

발 간 등 록 번 호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

憲法論叢

第 29 輯

-創立 30週年 記念 特輯號-



憲法裁判所

발간사

올해로 헌법재판소는 창립 30주년을 맞았습니다. 1988년 출범한 이래, 지난 30년 동안 헌법재판소는 헌법적 가치와 질서를 수호하고 국민의 기본권을 보장하는 최고의 헌법기관으로서 그 역할을 충실히 수행해 왔습니다.

국민의 자유와 권리를 최우선으로 하는 중요한 결정들을 내리며 민주주의와 법치주의의 원칙을 확고히 뿌리내릴 수 있도록 노력한 결과, 헌법은 이제 국민의 삶 속에 스며들어 살아있는 규범으로 자리 잡게 되었으며, 이러한 헌법재판소 30년 역사의 의미를 이번 헌법논총 특집호(제29집) 발간을 통해 기릴 수 있게 되어 매우 뜻 깊게 생각합니다.

이번 특집호에는 편집위원회에서 추천한 헌법학계의 저명한 분들에게 집필을 의뢰하여 받은 7편의 특별기고논문을 게재하였습니다. 그리고 헌법 및 헌법재판에 관련된 주제로 논문을 공모하여 심사위원회 및 편집위원회의 엄정한 심사를 거친 4편의 논문을 게재하였습니다.

헌법재판소의 과거와 미래, 기본권, 권력구조, 헌법소송 등의 주제를 다루고 있는 이 논문들이 헌법과 헌법재판에 대한 국민의 관심과 이해를 높이는데 일조할 수 있기를 바랍니다. 나아가 ‘국민과 함께한 30년’ 동안 헌법재판소가 남겨온 발자취를 되돌아보는 동시에, 앞으로 걸어갈 ‘헌법과 동행할 미래’를 안내해주는 든든한 길잡이 역할을 할 수 있기를 바랍니다.

바쁘신 중에도 기고요청을 흔쾌히 수락해주신 기고자 여러분과, 헌법논총에 많은 관심을 가지고 귀한 논문을 투고해주신 투고자 여러분께 진심으로 감사드리며, 이 책이 발간되기까지 많은 노력을 해주신 심사위원 및 편집위원, 그리고 관계 직원들에게도 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

감사합니다.

2018. 11. 30.

헌법재판소사무처장 김 현 정

目 次

[특별기고논문]

1. 헌법재판소의 도전(挑戰)과 과제(課題) 李康國 9
2. 헌법재판과 헌법실현 許 營 39
3. 양성평등에 관한 위헌심사기준 金文顯 89
4. 사회적 기본권 이론의 형성과 전개 全光錫 ... 143
5. 기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論) .. 金河烈 ... 217
6. 국회법의 헌법적 지침과 한계 韓秀雄 ... 289
7. 정치의 사법화와 헌법재판소의 역할 尹榮美 ... 357

[공모논문]

1. 헌법재판 30년 - 헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?
..... 金性洙 401
2. 민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와
참여민주주의 - 심의민주주의의 관계를 중심으로) .. 李章熙 ... 447

3. 자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무 申弦錫 ... 493

4. 헌법재판소 결정의 법률요건적 효력 許完重 ... 547

〈附 錄〉

憲法論叢 收錄 論文索引 595

특별기고논문

헌법재판소의 도전(挑戰)과 과제(課題)

Challenges and Tasks of the Constitutional Court of Korea

李 康 國(Lee, Kang-Kook)

前 憲法裁判所長

現 法務法人 한결 常任顧問辯護士

- 目 次 -

I. 머리말	11
II. 헌법재판소제도의 도입	11
1. 헌법재판소제도의 선택과 헌법재판소의 창설 배경	11
2. 헌법재판소법의 제정	14
3. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원	15
4. 소결	16
III. 헌법재판소의 도전	17
1. 헌법 수호	18
2. 국민의 자유와 권리의 보장	19
3. 사회의 동화적 통합에 기여	21
IV. 과제	22

憲法論叢 第29輯(2018)

1. 위헌심판권의 일원화	22
2. 위헌결정의 실효성 확보	23
3. 추상적 규범통제절차의 도입	26
4. 헌법재판소의 구성에 관하여	27
가. 민주적 정당성의 강화	28
나. 전문성의 강화	28
5. 제3의 길을 찾아야	31
* 국문초록 및 주제어	34
* 영문초록 및 주제어	36

I. 머리말

헌법재판소가 벌써 창립 30주년을 맞이하게 되었다. 1987년 민주화를 위한 국민적 열망 속에서 탄생한 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다)는 지난 30년간 국가의 최고규범인 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 보장하는 헌법재판기관으로 눈부신 발전과 도약을 거듭하여, 이제는 국민들의 신뢰와 존중을 받는 명실상부한 최고의 사법적 헌법보장기관으로 우뚝 서게 되었다. 지난 10여 년간의 각종 여론조사에서도 헌재는 국민들의 신뢰도와 사회적 영향력에 관한 평가에 있어 국가기관 중 부동의 1위를 계속 유지하고 있으며, 아시아를 넘어 유럽 등과도 어깨를 나란히 하는 최고수준의 세계적인 헌법재판기관으로 높은 평가를 받고 있다.

민주주의와 법치의 수준을 크게 높인 1987년 제9차 헌법개정을 지켜보았고 이어 새 헌법의 중요한 성과물 중의 하나인 헌법재판소의 조직과 운영 등에 관하여 규정한 헌법재판소법의 제정을 위한 실무작업에 직접 참여했으며, 2007년 1월부터 6년간 헌법재판소장으로서 헌법재판에 참여하였던 필자로서는 그동안 헌법재판 전반에 관하여 경험했던 견문과 수집한 자료, 그리고 장래 헌재가 나아가야 할 방향 등에 관하여 기록을 남겨두는 것이 필요하다고 생각하고 있던 중, 마침 헌법재판소의 요청이 있어 이 글을 쓰게 되었음을 미리 밝혀둔다.

II. 헌법재판소제도의 도입

1. 헌법재판소제도의 선택과 헌법재판소의 창설 배경

1987년 10월의 제9차 헌법개정 당시 헌법재판소제도가 도입된 과정을

살펴보면, 현재의 창립은 헌법개정 논의의 초기 단계에서부터 미리 예정되었거나 계획되었던 것이 아니라 논의의 방향이 여러 번 바뀌는 우여곡절 끝에 갑작스럽게 결정되었지만, 결과적으로는 오랜 기간 권위주의 국가권력으로부터 고통을 받으면서도 끊임없이 민주화를 열망하던 우리 국민들에게 하늘이 주신 망외(望外)의 선물이 아닌가 하는 생각을 해본다.

제9차 헌법개정을 위한 논의의 초점은 유신헌법과 그에 이은 1980년 헌법을 철폐하여 대통령 간접선거제를 폐지하고 국민의 손으로 직접 대통령을 뽑아야 한다는 직선제 개헌에 집중되어 있었기 때문에, 대통령을 중심으로 한 권력구조의 문제가 논의의 중심이었을 뿐 위헌법률심판권을 비롯한 헌법재판에 관한 사항은 그리 중요한 관심의 대상이 아니었다. 다만 그 당시 헌법개정 논의를 주도하던 국회 헌법개정특별위원회(개헌특위) 위원들은 암묵적으로는 반민주적이고 권위주의적인 유신헌법과 1980년 헌법은 당연히 철폐되어야 하기 때문에, 유신헌법과 1980년 헌법상의 헌법위원회를 폐지하고 제3공화국 헌법에서와 같이 (대)법원이 위헌법률심판권을 행사하도록 하는 것이 자연스럽고 바람직하다고 생각하고 있었던 것 같았다.

그러나 (대)법원이 위헌법률심판권을 행사하는 것이 바람직하다는 암묵적 공감대는 헌법개정 논의의 후반에 대법원 스스로 이에 대하여 소극적인 입장을 취하게 되면서 크게 흔들리게 되었고, 따라서 이 문제는 원점에서 다시 논의될 수밖에 없게 되었다. 당시 대법원이 이와 같이 소극적인 입장을 가지게 된 데에는 기본적으로는 위헌법률심사권을 비롯한 헌법재판권의 중요성이나 영향력을 간과하였거나 과소평가한 데에 기인한 것이기도 하였지만, 여기에 더하여 과거 권위주의시대에 대법원이 겪었던 아픈 상처의 영향도 작용했던 것으로 보인다. 즉 대법원은 1971년의 국가배상법상 이종배상금지에 대한 위헌판결로 인하여 대법원 판사 9인과 일반법관 48인이 재임명과정에서 제외되었던 아픔이 남아 있었을 뿐만 아니라, 6.29 개헌수용 선언 이후 학생·노동자를 중심으로 한 집회와 시위 등이 전국적으로

확대되고 격렬해지는 상황에서 고위공직자에 대한 탄핵이나 위헌정당해산과 같은 정치적·사회적으로 상당히 민감한 헌법재판사건까지 맡게 된다면 법원이 정쟁의 한가운데에 휩쓸려 또다시 어려움을 겪을 수 있고 그러한 상황에서는 민·형사 등 일반재판사건까지도 공정하고 신속한 재판이 어려워질 수 있다는 염려 때문에 위헌법률심판권을 담당하는 문제에 소극적인 입장을 가지게 되었던 것으로 보인다.

이에 국회 개헌특위는 위헌심판권에 관한 논의를 원점에서부터 다시 할 수밖에 없게 되었는데, 기존의 헌법위원회를 그대로 유지하자는 의견, 탄핵재판소를 별도로 신설하자는 의견 등이 제기되었고, 그 과정에서 일부 위원들이 당시 서독에서 시행되고 있던 헌법소원제도를 도입하자는 의견을 주장하였는데, 그러한 주장이 제기된 이유는 서독에서의 헌법소원제도가 제2차 세계대전 이후 서독 국민들의 자유와 인권을 보장하는데 크게 이바지하였다고 하니 그동안 권위주의체제에 억눌렸던 우리 국민들의 자유와 인권의 보장을 위해서도 이를 도입하는 것이 필요하다는 취지였다고 한다. 당시 국회 개헌특위도 헌법소원제도 자체에 관하여 특별히 사전지식을 가지고 있지는 않았지만, 자유와 인권 보장을 열망하는 국민들에게 좋은 선물이 될 것으로 판단하여 이를 도입하기로 합의하였던 것으로 보인다.

다만 헌법소원제도는 당시 국내 학계에서도 그리 깊이 연구되어 있지 않은 분야였고, 이를 시행하고 있던 유럽에서도 각국의 사정에 따라 각기 다른 형태와 방식으로 운용하고 있었기 때문에 현재의 관장사항으로서 헌법소원의 대상과 범위, 절차 등 구체적인 내용은 하위규범인 법률에서 정하는 것으로 합의가 되어 헌법 제111조 제1항 제5호에서 ‘법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판’으로 규정하게 되었다고 한다.

2. 헌법재판소법의 제정

1987년 10월 헌법개정안이 확정된 직후부터 바로 헌법재판소법 제정작업도 시작되었다. 법무부를 주무부처로 하여 법원, 헌법위원회, 법제처 등의 대표들로 구성된 실무위원회가 구성되어 이를 중심으로 축조식으로 제정작업이 진행되었다. 이미 제2공화국 시절인 1960년 6월의 개정헌법에서 헌법재판소제도를 도입하였던 전례가 있어 당시의 헌법재판소법이 많은 참고가 되었지만, 문제는 역시 우리 헌정사에서 처음으로 도입된 헌법소원에 관한 부분이었다고, 그 중에서도 특히 법원의 재판에 대한 헌법소원, 즉 재판소원에 관한 부분이었다.

국회 개헌특위가 염두에 두고 있었던 서독의 헌법소원제도는 사실 재판소원이 그 중심이었고, 주무부처인 법무부를 자문하던 교수들도 서독유학파가 절대 다수인데다가 권위주의체제의 반인권적 재판을 경험했던 시민단체, 변호사단체 등도 과거의 잘못된 재판을 바로잡기 위해서는 재판소원을 도입해야 한다는 주장이 강력하였다.

그러나 대법원은 재판소원에 대해서는 절대 반대한다는 입장이었다. 즉 서독에서의 재판소원은 보충성의 원칙에 따라 연방대법원(BGH)을 비롯한 연방의 최상급법원의 재판에 대하여 기본권침해 여부를 다시 심판하는 제도인데, 그것을 국내에 그대로 도입하게 된다면 결국 대법원의 재판을 대상으로 하여 헌법소원을 제기하여야 하는 것인바, 이는 대법원의 최고법원성을 명시하고 있고, 3심제를 자명한 법원칙으로 전제하고 있던 헌법과 국민의 법상식에도 반한다는 입장이었다. 나아가 서독 방식의 재판소원을 허용하기 위해서는 재판절차를 포함한 사법체계를 전반적으로 다시 검토하고 조정해야 하는데, 헌법소원제도에 대하여 실제 운영경험을 가지고 있지 못했던 법조계와 학계 모두 그 운영 결과에 대하여 확신을 가지지 못하여 결국 재판소원은 허용하지 않는 것으로 결론을 맺게 되었다.

이러한 내용을 담은 헌법재판소법 초안은 당시 여당이었던 민주정의당이 의원입법 형식으로 제출하기로 하였고, 이에 대하여 야당들도 대한변호사 협회가 준비한 안을 제출하여 국회 법사위의 심의를 거쳐 상임재판관을 6인으로 하고 재판소원을 헌법소원의 대상에서 제외하는 것으로 법사위의 대안이 합의되어 7. 23. 국회 본회의를 통과하게 되었고, 1988. 8. 5. 법률 제 3017호로 공포되어 9. 1.부터 시행하게 되었다.

3. 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원

헌재법 제정과정에서 한 가지 첨언하고 싶은 부분은 헌재법 제68조 제2항의 소위 규범통제형(또는 위헌심사형) 헌법소원에 관한 것이다. 이와 같은 형태의 헌법소원제도는 우리나라에만 있는 독특한 제도이기 때문에, 그 제도의 취지나 성격, 내용 등에 관하여 아직까지도 여러 견해들이 분분하고, 이 제도의 도입경위 등에 관해서도 입법 자료가 없어 그 입법취지 역시 정확하게 알기 어렵다는 지적들이 있어 이에 대하여 설명하고자 한다.

헌재법 제68조 제2항의 헌법소원은 필자가 강력하게 주장한 바에 따라 입법되었다. 필자는 헌법재판소법 제정 실무위원회에 법원 대표로서 참여하였는데, 당시 필자는 1972년 유신헌법 이후 15년간 위헌법률심판기관인 헌법위원회가 개점휴업상태로 단 1건의 위헌법률심판사건도 처리하지 못할 정도로 무력화되거나 형해화되었던 가장 큰 원인은 헌법위원회에 위헌여부의 심판을 제청할 권한을 가지고 있었던 (대)법원이 위헌제청을 제대로 하지 않았던 점에 있다고 보았다. 그리고 이와 같이 (대)법원이 위헌제청에 소극적이거나 부정적이었던 이유는, 그 당시 법원의 분위기가 위헌법률심판제청 등 헌법재판에 관하여 거의 무관심하였거나 소극적이었던 점과 아울러, 과중한 사건들로 인하여 격무에 시달리고 있던 법원의 입장에서는

위헌제청 등을 하게 되면 사건 처리만 지연될 뿐이라는 일부의 곱지 않은 시선들이 겹쳐있어 당사자가 법원에 위헌제청신청을 하더라도 (대)법원이 이를 배척하면서 헌법위원회에 위헌제청조차 하지 않았기 때문이라고 생각하였다.

이러한 상황에서는 새로운 헌재법이 제정된다고 하더라도, 더욱이 재판 소원까지 금지되는 상황에서는 헌법재판이 종전과 같이 유명무실해질 것으로 예상하였고, 그러한 상황에서 탈출구나 해결책을 찾기 위하여 고민한 끝에 다른 나라의 입법례에서도 그 예를 찾기 어렵고 절차와 성격도 분명하지 아니한 새로운 형태의 헌법소원제도를 생각하여 입법화하려고 시도한 끝에 결국 헌재법 제68조 제2항의 새로운 절차를 만들어내는 데 성공하였다. 따라서 이 방식의 헌법소원절차는 법문의 체계상으로는 헌법소원의 한 형태로 규정되어있지만 실제로는 법원의 소극적인 위헌제청권 행사에 대비하여 당사자의 위헌법률제청신청권을 제대로 보장하기 위한 절차로 입법된 것이었다.

이 절차는 지난 30년간의 운영결과 상당한 성과를 거둔 것으로 나타나고 있다. 통계에 의하면 지난 30년간 헌재법 제68조제1항에 의한 헌법소원이 도합 26,000여 건 처리되어 그 중 위헌과 헌법불합치·한정위헌 결정이 된 사건이 187건임에 반하여, 제68조 제2항에 의한 헌법소원에서는 6,318건이 처리되어 그 중 위헌과 헌법불합치·한정위헌 결정이 선고된 사건이 307건에 이르러 위헌법률에 대한 헌법적 통제와 위헌법률로부터 국민의 기본권 구제에 매우 유용하고 효과적인 절차임이 증명되었다. 그리고 이 절차는 이제는 외국에서도 연구·검토의 대상까지 되고 있다.

4. 소결

위에서 살펴본 것처럼 헌법재판소의 창립은 헌법개정 논의의 초기에는

전혀 예상하지 못했던 것이었지만 결국 국민의 자유와 인권보장 등 민주화를 위한 열망의 표현으로 헌법에 도입되었다. 그러나 새 헌법에 근거하여 헌재가 창립은 되었지만 헌법전문가를 포함한 적지 않은 사람들은 헌재가 결국 과거의 헌법위원회처럼 개점휴업 상태를 유지하거나 형식적·명목적으로만 존속하다가 다음 헌법 개정 시에는 다시 폐지될 것이라고 생각하였고, 심지어 헌재법 제정을 위한 실무위원회에서조차 창립 초기에는 헌재에 접수되는 사건이 거의 없을 것이니 헌법이 규정하고 있는 9인의 재판관 중 1인 내지 3인만을 상임으로 하자는 의견이 제기되기까지 하였다.

이처럼 헌법재판소의 창립은 성공을 확신할 수 없는 매우 어려운 결단이었고, 헌재가 헌법실현을 위한 헌법재판을 시작한 이후에도 비난과 견제, 역풍과 논란 등으로 많은 어려움과 시련을 겪기도 하였다. 그렇지만 헌재는 그때마다 헌법의 최고규범성과 국민의 기본권을 보장해야 할 국가의 의무를 일관되게 지적하고 설득하면서 헌법규범과 헌법현실 사이의 괴리를 좁히기 위한 노력을 일관되게 계속하였고, 그에 따라 법의 지배와 기본적인 인권의 보장을 열망하고 있던 국민으로부터 점차 신뢰를 얻게 되면서 헌법재판기관으로서의 위상과 영향력을 확보해 나갈 수 있게 되었다.

결국 헌재의 창립과 발전과정은 ‘시작은 미약하였으나 그 끝은 창대하리라’는 성경말씀이 꼭 들어맞는 한편의 드라마였다고 해도 과언이 아닐 것이다.

Ⅲ. 헌법재판소의 도전

정치적 공동체의 기본적 법질서인 헌법은 모든 국가 법질서의 기초를 형성하는 근본법이면서 최고규범이다. 따라서 헌법은 공동체를 지배하는 지도원리를 정하고 국가기관을 창설하여 권한을 부여하며 모든 법규범의 성립과 존속, 내용·효력의 법적 근거가 되는 것이다. 즉, 헌법은 국법체계

속에서 최고의 단계에 위치하여 법률 등 하위규범의 입법기준과 해석기준이 되며, 국가 통치권행사의 헌법합치성을 평가하는 통제규범이 된다.

그런데 현재의 창립 이전에는 헌법은 명목적·장식적 규범에 불과하였을 뿐이고 특히 헌법의 최고규범성은 헌법교과서에서만 기술되어 있을 뿐 현실에서는 공허한 주장에 불과하였다. 아무도 헌법을 주목하지 않았고 법원과 당시 위헌법률심판기관인 헌법위원회도 이러한 상황을 타개하려는 노력을 하지 아니하여 헌법규범과 헌법현실 사이의 괴리는 실로 대단히 심각하였다.

이러한 상황에서 창립된 현재는 그 초기에서부터 헌법의 최고규범성을 확인하고 강조함으로써 헌법의 이념과 가치를 수호하고 국민의 자유와 인권 등 기본권을 보장하며 나아가 우리사회의 동화적 통합을 추구해야 하는 매우 어려운 과제를 담당할 수밖에 없었다.

1. 헌법 수호

우리 헌법은 최고규범성을 명문으로 인정하고 있지 않지만 헌법 제107조에서 위헌법률심판절차 등을 정함으로써 이를 간접적으로 표현하고 있다.

앞에서 본 바와 같이 현재가 창립될 당시만 해도 헌법은 법전 속의 장식물에 불과하였으며 헌법의 최고규범성은 장식적·선언적·명목적 의미가 강하였다. 따라서 법률을 비롯한 하위규범들은 헌법과의 관계는 전혀 검토되지 아니한 채 개별적·독자적·국가편의적으로 입법되었으며, 그 결과 위헌적인 규범들이 국민의 생활을 지배하면서 국민의 자유와 기본적 권리들을 침해하고 있었다.

이러한 상황에서 현재는 창립 이후 지난 30년 동안 헌법재판을 통하여 헌법의 최고규범성을 확인하고 강조하면서 헌법에 위반되거나 저촉되는 하위규범들에 대하여 추상같은 위헌선언을 함으로써 국민들의 기본권을 회복

시켜 보장하고 나아가 국법체계를 다시 정리·정돈할 수 있게 되었다.

현재는 창립 초기인 1989. 7. 21. 89헌마38 결정에서 ‘국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력 근거가 되는 동시에 해석 근거가 되는 것’이라고 판시하고, 그 외에도 1997. 12. 24. 96헌마172 결정, 2003. 2. 11. 2001헌마386 결정, 2008. 9. 25. 2006헌바108 결정, 2014. 4. 24. 2011헌가29 결정 등에서 헌법의 최고규범성을 확인하고 강조하는 노력을 다각도로 계속하였다. 그 결과 이제 헌법은 법전속의 단순한 장식물이나 관념적으로만 존재하는 규범이 아니라, 입법·사법·행정 등 모든 국가기관의 권력행사를 통제하는 통제규범이 되었으며, 국민의 일상생활 속에서 실현되고 발전하고 지배하는 생활규범이 되었다. 이제는 국회가 입법을 하는 경우나 행정부가 행정입법 등 집행권을 행사하는 경우에도 제일 먼저 헌법과의 관계를 검토하고 헌법에 저촉되는지의 여부를 심사할 수밖에 없게 되었으며, 법원 역시 민·형사 등 일반 재판을 하는 경우에도 당해 사건에 적용해야 할 근거 법령이 헌법에 위반되는지 여부를 최우선적으로 따져볼 수밖에 없게 되었고 또한 헌법 자체가 재판에 바로 적용되는 재판규범이 되기에 이르렀다. 이로써 헌법의 최고규범성은 현재에 의하여 비로소 확고하게 추구되고 보장될 수 있게 되었으며 우리나라의 국법체계는 비로소 전체로서 체계완결성을 갖추어 나갈 수 있게 되었다.

2. 국민의 자유와 권리의 보장

가. 헌법의 최고규범성을 확립하고 헌법의 이념과 가치를 수호하는 이 유는 결국 헌법에 포함된 국민의 기본권을 보장하는데 그 주된 목적이 있다. 현재는 창립 이래 위헌법률심판과 헌법소원심판 등을 통하여 침해된 국민의 기본권을 회복하고 이를 보장하는 책무를 핵심적 과업으로 삼아 왔

으며, 이 부분에서 빛나는 성과를 이룩하면서 더욱 큰 국민의 신뢰를 받게 되었다.

이 부분에 관하여 좀 더 구체적으로 살펴보자면, 현재는 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’의 보장을 모(母) 기본권으로 파악하고 이 규정을 헌법이념의 핵심이며 객관적 원리로서의 성격을 가지고 있다고 보았으며, 여기에서 인격권, 생명권, 자기운명결정권, 성적자기결정권, 알권리 등 여러 중요한 기본권을 도출하는 근거로 삼았다.

또한 현재는 모(母) 기본권을 기초로 하는 행복추구권을 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 행사할 수 있다는 포괄적 의미의 자유권으로 파악하여 이로부터 자기운명결정권, 성적자기결정권, 개인정보자기결정권, 소비자의 자기결정권 등을 창출하고 발전시켜 왔다.

현재가 지난 30년간 ‘인간으로서 존엄과 가치’를 기본으로 하여 자유권, 평등권, 사회적 기본권, 절차적 기본권 등의 각 분야에서 국민의 기본권 보장에 진력한 사례들은 무수히 많지만, 우리 사회에서나 학계에서 특히 주목한 대표적인 사례는 다음과 같이 추려볼 수 있을 것이다.

즉, 구 사회보호법 제5조 제1항의 필요적 보호감호제도에 대한 위헌(1989. 7. 14. 88헌가5 등), 국가보안법 제7조1항, 5항에 대한 한정합헌(1990. 4. 2. 89헌가113), 동성동본 혼인금지를 정한 민법 제809조 제1항에 대한 헌법불합치(1997. 7. 16. 95헌가6 등), 민법 제764조의 사죄광고에 대한 위헌(1991. 4. 1. 89헌마160), 민법 제781조 제1항의 부성(父姓)주의에 대한 헌법불합치(2005. 12. 22. 2003헌가5 등), 호주제에 대한 헌법불합치(2005. 2. 3. 2001헌가9 등), 국적결정에서 부계혈통주의에 대한 위헌(2000. 8. 31. 97헌가12), 영화 등 표현물의 사전검열에 대한 위헌(1996. 10. 4. 93헌가13 등), 제대군인 가산점제도에 대한 위헌(1999. 12. 23. 98헌마363), 선거구획정 시 선거구간 인구편차에 대한 위헌(2001. 10. 25. 2000헌마92 등), 재외

국민의 참정권 제한에 대한 위헌(2007. 6. 28. 2004헌마644), 비례대표선거에서 정당투표를 배제한 1인 1표제에 대한 위헌(2001. 7. 19. 2000헌마91 등) 결정 등은 국민들의 개인적인 삶과 아울러 우리 사회의 발전과 변화에 커다란 영향을 미쳤다고 평가되고 있다.

3. 사회의 동화적 통합에 기여

국가는 사회공동체가 일정한 가치체계 내지 문화적 기초를 바탕으로 정치적 일원체로 동화되고 통합되어가는 끊임없는 과정이고, 헌법은 그 과정에서의 법질서이며 기본권은 동화적 통합의 가치지표 내지 실질적인 원동력으로 이해되고 있다.

현재는 지난 30년간 헌법의 최고규범성을 강조하고 국민의 기본권 보장에 진력함으로써 우리 사회의 대립과 분열을 가져왔던 매우 예민하고 어려운 많은 문제들을 헌법에 기초하여 평화적으로 종결하였으며, 그로써 국가사회적인 논란들이 종식되어 우리사회의 동화적 통합에 크게 기여하였다. 특히 사회적 강자와 다수자에 의한 권력행사에 대하여 사회적 약자와 소수자들이 자신들에게 부여된 규범통제신청권, 헌법소원청구권 등을 이용하여 제기한 비판과 반대는 격렬한 정치적·사회적·물리적 투쟁 대신에 사회적 공론화의 과정으로 평화롭게 이행될 수 있게 되었으며, 그러한 과정을 통하여 우리 사회의 문제해결 능력이 획기적으로 제고될 수 있게 되었다.

위에서 열거한 현재의 결정들 뿐만 아니라, 특히 최근에 우리사회를 갈등·대립과 분열로 치닫게 했던 대통령에 대한 탄핵심판(2017. 3. 10. 2016헌나1결정, 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정)과 위헌정당에 대한 해산명령(2014.12.19. 2013헌다1), 양심적 병역거부자 처벌에 대한 헌법불합치(2018. 6. 28. 2011헌바379등) 사건 등은 헌법이 사전에 규정해 놓은 방법과 절차에 따라 평화적으로 종결됨으로써 우리 사회의 대립과 분열을 끝내고 다시

동화적 통합으로 나갈 수 있게 되었으며, 이로써 대한민국이 민주적 법치 국가이고 선진 헌법재판국가임을 전 세계에 과시할 수 있게 되었다.

IV. 과제

헌재가 지난 30년간 각고의 노력을 경주한 결과 이제 헌재는 최고의 헌법수호기관으로서의 위상과 영향력을 확보하였지만, 국민들의 더 깊은 신뢰와 존중을 받기 위해서는 다시 한 번 혁신과 도약을 준비해야 할 것이다.

특히 다음과 같은 문제에 대한 논의와 검토가 이루어져야 한다고 본다.

1. 위헌심판권의 일원화

헌법 제107조 제1항에서는, ‘법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다’고 규정하고, 제2항에서는 ‘명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.’고 규정함으로써 법률과 법률 하위의 규범에 대한 위헌심판권을 분리하고 있다. 이러한 위헌심판권의 이원화는 1948년 제헌헌법에서 위헌법률심판권을 행사하는 헌법위원회와 일반법원의 행정 재판권을 구별하기 위한 방법으로 규정되었던 것인데, 그 이후에도 무비판적으로 답습되어 현행 헌법에 이르기까지 같은 취지의 규정을 두게 되었다. 그러나 이러한 위헌심판권의 이원화는 현행 헌법과 현재의 헌법재판제도 아래에서는 상당한 문제를 내포하고 있다. 즉 헌법재판소의 법률에 대한 해석과 법원의 법률 이하의 규범에 대한 해석이 상이할 수 있기 때문에 헌재와 대법원사이에 헌법해석의 저축 및 충돌 가능성의 문제가 매우 심각하게 제기될 수 있기 때문이다.

즉, 헌법 제107조 제1항에 의하면 (대)법원은 헌법재판소가 재판의 근거 법률에 대한 위헌여부를 결정하면서 행한 헌법해석에 기속되는 것이지만, 명령·규칙·처분에 대하여는 헌법 제107조 제2항에 의하여 독자적으로 헌법해석을 할 수 있기 때문에 헌법재판소와는 다른 헌법의 해석과 판단을 할 수 있는 것이다. 이러한 문제는 위임명령과 집행명령 등이 한층 더 증가할 수밖에 없는 현대복지행정국가에서는 더욱 심각해질 우려가 있다. 또한 이 문제는 뒤에서 보는 바와 같이 현재의 결정이 변형결정의 형식으로 표시되는 경우에는 현재결정의 실효성 확보 문제와도 겹쳐 더욱 혼란스러울 수 있다. 물론 현재는 창립 초기부터, 많은 사례를 통하여 헌법 제107조 제2항에 의한 (대)법원의 위헌심판권은 명령·규칙 등이 구체적인 소송에서 재판의 전제가 된 경우에 (대)법원이 그 위헌성을 심판할 수 있다는 취지이므로 국가의 공권력 행사의 한 형태인 명령과 규칙에 의하여 직접 기본권을 침해받은 국민은 헌법소원의 방식으로 그 위헌여부를 직접 현재에 심판청구 할 수 있다고 판시함으로써(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 1996. 10. 4. 94헌마68등) 이 문제에 대한 법적 모순과 법적 혼란을 최소화하려는 노력을 해왔지만 완전한 해결책은 아닐 것이다.

결국 다음 헌법개정 시에는 이 문제를 정리하여 헌법적으로 해결하는 것이 순리일 것이고, 그 해결책은 법률뿐만 아니라 명령·규칙·조례·처분 등에 대한 위헌여부의 심판권, 즉 모든 규범에 대한 헌법적 통제권은 현재가 통일적으로 관장하도록 하고 법원은 위법여부에 대한 심판권만을 행사하도록 하여 위헌심판권을 일원화 하는 것이 바람직할 것이다.

2. 위헌결정의 실효성 확보

헌재법 제47조 제1항, 제2항에는 ‘위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하고, 법률의 위헌결정은 법원과 그

밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다'고 규정되어 있다.

그러나 널리 알려져 있는 바와 같이 단순위헌결정이 아닌 한정위헌, 한정합헌, 헌법불합치 결정 등과 같은 소위 변형결정에 대하여 대법원은 이러한 변형결정이 현재의 단순한 견해표명에 불과하다고 하여 그 기속력을 부정해 왔다. 즉 현재는 1995. 11. 30. 94헌마40등 사건에서 구 소득세법 제23조제4항 단서, 제45조 제1항 제1호 단서는 '실지거래가액에 의할 경우를 그 실지 거래가액의 의한 세액이 그 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.'고 선언한 바 있었는데, 이에 대하여 대법원은, 법률의 해석·적용은 사법권의 본질적 내용을 이루는 것으로서 전적으로 대법원을 최고 법원으로 하는 법원에 전속된 고유 권한이므로 한정위헌결정에 표현되어 있는 헌법재판소의 법률해석에 관한 견해는 법률의 의미, 내용과 적용범위에 관한 헌법재판소의 견해를 일응 표명한 것에 불과하므로 법원에 대하여 기속력을 가질 수 없다고 하면서 현재결정의 기속력을 부정하고 현재 결정에 반하는 판결을 선고한 바 있다.(대법원 1996. 4. 9.선고, 95누11405판결)

이에 대하여 현재는 다시 1997. 12. 24. 96헌마172 등 사건에서 '법원이 현재가 위헌으로 선언 또는 확인한 법률을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 경우에는 법원의 판결도 헌법소원의 대상이 될 수 있는 것이므로 이에 대하여는 현재가 다시 최종적으로 심사함으로써 헌법의 최고규범성을 실현하고 관철하여야 한다.'고 판시하면서 대법원 판결을 취소하는 사태까지 일어나게 되었다.

한정위헌과 헌법불합치 결정을 소위 변형결정이라고 하면서 이를 단순위헌결정과 다른 것이라고 보아 현재 결정의 기속력을 부정하는 견해는 한정위헌결정 등에 관한 이해의 부족에서 기인한 것으로 보인다.

즉, 일반 재판절차에서 법률의 해석·적용권한은 법원의 배타적인 고유 권한이지만, 구체적 규범통제절차에서 심판대상인 법률조항의 내용을 분명

히 하는 해석·적용의 과정은 위헌여부의 판단에 앞서는 필수적인 전제로서 이 때 심판대상인 법률조항에 대한 해석·적용의 권한은 현재의 고유권한에 속하는 것이다. 그리고 헌재가 규범통제절차에서 당해 법률조항에 대한 특정한 해석이나 적용 부분만이 위헌이라고 판단하는 경우에는 그 부분에 한정하여 위헌으로 해석할 수밖에 없는 것이므로 한정위헌결정도 결국 일부 위헌결정의 한 방식으로서 법원 기타 국가기관을 기속하는 것으로 보아야 할 것이다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117 참조). 우리 현재의 모델이었던 독일연방헌법재판소 역시 명문의 근거 없이 1958년부터 꾸준히 변형결정의 주문을 활용하여왔고 독일연방대법원(BGH)을 비롯한 연방의 상고심법원들 역시 전혀 이의 없이 변형결정의 기속력을 긍정하여 왔다. 그럼에도 이를 명문으로 분명히 하는 것이 바람직하다는 학계의 권유에 따라 1970. 12. 21. 독일연방헌법재판소법의 제4차 개정에 의하여 변형결정의 기속력을 인정하는 근거를 마련하여 입법적으로 해결하였음은 우리에게도 참고가 될 수 있을 것이다.

나아가 이러한 법리적 논쟁을 차치하더라도 국민의 입장에서 본다면, 헌법소원이나 위헌제청신청을 하여 자신의 기본권을 제한하고 있던 법령이나 국가의 공권력 행사 등에 관하여 위헌결정의 한 형태인 한정위헌결정 등을 선고받았으나 그 결과가 법원에 의하여 부정되어 결국 국민의 자유와 인권 등 기본권을 실질적으로 보장받지 못하게 된다면 이는 국가기관들이 국민을 상대로 권한다툼을 하면서 국민을 허탈하게 만들고 준법정신과 법치국가에 대한 믿음까지 흔들어 놓는 결과가 될 수도 있는 것이다.

결국 이 문제는 독일의 예에 따라 입법적으로 해결할 수 있겠지만, 그 이전에도 현재는 보다 치밀한 논증을 전개하여 법원을 포함한 다른 국가기관에 대하여는 결정의 설득력을 강화하여야 할 것이고, 국민에 대하여는 결정에 대한 신뢰를 제고하는 노력을 경주해야 할 것이다.

3. 추상적 규범통제절차의 도입

추상적 규범통제절차는 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되지 않는 경우에도 법률에 대한 위헌여부를 심판할 수 있는 제도이다.

구체적 규범통제절차에서 헌재가 법률 등에 대한 위헌결정을 하는 경우 그 규범들은 무효가 됨으로써 국가의 법질서에는 큰 혼란과 공백이 생겨나고 법적 불안정은 법치주의의 근간을 위협할 수도 있다.

특히 최근의 간통죄, 혼인빙자간음죄, 집회 및 시위에 관한 법률 위반죄 등에 대한 위헌, 헌법불합치결정에서 보는 바와 같이 오랜 기간 국민들의 생활을 규율해오던 형벌법규들이 뒤늦게 위헌·무효로 선언된다면 그에 대한 소급효까지 겹쳐 상당한 국가적·사회적 혼란을 초래할 수 있을 것이다.

물론 현재는 이러한 문제를 해결하기 위하여 ‘소급효제한조치’, ‘헌법합치적 법률해석의 원칙’, ‘규범유지의 원칙’, ‘명확성의 원칙’, ‘헌재 자제론’ 등을 활용하기도 하지만, 그러한 방법들만으로는 법적 혼란이나 법적 방향, 그로 인한 국력의 낭비를 막아내기가 쉽지 않을 것이다.

따라서 정치적·사회적 논쟁의 여지가 많거나 국민들의 이해관계가 크게 충돌하는 법안 등이 국회를 통과한 경우에는 그 법률이 구체적 사건에서 재판의 전제가 되지 않는다고 하더라도 일정한 자격을 갖춘 청구인들의 청구에 의하여 해당 규범의 위헌여부에 관하여 판단 받을 수 있도록 한다면 해당 규범이 장기간 유효하게 시행된 끝에 때늦게 위헌결정을 받아 무효가 되는 법적 혼란과 국력의 낭비를 상당 부분 막을 수 있을 것이다. 뿐만 아니라 이 제도는 국회 다수당의 일방통행 식의 횡포에 대한 소수정파의 보호를 위하여 강력한 견제장치가 될 수 있으므로 격렬한 정치적 충돌과 사회적 분열·대립을 조기에 막아 정치적 평화를 가져올 수 있다는 장점도 매우 클 것이다.

독일에서는 추상적 규범통제절차가 일찍부터 활용되어 의회를 통과한 법

안에 대하여 조기에 위헌여부를 가려줌으로서 법적 혼란과 방향을 막고 나아가 의회에서 다수당의 횡포에 대한 소수정파의 입장을 보호함으로써 정치적 평화를 유지하는데 상당한 역할을 하고 있음은 우리에게도 큰 시사점을 주고 있다고 생각된다. 특히 추상적 규범통제절차는 소위 국회 선진화법에 대한 개폐가 논의되는 마당에 유력한 대안으로 검토해 볼 수도 있을 것이므로 다음 헌법개정 시에는 현재의 관장사항으로 추상적 규범통제 절차를 도입하는 문제를 진지하게 검토할 필요가 있을 것이다.

4. 헌법재판소의 구성에 관하여

헌법재판은 헌법적 분쟁에 대하여 이를 유권적으로 해결하는 헌법실현작용으로서 헌법의 규범력과 실효성을 보장하고 국가권력으로부터 국민의 기본권을 보호하며 국가작용의 합헌성을 통제하는 절차이다. 또한 헌법재판은 원칙적으로는 규범통제절차이기 때문에 헌법의 해석과 더불어 법률의 해석이 필수적으로 선행되어야 하는 것이다. 그런데 헌법의 해석과 법률의 해석은 다 같이 그 규범의 내용과 의미를 구체화하고 확정하는 절차이지만 특히 헌법의 경우에는 헌법규범 자체가 가지고 있는 고도의 정치성과 추상성, 개방성, 불완결성, 이념성 등으로 인하여 법률규범에 대한 해석에 비하여 규범을 보충하고 형성하는 방향과 정도가 훨씬 크고 깊을 수밖에 없는 것이다.

따라서 법률규범에 대한 해석 방법으로 오랫동안 통용되어 왔던 v.Savigny의 전통적 해석방법은 헌법규범의 해석 방법으로는 부적절하거나 부족할 수밖에 없음이 드러났고 이제는 그 대안으로 구체적 논점, 즉 Topoi를 중심으로 하는 헌법해석론이 대세를 이루고 있다. 그러므로 현재의 재판에 있어서도 헌재가 헌법의 이념과 가치, 그리고 구체적 헌법 조문을 어떠한 방향에서 어떻게 해석할 것인가가 대단히 중요하고, 그러한 점에서 헌법에 대한 해석능력은 헌법재판소의 수준을 좌우하는 척도가 되는 것이다.

따라서 헌법재판 전문기관으로 특별히 설치된 우리 헌재가 선진국 수준의 헌법재판기관으로 한 단계 더 도약하기 위해서는 무엇보다도 헌법의 해석능력과 해석의 수준을 제고하는 것이 대단히 중요한 과제가 되었다.

나아가 헌재는 수준 높은 헌법규범과 법률규범 등에 대한 해석 능력으로 무장하여 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 보장하여야 하며 국가권력을 기능적, 효율적으로 통제하여 우리사회를 동화적으로 통합해야하는 막중한 소임을 다해야 하는 것이다.

이와 같이 헌재는 높은 수준의 헌법해석과 헌법적 해명을 통하여 대통령과 국회의 권력행사를 통제하고 심판해야 하는 것이므로, 이러한 헌재의 권한행사와 권위 등을 뒷받침하기 위해서는 그에 걸맞게 헌재의 구성에 있어서도 고도의 민주적 정당성을 갖춰야하고 아울러 법치주의의 구체적 표현인 전문성의 원칙도 한층 더 강화되어야 할 것이다.

가. 민주적 정당성의 강화

헌재의 위헌심판권은 국민으로부터 위임받은 것이므로 그 실질과 기능에 맞는 민주적 정당성을 갖추어야 한다. 우리 헌법상 그러한 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 헌재의 구성, 특히 헌법재판관의 임명에는 국민으로부터 직접 선출되어 가장 강력한 민주적 정당성을 부여받고 있는 대통령과 국회에 의하여 선출되고 임명되는 것이 중요하다.

나아가 이러한 선출과 임명의 과정을 거치면서 현대 민주주의의 다원주의적 성격이 반영되고 헌법해석에 있어서 관점의 다양성까지 확보할 수 있는 제도적 장치를 갖출 수 있다면 헌재의 민주적 정당성은 더 한층 강화될 수 있을 것이다. 이 부분은 뒤에서 상술하고자 한다.

나. 전문성의 강화

(1) 민법 등 사법(私法)과는 다른 헌법의 규범구조적·규범기능적

특성을 고려하고 헌법재판의 정치적 중립성과 독립성을 확보하기 위해서는 현재의 구성에 있어서 민주적 정당성의 확보와 아울러 헌법의 해석과 적용을 통하여 헌법의 우위를 확보할 수 있는 현재 재판관의 전문성 강화가 매우 중요하다. 이러한 입장에서 보자면, 현재 재판관은 민·형사 등 일반재판을 위한 법률지식 뿐만 아니라 헌법이 갖는 공동체의 근본 질서와 가치, 사회공동체의 존속과 발전, 역사와 미래에 대한 전망과 통찰력 등에 대한 특별한 전문성을 갖춘, 즉 우리 사회의 현자(賢者)들을 구성원으로 참여시켜 우리 사회를 이끌어 나갈 수 있도록 하는 노력이 필요할 것이다.

(2) 나아가 현재 재판관의 임명절차도 검토할 필요가 있다. 우리 헌법에 의하면 현재소장 등에 대한 국회의 임명동의에는 헌법 제49조에 의하여 국회 재적의원 과반수의 출석과 과반수의 찬성으로 의결된다. 그러나 독일에서는 상·하원에서 각각 재적의원 2/3 이상의 찬성을 얻어야 하는 취지로 규정되어 있다. 독일에서 현재 재판관의 선출에 관하여 특별히 이러한 기준 정족수를 요구하는 이유는, 현재 재판관의 민주적 정당성과 아울러 정치적 독립성·중립성을 강화하기 위한 것이며, 다른 한편으로는 정치적·사회적 편향성이 심한 재판관의 선출을 예방하기 위한 것으로 해석되고 있다. 우리도 현재 재판관의 선임에 관해서는 독일의 사례를 진지하게 검토해 볼 필요가 있다고 생각한다.

다. 이러한 점들을 종합해 보면 현행법상 대법원장의 현재 재판관 3인의 지명권은 그 자체 상당한 문제를 안고 있다. 즉, 헌법 제111조 제2항, 제3항과 현재법 제6조에 의하면, 현재 재판관 9인은 모두 대통령이 임명하되 그 중 3인은 국회에서 선출하는 사람, 3인은 대법원장이 지명하는 사람을 임명한다고 규정하고 있다.

이 규정은 앞서 본 바와 같이 과거 제2공화국 시대의 헌법재판소의 구

성에서 영향을 받은 것이지만 그동안 운영 결과에 비추어 보면 문제가 있다.

먼저, 대법원장이 지명하는 3인의 재판관에 대하여는 민주적 정당성에 있어서 의문이 제기된다. 대법원장은 국회의 동의를 받아 대통령에 의하여 임명될 뿐 대통령이나 국회와 같은 높은 수준의 민주적 정당성을 가지고 있지 못하다. 앞서 본 바와 같이 정치적 사법기관인 현재의 가장 중요한 구성요소인 현재 재판관은 정치적·사회적 분쟁을 헌법에 근거하여 심판하고 국가·사회를 동화적으로 통합해야 하는 헌법기관인 만큼 고도의 민주적 정당성이 확보되어야 하는 것은 당연할 것이다. 따라서 민주적 정당성이 상대적으로 취약한 대법원장이 현재 재판관 3인을 지명하는 현행 제도는 현재의 민주적 정당성을 약화시키는 것이므로 시정되어야 할 것이다. 더욱이 구체적이고 실무적인 면에서 보더라도 대법원장이 대법관의 임명을 제청하는 경우에는 후보자들에 대한 추천광고를 하고 대법관제청자문위원회의 심사와 자문을 거친 후 임명제청을 하고 있음에 반하여, 같은 예우를 받도록 규정되어 있는(헌재법 제15조) 현재 재판관의 지명에 있어서는 그러한 절차 없이 대법원장 단독으로 (독임적으로) 지명권을 행사하고 있는 것은 양자 사이의 균형을 잃은 것으로 바람직하지 않다고 생각된다.

둘째, 대법원장이 3인의 현재 재판관을 지명하는 현행제도는 현재의 정치적 독립과 정치적 중립성을 위협할 수 있다. 앞서 본 바와 같이 현재의 9인의 재판관 중 대통령이 3인을 임명하고 대통령에 의하여 임명된 대법원장이 3인을 지명하게 되는 경우에는 대법원장이 대통령의 영향력을 배제하고 지명권을 독자적으로 행사할 수 있을지 염려되지 않을 수 없다. 만일 대법원장이 독자적으로 지명권을 행사하지 못하게 된다면 결국 대통령은 현재 재판관 6인과 국회에서 선출되는 여당 몫의 재판관까지 합하여 최소 7인의 현재 재판관에 영향을 미칠 수 있게 되어 위헌 등의 인용 정족수 6인을 쉽게 확보할 가능성이 있어 현재가 대통령의 영향력을 벗어나기 쉽지

않은 상황이 될 수 있다.

따라서 현재의 정치적 독립성과 중립성을 제고하고 민주적 정당성을 강화하기 위해서라도 대법원장의 현재 재판관 3인의 지명제도는 개선되어야 할 것이다.

라. 앞서 본 바와 같이 현재 재판관은 현재의 가장 중요한 구성요소임에도 1987년 헌법 개정 당시에는 헌법재판소제도가 갑작스레 도입되다 보니 재판관의 구성도 제2공화국 헌법상의 헌법재판소 구성을 참조하여 입법·사법·행정의 3권력이 3인씩 선임하는 것으로 결정되었지만, 창립 30년이 지나면서 현재와 현재 재판관의 중요성과 영향력을 경험한 이상 이제는 현재 재판관의 민주적 정당성과 전문성을 강화하는 문제 등을 다시 진지하게 검토할 필요가 있다.

우선 현행 현재 재판관의 임기 6년은 국내의 다른 공직자의 임기보다는 상당히 장기이지만 전 세계적으로는 가장 짧은 기간에 속하는 편이어서 현재 업무의 일관성·계속성을 유지하는 것이 쉽지 않을 것이므로 임기를 연장하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 이와 반대로 현재 재판관의 연임이나 중임은 자칫 현재의 정치적 독립성과 중립성에 여러 부작용을 불러올 수 있기 때문에 허용되어서는 안 될 것이다.

결국, 필자의 결론으로는 현재 재판관의 임기는 9년으로 연장하고, 3년마다 1/3씩 개임하며, 중임이나 연임은 불가하도록 하고, 그 전원을 국회에서 재적의원 2/3 이상의 찬성으로 선출하여 대통령이 임명하는 방식이 가장 바람직할 것이라고 생각된다.

5. 제3의 길을 찾아야

가. 현재는 창립 당시부터 독일의 헌법재판제도에 크게 영향을 받아왔

다. 독일의 헌법재판제도와 법리가 모델이 되어왔고 독일연방헌법재판소의 판례가 참고 되었으며, 독일의 자료들은 신속하게 수입되고 번역되어 검토 되어 왔다. 그러나 30여년이 경과한 이 시점에서는 상황이 크게 변화였다. 그 사이 현재 재판관들과 헌법연구관들 뿐만 아니라 헌법학 교수들까지도 미국 유험학파가 크게 증가하였으며 독일자료 보다는 미국자료가 훨씬 많이 수입되고 참고가 되는 시대가 되었다. 자유와 인권, 법치 등과 같은 인류의 보편적 가치와 이념을 구체화 하는 헌법재판의 법리와 방식에 관하여도 미국법, 특히 미국 연방대법원의 영향력이 크게 강화되었다.

그 결과 이제는 현재의 재판실무에서도 위헌심사의 기준과 방식 등에 관하여 미국연방대법원과 독일연방헌법재판소의 법리가 충돌하는 경우도 발견되고 있다. 따라서 이제 현재는 지금까지 모델로 삼아왔던 독일법 체계를 더욱 심층적, 지속적으로 받아들이고 연구하여 우리 재판실무에 활용하여야 할 것이지만, 나아가 미국법의 이론과 실무도 더욱 적극적으로 받아들이고 깊이 연구하여 헌법재판의 전문성을 강화하는 노력이 필요하게 되었다. 따라서 현재는 헌법해석과 위헌심판의 법리와 기준 등에 관하여 우선 독일법리와 미국법리의 융광로가 되어야 할 것이다. 그리하여 독일과 미국 수준에 버금가는 헌법재판의 선진국 수준에 도달하여야 할 것이고, 더 나아가 미국과 독일의 헌법재판 수준을 넘어서서 우리나라의 역사와 문화·전통에도 맞는 ‘제3의 길’을 찾아야 할 것이다. 그리고 이렇게 찾은 제3의 길을 아시아 지역을 포함한 신생 헌법재판국가에 널리 확산시켜 새로운 세계적 규준이 되도록 노력해야 할 것이다.

헌법재판소가 수년간의 노력 끝에 2011. 1. 10. 개원한 헌법재판연구원은 바로 이러한 목적으로 창립된 기관이므로 제3의 길을 찾는 연구를 장기적·계속적으로 진행한다면 좋은 결과를 얻을 것으로 기대할 수 있을 것이다.

나. 우리사회에서 제3의 길을 찾아야 할 부분이 또 있다. 현재 우리사

회는 이념적 대립과 갈등으로 4분5열되어 있으며, 상대 진영에 대한 적대감과 분노가 도를 넘고 있다. 원래 우리나라는 종교적 분쟁이 없을 정도로 매우 선진적 사회였음에도 이념문제가 정치적 투쟁과 결부되면서 우리 사회는 철지난 이념적 대립의 전쟁터가 되었고 그로 인한 국력의 낭비와 사회적 혼란은 우리사회의 안정과 발전을 가로막는 암적 장애물이 되고 있다.

국민들은 우리사회가 언제부터 보수와 진보의 사생결단식 싸움터가 되었는지 영문을 몰라 하면서 크게 걱정하고 불안해하고 있다. 인류의 역사를 돌이켜보더라도 보수와 진보는 특정시대의 정치·사회·경제적 문제를 해결하기 위한 수단과 방법이었고 그 자체가 목표이거나 지향점은 아니었다.

따라서 보수와 진보는 비행기의 두 날개처럼 상호 경쟁하고 견제하는 대안적 관계이지 타도나 부정의 대상이 아닐 것이다. 보수는 건강하고 따뜻한 보수로, 진보는 겸손하고 책임 있는 진보를 지향하면서 국민들의 마음을 얻도록 경쟁하고 진화하면서 발전해야 할 것이다.

이제 보수와 진보의 대립과 갈등을 극복하기 위해서는 우리사회는 보수와 진보를 뛰어넘는 제3의 길을 모색해야 할 것이고, 그 제3의 길은 바로 '국리민복'이 되어야하지 않을까 생각된다. 즉 국가사회에 이롭고 국민들이 행복할 수 있는 국태민안의 관점에서 국가사회의 정책과 방향이 결정되고 집행되어야 할 것이다.

헌법재판의 경우에도 마찬가지라고 믿는다.

헌법재판관의 성향이 보수인지 진보인지를 먼저 따지는 현재의 풍토에서 우리 헌법재판관들도 지나치게 어느 한쪽에 경도되어 있다는 평가를 받지 않도록 오로지 헌법과 법률에 따라서, 그리고 국민과 역사의 심판만을 의식하면서 재판에 임함으로써 우리 사회의 이념적 대립과 갈등을 극복하고 동화적 통합을 이루는데 더욱 크게 기여해 주기를 바라는 마음 간절하다.

[국문초록]

1. 국민들은 1987년 10월의 제9차 헌법 개정 당시 국민의 자유와 인권을 더욱 철저히 보장하기 위하여 대법원 대신 헌법재판소를 신설하여 위헌법률심판권을 행사하도록 결단하였음

헌법 개정 후 헌재법 제정 당시에는 현재의 관장사항으로 규정된 헌법소원 중 재판소원의 도입 여부가 큰 쟁점이 되었으나 재판소원 제도는 도입하지 않는 것으로 결정되었음

헌재법 제68조 제2항의 헌법소원은 헌법소원의 한 형태로 신설되었지만 실질은 당사자의 위헌법률제청 신청권을 제대로 보장하기 위한 절차로 입법된 것임

2. 현재는 지난 30년간 헌법을 수호하여 국민의 기본권을 보장하고 나아가 우리사회의 동화적 통합에 기여하기 위하여 적극적인 노력을 계속해 왔고 이제는 국민들의 높은 신뢰를 받게 되었음

3. 현재의 앞으로의 과제는,

- 위헌심판권이 헌법 제107조 제1항과 제2항에 따라 2원화되어 있어 많은 문제가 제기되고 있는바, 위헌심판권은 헌법재판소에, 위법심판권은 법원에 부여하는 것으로 통일할 필요가 있음
- 한정위헌 결정의 법원 기타 국가기관에 대한 기속력에 관하여는 헌재와 대법원 사이에 견해의 대립이 있으므로 이를 정리할 필요가 있음
- 추상적 규범통제절차를 도입할 필요가 있음
- 현재의 구성에 있어서는 민주적 정당성을 강화하고 전문재판기관으로서의 전문성을 강화하는 특별한 조치가 필요할 것임

헌법재판소의 도전(挑戰)과 과제(課題)

주제어

헌법재판소 창립, 헌법소원, 재판소원, 헌재법 제68조 제2항, 위헌심판권의
일원화, 위헌결정의 실효성 확보, 추상적 규범통제, 제3의 길

[Abstract]

1. At the time of the 9th amendment of the Constitution of Korea in October 1987, the people made a decision to establish the Constitutional Court and to bestow the adjudication on constitutionality of laws thereon in lieu of the Supreme Court in order to more thoroughly assure and protect the people's liberty and fundamental rights.

At the time of enacting the Constitutional Court Act after amendment of the Constitution, it was very controversial whether to include the court-judgment complaint in the constitutional complaints as set forth for the subject matter jurisdiction of Constitutional Court. However, it was decided that the court-judgment complaint would not be included in the above subject matter jurisdiction.

The constitutional complaint to the Constitutional Court under Article 68 (2) of the Constitutional Court Act was newly provisioned as a type of the constitutional complaint, but it was enacted substantially for procedure to assure the party's right to request adjudication on constitutionality of a law.

2. For past 30 years since its establishment in 1988, the Constitutional Court has continued to actively strive to assure the people's fundamental rights, and to contribute to assimilatory unification of our society by protecting the Constitution, and thus has secured the high confidence from the people.

3. Tasks of the Constitutional Court

- The power of adjudication of constitutionality is divided into two structures in accordance with Article 107 (1) and (2) of the Constitution, and thus lots of problems have been raised. As such, it is necessary to arrange the adjudication of constitutionality issue to be bestowed on the Constitutional Court and the adjudication of legality issue to be bestowed on the courts.
- So far, the Constitutional Court and the Supreme Court have showed contrary views as to the binding power on the courts and other national institutions in connection with the partly unconstitutional decisions. As such, it is necessary to adjust the above.
- It is necessary to introduce the procedure of abstract review on norm.
- As to the composition of the Constitutional Court, it is necessary to take special measures to strengthen the democratic justification and to enhance the expertise as the specialized adjudication institution.

Key words

Establishment of Constitutional Court, Constitutionality Complaint, Court-Judgment Complaint, Article 68 (2) of Constitutional Court Act, Unification of Power of Adjudication on Constitutionality, To Obtain the Effectiveness of Decision on Unconstitutionality, Abstract Review on Norm, The Third Way

헌법재판과 헌법실현

- 제도와 운영의 성찰 -

Constitutional Jurisdiction and Constitutional Realization

許 營(Huh, Young)

慶熙大學校 法學專門大學院 碩座教授

- 目 次 -

I. 글머리에	41
1. 헌법재판제도의 부정적 유산	41
2. 대법원과의 위상문제	42
II. 헌법재판과 헌법실현	43
1. 헌법의 규범력과 헌법재판	43
2. 헌법재판제도의 불완전한 도입	46
가. 재판관 선임방법	46
나. 재판소원 제도의 배제	47
다. 추상적 규범통제제도의 미 도입	48
라. 변형결정의 근거 흠결	49
마. 재판소장의 임기문제	50
바. 탄핵심판규정의 흠결	51

사. 헌법재판 집행관련 규정에 관한 칙목	52
Ⅲ. 헌법재판의 운영상황과 성찰	53
1. 헌법재판의 운영상황	53
가. 헌법재판의 기본적인 틀	53
나. 통계로 본 헌법재판	54
다. 쟁점해결을 통한 헌법실현	55
라. 변형결정과 헌법실현	56
마. 헌법실현에 크게 기여한 중요결정	58
2. 헌법재판실무의 성찰	73
가. 평결방법과 재판관의 의견표시 문제	73
나. 헌법불합치결정의 문제	76
다. 과잉금지원칙 적용문제	77
라. 평등의 원칙 관련 심사방법의 문제	79
마. 재산권 심사방법의 문제	80
Ⅳ. 마치는 말	81
* 국문초록 및 주제어	84
* 영문초록 및 주제어	86
* 참고문헌	88

I. 글머리에

1. 헌법재판제도의 부정적 유산

현행 헌법이 도입한 헌법재판제도는 우리 헌정사에서 결코 새로운 제도는 아니다.

건국헌법 이래 헌법재판의 대상과 그 담당기관의 변화를 겪으면서 헌법재판제도는 형식상 그 명백을 유지해 왔다. 그렇지만 헌법실현의 가장 중요한 헌법장치로서의 헌법재판제도는 제 구실을 하지 못했다.

건국초기부터 우리 헌법은 헌법실현이라는 당위적인 규범적 헌법으로서 보다는 헌법을 정치적인 목적 달성의 수단으로 생각하는 경향이 강해서 헌법재판제도도 일종의 헌법장식물로 전락했었다. 우리 헌정사에서 1960년 ‘5.16 군사쿠데타’ 이후 1987년 6월 대통령 직선제를 관철하기 위한 ‘시민항쟁’에 이르기 까지 27년간 군사정권의 시기를 거치는 동안 이러한 경향은 더욱 고착되고 심화되었다. 그 결과 헌법재판제도를 통한 헌법적 가치의 실현은 하나의 백일몽에 지나지 않았다.

이러한 헌정사의 부정적인 유산은 우리 현행 헌법재판제도에도 부분적으로 그 어두운 그림자를 드리우고 있다.

가장 대표적인 부정적인 잔영이 헌법재판소 재판관 선임방식이다. 그 뿌리는 1960년 ‘4.19 혁명’으로 탄생한 제2공화국의 헌법재판소제도에 두고 있다. 실현되지 않은 그 헌법재판소의 재판관 9인의 구성방식이 대통령, 대법원, 참의원이 각 3인씩 나누어서 선임하는 것이었다.¹⁾ 실현되지 않은 이 제도는 단순히 헌법사적인 의미만을 갖는다. 그렇기 때문에 사실상 지금의 3:3:3 헌법재판관 선임방법은 제4공화국 유신헌법의 헌법위원회 위원 구

1) 제2공화국 헌법 제83조의 4 제1항과 제2항 참조.

성방식에서 유래한다고 평가할 수 있다. 유신정권의 탄생배경과 성격에 비추어 헌법위원회를 헌법실현의 장치로 설치했다고 보기는 어렵다. 헌법실현 보다는 대통령 일인독재의 또 다른 정당화 기구로 구상했었다고 보는 것이 더 설득력이 크다. 그런 구상에 걸맞는 기관 구성방식으로 선택한 방법이 바로 3:3:3의 헌법위원회 위원 선임방식이었다고 평가할 수 있다. 헌법위원회를 대통령의 영향권 안에 두는 가장 효과적인 방법이기 때문이다. 인사권을 통해 국회와 대법원을 장악하고 있는 대통령이 헌법위원회도 장악하기 위한 가장 손쉬운 방법이 헌법위원회 위원 9인을 대통령, 국회 및 대법원장이 각 3인씩 선출하게 하는 것이었다.

헌법위원회 위원 선임방법의 이러한 부정적인 유산은 제5공화국의 헌법위원회의 구성에 계승되고 우리 헌법재판소의 재판관 9인의 선임방법으로 무비판적으로 수용되고 있다. 헌법재판제도가 헌법실현의 제 구실을 다하는 데 헌법재판소의 재판관 선임방법이 매우 중요한 몫을 차지하고 있다고 볼 때 우리 헌법재판제도는 처음부터 간과할 수 없는 부정적인 한계를 가지고 탄생했다고 평가할 수 있다.

2. 대법원과의 위상문제

우리 헌정사의 부정적인 잔영은 대법원과 헌법재판소의 위상문제에서도 나타난다. 재판소원제도의 도입을 강력히 반대한 대법원의 의식에는 대법원이야 말로 사법부를 대표하는 최고법원인 동시에 삼권분립의 한 축으로 자리매김하고 있다. 따라서 헌법재판소가 비록 독립한 헌법기관으로 설립되어 헌법재판을 전담한다고 해도 대법원의 재판에 대해서 어떠한 형태로든지 다시 그 위헌여부를 심사하게 하는 것은 결코 용납할 수 없는 일이었다. 만일 그렇게 된다면 헌법재판소가 제4심 재판기관으로 기능하게 되어 대법원의 위에 자리잡는 결과가 된다고 생각했었고 그런 생각은 지금까지

도 변화가 없다.

현행 헌법을 탄생시킨 1987년의 시대정신이나 정치적인 여건 때문에 헌법재판소의 설립 그 자체를 막을 수는 없었지만, 대법원의 위상만은 절대로 훼손당하는 일이 있어서는 안 된다는 구시대적인 고정관념이 헌법실현을 위한 재판소원제도의 도입에 커다란 장애물로 작용했다. 그 결과 헌법실현의 매우 중요한 메커니즘으로 작용하는 헌법소원제도를 처음부터 기형적인 형태로 도입할 수밖에 없었다.

대법원과 헌법재판소의 위상문제는 지금까지도 끊임없이 헌법재판을 통한 헌법실현의 걸림돌로 작용하고 있다. 이 문제는 결국 헌법재판과 헌법실현의 기능적인 관계에 대한 대법원의 획기적인 인식변화가 있거나 헌법 또는 헌법재판소법의 개정을 통해서만 해결할 수 있는 과제로 남아있다.

II. 헌법재판과 헌법실현

1. 헌법의 규범력과 헌법재판

국민의 공감적인 가치규범인 헌법이 최고규범으로서의 규범력을 발휘해서 헌법적인 가치가 국민의 일상생활에서 생활규범으로 작용하기 위해서는 헌법의 실현이 필수적이다. 헌법이 보장하는 인간의 존엄성을 정점으로 하는 국민의 자유와 권리가 모든 국가기관에 의해서 존중되고 법치주의 원리에 따라 실현됨으로써 사회통합을 달성하는 것이 자유민주적 헌법질서의 궁극적인 목표이다. 이 목표달성의 성패는 모든 권력적·사실적 공권력 작용의 헌법적합성에 달려 있다. 공권력작용은 통상 입법, 행정, 사법의 형태로 이루어져 국민생활을 규율하게 된다. 이 때 자유민주주의의 또 다른 가치지표인 법치주의 원리가 작동하게 된다.

국민생활을 규율하는 모든 공권력 작용이 헌법과 법률이 정한 대로 투명한 절차와 공정한 과정을 거쳐 합리적인 내용으로 이루어진다면 헌법은 그러한 공권력 작용을 통해서 실현된다. 그렇지만 권력의 속성상 공권력은 스스로 자제력을 잃을 때가 많고, 악용 내지 남용의 유혹에 빠지기 쉽기 때문에 권력상호간의 견제와 균형(checks & balances)의 장치가 반드시 필요하다. 견제와 균형장치가 합리적으로 마련되고 권력 상호간의 견제와 균형의 작동원리가 제 구실을 한다면 권력의 남용과 악용은 어느 정도 방지할 수 있다. 오늘 날 견제와 균형의 메커니즘이 그나마 어느 정도 작동하는 헌법국가에는 미국을 비롯한 독일, 영국, 프랑스와 북유럽 나라들처럼 손꼽을 수 있을 정도다. 많은 헌법국가에서는 삼권분립원리의 제도화에도 불구하고 정당국가현상을 비롯한 권력의 비효율적인 견제와 균형현상으로 인해서 권력의 남용과 오용이 일상화하고 있다.

그렇기 때문에 삼권분립의 도식적인 메커니즘을 보완해 주는 수단으로 등장한 여러 가지 제도 중의 하나가 헌법재판제도이다. 내용과 형식은 다르더라도 100에 가까운 헌법국가에서 헌법재판제도를 도입하고 있다. 헌법재판은 말하자면 헌법실현의 최후적인 보루의 성격을 갖는 헌법상의 제도이다.

특히 주목해야 할 부분은 헌법재판제도가 두 번의 세계대전 전에는 학문적으로나 실무면에서나 논의가 전혀 활발하지 않았다는 점이다. 1803년부터 미국의 연방대법원(Supreme Court)이 법률의 위헌여부를 심사하는 헌법적인 관행이 형성되었었지만 정치문제엔 관여하지 않는 자제력을 통한 제약을 스스로 확립했었다. 오스트리아는 1920년 헌법에서 헌법재판소를 설치하고 1925년 헌법개정으로 헌법재판제도를 강화한 세계 최초의 나라로 꼽힌다. 그렇지만 오스트리아는 그 당시 전성하던 법실증주의 헌법철학자 한스 켈젠(Hans Kelsen)의 헌법철학의 강력한 영향을 받아 헌법재판을 헌법실현의 수단으로 인식했다기보다는 실정법률의 규범력을 담보하는 장치

로 여겨 주로 행정권에 대한 통제장치로 제도화한 것이었다.²⁾

그렇기 때문에 헌법재판제도를 헌법적 가치의 실현을 위한 헌법실현의 장치로 도입한 것은 독일에서 제2차 세계대전 후에 옛 서독기본법을 제정할 당시라고 평가하는 것이 가장 설득력이 있다고 할 것이다. 1949년 바이마르 공화국이 히틀러(Adolf Hitler)의 전쟁모험과 유대인 학살 등으로 붕괴한 후 새로운 헌법을 제정하는 논의과정에서 전승연합국 측의 강력한 요구와 주장으로 강력한 권력통제기관을 도입할 수밖에 없었다³⁾. 서독 기본법의 아버지들도 이런 요구와 주장에 공감하는 부분이 많았기 때문에 더 이상 헌법유린을 용납할 수 없다는 공감대가 형성되어 오늘날 세계 헌법재판제도의 모범이라고 볼 수 있는 독일의 헌법재판제도가 마련되었다.

독일연방헌법재판소는 독일 통일 전은 물론이고 독일통일과정에서도 독일의 기본법이 채택한 헌법적인 가치의 실현을 위한 중요한 역할을 수행하면서 독일 국민이 가장 신뢰하는 헌법기관으로 자리매김하고 있다. 특히 1989년 구 동유럽국가들의 붕괴로 찾아온 독일통일 과정에서 발생한 여러 가지 어려운 헌법적인 쟁점에 대해서 통일을 촉진하면서도 헌법실현을 소홀히 하지 않는 방법으로 해결함으로써 1990년의 독일통일에도 법적인 차원에서 결정적인 공로를 세웠다.⁴⁾

우리나라도 현행 헌법에서 헌법의 규범력을 강화함으로써 헌법실현을 달성하는 수단으로 독일을 모델로 한 헌법재판소와 헌법재판제도를 도입해서 30년을 맞았다.

2) Kurt Heller, Der Verfassungsgerichtshof, Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Osterreich von den Anfängen bis zur Gegenwart, 2010, S. 139ff.(172-185) 참조.

3) Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15.Aufl. 1966, S.1ff. 참조.

4) 독일 통일과정에서의 독일 연방헌법재판소의 여러 결정에 대해서는 허영 편저, 독일 통일의 법적조명, 1994, 박영사 참조.

2. 헌법재판제도의 불완전한 도입

독일의 헌법재판제도를 모델로 삼은 우리 헌법재판제도는 도입 당시의 정치 사회적인 현실과 앞에서 언급한 대법원과의 갈등 등 여러 제약요건이 많아 아쉽게도 헌법실현의 수단으로서는 매우 불완전한 형태로 도입했다.

가. 재판관 선임방법

가장 대표적인 제도적인 결함을 들자면 재판관의 3:3:3 선임방법인데, 이 점은 이미 앞에서 언급했기 때문에 다시 언급하지 않는다. 재판관 선임방법은 헌법실현을 위한 헌법재판의 내용을 결정하는 데 가장 중요한 몫을 차지한다. 헌법재판도 결국은 사람인 재판관이 그 주체가 되는 것이기 때문이다. 독일을 비롯한 헌법재판의 선진국에서 헌법재판관의 선임방법에서 가장 중요하게 생각하는 기준이 헌법재판소의 민주적 정당성과 정치적 독립성이다. 헌법재판소의 민주적 정당성이 강하고 정치적 독립성이 강할수록 헌법적인 쟁점에 관한 분쟁해결을 통한 헌법실현에 효율적이기 때문이다. 이 점에서 우리의 재판관 선임방법은 헌법재판소의 민주적 정당성이나 정치적 독립성의 측면에서 매우 취약한 형태이다. 앞으로 헌법개정의 기회가 온다면 이 점을 반드시 개선해서 우리 헌법재판소가 헌법실현의 헌법적인 사명을 완수할 수 있도록 해야 한다. 아울러 1988년 헌법재판소의 창설로 9인의 재판관을 동시에 임명한 결과이긴 해도 재판관이 시차 없이 대폭 교체되는 현상은 헌법재판의 연속성과 기관의 안정성을 위해서는 합리적인 일이 아니다. 따라서 이 문제도 개선의 기회가 있다면 재판관을 1/3씩 교체하는 방향으로 바꾸는 것이 바람직하다.

나. 재판소원 제도의 배제

헌법재판을 통한 헌법실현은 결국은 헌법의 최고규범성을 지키는 헌법해석을 통해서 이루어진다. 헌법재판소가 헌법해석의 독점권을 가진 기관은 물론 아니다. 모든 헌법기관이나 국가기관이 각각의 맡겨진 국정업무를 처리하는 과정에서 관련 법률뿐 아니라 헌법도 함께 해석할 권한을 가진다. 특히 사법부는 국민의 일상생활에서 발생하는 법적인 분쟁을 유권적으로 해결함으로써 사회평화를 실현하는 헌법기관이다. 그렇기 때문에 법률적용의 기회가 그 어느 국가기관보다 많아 법률해석의 중심기관이라 할 수 있다. 법률해석은 사법부의 고유기능이라고 강조하는 이유가 그 때문이다. 다만 법률해석이 사법부의 고유기능이라고 하더라도 사법부가 법률을 해석하는 기준으로 헌법의 파급효력을 존중하는 법률해석을 해야 한다는 점은 헌법이 갖는 최고규범성의 필연적인 요청이다.⁵⁾ 헌법을 실현한다는 것은 결국은 법률적용에서 헌법의 규범적인 효력이 훼손되는 일이 없어야 한다는 뜻이다. 따라서 사법부가 헌법의 최고규범성에서 나오는 헌법의 파급효력을 외면하거나 잘못 알고 법률을 해석해서 재판한 결과로 국민의 기본권이 침해되는 일이 생긴다면 마땅히 바로잡아야 한다. 재판의 심급제도로 인해서 그런 잘못은 최종적으로는 대법원에서 바로 잡혀야 하지만 대법원마저도 그 역할을 하지 못한 경우가 생길 수 있다. 바로 이런 경우에 대비한 제도가 재판소원제도이다. 따라서 재판소원제도는 결코 4심제의 문제도 아니고 대법원의 권위에 흠을 주려는 제도도 아닌, 헌법의 최고규범성을 최종재판에서도 관철하기 위한 불가피한 제도이다. 그런데도 재판소원제도를 이러한 헌법실현의 본질적인 차원에서 보지 않고 마치 심급제도나 기관위상의 차원에서 접근하는 태도는 매우 잘못된 일이다. 재판소원제도를 배척

5) 이 점은 1958년 독일연방헌법재판소의 Luth판결(BVrtfGE 7, 198ff.) 이후 독일은 물론 우리 나라에서도 학설과 판례로 확립된 이론이다.

하고 있는 우리 헌법재판제도는 바로 이런 잘못된 판단의 결과이다. 이 문제는 헌법재판소법의 개정만으로 충분히 해결할 수 있는 일이므로 빨리 잘못된 제도를 바로잡아야 한다. 물론 재판소원제도를 도입한다면 그 동안 독일 연방헌법재판소의 재판소원제도 운영과정에서 발생해서 논의된 여러 가지 문제점에 대한 치밀한 사전 준비작업도 함께 마련해야 할 것이다.

다. 추상적 규범통제제도의 미 도입

우리 헌법은 규범통제제도를 도입하면서 구체적인 재판을 전제로 한 구체적 규범통제제도만을 두고 있다. 그러나 법률제정 후에 구체적인 재판에 적용되는 시점에 비로소 그 법률의 위헌여부를 심사할 수 있게 하는 현행 제도로는 헌법실현을 위한 헌법재판의 실효성이 제한적일 수밖에 없다. 형벌관련 법률의 경우 이미 많은 사람이 그 법률에 근거해서 형벌을 받은 후 우연히 그 법률이 구체적 규범통제의 대상이 되어 위헌으로 결정된다면, 이 결정의 소급효로 인해서 많은 기존의 ‘전과자’들을 구제할 수는 있다고 해도 그 동안 침해된 인격권과 신체의 자유를 원상태로 회복하는 것은 불가능하다.

더욱이 우리 입법부처럼 입법절차의 정당성을 도외시키고 충분한 여야 협의 없는 졸속입법과 일방적인 입법을 쏟아내는 경우에는 그렇게 제정된 법률에 대해서 적용되기 전에 미리 위헌성 여부를 심사해서 위헌법률을 가려내는 것은 헌법실현을 위한 불가피한 요청이다. 헌법재판의 선진국에서 규범통제를 헌법재판으로 제도화하는 경우 반드시 구체적 규범통제와 추상적 규범통제제도를 비행물체의 두 날개처럼 함께 제도화하는 이유도 그 때문이다.

특히 지금은 이른바 국회선진화법으로 국회입법과정의 혼란양상이 다소 완화되었다고는 하지만 다수결원리를 왜곡하는 그런 방법보다는 추상적 규범통제제도를 통해서 국회 소수세력에게 다수 여당의 무리한 입법을 다룰

수 있는 길을 열어주는 것이 다수결원리와 대의정치의 근본이념에 더 부합하는 방법이다.

법률의 위헌여부를 심사하는 헌법재판소도 이미 오랜 시간 적용해 온 법률을 대상으로 위헌여부를 심사하는 것보다는 아직 많이 적용되기 전의 법률에 대해서 위헌여부를 심사하는 것이 부담이 적고, 헌법재판의 헌법실현기능과 합목적성이라는 기준으로 볼 때도 훨씬 효율적이고 합리적이다.

헌법실현의 목적을 위해서나, 국회입법과정의 순화를 위해서나, 헌법재판의 합목적성을 위해서나 꼭 필요한 추상적 규범통제제도의 도입은 헌법개정을 통해서만 가능한 일이기 때문에 빠른 제도화가 이루어지기를 바란다.

라. 변형결정의 근거 흠결

헌법실현을 위한 헌법재판에서 변형결정은 하나의 상수이다. 법률의 위헌심사에서 합헌과 위헌의 두 가지 결정만 가능하다면 헌법실현과는 역행하는 현상을 초래할 수 있다. 특히 평등권 관련 법률에 대한 위헌심사에서는 평등권의 본질상 항상 비교집단이 존재할 수밖에 없다. 따라서 두 비교집단 중에 한 집단은 수혜집단이고 다른 집단은 피해집단이어서 분쟁이 생긴 것인데, 심사대상법률이 두 집단을 불합리하게 차별하고 있다고 판단하는 경우 단순히 위헌결정만 허용한다면 수혜집단은 지금까지 받아온 혜택을 갑자기 박탈당하게 된다. 그렇다고 해서 피해집단이 자동적으로 못 받던 혜택을 받게 되는 것도 아니다. 위헌결정과 동시에 혜택을 줄 수 있는 근거법률이 효력을 잃기 때문이다. 그 결과는 법적인 공백상태의 발생으로 인한 법적인 혼란이다. 이런 결과는 평등권의 실현정신에 부합하지 않다. 평등권의 실현에 가장 효율적인 방법은 수혜집단과 피해집단 모두를 만족시킬 수 있는 제3의 방법(규범)을 찾는 일이다. 그러나 그런 일은 헌법재판소의 몫이 아닌 입법자의 영역이다. 이런 경우 헌법재판소로서는 입법자에게 그 역할을 하도록 촉구할 수밖에 없다. 헌법실현의 사명을 가진 헌법재

판소가 입법자에게 개선입법을 촉구하는 헌법불합치결정을 할 수 밖에 없는 이유이다. 그런데도 헌법재판제도를 도입하면서 이런 형태의 변형결정을 할 수 있는 법적인 근거규정을 두지 않아서 때로는 그 적용범위에 대한 논란과 혼란이 생기고 있다.⁶⁾ 이 점은 법률개정만으로 해결이 가능한 일이어서 헌법재판소가 제도개선에 나서야 한다.

그 밖에 법률의 위헌심사에서 심사대상 법률에 대한 합헌적인 법률해석을 통해서 가능하면 법률을 헌법정신에 맞는 내용으로 좁혀 규범적 효력을 유지하는 방향의 규범유지적인 결정을 하는 것이 규범소멸적인 결정보다 헌법실현정신에 더 부합하는 경우가 있다. 이런 경우 필요한 결정유형이 바로 한정합헌 또는 한정위헌결정이다. 다만 합헌적 법률해석의 정신에 보다 부합하는 결정유형이 한정합헌결정인지 한정위헌결정인지는 논외로 하더라도⁷⁾ 이런 형태의 변형결정의 불가피성은 부인할 수 없다. 따라서 이 문제도 시급한 개선입법이 필요한 부분이다.

마. 재판소장의 임기문제

우리 헌법은 헌법재판제도를 사법부와는 독립한 장에서 도입하면서 헌법재판소장의 임기를 따로 명시적으로 규정하지 않았다. 이 점은 사법부에 관해서 대법원장의 임기와 대법관의 임기를 각각 6년으로 따로 규정하면서 대법원장의 중임금지와 대법관의 연임허용을 명시한 점(제105조 제1항과 제2항)과도 균형이 맞지 않는다.

헌법의 최고규범성을 지키는 헌법실현의 중대한 책임을 지는 헌법재판소의 장의 임기를 정하는 것은 분명히 헌법사항이지 입법사항이나 법률해석으로 해결할 수 있는 문제가 아니다. 헌법재판을 위해서 독립한 헌법재판소를 설치한 나라 중에 헌법재판소장의 임기를 우리처럼 명시하지 않은 나

6) 헌법불합치결정의 운용내용과 그 개선점은 뒤에서 설명하기로 한다.

7) 이 점에 대한 구체적인 설명은 뒤로 미룬다.

라는 없다.

그 결과 우리 헌법재판의 30년 역사에서 헌법재판소장이 교체될 때 두 번 이 문제가 법적·정치적인 쟁점으로 나타났다.⁸⁾ 그러한 논란을 거쳐 지금은 재판관 중에서 임명되는 재판소장은 재판관 잔여임기 동안만 재직하는 관행 비슷한 형태로 운영되고 있지만 결코 관행으로 해결할 수 있는 사항이 아니다. 본질적인 제도개선이 필요한 일이다.

따라서 재판소장의 임기는 대법원장의 임기규정처럼 재판관의 임기규정과 구분해서 따로 명시적으로 규정하는 헌법개정이 필요하다.

바. 탄핵심판규정의 흠결

우리 헌법은 탄핵심판을 헌법재판소에 맡기면서 규정 내용면에서는 제4공화국 헌법에서 설치한 헌법위원회의 탄핵심판규정을 그대로 답습했다. 연혁적으로 우리 헌정사에서 헌법재판소가 탄핵심판을 맡은 일은 제2공화국 헌법에서 그 기원을 찾을 수 있지만 그 때는 헌법재판소가 설치되기도 전에 제2공화국이 막을 내렸을 뿐 아니라 그 정부형태가 의원내각제였기 때문에 대통령제에서 헌법재판소가 설치되고 탄핵심판을 하게 된 것은 현행헌법이 처음이다. 제4공화국의 유신헌법은 비록 대통령제이긴 했지만 그 헌법탄생의 동기가 특정인의 영구집권을 위한 것이었기 때문에 지금의 대통령제와는 비교의 대상이 될 수 없다. 더욱이 그 당시의 정치상황으로 대통령에 대한 헌법위원회의 탄핵심판이란 상상조차 할 수 없는 일이었다.

그런데도 그런 불가능성을 전제로 만들어진 탄핵심판에 관한 규정을 우리 헌법재판제도에서 깊은 성찰 없이 그대로 답습한 것은 돌이킬 수 없는 헌법정책적인 과오였다고 생각한다. 비록 대부분 대통령제 국가에서 대통령 선거에서 채택하는 절대다수선거에 의한 것은 아니라 하더라도 국민이

8) 전효숙 재판관 재판소장 임명을 둘러싼 논란과 박한철 재판소장 임명 당시의 국회 인사청문회 과정에서의 논란을 상기할 필요가 있다.

직선한 대통령을 탄핵심판해서 파면하는 일은 민주적 정당성의 관점에서 보다 심층적인 헌법이론적인 검토가 필요한 일이었다.

대통령을 직선하는 대통령제의 국가에서 대통령과 마찬가지로 국민의 선거로 구성하는 의회에게 대통령 탄핵의 기능을 맡기는 이유도 바로 이러한 깊은 헌법이론적인 천착의 산물이다.⁹⁾

우리 헌법재판소가 30년밖에 안 되는 기간에 두 번에 걸친 대통령 탄핵심판을 하면서 심각한 번뇌에 빠질 수밖에 없었던 이유도 바로 이러한 제도상의 흠결에 그 원인을 찾아야 할 것이다.

대부분 대통령제에서처럼 탄핵심판기능을 대통령과 민주적 정당성의 두 축을 이루는 대의기관에 맡기든지 지금처럼 헌법재판소의 관할사항으로 남겨두려면 헌법재판소의 탄핵심판규정을 대폭 개정해서 보다 상세하고 정치한 내용으로 가다듬어야 할 것이다. 그래야 헌법재판소도 탄핵심판을 지금보다는 가벼운 마음으로 임할 수 있을 것으로 생각한다.

사. 헌법재판 집행관련 규정에 관한 침묵

일반재판은 재판결과를 강제할 수 있는 여러 장치를 마련해 법 적용의 실효성을 높이고 있다. 그러나 헌법을 가장 직접적으로 실현하는 헌법재판 제도를 도입하면서 그 재판결과를 관철하는 수단에 관해서는 전혀 규정이 없어 헌법재판의 실효성에 중대한 결함을 나타내고 있다. 독일 연방헌법재판소법이 헌법재판의 집행에 관한 규정을 두고 있는 이유도 헌법재판은 아무리 헌법실현의 좋은 이상을 추구한다고 해도 그 재판결과를 강제하지 못

9) 미국은 1803년 판례로 형성된 헌법관습법에 의해 연방대법원이 헌법재판을 하지만 대통령탄핵은 상·하원에 맡긴 나라이다(연방헌법 제1조 제3항 제6절과 제7절, 제2조 제2항과 제4항, 제3조 제3항 참조). 프랑스도 2008년 개헌 이후 헌법위원회의 헌법재판기능이 확충되었어도 여전히 대통령 탄핵을 의회에 맡기고 있다(프랑스헌법 제68조 참조). 또 우리와 마찬가지로 헌법재판소를 따로 두고 있지만 대통령 탄핵을 의회가 맡도록 한 브라질(헌법 제 참조)등의 제도가 그런 성찰의 대표적인 사례이다.

해 집행할 수 없다면 허울 좋은 제도에 불과하다는 확고한 인식에 바탕을 두고 있다. 이 점을 참고해서 우리도 헌법재판을 집행하는 수단을 꼭 마련할 필요가 절실하다.

Ⅲ. 헌법재판의 운영상황과 성찰

1. 헌법재판의 운영상황

가. 헌법재판의 기본적인 틀

헌법재판제도의 여러 불완전한 요소에도 불구하고 헌법과 헌법재판소법의 헌법재판에 관한 규정을 근거로 시작한 우리 헌법재판은 제1기 조규광 헌법재판소장 체제에서 참으로 놀라울 정도로 짜임새 있게 헌법재판의 틀을 마련했다. 무에서 출발한 제1기 재판부는 특히 독일의 헌법재판 실무와 판례를 참고자료로 헌법재판을 진행하면서 우리 헌법학계의 척박한 헌법재판관련 연구성과 때문에 특정 학자의 저작물에 지나치게 의존하는 경향을 보였다. 독일 연방헌법재판소가 철저하게 지키는 참고문헌 인용판례와는 달리 우리 헌법재판소는 아무런 인용표시도 없이 학자의 저작물을 그대로 복사하듯이 결정문을 작성했다. 이 점은 헌법재판관을 보좌하는 헌법연구관들의 고충의 결과라고 보아 한편으로는 불가피한 측면도 있어 이해할 수도 있으나 올바른 일은 아니라고 생각한다. 그 후 이러한 초기의 결정문 내용이 그대로 답습되다 보니 이젠 그 내용을 마치 헌법재판소의 독창적이고 고유한 성과로 인식하는 단계에 이르렀다.

모든 새로운 제도의 정착과정에서 겪어야 하는 여러 난관에도 불구하고 우리 헌법재판소는 제1기 재판부 6년간 헌법재판의 기본적인 틀을 확고하게 다져 놓았다.

헌법을 실현하는 헌법재판은 다른 일반재판과는 달리 그 재판결과를 강제할 수 있는 수단이 없어 오로지 관련 헌법기관 및 당사자들의 자발적인 재판준수의지에 의존할 수밖에 없다. 그럴수록 헌법재판은 다른 재판보다 결정문의 법적 및 논리적인 설득력이 더욱 중요하다. 또 일반재판과 달리 헌법재판은 특히 통상적인 불복수단이 없어 재판 당사자로서는 헌법재판소의 결정에 승복할 수밖에 없으므로 헌법재판 결정의 근거가 된 결정이유의 논리적인 서술은 헌법재판의 핵심이라고 할 것이다.

그런 관점에서 제1기 재판부는 헌법재판의 결정문 작성에서도 어느 정도 기틀을 마련했다. 물론 재판부가 실무경험을 가진 법조인만으로 구성되었기 때문에 헌법재판의 소송절차적인 틀을 마련하는데 겪은 어려움보다는 헌법철학과 헌법이론에 바탕을 두어야 하는 설득력 있는 결정이유의 작성에서 느끼는 어려움이 더 컸으리라고 짐작할 수 있다. 그런 면에서는 만족할만한 수준은 아니지만 결정이유의 작성에서도 어느 정도 유용한 기준을 확립했다고 생각한다.

나. 통계로 본 헌법재판

헌법재판은 30년간 우선 양적인 면에서 엄청난 팽창을 했다. 특히 헌법소원제도가 활성화되고 국민이 헌법소원을 기본권을 지키기 위한 마지막 수단으로 인식하는 경향이 확산되면서 헌법소원심판청구 사건은 급속도로 증가했다.¹⁰⁾ 그렇지만 헌법소원의 성공률은 한자리 수치여서 별로 높지 않았다.¹¹⁾ 그 밖의 헌법재판사건도 구체적 규범통제와 권한쟁의사건에서 많은 증가세를 보였지만 헌법소원심판사건에 비한다면 비교될 수 없는 증가

10) 2018년 6월 30일 까지 무려 33,402 건이 접수되었다. 자세한 내용은 헌법재판소 공보 제261호 965면 참조.

11) 위위 통계작성 시기까지 31,746건을 처리했지만 인용 등 성공건수는 1205건으로 2,6%에 불과하다. 앞 공보 참조.

세이다.¹²⁾ 그렇지만 접수사건에 비해서 성공률은 오히려 상당히 높게 나타났다.¹³⁾ 권한쟁의심판사건도 성공률이 헌법소원사건보다 많이 높았다.¹⁴⁾

헌법재판 30년의 역사에서 특이할 점은 짧은 기간에 대통령 탄핵심판 사건이 두 건이 접수되어 한 건은 기각되고 한 건은 인용되어 우리 헌정사상 처음으로 헌법재판에 의한 탄핵심판으로 현직 대통령을 파면했다는 점이다. 세계 헌법재판역사에서 헌법재판소가 직선된 대통령을 파면한 최초의 사례로 기록되었다.¹⁵⁾ 또 우리 헌정사에서 헌법재판소가 처음으로 위헌정당심판사건에서 정당을 해산결정 했다는 점도 특이 사항으로 기록될 것이다.¹⁶⁾

통계에 나타난 헌법재판은 일단 제도도입 취지에 부합한 성공적인 정착을 했다고 생각한다. 과거 헌법재판을 맡았던 헌법위원회가 심판사건이 없어 거의 휴면기관으로 끝난 헌법재판의 역사와 비교해도 괄목할만한 성과였다.

다. 쟁점해결을 통한 헌법실현

헌법재판 30년의 역사는 헌법재판 과정에서 발생하는 수많은 법적 제도적인 쟁점을 법리적으로 설득력 있게 해결해 나감으로써 헌법을 실현한 기간이었다. 헌법재판의 근거가 되는 헌법재판소법과 각종 준용법률을 적용하면서 발생하는 각종 쟁점을 해결하지 않고는 헌법재판을 통한 헌법실현

12) 위에서 말한 시기까지 구체적 규범통제사건은 951건, 권한쟁의심판사건은 103건이 접수되었다. 앞의 공보 참조.

13) 구체적 규범통제사건은 통계작성시기 까지 786건을 처리했는데 377건에서 위헌결정과 헌법불합치결정, 한정위헌 및 한정합헌 결정을 해 47%의 성공률을 보였다. 앞의 공보 참조.

14) 위의 통계작성 시기까지 103건의 사건이 접수되어 73건을 결정했는데 17건이 인용되어 4.3%의 성공률이다. 앞의 공보 참조.

15) 2017년 박근혜 대통령 탄핵심판사건 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 참조.

16) 통합진보당 해산결정 현재 2014. 12. 19. 2013헌다1 참조.

은 사실상 기대하기 어렵다.

그런 의미에서 헌법재판소가 확립한 여러 쟁점 해결방안은 매우 중요한 의미를 갖는다. 특히 다른 헌법기관과의 관계에서 자칫 갈등의 요인이 될 수 있는 쟁점들에 대한 해결책을 찾는 일은 결코 쉬운 것이 아니다. 국회와의 관계에서 불거지는 국회의 입법형성권의 인정범위와 입법자율권의 헌법적 한계 및 입법부작위에 의한 기본권 침해의 구제한계를 정하는 일은 어려운 쟁점이었다. 사법부와의 관계에서도 이른바 변형결정의 기속력을 부인하려는 법원의 재판에 대한 재판소원의 허용여부 내지 허용범위, 법규 명령(명령·규칙·조례 등)에 대한 헌법재판소의 위헌심사의 가능여부와 그 인정범위 등이 지속적으로 쟁점으로 제기되었다. 이른바 법적인 면책의 의미를 갖는 통치행위이론의 수용여부, 정부조직에 관한 헌법재판의 한계, 위임입법의 범위와 한계 등의 문제는 행정부와 관련된 주요쟁점이었다. 이러한 쟁점들에 대한 헌법재판소의 해결책은 때로는 일관성을 지키지 못한 것도 있지만¹⁷⁾ 대체적으로 헌법재판의 방향을 정해주는 쟁점 해결책으로 확립되어 헌법실현의 수단으로 활용하고 있다.¹⁸⁾

라. 변형결과와 헌법실현

헌법재판소는 명시적인 법적 근거는 없지만 헌법재판을 통한 헌법실현을 위해서 불가피한 이른바 변형결정을 재판초기부터 활용하기 시작했다. 지금은 합헌적 법률해석의 결과로 도입한 한정합헌과 한정위헌결정, 그리고 입법권을 존중하고 법적인 공백상태를 방지하기 위한 사법적인 자제의 표현으로서의 헌법불합치결정의 세 가지 유형으로 변형결정의 유형이 확립된

17) 대표적으로 통치행위에 대한 헌법재판소의 관례입장이다. 적극적 입장인 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186과 자제적인 입장인 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814 비교참조.

18) 이런 여러 쟁점들의 구체적인 해결책은 헌법재판소가 2008년 발간한 헌법재판소 20년사, 278면-290면에 상세히 소개하고 있다.

상태이다.

그러나 헌법재판의 초기에는 합헌주장보다 위헌주장 재판관이 많지만 위헌결정의 정족수에 미달하는 경우의 위헌불선언결정,¹⁹⁾ 한정위헌의 한 형식인 일부위헌결정,²⁰⁾ 법조문을 확대 해석한 조건부위헌결정²¹⁾ 등도 활용했다. 이 중에서 특히 조건부위헌결정은 축소해석을 통한 합헌적인 법률해석의 법리를 오해한 변형결정유형이어서 학계의 비판으로 바로 폐기했다. 법령을 확대해석하는 것은 법령해석이 아닌 새로운 입법을 뜻하기 때문에 입법권의 침해에 해당하기 때문이다.²²⁾

그런데 지금 정착되어 활용하고 있는 변형결정의 본질에 관한 헌법재판소의 논증에는 재고의 여지가 있는 내용이 들어있다.

우선 한정합헌결정과 한정위헌결정의 상호관계에 관한 논증내용이다. 헌법재판소는 제1기 재판부 당시부터 이 두 가지 결정유형은 상호표리관계와 같은 것이어서 치환(置換)이 가능한 성질의 것이라고 설명한 이후²³⁾ 여전히 그 설명을 고수하고 있다.²⁴⁾

그러나 헌법재판소의 이 논증은 두 결정유형이 심판범위에 속하는 대상 법률을 합헌적으로 해석한 결과라는 공통점에도 불구하고 구조적으로 다르기 때문에 결코 상호 치환관계에 있는 결정유형은 아니다. 헌법재판소의 논증은 심판범위의 대상 법률조항에 대한 합헌적인 해석 가능성이 ‘갑’ 또는 ‘을’의 두 가지로 한정되는 경우에만 성립하는 논증이다. 그러나 그 가능성이 세 가지 이상인 경우에는 성립할 수 없는 논증이다. 한정합헌결정

19) 예컨대 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 참조. 이 결정유형은 1996년 폐지했다.

20) 예컨대 헌재 1991. 5. 13. 89헌가97 참조.

21) 헌재 1992. 3. 13. 92헌마37 등 참조.

22) 자세한 설명은 줄고 ‘합헌적 법률해석의 본질과 한계’ 우리 헌법판례의 내용과 문제점-, 헌재논총 제3집, 1992, 169-199면 참조.

23) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마38 참조.

24) 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160; 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104; 헌재 1994. 4. 28. 92헌가3 및 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172 등 참조.

과 한정위헌결정은 당해 사건 해결에 필요한 범위 내에서만 합헌 또는 위헌의 판단을 하는 것이고 나머지 부분에 대한 판단은 둘 다 유보한 상태를 말하는 것이어서 서로 바꿀 수 있는 내용의 결정유형이 아니라는 점을 간과해서는 아니 된다.²⁵⁾

헌법 불합치결정에 관한 헌법재판소의 논증에도 문제점이 있다. 헌법재판소는 헌법 불합치결정의 원칙적인 효력은 위헌으로 확인된 법률조항의 적용금지에 따른 해당 법조항 관련 법원계류 사건 재판절차 정지에 있다고 논증했다.²⁶⁾ 그러나 이 논증은 헌법 불합치결정의 본질에 완전히 부합하는 논증은 아니다. 헌법 불합치결정은 본질적으로 민주적 정당성을 갖는 입법자에 대한 배려와 법치주의의 요청인 법적 안정성을 지키기 위한 사법적인 자제를 표현하는 결정유형이다. 그래서 이 두 가지 요청을 다 충족하거나 적어도 한 가지 요청에는 부합할 수 있는 결정을 해야 한다. 그 결과 헌법 불합치결정에는 잠정적용과 적용중지가 모두 가능한 것이지 헌법재판소의 논증대로 반드시 적용중지가 헌법 불합치결정의 취지에 더 부합하는 것은 아니다.²⁷⁾ 헌법재판소도 재판에서 이 두 가지 형태를 다 활용하고 있다.²⁸⁾

마. 헌법실현에 크게 기여한 중요결정

헌법재판소의 모든 결정은 예외 없이 헌법실현과 법치주의 확립에 기여했다. 따라서 헌법실현에 기여한 경중을 따져 헌법재판소의 결정을 분류하

25) 이 점에 대한 자세한 설명은 줄고, 헌법재판의 바람직한 개선방향, 김용준 화갑기념논문집, 1998, 26(33면) 참조. 또한 줄저 헌법소송법론, 제13판(2018), 253면 이하 참조.

26) 헌재 1995. 7. 27. 93헌바1 등 참조.

27) 헌법불합치결정에 관한 자세한 내용은 줄고, ‘헌법불합치결정’, 이강국 헌법재판소장 퇴임기념 논문집, ‘헌법재판의 새로운 지평’, 2013, 45-60면 참조.

28) 가장 최근의 잠정적용 헌법불합치결정은 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379(양심적 병역거부사건)이다. 입법부작위에 대한 이 불합치결정의 타당성 여부는 이곳에서 논하지 않고 다른 기회로 미룬다.

는 것은 사실상 어려운 일이고 관점에 따라 달라질 수 있는 문제이다.²⁹⁾ 그렇기 때문에 여기에서 특별히 언급하는 중요결정은 필자의 주관적인 평가의 결과에 불과해 결코 일반화 할 수 있는 성질의 것은 아니다.

(1) 박근혜 대통령 탄핵파면결정과 노무현 대통령 탄핵심판

먼저 우리 헌정질서의 큰 흐름에 하나의 전환점을 마련한 박근혜 대통령의 탄핵파면결정은 우리 헌정사뿐 아니라 세계 헌법재판의 역사에도 기록될 매우 중요한 결정이었다.³⁰⁾ 대통령 직선사상 처음으로 투표자 과반수 지지로 직접 선출된 대통령을 헌법재판소가 탄핵결정으로 파면하는 일은 헌법실현을 책임지는 헌법재판소로서도 다른 헌법재판사건과는 비교할 수 없을 정도로 빈틈없는 재판절차를 거쳐 신중하게 내려야 할 매우 엄중한 결정이었다. 그런데 이 결정은 재판소장이 권위된 상태에서 비록 8인 재판관 전원합의로 이루어진 결정이었다고는 해도 과연 그런 절차적인 완결성과 논증상의 신중성을 모두 충족한 것인지에 대해서는 앞으로 학계에서 매우 진지한 연구와 개선책을 마련할 필요가 있다고 생각한다.³¹⁾

헌법재판소도 2017년 5월 헌법재판소심판규칙 중 변론 및 참고인 진술 부분, 증거 부분, 탄핵심판에서의 최종의견 진술 등의 일부 규정을 개정해서 제도보완에 나섰다.

그런데 헌법재판소는 그 후 박근혜 대통령 탄핵파면결정이 ‘촛불혁명의 완결판’이라는 취지의 문건을 발간해서 비판을 받아 헌법재판소의 공식입장은 아니라고 변명은 했지만, 매우 부적절한 문건이었다고 생각한다. 탄핵

29) 헌법재판소도 자체적으로 선정한 20년간의 주요결정 141건을 ‘헌법재판소 20년사’, 2008, 332-694면에 수록하고 있다.

30) 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 참조.

31) 필자는 이미 줄저 ‘헌법소송법론’ 2018, 제13판 탄핵관련 서술부분에서 이 문제에 대해 부분적인 언급을 했지만, 가까운 시일 안에 하나의 독립한 학술논문으로 발표해서 제도개선에 조금이나마 기여를 하려고 한다.

파면결정에서 마치 촛불집회의 영향을 받은 것 같은 인상을 주기 때문이다. 헌법재판이 일반재판과 달리 아무리 합목적성을 함께 고려하는 재판이라고는 하지만, 헌법재판소 스스로 탄핵파면결정과 촛불집회를 연관시키는 일은 절대적으로 삼가야 할 일이다. 앞으로는 이런 일이 반복되는 일이 없어야 한다.

노무현 대통령에 대한 탄핵심판도 비록 기각되긴 했지만 헌법실현과 직결되는 결정이었다.³²⁾ 우리 헌정사상 대통령에 대한 최초의 탄핵심판사건으로서 대통령의 헌법수호와 국정수행의 자세에 대해서 경종을 울린 사건이었을 뿐 아니라 헌법에서 정한 탄핵사유(제65조)에 관해서 대통령의 경우 ‘헌법질서에 미치는 해악이 아주 큰 중대한 위헌·위법행위’와 ‘국민이 부여한 신임을 박탈할 정도로 국민의 신임을 배반한 행위’가 탄핵사유가 된다는 점을 처음으로 구체적으로 논증했기 때문이다.³³⁾ 이 논증이 앞에 말한 박 대통령의 탄핵파면결정에서 그대로 인용되었다.³⁴⁾

(2) 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌결정

노무현 대통령은 2002년 대통령선거 운동과정에서 충청권의 득표전략으로 충청권에 신 행정수도를 건설하여 우리나라의 수도를 이전하겠다는 선거공약을 해서 본인 말대로 ‘재미를 좀 보아’ 충청권의 많은 득표로 대통령으로 당선했다. 이 공약을 이행하기 위해서 제정한 특별법에 대해서 제기한 헌법소원사건에서 헌법재판소가 위헌이라고 결정했다.³⁵⁾

헌법재판소는 위헌결정의 핵심적인 논증으로 서울이 우리나라의 수도라는 사실은 600여 년에 걸쳐 확립된 하나의 관습헌법으로서 이러한 관습헌

32) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 참조.

33) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609(656면). 이 결정에 대한 필자의 글 ‘노무현 대통령에 대한 탄핵심판’, 헌법판례연구 제6권, 2004, 237-259면 참조.

34) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1(48면) 참조.

35) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2, 1 참조.

법을 바꾸는 일은 반드시 헌법개정의 국민투표절차를 거쳐야 한다고 전제하고, 그런 절차 없이 일반 법률로 수도를 이전 하려는 것은 헌법개정에 관한 국민의 참정권인 국민투표권을 침해했다는 논증을 폈다.

이 결정은 당선만을 목표로 하는 무분별한 선거공약의 이행을 저지했다는 헌정사적인 의미를 갖는다. 다만 헌법재판소가 핵심논증으로 삼은 관습헌법은 불문헌법의 대명사이기 때문에 성문헌법국가인 우리나라에서 함부로 사용해서는 아니 되는 헌법개념이다. 헌법재판소의 판시에서 열거한 5가지 관습헌법의 성립요건(헌법적 관행의 존재, 관행의 계속성, 항상성, 명료성, 국민적 합의)이 충족된 경우는 성문헌법의 나라에서도 헌법의 미완성성, 개방성 등의 특성 때문에 생길 수 있는데, 그렇게 생긴 헌법적인 관행은 헌법이론적으로 관습헌법과 구별하는 의미에서 헌법관습법이라고 부르는 것이 헌법학계의 일반적인 경향이다. 따라서 헌법재판소가 관습헌법이라는 표현 보다는 헌법관습법이라고 논증하는 것이 더 타당했다고 할 것이다. 관습헌법과 헌법관습법은 일반인의 입장에서는 쉽게 구별하기가 어렵지만 적어도 헌법을 실현하는 헌법재판소로서는 정확한 학문적인 개념을 사용하는 것이 바람직하다.

이 결정으로 수도이전이 좌절되자 수도이전 대신 연기·공주지역에 행정중심복합도시를 건설하겠다는 특별법을 만들어 마침내 정부 부처 대다수가 그곳으로 옮겨 가 사실상 행정기능이 분산되는 매우 비효율적인 결과를 초래해 지금에 이르고 있다. 이러한 결과는 앞에 언급한 행정중심복합도시 건설 특별법에 대한 헌법소원을 헌법재판소가 각하한 것이 결정적 영향을 미쳤다.³⁶⁾

(3) 통합진보당 해산결정

우리 헌정사상 처음으로 위헌정당인 통합진보당을 해산하고 그 소속 의

36) 현재 2005헌마579 등, 판례집 17-2, 481 참조.

원들의 의원직을 박탈한 결정도 우리 헌법이 지향하는 방어적 민주주의 실현에 크게 기여한 결정이다.³⁷⁾ 이 결정은 우리 헌정사상 헌법재판을 통해 정당을 해산하고 그 소속 국회의원의 신분까지 박탈한 최초이고 아직은 유일한 결정이다. 헌법과 법률의 명시적 근거규정도 없이 소속 국회의원의 의원직을 상실하게 한 이 결정에 대해서 위법하다고 제기한 재심청구사건에서도 적법한 재심사유에 해당하지 않는다고 각하 결정했다.³⁸⁾

우리 헌법의 자유민주적인 기본질서를 부정하기 위한 목적으로 설립·활동하면서 정부의 국고보조금까지 받아 국회에 까지 진출한 통합진보당에 대해서 그 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배될 뿐 아니라 현실적으로 우리 헌법질서와 대한민국의 존립에 구체적인 위협이 존재한다고 판단했다는 점이 중요하다.

(4) 호주제도와 동성동본금혼 규정 헌법불합치(위헌)결정

전통적인 호주제도³⁹⁾와 동성동본금혼 규정⁴⁰⁾에 대한 위헌결정은 가부장적인 남성중심 가족·사회구조에 변혁을 가져온 매우 의미 있는 결정이다.

우리나라는 유교문화의 유산으로 가부장적인 남성중심으로 가족생활이 이루어지고 사회생활도 그런 영향을 받아왔다. 그래서 남성중심의 호주제도와 부계혈통을 중요시해 동성동본 사이에는 혼인을 금지해 왔다. 이러한 가족제도가 모두 헌법의 남녀차별금지 조항과 조화할 수 없다는 점을 확인한 결정으로서 양성평등과 인간의 존엄을 바탕으로 하는 혼인·가족제도와 남녀 간의 평등이라는 헌법이념을 실현했다는 점에서 매우 중요한 결정이다. 나아가 이 결정을 통해서 우리 헌법이 지향하는 문화국가가 과거에 없

37) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2, 1-255면 참조.

38) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌아20, 판례집 28-1(하), 163면 이하 참조.

39) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가1 등(잠정적용 헌법불합치결정), 판례집 17-1, 1 참조.

40) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등(적용정지 헌법불합치결정), 판례집 9-2, 1 참조.

매이는 퇴영적인 성질의 것이 아니라 개방적이고 미래지향적인 선진적인 문화국가라는 점을 강조했다. 헌법재판소는 ‘헌법 제9조에 따라 계승·발전시켜야 할 전통문화는 이 시대의 사회·경제적 환경에 맞고 오늘날에도 보편 타당한 전통윤리 내지 도덕관념이어야 한다’고 판시했다.⁴¹⁾

헌법이 강조한 인간의 존엄과 양성평등을 기초로 성립하고 유지해야 하는 혼인·가족제도는 국가의 보장의무에 의해 더욱 강조되는데 헌법재판소는 그 밖에도 여러 결정을 통해 이의 실현을 촉진했다. 국적법상의 부계혈통주의 조항 헌법불합치결정,⁴²⁾ 자녀가 아버지의 성과 본을 따르게 하는 남녀차별 민법조항 헌법불합치결정,⁴³⁾ 친생부인의 소송 제기기간에서의 남녀 차별민법조항 헌법불합치결정⁴⁴⁾ 등이 그 대표적인 결정이다.

(5) 국회의원선거에서의 정당에 대한 의석배분방법 위헌결정 및 지역선거구 간의 과도한 인구편차 위헌결정

헌법재판소는 민주적 선거법의 기본원칙에 어긋나는 국회의원 선거에서의 정당에 대한 의석배분방법을 정한 선거법 규정에 대해서 위헌결정을 했다.⁴⁵⁾ 선거법이 국회의원 선거에서 1인1표제를 채택하여(제146조제2항) 지역구국회의원의 득표비율에 따라 정당별 비례대표의석을 배분하는 제도는 직접선거의 원칙에 반할 뿐 아니라 투표가치의 불평등을 초래해서 평등선거원칙에도 위배된다고 결정했다.

이 결정은 우리 대의민주주의 실현수단인 공직선거제도에 획기적인 개혁을 가져온 결정으로서 헌법상의 국민주권원리와 민주주의원리의 실현에 크게 기여한 결정이다.

41) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 902, 1(19면).

42) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12 등(잠정적용 헌법불합치결정), 판례집 12-2, 167 참조.

43) 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등(잠정적용 헌법불합치결정), 판례집 17-2, 544 참조.

44) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등(잠정적용 헌법불합치결정), 판례집 9-1, 193 참조.

45) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등(한정위헌결정), 판례집 13-2, 77 참조.

이 결정을 계기로 2004년 지금과 같은 1인2표제의 공직선거제도가 도입되고 국민이 지역구국회의원과 정당에 대해서 각각 따로 투표하고 각 정당은 정당투표의 득표결과에 따라 비례대표의석을 배분 받게 되어 특히 지역구에서 당선자가 없는 소수정당이라도 3% 이상의 득표율을 얻으면 비례대표의석으로 국회에 진출할 수 있게 되어 소수의 보호라는 민주주의 이념과 정당민주주의의 실현에도 기여하게 되었다.

그리고 헌법재판소는 여러 차례의 판례변경을 통해 지역선거구 간의 지나친 인구편차로 인한 표의 등가성(투표의 성과가치의 평등)의 훼손문제를 2014년의 결정으로⁴⁶⁾ 해소해 2016년부터는 선거구간의 인구편차가 정치선진국 기준인 2:1을 넘지 않게 되어 평등선거의 원리를 실현하는데도 기여했다.

(6) 그린벨트결정

그린벨트(개발제한구역)결정도 헌법실현의 중요한 결정이다. 헌법재판소는 그린벨트의 지정으로 토지를 종래의 목적으로 사용할 수 없게 해서 토지의 효용가치가 현저하게 감소한 경우에 아무런 보상을 하지 않는 것은 아무리 토지재산권의 사회성과 공공성 등 특수성을 감안한다고 해도 재산권제한의 한계를 벗어난 재산권의 공용수용에 해당하므로 재산권을 침해한다고 결정했다.⁴⁷⁾

우리 헌법이 보장하는 재산권은 다른 기본권과 달리 형성적 법률유보형식으로 되어 있어 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하게 하고 있다. 그래서 재산권의 사회기속성도 규정하고 있다. 반면에 재산권 제한의 한계를 넘는 재산권의 과잉제한은 반드시 정당한 보상을 지급하도록 함께 정하고 있다(제23조). 그렇기 때문에 재산권관련 헌법소송에서는 언제나 재산권의

46) 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마190등(잠정적용 헌법불합치결정), 판례집 26-2, 668 참조.

47) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등(헌법불합치결정), 판례집 10-2, 927 참조.

핵심인 사용·수익·처분권의 제한이 재산권의 내용을 정하는 재산권 형성에 해당하는지 아니면 반드시 보상이 따라야 하는 재산권의 공용수용에 해당하는지가 주요 쟁점이었다.

헌법재판소는 그린벨트 결정을 통해 이 쟁점에 대해서 나름 하나의 판단기준을 제시함으로써 재산권의 내용과 한계를 정하는 재산권형성의 헌법적인 한계를 분명히 했다고 할 것이다.

그렇지만 헌법재판소가 이 결정을 통해 조정적인 보상의 필요성을 강조한 것인지, 재산권 제한과 공용수용의 경계를 정한 것인지는 여전히 논란의 소지는 남아 있다. 왜냐하면 이 결정에서 헌법재판소는 ‘개별 토지소유자에게 발생한 재산적 부담의 정도를 충분히 고려하여 본질적으로 같은 부담은 같게 다른 부담은 다르게 규율할 것을 요청하는 평등원칙에도 위반된다’⁴⁸⁾는 판시를 함으로써 사회기속성의 한계를 평등권의 시각에서도 판단하는 입장을 취하고 있기 때문이다.⁴⁹⁾

(7) 토지초과이득세법 결정

여러 가지 쟁점을 담고 있는 토지초과이득세법(이하 토초세법)에 대해서 헌법재판소는 처음으로 헌법재판소법 제45조 단서를 적용해서 이 법률 전부에 대해서 헌법불합치결정을 했다.⁵⁰⁾ 이 법률의 본질적인 핵심조항의 위헌으로 이 법률 전부를 시행할 수 없게 되었다는 이유에서다.

헌법재판소는 토초세법이 미실현이득을 과세대상으로 삼고 있는데 비록 유도적·형성적 기능을 위해서 불가피한 조세라고 할지라도 소득세의 형태로 이를 조세로 환수할 때는 먼저 여러 가지 선결과제를 충족할 때만 정당한 과세권의 행사로 볼 수 있다고 강조한다. 예컨대 과세대상 이득을 공정

48) 위 판례집 957면.

49) 이 결정을 둘러싼 독일의 도그마인 분리이론과 경계이론의 논란에 관한 자세한 설명은 줄저, 헌법이론과 헌법, 신8판(2017), 방주 798 참조.

50) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64 참조.

하고 정확히 계측해야 하고, 조세법상의 응능부담 원칙과 조화를 이루도록 납세자의 현실적인 담세력을 고려해야 하며, 지가변동의 순환기를 고려해서 과세기간을 적정하게 설정해야 하고, 지가하락에 대비한 적절한 보충규정을 설정해야 한다는 것이다.⁵¹⁾

이러한 관점에서 토초세법(제11조 제2항)은 우선 지가산정기준과 방법을 직접 규정하지 않고 전적으로 대통령령에 위임한 것은 헌법상의 조세법률주의와 위임입법의 한계를 넘어 위헌이라고 판시했다.⁵²⁾ 또 장기간 토지를 보유하는 경우 지가의 등락이 생겨 토지소유 이후 최초 과세기간 개시일의 지가와 특정 과세기간 종료일의 지가를 비교할 때는 토지초과이익이 없고 오히려 손해만 있는 경우에도 토초세를 부과하면 원본자체가 잠식되는 결과가 되어 소득세인 토초세의 본질에도 반하고 사유재산권 보장 취지에도 어긋난다고 지적했다.⁵³⁾ 나아가 세율조항(제12조)은 50%의 단일비례세율을 적용하고 있는데, 토초세와 같은 이득에 대한 조세에서는 조세의 수직적 공평을 이루어 소득수준이 다른 국민들 사이의 실질적인 평등을 실현해야 한다. 그런데 누진세가 아닌 단일 비례세를 적용하는 것은 소득이 많은 납세자와 소득이 적은 납세자 사이의 실질적인 평등을 저해하는 결과를 초래해 재산권과 평등권 조항에 위배된다.⁵⁴⁾ 그리고 토초세법과 함께 제정한 택지소유상한법과의 관계에서도 토지가 소유제한 범위내의 택지인지 여부와 관계없이 오로지 현재 건축물의 존재 유무만을 기준으로 토초세를 부과하는 것은 입법체계 정당성에도 맞지 않고 헌법이 정한 인간다운 생활을 할 권리, 국가의 쾌적한 주거생활을 위한 노력의무 등에도 배치된다.⁵⁵⁾ 그 밖에도 임대용 토지의 경우에도 토지소유자가 스스로 사용하지 않는 토지라

51) 위 판례집 97면 참조.

52) 위 판례집 102면 참조.

53) 위 판례집 108면 참조.

54) 위 판례집 109면과 110면 참조.

55) 위 판례집 112면 참조.

하여 다른 토지소유자보다 불리하게 과세하는 것은 불합리하게 토지임대인을 차별하는 것이고 헌법상의 경제질서와도 합치하지 않는다.⁵⁶⁾ 마침내 토초세가 양도소득세의 예납적 성격을 갖는데도 토초세액을 양도소득세액에서 전액 공제하지 않는 것은 조세법률주의에 위배된다.⁵⁷⁾

헌법재판소는 이상의 판시처럼 토초세의 핵심조항인 지가규정(제11조제2항)과 세율규정(제12조)이 위헌이어서 토초세법 전부를 시행할 수 없기 때문에 헌법재판소법 제45조에 따라 토초세법 전부를 위헌으로 결정할 수밖에 없지만, 단순위헌결정을 하면 법적혼란과 법적공백을 초래해 국민생활에 오히려 불이익을 주기 때문에 모든 국가기관이 토초세법의 적용을 잠정 중지하도록 명하면서 입법기관의 조속한 개선입법을 촉구하는 의미에서 헌법불합치결정을 한다고 판시했다.⁵⁸⁾ 그런데 헌법법재판소가 불합치결정의 세 번째 이유로 제시한 소송 당사자가 아닌 선량한 기존 토초세 납세자와의 형평성 문제의 논리는 헌법불합치결정과 전혀 무관한 논리라고 할 것이다. 왜냐하면 헌법불합치결정을 한다고 해서 그들이 이미 납부한 토초세를 돌려받게 되는 것은 아니기 때문이다. 단순위헌결정을 하는 경우와 효과면에서는 전혀 차이가 없다.

아무튼 이 결정으로 헌법재판소는 헌법이 정한 조세법률주의의 관점에서 국가 과세권의 한계를 분명히 밝혀 국민의 재산권과 자유시장경제질서의 실현에 크게 기여했다.

(8) 친일반민족행위자 재산의 국고귀속결정

헌법재판소는 친일반민족행위자의 재산을 국고에 귀속시키는 내용의 특별법에 대해서 합헌결정을 했다.⁵⁹⁾ 헌법재판소는 이 특별법 해당 조항(제2

56) 위 판례집 115면과 116면 참조.

57) 위 판례집 116면과 117면 참조.

58) 위 판례집 118면 이하 참조.

59) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141 등, 판례집 23-1(상). 276 참조.

조 제1호 가목과 제2호 후문 및 제3조 제1항 본문)이 비록 진정소급입법에 해당하지만 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우로 볼 수 있어 헌법 제 13조 제2항이 금지하는 소급입법에 의한 재산권 박탈에 해당하지 않는다고 판시했다. 건국헌법의 부칙(제101조)과 같이 소급입법을 통해 친일재산을 환수할 수 있는 명시적인 헌법의 근거규정은 없더라도 우리 헌법의 전문에 표현된 ‘3·1 운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승’할 것을 선언한 우리나라의 건국이념에 비추어 친일재산의 환수를 포함한 일제 식민지 역사의 청산작업은 언제든지 현실화 될 수 있는 ‘잠재적 현실’에 해당하므로 소급입법을 예상할 수 있었던 이례적인 경우에 해당하며 그로 인한 법적인 신뢰의 침해는 우리 헌법의 이념 속에서 용인될 수 있다고 논증했다.⁶⁰⁾ 나아가 소급입법에 의한 친일재산의 국고귀속조항도 피해의 최소성과 법익의 균형성을 갖추어 헌법상 재산권을 침해한다고 볼 수 없다고 판시했다.⁶¹⁾ 그 밖에도 쟁점이 된 명확성의 원칙을 어긴 것도 아니고,⁶²⁾ 추정조항도 문제가 없으며,⁶³⁾ 평등의 원칙에도 위배되지 않는다고 판시했다.⁶⁴⁾

이 결정은 우리 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 소급입법에 의한 재산권 박탈을 합헌으로 결정한 최초의 유일한 판례인데, 이 결정이 나온 정치·사회적인 배경은 충분히 이해할 수 있지만, 과연 헌법재판소의 합헌논증이 헌법이론적으로 또 헌법해석론의 관점에서 설득력을 갖는 것인지는 의문이다. 헌법이 절대적으로 금지한 소급입법에 의한 재산권 침해를 합헌으로 보는 것은 위헌적인 헌법해석이라고 지적하면서 ‘헌법전문에 표현된 근본이념이나 기본원리 등의 법적 효력이 헌법 제13조 제2항의 법적 효력

60) 위 판례집 306면 참조.

61) 위 판례집 308-310면 참조.

62) 위 판례집 300면 참조.

63) 위 판례집 301-304면 참조.

64) 위 판례집 310-312면 참조.

보다 우월하다는 취지의 논리'는 잘못된 헌법해석이라는 반대의견이⁶⁵⁾ 나오는 이유도 그 때문이다. 또 합헌의 법정의견과 결론은 같이 하면서도 위헌적인 헌법해석을 피하기 위해서 '친일재산은 우리 헌법이 보호하는 재산권에 포함시킬 수 없어 재산권 침해가 아니라는' 논리를 펴거나,⁶⁶⁾ 친일재산의 '국고귀속 조항은 진정소급입법이 아니라 부진정소급입법에 해당하므로 헌법에 위반되지 않는다'는 설명이 나오는⁶⁷⁾ 이유도 같은 차원의 인식에 바탕을 두고 있다고 할 것이다. 결국 4인의 재판관은 헌법 제13조 제2항에 대해서 어떤 예외도 허용하지 않는 절대적인 금지규범으로 이해하는 점에서는 같은 입장이라고 할 것이다. 비록 소수의견이지만 이 견해가 헌법정신에 더 부합한다고 생각한다.

아무튼 이 결정은 헌법을 실현한 헌법재판으로 평가하기엔 헌법이론적으로 매우 주저되는 점이 있다는 점을 지적해 두고자 한다. 다만 친일반민족 행위자의 재산을 국고에 귀속시키는 법률을 통해 일본식민시대의 혹독한 시련을 겪은 우리 민족의 통일된 과거청산 염원을 상당부분 해소함으로써 그런 측면의 사회통합에 기여했다는 점은 부인하기 어렵다. 헌법재판소도 이런 점을 염두에 두고 논리구성을 하느라고 어려움을 겪었으리라고 생각한다.

(9) 양심에 따른 병역거부결정

헌법재판소는 그 동안 세 번에 걸쳐 합헌으로 결정했던⁶⁸⁾ 양심적 병역거부자를 형사처벌하는 병역법 조항(제88조 제1항)에 대해서 선판례와 같이 합헌결정을 했다. 그러나 처음으로 심판범위에 속한 병역종류조항(제5조 제

65) 위 판례집 이강국, 조대현 재판관의 반대의견 321(324면) 참조.

66) 위 판례집 김종대 재판관 별개의견 313(317면) 참조.

67) 위 판례집 목영준 재판관의 일부별개의견 317-(319면) 참조.

68) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상), 141참조; 10. 28. 2004헌바61 참조; 2011. 8. 30. 2008헌가22 등, 판례집 23-2(하), 174 참조.

1항)에 대해서는 이 조항에서 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제도를 규정하지 않은 것은 양심과 종교의 자유를 침해한다고 헌법불합치결정을 하면서 2019년 12월 31일까지 개선입법의 시한을 정해주면서 그 때까지는 계속 적용하라고 명했다.⁶⁹⁾

헌법재판소는 이미 2004년 양심적 병역거부자를 형사처벌하는 조항의 합헌결정에서도 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제도를 마련할 필요성이 있다는 점을 결정이유에서 밝히면서 입법자에게 개선입법을 촉구한 일이 있었다. 그러나 입법자가 그 동안 14년의 많은 시간이 지났는데도 이에 상응한 제도마련을 하지 않은 점을 지적하면서 마침내 병역종류조항에 대해서 헌법불합치결정을 했다.

그런데 이 결정은 몇 가지 점에서 면밀한 성찰이 필요하다고 생각한다. 첫째, 헌법재판소는 이 결정에서 병역법 제5조 제1항의 병역종류조항을 일종의 불완전입법으로 보고 이에 대한 법령소원을 받아들여 헌법불합치결정을 했다.⁷⁰⁾ 그런데 이 조항이 과연 불완전입법에 해당하는지는 재고의 여지가 있다고 생각한다. 왜냐하면 이 조항은 병역복무를 전제로 ‘병역의 종류’를 현역, 예비역, 보충역, 병역준비역, 전시근로역의 다섯 가지로 ‘구분’하는 규정이기 때문에 이 조항에서 병역복무를 대체하는 대체복무제도를 함께 규정하지 않은 것이 과연 불완전입법에 해당하는지가 입법체계상 다툼의 여지가 있다고 생각한다.

독일 기본법(제4조 제3항과 제12a 제2항)은 종교와 양심의 자유를 보장하면서 누구도 양심에 반하는 집총병역복무를 강요받지 않을 권리를 함께 보장하고 그 구체적인 내용을 입법자가 정하도록 헌법적인 입법위임을 했다. 그래서 대체복무에 관한 법률이 제정되어 2011년 모병제가 도입되기 전까지 시행했었다. 그러나 독일과 달리 우리 헌법에는 그러한 명시적인

69) 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 참조.

70) 현재공보 261, 1017(1030면) 참조.

입법위임도 없고 국민의 양심과 종교의 자유를 보장하는 동시에 국토방위의 의무를 함께 규정하고 있다. 우리 헌법질서에서 병역종류 조항에 대체복무제도를 함께 규정하지 않은 것이 과연 불완전한 입법인지 의문이다.

헌법재판소가 늘 강조하는 입법부의 입법형성권의 존중의 관점에서 입법자는 독일처럼 병역법이 아닌 별도의 법률로 대체복무제도를 도입할 수도 있는 일이다. 만일 헌법재판소의 판단에 따라 병역의 종류조항에 대체복무제도를 함께 포함시킨다면 병역법에 그 자세한 세부내용까지 구체적으로 정해야 법률내용의 구체성, 명확성, 예측가능성 등 법치주의 요청을 충족하게 되는데 그것이 과연 가능하고 바람직 한 일인가도 의문이다. 독일의 대체복무에 관한 법률의 상세한 규정에도 불구하고 언제나 ‘양심상의 이유’에 해당하는지의 판단을 둘러싼 논란이 끊이지 않았던 점을 상기할 때, 우리 나라에서도 이 문제는 보다 깊은 천착이 필요한 내용이다.

헌법재판소의 판시대로 양심실현의 자유는 법질서에 위배될 수 없고 법률에 의한 제한이 가능한데⁷¹⁾ 양심상의 이유로 병역을 거부하는 것은 바로 법질서를 위배하는 것으로 제한이 가능한 일이기 때문이다. 물론 헌법재판소는 그 제한이 침해의 최소성과 법익균형성을 어겨 양심의 자유를 침해한다고 판시하고 있다.⁷²⁾ 그런데 침해최소성과 법익균형성을 어긴 양심의 자유의 침해는 불완전한 병역종류조항의 문제라기보다는 처벌조항에서 처벌을 면하는 ‘정당한 사유’에 양심을 이유로 하는 병역거부자를 포함하지 않아 생길 수 밖에 없는 문제이다. 따라서 만일 위헌이라면 처벌조항도 함께 위헌일 수밖에 없다. 그래서 처벌조항이 합헌이라는 선 판례를 변경하는 판시가 함께 나왔어야 한다고 생각한다. 그런데 처벌조항은 합헌이라는 입장을 유지해서 합헌 결정했다.

둘째, 양심적 병역기피자에 대한 처벌조항에 대해서는 합헌의견에 가담

71) 위 판례집 1031면 참조.

72) 위 판례집 1038-1039면 참조.

하면서 병역의 종류조항에 관한 판단에서는 위헌의 대열에 선 두 재판관의 판단은 논리적 일관성의 관점에서 의문이다. 그들에 따르면 처벌조항이 합헌인 이유는 ‘병역거부자에 대한 처벌은 대체복무제를 규정하지 않은 병역 종류조항의 입법상 불비와 양심적 병역거부는 처벌조항의 ‘정당한 사유’에 해당하지 않는다는 법원의 해석이 결합되어 발생한 문제일 뿐 처벌조항 자체에서 비롯된 문제가 아니’기 때문이라는 논리이다.⁷³⁾ 그러나 그들이 말하는 ‘정당한 사유’의 해당여부의 판단은 철저한 법률해석의 문제로서 법률해석 기관인 대법원이 정당한 사유에 양심을 이유로 병역을 거부하는 것까지 포함시킨다면 그것은 분명히 법률해석의 한계를 넘어서는 입법권의 침해이다. 따라서 대법원의 ‘정당한 사유’의 해석 때문에 처벌조항이 합헌이 될 수는 없다. 만일 대체복무제를 규정하지 않아 처벌의 결과를 초래할 수밖에 없다면 마땅히 처벌의 근거가 되는 처벌조항도 위헌이라고 평가해야지 대법원이 ‘정당한 사유’에 양심상 병역거부를 포함하지 않는 해석을 한다고 해서 처벌조항이 합헌으로 되는 것은 아니다.

지금까지 양심상의 이유로 병역을 기피한 병역법 위반 형사범에 대한 대법원의 일관된 입장⁷⁴⁾(양심상의 이유로 병역을 기피하는 것은 병역기피죄의 처벌을 면할 ‘정당한 사유’에 해당하지 않는다)에도 불구하고 하급심의 상이한 판결로 사회적인 혼란이 야기되고 아직도 상고심이 진행중인 점을 생각할 때 이 결정은 헌법상의 양심과 종교의 자유를 실현하려는 헌법재판소의 강한 의지가 표현된 것으로 보여 한편 수긍할 측면도 있다. 그럴수록 가능하면 보다 정치한 논증으로 설득력을 높였어야 한다고 생각한다.

나아가 재판관들이 보다 통일된 결론을 낼 수 있어야 하는데도 처벌조항은 합헌과 일부위헌 및 각하의견이 각 4 : 4 : 1로 갈리고 병역종류조항에 대해서도 헌법불합치와 각하가 각 6 : 3으로 갈린 것은 우리 헌법재판

73) 위 판례집 1038면 참조.

74) 대판 2004. 7. 15. 2004도2965(전원합의체 판결) 이후 변함없는 태도이다.

소의 평결방법이 주문별 평결방식이라 불가피한 측면이 있지만 이 점은 앞으로 재고해 볼 필요가 있다고 생각한다.

2. 헌법재판실무의 성찰

가. 평결방법과 재판관의 의견표시 문제

우리 헌법재판소는 사건의 심리를 끝내고 재판관이 평의를 거쳐 결정을 할 때 주문별 평결방법을 취하고 있다. 그 결과 적법요건에 대한 판단과 실체적 요건에 대한 판단을 구별하지 않고 주문에 초점을 맞추어 함께 표결해서 주문결정을 하고 있다. 헌법재판소법에 따로 규정이 없을 때 준용하게 된 민사소송법 규정에 따라 법원조직법(제66조제2항)이 정하는 ‘합의의 방법’을 준용한 평결방법이다.

그러나 이 평결방법은 헌법재판 30년을 성찰할 때 재고의 여지가 있다고 생각한다. 이 문제를 두고 헌법재판소 자체적으로도 이미 논의가 있었다는 기록도 있다. 즉 구 국세기본법에 대한 헌법소원사건에서 위헌의견 5인, 각하의견 4인의 평결로 위헌불선언결정을 할 때 위헌의견을 낸 5인의 재판관이 종전의 주문별 평결방법에 이의를 제기하면서 ‘헌법소원의 적법성의 재판은 재판관 과반수 찬성으로 족한 것이므로 이 사건에서 재판관 5인이 재판의 전제성을 인정했다면 이 사건 헌법소원은 일응 적법하다고 할 것이고, 헌법소원이 적법한 이상 재판의 전제성을 부인하는 재판관 4인도 본안결정에 참여하는 것이 마땅하다’고 주장한 것이다.⁷⁵⁾ 이에 대해서 4인의 재판관은 반대의견을 내면서 ‘헌법재판소 발족 이래 오늘에 이르기까지 예외 없이 주문합의제를 취해왔으므로 유독 이 사건에서 주문합의제를 쟁점별 합의제로 변경하여야 한다는 이유를 이해할 수 없고, 새삼 판례를 변

75) 헌재 1994. 6. 30. 92헌바23, 판례집 6-1, 592(612면) 참조.

경하여야 할 다른 사정이 생겼다고 판단되지 않는다'고 주장하면서⁷⁶⁾ 본안 판단에 참여하지 않았다. 그 결과 위헌정족수 미달로 기이한 '위헌불선언결정'을 할 수밖에 없었다.

헌법재판 30년의 역사에서 기록으로 확인되는 평결방법을 둘러싼 유일한 논의이다. 이 논의에서 5인의 주장이 매우 적절하고 타당한 주장이다. 일반 재판에서는 헌법재판에서와 같은 다양한 적법요건의 판단(당사자 적격성, 재판의 전제성, 권리침해의 현재성, 직접성, 보충성의 충족여부, 권리보호이익과 심판이익의 유무 등)이 크게 쟁점이 되지 않아 주문별 평결방법을 취해도 큰 무리는 없다. 그러나 헌법재판에서는 적법요건의 판단이 실제적 요건의 판단 못지 않게 큰 비중을 차지하기 때문에 적법요건의 판단과 실제적 요건의 판단을 구별해서 쟁점별로 평결하는 것이 보다 합리적인 평결방법이라고 할 것이다. 독일 연방헌법재판소가 주문유형이 단순한 탄핵 심판을 제외하고는 쟁점별 평결방법을 취하고 있는 이유도 그 때문이다.⁷⁷⁾

위에서 살펴본 위헌불선언결정의 유형은 주문별 평결방법의 불가피한 결과이다. 그 밖에도 이미 앞에서 소개한 대체복무결정에서도 결정문에 헌법불합치 의견과 각하 의견이 함께 나올 수밖에 없는 이유도 주문별 평결의 산물이다. 평의결과 재판관들의 의견이 다양하게 대립되어 어느 의견도 결정정족수를 채우지 못하는 경우에는 주문결정이 쉽지 않고 혼란을 초래해 심지어 불합리한 주문이 나올 수도 있다. 예컨대 법령에 대한 위헌소원 사건에서 평의결과 위헌의견 2인, 헌법불합치 의견 3인, 기각 의견 3인, 각하 의견 1인으로 재판관의 의견이 나뉘는 경우 5인의 위헌의견에도 불구하고 주문은 기각의 주문을 낼 수밖에 없다. 그러나 쟁점별 평결방법을 취하면 이런 불합리한 주문은 나오지 않는다.

76) 위 판례집 617면 참조.

77) 독일연방헌법재판소 심판사무규칙 제27조 제2절 참조.

평결방법과 직접적인 관련이 있는 문제가 재판관의 의견표시제도(헌법재판소법 제36조 제3항)이다. 심판에 참여한 재판관이 종국결정서에 자신의 의견을 표시하는 제도는 그 나름 순기능과 역기능을 함께 가지지만 순기능이 더 크기 때문에 미국이나 독일에서처럼 우리 헌법재판에서도 채택했고 노무현 대통령 탄핵사건 이후에는 모든 헌법재판에 확대해서 적용하도록 법을 개정했다.

다만 이 제도가 순기능을 나타내기 위해서는 재판관의 의견표시가 깊은 논리적인 천착을 통해서 나온 결과물이어야 한다. 특히 법정의견에 대한 별개의견 내지 보충의견이나 반대의견은 더욱 그렇다.

헌법재판 30년을 돌아 볼 때 재판관의 의견표시제도가 제대로 순기능을 발휘했는지 의문이다. 헌법재판초기에는 변형결정유형을 반대하는 반대의견을 임기 동안 끊임없이 표시한 재판관도 있었다. 또 법정의견의 논증을 압도하는 반대의견은 상대적으로 매우 적은 편이었다고 생각한다. 반면에 반대의견이 너무 많은 결정도 적지 않았다. 반대의견의 수가 너무 많다 보면 법정의견의 설득력과 수용력이 그만큼 떨어질 수밖에 없다. 독일에서도 1971년 연방헌법재판소가 법정의견을 주문으로 내면서도 심판에 참여한 재판관 7인 모두가 반대의견을 내 논란이 된 판례⁷⁸⁾가 있었지만, 이 판례를 전환점으로 삼아 그 후에는 반대의견의 표시가 아주 많이 줄었다. 재판관들이 법정의견에는 흔쾌히 찬성하지 않지만 반대의견의 표시를 자제하는 관행이 확립되고 있기 때문이다.

우리 헌법재판에서의 반대의견을 보면 구체적 규범통제심판에서 심판대상과 심판범위를 구별하지 않고⁷⁹⁾ 한정위헌의 반대의견을 표시한 반대의견⁸⁰⁾을 비롯해서 같은 결정에서 보충의견, 반대의견, 반대의견에 대한 추

78) BVerfGE 32, 199(227-249) 참조.

79) 구체적 규범통제절차에서의 심판대상과 심판범위의 구별문제는 필자의 글 ‘강평’, 헌법재판의 새로운 지평, 이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집, 2013, 587-589면 참조.

80) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21, 판례집 23-1(상), 178(198면) 참조.

가 보충의견 등 과반수가 넘는 5인 재판관이 합헌의 법정의견과 다른 의견을 표시한 경우도 있다.⁸¹⁾ 심하게는 8인의 재판관이 별개의견, 보충의견, 별개의 보충의견, 반대의견 등 의견표시를 한 결정도 있다.⁸²⁾

나아가 언제부터인가 우리 사회가 좌·우로 분열하는 현상이 심화되면서 헌법재판을 통해 헌법적인 가치를 실현함으로써 사회통합을 추구해야 할 헌법재판소에서도 재판관이 지나치게 두드러지게 한쪽으로의 경향성을 나타내는 반대의견을 표시하는 결정이 늘어나고 있는 점도 우려할 만한 일이다. 헌법재판관은 추천주체나 임명주체를 떠나 언제나 중립적으로 균형감을 잃지 않고 헌법적 가치의 실현에 초점을 맞춰 재판의 평의와 평결에 임해야 한다.

우리 헌법재판 30년의 역사에서 이제는 재판관의 의견표시제도가 헌법재판의 질을 향상시키는 방향으로 개선되도록 성찰할 시점이라고 생각한다.

나. 헌법불합치결정의 문제

우리 헌법재판소는 변형결정 중에서도 헌법불합치결정을 너무 남용하는 것은 아닌지 성찰할 필요가 있다고 생각한다.

헌법불합치결정은 그 본질이 위헌결정이지만 위헌결정으로 인한 법적 공백이나 법적 혼란상태를 방지해서 법적 안정성을 실현하고 입법자의 입법형성권을 존중하기 위한 사법적 자제의 표현인 변형결정이다. 그리고 아직은 독일과 달리 이 결정유형에 관한 명문규정도 없는 상태이다. 그렇기 때문에 헌법재판소는 반드시 필요한 경우로 헌법불합치결정을 제한하는 자제의 자세를 가져야 할 것이다.

81) 위 판례집 191-198면 참조.

82) 헌재 2018. 5. 31. 2015헌마853. 헌재공보 260, 896(902-913면) 참조.

그런데도 헌법재판 30년을 돌아보면 그러한 점에서 아쉬움이 있다. 이미 앞부분에서도 지적한대로 헌법불합치결정의 본질을 잠정적용 증지로 인식하는 것부터 재고할 필요가 있다. 헌법불합치결정은 위헌조항의 잠정적용에 그 본질이 들어 있기 때문이다. 적용중지의 헌법불합치결정을 해서 위헌법률의 형식적인 존속만을 유지한다는 것이 법적으로 무슨 의미를 갖는다는 것인지 쉽게 와 닿지 않는다. 적용중지 헌법불합치결정을 할 바에는 단순위헌결정을 해서 위헌법률의 효력을 잃게 하는 것이 법질서의 명확성의 관점에서 바람직하다.

나아가 형벌법규와 행정법령인 시행령에 대해서도 헌법불합치결정을 하는 일은 헌법이론적으로 정당화할 수 없는 일이므로 앞으로는 지양하는 것이 옳다고 생각한다.⁸³⁾

다. 과잉금지원칙 적용문제

우리 헌법재판소는 기본권 제한의 위헌성 여부를 심사하는 기준으로 초창기부터 헌법 제37조 제2항을 근거로 과잉금지원칙(비례의 원칙)을 적용해 오고 있다. 이는 독일에서 확설로 창안되고⁸⁴⁾ 연방헌법재판소가 수용해서⁸⁵⁾ 확립된 독일의 헌법재판 실무를 많이 참고로 한 것이다.

그런데 이 과잉금지원칙을 적용하면서 우리 헌법재판소는 지금까지 거의 도식적·획일적으로 기본권 제한의 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의

83) 더 자세한 이유와 구체적인 사례에 대해서는 이미 다른 기회에 발표한 글이 있으므로 여기에서 되풀이 하지 않기로 한다. 그 대신 관련 문헌만을 소개한다. 줄고, 헌법불합치결정, 이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집, ‘헌법재판의 새로운 지평’, 2013, 45(53-60면); 줄고, 헌법재판제도의 바람직한 개선방향, 김용준 헌법재판소장 화갑기념논문집, 1998, 26(34-36면); 참조.

84) Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, 61ff. 참조.

85) 예컨대 1968년의 BVerfGE 23, 127(133)를 시작으로 그 후 BVerfGE 38, 348(368); 43, 242(288) 참조.

최소성, 법익의 균형성의 네 가지를 차례로 심사하는 패턴을 고수하고 있다.

그러나 이러한 심사패턴은 과잉금지원칙의 본질을 오해한 결과이다. 왜냐하면 과잉금지원칙은 일명 ‘비례의 원칙’이 말해주는 것처럼 기본권제한의 방법이 목적 달성에 불가피하고 필요한 최소한의 것인지를 따지는 원리이기 때문에 처음부터 목적의 정당성의 심사는 여기에 포함되지 않는다. 자유민주주의를 지향하는 대의민주주의 국가에서 입법자가 만드는 법률은 일단은 ‘합헌성의 추정’을 받기 때문에 헌법재판소가 일일이 입법목적의 정당성 여부를 따로 심사하는 것은 전혀 불필요한 일이다. 입법자가 처음부터 기본권을 침해할 목적으로 법률을 만든다는 것은 쉽게 생각할 수 없는 일이기도 하거니와 입법자가 법률을 제정할 때는 언제나 공익목적의 실현하려는 의도에서 출발하기 때문이다.

실제로도 우리 헌법재판소가 과잉금지원칙을 적용한 수많은 결정에서 단 한 번도 입법목적의 정당성을 근거로 기본권 제한을 기본권 침해로 논증한 사례가 없다. 1997년의 동성동본금혼규정 헌법불합치결정⁸⁶⁾에서도 오늘날 혼인관·가족관계 등의 변화로 이 규정의 존속과 계속 적용이 ‘이제’는 정당화 할 수 없다는 것이었지, 이 규정 제정 당시에 그 입법목적에 문제가 있었다는 논증은 아니었다.

따라서 헌법재판소는 앞으로 과잉금지원칙을 적용할 때 불필요한 입법목적의 정당성을 제외한 순수한 기본권제한 방법의 적절성 여부만을 심사해서 위헌여부를 판단하는 방향으로 나아가야 한다고 생각한다. 독일 학설과 판례에서 말하는 ‘사항의 합당성’(Sachgerechtigkeit)은 입법사항이 요구하는 합당한 조치인지를 따진다는 뜻이지 입법목적의 정당성을 심사한다는 뜻이 아니다.

86) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등, 판례집 9-2, 1 참조.

라. 평등의 원칙 관련 심사방법의 문제

우리 헌법재판소는 평등의 원칙 위배여부의 심사기준으로 1969년 미국 제15대 버거(Burger) 연방대법원이 정립해서 활용하는 이른바 삼중심사기준을 원용해서 합리성심사, 엄격심사, 중간심사의 방법을 응용해서 활용하고 있다. 즉 1999년 ‘제대군인 가산점 위헌결정’⁸⁷⁾을 계기로 이원적 심사방법을 도입해서 합리성심사에 그치는 완화된 심사와 과잉금지원칙에 따른 비례성심사를 하는 엄격심사의 방법을 심사기준으로 적용하고 있다. 이 두 가지 기준 중에서 어떤 심사기준을 적용할 것인지는 입법형성권의 정도에 따라 정해진다고 한다. 즉 입법형성권이 축소되는 경우, 즉 첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 이를테면 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별금지영역을 제시한 경우 등과, 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 엄격한 심사를 해야 하므로 합리적 이유의 유무만을 심사하는 것에 그쳐서는 안되고 비례성 원칙에 따른 심사를 더해서 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 판단하게 된다고 한다. 그 이외의 입법형성권이 확대되는 경우에 평등원칙 위배여부의 판단은 완화된 심사로 족해서 자의금지원칙을 기준으로 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유가 있는가의 여부만을 심사해서 판단하게 된다고 한다.

그러나 이러한 심사기준을 획일적으로 적용하는 것은 몇 가지 문제점을 지적할 수 있다. 대표적으로 헌법재판소가 엄격심사사례로 꼽는 ‘차별취급으로 인하여 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우’인지 여부는 심사결과 비로소 판명할 수 있는 일이어서 심사 전에는 쉽게 판단할 수 없다는 점이다. 이는 헌법재판소가 ‘심사기준’과 ‘심사결과’를 혼동한 결과라고 생각한다. 심사결과를 예단해서 심사기준으로 삼는다는 것은 자가당

87) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33; 98헌마363 참조.

작이다.

그 뿐 아니라 평등권 심사에서 자유권에 관한 심사기준인 비례성 심사 방법을 적용하는 것은 자유권과 평등권의 구조적인 차이를 무시하는 것이어서 문제가 있다. 무제한의 보장을 이상으로 하는 자유권에서는 최대한의 보장이 요청되지만, 정의실현이 이상인 평등권에서는 ‘같은 것과 다른 것’을 합리적이고 정의롭게 구별하라는 요청이 그 핵심이다. 그래서 자유권에서는 자유권의 제한방법이 제한하려는 목적에 비해 지나친지 여부(과잉여부)를 따져 과잉제한은 자유권의 ‘침해’로 판단하지만, 평등권에서는 차별의 ‘정도’가 차이의 ‘크기’와 균형을 유지하고 있는지의 여부(균형성 여부)가 그 본질이어서 균형을 잃으면 평등원칙에 위배하는 것으로 판단한다. 이러한 두 기본권 유형의 본질적이고 구조적인 차이를 무시하고 자유권의 심사방법을 평등권에서 적용하는 것은 평등권 구조를 자유권 구조로 전환하려는 시도에 불과하다. 즉 평등권에서도 자유권에 존재하는 보호영역을 의제해서 ‘차별대우’를 ‘평등권의 제한’으로, ‘차별목적’을 ‘제한목적’으로 둔갑시켜 법익형량이 가능한 상관관계를 형성하는 것에 불과하다.

결론적으로 평등권 심사에서 자유권에서처럼 비례의 원칙(과잉금지원칙)을 적용하는 심사방법은 부당하다. 평등권의 비례심사는 정확히는 ‘균형성 심사’에 불과하다. 그 결과 헌법재판소가 아무리 합리성심사(완화심사)와 비례심사(엄격심사)를 구별해도 실제로는 같은 내용의 심사를 한 것에 지나지 않게 된다.

마. 재산권 심사방법의 문제

최근에 헌법재판소는 재산권 심사에서도 평등권 심사에서 적용하는 이원적인 심사방법을 원용해서 완화심사 또는 엄격심사의 개념을 활용하고 있다. 즉 재산권 침해여부를 과잉금지원칙에 따라 심사하는 경우에 ‘추구하는 공익이 침해되는 사익보다 현저히 적어 합리적인 입법형성권의 한계를 일

탈한 것이 아닌 이상 헌법에 위배되지 않는 완화된 심사기준을 적용하기로 한다'⁸⁸⁾고 판시하면서 재산권에 관한 과잉금지원칙의 적용에서도 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준이 있는 듯이 논증했다.

그러나 이 심사방법에 관한 논증은 문제가 있다고 생각한다. 왜냐하면 헌법재판소가 말하는 공익과 사익의 크고 적음은 과잉금지원칙을 적용해서 법익의 균형성을 심사한 결과로 비로소 알 수 있는 것이어서 이 결과를 심사의 전제로 삼는 것 자체가 주객이 전도된 모순이기 때문이다. 나아가 보호영역 대신 비교집단만을 전제로 하는 평등권과 헌법에 의해서 보호되는 보호영역을 갖는 재산권을 동일한 심사기준으로 심사하겠다는 시도 자체가 처음부터 무리한 일이다. 앞의 평등의 원칙 관련 심사방법의 문제에서도 지적한 대로 평등권에 적용하는 엄격·완화심사방법 그 자체의 적용과정에서도 문제가 있는 심사방법을 재산권 관련 심사에까지 끌어 들이려는 헌법재판소의 최근 시도는 중단하는 것이 옳다고 할 것이다.

재산권 제한에 관한 위헌여부 심사는 그 핵심이 재산권의 형성에 해당하는 재산권의 내용을 정하는 일이어서 보상이 필요 없는 경우인지, 보상의 필요가 있는 재산권 수용에 해당하는 경우인지를 판단하는 것이다. 그리고 재산권 수용에는 해당하지 않더라도 어느 정도의 '조정적인 보상'을 해야 하는 경우인지를 가려내는 것이 중요한 내용이다. 그렇기 때문에 그 심사기준은 언제나 제한방법에 관한 과잉여부를 살펴보는 과잉금지원칙이지 완화심사·엄격심사 등에 따라 판단할 수 있는 영역이 아니다.

IV. 마치는 말

우리 헌법재판 30년은 참으로 괄목할 만한 성공의 역사였다. 제6공화국

88) 헌재 2017. 9. 28. 2016헌바76, 헌재공보 252, 978(980면) 참조.

헌법이 채택한 헌법기관 중에서 헌법재판소만큼 헌법실현에 기여한 헌법기관을 찾을 수 없다. 특히 헌법재판소가 신체의 자유와 표현의 자유 등 국민의 기본권을 크게 신장시킨 헌법실현의 공로는 우리 70년 헌정사에서 매우 빛나는 부분이다. 헌법재판소가 국민으로부터 가장 존경과 신뢰를 받는 헌법기관으로 자리매김한 이유도 결코 저절로 얻어진 결과는 아니다. 이제는 우리 헌정질서에서 헌법재판을 빼고 헌정을 논하기 어렵게 되었다. 물론 중요한 정치적 의미를 갖는 개별 사건의 헌법재판소 결정에 대해서는 찬·반이 갈리는 경우도 있었지만 그것은 그 사건의 정치적 속성에 내재되어 있는 불가피한 결과일 뿐이다.

그런데도 비록 성사되진 않은 개헌안이긴 하지만, 문재인 대통령이 발의해 국회가 표결 불성립으로 부결시킨 개헌안의 내용 중에는 앞서 지적한 헌법재판소의 여러 문제점을 개선해서 헌법재판소의 기능과 위상을 향상시키려는 의지를 찾아볼 수 없어 많은 아쉬움을 갖게 한다. 우선 헌법재판소의 태생적인 한계로 지적한 헌법재판관의 선임방법을 그대로 답습하면서 대법원장 추천권을 대법관회의 추천권으로 고쳐 대법원의 재판관 선임권을 그대로 유지한 것이 그 한 예이다. 그러면서 지금처럼 헌법재판소장의 임기조항을 따로 두지 않아 대법원장의 6년 임기제와 차별하고 있다. 또 대통령의 헌법재판소장 임명권을 비록 재판관 호선제도로 바꿨다고는 하지만 대통령의 헌법재판소에 대한 영향력은 나머지 재판관들의 임명권을 통해 여전히 유지하고 있다. 다만 헌법재판소가 대통령 권한대행 및 직무수행능력 결정권과 법률로 정하는 사항의 심판권도 갖도록 관할권을 일부 확대한 점은 헌법실현에 도움이 되겠지만 꼭 필요한 재판소원제도와 추상적 규범 통제제도에 대해서는 아무런 대책도 내놓지 않아 아쉬운 점이다.

앞으로의 개헌논의에서는 이런 미진한 부분들에 대한 철저한 개선을 이루어 헌법재판소가 50주년을 맞는 때에는 헌법재판의 헌법실현기능이 더 한 층 강화될 수 있게 되기를 진심으로 기원한다. 그래서 우리 헌법재

판소가 아시아 지역뿐 아니라 세계적으로도 독일 연방헌법재판소에 버금가는 모범적인 위상을 갖고 헌법재판의 선도국으로 도약할 수 있기를 함께 기원한다.

[국문초록]

헌법재판은 권력의 남용과 악용에 의한 심각한 인권탄압과 독재정치의 교훈을 바탕으로 만들어진 강력한 권력통제장치로서 제2차 세계대전 후에 본격적으로 도입한 헌법상의 제도이다. 즉 인간의 존엄과 가치를 정점으로 하는 헌법적인 가치가 국민의 일상생활에서 생활규범으로 정착하게 하는 헌법재판은 헌법을 실현하는 마지막 보류로서의 헌법상의 제도이다. 우리나라도 1988년에 비로소 실효성 있는 지금의 헌법재판제도를 시행했다.

그러나 1987년 헌법에서 도입한 헌법실현장치로서의 헌법재판제도는 처음부터 부정적인 유산을 안고 탄생했다. 헌법재판관의 3:3:3 선임방법과 대법원의 위상 때문에 초래된 헌법소원제도의 기형적인 도입을 비롯해서 불완전한 규범통제제도, 변형결정의 흠결, 헌법재판소장의 임기문제, 탄핵심판규정의 흠결 등이 그 대표적인 사례이다.

우리는 헌법재판제도를 이처럼 불완전한 형태로 도입했지만 우리 헌법재판소는 매우 짧은 기간 안에 헌법재판의 기본적인 틀을 완성해서 많은 획기적인 결정을 통해 헌법재판 30년간 국민으로부터 가장 신뢰받는 헌법기관으로 자리잡고 있다. 박근혜 전 대통령의 탄핵파면결정과 노무현 전 대통령에 대한 탄핵심판을 비롯해서 수도이전에 제동을 건 결정, 통합진보당 해산결정, 남녀평등실현을 위한 많은 결정, 신체의 자유를 보장하는 많은 결정, 국회의원 선거제도의 개선, 재산권 보호를 위한 일련의 결정, 친일행위로 얻은 부정한 재산의 국고귀속결정, 양심의 자유와 병역의무의 이행을 조화시키려는 결정 등이 우리 헌법적 가치의 실현에 크게 기여한 많은 결정 중의 일부이다.

이제는 우리 헌법재판도 30년의 역사를 발판 삼아 한 단계 더 발전하기 위해서는 여러 가지 재판실무상의 개선점을 찾아 과감하게 개선하려는 노

력이 필요한 시점이다. 결정을 위한 재판관의 평결방법과 재판관의 이견표시, 헌법불합치결정, 과잉금지원칙의 적용방법, 평등의 심사방법 등은 그런 개선의 여지가 있는 시급한 문제로 꼽을 수 있다.

앞으로 헌법재판의 실무를 통한 개선노력과 병행해서 헌법 또는 헌법재판소법 등 관련 법률의 개정을 통한 헌법재판제도의 보완은 우리나라가 헌법적인 가치를 더욱 내실있게 실현해서 선진적인 헌법국가로 도약하기 위한 필수적인 전제이다.

주제어

헌법실현, 헌법재판, 권력통제, 기본권, 헌법재판관, 규범통제, 변형결정, 대통령 탄핵, 수도이전, 정당해산, 선거제도, 평의방법, 반대의견, 과잉금지원칙, 평등권 심사, 헌법국가

[Abstract]

The Constitutional Jurisdiction is a powerful constitutional system introduced after World War II as a powerful power control system against severe human rights abuses and also abuses of power by dictatorship.

