

헌법실무연구

제 19 권
(2018)

헌법실무연구회 편



헌법재판소

발 간 사

헌법실무연구회는 헌법학계와 헌법재판의 실무가들이 모여 우리 헌법과 헌법재판을 둘러싼 문제들을 함께 터놓고 이야기하는 열린 공간으로 자리매김해 왔습니다. 그간 헌법실무연구회가 수행해 온 이러한 가교 역할에 헌법실무연구회의 차별화된 가치가 있다고 생각합니다. 헌법실무연구회는 2018년 한 해에도 이 역할을 충실히 하려고 노력했습니다.

2018년 3월 제163회 월례발표회에서부터 12월 제170회 공동학술대회에 이르기까지 작년 한 해 우리 사회와 학계의 관심을 끌었던 주제들이 헌법실무연구회에서 다루어졌습니다. 기본권에 관한 개헌의 주요쟁점, 정치와 사법(司法), 노동과 헌법, 선거운동의 자유와 선거의 공정성, 재판의 전제성에 관한 비판적 고찰, 혐오표현에 대한 규제 방향 등 여러 헌법적 쟁점들에 관하여 숙고해 보는 시간을 가졌습니다. 특히 9월에는 한국헌법학회와 함께 과거사 사건에 관한 헌법적 고찰이라는 주제로, 12월에는 한국형사소송법학회와 함께 헌법재판과 형사소송의 최근 쟁점이라는 주제로 공동학술대회를 개최하여 보다 폭넓은 논의를 진행하였습니다.

매년 발표된 연구물들을 모아 책으로 출간해 온 헌법실무연구회가 이제 제19권을 발간하게 되었습니다. 한 해 동안의 연구 성과들이 정연하게 집적된 『헌법실무연구』 제19권이 우리 헌법학의 이론과 실무에 좋은 자양분이 되기를 기대합니다. 향후에도 헌법실무연구회는 우리 헌법이 직면하게 될 헌법적 쟁점들을 찾아 검토하고, 그 과정에서 헌법규범에 녹아있는 추상적 원리들과 헌법현실이 마주하는 구체적 상황들을 모두 아우를 수 있도록 노력하겠습니다. 앞으로도 헌법실무연구회에 대한 관심과 참여를 부탁드립니다.

발표와 토론, 그리고 연구회에 참여해 주신 모든 분들과, 연구회의 성과를 책으로 출간할 수 있도록 힘쓴 헌법재판소 직원들에게 감사의 말씀을 전합니다.

2019. 4.

헌법실무연구회 회장 서기석

일러두기

- (1) 이 책은 2018. 3. 제163회 월례발표회부터 2018. 12. 제170회 공동학술대회까지 헌법재판소(2층 회의실)에서 이루어진 주제발표, 지정토론 및 자유토론을 수록한 것입니다.
- (2) 각 발표문의 체제와 판결인용방법 등은 대체적으로 원문 그대로이고, 별도로 통일시키지 않았습니다.
- (3) 토론요지는 녹음된 자유토론의 내용을 정리하여 수록한 것입니다. 다만 녹음 상태나 발언의 내용에 따라 그 의미를 충분히 알기 어려운 경우가 있었음을 양해바랍니다.
- (4) 발표자, 토론자의 직함은 원칙적으로 발표일을 기준으로 하였습니다.

차 례

제163회(2018. 3. 16.) 발표문	
국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 기본권·전문·총강분과	
헌법개정안 개관	고 문 현 1
유럽연합의 기본권 헌장상의 기본권 보장규정에 비추어본 우리 헌법상의 기본권 규정의 개정의 필요성	박 진 완 96
• 토론요지	182
제164회(2018. 4. 20.) 발표문	
정치와 사법(司法) - 이론적 고찰	이 명 응 197
• 지정토론문	216
• 지정토론문	223
• 토론요지	234
제165회(2018. 5. 18.) 발표문	
노동과 헌법	김 선 수 257
• 지정토론문	296
• 지정토론문	301
• 토론요지	311
제166회(2018. 6. 15.) 발표문	
선거운동의 개념을 통해 본 선거운동의 자유와 선거의 공정성 손 인 혁 322	
- 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로 -	
• 지정토론문	358
• 지정토론문	363
• 토론요지	375

