수성에 있다는 생각이 듭니다. 미국은 건국 이래 연방주의자-비연방주의자 대립과 갈등 끝에 연방의 권한을 인정하면서 수정헌법 제1조에서 표현의 자유를 규정하여 개인, 주(state)의 독립을 중요한 가치로 보장받았기 때문입니다. 연방대법원 역시 표현의 자유는 엄격심사의 원칙(strict scrutiny)을 거친 예외에 해당하지 않는 한 제한될 수 없다고 선언하면서 예외의 대상으로 “악의적 명예훼손, 폭행지시발언 등”²⁾을 인정하였습니다.

2. 표현의 자유의 인정범위에 관한 논쟁

(1) 표현의 자유의 인정범위

표현의 자유에 관한 헌법적 논쟁은 정치적 의사표현의 인정범위에 관한 연방대법원의 판결에서 논증됩니다. 예컨대 2010년 *Citizens United* 판결³⁾에서 연방대법원은 (영리기업을 포함한) 개별 주체도 정치적 의사표현의 자유를 누릴 수 있으며, 표현의 자유에는 평등권이 적용되므로 영리기업이라고 하여 다르게 취급할 수 없다고 판단하였습니다.

이 판결의 논리적 구조는 다음 다섯 가지의 주요 쟁점으로 정리될 수 있습니다. “첫째, 기업이 결사의 자유(association)에 근거한 정치적 의사표현의 주체가 되는가, 둘째, 기업의 영화, 광고 등을 위한 독립지출(정치적 독립지출)이 의사표현의 자유에 포함되는가, 포함된다면 기업의 독립자금 지원 금지가 미디어에 대한 검열(censorship)과 관련 되는가, 셋째, 공익형량(표현의 자유와 거대 기업의 정치적 영향력)의 관점에서 합리적인 판단인가, 넷째, 위 판단으로 선거의 고유성(민주주의의 가치)이 훼손되지 않는가” 등입니다. 연방대법원은 논증은 모든 항목에서 소수의견과 다수의견이 첨예하게 대립되었습니다.

이 쟁점을 우리 법률과 판결에 적용하여 보면 다음과 같습니다. 첫째, 우리

1) 각 법률의 원문은 다음과 같다.

Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the *freedom of speech*, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

2) 예컨대 다음과 같은 사례는 제한된다. “Incitement of illegal activity, fighting words, obscenity” Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, at 1321.

3) *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

헌법재판소에 따르면 법인도 기본권 주체성이 인정되므로 법인의 성질상 누릴 수 없는 권리를 제외하고는 권리를 향유할 수 있습니다. 따라서 기업도 표현의 자유의 주체성이 인정된다고 볼 수 있습니다. 하지만 둘째, 우리 헌법과 공직선거법은 기업의 정치자금 기부를 전면적으로 금지하고 있으므로 기업의 정치자금 기부가 표현의 자유라는 기본권으로 논의되지 못하고 이에 대한 제한이 검열이라는 논리도 전체에 합당하지 못하게 됩니다. 셋째, 공익형량의 측면에서도 거대 기업의 정치적 의사결정이 국민 의사의 왜곡 또는 부패(corrupt)로 이어질 수 있는 가능성이 높다는 점이 중요하다고 생각되며, 마지막으로 기업의 정치적 표현이 인정될 경우 선거의 고유성(integrity), 민주주의의 근본가치가 왜곡될 수 있다는 점을 중요하게 논증됩니다.

미국 헌법은 기업의 표현의 자유까지 넓게 인정하지만 이 역시 전면적으로 인정되는 것은 아닙니다. 예컨대 선거자금 기부한도액 제한, 선거비용의 공개문제 등에서 연방대법원은 민주주의 질서와 선거의 공정성 확보를 위한 필수적인 규제임을 강조하였습니다. 따라서 결국, 표현의 자유의 인정 범위에 관한 헌법적 논증과 주권자의 결단이 정치자금에 관한 논의의 주요한 심사수단이 될 것이라 생각됩니다.

[2015-2016 정치자금 기부제한금액]4)

DONORS	RECIPIENTS				
	Candidate Committee	PAC ¹ (SSF and Nonconnected)	State/District/Local Party Committee	National Party Committee	Additional National Party Committee Accounts ²
Individual	\$2,700* per election	\$5,000 per year	\$10,000 per year (combined)	\$33,400* per year	\$100,200* per account, per year
Candidate Committee	\$2,000 per election	\$5,000 per year	Unlimited Transfers	Unlimited Transfers	
PAC-Multicandidate	\$5,000 per election	\$5,000 per year	\$5,000 per year (combined)	\$15,000 per year	\$45,000 per account, per year
PAC-Nonmulticandidate	\$2,700 per election	\$5,000 per year	\$10,000 per year (combined)	\$33,400* per year	\$100,200* per account, per year
State/District/Local Party Committee	\$5,000 per election	\$5,000 per year	Unlimited Transfers		
National Party Committee	\$5,000 per election ³	\$5,000 per year			

4) <http://www.fec.gov/pages/brochures/contrib.shtml>.

(2) 표현의 자유 인정과 소수의견 보호

기업의 독립지출 인정은 이후 개인이 아닌 “법인”의 의사결정은 누구의 권한으로 인정되는가에 관한 논의로 전환되었습니다. 즉, 개인의 경우 정치적 의사표현이 당연히 “개인의 선택”으로 인정되지만 기업은 연령, 사회적 지위, 조직 내 역할 등에 따라서 다른 정치적 선택과 성향을 나타낼 수 있습니다. 따라서 기업에 대한 표현의 자유를 인정하기 위해서는 개별 주주들의 동의절차가 필요하다고 생각됩니다.⁵⁾ 예컨대 영국의 경우 노동조합의 기부를 위해서는 조합원의 만장일치 투표를 규정하고 있습니다.⁶⁾ 하지만 미국의 경우 주주총회의 절차를 규율할 뿐 이에 대한 소수주주의 권리보호절차가 개별 기업에 맡기고 있는 것으로 생각됩니다.

3. 정치자금에 관한 회계통제와 정보공개 원칙

미국 정치자금에 관한 규제는 일반적인 미국 행정법상의 규제체계를 따르는 것으로 생각됩니다. 미국 연방대법원은 수정헌법 제1조의 이념에 따라 행정행위에 관한 원칙적 자유와 예외적 규제를 선택하고 있습니다. 따라서 정보공개법(Government in the Sunshine Act), 행정절차법(Administrative Procedure Act)을 통하여 행정행위에 대한 공개원칙⁷⁾을 선택하고 정치자금에 관하여는 사전적 행정절차 및 사후 보고체계(회계보고 및 감사)를 강화하여 정치자금에 대해 통제하고 있습니다.

따라서 유권자는 언제든지 미국 연방선거관리위원회 홈페이지를 통하여 정치자금의 흐름을 검색하고 사후보고가 명확하게 이루어지고 있는지 확인할 수 있습니다. 예컨대 정당과 후보자를 검색하면 정치자금 기부자, 기부액, 사용처의 흐름이 투명하게 관리됨을 알 수 있습니다.⁸⁾ 정치활동위원회(Political Action Committee, 이하 PAC)의 자금흐름 등에 대해서도 공개되므로 기업의 정치활동이

5) Lucian A. Bebchuk, Robert J.Jackson, Jr., Corporate Political Speech: Who decides?, Harvard Law Review Vol. 124, at 84-88.

6) 줄고, 미국 연방선거법상 기업의 정치적 독립지출의 의미와 시사점-Citizens United v. FEC 판례를 중심으로, 외법논집 제36권 제1호, 2012, 52면.

7) Government in the Sunshine Act, 5 U.S.C. §552b. 원문의 내용은 다음과 같다.
“Every portion of every meeting of an agency shall be open to public observation.”

8) http://www.fec.gov/finance/disclosure/candcmte_info.shtml.

(상대적으로) 투명하게 관리되고 있는 것으로 생각됩니다.9)

정치자금 관리 및 공개에 관한 논쟁은 선거관리위원회를 통하여도 여러 차례 이루어져 왔지만 현실적인 개선이 쉽지 않은 것은 정치문화와 정치에 대한 관념의 차이에서 비롯되는 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 투명한 관리체계에도 불구하고 전문학적 자금이 투여되는 미국의 선거제도는 사실상 “돈 선거”라는 오명을 안고 있는 점을 생각한다면 이 또한 바람직한 이상향은 아닐 것입니다. 결국 정치에 대한 신뢰형성을 통하여 장기적으로 극복해 나아가야 할 과제라는 생각이 듭니다.

[정치자금 공개포털 메인 페이지]10)



9) <http://www.fec.gov/disclosure/pacSummary.do>.

10) <http://www.fec.gov/pindex.shtml>.

[2015-2016 정당 및 후보자에 대한 자금보고서]¹¹⁾

2015 - 2016 Data Files

Name	Data File	Total Records	Updated	Format Description
Committee Master File	cm16.zip	16772	09-JUL-2016	CM Data Dictionary
Candidate Master File	cn16.zip	7167	09-JUL-2016	CN Data Dictionary
Candidate Committee Linkage File	cdl16.zip	6159	09-JUL-2016	CCL Data Dictionary
Any Transaction from One Committee to Another	oth16.zip	398835	03-JUL-2016	OTH Data Dictionary
Contributions to Candidates (and other expenditures) from Committees	pas216.zip	193791	03-JUL-2016	PAS2 Data Dictionary
Contributions by Individuals	indiv16.zip	7413459	03-JUL-2016	INDIV Data Dictionary
Operating Expenditures	oppevo16.zip	989117	03-JUL-2016	OPPEXP Data Dictionary

Ⅲ. 선거과정에서 미디어의 영향력과 표현의 자유

미국의 선거과정은 미디어 선거(Media Election)라고 불릴 정도로 미디어 노출이 중요하게 고려됩니다. 이것은 연방주의 체제에서 특히 중앙선거(대통령 및 국회의원-상·하원-선거)의 경우 그 밖의 선거운동 방법(대면접촉, 명함 배포 등)이 특별한 영향력을 발휘하기 어려울 뿐만 아니라 국민의 인적 구성·지역적인 한계로 후보자의 정책 및 이념에 관한 내용을 유권자가 정확하게 이해하기 어렵기 때문입니다. 발표자께서 사례로 들어주신 *McConnell v. FEC* 사건(2003), *Citizens United v. FEC* 사건(2010)은 각각 선거운동방송 또는 다큐멘터리 광고를 제작하는 과정에서 나타난 표현의 자유에 관한 논쟁으로 볼 수 있습니다.

미국의 경우 미디어가 선거결과에 미치는 영향력이 크기 때문에 이 영역에서 표현의 자유가 점점 더 넓게 해석되었고(*McConnell*에서 부정, *Citizens United*에서 인정) 이러한 연방대법원의 해석이 기업의 독립지출을 통한 정치적 표현의 자유까지 허용하는 것이라는 생각이 듭니다. 한편, 우리나라도 미디어의 영향력은 매우 높다고 생각지만 미국의 경우와 달리 여전히 오프라인 선거운동의 영향력이 비교적 크게 나타나고 있습니다. 이러한 선거 현실에서의 미디어의 영향력의 차이가 표현의 자유의 범위 해석에 있어서 다르게 해석될 여지가 있는지에 관한 발표자의 고견을 부탁드립니다.

11) http://www.fec.gov/finance/disclosure/ftpdet.shtml#a2015_2016.

IV. 결론

민주사회에서 선거의 공정과 자유는 대립되거나 택일하여야 하는 가치가 아니라 동시에 추구되어야 할 가치라는 발표자님의 고견에 동의합니다. 방법을 모색하기 위한 비교법적 연구가 중요하지만 현 시대에 정치자금에 관한 한 국민의 신뢰를 온전히 받고 있는 이상향(paradise)이 존재하는지에 대해서는 의문이 듭니다. 살펴본 바와 같이 정치적 표현의 자유를 넓게 인정한 미국 법제는 자금이 투명하게 드러나는 반면, 거대자본이 움직이는 정치를 다수 시민이 목도하면서도 무력하게 받아들이고 있는 것은 아닌가 하는 생각이 들기도 합니다.

그럼에도 불구하고 정치자금의 올바른 운용을 지향하면서 지속적으로 국민의 신뢰를 높여가야 할 것입니다. 개인적으로 우선적인 제도적 보완(사전·사후 회계보고 감시강화)을 통하여 점진적인 선거운동자유 확대가 이루어져야 할 것이라고 생각합니다.

제152회 발표회 지정토론문

발제문: 미국의 선거자금규제 판례와 표현의 자유

- 역사적 배경과 판례를 중심으로 -

발제자: 임성희(헌법재판소 헌법연구관)

일시 및 장소: 2016. 7. 13.(수) 헌법재판소 2층 회의실

신 우 용*

I. 현대 선거제도의 원칙과 표현의 자유

현대 선거제도를 지배하는 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거의 다섯 가지의 원칙은 국민 각자의 인격의 존엄성을 인정하고 그 개인을 정치적 단위로 모든 사람에게 자유로운 선거와 참여의 기회를 균등하게 헌법이 보장하는 데에 기초를 두고 있다.

자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 아니하였지만 헌법재판소가 민주국가의 선거제도에 내재하는 헌법규정에 대한 조화로운 해석을 통하여 도출한 법원리로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 두고 있다고 밝히고 있다¹⁾.

이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유²⁾와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유³⁾, 입후보의 자

* 중앙선거관리위원회 법제과장

1) 현재 1999. 9. 16. 99헌바5

2) 공직선거법에서 의사형성의 자유는 제8조 언론기관의 공정보도의무, 제108조 여론조사의 결과공표금지, 제110조 후보자비방금지, 제250조 및 제251조 등에서 구체적으로 보호하고 있다.

3) 투표의 자유에 관하여는 공직선거법에서 제237조 선거의 자유방해죄, 제242조 투표개표의 간섭 및 방해죄 등을 규정하여 유권자들의 자유로운 투표참여를 보장하고 있다.

유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다. 자유선거원칙이란, 유권자의 투표행위가 국가나 사회로부터의 강제나 부당한 압력의 행사 없이 이루어져야 한다는 것뿐만 아니라, 유권자가 자유롭게 공개적인 의사형성과정에서 자신의 판단과 결정을 내릴 수 있어야 한다는 것을 의미한다.

선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 보장규정에 의한 보호를 받는다.⁴⁾

한편, 주권자인 국민의 입장에서 선거권을 제대로 행사할 수 있기 위해서는 후보자에 대한 각종 정보의 자유로운 교환이 필연적으로 요청된다. 즉, 후보자로서는 유권자들에게 자신의 정치적 식견과 이념을 비롯한 정치적 정체성을 자유롭게 알릴 수 있어야 하고, 유권자의 입장에서는 후보자에 관한 각종 정보에 자유롭게 접근할 수 있어야 한다. 바꾸어 말하면, 선거의 공정성을 해치지 않는 한도 내에서는 원칙적으로 선거에 있어서 표현의 자유가 최대한 보장되어야 함은 두말할 나위가 없다.

그러나 이러한 선거운동의 자유도 절대적인 권리로 평가할 수 없으므로 선거의 공정과 헌법 제116조제1항에 따른 후보자간 기회균등의 원칙을 담보하기 위하여 일정한 한계를 가질 수밖에 없고, 이 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지원칙이 준수되어야 할 것이다.

II. 현행 선거규제의 주요 내용

현행 공직선거법에서는 선거비용제한액이라는 총액규제를 두면서도 선거운동의 주체·시기·방법 또는 횡수를 제한하고 있다. 그 내용을 개괄적으로 다음과 같다.

첫째, 공직선거법은 선거운동을 할 수 없는 자를 개별적으로 열거하여 선거운동을 금지하고 있다. 예컨대, 대한민국 국민이 아닌 자⁵⁾, 미성년자, 선거권이 없

4) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌가4

5) 지방선거에서 엄격한 요건을 두어 외국인에게 선거권을 부여하고 있지만, 선거운동까지 허용하는 것은

는 자, 공무원·언론인·교사, 정부투자기관 및 지방공사·공단·의 상근 임직원, 농·수·산림조합 등의 상근 임직원, 통·리·반장 및 주민자치위원, 바르게살기 협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹의 상근 임직원 및 이들 단체 등의 대표자, 향토예비군 소대장급 이상의 간부는 선거운동을 할 수 없다.

둘째, 선거운동을 할 수 있는 사람이라도 선거운동을 할 수 있는 기간을 제한하여 오프라인에서 선거운동을 할 수 있는 시기는 후보자등록일의 다음날부터 선거일 전일까지만 할 수 있도록 규정하고 있다. 현행 선거법상 선거운동기간이 아닌 때에 할 수 있는 선거운동방법으로서는 예비후보자의 선거운동, 일반 유권자들이 인터넷과 문자메시지를 활용한 선거운동을 하는 경우를 들 수 있다.

그 외에는 말로하거나, 전화를 이용하여 직접 통화하는 방법의 선거운동조차 금지되어 있다. 자연스러운 친구모임에서 선거운동에 이르는 표현이 이루어질 경우 모두 입을 닫고 스마트폰을 꺼내어 문자나 카톡 또는 페이스북 같은 방식으로 대화를 진행해야만 공직선거법상 적법한 의사소통이 된다.

선거운동기간은 선거기간과 결합하여 선거운동의 자유를 제한하는 규정이지만, 일찍이 헌법재판소는 현행의 짧은 선거기간에 대하여 합헌으로 판단한 바 있다.⁶⁾

셋째, 공직선거법은 선거운동의 방법을 제한하고 있다. 예컨대, 인쇄물, 시설물, 자동차, 확성장치, 집회, 인터넷, 유사기관 및 사조직, 영화, 사진, 방송·신문, 구내방송, 녹음기·녹화기, 행렬, 호별방문, 서명·날인, 전신·전보에 의한 선거운동은 공직선거법의 규정에 따라 후보자에게만 제한적으로 허용되었거나 원칙적으로 금지⁷⁾되어 있다.

넷째, 공직선거법은 선거운동을 위한 의사표현의 내용을 제한하고 있다. 선거운동이 허용된 매체와 방법을 활용하더라도 당선 목적으로 자신의 학력이나 경력 또는 업적을 과대 포장하는 경우에는 허위사실공표죄로 처벌되고, 공연히 사실을 적시하여 후보자를 비방한 경우에는 후보자비방죄로 처벌되며, 선거운동을 위하여 특정 지역·지역인 또는 성별을 공연히 비하·모욕하는 경우 각종 제한규정

아니다.

6) 헌법재판소는 그 판단 이유로 현행의 짧은 선거기간에 대한 헌법소원 심판에서 신문·방송 등 대중매체가 광범위하게 보급된 점, 예비후보자제도를 두어 선거기간 전에 제한적인 선거운동을 할 수 있는 점, 입후보예정자는 자신이 개설한 인터넷홈페이지를 이용하여 항시 선거운동을 할 수 있는 점 등을 고려하였다. 헌재 2005. 2. 3. 2004헌마216 참조

7) 유사기관 및 사조직, 영화, 사진, 구내방송, 호별방문, 서명·날인, 전신·전보에 의한 선거운동은 원칙적으로 금지된다.

위반죄로 처벌대상이 된다.

Ⅲ. 현행 선거규제의 개선방향

선거는 본래 자유로워야 하는 것이지만 그것은 동시에 공정하게 행하여지지 아니하면 아니 된다. 금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 추방하고, 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 방지하며, 실질적인 선거운동의 기회균등을 보장하기 위해서는 선거의 공정성이 확보되어야 하는 바, 선거의 공정성 확보를 위해서는 어느 정도 선거운동의 주체, 기간 등에 대한 규제가 필연적으로 평가할 수도 있을 것이다.⁸⁾

그러나 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환으로서 표현의 자유의 한 태양이기도 하고, 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있으므로 선거운동의 자유에 대한 제한의 법률효과는 선거운동의 주체와 유권자의 측면 모두에게서 양방향으로 나타나게 된다.

선거운동의 자유를 제한할 경우 후보자 등 선거운동의 주체의 측면에서는 언론·출판·집회·결사의 자유로 대표되는 정치적 의사표현의 자유가 제한되고, 일반 유권자의 측면에서는 후보자에 관한 정보에 자유롭게 접근할 수 있는 권리를 제한하는 것이 되어 곧 참정권의 제한으로 귀결⁹⁾될 수 있으므로 선거의 공정을 훼손하지 아니하는 범위에서 선거운동의 자유를 최대한 보장함이 마땅하다.

다만, 선거운동 자유의 허용범위는 그 특성상 시대에 따른 정치적 안정의 요청이나 나라마다의 역사적·사회적·정치적 상황을 고려하여 각기 그 나라의 실정에 맞도록 결정되어야 하는 것이지 논리·필연적으로 요청되는 일정한 형태가 있는 것은 아니므로, 입법권자의 폭넓은 입법형성의 자유가 인정되는 영역이다.¹⁰⁾

8) 현재 1994. 7. 29. 93헌가4·6병합

9) 현재 1999. 6. 24. 98헌마153

10) 바로 이러한 측면에서 공직선거법은 법적 안정성 측면에서 상당한 문제가 있다. 현행의 공직선거법은 1994년 3월 16일 제정된 이래 타 법률의 부칙에 따른 개정을 제외하고도 2016년 7월 현재 실제적 내용에 관하여 총 39회의 개정이 있었다.

하지만 1994년 통합선거법 제정 이래 현행의 공직선거법이 부분적인 개선과 진화를 이루기는 하였지만, 그동안 성숙된 시민의식과 개선된 선거문화를 반영하지 못하고 있다는 비판이 지속적으로 제기되고 있으므로, 국민의 생활상의 변화와 시대정신을 오롯이 담아낼 수 있는 방향으로 선거법제를 개선할 필요가 있다.

우선 선거운동 주체에 대한 제한을 완화할 필요가 있다. 현행은 합리적인 기준 없이 농·수·산림조합의 직원, 통·리·반장 및 주민자치위원의 선거운동을 금지하고 있는 데, 최소한 개별 법률에서 정치활동을 금지하고 있거나, 정당법에서 정당가입이 금지된 신분에게만 선거운동을 금지하는 방향으로 개선할 필요가 있다.

지난 6월 30일 헌법재판소가 언론인의 선거운동을 금지한 공직선거법 관련 규정에 대하여 규범의 형식적 측면에서 포괄위임금지의 원칙에 위반되어 위헌이고, 실제적 내용의 측면에서는 언론인이 개인적 지위에서 하는 선거운동까지 일절 금지하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반되어 위헌으로 결정¹¹⁾한 것은 참으로 시의적절한 조치로 보인다.

다만, 아무리 선거운동 주체에 대한 규제를 완화하더라도 현행의 헌법체계가 유지되는 한 공무원을 국민전체에 대한 봉사자로 규정한 헌법 제7조제1항의 규범력 때문에 직업 공무원에게까지 선거운동을 허용하기는 어렵다고 본다.

둘째, 선거운동에 관한 기간제한을 완화할 필요가 있다. 현제도 인터넷이나 핸드폰 문자메시지 등 정보통신망을 활용한 선거운동은 선거일을 제외하고는 상시 허용되고 있고, 인터넷 선거운동 상시허용에 따른 부작용을 거의 찾아보기 어려우므로, 오프라인상에서도 온라인 상의 표현의 자유와 균형을 이룰 수 있도록 말로 하는 선거운동이나 직접 통화에 의한 선거운동은 상시 허용할 필요가 있다.

셋째, 선거운동에 관한 방법규제를 완화할 필요가 있다. 현행은 선거운동기간 중에도 유권자가 인쇄물 또는 선전물에 의한 방법으로는 자신의 의사를 표현할 수 있는 수단이 원칙적으로 금지되어 있으나, 이를 개선하여 저렴한 비용으로 제작하여 소지하거나 휴대할 수 있는 선전물이나 마스크트 또는 손팻말 등을 활용한 선거운동을 허용하는 것이 바람직한 것으로 보인다.

아울러 선거운동기간 중에는 옥외광고물관리법 등 다른 법률의 규정에도 불구하고 자신이 거주하는 주택이나 비영업용으로 활용하는 승용차에도 선거운동을 위한 선전물을 부착 또는 게시할 수 있도록 허용할 필요가 있다. 다만, 선거운

11) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌가1.

동 방법의 규제를 대폭 완화하더라도 의사표현에 많은 비용지출을 수반하거나, 공중의 안전을 위협하거나, 도시의 미관풍취를 해치거나, 일상의 정온을 해하는 방법은 합리적 기준을 마련하여 지속적인 규제가 필요하다고 본다.

한편, 일부에서 선거에 관한 자유로운 의사표현을 위하여 내용에 관한 제한, 즉 후보자비방죄를 폐지하자는 주장도 지속적으로 제기되고 있는 데, 이러한 제안이 의미를 가지려면 한 가지의 전제가 필요하다. 왜냐하면 현행 법체계상 공연히 사실을 적시하여 인격권을 침해하는 표현범죄는 공직선거법의 후보자비방죄 뿐만 아니라 형벌의 기본법인 형법 제307조와 제309조, 그리고 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조의 명예훼손죄가 있다.

그 중 형법 제307조의 단순 명예훼손죄에 한하여 같은 법 제310조에서 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때’ 위법성 조각사유를 인정하고 있는 반면, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조의 명예훼손죄와 형법 각칙 제309조 출판물 등에 의한 명예훼손죄는 위법성 조각사유를 인정하지 아니한다.

반면, 공직선거법 제251조 후보자비방죄는 형법 제310조와 유사한 위법성 조각사유를 두면서 ‘오로지’라는 문언을 삭제하여 형법 제307조보다 광범위한 위법성 조각사유를 인정하고 있다. 따라서 형법과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에서 명예훼손죄를 유지하면서 공직선거법의 후보자비방죄만 삭제할 경우 그 단서의 위법성 조각사유도 함께 소멸되어 오히려 표현범죄에 대한 가벌성의 범위가 넓어지는 “벌칙의 역설”을 초래하고 만다. 공소시효가 선거일 후 6개월까지에서 행위시부터 5년까지 연장되는 소송법적 효과는 덤이다.

결국 선거에서 자유로운 의사표현을 위하여 후보자비방죄를 폐지하자는 주장은 다른 법률의 표현범죄를 함께 폐지하거나 비범죄화가 전제되었을 경우에만 그 실효성을 확보할 수 있을 것으로 보인다.

IV. 글을 마치며

미국 수정헌법 소위 권리장전이라 일컫는 수정헌법 제1조는 종교, 언론 및 출판의 자유와 집회 및 청원의 권리에 관해서 다음과 같이 준엄하게 선언하고 있다.

‘연방의회는 국교를 정하거나 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론, 출판의 자유나 국민이 평화롭게 집회할 수 있는 권리 및 불만 사항의 해결을 위해 정부에 정원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.’

유사한 권리를 규정한 우리 헌법 제21조와는 그 내용에 상당한 차이가 있다는 점을 쉽게 간파할 수 있다. 아울러 우리 헌법은 제11조의 일반적인 평등권 외에도 선거운동에 관해서는 제116조제1항에서 ‘선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.’고 규정하여 선거의 자유보다는 공정을 더욱 강조하는 듯한 뉘앙스를 풍기고 있다.

우리나라는 헌법적으로도 일반적인 평등권 외에 제116조 선거운동 기회균등의 원칙을 천명하고 있다는 점에서 미국헌법과 다르고, 수정헌법 제1조의 강력한 옹변과 우리 헌법이 제21조에서 희미하게 주장하고 있는 표현의 자유의 내용이 서로 다르기 때문이다.

이러한 차이가 한국의 시민사회에서 불합리한 규제 또는 과도한 규제라 비판받은 선거규제가 수많은 헌법심사를 거치면서도 합헌으로 판정받으며 끈질긴 생명력을 이어온 이유인 것으로 보인다.

다만, 우리나라에서 아무리 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유를 확대하더라도 1996년 미국 연방대법원이 버클리 대 발레오 판례가¹²⁾ 지향하는 돈선거의 모습은 아닐 것이라 본다. 로버트 달의 지적대로 연방대법원은 민주주의 체제의 정당성은 정치적 평등의 원칙으로부터 도출된다는 점에 주목하지 못하여 선거자금 기부와 지출의 문제를 민주주의 맥락에서 보지 못했다는 점을¹³⁾ 우리는 반면교사의 교훈으로 삼을 필요가 있기 때문이다.

12) 미국에서 워터게이트 사건에 따른 정치개혁의 성과로서 1974년 연방선거운동법을 개정하여 선거비용제한액을 설정하였으나, 1976년 연방대법원은 선거비용 제한이 헌법상 표현의 자유에 대한 위헌적 침해라고 판결한 사건을 말한다.

13) 『미국헌법과 민주주의』 로버트 달 지음, 박상훈·박수형 옮김. 후마니타스 2014. 9. 30. 244쪽

제152회 발표회 토론요지

<주제발표자(임성희 헌법연구관) 발표>

사 회 자(이종수 연세대 교수) : 1976년에 Buckley v. Valeo 관련 사건에서부터 시작해서 지난 2010년에 Citizens United 판결 사건에 이르기까지 미국 연방대법원이 선거자금의 규제와 관련해가지고 주목할 만한 태도 변화가 있었어요. 저도 기억을 더듬으면 그 판결이 나오기 굉장히 의아스럽다는 느낌이 있었고, 또 소개하는 관련 문헌에서 봐도 미국 현지의 반응도 꽤나 격렬했던 것 같습니다. 제가 문헌을 찾아보니까 특히 Citizens United 판결이 지난 2010년 1월 20일에 선고가 되었는데, 이어서 1월 27일에 당시 상하원 합동 회의에서 오바마 대통령이 국정연설을 하는데, 일주일 전에 있었던 이 판결을 비판을 했다는 겁니다. 비판을 하니까 그때 그 현장에 미국 연방대법원장과 대법관이 다 참석해 있는데 한 대법관이 “그게 아닌데...” 뭐 이런 식으로 혼잣말로 푸념을 하고 뭐 그랬던 장면이 있었다고 합니다.

사실 이 Super PAC이라고 하는데 하버튼 Super PAC의 어떤 지출 상한을 폐지시키는 이런 판결과 관련해서, 당시의 문헌을 보면 상대방 공화당 후보는 아마 Super PAC에서 한 5천만 달러 정도 자금을 모금했고, 오바마 대통령 측은 천만 달러 해서 이미 자금의 불균형도 굉장히 컸었던 것 같습니다.

선거비용과 지출, 또 선거비용 규제와 관련해서는 미국이 이런 반면에, 우리의 경우는 아마 비교법적으로 가장 엄격하게 규제하고 있는 나라에 속할 거라고 생각합니다.

지금 발표에서도 나온 바와 같이, 정치·경제·문화적인 배경이 다르기 때문에 미국의 예를 그대로 우리에게 갖고 오기도 쉽지 않고, 우리는 우리대로 또 선거 공정성이란 측면에서 달리 파악하고 있는 바가 있습니다. 어쨌든 가장 극단적으로 다른 모습인 것 같아요. 우리는 지금 선거 공정성과 같은 측면에서 돈을 묶고 말은 풀고, 그런데 저쪽은 돈이라고 하는 게 정치적 지지의 하나로서 굉장히 중요하다고 강조하고 있고, 이런 상이점 관련해서 진지하게 논의를 해야 될 쟁점들이 있을 것 같습니다.

지정토론자(신우용 중앙선거관리위원회 법제과장) : 잘 아시다시피 선거라는 것이 국민주권의 원리를 대의민주주의 방식으로 실현을 할 때 그 대표자를 선출하기 위해서 하는 절차 방법이지 않습니까? 그러면 결국은 선거에 대한 규범이 얼마만큼 한 국가의 정치공동체를 지탱하고 유지하는데 중요한 규범인지 누구든 쉽게 이해할 수 있을 겁니다.

그래서 대부분 국가들이 다 선거의 원칙들을 직접 헌법에 규정을 하고 있지요. 우리나라 같은 경우도 직접 · 평등 · 보통 · 비밀선거 원칙 규정을 하고 있고, 독일 기본법 같은 경우는 아예 자유선거 원칙을 명시적으로 규정을 하고 있고. 또 다행히 우리나라 헌법재판소는 우리 헌법의 다른 규정들을 통해서 자유선거의 원칙도 헌법상 선거의 원칙이라고 확인해 준 바가 있습니다.

결국 이런 헌법이 지향하는 것은 개개인이 한 사람의 주권자로서 어떤 인간의 존엄과 가치를 지닌 그런 독특한 그 권리자의 인격의 중요성을 강조하면서, 균등하게 정치에 참여할 수 있는 권리를 보장하기 위한 취지가 아닌가 하는 생각을 합니다.

특히 일단 국민들에게 어떤 참정권, 선거권이든 비선거권이든 그런 게 주어졌다고 했을 때, 선거권 행사의 전제로 기본적인 판단 정보가 필요할 겁니다. 결국 후보자의 자질 또 공약의 타당성 그런 부분들에 대한 정확한 판단 자료가 있어야만이 헌법의 선거권을 올바르게 행사할 수 있을 겁니다.

결국 그러기 위해서는 선거에 관해서는 가장 최대한으로 표현의 자유가 보장되고, 선거운동의 자유가 보장되어야 할 겁니다. 이런 부분들은 일찍이 프랑스로몽드지가 사상의 은사라고 칭송했던 리영희 교수님 계시지 않습니까? 그분이 그런 말씀을 하셨지요. “국가를 가장 잘 아는 국민만이 진정으로 나라를 사랑할 수 있다.” 아마 그런 취지의 말씀이었던 것으로 알고 있는데요, 결국 선거 과정에서 유권자들에게 후보자의 모든 공직 적격성, 정책, 공약이 정확히 알려져야만이, 비로소 그 정치공동체가 선거라는 과정을 통해서, 그 용광로를 통해서 통합되고 갈등이 치유되는 것이 아닌가 그런 생각을 합니다.

그런데 이런 이상적인 헌법적 지향점과는 달리 현 우리나라 선거법은 규제가 굉장히 심하다는 지적을 많이 받고 있습니다. 기본적으로 각 선거의 특성에 따라서 선거비용 제한액 제도를 두고 있거든요. 대통령 선거 같은 경우에 한 450억 원 정도 그리고 올해 치러진 국회의원 선거 같은 게 한 2억 3천만 원정도가 선거비용 제한액입니다. 이 정도로 총량규제만 한다면, 방법이나 다른 규제들은 좀 완화해도 될 터인데 현행법은 많은 제한을 하고 있습니다.

개괄적으로 설명을 드려보겠습니다.

일단은 첫 번째, 그 주제에 관한 제한을 하고 있습니다. 우리 헌법 7조에서 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로 규정을 하고 있고, 국가공무원법 또는 지방공무원법에서 공무원들의 정치활동을 금지하고 있고 또 정당법에서 정당 가입을 금지하고 있습니다. 이런 신분들에게 선거운동을 금지하는 것은 논리 필연적 결론이 아닌가 생각을 합니다.

그렇지만 통장, 이장까지만 하더라도 이분들은 지방자치단체에서 한 20만원에서 30만 원 수당을 받습니다. 그리고 1년 이상 재직하면 고등학교까지 장학금을 주기도 합니다. 이런 지위까지 선거운동을 제한하는 것은 모르겠습니다. 반장 같은 경우는 현재 한 50만 명 정도 됩니다. 그분들 여전히 선거운동 금지되어 있습니다. 그런데 어느 법률에 찾아보더라도 그분들을 정당 가입을 금지하거나 정치활동을 금지하는 규정이 없습니다. 오로지 이 공직선거법에서 아주 창설적으로 그분들의 기본권을 제한하는 규정들을 두고 있습니다.

그다음에 선거운동을 할 수 있는 사람이라고 하더라도 오프라인 상의 선거운동은 후보자의 등록기간이 끝난 다음에 선거일 전일까지만 하도록 제한을 하고 있습니다.

제일 어처구니없는 경우가 어떤 경우인가 하면, 오늘 같은 날 자연스럽게 친구들을 만나가지고 얘기를 하다가 “내년에 대통령 선거 때 누구를 찍자, 나는 누구를 찍었으면 좋겠다. 너희도 그 사람 찍어달라.”라고 하는 순간 이건 바로 254조 사전선거운동이라는 선거운동기간위반죄에 해당되게 되는데요. 그럴 때 그걸 피하는 방법이 있습니다.

지금 인터넷이나 SNS, 문자메시지로는 항시 선거운동 가능하지 않습니까? 그 말이 나오는 순간 말을 단고 전부 스마트폰 꺼내가지고 스마트폰으로 주고받으면 이건 적법한 의사표현이 됩니다. 과연 이런 규제가 헌법적으로 정당화될 수 있는 것인지 이 헌법재판소의 회의실에서 한번 묻고 싶습니다.

그다음에 선거운동에 관한 후보자의 선거비용을 제한하고 있음에도 불구하고 방법을 아주 촘촘하게 제한을 하고 있습니다. 이를테면 뭐 인쇄물, 광고물, 워신문광고, 방송광고. 허용되어 있는 방법이라고 하더라도 횡수를 또 꼼꼼하게 제한하고 있고요. 왜 그렇게 이중적인 규제를 두는 건지 좀 이해하기 어려운 측면이 있습니다.

그다음에 마지막으로 이제 내용에 관해서 제한을 하고 있는데요. 지금 우리나라 인격권 침해에 대한 형벌의 기본법이 형법 307조 명예훼손, 309조의 출판물

의 명예훼손이 있고 그다음에 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 70조에서 명예훼손죄가 있을 겁니다. 그리고 또 공직선거법 250조의 허위사실공표죄, 251조의 후보자비방죄가 있는데요. 잘 아시다시피 출판물에 의한 명예훼손 그리고 정보통신망법에 의한 명예훼손 같은 경우는 조각사유가 없습니다, 법문 자체에. 형법 307조의 단순 명예훼손에는 오로지 공공의 이익에 관한 때에만 벌하지 아니한다고 되어 있는 반면에, 공직선거법 251조 비방죄 같은 경우는 ‘오로지’라는 문언이 빠져있습니다. 통상적으로 선거운동 목적을 위한 명예훼손 행위 같은 경우는, 법조경합 중 특별관계로 봐가지고 거의 형법 307조 적용을 안 하고 대부분 공직선거법 251조 후보자비방죄만 적용을 해왔었습니다.

작년에 아주 해괴한 법조문이 하나 신설이 됐는데요. 지역별, 성별, 특정 지역을 비방해서 모욕적 방법으로 한 선거운동을 처벌하는 규정이 신설되었습니다. 당초부터 공직선거법에는 모욕죄 규정이 없습니다. 왜냐? 어차피 모욕적 표현, 그 감정적인, 경멸적인 그런 표현들은 그 표현에 접하는 유권자 누구나가 볼 때 그런 표현을 가지고는 어떤 후보자에 대한 판단의 자유를 해할 우려, 가능성이 없다고 봐서 형법 311조의 모욕죄만 남겨두고 공선법에 구태여 그걸 두지 않은 것 같습니다. 그런데 작년에 어떤 내용이 입법됐는가 하면, 이를테면 ‘전라디언’, ‘개상도’, ‘고담대구’ 이런 표현을 쓰면서 선거운동을 하는 행위, 그걸 처벌하도록 벌칙이 신설되었습니다. 국회의 논의 과정에서 가장 진보적인 정당도, 가장 진보적인 언론도 어느 국민도 이 의견에 반대하는 사람들이 없었어요. 이런 게 입법되는 거 보면 참 어처구니없기도 합니다. 지금 이 입법이 실제법적 효과보다 사실은 절차법적 효과가 더 큼니다. 보통 문명국가들 대부분 명예훼손에 관해서는 거의 비범죄화하고 있지 않습니까? 대부분 민사적인 배상책임을 물리고 있는 걸로 알고 있는데, 특히 대부분 권력에 대한 비판이 자유롭게 하기 위해서 이 표현의 범죄를 벌하지 않고 있는데, 우리나라는 모욕죄까지 두면서 더더욱이 이제 선거운동모욕죄까지 두었거든요. 이게 공선법으로 들어오면서 소송법적 효과가 나타나는 게 뭐가 하면, 원래 모욕죄는 친고죄이지 않습니까? 뭐 흔히들 사이버상에서 뭐 국민들이 대통령 욕하더라도 대통령이 국민 상대로 고소할 수가 없기 때문에 검찰이 수사권 행사를 못하는 것인데, 이게 선거법에 포섭되면서 이 친고죄 조항이 날아가 버렸습니다. 언제든지 검찰, 경찰이 수사권을 행사할 수 있다는 여지를 남겨놨습니다. 작년 입법 과정에서 왜 이런 것들이 입법이 됐는지 회의록을 살펴 보아도 그냥 크게 반대 없이 “입법하자” 그 정도였습니다. 이런 부분들이 참 좀 우려스럽기도 합니다. 사실 이런 부분들은 좀 구체적 사안마다 개별적으로 헌법

적 정당성을 한번 평가를 해 봐야 될 것 같은데, 이걸 우리 기관이 하기는 좀 그럴 것 같고, 이 자리에 계신 분들께서 관심을 갖고 지속적으로 연구 좀 해주십사 하는 그런 부탁을 드립니다.

그렇다면 이런 촘촘한 규제들이 있는데 이것을 어떻게 개선해야 될 것인가 이제 그게 문제입니다. 아까 말씀드렸듯이 선거운동의 자유, 표현의 자유가 보장되지 않는다면, 아무리 선거권이 부여돼봤자 의미를 가지지 못할 겁니다. 껌껌이 선거가 되어 버릴테니깐요. 물론 선거의 공정을 위해서 규제가 가능하다고 헌법적으로 정당화될 수 있다고 하더라도 이제는 좀 표현에 대한 규제를 바꿀 시간이 되지 않았는가 싶습니다.

이러하면 현재의 공직선거법이 1994년 제정될 당시에는 굉장히 혁신적인 법이었습니다. 그 당시에는 거의 코페르니쿠스적 인식의 전환이라 할 만큼 큰 틀의 자유, 선거운동의 자유를 진보시킨 그런 법이었습니다. 이러하면 그전까지는 선거운동 기간 중에도 선거사무원, 후보자, 후보자의 가족 딱 지정되신 분만이 선거운동을 할 수 있었습니다. 통합선거법이 제정되면서 비로소 국민 누구든지 선거운동 기간 중에 선거운동을 할 수 있도록 허용했었거든요. 그렇지만 이제 한 20여년 지나오면서 그 당시 굉장히 혁명적인 그런 규범이 이제 와서는 정치 발전의 어떤 장애물 또는 질곡으로 작용되는 것은 아닌지, 그런 생각이 좀 들 때가 많이 있습니다.

결국 그렇다면 이걸 개정하는 방향도 현행 규제의 크게 네 가지 틀, 그 부분을 살펴볼 필요가 있는 것 같습니다.

일단 주체의 제한, 그 부분은 아까 말씀드렸듯이 우리나라의 50만이 되는 반장님들 계속 선거운동의 자유를 제한해야 되는 것인지 강한 의문이 들고요. 이 부분은 아마 헌법소원이 걸리지 않아서 그 규제가 유지되는 것이지, 만일 걸린다면 아마 이 부분도 쉽게 위헌 판단이 떨어지지 않을까 싶은 그런 생각입니다.

최근에 그 언론인들, 그 주진우 기자하고 김어준 기자, 그 부분 참 헌법재판에서 위헌 결정을 아주 잘 내려주셨습니다. 원래 그분들에게 배달사고가 난 거였습니다. 뭐였는가 하면, 원래 1981년 국보위법에 의할 때 언론인들 정당 가입을 금지시켰습니다. 정당 가입을 금지해서 계속 선거운동이 금지되어 왔다가 1993년도 연말에 그때 언론인들 정당가입금지 규정을 풀었습니다. 그때부터 언론인들 선거운동 금지도 같이 빼줬으면 법체계가 맞았을 텐데 그때 좀 배달사고가 났었고, 이번 헌법재판에서 제자리를 찾아준 것 같습니다. 그런 주체의 제한을 완화하는 방향으로 좀 개선할 필요가 있을 것 같고요.

선거운동의 기간 제한 부분, 지금 온라인상에서는 이 기간 제한이 풀려있습니다. 선거 당일을 제외하고는 언제든지 SNS로, 인터넷으로 선거운동을 할 수가 있습니다. 그렇다면 여기에 균형을 이뤄서 최소한 1:1로, 마이크 같은 어떤 도구를 사용하지 않고 1:1로 말로 하는 선거운동 그리고 직접 통화를 하는 그런 선거운동, 이런 것들은 좀 허용해 주는 게 맞지 않은가 싶습니다.

세 번째, 이 방법 규제도 좀 풀어야 될 필요가 있는 것 같은데요. 무제한적으로 풀자는 것은 아닙니다. 발제자께서 말씀하셨던 것처럼 미국의 *Buckley v. Valeo* 판결이 추구하는 그런 방향이 아니라, 어떤 비용의 과다지출을 초래하지 않는 그런 방법들, 공중의 안전을 해하지 않는 방법들, 일상의 평온을 해하지 않는 방법들. 옥외광고물관리법 같은 다른 입법취지에도 불구하고 그런 방법들은 최대한 허용하는 것이 바람직하지 않은가 싶습니다.

그다음에 이제 내용에 관한 제한 같은 경우는 참 아주 묘한 아이러니가 존재하는 것 같습니다. 많은 법학자들, 헌법학자들도 그런 주장들에 동조하시는 분들이 계신데요. 공직선거법 251조 비방죄 폐지하자고 주장하십니다. 형식론으로는 그럴 듯해 보입니다. 만약에 그 죄를 폐지해서 그 정책 효과를 거둘려면 기본적인 전제가 반드시 필요합니다. 형법 307조, 309조의 명예훼손, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호에 관한 법률’ 제70조의 명예훼손, 그 다른 벌칙들이 비범죄화되는 것을 전제로 선거법 251조가 폐지가 되어야지, 그냥 251조가 폐지만 되어 버린다면 오히려 가지고 있는 소중한 위법적 조각사유가 같이 날아가 버립니다. 이제는 선거운동하기 위해서 후보자를 비방한 경우, 251조에 따라서 넓은 표현의 자유로 위법성 조각사유를 인정받는 게 아니라, 인터넷을 한다면 정보통신망법으로 가지고 위법성 조각사유에서 인정 안 됩니다. 책자로 한다면 형법 309조에 따라서 그것도 위법성 조각사유 인정 안 됩니다. 말로 하는 것, 307조에 따라가지고 엄격하게 오로지 공공의 이익에 관할 때에만 위법성 조각사유로 인정합니다. 특히 공선법 같은 경우는 공공의 이익에 관할 때는 벌하지 않는다고 했는데, 실제 판례 내용을 보면, 사익과 공익 양자가 동시에 존재하고 여기에 상당성만 있다면, 이를테면 사적 목적으로 후보자를 비난하는데 사적 목적이 굉장히 우월하더라도 후보자의 어떤 공직 적격성을 알리기 위한 공익적인 목적이 조금이라도 있으면, 이 표현은 보장된다고 보는 것이 판례의 입장입니다. 그런 법리까지 날아가 버리기 때문에 그 부분은 조금 다른 표현 범죄와 함께 폐지하거나 비범죄화가 선행된 이후에나 251조를 폐지하는 게 마땅하다 싶고요.

또 한 가지는 표현범죄 중에 250조의 허위사실공표죄 그중에서 당선목적 허

위사실공표죄가 있습니다. 이것은 인격적 침해행위가 아니기 때문에 공선법 외에 어느 법률에도 규제하는 데가 없습니다. 이걸 자기가 당선되기 위해서 지금 거짓 말을 하는 거거든요? 이런 부분들에 대해서는 유권자의 판단의 자유를 보호하기 위해서, 의사 형성의 자유를 보호하기 위해서, 유지할 필요가 있지 않은가 싶습니다.

결국 1994년도에 제정됐고 현재까지도 큰 틀이 유지되고 있는 현행 공직선거법, 이게 지금 본다면 그 당시의 입법권자가 이 많은 자유를 한꺼번에 풀어주면 선거의 과열을, 또 공정이 깨질까 굉장히 두려워했던 것 같습니다. 그동안 우리 수없이 많은 선거를 치르면서 선거문화도 성숙돼 왔고 정치의식도 성숙돼 왔기 때문에 이제는 선거의 공정을 너무 기계적 공정으로 협소하게 바라보지 않았으면 좋겠습니다.

선거에서 완전한 침묵이면 가장 완전한 공정한 선거가 될 겁니다. 거꾸로 완전한 자유를 통해서 적극적인 공정을 확보할 수도 있지 않을까라는 그런 한번 패러다임의 전환을 가져올 시기가 아닌가 그런 생각을 하고 있습니다.

다만 1976년 *Buckley v. Valeo* 판결이 추구했던 그런 식의 선거운동의 자유나 표현의 자유는 아닐 것 같습니다. 기본적으로 헌법 자체가 추구하는 내용이 완전히 다른 것 같은데요. 미국 수정헌법 1조 같은 경우는 종교·언론·출판·집회의 결사의 자유를 제한하는 어떠한 법률도 연방의회는 전방위로 제정할 수 없다고 준엄하게 판시하고 있는 반면에, 우리나라 같은 경우는 헌법 116조 1항에서 선거운동의 기회균등을 선언하고 있기 때문에, 나름대로 일정 부분 합리적 규제를 하더라도 우리나라 같은 경우는 헌법적 정당성이 있지 않을까 그렇게 생각합니다.

미국 같은 경우에 *Buckley v. Valeo* 판결의 기초가 유지되면서 로버트 달 같은 아주 참 권위 있는 정치학자 같은 경우는 참 개탄스러워 하거든요. 선출되지 않은 권력이 국민의 대표기관인 입법부가 제정한 그런 개혁입법들을 계속 좌절시키고 있다고 개탄하는 말을 했는데요. 그 민주주의 체제의 정당성이 정치적인 평등의 원칙으로 도출될 그 원리, 미 연방대법원이 그 부분을 놓치고 있다고 지적들을 많이 하고 있는 것 같아요. 일찍이 1920년대, 30년대 미국의 표현의 자유의 법리를 발전시키는데 큰 공헌을 했던 브랜다이스 대법관이 그런 말을 했었거든요 “경제를 모르는 법관은 공중이익과 적극적으로 배치될 수가 있다”라는 그런 아주 경고를 날렸었는데, 그런 경고가 적용되는 것이 바로 *Buckley v. Valeo* 판결, 그 내용이 아닌가 싶습니다.

사 회 자 : 오랫동안 선거 실무에 종사해 오신 신 과장님께서 나름대로 현행 공직선거법제를 중심으로 해서 문제점과 개선방안을 잘 지적해 주셨다고 생각합니다.

아마 우리 헌법재판소에서 다루어지는 사건들 가운데 단일 법률로는 아마 공직선거법 사건이 가장 많지 않을까, 제 짐작으로는 그렇습니다. 그래서 사실 헌법재판소하고 중앙선관위가 굉장히 밀접한 관계에 있는데요. 공직선거법이 1994년에 통합법으로 제정된 이래 조문수가 한 300 조문이 넘고 부칙까지 하면 굉장히 많은 조문인데, 사실 저도 선거법에 관심이 많은 사람이지만 이 공직선거법 체계를 제대로 이해하기가 쉽지가 않고요. 그래서 아까 말씀하신 대로 이제 뭔가 통합 법제로서 다시 한 번 면모를 지금 바꿀 때가 되지 않았나 이런 생각을 해보고요.

지정토론자(김재선 한경대 교수) : 미국에서의 선거법과 우리나라에서의 선거법을 비교하면서, 미국의 판례나 법률을 통해서 많은 시사점을 찾아내기 위해서 정말 저도 나름대로 많이 연구를 해왔는데, 참 찾아내기가 쉽지가 않습니다. 특히나 정치자극에 관해서는 입법 역사나 그리고 정치적 배경이 너무나 많은 차이점을 보이기 때문에 쉽사리 찾아내기가 어려웠는데요. 그중에서 그러한 배경에 대해서 간단히 살펴보았습니다.

미국 연방 수정헌법 제1조는 당연히 표현의 자유를 가장 중요한 헌법적 원칙으로 규정을 하면서 자유주의적인 이념을 선언하였습니다. 이렇게 개인의 표현의 자유를 강조하는 주요 이유는 당연히 미국의 연방주의자와 비연방주의자 간의 대립 때문이었던 것 같습니다. 연방주의자는 비연방주의자와 미국 수정헌법 제정 과정에서 합의를 하면서, 연방주의는 자유를 위해서 존재한다고 *Federalist Papers* 라는 연방주의자 논집에서도 그렇게 쓰고 있는 것 같습니다. 그래서 개인 그리고 주의 독립을 강조하다 보니까 연방에서 어떤 개입을 하는 것을 굉장히 꺼려하였고, 개인과 주의 표현의 자유에 대해서는 엄격한 심사원칙(strict scrutiny)에 반하는 경우에는 제한할 수 없도록 하였습니다. 결국은 엄격한 공익 목적과 아주 좁게 형성된 수단에 의해서 제한되지 않는 한은 연방주의자에 의해서 또는 연방법에 의해서 표현의 자유를 거의 제한할 수 없다는 것이 미국 헌법의 가치인 것 같습니다.

그래서 이 표현의 자유의 인정범위를 그대로 정치관계법에 적용하는 것이 과연 타당한 것인가에 관해서 저는 조금 의문을 가졌는데요. 이 표현의 자유의

인정범위에 대해서는 1976년 Buckley v. Valeo 판결과 McConnell 2003년 판결 그리고 2010년 Citizens United v. FEC 이 세 가지 판결을 통해서 큰 흐름이 변화되어 왔다고 보이는데요. 특히 저는 이 Citizens United v. FEC 이 판결을 통해서 이제 논리적 구조를 우리 법에 그대로 적용하는 것이 어떨까 한번 조금 해보았는데요.

일단 기본적으로 법인도 기본권 주체성이 우리 법에서도 인정이 되기 때문에 당연히 가능할 것 같은데, 이제 두 번째부터는 완전히 다른 관념으로 들어가게 됩니다.

즉 우리 헌법과 공직선거법은 기업의 정치자금의 기부를 원칙적으로 금지하고 있기 때문에, 기업의 정치자금 기부가 과연 표현의 자유인가에 관해서 저는 기본적으로 의문을 가지고 있습니다. 미국에서는 이렇게 표현의 자유를 제한하는 것이 검열이다, 즉 censorship이라는 표현까지 쓰고 있는데, 우리 법에는 그걸 적용하는 것이 사실 좀 어려운 측면이 있고.

그리고 세 번째로는 공익과의 형량의 측면에서도 정치적 의사결정이 분명히 왜곡되고 부패될 수 있다는 표현이 미국 연방대법원 소수의견에서도 많이 나왔던 것 같습니다. 그리고 당연히 선거의 고유성(integrity) 민주주의의 기본적인 가치가 왜곡될 수 있다는 점이 중요하게 논증이 되어야 한다고 생각합니다. 그래서 아까 이종수 교수님께서 말씀해 주신 바와 같이 미국에서도 이 판결, 2010년 Citizens United 판결이 나오고 난 뒤에 굉장히 많은 정치적 논란과 비판이 있었던 것 같습니다.

그래서 미국 헌법은 기업의 표현의 자유 ‘돈이 표현이다’라는 어떤 전제를 깔면서, 선거자금의 기부한도를 제한하고 선거비용의 공개 이러한 부분을 어떤 보완책으로 내세웠는데요. 보완책으로 내세우는 근거를 뭐라고 했냐면 “선거의 공정성 확보, 민주주의의 integrity 확보를 위해서 선거자금을 공개해야 된다.” 그 다음에 또 이러한 것을 위해서 “직접 기부는 안 된다, 간접 기부는 인정한다.” 이렇게 또 구분해서 설명을 하고 있거든요. 그러니까 미국 연방대법원의 판결에서 약간의 모순적인 측면이 있기는 있다는 생각이 듭니다.

그러면 미국에서는 공개를 어느 정도 상세하게 하고 있는가? 그래서 공개를 해서 그것이 정말 선거의 어떤 핵심적인 가치를 지키는 데 도움이 되는가에 관해서도 저는 개인적으로 의문을 가지게 되었는데요. 제 토론문 166쪽 아래쪽에 보시면 정치자금 기부 제한 금액이 나와 있고요. 그리고 168쪽에 보시면 정치자금 공개포털이라는 사이트에서 파일을 직접 올려서, 후보자 이름을 치면 후보자에게 얼마가 어떻게 들어갔고, 그게 어떻게 쓰였는지 영수증까지 다 표현해가지고 이

렇게 공개를 명확하게 하고 있습니다. 그리고 169쪽에 이 자금보고서를 보시면 zip File이라고 해서 가운데에 있는 표인데요. 보시면 Committee Master File 해가지고 어떤 PAC이나 그다음에 Committee에서 사용하는 금액을 모두 다 홈페이지에 바로 공개하도록 하고 있습니다. 그래서 이러한 공개를 통해서 공정성을 확보한다는 말씀을 많이 합니다.

사실 공선법 개정하려는 노력에서도 “자유를 풀어준다.”, “그러면 어떻게 할 거냐? 공개하자.” 그럼 공개했을 때 그게 진짜 공정성 담보에 영향을 미치는가에 대해서는 좀 의문이 생깁니다. 미국 선거에서도 사실 정치자금은 “정치는 돈이다.”라는 말 그리고 사람들이 굉장히 회의주의적인 경향, 학자들의 견해도 많이 있는데요. 공개된다고 이 회의주의가 없어질 것인가? 그거에 대해서도 저는 약간의 의문이 생겼습니다. 미국은 정보공개법 그 Sunshine Act라고 해서 모든 행정행위에 있어서 공개를 통해서 공정성을 확보하자고 하고 있고, 행정절차법을 통해서 사전적으로 사후적으로 많은 보고체계를 만들고 있습니다.

그렇지만 홈페이지에서 다 공개하고 그리고 언제든지 정보공개청구권 소송을 통해서 정보를 받을 수 있지만, 이것이 PAC 정치활동 위원회의 어떤 노골적인 정치기부 그리고 노골적인 어떤 정치적 영향력 행사에 얼마나 신뢰 형성에 기여하고 있는지에 대해서는, 우리가 다시 한 번 고려를 하고 미국에서 시사점을 받아야 하지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

아까 발제하신 부분에 미국과 우리나라의 큰 차이점으로 정당주의 “우리나라에 비해 미국은 정당주의가 약하기 때문에 이렇게 돈 선거로 간다.” 이걸 정당화하는 논의가 있었고, 그리고 “현직자와 소수자의 차이가 어떤 돈 선거에 있어서 나타난다.” 이거 두 가지 지적하신 점도 굉장히 인상 깊었고요.

저는 한 가지만 더 지적한다면, 미국은 사실 미디어 선거라고 할 정도로 TV 광고 - 그다음에 온라인 광고도 사실 미국 사람들이 그렇게 많이 영향력 있는지 모르겠는데요. - 방송이 가장 큰 영향력을 미칩니다. 바로 아까 2010년 Citizens United v. FEC 판결에서 Super Pac을 정하면서 가장 논란이 됐던 거는, 방송 많이 나오면 당선되는 게 사실 미국 선거거든요. 우리나라는 미디어 영향력이 물론 강하지만 그래도 여전히 선거 때 되면 오프라인으로 선거운동 많이 하고, 실제로 후보자들은 유권자들과 스킨십이 가장 당선에 유력하다고 판단을 하는데, 미국은 스킨십 자체가 불가능하기도 하고. 그리고 대다수의 국민들이 정말 방송 아니면 정치를 접할 일이 없다는 생각이 저는 개인적으로 그런 경험이 있습니다.

특히나 이게 대통령 선거만이 아니라 국회의원 선거, 상·하원 선거 그리고

지방선거, 주지사 선거 또는 주 법무장관 선거 이런 거에 있어서도 후보자 토론회, 후보자 광고 이런 세뇌가 가장 큰 영향을 미칩니다. 이러한 미국의 미디어 영향력 상황에서 과연 우리나라에서 그대로 비교법적으로 연구하는 것이 타당한 것인가에 대해서는 한 번쯤 다시 생각해보지 않을 수 없다는 생각이 들었습니다.

결론적으로 우리 선거법이 어떻게 나아가야 할 것인가? 분명히 이제 규제를 풀어야 한다. 여러 가지 기간, 주제, 방법에 관해서 굉장히 많은 규제가 있고 복잡해서 유권자뿐만 아니라 선거 실무를 직접 담당하시는 분들도 굉장히 많이 공부를 하고 계시는 걸로 알고 있습니다. 그렇게 할 수밖에 없는 이 선거 체계를 분명히 바꾸어야 되는데, 무조건 풀어주는 것이 타당한가에 대해서는 국민적 공감대도 없을 것이고, 당연히 실무나 국회에서도 반대할 거라고 생각합니다.

그래서 일단은 간단히 저의 대안을 생각해본다면, 일단 신뢰를 쌓기 위해서 공개나 또 사전·사후 회계보고나 감시를 좀 더 철저하게 해서 제도적으로 계속 보완을 해가면서 풀어가야 되지 않을까라는 생각이 들었습니다. 과연 이 문제에 대한 어떤 답이 있느냐, 아무리 비교법적으로 살펴보아도 정치인에 대해서 신뢰도가 높거나 국민들이 정치자금이 올바르게 쓰일 것이라고 믿는지에 관해서 저도 국민의 한사람으로서 굉장히 의문을 가지고 있습니다.

사 회 자 : 지금 두 분의 지정토론자들께서 토론해 주신 부분이 크게 발제 내용에 대해서 비판적으로 지적하는 내용이라기보다는 보완적인 의미의 토론이었다고 생각합니다. 발제자께서 두 분 토론에 대해서 간단하게 답변 부탁드립니다.

발 표 자 : 제가 한편으로는 ‘선거에 대해서 무슨 일이 벌어지고 있는지, 자금이 어떻게 누구한테 받아서 그걸 어디에 쓰고 이런 것을 현실적으로 모르는 사람이 이런 거를 공부하는 게 얼마나 좀 말이 될까’ 그런 생각도 해봤는데요. 그런데 작년에 정당후원회 부활하는 결정문에서 법정의견과 반대의견이 있었는데, 정당후원회 부활을 하면 어떤 효과가 있을지에 대해서, 법정의견은 “신생정당, 군소정당을 보호하게 된다,” 그런 정당정치 활성화를 논거로 삼습니다. 반면에 조용호 재판관님께서 “전혀 그렇지 않다, 기득정당, 거대정당이 망외의 이익을 보게 될 것이 불 보듯 뻔하고 그리고 개인 후원회 기부할 수 있는데 정당후원회 기부 못 한다 그래서 나의 표현의 자유가 침해됐다고 느낄 만한 국민이 얼마나 될지 그것도 의문이다,” 그래서 현상을 보는 눈도 재판관님들 사이에서는 또 굉장히 다

르시더라고요. 그래서 이런 걸 정말 어떻게 보면 아예 다 풀어주고 공개로 가는 게 맞지 않을까 이제 그런 생각도 해봤었습니다.

사 회 자 : 오늘 발제 주제 관련해서 우리 지금 헌법교과서나 헌법재판소의 판례에서 표현의 자유란 말, 글, 그림, 도화, 상징 등으로 자신의 의사를 표현할 자유 이런 식으로 지금 되어 있는데, 제 짐작컨대 국내 어느 헌법교과서에도 자신의 의사를 돈으로 표현할 수 있는 자유라고는 언급이 안 되어 있는 것 같습니다.

그런데 지금 이 논란되는 미국 연방대법원의 판례가 자신이 지지하는 후보나 정당을 적극적으로 돈으로 지지할 자유가 미국 수정헌법 1조의 표현의 중요한 한 내용이라고 이야기하기 때문에, 미국적 맥락에서는 소위 돈으로 자신의 의사를 표현할 자유가 역사적 맥락에서 지금 현 단계에서 인정되고 있을지 몰라도, 과연 이게 우리 맥락에서 표현의 자유의 보호영역에 들어오는 게 가능하겠느냐 이게 일단 하나의 쟁점이 될 수 있을 것 같습니다.

토 론 자(양진석) : 솔직하게 얘기하면 기업이 돈을 갖다준다, 정당에 후원금을 낸다, 개인에게 후원금을 준다는 것이 정치적 참여입니다. 그런데 미국 헌법에는 그런 표현이 없으니까, 표현의 자유라는 말을 했지만, 개인이든 기업이든 노동조합이든 자기가 후원하는 사람한테 갖다 주는 것은 정치적인 참여입니다. 정치에 참여하는 것은 기업이든 개인이든 노동조합이든 누구든지 할 수 있는 거죠. 그게 민주주의의 원리지요. 다만 그렇게 되면 돈이 있는 사람의 영향력이 더 많이 작용할 것 아니냐. 그래서 월스트리트의 지배를 안 받게끔, 안 받는 것도 아닙니까. 다만, 그런 면에서 공개를 하라는 얘기지 다른 게 아닌 것 같습니다.

지정토론자(김재선) : 사실 우리나라도 후원금을 지급하는 것이 기부고 당연히 참여입니다. 그리고 소액기부를 하는 것은 당연히 인정이 됩니다. 그것이 정치적 의사표현의 자유라고 볼 수 있을지에 대해서는 또 다른 국면으로 넘어가는 논의라는 생각이 듭니다.

McConnell 판결 2003년도에 직접 기부에 대한 제한과 독립지출 그 미디어 선거에 대한 특별지출에 대해서 두 가지를 구분을 하면서, 두 가지에 대한 제한을 어느 정도 인정을 했는데, 2010년 Citizens United v. FEC 판결에서 독립지출에 대해서는 한도를 없앴습니다.

여기 판례에서 문제되었던 힐러리를 비방하는 어떤 단체가 아주 많은 돈으

로 전국적으로 힐러리를 아주 나쁘게 묘사하는 광고를 했다고 했을 때, 그게 한도가 제한이 없다면 정말 무제한으로 계속 방영을 하게 되면, 분명히 어떤 선거에 영향을 미칠 수 있습니다.

사 회 자 : 민주주의에서 모든 사회 주체들은 선거에 영향을 미치려고들 한다고 생각을 합니다.

문제는 우리 공직선거법에서도 그렇듯이 소위 부당하게 선거에 영향을 미치는 행위를 지금 적극적으로 규제하고 있는데, 돈과 선거는 고래로부터 밀접한 연관성을 갖고 있다고 생각을 합니다. 소위 근대민주주의가 출현하면서부터 제한선거가 도입되었던 것도 결국 소위 돈, 재력, 납세 이런 것 갖고서 선거권을 이야기했고. 그다음 잘 아시겠지만 미국의 페더럴리스트 페이퍼에 보면 일정 재력을 갖고 있는 사람들에게만 피선거권을 부여하자고 하는 논의도 있었습니다. 돈을 갖고 있는 사람이 선거에 나와야 부패하지 않는다고.

그래서 이 돈과 선거는 밀접한 연관성을 갖고 있었다고 생각을 하는데, 문제는 이 돈에 따르는 반대급부가 분명히 있을 것이고요. 미국의 현재 선거제도에서 일반백하고 슈퍼백이 있는데 예를 들어서 일반백의 경우에는 직접 기부가 가능하지만, 슈퍼백의 경우에는 간접기부인데 이게 사실상 간접기부라고 이야기하지만 이 후보자와 직·간접적인 연관성이 없을 수가 없는데, 그거를 갖고서 간접기부라고 말하는 것이 과연 어떻게 가능한가? 이게 제가 갖고 있는 의문점 중에 하나입니다.

물론 미국이 우리와는 다르게 이미 의회에서 합법적인 로비스트들을 갖고 있기 때문에 우리가 최근에 미국 영화나 드라마를 보면 그 로비스트의 영향력을 직접적으로 확인할 수 있습니다. 이미 로비스트를 통해서 그런 식의 어떤 정치적 영향력을 확인하고 있는데, 꼭 굳이 이렇게 선거자금 규제에서까지 형식적으로 규제할 필요가 있겠느냐 이런 식의 발상도 저도 충분히 가능하다고 봐요. 그럼에도 불구하고 Citizens United 판결 같은 경우는 그 당시 오바마 대통령이 국정연설에서 이런 표현을 했다고 합니다. 미국 국내기업들뿐만 아니라 외국계 기업을 포함한 특수 이해집단의 자금이 우리 선거판에 홍수처럼 무제한 쏟아져 들어올 수 있는 문을 열어주었다고. 오바마 대통령이 미국 의회 국정연설에서 이 판결이 있고 난 다음에 일주일 뒤에 비관을 해요. 그러니까 오바마 대통령의 국정연설을 듣고 있던 알리토 대법관이 “사실 그게 아닌데” 이런 표현을 합니다.

그럼에도 불구하고 남는 의문은 과연 그 이후에 외국계 기업은 이 슈퍼백에

기부를 하느냐 못하느냐 여부가 그렇게 분명하지 않다고 이야기를 합니다. 이 부분에 대해서 혹시 아시는 바가 있으시면 말씀 부탁드립니다.

지정토론자 (김재선) : Citizens United 판결이 있고 난 뒤에 실제로 얼마나 정치자금이 올라갔는가? 그러니까 실제로 독립지출을 활용한 미디어 기부가 어느 정도 이루어졌는가라는 조사 데이터도 제가 많이 본 것 같은데요. 특히 하나의 예가 지금 생각이 나는 게 마이클 블룸버그 뉴욕시장 선거가 있었습니다. 2010년, 2011년도에 걸쳐서. 그때 마이클 블룸버그가 썼던 선거비용이 1억 2천만 달러라고 합니다. 물론 그분의 특수한 상황이라는 한데요. 그만큼 선거자금 전체적으로 흘러가는 금액이 2010년 판결 이후에 늘어났다는 데이터가 나왔던 것을 본적이 있었습니다.

지금 말씀하신 바와 같이 오바마 대통령이 주로 그때 논쟁했던 게 “외국인들이 주주로 있는 회사들이 미국에 있다. 그런 경우에 외국인 주주들이 공화당이나 민주당에 자국의 이익을 위해서 기부를 할 수 있다.” 이렇게 주장을 했습니다.

이에 대해서 미국 상원이나 하원에서 “제한을 하자. 외국인 주주가 예컨대 50% 이상 지배하고 있는 기업은 할 수 없도록 하자.” 이렇게 얘기했는데, 당연히 반대가 많이 있었기 때문에 결국은 기업 내부에서 그 이사회 결정으로 결정되면 기부를 할 수 있도록 하자. 이게 정치인들과 이해관계가 맞아 떨어져서 현재는 그렇게 된 것 같고요.

한 가지 더 논쟁이 있었던 게 세금 감면을 어떻게 할 것인가가 굉장히 문제가 많이 되었었습니다. 정치자금 기부를 개인이 하면 물론 면세를 받지만, 세금 감면까지 해 주고 정치적 의사표현까지 다 하게 해 주면, 구조적으로 기업이 정치를 그냥 눈앞에서 주무르는 것을 볼 수 있게 된다는 비판도 물론 있었습니다.

사 회 자 : 우리 헌법재판소 초창기에 주목할 만한 판례 중에 기부금품 모집 금지사건 결정이 있습니다. 그리고 작년 12월 23일에 2013헌바168사건 이른바 정당후원회 폐지 사건에서, 우리 헌법재판소가 주목할 만하게도 정당후원회를 폐지해서 정치자금 기부를 제한하는 것이 국민의 정치적 표현의 자유에 대한 제한이라고 해서, 소위 관련 기본권 구성을 새롭게 합니다.

저로서는 우리 헌법재판소가 작년 말에 내린 이 정당후원회 폐지 헌법불합치 결정에서 사실 지금 언급하고 있는 Citizens United 사건 영향을 조금 받았는지 않았나 싶습니다. 그렇다면 예를 들어서 일반적인 기부는 행복추구권의 일반적

행동자유에 의해서 포섭되고, 일반법과 특별법 관계에서 정치기부는 별도로 정치적 표현의 자유의 영역으로 본다면, 여기에서 또 비롯되는 문제 중에 하나는 뭐냐 하면 통상적인 표현의 자유하고 우리가 흔히 말하는 정당활동 등 정치적 기본권을 어떻게 구별해 낼 것이냐?

이게 저는 제한된 논란이라고 생각을 합니다. 예를 들어서 지금 공무원같은 경우 우리는 비교법적으로 굉장히 엄격하게 공무원이 각종 선거에 영향을 미치는 행위들을 제한하고 있습니다. 저도 그동안 꾸준히 공무원의 정치적 기본권을 보장해야 된다, 허용해야 된다고 해왔는데, 그래서 제가 그동안 구사했던 논리는 이렇습니다.

일반정치적인 층위가 있고 그다음에 정당정치적인 층위가 있는데, 공무원에게 지금 이 직접적인 정당정치적 층위에서 예를 들어서 입후보를 하거나 직접적으로 선거운동을 하거나 이런 것은 제한되지만, 소위 일반시민으로서의 어떤 일반정치적인 층위에서는 이것이 보장된다는 것이거든요. 이 정치자금 기부 같은 경우에는 제 생각에 따르면 일반적인 어떤 정치적 층위에서 보장이 되는 것이다.

그럼에도 불구하고 남는 문제는 그러면 표현의 자유하고 우리가 흔히 말하는 소위 어떤 정치적 기본권 이거를 뭔가 구별해내야 될 것 같은데, 이렇게 섞어버리면 이거를 어떻게 구별해낼까? 이런 의문점이 남습니다.

발 표 자 : 저는 오히려 표현의 자유에 포섭이 안 된다고 볼 이유가 없지 않나, 기본적으로 그렇게 생각했습니다. 내가 지지하는 후보에 대해서 내가 돈을 기부했다는 것도 피켓 들고 서있는 거랑 다를 바가 없다고 저는 생각하거든요. 그걸 내가 피켓 들고 내가 말하는 거나, 기부해서 그 돈을 가지고 다른 사람이 피켓 만들어서 나와 같은 생각을 표현하게 하거나 그게 마찬가지로 표현의 자유에 포섭되지 않을까. 깊이 생각이 본 것은 아니고요.

사 회 자 : 우리가 흔히 말하는 정치적 기본권의 범주에서 이렇게 거액의 정치자금을 후원회에서 지지하는 행위를 파악할 수 있는데, 그것과는 다르게 정치적 표현의 자유에 의해서 포섭되니까 조금 구별에 문제점이 있지 않을까 생각이 들고요.

또 만일 자신이 지지하는 후보나 정당을 적극적으로 지지하기 위해서 돈을 주는 게 당연하다면, 예를 들어서 우리가 사랑 또는 애정의 표현으로 돈을 건네는 것도 또한 지극히 당연할 게 아닌가. 그런데 우리는 예를 들어서 지금 성매수를

금지하고 있다는 거죠. 미국과 같이 돈으로 자신의 어떤 정치적 지지를 표시하는 것이 표현의 자유의 당연한 법리면 이게 거의 모든 영역에서 허용되지 않을 이유는 없다, 이렇게까지도 확장되지 않을까 이런 의문점이 들었고요.

그다음에 결국은 미국의 정치·경제·사회·문화에서 생각하는 어떤 선거 공정성이라는 게 분명히 있을 것이고 우리는 우리 나름대로 또 선거 공정성이라는 게 있을 건데, 지금 두 나라가 선거비용과 관련에 대해서는 가장 대척점에 서 있거든요. 우리의 경우에 선거 공정성과 관련해서는 지난 2006년에 정치관계법 개정 이후로, 소위 클린선거 해 가지고 아마 우리 사회에서 ‘돈 안드는 선거’ 부분에 대해서는 나름대로 사회적 합의가 있다고 생각을 합니다.

그런데 아까 발제자께서도 이야기했듯이 우리 현재 선거법제가 갖고 있는 문제점 중에 하나는 선거 공정성을 지나치게 내세우면서 선거운동의 자유를 지나치게 제약하고 있다 이 문제점인 것 같고요. 이 문제점 인식에 대해서는 거의 대부분 공감하시는 것 같습니다. 선거 공정성이라는 게 사실 대단히 추상적이고 주관적인데, 선거 공정성을 위해서 선거운동의 자유를 제한한다, 그게 정당화될 수 있다. 하여튼 돈 문제에 대해서는 제가 아까 사회적 합의가 있다고 이야기했는데, 현재 결정문에 보면 경제적·정치적·사회적 기회균등을 이야기를 합니다.