In other words, the Constitutional Jurisdiction, which values and protects human dignity and rights, has made its way into the daily lives of people as a de jure standard and the last hold to realize the Constitution.

It was only 1988 when Korea introduced the now effective constitutional trial system. However, the Constitutional Jurisdiction as a constitutional realization system introduced in 1988 was born with a negative legacy from the beginning.

The imperfect individual appeals for protection against violation of the human right caused by the 3 : 3 : 3 appointment method of the Constitutional Court judge and the status of the Supreme Court, the imperfect constitutional review of statutes, the irregular introduction of the constitutional decision system including the imperfect ruling of the president of the Constitutional Court and the imperfection of the impeachment judgment rule are a few representative examples.

Even though the Constitutional Jurisdiction was initially introduced in this incomplete form, our Constitutional Court has completed the basic framework of the Constitutional Court in a very short period of time and has become a constitutional authority most trusted by the people for 30 years in constitutional trials through many breakthrough decisions.

A series of seminal decisions such as the dismissal of former President Park Geun-Hye in 2017, the impeachment of former President Roh Moo-Hyun in

2004, rejection of the capital relocation law, the decision to dissolve an unconstitutional party, innumerable decisions to achieve greater gender equality, many decisions to ensure the freedom of the body, decision to improve election system for members of parliament, decision to protect property rights, the pioneering decision on the past management of the comfort workers by Japan during World War II and decision to harmonize freedom of conscience and military service have made a great contribution to the realization of our constitutional values.

Now, in order to further advance our 30-year history of the Constitutional Court trial, it is time to take bold and grand efforts to further identify areas for improvement in various court practices.

These include deliberation on the decision-making formula, practice of dissenting opinions of judges, the practice of determining the unconstitutionality of statutes, practicing the principle of proportionality and the test guidelines of the principles of equality.

This would require a constitutional amendment and the legislative revision in question. The appropriate solution to these problems seems to be a precondition for advancing Korea into a leading constitutional state.

Key words

Constitution Realization, Constitutional Jurisdiction, Control of Power, Fundamental Human Rights, Constitutional Court Judge, Judicial Review, Transformation Decision, Impeachment of President, Capital Relocation, Party dissolution, Electoral System, Deliberation, Dissenting Opinion, Principle of Proportionality, Principle of Equality, Constitutional State

참고문헌

[국내문헌]

- 대한민국 역대헌법
헌법재판소 판례집
헌법재판소 공보
헌법재판소 20년사
헌법판례연구 제6권, 2004.
허영 편저, 독일통일의 법적조명, 1994.
허영, 헌법이론과 헌법, 신8판, 2017.

[외국문헌]

- Hall, Daniel E, Constitutional Law, Cases and Commentary, 1997.
Heller, Kurt, Der Verfassungsgerichtshof, Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit
in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart, 2010.,
Lerche, Peter, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961.
Maunz, Theodor, Deutsches Staatsrecht, 15. Aufl. 1966.
Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar.
2010.
Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 7 and Band 32.

양성평등에 관한 위헌심사기준

On the Meaning of Gender Equality in the Korean Constitutional Law

金 文 顯(Kim, Moon-Hyun)

梨花女子大學校 法學專門大學院 名譽教授

－ 目 次 －

I. 머리말	91
II. 성에 기한 분류 여부의 판단	92
III. 위헌심사의 단계(심사강도)	96
1. 헌법재판소 판례	97
2. 미연방대법원판례	99
3. 소결론	103
IV. 위헌심사의 기준 - “같은 것은 같게” - 고정관념금지	105
1. 남녀 차이의 존재와 의미	105
2. “같은 것은 같게”의 원칙	110
3. 고정관념과 과도한 일반화의 금지	119

V. 여성에 대한 우대조치	125
1. 전통적 견해	126
2. 여성에 대한 우대조치에 대한 시각	127
3. 여성의 특성에 따른 우대	130
4. 보상으로서 우대조치	131
VI. 결어	133
* 국문초록 및 주제어	135
* 영문초록 및 주제어	137
* 참고문헌	139

I. 머리말

현행헌법은 헌법 제11조를 비롯하여 제32조 제4항, 제34조 제4항, 제36조 제1항, 제2항에서 양성평등과 여성에 대한 보호를 규정하고 있다. 여성에 대한 차별¹⁾은 어떤 사유에 의한 차별보다도 인류의 역사에 있어 오래되고도 문화와 의식 속에 깊이 뿌리내려 있는 심층적 문제이다. 그래서 여성에 대한 차별금지규정은 인종이나 신분 등에 의한 차별금지보다 늦었지만 최근 세계 대부분의 국가의 헌법에 규정되었다.^{2) 3)}

사실 성은 생래적인 것이나 성에 따른 관계나 지위, 역할, 처우는 사회적·문화적인 것이다. 남성과 여성 간에 서로 다른 보편적 특성이 있는 것인지, 이러한 다른 특성이 어떤 사회적 의미를 가지는지, 그에 따라 남성과 여성에게 어떤 처우를 해주는 것이 평등한 것인지는 과거 인류의 역사나 오늘날의 제도, 그리고 페미니스트 진영 내의 다양한 의견의 존재에서 볼 수 있듯이 보편적 기준을 찾기는 어렵다. 그래서 인종이나 가문에 따른 차별

-
- 1) 본고에서는 남성과 여성의 평등문제를 주제로 하며, 성소수자에 대한 차별문제는 다루지 않는다.
 - 2) 20세기 들어 세계 대부분의 국가는 양성평등을 헌법에 규정하게 되는데 A. Mackinnon교수에 의하면 세계200개의 성문헌법중 184개의 성문헌법이 다양한 형태로 성평등보호규정을 두고 있고 그 중 139개는 성평등을 명문으로 규정하고 있다고 한다(C. A. Mackinnon, *Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More than Ever*, 37 *Harvard J. L. & Gender*, 1569, 1579(2014).
 - 3) 미연방헌법은 아직도 여성에 대한 차별금지를 명시적으로 규정하고 있지 않으며 증보 제14조 제1항의 평등보호조항도 제정당시에는 여성에 대한 차별금지의 의미를 담고 있지는 않았다(Earl M. Maltz, *Gender Discrimination and the Original Understanding*, 18 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 415, 416(1995)). 그런데 최근 수년간 성평등에 관한 명문의 규정을 두자는 주장이 강력히 대두하고 있다. 이들 주장 중에는 양성평등을 개인의 헌법적 권리차원에서만 규정할 것이 아니라 연방과 주가 주도적으로 성평등의 기반을 구축하도록 하는 기초가 되도록 헌법에 명문화하여야 한다는 주장도 있다(Julie C. Suk, *An Equal Rights Amendment for the Twenty-First Century: Bringing Global Constitutionalism Home*, 28 *Yale J.L.& Feminism* 381, 384(2017)).

이 없는 사회와 달리 남성과 여성이 평등한 사회가 어떤 모습의 사회인지를 상상하는 것은 어렵고, 또 그에 대해서는 다양한 의견이 존재할 수밖에 없다.

최근 우리사회도 여성과 남성에 대한 사회적 인식, 양성의 지위와 관계, 역할 등에 있어 정치·사회·경제·문화 등 모든 생활영역에서 급격한 변화가 진행되고 있다. 과거의 남성중심의 가부장적 제도가 점차 사라지고 있지만 점차 보다 근본적이면서도 해결하기 어려운 문제들에 부딪치고, 남성중심적 전통과의 괴리와 갈등, 여성과 남성의 차이에 대한 인식의 다양성, 그에 따른 양성평등의 이념상에 대한 혼돈이 일어나고 있다.

본고는 양성평등에 관한 위헌심사에서 제기되는 문제들, 즉 가)제기된 문제가 성을 기준으로 분류한 양성평등의 문제인가, 나)양성평등의 문제라면 위헌 여부 판단을 위해 엄격심사를 할 것인가, 아니면 완화된 심사를 할 것인가, 다)양성이 평등하다는 의미는 무엇인가, 라)여성에 대해 특별한 처우를 하거나 과거의 불이익을 보상하기 위해 우대조치를 하는 것이 어느 정도 허용되는가에 관한 문제를 주로 헌법재판소판례와 미연방대법원판례, 그리고 미국 법여성학자들의 주장 등을 참고로 하여 고찰해 보고자 한다.

II. 성에 기한 분류 여부의 판단

성에 기한 차별이 문제되는 경우로 두 가지 경우가 있을 수 있다. 즉 하나는 a) 법규정이 문언상 남성과 여성을 다르게 처우하는 경우이고, 또 하나는 b) 법규정의 문언상으로는 성에 대해 중립적이거나 그것이 사실상 특정 성에 대하여 차별적인 경우이다.^{4) 5)}

4) 이에 관해서는 Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law-Principles and Policies-*, 2015, pp. 791 ff.

5) 경우에 따라서는 법문상으로는 성을 분류기준으로 하는 것으로 나타나 있으나 사실상

그런데 이 중 b)의 경우는 표면상으로는 성에 기한 차별의 문제는 아닌 것으로 나타나지만 사실상 성에 따른 차별적 처우를 규정한 경우이다. 예컨대 교도관을 채용하면서 그 요건으로 키와 몸무게의 하한을 규정하여 사실상 다수의 여성을 배제하는 것과 같은 경우이다. 이처럼 표면상 성중립적 기준에 따라 집단을 나누었으나 사실상 차별적 처우를 규정하는 경우 이를 성에 의한 차별이라 할 수 있는가가 문제되지 않을 수 없다.

1. 이 점에 관하여 헌법재판소는 1999.12.23.98헌마363결정에서 제대군인에 대한 가산점제도가 양성평등에 위배되는지 여부를 판단하면서 “가산점제도는 제대군인과 제대군인이 아닌 사람을 차별하는 형식을 취하고 있다. 그러나 제대군인, 비(非)제대군인이라는 형식적 개념만으로는 가산점제도의 실체를 분명히 파악할 수 없다. 현행 법체계상 제대군인과 비제대군인에 어떤 인적 집단이 포함되는지 구체적으로 살펴보아야만 한다. … 이와 같이 전체 남자 중의 대부분에 비하여 전체 여성의 거의 대부분을 차별 취급하고 있으므로 이러한 법적 상태는 성별에 의한 차별이라고 보아야 한다.”고 하였다. 이는 대부분의 남성이 제대군인이 될 수 있는 반면, 여성의 경우 지원에 의한 현역복무를 마치고 퇴역한 극히 소수의 여성을 제외하고는 제대군인이 될 수 없다는 점에서 제대군인가산점제를 바로 성별에 의한 차별로 본 것이다.

반면 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정에서는 간통죄를 친고죄로 함으로써 여성에게 불리한 사실상의 차별적 결과는 성에 기한 차별은 아니라고 하였다. 동 결정에서 헌법재판소는 “간통죄가 … 경제적 강자인 남자에게 보다는 경제적 약자인 여자에게 불리하게 작용하는 측면이 있는 점을 무시할 수는 없으나, 이는 개인의 명예와 사생활보호를 위하여 간통죄를 친고

성의 문제가 아닌 경우도 있을 수 있다. 예컨대 헌재 2008.10.30.2005헌마1156결정.

죄로 하는데서 오는 부득이한 현상으로서 형법상 다른 친고죄에도 나타날 수 있는 문제이지 특별히 간통죄에만 해당되는 것은 아니며, 배우자 있는 자의 간통행위 규제가 불가피하고 배우자 모두에게 고소권이 인정되어 있는 이상 간통죄의 규정은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에도 반하지 아니한다.”고 하였다. 그러나 이들 결정에서 외견상 성중립적 기준이 어떤 경우 허용할 수 없는 성차별이 되는 것인지에 대한 기준이 모호하다.

2. 이와 달리 미연방대법원은 표면상 성중립적인 정부행위에 대해서는 차별적 의도(purposeful discrimination)를 입증하여야 한다고 하였다.⁶⁾ Personnel Administrator of Massachusetts et al v. Peeny, 442 U.S. 256판결(1979)에서 성중립적 기준이 성에 기한 차별의 문제가 되기 위해서는 성차별적 효과 뿐 아니라 성차별적 의도가 있어야 한다고 하였다.⁷⁾ 동판결에서 미연방대법원은 문면상 성중립적인 법률에 대하여 여성차별이라는 이유로 다룰 경우, 첫 번째로 그 법률상의 분류가 참으로 성에 기초하지 않은 중립적인 것인가를 심사하여야 하고, 두 번째로 분류 자체가 드러나든 드러나지 않든 성에 기초한 것이 아니라면 그 차별적 효과가 의도적인 성적 차별을 반영한 것인지 여부를 심사하여야 한다고 하였다.⁸⁾ 또한 “차별적 의도라는 것은 결과에 대한 인식 이상을 의미하는 것으로 정책결정자가 특정 집단에 대하여 단순히 ‘... 에도 불구하고(in spite of)’가 아니라 ‘... 이기 때문에(because of)’ 불리한 결과를 가져오는 행위의 과정을 선택 또는 확

6) 이에 관해서는 C. Marschilok, J.Moran, D. Seligman, A. Toobey, Annual review Article: Equal Protection, 18 Geo. J. Gender & L. 537, 552-553(2017).

7) 동사건은 주공무원시험에서 공무원요건을 갖춘 모든 참전군제대자(veteran)를 비군제대자에 대하여 우선적으로 채용토록 한 매사추세츠주법이 여성에 대한 차별적 법률로서 위헌인가 여부가 문제된 사건이다.

적어도 90일 이상 군복무를 하였고 그 중 최소한 1일이상이 전시였던 경우 여기에 해당토록 하였고 평생동안 어느 때나 몇 번이고 본인이 원하면 그 혜택을 볼 수 있었다.

8) Personnel Administrator of Massachusetts et al v. Peeny, 442 U.S. 256, 257, 272.

인한다는 것을 의미한다.”고 하였다. 그에 따라 문제가 된 법률은 참전군제대자의 압도적 다수가 남성이긴 해도 이는 참전군제대자와 비제대자를 기준으로 분류를 한 것이지 성에 기한 분류를 한 것은 아니며, 동주법이 여성을 차별하여 평등보호조항을 침해한 것은 아니라고 하였다.⁹⁾

3. 생각건대 가)성중립적 입법이 결과적으로 특정 성에 불리하게 나타난다고 해서 그것을 바로 성차별적이라 하기는 어렵다. 예컨대 초등학교교사임용시험결과 합격자중 여성이 압도적으로 많다거나 또는 소방직공무원 시험에서 일정기준이상의 체력을 요구한 결과 남성이 압도적 다수라는 사실만으로 그러한 시험기준이 성차별적이라 할 수는 없는 것이다. 그런 점에서 헌법재판소가 현재 1999. 12. 23. 98헌마363결정에서 “전체여성 중의 극히 일부분만이 제대군인에 해당될 수 있는 반면, 남자의 대부분은 제대군인에 해당하므로 가산점제도는 실질적으로 성별에 의한 차별”이라고 한 것은 문제가 있다 할 것이다. 미연방대법원은 *Personnel Administrator of Massachusetts et al v. Peeny*사건에서 이 소송이 제소될 당시 참전군제대자의 98% 이상이 남성이었고, 주의 공직의 거의 60%가 이들 참전군제대자를 우선임용할 수 있는 공직에 해당하였음에도 성차별의 문제로 보지 않았다. 나)그러나 성중립적 입법이 명확히 특정 성에 불리하게 나타나는 경우 원고는 그러한 입법이 성차별적 입법임을 주장할 수 있고, 피고는 이러한 입법이 공익적 목적과 명백한 관련성을 가짐을 입증하여야 한다고 해야 할 것이다. 이와 관련하여 *Dothard v. Rawlinson*사건(1977)에서 미연방대법원은 이처럼 외견상 차별적 상황이 분명한 사건(*prima facie case*)의 경우 원고는 문제가 된 표면상 중립적 기준이 원고에게 중대하게 차별적 패턴으로 작용한다는 것을 보여주기만 하면 되고, 일단 고용기준이 사실상 특정 성

9) 442 U.S. 256, 257-258.

에 불리하게 나타나면 고용주가 그 채용기준이 업무수행과 명백한 관련성을 가진다는 것에 대해 입증책임을 진다고 한 바 있다.^{10) 11)} 만약 외견상 성중립적 기준이 입법목적과 명백한 관련성을 가짐을 입증하지 못하면 그 입법을 성차별적이라 보아야 할 것이다. 예컨대 경찰관임용시험에 일정기준 이상의 체력이나 키 등 신체조건을 요구하는 경우 그것이 경찰관 직무와 관련성을 입증하지 못하면 그것은 성차별적 기준이 될 것이다. 다)만약 피고가 이러한 입법이 입증책임을 다 한 경우 원고가 이 입법이 성차별적이라 하기 위해서는 이 입법이 외견상 성중립적이고 합리성을 가지나 실질적으로는 성차별적 의도를 가지고 제정되었음을 입증하여야 한다. 그런 점에서 앞의 예에서 초등학교교사임용시험기준이나 소방관임용시험기준이 성중립적이며 교사와 소방관업무수행에 명백한 관련성을 가지고 성차별적 의도를 가진 것이 입증되지 않으면 결과적으로 특정 성에 불리하게 나타나더라도 이를 성차별이라 할 수는 없을 것이다.

Ⅲ. 위헌심사의 단계(심사강도)

양성평등관련입법에 대한 위헌심사의 경우 엄격심사를 하여야 하는가, 아니면 합리성심사나 아니면 중간심사를 하여야 하는가? 위헌심사단계(심사강도)의 문제는 심사의 엄격성과 합헌성추정, 위헌 여부에 관한 입증책임의 문제로서 현실적으로는 문제된 입법의 위헌 여부의 판단결과에 중대한 영향을 미친다고 할 수 있으므로 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.¹²⁾

10) 당시 Alabama주의 문제가 된 키와 몸무게기준은 여성인구의 41.13%가 충족하지 못하는 반면, 남성의 경우 1%만이 배제되었다(442 U.S. 256, 329).

11) 동사건에서 미연방대법원은 에서 교도관채용에 있어 일정이상의 몸무게와 신장을 요구하는 것이 사실상 여성에 대한 차별이라는 원고의 주장에 대하여 피고가 그것이 업무수행에 필수적 기준임을 입증하지 못하였으므로 위헌이라 하였다.

12) 위헌심사기준의 의미에 관해서는 김문현, 위헌심사기준에 관한 소고-헌법재판소판례

1. 헌법재판소 판례

가. 평등관련입법에 관해서 현재 1999. 12. 23. 98헌마363결정이래 헌법재판소는 다단계심사기준을 명시적으로 채택하여 적용하고 있다. 그러한 심사기준으로 헌법재판소는 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준, 그리고 완화된 엄격심사기준을 제시하고 있는데 양성평등과 관련하여서는 다음과 같이 경우를 나누어 적용하고 있다.

(1) 먼저 엄격심사가 적용되는 영역으로 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”고 하여 엄격심사적용영역을 제시하였다.¹³⁾ 그에 따라 2008. 11. 27. 2006헌가1결정은 “헌법 제11조 제1항은 … 성별에 의한 차별을 금지하고 있고, 나아가 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하여 혼인과 가족생활에 있어서 특별히 양성의 평등대우를 명하고 있다. 그러므로 이 사건 법률조항에 대하여는 엄격한 심사척도를 적용하여 비례성 원칙에 따른 심사를 행하여야 할 것이다.”고 하였다.

(2) 반면 현재 2011. 6. 30. 2010헌마460결정에서는 “이 사건 법률

에 대한 평가를 중심으로-, 금량 김철수선생 8순기념논문집, 2012, 745면 이하 참조.
13) 현재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787-788.

조항은 ‘성별’을 기준으로 병역의무를 달리 부과하도록 한 규정이고, 이는 헌법 제11조 제1항 후문이 예시하는 사유에 기한 차별임은 분명하다. 그러나 헌법 제11조 제1항 후문의 위와 같은 규정은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고, 예시한 사유가 있는 경우에 절대적으로 차별을 금지할 것을 요구함으로써 입법자에게 인정되는 입법형성권을 제한하는 것은 아니다(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 453-454 참조). … 결국 이 사건 법률조항이 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우의 차별취급을 그 내용으로 하고 있다고 보기 어려운 점, 징집대상자의 범위 결정에 관하여는 입법자의 광범위한 입법형성권이 인정되는 점에 비추어, 이 사건 법률조항이 평등권을 침해하는지 여부는 완화된 심사척도에 따라 자의금지원칙 위반 여부에 의하여 판단하기로 한다(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 455).”고 하여 문제가 된 성차별관련입법이 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우나 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 경우에 해당하지 않으면 자의금지원칙이 적용된다고 하였다.

(3) 한편 헌법 제32조 제4항이나 제34조 제3항, 제36조 제2항은 여성에 대한 특별한 보호나 여성의 권익보호에 대해 규정하고 있는데 이와 관련한 입법의 경우에는 어떤 심사기준이 적용되어야 하는지 분명치 않다. 이러한 사항에 있어 여성에게 불리하게 차별하는 경우뿐 아니라 여성을 우대하여 남성을 차별하는 경우에도 자의심사 또는 엄격심사를 하여야 하는 것인지, 아니면 여성을 불리하게 차별하는 경우와 여성을 우대하여 남성을 차별하는 경우를 분리하여 자의심사나 엄격심사 여부를 정하여야 하는지 하는 의문이 있다.

이와 관련하여 헌법재판소는 “... 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 혜택을 부여하는 것은 그 이외의 자들에게는 공무담임권 또는 직업선택의

자유에 대한 중대한 침해를 의미하게 되므로, 헌법재판소가 1999. 12. 23. 선고한 98헌마363 사건의 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 경우의 하나로 들고 있는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하여 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법 제32조 제6항이 근로의 기회에 있어서 국가유공자 등을 우대할 것을 명령하고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.”¹⁴⁾ 하였는데 이러한 논리가 여성근로에 대한 특별보호를 규정하는 제32조 제4항의 경우에도 적용되는지 의문이 있다.¹⁵⁾

2. 미연방대법원판례

가. 미연방대법원은 1976년 *Craig v. Boren* 사건¹⁶⁾ 이래 성에 기초한 분류에 대한 위헌심사기준으로 중간심사기준(中間審査基準)을 적용하여 왔다.¹⁷⁾ 과거 미연방대법원은 1970년대에 이르기까지는 성에 기초한 분류에 대해서는 단순히 합리적 심사기준(合理的 審査基準)에 의해 심사할 수 있는 것으로 보았고,¹⁸⁾ 남녀평등에 관한 획기적 전기가 된 *Reed v. Reed* 사건에서도 심사기준 자체가 명확하지는 않았다.¹⁹⁾ *Frontiero v. Richardson* 사건에 와서 다수의견 중 Brennan 대법관을 비롯한 4인의 대법관이 성을 인종,

14) 현재 2001.2.22.2000헌마25, 판례집 13-1, 386-387.

15) 이에 관해서는 이노홍, 성차별에 관한 사법심사기준의 재고찰, -미연방대법원의 성차별심사기준과 비교를 중심으로-, *홍익법학* 제13권 제4호, 2012, 256면.

16) 429 U.S. 190(1976).

17) 이에 관해서는 김문현, 남녀평등에 관한 미연방대법원 판례의 분석, *헌법학연구* 제31q, 1996, 247면 이하 참조.

18) J.Galotto, Note-Strict Scrutiny for Gender, via *Crosen*, 93 *Columbia L.J.* 508, 519 (1993).

19) 상계논문, 519에서는 단순합리성기준을 선택하였다고 보고 있다.

국적, 종교와 같은 회의적 기준(懷疑的 基準, suspect criterion)을 이룬다고 보았다. 그러나 1976년 *Craig v. Boren* 사건²⁰⁾에서 처음으로 중간심사기준(中間審査基準)을 적용하여 기초한 분류는 중요한 정부목적에 위해 그리고 이러한 목적의 달성을 위해 실질적으로 관련되어야 한다고(‘substantial’ relationship to an ‘important’ governmental purpose)하였다.²¹⁾

이러한 중간심사기준은 여성에 대해 차별적인 내용의 성적 분류뿐 아니라 남성에 대해 차별적인 성적 분류에 대해서도 적용된다. 그래서 *Kirchberg v. Feenstra* 사건(1981)이나 *Mississippi University for Women v. Hogan* 사건(1982)²²⁾에서도 중간심사기준을 적용하였다. 그러나 *Rostker v. Goldberg* 사건(1981)과 *Michael M. v. Sonoma County* 사건(1981)에서는 심사단계에 대한 언급없이 정부의 재량을 넓게 인정한 바 있다.²³⁾

그러나 *United States v. Virginia* 사건(1996)에서는 성에 기초한 정부행위의 정당성을 주장하려는 당사자는 압도적으로 타당한 근거(“exceedingly persuasive justification”)를 제시하여야 하며 그 입증책임은 전적으로 주(the State)에 있다고 하여²⁴⁾ 대법원이 양성평등에 관하여 새로운 심사기준을 제시한 것이 아닌가 하고 보는 견해도 있었다.²⁵⁾ 실제로 *Scalia* 대법관은 그의 반대이견에서 다수의견은 사실상 엄격심사기준을 적용하였음을 주장하였다.

20) 429 U.S. 190(1976).

21) 429 U.S. 190, 199.

22) 458 U.S. 718(1982).

23) 이에 관해서는 Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law-Principles and Policies-*, 2015, p. 789.

24) 518 U.S. 515(1996).

25) 학자들 사이에서는 이 판결에서 적용한 심사기준을 둘러싸고 세가지 의견이 제시되었다. 즉 가)중간심사기준이 그대로 적용된다는 의견, 나)성에 관한 경우 엄격심사기준이 적용되어야 한다는 의견, 다)엄격심사와 중간심사의 중간정도의 심사기준이 적용된다는 의견이 그것이다. 이에 관해서는 C. Marschlok, J.Moran, D. Seligman, A. Toobey, *Annual review Article: Equal Protection*, 18 *Geo. J. Gender & L.* 537, 561 ff (2017).

그러나 Nguyen v. I.N.S.사건(2001)에서 전통적 중간심사기준을 적용하면서 “exceedingly persuasive”란 말은 중간심사기준의 다른 표현이라 하였다.²⁶⁾

한편 Ginsburg 대법관 같은 이는 성이 인종과 같이 변경할 수 없는 타고 난 것임에도 종래의 지배적 문화가 여성을 열등의 표시로 낙인찍고 사회, 법, 경제, 정치적 맥락에서의 불이익을 정당화해 왔으므로 이를 회의적 분류(懷疑的 分類)로 보아 엄격심사기준(嚴格審査基準)을 적용할 것을 주장하였다.²⁷⁾ 이처럼 양성평등관련입법에 대해 엄격심사를 주장하는 근거로는 가)여성에 대한 차별이 오랜 역사동안 지속되어 왔기 때문에 인종이나 본래의 국적(national origin)과 마찬가지로 성차별은 중요한 공익보다는 스테레오타입에 근거한 것이라는 점, 나)인종과 마찬가지로 성은 불변적 특성을 가지며, 그런 점에서 성은 선택된 것이 아니고 변경할 수도 없는 것이므로 그에 따른 차별은 평등에 반한다는 강한 추정의 필요가 있다는 점, 다)성은 인종과 마찬가지로 금방 식별할 수 있는 특성을 가진다는 점, 라)여성 은 소수인종처럼 정치적 과정에서 중대하게 과소대표되는 경향이 있다는 점 등을 든다.²⁸⁾

그에 대해 중간심사를 주장하는 의견은 가)미연방헌법 증보 제14조의 제정자는 인종차별만 불법화하고 있으며, 나)남녀의 신체적 차이는 성에 의한 분류를 정당화할 수 있으며, 그런 점에서 바람직한 법률을 합헌으로 할 수 있게 함에는 엄격심사보다 완화된 심사가 적절하며,²⁹⁾ 다)여성은 남성으로

26) 이에 관해서는 C. Marschilok, J.Moran, D. Seligman, A. Toobey, 상계논문, 552.

27) 만약 ERA가 통과되었다면 성적 분류에 대해서도 엄격심사기준의 적용을 요구하였을 것이다.(J.Galotto, 전계논문, 519); 그러나 K.L.Karst는 비록 ERA가 주의 동의를 얻지 못하여 폐기되더라도 결국은 평등보호조항에 의해서도 성에 의한 분류는 ‘의심스러운(suspect)’ 분류가 되는 방향으로 가게 될 것이라 예견하였다(K.L.Karst, The Supreme Court 1976 term, Foreward:Equal Citizenship Under the Fourteenth Amendment, 91 Harvard L.Rev. 1, 54(1977).

28) 이에 관해서는 Frontiero v. Richardson, 411 U.S, 677, 686(1973); Erwin Chemerinsky, 전계서, 790.

29) Calvina Bostick, Katie McCracken, Equal Protection, 6 Ge0. J. Gender and the Law

부터 고립되었다고 할 수 없으며, 따라서 분리되고 고립된 소수라고 볼 수 없는 정치적 다수라는 점 등을 논거로 든다.³⁰⁾ 다단계심사와 관련하여 정치과정이론(a political theory of judicial review)을 주장한 J. H. Ely교수는 “과거의 고정관념으로 인해 여성이 입은 피해는 컸으므로 여성에 불이익을 주는 성관련입법은 강력한 완화적 요인이 입증되지 않는 한 의심스러운 것으로 보아야 한다.”³¹⁾고 하면서 “남성과 여성간의 접촉정도는 더할 나위없이 높고 여성이 역사적으로 동성애자만큼 벽장속에 갇혀 있었다고는 결코 말할 수 없”으며 “여성은 분리되고 고립되어 있지 않을 뿐 아니라 그들은 소수자도 아니다”³²⁾고 하였다.

나. 한편 여성에 대한 잠정적 우대조치(적극적 평등실현조치:affirmative action)에 관한 사법심사기준은 명확하지 않다. 과거 미연방대법원은 City of Richmond v. J.A. Croson Co.사건(1989)에서 인종에 기초한 잠정적 우대조치(affirmative action)에 대해서 엄격심사기준을 적용하였으나³³⁾ Metro Broadcasting Inc. v. FCC(1990)사건(1990)에서는 의회가 정한 잠정적 우대조치에 대해서는 중간적 심사기준을 적용한 바 있었다. 그러다가 Adarand Constructors, Inc. v. Peña사건(1995)³⁴⁾에서 인종에 기한 분류에 따른 잠정적 우대조치에 대해서는 의회에 의한 것이든 정부에 의한 것이든 모두 엄격심사기준이 적용된다고 판결하였고,³⁵⁾ 이러한 입장은 Grutter v.

251, 259(2005).

30) Erwin Chemerinsky, 전게서, 790-791.

31) J.H.Ely, Democracy and Distrust, Harvard Univ. Press, 1980, 164.

32) J.H.Ely, 상게서, 164.

33) 이 판결이 성적 차별이나 성에 기한 잠정적 우대조치에 대한 엄격심사기준을 적용해야 할 논리를 포함하고 있다는 주장으로는 J.Galotto, 전게논문. 508.

34) 115 S.Ct 2097(1995).

35) The Supreme Court (1994 term) -Leading Cases- 109 Harv. L.Rev. 151(1995).

Bollinger³⁶과 Gratz v. Bollinger³⁷판결에서도 유지되고 있다.³⁶⁾

이러한 판례가 모든 잠정적 우대조치에 적용되는 것으로 볼 것인지 아니면 인종에 기초한 잠정적 우대조치에만 적용되는 것으로 볼 것인지에 관해서 의견이 나누어진다. 대체로 성에 기초한 잠정적 우대조치에 대해서는 중간심사기준이 적용된다 할 수 있으나³⁷⁾ 연방항소법원 등 하급법원의 판례는 통일되어 있지 않고 일부법원(예컨대 연방제6순회법원)은 성차별관련 조치에 대해서는 중간심사기준을 적용하면서도 여성에 대한 잠정적 우대조치에 대해서는 엄격심사기준을 적용하는 반면, 대부분의 하급법원(대표적으로 연방제3, 제9, 제10, 제11 순회법원)은 여성에 대한 잠정적 우대조치에 대해서도 중간심사기준을 적용하고 있다.³⁸⁾ 이러한 혼선은 여성에 대한 잠정적 우대조치에 대해 엄격심사기준을 적용한다면 이는 성적 분류를 회의적 분류로 보는 결과가 되는데 이는 종래 성적 분류에 대해 중간심사기준을 적용한 것과 맞지 아니할 뿐 아니라 여성에 대한 잠정적 우대조치에 대해서 여성에 대한 차별의 경우보다 엄격한 심사기준을 적용하는 것이 되고 반면 여성에 대한 잠정적 우대조치에 대해서는 중간심사기준을, 소수인종에 대한 잠정적 우대조치에 대해서는 엄격심사기준을 적용한다면 소수인종에 대한 잠정적 우대조치가 여성에 대한 그것보다 위헌판결을 받을 가능성이 높아지는 문제가 있기 때문이다.

3. 소결론

다단계심사기준의 배경에는 기본적으로 민주주의와 헌법재판의 조화, 헌

36) 이에 관해서는 김지영, 적극적 평등실현조치에 대한 미국연방대법원의 위헌심사, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 28면 이하 참조.

37) 이에 관해서는 C.M.Ruiz, Commentary- Legal Standards Regarding Gender Equity and Affirmative Action-, 100 Ed. Law Rep. 841.

38) C. Marschilok, J.Moran, D. Seligman, A. Toobey, 전계논문, 560-561.

법재판소의 적정한 역할, 헌법재판소와 국회, 정부의 기능배분과 관계 등이 있다. 미국에서 다단계심사기준을 정당화하는 근거로는 크게 가)헌법규정에 바탕한 이론, 나)우월적 자유인가 여부에 기초한 가치이론, 다)정치과정이론을 들 수 있고 이 중 정치과정이론이 유력하나 헌법규정이나 침해되는 권리의 성격도 심사단계를 정함에 있어 고려된다고 할 수 있다.³⁹⁾ 양성평등관련입법에 대한 위헌심사에 어떤 단계의 심사가 적용되어야 할 것인지는 이러한 배경을 전제로 양성평등에 관한 헌법규정⁴⁰⁾과 양성평등문제의 성격을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 우리나라는 미국과 헌법규정이나 헌법재판제도가 달라 미국연방대법원의 판례를 그대로 받아들이기는 어렵지만 기본적 문제상황은 다르지 않다고 할 수 있다.

가. 양성평등의 문제는 a)여성에 대한 차별이 오랜 역사동안 지속되어 왔고, b)성은 생래적인 것으로 선택된 것이 아니고 변경할 수도 없으며, c) 여성이 정치과정에서 과소대표되고 있다는 점에서 자의금지원칙을 적용하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 그러나 a)인종이나 가문과 달리 남녀의 신체적·생리적 차이에 따른 분류는 정당화될 수 있으며, b)여성도 정치과정에서 분리되고 고립된 소수라고 볼 수 없으며, c) 헌법 제11조 제1항 2문의 차별금지사유는 예시적이라 보는 것이 타당하다는 점⁴¹⁾에서 중간심사 정도가 적합하지 않을까 생각한다. 이는 여성에 대한 잠정적 우대조치의 경우에도 다음의 나), 다)의 경우에 해당하지 않으면 마찬가지로 중간심사

39) 이에 관해서는 김문현, 위헌심사기준에 관한 소고 -헌법재판소판례에 대한 평가를 중심으로-, 금강 김철수선생 8순기념논문집, 2012, 754면 이하 참조.

40) 헌법 제11조 제1항 후문이 “입법자가 차별의 근거로 삼아서는 안되는 징표(기준)를 언급하였고, 이로써 헌법 스스로가 입법자의 형성권을 제한하고 있기 때문에” 성별에 차별입법에 대해서는 엄격심사를 하여야 한다는 견해도 있다(한수웅, 헌법학, 2011, 556면; 같은 취지 김진욱, 헌법상 평등이념과 심사기준, 저스티스 통권 제134호, 2013, 77면).

41) 같은 취지 김철수 헌법학신론, 2013, 479면; 허영 한국헌법론, 2010, 346면.

기준이 적용된다 할 것이다.⁴²⁾

나. 한편 성평등에 관해 특별규정을 둔 경우 예컨대 제36조 제1항의 경우나 성차별로 인하여 정신적 자유나 표현의 자유, 참정권 등이 침해되는 경우 엄격심사기준이 적용된다 할 것이다.

다. 반면 여성에 대한 특별한 보호를 규정하는 헌법 제32조 4항에 따라 여성에 대한 보호를 규정하는 입법의 경우에는 헌법규정의 취지에 따라 완화된 심사기준이 적용되어야 하지 않을까 생각한다.

IV. 위헌심사의 기준 – “같은 것은 같게” – 고정관념금지

헌법 제11조 제1항에서 규정하고 있는 평등은 절대적 평등이 아니라 상대적 평등을 의미하며 합리적 이유가 있는 차별적 처우는 평등에 위배되는 것이 아니다. 이는 양성평등과 관련하여 남녀가 같은 경우 동등한 처우를, 남녀가 다른 경우에는 다른 처우를 하는 것을 의미한다. 그러나 양성간에 무엇이 같고 무엇이 다른가에 대한 기준은 명확치 않고 시대·사회에 따라 다르다. 과거에는 남녀의 신체적·생리적 차이뿐 아니라 그에 따른 사회적 기능이나 역할의 차이에 이르기 까지 양성간의 다른 것의 범위를 넓게 인정하였으나 점차 그 범위는 축소되고 있다.

1. 남녀 차이의 존재와 의미

가. 양성평등문제의 근저에는 남녀간에 생리적·신체적 차이에서 유래

42) 합리적 심사기준을 적용하여야 한다는 견해도 있다(성낙인, 헌법학, 2018, 1076면).

하는 본질적이고 실재적인 차이가 존재하는가?, 우리가 인정하고 있는 차이는 실재적인 것이 아니라 사회적 구조물(social construction)은 아닌가? 하는 의문이 깔려 있다. 또한 실재적이고 본질적 차이가 존재한다고 인정하더라도 그것과 사회적 구조물과의 경계는 어디에 있으며, 그것을 어떻게 인식할 수 있을 것인가 하는 문제도 제기된다.

우리헌법재판소나 미국연방대법원은 여성과 남성 간에는 생래적 차이가 존재함을 인정하고 남녀의 이러한 차이에 따라 성을 분류하여 다르게 처우하는 것은 평등에 부합한다고 보고 있다. 성은 인종의 경우와 마찬가지로 생래적이고 불변적 성격을 가지지만 인종은 생리적 차이를 가진다기보다 사회적 구조물로서의 성격을 가지는 반면 성은 생리적, 신체적 차이라는 실재적 차이를 가진다는 점에서 다르다.⁴³⁾

나. 그러나 이러한 차이를 어떻게 받아들일 것인가 하는 점에 대해 입장을 달리 하는 의견들이 있다.⁴⁴⁾ 예컨대 과거 남녀에 대한 평등처우모형을 주장했던 자유주의페미니스트들은 여성과 남성의 차이를 이유로 양성에 대해 다른 처우를 해서는 안된다고 주장한다. 그래서 남성과 구별되는 여성의 대표적 특성이라 할 수 있는 임신에 대해서 임신이 생래적으로 여성을 다르게 만든다는 개념을 부인하고 출산휴가문제 등 임신과 출산으로 인한 장애문제를 질병이나 신체장애와 같은 문제로 이해한다. 그래서 여성의 임신, 출산에 대해서도 모든 근로자에게 적용되는 장애나 질병과 같이 휴가 등이 적용될 것을 주장하고 임신, 출산에 대하여 불리하게 처우하는 것도 반대하지만 유리하게 처우하는 것도 반대한다.⁴⁵⁾ 임신이나 출산, 이와

43) Kathleen M. Sullivan, Constitutionalizing Women's Equality, 90 California Law Review 735, 742 ff(2002).

44) 이에 관해서는 김문현, 남녀평등에 관한 미국 법여성학적 시각들에 관한 일 고찰, 공법연구 제29권제3호, 2001, 223면 이하 참조.

45) W.W.Williams, 전제논문, 129.

관련된 의학적 문제를 가진 여성은 그러한 사유는 아니지만 그 장애에 있어 유사한 사유가 있는 다른 근로자와 동등하게 채워되어야 한다고 규정하고 있는 미국의 PDA(the Pregnancy Discrimination Act 42 U.S.C. 2000조 e(k) (1982))는 이러한 입장에 기초한 입법이라 할 수 있다.⁴⁶⁾

그에 대해 특별채우모델을 주장한 페미니스트들은 남성과 다른 집단으로서 여성의 속성, 본질의 존재를 인정함으로써 여성의 남성과의 차이를 인정하고 여성에 대한 차별과 여성의 남성성의 종속, 피지배로부터의 탈피를 위하여 여성에 대하여 남성과 다른 특별한 채우가 필요하다고 보았다. 이들은 여성은 남성과 다르며 양성을 다르게 채우는 것이 정의에 부합한다고 하면서 남녀는 임신이라는 점에서 생리적 차이가 있으며 이에 대해서는 남성과 다른 채우를 하여야 한다고 주장한다.⁴⁷⁾

다. 한편 이와 달리 남녀간에 본래적이고 실재적 차이가 존재한다기보다는 이러한 차이는 사회적 구조물이라고 보는 견해가 있는데, 대표적으로 사회적 구조주의(social constructionism)나 포스트 모던 페미니즘을 들 수 있다.

사회적 구조주의는 사회적 현상이나 의식의 대상이 사회적 맥락에서 어떻게 발전하는가를 고찰하는 이론체계로서 본질주의(essentialism; foundationalism이라 하기도 한다.)가 인종이나 성은 고유한 특성을 가지며 그 본질적 특성이 현재의 백인이나 흑인 또는 남성이나 여성이란 집단을 만든다고 보는 것에 대해 반대한다. 사회적 구조주의자들은 자연적(natural), 또는 생리적(biological)이라고 인식되는 현상들은 기실은 인간간의 상호작용의 산물로서 사회적 구조물이라 본다. 이러한 관점은 평등원칙에 중대한 변화를 초래하고 있다.⁴⁸⁾ 말하자면 인종이나 성, 성적 취향이 다른 집단 간의 차이

46) 이에 관해서는 김문현, 전계논문, 227면 이하 참조.

47) 이에 관해서는 김문현, 상계논문, 231면 이하 참조.

48) Nathasha J. Silber, Unscrambling the Egg: Social Constructionism and the

는 본래적이거나 실재적 차이보다 사회적 구조물에 불과하며, 이들을 분류하여 차별적 처우를 하는 것은 이러한 사회적 구조물을 항구화하고 심화시키는 것이라 비판한다. 그들은 현존상황은 그 본질에서 나온 것이 아니라 인간의 선택에서 나온 것이며 어떤 사실이나 대상은 우리가 그것을 실재하는(real) 것이라 믿기 때문에 실재하는 것이라 한다. 예컨대 인종이라는 범주는 자연적 실체라 볼 수 없고 단지 집단 간의 경계가 명확하게 설정되지 아니한 현상유형의 자연적 스펙트럼이 존재할 뿐 이라는 것이다. 그런데 사람들은 자의적 분류를 통해 집단화하여 그를 인종이라 부른다고 하면서 만약 사람들이 자의적인 인종분류에 대한 믿음을 멈추면 인종이라는 범주는 존재하지 않게 된다는 것이다.⁴⁹⁾ 이에 따라 사회적 구조주의자들은 성의 문제도 자연적으로 또는 생리적으로 사전에 결정된 것이라기보다 사회적으로 만들어진 것이라 이해한다. 그래서 Judith Butler는 성은 자연적 상태에서는 존재하지 않고 오히려 일련의 반복적 행위나 실행을 통해 구축된 ‘강제된 환상(a compelling illusion)’이라고 하였고,⁵⁰⁾ Lacan은 ‘여성이란 것은 존재하지 않는다.’고 하였다.

Nathasha J. Silber교수에 의하면 현대의 평등보호법리에 관한 20세기 중엽이후의 미연방대법원의 가장 근본적 변화는 집단의 정체성에 관한 사회적 구조물로서의 성격을 인정하는 것이라 하면서 이러한 변화는 대표적으로 인종에 관한 잠정적 우대조치에 관한 판례에 나타나고 있다고 한다. 그는 그러나 연방대법원은 인종의 경우와 달리 성에 관해서는 이러한 반실체화 원리(antireification principle)를 수용하지 않고 지속적으로 성적 차이는 실재적이고 지속적이며 심지어 고무해야 할 것이라는 논리를 그대로 유지하고 있다고 지적하면서 이렇게 성에 따른 차이를 인정하고 이를 실재적 차

Antireification Principle in Constitutional Law, 88 N.Y.U.L.Rev. 1873, 1874(2013).

49) Nathasha J. Silber, 상계논문 1880-1881.

50) 이에 관해서는 상계논문, 1882.

이라고 보는 판결은 성이 의미있는 카테고리로 존속하도록 할 뿐 아니라 성에 관한 유해한 구조물을 강화할 우려가 크다고 비판한다.⁵¹⁾

한편 포스트모던 법여성학⁵²⁾도 같은 맥락에서 모든 여성에게 하나의 본질적인 공통성이란 존재하지 않으며 여성이란 범주는 하나의 픽션이며 확정될 수 없는 아이덴티티라고 보고 따라서 여성적 관점이라는 것도 존재하지 않는다고 한다. 그들은 객관성이나 보편성이란 개념에 회의적이고 자아를 인식하는 것은 주관적이며 구체적이고 특수하며, 주체의 삶의 경험을 통해 구성된 것이라 한다. 그래서 범주화에서 초래되는 한계를 거부하며 모든 여성에게 이익이 되는 하나의 평등이론이라는 것도, 모든 여성에 가장 이익이 되는 하나의 동일한 변화나 목표도 존재하지 않는다고 하고 주장한다.⁵³⁾ 그런 점에서 여성을 오직 어머니라는 점에 초점을 맞추는 문화적 페미니즘이나 성적 종속성에 초점을 맞추는 급진적 페미니즘은 여성의 경험의 온전한 복잡성을 제대로 파악하지 못한다고 하면서 올바른 페미니즘이론은 여성의 실체와 삶의 경험에서 나오는 실재적 차이를 반영하여야 한다고 한다.⁵⁴⁾ 그들은 성적 차이는 생래적인 것이 아니며 남자와 여자로 태어남으로써 필연적으로 유래하는 것은 아니라고 한다. 그래서 남녀의 정체성과 사회적 경험의 문화적, 역사적, 언어적 구조물로서의 성격을 중시하고 기존의 여성학이 가지는 본질주의의 문제를 비판한다. 그들은 여성에 의해 경험된 실체는 결코 선형적인 것이 아니며 특수하고 유동적이며 복합적인 사회적 콘텍스트내에서 구성되는 것이며 그런 점에서 여성이라는 것은 엄밀히 말해서 사회적, 역사적, 문화적 구조물의 문제라 보는 것이다.⁵⁵⁾

51) 상계논문, 1895 이하.

52) Patricia A. Cain교수에 의하면 법여성학의 발전단계에서 포스트모더니즘은 법여성학의 세 번째 단계라 한다. (Patricia A. Cain, *Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories*, in: Kelly/Weisberg(ed.), *Feminist Legal Theory- Foundation-*, 1993, 362).

53) 이에 관해서는 김문현, 전계논문, 238면 이하 참조.

54) Patricia A. Cain, 상계논문, 363.

55) Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, in: Kelly/Weisberg(ed.), *Feminist Legal*

이러한 사회적 구조주의나 포스트모던페미니즘의 지적은 양성평등의 문제에 대한 종래의 입장이 K. T. Bartlett교수가 지적하듯이⁵⁶⁾ 성의 차이를 지나치게 확장하거나 일반화하고 성을 지나치게 강조하고 있다는 점에서 설득력을 가진다고 할 수 있다. 사실 과거 양성간의 차이라고 인정되었던 많은 내용들이 기실은 사회적·역사적·문화적 구조물이었다는 점을 부인 하기는 곤란하다. 그러나 인종의 경우와 달리 남녀간의 경우 모든 차이가 사회적 구조물이라고 보기는 어렵다. 예컨대 임신과 출산같은 생리적 차이는 실재하는 것이며 다만 그에 대한 사회적 처우, 예컨대 출산휴가나 보험 등에 대한 제도는 그 사회의 현실과 의식에 바탕하여 성적 차이에 관한 사회적 구조물을 형성하는 것일 수 밖에 없으며 헌법재판소나 법원의 판결도 그러한 구조물에서 자유로울 수는 없다고 할 것이다. 그런 점에서 임신, 출산, 수유와 같은 생리적·신체적 차이를 인정하고 그에 따른 남녀에 대한 다른 처우가 그 사회의 현실과 의식에서 벗어나지 않는다면 그것을 양성평 등에 반한다고 할 수는 없다 할 것이다.

2. “같은 것은 같게”의 원칙

가. 문제가 된 입법이 양성평등에 반하는가 여부를 심사할 때 일반적으로 적용되는 원칙으로 아리스토텔레스의 ‘같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 아니하게’라는 정의의 개념을 들 수 있다. 헌법재판소는 “평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로

Theory- Foundation-, 1993, 561.

56) K.T.Bartlett는 종래 여성학이 가진 본질론적 문제로서 가)잘못된 일반화 내지 보편주의의 오류, 나)여성학이 비판한 전통적 견해가 가진 잘못과 유사한 ‘자연주의적 오류(naturalist error)’, 다)성에 대해 지나치게 강조하는 ‘性帝國主義(gender imperialism)’의 오류를 든다. (K.T.Bartlett, Gender Law, 1 Duke J. Gender L. & Pol'y 41(1994).

다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다. 그러므로 비교의 대상을 이루는 두 개의 사실관계 사이에 서로 상이한 취급을 정당화할 수 있을 정도의 차이가 없음에도 불구하고 두 사실관계를 서로 다르게 취급한다면, 입법자는 이로써 평등권을 침해하게 된다.”⁵⁷⁾ 하여 이를 밝히고 있다. 종래 미국연방대법원도 *Reed v. Reed* 판결 이래 이러한 정의개념을 도입하여 문제가 된 입법이 남성과 여성이 유사한 지위에 있음에도 차별을 하고 있는 경우에 성에 의한 차별로서 평등보호위반으로 판단하였다. 평등보호조항은 ‘같은 것은 같게’를 의미하므로 서로 다른 집단의 사람에 대해서 다르게 처우하는 것에 대해서는 평등조항이 적용되지 않는다고⁵⁸⁾ 보고 양성 간에 유사성이 인정되지 않는 경우에는 그 처우에 있어서의 차이를 인정하였다. 이는 인종이나 본래의 국적과 달리 양성간에는 고유한 차이가 인정되고 그러한 차이에 따라 성을 분류하여 다르게 처우하는 것은 인정함을 의미한다.

나. 과거 미연방대법원이 여성과 남성의 차이와 그에 따른 여성에 대한 차별적 처우를 인정하였던 이론적 기초로서 영역분리이데올로기를 들 수 있다.⁵⁹⁾ 영역분리이데올로기를 표현한 초기의 대표적 판례로 *Bradwell v. Illinois* 사건(1873)⁶⁰⁾을 들 수 있다. 동판결에서 자주 인용되는 *Bradley* 대 법관의 동조의견은 ‘남성은 여성의 보호자이며 또한 보호자여야 한다. 여성의 특성인 수줍음과 우아함은 직업생활과는 많은 부분 맞지 않다. 자연의 이치와 신의 섭리에 기초한 가정의 구조는 가사가 여성의 영역이며 여성의 기능에 적합함을 보여준다. … 여성의 영원한 운명이며 임무는 아내와 어

57) 현재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727-728.

58) C. Marschilok, J. Moran, D. Seligman, A. Toobey, 전제논문, 540.

59) 이에 관해서는 김문현, 전제논문(주17), 229면 이하.

60) 83 U.S.,130(1873).

머니의 고귀하고 자비로운 임무를 완수하는 것이다. 이것은 창조주의 법이다. ...’고 하여 남녀간의 사회적,기능적 차이를 인정하고 가정과 가족은 여성의 영역이며 여성이 남성의 영역인 사회,직업의 영역에 전면적으로 참여하는 것은 여성의 역할과 상용될 수 없는 것이라 하여 영역분리이데올로기를 극명하게 보여 주었다. Hoyt v. Florida사건(1961)⁶¹⁾에서는 ‘여성은 여전히 가정과 가족생활의 중심이다. 우리는 여성 스스로가 배심원일을 하는 것이 그녀의 고유의 특수책임과 양립한다고 판단하지 않는 이상 여성은 배심원업무에 대한 시민적 의무에서 면제시켜야 한다고 한 것이 헌법상 허용될 수 없는 것이라 할 수 없다.’고 하여 영역분리이데올로기를 그대로 유지하였다.⁶²⁾

이러한 영역분리이데올로기는 남성은 공적 사회와 직업의 세계에 종사하고 부부의 대표자이며 가정의 소득을 벌어들여오는 자(breadwinner)로 이해하였고 부인은 가정이란 사적 사회의 중심으로 가사와 육아를 담당하는 가정주부(homemaker)로 인식하였다.⁶³⁾ 1960년대까지 유지되던 영역분리이데올로기는 1970년대에 와서야 비로소 종식되었다. 그래서 Stanton v. Stanton사건(1975)⁶⁴⁾에서는 성년에 달하는 연령을 남자 21세, 여자 18세로 규정하여 결과적으로 이혼 후 자녀양육비를 지급함에 있어 딸에 대해서는 아들과 달리 18세까지만 양육비를 지급받을 수 있도록 한 것은 남녀평등에 반한다고 판시하면서 여성은 가사에, 남성은 시장과 아이디어의 세계에 종사해야 한다는 것은 이미 낡고 허용될 수 없는 생각이라고 판시한 바 있다.

61) 368 U.S.57(1961).

62) 368 U.S. 57,62(1961).

63) W.W.Williams, The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism, 7 Women's Rights Law Reporter 175, 177(1982).

64) 421 U.S. 7(1975).

다. 헌법재판소 및 대법원과 미연방대법원의 판례

(1) 남녀간의 차이를 인정하는 대표적 사안이 여성의 임신과 출산과 관련된 문제이다. 이와 관련하여서도 여성의 임신 및 출산능력과 임신 및 출산에 따른 보험, 출산휴가와 관련된 사안들이 문제된다. 과거 미연방대법원은 여성의 출산능력에 기초한 차별적 처우는 인정하였으나 임신과 관련한 출산휴가나 질병보험 등에 관해서는 이를 남녀차별의 문제로 보지 않고 임신한 부인과 임신하지 않은 사람의 구별로 이해하였다.⁶⁵⁾

(가) 먼저 여성의 출산능력과 관련하여 Michael M. v. Sonoma County사건(1981)⁶⁶⁾에서는 18세 이하의 소녀와 성관계를 한 남성을 처벌토록 한 캘리포니아주법의 위헌성 여부에 대해 (18세하의 소년과 성관계를 가진 여성을 처벌하는 규정은 없었고 사건에서의 피고도 17세밖에 안된 소년이었다.) 이 입법은 10대 소녀의 임신을 막기 위한 것으로 이 목적과 관련하여 남성과 여성은 동일한 상황에 있지 않다는 이유로 합헌이라 판단하였다. 그러나 이 판결에 대해 W. Williams교수는 이 판결이 남성이 성행위에 주도적 책임이 있고 여성은 성적 공격으로부터 보호받아야 할 대상이라는 성적 고정관념에 기초하고 있다고 비판하였다.⁶⁷⁾

(나) 한편 임신에 대한 보험금 급부와 관련하여 Geduldig v. Aiello 사건(1974)⁶⁸⁾에서는 정상적인 임신으로 인한 장애를 사기업의 근로자에게 보험금급부가 인정되는 근로할 수 없는 장애에서 제외한 것은 그러한 보험제도하에서는 남성은 보호되고 여성은 보호되지 못하는 위협이나 여성은

65) 그런 점에서 흔히 미연방대법원은 일반적, 추상적 기준- 평등처우방식(equal treatment approach)에 가까운 것으로 평가된다.; 이들 판례에 대해서는 김문현, 전계논문(주17), 236면 이하 참조.

66) 450 U.S. 464(1981).

67) W.W.Williams, 전계논문, 181 이하.

68) 417 U.S. 484(1974).

보호받고 남성은 보호받지 못하는 위험은 없기 때문에 평등위반이 아니라고 하였다.⁶⁹⁾ 동판결에서 법정의견을 쓴 Stewart 대법관은 “캘리포니아 보험제도는 성을 이유로 수혜자격에서 제외한 것이 아니라 신체적 조건, 즉 임신을 보험금지급대상이 되는 장애에서 제외했을 뿐이다.”고 하였다.⁷⁰⁾ 동판결 각주에서 “그 프로그램은 잠재적 수혜자를 임신부와 비임산부 두 그룹으로 나눈다. 첫째그룹은 오직 여성만이지만 두 번째 그룹은 남녀 양성을 다 포함한다.”고 하면서 주는 그 프로그램의 재정을 보전하고 자금배분에 대해 선택을 함에 있어 정당한 이익을 가지므로 임신을 제외시키는 것은 합리적 심사기준에 부합한다고 하였다. 이러한 논리는 임신에 따른 차별적 처우는 성차별의 문제는 아니라고 하는 것이었다. 그에 대해 Brennan 대법관의 반대의견은 여성에 특유한 임신을 보험대상에서 배제한 것은 주가 장애보험에 있어 이중기준을 적용한 것으로 남녀를 다르게 처우하여 성적 차별에 해당한다고 하였다.⁷¹⁾ 이 판결은 임신이 성에 따른 특성이 아니라고 하는 것이어서 범여성학자들로부터 많은 비판을 받았다. 그 뒤 General Electric v. Gibert사건(1976)⁷²⁾에서도 G. E.의 질병에 의한 장애에 대해 보험급부를 하는 프로그램에서 임신에 의한 장애를 제외한 것은 민권법 제7편 위반이 아니라고 보았다.

그러나 이러한 법리는 연방의회가 1978년 민권법 제7편의 개정법인 임신차별금지법(the Pregnancy Discrimination Act; PDA)을 제정하여 성차별은 임신에 의한 차별을 포함하며 이를 근거로 하는 차별은 금지된다고 규정함으로써 폐기되었다. 그에 따라 Newport News Shipbuilding & Dry Dock Co. v. EEOC사건(1983)⁷³⁾에서 회사의 보건보험제도가 여사원의 임

69) 417 U.S. 484, 494-495.

70) 417 U.S. 484, 496.

71) 417 U.S. 484, 501.

72) 429 U.S. 125(1976).

73) 462 U.S. 669(1983).

신, 출산에 따르는 입원비는 다른 질병에 따른 입원비와 같이 전액 지급하면서 남자사원의 부인의 임신, 출산에 따른 입원비는 지급하지 않는 것은 남성에 대한 성차별로 보았다. 이 판결은 고용부문에 있어 임신에 의한 차별금지는 여성에 대해서만이 아니라 남성에 대해서도 적용됨을 인정하였다.

한편 *Nashville Gas Co. v. Satty*사건(1977)⁷⁴⁾에서는 출산휴가를 마치고 직장에 복귀한 여성에 대해 그 휴가 전에 취득했던 선임권(先任權, seniority)을 박탈하는 회사규칙은 현재는 임신한 상태에 있지 않다는 점과 남성이 부담하지 않는 불이익을 당한다는 점을 들어 남녀평등에 위배된다고 판결하였다. 또한 *California Federal S. & L.Association v. Guerra*사건(1987)에서는 여사원에 대해서 최장 4개월의 무급의 출산휴가를 인정하고 휴가후 동일직장에서의 복귀를 보장하는 주법은 임신을 고려하여 남자사원에게는 인정하지 않는 보장을 여성사원에 인정한 것은 동주법이 여성의 평등한 고용기회의 촉진을 위한 것으로 민권법 규정에 위배되는 것은 아니라고 판시하였다.⁷⁵⁾

(2) 한편 남녀간의 신체적·생리적 차이는 남녀의 사회적 역할과 기능과 연결된다. 그래서 예컨대 병역의무와 관련하여 남성에게만 병역의무를 부과하는 것에 대해 미연방대법원이나 우리헌법재판소는 모두 양성평등에 부합한다고 보고 있다.

즉 미연방대법원은 *Rostker v. Goldberg*사건(1981)⁷⁶⁾에서 남자만 징집토

74) 434 U.S. 136(1977).

75) 이 주법에 대해 페미니스트진영은 서로 상반되는 두가지 입장으로 분열되었다. 즉 NOW, the ACLU's Women's Rights Project 및 일련의 여성단체는 이 주법이 형식적 평등위반이란 이유로 반대한 반면 반대편 페미니스트그룹은 형식적 평등위반에도 불구하고 이 주법을 지지하였다.(이에 관해서는 M.E.Becker, *Prince Charming: Abstract Equality*, in: Kelly/Weisberg(ed.), *Feminist Legal Theory- Foundation-*, 1993, 222 참조).

76) 453 U.S. 57(1981).

록 한 법률에 대해서 징집은 전쟁을 위해 군대를 보급하는 것으로 징집에 관해서는 남녀가 동일한 상황에 있지 않다는 것을 이유로 여성을 전투에서 배제하기 위해 남성만 징집하는 것을 합헌이라 보았다.⁷⁷⁾ 우리 헌법재판소도 2010. 11. 25. 2006헌마328결정에서 “집단으로서의 남자는 집단으로서의 여자에 비하여 보다 전투에 적합한 신체적 능력을 갖추고 있으며, 개개인의 신체적 능력에 기초한 전투적합성을 객관화하여 비교하는 검사체계를 갖추는 것이 현실적으로 어려운 점, 신체적 능력이 뛰어난 여자의 경우에도 월경이나 임신, 출산 등으로 인한 신체적 특성상 병력자원으로 투입하기에 부담이 큰 점 등에 비추어 남자만을 징병검사의 대상이 되는 병역의 무자로 정한 것이 현저히 자의적인 차별취급이라 보기 어렵다. … 결국 이 사건 법률조항이 성별을 기준으로 병역의무자의 범위를 정한 것은 자의금지원칙에 위배하여 평등권을 침해하지 않는다.”고 하여 병역의무와 관련한 양성간의 차이를 인정하였다.⁷⁸⁾ 그러나 Marshall 대법관은 *Rostker v. Goldberg* 판결의 반대의견에서 이는 성에 기한 고정관념에 기초한 것으로 위헌이라 주장하면서 “대법원이 오늘 여성의 적정한 역할에 관한 오랜 옛날부터의 잘못으로 아직도 가장 유력하게 남아있는 공적 표현의 하나에 인가를 해주고 있다.”⁷⁹⁾고 비판하였다. W. Williams 교수도 이 판결은 남성다움의 단적 표현이 전쟁이라는 관점에 기초하고 있다고 비판하면서 여성의 보호라는 명분 하에서 여성의 책임을 면제하여 오히려 여성의 지위를 훼손할 것이라 주장하였다.⁸⁰⁾ 남녀의 생리적 차이를 이유로 사회적 역할의 차이를 인정하는 것은 원칙적으로 인정하지 않는 방향으로 가야할 것이다.⁸¹⁾

77) 이 판결과 관련하여 여성단체의 입장은 양분되었다. 이에 관해서는 W.W.Williams, 전계논문, 189.

78) 동지 현재 2011. 6. 30. 2010헌마460.

79) 453 U.S. 57, 86.

80) W.W.Williams, 전계논문, 181 이하.

81) 헌법재판소가 한편으로 남성에게만 병역의무를 부과하는 것이 양성평등에 위배되지

한편 미연방대법원은 *Dothard v. Rawlinson* 사건(1977)에서는 교도관채용에 있어 일정이상의 몸무게와 신장을 요구하는 것은 그에 미치지 못하는 여성이 대부분이므로 위헌이나 성범죄자를 수감한 교도소의 교도관에 여성을 배정하지 않도록 한 교도소운영규칙은 남녀평등에 적합하다고 판결하였다.

(3) 남녀간에 본래적 차이가 있는 것은 아니나 노동시장 등에서 그 시대·사회의 사회·경제적 현실의 차이가 존재하는 경우 그러한 현실적 차이에 따른 차별적 처우는 평등에 부합한다고 할 수 있는 경우가 있다. 이런 경우는 후술하듯이 여성에 대한 우대 내지 보호조치로 나타난다.

라. ‘같은 것은 같게’의 문제

그러나 이러한 양성평등에 있어 ‘같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 아니하게’의 심사기준은 몇 가지 문제를 안고 있다.

즉 가)이러한 기준은 어떤 경우가 같은 경우이고 어떤 경우가 다른 경우인가? 그것을 판단하는 기준은 중립적인가? 하는 문제에 직면하게 된다. M.E.Becker 교수의 지적처럼 남성과 여성이 유사한 상황에 처해 있으나 여부의 문제는 객관적, 몰가치적 분석에 의해서는 답하기 어려운 문제이다.⁸²⁾ 나)이러한 기준은 남성과 유사하다고 인정되는 여성만이 남성과 같은 처우를 받을 수 있어 사실상 남성중심적(androcentric)이라는 비판을 받는다. M.E.Becker 교수는 이러한 기준은 성에 관한 한 중립적 기준이 아니며, 개인의 성이 무시될 수 있다는, 사실에 반하는 가정에 기초한 것이라 비판하면서 이런 기준으로는 양성간의 평등한 사회를 실현할 수 없고 오히려 많은 여성, 특히 평범한 어머니나 아내인 여성에게 해가 되는 경우가 더 많

않는다고 하면서, 또 한편으로 군필자에 대한 가산점제에 대해서는 양성평등에 위배된다고 한 것은 납득하기 어렵다.

82) M.E.Becker, 전계논문, 223.

다고 비판하고 있다.⁸³⁾ 다) ‘같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 아니하게’ 기준에 의하면 만약 남성과 여성이 다른 경우 어떻게 다르게 처우해야 평등에 맞는가? 하는 문제가 제기되지 않을 수 없고 이러한 기준은 이에 대해 답을 제시해주지 못한다. 그래서 이러한 기준은 남녀가 생리적으로 다른 부분, 예컨대 출산과 같은 영역에 대한 입법에 대해서는 심사하지 못하는 결과를 가져오며 여성과 남성의 적정한 역할에 관한 과거의 낡은 개념을 항구화시키는 결과를 초래한다는 비판이 있다.⁸⁴⁾ C. MacKinnon 교수는 이러한 입장이 여성이 남성과 구별되지 않는 경우에만 평등할 수 있는 결과를 초래하여 예컨대 임신과 같이 그에 관한 남성의 기준이 없을 경우 여성에게만 필요한 것을 주는 것은 성적 차별이 되고 여성에게만 필요로 하는 것을 인정해 주지 않는 경우 차별이 되지 않는 결과를 초래한다고 지적하고 이러한 기준이 남녀간의 차이가 어떻게 창조되거나 정의되었으며 누가 이를 규정하느냐에 대한 문제제기가 없었다고 하면서 이러한 입장은 남성우위에 의해 부과된 사회적 불평등사실을 간과하였다고 비판하였다.⁸⁵⁾ 그에 의하면 평등이 필요한 사람의 대부분은 경험적으로 이미 그것을 가지고 있는 사람과 같은 상황에 처해 있지(similarly situated) 않으며, 현실적으로 지배적 지위에 있는 자와 같은 처우를 받기 위해 같은 것을 요구하는 것은 평등하지 않고 바람직하지 않을 뿐 아니라 불가능하다고 한다.⁸⁶⁾ 라) 이러한 기준에 따라 여성을 남성과 다르게 처우하는 것을 인정하는 경우 자칫 남성성과 여성성이라는 과도한 일반화의 문제에 부닥칠 수 있다.

83) M.E.Becker, 상계논문, 224, 228.

84) David H.Gans, Stereotyping and Difference: Planned Parenthood v. Casey and the Future of Sex Discrimination, 104 Yale L.J 1875, 1880(1995).

85) C.A.Mackinnon, Reflections on Sex Equality under Law, 100 The Yale L.J. 1281,1287 이하(1991).

86) C.A.Mackinnon, 전계논문(주2), 571.

3. 고정관념과 과도한 일반화의 금지

가. 성에 의한 차별은 양성에 대한 종래의 고정관념에 의해서 이루어지는 경우가 많다. 이러한 고정관념은 집단으로서 남성과 여성의 특성과 역할에 대한 지나친 일반화의 문제를 안고 있다. 말하자면 개인의 특성의 문제를 성의 문제로 전환하거나 성의 문제를 확장하는 것이다. 예컨대 남성다움(masculinity)과 여성다움(feminnity)을 자연적이며 실제적인 것으로 이해하고, 남성다움은 공적 영역에 종사하고, 사회적 경력을 중시하고, 공격적이고, 개인적이고, 합리적이며, 성적으로 능동적인 것의 집합이며 여성다움은 가정적이고, 모성애적이고, 봉사적이며, 관계적이고, 감성적이며 성적으로 수동적인 것으로 보는 것은 그러한 예이다. 이러한 고정관념은 특정 성의 역할이나 활동영역을 제한하거나, 고정관념에 따른 행위나 태도 등에서 벗어난 경우 불이익을 주는 등(예컨대 ‘남성’처럼 행동하는 여성이나, 반대로 ‘여성’처럼 행동하는 남성에게 대해 취업이나 승진 등에서 불이익을 주는 경우⁸⁷⁾)의 모습으로 나타나게 된다.

나. 헌법재판소는 성차별에 대한 위헌여부심사를 하면서 그 하나의 기준으로 성역할에 대한 고정관념에 기초한 차별인지 여부를 들고 있다. 헌재 2001헌가9·10, 2001헌가11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합) 결정에서 “(가) 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별: 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활에서 양성의 평등대우를 명하고 있으므로 남녀의 성을 근거로 하여 차별하는 것은 원칙적으로 금지되고, 성질상 오로지 남성 또는 여성에게만 특유하게 나타나는 문제의 해결을 위하여 필요한 예외적 경우에

87) 이에 관해서는 Bonme L. Roach, Gender Stereotyping: The Evolution of Legal Protections for Gender Nonconformance, 12 Atlantic L. J. 125, (2010).

만 성차별적 규율이 정당화된다. 과거 전통적으로 남녀의 생활관계가 일정한 형태로 형성되어 왔다는 사실이나 관념에 기인하는 차별, 즉 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별은 허용되지 않는다. … 호주제의 남녀차별은 가족 내에서의 남성의 우월적 지위, 여성의 종속적 지위라는 전래적 여성상에 뿌리박은 차별로서 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별에 지나지 않는다.”고 하여 성역할에 대한 고정관념에 기초한 차별은 인정하지 않음을 밝히고 있다.

또한 전래적 가부장적 고정관념에 기초한 남녀차별과 관련하여 다음과 같은 판례가 있다. 2000. 8. 31. 97헌가12결정에서는 “한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은, 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋난다. … 전체 가족의 국적을 가부(家父)에만 연결시키고 있는 구법조항은 헌법 제36조 제1항이 규정한 “가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙”에 위배된다.”고 하였다. 또한 1997.7.16.95헌가6내지13(병합)결정에서 다수의견은 “금혼의 범위를 동성동본인 혈족, 즉 남계 혈족에만 한정하여 성별에 의한 차별을 하고 있는데 이를 시인할 만한 합리적인 이유를 찾아볼 수 없으므로 헌법상의 평등의 원칙에도 위반되는 것이다.”고 하였다. 한편 부성주의에 관한 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5등 결정에서 5인의 재판관은 “(1) 양계 혈통을 모두 성으로 반영하기 곤란한 점, 부성의 사용에 관한 사회 일반의 의식, 성의 사용이 개인의 구체적인 권리 의무에 영향을 미치지 않는 점 등을 고려할 때 민법 제781조 제1항 본문(2005. 3. 31. 법률 제7427호로 개정되기 전의 것) 중 “자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고” 부분이 성의 사용 기준에 대해 부성주의를 원칙으로 규정한 것은 입법형성의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다. (2)출생 직후의 자(子)에게 성을 부여할 당시 부(父)가 이미 사망하였거나 부모가 이혼하여 모가 단독으로 친권을 행사하고 양육할 것이 예상되는 경우, 혼

인외의 자를 부가 인지하였으나 여전히 모가 단독으로 양육하는 경우 등과 같은 사례에 있어서도 일방적으로 부의 성을 사용할 것을 강제하면서 모의 성의 사용을 허용하지 않고 있는 것은 개인의 존엄과 양성의 평등을 침해한다.”고 하였고 2인의 재판관은 “(1)이 사건 법률조항은 모든 개인으로 하여금 부의 성을 따르도록 하고 모의 성을 사용할 수 없도록 하여 남성과 여성을 차별취급하고 있으면서도 그와 같은 차별취급에 대한 정당한 입법 목적을 찾을 수 없어 혼인과 가족생활에 있어서의 양성의 평등을 명하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반된다.”고 한 바 있다. 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 판결은 “공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로, 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다.”고 한 바 있다.

다. 한편 미국 연방대법원도 종래 위헌적 성차별을 배제하는 수단으로서 고정관념(stereotype)금지에 주로 의존하고 있다.⁸⁸⁾ 연방대법원은 입법이 여성과 남성간의 유사성을 인정하지 않음으로써, 즉 유사한 상황에 있는 남녀를 다르게 처우한 경우에만 고정관념에 기초한 것으로 평등위반이라 판단하고 있다. 그런 점에서 연방대법원의 고정관념금지의 문제는 ‘같은 것은 같게’의 원칙과 연관되어 있다. 고정관념금지- 지나친 일반화금지와 관련하여 문제된 미연방대법원판례를 보면 다음과 같은 것을 들 수 있다.⁸⁹⁾

88) 이에 관해서는 D.H.Gans, 전계논문, 1875 이하.

89) 이에 관해서는 김문현, 전계논문(주17), 241면 이하 참조.

(1) 연방대법원은 여성에게 혜택을 주는 반면 남성에게는 불이익을 주는 입법중에 여성은 경제적으로 남편에 의존적인 반면, 남성은 부인으로 부터 경제적으로 독립되어 있다는 성의 역할에 대한 고정관념에 기초한 경우 위헌이라 판단하고 있다. 그래서 *Frontiero v. Richardson* 사건(1973)⁹⁰⁾에서는 군인의 부양가족에 관하여 남자의 경우 부인에 대해 자동적으로 주택, 의료 등 수당을 받는데 반해 여군의 경우 남편이 그 생활비의 반액 이상을 부인의 수입에 의존하고 있다는 사실을 입증하여야 한다는 연방법에 대해 성적 차별로 위헌이라 판시하였다. *Orr v. Orr* 사건(1979)⁹¹⁾에서는 이혼 후 부양료지급의무를 남성에게만 부과하고 여성에게는 부과하지 않는 알라바마주법은 평등보호조항에 위배된다고 하였는데 동판결에서 연방대법원은 입법목적이 성중립적 분류에 의해서도 달성될 수 있음에도 성에 따라 분류하여 여성과 남성의 역할과 특별보호필요에 대한 고정관념과 지나친 일반화에 기초한 것으로 위헌이라 보았다. *Weinberger v. Wiesenfeld* 사건(1975)⁹²⁾에서 남편이 사망한 미망인과 그 자녀에 대해서는 연금을 지급하면서 남편에 대해서는 사망한 부인의 소득에 기한 연금지급을 거부하는 법률은 여성은 그 배우자의 수입에 의존적이며 남성은 돈을 벌어 오는 사람이라는 고정관념에 근거한 것으로 위헌이라고 판시하였으며 *Califano v. Goldfarb* 사건(1977)에서는 문제가 된 연금제도가 모든 미망인은 남편에 대해 의존적이었다는 낡은 개념과 스테레오타입에 기초한 것으로 평등보호에 위반된다고 보았다. 또 *Wengler v. Druggists Mutual Insurance Company* 사건(1980)⁹³⁾에서도 미망인에게는 자동적으로 혜택을 주면서 홀아비에게는 부인의 소득에 의존하였거나 신체적으로 무능력함을 입증하는 경우에만 혜택

90) 411 U.S. 677(1973).

91) 440 U.S. 268(1979).

92) 420 U.S. 636(1975).

93) 446 U.S. 142(1980).

을 부여하는 주법은 성적 고정관념에 기초한 것으로 위헌이라 하였다.

(2) 또한 남녀사이에 가정과 자녀양육에서의 역할에 대한 고정관념에 기초한 입법에 대해서도 위헌이라 판결하였다. *Planned Parenthood v. Casey* 사건(1992)에서는 여성의 출산과 낙태의 자유의 헌법적 보장을 다시 확인하면서 문제가 된 낙태에 있어 남편에의 고지조항은 여성의 출산 여부에 대한 선택권을 부당하게 제한하는 것으로 고정관념에 기초하여 위헌이라 하고 남편이 가정의 장(長)이며 가족의 주인이라는 개념에 기초한 입법은 위헌이며 헌법은 부모가 자식에 대해 행사하는 친권과 같은 권한을 남편이 부인에게 행사하는 것을 금지한다고 판시하였다. *Caban v. Mohammed* 사건(1979)⁹⁴⁾에서는 혼외자의 입양에 대해 어머니의 동의는 요하나 아버지의 동의는 요구하지 않는 주법은 모성과 부성간의 근본적 차이에 따른 것으로 정당하다는 주장을 인정하지 않고 위헌이라 판결하였다. 그러나 *Parham v. Hughes* 사건(1979)⁹⁵⁾에서는 불법행위에 의한 혼외자의 사망사건에 대해 어머니만 고소할 수 있고 아버지에게는 허용하지 않는 것은 합헌이라 하면서 이 구별은 아버지도 주가 정한 절차에 따라 아버지임을 인정받으면 고소할 수 있기 때문에 남녀간의 구별문제가 아니라 고소할 수 있는 사람과 그렇지 않은 사람간의 구별의 문제라 하였다. *Lehr v. Robertson* 사건(1983)⁹⁶⁾에서는 아버지가 어머니 및 아이와 같이 살지 않는 경우나 주가 규정한 바에 따라 아버지임을 주장할 의사를 등록하지 않은 경우 아버지에게 고지하지 않고 아이의 입양을 허용하는 주법은 합헌이라 하였다. 이 경우도 *Parham* 판결과 같이 아버지임을 입증하는 법적 절차를 취한 사람과 그렇지 않은 사람간의 구별이라 보았다.

94) 441 U.S. 380(1979).

95) 441 U.S. 347(1979).

96) 463 U.S. 248(1983).

(3) 연방대법원은 성적 분류가 남녀간의 직업이나 사회적 기능의 차이에 대한 고정관념에 기초한 경우 위헌이라 판단하였다. *Craig v. Boren* 사건(1976)⁹⁷⁾에서는 저알콜맥주판매에 있어 남성에 대해서는 21세 이상에 허가한 반면 여성의 경우 18세 이상으로 한 것은 음주운전과 교통사고방지 목적에도 불구하고 위헌이라 하면서 사회경제생활에 있어 남녀에게 기대할 수 있는 역할의 스테레오타입을 촉진하는 목적으로 하는 분류는 정당화될 수 없고 남녀의 경제적 지위, 남녀의 특성에 관한 낡고 지나치게 광범위한 일반화에 기초한 분류는 평등보호조항위반이라고 판시하였다. 또 *Mississippi University for Women v. Hogan* 사건(1982)⁹⁸⁾에서 간호대학에 남성의 입학을 허용하지 않는 것은 간호업무를 여성의 배타적 직업으로 보아 여성과 남성의 적절한 역할에 대한 고정관념을 표현하는 것으로 위헌이라 하였다. *J.E.B. v. Alabama Ex Rel. T.B.* 사건(1994)에서는 성은 인종과 마찬가지로 배심원의 능력이나 공정성에 대한 합헌적 근거가 되지 않으며 주가 성을 근거로 의도적 차별을 하는 것은 이 사건처럼 차별이 남성과 여성의 상대적 능력에 관해 불쾌하고 낡고 지나치게 넓은 고정관념을 인정하고 항구화시키는데 이바지하는 경우 평등보호조항위반이라 하였다. *United States v. Virginia* 사건(1996)에서는 버지니아군사학교(*The Virginia Military Institute*)에 여성의 입학 허용하지 아니한 것에 대해 전적으로 성적 스테레오타입에 바탕한 것으로 위헌이라 하였다.⁹⁹⁾

반면 *Schlesinger v. Ballard* 사건(1975)¹⁰⁰⁾에서는 해군에서 남자사관의 경우 2회의 승진기회를 넘기면 퇴역하여야 하는데 반해 여자사관의 경우 최고 13년간의 승진기간을 인정한 입법은 위헌이라는 주장에 대해 이는 지나

97) 429 U.S. 190(1976).

98) 458 U.S. 718(1982).

99) 518 U.S. 515.

100) 419 U.S. 498(1975).

치게 일반화되고 낡은 관념에 의해 남녀를 차별한 경우가 아니라 여자사관의 경우 주로 전투임무외의 일을 담당하므로 승진의 기회가 적어 계급정년을 길게 한 것으로 이는 합헌이라 하였다.

(4) 한편 민권법 7편 위반과 관련하여 여자 같은 남성이나 남자 같은 여성에 대하여 직장에서 불이익을 주는 것은 성적 고정관념에 기초한 양성평등에 위반된다는 판례가 있다. 즉 Price Waterhouse v. Hopkins사건(1989)¹⁰¹⁾에서 자신이 여성이 어떻게 행동하고 어떻게 여성처럼 보여야 하는지에 대한 고정관념에 부합하지 않아 회계법인의 파트너승진이 거부되었다는 원고의 주장과 관련하여 성적 고정관념화(sex stereotyping)는 금지되는 직장에서의 성적 차별에 해당한다고 판결하였다.¹⁰²⁾

V. 여성에 대한 우대조치

양성평등의 문제는 남성과 다른 여성의 특성에 따른 보호와 과거 차별 대우를 받아온 것에 대한 보상으로서 여성에 대한 우대의 문제를 포함한다. 우리헌법은 헌법 제32조 제4항과 제34조 제3항, 그리고 제36조 제2항을 두어 여성의 근로에 대한 특별보호와 근로조건에 있어 차별금지, 여성의 복지와 권익향상을 위한 국가의 노력의무, 그리고 모성보호를 위한 국가의 노력의무 등을 규정하여 여성보호에 대한 헌법적 근거를 두고 있다. 이러한 보호 내지 국가의 노력의무는 여성의 임신과 출산, 육아와 같은 생리적·신체적 조건에서 유래한 것도 있고, 종래 여성의 열악한 지위와 차

101) 490 U.S. 228(1989).

102) 이에 관해서는 Kimberly A. Yuracko, *Soul Of A Woman: The Sex Stereotyping Prohibition at Work*, 161 U. Pa L. Rev. 757, 758(2013); Sunish Gulati, *Notes: The Use of Gender-Loaded Identities in Sex-Stereotyping Jurisprudence*, 78 N.Y.U.Rev. 2147 (2003).

별적 처우를 감안하여 여성의 평등한 지위를 실현하기 위한 특별보호 내지 국가의 보호의무도 포함하고 있다고 할 수 있다. 여성에 대한 우대는 다음 세 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 즉 가)남녀에 대한 전통적 시각에서 ‘보다 약한 성(the weaker sex)’으로서의 여성에 대한 보호를 규정하는 경우와, 나)남성과 여성간의 생리적 차이에 기초하여 여성에 대한 보호를 규정한 경우, 다)여성에 대한 과거의 차별에 대한 보상으로서 우대를 인정하는 경우가 그것이다.¹⁰³⁾

1. 전통적 견해

과거 전통적 견해는 남성에 비해 ‘보다 약한 성’으로서 여성을 보호하기 위하여 연금이나 조세 등에 있어 우대하는 것을 합리적 사회입법으로 보아 그 합헌성을 인정하였다.¹⁰⁴⁾ Muller v. Oregon사건(1908)¹⁰⁵⁾에서 세탁소, 공장, 제조업에 취업한 여성근로자의 근로시간을 제한한 Oregon주법의 합헌성을 인정하면서 성에 기초한 차별적 입법을 정당화하는 근거로 우호적 우선처우(友好的 優先處遇, benign preference)를 들었다. 동 판결은 여성은 남성의 보호를 받도록 태어났고 그 신체적 구조와 어머니로서의 기능의 적절한 수행이라는 점에서 여성을 보호하는 입법은 정당화된다고 하였다.¹⁰⁶⁾ 이는 여성을 ‘보다 약한 성’으로서 법적 보호를 필요로 하는 것으로 이해한 판결이었다. 이런 관점에서 Gosaert v. Cleary사건(1948)¹⁰⁷⁾에서는 여성은 바 주인의 부인이거나 딸이 아닌 경우에는 바텐더직업을 가질 수 없도록

103) 이에 관해서는 Erwin Chemerinsky, 전게서, 760 이하.

104) 이에 관해서는 김문현, 전계논문(주59), 231 이하 참조.

105) 208 U.S. 412(1908).

106) 208 U.S. 412, 422.

107) 335 U.S. 464(1948).

한 미시간주법을 위협으로 부터의 여성보호라는 관점에서 합헌이라 판결하였다. 이러한 우호적 우선처우에 관해서 Ginsburg 대법관 같은 이는 여성에게만 적용되는 시간 기타의 제한이 여성을 보다 높은 임금과 승진에의 접근을 부인하고 이로써 여성과의 경쟁으로 부터 남성의 직장을 보호해 주는 결과를 가져 왔다고 비판하였다. 그런 점에서 Muller판결은 여성의 완전한 평등에 대한 장애물로서 인용되어 왔다. 그러나 Adkins v. Children's Hospital사건(1923)¹⁰⁸에서는 여성근로자에 대한 최저임금제에 대해 Muller 사건과는 달리 여성을 특별히 보호받아야 한다거나 계약관계에서 특별한 제한을 받아야 한다는 것이 이미 낡은 관념으로 남성과 마찬가지로 계약을 체결할 능력을 가진 성인여성에게 대해 임금을 규제하는 것은 계약의 자유에 대한 부적법한 간섭이라 판시하였다. 그러나 Adkins판결은 West Coast Hotel C. v. Parrish, 300 U.S. 379(1937)에서 번복되었다.

한편 현재 2002. 10. 31. 99헌바40 등 결정은: “아직도 우리 사회에는 남녀간의 성에 대한 신체적 차이, 성행위에 대한 인식과 평가가 다른 것이 엄연한 현실이다. … 이 사건 법률조항은 사회적 약자인 여성의 성적자기 결정권을 보호하려는 정당한 목적이 있고, 남성을 자의적으로 차별하여 처벌하는 것이라고 단정하기도 어려우며, 차별의 기준이 그 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있고, 차별의 정도도 적정한 것으로 보여지므로 평등원칙에 위반된다고 볼 것도 아니다.”고 하여 사회적 약자인 여성의 성적 자기결정권을 보호하기 위한 혼인빙자간음죄는 양성평등에 부합한다고 하였다.

2. 여성에 대한 우대조치에 대한 시각

여성에 대한 남성과 다른 우대조치는 양성평등을 바라보는 시각에 따라

108) 261U.S. 525(1923).

평가를 달리할 수 있고 또 성차별의 문제를 낳기도 한다. 미국의 경우 종래 법여성학자들사이의 논쟁도 주로 여성에 대한 보호입법이나 정책을 둘러싸고 제기되었다. 즉 남성만을 징집대상으로 하는 입법이나, PDA가 제정되고 난 후 일부 주에서 임신한 여성근로자에 대한 특별한 보호를 규정하는 입법이 제정된 것을 계기로 이러한 여성에 대한 특별보호에 대해 양성평등에 부합하는가를 둘러싸고 논쟁이 야기되었다.¹⁰⁹⁾

즉 가) 여성에 대한 우대를 반대하고 양성에 대해 똑같은 처우(equal treatment)를 주장하는 학자들이 있다. 대체로 1970년대의 미국의 법여성학자들은 이러한 입장을 취하는 것이 주류였다고 할 수 있다. 이들은 남성과 대비되는 집단으로서 여성이 아니라 개별적 개인으로 여성문제를 파악하여 여성은 남성과 같이 자율적 인간이며 이성적 존재이므로 여성에게는 남성과 동일한 기회가 주어져야 한다고 주장한다.¹¹⁰⁾ 이들은 여성의 특성과 그에 따른 특별한 처우를 주장하는 것은 남성과 여성의 차이를 인정하여 결국 국 과거의 남성중심의 질서로의 복귀를 가져오게 하는 것이라 비판한다.¹¹¹⁾ 또한 어떤 상황에서는 여성이 남성과 동일하게 처우 받아야 한다고 하면서 또 다른 상황에서는 남성과는 다른 특별한 권리를 주장할 수 있다고 하는 논리는 수용되기 어렵다고 본다.¹¹²⁾ 그리하여 여성의 임신이나 출산도 다른 신체적 장애와 같은 장애로 보고 여성의 임신·출산에 대한 특별처우를 반대한다.

나) 그에 대해 집단으로서 전체 여성의 남성과 다른 속성·본질의 존재를 인정함으로써 여성의 남성과의 차이를 인정하고 여성에 대하여 남성

109) 이에 관해서는 김문현, 전계논문(주44), 232면, 참조.

110) P.A.Cain, feminism and the Limits of Equality, in in:Kelly/Weisberg(ed.),Feminist Legal Theory - Foundation-, 1993, 238.

111) W.W.Williams, 전계논문, 193-194, 197-198.

112) W.W.Williams, Equality's Riddle:Pregnancy and Equal Treatment/Special Treatment Debate, in:Kelly/Weisberg (ed.),Feminist Legal Theory - Foundation-, 1993, 151.

과 다른 특별한 보호가 필요하며 여성에 대한 이러한 특별처우(special treatment)가 양성평등에 부합한다고 보는 입장이 있다. 이러한 입장은 남녀의 차이를 인정하고 남녀평등은 이러한 차이에 기초하여야 한다고 주장한다. 예컨대 E. Wolgast교수는 남녀는 다르며 양성을 다르게 채우는 것이 정의에 맞다고 하면서 남녀는 생리적 차이가 있고 이러한 생리적 차이는 평등의 문제에 있어 실질적 의미를 가지며, 사회가 성적 차이를 존중하고 공정하게 인정하여 성적 평등의 효과를 가져 오도록 제도를 발전시켜야 성적 평등이 실현된다고 한다.¹¹³⁾ 그래서 여성의 특별한 필요에 기초한 여성의 특별한 권리가 보장되어야 남녀평등이 실현될 수 있다고 주장하였다.¹¹⁴⁾ C.A. Mackinnon교수는 남녀간의 현실적 권력의 불균형성에 주목하면서 현실적인 남녀간의 성적 불평등을 고려하지 않은 연방대법원의 양성평등에 관한 법적 해석은 현존상태를 반영할 뿐 성적 평등을 실현할 수 없다고 비판한다. 이러한 법해석에 의하면 사회적 현실이 성차별적이면 차별적일수록 법은 더 성적으로 불평등할 수 있다고 한다.¹¹⁵⁾ 그는 성적 불평등은 사회적으로 조직된 것으로 성적 차이에서 나온 것이 아니고 역사적으로 그런 적도 없으며, 오히려 그것은 남녀간의 차이는 타고난 것이라는 이념적 합리화에 의한 성의 위계질서화에서 나온 것이라 한다.¹¹⁶⁾ 그런 점에서 그는 이러한 여성의 남성에의 종속을 종식시키기 위해서라면 남성과 다른 여성에 대한 특별한 처우가 인정되어야 한다고 한다.

그러나 여성에 대한 특별처우를 주장하는 학자들 사이에도 남녀의 차이

113) Elizabeth Wolgast, *Equality and the Rights of Women*, 1980, p. 16.

114) Wolgast는 이러한 예로 공공건물에 접근할 수 있는 평등한 권리를 누구나 가지지만 장애자의 경우 그들이 진입할 수 있는 램프가 없다면 공공건물에 진입할 수 있는 평등한 권리가 부정되는 결과를 초래하므로 장애자에게는 이를 위한 특별한 권리가 인정되어야 한다고 한다(상게서, 51이하).

115) C.A. Mackinnon, *전계논문(주2)*, 570.

116) *상계논문*, 571.

를 인정하는 범위나 특별처우의 범위에 대하여서는 다양한 견해가 존재한다. 예컨대 여성의 남성에 대한 차이를 임신 등 생물학적 차이에 국한하는 견해가 있는가 하면 임신과 수유와 같은 생물학적 차이가 사회적, 심리학적 차이를 가져온다고 보는 소위 문화적 페미니즘(cultural feminism)에 이르기까지 다양하다.

3. 여성의 특성에 따른 우대

여성이 가지는 특성에 따라 남성에게는 인정되지 않는 특별대우가 여성에 인정되는 경우가 있을 수 있다. 우리 헌법 제32조 제4항이 “여성의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.”고 한 것이나 제34조 제3항이 “국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.”고 하고, 제36조 제2항은 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”고 한 것은 이러한 표현이라 볼 수 있다. 즉 여성의 임신과 출산, 수유 등과 관련하여 남성에게는 인정되지 않는 특별한 처우가 인정될 수 있을 것이다. 그러나 ‘보다 약한 성’이라는 이유로, 또는 고정관념에 기초한 여성우대는 양성평등에 반한다. 그런 점에서 헌법재판소가 혼인빙자간음죄의 위헌 여부에 대한 앞의 2002. 10. 31. 99헌바40, 2002헌바50(병합)결정은 지금은 수용되기 어렵다.

한편 미연방대법원은 *Nguyen v. Immigration and Naturalization Service* (2001)사건¹¹⁷⁾에서 어머니와 아버지는 자녀에 대해 생물학적 관계가 다름을 인정하여 아버지가 미국국적자인 경우 어머니가 미국국적자인 경우에 비하여 그 자녀의 미국시민권취득을 위한 조건을 엄격하게 한 것을 합헌이라 하였다.

117) 533 U.S. 53.

4. 보상으로서 우대조치

여성이 과거에 차별받아온 것에 대한 보상으로, 또는 그로 인한 현재의 불리한 지위를 극복하고 양성평등을 실현하기 위한 여성에 대한 잠정적 우대조치(적극적 평등실현조치: affirmative action)가 인정될 수 있다. 공직선거법 제47조 3, 4, 5항이 정당의 국회의원과 지방의회의원 후보자 공천에 있어 여성에 대한 잠정적 우대조치를 규정하고 있는 것은 그 예이다.

미연방대법원은 *Kahn v. Shevin*사건(1974)¹¹⁸⁾에서 미망인에 대해서는 재산세를 감세해 주는 반면 홀아비에 대해서는 감세혜택을 주지 않는 것에 대해 여성의 경우 남성에 비해 직장을 쉽게 구할 수 없고 임금에도 남녀간의 차이가 있는 것에 비추어 합헌이라고 판시하였다. *Calfino v. Webster*사건(1977)¹¹⁹⁾에서는 노령연금지급에 있어 과거 임금이 있어 차별의 보상으로 여성의 연금액을 동일한 근무기간의 남성보다 높게 책정한 것은 과거 여성근로자의 상대적 저임금에 대한 보상으로 합헌이라 판시하였다. 동 판결에서 연방대법원은 오랜 차별의 역사로 인한 남성과 여성간의 경제적 조건의 불균형의 축소는 중요한 통치목적(an important governmental object)으로 인정된다고 하고, 반면 여성에 대한 우호적, 보상적 목적이 바로 정당화되는 것은 아니고 여성에 대한 과거의 차별에 대한 보상을 위한 성의 분류도 그것이 사실상 여성소득자에게 불이익을 초래하는 경우나 여성을 ‘보다 약한 성’ 또는 아이를 양육하는 사람이나 남성에 의존하는 사람이라는 낡고 지나치게 광범위한 일반화에 기초한 경우에는 정당화될 수 없다고 하였다.¹²⁰⁾ 그래서 *Califano v. Goldfarb*사건(1977)¹²¹⁾에서는 남편사망 시 미

118) 416 U.S. 351(1974).

119) 430 U.S. 313(1977).

120) 상계판결, 317.

121) 430 U.S. 199(1977).

망인에게는 당연히 연금을 지급하는 반면 부인사망시 남편에 대해서는 부 인생전에 부인의 소득으로부터 그의 생활비의 1/2이상을 받았음을 증명토록 한 주법에 대해 과거의 낡은 개념과 역할구분에 기한 고정관념에 기한 것으로 평등보호에 위배된다고 하였다.

Johnson v. Transportation Agency 사건(1987)¹²²⁾에서는 지방자치단체가 과거에 여성이 진출한 적이 없는 직위에서의 승진에 성을 고려한 잠정적 우대 조치를 실시하여 심사과정에서 승진후보자로 추천된 남성을 제치고 여성승진대상자를 승진시킨 것에 대하여 동 우대조치가 고용, 승진에 성이나 인종을 고려하는 것은 민권법 제7편에 위배되지 않는다고 판시하였다. 동 판결에서 연방대법원은 잠정적 우대조치의 합법성판단기준으로 고용주는 종래의 차별적 현실을 적시할 필요는 없고 종래의 고용, 승진에 있어 현저한 불균형성을 지적하면 충분하다고 하고 일부전문기술직에 있어 여성비율의 현저한 불균형성이 인정되는 경우 성을 고려하는 것은 정당하다고 판시하였다.¹²³⁾

한편 헌법재판소는 2008.11.27, 2006헌가1 결정에서 “... 2006년 12월 말 현재 국민연금가입률(남자 65.7%, 여자 34.3%), 노령연금수급자(남자 1,047천명, 여자 470천명), 경제활동참가율(남자 74.1%, 여자 50.4%), 여성근로자의 평균임금(남성근로자의 64%) 등을 감안할 때 구법 시행 당시에는 유족연금의 수급요건에 있어서 남녀 배우자간에 차별이 있다 하더라도 이는 여성 배우자 보호의 필요에 의한 것이라고 보여지고, 2007. 7. 23.에 이르러 비로소 유족연금의 수급요건이 남녀 배우자 동일하게 개정되었다고 하여 이 사건 법률조항이 위헌이라고 단정하기는 어렵다.”고 하여 당시의 남

122) 480 U.S. 616(1987).

123) 상계판결 617; 동판결은 입증책임에 관해서는 원고는 일견 인종이나 성을 고용주가 고려하였다는 것을 입증하면 피고인 고용주는 잠정적 우대조치가 비차별적 근거에서 이루어 졌다는 것을 입증하여야 하고 그러면 다시 원고는 잠정적 우대조치가 근거가 박약하고 피고의 주장이 변명에 불과하다는 것을 입증하여야 한다고 한다(상계판결 617).

녀의 사회·경제적 역할 분담과 그 지위 등의 차이에 따라 여성배우자에 대하여 우대한 것을 평등에 적합하다고 하였다.

그러나 잠정적 우대조치는 그 정책이 개인의 자격이나 실적에 의해서라기 보다 어떤 집단의 일원이라는 것을 근거로 혜택을 주는 것이라는 점, 성, 인종 등과 관계없이 개인의 평등한 처우를 보장하는 절차에 대해서가 아니라 절차의 결과에 초점을 맞춘 것이라는 점에서 그 특성을 찾을 수 있고 그런 점에서 잠정적 우대조치는 개인보다는 집단개념에, 그리고 기회의 평등보다는 결과의 평등을 추구하는 정책이라 할 수 있다. 따라서 여성에 대한 이러한 우대조치는 기회균등을 포함하는 남녀평등과 상반되는 개념이 함유되어 있는 것이 사실이어서 잠정적 성격을 가질 수밖에 없다 할 것이다. 이와 관련하여 헌법재판소는 2006. 5. 25. 2005헌마362결정에서는 “... 그런데 능력주의원칙의 예외로서 교육공무원의 임용 시에 여성과 남성의 평등한 임용기회를 보장하기 위하여 여성 또는 남성이 선발예정인원의 일정 비율 이상이 될 수 있도록 하는 양성평등채용목표제를 실시하는 법률을 제정할 것을 입법자에게 입법위임을 하는 그러한 규정은 우리 헌법 어디에도 없다. 또한 헌법해석상 그러한 법령을 제정하여 교육공무원 내 남녀의 성비가 균형을 이루도록 함으로써 양성평등의 평등을 제고하여야 할 입법자의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였다고 볼 여지 또한 없다.” 고 하여 헌법이 양성평등채용목표제와 같은 적극적 평등실현조치를 위한 법률제정을 명하는 것은 아니라고 하였다.

VI. 결어

미국의 Wasserstrom교수는 양성이 평등한 사회를 성의 차이가 눈의 색깔의 차이 정도의 의미밖에 없는 사회로 묘사하였지만,¹²⁴⁾ 남성과 여성의

124) Richard A. Wasserstrom, Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach

차이는 가장 기본적인 인간의 다양성의 표현이며 양성간의 차이는 무시될 수도 무시되어서도 안되는 차이이다. 그런 점에서 양성을 똑같이 채우하는 것이 언제나 평등에 적합한 것은 아니며, 양성의 차이에 따른 다른 채우는 평등에 부합하는 것이다. 그러나 특정 성의 특성이 그 성에 대한 불리한 채우의 근거가 되어서는 안된다.

헌법상 양성평등은 역사적 현실과 괴리된 이데아일 수는 없다. 현존하는 여성에 대한 차별적 현실을 두고 여성에 대한 보호나 우대를 평등에 반한다고 할 수는 없고 그런 점에서 현존하는 차별을 제거하기 위해 불리한 처지에 있는 성에 대한 우대나 보호조치는 인정될 수 있다.¹²⁵⁾ 그러나 그러한 우대조치가 차별받지 않은 엘리트여성에 대한 보호로 나타나고 정작 혜택받아야 할 여성에게는 혜택이 돌아가지 않아 여성간의 차별을 가져오는 방식이어서는 안될 것이다.

또한 W. W. Williams교수가 지적하듯이¹²⁶⁾ 여성에 대한 특별채우는 양날의 칼과 같아서 여성의 이익과 차별해소에 기여하기도 하지만 노동시장에서 사실상 여성에게 불리하게 작용할 수 있고 ‘보다 약한 성’이라는 과거의 고정관념을 고착화하는 위험도 있다. 그런 점에서 차별적 채우가 점차 개선되면 남녀간의 차이라고 인식되던 것 중에 소위 사회적 구조물은 걷어내고, 생리적 차이만으로 그 범위를 축소하여야 할 것이고, 성의 문제를 사회적 역할이나 능력의 문제로 확장시키지 않아야 할 것이다.

to the Topics, 24 UCLA L. Rev. 581, 606(1977).

125) C. A. Mackinnon교수는 남녀간의 불평등한 현실에서 ‘같은 것은 같게’라는 원칙에 따라 남녀를 채우하는 것은 평등을 실현할 수 없다고 보고 남녀간의 권력의 불균형성을 극복하기 위해 생물학적 차이, 경험에 있어 차이, 본질에 있어 차이를 벗어나 권력에 있어 차이의 패러다임을 변화를 주장한다(C. A. Mackinnon, *Feminism Unmodified*, 1987, 43-44).

126) W. W. Williams, *The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism*, 7 *Women's Rights Law Reporter* 175, 196(1982).

[국문초록]

우리헌법은 양성평등과 여성에 대한 보호에 관한 다수의 규정을 두고 있다. 최근 우리사회에도 과거의 남성중심의 가부장적 제도가 점차 사라지고 양성평등에 관한 의식도 신장되었지만 여성에 차별적인 현실은 상당부분 온존하고 있고, 기존의 남성중심적 전통과의 괴리와 갈등, 여성과 남성의 차이에 대한 인식의 다양성, 그에 따른 양성평등의 이념상에 대한 혼동이 일어나고 있다.

성은 생래적인 것이나 성에 따른 관계나 지위, 역할, 처우는 사회적·문화적인 것이다. 인종이나 가문에 따른 차별이 없는 사회와 달리 남성과 여성이 평등한 사회가 어떤 모습의 사회인지를 상상하는 것은 어렵다. 남성과 여성의 차이는 가장 기본적인 인간의 다양성의 표현이며 양성간의 차이는 무시될 수도 무시되어서도 안되는 차이이다. 그런 점에서 양성을 똑같이 처우하는 것이 언제나 평등에 적합한 것은 아니며, 양성간의 차이에 따른 다른 처우는 평등에 부합하는 것이다. 그러나 그 양성간의 차이가 특정 성에 대한 불리한 처우의 근거가 되어서는 안되며, 특정 성의 기준에 따라 양성에 대한 처우가 정해져서도 안된다. 나아가 양성간의 차이를 확장하여 고정관념에 의한 차별을 가져오거나, 개인의 특성이나 능력의 문제를 성의 문제로 전환해서도 안된다.

헌법상 양성평등은 역사적 현실과 괴리된 이데아일 수는 없다. 그런 점에서 현존하는 차별을 제거하기 위해 불리한 처지에 있는 성에 대한 우대나 보호조치는 인정될 수 있다. 그러나 여성에 대한 이러한 특별처우는 양날의 칼과 같아서 다른 한편으로는 사실상 여성에게 불리하게 작용한다거나 자칫 과거의 고정관념으로 회귀시킬 위험도 있다. 그런 점에서 차별적 처우가 점차 개선되면 남녀간의 차이라고 인식되던 것 중에 소위 사회적

憲法論叢 第29輯(2018)

구조물은 걷어내고, 생리적 차이만으로 그 범위를 축소하여야 할 것이고, 성의 문제를 사회적 역할이나 능력의 문제로 확장시키지 않아야 할 것이다.

주제어

양성평등, 중간심사기준, 잠정적 우대조치, 법여성학, 고정관념금지

[Abstract]

We, as other contries, have a long history of discrimination against women. Recently the status of women has been improved, but there still remain patriarchal conventions and gender discriminations in various aspects of society.

There are some articles concerning with gender equality and special treatment for women in the Korean Constitutional Law. The equal protection clause, Art. 11 ① demands that government actors treat all similarly situated persons alike. But are there any real differences between men and women ? If there are, how can we draw the line between permissible sex-based classifications predicated on real differeneeces and impermissible classifications those that are socially constructed.? There is a general consensus about the differences between men and women, but no consensus regerding real differences and those that are socially constructed.

As the Constituional Court has decided, there are real, biological differences between sexes. We cannot ignore sex in dealing with an individual. It may be allowed that gender classifications benefit women because of biological differences between men and women. But such differences should not be extended to reach to over-generalization. Gender classifications based on role stereotypes should be invalidated.

To pursue gender equality, we should take the realty of gender discriminations in our society into consideration. The ideal of gender equality should not be isolated from real conditions. Remediying past gender-based discrimination constitutes a justifiable objective for gender-based classification.

憲法論叢 第29輯(2018)

Affirmative action programmes or benign preferences for women may be afforded. But special treatment for women may have negative effect upon women. In a sense, it is true that dissimilar treatment of men and women may inevitably constitute sex discrimination. In future when the social status of women is improved in our society, the special treatment for women should be diminished.

Key words

gender equality, intermediate scrutiny, affirmative action for women, sex based classifications, legal feminism

참고문헌

- 김철수, 헌법학신문, 2013.
성낙인 헌법학, 2018.
한수웅, 헌법학, 2011.
허영, 한국헌법론, 2010.
- 김문현, 남녀평등에 관한 미연방대법원 판례의 분석, 헌법학연구 제3집, 1996.
김문현, 남녀평등에 관한 미국 법여성학적 시각들에 관한 일 고찰, 공법연구 제29권제3호, 2001.
김문현, 違憲審査基準에 관한 小考 -헌법재판소판례에 대한 평가를 중심으로-위헌심사기준, 김철수교수 8순기념논문집, 2012.
김지영, 적극적 평등실현조치에 대한 미국연방대법원의 위헌심사, 헌법재판소헌법재판연구원, 2017.
김진욱, 헌법상 평등이념과 심사기준, 저스티스 통권 제134호, 2013.
이노홍, 성차별에 관한 사법심사기준의 재고찰, -미연방대법원의 성차별심사기준과 비교를 중심으로-, 홍익법학 제13권 제4호, 2012, 256면.
- Elizabeth Wolgast, Equality and the Rights of Women, 1980.
Erwin Chemerinsky, Constitutional Law-Principles and Policies-, 2015.
J.H.Ely, Democracy and Distrust, Harvard Univ. Press, 1980,
- Katharine T.Bartlett, Feminist Legal Methods, in: Kelly/Weisberg(ed.),Feminist Legal Theory- Foundation-, 1993.
Katharine.T.Bartlett, Gender Law, 1 Duke J. Gender L. & Pol'y 41(1994).
M.E.Becker, Prince Charming: Abstract Equality, in: Kelly/Weisberg(ed.), Feminist Legal Theory -Foundation-, 1993.
Calvina Bostick, Katie McCracken, Equal Protection, 6 Ge0. J. Gender and the Law 251, 259(2005).

憲法論叢 第29輯(2018)

- P.A.Cain, feminism and the Limits of Equality, in in:Kelly/Weisberg(ed.),
Feminist Legal Theory -Foundation-, 1993.
- J.Galotto, Note-Strict Scrutiny for Gender, via Croson, 93 Columbia L.J.
508(1993).
- David H.Gans, Stereotyping and Difference: Planned Parenthood v. Casey and
the Future of Sex Discrimination, 104 Yale L.J 1875, 1880(1995).
- C. Marschilok, J.Moran, D. Seligman, A. Toobey, Annual review Article: Equal
Protection, 18 Geo. J. Gender & L. 537(2017).
- K.L.Karst, The Supreme Court 1976 term, Foreward:Equal Citizenship Under
the Fourteenth Amendment, 91 Harvard L.Rev. 1(1977).
- C.A.Mackinnon, Reflections on Sex Equality under Law, 100 The Yale L.J.
1281(1991).
- C. A. Mackinnon, Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More
than Ever, 37 Harvard J. L. & Gender, 1569(2014).
- C.M.Ruiz, Commentary- Legal Standards Regarding Gender Equity and Affirmative
Action-, 100 Ed. Law Rep. 841.
- Bonnie L. Roach, Gender Stereotyping: The Evolution of Legal Protections for
Gender Nonconformance, 12 Atlantic L. J. 125(2010).
- Nathasha J. Silber, Unscrambling the Egg: Social Constructionism and the
Antireification Principle in Constitutional Law, 88 N.Y.U.L.Rev. 1873,
1874(2013).
- Julie C. Suk, An Equal Rights Amendment for the Twenty-First Century: Bringing
Global Constitutionalism Home, 28 Yale J.L.& Feminism 381(2017).
- Kathleen M. Sullivan, Constitutionalizing Women's Equality, 90 California Law
Review 735(2002).
- W.W.Williams, Equality's Riddle:Pregnancy and Equal Treatment/Special
Treatment Debate, in: Kelly/Weisberg(ed.), Feminist Legal Theory -
Foundation-, 1993.

W.W.Williams, The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism, 7 Women's Rights Law Reporter 175(1982).

Richard A. Wasserstrom, Racism, Sexism, and Preferential Treatment: An Approach to the Topics, 24 UCLA L. Rev. 581, 606(1977).

Kimberly A. Yuracko, Soul Of A Woman: The Sex Stereotyping Prohibition at Work, 161 U. Pa L. Rev. 757(2013).

사회적 기본권 이론의 형성과 전개

- 인간다운 생활을 할 권리를 중심으로 -

Formation and Development of
the Theory Concerning Social Basic Rights

全 光 錫(Cheon, Kwang-Seok)

延世大學校 法學專門大學院 教授

- 目 次 -

I. 이념과 규범, 그리고 규범과 현실의 불균형	145
1. 헌법 일반의 문제	145
2. 사회적 기본권의 특수성과 역사성	148
가. 특수성	148
나. 역사성	156
II. 서술의 기준	163
III. 헌법이론과 헌법규범의 비동시성	166
1. 현대적 헌법을 위한 규범의 설계	166
2. 초기 헌법 및 기본권 이해, 기본권의 분류와 사회적 기본권	168
3. 몇 가지 해석론적 문제	172

IV. 이론의 모색, 성과와 과제, 그리고 오랜 정체(停滯)	173
1. 사회적 기본권에 대한 헌법구조적 이해	173
2. 규범 및 규범구조의 변화, 이론의 괴리	176
3. 사회적 기본권의 법적 성격	181
V. 헌법의 보편성 강화, 사회적 기본권과 인권, 헌법재판	184
1. 헌법의 사회적 과제에 대한 재인식	184
2. 국가목표규정과 구체적 기본권, 원칙규범과 규칙	186
가. 국가목표규정과 기본권의 상대화	187
나. 추상적 권리와 구체적 권리의 상대화	189
다. 원칙규범과 규칙	191
3. 인권법에서 바라본 사회적 기본권	194
4. 헌법재판과 사회적 기본권	197
가. 소재의 재발견	197
나. 규범구조에 대한 이해	198
다. 구체적 권리로 전환의 시도와 한계	200
VI. 남겨진 과제 - 결론을 대신하여	206
* 국문초록 및 주제어	209
* 영문초록 및 주제어	211
* 참고문헌	213

I. 이념과 규범, 그리고 규범과 현실의 불균형

1. 헌법 일반의 문제

근대 헌법의 핵심요소는 민주주의와 기본권이다. 민주주의는 정치적 평등과 소수보호의 가치, 대의제와 권력분립과 같은 실현원리로 헌법에 규범화되었다. 기본권은 국가로부터 사회 및 개인의 분화와 자율성 보장, 법치국가원리 등의 형태로 담았으며, 법치국가원리는 비례의 원칙 및 신뢰보호의 원칙, 그리고 사법적 권리구제를 포함하였다. 그러나 이와 같은 원리와 원칙, 제도 등은 그 기반이 불안정하였다. 근대 헌법의 출발점인 국민주권주의에서 헌법적 및 정치적 정당성은 국민의 의사에 기초하는데, 국민 전체의 의사는 실존(實存)하는 것이 아니며 이념적 통일체로 의제된다.¹⁾ 국민 전체의 의사가 절차적으로 형성·확인될 것으로 기대되었지만 절차적 정당성이 실질적 정당성을 보장하는 것은 아니며, 민주주의에서 정당성의 기반은 여전히 가변적·역동적인 성격을 벗어날 수 없었다.²⁾ 이는 헌법규범적으로는 가치의 다원성과 상대성, 그리고 헌법윤리적으로는 관용의 미덕으로 표현되었다. 그러나 이념을 규범화하는 한계가 부인될 수는 없으며, 이에 민주주의의 불안정성은 피할 수 없었다. 지배적인 가치와 이념을 명확하게 규범화하거나 거부할 수 없는 사실로서 확정하려는 지점에서 가치

1) 이에 우리 헌법학 초기에는 국민주권주의의 규범적 의미를 이해하기 어려운 상황에 있었다. 이에 대해서는 전광석, *한국 헌법학의 개척자들*(집현재, 2015), 142면 이하 참조. 국민주권의 문제를 헌법학의 연구대상으로 하기에 주저하는 견해로는 박일경, “국민의 지위”, *법정*(1964.1), 16면 이하; 박일경, “주권자로서의 국민”, *고시계*(1964.6), 25면 등 참조.

2) 이와 같은 근대 헌법의 기능조건과 기능조건을 보장할 수 없는 문제상황에 대해서는 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*(Suhrkamp, 1976), 60면 참조.

의 독재가, 그리고 민주주의의 퇴행이 시작되었던 딜레마는 낫설지 않은 경험이었다.³⁾ 하부구조가 상부구조를 결정한다는 역사법칙에 입각하여 구성된 사회주의에서도 하부구조의 존재와 변화를 확인하는 문제가 객관화될 수 없으며, (영도적 유일) 정당이 이 역할을 담당하면서 진정한 민주주의의 실패는 예정되어 있었다.⁴⁾

이념과 불균형·불안정한 관계에 있는 규범은 현실과도 어느 정도 차이가 있다. 헌법에서 규범과 현실의 차이는 두 가지 형태로 나타난다. 첫째, 헌법내재적인 문제이다. 헌법 (및 국가)의 정당성을 뒷받침하는 국민 전체의 의사는 공익을 지향하는 반면, 현실은 개별적 이익을 추구하기 때문이다. 이에 더하여 공익을 지향하는 규범의 내용이 추상적·가변적이기 때문에 구체적인 현재의 상황과는 항상 접촉하는 면이 일치하지 않고, 또 차이가 있다. 예컨대 국민에 의한, 즉 대의과정에서 형성된 의사결정이 국민을 위한 헌법현실을 보장하는 것은 아니다.⁵⁾ 이와 같은 규범과 현실의 차이는 일상에서 경험할 수 있고, 또 이론적으로 극복될 수도 없었다. 둘째, 헌법의 규범적 특성에 기인하는 문제이다. 즉 헌법적 가치의 실현이 지체되는

-
- 3) 1972년 헌법에서 주권적 수임기관(통일주체국민회의)(제35조)을 실정화한 것이 대표적인 예이다. 이에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 130면 이하 참조. 이미 1960년대 후반 국민주권과 헌법적 권한의 관계가 전도(轉倒)되는 경향에 대해서는 예컨대 한태연, “헌법과 국가-헌법의 신화를 벗어나서”, 세대(1969.9), 69면 이하, 78면 등 참조. 독일 나치 시대에 비상상황에서 혁명적 결단을 국민주권의 본질로 이해하고 이를 영도자(Führer)의 의사로 대체한 것이 또 하나의 예이다. 이에 대해서는 Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*(Duncker & Humblot, 1931), 36면 이하 참조. 당시 이와 같은 사고에 기여했던 헌법학자의 역할에 대해서는 예컨대 Ewald Grothe, *Zwischen Geschichte und Recht-Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*(Oldenbourg, 2005), 256면 이하; Bernd Rüthers, *Entartete Juristen*(C.H.Beck, 1988), 59면 이하 등 참조.
 - 4) 사회주의헌법의 실험과 예정된 실패에 대해서는 예컨대 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat*(Kösel-Verlag, 1967), 24면 이하 참조.
 - 5) 국민에 의한 정치와 국민을 위한 정치의 가교(架橋)될 수 없는 긴장관계에 대해서는 전광석, *한국헌법론*(집현재, 2018), 99면 이하 참조.

경우에 헌법규범을 기준으로 헌법현실과의 차이가 즉시 교정되지는 않는다. 헌법규범에 친화적인 조치는 정치과정에서 비로소 취해지기 때문이다. 이러한 문제는 사회적 기본권에서 전형적으로 나타난다.⁶⁾ 보편적인 평등을 실현하는 과정에서 나타나는 과도기적인 차별에 대한 헌법적 평가, 그리고 일반적으로 보면 헌법재판에서 불합치결정이 이러한 예에 해당한다. 이와 같은 헌법규범과 현실의 차이, 그 정도는 여러 변수에 종속되어 있다. 예컨대 이론적으로 보면 기본권이 입법권을 포함하여 모든 공권력, 그리고 모든 생활영역으로 효력을 확대하여 보편적 효력을 가질수록, 또 제도적으로 보면 헌법재판기관이 이를 심사할 수 있도록 충실히 설계되고, 또 기능하는 상황에서는 헌법규범과 현실의 차이는 줄어들 것이다. 따라서 재판에 대한 헌법소원을 원칙적으로 금지하고 있는 헌법재판소법(제68조 제1항)은 헌법이 입법권과 사법권으로 효력을 확대하는데, 그리고 그 결과 헌법규범과 현실의 차이를 줄이는데 적지 않은 장애요소이다.⁷⁾ 이 점에서 보면 사회적 기본권의 법적 성격에 관한 논의는 이론의 문제이면서 동시에 제도적 관련성이 영향을 미치는 문제였다.⁸⁾

6) 아래 각주 55 참조.

7) 이 규정에 대한 헌법적 평가에 대해서는 현재 1997.12.24., 96헌마172등, 9-2, 858면 이하 참조. 이밖에 이에 대해서는 예컨대 김하열, “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위; 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론”, 헌법학연구 제16권 제4호(2010), 165면 이하 참조. 독일에서 헌법이 보편적 효력을 갖는데 있어서 헌법이론의 기여, 그리고 헌법재판소의 활동범위를 확대할 수 있었던 역사적 경험에 대해서는 예컨대 Rainer Wahl, “Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich”, Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier(편), Handbuch der Grundrechte Bd.1(C.F.Müller, 2004), 754면 이하 참조.

8) 아래 V.2.(2) 참조.

2. 사회적 기본권의 특수성과 역사성

가. 특수성

자유권적 기본권은 개인에게 자유의 공간을 보장하며, 자유의 공간이 확보될 수 없거나 침식될 때 침해된다. 이와 같이 자유권적 기본권은 규범의 내용 및 실현구조가 명확하며, 또 규범은 현실을 심사하는 직접적인 기준으로 작용할 수 있다. 사회적 기본권은 교양과 재산, 노동의 기회 등 자유권을 행사하기 위하여 필요한 조건을 갖추지 못한 경우에는 개인에게 실질적인 자유가 보장될 수 없다는 산업사회의 역사적 경험에서 기원하였다. 이와 같은 시대상황에서 자유와 평등의 관계도 새로운 관점에서 관찰되었다. 자유의 기회를 평등하게 보장하여야 할 뿐 아니라 자유의 기회를 실질적으로 향유하기 위하여 필요한 조건을 평등하게 조성하는 적극적·실질적인 과제가 보충되어야 하기 때문이다.⁹⁾ 사회적 기본권은 위에서 서술한 헌법 일반에서의 이념과 규범, 그리고 규범과 현실의 차이의 문제를 다른 차원에서 공유하면서 동시에 그 문제적 성격은 더욱 깊다. 이는 다음과 같이 정리될 수 있다.

(1) 이념과 규범

자유권의 보장과 자유권을 실현하기 위하여 필요한 조건을 보장하는 과제, 즉 사회적 기본권의 과제는 비대칭적이다.¹⁰⁾ 자유권은 특정한 생활영역에서 국가와 개인의 관계를 설정하는 형식으로 실현된다. 그리고 이는 해석의 여지는 있지만 완결적이다. 이에 비해서 사회적 기본권은 일정한

9) 평등이 복지를 선도하는 기능과 복잡한 실현구조에 대해서는 아래 V.1. 및 VI. 참조.
10) 이는 사회적 기본권을 도입하여 세계적으로 주목을 받았던 독일 바이마르헌법의 경험이기도 하였다. 이 점에 대해서는 예컨대 Christoph Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung* (Mohr Siebeck, 1997), 351면 참조.

상황, 즉 인간다운 생활 혹은 인간의 존엄에 상응하는 최저생활을 보장하는 목표는 명확하지만 구체적인 내용과 실현방법은 헌법에 내재해 있지는 않으며 정치과정에서 비로소 결정된다. 이 점에서 아래에서 살펴보는 바와 같이 규범화에 한계가 있다. 또 헌법이 성립된 이후 사회경제적 상황과 헌법이념이 변화하면서 국가의 사회적 과제가 새롭게 형성되기도 한다.¹¹⁾ 이 때 일반적으로 보면 새로운 이념에 상응하는 실체적 내용, 그리고 이념 및 내용을 실현하기 위하여 필요한 제도와 조직 및 절차에 관한 규정이 헌법이념과 동등한 규범적 효력을 갖지는 않는다.

비교헌법적으로 보면 국가의 사회적 과제는 사회적 기본권, 개별적인 생활에 관한 국가목표 혹은 일반적인 복지실현의 과제 등으로 표현한다.¹²⁾ 우리 헌법은 1948년 이래 계속 다양한 사회적 기본권을 규정하고, 동시에 사회적 기본권을 실현하기 위해서 필요한 경제질서에 관한 장을 두어 왔다.¹³⁾ 이에 비해서 독일 헌법은 1949년 제정 당시에는 바이마르헌법의 전통에서 벗어나 사회적 기본권을 포기하고 일반적인 국가목표로서 사회국가

11) 미국 헌법에서 입법이 헌법을 보충하는 관계에 대해서는 예컨대 Mark Tushnet, *Why the Constitution matters*(Yale University Press, 2010), 6면 이하, 156면 이하 참조. 복지국가의 과제가 상황의 변화에 따라서 헌법에 포섭되는 현상에 대해서는 예컨대 Goodwin Liu, "Rethinking Constitutional Welfare Rights", *Stanford Law Review* vol.6 issue 2(2008), 227면 이하 참조. 이밖에 미국헌법에서 복지국가의 이념에 대해서는 예컨대 석인선, "생계보장에 대한 헌법상 권리 논의 - 미국의 경우를 중심으로", 헌법학연구 제17권 제4호(2011), 273면 이하; 이상경, "빈곤에 대한 헌법적 접근-사회적 기본권 및 헌법원리 실현을 통한 빈곤극복의 과제와 복지재정지출의 한계", 공법연구 제44집 제3호(2016), 45면 이하; 홍석한, "미연방헌법과 복지권 논의", 미국헌법연구 제23권 제1호(2012), 334면 이하 등 참조.

12) 헌법의 사회적 과제에 대한 다양한 규정형태에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, "Das soziale Staatsziel", Josef Isensee/Paul Kirchhof(편), *Handbuch des Staatsrechts Bd.1*(C.F.Müller, 1987), 1054면 이하 참조.

13) 아래 III.1. 참조. 이밖에 우리 헌법에서 사회적 기본권과 경제질서의 계속성과 미세한 변화에 대해서는 예컨대 전광석, "헌법 제119조", 한국헌법학회(편), 헌법주석[법원, 경제질서 등](경인문화사, 2018), 1477면 이하 참조.

원리(Sozialstaat)를 두었다.¹⁴⁾ 이러한 태도는 환경보전의 과제를 헌법에 편입하는 상황에도 계속 영향을 미쳐 오랜 논의 끝에 독일 헌법은 환경권의 형태가 아니라 환경보전에 관한 객관적 규정을 삽입하였다.¹⁵⁾ 이와 같이 헌법의 사회적 과제에 관한 이념을 규범화하는 정형(定型)은 존재하지 않는다. 이는 사회적 기본권의 법적 성격을 주관적 혹은 객관적 성격으로 차별적으로 이해하는 원인이 되었다.¹⁶⁾

(2) 규범화의 한계, 사실적 평등

우리 헌법과 같이 사회적 과제를 사회적 기본권의 형태로 규범화하는 경우에도 규범이 이념을 충실히 담는 데에는 한계가 있다. 위에서 지적한 바와 같이 자유권적 기본권의 이념과 실현방법은 헌법에 최종적으로 규율된다. 예컨대 헌법 제10조 행복추구권은 해석의 여지를 남기지만 행복이란 무엇인가, 그리고 이를 어떠한 방법과 내용으로 실현할 것인가는 개인의 자율적인 결정에 맡겨져 있다.¹⁷⁾ 그리고 행복이 실현될 수 없는 현실적인 ‘불운’은 더 이상 행복추구권의 문제는 아니다. 이는 개인의 운명이거나(그러한 운명을 헌법의 과제로 주목하는 경우) 헌법의 다른 규정에 의하여 배려·교정되어야 하는 것은 별개의 문제이다. 말을 바꾸어 하면 행복추구

14) 독일 헌법이 사회적 기본권을 도입하는데 소극적이었던 역사적 상황, 그리고 이후 사회국가원리에 대한 이해방법에 대해서는 예컨대 Werner Weber, “Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen”, Der Staat (1965), 413면 이하 참조.

15) 이에 대해서는 Der Bundesministerium des Innern/Der Bundesministerium der Justiz, Staatszielbestimmungen. Gesetzgebungsaufträge(1983), 130면 이하 참조.

16) 이에 대해서는 아래 IV.3. 및 V.2. 등 참조.

17) 실제 헌법재판소는 행복추구권을 국가에 대한 적극적인 권리가 아니라 불개입을 내용으로 하는 소극적인 권리로 이해하여 왔다. 헌재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 32면; 2002.12.18., 2001헌바546, 14-2, 902면 등 참조. 이와 같은 이해방법이 처음부터 지배적이지는 않았다. 1987년 헌법 초기에 행복추구권을 사회적 기본권과 연계하여 이해하려는 시도에 대해서는 예컨대 김철수, “생존권적 기본권의 법적 보장-사회보장에 관한 권리를 중심으로”, 고시계(1987.9), 122면 참조.

권 등 자유권적 기본권은 목표의 실현 여부가 아니라 이에 관한 국가의 행위양식을 규율의 대상으로 한다.¹⁸⁾ 이에 비해서 제34조 인간다운 생활을 할 권리는 같은 목적(행복)을 갖지만 개인이 자율적인 결정을 할 수 있는 조건 혹은 그러한 상황 및 결과를 보장하여야 한다.¹⁹⁾ 이와 같은 목표는 실체법적으로는 개인이 자율적으로 결정하는 기준이 아니라 어느 정도 객관적인 기준에 따라서 확정되고, 또 진화한다. 이와 같은 객관적인 기준이 자의적으로 혹은 편향된 가치에 따라 결정되는 것을 방지하기 위하여, 또는 당사자의 참여를 보장하여 결정의 정당성을 확보하기 위하여 절차법 및 조직법적인 매체를 필요로 한다.

사회적 기본권의 내용과 실현방법은 헌법이 직접 규정할 수도 있으며, 또 헌법의 해석을 통하여 확인되는 경우도 있다. 의무무상교육(헌법 제31조 제3항), 최저임금제도(헌법 제32조 제1항) 등이 전자의 예이며, 최저생활보장(헌법 제34조 제1항 및 제5항)이 후자의 예에 해당한다.²⁰⁾ 그러나 일반적으로 사회적 기본권의 실체법적 내용, 그리고 제도·조직 및 절차는 법률에 의하여 형성된다. 사회적 기본권이 보호하는 조건과 상황은 다양하고 가변적이며, 경제성장·국가재정·노동시장의 변화와 같은 거시적 환경에 영향을 받는다. 또 이는 법률관계 당사자의 권리의무와 조정되어야 한다.²¹⁾ 개인의 개별적 상황은 유형화될 수 없을 만큼 구체적으로는 차이가 있으며, 따라서 모든 문제를 추상화하여 헌법에 규정하는 것은 입법기술적으로도 불가능하다. 이에 우리 헌법학에서 오랫동안 사회적 기본권이 입법권을 구속하는가, 구속은 구체적인가 추상적인가 하는 문제가 제기되어 왔

18) 이 점에 대한 인권법의 다른 시각 및 평가에 대해서는 아래 V.3. 참조.

19) 헌재 2004.10.28., 2002헌마328, 16-2(하), 204면 참조.

20) 헌재 1991.2.11., 90헌가27, 3, 22면; 2012.4.24., 2010헌바164, 24-1(하), 55면; 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 31면 등 참조.

21) 헌재 2004.10.28., 2002헌마328, 16-2(상), 205면 이하; 2014.8.28., 2013헌마553, 26-2(상), 434면 이하, 438면 이하 등 참조.

다. 사회적 기본권에 관한 규범관계를 헌법에 직접 규정하는 것은 바람직하지도 않다. 사회적 및 개인적 상황과 이에 대한 처방을 헌법에 규율하는 경우 헌법은 상황과 상황의 변화에 따라 적시(適時)에 적합한 정책을 형성하는 데 오히려 장애가 된다. 또 사회적 과제를 헌법에 규범화하는 결정은 이에 관한 합목적적인 기준에 따른 입법적 및 행정적 결정의 권한을 잠식한다. 이는 선거의 의미를 상실시키는 결과가 되기도 한다. 장기적으로 보면 세대 간 결정권한을 적절히 분배할 수 없게 되며, 대부분의 경우에는 미래 세대에 부담이 될 우려도 있다.²²⁾ 이 점에서 헌법의 사회적 과제는 실체법적 규범의 성격보다는 절차적 성격이 강하다. 이와 같은 규범화의 한계로 인하여 헌법구조적으로는 다음과 같은 확인을 할 수 있다. 즉 헌법의 사회적 과제는 민주주의의 의사결정에서 구체화되고, 재산권, 신뢰보호의 원칙, 비례의 원칙 등 법치국가원리를 형성하는 요소에 의하여 안정성을 갖게 된다. 이에 비해서 민주주의에서 사회적 과제가 인식되지 못하고, 또 법치국가원리가 상황의 변화에도 불구하고 개인의 기득권 보호와 사회의 현상유지에 집착하는 경우에는 사회적 기본권은 무력하다. 이 점에서 사회적 기본권, 그리고 헌법의 사회적 과제는 이념과 규범의 관계에서 민주주의 및 법치국가원리와 비대칭적이다.

전통적으로 자유와 평등은 이념적인 긴장에도 불구하고 서로 기능을 보완하는 관계에 있다고 이해되었다.²³⁾ 모든 국민이 평등하게 자유를 향유하여야 하며, 평등은 자유를 상향적으로 선도하는 기본조건에 해당하기 때문이다.²⁴⁾ 그러나 사회적 과제를 적극적으로 실현하는 헌법관계에서는 자유

22) 사회적 지속가능성과 세대간 형평 및 정의의 문제에 대해서는 예컨대 전광석, “지속가능성과 세대 간 정의”, 헌법학연구 제17권 제2호(2011), 281면 이하 참조.

23) 평등이념의 다차원적 이해에 대해서는 예컨대 김종철, “평화적 공존의 전제로서의 평등”, 헌법학연구 제19권 제3호(2013), 19면 이하 참조.

24) 이에 대해서는 이명웅, “자유와 평등의 관계-상호 조화의 관점”, 헌법논총 제14집(2003), 335면 이하 참조.

와 평등의 긴장관계는 현재화된다. 자유권을 행사하기 위하여 필요한 조건을 평등하게 보호하기 위해서는 주어진 상황을 같게 혹은 다르게 취급하는데 그치지 않고, 사전적으로 자유권을 행사하는 기회를 적극적·실질적으로 보장하고(기회의 평등), 또 사후적으로는 평등의 기회를 현실적으로 행사할 수 없거나 혹은 평등의 기회를 행사했음에도 불구하고 의도한 결과가 실현되지 못하는 상황을 교정하여야 한다(결과의 평등). 그런데 특히 결과의 평등에 있어서는 규범화의 한계가 뚜렷하다. 이 경우 공동체의 관점에서 재정과 권리의무관계가 재조정되어야 한다.²⁵⁾ 그런데 이와 같은 구체적인 법률관계와 이에 기초한 법적 및 사실적 부담 및 부담의 한계를 모두 헌법에 직접 규율하는 것은 불가능하며, 이는 대부분의 경우 입법적 결정을 필요로 하거나 혹은 입법적 결정을 하기에 적당하지 않은 경우 사법적 결정에 유보되어야 하기 때문이다.²⁶⁾ 각종 차별금지법이 시설 및 설비를 운영하는 사인에게 정당한 편의제공의무를 부과하고 있지만 합리적인 사유가 있는 경우에는 의무가 면제되도록 자체 예외를 두고 있는 것이 대표적인 예이다.²⁷⁾

(3) 여러 단계에서 작용하는 다양한 변수

위에서 서술한 바와 같이 헌법 일반에서 추상적 규범과 구체적 현실은 차이가 있고, 또 헌법은 자기집행력을 갖지 못하며, 따라서 집행 지체(遲滯)가 어느 정도 용인되는 특수성이 있다. 이밖에 헌법의 사회적 과제는

25) 위 각주 21 참조. 이밖에 결과의 평등의 다양한 실현방법에 대해서는 예컨대 이재희, 적극적 평등실현조치에 대한 위헌심사(헌법재판소 헌법재판연구원, 2018), 39면 이하 참조.

26) 결과의 평등의 이념이 지배하는 적극적 평등실현의 입법적 및 사법적 판단의 예에 대해서는 김지영, 미국 헌법상 성소수자 권리보호와 성적 지향에 대한 평등심사(헌법재판연구원, 2016), 38면 이하; 이재희, 혼인의 헌법적 보장(헌법재판연구원, 2017), 70면 이하, 88면 이하 등 참조.

27) 장애인차별금지법 제4조 제1항 제3호 및 제3항 참조.

목표규범의 특수성으로 인하여 다음과 같이 여러 단계에서 규범이 현실화 되지 못하는 상황이 나타난다.

첫째, 위에서 언급한 바와 같이 사회적 기본권이 실현되기 위해서는 다른 헌법원리, 특히 민주주의, 그리고 정치질서 및 경제질서의 거시적 환경이 뒷받침되어야 한다. 먼저, 사회문제에 대한 인식과 처방의 요구가 민주주의의 의사결정구조에 투입될 수 없는 경우에는 사회적 기본권의 규범과 현실은 큰 차이를 보인다.²⁸⁾ 민주주의가 이념적으로, 또 정치구도에서 사회화되어 있는 경우 이는 사회적 기본권이 헌법현실을 견인하는 우호적인 환경이다. 이에 비해서 정치권력이 사회정의의 근본적 혹은 시대적 중요성을 주목하지 못하는 경우에는 설혹 부분적으로 사회정책이 시행되더라도 이는 불안정하고, 또 쉽게 철회될 수 있다. 우리나라에서 1961년 군사쿠테타 이후 군사정부가 초기에 사회정책의 관심과 입법의지를 보였지만, 사회보장의 재정부담에 대한 우려와 경제성장에 정책의 우선순위를 두게 되면서 이를 철회한 것이 좋은 예이다.²⁹⁾ 또 1962년 헌법에 인간다운 생활, 그리고 사회보장에 관한 권리가 도입되었지만 민주주의에 편입되지 못하면서 규범과 현실의 차이는 줄어들 수 없었다. 아래에서 서술하는 바와 같이 1948년 우리 헌법은 정치적 민주주의와 사회경제적 민주주의의 이념을 제시하였다. 그러나 정치적 민주주의에 사회경제적 과제가 내재해 있는 것은 아니다.³⁰⁾ 따라서 전자가 후자에 무관심하거나 혹은 긴장관계가 첨예하여 조정될 수 없는 경우에는 후자의 관심이 민주주의의 의사결정과정에 진입할 수 없다.³¹⁾ 다음, 사회적 기본권은 시장에서 극복될 수 없는 생활위협

28) 민주주의와 사회질서의 다양한 유형에 대해서는 예컨대 전광석, “복지국가론-기원·발전·개편(신조사, 2012), 108면 이하 참조.
29) 이에 대해서는 전광석, “1963년 사회보장 3법에 관한 연구”, 저스티스 제164호(2018), 201면 이하 참조. 이밖에 이에 대해서는 손준규, 사회보장·사회개발론(집문당, 1983), 94면 이하 참조.
30) 미국의 예에 대해서는 위 각주 11 참조.
31) 일찍이 이 점을 지적하는 문헌으로는 예컨대 한태연, “사회적 기본권에 대하여” 고시

및 빈곤을 사회문제로 인식하고 국가가 시장의 기능을 보충하거나 혹은 이를 대체하여 이를 보호하며, 이로써 사회분열을 방지하고 사회통합을 도모하는 목표를 갖는다. 우리 헌법은 처음부터 이러한 구상을 헌법에 편입하였다(1948년 헌법 제84조).³²⁾ 그러나 헌법의 경제질서는 구체적인 입법을 매개로 실현된다. 경제의 사회적 책임, 그리고 분배정의가 현실정치에서 의제화될 수 없는 경우에는 분배정의의 흠결을 보충하는 재분배정책이 논의될 공간도 찾을 수 없게 된다. 그 결과 규범과 현실은 큰 차이를 보이게 된다.

둘째, 사회적 기본권의 이념을 규범화하는데 한계가 있다는 점은 규범과 현실의 관계에도 영향을 미친다. 사회적 기본권은 개인에게 자율적인 결정과 참여의 기회를 보장하여야 한다. 자유권적 기본권의 경우 자유가 실제 실현되지 못하는 문제가 기본권 자체의 문제는 아니다. 행복추구권의 예에 대해서는 위에서 서술한 바 있다.³³⁾ 이에 비해서 사회적 기본권은 헌법이 의도하는 상황 혹은 결과의 실현 여부가 기본권 심사의 기준이다. 그런데 추상적 규범이 구체적 현실을 따라가는 것은 벅차기 때문에 사회적 기본권에서 규범과 현실의 차이는 본질적이다. 따라서 사회적 기본권을 실현하기 위한 제도에 접근할 수 없거나, 유형화를 벗어난 개인의 구체적인 상황이 제도에 포섭될 수 없는 경우에 지속적으로 제도적 및 규범적 보충이 필요하다. 장애인이 장애인보호를 위한 규범에 대한 인식능력이 제한되어 있기 때문에 제도에 접근할 수 없는 경우가 전자의 예에, 그리고 장애인의 생활 및 고용보장에 있어서 특별한 추가비용이 지출되어야 하기 때문에 일반적인 기초생활보장에 의하여 최저생활을 할 수 없는 것이 후자의 예에 해당한다. 일반적으로 보면 이와 같이 사회적 기본권의 규범 자체가 추상적이

계(1963.10), 114면 이하 참조.

32) 이에 대해서는 아래 III.1. 참조.

33) 위 각주 17 참조.

기 때문에 평등의 상대적 기준이 규범과 현실의 차이를 의제화하고 논증하는데 훨씬 강력한 추동력을 갖는다.³⁴⁾

셋째, 헌법의 사회적 과제를 실현하기 위해서는 목표 혹은 결과에 이르기까지 여러 단계의 정치적 및 정책적 결정을 필요로 한다.³⁵⁾ 입법단계에서 이념의 규범화가 제한되어 있으며, 규범의 추상성과 현실의 구체성에서 오는 차이가 있다. 이에 대해서는 앞에서 설명하였다. 그런데 예컨대 인간다운 생활을 할 권리가 의료급여, 장기요양급여 등 서비스의 형태로 실현되어야 하는 경우에는 규범과 현실의 관계는 더욱 불안정하다. 서비스급여에서는 구체적 상황에 대한 진단과 필요한 급여의 종류와 내용 및 수준, 급여 시기, 그리고 처방의 효과에 대한 예측을 최종적으로는 급여전달자가 직접 판단하며, 이때 급여전달자에게는 넓게 재량이 인정되어야 한다. 그런데 이러한 결정을 규범적으로 선도하는 가능성은 제한적이다.³⁶⁾

나. 역사성

(1) 개방성과 미완성성

헌법은 역사적으로 형성된 보편적 가치를 규범으로 체화(體化)하고, 기존 가치의 존속을 확인하거나 혹은 가치의 변화를 수용하여 정치적 안정성과 개방성을 동시에 유지하는 과제를 갖는다.³⁷⁾ 성윤리, 그리고 이에 관한 가

34) 아래 각주 128 및 189 참조.

35) 국가과제를 실현하기 위한 여러 단계의 결정구조에 대해서는 예컨대 전광석, “공공거버넌스와 공법이론: 구조이해와 기능”, 공법연구 제38집 제3호(2010), 185면 이하 참조.

36) 서비스급여에 있어서 재량규정의 필요성과 문제상황에 대해서는 예컨대 Hans F. Zacher, “Verrechtlichung des Sozialrechts”, Friedrich Kübler(편), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität(Suhrkamp, 1984), 59면 이하 참조.

37) 헌법에 작용하는 역사성의 정태적 및 동태적인 측면에 대해서는 예컨대 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts”, Staat, Gesellschaft, Freiheit (Suhrkamp, 1976), 17면 이하 참조.

치관의 변화에 따라 혼인빙자간음죄, 간통죄에 대한 헌법재판에서의 평가가 달라진 것이 좋은 예이다.³⁸⁾ 또 입법적 차원에서는 가치의 역사적 상대성은 위헌결정의 효력과 관련하여 가치의 전환을 과거로 소급하는 시간적 한계를 두는 방법으로 반영되었다.³⁹⁾ 사회적 기본권은 이와 같은 헌법의 역사성을 공유하면서 다음과 같은 특수성을 갖는다. 사회적 기본권은 사회경제적 상황 및 그 변화과정에서, 그리고 제도의 불균형으로 인하여 발생하는 사회문제를 신속하게 포섭하고 이를 규율하는 헌법적 기준이 되어야 한다. 또 사회적 기본권은 결과를 지향하기 때문에 규범목적이 실제 실현될 수 있도록 규범과 현실, 그리고 규범과 현실의 관계를 지속적으로 관찰하여야 한다. 그리고 사회문제는 지속적으로 새로운 양상을 띠기 때문에 기존의 제도가 존속 혹은 변화하면서 사회적 기본권에 (간접적으로 혹은 직접적으로, 정책적으로 혹은 규범적으로) 영향을 미친다. 예컨대 헌법재판소가 인간다운 생활을 할 권리로부터 직접적으로 의료보험수급권을, 그리고 평등권을 기준으로 간접적으로 통근상의 재해에 대한 보상청구권을 인정한 것이 좋은 예이다.⁴⁰⁾ 이와 같이 사회적 기본권은 본질적으로 개방적이고 미완성적이다.⁴¹⁾

(2) 기능의 특수성

사회적 기본권의 역사적 성격은 입법형성뿐 아니라 헌법심사의 기준으로

38) 헌재 2009.11.26., 2008헌바58, 21-2(하), 520면 이하; 2015.2.26., 2009헌바17등, 27-1(상), 20면 이하 등 참조.

39) 헌법재판소법 제47조 제3항 단서 참조.

40) 아래 V.4.(3).1) 참조.

41) 이에 대해서는 예컨대 전광석, “사회보장법의 역사-왜, 무엇을, 어떻게 연구·서술할 것인가?”, 사회보장법학 제6권 제2호(2017), 156면 이하 참조. 이밖에 Michael Stolleis, Die unvollendete Gerechtigkeit. Das Projekt Sozialstaat und seine Zukunft (Franz Steiner Verlag, 2005), 674면 이하; Hans F. Zacher, “Der Sozialstaat als Prozess”, Abhandlungen zum Sozialrecht(C.F.Müller, 1993), 73면 이하 등 참조.

가능하는데 다음과 같이 작용한다.

첫째, 사회적 기본권의 실체는 역사적 맥락에서 변화하기 때문에 일반적으로는 직접 입법 및 사법적 기준으로 작용하는데 적합하지 않다. 이에 헌법규범과 헌법현실을 매개하는 중간기준이 필요하다.⁴²⁾ 이는 헌법적 효력을 가질 수도 있지만 대부분의 경우에는 입법정책적 고려의 요소이다. 그러나 후자의 경우에도 체계유지 및 형성의 기준이 되며, 그 결과 사회적 기본권의 유동성과 불명확성을 극복하고 안정성과 명확성을 갖는데 기여한다. 이때 간접적으로 체계정당성의 논리에 따라 헌법적 문제로 발전할 수 있다. 소득재분배 및 보충성의 원칙이 이와 같은 가능성과 한계를 보여주는 좋은 예이다.

헌법재판소는 사회보험에서 강제가입, 보험료산정방법 등을 정당화하는 근거로서 소득재분배의 이념을 자주 원용하여 왔다.⁴³⁾ 그러나 소득재분배가 사회적 기본권의 체계를 형성하는 중간매체로 기능하기 위해서는 순차적으로 다음과 같은 작업이 이루어져야 한다. 먼저, 소득재분배의 규범구조 자체가 분석되어야 한다. 경제질서와 사회질서, 분배와 재분배의 기능분화, 국민적 연대에 기초한 재분배와 사회단위에서의 재분배, 소득의 재분배와 위험분산 등의 구조에 대한 이해가 필요하다.⁴⁴⁾ 이어서 소득재분배의 이념이 헌법에 구조화되어 기능하는 가능성과 한계가 검토되어야 한다. 재분배의 매체인 조세와 보험료의 헌법적 성격, 재분배구조에서 이익을 얻는 개인과 집단, 그리고 불이익을 받는 개인 및 집단의 헌법적 권리와 제한 및

42) 1995년 제정된 사회보장기본법의 의도는 여기에 있었다. 이 점, 그러나 입법의도가 실현될 수 없었던 정치적 및 입법정책적 배경에 대해서는 예컨대 전광석, “사회정책과 사회보장법-사회보장기본법과 개별 사회보장법의 관계를 중심으로”, 사회보장법학 제1권 제1호(2012), 41면 이하 참조.

43) 현재 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 942면 이하; 2001.8.30., 2000헌마668, 13-2, 294면 이하; 2003.10.30., 2000헌마801, 15-2(하), 131면 이하 등 참조.

44) 소득재분배의 규범구조에 대해서는 전광석, “사회보장의 소득재분배구조에 대한 헌법적 접근”, 전광석, 사회보장법학(한림대 출판부, 1993), 53면 이하 참조.

그 한계 등에 대한 이해가 필요하다. 마지막으로 소득재분배가 개별적 제도의 특징을 충실히 고려하여 차별적으로 적용되고 있는가를 검토하여야 한다. 예컨대 국민건강보험과 산재보험의 규범목적에 비추어 재분배가 실현되는 가능성과 한계가 차별적으로 평가되어야 한다. 예컨대 산재보험이 기존의 손실보상으로부터 사회보장으로 사고를 전환하는 변화에 대해서 사회적 기본권이 직접 심사기준이 되기는 어렵다. 이에 비해서 산재보험이 일반 국민을 대상으로 하는 사회보험, 예컨대 국민건강보험과 국민연금에 비해서 소득재분배와 관련하여 차별성을 가질 수 있는가는 유용한 심사의 방법이 될 수 있다는 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 아직 이러한 작업이 아직 성숙되어 있지는 않다. 사회적 기본권을 형성하고, 또 심사하는 데 있어서 보충성의 원칙은 추상적으로는 타당해 보인다.

보충성의 원칙은 우리 헌법학에서 특히 사회적 기본권과 관련하여 이례적으로 폭넓은 공감을 받은 바 있다.⁴⁶⁾ 또 헌법재판소도 이에 관한 결정을 남긴 바 있다.⁴⁷⁾ 이는 사회적 기본권과 관련해서는 개인이 스스로의 능력과 노력으로 생활위험을 극복하여야 하며, 이것이 불가능한 경우에 한하여 비로소 국가가 개입하는 요청이 우리 헌법의 인간상에 친화적이라고 생각할 수 있기 때문이다.⁴⁸⁾ 그러나 산업화 이후, 그리고 1990년대 이후 산업구조가 변화하고, 또 저출산 및 고령화가 깊어가는 시기에 개인이 가족관

45) 이 점에 대해서는 예컨대 진광석, “산업재해보상보험법과 헌법재판”, 헌법학연구 제24권 제1호(2018), 45면 이하 참조.

46) 예컨대 전훈, “양극화 해소대책과 보충성원칙”, 공법연구 제35집 제1호(2006), 625면 이하; 정국원, “헌법상 보충성의 원칙”, 헌법학연구 제12권 제3호(2006), 190면 이하; 홍성방, “헌법상 보충성의 원칙”, 공법연구 제36집 제1호(2007), 615면 이하; 홍완식, “헌법과 사회보장법에 있어서의 보충성의 원리”, 공법연구 제28집 제4호 제2권(2000), 184면 이하 등 참조.

47) 예컨대 헌재 1989.12.22., 88헌가13, 1, 377면

48) 우리 헌법의 인간상에 대해서는 헌재 1998.5.28., 96헌가5, 10-1, 555면; 2002.10.31., 2002헌바50, 14-2, 390면; 2009.11.26., 2008헌바58등, 21-2(하), 530면 등 참조.

계와 고용관계에서 안정적으로 생활위험을 극복할 수 있다는 가정은 더 이상 현실적이지 않다. 또 1997년말 외환위기와 2007년 세계적인 재정위기를 거치면서 고용관계가 현재 생활의 기초가 되고, 고용관계에 기초하여 형성된 사회보장청구권이 미래 생활의 수요를 충족한다는 순환관계의 정형은 불가역적(不可逆的)으로 손상되었다.⁴⁹⁾ 고용관계가 최저생활의 기반도 될 수 없는 근로빈곤의 새로운 개념이 이를 징표한다.⁵⁰⁾ 이와 같은 상황에서 국가는 가족, 고용 등 1차적 생활단위가 기능할 수 있도록 적극적으로 개입하여 개인에게 자율적인 생활형성의 기회를 조성하여야 한다.⁵¹⁾ 또 1차적 생활단위에서 이러한 기능이 기대될 수 없다는 가정 하에 처음부터 모든 국민을 2차적 생활관계에 편입시킬 수도 있다. 전체 국민이 사회적 보호의 필요성이 있다는 입법적, 즉 추상적 의제가 부정될 수는 없게 되었다는 것이다.⁵²⁾ 실제 헌법재판소에서 사회보험의 가입대상을 거의 전체 국민으로 확대하는 규정은 모두 합헌으로 결정되었으며, 이 점에서 보충성의 원칙은 헌법적 심사기준으로 유용성은 없는 셈이다. 이 점에서 보면 보충성의 원칙은 일반적인 헌법원칙이 아니며, 또 사회적 기본권의 심사기준이 될 수도 없다.⁵³⁾ 그렇다고 사회적 기본권의 논의에서 보충성의 원칙이 전

49) 1997년과 2007년 이후 상황의 공통점과 차이점에 대해서는 예컨대 전광석, “2007년 이후 사회보장법; 상황과 과제”, 류지태교수 추모논문집(박영사, 2018), 453면 이하 참조.

50) 빈곤문제의 새로운 구조에 대해서는 예컨대 김영란, “신빈곤(new poverty)의 발생구조와 빈곤정책의 변화에 관한 연구”, 사회복지정책 제20집(2004), 245면 이하 참조.

51) 오늘날 점점 중요성을 더해가는 활성화(activation) 혹은 능동적 지원정책, 또 사회투자국가(social investment state)의 필연성에 대해서는 예컨대 김영순, “사회투자국가가 우리의 대안인가? - 최근 한국의 사회투자국가 논의와 그 문제점”, 경제와 사회 제74호(2007), 84면 이하; 전광석, “사회통합과 사회보장법”, 사회보장법학 제5권 제2호(2016), 156면 이하 등 참조.

52) 위 각주 43에서 소개한 우리 헌법재판소 결정과 달리 독일 연방헌법재판소는 추상적 보호의 필요성을 사회보험 강제가입의 논거로 제시하여 왔다. 예컨대 BVerfGE 11, 105(113); 63, 1(35); 75, 108(146) 등 참조.

53) 보충성의 원칙에 대한 헌법적 효력에 대해서는 예컨대 Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip

혀 의미가 없는 것은 아니다. 이념적으로 보면 국가가 사회적 기본권을 실현하는 과제를 포괄적으로 독점하는 경우에는 오히려 자유권 및 자유가 희생된다. 사회정책적으로 보면 생활위험이 발생한 영역에서 이를 보호하는 것이 충실하게 문제를 인식하고 또 타당한 방법을 모색하는 데 유리할 수 있으며, 재정적으로 보면 이로써 국가의 재정부담이 덜어지고 사회정책은 필요한 부분에 집중할 수 있다. 또 경제정책적으로 보면 국가의 독점적인 사회보장의 운영은 효율성을 떨어뜨릴 수 있다. 이와 같은 관점은 사회보장이 전체 국가정책의 핵심적인 요소가 되면서 사회적 기본권의 이념적 기초인 자유와 복지의 균형을 형성하는 기준이 될 것으로 기대된다.⁵⁴⁾

둘째, 사회적 기본권은 역사적 맥락에서 형성되고 또 진화하기 때문에 이를 구체화하는 국가작용은 실험적 성격을 띠게 된다. 실험은 이중적이다. 우선, 사회적 기본권을 실현하는 방법은 다양하며, 미래의 기능에 대한 예측에 기초하여 선택이 이루어진다. 이때 실험의 주체인 입법부에 넓은 재량이 인정된다.⁵⁵⁾ 이에 비해서 실험을 거치지 않고 헌법이 직접 실현의 방법을 고정시키는 것은 바람직하지 않고, 또 위험하다.⁵⁶⁾ 다음, 입법적 실험은 규범적 혹은 현실적인 이유에서 적용대상과 보호되는 위험을 점진적으로 포섭하고 평가할 수 있어야 하며, 이때 포섭되지 못한 집단 및 위험에 대한 불평등은 헌법적으로 용인될 수 있다. 특히 이와 같은 불평등이 보편

und Verfassungsrecht (Duncker & Humblot, 1968), 313면 이하 참조.

54) 이와 같은 과제에 대해서는 아래 VI. 참조.

55) 예컨대 헌재 2002.10.31., 99헌바76등, 14-2, 433면 이하 참조.

56) 위 각주 22 참조. 최근 스위스에서 기본소득(basic income)을 헌법에서 직접 규정하는 헌법개정 국민투표가 국민의 지지를 받을 수 없었던 것이 좋은 예이다. 기본소득의 다양한 개념 및 정책구상, 그리고 평가에 대해서는 예컨대 양재진, “기본소득은 미래 사회보장의 대안인가?”, 한국사회정책 제25권 제1호(2018), 48면 이하 참조. 이밖에 기본소득과 헌법의 정합성에 대해서는 노호창, “기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구”, 헌법논총 제28집(2017), 111면 이하; 홍석한, “기본소득의 헌법적 정당성에 관한 시론적 고찰”, 공법학연구 제18권 제3호(2017), 190면 이하 등 참조.

적 평등으로 확대되는 과정에서 나타나는 과도기적 현상일 경우 사회적 기본권의 헌법적 기준은 약화된다.⁵⁷⁾

사회적 기본권의 이와 같은 기능적 특수성으로 인하여 사회적 기본권의 규범적 성격을 과대평가하는 경우에는 규범과 현실이 연계될 수 없다. 1948년 헌법 당시, 그리고 이후에도 노동의 권리가 직접 실현될 수 없는 경우에는 고용보장 혹은 실업급여 등 최소한의 생활보장으로 전환된다는 이해방법이 있었다. 이러한 해석론은 다분히 독일 바이마르헌법의 노동의 권리에 관한 제163조의 규정을 우리 헌법의 해석에 차용한 것으로 보인다.⁵⁸⁾ 그러나 헌법에 직접 근거가 없는 이와 같은 이해방법은 헌법해석의 범위를 넘어 사회적 기본권에 대한 지나친 기대이며, 이는 현실, 그리고 현실의 변화를 과소평가하는 예에 해당한다.⁵⁹⁾ 아래에서 살펴보는 바와 같이 원칙규범과 규칙의 범주에서 근로의 권리가 경우에 따라서 구체적 권리로 전환될 수 있다는 구성 역시 헌법규범에 대한 지나친 기대이다.⁶⁰⁾ 그렇다고 사회적 기본권의 불확정성과 가변성, 그리고 현실관련성, 또 이에 관한 입법재량을 지나치게 강조하는 경우에는 사회적 기본권의 규범력은 국가재정 등 거시환경에 흡수되어 규범의 성격을 상실한다. 최저생활보장의 주관적, 그리고 헌법기능적 및 기본권적 중요성에도 불구하고 일반적으로 사회

57) 사회적 기본권을 실현하는 실험적 입법, 그리고 평등권과의 관련성에 대해서는 1991. 2.11., 90헌가27, 3, 25면 이하 등 참조.