제167회(2018. 9. 14.) 발표문

<과거사 사건에 관한 헌법적 고찰>

긴급조치 발령행위에 대한 국가배상청구와 관련한 헌법적 문제 …… 정 태 호	394
• 지정토론문 ……	434
• 지정토론문 ……	441
국가에 대한 손해배상청구권과 소멸시효 …… 홍 관 표	443
- 과거사 사건을 중심으로 -	
• 지정토론문 ……	483
• 지정토론문 ……	487
보상금 지급 동의의 재판상 화해 간주와 재판청구권 …… 최 희 수	494
• 지정토론문 ……	516
• 지정토론문 ……	518

제168회(2018. 10. 19.) 발표문

재판의 전제성에 관한 비판적 고찰 …… 정 주 백	527
• 지정토론문 ……	562
• 지정토론문 ……	573
• 토론요지 ……	587

제169회(2018. 11. 16.) 발표문

“혐오표현의 규제 방향: 형사범죄화의 한계와 다원적 규제 대안” …… 홍 성 수	610
• 지정토론문 ……	645
• 지정토론문 ……	649
• 토론요지 ……	654

제170회(2018. 12. 14.) 발표문

출입국관리법상 강제퇴거 명령의 위헌성 여하 …… 박 미 숙	667
- 현재 2018. 2. 22. 2017헌가29 -	
• 지정토론문 ……	695

인터넷 회선 감청	정 혜 욱	707
Interception of Internet Line		
• 지정토론문		732
영장 없는 체포 등에 관한 위헌·헌법불합치 결정례의 검토	오 현 석	738
• 지정토론문		769
헌법실무연구 수록논문 색인(제1권~제18권)		783

국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 기본권·전문·총강분과 헌법개정안 개관*

고 문 현**

I. 서론

1. 제10차 개헌의 의미

- 1948년 대한민국 헌법이 제정된 이래 9차례의 헌법개정이 있었으나, 대부분 정치적 격변 상황에서 통치구조 내에서 정부형태나 대통령의 임기 등을 개편하는 내용 위주였음
- 1948년 헌법 이후로 대한민국의 70년은 국가와 사회의 모든 면에서 혁명적 변화를 이루어 왔음을 감안할 때, 현행 헌법의 많은 부분들이 더 이상 헌법 현실과 합치되지 못하거나 사문화된 내용들에 머물러 있기 때문에 개헌의 현실적 필요성이 인정됨
- 1987년 개헌이후 31년 만에 이루어지는 10차 개헌의 내용은 분권형 권력구조로의 개편과 더불어 광범위한 시대적 변화를 반영해야 하고, 실질적인 개혁을 요구하는 촛불시민혁명의 진정한 의의를 살려서 이러한 국민적 요구가 반영된 기본권의 강화와 수정·보완의 내용으로 이루어져야 할 것임

* 본 발표문은 본 발표자가 말석으로 참여한 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 기본권·총강 분과 활동 백서(2017. 12. 29.)를 정리하여 발표한 것입니다. 신필균 분과위원장님을 비롯한 여러 위원님들과 역사적인 작업을 함께 할 수 있어서 과분한 영광이었고 개헌안 마련을 위해 최선을 다해 주신 위원님들의 아름다운 노고에 다시 한 번 깊이 감사드립니다.