사실 사회 자체가 그렇고 후보자나 정당의 어떤 스탠스나 역량이 다 다를 수밖에 없는데 이거를 소위 기회균등한다는 것의 한계가 어디까지 가능할 것이냐는 것이고요. 우리 공직선거법제가 갖고 있는 체계는 사실 미국식이라기보다는 독일식에 가깝습니다. 대륙식에 가까운데, 사실 독일 같은 경우가 선거법제에서 가장 중요하게 내세우는 것 중에 하나가 후보자와 정당 간의 기회균등 원칙입니다. 이게 가장 중요한 모토고, 지금 우리 선거제도를 개략적으로 살펴보면 결국 후보자와 정당 간의 기회균등을 추구하는 유럽식의 어떤 제도에 가까운 것이고요. 미국은 그렇지 않은 측면이 있고.

그래서 이 선거 공정성, 공정한 선거라는 게 과연 뭘까에 대한 구체적이고 좀더 진지한 토론 또는 합의가 있어야 되겠다는 생각을 하거든요.

발 표 자 : 일단 드는 생각은 선거의 공정, 뭐가 공정하냐 생각하면, 선거운동의 기회균등이 저는 일단 제일 가깝다고 - 헌법에서 찾아봤을 때 - 생각이 들고요. 그런데 이렇게 다양한 후보자와 유권자들 사이에서 어떻게 선거운동의 기회균등을 한계 지을 것인가 참 어려운 문제인 것 같습니다.

사 회 자 : 아마 후보자 입장에서는 자기가 당선되는 선거가 가장 공정한 선거일 것이라고 생각합니다. 모든 후보자들이 자신이 당선되는 선거가 가장 공정한 선거고요.

지금 이 돈 안 드는 선거에 대한 어떤 사회적 합의를 갖고 있고 이 부분은 철저하게 비용상한액으로 묶고 있는데요. 그런데 예를 들어서 어떤 후보자는 본인 이 돈도 없고 내세울 것도 없고 유일하게 자기는 그 지역에서 마당발로 그 지역 사회를 뛰어 다니면서 열심히 국회의원이 되기 위해서 활동했는데, 갑자기 어느 날 중앙선관위에서 플래카드를 내걸었는데 지연·학연에 얽매이지 말고 공정한 1표를 행사합시다. 이렇게 나와요. 이 양반은 자기는 평생 국회의원이 되기 위해서 그 지역에서 마당발로 열심히 뛰어다닌 것밖에 없는데 갑자기 지연을 따지지 말자 이렇게 하는게 이 양반한테는 과연 그게 공정한 선거이겠느냐는 겁니다. 사실 우스개 이야기로 말씀드렸지만 이 공정한 선거라고 하는 것이 굉장히 모호하다는 것이고요.

또 제가 앞서 정당 간의 기회균등 말씀을 드렸지만, 사실 우리 헌법재판소에서 그동안 위헌 또는 헌법불합치결정을 받은 결정례의 상당수가, 이미 기성 거대 정당들이 선거법제나 정당법이나 또는 정치자금법을 만들면서 기성정당들과 현역의원들에게 유리한 법제를 만들었고, 그것이 계속적으로 우리 헌법재판소에 의해서 교정되고 있는 상황이거든요. 어쨌든 정당 간 또는 후보자 간의 기회균등 원칙에 비추어 보아도 현행 규정에서도 제가 보기에는 문제가 있는 조항들이 많습니다. 작년 말에 정당후원회 폐지 건에 대해서는 저는 이전부터 논문에서 그게 위헌적이라고 말씀을 했고요. 이런 부분들도 결국 군소정당에 대해서는 차별적이어서 그런데.

결론적으로 말씀드리면 우리 현행법제는 기회균등에 대해서 굉장히 많은 강조점을 두고 있고, 반면에 독일적인 어떤 사고방식에 따르면 특히 돈이 기성정당과 군소정당의 격차를 벌리는데 가장 큰 위험요소로 파악을 하고 있습니다. 독일의 선거법제를 바라보는 학자들 입장은 그래요. 반면에 미국은 그렇지 않아요. 그래서 미국의 이 낮은 현상을 우리가 어디까지 어떻게 이해를 하고 우리의 법제에서 이게 수용 가능할 것인가 이 부분이 여전히 숙제로 남아있다는 생각을 합니다.

그리고 오늘 또 하나 쟁점 중에 하나가 어쨌든 우리가 이 헌법 도그마틱 또는 기본권 도그마틱을 가지면서 미국과는 상당히 차이가 있는데, 지금 현재 기업과 같은 법인 또는 단체의 이런 정치자금 기부 관련해서 지금 김재선 교수님께서서

도 페이지에 담으셨는데, 소위 법인의 기본권 주체성 관련해서 현재 헌법재판소나 학계의 통설은 기본권 성질설을 따르고 있습니다. 기본권 성질상 기업 또는 법인단체에게도 인정될 수 있는 기본권이면 가능하다는 겁니다. 표현의 자유도 당연히 법인 또는 단체가 그 주체가 될 수 있는데, 일반적인 정치적 표현은 당연히 허용되겠지요.

직접적인 선거와 관련한 정치적 표현을 우리가 일반 개인에게 인정하는 이유는, 이미 참정권의 주체가기 때문에 자신의 참정권을 행사하기 위해서는 당연히 사전에 자신의 정치적 의사형성을 위한 알 권리가 보장이 되어야 되고, 그리고 주변 사람들과 자신이 어떤 정치적인 의사교환이 있어야 되고, 이런 어떤 논리구조에서 우리가 정치적 표현까지 이어집니다. 그런데 단체 또는 법인의 경우에 참정권의 주체 그러니까 투표권의 주체가 아닌 것은 분명한데도 불구하고, 일반인과 똑같이 이런 식의 정치후원금의 상한이 없거나 이런 것들을 인정해야 될까라는 의문점이 남습니다.

지정토론자(김재선) : 말씀해 주신 부분에 대해서 저도 진짜 공감을 많이 합니다. 과연 이 돈을 기부하는 것, 기업에 대해서 줄 수 있는 표현의 자유의 범위가 어디까지 인정되어야 할 것인가? 그리고 이 표현의 자유가 정치적 의사표현의 자유와 명확한 경계가 없이 혼재되어 있는데 인정해 줄 것인가에 대해서 저는 굉장히 의문을 가지고 있습니다. 이 미국 판례들을 읽으면서 특히 *Buckley v. Valeo* 판결이 워터게이트 사건 바로 직후에 공정성의 관점에서 만들어진 판점인데요. 규제를 하는 것이 타당하냐 이런 논의에 있어서 표현의 자유를 전면적으로 내세워서 *Citizens United* 판결에서 했다는 것 자체가 저는 우리 헌법과 너무나 다르구나 그런 관념이 굉장히 많이 생겼습니다.

미국에서는 사실 총기 사용도 표현의 자유로 보고요, 그리고 웬만한 건 다 표현의 자유, 인종차별도 표현의 자유로 보고요. 그래서 이 표현의 자유 수정헌법 1조를 너무나 광범위한 연방대법원 판결에서 쓰고 있어서, 저는 이 부분을 그대로 우리나라에서 적용하는 것은 상당히 어렵지 않을까 그런 생각이 들었습니다.

사 회 자 : 사실 미국의 수정헌법 구조를 보면 말씀하신 것처럼 표현의 자유 아니면 프라이버시권 그 두 개에 거의 다 포섭이 가능한데, 그렇기 때문에 미국의 어떤 법리에서 설령 이것을 어떤 표현의 자유에 담았다 하더라도, 우리는 개별 기본권으로 더 구체화된다. 이렇게 개별화된 우리의 경우에 딱히 그대로 우

리 표현의 자유에 그대로 들어오는 데는 일정한 한계가 있지 않겠느냐 이런 생각을 하고요.

또 저로서는 의아스러운 것 중에 하나가, 잘 아시듯이 미국은 건국 과정에서 자연법론이 굉장히 득세를 해왔는데, 자연법론에 따를 때는 국가의 기본권 주체성이나 또는 국가의 권리주체성과 함께 법인의 기본권 주체성 이런 부분에 대해서는 굉장히 자연인과 다른 성격이고, 그거를 자연권으로 인정하기는 어려울 것입니다. 그런데 이상하게 이 사건 법리에 와서는 법인의 기본권 주체성을 인정하는 대륙법보다 훨씬 더 적극적으로 이거를 인정하고 있거든요. 이 부분은 어떤 기본권 도그마틱을 벗어나서 소위 어떤 자유주의적 사고에 따른 것이다 이렇게 이야기를 할 수가 있을까요?

발 표 자 : 법인의 기본권 주체성은 또 다른 영역인 것 같기는 한데요. 판결문 읽어봤을 때 받은 생각은, “법인도 표현의 자유의 기본권 주체가 되느냐? 된다.”라는 것에 대해서는 양쪽 다 함의하는 것 같습니다. 그러면 되는데 왜 법인에 대해서는 기업에 대해서는 일반재정기금으로 지출하지 못하게 하느냐? 거기에 대해서 “그것을 제한하기 위한 공익이” 하면서 “부패, 부의 집중 이런 얘기가” 그렇게 논리가 전개되더라고요, 미국 연방대법원에서는. 그러니까 일단은 이 부분에 있어서는 표현의 자유를 향유하는 주체에 해당한다는 것에 대해서는 법정의견이나 반대의견 다 일치하는 것 같습니다.

사 회 자 : 이 논의가 향후 우리 헌법재판에서 만일 사건화된다면, 우리가 그동안 논란이었던 게 법인이 양심의 자유의 주체가 될 수 있는가? 그러다가 지난번에 MBC 방송사의 사과방송 관련해서는 소위 인격권의 주체로 관련 기본권을 잡아서 했고요. 저는 사실 법인이 법인격이 아니라 소위 인간의 자연적인 본질을 전제로 한 인격권 주체는 힘들다는 것이 개인적인 생각입니다. 어쨌든 그 사건에서는 소위 양심의 자유를 제한되는 기본권으로 잡기가 힘들기 때문에 인격권을 잡았는데, 이처럼 정치적 표현의 자유와 관련해 가지고 법인이 정치적 이해관계가 있는 것은 우리가 분명히 인지할 수 있습니다. 그럼에도 불구하고 소위 참정권이나 투표권 이런 권리의 주체성이 전제되지 않는 법인에게 이렇게 적극적인 정치적 표현의 자유를 인정하는 것이 과연 우리 법제에서 어디까지 가능할 것인가 그런 의문점이 듭니다.

특히나 지금 발제자나 토론자께서 적절히 지적하신 것처럼, 미국은 과거에

엔론 사태도 있기는 했지만 어떻든 나름대로 기업의 지배구조라든가 또는 회계 투명성 이런 것들이 어느 정도 확보되어 있는 상황에서 이 기업의 정치자금 기부가 이루어지는 경우입니다. 우리는 이와 다르게 개별기업의 구조에서 결정 과정도 굉장히 밀실 결정이고 회계투명성 부분도 확보되고 있지 않고. 이런 상황에서 기업의 정치자금기부 허용이라는 이 미국 법제를 그대로 갖고 오는 데는 일정한 한계가 있지 않을까 이런 생각도 해봅니다.

토 론 자(강민영) : 법인이라는 것은 어쨌든 주주로 구성이 되어 있는데, 나는 주주지만 저 오너의 입장이랑 다를 수도 있는데 그 대주주의 의사만으로 내 돈이 정치자금으로 쓰이는 것에 대해서는 얼마큼 공감대를 형성할 수 있는지, 그런 문제도 우리나라에서 논의가 되어야 될 것 같고.

또 정치인들이 회계를 공개했을 때, 중요한 것은 보통 사람이 과연 그 공개된 것을 믿을 수 있느냐 이게 좀 논의가 필요할 것 같아요. 일반 유권자들 더 많은 유권자들 입장에서 국회의원이든 기업에 대한 이런 신뢰성이 확보되지 않으면 끊임없이 문제는 많이 있다고 생각이 들었습니다.

토 론 자(배보운 부장헌법연구원) : 사실 미국의 회계라는 것은 신뢰를 전제로 그것이 정확하게 되었다는 것을 전제로 제도를 운영하고 있는 것 같고요. 그런데 다시 한번 생각해 보면 미국의 선거 같은 경우는 최근에 와서는 방송미디어 선거가 되겠지요. 미국은 사람들이 결국 방송을 미디어를 이용하지 않으면 민주주의를 표현하기 어렵다는 것에 어느 정도 공감대가 형성되어 있지 않은가 이런 생각입니다.

그리고 방송국도 다 개별기업이기 때문에 선거를 하면 비용이 다 발생하는데 그것이 천문학적인 숫자가 된다는 겁니다. 그러니까 미국 연방대법원에서 그렇게 판결한 이유가 구조상 선거비용이 필요하고, 또 표현의 자유가 있기 때문에 누구나 의사를. 개인이 기부해서 그 많은 것을 충당할 수 없으니까 기업이. 또 기업도 기본적으로 하나의 주체고 참정권이라든지 필요한 것이고 그래서 표현의 자유의 주체이기 때문에 그것을 제한할 이유가 없다. 곰곰이 생각을 해 보면 선거자금이라는 것이 필요하기 때문에 그것을 인정을 하는 것인데, 대신 공개를 한다는 것이지요.

공개를 한다는 것은 거꾸로 한번 발상을 전환해서 생각해 보면, 가령 미국의 대기업이 마이크로소프트나 또는 애플이 그렇게 기부를 하고 공개가 된다고 했을

때 과연 애플 이사회에서의 관점, 마이크로소프트 이사회에서의 관점에서 우리가 기부를 하는 것이 우리 기업에 도움이 될 것인지? 오히려 역효과가 날 수도 있단 말입니다. 어차피 투표는 모든 국민이 one man one vote이기 때문에. 그 이미지가 있기 때문에. 후보자 입장에서도 거꾸로 오히려 마이크로소프트나 이런데 받기를 바라지는 않을 수 있습니다. 거꾸로 내가 어떤 것에 영향을 받을 수 있다 이렇게 되면 오히려 표가 떨어질 수 있기 때문에. 그러니까 선거 공정성이나 의사표현의 자유라는 관점에서 보면 그것은 자유의사로서 이사회에서 이사회 멤버가 이게 도움이 된다면 어떤 특별한 후보를 지지를 하고 기부를 하는 거란 말입니다.

다만 공정성 문제는 똑같이 그런 기회가 주어지면 그것으로 족한 것 아니냐. 똑같이 기회가 주어주고 그것이 공개가 된다고 하면, 그 의사표시는 그대로 관철이 되었고, 공정성에 문제가 없지 않느냐. 또 표현의 자유도 문제가 없지 않느냐 이렇게 본 것 같습니다. 기본적인 구도가.

그러면 거꾸로 돌아와서 과연 우리의 경우도 그렇게 기업에 법인에다가 똑같이 했을 때 생각해봅시다. 삼성이나 현대 대기업이 어느 특정 후보에 기부하는 것이 삼성 입장에서 이사회 멤버 입장에서 이게 도움이 될까? 오히려 후보 입장에서 한 표라도 바라는 사람 입장에서 기업의 이미지 관점에서 오히려 기부할 수도 있는 현상도 있을 수 있지 않겠나.

공정성이 문제인데, 만일에 선거자금이 우리나라같이 공정성이라 해서 전부 중앙선관위에서 선거공영체에 의해서 전부 국가가 부담을 하고 나중에 그런 비용 상환하는 관점으로 간다고 하면, 국가가 선거공영체로 가면 규제가 많아질 수밖에 없다. 왜냐하면 공정성을 보장해야 되기 때문에 규제가 많아질 수밖에 없지 않겠는가. 다만 그런 경우에 우리의 경우에는 가장 중요한 것은 정치적 의사표현인데, 기본적으로 의사표현을 하려고 하면 그 후보에 대한 정보라든지 선거운동원들을 통해서 정보를 정확하게 알 수 있어야 되는데, 과연 우리의 지금 선거운동이나 선거규율 자체가 일반 유권자들이 선거후보들을 잘 알고 투표할 수 있는 구조인지 그것을 우리가 고민해야 될 것이 아닌가.

그것과 더불어서 정치적 표현의 자유뿐만 아니라 선거 공정성도 같이 고민해야 되지 않느냐. 그게 그 선이 어떤 것인가?

최근에 여러 선거들을 보면 묻지마 선거, 보지도 않고 이미지 선거를 한다, 그리고 광고라든지 이런 것들이, 그런 현상도 일부 언론에서 보도가 되기도 합니다. 그래서 선거 공정성도 중요한 요소이고 또 정치적 의사표현의 자유도 중요한 요소인데 합리적으로 그것을 다 만족할 수 있는 황금 룰이 어떤 것인지를 끊임없

이 고민해야 되지 않느냐.

사 회 자 : 우리 각종 법제에서 노동조합이나 전교조나 이런 데 관련해서 일체의 정치활동 금지 이런 조항들이 있습니다. 여기 지금 표현의 자유에 당연히 재정적 지원을 통해서 정치적 의사표현을 할 수 있는 자유까지 포함시킬 때, 분명히 일체의 정치활동을 금지하는 우리 현행법 - 우리 헌법재판소에서 최근에 합헌으로 판단되기도 했는데요 -과는 뭔가 엇박자가 있을 거라는 생각이 듭니다.

만일 이런 논의를 전격적으로 인정하게 되면 분명히 현행 법 시스템 내에서 법규범들 간에 체계 정합성의 문제가 분명히 발생할 거라는 느낌이 듭니다. 그래서 이런 부분들에서 사실 지금 해당 미국의 논의를 갖고 와서 우리의 현실에 적용시킬 때 분명히 문제가 있다는 생각이 들고.

저는 개인적으로 선거운동의 자유가 가장 최적으로 또는 최대한으로 보장된 선거가 가장 공정한 선거라고 생각하지만, 한편 우려하시는 바와 같이 혼탁선거의 가능성도 있고 하기 때문에 이것도 어느 정도 최소한의 제한은 불가피하다는 생각을 합니다.

오늘 미국의 지난 2010년도의 이 결정이 갖고 있는 함의를 다루어 봤는데요. 어쨌든 지금 이 2010년도 결정레도 향후에 번복될 가능성도 있지 않습니까? 예를 들어서 이게 지금 2007년에 사실 보수적인 대법관 두 사람이 새로 임명되고 나서 5대4의 다수구조가 바뀌어가지고 2010년에 이 Citizens United 판결이 나왔거든요. 만일 다음번에 민주당 대통령이 나오고 그사이에 대법관 구성이 바뀌면 지금 2010년도 이 판결도 번복될 가능성도 있을 거라는 짐작은 드는데, 어쨌든 이 사건이 갖고 있는 함의를 오늘 이렇게 여러 전문가들 모시고 잘 살펴봤다고 생각을 합니다.

혐오표현과 표현의 자유

- 혐오표현에 대한 규제 찬반론을 중심으로 -

우 승 아*

I. 들어가며

1. 혐오표현에 대한 논의의 증가

최근 들어 ‘혐오표현’을 주제로 한 국내 연구논문의 수가 증가하고 있고,¹⁾ 혐오표현과 관련한 언론 기사를 접할 기회도 예전에 비해 많이 늘어났다. 이는 우리 사회에 혐오표현이 증가했다는 방증으로도 보이는데, 성역할의 변화, 다문화 가정을 비롯한 인적구성의 다양화, 계층 간의 격차 심화, 이념 대립의 갈등 심화 등 사회변화에 더하여 인터넷 사용의 일상화에 일부 그 원인이 있다고 보인다. 나아가, 기존의 법제, 예를 들면 형법상 모욕죄가 성립하기 위해서는 피해자 특정을 요하는²⁾ 등 법리상의 제한이 있어 기존의 법제만으로는, 문제가 되고 있는 불

* 헌법재판소 헌법연구관(팀장)

1) 대법원 ‘종합법률정보’에서 ‘혐오 표현’이라는 검색어로 검색되는 국내 문헌은 14개인데, 모두 2013년 이후에 발표된 것이다. 한편 ‘hate speech’로 검색하면 2002, 2007년에 발표된 3건의 국내 논문이 더 검색되는데 주로 미국 판례를 중심으로 다룬 논문들이다.

2) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011도15631 판결(소위 아나운서 모욕 사건)

“모욕죄는 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적 감정을 표현함으로써 성립하는 것이므로 그 피해자는 특정되어야 한다. 그리고 이른바 집단표시에 의한 모욕은, 모욕의 내용이 그 집단에 속한 특정인에 대한 것이라는 해석되기 힘들고, 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 아니한 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립되지 않는다고 봄이 원칙이고, 그 비난의 정

특정 다수의 집단을 향한 인터넷상의 혐오표현 등에 적절히 대응할 수 없다는 점도 혐오표현에 대한 규제 논의가 활발하게 된 동기가 된 것으로 보인다.

그러나 혐오표현에 관한 외국 또는 국제법적 논의로 눈을 돌리면 우리 사회에서 혐오표현이 최근 주목을 받고 있는 것과 달리 그 역사가 짧지 않고,³⁾ 그 내용도 미국 헌법상 표현의 자유 법리를 통해 친숙한 도발적 언사(fighting words) 등과 관련되어 있는 등 전혀 생소한 분야라고 하기도 어렵다.

참고로 지금까지 헌법재판소 결정에서 혐오표현이 언급된 것은 형법상 모욕죄의 위헌 여부가 문제된 ‘형법 제311조4 위헌소원’ 사건(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506)에서의 재판관 3인의 반대의견이 실시한 다음 판시가 유일한데, 혐오표현의 처벌가능성을 언급하고 있다는 점에서 주목할만 하다.

『상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에 현실 세태를 빗대어 우스꽝스럽게 비판하는 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 부정적인 내용이지만 정중한 표현으로 비꼬아서 하는 말, 인터넷상 널리 쓰이는 다소 거친 신조어 등도 모욕죄로 처벌될 수 있다. 이 사건에서 문제되었던 ‘듣보잡’은 ‘듣지도 보지도 못한 잡놈’을 줄인 말로 ‘잘 알려지지 않은 사람 또는 물건’을 가리키는 인터넷 신조어이다. 이러한 인터넷 신조어는 누리꾼 사이에 유행하는 재미있는 문화현상 중 하나로, 다소 거칠고 거북한 표현이 있다고 하여 이를 무조건 모욕적인 표현이라고 볼 것은 아니다.

표현의 자유는 구체적인 사회적 해악을 발생시키거나 개인의 명예감정을 심각하게 침해할 가능성이 있는 행위에 대해서만 제한하여야 한다. 추상적 판단과

도가 희석되지 않아 구성원 개개인의 사회적 평가를 저하시킬 만한 것으로 평가될 경우에는 예외적으로 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립할 수 있다. 한편 구성원 개개인에 대한 것으로 여겨질 정도로 구성원 수가 적거나 당시의 주위 정황 등으로 보아 집단 내 개별구성원을 지칭하는 것으로 여겨질 수 있는 때에는 집단 내 개별구성원이 피해자로서 특정된다고 보아야 할 것인데, 그 구체적인 기준으로는 집단의 크기, 집단의 성격과 집단 내에서의 피해자의 지위 등을 들 수 있다(대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결, 대법원 2013. 1. 10. 선고 2012도13189 판결 등 참조).”

- 3) 영국법원은 18세기 초반에 유대인 공동체를 공격하는 폭동을 도발하는 내용의 간행물을 처벌하는 판결을 내린바 있고, 미국도 건국 초기에 다른 종파들끼리의 갈등이 혐오표현의 형태로 표출되었다고 한다 [김민정, 일베식 “욕”의 법적 규제에 대하여, 언론과 법 제13권 제2호(2014. 12.), 133면 참조].

한편, 혐오표현 규제에 관한 국제법규로는 대표적으로 1966년 채택된 ‘시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘자유권규약’) 제20조 제2항이 있는데 그 내용은 다음과 같다[강재원, 국제인권법의 시각에서 본 표현의 자유, 사법논집, 제58집(2015), 92-93면 참조].

“차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적(국가적), 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다.”(원문은 “Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.”)

- 4) 심판대상조항: 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제311조(모욕) 공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.

감정의 표현에 의하여 발생할 해악이 크고 명백한 경우에 한정하고 그러한 표현만을 처벌하여야 할 것이다. 예를 들면, 성별·종교·장애·출신국가 등에 대한 혐오적 표현이나(미국 US Code Title 18 Part 1 Section 245(b)(2), 프랑스 언론법 제33조 제3항, 제4항 참조) 집단에 대한 증오와 폭력을 선동하는 표현(독일 형법 제130조 참조) 등을 처벌할 수 있을 것이다. 오로지 모멸감을 줄 목적으로 상대방을 인신공격하고 비하하는 직설적·노골적 표현 중에서 상대방의 즉각적인 폭력을 유발할 위험이 있는 행위도 처벌할 수 있을 것이다(미국 fighting words law 참조). 심판대상조항은 구체적인 사회적 해악을 발생시키거나 개인의 명예감정을 심각하게 침해하는 표현을 넘어서 헌법상 보호받아야 할 표현인 단순히 부정적·비판적 내용이 담긴 판단과 감정표현까지 규제할 수 있게 되므로 그 규제범위가 지나치게 넓다.』(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 515-516)

2. 이 글의 구성

혐오표현에 대한 논문들을 살펴보면 대체로 규제의 방법이나 정도에서는 차이가 있지만 혐오표현에 대한 규제가 필요하다는 데 공감대가 형성되어 있고, 규제를 전제로 여러 가지 방법들을 제시하기도 한다.

혐오표현에 대한 규제방법으로는 ①혐오표현을 금지하는 방식으로서 전통적 규제방법인 형사범죄화, 행정적 규제, 손해배상을 통한 민사구제, 차별시정기구에 의한 구제(주요 기능은 권고·자문, 교육·홍보, 구제)부터 ②형성적, 촉진적, 적극적, 사전예방적 방식의 규제에 의한 사전적 조치(국가에 의한 홍보·캠페인, 영화·영상물 제작 지원, 언론을 통한 인식 제고, 소수자집단에 대한 각종 지원, 공공기관과 공공교육기관에서의 반차별정책 시행, 차별에 대한 범국가적 차원의 조사·연구, 반차별적 시민교육, 공직자에 대한 인권교육, 방송심의 등의 정책)와 시민사회의 자율적 조치에 이르기까지 다양한 규제방법들이 제시되고 있다.⁵⁾

한편, 규제의 방향에 있어서도 주로는 혐오표현을 금지 또는 처벌하는 식으로 직접적으로 혐오표현을 제한하는 규제론이 다수이지만, 이와는 다른 방향에서

5) 홍성수, 혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색, 법과 사회 50호(2015. 12.), 301-319면 참조; 이준일 교수도 형사적 규제와 함께 행정적 규제, 민사적 규제, 나아가 자율적 규제와 조정자로서의 국가의 역할을 제시하고 있다[이준일, 혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식, 고려법학 제72호(2014. 3.), 78-85면 참조].

표현의 자유를 증진하는 규제, 즉 혐오표현을 표현의 자유의 예외로 파악하지 말고 소수자들이 혐오표현에 맞설 수 있도록 개입하는 것(예: 위 형성적 조치 등)을 최우선으로 하고 혐오표현의 금지 이외에는 소수자의 자력화와 반격을 지원하는 방법이 마땅치 않을 때 비로소 법적 개입이 발동될 수 있는 것이며, 이 때 혐오표현을 할 자유는 소수자의 표현의 자유를 위해 제한될 수 있다는 견해⁶⁾도 있다.

또한, 헌법적 시각에서 혐오표현을 규제할 경우 고려해야 할 헌법적 쟁점들로 보호영역과 제한의 한계 문제를 검토하거나,⁷⁾ 보다 구체적으로 명확성원칙, 과잉금지원칙, 명백하고 현존하는 위협의 원칙 등을 적용하여 혐오표현에 대한 규제 방향을 제시한 글들도 발견된다.⁸⁾

이러한 광범위한 규제방법론과 헌법적 검토는 향후 혐오표현에 대한 입법 등에 참고가 될 수 있다는 점에서 충분히 그 의의를 인정할 수 있지만, 한편으로는 특정한 법률(예: 혐오죄 신설 법안)이나 정부의 조치(공권력의 행사)를 전제함이 없는 일반적, 사전적 검토라는 점에서 필자의 역량을 넘어선 것으로 생각된다.

따라서 이 글에서는 혐오표현에 대한 규제의 전제가 되는 부분, 즉 혐오표현의 개념과 규제 찬반론을 중심으로 글을 전개하고자 한다. 다소 추상적이고 어느 한 쪽으로 명쾌한 답변을 하기 어려운 문제이지만, 당장에 뚜렷한 결론을 제시할 수 없다 하더라도 이러한 고민을 한번 해 보는 것이 향후 구체적 사건 해결에도 도움이 되지 않을까 생각된다.

참고로 이 글은 혐오표현에 관한 필자의 연구 성과를 알리고자 하는 목적보다는, 헌법실무연구회를 통해 혐오표현에 관한 고민을 공유하고 참석자들로부터 좋은 의견을 듣기 위한 목적으로, 문제제기 차원에서 혐오표현에 대한 기존의 논의를 소개하고 이에 대한 필자의 사건을 덧붙인 것임을 밝힌다.

6) 홍성수, 앞의 글, 308-310면 참조, 나아가 이러한 논리는 혐오표현의 금지가 무엇을 지향해야 하는지를 명확하게 해 주고, 금지조치의 남용가능성을 최소화하는 제어장치로도 기능한다고 한다.

7) 이승현, 혐오표현의 규제에 대한 헌법적 이해, 공법연구 제44집 제4호(2016. 6.), 149-160면

8) 김현귀, 표현의 자유와 혐오표현의 규제, 헌법재판연구원(2016. 2.), 78-100면

II. 혐오표현의 개념

1. 기존 논의의 검토

혐오표현은 hate speech의 번역으로 이를 적의적 표현⁹⁾, 증오언론¹⁰⁾ 등¹¹⁾으로 표현되기도 하나 최근에는 혐오표현으로 용어가 정리되는 듯하다.¹²⁾ 그러나 혐오표현의 개념에 대해서는 ‘여성, 레즈비언, 동성애자를 포함한 다른 차별적인 집단 또는 인종적, 민족적, 종교적인 이유로 대상자들을 비방하는 적의를 가진 공격적이고 인종주의적인 표현’¹³⁾, ‘특정 대상에 대한 내면의 혐오감을 외부로 드러낼 뿐만 아니라 그 사람이 소속된 특정 집단에 대한 차별적 감정을 드러내는 표현 행위(또는 표현물)’¹⁴⁾, ‘인종이나 민족, 성, 종교, 성적 정향성에 근거하여 폭력이나 증오 또는 차별을 유발하는 무질제하고 위협적이며 모욕적인 표현’¹⁵⁾ 등 다양한 정의가 존재하는바, 혐오표현의 개념에 대해서는 아직까지 통설이라고 불릴 만큼 정리된 견해는 없다고 보인다.¹⁶⁾ 다만 몇몇 논문들을 살펴볼 때 대체로 혐오표현의 ‘대상’과 ‘행위’를 중심으로 그 개념정의를 시도하고 있음이 발견된다.

9) 조소영, 적의적 표현행위(Hate Speech)의 헌법적 좌표 : 민주주의의 다양성의 의미(민주주의의 위기), 공법연구 30집 4호(2002. 6.)

10) 심경수, 증오언론(Hate Speech)과 십자가 소각(Cross Burning)에 관한 판례경향 : R. A. V. v. City of St. Paul 및 Virginia v. Black 사건을 중심으로, 미국헌법연구 18권 1호(2007. 2.)

11) 그 외에도 증오연설, 증오적 표현, (공격적) 혐오발언, 증오표현행위, 혐오언론이라는 표현도 있다고 한다(홍성수, 앞의 글, 290면 참조).

12) 김민정 교수는 앞의 글에서 ‘증오’라는 용어 대신 ‘혐오’라는 용어를 택한 이유는 꺼림과 기피를 뜻하는 ‘혐오’가 극심하고 강렬한 감정 상태인 ‘증오’보다 특정집단을 차별하고 배제하는 행위를 적절히 설명할 수 있기 때문이고, ‘언론’이나 ‘연설’ 대신 ‘표현’이라는 용어를 택하는 이유는 ‘표현’이라는 용어가 가장 광범위하고 포괄적인 용어이어서 혐오의 감정을 표출하는 다양한 형태들(언어/비언어적 상징, 사회적 대화/공적 연설/매스미디어를 통한 표현 등)을 포섭할 수 있기 때문이라고 한다(김민정, 앞의 글, 138-139면 참조).

한편, 홍성수 교수도 앞의 글에서 hate는 차별적인 의견이나 신념까지 포괄할 수 있는 ‘혐오’로 번역하는 것이 더 적절하고, 격렬한 감정의 의미가 담긴 ‘증오’는 hatred의 번역어로 더 적절하며, ‘speech’는 의견이나 사상을 표출하는 모든 종류의 행위(출판, 유포, 예술, 상징물 게시 등)를 포함할 수 있기 때문에 ‘언론, 발언, 연설’보다 적절하다고 한다(홍성수, 앞의 글, 290면 참조).

13) 조소영, 앞의 글, 123면 참조

14) 이준일, 앞의 글, 66면 참조,

15) 문연주, 일본의 혐오표현과 규제: 교토지방법원의 ‘가두선전금지 등 청구사건’ 판결 사례를 중심으로, 일본연구논총, 제39호(2014)

16) 홍성수 교수도 혐오표현의 개념에 대해서는 국제사회의 보편적 합의가 있다고 보기 어렵고, 학계에서의 의견도 각양각색이며, 개별 국가의 법률상 개념도 일치하지 않는다고 한다(홍성수, 앞의 글, 290면 참조).

한편, 혐오표현의 개념과 관련하여 그 범위를 어디까지로 인정할 것인지도 문제된다. 혐오표현이 일찍 논의되었던 외국의 사례를 보면 주로 인종적, 민족적, 종교적 이유에 근거한 소수자집단에 대한 차별적 적대감의 표현이 혐오표현의 주된 사례를 구성해 온 반면, 최근 들어 우리 사회에서 혐오표현이 주목받게 된 것은 위와 같은 다소 전통적인 혐오표현들보다는 ‘일간베스트’라는 온라인 사이트를 중심으로 여성, 이주노동자, 다문화가정, 5.18 광주민주화운동, 특정 지역민 등을 향한 비방글(예: 5.18 광주민주화운동 희생자의 관을 택배에 비유하는 등 이들을 향한 모욕과 조롱의 글, 전라도 지역 출신자를 비하하는 용어로 ‘홍어’ 등등)이 확산되면서부터인바, 이러한 비방글과 주요 일간지 등에서도 사용되고 있는 ‘된장녀, 김치녀, 맘충’과 같은 여성을 집단적으로 매도하는 표현들도 과연 혐오표현에 해당된다고 할 것인지 쉽게 대답하기 어려운 문제가 있다.

또한 혐오표현에 관한 논의를 전개함에 있어 혐오표현의 범위를 넓게 설정하는 견해¹⁷⁾는 혐오표현에 대한 규제 논의에서 형사범죄화에만 의존할 것이 아니라 이를 비롯한 차별시정기구 주도의 규제, 민사구제, 형성적 조치 등 다층적 접근의 중요성을 강조하는 반면, 혐오표현의 범위를 해악이 높은 수준의 것으로 좁혀 논의하는 견해¹⁸⁾는 형사적 규제와 보다 친한 규제론을 펴고 있는바, 혐오표현의 개념 문제는 규제방법에 관한 문제와도 연결된다고 하겠다.¹⁹⁾

이러한 문제의식을 가지고, 이하에서는 혐오표현의 구성요소 내지 개념 표지를 중심으로 혐오표현의 개념정의를 시도한 국내의 논의들을 살펴보기로 한다.

가. 김민정 교수의 견해²⁰⁾

이 견해는 당시 혐오표현의 개념에 대한 국내 선행연구가 없다는 점에서 혐오표현에 관한 국제조약, 미국과 유럽의 논의를 바탕으로 혐오표현의 개념분석을 시도하고, 이로부터 도출되는 혐오표현 개념이 우리나라에서도 타당할 것인지를 분석하고 있다는 점에서 주목할 만한바, 그 내용은 다음과 같다.

17) 홍성수, 앞의 글, 310-321 참조

18) 김지혜, 차별선동의 규제-혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로-, 법조(통권708호)(2015. 9.), 40-43, 68-73 참조, 다만 이 견해도 형사적 제재가 필요충분하다는 의미는 아니고, 국가형벌권은 최후의 수단으로 사용되어야 하고 비례의 원칙이 준수되어야 함을 강조하고 있다.

19) 같은 취지로 김지혜 교수도 기존 정의에 따른 혐오표현의 범위는 너무 넓은바, 그 양상에 따라 규제의 필요성과 정당성의 수준이 달라진다고 하고 있다(김지혜, 앞의 글, 41면 참조).

20) 김민정, 앞의 글, 142-149면 참조

첫째, 혐오표현의 대상은 피해자들의 정체성에 관한 것인데, 이는 개인이 타고 나는 속성임과 동시에 타인들에게 해당 개인의 개별 특성으로 인식되는 것에서 멈추는 것이 아니라 해당 개인이 속한 집단의 특성과 연계되어 인식된다는 점에서 개개인의 정체성보다는 집단의 정체성이 핵심이 된다. 국제조약 및 각국의 입법례와 판례들에서 발견되는 공통점은 서구 사회가 법을 통해 규제하는 혐오표현의 피해자들은 자신들이 속한 집단의 국가적, 인종적, 민족적 정체성 때문에 혐오의 대상이 되어 왔고, 해당 집단들은 역사적·사회적 소수로서 정신적·신체적 압박을 받아온 역사적·사회적 경험이 있다.

이러한 기준을 한국의 상황에 유추하여 적용시켜본다면, 혹은 우리나라가 혐오표현을 법적으로 처벌하기로 한다면, 우선 고민해야 할 부분은 과연 한국사회에 역사적·사회적으로 소수집단에 속하면서 차별과 박해를 받아 온 집단의 정체성은 무엇인가에 대한 질문일 것이다. 그간 단일 민족이자 단일 인종으로 단일 국가로 발전해 온 우리나라의 경우, 최근 들어 늘어나고 있는 외국인 이주 노동자들 및 다문화 가정의 구성원들을 대상으로 한 제노포비아적인 성격의 혐오표현이 새로운 문제로 등장하고는 있으나, 서구에서처럼 국가적, 인종적, 민족적 정체성을 기반으로 한 소수 집단 차별의 역사는 길지 않은 실정이다. 이런 상황에서 일베 현상으로 대변되는 한국에서의 온라인상에서의 혐오표현 등은 외국인과 다문화가정에 대한 혐오에 더하여, 민주화운동(참여자들 및 민주화를 상징하는 특정 정치인들), 특정 지역 출신들 및 거주자들, 여성, 성적 소수자에 대한 혐오 및 조롱이 주류를 이루고 있다는 점에서 특이하다. 특히, 5.18 광주민주화운동에 대한 폄훼와 왜곡 및 이와 맞물려 전라도 출신자들에 대한 혐오표현이 남발되는 것은 다른 국가들에서 비슷한 예를 찾아보기 힘든 유형이라 하겠고, 이러한 특이성으로 인해 혐오표현 규제에 대한 찬·반 논의가 마치 정치적 입장에 따라 견해를 달리 하는 것처럼 보이는 혼돈을 낳고 있는 것으로 보인다.

둘째, 혐오표현의 개념에서 두 번째로 주목할 점은 금지되는 혐오표현 행위의 유형인데, 1966년 자유권규약과 미국의 경우에는 이를 좁게, 즉 차별, 적대 혹은 폭력이나 구체적인 결과를 유발하는 직접적인 선동·유도 행위만을 금지하는 반면, 유럽의 경우에는 보다 넓은 의미에서 다양한 표현행위들, 즉 선동·유도 뿐만 아니라 혐오의 감정을 옹호, 확산, 조장, 정당화하는 모든 표현행위를 금지하는 접근법을 택하고 있다. 향후 혐오표현을 규제하는 법안을 제정하게 된다면, 핵심적으로 고민해야 할 부분은 혐오의 내용을 담고 있는 표현들 중에서 어느 유형의 표현행위를 금지할 것인가가 될 것이다.

나. 홍성수 교수의 견해²¹⁾

이 견해는 혐오표현의 개념을 가장 넓게 보아 장애, 연령도 혐오표현의 대상이 되는 집단의 표지로 제시하고, 행위에 있어서는 ‘차별’을 강조하는바, 그 내용은 다음과 같다.²²⁾

첫째, 혐오표현은 소수자집단에 대한 혐오에 근거하는데, 여기서 혐오는 일시적이고 개인적인 감정이 아니라, 소수자집단에 대한 극단적으로 부정적인 관념이나 감정을 뜻하는 것으로서, 특정한 이데올로기, 예컨대 인종주의, 호모포비아, 제노포비아, 자민족 중심주의, 반유대주의, 백인우월주의, 성차별주의 등에 뿌리를 두고 있다.

둘째, 혐오표현의 대상은 소수자와 일반청중들인데, 보다 직접적인 대상은 소수자로서 소수자집단 자체를 대상으로 할 수도 있고, 소수자집단의 개별 구성원들이 대상이 될 수도 있는데, 여기서 소수자 또는 소수자집단이란 숫자나 실질적인 정치·사회적 권력이 열세이면서 공통의 정체성(성, 인종, 민족, 성적 지향, 장애, 연령 등)을 가진 집단을 뜻한다.

셋째, 혐오표현의 행위는 소수자에 대한 차별을 공공연하게 드러내는 것으로, 단순히 부정적인 의견을 표시하는 것부터 시작해서 소수자를 모욕·조롱·위협하거나 청중들에게 소수자에 대한 차별·적대·폭력을 정당화하거나 고취·선동하는 것 등이 혐오편의 범주에 포함된다.

다. 김지혜 교수의 견해²³⁾

이 견해는 기존 혐오표현의 정의는 그 목적과 방법, 내용, 효과 등의 측면에서 상당히 차이가 있는 표현들을 모두 아우르는 것으로 그 범위가 지나치게 넓어 한꺼번에 논의하기에 어려움이 있다는 점을 지적하면서, 혐오표현의 유형 가운데 ‘집단에 대한 차별, 적의 또는 폭력을 선동하는 행위’를 ‘차별선동’이라 하고, 규제대상으로서 ‘차별선동’에 관심을 두고 논의를 전개하는바, ‘차별선동’은 다음과 같은 속성을 가진다고 한다.

21) 홍성수, 앞의 글, 290-291면 참조

22) 홍성수 교수는 혐오표현에 대한 규제방법에 있어서도 표현의 자유와의 충돌을 피하기 위해서는 혐오표현을 차별의 일종으로 보고 차별금지법 제정에 의한 차별구제가 혐오표현의 규제를 주도해야 한다는 입장이다(홍성수, 앞의 글, 322-323면 참조).

23) 김지혜, 앞의 글, 40-43 참조

첫째, 차별선동은 개인의 행위가 아닌 민족, 인종, 성별, 종교, 출신지역, 출신 국가, 성적지향, 성별정체성 등을 기준으로 집단에의 소속 자체를 비난의 이유로 하는 비합리적 차별행위이다.

둘째, 차별선동은 해당 집단에 대하여 편견, 혐오감 또는 공포감을 조성하고 불이익을 초래하고자 하는 악의적 의도를 포함한다.

셋째, 차별선동은 사람들을 일정한 방향으로 행동하도록 유도, 즉 선동하는 적극적 행위이다. 차별선동의 직접적 청중은 비난의 대상이 되는 집단이 아니라 그 집단과 분리된 다른 편에 소속된 사람들과 주요 정책결정권자들인바, 특정 집단을 배척하도록 나머지 세력을 규합하려는 성격을 가진다.²⁴⁾

라. 이준일 교수의 견해

이 견해는 혐오표현을 순수한 혐오표현과 차별적 혐오표현으로 나누어 파악하는데, 혐오표현으로 인해 침해되는 법익에 있어 인격권뿐만 아니라 평등권도 동등한 수준으로 문제될 수 있음을 강조하는 입장이 아닌가 생각되는바, 그 내용은 다음과 같다.

타인에 대한 혐오나 증오 또는 적대의 감정을 표현하는 혐오표현은 그 안에 대상자가 속한 집단에 대한 편견과 차별의 감정을 내포함으로써 ‘차별적 혐오표현’이 되고, 개념적으로만 보면 단순하게 차별의 감정만을 표현하는 ‘순수한 차별적 표현’도 존재할 수 있는데 차별의 감정도 넓은 의미의 혐오감에 포함될 수 있다면 혐오표현에는 순수한 차별적 표현도 포함된다.

순수한 혐오표현(예: 특정인에 대한 경멸적 발언이나 욕설)이 오로지 타인의 인격권만을 제약하고, 순수한 차별적 표현이 오로지 타인의 평등권만을 제약한다면 차별적 혐오표현은 타인의 인격권뿐만 아니라 평등권도 제약한다.²⁵⁾

24) 김지혜 교수는 그 예로 다문화정책 중단을 호소하는 신문의 전면광고는 많은 경우 대통령, 소관부처 장관, 시장 등에 대한 공개탄원의 형식을 띠고 있다는 것과 동성애와 관련하여 교회신자나 부모에게 호소하는 글 등을 들고 있다.

25) 그 외에도 가장 최근 논문에서 혐오표현의 개념요소를 ①차별기반 표적집단성(집단적 차별성과 차별의 역사성) ②적대상(적대감, 불관용, 적의, 모욕, 박해, 폄하, 조롱, 비하 등) ③표현행위성(물리적 행위와 구별됨) 등의 세 가지로 분석한 것도 찾아볼 수 있는바(이승현, 앞의 글, 136-145면 참조), 그 내용은 기존의 논의와 대동소이하다.

2. 혐오표현에 관한 입법례 개관

혐오표현에 관한 논의는 인종차별의 역사를 가진 미국, 유럽을 중심으로 전개되어 국제조약들이 제정되고 각국에서 혐오표현 관련 입법을 규정하게 되며, 혐오표현의 개념 파악을 위해서는 이러한 국제조약들과 각국의 입법례를 살펴보는 것도 도움이 된다.

가. 국제조약²⁶⁾

(1) 자유권규약²⁷⁾ 제20조 제2항

2. 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다.

(2) 미주인권협약 제13조 제5항

5. 인종, 피부색, 종교, 언어 또는 민족적 출신 등을 이유로 개인 또는 집단에 대하여 불법적인 폭력이나 그 밖의 유사한 행동을 선동하는 전쟁의 선전과 민족적, 인종적 또는 종교적인 증오의 고취는 법률에 의하여 처벌되는 범죄로 간주된다.

(3) 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(‘인종차별철폐협약’)²⁸⁾ 제4조

체약국은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태의 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며, 또한 체약국은 이 같은 차별을 위한 모든 고무(鼓舞) 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무를 지며, 이 목적을 위하여 세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여 특히 체약국은,

(a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 고정관념의 보급 그리고 피부색이나 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단

26) 강재원, 앞의 글, 92-95면; 김지혜, 앞의 글, 49-61면 참조

27) 우리나라는 1990. 4. 10. 가입하여 같은 해 7. 10. 발효[제22조(노동조합 결성 등 결사의 자유) 유보상태임]

28) 우리나라는 1978. 12. 5. 유보없이 가입하여 1979. 1. 4. 발효

에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 법률에 의하여 처벌해야 하는 범죄로 선언하고 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의자의 활동에 대한 어떠한 원조의 제공도 법률에 의하여 처벌해야 하는 범죄로 선언한다.

(b) 인종차별을 촉진하고 고무하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동을 불법으로 선언하고, 금지시킨다. 그리고 이러한 조직이나 활동에의 참여를 법률에 의하여 처벌하는 범죄로 인정한다.

(c) 국가 또는 지방의 공공기관이나 또는 공공단체가 인종차별을 촉진시키거나 또는 고무시키는 것을 허용하지 아니한다.

나. 각국의 규제 현황

혐오표현의 규제에 관한 각국의 접근법은 크게 유럽식과 미국식으로 나누어 볼 수 있는데, 유럽의 경우 유대인 대학살을 경험한 이후 역사적으로 인종·종교 관련 혐오표현을 형법적으로 규제해 온바, 영국, 프랑스, 독일, 아일랜드, 오스트리아, 스웨덴, 핀란드, 덴마크, 벨기에, 노르웨이, 스위스, 아이슬란드 등이 혐오표현을 형사처벌하고 있다고 한다.²⁹⁾

혐오표현을 규제하는 대표적인 형법이라고 보이는 독일형법 제130조의 내용은 다음과 같다.³⁰⁾

독일 형법 제7장 ‘공공질서에 대한 죄’ 중 제130조(국민선동)

① 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

1. 일부 주민에 대한 증오심을 선동하거나 그에 대한 폭력적·자의적 조치를 촉구하는 행위 (2호 생략)

② 다음 각호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에

29) 김민정, 앞의 글, 140-141면 참조

30) 강재원, 앞의 글, 86면에서 인용함

참고로, 독일형법 제130조는 제3항과 제4항에서 나치에 의한 집단살해행위를 부인하거나 나치의 지배를 찬양하거나 정당화하는 행위(소위 역사적 사실을 부인하는 표현행위)도 처벌하고 있는데, 유대인 학살을 부인하면서 유대인에 대한 적대감을 불러일으키거나 차별적 발언을 하는 것은 역사적 사실을 부인하는 표현행위인 동시에 혐오표현에도 해당될 수 있는 등 양자는 중첩되는 부분이 있으나, 양자는 표현의 성격, 내용, 표현의 대상 또는 상대방 등에서 구별될 수 있다고 보는 견해(강재원, 앞의 글, 88-89면 참조)도 있다.

처한다.

1. 일부 주민, 민족적·인종적·종교적 집단 또는 민족성에 의하여 분류된 집단에 대한 증오심을 선동하거나 이들에 대한 폭력적·자의적 조치를 촉구하거나, 일부 주민 또는 위 집단을 모욕 또는 악의로 비방하거나 허위사실에 의하여 명예를 훼손함으로써 인간의 존엄을 침해하는 것을 그 내용으로 하고 있는 문서(제11조 제3항)에 관하여 다음과 같은 행위(주: 반포행위, 공연히 전시, 게시, 상영하는 행위)를 한 자(이하 생략)

오스트리아 형법도 제20장 ‘공공의 평온에 관한 죄’ 중 제283조에서 ‘공공질서를 위태롭게 하기에 적합한 방법으로 공연히 국내에 존재하는 교회나 종교단체나 또는 그 구성원, 인종, 국민, 민족 또는 국가로 특정되는 집단에 대한 적대행위를 선동하거나 고무한 자’(제1항), ‘공연히 제1항에 기재된 방법으로 집단에 반하여 선동하거나 인간의 존엄을 해치는 방식으로 그 집단을 모욕하거나 경멸하도록 시도한 자’(제2항)를 형사처벌하는 규정을 두고 있다.³¹⁾

한편, 미국은 유럽식과는 달리 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 표현의 자유에 우월적 가치를 부여하는바, 즉각적인 폭력행동을 유발하는 직접적인 영향이 있는 발언을 규제하는 경우에 한하여 좁게 규제법령의 합헌성을 인정하고 있는데 [Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444(1969) 등], 이러한 발언을 규제하는 조항이라 하더라도 인종, 종교 등 일부 사유를 이유로 한 발언만을 규제하는 경우 이를 관점(또는 내용)에 기반한 차별이라는 이유로 위헌이라고 선언하기도 하였다 [R.A.V. v. City of St Paul, 505 U.S. 377 (1992)].³²⁾

다. 우리나라의 경우

현재 혐오표현을 직접 규제하는 법령을 존재하지 않는다. 다만 피해자가 특정되는 경우 등 구체적 사실관계에 따라 형법상 모욕죄(제311조)나 명예훼손죄(제307조)로 처벌될 수 있는 가능성은 있다.³³⁾ 한편, 임기만료로 폐기되기는 했지

31) 강제원, 앞의 글, 95면 참조

32) 김지혜, 앞의 글, 58-59 참조

33) 그 외에도 국가인권위원회법 제2조 제3호 라목에서 평등권 침해의 차별행위 중 하나로 규정된 성희롱 행위 중 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하는 것을 규정하고 이에 대하여 국가인

만 제19대 국회에서 형법 제311조의2로 혐오죄를 신설하는 법안³⁴⁾이 제출된바 있는데, 그 내용 및 제안이유는 다음과 같다.

◆ 개정법률안: 제311조의2(혐오) 인종 및 출생지역 등을 이유로 공연히 사람을 혐오한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

◆ 제안 이유: 최근 온·오프라인을 불문하고 지역·인종 차별적 발언으로 인한 갈등이 사회문제화 되고 있음. 외국인에 대한 편견과 부정적 인식에서 비롯되는 인종 차별적 발언의 경우 다문화가정 및 외국인체류자가 증가하고 있는 현 시점에서 사회통합을 저해시키는 요인으로 작용하고 있으며 지역감정을 조장하는 지역 차별적 발언의 경우에도 온라인상의 커뮤니티나 언론사의 게시판, 댓글 등을 중심으로 그 수가 증가하여 지역 간 반목을 조장하고 있으나, 현행법상의 명예훼손죄나 모욕죄로 이와 같은 문제에 대처하기에는 불충분한 영역이 많고 문제에 대한 근본적인 인식을 전환시키는 데에도 한계가 있음. 이에 현행법상 “혐오죄”를 신설하여 인종 및 출생지역 등을 이유로 사람을 혐오한 경우에는 처벌할 수 있도록 함으로써 진정한 사회통합을 이룰 수 있는 기초를 마련하려는 것임(안 제311조의2 신설).

3. 혐오표현의 개념 파악 문제

가. 공통점의 발견

혐오표현의 개념에 대해 아직까지 통일된 견해는 없지만, 위에서 살펴본 혐오표현의 개념에 관한 여러 견해나 국제조약, 외국의 입법례 등을 살펴보면 어느 정도 공통점이 도출된다. 즉, ① 혐오표현의 대상은 인종, 종교, 민족, 국가, 성 등과 관련하여 역사적, 사회적으로 소수자였던 집단의 정체성을 향한 것이라는 점, ② 혐오표현의 내용은 이들 대상을 향한 적대감을 표현함으로써 그 밖의 집단(예: 발화자가 속하는 주류집단 등)과의 차별을 의도한다는 점 ③ 혐오표현의 행위는 다양한 형태로 나타날 수 있지만 폭행, 상해 등 물리적 행위와는 구별되는 표현행

권위원회가 일정한 구제조치[예: 제44조(구제조치 등의 권고), 제45조(고발 및 징계권고) 등]를 할 수 있는 점, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ 제3조 제20호, 제32조 제3항(장애를 이유로 집단 따돌림을 가하거나 모욕감을 주거나 비하를 유발하는 언어적 표현을 금지) 등을 혐오표현에 대한 현행 규제의 예로 제시하는 견해도 있는데(홍성수, 앞의 글, 319-320 참조), 그 사유가 성, 장애에 국한됨은 별론으로 하더라도 앞서 살펴본 혐오표현의 개념에 비추어 볼 때 일부 적용 가능성을 긍정할 수 있지만 혐오표현을 주요 규율대상으로 하는 규정들은 아니라고 할 것이다.

34) 형법 일부개정법률안(안효대의원 등 50인 발의, 2013. 6. 20.), 국회의안정보시스템 참조

위의 범주에 있다는 점이 그것이다.

나. 선천적 특징

한편, 혐오표현의 대상 집단의 특성이 대표적으로 인종, 민족, 성 등에 관한 것이라는 점에서 혐오표현이 선천적 특징을 이유로 한 것이라고 규정할 수 있지 않은가 하는 의문이 있을 수 있다. 특히, 혐오표현을 차별금지와 관련하여 평등의 관점으로 접근하면 출생에 있어서의 우연을 이유로 누군가를 불리하게 만드는 것은 그것에 합리적인 이유가 존재하지 않는 한 매우 불공정하기 때문이다. 그러나 이미 혐오표현의 개념요소로 통용되는 것에는 종교, 국적, 성적 지향, 장애, 연령 등 선천적인 것이라고 단정할 수 없는 것들이 포함되어 있고, 반대로 혐오표현의 개념요소로 통용되지 않는 것들 중에도 (부정적인) 선천적 요소가 있을 수 있는바 (예: 정신질환, 못생긴 외모 등), 혐오표현이 선천적인 특징을 이유로 한 것이라고 정의하기는 어렵다고 하겠다.³⁵⁾

다. 규제대상으로서의 혐오표현

혐오표현의 일반적 개념 그 자체와 (규제론을 취할 경우) 규제대상으로서의 혐오표현의 범주를 구별하는 것도 실익이 있을 수 있다. 양자를 구별함이 없이 혐오표현에 대한 논의를 진행하다보면 논의의 전제가 어긋나는 경우를 종종 경험하게 된다. 위에서 본 바와 같은 혐오표현의 개념표지를 가지고 살펴볼 때 혐오표현에 해당할 수 있는 표현의 태양은 매우 다양하고(예를 들면, 흑인가족의 집 마당에서 십자가를 불태운 행위³⁶⁾와 같이 전통적이고 극단적인 혐오표현부터 ‘된장녀, 맘충, 전라디언, 흥어’ 또는 ‘일베충, 종북’과 같이 비교적 새롭게 등장하거나 혐오표현의 범주에 해당하는지 여부가 불분명한 표현도 있음) 그 해악의 정도에도 개별 표현마다 차이가 있기 때문이다.

이러한 점에서 보면, 일단 혐오표현의 일반적 개념은 위와 같은 개념표지를 통해 넓게 인정하되, 규제대상으로 혐오표현을 논의하고자 할 때에는 위 김지혜 교수의 견해처럼 혐오표현의 여러 유형 가운데 규제가 필요하다고 판단되는 부분으로 그 범위를 좁혀 정의하고 규제방법을 모색하는 것이 보다 실용적인 접근방

35) J. Weinstein, *Hate Speech, Pornography, And Radical Attack On Free Speech Doctrine*, Westview Press(1999), 166-167면 참조

36) R.A.V. v. City of St Paul, 505 U.S. 377 (1992) 판결에서 문제된 표현행위

법일 수 있겠다. 이러한 접근방법은 혐오표현에 대한 형사처벌조항을 입법할 때에 특히 유용할 것인바, 위 혐오죄 신설 법률안(“인종 및 출생지역 등을 이유로 공연히 사람을 혐오한 자는…”)을 살펴보면, ‘혐오’, ‘등’이라는 사용된 용어 그 자체의 명확성원칙 문제를 별론으로 하더라도 특정 표지를 갖춘 모든 종류의 혐오 표현을 모두 처벌할 수 있게 규정되어 있다는 점에서 표현의 자유와 관련하여 그 처벌범위의 광범성에서 쉽게 문제점이 드러난다.

그러나 한편으로는 규제가 필요한 혐오표현을 구별하는 문제가 쉽지는 않다는 점에서 혐오표현의 일반적 개념과 규제대상으로서의 혐오표현 범주를 구별하여 논의하는 것도 쉬운 문제는 아니다. 왜냐하면 위 모욕죄 결정의 반대의견에서도 언급한 바와 같이 차별선동이나 도발적 언사(fighting words) 수준의 표현을 규제해야 한다는 데 비교적 쉽게 수긍할 수도 있으나, 해악을 초래하는, 그래서 규제가 필요한 혐오표현이 반드시 위와 같은 수준의 혐오표현에 국한된다고 쉽게 단정하기는 어렵기 때문이다. 혐오표현의 해악 중 하나로 많이 지적되는 ‘피해 소수자집단을 그들이 속한 사회에서 침묵시키고 공격토론의 장을 왜곡하는 효과’는 차별선동이나 도발적 언사(fighting words) 수준에 이르는 혐오표현보다는 오히려 즉각적인 해악은 약하다고 보이는 차별적 표현들이 아무런 제한없이 사회 곳곳에서 은연중에 지속됨으로써 초래될 수 있고 이는 결국 혐오죄 신설법안의 제안이 유에서도 밝힌 바와 같이 결국 우리 사회의 통합을 저해하는 요인으로 작용할 것인바, 극단적 혐오표현보다 규제의 필요성이 더 클 수 있다.

라. 소결

이하에서는 위에서 살펴본 바와 같이 혐오표현을 ‘인종, 종교, 민족, 국가, 성 등과 관련하여 역사적, 사회적으로 소수자였던 집단의 정체성을 향한 적대감을 표시함으로써 이들에 대한 차별을 의도하는 표현행위’로 정의하고 이를 바탕으로 논의를 전개하기로 한다.

Ⅲ. 혐오표현이 초래하는 해악

혐오표현의 규제 찬반론을 검토하기에 앞서, 그 전제로 혐오표현이 초래하는 해악에 대해 살펴본다.

1. 개인적 법익 측면

혐오표현은 일차적으로 대상이 되는 집단 구성원의 개인적 법익, 즉 인격권, 개인의 안전 등을 침해한다. 이는 기존의 명예훼손죄나 모욕죄의 보호법익과도 공통된 부분이 있는바, 피해자 특정 등 요건을 충족할 경우 기존의 법제로도 대응이 가능한 법익 침해라 할 것이다.

다만, 김지혜 교수는 혐오표현 중 차별선동으로 인해 개인에 대한 사회적 평가가 저하되고 명예가 손상되는 개인적 피해가 발생할 수 있다는 점은 일반적인 모욕이나 명예훼손과 유사할 수 있지만, 차별선동은 집단 대 집단의 공격양상을 띠므로 개인에게 미치는 해악도 일회성으로 그치는 것이 아니라 반복적인 점, 이러한 반복에 따라 사회적으로 적대적 감정이 증폭되어 폭력으로 발전될 가능성이 있다는 점에서 심각한 경향을 띤다는 점에서 구별된다고 한다.³⁷⁾

한편, 개인적 법익에 대한 침해 측면을 피해 집단 구성원의 존엄성 침해로 파악하는 견해도 있다. 이 견해는 특정 집단에 대해 지속적으로 이루어지는 혐오표현은 그 구성원들에게 공포감, 위축감, 좌절감 등의 정신적 고통을 야기하고 때로는 신체적 고통도 동반하며, 나아가 사회로부터의 도피, 내면의 자기부정, 직업선택에 있어서의 실질적인 선택지 제한 등의 결과를 초래한다는 연구도 있다고 한다.³⁸⁾

2. 사회적 법익 측면

다음으로 혐오표현은 소수자들을 그 소속사회에서 침묵시켜 공적토론에 참여할 실질적 기회를 박탈하고, 그 외 구성원들에 대해서도 소수자집단에 대한 적대적 사상을 만연시키는 방법을 통해 공론의 장을 왜곡하여, 결국 민주적 의사결정 과정의 왜곡을 가져온다. 나아가 이러한 현상은 소수자집단에 대한 차별과 불평등을 영속시키는 결과로 이어진다.³⁹⁾ 이러한 점에서 혐오표현은 개인적 법익을 침해하는 일반적인 모욕, 명예훼손 표현과 구별되고, 결국 소수자들이 그 소속사회에 동등한 시민으로 참여하는 것을 막아 사회통합을 저해한다고 할 것인바, 사회적 법익의 침해를 유발한다.

37) 김지혜, 앞의 글, 43-44면 참조

38) 이승현, 앞의 글, 152면 참조

39) 김지혜, 앞의 글, 44-45면; 이승현, 앞의 글 152-154면 참조

3. 혐오표현의 해악에 대한 비판적 시각

혐오표현이 위와 같은 해악을 초래할 개연성에는 쉽게 수긍이 갈 것이다. 그러나 학설 중에는 위와 같은 혐오표현의 해악에 대해 이를 이유로 한 혐오표현의 제한과 관련하여 의문을 제기하는 견해도 있다.⁴⁰⁾

첫째, 혐오표현으로 인한 정신적 피해가 다른 종류의 선동적인 공적 표현으로 인해 생기는 정신적 피해보다 더 크다고 보기는 어렵다는 것이다. 예를 들면, 베트남전쟁에서 사망한 자녀들을 가진 부모들이 “베트남을 돕자”라는 팻말을 든 반전운동가들을 보았을 때의 정신적 피해, 허슬러 잡지에서 근친상간 패러디를 당한 Jerry Falwell의 정신적 피해, 낙태된 태아에 대한 상세한 묘사가 담긴 반낙태 팸플릿을 본 낙태경험이 있는 여성이 입게 될 정신적 피해들과 비교해 볼 때, 이러한 표현들에 비해 혐오표현으로 인한 정신적 피해가 더 크다고 일반화하기는 어렵다는 것이다. 혐오표현에 대한 제한의 근거로 정신적 피해가 크다는 점을 강조할 경우 이는 다른 공적 토론의 영역에서 표현의 자유에 대한 제동으로도 작동할 여지가 있다고 한다.

둘째, 혐오표현이 소수자들을 침묵하게 한다는 데 대해서는 이러한 침묵효과를 혐오표현에만 고유한 것이 아니라고 지적한다. 이러한 침묵효과는 약물사용에 대한 광범위한 비난들이 그에 대한 반대의견을 표명하지 못하도록 만드는 것, 과학자들 또는 물리학자들에 대한 혹독한 전문적인 비판들이 그들로 하여금 새로운 아이디어들을 발표하지 못하게 만드는 것과 마찬가지로 현상이라는 것이다. 특정 표현이 다른 표현을 침묵하게 만든다는 이유만으로 표현을 규제하는 것은 만약 그것이 원칙적인 방법으로 적용될 경우 건강한 공적 토론을 방해할 잠재적 가능성이 있다고 한다.

IV. 혐오표현 규제에 관한 찬반론

1. 문제제기

국내에서 혐오표현을 다룬 대다수의 논문들은 규제대상이 되는 혐오표현의

40) J. Weinstein, 앞의 글, 162-163면 참조

범위 및 규제 방법에서 있어서는 차이를 보이지만 혐오표현을 규제해야 한다는 데 거의 공감대가 형성되어 있는 것 같다. 그러나 외국의 논의를 보면 혐오표현에 대한 규제 찬반론이 팽팽한바, 이하에서는 혐오표현에 대한 규제 찬반론에 대해 살펴보기로 한다.

2. 혐오표현 규제에 관한 찬반론⁴¹⁾

가. 규제옹호론의 근거

(1) 소수자와 사회에 대한 해악

규제옹호론은 혐오표현의 해악(harm)을 심각하게 본다. 즉, 혐오표현이 한 사회의 동등한 구성원으로서의 존엄한 삶을 파괴하고, 다양한 정체성을 가진 구성원들이 함께 살아야 한다는 공공선(public good)을 붕괴시킨다는 것이다. 혐오표현에 노출된 소수자들이 편견, 공포, 모욕감, 긴장, 자신감·자부심 상실, 자책 등으로 고통받고 자살로 이어지는 경우까지 있다는 경험적·이론적 연구가 있다. 이러한 정신적 고통은 소수자들을 사회에서 배제하고 침묵을 강요함으로써 학교나 직장 등에서의 자기계발 및 사회참여를 어렵게 만든다는 점에서 그 해악이 크다. 더 나아가 차별적 편견이 권력욕이나 경제적 궁핍, 사회 불만 등과 결합되어 사회문제들을 소수자에게 전가하고 희생양을 만들기도 하며, 혐오이데올로기가 후대에 전승되어 사회에 뿌리박히기도 한다.

한편, 혐오표현의 영향은 소수자뿐만 아니라 다른 청중들에게도 영향을 미치는바, 청중들로 하여금 차별과 편견을 당연한 것으로 여기게 하고 차별에 동참하게 만든다. 이것은 다시 소수자에 대한 고립, 차별, 적대, 폭력을 강화하는 것으로 이어진다. 이 때문에 혐오표현의 여러 유형 중 다른 사람에게 직접 영향을 미치는 ‘고취, 선동’이 더 심각한 해악을 초래하는 것으로 간주되기도 한다.

(2) 차별과 폭력으로 이어질 위험

혐오표현은 표현에 머물지 않고 소수자를 사회에서 배제해야 한다는 생각이 표현되면서 실제 행위로 전화된다.⁴²⁾ 이런 의미에서 규제옹호론은 표현과 행위가

41) 이 부분은 주로 외국의 논의들이 중심이 되는데, 홍성수 교수의 앞의 글에 잘 정리되어 있는바, 이를 요약 인용하였음(홍성수, 앞의 글, 292-301)

42) 얼마 전 발생한 소위 ‘강남역 살인사건’을 두고 여성혐오에 기인한 범죄인가가 사회적으로 크게 논쟁이 되었음은 주지의 사실이다.

이분법적으로 분리될 수 없으며, 표현이 곧 차별의 ‘사회현실을 구성한다’고 주장한다. 혐오표현은 소수자에 대한 물리적 폭력이나 제노사이드와 같은 대규모 인권침해로 이어지기도 하는바, 혐오표현은 혐오범죄(hate crime)⁴³⁾로 나아가는 전 단계로 이해된다. 일부 연구는 혐오표현과 폭력의 일정한 관계를 입증함으로써 표현단계에서 예방적·선제적 조치가 필요하다고 주장한다.

(3) 평등 등 다른 가치와의 조화

규제옹호론은 표현의 자유의 가치를 인정하면서도 ‘인간존엄’, ‘평등’, ‘차별로부터 자유로운 권리’, ‘연대성’ 등 다른 가치들과의 조화도 필요하다고 주장한다. 흔히, 혐오표현의 문제는 ‘자유 vs. 평등’, ‘표현의 자유 vs. 평등보호(차별금지) 등의 다양한 사회적 이익’ 등의 대립으로 설명되곤 한다. 표현의 자유가 다른 가치와 충돌할 수 있으며, 다른 가치를 보호하기 위해 표현의 자유가 제한될 수 있음을 보여주는 것이다.

자유권규약 제19조 제3항⁴⁴⁾, 한국헌법 제37조 제2항, 독일기본법 제5조 제2항⁴⁵⁾ 등에서도 표현의 자유가 타인의 권리 존중 등을 이유로 제한될 수 있음을 규정하고 있다.

(4) 실질적인 평등의 구현

혐오표현이 소위 ‘사상의 시장’에서 자연스럽게 퇴출될 수 있다면 가장 이상적이겠지만, 사상의 시장에서 ‘자유롭고 평등한 경쟁’을 가정하는 것은 ‘합리적 숙의의 잠재성을 과대평가’하거나 ‘신화’라는 것이 규제옹호론의 주장이다. 혐오표현의 문제가 논쟁으로 해결되려면 ‘대항하는 표현(counter speech)’이 제기되어야 하는데, 혐오표현으로 위축되고 배제된 소수자들이 그렇게 맞서 싸우는 것은 사실상 불가능하기 때문이다. 혐오표현이 일반 청중들 역시 침묵하고 동조하게 만들고 있는 상황에서 그들의 연대와 지지를 기대하기도 어렵다. 그럼에도 불구하고

43) 혐오범죄는 혐오·차별에 근거하여 기존의 범죄(폭행, 성폭력, 살인 등)를 저지른 것을 말한다.

44) 자유권규약 제19조[강제원, 앞의 글, 15면에서 인용함]

3. 제2항에서 규정된 권리(주: 표현의 자유)의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률로 규정되고 또한 다음의 사항을 위하여 필요한 것이어야 한다.

(a) 타인의 권리와 명예의 존중을 위하여

(b) 국가안보, 공공질서 또는 공중보건, 도덕의 보호를 위하여

45) 독일기본법 제5조(자유로운 의사 표현의 권리)[헌법재판연구원 홈페이지 법령정보란에서 인용함]

(2) 이 권리들은, 일반 법률의 조항과 청소년 보호를 위한 법률규정 및 개인의 명예권에 의해 제한된다.

하고 이러한 현실에 개입하지 않겠다는 것은 현실의 권력관계를 승인하고 시장의 실패를 방치하겠다는 것과 다름없다.

나. 규제반대론⁴⁶⁾의 근거

(1) 혐오표현의 해악에 대한 의심

규제반대론은 혐오표현이 초래하는 해악의 실체를 의심한다. 개별 소수자들이 혐오표현으로 인해 괴로울 수는 있지만, 소수자집단이 일반적인 어떤 손해를 입는다는 것은 막연한 가정에 불과하다는 것이다. 만약 특정인에 대한 구체적인 해악이라면 민사배상을 통해 해결하면 되며, 집단에 대한 해악을 별도로 인정하여 국가가 개입할 필요는 없다는 입장이다. 혐오표현이 폭력이나 제노사이드로 이어진다는 주장에 대해서도 그것은 어떠한 경향일 뿐 인과관계가 있는 것은 아니라고 한다. 그런 위협을 경계할 필요는 있지만 선제적으로 표현 자체를 처벌할 수는 없다는 것이다. 도발적 언사(fighting words)나 협박, 폭력 선동과 같이 구체적인 손해가 임박했을 때에는 법이 개입할 수 있지만, 상당수의 혐오표현은 대부분 여기에 해당하지 않는다.

또한 혐오주의자들이 혐오표현을 금지당하면, 억압된 감정이 쌓여서 오히려 더 큰 해악적인 행동으로 이어질 수 있다는 우려도 제기된다. 공론의 장에서 하고 싶은 말을 하게 하는 것이 오히려 더 큰 해악을 막는 방법일 수 있다는 것이다.

(2) 표현의 자유 옹호

표현의 문제는 사상의 시장에서 자유로운 경쟁을 통해 해결하는 것이 최선의 방법인바, 무슨 얘기든 일단 들을 수 있어야 사회적 의제가 되고 대응과 반박을 모색할 수 있다는 것이다.⁴⁷⁾ 더 나아가 혐오표현이 들리는 가운데 스스로 담론

46) 홍성수 교수에 의하면 규제반대론이 혐오표현을 옹호하는 것이 아님에 유의해야 하는바, 규제반대론은 혐오표현이 표현의 자유의 보호를 받는다고 주장하지만 혐오표현을 비강제적 수단으로 대처하는 것에는 오히려 적극적이며, 다만 '혐오표현 금지'를 통한 해법에 반대하는 것이라고 한다.

47) 반대의견이지만 이러한 사상의 자유시장 이론이 잘 나타난 현재 판시도 있다. 『표현의 자유는 사상의 경쟁이 자유롭게 허용되는 사회에서만 건전하고 실질적으로 보장될 수 있다. 한 시대 또는 한 사회에서의 기존의 진리와 가치는 사상의 자유경쟁과 도전을 거쳐 새로운 진리와 가치로 발전 또는 창조되어 나아가는 것이고, 이러한 새로운 진리와 가치의 발전과 창조는 때로는 기존의 진리와 가치를 부정하고 극복함으로써 이루어지는 것이므로, 기존의 사상·이념에 반하거나 무가치하고 유해한 사상과 이념이라고 할지라도 무조건 억제하고 배척할 것이 아니라 가급적 자유경쟁의 시장에서 비판되고 도태되는 과정을 거치게 함으로써 건전한 국가와 사회체제의 기초가 형성될 수 있다(대법원 1992. 3. 31. 선고 90도2033 전원합의체 판결 중 반대의견 참조). 따라서 성숙한 민주주의 사회라

투쟁에 나서는 것이야말로 소수자의 자율성과 주체성을 위해서는 더욱 유리하다는 지적도 있다. 소수자와 시민사회 전체가 힘을 합쳐 혐오표현을 도대시킴으로써 혐오표현에 대한 강력한 내성을 기르는 것이야말로 가장 근본적이 대책이라는 것이다.

또한 혐오표현의 금지는 ‘내용에 기반한 규제 금지’와 ‘명백하고 현존하는 위협의 법칙’이라는 표현의 자유 원칙을 위협한다. 이는 혐오표현처럼 아직 개념 정의조차 불분명한 경우에는 더욱 심각한 문제로 대두될 수 있다. 광범위한 국가 개입이 용인되면 표현 규제에 관한 ‘봉인’이 풀리면서 전반적인 규제확대로 귀결될 수 있으며 실제로 혐오표현의 규제가 정치적 반대파나 소수자들의 의견을 탄압하는 것으로 악용되는 사례들이 보고되어 왔다.

(3) 법규제의 실효성과 부작용

혐오표현의 개념이 여전히 모호한 상태에서 형사범죄화가 시도될 경우, 명확성원칙, 보충성원칙, 비례성원칙 등 법치국가의 주요 원리들이 위협받을 수 있다. 이미 혐오표현을 금지·처벌하고 있는 나라들의 경우 집행실적이 미미하거나 정치적 반대세력을 탄압하는 수단으로 남용된다는 문제가 지적되어 왔다.

혐오표현에 대한 법적 규제가 실효성이 있는지에 대한 의문도 제기되는데, 법치국가적 문제를 해결하기 위해서는 구성요건을 엄격하고 좁게(예: 선동) 설정할 수 밖에 없는데, 이렇게 되면 선동조는 아니지만 내용상으로는 심각한 혐오와 편견을 조장하는 표현에 대해서는 속수무책이다. 추상적이고 일반적인 의견을 제시하는 것처럼 위장하거나 상징적이고 암시적인 표현을 활용하는 방식으로 교묘하게 법망을 피하려는 전략적인 혐오표현은 처벌하지 못하고, 부주의하고 감정적인 표현만을 처벌하게 될 수도 있는바, 법은 더욱 심각한 혐오표현을 규제하는 것이 아니라 ‘법으로 규제할 수 있는 표현’만 규제하는 꼴이 된다.