58) 이 규정의 헌법적 성격과 기능에 대해서는 Christoph Gusy, 위 각주 10의 책, 353면 이하 참조.

59) 1948년 헌법에서 노동의 권리에 대한 이와 같은 이해에 대해서는 김기범, “생존권적 기본권”, 고시계(1960.8), 131면 이하; 김기범, “근로의 권리”, 고시계(1963.2), 109면; 유진오, 신고헌법해의(일조각, 1959), 82면 등 참조. 이밖에 현행 헌법에서 이에 관한 논의로는 권영성, “사회적 기본권의 헌법규범성고(考) - 헌법소송적 실현을 위한 시론”, 헌법논총 제2집(1991), 187면 이하; 정태호, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해 여부의 판단기준 및 심사구조”, 헌법학연구 제13권 제3호(1997), 564면 이하 등 참조. 이밖에 현재 2002.11.28., 2001헌바50, 14-2, 679면; 2013.10.24., 2010헌마219 등, 25-2(하), 256면 이하 등 참조.

60) 아래 각주 152 참조.

적 기본권의 실현에 장애로 작용하는 요소들을 근거로 구체적인 권리의 성격을 부인하는 것이 좋은 예이다.⁶¹⁾

II. 서술의 기준

사회적 기본권은 우리 헌법의 경로(path)적 특성에 해당한다. 사회적 기본권의 규범적 성격과 기능에 대한 회의적인 평가가 있어 왔지만 그렇다고 헌법정책적으로, 즉 사회적 기본권의 존속 자체에 의문이 제기된 적은 없다.⁶²⁾ 이와 같이 우리 헌법의 확고한 전통에 해당하는 사회적 기본권에 대한 헌법학에서의 이해를 정리하는 것이 이 글의 기본적인 목적이다.

이 문제를 헌법학연구를 중심으로 서술하려는 이유는 다음과 같다. 첫째, 사회적 기본권은 사회경제적 거시환경, 그리고 민주주의·법치국가원리·경제질서 등 규범적 환경과 상호 관련 속에서 형성되고 기능한다. 적어도 초기 헌법학에서 사회적 기본권이 이와 같은 구조에 편입되고 이념과 규범, 규범과 현실의 정합성을 검토하는 연구가 진행되지는 않았다. 이념에 대한 정확한 이해가 있었지만 오랫동안 헌법학(이론)은 헌법규범에 뒤쳐져 있었다. 이는 사회적 기본권에 대한 연구를 서술하는데 중요한 소재이다. 국가 및 헌법에 대한 이해가 과거에 머물러 있던 시기의 사회적 기본권에 대한 이해가 그 이후 시기에, 특히 민주화와 사회보장법의 보편화, 그리고 헌법재판을 경험하면서 (아직 소극적이기는 하지만) 변화하는 인과관계를 관찰할 수 있기 때문이다. 둘째, 우리 헌법학이 발전하면서 사회적 기본권에 대한 이해에 있어서 정치적 성격과 규범적 성격이 혼재되어 있었으며 시대의 변화에 따라 어느 정도 중점의 변동이 있어 왔다. 이는 헌법의 기능구조와 밀접한 관련성을 갖는다. 예컨대 1987년 민주화 이후 사회적 기

61) 이에 대해서는 아래 V.4.(3).2 참조.

62) 한병호, “사회적 기본권 50년”, 헌법학연구 제4집 제1호(1998), 107면 이하 참조.

본권의 논의는 세분화되었다. 그리고 사회적 기본권을 (다분히 헌법재판을 염두에 두고) 오히려 객관화하는 방향과 구체적 권리로 이해하는 이중적인 경향이 관찰되었다. 이에 대한 원인과 결과에 대한 평가가 필요하며, 이러한 작업은 전체적으로 헌법의 역사를 충실히 서술하는 데 기여할 수 있다. 셋째, 사회적 기본권의 성격과 관련하여 우리 헌법학에서 (정치적) 프로그램, 추상적 혹은 구체적 권리, 국가목표규정 등 다양한 이해방법이 존재해 왔다. 그러나 이와 같은 이해방법이 갖는 헌법적 의미가 분석되지는 못했고, 따라서 이에 관한 논의는 공허하면서, 또 혼란스럽기도 했다. 예컨대 사회적 기본권의 프로그램, 혹은 입법방침 및 위임의 개념이 제시되었을 뿐 헌법에 합치하는 혹은 헌법에서 기대되는 내용을 회득할 수 없었다. 추상적 권리설은 지나치게 재판과의 관계에 대한 설명에 집중되어 있었다. 이와 같은 헌법이론의 지체를 극복하고 사회적 기본권의 의미를 되살리기 위해서는 과거 헌법이론을 과거의 상황에서 설명하고, 또 현재의 상황과 비교하여 이론적 타당성과 그 시대적 한계가 밝혀져야 한다. 넷째, 지금까지 사회적 기본권에 대한 설명은 다음과 같은 문제도 있었다. 즉 한편으로는 다양한 사회적 기본권을 차별화하는 설명이 소홀히 되었고, 다른 한편 주로 사회보장에 한정 혹은 집중하여 서술하면서 이를 전체 사회적 기본권에 적용하는 경향도 있었다. 기본권의 성격과 서술대상이 일치하지 않아 왔다는 것이다. 이와 같은 이해방법이 유지되는 한 헌법규정, 즉 인간다운 생활을 할 권리의 헌법적 기능과 의미에 관한 서술은 공허한 상태로 남게 된다. 이 점을 오랫동안 헌법학이 주목하지 않았다.

역사서술이 역사 그 자체로부터 현재의 문제에 대한 해법을 찾는다가거나 혹은 적어도 단서를 찾는 데 목적이 있는 것은 아니다. 이 점에서 헌법(학)사에 대한 연구는 법학보다는 역사학의 범주에 속한다.⁶³⁾ 그렇다고 사회적

63) 이 점에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 21면 이하 참조. 이밖에 Michael Stolleis, “Vorurteile und Werturteile der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus”,

기본권에 관한 과거의 이해가 현재적 관련성을 상실해서는 안 된다. 무엇보다도 현재적 관점은 ‘과거 상황에서 제정되고 전개된 규범과 이론이 현재 혹은 미래의 상황과 규범, 그리고 이론과의 관계에서 지속 혹은 변화하는 인과관계를 설명하는 기준이 되기 때문이다.’⁶⁴⁾ 또 현재적 관점은 과거 역사의 상대성과 비교의 대상이 되기 때문에 ‘과거의 현재’를 이해하는데 필수적이거나 적지 않은 기여를 한다. 물론 과거에 대한 연구가 오늘날 사회적 기본권의 이해에 직접적인 준거를 제시하는 것은 아니다. 그러나 적어도 과거의 경험이 오늘날에도 계속되는가 혹은 전혀 새로운 상황과 규범 하에서 현재성을 더 이상 유지할 수 없는가를 진단하는 기초가 될 수는 있다.

다음과 같은 두 가지가 좋은 예이다. 1948년 헌법의 경제질서는 제84조가 제시한 경제사회질서, 그리고 제87조가 국공유의 범위를 넓게 규정하였다는 점을 함께 고려하면 일정한 체계를 형성하고 있었다.⁶⁵⁾ 이에 비해서 현행 헌법 제119조 경제민주화에 관한 규정은 헌법질서에서 고립된 돌출에 해당한다. 이 점은 특히 1948년 헌법과 비교하는 과정을 거치면서 현행 헌법에 대한 과도한 해석을 억제하는 데 도움을 준다.⁶⁶⁾ 현행 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리의 헌법적 위상과 의미에 대해서는 아직 의견이 나뉘어져 있다. 사회적 기본권의 이념적 기초인가, 구체적 기본권인가, 또 사회적 약자에게 인간다운 최저생활을 보장하는 목표를 갖는가, 모든 국민의 인간다운 생활보장(사회보장)을 목표로 하는가 등의 문제이다. 그런데 이 문제에 있어서 현행 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리와 1948년 헌법 제19조 생활유지의 능력이 없는 자에 대한 국가의 보호에 관한 규정

Recht im Unrecht(Suhrkamp, 1994), 55면 이하 참조.

64) 이 점에 대해서는 전광석, 위 각주 1의 책, 29면 이하 참조.

65) 이에 대해서는 아래 각주 70 참조.

66) 이에 대해서 자세히는 전광석, 위 각주 13의 책, 1503면 이하 참조.

의 관계가 주목을 받지 못해 왔다. 1962년 헌법 제30조(1987년 헌법 제34조) 인간다운 생활을 할 권리가 완전히 새로운 헌법규정인가, 1948년 헌법 제19조를 발전적으로 변형시킨 것인가에 따라서 인간다운 생활을 할 권리의 헌법적 위상과 의미는 달라진다. 이 경우 헌법학사에 대한 연구는 중요한 단서를 제공할 수 있음에도 불구하고 그동안 헌법학연구는 헌법규범의 변화, 그리고 이에 따라 전개되어 왔던 헌법이론의 소재를 외면하여 왔고, 그 결과 비판적 검토의 기회를 갖지 못해 왔다.

Ⅲ. 헌법이론과 헌법규범의 비동시성

1. 현대적 헌법을 위한 규범의 설계

1948년 헌법의 제정, 그리고 이후 헌법을 지배한 개념은 ‘현대적 헌법’이었다. 1948년 헌법의 설계자였던 유진오에 의하면 ‘현대적 헌법’을 구성하는 핵심 원리는 정치적 민주주의와 사회경제적 민주주의이며, 사회경제적 민주주의는 사회경제적 약자에게 자유를 행사하기 위하여 필요한 조건을 보장하는 목표를 갖는다.⁶⁷⁾ 이는 다음과 같은 헌법규정으로 구체화되었다.⁶⁸⁾ 첫째, 다양한 사회적 기본권을 두었다(제16조 이하). 특히 제18조 제2항 근로자의 이익분배균점권은 헌법제정과정에서 치열한 논의의 대상이었다.⁶⁹⁾ 둘째, 경제에 관한 장을 두었다(제84조 이하). 여기에서 ‘모든 국민에

67) 유진오, 위 각주 59의 책, 51면 이하, 61면 등 참조. 이밖에 유진오, “우리 헌법의 윤곽”, 유진오, 헌법의 기초이론(일조각, 1950), 83면 참조.

68) 독일 바이마르헌법과의 유사성에 대해서는 아래 각주 105 참조.

69) 이 논의에 대해서 자세히는 예컨대 전광석, “제헌의회의 헌법구상”, 법학연구(연세대 법학연구원) 제15권 제4호(2005), 36면 이하; 황승흡, “제헌헌법상의 근로자의 이익균점권의 헌법화 과정에 관한 연구”, 공법연구 제31집 제2호(2002), 302면 이하 등 참조.

계 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현'이라는 사회질서의 목표를 우선적으로 규율하는 특징을 보였다(제84조). 또 자본주의 시장경제의 헌법에서는 이례적으로 국공유의 대상이 되는 산업의 범위가 넓었다(제87조 제1항). 셋째, 사회경제적 민주주의의 이념을 실현하기 위하여 필요한 기본권의 공동체적 관련성을 이미 전문 및 총강에 배치하였다. 전문(前文)에 이는 “국민생활의 균등한 향상”으로 표현되었다. 총강에 배치된 제5조에 의하면 “대한민국은 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 자유, 평등과 창의를 존중하고 보장하며 공공복리의 향상을 위하여 이를 보호하고 조정하는 의무를 진다”(제5조). 유진오는 이를 “외국 헌법에 유례가 없는” 규정으로서 전자는 정치적 민주주의를, 후자는 사회경제적 민주주의의 핵심을 선언한 것으로 설명하였다.⁷⁰⁾ 이후 우리 헌법에서 제84조는 현행 헌법 제119조에 부분적으로 변형을 거쳐 유지되어 있고, 제87조 제1항은 1954년 헌법개정에서, 제18조 제2항과 제5조는 1962년 헌법에서 삭제되었다. 그러나 전체적으로 보면 우리 헌법사에서 사회적 기본권은 동일성을 유지하여 왔고, 헌법의 사회적 과제에 관한 태도가 근본적으로 변화한 것은 아니었다.

이에 비해서 사회적 기본권이 헌법의 안정적 및 개방적 기능과의 연관 속에서 이론적 발전을 할 수는 없었다. 사회적 기본권의 규범력을 논의할 만한 거시환경이 존재하지 않았고, 또 이에 대한 국민적 의식과 기대가 성장하지 않았기 때문이다. 사회적 기본권과 같은 특별한 주제를 집중적으로 연구할 인력도 부족했다. 그래도 당시 헌법학은 새로운 공화국을 건설하는데 필요한 이념을 공급하였고, 또 이를 설명하는 노력을 하였다. 유진오 외

70) 이 규정의 시대사적 의미는 ‘현상유지를 위한 규정’ 혹은 ‘사회혁명적 요소’로 상반되게 평가되었다. 전자의 견해로는 유진오, “憲法草案과 金性洙氏”, 헌법기초회고록(일조각, 1980), 30면 이하 참조. 후자의 입장에 대해서는 한태연, “제헌헌법의 신화-이상과 타협과 착각의 심포니”, 동아법학 제6호(1988), 63면 이하 참조.

에 한태연, 박일경, 문홍주, 김기범 등이 당시 현대적 헌법과 우리 헌법의 과제를 충실히 인식하고 설명하였다. 다만 이후 사회적 기본권의 서술은 교과서적 수준에 머물렀으며, (특히 1980년대 후반 이후의) 새로운 사회보장의 거시환경을 사회적 기본권 등 헌법질서에 편입하여 이해하는 발전은 지체되었다. 헌법이론이 헌법규범과 헌법현실에 뒤처져 있었던 것이다.

2. 초기 헌법 및 기본권 이해, 기본권의 분류와 사회적 기본권

헌법의 사회적 과제는 ‘현대적 헌법’의 의미에 걸맞게 기본권, 그리고 헌법과 법률의 관계에 대한 새로운 구상이었다. 그리고 사회적 과제가 사회적 기본권의 형태로 규범화되면서 사회적 기본권이 주권자로서 국민의 지위를 구성하는 요소라는 점에 대한 인식이 필요했다. 그런데 초기 우리 헌법학은 법실증주의의 영향을 계속 받고 있었다.⁷¹⁾ 또 주권과 헌법에 의하여 형성된 국가권력의 관계를 이해하는 능력은 제한적이었다. 민주공화국의 국민주권의 헌법에서 식민지 시대의 유산인 국가주권이 계속 영향을 미치고 있었다.⁷²⁾ 이와 같은 이론적 한계는 기본권을 분류하는 방법에서 관찰되었다. 기본권이 헌법질서를 형성하는 요소라는 점이 인식되지 않았으며, 기본권은 (국가주권에 의하여 형성된) 국가권력과의 관계를 중심으로 분류되었다. 당시 이러한 이해에는 엘리네크(Georg Jellinek)의 이론이 전범(典範)이 되었다.⁷³⁾ 사회적 기본권은 전통적인 분류인 소극적 지위, 적극적

71) 초기 헌법학의 법실증주의적 경향에 대해서는 김효진, “한국헌법과 바이마르헌법”, 공법연구 제14집(1986), 23면; 한상범, “한국에서의 헌법사상의 전개와 과제”, 헌법연구 제4집(1979), 119면 이하 등 참조.

72) 초기 헌법학에서 국가주권의 흔적에 대해서는 유진오, “주권이론”, 헌정의 이론과 실제(일조각, 1956), 17면 이하, 23면 이하 참조. 이밖에 문홍주, 한국헌법론(법문사, 1965), 72면 이하 참조.

73) 예컨대 박일경, 헌법(조문사, 1949), 87면 참조.

지위, 능동적 지위 및 수동적 지위 중 적극적 지위에 포섭되는 수익권으로 이해되었다.⁷⁴⁾ 일부 문헌은 사회적 기본권의 특수성을 주목하여 생존권적 수익권의 개념을 사용하였고, 혹은 일반적인 수익권으로부터 사회적 기본권을 분리하기도 하였다.⁷⁵⁾ 이에 비해서 사회적 기본권이 헌법의 전체 구도에서, 예컨대 자유권적 기본권, 경제질서, 민주주의, 법치국가원리 등과 상호 작용하면서 실현되는 구도가 설명될 수 없었다.

위와 같은 이해방법을 벗어나는 시도가 없었던 것은 아니다. 예컨대 한태연의 분류는 차이가 있었다. 한태연은 자유권적 기본권을 전국가적·초국가적 권리로 이해하여 당시 법실증주의에서 벗어나 자연법적 사고를 도입하였다. 또 오늘날 국민주권을 이념으로 하는 민주주의에서 기본권의 방어권적 의미는 약화되었으며, 오히려 국가기능에 참여하는 기능을 강화하게 되었다는 점을 간파하여 기본권이론의 새로운 지평을 열었다.⁷⁶⁾ 그러나 이와 같은 이해는 자유권적 기본권의 설명에 한정되었으며, 보편적 기본권이론으로 진화하지는 못했다. 한태연은 기본권을 자유권적 기본권, 제도적 보장으로서의 기본권, 참정권으로 분류하고, 제도적 보장으로서의 기본권에 경제적 기본권, 사회적 기본권, 그리고 고전적 의미의 수익권을 포함시켰다. 경제적 기본권에는 재산권, 근로자의 권리, 근로의 권리, 생활능력이 없는 자의 보호를 받을 권리 등이 포함된다. 사회적 기본권을 실현하기 위하여 경제질서의 재편성이 필요하다는 점을 지적하였다.⁷⁷⁾ 재산권을 포함하여 경제적 기본권은 인간다운 생활을 보장하는 목적을 갖는다.⁷⁸⁾ 교육의

74) 박일경, 위 각주 75의 책, 89면 이하; 유진오, 위 각주 59의 책 63면 이하; 한태연, 헌법학(양문사, 1956), 178면 이하, 265면 등 참조.

75) 김기범, “생존권적 기본권”, 고시계(1960.8), 128면 이하; 한태연, 위 각주 74의 책, 304면 등 참조.

76) 한태연, 위 각주 74의 책, 234면, 236면 이하 참조.

77) 한태연, 위 각주 74의 책, 288면 이하 참조.

78) 한태연, 위 각주 74의 책, 234면, 289면 이하 참조.

권리, 그리고 혼인과 가족의 보호가 사회적 기본권에 해당한다. 제도적 보장으로서의 기본권은 그 존재 및 내용이 법률에 의하여 규정된다. 그러나 제19조 생존권적 기본권을 경제적 기본권으로 분류하는 것은 사회적 기본권의 기원 및 헌법적 기능에 적합한 이해방법은 아니었다. 이는 사회문제가 경제질서에서 기원한다는 인식을 반영한 것으로 보인다. 이와 같은 입장은 이후 시기에 인간다운 생활을 할 권리를 경제생활영역에 적용되는 기본권으로 분류한 견해에서도 나타났다.⁷⁹⁾ 그러나 사회적 기본권이 기본적으로 자본주의시장경제를 유지하는 전제 하에 경제에 사회적 책임을 부과하여 경제질서와 밀접한 관련성을 갖지만 기능적으로 분리되어 있다는 점은 아직 인식되지 못하고 있었다.⁸⁰⁾

이 시기에 전체적으로 사회적 기본권에 대한 이해가 헌법규범을 따라가지 못하고 있었다. 먼저, 헌법 제18조 제1항 노동 3권의 성격에 관한 문제이다. 당시 노동 3권은 자유권적 기본권 혹은 사회적 기본권으로 분류되었다.⁸¹⁾ 제도적 보장으로서의 기본권으로 이해하는 견해도 있었으나 이는 아래에서 설명하는 바와 같이 자체 모순이었다.⁸²⁾ 노동 3권의 성격에 대해서는 현행 헌법 하에서도 계속 이견(異見)이 있으며, 또 헌법재판소의 이해도 통일되어 있지 않다.⁸³⁾ 그러나 기본적으로 다음과 같은 의문이 제기되었어

79) 예컨대 허영, 헌법이론과 헌법(중)(박영사, 1985), 339면 이하 참조. 이밖에 홍성방, “헌법재판소결정례에 나타난 사회적 기본권”, 서강법학연구 제4권(2002), 41면 이하 등 참조.

80) 경제질서와 사회질서, 분배정책과 재분배정책의 헌법적 기능구조에 대해서는 위 각주 44 참조.

81) 전자의 입장으로는 박일경, 위 각주 73의 책, 113면 이하; 유진오, 위 각주 59의 책, 63면 참조. 후자의 입장으로는 한태연, 위 각주 74의 책, 296면 이하 참조.

82) 아래 각주 93 참조.

83) 이에 대해서는 예컨대 김진곤, “노동복지의 헌법적 기초로서 노동기본권”, 헌법학연구 제18권 제3호(2012), 69면 이하 참조. 이에 관한 헌법재판소의 태도에 대해서는 예컨대 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 헌법논총 제9집(1998), 610면 이하 참조.

야 했다. 노동 3권이 자유권적 기본권에 해당한다면 일반적인 결사의 자유와 비교하며 독자적인 존재의미가 있는가, 그리고 노동 3권이 우리 헌법편제에서 사회적 기본권에 위치하고 있는 의미는 어디에 있는가 하는 의문이다.⁸⁴⁾ 보다 적극적으로 보면 노동 3권은 국가가 노사관계에 적극적으로 개입하여 근로자와 사용자의 협상력을 대등하게 형성하여 실현된다.⁸⁵⁾ 이와 같은 규범적 간섭과 지원을 통하여 주관적으로는 근로자의 근로조건을 개선하고 객관적으로는 노사 및 산업평화를 도모하는 것은 사회적 기본권의 전형적인 과제이다. 다만 노동3권은 국가의 급부작용이 아니라 근로자와 사용자의 협상력을 대등하게 하기 위하여 필요한 제도와 조직을 규범적으로 지원하여 실현된다는 점에서 근로의 권리, 인간다운 생활을 할 권리 등 다른 사회적 기본권과 차이가 있다.

평등의 위상과 기능에 관한 헌법학에서의 이해도 헌법규범과는 거리가 있었다. 초기 일부 헌법학문헌은 오늘날 보면 이례적이지만 평등권을 독자적인 범주로 다루지 않고 자유권적 기본권으로 분류하였고, 평등을 단순히 자유의 전제조건으로 이해하였다.⁸⁶⁾ 우리 헌법학 초기에 헌법규범과 이론은 이 지점에서 현저한 차이를 보였다. 위에서 언급했듯이 자유와 평등은 이념적 긴장에도 불구하고 국가의 불간섭을 통하여 자유를 보장하는 과제를 갖는 헌법에서는 어렵지 않게 조화될 수 있다. 그리고 이 경우에는 평등을 자유의 내재적인 이념으로 이해하고 함께 서술할 수 있다.⁸⁷⁾ 이에 비해서 (1948년 우리 헌법과 같이) 헌법이 자유의 실현조건을 평등하게 보장

84) 이와 같은 의문을 제기하는 문헌으로는 김기범, 위 각주 75의 논문, 132면 참조.

85) 이 점을 간파한 문헌으로는 예컨대 김기범, “근로자의 단결·단체교섭·단체행동권”, 고시계(1959.10), 24면 이하, 26면 참조. 이밖에 김기범, 헌법강의(법문사, 1963), 186면 참조.

86) 유진오, 위 각주 59의 책, 62면, 65면; 한태연, 위 각주 74의 책, 255면 이하 참조. 이밖에 김기범, 위 각주 75의 논문, 127면 참조. 이에 대한 예외로는 박일경, 위 각주 73의 책, 90면 이하 참조.

87) 위 각주 24 참조.

하는 실질적, 그리고 적극적 과제를 갖는 경우에는 평등은 국가 혹은 제3자에게 규범적 혹은 사실적인 상황을 적극적으로 조성하는 의무를 부과하며, 그 결과 국가의 재정능력, 그리고 제3자의 자유권과 구조적으로 긴장관계에 있다. 실제 당시 헌법학에서도 평등이 실질적 내용을 갖게 되었다는 점이 주목되기는 하였다.⁸⁸⁾ 그러나 이 경우 평등은 자유와 구조적인 긴장관계 속에서 실현된다는 점이 아직 진지하게 인식되지는 못했다.

3. 몇 가지 해석론적 문제

당시 헌법학은 헌법의 해석에 충실하지 않았으며, 그 결과 사회적 과제와 규범의 간극을 인식하지 못했다. 헌법 제17조와 제19조가 대표적인 예이다. 제17조 근로의 권리에 대해서는 위에서 설명한바 있다.⁸⁹⁾ 헌법 제19조는 사회적 과제에 충실한 규범은 아니었다. 노령, 질병 등으로 인하여 생활유지의 능력이 없는 자로 보호의 대상을 한정하였다. 제도적으로 보면 공공부조로 국가의 과제를 축소하는 의미를 가졌다. 그러나 당시 이와 같은 문제점이 인식되지는 못했다. 당시 문헌은 헌법 제19조를 제도적으로 사회보장과 연계하여 설명하였다.⁹⁰⁾ 특히 당시 존재하지 않음에도 불구하고 사회보험이 주목을 받았다.⁹¹⁾ 그러나 헌법 제19조는 개념적으로, 그리고 제도적으로 사회보장의 구상과는 차이가 있었다. 또 헌법 제19조의 문언은 사회보험과 사항적 적합성이 없었다. 사회보험은 근로능력이 있는 자가 소득을 상실하는 위험을 보호하기 때문이다. 이와 같은 해석은 1962년

88) 예컨대 한태연, 위 각주 74의 책, 260면 이하, 265면 등 참조.

89) 위 각주 59 참조.

90) 김기범, 위 각주 75의 논문, 135면 참조.

91) 문홍주, 한국헌법론(일조각, 1957), 112면; 박일경, 위 각주 73의 책, 120면; 유진오, 위 각주 59의 책, 86면; 한태연, 위 각주 74의 책, 303면 등 참조.

헌법에서 (적어도 규범적으로 보면) 근로능력의 유무와 관계없이 생활유지의 능력이 없는 자로 보호의 대상을 확대하고, 보호의 방법으로 사회보장을 제시하면서 비로소 헌법적으로 가능해졌다. 거꾸로 보면 1948년 헌법제정 당시 사회보장에 대한 정확한 지식이 없었다는 사정은 별론으로 하고 적어도 헌법규범은 국가의 사회적 과제에 대한 이해 자체가 협소했으며, 사회적 취약계층을 보호하는 데 그쳤다고 볼 수 있다.⁹²⁾ 이와 같이 이념과 규범이 일치하지 않았고, 또 규범과 제도에 대한 이해가 부족했다.

IV. 이론의 모색, 성과와 과제, 그리고 오랜 정체(停滯)

1. 사회적 기본권에 대한 헌법구조적 이해

위와 같이 규범을 벗어난 혹은 규범을 따라갈 수 없었던 이론은 이미 1950년대에 변화를 모색하였다. 예컨대 위에서 지적한 한태연의 기본권에 대한 이해와 분류방법을 한태연 자신이 오래 유지하지는 않았다. 이에 따르면 사회적 기본권뿐 아니라 재산권도 기본권의 성격을 상실하기 때문이다. 이는 사실 독일에서 기원하는 제도적 보장에 대한 이해방법과도 차이가 있었다. 제도적 보장은 독일 바이마르헌법의 시대에 기본권의 범주에 속하지는 않지만 헌법의 중요한 제도, 적어도 그 본질적인 내용을 입법적으로 폐지할 수 없도록 하는 목적으로 고안되었다⁹³⁾. 따라서 사회적 기본권을 제도적 보장으로 분류하는 경우에는 진정한 의미의 기본권은 아니게 된다.⁹⁴⁾ 그러나 당시 우리 역사의 경험에서 사회적 기본권의 본질에 관한 이론은 현실성이 없었고, 또 이를 밝히는 시도가 있었던 것도 아니었다.

92) 이에 대해서는 김기범, 위 각주 75의 논문, 129면 참조.

93) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*(Duncker & Humblot, 1928), 170면 이하 참조.

94) 실제 한태연의 이러한 평가에 대해서는 한태연, 위 각주 74의 책, 248면 이하 참조.

한태연은 새로운 기본권 분류를 제안하였다. 제도적 보장으로서의 기본권의 용어는 더 이상 사용되지 않았으며, 사회적 기본권은 독자적인 범주로 분류되었다. 한태연의 사회적 기본권에 대한 이해는 당시 헌법학의 이론적 지평을 확대하였다. 첫째, 사회적 기본권이 자유권적 기본권의 실질적인 효력을 보장하는 목적을 갖는다는 점을 명확히 하였다. 이 점에서 기본권의 중점이 자유권에서 수익권으로 옮겨갔다는 지적은 옳지 않다고 보았다.⁹⁵⁾ 둘째, 1960~70년대 초반까지는 아직 사회적 기본권의 성격이 진지하게 논의되지는 않았으며, 적어도 이 점에 있어서 한태연도 다르지 않았다.⁹⁶⁾ 그러나 한태연은 헌법이 정치질서와 사회경제적 질서, 법치국가원리와 사회국가원리로 구성되며 이들 요소가 긴장관계에 있기 때문에 사회적 기본권의 규범력이 제한적이라는 구도를 제시하였다. 그리고 정치질서가 우리 헌법의 사회경제적 질서를 따라올 수 없는 상황을 우려하였다.⁹⁷⁾ 헌법원리로서 민주주의와 복지국가원리의 비대칭관계를 지적한 것이다. 한태연이 열어 준 이와 같은 사회적 기본권에 관한 논의의 장은 유용했지만 아쉽게도 당시, 그리고 후대의 학자들이 주목하지는 않았다. 그리고 이후 오랫동안 사회적 기본권을 민주주의적 정당성과 연계하여 논의되는 장은 형성되지 못했다.⁹⁸⁾

한태연 자신도 사회적 기본권을 소극적으로 이해하는 선회(旋回)를 하였으며, 이로써 논의의 장은 협소해졌다. 즉 사회적 기본권은 일종의 프로그

95) 당시 이와 같은 지적으로는 예컨대 박일경, 위 각주 73의 책, 89면 이하 참조.

96) 추상적 권리와 구체적 권리로의 이해가 혼재해 있던 당시 상황에 대해서는 김기범, 위 각주 75의 논문, 135면, 137면; 문홍주, 위 각주 72의 책, 230면 이하; 한상범, “생활권의 법리와 그 실태-인간다운 생활을 할 권리에 관한 학설과 판례 및 그 실태의 소묘”, 사법행정(1974.8), 14면 이하 등 참조.

97) 한태연, 신헌법(법문사, 1960), 153면 이하 참조. 이밖에 법치국가원리의 정형성과 사회국가원리의 부정형성에 대해서는 한태연, “근대 헌법에 있어서의 법치국가와 사회국가”, 헌법연구 제1집(1970), 68면 이하 참조.

98) 1990년대 이후 열린 논의의 장에 대해서는 아래 V.1. 참조.

램으로서 정치적·사회변혁적 성격을 갖는데, 사회적 기본권에 헌법적 효력을 부여하는 경우 현상유지의 기능을 수행하고 형식적 성격을 엄격히 유지하여야 하는 법치국가원리가 희생될 것으로 우려하였다. 이에 이전과는 또 다른 관점에서 사회적 기본권은 진정한 의미의 기본권이 아니라는 기존의 태도는 그대로 유지되었다.⁹⁹⁾ 여기에는 당시 독일 헌법에서 사회국가원리에 관한 담론이 영향을 미친 것으로 보인다. 1949년 독일 헌법에 사회국가원리가 도입되었지만 사회국가원리의 의미와 내용, 그리고 헌법적 기능에 관한 학문적 논의는 1953년 독일 국법학자대회의 주제가 되면서 비로소 맹아를 보였다. 한태연교수가 소개하고 공감했던 포르스트호프(Ernst Forsthoff)는 특히 법치국가원리와 관계에서 사회국가원리의 헌법적 성격을 부인하였다. 한태연은 초기에 사회적 기본권의 국가성격과의 관련성, 그리고 다른 헌법원리와의 관계를 비교적 중립적으로 서술하였지만 이후 사회적 기본권에 대해서 소극적 입장을 갖게 된 것은 이와 같은 당시 독일 학계의 영향을 받은 것으로 추측된다.¹⁰⁰⁾ 그러나 한태연의 사회적 기본권에 대한 이와 같은 소극적인 입장은 당시 헌법이론 및 정치상황에서 보면 현재적이지 않았다. 우선 헌법을 정치화할 우려를 할 만큼(긍정적인 의미에서 혹은 부정적인 의미에서) 사회적 기본권이 정치과정에서 의제화된 상황이 아니었다. 또 법치국가원리가 무력화될 것을 우려할 만큼 우리 헌법학과 국가작용에서 이에 대한 이해가 성숙되어 있는 것도 아니었다.¹⁰¹⁾

99) 위 각주 94 참조. 이밖에 이에 대해서는 한태연, 헌법(법문사, 1970), 216면 이하 참조.

100) 한태연, “사회적 기본권에 대하여”, 고시계(1963.10), 114면 이하; 한태연, “사회적 기본권의 헌법적 과제-자유와 기법의 20세기적 전개”, 동아법학 제9호(1989), 82면 이하 등 참조. 당시 독일 국법학자대회에서 발표로는 Ernst Forsthoff, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, Ernst Forsthoff(편), *Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*(Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968), 165면 이하 참조. 이후 사회국가원리에 대한 이해의 변화에 대해서는 Hans F. Zacher, “Das soziale Staatsziel”, *Abhandlungen zum Sozialrech*(C.F.Müller, 2008), 66면 이하 참조.

101) 우리 헌법학에서 법치국가원리에 대한 연구가 지체되었던 상황과 원인에 대해서는

2. 규범 및 규범구조의 변화, 이론의 괴리

1962년 헌법은 부분적으로 기본권의 구조에 변화를 가져 왔다. 제8조에서 인간의 존엄과 가치를 보장하였다. 제30조에 인간다운 생활을 할 권리를 신설하였다. 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다(제1항). 국가는 사회보장의 증진에 노력하여야 하며(제2항), 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다(제3항). 이러한 구조는 1972년 헌법에서는 그대로 이어졌고(제30조), 1980년 헌법은 사회보장 외에 사회복지부를 추가하였다(제32조). 1962년 헌법은 ‘사회보장’의 용어를 처음으로 사용하였고, 인간다운 생활을 할 권리가 적극적인 정책에 의하여 뒷받침되어야 한다는 점을 뚜렷이 하였다. 그러나 이로써 사회적 기본권이 국가목표규정이 되었다고 평가할 수는 없으며, 오히려 사회적 기본권의 실현구조를 제시한 것으로 보아야 한다. 이와 같은 변화로 인하여 다음과 같은 몇 가지 문제에 대한 해명이 필요하게 되었다. 첫째, 헌법 제8조 인간의 존엄 조항이 인간다운 생활을 할 권리의 성격과 위상에 어떠한 영향을 주는가의 문제이다. 둘째, 위에서 언급했듯이 1948년 헌법 제19조는 적용 대상이 협소하고 제도범위가 혼란스러웠다.¹⁰²⁾ 이 점은 새로운 헌법 제30조와의 비교를 통하여 보다 명확해졌으며, 이러한 차이에 대한 인식은 헌법 제30조의 헌법적 위상과 내용을 해명하는데 도움을 줄 것으로 기대되었다.

1962년 헌법 제8조 인간의 존엄 조항은 1949년 독일 헌법 제1조에 영향을 받은 것이었으며, 우리 헌법에 있어서도 개별적인 기본권이 아니라 최고의 헌법원리, 또 기본권의 지도적 이념으로 이해되었다. 예컨대 김기범은

전광석, 위 각주 1의 책, 31면 참조. 이밖에 전광석, “공법학연구 및 과제의 시대적 상대성과 통시적 계속성”, 법학연구(연세대 법학연구원) 제26권 제3호(2016), 12면 이하 참조.

102) 위 각주 90, 91 참조.

헌법 제8조가 일반적인 원칙이며 구체적인 기본권의 성격을 갖지는 않는다는 점을 명확히 하였으며, 또 인간의 존엄과 가치는 절대적인 효력을 갖는다고 이해하였다.¹⁰³⁾ 이러한 이해에 따르면 인간의 존엄과 가치는 국가권력과 목적과 수단의 관계에 있고, 국가권력의 정당성을 심사하는 기준이 된다. 인간의 존엄 조항의 이와 같은 헌법적 위상과 기능은 자유권적 기본권뿐 아니라 사회적 기본권과의 관계에서도 타당하다.¹⁰⁴⁾ 이에 비해서 헌법 제30조는 1919년 바이마르헌법 제151조의 일부를 차용한 것이었다. 바이마르헌법 제151조는 우리 헌법에서 세 부분으로 분리되어, 그리고 비동시적으로 도입되었다.¹⁰⁵⁾ 경제질서가 사회정의의 실현을 목표로 한다는 규정은 이미 1948년 헌법 경제의 장 처음에 규정되었다(제84조). 인간다운 생활을 할 권리는 1962년 헌법 제30조에 편입되었다. 마지막으로 이와 같은 국가목표의 범위 내에서 개인의 자유가 보장된다는 규정은 1948년 헌법 제5조에 규정되었다. 헌법 제8조 인간의 존엄 조항이 새로이 도입된 헌법 제30조의 위상과 적용범위에 미치는 영향을 이해하여야 했다. 그러나 당시, 그리고 이후에도 헌법학은 이와 같은 새로운 헌법구도를 충실하게 관찰하지 못했다. 헌법이론이 헌법규범과 그 변화를 따라가지 못했다는 것이다. 위에서 언급한 바와 같은 비동시적인 독일 헌법의 규정(1919년 및

103) 이에 대해서는 김기범, “인간으로서의 존엄과 가치”, 사법행정(1964.6), 7면 참조. 이 밖에 같은 견해로는 문홍주, 한국헌법(법문사, 1968), 171면; 한태연, 헌법(법문사, 1970), 232면 이하 등 참조. 이후 시기에 인간의 존엄의 원칙규범과 구체적 기본권의 성격에 대한 논의에 대해서는 예컨대 이계일, “인간의 존엄은 형량 가능한가?”, 원광법학 제26권 제1호(2010), 157면 이하; 최규환, 인간존엄의 형량가능성(헌법재판소헌법재판연구원, 2017) 등 참조.

104) 이에 대해서는 김기범, 위 각주 103의 논문, 8면; 김기범, “헌법 제8조를 논함”, 사법행정(1966.12), 35면 이하; 문홍주, 위 각주 72의 책, 172면; 한태연, 위 각주 103의 책, 235면 등 참조.

105) 바이마르헌법 제151조; “경제질서는 모든 국민에게 인간다운 생활을 보장하는 목표를 갖는 정의의 원칙을 존중하여야 한다. 개인의 경제적 자유는 이러한 범위 내에서 보장된다”.

1949년)이 비동시적으로 우리 헌법에 도입되었다는(1948년 및 1962년) 점을 주목하지 못했기 때문에 혼란이 커졌다. 당시 헌법학에서 헌법 제30조에 대한 이해방법은 다음과 같이 나누어져 있었다.

첫째, 헌법 제30조를 사회적 기본권에 대한 구성적 원리로 이해하는 입장이다.¹⁰⁶⁾ 이는 이후 시기에 사회적 기본권의 총칙적 규정 혹은 방법적 기초로 표현되었다.¹⁰⁷⁾ 기본적으로 이러한 입장에 있으면서 헌법 제30조를 다층적으로 이해하는 견해도 있었다. 이에 따르면 기본권 전체 체계를 중심으로 보면 헌법 제8조(인간의 존엄과 가치)가 주기본권이며, 그 밖의 기본권은 인간의 존엄을 실현하기 위한 파생적 기본권이다. 헌법 제30조 역시 이중적인 지위를 갖는다. 즉 인간다운 생활을 할 권리는 인간의 존엄과 가치와의 관계에서 보면 파생적 기본권이지만 개별 사회적 기본권과의 관계에서 보면 주된 기본권의 위상을 갖는다.¹⁰⁸⁾ 이와 같은 이해는 여러 차원에서 우리 헌법구도에 대한 체계적 이해에 기여하기는 힘들었다. 이 경우 무엇보다도 헌법 제8조와 제30조는 기능적으로 중복되고, 그 결과 헌법 제30조가 독자적인 위상과 기능을 가질 수 없다. 이는 다분히 1919년 독일 바이마르헌법 및 1949년 독일 헌법의 체계에 대한 이해방법이 이와는 다른 구조를 갖는 우리 헌법에 이식(移植)된 결과였다. 또 이러한 기본권체계에서는 헌법 제30조 제1항과 제2항의 비대칭관계를 설명할 수도 없었다. 사회적 기본권의 일반적인 원칙에 관한 규정(제1항)이 사회보장에 관한 특별한 영역에 대한 과제(제2항)와 함께 편제되어 있기 때문이다. 헌법 제30조 제1항이 사회적 기본권의 총칙적 규정의 성격을 갖는다면 제30조 제1항에 이어 같은 조에서 사회보장의 권리, 근로의 권리, 근로자의 권리, 혼

106) 이에 대해서는 한태연, 위 각주 103의 책, 294면 참조.

107) 권영성, 헌법학원론(상)(법문사, 1979), 580면; 허영, 위 각주 79의 책, 341면 등 참조.

108) 이와 같은 분류방법에 대해서는 김철수, 헌법학개론(법문사, 1977), 169면, 201면 이하, 276면 이하 등 참조.

인과 가족의 보호 등이 규정되거나 아니면 제30조 제2항이 제31조 이하에 노동의 권리 및 노동 3권, 그리고 혼인과 가족의 보호 등과 같이 독립적으로 규정되어야 한다. 마지막으로 이와 같은 이해에 따르면 헌법 제30조 제1항 자체의 내용이 불분명하고, 또 제2항 이하와의 관계에 의문이 생긴다. 제1항 인간다운 생활을 할 권리가 독자적인 기본권으로 기능할 수 없기 때문에 헌법조문이 남용되는 결과가 되며, 또 제1항이 제2항 및 제3항과 연관성을 상실하게 되면서 제2항 및 제3항의 기본권의 성격은 불분명해진다. 제2항과 제3항은 개인의 권리가 아니라 국가의무의 형식으로 규정되어 있기 때문이다.¹⁰⁹⁾ 실제 현행 헌법에 있어서도 이와 같은 구조 및 규정형식에 집착하여 헌법 제34조 제2항의 기본권의 성격을 부인하는 견해가 여전히 존재하고 있다.¹¹⁰⁾

둘째, 헌법 제30조를 독자적인 기본권으로 이해하는 방법이다. 이러한 입장에서는 헌법 제30조는 보호범위와 제도범주에 있어서 1948년 헌법 제19조와 계속성을 갖는 규정이 된다.¹¹¹⁾ 이 경우 인간다운 생활을 할 권리는 독자적인 보호영역을 갖는 기본권의 위상을 갖는다. 이때 비로소 헌법 제30조 제1항과 제2항 및 제3항은 목적과 수단의 관계에 있게 되고, 제2항과 제3항은 제1항에 포섭되어 기본권의 성격을 보유하게 된다. 더욱 가정적으로 말하면 제30조 제2항과 제3항이 존재하지 않더라도 제1항만으로 헌법 제30조는 사회보장에 관한 기본권으로 기능할 수 있다는 것이다.¹¹²⁾

109) 당시 헌법 제30조에 대한 본문에서와 같은 이해에 대해서는 예컨대 한태연, 위 각주 104의 책, 294면 이하 참조.

110) 이에 대해서는 아래 각주 140 참조.

111) 이와 같은 이해방법으로는 김기범, “개정헌법상의 생존권적 기본권”, 고시계(1963.9), 15면 이하 참조.

112) 김기범, 헌법강의(법문사, 1963), 190면 참조. 헌법 제30조 제1항을 사회적 기본권의 총칙규정으로 보는 입장에서도 제2항 및 제3항이 제1항을 실현하기 위한 방법으로 이해하는 경우가 있다. 김철수, 헌법학개론(법문사, 1977), 291면 참조. 이는 결론적으로 올바른 것이었지만 헌법 제30조 제1항을 사회적 기본권의 총칙규정으로 이해

이는 현행 헌법 제34조에 대해서도 마찬가지로 적용된다.¹¹³⁾ 이때 비로소 특별한 생활영역을 헌법에 의하여 집중적으로 보호하는 기본권의 의미가 유지되고, 또 객관적 규범으로서 사회국가원리와 규정형식의 차이가 설명될 수 있다. 다만 이 당시 헌법학은 인간다운 생활을 할 권리가 1948년 헌법 제19조와 같은 내용을 갖는가를 설명하지는 않았다. 그러나 이는 새로운 헌법 제30조를 이해하는 데 필수적이었기 때문에 이례적이었다. 우선 1962년 헌법 제30조가 사회보장의 기본권으로 이해되어야 하며, 또 이를 제2항이 명확히 하였기 때문에 1948년 헌법 제19조에 비해서 보호의 범위와 정책수단은 훨씬 넓어졌다. 당시 헌법학에서는 1948년 헌법에서와 마찬가지로 사회보장을 소재로 하여 서술하였고, 또 여전히 최저생활의 보장에 관한 권리가 중심에 있었다.¹¹⁴⁾ 아래에서 살펴보는 바와 같이 이러한 이해 방법은 아직도 영향을 미치고 있으며, 헌법재판소도 이에 따르고 있다.¹¹⁵⁾ 당시 헌법 제30조 제3항은 생활유지의 능력이 없는 원인으로 ‘근로능력의 상실’이라는 요건이 삭제되었다는 점을 주목하지 않았거나 이와 같은 변화에도 불구하고 기본권의 의미와 보호대상은 동일하다고 이해하였다.¹¹⁶⁾ 이로써 근로능력과 의지가 있음에도 불구하고 근로의 기회가 없기 때문에 생활을 유지할 수 없는 상황은 사회보장에서 포착될 수 없었다. 그래도 당시 헌법학에서 부분적으로 적어도 최저생활의 권리에 관한 한 구체적 권리로서의 성격을 인정하는 진전이 있었다.¹¹⁷⁾ 다만 입법방침의 성격을 갖는 인

하는 체계에 충실한 것은 아니었다.

113) 예컨대 이덕연, “‘인간다운 생활을 할 권리’의 본질과 법적 성격”, 공법연구 제27집 제2호(1999), 242면 이하 참조.

114) 예컨대 김기범, 위 각주 112의 책, 191면 참조.

115) 아래 각주 167 참조.

116) 이와 같은 이해방법으로는 김기범, 위 각주 111의 논문, 15면 이하 참조.

117) 예컨대 한태연, 헌법학(법문사, 1977), 389면 참조. 이밖에 권영성, 위 각주 107의 책, 581면 이하; 김철수, 위 각주 108의 책, 276면 이하; 김철수, “생존권-사회복지에의 권리”, 고시계(1978.11), 46면 이하 등 참조.

간다운 생활을 할 권리에서 최저생활보장에 관한 구체적 권리가 도출되는 논리에 대한 설명은 부족했다.

3. 사회적 기본권의 법적 성격

이전 시기에 사회적 기본권은 일반적으로 프로그램규정, 입법방침규정 혹은 입법위임규정으로 이해되었으며, 따라서 국가, 특히 입법적 의무를 중심으로 법적 성격이 접근되었다. 이에 따르면 사회적 기본권은 법률에 의하여 비로소 구체화되며, 헌법규정을 근거로 권리의 내용이 확정되는 것은 아니다.¹¹⁸⁾ 이는 사회보장입법과 현실이 모두 헌법규범을 따르기 힘들었던 시대를 서술하는 것이었지만 미래를 지향하는 규범에 대한 진지한 설명방법이 될 수는 없었다. 1970년대에 들어와서 사회적 기본권에 관한 논의는 법적 권리의 성격을 밝히는데 주력하였다. 가장 눈에 띄는 변화는 두 가지 정반대의 방향으로 나타났다. 첫째, 객관적 프로그램 혹은 국가의 의무에 그치지 않고 주관적 권리로 사회적 기본권을 구성하기 시작했다. 둘째, 독일의 사회국가원리에 관한 논의를 차용하면서 우리 헌법이 기본권의 형태로 국가의 사회적 과제를 규정했지만 법치국가원리와의 긴장관계, 그리고 사회적 과제를 실현하기 위하여 필요한 재정부담 및 분배결정의 권한을 고려하면 사회적 기본권이 국가목표규정에 해당한다. 이 중 두 번째 문제는 1987년 헌법 이후 헌법재판과의 관련 속에서 집중적으로 논의되었기 때문에 아래에서 따로 서술한다.¹¹⁹⁾ 우선 주관적 권리를 중심으로 사회적 기본권을 구성하려는 이론적 시도와 한계에 대해서 살펴보기로 한다.

118) 김기범, 위 각주 75의 논문, 135면; 박일경, 위 각주 73의 책, 119면 이하; 유진오, 위 각주 59의 책, 86면 이하; 한동섭, “사회적 기본권의 법적 성격”, 법정(1962.3), 42면; 한태연, 위 각주 74의 책, 303면 이하 등 참조.

119) 아래 V.2.(1) 참조.

이 논의는 프로그램, 혹은 입법위임 및 헌법위임 등과 같은 성격을 갖는 경우에는 사회적 기본권이 규범적 의미, 특히 재판규범으로서의 의미를 가질 수 없다는 문제의식에서 출발하였다. 그러나 동시에 사회적 기본권의 규범력이 자유권적 기본권과 같을 수 없다는 점도 인식되었다. 이에 사회적 기본권의 성격을 추상적 권리와 구체적 권리로 나누어 설명하였다. 여기에는 1960년 일본에서 아사히(朝日)소송을 전후(前後)하여 사회적 기본권을 정치적 프로그램에서 헌법적 권리로 전환시키고, 또 재판규범의 성격을 부여하려고 했던 논의가 결정적인 영향을 미쳤다.¹²⁰⁾ 이후 우리나라에서 이와 같은 담론은 오랫동안 사회적 기본권의 논의를 지배하였지만 이론의 핵심이 명확하지는 않았다. 무엇보다도 헌법적 논리가 입법 및 집행의 실제와 연계되어 입법을 비판적으로 검토하고, 또 입법형성을 선도하는 수준으로 발전하지 못했다. 이론이 존재할 뿐 이론이 적용될 소재(素材)가 없었기 때문이다. 추상적 권리설에 따르면 사회적 기본권은 입법권을 구속하며, 따라서 개인은 여전히 사회적 기본권을 직접 근거로 하여 사법적으로 권리를 실현할 수는 없다. 이 점에서 추상적인 권리설은 기존의 프로그램규정설과 다르지 않다는 것이 일반적인 평가였다.¹²¹⁾ 다만 추상적 권리설의 입장에 있으면서 최저생활보장에 관한 한 구체적 권리로 인정되어야 한다는 견해,¹²²⁾ 그리고 앞으로 구체적 권리로 인정하기 위한 적극적인 이론구성이 필요하다는 전향적인 논리가 나타나기 시작하였다.¹²³⁾ 보다 일반적으로

120) 일본 헌법학에서 규범설이 등장하는 배경과 이론전개, 그리고 재판에서의 실질적 영향에 대해서는 예컨대 가타기리 유끼, “사회보장판례와 일본 헌법 제25조 - 재판규범성에 관한 헌법동향”, 헌법재판연구 제4권 제2호(2017), 254면 이하 참조. 이밖에 김철수, “생존권적 기본권의 법적 성격과 체계”, 학술원논문집(인문·사회과학편), 제40집(2001), 18면 이하 참조.

121) 예컨대 권영성, 위 각주 107의 책, 581면 참조.

122) 위 각주 117 참조.

123) 예컨대 김철수, 위 각주 117의 논문, 51면 이하; 권영성, 헌법학원론(법문사, 1991), 492면 등 참조. 실제 권영성의 시도에 대해서는 아래 각주 170 참조.

보면 추상적인 권리설은 다음과 같은 의미에서 진화의 가능성을 내포하고 있었다. 첫째, 사회적 기본권 자체가 재판규범이 될 수는 없지만 이를 구체화하는 법률이 제정되어 있는 경우에는 사회적 기본권은 해당 법률과 함께 작용하여 구체적 권리로 전환될 수 있다. 이 점에서 보면 추상적 권리설과 구체적 권리설은 어느 정도 상대적이다.¹²⁴⁾ 또 구체적 법률을 집행하는 과정에서 집행행위의 위법 여부가 문제되었을 때 법률의 해석기준으로 사회적 기본권이 규범적 기능을 수행할 수 있다.¹²⁵⁾ 이와 같은 관점에서 보면 1961년 제정된 생활보호법이 제4조에서 이미 건강하고 문화적인 최저생활을 보호의 수준으로 하였다는 점이 사회적 기본권의 해석에 반영되었어야 했지만 당시 이 점이 주목을 받지 못했다. 둘째, 필자가 보기에 더욱 중요한 변화는 사회보장법의 형성 및 이에 대한 평가에 있어서 정책적 논리가 헌법에 편입되어 사회적 기본권 혹은 평등조항에 의하여 보충 혹은 강화될 수 있게 되었고, 이 점이 과소평가될 것은 아니었다.

사회적 기본권의 규범성을 인정하는 변화가 이를 근거로 직접 청구권을 도출하는 수준으로 발전하지는 못했다. 그러나 어떠한 경우에 사회보장에 관한 구체적 권리로 전환되는가, 그리고 구체적 권리의 내용을 구성하는 요소는 무엇인가 하는 의문을 남겼다. 구체적으로 최저생활을 구성하는 요소와 내용 및 수준을 확정하는 필요성이 제기되었다. 이 시기에 일부 문헌이 건강하고 문화적인 최저생활에 관한 구체적인 권리를 언급하기 시작하였다.¹²⁶⁾ 이러한 용어가 어디에서 기원했는가는 명확하지 않다. 일본 헌법 제25조가 이에 관한 규정을 두고 있었고, 또 위에서 언급했듯이 이미 1961년 제정된 우리 생활보호법이 보호의 수준으로 이를 명시하고 있었다(법 제4조).

124) 아래 V.2.(2) 참조.

125) 가타기리 유키, 위 각주 120의 논문, 268면 참조.

126) 예컨대 김철수, 위 각주 117의 논문, 52면 이하 참조.

V. 헌법의 보편성 강화, 사회적 기본권과 인권, 헌법재판

1. 헌법의 사회적 과제에 대한 재인식

1987년 헌법 이후의 시기는 일반적으로, 그리고 특히 사회적 기본권과 관련된 논의에 중대한 양적 및 질적 변화를 가져왔다. 이와 같은 변화에는 다음과 같은 몇 가지 계기가 있었다. 첫째, 헌법이 보편적인 효력을 강화하였다. 1987년 민주화 이전 시기에 헌법은 주로 (저항적) 정치규범으로 이해되었다. 헌법규범 및 헌법현실이 헌법의 보편적 가치를 벗어나 있었고, 국민의 의사와 이익이 정치과정에 투입될 수 없었다. 민주화를 계기로 헌법이념이 헌법규범에 충실히 담겨졌고, 또 헌법규범은 헌법현실을 정상화하는 기준으로 기능하였다. 여기에는 1948년 헌법에 이미 선언되었지만 오랫동안 잊혀져 있었던 사회적 과제가 포함되었다. 이는 자연스럽게 사회적 기본권에 대한 관심으로 이어졌다. 1987년 이후 민주화 시대에 오랫동안 지적되어 왔던 문제, 즉 1987년 체제가 정치적·형식적 민주주의에 어느 정도 기여했지만 사회경제적·실질적 민주주의로 확대될 수 없었다는 지적은 헌법학연구에도 영향을 미쳤다.¹²⁷⁾ 둘째, 2001년 국가인권위원회가 출범하여 우리 사회의 인권, 특히 평등 및 차별금지에 관한 인식이 민감해졌

127) 이미 1990년 이 문제를 지적하는 문헌으로는 예컨대 송호근, “배제적 민주화와 유보된 이중전환: 한국 민주화의 사회적 성과와 한계”, 임현진/최장집(편), 한국 사회와 민주주의(나남, 1997), 61면 이하; 임혁백, “민주주의의 기본원리와 신생민주주의의 공고화”, 세계화 시대의 민주주의(나남, 2000), 223면 이하, 237면 이하 등 참조. 사회과학에서의 이와 같은 지적에 대한 헌법학에서의 평가에 대해서는 전광석, “헌법과 한국민주주의: 1987년 헌정체제를 중심으로”, 헌법학연구 제12권 제2호(2006), 237면 이하 참조. 1987년 헌법에 대한 개정논의가 활발하게 전개되는 현재 상황에서도 위와 같은 평가는 변하지 않았다. 이에 대해서는 예컨대 조희연, “‘87년 체제’, ‘97년 체제’와 민주개혁운동의 전환적 위기”, 김종엽(엮음), 87년 체제론(창비, 2009), 110면 이하 참조.

다. 생활 속의 인권은 헌법의 차원에서는 사회적 기본권에 관한 기대와 관심을 높였다. 인권법 및 국제인권법은 사회적 기본권의 법적 성격에 관한 그동안 논의의 정형, 즉 규범력이 높은 자유권적 기본권과 규범력이 낮은 사회적 기본권의 차별성을 부인하고, 후자의 실효성을 강화하는 시도를 하였다. 이는 부분적으로 헌법학에 자극을 주었다. 셋째, 1987년 헌법에 헌법재판소가 도입되면서 이전 시기에 사회적 기본권의 재판규범성에 관한 이론은 실천적 의미를 갖게 되었고, 헌법재판은 그동안 형성된 이론의 실험장이 되었다. 위에서 지적한 상황의 변화에 비해서 이 점은 헌법학연구에 직접적인 영향을 미쳤다. 넷째, 인간다운 생활을 할 권리는 법적 성격에 관계없이 헌법에서 민주적 정당성의 핵심요소가 되었다. 그런데 인간다운 생활을 할 권리의 실체가 불명확할수록 평등의 이념이 지배적인 영향을 미치게 되었다. 사회적 기본권을 구체화하는 입법이 풍부해지면서 해당 제도에 의한 보호의 필요성과 욕구는 높아졌지만 이에 대한 사회적 기본권 자체의 헌법적 근거는 여전히 취약하다. 이에 비해서 사회적 보호가 평등하게 실현되어야 한다는 이념은 명확하기 때문에 사회적 보호의 필요성을 상향적으로 견인할 수 있게 되었으며, 이는 민주적 정당성에 영향을 미치는 중요한 요소가 되었다.¹²⁸⁾ 또 이러한 평등의 논리는 헌법재판소의 적극적인 역할을 기대하는 계기가 되었다.¹²⁹⁾ 다만 이로써 평등의 이념과 규범은 인간다운 생활을 보장하기 위한 제도에의 포섭 여부, 보호의 필요성에 관한 개인의 추상적 및 구체적 상황 등이 모두 비교의 대상이 되면서 훨씬 복잡한 구조를 띠게 되었다.¹³⁰⁾

128) 이 점에 대해서는 전광석, “사회적 기본권의 논의구조”, 유럽헌법연구 제14호(2013), 176면 이하 참조. 이밖에 위 각주 34 참조.

129) 자유와 평등의 관계가 이와 같이 변화된 문제상황에 대해서는 예컨대 안경환, “평등권 50년-자유에서 평등의 논쟁으로”, 헌법학연구 제4집 제1호(1988), 48면 이하 참조.

130) 이에 대해서는 아래 각주 190 참조.

마지막으로 우리 사회보장법은 이미 1960년대 초반 활발하게 논의되었으며, 부분적으로 입법작업이 이루어졌다.¹³¹⁾ 이후 사회보장입법은 오랫동안 정체(停滯)되었지만 1980년 후반 이후 팽창하였다. 1977년과 1988년 시행된 의료보험법과 국민연금법은 1980년대 후반 및 1990년대 후반 전국민 보험으로 발전하였다. 1999년에는 기존의 생활보호법이 국민기초생활보장법으로 개편되어 적어도 규범적으로는 최저생활을 보편적으로 보장할 수 있게 되었다.¹³²⁾ 이로써 사회보장법, 그리고 인간다운 생활을 할 권리는 사회적 취약계층의 보호에 집중하는 구상을 넘어서 전체 국민이 관련성을 갖는 사회질서의 핵심적인 요소가 되었다. 그리고 최저생활뿐 아니라 전체 국민을 생활위험으로부터 보호하는 과제를 갖게 되었다. 이로써 헌법, 그리고 사회적 기본권이 사회보장법과 접촉하는 면이 넓고 깊어졌다. 이에 헌법학은 사회보장법의 구조와 기능에 대한 이해가 깊어야 했다. 예컨대 소득재분배와 보충성의 원칙의 구조와 기능을 밝히는 필요성에 대해서는 위에서 언급한 바 있다.¹³³⁾ 또 사회보장법은 단기적인 정치적 관점에 의하여 지배되는 문제를 극복하고, 합헌적·체계적으로 형성되기 위하여 필요한 기준을 헌법으로부터 얻기를 기대하게 되었다.

2. 국가목표규정과 구체적 기본권, 원칙규범과 규칙

1987년 헌법의 시대에 사회적 기본권의 성격에 관한 기존의 논의는 특히 헌법재판과 관련하여 실천적 의미를 갖게 되었다. 이에 관한 논의가 구

131) 이에 대해서는 예컨대 전광석, 위 각주 29의 논문, 203면 이하 참조.

132) 국민기초생활보장법에서 이념의 보편성과 규범 및 규범집행의 한계에 대해서는 예컨대 전광석, “최저생활보장의 규범적 기초 - 헌법 및 관련 법제의 형성과 과제를 중심으로”, 저스티스 제156호(2016), 69면 이하 참조.

133) 이에 대해서는 위 I.2.(2).2 참조.

체성을 갖게 되면서 기존에 프로그램의 성격과 규범적 성격, 그리고 추상적 권리와 구체적 권리의 성격은 어느 정도 상대화되었다. 1990년대에 기본권을 원칙규범으로 구성하는 시도가 나타났으며, 이는 사회적 기본권의 이해와 효력에도 영향을 미쳤다. 전체적으로 사회적 기본권에 대한 논의의 경향은 세 가지로 정리될 수 있다.

가. 국가목표규정과 기본권의 상대화

사회적 기본권을 국가목표규정으로 이해하는 견해에 따르면 ‘기본권’의 규정방식과 표현에도 불구하고 사회적 기본권이 주관적 공권으로 기능할 수 없으며, 오히려 객관적 규범으로서 국가, 특히 입법자에게 사회적 과제의 실현을 위임하는 규정이다.¹³⁴⁾ 그런데 기본권의 규정형식에 집착하여 사회적 기본권을 (추상적 혹은 구체적) 권리로 파악하고, 또 법원 혹은 헌법재판소에서 재판규범으로 적용하는 경우 이는 헌법이 예정하는 권한배분에 위반되며, 또 법원의 기능을 벗어난다. 이 점은 사회적 기본권이 자유권적 기본권과 비교하여 규범적 및 현실적인 이유에서 효력이 제한적이라는 기존의 논리와 다르지 않았다. 국가목표규정은 추상적 권리설과 다르지 않다는 견해도 있었지만 엄밀히 보면 추상적 권리설은 국가목표규정과 달리 궁극적으로는 구체적 권리, 즉 재판규범으로 기능하는 가능성을 모색한다는 점에서 차이가 있었다. 다만 사회적 기본권에서 입법적 재량이 넓기 때문에 일반적으로는 재판규범으로 기능하는 데 한계가 있다는 점을 인정하고 있다.

기본권의 성격을 부인하고 재판규범성을 배제하는 견해는 다음과 같은

134) 이에 대해서는 예컨대 한수웅, “헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계-법적 권리설로부터 결별”, 인권과 정의(1997.1), 73면 이하; 한수웅, “사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권-사회적 기본권의 개념과 법적 성격을 중심으로”, 헌법학연구 제18권 제4호(2012), 92면 이하 등 참조.

문제에 대해서는 설명력이 제한적이었다. 첫째, 사회적 기본권의 권리의 성격을 부인하고 객관적 목표규정으로 이해하는 경우 헌법재판에 대한 기대가 순화되고, 헌법의 규범적 요청과 정책적 실현의 방법 및 가능성, 그리고 그 한계를 균형있게 논의할 수 있는 기반이 될 수 있다. 이는 기존에 추상적 권리설이 재판규범을 중심으로 구성되었다는 점을 고려하면 사회적 기본권의 헌법구조를 충실화하였다는 장점이 있다. 그러나 이러한 이해에 따르면 사회적 기본권에 관한 국가행위 및 부작위가 헌법재판에서 헌법소원 심판의 대상이 될 수는 없으며, 이는 기본권에 우호적인 이론이 아니다. 사회적 기본권의 규범력이 제한적이라는 의미가 헌법재판에 의한 구제가능성을 배제하는 논리를 정당화할 수는 없기 때문이다. 둘째, 사회적 기본권을 국가목표규정으로 이해하는 입장에서도 사법심사의 가능성을 완전히 배제하고 있지는 않다. 사회적 기본권이 국가기관을 구속하는 유형을 (입법 및 행정에 대해서는) 행위규범과 (법원에 대해서는) 통제규범으로 나누고, 사회적 기본권이 통제규범으로 적용되는 경우에는 ‘최소한의 보장의 원칙’에 따른 명백성 통제에 그친다는 제한이 있을 뿐 재판규범성 자체를 부인하는 것은 아니다. 실제 이와 같은 구분은 헌법재판소의 생계보호기준 위헌확인 소송에서 실시된 바 있다.¹³⁵⁾ 그러나 이 경우 사회적 기본권이 사법심사의 기준이 될 수 없다는 입장은 부분적으로 포기된 것이다. 셋째, 사회적 기본권이 국가목표규정이라는 이유로 기본권의 성격이 없다는 입장은 헌법재판소의 실무와도 일치하지 않는다. 지금까지 헌법재판소는 헌법 제34조 등 사회적 기본권을 심사기준으로 적용하여 왔으며, 또 경우에 따라서는 사회적 기본권이 구체적 청구권의 근거가 될 수 있다는 입장을 밝힌 바 있다. 헌법재판소가 이와 같은 자신의 입장을 아직 구체화하지 않았지만 사회적 기본권의 권리로서의 성격은 유지되어 있는 것이다.¹³⁶⁾

135) 헌재 1997.5.29., 94헌마33, 9-1, 553면 이하 참조. 이밖에 위 각주 171 참조.

136) 헌재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 30면 이하 참조. 실제 이에 관한 결정으로는 아래

나. 추상적 권리와 구체적 권리의 상대화

1980년대 이후, 특히 헌법재판소의 설립을 기점으로 하여 사회적 기본권을 구체적 권리로 구성하기 위한 다양한 시도가 있었다. 사회적 기본권이 기본적으로 추상적 권리의 성격을 가지며, 입법자를 수범자로 한다는 전제는 그대로 유지되었다. 이 점이 아래에서 살펴보는 인권법의 입장과와의 차이였다.¹³⁷⁾ 위에서 언급했듯이 추상적 권리설은 사회적 기본권을 실현하는 입법을 전혀 하지 않거나 명백히 불충분한 경우에는 헌법에 위반된다는 내용으로 전환될 가능성을 내포하고 있었다. 또 이를 심사하는 기관이 존재하지 않는다는 제도적 장애는 극복되었다. 이제 헌법재판을 통하여 법률에 대한 위헌심사가 가능해졌기 때문이다. 이 점에서 되돌아보면 당시 일반적이었던 추상적 권리와 구체적 권리의 구분은 이론적 가치가 있는 것은 아니었다.

사회적 기본권을 구체적 권리로 구성하는 방법은 소극적으로 제안되었다. 이는 ‘불완전한 구체적 권리설’로 이름이 붙여졌다.¹³⁸⁾ 즉 헌법재판소가 직접 입법의 흠결을 보충하거나 입법을 대체할 수는 없지만 위헌확인과 입법촉구결정의 형태로 기능할 수 있다. 이로써 추상적 권리설과 구체적 권리설의 구분은 더 이상 의미가 없게 되었다. 다만 사회적 기본권이 구체적 권리로서 기능하기 위해서는 두 가지 작업이 보충되어야 했다. 첫째, 인간다운 생활을 할 권리 그 자체가 헌법심사의 기준이 되기에는 아직 규범 구조에 대한 이해가 명확하지 못했다. 1987년 헌법을 기준으로 보면 헌법 제34조 제1항이 사회적 기본권에 관한 총칙적 규정인가, 특별한 생활영역을 규율하는 기본권인가에 대한 정리가 계속 미루어졌다. 그러나 대부분의

각주 175 및 178 참조.

137) 아래 V.3. 참조.

138) 권영성, 위 각주 59의 논문, 186면 이하 참조.

경우에 헌법 제34조를 사회보장의 권리를 중심으로 서술하였고 또 일부 문헌은 특별한 보호영역을 갖는 사회적 기본권으로 이해하게 되었다.¹³⁹⁾ 그러나 여전히 규정형식을 중시하는 입장도 공존하였다. 이에 따르면 헌법 제34조 제1항이 권리의 성격을 갖는 반면 제2항 이하의 규정은 국가목표 규정이며, 따라서 헌법적 차원의 사회보장의 권리는 인정되지 않고, 이에 관한 헌법소원심판을 청구할 수 없다.¹⁴⁰⁾ 그러나 이 경우 헌법 제34조 제1항의 보호범위에 관한 의문은 여전히 남는다. 헌법 제34조 제1항을 최저생활보장을 위한 권리로 축소하는 제안이 있었지만 이는 문면 및 체계적으로 무리가 있는 해석이었다.¹⁴¹⁾ 둘째, 헌법으로부터 구체적 권리의 실질적인 기준이 취득될 수 있어야 한다. 인간다운 생활을 할 권리, 혹은 사회보장 및 사회복지 그 자체가 실질적인 기준이 되어 헌법심사에 적용될 수는 없기 때문이다. 이 문제는 인간다운 최저생활이 물질적 최소한을 보장하는가, 아니면 건강하고 문화적 최저생활을 포함하는가 하는 논의로 진행되었다. 이에 관한 학설의 전개에 대해서는 아래에서 따로 보도록 한다.¹⁴²⁾

기존에 문헌에서는 최저생활보장은 ‘건강하고 문화적인 최저한도의 생활’을 의미한다는 데 거의 의견이 일치하였다.¹⁴³⁾ 이에 비해서 최저생활보장의 유형을 ‘물질적인 최저생활’과 ‘사회경제생활의 최소한’으로 구분하는 입장이 처음부터 나타났다. 이는 일본 헌법에서 유래하는 ‘건강하고 문화적

139) 예컨대 이덕연, 위 각주 113의 논문, 242면 이하; 이준일, “사회적 기본권”, 헌법학연구 제10권 제1호(2004), 475면 이하; 전광석, “인간다운 생활을 할 권리의 실현구조”, 고시계(1991.11), 96면 이하 등 참조.

140) 이러한 이해방법에 대해서는 정태호, 위 각주 83의 논문, 640면 이하; 김해원, “사회적 기본권에 대한 헌법재판소의 판단”, 헌법재판연구 제2권 제2호(2015), 119면 등 참조.

141) 이에 대해서는 허영, 위 각주 79의 책, 340면; 홍성방, 위 각주 79의 논문, 42면 등 참조.

142) 아래 V.4.(3).2) 참조.

143) 예컨대 권영성, 헌법학원론(법문사, 1991), 492면 이하 김철수, “생존권적 기본권의 법적 보장-사회보장에 관한 권리를 중심으로”, 고시계(1987.9), 122면 이하 등 참조.

인 최저생활'(제25조 제1항)의 개념에서 벗어나서 최저생활의 조건상황을 적절하게 표현하는 것이었다. 그러나 이해방법은 여전히 협소했다. 즉 문화적인 최소한을 보장하는 것이 바람직하기는 하지만 이를 헌법적 권리에 포함시키는 것은 기본권 규정을 지나치게 확대해석한 것으로 보였다. 즉 물질적인 최소한을 넘는 사회경제생활의 보장은 개인이 자율적으로 실현하여야 하며, 이를 국가가 보장할 수 없다는 것이다.¹⁴⁴⁾ 그러나 이는 헌법이념적으로도, 또 헌법재판의 기준으로도 제34조에 대한 올바른 이해방법은 아니었다. 사회적 기본권은 개인적 이유로, 또는 불평등한 사회구조로 인하여 자유의 기회를 활용할 수 없는 상황을 보호하여야 한다. 그런데 위와 같은 견해는 자유권 그 자체로 개인이 최저한의 사회경제적 참여의 기회 및 생활이 보장된다는 (비현실적인) 가정을 하고 있기 때문이다. 이 점에 대해서는 헌법재판과 관련하여 아래에서 따로 서술한다.¹⁴⁵⁾

다. 원칙규범과 규칙

1990년대 들어와서 사회적 기본권, 그리고 인간다운 생활을 할 권리의 효력과 관련하여 새로운 논리구조가 나타났다.¹⁴⁶⁾ 이러한 제안은 모두 독일의 기본권이론을 전거(典據)로 하였다.¹⁴⁷⁾ 이에 따르면 (다른 기본권과 마찬가지로) 사회적 기본권은 원칙규범과 규칙의 성격을 공유한다. 원칙규

144) 허영, 위 각주 79의 책, 339면 이하; 홍성방, 위 각주 79의 논문, 42면 등 참조. 이밖에 이덕연, 위 각주 113의 논문, 246면 이하; 정태호, 위 각주 59의 논문, 567면 참조.

145) 아래 V.4.(3).2) 참조.

146) 이에 관한 문헌으로는 예컨대 이준일, 위 각주 139의 논문, 462면 이하; 정태호, 위 각주 59의 논문, 539면 이하 등 참조. 부분적으로 이에 기초한 서술로는 이덕연, 위 각주 113의 논문, 241면 이하 참조.

147) Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*(Suhrkamp, 1986), 454면 이하 참조. 원칙규범과 규칙에 관한 우리 헌법학에서의 논의에 대해서는 예컨대 박진완, “규칙과 원리로 서 기본권”, *공법연구* 제34집 제1호(2005), 273면 이하; 이준일, “‘원칙’으로서의 기본권과 ‘비례성 명령’”, *공법연구* 제28집 제1호(1999), 79면 이하 등 참조.

범(Prinzip)으로서 사회적 기본권은 그 내용이 추상적이고 불확정하지만 그렇다고 헌법상 권리의 성격을 상실하는 것은 아니다. 사회적 기본권은 그 이념을 최적화(Optimierung)하는 과제를 내포하고 있으며, 이러한 과제범주에 포섭되는 내용은 잠정적으로(prima facie) 사회적 기본권의 보호범위에 속한다. 잠정적 권리로서 사회적 기본권은 이익형량의 과정을 거쳐 최종적으로 규칙(Regel)으로서 구체적 권리의 성격을 보유하게 된다. 형량의 한 축은 사회적 보호의 필요성이다. 최저생활보장 및 주거의 권리, 진료를 받을 권리, 교육을 받을 권리 등이 여기에 속한다. 형량의 다른 축은 정책 및 재정결정에 관한 헌법의 권한배분, 그리고 국가의 재정능력 등 사실적 상황 등이다. 이와 같은 형량의 단계는 사회적 기본권이 행위규범으로부터 통제규범으로 기능하는 효력단계와 유사하다. 이에 따르면 사회적 보호의 필요성이 강력하지만 이를 실현하는 데 작용하는 장애요소가 약한 경우에는 행위규범과 통제규범의 차이가 없어지게 되어 원칙규범은 규칙으로 성격을 전환하게 된다.

독일 헌법은 기본권의 목록을 자유권에 한정하였고, 이에 이미 초기에 자유권의 효력을 확장하기 위하여 기본권을 객관적 원칙규범(Grundsatznorm)으로 구성하는 시도를 하였다.¹⁴⁸⁾ 이는 특히 1990년대 이후 우리 헌법학에도 영향을 미쳤다¹⁴⁹⁾. 독일에서 이 논의는 1980년대 이후 영미의 법이론에 영향을 받아 원칙규범과 규칙의 이중적 이해방법에 관한 논의로 발전하였다. 그러나 이를 수용하여 사회적 기본권의 효력을 강화 혹은 세분화하려

148) 독일에서 기본권의 이중적 성격에 관한 이론 전개 및 비판적 평가에 대해서는 예컨대 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznorm”, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat. Verfassung. Demokratie(Suhrkamp, 1991), 159면 이하 참조.

149) 이에 대해서는 이승우, “국가의 기본권보호의무”, 양승두교수화갑기념논문집(1994), 1153면 이하; 전광석, “기본권의 객관적 성격과 헌법이론”, 고시계(1992.11), 73면 이하; 정태호, “기본권보호의무”, 김남진교수정년기념논문집(1997), 301면 이하 등 참조.

는 시도는 실익이 있지 않았다.¹⁵⁰⁾ 첫째, 사회적 기본권을 원칙규범으로 구성하는 시도는 사회적 기본권의 구체적 규범성을 부분적으로 인정하려는 데에 목적이 있었다. 그러나 이러한 목적 자체가 공허했다. 위에서 서술했듯이 사회적 기본권을 객관적 규범으로 이해하는 입장에서도 의도와는 달리 주관적 권리성을 완전히 부인하지는 않았으며, 또 이는 이미 일반적으로 인정되고 있었다. 둘째, 사회적 기본권의 이론을 재구성하기 위해서는 그 대상 자체가 명확하여야 한다. 헌법 제34조 제1항을 사회적 기본권의 일반 규정으로, 그리고 제34조 제2항 이하의 규정을 객관적 규범으로 이해하는 경우 이론이 적용될 여지가 없게 된다. 헌법 제34조 제1항을 인간다운 최저생활의 권리로 한정하는 경우에는 잠정적인 권리의 개념을 통하여 보호의 범위를 넓히려고 했던 의도는 더 이상 실현될 수 없다. 셋째, 형량의 한 축은 사회적 보호의 필요성이다. 그러나 이는 이미 헌법의 해석을 통하여 도출될 수 있었다. 형량의 다른 축을 구성하는 정책, 재정부담 및 분담에 관하여 헌법이 예정하는 권한배분의 논리 역시 기존의 논의의 범주를 벗어나지 않는다. 또 이 이론의 핵심적인 내용이라고 할 수 있는 사회적 기본권의 효력을 여러 단계로 유형화하는 시도는 지나치게 기교적이며, 실제 적용할 수 있는 이론이 되기 어렵다.

마지막으로 특히 최저생활보장의 권리와 근로의 권리에 관한 논리는 헌법에 기대를 과소 혹은 과대평가하는 결과가 되었다. 최저생활보장의 권리에 있어서는 헌법이념 및 기능, 그리고 기본권적 중요성을 고려하지 않고 원칙규범과 규칙 사이의 단계적 유형화에 편입하여 물질적인 최소한의 보장에 한하여 규칙으로 기능할 수 있다고 보았다.¹⁵¹⁾ 이를 헌법규범을 과소

150) 이와 같은 시도에 대한 근본적인 비판에 대해서는 한수용, “사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권-사회적 기본권의 개념과 법적 성격을 중심으로”. 헌법학연구 제 18권 제4호(2012), 549면 이하 참조.

151) 정태호, 위 각주 59의 논문, 567면 참조. 이밖에 이택연, 위 각주 113의 논문, 246면 이하 참조.

평가한 예에 해당한다. 근로의 권리는 반대의 예에 해당한다. 사회보장의 권리와는 달리 근로의 권리는 구조적으로 실현에 한계가 있다. 근로의 권리는 국가의 재정능력을 고려한 공적 의사결정의 대상이 아니라 시장의 능력과 의지에 의하여 그 실현 여부가 결정되기 때문이다. 이와 같은 구조적인 장애가 있기 때문에 근로의 권리가 구체적인 권리로 전환될 수는 없다. 이에 비해서 근로의 권리가 규칙으로 전환될 수 없으며, 이를 고용증진을 위한 객관적 규범으로 이해하는 경우에는 근로의 권리의 법적 성격에 새로운 영향을 미치는 것은 아니다.¹⁵²⁾ 이와 같은 이유로 원칙규범과 규칙의 구분과 규범력의 유형화를 통하여 사회적 기본권의 효용성을 높이려는 시도는 실익이 없었고, 또 계속적으로 연구의 대상이 되지도 못했다.

3. 인권법에서 바라본 사회적 기본권

1990년대 이후 사회적 기본권은 인권법의 주요 주제가 되었다. 1966년 국제연합(UN)은 두 개의 인권규약, 즉 ‘정치적 및 시민적 권리에 관한 인권규약’과 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 인권규약’을 제정하였다. 이는 1948년 국제연합의 세계인권선언에 규범적 효력을 부여하여 인권의 보편성을 강화하기 위한 노력의 결산이었다. 그러나 국제연합은 후자의 규약이 개인에게 직접 효력을 가질 수 없으며, 조약당사국을 수범자로 한다는 한계를 인식하고 국제인권규약을 이원화하였다.¹⁵³⁾ (국제)인권법은 이와 같은 이원적 구조에 의문을 제기하고 후자의 규약도 재판규범으로 적용될 수 있다는 이론구성에 주력하였다. 이는 우리나라에서 사회적 기본권의 효력을 강화하고 재판규범성을 긍정하며, 동시에 사회적 기본권의 헌법심

152) 이와 같은 이해방법론으로는 이준일, 위 각주 139의 논문, 478면 이하 참조.

153) 사회권에 관한 국제협약의 이와 같은 특성에 대해서는 예컨대 전광석, 국제사회보장법론(법문사, 2002), 138면 이하 참조.

사에 소극적인 헌법재판소를 비판하는 근거가 되었다.¹⁵⁴⁾ 구체적인 논리는 다음과 같았다. 첫째, 자유권적 기본권과 사회적 기본권이 규범력에 있어서 근본적인 차이가 있다는 견해는 극복되었다. 즉 자유권적 기본권도 국가의 부작위뿐 아니라 적극적인 행위를 전제로 비로소 실현되며, 이 점에서 사회적 기본권과 다르지 않다. 다만 사회적 기본권은 적극적인 국가행위에 필요한 행정적 및 재정적 여건이 갖추어져야 하기 때문에 점진적으로 실현되는 차이가 있을 뿐이다. 그러나 아직 이는 사회적 기본권의 효력에 대한 적극적인 논리는 아니었다. 둘째, 사회적 기본권이 국가의 최소핵심 의무(minimum core obligation)를 내용으로 하는 경우에는 점진적인 실현의 한계는 극복될 수 있으며, 권리구제를 위한 재판규범으로 기능할 수 있다. 이는 기존의 헌법학에서의 논리와 유사하며, 새로운 논리라고 보기는 어렵다. 셋째, 비교헌법의 예로 남아공의 헌법재판소가 헌법을 직접 근거로 특히 주거권과 관련하여 구체적인 국가의 작위의무를 도출하였다는 점을 소개하였다.¹⁵⁵⁾

인권법의 논리는 헌법학에서 사회적 기본권의 법적 성격과 효력을 재검토하는 계기가 되었다.¹⁵⁶⁾ 그러나 인권법이 기존의 헌법이론을 충실히

154) 이 점에 대해서는 예컨대 박찬운, “이 시대가 요구하는 헌법재판소의 인권철학: 사회권의 심사강화를 위한 전제”, 법과 사회 제52권(2016.8), 90면 이하; 박찬운, “국제인권법에서 바라본 사회권의 법적 성격 - 사회권에서의 국가의 의무를 중심으로”, 인권과 정의 제364권(2006.12), 110면 이하; 박찬운, “사회권의 성격과 사법구제 가능성-헌법재판에서의 사법구제 가능성을 중심으로”, 법학논총(한양대) 제25집 제3호(2008), 31면 이하 등 참조.

155) 남아공 헌법재판소의 결정에 대해서는 박찬운, “사회권의 성격과 사법구제 가능성-헌법재판에서의 사법구제 가능성을 중심으로”, 법학논총(한양대) 제25집 제3호(2008), 32면 이하; 정영훈, 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 검토(헌법재판소 헌법재판연구원, 2016), 47면 이하 등 참조.

156) 인권법의 논리를 헌법학에 수용하는 시도에 대해서는 김종철, “한국 헌법과 사회적 평등-현황과 법적 쟁점”, 헌법재판연구 제4권 제1호(2017), 236면 이하; 한상희, “사회권과 사법심사-여전히 “생성 중인 권리”의 복권을 위하여”, 공법연구 제39집 제1호(2010), 93면 이하 등 참조.

이해했다고 보이지는 않는다. 자유권적 기본권은 국가의 불개입(respect)을 통하여 목적을 달성하며, 국가의 적극적인 행위, 그리고 이에 필요한 재정 능력 등이 자유권적 기본권의 실현에 영향을 미치지 않는다는 점이다. 개인이 이를 실제 행사하여 목적을 달성(fulfil)하는가의 여부는 기본권정책의 문제일 수 있지만 기본권 그 자체의 과제는 아니다. 또 기본권을 제3자의 침해로부터 적극적으로 보호(protect)하는 과제는 기본적으로 입법권에 유보되어 있다는 한계가 있다.¹⁵⁷⁾ 인권법에서 자주 소개되었던 남아공 헌법의 주거권 규정은 독특한 예에 해당한다. 헌법이 직접 강제철거의 요건을 명확히 하고, 또 자의적인 퇴거를 금지하고 있기 때문이다(남아공 헌법 제26조 제3항). 이 점에서 인권법의 논리는 사회권의 효력을 강화하기 위한 시도였지만 기본권이론과 기본권정책을 구별하지 않는 한계가 있었다. 사회적 기본권은 현실적인 목표 달성 여부가 기본권의 실현 여부를 판단하는 기준이다. 이와 같은 차이점을 인권법은 아직 이해하지 못했으며, 헌법학이 이를 지적하는 데에도 소홀했다. 다만 인권법은 부분적으로 최소핵심 의무의 논리를 제시하여 사회적 기본권의 규범력을 강화하는 방안을 제시하였으며, 헌법학은 구체적인 입법 의무를 근거지을 수 있는 방법을 모색하였다.¹⁵⁸⁾ 인권법의 논리가 사회적 기본권의 구체적 권리성을 강화하는 가능성에 대해서는 앞으로 조금 더 지켜보아야 한다.

157) 헌재 1997.1.16., 90헌마110등, 9-1, 120면 이하; 2008.12.26., 2008헌마419등, 20-2(하), 974면 이하; 2009.2.26., 2005헌마764등, 21-1(상), 177면 이하 등 참조.

158) 인권법의 노력에 대해서는 박찬운, “국제인권법에서 바라 본 사회권의 법적 성격-사회권에서의 국가의 의무를 중심으로”, 인권과 정의“ 제364권(2006.12), 109면 이하 참조. 헌법학에 이를 반영하는 시도에 대해서는 김종철, 위 각주 156의 논문, 238면 참조.

4. 헌법재판과 사회적 기본권

가. 소재의 재발견

위에서 언급했듯이 1987년 이후 민주화의 시대에 헌법은 보편적 효력을 갖는 규범으로 인식되고, 또 기능하였다. 헌법재판소는 이러한 기대에 부응하여 과거 (정치적) 자유가 보장될 수 없었던 시대를 극복하는 기여를 하여 왔다.¹⁵⁹⁾ 그러나 헌법 및 헌법재판이 사회경제적 영역으로 효력을 확대하여 개인에게 자유의 실현조건 및 사회적 참여의 기회를 보장하고 사회통합에 기여했는가에 대해서는 일반적으로 비판적이었다.¹⁶⁰⁾ 사실 헌법이론적으로 보면 헌법재판에 의하여 사회적 기본권이 실현되는 가능성은 제한적이라고 예상할 수 있었다.¹⁶¹⁾ 인간다운 생활 및 사회보장 등의 헌법규정은 목표와 제도, 제도내용이 추상적이고, 또 헌법이 필요한 조직 및 절차에 규정을 직접 두고 있지는 않기 때문이다. 예컨대 장애인의 이동보호를 위하여 저상버스의 도입과 운영을 헌법이 직접 규정하거나 암시할 수 없으며, 건강보험의 조직을 작은 단위로 할 것인가, 전국적으로 단일조직이 운영하도록 할 것인가에 대한 지침을 헌법에서 추출할 수는 없었다.¹⁶²⁾ 그

159) 헌법재판소의 결정에 대한 전반적인 평가에 대해서는 예컨대 방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도-입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 20년간 판례를 중심으로”, 공법연구 제37집 제2호(2008), 113면 이하 참조.

160) 인권법의 시각에 대해서는 위 각주 154 참조. 헌법학에서 비판적인 견해로는 예컨대 김해원, 위 각주 140의 논문, 113면 이하; 이준일, “사회적 기본권에 관한 헌법재판소의 심사기준”, 헌법재판연구 제2권 제2호(2015), 90면 이하; 한상희, 위 각주 156의 논문, 103면 이하 등 참조.

161) 이에 대해서는 예컨대 전광석, “복지국가와 헌법재판”, 헌법학연구 제20권 제1호(2014), 338면 이하 참조.

162) 실체적 내용 및 조직에 관한 헌법심사의 예로는 예컨대 헌재 2002.12.18., 2002헌마 52, 14-2, 904면 이하(장애인보호); 2000.6.29., 99헌마289, 12-1, 913면 이하(의료보험조직) 등 참조.

결과 심판대상인 사회보장법은 독자적으로 적시(適時)에 적합한 판단에 의하여 사회문제를 규율할 수 있어야 하며, 이에 대한 입법형성권이 인정되어야 하기 때문이다.¹⁶³⁾ 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 사회적 기본권에 관한 논의에 중요한 소재를 제공하였다. 기존에 헌법학은 일본의 일부 소송 및 이를 둘러싼 학설의 전개를 소개하는 데 주력했으며, 그 결과 헌법 이론과 헌법규범, 헌법규범과 법률, 그리고 법률과 현실의 문제 상황이 접점이 없이 공허했다. 이제 헌법재판의 시대에 자연스럽게 사회적 기본권은 구체적인 문제 상황과 관련성을 갖게 되었다.

나. 규범구조에 대한 이해

헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리의 헌법적 위상이 아직 헌법재판에서 명쾌하게 정리되지는 않았지만 사회보장에 관한 법률의 심사기준은 헌법 제34조로 집중되었다. 실질적으로는 헌법 제34조가 사회보장에 관한 기본권으로 기능하게 된 셈이다. 이로써 1948년 헌법 이래 유지되어온 당시 헌법 제19조, 1962년 헌법 제30조, 그리고 현행 헌법 제34조의 이해에 있어서 보호범위(포괄적 사회적 기본권)와 제도(사회보장)의 불일치는 어느 정도 극복되었다. 산재보험법의 경우 초기에 헌법재판소는 제34조와 함께 헌법 제32조 제3항을 부수적으로 심사기준으로 하였지만 현재 이는 극복되었다.¹⁶⁴⁾ 국가유공자보상에 대해서는 여전히 헌법 제32조 제6항이 헌법적 근거로 원용되었다. 그러나 헌법 제32조 제6항이 근로의 권리에 관한 규정이기 때문에 이는 올바른 이해방법은 아니었다. 또 이는 국가유공자보상이 사회보장의 성격을 갖는다는 헌법재판소의 입장과는 일치하지 않는다.¹⁶⁵⁾

163) 위 각주 56 참조.

164) 이에 관한 초기 결정으로는 헌재 1996.8.29., 95헌바36, 8-2, 101면 이하 참조.

165) 국가유공자보상의 사회보장적 성격에 대해서는 예컨대 헌재 2010.5.27., 2009헌바 49, 22-1(하), 252면; 2010.6.24., 2009헌바111, 22-1(하), 538면; 2012.5.31., 2011헌마

헌법 제34조의 각항에 대한 이해는 아직 혼란스러운 상태에 있다. 다음과 같은 몇 가지 점에 대한 설명이 필요하다.

첫째, 사회보험법 규정에 대한 헌법심사의 기준으로 제34조 제1항과 함께 제5항 및 제6항이 빈번하게 적용되었다.¹⁶⁶⁾ 그러나 제5항은 최저생활보장의 권리에 관한 규정이며, 제6항은 일반적인 재해예방 및 보호에 관한 규정이기 때문에 사회보험과 사항적합성이 있는 조항이 아니다. 둘째, 헌법 재판소는 헌법 제34조 제1항을 최저생활의 보장에 관한 권리, 즉 헌법재판소의 표현에 따르면 “인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리”로 이해하였다. 그리고 이는 최저생활보장뿐 아니라 사회보험법 및 사회보상법 규정에 대해서도 심사기준이 되었다.¹⁶⁷⁾ 그러나 최저생활보장에 관한 한 제34조 제5항이 특별한 규정이며, 사회보장에 관한 일반규정인 제34조 제1항을 심사기준으로 하는 경우 최저생활보장의 헌법이념, 그리고 헌법과 기본권의 기능적 중요성이 사회보장의 권리에 관한 일반 규정에 묻힐 위험이 있었다. 위에서 설명한 바와 같이 이는 규범구조적 모순이었다. 일반적인 규정인 헌법 제34조 제1항이 특정한 제도, 즉 사회보장에 비해서 협소한 보호범위를 갖게 되기 때문이다.¹⁶⁸⁾ 오히려 헌법 제34조 제2항 이하의 규정은 헌법 제34조 제1항을 구체화하는 예시적 규정이며, 제1항과 제2항 이하의 규정은 목적과 수단의

241, 24-1(하), 684면 이하 등 참조. 이밖에 국가유공자보상의 법적 성격에 대해서 자세히는 전광석, “국가유공자보상에 대한 헌법적 보호의 가능성”, 헌법학연구 제6권 제4호(2000), 119면 이하; 정영훈, 국가유공자보상·지원의 법률적 형성에 관한 헌법적 검토(헌법재판소 헌법재판연구원, 2016), 73면 이하 등 참조.

166) 전자의 예로는 헌재 2003.7.24., 2002헌바51, 15-2(상), 116면 이하 참조. 후자의 예로는 헌재 2003.7.24., 2002헌바51, 15-2(상), 116면; 2005.7.21., 2004헌바2, 17-2, 45면; 2005.11.24., 2004헌바97, 17-2, 437면 등 참조.

167) 예컨대 헌재 2004.10.28., 2002헌마328, 16-2(하), 204면 이하(국민기초생활보장); 2009.11.26., 2007헌마734, 21-2(하), 595면(의료급여); 2003.5.15., 2002헌마90, 15-1, 600면 이하; 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 20면(이상 사회보상) 등 참조.

168) 위 각주 141 참조.

관계에 있다고 보는 것이 헌법 및 기본권 우호적 이해방법이었다.¹⁶⁹⁾

다. 구체적 권리로 전환의 시도와 한계

(1) 일반론

이미 이전 시기에 사회적 기본권을 구체적 권리로 구성하는 시도는 헌법재판소의 시대에 와서 더욱 활발해졌다.¹⁷⁰⁾ 이에 관한 논의는 최저생활보장에 관한 헌법소원심판을 전후하여 집중적으로 이루어졌다.¹⁷¹⁾ 실제 사회적 기본권을 구체적 권리로 이해하는 방법은 적용영역 및 그 내용과 관련하여 세분화되어야 했다.¹⁷²⁾ 첫째, 사회적 기본권을 구체적 권리로 구성하는 영역은 주로 최저생활보장의 권리에 한정되었다. 부분적으로 근로의 권리, 주거권 등이 포함되었으나 근로의 권리의 경우 구체적 권리로 기능하는 데 장애가 있으며, 주거권에 관한 남아공 헌법의 예는 일반화될 수 없었다. 이 점에 대해서는 위에서 언급한 바 있다.¹⁷³⁾ 둘째, 구체적 권리설은 이론적으로 보면 적극적 권리와 소극적 권리로 구분할 수 있다. 전자에

169) 이와 같은 취지의 결정으로는 헌재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 20면; 2002.12.18., 2002헌마52, 14-2, 909면 등 참조.

170) 이에 대해서는 예컨대 권영성, 위 각주 59의 논문, 202면 이하; 김문현, “생존권적 기본권에 관한 헌법규정의 규범성-헌재 1997.5.29. 선고 94헌마33과 관련하여”, 법학논집(이화여대) 제2권 제2호(1998), 11면 이하 등 참조.

171) 헌재 1997.5.29., 94헌마33, 9-1, 543면 이하 참조. 이밖에 헌재 2004.10.28., 2002헌마328, 16-2(하), 195면 이하; 2009.9.24., 2007헌마1092, 21-2(상), 765면 이하; 2009.11.26., 2007헌마734, 21-2(하), 576면 이하; 2011.3.31., 2009헌마617등, 23-1(상), 416면 이하; 2011.11.24., 2009헌마415, 23-2(하), 487면 이하; 2012.2.23., 2009헌바47, 24-1(상), 95면 이하; 2012.2.23., 2011헌마123, 24-1(상), 365면 이하; 2017.11.30., 2016헌마448, 29-2(하), 211면 이하 등 참조.

172) 이와 같은 문제제기에 대해서는 예컨대 김일환, “사회적 기본권의 법적 성격과 보호범위에 관한 고찰”, 헌법학연구 제4권 제3호(1998), 134면 이하 참조.

173) 근로의 권리의 예에 대해서는 위 각주 59 참조. 남아공 헌법의 예에 대해서는 위 각주 155 참조.

따르면 사회적 기본권을 근거로 직접, 즉 법률의 매개 없이 개인이 구체적 청구권을 행사할 수 있으며, 또 당해 사회적 기본권 규정이 재판규범으로 적용될 수 있다. 후자의 이해에 따르면 사회적 기본권을 실현하는 관련 입법이 전혀 존재하지 않거나 입법이 불충분한 경우에 위헌을 확인하거나 입법을 촉구하는 근거로서 기능할 수 있다.

헌법재판소는 사회보험청구권은 기본적으로 헌법상의 권리가 아니며, 따라서 헌법 제34조 제1항으로부터 구체적 청구권이 도출되지는 않는다고 보았다. 따라서 헌법을 근거로 직접 사회보험에 의한 보호를 청구하는 내용의 헌법소원은 모두 기각되었다.¹⁷⁴⁾ 이는 사회적 기본권을 법률상의 권리로 격하시켰다는 비판을 받았지만 예상될 수 있는 헌법재판소의 태도였다. 사회보험은 특정한 사회적 위험을 보험의 원리에 의하여 보호하며, 보험능력, 즉 보험료납부능력이 있는 집단을 대상으로 실시된다. 이때 보호되는 생활위험, 그리고 인적 범위를 헌법이 직접 결정할 수는 없기 때문이다. 이에 대한 유일한 예외가 경과실의 범죄행위의 경우에도 급여를 제한하는 의료보험법 규정이 의료보험수급권의 본질적인 내용을 침해한다는 이유로 헌법에 위반된다는 결정이었다.¹⁷⁵⁾ 이는 의료보장을 충실히 하는 결과가 되었다. 그러나 중과실과 경과실에 따른 차별적 취급이 의료보험수급권의 본질적인 내용에 해당하는가, 그리고 이 쟁점이 헌법문제인가 하는 의문도 제기되었다.¹⁷⁶⁾ 이밖에 헌법재판소는 헌법을 근거로 산재보험법에서 출퇴근재해에 대한 보상청구권을 인정하는 취지의 헌법불합치결정을 하였다.¹⁷⁷⁾ 다만 이 결정은 헌법 제34조가 아니라 평등권을 주된 논거로 하였

174) 헌재 2003.7.24., 2002헌바51, 15-2(상), 117면; 2004.11.25., 2002헌바52, 16-2(하), 306면 이하 등 참조.

175) 헌재 2003.12.18, 2002헌바1, 15-2(하), 455면 참조.

176) 이와 같은 의문은 해당 결정의 반대의견에서 제기되었다. 헌재결 2003.12.18, 2002헌바1, 15-2(하), 463면 이하 참조.

177) 헌재 2016.9.29, 2014헌바254, 28-2(상), 316면 이하 참조. 이 결정에 대해서 자세히

다.¹⁷⁸⁾ 출퇴근행위가 업무의 전단계로서 업무와 밀접불가분의 관계에 있고, 출퇴근행위는 사실상 사용자가 정한 시각과 장소에 기속되기 때문에 사용자의 지배관리 하에 있으며, 출퇴근재해에 대한 사회적 보호의 필요성이 있다는 논리였다. 이 결정은 헌법 및 사회보장법적인 논리의 타당성에 대해서는 의문을 제기되었지만 산재보험법의 입법개선에 기여하였다.

(2) 최저생활보장의 권리

사회보험에 비해서 공공부조에서 구체적 권리설에 대한 기대는 컸다. 위에서 언급했듯이 기존의 구체적 권리설이 최저생활보장에 관한 권리를 중심으로 전개되었으며, 또 헌법재판소가 스스로 어느 정도 기대를 주었다. 헌법재판소는 제34조 제1항이 일반적으로는 구체적인 권리의 근거가 될 수 없지만 “상황에 따라서는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리”가 직접 도출될 수 있다고 하였기 때문이다.¹⁷⁹⁾ 이에 사회적 기본권이 구체적 권리로 전환될 수 있는 계기가 되는 현실적 및 규범적 상황에 대한 논의가 필요했다. 1997년 최저생활보장에 관한 헌법소원심판 사건은 이에 관한 시험대가 되었다.¹⁸⁰⁾ 그러나 이 결정에서 인간다운 생활을 할 권리가 재판규범으로 기능하는 데에는 한계가 있었으며, 심판청구는 기각되었다. 핵심논리는 다음과 같았다. 첫째, 최저생활보장의 권리는 가능한 한 최대한 보장하는 국가의 과제를 내포하고 있지만 이는 행위규범으로 입법부 및 행정부를 구속한

는 전광석, “사회보장법에서 헌법문제와 입법정책 -헌재 2016.9.29.결정, 2014헌바254를 중심으로-”, 법조 최신판례연구(2017.4), 426면 이하 참조. 기존에 헌법재판소는 동일한 규정에 대해서 각하 및 합헌의 결정을 한 바 있다. 헌재 1993.9.27, 93헌마45, 5-2, 362면 이하; 2013.9.26, 2012헌가16, 25-2(상), 630면 이하 등 참조.

178) 이밖에 평등을 심사기준으로 한 인용결정으로는 예컨대 헌재 2012.6.27., 2010헌마716, 24-2(하), 754면 이하 참조.

179) 헌재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 31면 참조.

180) 헌재 1997.5.29., 94헌마33, 9-1, 543면 이하 참조.

다. 이에 비해서 사법심사에 적용되는 최저생활보장의 권리는 최소한으로 축소된다. 둘째, 행위규범과 달리 통제규범으로서 인간다운 최저생활은 건 강하고 문화적인 생활에 이르지 않으며, 생계를 보호하기 위하여 객관적으로 필요한 최저한에 그친다. 셋째, 최저생활수준을 결정하는 데 입법재량이 넓게 인정된다. 즉 국가가 “생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 않았든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다”. 넷째, 최저생활을 보장하는 제도가 생활보호법의 생계보호에 한하지 않으며, 이밖에 생활이 곤란한 국민에 대한 다양한 지원과 보호, 부담감면이 운영되고 있다. 이들 모두를 고려하여 최저생활의 보장 여부를 평가하여야 하기 때문에 생활보호법의 생계보호급여의 수준이 최저생활을 유지하는 데 미달한다고 하여 곧 위헌의 판단을 할 수는 없다.

이 결정은 인간다운 생활을 할 권리를 구체적 권리로 인정하였다는 점에서 긍정적인 의미가 있지만 결정의 논리와 결정 그 자체에 대해서는 부정적인 평가를 받았다.¹⁸¹⁾ 이는 몇 가지로 분류할 수 있다. 첫째, 사회적 기본권의 심사기준을 행위규범과 통제규범으로 분류하는 것 자체가 타당성이 없다.¹⁸²⁾ 특히 통제규범을 형성하는데 있어서 입법재량이 넓게 인정되기 때문에 구체적 권리의 성격을 부인하는 것과 다름이 없게 되었다.¹⁸³⁾ 둘째, 헌법재판소가 최저생활보장의 심사기준을 지나치게 협소하게 이해했

181) 예컨대 김문현, 위 각주 170의 논문, 11면 이하, 14면; 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격 - ‘인간다운 생활을 할 권리’를 중심으로”, 사회보장법연구 제3권 제1호(2014), 125면 이하 등 참조.

182) 이에 비해서 이미 이 결정 이전에 행위규범과 통제규범을 구분하고 사법적 심사의 가능성을 부인하는 문헌으로는 한수웅, “헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계-법적 권리설로부터 결별”, 인권과 정의(1997.1), 79면 이하 참조.

183) 이에 대해서는 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성-생활보호기준 결정: 헌법재판소 1997.5.29. 선고, 94헌마33결정”, 판례연구(고려대) 제9집(1998), 32면 이하; 이준일, 위 각주 160의 논문, 88면 이하 등 참조.

다. 특히 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치, 최저생활보장의 이념적, 헌법기능적 및 기본권적 중요성을 고려하면 물질적인 최소한을 넘어서 건강하고 문화적인 최저생활, 혹은 최소한의 사회경제적 조건을 헌법심사의 기준으로 적용하여야 했다.¹⁸⁴⁾

위와 같은 헌법재판소의 결정에 대한 비판은 타당했다. 그러나 보다 근본적으로는 다음과 같은 문제가 제기되어야 했다. 헌법재판소가 행위규범과 통제규범을 구분하고 사법심사의 가능성을 제한한 것 자체는 타당했다. 그러나 통제규범으로 기능하는 최저생활보장의 기준은 헌법해석에 의하여 구체화될 수 있음에도 불구하고 헌법재판소가 이에 대한 판단을 입법부 및 행정부에 위임하여 직무를 방치했다는 비판이 있었다.¹⁸⁵⁾ 그러나 엄격히 보면 헌법재판소는 헌법해석을 포기한 것이었다. 이 점에서 보면 헌법재판소가 적용한 명백성통제기준은 결코 사법자제를 의미하는 소극적인 기준이 아니다. 헌법재판소는 적극적으로 최저생활의 내용을 확정하고 이에 명백히 위반되는가의 여부를 결정하여야 하기 때문이다.¹⁸⁶⁾ 이에 대해서는 아래에서 다시 설명한다. 나아가서 헌법재판을 위해서는 심판의 대상이 확정되어야 한다. 그런데 헌법재판소는 생계보호기준에 따른 조치 외에 최저생활을 보장하기 위한 그 밖의 보호와 지원 및 부담감면을 종합적으로 고려하여야 한다는 명제를 제시하는데 그쳤다. 이로써 심판의 대상이 확정되지 않았으며, 이는 헌법심사가 포기되는 결과가 되었다.

최저생활보장에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위하여 필요한 최소한의 조건과 기회를 개인의 권리로서 보장하여야 한다. 이때 비

184) 같은 취지로는 예컨대 김선택, 위 각주 183의 논문, 36면 이하 참조.

185) 이러한 비판으로는 한상희, 위 각주 156의 논문, 103면 참조.

186) 이 점에 대한 지적으로는 김선택, 위 각주 183의 논문, 34면 이하; 김문현, 위 각주 170의 논문, 12면; 전광석, “사회보장법과 헌법의 규범력”, 사회보장법학 제7권 제1호(2018), 35면 이하 등 참조. 독일 연방헌법재판소의 적극적인 심사의 예로는 BVerfGE 125, 250면 이하; 132, 169면 이하 등 참조.

로스 개인은 우리 헌법의 인간상, 즉 "자기결정권을 가진 창의적이고 성숙한 개체"로서 사회에 편입되어 사회적 관련성을 갖는 인격체로 활동할 수 있다.¹⁸⁷⁾ 최저생활보장을 위한 구체적인 수준에 대한 결정은 입법적 혹은 행정적 결정에 유보된다. 그러나 적어도 물질적인 최소한을 넘어서 사회경제적 참여의 기회와 생활의 기반을 보장하여야 한다.¹⁸⁸⁾ 이미 1961년 생활보호법이 '건강하고 문화적인 최저생활'을 보장의 수준으로 제시하였고, 이 규정은 현행 국민기초생활보장법에도 그대로 유지되어 있다. 이와 같이 오랫동안 입법적으로 구체화된 내용은 사회적 기본권의 내용을 형성하게 되었다고 보아야 한다. 지금까지 헌법재판소는 사회적 기본권 일반에 적용되는 규범적 및 현실적 장애를 최저생활보장에 관한 헌법심사에서도 기계적으로 반복하여 왔다. 그러나 최저생활보장의 권리에 관한 사회적 기본권의 실현에 일반적으로 작용하는 규범적 요소가 장애가 될 수는 없다. 우선 예컨대 근로의 권리와는 달리 최저생활보장의 권리가 타인의 자유권을 제한하는 효과는 없다. 또 최저생활보장의 권리에 있어서는 재정부담의 현실적 문제는 헌법적 논거로서 비중이 낮다. 사회적 기본권의 실현에 적용되는 '가능성 유보'는 절대적인 논리가 아니며 재정부담 및 재정분배의 우선순위에 관한 상대적인 문제이다. 또 최저생활보장, 그리고 최저수준의 평등의 실현은 절대적으로 중요한 이념이기 때문에, 이 점은 오히려 재정부담 및 분배에 관한 결정을 선도하여야 하기 때문이다.¹⁸⁹⁾

187) 헌재 1998.5.28., 96헌가5, 10-1, 555면; 2002.10.31., 2002헌바50, 14-2, 390면; 2009.11.26., 2008헌바58등, 21-2(하), 530면 등 참조.

188) 같은 취지로는 김종철, 위 각주 156의 논문, 229면 이하 참조.

189) 최저생활보장의 헌법기능, 민주주의 및 기본권과의 관련성에 대해서는 예컨대 전광석, "사회적 불평등의 구조, 평등의 이념과 규범", 법학연구(연세대 법학연구원) 제28권 제3호(2018), 20면 이하 참조.

Ⅵ. 남겨진 과제 - 결론을 대신하여

1948년 헌법에 도입된 사회적 기본권은 경제질서에 관한 규정과 함께 헌법의 사회적 과제를 징표하였다. 그러나 되돌아보면 사회적 기본권의 담론은 공허했고, 또 혼란스러웠다. 여기에는 두 가지 원인이 있었다. 첫째, 무엇보다도 (1960년대 이전에는) 사회적 기본권이 논의되는 장(forum)이 전혀 존재하지 않았고, 또 (1960년대 이후에는) 사회보장법이 헌법의 인식범위에서 벗어나 있었다. 이와 같이 사회적 기본권을 구체화하는 입법이 존재하지 않거나 주목을 받을 수 없었기 때문에 정치과정에서 사회정책적 논리를 선도하거나 혹은 보완하는 역할을 할 수 없었다. 이 점에서 사회적 기본권에 관한 논의는 공허했다. 둘째, 이와 같이 규범과 현실이 사회적 기본권의 담론에 편입되지 못하는 상황에서 오랫동안 헌법학에서 비교법적 연구가 논의의 중심을 차지했다. 그러나 정치적 프로그램, 입법방침 혹은 입법위임 등 사회적 기본권의 성격에 관한 논의, 그리고 추상적 권리와 구체적 권리를 둘러싼 재판규범에 관한 논의는 사회적 기본권의 헌법적 기능 및 위상을 명확히 하지 못했다. 또 외국 헌법의 비동시적 규정이 비동시적으로 우리 헌법에 도입되면서 구조적 및 시대적 차이가 우리 헌법의 이해 및 해석에 충실히 반영되지 못했기 때문에 이에 관한 논의는 혼란스러웠다. 그만큼 헌법이론적 가치가 제한적이었다. 예컨대 사회적 기본권은 사회적 취약계층에 대한 최저생활을 보장하는 과제로 협소하게 이해되었으며, 민주주의 및 법치국가원리와 상호작용을 하면서 헌법질서를 형성하는 구조가 충실히 이해되지 못했다. 실제 이들 이론들은 1987년 이후 헌법재판에 준거가 되지도 못했다.

1980년대 후반 이후 상황은 달라졌다. 경제사회적 생활영역에서 헌법의 과제가 주목을 받았고, 사회보장법이 보편화되면서 헌법과 법률, 그리고 헌법현실의 접점이 넓어졌다. 공법관계에 편입되어 생활의 안정성을 유지하

는 국민의 기대가 커졌지만 사회적 기본권의 기능에는 한계가 있었다. 구체적 및 추상적 보호의 필요성, 그리고 정책, 재정부담 및 분담에 관한 결정은 기본적으로 입법권에 유보되어 있기 때문이다. 이와 같은 상황에서 사회적 기본권이 헌법적 의미를 유지하기 위해서는 다음과 같은 점이 주목을 받아야 한다. 첫째, 사회적 기본권은 평등의 이념과 연계되었을 때 실질적인 자유를 보장하는 헌법의 기능에 기여할 수 있다. 평등은 실현구조의 복잡성은 별론으로 하고 적어도 이념적으로는 명확하기 때문에 사회적 보호의 필요성을 판단하고 선도하는 기준이 된다.¹⁹⁰⁾ 그리고 이러한 상호작용에 의하여 사회적 기본권의 실제적 내용이 안정적으로 형성되고, 핵심적인 내용에 대한 존속이 보장될 수 있다. 다만 평등은 이념적으로 명확하지만 실현구조는 법적 평등과 기회의 평등, 그리고 결과의 평등에 이르기까지 다양하다.¹⁹¹⁾ 개인의 추상적 및 구체적 상황, 그리고 정책목표에 따라서 평등의 실현구조를 선택하고 사회적 기본권의 핵심적인 요소로 편입할 것인가는 남겨진 과제이다. 둘째, 사회적 기본권과 평등의 상호작용에 있어서 법은 필수적인 매체이다. 사회적 보호의 필요성과 차별성에 관한 결정이 민주적 정당성을 갖기 위해서는, 그리고 법치국가원리에 의하여 안정적으로 보장되기 위해서는 법적 근거를 필요로 한다. 제도가 다원화되고, 또 변화할수록 기존의 체계 및 체계의 전환은 입법과정에서 공론화되고, 입법에 의하여 공법관계에 편입된 개인이 자신의 법적 지위를 알거나 예측할 수 있기 때문이다. 사회적 기본권이 입법적 구체화를 필요로 한다는 명제가 입법의 공백 혹은 비체계적인 입법을 정당화하는 것은 아니다. 셋째, 자유의 실질적인 조건을 보장하는 사회적 기본권은 새로운 차원에서 논의의 공

190) 장애인정책의 예에 대해서는 예컨대 전광석, “헌법과 장애인정책 - 복지과 평등의 이념적 보완관계를 중심으로”, 헌법논총 제20집(2009), 413면 이하 참조.

191) 평등정책의 다양한 실현구조에 대해서는 예컨대 CHEON Kwang Seok, “Equality-Oriented Policies(EOPs) in Korea”, KLRI Journal of Law and Legislation Vol.8 No.1(2018), 176면 이하 참조.

간을 확보하여야 한다. 즉 사회적 기본권은 개인이 생활을 자율적으로 형성할 수 있도록 하여야 하며, 이를 위하여 역설적으로 국가의 사회적 과제는 확대되어야 한다. 제도적으로 보면 자율적인 결정에 의하여 근로의 기회를 갖고 생활을 형성할 수 있도록 일반교육과 직업교육, 직장알선과 직장전환을 위한 재교육 등을 확대하고, 이와 같은 제도에 모든 국민이 평등하게 접근할 수 있어야 한다.¹⁹²⁾ 이와 같은 일반정책이 활성화될수록 평등을 실현하기 위한 보편적인 구조가 갖추어지고, 이와 같은 기반 위에서 개인의 구체적 상황을 보호하기 위한 개별적인 법률관계가 효율적으로 형성될 수 있다. 실질적으로 보면 개인생활에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 생활위험, 예컨대 최저생활보장, 저소득층의 의료보장 등의 문제에 사회적 기본권의 관심이 집중되어야 한다. 이들 문제는 주로 서비스지원을 필요로 하며, 이는 일반적으로 개별적인 법률관계에 편입되는데 한계가 있다. 그리고 그만큼 정치과정에서 주목을 받기 어렵다. 정치적 프로그램으로서 사회적 기본권의 성격은 이와 같은 문제와 관련하여 강화되고 실질적인 의미를 가져야 한다.

192) 기본소득에 관한 논의는 이에 관한 극단적인 예이다. 위 각주 56 참조.

[국문초록]

사회적 기본권은 자유를 행사하기 위하여 필요한 실질적인 조건을 보호한다. 이와 같은 사회적인 기본권의 이념적 목표는 다양한 방법으로 실현되며, 이는 헌법에 직접 규정될 수 없고, 대부분의 경우 입법적 구체화를 필요로 한다. 이와 같은 결정에는 사회적 보호의 필요성과 실현방법의 타당성, 그리고 국가의 재정능력 등이 영향을 미치며, 이에 판단은 가변적이다. 이 글은 우리 헌법학에서 헌법 그 자체, 그리고 사회경제적 상황의 변화에 따라 사회적 기본권이 헌법의 기능에 기여할 수 있도록 이해되어 왔는가를 정리하는 목적을 갖는다. 헌법학은 오랫동안 헌법의 이념과 규범, 그리고 규범과 현실이 접점을 찾지 못하는 상황에서 이론을 형성하여 왔으며, 그 결과 사회적 기본권에 관한 논의는 공허하고, 또 혼란스러웠다. 1987년 헌법 이후 민주화의 정치적 상황, 인권법의 사회적 기본권에 대한 관심, 사회적 기본권을 원칙규범 및 규칙으로 구성하는 시론, 그리고 헌법 재판의 활성화는 사회적 기본권에 대한 기대를 높였다. 그러나 사회적 기본권에 본질적인 규범적 및 현실적 한계를 극복하기는 어려웠다. 사회적 기본권이 헌법의 기능에 기여하기 위한 과제는 다음과 같이 정리될 수 있다. 첫째, 사회적 기본권은 평등의 이념과 연계되었을 때 사회적 기본권의 실체적 내용이 안정적으로 형성될 수 있으며, 핵심적인 내용에 대한 존속이 보장될 수 있다. 둘째, 사회적 기본권을 실현하는 체계 및 체계의 전환이 법률을 매개로 하고, 또 이를 통하여 설명될 수 있어야 한다. 셋째, 사회적 기본권은 개인이 생활을 자율적으로 형성하는 공간을 보장하여야 하며, 이를 위하여 역설적으로 국가의 사회적 과제는 확대되어야 한다. 제도적으로 보면 자율적인 결정에 의하여 근로의 기회를 갖고 생활을 형성할 수 있도록 일반교육과 직업교육, 직장알선과 직장전환을 위한 재교육 등을

확대하고, 이와 같은 제도에 모든 국민이 평등하게 접근할 수 있어야 한다. 실질적으로 보면 개인생활에 구체적이고 직접적인 영향을 미치는 생활위험, 예컨대 최저생활보장, 저소득층의 의료보장 등의 문제에 사회적 기본권의 관심이 집중되어야 한다. 이들 문제는 주로 서비스지원을 필요로 하며, 이는 일반적으로 개별적인 법률관계에 편입되는데 한계가 있다. 그리고 그만큼 정치과정에서 주목을 받기 어렵다. 정치적 프로그램으로서 사회적 기본권의 성격은 이와 같은 문제와 관련하여 강화되고 실질적인 의미를 가져야 한다.

주제어

사회적 기본권, 인권법, 원칙규범, 헌법재판, 최저생활보장

[Abstract]

Social basic right has to protect the necessary conditions for the civil liberties. This idea is realized through various methods, so that it cannot be directly prescribed in the constitution itself, but mostly delegated to the legislative power. In this decision the need for social protection, methodological validity, and financial ability come into consideration. This article aims to analyse formation and development of the theory about social basic rights to see if it contributed to the function of the constitution according to its envisaged expectation. The theory hitherto lacked ability to explain the interaction between norm and reality, because the connection point of both could not found. After 1987 the thing has changed; political democratization, intensive observation of the human rights into social basic rights, formation of social basic right as a principle, and activation of constitutional review. All these things come to enhance the expectation for the social basic rights. But it is difficult for social basic right to overcome real and normative obstacle for practical meaning. The remaining tasks of the social basic rights can be presented as follows; (1) As the social basic rights are connected with the idea of equality, their contents could be stably constituted and core elements could subsist. (2) The system as well as its change should be explained on the base of law. It is not exceptional also in the area of social basic rights. (3) The social basic rights should protect autonomous sphere for the individuals and for that - paradoxically - public intervention should be enlarged to the them. From the view of the institution the state should intervene into the various sphere as general and occupational education, employment service and

憲法論叢 第29輯(2018)

retraining for the replacement, and provide every individual with the opportunity to access. Further the state action should concentrate itself on the protection of situations and risks with their concrete and direct influence on the decent life such as guarantee of the minimal standard of living and need for medical care. These supports are provided mainly through personal services which are neglected in the political process. Social basic rights as political program should be forged in relation with these problems.

Key words

social basic rights, human rights, norm as principle, judicial review, guarantee of the minimum standard of living

참고문헌

- 가타기리 유끼, “사회보장판례와 일본 헌법 제25조 - 재판규범성에 관한 헌법동향”,
헌법재판연구 제4권 제2호(2017)
- 권영성, 헌법학원론(상)(법문사, 1979)
- 권영성, 헌법학원론(법문사, 1991)
- 권영성, “사회적 기본권의 헌법규범성고(考)-헌법소송적 실현을 위한 시론”, 헌법
논총 제2집(1991)
- 김기범, “생존권적 기본권”, 고시계(1960.8)
- 김기범, “개정헌법상의 생존권적 기본권”, 고시계(1963.9)
- 김기범, “근로의 권리”, 고시계(1963.2)
- 김기범, “헌법 제8조를 논함”, 사법행정(1966.12)
- 김기범, “근로자의 단결 · 단체교섭 · 단체행동권”, 고시계(1959.10)
- 김기범, 헌법강의(법문사, 1963)
- 김기범, “인간으로서의 존엄과 가치”, 사법행정(1964.6)
- 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격-‘인간다운 생활을 할 권리’를 중심으로”, 사
회보장법연구 제3권 제1호(2014)
- 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성-생활보호기준 결정; 헌법재판소
1997.5.29. 선고, 94헌마33결정”, 판례연구(고려대) 제9집(1998)
- 김진곤, “노동복지의 헌법적 기초로서 노동기본권”, 헌법학연구 제18권 제3호(2012)
- 김종철, “평화적 공존의 전제로서의 평등”, 헌법학연구 제19권 제3호(2013)
- 김지영, 미국 헌법상 성소수자 권리보호와 성적 지향에 대한 평등심사(헌법재판연
구원, 2016)
- 김효진, “한국헌법과 바이마르헌법”, 공법연구 제14집(1986)
- 김철수, 헌법학개론(법문사, 1977)
- 김철수, “생존권-사회복지에의 권리”, 고시계(1978.11)
- 김철수, “생존권적 기본권의 법적 보장-사회보장에 관한 권리를 중심으로”, 고시계
(1987.9)
- 문흥주, 한국헌법론(일조각, 1957)

- 문흥주, 한국헌법(법문사, 1968)
문흥주, 한국헌법론(법문사, 1965)
박일경, 헌법(조문사, 1949)
박진완, “규칙과 원리로서 기본권”, 공법연구 제34집 제1호(2005)
박찬운, “이 시대가 요구하는 헌법재판소의 인권철학, 사회권의 심사강화를 위한 전제”, 법과 사회 제52권(2016.8)
박찬운, “국제인권법에서 바라본 사회권의 법적 성격-사회권에서의 국가의 의무를 중심으로”, 인권과 정의 제364권(2006.12)
박찬운, “사회권의 성격과 사법구제 가능성-헌법재판에서의 사법구제 가능성을 중심으로”, 법학논총(한양대) 제25집 제3호(2008)
방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도-입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 20년간 판례를 중심으로”, 공법연구 제37집 제2호(2008)
유진오, 신고헌법행의(일조각, 1959)
유진오, “우리 헌법의 윤곽”, 유진오, 헌법의 기초이론(일조각, 1950)
유진오, “주권이론”, 헌정의 이론과 실제(일조각, 1956)
이계일, “인간의 존엄은 형량 가능한가?”, 원광법학 제26권 제1호(2010)
이덕연, “‘인간다운 생활을 할 권리’의 본질과 법적 성격”, 공법연구 제27집 제2호(1999)
한태연, “사회적 기본권에 대하여” 고시계(1963.10)
이명웅, “자유와 평등의 관계-상호 조화의 관점”, 헌법논총 제14집(2003)
이재희, 적극적 평등실현조치에 대한 위헌심사(헌법재판소 헌법재판연구원, 2018)
이재희, 혼인의 헌법적 보장(헌법재판연구원, 2017)
이준일, “‘원칙’으로서의 기본권과 ‘비례성 명령’”, 공법연구 제28집 제1호(1999)
전광석, “사회보장법의 역사-왜, 무엇을, 어떻게 연구·서술할 것인가?”, 사회보장법학 제6권 제2호(2017)
전광석, “사회적 기본권의 논의구조”, 유럽헌법연구 제14호(2013)
전광석, 한국 헌법학의 개척자들(집현재, 2015)
전광석, “공법학연구 및 과제의 시대적 상대성과 통시적 계속성”, 법학연구(연세대

- 법학연구원) 제26권 제3호(2016)
- 전광석, “헌법 제119조”, 한국헌법학회(편), 헌법주석[법원, 경제질서 등](경인문화사, 2018)
- 전광석, “1963년 사회보장 3법에 관한 연구”, 저스티스 제164호(2018)
- 정영훈, 국가유공자보상·지원의 법률적 형성에 관한 헌법적 검토(헌법재판소 헌법재판연구원, 2016)
- 정태호, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해 여부의 판단기준 및 심사구조”, 헌법학연구 제13권 제3호(1997)
- 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 헌법논총 제9집(1998)
- 조희연, “‘87년 체제’, ‘97년 체제’와 민주개혁운동의 전환적 위기”, 김종엽(엮음), 87년 체제론(창비, 2009)
- 최규환, 인간존엄의 형량가능성(헌법재판소 헌법재판연구원, 2017)
- 한동섭, “사회적 기본권의 법적 성격”, 법정(1962.3)
- 한병호, “사회적 기본권 50년”, 헌법학연구 제4집 제1호(1998)
- 한상범, “한국에서의 헌법사상의 전개와 과제”, 헌법연구 제4집(1979)
- 한상범, “생활권의 법리와 그 실태-인간다운 생활을 할 권리에 관한 학설과 판례 및 그 실태의 소묘”, 사법행정(1974.8)
- 한수웅, “헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계-법적 권리설로부터 결별”, 인권과 정의(1997.1)
- 한수웅, “사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권-사회적 기본권의 개념과 법적 성격을 중심으로”. 헌법학연구 제18권 제4호(2012)
- 한태연, 헌법학(양문사, 1956)
- 한태연, 신헌법(법문사, 1960)
- 한태연, 헌법(법문사, 1970)
- 한태연, 헌법학(법문사, 1977)
- 한태연, “제헌헌법의 신화-이상과 타협과 착오의 심포니”, 동아법학 제6호(1988)
- 한태연, “사회적 기본권의 헌법적 과제-자유와 기쁨의 20세기적 전개”, 동아법학 제9호(1989)
- 한태연, “헌법과 국가-헌법의 신화를 벗어나서”, 세대(1969.9)

憲法論叢 第29輯(2018)

허영, 헌법이론과 헌법(상)(박영사, 1985)

Robert Alexy, Theorie der Grundrechte(Suhrkamp, 1986)

Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, Staat, Gesellschaft, Freiheit(Suhrkamp, 1976)

Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat (Kösel-Verlag, 1967)

Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts”, Staat, Gesellschaft, Freiheit(Suhrkamp, 1976)

Ernst Forsthoff, “Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates”, Ernst Forsthoff (편), Rechtstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit(Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968)

Ewald Grothe, Zwischen Geschichte und Recht-Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970(Oldenbourg, 2005)

Goodwin Liu, “Rethinking Constitutional Welfare Rights”, Stanford Law Review vol.6 issue 2(2008)

Bernd Rüthers, Entartete Juristen(C.H.Beck, 1988)

Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung(Duncker & Humblot, 1931)

Michael Stolleis, Die unvollendete Gerechtigkeit. Das Projekt Sozialstaat und seine Zukunft(Franz Steiner Verlag, 2005)

Michael Stolleis, “Vorurteile und Werturteile der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus”, Recht im Unrecht(Suhrkamp, 1994)

Mark Tushnet, Why the Constitution matters(Yale University Press, 2010)

Rainer Wahl, “Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich”, Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier(편), Handbuch der Grundrechte Bd.1(C.F.Müller, 2004)

Hans F. Zacher, “Verrechtlichung des Sozialrechts”, Friedrich Kübler(편), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität(Suhrkamp, 1984)

기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論)

The Integrated Theory of Constitutional Rights

金 河 烈(Kim, Ha-Yurl)

高麗大學校 法學專門大學院 教授

－ 目 次 －

I. 서론	219
II. 국제인권법의 통합적 인권 이해	224
1. UN인권법의 3원적 의무론	224
가. 이분법적 이해에서 3원적 의무론으로	224
나. 3원적 의무론의 실제 적용	226
2. 유럽인권재판소의 이원적 통합론	229
III. 독일과 한국의 기존 기본권론의 현황과 한계	231
1. 독일	232
2. 우리나라	235
3. 정리	236
IV. 통합적 기본권론의 시론	237
0. 전제	237

1. 권리와 의무의 조응성	239
2. 기본권의 공통성과 상관성	240
가. 헌법이념상의 공통성과 상관성	240
나. 실현구조상의 공통성(재정소요와 사법심사가능성)	241
3. 기본권론으로서의 3원적 의무론	244
가. 3원적 의무론 총론	244
나. 3원적 의무론 각론	254
4. 통합적 기본권론을 위한 위헌심사기준의 체계	270
가. 주류적 기본권론의 위헌심사기준 체계	270
나. 통합적 기본권론의 위헌심사기준 체계 정립의 기초	271
다. 통합적 기본권론의 위헌심사기준 체계의 개요	272
V. 결론	279
* 국문초록 및 주제어	282
* 영문초록 및 주제어	284
* 참고문헌	286

I. 서론

기본권론(기본권도그마틱¹⁾)은 기본권을 보다 더 실효적으로 보장하는 데 기여하여야 할 것이다. 여기서 ‘실효적’이라 함은 양적인 최대 보장을 말하는 것이 아니라, 기본권이 문제된 실제 사안에서 필요로 하는 요구에 초점을 맞춰 그에 상응하는 해결책을 적정히 제공하는 것을 말한다. 그런데 이론과 현실의 일반적 관계에서 종종 볼 수 있는 것과 마찬가지로, 기본권론이라는 추상적 관념체계가 살아있는 구체적 기본권 사안을 적정히 해결하는 데 오히려 장애가 될 수도 있다. 관념체계는 자신의 틀에 맞추어 살아 있는 현실을 재단(裁斷)하기 때문이다.

기본권론 가운데에는 기본권 분류론이 있다. 기본권은 여러 관점에 따라 분류할 수 있겠지만, 가장 의미 있는 분류는 기본권의 성격(작용)을 기준으로 한 분류일 것이다. 이에 따른 통상의 분류론은 기본권을 평등권, 자유권, 참정권, 청구권적 기본권, 사회적 기본권으로 나눈다. 이러한 분류에 상응하여 기본권의 종류(유형)별로 그 성격, 효력, 위헌심사기준이 달라진다는 점에서 기본권 분류론은 기본권론에서 중요한 의미를 지니며, 특히 헌법재판을 통해 기본권을 실현하는 과정에서는 위헌심사기준의 선택과 직결될 수 있다는 점에서 더욱 중요한 실천적 의미를 지닐 수 있다.

현재 우리의 주류적 기본권론은 대체로 자유권과 그 밖의 기본권 사이에 이분법체계를 유지하고 있다. 자유권이냐 아니냐에 따라 기본권의 법적 성격이나 작용, 효력을 나누어 보는 것이다. 자유권은 국가권력에 대한 방어작용을 하는 소극적 권리로서 국가에게 소극적 부작위 의무를 부과하며, 이에 비하여 다른 기본권(참정권, 청구권적 기본권, 사회적 기본권)은 국가

1) 기본권도그마틱이 개별 사안에서 기본권문제를 해결하는 데 필요한 논리체계의 구축이라면, 기본권이론은 기본권의 성격, 구조 등에 대한 보다 일반적인 인식 및 서술이라 할 수 있다. 이 글에서 말하는 기본권론은 일차적으로 기본권도그마틱을 의미한다.

에 대하여 행위나 급부를 요구하는 적극적 권리라는 것이다. 그리고 적극적 권리를 실현하기 위해서는 입법에 의한 형성이 필요하고, 국가의 경제적·재정적 능력과 여건이 뒷받침되어야 한다고 하며, 그에 따라 위헌심사의 기준은 낮게 설정되어 있다. 이러한 이분법적 분류론은 많은 경우 적절한 기본권 보장의 틀을 편리하고 효율적으로 제공한다는 점에서 장점이 있다. 그러나 분명한 한계도 있다. 살아있는 기본권 사안은 양자의 구분에 얽매이지 않거나 구분을 뛰어넘는 관점과 해결책을 필요로 하는 경우가 많기 때문이다. 어떤 기본권의 ‘실효적’ 보장을 위해서는 국가의 소극적 부작위뿐만 아니라 적극적인 국가작용이 함께 요구되는 경우가 많다. 자유권의 실현을 위해 적극적 권리의 작용이 필요할 수 있고, 비(非)자유권의 내용에도 자유권적 요소가 포함될 수 있다. 분류상의 귀속을 절대시하거나 자유권과 비(非)자유권 간의 이분법체계를 절대시하여서는 개별 기본권의 목적과 의미를 충분히 살리지 못할 수 있다. 그렇다면 분류상의 귀속에 따라 문제된 기본권의 속성, 작용이나 효력을 일괄적으로 대응시키는 방법론이 아니라, 모든 기본권의 공통의 이념적 토대를 인정하고, 이를 실현하기 위해 공통적으로 요청되는 요소나 조건이 무엇인지 탐구, 분석하는 방법론을 생각해 볼 수 있다. 기본권의 분류를 뛰어넘거나 상대화하는 가운데 전체 기본권을 아우르는 통합적 관점에서 기본권의 성격과 작용을 이해, 서술하고자 한다는 점에서(integrated approach²⁾) 이런 방법론을 ‘통합적 기본권론’이라 칭할 수 있을 것이다. 그렇다고 하여, 통합적 기본권론이 자유권과 비(非)자유권 간에 존재하는 차이점을 몰각하거나 경시한다면 이 또한 적절한 방법론이 되지 않는 것이다. 공통점과 차이점의 존재와 그 비중에 대한 균형 있는 인식, 서술을 목표로 하여야 할 것이다.

2) 국제인권법에서 이 용어를 처음 도입한 것은 Martin Scheinin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, in Eide, Krause and Rosas (eds), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2nd ed., (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2001), p.32.

우리나라 기본권론에서 기본권 분류론이 상당한 비중을 차지하고 있는 것은, 우리 헌법이 사회적 기본권까지 포함하는 포괄적인 기본권목록을 가지고 있기 때문일지 모른다. 자유권 목록만 헌법에 포함되어 있는 곳에서는 기본권 분류론이 심각하게 논의될 필요가 없을 지도 모른다.

비교헌법학적 견지에서 보건대, 미국의 경우 헌법상의 자유나 권리가 수정조항(Amendment) 등을 통해 단편적으로 규정되고 있는데다가 그마저도 일부 자유권만 보장하고 있을 뿐이다. 미국에서는 기본권분류론이 거의 논의되지 않는 것으로 보인다.

독일 기본법상의 기본권 보장도 자유권에 치중되어 있다. 다만 독일의 학설이나 판례는 해석을 통하여 자유권으로부터 국가의 보호를 요구하거나 국가에게 급부를 요구하는 등의 적극적 성격의 권리 내용을 부분적으로 도출해 내고 있다. 그런데 자유권에 방어적 기능뿐만 아니라 몇 가지 다른 기능을 포함시키고 그에 상응하는 국가의 의무를 부과하려는 독일의 기본권론은 아래 국제인권법의 3원외무론, 그리고 이 시론에서 제시하는 통합적 기본권론에 비해서는 포괄할 수 있는 기본권 작용의 범위가 부분적이라는 한계를 지닐 뿐만 아니라, 이론체계가 우회적이고 복잡하다는 난점을 지닌다.

일본의 전통적 혹은 통상의 기본권 분류는 자유권, 수익권(受益權), 사회권, 참정권, 포괄적 인권으로 설명되기도³⁾ 하고, 자유권, 국무(國務)청구권, 참정권으로 설명되기도⁴⁾ 한다는 점에서 우리와 크게 다르지 않아 보인다.

기본권의 분류나 통합에 관한 비교법적 소재와 논의를 비교적 풍부히 제공하고 있는 곳은 국제인권법이다. 주지하는 바와 같이 UN의 ‘시민적·정

3) 元山健/建石眞公子, 『현대일본의 헌법』, 법률문화사, 2009, 172-173면. 여기서 말하는 수익권(受益權)은 우리의 청구권적 기본권에 해당한다.

4) 大石眞, 『헌법강의 II』, 有斐閣, 2012, 7면. 국무청구권에 우리의 청구권적 기본권과 사회권을 포함시켜 설명하고 있다.

치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR. 이하 편의상 ‘자유권규약’이라 약칭)은 일련의 주요한 자유권적 인권을 담고 있고,⁵⁾ ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR. 이하 편의상 ‘사회권규약’이라 약칭)은 일련의 사회권적 인권을 담고 있다.⁶⁾ 국제인권규약의 이러한 이원적 성립과 발전은 국제인권을 ‘적극적 권리’와 ‘소극적 권리’로 나누는 이분법적 이해(positive/negative dichotomy)로 이어졌다. 그러나 1980년대부터 이분법적 이해의 한계를 지적하고 이를 극복하려는 3원적 의무론(유형론)(tripartite typology)이 등장하였고, 급기야 ‘경제적·사회적·문화적 권리 위원회’(The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR. 이하 편의상 ‘사회권위원회’라 약칭)는 1999년부터 공식적으로 3원적 의무론을 수용, 채택하고 있다. 이것은 곧, 자유권적 인권이든, 사회권적 인권이든, 모든 인권은 국가로 하여금 인권을 존중(respect), 보호(protect), 충족(fulfil)해야 할 3가지 유형(수준)의 의무를 국가에게 부과한다는 것이다.

한편, 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)의 사법적 보호를 담당하고 있는 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 유럽인권협약이 자유권적 인권만을 담고 있음에도 불구하고, 그 실효적 보

-
- 5) 자기결정권(1조), 차별금지(2, 3조), 생명권(6조), 고문, 잔혹하고 비인간적 처벌 금지(7조), 노예, 강제노역 금지(8조), 신체의 자유(9조), 거주이전의 자유(12조), 공개재판, 무죄추정, 변호인조력, 신속한 재판, 자기부죄금지 등(14조), 프라이버시(17조), 사상, 양심, 종교의 자유(18조), 표현의 자유(19조), 집회의 자유(21조), 결사의 자유, 단결권(22조), 가족의 보호, 혼인의 자유(23조), 아동 보호(24조), 참정권(25조), 법 앞의 평등(26조), 소수자의 문화, 종교, 언어권(27조).
 - 6) 자기결정권(1조), 차별금지(2, 3조), 근로 및 근로자의 권리(6조), 적절한 근로조건 보장(7조), 노동3권(8조), 사회보장(제9조), 가족, 혼인, 모성 및 아동·청소년의 보호(제10조), 적정 생계의 보장, 식량, 옷, 물, 주거(11조), 건강권(12조), 교육권(13조), 문화의 향유(15조).

장을 위해 국가는 소극적 부작위 의무뿐만 아니라, 적극적 행위의무까지도 이행하여야 한다고 보고 있다.

유럽연합 기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)은 사회권 목록을 포함하고 있지 않으며, 그 규범적 적용과 효력의 전개는 아직 더 기다려 보아야 한다.

그러므로 사회권위원회와 유럽인권재판소는, 용어와 구상에 있어서 차이는 있지만, 공히 ‘통합적 인권론’을 채택, 적용하고 있다고 말할 수 있다.

그렇다면 우리 헌법에서 ‘통합적 기본권론’을 채택할 가능성은 없는 것일까? 물론, 국제인권법론과 한국헌법의 기본권론은 논의의 배경과 층위가 다르다. 권리의 도덕성과 실정성의 정도가 다르고, 국제인권은 반드시 한 나라의 기본권 층위에서 실현되어야 하는 것이 아니라 법률상 권리로 실현될 수도 있다. 유럽인권협약이나 유럽인권재판소는 유럽의 완전한 헌법이나 헌법재판소가 아니므로, 우리 헌법의 기본권 논의와 같은 차원에서 직접 비교하기는 곤란하다. 국제인권법의 논의를 실정헌법의 기본권론으로 접목, 전환하려 할 때에는 이런 차이점이 충분히 고려되어야 한다. 그럼에도 불구하고 국제인권법 분야에서 발전한 통합적 접근방식에 착안하여 우리 기본권론에서도 ‘통합적 기본권론’을 구축할 수 있는지 검토해 보는 것은, 보다 실효적인 기본권 보장이라는 목적론적 관점에서 볼 때, 시도의 가치가 있지 않을까 생각한다. 이 글은 그러한 시도이고, 따라서 ‘통합적 기본권론’의 시론(試論)이라고 할 수 있다.

이하에서는 먼저 UN인권법의 3원의무론, 유럽인권재판소의 이원적 통합론을 차례로 살펴보고(Ⅱ), 우리나라, 그리고 우리나라에 많은 영향을 준 독일의 기본권론에서는 이 문제를 어떻게 다루고 있는지 짚어보며(Ⅲ), 시론적이거나 통합적 기본권론을 전개한 다음(Ⅳ), 결말을 맺고자 한다(Ⅴ).

II. 국제인권법의 통합적 인권 이해

1. UN인권법의 3원적 의무론

가. 이분법적 이해에서 3원적 의무론으로

1948년의 세계인권선언과 더불어 UN인권법의 주요한 부분을 차지하고 있는 자유권규약과 사회권규약이 UN에서 1966년에 별도로 분리되어 채택된 것은, 주지하는 바와 같이 당시 체약국들 사이에서 권리의 규범성, 이행가능성 면에서 경제적·사회적·문화적 권리를 시민적·정치적 권리와 동일선상에서 논의할 수 있는지에 관하여 의견이 일치하지 않았던 데에 기인한다.

국제인권규약의 이러한 이원적 성립은 국제인권을 ‘적극적 권리’와 ‘소극적 권리’로 나누는 이분법적 이해로 이어졌다. 이분법적 이해의 요지는, 시민적·정치적 권리는 소극적 권리로서 그 내용이 구체적이고 그 실현에 비용이 들지 않아서 즉각적 이행이 가능한 반면, 경제적·사회적·문화적 권리는 적극적 권리로서 내용이 불확정적이고, 그 실현에 자원이 소요되므로 점진적 이행만이 가능하다는 것이다. 이원론의 찬성론자들은, 시민적·정치적 권리는 인과적 조건의 논리형식을 갖추고 있어서 개인적 권리로서의 속성을 지니고 있는 반면, 경제적·사회적·문화적 권리는 ‘수단-목적’ 프로그램에 불과하여 법적 권리의 구조·속성을 갖추고 있지 않다고 하였다. 이러한 차이는 권리의 국내 이행에 있어서도, 경제적·사회적·문화적 권리는 그 내용이 불확정적이어서 입법에 의한 구체화가 필요하고, 그 이행에 자원(비용)이 소요되므로 민주적 정당성이 부족한 사법부는 권력분립의 견지에서, 사법심사를 자제하여야 하는 반면, 시민적·정치적 권리의 경우에는 이러한 문제가 없다고 하였다. 그러나 시간이 흐름에 따라 이러한 이분

법적 이해는 문제의 지나친 단순화라는 비판론이 주류로 자리잡게 되었는데, 그것은 시민적·정치적 권리도 적극적이고 자원이 소요되는 요소들을 포함하고 있고, 경제적·사회적·문화적 권리도 소극적 요소, 비용과 무관한 요소들을 포함하고 있어서 그 즉각적인 이행이 가능하다는 것이다.⁷⁾

국제인권에 관한 3원적 의무론은 이분법적 이해의 부적절성과 한계를 극복하려는 시도로서 1980년대에 본격적으로 주장되었다. 정치적·시민적 권리를 소극적 권리로, 경제적·사회적·문화적 권리를 적극적 권리로 분명하게 구별할 수 없고, 인권 이행의 국가의무는 존중(respect), 보호(protect), 충족(fulfil⁸⁾)이라는 3가지 유형(수준)의 의무로 나누어 살펴보는 것이 인권의 속성과 본질에 맞다는 것이다.⁹⁾ 존중의무는 국가(및 그 기관)로 하여금 인권을 침해하지 말 것을 요구하고, 보호의무는 다른 사람(이나 단체)이 인권을 침해하는 것으로부터 보호할 것을 요구하며, 충족의무는 인권 향유의 기회를 보장하는 데 필요한 조치를 취할 것을 요구한다는 것이다. 시민적·정치적 권리든 경제적·사회적·문화적 권리든 모든 인권은 이를 보장하기 위해서는 소극적으로 침해하지 않는 것에서부터 비롯하여 적극적으로 필요한 조치를 취하는 것에 이르기까지 국가 측의 여러 다양한 양태의 의무이행이 필요하다는 것이다. 3원적 의무론은 점차 국제인권법 담론에서 광범위하게 수용되었고, 그 바탕 위에서 4원적 의무론이나 5원적 의무론이 주장되기도 하였다.¹⁰⁾

7) 이에 관하여는 Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Oxford: Hart, 2003) at Chapters IV and V; Ida Elisabeth Koch, "Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?", *Human Rights Law Review* 5(2005), pp.81-103.

8) fulfil을 '충족'으로 번역한 예로는, 샌드라 프레드먼(조효제 역), 『인권의 대전환』, 교양인, 2008, 188면; 박찬운, 『인권법』, 도서출판 한울, 2011, 101면.

9) 이러한 3원적 의무의 개념이 본격적으로 사용된 것은 1987년 Asbjørn Eide가 특별보고관(Special Rapporteur)으로서 U.N.에 보고하면서부터라고 한다.

10) 존중, 제도적 장치의 마련(to create institutional machinery), 보호, 재화와 서비스의 제

나. 3원적 의무론의 실제 적용

(1) 사회권위원회

UN인권법에서 3원적 의무론은 1999년부터, 사회권규약의 준수·이행을 관장(모니터)하고 있는 사회권위원회에 의해 공식적으로 채택, 적용된 것으로 보고 있다.

사회권규약은 규약상 권리의 완전한 실현을 점진적으로(*progressively*) 달성하는데 필요한 조치를 취하도록 규정하고 있을 뿐(제2조 제1항), 존중, 보호, 충족 등 국가의 구체적 의무에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 사회권위원회의 일반논평 12[General Comment 12(E/C.12/1999/5, 12 May 1999)]는 협약 제11조에 규정된 ‘적정한 식량의 권리’(right to adequate food)에 관하여, “이 권리는 다른 인권과 마찬가지로 계약국에게 존중, 보호, 충족의 세 유형 혹은 수준의 의무(*obligation*)을 부과하는데, 여기의 충족의무에는 지원(*facilitate*)과 제공(*provide*)의 두 가지 의무가 포함된다.”고 하였다.¹¹⁾ 이후 동 위원회는 지속적으로 3원적 의무론을 적용, 발전시키면서, 각 유형의 의무의 내용이 무엇인지를 구체화해 오고 있다. 두 가지 사례만 예시하면 다음과 같다.

- 위 General Comment 12: ① 존중의무: 식량에 대한 기존의 접근(*access*)을 방해하는 조치를 취하지 말아야 한다. ② 보호의무: 기업이나 다른 개인이 식량에 대한 접근을 침탈하지 않도록 조치를 취하여야 한다. ③ 충족의무(지원): 생계를 보장할 자원(*resources*)에 접근하고 이를 이용하는 것을 강화하기 위한 적극적 활동을 하여야 한다. 충족의무(제공): 개인이나 집단이 자신들이 제어할 수 없는 사유로 자신들의

공(*to provide goods and services*), 증진(*promote*)의 5원적 의무를 주장한 것으로는, Steiner and Alston, *International Human Rights in Context*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000) at 182.

11) at para.15.

가용자원으로는 식량권을 향유할 수 없을 때마다 식량을 직접 제공하여야 한다. 이 의무는 자연재해 등의 재난상황에도 적용된다.¹²⁾

- 협약 제9조에 규정된 사회보장권(right to social security)에 대한 General Comment 19(E/C.12/GC/19 4 February 2008): 여기서는 3원적 의무 중 충족의무를 지원, 증진 및 제공(facilitate, promote and provide)의 의무로 더 세분화하고 있다. ① 존중의무: 사회복지권의 향유를 직·간접적으로 방해하지 말아야 한다. 공적, 사적 사회복지 시스템에의 접근을 자의적으로 막는 것이 여기에 해당한다. ② 보호의무: 제3자가 어떤 방법으로든 사회복지권의 향유를 방해하는 것을 막아야 한다. 여기의 방해에는 사적 사회복지 시스템의 운영자가 동등한 접근의 기회를 차단하는 것이 포함된다. 국가는 사적 사회복지 시스템이 적정하게 운영되도록 관리, 감독할 수 있는 규제시스템을 마련, 시행하여야 한다. ③ 충족의무: 국가는 사회복지 시스템을 마련, 운영하여야 한다. 지원의무: 사회복지 전략과 계획의 수립과 집행 등 사회복지권 향유를 돕는(assist) 적극적 조치를 취하여야 한다. 증진의무: 사회복지 시스템에 관한 접근이 가능하도록 교육이나 홍보활동을 하여야 하고, 특히 농촌이나 낙후된 도시지역에서, 사회적 소수자를 대상으로 그러하여야 한다. 제공의무: 사회복지시스템 내에서 사회복지 수급을 할 능력이 없는 개인이나 집단에 대하여는 공적 부조제도 등을 통하여 지원을 제공하여야 한다. 자연재해, 무력 충돌, 흉년과 같은 비상시에도 사회복지 시스템이 가동되도록 특별한 관심을 기울여야 한다.¹³⁾

사회권위원회의 3원의무론에 대하여 흔히 지적되는 비판은, 국가에게 요구되는 어떤 조치가 어느 유형의 의무에 해당하는지의 판단에 있어서 일관

12) at para.15.

13) at para. 43-51.

성이 부족하다는 것이다. 세 유형 간의 경계가 불명확하고, 문제되는 특성의 조치가 둘 이상의 유형에 해당할 수 있으며, 셋 이상의 의무유형이 필요할 수 있다는 점도 지적되고 있다.¹⁴⁾ 그럼에도 불구하고 3원의무론이 국가로 하여금 의무의 방향과 내용을 인식케 하는 유용한 개념도구라는 데는 광범위한 공감대가 형성되어 있다.¹⁵⁾

(2) 자유권위원회

시민적·정치적 권리에 대한 준수를 관장하고 있는 자유권위원회(Human Rights Committee)는 사회권위원회와는 달리 3원의무론을 분명히 채택하고 있지는 않다. 자유권규약 제2조 제1항은 존중(respect) 및 보장(ensure)의무를 명시하고 있는데, 자유권위원회는 규약의 법적 의무를 설명하고 있는 General Comment No.31[80] (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 26 May 2004)에서, 체약국에게 규약 존중 및 보장의무가 있고,¹⁶⁾ 체약국의 의무는 성격상 소극적인 것과 적극적인 것을 모두 포함한다고 하였다.¹⁷⁾ (제2조에 명시적으로 보호의무를 규정하지 않았음에도) 제3자의 침해에 대한 보호(protect)의무가 있다고 하였고,¹⁸⁾ 나아가, 법적 의무를 이행(fulfill)하는데 필요한 입법, 행정, 사법, 교육, 기타 적절한 조치를 취할 것이 요구된다고 하고 있다.¹⁹⁾ 자유권규약의 개별조항에 관하여 살펴보면, 신체의 자유 및 신체불훼손권에 대한 보호의무를 인정하였고,²⁰⁾ 의견(opinion) 및 표현의 자유에

14) Ida Elisabeth Koch(supra note 7), pp.88, 91.

15) D. Moeckli/S. Shah/S. Sivakumaran(Ed.), *International Human Rights Law*, Oxford Univ. Press(2014), pp.103-104.

16) at para. 3, 5.

17) at para. 6. “The legal obligation under article 2, paragraph 1 is both negative and positive in nature”

18) at para. 8.

19) at para. 7.

20) CCPR/C/GC/35(2014. 12. 16.) para. 7, 9.

대한 존중 및 보호의무를 인정하였다.²¹⁾

결론적으로 사회권위원회처럼 3원의무론의 개념이나 체계를 명시적으로 채택하였다고 보기는 어렵지만, 보호의무를 인정하고 있고, 적극적 의무를 인정하고 있으며, 나아가 의무이행에 필요한 제반 조치를 취할 것을 요구한다는 점에 비추어볼 때, 권리실현을 위해서는 국가의 여러 의무가 통합적으로 필요하다는 점에 관하여는 사회권위원회와 공통의 기반 위에서 있다고 할 수 있다.

2. 유럽인권재판소의 이원적 통합론

유럽인권협약 제1조는 ‘인권 존중(respect)의 의무’라는 제목 하에, 체약국들이 협약상의 권리와 자유를 보장(secure)하도록 규정하고 있다. 유럽인권재판소는 개별 인권조항들과 결합하여 이 조항이 체약국들에게 소극적 및 적극적 의무를 부과하는 것으로 해석하고 있다. 소극적 의무란 인권을 간섭(방해)하지 말고 존중할 의무를 말하는데, 유럽인권협약의 대부분이 시민적·정치적 인권을 내용으로 하고 있어서, 이 소극적 의무가 협약상 의무의 주요 부분을 차지하게 된다. 적극적 의무란 인권 보장을 위해 필요한 조치를 취할 의무를 말하는데, 경제적·사회적·문화적 권리의 보장에 요구되는 경우가 많지만, 유럽인권협약상의 시민적·정치적 인권에 대해 적극적 의무가 인정되기도 한다. 유럽인권재판소는 문제된 의무가 소극적 의무인지, 적극적 의무인지 결정하는 데 어려움을 겪기도 하며, 어느 쪽인지 분명히 구분하지 않은 가운데 판단을 내리는 경우도 있다.²²⁾

적극적 의무는 유럽인권협약의 명문규정에 직접 근거하여 인정되기도 하

21) CCPR/C/GC/34(2011. 9. 12.) para. 7.

22) Harris, O'Boyle & Warwick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed. Oxford Univ. Press(2014), p.22.

지만[예: 법에 따라 생명권을 보호(protect)할 의무(협약 제2조제1항)], 대부분의 경우 유럽인권재판소의 해석에 의해 도출되고 있다. 유럽인권재판소는 협약상의 권리가 실효적인 것이 되게 한다는 점에서 이러한 해석의 정당성을 찾고 있다.

해석에 의해 도출된 적극적 의무의 내용을 분석하면, UN인권법의 3원의 무론 중의 보호의무에 대응하는 것과, 충족의무에 대응하는 것으로 대별할 수 있다. 충족의무에 대응하는 주된 사례를 들자면 다음과 같다.

- 생명권(협약 제2조)으로부터 의문사를 조사할 의무를 도출하였다.
- 비인간적이지 않은 교도소 여건을 제공(provide)할 의무(협약 제3조)를 인정하였다.
- 공정한 재판을 받을 권리(협약 제6조)를 실현하기 위해 형사재판에서 법적 구조(救助)(legal aid)를 제공할 의무가 있다고 하였다.
- 적극적 의무 인정의 선도적 판례는 가족생활 존중의 권리(right to respect for family life, 협약 제8조)와 관련하여 나왔는데, ‘이 권리는 국가로 하여금 간섭하지 말도록 의무지울 뿐만 아니라, 나아가 가족생활의 실효적 존중을 위해 필요한 적극적 의무도 있을 수 있다.’고 하였다.²³⁾

한편, 유럽인권재판소는 국가의 보호의무를 일반적으로 인정하고 있다. 여기서 보호의무란 다른 사람의 침해로부터 개인의 인권을 보호할 의무를 말한다. 보호의무의 주된 사례는 다음과 같다.

- 집회의 자유(협약 제11조)를 보장하기 위해 다른 사인(私人)의 방해로부터 시위대를 보호하는 데 적절한 조치를 취해야 한다고 하였다.²⁴⁾

23) Marckx v. Belgium, A 31(1979); 2 EHRR 330 para.31 PC. 이 사건에서는 비혼(非婚) 자녀에게 어머니 가족의 구성원으로서의 자격을 인정하지 않은 벨기에 법률이 어머니와 자녀로 하여금 정상적인 가족생활을 하지 못하게 만들었다고 하였다. 그러므로 여기서 국가의 적극적 의무는 필요한 법적 지위를 개인에게 부여할 의무였다.

24) Plattform ‘Arzte für das Leben’ v. Austria, A 139(1988); 13 EHRR 204 para.32.