** 송실대 교수, 한국헌법학회 회장, 국회헌법개정특별위원회 자문위원

- 자유와 평등이라는 헌법가치를 헌법현실 속에서 구현하기 위해서 기본권 조항의 틀과 내용도 헌법현실을 반영하는 개정이 절실함
- 이처럼 제10차 개헌은 철저하게 국민 중심의, 국민과 소통하는 가운데에서 국가와 사회의 장기적 발전 전망을 염두에 두고 이루어야 할 것임

2. 기본권·전문·총강 분과(이하 ‘기본권 분과’)의 핵심 내용(관점)

기본권 분과는 제10차 개헌의 방향을 국민주권주의 확립과 중앙집중화된 권력구조의 분산을 전제로 하면서

- ① 직접민주주의 요소를 대폭 도입하고,
- ② 시대정신과 상황에 맞게 새로운 기본권을 적극적으로 보장하고,
- ③ 고질적이며 확대되고 있는 불평등의 해소를 위해 평등권을 강화하며,
- ④ 양극화와 취약계층의 문제를 해결해서 모든 사회구성원이 행복한 사회를 만들기 위해 사회권을 실효성 있게 보장하며,
- ⑤ 미래세대에 대한 책임을 지고 인간과 자연의 지속가능한 발전을 지향하며,
- ⑥ 사법절차적 권리의 측면에서 권위주의적 잔재를 청산하고 국민을 위한 사법을 실현하는 것을 목표로 함

3. 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회의 구조와 주요 활동연혁

2016년 12월 29일 36인(위원장 이주영)으로 구성된 국회 헌법개정특별위원회는 제10차 헌법개정활동을 시작하면서 국민 참여 개헌의 의미를 담고자 헌정사상 처음으로 시민사회 및 학계 등의 전문가로 구성된 자문위원회(이하 ‘개헌특위 자문위’)를 출범시켰다. 개헌특위는 2017년 1월 17일부터 1월 21일까지 약 80개의 개헌과 관련된 단체 또는 유관기관으로부터 추천(296인)을 받아 이 중 53인을 최종 자문위원으로 위촉하였다. 자문위원의 임기는 제1기 2017년 2월 1일부터 6월 30일, 제2기 7월부터 2018년 6월 30일까지이다.

개헌특위 자문위의 구성은 2개 소위원회와 원활한 자문활동을 위하여 6개 분과로 구성되었다. 개헌특위의 자문활동은 분과별 활동을 기본으로 하며 분과별 보고서 작성을 중요시 하였다. 활동과정에서 필요에 따라 소위별 혹은 타 분과의 회의를 거쳤으며, 10 차례에 걸친 전체 자문위원 회의를 통해 최종적으로 채택

된 ‘헌법개정특별위원회 자문보고서’를 특위에 제출하기로 합의하고 제출하였다. 자문위원회의 구조와 주요 활동연혁은 다음과 같다.

- 공동위원장: 김원기(전 국회의장), 김형오(전 국회의장), 김선욱(전 이대총장)
- 제1소위원회: 기본권·총강분과(12인), 경제·재정분과(6인), 지방분권분과(6인)
- 제2소위원회: 정부형태분과(11인), 정당·선거분과(8인), 사법부분과(6인)
- 전체 자문위원회 주요 활동연혁
 - 2월 2일 자문위원 위촉식, 국회 특별위원회 회의참여
 - 2월 9일 소위원회 구성 및 소위원장 선출(1소위: 이기우, 2소위: 이상수)
자문위원회 운영에 관한 논의
/분과별 간사 선출 및 분과위원회 운영에 관한 논의
 - 3월 13일 소위원회별 국회 특별위원회와의 연속회의(각 분과의 논의결과를 발표하고 질의응답으로 진행)
 - 3월 20일 국회 특별위원회 전체회의에 각 분과 간사 참석하여 의원들의 질의에 대한 자문응답
 - 4월 12일 대통령 후보의 개헌 관련 의견청취 및 전체회의
 - 8월~10월 11개 지역 전국순회 국민대토론회 참여(11회)
 - 10월~11월 자문위 보고서 합동 토론회(4회)
 - 11월~12월 개헌 집중토론을 위한 특위위원 및 자문위원 합동회의(분과별, 6회)

4. 기본권·전문·총강분과의 자문위원회 회의 경과

기본권·총강분과(이하 기본권분과)는 자문위원회 6개 분과 중 하나로 시민사회, 학계 그리고 법조계 인사 12인(위촉위원 13인중 1인 사퇴)으로 시작하였다. 기본권 분과가 다루는 내용은 전문, 제1장 총강, 그리고 제2장 국민의 권리와 의무 전반(헌법헌법 제10-제39조)이다.