형사범죄화로 인해 문제해결을 위한 정치적 에너지가 처벌에만 집중된다는 문제도 있다. 혐오표현이 금지되면 사회의 담론이 합법표현과 불법표현으로 이분화되어 다양한 가치판단이 왜곡되고 다원적 해법들이 질식될 수 있다는 것이다. 법이 어떤 표현을 ‘합법’이라고 인정하면서 사회는 그것을 ‘문제없음’으로 받아들

면, 다수가 언뜻 보기에 불온하고 선뜻 수긍하기 힘들며 경우에 따라서는 정서적으로 불편하게 만들기도 하는 이례적인 주장마저도 우리 사회를 잠재적인 오류로부터 구해 줄 수 있는 소중한 자원으로 대해야 한다(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 중 반대의견 참조).』(헌재 2015. 4. 30. 2012헌바95등, 판례집 27-1상, 453, 487)

이고 더 이상의 추가적인 노력을 회피하곤 한다. 반면 ‘불법’으로 판결하여 처벌에 성공하면 문제가 해결되었다는 착시현상이 생기고 국가는 자기역할을 다했다는 면죄부를 얻어 더 중요한 근본적인 문제해결을 등한시 할 수 있다. 또한 혐오 표현의 원인에는 복잡한 정치·사회·경제적 배경이 깔려 있는데, 이런 것들을 도외시한 채 혐오표현이 발화자만을 처벌하는 것은 진정한 문제해결방법과 거리가 있다.

다. 검토

결국 혐오표현의 해악에는 어느 정도 공감하면서도 규제 찬반론이 대립하는 것은 혐오표현에 대한 설부터 규제가 가져올 표현의 자유에 대한 훼손 우려 때문이라고 보인다. 따라서 이하에서는 표현의 자유를 보호하는 이유에 대하여 간략히 정리해보고, 이를 전제로 규제 찬반론에 대해 검토해 보기로 한다.

(1) 표현의 자유를 보호하는 이유에 관한 네 가지 입장과 그에 대한 비판⁴⁸⁾

(가) 진실발견

진실을 찾기 위해서는 공개토론이 중요하고, 만약 표현의 자유가 제한된다면 이러한 토론이 이루어지지 않기 때문에 표현의 자유를 보장해야 한다. J. S. Mill이 이러한 주장을 하였는데, 이에 대한 여러 반론 중 가장 중요한 부분은 토론을 통하여 항상 진실을 찾지는 못한다는 점이다. 바이마르 공화국에서도 정치적인 토론이 허용되었는데, 그 결과는 Nazi의 집권이었다. 또한 진실인지를 가리는 것도 쉽지 않고, 진실이 아닌 것에 대한 표현도 일부 보호할 필요가 있으며, 나아가 진실에만 집중한다면 국가의 기밀, 개인의 내밀한 정보가 진실한 이상 그것을 표현할 수 있도록 해야 할 것인데 이는 바람직하지 않을 수 있다. 따라서 표현의 자유를 진실에만 근거하여 설명하기는 부적절하다.

Holmes 판사가 *Abrams v. US* 판결에서 실시한 사상의 자유시장 이론 역시 진실의 발견이라는 맥락을 가지고 있는바, 사상이 시장에서 자유롭게 경쟁하면 진실이 가려지므로 시장을 왜곡하는 것은 옳지 않다는 것이다. 그러나 이에 대해서는 정부가 시장에서 불공정행위를 규제하듯이 사상의 시장에서도 정부가 개입할 수 있는 것이고, 실제로는 사상의 시장에 참여할 수 있는 기회가 불평등하며,

48) Eric Barendt, *Freedom of Speech*(second edition, 2009), Oxford University Press, 1-23면 참조(제1장 ‘Why Protect Free Speech?’ 중 일부를 요약함)

사상의 시장에 참여하는 자가 진실과 무관한 의도로 표현을 할 수도 있고, 청취자가 진실이 무엇인지에 대해 합리적인 판단을 내릴 능력이 부족할 수도 있다는 비판이 있다.

(나) 자아실현

표현의 자유는 개인이 자아를 실현하는데 필수적인 것이라는 주장이다. 그런데 자아를 실현하는 데 필요한 자유는 다른 것들도 있는데, 왜 표현의 자유만을 특별히 더 보호해야 하는지 근거가 불분명하다는 반론이 있다. 이와 관련하여 ‘표현’의 범위가 어디까지인가의 문제가 생겨나기도 한다. 또한 표현의 자유로 인하여 다른 사람의 존엄성 등이 침해될 경우 다른 사람의 존엄성 부분도 동등이상으로 고려가 되어야 한다는 반론도 있다.

또한 Thomas Scanlon은 인간은 다른 사람의 주장을 자유롭게 판단할 수 있는 경우에만 자율적이라고 할 수 있으므로 정부가 다른 사람의 표현을 제한할 수 없다고 한다. 그런데 자율성이라는 것이 파시스트 정권이 집권할 수 있도록 하는 것과 마찬가지로 위험한 결과를 낳을 수 있기에 자율성에 근거한 위 주장에도 약점이 있고, Scanlon은 이와 관련하여 자신의 주장을 일부 바꾸어 일정한 경우 규제를 허용하여야 한다고 하기도 하였다. 나아가 이 주장은 표현을 듣는 사람에 대한 고려 없이 표현을 하는 사람에 대한 고려뿐이라는 문제가 있다.

(다) 시민의 민주주의 참여

Brandeis 대법관의 주장에 잘 나타나 있는데, 민주주의가 작동하기 위해서는 시민이 참여하여야 하고, 시민이 참여하기 위해서는 정치적인 이슈를 이해하여야 하는데, 여기에 표현의 자유가 필요하다는 것이다. 이 주장은 많은 나라의 헌법의 문언에 포함되어 있는 민주주의의 가치와 관련이 있기에 설득력이 높다. 그러나 정치적인 것 외의 표현에 대해 표현의 자유를 인정하여야 하는지 또는 민주주의 제도자체를 반대하는 표현도 보호할 것인지 등의 문제가 있다. 또한 정부가 민주주의를 유지하기 위하여 특정한 표현을 제한하는 것이 옳다고 판단할 수도 있다. 표현의 자유가 민주주의를 위한 것이라면 민주적으로 선출된 국민의 대표들이 표현의 자유를 제한하기로 결정한다면, 이러한 결정을 막는 것이 오히려 비민주적인 것이 아닌가? 이에 표현의 자유가 이루고자 하는 민주주의를, 일정한 기본권의 보장 등을 내용으로 하는 헌법의 테두리 내에서의 민주주의로 수정한 견해도 있다.

(라) 국가에 대한 불신

국가가 허용되는 표현과 제한되는 표현을 구별할 수 있는 능력이 있는지 믿을 수 없다는 것으로, 이는 적극적인 근거제시가 아니라 소극적인 근거제시이다. 이는 앞서 적극적인 근거를 제시하는 경우에도 추가적인 근거로 제시되는 등 매우 설득력 있는 주장이다. 그러나 일정한 경우에는 국가가 일부 표현을 제한해야 할 필요도 있을 것인데, 국가가 무능력하다는 식의 이러한 주장은 제한을 불가능하게 하는 문제가 있다. 무엇보다도 적극적인 근거제시 없이 국가를 믿을 수 없으니 국가가 표현을 제한할 수 없다는 근거는 무언가 부족해 보인다.

(2) 혐오표현 규제 찬반론에 대한 비판적 검토

(가) 규제옹호론의 근거에 관하여

① 규제옹호론 중 혐오표현이 폭력으로 이어져 이를 선제적으로 규제할 필요가 있다는 논거에 대해서는, 이는 도발적 언사(fighting words)와 같은 수준의 혐오표현에 대한 규제의 정당성을 뒷받침할 수는 있지만, 폭력의 선동에 이르지 않는 수준의 혐오표현을 규제하는 데 대한 논거는 되기 어려우므로 부분적인 근거가 될 수 있을 뿐이라고 할 것이다. 또한 혐오표현이 초래하는 해악 중 더 심각하다고도 보이는 침묵효과 및 이로 인한 부작용은 오히려 기존의 법망을 피하려는 전략적이고 지속적인 혐오표현에 의해 서서히 초래될 우려가 있으므로 이러한 혐오표현에 대한 규제를 위해서는 다른 논거가 필요하다고 하겠다.

② 한편, 평등 등 다른 가치와의 조화를 위해 규제를 한다는 논거는 우리 헌법 및 헌법이론과도 친숙하고 기본권 제한의 확립된 원칙이라고 할 수도 있다.

이와 관련하여 평등에 대한 헌법적 보장은 카스트(caste)와 유사한 체계에 대한 금지로 이해되어야 한다고 하면서, 인종, 성에 기한 혐오표현에 있어 표현의 자유가 이러한 평등과의 형량을 통해 제한될 수 있다는 견해⁴⁹⁾가 흥미로운데 그 대강의 내용은 다음과 같다.

즉, 미국 수정헌법 제14조(적법절차조항, 평등보호조항으로 대표됨)의 핵심적인 규율대상은 당시 미국 사회에 존재하는 인종에 기반한 카스트 제도였고, 수정헌법의 목적은 인종적 카스트 제도에 대한 공격이었다. 성차별 문제 역시 이와

49) Cass R. Sunstein, Words, Conduct, Caste, The University of Chicago Law Review(1993), 795-802면 참조

유사하게 여성의 성적 능력을 2등 시민의 근거로 삼는 법적·사회적 관습으로 요약된다. 이러한 상황에서 인종평등과 성평등의 영역에 모두 적합하게 적용되는 평등의 원칙은 바로 카스트제도에 대한 반대로서의 평등이라고 할 것인바, 흑인/여성이 백인/남성과 동일한 대우를 받아야 한다는 것이 아니라 흑인과 여성이 2등 시민이 되어서는 안 된다는 것이다. 이와 같은 평등의 이익은 수정헌법의 핵심적 가치로서 충분히 중립적이고 중대하여 인종, 성에 기한 혐오표현을 제한하는 근거가 될 수 있다.

위 견해를 앞서 살펴 본 혐오표현의 해악과 관련하여 보면, 피해 소수자집단을 그 소속사회에서 침묵시키고 공론의 장에서 배제하며 결국 소속사회에 동등한 구성원으로서 참여하는 것을 막는 것은, 이들을 위에서 말하는 2등 시민으로 낙인찍는 것과 유사하다고 할 수 있을 것인바, 이러한 관점에서 규제 of 정당성을 찾을 수도 있겠다.

다만, 위와 같은 헌법적 가치와의 조화라는 논거에 대해서도 (논의의 활성화를 위해) 다음과 같은 비판⁵⁰⁾이 있다는 점을 지적한다.

즉, 이 논거가 실제로 다른 헌법적 가치들을 침해하는 표현만을 규제한다면 상당히 제한적이고 객관적인 논거가 될 수 있지만, 헌법적 가치들을 해친다는 이유로 표현을 규제하는 것은 너무나 포괄적이고 주관적이라는 것이다. 헌법적 가치들은 그 수가 너무나 많고 시간에 따라 변하기도 한다. 또한 이 논거를 지지하는 자들은 평등이 법질서의 핵심 축 가운데 하나이기 때문에 다른 헌법적 가치들에 비해 우월성을 가진다고 하는데, 오늘날의 시각에서 평등에 대해 재산권, 민주주의, 국가안보 혹은 표현의 자유 그 자체를 포함한 다른 잠재적 핵심 헌법적 가치들보다 우월한 지위를 부여하는 것을 정당화하는 근거를 찾기 어렵다고 한다.

③ 규제옹호론의 논거 중 가장 설득력 있어 보이는 것은 혐오표현이 한 사회의 동등한 구성원으로서의 존엄한 삶을 파괴하고, 다양한 정체성을 가진 구성원들이 함께 살아가야 한다는 공공선(public good)을 붕괴시켜 이들의 사회참여를 어렵게 만든다는 점이다. 이는 달리 표현하면 혐오표현은 피해 소수자집단이 다른 구성원들과 동등하게 소속 시민사회의 구성원으로 참여하는 것을 막는 것으로, 공동체 구성원으로서의 지위를 부정하는 것이다.

이와 관련하여 Heyman⁵¹⁾은 혐오표현이 타인의 권리에 미치는 영향을 서술

50) J. Weinstein, 앞의 글, 163-165면 참조

51) S. J. Heyman, Free Speech and Human Dignity, Yale University Press(2008), 170-172면 참조

하면서 개인적 안전이나 인격권도 문제되지만 무엇보다도 ‘인정받을 권리(The Right to Recognition)’를 침해하는 점을 지적한다. 즉, 권리는 인간임을 존중하는 것에서부터 출발하는데 타인을 인정하지 않는다면 타인과의 관계에서 권리를 향유할 수 없는바, 인간으로서 인정받는 것은 개인이 가지는 가장 근본적인 권리고 다른 권리의 근거가 된다는 것이다. 나아가 상호인정(mutual recognition)은 정치적 공동체를 구성할 수 있도록 하는 응집체이므로, 개인은 타인을 인간과 시민으로 인정하여야 할 의무가 있는데 혐오표현은 대상자는 물론 사회 전체에 심각한 피해를 끼치는 것으로서 이러한 의무를 위반한 것이라고 한다.

Heyman에 따르면 이러한 ‘인정’이라는 개념은 자연권(natural rights) 전통에 있어 그 뿌리가 매우 깊은 것으로, Hobbes에 따르면 자연상태는 보편적인 적의와 만인의 만인에 대한 투쟁상태이고 이로부터 벗어나기 위하여 자연법은 개인으로 하여금 타인과 평화적인 관계를 맺도록 하고 있는바, 모든 사람은 다른 사람을 그 성질상 평등한 것으로 인정해야 하고 ‘타인에 대한 혐오, 경멸을 선언’하는 표현 또는 행위는 분쟁을 유발하기 때문에 자연법을 위반한 것이라고 한다. 한편 Locke도 타인의 동등한 권리를 부인하는 표현을 비난한바, 사회계약을 ‘지배 또는 복종없이 타인이 자유롭고 평등하다고 여기는 사람들 사이의 상호합의’라고 정의하고 이러한 사회적 합의를 통하여 개인들은 자신들의 권리를 상호 보호하기 위한 공동체를 설립하게 되는데, 이러한 공동체는 그 구성원들이 서로를 인간과 시민으로 인정하는 것을 필수적으로 전제한다. 또한 Locke는 신념을 유지하고 표현할 수 있는 분리불가능한 권리가 있다고 봄과 동시에 이러한 자유는 타인에게 관용을 베풀어야 할 의무를 인정하는 것을 거부하거나 사회내에서 타인에 대한 우월성 또는 지배를 주장하는 표현에는 적용되지 않는다고 보았다. 즉 Locke는 이러한 종류의 표현은 ‘사회의 기초를 위태롭게 하는 것’으로서 법적 보호를 받아서는 안 된다고 보았다.

Heyman은 결론적으로 ‘인정’이라는 개념은 이와 같이 자연권 이론에 있어 핵심적인 역할을 하는바, 이러한 관점에서 보면, 표현의 가장 기초적인 기능은 사람 그리고 공동체의 구성원으로서 인정받을 것을 타인에게 요구하는데 있고, 거꾸로 개인은 타인을 이와 같이 인정할 의무를 지게 된다고 한다. 따라서 유대인들이 사는 지역에 나치가 행진하는 것과 같은 혐오표현은 이러한 의무를 위반하는 것이고, 타인을 인정하는 것을 거부함으로써 타인의 개인적인 안전, 존엄, 평등 그리고 감정적인 평온에 대한 권리도 침해하게 된다고 한다.

(나) 규제반대론의 근거에 관하여

① 규제반대론의 근거 중 소수자집단이 일반적인 어떤 손해를 입는다는 것은 막연한 가정에 불과하다는 것에 대해서는 혐오표현이 소수자집단에 대한 해악을 초래할 수 있다는 합리적인 개연성이 있다면 경험적으로 해악이 입증되는 경우가 아니라 하더라도 표현의 자유에 제한 필요성을 인정할 수 있다는 비판이 가능하다. 참고로 우리 헌법재판소도 과잉금지원칙을 적용함에 있어 보호하고자 하는 공익이 막연하고 추상적이라는 점을 지적하는 판시를 하기도 하지만,⁵²⁾ 법률조항으로 달성할 수 있는 공익과 침해되는 사익을 비교형량함에 있어 경험적·실증적 입증을 요구하지는 않는 것이 현실이다.

② 또한, 혐오주의자들이 혐오표현을 금지당하면 억압된 감정이 쌓여서 오히려 더 큰 해악적인 행동으로 이어질 수 있다는 우려가 있다는 논거에 대해서는, 이러한 사유가 혐오표현의 피해자들에게 가해지는 해악을 감수할 만큼 정당성을 가질 수 있는지 회의적이다. 또한 앞서 살펴본 표현의 자유를 옹호하는 근거 중 ‘자아실현’ 기능과 관련하여 보더라도 타인의 권리를 침해하는 자아실현까지 표현의 자유로 보호된다고 하기는 어렵다.

③ 사상의 자유시장 이론에 근거한 규제반대론에 대해서는, 사상의 시장에서 힘을 얻는 사상은 결국 다수의 이해관계에 부합하는 것이고, 이러한 결과는 자신의 이해관계를 고려한 다수의 신념에 불과할 뿐 객관적인 진실이라거나 사회 전체가 공유해야 할 것이 되지 못하는바, 이러한 사상의 자유시장 이론의 약점은 혐오표현의 경우 더욱 심각하게 나타난다는 견해도 있다.⁵³⁾

④ 혐오표현의 원인에는 복잡한 정치·사회·경제적 배경이 깔려 있는데, 이런 것들을 도외시한 채 혐오표현이 발화자만을 처벌하는 것은 진정한 문제해결 방법과 거리가 있다는 논거에 대해서는, 혐오표현의 정치·사회적 원인을 해결해야 하는 정부의 책임과 혐오표현을 규제함으로써 소수자집단의 피해를 막는 것은 별개의 문제라는 비판이 가능하다고 할 것이다.

52) 『...유해성에 대한 막연한 의심이나 유해의 가능성만으로 표현물의 내용을 광범위하게 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다.』(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 관례집 14-1, 616, 630)

53) Heyman, 앞의 글, 173-174면 참조

⑤ 규제반대론의 근거 중 가장 공감이가는 부분은 혐오표현처럼 아직 개념 정의조차 불분명한 영역의 규제를 허용함으로써 광범위한 국가개입이 용인되면, 표현의 자유를 보호하기 위해 역사적으로 축적되어 온 여러 원칙들이 흔들리고 결국 표현 규제에 관한 ‘봉인’이 풀리면서 전반적인 규제확대로 귀결될 수 있다는 점이다. 앞서 본 표현의 자유를 보호하는 이유 중 ‘국가에 대한 불신’과도 관련된다.

Heyman도 R.A.V.사건⁵⁴⁾에서 혐오표현을 규제하는 내용의 St. Paul 시의 조례가 수정헌법 제1조에 위반되어 무효라는 법정의견을 집필한 Scalia 대법관의 궁극적인 걱정은 혐오표현에 대한 규제가 표현을 통한 정치적 메시지 전달에 대한 규제가 될 수 있다는 점을 지적하고 있다.⁵⁵⁾ 여기서 위 R.A.V.사건에서 무효가 된 St. Paul 시의 조례의 내용은 다음과 같다.⁵⁶⁾

『누구든지 불타는 십자가나 나치기장을 포함하여 인종·피부색·신념·종교 또는 성별에 근거하여 타인에 대한 분노·경고 또는 원한을 발생시킬 의도를 알거나 그렇게 아는 데 합리적 근거가 있는 상징·물체·명칭·특정 표시 또는 그래피티를 공적 또는 사적 재산상에 표시한 자는 질서에 반하는 행위를 범하는 것이고 경범죄로 처벌된다(Whoever places on public or private property a symbol, object, appellation, characterization or graffiti, including, but not limited to, a burning cross or Nazi swastika, which one knows or has reasonable grounds to know arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender commits disorderly conduct and shall be guilty of a misdemeanor).』

위 조례는 그 내용상 규제의 정당성을 쉽게 수궁할 수 있는 혐오표현, 즉 인종, 피부색, 신념, 종교 또는 성별에 근거한 도발적인 발언을 금지하는 것임에도 미국 연방대법원이 ‘정부는 표현을 그 기저에 깔린 주제에 대한 적대감 또는 선호감에 기하여 규제하여서는 아니된다고 하면서 위 조례가 도발적인 발언을 그 주제에 따라 달리 취급하여 관점(내용)에 따른 차별을 하고 있다’는 이유로 이를 무효로 선언한⁵⁷⁾ 것을 보면, 설불리 혐오표현의 규제에 찬성하기도 어렵다고 하겠다.⁵⁸⁾ 헌법재판소도 표현의 자유 제한에 있어 원칙적으로 위와 같은 입장을 수용

54) R.A.V. v. City of St Paul, 505 U.S. 377 (1992)

55) Heyman, 앞의 글, 169면 참조

56) 심경수, 앞의 글, 51면에서 인용함

57) E. Kagan, Regulation of Hate Speech and Pornography After R.A.V., The University of Chicargo Law Review(1993), 874-875면 참조

58) 다만, 원칙에는 예외가 존재하는바, 연방대법원이 특정 관점을 옹호하는 법률들을 예외없이 모두 무효화시킨 것은 아니고, 상업적 표현 영역(예: 카지노 도박 광고를 금지한 법률), 음란 또는 아동포르노그

하고 있다.

『국가가 개인의 표현행위를 규제하는 경우, 표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되는 반면, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 폭넓은 제한이 가능하다. 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 ‘표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다’는 것이며, ‘국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안된다’는 것이다.』(헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 869)

이와 같이 혐오표현은 그 개념 자체가 특정 내용을 표지로 한 것이라는 점에서 혐오표현에 대한 규제는 ‘내용에 기반한 규제 금지’ 원칙과 쉽게 충돌될 우려가 있다.

⑥ 한편, 혐오표현은 인종, 성, 종교 등과 관련되어 잘 포장될 경우 그 주제의 특성상 자칫 공적 내지 정치적 표현으로 분류되어 오히려 높은 수준의 보호를 받는 표현으로 변질될 가능성도 있다.

이러한 공적 토론의 관점에서 이루어진 혐오표현의 규제에 대한 찬반 논쟁도 있어 소개한다.⁵⁹⁾ 즉, Robert Post는 미국 수정헌법 제1조의 핵심 목표는 민주주의의 자기결정권과 관련 있는 표현을 보호하는 데 있는바, 시민들이 집단적인 자기결정에 최대한 참여할 수 있도록 공적 토론에 대하여 ‘유지가 가능한 범위 내에서 가능한 법적인 제한을 없애는 것’으로 표현의 자유를 이해하고 있다. Post는 공적이 아닌 표현(nonpublic speech)으로서 일정한 인종차별적 발언은 금지될 수 있지만, 공적 토론에 있어 인종차별주의적인 표현은 규제를 받아서는 안 된다고 주장한다. Post에 의하면 자기결정은 가치있는 것이고 이를 위하여 공적 토론은 모든 견해에 대하여 열려 있어야 하며, 만약 국가가 특정한 사상을 표현하는 것을 금지한다면 그 국가는 이러한 사상을 가지고 있는 개인에 대한 관계에서 타율적이고 비민주적이 된다고 한다. 이에 대하여 Heyman은 정치적 토론은 상호인정(mutual recognition)의 구조라고 할 것인바, 정치적 표현은 상대방을 자유롭고 평등한 사람으로 또 공동체의 구성원으로 인정하는 사람들 사이의 토론이라고 이해

라피 등 가치가 낮은 표현의 범주에서는 특정한 관점을 다소 선호하는 것을 가볍게 넘어간 경우도 있다고 한다(E. Kagan, 앞의 글, 876면 참조).

59) Heyman, 앞의 글, 173-179면 참조

해야 하는데, 혐오표현은 대상자들을 공동체의 구성원으로 취급하는 것을 거부함으로써 비록 그 성격이 공적 내지 정치적인 면을 가지더라도, 시민의 권리와 자유롭고 동등한 시민들 사이의 상호존중에 근거한 민주적 토론을 규율하는 기초적인 규칙을 위반한 것이므로 다른 공적 내지 정치적 표현들과 같이 보호될 수 없다고 한다.

결론적으로 혐오표현의 규제 찬반론은 혐오표현이 초래하는 해악과 이를 규제함으로써 위협받는 표현의 자유가 추구하는 가치들에 대한 형량의 문제라고 보인다. 그런데 위에서 본 바와 같이 양자는 어느 하나만을 일방적으로 택하기 어려운 문제이어서, 특정 사안이나 규제 법률을 상정하여 위와 같은 형량을 거쳐 그 위헌 여부를 개별적으로 판단하는 것이 아니라, 추상적·일반적으로 규제 찬성, 반대의 입장을 취하기가 쉽지 않다.

V. 마치며

우리 사회에서 혐오표현이 사라지길 원하는가라는 질문에는 J. S. Mill의 악마의 논변(devil's advocate)⁶⁰을 고려하더라도 ‘그렇다’라고 답할 수 있을 것 같다. 그러나 국가가 혐오표현을 규제하는 법률, 특히 형사처벌조항을 규정해야 하는가라는 질문에 대해서는 위에서 살펴본 혐오표현의 해악에도 불구하고 표현의 자유라는 반대 가치를 생각할 때 여전히 쉽게 긍정, 부정의 대답을 하기가 어렵다.

이러한 갈등을 피하기 위해 혐오표현이 개념 부분에서 혐오표현의 일반적 개념은 넓게 인정하되 규제의 대상으로서의 혐오표현은 그 범주를 달리 설정하는 방법을 고려할 필요가 있다고도 했지만, 또 한편으로는 이러한 접근법도 혐오표현 규제반대론에서 제기하는 실효성 의문처럼 결국 범망을 피하려는 전략적이고 더 심각한 혐오표현은 처벌하지 못하고 ‘법으로 규제할 수 있는 표현’만 규제하는

60) 『...로마 카톨릭 교회는 새로운 성자를 인정하는 시성식에서조차 악마의 변을 인내하면 듣는다. 인간으로서 최고의 경지에 이른 성인이라 하더라도, 악마가 그에게 할 수 있는 온갖 험담이 혹시 일말의 진실을 담고 있는 것은 아닌지 따져보기 전에는 그런 영광된 칭송을 받을 수 없다는 것이다. 심지어 뉴턴의 물리학조차도 수많은 의문과 시험에 내맡겨져 그 정당성을 확인받지 못했다면, 오늘날 우리가 느끼는 것과 같은 신뢰를 얻지 못했을 것이다. 사람들이 마음놓고 믿는 것일수록 온 세상 앞에서 더 철저히 검증을 받아야 한다...』 존 스튜어트 밀, 자유론, 서병훈 옮김, 책세상(2015), 제2장 생각과 토론의 자유 중 51-52면

결과가 되지는 않을까 하는 우려도 있다.

앞서 밝힌 바와 같이 이 글은 필자의 연구 성과를 알리려는 목적이 아니라 최근 들어 헌법학계에서도 주목받고 있는 이슈인 혐오표현의 규제와 관련하여 그 전제로서 혐오표현의 개념과 규제 찬반론을 살펴보고 헌법실무연구회를 통해 같이 고민하고자 하는 목적에서 작성된 것이므로 부족하지만 이러한 문제점의 제기로 이 글을 마치고자 한다. 부족한 부분은 참석한 분들로부터 많은 배움을 얻기를 기대한다.

제153회 발표회 지정토론문

발제문: 혐오표현과 표현의 자유

-혐오표현에 대한 규제 찬반론을 중심으로-

발제자: 우수아(헌법재판소 헌법연구관)

일시 및 장소: 2016. 9. 21.(수) 헌법재판소 2층 회의실

김 지 혜*

먼저 혐오표현과 표현의 자유를 둘러싼 복잡한 논의들을 쟁점에 따라 잘 정리하여 주신 발제자에게 감사와 존경을 드립니다. 서구에서는 이미 오래전부터 논의되었던 쟁점들이 우리나라에서는 최근에서야 본격적으로 전개되었다는 점에서, 우리에게 아직 고민하고 토론하는 숙고의 시간이 필요한 것이 사실일 것입니다. 그러한 가운데 헌법실무연구회에서 이와 같은 자리를 마련하게 된 점을 반갑게 생각하며, 저도 이러한 논의를 발전시키는 데 기여하게 되기를 희망합니다.

저의 토론문에서는 혐오표현이 ‘모든 사람이 동등하게 가치 있는 존재로서 존중받을 권리’에 대한 위협이 된다는 점에 대해 논하며, 혐오표현으로 인한 기본권 침해에 대한 법적 보호의 공백에 대해 이야기하고, 이러한 가운데 헌법재판소를 비롯하여 사법기관이 어떤 역할을 담당해야 하는가에 대해 함께 고민해보고자 합니다. 발제자와 마찬가지로 저의 토론문 역시 하나의 해답을 가지고 있지는 않으며, 그럼에도 불구하고 공통된 합의점을 찾아나가는 데 논의를 보태고자 합니다(이하 경어체를 생략합니다).

* 강릉원주대학교 다문화학과 교수

1. 혐오표현, ‘모든 사람이 동등하게 가치 있는 존재로서 존중받을 권리’에 대한 위협

우선, 혐오표현을 규제할 것인지 아닌지의 이분법적 논의를 벗어나 왜 이런 논쟁이 우리 사회에서 제기되고 있는지를 살펴보아야 한다고 생각한다. 근원적으로 그 이유는 아마도, 그로 인한 피해가 실재하고 있고 그 수준이 우려할만하기 때문일 것이다. 물론 예전부터 실재하던 피해들이 시민 의식의 발전과 함께 비로소 공론화된 측면도 있을 것이다. 여하튼 중요한 것은, 오늘날 우리 사회의 혐오표현 논쟁이 단순히 규제의 찬반의 결정으로 환원되는 쟁점이 아니라, 근본적으로 ‘혐오표현’ 자체가 사회적으로 문제이고 어떻게든 해결해야 할 쟁점임을 주장하는 소수자의 목소리가 들리기 시작했다는 사실일 것이다.

혐오표현의 정의가 다양하기는 하지만, 그럼에도 불구하고 공통적인 요소는 그 대상이 소수자 집단(여성, 장애인, 성소수자, 이주민 등)을 향한 것이라는 점과, 그 목적이나 결과가 해당 소수자 집단에 속한 개인들을 비하하는(인격적 가치를 떨어뜨리는) 표현들이라는 점이라고 생각한다. 표현 자체가 화자와 대상을 가르는 경계를 상정하고 있고 조준된 피해자가 있는 표현들이다. 문제는 이러한 집단을 가르는 인적 특징이 상당히 영속화된 특징이 있기 때문에 화자와 대상자가 분명히 구분되는 경향이 있고, 따라서 화자는 그 말의 해악을 잘 인지하지 못하는 반면, 대상자는 반복적으로 해당 표현에 노출된다. 발제자가 잘 정리하여 주신 바와 같이, 민주주의 사회에서 말이 일종의 ‘권력’으로 작동하며 이런 ‘집단적 비하’가 ‘집단적 불평등’을 ‘형성’하고 ‘정당화’하는 근거로 사용된다.

사실상 혐오표현은 계층의 존재 내지 차등적 시민권을 정당화하는 기제로 사용되는 것이고, 따라서 근본적으로 인권 및 기본권, 민주주의의 정신에 반한다. 혐오표현을 민주주의의 근간이 되는 중요한 권리인 ‘표현의 자유’에 기초해서 방어하는 것이 근본적으로 모순일 수 있다는 의미이다. 발제자께서 인용해주신 본 토론자의 논문¹⁾에서 혐오표현의 범위를 좁히고 ‘차별선동’이란 용어를 사용한 것은, 이와 같은 혐오표현의 핵심적 속성을 더욱 직접적으로 드러내려는 시도였다. ‘혐오표현’이라는 말 자체가 ‘화자의 감정을 분출할 자유’인 듯 그 의미를 축소하는 경향이 있다고 생각되었기 때문이다.

생각건대 혐오표현이 문제되는 이유를 간단히 말하자면, ‘동등한 인간으로

1) 김지혜, “차별선동의 규제: 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로”, 법조(통권708호), 법조협회(2015. 9.).

서 존중받을 가치가 없다는 메시지를 공론화'하기 때문이라고 사료된다. 혐오표현은 대개 해당 집단에 소속된 개인들을 더럽고, 불필요하고, 쓸모없고, 없어졌으면 좋은 존재로 묘사하는 내용들이다. 이 메시지를 정당화하기 위한 수단으로 온갖 편견과 왜곡된 정보들이 사용되고, 직접적인 욕설과 폭력적 언사가 이루어진다. 그렇다면 과연 혐오표현의 '규제'에 대해 논의하면서 우선적으로 화자의 '표현의 자유'에 대한 제한을 고민하는 것이 맞을까? 그에 앞서 더 먼저 충분히 시간을 두고 생각해야 하는 주제가, '동등한 인간으로서 존중받을 가치가 없다는 공론화된 메시지를 듣는 사람들의 기본권을 어떻게 보호할까'에 대한 피해자 중심의 고민이 아닐까 생각한다.

2. 헌법상 기본권 보호의 공백

혐오표현이 '동등한 인간으로서 존중받을 가치가 없다는 메시지를 공론화'하는 것이라는 점은, 이 쟁점이 제기하는 문제가 인권 내지 기본권의 핵심부를 건드리고 있음을 드러낸다. 세계인권선언 제1조는 “모든 사람은 태어날 때부터 자유롭고, 존엄하며, 평등하다.”는 문장으로 시작되며, 우리 헌법은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”(제10조 전문), “모든 국민은 법 앞에 평등하다.”(제11조 전문)는 규정으로 기본권에 관한 장을 열고 있다.

사회의 어떤 집단 구성원들이 동등한 인간으로서 존중받을 가치가 없는 존재라는 메시지가 공론화되어서는 안 된다는 기본적인 지향은, 그 구체적인 규제 방식을 떠나 우리가 헌법적으로 합의할 수 있는 최소한의 가치일 것이다. ‘모든 사람이 동등하게 가치 있는 존재로서 존중받을 권리’는, 헌법 제10조 후문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 할 때 그 보호대상이 되는 중요한 기본권임에 논쟁의 여지가 없을 것이다. 그렇다면 이러한 핵심적인 기본권에 도전을 받은 사람들, ‘동등하게 가치 있는 인간으로서 존중받을 권리’를 ‘언어를 통해’ 공격당하고 피해를 입은 사람들을 어떻게 보호할 것인가가 중요한 헌법적 과제가 된다.

이에 대한 우리 헌법의 태도는 비교적 분명하다고 생각된다. 헌법 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있기 때문이다. 헌법 제10

조에서 보장하는 인간의 존엄성과 헌법 제11조에서 보장하는 평등권과 함께 비추어 볼 때, 단순히 어떤 인격적 특징을 가졌다는 이유로 듣게 되는 온갖 비하적 발언들에 대해 개인이 보호받아야 할 헌법적 근거는 충분하다고 사료된다.

헌행법을 볼 때, ‘언어적 공격’이나 ‘잘못된 정보’로부터 사람들을 보호하는 것 자체가 새로운 쟁점이라고 할 수는 없을 것이다. 아동학대와 가정폭력에서 언어적 폭력이 정신적 피해를 수반하는 행위로서 이미 ‘학대’ 또는 ‘폭력’의 한 형태로 인정되고 있다.²⁾ 다양한 광고들도 규제대상이 된다.³⁾ 형법상 모욕죄(제311조), 명예훼손죄(제307조), 출판물 등에 의한 명예훼손(제309조), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률상 사이버 명예훼손죄(제70조), 공직선거법상 허위사실공표죄(제250조)와 후보자비방죄(제251조) 등 ‘인격권’을 보호하는 법률들이 존재한다. 물론 주지하다시피 형법상 명예훼손 관련 조항들이 정치적으로 남용되고 표현의 자유를 저해한다는 비판이 타당하게 제기된다. 그러나 이런 비판이 ‘국가권력’에 의한 남용을 지적한 것으로서 주로 형사처벌의 위험성을 지적하고 있으며, ‘사인을 대상으로 한’ 언어적 공격에 대한 ‘민사적’ 구제방안까지 반대하는 것은 아님은 유의하여야 한다.

그렇다면 ‘혐오표현’의 규제에 대한 사회적 저항은 어떤 의미일까? 발제자께서 잘 정리하고 계시듯이, 이 저항의 근원은 무엇보다 개인의 표현을 통제하는 국가권력의 확장에 대한 우려일 것이다. 의도하지 않은 부수적 효과에 대한 염려

2) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조 제1호(“가정폭력”이란 가정구성원 사이의 신체적, 정신적 또는 재산상 피해를 수반하는 행위를 말한다); 아동복지법 제3조 제7호(“아동학대”란 보호자를 포함한 성인이 아동의 건강 또는 복지를 해지거나 정상적 발달을 저해할 수 있는 신체적·정신적·성적 폭력이나 가혹행위를 하는 것과 아동의 보호자가 아동을 유기하거나 방임하는 것을 말한다).

3) 예: ‘옥외광고물 등의 관리와 옥외광고 산업진흥에 관한 법률’ 제5조 제2항(광고물에 범죄행위를 정당화하거나 잔인하게 표현하는 것, 음란하거나 퇴폐적인 내용 등으로 미풍양속을 해칠 우려가 있는 것, 청소년의 보호·선도를 방해할 우려가 있는 것, 사행산업의 광고물로서 사행심을 부추기는 것, 인종차별적 또는 성차별적 내용으로 인권침해의 우려가 있는 것 등의 내용을 표시하는 것을 금지); 식품위생법 제13조 제1항(식품 등의 명칭·제조방법, 품질·영양 표시, 유전자변형식품 등 및 식품이력추적관리 표시에 관하여, 질병의 예방 및 치료에 효능·효과가 있거나 의약품 또는 건강기능식품으로 오인·혼동할 우려가 있는 내용의 표시·광고, 사실과 다르거나 과장된 표시·광고, 소비자를 기만하거나 오인·혼동시킬 우려가 있는 표시·광고, 다른 업체 또는 그 제품을 비방하는 광고 등의 허위·과대·비방의 표시·광고 금지); 변호사법 제23조 제2항(변호사의 업무에 관하여 거짓된 내용을 표시하는 광고, 국제변호사를 표방하거나 그 밖에 법적 근거가 없는 자격이나 명칭을 표방하는 내용의 광고, 객관적 사실을 과장하거나 사실의 일부를 누락하는 등 소비자를 오도(誤導)하거나 소비자에게 오해를 불러일으킬 우려가 있는 내용의 광고, 소비자에게 업무수행 결과에 대하여 부당한 기대를 가지도록 하는 내용의 광고, 다른 변호사등을 비방하거나 자신의 입장에서 비교하는 내용의 광고, 부정한 방법을 제시하는 등 변호사의 품위를 훼손할 우려가 있는 광고, 그 밖에 광고의 방법 또는 내용이 변호사의 공공성이나 공정한 수임(受任) 질서를 해지거나 소비자에게 피해를 줄 우려가 있는 것으로서 대한변호사협회가 정하는 광고의 금지).

이다. 이는 구체적인 입법 또는 정책을 고안할 때 반드시 고려해야 할 매우 타당한 지적일 것이다. 그러나 그렇다고 하여 (어떠한 형태이든) 혐오표현에 대한 국가적 개입—기본권 보호—의 필요성 자체를 부인할 근거가 되지는 않는다. 만일 구체적인 방식과 무관하게 혐오표현에 대한 국가 개입 자체를 거부하는 것이라면, 이런 (의식적 혹은 무의식적) 저항은 그 개입의 대상이자 입법의 결정권자가 (혐오표현의 대상이 되지 않는) ‘다수자’라는 근본적인 모순에서 기원한다고 볼 여지가 있다.

3. 혐오표현과 ‘소수자 보호’, 헌법재판소와 법원의 역할

본 토론자의 논문에서 주장하였듯이, 혐오표현의 양태 가운데 고의적이고 조직적으로 어떤 집단에 대해 차별을 선동하는 행위에 대해서는 규제의 정당성이 크다고 볼 수 있다. 이러한 개입은 자유권 규약 제20조 제2항 및 인종차별철폐협약 제4조 등 국제인권조약에 의해 직접적으로 요청되는 것이기도 하다.⁴⁾ 그렇지 않은 종류의 혐오표현이라도 ‘동등하게 가치 있는 존재로서 존중받을 권리’에 대한 침해에 이르는 수준의 행위에 대해, 그 피해를 입은 개인을 보호할 조치를 취해야 할 헌법적 의무가 인정될 수 있다. 하지만, 이러한 국제법적, 헌법적 의무를 인정하더라도 과연 ‘다수’를 대변하는 입법부가 이러한 조치를 할 것인지는 별개의 문제가 될 수 있다.

그렇다면 헌법재판소를 비롯한 사법기관은 다를까? 일반적으로 헌법재판소와 법원은 소수자 보호의 역할을 하는 것으로 자임한다. 하지만 이미 존재하는 법률의 테두리 안에서, 가끔씩은 법리적 해석의 확장을 통해 그렇게 할 뿐, 법을 ‘만드는’ 수준에 이르는 것은 어렵다. 이론적으로는 헌법재판소가 기본권 보호를 위해 ‘입법부작위’에 대한 위헌을 선고하여 입법 행위를 명령할 수 있지만, 이 권한을 행사하는 경우는 제한적이고 드물다. 만일 헌법재판소가 ‘소수자 보호’의 역할을 적극적으로 수용한다면, 혐오표현으로 인한 피해에 대해 아무런 보호 내지 구제장치가 없는 현재의 법적 공백 부분에 대해 입법 조치를 명령하는 결정을 내리길 기대해 볼 수도 있을 것이다.

하지만 현실적으로 오히려 헌법재판소나 법원도 혐오표현의 영향에서 자유롭지 않으며, 이러한 전제에 근거하여 소수자에 대한 차별을 정당화하는 판단을

4) 세계인권선언 제7조에서도 “모든 사람은 … 어떠한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다.”고 천명하고 있다.

내리는 경우가 적지 않게 있다. 즉, ‘다수’가 드러내는 소수자에 대한 비하적 관념을 ‘사회적 통념’으로 수용하여 이를 판단의 근거로 사용하는 것이다. 예컨대 헌법재판소가 동성 간의 성관계를 “객관적으로 일반인에게 혐오감을 일으키게 하고 선량한 성적 도덕관념에 반하”⁵⁾는 것으로 묘사한 것이나, “편친 가정에 대한 사회적 편견 내지 불안감”⁶⁾을 이유로 독신자 입양을 통해 편친 가정을 형성하지 못하도록 하는 법을 정당화하는 것 등의 태도이다. 이와 같은 헌법재판소의 표현이 그 자체로 혐오표현에 이르는지 여부를 논외로 하고, 최소한 어떤 개인의 인적 특성에 대해 ‘열등함’을 전제로 하고 이것을 교정하려 하기보다 기정사실이자 정당한 사회적 관념으로 받아들인다는 점에서 ‘소수자 보호’의 태도와는 거리가 멀다고 할 수 있다.⁷⁾

다시 말해, ‘다수’에 의해 형성된 ‘소수’에 대한 전제들, 즉 특정한 인적 특성을 ‘정상’이라 규정하고 나머지를 ‘비정상’ 내지 ‘열등함’으로 분리하는 사회적 담론 자체의 정당성을 거부하지 않는 이상, 사법기관 역시 혐오표현으로부터 소수자를 보호할 수 있는 토대를 갖추지 못한다는 것이다. 여성, 장애인, 성소수자, 이주민, 편부모가정 등을 열등하거나 사회적으로 덜 가치 있게 바라보는 명시적 또는 묵시적 전제가 ‘다른 것을 다르게’ 취급하는 이유가 되고 ‘차별의 합리성’을 입증하는 근거로 둔갑하기 때문이다. 어찌 보면 ‘모든 사람이 동등하게 가치 있는 존재로서 존중받을 권리’에 대한 위협으로서의 넓은 의미의 혐오표현이 헌법재판소 결정이나 법원 판결을 통해 ‘가장 고급스러운 형태’로 이루어질 수 있다는 점에서 혐오표현 규제 무용론이 일견 타당할 수 있다.

하지만 이런 접근이 헌법재판소나 법원의 본질적인 역할이라고 생각하지 않는다. 혐오표현 규제 찬반론에 매몰되지 않고 혐오표현이 문제되는 근본적인 이유를 살피며 ‘동등한 인간으로서 존중받을 가치가 없다는 공론화된 메시지를 듣는 소수자의 기본권을 어떻게 보호할까’에 대한 고민을 시작하는 것이 헌법재판소나 법원의 역할일 것이다. 일본 최고재판소가 재특회 사건에서 인종차별철폐협약에 근거하여 ‘인종차별을 동기로 하는’ 불법행위를 손해인정의 가중요인으로

5) 헌재 2016. 7. 28. 2012헌바258

6) 헌재 2013. 9. 26. 2011헌가42

7) 외국인에 대해서는 아예 ‘외국인에게 기본권 주체성을 인정한다는 것이 곧바로 우리 국민과 동일한 수준의 보장을 한다는 것을 의미하는 것은 아니다’라고 하여, 외국인이라는 이유로 기본권에 대한 심사기준을 완화하는 입장을 취하였다. 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등; 헌재 2011. 9. 29. 2009헌마351; 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367 참조.

채택한 것이나,⁸⁾ 미국 연방대법원이 인종, 출신국가, 외국인, 성별, 혼외출생 등을 이유로 한 차별인 경우에 평등권 심사기준을 중간심사 또는 엄격심사로 높인 것 등⁹⁾은, 이러한 집단에 대해 “편견(prejudice)과 혐오(aphathy), 즉 그 계층에 있는 사람들은 다른 사람들만큼 존중할 만하거나 가치 있다고 보지 않는다는 관점”¹⁰⁾이 작용할 가능성을 염두에 두고 사법부가 소수자 보호의 역할을 적극적으로 수용한 예가 된다.

헌법재판소와 법원은 단지 판단자가 아니라 결정문 또는 판결문을 통해 대중과 대화하고 이를 통해 헌법적 가치를 상기시키고 각자의 권리와 의무를 알려 주는 역할을 한다. 혐오표현을 법적으로 규제할 것인지 아닌지 한다면 어떤 형태로 할 것인지 등의 복잡한 논의 속에서, 이런 사법기관에 분명히 요구되는 한 가지가 있다. 최소한, 헌법재판소와 법원 스스로 모든 확실적인 사고와 편견과 혐오를 떨쳐내고 다양성의 가치를 수용하며, 모든 사람이 동등하게 가치 있는 존재로서 존중받을 권리가 있고 이 권리를 실현하기 위해 모두가 노력해야 한다는 헌법적 근본 원칙을, 분명하게 반복적으로 사람들에게 전달하는 역할이다. 이것이 지금 우리 사회에서 혐오표현에 대항하기 위해 가장 긴급하고 중요하게 요청되는 메시지, 일종의 대항 표현(counter speech)일 수 있다.

8) 2014. 12. 9. 일본최고재판소는, ‘재일특권을 허용하지 않는 시민회’(이하 ‘재특회’)가 교토조선 초등학교 인근에서 확성기 등으로 재일조선인 학생에 대하여 명예훼손적 발언을 한 것에 대하여, 이것이 인종차별철폐협약에서 금지한 인종차별에 해당한다고 인정하였다. 그리고 일본헌법 제98조 제2항에 의한 조약의 국내적 효력을 인정하면서, 협약에 따라 인종차별에 대한 효과적인 구제조치를 확보해야 하는 재판소의 의무를 수용하였다. 이 판결에서 일본최고재판소는 인종차별을 독립적인 불법행위로 인정하지는 않았지만, 인종차별의 위법성을 인정하여 손해인정액을 가중시키는 결정을 내렸다. 헌법재판소 헌법재판연구원, “재일조선인에 대한 헤이트 스피치와 표현의 자유의 한계(2014년 12월 9일 최고재판소 제3소법정 결정)”, 세계헌법재판동향(제11호), (2015. 2.).

9) 외국인에 대하여 일반적으로 엄격심사를 적용하지만, 미등록 외국인에 대해서는 중간심사를 적용한다. 그 외에 자치나 민주절차에 관한 법규와 연방의회의 입법에 대해서는 합리성심사를 적용한다. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies* (3rd Ed.), 2006, 768쪽

10) *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432, 440 (1985).

제153회 발표회 지정토론문

발제문: 혐오표현과 표현의 자유

-혐오표현에 대한 규제 찬반론을 중심으로-

발제자: 우수아(헌법재판소 헌법연구관)

일시 및 장소: 2016. 9. 21.(수) 헌법재판소 2층 회의실

김 민 정*

우수아 연구관님, 좋은 발표문 감사합니다. 혐오표현 관련 기존 논의들을 일목요연하게 잘 정리해 주셨고, 쟁점들에 대한 발표자의 흥미로운 견해를 함께 밝혀주셨습니다. 해당 주제에 관심을 가진 사람들에게 많은 도움이 될 것 같습니다. 수고 많으셨습니다.

‘혐오표현의 일반적 개념’ vs. ‘법적 규제대상으로서의 혐오표현’

저는 혐오표현에 대한 논의에 있어서 ‘혐오표현의 일반적 개념’과 ‘법적 규제대상으로서의 혐오표현’을 명확히 구별하여 논의하는 것이 필요하고 중요하다고 생각합니다. 그리고 저의 주요한 관심사는 후자입니다. 이점을 굳이 짚고 넘어가고자 하는 연유는 아래와 같습니다.

첫째, 우 연구관님께서 밝히셨듯이 “혐오표현의 일반적 개념 그 자체와 (규제론을 취할 경우) 규제대상으로서의 혐오표현의 범주를 구별하는 것”은 “실익이 있을 수” 있습니다(발표문 213쪽). 저는 혐오표현 일반과 법적 규제대상으로서의 혐오표현을 구별하는 것은 실익이 있을 뿐만 아니라 꼭 필요하다고 생각합니다. 발표자가 언급하신 것처럼 양자를 구별하지 않고 논의를 진행하다보면 논의의 전

* 한국의국어대학교 미디어커뮤니케이션학부 교수

제가 어긋나기 때문입니다.

표현의 자유 옹호론자인 저는 법적 규제대상으로서의 혐오표현을 광범위하게 규정하는 것에 반대하는 입장이므로, ‘된장녀, 김치녀, 맘충, 전라디언, 홍어’와 같은 표현들은 “혐오표현(①)이지만 혐오표현(②)이 아니다”라고 봅니다. ‘된장녀, 김치녀, 맘충, 전라디언, 홍어’는 혐오표현의 일반적 개념을 적용했을 때는 혐오표현으로 분류 가능하지만(즉 “혐오표현(①)이지만”), 법적규제대상으로서의 혐오표현의 범주에 포함시키기에는 무리가 있다고(즉 “혐오표현(②)이 아니다”)라고 생각합니다. 저는 ‘차별, 적대, 혹은 폭력이나 구체적인 결과를 유발하는 직접적인 선동·유도(incitement)에 해당하는 표현행위’만을 법으로 규제해야 한다고 생각하기 때문입니다.

저의 이러한 입장은 규제반대론자의 입장과 유사한 점이 있습니다. 규제반대론은 ‘혐오표현을 옹호하는 것은 아니고 혐오표현을 비강제적 수단으로 대처하는 것에는 오히려 적극적’(발표문 각주46)이라는 점이 보여주듯이, 혐오표현 규제반대론은 혐오표현을 법적 규제대상으로 보는 것에 반대하는 것이지, 형성적·예방적·비강제적인 조치를 통한 혐오표현 일반에 대한 규제에 반대하는 것은 아니라는 것으로 이해할 수 있습니다. 이는 결국 ‘혐오표현 규제에 대한 찬반론’은 ‘법적 규제에 대한 찬반론’이고, 따라서 찬반론의 상반된 견해는 ‘법적 규제대상으로서의 혐오표현’의 범주를 어떻게 확장하느냐에 대한 견해의 차이 혹은 그러한 확장이 과연 헌법적 원칙을 벗어나지 않는 형태로 가능한가에 대한 이견이라고 봐야 할 것입니다.

둘째, ‘혐오표현의 일반적 개념’과 ‘법적 규제대상으로서의 혐오표현’을 명확히 구별하여 논의하는 것이 필요하고 중요한 이유는, 전자로서의 혐오표현은 넓게 규정한다고 해서 어떤 구체적인 해악을 발생시킬 것으로 예상되지 않는 반면(오히려 소수자 보호나 사회통합의 측면에서는 전자로서의 혐오표현을 넓게 규정하는 것이 더 바람직하다는 견해도 가능하리라 봅니다), 후자로서의 혐오표현은 넓게 규정된다면 표현의 자유에 심각한 침해가 가져올 위험성이 있기 때문입니다. 결국 논의의 쟁점은 어느 범위의 혐오표현까지를 법적 규제대상으로 포함시켜야 하는가의 문제라고 생각합니다.

법적 규제대상으로서의 혐오표현

그럼 지금부터는 저는 ‘혐오표현’을 ‘법적 규제대상으로서의 혐오표현’을 지칭하는 것으로 한정하여 논의를 진행하고자 합니다. 또한, 법적 규제가 가능하고 필요하다는 입장에 대해 혐오표현 규제를 통해 보호하고자 하는 법익 혹은 규제 목적을 중심으로 몇 가지 악마의 논변을 펼쳐보고자 합니다.

발표자께서는 혐오표현의 해악을 개인적 법익의 측면과 사회적 법익의 측면에서 논의하셨고 (발표문 215쪽), 김지혜 교수님의 논문을 인용하시면서 혐오표현의 특수성이 ‘개인에게 미치는 해악이 반복적’이라는 점과 ‘이러한 반복에 따라 사회적으로 적대적 감정이 증폭되어 폭력으로 발전될 가능성이 있다’는 점에서 심각한 경향을 띤다는 점¹⁾에 있다고 언급하셨습니다.

혐오표현이 공격대상으로 삼고 있는 피해자 개인에게 미치는 해악이 반복적이라는 점은 개인적 법익과 관련되는 것으로 파악할 수 있지만, 공격대상을 제외한 일반 청중을 대상으로 혐오표현이 반복됨으로써 사회적으로 적대적 감정이 증폭되어 폭력으로 발전될 가능성이 있다는 것은 사회적 법익에 연관된다고 볼 수 있을 것입니다. 그리고 이렇게 혐오표현의 주요 청중이 누구인지를 따져보는 것은 혐오표현의 개념규정에 있어서 홍성수 교수님의 두 번째 논지(발표문 207쪽), 김지혜 교수님의 세 번째 논지(발표문 208쪽)와도 연관이 있어 보입니다. 그런데, 혐오표현이 공격대상으로 삼고 있는 피해자 개인에게 미치는 해악이 반복적인 이유는, 사실상 특정성 요건이 충족되지 않기 때문(즉, 한국여성에 대한 혐오표현에 한국여성인 김민정이 반복적, 지속적으로 노출되는 이유는 그 표현이 김민정을 대상으로 한 것이 아니라 전체 한국여성을 대상으로 하고 있기 때문)이라는 점에서 과연 소수자 집단 구성원들의 존엄성에 대한 반복적 침해를 ‘개인적 법익’이라고 확연하게 분류할 수 있을까라는 생각도 듭니다.

논의의 진행을 위하여 각 법익을 구분해서 본다면, 혐오표현 규제가 달성하고자 하는 개인적 법익은 ‘소수자 집단 구성원들의 존엄성에 대한 반복적 침해 방지’로, 사회적 법익은 ‘소수자 집단에 대한 차별, 폭력적 행위의 방지’로 요약할 수 있을 것입니다.¹⁾

첫째, 소수자 집단 구성원들의 존엄성에 대한 반복적 침해를 방지하기 위해 혐오표현을 규제한다면 혐오표현의 범주가 넓게 책정되어야 할 것입니다. 그리고

1) 이에 덧붙여 발표자께서는 혐오표현이 침해하는 사회적 법익으로 ‘소수자들이 그 소속사회에 동등한 시민으로 참여하는 것을 막아 사회통합을 저해한다’는 점을 언급하셨습니다. 이 점에 관해서는 아래 사회적 법익 논의에서 간략히 논의하고자 합니다.

이러한 규제는 개인의 존엄성 존중이라는 개념의 추상성과 모호성으로 인하여 결과적으로는 광범위한 범위의 표현을 규제하는 역효과를 낳을 위험성이 다분하다는 문제점이 있습니다.

또한, ‘소수자 집단 구성원들의 존엄성에 대한 반복적 침해 방지’로 개인적 법익을 상징할 경우, 과연 혐오표현 규제로 보호하고자 하는 법익과 ‘집단표시 명예훼손죄’ 규율로 보호되리라 예상되는 법익 사이에 유의미한 구별이 가능할까라는 의문이 듭니다. 예를 들어, “삼일한”과 “숨쉴한”을 고려해 보겠습니다. 일베에서 시작된 표현으로 알려진 “삼일한”(“한국여자는 삼일에 한 번씩 꽤야 말을 듣는다”는 의미의 속어)에 지속적으로 노출되는 한국 여성 개인이 느끼게 되는 ‘위축감, 좌절감, 존엄성 침해라는 해악’을 방지하기 위해, “삼일한”을 혐오표현으로 규제한다면, “삼일한”을 차용한 표현으로 알려진 “숨쉴한”(“남자는 숨을 쉴 때마다 한 대씩 때려야 한다”는 의미의 속어)에 지속적으로 노출되는 한국 남성 개인이 느끼게 되는 존엄성 침해를 집단표시 명예훼손죄로 처벌할 수 있을까요? 혹은 “한남충”, “개쌍도”와 같은 집단표시 명예훼손적 표현들과 “김치녀”, “홍어”와 같은 소수자를 대상으로 한 혐오표현들 사이에 각 표현들을 처벌함으로써 보호하고자 하는 개인적 법익 사이에 유의미한 구별이 가능할까요? “숨쉴한”에 대해 집단표시 명예훼손죄가 성립하지 않는다고 보는 법리가 “삼일한”이라는 혐오표현을 처벌함으로써 보호할 수 있는 개인적 법익은 미약하다는 논리와 일맥상통하지 않을까요?

물론 자기존엄성에 대한 반복적 침해가 소수자 집단의 구성원들에게 미치는 해악이 소수자 집단에 속하지 않는 개인에게 미치는 해악보다 훨씬 크다고 상정할 수는 있겠지만, 그러한 해악조차 소수자 집단 구성원 개개인에게 동일한 형태로 영향을 미친다고 가정하기는 힘들 것 같습니다. 가령, “삼일한”이라는 표현을 들었을 때, 가정폭력에 노출된 경험이 있는 한국여성이 느낄 공포감과, “삼일한”을 “숨쉴한”으로 되받아치는 메갈리언이 느낄 감정이 동일하다고 보기는 힘들지 않을까요? 이러한 점에서 자기존엄성 침해방지라는 개인적 법익은 그 광범위함과 모호성으로 인해 모욕죄에 대해 위헌성 논란이 있는 것처럼, 그리고 집단표시 명예훼손죄가 일정 크기 이상의 집단의 구성원들에게 성립하지 않는 것처럼, 법적 규제를 통해 달성하고자 하는 법익으로 상정하기에는 무리가 있다는 것이 저의 견해입니다.

두 번째로, 혐오표현 규제를 통해 달성하고자 하는 사회적 법익을 ‘소수자 집단에 대한 차별, 폭력적 행위의 방지’로 상정한다면, ‘차별, 적대, 혹은 폭력이나

구체적인 결과를 유발하는 직접적인 선동·유도(incitement)에 해당하는 표현 행위'만이 법적으로 규제되어야 한다고 보는 것이 타당하리라 생각합니다. 이와 관련하여 발표자께서는 “해악을 초래하는, 그래서 규제가 필요한 혐오표현이 반드시 (차별선동이나 도발적 언사) 수준의 혐오표현에 국한된다고 쉽게 단정하기는 어렵”고 혐오표현의 해악 중의 하나인 ‘피해 소수자집단을 그들이 속한 사회에서 침묵시키고 공격토론의 장을 왜곡하는 효과’는 “오히려 즉각적인 해악은 약하다고 보이는 차별적 표현들이 아무런 제한없이 사회 곳곳에서 은연중에 지속됨으로써 초래될 수 있고 이는 결국 혐오죄 신설법안의 제안이유에서도 밝힌 바와 같이 결국 우리 사회의 통합을 저해하는 요인으로 작용할 것인바, 극단적 혐오표현보다 규제의 필요성이 더 클 수 있다”(발표문 214쪽)는 견해를 밝히셨습니다. 저는 이러한 문제의식에는 백분공감을 합니다만, 혐오표현 규제의 사회적 법익을 ‘피해 소수자집단을 그들이 속한 사회에서 침묵시키고 공격토론의 장을 왜곡하는 효과를 방지하는 것’ 혹은 ‘사회통합’으로 상정하는 것은 그 개념의 추상성, 광범위성, 모호성으로 인하여 표현의 자유를 침해하는 법적 규제의 근거로는 적절하지 않다고 봅니다.

사법적 실천의 중요성

마지막으로 혐오표현 규제와 관련해서 강조하고 싶은 것은 사법적 실천의 중요성입니다. 혐오표현의 개념조차 명확하게 확립되지 않은 현재의 상황을 고려할 때, 그리고 혐오표현을 금지·처벌하고 있는 나라들의 경험에서 나타난 ‘정치적 반대세력을 탄압하는 수단으로의 남용’(발표문 220쪽)을 고려할 때, 혐오표현 규제가 의도한 목적을 달성하기 위해서는 무엇보다 사법적 실천이 중요하리라 생각합니다.

또한, 해외 혐오표현 규제 입법례에서 보여지듯이, 규제의 문구는 ‘인종적, 종교적, 민족적, 성적 정체성 등’을 근거로 한 혐오표현 금지라는 차별금지 사유들에 대한 일반적 서술의 형태를 취하고 있지만, 실제로 규제되어야 하는 그리고 규제되었던 표현은 ‘소수인종, 소수종교, 소수민족, 성소수자’ 등에 대한 혐오표현입니다. 즉, ‘역사적·사회적 소수자 집단’을 공격대상으로 한다는 혐오표현 개념 요소의 한 축을 명확하게 이해하여 적용할 수 있는 주체는 사법부 뿐일 것입니다. 따라서, 위험적 요소가 제거된 혐오표현 규제 법률이 마련된다고 해도 법률의 해

석과 적용에 있어 적절한 사법적 실천이 뒤따르지 않는다면, 혐오표현 규제는 종국적으로 위헌적일 것입니다.

발표문을 읽으면서 혐오표현과 표현의 자유에 대한 여러 가지 생각들을 다시 한번 점검해 볼 수 있는 좋은 기회를 가졌습니다. 그런데 막상 토론문을 쓰다 보니 생각이 한층 더 복잡해집니다. 부족한 논의이지만 저의 토론문이 헌법실무연구회 정기발표회에 참석하신 여러분들과 함께 혐오표현 규제에 대해 고민해 보는데 조금이나마 도움이 되기를 기대합니다. 감사합니다.

제153회 발표회 토론요지

사 회 자(이준일 고려대 교수) : 오늘 주제가 혐오표현인데요, 저도 최근에 가장 관심 있게 보고 연구를 많이 하고 있는 주제고요.

사실 각 영역별로 저는 이제 법학이고, 뭐 사회학 이렇게 해가지고 다섯 분이서 혐오표현에 관한 책을 하나 쓰기로 해가지고, 제가 어제 탈고를 하고 왔는데, 참 이게 오늘 그런 인연인지 딱딱 들어맞는다는 생각이 드네요.

<주제발표자(우승아 헌법연구관) 발표>

사 회 자 : 혐오표현과 관련해서 개념 정의가 아직 명확하지 않다고 하는 점을 지적해주시고, 왜 혐오표현에 대한 규제가 필요한지, 또 규제론과 관련해서는 찬성론, 반대론이 있기 때문에 각각의 견해를 소개하시고 본인의 입장을 말해주셨는데, 제가 듣기론 규제론에 가까우신 견해인 것 같은 느낌이 드는데요. 이렇게 단정하기는 어렵지만 나중에 다시 한 번 여쭙보도록 하겠습니다.

저도 아까 말씀드렸듯이 혐오표현에 관한 또 하나의 글을 쓰면서 보니까 요즘 아마 유럽 인권재판소에서도 이 혐오표현과 관련된 판례들이 많이 나오고 있더라고요. 발제해주신 대로 유럽에 이런 법제들이 많이 있기 때문에, 결국 그러한 유럽 각국의 혐오표현 규제입법이 결국 이제 유럽인권협약을 침해한다, 이런 주장으로 제소가 된 사건들이 많이 있는데요.

전반적인 유럽 인권재판소의 경향도, 결국 그 유럽인권협약에 기본권 제한 가능성을 염두에 두는 조향이 있기 때문에, 결국 표현의 자유도 이제 절대적 자유가 될 수 없다. 그래서 다른 가치들을 고려해서 이제 제한이 필요하기 때문에 그런 혐오표현 규제가 반드시 유럽인권협약을 침해하는 건 아니다. 뭐 이런 경향성을 좀 보이는 걸로 저는 읽었는데요.

그런데 유럽의 경향이고, 오늘 말씀해주신 것처럼 좀 더 표현의 자유를 강조하는 미국적인 시각에서는 굉장히 조심스러운 접근, 그 혐오표현 규제는 결국 표현의 자유를 제한할 수 있다, 이제 이런 주장들이 맞서고 있기 때문에 우리가 한번 더 논의를 해봐야 될 필요성이 있다, 이런 생각이 듭니다.

<지정토론자(김민정 한국외국어대 교수) 지정토론>

사 회 자 : 혐오표현에 대해서 두 가지 유형으로 나누어주신 것 같습니다.

일반적인 개념과 또 법적인 개념은 좀 구별돼야 될 것 같고, 법적 개념의 경우에도 주로 “소수자 집단을 중심으로 좀 이해가 돼야 되는 게 맞다.” 이런 전체적인 취지이신 것 같고요. 중간에 우승아 연구관님 견해에 대한 비판도 있으셨기 때문에 이따 한번 답변을 들어보도록 하겠습니다.

<지정토론자(김지혜 강릉원주대 교수) 지정토론>

사 회 자 : 김지혜 교수님, 앞서 김민정 교수님과 비슷하게 소수자의 측면을 많이 강조하셨고, 이제 떠나시니까 현재를 아주 공격을 하시네요. 유의미한 질문들, 또 주장들이 많이 포함돼 있는 것 같습니다.

먼저 우승아 연구관님께서 두 분 토론에 대해서 잠깐 의견이나 또는 답변이나 말씀해 주시겠습니까?

발 표 자 : 제가 인용한 김지혜 교수님의 논문이 ‘차별선동을 규제하자’ 이렇게 돼 있고, 김민정 교수님께서 아까 242쪽 위에 있는 ‘규제대상으로서의 혐오표현을 구분하고 폭력적 결과를 유발하는 직접적 선동·유도에 해당하는 표현 행위를 규제하는 것’이 지금 갖고 계신 지점이라고 하셨는데요. 이 부분에 대해서 규제하는 것은 쉽게 수공이 갈 것 같습니다.

그런데 저는 이게 과연 혐오표현을 일차적으로 규제하는 건가, 조금 의문이 들더라고요. 예를 들면 아까 미국 판례에서 나오듯이 근친상간 패러디 당한 그 목사 같은 그런 사항이 전형적으로 도발적 언사거든요. 혐오표현 아닌데, 우리가 생각한, 우리가 개념표지로 설정한 혐오표현은 아니지만 딱 이 선동·유도하는 이런 표현들에 해당되는데요. 그런 것 일반을 규제하는 것 아닌가 이런 생각이 들고.

또 저는 개인적으로, 제가 좀 형식적으로 나누긴 했지만, 두 가지 법익 중에서 사회적 법익 측면이 더 혐오표현을 규제해야 되는 이유라고 생각하거든요. 개인적 법익 측면은 굳이 혐오표현 규제가 아니라도, 새로운 신설을 통한 규제가 아니다 하더라도, 아까 예를 들면 흑인 집 마당에서 불을 태운 것은 방화죄나 뭐 이렇게 간접적으로 처벌함으로써 또 규제를 할 수 있다. 행위 이런 걸 잡아서 규제를 할 수 있기 때문에, 후자 사회적 법익이 더 큰데, 그 선동, 도발적 언사 이것

은 오히려 개인적 법익에 맞춰서 직접적으로 상대방한테 폭력적인 결과를 발생시킬 것, 오히려 여기에 대응하는 규제방법이 아닌가 해서. 그러면 또 원래 혐오표현을 규제하려는 의도하고 약간은 어긋나지 않나 그런 생각이 좀 들고.

아까 이준일 교수님께서 제가 규제론자인 것 같다고 하셨는데, 솔직히 말씀드리면 이 혐오표현 만큼은 ‘규제를 안 하면 좋겠다’ 이런 생각이 점점 들더라고 요. 그런데 그 홍성수 교수님 논문에 나와 있는 것처럼 규제반대론자, 그거 좋다는 게 절대 아니고요. 저도 혐오표현이 없어졌으면 좋겠다고 생각하는데, 간접적 규제를 해야 되는 것 아닌가? 정책적으로. 그런데 그건 또 규제라고 말하긴 좀 힘든데요, 그냥 사회적인 수준을 끌어올리는 그런 정책적인 접근으로 가야 되지 않나.

그렇지 않으면 미국 판례에 나오는 예인데, 십자가를 마당에서 불태우는 것을 여러 가지 다른 범죄로 이렇게 포섭해서 할 수 있지만, 반면 유대인 마을에서 평화적으로 나치 옷을, 휘장을 들고 행진하는 것은 정말 평화적이고, 아무 폭력적인 그런 행위는 없지만 도발적 언사긴 하거든요. 그거는 도발적 언사라도 표현을 직접 규제하지 않으면 다른 걸로는 규제가 안 되는데요. 그런 거를 규제하다 보면 이제 선별을 하게 될 것 같아요, 결국은. 그러면 국가가 선별하게 된다는 위험을 배제할 수가 없거든요.

제가 너무 국가를 불신하는지는 모르겠습니다만, 좀 그런 것 때문에 직접적으로 굳이 새로운 법을 또 들여와서 하기보다는 기존에 있는 법을, 차별금지법 이런 것도. 지금 현재로는 국가인권위원회법에 여러 가지 차별을 금지하고 있고, 더 진화된 형태로 차별금지법 법안들이 많이 제출됐었습니다. 그런 것을 통한 규제, 아니면 국가가 정책적으로 홍보 이런 노력을 통해서, 좀 낭만적이긴 하지만 이런 게 안 된다는 걸 좀 심어주는 그런 규제로 가는 게 더 낫지 않나. 또 차별 측면에서 접근하는 게 중립성이라는 측면에서 더 낫지 않나 그런 생각이 조금 들었습니다.

사 회 자 : 제가 조금 오해한 것 같네요.

규제론자라고 했는데, 규제론자가 아니라고 이렇게 또 말씀을 하시네요. 그런데 뭐 제 느낌은 꼭 그런 것 같지는 않은데요?

발 표 자 : 제가 발표를 할 때 너무 해악을 강조해서 그런 것 같습니다.

사 회 자 : 지금 말씀하셨듯이 이제 차별로 보는 경우에는 해리스먼트(harassment)라고 하는 개념이 사용이 되거든요. 괴롭힘, 뭐 섹슈얼 해리스먼트(sexual harassment)하면 성희롱, 이렇게 번역이 되는 개념인데. 이런 헤이트 스피치(hate speech)도 이제 괴롭힘 행위의 하나로 보게 되면, 차별로 이제 볼 수 있는 가능성이 있고, 그런 차별에 대해서는 지금 말씀하셨던 것처럼 형벌이 아니라 이제 차별시정 기구가 서로 조정해가지고 서로 뭐 사과하고 손해배상하고, 재발방지 약속하고 이런 것들을 통해서 사회적으로 공론화되고, 그런 방식은 또 가능한 것 같은데.

어쨌든, 글썄요 유럽은 좀 안 그런 것 같아요. 제가 본 판례 중의 하나는, 독일은 아까 나왔던 것처럼 Volksverhetzung이라고 그래 가지고 영어로는 incitement to hatred 이렇게 번역을 하던데 정확한 번역 같지는 않아요. 그래서 대중으로 하여금 차별시위를 선동하는 것, 그 범죄가 있는데, 독일에서는 어떤 70대 할머니가 어떤 도시에서 이슬람 사원을 만들려고 할 때 반대시위를 했거든요? 이슬람 반대시위를 하면서 그냥 서명을 받았거든요. ‘이슬람 성전 건립 반대 서명운동’을 주도적으로 하다가 그 범죄로 처벌을 받았거든요. 그러니까 이게 유럽 혹은 특히 독일, 특히 이런 유대인이라든지 이슬람에 대한, 아주 매우 단순한 적대적이고 혐오적인 그런 행위, 이런 것들만 가지고도 굉장히 엄격하게 대응하는 이 유럽식 방식과 미국식 방식에는 굉장히 큰 거리감이 있는 것 같습니다.

아마 인용하신 문헌들이 유럽 문헌인지 미국 문헌인지에 따라서 입장 차이가 굉장히 많이 난다는 저는 느낌을 많이 받거든요, 지금.

토 론 자(승이도 헌법연구원) : 제 생각을 말씀드리면, 김민정 교수님 생각과 조금 비슷한 것 같습니다. 그러니까 일반적인 혐오표현에 대해서는 우리가 경각심을 가지고 그것을 공적담론을 통해서 극복해 나아가야 하며, 그렇기 위해서는 또 혐오표현이란 개념을 좀 확장할 필요도 있겠지만, 그럼에도 불구하고 형사 처벌 대상으로의 법적인 개념, 규제대상으로서의 혐오표현은 가능한 축소하거나 아니면 그에 대한 처벌은 최소화되어야 한다는 생각을 갖고 있는데요.

작년 5월달 쯤에 텔레비전 예능프로그램 ‘비정상회담’에서 혐오표현에 대해 토론하는 걸 봤었는데요. 그때 알게 된 미국의 사례 하나를 소개해드리자면, 미국에서 이라크전으로 사망한 미군 병사의 장례식을 하고 있는데 교회에서 피켓팅을 하며 시위를 나왔어요. 그 피켓에 뭐라고 써 있었냐면 “THANK GOD FOR DEAD SOLDIERS”라고 해서 죽은 군인을 위해서 신께 감사드린다는 것인데. 죽은 군인

을 위해서 신이 보살펴달라는 취지가 아니라, 암묵적인 의미는 그 죽은 군인은 동성애자였고 이러한 동성애자를 데려가신 주님께 감사드린다는 취지에서 피켓팅 시위를 한 거예요. 그런데 미국에서는 혐오표현에 대해서 형사처벌을 하지 않기 때문에 죽은 군인의 부모는 민사로 손해배상을 청구하였습니다. 지방법원에서는 손해배상이 인정되었는데, 항소법원과 연방대법원에서는 표현의 자유의 중요성을 근거로 청구를 전부 기각하게 됩니다. 즉, 표현의 자유는 중시되어야 하는데, 이러한 시위, 피켓팅으로 인해서 장례식을 진행하는데 무슨 위험이 따랐거나, 위험이 따르도록 선동하는 행위에 이르지 않았다는 취지에서 기각 판결이 내려진 것이지요.

결국 법적으로는 그런 성적 지향을 근거로 한 혐오표현에 대해서 민사적 손해배상조차도 이루어지지 않은 것입니다. 그런데 국민 감정상 ‘아, 장례식장에까지 와가지고 이렇게 혐오표현을 해야 되나?’라는 생각이 있어서, 여론에서 상당한 역풍이 불었습니다. 해서 미국의 결론은, 혐오표현에 대해 형사처벌을 하지 않지만, 그런 혐오표현에 대해서는 공적담론을 통해서 지성을 갖춘 미국 시민들로 하여금 ‘아, 이런 혐오표현이 잘못된 것인가? 잘못된 것이구나.’라는 것을 스스로 깨우치도록 함으로써 앞으로의 교훈으로 삼는다는 취지로 진행 되는 것 같습니다.