– 사인의 침해로부터 개인의 사생활의 비밀(privacy)(협약 제8조)을 보호해야 할 적극적 의무를 인정하였다.²⁵⁾

보호의무는 향후 가정폭력으로부터의 보호, 테러리스트나 납치범으로부터의 보호에까지 확장되리라고 전망되고 있다.²⁶⁾

평가하여 보자면, 유럽인권재판소는 3원의무론을 명시적으로 채택하고 있지 않지만, 유엔인권법상의 보호의무 및 충족의무에 해당하는 적극적 의무를 인정하고 있다. 적극적/소극적이라는 이원적 의무 개념을 사용한다는 점에서 3원의무론과 개념상의 차이는 있지만 인권 실현에 필요한 여러 요소와 내용을 인정한다는 점에서는 같다. 따라서 유럽인권재판소의 입장은 이원적 통합론이라 칭할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 독일과 한국의 기존 기본권론의 현황과 한계

우리의 주류적 기본권론은 대체로 자유권과 그 밖의 기본권 사이에 이분법체계를 유지하고 있다. 자유권은 국가권력에 대한 방어작용을 하는 소극적 권리로서 국가에게 소극적 부작위 의무를 부과하며, 이에 비하여 다른 기본권(참정권, 청구권적 기본권, 사회적 기본권)은 국가에 대하여 행위나 급부를 요구하는 적극적 권리라는 것이다. 우리나라의 기본권론에 많은 영향을 준 독일에서 기본권 목록은 거의 대부분 자유권일 뿐이어서 방어적 기능에 대한 설명이 기본권론의 중핵을 차지하는 것은 자연스러운 일이다. 그러나 기본권 분류상의 속성에 얽매이거나 간혀서는 현실에서 일어나는 다양한 기본권 문제를 기본권 보장의 정신에 맞게 실효적으로 해결하기 어렵고, 이를 해소하려면 분류의 벽을 가로지르면서 해당 기본권의 내용에

25) Von Hannover v. Germany 2004-VI; 43 EHRR 139.

26) Harris, O'Boyle & Warwick(supra note 22), p.23.

다양한 요소, 성격을 포함시키지 않을 수 없게 되었다. 그리하여 자유권에
도 국가의 적극적 행위를 요구하는 작용(기능)이 있을 수 있고, 사회적 기
본권에도 국가의 소극적 부작위를 요구하는 작용(기능)이 있을 수 있다는
도그마틱이 부분적으로 발전하게 되었다. 두 나라의 현 단계의 기본권론이
기본권의 통합적 보호 요청에 얼마나 접근해 있는지, 그 한계는 무엇인지
를 살펴보는 것은 통합적 기본권론의 필요성 내지 장·단점을 점검할 수
있는 계기를 제공할 것이다.

1. 독일

기본권(자유권)의 1차적 기능(funktion)은 국가의 소극적 부작위를 요구하
는 방어기능에 있지만, 기본권론의 발전에 따라 그 밖의 다른 기능도 기본
권의 내용으로 수용되었다. 이를 설명하는 체계와 방법은 학자에 따라 다
르지만 적어도 공통분모로 인정되는 기능은 크게, 방어(Abwehr)기능, 보호
(Schutz)기능, 급부(Leistung)기능으로 나눌 수 있다.

방어기능은 자유나 권리를 침해하지 말 것을 요구하는 작용을 말하며,
국가는 소극적 부작위의무를 진다. 국가가 정당하지 않은 침해를 할 경우
그 중지를 요구할 수 있다. 주목할 만한 견해로, 방어기능에 부수적 급부기
능을 포함시키는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 일반적 금지를 통한 기본
권의 제한이 행정작용을 통해 개별적으로 해제될 수 있을 때(예를 들어 영
업허가), 허가요건을 갖추었다고 주장하며 허가의 발급을 요구하는 것은 외
형상 급부청구의 양태를 띠지만 그 본질은 침해중지 요구에 있으므로 방어
기능에 속한다는 것이다.²⁷⁾ 이 견해는 위법한 침해에 대한 결과제거청구권
과 공용수용에 대한 손실보상청구권(기본법 제14조제3항)도 침해중지 요구

27) Kingreen/Poscher, *Grundrechte/Staatsrecht II*, 33.Aufl.(von Pieroth/Schlink begründeten Lehrbuchs), C.F. Müller(2017), Rn.121-122.

권이 그와 같은 부수적 급부청구권으로 전환한 것으로 보고 있다.²⁸⁾

보호기능은 다른 사람의 기본권침해로부터 기본권(자유권)을 보호하는 것을 말한다.²⁹⁾ 이를 위해 국가는 제도의 시행, 절차의 마련, 사실적 조치의 강구 등 필요한 행위를 적극적으로 하여야 한다. 독일 기본권론에서 보호기능은, 원래부터 주관적 권리의 내용이었던 방어기능과는 달리, 기본권의 객관적 가치질서성에서 도출되었다. 기본권보호의무론의 창시자인 독일 연방헌법재판소는 1975년의 제1차 낙태결정에서, 기본권의 객관적 가치결단(objektive Wertentscheidung)으로부터 생명에 대한 국가의 보호의무를 도출하였던 것이다. 오늘날에도 보호의무는 기본권의 객관적 차원(Dimension)의 한 요소로 설명되고 있다.³⁰⁾ 그런데 객관적 가치질서로서의 기본권은 원래 개인의 주관적 권리로서의 성격과는 별개로 국가에게 기본권적 과제를 실현시켜야 할 과제와 의무를 부여한다는 데에 의미가 있었다. 그렇다면 객관법적 내용인 보호의무가 인정된다고 하여 그에 상응하는 보호청구를 할 수 있는 주관적인 권리가 개인에게 보장되는 것인지, 보장된다면 그 논리는 무엇인지에 대한 이론적 해명이 수반되어야 한다. 재주관화(Resubjektivierung)라고 명명되기도 하는 이 문제에 관한 이론적 설명은 분분하다. 연방헌법재판소는 상세한 논거의 제시 없이 종종 이를 인정하여 왔고, 특히 보호기능(보호의무)에 관하여는 상응하는 보호청구권을 인정함으로써 헌법소원을 통한 구제를 허용하는 분명한 경향이 있다고 한다. 학계에서도 재주관화를 일반적으로 시인하는 견해가 많다고 한다.³¹⁾³²⁾

28) Kingreen/Poscher(Anm. 27), Rn.123.

29) 자연침해로부터의 보호를 기본권보호의무에 포함시키는 견해로는, Kingreen/Poscher(Anm. 27), Rn.135.

30) 예를 들어, Dreier, in:Dreier(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* 3.Aufl. Band I, Mohr Siebeck, 2013, vorb. Rn.101-102.

31) 이에 관하여는, Dreier(Anm. 30), Rn.95 참조.

32) 이 글의 통합적 기본권론에서는 보호의무를 객관적 가치질서로부터 도출하지 않으며, 뒤에서 보는 바와 같이 권리-의무 대응론을 전제하므로, 보호의무가 인정되면 그에

보호의무의 이행에 관하여는 입법형성권이 넓게 인정되고, 그 위반 여부의 심사기준으로는, 최소한의 보호조치도 제공하고 있지 않은지를 심사하는 과소보호금지원칙(Untermaßverbot)이 채택되고 있다.

급부기능에는 파생적 급부기능과 고유한 급부기능이 있다. 전자는 급부를 제공하는 기존의 제도나 프로그램에 대한 동등한, 자격에 합당한 참여를 보장하는 것을 말한다. 연방헌법재판소는 대학입학정원(Numerus clausus) 판결에서 직업의 자유(직업교육장 선택의 자유)에 근거하여 한정된 의과대학 입학 기회에 대한 동등한 참여가 보장되어야 한다고 하였다(BVerfGE 33, 308/338). 이처럼 본질적으로 평등의 문제인 파생적 급부권³³⁾은 별다른 이의 없이 받아들여지고 있는 것과는 달리, 고유한 의미의 급부기능을 기본권(자유권)의 해석을 통하여 인정하는 것은, 기본법 제6조 제4항³⁴⁾에서 명시적으로 모성보호청구권을 규정한 것을 제외하고는 기본권 목록에서 사회적 기본권을 배제하기로 결단한 독일 기본법 하에서, 허용되지 않는다는 것이 주류적인 견해이다. 급부권은 방어권과 달리 입법에 의한 구체화를 통해 가능성의 범위 내에서 실현되어야 하며, 소구(訴求) 가능한 급부권을 자유권으로부터 직접 도출하는 것은 민주적 입법자의 활동영역을 결정적으로 축소시킨다는 것이다. 연방헌법재판소가 고유한 의미의 급부권을 인정한 사례는, 인간의 존엄(기본법 제1조)과 사회국가원리(기본법 제20조제1항)를 결합하여, ‘인간의 존엄을 지키는 최소 생존에 필요한 급부’를 국가에 대해 청구할 권리를 인정한 것³⁵⁾ 외에는 별로 없다.

대응하여 보호를 요구할 주관적 권리를, 이론적으로 복잡한 설명 없이, 개인에게 인정할 수 있게 되는 간명함의 장점이 있다.

33) Dreier(Anm. 30), Rn.89, 93; Kingreen/Poscher(Anm. 27), Rn.155.

34) “모든 어머니는 공동체의 보호와 부조를 청구할 수 있다.”

35) BVerfGE 125, 175; 132, 134.

2. 우리나라

독일의 영향을 많이 받은 우리나라에서는 자유권에 관하여 독일의 기본권론이 대체로 수용되었다. 그리하여 자유권이 1차적으로 대국가적 방어권이지만, 나아가 국가는 제3자의 침해로부터 자유권을 보호해야 한다는 기본권보호의무론이 학계와 판례에 의해 수용, 정착되었다. 기본권보호의무 위반으로 인한 기본권침해의 심사기준 역시 독일과 같이 과소보호금지원칙이 채택되었다.³⁶⁾ 다만, 기본권보호의무의 적용범위에 관하여, 자유권에 한하여 적용된다는 견해가 있지만,³⁷⁾ 사인에 의한 기본권 침해의 가능성이 자유권에 국한되는 것이 아니므로 자유권이 아닌 기본권에 대한 기본권 보호의무도 인정되어야 하며, 헌법재판소도 환경권보호의무를 인정한 바 있다(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711). 기본권 보호의무론의 의의와 효력(제3자로부터의 기본권침해에 대한 국가의 보호)은 상당 부분 기본권의 대사인적 효력론(기본권을 간접적용함으로써 사적 법률관계에서의 기본권 갈등의 조정)에 의해서도 달성되는 것으로 이해되고 있다.

독일 기본법과 달리 우리 헌법은 사회적 기본권과 청구권적 기본권, 참

36) “우리 헌법은 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는 데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다… 국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이기 때문… 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 “과소보호금지원칙”을, 즉 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다.”(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110)

37) 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2018, 435-436면.

정권을 포함하고 있다. 이들 권리들의 법적 성격이 국가에 대하여 적극적인 행위나 급부를 청구하는 기본권이라는 것임은 분명하나, 나아가 이들 권리들에 다른 성격의 측면이 있는지에 관하여는, 사회적 기본권에 자유권적 성격이 인정되는지를 중심으로 논의되고 있다. 이미 헌법재판소는 교육을 받을 권리, 근로의 권리, 근로3권, 환경권, 혼인과 가족생활의 권리에 자유권적 성격이 있음을 인정하고 있다[이에 관하여는 뒤의 IV.3.나.(2)에서 서술].

3. 정리

자유권만 규정하고 있는 독일에서 보호기능, 급부기능 등에 관한 이론을 발전시킴으로써 기본권 실현에 필요한 다양한 국가적 과제에 대응하려고 하지만 한계가 있다. 우리의 사회적 기본권에서 인정되는 바와 같은(사회적, 경제적 영역에서의) 적극적 급부청구는 거의 인정되고 있지 않으므로 국제인권법에서 말하는 충족의무는 독일 기본권론상 거의 공백상태에 있다고 보아도 과언이 아니다. 기본권 보호의무론을 통하여 국제인권법상의 보호의무에 대응하는 국가의 의무를 인정하고 있지만, 이 역시 자유권에 국한된다는 한계를 지닌다. 독일 기본권론상 자유권의 방어권적 기능은 국제인권법상의 존중의무에 대응하고, 그 성격이나 내용도 거의 같다. 그러나 아래 통합적 기본권론에서 보는 바와 같이 자유권의 실현을 위해서도 충족의무가 인정되어야 하는 경우가 있는데, 이러한 것이 인정되지 않거나, '부수적 급부기능'과 같은 기교적 법리를 통해서만 부분적으로 인정되어야 하는 어려움이 있다.

우리나라의 경우 사회적 기본권, 참정권, 청구권적 기본권을 두고 있으므로 이들 기본권에 관하여는 국제인권법상의 충족의무가 우리나라에도 존재한다고 할 수 있다. 기본권 보호의무론을 통하여 국제인권법상의 보호의

무에 대응하는 국가의 의무를 인정하고 있음은 독일과 같지만, 아직은 그 논의가 자유권에 치중되어 있어, 다른 기본권 영역으로의 확장에 대한 논의가 필요해 보인다. 사회적 기본권의 영역에서 자유권적 성격이 부분적으로 인정되고 있으므로, 국제인권법상의 존중의무가 이 영역에서 존재한다고 할 수 있다. 그러나 자유권 영역에서 국제인권법상의 충족의무에 해당하는 국가의 적극적 조치를 요구할 수 있는지, 그 이론적 설명이 무엇인지에 관한 논의가 부족하다. 참정권, 청구권적 기본권에 대하여는 국제인권법상의 존중의무나 보호의무에 대응하는 국가의 의무가 언제, 어느 범위에서 인정될 수 있을지에 대한 논의가 별로 없다.

결론적으로 독일과 한국의 기본권론은 기본적으로 자유권-비자유권의 이분론을 기초로 하고 있어서, 통합적 시각에서 기본권 실현을 위한 국가의 의무를 다원적으로 파악할 수 있는 관점이나 체계가 부족하고, 이분론의 문제점을 극복하려는 이론적 시도가 행해지지만 그 성과는 어디까지나 부분적인 것에 그치고 있다.

IV. 통합적 기본권론의 시론

0. 전제

이 시론은 국제인권법 분야에서 발전한 통합적 접근방식에 착안하여 우리 기본권론에서 ‘통합적 기본권론’을 구축하려는 것이므로 국제인권법론을 한국헌법의 기본권론으로 전환하는 이론적 작업이기도 하다. 그런데 국제인권과 한국헌법의 기본권은 그 실현구조에 있어 상당한 차이를 보이고 있으므로 전자의 논의를 여과 없이 후자의 논의에 곧바로 들여올 수는 없다. 첫째, 기본권질서는 한 국가 내에서 기본권관계의 당사자들(국가기관,

개인)이 임의로 그 적용 여부를 선택할 수 없는 강제적 법질서인 반면, 국제인권법은 국가가 가입 여부를 선택할 수 있고, 체약국이라 하더라도 유보조항의 채택 여부에 따라 개별 인권조항의 구속력으로부터 벗어날 수 있다. 둘째, 국제인권법의 국내적 이행은 반드시 헌법적 층위에서 이루어져야 하는 것은 아니다. 헌법상 기본권의 지위를 부여하여 보장하는 길뿐만 아니라 일반법률을 통하여 법률상의 권리 차원에서 해당 인권을 보장하더라도 국제인권법을 준수, 이행한 것이 된다. 셋째, 기본권은 권리주체 개인에게 사법적(司法的) 권리보호의 가능성을 제공한다. 그러나 국제인권법에서는 개인이 직접 사법기관이나 준사법기관에 제소할 수 없는 경우가 많다.³⁸⁾ 국제인권법의 어떤 논의를 우리 헌법의 기본권론으로 수용하면 법원, 헌법재판소를 통해 개인이 제기하는 구체적 쟁송 해결의 도구로 사용되느냐는 점을 고려하여야 한다.

따라서 국제인권법에서 인정된 인권의 내용(작용, 효력) 중에서 헌법적 층위의 것만을, 기본권의 지위를 부여하는 것이 적정한 것만을 기본권의 내용으로 흡수하여야 한다. 그렇지 않은 것은 법률상 권리로 보아 그 실현을 입법자에게 맡겨야 한다. 이러한 선별작업은 기본권의 범람, 그로 인한 사법(司法)에의 과도한 의존을 막고, 기본권과 법률상 권리 간에 역할을 분담시켜 권리문제에 관하여 권력분립을 조화적으로 실현시키기 위하여 반드시 필요하다. 기본권의 지위로 인정하여 보호할 것인지는 무엇보다도 해당 권리가 국가공동체 최고의 규범적 가치를 지닌 것으로 인정할 수 있는지,

38) 자유권규약 위반에 대해서는 개인이 자유권위원회에 구제를 청원하는 개인통보(Individual Communication)제도가 있고, 실제로 활용되고 있다. 그러나 이 절차에서 나온 결정(view)은 체약국에 대해 법적 구속력을 가지지 않는 것으로 이해되고 있다. D. Moeckli/S. Shah/S. Sivakumaran(supra note 15), pp.381-384. 헌법재판소도 이런 입장에서 서 있다; ‘자유권규약위원회의 심리는 서면으로 비공개로 진행되는 점 등을 고려하면, 개인통보에 대한 자유권규약위원회의 견해(Views)에 사법적인 판결이나 결정과 같은 법적 구속력이 인정된다고 단정하기는 어렵다.’(헌재 2018. 7. 26. 2011헌마 306).

권리의 내용이 구체적이고 명확한지, 사법적(司法的) 보호에 적합한지 등을 고려하여야 할 것이다.

이 시론은 자유권과 사회적 기본권을 중심으로 전개한다. 참정권, 청구권적 기본권의 실현구조는 사회적 기본권과 큰 틀에서 같다고 보고, 비교적 간략히 다루기로 한다. 평등권이 통합적 기본권론의 어떤 지점에 위치하는지도 약속한다.

1. 권리와 의무의 조응성

권리와 의무는 상응한다. 권리가 있는 곳에 그에 상응하는 의무가 있다.³⁹⁾ 권리의 소지자(권리 주체)는 권리의 상대방(권리 객체)에게 권리의 내용에서 비롯되는 일정한 행위(적극적 또는 소극적인)를 요구(청구)할 수 있고, 권리의 상대방은 그에 대응하는 행위의 의무를 진다. 이것이 권리의 기본구조이고, 이는 기본권의 경우에도 타당하다. 자유권의 경우 권리객체인 국가는 권리주체인 개인의 자유로운 상태나 활동에 간섭(방해)하지 말아야 할 소극적 의무를 부담한다. 사회적 기본권의 경우 국가는 개인에게 물질적 급부를 하거나 법적·제도적 조치를 마련·시행하여야 할 적극적 의무를 부담한다. 권리주체의 권리 실현은 권리객체의 그에 대응하는 의무의 이행에 의해 이루어진다. 권리와 의무의 이러한 조응성은 권리의 문제를 의무의 문제로도, 의무의 관점에서 파악할 수 있음을 의미한다. 이 시

39) 역으로 의무가 있는 곳에 반드시 권리가 있는 것은 아니다. 헌법규범 중에는 국가에게 의무만 부과할 뿐 그에 대응하는 권리를 상정하지 않는 것이 많다. 기본권 규범이 아닌 대부분의 헌법규범이 그러할 뿐만 아니라, 헌법에 규정된 기본권 조항의 법적 성격에 관하여도 주관적 권리성을 인정할 것인지의 논의도 적지 않다. 예를 들어, 헌법 제10조의 인간의 존엄, 제34조의 사회보장 규정이 주관적 권리를 보장하는 것인지에 관하여 견해가 나뉜다. 소극적 견해에 의하면 인간 존엄 및 사회보장에 관한 국가의 객관적 의무는 있지만, 이를 요구할 개인적, 주관적 권리는 없다고 한다.

론은 기본‘권’론이지만, 의무의 내용을 조명함으로써 권리의 내용을 해명한다.

2. 기본권의 공통성과 상관성

가. 헌법이념상의 공통성과 상관성

자유권이든, 비(非)자유권이든, 어떤 기본권 분류에 속하든, 기본권은 헌법이념상의 공통성을 지닌다. 헌법질서 속에서 기본권의 의미와 기능은 여러 관점에서 파악할 수 있겠지만, 일응 개인이 존엄한 인간으로서 자신의 인격을 자율적으로 발현하게 하고, 개인에게 공동체 구성원으로서의 동등한 자격(citizenship)을 부여하는 데에 있다고 해 보자. 혹은 간명하게 자유, 평등 및 민주주의의 실현이라고 할 수도 있을 것이다. 어쨌든 이러한 헌법이념(기본권이념)을 추구하며 그 실현에 기여, 관여한다는 점에서 자유권과 비자유권은 다르지 않다. 신체의 자유나 표현의 자유 없이 위 헌법이념이 추구, 실현될 수 없듯이, 선거에 동등하게 참여하지 않고, 교육을 받지 않고, 최소한의 생계가 유지되지 않고서는 역시 위 헌법이념이 추구, 실현될 수 없다.

헌법이념의 관점에서 볼 때 기본권 간에는 공통성뿐만 아니라 상관성도 존재한다. 개별 기본권의 단독적 주장, 실현만으로는 부족하고, 서로 다른 분류에 속하는 여러 기본권들이 상호 의존, 협력, 보완할 때 비로소 위 헌법이념이 충실히 실현될 수 있다. 이런 점에서 기본권 상호간에는 상호의존성(interdependence)과 상관성(interrelatedness)이 있다고 할 것이다.⁴⁰⁾ 자

40) 국제인권법에서는 인권이 불가분성(indivisibility), 상호의존성(interdependence), 상관성(interrelatedness)을 지닌다고 일컬어지고 있다. 국제인권법에서 불가분성의 의미를 탐구하여, 자유권규약과 사회권규약으로 이분화된 UN인권체제를 통합적 보장체제로 복원하려는 데에서 그 의미를 찾아야 한다는 견해를 제시한 것으로는, Daniel J.

유라는 것이 사회적 관계 내에서 구성, 획득되어지는 것이고, 법적 자유와 실질적 자유 간에 상관성이 있다고 할 때 위 명제는 당연한 것인지는 모른다. 그러므로 예를 들어, 교육의 기회가 적정히 보장되지 않은 가운데 표현, 학문의 자유와 같은 자유권이나, 선거권, 공무담임권과 같은 참정권의 보장이 의미를 가질 수 없다. 알 권리나 표현의 자유가 보장되지 않으면 생존 기회의 박탈, 열악한 근로조건과 같은 사회적 기본권에 관한 문제나, 차별과 혐오와 같은 평등권의 문제가 정치적·사회적 의제로 설정될 수 없고, 그에 관한 정치적 결정에 참여할 수 없다.

나. 실현구조상의 공통성(재정소요와 사법심사가능성)

기본권의 실현구조에 있어서 자유권과 비자유권, 특히 사회적 기본권은 큰 차이가 있다는 것이 주류적 기본권론이다. 주장되는 양자 간의 차이를 요약하면 다음과 같다.

	자유권	사회적 기본권
작용(기능)	소극적 방어	적극적 요구
국가의 의무	소극적(부작위)	적극적(행위)
실현	권리 내용의 확정성 입법형성 불필요 기본권제한적 법률유보	권리 내용의 불확정성 입법형성 필요 기본권형성적 법률유보
자원(재정)의 소요	없음(cost free)	있음
사법심사(judiciability)	적합	부적합 권력분립 및 민주주의와 부조화
위헌심사기준	최대보장	최소보장

Whelan, *Indivisible Human Rights*, Univ. of Pennsylvania Press(2010).

이러한 대비가 틀렸다고 할 수 없다. 자유권과 사회적 기본권의 작용, 실현구조에는 위와 같은 차이점이 있고, 많은 문제 영역과 사안에서 이러한 대비는 기본권 문제를 적절히 해결하는 데 유용한 이론적 틀을 제공한다. 그러나 이원적 구분론은 이러한 차이가 상대적이라는 점, 공통적인 작용, 실현구조가 존재하고 요청된다는 점에 대한 충분한 인식에 기초하고 있지 않다.

자유권이든 비자유권이든, 기본권의 실현에는 “돈이 든다”(Rights cost money). 기본권 보장의무를 지는 국가가 비용이나 예산을 이유로 기본권을 무시, 침해, 방임해서는 안 된다.⁴¹⁾ 사회적 기본권의 경우 국가가 그 의무를 이행하려면 물질의 급부나 제도를 마련·시행하여야 하므로 원칙적, 통상적으로 재원이 소요됨에 반하여, 자유권의 경우 국가가 지는 1차적 의무는 불간섭의 소극적 의무이므로 원칙적, 통상적으로 재원이 소요되지 않는다고 생각할 수 있다. 그러나 자유권 보장을 위해 국가의 적극적 의무의 이행이 필요한 경우가 있고, 이때 그 의무 이행을 위해서는 재원이 소요된다. 예를 들어, 국가는 비례성원칙(과잉금지원칙)의 정신에 따라, 자유권에 대한 제약(간섭)이 수인(受忍)할 수 없을 정도로 과도하지 않도록 필요한 조정, 완화책을 강구해야 하는데, 여기에는 많은 경우 재원이 소요된다. 이러한 것의 대표적 사례로 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제도, 재산권 제약에 대한 조정적 보상, 교정시설의 과밀수용 해소 등을 들 수 있다[이에 관하여는 아래 3. 나. (1) 참조]. 뿐만 아니라, 소극적 부작위의무를 이행하는 데에 재원이 소요되지 않는 것만도 아니다. 먼저, 자유권의 향유를 위해서는 국가적으로 형성·관리되는 제도나 질서가 전제되거나 필요한 경우가 많다는 점을 지적할 수 있다. 예를 들어 변호사 또는 의사와 같은 직

41) 캐나다 연방대법원은 비용(Cost)의 고려는 기본권을 제한할 수 있는 정당한 입법목적이 원칙적으로 되기 어렵다는 입장이다. Hogg, *Constitutional Law of Canada*(2010), Student Ed., Chapter 38.9(f).

업을 선택할 자유는 변호사제도, 의사제도와 같이 국가 법질서로서 승인, 관리되는 직업제도를 전제하지 않고는 의미가 없다. 주식의 취득·처분이 라는 재산권 또는 계약의 자유는 주식회사, 증권거래소, 이를 떠받치는 상 법 등의 법질서 없이는 행사될 수 없다. 이러한 제도나 질서(변호사자격제 도, 증권거래소)를 유지·관리하는 데에 국가의 비용이 소요됨은 물론이다. 다음으로, 소극적 부작위 의무의 이행에 사실상 소요되는 비용도 있다. 국가는 국가권력의 행사에 있어 자유권을 침해하지 않도록 하는 여러 절차 적·실체적 프로그램이나 제도(청문, 공무원 교육 등)를 마련, 유지하여야 할 것이기 때문이다.

자유권과 달리 사회적 기본권은 사법심사(judiciability)에 적합하지 않다는 주장은 국제인권법에서든, 실정헌법 분야에서든 많이 극복되었다.⁴²⁾ 무엇보다도 우리 헌법재판소는 사법심사의 척도는 완화할지언정 사회적 기본 권 침해 여부에 관한 사법적 판단을 이미, 지속적으로 해오고 있다.

따라서 기본권 실현을 위한 재정소요와 사법심사가능성의 면에서도 자유 권과 비자유권 사이에 공통성이 있고, 다만 그 정도에 있어 상대적인 차이 가 있다고 할 것이다(그 밖의 공통성과 차이점은 아래의 서술에서 자연스럽게 드러날 것이다).

42) 이 시론은 사회적 기본권에 대해 사법심사가능성이 있다는 것을 전제한다. 이것을 논증하는 것은 이 글의 목적이 아니다. 이에 관하여는 이미 국내·외적으로 많은 연구 성과가 집적되어 있다. 예를 들어, 최규환, 「사회적 기본권의 사법심사가능성」, 고려대학교 박사학위논문, 2014; Jeff King, *Judging Social Rights*, Cambridge Univ. Press (2012); Fons Coomans(ed), *Justiciability of Economic and Social Rights*, Intersentia (2006).

3. 기본권론으로서의 3원적 의무론

가. 3원적 의무론 총론

(1) 의무의 다원성(복합성) 및 그 헌법적 근거

주류적 기본권론의 이분법은 자유권에 국가의 소극적 의무를, 사회적 기본권에 국가의 적극적 의무를 대응시키고 있다. 그러나 기본권의 ‘실효적’ 보장을 위해서는 하나의 기본권에 하나의 의무만 대응시킬 것이 아니라, 요청되는 여러 의무를 대응시키는 것이 필요하고, 바람직하다. 고전적인 의미의 자유권은 전(前)국가적 자유로서 국가의 개입이나 보호 없이도 그 내용의 실현이 가능한 것으로 생각되었다. 국가는 기본권의 적(敵)으로서 가급적 소극적 부작위에 머물 것이 요청되었다. 그러나 오늘날 전국국가적 자유의 영역은 상대적으로 감소하였다. 국가의 기능과 과제는 획기적으로 확대되었고, 기본권을 포함하여 가치와 자원의 분배는 많은 부분 국가에 의해 이루어진다. 자유는 이제 많은 경우, 국가 내에서, 국가의 제도와 질서에 의하여 뒷받침되는 자유이다. 국가는 더 이상 기본권의 적이 아니라 보장자로서, 기본권 실현에 필요한 일들을 적극적으로 수행해야 할 과제를 떠맡고 있다. 국가는 때로 소극적 방임으로서 개인의 자유를 보호할 수 있지만, 때로 적극적으로 급부, 배려하여야 하며, 때로는 경합·상충하는 기본권 갈등을 해결하기 위해 개입, 조정애 나서야 한다. 기본권론의 관점에서 보자면, 이제 하나의 기본권 실현을 위해 필요한 복수의 의무를 이행하여야 한다는 점이 시인되지 않으면 안 된다. 그렇지 않으면 자유와 권리 역시 국가 내에서, 국가를 통해 실현될 수밖에 없는 오늘날의 현실에서 기본권의 ‘실효적’ 보장은 다분히 공허해 질 수 밖에 없기 때문이다.

국가가 기본권 실현에 필요한 다수의 복합적 의무를 이행해야 한다는 것의 헌법적 근거는 헌법 제10조에서 찾을 수 있다. 헌법 제10조 제2문은

“국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하고 있으므로, 국가는 기본권의 보장에 필요한 일들을 행할 의무를 포괄적으로 진다고 할 것이기 때문이다.

(2) 의무의 분류: 2원론과 3원론

의무의 다원성을 인정하면서도 그러한 의무를 다시 몇 가지로 분류하려는 유형론을 제시하는 것은 모순적일지도 모른다. 개별 사안마다 기본권 실현에 필요한 국가의 의무를 구체적으로 찾아내어 이를 적용하는 것이 중요하며, 의무의 유형론이나 분류론은 분류의 어려움, 분류의 일관성의 흠결, 분류의 어쩔 수 없는 경직성 등으로 인해 사안에 가장 적합한 의무들을 확인, 실천하는 데 오히려 장애를 초래할 것이라는 우려를 할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 도그마틱은 일정한 체계화를 요구하고, 유형이나 분류는 체계화의 가장 기본적인 방법에 속한다. 의무의 유형론은 기본권관계의 당사자에게 인식과 행동의 적절한 기준과 지침을 제공함으로써 효율적으로 기본권문제에 접근, 해결할 수 있는 틀을 제공한다.

그렇다면 기본권 보장에 필요한 국가의 의무들을 어떻게 분류할 것인가? 새로운 분류방식을 고안할 수도 있겠지만 국제인권법 분야에서 오랫동안 논의, 검토, 사용되어 온 분류법인 2원적 의무론 또는 3원적 의무론 중에서 선택하는 것이 현 단계에서는 적절한 것이 될 수 있다.

2원적 의무론은 국가의 의무의 태양이나 속성에 따라, 어떤 행위를 하지 말 것을 요구하는 소극적 의무와, 어떤 행위를 할 것을 요구하는 적극적 의무로 나눈다. 3원적 의무론은 요구되는 국가의 의무를 그 내용에 따라 존중(respect), 보호(protect), 충족(fulfil)으로 나눈다. 3원적 의무론이 보다 적실성이 높다고 생각한다. 그 이유는 첫째, 2원론은 의무의 속성만을 제시할 뿐이지만, 3원론은 의무의 내용에 따른 분류이므로 적절한 행위 기준과 방향성의 제시라는 유형론의 목표에 보다 충실한 분류이기 때문이다. 개방

적 규범인 기본권규범의 특성에 따라 향후 기본권의 기능과 내용에 의미 있는 변화가 생긴다면 그에 맞추어, 4원적 혹은 5원적 의무론으로 발전이 가능하다. 둘째, 3원론은 기존의 기본권론과의 연결성이 높은 분류이기 때문이다. 기존의 도그마틱은 기본권의 작용을 대국가적 방어권 혹은 대국가적 요구권으로 나누어 고찰하므로 소극적 의무와 적극적 의무로 나누는 2원적 의무론과도 연결될 수 있다. 그러나 위(III)에서 본바와 같이 국가의 보호의무론은 기존의 도그마틱 내에서 확고히 자리잡았다. 국가의 기본권 보호는 적극적 의무의 하나이긴 하지만, 그 내용과 방향성에 있어서 뚜렷한 인식, 구분이 가능한 영역을 이루는 국가의 작용(의무)이다. 기존 도그마틱의 이러한 발전적 성과를 반영하여 이를 별도의 카테고리로 설정하는 것이 바람직하다 할 것인데, 3원론은 이를 가능하게 한다. 3원론의 약점으로는 내용지향적 분류여서 그 구분이 쉽지 않다는 점을 들 수 있다.

(3) 세 가지 의무의 내용과 구분

3원적 의무론에서 말하는 “존중”, “보호”, “충족”이란 사전(辭典)상의 일반적 용례에 따라 이해되어서는 안 된다. 일반적인 언어상 의미만으로는 세 가지 의무 간에 명확한 구분이 되지 않는다. 기본권을 존중하지 않으면서 기본권을 보호, 충족할 수 없으며, 기본권 보호는 곧 기본권 존중이자 충족이라는 점만 생각해 보아도 이를 알 수 있다. 따라서 여기서 말하는 “존중”, “보호”, “충족”이란, 특정한 의미를 지닌 것으로 좁혀 사용되는, 기본권론 고유의 개념이다.

(가) 존중의무

존중(respect)의무는 국가가 개인의 기본권 행사, 향유에 간섭, 방해하지 말아야 할 의무를 말한다.

존중의무의 기본권 관계는 개인과 국가가 대립하는 1:1의 관계이며, 의

무의 성격(속성)은 국가의 소극적 부작위 의무이다. 국가가 존중의무를 위배할 때에는 개인은 국가에 대해 중지, 방해배제를 청구할 수 있다. 존중의무의 구조와 내용은 전통적 기본권론에서 설명하는 자유권의 작용과 잘 부합한다. 자유권은 1차적으로 대국가적 방어작용을 하는 기본권이며, 국가는 개인의 자유를 침해하는 행위를 해서는 안 될 소극적 부작위 의무를 부담한다고 설명되어 왔던 것이다.

존중의무는 사적 자원뿐만 아니라 공적 서비스와 자원의 향유를 방해하지 말아야 할 의무도 포함된다. 오늘날 국가와 사회, 국가와 개인의 상호연관성과 의존성이 대단히 높아졌기 때문이다. 특히 새로운, 혹은 심화된 자유의 조성을 적극적으로 요구하는 것이 아니라, 기존의 공적·사적 자원에 대한 접근, 기존의 지위 유지에 관한 자율적 결정을 국가가 함부로 간섭하거나 박탈해서는 안 될 것인데, 이는 존중의무에 귀속시킴이 상당하다. UN 사회권위원회도 같은 입장이다.⁴³⁾

(나) 보호의무

보호(protect)의무는 사인(私人)에 의한 기본권 침해로부터 기본권을 보호해야 할 의무를 말한다. 전통적으로 개인의 자유나 권리는 국가 측의 침해로부터 어떻게 보호할 것인가가 문제되었으나(위 존중의무), 오늘날 사인 간에 존재하는 사회적 힘의 불균형이 현저해지고 사적 권력이나 사인에 의한 기본권 침해의 문제가 그에 못지않게 빈번하고 심각해졌다. 개인이든, 집단이든, 기업이든 사적 주체에 의한 침해로부터의 보호 없이는 실효적인 기본권 보장을 운위할 수 없게 되었다.

보호의무는 국가를 통하여 사인의 기본권 침해로부터 다른 사인의 기본권을 보호하려는 것이므로, 여기서는 개인-국가-개인의 3각의 법적 관계가 형성된다. 보호의무의 실현은 입법과 같은 국가의 적극적 조치를 필요로

43) General Comment 12, at para. 15.

하므로 의무의 성격은 적극적이다.

물론 기본권을 침해할 수 있는 위험원(危險源)은 사인뿐만 아니라 매우 다양하다. 외국 공권력, 기본권 주체의 자초(自招)위험, 자연재해, 기술적 발전과 생태환경의 변화 등이 있다. 그러나 보호의무를 넓게 파악할수록 개념의 엄밀성과 고유성을 상실하게 되며, 다른 위험원으로부터의 보호는 아래에서 보게 될 충족의무의 내용으로 일부 소화할 수 있다. 따라서 보호의무의 개념은 다른 사인으로부터의 침해 보호라고 좁게 구성함이 상당하다.

보호의무의 이행은 법제도의 시행, 절차의 마련, 급부의 제공 등 다양한 양상으로 나타날 수 있다.

(다) 충족의무

충족(fulfil)의무는 개인이 기본권 향유에의 기회를 가질 수 있도록 국가가 필요한 조치를 취할 의무를 말한다. 그러한 조치에는 입법, 행정, 예산상의 조치가 포함된다.

충족의무 역시 의무의 속성(성격)은 적극적 의무에 속하며, 이 점에서 보호의무와 같다. 그러나 보호의무가 개인-국가-개인의 3각의 법적 관계를 형성함에 반하여, 충족의무에서는 존중의무와 마찬가지로 개인과 국가의 1:1 관계가 이루어진다. 존중의무와 다른 점은 국가의 의무가 적극적인 행위(조치) 의무라는 점이다.

국제인권법의 논의를 기본권론으로 전환함에 있어 선별적 조정작업이 많이 필요한 분야가 충족의무 분야이다. 국제인권법상 충족의무는 그 범위도 대단히 포괄적이고, 개념의 명확성도 미흡하다. 위에서 본바와 같이 사회권위원회는 충족의무에 지원(facilitate)과 제공(provide), 경우에 따라서는 증진(promote)의무도 포함된다고 보고 있다. ‘지원’, ‘증진’이라는 것은 권리의 향유를 용이하게 하거나, 권리 실현을 강화하는 데 관련되는 여러 법적·사실적, 직접적·간접적 조치들을 모두 포함할 수 있다. 사회권위원회는 인

권에 관한 교육, 홍보활동을 여기에 포함시키고 있고,⁴⁴⁾ 건강권(사회권규약 제12조)에 대한 충족의무의 하나로 의사 및 의료요원에 대한 적절한 훈련, 대기, 토양, 수질 오염의 감축·제거에 관한 정책의 수립·시행을 포함시키고 있다.⁴⁵⁾ 그러나 이러한 것들을 모두 실정헌법의 기본권의 내용으로 받아들이기는 어렵다. 따라서 국제인권법상 인정되는 충족의무 중에서 권리의 내용이 구체적이고 명확하며, 사법적(司法的) 보호에 적합한 것들만 기본권상의 충족의무로 수용하여야 할 것이다.⁴⁶⁾ 이런 접근방식에 의하면 대체적으로 보아, 국제인권법상 ‘지원’이나 ‘증진’의 의무에 해당하는 것들은 많은 경우 기본권론상의 충족의무에 포함되지 않을 수 있다. 왜냐하면 ‘지원’, ‘증진’의 의무는 기본권 실현 가능성을 간접적, 사실적으로 제고하는 데에 관련되어 있을 가능성이 높기 때문이다. 이 시론에서는 ‘제공’의무를 중심으로, 충족의무의 개념을 크게 다음의 두 가지로 구성해 보고자 한다.

첫째, 일정한 경우에 충족의무는 개인에게 필요한 재화·용역, 시설, 법적 지위를 제공할 의무를 뜻한다. 그것이 없이는 해당 기본권의 실현이 전혀 혹은 거의 불가능한 핵심적 사항이라면 국가는 이러한 사실적, 법적 급부를 제공할 의무를 부담한다고 보아야 할 것이기 때문이다. 이러한 제공의무는 많은 경우 사회적 기본권에서 인정될 것이다. 그러한 예로는, 생존에 필요한 최소한의 물질(헌법 제32조의 인간다운 생활을 할 권리),⁴⁷⁾ 의

44) General Comment No. 19, para. 49.

45) General Comment No. 14(E/C.12/2000/4), para. 36.

46) “헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실제 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것이다.”(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369)

47) “‘인간다운 생활을 할 권리’로부터는, 그것이 사회복지·사회보장이 지향하여야 할 이념적 목표가 된다는 점을 별론으로 하면, 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한

무교육을 위한 학교, 교과서, 급식(헌법 제31조의 교육을 받을 권리)⁴⁸⁾의 제공의무를 들 수 있을 것이다. 그러나 다른 유형의 기본권에서도 인정될 여지는 적지 않다. 선거권이나 재판청구권은 거주 지역 가까이에 투표소나 법원이 존재하지 않으면 형해화된다. 자유권에 관하여도 이러한 충족의무는 인정될 수 있다[이에 관하여는 아래 나. (1)에서 상술].

둘째, 일정한 경우에 충족의무는 법적인 제도나 질서를 마련하여 시행할 의무를 뜻한다. 이러한 의무 역시 사회적 기본권에서 많이 문제되었지만, 다른 유형의 기본권에서도 문제될 수 있다. 사회적 기본권의 예를 들자면, 교육을 받을 권리(헌법 제31조)의 경우 학교에 대한 감독, 교원의 자격, 교육재정 등 교육에 필요한 기본적인 법제도를 마련하지 않으면 이 권리는 충족될 수 없다. 헌법 제34조 제2항에 근거한 사회보장수급권이 기본권으로 인정된다면,⁴⁹⁾ 국가는 최소한의 사회보장법제를 마련, 시행하여야 할 것이다. 자유권의 예를 들자면, 고문을 받지 않을 권리(헌법 제10조)를 보장하기 위해 국가는 고문을 자행해서 안 될 뿐만 아니라 나아가, 고문으로

“최소한의 물질적인 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다.”(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14)

- 48) 헌법재판소는 급식에 관하여 소극적 입장을 보이고 있다. “이 사건 법률조항들은 학교급식과 관련된 경비 중 일부를 중학생의 학부모가 부담할 수 있도록 하거나, 당해 학교의 설립경영자가 원칙적으로 부담하도록 되어 있는 비용 이외의 급식에 관한 경비를 중학생의 학부모가 부담하도록 하는 규정이다. … 급식활동 자체가 의무교육에 필수불가결한 내용이라 보기 어렵고, 국가나 지방자치단체의 지원으로 부담을 경감하는 조항이 마련되어 있으며, 특히 저소득층 학생들을 위한 지원방안이 마련되어 있다는 점 등을 고려해 보면, 이 사건 법률조항들이 입법형성권의 범위를 넘어 헌법상의 무교육의 무상원칙에 반하는 것으로 보기는 어렵다.”(헌재 2012. 4. 24. 2010헌바164)
- 49) “헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 하고, 제2항은 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정하고 있는 바, 사학연금법상의 연금수급권과 같은 사회보장수급권은 이 규정들로부터 도출되는 사회적 기본권 중의 하나이다.”(헌재 2010. 4. 29. 2009헌바102)

얻은 증거자료의 증거능력을 배제하는 법제도를 적극적으로 마련할 때에야 비로소 이 권리는 실효적으로 충족될 수 있다. 재판청구권의 경우 무자력자를 위한 국선변호인제도, 소송구조제도를 마련, 시행하여야 충족의무를 이행한 것이 될 것이다.

충족의무의 이행 역시, 보호의무와 마찬가지로, 법제도의 시행, 절차의 마련, 급부의 제공 등 다양한 양상으로 나타날 수 있다.

(라) 절차적 보장: 충족의무 혹은 보호의무의 요소

기본권의 보장은 결국 기본권의 내용을 보호한다는 것이므로 1차적으로 실체법적 보장을 통해 달성된다. 그러나 실제적인 기본권 지위의 훼손 위험을 방지함으로써 기본권 실현을 효율적으로 하기 위해서는 절차적인 요소의 마련·시행이 필요한 경우가 있고, 경우에 따라서는 그것이 기본권의 내용 자체에 포함될 수도 있다. 이러한 절차적 보장이 독자적 기본권(내용)으로 명시된 경우에는 물론이고[예를 들어, 헌법 제12조에 의한 영장주의(형사절차에서 사람을 구속하려면 검사가 신청하고 법관이 영장을 발부하는 절차가 요구된다). 그리고 헌법 제27조의 재판청구권에 포함된 ‘공정한 재판을 받을 권리’의 내용을 구성하는 여러 절차적 요소들(예: 반대신문권)], 그렇지 않은 경우에도 기본권조항의 해석을 통하여 일정한 절차보장 의무를 도출할 수 있다.

독일에서는 이를 ‘조직(organisation)과 절차(verfahren)를 통한 기본권 보장’의 문제로 다루고 있는데, 그 서술의 체계와 방법은 상이하다. 이를 기본권의 객관법적 내용의 하나로 설명하는 견해가 있는 반면,⁵⁰⁾ 자유권의 방어권적 성격이 비례성원칙과 결부되어 나타나는 것이라고 이해하는 견해도 있다.⁵¹⁾

50) Dreier(Anm. 30), Rn.105-106.

51) Kingreen/Poscher(Anm. 27), Rn.126.

통합적 기본권론에서 절차 제공의무는 충족의무 혹은 보호의무에 해당할 것이다. 그리하여 해당 기본권의 실체적 실현과 분리하기 어려울 정도로 관련성이 깊은 경우라면 절차적 조치를 제공하지 않은 것이 충족의무 혹은 보호의무 위반이 되고, 그로써 그 기본권에 대한 침해가 인정되게 된다. 이와 같이 절차적 조치의 보장 여부는 충족의무 혹은 보호의무 준수 여부를 판단하는 주요 요소가 될 수 있다. 이때 충족의무의 문제로 볼 것인지, 보호의무의 문제로 볼 것인지는 문제 발생과 해결의 법적 구조가 개인-국가-개인의 3각관계를 형성하는지(보호의무)에 따라 판단해야 하겠지만, 경우에 따라서는 그 구분이 분명하지 않을 수 있다.

절차적 보장이 충족의무 혹은 보호의무의 요소가 되는지는 개별 사안별로 판단해야 하겠지만, 원자력발전소와 같이 위험요인이 커서 관련 당사자나 이해관계인의 참여를 통한 사전 점검 혹은 이해관계의 조정이 중요한 경우, 아동이나 정신질환자와 같이 당사자 스스로 자신의 이해관계를 충분히 방어, 대변할 수 없는 경우에는 절차적 보장이 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있을 것이다. 실제 사례를 보면, 독일 연방헌법재판소는 원자력발전소를 허가함에 있어서 생명 또는 건강을 보호하기 위해서는 관련 당국 및 시민의 참여를 보장하는 절차적 형성이 요구된다고 하였다(BVerfGE 53, 30/59ff.). 또한 독일 연방헌법재판소는 가정법원의 절차에서 아동의 복리와 부모의 이익이 상충할 때에는 아동의 이익을 대변할 특별대리인(pfleger)을 들으로써 아동의 인격권 등을 보장해야 할 절차법적 의무가 있다고 하였다[BverfGE 99, 145(157)]. 우리 헌법재판소는 정신질환자의 보호입원의 요건을 규정한 정신보건법 규정에 대하여, 절차적 보장의 미흡을 이유로 신체의 자유 침해를 인정한 바 있다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9).⁵²⁾

52) “정신질환자의 수용에서 해체에 이르기까지 일련의 과정에서 요구되는 적절한 절차 보장은 결국 격리수용의 필요성에 대한 판단에 공정성과 객관성을 담보하기 위한 것으로서 실제문제와 분리될 수 없으므로 … 강제입원은 기본적으로 신체의 자유를 제

(4) 3원적 의무론의 상대성

위와 같이 기본권론으로 3원적 의무론을 수용하더라도 그 이해, 적용이 절대적, 일률적이어야 하는 것은 아니다.

먼저, 모든 기본권이 항상 3원적 의무를 필수적으로 동반하여야 하는 것은 아니다. 예를 들어, 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항)에서 도출되는, 생존에 필요한 최소한의 물질의 급부를 청구할 권리나, 형사보상 청구권(헌법 제28조)의 경우 그 권리실현에 존중의무가 요청되는 상황을 상정하기 어렵다. 이들 권리의 실현 여부는 국가 측의 급부의 제공 여부(경우에 따라서는 사인의 침해로부터의 보호 여부)에 달려있다. 국가가 생존에 필요한 물질의 급부를 제공해 오다가 중단한다고 할 경우에도, 이것은 존중의무의 불이행이 아니라 충족의무(제공의무)의 중단(불이행)으로 평가하는 것이 적당하고, 그로써 충분하다. 양심형성의 자유, 신앙의 자유와 같은 내심의 자유의 경우에는 충족의무의 위반 여부가 문제되는 상황을 상정하기 어렵다.

다음으로, 어떤 권리의 실현에 3원적 의무의 이행이 필요하다고 하더라도 각 의무의 비중이 항상 동등한 것은 아니다. 어떤 기본권은 주로 존중의무나 보호의무를 통해, 어떤 기본권은 주로 충족의무를 통해 실현된다는 점을 인정할 수 있다. 자유권은 대체로 전자에, 사회적 기본권이나 청구권

한 내지 박탈하는 인신구속의 성질을 가지므로 부당한 강제입원으로부터 환자의 권리를 보호할 수 있는 절차의 마련이 필요하다. 예컨대 신체의 자유를 제한당하는 당사자에 대한 사전고지, 청문 및 진술의 기회, 강제입원에 대한 불복, 부당한 강제입원에 대한 사법심사, 국가 또는 공적기관에서 제공하는 절차보조인의 조력과 같은 절차가 보장될 필요가 있다. 그런데 정신보건법은 심판대상조항과 같은 보호입원제도를 두면서 이러한 절차들을 전혀 마련하고 있지 아니하다. ... 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.”(헌재 2016. 9. 29. 2014헌가9)

적 기본권의 일부는 후자에 해당한다고 말할 수 있다.

한편, 사회권위원회의 3원 의무론에 대하여 흔히 지적되는 바와 마찬가지로, 기본권론상의 3원적 의무론에 대하여도, 존중, 보호, 충족의 세 의무 간의 구분이 항상 명확하지 않을 수 있고, 그리하여 어느 의무에 해당하는지에 관한 판단의 일관성이 결여될 수 있다는 점이 지적될 수 있다. 아래나. (1)에서 보는 바와 같이 존중의무와 충족의무의 어디에 귀속시킬지에 관하여 견해가 갈릴 수 있고, 보호의무와 충족의무는 공히 국가의 적극적 조치를 요구한다는 점에서 그 구분이 애매한 경우가 있을 것이다. 또한 각 의무는 서로 밀접히 관련되어 있고, 기본권 실현을 위해서는 각 의무의 결합이 필요한 경우가 많다는 점도 인정되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 구분이 가능하다 하더라도 거기에 큰 의미를 부여할 수 없는 상황도 있을 수 있다(예를 들어, 사립 정신병원에 의한 수용환자의 기본권침해를 막기 위한 조치의무는 보호의무에 속하고, 국·공립 정신병원에 의한 침해를 막기 위한 조치의무는 존중의무에 속한다고 구분할 수 있을 것이나, 양자의 기본권 침해의 양상, 필요한 조치의 방향이나 방법에는 본질적 차이가 없을 것이다).

나. 3원적 의무론 각론

(1) 자유권 실현을 위한 다원적 의무

위에서 본 바와 같이 자유권 실현은 1차적으로 국가의 존중의무 이행을 통해 실현되지만, 나아가 보호의무나 충족의무의 이행이 필요한 경우도 많다. 자유권에 대한 국가의 존중의무는, ‘대국가적 방어작용’이라는 설명 하에, 기존의 기본권론에 의해서도 인정되어 왔다. 자유권에 대한 국가의 보호의무는, ‘기본권보호의무’라는 개념과 이론 하에 인정, 발전되어 왔음은 앞에서 본 바와 같다. 존중의무나 보호의무의 성격이나 내용은 3원적 의무

론에서도 대체로 그대로 유지될 수 있다. 따라서 여기서는 자유권 실현을 위한 충족의무를 어떤 경우에 인정할 수 있을지를, 국가의 적극적 행위(조치)가 필요한 상황을 몇 가지 유형으로 나누어, 차례로 살펴보고자 한다.

첫째, 해당 자유권의 정신과 취지에 비추어 일정한 적극적 조치의 보장이 그 자유권의 내용에 이미 포함되어야 하는 경우라면, 그러한 조치를 취할 의무는 충족의무에 포함되어야 할 것이다. 예를 들어, 개인정보자기결정권(헌법 제10조 및 제17조)은 개인정보에 대한 정보주체의 열람, 정정, 삭제, 기타 필요한 조치의 요구권을 포함하는 것으로 이해되고 있다.⁵³⁾⁵⁴⁾ 이러한 것이 없이는 개인정보에 대한 정보주체의 통제력 확보라는 이 기본권의 목적과 의미가 살아날 수 없기 때문이다. 알 권리(헌법 제21조)에 정보의 자유라는 소극적 방어권뿐만 아니라, 정보공개청구권이라는 적극적 청구의 내용을 인정하는 입장을 취한다면⁵⁵⁾ 정당한 이해관계 있는 자에 대한 국가의 정보공개는 알 권리 실현을 위한 충족의무의 이행이라고 볼 수 있다. 그 밖에 ‘변호인의 조력을 받을 권리’(헌법 제12조 제4항)에 포함되는 ‘변호인의 수사기록 열람·등사권’⁵⁶⁾에 대응하는 국가의 의무도 이러한

53) “개인정보자기결정권의 한 내용인 자기정보공개청구권은 자신에 관한 정보가 부정확하거나 불완전한 상태로 보유하고 있는지 여부를 알기 위하여 정보를 보유하고 있는 자에게 자신에 관한 정보의 열람을 청구함으로써 개인정보를 보호하고, 개인정보의 수집, 보유, 이용에 관한 통제권을 실질적으로 보장하기 위하여 인정되는 것이다.”(헌재 2015. 6. 25. 2011헌마769).

‘개인정보 보호법’은 정보주체에게 자신의 개인정보에 대한 열람, 정정·삭제·처리정지 등의 권리를 보장하고 있다(제35조 내지 제37조).

54) 유럽사법재판소(ECJ)는 유럽연합개인정보보호지침(Directive 95/46/EC)을 해석하면서 온라인상 ‘잊힐 권리’를 인정하고, 자신에 관한 신문기사 링크 삭제 조치 요구를 받아들인바 있다[Case C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v. AEPD, Mario Costeja González (ECJ 13 May 2014)].

55) 헌법재판소도 이런 입장이다. 알 권리 중 정보공개청구권에 대한 헌법재판소의 입장은 ‘정부나 공공기관이 보유하고 있는 정보에 대하여 정당한 이해관계가 있는 자가 그 공개를 요구할 수 있는 권리’라고 요약할 수 있다.

56) “변호인의 조력을 받을 권리는 그와 같은 접견교통권에 그치지 아니하고 더 나아가

의미의 충족의무로 파악할 수 있다.

둘째, 자유권에 대한 과도한 제약을 완화시켜 기본권 제한의 합헌성을 유지하기 위해서 일정한 보완적 혹은 대체적 조치가 필요한 경우에, 그러한 조치를 적극적으로 취해야 할 의무는 충족의무에 포함시킬 수 있다. 이때의 충족의무는 비례성원칙(과잉금지원칙)의 준수를 위해 요구되는 것이라 할 수 있다. 그러한 것으로는 양심적(종교적) 병역거부자의 기본권과 병역의무를 조정하기 위해 필요한 대체복무제,⁵⁷⁾ 재산권의 수용(收用)이 아니지만 지나치게 가혹한 제약을 초래할 경우 요구되는 조정적 보상(금전보상, 매수청구권 등),⁵⁸⁾ 비인간적인 과밀수용이 되지 않도록 교정공간을 마련, 배치하는 것⁵⁹⁾을 들 수 있다. 재산권 수용에 대한 손실보상(헌법 제23조

피고인이 그의 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다고 보아야 한다”(헌재 1997. 11. 27. 94헌마60). 또한 헌재 2010. 6. 24. 2009헌마257.

57) 헌법재판소는 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역법 제5조제1항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다고 하였다(헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379).

58) “입법자가 이 사건 법률조항을 통하여 국민의 재산권을 비례의 원칙에 부합하게 합헌적으로 제한하기 위해서는, 수인의 한계를 넘어 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 이를 완화하는 보상규정을 두어야 한다. 이러한 보상규정은 입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성하고 공공의 이익을 위하여 재산권을 제한하는 과정에서 이를 합헌적으로 규율하기 위하여 두어야 하는 규정이다. 재산권의 침해와 공익간의 비례성을 다시 회복하기 위한 방법은 헌법상 반드시 금전보상만을 해야 하는 것은 아니다. 입법자는 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같이 금전보상에 갈음하거나 기타 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 등 여러 가지 다른 방법을 사용할 수 있다.”(헌재 1998. 12. 24. 89헌마214)

59) 헌법재판소는 구치소의 실제 개인사용가능면적이 1.27㎡(약 0.3평)이어서 우리나라 성인 남성의 평균 신장인 사람이 팔다리를 마음껏 뻗기 어렵고, 다른 수형자들과 부딪치지 않기 위하여 모로 누워 칼잠을 자야할 정도로 매우 협소한 것은 인간으로서의 최소한의 품위를 유지할 수 없게 하는 것으로서 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이라고 하였다(헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142).

미국 연방대법원은 약 8만명을 수용하도록 설계되었음에도 약 두 배의 인원을 수용하고 있는 캘리포니아주 교도소시스템은 잔혹하고 이상한 형벌(cruel and unusual punishment)을 금지한 수정헌법 제8조에 위반된다고 하면서 감원을 명령한 하급심 판

제3항)도 넓은 의미에서는 이러한 범주에 포함된다고 볼 수 있다.

셋째, 금지되었던 자유권의 향유를 해제하여 주는 국가의 조치를 충족의 무로 구성할 수 있을지 문제된다. 행정법상의 허가는 직업의 자유 행사를 일반적으로 금지하였다가 개별적으로 해제함으로써 자유의 행사를 복원시켜 주는 법적 행위이다. 허가요건을 갖춘 신청에 대응하여 발생하는 국가의 허가발급의무는 직업의 자유 실현을 위한 충족의무라고 볼 수도 있지만, 그것이 아니라 존중의무에 수반되는 부수적인 급부의무에 불과한 것으로, 즉 직업의 자유라는 자유권의 방어작용의 일환이라고 볼 여지도 있다. 위(Ⅲ. 1.)에서 본바와 같이 독일에서는 후자와 같이 이해되고 있다. 여권의 발급⁶⁰⁾도 금지되었던 출국의 자유(헌법 제14조의 거주·이전의 자유)를 회복시켜 주는 조치라는 점에서 허가발급과 동일한 문제상황이라고 할 수 있다.

허가발급의무를 자유권의 방어작용의 부수적 현상으로, 즉 존중의무로 분류하려는 입장에서는 위 셋째뿐만 아니라, 첫째, 둘째 유형에서 언급된 국가의 의무 역시 존중의무로 분류할지도 모른다. 열람, 정정, 보상, 대체복무제의 마련, 과밀하지 않은 교정공간의 마련과 같은 권리내용이 국가의 적극적 조치를 매개로 구현되는 외형을 띠지만 그 본질은 자유의 방해 배제를 구한다는 점에서 역시 방어작용의 일환이고, 따라서 국가의 존중의무의 발현으로 보아야 한다는 논리가 가능할 것이다. 그러나 국가의 적극적 조치의무를 가급적 방어작용으로 설명하려 했던(하는) 것은 자유권 중심의 사고방식이다. 통합적 기본권론에서는 ‘방어작용에 수반되는 부수적 급부의무’와 같은 복잡하고, 기교적인 설명에 얽매일 필요가 없다. 해당 기본권의 실현에 필요하고, 사실적·법적 급부의 제공, 법제도의 마련과 같이 의무의

결을 승인하였다. *Brown v. Plata*, 563 U.S. 493(2011),

60) 자유권위원회는 출국의 자유(자유권협약 제12조의 거주·이전의 자유)는 여권 등 필요한 여행서류를 발급받을 권리를 포함한다고 하였다. *General Comment no.27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999. para.9.*

행태와 양상이 적극적이고, 그럼에도 보호의무에 해당하는 것이 아니라면 충족의무로 분류할 수 있다. 위 첫째 유형에서는 허가발급의 경우와는 달리 애초의 자유 박탈을 전제로 하는 것도 아니어서, 반드시 방해 배제의 성격을 지니고 있는 것도 아니다. 존중의무인지, 충족의무인지에 따라 위헌 심사기준이 결정적으로 좌우된다면 자유권 보장의 충실을 위해 존중의무를 고집할 필요가 있다고 할 것이나, 뒤(4.)에서 보는 바와 같이 그러한 전제는 필요하지 않다. 통합적 기본권론의 관점에서는 위의 어느 유형에 해당하는지를 구분함이 없이 모두 포괄하여 충족의무로 구성함으로써, 자유권에서도 필요한 국가의 적극적 조치의무를 인정하면서도 이론적 간명함이라는 장점을 누릴 수 있다. 이러한 접근방법에 의하면 존중의무의 영역이 감축되겠지만, 자유권의 실효적 실현이 중요하지, 존중, 보호, 충족 세 의무영역 간의 광협은 중요하지 않다.

넷째, 위에서 본 바와 같이 자유권의 실체적 실현과 분리하기 어려운 정도로 관련성이 깊은 경우에 절차적 조치를 제공하지 않는다면 충족의무(혹은 보호의무) 위반이 될 수 있다.

다섯째, 그 밖에 자유권의 실현에 기여하거나 관련되는 많은 국가의 사실적인, 법적인 조치가 있을 수 있다. 그것들은 교육이나 홍보활동에서부터 자금지원, 면세 등의 인센티브에 이르기까지 매우 다종다양하다. 이러한 것들 중의 어떤 것을 충족의무로 수용하고, 어떤 것은 수용하지 않을지 문제된다. 일반적으로 말하자면, 자유권의 실현과 직접적으로 밀접하게 관련되어 있는 것이라면 충족의무로 인정할 가능성이 높은 반면, 자유권의 실현을 단지 용이하게 하거나 간접적, 사실적으로 도와주는데 그치는 것들은 국제인권법상의 충족의무에는 포함될지 몰라도, 기본권론상 충족의무의 개념에 포함되지는 않는다고 보아야 할 것이다. 그러나 양자의 구분은 불명확할 수 있다. 국제인권법상 충족의무로 인정되고 있는 것들 중의 몇 가지를 놓고 기본권론상의 충족의무로 인정할 수 있을지 간략히 사고실험을 하

여보면 다음과 같다.

- 유럽인권재판소는 생명권(협약 제2조)으로부터 의문사를 조사할 의무를 도출하였다. 그러나 이는 고소, 고발이라는 법률상의 권리, 청원권이라는 다른 기본권의 행사, 민주주의 과정에서의 정치적·사회적 압력과 같은 수단들을 통해 달성할 수 있다는 점에서 충족의무로 반드시 수용하여야 한다고 보기 어렵다.
- 자유권위원회는 고문을 받지 않을 권리(자유권협약 제7조)를 보장하기 위해 고문으로 얻은 증거자료의 증거능력을 배제하는 법제도를 마련해야 한다고 하였는데⁶¹⁾, 이것은 기본권론의 충족의무에 수용될 수 있을 것이다. 고문 방지에 가장 직접적이고 실효적인 법제도이기 때문이다. 우리 헌법은 제12조 제7항에서 이를 별도로 규정하고 있지만, 그 실질은 고문을 받지 않을 권리(제12조 제2항)를 보장하기 위한 것이라고 볼 수 있다.
- 자유권위원회는 언론의 자유(자유권협약 제19조)와 관련하여, 대중방송(public broadcasting)이 독립적으로 운영되도록 보장해야 한다고 하면서, 독립성을 해하지 않는 방식으로 대중방송에 대한 운영자금을 제공해야 한다고 하였다⁶²⁾. 그러나 대중방송에는 국·공립방송 뿐만 아니라 민영방송도 포함될 수 있는데, 민영 대중방송에 대한 운영자금의 지원을 언론의 자유(방송의 자유)에서 바로 도출되는 국가의 충족의무라고 보기는 어려울 것이다. 헌법 제21조3항에서 규정하고 있는 바와 같이 그러한 사항은 입법사항이라고 보아야 할 것이다. 참고로 독일 연방헌법재판소는 예술의 자유(기본법 제5조제3항)로부터 예술지원청구권이 도출되지 않는다고 하였다.⁶³⁾

61) General Comment No. 20, 1992. para.12.

62) General Comment No. 34, CCPR/C/GC/34, 2011. para.16.

63) BVerGE 36, 321/331f; 81, 108/116.

여섯째, 자유권 실현의 사실적, 물질적 기초를 형성하는 목적과 기능을 가진 사회적 기본권이 따로 보장되어 있는 경우에는 해당 사회적 기본권의 내용으로 파악하는 것이 옳을 것이다. 그러므로 언론의 자유나 선거권 향유의 실질적 기반에 교육이나 건강이 필요하다 하더라도 교육 제공의 의무, 건강 보장의 의무는 교육을 받을 권리, 건강권의 문제로 다루는 것이 옳다.

(2) 사회적 기본권 실현을 위한 다원적 의무

기존의 기본권론에서 사회적 기본권은 물질의 급부나 법제도의 마련 등과 같은 국가의 적극적인 조치를 요구하는 것을 내용으로 하는 기본권으로 이해되었다. 이는 3원적 의무론에서도 다를 바 없을 것이다. 3원적 의무론에 따라 설명하자면, 사회적 기본권은 주로 국가의 총족의무의 이행을 통해 실현된다는 것이 된다. 그러나 사회적 기본권에서도 국가의 존중의무나 보호의무가 필요한 영역이나 상황이 적지 않고, 사회의 변화와 이론의 발전에 따라 그 중요성은 점증할지 모른다. 그러므로 여기서는 존중의무와 보호의무를 중심으로 살펴보고자 한다.

(가) 존중의무

기존 기본권론에서도 개별 사회적 기본권에 자유권적 성격·내용이 포함되어 있음이 인정되어 왔다. 이때 자유권적 성격·내용이란 대국가적 방어권으로서, 국가로 하여금 간섭이나 방해로 하지 말 것을 요구하는 것을 의미한다. 통합적 기본권론에서 이러한 부작위의무는 대체로 존중의무의 카테고리에 포섭될 것이다. 우리 헌법에 규정된 사회적 기본권, 그리고 이에 관한 헌법재판소의 판례를 중심으로, 존중의무 위반 여부의 문제로 다룰 수 있는지를 살펴보면, 다음과 같다.

1) 교육을 받을 권리(헌법 제31조)

이 권리를 실현하기 위해 교육조건이나 교육환경의 새로운, 혹은 심화된 조성을 해야 한다면 이는 충족의무의 문제겠지만, 기존의 교육자원에 대한 접근, 기존의 교육 지위의 유지에 관한 자율적 결정을 간섭, 방해하지 말아야 한다면 이는 존중의무의 내용으로 보아야 한다. 존중의무의 관점에서 분석·평가되어야 할 교육 관련 주요 쟁점으로는, 홈스쿨링(Homeschooling), 학교선택권, 퇴학 처분, 국정교과서의 강제 등이 있다. 헌법재판소도 교육을 받을 권리에 자유권적 성격이 있음을 인정하고 있다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾ 참고로 사회권위원회도 교육을 받을 자유를 방해하지 않아야 할 존중의무를 인정하고 있고,⁶⁶⁾ 유럽인권재판소도 학교의 강제 폐쇄 등을 통하여 민족언어로 가르치는 기존 학교에의 접근을 차단한 것은 학생들의 교육을 받을 권리를 침해하는 것이라고 하였다.⁶⁷⁾

2) 근로의 권리(헌법 제32조)

근로의 권리는 1차적으로 국가에 대하여 일자리로서 직장의 창출을 요구하는 것이다. 근로를 하기 위해 직업이나 직장을 자유롭게 선택하는 것을 국가가 간섭, 방해해서는 안 되지만 이러한 부작위 의무(존중의무)는 직

64) “헌법 제31조 제1항의 교육을 받을 권리는, 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 공권력에 의하여 부당하게 침해받지 않을 권리와, 국민이 능력에 따라 균등하게 교육받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리로 구성되는바, 전자는 자유권적 기본권의 성격이, 후자는 사회권적 기본권의 성격이 강하다고 할 수 있다. 그런데 이 사건 규칙조항과 같이 검정고시응시자격을 제한하는 것은, 국민의 교육받을 권리 중 그 의사와 능력에 따라 균등하게 교육받을 것을 국가로부터 방해받지 않을 권리, 즉 자유권적 기본권을 제한하는 것이므로, 그 제한에 대하여는 헌법 제37조 제2항의 비례원칙에 의한 심사, 즉 과잉금지원칙에 따른 심사를 받아야 할 것이다.”(헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456).

65) 교육을 받을 권리의 자유권적 성격과 내용에 관하여는, 김하열, “교육을 받을 권리의 자유권적 성격과 내용”, 헌법학연구 2016. 9. 참조.

66) General Comment No. 13(E/C.12/1999/10), para 47.

67) Catan and Others v. Moldova and Russia 2012-; 57 EHRR 99 para.143.

업의 자유의 내용이지, 근로의 권리의 내용은 아니라고 할 것이다.⁶⁸⁾

한편, 헌법재판소는 근로의 권리가 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등과 같은 ‘일할 환경에 관한 권리’도 포함하며, 후자는 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있다고 보고 있다(근로자의 퇴직금에 관한 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670; 출국만기보험금에 관한 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마367). 그러나 작업환경, 보수 등 근로조건의 보장은 국가가 침해작용을 중지함으로써 실현되는 것이 아니라 법제의 정비, 자금 지원 등 국가의 적극적인 급부와 배려를 통하여 비로소 이루어진다. 따라서 이것은 존중의무의 문제가 아니라, 충족의무(경우에 따라서는 보호의무) 이행 여부의 문제로 파악해야 할 것이다.

3) 근로3권(헌법 제33조)

근로3권은 개별 근로자 및 근로자단체가 자주적으로 단결하고, 단체협약의 체결을 위해 사용자와 교섭하며, 단체행동을 할 자유를 보호한다. 국가는 이러한 자유의 행사를 간섭, 방해하지 말아야 할 존중의무를 진다. 헌법재판소도 근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 보고 있다.⁶⁹⁾

68) 그러나 헌법재판소는 “이는 국가의 개입·간섭을 받지 않고 자유로이 근로를 할 자유와, 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하는 정책을 수립해 줄 것을 요구할 수 있는 권리 등을 기본적인 내용으로 하고 있고 ……”(헌재 2009. 2. 26. 2007헌바27), “근로의 권리란 인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하는바 ……”(헌재 2015. 5. 28. 2013헌마619)라고 하였다.

69) “근로3권은 근로자가 국가의 간섭이나 영향을 받지 아니하고 자유롭게 단체를 결성하고 그 목적을 집단으로 추구할 권리를 보장한다는 의미에서 일차적으로 자유권적 성격을 가지나 … 근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장하려는 데 있다. … 이러한 의미에서 근로3권

4) 인간다운 생활을 할 권리, 사회보장수급권(헌법 제34조)

인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항)에서 도출되는 생존에 필요한 최소한의 물질의 급부를 청구할 권리의 경우, 위에서 본 바와 같이, 이 권리는 주로 국가 측의 급부의 제공에 달려있으므로 그 권리실현을 위해 존중의무가 인정되어야 하는 것은 아니다.

헌법 제34조로부터 사회보장수급권이라는 기본권을 도출할 수 있다고 볼 경우, 이 권리는 국가에 의한 공적 사회보장시스템의 수립, 운영에 의해 비로소 향유될 수 있는 것이므로 충족의무(경우에 따라서는 보호의무)가 문제될 뿐, 존중의무가 문제될 여지는 별로 없다고 할 것이다.⁷⁰⁾

5) 환경권(헌법 제35조)

개인의 환경적 이익은 여러 원인과 경로로 침해될 수 있고, 오늘날 국가는 환경의 보호자로서 중요한 역할을 하지만, 국가도 그러한 침해자가 될 수 있음은 물론이다(예를 들어 국영기업의 운영을 통해 인근 주민의 토지나 대기, 수질을 오염시키는 경우). 그러므로 환경권은 그러한 환경침해를 하지 말아야 할 국가의 존중의무를 포함한다.⁷¹⁾

은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 말할 수 있다. … 근로3권의 사회권적 성격은 입법조치를 통하여 근로자의 헌법적 권리를 보장할 국가의 의무에 있다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.”(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13)

70) 위[II. 1. 나. (1)]에서 본바와 같이, 사회권위원회는 사회보장권(right to social security)에 대한 존중의무를 인정하면서, 공적·사적 사회복지 시스템에의 접근을 자의적으로 막아서는 안 된다고 하고 있다.

71) “환경권을 행사함에 있어 국민은 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는 자유를 침해당하지 않을 권리를 행사할 수 있고, 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되기도 하는바, 환경권은 그 자체 종합적 기본권으로서의 성격을 지닌다.”(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711)

6) 혼인과 가족생활, 건강권(헌법 제36조)

혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역으로서, 혼인과 가족생활에 관한 개인과 가족의 자유로운 선택과 형성을 존중하여야 한다. 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 혼인·가족관계에 국가가 함부로 개입하여서는 안 되며, 법과 제도로써 혼인·가족제도의 특정형을 일방적으로 형성하거나 개인에게 강요하여서는 안 된다.

헌법재판소 판례상으로도 이러한 존중의무를 인정한 것을 다수 볼 수 있는데, 혼인 상대방 선택의 자유(동성동본 금혼사건, 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6), 가족관계 형성의 자유(호주제 사건, 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9), 부모의 자녀교육권(학교선택권)(헌재 2008. 10. 30. 2005헌마1156; 2009. 4. 30. 2005헌마514) 등이 있다.

헌법 제36조제3항으로부터 건강권을 도출한다고 할 경우, 국가는 국민의 건강을 침해하지 말아야 할 존중의무를 진다.⁷²⁾

(나) 보호의무

기본권보호의무론은 자유권만 보유한 독일에서 발전한 이론이고, 우리 헌법재판소의 판례로는 생명이나 신체의 안전을 보호해야 할 의무가 문제된 사안이 많았지만, 사인에 의한 기본권 침해의 가능성이 자유권에 국한되는 것이 아니므로 자유권이 아닌 기본권에 대한 기본권 보호의무도 인정되어야 하며, 사회적 기본권의 실현을 위한 국가의 보호의무도 인정된다.

예를 들어, 근로의 권리는 사용자의 부당한 해고로부터 근로자를 보호해야 할 국가의 보호의무를 포함한다. 근로의 기회는 한편으로 일자리의 창

72) “헌법 제36조 제3항이 규정하고 있는 국민의 보건에 관한 권리는 국민이 자신의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 국가는 국민의 건강을 소극적으로 침해하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것에서 한걸음 더 나아가 적극적으로 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다는 것을 의미한다(헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734).”(헌재 2012. 2. 23. 2011헌마12)

출을 통하여, 다른 한편으로 기존 일자리의 존속을 통하여 확보되는 것이고, 사용자의 해고는 근로 기회 상실의 주요 경로이므로, 해고보호를 통한 근로기회의 존속을 보호하는 것도 근로의 권리의 내용에 포함된다고 할 것이다. 헌법재판소는 이러한 보호의무를 직업의 자유 또는 근로의 권리 각각으로부터 도출 가능한 것으로 본바 있지만(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50), 근로(고용)에 관한 기본권으로서 근로의 권리를 따로 규정하고 있는 우리 헌법 하에서는 근로의 권리에서 그 근거를 찾는 것이 타당하다고 할 것이다. 해고보호를 위한 국가의 적극적 조치는 충족의무의 관점에서 파악할 수도 있겠지만, 근로자와 대척점에 있는 사용자라는 제3자의 침해(고용박탈)를 국가가 나서서 조정, 보호하는 3각관계가 형성된다는 점에서 보호의무로 분류하는 것이 보다 적절하다. 근로기준법이 해고의 사유, 시기, 절차 등의 면에서 다양한 제한을 가하는 한편, 부당해고에 대하여 노동위원회를 통한 구제제도를 두고 있는 것은 이러한 보호의무를 이행하는 모습이라 할 수 있다. 헌법재판소는 근무기간이 6개월 미만인 월급근로자에 대하여 해고예고제도의 적용을 제외한 것은 이들의 근로의 권리를 침해한다고 한 바 있다(헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3).

환경권에서도 보호의무를 인정할 수 있다. 국가는 사인(私人)인 제3자에 의해 개인의 환경권이 침해될 때에는 적극적으로 환경권 보호조치를 취할 의무를 진다. 헌법재판소도 이를 인정하고 있다.⁷³⁾

헌법 제36조제3항으로부터 건강권을 도출한다고 할 경우, 국가는 건강을

73) “국가가 국민의 기본권을 적극적으로 보장하여야 할 의무가 인정된다는 점, 헌법 제 35조 제1항이 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무를 부여하고 있는 점, 환경침해는 사인에 의해서 빈번하게 유발되므로 입법자가 그 허용 범위에 관해 정할 필요가 있다는 점, 환경피해는 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 등을 고려할 때, 일정한 경우 국가는 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 진다.”(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711)

침해·위협하는 사인의 행위로부터 건강을 보호해야 할 의무가 있다.

(3) 참정권, 청구권적 기본권, 평등권의 경우

(가) 참정권, 청구권적 기본권

1) 충족의무

참정권(선거권, 공무담임권, 국민투표권⁷⁴)과 청구권적 기본권은 그 실현을 위해 입법형성이 필요하다. 선거권을 행사할 수 있기 위해서는 선거구, 선거관리 등에 관한 입법적 규율과 국가적 조치들이 필요하다. 공무담임권을 행사할 수 있기 위해서는 공직제도가 형성되어 있어야 한다. 법원, 법관, 소송법 등이 갖춰지지 않고서 헌법규정만으로 직접 재판청구권을 실현할 수는 없다. 이들 권리들을 보장하기 위해서 국가는 입법, 제도, 조직, 절차 등을 적극적으로 마련, 시행해야 한다는 점에서 이러한 의무는 충족의무에 해당한다고 볼 수 있다.

참정권의 충족의무 위반 여부의 문제로 볼 수 있는 사례로는, 인터넷투표방법이나 우편투표방법을 채택하지 않고 원칙적으로 공관에 설치된 재외투표소에 직접 방문하여 투표하는 방법만을 채택한 공직선거법의 위헌 여부가 문제된 사건(헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256)을 들 수 있다.⁷⁵

형사피고인에 대한 국선변호인의 제공은 헌법 제12조제4항에서 독자적 기본권 내용으로 규정하고 있는데, 내용상 재판청구권의 충족의무를 규정한 것이라고 할 수 있다.

74) 정치적 표현을 통한 정치 참여를 보장하는 정치적 자유권(언론·출판의 자유나 집회·결사의 자유)은 넓은 의미의 참정권이라 할 수 있겠지만, 여기에서는 제외한다.

75) 헌법재판소는 선거 공정성 확보, 비용 대비 효율성 등의 이유를 들며 재외선거인의 선거권을 침해하지 않는다고 하였지만, 반대의견에서 지적하는 바와 같이, 재외공관이 설치되지 않은 국가에 거주하는 재외선거권자, 공관으로부터 멀리 떨어진 지역에 거주하는 재외선거권자, 생계활동 등의 사정으로 선거일 당일에 관할 공관에 방문할 수 없는 재외선거권자 등의 선거권을 실질적으로 보장해 주지 못하므로 충족의무 위반으로 볼 여지가 있다.

2) 존중의무

그러나 이들 기본권의 실현에 있어서도 국가의 존중의무가 필요하다는 점이 간과되어서는 안 된다. 선거권의 경우를 보건대, 선거의 참여여부 및 선거에 있어서의 선택을 자유롭게 할 수 있어야 하는데, 이는 공권력의 불법적 사실행위(압력, 회유 등⁷⁶⁾) 뿐만 아니라 자유를 가로막는 불합리한 선거제도나 선거입법[예를 들어, 수형자의 선거권 박탈(헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409), 1인1표제⁷⁷⁾]에 의해서도 방해받을 수 있다.

공무담임권에 공직유지권이 포함된다고 볼 경우(헌법재판소의 입장이다⁷⁸⁾), 공직을 부당히 박탈하는 국가의 조치는 공직보유에 관한 개인의 선택과 이익을 존중할 의무에 반하는 것이라 할 수 있다.

재판청구권의 경우를 보자면, 제소나 재판절차에의 참여를 제약하는 입

76) 공직선거법 제85조(공무원 등의 선거관여 등 금지) ① 공무원 등 법령에 따라 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 선거에 부당한 영향력을 행사하는 등 선거에 영향을 미치는 행위를 할 수 없다.

77) ‘공선법은 이른바 1인 1표제를 채택하여(제146조 제2항) 유권자에게 별도의 정당투표를 인정하지 않고 있으며, 지역구선거에서 표출된 유권자의 의사를 그대로 정당에 대한 지지의사로 의제하여 비례대표의석을 배분토록 하고 있는바(제189조 제1항), 이러한 비례대표제 방식에 의하면, 유권자가 지역구후보자나 그가 속한 정당 중 어느 일방만을 지지할 경우 지역구후보자 개인을 기준으로 투표하든, 정당을 기준으로 투표하든 어느 경우에도 자신의 진정한 의사는 반영시킬 수 없으며, 후보자든 정당이든 절반의 선택권을 박탈당할 수 밖에 없을 뿐만 아니라, 신생정당에 대한 국민의 지지도를 제대로 반영할 수 없어 기존의 세력정당에 대한 국민의 실제 지지도를 초과하여 그 세력정당에 의석을 배분하여 주게 되는데, 이는 선거에 있어 국민의 의사를 제대로 반영하고, 국민의 자유로운 선택권을 보장할 것 등을 요구하는 민주주의원리에 부합하지 않는다. … 위 조항들의 위헌성으로 인하여, 첫째, 유권자인 국민들의 선거권이 침해된다. 비례대표제를 실시하지 않으면 모르되 비례대표제를 실시하는 이상 국민들에게는 비례대표국회의원에 대한 선출권이 보장되어야 한다. 그런데 현행 비례대표의원 선출방식은 비례대표의원에 대한 국민들의 직접적이고 자유로운 선출권을 그 최소한까지 보장하고 있지 않으므로 비례대표국회의원에 관한 한 국민의 선거권을 박탈하고 있다 할 것이다.’(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91)

78) “공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회의 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함되는 것이라고 할 것이다.”(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788)

법적 규율이 지나쳐서 이미 존재하는 사법자원에서의 접근기회를 실질적으로 박탈하는 정도에 이른다면(고액 인지대, 단기 제소기간⁷⁹⁾) 이는 충족의무 이전에 존중의무 위반이라고 평가할 수 있을 것이다.⁸⁰⁾

3) 보호의무

이들 기본권의 실현에 국가의 보호의무도 인정될 수 있다. 공직선거법은 사인에 의한 선거자유방해행위를 처벌하는 조항을 두고 있고,⁸¹⁾ 피고용인의 투표시간을 보장하는 조항을 두고 있는데,⁸²⁾ 이러한 것들은 사인의 침해로부터 선거권을 보호하는 입법조치이다. 사적 당사자 간에 체결된 부제소 계약이라 하더라도 장래 발생할 일체의 분쟁에 관한 부제소 합의, 불이익

79) “이 사건 법률조항은 형사보상청구권의 제척기간을 1년으로 규정하고 있으나, 형사보상청구권은 위에서 열거하는 어떠한 사유에도 해당하지 아니하고 달리 그 제척기간을 단기로 규정해야 할 합리적인 이유를 찾기 어렵다. 특히 형사보상청구권은 국가의 형사사법작용에 의해 신체의 자유라는 중대한 법익을 침해받은 국민을 구제하기 위하여 헌법상 보장된 국민의 기본권이므로 일반적인 사법상의 권리보다 더 확실하게 보호되어야 할 권리이다. 그럼에도 불구하고 아무런 합리적인 이유 없이 그 청구기간을 1년이라는 단기간으로 제한한 것은 입법 목적 달성에 필요한 정도를 넘어선 것이라고 할 것이다.”(헌재 2010. 7. 29. 2008헌가4)

80) 참고로 자유권위원회는 법원에의 접근이 법적, 사실적으로 방해받는다면 자유권협약 제14조(법원에의 접근권) 위반이라고 하고 있다. General Comment no.32(CCPR/C/GC/32, 23 August 2007), para 9.

81) 제239조의2(선장 등에 의한 선거자유방해죄 등) ① 선장 또는 입회인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 하게 한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다.

1. 선상투표신고 또는 선상투표를 하지 못하게 하거나 선상투표용지의 서명을 거부하는 등 투표를 방해하는 행위 (이하 생략)

82) 제6조의2(다른 자에게 고용된 사람의 투표시간 보장)

① 다른 자에게 고용된 사람이 사전투표기간 및 선거일에 모두 근무를 하는 경우에는 투표하기 위하여 필요한 시간을 고용주에게 청구할 수 있다.

② 고용주는 제1항에 따른 청구가 있으면 고용된 사람이 투표하기 위하여 필요한 시간을 보장하여 주어야 한다.

③ 고용주는 고용된 사람이 투표하기 위하여 필요한 시간을 청구할 수 있다는 사실을 선거일 전 7일부터 선거일 전 3일까지 인터넷 홈페이지, 사보, 사내게시판 등을 통하여 알려야 한다.

을 명확히 예측할 수 없는 상태에서 이루어진 합의의 효력이 부인되는 것은(대법원 2002. 2. 22. 2000다65086⁸³⁾; 2001. 9. 4. 2001다9495) 법원 재판에 의하여 재판청구권에 대한 보호작용이 이루어진 것이라고 할 것이다.

(나) 평등권

평등권은 독자적인 보호영역이 없고 상대적인 관계를 규율한다는 점에서 다른 기본권들과는 다른 실현구조를 가진다. 평등권은 국가로부터의 소극적 방어나 국가에 대한 적극적 요구의 상대적 관계를 문제 삼는 기본권이다. 평등권은 국가가 차별적으로 자유를 제약할 때에는 이에 대한 방어권으로 작용하고, 국가가 차별적으로 급부나 혜택의 제공에서 배제할 때에는 국가에 대한 적극적 요구권으로 작용하지만, 그 형식은 동등처우요구이다. 즉, 평등권은 독자적인 존중의무나 충족의무를 갖고 있는 것이 아니라, 동등처우요구를 통해 간접적으로(결과적으로) 존중이나 충족의 요구를 관철시킨다. 그러므로 평등권에 대응하는 국가의 의무는 동등처우의무(차별금지 의무)이다.

나아가 평등은 부분적으로 차등처우요구로도 이해할 수 있다. 일률적으로 동등하게 취급하는 것이 사회적 부정의(사회국가의 문제)로 인식되기 이전에 이미 불공평(평등의 문제)한 것으로 인식되는 때가 있다. 이때에는 차이를 존중하여 그에 맞는 차등처우를 하는 것이 평등의 이념에 부합한다. 따라서 일정한 차등처우요구 또한 평등의 개념내재적 요소로 인정된다. 이러한 경우에 국가는 차등처우의무를 부담한다. 우리 헌법은 명시적으로 국가에게 이러한 차등처우의무를 지우는 규정을 두고 있는데, 헌법 제32조

83) “조합원의 재산권에 속하는 위로금의 지급을 둘러싸고 생기게 될 조합원과 피고 조합 간의 법률상의 쟁송에 관하여 헌법상 보장된 조합원의 재판을 받을 권리를 구체적 분쟁이 생기기 전에 미리 일률적으로 박탈한 것으로서 국민의 재판을 받을 권리를 보장한 위의 헌법 및 법원조직법의 규정과 부제소 합의 제도의 취지에 위반되어 무효라고 할 것이다.”(대법원 2002. 2. 22. 2000다65086)

제4항 내지 제6항이 그것이다.

평등권의 실현을 위한 국가의 의무는 이와 같이 존중의무나 충족의무라기 보다 동등처우의무(경우에 따라서는 차등처우의무)이지만, 다른 기본권과 마찬가지로 보호의무는 평등권의 경우에도 인정될 수 있다. 사인에 의한 차별이 행해질 경우, 제3자로서의 국가의 조정, 보호작용이 필요하며, 이때 사인(침해자)-국가-사인(피보호자)이라는 3각관계가 성립하기 때문이다. 물론 사인 간의 불평등을 전제로 하는 사적 자치원칙으로 인해 국가는 사인의 침해로부터 개인의 평등권을 보호해야 할 의무가 없다고 보는 견해도 있다.⁸⁴⁾ 그러나 사인에 의한 부당한 차별이 기본권 존중의 정신이나 가치체계에 미치는 중대한 영향을 고려할 때 평등을 보호해야 할 국가의 의무를 처음부터 배제한다면 국가의 기본권 보장의무의 중요한 부분에 공백이 생기게 된다. 세계 각국은 물론 우리나라에서도 사적 영역에서의 평등 보호를 위한 차별금지입법들이 제정, 시행되고 있다.⁸⁵⁾

4. 통합적 기본권론을 위한 위헌심사기준의 체계

가. 주류적 기본권론의 위헌심사기준 체계

통합적 기본권론의 종착지는 위헌심사기준론이다. 기본권의 성격이나 작용에 관한 이론이나 도그마틱은 기본권침해 여부에 대한 판단의 척도(위헌심사기준)를 제공할 때 비로소 완결되기 때문이다.

현재의 주류적 기본권론, 그리고 재판업무에서 위헌심사기준을 일상적으로 적용하고 있는 헌법재판소는 위헌심사기준에 관하여도 기본권의 분류에

84) 한수용, 앞의 책(주37), 437면.

85) 국가인권위원회법, ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ ‘고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률’.

따른 구분체계를 취하고 있다. 자유권에 대하여는 가능한 한 최소침해를 요구하는 비례성원칙(과잉금지원칙)에 따라 엄격한 심사를, 기본권 보호의 무 위반 여부나 사회적 기본권의 침해 여부에 관하여는 과소보호금지원칙과 최소보장원칙에 따라 입법형성의 폭을 넓게 인정하는 느슨한 심사를 하고 있다. 평등권에 대해서는 이중심사기준, 즉 엄격한 심사로서 비례성원칙이 적용되기도 하고 완화된 심사로서 자의금지원칙이 적용되기도 한다, 참정권과 청구권적 기본권의 경우, 이에 관한 학계의 논의가 많지 않은 가운데, 헌법재판소 판례 역시 정리된 모습을 보여주지 않고 있다. 과잉금지심사를 하기도 하고, 이른바 완화된 과잉금지심사를 한 경우도 있으며, 입법형성권을 존중하여 합리성심사를 하기도 하였다. 그리고 외형은 과잉금지심사의 틀을 갖추었지만 실질적 심사 내용에 있어서는 합리성심사에 그친 경우도 있다.⁸⁶⁾

자유권, 기본권보호의무 및 사회적 기본권을 중심으로 본다면, 소극적 방어기능을 하는 기본권에 대하여는 엄격심사를, 적극적 청구기능을 하는 기본권에 대하여는 느슨한 심사를 한다고 하는 이원체계라고 할 수 있다. 이를 3원적 의무론의 관점에서 재구성하자면, 존중의무에 대하여는 엄격심사를, 보호의무와 충족의무에 대하여는 느슨한 심사를 하는 체계라고 이해할 수 있다.

나. 통합적 기본권론의 위헌심사기준 체계 정립의 기초

통합적 기본권론은 기본권의 분류에 따라 기본권의 기능, 작용, 효력을 나누는 것을 상대화하고, 가급적이면 통합적으로 이를 파악하려 한다. 위헌심사기준론에서도 마찬가지로 관점이 출발점이 되어야 할 것이다. 기본권의 분류에 따라 그에 대응하는 위헌심사기준을 획일적으로 구분·배정하는 것

86) 이에 관하여는, 김하열, “법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 -참정권과 청구권을 중심으로-, 고려법학, 2012, 12., 51-58면 참조.

은 통합적 기본권론의 구상과 어울리지 않을 뿐만 아니라 그러한 심사기준 구분론은 경직성, 추상적 범주화, 일관성 결여라는 문제점을 지닐 수 있다.⁸⁷⁾ 그러므로 모든 기본권에 공통적으로 적용되는 통일적 심사기준의 틀에서 출발하되, 그 틀 안에서, 기본권에 대응하는 의무의 성격 또는 개별 기본권의 의미와 특성을 고려하여 하위의 심사기준들을 유연하고 탄력적으로 적용할 수 있게 하는 심사기준의 체계를 구상하는 것이 보다 통합적 관점에 어울릴 것이다.

다. 통합적 기본권론의 위헌심사기준 체계의 개요⁸⁸⁾

(1) 출발: 필요성원칙

통합적 기본권론의 위헌심사기준 체계의 출발점은 헌법 제37조제2항이다. 이 조항은 ‘통합적 위헌심사체계론’이라고 할 만한 것의 헌법적 근거를 제공한다. 법문상 분명한 바와 같이(“국민의 모든 자유와 권리는… 필요한 경우에 한하여… 제한할 수 있으며”) 헌법 제37조제2항은 우리 헌법이 보장하는 모든 기본권에 공통적으로 적용된다. 헌법 제37조제2항은 자유권 제한입법에만 적용된다는 견해도 있으나,⁸⁹⁾ 이는 우리 실정헌법의 해석으로는 적합하지 않다.⁹⁰⁾ 따라서 이 조항은 분류상의 자유권뿐만 아니라 참정권, 청구권적 기본권, 사회적 기본권에도 적용된다. 이 조항은 모든 기본권에 공통적으로 적용되는 것이므로 어느 한 그룹의 기본권에 적용되기에

87) 미국 연방대법원이 채택하고 있는 심사기준 구분론(tier of review)에 대해 그러한 문제점이 지적된다는 점에 관하여는 김현철, “미국연방대법원의 평등심사에 대한 방법론적 기초와 심사기준의 변화”, 공법연구 제37권 제3호, 2009, 151-154면 참조.

88) 여기서는 통합적 기본권론에 부응하는 위헌심사기준 체계의 시론적 정립만을 목표로 하고 있다. 위헌심사기준의 체계나 개별 기준에 대한 상세한 설명과 논증을 제공하는 것은 이 글의 목적이 아니다.

89) 한수웅, 앞의 책(주 37), 480면, 500-505면.

90) 이에 관하여 상세한 것은, 김하열, 앞의 논문(주 86), 45-51면 참조.

적절한 내용만으로 이해하여서는 안 된다. 상이한 분류상의 각 기본권에 공통적으로 적용되려면 이 조항을 탄력적으로 해석하여야 한다. 다시 말해서 이 조항은 단일의 고정된 심사기준만을 가진 것이 아니라 기본권의 분류별로, 그리고 최종적으로는 개별 기본권의 특성과 내용에 따라 달리 적용되는 복수의 위헌심사기준을 포괄적으로 제시하고 있다. 그리고 이러한 다면성은 “필요한 경우”라는 문언을 통해 정당화되고 또 적절히 적용될 수 있다. 그러므로 헌법 제37조제2항의 위헌심사기준은 “필요성원칙”(필요성심사)이라고 할 수 있다. 3원적 의무론의 관점에서 말하자면, 존중, 보호, 충족의 어느 의무든 국가가 이를 준수하고 있는지, 위반하고 있는지는 필요성원칙에 따라 심사한다는 것이 된다.

‘필요성’이라는 기준은 모든 기본권에 공통적으로 적용되는 단일의 틀을 제공하면서도 그 틀 안에서 유연하고 탄력적인 하위 심사기준의 개발을 포용할 만큼 충분히 일반적이고 추상적이다. 따라서 통합적 위헌심사체계를 위한 훌륭한 틀과 출발점을 제공한다. 필요성원칙이란 것이 더 구체화되어야 할 하위 심사기준의 지붕 역할만을 한다면 심사기준론에서 아무런 실질적 역할을 하는 것이 아니라고 볼 여지도 없지 않다. 그러나 위헌심사기준의 실정헌법상의 근거를 분명히 제공한다는 점, 하위 심사기준의 정립을 지도하는 최소한의 지침으로서 ‘필요성’이라는 기준을 제시한다는 점에서 필요성원칙의 의미를 찾을 수 있다.

(2) 경유: 의무유형별 심사기준의 구분

통합적 기본권론은 권리에 조응하는 의무의 관점에서 기본권 실현을 위한 국가의무의 다원성을 강조하는 입장이므로, 위헌심사기준의 체계 또한 의무의 관점에서 편성해 볼 수 있다.

존중의무, 보호의무, 충족의무는 그 이행의 양상이 다르다. 존중의무의 경우, 국가는 단지 소극적 부작위만으로 이행할 수 있는 반면, 보호의무나

충족의무의 경우 국가는 사실적 급부의 제공, 법제도의 마련 등 적극적인 조치를 통해서만 이를 이행할 수 있고, 여기에는 자원이나 예산의 보다 직접적인 투입이 필요할 수 있다. 이런 적극적 조치는 1차적으로 권력분립국가에서 민주적 정당성을 지닌 입법자의 판단에 맡겨져 있고, 그 판단은 사법기관도 원칙적으로 존중하여야 한다. 주류적 기본권론에서 취하고 있는 이런 익숙한 설명은 통합적 기본권론에서도 그대로 타당할 수 있다. 따라서 의무의 유형에 대응하여 각기 다른 위헌심사기준을 적용하는 것은 통합적 기본권론에서도 유용할 수 있다. 그렇다고 할 때 1차적으로, 존중의무에 대하여는 엄격한 심사기준인 비례성원칙(과잉금지원칙)을, 보호의무나 충족의무에 대하여는 느슨한 심사기준인 합리성심사나 과소금지원칙(최소보장원칙)을 배정하는 것이 상당할 것이다. 이러한 중간결론은 기존의 분류론적 위헌심사체계와 상당 부분 일치할 수 있다. 존중의무의 경우 분류론상의 자유권에서 많이 문제 될 것이기 때문에 자유권에 엄격심사를 적용하는 기존의 심사체계와 일치한다. 충족의무의 경우 분류론상의 사회적 기본권에서 많이 문제 되는 데 여기에 느슨한 심사를 적용하게 되므로 역시 기존 심사체계와 일치한다. 하지만 분명한 차이점이 있다. 위에서 본 바와 같이 존중의무는 자유권이 아닌 다른 기본권에서도 인정될 수 있는데, 이 경우에 엄격심사가 적용되며, 충족의무가 자유권에서도 인정될 수 있는데, 이 경우 느슨한 심사가 적용될 수 있다는 점에서 그러하다.

평등권에 대응하는 국가의 의무는 동등처우의무(경우에 따라서는 차등처우의무) 및 보호의무인 바, 보호의무에 대해서는 위의 기준이 적용될 수 있고, 동등처우의무에 대해서는 기존 기본권론에 의한 이원적 심사체계가 그대로 유지될 수 있다.

(3) 종착: 구분의 상대화, 유동화

그러나 의무유형별 심사기준 구분은 절대적, 경직적이지 않다. 해당 기

본권의 의미와 특성에 따라 유동적으로 상대화할 수 있다. 왜냐하면 동일한 의무유형이라 하더라도 해당 기본권이 무엇인지, 나아가 동일 기본권이라 하더라도 문제 되는 구체적인 기본권의 내용이 무엇인지에 따라 의무의 성격과 기능이 다를 수 있으므로, 심사기준도 그에 상응하여 다기화할 필요성이 있기 때문이다. 이러한 상대화, 유동화는 ‘필요성’이라는 헌법적 근거에 의해 정당화될 수 있지만, 그 유동의 정도와 한계는 자의적이어서는 안 되고 역시 ‘필요성’이라는 헌법적 기준을 구체화하는 가운데 결정되어야 한다. 그 구체화는 이론과 판례를 통하여 축적되겠지만, 몇 가지 우선적으로 상정 가능한 것들을 적시해 볼 수 있다.

(가) 충족의무에 대한 엄격심사

충족의무의 경우에도 엄격심사가 적용되어야 할 경우를 상정할 수 있다. 대표적으로, 사회적 기본권의 실현을 위한 최소핵심 의무-필요최소한의 식량, 필요최소한의 의료, 기초적인 거주시설, 초등교육 등이 여기에 해당한다. 의 준수 여부(Minimum Core Test)에 대해서는 비례성심사에 준하는 엄격심사를 적용해야 한다고 볼 여지가 있다.⁹¹⁾ 다음으로, 위[3. 나. (1)]에서 본바와 같이, 자유권에 대한 과도한 제약을 완화시켜 기본권 제한의 합헌성을 유지하기 위해 보완적 혹은 대체적 조치(예를 들어, 대체복무제)를 취해야 할 의무는 충족의무로 분류될 수 있는데, 이때 충족의무의 준수 여부는 엄격심사인 비례성원칙에 따라 판단하여야 할 것이다.

(나) 존중의무에 대한 심사기준의 완화

존중의무가 문제되는 경우에 엄격심사보다 완화된 심사기준이 적용될 수 있는 경우도 있다. 그것은 합리성심사가 될 수도 있고, 판례의 용어로는

91) 이러한 견해로, 최규환, 앞의 논문(주42), 270-273면. 「경제적·사회적 및 문화적 권리의 침해에 관한 마스트리히트 가이드라인」 제9조는 해당국의 가용자원 또는 어떤 다른 요인이나 남관에 상관없이 최소핵심 의무 불충족은 곧 사회권규약 위반이라고 규정하고 있다고 한다. 위 논문 237면.

‘완화된 의미의 과잉금지’심사가 될 수도 있다.

먼저, 해당 기본권의 사회적·경제적 관련성이 높은 경우, 해당 기본권의 사회적 구속성이 큰 경우, 경제헌법이 기본권 제한의 헌법적 근거로 작용하는 경우에는 심사기준이 완화될 수 있을 것이다. 이러한 완화는 자유권에 대한 존중의무가 문제 될 경우에 특히 의미를 갖는다. 헌법재판소는 이미 이러한 관점에서, 몇몇 자유권에 대하여 엄격심사를 완화하는 심사기준을 수립, 적용하여 왔다. 예를 들어, 언론의 자유 가운데 상업광고 규제 입법에 대해 완화된 과잉금지심사를 적용하고 있다.⁹²⁾ 직업의 자유에 대한 비례성심사는 단계이론에 따라 차별화되고 있는데, 직업행사의 자유 제한의 경우, 공익을 고려할 때 합목적성이 인정되는 범위에서 입법자에게 폭넓은 사회·경제정책적 형성의 여지가 부여되고,⁹³⁾ 전문자격제도에 대한 위헌심사 시에는 광범위한 입법재량을 인정하여 심사기준을 현저히 낮추고 있다.⁹⁴⁾ 재산권은 사회구속성이 강하므로(헌법 제23조제1항, 제2항), 입법자에 의한 강한 형성과 제약이 가능하다는 점이 인정되고 있다.⁹⁵⁾ 헌법재

92) “상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소화’ 원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다.”(헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3)

93) “직업행사의 자유에 대하여는 직업선택의 자유와는 달리 공익목적에 위하여 상대적으로 폭넓은 입법적 규제가 가능한 것이지만, 그렇다고 하더라도 그 수단은 목적달성에 적절한 것이어야 하고 또한 필요한 정도를 넘는 지나친 것이어서는 아니된다.”(헌재 1997. 3. 27. 94헌마196)

“기본권인 직업행사의 자유를 제한하는 법률이 헌법에 저촉되지 아니하기 위하여는 그 기본권의 침해가 합리적이고 이성적인 공익상의 이유로 정당화될 수 있어야 한다.”(헌재 2002. 9. 19. 2000헌바84)

94) “입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다.”(헌재 1996. 4. 25. 94헌마129)

95) “재산권에 대한 제한의 허용정도는 재산권 객체의 사회적 기능, 즉 재산권의 행사가

판소는 헌법상 경제조항들을 근거로 자유권 제한에 대한 완화된 기준에 의한 심사의 가능성을 열어두고 있기도 하다.⁹⁶⁾ 헌법재판소의 위와 같은 심사기준의 완화가 비례성심사의 틀 내에 머무른 것인지, 과연 합리성심사와 어떻게 다른지에 대하여는 이론적 구명이 미흡하지만,⁹⁷⁾ 심사기준을 다기적으로 유동화하려는 취지는 통합적 기본권론에서도 수용할 수 있다.

다음으로, 자유권이 아닌 기본권에 대한 존중의무가 문제될 경우에, 엄격심사가 아닌 심사기준(예: 합리성심사)을 적용하는 것이 적절한 경우가 있을 수 있다. 위에서 본 바와 같이 기존의 공직을 함부로 박탈해서는 안 될 의무가 공무원임권(공직유지권)에 대한 존중의무라면, 그리고 기존 사법 자원에의 접근 가능성을 차단하지 말아야 할 것이 재판청구권에 대한 존중의무라면, 이러한 존중의무 준수 여부에 대한 심사기준으로는 엄격심사로서의 비례성심사가 아닌 합리성심사, 혹은 아래 (다)에서 제시하는 바와 같은, 중간심사기준이 적절할 수 있다. 공직제도 및 재판제도의 형성 및 효율성 유지에 관하여 상당한 정도의 입법형성권이 인정될 필요가 있다고 볼 수 있기 때문이다.⁹⁸⁾

기본권의 주체와 사회전반에 대하여 가지는 의미에 달려 있다고 할 것인데, 재산권의 행사가 사회적 연관성과 사회적 기능을 가지면 가질수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용된다.”(헌재 1999. 10. 21. 97헌바26)

96) “직업수행의 자유와 같은 경제적 기본권 제한에 대한 위헌심사에 있어서는 헌법 제 119조에 규정된 경제질서 조항의 의미를 충분히 고려하여야 하는데 … 입법자는 경제 현실의 역사와 미래에 대한 전망, 목적달성에 소요되는 경제적·사회적 비용, 당해 경제문제에 관한 국민 내지 이해관계인의 인식 등 제반 사정을 두루 감안하여 경제영역에서의 국가목표를 이루기 위하여 가능한 여러 정책 중 필요하다고 판단되는 경제정책을 선택할 수 있고, 입법자의 그러한 정책판단과 선택은 현저히 합리성을 결여한 것이라고 볼 수 없는 한 경제에 관한 국가적 규제·조정권한의 행사로서 존중되어야 한다.”(헌재 2018. 6. 28. 2016헌바77)

97) 이에 관하여는, 김하열, “자유권 제한입법에 대한 위헌심사-판례에 대한 몇 가지 비판적 고찰-”, 동아법학 제56호, 2012. 25-26면 참조.

98) 물론 이러한 경우에 엄격심사가 적용되어야 한다는 입장도 있을 수 있다.

(다) 중간심사기준 채택의 가능성

통합적 위헌심사기준론에서는 엄격한 심사로서의 비례성원칙(과잉금지원칙)과 그 대척점에 있는 완화된 심사로서의 과소금지원칙(최소보장원칙) 및 합리성심사의 양 극단 사이에서 중간 정도로 입법형성권을 인정하는 위헌심사기준을 정립하는 것을 구상해 볼 수 있다. 이러한 중간심사기준의 적용영역이나 구체적 심사방법 등에 관하여는 향후 더 연구되어야 하겠지만, 참정권 및 청구권적 기본권 분야에서 그 가능성을 탐색한 연구가 있다.⁹⁹⁾ 그 연구에서는, 참정권 및 청구권적 기본권에 대한 위헌심사기준으로, 입법자가 이들 기본권을 형성(제한)함에 있어 추구하는 정책목적과 선택된 수단 간에 실질적 관련성이 있는지를 심사하는 ‘실질적 관련성’ 심사가 시론적으로 제안되었다. ‘실질적 관련성’ 심사는 목적-수단 간의 연관성 심사의 강도를 합리성심사 보다는 높이지만 과잉금지원칙 보다는 낮춘다는 것이다. 통합적 기본권론에서는 참정권 및 청구권적 기본권에 대한 충족의무(경우에 따라서는 존중의무) 위반여부를 심사하는 경우에 그러한 중간심사기준을 채택하는 것을 고려해 볼 수 있다.

(라) 상이한 의무에 대한 동일 심사기준의 적용 가능성

상이한 유형의 의무에 속한다고 하더라도, 기본권 침해 가능성 및 그 보장의 문제구조가 유사할 경우에는 동일한 심사기준을 적용할 수도 있을 것이다. 위[3. 가. (4)]에서 든 예와 같이, 사립 정신병원의 기본권침해를 위한 조치의무는 보호의무에 속하고, 국·공립 정신병원의 침해를 막기 위한 조치의무는 존중의무에 속한다고 구분할 수 있을 것이나, 양자의 기본권 침해의 양상, 필요한 조치의 방향이나 방법에는 본질적 차이가 없을 것이다. 이런 경우라면 양자에 대해 동일한 심사기준이 적용될 수 있을 것이다.

99) 김하열, 앞의 논문(주86), 64-68면.

V. 결론

기본권론의 목표·과제가 보다 더 실효적으로 기본권을 보호·실현하는데 기여하는 것에 있다면, 기본권 분류상의 귀속에 따라 기본권의 속성, 작용이나 효력을 일괄적으로 적용하는 폐쇄적 체계보다, 개별 기본권의 목적과 의미를 살릴 수 있도록 그 내용과 효력을 탐구·분석하는 개방적 체계가 위 목표에 더 가까울 수 있다. 이 글에서 시론적으로 전개한 통합적 기본권론은 그런 개방적 체계의 구축에 유용할 수 있다.

통합적 기본권론은 기본권 분류의 폐지나 기본권 간에 존재하는 성격과 작용의 차이를 몰각하려고 하는 것이 아니다. 자유권이 주로 방어기능을, 사회적 기본권이 주로 급부기능을 담당한다든지 하는 기존 분류론의 여러 전제들은 여전히 타당하고 효율적일 수 있다. 통합적 기본권론은 그 상대성을 지적하고, 사회적 기본권에 소극적 방어의 성격이, 자유권에 적극적 급부청구의 성격이 있다는 것이 단지 예외로서만이 아니라, 기본권의 일반적 속성에서 우리나라는 자연스런 현상임을 인식할 수 있게 한다.

통합적 기본권론은 분류의 가능성에도 불구하고 기본권 보장을 위한 국가의무의 다원성, 포괄성을 모든 기본권에 공통적으로 인정한다. 기존의 기본권론에서는 통합적 시각에서 국가의 의무를 다원적, 포괄적으로 파악할 수 있는 관점이나 체계가 부족하였다. 이 시론에서는 국제인권법의 3원적 의무론을 기본권론으로 수용하는 방법론을 모색하였다. 존중, 보호, 충족으로 구성되는 3원적 의무론과 그에 바탕한 통합적 기본권론은 분류의 사이를 메꾸거나 분류의 경계를 가로지르며, 다양한 방법과 수단을 통한 보다 더 완숙한 기본권 실현으로 이끄는 유용한 도구 틀이 될 수 있다.

통합적 기본권론은 사회적 기본권의 권리성을 부인하거나 미약한 규범적 효력만을 부여하는 우리 기본권론 하에서, 권리의 내용 및 실현 기제를 풍부히 함으로써 그 권리성을 보다 공고히 하여 기왕에 헌법에 명시된 사회

적 기본권의 의미를 보다 실효적인 것으로 발전시켜 나가는 데 유용할 것이다.

통합적 기본권론은 자유권의 적극적 요소를 설명하는 데도 강점이 있다. 자유권 실현에 급부의 제공 등 국가의 적극적 조치가 필요한 경우가 있는데, 기존 분류론에서는 이를 인정할 수 없거나, 독일의 도그마틱에서 보는 바와 같이, 부수적 급부기능과 같은 기교적, 우회적 법리를 통해서만 인정해야 하는 어려움이 있다. 통합적 기본권론은 이를 기본권 실현에 필요한 적극적 요소 중 충족의무가 요구되는 경우로 통일적이고 간명한 설명을 할 수 있다.

오늘날 기본권의 실체법적 보장에 못지않게 절차보장의 필요성이 인정되어야 하는 경우가 있는데, 통합적 기본권론에서는 절차적 조치의 제공 여부를 충족의무 혹은 보호의무의 관점에서 구성, 판단함으로써 절차보장의 중요성에 부응할 수 있다.

통합적 기본권론에서는 위헌심사기준의 체계 구축에서도 통합적 관점을 유지하는 것이 중요하다. 헌법 제37조제2항에서 근거를 찾을 수 있는 ‘필요성’이라는 심사기준은 모든 기본권에 공통적으로 적용되는 단일의 틀을 제공하면서도 그 틀 안에서 유연하고 탄력적인 하위 심사기준의 개발을 가능하게 한다. 국가의무의 유형별로 심사기준의 구분이 가능하지만, 그 구분은 절대적이지 않으며, 해당 기본권의 의미와 특성에 따라 유동적으로 상대화할 수 있되, 그것은 ‘필요성’이라는 기준의 한계 내에서 작동하는 심사체계를 구상해 보았다.

통합적 기본권론의 관점에서 보면 현재의 기본권의 이름에 대해 다시 생각해 볼 필요가 있다. 자유권에는 주로 자유, 사회권 등에는 권리의 이름이 붙어 자유권과 비자유권의 구분론을 자연스럽게 전제하고 있다. 그러나 통합론 하에서라면 가급적 통일적으로 권리라는 이름을 붙이는 것이 바람직하고 가능하다. 언론의 권리, 집회의 권리, 사생활의 권리, 직업의 권리

등과 같이. 다만 역사적, 사회적 맥락에서 자유의 기능이나 이미지가 강한 자유권의 경우 ‘OO의 자유권’으로 이름 붙이는 것을 생각할 수 있다. 신체의 자유권, 양심의 자유권, 종교의 자유권, 언론의 자유권이 그 예가 될 것이다.¹⁰⁰⁾

100) 유럽인권협약은 사상·양심·종교(제9조), 언론(제10조), 집회(제11조)에 관하여 ‘right to freedom from(of)’라는 형식을 채택하고 있다.

[국문초록]

기본권론의 목표가 보다 더 실효적으로 기본권을 보호·실현하는데 기여하는 것에 있다면, 기본권 분류상의 귀속에 따라 기본권의 속성, 작용이나 효력을 일괄적으로 적용하는 폐쇄적 체계 보다, 개별 기본권의 목적과 의미를 살릴 수 있도록 그 내용과 효력을 탐구·분석하는 개방적 체계가 위 목표에 더 가까울 수 있다.

통합적 기본권론은 분류의 가능성에도 불구하고 기본권 보장을 위한 국가의무의 다원성, 포괄성을 모든 기본권에 공통적으로 인정한다. 이 시론에서는 국제인권법의 3원적 의무론을 기본권론으로 수용하는 방법론을 모색하였다. 존중, 보호, 충족으로 구성되는 3원적 의무론과 그에 바탕한 통합적 기본권론은 분류의 사이를 메꾸거나 분류의 경계를 가로지르며, 다양한 방법과 수단을 통한 보다 더 완숙한 기본권 실현으로 이끄는 유용한 도구들이 될 수 있다.

통합적 기본권론은 사회적 기본권의 권리성을 보다 공고히 하는 데 유용할 것이다.

통합적 기본권론은 자유권의 적극적 요소를 설명하는 데도 강점이 있다.

오늘날 기본권의 실체법적 보장에 못지않게 절차보장의 필요성이 인정되어야 하는 경우가 있는데, 통합적 기본권론에서는 절차적 조치의 제공 여부를 충족의무 혹은 보호의무의 관점에서 구성, 판단함으로써 절차보장의 중요성에 부응할 수 있다.

통합적 기본권론에서는 위헌심사기준의 체계에서도 통합적 관점을 유지하는 것이 중요하다. 헌법 제37조제2항에서 근거를 찾을 수 있는 ‘필요성’이라는 심사기준은 모든 기본권에 공통적으로 적용되는 단일의 틀을 제공하면서도 그 틀 안에서 유연하고 탄력적인 하위 심사기준의 개발을 가능하

게 한다. 국가의무의 유형별로 심사기준의 구분이 가능하지만, 그 구분은 절대적이지 않으며, 해당 기본권의 의미와 특성에 따라 유동적으로 상대화할 수 있되, 그것은 ‘필요성’이라는 기준의 한계 내에서 작동하는 심사체계를 구상해 볼 수 있다.

주제어

통합적 기본권론, 3원의무론, 국제인권법, 위헌심사기준, 기본권 분류

[Abstract]

Theories on constitutional rights aim to ensure and implement constitutional rights more effectively. To reach the goal, it seems more appropriate to inquire into individual contents and effects of each rights than to mechanically corresponding them to the result of classification that decides in what category the right in question belongs to.

This article is an attempt to convert the tripartite typology in international human rights law into a national theory on constitutional rights. Integrated theory of constitutional rights, advocated in this article, recognizes multiplicity and comprehensiveness of state obligations in ensuring constitutional rights, be it civil-political rights or social-economic rights. This theory recognizes state obligations to respect, protect and fulfil constitutional rights no less than the tripartite typology in international human rights law does. This theory could be a useful tool that would conduce to fuller implementation of constitutional rights, because it either fills the gaps between the categories or crosses the borders of classifications.

Integrated theory would be helpful to consolidate the enforcement of social and economic rights. It also has strength at expounding the positive elements in civil and political rights.

Nowadays, procedural guarantee of constitutional rights have as much importance as that of material guarantee. Integrated theory enables to review if the procedure required has been provided in terms of (state's) obligation to fulfil or to protect the rights.

Integrated theory requires integrated approach in the issue of standard of

constitutional review. ‘Necessary Test’ stipulated in Art.36 paragraph 2 provides unitary and comprehensive framework of review that can be applied to all categories of constitutional rights issue. It also allows flexible application of the test according to the varied issues of individual rights. Types of state obligation can be a relevant factor in deciding the standard of review, but the standard can move across the types of obligation as the concrete issue of the rights in question varies.

Key words

integrated theory of constitutional rights, tripartite typology, international human rights, standard of constitutional review, classification of constitutional rights

참고문헌

[국내문헌]

- 김하열, “법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사 -참정권과 청구권을 중심으로-, 고려법학, 2012, 12.
- _____, “자유권 제한입법에 대한 위헌심사 -판례에 대한 몇 가지 비판적 고찰-, 동아법학 제56호, 2012.
- 김현철, “미국연방대법원의 평등심사에 대한 방법론적 기초와 심사기준의 변화”, 공법연구 제37권 제3호, 2009.
- 박찬운, 『인권법』, 도서출판 한울, 2011.
- 최규환, 『사회적 기본권의 사법심사가능성』, 고려대학교 박사학위논문, 2014.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2018.
- 샌드라 프레드먼(조효제 역), 『인권의 대전환』, 교양인, 2008.

[국외문헌]

- 大石 眞, 『헌법강의 II』, 有斐閣, 2012.
- 元山健/建石眞公子, 『현대일본의 헌법』, 법률문화사, 2009.
- D. Moeckli/S. Shah/S. Sivakumaran(Ed.), International Human Rights Law, Oxford Univ. Press(2014).
- Daniel J. Whelan, Indivisible Human Rights, Univ. of Pennsylvania Press(2010).
- Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar 3.Aufl. Band I, Mohr Siebeck(2013).
- Fons Coomans(ed), Justiciability of Economic and Social Rights, Intersentia(2006).
- Harris, O’Boyle & Warwick, Law of the European Convention on Human Rights, 3rd ed. Oxford Univ. Press(2014).
- Hogg, Constitutional Law of Canada(2010), Student Ed.
- Ida Elisabeth Koch, “Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?”, Human Rights Law Review 5(2005).
- Jeff King, Judging Social Rights, Cambridge Univ. Press(2012).

기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論)

Kingreen/Poscher, Grundrechte(Staatsrecht II), 33.Aufl.(von Pieroth/Schlink begründeten Lehrbuchs), C.F. Müller(2017).

Martin Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", in Eide, Krause and Rosas (eds), Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook, 2nd ed. (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2001).

Sepúlveda, The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Oxford: Hart, 2003).

Steiner and Alston, International Human Rights in Context, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000).

국회법의 헌법적 지침과 한계

The Constitutional Guidelines and Limitations on The Parliamentary Law

韓 秀 雄(Han, Soo-Woong)

中央大學校 法學專門大學院 教授

－ 目 次 －

I. 문제의 제기	291
II. 헌법적 지침으로서 ‘모든 의원의 동등한 참여의 원칙’	294
1. 의원 전체에 의한 대의의 원칙	294
2. 의원의 참여권에 대한 제한의 가능성	298
가. 다른 의원의 동등한 참여권에 의한 제한 가능성	298
나. 국회의 원활한 기능 확보에 의한 제한 가능성	300
III. 헌법적 지침으로서 국회의 기능과 과제	302
1. 입법기능	303
가. 입법기능의 헌법적 의미	303
나. 현대의 사회국가에서 입법기능의 약화	304
다. 입법기능의 강화를 위한 의회법적 수단	305

2. 국정통제기능	306
가. 정당국가적 현실에서 국정통제기능의 변화	306
나. 소수의 보호를 위한 질서로서 의회법	309
다. 국정통제의 수단으로서 국정조사권	311
라. 국정통제의 수단으로서 대정부 출석요구권	323
IV. 국회의 과제이행을 위한 조직원칙으로서 교섭단체와 위원회	327
1. 교섭단체	328
가. 교섭단체의 구성	328
나. 교섭단체의 기능	332
다. 교섭단체의 헌법적 근거와 지위	334
2. 위원회	337
가. 위원회의 의의와 기능	337
나. 위원회의 구성	340
다. 개별의원의 권리로서 상임위원회 활동권	341
V. 맺는말	346
* 국문초록 및 주제어	349
* 독문초록 및 주제어	351
* 참고문헌	353

I. 문제의 제기

1. 의회는 다른 헌법기관의 간섭을 받지 아니하고 자신의 의사(議事)와 내부사항을 독자적으로 결정할 수 있는 권한을 가지는데, 이를 의회의 자율권(自律權)이라고 한다. 의회의 자율권은 자신을 스스로 조직하고 헌법상 부여받은 과제를 이행할 수 있는 상태로 내부질서를 형성하는 권한을 의미한다. 의회의 자율권은, 의사절차·회의운영·의사결정의 요건 등에 관하여 독자적으로 결정할 수 있는 의사자율권, 집회·휴회·폐회·회기 등 집회의 여부와 방법에 관하여 스스로 결정할 수 있는 집회자율권, 내부의 조직을 스스로 결정할 수 있는 조직자율권, 의사절차와 내부조직을 독자적으로 규율할 수 있는 권한인 규칙제정권(규율자율권), 국회나 회의장의 질서유지를 위하여 필요한 조치를 스스로 결정할 수 있는 질서자율권, 의원의 자격심사 및 징계 등 의원의 신분에 관한 신분자율권 등을 포괄한다. 그중에서도 의회의 규칙제정권은 의회 자율권의 가장 중요한 표현이자 핵심적 요소이다. 헌법은 제64조 제1항에서 “국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다.”고 하여 의사절차와 내부조직을 독자적으로 규율할 수 있는 권한인 규칙제정권을 부여하고 있다.

의회 내부의 조직과 의사절차에 관하여 규율하는 법규범을 ‘의회법(議會法)’이라 한다면,¹⁾ 영국, 미국, 독일 등 서구의 국가에서는 의회법을 법률이 아니라 ‘의회규칙’으로 규율하고 있다. 이러한 현상은, 의회 내부질서의

1) 17세기 이래 의회절차의 규칙과 관습(‘rules of order’)에 대하여 ‘parliamentary law’ 또는 ‘general parliamentary law’라는 명칭을 사용해 온 영미법에서 ‘의회법’의 개념은 유래한다. 독일의 문헌에서도 이를 수용하여 ‘의회법’(Parlamentsrecht)이란 용어를 사용하고 있다. 가령, 대표적으로 N. Achterberg, Parlamentsrecht, 1984; H. P. Schneider/W. Zeh(Hg), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989.

규율형식으로서 ‘규칙’이 ‘법률’보다 의회의 자율성을 보장하고 과제이행을 위한 절차를 형성함에 있어서 유연성과 합목적성을 확보할 수 있다는 사고에 기인한다.²⁾ 그러나 우리의 경우, 헌법 제64조 제1항의 명시적인 규칙제정권에도 불구하고, 의사와 내부규율에 관한 사항은 일차적으로 규칙이 아니라 ‘국회법’에 의하여 규율되고 있다. 헌법은 국회의 내부질서에 관한 일련의 규정 및 제64조 제1항에서 ‘법률’을 언급함으로써, 국회의 의사와 내부규율에 관한 일차적인 규율형식으로 법률을 전제로 하고 있다는 것을 간접적으로 밝히고 있다.³⁾ 다른 헌법규범과의 체계적 연관관계에서 볼 때, 헌법 제64조 제1항은 ‘국회의 내부질서에 관한 일차적인 규율형식은 법률이고 규칙은 헌법에서 단지 부차적인 규율형식으로 언급하고 있는 것’으로 해석되어야 한다. 이러한 헌법해석은 의회자율권을 최초로 규범화한 건국헌법의 법문에 의해서도 지지되고 있다.⁴⁾ 이로써 우리 헌법은 이미 헌정사

- 2) 의회자율권의 주된 목적이 다른 국가기관의 영향과 간섭으로부터 의회의 자기결정권을 보장하고자 하는 것이라면, 의회가 내부적 사안을 법률로써 규율하는 것은 다른 헌법기관에게 영향력행사의 가능성(가령, 정부의 법률안제출권 및 대통령의 법률안거부권 등)을 개방한다는 점에서, 규율형식으로서 법률의 문제점을 드러내고 있다. 또한, 의회법의 특징이 상황의 변화에 끊임없이 적응하고 발전한다는 개방성과 유연성에 있으며, 의회자율권의 본질에 속하는 것이 언제든지 자신의 의결에 의하여 자신이 정한 의사규칙으로 벗어날 수 있는 가능성을 보유한다는 것인데, 의사절차를 법률로써 정하는 경우 의회는 이러한 가능성을 가질 수 없기 때문에 자신의 자율권의 범위를 스스로 제약하는 결과에 이른다는 점에서도 문제가 있다. 이에 관하여 상세하게 한수웅, 국회법의 법적 성격 및 국회법 위반의 효과, 중앙법학 제11집 제4호, 2009. 12. 49면 이하 참조.
- 3) 첫째, 헌법은 제64조 제1항에서 “법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서”라고 언급하고 있는데, 여기서 규칙과 충돌할 수 있는 법률이란 규칙과 근본적으로 동일한 규율대상을 가진 법률을 의미하므로, 여기서 ‘법률’은 ‘국회의 의사와 내부규율에 관한 법률’을 의미한다고 보아야 한다. 둘째, 헌법은 국회의 내부질서를 규율하는 일련의 규정(제47조 제1항, 제49조 및 제50조 제2항)에서 ‘법률’을 언급하고 있는데, 국회의 내부질서를 헌법이 스스로 규율하면서 구체적인 것을 법률로써 규율하도록 위임한다면, 여기서의 ‘법률’이란 바로 ‘국회 내부질서에 관한 법률’일 수밖에 없다. 한수웅, 국회법의 법적 성격 및 국회법 위반의 효과, 중앙법학 제11집 제4호, 2009. 12. 60면 참조.
- 4) 1948년 제헌헌법이 국회의 규칙제정권을 규정하면서 동시에 ‘국회법’을 명시적으로

의 출발점에서부터 의회자유권의 헌법적 보장형식에 있어서 서구 유럽과 다른 길을 걷고 있음을 확인할 수 있다.

2. 국회는 자신의 조직과 의사를 국회법의 형태로 규율함에 있어서 광범위한 형성의 자유를 가진다.⁵⁾ 그러나 국회에게 규율자유권이 인정된다는 것은, 단지 국회만이 자신의 내부질서에 관하여 규율할 수 있다는 것을 의미하는 것이지, 국회가 규율자유권을 행사함에 있어서 내용적으로 아무런 구속을 받지 않는다는 것을 의미하지는 않는다.⁶⁾ 국회는 자신의 내부질서를 규율함에 있어서 무엇보다도 헌법의 구속을 받는다. 국회가 국회법을 제정함에 있어서 헌법의 가치결정을 구체적 형성의 기준이자 지침으로 삼아야 한다면, 헌법은 의회의 규율자유권에 대하여 어떠한 지침을 제시하고 있으며, 자율성의 한계가 어디에 있는지, 국회법이 헌법의 요청에 부합하기 위해서는 어떠한 관점에서 구체적으로 형성되어야 하는지의 문제가 제기된다.

국회가 헌법상의 정치질서에서 중심적인 역할을 담당하고 있음에도, 국회법은 우리 헌법학에서 거의 규명되지 않은 영역에 속한다. 아래에서는 우선 ‘국회에 의한 국민의 대의 원칙’이 국회법의 구체적 형성에 있어서 어떠한 헌법적 지침을 제시하고 있는지 확인한 다음(아래 II.), 헌법상 부여 받은 ‘국회의 기능과 과제’가 국회법의 형성에 있어서 어떠한 영향을 미치는지의 문제를 입법기능과 국정통제기능으로 나누어 살펴보면, 특히 국정통제기능과 관련하여 정당국가적 현실에서 국정통제기능이 어떻게 변화하였는지, ‘소수의 보호를 위한 질서로서 국회법’이 어떻게 형성되어야 하

언급하고 있는 것은, 제한헌법이 국회 내부질서의 일차적인 규율형식으로서 국회법을 전제로 하고 있다는 것을 말해주고 있다.

5) Vgl. BVerfGE 10, 4, 19; BVerfGE 80, 188, 220.

6) Vgl. Morlok, Parlamentarisches Geschäftsordnungsrecht zwischen Abgeordnetenrechten und politischer Praxis, JZ 1989, S.1037.

는지, 국회법에서 ‘국정조사권’과 ‘대정부 출석요구권’을 헌법에 부합하게 구체화하고 있는지 여부를 검토한 후(아래 III.), 마지막으로 오늘날의 정당 민주주의에서 국회가 헌법상 부여받은 과제를 이행하기 위하여 자신을 어떻게 조직해야 하는지의 문제와 관련하여, 과제이행을 위한 필수적 내부조직인 ‘교섭단체’와 ‘위원회’가 국회법에서 구체적으로 어떻게 형성되어야 하는지에 관하여 살펴보기로 한다(아래 IV.)

II. 헌법적 지침으로서 ‘모든 의원의 동등한 참여의 원칙’

1. 의원 전체에 의한 대의의 원칙

가. 국회의 의사형성과정을 구체적으로 형성함에 있어서 국회를 구속하는 가장 중요한 내용적 지침은 ‘의원 전체에 의한 대의(代議)의 원칙’ 및 ‘국회의원의 동등한 헌법적 지위’이다.⁷⁾ 국회의 작업이 이행되는 모든 곳에서 이러한 원칙들이 준수되어야 한다.

국회는 대의제 민주주의에서 핵심적인 대의기관이다. 국회 구성원이 전부 선거에 의하여 선출된다는 점에서, 국회는 헌법상의 국가기관 중에서 대의제의 이념이 가장 직접적으로 표현된 국가기관, 국민대표성이 가장 강한 헌법기관이다. 국회는 국민전체의 대표자로서 선출된 의원으로 구성되고 의원은 그 전체로서 국민의 대의기관인 국회를 구성한다. 국회에 의한 대의 과정에서 근본적인 것은, 국회가 그 전체로서 국민전체의 대의기관이라는 점이다. 따라서 ‘국회에 의한 국민의 대의’란 ‘의원 전체에 의한 국민전체의 대의’를 의미한다.⁸⁾ 국민의 대의는 일부 의원이나 일부 교섭단체

7) Vgl. Morlok, *Parlamentarisches Geschäftsordnungsrecht zwischen Abgeordnetenrechten und politischer Praxis*, JZ 1989, S.1037f.

8) Vgl. Dreier, *Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts*, JZ

또는 국회의 다수가 아니라 전체로서의 국회에 의하여 실현된다.⁹⁾ 의원 전체에 의한 대의의 원칙은 국회의 의사결정과정을 형성함에 있어서 준수해야 하는 일차적인 헌법적 지침이다.

나. 그러므로 의원 전체에 의한 국민전체의 대의가 이루어지기 위해서는, 모든 의원은 국회의 작업과 결정, 즉 국회의 의사형성 및 의사결정의 과정에 참여해야 한다. 국회는 의원으로 구성된 합의제기관이고, 의원의 참여권은 구성원의 권리이다. ‘국회의원의 헌법적 지위’에 속하는 것은 무엇보다도 ‘국회의 과제이행과 권한행사에 적절하게 참여할 권리’이다.¹⁰⁾ 의원은 이러한 권리를 행사함으로써 입법, 예산, 국가조직의 구성, 국정통제의 영역에서 국회의 과제이행에 참여하는 것이고 이로써 의원직의 직무를 수행하는 것이다. 의원 전체에 의하여 국민전체의 대의가 이루어진다는 관점에서 볼 때, 국회법의 구체적 형성에 있어서 국회의 조직과 의사(議事)를 규율하는 핵심적인 지침은 ‘모든 의원의 참여원칙’, 즉 ‘모든 의원이 국회의 과제이행에 참여해야 한다는 원칙’이다.

모든 의원은 회의의 심의와 의결에 참여할 권리가 있으며, 국회 본회의나 위원회에서 발언하고 발의하고 표결함으로써 이러한 권리를 행사한다.¹¹⁾ 이로써 발언권과 표결권은 국회의 과제이행을 위하여 포기할 수 없는 의원의 권리로서 인정된다. 법률안을 비롯하여 의안을 발의할 권리도 의원에게 인정되어야 한다. 물론, 의안발의권은 일정 수 이상의 의원이 공동으로 행사하도록 규정될 수 있다. 나아가, 모든 의원은 다른 의원과 함께 교섭단체를 구성할 권리를 가지며, 국회 내의 선거에서 입후보할 권리를

1990, S.317.

9) Vgl. BVerfGE 44, 308, 316.

10) 한수웅, 헌법학, 2018, 1206면.

11) 국회의원의 권리와 의무에 관하여 한수웅, 헌법학, 2018, 1206면 이하 참조.

가진다. 뿐만 아니라, 개별의원은 헌법상 부여받은 국회의 기능을 이행하기 위하여 필요한 정보를 요구할 권리를 가진다.

다. 나아가, 국회는 자신의 작업과 과제해결의 방식을 ‘모든 의원의 동등한 참여 원칙’에 기초하여 규율해야 한다.¹²⁾ 모든 의원은 그의 헌법적 지위를 근거로 하여 동등한 권리를 가지고 있다. 의원의 헌법적 지위를 포괄적으로 규율하는 헌법 제46조 제2항(자유위임)은 모든 의원에게 동등한 지위를 부여하고, 이로써 의회의 과제이행(입법기능, 통제기능, 국가조직구성기능 등) 및 결정과정에 동등하게 참여할 권리를 보장한다. 의원은 전체로서 국민의 대표에 해당하기 때문에, 모든 의원은 그 권리와 의무에 있어서도 평등해야 한다.¹³⁾ 국회에서 국민을 대표하는 가능성은 모든 의원이 회의의 심의와 의결에 동등하게 참여하는 가능성을 통하여 확보된다. 따라서 의원의 평등은 모든 의원이 오로지 전체로서만 국민을 대표할 수 있다는 ‘국회에 의한 국민의 대의’에 근거하는 것이다.¹⁴⁾ 의원이 지역구에서 또는 정당명부를 통하여 선출되었는지 또는 교섭단체에 속하는지 여부와 관계없이 모든 의원은 법적 지위에 있어서 형식적으로 평등하다.

개별의원이 다른 의원과 동등한 권리와 의무를 가지기 때문에, 국회 내에서 또는 정당과 교섭단체 내에서 마찰과 충돌을 두려워하지 않고 소신껏 활동할 수 있으며 자신의 목소리를 경청하도록 할 수 있다. 의원 간에 그 지위에 있어서 차등과 우열이 있다면, ‘의원 전체에 의한 국민전체의 대의’가 제대로 이루어질 수 없다. 의원의 평등은 일차적으로 ‘기회의 평등’, 즉 영향력행사의 가능성에 있어서의 평등이다.¹⁵⁾ 모든 의원은 국회의 의사형

12) Vgl. BVerfGE 80, 188, 218f.; J. Ziekow, Der Status des fraktionslosen Abgeordneten- BVerfGE 80, 190, JuS 1991, S.28.

13) Vgl. BVerfGE 44, 308, 316.

14) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.134, 161.

15) Vgl. Dreier, Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts, JZ

성과정에 참여하여 영향력을 행사할 수 있어야 하며, 나아가 영향력행사에 있어서 법적으로 동등한 기회를 보장받아야 한다. 즉, 개별의원의 다양한 견해와 입장을 국회의사형성과정에 투입함으로써 국회의 의사결정과정에서 영향력을 행사할 수 있는 가능성에 있어서의 평등이 모든 의원에게 보장되어야 한다. 의원 지위의 형식적 평등은 의회의 작업에 참여할 의원의 권리에 대하여 평등을 요청하는 것은 물론이고, 나아가 의원의 세비에 대해서도 평등을 요청한다.¹⁶⁾

라. 상이한 이익과 견해를 가진 국민의 다양성을 국회의 의사형성과정에 반영하기 위해서는 전체로서의 국회만이 국민대표로서 기능할 수 있으며, 의원 전체가 국민에 대하여 구속력 있는 결정을 내리는 기관을 구성한다. 따라서 전체로서의 국회만이 국민의 대의기관으로서 국민을 위한 구속력 있는 결정을 내릴 수 있으며, 이러한 경우에만 국회의 결정이 민주적으로 정당화될 수 있다.¹⁷⁾

‘의원 전체에 의한 대의의 원칙’으로부터 국회의 자율권을 제한하는 중요한 원칙으로서 ‘의회의 구속력 있는 결정은 선출된 의원 전체로 구성되고 의원 모두가 참여하는 본회의에서 내려져야 한다’는 요청이 나온다. 의회 작업의 효율성 때문에 본회의의 준비작업이 위원회에서 이루어질 수 있으나, 이러한 경우에도 위원회의 구성이 본회의의 세력관계를 그대로 반영하는 경우에만 준비작업을 위원회에 위임하는 것이 가능하다.¹⁸⁾ 그러나 본회의의 결정권한은 헌법에서 명시적으로 이를 허용하지 않는 한, 위원회 등 국회의 부분기관에 위임되어서는 안 되고, 구속력 있는 결정은 본회의에

1990, S.317.

16) Vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.639f.

17) Vgl. BVerfGE 80, 188, 218.

18) 이에 관하여 상세하게 아래 IV. 2. 나. ‘위원회의 구성’ 참조.

유보되어야 한다.¹⁹⁾

2. 의원의 참여권에 대한 제한의 가능성

한편, 개인의 자유와 마찬가지로 의원의 헌법적 권리도 제한될 수 있다. 그러나 의원의 헌법적 권리는 오로지 다른 헌법적 법익의 보호를 위하여 필요한 경우 비례의 원칙의 준수 하에서 제한될 수 있다.²⁰⁾ 따라서 의원의 권리를 제한하기 위해서는 이에 대한 제한을 정당화하는 헌법적 법익이 존재해야 하는데, 이러한 헌법적 법익으로 고려되는 것은 일차적으로 ‘다른 의원의 동등한 권리’와 ‘국회의 원활한 기능의 확보 또는 국회작업의 효율성’이다.²¹⁾ 모든 의원의 동등한 참여권을 병립시키기 위하여 또는 국회의 원활한 기능을 위하여 필요하다면, 국회법은 개별 의원의 권리를 제한하거나, 교섭단체를 구성하는 최소한의 요건을 정하거나, 국회에서의 회의방식을 구체적으로 형성하거나 국회에서 발언시간을 제한하거나 이를 교섭단체에게 할당할 수 있다. 국회법은 의원의 권리를 제한함에 있어서 실제적 조화의 원칙에 따라 ‘모든 의원이 국회의 심의와 의결에 효과적으로 참여할 수 있어야 한다’는 원칙과 ‘의원의 권리에 대한 제한을 요청하는 법익’을 함께 고려하여 양 법익을 조화시켜야 한다.

가. 다른 의원의 동등한 참여권에 의한 제한 가능성

국회에서는 동등한 권리를 가진 의원들이 함께 활동하기 때문에 의원의

19) Vgl. BVerfGE 1, 372, 379f.; 44, 308, 316.

20) Vgl. C. Moench/ M. Ruttloff, Verfassungsrechtliche Grenzen für die Delegation parlamentarischer Entscheidungsbefugnisse, DVBl 2012, S.1262; Morlok, Parlamentarisches Geschäftsordnungsrecht zwischen Abgeordnetenrechten und politischer Praxis, JZ 1989, S.1038.

21) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.151f.

권리가 서로 충돌한다. 개별의원의 권리는 단지 국회구성원의 권리로서만 존재하고 실현될 수 있기 때문에 서로 조정되어야 한다. 국회법은 개별의원 권리의 합리적인 행사를 위하여 기본적인 조건을 정해야 하고, 이러한 방법으로만 의회의 합리적인 과제이행이 가능하다. 개별의원의 권리는 의회라는 합의제기관의 구성원의 권리로서 필연적으로 공동의 행사에 편입되고 흡수되어야 한다. 그러나 국회의 의사형성·의사결정의 과정에 참여하고 그 과정에서 자신의 경험과 의견을 반영하고자 하는 개별 의원의 권리가 근본적으로 부정되어서는 안 된다. 국회의 자율권은 의원의 헌법적 권리를 단지 그 행사의 방법에 있어서 구체화하고 형성하는 권한이므로, 개별의원의 권리는 국회법에 의하여 구체적으로 형성되고 제한될 수는 있으나, 완전히 박탈되어서는 안 된다.²²⁾

의원들 사이에서 서로 조정되고 배분되어야 하는 대표적인 것이 바로 ‘의원의 발언권’이다. 국회작업의 효율성 때문에 발언권은 시간적으로 제한되고 의원들 사이에서 합리적으로 배분되어야 한다. 따라서 국회법에서 개별의원에게 최소한의 발언시간을 부여하지 않는다고 하여 의원의 발언권이 침해되는 것은 아니다. 국회는 의사자율권을 근거로 교섭단체의 세력관계에 비례하여 발언시간을 할당하고 교섭단체 소속의원은 교섭단체를 통하여 발언권을 행사하도록 국회법으로 규정할 수 있다.²³⁾ 한편, 교섭단체에 속하지 않은 의원에게는 논의되는 주제의 의미와 중요성에 부합하는 발언이 가능하도록 적정한 발언시간이 할당되어야 한다.²⁴⁾ 나아가, 의원뿐만 아니

22) BVerfGE 44, 308, 316; BVerfGE 80, 188, 219ff.

23) 국회법 제104조(발언원칙) 제3항 참조.

24) 국회법 제104조 제5항은 단지 “교섭단체에 속하지 아니하는 의원의 발언시간 및 발언자 수는 의장이 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 정한다.”고 규정하고 있으나, 교섭단체에 속하지 않는 의원의 발언시간은 현실적인 상황의 고려 하에서 공정하게 산정되어야 한다. 교섭단체에 속하지 않는 의원의 발언시간이 너무 짧아서 논의되는 주제에 적합한 발언이 더 이상 불가능해서는 안 된다. 적정한 발언시간을 산정함에 있어서 심의대상의 의미와 중요성, 전체 발언시간, 발언하고자 하는 의원이 교섭단체에 속하

라 정부각료도 헌법 제62조 제1항에 의하여 보장된 국회출석·발언권을 가지므로, 의원의 발언권은 정부각료의 발언권에 의하여 제한될 수 있다.²⁵⁾

나. 국회의 원활한 기능 확보에 의한 제한 가능성

(1) ‘국회의 원활한 기능의 확보’라는 법익은 심의과정의 합리화 및 국회 의결능력의 확보의 관점에서 개별의원의 권리를 제한할 수 있다. 국회의 의결능력을 확보해야 한다는 관점에서, 의원의 참여권 중에서 일부는 단독이 아니라 다른 의원과 공동으로 행사하도록 규율될 수 있다.²⁶⁾ 국회법에서 의안발의권 등 의회작업의 중요한 행위가능성을 오로지 교섭단체나 일정 수 이상의 의원에게만 인정한다면, 이는 의원의 참여권에 대한 제한에 해당하나, 의안발의권을 개별의원이 아니라 일정 수 이상의 의원에 의하여 공동으로 행사될 수 있도록 규율하는 것은 ‘국회의 원활한 기능 확보’의 법익에 의하여 정당화될 수 있다.

가령, 헌법은 제52조에서 “국회의원”이라는 표현을 사용함으로써 국회의 원도 법률안 제안권자로 언급하고 있지만, 국회법에서 제안권자를 개별 의원이 아니라 ‘10인 이상의 의원’으로 구체화한 것은(제79조 제1항), 국회에

지 않은 다른 의원을 대표해서도 발언하는지의 여부 등을 기준으로 삼아야 한다. vgl. BVerfGE 96, 264, 285.

25) Vgl. BVerfGE 10, 4, 17ff.; H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitsschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.633f., 정부각료가 동시에 국회의원으로 여당 교섭단체에 속한다 하더라도, 정부는 여당 교섭단체의 대표자가 아니므로, 정부각료의 발언권은 정부각료가 속한 여당 교섭단체의 발언시간에 산입되어서는 안 된다. 그러나 다른 한편으로는 너무 빈번하고 과도한 정부각료의 발언에 의하여 국회의 정상적인 회의진행과 과제이행이 방해받아서 안 되며, 특히 야당 의원의 발언을 방해하는 등 헌법이 정부각료에게 국회에서의 발언권을 인정한 본래의 취지에 반하는 비합리적인 목적의 달성을 위하여 남용되어서는 안 된다.

26) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.155, 물론, 이러한 조치는 국회의 작업능력을 보장하기 위하여 필요한 경우에만 허용된다.

서 다수의 지지를 얻을 수 있는 최소한의 기회를 가진 의안만을 다루고자 하는 것으로, 국회 의결능력의 확보의 관점에서 정당화된다. 10인 이상의 의원에 의하여 지지되지 않는 법률안은 국회에서 의결될 가능성이 사실상 거의 없기 때문이다.

뿐만 아니라, 의원에게 본회의와 위원회에서 출석의무를 부과하는 것은 국민대표기관으로서 ‘국회의 기능유지’의 관점에서 허용된다. 나아가, 국회법은 ‘회의의 질서유지’를 위하여 의원을 회의에서 퇴장시킬 수 있도록 규정할 수 있고 징계조치로서 일정 기간 이내의 출석정지를 의결할 수 있도록 규정할 수 있다.²⁷⁾

(2) 또한, 의원의 권리에 대한 헌법적 반대법익으로서 고려되는 것은, ‘다른 국가기관의 원활한 기능과 작업능력’이다.²⁸⁾ 의원의 정보요구권의 행사가 정보제공을 요구받은 국가기관에게 엄청난 수고와 시간적 소비를 야기함으로써 다른 국가기관의 정상적인 활동을 현저하게 저해하는 효과를 가져와서는 안 된다. 이러한 관점에서 정보제공의 요구를 받은 국가기관이 정상적이고 일상적인 과제를 해결하면서도 의원에게 정보를 제공할 수 있도록 충분한 시간적 여유가 주어져야 한다.

또한, ‘비밀유지의 법익’ 및 ‘사인의 기본권’도 의원의 정보요구권을 제한할 수 있는 헌법적 법익에 속한다.²⁹⁾ 국회가 비밀유지를 위하여 취할 수

27) 의원을 회의로부터 배제하는 조치는 이와 상충하는 반대법익인 ‘의원 전체에 의한 국민전체의 대의’의 요청과의 법익형량을 통하여 정당화되어야 하며, 나아가 엄격한 비례심사의 구속을 받는다. 따라서 사건경고나 제지 없이 퇴장시키는 것 또는 과도하게 장기의 출석금지는 비례원칙에 부합하지 않는다. 국회법 제145조에 의하면, 의원이 회의장의 질서를 문란하게 한 경우에는 의장 또는 위원장은 이를 경고 또는 제지할 수 있으며(제1항), 이에 응하지 아니한 의원이 있을 때에는 의장 또는 위원장은 당일의 회의에서 발언함을 금지하거나 퇴장시킬 수 있다(제2항). 국회법 제163조 제1항 제3호는 징계의 종류로서 ‘30일 또는 90일 이내의 출석정지’를 규정하고 있다.

28) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.160.

29) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.160.

있는 모든 조치(가령, 회의의 비공개, 보도의 금지, 국회의원에 대한 비밀
엄수 의무의 부과 등)를 취한다 하더라도 비밀유지의 법익이 충분히 보장될
수 없는 경우, 의원의 권리는 비밀유지의 법익에 의하여 제한될 수 있
다.³⁰⁾

Ⅲ. 헌법적 지침으로서 국회의 기능과 과제

국회법은 국회의 원활한 작업과 기능을 보장해야 하고 국회의 과제이행
에 기여해야 한다. 국회의 내부조직과 절차는 국회에 대한 헌법적 요청, 즉
헌법상 국회에 부과된 기능 및 과제와 불가분의 연관관계에 있다. 국회의
헌법상 부여받은 기능과 과제는 국회법의 구체적 형성에 결정적으로 영향
을 미치며, 국회 내부 작업의 방향과 기준을 결정한다.³¹⁾ 국회의 내부조직
과 절차는 국회의 주요기능에 맞추어져야 하며, 역으로 국회법 개별규정의
의미와 목적은 단지 국회의 해당 과제와 기능을 고려해야만 밝혀지고 이해
될 수 있다. 입법, 국가기관의 구성, 국정통제의 3가지 고전적인 의회 과제
중에서³²⁾ 입법기능과 정부에 대한 통제기능은 국회의 지속적인 과제로서,
국회법의 구체적 형성에 있어서 특별한 의미를 가진다. 반면에, 국가기관의
구성에 참여하는 기능은 일회적인 활동에 제한되기 때문에 의회작업의 일
상에서 큰 의미가 없다.

30) Vgl. H. H. Klein, Stellung und Aufgaben des Bundestages, HStR Bd.III, 2005, §50
Rn.39; BVerfGE 67, 100, 135.

31) Vgl. U. Di Fabio, Parlament und Parlamentsrecht, Der Staat 1990, S.600f., 604f.

32) 국회의 기능과 과제에 관하여 vgl. Morlok, Volksvertretung als Grundaufgabe, in:
Parlamentsrecht, 2015, §3 Rn.72ff.

1. 입법기능

가. 입법기능의 헌법적 의미

국회는 그 기능에 있어서 일차적으로 입법기관으로서의 지위를 가진다. 헌법은 제40조에서 “입법권은 국회에 속한다.”고 하여, 국가의 기능 중에서 입법기능을 국회에 귀속시키고 있다. 국회의 입법기능은 국회에게 국정운영과 국가공동체의 형성에 있어서 중심적 지위를 부여한다. 게다가 ‘의회유보의 원칙’은 공동체의 모든 중요한 결정은 법률의 형태로써 국회에 의하여 규율될 것을 요청한다.

국가의 정치적 지배를 정당화하기 위한 헌법원리인 민주주의는 본질적으로 국민 대표의 정치적 의사가 규범화된 형태인 ‘법률’로써 실현된다. 국가의 정치적 지배는 곧 법률의 지배이고, 민주국가는 법률국가이고 입법국가이다. 법률을 통하여 민주주의와 법치국가의 중요한 원칙과 가치가 실현된다. 법률은 국가공동체의 모든 본질적인 사안에 대한 의회의 결정을 의미한다. 법률은 국회의 의사결정에 법적 구속력을 부여하고 이로써 모든 국가기관과 국민을 구속하기 때문에, 국회는 입법을 통하여 다른 국가기관을 지배하고 정치·사회·경제·문화의 모든 생활영역의 형성에 결정적 영향력을 행사한다. 국민의 대표자인 의회가 국가공동체의 모든 중요한 문제를 ‘법률’의 형태로 결정하고 ‘법률’을 집행부와 사법부의 행위기준으로 제시함으로써, 집행부와 사법부의 국가행위를 그 내용에 있어서 조종하고 지배하게 된다. 국회는 입법을 통하여 다른 국가기관의 의사형성에 포괄적인 영향력을 행사함으로써 국가의사형성을 실질적으로 지배하는 것이다.³³⁾

33) 유사한 취지로 vgl. H. H. Klein, Stellung und Aufgaben des Bundestages, HStR III, 2005, §50 Rn.17.

나. 현대의 사회국가에서 입법기능의 약화

한편, 현대의 사회국가에서 법률의 기능은 크게 변화하였다. 법률은 원래 국가공동체의 지속적인 원칙과 가치관의 표현이자 인간행위에 대한 사회윤리적 또는 법적 평가의 표현이다. 그러나 사회적 과정을 조종하고 유도하고자 시도하는 사회국가에서 법률은 동시에 사회적 과정을 조종하고 유도하는 사회형성의 도구이다. 이로써 현대산업국가에서 다수의 법률은 더 이상 공동체의 원칙이나 사회윤리적 가치관의 영속적 표현이 아니라 계획과 조종의 도구이다. 게다가, 현대의 사회·복지국가는 엄청난 규범화의 요청에 직면해 있다. 오늘날 사회·복지국가에서 국가의 관할이 모든 영역으로 확대됨에 따라 국가 과제의 엄청난 양적 증가를 가져왔다. 국가가 자신의 과제를 이행하는 두 가지 중요한 도구가 ‘재정’과 ‘법규범’이므로, 국가 활동의 증가는 ‘국가재정의 증가’와 ‘규범생산의 증가’의 현상으로 나타나고 있다.

의회는 원래 그 기원에 있어서 군주와의 관계에서 시민사회를 보호하기 위한 반대세력으로 출발하였고, 그 당시의 주요과제는 정치적 정책과제를 의결하는 것이었다. 그러나 사회적 법치국가에서 국가의 과제가 점점 증가하고 경제·사회·과학·환경 등의 분야에서 고도의 전문성과 효율성을 요구하는 입법대상이 등장함에 따라, 의회역량이 한계에 부딪히게 되었다. 이로써 입법과정에서 전문지식의 중요성과 의미가 점차 부각되었고, 이와 같은 맥락에서 행정부 전문관료의 역할이 강화되었다.³⁴⁾ 입법과정에서 요구되는 고도의 전문성과 기술성 때문에, 입법과정에서 집행부의 역할과 영향력이 증대하고, 국회는 집행부에 의하여 준비된 법률안을 통과시키는 ‘통법부(通法府)로 축소되는 현상’이 나타나고 있다.³⁵⁾

34) Vgl. U. Di Fabio, Parlament und Parlamentsrecht, Der Staat 1990, S.605f.

35) Vgl. P. M. Huber, Regierung und Opposition, in: HStR Bd.III, 2005, §47 Rn.18.

다. 입법기능의 강화를 위한 의회법적 수단

의회가 자신의 입법기능을 약화시키는 이러한 시대적 도전에 대처하기 위하여 도입한 수단으로는, 무엇보다도 위원회제도의 도입, 의원의 전문성 강화, 청문회제도 및 공청회제도의 도입 등을 들 수 있다.³⁶⁾

의회의 운영방식이 본회의 중심으로 이루어지는 경우 의사진행의 비능률을 가져오고 국정운영에 대한 의원의 무책임성을 초래하기 때문에, 의회의 운영방식과 의사절차의 효율성을 높이기 위하여 위원회제도를 도입하고 의회의 운영을 ‘본회의 중심’에서 ‘상임위원회 중심’으로 개편한 것은 오늘날 모든 민주국가의 일반적인 정치현상이다. 위원회제도는 의회의 입법기능과 국정통제기능을 강화하기 위한 중요한 수단이다. 나아가, 의회의 입법기능을 강화하기 위하여, 의원의 전문성을 확보하고 의원의 의정활동을 지원하는 방안이 검토되어야 하며, 궁극적으로 후보자의 공천이 중앙당 수뇌부의 하향식 결정이 아니라 민주적 절차에 따라 이루어짐으로써 우수한 인력이 의원으로 선출되도록 해야 한다.

청문회와 공청회는 모두 의회법의 산물로서 비교적 새로운 제도에 속한다. 양(兩) 제도는 의회에게 새로운 정보원(情報源)을 제공함으로써 의회의 전문성을 제고하는 데 기여한다. 이러한 의미에서 양 제도는 입법과정에서 축소된 의회의 영향력을 되찾고자 하는 ‘입법절차의 재의회화’(再議會化)의 경향을 보여주는 것이다.³⁷⁾ 위원회는 중요한 안건 또는 전문지식을 요하는 안건을 심사하기 위하여 공청회를 열어 이해관계자 또는 학식·경험이 있는 자 등으로부터 의견을 들을 수 있고(국회법 제64조), 중요한 안건의 심사에 필요한 경우 증인·감정인·참고인으로부터 증언·진술의 청취와 증거의 채택을 위하여 청문회를 열 수 있다(국회법 제65조). 특히 입법절차

36) Vgl. U. Di Fabio, *Parlament und Parlamentsrecht, Der Staat* 1990, S.606f.

37) Vgl. U. Di Fabio, *Parlament und Parlamentsrecht, Der Staat* 1990, S.608.

에서 법률안을 심의하는 관할 위원회가 청문회(Öffentliche Anhörung; Hearings)를 활용하는 경우, 위원회는 재적위원 1/3 이상의 요구로 청문회를 개최하여 전문가, 이익단체 대표 등의 의견을 청취할 수 있다(국회법 65조 제2항). 이로써 청문회는 입법절차에서 야당에 의하여 자주 사용되는 도구가 되었다.³⁸⁾

2. 국정통제기능

가. 정당국가적 현실에서 국정통제기능의 변화

(1) 정부에 대한 통제는 의회의 고전적 과제에 속한다. 의회의 국정통제기능은 의회주의의 본질에서 나오는 당연한 기능이며, 권력분립원리에 입각한 통치구조 내에서 ‘견제와 균형’을 위한 불가피한 수단이다. 그러나 의회와 정부의 대립관계를 전제로 하는 19세기의 입헌군주제에서 정당이 국정의 중심이 되는 ‘정당제 민주주의’로 발전하면서, 의회의 국정통제기능에 있어서도 근본적인 변화가 발생하였다.