기본권 분과에서는 2월 13일부터 12월 말까지 총 27차례 분과회의를 개최하였으며, 타 분과와의 합동회의 8회, 그 외 시민사회 단체 및 특위 위원 등과 협동으로 수차례의 세미나를 진행하였다.

이하에서는 기본권·총강분과의 자문위원회 개정안을 개관한 후 관련된 내용을 소개하고자 한다.

II. 현행 헌법과 개헌특위 자문위 개정안 비교표

〈제2장 기본권과 의무〉

현행헌법	개정안
第10條 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 개인이 가지는 不可侵의 基本의 人權을 확인하고 이를 보장할 義務를 진다.	제10조 모든 사람은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.
-	제11조 ① 모든 사람은 생명권을 가진다. ② 사형은 폐지된다.
-	제12조 ① 모든 사람은 자신의 신체와 정신의 온전성에 관한 권리를 가진다. ② 고문, 인신매매, 강제노동은 금지된다.
-	제13조 ① 모든 사람은 위협으로부터 안전할 권리를 가진다. ② 국가는 재해 및 모든 형태의 폭력에 의한 피해를 예방하고, 그 위협으로부터 사람을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.
第11條 ① 모든 國民은 法앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 차별을 받지 아니한다. ② 社會的 特殊階級의 制度는 인정되지 아니하며, 어떠한 形態로도 이를 創設할 수 없다. ③ 勳章 등의 榮典은 이를 받은 者에게만 效力이 있고, 어떠한 特權도 이에 따르지 아니한다.	제14조 ① 모든 사람은 법 앞에 평등하다. ② 누구든지 <u>성별, 종교, 인종, 언어, 연령, 장애, 지역, 사회적 신분, 성적지향, 고용형태 등 어떠한 이유로도</u> 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 부당한 차별을 받지 아니한다. <현행 ②, ③ 삭제> ③ 국가는 실질적 평등을 실현하고, 현존하는 차별을 시정하기 위하여 적극적으로 조치한다.

현행헌법	개정안
<p>第32條 ④ <u>女子의 勤勞는 특별한 보호를 받으며, 僱傭·賃金 및 勤勞條件에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.</u></p> <p>第34條 ③ <u>國家는 女子의 福祉와 權益의 향상을 위하여 노력하여야 한다.</u></p> <p>第36條 ① <u>婚姻과 家族生活은 개인의 尊嚴과 兩性의 平等을 기초로 成立되고 유지되어야 하며, 國家는 이를 보장한다.</u></p> <p>② <u>國家는 母性의 보호를 위하여 노력하여야 한다.</u></p>	<p>제15조 ① <u>국가는 고용, 노동, 복지, 재정 등 모든 영역에서 실질적 성평등을 보장해야 한다.</u></p> <p>② <u>국가는 선출직·임명직 공직 진출에 있어 남녀의 동등한 참여를 촉진하고, 직업적·사회적 지위에 동등하게 접근할 기회를 보장한다.</u></p> <p>③ <u>혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.</u></p> <p>④ <u>국가는 자녀의 출산·양육을 지원하여야 한다.</u></p>
<p>第34條 ④ <u>國家는 老人과 靑少年의 福祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다.</u></p>	<p>제16조 ① <u>아동은 자신의 행복을 위하여 보호를 받을 권리가 있으며, 아동과 관련한 모든 공적·사적 조치는 아동의 이익을 우선적으로 고려하여야 한다.</u></p> <p>② <u>아동은 독립된 인격체로 존중받고, 자유롭게 의사를 표현하며, 자신에게 영향을 주는 결정에 참여할 권리를 가진다.</u></p> <p>③ <u>아동은 차별받지 아니하며, 부모와 가족 그리고 사회공동체 및 국가의 보살핌을 받을 권리를 가진다.</u></p> <p>④ <u>아동은 모든 형태의 학대와 방임, 폭력과 착취로부터 보호받으며 적절한 휴식과 여가를 누릴 권리를 가진다.</u></p>
<p>第34條 ④ <u>國家는 老人과 靑少年의 福祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다.</u></p>	<p>제17조 <u>노인은 존엄하고 자립적인 삶을 영위할 권리와 사회적·문화적 생활에 참여할 권리를 가지며, 모든 영역에서 부당한 차별을 받지 아니한다.</u></p>
<p>第34條 ⑤ <u>身體障礙者 및 疾病·老齡 기타의 사유로 生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다.</u></p>	<p>제18조 ① <u>장애를 가진 사람은 존엄하고 자립적인 삶을 영위할 권리와 사회참여의 권리를 가진다.</u></p> <p>② <u>국가는 장애를 가진 사람에게 법률에 따라 자신이 가진 능력을 최대한으로 개발하고 경제활동이 가능하도록 적극적으로 지원하며, 필요한 보건 의료 및 기타 서비스를 지원해야 한다.</u></p>