이것과 관련해서 올해 미국 대선 연설 같은 것을 보면, 트럼프 후보가 무슬림이나 멕시코 사람들에 대해서 차별적인 발언을 많이 하지 않습니까? 구체적인 예를 들자면 “앞으로 무슬림은 미국에 전혀 입국시켜서는 안 된다”라든지 “미국에 있는 모든 무슬림에 대한 정보를 국가가 확보해야 한다.” 이런 차원의 이야기는 아까 헤이트 스피치의 개념 표지인 종교를 이유로 한 차별이기 때문에 헤이트 스피치에 해당될 수 있겠지만, 만약에 이걸 형사처벌의 대상으로 규제를 하게 된다면 트럼프 후보 측에서 이런 발언을 아예 하질 않았겠죠. 그러면 미국 시민으로서 대선에 투표를 해야 되는 입장에서는 ‘아, 트럼프라는 후보가 그러한 편견을 소신으로 가지고 있는 후보다’라는 걸 알지 못하는 상태에서 투표를 하게 될 것입니다. 그러나 미국은 이를 형사처벌로 규제하지 않음으로써 트럼프 후보는 그런 자신의 편견어린 소신을 자유롭게 발언할 수 있었고, 공동체의 지도자를 뽑아야 하는 미국 시민들 입장에서도 ‘아, 이 후보는 이런 편견을 스스로없이 얘기하는 후보구나’라는 정보를 가질 수 있게 되겠죠. 그래서 결과적으로 어떻게 될지 알 수 없겠지만, 미국의 시민의식에 비추어 본다면, 제 추측으로는 그런 후보가 당선 되지는 않을 것으로 생각합니다.

그러니까 제가 생각하는 결론은, 일반적으로 우리가 편견이니까 주의를 해

야 한다는 생각의 차원에서 혐오표현이라는 개념표지는 넓게 잡을 필요가 있겠지만, 형사처벌의 대상으로서의 혐오표현은 아예 불처벌을 하거나 처벌한다 할지라도 가능한 축소해서 엄격히 한정하는 게 합리적이다라는 생각입니다.

사 회 자 : 혹시 두 분 토론자님들 뭐 덧붙이실 말씀 있으시면.

지정토론자(김민정) : 공감하는 부분이 많이 있고요.

저는 사실 제가 말씀드린 그 두 줄의 문장으로 설명 드린 부분이 김지혜 교수님이 말씀하신 차별선동과 정확한 일치하는 개념이라고 생각을 하는 것이, 왜냐하면 *Brandenburg v. Ohio*에서 그걸 가져오셨다고 생각을 했거든요. 그래서 동일한데 이것조차 저는 한국에서는 사실 힘들 거라고 생각을 하고 있습니다. 왜냐하면, 그 방송통신심의위원회에서 이제 뭐 방송이라든가 통신에서 심의하고 있는 심의기준들이 있는데, 거기 보면 사실 규제 다 할 수 있거든요. 근거들이 충분히 있습니다. 그런데 거기 뭐 사회통합이라는 언급도 있고 여러 가지 차별적인 표지들에 대한 언급을 하면서 그런 것들을 통신이나 방송을 통해서 하면 안 된다는 얘기들이 있는데, 실제로 심의를 하지 않아요. 그리고 그 기준을 적용해서 심의를 한 사례 같은 것들은, 오히려 동성애를 옹호하는 프로그램이라고 하면서 어떻게 보면 혐오표현의 개념을 반대로 해석해서 적용을 해서 심의를 하고, 이런 것들이 벌어지고 있거든요.

최근에 또 언론중재위원회에서 이제 언론중재법 상에서 언론들한테 추가로 시정 권고하는 기준을 하나 넣으면서, 혐오표현 비슷한 것을 집어넣게 되었습니다. 그런데 거기서도 몇 가지 차별사유들을 쓰셨는데, 성적 소수자에 대한 언급은 빠졌었어요. 그래서 왜 이것이 빠졌냐고 말씀을 드렸더니 뭐 그냥 좀 논란이 있는 것 같아서 뭐 이렇게 답을...

그러니까 지금 제가 생각하기에는 한국에서 여러 가지 표현의 자유 같은 것들이 미국이라든가 유럽이라든가 비해 사회·문화적인 전통에 있어서 충분히 보호되지 않고, 이렇게 자의적인 집행이 가능한 그런 문구들이 여러 곳에 이미 존재하고 있기 때문에, 거기에 추가적으로 무언가 혐오표현을 규제하기 위한 법안을 만든다는 것은 더 위험할 수 있다는 것이 저의 개인적인 견해입니다. 그래서 사실은 차별선동조차도 저는 지금은 입법하기가 좀 위험하지 않을까라고 생각하고 있습니다.

지정토론자(김지혜) : 저도 사실 그런 불안은 있고요. 그래서 사실 규제를 주장을 하면서도, 규제 자체를 주장한다기보다는, 그 가치 자체에 대해서 가치규범을 수립해야 된다는 입장에서 그런 규제를 이야기하는 경향이 있고. 지금 말씀하신 부분에 대해서 저는 사실 미국이 그렇게 방만할 정도로 표현의 자유를 수용할 수 있는 이유는, 굉장히 강하게 그 평등에 관한 원칙들을 수립하고 있기 때문에 가능하다고 생각이 듭니다. 왜냐면 어쨌든 대항표현이라는 게 존재하는데, 단지 소수자 집단에서 그냥 작게 피케팅하는 그런 종류의 대항표현이 아니라, 연방대법원이 나서서 대항표현을 해주거든요. 이미 오래 전에 동성애 처벌법을 연방대법원에서 위헌을 시켰고, 그것이 평등의 가치를 이야기를 했고. 인종에 대해서도 마찬가지였고, 다양한 소수자에 대해서 이미 엄격심사까지 하면서 그렇게 하고 있기 때문에, 그런 굉장히 강력한 대항표현이 있는 안에서는 이런 표현의 자유가 좀 여지가 많이 있을 거라는 생각이 듭니다.

그런데 우리나라에서는 오히려 지금 말씀하신 것처럼 그런 권한을 가진 위원회나 법원이나 이런 데에서 그렇게 자신 있게 이야기 못하거든요. 그렇기 때문에 지금의 이 상황에서 카운터 스피치가 과연 가능할 것인가라고 본다면 좀 그 부분에 있어서 회의적입니다.

토론자(승이도) : 현재 법사상연구회에서 예전에 선스타인의 ‘우리는 왜 극단에 빠지는가’에 대해서 강독회를 한 적 있습니다. 그 책의 저자인 선스타인은 공화주의자이고, 공적 담론의 장에서 서로 다른 생각을 가진 사람들이 이야기를 해서 공적 주제에 대해서 토론을 통해서 적절한 문제점을 발견하고 그에 대한 해결책을 제시할 수 있다는 생각을 가지고 있죠. 이 책의 주제는, 같은 생각을 가진 사람들이 같은 생각을 가진 집단에서 서로의 생각만 공유하다보면, 평소보다 생각이 더 에스컬레이팅 돼서 집단 극단화가 발생한다는 거죠. 그래서 사회가 극단화되지 않기 위해서는, 그러한 자신의 편견일지 모르는 생각을 숨기도록 하는 것이 아니라, 공적 담론의 장에서 자신의 생각을 이야기하고 토론 과정에서의 공격과 방어를 통해서 ‘아, 이게 잘못된 편견이다’라는 것을 이해하고 이를 결국 극복할 수 있도록 해야 한다는 것입니다.

우리나라의 경우 가령 보수적인 생각을 가진 사람이 조·중·동(조선, 중앙, 동아일보)만 읽으면 지나치게 보수적인 생각으로 편향될 여지가 있고, 진보적인 생각을 가진 사람이 한·경·오(한겨레, 경향신문, 오마이뉴스)만 읽게 되면 지나치게 진보적인 성향으로 기울어질 수 있기 때문에, 마음이 답답해지고 보기 싫더

라도 보수적인 사람들은 한·경·오를 좀 읽어보고 진보적인 사람은 조·중·동을 조금씩 읽어봄으로써, 서로 상대방이 가진 생각을 이해하고 자기 생각이 편견일 가능성을 조금씩 인정해 나가는 것이 합리적인 사회를 만드는 지름길이 아닐까요.

물론 헤이트 스피치가 우리 사회에서 지양되어야 할 잘못된 생각이겠지만, 만약에 그런 표현이 잘못되었다고 해서 형사처벌을 하게 된다면, 그러한 편견을 가진 생각들이 공적 담론의 장에 나오지 못하게 되고, 그러한 생각을 가진 사람들 사이에서만 생각이 공유되기 때문에 더더욱 그 집단의 사람들에 의해서 극단화될 여지가 있습니다. 그래서 저는 혐오표현이라는 것에 대해서 우리 사회가 관심을 가지고 경각심을 가져야 한다는 건 맞다고 생각하지만, 혐오표현을 형사처벌하는 단계에 이르게 되면 그로 인한 우리 사회의 극단화는 더 심화되지 않을까라는 생각입니다.

토론자(김광욱 헌법연구관) : 혐오표현이라는 개념 정의 자체를 너무 좁게 잡고 있는데, 발표자께서도 말씀하셨다시피 규제 필요성에서 논의하기 위해서 혐오표현의 정의를 어떻게 할 것인가에 대해서 논지가 집중돼 있습니다. 이렇게 혐오표현이라는 내용은 소수자 집단에 대한 혐오로 한정함으로써, 오히려 혐오라는 우리가 일반적으로 사회적으로 되게 많이 쓰고 있는 단어가 한정돼 버리는 효과가 발생한 게 아닌가? 어떤 의미로는 혐오라는 단어를 쓰고 싶어 하는 사람의 표현의 자유를 제한하는 게 아닌가 하는 생각도 좀 들 때가 있었습니다.

그래서 이게 ‘개념적인 문제’인지 사실은 ‘규제 대상의 문제’인지를 좀 나눠서 봐야 되겠다는 생각이 듭니다. 혐오표현이라는 말 자체는 그냥 완전히 가치중립적인 이유로 누구에 대해서 혐오를 하는가는 전혀 따지지 않은 채로, 그냥 누군가에 대한 혐오를 표현하는 것으로 정의를 하고, 이후에 편의를 예를 들어 법질서, 정치의 법질서에 위반한다고 하면 우리 공동체의 입장에서 봤을 때 바람직하지 않은 방식의 혐오표현 중의 한 카테고리로 나누고, 이거에 대해서 과연 어떠한 규제인가, 규제의 대상 또는 시정의 대상으로 봐야 되는 그 혐오표현을 또 어떻게 한정할 것인가, 이렇게 봐야 되는 문제가 아닌가 생각이 듭니다.

그러니까 어떤 내용에 대해서 개념 정의를 하고, 거기에 대해서 어떤 규제를 할 것이고, 이런 내용은 좀 나눠서 봐야 되는데, 혐오표현에 대한 논의들은 규제, 그 뒷부분에 있는 내용에 너무 집중한 나머지 개념 정의 자체를 굉장히 좁게 잡아 버림으로써, 우리가 많이 쓰고 있는 혐오라는 단어 자체가 굉장히 많이 한정돼버

리는 것 같습니다.

적절한 얘기인지는 모르겠는데 지금 ‘남성 혐오라는 게 존재하나, 존재하지 않느냐’ 말이 나오는 이유 중의 하나가 남성이라는 단어도 있고 혐오라는 단어도 있는데, 혐오표현이란 단어가 남성 혐오표현이라는 남성용어론 존재할 수 없다고 했을 때, 법을 공부하지 않고 혐오표현에 대해서 공부하지 않은 사람들 입장에서 봐서는 이게 말이 안 되는 소리일 수 있는 거거든요. 그래서 남성혐오라든지, 그러니까 다수자에 대한 혐오표현이라는 게 분명히 존재할 수 있고 분명히 말로는 가능할 수 있다. 그렇지만 우리가 고민해봐야 되는 그다음에 이제 정치, 법질서에 반한다거나 우리 공동체의 입장에서 봤을 때 바람직하지 않은 그런 혐오표현을 한 번 더 좁히고, 그다음에 다시 또 어떤 방식으로 규제를 할 것인가 해서 규제대상으로서의 혐오표현을 다시 한 번 논의하는 게 순서상 맞지 않을까 하는 생각이 좀 들 때가 있었습니다.

제가 예전부터 갖고 있던 의문을 좀 질문 드립니다.

지정토론자(김민정) : 사실 최근에 그 혐오표현이라는 용어가 요즘 이제 거의 확립이 된 것 같기는 해요, 한국에서. 근데 이게 Hate Speech에서 온 거잖아요? 그래서 그 hate를 혐오라고 번역을 해서 사용하는 것이 과연 좋은 결정이었냐라는 고민을 최근에 좀 하게 되었습니다.

아까 제가 방송통신 심의기준에 대해서 말씀드렸는데, 거기 혐오라는 단어가 두 가지로 다르게 사용이 되는데, 하나의 혐오는 disgusting하다 할 때의 혐오 있잖아요? 낙지가 너무 혐오스러워서 난 먹을 수가 없어, 뭐 이런 거. 시체 같은 것을 보여준다는가 뭐 그런 것들을 방송 장면에서 하면 안 되고, 혐오감을 유발하는 표현은 안 되고, 이럴 때 혐오라는 표현을 사용을 하거든요, 우리 사회에서. 심의기준에도 언급이 되어 있고요. 그런데 그것과는 다른 의미의 ‘혐오’가 있거든요. 낙지를 hate하지는 않잖아요, 낙지를 disgusting하다고 생각할 수는 있지만.

hate라는 걸 혐오로 번역했는데 이걸 증오라고 하면 너무나도 극심한 감정인 것 같고, 혐오라는 번역은 이제 뿌리를 내린 것 같고. 혐오라는 용어를 처음에 선택을 하긴 했는데, 이것이 굳어지면서 이제 혐오라는 단어 자체가 갖고 있는 광범위성으로 인해서 문제가 조금 발생한다는 생각을 최근에 좀 하고 있었어요.

지금 제기하신 문제 관련해서 저는 남성을 혐오하는 감정, 당연히 존재하고요. 남성을 혐오하는 감정을 표현하는 혐오표현도 당연히 존재한다고 생각합니다. 그런데 이제 법적으로 규제하고 싶은 혐오표현에서는, 그 hate라는 개념이 그

hate의 대상이 되는 사람들이 소수자들이었고, 그들에 대한 hate가 논쟁이기 때문에 계속 얘기가 되는 것이거든요. 그래서 사실 저는 Hate Speech를 혐오표현으로 처음에 번역한 것을 사람들이 계속 사용하면서 요즘에 굳어진 것 같기는 한데, 다른 적절한 게 혹시 있지는 않을까라는 고민을 개인적으로는 좀 하고 있습니다.

토 론 자(배보운 부장헌법연구관) : 세 분께 질문을 하나 드려보겠습니다.

지금 말씀하신 것처럼 헤이트 스피치는 이제 미국에서 나왔고, 또 거기서 헤이트 스피치를 논의할 때 표현의 자유의 한계 영역으로 헤이트 스피치를 언급하면서, 이걸 이 선을 넘는 경우에는 이제 보호가 안 된다, 이제 처벌된다, 이렇게 개념 규정을 하는 것 같고요.

독일의 경우에는 ‘공공질서에 대한 죄’라고 해서 공공의 안전질서에 대해서 카테고리지어서 처벌의 대상으로 삼고 있습니다. 더 넓은 의미의 헤이트 스피치 관점에서 보더라도. 그런데 독일은 잘 아시다시피 그 유대인에 대한 나치가 한 그런 역사적인 경험이 있기 때문에, 유럽 전체뿐만 아니라 피해가 세계 전체적인 전쟁으로 갔기 때문에, 그것에 대한 규제의 필요성 때문에 아마 이런 형식으로 된 것 같은데요.

그렇다고 하면 우리 사회의 경우에 지금 사회에서 논의되고 국회에서 입법 안까지 올라온 이유라고 하면, 이와 같은 광의의 의미에서 혐오표현의 범주에 속하는 행위 중에서 현재 개인적 법익이나 사회적 법익이나 법 상 형사적인 처벌 영역 중에서 해결되지 않는 영역이 있다고 보시는지? 있다고 보면 그것이 형사 처벌할 필요가 있는 영역이 있는지?

발 표 자 : 일반적으로 이런 영역이다 하기가 굉장히 어려운 것 같아요. 일반적으로는 아닌 것 같은 표현도 그게 행해진 구체적인 상황이나 맥락에서 보면 굉장히 심한 표현으로도 판단될 수도 있고 이러니까. 그걸 미리 앞당겨서 추상화하는 작업을 하다보면, 표현의 자유에 대한 원칙들을 안 건드리고 하기가 굉장히 어렵지 않나 이런 생각이 들고요.

미국에서도 우리 보호영역 비슷하게 해서 언론자유에서 아예 영역에 들어오지 않는 것들 몇 가지가 있는데, 아까 R.A.V. v. City of St. Paul 사건 같은 경우는 전통적으로는 영역에 들어오지 않는 거였는데도 불구하고, 9:0으로 이걸 위헌 무효로 선언하면서, 5인 의견이 “관점에 따른 차별이다” 이걸 이유로 했습니다. 그런데 나머지 소수의견들 보면, 이거는 아예 영역에 따른 차별, 그 영역에 들어오

지 않기 때문에 이런 걸 적용해서는 안 된다고도 의견을 모으고 했는데, 그래서 그 판결 이후에 그것도 많이 흔들렸다고 합니다.

그래서 다 그대로 차용할 것도 아니고 하긴 한데, 일반적으로 딱 분류해서 말하기가 어렵고. 또 보호영역 얘기를 하면 음란 같은 걸 우리가 종전에는 표현의 자유 보호영역 아니라고 했다가 4기 재판부에서 이걸 들어온다고 했기 때문에, 이 혐오표현도 분명히 제 생각에는 보호영역까지 부인할 것 같지는 않거든요. 그러면 그걸 미리 이렇게 이야기하기도 조금 어려운.

사 회 자 : 그러니까 구체적으로 말씀해달라는 그런 부탁이신 것 같은데요?

지정토론자(김민정) : 저는 헤이트 스피치를 규제하지 않음으로써 어떤 법적인 공백이 있느냐라는 질문으로 이해를 했거든요.

토 론 자(배보운) : 헤이트 스피치의 영역 중에서 현재 그 방송법이나 이런 데서 규제할 수 있거나 형사적인 처벌을 하는 영역에 포함되지 않는 헤이트 스피치로서, 형사 처벌할 필요성이 있는 영역이 있다고 생각하시는지.

지정토론자(김민정) : 저는 그러한 영역은 있다고 생각이 좀 드는데요.

아까 그 집단극단화 말씀하셨을 때 저는 약간 반대의견이 들었던 부분이, 집단극단화 현상이 인터넷 상에서 상당히 심화가 되고 있고, 그래서 일베들은 일베 들끼리 모여서 얘기를 하고 있기 때문에 점점 그러한 혐오표현을 심화해서 표현하고 있다고 생각을 하거든요. 그러한 일베가 그 게이머랑 결혼한 어떤 전라도 여성에 대해서 반복적으로 혐오표현을 했었을 때, 그 여성이 일베 게시물을 대상으로 고소도 많이 했었습니다. 그렇게 개인이 특정이 됐을 때는 이제 기존의 모욕죄나 이런 걸로 다 처벌이 되는 영역인데. 그렇지 않고서 일베가 통상적으로 하고 있는 여러 가지 혐오표현들이 있고, 그것이 끼치는 사회적 해악은 저는 분명히 존재한다고 생각을 합니다. 그것이 법적인 공백의 영역으로는 존재한다고 생각을 하는데, 그 공백을 메우기 위해서 뭔가 형사처벌을 하려고 했을 때의 위험성이 아까 여러 가지 말씀드린 것에서 너무 다분하다고 생각되기 때문에, 저는 결론적으로 반대하는 입장입니다.

지정토론자(김지혜) : 제가 생각하는 공백은, 이 차별 선동이라고 했을 때,

정말 조직적이고 의도적인 것들인데요. 예컨대 신문광고 가끔 보시면 특정한 정책을 반대하는 겁니다. 특정한 입법을 반대하는 이유를 근거로 드는데, 예컨대 이주, 다문화 관련해서도 거짓된 정보들이 들어갑니다. 예컨대 이주민 관련 협약을 아예 언급을 하면서 그 협약에 의하면 미등록 이주자는 내쫓아도 되도록 되어 있다, 혹은 지금 뭐 몇 만이 몰려오는데 다 빈곤한 사람들이어서 이 사람들이 예산을 어떻게 깎아먹고 있다, 이런 이야기들을 합니다. 실제로는 외국인 노동자들이 와서 내는 세금도 상당한데, 그런 부분은 제외하고 얼마나 위험하고 이 사람들이 범죄자 집단인지에 대한 내용들을 신문광고로 하는데, 그것은 특정한 입법을 반대하기 위한, 특정한 정책을 반대하기 위한 의도들이 들어 있고요.

성소수자 관련해서는 굉장히 활발해서 그런 신문뿐만이 아니라 각종 모임들이 있습니다. 각종 토론회가 요새 프레스 센터에서도 열리고 대학에서도 열리고 하는데, 그 청중들이 듣는 이야기들은 ‘동성애가 에이즈의 원인이다. 그리고 동성애 때문에 아무튼 사회가 망하고 있다.’라는 것을 굉장히 과학적인 것처럼 포장해서 이야기를 하고, 그 자리의 목적은 이제 특정한 법이나 정책에 대한 반대들입니다.

그래서 확실한 의도가 있고요. 어떤 것을 없애려고, 법이든지 정책이든지 없애려고 하는 의도가 있고, 그것을 위한 여러 가지 근거들이 편견이나 왜곡된 정보에 의해서 이루어지고 있고, 이것이 조직적인 어떤 특정한 단체에 의해서 이루어지고 있는데요. 이런 경우에 만일 그 말을 할 때 누군가 특정한 개인을 언급한다면 소송이 가능하겠지만, 그렇지 않은 경우에는 사실 방법이 없다는 것입니다.

사 회 자 : 헤이트 스피치 문제에 대해, 유럽은 유대인 학살 이게 있고, 사실 그 이후에도 워낙 많은 내전을 겪으면서 인종 간, 종교 간, 그런 대학살들이 많이 일어나서, 유럽은 거의 일반적으로 형사처벌 쪽으로 가는 것 같은 방향인 것 같습니다. 그런데 유럽은 한 9억, 10억 되는 인구이고 사실 미국은 한 3억 밖에 안 되지 않습니까? 그런데 한국이 워낙 미국의 영향이 커서, 이게 미국 쪽 이야기를 많이 듣는 것 같습니다. 그러다 보니까 이제 표현의 자유 쪽으로 발언하시는 분들이 많고, 사실 여기에 계신 세 분도 보니까 다 미국 쪽 자료를 보셔가지고, 뭐 김지혜 교수님은 미국에서 공부하셨긴 했지만 그러나 조금 다른 견해인 것 같고.

저는 좀 유럽적인 배경이 있어서 그런지, 저도 ‘아, 이거 규제 좀 해야 되는 것 아닌가’라는 생각이 요즘 많이 들더라고요. 어쨌든 조금 더 이제 고민이 필요

한 영역이고, 좀 더 많은 논의가 더 이루어져야 되는데 이렇게 헌법재판소 실무연구회에서 이런 연구를 선도적으로 한다는 것은 굉장히 의미 있는 것 같습니다.

아까 우리 김지혜 교수님께서 이 헌법재판소, 이 카운터 스피치 해야 된다 이렇게 역할을 말씀해 주셨는데, 그런 중요한 역할이 또 작동을 하지 않을까라는 생각이 들고, 마지막으로 우리 이진성 재판관님 말씀 한번 듣고 마치도록 하겠습니다.

회 장(이진성 헌법재판관) : 우선 김지혜 교수님이 우리 금년에 한 결정에 대해서 지적을 해서 제가 얼른 여기서 지금 검색을 해봤어요. 그랬더니 긴 판결, 결정문 다 볼 수도 없는데, 그 결정요지 한 두세 번째 줄에 들어가니까 바로 뭐 ‘비정상적인 성적 교섭행위’ 그런 표현이 나오는데, 제가 그 사건에서 반대의견을 하긴 했지만, 그러니까 동성애를 비정상적인 행위라고 표현하는 것 자체는 바로 그게 혐오표현에 해당하는지는 모르겠는데, 이제 헌법재판소로서 바람직하지 않은 표현으로 생각이 됩니다. 그런 지적에 대해서 대단히 감사하게 생각을 하고요.

저도 뭐 혐오표현에 대해서 제대로 잘 알지도 못하고, 사실 헤이트 스피치를 처음 알게 된 것은 일본의 극우단체들이 행진하면서 제일 조선인들에 대해서 시위를 하는 것에서부터 제가 그런 영어 표현을 처음 알게 된 거였는데. 지금 오늘 토론회에서 말씀하시는 것처럼 그 용어가 뭐 확정이 된 것도 아니고, 그에 대해서 또 규제를 어떻게 해야 되는지 아직 된 것도 아니고, 결국 논의가 시작되는 단계라고 볼 수 있을 것 같습니다.

그런데 그 논의를 이제 하는 과정에서 뭐 규제를 해야 되느냐 규제를 하지 말아야 되느냐 이런 논의 물론 가능하겠지만, 실무적인 관점에서 보자면 그러면 규제를 했을 때 ‘어떤 규제를 할 수가 있는지’ 그것을 먼저 생각을 해 봐야 될 것 같습니다. 대개 규제하면 형사적인 규제들을 많이 생각하고, 여기서도 오늘 독일 형법이나 미국 세인트폴시의 조례 같은 것들을 얘기들을 하시는데, 우리 뭐 폐기된 법률안도 제가 봤는데요. 그러니까 형사적인 규제를 할 때 과연 얼마만큼의 처벌을 할 수가 있을 것인지. 독일 형법도 보니까 징역형을 부과하는 것은 공공의 평온을 해할 정도가 돼야 되는데, 과연 그런 구성요건을 우리도 이제 인정할 수 있는 것인지, 또 그런 구성요건이 과연 죄형법정주의와는 어떻게 연결이 될 수 있을지. 또 그에 대해서 미국 조례는 misdemeanor로 처벌을 한하는데, 그러면 우리는 어느 정도로 할 수가 있는지, 이제 그런 것들을 생각을 해 봐야 될 것이고. 지금 당장 입법할 단계가 당연히 아닐 것이고.

그다음에 형사뿐만 아니라 사실은 민사나 행정적인 규제가 더욱더 필요하고, 더 효과적이지 않을까 그런 생각을 합니다. 민사적인 규제는 결국은 법원에 손해배상청구를 해서 불법행위를 주장하는 그런 방법이 있을 텐데, 지금 아직 이론이 완전히 정립이 되지 않은 거라서 법원도 상당히 당혹스러울 것입니다. 근데 실제로는 혐오표현이라는 것이 아까 발제자가 얘기했듯이 침묵 효과의 문제도 물론 중요하지만, 그 집단에 속하는 개개인에 있어서는 그 인격이나 명예에 있어서 아주 심대한 타격을 입는 것이거든요. 그러니까 그런 것들을 민사상 손해배상 청구가 됐을 때 과연 어떻게 이론구성을 하고, 그것을 만약에 인용해 줄 때는 어떤 정도의 손해배상이 가능한지, 이런 것을 이제 실무가라고 혼자 머릿속으로 생각해서 판결할 수는 없는 것이고, 결국 학계에서 그런 데 대해서 뒷받침을 해줘야 될 것 같습니다. 그래서 그런 논의가 좀 더 많이 돼야 되지 않느냐 그런 생각이 들고.

우리가 그동안에 표현의 자유가 몇 십 년 전에는 굉장히 억압받는 상황에서 헌법이 개정된 이후에, 이렇게 표현의 자유가 아주 범위가 넓어지고 그에 대한 규제를 하려는 곤란한 것처럼 되는 상황이지요. 그러다 보니 이제 인터넷의 발달과 맞물려 가지고 정말 표현의 자유를 과잉되게 누리는 그런 시절이 왔다고 생각이 드는데, 그로 인해서 피해를 입는 이런 피해자들에 대한 구제가 어떻게 가능할 것인지. 다시 한 번 요약하자면, 이 규제 옹호론 또는 규제 불필요론 뭐 그런 걸로 할 것이 아니라, 실제 어떤 방법으로 이 사람들을 구제하고, 또 그런 행위자들을 처벌하고 또 행정적으로는 어떻게 규제를 할 수 있고, 그것이 과연 실효성이 있을 것인지를 먼저 생각할 필요가 있다, 이런 생각이 듭니다.

유럽연합의 유연성*

- 안정성 균형의 실험과 노동의 대안 -

조 돈 문**

유럽연합의 유연성-안정성 균형의 실험 경험은 우리사회에 상당한 정책적·실천적 함의를 지닌다. 여기에서는 먼저 유럽연합이 유럽의 사회적 모델에 입각하여 노동시장의 유연성-안정성 균형을 실현하기 위하여 유연안정성 모델과 비정규직 관련 지침들을 수립하여 유럽연합 회원국들을 대상으로 확산하는 실험에 대한 본 연구의 결과를 정리한 다음 유럽연합 실험의 정책적·실천적 함의를 검토한다.

1. 유럽연합의 유연성-안정성 균형 실험

1) 유럽의 사회적 모델과 노동시장의 유연성-안정성 균형

유럽연합은 신자유주의 세계화 추세에 편승하여 경제적 효율성을 위해 사회적 가치를 희생하는 영미형 자유시장경제모델에 맞서 시장에 대한 민주적 규제, 기회의 공정한 배분, 보편적인 사회적 보호 등 유럽연합 회원국들이 공유하는 사회적 가치를 지켜내고자 유럽의 사회적 모델을 수립했다. 유럽의 사회적 모델을 중심으로 유럽연합은 약화된 유럽경제의 경쟁력을 강화하는 동시에 사회통합도

* 이 글은 『노동시장의 유연성-안정성 균형을 위한 유럽의 실험: 유럽연합의 유연 안정성 모델과 비정규직 지침』(2016)의 맺음말 부분임.

** 가톨릭대 사회학과 교수, 한국비정규노동센터 대표

구현하기 위해 경제성장, 일자리, 사회통합의 삼각축으로 구성된 리스본전략을 추진했다.

유럽의 사회적 모델과 리스본 전략이 성공하기 위해서는 경제성장과 사회통합의 기초를 이루며 양자를 연계하는 노동시장의 효율적 작동이 전제되어야 한다. 따라서 유럽연합이 높은 고용률과 낮은 실업률, 특히 장기실업률 등 노동시장의 효율성을 보여주던 스칸디나비아 국가들에 주목하게 된 것은 자연스런 귀결이었다(<표 11.1> 참조).

<표 11.1> 노동시장 지표들의 국제비교, 2014년

비교기준*	스웨덴	독일	스페인	미국	한국 ¹⁾	OECD 평균	비고
<노동시장 효율성>							
고용률(%)	74.85	73.78	56.00	68.15	63.35	65.66	15-64세 인구 대비
실업률(%)	7.4	4.64	22.08	5.29	3.64	6.78	취업연령(15-64세) 노동력 대비
장기실업자비율(%)	17.01	44.66	49.68	25.91	0.40	35.09	총실업자 대비 (1년 이상 실업)
임시직 비율(%)	17.45	13.04	24.0	4.21 (2005)	21.65	11.14	총피고용자 대비
단기근속자 비율(%)	19.5	13.4	15.9	20.2	30.8	17.5	근속기간 1년 미만
장기근속자 비율(%)	33.8	41.9	41.0	27.3	20.1	33.3	근속기간 10년 이상
연 총노동시간	1609	1371	1689	1789	2163	1770	
소득배수	2.27	3.28	3.08	5.22	4.63	-	소득9분위/소득1분위
<고용보호 법제화: 유연성-경직성>							
집단해고 규제	2.50	3.63	3.38	2.88	1.88	2.90	높은 값 경직성(0-6)
정규직 해고 규제	2.52	2.53	1.95	0.49	2.29	2.04	높은 값 경직성(0-6)
임시직 사용 규제	0.81	1.13	2.56	0.25	2.13	1.72	높은 값 경직성(0-6)

1) 한국 노동시장의 실업률, 특히 장기실업자비율이 낮은 것은 조사대상 기간에 적극적 구직활동을 하지 않은 실망실업자와 취업준비생 등이 실업자 통계에서 제외되기 때문이다. 스웨덴 등 스칸디나비아국가들을 포함한 다수의 유럽연합 국가들의 경우 실망실업자와 취업준비생이 공적고용서비스 기구에 등록하고 구직활동을 하면 실업급여 혹은 기초실업부조를 수급할 수 있게 되는 반면, 한국은 그렇지 않은 것이다. 따라서 한국의 노동시장 지표들의 해석에는 주의가 필요하다.

비교기준*	스웨덴	독일	스페인	미국	한국	OECD 평균	비고
<노동시장정책: 안정성-불안정성>							
적극적정책(% GDP)	1.35	0.67	0.61	0.11	0.29	0.56	
소극적정책(% GDP)	0.68	1.01	2.99	0.24	0.27	0.91	
적극적정책참여율(%)	5.34	3.07	11.63	-	-	3.72	전체노동력 대비
소극적정책참여율(%)	5.44	6.79	12.55	-	-	6.41	전체노동력 대비
<참조>							
노동조합 조직률(%)	67.3	18.1	16.9	10.7	10.1	16.7	

주: * 기준년도: 실업률 2015년; 장기실업자 비율, 고용보호 법제화, 노동시장정책 2013년(스페인과 한국은 2012년); 소득배수 2012년; 노조조직률 2014년(스페인, 독일, 2013년, 한국 2012년).
자료: OECD(2013a, 2014, 2015), OECD statistics(<http://stats.oecd.org/>).

시장경제모델 4 유형의 전형을 이루는 스웨덴, 독일, 스페인, 미국을 비교하면, 스웨덴은 높은 고용률, 낮은 장기실업자 비율과 낮은 소득불평등 정도로 노동시장의 상대적 효율성을 확인해 주고 있다. 이러한 효율적 작동의 결과를 가져온 스칸디나비아 국가들의 노동시장은 높은 수준의 유연성-안정성 균형을 특징으로 하고 있다. 고용보호 법제화 측면에서, 독일과 스페인은 높은 경직성을 보여주는 반면, 스웨덴은 상대적으로 더 높은 유연성을 보여주고 있다. 적극적 노동시장 정책을 보면, 스웨덴은 GDP 대비 예산 지출 규모와 정책 참여율에서 여타 국가들을 압도하고 있는데, 스페인의 경우 정책 참여율이 높은 것은 높은 실업률에서 비롯된 것이며 예산 지출 규모가 작다는 점에서 적극적 노동시장정책의 실효성이 매우 취약함을 보여준다.

이처럼 시장경제모델들은 노동시장의 유연성과 안정성의 조합에서 확연한 차별성을 보여주고 있다(<표 11.2> 참조). 독일 등 대륙형 국가들은 유연성 없는 안정성의 포드주의 고용경직성을, 미국 등 영미형 국가들은 안정성 없는 유연성의 일방적 유연화를 보여주며 유연성-안정성의 비대칭성을 보여주었다. 유연성-안정성의 대칭성을 보여준 국가들의 경우, 스웨덴 등 스칸디나비아형 국가들은 유연성과 안정성 모두 높은 수준에서 균형을 이루며 유연안정성 모델을 보여준 반면, 스페인 등 지중해형 국가들은 유연성과 안정성 모두 낮은 수준에서 균형을 이루는 ‘비-유연안정성’으로 유연안정성 모델의 대척점을 이루고 있다.

<표 11.2> 시장경제모델별 노동시장 특성

		안 정 성	
		높 음	낮 음
유연성	높음	스칸디나비아형 사회민주주의모델 (유연안정성모델)	영미형 자유시장경제모델 (일방적 유연화)
	낮음	대륙형 조정시장경제모델 (포드주의 고용경직성)	지중해형 조정시장경제모델 (비-유연안정성)

유럽연합은 경제성장과 사회통합을 동시에 구현한 스칸디나비아 국가들을 경험적 준거로 유럽의 사회적 모델을 수립했듯이, 노동시장 정책에서도 노동시장의 효율성을 보여준 스칸디나비아 국가들을 경험적 준거로 삼고 유럽연합 회원국들을 대상으로 노동시장의 유연성과 안정성 균형을 실현하도록 지도했다. 노동력 사용의 유연성과 안정성의 균형을 실현하기 위한 유럽연합의 실천은 유연안정성 모델과 비정규직 지침을 중심으로 진행되었다.

2) 유연안정성 모델과 황금삼각형의 효율성

유럽연합은 유럽의 사회적 모델과 리스본전략의 성공을 위해 새로운 형태의 유연성-안정성 균형을 이루는 유연안정성 모델을 수립하여 확산시키기 위해 2007년 12월 유연안정성 공통원칙들을 확정·발표했다. 영미형 자유시장경제모델에 대한 대안으로 유럽의 사회적 모델이 제시되었듯이, 유연성-안정성 균형을 위한 유연안정성 모델 또한 신자유주의 세계화 추세 속에서 진행되는 영미형의 일방적 유연화 방식에 대한 대안으로 수립되었다.

유럽연합의 공통원칙은 유연성에서 외적 유연성뿐만 아니라 내적 유연성도 똑같이 중요하다고 규정하며 고용계약의 유연성은 안정적 일자리 이동과 사회적 보호를 담보하는 정책 장치들로 보완되어야 한다는 점을 분명히 했다. 유럽연합은 이러한 유연성-안정성의 균형을 실현하기 위한 유연안정성의 구체적 정책요소들을 유연하고 신뢰할만한 고용계약제도, 포괄적인 평생학습전략, 효율적인 적극적 노동시장정책, 지속가능한 사회보호체계 등 네 가지로 규정했는데, 이는 덴마크 등 스칸디나비아 국가들의 황금삼각형이 경험적 준거가 되었음을 확인해 주었

다. 황금삼각형은 스칸디나비아 국가들에서 고용계약제도의 유연성이 가져올 수 있는 부정적 결과를 적극적 노동시장정책에 의한 취업보장 방식의 고용안정성과 관대한 실업자 소득보장체계에 의한 소득안정성으로 해소함으로써 유연성과 안정성의 균형을 실현하며 노동시장의 효율성을 담보한다고 판단한 것이다.

유럽연합은 노동시장의 효율성뿐만 아니라 긍정적인 경제적 성과도 수반한다고 평가하며 유연안정성 모델을 추진했는데, 정책요소들에 대한 경험적 연구분석들도 고용계약제도 유연성을 제외하면 대체로 긍정적 성과를 확인해 주고 있다. 평생학습제도와 적극적 노동시장정책은 노동자들의 숙련형성을 통해 생산성 향상을 수반하는 한편 실직자들의 재취업 가능성을 높여줌으로써 실업률을 낮추는 결과를 가져오는 것으로 나타났다. 단, 적극적 노동시장정책의 경우 재취업이 어려운 노동시장 취약계층에 상대적으로 많은 자원을 투입하고 있어 단기적 관점의 비용-편익 분석에서는 비효율적으로 나타날 수 있으나 장기실업자 비율을 낮추는 등 장기적 관점의 긍정적 효과는 크다.

사회보장체계의 핵심을 구성하는 실업자 소득보상제도의 경우, 높은 소득대체율을 수반하는 관대한 실업급여제도의 효과는 양면적인 것으로 나타났다. 관대한 실업급여제도는 노동자들이 장래전망뿐만 아니라 자신의 자격조건과 적성에 맞는 일자리를 찾을 수 있는 시간적 여유를 제공하여 노동시장의 일자리 매칭 적합성을 높여주는 한편 생산성과 위험성이 높은 직무에 대해서도 도전할 수 있게 함으로써 노동시장의 효율성뿐만 아니라 노동생산성과 경제성장에도 긍정적 영향을 미치고 있다. 한편, 관대한 실업급여제도는 실업자들의 구직 인센티브를 약화시키고 실업기간을 장기화하는 부정적 효과도 수반하는 것으로 지적되고 있다. 하지만 관대한 실업급여제도를 효율적인 적극적 노동시장정책과 결합하여 시행하면 부정적 효과가 최소화되고 긍정적 효과가 강화되는 것으로 확인되고 있으며, 유럽연합 회원국들이 실업급여제도에 활성화 원칙을 도입하는 것은 이러한 정책적 고려에서 비롯된 것이다.

한편, 고용계약제도의 유연성-경직성이 노동시장과 생산성에 미치는 효과는 정(+)의 효과와 부(-)의 효과가 혼재되어 일관된 경향성을 보이지 않는 것으로 나타났다. 고용계약제도의 유연성은 기업이 기술변화나 시장수요 변화에 신속하게 대응할 수 있게 하는 반면, 고용계약제도의 경직성은 낮은 이직 가능성으로 인해 기업과 노동자 모두 교육훈련에 대한 투자 인센티브를 높이고 교육훈련과 근속에 따른 숙련향상과 함께 기업에 대한 헌신성을 높이는 결과를 가져온다. 이처럼 고용계약제도의 유연성-경직성은 서로 상반된 긍정적-부정적 효과를 수반하는데,

경제위기 하에서 이러한 효과는 크게 증폭될 수 있다. 경제위기 상황에서 고용계약제도의 유연성이 정당화될 수 있는 수준에서 적절하게 사용될 경우 기업이 조기에 위기 상황을 극복할 수 있지만, 적절한 규제장치 없이 정리해고를 남발할 경우 실업자 재정지원 예산 증액을 압박하여 세수부족의 공적 재정 적자를 심화시킴으로써 경제위기 타개를 위한 재정자원을 고갈시키며 경제위기를 장기화하는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 고용계약제도의 효과에 대한 분석은 주로 외적, 수량적 유연성의 효과를 중심으로 수행되었는데, 내적 유연성의 경우 긍정적 효과가 크다는데 대해서는 논란의 여지가 거의 없다고 할 수 있다.

리스본 전략 10년의 성과를 평가하면서 유럽연합이 2010년에 유연안정성 모델의 노동시장 효과 및 경제적 효과를 모두 긍정적으로 평가할 수 있었던 것은 이처럼 유연안정성 모델의 개별 정책요소들이 대체로 긍정적 성과를 수반하기 때문이다. 뿐만 아니라 유연안정성 모델의 전형으로서 높은 수준에서 유연성-안정성의 균형을 이루는 스웨덴 등 스칸디나비아 국가들이 경제위기 하에서도 고용계약제도의 유연성을 관리하며 황금삼각형 정책요소들의 시너지 효과에 힘입어 높은 고용률과 낮은 장기실업률로 경제위기를 조기에 극복할 수 있었다는 사실도 이러한 유연안정성 모델의 긍정적 평가에 대한 경험적 근거를 제공하고 있다.

3) 비정규직 관련 지침과 동등처우 원칙

유럽연합은 비정규직 노동이 확산되는 가운데 비정규직 노동력의 사용을 규제하고 비정규직 노동자를 보호하기 위해 비정규직 관련 지침 수립을 추진했다. 그 결과 단시간노동 지침과 기간제노동 지침을 노사합의에 기초하여 각각 1997년과 1999년에 수립했으나 파견노동 지침의 경우 노사합의 도출 실패와 영국 등 일부 회원국들의 강경한 반대로 인해 난항을 겪다가 2008년 12월에 가서야 수립할 수 있었다.

유럽연합은 비정규직 관련 지침들이 자본의 유연성 요구와 노동의 안정성 요구를 동시에 충족한다는 이중적 목적을 분명히 했다. 비정규직의 존재 자체가 노동력 사용의 유연성을 허용했다는 점에서 비정규직 지침들은 유연화된 노동시장의 노동력 사용 방식을 규제하고 노동자들을 보호하여 유연성의 피해를 최소화하기 위해 수립된 것이다. 따라서 비정규직 지침들은 비정규직 사용 규제와 노동자 보호를 위한 최저기준으로 설정된 것이며, 노동자 보호란 유연성의 직접적 피해자인 비정규직을 우선적 대상으로 하고 있지만 정규직도 잠재적인 간접적 피해

로부터 보호되는 효과를 수반한다.

단시간노동 지침과 기간제노동 지침이 정규직 노동자와의 차별처우를 금지하는 원칙을 수립했는데, 파견노동 지침은 한 발 더 나아가 좀더 적극적인 동등처우 원칙을 수립했다. 파견노동 지침 수립이 여타 비정규직 관련 지침들에 비해 10년 정도 늦게 수립된 것은 노사간 첨예한 이해관계 대립 때문이었는데, 핵심쟁점은 동등처우 원칙의 비교 대상과 적용 시점이었다. 최종확정된 파견노동 지침은 동등처우 원칙의 비교 대상을 동종 파견업의 파견노동자가 아니라 사용업체의 직접고용 노동자로, 적용 시점은 경과기간 없이 파견 즉시 적용하도록 했다. 이는 자본의 유연성 요구보다 노동의 안정성 요구를 우선시한 선택이지만, 유연성보다 안정성에 편향된 선택이 아니라 유럽연합이 판단한 유연성-안정성의 이중적 목적에 충실한 유연성-안정성 균형의 내용이라 할 수 있다.

유럽연합은 비정규직 관련 지침들이 회원국들의 성실한 도입·집행을 통해 노동시장의 안정성을 제고하고 비정규직 노동자 보호를 강화한 것으로 평가했다. 노사간 이해관계 대립으로 지침 수립이 지연되었고 결국 세 유형의 예외를 인정하는 타협안으로 수립되었다는 점에서 파견노동 지침은 회원국들에 의한 불성실한 도입·집행의 우려가 컸었다.

유럽연합은 회원국들이 파견노동 지침을 도입·집행한 결과를 검토하면서 일부 항목들의 경우 남용예방 조치가 필요함을 인정하고 모니터링활동을 지속하겠다고 밝히면서도 전반적으로는 별다른 문제점을 발견하지 못하며 긍정적으로 평가했다. 파견노동의 사용에 대한 적절한 규제 장치가 수립되지 않았던 영미형과 동구권 국가들에서 파견노동 지침의 효과가 특히 더 컸던 것으로 확인되었다.

파견노동 지침 수립이 전반적으로 긍정적 효과를 수반한 가운데, 유럽연합 회원국들은 파견노동 지침의 도입·집행 정도에 있어 시장경제모델별로 상당한 편차를 보여주었다. 스페인 등 지중해형 국가들은 유럽연합 회원국들 가운데 가장 높은 지침집행 정도를 보여준 반면, 영미형 국가들이 가장 낮은 지침집행 정도를 보여주는 가운데, 스칸디나비아형 국가들이 그 다음으로 집행 정도가 낮은 것으로 나타났다. 이러한 시장경제모델별 지침집행 정도의 편차는 파견노동 지침 수립 과정에서 보여준 입장 차이가 발현된 것으로 해석할 수 있다. 파견노동 지침 수립 과정에서 영미형 국가들은 파견노동 지침 수립에 가장 강력하게 반대했으며, 동등처우 원칙 반대 입장에서 후퇴하기는 했지만 여전히 적용의 경과기간 허용 등 동등처우 원칙을 유명무실화하는 수준의 요구를 고집한 반면, 스웨덴 등 스칸디나비아형 국가들과 독일 등 대륙형 국가들은 동등처우 원칙과 파견노동 지

침 수립 자체에 대해서는 반대하지 않았지만 파견노동자의 정규직 고용의 경우 예외 인정 혹은 단체협약에 의한 예외인정 허용 등을 요구했다. 한편, 스페인 등 지중해형 국가들은 파견노동 지침 수립 과정에서 동등처우 원칙이나 파견노동 지침 수립에 대해 전혀 반대의견을 제시하지 않으며 일관된 지지 입장을 견지했다는 점에서 모범적인 지침집행 정도는 이미 예견된 결과였다고 할 수 있다.

동등처우 원칙 적용의 예외인정을 요구하지도 않고, 예외를 허용하지도 않은 것은 스페인 등 지중해형 국가들에서 확인했듯이 파견노동 사용 규제와 파견노동자 보호 의지를 보여주는 것임에 틀림없다. 하지만 동등처우 원칙의 예외인정을 허용했다고 해서 모두 파견노동 사용 규제와 파견노동자 보호 의지가 결여된 것은 아니다. 예컨대 스웨덴처럼 파견업체가 파견노동자를 정규직으로 고용하고 비파견 대기기간의 임금도 보장하도록 하며 동등처우 원칙의 적용 대상에서 임금을 제외한 것은 파견기간의 임금만 규제하는 동등처우 원칙보다 훨씬 더 강력한 파견노동자 보호 방식이라고 할 수 있다. 따라서, 가장 파견노동 지침의 집행정도가 낮은 영미형 국가들에서도 파견노동 지침 수립의 효과가 크게 나타났다는 점을 고려하면, 파견노동 지침을 포함한 유럽연합의 비정규직 관련 지침 수립이 파견노동자 보호를 유의미하게 강화했다는 유럽연합의 평가는 경험적 타당성을 지닌다고 할 수 있다.

4) 유연안정성의 ‘관리된 유연성’ vs 비-유연안정성

유럽연합 회원국들도 여타 자본주의 국가들처럼 노동력 활용의 유연성을 정규직 인력조정과 비정규직 활용의 두 방식으로 허용하고 있는데 양자의 상대적 활용 정도는 시장경제모델별로 편차를 보여준다. 대륙형과 지중해형 국가들은 고용계약제도의 경직성을 선택하여 정규직 인력조정을 상대적으로 어렵게 함으로써 노동력 활용의 유연성은 주로 비정규직 사용을 통해 확보된다. 반면, 영미형과 스칸디나비아형은 고용계약제도의 유연성을 선택하여 정규직 인력조정을 상대적으로 용이하게 함으로써 비정규직 활용 인센티브를 약화시키는 한편 노동력 활용의 유연성은 정규직 인력조정과 비정규직 사용의 두 가지 방식으로 확보된다.

시장경제모델별 고용계약제도 유연성-경직성의 상이한 선택으로 인해, 대륙형과 지중해형 국가들의 경우 정규직과 비정규직의 고용안정성과 노동조건 격차가 심화된 높은 수준의 노동시장 분절화 양상을 보이는 반면, 영미형과 스칸디나비아형은 상대적으로 낮은 수준의 노동시장 분절화 양상과 함께 높은 수준의

노동시장 통합을 보여준다. 유럽연합이 상대적으로 경직된 정규직 고용계약제도를 지닌 대륙형의 네덜란드 대신 상대적으로 유연한 정규직 고용계약제도를 지닌 덴마크를 유연안정성의 경험적 준거로 선택한 것은 분절화된 노동시장보다 통합된 노동시장에 기초하여 유연성과 안정성의 균형을 추구하겠다는 의지의 표현이라 할 수 있다. 그런 점에서, 유럽연합의 선택은 영미형 국가들의 안정성 없는 일방적 유연화가 아니라 스칸디나비아형 국가들의 유연성-안정성 균형의 선택을 의미한다.

유연성-안정성 균형을 보여주는 유연안정성의 스웨덴과 비-유연안정성의 스페인을 비교하면, <표 11.1>에서 정규직 인력조정 지표인 집단해고 규제 수준에서 지중해형의 스페인은 대륙형의 독일과 함께 OECD 평균보다 월등히 높은 경직성을 보이는 반면, 스칸디나비아형의 스웨덴은 OECD 평균과 영미형의 미국보다도 높은 유연성을 보여준다. 뿐만 아니라 스웨덴은 미국과 함께 임시직 사용 규제에서도 스페인은 물론 OECD 평균보다도 더 높은 유연성을 보여주고 있다. 이처럼 OECD의 고용보호법제화(EPL) 지표들에서 스웨덴이 정규직 인력조정은 물론 비정규직의 사용에서도 영미형과 함께 높은 유연성을 보장하는 것으로 나타나고 있지만, 이러한 OECD의 고용보호법제화 지표들이 주로 법규정을 기준으로 삼고 있어 법규정보다 단체협약에 더 의존하여 노동시장과 노사관계를 규제하는 스웨덴 등 스칸디나비아국가들의 경우 유연성 수준을 과대평가할 위험성을 지니고 있다.

스웨덴은 외적 수량적 유연성에 수반되는 피해를 최소화하기 위해 적극적 노동시장정책에 의한 취업보장 방식의 고용안정성을 보장하는 한편 자율적 실업보험제 중심의 공적 실업자 소득보장제도와 노동조합의 단체협약을 통한 추가적 실업자 보상제도로 구성되는 이중적 보호체계의 관대한 실업자 소득보장체제로 소득안정성을 보장하고 있다. 한편, 스웨덴은 정규직의 정리해고를 허용하지만 최소 1-6개월 이상의 긴 사전통지기간과 공동결정제에 의한 노사협의 의무화 등으로 규제하고 있고, 비정규직 사용을 허용하지만 사용사유를 제한하는 한편 정규직과의 동등처우를 보장함으로써 비정규직의 오남용 가능성을 차단하고 있다. 따라서 스웨덴은 높은 안정성을 제공하지만 고용계약제도의 유연성도 영미형 같은 제어되지 않은 유연성이 아니라 ‘관리된 유연성’이라 할 수 있다.²⁾

파견노동은 사용업체들이 사용자로서의 책임과 의무를 회피하기 위해 오·

2) 전병유(2016)가 지적하는 적정수준의 EPL이란 외적 수량적 유연성을 허용하되 남용하지 못하도록 하는 수준으로서, 관리된 유연성의 결과라 할 수 있다.

남용하는 사례가 많다는 점에서 비정규직 가운데서도 노동자보호가 상대적으로 어려운 고용형태인데, 스웨덴은 파견노동 사용 규제에 있어서도 이중해형의 스페인이나 대륙형의 독일보다 규제수준이 월등히 낮은 것으로 나타나고 있어(<표 5.1> 참조), 영미형 수준의 과잉된 유연성으로 의심할 수 있게 한다. 스웨덴의 파견노동 사용 규제는 법규정보다 주로 단체협약에 의해 수행되고 있는데, 그 핵심에는 파견업체의 파견노동자 정규직 고용 원칙, 파견기간 사용업체의 단체협약 적용 및 임금 등 노동조건 동등처우 원칙, 비파견 대기기간의 임금수준 보장이 있다. 유럽연합의 파견노동 지침의 동등처우 원칙도 파견기간에 한정된다는 점에서 비파견 대기기간의 임금수준까지 보장하는 것은 대단히 강력한 파견노동 사용 규제 방식으로 평가될 수 있다.

이러한 파견노동 사용의 ‘관리된 유연성’을 통해, 사용업체는 외적 수량적 유연성을 보장받고, 파견업체는 사업의 사회적 정당성을 취득하고, 직접고용 정규직 노동자는 노동조건 악화 없이 고용안정 완충재를 확보하고, 파견노동자는 고용안정성과 소득안정성을 확보한다. 이렇게 이해당사자들 모두 파견노동 사용을 둘러싸고 공생하는 호혜관계를 형성하고 있다는 점에서 스웨덴 노동시장의 ‘관리된 유연성’은 이해당사자들의 윈윈게임이라 할 수 있다. 이는 노사간 이해관계의 첨예한 대립으로 인해 파견노동 지침 수립이 단시간노동 지침과 기간제노동 지침에 비해 10년이다 더 지체되었던 유럽연합 사례와 좋은 대조를 이룬다.

비-유연안정성의 스페인은 파견노동 사용 규제에서도 유럽연합 최고 수준을 보이고 있는데(<표 5.1> 참조), 유럽연합의 파견노동 지침 집행 정도와 파견노동 사용 규제장치들의 수립 정도에서도 유럽연합 최고 수준을 보여주었다(<표 10.4> 와 <표 10.5> 참조). 하지만 스페인은 정리해고시 노사협의를 통한 ERE(*expediente regulación de empleo*, 고용조정계획) 제출과 정부의 승인 의무제 등 경직된 정규직 고용보호제도에도 불구하고 정리해고가 남발되어 왔고, 임시직 사용사유 제한과 동일직무 동일임금 원칙 등 강도 높은 비정규직 사용규제 장치들에도 불구하고 유럽 최고 수준의 임시직 사용 비율을 보여주고 있다. 이러한 스페인 노동시장의 모순적 상황은 다양한 정규직 해고 규제와 비정규직 사용 규제 장치들이 법제화 되어 있음에도 불구하고 제대로 준수되지 않았음을 의미한다. 이처럼 중소기업과 비정규직 노동자들을 중심으로 한 대다수 노동자들이 실질적인 법적 보호 대상에서 배제되고 있지만, 대기업 정규직 노동자들은 다양한 법적 규제장치들의 보호를 받는 극단적인 노동시장 분절 현상을 보여주고 있다. 따라서, 스페인 노동시장의 비-유연안정성은 안정성이 필요 없는 경직성의 보호가 아니라 대다수 노동자

들이 영미형 국가들처럼 유연성의 피해자이면서도 안정성을 보장받지 못하는 ‘유연-불안정성(flexicariedad)’³⁾에 노출되어 있다(조돈문 2012a, 2012b, 2013b).

스웨덴의 ‘관리된 유연성’이 창출하는 윈윈게임과 스페인의 비-유연안정성이 수반하는 대다수 노동자들의 유연-불안정성은 Eurobarometer가 실시한 유럽연합 회원국 시민들의 노동시장 평가에서도 확인된다. 스웨덴 시민들은 현재 일자리의 유지에 대한 확신, 정리해고 6개월내 재취업, 2년 후 취업상태에 있을 가능성 등 모든 지표들에서 노동시장 고용보호제도 경직성의 특징을 지닌 스페인과 독일 등 지중해형과 대륙형 국가들보다 훨씬 더 높은 고용안정감을 표현하였다(<표 5.3> 참조).

5) 유연안정성 모델과 경제위기 취약성 비판

2008년 경제위기 발발 이후 유연안정성 모델에 대한 비판적 입장들이 강화·확산되었는데, 그 핵심은 유연안정성 모델이 경제위기에 취약하다는 비판이었다. 경제위기가 발발하자 스페인 등 지중해형 국가들을 중심으로 노동조합의 반대에도 유연성 강화를 위한 노동시장 개혁 조치들이 집행되었고, 체코 등 동구권 국가들에서는 고용계약제도의 유연화와 실업수당제도 개선을 위한 사회적 협약이 체결되었지만 경제위기가 발발하자 유연화 조치들은 즉각 추진된 반면 안정성 강화 조치들은 재원 부족 문제로 인해 신속하게 효율적으로 집행되기 어려웠다. 이러한 사례들은 유연안정성 담론이 경제위기 하에서 고용계약제도의 유연화를 위해 악용될 수 있음을 보여주었지만 유연안정성 모델 자체의 실패를 확인해 준 것은 아니다.

유연안정성 모델 자체에 대한 비판이 경험적 근거로 제시한 것은 덴마크 노동시장 사례였다. 덴마크의 실업률은 2008년 3.5%에서 크게 상승하여 2012년에는 7.7%에 달했고, 취업률은 2008년 77.9%에서 크게 하락하여 2012년에는 72.6%로 떨어졌는데, 이러한 변화가 유연안정성 모델의 경제위기 취약성을 보여준 것으로 해석되었다. 하지만 경제위기 전 구인난 속에서 비축되었던 여유인력이 경제위기 발발 직후 즉각 방출되었고, 2000년대 초부터 시작된 주택건설 붐이 경제위기와 함께 급격하게 붕괴되었다는 점도 지적되었다. 이렇게 경제위기 발발 직후 덴마크 노동시장의 급격한 고용률 하락과 실업률 상승 현상이 유연안정성 모델 자체

3) 유연-불안정성으로 번역된 스페인어의 ‘flexicariedad’은 유연성을 뜻하는 ‘flexibilidad’와 불안정성을 의미하는 ‘precariedad’의 합성어로서 안정성 없는 유연성을 의미한다.

의 문제점보다 외적 요인들에서 기인한 것으로 지적되면서 유연안정성 모델의 경제위기 취약성 여부의 경험적으로 검증하기 위해서는 스웨덴 등 또 다른 유연안정성 모델 국가들에 대한 경험적 분석이 요구되었다.

경제위기는 수요하락에 따른 기업들의 인력감축을 수반하는데, 고용계약제도가 경직된 지중해형과 대륙형 국가들보다 고용계약제도가 유연한 영미형과 스칸디나비아형 국가들에서 그 정도가 크게 나타날 개연성은 충분하다. 또한 적극적인 노동시장정책의 경우 경제위기 하에서 정책적 효율성이 약화될 수 있다. 그것은 경제위기 하 실업률 상승으로 인해 실업자 소득보장을 위한 재정비용이 증대하여 적극적 노동시장정책을 위한 재원확대의 어려움이 커지고, 신규 일자리 창출이 위축되어 실업자들의 취업 기회가 제한되며, 구인난 현상이 해소되어 기업체들이 공적 고용서비스 기구를 이용할 인센티브는 약화되기 때문이다. 이처럼 경제위기가 적극적 노동시장 정책의 효율성을 약화시킬 수 있음은 자명하지만 유연안정성 모델을 채택하지 않은 국가들의 강점을 의미하지는 않는다. 그런 점에서 유연안정성 모델의 경제위기하 취약성 여부를 경험적으로 검증하기 위해 유연안정성의 스웨덴과 비-유연안정성의 스페인에 대한 비교 분석이 필요하다.

노동시장 정책에 있어 스웨덴은 경제위기 이후 별다른 변화를 겪지 않았다. 황금삼각형 정책요소들 가운데 공적 실업자 소득보장제도의 자율적 실업보험제가 수급요건 강화와 피보험자 기여금 인상의 변화를 겪었는데, 이러한 변화는 경제위기 발발 전 보수정당 집권과 함께 실시된 것이었다. 반면, 스페인은 2010년과 2012년 사이 일련의 노동법 개정을 실시했는데, 그 주요 내용은 정규직 정리해고요건 완화, 정리해고시 노사협의 고용조정계획 승인제 폐지, 정규직 해고 수당 삭감 및 수급기간 단축, 임시직 고용계약 기간 연장 및 해고수당 증액이었다. 이처럼 경제위기 발발 이후 실시된 노동시장 개혁은 정규직 고용계약제도의 경직성 완화를 핵심으로 하는 일방적 유연화였다. 이처럼 노동시장 정책은 스웨덴보다 스페인에서 훨씬 더 큰 변화를 수반했으며 그 변화의 방향은 안정성 없는 유연성 강화였는데, 이는 스웨덴의 유연안정성 모델보다 스페인의 비-유연안정성 모델이 경제위기에 더 취약하며 지속가능성이 낮음을 의미한다.

노동시장의 효율성 지표들을 보면,⁴⁾ 스웨덴은 고용률이 2008년 74.3%에서 이듬해 72.2%로 하락했으나 2011년부터 상승하여 2013년에는 74.4%로 경제위기 이전 수준을 넘어섰고, 실업률은 2008년 6.2%에서 상승하여 2010년에는 8.6%에

4) 노동시장 효율성 지표들과 경제성장률에 대해서는 OECD Statistics(<http://stats.oecd.org>)을 참조할 것.

달했으나 2011년 7.8%로 하락한 뒤 경제위기 이전보다 조금 높은 수준에서 부침을 거듭하고 있다. 한편, 스페인은 고용률이 2008년 64.5%에서 꾸준히 하락하여 2013년에 54.8%에 달한 다음 이듬해부터 상승하기 시작했지만 2015년에도 57.8%로 경제위기 이전 수준에 훨씬 미달하고 있으며, 실업률은 2008년 11.3%에서 꾸준히 상승하여 2013년에는 26.1%에 달한 다음 하락하기 시작했으나 2015년에도 22.1%로 경제위기 이전 수준의 두 배에 달하고 있다. 이처럼 스페인은 스웨덴보다 노동시장 효율성에서 경제위기로 인한 타격을 훨씬 더 크게 받았으며, 2015년 현재까지도 경제위기 이전 수준을 회복하지 못하고 있다는 점에서, 스웨덴의 유연안정성 모델이 스페인의 비-유연안정성 노동시장보다 경제위기 이전은 물론 경제위기하에서도 월등히 더 효율적으로 작동했다고 할 수 있다.

경제성장률의 경제위기로 인한 하락과 이후 회복 추세를 보면, 스웨덴과 스페인은 경제위기 이전에는 2005-07년 연평균 GDP 성장률이 각각 3.637%와 3.889%로 양국 모두 높은 수준이며 스페인이 조금 더 높게 나타났다. 한편 경제위기 발발 직후인 2008-09년 연평균 GDP 성장률이 스웨덴은 -2.871%, 스페인은 -1.229%로 경제위기로 인한 타격은 스페인보다 스웨덴에서 훨씬 더 컸다. 하지만, 2010-2012년 연평균 GDP 성장률은 스웨덴 2.789%, 스페인 -1.202%로 스웨덴이 훨씬 더 빠르게 경제위기를 극복한 것으로 나타났다. 이처럼 스웨덴이 스페인보다 경제위기 타격은 더 크게 받았지만 경제위기를 더 신속하게 극복할 수 있었던 것은 스칸디나비아형 시장경제모델과 그 기초를 이룬 유연안정성 모델의 노동시장이 지닌 효율성의 상대적 우위를 확인해준다.

이처럼 경제위기 발발 이후 노동시장 정책 변화, 노동시장 효율성 지표 변화, 경제성장 지표 변화의 측면에서 스웨덴과 스페인을 비교해 보면, 유연안정성 모델의 경제위기 취약성 비판은 경험적 근거를 지니지 못한 것으로 나타났다. 이는 유연안정성 모델이 경제위기 하에서도 더 효율적으로 작동한다는 유럽연합의 평가가 경험적 타당성을 지닌 것임을 확인해 준다.

6) 유연성-안정성 균형과 노동의 전략

유럽연합이 추진한 유연안정성 모델과 비정규직 지침들에 대해, 유럽노총과 유럽사용자단체가 합의한 것은 단시간노동 지침과 기간제노동 지침에 불과하고, 유연안정성 모델과 파견노동 지침에 대해서는 상반된 입장을 보였다. 유럽노총은 유연안정성 모델에 대해 비판적 지지 입장을 보였으나 파견노동 지침에 대해서는

적극적으로 지지한 반면, 유럽사용자단체는 유연안정성 모델에 대해 적극적으로 지지했지만 파견노동 지침에 대해서는 강력하게 반대했다.

파견노동 지침에 대한 노동의 지지와 자본의 반대는 파견노동 지침이 수립한 동등처우 원칙에 대한 입장 차이에서 비롯되었다. 파견노동 지침이 동등처우의 비교 대상을 사용자단체의 직접고용 노동자로, 적용 시점을 파견 첫날로 설정한 것은 자본의 유연성 요구보다 노동의 안정성 요구를 우선시한 선택으로 평가될 수 있다.

유연안정성 모델에 대해 유럽사용자단체는 내부 이견에도 불구하고 일관된 지지 입장을 표명했다. 이러한 선택은 신자유주의 세계화 추세 속에서 힘의 우위를 이용하여 유연성을 강화하는 계기로 활용할 수 있다는 판단에 기초해 있었다. 반면, 유럽노총은 모델 수립 과정에서는 강도 높게 비판했지만 모델 수립 후에는 비판적 지지 입장으로 선회했다.

유럽노총은 유연안정성 모델의 정책요소들 가운데 평생학습제도, 효율적인 적극적 노동시장정책과 관대한 실업자 소득보장체계에 대해서는 원칙적으로 지지하며 정부의 적극적 노동시장정책에 대한 재정지출 확대와 개별 기업들의 교육 훈련에 대한 투자 증대를 촉구했다. 유럽노총의 비판은 주로 고용계약제도의 유연성에 초점이 맞추어져있었는데, 모델 수립 과정에서 유럽연합 집행위원회가 외적 수량적 유연성을 과도하게 강조한다고 판단했기 때문이다. 유럽노총이 외적 수량적 유연성의 필요성을 원칙적으로 부정하는 것이 아니라 유럽 노동시장의 외적 수량적 유연성이 충분하기 때문에 부당하고 금지, 정리해고의 조기 해고 통지, 취업보장을 통한 직장보장 방식의 고용안정성 보완 등 안정성 강화가 필요하다고 주장했다. 고용계약제도의 유연성과 관련하여 유럽노총이 특히 우려했던 것은 회원국들의 유연안정성 모델 도입·추진 방식이 각국의 내적 역학관계에 의해 결정된다는 점에서 다수 회원국들에서 자본측이 힘의 우위를 이용하여 일방적으로 유연화를 추진할 수 있다는 판단 때문이었다.

실제 유럽연합 회원국들에서 노동시장 유연화가 진전되고 있었으며 특히 경제위기를 계기로 유연화 추세가 가속화되고 있었는데, 영미형과 스칸디나비아형 국가들보다 지중해형과 대륙형 국가들에서 유연화 추세가 두드러졌다. 지중해형의 스페인에서는 2010-12년 노동시장 개혁에서, 대륙형의 독일은 2000년대 중반 하르츠개혁이 이러한 추세를 잘 보여주었다. 스페인과 독일 양국 모두 노동조합은 반대했지만 정부는 노사합의 없이 일방적으로 노동시장 유연화 조치들을 강행했다. 스페인과 독일에서 노동시장 유연화를 주도한 것은 각각 사회당과 사회민

주당 같은 친노동 성향의 좌파 정당들이었다는 점에서 일방적으로 자본측 이해관계를 대변했다기보다 일정 정도 노동시장 상황에 대해 경직성 완화가 필요하다는 진단 위에서 진행되었다고 할 수 있다. 영미형 국가들의 경우 더 이상의 노동시장 유연화가 필요 없을 정도로 유연화가 진전되어 있는 반면, 스칸디나비아 국가들은 노사합의에 기초하여 단체협약 중심으로 노동시장을 규제하고 있어 정부의 일방적 법개정에 의한 노동시장 유연화는 추진되기 어렵기 때문에 유의미한 수준의 노동시장 유연화는 진행되지 않았다.

각국 노총들의 입장은 유럽노총의 입장과 대동소이하다. 전반적으로 유연성-안정성 균형이 바람직하다고 판단하며, 외적 수량적 유연성의 필요성을 원칙적으로 부정하는 노총이 거의 없다는 점에서 회원국 노총들은 대체로 ‘관리된 유연성’을 지향한다고 할 수 있다. 그런 점에서 각국 노동시장의 유연성 정도와 유연성-안정성의 균형·불균형 정도는 노자간 힘의 역학관계를 반영한다. 또한 노동이 정부·자본과 대립하는 것은 노동시장의 유연성 정도 및 유연성-안정성 균형 여부에 대한 상이한 상황 진단에서 비롯된 측면도 크다.

따라서 노동시장 유연화를 둘러싼 노사 갈등 여부는 노동시장의 유연성-안정성 균형 및 실질적 유연성 정도와 함께 노자간 상황진단 차이와 힘의 역학관계에 의해 좌우된다. 예컨대, 대륙형과 지중해형 국가들에서 정부와 자본은 노동시장의 고용계약제도가 경직되어 있다고 판단한 반면, 노동은 노동시장의 고용계약제도가 충분히 유연하다고 주장하는데, 특히 지중해형 국가들이 그러하다.

유연안정성 모델의 스칸디나비아형 스웨덴과 비-유연안정성의 지중해형 스페인을 비교하면 이러한 노총들의 전략과 노동시장 유연화의 동학에서 유사성과 차별성이 잘 확인될 수 있다. 스웨덴 생산직 노총 LO와 스페인 양대 노총 CCOO와 UGT도 유연안정성 모델에 대한 입장에서는 유럽노총처럼 유연성-안정성의 균형은 바람직하다고 보지만 외적 수량적 유연성을 우선시하는 데 반대함에 있어 큰 차이가 없다. 한편, 비정규직 3 지침들 가운데 많은 논란을 빚었던 파견노동 지침의 경우, 스페인은 지침 수립 과정에서 예외인정을 요구하지도 않았고 지침의 자국내 도입·집행 과정에서 예외인정을 허용하지도 않은 반면, 스웨덴은 예외인정을 요구했고 지침의 도입·집행 과정에서 정규직 예외 인정과 단협에 의한 이탈 조항들을 활용했는데, 이러한 스웨덴과 스페인의 차별성은 일정 정도 양국 노총들 사이의 입장 차이도 반영한다.

스웨덴은 유연성을 허용하되 철저하게 규제하는 ‘관리된 유연성’ 방식으로 유럽연합의 유연안정성 모델을 실천하는 가운데, 스웨덴 LO는 유연안정성 모델

에 대한 원칙적 지지 입장 위에서 안정성 강화를 위해 적극적 노동시장정책을 위한 재정자원 투입 확대를 요구한다. 스웨덴이 파견노동 지침 적용에 대한 정규직 예외 인정과 단협에 의한 이탈을 허용한 것은 동등처우 원칙의 안정성을 거부하는 것이 아니라 노사합의에 기초한 노동시장 유연성-안정성의 균형 상태가 훼손되어 노사교섭과 갈등 속에서 새로운 평형점을 수립해야 하는 이행 비용을 거부한 것이다. 스웨덴 LO는 유럽연합 가입과 EMU 가입 여부를 둘러싸고 분열했던 것과 마찬가지로, 유럽연합의 개입과 새로운 법규정 제정을 거부하고 현재의 노동시장과 노사관계의 평형상태를 유지하려는 세력과 유럽연합을 통해 스칸디나비아형 사회민주주의 모델을 회원국들로 확산하려는 세력으로 대립하고 있는데, 전자는 좌익당과 사회민주당 좌파 중심으로 구성되어 있고, 후자는 사회민주당 주류 중심으로 구성되어 있다.

한편 스페인은 파견노동 지침을 모범적으로 집행하고 파견노동 사용 규제와 파견노동자 보호를 위한 다양한 장치들을 수립하여 운영하고 있다. 뿐만 아니라 스페인은 정규직 고용보호와 비정규직 사용규제를 위한 경직된 법제도를 수립해 두었지만 생산현장에서 법규정의 실효성은 매우 제한적이다. 이러한 법과 현실의 괴리는 노동과 자본의 노동시장 유연성-안정성 정도에 대한 상반된 진단으로 귀결된다. 자본은 법규정을 근거로 노동시장의 경직성을 지적하는 반면 노동은 노동시장 실태를 근거로 유연성 과잉을 지적한다. 스페인의 2010-12년 노동시장 유연화 조치들은 자본의 노동시장 경직성 평가를 공유하는 것이었기 때문에 양대노총은 총파업 투쟁으로 대응한 것이다. 스페인 양대노총은 정책대안으로 외적 수량적 유연성이 아니라 내적 유연성을 적극 활용하고, 부당한 임시직 사용을 규제하고, 적극적 노동시장정책을 강화할 것을 요구했다.⁵⁾

2. 유럽연합의 실험과 한국 노동시장에 대한 함의

여기에서는 한국 노동시장의 유연성-안정성 균형 여부의 실태를 개괄한 다음, 본 연구에서 분석한 유럽연합의 유연성-안정성 균형 실험이 한국 노동시장에 던지는 정책적·실천적 함의를 논의한다.

5) 스페인 양대노총 CCOO와 UGT의 전략과 정책대안에 대해서는 조돈문(2012b, 2013b)를 참조할 것.

1) 한국 노동시장의 제어되지 않은 유연성 과잉

OECD의 노동시장 지표들을 검토해 보면, 한국은 OECD 회원국들 가운데 유연성 수준이 가장 높은 국가군에 속한다는 사실을 확인할 수 있다(<표 11.3> 참조).

<표 11.3> 한국 노동시장 유연성의 국제 비교

	한국	OECD 평 균	OECD내 한국 순위	기준년도
임시직 비율(%)	21.7%	11.1%	3위/28국	2014년
1년 미만 단기근속자 비율(%)	30.8%	17.5%	1위/29국	2014년
10년 이상 장기근속자 비율(%)	18.1%	36.4%	22위/22국	2011년
연 총노동시간	2163시간	1770시간	2위/34국	2013년
소득배수 9분위/1분위	4.70배	3.46배	4위/34국	2013년
성별임금격차 지수*	37	15	1위/34국	2002-12년

주: * 성별임금격차지수 = 남녀중위임금격차/남성중위임금.

자료: OECD(2015), OECD Statistics(<http://stats.oecd.org/>), 한국고용노사관계학회(2013).