오늘날 정당의 발달에 따라, 정당은 국가의사를 적극적으로 형성하고 의회의 운영을 주도하는 국정의 실질적 담당자로 등장하였다. 국가의사가 형식적으로는 의회나 정부 등 국가기관에 의하여 결정되나, 실질적으로는 그 배후에 있는 정당에 의하여 결정되는 것이다. 오늘날 정당국가에서 의회의 의사는 의회 내에 교섭단체의 형태로 진출한 정당에 의하여 실질적으로 형성되고 결정된다. 이로써 의회의 정치적 의사형성과정이 의회에서 정당과 교섭단체로 전이되었다.³⁹⁾ 중요한 정치적 결정은 이미 정당과 교섭단체에서 내부적으로 내려지므로, 일반적으로 의회의 본회의와 위원회에서의 발

38) Vgl. M.-E. Geis, Parlamentsausschüsse, in: HStR Bd.III, 2005, §54 Rn.55.

39) Vgl. H. H. Klein, Stellung und Aufgaben des Bundestages, HStR III, 2005, §50 Rn.6.

언과 심의는 일단 정당에 의하여 내려진 정치적 결정을 일반국민에 대하여 설명하고 정당화하는 기능에 제한된다.

나아가, 정당국가에서는 통상 집권당이 집행부와 입법부를 함께 지배함으로써, 집권당에 의한 ‘국가권력의 통합현상’이 발생하였다.⁴⁰⁾ 이로써 집권당은 정부를 통제하는 것이 아니라 오히려 의회에서 정부의 정책을 대변하는 기능을 하게 되었다. 물론 우리 헌법과 같이 대통령제를 채택한 헌법 하에서는 의원내각제의 경우처럼 정부와 의회 다수당의 정치적 방향과 이익이 반드시 일치하는 것은 아니지만, 대통령의 출신정당과 국회 내의 다수당이 일치하는 것이 일반적인 헌법현실이다. 정부와 의회의 권력이 다수당 중심으로 형성된 현실적 정치상황에서 의회는 정부에 대한 국정통제기능을 상실하였고, 권력분립구조는 ‘정부와 의회의 대립’에서 ‘정부·의회 내 다수당과 소수당의 대립’으로 전환되었다. 그 결과, 정부에 대한 국정통제기능은 의회가 아니라 야당의 과제가 되었다.⁴¹⁾

(2) 이에 따라 오늘날의 권력분립원리는 소수당에게 집권당을 통제하는 가능성을 부여함으로써 비로소 실현될 수 있다. 오늘날 헌법상 권력분립원리는 의회 내 야당의 지위를 향상시켜 정부에 대한 의회의 통제기능을 강화함으로써 확보될 수 있는 것이다. 바로 여기에 집권당을 통제할 수 있는 야당의 권리 및 소수 보호의 중요성이 있다. 따라서 오늘날의 변화한 권력분립구조에서 정부에 대한 의회의 통제권은 가능하면 ‘소수의 권리’로서 형성되어야 한다. 정부에 대한 통제수단이 단지 의회의 다수에 의해서만 사용될 수 있다면, 이러한 통제수단은 실효성이 없을 것이다. 정부에 대한 국정통제는 다수에 대한 소수의 통제가능성의 문제이고, 소수의 보호와

40) Vgl. P. M. Huber, Regierung und Opposition, in: HStR Bd.III, 2005, §47 Rn.29f.; BVerfGE 102, 224, 236.

41) BVerfGE 49, 70, 86.

권한의 문제가 되었다. 예컨대, 의회의 소수가 국회의 소집을 요구할 수 있는지, 국정조사를 요구할 수 있는지의 문제에 관한 것이다.

정당국가에서 권력분립원리의 실현은 본질적으로 의회의 야당이 기능하는지, 소수의 보호가 기능하는지 여부에 달려있다. 소수의 보호는 다수결의 원리를 정당화하는 조건이자 한계이다.⁴²⁾ 다수의 결정이 정당성을 가지고 소수를 구속하기 위해서는 다수결의 원리는 소수의 보호에 의하여 보완되어야 한다. 소수 보호의 핵심은 결정에 이르는 절차적 과정에서 소수의 영향력 확보에 있다.⁴³⁾ 소수가 결정과정에 대하여 영향력을 행사할 수 있는 사실적 기회를 부여받는 경우에만, 소수는 다수의 결정에 승복할 수 있고, 다수의 결정은 실제적 정당성을 가질 수 있다. 따라서 소수의 보호가 기능할 수 있도록, 의사형성과정에 영향력을 행사할 수 있는 가능성인 소수의 절차적 권리가 보장되어야 하고, 나아가 소수의 권리가 침해된 경우에는 이를 사법절차적으로 관철할 수 있는 소송법적 가능성이 함께 보장되어야 한다. 소수의 보호를 위한 헌법소송제도로서 중요한 기능을 하는 것이 바로 권한쟁의심판이다. 권한쟁의심판절차는 소수의 보호가 기능할 수 있도록 입법적으로 형성되어야 하고, 입법형성의 결과인 헌법소송법규정은 소수보호의 정신에 비추어 해석되어야 한다.⁴⁴⁾

42) 다수결원리의 정당성 근거로서 소수의 보호에 관하여 Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR Bd.II, 2004, §24 Rn.53ff.

43) 한수웅, 헌법학 입문, 2018, 66면.

44) 권한쟁의제도는 개별 국회의원이나 국회 소수파의 권한이 침해되는 경우 법적 보호와 분쟁해결의 가능성을 제공함으로써 소수의 보호를 위한 법적 제도로서 중요한 의미를 갖는다. 뿐만 아니라, 국회의 권한이 정부에 의하여 침해당한 경우, 야당이 국회를 대신하여 침해된 국회의 권한을 권한쟁의심판절차를 통하여 주장할 수 있는지의 문제(제3차 소송담당)가 헌법재판소법 제61조 제1항 및 제62조 제1항 제1호 규정의 해석 문제와 관련하여 제기된다.

나. 소수의 보호를 위한 질서로서 의회법

(1) 오늘날 정당국가에서 권력분립구조가 변화함에 따라, 의회법의 구조도 야당과 여당의 이원주의와 대립관계에 맞추어져야 한다. 이러한 관점에서, 의회법은 ‘소수의 보호를 위한 정치적 질서’로서의 의미를 가진다. 의회 다수가 다수결을 통하여 궁극적으로 자신의 견해를 관철할 수 있지만, 항상 소수에 대하여 자신의 견해를 정당화해야 하고 소수에 의한 통제를 보장하는 것에, 의회법의 과제가 있다.⁴⁵⁾ 이러한 의미에서 의회법은 헌법과 함께 야당 활동의 또 다른 규범적 기반으로 이해된다.⁴⁶⁾ 특히 영미법에서 확고히 자리 잡은 사고에 의하면, 의회법은 의회 소수를 다수의 자의와 횡포로부터 보호하는 것을 주된 목적으로 한다.⁴⁷⁾ 결국, 의회법은 다수결원리와 소수 보호의 요청 사이의 긴장관계에 위치하면서 양자 사이의 균형과 조화를 이루고자 하는 시도이다.⁴⁸⁾

오늘날 정당국가에서 대의적 통치형태는 사실상 야당의 존재에 의존하고 있음에도 헌법과 국회법은 ‘야당’을 명시적으로 언급하고 있지 않다.⁴⁹⁾ 헌

45) Vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.627.

46) Vgl. W. Zeh, Gliederung und Organe des Bundestages, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.23.

47) Vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Fs 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.627.

48) Vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Fs 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.627.

49) 여기서 ‘야당’이란, 정부를 지지하지 않는 의회 내의 모든 정치적 반대세력을 말한다. 야당은 반드시 동질성을 가진 통일체일 필요가 없으며, 다수의 상이한 정치적 집단으로 분열될 수 있다. 즉, 야당이란 ‘의회 내 야당’을 말하고, 이는 곧 ‘야당 교섭단체’를 의미한다. 정부와 그를 지지하는 집권당(여당)이 정권유지를 목표로 한다면, 야당은 정권교체를 목표로 한다. 헌법적 개념으로서 야당의 의미에 관하여 vgl. BVerfGE 70, 324, 363f.; P. M. Huber, Regierung und Opposition, in: HStR Bd.III, 2005, §47 Rn.40ff.

법적 제도로서 ‘의회 내 야당’은 헌법 제8조에서 정당설립의 자유와 복수 정당제를 보장함으로써 일당독재국가를 부정한 것의 결과이자 이를 위한 전제조건이다.⁵⁰⁾ 야당의 과제는 정부와 의회 다수당의 정치에 대한 비판과 정권교체의 목표를 위한 대안의 제시에 있다.⁵¹⁾ 야당의 존재와 권리가 헌법의 기본질서인 ‘자유민주적 기본질서’의 실현을 비로소 가능하게 한다.⁵²⁾ 야당의 권리가 자유민주적 기본질서에서 본질적인 의미를 가지는 정권교체의 기회를 구현하는 것이다. 서로 경쟁하는 적어도 2 이상의 정당 중에서 선택할 수 있는 가능성이 보장되고, 현재의 소수당이 다수당이 될 수 있는 기회, 즉 정치적 활동과 의회활동에서 기회의 균등이 보장되어야만, 비로소 ‘자유민주국가’라 할 수 있다.⁵³⁾

(2) 국회는 국회법을 임의로 형성할 수 있는 것이 아니라 ‘야당의 권리’에서 그 형성권의 한계를 가진다. 국회법은 야당의 존속과 기능을 보장해야 하고, 의회 내 야당(소수파)이 기능할 수 있도록 규율해야 한다. 야당의 허용여부 및 야당의 자유의 핵심적 내용은 헌법개정권자가 임의로 처분할 수 없다는 점에서, 헌법개정의 한계에 속한다. 따라서 국회는 국회법을 통하여 야당의 자유의 핵심적 내용을 박탈할 수 없다.⁵⁴⁾

나아가, 야당이 기능하기 위해서는 야당의 권리는 ‘소수의 권리’로 형성되어야 한다. 교섭단체에 부여되는 국회법상의 다양한 지위 및 권리는 의

50) Vgl. H.-P. Schneider, Verfassungsrechtliche Bedeutung und politische Praxis der parlamentarischen Opposition, in: Schneider/Zeh(Hg), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der BRD, 1989, §38.

51) Vgl. H. H. Klein, Stellung und Aufgaben des Bundestages, HStR III, 2005, §40 Rn.34.

52) BVerfGE 44, 125, 145.

53) Vgl. W. Zeh, Gliederung und Organe des Bundestages, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.22.

54) Vgl. W. Zeh, Gliederung und Organe des Bundestages, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.23.

회 야당의 행위가능성을 보장하고 있다. 야당은 교섭단체에게 부여되는 각종 발의권 등 소수의 권리를 행사함으로써, 국정통제기능을 수행하는 것이다. 교섭단체의 권리는 여당과 야당 모두에게 동일하게 적용되지만, 교섭단체에게 부여되는 권리의 핵심적 의미는, 국정통제기능을 이행하는 소수의 권리로서 의회 야당의 과제이행을 보장하는 것에 있다.⁵⁵⁾ 교섭단체에게 각종 발의권 등이 인정됨에 따라, 야당은 소수의 권리를 행사할 수 있는 잠재적인 가능성을 보유함으로써 정부와 여당으로 하여금 야당에 의한 국정통제의 가능성을 미리 고려하는 국정운영을 강제하는 효과가 있다.

뿐만 아니라, 국회재적의원 1/4 이상의 요구에 의하여 임시국회의 소집을 요구할 수 있는 가능성(제47조 제1항), 국회 재적의원 1/4 이상의 요구에 의하여 국정조사를 실시할 수 있는 가능성(헌법 제61조, 국감법 제3조 제1항), 국회재적의원 1/3 이상에 의하여 헌법개정이나 의원 제명 등을 저지할 수 있는 가능성(헌법 제64조 제3항, 제130조 제1항) 등도 핵심적인 소수의 권리에 속한다.

다. 국정통제의 수단으로서 국정조사권

(1) 국정조사권의 헌법적 의미와 기능

헌법은 제61조 제1항에서 “국회는 국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다.”고 하여 국회의 국정감사·조사권을 규정하면서, 제2항에서 그 절차에 관한 사항은 법률로써 정하도록 규정하고 있다. 국정감사 및 조사의 절차에 관해서는 ‘국정감사 및 조사에 관한 법률’(이하 ‘국감법’) 및 ‘국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률’(이

55) Vgl. W. Zeh, Gliederung und Organe des Bundestages, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.19.

하 ‘증감법’)이 제정되어 시행되고 있다.

국정조사란, 특정의 국정 사안(국민적 의혹이나 비리사건 등)을 대상으로 하여 조사의 필요가 있을 때 수시로 공개리에 행하는 조사를 말한다. 국정 조사의 대상은 국회의 권한범위에 속하는 모든 사안이다. 국정조사의 대상 기관은 국정조사의 사안에 의하여 제한되므로, 국회본회의의 의결로써 승인한 조사계획서에 기재된 기관에 한정된다. 이에 대하여, 국정감사란, 국정 전반을 대상으로 하여 법률이 정하는 감사대상기관(모든 국가기관과 광역지방자치단체)에 대하여 정기적으로 공개리에 행하는 포괄적 국정조사를 말한다. 국정감사권은 국회의 예산의결권과 결부되어 예산안 심의·의결을 위한 선행적 제도로 사용되고 있다. 국정감사는 서구 민주국가에서는 찾아 볼 수 없는 한국헌법의 특유한 제도로서, 국정조사와 법적 성격을 달리 하는 별개의 제도가 아니라 국정조사의 특수한 형태를 의미한다.⁵⁶⁾

국정조사권은 일차적으로 집행부와 사법부를 감시하고 통제하는 기능을 한다.⁵⁷⁾ 국정조사권은 국회의 통제기능을 이행하기 위한 여러 제도 중에서 가장 일상적으로 활용되고 또한 가장 실효성이 있는 핵심적 제도라 할 수 있다. 국정조사를 통하여 의회는 헌법상 부과 받은 과제를 이행함에 있어서 해명의 필요성이 있는 사실관계를 정부나 법원 등 다른 국가기관으로부터 독립하여 독자적으로 조사하는 가능성을 가진다. 국정조사권은 특히 집행부의 비리와 부정을 규명함으로써 집행부에 대한 통제기능을 담당한다.

뿐만 아니라, 국정조사권은 국정통제, 예산심의, 입법, 정책결정 등 의정

56) 서구 민주국가의 경우, 헌법에서 국정조사권만을 규정할 뿐 별도의 국정감사권을 언급하고 있지 않은 반면, 우리 헌법은 국정조사권 외에도 국정감사권을 구분하여 규정하고 있다. 서구 민주국가에서 국정감사권을 규정하지 않은 것은, 일 년 내내 국정에 관한 자료와 정보가 수집되기 때문에 예산안의 심의·의결을 위하여 별도의 국정감사가 불필요하다는 인식에 기인하는 것이다.

57) Vgl. L.-A. Versteyl, in: v. Münch/Kunig(Hg.), GGK I, 2012, Art.43 Rn.1; Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, 2006, Art.44 Rn.8.

활동에 필요한 자료와 정보를 얻기 위한 제도로서 기능한다.⁵⁸⁾ 국정조사권은 국회에게 ‘확장된 의미의 질문권’을 부여한다는 데에도 그 의미가 있다. 헌법 제62조 제2항에 규정된 출석요구권과 질문권은 단지 국무총리와 국무위원, 정부위원에 대한 것이지만, 국정조사권은 의회에게 모든 공직자와 사인에 대해서도 질문권을 부여하고(“증인의 출석과 증언이나 진술의 요구”), 나아가 진실규명을 위한 광범위한 증거조사권을 부여하고 있다.

(2) 국회법이 아니라 국감법에 의한 국정조사절차의 규율의 필요성

국회가 헌법 제64조 제1항의 규율자율권을 법률 또는 의사규칙 등 어떠한 형식으로 행사하든 간에 그 규율대상에 있어서 내부영역에 국한된 수권으로 인하여 외부적 효력을 가지고 규율할 수 없다. 국회법의 규율대상은 ‘국회의 의사와 조직’과 같이 ‘자신의 사안’으로서 국회 내부영역에 제한되고, 그 효력범위도 국회 내부영역에 제한된다. 국회법은 의사와 조직의 자치에 관한 규율로서 단지 내부적 효력을 가지는 규범이다.⁵⁹⁾

국회법은 단지 내부적 효력을 가지고 국회의 내부적 절차만을 규율할 수 있기 때문에, 국회의 절차에 참여하는 사인(私人)에 대해서는 외부적 효력을 가지고 의무를 부과할 수 없다. 국민에 대한 법적 의무는 단지 외부적 효력을 가지는 법률에 의하여 부과될 수 있기 때문에, 이러한 규정은 국회 내부질서의 규율에 제한되는 국회법에 의하여 규율될 수 없다. 그러므로 국회는 가령 국회법에 근거하여 위원회의 공청회에서 이해관계인이나 참고인 등에 대하여 출석이나 발언을 강요할 수 없다.⁶⁰⁾

58) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, 2006, Art.44 Rn.12.

59) 국회법의 구속력에 관하여 한수웅, 국회법의 법적 성격 및 국회법 위반의 효과, 중앙법학 제11집 제4호, 2009. 12. 65면 이하; 한수웅, 헌법학, 2018, 1194면 이하; 개괄적으로 vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.635.

60) 물론, 사인이 국회나 위원회에 자발적으로 출석하여 국회의 작업에 참여·협력하는

이러한 점에서 국회법은 단지 “본회의나 위원회는 그 의결로 안건의 심의 또는 국정감사나 국정조사를 위하여 증인, 감정인 또는 참고인의 출석을 요구할 수 있다.”고 하여(제129조 제1항), 국회내부절차에 국민을 참여시킬 수 있는 가능성을 규정할 뿐, 이를 강제하거나 제재하는 규정을 두고 있지 않다. 국회법은 국민의 기본권과 직접 관련되는 절차와 관련해서는 스스로 규율하지 아니하고 다른 법률에서 따로 규율하도록 정하고 있다(가령, 제65조 제6항, 제127조, 제129조 제3항 등).⁶¹⁾ 이에 따라, 국민의 기본권제한과 관련되는 구체적인 절차 또는 형사소송법상의 강제수단은 모두 별도의 개별법률(가령, 국감법, 증감법 등)에서 규율되고 있다. 국회법이 대외적 효력이 없는 반면에, 국정조사권의 행사는 대외적 효력을 가지는 ‘공권력의 행사’에 해당한다는 점에서,⁶²⁾ 입법자는 국정조사절차에 관하여 별도의 법률로써 규율해야 하는 것이다.⁶³⁾

(3) 소수의 권리로서 국정조사권

(가) 헌법상 권력분립원리는 의회의 효과적인 통제가 가능하도록 헌법을 해석할 것을 요청한다. 따라서 의회의 대정부통제와 관련된 모든 헌법규정의 해석에 있어서 의회의 통제가 효과적이어야 한다는 원칙(의회

경우에는 국회법의 구속을 받으므로, 국회법에 의하여 규율된 내부절차를 따라야 한다.

61) 국회법 제65조 (청문회) ⑥ 청문회에서의 발언·감정 등에 대하여 이 법에서 정한 것을 제외하고는 국회에서의 증인·감정등에관한법률에 따른다. 제127조 (국정감사와 국정조사) 국회의 국정감사와 국정조사에 관하여 이 법이 정한 것을 제외하고는 국정감사및조사에관한법률이 정하는 바에 따른다. 제129조 (증인·감정인 또는 참고인의 출석요구) ③ 제1항의 증인·감정등에 관한 절차는 다른 법률이 정하는 바에 따른다.

62) Vgl. BVerfGE 76, 363, 387; Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, 2006, Art.44 Rn.29; H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.655.

63) Vgl. Pietzcker, Schichten des Parlamentsrechts: Verfassung, Gesetze und Geschäftsordnung, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, §10 Rn.25.

통제의 실효성원칙)이 해석의 지침이 되어야 한다.⁶⁴⁾

의회의 대정부 통제의 과제가 주로 소수당에 의하여 이행되는 오늘날의 변화한 권력분립구조에서, 국회의 국정통제수단인 헌법상 국정조사권에 대하여 특별한 요청이 제기된다. 오늘날의 정당국가에서 국정조사권은 의회의 소수가 대정부 통제기능을 이행하는 사실상 핵심적인 제도이자, 소수의 보호를 위한 중요한 제도이다.⁶⁵⁾ 정치현실에서도 대다수의 국정조사가 소수의 요구에 의한 것이다.⁶⁶⁾ 따라서 국정조사권은 소수에 의한 국정통제가 실질적으로 기능할 수 있도록 ‘소수의 권리’로서 형성되어야 한다.

헌법은 제61조 제1항에서 국회의 국정조사권을 규정하면서, 제2항에서 구체적인 규율을 입법자에게 위임하고 있다. 그러나 입법자의 형성권은 무제한적인 것이 아니다. 입법자는 오늘날 변화한 권력분립구조에서 국정조사권이 가지는 헌법적 기능과 의미에 의하여 구속을 받는다.⁶⁷⁾ 따라서 입법자는 국정조사권의 행사, 국정조사절차 등을 구체적으로 형성함에 있어서 헌법상 국정조사권의 의미와 목적을 고려하여 국정조사권이 실제로 기

64) Vgl. BVerfGE 67, 100, 130.

65) Vgl. M.-E. Geis, Untersuchungsausschuß, in: HStR Bd.III, 2005, §55 Rn.21; BVerfGE 49, 70, 85ff.

66) 독일의 경우, 1978년부터 2001년까지 국정조사와 관련하여 모두 8개의 연방헌법재판소결정이 선고되었는데, 연방헌법재판소는 판례를 통하여 국정조사권을 근본적으로 형성하는 데 기여하였다. 국정조사는 의회에서 여당과 야당이 상이한 이해관계를 가지고 첨예하게 충돌하는 영역에 해당하고, 국정조사는 소수의 보호가 특별한 역할을 하는 영역이면서 동시에 조사위원회의 절차와 의결에 있어서 다수결의 원리가 적용되는 영역이다. ‘소수의 보호’와 ‘다수결의 원리’의 긴장관계로부터 일련의 권한분쟁이 발생하였고, 국정조사과정에서 다수결에 의하여 압도된 소수 또는 정부의 서류제출 거부 등에 의하여 진실규명의 시도가 봉쇄된 소수가 연방헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하였다. vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.654.

67) 유사한 취지로 vgl. U. Schliesky, Art.44 GG - Zulässigkeit der Änderung des Untersuchungsgegenstandes gegen den Willen der Einsetzungsmehrheit, AöR 126 (2001), S.269.

능할 수 있도록 규율해야 한다. 무엇보다도 국정조사권이 오늘날 의회의 소수당이 정부를 통제하기 위한 중요한 제도라는 점에 비추어, 입법자는 국정조사권을 ‘소수의 보호를 위한 수단’이자 ‘소수에 의한 국정통제수단’으로 기능할 수 있도록 법률로써 구체화해야 한다. 만일, 입법자가 국회재적의원 1/2 이상의 요구로써 국정조사가 이루어질 수 있도록 국정조사의 절차를 ‘다수의 권리’로 규정한다면, 이는 국정조사권의 헌법적 기능을 형해화 한다는 점에서 위헌일 것이다.

국회의 국정조사권이 소수의 권리보호를 위한 제도로서 기능하려면, 첫째, 소수가 조사를 요구할 수 있어야 하고(소수의 요구에 의한 조사위원회의 구성 가능성), 둘째, 소수에 의하여 발의된 국정조사의 경우, 소수가 무엇에 관하여 조사해야 하는지, 즉 조사대상(조사목적과 조사사항)을 확정할 수 있어야 한다. 나아가, 조사위원회의 활동을 요구할 수 있는 권리와 마찬가지로 조사절차에 있어서도 결정적인 형성가능성이 소수에게 인정되어야 한다.⁶⁸⁾

소수가 조사를 요구하면, 국회는 지체 없이 조사요구에 응해야 하고 조사위원회를 구성해야 할 의무를 진다.⁶⁹⁾ 물론, 국회는 본회의에서 조사위원회의 구성을 의결함에 있어서 조사요구의 합헌성을 심사할 수 있고, 조사요구가 헌법에 부합하는 경우에는 이를 승인해야 한다.⁷⁰⁾ 그러나 소수 보호의 관점에서 원칙적으로 조사요구의 합헌성이 추정되어야 하고, 단지

68) BVerfGE 105, 197, 223. 독일의 경우, 증거조사는 국정조사권의 핵심에 속한다. 증거조사란, 위원회의 진실규명작업을 위한 정보수집의 과정을 말한다. 증거조사에 관한 결정은 조사위원회에서 다수결로써 내려지지만, 소수가 조사를 요구한 경우에는 다수의 반대에도 불구하고 효과적인 규명작업이 가능해야 한다. 따라서 증거신청이 합법적인 이상, 다수가 거부할 수 없는 증거신청권이 소수에게 인정된다[‘독일연방의회 조사위원회 권리에 관한 법률’(PUAG) 제17조 제2항].

69) ‘독일연방의회 조사위원회 권리에 관한 법률’(PUAG)은 제2조 제1항에서 위와 같이 규정하고 있다.

70) Vgl. Morlok, in: Dreier(Hg.), Grundgesetzkommentar Bd.II, 2006, Art.44 Rn.35.

조사요구의 내용이 국회의 권한범위를 벗어나는 등 명백히 위헌적인 경우에만 다수는 그 이유를 밝히고 조사위원회의 구성을 거부할 수 있다.⁷¹⁾ 조사요구가 부분적인 위헌성을 담고 있는 경우에는 합헌적인 부분에 대한 조사를 위하여 조사위원회를 구성해야 한다.⁷²⁾

(나) 증거조사와 관련하여, 조사위원회가 국가기관에 대하여 서류의 제출을 요구하는 경우에 국가기관이 국가기밀이라는 이유로 서류의 제출을 거부할 수 있는지의 문제가 제기된다. 국가기밀의 보호는 원칙적으로 조사위원회의 서류 제출의 요구를 거부하는 사유가 될 수 없다. 오늘날 대의제 민주주의에서 국민의 대표기관인 의회에 대하여 숨겨야 하는 국가기밀이란 더 이상 존재하지 않는다. 의회와 관련하여 ‘국가기밀의 보호’란 법익이 문제된다면, 이는 의회에 ‘대한’ 비밀보호가 아니라 의회에 ‘의한’ 비밀보호의 문제, 즉 의회의 논의과정에서 국가기밀이 보호될 수 있는지, 의회가 비밀유지를 보장하는지의 문제이다.⁷³⁾ 국가기밀의 보호는 의회에 대해서가 아니라 의회와 함께 실현되어야 한다. 조사위원회가 요구하는 서류의 내용이 국가기밀을 담고 있다면, 조사위원회는 국가기밀의 보호를 위하여 취할 수 있는 모든 조치(회의 비공개 등)를 취해야 하고, 이러한 조치에도 불구하고 국가기밀이 보호될 수 없다고 판단되는 경우에 한하여, 국가기관에 의한 서류 제출의 거부는 정당화될 수 있다.⁷⁴⁾

71) 본회의에서 조사위원회를 구성해야 하는 의무를 이행하지 않는다면, 조사를 요구하는 소수는 국정조사에 관한 헌법규정으로부터 나오는 소수의 권리 침해를 주장하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. vgl. L.-A. Versteyl, in: v. Münch/Kunig(Hg.), GGK I, 2012, Art.44, Rn.16.

72) ‘독일연방의회 조사위원회 권리에 관한 법률’(PUAG)은 제2조 제3항 제1문에서 위와 같이 규정하고 있다.

73) H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.319f.; Morlok, in: Dreier(Hg.), Grundgesetzkommentar Bd.II, 2006, Art.44 Rn.42, 49.

74) ‘국감법’에서 서류의 제출을 요구받은 국가기관은 ‘증감법’에서 정한 특별한 경우를

(다) 한편, 소수가 국정조사를 발의하였는데 다수가 조사대상의 변경을 원하는 경우, 본회의의 의결로써 조사대상을 변경할 수 있는지의 문제가 제기된다.⁷⁵⁾ 국정조사권이 ‘소수의 권리’라는 것을 감안한다면, 조사대상은 원칙적으로 소수의 의사에 반하여 변경되거나 확장되어서는 안 된다.⁷⁶⁾ 또한, 다수가 조사대상을 축소함으로써 조사의 방향을 소수가 의도하는 바와는 다른 방향으로 유도하고자 해서도 안 되고, 조사대상을 확장함으로써 너무 광범위한 조사대상으로 말미암아 조사를 지연시키고 조사의 효율성을 저해해서도 안 된다. 본회의의 다수결에 의하여 국정조사의 대상이 변경될 수 있다면, 국정조사권은 유명무실하게 될 것이다. 따라서 소수가 동의하는 경우가 아니라면, 다수에 의한 조사대상의 변경은 원칙적으로 허용되지 않는다.

그러나 다른 한편으로, 국정조사권은 ‘소수의 권리’일 뿐만 아니라 ‘대정부 통제의 핵심적 도구’이기도 하다. 국정조사권의 통제기능을 강조한다면, 이는 곧 통제의 효율성과 포괄적인 진실규명작업을 요청한다. 조사위원회는 국회의 위임에 의하여 국회의 이름으로 국회를 위하여 활동한다. 국회는 ‘국정조사의 시행에 관하여 의결’함으로써 국정조사를 자신의 사안으로 만드는 것이다.⁷⁷⁾ 국정조사가 소수에 의하여 발의되었다 하더라도, 다수도 사실관계의 규명에 협력해야 하고 발의주체인 소수와 마찬가지로 조사절차

제외하고는 이에 응해야 한다고 규정하고 있고(제10조 제4항), ‘증감법’에서는 국가기관이 서류의 제출을 요구받은 경우에 제출할 서류의 내용이 직무상 기밀에 속한다는 이유로 원칙적으로 서류의 제출을 거부할 수 없다고 하면서, 다만 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 주무부장관의 소명이 있는 경우에 한하여 예외를 허용하고 있다(제4조 제1항).

75) Vgl. U. Schliesky, Art.44 GG - Zulässigkeit der Änderung des Untersuchungsgegenstandes gegen den Willen der Einsetzungsmehrheit, AöR 126(2001), S.251ff; Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, 2006, Art.44 Rn.37.

76) BVerfGE 49, 70, 86.

77) BVerfGE 67, 100, 142.

의 성공을 위하여 노력해야 할 책임을 진다.⁷⁸⁾ 이러한 관점에서 조사의 효율성은 ‘조사대상의 명확화’ 또는 ‘추가적 문제나 의문점’(Zusatzfragen)에 의한 보완을 필요로 할 수 있다. 나아가, 다수에 의한 조사대상의 보완이 전혀 허용되지 않는다면, 다수는 소수가 발의한 국정조사와 무관하게 또 다른 국정조사를 발의함으로써, 조사대상에 추가하고자 하는 문제를 스스로 또 다른 독립적인 국정조사의 대상으로 삼을 수 있다. 그렇다면, 통제의 효율성의 관점에서 소수의 의사에 반하여 조사대상이 변경되어서는 안 된다는 원칙에 대한 예외가 특정한 요건 하에서는 허용되어야 한다.

조사대상을 포괄적으로 규명하고 진실에 부합하는 조사결과를 얻기 위하여 추가적인 문제에 의한 보완이 필요하고, 추가적 문제가 동일한 조사대상에 관한 것이어서 조사대상을 그 핵심에 있어서 변경시키는 것이 아니며, 나아가 위 요건이 충족되었다는 것이 명백하게 드러난다면, 이러한 요건 하에서는 예외적으로 추가적 문제에 의한 보완은 소수의 의사에 반해서도 허용된다.⁷⁹⁾ 조사대상 자체를 변경하거나 또는 다른 조사대상을 추가하고자 하는 것은 소수의 권리의 실현을 방해할 수 있기 때문에 허용되지 않지만, 동일한 조사대상에 관한 모든 본질적인 사실관계는 ‘추가적 문제’의

78) Vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.655.

79) 독일 주(州) 의회 소수당이 특정 사안에 대한 국정조사를 요구하자, 다수파가 조사대상의 확장을 신청함에 따라 주(州) 의회는 의결로써 조사대상을 확장하였다. 이에 소수당은 주 의회의 의결에 의하여 자신의 권한이 침해당했다고 주장하면서 연방헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구한 사건에서, 연방헌법재판소는 ‘실사 위원회작업의 지연을 가져오더라도 사안에 대한 포괄적인 해명이 필요하다면 추가적 문제에 의한 보완이 허용될 수 있는데, 이 경우 동일한 조사대상에 관한 것이어야 하고 조사대상을 그 핵심에 있어서 건드려서는 안 되며, 이러한 요건이 충족되었다는 것이 명백하게 판단될 수 있어야 한다. 이러한 것이 불분명하다면, 이러한 위험부담은 소수의 권리를 보호하기 위하여 다수의 부담으로 돌아가야 한다’고 판시함으로써, 추가적 문제의 보완은 위와 같은 특정한 요건 하에서만 허용된다고 확인한 다음, 위 사건의 경우에는 추가적 문제의 보완이 허용된 범위를 넘은 것이라고 판단하여 심판청구를 인용하는 결정을 하였다(BVerfGE 49, 70, 85ff.).

형태로 보완이 가능하다.

(4) 조사계획서 본회의 승인제도의 헌법적 문제점

(가) 국정조사에 관하여 구체적으로 규율하고 있는 국감법의 규정 내용을 보건대, 국감법 제3조는 국회는 재적의원 4분의 1 이상의 요구가 있는 때에는 특별위원회 또는 상임위원회로 하여금 국정의 특정사안에 관하여 국정조사를 하게 한다고 하면서(제1항), 국정조사의 요구는 조사의 목적, 조사할 사안의 범위와 조사를 할 위원회 등을 기재한 ‘조사요구서’를 제출함으로써 이루어지고(제2항), 조사요구서가 제출되면 의장은 지체 없이 조사를 할 특별위원회를 구성하거나 해당 상임위원회에 회부하여 조사위원회를 확정한다(제3항). 조사위원회는 조사의 목적, 조사할 사안의 범위와 조사방법, 조사에 필요한 기간 및 소요경비 등을 기재한 조사계획서를 본회의에 제출하여 승인을 받아 조사를 하는데(제4항), 본회의는 조사계획서를 검토한 다음 의결로써 이를 승인하거나 반려하며(제5항), 본회의에서 조사계획서가 반려된 경우에는 조사위원회는 이를 그대로 본회의에 다시 제출할 수 없다(제6항).

(나) 헌법 제61조는 국정조사권을 스스로 ‘소수의 권리’로 규정하지 아니하고 이에 관한 규율을 입법자에게 위임하고 있으나, 입법자는 국정조사권의 헌법적 기능에 의하여 ‘소수의 권리’로 형성해야 하는 구속을 받는다. 국감법은 제3조 제1항에서 국회재적의원 1/4 이상의 요구가 있을 때에는 국회는 국정조사를 시행하게 하도록 규정함으로써, 국정조사권을 ‘소수의 권리’로 형성하고 있다. 국회는 국회재적의원 1/4 이상의 요구가 있을 때에는 조사위원회를 구성해야 한다는 의무를 지며, 이에 대응하여 소수는 조사위원회의 구성을 요구할 수 있는 권리를 가진다.

조사위원회의 구성에 관하여 국감법은 단지 조사를 할 특별위원회는 교섭단체 의원 수의 비율에 따라 구성하여야 한다고만 규정할 뿐, 위원의 수

에 관하여는 언급하고 있지 않다. 국회는 조사위원회의 구성에 있어서도 본회의의 정치적 세력관계를 그대로 반영해야 한다는 점에서 헌법적으로 구속을 받을 뿐,⁸⁰⁾ 위원의 수를 정함에 있어서는 조사위원회에 제기되는 과제의 작업부담과 조사위원회의 작업능력 등을 고려하여 정할 수 있는 광범위한 형성권을 가진다.⁸¹⁾

나아가, 조사위원회가 확정되면 조사위원회는 조사계획서를 본회의에 제출해야 하는데, 조사대상이 조사를 요구하는 의회 소수에 의하여 확정되어야 하고 사후적으로 조사위원회에서 변경되어서는 안 된다는 점에서, 여기서 ‘조사계획서’에 기재된 ‘조사의 목적, 조사할 사안의 범위’는 의회 소수가 제출한 ‘조사요구서’에 기재된 ‘조사의 목적, 조사할 사안의 범위’와 본질적으로 일치하는 것으로 해석해야 한다. 뿐만 아니라, 소수가 제출한 조사요구서에 기재된 조사대상은 그 목적과 범위에 있어서 충분히 명확해야 한다. 조사위원회의 활동이 조사요구서와 조사계획서에 기재된 조사대상의 구속을 받게 되고,⁸²⁾ 조사계획서의 내용이 사인의 기본권침해를 야기할 수 있는 증거조사의 근거가 되기 때문에, 조사요구서 및 조사계획서는 기본권을 침해할 수 있는 권한을 부여하는 수권규범에 대하여 제기되는 정도의 ‘명확성의 요청’을 충족시켜야 한다.⁸³⁾

(다) ‘조사요구서’에 기재된 조사대상은 조사위원회에 의하여 존중되어야 하고 임의로 변경될 수 없기 때문에, 조사위원회의 ‘조사계획서’에 그대로 반영되어야 한다. 조사를 요구할 수 있는 소수의 권리에는 ‘조사위원회를 구성해야 할 국회의 의무’뿐만 아니라 ‘조사요구서의 내용을 승인

80) 국감법은 제4조 제1항에서 조사위원회는 교섭단체의원수의 비율에 따라 구성하여야 한다고 규정하고 있다.

81) Vgl. M.-E. Geis, Untersuchungsausschuß, in: HStR Bd.III, 2005, §55 Rn.31; BVerfGE 80, 188, 222; 84, 304, 323f.

82) Vgl. H.-H. Klein, in: Maunz/Dürig, GGK, Art.44 Rn.81.

83) Vgl. M.-E. Geis, Untersuchungsausschuß, in: HStR Bd.III, 2005, §55 Rn.33.

해야 하는 국회의 의무'도 대응한다.⁸⁴⁾ 국회는 원칙적으로 조사요구서의 내용에 의한 구속을 받으며, 조사대상을 의결로써 변경할 수 없다.⁸⁵⁾ 만일 그렇지 않다면, 의회의 다수가 소수의 의도를 무력화시킬 것이다. 다만, 위에서 서술한 바와 같이, 의회 통제의 효율성의 관점에서 특정한 요건이 충족되는 경우에 추가적 문제에 의한 보완만이 예외적으로 허용될 뿐이다.

국감법 제3조 제4항 내지 제6항에 의하면, 소수가 제출한 '조사요구서'를 근거로 작성된 조사위원회의 '조사계획서'에 대하여 본회의에서 다수결로 승인여부를 결정하도록 하면서 조사계획서가 반려된 경우에는 조사위원회는 이를 그대로는 본회의에 다시 제출할 수 없다고 하여 조사계획서를 수정하도록 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정은 의회 다수의 동의를 얻어야 의회 소수가 의도하는 국정조사가 가능하다는 것을 의미하는 것으로, 오늘날 정당국가에서 소수에 의한 통제가능성으로서의 국정조사권의 헌법적 기능을 형해화할 가능성이 있다.

또한, 위 국감법조항은 '특정한 요건 하에서 이루어지는 추가적 문제의 보완에 한하여 조사대상이 예외적으로 수정될 수 있다'는 의미나 또는 '조사계획서가 위헌적인 내용을 담고 있는 경우에 한하여 조사대상이 예외적으로 수정될 수 있다'는 의미로 합헌적으로 해석할 여지도 없다고 판단되므로, 위헌의 소지가 다분하다.

84) Vgl. M.-E. Geis, Untersuchungsausschuß, in: HStR Bd.III, 2005, §55 Rn.44.

85) Vgl. BVerfGE 49, 70, 79ff. '독일연방의회 조사위원회 권리에 관한 법률'(PUAG)에서 조사위원회의 구성에 관한 본회의의 의결은 발의주체의 의사에 반하여 조사요구서에 기재된 조사대상을 변경할 수 없다고 하면서(제2조 제2항), 조사대상의 사후적 변경은 본회의의 의결을 필요로 하는데, 본회의의 의결은 발의주체의 동의를 필요로 한다고 규정하고 있다(제3조 제2문).

라. 국정통제의 수단으로서 대정부 출석요구권

(1) 대정부 출석요구권의 헌법적 의미

헌법은 제62조 제1항에서 “국무총리·국무위원 또는 정부위원은 국회나 그 위원회에 출석하여 국정 처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있다.”고 하여 정부에게 국회에서 발언권을 부여하면서, 제62조 제2항에서 “국회나 그 위원회의 요구가 있을 때에는 국무총리·국무위원 또는 정부위원은 출석·답변하여야 하며, 국무총리 또는 국무위원이 출석요구를 받은 때에는 국무위원 또는 정부위원으로 하여금 출석·답변하게 할 수 있다.”고 하여 국회의 대정부 출석요구권을 규정하고 있다.

헌법 제62조는 정부가 국회의 신임에 의존하고 있고 정부에 대한 국회의 효과적인 통제권을 필요로 하는 의원내각제 정부체제의 산물이다. 의회와 정부가 대립하고 있는 상황에서는 헌법 제62조의 대정부 출석요구권은 중요한 정치적 의미를 가질 수 있으나, 국회의 다수파와 정부가 정당에 의하여 정치적으로 통합됨으로써 권력분립이 국회의 야당과 여당 사이에서 이루어지고 있는 오늘날의 정치현실에서, 입헌군주제의 헌법에서 유래하는 위 규정은 그 의미를 크게 상실하였다.⁸⁶⁾ 한편, 대통령제에서 원칙적으로 허용되지 않는 국회의 출석요구권을 헌법에 수용한 것은 우리 헌법상의 정부형태가 ‘변형된 대통령제’라는 것을 나타내는 하나의 징표이다.

국회의 출석요구권은 필연적으로 정부에 대한 질문권을 수반하므로, 국회는 정부에 대한 출석요구권과 질문권을 가지며, 국회의 출석요구권과 질문권에는 원칙적으로 정부의 출석·답변의무가 대응한다.⁸⁷⁾ 이러한 조건하에서만 국회, 특히 야당은 그의 대정부 통제권한을 효과적으로 이행할 수

86) Vgl. L.-A. Versteyl, in: v. Münch/Kunig(Hg.), GGK I, 2012, Art.43 Rn.1.

87) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, 2006, Art.43 Rn.11; L.-A. Versteyl, in: v. Münch/Kunig(Hg.), GGK I, 2012, Art.43 Rn.1.

있다. 뿐만 아니라, 위 헌법규정은 이를 넘어서 정부를 통제하기 위하여 필요한 ‘정보를 요구할 권한’을 포괄적으로 규정하고 있는 것으로 해석해야 한다.⁸⁸⁾ 국회의 요구에 의하여 정부각료가 국회에 출석하여 답변해야 한다면, 국회의 출석요구권은 구두에 의한 답변뿐 아니라 서면에 의한 답변이나 기록열람, 자료제출 등도 요구할 수 있는 국회의 포괄적인 정보요구권을 전제로 하고 있는 것이다.

따라서 국회의 출석요구권은 ‘정보요구권의 강조된 형태’라 할 수 있다.⁸⁹⁾ 국회의 출석요구권은 정부에게는 출석과 구두답변의 의무를 넘어서, 질문에 대하여 답변하고 국회의 과제 수행을 위하여 필요한 정보를 제공해야 할 의무를 포괄적으로 부과한다.⁹⁰⁾ 국회의 정보요구권은 정부에 대한 통제기능을 효과적으로 수행하기 위한 필수적 전제조건이다.⁹¹⁾ 국회는 정보의 보유에 있어서 정부와의 관계에서 현저한 열세에 있으므로, 국회가 통제권한을 행사하기 위해서는 정부가 보유하고 있는 정보를 필요로 하기 때문이다.

(2) 국회의 출석요구권을 ‘의회 다수의 권리’로서 규정한 국회법의 문제점

정부각료의 국회출석을 요구할 수 있는 권리는 의원 개인의 권리가 아니라 국회나 위원회의 권리이다. 국회법에 의하면, 본회의와 위원회는 출석요구권의 행사여부를 다수결로 결정한다.⁹²⁾ 국회나 위원회가 출석요구권의

88) BVerfGE 57, 1, 5; 80, 188, 218.

89) Vgl. H. H. Klein, Stellung und Aufgaben des Bundestages, HStR Bd.III, 2005, §50 Rn.38.

90) Vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.634.

91) Vgl. U. Di Fabio, Parlament und Parlamentsrecht, Der Staat 1990, S.612; H. H. Klein, Stellung und Aufgaben des Bundestages, HStR Bd.III, 2005, §50 Rn.36.

92) 국회법 제121조는 본회의(제1항) 및 위원회(제2항)의 경우 모두 의결로써 국무위원의

행사에 관하여 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결하는 경우, 정부각료에게는 출석해야 할 법적 의무가 발생한다. 정부각료가 국회의 의결에 따르지 않는 경우에는 국회는 정부각료의 해임을 건의할 수 있고 나아가 출석요구의 불이행이 헌법 제62조 제2항에 위반된다는 확인을 구하는 권한쟁의심판을 헌법재판소에 청구할 수 있다.

한편, 오늘날 대정부 통제의 기능이 야당의 과제라는 점에서, 의회의 출석요구권이 단지 다수의 권리여서는 안 되고 야당도 출석요구권을 행사할 수 있어야 한다는 요청이 제기될 수 있다. 이러한 관점에서 출석요구권을 소수의 권리로 강화하는 것은 변화한 권력분립구조에 상응하는 것이라 할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는, 개별 국회의원을 비롯하여 의회의 야당이나 소수파에게 정부에 대하여 서면으로 정보를 청구할 수 있는 권리가 보장된다는 점을 고려할 때, 출석요구권이 어느 정도로 소수의 보호를 위하여 필수적인 수단인지 의문이 제기된다. 오늘날 개별 의원에게 정부에 대한 서면질문권이 보장되고 있는 이상,⁹³⁾ 정부에 대한 출석요구권을 반드시 소수의 권리로 형성해야 할 필요는 없다고 판단된다.⁹⁴⁾ 나아가, 정부각료 출석요구권의 남용을 방지하고 정부의 원활한 기능을 유지해야 한다는 관점에서든 현행 국회법이 의회의 출석요구권을 국회나 위원회의 권리, 즉 다수의 권리로 규정한 것은 헌법적으로 하자가 없다고 할 것이다.

출석을 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 국회 본회의가 국무총리 등의 출석을 요구하는 발의를 하기 위해서는 의원 20인 이상이 이유를 명시한 서면으로 하여야 한다(국회법 제121조 제1항). 또한, 독일연방의회 의사규칙도 연방정부각료의 출석을 요구하는 연방의회의 권리(Art.43I GG) 행사에 관하여 교섭단체의 발의에 의하여 다수결로 의결하도록 규정하고 있다.

93) 국회법 제122조는 정부에 대한 서면질문권을 모든 의원의 권리로 규정하고 있다.

94) Vgl. L.-A. Versteyl, in: v. Münch/Kunig(Hg.), GGK I, 2012, Art.43 Rn.41.

(3) 정부각료 외의 국가기관에 대한 국회의 출석요구를 규정하는 국회법의 위헌여부

국회의 출석요구권은 단지 국무총리·국무위원 또는 정부위원 등 정부 각료에 대한 것으로, 다른 국가기관에 대해서는 출석요구권이 인정되지 않는다. 국회법 제121조 제5항은 국회의 출석요구권을 대법원장·헌법재판소장·중앙선거관리위원회위원장·감사원장에게까지 확대하고 있는데,⁹⁵⁾ 위 국회법규정은 단지 대법원장 등에 대하여 출석을 요구할 수 있다는 것을 규정하고 있을 뿐, 대법원장 등의 출석·답변의무를 규정하고 있지 않다. 따라서 대법원장 등은 국회를 존중하여 자발적으로 출석할 수는 있으나, 정부 각료와는 달리 출석 및 답변의 의무가 없다.

국회법은 국회의 내부영역을 규율하는 자치규범으로서 기관내부적 효력을 가진다. 따라서 국회법은 인적(人的) 관점에서는 단지 국회구성원과 국회출석자에 대해서만, 사안(事案)의 관점에서는 국회의 사안에 대해서만 효력을 가진다.⁹⁶⁾ 국회법은 헌법에서 이미 다른 국가기관을 구속하는 것 이상으로 외부에 대한 구속력을 가지고 다른 국가기관에게 의무를 부과할 수 없다. 국회법은 제121조(국무위원 등의 출석요구)에서 국무총리와 국무위원 등에 대한 국회의 출석·답변요구권과 이에 대응하는 국무총리와 국무위원 등의 출석·답변의 의무를 규정하고 있는데(제1항 내지 제4항), 이는 헌법 제62조에 이미 규정된 내용을 단지 확인하는 것에 지나지 않는다.

95) 국회법 제121조 ⑤ 본회의나 위원회는 특정한 사안에 대하여 질문하기 위하여 대법원장, 헌법재판소장, 중앙선거관리위원회 위원장, 감사원장 또는 그 대리인의 출석을 요구할 수 있다. 이 경우 위원장은 의장에게 그 사실을 보고하여야 한다.

96) 국회법의 구속력에 관하여 한수웅, 국회법의 법적 성격 및 국회법 위반의 효과, 중앙법학 제11집 제4호, 2009. 12. 67면 이하; 한수웅, 헌법학, 2018, 1194면 이하; 개괄적으로 vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.635.

국회법이 헌법 제62조에서 언급하지 않은 국가기관에 대한 출석요구의 가능성을 규정한다면, 이는 단지 국회의 기대와 요구를 표현하고 있는 것인데, 다른 국가기관은 국회에 대한 존중의 관점에서 이러한 기대와 요구에 자발적으로 부응할 수는 있지만, 법적으로 구속력을 가지는 것은 아니다. 만일, 국회가 국회법 등 입법을 통하여 자신의 권한을 확장하고 다른 국가기관을 구속하는 법적 의무를 부과할 수 있다면, 이는 헌법기관 사이의 권한관계를 스스로 결정하는 것으로 ‘자기 사안에 관한 자기결정’이며 ‘입법을 통한 헌법개정’의 효과를 가지는 것이기 때문에, 헌법적으로 허용될 수 없다. 따라서 국회법 제121조 제5항에서 규정하는 대법원장 등에 대한 출석요구권은 ‘출석의무를 수반하지 않는 구속력이 없는 요구권’을 의미하며, 위 국회법규정은 이와 같이 해석하는 한 헌법적으로 하자가 없다.

IV. 국회의 과제이행을 위한 조직원칙으로서 교섭단체와 위원회

국회의 조직은 결코 우연의 산물이 아니며, 국회가 임의로 형성할 수 있는 것도 아니다. 국회는 국회의 조직에 관한 한, 매우 제한적으로만 임의로 처분할 수 있다. 국회는 자신의 자율권에 근거하여 헌법상 부여받은 과제를 이행할 수 있도록 자신을 조직해야 할 의무를 진다.

국회는 과제이행을 위하여 필수적인 두 가지 내부조직을 가지고 있는데, 하나는 정당정치적으로 구성되는 ‘교섭단체’이고, 다른 하나는 과제의 효율적인 이행을 위하여 작업영역에 따라 분업적으로 구성되는 ‘위원회’이다.⁹⁷⁾ 오늘날 모든 민주국가는 의회작업에 있어서 교섭단체에게 결정적으로 중요

97) Vgl. Maurer, Staatsrecht I, 2005, S.441f.; Morlok, Volksvertretung als Grundaufgabe, in: Parlamentsrecht, 2015, §3 Rn.54ff.

한 역할을 부여하는 작업방식을 채택하고 있고, 우리의 경우도 예외는 아니다. 의회의 정치적 의사가 실질적으로 정당에 의하여 형성되고 의원은 교섭단체를 통해서만 사실상 의회의 의사형성에 영향력을 행사할 수 있다는 정당국가의 현실은 필연적으로 의회작업에 있어서 교섭단체의 지배적·우월적 역할과 지위를 수반하였다. 오늘날 ‘정당국가의 의회’는 곧 ‘교섭단체로 구성된 의회’로 그 성격을 규정할 수 있다.⁹⁸⁾ 따라서 국회법은 오늘날의 헌법질서 내에서의 교섭단체와 위원회의 중요한 의미와 기능에 부합하도록 구체적으로 형성되어야 한다.⁹⁹⁾

1. 교섭단체

가. 교섭단체의 구성

(1) 국회의 과제이행을 위한 첫 번째 조직원칙에 해당하는 것은 의회작업의 정치적 조직원칙으로서 교섭단체의 구성이다. 정권획득을 위한 정당간의 자유경쟁을 의미하는 선거의 결과에 따라 국회가 구성되고, 구성된 국회는 정당정치적인 관점에서 다시 교섭단체로 조직된다. 국회가 효율적으로 작업하기 위해서는 개별의원을 일정 단위로 묶는 결사체를 필요로 한다. 국회가 어떠한 관점에서 의원의 결사체를 인정할 것인지, 이로써 의

98) 그럼에도 헌법은 단지 위원회만을 명시적으로 언급할 뿐(제62조), 교섭단체에 관해서는 전혀 언급을 하지 않고 있다.

99) 국회는 헌법질서에서 하나의 통일체로 기능하기 때문에, 그의 내부조직의 단계에서 준비되는 모든 것은, 그것이 전체기관의 결정에 의하여 확정되지 않는 한, 대외적인 구속력을 가지지 않는다. 나아가, 모든 의원의 법적 지위에 있어서의 평등의 요청으로 인하여 국회의 조직은 형식적인 위계질서의 체계 없이 이루어지므로, 국회의 작업은 내부조직 간의 자발성과 상호협력에 의존하고 있다는 특성을 가진다. 따라서 교섭단체와 위원회는 엄밀한 의미에서 ‘본회의의 하부조직’이 아니라 단지 본회의의 작업부담을 덜어주고 본회의 결정을 준비하는 ‘국회의 내부조직’이다. vgl. W. Zeh, Gliederung und Organe des Bundestages, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.2f.

원의 결사체에 특별한 지위와 권리를 부여함으로써 이러한 결사체로 하여금 의회활동의 중심적 역할을 이행하도록 할 것인지의 문제가 제기되는데, 국회법은 교섭단체에게 이러한 중심적 역할을 부여하고 있다. 국회법에서 교섭단체의 지배적 지위는, 한편으로는 국민의 정치적 의사형성에 있어서 정당의 중요한 의미 및 국회 내에서 정당의 대표로서 교섭단체의 기능에 기인하는 것이고, 다른 한편으로는 국회의 원활한 과제이행과 기능의 보장을 위하여 불가결한 교섭단체의 역할에 기인하는 것이다.¹⁰⁰⁾

(2) 교섭단체(Fraktion)란 원칙적으로 같은 정당의 소속의원으로 구성되는 국회 내 정치단체를 말한다. 이로써 교섭단체는 동일한 정치적 신념을 가진 의원의 단체, 즉 특정한 정치적 목표와 경향을 공동으로 추구하는 정치단체이다. 현대의 다원적 사회에서 개인은 단체를 통해서만 자신의 이익을 효과적으로 대변하고 관철할 수 있는 것과 마찬가지로, 개별의원도 다른 의원과의 연대행위를 통해서만 자신의 정치적 목표를 효과적으로 달성할 수 있다. 교섭단체는 전체 의원의 개별적이고 다양한 의견을 소수의 정치적 대안으로 묶는 기능을 하고, 국회의 작업수행을 분업적으로 조직함으로써 국회의 과제이행에 결정적으로 기여한다.¹⁰¹⁾ 교섭단체는 ‘의원의 대의기능’을 ‘정당국가적으로 결정되는 의회의 작업’과 연결하는 일종의 연결매체이다.¹⁰²⁾

의원은 교섭단체에 가입함으로써 오늘날 의회작업의 전문성과 복잡성에 대하여 어느 정도 대처할 수 있고, 교섭단체가 제공하는 사실상의 다양한

100) Vgl. Schulze-Fielitz, Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?, DÖV 1989, S.830.

101) Vgl. W. Demmler, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994, S.166ff.; Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.174; H. H. Klein, Status des Abgeordneten, in: HStR Bd.III, 2005, §51 Rn.9.

102) Vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.649.

이익을 기대할 수 있다. 개별의원은 교섭단체의 분업적 업무처리를 근거로 교섭단체의 조력을 받을 수 있고 또한 교섭단체의 분업적 체계 내에서 다른 의원에게 도움을 제공함으로써 정치적 영향력을 행사할 수도 있다.¹⁰³⁾ 나아가, 의원들은 교섭단체 내에서 상호협력과 상호의존의 관계를 통하여 정치적 영향력을 크게 확대할 수 있다. 따라서 의원이 교섭단체의 소속을 상실한다는 것은 곧 정치적인 영향력의 상실을 의미하고, 이는 의원 지위의 헌법적 보장에도 불구하고 사실상 열등한 지위로 전락한다는 것을 의미한다.¹⁰⁴⁾

(3) 교섭단체의 이러한 중요한 기능에 비추어, 의회법이 교섭단체의 지위를 정치적 목표와 방향의 동질성(경향의 순수성)의 요건에 결부시키는 것은 헌법적으로 허용된다.¹⁰⁵⁾ 동일한 정치적 신념을 가지지 않은 의원들에게도 교섭단체를 구성하도록 허용하는 경우에는 결집력의 약화와 교섭단체의 압력행사 가능성의 결여로 말미암아 교섭단체의 기능이 확보될 수 없다면, 정치현실적으로 교섭단체의 기능을 이행할 수 없는 의원의 단결체에게 교섭단체의 지위를 부여하지 않는 것은 헌법적으로 허용된다. 따라서 의회법은 동일한 정치적 신념을 가진 의원의 단체에게만 교섭단체의 지위를 인정할 수 있다. 교섭단체의 활동을 위하여 ‘정치적 동질성’이 본질적이라는 관점이 이러한 제한을 정당화한다.¹⁰⁶⁾

한편, 국회법은 국회에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당뿐만 아니라 다른 교섭단체에 속하지 않는 20인 이상의 의원이(가령, 여러 정당의 소속

103) Vgl. H. H. Klein, Status des Abgeordneten, in: HStR Bd.III, 2005, §51 Rn.9; Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.174; U. Di Fabio, Parlament und Parlamentsrecht, Der Staat 1990 S.616.

104) Vgl. Schulze-Fielitz, Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?, DÖV 1989, S.829.

105) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.172.

106) Vgl. W. Demmler, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994, S.210f.

의원끼리 아니면 무소속의원끼리) 따로 교섭단체를 구성할 수 있도록 규정함으로써, ‘정치적 동질성’의 요건을 제시하고 있지 않다(제33조 제1항). 이는 정당 정치가 아직 자리 잡지 못하고 있는 한국의 정치현실을 반영하는 것이라 할 수 있다.

국회는 교섭단체의 지위를 얻기 위한 ‘의원의 수’를 확정함에 있어서 형성권을 가지고 있으나, 이 경우에도 ‘국회의 원활한 기능의 확보’라는 관점을 기준으로 삼아야 한다.¹⁰⁷⁾ 교섭단체가 그 기능을 이행하기 위해서는 최소한의 규모가 요청된다.¹⁰⁸⁾ 한편, 교섭단체를 구성하기 위한 의원의 비율과 선거의 결과에 따라 정당의 의회진출을 저지하는 소위 봉쇄조항의 비율은 일치할 필요가 없다. 정당정치적으로 동질적인 집단이 국회에 진출하였다는 것은 반드시 그러한 집단이 교섭단체의 지위를 얻어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 봉쇄조항은 ‘의회에의 진입’에 관한 것이고, 교섭단체를 구성하는 규모는 ‘의회에서의 참여’에 관한 것으로, 서로 다른 연관점을 가지고 있다.¹⁰⁹⁾

107) Vgl. Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.178; BVerfGE 96, 264, 278f.; Ipsen, Staatsrecht I, Rn.271, 교섭단체의 구성을 위하여 재적의원의 5% 이상의 의원을 요구하는 것은 헌법적으로 정당화되기 어렵다.; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005, S.335; 독일의 연방의회 의사규칙은 의원이 그 수에 있어서 교섭단체의 지위에 이르지 못하는 경우에는 그룹의 지위를 얻을 수 있도록 규정하여, 그룹의 지위를 인정받음으로써 의회의 작업에 충분히 효과적으로 참여하는 것을 가능하게 하고 있다(BVerfGE 96, 264, 279). 그룹은 그 규모에 상응하여 발언권의 배분에 있어서 고려되고, 위원회의 위원직과 표결권을 비율에 따라 배분받는다(BVerfGE 84, 304, 323f.).

108) 비교법적인 관점에서 유럽국가에서 교섭단체의 구성과 최소한의 규모에 관하여 소개한 것으로 vgl. Schulze-Fielitz, Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?, DÖV 1989, S.831f. 스위스를 제외하고 유럽의 거의 모든 국가가 공동의 정치적 신념, 즉 정당소속을 교섭단체구성 기준으로 규정하고 있고, 최소한의 규모는 대부분의 국가에서 20인 이하(독일만 5% 저지조항의 결과로서 ‘26인’으로 최고)로 규정되고 있다.

109) Vgl. Maurer, Staatsrecht I, 2005, S.446; Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.178.

나. 교섭단체의 기능

(1) 오늘날 정당민주주의에서 교섭단체는 ‘헌법생활의 필수적 기구’이자 ‘의회 의사형성의 중요한 요소’이다.¹¹⁰⁾ 교섭단체는 다양한 정치적 입장을 합이가능한 통일체로 묶음으로써 국회의 의사형성과정을 유도하고 의사결정과정을 용이하게 한다.¹¹¹⁾ 이로써 교섭단체는 국회의사결정의 촉진제 역할을 하고 국회의 원활한 기능을 보장한다.

국회법은 국회 내에서 교섭단체의 중요한 의미와 기능에 상응하도록 교섭단체의 활동가능성을 규정하고 있다. 교섭단체는 위원회의 위원을 지명하고(국회법 제48조) 의안을 발의하며(국회법 제79조) 국무위원 등의 출석요구를 발의(국회법 제121조)하는 권한을 가진다. 의회작업에 있어서 교섭단체의 지배적 지위는 무엇보다도 위원회의 구성은 교섭단체에 의하여 교섭단체의 세력에 비례하여 이루어진다는 것에서 표현되고 있다. 나아가, 국회에서 다루어지는 모든 의안은 발의되어야 하는데,¹¹²⁾ 국회법상 가능한 모든 발의는 교섭단체에 의하여 이루어질 수 있다. 교섭단체의 구성을 위하여 요구되는 의원의 수는 법률안의 제출 등 의안의 발의, 국무위원 등의 출석요구 등 각종 발의권을 행사하기 위한 요건을 충족시킨다.¹¹³⁾ 교섭단

110) Vgl. BVerfGE 84, 304, 322.

111) Vgl. Zeh, Gliederung und Organe des Bundestages, in: HdStR Bd.III, 1987, §42 Rn.10.

112) 국회법에 의하면 법률안을 비롯한 모든 의안은 국회의원 10인 이상의 찬성으로 발의된다(제79조).

113) 교섭단체를 구성하기 위하여 필요한 의원의 수(국회법 제33조의 20인 이상)와 발의권을 행사하기 위한 의원의 수(국회법 제79조의 10인 이상), 국무위원 등의 출석요구를 발의하기 위한 의원의 수(국회법 제121조의 20인 이상)는 일치하는 것은 아니나(2003. 2. 4. 국회법개정 전에는 발의권의 행사요건과 교섭단체의 구성요건이 모두 의원 20인 이상으로 일치하였음), 교섭단체가 각종 발의권을 행사하기 위한 요건을 충족시키고 있다. 다만, 조사위원회를 구성하기 위한 발의권은 재적의원 4분의 1 이상으로 규정하고 있다(국정감사및조사에관한법률 제3조).

체가 각종 발의권을 가지고 있으므로, 대부분의 의회 절차는 사실상 교섭단체에 의하여 개시된다는 것을 의미한다.

(2) 교섭단체는 국회 내에서 정당의 대표이다.¹¹⁴⁾ 정당은 국회 내에서 교섭단체에 의하여 대변되고, 교섭단체를 통하여 국회의 의사형성에 영향력을 행사한다. 이로써 교섭단체는 국가의사형성과 국민의사형성 사이의 핵심적 중개자로 기능한다.¹¹⁵⁾ 교섭단체는 국가의사형성과정에서 자신의 정책을 관철하고자 하는 정당의 전초기지이며, ‘의회 내의 정당’으로 서로 경쟁관계에 있다.¹¹⁶⁾ 선거에서 정당간의 경쟁은 의회 내에서 교섭단체간의 경쟁의 형태로 계속된다. 국민의 시각에서는 교섭단체가 정당의 활동을 비로소 가시적으로 만든다.

교섭단체는 정당국가에서 의원의 정당기속을 강화하는 하나의 수단으로 기능하고, 정당소속의원들의 원내 행동통일을 기함으로써 의안의 심의에 있어서 정당의 정책을 최대한으로 반영하고자 한다.¹¹⁷⁾ 이러한 점에서 의원의 교섭단체 기속과 자유위임적 원내 활동과의 갈등은 예정되어 있다.

114) Vgl. W. Demmler, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994, S.179ff.; Zeh, Gliederung und Organ des Bundestages, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.14.

115) Vgl. Zeh, Gliederung und Organ des Bundestages, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.5; Schulze-Fielitz, Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?, DÖV 1989, S.830.

116) Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.175.

117) 현재 2003. 10. 30. 2002헌라1(국회의원과 국회의장간의 권한쟁의), 판례집 제15-2 하, 17, 30, “원내에 의석을 확보한 정당은 정당의 정강정책을 소속의원을 통하여 최대한 국정에 반영하고 소속의원으로 하여금 의정활동을 효율적으로 할 수 있도록 권고·통제할 필요가 있다. 법은 국회에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체가 되며, 국회 내 상임위원회의 구성은 교섭단체 소속의원수의 비율에 의하여 각 교섭단체대표의원의 요청으로 의장이 선임 및 개선한다고 규정하고 있어(제33조 제1항, 제48조 제1항), 국회운영에 있어 교섭단체의 역할을 제도적으로 보장하고 있다. 교섭단체는 정당국가에서 의원의 정당기속을 강화하는 하나의 수단으로 기능할 뿐만 아니라 정당소속 의원들의 원내 행동통일을 기함으로써 정당의 정책을 의안 심의에서 최대한으로 반영하기 위한 기능도 갖는다.”

다. 교섭단체의 헌법적 근거와 지위

(1) 헌법은 교섭단체를 전혀 언급하고 있지 않지만,¹¹⁸⁾ 개별의원에 게 다른 의원과 함께 교섭단체를 구성할 수 있는 권리를 부여하는 헌법규정에 의하여 교섭단체는 헌법적으로 보장된다. 국회의 의사형성에 있어서 교섭단체가 가지는 중심적 지위에 비추어, ‘다른 의원과 함께 교섭단체를 구성할 권리’를 의원의 헌법적 지위로서 인정하는 것을 필연적이다. 교섭단체의 구성은 개별의원의 자발적인 결정에 기초하는 것이고, 이는 결국 헌법상 보장된 자유위임(헌법 제46조 제2항)을 행사한 결과이다. 의원은 헌법상 보장된 자유위임을 근거로 다른 의원과 자발적으로 교섭단체를 결성하는 것이므로, 교섭단체의 헌법적 근거는 국회의원의 지위를 포괄적으로 규율하는 헌법 제46조 제2항이다.¹¹⁹⁾ 교섭단체가 정당의 조직이 아니라 국회의 조직이기 때문에, 헌법 제8조의 정당조항으로부터는 교섭단체의 권리가 도출될 수 없다.

교섭단체는 정당의 조직이 아니라 국회의 조직이다. 사회적 영역에 귀속되는 정당과는 반대로, 교섭단체는 국회의 조직으로서 국가조직의 영역에

118) 한편, 독일 기본법은 제54조의 a 제1항 제2문에서 교섭단체를 명시적으로 언급하고 있다.

119) 독일의 지배적인 견해도 교섭단체의 헌법적 근거를 의원의 헌법적 지위(자유위임)를 규정하는 기본법 제38조 제1항에서 찾고 있다, vgl. Dreier, *Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts*, JZ 1990, S.317; H. H. Klein, *Stellung und Aufgaben des Bundestages*, HStR III, 2005, §50 Rn.6; Maurer, *Staatsrecht I*, 2005, S.445f.; H.-P. Schneider, *Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitsschutz*, in: *Festschrift 50 Jahre BVerfG*, Bd.2 2001, S.648; 이와는 달리 교섭단체의 헌법적 근거를 정당조항으로 보는 견해로는 W. Zeh, *Gliederung und Organe des Bundestages*, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.6; 한편, 독일연방헌법재판소는 초기의 결정(BVerfGE 10, 4, 14)에서는 교섭단체의 헌법적 근거를 정당조항에서 찾았으나, 그 후 판례를 명시적으로 변경하여 의원의 헌법적 지위를 규정하는 기본법 제38조 제1항에서 찾고 있다(BVerfGE 84, 304, 322).

귀속된다. 오늘날 교섭단체는 더 이상 ‘정당의 연장된 팔’이 아니라 자유위임에 근거한 ‘개별의원들의 창작물’이다.¹²⁰⁾ 교섭단체와 정당이 그 인적 구성에 있어서나 정치적으로 밀접하게 연관되어 있다는 사실에도 불구하고 교섭단체와 정당은 법적·제도적으로 구분되어야 한다.¹²¹⁾ 교섭단체는 고유한 권한을 부여받은 국회의 조직으로서 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있다.

(2) 교섭단체는 의원의 결사체로서 자신의 권리를 의원의 권리로부터 도출한다.¹²²⁾ 교섭단체의 헌법적 지위와 근거는 궁극적으로 소속의원의 헌법적 지위에 근거하는 권리의 총체이다. 교섭단체는 의원에게 귀속되는 것 이상의 권리를 가지고 있지 않기 때문에, 교섭단체에게 헌법상 독자적인 권리가 인정되는 것은 아니다. 따라서 국회법에서 부여되는 교섭단체의 모든 권리는 소속의원의 권리를 고려하여 확정되어야 한다.¹²³⁾ 국회법에서 의원이 어느 정도로 자신의 권리를 교섭단체를 통하여 행사할 수 있도록 규정할 수 있는지의 문제가 제기되는데, 국회법이 개별 의원이 아니라 교섭단체에게만 특정한 활동가능성을 인정한다면, 이는 의원의 권리에 대한 제한으로서 헌법적으로 정당화되어야 한다.¹²⁴⁾ 가령, 교섭단체에 소속된 의원은 위원회 활동권이나 발언권을 교섭단체를 매개로 하여 의원으로서의 권리를 행사할 수 있는데, 개별의원이 교섭단체를 매개로 하여 자신의 권리를 행사하는 것은 국회의 기능보장과 작업의 효율성의 관점에서 정당화된다.¹²⁵⁾

120) Vgl. BVerfGE 93, 195, 203f.

121) Vgl. U. Volkmann, *Parlamentarische Demokratie und politische Parteien*, in: *Parlamentsrecht*, 2015, §4 Rn.19; W. Zeh, *Gliederung und Organe des Bundestages*, in: *HStR Bd.III*, 2005, §52 Rn.14.

122) Vgl. Morlok, in: *Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II*, Art.38 Rn.176.

123) Vgl. BVerfGE 80, 188, 219f.

124) Morlok, in: *Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II*, Art.38 Rn.176.

125) Vgl. Schulze-Fielitz, *Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?*, DÖV 1989,

교섭단체의 구성이 자유위임에 근거한 의원의 자유로운 결정에 기인하고, 그에 따라 교섭단체의 법적 지위는 의원의 헌법적 지위로부터 도출된다면, 의원의 헌법적 지위의 본질적 내용에 속하는 ‘의회 내에서 의원의 평등’ 또는 ‘모든 의원의 동등한 참여의 원칙’으로부터 ‘교섭단체의 동등한 대우의 원칙’이 나온다.¹²⁶⁾ 이로써 모든 교섭단체는 의회의 작업에 동등하게 참여할 권리를 가진다. 의원의 평등은 곧 의원으로 결성된 교섭단체의 평등을 의미하므로,¹²⁷⁾ 교섭단체 간에도 평등원칙이 적용되지만, 평등의 요청은 국회의 대의기능에 그 기반을 두고 있는 ‘비례적 대의의 원칙’에 의하여 보완된다.¹²⁸⁾ 가령, 국회법은 발언시간의 할당은 교섭단체 소속의원 수에 비례하여 이루어지도록 규정하고 있다.¹²⁹⁾

(3) 교섭단체는 국가조직에 포함되는 국회의 상설조직이므로, 국가가 교섭단체를 예산으로 지원하는 것은 허용된다.¹³⁰⁾ 교섭단체에 대한 예산지원의 정당성은, 교섭단체의 활동이 국회의 작업을 지원하고 국회의 과제이행에 있어서 불가결하다는 것에 있다. 그러나 교섭단체에 대한 국고보조는 그 정도에 있어서 제한되고, 국고보조의 목적에 의한 구속을 받는다.¹³¹⁾ 교섭단체에 대한 국고보조는 국회 내에서의 교섭단체의 작업과 과제이행을 위하여 제공되는 것이므로, 이러한 특정한 목적의 구속을 받으며,

S.834.

126) Vgl. BVerfGE 93, 195, 203f.

127) Vgl. Dreier, *Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts*, JZ 1990, S.318.

128) Vgl. Morlok, in: Dreier, *Grundgesetzkommentar Bd.II*, Art.38 Rn.179

129) 국회법 제104조(발언원칙) ③ 의장은 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 같은 의제에 대한 총 발언시간을 정하여 교섭단체별로 소속 의원 수의 비율에 따라 할당한다.

130) Vgl. BVerfGE 20, 56, 62; 80, 188, 231.

131) Vgl. Morlok, in: Dreier, *Grundgesetzkommentar Bd.II*, Art.38 Rn.182; H.-P. Schneider, *Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz*, in: *Festschrift 50 Jahre BVerfG*, Bd.2 2001, S.649.

이러한 목적의 확정이 보조금의 지급범위에 대한 제한을 정당화한다.

교섭단체에 대한 국고보조는 전적으로 헌법상 또는 국회법상 교섭단체에 부과되는 과제의 이행을 위하여 사용되어야 한다.¹³²⁾ 물론, 정당의 활동과 교섭단체의 활동 사이에 명확한 경계확정의 어려움이 있고, 이로써 교섭단체의 재정이 정당 활동을 위하여 사용될 위험이 있지만, 교섭단체의 재정은 정당의 과제를 이행하기 위한 일반적인 정당 활동을 위하여 사용되어서는 안 된다. 교섭단체가 국고보조를 그 본연의 목적에 부합하지 않게 일반적인 정당 활동을 위하여 사용하는 것은 국회에 진출하지 못한 정당과의 관계에서 ‘정당간의 기회균등의 원칙’에 위반되므로, 허용되지 아니한다. 나아가, 교섭단체의 과제 이행에 의하여 정당화되는 정도를 넘어서 교섭단체에 국고보조가 지급되어서는 안 된다.¹³³⁾ 그러한 정도를 넘는 국고보조는 ‘정당에 대한 위장된 국고보조’에 해당하기 때문이다.

2. 위원회

가. 위원회의 의의와 기능

(1) 위원회제도는 국회의 또 다른 핵심적인 조직원칙이다. 헌법은 위원회를 명시적으로 언급함으로써(제62조), 오늘날 의회의 과제이행에 있어서 위원회제도의 불가피성과 중요성을 표현하고 있다. 오늘날 의원은 과도한 업무 부담과 심의사안의 전문성과 복잡성으로 인하여 국회가 다루는 모든 사안에 대하여 독자적인 판단을 내릴 능력이 없다. 오늘날 현대국가에서 국회 심의사안이 양적으로 증가하고 질적으로 전문화됨에 따라, 입법에서도 고도의 전문성과 효율성이 요구되기 때문에 의안처리의 전문성과

132) Vgl. BVerfGE 80, 188, 231.

133) Vgl. BVerfGE 20, 56, 104f.

효율성을 높이기 위하여 고안된 것이 바로 위원회제도이다.¹³⁴⁾

위원회는 국회 본회의의 의안심의에 앞서 본회의에서 의안심의를 원활하게 할 목적으로 전문적 지식을 가진 소수의 의원들로 하여금 의안을 예비적으로 심사·검토하게 하는 소회의제(小會議制)를 말한다.¹³⁵⁾ 오늘날 의회는 ‘발언의 장소’로서 본회의와 ‘실질적 작업의 장소’로서 위원회로 나뉘어져 기능한다. 본회의에서 공개적 논의는 사안에 관한 정당의 입장을 서술하고 국민에게 전달하는 데 기여하는 반면, 사안에 관한 실질적 논의는 심의대상의 고도의 전문성과 복잡성 때문에 본회의에 앞서 소수의 전문가로 구성된 교섭단체 내부의 소위원회나 의회의 위원회에서 이루어진다.¹³⁶⁾ 위원회에서 교섭단체 간의 상이한 정치적 입장을 조율하는 작업이 이루어지고, 이러한 방법으로 본회의의 의결이 준비된다.¹³⁷⁾

오늘날 위원회가 실질적으로 국회의 과제를 이행하기 때문에, 위원회 작업에 특별한 의미와 중요성이 부여된다. 입법기능, 대정부 통제기능 등 국회의기능의 본질적인 부분이 위원회에 의하여 이행되고 있으며, 국회의 의사형성이 사실상 위원회에서 이루어진다. 국회법은 국회운영에 있어서 ‘상임위원회 중심주의’와 ‘본회의 결정주의’를 채택하고 있기 때문에, 위원회는 실질적으로 국회의 기능을 대행한다고 보아야 한다.

(2) 위원회는 그 소관에 속하는 법률안 등 의안을 심사하여 본회의에서 의결할 수 있는 의안으로 입안하는 기능을 한다.¹³⁸⁾ 의안제출에 관한

134) 유사한 취지로 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1, 판례집 제15-2하, 17, 30-31.

135) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌라1(국회의원과 국회의장간의 권한쟁의), 판례집 제15-2하, 17, 30-31.

136) Vgl. H. H. Klein, Stellung und Aufgaben des Bundestages, HStR III, 2005, §50 Rn.11.

137) Vgl. W. Zeh, Das Ausschußsystem im Bundestag, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der BRD, §39 Rn.14ff.

138) Vgl. W. Zeh, Gliederung und Organe des Bundestages, in: HStR Bd.III, 2005, §52

위원회의 의결은 본회의에 대하여 구속력을 가지는 것은 아니지만, 본회의에서 의안심사의 근거가 되기 때문에 실질적으로는 본회의의 결정을 사전에 형성하는 효과를 가진다.¹³⁹⁾ 본질적인 결정은 이미 사실상 위원회에서 내려지기 때문에, 본회의에서 의결은 대부분의 경우 단지 형식적인 의미를 가진다.¹⁴⁰⁾

나아가, 국회의 대정부 통제기능의 본질적인 부분이 위원회에 의하여 이행된다.¹⁴¹⁾ 헌법은 위원회의 바로 이러한 기능 때문에, 국회뿐만 아니라 위원회도 국무총리와 국무위원 등의 출석과 답변을 요구할 수 있고 의안심사를 위하여 필요한 정보를 요청할 수 있도록 규정하고 있다(헌법 제62조 제2항). 또한, 상임위원회의 분류가 통상적으로 행정각부의 분류에 따르는 것도 바로 전문성 있는 의원들로 구성된 위원회로 하여금 행정각부에 대한 통제기능을 보다 잘 이행하도록 하기 위한 것이다.¹⁴²⁾ 위원회를 전문적 지식을 가진 의원으로 구성하는 것은 행정부의 전문적인 관료주의에 대응하고 정부에 대한 통제의 효율성을 강화하고자 하는 것이지만, 다른 한편으로는 위원회제도가 이익단체의 로비활동을 용이하게 함으로써 의안처리의 공정성을 해칠 위험이 있으며, 위원회가 소관사무와 관계되는 행정부서와 밀착되어 행정부에 대한 견제기능이 약화될 수도 있다는 점이 부작용으로 지적되고 있다.¹⁴³⁾

Rn.39; M.-E. Geis, *Parlamentsausschüsse*, in: HStR Bd.III, 2005, §54 Rn.1.

139) Vgl. Dreier, *Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts*, JZ 1990, S.318; BVerfGE 44, 308, 318.

140) Vgl. BVerfGE 44, 308, 318.

141) Vgl. M.-E. Geis, *Parlamentsausschüsse*, in: HStR Bd.III, 2005, §54 Rn.3; W. Zeh, *Gliederung und Organe des Bundestages*, in: HStR Bd.III, 2005, §52 Rn.40f.

142) Vgl. W. Zeh, *Das Ausschußsystem im Bundestag*, in: Schneider/Zeh, *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der BRD*, §39 Rn.10ff.

143) Vgl. L.-A. Versteyl, in: v. Münch/Kunig(Hg.), *GGK I*, 2012, Art.43 Rn.22.

나. 위원회의 구성

오늘날 법안처리, 정보의 요청, 국정통제, 국정조사 등 국회 작업의 본질적인 부분이 본회의가 아니라 위원회에서 이루어지기 때문에 국회 활동의 중심이 본회의에서 위원회로 이동하였고, 이로써 국회에 의한 대의의 과정이 사실상 위원회로 옮겨갔다.¹⁴⁴⁾ 이에 따라 위원회도 ‘국회에 의한 국민의 대의(代議)’ 과정에 포함되어야 한다. 이는 곧, 위원회는 국민의 정치적 대의에 있어서 본회의의 축소판이어야 한다는 것을 의미한다.¹⁴⁵⁾ 그러므로 모든 위원회가 원칙적으로 그 구성에 있어서 국회(본회의)의 구성을 그대로 반영할 것이 필수적으로 요청된다. 국회의 정당정치적 구성이 위원회의 구성에 거울상처럼 그대로 반영되어야 한다. 또한, 위원회에서 본회의의 의결을 위한 준비 작업이 이루어진다면, 위원회의 다수관계가 본회의의 다수관계를 그대로 반영함으로써 위원회에서의 준비 작업의 결과가 본회의에서 다수의 지지를 얻을 수 있는 경우에만 본회의의 심의와 의결을 준비하는 위원회의 기능은 비로소 이행될 수 있다.¹⁴⁶⁾ 그 결과, 위원회는 ‘국회의 축소화된 복사판’ 또는 ‘축소화된 국회’이다.¹⁴⁷⁾ 국회법은 이러한 요청을 반영하여 위원회를 ‘교섭단체 소속의원 수의 비율’에 따라 구성하고 있다(국회법 제48조 제1항).

교섭단체는 이러한 비례적 대의의 과정에서 중요한 중개역할을 한다. 교섭단체는 ‘위원회에서의 분업적인 과제이행의 가능성’과 ‘전체 국회의 복사판으로서 위원회’의 요청을 서로 연결하는 매체로 작용한다.¹⁴⁸⁾ 작업분담을

144) Vg. BVerfGE 80, 188, 222.

145) Vgl. BVerfGE 84, 304, 323.

146) Vgl. M.-E. Geis, Parlamentsausschüsse, in: HStR Bd.III, 2005, §54 Rn.42.

147) 비교법적인 관점에서 보더라도, 유럽의 거의 모든 국가에서 위원회의 구성은 ‘본회의에서의 교섭단체의 세력관계’에 비례하여 이루어지도록 헌법 또는 의회의 의사규칙에서 규정하고 있다, vgl. Schulze-Fielitz, Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?, DÖV 1989, S.831.

148) Vgl. Dreier, Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts, JZ

통한 국회의 전문화의 요청에 부응하기 위하여 위원회의 활동이 불가결하고, 다른 한편으로는 국회가 정당정치적인 관점에서 교섭단체로 조직되어 있다면, 위원회의 구성에 있어서 교섭단체의 결집기능을 이용하는 것은 필연적인 것이다.¹⁴⁹⁾ 위원회가 교섭단체 소속의원 수의 비율에 따라 구성되기 때문에, 위원회의 위원은 국회에서 선출되는 것이 아니라 교섭단체의 요청에 의하여 의장이 선임하고 개선(改選)한다(국회법 제48조 제1항).

다. 개별의원의 권리로서 상임위원회 활동권

국회 작업의 본질적인 부분이 위원회에 의하여 처리된다는 상황에 비추어, 위원회에 참여하는 가능성은 개별의원에게는 본회의에 참여하는 것과 같은 의미를 가진다. 따라서 ‘모든 의원의 동등한 참여원칙’은 본회의뿐만 아니라 위원회에도 동등하게 참여할 것을 요청한다. 위원회에 참여하는 의원의 권리는 ‘의원의 헌법적 지위의 본질적인 부분’에 해당한다.¹⁵⁰⁾ 한편, 자신이 원하는 특정 위원회에 소속되어 활동할 권리는 위원회의 위원정수가 한정되어 있다는 점에서 의원에게 인정되지 않는다.¹⁵¹⁾ 위원회에서 의원의 평등과 관련하여, 다음과 같은 2가지 문제점이 제기된다.

(1) 하나는 ‘교섭단체에 속하지 않은 의원’의 문제이다. 의원이 오늘날 의회작업의 핵심적인 조직원칙인 교섭단체의 구성으로부터 스스로 벗어남으로써 발생하는 문제이다. 의원이 ‘자유위임’에 근거하여 다른 의원과 함께 교섭단체를 결성할 수 있는 헌법적 지위가 보장된다면, 마찬가지로

1990, S.319.

149) Vgl. Dreier, *Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts*, JZ 1990, S.319.

150) Vgl. M.-E. Geis, *Parlamentsausschüsse*, in: HStR Bd.III, 2005, §54 Rn.59.

151) Vgl. BVerfGE 70, 324, 354; M.-E. Geis, *Parlamentsausschüsse*, in: HStR Bd.III, 2005, §54 Rn.61.

교섭단체에 소속되지 않은 의원이 교섭단체를 구성하지 않았다는 이유로 의회의 작업에 있어서 불리한 취급을 받아서는 안 된다는 것도 헌법상 ‘자유위임’의 요청이다.

위원회에서 위원직이 오로지 교섭단체를 통해서만 배분되는 경우, 국회의 과제에 모든 의원이 동등하게 참여해야 한다는 원칙에 위반될 수 있다. 따라서 일차적으로 교섭단체의 소속을 통하여 국회에서 발언권과 위원회의 위원수가 배분되지만, 교섭단체에 속하지 않은 의원이 사실상 의회의 작업으로부터 배제되는 결과를 가져와서는 안 된다.¹⁵²⁾ 교섭단체에 속하지 않은 의원에게도 교섭단체에 소속된 의원과 마찬가지로 ‘의회의 기능과 과제에 동등하게 참여할 권리’가 인정되어야 한다.¹⁵³⁾ 의원이 자신의 정치적 견해를 국회의 의사형성에 반영하는 기회는 무엇보다도 위원회에서의 활동 가능성을 통하여 의원에게 보장되어야 한다. 국회의 실질적 기능이 위원회에서 이루어진다는 인식은, 모든 의원이 위원회에 심의·표결권을 가지고 소속될 것을 요청한다.¹⁵⁴⁾ 국회법은 교섭단체에 속하지 않은 의원이 어떤

152) Vgl. BVerfGE 80, 188, 222f., 225f.

153) Vgl. BVerfGE 96, 264, 280(2. PDS-Urteil), 연방헌법재판소는 교섭단체에 속하지 않은 의원에게도 위원회 위원장의 지위를 요구할 수 있는 권리가 인정되는지 여부에 관하여 “위원장으로서의 기능은 단지 조직상의 성격을 가지기 때문에, ‘모든 의원이 의회의 과제에 동등하게 참여해야 한다는 원칙’에 의하여 판단될 수 있는 사안이 아니다.”고 판시함으로써 ‘위원장으로서의 지위를 요구할 수 있는 권리’를 부인하였다.

154) Vgl. BVerfGE 80, 188, 223(Wüppesahl-Urteil), Thomas Wüppesahl은 녹색당 소속으로 의회에 진출하였으나 녹색당과의 의견차이로 인하여 교섭단체로부터 제명당하였고, 그 결과 소속 상임위원회로부터 강제로 사임됨으로써 단지 본회의에서만 활동할 수 있게 되었다. 그는 교섭단체의 소속 여부에 의하여 위원회에서의 활동가능성이 결정되는 것은 헌법적으로 보장된 의원의 지위를 침해한다고 주장하면서 권한쟁의 심판을 청구하였다. 한편, 심판청구 당시 연방의회 의사규칙에 의하면, 위원회는 오로지 교섭단체에 의해서만 구성되도록 규정하고 있었고, 이에 따라 교섭단체에 속하지 않는 의원은 위원회의 구성에 있어서 전혀 고려되지 않았다. 위원회가 전적으로 교섭단체의 세력관계에 따라 구성됨으로써 교섭단체에 속하지 않은 의원을 고려하지 않는 것은 독일에서는 적어도 1875년 이래로 확립된 의회의 전통이었다. 게다가,

상임위원회에 소속되어 활동할 것인지에 관하여는 의장이 결정하도록 규정하고 있다(국회법 제48조 제2항).¹⁵⁵⁾

의원 지위의 형식적 평등과 의원의 동등한 참여권의 관점에서, 교섭단체에 속하지 않는 의원에게는 위원회에서의 발언권과 발의권뿐만 아니라 표결권도 인정되어야 한다. 교섭단체에 속하지 않은 의원에게도 표결권이 부여되어야만, 비로소 동등한 참여권이 보장된다고 할 수 있다. 한편, 교섭단체에 속하지 않는 의원에게 위원회에서 표결권을 부여한다면, 정치적 다수관계를 변형시킴으로써 국회의 다수가 위원회에서 더 이상 다수로서 존재할 수 없는 상황, 위원회가 더 이상 의회 다수관계의 정치적 복사판이 아닌 경우가 발생할 수 있다. 이러한 예외적 상황에 직면하여 독일연방헌법재판소는 ‘모든 의원이 의회의 결정에 참여해야 한다’는 원칙으로부터 벗어나기 위해서는 이를 정당화하는 중대한 사유를 필요로 하는데, 이러한 예외를 정당화하는 사유에 해당하는 것이 바로 ‘모든 위원회가 그 구성에 있어서 국회의 구성을 그대로 반영해야 한다는 요청’이므로, 의원의 동등한 참여권에 대한 제한이 ‘본회의의 축소판으로서 의원회’의 요청에 의하여 정당화되는 예외적인 경우에는 교섭단체에 속하지 않은 의원에게는 위원회에서 표결권을 부여하지 않을 수 있다고 판단하였다.¹⁵⁶⁾ 그러나 위 연방헌

위원회작업의 기능보장의 관점에서 교섭단체에 속하지 않은 의원을 위원회의 구성에서 배제하는 것이 헌법적으로 허용된다는 견해가 당시 학계 다수견해이기도 하였다(vgl. H. Schulze-Fielitz, Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?, DÖV 1989 S.630f.); 84, 304, 326(1. PDS- Urteil).

155) 연방헌법재판소의 ‘Wüppesahl 결정’ 이후, 독일연방의회 의사규칙도 연방의회 의장이 이를 결정하도록 규정하고 있다(제57조 제2항 제2호).

156) 독일연방헌법재판소는, 교섭단체에 속하지 않은 의원에게 위원회에서 표결권을 부여한다면 의회에서의 다수관계에 대하여 위원회에서의 다수관계가 변동될 가능성이 있기 때문에 다수관계가 왜곡될 위험이 있는 경우에는(가령, 39명의 위원으로 구성된 위원회에서 그 중 19명은 여당소속이고 18명은 야당소속인 상황에서, 무소속의원이 야당에 합세하는 경우), 예외적으로 교섭단체에 속하지 않는 의원은 표결권이 없이 단지 발언권과 발의권만을 가지고 위원회의 활동에 참여한다고 판시함으로써, 교

법재판소의 판시내용은 학계에서 많은 비판의 대상이 되고 있다.¹⁵⁷⁾

(2) 또 다른 문제는 위원회의 특수한 구성절차나 지나치게 적은 위원회 위원정수로 말미암아, 군소(群小) 교섭단체 전체가 위원회의 활동으로부터 배제되는 경우 발생하는 문제이다. 이러한 상황은 가령, 위원회를 단지 몇 인의 소수의 위원으로 구성하면서 교섭단체의 세력관계에 그대로 비례하는 방식으로 위원직을 교섭단체에 배분하는 경우에 발생할 수 있다.¹⁵⁸⁾ 이러한 경우, 특정 군소 교섭단체가 위원회의 구성에서 완전히 배제됨으로써 더 이상 위원회가 본회의의 축소화된 복사판에 해당하지 않으며, 특정한 정치적 방향의 의원들이 의회의 의사형성과정에서 완전히 배제된다

섭단체에 속하지 않은 의원의 표결권을 부인하였다(BVerfGE 80, 188, 224f.). 이에 대하여 재판관 Mahrenholz의 소수의견은 ‘위원회에서의 표결권은 의원의 헌법적 지위의 보장내용에 속하는 것이므로 의회는 이에 관하여 임의로 처분할 수 없다고 주장하면서, 표결권이 부여되어야만 비로소 완전한 참여권이 보장된다’는 입장을 밝히고 있다(BVerfGE 80, 188, 235ff.).

157) 의원 지위의 형식적 평등과 의원의 동등한 참여권의 관점에서 이에 대한 학계의 비판으로 vgl. H.-H. Trute, in: v. Mümch/Kunig, GGK II. Art.38 Rn.94; H. Schulze-Fielitz, Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?, DÖV 1989 S.829ff.; Morlok, Parlamentarisches Geschäftsordnungsrecht zwischen Abgeordnetenrechten und politischer Praxis, JZ 1989, S.1040f.; Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.162.

158) 독일연방의회에서 국가정보기관에 대한 의회의 예산통제의 과제가 종래 예산위원회가 아니라 ‘단지 5인’의 위원으로 구성된 특별위원회에 위임됨으로써 소수당인 ‘녹색당’ 교섭단체가 1인의 위원직도 배분받지 못하여 특별위원회의 참여로부터 완전히 배제되었는데, 이에 대하여 녹색당 교섭단체가 ‘의회의 작업에 동등하게 참여할 의원의 권리 및 교섭단체의 권리’가 침해되었다는 주장으로 청구한 권한쟁의심판에서, 연방헌법재판소는 개별 교섭단체가 위원회의 구성에 있어서 고려되지 않은 것은 예외적으로 ‘비밀유지’라는 중대한 공익의 관점에서 헌법적으로 수인되어야 한다는 이유로 심판청구를 기각하였다(BVerfGE 70, 324, 352f.). 한편, 교섭단체의 배제를 허용하면서 그 예외적 성격을 강조한 연방헌법재판소의 위 결정에 대한 비판으로 재판관 Mahrenholz, Böckenförde의 소수의견(BVerfGE 70, 324, 360ff., 380ff.); Morlok, in: Dreier, Grundgesetzkommentar Bd.II, Art.38 Rn.151; Dreier, Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts, JZ 1990, S.319ff.

는 문제가 발생한다. 위원회의 구성에서 하나의 교섭단체를 배제한다는 것은 의회를 구성하는 한 부분을 배제한다는 것을 의미하고, 이는 곧 대의의 왜곡을 의미한다. 교섭단체의 세력관계에 엄격하게 비례하여 위원직을 배분함으로써 특정 교섭단체 전체가 위원회 작업에서 배제되는 결과가 초래되어서는 안 된다.¹⁵⁹⁾

따라서 이러한 상황에서는 ‘교섭단체의 세력관계에 따른 위원회의 엄격한 비례적 구성’에 대하여 ‘위원회에서 의회의 축소화된 복사판을 실현해야 한다는 요청’에 우위를 부여하는 것이 타당하므로, 국회법은 모든 교섭단체가 모든 위원회에 적어도 1명의 위원을 가지고 참여하도록 규율해야 한다. 모든 교섭단체에게 최소한의 참여가능성을 확보해 주는 방안으로는, 모든 교섭단체가 모든 위원회에 참여할 수 있도록 이를 가능하게 하는 충분한 위원정수를 확정하거나, 군소 교섭단체에게 유리한 배분원칙에 따라 위원회를 구성하거나 또는 교섭단체의 세력관계에 따른 비례적 구성의 경우에 위원직을 배분받지 못하는 교섭단체에게 최소한의 참여권(적어도 1인의 의원)을 보장하는 ‘기본위원제도’를 도입하는 방법 등이 있다.¹⁶⁰⁾

159) Vgl. Dreier, *Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts*, JZ 1990, S.319f. 위원회에서 특정 교섭단체의 배제는 ‘위원회가 의회의 대의를 그대로 반영해야 한다는 원칙’에 대한 중대한 예외에 해당하는데, 이와 같이 중대한 예외는 이를 정당화하는 필연적인 중대한 사유를 필요로 한다. 이러한 사유로서 고려될 수 있는 것은 ‘위원회의 원활한 작업능력의 확보’ 및 ‘비밀보호의 법익’이다. 그러나 모든 교섭단체가 위원회에 참여함으로써 위원회의 작업능력이 위협받는 경우란, 군소 정당이 극심하게 난립하는 상황으로 인하여 모든 군소정당의 교섭단체가 위원회 작업에 참여해야 하는 극단적 상황으로, 현실적으로 이러한 상황이 발생할 가능성은 없다. 또한, 비밀보호의 법익도 교섭단체의 배제를 정당화할 수 없다.

160) Vgl. Dreier, *Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts*, JZ 1990, JZ 1990, S.321.

V. 맺는말

1. 국회법을 구체적으로 형성함에 있어서 국회를 구속하는 가장 중요한 헌법적 지침은 ‘의원 전체에 의한 대의(代議)의 원칙’이다. 국회는 국민전체의 대표자로서 선출된 의원으로 구성되고, 의원은 그 전체로서 국민의 대의기관인 국회를 구성한다. 국회에 의한 대의 과정에서 근본적인 것은, 국회가 그 전체로서 국민전체의 대의기관이라는 점이다. ‘국회에 의한 국민의 대의’란 ‘의원 전체에 의한 국민전체의 대의’를 의미한다.

그렇다면 모든 의원은 국회의 작업과 결정, 즉 국회의 의사형성 및 의사결정의 과정에 참여해야 한다. 나아가, 모든 의원이 오로지 전체로서만 국민을 대표할 수 있기 때문에, 모든 의원은 회의의 심의와 의결에 ‘동등하게’ 참여할 권리를 가져야 한다. 그러므로 국회는 자신의 작업과 과제해결의 방식을 ‘모든 의원의 동등한 참여 원칙’에 기초하여 규율해야 한다. 나아가, ‘의원 전체에 의한 대의의 원칙’으로부터 국회의 자율권을 제한하는 중요한 원칙으로서 ‘의회에 구속력 있는 결정은 의원 전체로 구성된 본회의에 유보되어야 하며, 위원회 등 국회의 부분기관에 위임해서는 안 된다’는 요청이 나온다.

2. 국회법을 형성하는 또 다른 헌법적 지침은 국회의 기능과 과제이다. 국회법은 특히 국회가 국정통제기능을 이행할 수 있도록 구체적으로 형성되어야 한다. 어떤 국가의 정치형태가 민주주의인지를 판단하는 기준으로 통상 ‘평화적인 정권교체의 가능성’과 ‘의회 내 야당의 존재와 기능 여부’를 언급한다면, 민주주의는 야당의 존재와 기능에 절대적으로 의존하고 있다. 국가 내에서 자신의 자유를 실제로 행사할 수 있는 자만이 자유로우며, 국가공동체의 정당성과 강력함은 ‘사회적 약자’의 행복과 복리에서 드러나고 이를 통하여 가늠할 수 있는 것과 마찬가지로, 민주주의에서 의회가 제

대로 기능하는지 여부는 의회 내에서 소수의 보호가 이루어지고 야당이 실제로 기능하는지 여부에 달려있다. 의회는 언제나 의회 내 야당만큼의 가치를 가지는 것으로, 민주주의에서 의회의 가치는 곧 ‘야당의 가치’이다.¹⁶¹⁾ 이러한 관점에서, 국회법의 일차적 과제는 의회의 소수를 다수의 자의와 횡포로부터 보호하고 소수에 의한 통제를 보장하는 것에 있다. 이로써 국회법은 ‘소수의 보호를 위한 정치적 질서’로서의 의미를 가진다.

야당이 기능하기 위해서는 야당의 권리는 ‘소수의 권리’로 형성되어야 한다. 오늘날의 정당국가에서 국정조사권은 의회의 소수가 대정부 통제기능을 이행하는 사실상 핵심적인 제도이자 소수의 보호를 위한 중요한 제도이다. 국정조사권은 소수에 의한 국정통제가 실질적으로 기능할 수 있도록 ‘소수의 권리’로서 형성되어야 한다. 국회의 국정조사권이 소수의 권리보호를 위한 제도로서 기능하려면, 첫째, 소수가 조사를 요구할 수 있어야 하고, 둘째, 소수에 의하여 발의된 국정조사의 경우, 소수가 무엇에 관하여 조사해야 하는지, 즉 조사대상을 확정할 수 있어야 한다.

3. 국회의 조직은 결코 우연의 산물이 아니며, 국회가 임의로 형성할 수 있는 것도 아니다. 국회는 자신의 자율권에 근거하여 헌법상 부여받은 과제를 이행할 수 있도록 자신을 조직해야 할 의무를 진다. 국회는 과제이행을 위하여 필수적인 두 가지 내부조직을 가지고 있는데, 하나는 정당정치적으로 구성되는 ‘교섭단체’이고, 다른 하나는 과제의 효율적인 이행을 위하여 작업영역에 따라 분업적으로 구성되는 ‘위원회’이다.

오늘날 정당민주주의에서 교섭단체는 ‘헌법생활의 필수적 기구’이자 ‘의회 의사형성의 중요한 요소’이다. 교섭단체의 중요한 기능에 비추어, 국회법이 교섭단체의 지위를 정치적 목표와 방향의 동질성의 요건에 결부시키

161) Vgl. H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitenschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001, S.627.

는 것은 헌법적으로 허용된다. 국회는 교섭단체의 지위를 얻기 위한 ‘의원의 수’를 확정함에 있어서 형성권을 가지고 있으나, 이 경우에도 ‘국회의 원활한 기능의 확보’라는 관점을 기준으로 삼아야 한다. 의원은 헌법상 보장된 자유위임을 근거로 다른 의원과 자발적으로 교섭단체를 결성하는 것이므로, 교섭단체의 헌법적 근거는 국회의원의 지위를 포괄적으로 규율하는 헌법 제46조 제2항이다. 교섭단체는 헌법상 독자적인 권리를 가지고 있는 것이 아니라 의원의 결사체로서 자신의 권리를 의원의 권리로부터 도출하므로, 국회법에서 의원이 자신의 권리를 교섭단체를 통하여 행사할 수 있도록 규정한다면, 이는 의원의 권리에 대한 제한으로서 국회의 기능보장과 작업의 효율성의 관점에서 헌법적으로 정당화되어야 한다.

위원회제도는 국회의 또 다른 핵심적인 조직원칙이다. 오늘날 국회 작업의 본질적인 부분이 본회의가 아니라 위원회에서 이루어지기 때문에 국회 활동의 중심이 본회의에서 위원회로 이동하였고, 이로써 국회에 의한 대의의 과정이 사실상 위원회로 옮겨갔다. 이에 따라 위원회도 ‘국회에 의한 국민의 대의’ 과정에 포함되어야 한다. 이는 곧, 위원회는 국민의 정치적 대의에 있어서 본회의의 ‘축소화된 복사판’이어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 국회의 정당정치적 구성이 위원회의 구성에 거울상처럼 그대로 반영되어야 한다. 나아가, 국회 작업의 본질적인 부분이 위원회에 의하여 처리된다는 점에서, 위원회에 참여하는 가능성은 개별의원에게는 본회의에 참여하는 것과 같은 의미를 가지므로, ‘모든 의원의 동등한 참여 원칙’은 모든 의원이 교섭단체의 구성 여부와 관계없이 본회의뿐만 아니라 위원회에도 동등하게 참여할 것을 요청한다.

[국문초록]

국회의 의사형성과정을 구체적으로 형성함에 있어서 국회를 구속하는 가장 중요한 내용적 지침은 ‘의원 전체에 의한 대의(代議)의 원칙’이다. 국회는 국민전체의 대표자로서 선출된 의원으로 구성되고 의원은 그 전체로서 국민의 대의기관인 국회를 구성한다. 국회에 의한 대의 과정에서 근본적인 것은, 국회가 그 전체로서 국민전체의 대의기관이라는 점이다. 따라서 ‘국회에 의한 국민의 대의’란 ‘의원 전체에 의한 국민전체의 대의’를 의미한다. 국회법의 구체적 형성에 있어서 국회의 조직과 의사(議事)를 규율하는 핵심적인 지침은 ‘모든 의원의 참여원칙’, 즉 ‘모든 의원이 국회의 과제이행에 참여해야 한다는 원칙’이다.

국회법은 국회의 원활한 작업과 기능을 보장해야 하고 국회의 과제이행에 기여해야 한다. 국회의 내부조직과 절차는 헌법상 국회에 부과된 기능 및 과제와 불가분의 연관관계에 있다. 국회의 헌법상 부여받은 기능과 과제는 국회법의 구체적 형성에 결정적으로 영향을 미치며, 국회 내부 작업의 방향과 기준을 결정한다. 입법, 국가기관의 구성, 국정통제의 3가지 고전적인 의회 과제 중에서 ‘입법기능’과 ‘정부에 대한 통제기능’은 국회의 지속적인 과제로서, 국회법의 구체적 형성에 있어서 특별한 의미를 가진다.

나아가, 국회의 조직은 결코 우연의 산물이 아니며, 국회가 임의로 변경할 수 있는 것도 아니다. 국회는 국회의 조직에 관한 한, 매우 제한적으로만 임의로 처분할 수 있다. 국회는 자신의 자율권에 근거하여 헌법상 부여받은 과제를 이행할 수 있도록 자신을 조직해야 할 의무를 진다. 국회는 과제이행을 위하여 필수적인 두 가지 내부조직을 가지고 있는데, 하나는 정당정치적으로 구성되는 ‘교섭단체’이고, 다른 하나는 과제의 효율적인 이행을 위하여 작업영역에 따라 분업적으로 구성되는 ‘위원회’이다. 따라서

憲法論叢 第29輯(2018)

국회법은 오늘날의 헌법질서 내에서의 교섭단체와 위원회의 중요한 의미와 기능에 부합하도록 구체적으로 형성되어야 한다.

주제어

대의의 원칙, 입법기능, 국정통제기능, 국정조사권, 소수의 보호, 대정부 출석요구권, 교섭단체, 위원회, 의회법, 국회법

[독문초록]

Die wichtigste verfassungsrechtliche Bindung bei der Ordnung des parlamentarischen Geschäftsganges besteht in dem Gebot der Repräsentation durch das Gesamtparlament, daß die Volksvertretung in ihrer Gesamtheit Repräsentationsorgan des Volkes in seiner Gesamtheit ist. Das Prinzip parlamentarischer Repräsentation ist ein Organisationsprinzip des Parlaments, das es bei der Strukturierung des parlamentarischen Entscheidungsganges durchgängig zu beachten gilt. Deshalb müssen alle Abgeordneten an den Entscheidungen des Parlaments teilhaben und ferner haben sie das Recht auf gleiche Teilhabe und gleiche Mitwirkung am parlamentarischen Entscheidungsprozeß.

Das Parlamentsrecht muß die ordnungsgemäße Arbeit des Parlaments gewährleisten und zur Erfüllung seiner Aufgaben beitragen. Die innere Struktur und das Verfahren des Parlaments stehen im engen Zusammenhang mit den von der Verfassung dem Parlament verliehenen Aufgaben und Funktionen. Die Aufgaben des Parlaments bestimmen die Richtung und das Maß der inneren Arbeit, und innere Organisation und Verfahren sind auf die parlamentarischen Hauptfunktionen ausgerichtet. Unter den drei klassischen Parlamentsaufgaben der Gesetzgebung, der Kreation und der Kontrolle haben diejenigen der Gesetzgebung und der Regierungskontrolle als parlamentarische Daueraufgabe besondere Bedeutung.

Das Parlament ist verpflichtet, sich selbst aufgrund seiner Autonomie zu organisieren, damit seine verfassungsrechtlich verliehenen Aufgaben erfüllt werden können. Das Parlament verfügt über zwei notwendige Binnenorganisationen.

憲法論叢 第29輯(2018)

Das eine sind Fraktionen, die nach parteipolitischen Kriterien gebildet werden. Neben den Fraktionen bilden die Ausschüsse das zweite dominierende Gliederungsprinzip des Parlaments. Die Ausschüsse sind durch ihre Aufgabenstellung in die Repräsentation des Volkes durch das Parlament einbezogen. Deshalb muß grundsätzlich jeder Ausschuß ein verkleinertes Abbild des Plenums sein.

Key words

Prinzip parlamentarischer Repräsentation, Gesetzgebung, Regierungskontrolle, Untersuchungsrecht, Minderheitenschutz, parlamentarisches Zitierrecht, Fraktion, Ausschuß, Parlamentsrecht

참고문헌

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2018.
- 한수웅, 헌법학 입문, 법문사, 2018.
- 한수웅, 국회법의 법적 성격 및 국회법 위반의 효과, 중앙법학 제11집 제4호, 2009. 12.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2010.
- E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.II, 2004, §24.
- E.-W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III, 2005, §34.
- M. Brenner, Das Prinzip Parlamentarismus, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III, 2005, §44.
- W. Demmler, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994.
- Dreier, Regelungsform und Regelungsinhalt des autonomen Parlamentsrechts, JZ 1990.
- U. Di Fabio, Parlament und Parlamentsrecht, Der Staat 1990.
- M.-E. Geis, Parlamentsausschüsse, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III, 2005, §54.
- M.-E. Geis, Untersuchungsausschuß, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III, 2005, §55.
- P. M. Huber, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III, 2005, §47.
- H. H. Klein, Stellung und Aufgaben des Bundestages, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III, 2005, §50.
- H. H. Klein, Status des Abgeordneten, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III, 2005, §51.

- Maurer, Staatsrecht I, 2005.
- C. Moench/ M. Ruttloff, Verfassungsrechtliche Grenzen für die Delegation parlamentarischer Entscheidungsbefugnisse, DVBl 2012.
- Morlok, Volksvertretung als Grundaufgabe, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz(Hg.), Parlamentsrecht, 2015, §3.
- Morlok, Parlamentarisches Geschäftsordnungsrecht zwischen Abgeordnetenrechten und politischer Praxis, JZ 1989.
- Morlok, in: Dreier(Hg.), Grundgesetzkommentar Bd.II, 2006, Art.38.
- Pietzcker, Schichten des Parlamentsrechts: Verfassung, Gesetze und Geschäftsordnung, in: Schneider/Zeh(Hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der BRD, 1989, §10.
- U. Schliesky, Art.44 GG - Zulässigkeit der Änderung des Untersuchungsgegenstandes gegen den Willen der Einsetzungsmehrheit, AöR 126(2001).
- H.-P. Schneider, Verfassungsrechtliche Bedeutung und politische Praxis der parlamentarischen Opposition, in: Schneider/Zeh(Hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der BRD, 1989, §38.
- H.-P. Schneider, Das Parlamentsrecht im Spannungsfeld von Mehrheitsentscheidung und Minderheitsschutz, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, Bd.2 2001.
- Schröder, Untersuchungsausschüsse, in: Schneider/Zeh(Hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der BRD, 1989, §46.
- Schulze-Fielitz, Der Fraktionslose im Bundestag: Einer gegen Alle?, DÖV 1989.
- H.-H. Trute, Der fraktionslose Abgeordnete, Jura 1990.
- H.-H. Trute, in: v. Münch/Kunig(Hg.), Grundgesetzkommentar I. 2012, Art.38.
- L.-A. Versteyl, in: v. Münch/Kunig(Hg.), Grundgesetz Kommentar I, 2012, Art.43.
- U. Volkmann, Parlamentarische Demokratie und politische Parteien, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz(Hg.), Parlamentsrecht, 2015, §4.
- W. Zeh, Gliederung und Organe des Bundestages, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III, 2005, §52.
- W. Zeh, Parlamentarisches Verfahren, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR Bd.III,

2005, §53.

W. Zeh, Das Ausschußsystem im Bundestag, in: Schneider/Zeh(Hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der BRD, 1989, §39.

J. Ziekow, Der Status des fraktionslosen Abgeordneten-BVerfGE 80, 190, JuS 1991
Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 2005.

정치의 사법화와 헌법재판소의 역할

- 주요 사건에 대한 분석을 중심으로 -

Judicialization of Politics and the Role of the Constitutional Court

- Focusing on analysis of major cases -

尹 榮 美(Yun, Yeong-Mi)

高麗大學校 法學專門大學院 教授

- 目 次 -

I. 서언	359
II. 주요 정치적 사건들과 헌법재판소의 대응	362
1. 정치·사회적, 제도적 배경	362
2. 주요 사건들	365
가. 12.12 및 5.18 관련 사건(헌재 1995. 1. 20. 94헌마246; 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2)	365
나. 긴급재정경제명령 사건(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186)	367
다. 이라크 파병 사건(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814)	368
라. 대통령(노무현) 탄핵 사건(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1)	369
마. 행정수도 사건(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554)	371

憲法論叢 第29輯(2018)

바. 통합진보당 해산 사건(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1)	373
사. 대통령(박근혜) 탄핵 사건(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1)	377
아. 소결	378
III. 권력분립·법치주의, 민주주의 관점에서 본 정치의 사법화와 헌법재판 ..	381
1. 권력분립 및 법치주의 관점에서 본 헌법재판소의 역할 확대	381
2. 정치의 사법화와 민주주의	383
IV. 결어	387
* 국문초록 및 주제어	390
* 영문초록 및 주제어	392
* 참고문헌	395

I. 서언

정치라는 개념은 맥락에 따라 다양한 의미와 뉘앙스로 쓰이지만 ‘정치의 사법화’라는 주제의 논의에서의 정치란 주로 국가 차원에서의 정책 수립과 그 집행을 통한 가치의 분배, 또는 이러한 정책의 수립이나 집행에 관여할 수 있는 통치권력 배분을 둘러싼 활동을 가리킨다.¹⁾ 정치활동을 주도하는 행위자는 주로 의회 및 의원들, 대통령 및 행정부의 고위 공무원들, 정당 등이다. ‘정치의 사법화’는 전통적으로 위와 같은 정치활동이 이루어지는 영역에서 다루어지던 이슈가 소송사건의 형태로 꾸러져 법원 또는 헌법재판소에 넘겨지는 현상을 말한다. 다만 정치의 사법화로 지칭되는 현상의 예로 제시되는 구체적 사례유형의 분류방식은 학자들에 따라 다르다. 가령 국내 여러 문헌에서 인용되는 랜 허셜²⁾은 정치의 사법화로서 지칭되는 현상들에는 세 가지 정도 상호연관성을 가지는 과정들이 포함될 수 있다고 하면서, 첫째로 정치영역에서 이루어지는 담론에 법적 용어나 규칙, 과정 등이 확산되는 현상, 둘째로 복지국가화가 진전되면서 정책을 결정하는 효과를 가지는 사건들을 사법부에서 빈번히 다루게 되는 현상, 셋째로 정치적 공동체의 전체 구성원들의 논쟁 대상인 초대형 정치이슈가 법원에 의해 결정되는 현상을 든다. 거시경제계획이나 국방문제 등 초대형 정치이슈의

1) 정치에 대한 이러한 정의는 정치학에서 정치에 관한 고전적 정의로 인용되는 데이비드 이스턴(David Easton)이나 막스베버의 아래와 같은 정의를 참고하면서 나름대로 표현을 가다듬어 본 것이다. 데이비드 이스턴은 정치적 활동을, ‘어떤 사회를 위해 가치를 권위적으로 배분하는 정책의 종류나 그 집행방식에 상당한 영향을 미치는 제반 활동’이라고 하였고(David Easton, *The Political System -An Inquiry Into The State of Political Science-*, Alfred A. Knopf, 1953, 128면), 막스 베버(Max Weber)는 국가의 강제력에 주목하면서 “정치란 국가들 사이에서든 한 국가 내 집단들 사이에서든, 권력에 참여하려는 노력 또는 권력배분에 대해 영향력을 행사하고자 하는 노력을 뜻한다.”고 하였다(막스 베버 저, 전성우 역, *직업으로서의 정치*, 나남, 2009, 22면).

2) Ran Hirschl, 캐나다 토론토대학 교수, 정치학 및 법학.

사법화는 곧 정치적 문제 이론(political question doctrine)이 무너져가는 것을 의미한다고 말하기도 한다.³⁾ 정치적 변혁기에 맞닥뜨리게 되는 회복적 정의에 관한 딜레마, 정권교체(regime change)에 관한 법적 정당화, 구성원의 범위를 정하는 문제 등 정치공동체의 정체성에 관한 쟁점도 초대형 정치이슈에 포함된다고 한다.⁴⁾ 이와 다른 분류방식으로, 정치사법화의 예로 거론되는 개별 사건들은 종류가 다른 것이 아니라 정책을 결정하는 효과나 정치적 성격에 정도차이가 있을 뿐이라고 하면서, 정책지향성과 정치적 성격의 정도차이를 나타내는 교차하는 두 개의 축으로 만들어지는 좌표에 각 사건을 위치시키는 연속모델(continuum model)을 제시하는 견해도 있다.⁵⁾

정책의 향방을 결정하는 효과를 수반하는 쟁점이 포함되어 있는 많은 사건들은 일반적으로 위헌법률심사와 민주주의의 관계, 또는 반다수결의 어려움이라는 주제로 연구된다. 이는 헌법재판론에서 다루어져야할 기본적인 이고도 중요한 주제이지만 이 글에서는 주로 정치적으로 큰 관심이 집중되는 대형 정치이슈의 사건화에 초점을 맞추어 살펴본다. 대형 정치이슈라 하더라도 다시 그 안에 여러 가지 이질적인 것들, 가령 중요한 정책 결정에 영향을 미치는 것, 권력배분의 지형이나 구조에 영향을 미치는 것, 국가의 정체성에 관련되는 것 등이 포함될 수 있겠으나 대체로 어떤 이슈가 대형 정치이슈로 되는 이유는 정치적 파급효과가 크기 때문이며 이는 곧 권력이나 가치의 배분에 미치는 영향이 크거나, 적어도 국민 다수에게 그렇게 인식된다는 것을 의미한다.

정치의 사법화는 예외적인 일과성의 현상이 아니고 민주주의·법치주의

3) Ran Hirschl, "The Judicialization of Politics", in Robert E. Goodin (ed.), *The Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2011, 8~12면.

4) Ran Hirschl, 위의 글 255~257면.

5) Chulwoo Lee, "Who's afraid of the big bad court? Examining observations on the judicialization of politics in South Korea", Asian Law and Society Association Conference (2016. 9. 22-23, National University of Singapore) 발제문 4면.

의 확산과 함께 전 세계 여러 국가들에서 빈번히 일어나는 경향이 있음이 밝혀지고 있다. 우리 헌법재판소에게도 국가정책 내지 정치적 이슈와 관련되어 있는 사건을 다루는 것이 거의 일상적인 일이 되었으며 대형 정치적 이슈에 관련된 사건들도 이러한 흐름 안에 있다. 그리고 헌법재판론 관점에서 보면, 위 연속모델이 전제로 하는 바와 같이 이러한 대형 정치이슈에 관련되는 사건이 보다 일상적인 정책 내지 정치 관련 사건들과 본질적으로 다르다고는 할 수 없다. 그러나 대형의 정치적 이슈가 정치권이 아닌 사법부의 판단대상으로 넘겨지고 그에 따라 종결되거나 방향이 결정되는 현상의 요인, 이러한 사건을 다루는 사법부의 태도, 그리고 사건처리 과정이나 그 전·후에 사법부와 다른 권력기관, 사회세력이나 국민들과의 사이에서 이루어지는 상호작용을 보면 눈에 띄는 점들이 있다. 가령 정치 사법화의 요인과 관련하여 정치적·사회적 기득권 그룹의 세력유지전략이 작용할 수 있다거나, 사법부 또한 이러한 사건들을 다루면서 자신의 영향력을 유지하거나 확대하기 위한 전략적 태도를 취할 수 있다는 분석이 있는데,⁶⁾ 대형 정치 이슈에 관련된 사건들에서 그러한 모습이 보다 뚜렷하게 보이는 편이다. 그리고 이러한 사건들에 대해서는 국민적 관심이 집중되고 문제가 된 이슈에 대한 국민의 선호와 의지가 비교적 분명하게 드러나며, 결정의 정치적 파급력도 크다. 가치 또는 권력 배분을 둘러싼 권력주체들 및 국민의 선호와 의지, 갈등이 뚜렷하게 드러나고 역동적으로 상호작용하는, 그리고 헌법재판소로서는 이를테면 일상적 권한에 수반되는 권력의 정도를 넘는 큰 영향력을 행사하게 되는 이러한 사건들에 대한 분석과 평가는 앞으로도 계속 제기될 대한 유사한 성격의 사건에 대한 재판을 포함하는 헌법재판의 현실과 과제를 보다 넓은 시야를 가지고 점검하는데 참고가 될 것이다.

관련 연구를 수행한 법학자들이나 정치학자들의 헌법적 문제의식은 이러

6) Ran Hirschl, "The Judicialization of Politics", in Robert E. Goodin (ed.), *The Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2011, 16면.

한 현상의 원인과 이에 대응하는 사법부의 행태 및 결과와 같은 현상분석에 더하여 이러한 정치 사법화가 사법부에 권력을 집중시키는 나머지 권력 불균형이 초래되는지 여하, 그리고 민주적으로 구성된 대의기관들이 결정해야 할 문제를 사법부의 법적 판단에 맡겨 결정하게 하는 것이 민주주의의 퇴행이 아닌지 여부에 집중되어 있는데, 이는 헌법재판소의 역할과 한계를 다루는 이 글에서도 검토되어야 할 것이다. 먼저 우리나라에서 대형 정치적 이슈가 헌법재판소에 넘겨지는 정치 사법화 현상의 정치·사회적, 제도적 배경을 간략히 살펴본 다음 주요 사건들을 ‘사법화’의 요인 및 헌법재판소의 대응에 중점을 두고 분석한다(Ⅱ). 그 다음 권력분립 및 법치주의, 민주주의 원리에 비추어 헌법재판소의 역할과 한계에 대해 검토한다(Ⅲ).

Ⅱ. 주요 정치적 사건들과 헌법재판소의 대응

1. 정치·사회적, 제도적 배경

정치 사법화를 민주주의와 법치주의가 충돌하는 문제로 바라볼 수도 있지만 민주주의의 발전은 정치의 사법화 현상의 대표적 배경으로 거론된다.⁷⁾

주요 민주주의 국가에서 민주주의의 발전은 통치권력의 분산 및 법치주의의 확산을 동반하였고 이와 함께 개인의 권리가 신장되고 사법부의 권한

7) 박은정, “‘정치의 사법화(司法化)’와 민주주의,” 『서울대학교 법학』 제51권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2010, 11면; 이철우, “정치의 사법화와 사법을 통한 정책 결정-이민정책을 중심으로-”, 『법학연구』 제26권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2016, 362면 이하; Ran Hirschl “The Judicialization of Politics”, in Robert E. Goodin (ed.), *The Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2011, 17~18면 등. 김종철, “‘정치의 사법화’의 의의와 한계 -노무현정부전반기의 상황을 중심으로-”, 『공법연구』 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 243면은 정치의 사법화 현상의 본질은 법치주의와 민주주의의 갈등이라기보다는 민주주의 원칙을 어떻게 이해하고 실현할 것인가의 문제라고 한다.

도 확대되었다. 물론 제도적 차원에서는 사법부의 권한에 대한 구체적 제도설계의 내용에 따라 사법화의 양상이 다르게 나타났다. 제도의 운영과정에서는 다른 권력기관들과의 역학관계, 사법부에 대한 국민의 신뢰나 존중 정도, 사법부 구성원들의 역할인식 및 적극적이거나 소극적인 태도 여하에 따라 실제 수행하는 역할의 폭과 내용이 다양하게 나타날 수 있으며 정치·사회적 환경이나 시대상황에 따라 동태적으로 변하기도 할 것이다.

우리나라에서 정치적 이슈를 사법부에서 다룰 수 있는 제도적·정치적 여건이 골고루 갖추어진 것은 지금의 헌법재판소가 설립된 이후이다. 제헌 헌법에서는 위헌법률심사권을 가진 헌법위원회가 설립되었으나 부통령을 위원장으로 하고 대법관과 국회의원으로 구성되는 기관으로서 정치적 성격이 있었다.⁸⁾ 별도로 둔 탄핵재판소도 절반은 정치인으로 구성되었다. 제2공화국 헌법에서는 법관의 자격을 가진 자로만 구성되는 순수한 사법기관의 성격을 가진 헌법재판소가 위헌법률심사 외에 국가기관간 권한쟁의, 정당해산, 탄핵재판 등을 관장하도록 하였으나 구성도 되기 전에 5.16쿠데타가 발발하여 활동하지 못하였다. 제3공화국의 1962년 헌법에서는 위헌법률심사권을 대법원에 부여하였으나 1971년의 국가배상법 및 법원조직법 위헌판결은 곧 사법부 재판과 권한 축소로 이어졌다. 1972년의 이른바 유신헌법에서는 별도로 헌법위원회를 설립하여 위헌법률심사, 탄핵심판, 정당해산심판을 하도록 하였는데⁹⁾ 실제로는 위헌법률심사가 한 건도 이루어지지 않았다. 위헌법률심사의 대상을 한정하고 위헌제청을 법원에서 하도록 하며 대법원이 사전심사권과 불송부결정권을 보유하는 등 심사가 이루어지기

8) 사법권우월주의와 국회우월주의 제도들을 참고하여 절충한 유진오의 구상이 반영된 것으로 보인다. 국회도서관 입법조사국, 헌법개정회의록(제2대 국회), 헌정사자료 제3집, 국회도서관, 1968, 109면.

9) 구성원을 법관 자격을 갖춘 자로 한정하지는 않았다. 정치적 기관으로 보는 견해(김철수), 사법기관으로 보는 견해(박일경, 권영성, 갈봉근 등)가 있었다. 김철수, 위헌법률심사제도론, 학연사, 1983, 527~528면.

어렵게 만든 제도적 요인도 있었지만 그 보다는 사법부 독립이 보장되지 않는 정치적 상황이 주된 원인이었을 것이다.¹⁰⁾ 제5공화국의 1980년 헌법에서도 유사한 헌법위원회제도를 두었다. 역시 대법원이 위헌법률의 사전 심사권과 불송부결정권을 보유하고 있으며 헌법에 불송부결정권에 대한 명시적 규정을 두었다. 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판 사건이 한 건도 접수되지 않았다. 헌법부칙에서 국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 위헌을 이유로 제소할 수 없도록 규정하였고 위헌심사 요건이 까다롭다는 제도적 이유도 있지만 역시 정치적 요인이 컸을 것이다.

1988. 9. 19. 출범한 헌법재판소는 위헌법률심판, 헌법소원심판, 권한쟁의심판, 정당해산심판, 탄핵심판 등 폭넓은 권한을 가지고 있어서 제도적인 면에서 크고 작은 정치적 이슈가 사건화 될 가능성이 넓게 열려 있다. 우리 헌법재판소의 규범통제는 사후적·구체적 규범통제로서 사전적 또는 추상적 규범통제 제도를 가진 국가들에서 있을 수 있는 형태 또는 권고권만을 가진 캐나다 연방대법원에서 볼 수 있는 형태의 정치이슈에 대한 관여는 있을 수 없지만 법원의 위헌제정 뿐 아니라 개인의 헌법소원을 통한 규범통제의 길도 열려 있어서 많은 사건이 접수될 수 있고 위헌으로 결정된 법률 또는 법률조항이 일반적으로 효력을 상실하므로 그 영향력이 크다.¹¹⁾ 이에 못지않게 중요한 것은, 민주화가 진전되면서 헌법재판소가 제도적으로 가지는 권한을 실질적으로 행사할 수 있는 정치적 여건 또한 갖추어지

10) 당시 긴급조치가 위헌이라는 주장이 빈번히 제기되었으나 대법원은 위헌판단의 대상이 되지 않는다고 위헌이 아니라고 판단하였다(대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3492 판결, 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결, 대법원 1977. 5. 13.자 77모19 전원합의체 결정 등).

11) 함재학, “헌법재판의 정치성에 대하여 -“헌법적 대화” 모델을 위한 제안-”, 『헌법학연구』 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010, 625면 이하에서는 한스 쾰젠의 주장을 인용하면서 구체적 규범통제가 추상적 규범통제보다 정치적·정책적 접근이 더 필요하다고 볼 수도 있다고 한다.

게 되었다는 것이다. 헌법재판소 또한 창설이후 전반적으로 적극적인 태도로 많은 위헌결정을 하는 등¹²⁾ 그 역할을 확대하여 왔고, 신뢰받는 기관으로 자리 잡게 되었다. 그리고 이는 공권력행사와 일반 시민들의 생활 속에서 전반적으로 헌법의 규범력이 제고되는 전에 없던 성과로 이어졌다. 해를 더해가면서 접수 및 처리 건수가 대폭 증가했는데,¹³⁾ 그 중에는 크고 작은 정치이슈가 사건화된 것들도 적지 않았다. 그 중 우리나라에서의 정치 사법화를 다룬 국내외 문헌에서 언급되는 주요 사건들인 5.18, 12.12 사태 관련 사건들, 대통령(노무현) 탄핵 사건, 행정수도 사건, 통합진보당 해산 사건, 이라크 파병 사건, 그리고 그밖에 긴급재정경제명령 사건, 대통령(박근혜) 탄핵 사건 등을 살펴본다.¹⁴⁾ 같은 사건들은 ‘대형’ 정치이슈에 관련된 사건들이라고 할 수 있으며, 행정수도 사건, 긴급재정경제명령 사건, 이라크 파병 사건에 관련된 정치적 이슈들은 정책지향성도 뚜렷하다.

2. 주요 사건들

가. 12.12 및 5.18 관련 사건(헌재 1995. 1. 20. 94헌마246; 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2)

전직 대통령 전두환, 노태우가 이른바 12.12 및 5.18 사건과 관련하여

-
- 12) 2018. 5. 15. 현재까지 위헌취지 결정 건수 누계는 1,538건으로 나타난다. 아래 헌법재판소 홈페이지 헌법재판 통계 참조(같은 날 검색).
<https://www.court.go.kr/ckhome/kor/newinfo/newEventStaticBoard1.do>
- 13) 1988. 9. 7.부터 2018. 3. 31.까지 33,894건을 접수하여 32,907건을 처리했다. 1989년도의 접수건수는 425건이고, 2017년의 접수건수는 2626건이었다. 헌법재판소 홈페이지 헌법재판 통계(위 각주) 참조.
- 14) Ran Hirschl, “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, *Annual Review of Political Science*, vol.11(2008)에서는 우리 헌법재판소가 다룬 이라크파병 사건(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814)을 외교·국방에 관한, 2004년 탄핵사건(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1)을 정권교체(regime change)에 관한 초대형 정치이슈(Mega-Politics)의 사법화 사례로 들었다.

형사재판에서 유죄판결을 선고받기에¹⁵⁾ 앞서, 헌법재판소는 헌법 제84조의 해석상 대통령 재임기간 중에는 공소시효가 정지된다고 판단하였고(헌재 1995. 1. 20. 94헌마246), 12.12 및 5.18 사건의 공소시효를 소추권행사에 장애사유가 존재한 기간 동안 정지한다는 내용을 담은 5.18민주화운동등에 관한특별법이 소급입법으로서 위헌인지 여부가 쟁점이 된 사건에서 합헌결정을 하였다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2). 이러한 결정들 및 성공한 내란죄에 대해서도 법적 책임을 물을 수 있다고 한 1995년 말의 결정(헌재 1995. 12. 14. 95헌마221¹⁶⁾)의 소수의견은 위 전직대통령들 및 공범들의 처벌을 요구하는 여론이 강화되는데 영향을 미쳤다고 보는 견해가 있다.¹⁷⁾ 다만 헌법재판소는 위 94헌마246결정에서는 12.12 사건에 대한 기소유예처분이 재량범위를 벗어나지 않았다고 판단하였고, 위 96헌가2 사건에서는 공소시효의 완성여부는 법원의 판단사항임을 전제한 다음 가정적으로 공소시효가 이미 완성되었다고 한다면 그 뒤 다시 소추할 수 있도록 법률로써 규정하는 것은 적법절차의 원칙과 형벌불소급의 원칙에 비추어 위헌이라고 하는 한정위헌의견이 5인이었지만 위헌정족수 6인에 미달하여 합헌결정을 하였다. 특히 이 합헌 결정은 좁은 범위의 법적 쟁점만을 판단대상으로 삼은 다음 4인만의 의견에 의해 이루어진 것으로서 전략적이라고도 평가할 수 있는 조심스러운 적극성을 보여준다. 위 전직대통령들은 중대한 형사범죄를 저질렀지만 쿠데타가 성공하여 대통령으로 재직하였기 때문에 헌법재판소로서는 당시의 정치적 환경과 헌법재판소의 결정이 가져올 정치적 파장

15) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 판결, 서울고등법원 1996. 12. 16. 선고 96노1892 판결.

16) 불기소처분을 다룬 헌법소원사건으로서 헌법소원 취하로 심판종료됨.

17) 처벌을 원하는 여론이 거세지자 정치권이 움직이고 결국 위 특별법 제정 및 기소와 처벌로 이어졌다는 주장이다. Chulwoo Lee, "Who's afraid of the big bad court? Examining observations on the judicialization of politics in South Korea", Asian Law and Society Association Conference (2016. 9. 22-23, National University of Singapore) 발제문 10면.

을 민감하게 의식하면서 조심스럽게 대응하지 않을 수 없었을 것이다.¹⁸⁾

나. 긴급재정경제명령 사건(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186)

정치 사법화를 다룬 문헌들에서 거론되지 않는 편이지만 김영삼 대통령 재임중 시행한 금융실명제 실시에 관한 긴급재정경제명령 사건에 대한 헌법소원사건 결정에서의 헌법재판소의 태도도 주목할 만하다. 청구인은 국회의 입법이 아닌 대통령에 의한 긴급재정경제명령의 전격적 실시로 인한 청원권 침해를 주장하였다. 긴급재정경제명령의 전격적 실시로 인한 청원권 침해의 상실은 반사적인 것에 불과하므로 청구인의 기본권 침해 가능성을 인정하기 어렵다. 그러나 헌법재판소는 청원권의 침해가능성이 있다고 인정하고, 대통령의 긴급재정경제명령이 고도의 정치적 성격이 있는 것이지만 국민의 기본권 침해가 문제되므로 본안판단을 한다고 하였다. 막상 본안판단에서는 긴급재정경제명령의 발동과 유지에 관한 엄격한 요건에도 불구하고 고도의 정치적 성격을 존중하여야 한다는 이유로 합헌이라는 결론을 내렸지만 이 결정은 종래 통치행위라고 불리던 정치적 사건도 기본권 침해가 개재되어 있다면 사법심사의 대상이 된다는, 통치행위에 관한 선도적 판례가 되었다.¹⁹⁾ 통치행위에 관한 위 일반론은 과거 사법부가 독립성

18) 특히 위 기소유예처분에 대한 합헌판단의 다음과 같은 판시 참조: “... 청구인들이 주장하는 바와 같이 검사가 범행 후의 정치적 사정 등을 고려하여 “기소유예”처분을 하였다고 하더라도, 검사가 인정한 범죄사실로 미루어보면 검사가 이 사건과 아무런 관련이 없는 정치적 이유로 관용하려고 한 것은 아니라고 판단된다. ... 충실한 과거의 청산과 장래에 대한 경고, 정의의 회복과 국민들의 법감정의 충족 등 기소사유가 갖는 의미도 중대하지만, 이 사건을 둘러싼 사회적 대립과 갈등의 장기화, 국력의 낭비, 국민의 자존심의 손상 등 불기소사유가 갖는 의미 또한 가볍다고만 단정할 수는 없을 것이고 ...”(판례집 7-1, 61)

19) 과거 법원 판례는 대통령의 긴급조치권과 관련 긴급사태의 존재여부 내지 소멸여부는 대통령의 자율적 판단에 일임되어 있고 통치행위에 속하여 사법심사대상이 되지 않는 다거나, 비상계엄선포는 고도의 정치적, 군사적 성격을 지닌 행위로 누구나 일견 헌법이나 법률에 위반되는 것으로 명백히 인정될 수 있는 것이면 모르되 당연무효라고 할

을 갖지 못하던 시대에 민감한 정치적 문제에 대해서는 통치행위라는 개념을 사용하면서 판단을 회피했던 태도에서 벗어나 다른 권력기관에 대한 통제 및 기본권 보장을 위해 권한을 적극적으로 행사할 것이라는 의지를 표명한 것으로서 적지 않은 의미가 있다. 그리고 아마도 이러한 의미 때문에 적법요건에 대해서는 완화된 기준으로 판단했으리라고 추측해볼 수도 있다.

다. 이라크 파병 사건(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814)

헌법재판소가 처음으로 고도의 정치적 판단이 필요한 문제로서 법적 판단을 자제할 필요가 있다는 이유로 각하결정을 한 사건이다. 같은 사건은 기본권의 자기관련성이 없는 사람들이 제기한 것으로서 어차피 본안판단을 받을 수 없었지만 이와 같은 이유가 아니라 군사동맹과 외교문제가 얽힌 해외파병이라는 사안의 성질상 정치적 기관의 판단에 맡기는 것이 적합하다는 이유를 실시하였는데, 이는 권위주의시대에 긴급조치나 비상계엄선포에 대해 통치행위라 하여 판단을 회피한 것과는 구별된다. 이 결정은 위 긴급재정명령에 관한 판례와 나란히 통치행위 내지 정치적 문제에 대한 중요 판례가 되었다. 따라서 통치행위에 관한 헌법재판소 판례의 태도를 요약하자면, 통치행위라고 불리는 고도의 정치적 성격을 띤 사건에 대해서도 적법요건을 갖추는 한 판단하는 것이 원칙이지만, 예외적으로는 판단을 자제할 수도 있다는 것이다. 이 예외 부분은, 이라크 파병 사건과 같이 헌법재판소가 판단할 만한 자료를 충분히 확보하기 어렵고 관련된 이익이나 사실에 대한 형량이나 예측(가령 파병을 하지 않는 경우 한미동맹관계에 미칠 영향에 대한 예측)이 어렵다거나 하여 사법부가 판단하는 것이 부적합

수 없고 그 당·부당에 대한 판단은 정치기관인 국회에 달려 있다거나, 사법기관인 법원이 계엄선포 요건의 구비여부나 선포의 당·부당을 심사하는 것은 사법권의 내재적인 본질적 한계를 넘어서는 것이라고 판단하였다(대법원 1978. 5. 23. 선고 78도 813판결; 대법원 1964. 7. 21.자 64초4 재정 등).

한 사건에 대해서는 스스로의 결정으로 판단하지 않을 수 있다는 것인데, 이는 사법부의 권한을 스스로 축소시키기 보다는 오히려 운신의 폭을 넓히 고자 하는 태도라고 보아야 할 것이다. 한편 앞에서 본 긴급재정경제명령 판례는 유신 시대 긴급조치의 위헌성에 대해 판단한 그 후의 결정(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132)에서도 인용되었다. 그리고 통치행위 내지 정치적 문제에 대한 위와 같은 헌법재판소 판례는 법원에도 영향을 준 것으로 보이는데, 법원 판례도 헌법재판소의 판례와 대체로 같은 방향으로 형성되었기 때문이다.²⁰⁾

라. 대통령(노무현) 탄핵 사건(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1)

2004년 탄핵사건은 이러한 예외적 제도를 이용할 만한 원인이 없는 심판청구였기 때문에 탄핵에 반대하는 여론이 거세게 표출되었다. 헌법재판소는 이러한 국민의 뜻을 의식하지 않을 수 없었겠지만 한편으로 가능한 범위 내에서 적극적 역할을 자임하였는데, 비례원칙의 적용이라는 법리보다는 다른 논쟁적 법리적용이나 이유를 실시하는 논조에 비추어볼 때 그렇게 평가할 수 있다. 가령 헌법재판소는 대통령이 헌법 제72조의 정책국민 투표에 대한 구상을 밝힌 것만으로 헌법수호의무 위반이라고 판단하거나 공직선거법에 대한 대통령의 입법론적 문제제기나 중앙선거관리위원회의 해석에 대한 비판적 입장표명에 대해서²¹⁾ ‘법률의 합헌성과 정당성에 대해

20) 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7878 판결, 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결 등.

21) 대통령의 공직선거법상 선거중립의무에 대한 선거관리위원회의 판단은 혐애한 해석으로서, 현행헌법이 규정하는 대통령의 역할과도 파당성을 본질로 하는 정당정치와도 맞지 않고 그럼으로써 민주주의 원리와도 상치한다고 하는 정치학자 최장집의 주장(2004. 3. 18.자 교수신문 기고)은 해석론에 초점을 두었지만 노무현 전대통령의 주장과 같은 취지로 보인다. 아래 2004. 3. 18.자 오마이뉴스 인터넷 기사 “최장집 교수 “탄핵은 헌정체제 취약성 드러낸 사건”” 참조(2018. 7. 23.최종검색).
http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0000175780

여 대통령의 지위에서 공개적으로 의문을 제기하는 것은 헌법과 법률을 준수해야 할 의무와 부합하지 않는다.’고 질책하는 논조로²²⁾ 헌법위반을 인정하였다. 그러나 국민투표에 회부한 것도 아니고 학설이나 판례가 확립되지 않은 상태에서 정치적 합의를 지켜본 다음 결정할 계획임을 전제로 하면서 헌법 제72조에 따라 신임을 결부시킨 투표를 실시할 구상을 밝힌 행위나 공식선거법조항에 대한 비판적 입법론, 또는 중앙선거관리위원회와는 다른 해석론을 주장한 행위가 정치적 비난 가능성 여하를 떠나 헌법이나 법률에 반하는 행위가 될 수는 없고, 따라서 헌법수호의무 위반이 될 수는 없다.²³⁾ 헌법재판소가 위와 같은 수궁하기 어려운 이유를 들면서 질책하는 태도로 헌법위반을 인정한 데는 법리보다도 정치적 선호가 작용하였다는 의심이 들며, 의도했는지 여부는 알 수 없으나 탄핵소추를 통한 대통령에 대한 공격이 이유가 전혀 없는 것은 아니라는 점을 확인해주는 정치적 효과를 발휘하였다.²⁴⁾

22) Chulwoo Lee, “Who’s afraid of the big bad court? Examining observations on the judicialization of politics in South Korea”, Asian Law and Society Association Conference (2016. 9. 22-23, National University of Singapore) 발제문에서도 이 질책조의 이유설시를 적극적 태도로 보았다. 법위반을 인정한 다음 그 중대성 여부를 판단할 것이 아니라 중대한 헌법 또는 법률 위반이 없으므로 탄핵사유가 없다고 판단했어야 한다고 하면서, 헌법재판소의 전자와 같은 논리전개는 국민들에게 대통령의 잘못을 지적하고자 하는 감정이 앞섰기 때문이라고 적은 글로는 이승우, “대통령 노무현에 대한 탄핵심판결정의 평석”, 『헌법판례연구』 제6권, 한국헌법판례연구학회, 2004, 288~290면.

23) 이와 같은 취지의 비판적 의견으로 김종철, “노무현 대통령 탄핵심판사건에서 헌법재판소의 주요논지에 대한 비판적 검토”, 『세계헌법연구』 제9호, 세계헌법학회 한국학회, 2004, 18면 이하; 송기춘, “대통령노무현탄핵심판사건결정(헌법재판소 2004. 5. 14. 선고, 2004헌나1)의 몇 가지 문제점”, 『민주법학』 제26호, 민주주의법학연구회, 2004, 353면. 같은 결정에 대한 학설의 평가 전반에 대해서는 헌법재판소/헌법재판연구원, 헌법재판 주요선례연구 1(2012) 중 459면 이하 “탄핵심판 - 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나2, 대통령 노무현에 대한 탄핵심판”(장영수 집필부분) 참조.

24) 한승헌, 재판으로 본 한국현대사, 창비(2016), 425면의 표현에 따르면 “보수세력의 ‘비주류 대통령’ 흔들기’가 아주 무위로 돌아가지는 않도록 한 셈이다. 같은 책에서는

마. 행정수도 사건(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554)

정부의 행정수도 이전정책에 반대하는 법률가들이 중심이 되어 다양한 청구인들을 모아 제기한 헌법소원사건이다. 법정의견은 일반론을 실시하는 가운데 행정수도 이전을 국가정체성에 관한 문제라고 하였지만, 서울중심의 개발이나 지역균형개발이나를 둘러싼 선호차이가 주된 동력이 되어 공방이 이루어지는 사회·경제정책적 이슈의 성격이 강하다고 본다. 심판대상인 「신행정수도의건설을위한특별조치법」에는 충청권을 행정수도 예정지역으로 한다는 규정이 포함되었을 뿐이므로 수도이전에 반대하는 사람이 있다 하더라도 위헌법률심판청구나 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원을 제기하기 위한 재판의 전제성 요건을 갖추기 어려웠다. 아마도 그 때문이었지만 같은 사건은 기본권 침해를 다투는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원사건으로 제기되었다. 그러나 청구인들의 기본권 관련성은 찾기 어려운데, 누구든 구체적 권리를 제한받는 상태가 아니었기 때문이다.²⁵⁾ 그러나 법정의견은 수도는 서울이라는 것은 관습헌법이라고 하면서 이에 반하는 내용을 담은 심판대상법률은 국민투표를 생략하여 헌법을 개정하는 것이라는 이유로 국민투표권을 침해한다고 하였는데, 이는 청구인들이 주장한 바 없는 내용이다. 그리고 심판대상법률이 ‘수도는 서울이라는 관습헌법’에 반한다 하더라도 심판대상법률에 따라서 국가기관 이전을 할 수 없다고 하는데 그치지 않고 그와 같은 법률 제정이 곧 국민투표 없이 헌법을

이러한 결정을 놓고 언론과 세론은 절충론이라고 보는 의견이 대세였다고 하며, 탄핵심판청구를 인용하지는 소수의견 3인을 공개하지 않기로 하면서 이러한 소수의견을 결정에 반영하다보니 강경한 어조가 끼어들게 되었다는 말도 있었다고 한다. 필자 자신은 ”헌재의 인적 구성이 빚은 정치적 산물“이라고 평가하였다(443면).

25) 청구인들은 헌법 제72조 소정의 국민투표를 반드시 거쳤어야 함에도 이를 거치지 않은 것은 헌법에 위반되며, 청구인들의 국민투표권을 침해한 것이라는 주장 외에 납세자로서의 권리, 청문권, 공무담임권, 직업의 자유, 거주이전의 자유, 행복추구권, 평등권 등을 침해되는 기본권으로 주장하였다.

개정한 것과 같아 국민투표권을 침해하였다고 하는 논리구성도 쉽게 납득이 가지 않는다. 어쨌든 수도는 서울이라는 관습헌법이 있고, 이는 성문법과 같은 효력을 지닌다고 본 법정의견에 대해서 학계에서는 많은 비판이 제기되었다.²⁶⁾ 학설의 비판에서 보듯 수도이전은 매우 중요하므로 수도 서울은 관습법 중에서도 헌법의 효력을 갖는 관습헌법이고 수도이전은 헌법 개정을 요한다는 법정의견은 법리적으로는 설득력이 약하다. 그럼에도 불구하고 헌법개정사항이라는 이유로 위헌결정이 이루어졌으므로 정치적 합의에 의한 재추진마저 매우 어렵게 되었으며 그 파급효과가 매우 크다. 최근에는 일부 국가기관들만의 이점으로 인해 낭비되는 비용의 절감과 정부의 효율성 제고, 서울의 과밀화로 인한 여러 가지 문제 해소, 균형발전 등을 위한 수도이전의 필요성이 다시 거론된다. 관습법의 일반적 법리에 비추어 보더라도 여러 가지 문제의식을 갖게 된다. 법정의견은 우리 사회 구성원들 사이에 수도가 서울이어야 한다는 법적 확신이 있다고 인정하였지만 심판대상 법률이 국회에서 다수의 지지를 얻어 통과되었다는 사실이 그러한 판단의 타당성에 대해 의문을 갖게 한다. 그리고 최근의 여론조사에서는 수도이전에 찬성하는 의견이 다수로 나타나기도 하는데,²⁷⁾ 그렇다면 과거에 사회구성원의 확신이 있었다 하더라도 이제는 유지되지 않으므로 관습법이 소멸되었다고 보아야 하겠지만 헌법재판소에서 이를 확인할 새로운 사건이 적법하게 제기되기는 어렵다. 이러한 사정으로 정치권이든 시민사회에서든 수도는 서울이라는 관습법은 일반적인 관습법의 법리에도 불구하고 헌법개정 없이는 소멸될 수 없음을 전제로 논의를 이어가고 있다. 2018. 3. 26. 발의된 대통령 헌법개정안에서는 “대한민국의 수도에 관한 사

26) 전반적 학설상황에 대해서는 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018, 320면.

27) 아래 한겨레신문 기사 참조(2018. 1. 21. 검색)

<http://www.hani.co.kr/arti/society/area/805820.html#csidxb6b813a7ac43191874e6390909df5ec>

항은 법률로 정한다.”는 규정을 두었는데(제3조 제2항), 그 제안 이유 설명에서 헌법재판소의 같은 결정이 있음을 언급하면서, 국가기능의 분산이나 정부부처의 재배치 등의 필요가 있고, 나아가 수도 이전의 필요성도 대두될 수 있다고 덧붙였다.²⁸⁾ 헌법학계에서는 대다수가 수긍하기 어렵다고 하는 위 관습헌법 판례로 인해 서울이 수도라는 헌법문언이 신설된 것과 같은 결과가 형성된 것이다.

우리사회의 주류에 속하는 보수성향의 시민사회세력이 대형 정책이슈를 사법부로 가져가 원하는 대로 정부의 정책을 저지한 이 사건은 정치사법화의 주요 요인들 중 하나로 거론되는 ‘세력(헤게모니) 유지전략’의 성격이 있다고 볼 수 있다. 그리고 사법부는 상대적으로 취약한 권력을 가지고 있고 자신의 의지만으로는 결정을 관철시킬 수도 없기 때문에 대형이슈가 사건화 된 경우 정치적 환경을 살펴 전략적으로 행동하며, 여건이 허용한다면 정책결정을 자임하는 적극적 태도를 보인다는 분석이 있는데,²⁹⁾ 이 사건에서 헌법재판소는 법리적으로는 무리가 있지만 재판부의 정책적 선호에 맞고 여론의 흐름에는 반하지 않아서 정치적으로는 큰 위험이 없는³⁰⁾ 결정을 과감하게 했다고 볼 수 있다.

바. 통합진보당 해산 사건(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1)

헌법 제8조 제4항과 헌법재판소법 제55조에 따라 정부가 심판청구를 하였고, 헌법재판소는 심판청구를 인용하는 결정을 하였다. 학계에서는 정부의 심판청구 당시부터 많은 논란이 일어났다. 정당을 선거가 아닌 해산심

28) 같은 안 ‘3. 주요내용’ 참조.

29) Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics”, in Robert E. Goodin (ed.), *The Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2011, 16면.

30) 같은 결정 당시로서는 행정수도 이전정책이 좌절 또는 중단된다 하더라도 다수 국민들이나 정치권에서 크게 반발할 분위기가 아니었다. 야당의 분위기는 일관되지 않았으나 위 결정당시에는 수도이전을 반대하는 쪽으로 돌아섰다.

판찰자로 강제해산하는 제도는 민주주의를 훼손할 수 있는 위험성이 있으며 실제적 요건이 엄격하게 적용되어야 한다고 강조하면서 정부의 정당해산심판청구와 헌법재판소의 해산결정을 강력히 비판하는 의견들이 많았다. 그리고 이에 비해 소수이지만 긍정적으로 평가하는 견해들도 있었다.³¹⁾ 학계의 분위기와는 달리 여론은 해산을 지지하는 쪽이 많았다.³²⁾ 당시 통합진보당에 대한 지지도가 매우 낮았고 일부 당원들의 폭력적 언행에 대해서 정치적 성향을 불문하고 많은 시민들이 염증을 느끼는 상황이기도 했기 때

31) 아래 글들은 같은 결정에 대한 법학자들의 평석(일부 쟁점에 대한 평가를 담은 글을 포함)이다.

강현중, “현재의 해산 정당 소속 국회의원직 상 실 결정의 소송법상 효력”, 인터넷 법률신문(<https://www.lawtimes.co.kr>), 2016.6.20.자(법률정보 -민사소송법 판례분석(7)); 김종현, “통합진보당 해산결정의 몇 가지 쟁점에 관한 연구 -결정서에 대한 비판적 독해를 중심으로-”, 『헌법학연구』 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015; 김현철, “정당해산심판의 목적 및 해산사유 -헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에 대한 평석을 겸하여-”, 『헌법학연구』 제22권 제2호, 한국헌법학회, 2016; 송기춘, “피음사둔(諛淫邪遁)의 통합진보당 해산결정문”, 『민주법학』 제57호, 민주주의법학연구회, 2015; 이덕연, “판단의 정오(正誤)가 아니라 ‘수사(rhetoric)’로 본 통합진보당 해산결정”, 『헌법재판연구』 제2권 제1호, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2015; 이덕연, “현재의 정당해산 결정시 소속 국회의원의 지위상실 여부의 문제”, 인터넷 법률신문(<https://www.lawtimes.co.kr>), 2015.10.15.자(법률정보-연구논단); 이명용, “헌법재판소 정당해산 결정의 본질적 의미”, 인터넷 법률신문, 2014.12.29.자 (오피니언 - 법조광장); 이종수, “우리 헌법상 ‘방어적 민주주의’의 수용 부인론 - 통합진보당에 대한 정당해산과 관련하여-”, 『법과사회』 48호, 법과사회이론학회, 2015; 임지봉, “헌법재판소의 통합진보당 해산결정에 대한 분석과 평가”, 『법학논총』 제33호, 숭실대학교 법학연구소, 2015; 장영수, “통합진보당 해산결정의 주요 쟁점 -헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에 대한 평석-”, 『법조』 64권 제3호, 법조협회, 2015; 장영수, “통합진보당 해산결정과 소속 국회의원의 의원직상실 문제”, 『고려법학』 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015; 정만희, “국회의원의 정당기속 과 자유위임”, 『헌법재판연구』 제2권 제1호, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2015; 한상희, “통합진보당 해산 결정, 이래서 문제다”, 『시민과세계』 제26호, 참여연대 참여사회연구소, 2015.

32) 정당해산심판청구에 대한 일반인의 여론은 긍정평가가 우세하다는 여론조사결과가 있었다. 아래 CBS노컷뉴스 인터넷판 2013.11.8.자 기사 “진보당해산 여론, 일반인-헌법학자 ‘판판’ … 왜?” 참조(2018.5.31. 검색)

<http://www.nocutnews.co.kr/news/1128138#csidx6cf10d32b157e33a303939832722830>

문이었을 것이다.

헌법재판소는 정당해산의 실체적 요건에 대한 일반론을 실시하면서 엄격한 요건이 적용된다고 강조하였다. 다만 실제로 사건에 적용하여 결론을 도출하는 과정에서 일반론에서 제시한 엄격한 요건과 심사기준을 적용했는지에 대해서는 의문이 남는데, 특히 일부당원들의 언행을 정당 자체의 책임으로 귀속시킨 부분이 그러하다. 또한 독일의 연방헌법재판소가 연방참사원이 청구한 독일국가민주당(Nationaldemokratische Partei Deutschlands, NPD)의 의석수나 영향력이 미미함에 비추어 같은 정당의 활동이 민주적 기본질서에 해를 가할 위험성이 매우 낮다고 판단한³³⁾ 것과 달리 우리 헌법재판소는 그러한 위험성을 과대평가하였을 가능성도 있다. 그러나 일부당원들의 정치적 성향이나 폭력적 언행, 그들의 당내 영향력, 이에 대한 당 지도부의 미온적 대처, 우리나라의 분단상황 등에 비추어 대체로 보수적인 성향의 재판부 구성원들로서는 자연스럽게 같은 정당의 존속과 활동이 민주적 기본질서에 가져올 수 있는 위험성이 높다고 평가하였으리라고 이해할 수도 있다.³⁴⁾ 그러나 헌법이나 법률의 규정이 없는 상태에서 지역구 및 비례대표 국회의원의 지위가 박탈된다고 결정한 부분은 여전히 설명하기 어렵다. 이와 관련하여 헌법재판소는 같은 결정의 이유에서 정당해산이 방어적 민주주의에 기초한 비상적 제도라는 점과 정당해산결정의 실효성을 강조하였다.³⁵⁾ 그러나 이는 질문에 질문으로 답한 것이다. 어느 정도로 ‘비

33) 독일연방헌법재판소 2017.1.17.자 결정, 사건번호: 2 BvB 1/13, 헌법재판소/헌법재판연구원, 세계헌법재판동향 2017년 제3호, 3면 이하.