현행헌법	개정안
	③ 국가는 장애를 가진 사람들의 사회적 통합을 추구하며 사회참여를 보장하여야 한다.
-	제19조 모든 사람은 자유롭게 행동할 권리를 가진다.
第12條 ① 모든 국민은 身體의 자유를 가진다(이하 현행 제12조 내용은 사법절차 권리 부분으로 이동·개정).	제20조 모든 사람은 신체의 자유를 가진다.
第17條 모든 국민은 私生活의 秘密과 자유를 침해받지 아니한다. 第18條 모든 국민은 通信의 秘密을 침해받지 아니한다.	제21조 ① 모든 사람은 사생활의 자유를 가지며, 사생활의 비밀을 침해받지 아니한다. ② 모든 사람은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.
第16條 모든 국민은 住居의 자유를 침해받지 아니한다. 住居에 대한 押收나 搜索을 할 때에는 檢事의 申請에 의하여 法官이 발부한 令狀을 제시하여야 한다.	제22조 모든 사람은 주거의 자유를 침해받지 아니한다.
第14條 모든 국민은 居住·移轉의 자유를 가진다.	제23조 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.
-	제24조 ① 국가는 국제법과 법률에 따라 난민을 보호한다. ② 정치적으로 박해받는 자는 망명권을 가진다.
第19條 모든 국민은 良心의 자유를 가진다.	제25조 모든 사람은 사상 및 양심의 자유를 가진다.
第20條 ① 모든 국민은 宗教의 자유를 가진다. ② 國教는 인정되지 아니하며, 宗教와 政治는 分離된다.	제26조 ① 모든 사람은 종교의 자유를 가진다. ② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.
第22條 ① 모든 국민은 學問과 藝術의 자유를 가진다. ② 著作者·發明家·科學技術者와 藝術家의 權利는 法律로써 보호한다.	제27조 ① 모든 사람은 학문과 예술의 자유를 가진다. ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로 보호한다.
-	제28조 ① 모든 사람은 알권리 및 정보접근권을 가진다.