노동력 활용의 외적 수량적 유연성의 두 가지 척도는 정규직 인력감축 용이성과 비정규직 사용 규제 정도다. 임시직 비율은 OECD 회원국들 가운데 폴란드, 스페인, 네덜란드의 뒤를 이어 4위로 나타났다. 한국의 비정규직 노동자는 2015년 8월 현재 전체 피고용자 1931만 7천명 가운데 862만 5천명으로 44.7%에 달하는데, 이는 과소추정된 수치이다. 특수고용 비정규직 노동자 가운데 96만명은 자영업자로 분류되어 비정규직 규모에 포함되지 않았고(조돈문 외 2016), 사용업체에서 노동하는 협력업체 소속 사내하청 노동자들은 간접고용 비정규직임에도 협력업체의 정규직으로 분류되어 비정규직 규모에 산입되지 않았다. 고용형태 공시 정보(<https://www.work.go.kr/gongsi/>)에 따르면, 현대자동차, 기아자동차, 삼성전자의 간접고용 비정규직 규모는 42,447명으로서 해당 사업체 노동력의 14.20%, 12.55%, 20.68%를 점하고 있는데, 이들은 거의 모두 협력업체 정규직으로 산정되고 있다. 삼성전자서비스의 경우 100여개 협력업체에 근무하는 간접고용 비정규직 노동자 숫자가 1만 여명 정도로 추정되는데(권영국·류하경 2014: 300-301), 고용형태 공시 정보에는 41명으로 공시되어 있어 고용형태 공시 정보의 간접고용 비정규직 노동자 숫자 역시 과소산정되었다고 할 수 있다. 이처럼 자영업자로 분

류된 특수고용 비정규직 노동자와 협력업체의 정규직으로 분류된 사내하청 노동자들을 합산하면 전체 비정규직 규모는 1000만 명을 크게 상회하며 전체 피고용자의 절반을 넘는다는 점에서 비정규직 사용 관련 노동시장 유연성은 과도하다고 할 수 있다.

정규직 인력감축의 실질적 용이성 정도를 국제적으로 비교할 수 있는 지표는 없지만, 국내 대기업들의 정리해고 과정을 보면 유연성 수준이 매우 높음을 확인할 수 있다. 한진중공업의 경우 영도조선소에서 고율의 영업이익률을 기록했음에도 고율의 주주 배당과 임원 연봉의 대폭 인상과 함께 필리핀 수빅만 조선소 건설에 막대한 재원을 투입했지만 영도조선소에는 기술발전과 설비개선을 위한 투자를 하지 않았다. 한진중공업은 수빅만 조선소를 건설하는 과정에서 확산되는 영도조선소 노동자들의 고용불안감을 무마하기 위해 2007년 3월 “회사는 해외공장이 운영되는 한 조합원의 정리해고 등 단체협약상 정년을 보장하지 못할 행위를 하지 않는다”는 합의서를 체결했다. 하지만 2009년 4월 수빅만 조선소가 완공되면서 수주 물량을 영도조선소에서 수빅만 조선소로 돌렸고, 영도조선소에서는 12월에 정리해고 절차를 시작했다. 이후에도 한진중공업은 일방적 구조조정 중단을 합의한 다음 합의를 위반하고 구조조정을 실시하고, 이에 맞서 노동조합이 파업투쟁에 돌입하는 악순환이 반복되었다(조돈문 2011b). 쌍용자동차도 신차출시에 따른 매출수량을 누락하고 유형자산 손상차손을 과다계상하는 등 회계보고서를 조작하고 정리해고를 실시하여 고등법원에서 정리해고 무효 판정을 받았음에도 대법원은 정리해고가 정당한 것으로 판정했다(쌍용자동차문제연구팀 2012; 한겨레 2014.11.13). OECD 회원국들 가운데 사측이 노사합의를 위반하고 회계보고서를 조작하며 정리해고를 실시하면서도 법적 제재를 받지 않는 국가들을 찾기 쉽지 않다는 점에서 정규직 인력감축 관련 유연성은 매우 높은 수준이라 할 수 있다.

이러한 정규직 인력감축과 비정규직 사용에서의 높은 유연성으로 인해 한국은 OECD국가들 가운데 1년 미만 단기근속자 비율이 가장 높고 10년 이상 장기근속자 비율은 가장 낮게 나타나게 되었다. 뿐만 아니라 총노동시간은 OECD 국가들 가운데 멕시코의 뒤를 이어 2위를 기록하며 높은 수준의 노동시간 유연성을 보여주고 있다. 임금유연성에 있어서도, 소득배수는 OECD 회원국들 가운데 4위로 높은 유연성 수준을 보여주었고, 성별임금격차 지수는 OECD 회원국들 가운데 1위를 기록하고 있으며, 비정규직 임금은 정규직 임금의 49.5%에 불과한데 정규직-비정규직 임금격차는 확대일로에 있다는 점에서 임금유연성도 대단히 높은 수

준임을 확인할 수 있다.

생산현장의 노동력 사용 유연성은 현대자동차의 사례에서 잘 확인될 수 있다. 현대자동차 비정규직노조(현 금속노조 현대차비정규직지회)는 2004년 5월 노동부에 집단적으로 불법과건 진정을 접수하여 같은 해 9월부터 12월 사이 노동부로부터 9234공정에 대한 불법과건 판정을 받았다. 이후 2010년 7월 대법원은 최병승의 부당해고 구제신청 건에 대해 “현대차가 최씨의 사용자”라며 해당 소송 건을 과기환송했다(조돈문 2014c). 노동부로부터 불법과건 판정을 받은 공정들이 대법원에 의해서도 불법과건으로 인정되었음에도 현대자동차는 최병승 이외의 불법과건 노동자들에 대한 불법과건 인정과 정규직 전환을 거부하며 신규채용 방식을 고집하고 있다.

강력한 민주노조가 포진한 대표적인 재벌그룹 기업 현대자동차가 법질서를 지키지 않는다는 점에서 중소기업 사업장과 미조직 비정규직 노동자들의 경우 법적 보호를 받기 어려움은 자명하다. 그런 점에서 한국 노동시장은 노동력 사용의 과도한 유연성을 보여주는 수준을 넘어서 법규정으로도 제어되지 않는 유연성 과잉으로 평가될 수 있다. 시장경제모델들과 비교해보면, 한국은 안정성이 결여되었다는 점에서 영미형이나 지중해형과 유사한데, 일정한 규제장치가 존재하지만 법질서가 지켜지지 않음으로써 실질적으로는 일부 소수를 제외하면 보호받지 못하는 극도로 분절된 노동시장의 스페인과 유사하다고 할 수 있다. 현재 스페인은 2008년 경제위기 이후 일련의 노동시장 유연화 조치들로 영미형으로 전환하고 있다는 점에서도 한국과 매우 흡사하다고 할 수 있다.

2) 유연성-안정성의 교환 아닌 유연성-안정성의 균형

유연안정성 모델은 유연성과 안정성의 교환이 아니라 유연성과 안정성의 균형을 의미한다. 유연성-안정성의 교환행위는 특정 계기에 발생할 수도 있지만, 유연성-안정성의 균형은 노동과 자본 등 이해당사자들 사이의 갈등과 타협, 형성과 재형성의 과정을 통해 구축된 역사적 산물이다.

유연성-안정성의 교환에 가장 근접한 사례는 일련의 기획된 교환을 통해 유연안정성 모델을 수립한 네덜란드에서 발견될 수 있다. 1982년 바세나르협약은 노동과 자본이 노동시간의 단축 및 유연한 활용과 함께 임금인상 자제라는 노동력 활용의 유연성을 고용보장이라는 안정성과 자율적으로 교환한 전형적 사례라 할 수 있다. 1997년 유연성안정성법 역시 임시직 사용을 통한 유연성 보장과 임시

직 노동계약의 갱신 횟수 및 총계약기간을 제한하고 임금 등 노동조건을 개선하는 안정성 강화를 교환한 사례인데, 자발적 교환이 아니라 강제된 교환이었다. 이처럼 기획된 유연성-안정성 교환을 통한 유연안정성 모델 구축 사례는 특정 시점의 네덜란드에서나 발견될 수 있는 예외적 현상이라 할 수 있다.

유연성-안정성 균형의 유연안정성모델은 유연성과 안정성을 동시에 교환함으로써 수립된 것이 아니라 시장에 의해 진전된 유연성에 사후적으로 사회적 규제를 부과하며 안정성을 확보하는 방식으로 수립되었다. 기획된 유연성-안정성 교환의 전형인 네덜란드에서도 단시간노동이 먼저 확산되자 여성운동을 중심으로 단시간 노동자를 보호하기 위한 노력이 시작되었고 노동조합이 이러한 운동에 동참하면서 안정성을 확보하게 되었다. 파견노동의 경우도 대부분의 유럽연합 회원국들에서 파견노동은 법적으로 금지된 상태에서 확산되는 가운데 규제 장치들이 수립되기 시작했는데, ILO가 사후적으로 사적 파견을 허용하면서 규제하는 조치를 수립한 것이 파견노동 규제 장치 수립의 주요한 계기가 되었다.

비정규직 노동의 존재 자체가 노동시장의 유연성을 의미한다는 점에서 유럽연합이 비정규직 관련 지침들을 수립한 것은 사후적으로라도 비정규직 사용 방식을 규제하고 비정규직 노동자들을 보호하기 위한 시도였다. 이렇게 유럽연합은 유연성보다 안정성을 강화하기 위해 비정규직 관련 지침들을 수립했는데, 그 결과는 과도한 안정성이 아니라 유연성-안정성의 균형이었다. 비정규직 관련 지침들 가운데 파견노동 지침 수립이 장기간 동안 난항을 거듭했던 것은 자본의 반대로 노사합의 도출에 실패했고 일부 회원국들이 지침 수립에 강력하게 반대했기 때문이다. 유럽연합 회원국들 가운데 가장 강하게 반대했던 것은 영국정부였는데, 영국 노동시장이 지닌 높은 유연성 수준이 파견노동 지침 집행으로 훼손되는 것을 우려했기 때문이었다. 결국 안정성 없이 유연화만 진전되었던 영국 등 영미형 국가들이 파견노동 지침의 도입·집행으로 가장 큰 변화를 겪게 되었는데, 이들 국가들도 여전히 유연성-안정성의 불균형 상태를 벗어나지 못하고 있지만 유연성과 안정성이 동시적 교환이 아니라 유연성 진전과 안정성 강화는 시차를 두고 진행되었음을 잘 보여준다.

유연성-안정성 균형의 경험적 증거는 유연안정성 모델의 스웨덴 등 스칸디나비아형 국가들로서 유연성-안정성의 균형은 황금삼각형의 세 정책요소들에 의해 달성된다. 유연성-안정성 균형의 스웨덴과 비교하면, 한국 노동시장은 안정성 결여와 유연성 과잉으로 평가될 수 있다. 이러한 유연성-안정성의 불균형은 계급역학관계의 산물로서 정규직 정리해고 남발과 비정규직 남용의 노동시장 상황 속

에서 장기화되는 악성 노사분규들을 유발하고 있다.

자본의 일방적 유연화 요구는 정부의 유연성-안정성 교환 전략으로 추진되는 경우가 많은데, 국내 유연안정성 담론들에서도 발견된다. 이러한 유연성-안정성 교환 관점의 유연안정성 담론은 현재 한국 노동시장의 유연성-안정성 균형의 전제 혹은 유연성 결여 진단에 기초해 있다.⁶⁾ 하지만 한국 노동시장은 안정성 결여 속에서 제어되지 않는 유연성 과잉으로 인해 심각한 유연성-안정성의 불균형 상태를 보여주고 있다. 따라서 한국 노동시장은 유연성과 안정성의 교환이 아니라 유연성 억압과 안정성 강화를 통해 유연성-안정성의 균형을 수립하는 정책적 개입이 절실하다.

3) ‘관리된 유연성’의 황금삼각형과 맥락적 벤치마킹

황금삼각형 정책요소들 가운데 효과를 둘러싼 논란이 가장 많고 노동과 자본이 가장 첨예하게 대립·갈등하는 부분이 고용계약제도의 유연성이다. 스웨덴의 유연성-안정성 균형은 관리된 유연성에 기초해 있으며, 노동시장의 효율적 작동과 경제위기 대응력은 경험적으로 입증되었다.

유연성-안정성 균형의 기초를 이루는 스웨덴 황금삼각형의 정책요소들 가운데 유연성 축을 구성하는 고용계약제도는 정규직 인력조정과 비정규직 활용에서 모두 관리된 유연성의 특성을 보여준다.

첫째, 스웨덴 노동시장은 정리해고를 허용하되, 공동결정제에 입각하여 노사합의로 진행하도록 함으로써 정당화될 수 없는 자의적 정리해고는 추진되기 어렵다. 스웨덴 모델의 핵심요소를 구성하는 연대임금제는 임금정책인 동시에 산업정책으로서 비효율적 기업을 퇴출시키고 해당 부문의 인력을 성장산업으로 이동하도록 압박하는 역할을 한다. 이처럼 연대임금제가 상시적 구조조정을 전제한다는 점에서 정규직 인력조정의 유연성은 이미 1950년대에 제도화되었다고 할 수 있다.

둘째, 스웨덴 노동시장은 비정규직 사용을 허용하되 단체협약으로 보호하는데, 그 핵심은 동등처우 원칙에 기초한 비정규직 사용 규제와 비정규직 노동자의 임금안정성 보장이다. 간접고용 비정규직으로서 보호하기 어려운 파견노동의 경우 파견업체가 파견노동자를 정규직으로 고용하는 것을 원칙으로 하고, 파견기간

6) 국내 유연안정성 담론에 대해서는 전병유(2016)를 참조할 것.

에는 사용업체의 단체협약으로 보호하는 한편, 비파견 대기기간에도 임금을 보장하도록 함으로써 파견노동 사용을 통한 인건비 삭감 인센티브는 소멸하고 온전히 외적 수량적 유연성의 수단으로만 사용되고 있다.

고용계약제도의 유연성으로 인해 발생하는 피해자는 적극적 노동시장정책을 통해 취업보장 방식으로 고용안정성을 보장하는 한편, 공적 실업자 소득보장제도와 함께 노동조합이 단체협약을 통해 수립한 사적 실업자 소득보장제도로 추가적 보상을 하는 이중적 보호체계를 통해 실업기간 소득안정성을 보장한다.

제도적 상보성은 황금삼각형의 유연성 장치들과 안정성 장치들 사이에만 존재하는 것이 아니라 안정성의 정책요소들, 즉 적극적 노동시장정책과 실업자 소득보장제도의 사이에도 존재한다. 관대한 실업자 소득보장이 전제되어야 구직자가 지속가능성 없는 열악한 노동조건의 일자리를 강요당하지 않고 자신의 적성과 숙련 수준에 부합하는 양질의 일자리를 취득함으로써 적극적 노동시장정책이 양질의 일자리를 중심으로 적절한 수준의 인력-일자리의 매칭을 실현할 수 있다. 또한 활성화 원칙에 입각한 적극적 노동시장정책과 연계되어야 관대한 실업자 소득보장제도가 구직 기피라는 부정적 효과 없이 노동시장의 일자리 이동을 지원하여 노동시장의 역동성을 강화할 수 있다. 이처럼 황금삼각형 정책요소들은 하나의 정책 패키지로서 유연성-안정성 균형과 함께 노동시장의 효율적 작동을 담보할 수 있으며, 안정성 장치들이 단순한 사회적 비용이 아니라 긍정적인 경제적 효과를 수반하는 사회적 투자라는 사실은 스웨덴이 2008년의 세계금융위기로 촉발된 경제위기를 조기에 극복할 수 있게 했던 사례에서 잘 확인할 수 있다.

한국 노동시장의 최대 과제는 전체 피고용자의 절반 이상을 점하는 비정규직의 규모를 감축하는 것이다. 비정규직 규모 감축을 위한 정책대안의 핵심은 상시적 업무와 시민의 생명·안전을 담보하는 업무에 대해서는 사용업체가 직접 고용 정규직으로 고용하고 기업의 내부 노동시장으로 통합하여 고용안정성과 소득안정성을 보장하는 한편, 비상시적 업무에 대해서는 외부 노동시장의 비정규직을 사용할 수 있도록 허용하여 노동시장의 유연성을 확보하되 비정규직 노동자의 고용안정성과 소득안정성은 사회적으로 보장하는 것이다.⁷⁾

한국 노동시장이 비정규직 문제를 해결하지 못하는 것은 노동력 사용의 유연성뿐만 아니라 안정성도 주로 사업체 단위로 집행되고 있기 때문이다. 개별 사업체가 노동력의 고용과 사용은 물론 고용형태도 결정하여 집행하는데, 사업체

7) 비정규직 문제 해결을 위한 정책대안에 대해서는 조돈문(2012a: 357-412), 조돈문·손정순·남우근(2013: 359-385), 조돈문 외(2016)을 참조할 것.

수준의 유연성 규제와 안정성 장치들은 통상 내부노동시장의 정규직 보호를 위해 설계되어 있다. 그런 점에서 노동시장 단위에서 유연성과 안정성 균형을 이루는 스웨덴 노동시장의 작동 방식에 대한 맥락적 벤치마킹이 요구된다.

비상시적 업무의 경우 개별 기업 단위에서는 언제 어느 규모의 비정규직 인력 수요가 발생할지 정확히 예측하기 어렵지만, 전체 노동시장에서는 총생산량에 기초하여 노동력의 총수요를 예측하는 것이 상대적으로 더 용이하다. 정부는 적극적 노동시장정책을 통해 업종·지역 단위로 노동시장의 비상시적 업무의 총수요량과 비정규직 인력의 총공급량을 관리하며 적절한 교육훈련과 일자리 중개 서비스를 통해 개별적으로 비상시적 일자리와 비정규직 노동자를 매칭시킴으로써 노동시장 단위의 취업보장(employment security) 방식으로 고용안정성을 보장한다. 관대한 실업자 소득보장제도를 통해 이러한 노동자의 실직기간 교육훈련과 일자리 이동 과정에서 필요한 소득보전을 제공함으로써 소득안정성을 보장해야 하는데, 이를 위해 고용보험 구직급여의 소득대체율을 높이고 수급기간을 연장하여 실질적으로 실업자 소득안정성을 보장하는 한편 수급요건의 피보험 단위기간 단축을 통해 현재 37.3%에 불과한 비정규직의 고용보험 적용률(한국비정규노동센터 2015)을 크게 확대하는 등 고용보험제를 대폭 확충해야 한다.

이러한 비정규직 노동자를 위한 적극적 노동시장정책과 고용보험제도의 추가적 재원은 사용업체들이 부담하도록 한다. 사용업체는 비정규직 활용을 통해 노동력 사용의 유연성을 확보하는 반면 그로 인해 발생하는 비용은 외부화하고 있다. 따라서 노동력 사용 유연성의 수혜자인 사용업체들이 노동시장 정책을 재원을 부담하고 그 재원을 이용하여 정부가 비정규직 노동자들에게 고용안정성과 소득안정성을 보장하는 것은 수익자 부담 원칙에도 부합한다.⁸⁾

4) 분절된 노동시장과 비정규직 사용 인센티브 억압

한국 노동시장은 고용안정성뿐만 아니라 소득안정성도 개별 기업 수준에서 보장하며 비정규직을 배제함으로써 고용안정성과 소득안정성 모두 심각한 분절양상을 보여주고 있다. 임금수준은 대기업과 중소기업 사이, 남성과 여성 사이, 정규직과 비정규직 사이에 양극화되어 있다. 이러한 기업규모 균열, 성별 균열, 고용형태 균열은 서로 상응하여 대기업·남성·정규직이 특전적 부문을 구성하

8) 한국 기업들의 사회보장 기여금 부담률은 매우 낮아서 스웨덴의 30% 수준에 불과하다(윤도현 2013; 양재진·최영준 2014).

는 가운데 여타 부분들은 비특전적 부문으로 배제되고 있다.

10-29인 중소기업 대비 300인 이상 대기업의 임금 배수는 2008년 이래 1.6-1.7배 수준에서 정체하고 있고, 비농전산업 10인 이상 기업 기준 남성 대비 여성 임금 비율은 1999년부터 63-65% 수준에 머물고 있다. 한편 정규직 대비 비정규직 임금 비율은 꾸준한 하락세를 지속하는 가운데 2015년에는 49.5%로 절반 수준 이하로 떨어졌다.⁹⁾

이처럼 정규직-비정규직 임금격차가 꾸준한 확대 추세를 지속하는 것은 현재 단시간 노동, 기간제 노동, 파견노동 등에 대한 차별처우 금지 규정들이 효과가 없음을 의미한다. 이러한 차별처우 금지 규정들의 실패는 차별처우의 시정 신청권자가 당사자로 제한되어 있어 사용주에 의한 불이익 처분으로 시정 신청권을 행사하기 어렵다는 한계에서 비롯되고 있다. 뿐만 아니라 차별처우의 비교 대상이 법규정들에서 “당해 사업 또는 사업장” 혹은 “사업주의 사업” 내의 “동종 또는 유사한 업무”를 수행하는 노동자로 특정되어 있어 해당 사업 내에 동종 또는 유사한 업무가 존재하지 않거나 사업주가 직무를 재설계하면 차별처우 금지 조항이 적용될 수 없다.

유럽연합의 파견노동 지침은 두 가지 측면에서 국내 비정규직 관계법들의 차별처우 금지 규정보다 실효성이 높다. 첫째, 차별처우 금지 원칙은 입증의 책임을 노동자에게 부과하지만, 동등처우 원칙은 입증의 책임을 사용자에게 부과하여 비정규직 노동자들을 더 효과적으로 보호할 수 있다. 둘째, 동등처우 원칙의 비교 대상을 “사용업체의 동일 직무에 직접 채용되었다면 적용되었을 기본적 노동·고용 조건들이 적용되어야 한다”고 규정함으로써 해당 사용업체에 적절한 비교 대상이 없는 경우에는 해당 사용업체 밖에서 찾을 수 있도록 했다.

자본에 의한 노동력 활용의 유연성은 개별 사업체 단위에서 집행되지만, 노동자를 위한 안정성은 개별 사업체 단위에서는 보장하기 어려우며, 특히 비정규직의 경우 더욱 그러하다. 정규직은 정리해고 상황을 제외하면 개별 사업체 단위의 직장보장 방식으로 고용안정성을 보장할 수 있지만, 비정규직은 정리해고 상황의 정규직과 마찬가지로 노동시장 수준의 취업보장 방식으로 고용안정성을 보장해야 한다. 임금 등 노동조건이 동등처우 또한 대기업의 정규직은 개별 사업체 단위에서 연공급 형태로 보호되고 있지만, 비정규직은 중소기업의 정규직과 마찬가지로 개별 사업체 수준에서 차별처우 금지 원칙으로 보호되기 어렵기 때문

9) 임금격차 및 변화 추세에 대해서는 한국비정규노동센터(2015)와 한국노동연구원(<https://www.kli.re.kr/>)을 참조할 것.

에 사업체 수준을 넘어선 전체 노동시장 수준에서 동일가치노동 동일임금 원칙의 법제화와 함께 보장되어야 한다.

비정규직은 존재 자체가 사용업체들에 외적 수량적 유연성을 보장하는 것이기 때문에 비정규직 사용을 허용하는 한 외적 수량적 유연성 인센티브는 제거할 수 없다. 하지만 비정규직 사용을 통한 인건비 절감 인센티브는 최소화할 수 있다.¹⁰⁾ 동등처우 원칙 외에도 비정규직 사용 사업체에 대해 징벌적으로 사회보장 부담금을 증액하는 방식도 인건비 절감 인센티브를 억압하는 좋은 방안이 될 수 있다.

비정규직은 임금 등 노동조건에서 동등처우를 보장받는다 고 하더라도 정규직에 비해 고용불안정성이 월등히 높다. 따라서 비정규직을 사용함으로써 유연성의 혜택을 누리는 사용업체들로 하여금 비정규직 노동자들의 고용불안정성을 보상하도록 하는 것은 사용업체의 비정규직 사용을 통한 인건비 절감 인센티브를 약화시키는 동시에 비정규직 노동자들에 대한 물질적 보상을 증대하는 효과도 있다. 프랑스는 비정규직 노동자들에게 고용계약이 종료될 때 총임금의 10%에 해당하는 고용불안정수당을 지급하도록 하고 있고, 스페인은 임시직과 파견노동 등 비정규직의 고용계약이 종료되며 계약 갱신이나 정규직 전환이 이루어지지 않는 경우 근속년당 12일분의 임금에 해당하는 고용계약종료수당을 지급하도록 하고 있다.

파견노동의 경우 통상 직접고용 비정규직의 사용 규제 장치들에 추가적 규제가 부과된다. 스웨덴의 경우 단체협약을 통해 파견업체가 파견노동자를 정규직으로 고용하는 것을 원칙으로 하고 비파견 대기기간에도 높은 수준의 임금을 보장하도록 하고 있다. 스페인에서도 파견노동의 정규직 의무고용비율제를 단체협약으로 부과하고 있는데, 파견노동자 사용 억제 효과가 확인되었다. 뿐만 아니라 파견노동을 사용하려는 사용업체들에게 절차적 규제도 부과하고 있는데, 스웨덴의 경우 공동결정제에 입각하여 사용업체는 사전에 노동조합에 통고하고 협의 절차를 거치도록 함으로써 노동조합이 거부권을 행사할 수 있도록 하고 있고, 스페인은 사용업체가 노동조합에 통보하는 의무를 부과하는 한편 파견노동자에게는 노동조건 개선 요구들을 사용업체 노동조합을 통해 제출하는 권리를 보장하고 있다.

10) 정규직과 비정규직의 임금격차가 작은 사업장일수록 비정규직의 정규직 전환이 더 용이하다는 것은 서울대병원과 승강기안전관리공사 사례에서도 확인된다(조돈문 2012a: 53-54).

<참조: 비정규직 문제 정책대안>

- * 조돈문(2012), 『비정규직 주체형성과 전략적 선택』, (매일노동뉴스).
- * 조돈문·손정순·남우근(편저)(2013). 『사라져버린 사용자 책임: 간접고용 비정규직 실태와 대안』. (매일노동뉴스).
- * 조돈문·정홍준·조경배(2016), 『노동자로 불리지 못하는 노동자 : 특수고용 비정규직 실태와 대안』, (매일노동뉴스).
- * 조돈문(2016). 『노동시장의 유연성-안정성 균형을 위한 유럽의 실험: 유럽 연합의 유연 안정성 모델과 비정규직 지침』. (후마니타스).

제154회 발표회 지정토론문

발제문: 유럽연합의 유연성

- 안정성 균형의 실험과 노동의 대안 -

발제자: 조돈문(가톨릭대학교 교수)

일시 및 장소: 2016. 10. 26.(수) 헌법재판소 2층 회의실

신 욱 주*

이처럼 귀한 자리에 초대하여 주셔서 매우 고맙습니다.

깊이 있는 조돈문 대표님의 발표문을 통하여 많은 것을 배웠습니다. 특히 유럽연합의 관련지침들의 중요 내용들을 배울 수 있어서 큰 공부가 되었습니다. 저는 발제자께서 상대적으로 약하게 다루신 독일의 관련 법제를 논문에 대한 보충적 차원에서 소개해드리고, 우리나라에 알맞은 노동대안에 관한 궁금한 점을 발제자에게 질문드리고자 합니다.

1. 독일에서 사회국가원칙과 노동자 사회복지의 발전

통상 1919년 Weimar 헌법을 현대헌법의 시발점으로 보며, 그 특징을 근대 시민헌법에서 볼 수 없는 사회적 기본권과 경제질서에 대한 국가개입을 인정하는 사회국가원칙을 도입한 점에서 찾고 있다. 기본권의 영역에서는 자유권과 더불어 실질적 자유의 실현을 위한 여건의 공평한 실현이라고 하는 요청이 나타나면서 자유권과 평등권을 이항 대립적인 관계가 아니라 동전의 양면으로 파악하는 인식

* 전북대학교 법학전문대학원 교수

의 전환이 이루어졌으며, 이를 기반으로 사회적 기본권이 성립되었다. 사회적 기본권의 핵심은 국가에 의한 인간의 존엄을 실현하기에 적합한 인간다운 삶의 보장이라고 할 것이다.

근대 시민헌법하에서 나타나는 자유경제체계의 자본주의 사회에서 나타나는 빈곤과 소외의 문제점들에 대하여 국가가 적극적으로 개입하여야 하며, 그 배경에는 이러한 문제점들이 개인의 책임이 아닌 사회구조적인 문제라는 인식이 놓여있다. 노동자들로부터 주장된 노동에서의 민주화는 노동자의 다양한 경영에의 ‘참여’확보를 통하여 구현되었다.

독일에서 이처럼 Weimar 헌법에 사회적 기본권이 보장되게 된 것은 노동자를 위한 사회복지차원이었다. 자본주의적 산업화지행과 더불어 증가하게 된 실업 노동자와 빈곤한 취업계층, 노동중 상해 등을 당한 노동자들을 국가가 체계적으로 관리하고 보장하기 위한 목적으로 독일의 특유한 연금보험, 재해보험, 의료보험과 간병보험, 실업보험의 보험제도와 사회부조가 발달하기 시작했으며, 그 목적은 노동자의 생존권 보장에 있었다. 또한 제2차 세계대전을 거치면서 발달된 독일의 사회적 시장경제질서의 이론은 시장경제에 수반되는 사회적 폐해를 최소화하기 위한 것으로서 시장경제에 사회국가원칙을 결합시킨 것이다. 사회적 시장경제질서는 독일의 사회보장체계를 받치고 있는 중요한 배경인데 이는 사회복지정책을 통한 불평등의 해소와 분배적 형평성을 달성하기 위한 것이었다.

현대적 헌법과 더불어 경제질서는 사회적 시장경제질서로 전환하였으며, 자본주의 경제질서를 유지하면서 경제영역에서의 국가의 방임을 포기하고 특정의 목적(예컨대 헌법 제119조 제2항의 균형있는 국민경제의 성장 및 안정, 적정한 소득분배의 유지, 시장지배와 경제력 남용의 방지, 경제민주화)을 위하여 국가의 개입이 필요하다고 보고 있다.

2. Hartz IV 개혁과 연방헌법재판소의 주요 결정

사회적 시장경제질서하에서 수준높은 사회보장체계를 구축하고 광범위하고 고품질의 복지를 제공하던 독일은 ‘유럽의 환자’로 평가를 받으며 경제적 침체에 도일하게 되었다. 2002년 Hartz IV 도입 당시 실업률이 14%에 달했다. Hartz IV는 독일의 노사문화(1980년 말 기업별로 핵심노동인력과 맺은 사업장협약)에 기반을 두고서 시행이 되었다. 즉, 시행 당시 노조의 강한 반대가 있기는 했으나

사회전반의 경제위기와 고용불안을 느낀 노동세력의 자발적 기득권 유보를 그 바탕에 두고 있다. 2015년 방한한 독일의 전 수상인 수뢰더는 Hartz IV 노사의 상호 존중과 사회적 파트너 ship에 기반하고 있다고 강조하고 있으며, Hartz IV의 입안자인 페터 하르츠는 일방적인 노동시장유연화의 실행이 있어서는 안 된다고 강조하고 있다.

(1) Hartz IV를 통한 노동개혁

Hartz IV는 노동시장의 유연화와 규제의 철폐, 수혜적 복지에서 노동연계복지로의 전환으로 표현할 수 있다. 구체적으로는 연방노동청에서부터 이름을 바꾼 연방노동에이전트가 노동서비스를 제공하는 부처로 변신한 점, 실업자의 권리가 축소된 점, 비전형적인 고용유형이 증가되고 저임금영역이 확대되고 노동시장이 유연화된 점이라고 할 수 있다. 독일에서는 Hartz IV를 통한 노동시장유연화와 더불어 다른 한 축에 있는 노동자 안정화를 포기하지 않는 정책을 고수하였다. 그러나 Hartz IV의 실행이후 비전형적 고용유형, 즉 기간제, 주20시간 이하 노동제, 월 450유로 미만등 일정금액 이하의 소액 근로(geringfügige Beschäftigungen), 아르바이트 종사자의 증가¹⁾와 비전형적 근로자의 14.3%가 빈곤에 노출됨으로써 양극화 심화의 문제가 새롭게 해결해야 하는 과제로 부각되고 있다. 정부는 이를 위한 첫 조치로 2014년 시간당 8.5유로의 최저임금제도를 도입하였다. 최저임금제는 임금협상을 통해 임금을 결정할 권한을 가지는 노조측에서 하향 임금확일화의 위험을 이유로 반대하였던 제도이다.

(2) 기초수요(Regelbedarf)에 대한 헌법재판소 결정

Hartz IV를 통하여 기존의 실업보험(수혜자 부담), 실업부조(국가부담), 사회부조(주정부부담)를 통해 이루어졌던 노동자복지체계가 노동연계복지의 관점에서 전면적으로 재편 및 축소되었다. 실업급여가 2단계로 재구성되면서 실업자의 권리는 노동능력자에게 지급이 되는 사회법전 제2권상의 실업보험 I 과 노동무능력자에게 지급되는 사회부조체계에 따른 사회법전 제12권상의 실업수당 II로 나뉜다. 실업보험 I은 기존에 최장 3년 지급에서 12개월로 축소되었으며, 기존에 실

1) 200년 601만명에서 2010년 798만명. 파견직은 2003년 28만 2천명에서 2015년 96만 1천명으로 증가하였음.

년도	정규직	비전형적 직	자영업
1999	79%	13%	10%
2014	69%	21%	10%

업수당개념으로 운영되던 실업부조는 실업수당 II에서 사회부조와 통합됨으로써 최소생계비지원의 개념으로 운용된다.²⁾

우리헌법과 달리 사회권 규정이 없는 독일 기본법에서 독일연방헌법재판소는 “독일 연방공화국은 민주적 사회적 연방국가이다”고 규정하고 있는 제20조 제 1항을 근거로 독일 기본법에서 사회국가원칙을 천명하고 있다고 본다. 그리고 인간다운 생활을 할 권리는 인간의 존엄을 실현하기 위한 것으로서 기본법 제2조에서 보장하는 기본권이지만 기본법으로부터 직접 소구될 수는 없고 입법자의 법률을 통하여 구체적으로 권리가 인정된다고 보고 있다. 그러나 입법자가 정한 액수가 인간의 존엄을 실현하기에 충분한지의 관점에서 개별적 욕구를 고려하고 국가의 경제적 상황이 고려되면서 엄격하게 판단될 필요가 있다고 보고 있다.

실업수당 I, II는 동일하게 기초수요(Regelbedarf)에 따라 지급된다.³⁾ 이를 위하여 제정된 기초수요조사법(Regelbedarfsfermittlungsgesetz)⁴⁾에 의하여 특별한 가격기준을 정한 후 계산이 되어 기초수요가 결정되며 이는 매년 연방사회노동부가 11.1.에 고시한다. 현재 기초수요는 6등급으로 구분이 되어있다. 2017.1.1.부터 1등급⁵⁾ 409유로 2등급⁶⁾ 368유로, 3등급⁷⁾ 327유로, 4등급⁸⁾ 311유로, 5등급⁹⁾ 291유로 6등급¹⁰⁾ 237유로가 지급된다.

연방헌법재판소는 2010.2.9. 결정에서 기초수요 규정(Regelsätze)들이 헌법에 반한다고 보고 입법자들에게 이를 위한 새로운 법률규정을 제정하도록 하는 입법

- 2) 이성기, 이승협, 독일 노동복지정책 개혁에 관한 연구, 사회복지정책 Vol. 24, 2006. 4. 426-427쪽.
- 3) 기초수요급부외에 주거, 난방, 기타 적합한 비용, 긴급상황에서의 급부, 현물급부, 일회성 급부, 특별한 경우 대출 등이 같이 실행된다.
- 4) Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch von 24.März 2011(2011.1.1. 소급적용). Regelsatzverordnung를 대체함.
- 5) Für eine erwachsene leistungsberechtigte Person, die als alleinstehende oder alleinerziehende Person einen eigenen Haushalt führt; dies gilt auch dann, wenn in diesem Haushalt eine oder mehrere weitere erwachsene Personen leben, die der Regelbedarfsstufe 3 zuzuordnen sind(§ 20 Absatz 2 S.1 SGB II).
- 6) Für jeweils zwei erwachsene Leistungsberechtigte, die als Ehegatten, Lebenspartner oder in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft einen gemeinsamen Haushalt führen(§ 20 Absatz 4 SGB II).
- 7) Für eine erwachsene leistungsberechtigte Person, die weder einen eigenen Haushalt führt, noch als Ehegatte, Lebenspartner oder in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft einen gemeinsamen Haushalt führt(§ 20 Absatz 3 SGB II).V.m. § 20 Absatz 2 S.2 Nr. 2 SGB II).
- 8) Für eine leistungsberechtigte Jugendliche oder einen leistungsberechtigten Jugendlichen von 14 bis unter 18 Jahre(§ 20 Absatz 2 S.2 Nr. 1 SGB II)§ 23 Nr.1 SGB II).
- 9) Für ein leistungsberechtigtes Kind von 6 bis unter 14 Jahre(§ 23 Nr.1 SGB II).
- 10) Für ein leistungsberechtigtes Kind bis unter 6 Jahre(§ 23 Nr.1 SGB II).

의무를 부과하였다. 동 재판소는 인간존엄의 최저생계비에 대한 기본권은 도움이 필요한 사람들에게 신체적인 생존과 더불어 사회, 문화, 정치적인 삶을 위해 필수적인 물질적인 전제조건을 확보해 주어야 하는 것이라고 판시하였다. 그에 따르면, 입법자는 이러한 형해화할 수 없는 기본권을 형식적인 법률로 구체화하여야 하고, 항상 공동체의 각각의 발전생태와 현실의 삶의 조건들에 맞추어 지급하는 급부를 현실화해야 한다. 그리고 인간의 존엄을 위한 전형적인 최저생계비는 월 정액으로 확정할 수 있지만, 이를 넘어서서 발생하며, 일회적이지는 않는 특별한 필요에 대하여는 부가적인 급부청구가 인정되어야 한다고 보았다.¹¹⁾

또한 유럽연합의 다양한 지침들이 독일의 노동관련 법정책에 영향을 미친다. 유럽연합은 2008년에 파견근로자 지침¹²⁾을 제정하였다. 또한 1999년에 제정한 시간제 및 단기노동자 지침¹³⁾, 소액소득노동자 지침(소위 Minijob)¹⁴⁾ 등이 유럽연합 회원국인 독일의 비전형적인 노동자를 위한 법제에 직접적인 영향을 미치는 매우 중요한 지침들이다. 회원국들은 지침에서 정한 기일 내에 지침들을 자국내로 전환적용을 하여야 한다. 그 결과 회원국의 노동자들은 자국법에 따른 보호를 자국 법원에 의해서 받을 수 있을 뿐만 아니라 경우에 따라 유럽재판소에 의한 보호를 받을 수 있게 된다.¹⁵⁾

한 병원에서 IT전문가로 3년간 장기 근무한 파견근무자의 정규직전환을 위한 소송에서 하급심인 바덴-뷔텐베르크 주노동법원에서 정규직으로 전환된다고 본 것과는 달리 연방노동법원은 장기간 근무한 파견근무자의 정규직전환을 인정하지 않았다. 연방노동법원의 이 판결을 통하여 파견근무자가 파견법에서 규정한 것처럼 일시적이지 않고 장기간 근무를 하는 경우를 둘러싸고 독일에서 매우 오랫동안 지속되었던 논의가 종결되었다고 볼 수 있다.¹⁶⁾

11) BVerfG: Urteil - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09. 9. Februar 2011.

12) RICHTLINIE 2008/104/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 19. November 2008 über Leiharbeit. 제5조에서 매우 긴 동등처우를 위한 규정을 두고 있다.

13) EU-Richtlinie über Teilzeitarbeit und die Richtlinie 1999/70/EG (EU-Richtlinie über befristete Arbeitsverträge); RICHTLINIE 97/81/EG DES RATES vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit. 시간제, 단기노동자 법(Teilzeit- und Befristungsgesetz : TzBfG)을 통하여 전환적용하였으며 차별금지를 규정하고 있다.

14) Richtlinien für die versicherungsrechtliche Beurteilung von geringfügigen Beschäftigungen(Geringfügigkeits-Richtlinien)

15) Rechtssache C 533/13. Vorlage zur Vorabentscheidung - Sozialpolitik - Richtlinie 2008/104/EG - Leiharbeit - Art. 4 Abs. 1 - Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit - Rechtfertigungsgründe - Gründe des Allgemeininteresses - Verpflichtung zur Überprüfung - Bedeutung. URTEIL DES GERICHTSHOFS (GROSSE KAMMER), 17. März 2015

3. 질문

(1) 어느 나라의 노동유연성과 안정성을 모델로 삼아 우리나라의 노동시장개혁을 하려고 하는 경우, 우리나라가 그 비교하는 국가와 유사한 노동, 경제, 사회적 수준인지의 분석이 전제가 되어야 한다. 발제자께서 언급하시는 국가들은 노동자에 대한 존중과 노사의 합의를 통한 결론도출이라고 하는 문제해결 방식이 매우 잘 발달하였다. 독일과 스웨덴의 경우를 보면 공통적으로 경제민주화가 노동자의 경영참여를 통해 구현되는 것으로 보며 노사간 상호존중이 결정의 기반이 되고 있다. 독일은 노동유연성보다는 안정성에 방점을 두고 노동개혁에 성공한 나라이며, 스웨덴은 노동유연성을 강하게 하면서도 경제적으로 성공한 나라에 속한다.

우리나라의 경우 헌법상 보장되는 노동조합의 노동3권 보장도 매우 협소하게 이해되는 측면이 있다. 노동조합조직률도 낮고, 현행 다수대표제 선거제도하에서 노동자를 대변하는 정당의 의회진입이 어려운 구조적인 한계도 있어 노동시장의 개혁에 있어 노동자측이 제대로 잘 대변될 수 없는 사회구조이다. 이미 노동유연화는 매우 심화되어 있으며, 안정성은 크게 약화된 사회이다. 사회적 안전망의 구축도 조밀하지 못하다. 따라서 개인적으로는 노동자측의 협의와 이해를 기반으로 하지 못하고 노동유연화가 빠르게 진행중이며, 안정성이 약한 나라에서 스웨덴식의 노동유연화에 방점이 있는 노동시장개혁은 한 축, 노동자측의 매우 큰 희생을 초래하게 되고 이러한 노동개혁은 성공하리라고 보기 어렵다고 생각한다.

발제자께서는 높은 노동조합조직률, 노사합의 등 기본조건이 우리와는 상이한 스웨덴의 노동개혁모델이 우리나라에서도 성공할 수 있다고 생각하시는지 궁금하다. 스웨덴 모델보다는 노동시장의 유연화는 약하게 진행하되 안정성도 함께 유지하는 독일식의 모델이 우리나라에 좀 더 시사하는 점이 있다고 볼 수 없는지 궁금하다.

(2) 유럽연합과 그 회원국에서 노동시장의 유연성과 안정성은 함께 실행되어야 하는 것으로 보고 있다. 우리나라에서 노동유연성을 위한 노동시장개혁을 하

16) Dauereinsatz von Leiharbeitern bleibt ohne Folgen, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/urteil-des-bundesarbeitsgerichts-dauereinsatz-von-leiharbeitern-bleibt-ohne-folgen-12704569.html>

기 위하여 그 한 축인 안정성 확보가 매우 중요하다. 사회안전망의 구축 없는 노동시장의 유연화는 노동자들에게 인간다운 삶의 박탈과 생존의 위협을 의미할 수 있다. 현재 우리나라에서는 노동유연성에 있어서는 진전이 크지만 안정성확보는 잘 이루어지고 있지 않다. 이런 상황에서 노동유연성 논의와 더불어 안정성에 대한 대책이 필요하다고 생각한다. 발제자가 생각하시는 안정성 대책이 궁금하다.

(3) 우리는 독일 기본법과 달리 매우 자세한 사회적 기본권목록을 가지고 있으며, 다른 헌법에서 보기 힘든 경제의 장을 가지고 있다. 헌법 제119조 제1항과 제2항은 사회적 시장경제질서를 규정한 것으로서 시장경제질서를 기반으로 하고, 그 단점들을 극복하기 위하여 국가적 개입이 필요하다고 보는 것이 통설적 입장이다. 제119조 제2항에서 규정하고 있는 경제민주화에 대한 발제자의 견해가 궁금하다.

(4) 우리나라에서는 직접고용, 간접고용의 고용형태와 더불어 특수고용이 고용의 한 형태로 자리잡고 있으며, 230만명 정도의 특수고용직 노동자들이 법의 보호를 받지 못하는 문제가 발생하고 있다. 이들은 일반 근로자가 아닌 개인사업자(자영업자)로 분류되어 있기 때문에 노동자의 권리인 노동3권, 근로기준법 등의 보호를 받지 못하는 것이다. 예컨대 10년 넘게 일해 온 한국야쿠르트 판매원의 퇴직금지급청구소송에서 법원에서는 그 노동자성을 부인하며 청구기각을 하였다. 발제자의 특수고용직 문제에 대한 해결방안이 궁금하다.

제154회 발표회 지정토론문

발제문: 유럽연합의 유연성

- 안정성 균형의 실험과 노동의 대안 -

발제자: 조돈문(가톨릭대학교 교수)

일시 및 장소: 2016. 10. 26.(수) 헌법재판소 2층 회의실

박 지 순*

1. 들어가는 말

조교수님의 발제는 유럽연합이 추구하는 사회모델에 대한 정밀한 분석과 논리로 유럽연합의 노동사회개혁의 큰 그림과 지향점 그리고 사회모델을 이해하는데 큰 도움이 되었으며,

발제에서 제시한 4개의 기본모델(스칸디나비아, 대륙형, 지중해형, 영미형)의 차이와 특징 그리고 노동사회개혁에서의 주요 경향에 대해서도 하나의 분석틀을 제공하고 있다는 점에서 유익한 정보라고 생각된다.

다만, 논의의 생산성을 높이고 다양한 시각을 통해 좀더 풍부한 담론을 전개하고자 발제문에 대하여 몇가지 고민과 추가해야 할 논점을 제시하고자 한다.

2. Flexicurity의 의의

Flexicurity는 사용자와 근로자측의 이익조정을 위한 하나의 타협적 공식을 말하는 것으로서, 주지하듯이 그 어원은 네덜란드의 사회학자 Hans Adriaansens의

* 고려대학교 법학전문대학원 교수

저작이다. 그 배경이 되는 역사적 사실은 1999년 네덜란드는 정부는 종래의 해고 보호규정을 완화하면서 반대급부로 파트타임에 대한 보호규정을 강화하였다. 당시 노동시장개혁의 모델로서 네덜란드와 덴마크는 해고규정의 완화를 실업자에 대한 단기적으로 높은 지원(소극적 노동시장정책) 및 신속한 노동시장의 재진입(적극적 노동시장정책)과 결부하였다.

2000년 니스협약에서 수용된 유럽 사회어젠다는 Flexicurity를 유럽사회모델의 기초로서 그리고 리스본 프로세스의 중요한 구성부분으로 선언하였다. 그후 유럽연합은 “Europa 2020-Strategie”를 통해 노동시장의 Flexicurity를 지속적인 과제로 설정하고 회원국에 대해 노동시장, 조세, 사회정책 등 구조개혁과제를 권고한 바 있다.

3. 스웨덴 모델의 내용에 대하여

발제자는 스웨덴의 노동시장제도를 유연안정성 모델로 설명하면서 이른바 관리된 유연성 모델로 설명하고 있는데(유연성을 허용하되 철저하게 규제하는 관리된 유연성), 이는 그 근거를 OECD 노동시장 지표 비교에서 도출하고 있는 듯하다. 그러나 발제자가 설명하는 스웨덴의 유연안정성의 특성(발제문 15면)은 유연성의 내용으로 명확하지 않은 측면이 있다.

스웨덴은 1990년대 노동시장 위기에 대응하여 전통적인 중앙집중적 단체교섭과 단체협약을 기업단위로 분권화(탈중심화)하는 유연성을 추진하였고, 고실업률의 원인 중 하나였던 해고보호규정의 유연화도 추진하였다. 구체적으로 1997년 이래 기간제근로에 대한 법률개정이 이뤄졌으며, 비록 제한된 범위이긴 하지만 특별한 사유없이도 기간제근로자를 사용할 수 있도록 하였다. 또한 1974년부터 적용된 해고보호법도 협약당사자의 합의가 있으면 기업단위에서 유연하게 적용할 수 있도록 하였으며, 2006년에는 기간제법을 좀더 단순화하였다.

즉, 스웨덴의 유연안정성 모델을 이해하기 위해서는 스웨덴의 노동시장 위기에 대한 원인과 해법의 구체적인 분석과 사용자와 근로자(노동조합)측의 이해관계가 어떤 방식으로 타협, 조정되었는지 그리고 그것이 스웨덴의 전통적인 노동법제도 및 노사관계 질서와 어떻게 정합적으로 이뤄졌는지 분석이 필요하다.

4. 스페인의 노동개혁

2010년 유로존 재정 위기 당시 스페인은 국가부도 위기까지 내몰렸는데, 스페인의 경직된 노동시장 내 구조적 이슈들은 이러한 경제 위기의 근본 원인 중 하나로 지목된 바 있다. 역사적으로 스페인은 40년간 지속된 프랑코의 독재정권 하에서 정규직에 대한 수많은 보호조항을 강화하며 노동시장의 경직성을 공고히 해왔다. 프랑코 독재시대가 1975년 막을 내리고 1977년 민주주의를 회복한 이후 스페인 정부는 노동시장 개혁을 위한 정책들을 단행하였는데, 1979년에는 노사관계 기본법인 노동법령을 제정하였고 1980년에는 소극적·적극적 고용정책에 관한 고용기본법을 제정하였다. 그러나 이 때 해고에 대한 높은 수준의 고용보호와 지역/산업 수준에서 임금과 근로시간 기타 근로조건을 결정하는 수단으로서의 단체교섭제도가 법제화되면서, 오히려 스페인 노동시장은 사실상 해고가 불가능한 구조를 띠게 된다. 이러한 스페인의 엄격한 고용보호법으로 인해 고용주가 신규 고용을 기피하였고 그 결과 고실업과 장기불황이 사회 문제화 되자 스페인 정부는 1990년대 다양한 노동개혁을 단행하기 시작하였다. 1990년 대 시행한 일련의 노동시장 개혁이 근본적인 변화를 이끌어내지 못하자 스페인 정부는 2005년 새로운 개혁안을 제안하게 되고, 2006년 5월 노사정 합의에 도달하게 된다. 그러나 이러한 사회적 합의 역시 노동시장 경직성 해소와 경제위기 상황 극복에 크게 효과적이지 않자 스페인 정부는 2010년과 2012년 다시금 고용시장의 유연성을 높이고 정규직 및 청년인력 채용을 장려하는 고강도의 노동시장 구조 개혁을 단행하였다. 특히 2012년의 노동개혁은 1) 해고의 대안으로서 내부 유연성(internal flexibility) 제고, 2) 단체교섭(collective bargaining)의 현대화 및 탈집중화(개별 기업과의 협약에 우선권 부여), 3) 고용 보호 제도(the system of employment protection)의 개선, 4) 새로운 무기근로계약 도입 등 고용 계약(labour contracts) 다양화, 5) 기업 내 훈련강화와 적극적 노동시장 정책들(in-company training) 시행 등이 주된 추진내용이었다. 특히 2012년의 개혁은 내·외부 유연성을 증진시킴으로써 노사관계의 관리를 향상시키고 일자리 창출과 보호를 촉진하는 것을 보다 강조하고 있다. 이러한 지속적인 노동시장 개혁 정책을 추진한 결과, 2014년부터는 2008년 세계 금융위기 이후 처음으로 플러스 성장을 기록하는 등 지속적인 성장세가 유지되고 있다. 이러한 성장세는 EU 29개국 평균 성장세에 비해 높은 것으로 나타나 스페인 경제가 강력한 노동개혁 추진의 결과 경제가 재빠르게 회복되

고 있음을 보여주는 것이라고 평가받고 있다. 그럼에도 불구하고 여전히 높은 장기 실업률과 높은 청년실업률, 저기술/저숙련 인력 증가, 높은 임시직 비중과 낮은 정규직 전환 비율 등 노동개혁을 이행하는 과도기적 단계에서 노동시장의 이중 구조화(불안정한 저임금 일자리와 안정적인 고임금 일자리 간의 분리)가 심화되고 있다는 측면은 잠재적 이슈로 남아 있다. 이처럼 개혁을 실행해 가는 가운데 가시적인 효과뿐만 아니라 과도기적인 단계에서 나타나는 혼란과 역효과도 발생하고 있으나, 거시 경제지표에서 보듯이 스페인 국가 경제의 반등을 이끈 핵심요소가 노동시장의 개혁이라는 점에 대해서는 어느 정도 공감대가 있다고 평가된다.

5. 독일 아젠다 2010의 평가와 독일 근로자파견법

스웨덴의 노동시장 및 경제적 성과 못지 않게 독일의 노동시장 성과에 대한 적극적 평가도 필요하다. 비록 소액취업자(Minijob)의 증가 등 비판도 없지 않으나, 전체적으로 유럽연합에서의 가장 낮은 실업률과 청년실업률, 경제성장률의 호조세 등에 대한 평가도 중요하다. 그 배경에는 하르쯔개혁을 중심으로 진행된 아젠다 2010의 성과가 놓여 있다.

한편, 최근 독일은 근로자파견법에 대하여 인력투입의 유연성 수단으로서 유지하되, 파견근로자의 지위를 강화함으로써 남용을 방지하는 방향으로 개정안을 준비하고 있다. 개정안의 주요 내용은 다음과 같다.

- 근로자파견의 정의규정 도입 및 근로자파견 표시 및 대상근로자 구체화의 무: 독일 파견법상 직접고용간주에 관한 흠결 보충(도급과 파견의 구별과 관련)
- 파견기간의 상한 도입: 원칙 같은 파견근로자가 한 사용사업주에게 18개월까지 파견 가능(파견사업주가 변경되더라도 합산), 다만 단체협약 또는 사업장협정에서 상한을 달리 정한 경우에는 그에 따름(단체협약의 경우 제한 없고, 사업장협정의 경우 24개월까지)
- 파견사업주는 파견기간 동안 사용사업주에게 고용된 비교가능한 근로자

의 중요 근로조건을 준수해야 함: 다만, 파견근로자에게 소정의 단체협약상의 임금이 지급되는 경우에는 균등대우 추정

- 파견근로자가 사용사업주에게 9개월을 초과하여 사용되는 경우에는 그 소속 근로자와 동일 임금을 지급해야 함(Equal-Pay), 이 경우에도 단체협약에서 구체적인 Equal-Pay의 기준을 정하고 그 적용시점을 15개월 이후로 정한 경우에는 그에 따름

제154회 발표회 토론요지

간 사 : 오늘은 특별히 우리나라 여러 가지 사회 갈등의 근원이라고도 이야기되는 소득 양극화와 연관이 없지 않은 노동시장의 이원화 구조, 사회 현실에 대한 깊이 있는 말씀을 듣는 자리를 마련했습니다.

사 회 자(이호근 전북대 교수) : 헌법실무나 헌법재판연구와 관련 오늘과 같은 토론의 기회를 통해 전문가들의 다양한 의견들이나 시각, 분석, 최근의 국내외 논의 경향 등에 대한 입장들을 심도 있게 논의할 기회를 갖게 된 것을 상당히 기쁘게 생각합니다.

오늘 발제자이신 가톨릭대학교 사회학과 조돈문 교수님은 오늘 토론주제인 ‘유연안정성’(flexicurity)관련 이 문제에 대한 우리나라에서 가장 대표적인 연구자 중 한분으로 특히, 그간 현장에 밀착된 심도 있는 연구를 많이 해주셨습니다.

<주제발표자(조돈문 가톨릭대 교수) 발표>

사 회 자 : 이번 8월 달에 나온 조돈문 교수님 책 ‘노동시장의 유연성 - 안정성 균형을 위한 실험’이 총 483쪽인데요, 이론논의와 노동현장 실재에 대해 분석한 방대한 내용을 담고 있기 때문에 오늘 참석해주신 모든 분들께 추가로 한번 일독을 권해드립니다.

핵심은 그런 것 같습니다. 유연안정성. 예를 들면 비정규 고용에 대해 핵심적으로 두 가지 키워드를 떠올리게 됩니다. 이건 일반적인 정규 고용에 비해서 ‘고용이 불안정’하고, 그 다음에 ‘처우가 차별적’이라는 점 이 두 가지가 핵심 쟁점인데 이것이 과연 ‘정당화 될 수 있는 것인가’ 아니면 ‘규범적 통제가 필요한가’ 하는 문제이며, 그리고 규범적 통제가 필요하다면 그 ‘실효성’과 ‘한계’는 어디까지인가 일 것입니다.

아까 조돈문 선생님 처음에 말씀하신 것이 기간제에서 ‘사유 제한’을 주장했던 것을 좀 유보하시겠다, 그 다음에 파견법을 원천적으로 뭐 못 쓰게 하는 ‘철폐’, 이것도 좀 아닌 것 같다 하시는 말씀은 모두 그런 맥락에서 쟁점이 되는 것이라 보입니다.

다시 말하면, 그런 것들이 없는 상황이 이른바 ‘job’ security, 일자리가 확실하게 보장되는 시스템이었다면, 이 ‘유연안정성’이라는 것은 ‘employment’ security, 고용의 안정성이 보장이 되는 그리고 ‘사회적 안전망구축’이나, ‘직업훈련강화’이나 아니면 ‘동등 처우’같은 여러 가지 방식으로 하겠다는 것이, 스웨덴이나 북유럽 국가같은 경우에 실천되고 있으며 이 방안이 상당히 현실적이고 긍정적이며, 경쟁력이 있어 보인다는 말씀 같습니다. 그런 취지에서 ‘유연안정성’을 긍정적으로 평가하며 도입방안을 말씀해주셨는데, 그런 부분들이 실제 현실에서 과연 어떻게 작동하는지에 대해서 많은 논의나 의견들이 있을 것 같습니다.

지정토론자(박지순 고려대 교수): 지정토론문에 따라 지정토론.

제가 드리고 싶은 질문이 이런 겁니다. 우리나라의 유연성 과잉, 분명히 그렇게 외견 상 나타납니다. 우리 비정규직 근로자들의 규모라든가 이런 걸 보면. 무엇 때문일까요, 그게? 그 부분에 대해서 진단이 전문가들 사이에 상당히 갈리고 있다라는 거지요. 우리나라의 노동법이 과연 정말로 유연한 노동법인가? 아마 법을 하는 사람들은 조금 다르게 보는 경향도 좀 있는 것 같습니다.

그리고 어느 지점에서 유연안정성 공식, 소위 이 타협적 공식이 존재하는 거냐? 저는 적어도 현재 한국의 노동 개혁의 논의 상황에서는 이 유연안정성 공식이라는 게 아직까지 현실화되고 있지 못하다, 그런 생각도 들거든요. 정말로 유연안정성 공식에 충실하려면, 우리가 지금 현재 어떤 부분을 유연화 해야 되고, 어떤 부분을 또 안정화 해야 될 지에 대한 뭔가 타협의 공식이 필요한 상황 아니냐? 여기에 대해서 어떻게 생각하시는지를 좀 듣고 싶습니다.

사 회 자 : 지금 발제를 해주신 조돈문 선생님은 유연안정성, Flexicurity에서 ‘안정성(security)’ 쪽에 방점을 좀 두고, ‘유연성과 안정성의 교환’이 아니고 ‘유연성과 안정의 균형’이라는 거고, 모델은 스웨덴이라고 하셨는데, 박지순 토론자께서는 오히려 지금 우리 현실에서 좀 제대로 된 유연성이 이루어질 수 있는 것도 중요한 부분이다 ‘유연성(flexibility)’쪽에 방점을 두시면서, 그러나 Flexicurity가 왜 중요한가 말씀해 주셨는데요.

아까 발제문 274쪽에 <표 11. 3>, 이게 우리나라의 현황을 국제비교한 표인 데요. 저는 조돈문 선생님 발제문의 이 표 하나가 가장 압축적으로 우리나라 노동시장 현황을 얘기해주고 있다는 인상을 받았는데요, 우리나라와 OECD 다른 국가와 노동시장 현황을 쪽 연차별로 비교하고 있습니다. 이 표에 따르면 첫째, 우리

의 ‘임시직 비율’이 상대적으로 OECD 평균에 비하면 2배 정도 많고, 둘째, ‘단기 근속자 비율’도 거의 2배가 많으며, 세 번째는 ‘장기근속자 비율’은 오히려 절반 정도 적다는 얘기고, 그다음에 노동시간은 오히려 연간 400시간 이상으로 상당히 많다는 얘기고, 소득(재)분배와 관련 소득 9분위 배율에서는 이게 4.70배여서 평균 3.46배에 비해서 높다는 얘기고, 성별 임금격차 지수도 거의 2배 이상이 된다는 통계 비교표입니다.

이게 지금 아마 조돈문 선생님이 갖고 있는 문제의식이고, 이 틀 내에서 과연 유연안정성 개념을 어떻게 실효성 있게 하는 것이 해법일까? 노동법적으로 그리고 사회보장법적인 방안은 무엇인가 하는 점이 바로 고민일 것 같습니다. 1차 노동시장에서 벌어진 노동계약 관련되는 다양한 문제들의 공정성, 합리성 그다음에 평등성을 어떻게 확보할 것이며, 그 다음에 사회보장법적으로 그 부분에 연계하여 2차적으로 어떻게 안정성을 확보할 수 있는 방법, 우리 식의 해법이 무엇이겠는가? 이 부분이 핵심일 것 같은데요.

일단 이런 차원에서 계속 좀 논의가 더 필요할 것 같습니다.

지정토론자(신옥주 전북대 교수): 지정토론문에 따라 지정토론.

사 회 자 : 야쿠르트 아줌마 같은 장기적으로 특수형태 근로종사 같은 경우에 지금 대법원에서 판단할 때 근로자성 부분에 대해서 부인하는 태도를 보입니다. 이 부분에 대해서는 우리 조돈문 교수님이 작년도에 국가인권위원회에서 특수형태 근로자에 관해서 굉장히 방대한 실태조사를 하셨는데요. 거기에 따르면 아까 말씀하신 대로 “통계청에 있는 경황조사에 나와 있는 것 말고 추가적으로 자영업으로 분류되어 있는 90만 이상이 상당히 오분류 돼 있다, 230만이다”라고 주장을 하시는데, 추정치입니다. 논란이 있지요. 하지만 그런 부분에 대해서도 여러 가지 법리적으로도 문제가 되니까 어떻게 생각하시는지 의견을 물으신 것 같습니다.

먼저 두 분의 토론에 대해서 한 5분정도 답변을 주시고요.

발 표 자 : 먼저 박지순 선생님이 스웨덴에 어떻게 유연안정성 모델이 수립이 됐고 유연성, 안정성 균형이 이루어지게 된 과정을 좀 볼 필요가 있다고 하셨는데, 스웨덴 모델의 핵심이 세 가지로 이야기되는 게, 렌-마이드너 모델을 여기가 노총이 만들어서 1950년대에 제출을 한 겁니다. 그게 이제 사민당 정부의 정책

이 됐는데, 우선 절제된 거시경제 정책을 펼친다는 것 하고 연대임금이 됩니다.

거시경제 정책이 절제되어 있는 상태로 한다는 건, 경기가 순환하더라도 경기의 침체에 과도하게 재정 투입을 하지 않는다는 거지요. 그리고 연대임금제는 일종의 산업 구조조정 정책입니다. 모든 기업에게 동일 직무를 수행하려면 동일 임금을 지불하게 하는 거지요. 현대자동차와 마치코바(まちこうば, 町工場; 작은 공장)가 똑같은 일을 하면 똑같은 임금을 지급한다 그러면 결과적으로 경쟁력이 떨어지는 업체들은 시장에서 퇴출이 되고, 실업자들이 많이 생기는 거죠.

그걸 해결하는 게 이제 적극적 노동시장 정책인 거죠. 그렇게 해서 이제 그 3개가 패키지로 돼 있었다. 그래서 적극적인 노동시장 정책이라는 게 유연성 안정성 모델의 핵심으로 구성하고 있고, 랜-마이드너 모델을 여러 가지 제시했는데, 그 자체가 유연성을 전제로 한 거죠. 상시적인 구조조정을 전제로 했고.

또 경제위기에는, 2008년의 최근의 경제위기에 대응하는 걸 보면, 당시 보수당 정부가 개입을 거부했습니다. 노사간 협정을 놓고. 제조업이 엄청난 타격을 입었죠. 그래서 노사 자율적으로 위기협약을 체결을 했습니다. 이렇게 노사가 자율적으로 공존공생을 하는 이런 게임을, 1938년 샬트세바덴 협약(Saltsjöbadsavtalet, Saltsjöbaden Agreement) 이후 계속되어 왔다는 말씀을 드릴 수 있겠고요.

그리고 스페인의 현재의 경제 회복과 노동시장의 개혁 효과에 대해선 아직 판단하기는 이르다. 노동시장 개혁 효과를 보기에는 굉장히 무리가 많이 따릅니다. 그런데 그 이전부터 개혁 조치들을 해왔었고. 스페인도 또 그런 교환 같은 게 역사적으로 이미 오래 전에 있었던 게, 프랑코 정부 하면서부터 임금억제 정책을 폈습니다. 그에 대한 반대급부로 고용 보장을 해줬던 거죠. 그런 의미에서 이제 비정규직 중심의 고용, 그 노동력 활용의 유연성이 트이게 됐고.

제가 가서 계속 연구를 해보면 법제도는 대단히 경직되어 있는 것은 분명합니다. 그런데 이게 대기업, 조직된 노동자들에게 맞습니다. 그런데 중소 영세업체나 비정규직에게 전혀 안 통하고. 지역에 가서 제가 인터뷰를 다 해보니까, 이게 보고도 안 되는 노조가 사회적으로 알아서 개입하려고 하면 당사자들이 거절을 한다고 그러니까. 그런 정도로 이제 노동시장의 양극화가 돼 있다는 거.

그리고 독일에 대해서는 하르츠 개혁에 대해서 이제 미니잡 증가의 문제, 그게 고용의 증대가 분명한데, 여기에 대한 평가는 논란의 여지가 있을 것 같습니다. 특히 소득격차 증대에 대한 것은 뭐 신옥주 선생님도 지적을 하셨는데, 이게 일련의 미니잡 같은 걸 통해서 고용률을 높인다는 것. 분명 고용률은 높아졌습니다. 그런데 스웨덴의 문제의 전략과는 정반대죠. 연대임금 절차에 따른 것과 상반

되는 걸로 또 다른 전략이라고 볼 텐데, 그러면 연대임금제라든가 이런 방식의 대안은 그때 현실 실효성이 별로 없었느냐? 뭐 이런 건 논란의 여지가 있다고 봅니다.

그러나 분명하게 독일의 노동시장 정책이 실패한 부분은 저는 장기실업자 부분이라고 봅니다. 장기실업률이 대단히 높습니다. 스페인과 비슷한 수준인데, 이게 지금 현재에도 문제고. 문제인 것은 장기실업자는 노동시장에서 가장 취약한 집단인데, 이 사람들을 노동시장에 통합시키는 논의들을 하는데, 이게 단기적으로 효과가 잘 안 나타나는 거죠. 그런데 스웨덴은 투자를 해서 장기실업률을 낮췄는데, 독일은 그걸 유예했다는 거지요. 그걸 피했기 때문에 장기실업률이 굉장히 높은데.

앞으로 지금 유럽 모든 나라들이 겪고 있는 문제는 동구권의 신규 이민자하고, 뭐 설상가상인가요? 난민 문제가 있습니다. 이 사람들이 지금 스웨덴 같은 경우는 적극적 노동시장 정책의 핵심 타겟입니다. 스웨덴에서는 지금까지 그렇게 해왔기 때문에 당연한데, 독일은 이 문제를 어떻게 해결을 하겠냐? 대단히 어려운 도전이라고 생각을 하고요.

그다음에 한국 노동시장에 대해서는, 이호근 선생님이 잘 제시를 해주셔서. 그런데 <표 11. 3>에 제가 제시한 지표 관련하여, 한국 노동시장은 유연성 과잉이다, 또는 지금 ‘파견법이 경직됐다’, 뭐 또 ‘파견법을 없애라’, 논란의 여지는 많지만, 현재의 파견법도 무시하고 위반하는 불법파견이 엄청나게 확산이 돼 있고, 그것도 재벌그룹의 민주노동의 경향이 강한 그런 데서도 성행하고 있다는 거지요. 그럼 노동시장의 유연성이 과잉된 것 아니냐? 이런 상황에서 노동시장의 어떤 유연성과 안정성의 교환을 얘기할 수가 없다. 그래서 우선 안정성이 확보가 되고 그리고 유연성은 관리를 해야 된다는 거죠.

그래서 네덜란드, 덴마크 얘기를 하셨는데, 덴마크는 화이트칼라는 아니고, 블루칼라를 대상으로 해서 유연성을 준 거죠. 그래서 해고를 용이하게 해 준 부분은 블루칼라였는데, 그 대신 실업자 보상이 화이트칼라의 경우에는 소득대체율이 굉장히 낮고, 블루칼라는 높게 돼 있습니다. 이렇게 보상을 해주고, 적극적 노동시장 정책이 있는 거죠.

그리고 네덜란드 경우의 타협은 정규직은 보호해주고 비정규직은 자유롭게 쓰게 하는데 그게 단시간 근로입니다. 단시간 근로는 사회적으로 보호를 해주고 있잖아요. 저는 한국도 비정규직에 대해서 사회적 보호를 해주라는 거죠. 스웨덴 뿐만이 아니라 네덜란드에서 단시간 노동자에게 모든 사회적 보험 같은 것도 정

규칙과 동등하게 해주고, 거의 모든 공동체의 원칙이 적용이 됩니다.

그런데 우리의 단시간 근로는 어떻습니까? 최단시간 근로 같은 경우는 무슨 고용보험, 국민연금, 건강보험 다 배제를 하잖아요? 그리고 주휴일이나 연차휴가라든가 퇴직급여 제도도 다 최단시간 배제하고. 이렇게 기본적인 안정성 전제가 지켜지지 않는 한, 안정성과 유연성의 균형을 위해서는, 안정성 강화, 그리고 유연성은 규제가 돼야 되겠다 하는, 그래서 관리가 돼야 되겠다 하는 생각이구요.

유럽은 뭐 독일이나 스웨덴은 부럽죠. 그렇게 공동결정제에다가 노조의 영향력이나 사회적인 노사 이런 게 우리하곤 비교가 안 되는데, 그러면 왜 꿈같은 이야기를 하나? 저는 현재 노동시장의 이렇게 과잉된 유연성이라는 건, 사회적 합의로 형성이 돼 있다고 봅니다.

비정규직이 50% 이상인 사회는 이걸 지속가능하지 않습니다. 모두 자기 자식이 이제 비정규직이 되는 거죠. 그래서 비정규직 50% 이상의 의미는, 그 과도한 유연성 사회로 인해서, 사회적 합의가 뭔가 획기적인 조치가 필요하다는 거는, 정당이나 보수적인 대선 후보들도 다 인정을 하는 거잖아요. 그래서 ‘상시적 업무에 대해선 직접적인 정규직 채용을 하겠다’ 원칙을 공약으로 내걸었고, 지키기도 하고 안 지키기도 하고 대체로 안 지키는데, 지자체들을 보면 서울시가 모범적으로, 보편은 간접고용 비율이 이제 서울시에서는 줄었습니다. 우리가 2014년, 2015년 계속 조사하면서 비교를 해보고 있는데. 그리고 기간제를 무기계약직으로 전환하는 것도 이제, 최근에 이게 확산이 되지요. 광주라든가 충남에서도 조금 긍정적인 그런 부분들이 나타나고 있습니다.

그래서 이런 것들은 우리 사회의 일정한 사회적 합의로 형성되어 있는 것 아니냐. 그리고 현재는 노동시장이 자본에게도 바람직하지 않습니다. 이렇게 예측가능하지 않은 것.

스웨덴은 세계에서 노동계급이 제일 힘이 쎈 나라입니다. 그리고 우리가 모르고 있는 것은, 스웨덴 자본가들이 세계에서 가장 강한 자본가라는 걸 우리가 모르고 있는 거죠. 그 무엇보다도 강한 자본가들이 이런 개혁, 타협을 수용을 했느냐 보면 예측가능성이 생겼잖아요. 무엇이건 노조와 타협을 하면 그게 현장에서 집행이 돼요. 그리고 노조는 때로는 일시적인 이해관계도 양보도 하고, 이해관계가 훼손이 되더라도 그걸 수용을 합니다. 그러면 현장에서 집행되는 거죠.

그렇게 예측가능성이 대단히 높는데 우리는 그게 대단히 낮다. 그래서 자본의 경우도 일시적으로 뭐 얼마나 지금 편익을 취하고 있는지는 몰라도, 예측가능성 측면에서 보면 자본도 유연성과 안정성이 균형을 이루는 게 밀리는 장사만은

아니다.

그리고 두 번째로 안정성의 장치에 대해서는 황금삼각형의 나머지 두 축, 적극적 노동시장 정책과 고용보험제 확충과 같은 사회보험 제도, 이런 것들을 제가 말씀드릴 수 있고요.

경제민주화와 관련된 헌법 제119조는 너무 아름다운 구절입니다. 저는 볼 때마다 부끄럽고. 우리 노동 시장의 경우에는 우리의 현실을 보면 자본의 일방적 지배인데, 헌법 제119조에 보면 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하고, 경제주체 간의 조화를 통한 경제민주화, 뭐 전혀 정반대의 현실인거죠. 자본이 일방적으로 지배하는 거죠, 정반대로. 이게 우리 사회학 분석에서는 *negative compromise*라고 그러는데. 윈윈하려면 *positive compromise*를 해야 되는데, 스웨덴처럼 유연성도 확보하고 안정성도 확보하고. 그런데 우리는 내가 상대를 죽이지 못하기 때문에 휴전하는 건 가능해도, 우리 모두 공존공생하기 위해서 타협하는 것 안 하는 거잖아요, 자본이. 이게 자본으로 볼 때도 대단히 위태롭고 지속가능성이 떨어진 거다. 그래서 계급의 공존공생을 위한 경제를 줘라, 이걸 뭐 너무나 바람직스럽고 필요하고.

마지막으로 특수고용직에 대해서는, 저희가 냈던 보고서를 다시 연구와 추가적인 작업을 통해서 보완해서 금년 8월에 책으로 냈습니다. 거기에 보면 구체적인 일들이 나오는데요, 근로자로 인정을 하지 않는 것들 이제 종속성을 판단하는데 현재 우리 노동관계법에 보면 근기법과 노조법에 근로자 규정이 있잖아요? 두 개가 서로 조금 다른데. 이것도 영국이나 독일 식으로 하면 충분히 확대해석을 해서 특수고용 노동자들의 노동자성에 방점을 둘 수가 있어요. 그런데 그렇게 안 하고 그 규정을 사용종속성을 기준으로 해서 판례가 나왔잖아요? 그래서 현재의 규정만 갖고도 얼마든지 잘 보호할 수도 있고. 그리고 노동3권을 헌법에도 보장하는데. 굳이 법규정이 필요 없는데. 그런데 현재의 법체계 안에서 아름다운 헌법과 훌륭한 법조항이 있더라도 그것도 안 지켜지니까, 그러면 근기법과 노조법에 있는 근로자 규정의 개념 정의를 확대를 하자.

그런데 사용종속성은 굉장히 조작하기가 쉽습니다. 2000년대 초반에 이미 특수고용된 자들의 근로자성 인정을 위한 논의가 시작이 됩니다. 그러면서부터 그 지표 조작하는 게 이제 나타나죠. 그래서 그전에는 컨트리 클럽에 가면은 골프장 경기보조원의 행동수칙 같은 게 정해져 있었다는 거예요, 업무수칙 같은 게. 그런데 그게 그다음부터는 간판이 바뀌면서 자율적인 무슨 규율처럼 이렇게 만들고, 온갖 포장들이 이제 다 생기는 거죠. 그래서 사용종속성 보다는 경제종속성과

조직종속성을 중심으로 해서 그에 대한 개념을 좀 확대해야 된다. 그래서 다른 사업주의 업무를 위하여 노무를 제공하는 조직종속성을 지녔거나, 아니면 다른 사업집단의 노무 수령자로부터 대가를 받아 생활하는 경제종속성을 지녔거나, 그러면은 이 노동자 종속성을 인정을 하고 노동자성을 인정하는 게 맞다고 생각을 하고 있습니다.

토 론 자(이황희 헌법연구관) : 좋은 강연 인상 깊게 잘 들었고요, 많이 배웠습니다.