34) 정당해산심판사건과 같은 헌법재판은 그 대상이 “국사인 생물정치”로서 사태파악에 서나, 고도의 추상적 가치개념으로 되어 있는 헌법의 해석·적용에서나 주관적 가치관과 법감정 및 이데올로기적 성향이 개입될 수밖에 없고 고도의 재량판단이 허용될 수밖에 없다고 한 글로는, 이덕연, “판단의 정오(正誤)가 아니라 ‘수사(rhetoric)’로 본 통합진보당 해산결정”, 『헌법재판연구』 제2권 제1호, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2015.

35) 판례집 26-2하, 112~113면.

상'적 성격을 인정할지, 어떤 '방어'가 필요하다고 보아야 할지가 문제되기 때문이다. 정당해산만으로도 해당 정당은 정당으로서의 혜택을 받지 못하고 활동을 못하게 되며, 소속 국회의원들 또한 반민주적 정당의 구성원이라는 낙인이 찍혀 활동이 사실상 위축되게 될 뿐더러 위법활동을 한 사실이 있다면 형사처벌과 제명이 가능하기 때문에 소속 국회의원들이 지위를 유지한다고 하더라도 정당해산제도가 실효성이 전혀 또는 거의 없다고 할 수는 없다. 나아가 근거규정이 없는 상태에서 정당해산으로 의원의 지위가 당연히 상실된다거나 의원의 지위를 상실시킬지 여부를 헌법재판소가 결정할 수 있다고 해석하기는 어렵다. 그와 같이 하려면 헌법에 근거를 두는 것이 원칙일 것이다.³⁶⁾ 그리고 정당해산으로 소속 국회의원들이 당연히 지위를 상실하고 헌법재판소는 이를 확인만 하는 것인지, 또는 헌법재판소가 지위를 상실시키는 형성적 결정을 하는 권한을 갖는지 여하도 문제가 된다. 형성적 결정으로 본다고 할 경우 가령 입법을 한다면 여러 가지 입법적 선택이 가능하다.³⁷⁾ 결정이유를 보면 헌법재판소의 입장은 분명치 않지만 형성적인 결정으로 본 듯하다. “의원직 상실은 정당해산심판제도의 본질로부터 인정되는 기본적 효력”이라고 하면서도 “정당해산결정의 취지와 목적을 실효적으로 확보하기 위하여, 피청구인 소속 국회의원들에 대하여 모두 그 의원직을 상실시키기로 한다.”고 하고, 또 주문에 별도로 기재하였

36) 법률에 근거를 둔다 하더라도 위헌의 문제가 생긴다는 견해로는 이준일, 헌법학강의 홍문사, 2011, 214면.

37) 이에 대한 학설들의 소개는 장영수, “통합진보당 해산결정과 소속 국회의원의 의원직 상실 문제”, 『고려법학』 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015, 112면 이하와, 정만희 앞의 글, 149~157면 참조. 장영수, 위의 글은 국회의원직을 상실시키는 것이 정당해산제도의 본질에 속한다고 보는 견해를 취하면서도 헌법재판소법에 근거를 두는 것이 바람직하며 입법을 할 경우 헌법재판소가 정당의 위헌적 활동에 대한 태도를 고려하여 의원에 따라 개별적으로 의원직의 상실 여부를 결정하도록 규정하는 것이 좋다고 하고(133면), 정만희, 위의 글은 입법론으로 헌법재판소가 개별적으로 박탈할 수 있도록 하는 것이 타당하지만, 헌법재판소가 근거규정 없이 의원직을 박탈하는 결정을 한 것은 권한을 벗어난 것이라고 한다.

기 때문이다. 그렇다면 더욱 명문의 근거가 필요하다.³⁸⁾

요컨대, 방어적 민주주의, 의원의 정당기속성 및 정당해산제도의 실효성은 의원직 상실을 명문화하는 규정을 둘 경우 이와 같은 입법의 근거로 제시될 수 있지만 헌법재판소가 규정 없이 국회의원의 지위를 상실시키는 결정을 할 근거가 되기에는 부족하다. 어쨌든 이 부분만 보더라도 헌법재판소는 이 사건에 상당히 적극적인 태도로 임하였다고 평가할 수 있다.³⁹⁾

사. 대통령(박근혜) 탄핵 사건(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1)

2016년 12월 국회가 다수 국민의 강력한 요구에 따라 대통령 박근혜에 대해 탄핵소추를 하였고, 2017년 3월 헌법재판소는 대통령을 파면한다는 결정을 선고하였다. 결정 선고에 이르기까지 국민들의 관심이 집중되고 파면여부에 대한 찬반의견도 적극적으로 표출되었다. 파면을 인용하는 결정은 다수 국민의 의견에 부합하는 것이었지만 주요 소추사실을 인정할 증거가 충분했기 때문에⁴⁰⁾ 파면을 주장하는 지배적 여론이 재판관들로 하여금

38) 이를 형성적인 것으로 보고, 의원직 상실 주문은 사건의 당사자가 아닌 의원들에 대해 효력을 발휘할 수 없으며 헌법재판소가 법률상 근거 없이 그와 같은 결정을 할 수 없다고 지적한 글로는 강현중, 앞의 글.

39) 정당해산 부분에 대해, 방어적 민주주의가 이념적이고 잠재적 위협을 사전에 적발하고 예방하는 사전적·능동적인, 적극적인 형태로 작동하였다고 평가한 글로는 김현철, 앞의 글, 385면과 한상익/김진영, “통합진보당 해산에 대한 이론적 접근 -전투적 민주주의론을 중심으로-”, 『동북아연구』 제30권 2호, 조선대학교 동북아연구소, 2015, 80면.

40) 뒤에 이루어진 형사재판에서도 위 결정에서 헌법 또는 법률 위반이 인정된 사실들과 중첩되는 혐의사실 대부분에 대해 유죄판결이 선고되었다.

같은 결정에 대한 평석은 김진욱, “탄핵요건으로서 헌법이나 법률 위반의 중대성 -헌법 제65조 제1항과 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석을 중심으로-”, 『저스티스』 통권 제161호, 한국법학원, 2017; 김하열, “대통령 탄핵 -헌재 2017.3.10. 2016나1 결정-”, 『법조』 통권 제722호, 법조협회, 2017; 김하영/박상록, “경제절차로서의 성격에 비추어 본 대통령 탄핵심판결정 -헌법재판소 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1 전원재판부 결정-”, 『법학평론』 제8권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2018; 윤영미, “2017년 헌

법과 양심에 반하는 결정을 하도록 압박하였다기보다는 재판부가 판단하는 바에 따라 임명권자인 대통령을 파면할 수 있도록 힘을 실어 주었을 것이라고 짐작된다. 2004년의 탄핵사건이후 학계에서는 대통령 탄핵제도가 정치적 투쟁수단으로 이용될 수 있다는 우려의 목소리들이 있었으나 두 번째의 탄핵사건은 그럼에도 불구하고 탄핵심판제도가 대통령의 권력남용에 대처하기 위해 순기능을 할 수 있는 제도임을 보여주었다. 다만 2004년 사건 심판당시와 마찬가지로 심도 있는 조사 없이도 탄핵소추가 이루어질 수 있는 절차의 미비점에 대한 비판적 시각이 있고,⁴¹⁾ 법정의견이 헌법 또는 법률위반 사유로 인정한 ‘공익실현의무 위배’나, 사법적 판단의 대상이 될 수 없다고 한 ‘성실한 직책수행의무 위반’을 탄핵사유인 헌법이나 법률위배로 보아야 할지 여부에 대해서도 논란이 있는데,⁴²⁾ 이러한 논의들은 정쟁의 도구로 이용될 수 있고 정치적 판단으로 흐를 수 있는 탄핵제도의 위험성을 염두에 둔 것이다.

아. 소결

전반적으로 우리나라에서의 정치 사법화의 요인은 일반적으로 국내외 학계에서 거론되는 내용과 별로 다르지 않은 것으로 보인다. 즉 민주화와 권력분산, 사법화를 가능케 하는 제도구비와 헌법재판소의 독립성 및 신뢰성 제고, 국가기능의 확장과 다원사회화로 인한 갈등 증가 등을 그 요인으로 볼 수 있다. 정치 사법화가 다수 국민의 요구에 의해 헌법수호를 위한 예외적인 수단으로 활용되거나, 일부 정치세력 또는 일부 시민사회세력의 세

법 중요 판례”, 『인권과 정의』 제472호, 대한변호사협회, 2018.

41) 김하열, 위의 글, 406~408면; 송기춘, “우리 헌법상 대통령탄핵제도에 관한 소고”, 『공법연구』 제32집 제5호, 한국공법학회, 2004, 433~434면.

42) 재판관 김이수, 재판관 이진성의 보충의견; 김하열, 앞의 글, 415면과 같은 곳에서 인용한 김하열, “탄핵심판에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교, 2005, 143~145면; 윤영미, 앞의 글, 12~13면; 김하영/박상록, 앞의 글, 314~323면 각 참조.

력유지·강화 전략 또는 개별 정책에 대한 선호관철의 기회로 활용되어 온 경우 또한 볼 수 있다. 대형 정치이슈가 사건화 되었을 때 정치권 및 일반 시민들 사이에서 이에 대한 관심이 고조되므로 헌법재판소도 스스로의 역할과 결정의 영향력을 매우 민감하게 의식하게 되는데, 이러한 사건들에서 헌법재판소는 전반적으로 적극적 태도로 임하였고 해를 더해 가면서 그와 같은 경향이 강화된 것을 알 수 있다. 행정수도 이전을 저지시키거나, 정당을 해산하거나, 대통령을 파면하는 등 결정의 정치적 영향은 매우 컸다. 헌법재판소는 더러 자신의 영향력을 부당하게 확대하는 것으로 볼 여지가 있는 지나친 적극성도 보였지만⁴³⁾ 전반적으로는 다수 국민의 의사에 부합하거나 최소한 이에 반하지 않는 결정을 하려고 노력하였고,⁴⁴⁾ 입법부와 행정부를 의식하고 존중하여 온 것을 확인할 수 있다. 우리사회의 주류에 속하는 지배계층의 성향을 반영하는 면도 보이는데, 이는 재판부 구성방식에 비추어볼 때 예측 가능한 것이라고도 할 수 있다.⁴⁵⁾

이러한 사건들을 통해 국민들 사이에서 헌법재판소의 존재의의가 보다 뚜렷이 각인되었고, 헌법재판소의 위상도 설립초기에 비해 현저히 높아졌다. 무엇보다 일상적인 정치와 관련이 있는 사건들의 증가추세와 더불어 대형 정치이슈 관련 사건들의 꾸준한 사건화, 헌법재판소 결정에 대한 국민들의 수용적 태도, 특히 최근의 탄핵사건에 대한 국민들의 관심과 결정에 대한 반응을 볼 때 그러한 평가가 가능하다.

43) 예컨대 수도사건의 관습헌법론, 정당해산의 국회의원지위상실 결정, 2004년 탄핵결정의 일부 이유설시가 그와 같은 것이라고 본다.

44) 같은 취지로, Chulwoo Lee, "Who's afraid of the big bad court? Examining observations on the judicialization of politics in South Korea", Asian Law and Society Association Conference (2016. 9. 22-23, National University of Singapore) 발제문 8면.

45) Ran Hirschl, "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts", Annual Review of Political Science, vol.11, 2008, 109면에서는 일반적으로 사법부는 정치적 엘리트의 의사에 부합하는 결정을 내리는 경향이 있으며 사법부 구성에 관한 권한이 정치권력에 있는 것이 그 요인이라고 지적한다.

한편 정치적 민주화와 헌법재판소의 역할확대는 나란히 진행되었는데, 민주화에 수반된 권력분산과 국민의 감시가 헌법재판소의 독립을 뒷받침해 주었기 때문에 위와 같은 역할확대가 가능하였다고 볼 수 있다. 헌법재판소가 이러한 사건들을 다루면서 큰 틀에서 지배적 여론이 수용할 법한 한계를 벗어나지 않는 것은 한편으로 전략적이지도 않지만 동시에 국민의 뜻에 반응하는 것이라고 평가할 수도 있는데, 이는 결정을 집행할 권한이 없고 상대적으로 약한 권력을 가진 헌법재판소가 독립성과 권위를 확보하려면 국민의 지지를 얻어야 한다는 것을 의식하고 있음을 말해준다. 결국 사법부가 그 기능을 제대로 수행하기 위해서는 어느 정도의 민주화가 이루어지고 정치적 환경이 안정되어야 한다는 주장들은 우리나라에서도 설득력이 있음을 확인할 수 있다.

한편 정치의 사법화에 따라 정치적 문제 이론(political question doctrine)이 무너져가고 있다는 진단이 있으나⁴⁶⁾ 적어도 우리나라의 경우 그와 같이 단순하게 묘사하는 것은 적절치 않다. 앞에서 본 바와 같이 우리 헌법재판소는 이른바 통치행위가 심판대상이 되는 사건에서는 정치적 성격이 강한 이와 같은 사건도 적법요건이 구비된 이상 권한을 행사하여 본안판단을 하지만 해당 정치적 기관의 재량을 존중해야할 사건이라면 심사기준을 완화하며(긴급재정경제명령 판례), 사건에 따라서는 본안판단을 하지 않을 수도 있다고 하였다(이라크 파병 판례). 강화된 사법부의 위상을 배경으로 하여 본안판단을 하지 않을 수도 있는 권한을 주장하는 것으로서, 민주주의 원리에 따라 정치·행정부문의 권한을 존중하고 적정하게 기능을 분담하고자 하는 의도가 담긴 것이라고 이해할 수 있다. 위 판례에 따르더라도 판단을 자제할 사건은 극히 예외적인 경우에 한정될 것으로 보이며, 실제로 그 후 정치적 성격이 강하게 부각되는 사건들로서 적법요건을 갖추었으

46) Ran Hirschl, "The Judicialization of Politics", in Robert E. Goodin (ed.), *The Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2011, 8~12면.

나 사법자제의 필요성을 이유로 각하한 사건은 없다. 결과적으로, 정치적 문제에 개입할 것인지 여부나 어떻게 개입할 것인지에 대한 선택의 폭을 넓게 확장했다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 권력분립·법치주의, 민주주의 관점에서 본 정치의 사법화와 헌법재판

1. 권력분립 및 법치주의 관점에서 본 헌법재판소의 역할 확대

정치 사법화로 인한 사법부의 권력강화 현상과 관련하여 사법부의 정치화 또는 사법부 권력의 비대화에 대한 우려가 제기되기도 한다.⁴⁷⁾ 파급력이 큰 대형 정치적 이슈가 사건화 되었을 때 헌법재판소가 대체로 적극적 태도로 임하여 왔고, 나름대로 헌법재판소의 영향력과 위상을 강화하려는 의도도 있었다고 볼 수 있으며, 수도이전사건, 정당해산과 탄핵사건에서 보듯 중요정책의 집행을 저지하거나 정치권력의 지형을 바꾸는 등 정치적 파급력이 매우 큰 결정들이 있었다. 그러나 전반적으로 권력균형에 불균형에 대해 우려할 만한 징후가 보인다고는 할 수 없다.⁴⁸⁾ 제도적으로 헌법재판

47) 이와 관련, 사법통치(juristocracy)라는 용어도 등장하는데, 이러한 표현은 입법부 중심의 ‘다수결 민주주의’(majority democracy)에 대비되는 사법부 중심의 민주주의와 그 영향력을 강조하기 위한 것이라고 한다. 채진원, “정치의 사법화 현상의 이론적 쟁점-민주주의의 비판론과 낙관론 및 정당기능의 정상화 방향-”, 『평화연구』 제19권 제2호, 고려대학교 평화와민주주의연구소, 2011, 266면. 정치의 사법화 현상에 대한 국내외의 비판론과 낙관론 또는 긍정적 평가나 부정적 평가에 대한 소개는 270면 이하와 박종현, “정치의 사법화의 메커니즘 -헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가-”, 『법학연구』 제27권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2017, 121~123면 참조.

48) 정치학자 최장집은 우리나라 역사를 돌아켜볼 때 우리나라 사법권력은 상대적으로 취

소는 신청주의에 따라 접수된 사건을 소극적으로 다룰 수 있을 뿐인데, 위와 같이 파급력이 큰 사건들도 시민사회나 정부, 의회에서 제기한 것들이었다. 또한 헌법재판소는 스스로의 결정을 집행하여 관철시킬 권한이 없기에 결정의 관철은 다른 권력기관들의 존중에 의존하며, 또한 타 권력기관들의 존중을 이끌어내는 힘은 궁극적으로는 국민의 지지와 감시에 있다. 헌법재판소가 국민의 의사를 의식해가면서 결정을 하는 경향을 보이는 이유도 거기에 있을 것이고, 중대한 정치적 파급력을 갖는 위와 같은 결정들이 관철된 것도 국민의 지지와 감시를 배경으로 한 다른 권력기관들의 존중이 있었기에 가능하였다. 즉, 우리 헌법재판소의 역할확대는 사법통치의 징후를 보여주는 것이라기보다는 과거의 권력집중이 해소되고 민주화가 진전됨에 따라 통치권력이 분산되고 균형을 잡아가는 과정에서 나타나는 현상이라고 볼 수 있으며, 최근의 탄핵사건을 통해 보듯 헌법재판소는 권력 남용에 대한 통제기능 또한 국민의 기대에 맞추어가면서 수행하고 있다. 그리고 일반적으로 정치적 사건들에서의 사법부의 개입이 부정적 측면만 가지고 있는 것은 아니다. 사법부의 역할 강화는 정치과정에서 법과 권리의 요소가 더 많은 작용을 하도록 만드는 효과가 있다. 정치인들이 정책결정시부터 법과 권리를 의식하고, 국민들이 권리를 침해받았을 때 사법부를 통해 구제받을 방법을 찾는다는 것은 법의 지배가 뿌리내리는 과정이다. 그리고 때로는 헌법재판소가 정치권에서 해결하기 어려운 문제를 해결하고, 정치적 교착상태를 풀기도 한다. 정당해산이나 탄핵제도와 같은 것은 사법부에 의한 관여가 필요한 비상 상황에 대비하여 설계되었다.

다만 대형 정치이슈가 사건화 되면 헌법재판소가 중요 정책의 향방 또는 정치적 환경에 큰 영향력을 행사하는, 적어도 그 점에서는 ‘통치’를 할

약하였고, 현재도 정치권력이나 사회세력 특히 경제권력으로부터 자율성을 충분히 확보하지 못하였다고 평가한다. 아담 쉐보르스키 등 저, 송호창 등 역, 민주주의와 법의 지배, 후마니타스, 2008, 서문.

수 있는 기회를 갖게 되는 것도 사실이다. 그리고 그 기회에 헌법재판소 또는 재판부 구성원 자신의 권한이나 이익의 확대를 도모하거나 이른바 세력유지전략에 동원되는 등 정파적 결정을 할 우려가 없는 것은 아니다. 이에 대한 궁극적 안전장치는 국민의 감시일 수밖에 없지만, 헌법재판소에게도 자신의 적정한 역할을 찾아 때로는 적극적으로 그것을 수행하고 때로는 자제하는 각별한 성찰과 지혜가 요구된다.

2. 정치의 사법화와 민주주의

정치의 사법화가 민주주의의 퇴행을 의미하는지 여하는 상황에 따라 다르겠지만 우리나라의 경우 1987년 이후 민주주의와 함께 권력분립 및 법치주의가 진전되어 가는 과정에서 정치 사법화로 불리는 현상들이 증가하게 되었음은 앞에서 본 바와 같다. 일반적으로 위헌법률심사와 관련하여 민주적 정당성이 약한 사법부의 선호로 의회의 선호를 대체하는 것이 민주주의와 조화될 수 있는지 여하에 관한 논쟁이 오랫동안 이루어져 왔는데, 가령 미국 사법부의 역할비중이 증가되는 현상과 관련해서는, 대부분의 정책은 여전히 정치권에서의 지배적 의견에 의해 결정되며 더러 사법부에 의해 방향이 바뀌기도 하지만 평균적으로 그 폭이 넓지 않으므로 그다지 우려할만한 현상은 아니라는 평가도 있다.⁴⁹⁾ 일반적인 정책관련 사건에 관한

49) Mark Tushnet, *Taking The Constitution Away From The Courts*, Princeton University Press(1999), 143~153면. 이에 대한 국내외의 학설상황은 위 채진원, 박종현의 논문들(위의 각주)을 참조. Chulwoo Lee, "Who's afraid of the big bad court? Examining observations on the judicialization of politics in South Korea", Asian Law and Society Association Conference (2016. 9. 22-23, National University of Singapore) 발제문 12면에서는 정치의 파편화를 정치의 사법화의 요인으로 지목하고, 확실한 다수가 형성될 경우 사법부는 자제하는 태도를 보인다는 연구결과(박종현, "헌법재판과 정책결정-반다수결주의 난제의 해체를 위한 실증적 분석-", 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 2009)를 인용하면서, 그렇다면 반다수결의 어려움이나 사법통치에 대한 우려는 지나

위헌법률심사나 헌법소원사건과 관련해서는 우리 헌법재판소에 대해서도 유사하게 말할 수 있다. 무엇보다 신청주의에 따라 접수되는 사건만을 다룰 수 있으며, 스스로 결정을 집행하고 관철할 수도 없는 권한의 한계 때문이다. 그리고 앞에서 언급하였듯이 헌법재판소의 결정방향이 대체로 국민의 결정적 의사에 반하지 않는다는 것은 일종의 반응성이 작동함을 의미한다고도 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 그럼에도 불구하고 위와 같은 문제의식은 여전히 유효한데, 이 글에서 살펴본 대형이슈에 관련된 사건들, 특히 대형 정책예 큰 영향을 미치는 사건의 경우 특히 그렇다. 대통령 탄핵심판이나 정당해산심판 또한 가치형량이 개재될 뿐 아니라 선거가 아닌 헌법재판소의 결정에 의해 대통령을 임기중간에 파면하거나 정당을 해산시킴으로써 선거에 의해 형성된 권력배분의 지형을 바꾼다.

헌법재판의 민주적 정당화를 위한 여러 가지 주장이 있지만 민주주의의 외부가 아닌 내부에서 근거를 찾을 수 있어야 민주주의 관점에서의 제기되는 위와 같은 의문이 보다 근원적으로 해소될 수 있을 것이다. 그러한 점에서 우리나라에서의 정치사법화 현상과 관련해서는 정치성이 강한 헌법재판을 속의민주주의의 기회로 삼을 것을 제안하는 견해가 주목할 만하다.⁵¹⁾

친 것일 수 있다고 한다. 그리고 우리나라 헌법재판소의 성공배경 중 하나로 정당의 취약성을 꼽은 글로는 Tom Ginsberg, *Judicial Review in New Democracies -Constitutional Courts in Asian Cases-*, Cambridge University Press, 2003, 244~245면.

50) 박은정, 앞의 글에서는 헌법은 국민의 자금지배의 이념, 즉 자율성을 담는 구조이므로 헌법적 문제는 단순한 법적 문제가 아니라 ‘정치적-법적’ 문제이며 그 해결에는 반드시 국민의 권위의 뒷받침이 있어야 하고, 따라서 헌법재판의 결과는 민주적 요청을 반영하여야 한다고 강조한다(16~17면).

51) 가령 최근 부상하는 “헌법적 대화”에 관한 담론이 그것이다. 김선희, “캐나다에서의 헌법적 대화”, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2018, 27면 이하에서는 미국과 캐나다에서의 헌법적 대화이론에 대해 소개하였다. 국내상황을 다룬 글로는 함재학, 앞의 논문과 김선택, “헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할 -한국 헌법재판, 제3의 길, 가능한가?-", 『공법연구』 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013 등이 보인다. 한편 박은정, 앞의 글에서는 ‘더 방법적이고 체계적’인 결정의 정당화가능성, 의무적 결정을 통한 불확실성의 제거, 정의의 극장과 같은 교류와 대치 등 재판의 특성에 착안하여 재판활동

숙의민주주의의 기회로서의 헌법재판이라는 접근을 받아들이기 위해서는 중립성이나 객관성, 심사기준 등과 같은 용어의 베일 뒤에 있는 헌법재판의 현실에 대해 어느 정도 인정해야 한다고 보는데, 가치선호 내지 이익형량이 결론을 좌우하는 사건이라면 사법적 판단이라 하더라도 정치부문에서의 의사결정방법과 본질적으로 다르지 않다는 것이다.⁵²⁾ 가령 헌법재판소는 자유권 침해가 주장되는 사건에서 과잉금지원칙과 같은 심사기준을 적용하여 체계적으로 판단하려고 노력한다. 그러나 이러한 심사기준의 요체는 결국 가치의 선택과 형량이다. 또한 헌법재판관들도 이미 가지고 있던 주관적 가치체계와 성향에 따라 선호를 형성하는 경향이 있고, 부지불식간에 동료나 친지들의 영향을 받으며, 많은 대중이 관심을 갖는 사건이라면 여론을 의식하기도 한다. 이와 관련, 헌법재판소의 구성방법에 따른 한계로 인해 재판부 구성원들의 출신배경과 성향이 유사하다는 점이 꾸준히 문제점으로 지적되어 왔다.⁵³⁾

이 민주주의에 기여한다는 로장 발롱의 견해를 소개하고 있는데(18~19면), 이 또한 ‘숙의민주주의로서의 재판’이라는 시각과 일맥상통하는 것으로 보인다.

- 52) 같은 취지로 Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics”, in Robert E. Goodin (ed.), *The Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 2011, 16면. 한편 Tushnet은 앞의 책에서 사법부가 그 판단과정에서 법이론을 적용하지만 이론이 결론의 객관성을 담보하지 않는다고 지적한다. 다양한 이론 중 원하는 결과를 뒷받침하는 이론을 선택하고, 이론을 철저히 따르지도 않으며, 이론이 반드시 하나의 결론을 도출하거나 올바른 결과로 이끈다는 보장도 없다는 것이다(157면). 법원의 의사결정구조가 공익 판단에 적합하지 않다는 점을 분석한 글로는 조홍식, *사법통치의 정당성과 한계* 제2판, 박영사, 2010, 195면 이하.
- 53) 김종철, “‘정치의 사법화’의 의의와 한계 -노무현정부전반기의 상황을 중심으로-”, 『공법연구』 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005, 245면에서는 민주주의 관점에서, 정치영역 만큼은 아니라 하더라도 사회의 다양한 이해관계를 반영할 수 있는 다양한 구성이 이루어지지 않는다면 사법적극주의는 민주주의를 보정하는 것이 아니라 억압하는 것이 될 것이라고 한다. 그런데 재판부 구성이 다양성 측면에서 미흡한 것은 우리나라만의 문제는 아닌듯하다. Tushnet은 앞의 책에서 결국 사법부는 대세를 거스르지 않고, 정치적 다수파의 의견과 같은 방향을 보인다고 주장하며(133면), 앞에서 언급하였듯 Ran Hirschl, “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, *Annual Review of Political Science*, vol.11(2008)도 같은 취지이다(109면).

그럼에도 다원사회화, 이익의 파편화, 그리고 정당기속성 강화 등으로 정치부문에서 속의민주주의가 이루어지기가 어려운 현실에서, 헌법재판은 속의민주주의의 기회가 될 수 있다. 특히 절차의 면에서 그러한데, 당사자들과 관계기관들에게 주장과 자료를 제출할 기회를 충분히 제공하고, 변론 공개를 통해 보다 광범위하게 공론화가 이루어질 수 있는 계기를 마련할 수도 있다. 결정문에서 쟁점과 제기된 주장들 및 이를 뒷받침하는 이유, 주문에 이르게 된 이유를 상세히 서술하고 공개함으로써 재판부 스스로 상이한 주장들에 대해 신중하게 검토하고 보다 설득력 있는 결정을 선고하려고 노력하게 되며, 결정공개와 재판자료집 등의 발간 등을 통해 후속논의가 보다 효과적으로 이루어질 수 있도록 자료를 제공하기도 한다. 최근 헌법재판소가 대중이 널리 관심을 가질만한 주요 사건들에 관해 변론공개와 홍보를 적극적으로 하는 것도 위와 같은 공론화 기능을 의식하기 때문일 것이다. 헌법재판소의 특정 사건에 대한 중국결정에도 불구하고 사회적 논쟁이 끝나지 않고 계속되더라도 쟁점을 구체화하고 주장의 차이와 근거를 확인하는 이러한 과정이 대화의 수준을 높이고 궁극적으로 그 문제를 해결하는데 기여할 수 있을 것이다.

물론 다수의 의견을 단순히 반영하는 기계적 여론재판이 되어서는 안 될 것이며, 소수자의 보호가 문제되는 사건, 절차의 공정성과 적법성이 관건인 사건 등에 대한 헌법재판소의 적극적 판단은 여전히 중요하다. 그리고 일반 시민들에게 다음과 같은 사법부의 결정의 의미와 한계에 대해서도 알릴 필요가 있다: 특정 법률이 합헌이라는 것이 반드시 그 법률에 반영된 정책이 좋은 정책이라는 것을 의미하지는 않는다. 헌법재판소가 의회나 행정부의 판단을 존중할 사안이라고 보아 심사기준을 완화하는 경우 특정법률에 대해 합헌결정을 할 가능성이 높아지지만 합헌으로 결정되었다 하더라도 해당 정책이 좋은지 나쁜지는 더 논의할 필요가 있을 수 있다. 또한 사건은 당사자가 다투고자 하는 심판대상과 제기된 쟁점 위주로 심리되므

로 결정의 의미는 제한적일 수 있다.⁵⁴⁾ 헌법해석이나 예측판단을 요하는 사항에 대해 서로 다른 의견이 나올 수도 있고, 이익형량에는 재판관들의 주관적 가치관, 세계관이 반영된다. 오늘의 소수의견이 내일의 다수의견이 될 수도 있고, 판례가 변경될 수도 있다.

IV. 결어

헌법재판소가 설립된 이후 이른바 정치의 사법화 현상이 다른 주요 민주주의국가와 마찬가지로 우리나라에서도 꾸준히 진행되어 왔음을 확인할 수 있다.

헌법재판소는 대체로 정치적 관심이 집중되는 사건에 대해 적극적 역할을 자임해왔다. 국민의 지배적 여론에 부합하거나 적어도 그것에 반하지 않는 결론을 내리는 경향이 뚜렷하며, 사건에 따라서는 결론이 다수 여론에는 반하지 않지만 법리는 설득력이 부족한 결정으로 재판부 구성원들의 선호를 관철하려 했다는 의심이 드는 경우도 있으나 전체적으로 보면 다른 권력기관들과의 사이에서 민주주의원리에 따른 적절한 기능분담을 하려고 노력했다고 평가할 수 있다. 최근의 탄핵심판사건에서는 대통령의 위법행위로 야기된 심각한 정치적 혼란을 수습하고 헌법과 법치주의를 지키는 데 중요한 역할을 하였다.

정치의 사법화와 관련하여 헌법재판에 대해 제기되는 문제의 핵심은 민주주의와의 조화로 귀결된다. 전문성과 함께 다양한 배경을 가진 재판관으로 재판부가 구성되도록 하고, 재판절차가 숙의의 장이 될 수 있도록 설

54) 주로 일반 법원의 재판을 염두에 둔 것이지만 법원에서의 소송은 소송당사자만을 상대로, 그들의 변론활동에 기해 결정을 내리며 그 결정이 특히 공법소송에서는 사회전체에 영향을 끼친다는 점에서 대립당사자 소송구조는 이익집단정치의 제도화라고 볼 수 있다는 지적으로는 조홍식, 앞의 책, 202면.

계·운영하며, 결정 또한 숙의의 결과를 반영한 것이 될 수 있도록 하는 등 재판부의 구성에서부터 재판의 전 과정을 통해 헌법재판의 민주적 정당성을 강화하고, 정치영역의 민주주의와 상충하기보다는 상호발전을 돕는 것이 되어야 할 것이다. 다른 한편, 헌법과 법치주의의 수호는 헌법재판소의 존재이유이기도 하다. 그러므로 늘 강조되는 바이지만 결정이유가 높은 수준의 정합성과 설득력을 확보하여야 할 것인데, 장기적으로 헌법재판소가 국민의 신뢰와 지지를 확보하고 유지하기 위해서도 그러하다. 그와 같은 노력에 선행되어야 할 것은 역설적으로 헌법재판과 정치의 경계는 종종 흐릿하다는 것을 인정하는 일일 것이다. 즉, 헌법의 개방성과 추상성, 민주주의의 전제이기도 한 가치상대성, 심사기준의 요체를 이루는 이익형량의 주관성, 그리고 이익형량과 결부되는 예측판단의 어려움과 같은 한계를 인정하여야 할 것이다.

헌법재판소가 역동적인 정치적 환경에서 독립성을 유지하면서 기본권 보장 및 권력통제를 비롯한 헌법수호의 역할을 계속 수행하기 위해서는 민주주의의 발전, 그리고 자율적인 국민의 지지와 감시가 필요하다. 물론 헌법재판소에게는 선거제도나 정당제도, 정치적 표현의 자유 제한 등이 쟁점이 되는 많은 사건들을 통해 스스로 우리나라 민주주의의 성장에 기여할 기회와 책무가 주어진다. 최근 우리 헌법재판소 사건에서 이와 관련하여 제기되는 쟁점들은 대부분 12.12 관련사건에서 보는 것과는 달리 선거제도나 정당제도, 정치적 표현의 자유 등 보다 일상적인 형태의 것들이지만 그렇다고 덜 중요한 것은 아니다. 결국 직·간접적으로 대의기구를 구성하는 방법이나 절차, 다기한 이익들을 조정하거나 배분하는 방법이나 절차의 공정성에 관한 문제들이기 때문이다. 정치관련 제도의 위헌성 여하나 정치적 자유의 침해가 문제되는 많은 사건들에서 헌법재판소는 대체로 시민 개개인의 자율성 확대나 변화를 꺼리는 후견주의적이고 안정지향적인 시각을 보이는 경향이 있다. 그러나 이러한 시각이 우리 사회 민주주의의 수준에

맞는지, 또는 그 성장을 견인할 수 있을지 여하에 대해서는 숙고해볼 필요가 있다. 시대에 맞추어 민주주의를 한 단계 더 진전시키기 위해서는 우선 의회에서 관련제도를 개선해야 하지만 기득권층인 주류 정치인들이 적극적으로 이룰 다루리라 기대하기는 어렵다. 최근의 일을 돌이켜보더라도 선거연령 인하, 비례성을 높이는 새로운 선거제도의 도입 필요성이 정치권에서도 논의되었지만 정당간의 이해관계 때문에 합의가 잘 이루어지지 않고, 심지어 헌법불합치결정이 선고된 후 국회의원 선거구 획정이나 국민투표법의 개정마저 헌법재판소가 정한 시한 내에 이루어지지 않았다.⁵⁵⁾ 정파적 이해관계로부터 자유로운 헌법재판소가 민주주의의 과정과 절차를 결정하는 이와 같은 문제들에 대해 보다 적극적인 역할을 해야 할 것이다. 이러한 일상적 사건을 통해 정치과정과 헌법재판을 통한 숙의과정의 선순환에 동력을 실을 수 있을 것이다.

55) 선거구 획정지연에 대해서는 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마190과 헌재 2016. 4. 28. 2015헌마1177 참조; 국민투표법에 대해서는 헌재 2014. 7. 24. 2009헌마256 참조.

[국문초록]

정치의 사법화는 예외적인 일과성의 현상이 아니고 민주주의·법치주의의 확산과 함께 전 세계 여러 국가들에서 널리 확산되는 경향이 있음이 밝혀지고 있다. 우리 헌법재판소도 지난 30년간 5.18, 12.12 사태 관련 사건들, 대통령(노무현) 탄핵 사건, 행정수도 사건, 통합진보당 해산 사건, 이라크 파병 사건, 그리고 그밖에 긴급재정경제명령 사건, 대통령(박근혜) 탄핵 사건 등 여러 건의 대형 정치적 이슈에 연관된 사건들을 다루었다. 이 글에서는 우리나라에서 이와 같은 대형 정치적 이슈가 헌법재판소에 넘겨지는 정치 사법화 현상의 요인과 헌법재판소의 대응을 살펴본 다음, 헌법재판소의 역할과 한계를 헌법원리들에 비추어 점검해보았다.

전반적으로 우리나라에서의 정치 사법화의 요인은 민주화와 권력분산, 사법화를 가능케 하는 제도구비, 헌법재판소의 독립성 및 신뢰성 제고, 국가기능의 확장, 다원사회화로 인한 갈등 증가 등으로서 다른 여러 나라들과 별로 다르지 않은 것으로 보인다.

헌법재판소는 정치적 관심이 집중되는 이러한 사건을 다루면서 적극적 역할을 자임해왔다. 그러나 국민의 지배적 여론에 부합하거나 적어도 그것에 반하지 않는 결론을 내리는 경향이 뚜렷하며, 전체적으로 보면 민주주의원리에 따른 적절한 역할수행을 위해 노력했다고 평가할 수 있다. 우리 헌법재판소의 역할확대는 과거의 권력집중이 해소되고 민주화가 진전됨에 따라 통치권력이 분산되고 균형을 잡아가는 과정에서 나타나는 현상이라고 볼 수 있으며, ‘사법통치’를 우려할 필요까지는 없다.

정치의 사법화와 관련하여 헌법재판에 대해 제기되는 문제의 핵심은 민주주의와의 조화이다. 헌법재판소의 구성을 다양화하고 헌법재판이 숙의민주주의의 과정이 될 수 있다면 헌법재판과 민주주의가 서로 발전을 돕는

것이 될 수 있을 것이다. 다른 한편, 헌법과 법치주의의 수호는 헌법재판소의 존재이유이기도 하다. 그러므로 항상 강조되는 바이지만 헌법재판소의 결정이 높은 수준의 정합성과 설득력을 확보하도록 노력해야 할 것인데, 이는 국민의 신뢰와 지지를 얻기 위해서도 그러하다. 그리고 그와 같은 노력에 선행되어야 할 것은 역설적으로 헌법재판과 정치의 경계가 종종 흐릿하다는 것을 인정하는 일일 것이다.

헌법재판소가 역동적인 정치적 환경에서 독립성을 유지하면서 기본권 보장 및 권력통제를 비롯한 헌법수호의 역할을 계속 수행하기 위해서는 민주주의의 발전, 그리고 자율적인 국민의 지지와 감시가 필요하다. 헌법재판소에게는 선거제도나 정당제도, 정치적 표현의 자유제한 등이 쟁점이 되는 많은 사건들을 통해 스스로 우리나라 민주주의의 성장에 기여할 기회와 책무가 주어진다. 헌법재판소는 이러한 일상적 사건들을 통해 정치과정과 헌법재판을 통한 숙의과정의 선순환을 도울 수 있다.

주제어

정치의 사법화, 권력분립, 법치주의, 민주주의, 헌정주의, 헌법재판, 헌법재판소

[Abstract]

It has been revealed that the judicialization of politics is not an exceptional temporary phenomenon, but is spreading widely in various countries around the world, along with the proliferation of democracy and the Rule of Law. For the past 30 years, the Constitutional Court of Korea has dealt with cases related to several major political issues such as the cases of 5.18 and 12.12, the impeachment of President(Roh Moo-hyun) case, the administrative capital case, the dissolution of the Unified Progressive Party case, the dispatch of troops to Iraq case, financial and economic emergency action case, and the impeachment of President(Park Geun-hye) case and so on. This article examines the factors of the phenomenon of judicialization of politics which major political issues in Korea were handed over to the Constitutional Court, the responses of the Constitutional Court, and the role and limitations of the Constitutional Court according to constitutional principles.

In general, the factors of judicialization of politics in Korea are democratization and distribution of power, construction of system that enables judicialization, enhancement of independence and reliability of the Constitutional Court, expansion of national functions, and increase of conflict due to plural-socialization. These does not seem to be very different from many other countries.

The Constitutional Court has regarded itself to play an active role in dealing with these cases focused on political interest. However, they tend to make conclusions that meet or do not at least go against the dominant public opinion, and overall, it can be evaluated that they have made an effort to

perform proper role according to the principle of democracy. The expansion of the role of the Constitutional Court can be regarded as a phenomenon that occurs in the process which concentration of power of the past is resolved, and the development of democratization that leads to decentralization and balance of powers. Therefore, it is not necessary to worry about 'Juristocracy'.

The core issue raised in the Constitutional Court regarding the judicialization of politics is harmony with democracy. If the composition of the Constitutional Court is diversified and the constitutional adjudication can be a process of deliberate democracy, the constitutional adjudication and democracy will be able to assist the development of each other. On the other hand, the protection of the constitutional law and the Rule of Law is also the reason for the existence of the Constitutional Court. Therefore, it is always emphasized that the decision of the Constitutional Court should endeavor to ensure a high level of consistency and persuasiveness, as well as to gain people's trust and support. And paradoxically, what should be preceded by such efforts will be to admit that the boundaries between constitutional adjudication and politics are often vague.

Development of democracy and autonomous support and monitoring of the people are necessary in order for the Constitutional Court to maintain its independence in a dynamic political environment and to continue its role of protecting the constitutional law including protection of fundamental rights and power control. The Constitutional Court is given the opportunity and responsibility on its own to contribute to the growth of democracy in Korea through many controversial issues such as the election system, political party system and the restriction of freedom of political expression. By these routine

憲法論叢 第29輯(2018)

cases, the Constitutional Court can accelerate the virtuous circulation of deliberation through political process and constitutional adjudication.

Key words

Judicialization of Politics, separation of powers, rule of law, democracy, constitutionalism, constitutional adjudication, Constitutional Court of Korea

참고문헌

- 강현중, “헌재의 해산 정당 소속 국회의원직 상 실 결정의 소송법상 효력”, 인터넷 법률신문(<https://www.lawtimes.co.kr>), 2016. 6. 20.자(법률정보 - 민사소송법 판례분석(7))
- 김선택, “헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할 -한국 헌법재판, 제3의 길, 가능한가?-", 『공법연구』 제41집 제4호, 한국공법학회, 2013.
- 김선희, “캐나다에서의 헌법적 대화”, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2018.
- 김종철, “노무현 대통령 탄핵심판사건에서 헌법재판소의 주요논지에 대한 비판적 검토”, 『세계헌법연구』 제9호, 세계헌법학회 한국학회, 2004.
- 김종철, “‘정치의 사법화’의 의의와 한계 -노무현정부전반기의 상황을 중심으로-”, 『공법연구』 제33집 제3호, 한국공법학회, 2005.
- 김종현, “통합진보당 해산결정의 몇 가지 쟁점에 관한 연구 -결정서에 대한 비판적 독해를 중심으로-”, 『헌법학연구』 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015.
- 김진옥, “탄핵요건으로서 헌법이나 법률 위반의 중대성 -헌법 제65조 제1항과 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석을 중심으로-”, 『저스티스』 통권 제161호, 한국법학원, 2017.
- 김철수, 위헌법률심사제도론, 학연사, 1983.
- 김하열, “탄핵심판에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교, 2005.
- 김하열, “대통령 탄핵-헌재 2017.3.10. 2016나1 결정-”, 『법조』 통권 제722호, 법조협회, 2017.
- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018.
- 김하영/박상록 “징계절차로서의 성격에 비추어 본 대통령 탄핵심판결정 -헌법재판소 2017. 3. 10. 선고 2016헌나1 전원재판부 결정-”, 『법학평론』 제8권, 서울대학교 법학평론 편집위원회, 2018.
- 김현철, “정당해산심판의 목적 및 해산사유 -헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정에 대한 평석을 겸하여-”, 『헌법학연구』 제22권 제2호, 한국헌법학회, 2016.

- 박은정, “정치적 사법화(司法化)와 민주주의,” 『서울대학교 법학』 제51권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2010.
- 박종현, “정치적 사법화의 메커니즘 -헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가-”, 『법학연구』 제27권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2017.
- 송기춘, “대통령노무현탄핵심판사건결정(헌법재판소 2004. 5. 14. 선고, 2004헌나1)의 몇 가지 문제점”, 『민주법학』 제26호, 민주주의법학연구회, 2004.
- 송기춘, “피음사둔(誣淫邪遁)의 통합진보당 해산결정문”, 『민주법학』 제57호, 민주주의법학연구회, 2015.
- 송기춘, “우리 헌법상 대통령탄핵제도에 관한 소고”, 『공법연구』 제32집 제5호, 한국공법학회, 2004.
- 윤영미, “2017년 헌법 중요 판례”, 『인권과 정의』 제472호, 대한변호사협회, 2018.
- 이덕연, “판단의 정오(正誤)가 아니라 ‘수사(rhetoric)’로 본 통합진보당 해산결정”, 『헌법재판연구』 제2권 제1호, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2015.
- 이덕연, “현재의 정당해산결정시 소속 국회의원의 지위상실 여부의 문제”, 인터넷 법률신문(<https://www.lawtimes.co.kr>), 2015.10.15.자(법률정보 - 연구논단).
- 이명웅, “헌법재판소 정당해산 결정의 본질적 의미”, 인터넷 법률신문, 2014.12.29.자 (오피니언 - 법조광장)
- 이승우, “대통령노무현에 대한 탄핵심판결정의 평석”, 『헌법판례연구』 제6권, 한국헌법판례연구학회, 2004.
- 이종수, “우리 헌법상 ‘방어적 민주주의’의 수용 부인론 -통합진보당에 대한 정당해산과 관련하여-”, 『법과사회』 48호, 법과사회이론학회, 2015.
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2011.
- 이철우, “정치적 사법화와 사법을 통한 정책 결정 -이민정책을 중심으로-”, 『법학연구』 제26권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2016.
- 임지봉, “헌법재판소의 통합진보당 해산결정에 대한 분석과 평가”, 『법학논총』 제33호, 숭실대학교 법학연구소, 2015.
- 장영수, “통합진보당 해산결정의 주요 쟁점 -헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1 결정

- 에 대한 평석-”, 『법조』 64권 제3호, 법조협회, 2015.
- 장영수, “통합진보당 해산결정과 소속 국회의원의 의원직상실 문제”, 『고려법학』 제76호, 고려대학교 법학연구원, 2015.
- 정만희, “국회의원의 정당기속 과 자유위임”, 『헌법재판연구』 제2권 제1호, 헌법재판소/헌법재판연구원, 2015.
- 조홍식, 사법통치의 정당성과 한계 제2판, 박영사, 2010.
- 채진원, “정치의 사법화 현상의 이론적 쟁점 -민주주의의 비관론과 낙관론 및 정당기능의 정상화 방향-”, 『평화연구』 제19권 제2호, 고려대학교 평화와 민주주의연구소, 2011.
- 한상익/김진영, “통합진보당 해산에 대한 이론적 접근 -전투적 민주주의론을 중심으로-”, 『동북아연구』 제30권 2호, 조선대학교 동북아연구소, 2015.
- 한상희, “통합진보당 해산 결정, 이래서 문제다”, 『시민과세계』 제26호, 참여연대 참여사회연구소, 2015.
- 한승헌, 재판으로 본 한국현대사, 창비, 2016.
- 함재학, “헌법재판의 정치성에 대하여 -“헌법적 대화” 모델을 위한 제언-”, 『헌법학연구』 제16권 제3호, 한국헌법학회, 2010.
- 국회도서관 입법조사국, 헌법개정회의록(제2대 국회), 헌정사자료 제3집, 국회도서관, 1968.
- 헌법재판소/헌법재판연구원, 헌법재판 주요선례연구 1, 2012.
- 헌법재판소/헌법재판연구원, 세계헌법재판동향 2017년 제3호.
- 아담 쉘보르스키 등 저, 송호창 등 역, 민주주의와 법의 지배, 후마니타스, 2008.
- 막스 베버 저, 전성우 역, 직업으로서의 정치, 나남, 2009.
- Easton, David. The Political System -An Inquiry Into The State of Political Science-, Alfred A. Knopf, 1953.
- Ginsberg, Tom. Judicial Review in New Democracies -Constitutional Courts in Asian Cases-, Cambridge University Press, 2003
- Hirschl, Ran. “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts”, Annual Review of Political Science, vol.11, 2008.
- Hirschl, Ran. “The Judicialization of Politics”, in Robert E. Goodin (ed.), The

憲法論叢 第29輯(2018)

Handbook of Political Science, Oxford University Press, 2011.

Lee, Chulwoo. “Who’s afraid of the big bad court? Examining observations on the judicialization of politics in South Korea”, Asian Law and Society Association Conference(2016. 9. 22-23, National University of Singapore) 발제문.

Tushnet, Mark. Taking The Constitution Away From The Courts, Princeton University Press, 1999.

공무원

헌법재판 30년 - 헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?*)

Thirty Years of Constitutional Justice: How Shall We
Communicate with the Future of Constitutional Justice?

金 性 洙(Kim, Sung-Soo)

延世大學校 法學專門大學院 教授

— 目 次 —

I. 문제의 제기 - 헌법재판 공동체의 방향타(方向舵), 균형추(均衡錘)	403
II. 남북화해, 통일과 헌법재판의 역할	408
1. 한반도 통일과정과 독일의 사례	408
2. 독일연방헌법재판소 1차 토지개혁 결정	410
가. 동서독 공동선언과 통일조약 제41조	410
나. 결정 내용	412
3. 2차 토지개혁 결정	414

*) 이 논문은 헌법재판소 창립 30주년 기념 국제학술대회 발표자료를 수정·보완한 것입니다.

가. 평등권 침해 여부	414
나. 재산권 침해 여부	415
4. 소결	416
III. 저출산과 고령화 - 재정의 지속가능성과 헌법재판	418
1. 복지재정의 지속가능성과 헌법재판이라는 균형추	418
2. 연금수급권의 제한과 부진정 소급입법, 헌법재판소의 결정	421
가. 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바113	423
나. 헌재 2016. 6. 30. 2014헌바365	425
3. 신뢰보호원칙-신뢰할 만한가?	427
4. 재산권과 인간다운 생활을 할 권리	428
IV. 깨끗한 대기와 물-환경법과 헌법재판	430
1. 과소보호금지원칙-명백성에서 효과성 통제로	430
2. 환경권에 대한 개헌이 가질 수 있는 의미	434
V. 맺는 말	436
* 국문초록 및 주제어	439
* 영문초록 및 주제어	441
* 참고문헌	444

I. 문제의 제기 - 헌법재판 공동체의 방향타(方向舵), 균형추(均衡錘)

국가기관이나 사회제도를 사람에 비유하는 것이 적절할지 모르지만 한국의 헌법재판은 지난 30년간 ‘작은 거인’(little big man)으로서 자그마한 몸집에도 불구하고 엄청난 사회적 영향력을 행사하였다. 신생제도가 사회적으로 의미 깊은 사안들을 자신의 업무로 받아들여 공동체 구성원들의 의식 속에 깊은 각인을 남길 수 있었다는 사실은 한국현대사에서 그리 흔한 일은 아니다. 이는 역설적으로 헌법재판이 이루어지지 못한 시절에 공동체의 헌법적인 해명이 필요한 관심사가 해결되지 못하고 계속하여 누적되거나 시민의 기본적 권리에 대한 의미와 이해의 부족이 헌법재판제도를 통하여 비로소 상당 부분 그 해법을 모색하는 계기가 마련되었다는 의미일 수도 있다. 이러한 이유 때문에 한편으로는 헌법재판에 과도한 부하가 걸리기도 하였지만, 다른 한편으로는 헌법재판소가 이러한 부담을 수용하고 공동체의 명운과 시민의 권리실현을 위한 정책결정자로서¹⁾ 일정한 방향을 제시하는 권능과 책무를 적극적으로 수행하였다는 평가이기도 하다. 지난 30년간 한국의 헌법재판제도는 누적된 한국사회의 폐해와 그릇된 관행의 청산, 표현의 자유와, 재산권의 보호, 공동체의 명운과 정치적 지향성에 대한 결정을 통하여 “사법을 통한 사회의 변화”라는 한국사회의 새로운 경험의 지평을 열었다.²⁾ 물론 이러한 헌법재판의 역할과 책무에 대하여 긍정적인 평

1) 법원을 정책결정자로 볼 수 있는가에 대한 긍정적 평가는 Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 8. Ed. 2004, 3면 이하. 우리나라에서 정책결정 주체로서의 헌법재판소의 역할에 대해서는 박종현, 헌법재판소의 전략적 헌법담론 -헌법재판소 2009.09.24. 2008헌가25결정과 2009.10.29. 2009헌라8 결정에서의 헌법적 논증에 대한 비판-, 법과 사회 39권, 법과사회이론학회, 13면.

2) 헌법재판소가 실시한 설문조사에 따르면 헌재결정이 우리사회를 변화시키는 얼마나 영향을 미쳤는지 묻는 질문에 응답자의 46.9%가 “매우 큰 영향을 미쳤다”고 답했고,

가만 존재하는 것은 아니며, 정치적인 관점에서 지나치게 전략적으로 행동하고,³⁾ 상당한 정도로 사회적 퇴행을 방치하거나 고무하였다는 비판을 받을 여지도 있다.

본 연구의 주제가 헌법재판과 21세기의 도전과 대응이라는 점을 고려한다면 지난 30년 헌법재판의 역사를 회고하는 것에서부터 시작하는 것이 마땅하다. 역사는 단절을 모르며, 과거에 대한 성찰 그 자체가 미래를 내다보는 작업의 출발점이기 때문이다. 다만, 다른 연구자들이 과거 30년 헌법재판에 대해 다양한 관점에서 분석과 평가를 할 것으로 예정되어 있기 때문에 본 연구는 주로 헌법재판이 향후 수십 년 동안 당면할 과제와 처리의 방식에 대하여 언급하고자 한다. 불확실한 미래를 예측하는 것은 지난한 일임에 분명하지만 2018년에 시작된 남북한과 북미간의 극적인 관계개선은 향후 한반도의 통일과 동북아질서의 개편과 관련하여 정치권은 물론 헌법재판소에게도 상상을 넘어서는 과제를 안겨줄 것으로 예상된다. 특히 북한 지역의 대대적인 개발과 지원을 포함하는 남북한 간의 교류와 협력, 통일을 지향하는데 필요한 제도를 구축하는데 소요되는 재원마련을 위하여 입법자가 수많은 입법활동을 할 것으로 보이는데, 이 경우 헌법재판소는 기본적으로 정부와 입법자의 정치적 판단과 입법형성권을 존중하면서도 동시에 의회민주주의 원리와 입법의 민주적 정당성의 원칙을 고수하고 더불어 국민의 재산권 등 기본권의 수호를 위하여 어떠한 역할을 할 것인지 깊이 고민할 필요가 있다. 한반도의 평화체제 구축과 더불어 동북아의 항구적인 평화와 공동번영이라는 21세기의 세계사적 과업을 성취하기 위하여 대통령과 정부, 국회의 역할과 권한이 무엇인지, 대의민주주의를 존중하고 이를

30.5%는 “어느 정도 영향을 미쳤다”고 응답했다. 따라서 현재결정이 우리사회를 변화시켰다는 답변이 77.4에 달하는 것으로 보고 있다. 헌법재판소 결정과 대한민국의 변화. 1988-2017. 헌법재판소.

3) 박종현, 전계논문 (각주 1), 21면 이하.

기본원칙으로 확립하는 과정에서도 동시에 헌법재판은 국민의 역할이 무엇인지, 그들의 권리와 의무는 어떻게 형성되고 존중되며, 그 한계는 어디까지인지 등 새로운 헌법적 도전에 대한 해법을 제시해야 할 것이다.

한국사회가 당면한 미래의 도전 중 하나는 세계의 어느 나라보다도 빠르게 진행되고 있는 고령화, 고령사회, 그리고 초고령 사회로의 진입이다. 여기에 더하여 연간 신생아 수는 2017년 기준으로 36만을 겨우 넘기더니, 2018년 4월에는 월별 신생아수가 역대 최소인 3만 이하를 기록하였다.⁴⁾ 이러한 현상은 이른바 지자체 소멸이라는 악몽이 현실화 하는 상황으로 이어지면서 학자들의 예측으로는 향후 30년 이내에 약 80여개의 지방자치단체가 소멸할 것으로 보고 있다.⁵⁾ 물론 고령화와 저출산 문제는 우선적으로 입법과 정부가 적극적으로 대처해야 하는 과제인 것은 분명하다. 특히 고령인구들에 대한 배려와 이들의 사회적 역할을 진작하고 삶의 질을 개선하는 것은 근거리에서 이들을 마주하는 지방자치단체의 역할이다.⁶⁾ 고령사회를 하나의 운명적 현실로 받아들이면서 새로운 생활관계를 구축하고 지역사회와 연계하기 위한 자치단체들의 입법활동이 보다 활발해지고 광범위해질 것으로 예상된다. 최근 논의된 헌법개정론에서도 지자체들의 자치입법권과 자주재정권을 확대하고 주민자치를 강조하는 것도 한국사회의 이러한 미래의 모습과 무관해 보이지 않는다. 국가 전체적으로는 국회와 정부가

-
- 4) 지난 4월 출생아 수가 3만 명을 크게 밑돌면서 4월 기준 역대 최저 수준을 기록했다. 정부가 저출산 대책을 수립해왔지만 별다른 효과를 내지 못하고 있어 정부의 고민도 깊어질 것으로 보인다. 통계청이 27일 발표한 '4월 인구동향' 자료를 보면 출생아 수는 2만7700명으로 지난해 같은 달보다 2700명(8.9%) 줄어든 것으로 잠정 집계됐다. http://biz.khan.co.kr/khan_art_view.html?artid.
 - 5) 이상호, 한국의 지방소멸에 관한 7가지 분석, 지역고용동향브리프 2016년 봄호, 한국고용정보연구원, 2016.3.8.
 - 6) 예를 들어 노인장기 요양보험제도의 운영에 있어서 우리나라의 실태와 자치단체의 제한된 역할에 대해서는 정재욱, 고령화시대와 노인장기 요양보험제도, 2015, 165면, 208면.

지자체의 이와 같은 노력을 최대한 지원하는 정책시스템을 개발하고 뒷받침하기 위한 입법적인 토대를 구축하여야 할 것이다. 고령화 문제와 더불어 저출산을 극복하는데도 지자체의 역할과 중앙정부와의 협력이 중요하지만 상대적으로 저출산과 보육정책은 중앙정부와 국회의 비중이 큰 사안이다. 물론 저출산 문제는 고용, 교육 및 보육과 그 비용, 분권화, 여성의 사회적 지위, 소득정책, 주거, 의료 등의 다양한 분야가 매우 복잡하게 얽혀 있기 때문에 한국사회의 구조개혁이 없이는 쉽게 해결될 수 없다. 또한 저출산 문제는 그 경향을 완화할 수는 있겠지만 근본적인 해결이 어렵기 때문에, 7) 축소하는 인구를 전제로 한 고용과 산업구조의 고도화 및 다변화, 부분적인 이민정책을 통한 외국인들의 인구유입도 신중하게 검토할 필요가 있다.

저출산과 고령화 극복을 위한 한국사회 미래의 커다란 변혁과정에서 헌법재판은 과연 어떠한 역할과 책무를 수행할 것인가? 인구의 축소는 상수(常數)이며 이민정책이나 남북관계의 개선을 변수(變數)로 볼 때 고용과 산업의 고도화를 위해서 입법자와 헌법재판은 시장의 자율성과 혁신을 한층 존중할 필요가 있다. 작은 인구로 움직이는 역동적인 경제는 기업과 시장의 주도적인 혁신 없이는 가능하지 않기 때문이다. 물론 시장의 혁신과 역동성은 일부 기업에 대한 시장지배를 의미하는 것이 아니기 때문에 기업과 시장의 건전한 생태계를 유지하기 위한 상생과 동반성장, 공정한 경쟁 등은 헌법재판이 주목해야 할 부분이다. 이에 비하여 정부는 앞서 언급한 저출산과 고령화를 극복하기 위한 정책과제를 끊임없이 정비하고 자치단체의 관련 업무를 재정적인 측면에서 적극적으로 지원하여야 할 것이다. 결국

7) 통일도 인구문제를 근본적으로 해결할 수 없다는 보고서에 따르면 통일로 인한 남북한 인구통합은 남한의 고령화를 경감시키는 효과가 있으나, 북한지역의 출산율이 급락하고 기대여명이 남한수준으로 상승하는 경우 고령화 경감효과는 부분적으로 축소되어 장기적으로는 남한의 고령화 수준으로 수렴한다는 것이다. 최지영, 통일과 고령화, 한국은행보고서, BOK 경제연구 제2017-24, 18면 이하.

고령화, 저출산 대책은 재정문제로 귀결된다. 헌법재판은 국가와 자치단체의 역할과 권능을 원칙적으로 존중하면서도 이들이 자신의 재정건전성을 해치지 않도록 공공부문의 재정활동의 한계에 대한 유의미한 심사기준을 마련하고 국민의 부담을 최소화 하는 헌법적 통제기준을 확립하여야 할 것이다. 여기에는 전통적인 비례성원칙과 함께 재정의 건전성원칙, 효과성원칙이나 경제성원칙 등을 법적 원칙과 심사기준으로 적용하는 문제를 깊이 고민할 필요가 있다.

오늘날 한국인들은 생활 속에서 가장 시급하게 해결해야 할 문제로 미세먼지와 오염된 물을 들고 있다. 결국 미래에 헌법재판은 환경문제와 마주 앉아야 한다. 지난 30년 헌법재판소가 주로 국민의 정치적 권리와 표현의 자유의 실현을 위한 기준과 방식을 제시하였다면, 상대적으로 그 동안 큰 비중을 가지지 못한 환경문제가 숙제로 등장할 가능성이 커진 것이다. 헌법재판소는 헌법상 환경권이 자유권과 생존권 등의 성격이 혼합된 종합적 권리로 보면서 환경보호를 위한 입법의 수준에 대하여 이른바 과소보호 금지원칙을 적용하고 있지만 현재의 명백성 통제기준만을 가지고 향후 환경입법의 위헌 여부를 판단할 수 있을지는 의문이다.

앞서 언급한 바와 같이 미래에도 입법과 헌법재판간의 숙명적인 관계는 지속될 것이다. 그런데 여기에서 말하는 입법이란 대부분이 행정법규로서 헌법재판이 기존에 익숙한 행정청의 규제와 공권력 행사를 중심으로 하는 행정법질서와 헌법재판과의 관계를 유지해 왔음을 의미한다. 행정처분과 공권력행사와 같은 국가와 행정청의 의사적 우위를 바탕으로 하는 수직적인 행정법관계가 동요하고 국민들과의 협치와 협력이 이를 대체해 가는 것은 전 세계적인 현상이다. 수직적인 관료제보다는 공공부문과 민간부문간의 적정한 거버넌스를 구축하고 양자 간의 협력과 소통을 통하여 공적인 의사를 결정하고 집행하는 행정법질서, 이른바 신행정법 내지 신사조(新思潮) 행정법(New Administrative Law, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)

은 미래 헌법재판이 당면한 행정법 질서의 커다란 변혁이다. 민간부문과의 협력과 공동결정을 의미하는 새로운 사조의 행정법질서에서 개별입법의 심사기준으로서 과잉금지원칙이나 본질성이론, 포괄위임금지 등이 가지는 의미는 감소되고 협력의 원칙이나 위임입법의 거버넌스 적합성 등이 부상할 가능성이 있다. 앞서 언급한 다양한 미래의 문제 해결에 있어서 여전히 입법과 행정이 그 중심에 서있으며 헌법재판의 역할은 제한적일 것이다. 그러나 입법과 행정의 문제해결에 헌법재판이 일정한 헌법적 기준과 방향을 제시할 수 있고 또 해야 한다는 점 역시 지난 30년의 역사와 다를 바 없다. 제한된 권한과 역할이지만 중요한 것은 헌법재판이 공동체의 방향타와 균형추로서의 위상에 대한 국민적 신뢰라고 할 수 있으며, 지금까지 그래 왔듯이 미래에도 헌법재판의 정당성과 힘은 바로 헌법재판이 제시하는 한국사회의 미래에 대한 방향과 균형성을 국민이 얼마나 신뢰하고 수용할 것인가에 전적으로 달려있다고 하여도 과언이 아닐 것이다.

II. 남북화해, 통일과 헌법재판의 역할

1. 한반도 통일과정과 독일의 사례

남북과 북미간의 대화국면이 이어지고 북한의 비핵화를 통한 이른바 정상국가화 과정이 순조롭게 진행되는 경우 한반도의 통일에 대한 문제가 우리에게 조심스럽게 제기될 것이다. 남북한의 통일과 같은 거대하고 복잡한 담론과 실천과정을 현재 상태에서 예측한다는 것은 사실상 불가능에 가까운 것이지만 우리보다 먼저 통일을 이룩한 독일의 사례와 특히 독일의 통일과정에서 연방헌법재판소가 제시한 방식과 법리는 우리의 통일문제를 해결함에 있어서 법리적인 측면과 더불어 실천적인 차원에서 커다란 함의를

가질 수 있다. 독일의 통일은 물론 남북한의 통일도 각 분야에서 상상하기 어려운 문제들을 내포하고 있으며, 통일을 위해서는 양 국가의 헌법개정은 물론 통일을 위한 양자 또는 이해당사국 간의 다자간 조약과 협정, 각 개별분야를 망라하는 거대한 법적 규율의 복합체가 구축될 것이다. 다만, 본 연구에서는 이 모든 통일과정의 법적 규율을 위한 체계를 검토하기보다는 헌법재판소 내지 헌법재판이 통일과정에서 근본적인 질서의 형성을 위한 방향설정에서 어떠한 역할을 할 것인가에 집중하고자 한다. 특히 중요한 것은 분단 이후 각각 사유재산권과 시장경제질서를 구축하고 발전시킨 남한과 생산수단의 국유화와 사회주의 계획경제체제를 유지한 북한이라는 이 질적인 두 체제가 하나의 국가로 통합하는 경우⁸⁾ 분단 이전의 사유재산을 어떻게 처리할 것인가 하는 문제이다. 한반도의 통일과정과 그리고 그 과정의 완성으로 남북한이 법적인 통일 상태를 이룩하는 경우 생산수단의 국유와 사회주의 소유권제도를 핵심으로 하는 북한의 국유화된 토지 등을 사적 소유로 전환시키거나 원래의 소유권자에게 반환하는 지난한 과제가 현실화 한다는 의미이다.⁹⁾

물론 이른바 미회복 재산권의 처리 이전에 통일의 방식을 정하는 것이 보다 근본적인 문제로 제기될 것이 예상되는데, 독일의 경우와 같이 북한이 남한에 가입하는 형태의 이른바 흡수통일이 보다 현실적인 대안이라고 하는 것을 부인하기는 어렵다. 통일방식에 대한 결정은 원칙적으로 남북한의 헌법제정 권력자들에게 유보되어 있지만 북한의 남한에의 가입방식을 전제로 하는 경우 미회복 재산권에 대해서도 양국의 헌법제정 권력자들이 조약 내지 협정, 더 나아가 구체적인 입법의 형식을 통하여 처리방식을 정

8) 통일과정에서 경제통합, 경제공동체 구상에 대한 논의는 이장희, 통일 과정에서 경제 통합에 대한 헌법적 검토, 헌법이론과 실무 2015-A-3, 헌법재판연구원, 16면 이하.

9) 이에 대한 논의는 김성수, 분단국가 통합의 법적 과제 -행정관계법제-, 통일법제연구 17-19-3, 한국법제연구원, 27면 이하.

하게 될 것이다. 그러나 우리의 경우에도 사유재산제도를 근거로 하여 북한 지역의 미회복 재산권 또는 북한 주민의 남한 지역의 토지에 대한 반환 청구를 어렵지 않게 예상할 수 있으며,¹⁰⁾ 남북한의 (통일)조약이나 이를 구체화 하는 법률에서 원칙적인 반환금지를 규정하는 경우 그 위헌성 문제에 대해 헌법재판이 응답하는 것은 통일과정에서 마주하게 될 가장 중요한 초기 단계의 방향설정이 될 것이 분명해 보인다. 따라서 이 문제에 대하여 독일의 연방헌법재판소가 취한 방향과 입장을 살펴보는 것은 우리의 통일 문제를 숙고하는데 의미 있는 시사를 할 수 있을 것으로 보인다.

2. 독일연방헌법재판소 1차 토지개혁 결정

가. 동서독 공동선언과 통일조약 제41조

독일은 1989년 11월 베를린장벽의 붕괴 이후에 비교적 질서 있는 통일 과정이 진행되었기 때문에 이미 동서독 당국자들은 차분한 상태에서 통일의 방식과 미회복 재산권 문제에 대해 일정한 합의를 이룰 수 있었다. 독일의 통일은 구동독이 구서독에 가입하는 흡수통일의 형식을 취했기 때문에 양 당국자들은 이를 전제로 하여 1990년 6월 15일 미회복 재산권 문제에 대한 공동선언을 발표하였다. 공동선언은 미회복 재산권의 처리원칙은 다양한 이해관계를 사회적 타당성 원칙에 따라 정하는 것으로서, 여기서 말하는 사회적 타당성 원칙이란 보다 구체적으로 법적 안정성과 명확성 그리고 재산권에 대한 권리를 적정 수준에서 보상하는 것을 의미한다. 양 당국자들은 이와 같은 사회적 타당성 원칙이 구현되어야만 장래 통일된 독일의 법적 평화가 가능하다는 점을 분명히 하였다. 양 당국 정부의 공동선언

10) 김성욱, 통일 후 북한지역 부동산의 재산권 재판방안, 남북한 통합과정시 재산분야 및 개발관련 법제개편의 방향, 한국법제연구원 워크숍 자료집, 2017. 7. 3면, 14면 등.

의 핵심적인 내용은 1945년에서 1949년 사이 구소련 점령당국과 구동독정부가 점령과 관련된 당시의 법적 근거에 따라서 수용하거나 박탈한 재산권은 반환하지 않는다는 원칙을 정한 것이다. 이는 이미 구소련 점령당국과 구동독정부가 결정한 기성화 된 사실을 번복할 수 없다는 현실론에 바탕을 둔 것이며, 당시 서독정부 역시 이러한 현실론을 이른바 역사적인 발전단계로 인식하고 수용하였다. 다만, 사유재산제도를 근간으로 하는 시장경제 체제를 가지고 있던 당시 서독정부는 통일 이후에 구성되는 새로운 의회가 정의의 원칙에 따라서 원래의 재산권 주체에게 일정한 손실보상을 할 수 있는 여지는 남길 수 있다는 의견을 공동선언에 제시하였다. 이와 같은 공동선언의 내용은 동서독의회가 1990년 8월 31일 체결한 통일조약 제41조에 그대로 반영되었다.¹¹⁾ 이와 같이 2개월의 시차를 가진 공동선언과 통일조약은 구동독지역에서 과거에 이루어진 사유재산권에 대한 수용이나 박탈 행위가 통일 이후에 국민경제 측면에서 필수적인 인프라 등 공공투자에 필요한 토지나 부동산에 해당하는 경우 후속 법률을 통하여 원칙적으로 그에 대한 원소유자의 반환청구를 금하고, 동시에 이를 헌법상 재산권에 대한 수용행위로 보아 그에 대한 손실보상을 인정하는 방식을 취한 것이다.

11) 통일조약 제41조는 다음과 같은 내용을 규정하고 있다. 동서독 정부가 합의한 1990년 6월 15일의 미회복 재산권에 대한 공동선언(통일조약 제3 부속서)은 통일조약의 핵심이다(제1항). 미회복 재산권 문제를 규율하는 법률규정에 따라서 1945년부터 1949년까지 수용된 당해 토지나 부동산이 법률규정에 의하여 확정된 긴급한 투자목적, 특히 영업소의 설치에 필요하고 이러한 투자결정이 국민경제상 바람직하다고 판단되는 경우, 무엇보다 일자리 창출 내지 보장을 위하여 필요한 경우에는 재산권의 반환은 인정되지 않는다. 투자주체는 대상 사업의 중요한 특징을 표시한 계획을 제출하여야 하며, 이러한 특징을 고려하여 대상 사업을 시행할 의무를 진다. 또한 당해 법률은 원래의 재산권 소유자에 대한 보상을 규정하여야 한다(제2항). 서독정부는 제1항에서 언급한 동서독 공동선언에 배치되는 법령을 제정할 수 없다(제3항).

나. 결정 내용

(1) 원상회복 금지는 위헌인가?

연방헌법재판소는 1991년 결정을 통하여¹²⁾ 불법적인 수용으로 인하여 발생한 미회복 재산권 문제를 해결함에 있어서 원칙적으로 입법자에게 일정한 헌법상의 회복의무가 존재한다는 것을 인정하면서도, 특히 이 경우와 같이 외국정부에 의하여 이루어진 불법적 수용에 대해서 입법자는 그 시행 여부를 포함하여 구체적인 방법을 선택함에 있어서도 일반적으로 광범위한 입법재량권을 가지고 있다고 판시하고 있다. 그렇기 때문에 이러한 불법에 대한 입법자의 회복의무는 반드시 이 사건에서 문제가 된 피수용 재산권 자체를 반환할 의무를 의미하는 것은 아니다. 이와 같은 회복조치의 헌법적인 근거로는 물론 재산권 규정을 들 수 있지만 보다 근본적으로는 법치주의원칙과 사회국가원리에 절대적인 비중을 의지한다고 할 수 있다. 그리고 입법자의 회복조치가 헌법상 재산권을 근거로 한다고 하더라도 반드시 그 원형을 그대로 반환하는 이른바 존속보장의 형태가 되어야 하는 것을 의미하지 않는다. 물론 재산권에 대한 원상회복과 반환청구는 그것이 예외적으로 가능하며, 관련 이익과의 형량을 통하여 허용되는 경우에는 가능할 수 있다. 연방헌법재판소는 당시 동서독 양국과 미국, 영국, 프랑스, 러시아가 참여하는 이른바 2 플러스 4 협상과 통일조약의 체결과정에서 구소련과 구동독정부가 원상회복 금지를 협상의 전제조건으로 분명하게 요구하였으며, 서독정부는 이와 같은 조건을 무시하는 경우 어렵게 조성된 독일통일의 분위기를 유지하기 어렵다고 판단한 정치적 상황을 깊이 고려하고 있다. 즉 구소련은 자신이 제2차 세계대전의 전승국으로서 구 동독지역에서 시행한 각종의 조치들이 당시의 법적, 경제적, 사회문화적 조건 하에서 취

12) BVerfGE 84, 90 - Bodenreform I.

할 수 있는 최선의 것들이었는데, 이러한 조치들이 사후에 변경되는 것을 결코 원하지 않았으며, 구동독정부 역시 자신들이 과거에 시행한 사유재산권에 대한 수용조치들이 사후의 입법에 의하여 근본적으로 변경되는 경우 통일 이후에 있어서도 구동독지역에서 법적 평화를 결코 유지할 수 없다는 점을 분명히 하였다.

(2) 손실보상 조항은 완전보상을 의미하며, 평등권을 침해하는가?

연방헌법재판소는 이 사건 헌법소원을 제기한 청구인의 주장 중 공동선언에서 단순하게 입법자의 보상의무만을 규정하고 구체적인 보상기준에 대하여 침묵한 것이 헌법상 요구되는 시가를 기준으로 하는 완전보상원칙에 반한다는 주장을 아래와 같이 배척하였다. 손실보상의 기준이 완전보상을 의미한다는 결론은 헌법상 도출될 수 없다. 입법자는 손실보상의 기준을 정함에 있어서 상당한 재량권을 가지고 있으며, 특히 통일과정에서 국가가 수행하는 다양한 과제에 소요되는 재정적 상황을 깊이 고려할 필요가 있다. 따라서 입법자는 기본법상의 공용침해와 손실보상의 경우와 비교하여 이 사안의 경우에도 평등권에 기속되기는 하지만 보상의 기준이나 액수는 이러한 제반 상황을 고려할 때 원상회복의 수준에 버금갈 것을 반드시 요구하지 않는다. 따라서 공동선언과 통일조약의 관련조항은 헌법상 평등권을 침해하지 않는다. 연방헌법재판소는 일부 심판청구인은 우연히도 자신이 반환을 요구하는 재산권이 구동독정부 등 공공부문의 소유로서 여전히 반환 가능한 상태에 있다고 주장하지만 이는 타인과 비교하여 우연한 사정만으로 자신에게 우선적인 권리를 인정하라는 것이어서 역시 받아들일 수 없는 것으로 보고 있다.

3. 2차 토지개혁 결정

가. 평등권 침해 여부

1차 토지개혁결정 이후 5년이 지난 1996년 이 사건에서도¹³⁾ 1949년 이전에 구소련 점령당국과 구동독정부가 수용한 재산권과 1949년 이후에 수용한 재산권을 달리 취급하여 전자의 경우에는 원상회복을 금지하는 조항이 평등권을 침해한다는 청구인의 주장에 대해서 연방헌법재판소는 양자간의 차별적인 취급은 헌법상 국가의 모든 기관이 통일을 추구하도록 규정하고 있으며, 실제로 통일이 임박한 상황에서 다른 어느 것과 비교할 수 없는 중대한 공익상의 요청이라는 점을 고려한다면 비록 1949년 이전의 수용조치가 불법적인 것이었다고 하더라도 차별에 합리적인 근거가 있다는 점을 강조하고 있다. 또한 연방헌법재판소는 독일통일이 없었더라면 역시 어떠한 재산상의 손실에 대한 보상도 불가능했었을 것이라는 점을 고려한다면 심판청구인이 평등권을 침해당했다는 주장을 받아들일 수 없다고 판시하고 있다. 특히 동서독 공동선언이나 2 플러스 4회담에서 당시 서독정부는 외교상황의 전개에 따라서 독일의 통일과 관련하여 상당한 정책적 판단의 여지를 가지고 있었으며, 당시 상황을 고려할 때 서독정부가 이러한 판단을 그르쳐서 수용대상 재산권에 대한 반환불가 결정을 내렸다고 볼 만한 객관적인 근거를 찾을 수 없다는 것이다. 이러한 상태에서 연방헌법재판소는 당시 서독정부가 관련된 정책적 문제들을 제대로 인식하고 판단하였는지 심사하는 것은 바람직하지 아니하며, 서독정부의 정책판단을 대체할 수도 없다는 것을 지적하고 있다.

13) BVerfGE 94, 12 - Bodenreform II.

나. 재산권 침해 여부

연방헌법재판소는 원상회복을 금지하는 조항으로 인하여 제기된 재산권 침해 문제 역시 1차 토지개혁결정과 근본적으로 차이점이 없다는 견해를 제시하고 있다. 이 사건에서 심판청구인은 헤이그 육상전투규정에 따라서 점령당국은 타인의 재산권을 박탈할 수 없다는 규정을 들어 구소련 당국에 의한 수용조치가 국제법위반으로서 자신의 재산권을 침해한다고 주장하였다. 그러나 연방헌법재판소는 당시 구소련 점령당국이 그와 같은 수용조치를 취하는 것이 위헌으로 판단되려면 수용조치가 전면적으로 무효이거나 수용대상인 재산권 소유자가 문제가 된 조항에 따라서 재산권에 대한 국제법상 개별적인 청구권을 가지는 경우에 한한다고 보았다. 그런데 1945년부터 1949년까지 당시의 국제법적인 상황을 살펴보면 구소련 점령당국이 자신이 당사자가 되는 국제법상 조약이나 국제관습법에 따라서 점령지의 재산권을 수용해서는 아니 된다는 법적 의무를 가진다고 볼 수 있는 근거가 없기 때문에 심판청구인은 원상회복에 대한 정당한 권원을 가지지 못한다. 또한 이 사건에서 문제가 되는 제2차 재산권변경법(*das Zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz*)의 원상회복 금지규정은 나치 시대에 강제로 수용된 재산권에는 적용하지 않는다고 규정하고 있으므로 당연히 이에 해당하는 재산에 대해서는 재산권자가 반환청구를 할 수 있으나, 이에 해당하는 재산권이라고 하더라도 구소련 점령당국이 새로이 수용조치를 발동한 대상이라면 역시 반환청구의 대상이 될 수 없다. 따라서 청구인이 주장하는 재산권 침해는 이유가 없다. 심판청구인은 기본법 제14조에 의한 재산권 보장과 반환청구를 주장하면서 동시에 바이마르헌법 제153조를 근거로 원상회복을 요구하고 있다.¹⁴⁾ 바이마르헌법 제153조는 나치시대가 붕괴

14) Art. 153 WRV: Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie

된 이후에도 헌법적 효력은 아니지만 단순 법률적인 효력을 가지는 조항으로 존속하였다는 것이 연방헌법재판소와 다수 헌법학자들의 견해인 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 이 사건에서 문제가 된 재산권에 대한 수용처분은 전적으로 구동독 지역에서 구소련 점령당국에 의하여 이루어진 것이기 때문에 그 책임 역시 구소련 점령당국이 전적으로 져야 할 문제이다. 그러나 구소련 점령당국은 바이마르헌법의 적용 대상이 아니므로 이에 기속되지 않는다.

4. 소결

남북한이 본격적인 통일로 진입하는 과정을 통하여 법적으로 완전한 통합에 이르는 경우에는 상상하기 어려운 다양한 문제가 제기될 수 있으며, 이를 해결하기 위한 각종 법제도의 정비가 불가피하다. 독일의 예와 같이 헌법적 효력을 가지는 양국 간의 통일조약과 이를 구체화하기 위한 각종의 입법조치가 시행되는 과정이 한반도에도 유사하게 전개되는 경우 헌법재판소에 다양한 영역에서 헌법소송사건이 제기될 것을 충분히 예상할 수 있다. 이 과정에서 한국의 헌법재판은 통일의 방향성과 원칙을 확립하는데 상당한 도전적 과제에 직면하면서도 이를 통하여 통일한국의 헌법질서 실현에 지대한 역할을 할 것으로 기대된다. 앞서 언급한 재산권 반환 문제는 이러한 거대한 변화 속에서 진행되는 하나의 영역에 해당하지만 헌법재판

erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste. 사실상 이 조항은 현행 독일기본법 제14조와 거의 유사한 내용이다.

이 담당하게 될 중요한 과제의 하나임에는 의문의 여지가 없다. 독일통일 과정에서 미회복 재산권에 대한 처리를 위하여 정부와 입법자의 역할이 두드러진 것은 사실이지만 연방헌법재판소가 제시한 법리는 유사한 문제가 발생할 가능성이 큰 우리의 경우에도 헌법재판이 금과옥조로 삼아야 할 부분이 있다. 통일이라는 미증유의 사건에서 정부와 입법자의 권한과 책무를 존중하는 것은 민주적 정당성 원칙에서 보면 당연한 결과라고 할 수 있다. 독일의 경우 물론 급격한 통일이 이루어지기는 하였지만 이미 구동독이 구서독에 가입하는 흡수통일 형식이라는 것이 두 나라 국민은 물론 의회의 기본적인 합의였기 때문에 약 1년이라는 짧은 시간동안 이른바 질서 있는 통일을 위한 각종의 조약과 입법조치가 가능하였다.

독일의 통일과정과 미회복 재산권 문제에서 연방헌법재판소가 수행한 역할 중 간과되어서는 안 되는 것이 통일의 수혜자는 구동독 지역에 재산권을 가지고 있는 일부의 국민이 아니라 독일 국민 전체가 되어야 하며, 물론 보상방식을 통하여 헌법상 재산권을 가능한 정도로 존중하지만 그 존중의 방식과 수준은 국민의 대표기관인 의회가 결정하는 것이며, 국민은 정부와 의회의 선택이 공공선(公共善)과 전체 국민을 위한 것이었다면 이를 수용하여야 한다는 대원칙을 확립한 것이다. 우리의 경우 통일의 방식부터 시작하여 과연 어떠한 시간적인 여유를 가지고 통일과정이 완성되리라는 점을 쉽게 예측할 수 없기 때문에 정부가 국회의 입법과정을 우회하여 급격하게 통일과정을 주도할 가능성도 있다. 물론 통일과정에서 정부의 주도적 역할을 인정하더라도 헌법재판소는 입법과정을 우회하거나 잠탈하는 협정이나 합의를 민주적 정당성, 의회민주주의 원칙에 따라서 의연하게 합헌성 여부를 심사하여야 한다. 모든 것이 이른바 통치행위이고 정치적 결정이라는 소극적인 태도로 일관하는 것은 지양하여야 할 것이다. 헌법재판의 사법적 자제와 소극적 태도는 자칫 통일 이후 조급증과 후유증으로 인한 통일한국의 사회적 분열과 정치적 갈등을 야기할 가능성이 있음을 간과하

지 말아야 한다. 또한 헌법재판은 통일과정에서 국민 전체의 의사를 물을 필요가 있다고 판단하는 경우 헌법 제72조에 따라서 대통령의 부작위를 문제 삼을 수도 있어야 한다. 이는 국민투표 제도가 없는 독일의 경우와는 다른 점이며, 이른바 촛불의 힘이라는 명예혁명을 통하여 표출된 한국인의 정치와 문화의식을 통일과정에 투영하는 과업을 헌법재판이 독려하는 일이 될 것이다.

Ⅲ. 저출산과 고령화-재정의 지속가능성과 헌법재판

1. 복지재정의 지속가능성과 헌법재판이라는 균형추

21세기 한국사회의 저주라고 부를 만큼의 지난하고 해결의 기미가 보이지 않는 저출산, 고령화, 고용 없는 성장, 사회적 격차 등의 과제를 안고 있는 정부는 대체로 진보적인 이념적 성향을 가지는 경우 과세와 지출을 확대할 가능성이 크다. 이와는 대조적으로 보수적 성향의 정부는 기존의 정부재원을 통한 지원을 축소 또는 폐지하고 시장기능의 활성화를 통한 고용과 감세 등 공급측면의 소득정책을 추구하는 경향을 띤다. 우선 정부주도의 재정정책이 전면에 나서는 경우 헌법재판은 과도한 과세의 근거가 되는 조세법규에 대해 재산권, 평등권, 과잉금지의 원칙 등 자유주의 법원칙에 따라서 엄격한 위헌심사를 하게 되는데, 이는 헌법재판소가 지난 30년간 지속적으로 조세사건을 처리해 온 기본심사방식이라고 할 수 있다. 다만, 헌법재판소는 복지재정의 확대를 통한 저출산 지원이나 고령화 대책, 사회적 격차해소를 위한 재정정책을 시행하는 정부가 자칫 국가와 자치단체, 공공기관의 재정적 지속가능성을 위협할 수 있는 사안에 대하여 아직 본격적으로 심판할 기회를 가지지 않았다. 정부의 재정행위가 국가재정법

등의 실체적, 절차적 규정 등에 위반하는 경우에는 법원의 심판대상이 될 수 있겠으나 국가의 재정행위에 대한 헌법적 한계에 대해서는 당연히 헌법재판이 사법적 통제의 주체가 된다. 그리고 국가의 재정행위에 대한 헌법적 한계를 설정하고 이를 헌법재판의 유의미한 심사기준으로 확립하는 것은 정부의 재정행위가 국민의 복지향상이라는 미명 하에 국민과 후속세대에게 과도한 재정부담을 주는 것을 방지하기 위해 매우 중요한 의미를 갖는다.

최근 개헌 논의과정에서 헌법상 재정조항에 재정의 민주성, 건전성, 경제성원칙을 도입하고 부담금, 사용료, 수수료에 대한 근거 규정을 신설하는 방안이 제안되었다.¹⁵⁾ 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서(이하 국회보고서라 한다)는 국가재정의 원칙으로서 “국가는 재정의 민주성, 건전성, 경제성을 확보하여야 한다.”는 내용을 제시하였다. 국회보고서는 재정의 민주성은 재정민주주의와 관련된 원칙으로서, 국가재정의 투명성, 정보공개, 국민 참여 등을 포함하는 개념으로 이해하고 있다.¹⁶⁾ 그런데 재정민주주의는 국가의 재정활동을 국민에게 투명하게 공개하여 국민의 참여와 통제를 가능하게 한다는 점을 포함하고 있으나 보다 핵심적인 것은 의회민주주의가 재정분야에 가지는 의미로서 국민의 대표기관인 국회가 예산의 심의, 의결, 일정한 국가재정활동에 대한 동의권, 결산에 대한 권한을 행사한다는 것이다. 이러한 의미에서 특히 중요한 것이 헌법 제58조이며, 향후 통일과정이나 동북아 경제공동체 형성과정에서 북한 또는 외국에 대규모 재정지원을 하는 경우 정부가 국회의 동의 없이 정부 레벨에서 합의하는 경우 헌법재판소는 재정민주주의 원칙 내지 헌법 제58조를 들어 그 위헌을

15) 대통령개헌안은 예산법률주의원칙의 도입 이외에는 재정분야에 특별한 내용은 없으나 국회보고서는 현행 헌법 제54조부터 제59조까지와 경제·재정분과의 조문시안의 신설 조항인 재정의 원칙, 기금, 사용료·수수료·부담금, 결산 조항을 포괄하는 “재정의 장”을 신설할 것을 제안하였다. 147면.

16) 국회보고서, 148면.

선언하여야 한다. 국가재정의 원칙과 관련하여 본 연구에서 보다 중요한 내용은 재정건전성 원칙이다. 진보적 성향의 정부가 재정책대정책을 시행하여 재정적자가 누적되고 국가부채가 관리할 수 있는 수준을 넘어서는 것을 방지하기 위하여 국회보고서는 재정건전성 원칙을 제안하였지만 이는 일종의 헌법상 불확정 개념에 해당한다. 따라서 국회보고서의 소수의견은 이를 보다 구체화 하여 “수지균형 원칙에 근거한 재정건전성”으로 내용을 보완할 것을 제안하고 있다.¹⁷⁾ 물론, 국가가 경기를 진작시키기 위하여 적자예산을 편성할 필요도 있기 때문에 균형예산을 헌법적으로 선언하는 것이 바람직하지 못하다는 반론도 제기될 수 있다. 그럼에도 불구하고 국가가 포퓰리즘에 가까운 복지정책을 시행하고 그 결과 재정의 지속가능성을 근본적으로 위협 하는 경우에는 헌법재판소는 재정건전성원칙과 균형예산 원칙을 통하여 국가의 재정행위를 통제해야 한다. 이러한 경우에는 재정건전성원칙과 더불어 경제성원칙도 동시에 적용될 가능성이 크다. 그리고 헌법재판소는 이러한 사건들에 대한 결정례들을 집적하여 재정민주성, 건전성, 경제성원칙에 대한 보다 구체적이고 세부적인 심사기준을 확립할 수 있을 것으로 기대된다. 이러한 의미에서 헌법재판소는 정부의 확장되고 강화된 재정활동을 제어하고 국민의 부담을 경감하는 균형자 혹은 균형추로서의 역할을 수행하여야 한다. 개헌이 실제로 이루어질 수 있을지 혹은 이루어지는 경우 재정원칙의 명문화와 관련하여 구체적으로 어떤 내용이 담길지는 예측하지 어렵지만 대체로 개헌 시 재정원칙이 도입된다면 국회보고서의 개헌안과 대동소이할 것으로 보인다.

앞서 언급한 바와 같이 국회보고서는 조세 이외에 부담금, 사용료, 수수료에 대한 헌법적 개념과 근거를 명시하는 안을 제안하고 있다. 헌법재판소는 1990년대 후반부터 지속적으로 조세와 부담금을 구분하고 부담금의

17) 국가는 재정의 민주성, 수지균형 원칙에 근거한 재정건전성, 경제성을 확보하여야 한다. 국회보고서, 148면.

헌법적 부과 및 정당화 요건에 대하여 일련의 원칙을 확립하여 왔다. 특히 헌법재판소는 (특별)부담금이 국민의 일반적인 재정부담 형태인 조세를 넘어서서 국민에게 추가적인 재정부담을 줄 수 있기 때문에 엄격한 헌법적 정당화 요건이 존재하는 경우에 한하여 그 합헌성을 인정하였다.¹⁸⁾ 그런데 헌법에 부담금 이외에 행정의 역무제공에 대한 반대급부로서 수수료와 재화의 공급이나 공물의 사용에 대한 대가로서 사용료가 명시되는 경우 헌법재판은 조세, 부담금과 더불어 사용료, 수수료, 이른바 설권료(Verleihungsgebühr), 분담금(Beitrag), 사회보험료 등을 포함하는 공법상 부담금(öffentlich-rechtliche Abgaben)법의 체계를 어떻게 구축할 것인지, 이들의 산정원칙으로서 사회적 연대성원칙, 응익성원칙, 비용부담원칙과 더불어 이른바 에너지와 자원의 소비절약을 위하여 유도성원칙(Lenkungsprinzip)을 포함시켜 누진요금이나 할증요금이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 등의 문제에 대하여 본격적인 법리를 제시하여야 할 것이다.

2. 연금수급권의 제한과 부진정 소급입법, 헌법재판소의 결정

복지재정의 무리한 확대에 인하여 정권이 교체되고 시장원리와 자유주의를 강조하는 보수적 성향의 정부가 집권하는 경우에는 기존의 복지혜택을 축소 또는 제한하는 정책을 추구할 것이고 이는 결국 입법을 통하여 실현된다. 특히 이러한 성향을 가지는 정부는 국가의 재정적 애로를 타개하기 위하여 국민연금, 공무원연금, 사학연금 등 공적 연금제도를 개혁하려는 강한 의지를 가지고 있는데, 그 개혁의 요체는 연금보험료를 더 내고 퇴직연금을 덜 받거나 연금수급권의 시기를 상향조정 하는 것 등이다. 또한 개혁

18) 김성수, 일반행정법 -행정법이론의 헌법적 원리-, 제8판, 홍문사, 533면 이하.

의 대상은 처음 연금에 가입하는 자들을 그 대상으로 하는 경우뿐만 아니라 재직 중인 자, 이미 퇴직한 수급권자들을 대상으로 하여 앞으로 지급할 연금수급권을 축소하거나 제한하는 것도 가능하다. 이러한 입법은 이미 종료한 사실관계나 법률관계를 대상으로 하는 것이 아니라 정기적으로 지급 시기가 새롭게 도래하는 연금채권채무관계를 규율하는 것이기 때문에 장래 효를 가지고 다만, 수급권자의 법적 지위만을 약화시키는 것이기 때문에 부진정 소급입법에 해당한다.¹⁹⁾

이와 관련하여 대법원과 헌법재판소의 판례는 대체로 국가의 연금재정의 지속가능성 보장이라는 공익에 비하여 종래의 법적 상태에 대한 수급권자의 신뢰보호는 경미하므로 연금수급권을 축소, 제한하는 개정법령을 부진정 소급입법으로서 합헌으로 보는 것이 일반적이다.²⁰⁾ 대법원과 헌법재판

19) 진정, 부진정 소급효의 구별은 독일 연방헌법재판소의 판례에서 유래한다. 독일연방 헌법재판소의 제1부(*der erste Senat*)는 판례를 통하여 진정 소급입법과 부진정 소급입법의 개념적 구별과 더불어 헌법상 신뢰보호원칙의 적용 여부에 대해서 확립된 견해를 제시하여 왔다. 이러한 견해에 따르면 진정 소급입법이란 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 개정된 법령의 효력이 미치는 것을 말하며, 이는 소급입법을 정당화하는 중대한 공익이 존재하거나 상대방의 보호가치 있는 신뢰가 지극히 경미한 경우 등 특단의 사정이 있는 때에만 헌법적으로 정당화 할 수 있다. 반면에 부진정 소급입법이란 아직 진행 중인 법률관계 또는 사실관계에 개정된 법률의 효력을 미치게 되어 당사자의 법적 지위를 사후적으로 약화시키는 것을 의미하는데, 이는 진정 소급입법과는 달리 원칙적으로 헌법적인 정당성을 가지지만 상대방에 대한 신뢰보호가 개정된 법령의 효력을 일정 부분 제한할 수 있게 된다. 그런데 독일연방헌법재판소의 제2부(*der zweite Senat*)는 제1부와는 다소 상이하게 법효과의 소급적용과 구성요건적 소급연결이라는 용어를 사용하면서, 전자는 개정 법령의 공포시점 이전에 그 효과를 이미 발생하는 것으로서 원칙적 위헌으로, 후자는 개정 법령의 효과가 공포 이후에 발생하는 것으로서 원칙적 합헌을 인정하였다. 이와 같은 兩部の 개념적 차이에도 불구하고 문헌에서는 양자가 본질적으로 다르지 않는 것으로 보고 있다. 진정 소급입법과 부진정 소급입법의 개념과 합헌 여부에 대한 독일 연방헌법재판소의 견해는 우리 대법원과 헌법재판소의 판례를 통하여 그대로 수용되었다. 최근 독일 판례법상 소급효와 신뢰보호원칙과의 관계에 대한 논의는 Ralf P. Schenke, *Normsetzung und Vertrauensschutz*, 토지공법연구 제82집, 한국토지공법학회, 313면 이하(특히 324면 이하).

20) 이에 대한 상세한 논의는 김성수, 공무원연금 급여환수처분 및 급여제한처분의 소급

소가 부진정 소급입법의 합헌성을 인정하고 적법성 심사기준으로서 신뢰보호원칙을 제시하지만 부진정 소급입법, 특히 연금수급권을 제한 또는 축소하는 개정법령의 위헌, 위법성을 인정하는 것은 사실상 어려운 것으로 보아야 한다. 국가재정의 지속가능성이라는 국가존립을 위한 중차대한 공익과 연금수급권에 대한 신뢰는 비교가 사실상 불가한 것이기 때문이다. 이러한 의미에서 헌법재판소는 연금개혁입법에 대하여 국민의 재산권과 법적 안정을 보장하기 위하여 이를 견제하는 균형추의 역할을 부여받게 된다. 여기에서는 공적 연금수급권 제한하는 헌법재판소의 두 결정례를 살펴보고 부진정 소급입법의 경우 신뢰보호원칙이 유의미한 심사기준으로 작동하고 있는지 검토하기로 한다. 물론 이 두 결정은 연금개혁과 관련한 입법이 문제된 사안은 아니며, 하나는 법 시행일 이후에 이행기가 도래하는 퇴직연금에 대하여 소득과 연계하여 그 일부의 지급을 정지할 수 있도록 한 입법과 다른 하나는 공무원이거나 공무원이었던 자가 재직 중의 사유로 금고 이상의 형을 받은 경우 퇴직급여를 감액하는 입법의 위헌성 여부이다.

가. 헌재 2009. 7. 30. 2007헌바113

헌법재판소는 이 사건에서 “이 사건 심판대상조항에 의하여 기존 퇴직연금 수급자의 경우에도 연금 외의 사업소득금액이나 근로소득금액이 있고 소득월액이 전년도 평균임금월액을 초과한 때에는 퇴직연금 중 일부(1/2의 범위 내)의 지급이 정지되지만, 이는 청구인이 이 사건 심판대상조항의 시행일(2005. 7. 1.) 이후에 지급 받는 퇴직연금부터 적용된다. 즉 이 사건 심판대상조항은 이미 발생하여 이행기에 도달한 퇴직연금수급권의 내용을 변경함이 없이 이 사건 심판대상조항의 시행 이후의 법률관계, 다시 말해 장래 이행기가 도래하는 퇴직연금수급권의 내용을 변경함에 불과하므로, 이

효와 관련된 법적 쟁점 -대법원 2014.4.24. 선고 2013두26552 판결에 대한 평석-, 법학연구, 제25권 제2호, 연세대학교 법학연구원, 1면 이하.

미 종료된 과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로운 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급입법에는 해당하지 아니한다. 따라서 소급입법에 의한 재산권 침해는 문제될 여지가 없고, 다만 청구인이 지니고 있는 기존의 법적인 상태에 대한 신뢰를 법치국가적인 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것인지 여부가 문제될 뿐이다”라고 하면서 공을 신뢰보호원칙의 적용으로 넘기고 있다.

하지만 헌법재판소는 늘 그래왔듯이 부진정 소급입법의 경우 신뢰보호원칙을 유의미한 심사기준으로 적용하지 못하고 있다.²¹⁾ 현재의 결정 내용은 다음과 같다. “이 사건 심판대상조항에 의해 기존의 퇴직연금 수급자들에게 소득심사제를 적용하여 퇴직연금 중 일부(1/2 범위 내)를 지급정지함으로써 달성하려는 공익은 사학 연금 재정의 악화에 대비하여 사학연금제도의 유지·존속을 도모하려는 데에 있고, 그와 같은 공익적 가치는 매우 크다고 하지 않을 수 없다. 한편, 퇴직연금수급권의 성격상 급여의 구체적인 내용은 불변적인 것이 아니라, 연금의 재정상태, 다음 세대의 부담 정도, 사회 정책적 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것인 점, 공무원연금법의 경우 재정악화의 정도를 반영하여 1975년부터 퇴직연금일부지급정지제도가

21) 대표적으로 헌법재판소는 양도소득세 이월과세 배제에 관한 부칙조항은 ‘주식 등의 처분일’을 기준으로 하여야 하고, 그렇게 볼 경우 이 사건 법률조항은 이미 확정된 사실관계에 적용되는 것이 아니라 시행일 이후 ‘주식 등의 처분’이라는 새로운 사실관계에 대하여 적용되는 것으로서 이른바 부진정 소급입법으로 보고 있다. 따라서 결국 이 사건에서도 부진정 소급입법이 신뢰보호원칙을 침해하는가의 문제로 귀결되는데, 헌법재판소는 법인설립 당시, ‘법인 설립 후 5년 이내에 주식 등을 처분하더라도 양도소득세 이월과세의 혜택이 배제되지 않을 것’이라는 청구인의 신뢰는 헌법상 특별히 보호하여야 할 가치나 필요성이 크다고 보기는 어려운 반면에 이월과세 특례제도를 악용한 탈세를 방지하여 조세형평을 실현하고, 기업의 안정적인 구조조정을 지원한다는 정책적 목적의 실현은 청구인이 침해받는 신뢰이익에 비하여 중대한 공익이므로 신뢰보호원칙을 침해하지 않는 것으로 보고 있다. 물론 각주 22)와 같이 헌법재판소가 부진정 소급입법의 경우에도 신뢰보호원칙을 침해한다는 결정도 하고 있으나 앞서 본 바와 같이 신뢰보호원칙이 부진정 소급입법의 위헌 여부에 대한 유의미한 심사기준으로 보기에는 크게 미흡하다.

실시되어 왔고, 사학연금의 경우에는 그 재정상황에 맞추어 이미 1988년부터 이를 준용하여 시행하여 온 점, 우리 사회는 그 동안 인구 고령화와 저출산과 같은 급격한 사회·경제적 변화를 겪어온 점 등에 비추어 보면, 연금 수급자들의 퇴직연금제도에 대한 신뢰는 반드시 “퇴직 후에 현 제도 그 대로의 연금액을 받는다.”는 데에 대한 것으로는 볼 수 없고, 또 퇴직연금 수급자는 단순히 기존의 기준에 의하여 연금이 지속적으로 지급될 것이라는 기대 아래 소극적으로 연금을 지급 받는 것일 뿐, 그러한 신뢰에 기하여 어떠한 적극적인 투자 등의 조치를 취하는 것도 아니다. 뿐만 아니라 이 사건 심판대상조항은 기존의 퇴직연금 수급자에게 전년도 평균임금월액을 초과한 소득월액이 있는 경우에만 그 초과 액수에 따라 퇴직연금 중 일부(1/2 범위 내)의 지급을 정지할 뿐이다. 즉, 퇴직한 사립학교 교직원이 평균임금월액을 초과한 소득월액을 얻는 경우는 드물 것이어서 지급정지 대상자 자체가 소수일 수밖에 없고 평균적인 지급정지액 역시 적은 액수에 그칠 것으로 보이므로, 이 사건 심판대상조항에 의하여 퇴직연금 수급자가 입는 불이익은 그다지 크지 않다 할 것이다. 따라서 보호해야 할 퇴직연금 수급자의 신뢰의 가치는 그리 크지 않은 반면, 사학연금 재정의 파탄을 막고 사학연금제도를 건실하게 유지하려는 공익적 가치는 긴급하고 또한, 중요한 것이므로, 이 사건 심판대상조항이 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위반된다고 할 수 없다.

나. 현재 2016. 6. 30. 2014헌바365

헌법재판소는 이 사건에서도 전 사건과 같이 연금수급권을 제한하는 입법이 다음과 같은 이유로 부진정 소급입법으로 보고 있다. “이 사건 부칙조항은 이미 발생하여 이행기에 도달한 퇴직연금수급권의 내용을 변경함이 없이 이 사건 부칙조항의 시행 이후의 법률관계, 다시 말해 장래에 이행기가 도래하는 퇴직연금수급권의 내용을 변경함에 불과하므로, 이미 종료된

과거의 사실관계 또는 법률관계에 새로이 법률이 소급적으로 적용되어 과거를 법적으로 새로이 평가하는 진정소급입법에는 해당하지 아니한다. 따라서 소급입법에 의한 재산권 침해는 문제될 여지가 없고, 다만 청구인들이 지니고 있는 기존의 법적인 상태에 대한 신뢰를 법치국가적인 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것인지 여부가 문제될 뿐이다.”

역시 같은 논리이다. 부진정 소급입법으로 인한 재산권 침해는 문제가 되지 않으며, 역시 기대할 수 있는 것은 신뢰보호원칙이라며 일종의 희망고문을 하고 있지만 결과적으로는 위 결정과 동일하다. “퇴직연금 수급권의 성격상 급여의 구체적인 내용은 불변적인 것이 아니라, 국가의 재정, 다음 세대의 부담 정도, 사회정책적 상황 등에 따라 변경될 수 있는 것이고, 앞서 본 바와 같이 헌법재판소에서 구법조항에 대하여 공무원의 신분이나 직무상 의무와 관련이 없는 범죄의 경우에도 퇴직급여 등을 제한하는 것은 공무원범죄를 예방하고 공무원이 재직 중 성실히 근무하도록 유도하는 입법목적에 달성하는 데에 적합한 수단이라고 볼 수 없다는 이유로 헌법불합치결정을 하고 입법개선을 명함에 따라, 그 취지대로 개선입법이 이루어질 것을 충분히 예상할 수 있었으므로, 국회의 개선입법 지연으로 인하여 한시적인 입법의 공백상태가 발생함으로써 1년간 그 전액을 지급받을 수 있었다고 하여, 향후 개선입법이 이루어진 이후에도 그 이전에 급여지급사유가 발생한 퇴직 공무원들에 대하여 개선입법 이후 비로소 이행기가 도래하는 퇴직연금 수급권에 대해서까지 급여제한처분이 없으리라는 청구인들의 신뢰가 합리적이고 정당한 것이라고 보기는 어렵다. 위와 같이 보호해야 할 퇴직연금 수급자의 신뢰는 합리적이고 정당한 것이라고 보기 어려운 반면, 이 사건 부칙조항에 의하여 보호되는 공익은 매우 중대하다고 할 것이므로, 이 사건 부칙조항이 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다.

3. 신뢰보호원칙 - 신뢰할 만한가?

앞서 언급한 바와 같이 헌법재판소는 부진정 소급입법의 경우에는 진정 소급입법과는 달리 원칙적으로 헌법상 허용되고 다만, “기존의 법적인 상태에 대한 신뢰를 법치국가적인 관점에서 헌법적으로 보호해 주어야 할 것 인지 여부가 문제될 뿐이다.”라고 밝히고 있다. 원래 신뢰보호원칙은 행정법 분야에서 독일의 전후 판례를 통하여 확립된 행정처분의 위법성 심사기준이다. 특히 수익적 행정행위를 취소 또는 철회하는 경우 기존의 법적 상태가 지속되리라는 신뢰이익과 취소 또는 철회를 통하여 달성하려는 법률적합성이라는 공익간의 비교형량에 따라서 결과적으로 전자의 이익이 큰 경우 신뢰보호원칙의 침해와 당해 처분의 위법성을 인정하는 것이다. 부진정 소급입법에 의한 퇴직연금의 제한 또는 축소의 경우에도 연금 관련 법률개정과 법률적합성을 정당화하는 국가재정의 지속가능성이라는 공익과 연금수급권자의 법적 안정 및 신뢰보호의 침해라는 대립적인 구도가 동일하게 발생한다. 물론 오늘날 신뢰보호원칙은 단순하게 수익적 행정행위의 취소와 철회에 따르는 상대방에 대한 행정법적인 보호를 넘어서서 헌법재판소와 대법원은 법치국가의 일반적인 헌법원리로 그 위상을 격상시키고 있으며, 실제로 부진정 소급입법의 경우에도 신뢰보호원칙의 침해를 인정하여 그 위헌성을 인정하기도 하였다.²²⁾

그러나 앞서 본 바와 같이 연금개혁을 위한 개혁입법은 국가재정의 지속가능성이라는 국가존립의 절체절명의 조건과 결부되어 있다. 아무리 연금수급권자의 신뢰보호가 법적으로 고려되어야 한다고 할지라도 국가재정이라는 중차대한 공익과 형량한다는 것 자체가 큰 의미를 가지지 못한다. 위 결정례에서 헌법재판소가 신뢰보호원칙을 언급하기는 하지만 결국 부진

22) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바28; 헌재 2009. 5. 28. 2005헌바20 등; 헌재 1995. 10. 26. 94헌바12. 대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899 전원합의체 판결.

정 소급입법에 대한 유의미한 심사기준이 되지 못한다는 사실이 이를 방증하고 있다. 이는 마치 독일의 전통적인 국가이론중 하나인 재정유보 혹은 조세유보(Finanz-bzw. Steuervorbehalt)를 연상하게 하는데, 국가는 자신의 존립을 위하여 필요한 재정행위와 과세를 할 수 있기 때문에 여기에 국민의 재산권 보장규범의 적용가능성을 처음부터 배제하는 것이다. 이는 국민의 재산권보장이라는 헌법적 가치와 비중이 국가존립을 위한 재정문제에는 언제나 양보의 대상이 되어야 한다는 것을 의미한다. 물론 현대 헌법재판에서 이러한 국가주의적 법리는 극복되었지만 현실적으로 국가존립의 전제 조건으로서의 재정의 지속가능성을 압도하는 개인의 권리나 이익을 발견하기는 어렵다. 이렇게 볼 때 부진정 소급입법으로 인하여 침해되는 헌법상 개인의 신뢰를 보호하기 어렵다는 의미에서 신뢰보호원칙은 일종의 법치국가의 취약한 측면(offene Flanke des Rechtsstaates)을 그대로 보여주는 예라고 할 수 있다.²³⁾

4. 재산권과 인간다운 생활을 할 권리

연금축소와 제한을 위한 부진정 소급입법의 심사기준으로서 신뢰보호원칙이 큰 의미를 가지지 못한다면 상대적으로 기본권의 효력과 의미를 강조할 필요가 있다. 헌법재판소는 연금조정이나 제한과 관련된 사건에서 대부분 진정소급의 경우 입법재산권 침해를 언급하고 있으나 부진정 소급입법은 일반적으로 재산권을 침해하지 않는 것으로 보거나 과잉금지원칙을 적용하는 것으로 그치고 있다. 그러나 헌법재판소도 밝히고 있는 바와 같이 사학연금, 공무원연금제도는 교원이나 공무원이라는 특수직역을 대상으로

23) Sung Soo Kim Unechte Rückwirkung von Normen -Vertrauensschutz als offene Flanke des Rechtsstaates?-, 토지공법연구 제82집, 한국토지공법학회, 141면 이하(특히 155면 이하).

한 노후소득보장, 근로보상, 재해보상, 부조 및 후생복지 등을 포괄적으로 실시하는 종합적인 사회보장제도이며, 관련 연금법에 의하여 납부한 기여금은 민법의 규정에 의한 이자를 가산하여 수급자에게 반환하도록 하고 있다. 연금법상의 급여 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 재직 중 근무의 대가로서 지급하여야 할 임금의 후불적 성격이 강하고, 그 나머지 부분은 재직 중의 근무에 대한 은혜적인 보상 또는 사회보장적 급여의 성격이 강하다고 할 것인데, 재산권의 성격이 강한 기여금과 그 이자부분을 반환하는 것이다.²⁴⁾

따라서 사회정책의 수단으로서 입법자는 공적 연금의 수준과 방식, 그 축소 및 제한을 위한 개혁 등에 대하여 국가재정과 연금 후속세대의 권리 보장 등 다양한 요소를 고려할 수 있다는 점에서 광범위한 입법권을 가지고 있으나 일정한 재산권적 한계를 존중하여야 한다. 여기에서 말하는 재산권적 한계란 본인의 기여금과 이자부분이 연금개혁으로 인하여 침해되는 경우에는 재산권 침해로서 위헌으로 판단된다는 의미이다. 연금개혁 시에 공무원, 사립학교 교원 등의 기여금과 이자부분에 대한 재산권 보장은 최소한의 보장에 그치는 것이기 때문에 노후소득보장으로서의 기능을 수행하기 어려운 경우가 대부분일 것이다. 특히 공적 연금제도의 존속과 보장에 대한 국민의 신뢰는 현대사회에서 매우 중요하고, 이는 연금가입자의 생활이 절대적으로 연금에 의존하고 있으며, 국가에 의해 유도되고 강화된 신뢰에 기반하는 측면이 강하기 때문에 이에 관한 고려가 헌법재판의 과정에서 매우 강조되어야 한다.

따라서 재산권 보장과 더불어 노후생활이 헌법상 인간다운 생활을 할 권리의 수준을 보장하고 있는가의 문제를 추가적으로 검토할 필요가 있다. 물론 헌법재판소는 연금의 제한을 위한 부진정 소급입법의 심사기준으로서

24) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57.

인간다운 생활을 할 권리를 언급하고 있지만, 그 내용이 너무 추상적이다.²⁵⁾ 결국 헌법재판소는 재산권과 더불어 인간다운 생활을 할 권리도 과잉금지원칙과 연계하여 의미 없는 심사기준으로 격하시키고 있는 것이다. 향후 헌법재판소는 연금의 축소 또는 제한을 위한 입법에 대해서는 인간다운 생활을 할 권리를 독자적인 심사기준으로서 보다 구체적인 내용을 보완하여야 한다. 예를 들어 연금수급권자가 인간다운 생활을 할 권리를 침해당한 것인가의 여부는 생활물가의 수준, 최저임금, 가족의 수 등 실질적인 부양부담에 따르는 차별화의 필요성, 질병과 요양에 대한 개인적 수요 등을 모두 합리적으로 고려하여 사회적 합의에 따라 결정하여야 한다.

IV. 깨끗한 대기와 물 – 환경법과 헌법재판

1. 과소보호금지원칙 – 명백성에서 효과성 통제로

지난 30년간 환경과 환경법은 헌법재판의 주된 소재는 아니었다. 이는 그 동안 이루어진 환경법 체계의 비약적인 발전과 국민들의 고양된 환경의식에 비한다면 다소 의외의 결과라고도 할 수 있다. 그러나 향후 헌법재판은 이와 같이 양적·질적으로 성장하는 환경법 체계와 더불어 미세 먼지 없는 깨끗한 대기와 물을 희구하는 국민들의 보다 강한 요구와 마주 할 것이 분명하다. 이렇게 보면 헌법재판소는 환경권의 법적 성격과 심사기준과

25) 헌법재판소는 2014헌바365 사건에서 “감액조항으로 달성하고자 하는 공익은 공무원으로 하여금 재직 중 법령을 준수하고, 성실하고 청렴하게 근무하도록 유도하며 공무원에 대한 국민의 신뢰를 유지하는 것으로서 그 중요성이 결코 적지 않다. 그러나 이 사건 감액조항에서 규정한 퇴직급여 감액사유는 결국 공무원 자신이 저지른 범죄에서 비롯된 것인 점에서 이 사건 감액조항으로 인하여 퇴직공무원들이 침해받는 사익에 비하여 달성하고자 하는 공익은 더욱 크다고 인정된다. 따라서 이 사건 감액조항은 재산권과 인간다운 생활을 할 권리를 침해하지 아니한다”고 판시하고 있다.

관련하여 기존의 입장에서 보다 전향적인 변화를 위한 적극적인 태도를 보여주어야 할 것이다. 과거 헌법재판소는 환경권의 적용에 소극적이었으며 기존에 헌법상 환경권 침해를 근거로 하여 특정한 법률조항을 위헌으로 선언한 예는 없다. 그 근본적인 이유는 헌법상 환경권의 법적 성격이 애매하고 환경권의 구체적인 내용과 행사방법이 법률로 유보되어 있기 때문에 과연 헌법상 환경권이 입법권을 포함하여 모든 국가권력을 직접적으로 기속하는 국민의 기본권인가에 대하여 상당한 의문이 제기되었기 때문이다.²⁶⁾ 물론 헌법재판소는 환경권을 자유권적 기본권과 생존권적 기본권이 혼합된 종합적 기본권으로 보아 때로는 심사기준으로서 과잉금지원칙을 때로는 과소보호금지원칙을 적용하고 있지만, 대부분의 경우 과소보호금지원칙을 우선적으로 고려하고 있을 것으로 보아 환경권이 생존권적 기본권으로서 국가의 기본권 보호의무를 전제로 하기 때문에 결과적으로 입법자의 역할에 전적으로 의존하는 느낌을 주고 있다.²⁷⁾

헌법재판소는 2015년 가축사육시설의 허가 및 등록기준인 구 축산법 시행령이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 관한 과소보

26) 헌법재판소는 환경권의 법적 성격과 관련하여 “환경권이 건강하고 쾌적한 생활을 유지하는 조건으로서 양호한 환경을 향유할 권리이고, 생명·신체의 자유를 보호하는 토대를 이루며, 궁극적으로 ‘삶의 질’ 확보를 목표로 하는 권리라고 하면서, 환경권을 행사함에 있어 국민은 국가로부터 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 수 있는 자유를 침해당하지 않을 권리를 행사할 수 있고, 일정한 경우 국가에 대하여 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있도록 요구할 수 있는 권리가 인정되기도 한다고 하여 환경권은 그 자체로 종합적 기본권으로서의 성격을 가지는 것으로 보고 있다(2008.7.31. 2006헌마711).

27) 이른바 명백성 통제기준은 대표적으로 현재 2008. 7. 31. 2006헌마711. “기본권 보호 의무 위반에 해당하여 헌법상 보장된 기본권의 침해로 인정되려면, 입법자가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 살펴서 그 보호조치 위반이 명백하여야 할 것이다” 따라서 사회권적 기본권의 심사에 과소보호원칙을 적용하는 경우에도 과잉심사의 세부기준인 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성원칙을 동일하게 적용하여야 한다는 비판도 있다. 이준일, 사회적 기본권에 대한 헌법재판소의 심사기준, 헌법재판연구 제2권 제2호, 헌법재판연구원, 85면 이하(특히 97면 이하).

호금지원칙에 위배되는지 여부에 대하여 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하여(제35조 제1항) 국가에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 의무도 부여하고 있다. 그런데 후자와 같이 환경권에 대하여 국가의 보호의무를 인정하는 것은, 환경피해는 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있다는 점 등을 고려한 것이므로, 환경권 침해 내지 환경권에 대한 국가의 보호의무위반도 궁극적으로는 생명·신체의 안전에 대한 침해로 귀결된다. 심판대상조항만으로 곧바로 가축들의 건강상태가 악화되어 결과적으로 청구인들의 생명·신체의 안전이 침해되었다고 보기는 어렵다. 또한, 국가는 심판대상조항뿐만 아니라 축산법 기타 많은 관련법령들에서 가축의 사육 및 도축, 유통에 이르는 전 단계에 걸쳐 가축의 질병 발생과 확산을 방지하고 가축사육시설을 규제함으로써, 국민의 생명·신체에 대한 안전이 침해받지 않도록 여러 가지 조치를 취하고 있다. 따라서 심판대상조항이 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무에 관한 과소보호금지원칙에 위배되었다고 볼 수는 없다.”고 보고 있다.²⁸⁾ 물론 생존권적 기본권으로서의 환경권의 보호수준과 관련하여 입법자의 보호수준이 과소보호원칙에 의한 통제를 받아야 한다는 점에 대해서는 이의를 제기하기 어렵다. 다만, 우리나라 헌법재판소는 앞서 본 바와 같이 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에 한하여 과소보호금지원칙에 위반하여 위헌이라는 이른바 명백성 통제기준을 계속하여 적용하고 있는데, 이러한 심사기준이 국민의 고양된 환경의식을 제대로 수용할 수 없다는 것은 명백하다.

이와 관련하여 독일연방헌법재판소는 이른바 제2차 낙태판결에서 입법자가 취하는 기본권 보호의무는 적절하고 효과적인 보호를 위하여 충분한 정도이어야 하며, 신중한 사실조사와 객관적인 평가에 의거하여야 한다는 점

28) 헌재 2015. 9. 24. 2013헌마384.

을 강조하였다.²⁹⁾ 이로써 연방헌법재판소는 국가의 기본권 보호의무와 관련하여 보건과 환경 영역에서 과거 입법자의 형성권과 재량을 광범위하게 인정하던 경향을 탈피하여 보호의무의 ‘효과성’ 내지 ‘실효성’을 강조함으로써 과거의 이른바 명백성 통제로부터 효과성 통제로 발전하는 계기를 마련하였다.³⁰⁾ 입법자의 어깨가 한층 무거워진 것이다. 연방헌법재판소는 국민의 기본권 보호를 위하여 입법자가 취하는 조치가 실효성이 있어야 한다고 말한다. 앞서 언급한 인간다운 생활을 할 권리가 실효적이기 위해서는 연금수급권자의 실질적 생활관계가 구체적으로 고려되어야 한다는 의미와 상통한다. 이로써 기본권 보호가 필요한 국민은 임박한 기본권에 대한 위해상태로부터 충분하고 실질적인 보호를 받을 수 있으며 과소보호금지원칙에 대한 침해를 방지할 수 있다. 그런데 기본권에 대한 실효적 보장 여부는 입법자가 단 한 번의 입법을 통하여 충분한 수준의 선심을 베푸는 것에 그치지 않는다. 이른바 위험사회에서 환경에 대한 침해, 예를 들어 미세먼지와 먹는 물의 수질과 같이 상시적인 감시와 통제를 통하여만 국민의 환경권을 실효적으로 보호할 필요가 경우에는 입법자가 일정한 시간적 주기를 가지고 상시적으로 보호수준의 적절성 여부를 고려하고 검토하여야 한다. 다시 말하자면 환경권에 대한 상시화된 위해가 존재하는 경우 입법자의 보호의무 역시 동태적인 보호라는 보호수준과 수단의 구조적 변화를 스스로 모색하여야 한다. 따라서 환경법의 영역에서는 과소보호원칙과 함께 지속가능성원칙도 동시에 심사기준으로 적용되어야 한다. 동태적인 기본권 보호의무는 기본권에 대한 위협이 상시화하고 장기적인 경우 입법자 역시 상시적인 통제장치를 마련하여야 하며, 지속가능성이라는 장기적인 관점에서 기본권 보호에 대한 안전성 장치를 구축하여야 함을 의미한다. 이것이

29) BVerfGE 88, 203, 254.

30) S. R. Lakowski, Kein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft? ZRP, 2001, 504면 이하.

향후 환경권을 실효적으로 보장하는 헌법재판의 고민이고 또 미래의 과제인 것이다.

2. 환경권에 대한 개헌이 가질 수 있는 의미

최근 개헌 논의와 관련하여 국회보고서와 대통령개헌안은 모두 환경권을 강화하는 내용을 담고 있다.³¹⁾ 앞서 언급한 바와 같이 개헌이 이루어질 수 있을지, 또한 그 시기와 내용에 대해서는 예측하기 힘들지만 실제로 개헌이 된다면 그 내용은 국회보고서와 대통령개헌안의 내용과 범주를 크게 벗어날 것으로 보이지 않는다. 국회보고서에서 가장 눈에 띄는 점은 환경권의 내용과 행사방법에 대한 법률유보조항을 삭제하였다는 점이다. 또한 모든 생명체는 법률이 정하는 바에 따라 국가의 보호를 받는다는 규정을 둬으로써 인간은 물론 동식물도 법률에 따르는 환경적 보호의 대상이 될 수 있다.³²⁾ 만약, 이러한 규정이 개헌을 통하여 헌법에 명시되는 경우에 헌법재판소는 헌법상의 환경권이 모든 국가권력을 직접적으로 기속하는 기본권

31) 국회보고서의 경우 환경권 내용은 다음과 같다. 37조 ① 모든 사람은 건강하고 쾌적한 환경을 함께 누릴 권리를 가진다. ② 모든 생명체는 법률이 정하는 바에 따라 국가의 보호를 받는다. ③ 국가는 기후변화에 대처하고, 에너지의 생산과 소비의 정의를 위해 노력하여야 한다. ④ 국가는 지구생태계와 미래세대에 대한 책임을 지고, 환경을 지속가능하게 보전하여야 한다. 현행 ②항 삭제. 이에 비하여 대통령개헌안은 현행 제35조 제1항의 환경권의 내용과 행사방법에 대한 법률유보원칙을 다음과 같이 유지하고 있다. 제38조 ① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다. 구체적인 내용은 법률로 정한다. ② 국가와 국민은 지속가능한 발전이 가능하도록 환경을 보호해야 한다. ③ 국가는 동물 보호를 위한 정책을 시행해야 한다.

32) 이는 최근 국회를 통과한물관리기본법 제2조의 기본이념에도 다음과 같이 반영되고 있다. “물은 지구의 물순환 체계를 통하여 얻어지는 공공의 자원으로서 모든 사람과 **동·식물 등의 생명체**가 합리적으로 이용하여야 하고, 물을 관리함에 있어 그 효용은 최대한으로 높이되 잘못 쓰거나 함부로 쓰지 아니하며, 자연환경과 사회·경제생활을 조화시키면서 지속적으로 이용하고 보전하여 그 가치를 미래로 이어가게 함을 기본이념으로 한다.”

이므로 환경권 침해로 이유로 하는 해아릴 수 없는 수많은 헌법소원과 규범통제 과정에서 관련 조항의 입법부작위가 위헌이라는 판단을 해야 할 것으로 보인다. 때로는 입법자의 구체적인 보호수준에 대해서도 스스로 일정한 기준이나 가이드라인을 제시하여 헌법불합치와 입법촉구 등을 통하여 헌법상 환경권이 실효적인 기본권으로 그 효력을 가질 수 있도록 다양한 심사기준을 스스로 마련하여야 할 것이다.

물론 이러한 상황은 우려의 대상이 될 것이 분명하다. 헌법상 환경권은 법률의 유보 대상이 없는 상태에서 국가의 모든 개발행위를 규정하는 법률 조항들을 무력화시킬 가능성이 있기 때문이다.³³⁾ 환경권이 중요하지만 환경권의 남용이나 절대적인 우위는 법치국가의 균형성과 형량의 관점을 붕괴시킬 수 있다. 이러한 점을 의식해서인지 대통령개헌안은 환경권의 구체적인 내용을 법률로 정하도록 함으로서 현행과 같이 법률유보원칙을 고수하고 있다. 개인적인 견해이지만 국회개헌안은 수용하기 어려우며, 앞서 언급한 바와 같이 헌법재판소가 판례를 통하여 점차적으로 심사기준을 강화하는 방안이 바람직하다. 반면에 국회보고서와 대통령개헌안은 모두 동물보호 내지 생명체의 보호와 지속가능성원칙을 규정하고 있다.³⁴⁾ 환경권에 대한 개정이 이루어지는 경우 헌법재판소는 동식물에 대한 생태환경이나 보호를 전혀 등한시 하는 관련 법규에 대한 위헌결정을 할 수 있으며, 국가의 개발을 예정한 법규가 환경의 지속가능성을 침해한다고 인정하는 경우 지속가능성원칙이라는 새로운 심사기준을 적용하여 당해 조항에 대한 위헌선언을 할 수 있을 것으로 보인다.³⁵⁾ 이를 통하여 헌법재판소는 미래

33) 이는 국회보고서가 현행 환경권의 내용과 행사방법에 관하여 법률유보원칙을 폐지하고 환경권의 직접적 효력을 인정하였기 때문에 발생하는 문제라고 할 수 있다.

34) 다만, 국회보고서나 대통령개헌안이 규정하고 있는 기후변화 대처, 에너지 정의 등은 입법자에게 추상적인 차원의 의무를 부과하는 정도의 효력을 가지는 것으로 볼 수 있다.

35) 물론 지속가능성원칙에 대한 규범적 효력이나 더 나아가 위헌심사기준으로서 타당성

에 보다 적극적으로 환경 분야에 대한 분쟁해결을 통하여 국민의 환경권과 동식물의 생태계 보호를 위한 적극적인 역할을 할 수 있을 것으로 기대된다.

V. 맺는 말

역동적인 한국사회에서 먼 미래를 예측한다는 것은 지난한 일이다. 다만,

에 대한 의문이 제기될 수 있다. 그러나 환경정책기본법은 비록 선언적 의미이지는 않지만 제9조 제1항에서 정부는 환경과 경제를 통합적으로 평가할 수 있는 방법을 개발하여 각종 정책을 수립할 때에 이를 활용하여야 한다고 규정하고 있으며, 지속발전가능법 제13조 제2항에 따라서 지속가능발전위원회는 국가가 마련하는 지속가능발전지표에 따라 2년마다 국가의 지속가능성을 평가하도록 규정하고 있다. 또한 이른바 새만금 사건에서 대법원의 반대이견은 다음과 같이 지속가능발전원칙을 비롯한 사전배려원칙 등의 규범력을 강조하고 있다. “자연환경은 그 속성상 한번 파괴되면 이를 회복하는 것이 어려울 뿐만 아니라, 자연환경은 현재 세대의 생존의 기초가 되는 동시에 장래 세대에 대하여도 생존의 기초로 유지되어야 할 공동의 자산이기 때문에 현재 세대가 자신의 필요를 충족시키기 위하여 이를 소모하고 훼손하는 방식으로 활용하여서는 안 되는 것이며, 그 가치와 기능을 보전하여 장래 세대를 위해서도 생존의 기초로 기능할 수 있도록 지속가능한 개발을 하여야 하는 한계를 갖고 있다. 환경정책기본법, 자연환경보전법 등 환경관련 법령은 위와 같은 취지에 따라 환경오염을 사후에 제거하는 방식이 아닌 사전에 오염의 발생을 방지하여야 한다는 ‘사전예방의 원칙’, 개발사업에서 환경보전을 우선적으로 고려하여 사전에 배려하는 조치를 하여야 한다는 ‘사전배려의 원칙’, 미래 세대가 그들의 필요를 충족시킬 수 있는 능력을 저해하지 않으면서 현 세대의 필요를 충족시키는 개발을 하여야 한다는 ‘지속가능한 개발의 원칙’ 등 환경보전의 기본원칙을 천명하고 있다(환경정책기본법 제1조, 제2조, 제7조의2, 자연환경보전법 제3조 등). 종략 이 사건 새만금사업과 같이 갯벌 등 생태계와 자연환경에 광범위하고도 심각한 영향을 미칠 대규모 개발사업에서, 당초 예상하지 못한 중대한 사정변경이 발생하였는지 여부 및 처분을 취소하여 사업을 중단하는 것이 공익상 특히 필요한지 여부를 판단함에 있어서도 위와 같은 관점과 기준에 따라 자연환경이 가지는 가치와 특수성을 우선적으로 배려하여 결정하여야 할 것이다”(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 전원합의체 판결). 결국 지속가능개발원칙에 대한 규범력은 헌법개정과 같은 성문규범의 변화와 함께 법원의 환경보호에 대한 의지 여하에 따라서 미래에는 보다 강화될 가능성을 배제할 수 없다.

지난 30년간 헌법재판이 한국사회에서 이룩한 성과와 아쉬움을 정확하게 평가한다면 미래에 있어서도 우리 공동체의 방향성에 대한 길잡이로서의 위상을 더욱 굳건하게 구축할 수 있을 것은 분명해 보인다. 특히 입법부와 행정부 등 정치권력과 전통적인 사법권에 대한 국민의 신뢰가 확립되지 못한 우리의 현실을 돌이켜 볼 때 헌법재판이 가지는 한국사회의 균형추(均衡錘), 방향타(方向舵)로서의 역할은 우리사회가 드물게 가질 수 있는 신뢰와 희망의 기제로서 소중한 자산을 간과할 수 없다. 앞서 언급한 바와 같이 헌법재판이 미래에 마주치게 될 과제에 대응하는 것도 중요하지만 행정법의 변화를 어떻게 수용할 것인가의 문제도 깊이 고민해야 한다. 오늘날 행정법 질서는 여전히 공권력 우월을 전제로 한 전통적인 처분론과 항고소송 제도를 중심으로 하고 있기는 하지만 새로운 대안 행정법, 신사조 행정법의 출현으로 인하여 근본적인 변화의 기로에 서 있다.³⁶⁾ 처분을 대신하는 협치와 거버넌스,³⁷⁾ 사회국가원리를 대체하는 보장국가론, 실제적 적법에서 절차적 정의로의 이행 등 국가와 대등한 법적 지위를 가지는 국민과의 새로운 행정법 질서를 모색하는 학문적 경향에 대해 헌법재판 역시 전통적인 소원론과 규범통제론에서 핵심적인 심사기준으로 작용했던 과잉금지원칙과 평등권 심사와 함께 협력의 원칙이나 민간부문과 공공부문간 협력의 원칙,³⁸⁾ 책임분담원칙 등의 새로운 심사기준의 발굴에 고민하여야 한

36) 김성수, 오토 마이어 - 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가, 공법연구 제45집 제2호, 231면 이하(특히 245면 이하).

37) 이에 관한 상세한 논의는 김성수, 행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 -국가물관리위원회의 제도설계를 중심으로-, 법학연구 제58집 제2호, 부산대학교 법학연구소, 1면 이하(특히 14면 이하).

38) 독일 연방헌법재판소는 20년 전인 1998년 환경법상 협력의 원칙을 헌법재판의 위헌 심사기준으로 적용하여 당시 '연방 자원순환 및 폐기물법'의 기본원리로서 협력의 원칙에 반하는 일부 주의 폐기물법과 부담금에 대하여 위헌결정을 내렸고(BVerfGE 98, 83; 98, 106. 이는 당시 상당한 논란의 대상이 되었다. 김성수, 독일 연방헌재의 폐기물법에 대한 결정과 환경법상 협력의 원칙 -과연 21세기 법치주의의 구조를 바꿀 것인가?-, 헌법판례연구(3), 한국헌법판례연구회, 391면 이하.

다.³⁹⁾ 자유주의적 법치주의 시대의 행정법 이론체계를 완성한 독일의 행정법학자 오토 마이어는 “헌법은 사라지나 행정법은 존속한다.”고 말한 바 있다. 헌정질서의 변화와 헌법의 정치성으로 인하여 새 헌법이 나타나면 구 헌법은 역사 속으로 사라진다는 의미일 것이다. 그러나 한국의 헌법재판이 지난 30년간 이룩한 기본권 신장, 민주주의와 법치국가의 안착에 기여한 역할은 결코 사라질 수 없으며, 시대의 변화와 헌법의 개정에도 불구하고 우리 법문화의 불변의 자산으로서 존속할 것이다. 그러한 의미에서 마이어와 이야기는 달리 한국의 헌법은 존속한다. 그리고 행정법은 존속하는 것을 넘어서서 사회변동과 시간의 흐름에 따라서 끝없이 변화한다.⁴⁰⁾ 그렇다면 헌법재판은 자신이 30년간 이룩한 헌법적 성과의 존속을 유지하면서도 공권력과의 협치와 역할분담을 요구하는 국민과 이를 통해 변화하는 행정법 질서와 마주 앉아 미래에는 보다 적극적인 대화를 이어나가야 할 것이다.

39) 선출되지 않은 민간부문이 고권적이고 공적인 의사결정을 하는 경우 헌법상 민주적 정성원칙에 비추어 보아 문제가 발생할 여지가 있으나 독일연방헌법재판소는 그러한 우려를 불식하였다. “민간부문이 참여하는 자율적인 조직은 기능적 자치를 실현하는 기관으로서 헌법상 민주주의원리를 보완하고 강화하는 것으로서 최종적으로 헌법상 민주주의원리의 수준을 구체화한다. 민간부문이 참여하는 국가의 간접행정조직들은 모두 입법자가 법률의 제정을 통하여 그 조직, 형태, 기관, 업무 등의 내용을 정하는 것이기 때문에 의회의 입법에 그 정당성의 근거를 가지고 있으며, 의회는 이러한 자율적 조직체가 보다 효과적으로 관련 업무를 수행하기 위하여 상당한 정도의 입법형성권을 행사한다. 특히 입법을 통하여 자율적 조직체의 업무 범위가 명확하게 규정되고, 이러한 조직체가 역사적인 경험에 의하여 그 효율성과 정당성이 확인되는 것으로 족하다” 연방헌법재판소는 독일기본법 제20조 제2항 제1문에 규정된 민주주의원리는 이와 같은 자율적인 조직체가 행사하는 공적이고 행정적인 조치들에 대하여 선출된 권력인 의회와 민주적 정당성에 기반한 국가행정조직의 전반적인 영향력 내에서 통제될 수 있는 것이면 헌법적으로 문제되지 않는다는 입장이다. 선출된 권력의 전반적인 영향력이라는 것은 이와 같은 자율적 조직의 업무와 권한이 의회가 제정한 법률에 의하여 명확한 내용을 가지고 있으며 선출된 권력과 그가 위임한 행정부와 같은 민주적 정당성을 가지는 국가기관이 민간부문을 적절한 감독권을 행사하는 것을 의미한다. BVerfGE 107, 59(93).

40) 김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다. 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회, 65면 이하.

[국문초록]

역동적인 한국사회에서 먼 미래를 예측한다는 것은 지난한 일이다. 다만, 지난 30년간 헌법재판이 한국사회에서 이룩한 성과와 아쉬움을 정확하게 평가한다면 미래에 있어서도 우리 공동체의 방향성에 대한 길잡이로서의 위상을 더욱 굳건하게 구축할 수 있을 것은 분명해 보인다. 특히 입법부와 행정부 등 정치권력과 전통적인 사법권에 대한 국민의 신뢰가 확립되지 못한 우리의 현실을 돌이켜 볼 때 헌법재판이 가지는 한국사회의 균형추(均衡錘), 방향타(方向舵)로서의 역할은 우리사회가 드물게 가질 수 있는 신뢰와 희망의 기제로서 소중한 자산을 간과할 수 없다. 불확실한 미래를 예측하는 것은 지난한 일임에 분명하지만 2018년에 시작된 남북한과 북미간의 극적인 관계개선은 향후 한반도의 통일과 동북아질서의 개편과 관련하여 정치권은 물론 헌법재판소에게도 상상을 넘어서는 과제를 안겨줄 것으로 예상된다. 특히 북한지역의 대대적인 개발과 지원을 포함하는 남북한간의 교류와 협력, 통일을 지향하는데 필요한 제도를 구축하는데 소요되는 재원마련을 위하여 입법자가 수많은 입법활동을 할 것으로 보이는데, 이 경우 헌법재판소는 기본적으로 정부와 입법자의 정치적 판단과 입법형성권을 존중하면서도 동시에 의회민주주의 원리와 입법의 민주적 정당성의 원칙을 고수하고 더불어 국민의 재산권 등 기본권의 수호를 위하여 어떠한 역할을 할 것인지 깊이 고민할 필요가 있다. 한국사회가 당면한 미래의 도전 중 하나는 세계의 어느 나라보다도 빠르게 진행되고 있는 고령화, 고령사회, 그리고 초고령 사회로의 진입이다. 여기에 더하여 저출산 문제도 이미 심각한 수준을 넘어섰다. 저출산과 고령화 극복을 위한 한국사회 미래의 커다란 변혁과정에서 헌법재판은 과연 어떠한 역할과 책무를 수행할 것인가? 인구의 축소는 상수(常數)이며 이민정책이나 남북관계의 개선을 변

수(變數)로 볼 때 고용과 산업의 고도화를 위해서 입법자와 헌법재판은 시장의 자율성과 혁신을 한층 존중할 필요가 있다. 작은 인구로 움직이는 역동적인 경제는 기업과 시장의 주도적인 혁신 없이는 가능하지 않기 때문이다. 물론 시장의 혁신과 역동성은 일부 기업에 대한 시장지배를 의미하는 것이 아니기 때문에 기업과 시장의 건전한 생태계를 유지하기 위한 상생과 동반성장, 공정한 경쟁 등은 헌법재판이 주목해야 할 부분이다. 결국 고령화, 저출산 대책은 재정문제로 귀결된다. 헌법재판은 국가와 자치단체의 역할과 권능을 원칙적으로 존중하면서도 이들이 자신의 재정건전성을 해치지 않도록 공공부문의 재정활동의 한계에 대한 유의미한 심사기준을 마련하고 국민의 부담을 최소화 하는 헌법적 통제기준을 확립하여야 할 것이다. 여기에는 전통적인 비례성원칙과 함께 재정의 건전성원칙, 효과성원칙이나 경제성원칙 등을 법적 원칙과 심사기준으로 적용하는 문제를 깊이 고민할 필요가 있다. 오늘날 한국인들은 생활 속에서 가장 시급하게 해결해야 할 문제로 미세먼지와 오염된 물을 들고 있다. 결국 미래에 헌법재판은 환경문제와 마주 앉아야 한다. 지난 30년 헌법재판소가 주로 국민의 정치적 권리와 표현의 자유의 실현을 위한 기준과 방식을 제시하였다면, 상대적으로 그 동안 큰 비중을 가지지 못한 환경문제가 속제로 등장할 가능성이 커진 것이다. 헌법재판소는 헌법상 환경권이 자유권과 생존권 등의 성격이 혼합된 종합적 권리로 보면서 환경보호를 위한 입법의 수준에 대하여 이른바 과소보호금지원칙을 적용하고 있지만 현재의 명백성 통제기준만을 가지고 향후 환경입법의 위헌 여부를 판단할 수 있을지는 의문이다.

주제어

헌법재판, 헌법재판소, 한반도 통일, 고령화와 저출산, 재정의 지속가능성, 환경문제

[Abstract]

In the dynamic Korean society, it is almost impossible to forecast a distant future. Still, it is apparent that an accurate understanding of the achievements and failures of constitutional justice during the past 30 years can help it build a firm status as a guide for the future direction of our community. Notably, looking back on our present reality where people's confidence have not been established for political powers such as the legislature and administration as well as traditional judicial power, we should not forget that the role of constitutional justice as the balance weight or rudder of Korean society is a precious asset bestowed with confidence and hope, which are rarely found in our society. It is clear that predicting an uncertain future is extremely difficult, but the dramatic improvement in the relationships between South and North Korea and North Korea and the U.S., which began this year, is expected to present unimaginable tasks not only for the political community but also the Constitutional Court related to the looming reunification of the Korean Peninsula and the reorganization of the order in Northeast Asia. Notably, legislators are likely to engage in numerous legislation activities to prepare financial resources to establish systems required to move toward the exchange, cooperation and reunification between South and North Korea including extensive development in and support for North Korea, and the Constitutional Court needs to abide by the principles of parliamentary democracy and democratic legitimacy of legislation and ponder deeply on its role for the protection of basic rights such as people's property rights while respecting the political decisions of the government and legislators at the

same time. Korean society is currently faced with future challenges including population aging, aged society and advent of the super-aged society, which are progressing more rapidly than in any other countries in the world. In addition, the problem of low birth rate has become highly serious. What kinds of roles and responsibilities will constitutional justice assume in the profound transformation process of Korean society to overcome low birth rate and population aging? When the population decrease is seen as invariable and improvement in immigration policy or relationship between South and North Korea as variable, legislators and constitutional justice need to respect market autonomy and innovations further to support advancement of employment and industries. This is because a dynamic economy driven by a small population is not possible without innovations led by businesses and the market. As innovations and dynamism of the market certainly do not mean market domination by some businesses, constitutional justice needs to pay attention to coexistence, shared growth and fair competition to maintain a sound ecosystem for businesses and the market. In the end, measures for population aging and low birth rate lead to the financial issue. While respecting the roles and authorities of the state and local governments in principle, constitutional justice should develop meaningful review standards on the limits of financial activities in the public sector to maintain their financial stability and establish the criteria for constitutional control to minimize people's burden. Here, it is needed to carefully contemplate on whether to apply the principles of stability, effectiveness and economic feasibility of finance as legal principles and review standards along with the traditional principle of proportion. At present, Koreans point to fine dust and water contamination as the most serious daily problems that should be solved

immediately. Sooner or later, constitutional justice should face environmental problems. The Constitutional Court concentrated on proposing the standards and means for the realization of people's political rights and freedom of expression in the last 30 years, and now environmental problems, which have been given relatively less attention, are likely to emerge as the new tasks of focus. Although the court has applied the so-called “principle of prohibition of under-protection” concerning the level of legislation for environmental protection based on its view of environmental rights as comprehensive rights with combined characteristics of the right of freedom, the right to life, etc. according to the Constitution, it is unclear whether the unconstitutionality of environmental legislations may be judged based just on the existing obviousness standard for imposing controls in the future.

Key words

constitutional justice, Constitutional Court, reunification of the Korean Peninsula, population aging and low birth rate, financial stability, environmental problems

참고문헌

- 김성수, 분단국가 통합의 법제적 과제 -행정관계법제-, 통일법제연구 17-19-3, 한국법제연구원.
- 김성수, 공무원연금 급여환수처분 및 급여제한처분의 소급효와 관련된 법적 쟁점 -대법원 2014.4.24. 선고 2013두26552 판결에 대한 평석-, 법학연구, 제25권 제2호, 연세대학교 법학연구원.
- 김성수, 오토 마이어 - 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가, 공법연구 제45집 제2호.
- 김성수, 행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 -국가물관리위원회회의 제도설계를 중심으로-, 법학연구 제58집 제2호, 부산대학교 법학연구소.
- 김성수, 독일 연방헌재의 폐기물법에 대한 결정과 환경법상 협력의 원칙 -과연 21세기 법치주의의 구조를 바꿀 것인가?-, 헌법판례연구(3), 한국헌법판례연구회.
- 김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다. 공법연구 제41집 제4호, 한국공법학회.
- 김성수, 일반행정법 -행정법이론의 헌법적 원리-, 제8판.
- 김성욱, 통일 후 북한지역 부동산의 재산권 재편방안, 남북한 통합과정시 재산분야 및 개발관련 법제개편의 방향, 한국법제연구원 워크숍 자료집, 2017. 7.
- 박종현, 헌법재판소의 전략적 헌법담론 -헌법재판소 2009.09.24. 2008헌가25결정과 2009.10.29. 2009헌라8 결정에서의 헌법적 논증에 대한 비판-, 법과사회 39권, 법과사회이론학회.
- 이상호, 한국의 지방소멸에 관한 7가지 분석, 지역고용동향브리프 2016년 봄호, 한국고용정보연구원, 2016.3.8.
- 이상희, 통일 과정에서 경제통합에 대한 헌법적 검토, 헌법이론과 실무 2015-A-3, 헌법재판연구원.
- 이준일, 사회적 기본권에 대한 헌법재판소의 심사기준, 헌법재판연구 제2권 제2

헌법재판 30년 - 헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?

호, 헌법재판연구원.

정재욱, 고령화시대와 노인장기 요양보험제도, 2015.

최지영, 통일과 고령화, 한국은행보고서, BOK 경제연구 제2017-24.

헌법재판소 결정과 대한민국의 변화. 1988-2017. 헌법재판소, 2017.

Lawrence Baum, The Supreme Court, 8. Ed. 2004.

Sung Soo Kim Unechte Rückwirkung von Normen -Vertrauensschutz als offene Flanke des Rechtsstaates?-, 토지공법연구 제82집.

S. R. Lakowski, Kein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft? ZRP, 2001.

Ralf P. Schenke, Normsetzung und Vertrauensschutz, 토지공법연구 제82집, 한국 토지공법학회.

(논문접수일: 2018. 8. 31. 논문심사일: 2018. 10. 23. 게재확정일: 2018. 11. 16.)

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰:
대의민주주의와 참여민주주의 - 심의민주주의의
관계를 중심으로 *)

An Essay on the Meaning and Essence of Democracy

李 章 熙(Lee, Jang-Hee)

昌原大學校 法學科 助教授

- 目 次 -

I. 서론 - 대의제 하에서 민주성의 강화는 어떻게 가능한가?	450
II. 민주주의의 의미와 본질	452
1. 민주주의의 의미와 실현의 문제	452
가. 국민주권에 기초한 민주주의의 정당성	452
나. 국민(인민)의 자기 지배로서 민주주의	453
다. 민주주의의 한계와 실현 방법의 문제	453

*) 이 논문은 2016. 9. 30. 헌법재판연구원과 한국공법학회 및 한국헌법학회가 공동 주최한 학술대회(대주제: 절차 및 참여의 사고와 공법의 재구성)에서 발표한 것을 수정, 보완한 것임을 밝힙니다.

2. 민주주의의 본질	455
가. 민주주의의 본질에 대한 의문	455
나. 자유와 평등의 실현을 위한 민주주의	458
다. 민주주의의 본질적 징표들	459
라. 민주성의 구체적 판단 문제	460
III. 대의민주주의에 대한 불만과 문제점	461
1. 대의제의 특징	461
가. 대표의 자유위임	461
나. 다수 대표의 의사와 국민의 의사	463
다. 대의민주주의의 역설(逆說): 민주성의 약화를 감수한 민주주의의 실현	464
2. 대의제에 대한 비판	464
가. 대의제의 비민주적 현실	464
나. 대의제를 부정할 수 있는가?	466
3. 대의제의 민주성 보완	466
IV. 대의제 하에서 참여민주주의의 가능성과 한계	470
1. 참여민주주의의 의미와 배경	470
2. ‘참여’의 목적, 방법과 한계	471
가. 참여를 통한 민주성의 강화	471
나. 참여의 방법과 제도의 유형	472
다. 참여의 한계와 문제점	473
3. 참여민주주의의 성공 조건	475
V. 대의제 하에서 심의민주주의의 가능성과 한계	476
1. 심의민주주의의 의미와 배경	476
가. 대의민주주의에 대한 불만	476
나. 심의민주주의의 사상적 배경	477
다. 심의민주주의의 내용과 특징	479

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

2. 심의의 목적과 성격, 범위	480
가. 심의의 목적과 성격	480
나. 심의의 가능 범위	481
다. 참여와 심의의 관계?	482
3. 대의제 하에서 심의민주주의의 한계 및 성공 조건	483
가. 심의민주주의의 헌법적 수용가능성	483
나. 심의민주주의의 현실적 한계	484
다. 심의민주주의의 성공 조건?	484
VI. 결론: 참여 및 심의를 통한 대의제의 민주성 강화 요구와 한계	486
* 국문초록 및 주제어	488
* 영문초록 및 주제어	489
* 참고문헌	491

I. 서론 - 대의제 하에서 민주성의 강화는 어떻게 가능한가?

우리 헌법은 제1조 제1항에서 “대한민국은 민주공화국이다.”라 규정하고 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”라고 규정하고 있다. 이 규정에 담긴 의미는 ‘헌법의 모든 것’이라 해도 과언이 아니겠지만, 기본적으로 ‘민주주의’를 선언한 것이다. 민주주의는 국가법질서의 근간이 되는 헌법원리로 이해되며, 따라서 민주주의에 반하는 국가권력의 보유와 행사는 헌법상 허용되지 않는다. 또한, 민주주의는 이제 정치영역을 넘어서 사회, 경제적 생활, 심지어 가정생활에서도 다양한 모습으로 적용, 실현될 것이 요구되고 있다.

그러나 민주주의가 헌법적 효력을 가지게 되고 또 모든 생활관계로 확대 적용됨에도 불구하고, 우리는 과연 우리의 현실이 얼마나 ‘민주적’인지를 반문하게 된다. 민주주의 자체가 끊임없는 노력을 통해 이루어 가는 ‘계속적 과정’이라 이해할 수도 있겠지만, 우리의 정치현실은 민주주의의 규범적 요구에 한참 미치지 못하는 것으로 보였기 때문이다. 대한민국은 민주공화국임에도 정치는 어느 정치인들만의 권력다툼으로 비추어졌으며, 국민이 민주정치의 주인공이 되기는커녕 지역별 권력다툼의 들러리로 전락한 느낌을 받는다. 국민의 삶과 동떨어진 국정 운영, 이런 상황에서 국민이 느끼는 무기력감, 정치적 무관심, 민주주의 자체에 대한 회의감은 어쩌면 자연스러운 반응일 것이다. 그래서 과격하게 표현하자면, 이것은 민주주의의 위기이고 또 헌법의 위기라 생각될 수 있다. 지난 2016년 최순실 국정농단사건으로 연인원 1,500만이 넘는 국민이 거리로 나와 ‘이게 나라냐’고 외치며 촛불을 들었던 것은 정치에 대한 신뢰와 인내심이 바닥을 치고 분출된 주권자의 절규이기도 했다.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

민주주의 규범과 정치 현실의 '간극'은 한편으로는 특히 정치영역에서 민주주의가 내면화되지 못하였기 때문일 수도 있겠지만, 다른 한편으로는 '대의민주주의'라는 제도의 문제에서 비롯하는 것일 수도 있다. 민주주의의 내면화에 따른 '민주정치'가 당장 가능한 일도 아니고 오랜 시일이 걸리는 일이라면, 지금으로선 가능한 한 민주주의 제도를 보완함으로써 민주정치의 안착과 성공가능성을 높일 필요가 있을 것이다.

대의민주주의의 비민주적 현실을 비판하면서 여러 가지 유형의 민주주의 이론이 제시되었다. 그중에서도 '참여민주주의'나 '심의민주주의'는 대의제의 민주성을 강화하기 위한 대안으로 많은 관심을 받고 있다. 다만, 이러한 민주주의 이론 내지 사상적 발전이 현실 속에서도 저절로 민주주의 규범으로 뿌리내리고 민주정치의 발전을 견인하는 것은 아니라고 본다. 더구나 그것이 급진적인 변화의 의미가 있는 것일수록 기존의 질서와 마찰을 일으킬 수 있으므로 신중한 접근이 요구된다. 헌법상의 민주주의 원리는 한편으로는 폭넓은 변화와 발전의 가능성을 가진 개방적 질서이기도 하지만, 동시에 정치질서의 효율성과 안정성까지 함께 확보해야 할 규범적 요청도 고려되어야 하기 때문이다. 따라서 어떠한 새로운 민주주의 이론이 요구되고 발전하고 있더라도, 그것이 어떻게 현존질서에 녹아들어 제도화될 수 있는지를 계속하여 살펴보아야 한다. 같은 맥락에서, 참여민주주의와 심의민주주의 역시, 기존 질서인 대의민주주의와 어떠한 관계에 있는지, 나아가 대의민주주의를 기반으로 한 헌법의 기본구조 속에서 어떠한 방법과 수준에서 규범화, 제도화될 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다.

II. 민주주의의 의미와 본질

1. 민주주의의 의미와 실현의 문제

가. 국민주권에 기초한 민주주의의 정당성

민주주의만큼 잘 알려진 개념도 없겠지만, 동시에 민주주의만큼 알기 어려운 개념도 없을 것이다. 민주주의가 무엇인지에 대해 역사적으로 고대 아테네까지 소급하여 오랜 기간 다양한 논의가 있었지만, 근대국가의 주권론이 발전한 이래로 오늘날의 민주주의는 적어도 국민주권을 기초로 하여 이해된다는 점을 부정하기는 어렵다. 최근에는 글로벌 시대로의 변화까지 고려하여 주권의 의미를 새롭게 논하기도 하지만,¹⁾ 어쨌든 ‘주권’이란 국가공동체의 최고 권위와 정당성의 원천을 뜻하며, ‘국민주권’은 그 주권이 국민에게 있음을 뜻한다고 볼 수 있다. 국민주권 하에서 국가의 최고법질서인 헌법을 창출해 내는 시원적인 힘(헌법제정권력) 또한 바로 국민으로부터 나오며, 우리 헌법 제1조 제2항은 이것을 명시적으로 확인한 것이다.

주지하듯이, 국민주권은 역사적으로 ‘시민혁명’의 결과였다. 군주(국가)의 보존을 위한 수단으로 이용되고 착취당하던 제3신분인 인민들이 마침내 군주로부터 주권을 박탈하고 스스로 주권자임을 선언한 것이다. 더는 국민과 별개로 존재하는 지배자로부터 자의적(恣意的)으로 지배받는 것이 아니라, 국민이 모든 국가권력의 원천으로서 자신을 스스로 지배하고 국민의 의사를 실현할 수 있는 ‘새로운 정치질서’가 필요하게 되었다.

1) 대표적으로 글로벌 시대에 헌법상 주권의 의미와 변화를 논한 문헌으로 김소연, 주권과 인권의 역사적 발전과정과 글로벌 시대 새로운 관계 정립, 고려대 법학박사 학위논문, 2016.8. 참조.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

나. 국민(인민)의 자기 지배로서 민주주의

민주주의를 뜻하는 Democracy가 어원상 ‘민중(demos)의 지배(kratein)’를 의미하듯이, 민주주의 역시 일종의 지배질서이다. 다만 민주주의는 피지배자인 국민이 직접 지배질서를 창출하여 스스로 구속되는 ‘국민의 자기 지배(self-dominance)’를 핵심으로 한다. 그렇다면 민주주의와 국민주권은 어떻게 연결될 수 있는가? 바로 민주적 국가공동체의 지배질서는 주권자인 국민의 일반의사가 구체화한 결과라는 점에서, 민주주의는 국민주권을 실현하는데 가장 적합한 정치질서가 될 수 있다.

흔히 민주주의를 “국민의, 국민을 위한, 국민에 의한” 공동체의 정치형태라고 이해할 때,²⁾ 이것은 바로 국민이 정치공동체의 주인이며(of the people), 그 공동체의 일반의사는 국민을 위해(for the people) 그리고 특히 국민에 의해(by the people) 결정되어야 한다는 것을 말한다.