현행헌법	개정안
	<p>② 모든 사람은 자신의 정보에 관한 결정권을 가진다.</p> <p>③ 모든 사람은 정보문화향유권을 가진다.</p> <p>④ 국가는 개인별·지역별 정보격차를 해소하고 정보독점으로 인한 피해를 예방 및 시정하기 위하여 노력하여야 한다.</p>
<p>第21條 ① 모든 국민은 言論·出版의 자유와 集會·結社의 자유를 가진다.</p> <p>② 言論·出版에 대한 許可나 檢閲과 集會·結社에 대한 許可는 인정되지 아니한다.</p> <p>③ 通信·放送의 施設基準과 新聞의 機能을 보장하기 위하여 필요한 사항은 法律로 정한다.</p> <p>④ 言論·出版은 他人의 名譽나 權利 또는 公衆道德이나 社會倫理를 침해하여서는 아니 된다. 言論·出版이 他人의 名譽나 權利를 침해한 때에는 被害者는 이에 대한 被害의 賠償을 請求할 수 있다.</p>	<p>제29조 ① 모든 사람은 자유롭게 자신의 의사를 표현할 권리를 가지며, 이에 대한 허가나 검열은 금지된다.</p> <p>② 언론매체의 자유와 다원성, 다양성은 존중된다.</p> <p>③ 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 배상 또는 정정 등을 청구할 수 있다.</p> <p>제30조 모든 국민은 집회와 결사의 자유를 가지며, 이에 대한 허가는 금지된다.</p>
<p>第15條 모든 국민은 職業選擇의 자유를 가진다.</p>	<p>제31조 모든 국민은 직업의 자유를 가진다.</p>
<p>第23條 ① 모든 국민의 財産權은 보장된다. 그 내용과 限界는 法律로 정한다.</p> <p>② 財産權의 행사는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다.</p> <p>③ 公共必要에 의한 財産權의 收用·사용 또는 제한 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다.</p>	<p>제32조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.</p> <p>② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.</p> <p>③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로 정하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.</p>
<p>第34條 ① 모든 국민은 人間다운 生活을 할 權利를 가진다.</p> <p>② 國家는 社會保障·社會福祉의 增進에 노력할 義務를 진다.</p> <p>③ 國家는 女子의 福祉와 權益의 향상을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>④ 國家는 老人과 靑少年의 福祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다.</p>	<p>제33조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.</p> <p>② 모든 국민은 질병·장애·노령·실업·사망·출산 등으로 발생하는 사회적 위험으로부터 적절한 생활을 유지할 수 유지할 수 있도록 소득보장과 사회서비스를 포함한 사회보장을 받을 권리가 있다. (현행 제34조 ③, ④ 삭제; 개정안 제15조,</p>

현행헌법	개정안
<p>⑤ 身體障礙者 및 疾病·老齡 기타의 사유로 生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다.</p> <p>第35條 ③ 國家는 住宅開發政策등을 통하여 모든 國民이 快適한 住居生活을 할 수 있도록 노력하여야 한다.</p> <p>第36條 ③ 모든 國民은 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다.</p>	<p>제16조, 제17조로 이동)</p> <p>③ 모든 국민은 적절한 보건의료서비스를 보장받을 권리가 있으며, 국가는 국민의 건강 증진을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>④ 모든 국민은 쾌적한 주거생활을 할 권리를 가진다.</p> <p>⑤ 모든 사람은 문화생활을 누릴 권리를 가진다.</p> <p>(현행 제34조 ⑥ 삭제; 개정안 제13조로 이동)</p>
<p>第31條 ① 모든 國民은 能力에 따라 均등하게 教育을 받을 權利를 가진다.</p> <p>② 모든 國民은 그 보호하는 子女에게 적어도 初等教育과 法律이 정하는 教育을 받게 할 義務를 진다.</p> <p>③ 義務教育은 無償으로 한다.</p> <p>④ 教育의 自主性·專門性·政治的 中立性 및 大學의 自律性은 法律이 정하는 바에 의하여 보장된다.</p> <p>⑤ 國家는 平生教育을 振興하여야 한다.</p> <p>⑥ 學校教育 및 平生教育을 포함한 教育制度와 그 운영, 教育財政 및 敎員의 地位에 관한 基本的인 사항은 法律로 정한다.</p>	<p>제34조 ① 모든 사람은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 균등하게 교육받을 권리를 가진다.</p> <p>② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.</p> <p>③ 의무교육은 무상으로 한다.</p> <p>④ 국가는 교육과정의 질 제고 및 형평성 보장을 위하여 노력하고, 평생교육, 직업교육, 민주시민교육, 사회교육을 진흥하여야 한다.</p> <p>⑤ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성은 보장된다. 구체적인 내용은 법률로 정한다.</p> <p>⑥ 대학 자치는 보장된다.</p>
<p>第32條 ① 모든 國民은 勤勞의 權利를 가진다. 國家는 社會的·經濟的 方法으로 勤勞者의 雇傭의 增進과 適正賃金의 보장에 노력하여야 하며, 法律이 정하는 바에 의하여 最低賃金制를 施行하여야 한다.</p> <p>② 모든 國民은 勤勞의 義務를 진다. 國家는 勤勞의 義務의 내용과 조건을 民主主義原則에 따라 法律로 정한다.</p> <p>③ 勤勞條件의 基準은 人間의 尊嚴性을 보장하도록 法律로 정한다.</p> <p>④ 女子의 勤勞는 특별한 보호를 받으며, 雇傭·賃金 및 勤勞條件에 있어서 不當한 차별을 받지 아니한다.</p>	<p>제35조 ① 모든 사람은 일할 권리를 가진다.</p> <p>② 국가는 고용의 증진에 노력하고, 고용안정을 위한 정책을 시행해야 한다. 노동자를 고용할 때는 정당한 이유가 없는 한 기간의 정함이 없이 직접고용 하여야 한다.</p> <p>③ 국가는 적정임금의 보장에 노력하며, 법률이 정하는 바에 따라 최저임금제를 시행한다. 동일한 가치의 노동에 대하여는 동일한 임금이 지급되어야 한다.(현행 ② 삭제)</p> <p>④ 노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 공동으로</p>