제가 궁금한 것은 이 유연안정성이라는 개념 자체가 굉장히, 뭐 내용적으로 충분히 동의할 수 있는 것 같습니다. 그런데 스웨덴 같은 경우는 아까 말씀하신 샬트세바덴 협약 같은 어떤 대타협이 가능했다고 하셨는데, 그 전제는 사민당의 존재인 것 같습니다. 그런데 우리나라같이 노조조직률이 낮고, 노조의 정치세력화가 미약한 나라에서, 일종의 자본, 흔히 말하는 소위 자본가 계급의 목소리로 과잉대표되는 현상 속에서 이런 타협이 어떤 식으로 가능할지? 만약에 자본가 계급의 목소리가 어떠한 사회적 조건 때문에 순간적으로 후퇴하게 돼서 타협이 이루어졌다 하더라도, 그게 어떤 식으로 유지될 수 있는지에 관해서 좀 의문이 드는 데요. 거기에 대해서 교수님의 생각이 궁금하고.

두 번째는 이 안정성 자체를 이제 올리려고 할 때, 자본주의 체제가 세계화되다보니까, 스웨덴의 대표기업인 이케아 같은 경우는 1982년도에 본사를 네덜란드로 옮겼지 않습니까? 높은 세율 때문에. 그런 식으로 자본의 이탈을 어떤 식으로 막을 수 있을 것인지, 거기에 대해서도 교수님의 고견을 좀 듣고 싶습니다.

토 론 자(정영훈 헌법재판연구원 책임연구원) : 사실은 유연안정성에 대해서 상당히 비판적인 좌파 이론가들도 좀 많지 않습니까? 제가 일본에서 알고 있는 노동법 교수님들도 상당히 지금 평가를 유보하고 계시고, 그리고 유럽에서도 이동경제학 뭐 이런 쪽, 이동경제시장론(transitional labour market theory) 이런 쪽 사람들이 좀 더 각광을 받는다, 뭐 이런 얘기까지 좀 들리는 것 같아요.

그런 건 좀 차치하고라도 어쨌든 아까 박지순 교수님이 말씀하셨던 어떤 균형점을 찾아가는, 그러니까 균형이 뭐냐라는 것에 대한 어떤 모호함. 이걸 사실 많은 공격의 대상이기도 하고, 모호하다 보니까 양 세력 간에 타협을 할 수 있는 어떤 제도적인 기구들, 산별 전체 차원, 작업장 전체 차원에서의 대화의 어떤 제도화 뭐 이런 것들이 이제 우선적으로 얘기가 되는 것 같고.

이런 거야 뭐 법으로 하면 할 수 있다 생각이 듭니다. 아까 황금삼각형의 효율성에서도 세 개의 삼각형을 구성하는 각각에 대해서도, 정부가 예산 확보하고 법으로 바꾸면 할 수 있다는 생각도 들긴 하더라고요. 점진적일 수는 있겠지만.

그런데 사실은 굉장히 어려운 것 중에 하나는 우리나라 노동시장이 분절되는 건 비정규직과 정규직만 분절되는 게 아니라 산업별, 그리고 업종별 그리고 기업규모별의 임금격차가 상당히 크다는 사실이지요. 사실 이런 시장 전체에 대해서 황금삼각형의 어떤 효율성의 어떤 접점을 찾는다 하더라도, 과연 우리가 얘기하는 소기의 성과를 가져올 수 있겠는가라는 생각이 좀 들거든요. 지난 8월 달에 한신대학교의 전병유 교수님이나 노동연구원의 장지연 박사님 같은 경우도 아마 그런 취지에서 이런 유연안정성이 작동하기가 좀 힘들지 않겠나라는 비판을 하셨다고 저는 이해를 하고 있거든요.

그러니까 스웨덴에 아까 말씀하셨다시피 연대임금 전략이라는 게 산업 구조 조정의 어떤 측면이라고 이제 애초에 목적이 있었다고 말씀하셨지만, 현대적인 우리나라의 시각에서 갖는 의미에서는 동일가치, 동일노동이라든지 그런 식의 임금격차를 좀 더 해소할 수 있는 중요한 계기나 기제가 될 수 있을 것 같은데. 제가 볼 때 사실은 그런 쪽에 좀 더 우선 치중을 하는 것, 그것이 전략, 사실 그게 더 중요하지 않을까라는 생각이 드는데, 어떻게 생각하시는지 여쭙보고 싶습니다.

발 표 자 : 지금 우리 노동 시장이 이렇게 유연성이 과열되었다고 제가 말씀을 드렸는데, 그거는 힘의 역학관계의 산물이라고 봅니다. 그만큼 계급 역학관계가 일방적으로 자본에 유리하고, 그러다 보니까 유연성과 안정성이 균형을 이루지 못하고 유연성이 과잉하게 된 상황인거지요. 그 결과로 또 노동시장이 유연화 될수록 노동자들의 힘은 더 약화되고 조직력도 떨어지고. 그러면 이런 현재의 상황을 바로 잡을 능력도 더 약화되는 거고, 그래서 이제 악순환 고리에 들어서게 되는데요.

저는 스웨덴 경우를 보면, 샬트세바덴 협약을 보면 그 답이 나온다는 거지요. 처음부터 그렇게 노사가 만나서 악수하고 이런 상황이 아니었거든요. 아마 100년 전부터 스웨덴 노동도 엄청 썩고, 자본도 엄청 썩습니다. 그래서 양자가 서로를. 그때 또 유럽은 노동 쪽은 혁명 분위기였고 자본은 거기에 맞서서 이제 강수를 두고 있던 때였는데. 금속이 핵심이었는데 문제가 금속이 파업을, 연쇄 파업의 효과를 높이기 위해서 3-4개의 사업장을 조직을 해서 파업에 들어가지요. 그러면 자본가 단체는 훨씬 더 강경했습니다. 그러면 그 업종 전체를 직장 폐쇄를 합니

다. 직장 폐쇄를 하고, 노동자들이 복귀하겠다 해도 이제 그걸 안 받는 거지요. 그때 추구했던 것은 일방적인 계급 지배, 우리 지금 한국의 상황이나 마찬가지로 하는 거죠. 당시에는 negative compromise인 거지요, positive compromise가 아니었던 거지요. 그러면 또 이제 노동계급도 반격을 하고, 이렇게 계속 싸워온 거죠. 몇 십년을 싸우다가 보니까 일방적 지배가 불가능하다는 판단을 했고, 그리고 그런 상황이 반드시 자기들에게 유리한 게 아니다. 그래서 타협을 하게 된 거죠.

그런데 우리 경우를 보면 지금 정치적 기회 구조나 계급 역학관계나 이런 것들이 노동시장의 과잉된 유연성을 바로 잡기가 대단히 어려운 여건임에는 분명합니다. 그러나 지금 뭔가 노동시장에 문제가 있다는 그런 사회적 합의. 그리고 제가 학생들을 가르치는데 학생들이 제가 비정규직 얘기하면 다 자신의 문제는 아니라고 생각을 했는데, 지금 보니까 자기들이 다 비정규직으로 일을 하고 있고. 그리고 또 제 친구들이나 이런 사람들을 보면, 전에는 뭐 자기는 정규직이고, 자기 자식도 정규직이 될 거고. 그런데 지금 보니까 자기 자식들이 다 비정규직이 되고, 정규직들이 별로 없고. 이게 남의 문제가 아니라는 거죠.

그래서 이런 상황에서는 사회적인 합의 같은 것이 대화를 추동해 내는 거지, 지금 민주노총이 뭐 5%도 안 되는 조직율을 갖고, 뭐 한국노총 합쳐도 10% 안 되고, 그걸 갖고 힘으로 밀어붙여서 될 수 있는 구도가 아니라는 거죠. 그래서 저도 물론 뭐 계급정당이 없고 노조조직율도 굉장히 낮고 그래서 이게 되겠느냐 싶지만, 그래도 현재의 노동시장 상황이 바람직스럽지 않다는 전제를 깔고 나면, 어떤 변화가 바람직스럽고 어디로 가야 되나라는 고민을 하게 되면, 우리도 언젠가는 법치국가가 되고 헌법 조항들이 존중되는 그런 사회가 될 수 있다는 거죠.

그리고 지금 조금씩 조금씩 가까이 가고 있다는 점을 믿습니다. 제가 비정규 노동센터 대표를 지금 10년차를 하고 있는데요. 저마저 긍정적인 전망을 잃으면 저는 저하고 같이 일하는 사람들, 비정규 주체들을 설득을 할 수 없습니다. 그러면 무조건 뭐 무장혁명을 할 것도 아니고, 그래도 우린 긍정적인 전망을 갖고 조금씩 조금씩 변화를 만들어 나가야 된다.

그리고 자본 이탈 방지에 관해서는 브라질의 룰라가 대통령 되기 이전에 월 스트리트부터 시작을 해서 뭐 조지 소로스나 이런 친구들이 계속 공격을 했잖아요? “브라질의 경제문제는 경제문제가 아니라 정치적인 문제다.” 룰라가 대통령으로 당선될 가능성이 크기 때문에 브라질의 경제가 계속 흔들린다면서 주가가 크게 폭락하고 환율 폭락하고 막 이런 일이 있을 때. 그때 룰라가 당선되면 외국 자본은 다 나간다는 거지요. 그런데 실제 룰라가 되고 나서 외국 자본이 이렇게

안 나갔거든요. 도리어 외국인 직접 투자가 부분적으로는 증가된 측면이 있습니다. 그래서 지나치게 우려할 부분은 아니다.

그럼 유연안정성 모델을 비판하는 사람으로는 아까 그 전병유 선생님이나 이런 사람들 글을 말씀을 하셨는데, 유연성과 안정성의 균형 자체가 잘못됐다거나 바람직스럽지 않다거나 그런 게 아니라, 현재의 유연안정성 담론을 노동이 거부하는 것과 거의 같은 이치입니다. 이것은 ‘자본의 유연화 프로젝트다, 일방적 유연화 프로젝트다’라고 하는 거죠. 그래서 이런 유연안정성이라는 용어를 사용을 하고, 그런 모델로 그 담론을 끌어가서 자본의 일방적 유연화를 그냥 추진하는데 들러리 서는 것 아니냐? 노동계가 반대하고 유럽노동도 그런 우려가 있기 때문에 이제 반대를 한 건데.

안전성과 유연성은 전혀 교환의 상대가 아니라고 봅니다. 우리의 경우에는 과도한 유연성이 안정성 결여라는 거죠. 그래서 유연성을 살리기를 좀 규제하고 안정성을 강화를 해야 된다는 거였는데. 불신을 하게 되는 게, 그럼 뭐 안정성을 많이 주고 유연성을 조금 준다, 그렇게 타협을 했다고 하자. 그럴 때 경제 위기를 맞거나 또 경제 위기가 아닌 상황에서라도 재정적인 상황의 제한이 있잖아요. 그 게 뭐 유연화 조치는 내일 법제화를 통해 갖고 모래부터 기업에서 목을 자를 수 있고, 비정규직을 멋대로 쓸 수 있게 해 줍니다. 그러나 안정적인 조치를 취하려면 고용보험 제도 확충해야죠, 보험료를 조금 올리고. 그럼 5개년, 10개년 계획이 되고. 그런데 이걸 완전한 어음인 거죠. 현찰과 어음을 교환하는 거니까, 노동계에서 볼 땐 불신을 할 수밖에 없다는 거죠. 그래서 저는 그런 불신을 해소할 수 있는 장치들이 필요하다는 거고. 그리고 각 정당들이라든가, 이게 노사 간의 합의가 아니라, 거기에 다른 제 삼자들, 사회가 그런 보충을 하는 이런 게 필요한 것 같고.

그리고 유연안정성 담론을 비판하는 사람들은 유연성에 대한 부정적인 인식이 강합니다. 그런데 저는 유연성 없는, 특히 유연성 중에도 ‘외적 수량적 유연성’, 정규직을 함부로 해고할 수 있고 그리고 비정규직을 묶어서 쓸 수 있는 게 이제 ‘외적 수량적 유연성’이라면, 그게 없는 사회는 불가능하다는 거죠. 그리고 바람직스럽지도 않다. 유연성이 하나도 없으면 그러면 바람직스러운 거냐? 그건 전혀 아니라는 거죠. 그럼 어떻게 규제하고 어느 정도가 적정수준이냐?

그런데 유연성이 증대하면 생산성이 향상되는 효과가 나타납니다. 그런데 이게 완전 향상이 되느냐 하면, 어느 시점에는 그게 꺾인다는 거죠. 그래서 적정수준의 유연성이 존재하는 것 아니냐 하는 그런 논의들을 하는 거죠. 저는 그게

바로 스웨덴이 보여주고 있는 관리된 유연성 아니냐.

필요한 유연성은 인정을 해주고 쉽게 어렵지 않게 할 수 있게 해주는 그런 예측가능성이 있어야, 기업들도 뭐 투자를 어디다 얼마를 하고 인력배치를 어떻게 하고 할 수 있는 거니까.

그 부분에서는 자본도 과도한 유연성이 반드시 바람직하나? 그런 건 아니라는 거죠. 아까 스페인 예를 드셨는데, 스페인도 보면 자본가 단체들로부터 그런 논의가 나옵니다. 그러니까 유연성이 과도한 게 이게 별로 좋은 것 같지가 않다. 그러니까 스페인이 계속 노동시장 문제를 겪고 있었던 것이 노동시장 정책이 잘못됐어나? 노동시장 정책이 뭐 굳이 잘했다고 하기는 어렵지만 경쟁력의 자체에 또 문제가 있었던 것 아니냐? 그래서 그런 분석들이 스페인에서도 보수적인 측 사용자 측 이런 데서, 뭐 중앙은행 이런 데서도 이제 그런 분석들이 나오고 있습니다. 그래서 과도한 유연성은 자본에게도 바람직스러운 건 아니라는 생각을 합니다.

사 회 자 : 우리가 원하든 원하지 않든, 기업간 심화된 경쟁탓이긴, 기술적 요인에 의했건, 자발적 선택에 의했건, 고용관계가 지금 우리나라의 40%에서 50%까지가 ‘표준적이 아닌 고용관계’로 가 있죠. 또 많은 나라들이 그런 방향으로 이동하고 있기 때문에, 이미 유연화냐 안정화냐 문제가 아니고, 이제 유연안정화는 모든 나라가 전반적으로 선택하게 되거나 선택할 수밖에 없는 흐름으로 가 있는 것 같습니다.

한편, 일부에서는 ‘유연불안정성’이라는 주장을 합니다. 그게 2008년도에 세계 재정위기 때 오히려 유연안정성 모드가 효율적으로 작동하지 못하면서 오히려 더 불안정을 심화시키는 것으로 작동하지 않느냐는 근본적인 입장에서의 비판. 또는 이 논의를 상당히 지난 10여 년간 해오면서 사람들이 그 효율성에 대해서 의문 제기를 하기도 되었다고 봅니다.

그럼에도 불구하고 우리가 ‘전일제 무기계약정규직’을 대신하여, 기간제 고용을 허용을 하고, 파견근로를 또 허용을 하고, 그다음에 단시간 근로를 통해서 고용을 창출하려고 하는 것들이, 저성장 고실업이 지속되는 가운데 고용이 위기인 시대 다 사실상 유연화조치라 할 수 있습니다. 또 어떻게 보면 전통적인 ‘정규-풀타임-남성 1인 브레드위너(breadwinner)의 모델’에서부터 이를 대신하여 일부 맞벌이 자발적인 단시간 근로자가 나타나기 시작한 것도 하나의 현상입니다. 때문에 이런 복합적인 현상 속에 가치중립적으로 이야기하면 그런 ‘고용형태의 다

변화'와 그에 대한 실효성 있는 규율이 요구되고 있습니다. 그리고 그러한 규율과 더불어서 사회적 안전망을 혼합시키는 모델로 갈 수밖에 없는 것이 하나의 큰 대세인 것 같습니다.

제가 보기에는 각론별로 몇 가지만 말씀드리고 싶은데요. 먼저, 우리나라의 기존의 기단법(기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률), 파견법 등 관련, 예를 들면 파견법 상에서 박지순 교수님이 말씀하셨지만 이른바 '상용형' 파견을 유도하기 위하여, 유럽에서는 과거에 이런 게 있었습니다. 즉, 파견기간만큼만 기간제 계약을 체결하는 형식으로 파견기간과 근로계약기간을 동시에 하는 기간제를 체결하는 것을 금지시켜서, 파견사업주가 파견근로자를 상용으로 고용하게 하는 것. 그걸 이른바 'Synchronisationsverbot(주: 기간동일화 금지 원칙)'이라고 해서 파견근로사용을 강하게 규제하여왔는데, 그게 또 허물어졌어요. 그걸 허물면서 '유연화를 추진하였는데' 우리의 경우는 상용형이 없이 아예 거의 '등록형' 파견이 지배적으로 되어 있죠. 이런 차이점에다 독일도 하르츠법에 의해서 2002년에 11월 15일 '노동시장현대화법' 제정당시에 파견근로자에 대한 '동일노동 동일임금 규정'을 확립하였는데 여전히 파견근로자의 임금수준이 60~70%밖에 안 된다고 합니다.

그러다 보니까 독일은 금년도에 법을 개정하여 다시 파견기간 도입을 계획하고 파견 기간 제한을 24개월까지 하려다가 최종적으로 18개월로 해서 입법을 해서 2017년부터 시행에 들어갈 예정입니다. 그 다음에 아까 박지순 교수께서 설명한 것처럼 9개월까지는 아니지만 그 이후 나머지 기간 건에 대해서는 '동일임금, 동일노동'을 적용하겠다, 즉, 'equal pay'를 적용하겠다 합니다.

그런데, 실제로 주목할 부분이 뭐냐면 예를 들면 이 차별시정규정이 현장은 물론 노동위원회 판정이나, 법원의 판결을 통해서도 작동을 잘 안 해요. 예를 들면, 차별시정을 하기 위한 전제조건으로 '동종·유사한 업무'의 '비교 가능한' 근로자들과 임금, 근로조건을 상세하게 비교하여야 하는데 하나하나 각론별로 하다 보면, 이런저런 요건이 상이하여 비교대상이 되지 못하거나 부재하여 구제신청을 각하시켜 버리거나 이렇게 되고 있습니다. 이런 부분에 대한 실효성있는 방안들이 시급하다고 보입니다.

그리고, 발제하신 것 중에 말씀은 안 하셨지만 제가 보기에 주목되는 부분은 첫 번째, 차별금지의 경우는 근로자가 입증 책임이 있지만 동등 임금 부분에 있어서는 사용자가 입증책임을 하게 하는 EU의 2008년의 파견지침 같은 부분은 굉장히 실효성을 담지하는 데 중요한 부분이라고 생각합니다. 그런 부분들을 동종 유

사한 업무범위에 대한 적극적 해석이외에 비정규 고용의 ‘납용’과 ‘차별’에 대하여 ‘사회통념상 합리성’이라는 기준을 갖고 어떻게 규율할 수 있는지 노동위원회나 법원의 판결이 실효성있게 기능할 것인지에 많은 고민이 필요하지 않나 생각합니다.

또 다른 문제로, 기간제나 파견을 규제하며 허용을 제한하다 보니까 이게 불법파견, 사내 하도급으로 가는 문제가 현실이죠. 그런데 독일의 경우에는 도급의 경우에 지시권이 핵심적인 문제인데, 도급의 경우에는 ‘근로계약 상의 도급권’과 실질적으로 ‘도급목적의 지시권’의 자율성을 좀 다르게 법원의 판례로 해석하고 있는데, 과연 그런 부분이 어느 정도 가능한 것인가? 그래서 불법 파견이나 위장 도급을 금지하고, 파견을 허용하되 파견은 파견답게, 도급은 도급답게 각기 정확하게 규율을 해서, 유연성과, 안정성을 확보하는 것이 가능한 것인가를 우리가 진지하게 고민을 해봤는가? 그런 이야기를 하고 싶습니다.

다음으로, 기간제의 부분에 대해서는 입법을 도입을 했습니다. 국제노동기구가 세 가지를 제안을 했죠. ① 사유 제한을 할 것인지, ② 총 기간을 제한할 것인지, ③ 반복갱신 횟수를 제한할 건지. 90년대 초에 이미 ILO가 권고를 하고 이에 토대하여 EU 등 많은 나라가 했고 우리도 입법을 했습니다. 그런데 그 법을 도입을 했는데, 2년 기간이 되니까 사용자가 무기계약 전환을 회피하고자 계약기간 만료로 근로계약을 종료해 버리는 거예요. 애초 입법의 목적이 기간제 고용의 남용을 억제하고자 하는데 시장이 현재 이것을 그릇되게 받아들이고 있습니다.

지금 정부도 그 부분을 개선하려고 하지만, 먼저 2년 허용기간내 반복갱신 횟수를 무한적으로 허용하는 것이 이게 맞는 거냐? 그런 이른바 인위적인 ‘쪼개기 계약’이 입법정신에 맞는 것이냐? 사용자의 재량권의 남용에 해당하지 않는 것이냐? 또한, 근로계약 종료만을 이유로 2년 내에 갱신기대권 자체를 인정하지 않을 것인가? 아니면 근로기준법 23조(해고 사유 제한)하고는 다르지만, 일정하게 차등적인 기간 종료만으로 무조건적 계약 종료로 해서 시장에서 무작위로 대량해고가 발생하도록 하는 부분을, 법리적으로 판단하여 노동위원회와 법원이 적극적으로 새로운 기준을 정립해 나갈 것인가 등 여러 가지 부분에서 고민할 부분은 있다고 생각합니다.

그런 부분들이 예를 들면 최근에도 보면 ‘쪼개기 계약’이라고 그래서, 2년 이내에 L기업같은 경우는 3개월간 80여회, 그다음에 H자동차 같은 경우는 2년내 7-17여차례, 이렇게 그냥 이유 없이 초단기계약을 거의 1개월 단위로 반복하는 거예요. 그런 부분들이 Flexicurity의 정신에 맞는 것인가? 이런 부분에 고민을 좀 하

면서, 기간제는 기간제로 쓰자, 파견은 파견답게 쓰자. 도급과 파견의 부분에는 명백한 어떤 원칙이나 법원의 판례나 논리가 필요하다. 그다음에 ‘단시간’ 같은 경우도 실제보다 명목상 이름만 ‘단시간’이 많기 때문에 그런 부분은 사회적 보호가 될 수 있게 하계끔 해야 되지 않겠는가 하는 점입니다.

그다음에 마지막으로 하나 더, 작년 2015년 8월 달에 미국 NLRB(National Labor Relations Board, 전국노동관계위원회)에서 ‘공동사용자(joint employer doctrine)’ 개념이 처음 나왔습니다. 브라우닝-페리스(Browning-Ferries) 판정인데요. 미국 NLRB에서 처음으로 간접사용자인 원청업자를 상대로 해서 파견근로자들이 집단적으로 교섭하는 것, 교섭거부에 대한 부당노동행위 자체를 인정을 한 겁니다. 어떻게 보면 모호해져 가는 원청업자와, 하청업자 간의 책임, 상대 책임 부분을 일정 정도 지나쳤다고 판단할 때는 그를 상대로 해서 여러 가지 책임도 물을 수 있게 하는 것. 이런 균형을 잡는 것 자체가 파견근로 활용에 따른 유연안정성 정신이 아니겠는가? 이런 생각을 좀 해보는데요. 우리가 여러 가지로 많은 과제가 있는 것 같습니다.

어쨌거나 지금 디지털 자본주의라고 해서 전 세계의 화두는 엄청나게 기술이 일자리를 먹어 들어가는 속도가 빠르고, 사용자가 누군지도 모른다, 1인 자기 기업주다, 이렇게 하면서 엄청나게 빠른 속도로 노동세계에 그런 논의가 진행되고 있습니다. 이런 것들이 무엇을 이야기하느냐? 기존의 이른바 ‘표준적인 고용관계(normal Arbeitsverhaeltnis)’에 근본적인 여러 가지 도전이 오고 있다. 그러면 어떻게 할 것이냐? 그걸 그대로 다 받아들일 거냐?

노동법과 사회보장법의 기본적인 의미가 뭐겠습니까? 안팎의 변화에 맞추어서 노동법, 사회법이 정확하게 그것을 판단해 주는 것이고, 거기에서 헌법실무나 헌법재판도 맞춰서 판단을 할 때, 우리가 희망하는 나름대로 어떤 바람직한 노동, 이런 유연안정성이 좀 더 낮게 실현되지 않을까 합니다.

이런 고민들이 저희들이 오늘 이론적으로나 실무적으로 여러 가지 고민한 내용이라는 것을 말씀드립니다. 오늘 발제와 토론을 해주신 여러 선생님 그리고 끝까지 자리를 같이 해주신 이진성 재판관님 그리고 참석자 여러분께 감사드립니다. 이것으로 토론을 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

헌법재판소 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제*

신 권 철**

I. 서론 - 강제입원의 성벽을 허물다

한국사회에서 강제입원은 1995년 정신보건법이 제정된 이래로 지속적으로 헌법상의 기본권 보장에 충실한지 의심을 받아왔다. 그러나 그 의심은 일반의 것은 아니었으며, 일반의 사회적 인식, 이른바 사회통념 속에서는 그 제도 자체의 정당성을 의심받는 것은 아니었다.

이렇게 강제입원제도 자체의 정당성은 수긍되는 상황 속에서 지난 20년 간 그 필요성은 점점 확대되어 갔다. 그 필요성은 사회적 위험이나 무능력을 징표하는 사람들, 예컨대 알코올중독자, 발달장애인, 치매노인에 대한 강제입원의 암묵적 허용 속에서 점차 그 대상을 넓혀갔다.

한편, 사실상 가족이 다른 가족의 입원여부를 결정하는 정신보건법의 보호 의무자에 의한 입원(이하 “보호입원”이라 한다)제도는 부양의 한 방식으로 사회적으로 확산되었다. 부양의무자이기도 한 가족이 자신의 부양의무를 실현하기 위한 방법, 또 다른 관점에서 보면 부양의무를 회피하기 위한 방법의 하나로서 강제입원제도를 활용하는 경향이 정신보건법 시행 이후 가속화된다. 이는 가족의 해

* 이 발표문은 헌법실무연구회에서 발표된 뒤에 일부 수정을 거쳐 ‘강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제’라는 제목으로 <서울법학>(서울시립대학교 법학연구소 발간) 제24권 제4호(2017), 1면 이하에 게재되었음을 밝힌다.

** 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

체, 고령화 및 사회복지제도의 확산에 따라 노인요양시설, 노인요양병원과 같이 시설수용적 부양방법이 확산되는 것과 발맞추게 된 부분도 있다. 즉, 어느 가정, 어느 지역사회, 어느 시설에서도 받아주지 않는 사람들을 정신병원은 받아들였다.

부양부담이 많은 부모를, 배우자를, 자식을 입원을 통해 시설 밖으로 나오지 못하게 하는 유일한 제도로서 강제입원제도가 사회 내부적으로 확산된 것은 제도 자체가 가진 결함이면서 동시에 손쉬운 유용성을 제공하기도 한 것이다. 그 유용성은 보호입원제도를 통해 다른 가족의 신체에 대한 사실상의 결정권을 가진 가족이 가족 간 재산탈취, 부양부담의 회피, 징벌적 활용 등의 내심의 목적이 치료라는 명분으로 별다른 통제 없이 허용되는 상황까지 이르게 되었다.

1995년 제정된 정신보건법은 2016년 그 시행 20년 만에 가장 큰 변화를 겪게 된다. 먼저, 정신보건법은 오명(汚名)이 되어 버린 기존의 자신의 이름을 2016년 5월 “정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률(이하 “정신건강복지법”이라 한다)”로 바꾸고, 강제입원제도의 변화를 시도하였다. 같은 해 9월에는 헌법재판소 재판관 전원일치로 보호입원제도의 위헌(헌법불합치)결정이 선언되었다. 강제입원제도가 진정한 법의 영역 속으로 포섭된 것이다. 현실적 필요성이라는 강제입원의 성벽이 환자의 권리를 선언하는 법규범에 의해 허물어진 것이다.

그러나 여전히 강제입원제도는 건재하다. 헌법재판소의 위헌선언에도 불구하고 헌법불합치라는 이름 아래 현재도 유효한 법으로 살아 있다. 그리고 정신건강복지법이 가족에 의한 강제입원제도인 보호입원제도를 폐지한 것도 아니다. 결국 강제입원제도는 20살을 맞아 미성년에서 성년으로 탈바꿈한 것일 뿐이다. 성년의 의미는 인간이 이성을 가진 법적 주체로서 성장했음을 뜻한다. 정신건강복지법이 미성숙한 정신보건법에서 벗어났는지 여부는 헌법재판소가 위헌(헌법불합치)결정을 통해 제시한 규범적 기준들을 준수하였는지 살펴보면 알 수 있을 것이다.

이하의 글에서는 위헌결정의 중요한 판단대상이 되었던 강제입원 심사제도와 보호의무자 제도를 중심으로 살펴보고, 정신건강복지법의 내용을 검토하여 헌법재판소 위헌결정의 의미와 향후 과제를 제시해 본다. 결론에서는 강제입원의 성벽을 다시 재구축할 것인지, 재구축의 근본원리는 무엇이어야 하는지 검토해 본다.

II. 강제입원심사와 보호의무자제도

1. 강제입원의 법제도화

(1) 강제입원의 기원

정신질환자에 대한 강제입원은 두 개의 기반을 필요로 한다. 하나는 강제력을 행사할 수 있는 법적 또는 사실적 힘이고, 다른 하나는 활용가능한 정신의료적 조치이다. 강제력만 있는 경우에는 형사절차와 같은 일반적 강제수용 시스템에 포섭되고, 강제력이 없고, 정신의료적 조치만 있는 경우에는 일반적 의료 시스템에 포섭된다.

정신의료적 조치는 20세기 중반 정신과 약물의 발전을 전후하여 실질적으로 이루어지게 되었고,¹⁾ 그 이전에 정신질환자에 대한 사회적 태도는 정신의료적 조치라기보다는 사회적 강제격리조치를 중심에 두고 있다. 이러한 강제격리조치는 그 역사가 깊다. 플라톤은 2,500여 년 전에 이미 그의 저서 ‘법률’에서 다음과 같이 적고 있다.

“만약에 누군가가 미쳤다면, 나라 안에서는 그가 모습을 드러내지 않게 할 것입니다. 그 각각의 친척들이 제 가정들에서 이들을 보호하게 할 것입니다. 그들이 무슨 방법을 써서든 말입니다. 그러지 못할 경우에는 벌금을 물게 할 것입니다.”²⁾

비록 노예제도가 있던 그리스의 옛날 이야기이기는 하지만 위 문구는 정신질환자에 대한 격리제도가 어떤 의도 하에서 어떤 방식으로 만들어진 제도인지를 보여 주고 있다. 먼저, 정신질환자는 숨김의 대상이다. 모습을 드러내지 않게 만든다는 것은 결국 사회적 시야에서 사라짐을 요구하는 것이다. 한편, 그 방식은 국가가 아니라 가족이 무슨 방법을 써서든 해야 하고, 그렇지 않을 경우에는 가족에게 제재를 가하도록 하여 가족이 그 권한과 의무를 부담하게 만든다. 여기서의 무슨 ‘방법’이란 결국 강제력의 허용이다. 플라톤이 말한 보호자인 친족에 의한 정

1) 보다 자세한 근대 이후의 정신의학의 발전에 대해서는 리차드 해리슨 슈라이옥, 근세 서양의학사, 이재담 편역, (주)디엘컴, 2002, 246-263면을 참조할 것.

2) 플라톤, 법률, 박종현 역, 서광사, 2009, 793-794면(936c).

신질환자의 가정 내에서의 숨김은 법으로 제도화된다. 프랑스 혁명 후 제정된 1791. 7. 22. 법률은 광인(狂人)의 친척들이 광인(狂人)을 돌볼 책임을 부과하고, 그들이 거리를 배회하지 못하도록 하고, 혼란이나 범죄를 저지르지 않도록 할 감시할 의무가 부과되었다.³⁾ 일본이 1880년 구 형법 제정 당시 위경죄(違警罪) 중의 하나로 정신질환자의 간수를 소홀히 하여 노상에 배회하도록 한 사람을 구류나 과료로 처벌하였는데,⁴⁾ 여기서도 그 처벌 대상자는 가족과 같은 정신질환자를 보호하고 있는 사람이었다. 보호자의 역할은 국가의 역할과 유사하게 정신질환자인 가족에 대해 치안을 유지하는 임무가 부여된 것이다. 위 플라톤의 글은 근대 시민 혁명 이후 프랑스와 일본을 거쳐 우리의 경범죄처벌법에서 다음과 같이 재현된다.

「구 경범죄처벌법 제1조(경범죄의 종류)

다음 각 호의 1에 해당하는 사람은 10만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

31. (정신병자 감호소홀) 위험한 행위를 할 우려가 있는 정신병자를 돌볼 의무가 있는 사람이 그를 제대로 돌보지 아니하여 집 밖이나 감호시설 밖으로 나돌아 다니게 한 사람」

위 법조항은 1954년 제정되어 60여 년 가까이 유지되어 오다가 2012년 경범죄처벌법이 전부개정되면서 삭제되었다. 그러나 정신보건법은 여전히 가족인 보호의무자에게 정신보건시설의 강제입원(입소)에 동의할 권한을 부여하고 있고, 정신건강복지법도 강제입원(입소)을 신청할 권한을 부여하고 있다.

위와 같은 시스템에서는 가족의 역할이 정신질환이 있는 가족에 대한 입원과 퇴원의 결정권을 가지며, 국가는 그러한 상태를 사실상 방치하거나 벌금 등의 제재를 통해 강제하거나, 아니면 법제도적으로 가족에게 그러한 권한을 부여한다. 국가는 이런 방식으로 정신질환과 관련하여서 가족의 개입을 현실적으로, 그리고 제도적으로 보장하는 시스템을 유지해 왔다.

3) 미셸 푸코, 광기의 역사, 김부용 역, 인간사랑, 1991, 302면

4) 1880년 구 일본형법 제426조 위경죄 제7호(원문은 ‘癡狂人’으로 기재되어 있고, 2일 이상 5일 이하의 구류 또는 50전 이상 1엔 50전 이하의 과료에 처함)

(2) 국가의 강제수용방식

근대적 법제도로써 부랑자, 걸인, 정신이상자 등을 수용하는 제도는 자신의 통치권이 미치는 지역 내에서 강제력을 행사할 수 있는 힘을 가지는 근대국가의 출현 이후에 시작된 것이라고 볼 수 있다. 근대 이후 영국에서 광기법(Lunacy Act) 등의 이름으로 만들어진 제도는 지역의 치안판사가 거리를 떠돌며 구걸하거나 정신이 이상한 사람을 수용시설에 격리하는 결정을 내리는 것이었다. 여기서도 국가의 개입은 대체로 가족의 돌봄을 받지 못하고 거리로 나온 사람을 대상으로 한다.

한국의 경우는 한국전쟁 이후 부모를 잃은 전쟁고아, 부랑인 등을 대상으로 한 수용정책이 1950년대부터 1980년대까지 이어지는데, 그 과정에서의 강제는 법률의 근거가 없어도 사실상 거의 문제가 되지 않아 왔다.⁵⁾ 부모를 잃은 아동들을 보호시설에 데리고 가는 것, 먹을 것이 없어 거리를 떠도는 걸인이나 정신이상자를 부랑인시설에 데리고 가는 것은 그것이 강제여도 그 자신들을 위해서나 사회를 위해서 모두 허용될 수 밖에 없다고 본 것이다. 그러한 사고방식의 정점은 1987년 일어난 부랑인시설인 형제복지원 사건의 대법원 판결에서 볼 수 있다. 그 당시 헌법은 법률에 근거하지 않은 감금이나 강제노역을 금지하고 있음에도 불구하고, 형제복지원 원장이 저지른 피수용 부랑인들에 대한 노역을 위한 감금과 강제노역 동원을 처벌하지 않았다. 대법원은 항소심의 2차에 걸친 감금 유죄판결을 무죄로 바꾸었다. 대법원은 감금에 대해 유죄를 선고한 첫 번째 원심판결⁶⁾에 대해서는 부랑인 감금이 법령에 근거한 정당행위일 수 있으니 다시 판단하라고 하였다.⁷⁾ 두 번째 원심판결은 법령에 근거가 없음을 명백히 하면서 감금을 유죄로 선고하자⁸⁾ 대법원은 다시 사회적 상당성이 인정된다고 하면서 무죄로 하였다.⁹⁾

5) 1960년대 만들어진 아동복지법과 생활보호법은 부랑이나 요보호자를 수용할 수 있는 근거규정을 두고 있으나, 본인의 의사에 반하여 수용할 수 있음을 규정한 것은 아니다.

6) 대구고등법원 1987. 11. 12. 선고 87노1048 판결

7) 대법원 1988. 3. 8. 선고 87도2671 판결(“사회복지사업법, 생활보호법, 내무부 훈령 제410호 등 관계법령에 의하면 부랑인의 선도보호를 위하여 설치된 사회복지시설의 장은 부랑인 보호기관으로부터 부랑인의 보호위탁을 받은 경우 정당한 이유 없이 이를 거절할 수 없을 뿐만 아니라 수용보호 중인 부랑인들의 이탈방지를 위한 경비, 경계를 철저히 할 의무가 있으므로 부랑인의 수용보호를 목적으로 하는 사회복지시설의 시설장이 보호기관으로부터 위탁받은 부랑인들을 사회복지시설에 수용보호하고, 수용기간 동안 수용시설로부터 이탈하지 못하도록 이들의 행동의 자유를 제한한 조치는 법령에 의한 정당한 직무행위로서 위법성이 조각되어 감금죄를 구성하지 아니한다. (다만 사회복지시설이 아닌 다른 장소에 수용하여 강제노역을 시키면서 그곳으로부터 이탈하지 못하도록 조치하였다면 이는 법령에 근거한 적법한 수용보호로 볼 수 없으므로 특단의 사정이 없는 한 감금죄가 성립된다고 할 것이다)”)

8) 대구고등법원 1988. 7. 7. 선고 88노144 판결

9) 대법원 1988. 11. 8. 선고 88도1580 판결(“형제복지원의 시설장 및 총무직에 있는 피고인들이 수용 중인

30여 년 전의 위와 같은 대법원의 인식은 당시의 사회통념을 바탕으로 하면서 동시에 부랑인에 대한 어떤 시각, 법령의 근거 없이 간히고, 일을 시켜도 되는 존재로 바라보고 있음을 알 수 있다.

위와 같이 대법원이 부랑인에 대한 감금과 강제노역을 무죄로 보았음에도 불구하고 그 이후 국가는 부랑인시설에 부랑인을 강제로 수용하는 것을 자제하였다. 다만, 1990년 이후 정신보건법이 제정되기 전임에도 불구하고 부랑인 중 정신적 문제가 있는 사람은 행려병자로 처리되어 국·공립 또는 사립 정신병원에 사실상 본인의 의사에 반하여 입원되었다.

(3) 정신보건법의 탄생

법에 의해 정신질환자의 강제입원이 규율된 것은 1995년 정신보건법 제정에 의해서이다. 정신보건법 제정에 대한 논의는 1950년대 말부터 있어 왔으나 1970년대까지는 정신병원 설립에 대한 정부예산의 부족을 이유로, 1980년대에는 정치적 목적을 이유로 한 강제입원의 가능성으로 인해 정부의 정신보건법안에 대해 야당과 사회단체의 반대로 입법이 좌절된다.

그러던 중 1991년 가을 여의도 광장에서 한 불우한 청년이 분노로 차량을 질주하여 어린이들을 사상하게 한 사건과 나이트 클럽 출입을 거절당한 농민이 방화하여 수십 명이 사망한 대구 거성관 나이트 방화사건이 정신보건법 제정의 계기를 마련한다. 당시 법무부장관은 치안유지 차원에서 정신보건법 제정이 필요함을 제안하였고, 1992년 정부의 정신보건법안이 제안되어 1995년 말 국회를 통과하게 된다. 제정 정신보건법은 1987년 개정된 일본의 정신보건법을 참조하여 보호의무자 제도, 보호입원제도, 정신보건심판위원회 제도 등을 도입하였다.

실질적으로 1997년(1996년 12월 31일)부터 시행된 정신보건법은 바로 그 기능을 발휘하였다. 기존의 미인가기도원, 사회복지사업법에 따른 요양시설이나 부랑인시설 수용을 대신해 정신과 의사가 있는 정신병원으로 정신질환자들이 대거 이전하게 된다.

아울러, 법이 없는 시절에서부터 존재해 왔던 보호자가 환자를 강제로 입원시키는 방식이 보호입원제도를 통해 합법화되고, 국가가 치안차원에서 행해오던

피해자들의 야간도주를 방지하기 위하여 그 취침시간 중(주간 중의 작업을 시키며 수용한 행위에 관하여는 이미 무죄로 확정되었다) 위와 같은 방법으로 조치한 것은 그 행위에 이른 과정과 목적, 수단 및 행위자의 의사 등 제반사정에 비추어 사회적 상당성이 인정되는 행위라고 못볼 바 아니어서 형법 제20조에 의하여 그 위법성이 조각된다.”)

행려병자 처리방식이 시장·군수·구청장이 보호의무자가 되어 입원시키는 보호입원제도에 의해 합법화된다. 그리하여 1999년부터 2007년까지 통계를 보면, 가족이 보호의무자가 되어 하는 보호입원과 시장·군수·구청장이 보호의무자가 되는 보호입원이 90% 내외를 유지하고, 자의입원은 10% 내외로 지속된다.¹⁰⁾ 그 중 시장·군수·구청장이 보호의무자가 되는 입원은 2000년에는 31.7%(18,694명)으로 최고였다가 2009년까지 10년 간 점차 하락해 오다가 2010년에는 9.3%(7,027명)으로 줄어들었다.

정신보건법의 탄생은 몇 가지 의미를 가진다. 그것은 정신질환의 의료화, 강제입원의 법제도화, 가족과 의사의 권한 분배 등이다. 정신보건법은 가족과 의사가 가지는 강제력에 합법성을 부여한다. 즉, 환자를 본인의 의사에 반해 입원시키고, 퇴원을 제한하고 강제로 치료하는 제도를 승인한다. 국가는 그 권한을 가족과 의사에게 나누어 분배하였으나 실제 현실의 입·퇴원의 이니셔티브는 가족이 가지고 있다.

가족이 없거나, 가족이 보호할 능력이나 의사가 없는 정신질환자에 대해서는 시장·군수·구청장이 보호의무자가 되는 입원을 활용하면서 그 법적 성질을 행정상의 강제(행정입원)를 사용하는 방법이 아닌 보호의무자의 지위에서 가족처럼 동의하는 권한을 시장·군수·구청장이 부여받는다. 그런데, 정신보건법은 일본의 정신보건법 체계와 다르게 시장·군수·구청장이 입원연장심사에 대한 결정권을 가지게 하면서 자신이 연장에 동의한 환자를 다시 자신이 연장결정을 하는 체계적합성이 없는 제도를 유지하였다. 정신건강복지법은 이러한 문제점을 감안하여 시장·군수·구청장이 보호의무자가 되는 입원제도를 폐지하였다.

2. 강제입원심사제도

(1) 법률주의와 의료주의의 역사¹¹⁾

자의입원의 경우에는 특별한 입원심사제도가 필요 없지만 강제입원의 경우에는 그 적법성과 필요성 여부에 대한 입원심사가 필요하다. 입원심사가 역사적으로 늘 있었던 것은 아니지만 17세기 이후 근대 서구유럽에서는 무분별한 강제

10) 중앙정신보건사업지원단, 2010년 중앙정신보건사업지원단 보고서, 2010, 109면 표 29 참조.

11) 아래의 법률주의와 의료주의의 역사의 내용은 신권철, “정신질환자의 법적 지위 - 배제에서 통합으로”, 서울대학교 법학박사학위논문, 2012, 44-48면 및 104-105면의 내용을 정리한 것임.

적 시설입소나 정신병원 입원이 늘면서 국가가 이에 개입하는 제도가 18세기 무렵부터 나타나기 시작했다.

영국의 예를 보면 다음과 같다. 근대 이후 광인수용소(lunatic asylum), 교화소(house of correction), 사설 광인시설(private madhouse) 등이 생기면서 자·타해 위험이 있는 광인(lunatics)이나 백치(idiot)가 위와 같은 시설들에 수용되기 시작하였고, 1744년 부랑법(Vagrancy Act 1744) 등을 통해 치안판사(magistrate)가 위험한 광인에 대해 교도소나 수용소 등에 수용명령을 할 수 있도록 규정하였다.

1845년 광인수용소법(Lunatics Asylum Act 1845)에 따른 심사절차에서는 입소를 요구하는 자가 환자의 위험성을 진술할 것이 요구되었다. 19세기까지 영국은 카운티법원 판사(county court judge)와 치안판사(magistrate)가 정신질환자의 강제입원과 관련해 자·타해 위험을 심사한 후 수용을 명하는 절차를 규정하였다. 이러한 법원의 사법심사절차를 거쳐 수용을 명하는 것을 사법주의(법률주의, legalism)라 하는데, 현재까지도 서구의 강제입원심사의 근본틀을 이루고 있다.

한편, 20세기 이후 정신의학이 발전하기 시작하면서 영국은 정신병원 입원에 있어 사법적 심사의 제한, 자의입원의 확대, 정신과 의사의 치료권한 보장과 면책확대가 이루어지고, 1959년 정신보건법(The Mental Health Act)은 정신보건심판원(Mental Health Review Tribunal)을 설치하여 법원 판사를 대신해 최초 입원심사 및 계속입원심사를 담당하게 하였다. 이와 같이 정신질환자의 강제입원에 있어 의료적 심사권한을 강화한 시스템을 의료주의(medicalism)이라 한다.

(2) 법률주의와 의료주의의 비교

정신질환자 강제입원심사에 있어 의료주의와 법률주의의 특성과 차이점을 비교해 보면 아래와 같다.

[표 1] 강제입원심사에 있어 법률주의와 의료주의의 비교

강제입원 심사방식	법률주의	의료주의
근 거 사 상	치안(治安)권능(police power)	국친(國親)사상(parens patriae)
강제입원의 목적	치안(사회보호)	치료(환자보호)
논 거	취약한 환자의 적법절차보장	취약한 환자의 치료보장

강제입원 심사방식	법률주의	의료주의
심 사 기 구	법원	의료인이 중심이 된 합의체기관
명 칭	치안판사(magistrate, justice of the peace), 판사(judge), 후견판사(probate judge)	정신보건심판원(mental health tribunal), 정신보건심판위원회(mental health review board)
방 식	재판절차에 따른 사법심사	특별행정절차에 따른 의료심사
장 점	환자의 재판절차에서 보장되는 권리 확보(판사대면권, 진술권, 항소권, 변호인선임권 등)	의료인의 전문성에 대한 존중 (치료적 목적, 전문성에 대한 추인, 치료적 재량의 확보)
단 점	심사주체인 판사가 의료적 전문성이 없어 일방적 추인기구로 전락하기도 함	강제입원에 있어 의료인의 권한 남용에 대한 통제역할을 못함
채 용 국 가	독일, 프랑스, 미국 등 다수의 서구 국가	영국·호주, 일본·대만·한국 등 아시아 국가

한편, 각 국가의 강제입원심사가 위와 같이 법률주의나 의료주의 중 하나의 시스템으로 되어 있기 보다는 다양한 혼합형태로 이루어져 있음을 이해할 필요가 있다. 예컨대, 의료주의라 해서 법원의 심사를 배제하는 것이 아니고, 법률주의라 해서 의사의 관여를 배제하는 것이 아니라는 점이다. 또한, 최초 입원에서는 의료 심사를 하고, 계속 입원심사에서는 사법심사를 하기도 하며, 입원 필요성에 대해서는 의료심사를, 입원 적법성에 대해서는 사법심사를 하는 것과 같이 다양한 방식의 심사방식과 절차를 혼합하고 있기 때문에 일도양단으로 어떤 국가의 강제입원심사방식을 설명하기는 어렵다.

3. 보호의무자제도

(1) 보호의 이중성

‘보호’가 가진 이중성은 그 단어의 내밀한 쓰임에서도 잘 드러난다. 현실적으로 공동체(가정, 사회, 국가)를 보호하기 위해서 이루어진 행위가 마치 그 배제되는 개인을 보호하기 위한 행위처럼 묘사되는 경우가 있다.

거리를 떠도는 불량·노숙인은 1960년대부터 1980년대까지 국가가 강제로 불량인시설에 수용하였다. 그것이 법적 근거가 없는 행위로 비판받게 되자 1995년 제정된 정신보건법이 합법적 근거를 가지고서 불량인시설에서 정신보건시설로 장소만 바꾸어서 그 역할을 대신하였다. 1980년대까지 불량·노숙인 수용은 사회를 보호하기 위한 것을 전면에 내세웠으나 1990년대 이후 개인의 인권에 대한 인식이 강화되며 비판을 받자 사회가 아닌 취약한 개인을 보호하기 위한 것이라는 논의로 시설수용의 정당성의 근거를 새롭게 마련하였다.

법원의 재판절차에서의 사건명에서도 이러한 측면들을 볼 수 있다. 범죄를 저지른 소년에 대한 재판절차는 소년보호사건이라 하고, 가정폭력을 저지른 가족의 재판절차는 가정보호사건이라 한다. 전자는 취약한 소년을 보호하고, 후자는 가정을 보호한다는 것이다.

국가만이 보호라는 명목의 정당성을 획득한 것이 아니라 보호자라 할 수 있는 가족도 여러 가지 사유로 다른 취약한 가족의 시설수용 여부에 대한 결정권을 행사하면서 국가가 만들어 낸 ‘보호’의 논리에 호응하여 주어 왔다.

이러한 안팎의 보호, 즉 ‘사회를 보호’하여야 한다는 공동체의 보호와 ‘취약한 개인’을 보호하여야 한다는 논리에 모두 부합하는 사람은 정신질환자였다. 그들은 ‘위험’과 ‘무능력’이라는 징표를 동시에 사회로부터 부여받았다. 노동능력이 없는 신체적 장애나 고령의 경우에는 생존의 문제로 접근하고, 범죄에 대해서는 치안의 문제로 접근하기 때문에 능력의 부족의 경우에는 시설수용에 있어 사회의 보호라는 논거를 제시하기 어려웠고, 위험의 경우에는 시설수용에 있어 취약한 개인의 보호라는 논거를 제시하기 어려웠다.

그러나 정신질환자는 이 두 가지 보호의 측면을 모두 받아들일 수 있는 요소, 즉 ‘위험’과 ‘무능력’의 징표를 사회로부터 모두 부여받았기 때문에 시설수용의 정당성이 범죄자나 다른 취약계층보다도 더 쉽게 받아들여진 것이다. 그래서 한국사회에서 강제입원된 정신질환자는 교도소 등 교정시설 수용자보다 더 늘게 되었다. 2014년 기준으로 한국사회에서 1일 교정시설 수용자 평균 인원인 약 5만명(정확히는 50,128명)인데 반해,¹²⁾ 같은 해 12. 31. 기준 정신보건시설에 강제입원된 환자 수는 5만 6,200명¹³⁾으로 교정시설 수감자보다 많다.

12) 법무부, 2015년 범죄백서, 364면 표 III-1 참조.

13) 보건복지부 외 2인, 2015국가 정신건강현황 예비조사 결과보고서, 2016, 131면 표 26(정신보건법 제24조, 제25조 및 제26조에 의한 강제입원 및 강제입소를 합한 숫자임)

(2) 정신질환자의 보호의무자

정신질환자를 포함한 취약한 성인에 대한 보호자의 개념은 어디에서 유래하였을까? 그것은 의사결정을 대신하는 후견인의 역할을 하거나 현실의 생존을 유지시켜야 하는 부양의무자의 역할에서 보호자의 개념을 찾을 수 있을 것이다.

이미 기원 전 6세기 고대 로마법인 12표법이 정신장애인에 대해 일정한 규율을 두고 있었다. 12표법 제5표에 따르면 “어떤 자가 정신착란자(furiosus)인 경우 종친들과 씨족원들이 그 자신과 그의 재산에 관한 결정권을 가진다”고 하고 있고, “낭비자에게는 자기재산의 관리가 금지되며……종친들의 후견을 받도록 명한다”고 하고 있다.¹⁴⁾ 이는 정신질환이 있는 사람의 친족들이 재산과 그의 신상에 대해 결정할 수 있는 권한을 부여하고 있는데, 그의 재산은 그를 부양하는 요소가 되며, 그의 신체는 친족에 의해 보호 또는 감금당한다. 한편, 가족이 가족 내 안전을 유지하기 위해서는 무언가 강제력이 필요하게 된다. 즉, 다른 가족이 노상에 배회하는 것을 막기 위해서는 강제로 가둘 수 있는 권한이 필요하게 되는 것이다. 그리하여 1900년 일본에서는 그 권한을 합법적으로 승인한 정신병자감호법이 제정된다.

일본의 정신병자감호법은 과거부터 이루어져 온 가택 내 수용(私宅監置)제도를 승인하고, 정신병자 감호의무자로 후견인, 배우자, 친권행사부모, 호주, 친족회에 의해 선임된 사촌 이내의 친족으로 정하였다. 그리고 감호의무자가 없을 경우 시정촌장이 감호의무를 부담하게 하였다.¹⁵⁾

정신병자감호법에 따르면, 감호의무자가 의사진단서를 첨부하여 경찰서를 경유해 행정관청의 허가를 받아 정신병자에 대한 사택감치를 시킬 수 있었다. 위와 같은 사택감치제도는 가족 내 돌봄이라는 미풍양속이라는 의견도 있었지만 집안의 창고나 골방에 갇혀 비참한 상황에 처해 있는 경우가 대부분이었기 때문에 1950년 정신위생법 제정으로 사택감치는 공식적으로 폐지되었다.¹⁶⁾

1950년 정신위생법 제정을 통하여 정신장애자(精神障害者)에 대한 보호의무자 제도를 두고서 가족인 보호의무자에 의한 동의입원이라는 강제입원제도를 둔

14) 최병조, “고대 로마 십이표법의 번역과 관련하여”, 서울대학교 법학 제51권 제3호, 2010, 17-18면.

15) 정신병자감호법 제1조 및 제6조

16) 일본의 사택감치에 대해 보다 자세한 내용은 하시모토 아키라, “사택감치와 일본의 정신의료사”, 정신의료 이동 박물관 전시 프로젝트, 2014, 4면 이하를 참조할 것. 번역된 글은 아래 홈페이지에 있음 http://researchmap.jp/mu2iaks3u-1769364/?action=multidatabase_action_main_filedownload&download_flag=1&upload_id=73761&metadata_id=35474 (2016. 7. 10. 최종방문)

다. 위의 일본의 보호의무자제도가 우리의 1995년 정신보건법의 보호의무자제도의 원형이 된다.

그 후 일본은 1993년 ‘보호의무자’를 ‘보호자’로 명칭을 변경하는 내용으로 법률을 개정하였다. 개정을 통하여 ‘의무’를 삭제하였지만 여전히 정신장애자의 보호자는 ‘자상타해방지 감독의무(自傷他害防止 監督義務)’가 있다는 이유로 정신장애자의 불법행위에 대해 감독의무자로서 손해배상책임을 부담해야 하는 사례들이 판결을 통해 계속하여 발생하였다.

1999년 정신보건복지법(구체적 법명은 ‘정신보건 및 정신장애자 복지에 관한 법률’)을 개정하여 법률에 규정된 ‘자상타해방지 감독의무’를 삭제하였다. 그러나 법 개정 이후에도 ‘보호자’라는 이름을 가진 가족들은 여전히 민사상 감독의무자로서 손해배상책임을 부담해야 하는 상황이 변하지 않았다. 한편, 정신장애자의 보호자가 대체로 고령화되는 등으로 실제 보호를 할 능력이 없는 경우가 많아지자 결국 일본은 2013. 6. 19. 정신보건복지법을 개정하여 3년 뒤인 2016. 6. 19. 보호자제도 자체를 폐지하였다.

그러나 현재도 가족 등에 의한 동의를 받아 정신질환자를 강제로 입원시킬 수 있는 의료보호입원제도를 유지하고 있다. 가족 등에 포함되는 자는 배우자, 친권행사자, 부양의무자 및 후견인 또는 보좌인을 말하며, 이와 같은 가족 등이 없는 경우에는 시정촌장이 동의를 할 수 있으므로(일본 정신보건복지법 제33조) 이전의 보호의무자제도의 폐지의 큰 의미는 없다. 현재 일본 정신보건복지법은 의료보호입원에 동의할 수 있는 가족 등을 한 명으로 하고 있고(우리는 현재 2인임), 그들 사이에 특별한 순위를 두고 있지도 않다.

(3) 한국 정신보건법상 보호의무자제도의 변천

한국 정신보건법은 1995년 제정되었다. 1995년 제정 당시의 정신보건법은 일본의 1987년 정신보건법을 참조하였고, 그에 따라 명칭 또한 동일한 ‘보호의무자’제도를 도입하였다.

법 제정 당시에 일본법과의 차이점을 본다면, 일본 정신보건법은 보호의무자의 순위를 후견인, 배우자, 친권행사자, 부양의무자 중 가정재판소가 선임한 자로 후견인을 부양의무자에 앞세워 두었고, 일본 민법에는 후견인에 의한 피후견인의 정신병원 입원 시 법원허가 등에 관한 규정이 이미 폐지된 상태였다.

이에 비하여 한국 정신보건법은 1995년 제정 당시 민법에 후견인에 의한 피

후견인의 사택감치 등이 있을 경우 법원의 허가를 받도록 하는 제도가 있었고, 보호의무자의 순위와 관련해 후견인보다도 부양의무자의 순위가 앞서도록 하였다.

이러한 한국의 강제입원제도에 있어 민법과 정신보건법의 제도적 충돌(민법을 보면, 보호의무자로서 후견인이 앞서야 할 것으로 보이나, 정신보건법을 보면 부양의무자가 앞서는 상황)은 2016. 5. 19. 정신보건법 전부개정(정신건강복지법)을 통하여 후견인이 부양의무자에 앞서는 선순위 보호의무자가 되도록 개정되어 해결되었지만 몇 가지 문제점이 있다. 그 중의 하나로 지적해야 할 것은 후견인은 정신질환자를 부양할 현실적 의무가 없음에 비해, 가족인 부양의무자는 부양의 현실적 의무가 있어 강제입원의 결정에 있어 둘이 대립할 가능성이 있다.

(4) 보호의무자제도의 문제점

실제 현행 보호의무자 제도는 지난 20년 동안 강제입원의 결정과 퇴원에 있어 가족이 이니셔티브를 가지고, 국가는 뒤로 빠져서 가족관계 속에 강제입원제도를 고착화시키는 제도로 작동해 왔다. 보호의무자에 의한 입원제도가 결국 우리의 강제입원제도를 전근대적으로 만들고, 국가는 자신의 임무와 책임을 회피할 수 있는 제도로 만들어 온 것이다.

지난 20년 동안 앞서 본 법적 보호의무자로 볼 수 없는 사람에 의한 입원(생계를 같이 하지 않는 친족에 의한 입원, 사실혼 배우자나 사실상 보호하는 자에 의한 입원, 보호의무자 2인이 아닌 1인에 의한 입원 등)뿐만 아니라 보호의무자가 입원동의권한을 남용하여 행사하는 경우(퇴원 후 즉시 다른 병원으로 입원시키는 경우, 입원시킨 후 아무런 돌봄을 하지 않는 경우, 병원의 퇴원요구를 거부하는 경우 등)도 많았다.

한국 사회는 1995년 정신보건법 제정 이래로 매년 5만 명이 넘는 사람을 사실상 국가적 감독 없이 보호의무자의 결정에 의하여 정신질환자를 입원시켜왔다. 실로 가(家)의 재판에 의한 입원이라 할 수 있다. 그 재판은 정신병원을 집행기관으로 둔 보호의무자라는 이름의 재판관이 당사자인 가족에게 아무 것도 묻지도 않고, 사실상 이의를 허용하지도 않는다.

4. 강제입원 환자의 권리

(1) 정신보건법의 선언과 한계

정신보건법은 입원환자의 권리보장을 위해 일정한 기본이념과 권익보호 규정을 선언하고, 정신보건시설의 장과 보호의무자에게 일정한 의무를 규정하고 있다. 먼저, 기본이념(정신보건법 제2조, 이하 조문만 기재)으로 인간의 존엄과 가치, 최적의 치료와 보호를 받을 권리, 부당한 차별대우의 금지, 자발적 입원의 권장, 입원 중 자유로운 환경의 보장을 선언하고, 권익보호 규정으로 입원 중 노동강요의 금지(제41조 제3항), 폭행 및 가혹행위의 금지(제43조 제2항)를 규정한다.

다음으로, 정신보건시설의 장의 의무(입원 시 권리고지, 통신과 면회의 자유의 원칙적 보장)와 보호의무자의 의무(환자 유기금지, 적절한 치료를 받을 수 있도록 노력, 퇴원협조, 환자의 자타해방지 유의, 재산상 이익보호 노력 등)를 규정한다. 그러나 환자가 입원되는 순간 위의 선언과 의무들은 법적 효력을 발휘하지 못하고 무기력해지는 상황이 발생한다. 누구도 입원환자의 말과 호소에 귀 기울이지 않는다는 점이다. 구체적으로는 병원 호송과정, 입원과정, 입원생활, 치료절차 등에서 환자의 요구와 이의는 치료를 이유로 사실상 허용되지 않는다.

본인의 의사에 반하여 신체적 자유가 제한되기 위해서는 헌법이 요구하는 대로 적법절차와 법률의 근거를 가져야 한다. 강제력의 행사는 공권력, 즉 국가의 강제력을 전제하고 있다. 그러나 정신보건법은 사인(私人)인 가족과 의사에 의한 강제를 허용하고 있다. 제도적으로 6개월이라는 장기간의 격리수용(입원) 및 그 연장을 사인(私人)인 가족과 의사에게 허용하면서 동시에 환자의 권리보장도 사인(私人)에게 맡겨지게 되었지만 국가의 감독은 사실상 거의 이루어지지 않았다.

(2) 정신질환자의 인격적 주체성

1) 치료 항변의 문제

입원환자 권리보장을 위한 국가의 감독이 이루어지지 않는 것에 더하여 더 중요한 문제는 치료라는 목적이 환자의 권리를 제한하는 맹목적 근거가 되었다는 점이다. 현실적 생명의 보장이 추상적 권리의 보장을 압도하게 된 것이다. 치료를 위해서 강제입원이 허용되는 이상 그 이송과정, 입원과정, 치료강제, 시설노동 등에서의 법적 절차와 권리보장은 의식적, 그리고 암묵적으로 간과되었다.

치료 목적이라는 것은 모든 것에 대한 항변수단이 된다. 격리와 강박이 사실

상 내부적 규율과 의무를 위반하여 내리는 징벌적 수단으로 활용되는 경우에도 치료 목적이라는 항변에 위법성이 사라지고, 입원환자를 활용한 병동청소나 배식, 다른 환자관리 등도 치료 목적이라는 이유로 보수를 주지 않는 노동이 된다. 전화나 면회의 금지나 제한도 그러하고, 과도한 약물주입을 통한 환자의 행동조절(화학적 강박)도 치료의 하나로 간주된다. 이렇게 사람의 기본적 권리를 침해하는 조치들이 정신질환자에 대해서는 의료적 전문성에 의해 결정된 조치들로 인식되면서 합법성을 획득한다. 형태상으로는 일반적으로 불법적 침해로 보이는 행위들이 의료적 전문성을 얻으면서 합법적 제한이 되는 것이다. 목적이라는 것은 사실상 입증의 영역이 아닌 내심의 문제인 경우가 대부분이라는 점에서 이 부분의 문제가 입원환자의 기본권 침해의 근본적인 문제라 할 수 있다.

2) 병식(病識)의 문제

재판절차나 수감생활에서 피고인이나 수형자가 얻는 절차적 기본권은 법령에 명시적으로 상세하게 규정되고, 수용자들은 마음만 먹는다면 그 절차적 권리를 행사할 수 있다. 격리수용된 강제입원환자는 그러나 상황이 다르다. 수용자는 범죄라는 자신의 귀책사유에 대한 책임을 부담해야 하는 자이고, 환자는 자신의 귀책사유가 있을 수 없는 질병으로 인해 놓인 상황이다. 그럼에도 불구하고 입원환자가 수용자보다 못한 상황이 되는 이유로는 정신의료에서 얘기하는 ‘병식(病識)’의 문제가 전제되고 있다.

병식(病識)의 문제란 “정신질환자는 병을 인식하지 못하기 때문에 치료를 받으려 하지 않고, 치료를 받지 않기 때문에 질병이 악화되고, 위험도 더 커진다. 따라서 강제입원과 강제치료가 환자의 병을 인식하게 하고, 질병의 악화나 위험을 줄인다”는 것이다. 이 또한 환자의 자기결정권보다 치료목적을 우위에 두며, 이 과정에서 환자의 입원거부 또는 치료거부의 의사는 받아들여지지 않게 되고, 환자의 선택권이나 이익과 호소도 함께 거부된다.

3) 인격적 주체성

범죄로 인한 수용자의 지위와 비교해 볼 때 강제입원환자는 자신의 귀책사유도 없는 질병 때문에 가져야 할 기본권의 제한이 더 심각해진다. 그 이유는 단순히 정신보건법이 규정한 몇 가지 권리들의 제한(강제입원 및 강제치료, 격리강박, 특수치료, 통신 및 면회의 제한 등)으로 표현될 수 없는 보다 근본적인 것에서 발생하는 것이라 생각된다. 헌법재판소도 이러한 점을 인식하고서 통신의 자유

제한 등은 신체적 자유가 제한되면서 부수적으로 발생하는 결과들이라 보고 있다. 현실에서 일어나는 강제입원의 과정을 생각해 보면 근본적인 문제가 무엇인지 알 수 있다. 강제입원에 관한 다음의 질문들의 답을 생각해 보자.

- ① 환자는 어떤 방식으로 병원까지 호송되나요?
- ② 병원에 도착하면 환자에게 어떤 권리나 내용이 현실적으로 고지되나요?
- ③ 환자가 입원에 대해 항의를 하면 신체적, 화학적 강박이 가능한가요?
- ④ 환자는 입원 후 자신의 휴대전화로 국가기관이나 제3자에게 알릴 수 있나요?
- ⑤ 환자가 입원 후 약물의 투입을 거부할 수 있나요?
- ⑥ 환자가 입원의 부당함을 국가에 알리고, 이의를 제기해 자신의 의견을 진술할 기회가 있나요?
- ⑦ 입원브로커가 돈을 받고서 가족의 동의 아래 병원과 결탁하여 환자의 입원병원을 이리저리 마음대로 옮겨 놓는데, 환자는 이에 대해 항변할 방법이 있나요?

위의 내용에 대해 모두 현실적인 답을 해 보면 환자는 입원과정에서 인격적 주체성을 상실하여 마치 물건처럼 다루어진다. 헌법재판소가 강제입원조항 위헌 결정문에서 밝힌 인간 존엄의 침해 위험성도 같은 우려에서 나온 표현이라 할 것이다. 인격적 주체성¹⁷⁾은 권리의무의 법적 지위를 가진 인격자로서의 성질인데, 이러한 인격적 주체성이 박탈되는 과정이 강제입원의 과정이고, 인격적 주체성이 상실되는 공간이 정신병원이라 할 수 있다. 이 중에서도 그나마 현재 시급하게 확보해야 하는 중요한 권리는 환자에게 권리가 고지되고, 이의제기가 보장되어 독립된 심사기관 앞에서 자신의 의견을 말할 수 있는 권리다. 법정 앞에서는 수용자인 정신병원이나 피수용자인 환자 모두 동등해지며, 똑같이 법적 주체로서의 지위를 부여받고, 다른 모든 침해의 부당함을 항변할 수 있는 기회를 보장하여 환자의 인격적 주체성을 복원할 수 있기 때문이다.

17) 헌법재판소 결정문 중에서 인격적 주체성이라는 표현이 나오기도 하는데, 대부분 헌법소송을 제기한 청구인의 주장 중 하나로서 인간으로서의 인격적 주체성이 박탈되었다는 주장에 대한 배척과정에서 나온 표현만 있고, 달리 인격적 주체성의 의미나 내용에 대해 언급한 결정문은 따로 확인되지 않는다. 인격적 주체성 박탈이라는 청구인의 주장이나 그 배척내용이 들어 있는 결정문으로는 현재 2008. 5. 29. 2006헌바85, 2007헌바143(병합) 전원재판부 결정(의료기관의 환자들 의료비내역 정보 국제청 제공 관련 헌법소원 사건), 현재 2003. 10. 30. 2002헌마518 전원재판부 결정(안전띠착용 관련 헌법소원 사건), 현재 1997. 3. 27. 96헌가11 전원재판부 결정(음주측정거부 관련 위헌법률심판사건).

5. 주요국의 강제입원심사제도

(1) 유럽연합 회원국의 강제입원심사제도

전 세계적으로 볼 때 강제입원제도는 민법, 정신보건법, 공중위생법 등의 법령에 그 요건과 절차, 심사기구 등을 규정하고 있다. 2012년 기준으로 유럽연합(EU) 회원국 27개국에 대한 정신질환자 강제입원제도 조사결과는 우리의 입원요건과 절차, 심사기구에 대한 시사점을 제공하는 것이 있어 이에 관해 간단히 표로 정리한 것을 살펴보면 다음과 같다.

[표 2] 유럽연합 회원국(총 27개국)의 강제입원 제도 비교¹⁸⁾

강제입원 법제의 형식	별도의 정신보건법 등 개별법을 두는 경우(19개국)		일반 보건법령에 두는 경우 (8개국)	
주요개정시기	2000년 전에 개정 (6개국)	2000년부터 2005년에 개정 (4개국)	2006년 이후 개정 (17개국)	
정신보건법의 목적	환자와 타인의 생명, 건강과 안전 성에 대한 위험방지(헝가리)		환자의 건강, 복지 또는 공중의 보호 (영국)	
강제입원 및 강제치료의 요건	1.정신건강의 문제가 있는 사람 (EU 27개국 공 통기준)	2.자신 또는 타인 에 대한 중대한 위해 가능성 (12개국)	3.치료필요성 (13개국)	4.덜 제한적인 대안적 조치가 없을 것 (18개국)
입원평가 기관	일반의사 (3개국)		정신과 전문의 (대부분의 EU 회원국)	
입원평가자의 숫자	1명의 전문의 (9개국)	2명의 전문의 (약 과반수국가)	3명의 전문의 또는 의사 (2개국)	
입원결정 기관	법원이나 심판원 (21개국)		의료인 (6개국)	

18) 이하의 표의 내용은 서울시립대학교 산학협력단(책임연구원 신권철), 정신보건법상 강제입원제도 개선과 가정법원의 역할, 법원행정처 연구용역보고서, 2015, 125면 표 III-1을 인용한 것이고, 위 표는 아래 책자의 내용을 정리한 것이다.

FRA, Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems, 2012, 29면 내지 40면 및 57-60면

필수적 청문 절차	EU 회원국 대부분이 규정		
입원 및 치료의 종료결정기관	병원과 법원의 협조를 통한 종료(독일 등)	판사가 결정 (프랑스, 오스트리아)	시장이 결정 (이탈리아)
국선 변호인 제 공	자동적 제공 (벨기에 등 다수국가)	경제적 형편에 따라 지원(일부 국가)	사선 변호인 선임 여부에 따라 결정(일부 국가)

위 표를 우리나라의 정신보건법 및 정신건강복지법과 개략적으로 비교해 보면 다음과 같다.

1) 강제입원의 목적과 요건

위 표를 보면, 유럽연합 회원국의 전반적인 강제입원 시스템을 파악할 수 있다. 대략적으로 보면, 강제입원제도(정신보건법)의 목적(환자의 건강 및 안전, 타인 및 공중의 안전 보호)과 그 요건(정신질환으로 인한 자타해 위험, 침해가 적은 다른 대안적 조치의 부재, 치료필요성)은 우리의 강제입원제도와 큰 차이가 없는 것으로 보인다.

2) 입원심사(결정)기관

입원심사(결정)기관을 보면, 유럽연합 회원국의 다수는 독립성과 중립성이 있는 법원(court)이나 심판원(tribunal)을 입원심사기관(입원결정기관)으로 두고서 필요적 심문(청문)절차를 거친다. 즉, 입원에 대한 평가기관(정신과 전문의)과 입원에 대한 결정기관을 분리한다.

이에 반하여 우리 정신보건법의 경우 최초 입원과정에서 사실상 입원결정기관이 입원하는 정신의료기관의 장이고, 6개월 후의 입원연장심사는 정신보건심판위원회가 담당하나, 시·군·구 소속 자문기구여서 독립성이나 중립성이 보장된다고 보기는 어렵다. 새로운 정신건강복지법은 최초입원심사기구로 입원적합성 심사위원회를 두고 있으나 국, 공립정신병원이나 지정민간정신의료기관 산하에 있어 독립성이나 중립성이 보장되는 국가적 심사기관이라 보기는 어렵다.

3) 필수적 심문절차 및 절차조력인

입원결정기관이 법원이나 심판원인 유럽연합국의 경우 대부분 필수적 대면

심문(청문)절차를 두고, 국선변호인 등 입원심사절차에서 절차조력인을 두고 있다.

이에 비하여 우리 정신보건법의 경우 최초 입원 시 입원결정기관의 심문절차라고 할 수 있는 것이 없으며, 절차조력인도 없다. 입원연장심사 과정에서도 정신보건심판위원회는 현실적으로 90% 이상 서면심사만 이루어지고, 대면심문절차는 거의 이루어지지 않는다. 환자가 입원연장심사나 퇴원청구심사 과정에서 자신의 입원을 결정하는 정신보건심판위원회에서 대면하여 말할 기회는 보장되지 않는다.

정신건강복지법의 경우 최초 입원심사기관인 입원적합성심사위원회도 서면심사만을 규정하고 있다. 다만, 조사원제도를 두어 환자가 대면조사신청을 하는 경우 입원한 정신의료기관을 찾아가서 환자의 입원과정과 의견진술을 들어 입원적합성심사위원회에 보고하도록 하여 서면심사의 단점을 보완하고 있다. 그러나 위원회의 심사에 환자가 직접 참여하여 의견을 진술하는 제도는 보장되어 있지 않다.

(2) 다른 주요국의 강제입원심사제도

1) 미국

영미법 국가인 미국은 정신보건심판원제도를 가진 영국과 달리 법원이 강제입원심사기구가 된다. 미국의 경우 각 주마다 다소 차이는 있지만 정신보건법(mental health act)을 통하여 판사(magistrate, judge 등)가 입원심사기구로 역할한다. 이러한 사법적 절차를 거칠 경우 대부분 주법에 항소할 권리, 변호인의 지원, 입원요건에 대한 증명의 정도, 입원신청권자 등이 규정되어 있다. 다만, 판사가 입원심사를 하는 시기는 각 주마다 다양하고, 최초의 짧은 입원기간은 의료인에 의해서도 가능하고, 더 장기로 연장하기 위해서 판사의 입원심사를 받는 경우도 있다.

2) 호주

호주의 경우에는 영국법의 전통을 이어받아 각 주마다 대체로 정신보건심판원(mental health tribunal)을 두어 입원심사를 한다. 호주의 정신보건심판원은 대체로 정신과 의료인, 법조인, 이해관계인 3명으로 구성되고, 사법적 절차인 심문(청문)절차를 거쳐 입원을 결정한다. 다만 심판원의 심사는 일정한 기간 뒤에 이루어

지기 때문에 결국 일정한 기간 이상 입원을 하는 경우에만 심사의 대상이 되기도 한다.

3) 일본

일본의 경우에는 1987년 정신보건법을 개정하면서 입원심사기구로 각 도도부현 산하에 정신의료심사회를 둔다. 정신의료심사회는 의료인(정신보건지정의), 법조인, 학식과 경험이 있는 자로 하여 5명으로 구성되며, 가족에 의한 입원인 의료보호입원(우리의 보호입원에 해당), 도도부현 지사의 행정조치에 의한 입원(우리의 행정입원에 해당)에 대한 최초입원과 입원연장을 심사한다. 일본의 경우도 우리와 유사하게 대부분 서면심사이고, 서면심사를 통한 퇴원율은 극도로 저조하다.¹⁹⁾

4) 대만

대만은 1990년 정신위생법을 제정하여 강제입원제도를 규율하고 있다. 강제입원심사기구로는 강제지역사회치료심의회를 두고 있다. 대만의 강제입원절차는 지방자치단체의 주관기관이 자·타해 위험이 있는 중증환자를 긴급입원시킨 후 2명의 전문의 감정을 거쳐 계속입원이 필요하다고 판단되는 경우 강제지역사회치료심사회에 강제입원치료의 허가를 5일 이내 신청해야 하고, 허가를 받은 경우 60일 동안 입원을 시킬 수 있다. 강제입원된 환자나 보호자는 강제입원에 불복하는 경우 정신위생법에 따라 가정법원에 입원의 중지를 구하는 재판을 구할 수 있다.