다. 민주주의의 한계와 실현 방법의 문제

하지만 민주주의를 표방한다고 하여 저절로 민주주의가 실현되는 것은 아니다. 민주주의의 실현에서 중요한 것이 ‘민주적 의사결정’이라고 한다면 무엇보다 그 기초라 할 수 있는 ‘국민의 의사’가 무엇이고 또 어떻게 확인될 수 있는지가 분명하지 않다. 일찍이 ‘엘리트 민주주의’를 주장한 슈페터(J. A. Schumpeter)는 공공선(common good)은 물론이고 국민의 의사(일반의사)란 비현실적이고 공허한 개념에 불과하다고 비판하였다.³⁾ 그렇다고 그가 주장한 엘리트주의가 저절로 당연시되는 것은 아니지만, 국민의 의사란 것이 현실성을 의심받게 됨으로써 민주주의는 그 출발점에서부터 한계

2) 이것은 1863년 링컨(A. Lincoln)의 게티즈버그 연설에서 제시되었으며, 민주주의의 본질을 잘 드러낸 표현이라고 할 수 있다. 이에 대해서는 미국사 연구회, 미국 역사의 기본 사료, 소나무, 1992, 137쪽 참조.

3) 조셉 슈페터, 이영재 역, 자본주의·사회주의·민주주의, 한서출판, 1985, 392~393쪽.

에 봉착한 셈이다. 다행히 헌법이 국가법질서의 기초가 되는 헌법국가 하에서 국민이 제정한 ‘헌법’ 자체가 ‘국민의 의사’라고 이해되고 있다. 입법을 비롯한 모든 국가작용은 헌법의 테두리 안에서 가능할 뿐이며, 헌법을 구체화하고 실현하는 의미가 있다. 하지만 여전히 국민 의사를 어떻게 확인할 수 있는지 문제 되는 경우가 적지 않다.

무엇보다 민주주의는 ‘국민에 의한(by the people)’ 정치적 의사결정일을 요구한다. “모든 사람이 주권 행사에 동참할 수 있는 것만큼 궁극적으로 더 바람직한 일은 없다.”⁴⁾ 하지만 그것이 국민 전체가 직접 내리는 의사결정을 말한다면 의사결정의 비효율성은 차치하더라도 그 자체가 물리적으로 불가능한 일이다. 또한, 다양한 이해관계의 충돌 속에서 민주적 의사결정의 가능성이 어떻게 안정적으로 확보될 수 있는지, 혹시나 공동체의 운명을 결정지을지도 모르는 중요한 사안에 있어서 의사결정의 내용적 타당성은 어떻게 확보될 수 있는지 등, 여러 가지 난제들에 대한 해명이 요구되고 있다. 존 스튜어트 밀(J. S. Mill)의 말을 빌리자면, 모든 구성원의 직접 참여가 어려운 규모의 공동체에서 완전한 정부의 이상적 형태는 ‘대의제(representative)’일 수밖에 없다.⁵⁾

대의제는 민주주의의 실현 가능성이란 ‘상황 논리’를 바탕으로 민주주의에 불가결한 제도로 인정되며 정당화된다. ‘대표’라 불리는 ‘활동력 있는 소수’⁶⁾에 의존하지 않고서는 근대 산업사회의 복잡·다양하고 전문적인 현안들을 검토하고 결정할 수 없기 때문이다. 데이비드 아더매니(David Adamany)는 민주주의가 다시 정의될 필요가 있다고 하면서, ‘국민에 의한 통치’라는 고전적 정의보다 ‘피치자의 동의에 의한 통치’라는 제퍼슨(Thomas Jefferson)

4) 존 스튜어트 밀, 서병훈 역, 대의정부론, 아카넷, 2012, 74쪽.

5) 존 스튜어트 밀, 서병훈 역, 대의정부론, 아카넷, 2012, 74쪽.

6) 그래서 대의제의 기본적 의미는 “활동력 있는 국가권력을 구성하는 데 있다”고 평가된다. 장영수, 헌법학, 제9판, 155쪽.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

의 정의가 더 현실적이라고 지적하였던 것도 같은 맥락이다.⁷⁾ 더 나아가 대의제는 일반 시민과 직업정치인 간의 일종의 정치적 분업으로서, 근대 이래 분업화된 산업사회에도 잘 들어맞는 정치제도로 이해될 수 있다. 즉, 대의제를 통해 의사결정의 효율성과 안정성까지 확보할 수 있다.

그런데 문제는 대의제 자체가 언제나 민주적인 성격을 가지는 것은 아니라는 점에 있다. 대표라는 관념은 언제든지 귀족주의, 엘리트주의로 흐를 위험이 있기 때문이다. 또 대의제가 당연히 민주성을 담보하는 것도 아니다. 그런데도 이른바 ‘대의민주주의’는 대의제를 전제로 해서만 민주주의 실현이 가능하다는 입장이다. 따라서 ‘대의민주주의’에서 볼 때 국민으로부터 신임을 받은 ‘대표’들이 국민을 대신해 국가의사를 결정하는 것 자체가 민주주의이다. 하지만 대의제 하에서 ‘국민에 의한 지배’는 오히려 ‘국민에 의해 선출된 대표에 의한 지배’로 변화되어 버린다.

그래서 대의민주주의의 ‘민주성’에 대한 의문 또한 다양하게 제기되고 있다. 대의민주주의를 실제 운영해 보니, 민주주의 선진국에서조차 대의민주주의의 현실에 대한 불만이 누적되면서 저마다 현실정치의 비민주성을 고발하는 경우가 많아지고 있다. 이러한 대의민주주의의 문제점과 비판을 이해하기 위해서는 우선, 민주주의가 무엇인지, 민주주의의 본질 문제를 재차 살펴보지 않을 수 없다.

2. 민주주의의 본질

가. 민주주의의 본질에 대한 의문

여러 가지 정치체제에 대한 역사적 경험의 결과, 이제 민주주의는 누구

7) 샤흐슈나이더(Elmer Eric Schattschneider)의 저서 『절반의 인민주권』에 실린 데이비드 아더매니의 1975년판 서문 중에서 인용(E. E. 샤흐슈나이더, 현재호·박수형 옮김, 절반의 인민주권, 후마니타스, 2008, 21쪽 참조).

도 부정할 수 없는 ‘좋은 정치’의 대명사로 인식되고 있다. 심지어 전혀 민주적이지 않은 정치체제이면서 독재나 전체주의를 은폐하고 가장하기 위해 민주주의를 표방하기도 한다. 이처럼 민주주의가 ‘좋은 정치’를 대표하는 이유는 적어도 지금까지 우리에게 알려진 정치체제 중에서 민주주의야말로 구성원들의 자유와 평등이라는 기본적 인권을 실현하는데 제일 나은 방법이라는 것을 알게 되었기 때문이다.

그러나 민주주의에 대한 과도한 예찬과 무분별한 사용으로 인해 민주주의에 대한 이해가 오히려 더 어렵고 혼란스러워진 면도 나타났다. 예컨대 다수결이 적합하지 않은 사안에서조차 민주적 의사결정을 선호하는 경우가 있으며, 때로는 그다지 민주적이지 않은 정치질서를 ‘자기식 민주주의’라고 주장하는 경우도 있었다.⁸⁾ 이러한 혼란을 극복하기 위해 다시금 민주주의가 무엇인지를 확인해 볼 필요가 있다.

하지만 민주주의의 본질이 언제나 분명하게 확인되는 것은 아니다. 예컨대 영국이나 스웨덴처럼 형식적이거나 군주와 귀족이 존재하는 신분제 사회임에도 불구하고 그 나름으로는 민주주의가 정착되었다고 평가하기도 하며, 민주주의의 원조라 일컬어지는 미국에 대해 반민주성을 비판하는 경우도 많다.⁹⁾ 이러한 차이는 무엇보다 민주주의를 이해하는 강조점이 다르기 때문에 나타난다.

8) 예컨대 ‘중국식 민주주의’가 그러하다. 지난 2014년 시진핑 주석은 서구 민주주의를 부정하면서 ‘중국식 민주주의’를 강조한 바 있다. “시진핑, 중국식 민주주의 강조” 경향신문 2014. 9. 22. 자 기사 참조. 관련 문헌으로 이희욱, 중국의 새로운 민주주의 탐색, 성균관대 출판부, 2014; 김예경, 중국식 민주주의란 있는가?, 의정연구 제21권 제1호(통권 제44호), 231-238쪽 참조.

9) 예컨대 로널드 드워킨은 ‘다수결 민주주의’에 대비되는 ‘동반자 민주주의’라는 민주주의 이해를 토대로 미국의 민주주의에 심각한 결함이 있다는 입장을 피력하고 있다. 로널드 드워킨, 흥한별 역, 민주주의는 가능한가, 문학과지성사, 2012, 175쪽 이하 참조; 민주주의에 대한 불만 지점을 정리한 것으로 마이클 샌델, 안규남 역, 민주주의의 불만, 동녘, 2012, 394쪽 이하 참조.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

분명 민주주의를 이해하는 관점(민주주의 이론)에 따라 민주성에 대한 평가는 달라질 수 있다. 이 글에서 다루는 ‘참여민주주의’나 ‘심의민주주의’ 역시 민주주의 이론 중의 하나일 뿐이며, 여기서 논쟁의 대상이 되고 있는 대의민주주의 역시 ‘대표를 통한 실현가능성의 확보’를 중심으로 민주주의를 이해하는 하나의 관점을 제공하는 것일 수 있다. 근자에 논의되던 ‘전자민주주의’나 혹은 ‘풀뿌리민주주의’를 주장하는 경우도 마찬가지이며, 최근에는 세계화(globalization)에 따른 민주정치의 상황과 여건의 변화로 인해 근대 국민국가체제가 도전을 받게 되면서, 세계화 시대에 대의민주주의의 한계성과 민주주의의 새로운 변화 가능성을 제기하기도 한다.¹⁰⁾

그러나 아직은 그 어느 관점으로든 민주주의에 대한 최종적 이해에 이르렀다고 단정하기는 어렵다. 어느 한 관점에만 머물게 되면 더는 그 안의 문제점을 파악하지 못하는 문제가 있기 때문이다. 대의민주주의의 유력한 대안으로 주목되고 있는 참여민주주의나 심의민주주의 역시 그러하다.

그렇다고 민주주의를 언제나 주관적, 상대적으로만 이해할 수는 없다. 적어도 민주주의가 보편적 가치로 사용되려면 민주주의를 민주적으로 평가할 수 있는 공통의 기준이 필요하기 때문이다. 우리는 일단 그것을 ‘민주성’이라 부를 수 있을 것이며,¹¹⁾ ‘민주적’이라는 말은 민주주의의 본질적

10) 예컨대 민주적 정당성의 기초가 되는 ‘국민’의 범위 자체가 변하고 있는데 과연 대의민주주의가 앞으로도 계속 유효할지 문제가 제기되는 것이다. 한편, 새로운 시대로의 변화에 대의민주주의의 대안으로 ‘파수꾼 민주주의(monitory democracy)’를 제안하는 경우가 눈길을 끌고 있다. 파수꾼 민주주의라는 새로운 개념의 소개는 존 킨, 양현수 역, 민주주의의 삶과 죽음, 교양인, 2017, 872쪽 이하 참조.

11) 즉, 어떤 것을 ‘민주적’이라고 부를 수 있는 공통의 무언가를 특징짓는 것이다. 같은 문제 제기로 로버트 달(R. Dahl), 김왕식 외 3인 역, 민주주의, 동명사, 2006, 57쪽. 달은 민주주의 여부를 판단하는 8가지 기준을 제시하여 많은 지지를 받기도 하였는데, ① 선거권 ② 피선거권 ③ 정치인이 지지와 투표 획득을 위해 경쟁할 권리 ④ 자유롭고 공정한 선거 ⑤ 결사의 자유 ⑥ 표현의 자유 ⑦ 정보의 대안적 요소 ⑧ 공공정책 결정 제도가 투표 및 다양한 선호 표현에 의존하는 것을 들 수 있다. 아렌트 레이프하트, 김석동 역, 민주주의의 유형, 성균관대 출판부, 2016, 82쪽.

속성인 ‘민주성’을 내포한 어떤 대상을 꾸미는 말이라 볼 수 있다.

나. 자유와 평등의 실현을 위한 민주주의

만약 의사결정에서 단지 지혜로움이 중요하다면 반드시 민주주의가 올바른 방법이라 단정하긴 어려울 것이다. 일찍이 플라톤(Platon)이 공공선(common good)의 실현에 적합한 철인정치를 강조하였던 것은 지혜와 같은 덕이 존재한다고 전제했기 때문이다.¹²⁾ 그러나 설령 그러한 지혜가 존재한다 하더라도 지혜를 갖춘 철인에 의한 통치란 불가능한 일이다.¹³⁾ 민주주의 자체가 지혜로운 결정의 가능성을 담보하는 것도 아니다. 칼 포퍼(Karl Popper)는 민주주의에 있어 가장 중요한 것은 선거나 투표로 현 정부를 끌어내릴 수 있다는 점이라고 보고, 피를 흘리지 않으면서 정부를 교체할 수 있다면 누가 통치하느냐는 중요하지 않다고 하였다.¹⁴⁾ 하지만 선거에 의한 정권교체 가능성이 실제 중요하다는 점을 부정하긴 어렵지만, 그것만으로 민주주의의 가치를 충분히 설명하기는 어렵다. 민주적 의사결정 방법의 가치는 결국 ‘구성원 다수의 자유롭고 평등한 의사에 기초한 결정’이라는 점에서 찾을 수 있을 것이다. 실로 민주주의가 의사결정 방법으로서 ‘정당한’ 이유는 그 결정의 내용적 타당함이나 정권교체의 가능성 등에 있는 것이 아니라, 바로 그 구성원들의 ‘자치’를 가능하게 하고 또 구성원들이 동등한 자격에서 참여할 기회가 보장되는 것이기 때문이다. 게다가 현실에서 진리

12) 플라톤에 따르면 ‘덕이 있는 자’가 자기 자신을 지배할 생각을 하지 않는 경우 받게 되는 가장 큰 벌은 어떤 돈이나 명예의 문제가 아니라 ‘자기만 못한 사람의 지배를 받는다는 것’으로 본다. 이에 대해서는 플라톤, 조우현 역, 국가, 율재선택권 제2권, 2013, 54쪽(원전 제1권 제19장) 참조.

13) 버틀랜드 러셀, 서양철학사, 을유문화사, 2011, 168-169쪽 참조. 즉, 지혜란 선에 대한 지식에서 성립하며, 선이 무엇인지를 아는 사람은 옳은 일을 행한다는 결론이 도출된다는 것이다. 그러나 러셀은 이러한 가정이 비현실적인 것이라 비판한다.

14) 칼 포퍼, 허영은 역, 삶은 문제 해결의 연속이다, 부글, 2013, 40쪽.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

가 무엇인지 불확실하고 또 그것을 발견할 가능성이 없다면, 국민의 의사에 따른 의사결정이야말로 – 그들 자신의 운명을 스스로 결정짓는 – 최선의 결정방식이라고 할 수 있다.

반면, 국민의 정치적 자율성, 자치와 평등한 참여를 허용하지 않는 경우, 설령 외견상 민주적 절차와 형식을 취하고 있더라도, 우리는 그것을 진정한 의미에서 민주주의라 부를 수는 없다. 또한, 민주주의 하에서 오히려 내용적 타당성만을 강조하면서 자기 생각만이 옳다고 강변하는 행동은 적어도 진리나 가치의 상대성과 다양성을 전제로 하는 민주주의적 태도와는 거리가 멀 것이다.

다. 민주주의의 본질적 징표들

헌법은 중요한 민주주의의 핵심 징표들을 규정하고 있다. 대표적으로 헌법 제1조에서 민주공화국의 선언과 국민주권을 규정한 것을 비롯하여 기본적인 인권으로서 자유와 평등의 보장, 가치의 다양성과 상대성, 다원성의 존중, 의회주의, 대의제, 선거를 통한 정권교체의 가능성, 임기제도, 대표의 책임성과 민주적 통제 수단, 당내 민주주의 질서를 갖춘 정당제도, 국정의 공개성과 국민의 참여 가능성, 다수결의 원칙, 사법적 권리구제제도, 헌법재판 등 소수자의 보호 등이 그러하다. 어느 정도 가감의 여지는 있겠으나, 헌법의 민주성이란 우리가 오랜 역사적 경험을 통해 지혜를 모으고 그래서 올바른 것이 무엇인지를 고민한 결과 그것을 담보하기 위해 최소한으로 필요한 사항이라고 (관념적 의미에서) 사회적 합의에 이른 사항들, 대체로 헌법전에 드러난 위와 같은 징표들을 통해 확인될 수 있을 것이다.

하지만 이것으로 최소한의 민주주의 요소가 확보된 것이지, 민주주의가 완성된다는 것은 아니다. 헌법은 민주주의의 몇 가지 본질적 요소를 규정함으로써 정치질서의 법적 토대를 확정하였지만, 다른 한편 민주주의의 새로운 변화와 발전의 가능성을 열어두고 있기 때문이다. 예컨대 자유 선거

의 원칙은 헌법상 보통, 평등, 직접, 비밀선거의 원칙을 넘어 선거의 민주성을 강화하기 위해 새롭게 추가된 요소라고 평가될 수 있다. 따라서 헌법상의 민주주의는 - 자유민주주의나 사회민주주의나 하는 - 어느 특정한 정치이념이나 특정한 민주주의 유형을 뜻하는 것이 아니라 다양한 민주주의 이해를 담아낼 수 있는 포용적인 개념이고 또 새로운 변화 가능성을 내포한 개방적 개념이다. 따라서 헌법적으로 요청되는 최소한의 핵심 요소를 부정하는 것이 아닌 한 새로운 민주주의 이해 또한 정당한 헌법해석을 통해 헌법질서 안으로 수용될 수 있다. 참여민주주의나 심의민주주의의 요소 역시 이런 식으로 헌법의 체계 안에 수용될 수 있다. 다만 어떠한 모습과 범위에서 기존 질서 안에 수용(제도화)될 수 있는지, 기존 질서 변화의 한계는 어디까지인지는 별개의 문제이다.

라. 민주성의 구체적 판단 문제

헌법에서 ‘민주성’을 인식하기 위한 여러 징표가 제시되어 있더라도, 구체적으로 어떤 개별 제도의 민주성 여부를 평가하기란 쉽지 않다. 단순히 어떤 민주적 절차가 마련되어 있고 그것을 형식적으로 거쳤다 하더라도, 때로는 그 민주성에 충분히 만족하지 못할 수 있기 때문이다. 예컨대 법률안에 대한 진지한 숙고 없이 단지 다수의 힘만으로 통과된 법률이 있을 때 그것이 설령 최소한의 절차를 준수한 것이라고 한들 그 법률의 민주성에 얼마나 만족할 수 있을까. 또 대통령의 국무총리 임명에 국회의 동의를 얻도록 하여 민주적 정당성을 확보하도록 하고 있음에도 불구하고 인사청문회가 파행적으로 이루어지거나 국민 여론이나 국회의 반대에도 불구하고 임명을 강행하였다면 그 민주성에 대해 의문을 가질 수밖에 없을 것이다.

따라서 국가작용의 민주성 확보를 위해, 예컨대 법률의 제정이든, 중요한 국가계획의 수립이든, 대통령의 국무위원 임명이든, 한편으로는 관련 제도의 형식적 준수가 필요하며, 다른 한편 거기에 얼마나 실질적인 ‘참여’가

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

보장되고 있는지, 가치의 다양성과 구성원의 자율성이 얼마나 존중되고 있는지, 구성원들에 대한 동등한 배려와 기회가 보장되고 있는지, 선거를 통한 정권교체의 실질적인 가능성이 있는지, 헌법재판처럼 소수자의 보호를 위한 제도가 얼마나 활성화되어 있는지가 항상 문제 된다. 이러한 여러 민주적 요구들이 실질적으로 확보되지 않는 한, 해당 국가작용의 민주성은 단지 ‘외견상의 민주성’에 불과한 것이 될 수도 있다.

한편, 민주성의 평가에 있어서 함께 고려할 점은, 바로 민주성의 요구에도 한계가 있다는 점이다. 예컨대 의사결정의 ‘효율성’은 의사결정이 필요한 개개 사안의 성질에 따라서는 – 이를테면 정의나 구체적 타당성의 요청에 따라서 – 민주성보다 더 우선시되는 때도 있을 수 있다. 또한, 국정의 공백을 방지하기 위해 국가조직의 안정적 유지가 강조되는 예도 있다. 예컨대 독일기본법 제69조 제3항은 연방총리나 연방장관이 사퇴하더라도 “그 후임자가 임명될 때까지 계속 직무를 수행할 의무”를 부여하고 있다. 그 밖에 국가작용별 성질에 따라 민주성만으로 충분하지 않은 때도 있다. 사법작용의 경우 사법적 판단의 합리성이나 공정성이 민주성만큼 중요하거나 민주성보다 더 우선될 여지가 있다. 이렇게 볼 때, 민주성은 단지 ‘유무의 문제’가 아니라 ‘정도의 문제’라 할 수 있으며, 또 민주성 외에도 효율성, 구체적 타당성, 안정성, 합리성, 공정성 등과 같은 다른 가치가 존재하면서 민주성과 서로 경합하고 경쟁할 수도 있다는 점을 기억할 필요가 있다.

Ⅲ. 대의민주주의에 대한 불만과 문제점

1. 대의제의 특징

가. 대표의 자유위임

대의제를 취하더라도 대표의 활동이 위임자의 의사에 구속되는 ‘기속위

임'을 따를 것이냐, 아니면 단지 위임자의 신임만 있으면 위임자의 의사와 관계없이 자유롭게 활동할 수 있는 '자유위임'을 따를 것이냐는 근본적인 문제가 남아 있다.

대표를 통해 의사를 결정한다는 것은 국민에 의한 직접적 의사결정이 불가능하다는 것을 전제로 한다. 따라서 대의제는 복잡, 전문화된 정치현실 속에서 공동체적 의사결정의 가능성을 확보하기 위한 불가피한 귀결이라 할 수 있다. 그렇다면 자연스럽게 자유위임이 대표의 활동방식이 된다.

만약 대표가 기속위임에 따른다고 가정한다면, 과연 '위임자의 의사'를 어떻게 확인할 수 있는지가 역시 문제 될 수 있다. 위임자의 의사가 '국민의 일반의사'라면 그것은 당장 확인하기 어려운 것이다. 그게 아니라 구체적 의사로 위임자의 의사를 확인될 수 있다면 구태여 대의제를 취할 이유가 없을 것이다. 그러므로 기속위임은 대의제의 취지에 논리적으로 모순된다.

에드먼드 버크(E. Burke)는 의원의 판단과 행동에서의 자주성 문제에 대하여 '자유위임'을 옹호하면서도 국민의 이익을 위해 판단할 의무를 선거인에게 진다고 하였지만,¹⁵⁾ 슈페터(J. Schumpeter)는 '국민의 의사' 자체를 부인하면서 민주주의를 '정치인이 지배하는 것'으로 보았다.¹⁶⁾ 하지만 자유위임을 취한다고 하여 슈페터처럼 '국민의 의사'를 부인해야 하는 것은 아니며, 대의제를 채택하는 이상 그 본성상 자유위임도 함께 요구되는 것이라 볼 수 있을 것이다.

결국 자유위임 하에서 국민의 의사는 대표를 선출하는 데 그치게 된다.

15) 즉, "의원은 일단 선출되면 국민과 제국의 이익에 책임을 지게 되며, 그의 판단이 선거인들의 판단과 일치하든 않든 간에 자기 나름의 최선의 판단으로 행동할 의무를 선거인들에게 진다."는 것이다. 에드먼드 버크에게 있어서 의원은 법률과 정치의 원리들을 자신의 선거인들에게서 배우는 것은 아니라고 할 수 있다. 이에 대해서는 조지 세이빈·토머스 솔슨, 성유보·차남희 역, 정치사상사2, 한길사, 2005, 903쪽 참조; 버크에 대해 더 자세한 것은 군나르 시르베크·닐스 길리에, 윤형식 역, 서양철학사, 이학사, 2016, 565쪽 이하 참조.

16) 조셉 슈페터, 이영재 역, 자본주의·사회주의·민주주의, 한서출판, 439쪽.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

또 국민은 단지 대표를 선출하는데 관여한 대가로 대표의 의사에 구속되는 셈인데, 그것이 과연 ‘민주적 지배’인지가 여전히 문제 된다. 더구나 대표가 ‘국민을 위해’ 활동하지 않을 가능성이 있다면 그 대의제적 지배의 민주적 정당성은 더욱 약화될 수밖에 없을 것이다.

나. 다수 대표의 의사와 국민의 의사

민주주의는 ‘다수의 의사’에 의한 의사결정이라, 다수의 지배로 나타나는 것이 보통이다. ‘만장일치’를 특별히 요구하지 않는 한,¹⁷⁾ 일반적으로 민주적 의사결정은 ‘다수결’로 정해진다. 만장일치의 어려움을 생각해 보면 다수결이란 ‘민주성’보다는 ‘의사결정의 가능성’을 높이려는 방법으로 채택된 것임을 쉽게 파악할 수 있다. 그러나 다수의 의사는 다수의 의사일 뿐이니 그 자체로 당연히 전체 국민의 일반의사가 되는 것은 아니다. 따라서 다수결은 의사결정의 효율성을 높이려는 방법이며, ‘일정한 조건 하에서’ ‘민주적 정당성’이 인정될 수 있을 뿐이다. 루소에 따르면 다수결의 법칙 자체가 ‘약속의 소산’이며, 적어도 한번은 만장일치가 있었음을 전제로 하는 것이다.¹⁸⁾

이것은 대표에 의한 의사결정 과정에서도 마찬가지이다. 이미 공동체의 구성원들은 대표의 선출을 ‘다수결’로 했을 뿐 아니라, 여러 대표 간의 의결에서도 역시 ‘다수결’에 의해 의사결정을 하게 된다. 그 결과 애초에 국민의 일반의사로부터 더 멀어지는 상황이 되었다. 일반의사의 구체화를 위한 다수결로 대표를 선출하고, 또 그 대표들의 의결과정에서 다시 또 다수결로 결정함으로써, 최종적 의사결정의 민주성은 그만큼 더 약화한 것이다.

17) “압도적 다수가 존재하는 경우 전체 의사와 일반의지 사이에는 별 차이가 없으며, 만장일치의 경우 전체의지와 일반의지는 완전히 일치한다.” 김용민, 장 자크 루소-자연의 창조적 회복을 주장한 문명 비판론자, 서양 근대 정치사상사(강정인·김용민·황태연), 책세상, 2007, 396쪽.

18) 장 자크 루소, 박은수 역, 사회계약론, 울재클래식 23, 2013, 34쪽(5장).

하지만 대의제는 바로 그런 ‘다수 대표의 의사’를 일정한 조건 하에 법적으로 ‘국민의 의사’로 귀속시키는 특징을 가진다.

다. 대의민주주의의 역설(逆說): 민주성의 약화를 감수한 민주주의의 실현

대의제는 민주주의의 실현을 위한 불가피한 방법이 되지만, 그와 동시에 민주주의에서 멀어질 위험성을 동시에 내포하게 된다. 즉, 대의제는 애초에 대표를 통해 결정되는 ‘국가의사’와 ‘국민의 의사’는 처음부터 분리되고 점점 더 서로 멀어질 수밖에 없는 태생적 문제를 내포한다. 대의민주주의는 민주주의의 실현 가능성을 얻기 위해 민주성을 양보한 것이기 때문이다.

그래서 대의민주주의의 역설은 바로 민주주의를 실현하기 위해 민주주의를 일부 양보한다는 점에 있다.¹⁹⁾

2. 대의제에 대한 비판

가. 대의제의 비민주적 현실

대의민주주의는 극단적으로 ‘국민 없는 민주주의’라 비판을 받기도 한다. 대의제는 사실상 국민과 동떨어진 ‘엘리트 민주주의’로 전락하였다는 것이다. 예컨대 아그놀리(Agnoli)에 따르면, 의회는 “정치적 과두지배세력이 내리는 결정을 아래로 전달하는 전통벨트에 불과”하며, 국민을 대표하는 것

19) 유사한 의미에서 ‘자유민주주의’의 역설을 지적하는 경우 입장도 참고해 볼 수 있다. 상탈 무페(Chantal Mouffe)에 따르면 민주주의적 권리가 행사되는 조건은 필연적으로 자유에 대한 존중을 강조하는 자유주의와 긴장 관계에 있게 되는데, 민주주의의 역설(The Democratic Paradox)은 자유를 위해 인민주권에 한계를 설정하는 것이 정당하다고 보는 부분에 있다는 것이다. 상탈 무페, 이행 역, 민주주의의 역설, 인간사랑, 2006, 18쪽 참조.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

이 아니라 거꾸로 ‘보통의 시민들에 대해 국가를 대표하는 기관’으로 전도 되었다고 비판한다.²⁰⁾ 결국, 대의제는 ‘국민에 의한 민주주의’를 ‘국민에 대한 민주주의’로 전환하고 있다는 것이다.

또한, 대의제 하에서 대표들은 ‘국민을 위한 정치’를 하여야 하지만, 실제로는 특정의 이해관계나 특정 계층의 이익만을 대변함으로써 그 밖의 국민을 소외시킬 가능성이 있다. 그리고 헌법 제46조 제2항의 요구와 달리,²¹⁾ 대표 자신의 이익을 국가(국민)의 이익으로 위장하여 사리 사익을 추구할 위험성도 있다.

이러한 대의민주주의의 위기를 배경으로 등장하는 것이 바로 ‘포퓰리즘’(대중영합주의)이다.²²⁾ 기존 대의제 하에서 소외된 사람들을 자극하는 포퓰리즘적 태도로 대의민주주의 자체를 공격하는 것이다. 예컨대 포퓰리즘의 일반적 특징이라 할 수 있는 ‘적과 우리’의 이분법적 사고를 취하거나, 국민에 대한 호소와 선동, 불안의 정치, 지도자의 카리스마 등을 이용함으로써 민주정치를 더욱 훼손하는 것이다. 포퓰리즘과 대의민주주의는 같은 형식 하에서 일어나는 일이지만, 갈등의 표출과 해결의 과정에서 반비례적 관계를 보여주는 차이가 있다는 지적도 있다.²³⁾ 즉, 현대 사회의 여러 사회경제적 위기와 여러 계층 간의 갈등상황을 대화와 양보를 통해 얼마나 평화적으로 해결할 수 있는지를 서로 다르게 보여준다는 것이다. 어쨌든 포퓰리즘 자체가 대의민주주의의 취약한 민주성에 따른 반작용이라고 본다면, 포퓰리즘의 극복은 곧 대의민주주의의 민주성 강화와 맞물려 있는 것

20) 주정립, 포퓰리즘과 민주주의, 민주화운동기념사업회 연구소 편, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 2010, 187쪽 참조.

21) “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”

22) 포퓰리즘이란 대중 혹은 민중을 뜻하는 라틴어 ‘포퓰루스 populus’에서 유래하며, 보통 사람들의 요구와 바람을 대변하려는 정치 동원 양식으로 정의되고 있다. 박상훈, 민주주의의 시간, 후마니타스, 2017, 274쪽 이하 참조.

23) 주정립, 포퓰리즘과 민주주의, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 민주화운동기념사업회, 180쪽.

이라 볼 수 있다.

나. 대의제를 부정할 수 있는가?

그렇다면 비민주성을 이유로 대의제를 포기할 수 있는가? 불가능하다. 대의제의 여러 문제점에도 불구하고 직접민주제적 방식에 의한 국민의 의사형성은 여전히 불가능하기 때문이다. 오늘날 기술의 발달로 전자민주주의를 주장하는 경우도 있지만, 전자민주주의는 기술적 가능성만을 보여줄 뿐 의사결정의 왜곡 가능성에 무력하며, 언제나 컴퓨터 단말기를 통해 직접민주제를 실현할 수 있는 것도 아니다.²⁴⁾

또한, 대의제의 부정 자체가 허구적이다. 대의제라 칭하지 않더라도 정치적 생활관계에 있어서 대표는 어떤 형태로든 존재할 수밖에 없기 때문이다. 다시 말해 대의제는 새로운 발명일 수 있지만, 대표의 존재는 자연스러운 현상에 속한다. 그래서 대의제를 부정한다는 것은 결국 대표를 사실상의 존재로 남겨두면서 단지 대의제라는 제도를 규범의 영역에서만 축출하는 것에 불과할 것이다. 하지만 우리는 대의제를 원칙적인 제도로 채택함으로써 사실상의 대표를 규범 안의 존재로 공식화하였고, 이로써 대표에 대한 국민의 신임과 민주적 통제의 가능성을 그나마 관철할 수 있었다.

3. 대의제의 민주성 보완

결국, 대의제로 인해 약해진 민주성을 어떻게 강화할 것인지를 중심으로

24) 최근 전자기록의 위·변조가 불가능하다고 평가되는 블록체인 기술이 등장하면서, 이를 이용한 전자민주주의 구현 가능성이 다시 부각되고 있다. 그러나 개인정보나 관련 데이터의 보호, 접근성의 문제 등 해결해야 할 점이 함께 지적되고 있다. 관련 문헌으로 김진영, 블록체인기술 활용에 관한 공법적 과제와 개선방안, 과학기술법연구 제24권 제2호, 한남대 과학기술법연구원, 2018, 58쪽 참조.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

논의의 초점이 모아질 필요가 있다. 그러한 맥락에서 다양한 민주주의의 유형들, 예컨대 참여민주주의나 심의민주주의 역시 대의민주주의를 근본적으로 부정하면서 제시된 대안일 수 없으며, 단지 대의제의 민주성 강화를 위한 이론적 모색으로 이해되어야 한다. 설령 심의민주주의가 ‘직접민주주의’에 대한 향수를 내포한 것이라 하더라도, 대의제의 보완논의로 한정되지 않는다면 비현실성의 굴레를 벗어나기 어렵다.

참여민주주의나 심의민주주의를 거론하기에 앞서, 이미 대의민주주의의 민주성을 강화하기 위한 여러 가지 제도가 마련되고 있다. 이것은 대의제가 대의‘민주주의’이기 위한 최소한의 조건이라 할 수 있다.

첫째, 대의제의 민주성은 민주적인 선거와 임기를 통한 민주적 정당성의 한정을 통해 확보된다. 물론 선거는 과도적이거나 귀족주의적이라는 비판과 함께 추첨의 민주성을 강조하기도 하지만,²⁵⁾ 선거는 대표의 선출에 국민이 직접 참여하고 결정한다는 점에서 민주성을 가진다. 민주적인 선거를 위해 보통, 평등, 직접, 비밀선거의 원칙이 확립되어 있으며, 선출직 공무원의 임기를 헌법과 법률로 한정하여 명시하고 있다. 선거가 대표에게 민주적 정당성을 부여하는 제도라면, 임기는 민주적 정당성의 한정이다. 그렇게 한정된 정당성은 새로운 선거절차를 통해 ‘갱신’되어야 한다.

그러나 이 ‘당연한 것’이 당연하지 않았던 시절도 있었다. 예컨대 5공화국에서는 대통령을 대통령선거인단에서 간선하였으며, 유신헌법에서는 대통령을 통일주체국민회의에서 간접 선출하였고 국회의원 정수의 3분의 1을 대통령이 추천하면 다시 통일주체국민회의에서 간접으로 선출하였다.²⁶⁾ 이

25) 버나드 마넵, 곽준혁 역, 선거는 민주적인가, 후마니타스, 2007, 44쪽; 김주성, 심의민주주의인가 참여민주주의인가?, 한국정치학회보 42(4), 한국정치학회, 2008.12, 15쪽 참조.

26) 1972년 유신헌법 제40조 ① 통일주체국민회의는 국회의원 정수의 3분의 1에 해당하는 수의 국회의원을 선거한다. ② 제1항의 국회의원의 후보자는 대통령이 일괄 추천하며, 후보자 전체에 대한 찬반을 투표에 붙여 재적의원 과반수의 출석과 출석대의

처럼 민주적 정당성이 미약하면서도 강력한 권력을 행사하는 대표를 ‘대의 민주주의’의 대표로 인정하였던 것이다.

둘째, 대표의 민주적 책임성과 민주적 통제 방법에 의해 대의제의 민주성이 확보될 수 있다. 물론 민주적 책임성만을 강조하면 국정 안정성은 떨어질 수 있다. 그래서 의원내각제이든 대통령제이든 모두 대표의 민주적 책임성과 국정 안정성을 균형 있게 고려한 정부조직의 구성이 요구된다. 그런데 우리 헌법은 5년 단임의 대통령제를 취하여 상대적으로 안정성을 더 강조하는 선택을 하였다고 볼 수 있겠지만, 동시에 민주적 책임성의 면에서 취약한 결과가 되었다. 대통령의 권한을 부통령이 아니라 국무총리 등이 대행하는 것 역시 민주적 책임성을 약화시킨 경우로 볼 수 있다. 민주적 통제의 방법으로 국무총리나 국무위원에 대한 국회의 해임건의권, 인사에 대한 국회 동의권 등이 헌법에 규정되어 있으나 현실적으로 실효성이 크지 않은 상황에 있다.

셋째, 대의제의 민주성은 국정의 공개와 국민의 참여를 통해 확보될 수 있다. 자기 지배로서의 민주주의가 여전히 유효하려면 국정의 주요 사항이 국민에게 공개되고 국민이 다양한 방법으로 민주적 의사형성의 과정에 참여할 수 있어야 한다. 이러한 이유에서 국회의 회의는 공개하도록 하고 있으며(헌법 제50조), 국회의 국정감사와 조사권(제61조), 국무총리·국무위원·정부위원에 대한 출석요구권(제62조) 등이 마련되어 있다. 또한, 국민은 공무담임권, 언론의 자유, 집회의 자유를 보장받으며, 정당이나 각종 시민단체를 통해 국정에 참여할 가능성이 보장되어 있다.

그러나 현행 대의제 하에서 국정의 공개와 국민의 참여 요구는 다소 미흡한 상황에 있다. 특히 박근혜 정권 당시 언론의 자유 지수는 세계 70위로 상당히 낮게 평가되기도 하였고,²⁷⁾ 집회의 자유에 대한 과도한 제한 문

원 과반수의 찬성으로 당선을 결정한다. ……

27) 지난 2018년 4월 25일, ‘국경 없는 기자회견’이 발표한 2018 언론자유지수에서 한국이

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

제가 지적되었다.²⁸⁾ 무엇보다 정당의 조직과 활동에 있어서 민주성은 상당히 낮게 인식되고 있다.

넷째, 국민의 참여에 상응하여, 대표의 활동이 지속적으로 국민의 의사를 확인해 가는 과정에서 이루어질 때 대의제의 민주성은 강화될 수 있다. 이를 위해 국민의 여론을 정확하게 파악하여 국정으로 반영시켜주는 언론매체와 정당의 역할이 중요할 것이다. 여론조사 역시 이러한 이유에서 중요한 역할을 할 수 있다. 그러나 우리의 정치 환경에서 여론조사의 신뢰성은 높지 않다.²⁹⁾ 기존 언론매체와 정당 역시 신뢰 수준이 낮다는 것은 어제오늘의 일이 아닌 듯하다. 다만, 최근 인터넷과 스마트폰의 발달로 SNS, 소셜미디어의 활용이 늘어나면서 언론매체의 환경에도 큰 변화가 일어나고 있다.

한편, 대의제에서 국민의 참여와 국민적 의사의 확인은 단순히 여론이나 ‘사회적 선호’를 확인하는 데 그쳐서는 곤란하다. 사회가 더욱 고도화되고 전문화되면서 대표에 의해 의사결정의 전문성을 높일 수 있다는 대의제의 가정 자체가 한계에 봉착하고 있다는 점에서 더욱 그러하다. 이제는 대표, 공무원의 전문성과 능력의 한계를 보완하기 위해, 그리고 더 나은 의사결정을 위해, 국가는 민간 영역의 전문성과 능력의 협력을 받지 않으면 안 되게 되었다. 이러한 점에서 국민의 참여와 의사의 확인은 대의제에서 민주성을 강화할 뿐 아니라 의사결정의 전문성과 내용적 타당성까지 높일 수

180개국 중 43위를 기록했다. 이것은 2017년에는 63위, 2016년 70위, 2015년 60위, 2014년 57위, 2013년 50위였던 것에 비하면 상당히 상승한 것으로 보인다. 미디어오늘, 2018. 4. 25. 자 기사 참조.

28) 최근 집시법 제10조와 제11조에 대한 위헌결정이 내려지고 있는 점은 집회의 자유의 증진이란 점에서 긍정적으로 평가된다. 다만 집시법 제12조에 대해서는 아직 개선이 필요한 부분이 있다. 이에 대해서는 이장희, 교통 소통을 위해 집회를 금지할 수 있도록 한 「집시법」 제12조의 문제점과 개선 방향, 고려법학 제90호, 고려대 법학연구원, 2018.9, 265쪽 이하 참조.

29) “여론조사에는 여론이 없었다”, 허핑턴포스트코리아 2016. 4. 15. 자 기사 참조.

있는 방법이 되고 있다.

IV. 대의제 하에서 참여민주주의의 가능성과 한계

1. 참여민주주의의 의미와 배경

‘참여민주주의(participatory democracy)’는 어떤 전혀 새로운 민주주의가 아니라, 공동체 구성원들에게 더 많은 적극적인 참여의 권리를 보장하여 국정으로의 ‘참여’를 확대, 강화함으로써 (정치적 자유와 평등과 같은) 민주주의의 본질이 실현될 수 있다고 보는 민주주의관(觀)이다.

대의민주주의 하에서도 국민은 정치적 자유와 평등을 보장받으며 정치적 참여의 기회를 가질 수 있었다. 하지만 자유주의적 대의민주주의에서 대다수 국민이 정치적으로 소외되자 이에 대한 대안으로 참여민주주의는 국민의 정치적 참여를 강화하여 ‘자유와 평등의 실질적 보장’을 실현하고자 한 것이다.

한편, 공동체 구성원들의 참여를 요구한다는 점에서 참여민주주의는 이른바 ‘풀뿌리민주주의’와 유사한 면이 있다. 그러나 풀뿌리민주주의는 일상 생활에서 드러나는 모순과 갈등을 주민 스스로 참여하여 해결하는 (생활) 정치를 추구하며, 분권(decentralization)을 중요한 특징으로 한다. 여기서 분권이란 직접민주주의의 실현을 목표로 하면서 기존의 국가중심적 관료체제와 위계질서를 지양하는 것을 뜻한다.³⁰⁾ 그러므로 참여민주주의가 대의민주주의의 보완을 추구한다면, 풀뿌리민주주의는 대의민주주의의 극복을 과제로 삼는다는 점에서 서로 다르다고 평가된다.³¹⁾ 그러나 풀뿌리민주주의

30) 하승우, 풀뿌리민주주의, 민주화운동기념사업회 연구소 편, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 2010, 225쪽.

31) 하승우, 풀뿌리민주주의, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 224쪽 참조.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

의 이상적인 주장에도 불구하고 현실적으로 대의제를 부정할 수 있는 게 아니라는 점을 고려하면 양자의 구별이 쉽지는 않다.

이러한 점에서 대의민주주의와의 관계에서 ‘참여’를 강조하는 ‘참여민주주의’의 의미는 다시 두 가지 차원으로 구분해 볼 수 있다. 첫째, ‘대의민주주의의 안에서의 참여’를 강화하고자 하는 참여민주주의이다. 앞서 언급한 바와 같이 대의제의 채택으로 인해 필연적으로 약화하는 민주성을 다시 회복하고 보완하기 위한 요소로 실질적이고 폭넓은 ‘참여’를 강조하는 것이다. 둘째, 이른바 ‘풀뿌리민주주의’의 맥락에서 시민들의 직접 참여를 강조하는 것이다. 여기서 참여는 대의제 하에서 외부의 권위에 억눌린 시민들이 이제 그러한 권위에 맞서 스스로 자율적으로 결정하려는 것이다. 말하자면 더 이상 명목상의 주권자에 그치지 않고 실질적인 주권자로 행동하겠다는 의미로 해석된다.

2. ‘참여’의 목적, 방법과 한계

가. 참여를 통한 민주성의 강화

‘참여민주주의’는 국민이 직접 의사결정 하려는 것이 아니다. 여기서 말하는 ‘참여’란 대의제를 부정하려는 것이 아니라 대의제를 보충함으로써 그 민주성을 강화하려는 것으로 이해된다. 즉, 이것은 더 이상 정치적으로 소외된 국민으로 머물지 않고 적극적으로 의사결정의 과정에 참여함으로써 의사결정의 민주적 정당성을 높일 수 있다는 것이다.

또한 페이트만(C. Pateman)의 주장처럼, 참여민주주의는 ‘참여’를 통해 국민이 ‘자기 계발’을 가능하게 하므로, 참여의 교육적 기능을 인정하기도 한다.³²⁾ 다만, 대의제의 틀 안에서 ‘참여’를 어떠한 방식으로 얼마나 인정

32) 김비환, 이것이 민주주의다, 개마고원, 2013, 269쪽 참조.

할 것인지가 문제이다.

나. 참여의 방법과 제도의 유형

대의제에서 국민의 참여는 대표의 선출, 대표의 활동으로 단계를 나누어 살펴볼 수 있을 것이다.

첫째, 대표를 선출하는 ‘선거에서의 참여’이다. 선거의 민주성은 단순히 4가지 선거원칙에 따라 형식적으로 국민이 투표함으로써 달성되는 것은 아니다. 선거의 결과가 가능한 한 민의를 정확하게 반영할 수 있을 때 선거의 민주성이 확보될 수 있을 것이다. 그러기 위해서는 후보자에 대한 정확한 검증과 선택을 할 수 있어야 한다. 후보자의 생각과 정보가 정확하게 공개될 것을 전제로 선거인의 의사가 자유롭게 표출되고 교환될 수 있어야 한다. 선거의 공정성 역시 중요한 가치임이 틀림없으나, 그것은 선거의 자유를 과도하게 제한하지 않는 한도에서 확보되는 것이 바람직할 것이다. 그러나 현행 선거법은 대체로 선거의 자유보다는 선거의 공정성에 많이 치우친 결과 국민의 선거 참여를 상당히 많이 제약하고 있다고 보인다.

둘째, 대표의 활동에 다양한 방식으로 ‘참여’하는 것이다. 국가작용을 촉구하기 위해 ‘청원’할 수 있으며, 각종 공청회나 시민단체의 활동을 통해 적극적으로 현안에 대한 의견을 개진할 수 있다. 또 언론매체나 집회를 통해 의사를 표출할 수도 있다. 또 정치자금법이라는 법적 토대 위에서 특정 정치적 입장을 지지하기 위해 정치후원금을 제공하는 것 역시 간접적이지만 참여의 방법에 해당할 수 있다.

현실적으로 가장 중요한 참여방법이 있다면, 바로 정당이다. 민주적 의사형성의 매개라는 정당 본연의 기능을 더욱 활성화하여 민주적 참여의 수단으로 강화하는 것이다. 정당은 더욱 대중정당으로 나아가 국민의 생활현장과 국가의 의사결정 과정을 실질적으로 연결해야 한다. 그러기 위해서는 헌법 제8조에서 규정하듯이, 당내 민주주의의 확립이 선결 조건이 된다.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

최근에는 ‘공론화위원회’를 통한 시민의 의사결정 참여가 나타나고 있다. 대표적으로 2017년 신고리 5·6기 건설중단에 대한 의사결정을 위해 시민 참여단의 숙의를 통해 얻은 결론을 문재인 대통령이 적극적으로 수용하였던 사례가 있었다.³³⁾ 또 2018년 8월에는 ‘대입제도개편 공론화위원회’가 2022학년도 대입제도 개편 권고안을 발표하였는데, 이 과정에서 16만 명 이상의 시민들이 웹사이트 내 ‘모두의 대입발언대’를 방문하여 1만 건 이상의 국민참여의견을 제시하였고, 교육부는 이 권고결과를 반영하여 2022년 대학입학제도 개편방안을 최종 발표하였다.³⁴⁾

공론화위원회는 그 자체로 법적 구속력을 갖는 의사결정을 하거나 최종적인 의사결정의 주체는 아니지만, 대의민주주의를 보완하기 위하여 시민이 중요한 의사결정의 과정에 직접 참여하고 또 숙의(심의)할 수 있는 유용한 제도로 주목받고 있다. 또 실제로 국가기관이 그 의견을 존중하여 반영하는 사례가 쌓이면서 활용성이 더 커질 것으로 예상된다.

그 밖에도 헌법재판 자체를 국민의 민주적 참여의 시각에서 풀어내는 주장도 개진되고 있다.³⁵⁾ 이것은 또한 헌법재판에 민주적 참여의 의미를 담아 낼 수 있도록 제도 개선의 노력을 해야 한다는 의미를 담고 있다고 보인다.

다. 참여의 한계와 문제점

참여민주주의에서 국민의 정치적 참여는 ‘공공선’을 실현하기 위한 공적 관심과 적극적인 참여의 자세에서 비롯하는 것이어야 한다. 그러나 국민적 참여의 중요성과 필요성에도 불구하고, 현실적으로 그것이 다른 정치적 견

33) 자세한 것은 신옥주, 공론화위원회를 통한 신고리 5·6호 건설중단 결정방법의 문제점과 개선방안 연구, 국가법연구 제14집 제1호, 한국국가법학회, 2018. 2, 1~30쪽 참조.

34) “모두의 대입발언대” 공론화위원회 웹사이트 참조(<https://www.edutalk.go.kr/>).

35) 이황희, 헌법재판과 공적 참여, 헌법실무연구 제18권, 헌법재판소 헌법실무연구회 편, 2017, 38쪽 이하 참조.

해에 대한 적대적 감정을 발산할 동기에서 혹은 사적 이익을 추구하고 관철하려는 의도에서 오·남용될 가능성도 있다. 또 참여가 포퓰리즘의 형태로 오용될 가능성도 있다. 즉, 의회의 반대에 부딪힌 집권자가 참여란 이름으로 정규의 정치과정을 우회하여 바로 국민과 상대함으로써 정책수립과 집행을 관철하는데 사용할 가능성이 있다.³⁶⁾

게다가 모든 사람의 참여가 현실적으로 불가능한 상황에서, 시간과 여유를 가진 특정 사람들에 편중되어 참여가 이루어진다면 대표성을 가지지 못한 일부 사람들에 의해 의사결정이 좌우되는 문제가 생길 우려도 있다. 이런 정도로는 여전히 대의제적 문제 상황에서 벗어나지 못할 것이고, 단지 그런 수준의 참여만으로는 대의제의 민주성이 보완·강화되었다고 보기 어려울 수 있다.

심의와 참여를 구별하려는 입장에서, 이성적 심의와 달리, 참여는 감정적인 선동으로 지배되기 쉽다는 점을 지적할 수도 있겠다. 그리고 서로 다른 정치적 견해를 가진 사람들이 다양성을 존중하고 관용하지 않는 상황에서는 정치참여 자체가 어려울 수 있지만, 그 경우 참여를 한다고 하더라도 집단들 간의 대립만 키울 뿐 어떤 실질적인 성과로 이어지기는 어렵다는 점을 지적하기도 한다.³⁷⁾

현실적으로 대의제의 배경이 된 사회의 규모와 사안의 복잡, 전문성은 참여의 한계가 될 수도 있다. 사회의 규모가 클수록 그리고 사안의 전문성과 신중한 판단이 요구될수록 대중적 참여의 여지가 제한될 필요성도 부정하기 어렵다. 그러나 참여민주주의를 지나치게 강조하면 아무런 전문지식도 없고 합리적·이성적 사고능력도 갖추지 못한 사람들이 단지 참여란 이

36) 이러한 지적으로 최창렬, 대의민주주의의 대안으로서 심의민주주의에 대한 고찰, 인문사회논총 제15호, 2008, 7쪽.

37) 김주성, 심의민주주의인가, 참여민주주의인가?, 한국정치학회보 42(4), 한국정치학회, 2008. 12. 11쪽.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

름으로 의사결정 과정에 너무 깊이 관여하게 되는 문제가 발생할 수 있다.

가장 큰 문제는 참여하는 주체의 ‘대표성’을 인정할 수 있는지에 있다. 적극적으로 참여하고 목소리를 높이는 사람에게 그렇지 않은 사람들을 대변하는 지위를 인정할 수 있을까? 적어도 우리는 대의제 하에서 대표는 선거를 통해 민주적 정당성을 부여받음으로써 ‘대표성’을 획득하였다고 할 수 있지만, 단지 ‘참여’하는 사람들에게 그들이 시민 중의 일부라는 사실만으로 그들에게 어떠한 ‘대표성’을 어떠한 근거에서 어디까지 인정할 것인지 확실하지 않다.

마지막으로 참여를 제도화하더라도 거기에서 대표의 의사결정에 대한 최종적, 법적 구속력을 인정하기는 어렵다는 문제가 있다. 우리는 대표가 양심에 따라 자율적으로 결정한다는 전제하에 우리는 대표에게 책임을 묻고 통제할 수 있지만, 대표의 의사가 참여 국민의 의사에 전적으로 구속된다면 - 그것은 이미 대표의 의사가 아니라 국민의 의사이므로 - 그 대표에게 책임을 묻기가 어려우며, 무엇보다 자유위임의 원리에 반하기 때문이다. 반면에 풀뿌리민주주의의 시각에서는 ‘대의원’을 자유위임 하에 있는 대표가 아니라 ‘명령적 위임(mandat imperatif)’을 받는 대리인이라고 보는 듯하다. 이 점에서 참여민주주의는 대표의 자유위임을 여전히 전제한다는 점에서 풀뿌리민주주의의 참여와 서로 구별할 필요가 있다.

3. 참여민주주의의 성공 조건

그렇다면 참여민주주의가 성공적으로 안착할 수 있는 ‘조건’이 무엇인지 문제 된다. 아무래도 국민의 참여가 ‘공공선’의 실현에 이바지하려는 목적에서 이루어질 것이 중요할 것이다. 그리고 현실적으로 모든 사람의 참여를 요구하는 것이 아닌 이상, 어쨌든 가급적 모든 사람에게 참여의 ‘기회’를 제공하고 보장하는 것이 중요하다. 그런 점에서 언론의 자유나 집회의

자유에 대한 보장의 ‘정도’는 민주성의 정도를 평가의 기준이 될 수 있다.

또한, 참여의 가능성을 높이기 위해 중앙 단위에서의 참여와 지방자치에서의 참여로 구분해서 접근해 볼 필요도 있다. 예컨대 중앙정치 수준에서 허용되기 어려운 참여수단이더라도 규모가 작은 지방정치에서는 허용하는 것이다.

나아가 참여제도의 투명성을 확보하는 것이 필요하다. 참여의 동기나 계기를 알 수도 없고 그것을 이유로 참여를 부정할 수도 없는 이상, 국민의 참여가 대표의 의사결정에 미치는 영향이 외부적으로 확인될 수 있는 제도의 디자인이 필요할 것이다.

참여 주체들 간의 이성적 태도와 상호 견해의 차이를 이해하는 관용과 지위의 대등성은 참여민주주의의 가능성을 좌우하는 조건이 될 것이다.³⁸⁾

V. 대의제 하에서 심의민주주의의 가능성과 한계

1. 심의민주주의의 의미와 배경

가. 대의민주주의에 대한 불만

심의민주주의(deliberative democracy) 역시 대의민주주의에 대한 불만을 배경으로 등장하였다. 앞서 살펴보았듯이, 대의민주주의에 대한 불만이란 바로 ‘국민의 자기 지배’를 뜻하는 민주주의가 대의제 하에서 ‘국민에 대한 지배’로 전도되고, 국민은 더 이상 민주주의의 주체가 아니라 대상(객체)으로 전락했다는 것이다. 근대 산업사회의 분업화된 사회구조가 그랬던 것처럼

38) 하지만 민주주의의 내면화가 공고하지 못한 우리의 현실에서 이것은 마치 1인 지배나 과두지배체제의 정당에게 당내 민주주의를 요구하는 것만큼이나 어려운 일이 될 것으로 생각한다.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

럼, 대의제는 역시 공공의 의사결정 문제를 전문가에게 맡기는 분업화된 정부형태에 불과하다고 볼 수 있다. 그러나 이제는 대표나 공무원의 능력이나 전문성이 국민을 능가한다고 단정하기 어려운 상황에서 여전히 대표 자신의 생각이 옳다고 강변하면서 여론을 무시하고 의사결정을 강행하는 것은 더 이상 국민적 공감을 얻지 못하게 되었다. 비민주적 의사결정의 현실에 무력감을 느끼는 국민은 이러한 현실의 원인을 소수 엘리트(직업정치인)의 지배인 대의제에서 찾게 된 것이다. 그리고 그 대의제의 실패에 대한 대안으로 심의민주주의가 등장하였다.

반면, 문제는 대의제의 실패가 아니라 대의제에 내장된 ‘심의성의 실패’에 있다는 견해도 있다. 이미 대의민주주의 안에는 삼권분립이나 법치주의, 기본권 보장 같은 심의 기제가 내장되어 있으며, 이것이 바로 대의민주주의의 성공 요인이라고 보는 견해이다. 이에 따르면 현대 사회에서 선호집합적 정치형태가 횡행하면서 ‘대의민주주의의 심의성’에 대한 신뢰가 훼손되었으며, 그 신뢰를 회복하기 위해 심의성을 강화하려는 노력이 바로 ‘심의민주주의’라고 이해한다.³⁹⁾ 여기서 대의민주주의의 ‘심의성’이란 ‘인민의 이익’을 추구하는 민주주의 요소라기보다는 ‘공공의 이익’을 강조하는 공화주의적 정치요소를 가리킨다고 본다.⁴⁰⁾

나. 심의민주주의의 사상적 배경

일찍이 루소는, 공동선(일반의사)은 개인적 선호와 독립하여 존재한다고 보았다.⁴¹⁾ 그러면서 루소는 일반의사와 개인의 선호가 서로 충돌할 때 개

39) 김주성, 심의민주주의인가, 참여민주주의인가?, 한국정치학회보 42(4), 한국정치학회, 2008.12. 6쪽 참조. 이러한 입장에 따르면, 심의민주주의는 참여민주주의로 이해될 수 없다고 본다.

40) 김주성, 위의 글, 20쪽.

41) 장 자끄 루소, 박은수 역, 사회계약론, 울재클래식 23, 2013, 50쪽(제3장) 참조.

개인들은 개인의 선호를 버리기가 어려울 수 있으므로 일반의사를 확인하여 실현하기 위해 – 즉, 개인적 선호가 일반의사에 대한 올바른 판별을 저해하지 않도록 하기 위해 – 개인들 간의 의사소통을 허용해서는 아니 되고, 집단적 토의보다는 독자적이고 개인적인 판단에 의해서만 투표하도록 해야 한다고 보았다.⁴²⁾ 슐페터의 ‘엘리트 민주주의’ 역시 시민을 민주주의의 주체로 적합하지 않다고 보고 또 시민의 정치참여는 경계해야 할 포폴리즘에 불과하다고 보았으며, 이익집단 간의 경쟁을 민주주의의 핵심으로 파악한 달(R. Dahl)의 다원주의 모델 역시 이러한 공적 토의(public deliberation)를 의심하고 부정하였다.⁴³⁾

반면, 심의민주주의는 1960-70년대 이와 같은 자유주의적 경향의 경쟁적-다원주의적 민주주의에 대항하여 등장하였다. 즉, 한나 아렌트를 비롯한 공화주의 진영의 문제 제기를 필두로 하버마스, 맥퍼슨 등은 ‘참여’와 ‘민주적 정당성’과 관련하여 문제를 제기하였다. 자유주의 내에서도 ‘정의론’의 저자인 롤스(J. Rawls)의 문제 제기가 이어졌다. 이러한 배경 속에서 미국의 헌법학자 벡셋(Bessette)을 시작으로 마닝(Manin)을 거쳐 코헨(Cohen), 하버마스(Habermas) 등에 의해 심의민주주의가 구체화하여 왔다고 정리된다.⁴⁴⁾

특히 하버마스는 “헌법이 더 이상 공적 권력의 담당자들을 규제하지 못한다면, 헌법이 국가활동의 모든 영역에 대해서도 더 이상 구속력을 갖지 못할 것임을 고려해야 한다. 헌법을 다른 방식으로 이해함으로써 이 효력

42) 임혁백, 시장·국가·민주주의, 나남, 2007, 45-47쪽 참조.

43) 이영재, 토의민주주의, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 2010, 257쪽.

44) 심의민주주의는 대체로 두 가지 이론적 토대 위에 전개되었다. 하나는 1980년대 주창된 하버마스(J. Habermas)의 ‘의사소통의 합리성’이며, 다른 하나는 자유주의와 공화주의의 발전적 계승이다. 심의민주주의는 자유주의로부터 양도할 수 없는 개인의 권리와 인권의 문제를 이어받고, 공화주의로부터는 공론장과 시민사회, 공공선 등을 이어받았다. 이영재, 토의민주주의, 민주화운동기념사업회 연구회 편, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 2010, 255-258쪽 참조.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

상실의 문제를 해결할 수 있을지, 아니면 헌법이 부분적 질서의 수준으로 축소되고 말지는 현재로서는 열린 질문이다.”라고 말한 그림(D. Grimm)의 문제 제기에 대해,⁴⁵⁾ ‘법에 대한 새로운 이해방식(법의 패러다임)’으로 ‘절차주의적 법이해’를 제안한 바 있다.⁴⁶⁾ 하버마스의 ‘절차주의적 법이해’는 그의 ‘의사소통적 합리성’을 구체화한 것이며, 심의민주주의 역시 마찬가지로 의사소통적 합리성의 맥락에 있는 것으로 볼 수 있다.

다. 심의민주주의의 내용과 특징

심의민주주의에서도 ‘민주적 정당성’의 문제가 핵심적 사항이다. 바로 이를 위해 심의민주주의는 시민들이 서로의 차이를 긍정하면서 서로를 자유롭게 평등한 존재로 인정하는 바탕 위에 ‘이성적 토의(=심의)’를 통하여 사회적 합의에 이르러야 한다고 본다. 또 그러한 합의는 단순히 ‘합리적 선택’의 결과가 아니며, 또 ‘선호집합적(aggregate preferences)’인 합의가 아니라, 공공선(common good)을 추구하는 특징을 가진다.⁴⁷⁾

심의민주주의의 대표적 이론가인 마넵(B. Manin)에 따르면, 민주적 결정 과정은 이미 존재하고 있는 인민의 의사(일반의사)를 ‘찾기 위한 과정’이 아니라, 인민의 의사를 ‘형성해 가는 과정’이라고 본다. 그리고 이러한 의사소통(심의)을 통해 개인의 선호가 ‘변할 수 있다는(바꿀 수 있다는)’ 것이 심의민주주의의 이론적 ‘전제’이다.⁴⁸⁾ 마넵에 따르면 인민의 의사가 앞서 주어져 있다는 루소의 가정이 비현실적인 것이며, 오히려 사람들이 민

45) D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt/Main 1991, 437(위르겐 하버마스, 한상진 박영도 공역, 사실성과 타당성, 468쪽에서 재인용)

46) 위르겐 하버마스, 한상진·박영도 공역, 사실성과 타당성, 나남출판, 2000, 469쪽.

47) 이영재, 토의민주주의, 민주화운동기념사업회 연구회 편, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 2010, 253-254쪽.

48) 김주성, 심의민주주의인가, 참여민주주의인가? 한국정치학회보 42(4), 한국정치학회, 2008.12. 12쪽.

주적 과정(심의)을 통해 다양한 정보를 알게 되고 다른 견해를 접하게 되면서 자신의 선호와 견해를 바꾸어 진정한 의사를 형성해 가는 과정이 바로 민주주의라는 것이다.⁴⁹⁾

심의민주주의의 또 하나의 특징은 바로 민주적 과정의 ‘불확실성’을 잘 드러내고 있다는 점에 있으며, 다수의 특권적 지위를 뜻하는 ‘다수의 주권을 부정’하는 데 적합하다는 점이다. 심의민주주의에서 ‘소수의 의사’는 단지 설득력이 덜한 의사일 뿐이고 ‘다수의 의사’는 가장 많은 사람이 선택한 의사일 뿐이지 일반의사와 같은 절대적 권위를 가지는 것이 아니라고 본다.⁵⁰⁾ 다시 말해, 현재의 소수 의사도 다음 기회에 더 많은 사람을 설득하게 되면 다수의사가 될 가능성이 열려 있다는 것이다.

2. 심의의 목적과 성격, 범위

가. 심의의 목적과 성격

민주주의에서 심의를 강조하는 이유는 바로 ‘민주적 의사결정의 정당성’을 확보하려는 데 있다. 하버마스의 용어에 따르면 ‘의사소통적 합리성 (communicative rationality)’에 의해 확보되는 정당성을 말한다.⁵¹⁾ 대의제 하에서는 국민의 의사, 정서에서 동떨어지고 심지어 주어진 현실에도 맞지 않는 불합리한 의사결정조차 그것이 다수결 등 최소한의 절차를 거쳤다면 규범적 효력을 인정하고 있지만, 심의민주주의의 시각에서 보면 그러한 형식적 의사결정만으로는 민주적 정당성을 인정하기 어렵다. 의사소통적 합

49) 임혁백, 시장·국가·민주주의, 나남, 2007, 49쪽.

50) 임혁백, 시장·국가·민주주의, 나남, 2007, 50쪽.

51) 의사소통적 합리성의 의미에 대해서는 김재현, 하버마스 사상의 형성과 발전, 김재편 외 편저, 하버마스의 사상: 주요 주제와 쟁점들, 나남출판, 1996, 46쪽; 정호근, 의사소통적 합리성과 권력 그리고 사회구성, 같은 책, 123쪽 이하 참조.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

리성을 충족하지 못했기 때문이다.

또한, 기존 대의민주주의는 정치를 다원적 견해들이 서로 경쟁하고 각축하는 장으로 이해했다면, 심의민주주의에서 정치는 ‘시장’이 아니라 널리 공개되고 열린 ‘광장(forum)’이라고 이해된다.⁵²⁾ 따라서 심의는 단순히 대립하는 의견 간의 경쟁 과정이 아니라, 서로 토론하고 설득하는 과정에서 상호주관적 이해에 도달하는 의사소통의 과정인 것이다.

하지만 심의 역시 법적 성격은 일종의 ‘절차’로 이해된다. 그러한 점에서 심의민주주의를 ‘절차적 민주주의’로 이해할 수 있을 것이다. 따라서 심의는 종래 기존의 대의제의 의사결정 절차의 개선과 변화를 요구하는 것이라 볼 수 있다. 심의민주주의에 따르면 의사소통적 심의를 통해 민주적 의사결정의 정당성이 확보될 수 있으며 ‘민주적’이라는 법적 평가가 가능하다는 것이다.

나. 심의의 가능 범위

대표의 자유위임이 엄존하는 대의제 하에서, 심의민주주의에 따른 민주적 의사결정 절차의 변화가 어디까지 가능한지, 또 어떠한 사안에 대해 어느 범위까지 심의의 대상으로 삼을 수 있는지가 문제 될 수 있다.

사실 심의민주주의는 종래의 대의민주주의에서 벗어나 새로운 민주주의의 지평을 열고자 한다. 따라서 심의민주주의는 기본적으로 공공선의 실현이 요구되는 모든 의사결정 사안을 심의의 대상으로 삼게 된다. 하지만 그것은 대의제와 충돌할 가능성이 있으며, 대의제를 벗어난 심의민주주의가 구체적으로 어떻게 실현될 수 있는지가 분명하지 못하다.

그러나 심의민주주의가 현실적 가능성을 가지고 헌법질서 안에 수용되려면 어쨌든 대의제의 보완수단으로 이해될 수밖에 없음은 앞서 언급한 바와

52) 임혁백, 시장·국가·민주주의, 나남, 2007, 52쪽.

같다. 그렇다면 심의민주주의에서 심의의 대상은 사안의 성질이나 그 밖의 가치 - 예컨대 사생활 관련성, 의사결정의 효율성 등 - 에 따라 제한되어야 한다. 예컨대 자연과학적 방법으로 검증 가능한 사안이나 사생활에 깊이 관련된 사안에 대해 심의를 요구할 수는 없을 것이다. 원칙적으로 공동체적 사안으로서 다양한 이해관계와 가치가 충돌하고 갈등할 수 있는 사안에서 심의가 요구될 수 있다. 또 공동체적 파급력이 적은 경우보다 큰 경우에서 심의절차의 비중 역시 비례적으로 크게 인정될 것이다. 반면 의사결정의 효율성이 강조되는 경우에는 심의절차가 요구될 수 없을 것이다.

다. 참여와 심의의 관계?

참여나 심의나 모두 대의제의 민주성에 대한 불만 속에서 등장하였으며, 대의제의 민주성 강화와 관련되어 있다. 또 양자 모두 의사결정에서 민주주의의 주체인 국민(시민)의 적극적 관여를 필요로 한다는 점에서 유사하다고 볼 수 있다. 그래서 심의민주주의도 참여민주주의의 한 형태라고 보는 견해도 있다.⁵³⁾

하지만 참여와 심의는 서로 구별된다. 심의는 참여를 전제로 하여 이루어지겠지만, 참여가 항상 심의로 이어지는 것은 아니다. 또한, 참여가 민주성의 ‘양’의 문제라면 심의는 민주성의 ‘질’에 관한 문제라는 점에서 서로 다르게 이해된다. 즉, 더 많은 사람의 적극적 참여가 대의제의 민주성을 높일 수 있다는 시각이 참여민주주의라면, 진지한 숙고와 토의를 통해 의사결정의 질을 제고하려는 것이 심의민주주의라 볼 수 있기 때문이다. 심의민주주의는 명목상의 주권자를 이성적인 토의과정을 통해 실질적인 지배자로 회복시킬 수 있다는 점에서 참여민주주의보다 민주성 강화에 더욱 기여할 것으로 생각한다.

53) 최창렬, 대의민주주의의 대안으로서 심의민주주의에 대한 고찰, 인문사회논총 제15호, 2008, 8쪽.

3. 대의제 하에서 심의민주주의의 한계 및 성공 조건

가. 심의민주주의의 헌법적 수용가능성

심의민주주의는 민주주의를 새롭게 이해하는 하나의 관점이며, 헌법의 민주주의 역시 이러한 관점에 따라 이해될 수 있다. 즉, 민주주의의 핵심 요소에 대한 강조점을 기존의 대의민주주의와는 다르게 이해함으로써 국가 조직의 구성과 활동, 관련 제도의 민주성을 강화하기 위한 제도 개선의 계기와 동력을 얻게 된다.

예컨대, 심의민주주의의 관점은 우리 민주주의에서 ‘공론장을 회복하고 강화’해야 할 규범적 이해의 기초를 마련해 줄 것이다. 그 결과 언론, 집회, 결사의 자유가 더 강하게 보장되도록 제도의 개선을 요구하게 될 것이다. 그뿐 아니라, 심의(토의)에 참여하는 사람들 간에 차이를 긍정하고 서로를 이해할 수 있는 태도의 중요성을 강조하게 될 것이다. 또한, 심의민주주의는 전체 구성원들의 이익에 부합하는, 공공선의 가치를 재확인하는 계기가 될 수도 있다.

가장 중요한 점이 있다면, 바로 우리의 고질적 정치현실이라 할 수 있는, 서로 반목하고 갈등하는 정치문화를 극복하고 서로 이해하고 화해함으로써 공존의 길을 배우게 되는 계기를 마련해 줄 수 있다. 모두가 참여하는 심의과정을 통해 반대자들과도 함께 공존하는 방법을 배우거나 해결책을 찾을 수 있게 하려는 것이 바로 심의민주주의이기 때문이다.

다만, 구체적인 심의제도가 마련된다고 가정했을 때, 그 심의의 결과가 대의제를 뛰어넘어 어떤 구속력을 가질 수 있는지는 대체로 유보적으로 보이며 구체적 사안에 따라 달리 평가되어야 할 것이다. 자유위임은 대의제의 근간이기 때문에 당장 훼손하기가 어렵기 때문이다. 그렇다고 단순히 심의 결과를 ‘존중함’에 그치는 것으로는 심의민주주의의 요구로서는 충분

하지 않을 것이다. 심의 결과에 어떤 법적 구속력을 인정하지 않는다면, 단순한 참여와 실질적인 차이가 없을 것이고 심의민주주의의 실익도 반감될 것이다.

나. 심의민주주의의 현실적 한계

그러나 심의민주주의의 이상적 모습에도 불구하고, 여전히 ‘심의’가 무엇인지 그 의미가 모호하다. 의사소통, 신중한 검토, 숙고, 이성적 토의 등 심의를 설명하는 여러 방식에도 불구하고 심의의 실현 여부를 평가할 방법이 불확실하다.

또 심의란 것이 현실적으로 국민의 적극적인 참여를 통해 가능한 것인데, 모든 사람이 자신의 삶을 제쳐두고 공공선의 실현을 위해 심의에 참여한다는 것은 지나치게 낙관적인 현실 인식일 수 있다.

또한, 민주주의가 어떤 진리를 발견하건 의사결정의 내용적 타당성까지 담보하는 것이 아님에도 불구하고, 심의민주주의는 민주주의의 기능적 한계를 넘어서 그러한 결과의 타당성까지 확보하려는 것은 아닌지 의문이 남는다. 심의민주주의는 존재하지 않는 정답을 찾기 위해 끝까지 고민해 보라고 요구함으로써 결국 과도한 숙고를 요구하게 되고 의사결정의 효율성을 지나치게 저해할 가능성이 있다.

다. 심의민주주의의 성공 조건?

심의민주주의가 지나치게 이상적 심의를 요구한다는 점에서 비현실성을 지적하는 경우도 있다. 그러나 심의민주주의는 언제 어디서나 의사결정 과정에서 그 자체로 실현될 것을 예정한다기보다는 하나의 이상적 규범으로 제시된 것이라 볼 수 있다.⁵⁴⁾ 즉, 심의민주주의에 따라 민주주의를 새롭게

54) 이와 비슷하게 하버마스가 구성해 낸 ‘이상적 담화상황’이 그 이상적 성격으로 인해

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

이해하고, 그것을 법질서 속에서 실현하고 제도화해야 할 의무를 도출할 수 있다는 것이다. 결국, 대의제 하에서 ‘심의’는 구체적 사안에 따라 의사결정의 민주성을 ‘질적’으로 강화하려는 방법이라고 이해할 수 있다.

그럼에도 불구하고 여전히 제도화의 대상인 심의가 모호하다. 예컨대 정부나 의회에서 의사결정을 함에 있어 사전에 자문위원회나 심의위원회 등을 통해 그 내용적 타당성을 검토하는 것을 두고 심의적 과정의 제도화라 부른다면,⁵⁵⁾ 현행 헌법 하에서 그러한 위원회제도를 두는 것이 가능해 보이며, 그런 사례는 이미 많이 존재하고 있다.

그 형태가 어쨌든 간에, 그렇게 심의를 통해 얻은 의사에 규범적 ‘구속력’을 인정할 수 있는지가 법적으로는 중요하다. 예컨대 법률안의 심사과정에서 공청회나 자문위원회의 심의 결과에 의원들이 구속될 것인지가 문제된다. 국가의 중요 계획을 세움에서도 마찬가지이며, 국가작용의 성질에 따라 조급은 달라질 수 있겠지만, 국가작용의 전반에 걸쳐 같은 문제가 예상된다.

그러나 어떤 강제적인 심의과정이 마련된다고 하여 실제 얼마나 깊은 논의(숙의)가 이어질 것인지는 불확실하다. 또 각종 위원회나 공청회, 토론회의 형식으로 이루어진 논의가 단순한 자문이나 여론 이상의 의미가 있을 수 있는지도 불확실하다. 헌법에는 이미 국민경제자문회의와 같은 심의제도를 두고 있으나, 별다른 실효성은 없는 제도로 평가되고 있다.

심의 결과의 구속력 문제에 대해서는, 다시 논의의 처음으로 돌아가서

많은 비판을 받음에도 불구하고 계속해서 이것에 집착하는 이유는 바로 비판의 규범적 척도를 마련하기 위해서라고 한다. 이에 대해서는 정호근, 의사소통적 합리성과 권력 그리고 사회구성, 하버마스의 사상: 주요 주제와 쟁점들, 나남출판, 1996, 131쪽 참조.

55) 이러한 의미에서 심의적 과정의 제도화를 얘기하는 경우로, 예컨대 주성수, 직접, 대의, 심의 민주주의 제도의 통합: 주민투표와 주민발안 사례를 중심으로, 시민사회와 NGO 제5권 제1호, 2007, 195쪽 참조.

민주적 의사결정의 정당성 근거를 생각해 봄으로써 그 해결기준과 방향을 알 수 있을 것이다. 대의제와 마찬가지로 심의 역시 그 자체가 민주주의의 목적일 수 없다. 그것이 목적으로 되는 순간 주객전도의 상황이 불가피할 것이다. 오히려 양자 모두 공동체의 의사결정에서 가능한 한 많은 구성원의 자유와 평등을 실질적으로 최대한 실현하기 위한 것으로 볼 수 있다. 그러기 위해 반드시 심의에 법적 구속력을 인정해야 할 필연성은 없다고 생각된다. 비록 심의 결과에 당장 구속력은 없더라도 심의 자체가 반드시 거쳐야 할 절차적 정당성의 요소로 인정될 수 있다면, 심의민주주의는 대의제와 조화를 이루면서 결합할 가능성이 있다.

Ⅵ. 결론: 참여 및 심의를 통한 대의제의 민주성 강화 요구와 한계

대한민국의 민주화 역사에서 현행 1987년 헌법은 그 자체로 큰 성과였다. 대통령 직선제나 헌법재판소의 역할 자체가 민주화의 중요한 요소였을 뿐 아니라 우리에게 있어서는 민주화의 중요한 출발점이기도 하였다. 하지만 이제 그간 민주주의에 대한 새로운 갈증 역시 함께 점증하였던 것도 사실이다. 대의제를 중심으로 한 민주주의의 과정에서 국민이 소외되고 국민의 의사와 동떨어진 의사결정이 나타나면서 ‘국민 없는 민주주의’에 대한 불만과 우려가 제기되고 있다. 이러한 맥락 속에서 지금까지의 논의를 통해 우리는 민주주의의 과정에서 국민의 참여와 심의절차의 확대가 민주주의의 민주성을 강화하는 유력한 대안으로 인식되고 있음을 확인할 수 있었다. 하지만 동시에 국민의 참여나 심의가 대의제가 가진 의사결정 방법으로서의 고유한 장점을 대체할 수 있는 것이 아님을 또한 확인할 수 있었다.

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

대의제는 민주주의의 불가피한 원칙일 수밖에 없다. 그러나 동시에 대의제만이 유일무이한 민주주의의 실현 방법일 수도 없다. 민주주의의 본질이 ‘국민의 자기 지배’의 이상에 있는 이상 민주주의의 실현 방법은 끊임없이 이러한 본질에 다가가려는 노력으로써만 정당화될 수 있다. 대의민주주의가 단지 엘리트주의를 정당화하는 데 그친다면 그것은 민주주의의 타락으로 이어질 수밖에 없을 것이다. 따라서 민주적 ‘참여’와 ‘심의’는 원칙적으로 헌법상 의사결정의 민주적 정당성을 강화하는 수단이 될 수 있으며 그것은 대의제의 보완제로서 의미가 있다. 다만 우리는 국민의 민주적 참여를 민주성의 ‘양적 보완’으로, 국민에 의한 ‘심의’를 민주성의 ‘질적 보완’으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 국민의 ‘참여’에 있어서 적극적으로 참여하는 국민의 ‘대표성’이 다시 문제 될 수 있으므로 그것은 대표성을 지닌 대의제에 대한 보완일 수밖에 없는 것이다. 또 국민에 의한 심의 역시 심의 결과의 ‘구속성’에 다시 문제가 제기될 수밖에 없다. 그래서 대의제 하에서 참여나 심의는 한편으로는 의사결정의 민주성을 강화하기 위한 불가결한 요소로 이해될 수 있지만, 다른 한편 그것은 결국 대의제 하에서 대표에 의한 구속적 결정을 뒷받침하고 민주성을 보완하는 의미가 있을 수밖에 없을 것이다.

끝으로, 대표의 결정과 국민의 참여, 심의는 어떤 고정적인 제도로만 이해될 수 없다. 항상 구체적 사안에 따라 그때그때 의사결정의 효율성과 안정성, 민주성, 공정성, 합리성 등을 동시에 최대한 달성하는 방법으로서 서로 다양하게 조합될 수 있고 탄력적으로 활용될 수 있어야 할 것이다.

[국문초록]

대의제는 민주주의의 불가피한 원칙일 수밖에 없다. 그러나 동시에 대의제만이 유일무이한 민주주의의 실현 방법일 수도 없다. 민주주의의 본질이 ‘국민의 자기 지배’의 이상에 있는 이상 민주주의의 실현 방법은 끊임없이 이러한 본질에 다가가려는 노력으로써만 정당화될 수 있다. 대의민주주의가 단지 엘리트주의를 정당화하는 데 그친다면 그것은 민주주의의 타락으로 이어질 수밖에 없을 것이다. 따라서 민주적 ‘참여’와 ‘심의’는 원칙적으로 의사결정의 민주적 정당성을 높일 수 있는 대안이 될 수 있으며 그것은 대의제의 보완제로서 의미가 있을 것이다. 그런데 우리는 국민의 민주적 참여를 민주성의 ‘양적 보완’으로, 국민에 의한 ‘심의’를 민주성의 ‘질적 보완’으로 이해해 볼 수 있다. 다만 국민의 ‘참여’에 있어서는 참여자의 대표성이 문제 될 수 있으며, 또 국민에 의한 심의에서도 그 심의 결과에 법적 구속력이 있는지가 문제로 남는다. 그래서 대의제 하에서 참여와 심의는 한편으로는 의사결정의 민주성을 강화하기 위한 불가결한 요소로 이해될 수 있지만, 다른 한편 그것은 결국 대의제 하에서 대표에 의한 구속적 결정을 통제하고 민주성을 보완하는 의미를 가질 수밖에 없을 것이다.

주제어

민주주의, 자기 지배, 대의제, 참여민주주의, 심의민주주의, 민주적 정당성, 의사결정

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

[Abstract]

This essay has dealt with the meaning and essence of democracy in the constitution, especially focused on the relation among representative democracy, participatory democracy and deliberative democracy. As we know, a representative system is an inevitable principle of democracy. At the same time, however, it cannot be the only way to realize democracy. The essence of democracy is ‘people's self-dominance,’ so how democracy is realized can only be justified through the continuous efforts to get close to it. If representative democracy only means elitism, it will inevitably lead to the fall of democracy.

Thus, democratic ‘participation’ and ‘deliberation’ can, in principle, be an alternative to enhance democratic legitimacy of decision-making, which can have meaning as a supplement to representative system in the constitution. However, we can understand the democratic participations of the people as a “quantitative supplement” of democracy and deliberations by the people as a “qualitative complement” of democracy. But some questions remain such as to whether the participant can be granted the qualifications as a representative or whether the outcome of deliberations is legally binding. Thus, on one hand, participations and deliberations by people under a representative system may be understood as indispensable components to strengthen the democratic nature of decision-making. At the same time, it will inevitably have the meaning of controlling binding decisions by representatives and supplementing democracy under a representative system.

憲法論叢 第29輯(2018)

Key words

democracy, self dominance, representative system, participatory democracy, deliberative democracy, democratic legitimacy, decision-making

민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의- 심의민주주의의 관계를 중심으로

참고문헌

- 강정인·김용민·황태연, 서양 근대 정치사상사, 책세상, 2007.
- 군나르 시르베크·닐스 길리에, 윤행식 역, 서양철학사, 이학사, 2016.
- 김비환, 이것이 민주주의다, 개마고원, 2013.
- 김소연, 주권과 인권의 역사적 발전과정과 글로벌 시대 새로운 관계 정립, 고려대 법학박사 학위논문, 2016. 8.
- 김예경, 중국식 민주주의란 있는가?, 의정연구 제21권 제1호(통권 제44호), 231-238.
- 김재편 외 편저, 하버마스의 사상: 주요 주제와 쟁점들, 나남출판, 1996.
- 김주성, 심의민주주의인가, 참여민주주의인가? 한국정치학회보 42(4), 한국정치학회, 2008. 12.
- 김진영, 블록체인기술 활용에 관한 공법적 과제와 개선방안, 과학기술법연구 제24권 제2호, 한남대 과학기술법연구원, 2018.
- 로널드 드워킨, 홍한별 역, 민주주의는 가능한가, 문학과지성사, 2012.
- 로버트 달, 김왕식·장동진·정상화·이기호 역, 민주주의, 동명사, 2006.
- 마이클 샌델, 안규남 역, 민주주의의 불만, 동녘, 2012.
- 미국사 연구회, 미국 역사의 기본 사료, 소나무, 1992.
- 박상훈, 민주주의의 시간, 후마니타스, 2017.
- 버나드 마넵, 곽준혁 역, 선거는 민주적인가, 후마니타스, 2007.
- 버틀랜드 러셀, 서양철학사, 을유문화사, 2011.
- 상탈 무페, 이 행 역, 민주주의의 역설, 인간사랑, 2006.
- 신옥주, 공론화위원회를 통한 신고리 5·6호 건설중단 결정방법의 문제점과 개선방안 연구, 국가법연구 제14집 제1호, 한국국가법학회, 2018. 2.
- 아렌트 레이프하트, 김석동 역, 민주주의의 유형, 성균관대 출판부, 2016.
- 에릭 샤프슈나이더, 현재호·박수형 역, 절반의 인민주권, 후마니타스, 2008.
- 위르겐 하버마스, 한상진·박영도 공역, 사실성과 타당성, 나남출판, 2000.
- 이영재, 토의민주주의, 민주화운동기념사업회 연구회 편, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 2010.

- 이장희, 교통 소통을 위해 집회를 금지할 수 있도록 한 「집시법」 제12조의 문제점과 개선 방향, 고려법학 제90호, 고려대 법학연구원, 2018. 9.
- 이황희, 헌법재판과 공적 참여, 헌법실무연구 제18권, 헌법재판소 헌법실무연구회 편, 2017.
- 이희옥, 중국의 새로운 민주주의 탐색, 성균관대 출판부, 2014.
- 임혁백, 시장·국가·민주주의, 나남, 2007.
- 장 자끄 루소, 박은수 역, 사회계약론, 을재클래식 23, 2013.
- 장영수, 헌법학, 제9판, 홍문사, 2017.
- 정호근, 의사소통적 합리성과 권력 그리고 사회구성, 하버마스의 사상: 주요 주제와 쟁점들, 나남출판, 1996.
- 조셉 슈페터, 이영재 역, 자본주의·사회주의·민주주의, 한서출판, 1985.
- 조지 세이빈·토머스 솔슨, 성유보·차남희 역, 정치사상사2, 한길사, 2005.
- 존 스튜어트 밀, 서병훈 역, 대의정부론, 아카넷, 2012.
- 존 킨, 양현수 역, 민주주의의 삶과 죽음, 교양인, 2017.
- 주성수, 직접, 대의, 심의 민주주의 제도의 통합: 주민투표와 주민발안 사례를 중심으로, 시민사회와 NGO 제5권 제1호, 2007.
- 주정립, 포퓰리즘과 민주주의, 민주화운동기념사업회 연구소 편, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 2010.
- 최창렬, 대의민주주의의 대안으로서 심의민주주의에 대한 고찰, 인문사회논총 제15호, 2008.
- 칼 포퍼, 허영은 역, 삶은 문제 해결의 연속이다, 부글, 2013.
- 플라톤, 조우현 역, 국가, 을재셀렉션 02, 2013.
- 하승우, 풀뿌리민주주의, 민주화운동기념사업회 연구소 편, 민주주의 강의4 현대적 흐름, 2010.

(논문접수일: 2018. 8. 31. 논문심사일: 2018. 10. 23. 게재확정일: 2018. 11. 16.)

자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무

National Obligations to Protect People in terms of Public Law against Natural Disaster

申 弦 錫(Shin, Hyun-Seok)

辯護士

－ 目 次 －

I. 서론	495
II. 현존하는 위협으로서 자연재난의 현실	496
1. 자연재난의 개념	496
2. 자연재난의 역사와 그 심각성	499
3. 자연재난 발생에 대한 인간의 인과성 있는 기여 존부	502
가. 재난에 대한 책임 유형	502
나. 재난발생책임 및 재난방지책임과 인간의 행위 사이의 인과관계존부	504
III. 보장국가의 등장과 국가의 기본적 책임	506
1. 보장국가론과 국가의 역할 변화	506
2. 보장국가에서 국민의 안전에 대한 기본적 책임	508

IV. 자연재난에 대한 헌법상 국가의 보호의무	509
1. 자연재난에 대한 국가의 기본권 보호의무의 존부	509
가. 기본권의 효력과 자연재난에 의한 기본권의 침해 가능성	509
나. 자연재난이 기본권 보호의무를 발생시키는 요인이 될 수 있는지 여부	511
2. 기본권의 ‘(침해) 배재력’과 ‘(보호) 요구력’의 분별	512
3. 자연재난에 대한 국가의 보호의무의 헌법상 근거	513
가. 자연재난으로부터의 안전에 대한 헌법적 보호의 허점	513
나. ‘안전권’이라는 독자적인 헌법상 기본권 인정 필요성	514
다. 헌법상 근거의 존재와 안전보호의 의무성 간의 괴리	518
4. 자연재난에 대한 국가의 안전보호의무의 실제적 구현 형태	519
가. 국가에 대한 안전보호청구권의 법적 성질	519
나. 국가의 안전보호의무를 이행할 헌법적 입법 의무 존부	521
V. 헌법상 국가의 안전보호의무로부터 공권(公權) 도출 가능성	523
1. 자연재난에 대비한 종래의 법률상 공권	523
가. 법률상 의무에 기초한 전통적인 개인적 공권의 발생	523
나. 자연재난에 대비한 공권의 발생근거로서 현행 법률의 현황	524
다. 국가의 안전보호의무와 비교할 때 법률상 공권 인정의 실익과 한계	524
2. 국가의 안전보호의무로부터 공권(公權) 직접 발생에 관한 논의	526
가. 논의의 실익	526
나. 공권 발생 기초로서 안전권과 국가의 안전보호의무의 구분 접근	527
다. 헌법상 국가의 안전보호의무에 터잡은 재량권 발동과 재량수축의 법리	533
VI. 결론	534
* 국문초록 및 주제어	538
* 영문초록 및 주제어	540
* 참고문헌	542

I. 서론

태풍, 지진, 해일, 화산폭발 등 자연재난은 인류의 삶을 위협한다. 강수(降水)는 인류 삶에 필수적인 물을 공급해 주는 없어서는 안 될 자연현상이기는 하지만, 단기간에 집중된 호우(豪雨)나 대설(大雪)은 반대로 인류의 삶을 또 한 번 위태롭게 한다. 한편 최근 한반도 일대는 중국의 황사(黃砂) 발원으로 인한 문제에 더해져서, 미세먼지까지 자주 창궐하고 있어, 대기 정체가 장시간 지속되는 동안에는 정상적인 외부활동이 곤란할 만큼 미세먼지로 인한 폐해가 심각하다. 또한 기후변화와 온난화로 인해 여름철 폭염(暴炎)의 강도가 더욱 거세지고 그 지속기간도 현저히 늘고 있어서 이제는 폭염마저도 새로운 자연재난으로 보기에 부족하지 않다.¹⁾

자연재난이 초래하는 위험으로부터 생명·신체·자유·재산 등을 지키는 일은 인간으로서 최소한의 기본적인 삶의 조건이다. 생명·신체·자유·재산 등의 안전조차 보장되지 않는 환경에서는 자유롭게 권리를 향유하고 의무를 부담하는 민주적 인간의 삶 자체가 불가능해진다. 인간의 생명·신체·자유·재산 등에 대한 안전은 민주주의와 법치주의가 유지·존속하기 위해서도 꼭 필요한 최소한의 전제조건이다.

그런데 자연재난으로 인한 인명 피해와 재산 피해는 해마다 반복적으로 발생하고 있다. 이러한 위험사회에서 국민들은 자연재난으로부터의 위험을 스스로의 힘만으로 온전히 막아내기는 물리적으로 불가능하다는 점을 잘 알고 있다. 여기서 국가는 국가 존립의 가장 기본적인 요소인 국민들의安危를 각종 위험으로부터 후견적 지위에서 안전하게 보호해야 하는 소임을

1) 행정안전부 2018. 8. 3.자 보도자료 “행안부 「법정부 폭염대책본부」 가동” 참조: ‘법정부 폭염대책본부’는 실질적으로 「재난 및 안전관리 기본법」상의 ‘중앙재난안전대책본부’이며, 향후 법 개정을 통해 폭염도 자연재난의 하나로 포함시킬 것임을 밝히고 있다.

다해야 한다. 국민들 역시 자연재난의 위협으로부터 국가의 보호를 받을 충분한 당위성이 있다는 점을 주지하고 있어야 한다.

그럼에도 국가가 국민을 보호해야 할 최소한의 기본적인 역할을 다하지 못했을 때에는 국민들은 국가의 존재이유와 역할에 대해 의문을 제기하게 될 수도 있다. 재해나 참사가 빚어낸 끔찍한 현장에서 생명이 경각에 달린 자국민을 지체 없이 구호해야 하는 것은 당연히 국가 본연의 임무이다. 기관의 성격과 권한 분장에 따라 책임을 회피하거나 국가가 국민의 안전을 방기(放棄)하게 되어서는 곤란하다.

따라서 국민의 안전을 보호해야 하는 국가의 의무가 과연 어떤 법적 근거를 가지고 있고 얼마나 강제성 있는 의무에 기속되고 있는지 살펴보는 것은, 국민들이 국가에 대해 안전을 요구할 수 있는 권능이 얼마나 실효성이 있는지를 확인할 수 있는 의미 있는 작업이 될 것이다. 나아가 자연재난으로부터 안전을 보장해 달라는 국민의 정당한 요구가 국가를 기속하게 되는 법적 관철력의 문제와 국가가 정당한 이유 없이 안전보호의 책임을 회피할 수 없게 하기 위한 법적 구성의 문제는, 앞으로도 계속 연구되어야 할 공법적 과제로 남을 것이다.

II. 현존하는 위협으로서 자연재난의 현실

1. 자연재난의 개념

자연재난(自然災難)은 법학에서 처음 등장한 개념이라기보다는 기상학적·현상학적·사회학적 개념 등에서 연유했다고 보는 것이 마땅할 것이다. 그래서 자연재난(自然災難)이란 개념도 자연현상으로 인해 초래되는 막대한 인적·물적 피해 그 자체를 지칭하는 것에 불과하고, 그 안에 어떤

규범적 의미가 담겨 있다고 보기는 어렵다. 이를 정의한 국내 법률만 보더라도 「재난 및 안전관리 기본법」이 있는데, 그 법률에서는 자연재난을 ‘국민의 생명·신체·재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것’으로서 ‘태풍, 홍수, 호우(豪雨), 강풍, 풍랑, 해일(海溢), 대설, 낙뢰, 가뭄, 지진, 황사(黃砂), 조류(藻類) 대발생, 조수(潮水), 화산활동, 소행성·유성체 등 자연 우주물체의 추락·충돌, 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해’라고 정의하고 있어(재난 및 안전관리 기본법 제3조 제1호 가목), 그 역시 자연현상을 일일이 나열하는 것으로 외연을 한정하고 있다.

한편, 자연재난(自然災難)에 대한 다른 정의들을 살펴보면, 국립국어원 표준국어대사전에서는 ‘재난(災難)’을 가리켜 ‘뜻밖에 일어난 재앙과 고난’으로 정의하고 있어,²⁾ 자연재난(自然災難)의 사전적 정의는 자연현상으로 인해 ‘뜻밖에 일어난 재앙과 고난’이라고 볼 수 있을 것이다. 그리고 독일에서는 「화재방지, 일반구호 그리고 재난방지에 관한 법률(Gesetz über den Brandschutz, die Allgemeine Hilfe und den Katastrophenschutz)」 제25조에서 ‘재난(Katastrophe)’의 개념에 대하여 ‘생명과 건강 또는 생존을 위한 배려, 동물 또는 자연자원 등이 대량의 비정상적인 상황에 의해 위협받거나 침해되는 상태’라고 정의하고 있고,³⁾ 국제연합 국제법위원회(ILC, International Law Commission)에서는 2016년 제68차 회기에서 채택된 ‘재

2) 국립국어원 표준국어대사전(http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp).

3) 최승필, “재난방지체계에 있어서 구조와 권한에 관한 법·제도적 검토(우리나라와 독일의 재난관리체계를 중심으로)”, 외법논집(제36권 제1호), 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소(2012. 2.), 23면 참조. 이에 대한 원문을 인용하면, “Eine Katastrophe im Sinne dieses Gesetzes ist ein Ereignis, bei dem Leben oder Gesundheit einer Vielzahl von Menschen, die natürlichen Lebensgrundlagen, erhebliche Sachwerte oder die lebensnotwendige Versorgung der Bevölkerung in ungewöhnlichem Ausmaß gefährdet oder geschädigt werden und die Gefahr nur abgewehrt werden kann, wenn die Behörden, Dienststellen, Organisationen, Einheiten, Einrichtungen und eingesetzten Kräfte unter einheitlicher Leitung zusammenwirken.”

난 시 인간보호 제2회독 초안'에서 '재난(Disaster)'에 대하여 '광범위한 인명손실, 막대한 인간 고통과 곤경, 또는 대규모의 물질적 또는 환경적 피해로 귀결되어 사회 기능을 심각하게 방해하는 재앙을 초래하는 사건 또는 일련의 사건을 의미'한다고 정의하고 있다.⁴⁾ 물론 독일법과 ILC 초안규정은 '재난' 그 자체의 정의 조항만 존재하고 특별히 자연재난에 대해 따로 정의하고 있지는 않지만, 자연재난은 특히 자연현상이 원인이 되어 발생한 피해로 한정하여 그 의미를 이해하면 자연재난의 정의로 부족하지 않을 것이다.

그런데 자연재난(自然災難)은 자연현상으로 인해 초래되는 모든 인적·물적 피해를 총칭하는 개방적 개념으로 이해해야 할 필요가 있다. 그렇지 않으면 천태만상(千態萬象)으로 변화하는 다양하고도 오묘한 지구상의 자연현상을 법적 규율영역으로 포섭하기가 더욱 어려워질 것이다. 그런 점에서 「재난 및 안전관리 기본법」이 열거하고 있는 자연재난의 종류 역시 제한적 열거가 아니라 하나의 예시로 보아야 함은 당연하다. 이로써 오늘날 온실가스 배출 등 원인이 되어 더욱 심각해지고 있는 기후변화⁵⁾ 및 지구

-
- 4) 유희진, “재난 시 인간을 보호할 국가의 의무(UN 국제법위원회의 작업을 중심으로)”, *Crisisonomy*(제10권 제1호), 위기관리 이론과 실천(2014. 1.), 8면 참조. 이에 대한 원문을 인용하면, “Article 3 (Use of terms) For the purposes of the present draft articles: (a) Disaster means a calamitous event or series of events resulting in widespread loss of life, great human suffering and distress, mass displacement, or large-scale material or environmental damage, thereby seriously disrupting the functioning of society.”
- 5) 기후변동에 관한 정부 간 패널(IPCC, Intergovernmental Panel on Climate Change) 제4차 평가보고서에 따르면, 앞으로 전개될 기후변화의 추이를 예측하는데, (1980년-1999년) 시기와 비교하여 (2090-2099년) 무렵에는 전 지구 평균기온이 최대 6.4°C나 상승하고, 해수면은 최대 59cm나 상승할 것으로 내다보고 있다. 특히 한반도를 포함한 아시아 지역은 기후변화에 매우 취약하여, 한반도는 전 지구 평균보다 2배 가량 빠른 속도로 기온이 상승할 것이고, 해수면은 전 지구 평균보다 3배 가량 빠른 속도로 상승할 것으로 예측되었다. 그래서 한반도에서 나타나는 이상고온이나 집중호우 등은 이와 같은 기후변화의 영향이고 앞으로 그 속도는 더욱 가속화 될 것으로 전망하고 있다. 이에 대해서는, 최영은, 「한국 기후변화 평가보고서 2014(기후변화 과학적 근

온난화⁶⁾와 그로 인한 폭염(暴炎),⁷⁾ 혹한(酷寒), 미세먼지⁸⁾ 등과 같은 새로운 위험원(危險原)들에 대해서까지도 모두 위 법 제3조 제1호 가목의 ‘그 밖에 이에 준하는 자연현상’ 중 하나로 설명할 수 있게 된다.

2. 자연재난의 역사와 그 심각성

인류의 역사가 시작되기 오래 전부터 이미 전 지구적 차원에서는 지진, 해일, 태풍, 가뭄 등 자연재난과 마주해 왔다는 사실은 주지의 사실이다. 특히 인류 역사상 지진피해 가운데 괄목할 만한 것으로 문헌상 기록되어 있는 리스본 대지진은 인간 삶에도 큰 변화를 가져온 바 있다.⁹⁾ 당시 1755년 11월 1일 만성절 축일 날 아침 세인트 빈센트 곶 남서쪽 약 200km 지점 대서양 해역에서 모멘트 규모 8.5-9.0 본진이 발생하여, 역사상 가장 많은 인명피해에 해당하는 약 3만-10만 명 정도가 사망하였던 것으로 추산되고 있다. 그 외에도 건물과 기초시설이 무너지고, 뒤이어 발생한 해일로 항구와 도심지 모두가 잠겨, 당시 리스본의 재난은 아비규환의

거)』, 기상청(2014. 12.), 2면.

- 6) 우리나라는 2009년 ‘2020년 온실가스 배출전망(BAU, Business As Usual) 대비 30% 감축’이라는 목표를 세우고, 2010년부터 별도로 『저탄소 녹색성장 기본법』을 제정·시행해 옴으로써, 기후변화 및 지구온난화에 대해서 특별한 규율을 하고 있다.
- 7) 기상청(예보분석팀, 국가기후데이터센터) 2018. 8. 1.자 보도자료에 따르면, 2018. 8. 1. 강원도 홍천 일대는 41.0°C를 기록하여 우리나라 역대 일 최고기온 극값을 경신하였고, 서울은 같은 날 39.6°C를 기록하여 1907년 10월 1일 관측 시작 이래 최고기온 극값 1위를 기록했다고 보고된 바 있다.
- 8) 서울특별시 미세먼지 경보발령일수 기준으로 볼 때, 2012년 0일이던 것에서, 2013년 2일, 2014년 4일, 2015년 5일, 2016년 7일, 2017년 10일로 점차 늘어났고, 미세먼지 최대농도도 2017년 들어 처음으로 400($\mu\text{g}/\text{m}^3/\text{시}$)를 넘어서서(http://cleanair.seoul.go.kr/alert_year.htm?method=dust), 미세먼지 경보발령 일수와 그 최대농도 면에서 점점 악화되어 가는 추세임이 확인되고 있다.
- 9) 허라금, “위험시대 ‘재난’과 정치적 책임”, 철학연구(제108권), 철학연구회(2015. 3.), 75-76면.

재앙으로 기억되고 있다. 그 후 리스본 대지진은 자연재난을 신앙적 차원에서 인간과 신(神) 사이의 신의(信義)와 도덕의 문제로 다루던 시각에서 탈피하여, 재난을 예측하고 통계 기록을 축적하여 과학적 차원에서 재난을 통제하기 위해 접근하는 계기가 되었다. 그 결과 재난을 단지 불운(不運)으로 치부하는 것이 아니라, 재난을 예방하고 피해를 복구하기 위한 실질적인 노력으로 이어지게 된다. 과학기술로서 지진학이 크게 발전한 것도 그 결과물에 해당한다.

그 외에도 관동 대지진은 1923년 9월 1일 일본 칸토, 시즈오카, 야마나시 지방에서 발생한 지진으로 약 40여만 명의 인명피해가 발생했다는 점은 이미 잘 알려진 사실이다. 그리고 2008년 5월 23일 미얀마 이라와디 삼각주를 강타한 사이클론 ‘나르기스’로 인해 당시 사망자 84,537명, 실종 53,836명의 인명피해가 발생하였고, 이재민만 약 240만 명에 육박했으며, 재산피해액은 약 40억 달러에 달하는 것으로 공식 집계된 바 있다.¹⁰⁾ 또한 2004년경 인도네시아에서 규모 9.1 강진의 영향으로 쓰나미가 수마트라 섬을 덮치면서 약 23만 명이 사망한 적도 있었다.¹¹⁾ 여기에 그치지 않고, 지구촌 도처에서는 오늘날 기후변화로 인한 폭염(暴炎)과 혹한(酷寒) 등 새로운 재해로 인해서도 지속적인 위협을 받고 있다.

한편, 우리나라에서도 2008년부터 2017년까지 발생한 자연재난으로 인한 인명피해는 사망·실종자 152명 및 부상자 133명에 달하고, 건물피해 약 3,500여억 원 및 공공시설피해 약 5조원에 육박하는 등 자연재난은 매년 국민의 생명, 신체, 재산에 대한 중대한 위협으로 작용하고 있으며, 뿐만 아니라 한반도에서도 온실가스 증가로 인한 기후변화 및 온난화, 상층부 기압 정체 현상이 심화되면서 점차 기상학적으로 이상 징후가 포착되고 있

10) 연합뉴스 2008. 11. 3.자 보도기사 “미얀마 사이클론 참사 6개월…아물지 않은 상처” 참조.

11) 경향신문 2018. 8. 6.자 보도기사 “인도네시아 롬복섬 7.0 강진에 최소 82명 사망…한인피해는 없어” 참조.

다.12) 특히 이러한 기상조건상의 이상 징후는 매년 3~6월 관측된 미세먼지 정보발령횟수의 증가나 2018년 8월 기상관측 이래 계측된 기록적 폭염과도 무관하지 않아 보인다.

이처럼 자연재난은 세계 어느 곳에서도 시시각각 다양한 형태로 인류와 마주해 왔으며, 늘 인류 역사와 함께 지속되어 왔다. 인간들은 자연재난에 그대로 순응하거나 적응해 온 역사도 존재하지만, 오늘날은 새로운 과학기술을 통해 재난을 예측하여 재난을 예방하거나 회피하기 위한 끊임없는 노력을 경주하고 있다. 그렇지만 앞으로 전개될 자연재난의 모습은 점점 그

12) 이상권 외, 「2017 재해연보」, 행정안전부 복구지원과(2018. 5.), 3-12, 42면.

<최근 10년간 연도별 인명피해 및 시설별 피해현황(2008-2017)>

	사망·실종 [부상](인)	건물(천원)	선박(천원)	농경지(천원)	공공시설(천원)	기타(천원)
2008	11[0]	1,628,445	183,121	4,072,550	55,232,503	6,552,286
		1,533,000	172,388	3,833,853	51,995,256	6,168,248
2009	13[3]	2,395,048	754,134	8,130,171	259,923,023	46,868,952
		2,250,000	708,462	7,637,794	244,181,635	44,030,487
2010	14[14]	29,075,012	2,849,902	9,189,857	212,955,469	183,551,896
		28,354,800	2,779,308	8,962,217	207,680,387	179,005,165
2011	78[60]	27,036,889	1,729,821	14,802,473	660,245,252	59,350,352
		28,136,400	1,800,168	15,404,446	687,095,483	61,763,956
2012	16[37]	31,847,617	3,622,383	12,247,777	610,127,085	381,592,695
		33,372,600	3,795,836	12,834,247	639,342,259	399,864,785
2013	4[0]	1,689,830	126,112	6,531,882	145,272,905	13,322,702
		1,742,400	130,035	6,735,088	149,792,318	13,737,169
2014	2[0]	3,574,129	121,507	2,968,076	139,423,420	29,429,786
		3,665,800	124,623	3,044,203	142,999,425	30,184,617
2015	0[0]	258,204	309,815	10,461	13,338,472	18,447,032
		254,200	305,011	10,299	13,131,644	18,160,990
2016	7[4]	9,259,411	1,352,181	7,393,539	218,396,979	61,939,335
		8,949,680	1,306,950	7,146,222	211,091,521	59,867,442
2017	7[15]	64,637,000	73,096	13,365,129	103,673,588	5,553,458
		64,637,000	73,096	13,365,129	103,673,588	5,553,458
합계	152[133]	171,401,585	11,122,072	78,711,915	2,418,588,696	806,608,494
		172,895,880	11,195,877	78,973,498	2,450,983,516	818,336,317

규모와 형태면에서 우리의 예측을 뛰어넘게 될 것으로 예상되고 있다. 그래서 예측가능성을 뛰어넘는 자연재난에 대비하기 위해서는 국가가 나서서 자연재난에 대한 인간의 두려움을 달래고 안심시켜 줄 수 있는 후견적 보호자로서의 역할이 더욱 중요시된다.

3. 자연재난 발생에 대한 인간의 인과성 있는 기여 존부

가. 재난에 대한 책임 유형

재난발생으로 인해 피해가 생긴 경우 그 책임 귀속 문제를 논하기 위해서는 재난에 대한 책임 유형을 먼저 구별할 필요가 있다. 재난책임에 대해서는 재난발생 그 자체에 대한 책임이 있을 수 있고, 재난이 이미 발생한 경우 그 재난으로 인한 피해 발생을 방지해야 할 책임이 있을 수 있다. 전자를 ‘재난발생책임’이라 하고, 후자를 ‘재난방지책임’이라고 명명하기로 한다.

먼저 ‘재난발생책임’은 재난이 발생하기 위한 원인행위를 한 자에게 그 재난발생으로 인한 피해의 책임을 귀속시키기 위한 도구개념으로 보면 된다. 물론 ‘재난발생책임’을 인정하기 위해서는, 어떤 기여행위든 모두 원인행위자로 볼 수 있는 것은 아니고, 재난발생사실에 대해 인과관계 있는 기여가 있어야만 한다. 여기서 인과관계의 판단은 ‘재난발생책임’이 민사상 책임과 형사상 책임의 실질로 나뉠 수 있다는 점에서¹³⁾ 손해배상책임을 귀속시키기 위한 손해배상법상 인과관계론¹⁴⁾과 범죄행위와 결과발생 사이

13) 재난이 발생한 경우 그 피해의 내용은 크게 두 가지 측면으로 전개된다. 먼저 인명피해나 재산피해에 대한 손해를 따져 그 손해를 배상하는 민사상 책임 문제가 그 하나이고, 다음으로 비난가능성 있는 재난의 원인행위를 저질러 주로 과실범에 해당하는 범죄구성요건을 충족하는 경우 그에 대해 형벌을 부과하는 문제가 나머지 하나이다.

14) 손해배상법상 인과관계를 판단하는 견해로는, ㉠ 어떤 일이 없었더라면 그 결과가 발생하지 않았을 것이라는 자연법칙상의 인과관계를 인정하는 견해(조건설), ㉡ 채무불

를 연결하는 범죄론상 인과관계론¹⁵⁾의 개념을 차용하면 될 것이다. 그래서 ‘재난발생책임’의 원인행위를 한 자에 대해서는 민사상 또는 형사상 책임을 지음으로써, 재난발생으로 인해 초래된 손실을 전보하거나 사회적 해악을 끼친 데 대한 응보적 제재를 가할 수 있게 되는데, 이로써 문명사회의 질서와 항상성(恒常性)을 유지할 수 있게 된다. 나아가 사전 예고된 책임과 제재의 충격을 일반 대중에 공유하여 애초에 재난발생의 책임 있는 행위를 범하지 않도록 유도하는 사회정화 기능 또한 하게 된다고 볼 수 있다.

다음으로 ‘재난방지책임’은 재난이 발생한 경우 그로 인한 피해의 발생 및 확대를 방지하기 위한 사전 준비를 철저히 했는지 여부를 따지는 책임 유형이라고 볼 수 있다. 재난이 발생한 것과 피해 발생 사이에는 물리적으로 시간적 간격이 존재하고, 그 중간에서 재난과 피해 사이의 연결고리를 끊는 사전 준비가 충분했다면 재난방지를 위한 소정의 책임을 다했다고 볼

이행 당시 일반인이 알았거나 알 수 있었을 사정 및 채무자가 알고 있었던 사정을 종합적으로 고려하여, 어느 정도의 손해가 행위자에게 귀속되는 것이 적정한지를 가치판단적 입장에서 결정하려는 견해(상당인과관계설), ㉞ 규범의 보호목적에 고려하여 모든 손해에 대한 책임을 지우는 것이 아니라 계약법이나 불법행위법에서 금지하는 규범의 보호목적에 위반한 경우에 한정하여 책임을 지게 하는 견해(규범목적설) 등이 있다. 그런데 인과관계가 무한정 확장될 수 있다는 조건설의 난점을 시정하고 있는 상당인과관계설이 현재 통설적 견해이다. 판례 역시 ‘민사분쟁에 있어서의 인과관계는 과학적 인과관계가 아니라 법적 견지에서 본 인과관계(대판 1997. 8. 23, 77다 686)’라고 봄으로써 기본적으로 상당인과관계설의 입장에 있는 것으로 해석된다. 이에 대한 소개로는, 지원림, 『민법강의』, 홍문사(2007. 1.), 918-924면 참조.

- 15) 범죄행위와 결과발생 사이의 인과관계를 판단하는 견해로는, ㉟ 어떤 일이 없었더라면 그 결과가 발생하지 않았을 것이라는 절대적 제약관계(*conditio sine qua non*)에 있으면 인과관계를 인정하는 견해(조건설), ㊱ 비유형적인 인과의 진행은 구성요건에서 제외하고 경험법칙상 상당한 조건만이 원인이 된다고 보는 견해(상당인과관계설), ㊲ ‘행위가 시간적으로 뒤따르는 외계의 변화에 연결되고 행위와 합법칙적으로 결합되어 구성요건적 결과로 실현되었을 때’ 비로소 인과관계를 인정해야 한다는 견해(합법칙적 조건설) 등이 있다. 그런데 조건설은 무제한적인 인과관계의 확장이 생길 수 있어 이를 제한하기 위해 등장한 상당인과관계설이 다수설의 입장이며, 판례(대판 1967. 2. 28, 67도45; 대판 1968. 5. 21, 68도419)도 같은 입장에 있는 것으로 해석된다. 이에 대한 소개로는, 이재상, 『형법총론』, 박영사(2009. 9.), 137-148면 참조.

수 있게 된다. 그래서 ‘재난방지책임’을 귀속시키기 위해서는 첫째로 재난을 방지할 의무가 있어야 한다는 점이 핵심이고, 둘째로 그 의무를 다하지 못하여 실제 피해발생을 막지 못한 결과가 존재해야 한다. 즉 ‘재난방지책임’은 이른바 부작위로 인한 공법상 책임의 성질을 가진다.¹⁶⁾

나. 재난발생책임 및 재난방지책임과 인간의 행위 사이의 인과관계 존부

재난을 ‘사회재난’¹⁷⁾으로 이해하게 되면 ‘재난발생책임’과 ‘재난방지책

16) ‘재난방지책임’에서 재난을 자연재난으로 한정하게 되면, 그 책임의 주체는 원칙적으로 국가로 제한되게 된다. 그 이유는 자연재난을 방지해야 할 법적 책임의 발생은 헌법상 국가의 안전보호의무로부터 유래될 수 있고, 일반 사인(私人)에 대해서까지 그 안전보호의무의 수범자로 보기는 어렵기 때문이다. 다만 일반 사인에 대해서도 ‘재난방지책임’이 인정될 수 있는 예외적인 경우가 전혀 없는 것은 아니며 이에 대해서는 뒤에서 상술하겠다. 그렇게 되면 결국 ‘재난방지책임’의 문제는 국가의 부작위로 인한 공법상 책임 문제로 요약된다. 다시 말해 국가배상책임의 성립요건과 관련된다.

그런데 국가의 부작위에 대해서는 이를 사익보호성(私益保護性)의 문제로 보아, 국가의 작위의무가 단순히 공공 일반만을 위한 의무이어서는 안 되고, 부수적으로라도 사회구성원 개인의 안전과 이익에 관한 사적인 거래 안전을 보호하기 위한 것이 아니라면, 그 손해에 대한 책임을 인정할 수 없다는 사익보호성설이 제시되고 있다. 다만, 그 사익보호성이 국가배상책임의 법적 요건 중 어디에 해당할 것인지에 대해서는 다시 ㉠ 국민의 이익 보호와 관련된 것이 법적 이익이라는 점에서 바로 위법성의 문제로 보는 견해와 ㉡ 손해는 법적 이익에 대한 침해일 것을 요하지 단순한 반사적 이익에 대한 침해는 손해가 아니라는 점에서 손해와의 상당인과관계의 문제로 보는 견해로 나뉜다. 이에 대해 판례는 사익보호의 문제는 손해와의 상당인과관계의 문제로 보고 있다(대판 2003. 4. 25, 2001다59842; 대판 2001. 4. 13, 2000다34891; 대판 2001. 10. 23, 99다36280). 사익보호성설에 대한 논의로는, 홍정선, 『행정법특강』, 박영사(2011. 1.), 466-469면 참조.

17) 『재난 및 안전관리 기본법』에서는 ‘사회재난’을 ‘화재·붕괴·폭발·교통사고(항공사고 및 해상사고를 포함한다)·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 피해와 에너지·통신·교통·금융·의료·수도 등 국가기반체계의 마비, 『감염병의 예방 및 관리에 관한 법률』에 따른 감염병 또는 『가축전염병예방법』에 따른 가축전염병의 확산 등으로 인한 피해(제3조 제1호 나목)’를 의미한다고 정의하여, ‘자연재난’과 구별하고 있다.

임' 모두 인간의 행위에 그 원인을 두고 있는 것으로 결론 날 가능성이 있고, '재난발생책임'이든 '재난방지책임'이든 모두 국가나 일반 사인(私人) 모두 그 책임자가 될 가능성이 있게 된다. 왜냐하면 '사회재난'은 재난의 성격상 인간의 설계·관리·유지상 부주의로 인해 유발된 화재·붕괴·폭발·교통사고·화생방사고·환경오염사고 등을 전제하고 있어, 그 과정에서 인간의 과실은 중요한 역할을 하고 있기 때문이다.

그러나 재난을 '자연재난'으로 이해하게 되면 인간의 역할이 재난 발생 그 자체에 대해 법적 책임으로 귀속될 수 있는 인과적 기여를 했다고 볼 수 있는지 먼저 의문이 생긴다. 이에 대해서는 결과적으로 인간이 인과관계 있는 원인행위를 '자연재난' 발생 그 자체에 대해서는 제공하기 어렵다고 해야 하지 않을까 생각된다.¹⁸⁾ 왜냐하면 지진, 태풍, 해일 등과 같은 '자연재난'은 전 지구적인 순환계와 기후 상황의 대변화와 관련되어 매우 예상 밖의 상황에서 생기는 자연현상이며, 설령 인류가 온실가스의 배출과 환경훼손행위로 지구환경에 대한 위해(危害)적 요소를 남겼다 하더라도, 그것만으로 '자연재난'의 발생 원인을 제공했다고 보기는 어렵기 때문이다.¹⁹⁾ 한편 지진, 태풍, 해일 등과 같은 '자연재난'을 천재지변(天災地變)이라고 부른다. 그런데 사법(私法)의 일반법인 민법전(民法典)에서도 제182조에서

18) 자연적 위험으로 인한 피해에 대해서는 '인과적 책임'이 아니라 '목적론적 책임'으로서 복지국가적인 사후구제의 대상이 되어야 하고, 국가의 불법행위책임이나 특별희생에 대한 법적 책임이 발생하기는 어렵다는 입장도 있다. 이에 대하여는, 전광석, "국민의 안전권과 국가의 보호의무", 법과인권교육연구(제8권 제3호), 한국법과인권교육학회(2015. 12.), 152면.

19) 일반적 대기오염에 대한 여러 기여 요소가 존재하는 경우 그 책임귀속과 관련해서, '특정 원인제공자에게 개별화할 수 있는 인과관계'가 전제되어야 한다는 입장도 존재하여 참고할 만하다{정혜영, "기본권보호의무와 재산권(독일 연방헌법재판소의 산림고사 판결을 중심으로)", 헌법학연구(제19권 제4호), 한국헌법학회(2013. 12.), 248면}. 이에 따르면 일반적 대기오염에 기여한 여러 인자(因子)가 존재하는 경우, 특정 오염발생인자가 법질서의 규제 목적에 따른 공동책임의 일부를 구성하는 연결점으로 기여할 수 없다면, 결과적으로 특정 원인제공자에게 책임을 귀속시킬 수 없다고 한다.

“천재 기타 사변으로 인하여 소멸시효를 중단할 수 없을 때에는 그 사유가 종료한 때로부터 1개월 내에는 시효가 완성하지 아니한다.”라고 규정하여, 천재지변(天災地變)을 통제할 수 없는 사실상의 상태로 보고, 그 천재지변(天災地變)을 규범적 사유로 승인하고 있다. 이처럼 천재지변(天災地變)은 인간이 초래할 수는 없는 사실상의 상태라고 보는 것이 법적 관념에도 부합하는 것으로 보인다. 결국 ‘자연재난’의 발생에 대한 인류의 기여는, 설령 인간의 전 지구적 파괴행위로 인해 환경이 일부 훼손되고 기후변화 및 온난화가 촉진된 배경이 있더라도, 이것만으로는 특히 규범적·가치판단적 입장에서 비유형적 인과의 진행을 배제하려는 ‘상당인과관계설’에 의할 때, 여전히 그 법적 책임을 귀속시키기에 충분하지 않다고 볼 수 있다.

이렇게 되면 ‘자연재난’에 대해서는 ‘재난발생책임’을 제외한 ‘재난방지책임’만이 인정될 수 있게 된다. 나아가 ‘자연재난’에 대한 ‘재난방지책임’의 주체는 헌법상 안전보호의무를 지고 있는 국가로 한정되고, 안전보호의무의 수범자가 아닌 일반 사인(私人)에 대해서는 원칙적으로 ‘재난방지책임’의 주체로 보기는 어렵다. 다만, 예외적으로 일반 사인이라도 특별히 법률에서 구호의무를 인정하고 있거나 계약상 구호의무를 부담하고 있는 경우 또는 자연재난으로 인한 피해의 확대에 기여한 선행행위와 같이 구호의무를 분담시키기에 충분할 정도로 신의칙상 보호의무가 인정될 수 있는 경우에는 일부 ‘재난방지책임’이 인정되는 경우가 있을 수 있다.

Ⅲ. 보장국가의 등장과 국가의 기본적 책임

1. 보장국가론과 국가의 역할 변화

보장국가(保障國家, Gewährleistungsstaat)는 국가의 공공서비스를 민간에

이양하고, 국가는 그 의무와 책임이 모두 소멸하지는 않은 상태에서 국가적 개입과 규제 역할을 수행하는 것을 말한다. 보장국가 개념은 1990년대 초반 독일에서 복지국가, 급부국가의 오랜 전통에 따라 국가기능이 비대해진 상태에서 새로운 국가관으로 보충되면서 등장한 개념이다. 과거 야경국가(Nachtwächterstaat)이던 것에서 급부국가(Leistungsstaat)로 변화되었다가, 다시 오늘날 보장국가로의 움직임이 나타나고 있는 것인데, 야경국가의 방임주의와 급부국가의 과도한 개입주의의 중간적 성격의 절충주의로 이해되기도 한다.²⁰⁾

한편 보장국가론의 직접적인 법적 근거로는 독일기본법 제87f조와 제143b조에서 규정한 우편 및 통신 분야에서의 민영화 조치를 들 수 있다.²¹⁾ 이에 따르면, 연방은 우편 및 통신 분야에서 전국적으로 충분하고도 적절한 서비스를 제공하고(제87f조 제1항), 제1항의 서비스 중 고권적 임무는 연방 차원에서의 행정 업무로 처리하되, 이를 제외한 나머지 서비스는 독일 연방 출연 기업이나 다른 사기업에 의해 사경제적 활동으로서 처리되는 것으로 되어 있다(제87f조 제2항 및 제3항, 제143b조). 우리 헌법 제119조 역시 제1항에서 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”고 규정하면서, 제2항에서 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다”고 규정하여, 보장국가론의 헌법적 근거를 마련하고 있는 것으로 평가하기도 한다.²²⁾

20) Claudio Franzius, “Der ‘Gewährleistungsstaat’ - ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?”, in: *Der Staat*, 2003, S. 495 ff.

21) 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 헌법학연구(제15권 제1호), 한국헌법학회(2009. 3.), 501면; 정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 공법연구(제44권 제1호), 한국공법학회(2015. 10.), 463면.

22) 김남진, “경제에 대한 국가의 역할”, 규제와 법정책(제2호), ICR센터 규제법연구회

즉 보장국가의 보장책임은 민간에게 공적 임무 수행을 위탁하여 그 이행의무를 부여하고(Entprivatisierung), 만일 민간이 그 임무 수행을 제대로 이행하지 못할 때에만 국가는 위탁된 임무를 되돌려 그 의무의 이행을 보장하는(Publifizierung) 이른바 후견적 책임²³⁾의 일종으로 이해할 수 있다.

2. 보장국가에서 국민의 안전에 대한 기본적 책임

보장국가의 보장책임이 공공서비스를 민간에 위탁하여 민간에 이행책임을 부과한다고 하더라도, 안전에 관한 본질적인 책임까지 모두 민간 영역에 위탁하게 되는 것은 아닐 것이다. 오늘날 보장국가론이 현실화 되고 있어 일부 민간 영역에서 안전보장에 관한 역할을 분담하더라도, 국민의 안전에 대한 기본적인 책임은 국가에 귀속되고,²⁴⁾ 여전히 국가가 감시와 통

(2014. 4.), 9면; 정기태, 앞의 논문(주 21), 476면.

23) 보장국가(保障國家)에서 ‘보장(保障)’의 의미는 전면적 책임을 인정하는 의미가 있으므로, 오히려 ‘보증(保證)’이라는 용어가 그 의미를 더욱 정확하게 반영하고 있다는 입장도 있다. 이에 대하여, 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 행정법연구(제41호), 행정법이론실무학회(2015. 2.), 193면; 정기태, 앞의 논문(주 21), 466면.

24) 다만, 여기서의 기본적인 ‘책임’이라는 것은 본 연구에서는 아직 법적 구속력 있는 책임의 의미로 사용한 것은 아니고, 국가의 정당한 역할 내지 ‘책무’에 가까운 의미로 사용하였다. 즉 국가가 국민의 안전을 지켜야 할 당위성은 국가의 존립 근거로 봄에 부족함이 없기 때문에, 국가의 보호의무가 가지는 법적 의무성을 논하기에 앞서 역사적·사회적 의미에서 국가는 당연히 국민을 보호해야 한다는 당위성을 설명한 것이라 보면 된다.

이와 같은 연장선상에서 볼 때, 유럽 17-18세기 사회계약론은 상존하는 위험과 공포로부터 안전을 지키기 위한 도구로서 사람들은 국가 조직이라는 합의의 산물을 만들어냈고, 홉스·로크·루소에 이르기까지 자연상태에서의 위험을 인위적인 국가의 존재로 극복하려 하였다는 점에서는 큰 차이가 없다고 보고 있다. 이에 대해서는, 손형섭, “위험사회에서의 헌법이론(헌법질서의 확립과 가이드라인 시대의 서언)”, 법학연구(제51권), 한국법학회(2013. 9.), 9-11면 참조.

한편, 1776년 버지니아주 권리장전 제3조에서는 “국가는 공동의 이익과 보호 그리고

제 기능을 통해 안전보호에 대한 책임을 수행한다고 할 수 있다. 따라서 국가의 역할과 민간의 역할은 이원화(二元化)되어, 국가가 민간에 이양·위탁하는 것은 안전보호 임무를 수행해야 할 ‘이행책임’이고, 국가는 안전보호를 최종적으로 담보하는 ‘보장책임’을 맡게 되는 것이다. 따라서 국가는 원칙적으로 국민의 안전을 보호해야 할 기본적 책임을 지고, 민간 영역의 임무보다 더 많은 역할을 수행하게 된다.²⁵⁾

그렇다면 아래에서는 국가가 부담하는 국민의 안전에 대한 기본적 책임이 과연 어떻게 법적 의무로 승화될 수 있고, 나아가 공법상 권리로까지 더욱 강화될 수 있는지에 대해 살펴보도록 하겠다.

IV. 자연재난에 대한 헌법상 국가의 보호의무

1. 자연재난에 대한 국가의 기본권 보호의무의 존부

가. 기본권의 효력과 자연재난에 의한 기본권의 침해 가능성

전통적 기본권으로서 생명·신체·자유·재산에 관한 기본권은 그 효력 면에서 국가에 의한 기본권 침해로부터 소극적 방어를 구할 수 있는 대국

국민의 안전을 위해 존재해야 하고, 어느 형태의 국가이든지 위험과 국정운영의 실패로부터 국민의 행복과 안전을 효과적으로 지킬 수 있는 국가가 바로 최선의 국가 (That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration)”라고 명시해 둬으로써, 국가의 존립 근거에는 분명 국민에 대한 안전이 포함되어 있음을 분명히 하고 있다. 이에 대해서는, 백수원, “헌법상 안전에 대한 국가의 의무”, 미국헌법연구(제27권 제3호), 미국헌법학회(2016. 12.), 142면 참조.

25) 이부하, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 헌법학연구(제22권 제1호), 한국헌법학회(2016. 3.), 234면.

가적 효력에서 출발하였다. 그러다가 기본권의 객관법적 성격을 인정하면서 사인(私人)에 의한 침해에 대해서도 기본권의 효력이 직접적으로 또는 사법(私法)의 일반원칙을 매개로 간접적으로 적용될 수 있다고 보게 됨에 따라, 기본권은 단순히 주관적 권리에 그치지 않고 적극적으로 객관적 법질서를 형성하는 구성원리로 보는 시각이 등장하게 되었다.²⁶⁾ 이처럼 기본권은 국민들이 헌법적 가치와 질서에 바탕을 두고 법질서 내에서 인격적 존재로서의 최소한을 법적 지위를 수호·유지하기 위한 기본적 권리로서 반드시 보장받아야 하는 근본가치이므로, 부당한 침해로부터 기본권을 보호해야 하는 과제는 헌법질서를 유지하기 위한 핵심 과제로서 여전히 중요하다.

그런데 부당한 국가권력으로부터 소극적으로 기본권을 방어하는 것이나, 사인(私人)의 부당한 기본권 제약에 대해 기본권의 대사인적 효력을 인정하여 기본권 상호 간에 조화로운 해결을 모색하는 것은 모두 ‘부정(不正) 대 정(正)’이라는 기본권 침해 상황을 전제하고 있다. 반면 자연재난에 의해 국민의 생명·신체·자유·재산이 위태로워지는 상황은, 자연재난 그 자체가 인간의 부정행위로 인해 초래되기는 어려울 만큼 예견가능성을 심히 뛰어넘는 자연현상이라는 점에서, ‘부정(不正) 대 정(正)’이 아니라 ‘정(正) 대 정(正)’의 상황이라고 볼 수 있다. 즉 자연재난이 초래하는 위협 상황은 기본권의 대국가적 효력이나 대사인적 효력으로 대항할 상대방으로서 국가나 사인(私人)이 등장하지 않고, 자연재난 그 자체는 권리 주체의 인과적 행위가 기여한 결과물도 아니므로, 그 부당성이나 범위반 여부를 논할 여지가 생기지 않는다는 것이다. 자연재난은 그것을 제대로 예방하지 못한 부작위 책임을 들어 ‘재난방지책임’을 문제 삼을 수 있을 뿐이지, ‘재난발생책임’은 애초부터 문제가 되지 않는다는 점에서 바로 이러한 상황이

26) 표명환, “기본권해석에 있어서 기본권의 객관법적 성격의 기능과 현대적 쟁점”, 법학연구(제42권), 한국법학회(2011. 5.), 47면 이하 참조.

초래되는 것으로 볼 수 있다. 따라서 가해자의 존재와 침해사실의 발생, 그 제재를 통한 응보 그리고 응보가 만들어내는 변증법적 정반합(正反合)의 관계는 자연재난이 초래하는 위험 상황에서는 적용되기 어렵다.

나. 자연재난이 기본권 보호의무를 발생시키는 요인이 될 수 있는지 여부

자연재난이 기본권 보호의무를 발생시키는 제3자의 침해가 될 수 있는지에 대해서도, 자연재난이 법질서 측면에서 과연 유의미한 기본권 침해를 유발할 수 있는지의 관점에서 접근하면 된다. 그렇게 볼 때 기본권 보호의무는 기본권의 대사인적 효력 내지 기본권의 객관법적 성격에 바탕을 두고, 특정 기본권 보호를 위해 다른 기본권의 부당한 행사에 맞서는 방향으로 이행되어야 한다는 점에 착안해야 한다. 그러면 자연재난이라는 것은 그 재해 현상을 지배하는 기본권 주체도 존재하지 않고 그 재해 현상이 기본권에 구속된다는 관념조차 생각하기 어려워, 그 재난에 대해서까지 기본권 보호의무가 발생한다고 보기는 어렵다는 점을 쉽게 알 수 있다.²⁷⁾²⁸⁾²⁹⁾

27) 표명환, 앞의 논문(주 26), 62면.

28) 이외에도 자연재난이 기본권 보호의무를 발생시키는 제3자의 침해가 될 수 없다는 견해를 소개하면 다음과 같다.

㉠ 재해예방의무는 헌법 제34조 제6항의 의무이고 기본권 보호의무와는 관련이 없다는 견해{이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구(제17권 제2호), 인하대학교 법학연구소(2014. 6.), 52면}, ㉡ 기본권 주체로서 사인(私人)의 법적 책임으로 귀결될 수 없는 자연재해는 배제되어야 하고, 국가는 ‘법적·사실적 힘을 소유하고 있는 주체의 입장’에서 방재의무의 일환으로 자연재해에 대한 방지책을 마련해야 한다는 견해{조홍석, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과 정책연구(제11권 제3호), 한국법정책학회(2011. 9.), 7면}, ㉢ 자연력에 의한 침해에 대해 방지책을 마련하는 것은 국가가 ‘조직적·기술적·사실적 힘을 보유하는 주체의 지위’에서 하는 것이고, 기본권 보호의무에서 기본권 주체 상호 간의 조정자 역할과는 차이가 있다는 견해{허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스(통권 제115호), 한국법학원(2010. 2.), 87-88면}, ㉣ 기본권 보호의무론은 ‘침해자 - 피해자 - 국가’ 3각 관계로 구성되므로 단순히 자연재해에 대해서는 기본권 보호의무

따라서 기본권 보호의무는 아니더라도, 국가가 국민의 안전을 보호하기 위해 취해야 할 다른 헌법상 의무가 무엇이 있을지에 대해서는 별도로 살펴볼 필요가 있을 것이다.

2. 기본권의 ‘(침해) 배재력’과 ‘(보호) 요구력’의 분별

기본권 보호의 역사는 기본권에 대한 부당한 제약으로부터 소극적으로 권리침해를 배제해 줄 것을 요구하는 형태와 불완전·불충분한 기본권의 내용과 한계를 형성하거나 그 권리행사를 적극적으로 보장해 주는 형태로 발전되어 왔다. 전자(前者)는 ‘(침해) 배재력’이라 볼 수 있는데, 주로 자유권 사상에 입각하여 생명·신체·재산 등에 대한 국가의 기본권 제약에 대해 그 배제를 요구하는 전근대적인 야경(夜警)국가적 사고에 근거하여 발전되어 왔다(기본권의 대국가적 효력). 그러다가 기본권의 객관법적 성격을 발견하고 사인(私人) 간에도 기본권에 기속되어야 할 필요성이 제기되면서, 일반 사인의 기본권 침해행위에 대해서도 그 배제를 구할 수 있는 보다 확장된 기본권의 효력이 오늘날 우리나라와 독일의 통설로 받아들여

론을 적용할 여지가 없다는 견해{김대환, “국가의 국민안전보장의무”, 공법학연구(제15권 제3호), 한국비교공법학회(2014. 8.), 16면}, ㊸ 천재지변 등과 같이 ‘법적 책임 영역 밖의 불가피한 사건’에 대해서는 기본권 보호의무가 발생하지 않는다는 견해{Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrecht V*, 2000, § 111, Rn. 79, 89, 120 ff.} 등이 있다.

그 밖에도 자연재난에 대한 기본권 보호의무를 부정하는 견해에는, Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, S. 74·231.

- 29) 자연재난 역시 기본권 보호의무를 발생시키는 제3자의 침해가 될 수 있다는 입장도 존재한다. 이에 대해서는, Eckart Klein, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, in: *NJW* 1989, S. 1633; Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, 1987, S. 124; Hans Hugo Klein, “Die grundlegende Schutzpflicht”, in: *DVBl* 1994, S. 490; Michael Sachs, *Verfassungsrecht II - Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2003, S. 40 ff.

지고 있다(기본권의 대사인적 효력).³⁰⁾ 한편, 후자(後者)는 ‘(보호) 요구력’이라 볼 수 있는데, 사회국가원리와 국민의 기본적 수요 내지 국가적 보호의 요구가 커지면서 현대복지국가적이고도 급부(給付)국가적 사고에 근거하여 등장하였다. 사회적 기본권에 대한 보장은 반드시 외부의 권리침해가 전제되어야만 하는 것은 아니고, 열악한 환경이나 최소한의 기준에 미달하는 보장 수준과 같이 다양한 외부적 요인이 있을 수 있으며, 나아가 그 외부적 요인이 절차와 규정에 위반한 부당한 조치라거나 법에 의해 배제가 가능한 부정(不正)이어야만 하는 것은 아니다. 따라서 ‘배제력’과 ‘요구력’은 그 논의의 평면이 다르고 기본권 보장의 방식도 차이가 있는 선택적 관계에 놓인다. 즉 ‘배제력’은 침해행위와 그로 인한 결과 발생 사이의 인과관계를 규명하는 데 초점을 두고 있고, ‘요구력’은 명시적 또는 묵시적으로 인정되는 보호나 보장의 요구를 다하지 못한 경우 그 책임을 묻는 부작위의 위헌·위법성에 초점을 두고 있다. 이렇게 볼 때 자연재난에 대해 국가가 취해야 할 보호의무는 ‘배제력’의 국면이 아니라 ‘요구력’의 국면과 부합하는 것으로 보인다.

3. 자연재난에 대한 국가의 보호의무의 헌법상 근거

가. 자연재난으로부터의 안전에 대한 헌법적 보호의 허점

안전에 대해서는 다양한 방식으로 정의될 수 있고, 안전에 대한 획일적인 개념 확정은 쉽지 않다.³¹⁾ 다만 외부의 위협으로부터 위협받지 않고 평

30) 윤희영, “기본권의 대사인적 효력과 위법성 판단(‘동적체계론’ 및 ‘다원적 불법행위론’의 분석을 통한 위법성 판단 기준의 구체화에 관한 시론)”, *재산법연구*(제34권 제4호), 한국재산법학회(2018. 2.), 38면.

31) 훔볼트(Wilhelm von Humboldt)는 “안전에 대한 개념 정의는 그 작업이 너무도 무용하다고 할 만큼 개념이 매우 광범위하다”고 한 바가 있다(이부하, 앞의 논문(주 25), 223-224면). 그 외에도 안전에 대한 개념 정의의 어려움을 언급한 자료로는, 이한

온을 유지할 수 있는 상태라는 점은 결코 틀리지 않을 것이다. 그런데 여기서 논의하려는 자연재난으로부터의 안전은 지금까지 헌법적 보호에 관한 논의에서 다소 소외되어 있었다는 점을 발견할 수 있다. 왜냐하면 안전에 장애가 되는 요소로서 위험(危險)에는, 국가에 의한 법익침해 위험도 있을 수 있고, 사인(私人)에 의한 법익침해 위험도 있을 수 있으며, 재난 가운데에서도 인간이 통제할 수 없는 자연재난을 제외하고도 “화재·붕괴·폭발·교통사고·항공사고·해상사고·화생방사고·환경오염사고 및 에너지·통신·교통·금융·의료·수도 등 국가기반체계의 마비, 감염병 또는 가축전염병의 확산(『재난 및 안전관리 기본법』 제3조 제1호 나목 ‘사회재난’의 정의 참조)”과 같은 이른바 ‘사회재난’ 또한 존재하기 때문이다. 그래서 안전을 위협하는 다른 위험들 가운데, 먼저 국가에 의한 법익침해는 기본권의 대국가적 효력 문제와 결부되고, 사인에 의한 법익침해는 기본권의 대사인적 효력 내지 기본권 보호의무론과 결부되며, ‘사회재난’ 역시 사인에 의한 법익침해와 크게 다르지 않으므로, 결국 자연재난을 제외한 다른 위험들로부터는 이미 헌법적 안전망이 갖추어져 종래 논의를 통해서도 그 보호의 정도가 충분히 진척되어 온 것으로 볼 수 있다. 그러나 자연재난으로부터의 안전에 대해서는 그것을 별도로 분리하여 국가적 보호의무의 근거나 정도에 대해 헌법적 관점에서 진행한 논의가 충분하지만은 않아 보인다.

나. ‘안전권’이라는 독자적인 헌법상 기본권 인정 필요성

생명·신체·자유·재산 등 종래의 기본권에 의해 안전에 대한 국가의 보호의무를 도출할 수 있는지를 살펴보면, 이러한 전통적 기본권은 기본적

태·전우석, “한국 헌법상 기본권으로서의 안전권에 관한 연구”, *홍익법학*(제16권 제4호), *홍익대학교 법학연구소*(2015. 12.), 125-128면 참조; 백수원, 앞의 논문(주 24), 150-152면 참조.

으로 자유권적 기본권 사상에 근거한 ‘배제력’을 가진 선택적 권리라는 점에 착안하여야 한다. 그래서 기본권에 대한 국가나 사인(私人)에 의한 법의 침해에 대해서는 그 배제를 구하거나 국가의 기본권 보호의무를 요구할 수 있는 법적 권능을 발휘할 수 있지만, 자연재난에 대해서는 ‘배제력’을 발휘하여 그 의무를 이행하게 할 가해자도 불분명하고 자연재난 그 자체가 부당한 법의 침해라는 이유로 배제될 수 있는 성질의 법적 위험도 아니다. 자연재난으로부터의 위험은 물리적으로 볼 때 그 발생 자체를 막을 수는 없고, 다만 그로 인한 위험으로부터 국가가 국민을 보호해 주어야 할 헌법적 작위의무나 사회적 기본권의 성격과 유사한 ‘요구력’의 국면과 연관되며, 동시에 그 이행의무를 다하지 못한 경우 부작위의 위법성을 문제 삼는 목적론적 책임 영역과 결부된다. 그러므로 생명·신체·자유·재산 등 종래의 기본권의 효력에 포섭시켜 안전권을 이해하는 데에는 한계가 있다. 여기서 자연재난으로부터의 안전에 대해서만큼은 적어도 헌법상 ‘안전권’이라는 독자적 기본권을 인정해야 할 필요성이 제기된다.

그렇다면 헌법상 ‘안전권’의 근거는 어디에서 찾아야 하는 것일까? 안전에 관한 권리를 헌법상 기본권으로 명시적으로 규정해 둔 조항이 현행 헌법에서는 찾아 볼 수는 없는 만큼 헌법의 각 조항을 종합하여 도출 가능성을 따져 볼 수밖에 없을 것이다. 이에 대하여 헌법상 ‘안전권’은 ㉠ 헌법 전문 ‘우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐’하는 부분과 ㉡ 헌법 제10조 제2문 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무 및 ㉢ 헌법 제34조 제6항 국가의 재해 예방 및 국민보호의무, ㉣ 헌법 제36조 제3항 보건의에 관한 국가의 보호의무, ㉤ 헌법 제37조 제1항 헌법에 열거되지 아니한 기본권 조항에서 도출될 수 있다는 입장이 있다.³²⁾ 위에서 제시된 각 헌법적 근거를 구체적으로 살펴보면, ㉠ 헌법 전

32) 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 법학논집(제8권 제1호), 이화여자대학교 법학연구소(2003. 8.), 29-30면; 백수원, 앞의 논문(주 24), 153면; 홍완식,

문의 ‘안전’은 ‘자유’와 ‘행복’을 보장하기 위한 전제³³⁾로서 인정되어야 할 헌법원리로 이해할 수 있을 것이고, ㉠ 헌법 제10조 제2문은 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 생명·신체의 안전에 관한 근거가 될 수 있을 것이다.³⁴⁾ ㉡ 그리고 헌법 제34조 제6항은 재해에 대한 예방과 국민보호를 가장 직접적으로 천명한 헌법 조항이다. 같은 조 제1항부터 제5항까지 사회적 기본권의 기본 내용들을 언급하다가 이와 더불어 제6항을 규정한 것을 보면 사회국가원리 실현을 위한 기본 내용으로서 제시된 것으로 이해해볼 수도 있다.³⁵⁾ 물론 헌법 제34조 제6항에 대해 ‘재해’를 자연 재해는 물론 인적 재해까지 포함하여 이해하는 입장도 존재하지만,³⁶⁾ 인적 재해에 대해서는 기본권의 대사인적 효력 내지는 국가의 기본권 보호의무에 따른 특별한 구제가 가능하다는 점에서 헌법 제34조 제6항의 ‘재해’에 인적 재해까지 포함시킬 이유는 적어 보인다. ㉢ 한편 헌법 제36조 제3항은 국민 보건에 관한 조항이므로, 감염병 등 사회재난과 밀접한 관련이 있을 뿐이고, 자연재난에 대한 근거로서는 직접 연관되지는 않아 보인다. 앞서 헌법 제36조 제3항을 헌법상 ‘안전권’의 근거로 제시했던 입장들 역시 재난을 자연재난과 사회재난으로 구분하지 않고 포괄적으로 다루는 과정에서 헌법 제36조 제3항이 언급된 것으로 이해된다.³⁷⁾ 따라서 자연재난으로부터의 안전의 근거로서 헌법 제36조 제3항을 제시하는 것은 적절하지 않아 보인다.

“안전권 실현을 위한 입법정책”, 유럽헌법연구(제14호), 유럽헌법학회(2013. 12.), 233-236면.

33) 백수원, 앞의 논문(주 24), 153면; 홍완식, 앞의 논문(주 32), 233면.

34) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419.

35) 성낙인, 『헌법학』, 법문사(2013. 1.), 751면.

36) 송석윤, 앞의 논문(주 32), 30면, 각주 90): 자연에 대한 인간 개입의 전면성에 비추어 더 이상 자연재해와 인적 재해를 구분하기는 어려울 것이라고 하고 있으나, 이러한 주장에 대해서는 앞서 본 ‘재난발생책임’이 자연재난에 대해서까지 인정하기는 어렵다고 본 것과 같은 이유에서 동의하기 어려운 부분이다.

37) 송석윤, 앞의 논문(주 32), 30면; 백수원, 앞의 논문(주 24), 154면; 홍완식, 앞의 논문(주 32), 236면 참조.

㊦ 나아가 헌법 제37조 제1항 역시 헌법에 명시적으로 규정되지 않은 ‘안전권’의 헌법적 근거로 제시될 수 있을 것이다.³⁸⁾ 다만 헌법 제37조 제1항

38) 헌법재판소도 과거 “오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행위로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본 전제가 되는 것이므로, 달리 이를 보호하는 명시적 기본권이 없다면 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하다(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268)”고 판시하여, 생명·신체·재산에 대한 중대한 위협으로부터 국민을 보호하기 위해서는 헌법에 명시적으로 열거되지 아니한 기본권이라도 헌법 제37조 제1항이 그 헌법적 근거가 될 수 있는 가능성이 있음을 언급한 바 있다. 그러나 헌법재판소는 그 후 과거 입장을 변경하여 “헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것”이라고 하면서 “평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 특별히 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 그 권리내용이 비교적 명확하여 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어렵다”고 판시(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369)하였다. 즉 ‘평화적 생존권’을 헌법상 기본권으로 인정할 것인지와 관련해서, 과거 판례의 입장을 변경하여 더 이상 헌법상 기본권으로 볼 수 없다는 입장을 명확히 한 것이다.

그런데 여기서 ‘평화적 생존권’을 헌법상 기본권으로 인정할 수 없다고 판단한 세부 구성요소들을 눈여겨 볼 필요가 있다. 위 변경된 판례에서 소개하고 있는 헌법에 열거되지 아니한 기본권의 구성요소들을 나열해 보면 「㉠ 특별히 인정되어야 할 필요성, ㉡ 보호영역의 명확성, ㉢ 구체적 기본권으로서 규범상대방에 대한 요구가능성, ㉣ 구체적 권리로서 소구(訴求)가능성」을 들 수 있다. 다시 말해 ㉠ 요소를 제외한 나머지 ㉡, ㉢, ㉣ 요소들은 모두 기본권 보호영역의 존재 및 구체적 권리로서의 실질이 요구되는 자유권적 기본권을 전제로 한 요소들이라는 점을 확인할 수 있다. 그러나 자연재난으로부터 안전을 보장받게 해 줄 것을 요구할 수 있는 헌법상 ‘안전권’은 사회적 기본권과 유사한 ‘요구력’의 국면과 연관되어 있음은 앞서 본 바와 같다. 그렇게 되면 헌법상 ‘안전권’에 대해서는 자유권적 기본권일 때를 전제로 한 구성요소인 ㉡, ㉢, ㉣ 요소들을 그대로 적용하기는 곤란하다는 점을 알 수 있다. 즉 헌법상 ‘안전권’은 사회적 기본권과 유사하므로 자유권적 기본권에 상응하는 ㉡, ㉢, ㉣ 요소들을 기준으로 보게 되면 언제나 요건 흠결을 피할 수 없게 되는 것이다. 그런데 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 기본권은 자유권적 기본권에만 국한된다는 특별한 제한이 있지는 아니하다(최유경·김주영, “헌법상 기본권 보장체계의 개방성에 관한 소고(헌법에 열거되지 아니한 권리의 헌법적 보장의 측면에서)”, 세계헌법연구(제21권 제3호), 국제헌법학회 한국학회(2015. 12.), 149면 참조). 그렇다면 헌법상 ‘안전권’에 대해서는 기본권의 성격상 ㉡, ㉢, ㉣ 요소들을 고려하는 것은 적절하지 않고, ㉠

은 다소 포괄적인 조항이므로, 자칫 모든 권리를 헌법적 기본권이라고 하여 그 근거로 헌법 제37조 제1항이 거론될 수도 있는 이상, 이를 제한하기 위해서 헌법적 보호나 보장 필요성이 요청됨에도 입법절차상 한계로 부득이 헌법에 직접 규정되지는 못한 경우로 한정할 필요가 있을 것이다.

결국 헌법상 ‘안전권’을 독자적 기본권으로 인정할 필요가 있고, 그 헌법적 근거로는 헌법 전문 ‘안전’에 관한 부분과 헌법 제10조 제2문, 제34조 제6항 및 제37조 제1항을 들 수 있을 것이다.

다. 헌법상 근거의 존재와 안전보호의 의무성 간의 괴리

헌법상 안전권에 대한 헌법적 근거가 존재한다고 해서 곧바로 국가의 안전보호의무를 이행해야 할 법적 구속력이 발생하는 것은 아니다. 헌법적 근거가 존재하므로 국민의 안전보호를 위해 노력해야 할 충분한 이유가 생겼지만, 그 안전보호의무를 이행해야만 하는 강제성 있는 힘의 원천은 기본적으로 법률적 의무에 의해 보충되어야 하기 때문이다. 이것은 바로 헌법적 입법 의무의 준부의 문제와도 연관된다. 따라서 아래에서는 국가의 안전보호의무를 국민의 입장에서 안전보호청구권이라는 헌법상 권리의 측면으로 보았을 때, 그 법적 성질상 헌법적 입법 의무를 소구할 수 있는 강제성 있는 권리인지를 살펴보도록 하겠다.

요소, 즉 ‘안전권’을 특별히 헌법상 기본권으로 인정해야 할 필요성이 있는지를 기준으로 판단해야 한다.

그렇게 볼 때 앞서 본 ‘자연재난’으로부터 생명·신체·자유·재산의 안전을 보장받을 권리는 기존의 헌법상 기본권에서 명확한 근거를 찾기는 어려웠고, 그 결과 독자적인 헌법상 ‘안전권’의 인정 필요성을 불러일으킨 바 있었다. 따라서 이러한 헌법상 ‘안전권’의 인정 필요성을 독자적 기본권의 구성요소 중 「㉔ 특별히 인정되어야 할 필요성」을 충족한 것으로 보아서, 결과적으로 헌법 제37조 제1항 역시 헌법상 ‘안전권’의 인정근거가 될 수 있을 것이다.

4. 자연재난에 대한 국가의 안전보호의무의 실제적 구현 형태

가. 국가에 대한 안전보호청구권의 법적 성질

자연재난에 대한 국가의 안전보호의무는 소극적 금지청구가 아닌 적극적 작위요구로 나타나고, 국가나 사인(私人)으로부터의 침해를 금지하는 방어권과는 근본적인 차이가 있다. 이 점에서 국민이 국가에 대해 요구하는 안전보호청구권³⁹⁾은 국가의 적극적인 보호조치를 요구하는 권리로서 사회적 급부청구권과 상당 부분 그 성질이 유사한 면이 있다. 이와 같은 안전보호청구권의 법적 성질에 대해서는 아래와 같은 견해가 제시되고 있다.

(i) 먼저 국가가 국민의 안전을 보호해야 하는 것을 국가의 목표로 보는 견해가 있다(국가목표규정설).⁴⁰⁾ 헌법에서 기본권으로서의 특성을 가지지는 않은 채 국가의 목표로 지시나 지침으로 기능하는 조항을 국가목표규정(*Staatszielbestimmung*)이라고 하는데, 국민의 안전에 관한 규정을 국가목표규정으로 보는 입장이다. 국가목표규정은 국가 운영의 미래에 대한 바람직한 방향을 제시하고 사회적 공감대를 형성하게 하는 기능을 한다.⁴¹⁾ 다만 그 규범적 성격에 대해서는 국가목표규정이 입법부의 입법재량을 과도하게 침해할 가능성을 우려하여, 입법부가 입법재량을 명백히 일탈한 경우에 한해서만 국가목표규정 위반을 선언할 수 있다고 해야 할 것이다.⁴²⁾

39) 여기서 안전보호청구권은 헌법상 안전권을 ‘행사’의 측면에 초점을 맞추어 사용한 용어이다. 국가의 안전보호의무에 대응된 권리라고 할 수 있다. 따라서 법률상 의무로부터 발생한 공권(公權)으로 볼 것이 아니라, 헌법상 권리로 보고 사용한 용어이다.

40) Martin Kutscha, “Innere Sicherheit und Verfassung”, in: F. Roggan/M. Kutscha, *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*, 2. Aufl., 2006, S. 24.

41) 명재진, “국가목표규정에 관한 비교법적 연구”, *세계헌법연구*(제17권 제2호), 국제헌법학회 한국학회(2011. 8.), 31-33면.

42) K. P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1. Aufl., 1997, S. 442.

(ii) 다음으로 국가가 국민의 안전을 보호할 의무를 주관적 권리로 이해하는 견해가 있다(기본권설).⁴³⁾ 다만 이 견해에 의하더라도 안전보호청구권은 사회적 법치국가의 구성요소에 포함되는 것으로 이해되고 있으므로,⁴⁴⁾ 안전보호청구권에 대해서도 사회적 급부청구권의 법적 성질과 유사한 구체적 권리성 여부에 대한 문제가 있을 수 있다.⁴⁵⁾ 그렇더라도 안전보호청구권과 사회적 급부청구권은 일부 차이를 가지고 있는데, 사회적 급부청구권은 물질적 수요를 충족시키는 과정에서 생활조건을 더욱 양호하게 개선시킬 것을 요구하지만, 안전보호청구권은 자연재난으로부터의 피해 예방과 감소에 노력하여 기존 상태를 유지시키는 것만을 목적으로 한다는 점이다.⁴⁶⁾ 즉 사회적 급부청구권은 ‘생활조건 개선’을 요구하는 권리인 반면, 안전보호청구권은 그보다도 낮은 수준인 ‘기존상태 유지’를 요구하는 권리에 그친다. 따라서 사회적 급부청구권에 대해서조차 구체적 권리성에 대해서는 아직 조심스러운 접근이 이루어지고 있는 점을 고려하면, 현재 시점에서 안전보호청구권은 그보다도 더 구체적 권리성의 도출가능성을 낮게 잡아 볼 수밖에 없을 것으로 예상된다.

43) Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, S. 3 ff; Klaus Stern, *Staatsrecht*, Bd. III/2, 1984, § 96 III 2, S. 1776-1777.

44) 이부하, 앞의 논문(주 25), 227면.

45) 이에 대하여 헌법재판소는 사회적 급부를 요구할 수 있는 권리란 “입법자의 재량영역에 속하는 문제”로 보고, “법에 의하여 비로소 구체화되는 ‘법률상 권리’이며, 개인이 국가에 대한 사회보장·사회복지 또는 재해예방 등과 관련된 적극적 급부청구권은 인정하고 있지 않다”고 일관되게 판시하고 있다(헌재 2005. 7. 21. 2004헌바2; 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14; 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216 등). 따라서 “헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 세계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33)”고 판시하여, 사회적 급부청구권은 입법재량의 문제이되 다만 재량의 범위를 명백히 일탈했는지 여부만이 통제의 대상이 됨을 지적하고 있다.

46) 송석윤, 앞의 논문(주 32), 28면.

결국 안전보호청구권의 법적 성질에 관한 위의 어느 견해에 의하더라도, 안전보호청구권은 입법조치를 강제하거나 권리행사를 곧바로 관철시킬 수 있는 구체적 권리로 보기는 쉽지 않다는 점을 확인할 수 있다.⁴⁷⁾ 따라서 국가가 국민의 안전을 보호해야 하는 구체적 입법을 마련할 의무 여부는, 안전보호청구권의 법적 성질에 따라 일률적으로 결정될 문제라기보다는, 개별 헌법규정의 해석을 통해 결정될 문제라 할 것이다.