현행헌법	개정안
<p>⑤ 年少者の 勤勞는 특별한 보호를 받는다.</p> <p>⑥ 國家有功者·傷痍軍警및 戰歿軍警의 遺家族은 法律이 정하는 바에 의하여 優先的으로 勤勞의 機會를 부여받는다.</p>	<p>결정하되, 그 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>⑤ 노동자는 <u>정당한 이유 없는 해고로부터 보호받을 권리를 가진다.</u></p> <p>(현행 ④, ⑤ 다른 조항으로 이동)</p> <p>⑥ 국가유공자·상이군경과 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 노동의 기회를 부여받는다.</p> <p>⑦ 국가는 모든 사람이 일과 생활을 균형 있게 영위할 수 있도록 정책을 실시하여야 한다.</p>
<p>第33條 ① 勤勞者는 勤勞條件의 향상을 위하여 自主的인 團結權·團體交涉權및 團體行動權을 가진다.</p> <p>② 公務員인 勤勞者는 法律이 정하는 者에 한하여 團結權·團體交涉權및 團體行動權을 가진다.</p> <p>③ 法律이 정하는 主要防衛産業體에 종사하는 勤勞者의 團體行動權은 法律이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>	<p>제36조 ① 노동자는 자주적으로 단결할 자유를 가진다.</p> <p>② 노동자는 단체교섭권 및 단체협약 체결권과 대표를 통하여 사업운영에 참여할 권리를 가진다.</p> <p>③ 노동자는 경제적·직업적 이익에 관한 주장을 관철하기 위하여 파업 기타 단체행동을 할 권리를 가진다. <u>현역군인과 경찰공무원의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</u></p>
<p>第35條 ① 모든 國民은 건강하고 快適한 環境에서 生活할 權利를 가지며, 國家와 國民은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>② 環境權의 내용과 행사에 관하여는 法律로 정한다.</p>	<p>제37조 ① 모든 사람은 건강하고 쾌적한 환경을 함께 누릴 권리를 가진다.</p> <p>② 모든 생명체는 법률이 정하는 바에 따라 국가의 보호를 받는다.</p> <p>③ 국가는 기후변화에 대처하고, 에너지의 생산과 소비의 정의를 위해 노력하여야 한다.</p> <p>④ 국가는 지구생태계와 미래세대에 대한 책임을 지고, 환경을 지속가능하게 보전하여야 한다.</p> <p><현행 ② 삭제></p>
<p>第124條 國家는 건전한 消費行爲를 啓導하고 生産品의 品質向上을 추구하기 위한 消費者保護運動을 法律이 정하는 바에 依하여 보장한다.</p>	<p>제38조 ① 모든 사람은 소비자의 권리를 가진다.</p> <p>② 국가는 소비자운동을 법률로 정하는 바에 따라 보장한다.</p>