(3) 주요국 강제입원심사제도의 특징

위에서 본 바와 같이 강제입원제도는 각 국가별로 다양하게 제도화되어 있다. 특히, 강제입원제도는 그 국가의 문화적, 사회적 특성을 반영하고 있음을 간과해서는 안 된다. 다수의 서구 국가의 경우 근대 이후 200여 년이 넘는 시간을 거쳐 과거 구호시설이나 수용시설이 국공립의 정신병원으로 천천히 탈바꿈되는 과정을 거쳤고, 그래서 강제입원이란 것은 당연히 민간병원이 아닌 국가가 관장

19) 일본의 2010년 보고서에 의하면, 2008년 기준으로 의료보호입원 정기보고 심사건수는 87,063건인데, 그 중 퇴원(입원계속불요) 결정이 내려진 것은 3건에 불과하다. 다만 환자가 퇴원청구를 한 경우는 2,178건 중 111건(5.1%)를 퇴원시켰다.(第10回 新たな地域精神保健医療体制の構築に向けた検討チーム(第1部), ‘保護者制度・入院制度について’, 厚生労働省精神・障害保健課, 2010. 10. 21. 자료)

하는 병원에 입원하는 것이라 생각하고, 민간 정신병원이 강제입원의 장소로 허용되는 것을 잘 상상하지 못한다. 이에 반하여 일본이나 한국의 경우에는 국가가 정신질환자를 입원시키는 국공립의 정신병원을 확충하지 못하면서 민간 정신병원에서까지 강제입원이 허용되는 것을 제도적으로 허용하게 된 것이다.

한편, 일본이나 한국의 경우 서구의 근대적 개인과 달리 전통적인 동양적 가족관계를 여전히 유지하게 되면서 환자를 개인으로서 보는 것이 아니라 가족의 하나로서 보는 경향이 강하여 돌보는 가족에게 입원에 대한 결정(동의)권을 부여하는 강제입원제도를 현재까지 유지해 오고 있다. 이 또한 서구의 강제입원제도에서는 볼 수 없는 특색이다. 서구의 가족은 다른 가족에 대해 위와 같은 결정권을 가지는 것을 이해하지 못 할 뿐만 아니라 그런 결정권을 가지는 것은 위험하다고 생각한다.

Ⅲ. 헌법재판소 결정의 의미의 향후 과제

1. 강제입원 위헌소송의 경과

(1) 보호입원조항에 대한 헌법소원 경과

정신보건법상 강제입원 중 보호입원조항은 1996년 법 시행 이래로 지속적으로 위헌소송이 제기되어 왔다. 2002년부터 2014년까지 10차례 이상 보호입원조항에 대한 헌법소원이 제기되었으나 모두 본안판단을 받지 못하고 각하되었다. 각하의 사유는 퇴원 후 헌법소원을 제기하는 청구기간을 초과하였다거나 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추지 못하였다거나 헌법소원의 보충성에 반한다는 것이었다.

2014년 1월에는 정신장애인권단체 등이 연합하여 공익소송의 형태로 보호입원 조항에 대해 4인의 입원경험이 있는 청구인들이 헌법소원을 제기하였으나 2014년 3월 헌법재판소는 보호입원 조항은 강제입원조치라는 구체적 집행행위가 있을 때 비로소 기본권침해가 발생하는 것이어서 심판청구가 직접성을 갖추지 못하였다는 이유로 이전과 동일하게 각하 결정을 하였다.²⁰⁾

20) 헌재 2014. 3. 4. 2014헌마22

(2) 보호입원조항에 대한 위헌법률심판제청

2014년 1월 헌법소원을 제기한 4인 중의 1인이 2014년 2월 정신병원 강제입원 상태에서 서울중앙지방법원에 인신보호청구를 하여 인신보호재판이 진행되던 중 청구인측에서 보호입원조항에 대해 위헌법률심판 제청신청을 하였고, 서울중앙지방법원은 2014년 5월 이를 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다. 서울중앙지방법원은 보호입원조항의 위헌성 여부에 대해 입법목적의 정당성은 수긍하였으나, 헌법재판소 결정과 달리 수단 적합성이 없다고 판단하였다.

서울중앙지방법원은 나아가 헌법상 적법절차의 원리와 관련해서는 보호입원은 법원 또는 독립된 위원회와 같은 객관성이 보장된 심사기관에 의한 공정한 판단을 받을 기회 자체가 없고, 환자의 절차적 기본권의 보장제도가 전혀 없다는 점을 강조하면서 환자가 “모든 절차에서 철저히 배제된 객체에 불과”함을 지적하였다.²¹⁾ 서울중앙지방법원이 위헌제청사유로 지적한 “환자의 객체화”는 강제입원과정이 환자의 인격적 주체성을 배제하는 과정임을 지적한 것이다. 결국 우리의 향후 강제입원과정의 개선방향은 인격적 주체성의 복원이 되어야 함을 지적한 것이라 할 수 있다.

(3) 보호입원조항에 대한 위헌법률심판 경과

1) 보건복지부와 국가인권위원회의 의견 제출

헌법재판소에 2014년 5월 위헌법률심판사건이 접수된 이후 같은 해 8월 이해관계인으로서 보건복지부장관은 합헌의견을 제출하였고, 2015년 7월 국가인권위원회는 위헌의견을 제출하였다. 보건복지부장관의 합헌의견의 요지는 보호입원조항이 치료를 받지 못하던 정신질환자에게 치료의 기회를 제공하였고, 이는 헌법상 보건권에 따른 국가의 보호의무에 따른 인권보호적, 사회복지적 조치임을 강조하였다.

이에 반하여 국가인권위원회의 위헌의견의 요지는 현실적으로 보호입원을 통한 인권침해 실태가 통계적으로 상당한 수준에 이르렀음을 제시하면서 1991년 국제연합(UN)의 ‘정신질환자의 보호와 정신보건증진을 위한 원칙’(MI 원칙)의 강제입원 기준, 한국이 비준한 국제연합의 2006년 ‘장애인권리협약’, 세계보건기구(WHO)의 1996년 정신보건법 제정의 10대 원칙 등의 내용을 검토하여 정신보건법

21) 서울중앙지방법원 2014. 5. 14. 2014초기408 결정(형사 32단독 김용규 판사)

상 보호입원조항의 위헌의견을 제시하였다.

2) 헌법재판소의 공개변론과 정신보건법의 전부개정

이후 헌법재판소는 2016. 4. 14. 공개변론을 열어 청구인측 대리인과 정부측 대리인의 변론을 듣고, 국가인권위원회 사무국장과 정신의료기관협회 부회장의 전문가 의견을 들었다.

헌법재판소 공개변론 이후 국회 보건복지위원회는 2016. 4월 말 정부의 정신보건법 전부개정법률안과 이명수 의원, 최동익 의원, 김춘진 의원이 각 대표발의한 정신보건법 개정법률안(김춘진 의원은 정신장애인복지지원 등에 관한 법률 제정안)을 병합심사하여 보건복지위원회 대안으로 ‘정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스지원 등에 관한 법률안’을 마련하였고, 국회는 2016. 5. 19. 본회의에서 위 법률안을 통과시켰다. 새로운 정신건강복지법은 2017. 5. 30. 시행될 예정이다.

한편, 헌법재판소는 2016. 9. 29. 보호입원조항에 대해 재판관 전원일치로 위헌선언을 하면서도 위 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다고 하였다.

2. 보호입원조항 위헌법률심판 결정의 분석

이하에서는 헌법재판소의 보호입원조항 위헌(헌법불합치)결정의 내용을 과잉금지의 원칙, 실체적 위헌성, 절차적 위헌성, 결정형식 등의 순으로 살펴보고, 각 내용에 대해 검토해 보기로 한다.

(1) 과잉금지의 원칙 위반

[표 3] 보호입원조항의 과잉금지의 원칙 위반 요지

쟁점	요지
제도(목적)의 정당성 인정	정신질환자를 신속·적정하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 지키기 위한 것으로서 그 입법목적은 정당하다.
수단의 필요성 인정	보호의무자 2인의 동의 및 정신과전문의 1인의 진단을 요건으로 정신질환자를 정신의료기관에 보호입원시켜 치료를 받도록 하는 것은 입법 목적을 달성하는 데 어느 정도 기여할 수 있을 것이므로 수단의 적절성 또한 인정된다.

쟁점	요지
침해의 최소성 위반(위헌)	<p>보호입원은 정신질환자의 신체의 자유를 인신구속에 버금가는 수준으로 제한하므로, 정신질환자 본인에 대한 치료와 사회의 안전 도모라는 측면에서 긍정적인 효과를 긍정하더라도 그 과정에서 신체의 자유 침해를 최소화하고 악용·남용가능성을 방지하며, 정신질환자를 사회로부터 일방적으로 격리하거나 배제하는 수단으로 이용되지 않도록 해야 한다. 그러나 심판대상조항은 정신질환자의 신체의 자유 침해를 최소화할 수 있는 방안을 충분히 마련하지 않고 있어, 침해의 최소성 요건을 충족하고 있다고 볼 수 없다.</p> <p>심판대상조항은 입원의 필요성에 대한 판단에 있어 객관성과 공정성을 담보할 만한 장치를 두고 있지 않고, 보호입원 대상자의 의사 확인이나 부당한 강제입원에 대한 불복제도도 충분히 갖추고 있지 아니하여, 보호입원 대상자의 신체의 자유를 과도하게 제한하고 있어, 침해의 최소성에 반한다.</p>
법익의 균형성 위반(위헌)	<p>심판대상조항이 정신질환자를 신속·적절하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 도모한다는 공익을 위한 것임은 인정된다. 그러나 심판대상조항은 단지 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 판단만으로 정신질환자에 대한 보호입원이 가능하도록 하면서 정신질환자의 신체의 자유 침해를 최소화할 수 있는 적절한 방안을 마련하지 아니함으로써 지나치게 기본권을 제한하고 있다. 따라서 심판대상조항은 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다.</p>

1) 보호입원제도의 ‘목적’ 검토 - 타해위험 등 사회안전의 문제

헌법재판소가 과잉금지의 원칙에 대한 검토를 하면서 보호입원제도의 목적의 정당성과 수단의 필요성을 인정하였다. 헌법재판소는 보호입원제도 자체의 합헌성을 수긍한 것으로 보인다.

통상 입법목적이라는 것은 법률의 제1조에 대부분 그럴싸한 문구로 되어 있고, 정신보건법도 그러하고, 정신건강복지법의 입법목적도 그러하다. 여기서 문제가 되는 것은 보호입원제도의 입법목적인데, 그것은 제도 자체의 분석을 필요로 한다.

보호입원제도는 가족(보호의무자)의 동의가 환자의 동의를 대체하는 것을 전제로 한다. 이는 환자의 법적, 사실적 이해관계를 대변할 수 있는 대체의사결정자로서 가족(보호의무자)을 상정한 것이다. 그러나 타해위험 등 사회의 안전을 지

키기 위해 보호입원제도를 활용하는 것은 타당하지 않다. 가족은 국가가 아니고 사회의 안전은 가족의 임무도 아니기 때문이다. 가족이 타해위험 등 사회의 안전까지 자신의 책임으로 부담할 수 있는 없다.

독일의 강제입원제도²²⁾가 후견인에 의한 민사상 수용에서 타해위험 등 사회의 안전을 그 요건으로 하지 않고, 피성년후견인의 건강이나 안전 등을 목적으로 하고, 타해위험 등 사회의 안전을 위한 입원은 공법상 수용으로 후견인이 아닌 행정관청의 신청에 의하는 점을 참조해 보아도 그러하다. 이는 독일의 후견인에 의한 민사상 수용(행정기관에 의한 공법상 수용과 그 목적이 구분됨)뿐만 아니라 프랑스 공중위생법에 따른 가족 등 제3자의 청구에 의한 입원(국가대리인의 결정에 의한 입원과 구분됨), 일본의 정신보건복지법에 따른 가족에 의한 의료보호입원(도도부현 지사에 의한 조치입원과 구분됨)에서도 동일하게 나타난다.

즉, 보호입원제도의 목적은 환자 본인의 건강과 안전이지 사회의 안전은 그 목적이라 볼 수 없고, 그렇게 보아서도 안 된다. 사회의 안전이라는 목적은 별도의 행정입원을 통해 해결하도록 제도화되어있기 때문이다.

2) 보호입원제도의 ‘수단’ 검토 - 가족과 의사의 사인(私人)성

보호입원제도는 입원의 방식을 보호의무자 2인의 동의와 정신과 전문의 1인의 진단으로 하고 있다. 입법목적이 환자의 치료와 사회의 안전이라고 보는 이상 그 수단은 ‘강제력의 행사를 통한 입원’이라고 보아야 한다. 헌법재판소는 ‘강제력의 행사를 통한 입원’이 치료와 안전을 위한 수단이라는 것을 인식하고 있으면서도 그 수단의 적절성에 대한 기준을 제시하지는 못한 것으로 보인다. ‘보호의무자의 동의와 전문의의 진단’을 통한 강제입원이기 때문에 헌법재판소는 수단이 적절하다고 판단한 것이지만 둘 모두 강제력을 행사할 수 없는 사인(私人)이라는 점을 간과하고 있다. 강제력의 행사를 가족과 의사인 사인(私人)에게 맡기는 것이 적절한 수단인지에 대한 고민의 흔적 없이 ‘입법목적은 달성하는 데 어느 정도 기여할 수 있을 것이므로 수단의 적절성 또한 인정된다’고 한 부분은 아쉬움이 있다.

22) 독일 강제입원제도에 대한 구체적 설명으로는 백승흠, “독일법상 피성년후견인의 수용에 관한 고찰”, 가족법연구 제21권 제2호, 2008, 127-128면; 이재경, “정신질환자의 비자발적 입원에 관한 비교법적 검토-독일법을 중심으로”, 2009, 192면; 정태호, “보호의무자에 의한 정신질환자 강제입원치료제도의 위헌성-독일 연방헌법재판소의 관련 판례의 응용을 중심으로”, 경희법학 제51권 제2호, 2016, 128면 이하를 참조할 것.

3) 보호입원과 행정입원의 비교

헌법재판소가 정신보건법의 보호입원의 입법목적, 방식 등에 대해 서구의 행정입원적 관점(사회안전 등 치안적 관점)으로 바라본 것은 보호입원제도와 행정입원제도의 차이점을 간과한 것에서 비롯된 것으로 보인다. 독일이나 프랑스와 같은 서구의 강제입원제도는 가족이나 후견인에 의한 입원과 행정기관에 의한 입원이라는 두 유형의 강제입원제도를 구분해 왔으며, 그 영향으로 일본과 한국에서도 정신보건법에 보호입원과 행정입원을 구분하여 두어 왔다. 그러나 영미법계 국가인 영국, 미국, 호주 등에서는 이와 같은 이원화된 강제입원 제도를 두지 않고서 단지 신청권자가 가족인지 행정기관인지 정도만으로 구분하여 일원화된 강제입원제도를 두는 경향이 강하다. 이하에서 보호입원과 행정입원의 성격과 내용을 개괄적으로 비교해 보면 다음과 같다.

[표 4] 보호입원과 행정입원의 일반적 비교

제도적 비교	보호입원	행정입원
입원목적	환자의 건강이나 안전	타인을 포함한 공중(사회)의 안전
입원요건	건강의 악화나 자해위험	타해위험이나 공중의 안녕
입원절차	가족이나 후견인등 사인(私人)에 의한 신청	국가기관에 의한 조치
입원심사절차와 방식	법원(court)이나 심판원(tribunal)에 의한 심사	
퇴원절차	입원신청권자인 가족이나 후견인에 의해 가능	국가기관의 결정에 의한 퇴원

4) 또 다른 보호입소시설 - 정신요양시설의 정당성 여부

헌법재판소는 보호입원조항의 위헌을 선언하면서도 ‘정신의료기관등’에 붙어 있는 그 ‘등’에 관해서는 관심을 보이지 않았다. 그 ‘등’은 강제입소가 제도적으로 허용되는 정신요양시설을 의미한다. 보호입원조항은 정신요양시설의 보호입소를 포함하고 있다. 그리고, 정신요양시설은 정신과 전문의가 상주하지 않는 곳이며, 치료가 아닌 요양을 목적으로 한다. 정신보건법이 가진 치료라는 목적이 정신요양시설에서는 사실상 존재하지 않는다. 정신요양시설에 입소되는 환자들은 치료조차도 할 수 없고, 위험조차도 가지지 않는 경우가 적지 않다. 정신요양

시설은 사실 치료라는 목적의 정당성도, 강제입소라고 하는 수단의 적절성도 인정되기 어렵다. 헌법재판소가 보호입원 조항의 위헌을 선언할 때 정신요양시설과 관련하여 지적했어야 할 부분을 간과한 것이다. 헌법재판소는 그 조항이 가지는 두 가지 목적(치료와 요양)과 두 가지 시설(정신의료기관 및 정신요양시설)의 의미를 구분하지 않았다.

(2) 실체적 위헌성

[표 5] 보호입원조항의 실체적 위헌성 요지

쟁점	요지
대상자(요건)의 문제	정신보건법은 입원치료·요양을 받을 정도의 정신질환이 어떤 것인지에 대해서는 구체적인 기준을 제시하지 않고 있어, 정신과전문의의 정신질환 소견만 있으면 누구나 보호입원될 가능성이 있다. 또한 ‘자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전’이라는 요건 또한 매우 추상적일 뿐만 아니라 이를 판단할 수 있는 구체적인 기준도 마련되어 있지 않다.
보호의무자 동의 문제	심판대상조항이 보호의무자 2인의 동의를 요건으로 설정한 것은 보호의무자가 정신질환자의 입원 여부를 결정함에 있어 정신질환자 본인을 위하여 최대한 이익이 되는 쪽으로 판단하리라는 선의에 기초하고 있으나, 보호의무자 중에는 부양의무의 면탈이나 정신질환자의 재산탈취와 같은 목적으로 보호입원을 악용하는 사람도 있을 수 있으므로, 이러한 경우에는 그 보호의무자의 동의권은 제한되거나 부정되어야 한다. 그러나 현행 정신보건법은 정신질환자의 이익을 저해하는 보호입원을 방지할 수 있는 제도를 충분히 마련하고 있지 않다. 소송이 제기되지 않은 상태에서 이해충돌이나 갈등이 발생할 수 있고 이해충돌이나 갈등이 모두 소송으로 발전하는 것도 아니므로, 정신보건법 제21조 제1항 제3호와 같은 결격사유를 둔 것만으로는 보호의무자와 정신질환자 사이의 이해충돌을 적절히 예방하고 있다고 볼 수 없다.
정신과전문의 1인 진단	정신장애나 질환의 특성상 보호입원의 필요 여부에 관하여 전문가의 의견이 필요하다는 점은 부인할 수 없으나, 이러한 필요성이 인정되더라도 그 진단의 남용가능성을 차단할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야 한다. 그러나 심판대상조항은 입원치료·요양을 받을 만한 정신질환을 앓고 있는지 또는 환자 자신의 건강·안전이나 타인의

법재판소 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제

	요지
	<p>안전을 위하여 입원이 필요한지 여부에 대한 판단권한을 정신과전문의 1인에게 전적으로 부여함으로써, 그의 자의적 판단 또는 권한의 남용 가능성을 배제하지 못하고 있다. 정신과전문의가 자신의 경제적 이익을 위하여 진단 권한을 남용하는 경우 현행 정신보건법상 이를 막을 방법이 없고, 정신과전문의와 보호입원된 정신질환자(이하 ‘피보호입원자’라고만 한다) 사이에 이해관계가 충돌할 수 있다.</p>
<p>보호입원의 남용가능성</p>	<p>보호의무자 등의 요건의 문제점과 정신과전문의의 진단 요건에 관한 문제점들이 서로 결합하는 경우 보호입원 제도가 남용될 위험성은 더욱 커진다. 보호의무자 2인이 정신과전문의와 공모하거나, 또는 그로부터 방조·용인을 받아 정신질환자를 보호입원시킬 수 있고, 이는 실제로도 종종 발생하여 사회문제가 되었다. 또한, 사설 응급이송단에 의한 정신질환자의 불법적 이송, 감금 또는 폭행과 같은 문제도 빈번하게 발생하고 있다.</p>
<p>입원기간과 계속입원의 문제</p>	<p>보호입원은 입원기간도 최초부터 6개월이라는 장기로 정해져 있어, 보호입원이 치료의 목적보다는 격리의 목적으로 이용될 우려가 크다. 피보호입원자와 보호의무자는 언제든지 정신의료기관장에게 퇴원을 신청할 수 있으나, 정신의료기관장은 정신과전문의로부터 정신질환자의 위험성을 고지받았음을 이유로 이를 거부할 수 있다. 또한, 정신의료기관장은 6개월이 지난 후에도 피보호입원자에 대하여 계속하여 입원치료가 필요하다는 정신과전문의의 진단 및 보호의무자 2인의 동의가 있는 때에는 6개월마다 시장·군수·구청장 소속 기초정신보건심의위원회의 계속입원 심사를 통해 얼마든지 피보호입원자의 입원을 연장할 수 있다. 이로 인하여 보호의무자와 의료기관 사이의 이해만 맞으면 얼마든지 정신질환자의 의사나 이익에 반하는 장기입원이 가능하다. 실제로 2013년 통계에 의하면 평균입원기간은 정신의료기관의 경우 176일, 정신요양시설의 경우 3,655일에 이른다.</p>

1) 입원대상과 입원요건의 문제

보호입원의 대상자는 “자신의 건강 또는 안전이나 타인의 안전” 또는 “입원을 할 만한 정도 또는 성질의 정신질환”을 가진 사람인데, 그 범주는 추상적이며, 주관적일 수 있다는 헌법재판소의 지적은 타당하다.

한편, 대법원은 정신보건법상 정신질환자 개념을 해석함에 있어 진단을 받

지 않은 알코올중독 등 정신장애의 의심이 있는 사람²³⁾, 기질적 정신병인 치매를 가진 노인도 정신보건법상의 정신질환자로 해석하고 있어²⁴⁾ 정신질환자 개념에서부터 그 대상이 확대해석되고 있다. 이에 대해서는 정신질환자 범주의 확대가 가진 위험성을 우려하는 비판적 시각도 있다.²⁵⁾

위와 같은 비판을 감안하여 정신건강복지법은 입원대상이 되는 정신질환자의 범주를 축소하고, 자·타해 위험성(환자의 안전이나 건강 또는 타인의 안전)과 입원 필요성 요건을 모두 갖추도록 하며, 자·타해 위험성의 구체적 기준을 정하도록 하였다.

2) 보호의무자 동의 문제

헌법재판소는 보호의무자의 동의권이 부여되기 위한 전제로서 환자와 이해관계가 충돌되어서는 안 된다고 보았다. 따라서 부양부담의 면탈이나 재산탈취를 목적으로 한 보호의무자는 그 동의권을 제한하거나 부정하여야 한다고 판단하였다. 그러나 이 부분은 보호의무자의 권한 및 의무와 관련해 볼 때 보호의무자의 내심의 입원목적은 알 수 없고, 그 증빙자료를 확보할 수도 없다는 점에서 과도한 지적으로 보인다. 다만, 위와 같은 목적이 있는지 여부를 환자 등 다른 사람의 진술을 통해서 확보할 경우 입원심사기관에서 이를 적절히 검토할 수 있도록 하는 방식이 더 합리적이라 할 것이다.

보호의무자가 되고 싶은 가족보다 보호의무자가 되고 싶지 않은 가족이 더 많은 현실을 감안하여 볼 때 위와 같은 부양부담을 면탈하고자 하는 보호의무자 지위를 박탈하면 환자는 사실상 자신을 부양해 주는 관계를 상실하게 되는 결과를 가져오게 되기도 한다. 또한, 보호의무자의 내심의 입원 목적(재산탈취, 부양부담의 회피 등)을 근거로 입원을 시키기 전에 보호의무자의 자격을 제한하거나 박탈하는 방법을 고안해 내기는 어렵다고 보인다.

23) 대법원 2001. 12. 24. 선고 2001도5222 판결; 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11063 판결.

24) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도4850 판결.

25) 신권철, “정신질환자 개념의 규범적 고찰”, 법조 제644호, 2010, 56-57면.

(3) 절차적 위헌성

[표 6] 보호입원조항의 절차적 위헌성 요지

쟁점	요지
절차적 권리보장의 결여	강제입원은 기본적으로 인신구속의 성질을 가지므로 부당한 강제입원 으로부터 환자의 권리를 보호할 수 있는 절차의 마련이 필요하다. 예컨 대 당사자에 대한 사전고지, 청문 및 진술의 기회, 강제입원에 대한 불 복, 부당한 강제입원에 대한 사법심사, 국가 또는 공적 기관에서 제공하 는 절차보조인의 조력과 같은 절차가 보장될 필요가 있다. 그런데 정신 보건법은 심판대상조항과 같은 보호입원제도를 두면서 이러한 절차들 을 전혀 마련하고 있지 아니하다.
절차적 능력의 배제	정신질환자의 판단능력은 모두 다를 수 있음에도 불구하고, 심판대상조 항은 입원을 결정함에 있어 정신질환자 모두에 대해 판단능력 내지 입 원에 대한 동의능력이 전혀 없는 것으로 간주하여 이들의 의사를 고려 하고 있지 아니하다.
권리사전고지 및 절차보조인 결여	입원 전이나 입원 당시에 당사자에게 고지하는 제도가 없고, 입원 후에 야 이를 통지하는 사후통지제도만을 두고 있다. 공적기관에서 제공하는 절차보조인과 같이 보호입원 전반에 걸쳐 객관성을 담보할 수 있는 자 의 관여도 허용하고 있지 아니하다.
대면심사 결여	기초정신보건심의위원회는 피보호입원자의 정신의료기관장의 퇴원거 부에 대한 이의신청, 정신의료기관장의 피보호입원자에 대한 입원기간 연장에 대하여 심사한다. 그러나 위 위원회에서는 피보호입원자를 직접 대면하여 그의 진술을 충분히 청취하는 절차를 거치지 않은 채 대부분 서류를 위주로 심사가 이루어지고 있는 점, 피보호입원자가 이미 보호 입원된 상태에서 사후적으로 입원의 필요성 등을 심사하게 되어 결국은 처음 입원의 필요성이 있다고 인정한 정신과전문의 1인의 진단에 상당 히 의존할 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 위 위원회가 보호입원 당 시의 위법·부당성을 충분히 심사할 수 있으리라고 기대하기 어렵고, 이는 통계로도 알 수 있다.
입원의 장기화 위험	더구나 피보호입원자는 정신의료기관으로부터 치료의 필요성이라는 이 유로 통신·면회의 제유를 제한받을 수 있고, 또 정신의료기관 내에서 격리되거나 결박당할 수도 있다. 보호의무자나 정신의료기관장이 외부 와의 접촉이나 퇴원을 원하는 피보호입원자의 입원을 장기화할 목적으 로 이를 악용할 경우, 피보호입원자는 인간으로서 가져야 할 최소한의 존엄성마저 침해당할 수 있다. 실제로도 피보호입원자의 이익이나 입장

	요지
	은 전혀 고려되지 않은 채 장기격리를 위하여 위와 같은 조치들이 이용된 사례도 상당수 존재한다.
인신보호법상 구제청구의 한계	법원에 인신보호법 제3조에 따라 구제를 청구하는 것도 피보호입원자를 위법·부당한 보호입원으로부터 충분히 보호방향이 되기 어렵다. 인신보호법상 구제청구는 보호입원의 위법성을 심사함에 있어 심판대상조항에서 정한 보호입원 요건이 구비되었는지 여부만을 심사함에 그칠 수 있고, 피보호입원자가 보호입원된 때와 인신보호법상 구제청구 사이에는 상당한 시간적 간격이 있으며, 피보호입원자로서는 정신의료기관에 격리수용되어 있어 구제청구 자체를 이용하기도 쉽지 않다. 나아가 피보호입원자에 대한 구제청구 절차가 진행되면 정신의료기관이 정신질환자를 퇴원시키거나 다른 정신의료기관으로 전원시키는 방법으로 그 절차를 무력화시킬 수 있다.

헌법재판소는 절차적 위헌성과 관련해서는 구체적 내용을 제시하면서 문제점들을 지적하였고, 실제 강제입원의 실상까지도 하나하나 제시하였다. 절차적 권리가 보장되지 않을 때 강제입원환자가 겪게 되는 각종 실제적 권리제한은 인간으로서 가져야 할 최소한의 존엄성까지 위협하는 것에 대해서도 인정하였다. 헌법재판소의 결정문이 암시하고 있듯이 강제로 수용되는 사람들이 가지게 되는 근본문제는 이의할 기회까지도 박탈당한다는 점이다. 강제로 수용되는 사람들에게는 재판소의 문이 언제나 열려 있어야 한다. 그렇지 않으면 그 수용공간은 비인격적 공간이 된다.

(4) 헌법재판소의 결정형식과 새로운 정신건강복지법 판단 유보

[표 7] 보호입원조항에 대한 헌법재판소 결정형식과 이유

결정형식	요지
헌법 불합치 결정	심판대상조항의 위헌성은 보호입원을 통한 치료의 필요성 등에 관하여 독립적이고 중립적인 제3자에게 판단 받을 수 있는 절차를 두지 아니한 채 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 판단만으로 정신질환자 본인의 의사에 반하는 보호입원을 가능하게 함으로써, 제도의 악용이나 남용 가능성을 배제하지 못하고 있다는 점에 있다. 이러한 상황에서 심판대상조항에 대하여 단순위헌결정을 하여 그 효력을 즉시 상실시킨다면

헌법재판소 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제

	요지
	보호입원의 법률적 근거가 사라져 보호입원의 필요성이 인정되는 경우에도 보호입원이 불가능한 법적 공백 상태가 발생하게 된다. 따라서 심판대상조항에 헌법불합치결정을 선고한다.
입법개선촉구 및 계속적용	입법자가 심판대상조항의 위헌성을 제거하여 합헌적인 내용으로 법률을 개정할 때까지 심판대상조항이 계속 적용되도록 할 필요가 있다.
정신건강복지법 판단유보	국회는 2016. 5. 29. 법률 제14224호로 정신보건법을 ‘정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률’로 전부개정하였고, 위 개정법률은 2017. 5. 30.부터 시행될 예정인데, 개정법률의 내용이나 개정법률에서 심판대상조항의 문제점을 해소하였는지 여부에 대하여는 나아가 판단하지 아니한다.

헌법재판소는 재판관 9인 전원합의로 보호입원조항의 위헌을 확인하였음에도 불구하고 헌법불합치 결정을 하였다. 그리고 입법 개정시까지 심판대상조항의 계속 적용을 선언하였다. 그러나 정신보건법은 이미 정신건강복지법으로 전부 개정되어 2017년 5월 30일 시행예정에 있다.

헌법재판소가 위헌이 아닌 헌법불합치결정을 하고서 입법 개정시까지 위헌 법률조항의 계속 적용 결정이 내려지기까지의 고민은 아마도 5만 여명에 이르는 강제입원 환자의 퇴원이나 강제입원 금지로 발생하는 사회적 혼란의 가능성을 염두에 둔 것으로 보인다.

한편 결정문의 말미에서, 새롭게 시행될 정신건강복지법의 보호입원조항의 위헌성 여부에 대한 판단은 명시적으로 유보한다고 하였는데, 이로 인해 향후에도 정신건강복지법의 보호입원제도의 위헌성 시비는 지속될 수 밖에 없을 것으로 보인다.

3. 헌법재판소 결정을 통해 본 정신건강복지법

헌법재판소가 정신건강복지법의 보호입원제도에 대한 판단은 유보하였지만 보호입원제도 위헌결정 이유를 통해 정신건강복지법의 보호입원제도의 위헌여부를 어느 정도 검토해 볼 수는 있다. 이하에서는 헌법재판소가 정신보건법의 보호입원조항의 위헌사유로 지적한 내용을 바탕으로 정신건강복지법이 헌법재판소의

요구에 걸맞은 실제적, 절차적 제도를 마련하였는지 살펴보기로 한다.

(1) 실제적 내용의 보완

[표 8] 헌법재판소 결정의 실제적 위헌성과 정신건강복지법 비교

쟁점	정신건강복지법
대상자 및 입원요건의 불명확 문제	<p>■ 입원요건 제한 및 구체화</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 정신질환자 개념을 축소(3조) 2. 입원치료 또는 요양을 받을만한 정도 또는 성질의 정신질환(43조) 3. 자신의 건강 또는 안전이나 타해 위험 기준 보건복지부령으로 설정(43조)
보호의무자 동의 문제	<p>■ 보호의무자의 동의권 제한</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 최초입원시 보호자 동의를 아니라 신청으로 전환(43조) 2. 보호의무자 2인 이상으로 강화 3. 후견인을 선순위로 둠 4. 보호의무자 자격을 대통령령으로 제한 5. 입원기간 14일 이내로 제한
정신과 전문의 1인 진단의 문제	<p>■ 정신과 전문의 진단권한 통제</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 보호입원 신고(3일 이내) 2. 국공립 등 지정진단의료기관의 두 번째 의사의 진단 조건 필요(2주 이내) 3. 신청 시 조사원 조사(1개월 이내) 4. 입원적합성심사위원회 심사 5. 3개월째 정신건강심사위원회 심사
보호입원의 남용가능성 문제	<p>■ 보호입원 남용가능성 방지</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 환자의 입원이력 등 전산시스템을 통한 신고사항 확인 2. 보호의무자 및 정신과 전문의 권한 통제방식 규정 3. 각종 절차상 권리고지
입원기간과 계속입원의 문제	<p>■ 장기입원 방지</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 입원심사기간 단축(14일, 1개월, 3개월 사이에 국가적 기관에 의한 입원진단 및 심사) 2. 입원연장청구 시 국공립 등 지정진단의료기관의 두 번째 의사에 의한 진단 요구

(2) 절차적 제도의 보완

[표 9] 헌법재판소 결정의 절차적 위헌성과 정신건강복지법령 비교

쟁점	헌재 결정의 내용	정신건강복지법령
절차적 권리보장의 결여	1. 입원 전 권리고지	1. 당사자의 입원 시 구체절차 및 권리고지
	2. 청문 및 진술의 기회 부여	2. 심사기관의 청문(심사)에 직접 참여하여 진술하는 것은 아니나 조사원 대면조사 신청권 인정
	3. 강제입원에 대한 불복제도	3. 강제입원에 대한 불복수단으로 인신보호 청구나 퇴원심사청구가 있음
	4. 부당한 강제입원에 대한 사법심사	4. 입원적합성심사위원회 결정에 대한 불복 절차가 법령 내에 없으나 인신보호법상 구체청구 가능
	5. 국가 또는 공적기관에서 제공하는 절차 보조인의 조력	5. 조사원을 통한 지원 있음
	6. 심사기구에 의한 대면심사	6. 심사기구의 조사원을 통한 대면심사 가능
	7. 절차적 능력(판단능력과 동의능력)의 존중	7. 자기결정권 존중 선언 및 환자의 판단능력이 미흡한 경우만 보호의무자가 대신 동의
입원과정 및 입원심사의 문제	1. 입원 시 통신 및 면회의 자유의 제한 문제점 해결 필요	1. 통신 및 면회의 자유 제한은 특별한 경우에 예외적으로만 인정
	2. 입원 시 격리강박의 문제점 해결 필요	2. 격리강박의 규정은 기존과 동일하게 두고 있으나 지침을 통해 제한 가능
	3. 응급환자이송단의 불법이송 문제 해결 필요	3. 경찰관과 구급대원에 의한 응급입원 및 행정입원 정비
	4. 서류 위주 입원심사 지양	4. 조사원 조사를 통해 환자 의견반영
	5. 독립적·중립적인 심사기구 필요	5. 국공립 정신병원 산하에 입원적합성심사 위원회를 두어 독립성과 중립성 확보 노력

쟁점	현재 결정의 내용	정신건강복지법령
인신보호구제청구의 한계	1. 입원요건 구비여부만 심사	1. 형식적 입원요건 외에 입원 필요성 여부도 심사(인신보호법 해석을 통해 가능)
	2. 보호입원과 인신보호 구제절차 사이의 시간적 간격	2. 입원 즉시 인신보호 구제청구권 고지 및 서식 비치
	3. 간혀 있어 사실상 구제청구 자체를 할 수 없음	3. 인신보호법령 개선 필요
	4. 구제청구하면 퇴원이나 전원시켜 구제절차 무력화	4. 인신보호법령 개선 필요

4. 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제

(1) 강제적 수용제도와 관련한 헌법상 규범적 기준의 설정

1) 다른 강제수용제도에 영향

보호입원조항에 대한 이번 헌법재판소 결정은 강제입원제도 전반에 대한 최초의 본안 판단이다. 보호입원조항에 대한 위헌(헌법불합치) 결정은 단순히 보호입원제도에 대해서만 그 의미가 있는 것이 아니라 다른 강제입원제도인 행정입원제도와 응급입원제도에도 그 영향을 미칠 수 밖에 없다. 더 나아가 노인요양시설, 노인요양병원, 장애인거주시설 등 판단능력과 의사결정능력이 부족해진 사람들의 수용과정(현재는 사실상 보호자의 계약이 유일한 합법적 근거가 된다)에서도 본 위헌결정의 판단요소들이 일정한 기준으로 제시될 수 있다.

2) 입원(입소)심사기구의 성격

헌법재판소는 강제입원 위헌결정을 통해 본인의 의사에 반하여 수용당하는 사람에게 독립성과 중립성이 보장되는 국가적 심사기구를 통한 심사가 필요함을 제시하였다. 구체적인 심사기구로서 법원을 언급하지는 않았지만 현재와 같은 입원 정신의료기관의 장이나 시장·군수·구청장 산하 정신보건심판위원회가 입

원심사기구로서 역할하는 것은 적절하지 않음을 간접적으로 제시한 것이라 할 것이다.

(2) 보호입원제도의 정당성 수궁

1) 목적과 수단의 정당성

헌법재판소는 보호입원제도가 치료와 사회의 안전을 지키기 위한 것이기 때문에 그 목적이 정당하고, 보호의무자 2인의 동의와 정신과 전문의 진단으로 이루어지는 강제입원방식 또한 수단으로서 적절하다고 보았다. 이는 우리 사회에서 가족이 다른 가족을 입원시키는 제도의 현실적이고, 현재적인 필요성을 수궁한 것으로 보인다. 그러나 앞서 언급했던 바와 같이 가족과 의사의 결정에 아무런 공적 개입 없이 강제입원이라는 강제력을 부여하는 것이 수단으로서 적절한지는 의문이다. 참고로, 다른 나라의 경우 보호자에게 입원을 신청할 권한을 부여하더라도 입원과정에서는 경찰관이나 구급대원 등의 공적 개입을 요구한다. 한편, 보호입원의 목적에 있어서도 같은 법조문에서 규제되고 있는 정신요양시설이 치료를 목적으로 한 공간이 아니라는 점에서 정신요양시설 강제입소의 목적과 수단의 정당성을 함께 인정한 것은 비판의 여지가 있다.

2) 보호입원제도의 존치 여부

헌법재판소가 보호입원제도의 정당성(목적과 수단의 정당성) 자체는 긍정함으로써 인해 보호입원제도 자체를 폐지할 법적 이유를 제시한 것으로 헌법재판소의 결정을 읽을 수는 없다. 그러나 한국이 비준한 국제연합의 장애인권리협약 및 그 일반논평(*general comment*)은 강제치료의 금지와 대체의사결정자(가족이나 후견인)에 의한 입원의 금지를 요구하고 있고, 이에 따라 일부 정신장애인단체에서도 강제입원제도의 폐지를 요구하고 있어 향후에도 보호입원제도의 폐지는 지속적으로 논쟁의 대상이 될 수 있다.

(3) 강제입원제도 내 절차적 기본권 보장의 제시

1) 강제입원환자의 ‘말하여질 권리’

앞서 본 헌법재판소가 지적한 절차적 권리보장과 그 다양한 수단들은 궁극적으로 환자의 자기결정권과 방어권 보장을 위해 말할 기회, 이의를 제기할 기회를 제공하라는 것이다. 말할 권리가 아닌 말하여질 권리는 환자에게 권리를 알리

고, 설명하고, 의견을 묻고 들은 후 스스로 선택할 기회, 이의할 기회를 제공하고, 말할 능력이 부족한 경우에는 도움을 제공하라는 의미이다. 말할 권리가 자유권적 측면에 치중한 것이라면 말하여질 권리는 그것에서 더 나아가 갇혀 있거나 능력이 부족한 사람에 대한 절차적 지원을 요구한다.

2) 인적, 물적, 제도적 보장

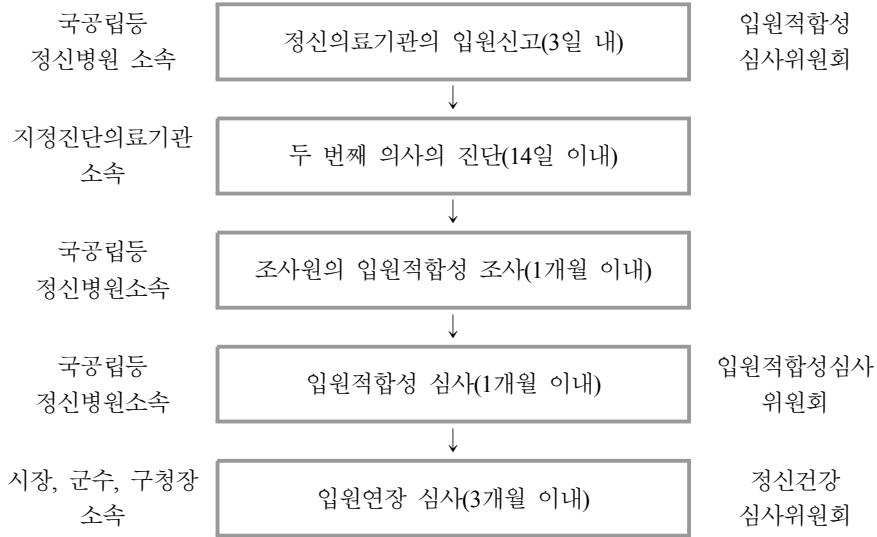
헌법재판소는 입원심사기구가 중립적이고, 독립적이어야 하며 대면심사를 할 수 있도록 하고, 입원환자를 조력할 수 있는 공적 기관의 절차보조인이 요구되며, 사법기관을 통한 불복절차가 요구된다고 하였다. 이는 국가에 의한 인적, 물적, 제도적 지원을 바탕으로 한다. 독립적이고, 중립적인 국가적 입원심사위원회를 구성하기 위한 심사위원의 확보, 입원환자의 의견을 반영할 수 있는 국선변호인과 유사한 절차조력인의 확보, 구속영장전담판사와 유사한 입원심사전담판사의 확보와 같이 인력과 예산 및 제도설계가 필요하게 된 것이다. 헌법재판소의 결정 이후 향후 최초입원과 입원연장을 합하여 수십만 건에 이를 강제입원심사를 어떤 제도적 방식으로 운영하여야 헌법에 부합할지에 대해서도 향후의 과제로 요구되고 있다.

IV. 결론 - 강제입원의 성벽을 재구축할 것인가?

헌법재판소는 보호입원제도의 위헌을 선언하였지만 그 목적과 수단이 가진 정당성은 수긍하였고, 위헌이기는 하지만 일정한 사회적 파장을 고려하여 정신보건법의 보호입원조항이 ‘개정’될 때까지 계속 적용되도록 헌법불합치 결정을 하였다. 그런데, 법은 이미 전부개정되었고, 다만 시행만 뒤로 미루어져 있을 뿐이다.

새로운 정신건강복지법은 강제입원의 두 축인 보호입원제도와 행정입원(시장·군수·구청장이 강제적 행정조치로서 하는 입원)제도를 새롭게 통일적으로 구축하였다. 그 최초입원 절차를 개략적으로 보면, 다음과 같다.

[표 10] 정신건강복지법의 강제입원절차(보호입원과 행정입원 모두 동일)



정신건강복지법은 강제입원의 초기에 있어 새로운 국가적 감독시스템을 도입하였다. 위 절차들은 기존의 정신보건법에서는 없었던 절차들이다. 특히, 입원 신고는 국가가 최초입원과정에서 그 감독을 위한 시작으로 제도화되었고, 최초 입원절차의 위법여부를 확인할 수 있도록 구체적 내용들을 마련할 수 있다. 그러나 심사기구의 독립성, 대면심문, 절차조력인의 지원 등은 부족한 상태이다. 이는 단순히 법령의 미비 외에도 인력과 예산의 부족과 더불어 국가사회적 의지의 부족에도 기인하는 측면이 있다. 현행 정신보건법에 따른 정신보건심판위원회 입원 연장심사의 한계와 문제점은 다음의 내용을 보면 알 수 있을 것이다.

「모 정신병원에는 10년 넘게 입원된 중년의 여자환자가 있다. 가족이 돌봄을 끊어 구청장을 보호의무자로 하여 보호입원되어 있다. 그는 정신보건법에 따라 10년 넘게 6개월마다 정신의료기관에 의해 입원연장 청구가 들어왔다. 청구서에는 매번 한 장 짜리로 된 입원된 병원의 정신과 전문의의 체크리스트(자타해 위험성 높음, 낮음 등으로 구성되어 있다)와 그 아래 보호의무자인 구청장의 날인이 들어 있다.

환자의 얼굴도 모르고, 환자의 의견도 알 수 없다. 직업도, 가족상황도

묻지 않는다. 왜 입원되었는지, 향후 치료계획은 무엇인지, 퇴원예정일이 언제인지도 알 수 없다. 입원된 후 10년 넘게 그 심사과정에서 구청 직원도, 심판위원도, 가족도, 병원 외의 어느 누구도 그의 얼굴을 마주치지 않는다. 그의 가족도 어디에 있는지, 그의 가족이 그를 혹시 찾고 있는지도 알 수 없다. 그래서 사실 그가 살아 있는지, 죽었는지, 진짜 거기에 있는지 여부도 병원만이 알 수 있다.

입원연장심사회의에서는 그런 환자들에 대한 정신의료기관의 입원연장 청구서 수십 여장을 앞에 두고서, 앞장을 제외하고는 청구서가 넘겨지지도 못한 채 입원심사회의는 한 두 시간 만에 마쳐진다. 사실상 위원들이 그것을 읽는다고 하더라도 결과는 동일할 것이지만..... 그런 방식으로 그는 10년 넘게 보호와 치료라는 명목으로 입원해 있다. 앞으로도 햇볕 안 드는 병실에서 죽기 전까지는 이런 과정이 끝나지 않을 것이다.」

정신병원 입원이 범죄를 저지르고 가는 감옥보다 좀 더 억울한 이유는 그의 귀책사유가 없는 질병에 이와 같은 절차적 부당함까지 더해진다는 점에 있다. 헌법재판소의 결정이 소중한 이유는 위와 같은 절차적 부당함을 헌법의 권위로서 지적하고 있다는 점이다. 입원을 조사하고 결정하는 국가의 심사기구가 입원된 환자의 얼굴을 보고서 질문을 해야 하는 이유는 심사자가 인간으로서의 책임을 느끼도록 하기 위해서도 필요하다. 우리는 지금까지 그들의 얼굴을 회피하는 시스템을 만들어 왔다. 만약 강제입원제도를 재구축하고자 한다면 그것은 그의 말을 듣고, 얼굴을 바라보고서 결정하는 시스템을 구축해야 할 것이다.

제155회 발표회 지정토론문

발제문: 헌법재판소 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제
발제자: 신권철(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)
일시 및 장소: 2016. 11. 23.(수) 헌법재판소 2층 회의실

김 광 욱*

정신질환자에 대한 강제입원의 의미, 역사, 문제점, 입법례를 풍부하고도 탁월하게 풀어주신 발제문을 잘 읽어보았습니다. 발표문을 통해 정신보건법상 입원제도와 헌법재판소의 결정에 대하여 다시 한 번 더 생각해볼 수 있었습니다. 또한, 2016. 5. 29. 개정되어 2017. 5. 30.부터 시행예정인 ‘정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률’(이하 ‘정신건강증진법’)에 대한 의견을 통해 개정법이 가지는 문제점에 대해서도 다시 생각해보았습니다. 좋은 발표문을 준비해 주신 발제자에게 깊은 감사의 말씀 드립니다.

이 지정토론문에서는 현재 2016. 9. 29. 2014헌가9 결정(이하 ‘대상결정’)에서 보호입원제도의 목적의 정당성, 수단의 적합성 부분의 이해를 도울 수 있도록 하는 데 주력하였습니다.

1. 정신보건법상 보호입원 제도의 입법목적

가. 과잉금지원칙에서의 입법목적의 정당성의 의의

목적의 정당성이란, 기본권을 제한하는 법률이 정당한 목적을 추구하는지, 즉 입법자가 추구하는 목적이 헌법적으로 허용되는지의 문제이다.¹⁾ 입법자는 헌

* 헌법재판소 헌법연구관

1) 한수용, 「헌법학」 제5판, 법문사, 2015, 475쪽.

법적으로 금지되지 않은 모든 목적을 입법을 통하여 추구할 수 있으며, 헌법의 범위 내에서 법률로써 어떠한 목적을 추구할 것인지에 관하여 결정할 수 있는 목표설정권한을 가지고 있다.²⁾ 입법자가 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 목적은 헌법이 스스로 명시적으로 언급하고 있는 특정 공익이나 목적 또는 헌법해석을 통하여 도출할 수 있는 목적에 제한되지 않는다.³⁾ 입법자는 헌법의 한계 내에서 스스로 공익을 정할 수 있다.⁴⁾

나. 입법목적의 확인

(1) 입법자가 추구하는 입법목적은 통상적으로 입법절차에서 언급되고 논의되고, 입법자가 법률을 통하여 의도하거나 또는 법률조항에서 명시적으로 언급된 ‘주관적’ 목적뿐만 아니라, 법률에 의하여 그 외에 ‘객관적’ 목적(객관적으로 인식될 수 있는 목적)도 추구되는지 검토하여야 한다.⁵⁾ 설사, 입법과정에서 특정 목적이나 관점이 인식되지 못하였거나 언급되지 않았다 하더라도, 법률의 위헌 여부를 고려되는 모든 관점에서 심사되어야 하기 때문이다.⁶⁾

(2) 개별 법률조항의 입법목적은 법률 자체의 목적과 반드시 일치하는 것도 아니다. 개별 법률조항의 입법 목적을 밝히기 위해서는 법률 전체의 입법목적, 당해 법률조항을 제정하게 된 목적 및 사회적 배경·입법동기, 국회위원회 회의록, 연관된 다른 법률조항이나 법률과의 체계적인 연관관계 등을 종합적으로 고려하여야 한다.⁷⁾ 그러나 법률조항의 입법 목적을 확정하는 것은 실무적으로 매우 어려운 일이다. 구체적 사건에서 문제가 된 법률조항의 제·개정경위에서 입법 목적을 확인할 수 있는 자료를 구하기 어렵거나, 자료 자체가 없는 경우가 부지기수이다. 이러한 경우 위에서 본 바와 같이 법률 전체의 입법목적, 다른 법률조항이나 법률과의 체계적인 연관관계, 법률조항의 내용 등을 보아 입법 목적을 객관적으로 확정하는 것이 불가피하다.

2) 한수용, 「헌법학」 제5판, 법문사, 2015, 476쪽.

3) 한수용, 「헌법학」 제5판, 법문사, 2015, 476쪽.

4) 한수용, 「헌법학」 제5판, 법문사, 2015, 476쪽.

5) 한수용, 「헌법학」 제5판, 법문사, 2015, 476쪽.

6) 한수용, 「헌법학」 제5판, 법문사, 2015, 477쪽.

7) 한수용, 「헌법학」 제5판, 법문사, 2015, 477쪽.

다. 보호입원 제도의 입법목적

(1) 발제자는 보호입원을 규정한 정신보건법 제24조 제1항, 제2항(이하 ‘심판대상조항’)의 입법목적은 오로지 ‘환자 본인의 건강과 안전’에 있고, 사회의 안전은 그 목적이 될 수 없다는 입장에 있다.

(2) 대상결정은 심판대상조항의 목적을 “정신질환자를 신속·적정하게 치료하고, 정신질환자 본인과 사회의 안전을 지키기 위한 것”이라고 확정하고 있는데, 맥락상 심판대상조항의 1차적인 목적은 ‘정신질환자를 신속·적정하게 치료’하는 데에 있고, 이로써 궁극적으로 정신질환자 본인과 사회의 안전을 도모한다는 것으로 이해하는 편이 더 자연스럽다고 생각한다.

(3) 발제자의 의견과 같이 대상결정이 ‘환자 본인의 건강 또는 안전’과 ‘사회의 안전’이라는 두 가지를 모두 입법목적으로 파악하고 있는 것으로 보더라도, 입법목적의 정당성은 인정된다고 생각한다. 발제자의 견해는 보호입원 제도의 본질(또는 취지)상 환자의 건강이나 안전만이 그 입법목적이 될 수 있다는 것으로 이해되는데(발제자는 이를 근거로 타해가능성은 행정입원에 의하여야 한다는 입장으로 보인다. 발제문 표4 참조), 이렇게 파악할 경우 현행 정신보건법이 제24조 제2항 제2호에서 ‘타인의 안전을 위하여 입원등을 할 필요가 있는 경우’도 보호입원 요건으로 삼고 있는 것을 설명하기 어렵다. 입법자가 보호입원 제도를 마련하면서 사회안전도 그 목적으로 포함시키고 있다고 할 때 정신보건법 제24조 제2항 제2호를 설명할 수 있다.

발제자의 입장과 같이 보호입원 제도라는 그 본질상 입법목적은 환자 본인의 건강과 안전에 있을 수밖에 없다고 하더라도, 이처럼 정신보건법 제24조 제2항 제2호에서 ‘타해가능성’을 그 요건으로 한 이상에야 심판대상조항의 입법목적에서 사회안전을 배제하는 것은 어렵다고 본다.⁸⁾

(4) 발제자의 문제 제기에는 동의한다. 만약 입법자가 보호입원 제도를 오로

8) 참고로 제정법원은 “심판대상조항은 정신질환에 기인한 정신질환자 자신 또는 타인의 안전에 대한 잠재적 위험으로부터 사회를 방위하는 것 또한 입법목적으로 하는 것으로 보이는데, 이 역시 그 입법목적 자체의 정당성은 인정된다.”라고 하여 입법목적의 정당성을 긍정하였다(서울중앙지방법원 2014. 5. 14.자 2014초기408 결정).

지 환자 본인의 건강과 안전을 목적으로 만든 것이라면, ‘타해가능성’은 아예 요건에서 배제되어야 한다. 정신보건법은 강제입원 제도를 보호입원, 행정입원, 응급입원으로 세분하고, 각 강제입원 제도가 적용되는 영역을 나누어 놓고 있는 것으로 보이지만, 사실은 보호입원 제도의 입원요건을 완화하고, 또 그 범위를 넓힘으로써 보호입원 제도를 ‘순수한 보호입원’ 제도로 만들지 않은 것이라고 보인다. 그리고 불행히도, 오늘날 과연 보호입원 제도가 환자 본인의 건강과 안전을 위하여 이용되는 경우보다는 가족·친지를 비롯한 타인의 안전을 위하여 이용되는 경우가 더 많은 것은 아닌가 하는 의심도 든다.)⁹⁾

2. 수단의 적합성

가. 과잉금지원칙에서 수단의 적합성의 의의

(1) 수단의 적합성은 입법자가 선택한 수단은 추구하는 목적을 달성하고 촉진하기에 적합해야 한다는 것을 의미한다.¹⁰⁾

(2) 수단의 적합성에 관하여, “국가작용을 하는 데 있어서는 목적한바 소기의 성과를 달성할 수 있는 가장 효과적이고 적절한 방법을 선택하여야 한다.”고 하는 견해도 있으나,¹¹⁾ 수단의 적합성은 “입법자가 선택한 수단이 목적을 달성하기에 최상의 또는 최적의 이상적인 수단인지에 관한 문제가 아니”라고 보는 것이¹²⁾ 다수로 보인다.

(3) 헌법재판소도 같은 입장에 있다. 헌법재판소는 “수단의 적절성으로 심사하는 내용은 입법자가 선택한 수단이 최적의 것이었는가 하는 것이 아니고, 그 방법이 입법목적 달성에 유효한 수단인가 하는 점에 한정된다.”고 한 바 있고,¹³⁾

9) 공개변론에서는, 제청신청인과 이해관계인 모두 현행 보호입원 제도의 존재로 인하여, 치안목적의 강제입원 제도인 행정입원이 거의 사용되지 않는 실정이라는 취지로 주장하였다.

10) 한수웅, 「헌법학」, 제5판, 법문사, 2015, 478쪽.

11) 허영, 「헌법이론과 헌법」, 신7판, 박영사, 2015, 302쪽.

12) 한수웅, 「헌법학」, 제5판, 법문사, 2015, 478쪽. 同旨 전광석, 「한국헌법론」, 제9판, 집현재, 2014, 264-264쪽; 양건, 「헌법강의」, 제4판, 법문사, 2013, 267쪽; 정종섭, 「헌법학원론」, 제6판, 박영사, 2011, 376쪽.

13) 헌재 2006. 6. 29. 2002헌바80등, 판례집 18-1하, 196, 206; 헌재 2007. 1. 17. 2006헌바3, 판례집 19-1, 72, 89-90 등 참조

또한, “수단의 적절성이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요구한다고 할 수 없다.”고 판시하고 있다.¹⁴⁾

나. 수단의 적합성이 부정되어야 하는 사안인지

발제문에서도 지적하고 있듯이, 입법목적이 환자의 치료와 사회의 안전이라고 보는 이상 그 수단은 ‘강제력의 행사를 통한 입원’이다. 대상결정이 “보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 진단으로 강제입원하도록” 한 것 전부에 대하여 수단의 적합성을 인정하였다고 보긴 어렵다.

강제력의 행사를 사인인 보호의무자와 의사에게 맡기는 것이 ‘적절한 수단’이었던가는 뒤집어 말하면 “사인인 보호의무자와 의사에게 정신질환자를 강제입원할 수 있도록 하는 경우, 환자의 본인의 건강과 안전, 그리고 사회안전에 전혀 기여할 수 없는가?”와 같다.

“강제입원이 환자의 치료와 사회안전에 전혀 기여할 수 없는가?”라는 질문 자체에 대하여 ‘그렇지 않다’라고 단언하는 것은 어렵다고 본다.¹⁵⁾ 문제는 그것이 정신질환자 본인의 기본권을 덜 침해하는 다른 대안이 있는가, 즉 침해의 최소성 원칙에 위배되는가에 있다. 달리 말하면, 현행 제도가 ‘환자 본인의 건강과 안전, 사회안전’을 위하여 강제입원 제도를 도입하면서, 그 요건을 어떻게 설정하여야 강제입원의 객체의 기본권을 덜 침해할 수 있는가의 문제라고 할 것이다.

3. 현행 보호입원 제도가 가지는 문제점

심판대상조항을 비롯하여 정신보건법이 규정하고 있는 보호입원 제도에 대하여, 대상결정은 많은 문제점을 지적하였다. 특히 문제가 되었던 것은 보호의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 진단만으로도 보호입원이 개시될 수 있도록 한 점인데, 이에 대해서는 대상결정에서 충분히 지적하고 있으므로, 여기에서는

14) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 378-379; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410, 428 등 참조.

15) 정신질환자의 치료, 사회방위를 위한 강제입원 제도 자체가 금지되어야 한다는 전제에서는 수단의 적합성이 부인될 수 있을까? 지정토론자는 그 경우에도 그렇지 않다고 생각한다. 강제입원이라는 수단 자체는 목적 달성에 기여한다. 다만, 정신질환자의 기본권을 덜 침해하는 수단 중, ‘입원 아닌 치료’로도 입법목적은 달성할 수 있다면, 강제입원 제도는 침해의 최소성 원칙에 위배된다고 보아야 한다고 생각한다.

부수적인 문제점 몇 가지에 대해 부연한다.

가. 중립적인 판단기관의 부재

심판대상조항의 존재로 정신질환자, 심하게는 아직 정신질환자인지조차 불명확한 사람도 민법상 부양의무자 2인의 동의와 정신과전문의 1인의 진단으로 강제입원될 수 있다. 보호의무자 2인의 동의만으로 보호입원 절차가 시작되는데, 그 시점에서 입원의 객체는 보호입원에 관하여 결정권이 박탈된다. 대상결정이 “입원을 결정함에 있어 정신질환자에게는 판단능력 내지 입원에 대한 동의능력이 전혀 없는 것으로 간주하여 이들의 의사를 고려하지 않고 있다.”라고 한 것도¹⁶⁾ 이러한 맥락이다.

발제자가 소개하고 있듯이, 유럽연합 회원국의 다수는 독립성과 중립성이 있는 법원 또는 심판원을 입원심사기관으로 두어, 입원에 대한 평가기관과 입원 결정기관을 분리하고 있다. 입원여부의 결정이 법원에 의하여 이루어져야 하는가, 전문적인 위원회를 통하여 이루어지는 것이 더 바람직한가에 대하여는 여러 가지 논의가 있을 수 있으나, 사건으로는 중립적인 판단기관이 따로 존재할 필요성이 있다고 보인다. “치료라는 관점에서는 정신과전문의가 판단을 하더라도, 신체의 자유의 제한이라는 관점에서는 사법기관의 판단을 거쳐야 한다.”라는 제청 신청인측 대리인의 주장도 이러한 맥락에 있다.

나. 보호입원 과정의 문제

보호입원은 단지 요건을 갖추고 정신의료기관등에 입원된다는 것만을 의미하는 것이 아니다. 누군가는 그 정신질환자를 정신의료기관등에 데려와야 한다. 그동안 이른바 사설 응급이송단에 의한 입원이 보호입원 제도를 근거로 용인되어 왔고, 입원 과정에서 결박·폭행을 당하는 경우가 많았다. 심판대상조항을 근거로 정신질환자를 정신의료기관등까지 데려갈 수 있다고 하더라도, 정신질환자에 대한 강제입원 절차(말하자면 ‘집행절차’와 같은)에 대한 좀 더 적절한 규정이 마련되어 있어야 하는 것은 아닌가 하는 의문이 있다.

16) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9, 공보 240, 1457, 1462.

다. 정신요양시설 및 보호입원 기간

(1) 발제자는 정신요양시설에 입소되는 정신질환자는 치료조차 할 수 없고, 위험조차도 가지지 않는 경우가 적지 않다고 지적하면서, 정신요양시설에 대해서는 목적의 정당성도, 수단의 적합성도 인정되지 않는다고 한다.

발제자가 지적하고 있는 바와 같이, 정신질환자는 심판대상조항으로 인하여 정신의료기관뿐 아니라 ‘정신요양시설’에도 보호입원될 수 있다. 정신요양시설은 ‘정신의료기관에서 의뢰된 정신질환자와 만성정신질환자를 입소시켜 요양과 사회복지촉진을 위한 훈련을 행하는 시설’을 가리키는 것으로(정신보건법 제3조 제5호), 정신질환자의 진료를 행하는 데 목적이 있는 ‘정신의료기관’(제3조 제3호)과는 그 목적이 다르다.

정신요양시설에 보호입원될 수 있도록 한 것이 법률의 위헌성의 문제인지, 아니면 법률에서 정한 요건조차 갖추지 않은 보호입원의 문제인지 생각해 볼 필요가 있다. 발제자의 지적대로 치료도 불가능하고, 위험성도 없는 정신질환자에 대해서는 심판대상조항에 의해서도 보호입원 되어서는 안 된다. 심판대상조항이 정한 ‘치료의 필요성’ 또는 ‘자·타해위험성’의 요건이 없기 때문이다. 반면, 치료의 필요성 또는 자·타해위험성이 있는 정신질환자에 대한 강제입원이 인정된다면 정신의료기관에만 보호입원할 수 있도록 해야 함에도 이들을 정신요양시설에 보호입원될 수 있도록 한 것 자체가 문제라고 한다면(즉, 정신요양시설을 포함시켜서는 안된다는 의미라면), 이는 심판대상조항 자체의 위헌성 문제로 볼 수 있을 것이다.

(2) 사건으로는 보호입원 제도의 목적과 정신보건법상 보호입원의 내용이 구체적인 면에서 서로 어긋나는 부분이 있다고 생각하는데, 이 문제 또한 그 중 하나라고 생각한다. 대상결정의 공개변론에서 이해관계인측 참고인은 정신질환자는 병식(病識)이 없어 치료를 거부하는 경우가 많은데, 이로 인하여 초기진단과 진료를 놓쳐 정신질환이 악화되는 경우가 있으므로, 신속히 치료하여 정신질환자의 사회복지를 도모하기 위해서 보호입원 제도가 필요하다는 취지의 의견을 개진하였다. 보호입원 제도의 요건만 본다면 이러한 의견이 일응 타당한 것으로 볼 수 있으나, 그렇다면 보호입원의 입원기간이 6개월인지, 정신의료기관등의 장이 시장·군수·구청장에게 계속입원 심사를 청구함으로써 입원기간의 계속 연장이 가능한 것인지를 설명하기 곤란하다.

발제자가 지적하는 바도 이 점에서 연결된다고 생각한다. 정신질환자의 치료를 위해서라는 목적으로 보호입원 제도가 존재함에도 어째서 정신요양시설에 보호입원될 수 있도록 한 것인지는 설명이 어렵다. 이러한 내용들이 결국 보호입원 제도가 보호의무자에 의한 정신질환자를 장기간 격리하는 수단으로 기능하고 있다는 의심만 키운다.

라. 사후구제의 어려움

대상결정의 당해사건은 서울중앙지방법원의 인신구제청구 사건이다. 그런데 정신의료기관은 인신구제청구 사건이 제기되자 제청신청인을 인천에 소재한 다른 병원으로 전원시켰다. 당해사건에 구제청구의 이익이 있는지 여부가 문제되었으나, 제청법원은 이러한 경우에도 구제청구의 이익이 있다고 보아 재판의 전제성을 인정하고 위헌법률심판을 제청하였다.

당해사건에서도 알 수 있듯이, 피보호입원자가 인신구제청구 등으로 강제입원에 대하여 다투는 경우 정신의료기관등은 피보호입원자를 다른 병원으로 전원시켜버림으로써 그 절차를 회피하는 경우가 많았다. 또한, 정신의료기관등의 장이 치료의 목적이라는 이유로 피보호입원자에 대하여 통신·면회의 자유 등을 제한하는 경우, 자신이 보호입원되어 있다는 사실을 알리거나, 보호입원에 대하여 다투는 절차를 밟을 수 없게 되는 경우도 많았다. 이와 같이 정신보건법상 보호입원 제도는 입원의 개시는 쉽고, 그에 대한 불복·사후구제는 어려운 절차로 이루어져 있다.

4. 개정 정신건강증진법

가. 정신보건법의 전부 개정

대상결정에 관한 공개변론이 2016. 4. 13. 진행되었는데, 제19대 국회는 공개변론이 있었던 이후인 2016. 5. 29. 심판대상조항을 포함한 정신보건법 전부를 ‘정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률’로 개정하였다. 개정법률이 시행일을 2017. 5. 30.로 함에 따라, 개정법률의 시행일보다 대상결정의 선고일이 앞서게 되었다.

나. 개정 정신건강증진법의 내용

발제문에도 충분히 적시되어 있으나, 이해를 돕기 위하여 개정 정신건강증진법 중 보호입원에 관한 내용을 간단하게 소개한다.¹⁷⁾

- 개정 정신건강증진법은 정신질환자의 정의를 “정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적 정신장애를 가진 자”에서 “망상, 환각, 사고나 기분의 장애 등으로 인하여 독립적으로 일상생활을 영위하는 데 중대한 제약이 있는 사람”으로 축소하였다(제3조 제1호).
- 보호의무자의 순위에서 민법상 후견인을 보호의무자보다 선순위에 놓았다(제39조).
- 보호입원 제도는 비교적 크게 수정되었다. 보호의무자 2명 이상이 신청하고, 정신과전문의가 입원등이 필요하다고 진단한 경우 보호입원 절차가 개시되는데(제43조 제1항), 정신과전문의는 ‘정신질환자가 정신의료기관 등에서 입원치료 또는 요양을 받을 만한 정도 또는 성질의 정신질환을 앓고 있고’, ‘정신질환자 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험(보건복지부령으로 정하는 기준에 해당하는 위험)이 있어 입원등을 할 필요가 있는 경우’에 해당한다는 진단을 적은 입원등 권고서를 신청서에 첨부한다(제2항). 정신의료기관등의 장은 정신과전문의의 위와 같은 진단이 있는 경우 정확한 진단을 위해 2주의 범위에서 기간을 정하여 입원하게 할 수 있다(제3항).¹⁸⁾ 해당 정신질환자에 대하여 계속 입원등이 필요하다는 서로 다른 정신의료기관등에 소속된 2명 이상의 정신과전문의(국·공립 또는 보건복지부장관이 정하는 정신의료기관등에 소속된 정신과 전문의가 1명 이상 포함되어야 함)의 일치된 소견이 있는 경우 보호입원이 이루어진다(제6항).
- 보건복지부장관은 보호입원·행정입원의 적합성을 심사하기 위하여 각 국립정신병원 등 대통령령으로 정하는 기관(국립정신병원등) 안에 ‘입원적합성심사위원회’를 설치하여야 한다(제46조 제1항). 보호입원·행정입

17) 다만 이에 대한 구체적인 판단은 유보하기로 한다.

18) 이는 보호입원에도 ‘진단입원’을 도입한 것이다.

원된 정신질환자가 있는 정신의료기관등의 장은 입원등을 시킨 때로부터 3일 내에 입원적합성심사위원회에 입원등을 한 사람의 인적사항 등을 신고하여야 한다(제44조 제2항). 입원적합성심사위원회는 입원적합성심사위원회는 입원심사소위원회에서 회부된 입원등의 적합 여부를 심사하고, 최초입원일로부터 1개월 이내에 정신의료기관등의 장에게 입원등의 적합·부적합 여부를 서면으로 통지하여야 한다(제3항).

- 입원등의 기간은 최초입원일로부터 3개월 이내. 1차 연장의 경우 3개월 이내로 연장할 수 있고, 그 이후에는 6개월 이내에서 계속 연장이 가능하다(제43조 제5항).

5. 마치며

대상결정을 위하여 헌법재판소는 지난 2016. 4. 13. 공개변론을 열었다. 국가인권위원회 사무총장과 정신의료기관을 운영하고 있는 정신의료기관협회 부회장이 참고인으로 출석하여 그 의견을 진술하였다. 변론 과정에서 제청신청인과 이해관계인의 충분한 의견진술이 이루어졌고, 재판부는 참고인의 전문적인 의견을 통하여 현실적이고, 전문적인 문제점들을 살펴볼 수 있었다. 특히 국가인권위원회 사무총장의 의견서에서는 국가인권위원회 창립 이후 접수된 강제입원 관련 진정사건 188건 전부에 대한 분석이 있었는데, 의견서를 통하여 보호입원 제도는 입원 과정은 물론, 퇴원거부, 불법·무력이송 및 입·퇴원 과정에서 절차에 대한 통지 누락 등과 같이 거의 모든 분야에서 문제가 발생하고 있다는 것을 알 수 있었다.

개정 정신건강증진법은 2017. 5. 30.부터 시행된다. 대상결정에서 지적한 보호입원 제도의 문제점은 이전부터 꾸준히 제기되어 왔던 것이다. 비록 대상결정이 개정 정신건강증진법에 대해서는 나아가 판단하지 않았으나, 입법자로서는 개정 정신건강증진법이 대상결정의 취지에 부합하는 것인지 좀 더 엄밀한 검토하고, 개정법률이 시행되기 전에 개정할 필요성이 있는지를 살펴볼 필요가 있다고 생각한다.

제155회 발표회 지정토론문

발제문: 헌법재판소 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제

발제자: 신권철(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

일시 및 장소: 2016. 11. 23.(수) 헌법재판소 2층 회의실

신 은 주*

1. 들어가며

미셸 푸코는 “정신병과 심리학”에서 다음과 같이 서술하고 있다.

“광기에 정신질환이라는 위상을 부여한 것은 비교적 최근의 일로서 실증적 의학이 도래하기 전까지 서구사회는 미친 사람을 신들린 사람으로 간주하였다. ... 광기의 세계는 17세기 중반에 들어오면서 변화가 생기게 되었다. 전 유럽에서 광기의 세계는 추방의 세계가 되었다. 가난한 불구자들, 빈곤층 노인들, 거지들, 성병 환자들, 온갖 유형의 방탕아들, 낭비벽이 있는 가장들, 간단히 말해서 이성, 윤리 그리고 사회질서에 비추어 볼 때 문란의 신호를 보이는 자들을 강제수용소에 감금했다. 프랑스 정부도 이러한 맥락에서 파리에 시립병원과 몇 개의 병원을 열었던 것도 같은 맥락이었다. 그리고 프랑스 대도시 곳곳에서 시립병원이 생겨나기 시작했다. 이러한 강제수용소에 그들을 수용하는 목적은 치료가 아니라 사회에 속할 수 없거나 혹은 사회에 속해서는 안 되기 때문에 거기에 수용하는 것이다. 이 시대에 미친 사람과 함께 다른 많은 사람들을 강제수용했던 것은 광기와 질환의 관계를 문제 삼아서가 아니었다. 사회가 그 사회자신과 맺고 있는 관계, 그 사회가 개인의 행위 속에서 인정하는 것과 인정하지 않았던 것과의 관계를 문

* 한동대학교 교수

제삼았던 것이다... 한편 광기는 강제수용소 속에서 새롭고도 기이한 혈족관계를 맺는다. 추방의 공간은 성병환자들, 방탕아들, 그리고 성년 혹은 미성년의 여러 범죄자들과 미친 사람들을 한 집단으로 만들었다. 결과적으로 이러한 추방의 공간은 광기와 이들 사이에 일종의 모호한 동화를 촉진시켰던 것이다.”¹⁾

발표자의 강제입원의 기원에 관한 발제에서 인용한 플라톤의 저서 ‘법률’에서도 나타난 바와 같이 정신질환자의 격리수용의 목적은 연혁적으로 볼 때에 그들의 치료에 있는 것이 아니라 그들로부터 다른 사회구성원의 안전한 삶을 위한 격리에 있다고 할 것이다. 우리나라의 정신질환자에 대한 강제입원에 대한 근본적인 사상도 정신질환자의 치료에 목적이 있다고는 하지만 현실에 있어서는 가족구성원이 질환이 있는 다른 가족구성원을 가족으로부터 격리시키는데 활용되어 왔다. 이것은 서구의 사회에 속할 수 없거나 속해서는 안 되기 때문에 격리하는 것과 맥락을 같이 한다. 여기에 가족간의 경제상, 신분상 이해관계가 결합된 강제 격리제도를 남용할 여지를 제공하고 있는 규범은 추방의 공간을 광기의 공간으로 변질되게 만든다.

본 지정토론에서는 이러한 위험성과 우려 속에서 이번에 행해진 헌법재판소의 2016.9.29. 2014헌가 9 결정은 향후 정신질환자의 강제격리제도에 많은 변화를 가져 올 것이라고 생각하며 이 판결에 대하여 심도있는 발제를 해 주신 신 권철 교수님께 깊은 감사를 드립니다.

저의 지정토론은 위 헌법재판소 결정에 대한 발제문을 중심으로 토론문을 준비하였습니다.

2. 보호입원제도의 목적에 관한 검토

심판대상조항인 정신보건법 제24조의 보호의무자에 의한 입원의 입법목적이 정신질환자를 신속, 적절하게 치료하고 정신질환자의 본인과 사회의 안전을 지키는 것으로 그 입법목적이 정당하다고 이 규정목적의 정당성을 현재결정을 인정하고 있다. 이에 대하여 발제자는 치료목적의 보호입원에 대한 정당성은 인정

1) 미셸 푸코, 정신병과 심리학, 문학동네, 2007, 119-124면

할 수 있으나 ‘타해위험 등 사회의 안전’을 목적으로 보호입원을 허용하는 것은 보호입원제도의 목적으로 타당하지 않다는 입장이다.