나. 국가의 안전보호의무를 이행할 헌법적 입법 의무 존부

입법권은 입법부의 고유한 권한이고 입법행위는 국민의 대표가 정치적 소양과 양심에 따라 자유위임의 원칙에 기반을 두고 그 내용과 한계를 정할 수 있으므로, 안전법제에 관한 입법 또한 기본적으로 입법재량의 문제에 해당한다. 따라서 국가가 국민에 대한 안전보호의무를 이행할 헌법적 입법 의무는 헌법이 명시적으로 입법위임을 하였거나 헌법해석상 구체적인 행위 의무 또는 보호의무가 발생하는 경우이어야만 비로소 가능하다고 할 수 있다.⁴⁸⁾

47) 헌법적 선언과 헌법원리 그리고 개별 기본권으로부터 국가의 일반적인 안전보호의무가 도출될 수는 있지만, 그렇다고 안전보호청구권을 구체적 권리로 보장해 주어야 하는지는 별개의 문제로 보는 시각이 있다. 이 입장에 의하면 권리를 행사하기 위해서는 그 상황에 대처하고 처분할 수 있는 능력이 전제되어야 하는데, 자연재난에 대해서는 완벽한 상황대처 및 처분능력을 갖추기 어렵기 때문에 국가책임을 인정할 수 없는 것이고, 따라서 개인이 적극적으로 국가개입을 청구하는 구체적 권리 또한 행사하기 어렵다고 한다. 이에 대해서는, 전광석, 앞의 논문(주 18), 147-148면.

48) 헌법재판소는 “어떠한 사항을 법규로 규율할 것인지의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적·경제적·사회적 각종 고려 하에서 정하여지는 입법정책의 문제”라 할 것이어서, “헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하고 있지 않는 경우(헌재 1998. 5. 28. 97헌마282; 헌재 1991. 11. 25. 90헌마19; 헌재 1995. 6. 29. 91헌마147; 헌재 2012. 4. 3. 2012헌마223 등)”이어야만 헌법적 입법 의무가 인정된다고 판시하였다.

그런데 앞서 안전보호의무의 헌법적 근거로 소개한 헌법 전문, 헌법 제 10조 제2문, 제34조 제6항, 제37조 제1항은 모두 명시적으로 헌법적 입법 의무를 부여한 조항이라기보다는 추상적인 수준에서 안전보호의무를 규정하고 있을 뿐이다. 물론 위 조항들을 모두 추상적 보호의무로 보는 것에 대해 이견은 있을 수 있으나,⁴⁹⁾ 현행 헌법의 문언만 보더라도 헌법 전문에서는 안전을 ‘확보할 것을 다짐’하는 데 그치고 있고, 제10조 제2문에서 ‘불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무’라는 것이 법률 제정을 강제하는 의미는 아니며, 제34조 제6항에서는 국민을 보호하기 위하여 ‘노력’하여야 하는 것으로 정하고 있을 뿐이고, 제37조 제1항은 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 ‘경시’하지 않고 그 존재와 효력을 인정할 의무만을 부과하고 있을 뿐이다. 여기서 헌법 전문이나 헌법 제10조 제2문, 제34조 제6항 및 제37조 제1항의 해석으로는 구체적인 행위유무나 보호의무가 발생할 만한 특이점이 달리 발견되지 않는다.

결국 헌법상 안전권은 헌법적 근거를 가지고 보장되고 있지만, 국민의 헌법상 안전권에 대응하여 국가의 안전보호의무에 대해서까지 구체적 권리로 실현하도록 헌법적 입법유무를 부과하고 있다고 보이지는 않는다.

49) 헌법 제34조 제6항은 재해 예방의 1차적 책임을 입법자에게 부과하고 있을 뿐 입법자에게 입법에 관한 재량을 부여하고 있는 것은 아니므로, 재해와 위험으로부터 이를 보호하기 위한 입법을 전혀 하지 않았거나 그 입법이 불충분하여 국민의 안전권을 중대하게 침해하는 경우에는 헌법적 입법유무에 위반한 입법부작위에 해당한다는 이견이 존재한다. 이 입장에 따르면 헌법 제34조 제6항은 헌법이 입법자에게 명시적으로 입법유무를 부과하고 있는 조항이라고 해석한다. 이에 대해서는, 홍완식, 앞의 논문(주 32), 235-236, 246-247면.

V. 헌법상 국가의 안전보호의무로부터 공권(公權) 도출 가능성

1. 자연재난에 대비한 종래의 법률상 공권

가. 법률상 의무에 기초한 전통적인 개인적 공권의 발생

실정법에 근거한 행위규범은 개인적 공권이 발생하기 위한 법적 의무를 구성한다. 공권 발생을 위해서는 근거법규의 강행성(强行性)을 필요로 하므로, 법률로 정한 의무의 구속력은 공권이 성립하기 위한 기초가 된다.⁵⁰⁾ 물론 그 강행성은 오늘날 특정행위의무는 물론 선택재량이 허용되는 재량 의무까지도 포함하는 것으로 보게 됨으로써,⁵¹⁾ 공권의 종류 역시 강학상 특정행위청구권은 물론 행정개입청구권(行政介入請求權)이나 무하자재량행 사청구권(無瑕疵裁量行使請求權)까지 그 종류와 형태가 다양하게 등장하고 있다.⁵²⁾ 따라서 자연재난으로부터의 안전을 보호하기 위해 특별히 제정된 현행 법률이 존재한다면, 해당 법률의 구속력 있는 법적 의무는 공권 발생

50) 현재 통용되고 있는 개인적 공권의 성립요건으로서 ① 강행법규성, ② 사익보호성, ③ 소구가능성은 Bühler에 의해 집대성 되었다. 특히 Bühler는 개인적 공권의 강행법규성이 발생하는 근거를 추상적 권리에서 찾지 않고 구체적인 실정법 조항에서 찾고 있다. 그래서 기본적으로 입법자의 의해 제정된 법규범에 의해 개인적 공권은 탄생될 수 있을 뿐이고 헌법상 기본권으로부터 직접 공권이 발생할 수는 없다고 보고 있다. 이에 대하여는, Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung*, 1914, S. 4 ff. 다만, 오늘날 헌법상 재판청구권이 보장되고 소송상 개괄주의가 보편화된 상황에서 위에서 말한 세 번째 요건인 소구가능성은 더 이상 큰 의미를 가지지 않게 되었다.

51) 오토 바호프(Otto Bachof)는 재량규정에 의해서도 강행법규성이 인정될 수 있다고 보았다. 이에 대하여는, Bachof, "Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht", in: *Gedachtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955, S. 287.

52) 박균성, 『행정법강의』, 박영사(2016. 1.), 87-88면; 홍정선, 앞의 책(주 16), 77-82면 참조.

의 기초로서 법률상 의무를 징표하게 된다.

나. 자연재난에 대비한 공권의 발생근거로서 현행 법률의 현황

자연재난으로부터의 위협을 방지하기 위한 개별 법률로는 여러 가지가 존재한다. 먼저 「재난 및 안전관리 기본법」에서는 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 재난사태를 선포할 수 있고(제36조), 각종 응급조치를 취해야 할 의무를 부과(제37조)하는 등 안전관리에 필요한 조치를 정해두고 있다. 「자연재해대책법」에서는 재해발생의 우려가 있는 지역을 자연재해위험개선지구로 지정하고(제12조), 재해 조사 등을 위해 타인의 토지에 출입하거나 일시 사용함으로써 손실이 생긴 경우에는 그 손실을 보상(제68조)하도록 하는 등 대책을 마련해 두고 있다. 이외에도 「지진·화산재해대책법」, 「재해구호법」, 「재해위험 개선사업 및 이주대책에 관한 특별법」, 「풍수해보험법」은 물론 일반적 위협에 대한 예방조치로서 「경찰관 직무집행법」 제2조 제1호 ‘국민의 생명·신체 및 재산의 보호’ 및 제7호 ‘그 밖에 공공의 안녕과 질서 유지’ 등도 존재한다. 이처럼 각각의 법률이 정한 구속력 있는 법적 의무는 공권 발생의 기초로서 법률상 의무의 존재를 징표하게 된다. 물론 법률상 의무만으로 곧바로 공권이 발생할 수 있는 것은 아니고, 법률상 의무를 다하지 않은 조치에 대해서는 해당 법률이 국민의 사익(私益)도 함께 보호하기 위한 법률이거나 그로 인해 생긴 손해가 법적 의무의 불이행과 상당인과관계가 있는지를 따져야 한다. 그럼으로써 비로소 공권의 행사 가능성 내지 공권으로부터 유래한 절차상 권리구제 가능성을 가늠해 볼 수 있게 된다.

다. 국가의 안전보호의무와 비교할 때 법률상 공권 인정의 실익과 한계

국민이 국가에 대하여 헌법상 안전권을 근거로 안전보호를 요구할 수

있는 권리는 다분히 추상적인 수준에 그친다. 그래서 헌법상 안전권은 자연재난에 대한 안전을 요구할 수 있는 헌법적 근거가 되기는 하지만, 그 안전권을 근거로 실제 국가의 안전조치 이행의무를 강제하거나 불이행 시 의무이행을 소구(訴求)하는 등 법적 구속력 있는 조치를 발동할 권능은 자동으로 부여되지 않는다. 나아가 이와 같이 불완전한 국가의 안전보호를 위한 조치를 법적으로 강제하기 위해 관련 입법을 마련하고자 하더라도, 기본적으로 입법행위는 다시 입법부의 입법재량에 맡겨진 영역일 뿐이므로, 헌법상 안전권을 근거로 헌법적 입법의무를 이행하라고 요구하거나 입법부작위 위헌·위법소송을 통해 소구하기도 어려운 것이 현실이다.

여기서 공권(公權)은 법적 구속력 있는 의무이행을 강제할 수 있다는 측면에서 실천적 의의를 가진다. 즉 법률상 의무의 발생근거가 명확한 공권은 구체적 권리로서 직접 국민이 국가에 대해 일정한 국가작용의 발동을 요구할 권능을 가지게 되고, 만일 국가가 법률이 정한 의무를 불이행하게 될 경우 항고소송을 통해 해당 처분을 취소하거나 불이행된 의무와 손해사이의 상당인과관계를 따져 손해를 배상받을 수 있는 가능성도 생긴다.

다만 개인적 공권을 통해 구체적 권리를 실현해 나가더라도 권리행사의 한계는 분명 존재한다. 첫째는, 법률상 의무가 명확히 확정될 필요가 있으므로 요구하는 권리가 법률에 명시되지 않는 한 이를 실제로 인정받기 어렵고, 설령 법률에 명시되어 있더라도 처분 주체는 특정한 행정주체로 제한되어 있는 경우가 많아 법률상 의무를 국가기관 전반의 일반적 의무로 확장하여 국가기관 전반 또는 핵심 국가기관까지 공권의 효력에 기속시키는 것은 어렵다. 둘째는, 공권론이 행정소송상 원고적격을 가리는 법률상 이해관계의 척도로서 이른바 ‘여과기능’을 하는데 한정된다는 입장이 있고,⁵³⁾

53) 강재규, “기본권, 그리고 공권과 사권”, 공법학연구(제15권 제1호), 한국비교공법학회(2014. 2.), 168면; 김현준, “실체적 공권의 4유형과 행정소송법상 항고소송”, 공법학연구(제13권 제2호), 한국비교공법학회(2012. 5.), 57-58면.

국가배상과 관련해서는 위반된 법적 의무가 피해자 개인도 함께 보호하고 있는 당해 규범을 위반했는지 또는 의무위반과 손해 사이의 상당인과관계가 인정되는지의 판단 척도로서만 기능할 뿐이라는 입장도 존재한다.⁵⁴⁾

2. 국가의 안전보호의무로부터 공권(公權) 직접 발생에 관한 논의

가. 논의의 실익

공권이 발생하기 위해서는 기본적으로 실정법에 근거하여 법률상 의무가 확정될 수 있어야 한다. 그러나 그렇게 되면 자연재난으로 인한 위급한 상황이나 법이 예정하지 못한 구호 필요성에 대해서는 유효적절하게 대처하기 곤란할 수 있고, 모든 국가기관은 사고 방지를 위해 힘써야 할 기본적인 의무가 있음에도 오히려 권한 있는 기관으로 법에 명시되지 않은 입법의 불비를 들어 기관 스스로 책임 회피의 구실로 그 점을 악용할 수도 있다. 그렇다고 국가의 안전보호의무로부터 무한정 공권의 발생을 인정하게 되면, 그 또한 국가 작용이 원활하게 작동하지 못하고 마비되는 등 법치국가적 질서에 커다란 위협이 될 소지가 생긴다. 따라서 급박하고 중대한 자연재난에 직면했을 때에 한해서 기관 성격상 관련 국가기관에 대하여 안전보호에 대한 권한과 책임을 보다 고양(高揚)시켜 위험방지를 위한 사전·사후의 조치를 적절히 이행할 수 있게 하기 위한 법 논리적 구성을 탐구할 필요성이 제기된다. 그런 측면에서 헌법상 안전보호의무로부터 공권 발생을 위한 법적 의무를 도출해 볼 수는 없는지 논의는 충분히 실익이 있을 것이다.

54) 김중권, “규범집행에 관한 권리로서 행정법상의 주관적 공권에 관한 소고”, 공법연구(제40권 제4호), 한국공법학회(2012. 6.), 166-167면.

나. 공권 발생 기초로서 안전권과 국가의 안전보호의무의 구분 접근

(1) 헌법상 안전권으로부터 공권 발생 논의의 한계

헌법상 안전권은 국가의 안전보호의무가 발동되는 헌법적 근거가 된다. 그런데 안전권이라는 헌법상 기본권으로부터 다시 개인적 공권이 발생할 수 있는지는 기본권과 공권의 관계에 대한 오랜 논의와 맞물린다. 먼저 헌법상 기본권으로부터 공권을 도출하는 것은 공권 개념의 해체를 가져오는 것으로 허용되지 않는 입장이 있는 반면(적용부정설), 헌법상 기본권은 개별 법률의 해석기준이자 심사기준으로 기능함과 동시에 스스로 개별법으로서 공권 발생의 기초가 되기도 한다는 입장도 있으며(직접적용설), 양 입장을 절충하여 특정한 이익보호의 요청이 있음에도 근거법률이 마련되어 있지 않았을 경우에 그 보호가치 있는 이익이 중대한 때에 한해서 헌법상 기본권에 근거하여 공권이 성립할 수 있다는 입장도 있다(보충적 적용설).⁵⁵⁾ 이와 관련하여 일부 독일 연방행정재판소 판례에서는 개인의 특정 이익의 보호 필요성이 매우 큼에도 관련 법률이 제정되어 있지 않은 경우에 한해서 헌법상 기본권으로부터 공권이 도출될 수 있다는 이론을 전개한 적이 있고,⁵⁶⁾ 우리 사법부 역시 일부 판례에서 문서열람·사본발급청구권을 헌법상 알권리에서 도출하거나,⁵⁷⁾ 미결수용자의 접견교통권을 헌법상 행복추구권에 포함된 일반적 행동자유권으로부터 도출하고, 접견교통권 침해를 이유로 접견거부처분의 취소를 구할 원고적격이 인정된다고 판시한 일이 있다.⁵⁸⁾ 다만 이와 같은 일부 판례 입장을 가리켜 헌법상 기본권으로부터

55) 각 견해의 소개로는, 김기진, “기본권과 개인적 공권”, 헌법판례연구(제8권), 한국헌법판례연구학회(2006. 12.), 537-543면 참조; 홍정선, 앞의 책(주 16), 74-75면 참조.

56) BVerwGE 32, 173; BVerwGE 55, 211.

57) 현재 1988. 9. 4. 88헌마22.

58) 현재 2003. 11. 27. 2002헌마193; 대법원 1992. 5. 8. 자 91부8 결정.

곧바로 공권이 도출된다는 것으로 일반화하기는 어렵다.⁵⁹⁾ 아직까지는 헌법상 기본권으로부터 법적 구속력과 강제력이 수반된 법적 의무가 어느 경우나 직접 발생한다고 단정하기에는 무리가 있기 때문이다.⁶⁰⁾ 이러한 일부 판례의 태도는 헌법상 안전보호청구권의 법적 성질이 추상적인 수준에 그쳤던 점과도 일치하지 않는다. 헌법상 기본권으로부터 직접 공권을 이끌어내는 작업은 법률상 의무와 유사한 구속력 있는 법적 의무를 헌법해석 과정에서 만들어내는 일이다보니, 자칫 입법부의 입법재량권이 과도하게 제한될 수 있으므로, 그러기 위해서는 보다 충분한 논리적 설명이 필요할 것으로 본다. 그러므로 헌법상 안전권으로부터 직접 공권이 도출될 수 있는지의 문제로만 접근할 것이 아니라,⁶¹⁾ 국가의 안전보호의무가 어떻게 강제력 있는 법적 의무가 될 수 있는지와 그 의무 안에 과연 개인의 특정이익을 관철시킬 수 있는 사익보호(私益保護)의 요청도 함께 내포하고 있는

59) Jellinek로부터 Bühler로 이어져 집대성된 전통적 공권이론에 의하면, 입법자에 의해 법률적 의무로 규정되지 않는 이상 헌법상 기본권으로부터 직접 공권이 나올 수는 없다고 보고 있다. 오늘날 사익보호성을 유연하게 해석하여 공권의 확대화가 시도되고는 있으나, 그렇다고 하여 전면적으로 헌법상 기본권으로부터 공권이 곧바로 나온다고 일반화하기에는 무리가 있다. 이와 같은 취지의 설명에, 박규하, “주관적 공권과 행정소송의 원고적격”, 외법논집(제16집), 한국외국어대학교 법학연구소(2004. 8.), 31면 참조.

60) 자유권적 기본권은 그 자체가 구체성 있는 기본권이므로 기본권으로부터 개인적 공권을 직접 도출하는 것이 가능하다고 보더라도, 청구권적 기본권이나 사회적 기본권에 대해서는 구체적 권리라 보기 어려우므로 기본권으로부터 개인적 공권을 곧바로 도출할 수 있을지에 대해 의문을 제기하고 있다(강재규, 앞의 논문(주 53), 169-170면). 그 점에서 헌법상 안전권은 사회적 급부청구권과 유사하게 국가에 대해 안전배려를 요구하는 적극적 권리이므로, 안전권으로부터 곧바로 법적 의무를 도출할 수 있을지에 대해서는 쉽게 결론내리기 어렵다.

61) 기본권 보호의무 역시 처음에는 헌법상 객관적 보호의무의 관점에서 출발하였으나, 그것을 기본권 보호청구권이라는 주관적 권리의 측면에서 독립된 보호를 할 필요가 있는지가 함께 논의됐던 점을 고려하면(표명환, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 법학연구(제45호), 한국법학회(2012. 2.), 29-32면), 국가의 안전보호의무 역시 안전권이라는 권리의 측면과 보호의무라는 의무의 측면을 나누어 그 접근 방법을 구분하는 것은 상당히 의미가 있을 것이다.

지의 관점에서 접근할 필요가 생긴다.

(2) 헌법상 국가의 안전보호의무로부터의 공권 발생

(가) 강행법규성에 대한 논의

국가의 안전보호의무는 헌법 전문, 제10조 제2문, 제34조 제6항 및 제37조 제1항에 근거를 두고 있는 헌법상 안전권으로부터 유래한 헌법적 보호의무이다. 앞서 보았듯이 국가의 안전보호의무는, 자연재난 자체가 법익침해성이 인정되기 어려운 특수성으로 인해, 기본권 보호의무와는 또 다른 독립된 헌법상 보호의무로 구분해 볼 수 있다. 그러나 안전보호의무는 헌법상 의무이다 보니, 안전보호의무가 과연 어느 정도의 구속력을 가진 법적 의무인가만을 따져 보는 데 그친다면, 다시 헌법과 법률의 체계정합성이나 권리의 구체성 또는 추상성의 문제라는 끝없는 평행이론에 부딪힐 수밖에 없으므로, 논의의 해결 여지는 희박해진다. 그러므로 여기서는 재난의 중대성 및 보호의 필요성을 함께 고려하여 그로부터 공권(公權)을 발생시킬 수 있는지의 관점에서 접근하고자 한다.

개인적 공권이 성립하기 위해서는 일반적으로 실정법에 마련된 법률상 의무로부터 그 강행성(強行性) 있는 법적 의무를 확인할 수 있어야 하지만, 중대한 재난이 목전에 임박하여 권리보호 요청이 시급함에도 개별 법률에 근거를 마련하고 있지 못하다는 이유로 공법적 보호를 하지 못한다면, 이는 보장국가로서 국민의 기본적 인권에 대한 최소한의 보호 요청에 부합하지 않는다는 점을 부인할 수 없다. 아직 실정법상에 법률상 의무로 규정되지 못했더라도 국민의 안전을 지켜야 할 국가의 의무를 국가의 안전보호 의무라는 헌법적 보호의무로 확립하고 있는 상황이라면, 그 보호의무로부터 권리보호의 흠결을 보완하기 위한 보충적 기능이 작동할 수 있다.⁶²⁾ 물

62) 개인적 공권은 기본권 보호의무와 밀접한 관련성을 가지고, 개인적 공권으로 보호하는 법률상 이익은 기본권 보호의무로부터 나오는 기본권 주체의 이익을 포함하는 것

론 국가의 안전보호의무는 입법부의 입법작용 없이는 발동되기 어려운 추상적인 수준의 권리를 예정하고 있기는 하지만, 이와 별개로 중대한 재난 상황에 대응하기 위한 수단으로서 공권(公權)의 시각에서 본다면 논의의 결과는 달라질 수 있다. 즉 중대한 재난 상황에 직면했을 때 생기는 국가의 안전보호의무는 공권이 성립되는 공법상 의무를 강제성 있는 법적 의무로 승화시킬 수 있게 된다.⁶³⁾⁶⁴⁾ 목전에 급박한 위협이 현재 진행되고 있는 상황 속에서 국가가 국민의 안전을 보호해야 하는 궁극적인 목적을 다하기 위해서는, 그 공권력 발동의 근거가 실정법에 규정되어 있느냐 없느냐는 문제는 실제로 큰 의미를 가지지 않는다고 보는 것이다. 이에 대해 법치국가적 질서유지라는 관점에서 의문을 제기하더라도, 민주주의의 근간을 이루는 국민 스스로의 생명·신체·자유·재산 등에 대한 기본적 안위조차 위태로운 초법규적 상황 속에서 국가의 안전보호의무라는 헌법상 의무로부터 직접 공권을 도출하는 것이 크게 이상하지 않은 것이다. 다만 국가

으로 이해하는 입장{표명환, “국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론”, 헌법학연구(제10권 제1호), 한국헌법학회(2004. 3.), 281, 299-300면; 김성수, “독일공법상 주관적 공권이론의 발전”, 고시계(1991. 8.), 68면 이하}이 있다. 물론 기본권 보호의무와 국가의 안전보호의무는 별개의 의무이지만, 개인적 공권이 발생하기 위한 토대로서 헌법상 의무라는 접점을 통해 유사한 논의를 이어가는 것이 결코 불가능하지 않은 않을 것이다.

63) 표명환, “기본권의 효력과 개인적 공권의 확대화”, 토지공법연구(제27집), 한국토지공법학회(2005. 9.), 423면: 위 논문에서 ‘보호청구권’은 기본권 보호의무로부터 발생된 공권으로 보고 있다. 그러면서 “보호의무가 다른 실정법적 방법으로 충족될 수 없고 아울러 기본권 침해가 명확한 경우에 한해서 예외적으로 보호받을 기본권으로부터 보호청구권이 직접 도출될 수 있다”고 언급하면서, 이 같은 취지의 판시로 독일 연방헌법재판소 판례{BVerfGE 77, 170(215); 79, 174(201)}를 제시하고 있다. 그 점을 참고해 보면, 자연재난에 대한 국가의 의무가 비록 기본권 보호의무는 아니고 국가의 안전보호의무에 해당하기는 하지만, 국가의 안전보호의무로부터 공권을 도출해 낸다는 것이 그 필요적 당위성 면에서는 위 논문에서 언급된 기본권 보호의무의 예와 공통점이 있을 것으로 본다.

64) 기본권 보호의무는 강행의무라는 견해에, 표명환, 앞의 논문(주 61), 31면. 이 점은 국가의 안전보호의무에도 적용될 수 있을 것으로 본다.

의 안전보호의무로부터 직접 강행성 있는 법적 의무가 도출되기 위해서는, 어디까지나 국민의 생명·신체·자유·재산 등 기본적 가치에 대한 중대한 위협으로부터 국가가 국민을 보호해야 하는 급박한 위험이 목전에 임박한 경우이어야 한다는 제한은 분명 존재해야 한다.

(나) 사익보호성에 대한 논의

공권이 성립하기 위해서는 강행성 있는 이행의무가 존재할 뿐만 아니라 그 의무의 내용이 사익(私益) 보호의 필요성을 충족해야 한다. 국가적 의무를 다하지 못했으나 그 불이행된 의무가 단순히 국가 공익을 위해 취해졌어야 할 조치에 불과하고 국민 개개인의 권익과 직접적으로 관련되어 있지 않다면, 그 경우까지 개인에게 공법상 권리를 인정하여 국가에 대해 법적으로 의무이행을 강제하는 것은 법치국가적 질서에 비추어 권한 밖의 과도한 권리규제일 수 있는 것이다. 바로 그 점에서 사익보호성은 공권 성립의 두 번째 요소가 된다.⁶⁵⁾ 여기서 어떤 보호규범이 공익만을 보호하는 것이고 또 어떤 보호규범이 사익도 함께 보호하는지에 대한 판단은 다소 명확한 기준이 마련되어 있지는 않다.⁶⁶⁾ 다만 관련 법규의 문언을 기초로 하여 법규정의 취지나 입법자의 의사 등을 종합하여 객관적으로 평가해야 하는 것으로 알려져 있다.⁶⁷⁾

이와 관련하여 국가의 안전보호의무는 국민의 생명·신체·자유·재산 등에 관한 헌법상 안전권에 근거를 두고 발생한 국가의 의무라는 점에서 사익(私益)도 함께 보호하는 법적 의무라는 점은 분명하다. 그런데 여기서

65) 박규하, 앞의 논문(주 59), 35면.

66) 보호규범론의 문제점을 지적하는 입장이 있는데, 특히 가치적 법률해석에 의존하게 되어 보호규범론의 법적 안정성을 약화시키고 불안정성을 초래한다고 한다. 이에 대하여는, H. Bauer, *Geschichtlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Berlin: Dunker & Humbolt, 1983, S. 143.

67) 설계경, “행정소송법상 보호규범론과 제3자소송”, 토지공법연구(제24집), 한국토지공법학회(2004. 12.), 215면.

안전권이라는 헌법상 기본권이 사익보호 여부를 판단하는 보호규범(保護規範)으로서의 지위를 획득할 수 있는지는, 헌법상 기본권까지 보호규범으로 확장될 수 있는지의 문제와 연결된다. 이와 관련하여 ‘제3자 보호규범론’⁶⁸⁾을 살펴보는 것도 의미가 있을 것이다. 주로 환경소송이나 인인(隣人)소송, 경업자소송 등에서 제3자의 법적 지위를 보장하기 위한 목적으로 논의되었으나,⁶⁹⁾ 법적 보호가 요청됨에도 단지 헌법상 기본권에만 근거를 두고 있다는 제한적인 상황에서 보면 상당 부분 공통점이 엇보인다. 따라서 ‘제3자 보호규범론’의 취지를 반영하여, 국민의 안전에 대한 국가의 보호의무가

68) 개별 법률에 제3자를 보호하는 규범이 흠결되어 있더라도, 중대한 법익침해가 예상되고 그 보호를 위한 헌법적 근거가 존재하는 경우에는 헌법상 기본권 조항을 직접 적용하여 공권의 성립요건을 판단할 수 있다는 이론이다. 이에 대한 설명으로는, 박규하, 앞의 논문(주 59), 44면 참조.

69) 보호규범의 확대를 시도한 판례를 소개하면 다음과 같다.

<환경소송> 연탄공장건축허가 처분으로 불이익을 받고 있는 제3거주자가 당해행정처분의 취소를 구한 사건에서, “주거지역 내에서의 일정한 건축을 금지하고 또는 제한하고 있는 것은 도시계획법과 건축법이 추구하는 공공복리의 증진을 도모하고자 하는데 그 목적이 있는 동시에 한편으로는 주거지역내에 거주하는 사람의 ‘주거의 안녕과 생활환경을 보호’ 하고자 하는데도 그 목적이 있는 것으로 해석이 된다. 그러므로 주거지역내에 거주하는 사람이 받는 위와 같은 보호이익은 단순한 반사적 이익이나 사실상의 이익이 아니라 바로 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 할 것(대법원 1975. 5. 13. 선고 73누96,97 판결)”이라고 판시한 이후, “관련 규정의 취지는, 공유수면매립과 농지개량사업시행으로 인하여 직접적이고 중대한 환경피해를 입으리라고 예상되는 환경영향평가 대상지역 안의 주민들이 전과 비교하여 수인한도를 넘는 환경침해를 받지 아니하고 쾌적한 환경에서 생활할 수 있는 개별적 이익까지도 이를 보호하려는 데에 있다고 할 것(대법원 2006. 3. 16. 선고 2006두330 판결)”이라고 판시하여, 환경피해로 인한 제3자의 법률상 이익이 점점 구체화 되어 왔다.

<인인소송> 도로의 인접 주민의 법적 지위와 관련해서는, “일반적인 시민생활에 있어 도로를 이용만 하는 사람은 그 용도폐지를 다룰 법률상의 이익이 있다고 말할 수 없지만, 공공용재산이라고 하여도 당해 공공용재산의 성질상 특정개인의 생활에 개별성이 강한 직접적이고 구체적인 이익을 부여하고 있어서 그에게 그로 인한 이익을 가지게 하는 것이 법률적인 관점으로도 이유가 있다고 인정되는 특별한 사정에는 그와 같은 이익은 법률상 보호되어야 할 것(대법원 1992. 9. 22. 선고 91누13212 판결)”이라고 판시하였다.

비록 헌법상 안전권으로부터 유래하였더라도, 생명·신체·자유·재산 등에 대한 위협으로부터 국민을 보호해야 할 재난 회피의무의 필요성이 개별 법률상 직접 보호의무를 입법화 해두지 않았다는 법적 안정성 수호 유지의 요구보다 우선시 되는 특수한 상황에서는 헌법상 안전권으로부터 사익보호의 요청을 이끌어 내는 것도 가능하다고 볼 수 있다.⁷⁰⁾ 나아가 국가의 안전보호의무가 헌법상 안전권에만 근거를 두고 있고 달리 개별 법률에서 명시적인 근거를 찾기 어렵더라도, 생명·신체·자유·재산 등을 보호하려는 국가의 안전보호의무의 당위성과 그 내용에 비추어 볼 때, 국가의 안전보호의무로부터도 사익보호의 요청을 이끌어 내는 데 큰 무리는 없을 것으로 본다.⁷¹⁾ 이 점은 앞서 국가의 안전보호의무로부터 강행성 있는 법적 의무를 도출해 냈던 논의와 맞물려, 국가의 안전보호의무로부터 개인적 공권이 발생할 수 있게 되는 논리적 연결점이 된다.

다. 헌법상 국가의 안전보호의무에 터잡은 재량권 발동과 재량수축의 법리

국가의 안전보호의무의 세부적인 내용은 아직 개별 법률에서 구체화 되

70) 헌법상 기본권까지 보호규범으로 볼 수 있다는 입장으로는, 이상천, “법률상 이익 개념의 한계”, 외법논집(제34권 제1호), 한국외국어대학교 외국학종합연구원 법학연구소(2010. 2.), 239면; 최승원, “법률상 이익 개념의 일고찰”, 행정법연구(제7호), 행정법이론실무학회(2001. 9.), 188-202면; 그 외에도 기본권 규정까지 고려하는 입장이 일반적 견해라는 소개에는, 홍정선, 앞의 책(주 16), 74·658면 참조.

71) 개인의 생명·신체·재산 등이 사인(私人)에 의해 침해되는 경우 그 기본권을 보호하기 위한 기본권 보호의무의 내용을 근거로 하여 사익보호성을 충족시킬 수 있다는 입장이 있다. 적어도 개인의 생명·신체·재산 등을 보호하기 위한 규범은 공익은 물론 사적 이익의 보호에도 그 목적을 두고 있음을 인정해야 한다는 취지로 이해된다. 이에 대하여는, 표명환, 앞의 논문(주 63), 424-425면. 그래서 만약 위 논리에 의하게 되면, 자연재난으로부터 국민의 생명·신체·자유·재산 등을 보호해야 할 국가의 안전보호의무 역시 생명·신체·자유·재산 등에 대한 안전을 핵심내용으로 하므로, 결국 안전보호의무에 의해서도 사익보호성을 충족시킬 수 있다는 해석이 가능해 보인다.

지 않은 이상 일률적으로 설명하기 어렵다. 그러므로 안전보호조치의 내용에 대해서는 국가기관의 합리적 재량의 영역이라 할 수 있다. 국가의 안전보호의무에 대응하여 개인에게 공권이 인정된다고 하더라도, 그 이행의무의 내용이 반드시 지속적이어야만 하는 것은 아니므로,⁷²⁾ 여기서 국가의 안전보호의무에 따른 안전보호조치의 내용은 처음에는 재량적 급부라고 볼 수 있을 것이다.⁷³⁾ 다만 국가가 취해야 할 안전조치는 국민의 생명·신체·자유·재산 등에 대한 급박한 위협을 방지하기 위한 목적에서 인정되는 재난대비 안전보호조치라는 점을 감안해야 한다. 따라서 재량권은 ‘0’으로 수축하게 되고, 이 경우 국가기관의 행위의무의 성질은 지속의무로 전환된다. 이로써 자연재난에 대비한 안전보호조치를 요구할 수 있는 공권은 국가에 대해 생명·신체·자유·재산 등에 대한 급박한 위협을 방지해 줄 것을 요구할 수 있는 특정행위청구권으로 전환되고, 안전보호를 위한 이행의무로서 상당한 조치를 다하지 않은 국가기관⁷⁴⁾은 위법한 부작위로 인한 공법상 책임을 면할 수 없게 된다.

VI. 결론

자연재난은 사람들의 생명·신체·재산에 대한 중대한 위협이 되고 있

72) 이 점에 대해서는 앞서 재량의무의 발동을 요구할 수 있는 공권, 이른바 ‘무하자재량 행사청구권’도 존재한다는 점은 이미 살펴본 바 있다.

73) 보호조치를 이행할 것인지 여부에 대해서는 지속의무이고, 다만 어떤 보호조치를 취할 것인지에 대해서만 재량의무를 부담한다고 설명하는 입장이 있다. 이에 대해서는, 표명환, 앞의 논문(주 61), 31면.

74) 자연재난의 종류와 국가기관의 성격을 고려하여 개별 사안마다 책임 있는 국가기관의 종류는 달라질 것이다. 다만 국가의 안전보호의무라는 헌법상 의무로부터 직접 도출된 공권은, 법률상 의무로부터 발생한 공권과 달리 권한과 책임을 가진 국가기관에 대한 명확한 자료가 부족하므로, 법적 안정성 측면에서 문제가 제기될 수도 있다. 그러므로 여기서 권한과 책임 있는 국가기관의 범위를 확정하는 문제는 앞으로 연구를 통해 더욱 규명되어야 할 부분이다.

으나, 법적으로 유의미한 법익침해를 발생시키지는 않는다. 자연재난으로 인한 피해는 인간이 그 발생이나 확대에 인과관계를 인정할 수 있을 만큼 직접적인 원인을 제공할 수는 없고, 단지 재난을 미리 예방하고 피해를 방지할 의무 있는 자에게 그러한 대비를 다하지 못한 부작용을 들어 책임을 묻는 데 그칠 뿐이다. 그래서 자연재난에 대해서는 그로 인한 피해를 이른바 ‘부정(不正)’으로 규정하기 어렵다. 그 결과 재난 상황 자체는 헌법상 기본권의 대국가적 효력이나 대사인적 효력 그 어느 것에도 기속되지 않고, 나아가 사인(私人)에 의한 법익침해를 전제로 하는 기본권 보호의무를 발생시키기도 어려운 공법적 보호의 사각지대(死角地帶)에 놓여 있다고 해도 과언이 아니다.

결국 태풍, 홍수, 가뭄, 해일, 지진은 물론 폭염, 혹한 심지어 미세먼지에 이르기까지 자연재난은 인간이 물리적으로 통제할 수 있는 영역을 넘어서는 초헌법적(超憲法的) 현상이다. 이에 국민들은 자신들의 안위를 지킬 수 있는 최후 종착점으로서, 최종적인 보장책임을 다해야 할 지위에 있는 국가에게 마지막으로 후견적 보호를 요청하게 된다. 자연재난은 법익침해자가 아니다. 그러므로 국민의 생명·신체·재산을 위협(威脅)할 수는 있지만 그 기본권을 침해(侵害)할 수는 없다. 그래서 국민들은 헌법상 기본권 주체로서 자연재난으로 인한 피해를 침해행위로 규정하거나 그 배제를 구할 수 있는 것이 아니라, 그 위협으로부터 본인들의 안전을 수호해 달라고 국가에 요구할 수 있을 뿐이다. 그런 이유로 자연재난으로부터 국민들의 안전을 보호해야 할 국가의 안전보호의무는 바로 헌법상 안전권이라는 독자적 기본권으로부터 나온다고 볼 수 있게 된다. 물론 자연재난과 구별하여 사회재난이나 국가 또는 일반 사인(私人)의 법익침해에 대해서는 기존의 생명권, 신체의 자유, 재산권 등 자유권적 기본권의 효력을 통해 충분히 기본적인 인권을 보장받고 유지함에 부족함은 없었을 것이다. 그러므로 여기서 헌법상 안전권이라 함은 자연재난으로부터의 위협에 국한된 보호에 한정해

도 무방할 것이다. 따라서 국가의 안전보호의무는 헌법상 안전권에 근거를 두고 국가가 국민의 생명·신체·자유·재산 등을 보호할 기본적 의무라 할 수 있다.

그런데 국가의 안전보호의무는 헌법상 의무이기는 하지만, 안전보호청구권이라는 헌법상 권리가 별도 입법이 없이도 곧바로 국가에 대하여 법적 구속력 있는 의무이행을 요구할 수 있는 구체성을 가지기는 어렵다. 헌법상 의무로서 안전보호의무 또는 헌법상 권리로써 안전보호청구권이라는 것은 사회적 급부청구권과 마찬가지로 일정한 급부를 국가에 요구한다는 공통점이 있으면서도, 사회적 급부청구권이 의도하고 있는 ‘생활조건 개선’보다도 더 낮은 단계인 ‘기존상태 유지’만을 목적으로 하고 있기 때문에, 그 구체성은 더욱 미약해질 뿐이다. 뿐만 아니라 국가의 안전보호의무 이행을 위한 구체적 입법을 마련할 헌법적 입법의무도 아직까지는 관련 헌법 조항으로부터 도출하기 어렵다. 따라서 국가의 안전보호의무는 헌법상 의무로서 국가의 기본적 의무를 확인하고 보장한다는 점에서 선언적 의의는 찾을 수 있으나, 직접적인 입법의무나 이행청구와 같은 실천적 의의를 찾는 데는 한계가 있다.

이러한 이유로 국가에 대해 직접 보호의무의 이행을 구할 수 있는 공권(公權) 성립이 가능한지를 살펴보았다. 공권은 법률상 의무를 전제로 법적 구속력 있는 공법상 권리를 행사하고 불이행이나 부작위에 대해서는 의무이행을 소구하거나 불이행으로 인해 생긴 손해가 있다면 그 상당인과관계 있는 손해를 입증하여 배상받을 수 있는 권능을 가지고 있어 그 실천적 의의를 찾기는 충분했다. 그러나 Jellinek와 Bühler로 이어지는 전통적 공권 개념에 따르면 법률상 의무를 발생시키는 개별 입법이 없는 한 공권이 태동할 수 없었다. 그렇게 되면 공권의 성립은 입법자의 입법행위에 종속되게 되어, 결국 법률상 근거가 없는 공권은 그 필요성에도 불구하고 발생되기 어렵고, 설령 공권이 존재한다고 하더라도 구체적인 입법 내용에 따라

서는 그 공권 행사의 상대방이나 내용이 상당히 제한된 형태로 나올 수밖에 없는 상황이 연출되기도 한다. 그렇기 때문에 입법으로 마련된 법률상 의무에 국한되지 않고, 국가의 헌법적 보호의무로부터 직접 공권을 도출할 수는 없겠는지에 대한 논의가 필요해지는 것이다.

이러한 논의 필요성을 이어받아, 자연재난으로부터 국민의 생명·신체·자유·재산 등에 대한 급박한 위협이 현재하고 있는 상황에서는, 국민의 국가에 대한 안전보호의 요구가 특정한 행위의무를 구체적 법률에 의해서만 도출해야 하는 법적 안정성의 요구보다 심히 중대한 경우에 한해서, 국가의 안전보호의무로부터 직접 공권을 도출하는 것도 가능하다고 볼 수 있어야 하지 않을까. 그렇게 되면 헌법상 안전보호의무의 한계와 공권 발생의 태생적 한계를 극복할 수 있게 된다. 이로써 자연재난의 위협으로부터 국가는 후견적 보호의 역할을 더욱 적극적으로 할 수 있게 되고, 국민의 안전을 그대로 방기한 국가기관의 구성원은 더 이상 공법적 책임으로부터 자유로울 수 없게 된다.

[국문초록]

‘권리(權利)’, ‘침해(侵害)’, ‘보호(保護)’, ‘구제(救濟)’는 법에 의해 보호되는 이익을 부당하게 제약받는 상황에 대비하여 방어수단을 마련하는 것을 의미하고, 그럼에도 훼손되는 이익에 대해서는 그 감소된 이익을 다시 회수하는 일련의 과정을 가리키는 용어이다. 그런데 예기치 못한 천재지변으로 인해 발생된 피해에 대해서는 권리에 대한 ‘침해’란 있을 수 없고, 단지 안전에 대한 중대한 ‘위협’만이 있을 뿐이다. 즉 자연재난이 초래하는 손실에 대해서는 위법·부당한 법익침해 상황이 발생하지는 않음을 의미한다. 자연재난에 대해서는 원인과 피해 사이의 인과관계를 문제 삼지 않고, 피해 예방이나 방지의무를 다하지 못한 부작위의 위법성을 문제 삼게 되는 것도 같은 이유에서이다. 그래서 생명·신체·자유·재산 등 자유권적 기본권을 보호하기 위하여 자연재난의 발생 원인을 배제해 줄 것을 요구하는 주관적·방어적 공권이라는 것은 애초에 성립하기 어렵다. 다만 ‘안전권(安衞權)’이라는 독자적인 헌법상 기본권을 관련 규정으로부터 도출하여 사회적 급부청구권과 유사하게 국가에 대해 적극적으로 안전보호의무를 이행해 줄 것을 요구할 수 있을 뿐이다. 그러나 이러한 국가의 안전보호의무는 구체적 입법도 없이 곧바로 구속력·강제력 있는 법적 의무가 되기는 어렵고, 현행 헌법으로부터 명시적 또는 묵시적으로 헌법적 입법의무를 이끌어 내는 데도 무리가 따른다. 따라서 국가의 안전보호의무는 국민의 안전을 지켜야 할 국가의 기본적 의무를 확인하는 데 그치고, 실제로는 공권(公權)의 효력에 의하여 국가에 대해 적극적인 보호의무의 이행을 요구해 보게 된다. 다만, 공권의 행사 범위는 1차적으로 법률로 정한 행위의무로 제한되므로, 궁극적으로는 국가의 안전보호의무로부터 직접 공권을 도출하려는 확대 시도 또한 필요하다. 이로써 어떤 국가기관도 자연재난으로부터 국민

자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무

의 안전을 지켜야 할 의무로부터 자유로울 수 없게 된다. 헌법과 법률의 해석상 안전보호에 대해 책임 있는 국가기관은 더 이상 국민의 안전을 방기하고도 공법상 책임으로부터 면책되는 일은 없게 될 것이다.

주제어

자연재난, 보장국가, 기본권 보호의무, 안전권, 안전보호의무, 공권

[Abstract]

‘Rights’, ‘infringement’, ‘protection’ and ‘relief’ are the means by which to defend against the unfairly constrained interests of the law. Being damaged, nevertheless, it is a term of institutional right that explains a series of processes that recovers the reduced profits. However, there is no “infringement” of rights to damage caused by an unexpected natural disaster, and there is only a serious “threat” to safety. In other words, it does not mean that illegal or unreasonable situations arise in the case of losses caused by natural disasters. In natural disasters, it does not deal with the causality between cause and damage, but deals with the illegality of nonperformance. It is difficult to establish in the first place that it is a subjective and defensive right that requires the elimination of the cause of natural disasters in order to protect fundamental rights such as life, body, and property. Thus, it is only possible to demand that the basic right of the Constitution such as “security rights” be derived from related regulations and actively fulfill the duty of safety protection for the state similar to the right to claim for social benefits. However, the obligation to safeguard the security of such a country is difficult to be a legally binding and compelling obligation without concrete legislation, and it is also difficult to draw constitutional legislative duties explicitly or implicitly from the current constitution. In the end, the obligation to safeguard the security does not only confirm the basic obligation of the state to safeguard its citizens, but actually demands the fulfillment of the obligation to actively protect the state as the effect of public rights. Since the scope of the exercise of public rights is limited

primarily to the obligation to act as prescribed by law, ultimately an attempt should be made to secure the right to protect the lives, bodies, and property of the people directly from the constitutional obligation to safeguard the state. As a result, no national institution can be free from the obligation to protect the public from natural disasters. In the interpretation of the Constitution and the law, the State body responsible for the protection of safety should no longer be free from public safety and be free from public liability.

Key words

natural disaster, guaranteed state, duty to protect fundamental rights, security rights, obligation to safeguard the security, public rights

참고문헌

[국내문헌]

1. 단행본

- 박균성, 『행정법강의』, 박영사(2016. 1.).
성낙인, 『헌법학』, 법문사(2013. 1.).
이재상, 『형법총론』, 박영사(2009. 9.).
지원림, 『민법강의』, 홍문사(2007. 1.).
홍정선, 『행정법특강』, 박영사(2011. 1.).

2. 논문

- 장재규, “기본권, 그리고 공권과 사권”, 공법학연구(제15권 제1호), 한국비교공법학회(2014. 2.).
김기진, “기본권과 개인적 공권”, 헌법판례연구(제8권), 한국헌법판례연구학회(2006. 12.).
김남진, “경제에 대한 국가의 역할”, 규제와 법정책(제2호), ICR센터 규제법연구회(2014. 4.).
김대환, “국가의 국민안전보장의무”, 공법학연구(제15권 제3호), 한국비교공법학회(2014. 8.).
김성수, “독일공법상 주관적 공권이론의 발전”, 고시계(1991. 8.).
김중권, “규범집행에 관한 권리로서 행정법상의 주관적 공권에 관한 소고”, 공법연구(제40권 제4호), 한국공법학회(2012. 6.).
김현준, “실체적 공권의 4유형과 행정소송법상 항고소송”, 공법학연구(제13권 제2호), 한국비교공법학회(2012. 5.).
명재진, “국가목표규정에 관한 비교법적 연구”, 세계헌법연구(제17권 제2호), 국제헌법학회 한국학회(2011. 8.).
박규하, “주관적 공권과 행정소송의 원고적격”, 외법논집(제16집), 한국외국어대학교 법학연구소(2004. 8.).

- 박재윤, “보장국가론의 비판적 수용과 규제법의 문제”, 행정법연구(제41호), 행정법이론실무학회(2015. 2.).
- 백수원, “헌법상 안전에 대한 국가의 의무”, 미국헌법연구(제27권 제3호), 미국헌법학회(2016. 12.).
- 설계경, “행정소송법상 보호규범론과 제3자소송”, 토지공법연구(제24집), 한국토지공법학회(2004. 12.).
- 손형섭, “위험사회에서의 헌법이론(헌법질서의 확립과 가이드라인 시대의 서언)”, 법학연구(제51권), 한국법학회(2013. 9.).
- 송석윤, “기본권으로서의 안전권에 관한 시론적 연구”, 법학논집(제8권 제1호), 이화여자대학교 법학연구소(2003. 8.).
- 유희진, “재난 시 인간을 보호할 국가의 의무(UN 국제법위원회의 작업을 중심으로)”, Crisisonomy(제10권 제1호), 위기관리 이론과 실천(2014. 1.).
- 윤태영, “기본권의 대사인적 효력과 위법성 판단(‘동적체계론’ 및 ‘다원적 불법행위론’의 분석을 통한 위법성 판단 기준의 구체화에 관한 시론)”, 재산법연구(제34권 제4호), 한국재산법학회(2018. 2.).
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 법학연구(제17권 제2호), 인하대학교 법학연구소(2014. 6.).
- _____, “보장국가에서 국민의 안전보호와 관련한 헌법이론”, 헌법학연구(제22권 제1호), 한국헌법학회(2016. 3.).
- 이상천, “법률상 이익 개념의 한계”, 외법논집(제34권 제1호), 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소(2010. 2.).
- 이한태·전우석, “한국 헌법상 기본권으로서의 안전권에 관한 연구”, 홍익법학(제16권 제4호), 홍익대학교 법학연구소(2015. 12.).
- 전광석, “국민의 안전권과 국가의 보호의무”, 법과인권교육연구(제8권 제3호), 한국법과인권교육학회(2015. 12.).
- 정기태, “현대국가에 있어서 행정의 역할변화와 보장국가적 책임”, 공법연구(제44권 제1호), 한국공법학회(2015. 10.).
- 정혜영, “기본권보호의무와 재산권(독일 연방헌법재판소의 산림고사 판결을 중심으로)”, 헌법학연구(제19권 제4호), 한국헌법학회(2013. 12.).

- 조흥석, “국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권”, 법과 정책연구(제11권 제3호), 한국법정책학회(2011. 9.).
- 최승원, “법률상 이익 개념의 일고찰”, 행정법연구(제7호), 행정법이론실무학회(2001. 9.).
- 최승필, “재난방지체계에 있어서 구조와 권한에 관한 법·제도적 검토(우리나라와 독일의 재난관리체계를 중심으로)”, 외법논집(제36권 제1호), 한국의외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소(2012. 2.).
- 최유경·김주영, “헌법상 기본권 보장체계의 개방성에 관한 소고(헌법에 열거되지 아니한 권리의 헌법적 보장의 측면에서)”, 세계헌법연구(제21권 제3호), 국제헌법학회 한국학회(2015. 12.).
- 표명환, “국가의 기본권보호의무와 행정법상의 개인적 공권이론”, 헌법학연구(제10권 제1호), 한국헌법학회(2004. 3.).
- _____, “기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰”, 법학연구(제45호), 한국법학회(2012. 2.).
- _____, “기본권의 효력과 개인적 공권의 확대화”, 토지공법연구(제27집), 한국토지공법학회(2005. 9.).
- _____, “기본권해석에 있어서 기본권의 객관법적 성격의 기능과 현대적 쟁점”, 법학연구(제42권), 한국법학회(2011. 5.).
- 홍석한, “보장국가론의 전개와 헌법적 의의”, 헌법학연구(제15권 제1호), 한국헌법학회(2009. 3.).
- 홍완식, “안전권 실현을 위한 입법정책”, 유럽헌법연구(제14호), 유럽헌법학회(2013. 12.).
- 허라금, “위험시대 ‘재난’과 정치적 책임”, 철학연구(제108권), 철학연구회(2015. 3.).
- 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 저스티스(통권 제115호), 한국법학원(2010. 2.).

3. 보고서

- 이상권 외, 『2017 재해연보』, 행정안전부 복구지원과(2018. 5.).
- 최영은, 『한국 기후변화 평가보고서 2014(기후변화 과학적 근거)』, 기상청(2014. 12.).

[외국문헌]

- Bachof, “Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht”, in: *Gedachtnisschrift für Walter Jellinek*, 1955.
- Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung*, 1914.
- Claudio Franzius, “Der ‘Gewährleistungsstaat’ - ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?”, in: *Der Staat*, 2003.
- Eckart Klein, “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”, in: NJW 1989.
- Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden 1987.
- Hans Hugo Klein, “Die grundlegende Schutzpflicht”, in: *DVBl* 1994.
- H. Bauer, *Geschichtlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, Berlin: Dunker & Humboldt, 1983.
- Hermes, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987.
- Josef Isensee, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrecht V*, 2000.
- _____, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983.
- Klaus Stern, *Staatsrecht, Bd. III/2*, 1984.
- K. P. Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1. Aufl., 1997.
- Martin Kutscha, “Innere Sicherheit und Verfassung”, in: F. Roggan/M. Kutscha, *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*, 2. Aufl., 2006.
- Michael Sachs, *Verfassungsrecht II - Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2003.

(논문접수일: 2018. 8. 31. 논문심사일: 2018. 10. 23. 게재확정일: 2018. 11. 16.)

헌법재판소 결정의 법률요건적 효력

The Legal Requisite-Effect of The Constitutional Court Decision

許完重(Heo, Wan-Jung)

全南大學校 法學專門大學院 副教授

— 目 次 —

I. 머리말: 헌법소송법에서 논의 대상이 거의 되지 않는 법률요건적 효력 …	550
II. 법률요건적 효력의 의의 ……………	553
1. 법률요건적 효력의 개념 ……………	553
2. 법률요건적 효력의 본질 ……………	553
III. 법률요건적 효력과 다른 효력의 비교 ……………	556
1. 확정력과 비교 ……………	556
2. 기속력과 비교 ……………	558
3. 형성력과 비교 ……………	558
가. 형성력의 본질 ……………	558
나. 형성력과 법률요건적 효력의 유사점 ……………	559
다. 형성력과 법률요건적 효력의 차이점 ……………	559

IV. 법률요건적 효력에 속하는 헌법재판소 결정의 효력	561
1. 법률요건적 효력 논의의 실익	561
2. 법률의 위헌결정에 따른 법률요건적 효력	562
가. 현행 헌법상 규범통제	562
나. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 법률적 효력 (법규적 효력)으로 보는 다수설과 판례	563
다. 독일에서 논의되는 법률적 효력(법규적 효력)	563
라. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 법률적 효력 (법규적 효력)으로 볼 때 문제점	564
마. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 형성력으로 보는 견해의 문제점	565
바. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 법률요건적 효력으로 볼 가능성과 그 장점	566
사. 법률요건적 효력이 도출되는 위헌결정의 범위	567
아. 법률의 위헌결정에 따른 재심 청구(헌법재판소법 제47조 제4항)	568
자. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원 인용에 따른 재심 청구(헌법재판소법 제75조 제7항)	570
3. 탄핵결정에 따른 법률요건적 효력	571
가. 민사상 또는 형사상 책임 불면제	572
나. 공직 취임과 전문직업 보유의 제한	572
다. 사면 금지	574
4. 정당해산결정에 따른 법률요건적 효력	575
가. 정당법에 따른 법률요건적 효력	575
나. 소속 국회의원의 의원직 상실?	577
5. 권한쟁의심판 결정에 따른 법률요건적 효력?	577
가. 권한쟁의심판 결정의 기속력	578
나. 부작위에 대한 심판 청구 인용에 따른 피청구인의 처분의무?	579
6. 헌법소원 인용결정에 따른 법률요건적 효력?	580

V. 법률요건적 효력의 범위	580
1. 주관적 범위	580
2. 객관적 범위	582
3. 시간적 범위	583
VI. 맺음말: 무시할 수 없는 헌법재판소 결정의 법률요건적 효력	585
* 국문초록 및 주제어	587
* 영문초록 및 주제어	589
* 참고문헌	591

I. 머리말: 헌법소송법에서 논의 대상이 거의 되지 않는 법률요건적 효력

헌법재판에서 헌법재판소 결정의 효력은 그 중요성을 아무리 강조해도 지나치지 않다. 헌법재판소 결정에 효력이 없다면 헌법재판은 그 실효성을 담보하기 어렵기 때문이다. 그래서 헌법재판 논의에서 헌법재판소 결정의 효력은 자주 등장한다. 하지만 헌법재판소 결정의 효력에 관한 논의를 자세히 들여다보면 거의 기속력¹⁾에 집중되어 있음을 알 수 있다. 게다가 헌법재판소 결정은 어디까지나 사법재판에 불과하여 법규범에 견주기 어려운 것인데도 헌법재판소 결정을 법규범으로 오해하는 듯한 견해와 주장을 적지 않게 발견할 수 있다. 이것은 아마도 기속력이 확정력²⁾이나 기판력의 주관적 확장 혹은 주관적·객관적 확장이라서 확정력이나 기판력과 마찬가지로 구체적 사건 관련성이 있다는 점을 간과한 결과로 보인다. 그리고 헌법재판이 객관소송이라서 일반적 효력이 부여되어야 한다는 점을 지나치게 강조한 결과로 볼 수도 있다. 기속력의 이러한 한계 때문에 기속력에 관한 논의가 많아도 그 실익을 찾기는 어렵다.

헌법재판소법은 ‘결정’이라는 용어를 사용하고 위헌법률심판과 헌법소원심판에서 서면심리를 원칙(헌법재판소법 제30조 제2항)으로 하지만, 헌법재판소 결정은 심판 자체에 관한 중국적 판단이고 일정한 형식의 심판서를 작성하여야 하며 선고라는 엄격한 방법으로 고지하여야 하므로(헌법재판소

-
- 1) 헌법재판소 결정의 기속력에 관해서는 허완중, 『헌법재판소결정의 기속력과 결정이유 - 현재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등 결정에 대한 평석을 중심으로 -』, 『인권과 정의』 제399호, 대한변호사협회, 2009. 11., 20~39쪽; 같은 사람, 『헌법재판소결정의 기속력』, 『헌법판례연구』 제13권, 집현재, 2012, 315~378쪽 참조.
 - 2) 헌법재판소 결정의 확정력에 관해서는 허완중, 『헌법재판소결정의 확정력』, 『헌법학연구』 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 413~452쪽 참조.

법 제36조) 그 본질은 ‘결정’이 아니라 ‘판결’이다. 상고법원은 상고장·상고이유서·답변서, 그 밖의 소송기록에 따라서 변론 없이 판결할 수 있고, 소송관계를 분명하게 하는 데 필요하면 특정한 사항에 관해서 변론을 열어 참고인의 진술을 들을 수 있다는 점(민사소송법 제430조, 형사소송법 제390조, 행정소송법 제8조 제2항, 가사소송법 제12조, 군사법원법 제450조 제2항)에서 대법원도 서면심리를 원칙으로 한다. 따라서 위헌법률심판과 헌법소원심판에서 서면심리를 원칙으로 하는 것은 헌법재판소 결정을 판결로 보는 데 장애가 되지 않는다.³⁾ 이것은 헌법재판소가 특별한 법원이라는 점⁴⁾에서 비롯하는 당연한 결론이다. 헌법재판소 결정이 판결인 이상 판결에 귀속되는 일반적 효력은 특별한 논거나 설명 없이도 당연히 헌법재판소 결정의 효력에 속한다. 오히려 판결의 일반적 효력이 헌법재판소 결정에 귀속되지 않는다고 하려면 이에 관한 특별한 근거가 있어야 한다. 특히 법률요건적 효력의 개념에 비추어 법률요건적 효력의 인정 여부는 판결의 성질이 아니라 해당 법률요건 존재 여부에 따라 결정된다.

판결의 효력은 본래적 효력과 파생적 효력으로 나뉜다. 본래적 효력은 판결주문에서 직접 도출되는 효력을 말하고, 파생적 효력은 판결주문에서 직접 도출되지 않는 효력이다. 기판력을 포함한 확정력은 형성력 및 집행력과 더불어 본래적 효력에 속한다. 그리고 법률요건적 효력과 반사적 효력, 사실적 효력 등을 파생적 효력이라고 부른다.⁵⁾ 따라서 기판력을 포함한 확정력뿐 아니라 형성력도 판결의 본래적 효력으로서 중요하다. 형성력

3) 이에 관해서 자세한 검토는 허완중, 『헌법재판소 중국결정의 본질』, 『영남법학』 제30호, 영남대학교 법학연구소, 2010, 63~69쪽 참조.

4) 이에 관해서 자세한 검토는 허완중, 『헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계』, 전남대학교출판문화원, 2017, 35~58쪽 참조.

5) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2006다34190 판결(공2009상, 824): “... 확정판결이 가지는 효력 중 기판력을 제외한 나머지 효력인 집행력 및 법률요건적 효력 등의 부수적 효력...”

처럼 판결의 효력을 당사자와 법원을 넘어 다른 제3자에게 확장하는 것은 법률적 효력과 반사적 효력 등도 있다. 그런데도 (기속력이 헌법재판소 결정주문에서 직접 도출되어 본래적 효력이긴 하지만) 헌법재판소 결정의 효력이 기속력을 중심으로 논의되고, 기관력을 포함한 확정력이 간혹 검토되며, 형성력에 관한 논의가 매우 드물게 이루어지는 것은 정상적인 연구 상황이라고 볼 수 없다. 이것은 헌법소송법도 소송법이라는 기본적인 사실이 제대로 인식되지 않은 탓으로 보인다. 그리고 독일 논의 답습에 급급하여 헌법재판소법의 개별 규정에 관한 치밀한 검토가 부족하였던 것도 중요한 원인으로 볼 수 있다. 나아가 형성력이나 법률요건적 효력을 인정하려면 반드시 관련 법률 규정이 있어야 하는데, 이러한 개별 법률 규정 해석만으로 큰 어려움 없이 해당 효력을 설명할 수 있다는 점도 간과할 수 없다.

여기서는 이러한 상황에 관한 반성을 바탕으로 헌법재판소 결정의 법률요건적 효력을 시론적이거나 체계적으로 검토하고자 한다. 구체적으로 헌법재판소 결정이 판결인 이상 판결의 효력인 법률요건적 효력도 인정요건을 충족하면 헌법재판소 결정에 당연히 인정되므로, 헌법재판소 결정의 효력 중에서 법률요건적 효력을 가려내서 정리하려고 한다. 이때 법률요건적 효력에 관한 내용은 특별한 사정이 없는 한 일반소송법(특히 민사소송법)에서 논의되는 내용과 다르지 않다는 점을 밝힌다. 내용이 다르다면 이러한 효력을 법률요건적 효력이라고 부르기 어려울 뿐 아니라 법률요건적 효력 자체가 (구체적 내용은 개별 법률규정에 따라서 결정된다는 점에서) 개방적 측면이 강하기 때문이다. 이를 위해서 먼저 법률요건적 효력에 관한 일반 논의를 정리하면서 그 본질을 명확하게 밝히고자 한다(Ⅱ.와 Ⅲ.). 다음 이러한 정리를 바탕으로 헌법재판소 결정의 효력 중에서 법률요건적 효력으로 분류할 수 있는 것을 찾아보려고 한다(Ⅳ.). 끝으로 법률요건적 효력의 효력 범위를 검토하고자 한다(Ⅴ.). 이러한 연구가 헌법재판소 결정의

효력 논의의 지평을 확대하고 풍부하게 하는 데 이바지할 뿐 아니라 더 많은 연구를 자극하는 계기가 되기를 진심으로 희망한다.

II. 법률요건적 효력의 의의

1. 법률요건적 효력의 개념

법률요건적 효력(Tatbestandswirkung)은 법률이 확정판결 존재를 구성요건으로 하여 일정한 실체법적 법률효과를 발생시키는 것을 말한다. 정확하게 말해서 특정 확정판결 존재를 요건으로 일정한 법률효과가 생기게 하는 법률규정이 있을 때, 법원이 확정판결을 내리면 이러한 법률규정을 매개로 발생하는 효력이 법률요건적 효력이다. 법률요건적 효력을 구성요건적 효력⁶⁾이나 사실효⁷⁾라고도 부른다. 여기서는 행정법에서 ‘행정행위의 구성요건적 효력’이라는 용어를 사용하여 이것과 구별할 필요가 있고, 확정판결이 법률이 규정한 요건이라는 점을 강조하여 법률요건적 효력이라는 용어를 사용하고자 한다.

2. 법률요건적 효력의 본질

법률요건적 효력은 법률이 확정판결 존재를 요건으로 일정한 법률효과가 생기도록 규정함으로써 발생한다. 법률의 확정판결 존재는 법률규정이 정한 요건 충족에 해당한다. 따라서 법률요건적 효력은 확정판결 자체의 효

6) 김용진, 『다시본 민사소송법』, 청목출판사, 2012, 476쪽; 백춘기, 『판결의 효력』, 『사법논집』 제36집, 법원도서관, 2003, 529쪽.

7) 강승준, 『제4절 재판』, 민일영/김능환 편집대표, 『주석 민사소송법(III)(제7판)』, 한국사법행정학회, 2012, 379쪽.

력이 아니라 법률규정에 따른 효력이다. 즉 법률요건적 효력은 판결 본래의 효력이 아니다. 그래서 법률요건적 효력은 반사적 효력과 더불어 판결의 실체법적·부수적 효과라고 한다.⁸⁾ 즉 법률요건적 효력은 판결에서 도출되는 판결 자체의 효력 문제가 아니라 판결 존재에 따른 부수적 효과 문제이다.⁹⁾ 법률요건적 효력이 판결내용에 따른 효력이 아니라는 점에서 법률요건적 효력은 판결의 파생적 효력이라고 한다.¹⁰⁾ 법률요건적 효력은 기판력을 포함한 확정력이나 그 주관적 혹은 주관적·객관적 확장인 기속력과 달리 소송법적 효력이 아니라 실체법적 효력이다.¹¹⁾ 즉 법률요건적 효력은 실체법 규정에 근거하여 자동으로 발생하는 효력이다. 따라서 법률요건적 효력은 법원과 당사자의 의사와 상관없이 법률규정에 따라서 생긴다.¹²⁾

법률요건적 효력은 개념상 법률이 확정판결 존재를 요건으로 규정함으로써 발생하므로, 명문의 법률규정을 통해서만 인정된다.¹³⁾ 다만, 이러한 법률규정이 헌법규정의 내용을 확인하거나 구체화할 수도 있다. 이때는 법률요건적 효력이 법률규정이 아니라 헌법규정에서 생긴다고 볼 수도 있다. 법률요건에 해당하는 확정판결 존재는 소송절차에서 당사자가 주장하고 증

8) 이시윤, 『신민사소송법(제12판)』, 박영사, 2018, 673쪽.

9) 김용진(주 6), 476쪽.

10) 강현중, 「판결의 파생적 효력」, 『사법행정』 제27권 제12호, 한국사법행정학회, 1986. 12., 59쪽.

11) 강현중(주 10), 59쪽; 같은 사람, 『민사소송법 강의』, 박영사, 2013, 427쪽; 김홍엽, 『민사소송법(제7판)』, 박영사, 2018, 877쪽; 손한기, 『민사소송법』, 홍문사, 2017, 305쪽; 정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법(제6판)』, 법문사, 2017, 818쪽; 정영환, 『신민사소송법』, 세창출판사, 2009, 1046쪽.

12) 이명환, 「민사판결의 인적효력범위」, 『사회과학논총』 제1집, 계명대학교 사회과학연구소, 1983, 138쪽.

13) 강현중(주 11), 427쪽; 같은 사람, 『민사소송법(제7판)』, 박영사, 2018, 730쪽; 김홍엽(주 11), 877쪽; 손한기(주 11), 305쪽; 정동윤/유병현/김경욱(주 11), 818쪽; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gotteald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 149 Rdnr. 6.

명하여야 하므로 변론주의 지배를 받는다.¹⁴⁾ 이러한 점에서 법률요건적 효력은 변론주의가 적용되지 않는 기판력을 포함한 확정력 및 기속력과 다르다. 민사소송에서 법률요건적 효력의 예로는 확정판결에 따른 시효의 재진행과 단기시효의 10년으로 보통화(민법 제178조, 제165조), 공탁물회수청구권 소멸(민법 제489조 제1항), 설립무효 취소와 회사 계속(상법 제194조), 가집행 선고 실효의 원상회복과 손해배상청구권 발생(민사소송법 제215조), 소유권보존등기 청구권 발생(부동산등기법 제65조 제2호) 등이 있다. 그 밖에 소송법적 효력으로 참가적 효력(민사소송법 제78조)과 청구이익의 소에서 이익의 제한(민사집행법 제44조) 등을 들 수 있다. 다만, 직권주의를 채택할 뿐 아니라 위헌법률심판처럼 당사자를 찾기 어려운 때도 있는 헌법재판에서는 법률요건적 효력과 관련하여서도 변론주의가 적용되지 않는다. 즉 법률의 수범자인 국가는 당사자의 주장과 상관없이 법률요건적 효력에 구속된다.

헌법재판소 재판관을 포함한 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다(헌법 제103조, 헌법재판소법 제4조). 따라서 법관은 심판할 때 헌법과 법률에 구속된다(법적 기속의 원리). 이것은 헌법과 법률의 우위에서 비롯하는 당연한 결론이다. 법관이 헌법과 법률에 구속된다는 것이 오로지 헌법과 법률을 비롯한 실정법만으로 재판을 하여야 한다는 것을 뜻하지 않는다. 실정법이 모든 법적 사항을 빠짐없이 규율하는 것은 아니기 때문이다. 그러나 법관은 관련 실정법이 없다는 이유로 재판을 거부할 수 없다. 따라서 관련 실정법이 없을 때 법관은 법관법을 형성하여 재판을 할 수밖에 없다. 이때 법관법 형성은 법관이 입법자의 의사를 추정하여 실정법의 빈틈을 메우는 범위에서만 허용될 수 있다. 그리고 법관법은 법관이 담당하는 구체적인 사건에만 적용된다. 그래서 다른 법관은 물

14) 정동윤/유병현/김경욱(주 11), 818쪽; 정영환(주 11), 1046쪽; 백춘기(주 6), 529쪽; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gotteald (Anm. 13), § 149 Rdnr. 8.

론 법관법을 형성한 법관 자신도 다른 사건에서 이러한 법관법에 구속되지 않고 새로운 법관법을 형성할 수 있다. 입법자도 법관법에 구속받지 않아서 여전히 입법형성의 자유를 제한 없이 누린다. 법관법을 형성할 때도 법관은 헌법과 법률에 여전히 구속된다. 따라서 법관은 헌법과 법률에 어긋나는 법관법을 형성할 수 없다. 여기서 법관법은 보충적 법형성에 머물러야 한다. 법률요건적 효력은 반드시 법률적 근거가 있어야만 발생한다. 따라서 헌법재판소는 법률적 근거 없이 법관법 형성을 통해서 형성력과 마찬가지로 법률요건적 효력을 생기게 할 수 없다. 헌법재판소는 법률요건적 효력을 규정한 법률이 있을 때 해당 결정을 내림으로써 법률요건적 효력 발생에 이바지할 수 있을 뿐이다. 이러한 점에서 형성력과 마찬가지로 법률요건적 효력은 법관법 형성의 한계로 기능한다. 더불어 법률요건적 효력은 헌법재판소 권한 행사의 한계를 설정한다.

Ⅲ. 법률요건적 효력과 다른 효력의 비교

1. 확정력과 비교

일반 사법판결의 중요 효력인 기판력을 포함한 확정력과 법률요건적 효력의 다른 점은 여러 가지이다.

먼저 ① 확정력은 사실심 변론 종결 시점의 권리나 법적 관계를 확정한다. 하지만 법률요건적 효력은 판결 확정 시점에 발생하고 앞날의 법적 관계를 변동시킨다. 따라서 확정력과 법률요건적 효력은 효력 발생 시점이 다르다.

다음 ② 기판력을 포함한 확정력의 내용은 구속적이고 지속적인 효력이어서 당연히 후소를 전제한다. 하지만 법률요건적 효력의 내용은 법적 변

등을 일으키고 그 변동 순간에만 영향을 미치며 그 자체로 완결적이어서 지속적 효력이 아니다. 따라서 법률요건적 효력은 그 밖의 절차를 전혀 전제하지 않는다. 이러한 점에서 확정력과 법률요건적 효력은 효력 내용에서 차이가 있다.

그리고 ③ 확정력은 소송물이나 심판 대상에 관한 것이다. 하지만 법률요건적 효력은 법률규정에서 명시한 법적 관계와 관련이 있다. 해당 판결이 선고된다면 소송물이나 심판 대상이 복수이거나 당사자가 수인이어도 법률요건적 효력 대상은 하나이다.

또한, ④ 확정력은 소송법상 효력이어서 일반적 명령에 근거를 두고 모든 확정된 종국판결에서 생긴다. 하지만 법률요건적 효력은 실체법상 효력이고, 언제나 특정 법률규정에 따라서 발생하며, 특정한 판결이 있을 때만 생긴다. 따라서 확정력과 법률요건적 효력은 다른 평면의 효력이다.

더하여 ⑤ 확정력은 당사자와 그 승계인 그리고 법원에만 미치는 것이 원칙이다. 즉 확정력은 주로 소송당사자를 대상으로 하는 효력이다. 하지만 법률요건적 효력은 제3자에게 미친다(대세효). 즉 법률요건적 효력은 원래 소송당사자 이외의 '다른 당사자'를 대상으로 한다. 따라서 확정력과 법률요건적 효력은 효력 범위가 다르다.¹⁵⁾

끝으로 ⑥ 법률요건적 효력은 실정법적 근거가 있을 때만 인정된다. 하지만 확정력은 판결의 일반적 효력으로서 실정법적 근거와 상관없이 판결이 확정되면 당연히 인정된다. 다만, 법률요건적 효력은 확정된 판결이 있어야 비로소 발생한다. 따라서 법률요건적 효력은 언제나 확정력을 전제한다. 이러한 점에서 확정력은 법률요건적 효력이 발생하여도 여전히 판결의 기본적 효력이다.

15) 이상 류지태, 「행정소송의 판결의 효력」, 『고시계』 제38권 제5호(통권 제435호), 국가고시학회, 1993. 5., 91쪽 참조.

2. 기속력과 비교

기속력은 확정력이나 기관력의 주관적 확장 혹은 주관적·객관적 확장이다. 이러한 점에서 확정력과 법률요건적 효력의 비교 내용은 대부분 기속력과 법률요건적 효력의 비교 내용과 같다. 다만, 확정력과 기속력의 차이점에서 비롯하는 다른 내용이 있다.

먼저 ① 기속력은 확정력의 주관적 확장으로서 헌법재판소 결정의 효력을 국가기관에도 미치게 한다. 이러한 점에서 기속력도 당사자와 법원 이외의 제3자에게 효력을 확장한다. 하지만 기속력은 오로지 국가기관에만 주관적 측면에서 효력을 확장한다. 따라서 국가기관은 물론 일반 국민에게도 효력을 미치게 하는 법률요건적 효력과는 차이가 있다.

다음 ② 기속력은 판결에서 도출되는 효력이라는 점에서 확정력과 같다. 하지만 확정력은 일반적 효력으로서 실정법 유무와 상관없이 당연히 판결에서 생긴다. 그러나 기속력은 특별한 효력으로서 이것을 인정하는 특별한 규정이 있을 때만 예외적으로 인정된다. 이러한 점에서 기속력은 법률요건적 효력과 같다. 하지만 법률요건적 효력은 판결이 아닌 법률규정에서 발생하지만, 기속력은 판결 자체에서 생긴다는 점이 다르다.

3. 형성력과 비교

가. 형성력의 본질

형성력의 본질과 관련하여 의사표시설(국가적 처분행위설)과 기관력설 그리고 법률요건적 효력설이 대립한다.¹⁶⁾ 의사표시설은 형성력을 국가의

16) 이에 관해서는 백춘기(주 6), 527쪽; 손한기(주 11), 304쪽; 이명환(주 12), 135~136쪽; 정동윤/유병현/김경욱(주 11), 815~816쪽; 조상혁, 『형성판결의 효력 서설』, 『재

처분적 의사표시에 따른 효력으로 보고, 기관력설은 형성권이나 형성요건의 존재가 기관력을 통해서 확정되어 다룰 수 없게 된 효력이 형성력이라고 한다. 그리고 법률요건적 효력은 확정된 형성판결 존재를 법률요건으로 하여 발생하는 효력을 형성력으로 본다. 형성판결도 하나의 판단작용에 불과하고, 형성력은 일반 제3자에게도 미치는 실체법적 효력이다. 따라서 형성력의 본질을 국가적 처분행위나 기관력으로 보기는 어렵고, 법률요건적 효력으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

나. 형성력과 법률요건적 효력의 유사점

일정한 내용이 있는 유효한 판결 존재가 실정법적 법률요건이고 이러한 판결이 선고되면 법적 관계 변동이 일어난다는 점에서 형성력과 법률요건적 효력은 같다. 특히 형성력과 법률요건적 효력은 모두 인용판결에서만 생긴다. 다만, 형성력은 형성판결에서만 발생하지만, 법률요건적 효력은 형성판결뿐 아니라 확인판결이나 이행판결에서도 생길 수 있다. 그리고 형성력과 법률요건적 효력은 기관력을 포함한 확정력을 전제하지만, 확정력을 효력 기초로 삼지 아니하고, 효력이 심판 대상이나 소송물과 일치하지 않는다는 점에서도 다르지 않다.¹⁷⁾ 이러한 점에서도 형성력의 본질을 법률요건적 효력으로 보는 것은 타당하다고 볼 수 있다.

다. 형성력과 법률요건적 효력의 차이점

형성력을 본질을 법률요건으로 본다고 하더라도 형성력과 법률요건적 효력이 웅글게(완벽하게) 같은 것은 아니다.

먼저 ① 형성력은 판결의 본래적 효력으로서 판결의 효력이다. 하지만

산법연구 제21권 제2호』, 한국재산법학회, 2005, 411~419쪽.

17) 이상 조상혁(주 16), 418쪽.

법률요건적 효력은 판결의 파생적·부수적 효력으로서 법률의 효력, 정확 하게는 법률에 따른 효력이다. 따라서 형성력의 내용은 반드시 판결주문에서 선언된다. 하지만 법률요건적 효력의 내용은 판결주문에 언급되지 않는다.¹⁸⁾

다음 ② 형성력은 그 효력 발생을 명령하는 실정법에 근거하여 그 효력 발생을 목적으로 하는 형성판결이 선고된다. 하지만 법률요건적 효력은 그 발생근거가 되는 실정법이 해당 판결에서 고려되지 아니한다.¹⁹⁾

그리고 ③ 형성판결은 법적 관계 형성의 명확성과 안정성을 확보하는 것이 목적이라서 형성력에는 조건이 붙을 수 없다. 하지만 파생적·부수적 효력인 법률요건적 효력은 그 근거가 되는 법률규정(때로는 헌법규정)에 따라서 다양한 목적이 있을 수 있어서 조건이 붙을 수도 있다.²⁰⁾

끝으로 ④ 형성력은 형성판결 내용에 포함된 판단 자체에서 발생하므로 판결 존재라는 사실만으로 충분하지 않고 판단 내용이 중요하다. 하지만 법률요건적 효력은 법률요건(때로는 헌법요건)인 판결 자체의 존재가 문제 될 뿐이고, 판결 자체의 내용에는 구속받지 않는다.²¹⁾

이러한 차이점으로 말미암아 형성력에 관한 내용을 그대로 법률요건적 효력에 원용할 수는 없다. 즉 형성력에 관한 내용을 바탕으로 법률요건적 효력의 독자성을 존중하여 법률요건적 효력에 관한 내용을 살펴보아야 한다. 특히 형성력은 형성판결의 직접적 목적이라서 헌법재판소는 형성력 인정 필요성을 고려하여 형성판결을 내릴 것인지를 결정할 수 있지만(혹은 결정하여야 하지만), 법률요건적 효력은 판결의 직접적 효력이 아니라서 [간접적 고려를 옹글게(완벽하게) 배제할 수는 없지만] 법률요건적 효력 발

18) 이상 조상혁(주 16), 418~419쪽.

19) 이상 백춘기(주 6), 529쪽.

20) 이상 조상혁(주 16), 419쪽.

21) 이상 조상혁(주 16), 419쪽.

쟁을 직접 고려하여 법률요건(때로는 헌법요건)이 되는 결정 선고 여부를 판단할 수는 없다.

IV. 법률요건적 효력에 속하는 헌법재판소 결정의 효력

1. 법률요건적 효력 논의의 실익

법률요건적 효력에 속하는 헌법재판소 결정의 효력은 법률적 효력(법규적 효력)으로 다루어졌던 법률의 위헌결정에 따른 효력을 제외하고는 어떠한 효력 범주에 속하는지가 논의되지 않았다. 개별 법률조항을 해석하여 그 의미를 밝히는 것에 그쳤다. 그러나 개별 법률조항이 규정하는 개별 효력은 법률조항 자체에서 완결적으로 규정되지 않는다. 예를 들어 효력의 범위만 보더라도 개별 법률조항이 주관적 범위와 객관적 범위, 시간적 범위를 빠짐없이 규정하는 것은 찾기 어렵다. 하지만 이러한 것이 명확하게 밝혀지지 않으면 개별 효력의 내용을 구체화하는 것은 어렵다. 이때 개별 효력이 특정한 효력 범주에 속한다는 것은 개별 효력의 내용을 밝히는 중요한 실마리가 된다. 즉 특정 효력이 법률요건적 효력에 속한다는 것은 그 효력의 내용을 구체화하는 실질적 기준을 제공할 수 있다. 그리고 특정 효력이 법률요건적 효력에 해당한다는 것은 특정 효력이 개별 법률조항에 근거하여야 한다는 것이다. 이것은 이러한 효력을 발생시키는 헌법재판소 결정을 헌법재판소가 이러한 효력을 규정하는 개별 법률조항 없이 내릴 수 없다는 것이다. 따라서 법률요건적 효력 논의는 헌법재판소의 권한 한계로서 기능할 수 있다. 즉 헌법재판소는 법률요건적 효력을 법관법 형성만으로 정당화할 수 없다. 이러한 점에서 법률요건적 효력은 기속력과 명확하게 구별된다. 기속력은 기속력의 대상이 되는 결정주문의 내용을 헌법재판

소법이 한정하지 않는다. 따라서 헌법재판소는 기속력의 개념과 본질에 어긋나지 않는 한 기속력의 대상이 되는 헌법재판소 결정에 다양한 내용을 담을 수 있다. 예를 들어 헌법재판소가 실정법적 근거 없이 내리는 헌법불합치결정에서는 기속력이 도출될 수는 있지만 법률요건적 효력은 인정될 수 없다. 또한, 법률요건적 효력이 판결의 일반적 효력이라는 점에서 판결에 해당하는 헌법재판소 결정에 특별한 효력을 인정할 때, 특히 실정법적 근거 없이 특별한 효력을 인정할 때는 문제가 되는 효력이 법률요건적 효력인지를 먼저 검토하여야 한다. 일반적 효력인 법률요건적 효력으로 설명할 수 있는데도 굳이 실정법적 근거도 없이 생소한 특별한 효력으로 다를 실익은 없기 때문이다. 더하여 실체법적 효력인 법률요건적 효력은 소송법적 관계를 벗어나 실체법적 관계에 직접 개입한다. 이러한 실체법적 변동은 헌법소송의 계기가 되는 구체적 사건을 국한하지 않는 효력이다. 따라서 법률요건적 효력은 헌법재판소 결정의 효력이 대세적으로 미치는 이유를 설명해 줄 수 있다.

2. 법률의 위헌결정에 따른 법률요건적 효력²²⁾

가. 현행 헌법상 규범통제

상위법규범에 하위법규범이 위반되는지를 심사하는 것을 규범통제라고 한다. 규범통제는 그 시기와 계기에 따라 예방적 규범통제 그리고 추상적 규범통제와 구체적 규범통제로 나눈다. 한국 헌법재판에서는 구체적 규범통제만 인정된다. 헌법은 법률에 대한 규범통제는 헌법재판소에, 명령과 규칙에 대한 규범통제는 법원에 맡긴다(헌법 제107조 제1항과 제2항). 현행

22) 법률의 위헌결정에 따른 법률요건적 효력에 관해서 자세한 내용은 허완중, 「위헌결정의 법률요건적 효력」, 『헌법학연구』 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013, 389~430쪽 참조.

헌법이 채택하는 규범통제에는 위헌법률심판(헌법 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호), 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판(위헌소원심판), 법규범 자체에 대한 헌법소원심판(헌법재판소법 제68조 제1항), 헌법소원심판에서 이루어지는 부수적인 규범통제(헌법재판소법 제75조 제5항), 권한쟁의심판에서 이루어지는 규범통제, 명령·규칙에 대한 법원의 위헌·위법심사(헌법 제107조 제2항)가 있다.

나. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 법률적 효력(법규적 효력)으로 보는 다수설과 판례

규범통제에서 헌법재판소가 내리는 인용결정에는 단순위헌결정과 변형결정이 있다. 헌법재판소가 내리는 변형결정에는 한정위헌결정과 한정합헌결정 그리고 헌법불합치결정이 있다. 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 구속한다(헌법재판소법 제47조 제1항). 따라서 법률의 위헌결정에는 기속력이 있다. 그리고 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항은 효력을 상실한다(헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항, 제75조 제5항과 제6항). 이러한 법률에 대한 위헌결정의 효력과 관련하여 다수설과 판례는 독일 논의²³⁾를 받아들여 이러한 효력을 법률적 효력(법규적 효력)으로 이해하고 이에 관해서 독일에서 정리된 내용을 거의 그대로 수용한다.

다. 독일에서 논의되는 법률적 효력(법규적 효력)

독일에서 논의되는 법률적 효력(법규적 효력)은 기속력과 마찬가지로 확

23) 이에 관한 소개는 허완중, 『헌법재판에서 필요성이 의심되는 법률적 효력과 형성력에 의한 그 대체 가능성』, 『안암법학』 제28호, 안암법학회, 2009, 35~41쪽; Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2012, Rdnr. 1436 ff.; Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., München 1991, § 20 Rdnr. 94 ff.; Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidung, 11. Aufl., München 2018, Rdnr. 495 ff.

정력이나 기판력의 주관적 확장으로 이해한다. 즉 당사자와 법원에 효력이 미치는 확정력이나 기판력의 주관적 효력 범위를 기속력은 국가기관까지 확장하고, 법률적 효력(법규적 효력)은 일반 국민에게도 효력이 미치도록 한다. 법률적 효력(법규적 효력)은 이처럼 확정력이나 기판력의 주관적 효력 범위를 넓히는 효력만 있어서 확정력이나 기판력 및 기속력과 마찬가지로 소송법상 효력에 불과하다. 따라서 법률적 효력(법규적 효력)은 실체법적 효력이 아니다. 게다가 법률적 효력(법규적 효력)은 확정력이나 기판력처럼 판결의 일반적 효력이 아니라 기속력처럼 판결의 특별한 효력이다. 따라서 법률적 효력(법규적 효력)은 반드시 명시적인 실정법적 근거가 있을 때만 인정된다.

라. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 법률적 효력(법규적 효력)으로 볼 때 문제점

독일 기본법과 달리 한국 헌법은 헌법재판소 결정에 법률적 효력(법규적 효력)을 부여하지 않는다. 헌법재판소법도 마찬가지이다. 즉 한국 실정법에는 헌법재판소 결정의 법률적 효력(법규적 효력)에 관해서 아무런 규정을 두지 않는다. 이러한 점에서 헌법재판소 결정에 특별한 효력인 법률적 효력(법규적 효력)을 인정하기 어렵다. 그리고 독일 기본법이 규정한 법률적 효력(법규적 효력)은 소송법상 효력에 불과하여 법률의 효력을 상실시키는 실체법적 내용을 포함하지 않는다. 따라서 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항의 효력을 상실한다고만 규정한 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에서 법률적 효력(법규적 효력)을 도출할 수도 없다. 또한, 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항의 효력이 상실되는 것은 위헌결정에서 직접 도출되는 것이 아니라 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따라서 발생하는 효력이다. 즉 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항의 효력 상실은 정확하게 말하면 헌법재판소 결정의 효력이 아니라 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3

항의 효력이다. 그러나 법률적 효력(법규적 효력)은 기판력이나 확정력의 주관적 확장이므로 헌법재판소 결정 자체의 효력이다. 이러한 점에 비추어 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에서 헌법재판소 결정의 법률적 효력(법규적 효력)을 도출할 수 없다고 생각한다. 특히 헌법재판소 결정에 법률적 효력(법규적 효력)을 인정하는 유일한 실익은 대세효인데, 헌법재판소 결정에 대세효를 부여할 수 있는 길은 법률적 효력(법규적 효력) 인정만이 아니다. 다양한 방법을 통해서 헌법재판소 결정에 대세효를 인정할 수 있다. 소송법적 측면에서 대표적인 것이 형성력과 법률요건적 효력이다.

마. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 형성력으로 보는 견해의 문제점

헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 형성력으로 이해하려는 견해가 있다.²⁴⁾ 법률의 위헌결정을 형성판결로 분류하는 견해²⁵⁾도 같은 견해로 볼 수 있다. 형성판결에서만 형성력이 도출되기 때문이다. 그러나 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 형성력으로 보려면 법률의 위헌결정을 형성판결로 볼 수 있어야 한다. 먼저 법률의 위헌결정은 법률이 위헌이라고 선언할 뿐이다. 그리고 헌법재판소는 특별한 법원으로서 법률의 위헌성을 확인할 권한이 있을 뿐이다. 따라서 헌법재판소는 법률의 위헌성을 창조할 수 없다. 이러한 점에서 헌법재판소의 위헌결정은 이미 있는 법률의 위헌성을 확인한다고 선언하는 것에 그친다. 이러한 점에서 법률의 위헌결정은 형성판결이 아닌 확인판결에 불과하다. 확인판결에서는 형성력이 생길 수 없으므로 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에

24) 이성환, 『헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구』, 서울대학교 법학박사학위논문, 1994, 124~125쪽; 정중섭, 『헌법소송법(제8판)』, 박영사, 2014, 190쪽.

25) 구체적 설명 없이 위헌제정과 헌법소원을 실체법상 형성의 소로 분류하는 견해로는 이시윤(주 8), 207쪽; 정동윤/유병현/김경욱(주 11), 70쪽.

따른 효력은 형성력으로 볼 수 없다. 특히 형성력의 내용은 반드시 형성판결 주문에 드러나야 한다. 그러나 법률의 위헌결정 주문에는 위헌으로 결정된 법률이나 법률조항의 효력 상실에 관한 내용이 전혀 드러나지 않는다. 따라서 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 형성력으로 이해하는 견해는 타당하지 않다고 생각한다.

바. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 법률요건적 효력으로 볼 가능성과 그 장점

헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에서 해당 법률이나 법률조항이 효력을 상실하려면 그에 대한 위헌결정이 있어야 한다. 즉 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항은 법률의 위헌결정 존재를 해당 법률이나 법률조항 효력 상실의 요건으로 삼는다. 이것은 법률요건적 효력의 전형적인 모습이다. 헌법재판소는 이미 있는 해당 법률의 위헌성을 확인하는 결정을 내리면, 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 요건이 충족되어서 해당 법률은 효력을 상실한다. 따라서 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력은 법률요건적 효력으로 볼 수 있다.

헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 효력을 법률요건적 효력으로 보면, 법률적 효력(법규적 효력)의 가장 큰 약점인 실정법적 근거 결여가 응급계(완벽하게) 해결된다. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항을 법률요건적 효력의 근거규정으로 삼는데 아무런 문제가 없기 때문이다. 그리고 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 규정 내용과 법률적 효력(법규적 효력) 내용이 일치하지 않는 점도 해결된다. 법률요건적 효력의 내용은 해당 규정의 내용이기 때문이다. 또한, 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 내용은 실체법적 변동인데 법률적 효력(법규적 효력)은 소송법상 효력이라는 문제도 깔끔히 해결된다. 법률요건적 효력은 소송법상 효력이 아니라 실체법상 효력이기 때문이다.

사. 법률요건적 효력이 도출되는 위헌결정의 범위

헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항은 해당 법률의 효력 상실 요건으로 위헌결정 존재를 규정한다. 그런데 헌법재판소가 내리는 위헌결정에는 정형결정(기본결정)인 단순위헌결정뿐 아니라 변형결정인 한정위헌결정과 한정합헌결정 그리고 헌법불합치결정이 있다.

먼저 단순위헌결정은 오로지 해당 법률이나 법률조항의 위헌성을 확인하는 내용만을 품은 결정으로서 위헌결정에 해당한다는 것에 아무런 의문이 없다. 그리고 한정위헌결정도 위헌대상 범위를 좁힌다는 점을 제외하면 단순위헌결정과 아무런 차이가 없다. 따라서 한정위헌결정도 위헌결정에 속하는 것으로 보는 데 장애가 없다. 한정합헌결정은 외형상으로 합헌결정으로 볼 수 있다. 하지만 한정합헌결정은 해당 법률에 위헌 부분이 있음을 전제한다. 즉 합헌으로 선언하는 부분이 아닌 다른 부분을 합헌이라고 선언하거나 판단을 하지 않은 것이 아니라 위헌 부분이 있다고 선언하는 것이다. 따라서 한정합헌결정이 품은 위헌선언에 관한 내용에서 해당 부분 효력 상실이라는 법률요건적 효력이 발생한다. 이러한 점에서 한정합헌결정은 그 내용 중 일부분에서만 법률요건적 효력이 생긴다. 헌법불합치결정도 해당 법률이 헌법에 합치하지 않는다고 하여 위헌선언을 한다. 따라서 헌법불합치결정도 위헌결정으로 볼 수 있다. 하지만 헌법불합치결정은 해당 법률을 입법자가 개선할 때까지 형식적으로 존속시킨다. 즉 기한이 설정되면 기한까지 그리고 기한이 설정되지 않으면 상당한 기간까지 해당 법률은 효력을 상실하지 않는다. 그리고 입법자가 해당 법률을 개선하면 불합치로 선언된 법률은 개선된 법률로 대체되어 폐지되므로 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항은 적용될 여지가 없다. 그러나 입법자가 기한이 지나도 해당 법률을 개선하지 않으면 해당 법률은 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따라 효력을 상실한다. 이때 해당 법률은 기한이 설정되면

기한의 다음 날부터, 기한이 설정되지 않으면 상당한 기간이 지난 다음 날부터 효력을 상실한다. 이러한 점에서 헌법불합치결정은 입법자가 법률개선 의무를 위반하는 예외적인 때만 위헌결정에 속한다. 즉 입법자가 법률개선 의무를 계속 이행하지 않을 때, 기한이 설정되면 기한의 다음 날부터, 기한이 설정되지 않으면 상당한 기간이 지난 다음 날부터 유예되었던 해당 법률의 위헌성 확인, 즉 위헌결정이 있게 되어서 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항이 적용된다. 헌법불합치결정 주문에는 기한이 설정되고 그 기한이 지나면 해당 법률이 효력을 상실한다는 내용이 포함되는 때도 있다. 그러나 이러한 내용은 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 규정 내용을 확인하는 것에 불과하다.

결론적으로 단순위헌결정과 한정위헌결정뿐 아니라 한정합헌결정과 헌법불합치결정도 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항이 규정한 위헌결정에 속한다. 다만, 한정합헌결정에서는 위헌부분이 있다는 내용만 위헌결정에 속하고, 헌법불합치결정은 입법자가 법률개선 의무를 위반하는 예외적인 때만 위헌결정에 속한다.

아. 법률의 위헌결정에 따른 재심 청구(헌법재판소법 제47조 제4항)

유죄 확정판결의 근거인 법률을 헌법재판소가 위헌으로 결정하여도 확정판결의 기판력에 영향을 미치지 않는다. 즉 확정판결의 근거법률을 헌법재판소가 위헌으로 결정하여도 확정판결에는 아무런 영향이 없다. 다만, 유죄판결을 받은 사람이 재심 청구를 통해서 확정된 유죄판결을 다룰 수 있을 뿐이다(헌법재판소법 제47조 제4항). 이것은 헌법재판소가 내린 법률의 위헌결정에 따라서 유죄판결을 받은 사람에게 재심을 청구할 권리가 생기는 것으로 법률의 위헌결정에 따른 법률요건적 효력으로 볼 수 있다. 즉 당사자는 법률의 위헌결정이 내려지면 헌법재판소법 제47조 제4항에 따라 재심을 청구할 권리를 획득하는데, 이것은 전형적인 법률요건적 효력의 모습이

다. 일단 판결이 확정된 이상 판결 집행 전에는 물론이고 판결 집행 중에도 재심을 청구할 수 있다. 그리고 판결 집행이 종료되고 나서도 재심을 청구할 수 있다. 이때 위헌결정에는 단순위헌결정은 물론 한정위헌결정과 한정합헌결정 그리고 헌법불합치결정도 포함된다. 다만, 한정위헌결정과 한정합헌결정은 헌법재판소가 위헌으로 확인한 부분에 한하여 위헌결정으로 작용한다. 형벌법규에 대한 헌법불합치결정이 허용되어도 죄형법정원칙 중 적정성원칙으로 말미암아 계속 적용 헌법불합치결정은 허용되지 않는다. 따라서 형벌법규에 대해서는 적용 중지 헌법불합치결정만 가능하다. 이때 헌법재판소가 헌법불합치결정으로 내리면서 해당 법률의 위헌성을 확인한 것이고, 단지 입법자에게 해당 법률을 개선하여 그 위헌성을 제거할 의무를 부과한 것이다. 이러한 점에서 헌법불합치결정을 통해서 헌법재판소가 위헌성을 확인한 법률에 근거한 유죄의 확정판결은 해당 법률의 개선 여부와 상관없이 위헌이다. 그러므로 형벌법규에 대한 헌법불합치결정도 위헌 결정에 속한다. 재심 청구에는 형 집행을 정지하는 효력이 없다. 다만, 관할 법원에 대응하는 검찰청 검사는 재심 청구에 대한 재판이 있을 때까지 형 집행을 정지할 수 있다(형사소송법 제428조). 이때의 재심 청구에는 형사소송법 규정을 준용한다(헌법재판소법 제47조 제5항). 그런데 헌법재판소법 제47조 제4항이 규정하는 재심은 형사소송법 제420조에서 규정하는 재심사유와는 별개로 헌법재판소법이 규정한 절대적 재심사유에 따른 절차이다. 즉 이때의 형사 재심은 사실적 사유에 따른 재심이 아니라 원판결의 법률 적용에 변경이 일어나는 법률적 사유에 따른 재심이다. 따라서 형사소송법 규정을 준용하는 때도 형사소송법 제420조, 제421조, 제422조는 준용되지 않는다.²⁶⁾

26) 정종섭(주 24), 362쪽; 황우여, 『위헌결정의 효력』, 『사법논집』 제21집, 법원도서관, 1990, 35쪽.

**자. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원 인용에 따른
재심 청구(헌법재판소법 제75조 제7항)**

본질이 위헌법률심판인 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 제기되어도 재판이 정지되지 않는다. 그래서 행정처분의 근거법률에 대한 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용되었을 때 해당 사건에 대한 재판이 확정될 수 있다. 이때 당사자는 이러한 확정판결에 대해서 재심을 청구할 수 있다(헌법재판소법 제75조 제7항). 이것도 인용결정에 따라서 당사자에게 재심을 청구할 권리가 생기는 것이어서 확정판결에 따른 법률요건적 효력에 해당한다. 즉 당사자는 인용결정이 내려지면 헌법재판소법 제75조 제7항에 따라 재심을 청구할 권리를 획득하는데, 이것은 전형적인 법률요건적 효력의 모습이다. 당사자에게만 재심을 청구할 기회를 주는 것과 관련하여 헌법재판소는 재심은 확정판결에 대한 특별한 불복방법이고, 확정판결에 대한 법적 안정성 요청은 미확정판결에 대한 그것보다 훨씬 크다고 할 것이므로 재심을 청구할 권리가 헌법 제27조에서 규정한 재판을 받을 권리에 당연히 포함된다고 할 수 없고, 심판 대상 범조항에 따른 재심 청구 혜택은 일정한 적법요건 아래 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 청구하여 인용된 사람에게는 누구에게나 일반적으로 인정되는 것이고, 헌법소원심판 청구 기회가 규범적으로 균등하게 보장되므로, 심판 대상 범조항이 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 제기하여 인용결정을 받지 않은 사람에게는 재심 기회를 부여하지 않는다고 하여 청구인의 재판청구권이나 평등권, 재산권과 행복추구권을 침해하였다고는 볼 수 없다고 하였다.²⁷⁾ 당사자에 대한 재심청구권 인정이 법률요건적 효력인 이상 헌법재판소법 제75조 제7항에 구속되는 헌법재판소가 결정을 통해서 당사자 이외의 사람에게 재심청구권을 부여할 수 없을 뿐 아니라 법

27) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66, 판례집 12-1, 848, 864-868.

원은 다른 사유를 들어 재심을 허용하는 것은 별론으로 하고 당사자가 아닌 사람의 재심 청구를 허용할 수 없다. 즉 헌법재판소법 제75조 제7항이 개정되어야 비로소 재심청구권의 주체가 확대될 수 있다. 그래서 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판 계속 중 심판 대상이 된 법률조항이 다른 사건에서 이미 위헌으로 결정되면 헌법재판소는 그 법률조항이 위헌임을 확인하는 결정을 내려서²⁸⁾ 당사자에게 재심 청구 기회를 부여한다. 이것은 재심청구권을 당사자에게만 부여한 헌법재판소법 제75조 제7항에 따른 불가피한 선택이다. 여기에 당사자에 대한 재심청구권 부여를 법률요건적 효력으로 보는 실익이 있다. 이때의 재심 청구에도 형사소송법 규정을 준용한다(헌법재판소법 제75조 제8항). 그런데 헌법재판소법 제75조 제7항이 규정하는 재심은 형사소송법 제420조에서 규정하는 재심사유와는 별개로 헌법재판소법이 규정한 절대적 재심사유에 따른 절차이다. 즉 이때의 형사 재심은 사실적 사유에 따른 재심이 아니라 원판결의 법률 적용에 변경이 일어나는 법률적 사유에 따른 재심이다. 따라서 형사소송법 규정을 준용하는 때도 형사소송법 제420조, 제421조, 제422조는 준용되지 않는다.²⁹⁾

3. 탄핵결정에 따른 법률요건적 효력

탄핵심판 청구가 이유 있으면 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다(헌법재판소법 제53조 제1항). 탄핵결정 주문은 예를 들어 “피청구인을 파면한다.” 또는 “피청구인 ‘공직명’ ○○○을(를) 파면한다.”라는 형식을 취한다.³⁰⁾ 헌법재판소가 탄핵결정을 내리면 피청구

28) 헌재 1999. 6. 24. 96헌바67, 판례집 11-1, 729; 헌재 2012. 7. 26. 2009헌바35등, 판례집 24-2상, 7.

29) 정중섭(주 24), 362쪽; 황우여(주 26), 35쪽.

30) 대통령(박근혜) 탄핵 사건의 주문은 “피청구인 대통령 박근혜를 파면한다.”이었다(헌

인이 파면되는 것에 그치는 것이 아니라 헌법재판소법에 따라서 다양한 법적 효과가 발생한다.

가. 민사상 또는 형사상 책임 불면제

헌법재판소법 제54조 제1항은 탄핵결정은 피청구인의 민사상 또는 형사상 책임을 면제하지 않는다고 규정한다. 이러한 내용은 탄핵심판의 본질이 형사재판이 아니라 징계적 처벌(징계처분)이라는 것에서 비롯하는 당연한 것으로 단순한 확인에 불과하다. 특히 헌법재판소법 제54조 제1항은 “탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지 아니한다.”라고 규정한 헌법 제65조 제4항을 그대로 반복한 것에 불과하다. 그리고 민사상 또는 형사상 책임 불면제는 법적 관계를 변동시키는 것이 아니라 법적 관계 변동이 없음을 명확하게 확인하는 것에 그친다. 따라서 탄핵결정에 따른 효력이라고 보기 어렵다.

나. 공직 취임과 전문직업 보유의 제한

헌법재판소법 제54조 제2항은 “탄핵결정에 의하여 파면된 자는 결정 선고가 있는 날부터 5년이 경과하지 아니하면 공무원이 될 수 없다.”라고 하여 일정 기간의 공직 취임을 금지한다. 이에 대해서 동 조항을 국민의 공무담임권을 박탈하는 것이므로 위헌이라고 하는 견해도 있다.³¹⁾ 그러나 일정 기간 공직 취임을 금지하지 않는다면, 탄핵결정(이나 징계처분)에 따라 파면된 사람이 즉시 공무원에 재임용될 수 있어서 탄핵결정(이나 징계처분)은 그 실효성을 상실하게 될 것이다. 그리고 “탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다.”라는 헌법 제65조 제4항 제1문은 탄핵결정을 받은 사람

재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 공보 245, 1, 4).

31) 박일경, 『유신헌법』, 박영사, 1972, 366쪽.

에게 어떤 불이익도 줄 수 없다는 의미는 아니다. 이러한 점에서 동 조항은 합헌이라고 생각한다.³²⁾ 될 수 없는 공무원에는 제한이 없으므로 여기에는 선거직 공무원도 포함된다.³³⁾ 공직 취임 제한 규정은 종전 1980년 헌법 아래의 헌법위원회법 제31조보다 기간과 범위 면에서 더욱 강화하였다. 취임금지기간은 종전 3년에서 5년으로, 취임할 수 없는 공무원의 범위도 탄핵 대상이 되는 공무원뿐 아니라 모든 공무원으로 확대하였다. 이것은 징계로 파면처분을 받은 때부터 5년이 지나지 않은 사람은 공무원으로 임용될 수 없다고 규정한 국가공무원법 제33조 제7호와 지방공무원법 제31조 제7호를 일치시킨 것이다. 나아가 탄핵결정으로 파면된 사람은 특정 전문직업 보유에서 일정 기간 제한을 받는다[변호사법 제5조(5년), 변리사법 제4조(2년), 세무사법 제4조(3년), 공인회계사법 제4조(5년), 공증인법 제13조(5년)]. 전문직업에 따라 보유 제한 기간이 다른데, 전문직업에 따라 보유 제한 기간을 다르게 할 특별한 사유가 없는데다가 공직 취임 제한 기간과 균형을 맞출 필요가 있으므로 모두 5년으로 통일하는 것이 타당하다고 생각한다. 이러한 공직 취임과 전문직업 보유의 제한은 탄핵결정 존재를 요건으로 개별 법률규정에 따라서 발생한다. 공직 취임과 전문직업 보유의 제한은 당사자의 법적 자격을 일정 기간 박탈하는 것이므로 당사자의 법적 관계에 변동을 일으킨다. 따라서 이러한 제한은 탄핵결정에 따른 법률요건적 효력이다. 그리고 효력의 성질에 비추어 이러한 제한의 범위와 기간은 개별 법률규정에 명시된 것을 벗어날 수 없다.

32) 이승우/정만희/음선필, 『탄핵심판제도에 관한 연구』(헌법재판연구 제12권), 헌법재판소, 2001, 165쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필), 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 700쪽.

33) 김하열, 『헌법소송법(제3판)』, 박영사, 2018, 726쪽; 한수웅/정태호/김하열/정문식(김하열 집필)(주 32), 700쪽.

다. 사면 금지

대통령의 사면권 행사는 탄핵제도를 유명무실하게 할 가능성이 있으므로 (탄핵제도의 본질상) 허용되지 않는다고 한다.³⁴⁾ 이러한 사면권 행사를 한국 헌법은 명문으로 금지하지 않는다. 그러나 (i) 국회법 제134조 제2항에서는 국회의 소추의결서가 피소추자에게 송달되면 임명권자는 피소추자의 사직원을 접수하거나 해임할 수 없도록 한다. 이것은 사직원 접수나 해임으로 파면이라는 탄핵결정의 법적 효과를 관철할 수 없게 되어 헌법상 탄핵제도를 유명무실하게 만드는 것을 방지하려는 것이다. 이렇게 탄핵결정의 실효성을 확보하려고 사직원 접수나 해임을 금지하는 것에 비추어 그에 대한 사면도 불가능하다고 보아야 한다. 그리고 (ii) 헌법재판소법 제54조 제2항에서는 파면공무원의 일정 기간 공직 취임을 금지하는데, 탄핵결정에 따라 파면된 사람을 사면을 통해서 재임용하거나 유임한다면 동 규정 역시 유명무실해질 것이고, 탄핵결정(이나 징계처분)의 실효성 역시 상실될 것이다. 따라서 탄핵결정을 통해서 파면된 공무원에 대한 사면은 금지된다

34) 권영성, 『헌법학원론(개정판)』, 법문사, 2010, 920쪽; 김도협, 『헌법재판개설』, 진원사, 2017, 105쪽; 김하열(주 33), 727~728쪽; 김철수, 『학설·판례 헌법학(전정신판)(중)』, 박영사, 2009, 1296쪽; 김학성, 『헌법학원론(전정판)』, 피앤씨미디어, 2017, 1179쪽; 김현철, 『판례 헌법소송법(제4판)』, 전남대학교출판부, 2016, 572쪽; 성낙인, 『헌법학(제18판)』, 법문사, 2018, 912~913쪽; 성낙인/이효원/권건보/정철/박진우/허진성, 『헌법소송론』, 박영사, 2012, 364쪽; 신평, 『헌법재판법(전면개정판)』, 법문사, 2011, 500쪽; 양건, 『헌법강의(제6판)』, 법문사, 2016, 1393쪽; 이승우/정만희/음선필(주 32), 165~166쪽; 이준일, 『헌법학강의(제6판)』, 홍문사, 2015, 1136쪽; 장영수, 『헌법학(제10판)』, 홍문사, 2017, 1281쪽; 정종섭(주 24), 454쪽; 같은 사람, 『헌법학원론(제12판)』, 박영사, 2018, 1549쪽; 최희수, 『헌법소송법 이론(개정판)』, 대명출판사, 2015, 322쪽; 한수용/정태호/김하열/정문식(김하열 집필)(주 32), 701쪽; 허영, 『헌법이론과 헌법(신8판)』, 박영사, 2017, 1045~1046쪽; 같은 사람, 『한국헌법론(전정14판)』, 박영사, 2018, 919~920쪽; 같은 사람, 『헌법소송법론(제13판)』, 박영사, 2018, 285~286쪽. 참고로 미국 연방헌법은 명문으로 탄핵받은 사람에 대한 사면을 부정한다(미국 연방헌법 제2조 제2절 제1항 “... 대통령은 합중국에 대한 범죄에 대해서 탄핵을 당한 때를 제외하고 형의 집행 유예나 사면을 명할 권한이 있다.”).

고 보아야 할 것이다. 탄핵결정으로 파면당한 사람은 사면법이 규정한 사면 대상도 아니다(사면법 제3조). 그러나 대통령의 사면권 행사 금지는 실정법적 근거가 없으므로 법률요건적 효력에 해당하지 않는다.

4. 정당해산결정에 따른 법률요건적 효력

정당해산심판 청구가 이유 있으면 헌법재판소는 피청구정당 해산을 명하는 결정을 선고한다(헌법재판소법 제59조). 해산결정은 예를 들어 “피청구인 ○○정당을 해산한다.”라는 형식을 취한다.³⁵⁾

가. 정당법에 따른 법률요건적 효력

정당해산결정에 따른 효력에 관해서 헌법재판소법은 정당해산결정이 선고되면 해당 정당이 해산된다는 것(헌법재판소법 제59조) 이외에는 아무것도 규율하지 않는다. 그러나 정당법은 정당해산결정에 따른 효력에 관해서 몇 가지 규정한다.

먼저 정당이 헌법재판소 결정으로 해산되면 그 정당의 대표자와 간부는 해산된 정당의 강령(기본정책)과 같거나 비슷한 것으로 정당을 창설하지 못한다(정당법 제40조). 대체정당 여부는 강령(기본정책), 대표자·간부 등 인적 조직, 명칭의 동일·유사성 등을 기준으로 전체적으로 파악하여 종합적으로 판정한다.³⁶⁾ 대체정당으로 인정되면 그 정당은 정당특권이 인정되지 않으므로 행정처분으로 해산할 수 있다. 대체정당 판단에 관한 실정법이 없으므로 실질적으로 대체정당 해당 여부를 판단할 기관이 없어서 또

35) 통합진보당 해산 사건에서 주문은 “1. 피청구인 통합진보당을 해산한다.”이었다(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 14).

36) 한수웅/정태호/김하열/정문식(정태호 집필), 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 810쪽.

다시 정부가 위헌정당해산심판을 청구할 수밖에 없다는 견해가 있다.³⁷⁾ 그러나 정당에 관한 사무는 직무의 독립성이 보장된 국가기관인 선거관리위원회가 처리하는데다가(헌법 제114조 제1항), 대체정당 창당 금지는 해산결정 효과라서 이것을 관철하는 것은 헌법재판소법 제60조에서 말하는 해산결정 ‘집행’에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 현행법상 대체정당인지를 판정하고 행정적 조치를 취하는 것은 중앙선거관리위원회 권한으로 보아야 할 것이다. 중앙선거관리위원회는 대체정당이라고 판단하면 정당 등록을 거부하여야 하고, 등록 후에 대체정당임이 판명되면 등록을 취소하여야 할 것이다(헌법재판소법 제60조, 정당법 제40조 참조). 중앙선거관리위원회가 이러한 조치를 취하지 않으면 정부가 대체정당에 대해서 정당해산심판을 청구할 수 있다.³⁸⁾

다음 헌법재판소의 결정에 따라서 해산된 정당 명칭과 같은 명칭은 정당 명칭으로 다시 사용하지 못한다(정당법 제41조 제2항). 이때 동일한 명칭인지는 형식적 일치 일치 여부에 따른다. 따라서 해산된 정당 명칭과 옹글게(완벽하게) 같은 명칭만 사용할 수 없고, 비슷한 명칭이나 단어 배열 순서가 다른 명칭은 사용할 수 있다.

끝으로 헌법재판소의 해산결정에 따라서 해산된 정당의 잔여재산은 국고에 귀속된다(정당법 제48조 제2항). 이것은 위헌정당의 물적 기반을 소멸시켜 위헌정당 해산의 실효성을 확보하기 위한 것이다. 이때 잔여재산은 정당 명의의 재산에 국한한다. 따라서 정당재산이 사유재산으로 명의전환되었다면 원칙적으로 몰수 대상이 아니다.³⁹⁾

이러한 명의전환을 막기 위한 헌법재판소의 가치분이 필요하다. 이러한

37) 이성환/정태호/송석윤/성선제, 『정당해산심판제도에 관한 연구』(헌법재판연구 제15권), 헌법재판소, 2004, 262~263쪽.

38) 김하열(주 33), 759쪽.

39) 전민형, 「정당해산심판 결정의 유형과 법적 효과」, 『안암법학』 제44권, 안암법학회, 2014, 486쪽.

세 가지 효과는 모두 정당해산결정을 요건으로 하는 것이고 정당해산결정을 구성요건으로 하여 정당법 상 명문규정에 근거하는 것이므로 정당해산결정에 따른 법률요건적 효력에 해당한다. 따라서 정당해산결정에 따라서 이러한 내용 이외의 제한을 헌법재판소와 법원을 비롯한 모든 국가기관이 할 수 없다.

나. 소속 국회의원의 의원직 상실?

헌법재판소는 정당해산이 이루어지는 상황에서는 국회의원의 국민대표성이 부득이 희생될 수밖에 없고 헌법재판소 해산결정으로 해산되는 정당 소속 국회의원의 의원직 상실은 정당해산심판제도의 본질에서 인정되는 기본적인 효력이므로, 지역구에서 당선된 국회의원이나 비례대표로 당선된 국회의원이나 모두 명문의 규정 없이도 의원직을 상실시킬 수 있다고 하면서 법률적 근거 없이 위헌정당 소속 국회의원의 의원직 상실을 결정주문에 명시하였다.⁴⁰⁾ 이러한 효력은 법률규정이 아니라 결정주문에서 발생하는 것으로 이러한 효력을 법률요건적 효력으로 볼 수는 없고, 형성력으로 볼 여지만 있다. 하지만 법률요건적 효력과 마찬가지로 형성력도 명시적인 실정법적 근거가 있어야 할 뿐 아니라 정당해산결정에는 기속력이 없고 위헌정당 소속 국회의원은 정당해산심판의 당사자도 아니다. 이러한 점에 비추어 소송법상 헌법재판소는 위헌정당 소속 국회의원의 의원직 상실을 명할 권한이 없다고 보아야 할 것이다.

5. 권한쟁의심판 결정에 따른 법률요건적 효력?

헌법재판소는 심판 대상이 된 국가기관이나 지방자치단체의 권한의 유무나 범위를 판단하고(헌법재판소법 제66조 제1항), 나아가 권한침해 원인이

40) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1, 113-114.

된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판 청구를 인용하는 결정을 하면 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다(헌법재판소법 제66조 제2항). 이처럼 권한쟁의 심판에서는 2단계의 판단과 그에 따른 결정을 할 수 있다.

가. 권한쟁의심판 결정의 기속력

헌법재판소법 제67조 제1항은 “헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정하여 결정에 기속력을 명문으로 부여한다. 헌법소원에서는 인용결정만 다른 국가기관에 대해서 기속력이 있지만(헌법재판소법 제75조 제1항), 권한쟁의심판에서는 모든 결정에 기속력이 있다. 권한에 관한 아무런 실제적 판단이 없는 각하결정에는 별다른 의미가 없다. 권한쟁의심판의 본안결정이 내려지면 그것이 인용결정이든 기각결정이든, 그것이 헌법재판소법 제66조 제1항에 따른 확인결정이든, 같은 조 제2항에 따른 취소결정이든, 다른 국가기관은 이에 관한 헌법재판소 판단에 저촉되는 다른 판단이나 행위를 할 수 없고, 헌법재판소 결정의 내용을 자기 판단과 조치의 기초로 삼아야 한다. 피청구인은 위헌·위법성이 확인된 행위를 반복하여서는 아니 될 뿐 아니라 나아가 자신이 일으킨 기존 위헌·위법상태를 제거하여 합헌·합법적 상태를 회복할 의무를 부담한다. 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 하면 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다(헌법재판소법 제66조 제2항).

그러나 헌법재판소는 국회의장의 법률안 가결선평행위가 국회의원들의 법률안 심의·표결권을 침해한 것임을 확인한 권한침해확인결정의 기속력 내용에는 국회의장이 구체적으로 특정한 조치를 취할 작위의무가 포함된다 고 볼 수 없다는 것 등의 이유로 권한 침해 확인 결정 이후 국회의장의 부작위가 국회의원들의 법률안 심의·표결권을 침해한다며 제기된 권한쟁

의심판 청구를 1(기각):4(각하):4(인용)로 기각하였다.⁴¹⁾ 인용의견에서는, 헌법재판소가 청구인들의 심의·표결권이 침해되었음을 확인하였는데도 국회가 그 위법성을 바로잡고 침해된 청구인들의 권한을 회복시켜줄 의무를 이행하지 않는 것은 헌법재판소 종전 결정의 기속력을 무시하고 청구인들의 권한 침해상태를 계속 존속시키는 것이므로 그 청구를 받아들여야 한다고 보았다.⁴²⁾ 권한쟁의심판 결정에 기속력이 부여되는데도 권한침해 결정을 법적 구속력이 없는 권고적 재판과 같이 취급하는 것은 권한쟁의심판을 통한 구제를 유명무실하게 하는 것이라고 비판한 것이다.

나. 부작위에 대한 심판 청구 인용에 따른 피청구인의 처분의무?

부작위에 대한 심판 청구를 인용하는 결정에 따른 피청구인의 처분의무를 법률요건적 효력으로 볼 여지도 있다. 그러나 피청구인이 결정취지에 따른 처분을 하여야 하는 것은 부작위에 대한 심판 청구 인용결정에 따른 법률요건적 효력이 아니라 기속력에 해당한다. 헌법재판소법 제67조 제1항에 따라서 부작위에 대한 심판 청구 인용결정에는 기속력이 부여된다. 이러한 기속력 때문에 모든 국가기관과 지방자치단체는 앞날에 처분을 내릴 때 헌법재판소 결정을 준수하고 존중하여야 한다. 이러한 준수의무는 반복금지의무와 반응의무로 구성된다. 반복금지의무는 준수의무의 소극적 측면이고, 반응의무는 준수의무의 적극적 측면이다. 헌법재판소는 위헌상태를 제거하는 데 필요한 처분을 스스로 할 수 없다. 그래서 헌법재판소 결정을 실현하는 것은 다른 국가기관의 몫이다. 이것은 다른 지시가 없는 한 다른 국가기관이 확인된 위헌상태를 즉시 헌법합치적 상태로 바꾸어야 한다는 것을 뜻한다. 따라서 다른 모든 국가기관은 자신의 권한범위 안에서 개별

41) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320, 325.

42) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320, 336.

사건에서 선고된 구체적 헌법재판소 결정을 관철하는 데 필요한 모든 것을 하여야 한다. 이러한 기속력에 따른 반응의무를 구체화한 것이 헌법재판소법 제66조 제2항에 따른 피청구인의 결정취지에 따른 처분의무이다.

6. 헌법소원 인용결정에 따른 법률요건적 효력?

헌법소원의 인용결정에는 기속력이 부여된다(헌법재판소법 제75조 제1항). 헌법소원이 인용되면, 공권력의 행사나 불행사가 청구인의 기본권을 침해하였음이 확정된다(헌법재판소법 제75조 제2항). 그와 함께 기본권 침해 원인이 된 공권력의 행사가 취소되거나 그 불행사가 위헌임이 확인된다(헌법재판소법 제75조 제3항). 공권력 불행사의 위헌이 확인되면 피청구인은 결정취지에 따라 새로운 처분을 하여야 한다(헌법재판소법 제75조 제4항). 이러한 점은 헌법소원심판에 준용되는 행정소송법에서도 확인된다(헌법재판소법 제40조 제1항 제2문, 행정소송법 제30조). 따라서 국가기관과 지방자치단체는 이전에 한 공권력의 행사나 불행사를 반복하지 못하고 헌법재판소 결정 취지에 맞는 새로운 처분을 하여야 한다. 공권력 불행사 위헌 확인결정에 따른 피청구인의 처분의무는 권한쟁의심판에서 부작위에 대한 심판 청구를 인용하는 결정에 따른 피청구인의 처분의무와 마찬가지로 반응의무를 구체화한 것으로서 법률요건적 효력이 아니라 기속력에 해당한다.

V. 법률요건적 효력의 범위

1. 주관적 범위

법률요건적 효력은 법률규정에 근거하여 종래 법적 관계를 바꾸거나 사

라지게 하거나 새로운 법적 관계를 생기게 한다. 그러므로 법률요건적 효력은 해당 심판의 관계인뿐 아니라 제3자에게도 미친다. 이러한 점은 당사자나 헌법재판소에만 효력이 미치는 기판력을 포함한 확정력이나 국가기관에만 효력이 미치는 기속력과 다르다. 법률요건적 효력에 대세적 효력이 인정되는 이유는 법률의 효력⁴³⁾에 기반을 두기 때문이다. (형식적) 법률은 헌법을 제외한 모든 법규범보다 우위에 있는 법규범으로서 국가기관과 국민을 구속한다. 이러한 (형식적) 법률의 규범적 효력이 법률의 효력이다. 법률의 효력은 상위적 효력과 규율우선적 효력으로 구성된다. 상위적 효력은 법률 형식으로 표현된 국가의사가 헌법이 아닌 다른 모든 국가의사보다 법적으로 앞서는 힘이다. 규율우선적 효력은 법률이 헌법 안에서 모든 법적 규율사항을 가장 먼저 규율할 수 있고, 특정한 범위에서는 법률이 반드시 직접 규율하여야 하므로, 법률은 헌법에 어긋나지 않는 범위에서 법적 규율대상을 먼저 규율하는 힘을 가리킨다. 법률요건적 효력은 이러한 법률의 효력이 확정판결 존재를 구성요건으로 삼을 때 발생한다. 따라서 법률요건적 효력은 모든 국가기관과 국민을 구속한다. 이러한 법률요건적 효력의 대세적 효력성은 사인의 권리구제뿐 아니라 객관적 헌법질서 보장을 목적으로 하는 헌법재판의 성격에 들어맞는다. 그리고 헌법재판 대상은 법규범과 국가행위로서 일반적 구속성이 있다는 점과도 법률요건적 효력의 대세적 효력성은 잘 어울린다. 이러한 대세적 효력성은 법률요건적 효력이 명시적인 법률규정을 통해서만 인정되어야 하는 이유 중 하나이다. 실체법 관계를 직접 변동시키는 법률요건적 효력은 법적 안정성을 위협할 수 있기 때문이다.

법률요건적 효력은 실체법적 효력이다. 이러한 점에서 소송법적 효력인 기판력을 포함한 확정력이나 기속력과는 효력 작용의 평면이 다르다. 따라

43) 이에 관해서 자세한 것은 허완중, 『법률과 법률의 효력』, 『공법학연구』 제11권 제1호, 한국비교공법학회, 2010, 187~214쪽 참조.

서 법률요건적 효력과 확정력이나 기속력은 헌법재판소 결정이 내려졌을 때 발생한다는 점에서 같지만, 작용하는 모습에 차이가 있다. 그래서 특정한 사람이 확정력이나 기속력에 구속된다고 하여 법률요건적 효력에 구속될 필요가 없는 것이 아니다. 작용 평면이 달라서 서로 겹치지 않기 때문이다. 요컨대 효력 범위 측면에서 법률요건적 효력과 확정력이나 기속력은 서로 아무런 영향을 주고받지 않는다.

2. 객관적 범위

법률요건적 효력의 객관적 범위는 해당 법률규정이 규정한 실체법관계 변동이라는 실질적 내용이 결정한다. 법률요건적 효력은 당사자와 헌법재판소를 넘어 다른 국가기관이나 제3자인 일반 국민에게도 미치므로, 법률요건적 효력은 명확하게 확정되거나 확정될 수 있어야 한다. 따라서 법률요건인 확정판결 존재는 결정주문을 통해서 확인되어야 한다. 여기서 확정판결은 형성력과 달리 형성판결에 국한되지 않는다. 이때 결정주문은 형식이 아니라 내용으로 결정된다. 즉 법률에서 요구하는 확정판결 존재 여부는 특정 형식의 확정판결이 있는지가 아니라 특정 내용을 담은 확정판결이 있는지에 따라 결정된다. 결국, 법률요건에 해당하는 확정판결이 있다는 것은 해당 내용을 담은 헌법재판소 결정이 확정되어야 한다는 것을 말한다. 이것은 법률요건적 효력이 확정력을 전제한다는 것을 뜻한다. 그런데 확정력은 오로지 결정주문에만 귀속된다. 따라서 오로지 결정주문만 법률요건적 효력과 관련된다. 일반적으로 결정주문을 해석할 때 결정이유가 원용될 수 있다. 그러나 법률요건적 효력의 구체적 내용은 법률이 규정하고, 법률요건인 헌법재판소 결정이 확정되는 것으로 충분하다. 따라서 법률요건적 효력과 관련하여 결정이유를 원용할 가능성은 거의 없다.

3. 시간적 범위

법률요건적 효력은 확정된 헌법재판소 결정을 전제한다. 따라서 법률요건으로 규정된 헌법재판소 결정이 확정될 때 법률요건적 효력이 생긴다. 즉 헌법재판소가 해당 결정을 선고하면 선고 시점부터 법률요건적 효력이 발생한다(헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제205조).

그러나 법률이 명시적으로 소급효를 인정하면 예외적으로 법률요건적 효력이 선고 시점 이전까지 미칠 수 있다. 예를 들어 헌법재판소법 제47조 제3항에 따라서 형벌에 관한 법률이나 법률조항은 소급하여 그 효력을 상실하는데, 해당 법률이나 법률조항에 대해서 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있으면 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다. 그런데 명시적인 소급효 규정이 없는데도 헌법재판소가 결정주문이나 중요이유에서 소급효를 인정하거나 심지어 법률규정 혹은 결정주문이나 중요이유에 소급효에 관한 언급이 없는데도 예외적으로 인정할 수 있는지는 의문이다. 이러한 소급효 인정은 법률규정에 명시적으로 어긋나기 때문이다. 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 해석과 관련하여 폐지설(혹은 폐지무효설)을 따르는 학설과 판례⁴⁴⁾는 광범위한 소급효를 인정한다. 그러나 이 견

44) 헌법재판소는 ① 법원 제정·헌법소원심판 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해 사건, ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청 신청을 한 경우의 당해 사건, ③ 따로 위헌제청 신청을 하지 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건, ④ 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이득이 침해될 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때 예외적으로 소급효를 인정한다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 250; 헌재 2000. 8. 31. 2000헌바6, 공보 49, 744, 745). 대법원은 ① 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해 사건, ② 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판 제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판 제청 신청

해는 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 헌법재판소 결정의 효력을 법률적 효력(법규적 효력)으로 이해한다. 법률적 효력(법규적 효력)은 일반적 효력이 아닌 특별한 효력이라서 이러한 예외적 소급효를 인정하는데 이론적 장애가 없는 것으로 보인다. 다만, 법률적 효력(법규적 효력)은 법률을 통해서만 인정될 수 있다는 점에서 법률이 규정하지 않은 소급효를 오로지 해석을 통해서만 인정할 수 있는지는 의문이다. 하지만 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항에 따른 헌법재판소 결정의 효력을 법률요건적 효력으로 이해하면, 이러한 예외적 소급효를 인정하기 어렵다. 결국, 이러한 견해는 예외적 소급효를 인정하는 것이 아니라 헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항의 해석을 통해서 문제를 해결하여야 한다. 헌법재판소가 선고 시점을 스스로 정할 수 있다는 점 및 권력분립원리에 따른 사법권의 한계와 입법권 존중 필요성 그리고 부여받은 권한을 제한적으로 행사하는 것으로 볼 수 있다는 점을 고려할 때 법률요건적 효력을 선고 시점 이후의 특정 시점에 발생하도록 하는 것은 가능하다고 보아야 할 것이다.

헌법재판소법 제36조 제5항에 중국결정은 헌법재판소규칙으로 정하는 바에 따라 관보에 게재하거나 그 밖의 방법으로 공시한다고 규정한다. 헌

을 한 경우의 당해 사건과 ③ 따로 위헌제청 신청은 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건뿐 아니라[대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결(집 39-3, 1; 공1991, 1895); 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결(집39-3, 479; 공1991, 2056); 대법원 1991. 12. 24. 선고 90다8176 판결(공1992, 640); 대법원 1992. 2. 14. 선고 91누1462 판결(공1992, 1065); 대법원 1993. 11. 26. 선고 93다30013 판결(공1994상, 196) 각 참조] ④ 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미친다고 할 것이나[대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결(공1993상, 698); 대법원 1993. 1. 15. 선고 91누5747 판결(공1993상, 735); 대법원 1993. 7. 16. 선고 93다3783 판결(공1993하, 2290) 등], 그 미치는 범위가 무한정일 수는 없고 법원이 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항을 적용하지는 않더라도 다른 법리에 의하여 그 소급효를 제한하는 것까지 부정되는 것은 아니라 할 것이며, 법적 안정성의 유지나 당사자의 신뢰보호를 위하여 불가피한 경우에 위헌결정의 소급효를 제한하는 것은 오히려 법치주의의 원칙상 요청되는 것이라고 한다[대법원 1994. 10. 25. 선고 93다42740(공1994하, 3077)].

법재판소 심판 규칙 제49조의2 제1항 제1호와 제2호 그리고 제3호는 법률의 위헌결정, 탄핵심판에 관한 결정, 정당해산심판에 관한 결정은 관보에 게재함으로써 공시한다고 규정한다. 이에 따라 실무에서는 결정문 전문, 즉 결정주문뿐 아니라 결정이유까지도 헌법재판소장 이름으로 관보에 공시한다. 그러나 관보를 통한 공시는 일반 국민에게 헌법재판소 결정을 알리는 공시의 효과만이 있을 뿐이고 헌법재판소 결정의 효력 발생과는 아무런 관계가 없다.

법률요건적 효력은 헌법재판소 결정 선고와 동시에 직접 법적 관계를 발생·변경·소멸시킨다. 따라서 법률요건적 효력에서 시간적 한계는 문제가 되지 않는다. 즉 법률요건적 효력은 시간상으로 헌법재판소 결정의 선고일에 관련되지 않고, 앞날을 향해서 법적 관계를 변동시킨다는 점에서 확정력이나 기속력과 구별되고, 형성력과 같다. 따라서 확정력이나 기속력은 헌법재판소 결정 이후 사실관계나 법적 상황이 바뀌면 구속력을 상실하지만, 형성력처럼 법률요건적 효력은 이러한 변화에 상관없이 효력이 유지된다. 오로지 재심을 통해서 해당 헌법재판소 결정이 취소될 때만 법률요건적 효력은 제거될 수 있다.

Ⅵ. 맺음말: 무시할 수 없는 헌법재판소 결정의 법률요건적 효력

법률요건적 효력은 판결의 일반적 효력이 아니다. 하지만 법률요건적 효력은 법률규정에 따른 효력으로서 판결의 실효성을 확보하는 데 중요한 효력이다. 헌법재판소 결정과 관련하여서도 적지 않은 법률요건적 효력이 발생한다. 법률요건적 효력은 실정법적 근거를 요구하므로 법률요건적 효력의 실체법적 효력을 무분별하게 확대할 위험성을 원천적으로 차단한다. 그

리고 이러한 실정법적 근거 필요성은 헌법재판소법 개정과 관련하여 다양한 시사점을 줄 수 있다. 특히 헌법재판소 결정의 실효성 확보방안을 논의하는 과정에서 어떠한 법률요건적 효력을 부여할 것인지는 매우 중요하다. 따라서 법률요건적 효력은 헌법재판소 결정의 중요효력이 아니라 부수적 효력에 불과하다고 하더라도 무시할 수 없다. 법률요건적 효력이 민사소송법에서 중요하게 다루어지지 않는 것은 당사자 사이의 법적 관계에 집중하는 민사소송에서는 대세효를 부여하는 법률요건적 효력이 큰 의미가 있기 어려울 뿐 아니라 실제로 법률요건적 효력을 부여하는 법률규정도 많지 않기 때문이다. 그러나 주관적 권리 보호는 물론 객관적 질서 보장을 기능으로 삼는 헌법재판에서는 대세효를 부여하는 법률요건적 효력이 민사소송에서보다 훨씬 중요한 역할을 한다. 이러한 점에서 헌법재판소 결정의 법률요건적 효력에 관한 연구는 절실히 요구된다고 생각한다.

[국문초록]

판결의 효력은 본래적 효력과 파생적 효력으로 나뉜다. 기관력을 포함한 확정력은 집행력 및 형성력과 더불어 본래적 효력에 속하고, 법률요건적 효력과 반사적 효력, 사실적 효력 등을 파생적 효력이라고 부른다. 법률요건적 효력은 법률이 확정판결 존재를 법률요건으로 하여 일정한 실체법적 법률효과를 발생시키는 것을 말한다. 법률요건적 효력은 판결의 일반적 효력은 아니다. 하지만 법률요건적 효력은 법률규정에 따른 효력으로서 판결의 실효성을 확보하는 데 중요한 효력이다. 헌법재판소 결정과 관련하여서도 적지 않은 법률요건적 효력이 발생한다. 법률요건적 효력에 속하는 헌법재판소 결정의 효력에는 법률의 위헌결정에 따른 법률의 효력 상실(헌법재판소법 제47조 제2항과 제3항), 탄핵결정에 따른 공직 취임과 전문직업보유의 제한, 정당해산결정에 따른 대체정당 금지, 동일명칭 사용 금지, 잔여재산 국고 귀속이 있다. 법률요건적 효력은 해당 심판의 관계인뿐 아니라 제3자에게도 미친다. 이러한 점은 당사자나 헌법재판소에만 효력이 미치는 기관력을 포함한 확정력이나 국가기관에만 효력이 미치는 기속력과 다르다. 법률요건적 효력의 객관적 범위는 해당 법률규정이 규정한 실체법관계 변동이라는 실질적 내용이 결정한다. 법률요건적 효력은 당사자와 헌법재판소를 넘어 다른 국가기관이나 제3자인 일반 국민에게도 미치므로, 법률요건적 효력은 명확하게 확정되거나 확정될 수 있어야 한다. 따라서 법률요건인 확정판결 존재는 결정주문을 통해서 확인되어야 한다. 법률요건적 효력은 확정된 헌법재판소 결정을 전제한다. 따라서 법률요건으로 규정된 헌법재판소 결정이 확정되었을 때 법률요건적 효력이 생긴다. 즉 헌법재판소가 해당 결정을 선고하면 선고시점부터 법률요건적 효력이 발생한다(헌법재판소법 제40조 제1항 전문, 민사소송법 제205조).

憲法論叢 第29輯(2018)

주제어

법률요건적 효력, 파생적 효력, 헌법재판소 결정, 헌법재판소 결정의 효력,
헌법재판소

[Abstract]

The effect of a judgment is divided into its original effect and its derivative effect. The finality of a decision, including *res judicata*, belongs to the original effect along with enforcement and formation power, and the effect of legal requisite, the reflective effect and the factual effect are called the derivative effect. The effect of legal requisite means that the law creates certain substantive legal effects with the existence of a final judgment as a legal requisite. The effect of legal requisite is not a general effect of judgment. However, the effect of legal requisite is an effect in accordance with the provisions of the law, which is important in ensuring the effectiveness of the judgment. There are also a few cases where the effect of legal requisite occurs in relation to the decision of the Constitutional Court. The effect of the Constitutional Court's decision, which falls under the effect of legal requisite, includes the invalidation of the law due to the decision of unconstitutionality (Article 47 (2) and (3) of the Constitutional Court Act), restrictions on taking of public office and the possessing professional jobs due to impeachment decisions, prohibition of establishing a substitute party, using the same name and restituting the remaining property due to the decision to dissolve the party. The effect of legal requisite will extend not only to the parties concerned in the case at issue but also to the third parties. This differs from the power of finality, including *res judicata* which influences only the parties or the Constitutional Court and also differs from the binding effects that affects other governmental institutions only. The objective scope of the

legal-requisite effect is determined by the substance of the substantive law change prescribed by the relevant provisions. Since the legal-requisite effect extends beyond the parties and the Constitutional Court to other government agencies or third parties, the general public, the effect must be clearly identified or must be able to be confirmed. Therefore, the existence of a final judgment, which is a legal requirement, must be confirmed through the holding. The validity of the legal-requisite effect presupposes a decision of the Constitutional Court. Therefore, the effect occurs when the decision of the Constitutional Court prescribed by the legal requirements is established. In other words, if the Constitutional Court renders a decision, the legal-requisite effect arises as of the sentence of the judgment (Article 40 (1) of the Constitutional Court Act, Article 205 of the Civil Procedure Law).

Key words

Effect of Legal Requisite, Derivative Effects, Decision of The Constitutional Court, Effect of The Constitutional Court Decision, The Constitutional Court

참고문헌

- 강승준, 「제4절 재판」, 민일영/김능환 편집대표, 『주석 민사소송법(III)(제7판)』, 한국사법행정학회, 2012, 169~446쪽.
- 강현중, 「판결의 파생적 효력」, 『사법행정』 제27권 제12호, 한국사법행정학회, 1986. 12., 59~65쪽.
- 강현중, 『민사소송법 강의』, 박영사, 2013.
- 강현중, 『민사소송법(제7판)』, 박영사, 2018.
- 권영성, 『헌법학원론(개정판)』, 법문사, 2010.
- 김도협, 『헌법재판개설』, 진원사, 2017.
- 김용진, 다시본 민사소송법, 청목출판사, 2012.
- 김철수, 『학설·판례 헌법학(전정신판)(중)』, 박영사, 2009.
- 김하열, 『헌법소송법(제3판)』, 박영사, 2018.
- 김학성, 『헌법학원론(전정판)』, 피앤씨미디어, 2017.
- 김현철, 『판례 헌법소송법(제4판)』, 전남대학교출판부, 2016.
- 김홍엽, 『민사소송법(제7판)』, 박영사, 2018.
- 류지태, 「행정소송의 판결의 효력」, 『고시계』 제38권 제5호(통권 제435호), 국가고시학회, 1993. 5., 87~102쪽.
- 박일경, 『유신헌법』, 박영사, 1972.
- 백춘기, 「판결의 효력」, 『사법논집』 제36집, 법원도서관, 2003, 461~534쪽.
- 성낙인, 『헌법학(제18판)』, 법문사, 2018.
- 성낙인/이효원/권건보/정 철/박진우/허진성, 『헌법소송론』, 박영사, 2012.
- 손한기, 『민사소송법』, 홍문사, 2017.
- 신 평, 『헌법재판법(전면개정판)』, 법문사, 2011.
- 양 건, 『헌법강의(제6판)』, 법문사, 2016.
- 이명환, 「민사판결의 인적효력범위」, 『사회과학논총』 제1집, 계명대학교 사회과학연구소, 1983, 129~142쪽.
- 이성환, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구」, 서울대학교 법학박사학위논문.

1994.

- 이성환/정태호/송석윤/성선제, 『정당해산심판제도에 관한 연구』(헌법재판연구 제15권), 헌법재판소, 2004.
- 이승우/정만희/음선필, 『탄핵심판제도에 관한 연구』(헌법재판연구 제12권), 헌법재판소, 2001.
- 이시윤, 『신민사소송법(제12판)』, 박영사, 2018.
- 이준일, 『헌법학강의(제6판)』, 홍문사, 2015.
- 장영수, 『헌법학(제10판)』, 홍문사, 2017.
- 전민형, 「정당해산심판 결정의 유형과 법적 효과」, 『안암법학』 제44권, 안암법학회, 2014, 473~515쪽.
- 정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법(제6판)』, 법문사, 2017.
- 정영환, 『신민사소송법』, 세창출판사, 2009.
- 정중섭, 『헌법소송법(제8판)』, 박영사, 2014.
- 정중섭, 『헌법학원론(제12판)』, 박영사, 2018.
- 조상혁, 「형성판결의 효력 서설」, 『재산법연구 제21권 제2호』, 한국재산법학회, 2005, 405~436쪽.
- 최희수, 『헌법소송법 요론(개정판)』, 대명출판사, 2015.
- 한수웅/정태호/김하열/정문식, 『주식 헌법재판소법』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 허 영, 『헌법이론과 헌법(신8판)』, 박영사, 2017.
- 허 영, 『한국헌법론(전정14판)』, 박영사, 2018.
- 허 영, 『헌법소송법론(제13판)』, 박영사, 2018.
- 허완중, 「헌법재판소결정의 확정력」, 『헌법학연구』 제14권 제4호, 한국헌법학회, 2008, 413~452쪽.
- 허완중, 「헌법재판소결정의 기속력과 결정이유 -헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등 결정에 대한 평석을 중심으로-」, 『인권과 정의』 제399호, 대한변호사협회, 2009. 11., 20~39쪽.
- 허완중, 「법률과 법률의 효력」, 『공법학연구』 제11권 제1호, 한국비교공법학회, 2010, 187~214쪽.

허완중, 「헌법재판소결정의 기속력」, 『헌법판례연구』 제13권, 집현재, 2012, 315~378쪽.

허완중, 「위헌결정의 법률요건적 효력」, 『헌법학연구』 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013, 389~430쪽.

허완중, 『헌법재판소 결정이 입법자를 구속하는 범위와 한계』, 전남대학교출판문화원, 2017.

황우여, 「위헌결정의 효력」, 『사법논집』 제21집, 법원도서관, 1990, 5~37쪽.

Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2012.

Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991.

Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gotteald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010.

Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidung, 11. Aufl., München 2018.

(논문접수일: 2018. 8. 31. 논문심사일: 2018. 10. 23. 게재확정일: 2018. 11. 16.)

憲法論叢 收錄 論文索引

第 1 輯(1990年)

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊 精 一	83
過剩禁止의 原則 - 特히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁 三 承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 鍾 彬	159
스페인 憲法의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判所制度和 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹 眞 秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李 石 淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第 2 輯(1991年)

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135

論 題	筆 者	收錄面數
社會的 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟的 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審査의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 - 우리 制度와의 比較를 中心으로 -	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 - 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가? -	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法吏	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯 性」의 判斷基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

第 3 輯(1992年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(III)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

論 題	筆 者	收錄面數
憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令·規則에 대한 違 憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李 明 雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李 郁 漢	445

第 4 輯(1993年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	韓 炳 宗	7
判斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂 禧 悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃 道 洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金 顯 哲	265
法律의 해석·적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李 明 雄	321
憲法上的 財産權 概念과 正當補償의 內容	崔 在 健	369
시청자의 법적 지위와 권리	金 鍾 書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅 仁 均	485

第 5 輯(1994年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金 容 均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐 元 宇	99

憲法論叢 第29輯(2018)

論 題	筆 者	收錄面數
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裊俊相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓相範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭宗燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴洪佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜潤遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛奉起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅仁均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金鍾書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳虎澤	537

第 6 輯(1995年)

論 題	筆 者	收錄面數
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘秉朔	5
環境權考	金哲洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李康懾	121
憲法學論 및 憲法學 教育	崔大權	153
原處分에 대한 憲法訴願	黃道洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁泰鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金顯哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛奉起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅仁均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓秀雄	481

第 7 輯(1996年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判과 新當事者主義	徐 元 宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席安全띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金 柱 賢	25
行政指導와 憲法訴願	李 景 民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃 道 洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜 潤 遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法の 獨自性	丁 泰 鎬	255
獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 強度	方 勝 柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法義務	辛 奉 起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔 甲 先	385

第 8 輯(1997年)

論 題	筆 者	收錄面數
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金 哲 洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權 寧 星	43
憲法上 宗教의 自由	桂 禧 悅	61
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -	金 善 擇	77
裁判의 前提性에 관한 考察	金 柱 賢	105
憲法裁判의 限界 및 審査基準 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 中心으로 -	韓 秀 雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 評決방식을 기초로 -	崔 甲 先	243

憲法論叢 第29輯(2018)

論 題	筆 者	收錄面數
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

第 9 輯(1998年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	211
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權 - 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론 -	張 哲 朝	431
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

第 10 輯(1999年)

論 題	筆 者	收錄面數
集會의 自由-集團的 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129

論 題	筆 者	收錄面數
相續制度的 憲法的 根據	尹 眞 秀	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究	黃 道 洙	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題	李 明 雄	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否	韓 秀 雄	283
憲法 제27조의 裁判請求權	韓 秀 雄	339
自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準	崔 甲 先	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 產權保障 - 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	431

(註) 「헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부(* 필자: 한수웅)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제 10집에 게재됨.

第 11 輯(2000年)

論 題	筆 者	收錄面數
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性의 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禧悅)	481

第 12 輯(2001年)

論 題	筆 者	收錄面數
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由	金 善 擇	229
選舉와 法治 그리고 美國民主主義	裴 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

第 13 輯(2002年)

論 題	筆 者	收錄面數
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 국교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넨(Brennan)의 헌법관 - 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -	成 鮮 濟	443
憲法 第8條(政黨條項)의 兩面性	李 明 雄	471
1人1票 國會議員選舉制度의 違憲性 - 현재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -	鄭 然 宙	513
自由權의 基本權의 “制限”에 관한 考察 - 이른바 사실상의 기본권제약을 중심으로 -	丁 泰 鎬	561

論 題	筆 者	收錄面數
憲法上の 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌법 제17조의 私生活 의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

第 14 輯(2003年)

論 題	筆 者	收錄面數
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 觀點 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杓	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단에의 그 응용 -	丁 泰 鎬	401
憲法 第36條 第1項에 의한 婚姻과 家族生活의 保障	崔 甲 先	497
規範統制決定의 既判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

第 15 輯(2004年)

論 題	筆 者	收錄面數
경제활동과 표현의 자유	朴 容 相	5
環境憲法の 바람직한 규정형태	高 文 炫	107
憲法慣習의 法規範性에 대한 考察	金 昇 大	133
刑事司法制度에 관한 우리나라와 美國의 憲法 등에 대한 比較法的 檢討 - 美國의 憲法이 우리 刑事司法制度에 미친 영향 등을 중심으로 -	金 時 徹	177
補償規定 없는 財産權制約法律에 대한憲法的 審査	金 顯 哲	271
搜查上 電子通信資料의 取得에 關한 憲法的 問題	吳 奇 斗	347
憲法·家族法·傳統	尹 眞 秀	411
미연방대법원의 국가행위심사기준 중 긴밀 관련성 (Close Nexus) 이론에 관한 고찰	李 魯 弘	471
비례의 원칙의 2단계 심사론	李 明 雄	509
헌법 제5조 제1항 ‘침략적 전쟁 부인’의 의미	全 種 杓	545
公權力 行使 및 根據法律에 대한 憲法訴願審判 併合請求의 問題點 - 憲裁 1997. 1. 16. 宣告 90헌마110·136 決定 評釋 -	鄭 求 桓	581
사립학교법상 기간임용제의 헌법적 문제 - 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 구 사립학교법 제53조의 2 제3항 위헌소원 사건을 중심으로 -	鄭 然 宙	629
위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로 -	池 成 洙	665
소급입법 과세금지원칙	崔 甲 先	705
정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) - 정치공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단 -	Sean Christopher Hayes	753

第 16 輯(2005年)

論 題	筆 者	收錄面數
언론의 자유와 공정한 재판	朴 容 相	5
출생전 인간생명의 헌법적 보호	金 善 擇	145
위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의	金 時 徹	181
憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察	金 顯 哲	255
사인에 대한 헌법적용문제에 대한 고찰 - 미국의 논의를 중심으로 -	李 魯 弘	315
Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점	李 明 雄	351
재산권의 보호영역	全 鍾 杓	399
憲法訴願의 對象으로서 소위 法令補充的 行政規則	鄭 南 哲	445
정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질	丁 泰 鎬	479
행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여	河 明 鎬	549
國家經濟政策의 憲法的 根據와 限界 - 헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로 -	韓 秀 雄	631

第 17 輯(2006年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권	李 永 模	5
憲法解釋에 관한 決定理由와 先例拘束의 原則	金 時 徹	35
개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 된 보충성(補充性) 요건 - 오스트리아의 헌법재판제도 -	金 又 洙	97
法令에 대한 憲法訴願의 直接性 要件	金 顯 哲	167
상업광고 규제의 합헌성 심사기준 - 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -	盧 熙 範	207
수용자의 기본권 제한	李 明 雄	255

論 題	筆 者	收錄面數
기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도	李 承 桓	299
私人을 위한 公用收用の 違憲性判斷	鄭 南 哲	373
위헌결정의 기속력 - 이른바 반복입법의 허용문제를 중심으로 -	鄭 然 宙	403
인간생체정보의 이용의 헌법적 한계에 관한 고찰	丁 泰 鎬	431
직업공무원제도와 공무원임권과의 관계 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -	池 成 洙	501

第 18 輯(2007年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所決定의 效力과 넓은 의미의 具體的 規範統制의 法的 性格 - 先例拘束의 原則의 적용 및 本案的 規範統制와 附隨的 規範統制에 대한 비교·검토를 중심으로 -	金 時 徹	5
헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자	金 顯 哲	95
기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -	盧 熙 範	139
권한쟁의심판제도의 문제점	明 載 眞	165
위헌결정의 효력발생시기 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 ‘결정이 있는 날로부터’에 대한 해석론을 중심으로 -	史 奉 官	203
민주주의와 헌법재판 - 헌법재판의 정당성 문제 -	李 明 雄	243
한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여	李 俊 相	273
광고의 규제와 표현의 자유	韓 渭 洙	341

第 19 輯(2008年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판과 입법	許 營	9
헌법재판소와 대법원의 관계 - 비교법적 검토 -	金哲洙	53
韓國 憲法裁判 및 憲法裁判所의 改革	鄭宗燮	91
憲法裁判과 行政法	洪準亨	129
민주주의와 법치주의-헌법재판의 정치학	崔大權	177
헌법재판과 남북한 통일	金昇大	225
간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관	金日秀	263
규범통제제도의 형성과 발전 - 규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로 -	韓秀雄	315
헌법소원제도의 형성과 발전	黃道洙	373
권한쟁의심판의 발전과 과제	金河烈	415
헌법상 인격권의 보장체계와 보호법익 - 헌법재판소판례를 중심으로 -	金善擇	489
평등권의 보장과 발전	成基鏞	525
財産權의 保障과 限界 - 憲法裁判所判例에 대한 評價를 중심으로 -	金文顯	563
신문법 및 언론피해구제법에 관한 헌재결정 - 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 신문법 등 위헌확인 사건 -	朴容相	599
선거권 및 피선거권의 보장과 발전	丁泰鎬	685
사회적 기본권과 헌법재판	全光錫	741
조세법과 헌법재판	金性洙	773
<外國論文>	Otto	819
재판소원의 저주와 축복	Depenheuer	
한국과 프랑스의 헌법재판소에 관한 비교 검토	Thierry Rambaud	859

第 20 輯(2009年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가의 중립성 원칙과 정부언론	朴容相	5
인터넷상 表現의 自由와 사이버 侮辱罪	金顯哲	205
헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심쟁점의 부조화 분석	南福鉉	243
IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구	明載眞	287
부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -	李垚根	321
헌법불합치결정의 사유 및 효력	李明雄	369
헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로-	全光錫	407
韓國憲政史에서 憲法訴願制度的 出現과 制度化	鄭宗燮	433
과잉금지원칙의 제문제	黃致連	463

第 21 輯(2010年)

論 題	筆 者	收錄面數
민사절차상의 재판을 받을 권리	李時潤	5
헌법상 사전검열금지의 원칙	朴容相	75
안전 관념의 변천이 기본권에 미친 영향	金敏培	251
電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜查權	吳奇斗	289
의료분야 헌법판례의 분석	李明雄	399
표현의 자유와 민사책임 - 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향 -	李鍾根	445
지역통합과 역대사법기구에 대한 전망	李鎬善	491
실질과세원칙의 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 -	曹瑛植	525

第 22 輯(2011年)

論 題	筆 者	收錄面數
독점금지법상 제약강제의 헌법적합성 - 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -	李奉儀	5
미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화 - 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -	李相莖	45
헌법상 평생교육의 개념 정의(定義)	李濬熙	83
빈곤사회와 생존권 논쟁 - 일본의 학설과 판례를 중심으로 -	金敏培	129
친권포기각서의 위헌성	李準一	177
미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차 - Writ of certiorari 제도를 중심으로 -	金珍漢	207
미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정	李明雄	249
프랑스 헌법재판소 결정의 효력 - 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -	金慧眞	311
헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무	許完重	357
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 - 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -	韓秀雄	447

第 23 輯(2012年)

論 題	筆 者	收錄面數
학문의 자유와 대학의 자치 - 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -	李準一	5
미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점 - Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) -	李明雄	49

憲法論叢 第29輯(2018)

論 題	筆 者	收錄面數
야간옥외집회금지 조항의 허가제성 - 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청 사건에 대한 분석 -	鄭柱白	93
선거구 획정과 평등선거 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -	金敏培	135
학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시 - 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -	李鍾根	189
현행 의료법의 문제점	金慶濟	229
헌법불합치결정과 입법시한	池成洙	275
행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성	鄭光賢	315
헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기	朴燦柱	353

第 24 輯(2013年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가기능으로서의 '집행개념'에 관한 소고	桂禧悅	5
헌법개정에 대한 위헌심사	李煌熙	45
헌법의 실종과 헌법을 만드는 미국의 사법부	文光三	105
평등권의 심사 기준 - 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격을 중심으로 -	鄭柱白	185
미연방헌법 수정 제1조와 정부언론의 법리	李鍾根	225
헌법재판소의 사회적 기본권에 대한 심사방법과 심사기준	池成洙	271
명령·규칙에 대한 헌법불합치결정	許完重	311
위치추적 전자감시제도의 소급적용에 대한 비판적 고찰	朴贊傑	347
憲法裁判所の 判例가 行政法에 미친 影響에 관한 小考	金重權	393

第 25 輯(2014年)

論 題	筆 者	收錄面數
기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계	許完重	5
방송의 자유의 주체	金顯龜	65
종교조항과 위헌심사의 기준	金敏培	129
原電閉鎖와 財産權保護 - 독일 원자력법 제13차 개정 법률의 위헌성 여부를 중심으로 -	鄭南哲	205
동성결혼의 헌법적 문제	李鍾根	241
이산가족의 ‘가족에 관한 권리’	李準	289
한국 헌법재판소의 역할과 기능 재조명 - 소수자 보호를 중심으로 -	郭沅錫	327
헌법재판의 정치화에 대한 이론적 검토 - 미국 연방대법원의 경우 -	李明雄	371
위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰	韓秀雄	409

第 26 輯(2015年)

論 題	筆 者	收錄面數
통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -	崔恩碩	5
주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위	朴燦柱	67
성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 관례에 대한 헌법적 고찰	李熙勳	173
평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점	韓秀雄	241
법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견(管見)	鄭柱白	299

憲法論叢 第29輯(2018)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판소 결정의 효력 -기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로-	鄭鎬庚	345
유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토	朴眞完	381

第 27輯(2016年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국에 있어 ‘살아있는 헌법’ 논의에 관한 소고	金文顯	5
헌법해석과 원의주의의 쟁점	金敏培	61
아리스토텔레스 정식 비판	鄭柱白	141
알 권리의 법적 성격과 내용	金培元	183
정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성	朴燦柱	245
브라질의 헌법재판에 관한 연구	盧昊昶	359

第 28輯(2017年)

論 題	筆 者	收錄面數
법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론	金鍾昊	5
기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구	盧昊昶	111
독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의	金重權	193
문화재보호와 재산권보장에 관한 소고	鄭南哲	253
세계헌법 제정에 관한 고찰	趙柄倫	301
이탈리아의 헌법과 헌법재판제도	金東鍾	379

版 權
所 有

憲法論叢 (第29輯)

2018年 11月 28日 印刷

2018年 11月 30日 發行

發行處：憲法裁判所

주 소：서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화：(代) 708-3456

인 쇄：성문인쇄사 02)2272-7553

(非賣品)