정신보건법에 의하면 보호의무자에게 피보호자인 정신질환자에 대한 보호의무를 부여하고 보호의무자는 정신질환자가 자신 또는 타인을 해치지 않도록 유의해야 한다(법 제22조 2항). 정신보건법은 단지 정신질환의 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복지에 관하여 필요한 사항을 규정하여 국민의 정신건강증진에 이바지함을 목적으로 하고 있다고 하고 있으나 정신보건법은 사회방위도 목적으로 하고 있다고 볼 수 있다. 예컨대 이 규정 뿐만 아니라 행정입원, 응급입원제도에서도 사회방위에 대한 목적이 있다. 한편 정신질환자에게 보호의무자가 없거나 보호의무자가 부득이한 사유로 인하여 그 의무를 이행할 수 없는 경우에는 당해 정신질환자의 주소지를 관할하는 시장, 군수 또는 구청장이 그 보호의무자가 된다(법 제21조 제3항). 따라서 정신보건법에 의하면 보호의무자(민법상 부양의무자 또는 후견인)는 피보호자인 정신질환자의 상태에 따라 강제입원시키는 것은 보호의무자의 공적 의무를 이행하는 것이며 이 보호의무자에게 부과된 보호의무는 경우에 따라서 국가가 그 보호의무를 떠맡게 되는 공법적 의무라고 해석할 수 있다. 민법에 의해 부양의무자 또는 후견인이 보호의무자가 되도록 하고 있다는 것(법 제21조)이 곧 보호입원이 사적인 영역, 즉 가족의 문제임을 의미하는 것은 아니다. 가족관계를 규율하는 가족법은 일반사법인 민법의 한 부분이지만 그 내용을 사법의 기본원리인 사적 자치에 의해 규율되는 영역이라기보다는 보다 강한 공법적 요소를 담고 있다고 해야 할 것이다. 민법상 부양의무자는 강행규정에 의해 결정되고 성년후견인 역시 법률에 의해 결정되거나 경우에 따라서는 가정법원의 허가를 얻어야 한다. 따라서 보호의무자를 결정하는 기준을 민법규정에서 끌어왔기 때문에 보호의무자가 가족구성원인 경우가 대부분이라 해도 그것이 가족의 문제로만 한정하는 것으로 항상 해석될 수 있는 것은 아니라고 할 것이다. 더구나 앞에서 살펴 본 보호의무자에 대한 정신보건법 규정들과 제24조 제2항 2호의 규정의 체계상 타인의 안전을 해하는 경우를 배제하고 정신질환자 자신의 건강과 안전만을 강제입원의 대상으로 하기는 어렵다고 할 것이다.

3. 보호입원제도의 ‘수단’에 관한 검토

발제자는 헌법재판소가 보호의무자 2인과 정신과의사 1인의 동의를 통한 강제입원의 수단이 적절하다고 판단한 것에 아쉬움을 표하고 있다. 이에 대해서 발제자의 견해와 같이 수단의 적절성에 대한 현재의 결정에 아쉬움이 있다. 수단의 적합성에 대한 판단에 있어서는 그 수단이 입법목적을 완전히 실현할 것을 요구하는 것은 아니며 그 부분적인 실현을 가져오는 경우에도 적합성요건은 충족된다고 할 것이다²⁾. 그런 점에서 보호의무자 2인의 동의를 요구하여 보호의무자 상호간의 견제를 할 수 있도록 하고 있으며 보호의무자가 될 수 있는 자에서 당해 정신질환자를 상대로 소송을 했거나 소송한 사실이 있었던 자와 그 배우자는 보호의무자에서 배제하고 있어서(법 제21조 제 1항 제3호) 보호의무자가 피보호자인 정신질환자의 이익을 위하여 입원을 결정할 것이라는 기대를 하고 있으나 보호의무자와 정신질환자 사이의 이해관계 충돌로 이 제도가 남용될 수 있는 것을 방지할 수 있는 장치가 미비하다. 또한 정신과전문의 1인의 진단을 요건으로 하고 있으나 진단한 정신과의사가 속해 있는 정신의료기관에 강제입원할 수 있으므로 정신과의사의 이해관계로부터 자유롭지 않다. 이러한 점에서 현재가 수단의 적합성에 대한 판단에 있어서 보다 면밀한 검토가 필요하였다고 본다.

4. 실체적 위헌성

- 보호의무자의 동의 문제

발제자는 보호의무자의 동의권이 부여되기 위한 전제로서 환자와 보호의무자의 이해가 충돌되면 안 되므로 이해충돌의 경우에 동의권을 제한하거나 부정해야 한다는 판단이 과도한 지적이라고 하고 있다. 오히려 입원심사기관이 부양부담의 면탈이나 재산탈취의 목적이 있는지 여부를 검토하는 방식이 더 합리적이라고 제안하고 있다. 보호입원의 경우에는 계속입원의 경우에는 입원의 타당성에 대하여 정신보건심의위원회라는 심사기관이 있지만 최초입원의 경우에는 이러한 기관의 심사를 요하지 않기 때문에 현재로서는 입원심사기관의 심사나 검토를 받을 수 없다. 입원심사기관의 검토를 받을 수 있다 하여도 현재의 입원심사기관이

2) 현재 2002.4.25.2001헌마614; BverfGE 30, 250(263 f) 참조

실질적으로 기능하지 않고 있기 때문에 이에 대한 제도적인 장치가 마련되어야 한다.

민법에 의하면 피성년후견인이 정신질환을 앓고 있는 경우에 그를 치료 등의 목적으로 정신병원이나 그 밖의 다른 장소에 격리하는 경우(법 제 947조의 2 제2항)나 의료행위의 직접적인 결과 사망하거나 상당한 장애를 입을 위험이 있을 경우에는 가정법원의 허가를 받아야 한다(동조 제4항). 그러나 보호의무자의 동의만으로 정신질환자를 보호입원을 시키는 것은 다른 법과의 관계에 있어서도 정신질환자를 차별적으로 취급하고 있다고 할 수 있다. 따라서 보호입원에 있어서도 민법과 정합적인 규율체계를 마련하여 보호의무자의 동의외에 법원의 허가를 얻도록 하여 동의권 남용을 방지할 필요가 있다.

5. 절차적 위헌성과 정신건강복지법에 대한 전망

현재가 절차적 위헌성에 대해 판단과 함께 새로운 정신건강복지법에 대한 위헌성여부에 대한 판단을 유보하고 있어서 발제자는 새로운 건강복지법에 대한 검토를 하고 있다. 강제입원환자의 말할 권리에서 더 나아가 말하여질 권리를 위한 지원을 요구하며 입원심사기구가 중립적이고 독립적이며 대면심사를 할 수 있도록 하는 등 정신질환자의 인권을 보호하기 위하여 인적, 물적 제도적 보장을 향후 과제로 제시하고 있다. 이러한 발제자의 견해에 대해서는 같은 의견을 가지고 있다.

그런데 개정법에 의하는 경우에 신설될 입원적합성심사위원회나 정신건강심사위원회가 정신질환자와 대면하여 조사하는 것을 원칙으로 하고 있지 않고 신청시 대면조사를 하고 있다. 또한 정신건강심사위원회의 구성이나 업무등은 현행 법과 큰 차이가 없다. 이러한 점에서 보호입원의 경우에 절차적 정당성에 대한 의문은 여전히 존재한다. 강제입원에 대한 절차적 정당성이 확보되지 않는 한 합헌성 논란은 개정법에서도 여전히 존재할 것이다.

6. 마치며

헌법재판소의 결정에 의하면 보호입원제도 그 자체의 정당성은 인정하고 있

다고 할 수 있다. 유엔 장애인 인권협약에 의하면 질병으로 인하여 자기결정능력이 떨어지는 사람들에게 그의 자연적 의사에 반하는 조치를 취하는 것을 원칙적으로 금지하지 않는다(제12조 제4항 2문 참조). 다만 그러한 조치를 취할 때 계약국은 이해관계의 충돌, 남용, 무시를 방지하는데 적합한 의무를 부과하는 한편 비례성을 준수할 의무를 부과하고 있다. 정신질환자의 강제입원도 정당화되기 위해서는 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 최소침해성, 과잉금지의 원칙이 준수되어야 할 뿐만 아니라 정신질환자의 평등권이 존중되어야 한다. 그런데 개정 정신건강증진법에 있어서 보호입원제도는 이러한 원칙들이 잘 준수되고 있는지는 여전히 의문이다. 여전히 의료기관과 보호의무자 사이에 계약의 형태로 보호입원이 이루어지며 입원절차와 입원심사절차와 방식에 있어서 객관성과 공정성을 담보할 장치가 충분하지 않고 남용가능성이 여전히 존재한다고 할 것이다. 이를 견제하기 위하여 독일과 같이 법원의 사법심사제도를 두거나 영국이나 뉴질랜드 등과 같이 독립한 정신보건기구에서 필요성 여부를 판단하되 환장계 이의를 제기하여 결정의 타당성을 다룰 수 있도록 사법기관에 재심을 청구할 수 있는 권리가 보장되어야 할 것이다. 이러한 절차를 두지 않는다면 보호입원제도는 폐지하는 것이 바람직하다고 생각한다. 강제입원이 필요한 경우에는 행정입원제도를 이용하는 것을 고려해 볼 수 있다. 현재의 행정입원은 현실에서 유명무실하게 운영되고 있으나 보호입원보다 그 절차가 보다 엄격하고 객관적이므로 이 제도를 활용하는 것이 타당할 것이다. 다만 가족이나 후견인이 피보호자나 피후견인이 강제입원이 필요하다고 판단되는 경우에는 행정입원을 신청할 수 있도록 한다.

제155회 발표회 토론요지

<주제발표자(신권철 서울시립대 교수) 발표>

<지정토론자(신은주 한동대 교수) 지정토론>

사 회 자(방승주 한양대 교수) : 발제자의 견해하고 약간 다른 부분들이 있는 것 같습니다. 특히 목적의 정당성과 관련해서도 “사회 안전을 위한 목적, 이런 것들은 가족법에서도 어느 정도 중요한 기능을 하는데 그것도 포함시켜야 되는 것 아니냐”라고 하는 점은, 약간 다른 점인 것 같습니다.

<지정토론자(김광욱 헌법연구원) 지정토론>

사 회 자 : 우선 지정토론자분들의 약간 다른 의견, 특히 목적의 정당성과 관련한 그런 부분이 좀 다른 것 같습니다. 관련해서 답변을 먼저 들어보겠습니다.

발 표 자 : 두 분 토론자 모두 먼저 목적의 정당성에 대해서 사회적 안전이라고 하는 부분은 현실적으로도 가족이나 개인들을 위해서 하는 사회적 안전이 있고, 법조문상으로도 자타의 위협이라고 해서 들어가 있고, 그래서 사회적 안전을 제외할 필요는 없지 않느냐라는 취지의 말씀이셨고.

실은 개인적으로도 그 부분에 대해서 긍정을 하면서도 여기서 문제제기를 하고 싶었던 이유는, 보호입원 제도가 그런 목적으로 악용되는 것을 막기 위해서는 이것의 방향성을 조금 이렇게 바뀌어나가는 것이 더 낫지 않을까? 사회적 안전이라고 하는 부분은 분명히 행정입원, 국가가 개입해서 해결할 수 있는 입원 제도를 만들어 왔는데 그 부분을 활용하고, 국가가 안 나서서 이런 일이 벌어지는 것이기도 하거든요. 사실은 가족들에게 다 맡겨져 있으면서 생기는 문제들도 있어서 실은 그런 문제제기로서 보호입원은 조금 더 순수하게 가족들이 환자를 위해서 하는 것으로 좀 만들어 왔으면 좋겠다고. 그런 목적을 갖게 했으면 좋겠다는 의지이지, 이게 그걸로 돼야 된다는 이야기는 아니고.

실은 다른 나라들도 이 두 가지 요건들을 다 자·타해 위험성이나 이런 것들을 다 하나로 다 묶어놓는, 이렇게 보호입원과 행정입원을 구분하지 않고 하나로

묶어놓은 것들도 많기 때문에, 이걸 뭐라고 그럴 수도 없기는 합니다. 국제 기준이라고 하는 MI 원칙이라는 것도, 요건을 치료 필요성이 있는 사람의 요건이 하나 있고, 또는 타해 위험성이라고 해서 둘로 나눠놓고, 이 둘에 대해서 특별히 다른 구분을 하지는 않는 경우도 있어서 이걸 꼭 한쪽으로 가야 된다는 생각은 아닙니다. 다만 보호입원 자체가 좀 자제될 필요가 있다. 지금 너무나 많이 쉽게 활용되고 있는 부분을 자제하려고 그러면, 결국 이것의 목적은 환자를 위한 것이지, 다른 것은 아니어야 된다고 하면 조금 줄어들 수 있지 않을까? 뭐 이런 취지의 관점으로 좀 문제제기를 했던 부분이 있습니다. 개인적으로는.

그리고 신은주 교수님께서 수단과 관련해서 가족과 의사 사이의 상호견제 같은 시스템, 가족이 의사를 통제하든 거꾸로 의사가 가족을 통제하든, 아니면 의사가 정신의료기관장을 통제하든 아니면 정신의료기관장이 가족을 통제하든, 이런 식의 권력을 분산해서 견제하는 시스템들로 만들어졌으면, 조금 더 그 수단으로서 유용할 수 있었는데 그런 부분이 아니라고 지적해주신 것. 맞는 애깁니다. 입원을 결정하는 권한을 나눠 갖는 시스템이 어떤 방식을 쓰느냐에 따라서 좀 달라지는 부분이 있기 때문에, 지금의 지적은 맞습니다.

그리고 또 하나 신은주 교수님께서 말씀하신 보호입원의 공법적 요소라고 표현될 수 있는 것들. 제가 개인적으로 생각하기에는 이 정신보건법에 의사와 가족에게 그런 권한들을 준 거는 실은 공법적 요소가 있다고 표현을 할 수도 있는 게, 국가가 모든 사람들을 다, 가정 하나하나를 다 관리할 수 없으니까, 가족에게 치안을 맡겼다고 표현하긴 그렇고 그 보호와 돌봄과 징계 같은 건 맞기죠. 부양의무, 제가 제 아들에게 징계를 할 수 있는지는 민법에 그런 게 있더라고요, 징계권이라고 하는 게. 핸드폰을 뺏고, 몇 가지 이렇게 징계의 수단들이 있는 것처럼, 국가가 그걸 못하기 때문에 가족 내에서 그것들이 이루어지는 것들이 있고, 실은.

그다음에 근대 이전까지는 그게 그랬고, 실은 지금도 있고 그다음에 제가 여기에다 표현했던 건, 그래서 보호자에 의한 입원은 정확하게는 저는 가(家)의 재판이라고 표현했습니다. 두 명의 판사가 다른 가족에 대해서 결정권을 내리는 사실상의 그런 의미를 갖고 있는 이유는, 이 부분에 분명 가족 내 치안의 요소라고 표현해야 될까요, 그런 것들이 분명히 들어있는 것 같습니다.

그리고 김광옥 연구관님께서 수단의 문제와 관련해서 정확하게 지적해 주셨습니다.

아마 헌법재판소는 ‘강제입원’이란 수단은 적합하다는 취지의 표현이었던 것 같고요, 제가 말한 관점은 그것이 아니라 ‘사인(私人)에 의한 강제입원’이 어떻

게 적합할 수 있느냐? 이렇게 물어보는 겁니다. 그래서 제 생각은 그런 사인에 의해서는 허용되지 않는다고 주장은 하지만, 실은 잘 보면 법을 통해서 국가가 그 권력을 배분하여, 자기가 써야 될 권한을 배분한 것인 것 같기도 하는데, 그래도 그것이 타당하냐는 질문은 계속할 수 있지 않을까 싶습니다.

그리고 또 하나 김광옥 연구관님이 정확하게 지적해 주신 부분이라고 생각 되는데, 강제입원이 도대체 어떻게 집행되는 것이냐? 집행 절차가 하나도 없다고 얘기하신 부분이 맞습니다. 이 시스템에서는 특히 보호입원에 있어서는 환자를 강제력으로 인치를 해서 병원까지 데려가고, 이 시스템에 경찰도 동원이 안 되고. 경찰도 가족이 알아서 해결하라고 합니다. 행정입원은 그러지 않습니다. 응급입원도 그러지 않고, 경찰이 관여를 할 수 있는 공간인데, 유독 이 부분 시스템에는 집행 절차가 없는 이유는 가족이 알아서 해결하라는 관점이 좀 들어가 있기는 합니다. 그래서 이 보호입원 쪽의 집행 절차, 경찰관이 호송하는 이런 시스템들을 없애려고 하면 그게 생각보다 쉽지는 않고, 이게 너무 인력을 많이 활용하게 될 거라는 걱정들을 경찰 쪽은 좀 하는 것 같습니다.

마지막으로 정신요양시설의 문제와 관련해갖고는 아까, 이거는 비슷하게 얘기해주신 걸로 이해가 되는데 위헌일수도 있겠다는 취지셨던 것 같은데, 그것의 하나로 치료 필요성이라고 하는 부분 지적을 해주셨잖아요? 치료 필요성이 없는 곳이거나. 그 이유는 대부분 치매라든지 지적장애라든지 이런 경우에는, 잘 살펴 보면 치료의 개념이 들어가기가 굉장히 어렵습니다. 그래서 그럼 치료도 안 되는데 왜 입원을 시키느냐라고, 할 말이 없어지면, 그냥 이 사람을 돌볼 사람이 없어서, 아니면 사회적으로 좀 위험한 행동들을 하니까. 이런 식으로 되는 경우들이 있어서 결국은 근본적인 것들이 그것이 아니었느냐? 목적이. 치료의 필요성이 아니라. 그런 식으로 돌아가게 되는 부분이 있습니다.

정신요양시설은 지금 복지부도 여기에 강제 입소를 시키는 것에 대한 부담들이 있어갖고, 자의입소로만 다 전환을 할려고 하는 노력들을 시작하는 것 같기는 합니다.

토 론 자(이재강 헌법연구원) : 신권철 교수님께서 실무에서 느끼는 고충과 함께 자세히 소개해 주셔서 사건의 이면을 이해하는 데 많이 도움이 됐습니다, 감사합니다.

결국 수용이나 입원 제도가 궁극적으로 필요하다는 점에 대해서는 다들 공감할 것 같고, 헌법적으로도 환자의 권리를 최대한 보장하면서 또 이 사회의

어떤 필요에 어느 정도 대응할 수 있느냐, 이제 그 적절한 수단을 찾는 것이 가장 큰 문제인 것 같습니다. 그래서 아마 객관적인 위원회 심사라든지 이런 것을 통해 가지고, 수용의 필요성이 있는지를 계속 심사하는 과정이 분명히 들어갈 수밖에 없을 것 같고. 정신건강복지법도 아마 같은 취지에서 입법이 된 것 같습니다.

저는 발제문 329쪽 상단에 있는 내용과 관련해서 간단한 두 가지 질문이 있어서 말씀을 드립니다.

우선 결국 일정한 한계는 있겠지만, 환자의 호소를 청취할 수 있는 수단이 반드시 제도적으로 좀 보장이 될 필요는 있는 것 같습니다. 그래서 지금 정신건강복지법상 조사원 제도라는 게 규정되어 있다고 하는데, 이것이 실질적으로 어떻게 기능할 수 있을지, 또 실효성이 얼마나 있을지 교수님께서 아시는 부분이 있으면 설명해주시면 감사하겠습니다.

두 번째는 법원의 재판 절차에서도 감정인의 의견이 상당히 재판 결과에 많이 좌우한다, 이런 얘기들이 좀 나오는 것처럼, 이 심사 절차에서도 결국은 전문의의 소견이 아주 결정적인 영향을 줄 것 같은데, 분명히 이것을 이제 체계적으로 시스템적으로 좀 보완할 수 있는 수단이 좀 필요할 것 같습니다.

이점에 대해서 교수님이 좀 견해를 말씀해주시면 감사하겠습니다.

토 론 자(이문주 헌법연구관) : 신권철 교수님께서 이 대상 결정이 사실 “앞으로 다양한 사인수용 제도에 있어서 좀 기념비적인 판단이 될 것이다” 이렇게 얘기하셨는데, 저도 이 대상 결정이 의의가 있다면 첫 번째는 사인수용에 대해서 우리가 판단했다는 부분이라고 생각합니다. 근데 우리나라 제도상 많은 사인수용 제도는 사실 뭐 실제적으로는 계약으로 되어 있습니다. 사회복지시설이라든가 아니면 노인복지시설같이 대부분은 다 계약으로 입소하게 되어 있는데, 사실 탈법적으로 보호자들이 면탈해서 계약을 하고 집어넣는 식으로 하고. 애초에 형식은 사인의 자발적인 수용 승낙이지만 그 이면에는 탈법으로 되어 있는데, 사실이 강제입원 제도는 그 몇 가지 되지 않는, 사인들이 아예 강제적으로 한 사람의 의사를 배제하고 입원시킬 수 있도록 하는 제도여서, 그 부분에 대한 판단이 사실 되게 중요하다고 생각을 하는데요. 이 부분에 있어서 사인수용 제도의 보편적인 제도 절차를 만들 때 이 강제입원 제도도 어떤 식으로 개선되어야 한다고 생각하는지요?

두 번째는 발제문 346쪽에 간단하게 설명해 주셨는데, 장애인권리 협약에서는 사실은 우리나라의 대체의사결정 제도를 굉장히 불합리하게 보고 있고, 이것

이 장애인권리 협약의 위반으로 사실 지금 보고 있습니다. 그래서 보호의무자에 의한 입원이 실제적으로는 의사 대리라고 이게 합법적이라는 부분에서는 그렇게 주장을 하고 있는데, 유엔 장애인권리 협약위원회에서는 그것이 아니라 장애인의 의사를 최대한 판단해보라는 것이 원칙이지, 어떻게 아예 배제될 수 있느냐라는 것을 문제 삼고 있습니다. 그런데 오히려 그것을 제대로 이해하지 못하고 우리는 법적으로 대리라고, 의사표시를 할 수 없으니까 대리를 하고 있다고 사실 판단하고 있는 것 같습니다. 그래서 이 부분이, 어떻게 보면 실제적인 위헌성이 핵심인데, 대상 결정에 그 부분이 아주 많이 담겨있지는 못 해서 그 부분이 조금 아쉬운 부분이 있었는데, 이 부분은 어떻게 보완하는 것이 우리가 앞으로 제도를 설계할 때 도움이 될 것인지에 대해서 의견을 듣고 싶습니다.

사 회 자 : 두 번째 질문 말씀하신 거는 정신적 장애자니까 결국 보호의무자가 대리적 역할을 하는 것이라고 법이 간주하고 있지 않느냐? 이런 말씀이신 거지요?

토 론 자(이문주) : 예, 맞습니다.

사 회 자 : 그런데 실질은 또 그렇게 되어 있지 않지 않나요?

토 론 자(이문주) : 실질상 어쨌든 아예 그 의사를 배제하고, 확인하는 절차를 두고 있지 않고. 그러니까 절차적인 보장뿐만 아니라, 실제적으로 사실 의사가 반영되어 있지 않다는 부분 때문에 이것을 직접 문제제기 하고 있는 부분이어서.

사 회 자 : 약간 문제를 정리를 하고서, 답변 및 토론으로 들어가는 것도 좋을 것 같다는 생각이 듭니다.

일단 지금 우리 헌법재판소는 신체의 자유와 관련해 가지고 그 위헌 심사만을 했다고 보여요. 그래서 결론은 위헌이고, 결국 여러 가지 사정상 계속적용을 명하는 헌법불합치결정을 내렸는데. 위헌으로 결론을 내렸으니까는 다른 기본권에 대한 침해 여부의 문제는 더 이상 살필 필요 없다고 해서 안 했을 수도 있기는 하겠지만, 과연 이 문제를 그밖에 다른 기본권이나 헌법 제12조에 따른 적법 절차 원리라든가, 또 여기 지금 목적과 관련해서 정신질환자의 개념을 보게 되면 상당히 광범위하지 않습니까? 광범위하다 보니까 결국에는 원래 정신질환자가

아닌 알코올 중독자라든가 비정신질환자들도 잡혀올 수 있거든요. 그 사람들은 다른 질병을 가진 사람에 비해서 좀 차별적 대우를 받는 것 아니냐라고 하는 관점에서 본다면, 평등원칙 위반 여부의 문제도 사실은 제기가 되는 것이거든요. 그래서 이런 관점에서 과연 헌법적인 심사기준이 무엇이었겠는가? 이점이 우선 헌법적 관점에서 본다면 중요한 쟁점이 될 수 있을 것 같고.

그거는 포괄적으로 해서 과잉금지 원칙으로 심사한다 하더라도 두 번째로, 지금 논란이 되고 있는 것은 이와 같이 어떤 자해나 타해 위험, 그래서 타해 위험의 경우 ‘사회 안전’ 이것을 정당한 목적이라고 볼 수 있을 것이냐 없을 것이냐? 여기에 대해서 헌법재판소와 발제자 분 그리고 토론자들과 의견이 상충하고 있는 것 같습니다. 그러니까 과잉금지 원칙 심사 즉 목적의 정당성하고 방법의 적정성이게 다 그냥 인정되고 마는 거냐? 그거는 논란의 여지가 있을 수 있을 것 같거든요.

그다음에 세 번째로는, 사실 변호인의 의뢰를 받아가지고 실제 의견서를 쓰는 과정 속에서 저 나름대로 굉장히 고민이 많이 됐었던 논점이 있었는데, 사실은 신체의 자유의 가장 중요한 것 중에 하나가 적법절차고 영장주의거든요. 개인이 국가로부터 신체적 거동의 임의성을 제한받을 때는 법관의 영장을 받아가지고 법관의 허락을 받아서 잡혀가도록 되어 있는데, 이게 사인(私人)에게 - 거의 가족이기는 하지만 - 보호의무자 2인의 동의만 얻게 되면 전문의의 결정에 따라서, 그냥 최장 6개월까지 법관의 아무런 영장도 없이 허락도 없이... 아까 심사위원회의 객관적인 심사 이런 필요성들도 말씀하셨습니다만, 우리가 그냥 헌법적 차원에서 보면 과연 이런 객관적인 질서, 말하자면 영장주의라고 하는 것을 국가에 의한 침해가 아닌 사인(私人)에 의한 침해라고 하는 이러한 경우에까지도 적용해 줄 수 있는 방법은 없는 것인가? 이것을 한번 문제를 제기해 보고 싶습니다.

그러니까 단순한 일반적인 법률적 차원에서의 문제라기보다 헌법적 차원에서 하나의 기본권의 객관적인 질서로서의 측면에서 생각을 해본다고 할 것 같으면, 결국 이 영장주의에 의해서 신체의 자유를 보호하려고 하는 가치가 있다는 것을 우리 헌법이 천명한 것이니까, 결국에는 이 사인 간의 관계 속에서 벌어지는 이러한 일의 경우에 있어서도 이 원리를 적용할 수 있다고 볼 수 있는지? 그렇게 한 세 가지 정도 토론을 했으면 좋겠습니다.

먼저 우리 신교수님께서 질문에 대해서 간단하게 답변을 주시면 좋겠고, 지금 제가 드렸던 이 논제에 관해서도 입장을 표명해 주시면 계속 토론에 많은 도움이 될 것 같습니다.

발 표 자 : 먼저 입원적합성 심사 제도나 조사원 제도를 간단하게 말씀드리면, 원래 조사원 제도는 그냥 간호사 같은 분이 병원에 나가서, 환자가 조사 신청을 하면 가서 얘기를 들어주고 입원적합성 심사위원회에 보고를 올리는 그 정도로만 생각을 했었습니다. 그런데 헌법재판소에서 절차보조인을 두어야 한다는 취지의 문구가 나왔습니다, 결정문에. 그리고 나니까 이 조사원 제도를 절차보조인처럼 만들어야 되지 않을까라는 고민이 시작이 되었습니다. 그래가지고 약간 절차적으로 가서 얼굴을 보는 사람은 조사원이니까 가서 지원을 해 주고, 자격 같은 것도 변호사 정도도 가능하지 않을까 이런 고민들을 하면서. 물론 아직은 구상하는 정도이기는 하지만 그런 식으로 절차보조인으로서 조사원을 활용하고자 하는 생각들을 지금은 갖고 있는 것 같습니다. 그거는 현재 결정이 가장 영향이 컸고요.

그리고 의사의 진단과 관련해 가지고, 보통 다른 심사기관이 있고 평가하는 의사들이 있는데, 이 과정에서 예를 들면 90%쯤 받아들여느냐 아니냐, 아니면 의사의 진단과 상관없이 심사기관들이 결정을 내리느냐, 이런 질문일 것 같기도 합니다. 그런데 대체로 심사기관이 법원이 되거나 하더라도 도장 찍는 기계로 전락한다 이런 비판들이 있더라고요, 다른 나라들에 대해서요. 그러니까 전문성이 없기 때문에 그거를 자신이 반복하기가 그렇게 쉽지 않다는 거지요. 그리고 의료적 합의체일 경우에는, 의료인이 이미 들어가 있기 때문에 심사에 대해서 의료적 전문성을 갖고 바라보는 하는 것 같습니다. 그런데 실은 이 강제입원 신청을 해서 심사를 하면 법원은 90%정도까지는 해줬어요. 다른 나라들, 독일, 프랑스는 직접 가서 봤는데 판사들이 그 정도 얘기를 하더라고요. 대부분. 그다음에 통계도 보니까 그 정도 나오는 것 같고요.

그리고 이문주 연구관님이 지적해 주신 사인에 의한 수용 시스템이라고 하는 것은, 강제입원 시작하면서 비슷한 시설 유형들이나 다 보면, 다 계약서를 씁니다. 계약서를 쓰는 서식을 딱 보면, 예를 들면 노인요양시설이다 그러면 가족 중에 1인이 계약 당사자가 되어서 돈을 그 사람이 내겠지요. 그리고 시설이랑 같이 계약을 하는데 거기에 뭐를 체크리스트를 하나 하면 ‘연명치료 하겠습니까, 안 하겠습니까’, ‘병원으로 환자를 호송합니까, 맵니까’ 이런 게 들어가 있습니다. 그러면 거기에서 ‘안함, 안함, 안함’ 이렇게 써버리면, 그 사람의 신체에 대한 결정권을 실은 이 가족이 가지고 있는데, 뭐가 나쁘다고 하는 얘기들은 아니지만, 이런 식으로 계약적 시스템으로 전환되는 것 자체도 좀 이상하고. 물론 당연히 무효

이거나 그 계약들은 의미가 없는 것이라고 하겠지만, 실은 나중에 그런 일이 벌어졌을 때 병원은 면책을 받기 위해서 하는 일들이지요. 그래서 계약을 통해서 그런 면책들을 아니면 어떤 행위들을 결정하려고 하는 것들에 대해서는, 원래 그런 부분은 공권적 행정적 개입을 통해서 개선을 해나가야 되는 부분들도 있기는 한 것 같습니다.

다음으로 강제입원과 관련해서 대체의사결정 제도에서 의사 대리, 그러니까 보호의무자의 법적 성격에 관한 논쟁이기도 합니다. 보호의무자가 그 환자의 개인적 사적 대리인, 법정대리인이라고 표현하는 분들도 있고요. 법정대리인이나라는 논쟁들이 일본에서도 있었던 것 같습니다. 그런데 보면 이런 신분행위들 아니면 신체적 결정을 하는 행위는 대리에 친하지 않다, 대리인이 될 수 없다. 그래서 입원 계약을 대리하거나 이런 것은 할 수 있는 것과, 신체적 결정, 침습에 대한 결정권들 이런 것에 동의해 주는 권한은 별도의 다른 권한이다. 그래서 그냥 대리인은 아니고, 대체의사결정자라는 표현을 쓸 수밖에 없게 됩니다. 우리의 보호의무자에 대해서는 동의라는 표현 자체가 갖고 있는 것이 그 대체의사결정의 시스템이기도 합니다. 그러니까 유엔 장애인권리위원회에서 우리 정부 보고서를 보고 난 다음에 지적했던 것 중에 하나가, 이 환자 대체의사결정 제도인 이 시스템을 바꾸라고 얘기했던 것이고.

그래서 실은 정신건강복지법은 바뀌 봤습니다. 뭘로 바꿨냐 하면 신청으로 바꿨습니다. 신청의 의미는 동의의 의미와는 조금 다릅니다. 누군가 다른 사람이 결정한다는 의미가 있습니다. 그래서 일단은 그것을 통해서 나를 개선되었다는 얘기를 할 수도 있지 않을까 얘기를 드릴 수가 있습니다.

아까 사회자께서 알코올 중독 이렇게 얼핏 얘기를 하셨는데, 실은 대법원이 알코올 중독이 정신보건법의 정신질환자 개념 속에 포함되어 있지도 않을 때 2000년도쯤에, 해석을 통해서 정신질환의 의심만 있으면 정신보건법상 정신질환자에 해당된다고 하고, 알코올 중독의 진단이 필요 없고 알코올 중독의 의심만 있어도 정신질환자에 해당된다고 내린 판결문이 있는데요. 그렇게 되면 전 국민의 한 5백만쯤은 되는 상황이 되겠지요. 여기도 계실 거고요. 그렇게 확대시켜 봤는데 이게 감당이 안 되는데, 그다음에 또 치매도 대법원에서 정신질환에 해당되니까 이런 어떤 시스템을 거쳐야 된다 이런 취지의 판단을. 다 환자들을 보호하기 위한 대법원의 결정이었음에도 불구하고 그렇게 확대해석했을 때 너무나 많은 5백만 명 정도 이렇게 추산. 추산도 안 되지요 의심만하면 되니까.

그런 과정들이 좀 있어서 이 요건의 구체화라는 게 되게 중요한 의미이기도

합니다. 정신건강복지법이 그래서 정신질환자의 개념을 좀 바꾸기는 했는데, 진단명이 아니라 증상으로, 망상, 환각 이런 식으로 바꾸기는 했는데 그 범주도 또 논란이 많습니다. 그렇게 했더니 알코올이 예전에는 있었는데 알코올이 그러면 빠진거냐고 막 물어보기 시작합니다. 해석을 해야 되는 문제가 생겨버렸습니다.

그리고 아까 적법절차와 영장주의와 관련하여, 국가기관에 의한 침해가 아닌데 이거는 사인에 의한 침해인데 도대체 이거를 어떻게 해석하느냐는 개인적으로도 많이 고민스러웠던 부분입니다. 그냥 제가 개인적으로 내린 생각은 국가가 사인들에게 - 마치 공무원사학사인처럼 이해를 하시면 될 것 같습니다 - 뭔가 권한을 법을 통해서 분배를 했고, 그리고 그에 따라서 이 의사나 가족은 어떤 책임들이 의무같은 것들이 약간씩 있겠지요. 그런 것들을 좀 부담을 하게 되고. 그런데 공무원사학사인은 기본적으로 공권력을 행사하지는 않는 사람들이기 때문에, 공무원사학사의 이론에도 조금 적합하지는 않음에도 불구하고, 국가가 자기가 행사할 권한을 위임했다고 해야 되나? 이렇게 법을 통해서 부여했다고 해야 되나? 그 정도로밖에 이해가 되지는 않습니다. 이게 국가적 부분들이 분명히... 그래서 헌법재판소가 아주 자연스럽게 그냥 이것을 침해라고 봤던 이유는 뭔가 그런 부분들이 있지 않았을까? 내용에 들어 있지는 않지만, 그런 생각은 들었습니다.

회 장(이진성 헌법재판관) : 사회자께서 영장주의 관련해서 말씀을 해 주셨는데, 이게 사실은 행정구금의 성격에도 딱 부합하지도 않지요. 그런데 ‘행정구금에 영장주의가 적용이 되느냐’라는 것도 논란이 있고 거기에 대해서 견해들이 나뉘는데요. 아까 발제자는 공무원사학사의 개념을 빌려올 수도 있다는 취지를 얘기하셨는데, 행정구금이 되려면 우선 주체가 행정공권력이라야 되고 또 행정 목적에 기여하는 게 있어야 되고 그럴 텐데, 지금 발제자의 입장은 이거는 사회방위라는 그런 타해 위험성을 방지한다는 그런 목적은 배제시키는 게 좋겠다는 거잖습니까? 그러면 이제 행정 목적은 더군다나 없어지게 되는데. 사실은 현재 결정에도 나오고 보건법에도 있는 것처럼, 이게 그런 행정 목적도 역시 실현하려고 하는 것인데, 다만 주체가 병원이나 보호자들이고, 또 실제 그거를 실행하는 것도 공권력이 실행하는 것이 아니고 그래서. 아까 적법절차 원칙이나 영장주의 아주 적절하신 말씀이신데, 과연 이 사안에서 그런 것들이 그냥 간단하게 적용 안 된다 하면 되지만, 이제 어느 정도 적용 가능성이 있을까? 이런 것을 한번 생각을 해 봐야 될 것 같습니다. 사실 사회자께서 말씀을 시작하셨으니까 어느 분이라도 정신보건법에서의 어떤 영장주의의 적용 가능성에 대해서 말씀을 해 주시면 좋겠

습니다.

발 표 자 : 이 강제입원 위헌소송과 관련해서 아마 합헌 의견을 냈던 복지부 쪽에서도 이게 사적 관계임을 조금 강조를 했던 부분들이 있어서, 이렇게 현재의 판단을 안 받았으면 싶었던 욕심들이 있었던 것으로 알고 있습니다.

그런데 개인적으로 보호입원 제도가 왜 있을까? 궁금한 부분들이 있는데요. 중2 아들을 키우면서 느끼는데 “아 이놈의 새끼를 감금해 버리고 싶다.” 계속 나가니까요. 밤에도 나가고. 그런데 그것이 구현된 형태들이 이런 것이 아니었을까? 그러니까 지금은 어린 아이이기 때문에, 제가 마음대로 이렇게 나가지 말라 그러고, 어딘가에 가라 그러고, 유학을 보낼 수도 있을 것이고 하는 것들이, 실은 민법의 징계권이랑 거소지정권이라는 것을 통해서 다 제도화되어 있더라고요. 그래서 아들에게 보여준 적도 있습니다. 나에게서는 징계권이 있다고. 그 의미는 뭐냐하면 가족 내에 가정 구성원의 시스템에서 이 가장이 가져야 될 질서유지라고 하는 부분들이 사실은 있지 않았을까? 그리고 그 부분에 대해서는 국가가 잘 건드리지 않았던 부분들이 있고, 그것이 어떻게 표현하면 가정 내 치안을 가장에게 위임한 것이 아닌가 뭐 이런, 그냥 상상력이기는 한데, 실은 그런 내재적 원리들이 조금 있었고.

보호의무자에 의한 입원도 간단히 생각하면, 부양의무자가 계속 부양을 하다가, 환자가 자신을 위협하거나 자신을 계속 괴롭히거나 아니면 계속 치료를 받게 하고 싶은데 안 받으러 가거나 할 때, 거기서 생기는 강제력. 이 강제력이라고 하는 것들은 실은 다 가족 내에서 갖고 있었던 것들, 100년 전 쯤에 사택감치라고 표현되었던 것들이 지금은 다른 형태로 합법화된 것이 아닐까? 그 다음에 각 국가들마다 다 입원신청 하는 사람들은 대부분 가족들이고요.

그런 것들을 보면, 이 제도 자체를 지금은 동의권이라고 표현되어 있던 것을 조금씩 바꾸는 이유들은, 어느 정도 그런 전근대적인 시스템에서 조금씩 벗어나려고 하는 노력들은 있는 것 같습니다. 그리고 국가의 심사가 들어가고 있는 것들도 그렇고요. 그런데 다만 영장주의의 내용이나 행정구금의 내용이나 이런 것들은 당연히 적용 안 된다고도 생각할 수도 있지만, 실은 이 가정 내에 그 행정 관리라고 하는 것들이라는 게 실은 다 법 쪽에 그렇게 구현되는 부분들도 있지 않을까 싶기는 합니다.

사 회 자 : 독일 연방헌법재판소가 당시에 후견인에 의해서 피후견인을 폐

쇄된 시설에 수용할 경우에, 우리 헌법 12조와 같은 그런 신체의 자유라든가 신체 불훼손이든지 이런 데 대한 기본권 보장이 되어 있으니, 그런데 과연 독일 기본법 제104조에 따라서 법관의 허가를 사전에 받아야 하는지가 실제로 문제가 됐습니다. 후견인과 피후견인이니까 이거 사적인 영역 아닙니까? 그럼에도 불구하고 그런 ‘법관의 허가가 필요한가’라고 하는 것이 문제가 되어서, 결국 연방헌법재판소는 기본권이 가지는 객관적인 질서로서의 측면을 인정을 하고, 여기도 필요하다. 특히 대면에 의한. 법관 앞에 그 피후견인이라든가 아니면 정신질환자들이 나타나서 법관이 과연 이 사람을 강제로 입원시켜야 할 필요성이 있는지 여부를 대면으로 보고서 판단해야 할 필요가 있다. 그래서 법관의 허가가 꼭 필요하다. 이 쪽으로 결정을 내리는 것을 보고, 제가 큰 감복을 얻고, 가장 유용한 기본권의 객관적 가치질서로서의 실질적 법적 효과라고 할 수 있을 만한 중요한 적용 영역이 바로 이 부분 아닌가 하는 생각까지도 했었습니다.

우리가 추상적으로 기본권의 객관적인 가치질서다 그러면 좋은 얘기 많이 하죠. 민주주의 얘기도 하고 법치주의 얘기도 하고, 그 중에 제일 중요한 것이 기본권 보호의무가 되고. 그다음에 사실은 이런 사적인 관계 속에서, 국가가 직접 침해한 것은 아닌데도, 결국에는 거기에 대해서 따로 규정을 해놓지 않았음에도, 영장주의가 또는 우리 식으로 얘기한다면 적법절차 원리가 이러한 관계 속에서도 적용되는 것으로 봐야한다고 하는 굉장히 적극적인 해석을 내린 것을 봤을 때, 굉장히 감명을 받았습니다.

저도 역시 의견서를 쓰면서 그것을 좀 원용을 해서, 비슷하게 꼭 법관에 의해서만 결정이 되어야만 한다고 볼 수는 없지만, 그 의미는 법관은 꼭 들어가는 게 좋겠다. 그러니까 거기에 정신과 전문의까지 포함이 된 그런 심사위원회라도 좋고, 어쨌든 이렇게 좀 이 객관적인 가치질서로서의 측면을 본다면, 영장주의에 따라서 결국에 실질적인 영장의 역할을 할 수 있는 법관의 허가 절차가 필요한 것 아닌가 하는 생각은 했었습니다.

회 장 : 아까 신은주 교수님이 말씀하신, 민법 947조의2에 있는 피성년후견인에 대해서 치료기관에 입원시키고자 할 때는 가정법원의 허가를 받도록 되어 있는 그게 바로 그런 정신의 표현이지요.

사 회 자 : 그렇지요. 바로 그거지요.

하나 제가 더 좀 질문 겸 토론 겸 제안을 드린다고 할 것 같으면, 우리가 강

제입원되고 나면 신경을 안 쓰거든요, 그다음 문제는. 강제입원 되고 나서가 더 문제일 것 같아요. 특히 강제치료. 제가 의견서를 쓰는 과정에서 독일 연방헌법재판소 판례, 그 강제치료 문제를 다룬 많은 판례들을 봤습니다.

이 강제치료라고 하는 의미가 결국에는 그 약물을, 심지어 코끼리 주사 같은 것은 한번 맞으면 정신이 얼얼해지고, 아마 정상적인 사람들도 거기 들어가서 수개월간 이렇게 갇혀서 그런 안정제라든가 이런 것들 맞아가고 이렇게 하다보면 정말 정신질환자가 될 가능성도 있다. 아까 김광욱 연구관계서도 말씀하셨듯이, 거기 가면 진짜 치료가 이루어지는지 의문이다. 이거는 생각해 볼, 그리고 밤새도록 토론해 봐야할 문제들이 많이 나옵니다.

왜 그러나 하면 우리나라 지금 정신보건법 95년도에 만들어졌다고 하셨죠? 그러면 벌써 2016년이니까 거의 20년이 넘어가요. 그러면 5만이나 되는 그러한 수용자들이, 5만 6천이라고 그러셨던 것 같아요. 점점 나아야 될 것 아닙니까? 만약에 안 낫는다고 할 것 같으면, 치료 목적이라고 그랬는데, 이게 목적을 이루기 위한 수단으로서의 적합성이 없다고 하는 것이 입증된 것 아닌지? 이런 점에서 사후적 입법평가도 사실 좀 되어야 될 필요성도 있는 것은 아닌지 하는 문제부터 시작해서 여러 가지 많은 얘기들을 할 수 있을 것 같거든요.

그런 문제는 좀 별론으로 하더라도, 강제치료와 관련해서 독일 연방헌법재판소가 한 얘기들을 보다보니까, 굉장히 저희들이 정신이 번쩍 드는 것들이 많았어요. 왜냐하면 거기서는 아무 데도 호소할 수가 없이 이렇게 감금이 되어 있는 가장 약한 자에게, 때로는 당신이 맞아야 된다고 해 가지고, 그런데 본인은 싫어하는데, 본인이 거부했음에도 불구하고 강제로 주사를 준다고 할 것 같으면, 이것은 또 다른 기본권에 대한 침해를 유발하거든요. 물론 신체의 자유에 포함된다고 볼 수는 있어요. 신체불쾌손권, 그다음에 환자의 자기결정권, 내가 아플 자유도 있는 것이거든요. 소위 *Freiheit zur Krankheit*, 독일 사람들이 얘기하는 그 아플 자유. “나는 안 낫고 그냥 아프겠다” 그 자유도 사실은 있는 것이거든요. 그 사람이 분명히 사회에 대해서 어떤 해악을 끼치지 않고 타해의 위험만 없다고 한다면, 아플 자유도 있는 것이기 때문에.

그렇다면 그 안에서 한번 감금되고 나서 이루어지는 모든 강제치료에 관한 이러한 문제들에 관해서, 과연 우리 입법부 법률이나 또는 행정부나 아니면 사법부가 지금까지 얼마나 관심을 기울였던 것인지? 이 점을 한번 더 남는 시간 동안 토론을 했으면 좋겠습니다.

토 론 자(최희준 부장연구관) : 타해 위험성이 있는지 없는지가 좀 불확실한 것 같습니다. 제가 형사 단독 재판을 했을 때 결국 합의부로 보내서 치료감호가 되도록 그런 절차를 취한 적이 있습니다. 과연 이게 분명히 딱 잘라서 알 수 있는 건지?

사 회 자 : 지금 치료감호 말씀하셨거든요. 지금 생각을 해봐야 될 문제가, 보안처분의 차원에서도 얼마든지 사회 안전을 방어할 수는 있는데, 과연 이게 정신보건법 속에 들어가 가지고 가족들을 이용해 가지고, 그렇게 국가적 과제를 그 쪽으로 내밀어서, 또 많은 남용 가능성이 있는 것을 그렇게 해도 되는 것인지 하는 문제까지도 사실은 발생하지요.

발 표 자 : 그거 보면 자·타해 위험성이라고 하는 표현은 기본적으로 보안 처분이라고 다 표현되었던 겁니다. 그러니까 사실은 범죄를 저지르기 전에 미리 위험을 제거하는 형태들을 보안처분이라고 하는데, 보통 치료감호나 그거는 범죄를 한번 저질러야지 거기로 가게 되는 부분이 있는데, 이 정신보건법은 실은 사전에 하는 시스템이라고 이해를 하시면 됩니다. 그러기 때문에 정신병으로 범죄를 저지르면 치료감호를 가거나, 아니면 최근에는 치료명령 제도도 생겨가지고 치료명령을 받거나 이런 시스템으로 가게 되는데, 범죄를 저지르지는 않고 위험만 있을 때는 경찰력이 개입하는 게 아니라 실은 지금은 의사가 개입하는 형태가 되어 버린거지요. 그리고 둘은 분명히 비슷한 역할을 하고 있습니다. 사회적 안전이라는 측면에서 보면 비슷한 역할을 하고 있고.

지금 말하시는 그 자·타해 위험성이라고 하는 부분은, 실은 아까는 제가 타해 위험은 떼어내야 된다는 취지로 얘기했지만, 자·타해 위험은 실은 구분 못 합니다. 의사들도 전혀 구분하지 못하고. 그러니까 자신을 향했던 것이 남에게도 향할 수 있다고들 다들 알고 있기 때문에, 실은 자·타해 위험성의 요건을 두루 뛰어넘는 건 사실 불가능한 것은 맞습니다. 의사들도 판단하는 기준은, 물론 자살을 하겠다고 계속해서 입원되는 것과 다른 사람을 위협을 한다해서 입원시키는 것은 다르기는 하지만, 그 둘을 정확하게 구분하기가 굉장히 어려울 수도 있는 것은 맞습니다.

토 론 자(이승환 헌법연구관) : 제가 발언을 통 안하는데요, 지금 이 사건을 보면서 좀 지엽적이지만 다른 측면 하나를 제가 꼭 말씀드리고 싶어서 발언하게

되었습니다. 경과 같은 것을 보니까, 저도 사실 이 부분에 대해서 인식을 못하고 있었는데, 16년간 현재가 계속 각하를 했더라고요. 청구기간으로 각하된 부분 이런 건 상관이 없는데, 직접성으로 각하된 게 굉장히 여러 건 있습니다. 저는 현재가 상당히 잘못했다라고 이야기를 하고 싶습니다.

왜냐 하면, 의사나 이런 부분의 판단이 있어서 그게 집행행위가 돼서 직접성이 없다는 논리로 각하된 지정부 관례가 있으니까, 그거를 옛날 선례 검색해서 찾아보고 그대로 복사해서 계속 나왔거든요. 그런데 잘 아시겠지만 직접성이 부정되는 집행행위의 존재라는 것은 ‘공권력 행사’로서의 집행행위가 되어야 되거든요. 그런데 아까 여러 가지로 이거를 공무수탁사인 이런 거 얘기했지만, 사실 그런 논의를 할 수 있다는 거지 그렇게 본거는 아니고, 이거는 어디까지나 그해 국공립 병원이 아닌 한 사인(私人)의 행위이기 때문에, 직접성 논리가 들어가서 각하될 사안이 아니었던 것 같습니다. 최근에 하도 현재 소송이 많다보니까 직접성으로 각하되는 게 확대되고 있는데, 이걸 십 몇 년간 우리가 잘못된 거 아닌가 저는 그 생각이 일단 들었고.

특히 개정 신법까지 지금 똑같은 여러 가지 문제가 다 해결이 안됐다는 차원에서, 장차 개정 신법에 대해서 재차 헌법소송이 들어올 때 지정부에서 사인의 행위로 직접성 없다는 결정을 다시는 안했으면 좋겠다는 개인적 의견을 꼭 말씀드리고 싶어서, 제가 논제가 좀 다르지만 발언을 하게 되었습니다.

발 표 자 : 그 부분과 관련해서 잠깐 말씀드리면, 14번 정도로 저는 기억을 하는데요. 다 찾아봤습니다. 그런데 결정문에 당사자 이름이 나오는 것 같더라고요. 그래서 동일인들은 좀 빼면 그래도 8, 9건 되고. 아까 말씀하신 직접성과 관련된 부분은 저도 보면서, 아니 그러면 이거를 어떻게 소송을 하나라는 부분. 인신보호 재판이 없었으면 사실 소송도 할 수가 없는 부분이어 가지고. 그래서 인신보호 재판이 있기 전에는 직접성으로 이렇게 차는 거는 아니었을 수도 있는데, 지금은 인신보호 재판 제도가 신설되면서 그거를 근거로 하면서 이번에도 위헌소송심판이 나왔습니다.

지정토론자(신은주) : 저는 사실 아까 발제자께서도 말씀하셨지만 보호입원 제도를 폐지해야 된다는 의견을 가지고 있거든요. 그래서 앞으로 개정법에 의해서도 사실은 보호입원 제도가 절차적으로 굉장히 불완전하기 때문에, 어차피 신청해서 할 거면 차라리 지금 행정입원이 거의 사용되지 않기 때문에 그거를 잘

다듬어서. 가족이 행정기관에 신청을 해서 그다음에 절차적으로. 지금 행정기관이 하는 경우에는 평가를 하기 위해서 일정한 기간 동안 병원에 입원을 해서 경과를 보고, 이 사람을 입원을 할 것인지 아니면 외래치료를 할 것인지 이거를 정할 수 있기 때문에, 훨씬 더 질환자의 증상에 따라서 치료 방법을 선택할 수 있다고 생각을 하거든요. 그래서 그 부분도 한번, 다음에 혹시 개정된 법에 대해서 현재에 위헌심판 소송이 오게 되면, 이 보호입원 제도는 없애는 것이 어떨까 하는 판단도 기대해 보고 싶다는 생각을 하고 있습니다.

발 표 자 : 이 부분에 대해서는 저는 조금 생각이 다른데요. 그러니까 보호입원 제도를 유지한다는 얘기가 아니라, 행정입원으로 많이 가게 되면 공권력이라는 부분이 확산되고, 환자들이 경찰한테 끌려가게 되면 항변을 할 수가 없습니다. 환자인송단에게 끌려가면 ‘불법이다’라고 얘기할 수 있지만, 경찰이 끌고 가게 되면 합법이 되는 부분들이 있어 가지고.

그리고 또 하나, 가족이 입원을 시키려는 제도가 더 좋을까 아니면 경찰이 공권력이 입원시키려고 하는 제도가 더 좋을까를 생각을 해 보면, 어느 쪽이 더 좋다고 저는 쉽게 얘기하기는 어려워서, 보호입원 제도가 좀더 있어야 되지 않을까? 그러니까 좀 다른 형태로.

지금 현재의 개정된 정신건강복지법은 그 입원 절차의 맨 처음의 신청 시스템만 구법과 둘이 다를 뿐이지, 뒤에 절차들은 다 똑같습니다. 전체적으로 보면 다 똑같기 때문에 이제는 큰 의미가 없는 부분은 있습니다.

사 회 자 : 이 테마가 생각보다는 우리 주변에서 많이 일어나는 일이다라고요. 이 헌법재판 대리를 맡으셨던 권오용 변호사님도 같은 교회 내에서 일어났었던 사건이었었고. 최근에 저도 저희 교회에서 비슷한 사정을 또 경험해서 한번 찾아갔던 적이 있습니다.

이렇듯 우리 주변에서 많이 빈발할 수 있는 문제들인데, 어쨌거나 헌법재판소에서 위헌 판단을 해 주시고 헌법불합치 결정까지 내려 주셔서, 입법자로 하여금 상당히 많은 어떤 남용 가능성을 차단할 수 있는 계기와 기회를 만들어 주셔서, 큰 의미가 있는 그런 결정을 내려주신 것이 아닌가 그런 생각이 듭니다.

오늘 우리 신교수님께서 신법에 대한 여러 가지 많은 문제점에 대해서도 지적해 주셨고, 그래서 앞으로 신법에 관해서 혹시 또 지금 적용되고 있는 법에 대해서 재차 헌법소원이 들어오게 될 경우에 헌법재판소에서 또 다루게 될 가능성

이 있다고 여겨지는데요. 좀 더 나은 정신보건복지법이 될 수 있도록, 우리 헌법 재판소를 비롯한 모든 연구자들께서 힘을 기울여서 노력을 해야 될 것 아닌가 하는 생각을 합니다.

헌법실무연구 수록 논문 색인(제1권~제16권)

제 1 권	제1회 발표문 (1999. 7. 2.)	택지소유상한에 관한 법률의 단순위헌결정 - 헌재 1999. 4. 29. 선고, 94헌바37등(병합) 결정, 판례집 11-1, 289 -	윤홍근
	제2회 발표문 (1999. 9. 3.)	음란물출판사등록취소사건 - 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327 -	이인호
	제3회 발표문 (1999. 10. 1.)	도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 - 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927 -	김문현
	제4회 발표문 (1999. 11. 5.)	文通事故處理特例法 제4조 제1항 및 그에 근거한 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 適法性: 違憲決定의 遡及效 문제를 중심으로 - 헌재 1996. 12. 16. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 -	박경신
	제5회 발표문 (1999. 12. 3.)	차도소주(自道燒酒)구입명령 판결에 대한 평석 - 헌재 1996. 12. 16. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 -	박경신
	제6회 발표문 (2000. 1. 7.)	變形決定의 문제점	김운용
	제7회 발표문 (2000. 2. 11.)	구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력 - 헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461 -	방승주
	제8회 발표문 (2000. 3. 10.)	선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점	이성환
	제9회 발표문 (2000. 4. 7.)	노동3권의 법적 성격과 노동단체법 - 헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32 -	강희원
	제10회 발표문 (2000. 5. 12.)	위헌법률에 기한 처분의 집행력 허용여부에 관한 검토	남복현
	제11회 발표문 (2000. 6. 2.)	국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의에 관한 헌재결정들	박승호

제 2 권	제12회 발표문 (2000. 7. 7.)	법적 안정성과 실질적 정의 - 12·12 및 5·18 사건의 경우 -	이명웅
	제13회 발표문 (2000. 10. 6.)	평등의 원초적 해석과 실질적 평등의 논리적 존재 - 제대군인가산점 위헌결정 평석 -	박경신
	제14회 발표문 (2000. 11. 10.)	민주주의의 실패와 사법적극주의 - 동성동본금혼 규정에 대한 헌법재판소 결정의 의의를 중심으로 -	임지봉
	제15회 발표문 (2001. 1. 5.)	헌법상 사립학교의 자유와 헌법재판의 동향	허중렬
	제16회 발표문 (2001. 2. 2.)	청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰 - 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목등 위헌제청사건 등에 대한 평석을 중심으로 -	황성기
	제17회 발표문 (2001. 3. 2.)	헌법소원사건 결정을 통해서 본 언론에 의한 명예훼손의 법리	박선영
	제18회 발표문 (2001. 4. 6.)	서울대 입시요강사건 - 현재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 76(병합) -	정연주
	제19회 발표문 (2001. 5. 4.)	미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교	정태호
	제20회 발표문 (2001. 6. 8.)	사립대학교 재임용제의 헌법적 근거와 한계 - 사립학교법 제53조의 2의 제3항에 대한 헌법소원 결정을 중심으로 -	김종철
	제21회 발표문 (2001. 7. 6.)	가변적이고 예측 불가능한 상황에서의 헌법해석 - 현재 92헌마6 결정을 중심으로 -	박진완

제 3 권	제22회 발표문 (2001. 9. 7.)	대통령직속기관의 설치와 직무범위 - 헌재 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 -	유진석
	제23회 발표문 (2001. 10. 12.)	헌법재판소와 사회적 기본권	홍성방
	제24회 발표문 (2001. 11. 2.)	과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점	김형성
	제25회 발표문 (2001. 12. 7.)	근로자의 쟁의(행위)권의 행사와 공공복리 - 헌재 1996. 12. 26. 선고, 90헌바19 결정, 92헌바41 결정, 94헌바49 결정과 관련하여 -	강희원
	제26회 발표문 (2002. 2. 1.)	공법인의 기본권주체성 - 헌재 2000. 11. 30. 선고, 99헌마190 결정 등과 관련하여 -	함인선
	제27회 발표문 (2002. 3. 8.)	기본권의 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 보론 - 기본권의 최대한의 보장과 제도의 최소한의 보장에 전제된 오해의 극복을 위하여 -	이종수
	제28회 발표문 (2002. 4. 12.)	헌법상 평등의 요청과 국가유공자 유가족에 대한 가산점의 문제점 - 헌재 2001. 2. 22. 선고, 2000헌마25 사건에 대한 평석 -	장영수
	제29회 발표문 (2002. 6. 7.)	양심의 자유의 규범구조와 보호범위 - 준법서약제를 중심으로 -	박종보
	제30회 발표문 (2002. 7. 12.)	헌법재판에서의 가치분	황치연
	제31회 발표문 (2002. 9. 6.)	전국구비례대표제의 투표방식과 의석배분방법의 위헌결정에 대한 비판적 고찰 - 헌재 2001. 7. 19. 선고, 2000헌마91·112·134(병합) -	김중철

제 4 권	제32회 발표문 (2002. 10. 11.)	가상공간에서의 표현의 자유와 청소년보호 - 99헌마480과 2001헌가27을 중심으로 -	박선영
	제33회 발표문 (2002. 11. 8.)	특별부담금의 정당화문제	김성수
	제34회 발표문 (2002. 12. 6.)	부부자산소득합산과세는 위헌인가?	이창희
	제35회 발표문 (2003. 2. 7.)	알 권리와 의사공개의 원칙 - 헌재 2000. 6. 29. 98헌마443 등 사건에 대한 평석 -	장영수
	제36회 발표문 (2003. 3. 7.)	憲法不合致決定에 관한 새로운 體系의 試圖	황도수
	제37회 발표문 (2003. 4. 4.)	노조법상 유니언숍제도(단결강제제도)의 위헌 여부	이승욱
	제38회 발표문 (2003. 6. 13.)	사회보장법과 세법의 기능적인 상관관계	전광석
	제39회 발표문 (2003. 7. 11.)	권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할	김하열
	제40회 발표문 (2003. 9. 19.)	우리 違憲法律審判節次 등의 審判對象	김시철

제 5 권	제41회 발표문 (2003. 10. 10.)	명예, 초상, 프라이버시 그리고 표현의 자유에 관한 비교법적 분석 - 한국, 미국, 독일, 프랑스 -	박경신
	제42회 발표문 (2003. 11. 7.)	기본권의 경합	장영철
	제43회 발표문 (2004. 2. 13.)	정당국가적 대의민주제에서의 선거와 정당에 대한 헌법재판소의 결정 평석 - 국회의원선거기탁금, 국회의원의 상임위원회 강제 사임조차, 선거권 연령 기준에 관한 판례를 중심으로 -	이덕연
	제44회 발표문 (2004. 4. 9.)	부실감사죄의 헌법재판 - 헌법재판소의 변형결정의 기속력에 대한 법이론적 이해 -	이상돈
	제45회 발표문 (2004. 5. 7.)	지방자치권에 대한 헌법상의 보장 - 강남구청과 대통령 간의 권한쟁의 (2002. 10. 31. 2001헌라1) -	이광윤
	제46회 발표문 (2004. 6. 4.)	내사종결처분의 법적성질 - 2002. 10. 31. 2002헌마369, 헌법재판소 공보 제74호(2002년), 989면 -	신동운
	제47회 발표문 (2004. 7. 2.)	가족법상의 몇 가지 헌법적 문제 - 호주제의 전통성, 자녀의 성, 이혼숙려기간 -	김상용
	제48회 발표문 (2004. 9. 3.)	헌법재판소 판례의 국제법적 분석	정인섭

제 6 권	제49회 발표문 (2004. 10. 1.)	헌법재판에서의 전통에 대한 심사	윤진수
	제50회 발표문 (2004. 11. 5.)	제법상 유형화·포괄화의 이해 - 그 정당성과 한계를 중심으로 -	박종수
	제51회 발표문 (2004. 12. 3.)	헌법재판소의 정치적 역할: 제한적 적극우의를 넘어서	양 건
	제52회 발표문 (2005. 2. 18.)	탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권	정중섭
	제53회 발표문 (2005. 3. 4.)	수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토	전광석
	제54회 발표문 (2005. 4. 1.)	행정입법과 헌법재판	유지태
	제55회 발표문 (2005. 5. 6.)	양심적 병역거부권에 대한 헌법재판소결정에 대한 검토	박진완
	제56회 발표문 (2005. 6. 3.)	입헌적 공화주의의 헌법이해	이국운
	제57회 발표문 (2005. 7. 8.)	상가건물의 업종제한약정에 대한 헌법적 평가	김성태
	제58회 발표문 (2005. 9. 9.)	원고적격의 정치경제학(II): 대법원의 행정소송법 개 정안에 나타난 객관소송관을 글감으로 하여	조홍식

제 7 권	제59회 발표문 (2005. 10. 11.)	수용자의 서신검열과 통신의 자유	박인수
	제60회 발표문 (2005. 11. 1.)	헌법재판소 심판사건 통계분석	송기춘
	제61회 발표문 (2005. 12. 16.)	한국에서의 자유민주주의와 헌정주의	강정인
	제62회 발표문 (2006. 2. 10.)	명의신탁 증여의제규정의 개정방안	박 훈
	제63회 발표문 (2006. 3. 10.)	지구당의 강제적 폐지의 위헌성	정태호
	제64회 발표문 (2006. 4. 7.)	법적 추론에 대한 법철학적 고찰 - 헌법의 경우 -	김현철
	제65회 발표문 (2006. 5. 12.)	명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유	임지봉
	제66회 발표문 (2006. 6. 9.)	사법적 검토의 재검토: 헌법재판과 비지배적 상호성	곽준혁
	제67회 발표문 (2006. 7. 7.)	생명헌법(bio-constitution)과 체외인공수정잔여배아(surplus embryo in vito fertilization)의 법적지위	강희원
	제68회 발표문 (2006. 9. 8.)	신뢰보호원칙에 대한 헌법재판소의 태도	박경철

제 8 권	제69회 발표문 (2006. 10. 13.)	공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례 비판	이인호
	제70회 발표문 (2006. 11. 1.)	헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권	김선택
	제71회 발표문 (2006. 12. 8.)	헌법의 경제학적 이해	신도철
	제72회 발표문 (2007. 2. 2.)	자기정보통제권에 관한 판례의 평석	권건보
	제73회 발표문 (2007. 3. 9.)	과세의 재산권적 한계	방승주
	제74회 발표문 (2007. 4. 13.)	유럽법상의 기본자유와 기본권의 관계	정문식
	제75회 발표문 (2007. 5. 11.)	병역의무와 성차별금지	김주환
		병역법 제3조 제1항에 관한 소고	윤진숙
	제76회 발표문 (2007. 6. 1.)	입헌주의와 민주주의: 그 “모순적 정합성”에 관한 소고	김성호
	제77회 발표문 (2007. 7. 6.)	행정규칙과 헌법소원심판	김중권
행정규칙의 헌법소원 대상성		정호경	
제78회 발표문 (2007. 9. 7.)	한정위헌청구의 적법성 여부	박순성	
	한정위헌청구의 적법성	황도수	

제 9 권	제79회 발표문 (2007. 10. 5.)	고등학교 학생선발 및 배정방법과 학교선택권의 보장 문제	허종렬
		고등학교 평준화제도에 대한 헌법적 검토	이기우
	제80회 발표문 (2007. 11. 2.)	헌법재판소 재산권 관례의 경제학적 분석	정기화
	제81회 발표문 (2007. 12. 7.)	변호인의 조력을 받을 권리에 관한 헌법재판소 해석 방법론 검토	이완규
	제82회 발표문 (2008. 3. 7.)	헌법재판에서 심판의 기준	김경제
	제83회 발표문 (2008. 4. 4.)	평등권 심사 기준과 방법의 구조화	김주환
	제84회 발표문 (2008. 5. 9.)	미국 연방대법원의 위헌심사기준으로서의 '이중 기준'	이우영
	제85회 발표문 (2008. 6. 13.)	형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부	한수용
	제86회 발표문 (2008. 7. 11.)	보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관 견	정태호
	제87회 발표문 (2008. 9. 19.)	미국의 사전 제재 범리와 2002년 불온통신규제결정의 재발견	박경신
	제88회 발표문 (2008. 10. 10.)	조세국가의 성격 및 구조와 조세입법에 대한 합헌성 심사의 기준	차진아

제 10 권	제89회 발표문 (2008. 11. 14.)	법률유보와 의회유보	방승주
	제90회 발표문 (2008. 12. 12.)	헌법재판소 20년 - 그 명암과 굴곡	이현환
		헌법재판 20년과 행정법	김광수
	제91회 발표문 (2009. 2. 6.)	기본권의 대사인적 효력의 적용	이준일
	제92회 발표문 (2009. 3. 6.)	공무원의 노동3권에 관한 입법형성과 그 한계	김진곤
	제93회 발표문 (2009. 4. 10.)	기본권보호의무의 심사기준으로서의 과소보호금지원칙	이부하
	제94회 발표문 (2009. 5. 1.)	불온서적 지정의 위헌성	이재승
	제95회 발표문 (2009. 6. 5.)	헌법상 제도보장에 있어서 핵심영역의 보장	김대환
	제97회 발표문 (2009. 9. 14.)	헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토	남복현
	제98회 발표문 (2009. 10. 9.)	역 로빈훅 방식의 수용권행사의 위헌성	이인호

제 11 권	제99회 발표문 (2009. 11. 6.)	구 종합부동산법 제7조 등 위헌소원사건에 대한 평석	이동식
	제100회 발표문 (2009. 12. 18.)	우리나라 헌법재판제도의 현재와 미래	김철수
	제101회 발표문 (2010. 2. 19.)	헌법불합치결정의 사례분석에 나타난 한정적 청구와 한정적 판단의 필요성 검토	남복현
	제102회 발표문 (2010. 3. 12.)	법률에 의한 쟁의행위의 금지와 근로삼권의 제한	정인섭
	제103회 발표문 (2010. 4. 16.)	인터넷과 선거운동	황성기
	제104회 발표문 (2010. 7. 2.)	헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선 의무반의 법적 효과	허완중
	제105회 발표문 (2010. 9. 10.)	권한쟁의심판과 법률의 위헌성 심사	차진아
	제106회 발표문 (2010. 10. 15.)	형벌조항에 대한 위헌심사와 책임주의	변종필

제 12 권	제107회 발표문 (2010. 12. 4.)	재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위: 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론	김하열
		원행정처분에 대한 헌법소원	전중익
	제108회 발표문 (2011. 2. 11.)	공무원의 충실의무와 기본권적 지위의 검토	이종수
	제109회 발표문 (2011. 3. 4.)	가산세의 법적 성격과 입법한계	김용희
	제110회 발표문 (2011. 4. 16.)	야간집회금지 헌법불합치결정에 대한 비판적 고찰	이인호
	제111회 발표문 (2011. 5. 13.)	군대내 불온서적 금지 사건 (헌재2010.10.28. 2008헌마638) 평석	김하열
	제112회 발표문 (2011. 6. 10.)	지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제	성낙인
		지방자치단체 자치권의 본질과 범위	이승환
		주민소송·주민투표·주민소환을 중심으로 한 주민참여법제 小考	김병기
		지방자치관련 권한쟁의심판사건의 주요 쟁점	노희범
		지방자치단체의 구역 및 경계에 관한 법적 과제	최우용
	제113회 발표문 (2011. 9. 8.)	현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가	지성우
	제114회 발표문 (2011. 10. 13.)	헌법재판소 미디어법 관련 권한쟁의심판사건 결정들에 대한 비판적 검토	임지봉

제 13 권	제115회 발표문 (2011. 11. 10.)	헌법불합치결정과 그에 대한 국회 및 법원의 반응 - 2006년 6월 이후의 위헌법률심판 (“헌가” 및 “헌바”) 사건을 중심으로 -	방승주
	제116회 발표문 (2011. 12. 9.)	불매운동의 표현행위의 업무방해죄 구성과 합헌적 법률해석의 통제기준 - 서울중앙지방법원 2009노677 판결을 중심으로 -	김진한
		소비자불매운동 규제의 헌법적 한계에 대한 비교법적 고찰 - 영미법을 중심으로 -	박경신
	제117회 발표문 (2012. 3. 15.)	법률에 대한 위헌심사의 기준, 도구(방법), 척도 - 헌재 2010.9.2. 2010헌마418 결정에 대한 비판적 고찰 -	김현철
	제118회 발표문 (2012. 4. 12.)	인터넷 선거운동의 헌법적 쟁점에 관한 검토 - 헌재 2011.12.29. 2007헌마1001 등 결정을 중심으로 -	조소영
	제119회 발표문 (2012. 5. 10.)	친일재산 국가귀속 특별법의 헌법적 쟁점 - 헌재 2011.3.31. 2008헌마141 사건 등을 중심으로 -	이경주
	제120회 발표문 (2012. 6. 14.)	외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰 - 헌재 2011.9.29. 2007헌마1083 등 (외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인 사건) 의 관련 법리분석을 중심으로 -	정태호
	제121회 발표문 (2012. 9. 12.)	일본군 위안부사건에 대한 헌법재판소 결정의 평석	이승우
	제122회 발표문 (2012. 10. 11.)	포괄위임금지원칙의 심사기준	전종익
	제123회 발표문 (2012. 11. 8.)	구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토 - 헌재 2012.5.31. 2009헌바123·126(병합) 사건 등을 중심으로 -	방승주

제 14 권	제124회 발표문 (2012. 12. 13.)	정치과정의 개방성 관점에서 본 시민의 정치적 자유 - 최근의 헌법재판소 결정들에 대한 검토를 중심으로 -	윤영미
	제125회 발표문 (2013. 3. 14.)	한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위 -헌재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에 대한 평석 -	정광현
	제126회 발표문 (2013. 4. 11.)	헌법상 평등의 이념과 심사기준 - 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기 -	김진욱
	제127회 발표문 (2013. 5. 9.)	국가주의와 주민통제 - 주민등록법의 헌법문제를 중심으로 -	한상희
	제128회 발표문 (2013. 6. 21.)	성매매 처벌의 문제점과 대안	이경재
	제129회 발표문 (2013. 9. 4.)	동성혼과 평등권 심사기준 - 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로 -	김지혜
	제130회 발표문 (2013. 10. 10.)	헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타난 문제점 - 성기구 사건(헌재 2013. 8. 29. 2011헌바176)에 대한 평석을 중심으로 -	임지봉
	제131회 발표문 (2013. 11. 14.)	국가목표조항의 기능과 심사기준	명재진

제 15 권	제132회 발표문 (2013. 12. 6.)	자유, 복지, 평등	황도수
		복지 생산을 위한 공·사 기능 분담 - 헌법 해석적 접근 -	장철준
		복지국가와 복지수급권의 보장 - 신뢰보호원칙과 재산권보장을 중심으로 -	이준일
	제133회 발표문 (2014. 3. 13.)	2006헌마328 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사 건에 대한 비판적 검토	정주백
	제134회 발표문 (2014. 4. 10.)	긴급조치 위헌 결정의 문제점 - 심판기준과 심판기관을 중심으로 -	김경제
	제135회 발표문 (2014. 5. 21.)	헌법불합치결정의 문제점	전상현
	제136회 발표문 (2014. 6. 25.)	선거의 민주성과 공정성의 관계 - 공직선거법 제93조 제1항 위헌소원(헌재 2014.4.24. 2011헌바17·2012헌바391(병합))을 중심으로 -	오동석
	제137회 발표문 (2014. 8. 29.)	형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점 - 위헌결정의 소급효제한과 그 제한시점을 중심으로 -	남복현
		최고재판소판례상 인권해석의 최근경향과 그 문제점	戸波江二 (타나미 코지)
		헌법소송론의 위헌심사기준에 관한 학설·판례의 동향	小山剛 (고야마 고우)
	제138회 발표문 (2014. 10. 23.)	재산권의 특수성에 관한 고찰	이황희
	제139회 발표문 (2014. 11. 14.)	불확실성 시대의 위험과 국가의 역할	노진철
	제140회 발표문 (2014. 10. 23.)	유럽인권재판소를 통해 살펴본 지역인권보장체계	김성진
		아시아 지역의 인권기구 설립방안	이상경
		헌법재판에서 국제인권규범의 법원성 검토	김용훈

제 16 권	제141회 발표문 (2015. 3. 12.)	사립학교 규제에 대한 헌법재판소 심사기준의 비판적 검토	이명웅
	제142회 발표문 (2015. 4. 10.)	청소년 보호와 국가후견주의의 한계 - 현재 2014.4.24. 2011헌마659 등, 청소년보호법 제23조의3등 위헌확인의 평석을 중심으로 -	황성기
	제143회 발표문 (2015. 5. 7.)	잊혀질 권리의 헌법적 검토	문재완
	제144회 발표문 (2015. 6. 25.)	보안처분의 확대를 통한 형벌의 강화와 범죄에 대한 국가책임의 회피 - ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’에 관한 판례 평석을 중심으로 -	이준일
	제145회 발표문 (2015. 9. 24.)	헌법소원심판절차에서 심판비용부담 재판이 필요한지 여부 (현재 2015.5.28. 2012헌사496 참조)	최희준
	제146회 발표문 (2015. 10. 16.)	독일 통일 과정과 통일 후 헌법적 문제 - 독일연방헌법재판소의 역할을 중심으로-	배보윤
	제147회 발표문 (2015. 11. 13.)	난민신청자의 지위와 권리에 관한 헌법적 검토	김선희
	제148회 발표문 (2015. 12. 11.)	헌법재판과 언론	박재현 박용현

憲法實務研究 제17권 (2016년)

2017年 5月 印刷

2017年 5月 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印刷 성문인쇄사 02.2272.7553

(非賣品)