현행헌법	개정안
第24條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 選舉權을 가진다.	제39조 모든 국민은 선거권을 가진다. 구체적인 사항은 법률로 정한다.
第25條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 公務擔任權을 가진다.	제40조 모든 국민은 공무담임권을 가진다. 구체적인 사항은 법률로 정한다.
-	제41조 ① 모든 국민은 국민발안, 국민투표의 권리를 가진다. ② 모든 국민은 일정수 이상의 서명으로 선출직 공무원의 임기가 만료되기 전에 그 사유를 적시하여 소환할 것을 청구할 수 있다.
-	제42조 모든 사람은 공정하고 적법한 행정을 요구할 권리를 가진다.
第26條 ① 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家機關에 文書로 請願할 권리를 가진다. ② 國家는 請願에 대하여 審査할 義務를 진다.	제43조 ① 모든 사람은 국가기관에 피해의 구제, 공무원의 징계, 법률·명령·규칙의 제정·폐지·개정, 그 밖의 사항에 관하여 청원할 권리를 가진다. 구체적인 사항은 법률로 정한다. ② 국가는 청원에 대하여 수리·심사하여 그 결과를 청원인에게 통지하여야 한다.
第12條 ① … 누구든지 法律에 의하지 아니하고는 逮捕·拘束·押收·搜索 또는 審問을 받지 아니하며, 法律과 適法한 節次에 의하지 아니하고는 處罰·保安處分 또는 強制勞務를 받지 아니한다. ② 모든 國民은 拷問을 받지 아니하며, 刑事上 자기에게 不利한 陳述을 強要당하지 아니한다. ③ 逮捕·拘束·押收 또는 搜索을 할 때에는 適法한 節次에 따라 檢事の 申請에 의하여 法官이 발부한 令狀을 제시하여야 한다. 다만, 現行犯人인 경우와 長期3年 이상의 刑에 해당하는 罪를 범하고 逃避 또는 證據湮滅의 염려가 있을 때에는 事後에 令狀을 請求할 수 있다. ④ 누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 즉시 辯護人의 助力을 받을 權利를	제44조 ① 모든 사람은 법률과 적법한 절차에 따르지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문·처벌·보안처분·노역장 유치 등을 받지 아니한다. ② 모든 사람은 형사상 자기에 불리한 진술을 강요당하지 아니한다. ③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라(검사의 신청에 의하여) 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 경우에는 사후에 영장을 발부받을 수 있다. ④ 모든 사람은 사법절차에서 변호인의 도움을 받을 권리를 가진다. 체포 또는 구속을 당한 경우에는 즉시 변호인의 도움을 받도록 하여야 한다. 국가는 형사피

현행헌법	개정안
<p>가진다. 다만, 刑事被告人이 스스로 辯護人을 구할 수 없을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 國家가 辯護人을 붙인다.</p> <p>⑤ 누구든지 逮捕 또는 拘束의 이유와 辯護人의 助力을 받을 權利가 있음을 告知받지 아니하고는 逮捕또는 拘束을 당하지 아니한다. 逮捕또는 拘束을 당한 者의 家族등 法律이 정하는 者에게는 그 이유와 日時·場所가 지체 없이 통지되어야 한다.</p> <p>⑥ 누구든지 逮捕또는 拘束을 당한 때에는 適否의 審査를 法院에 請求할 權利를 가진다.</p> <p>⑦ 被告人의 自白이 拷問·暴行·脅迫·拘束의 부당한 長期化또는 欺罔기타의 방법에 의하여 自意로 陳述된 것이 아니라고 인정될 때 또는 正式裁判에 있어서 被告人의 自白이 그에게 不利한 유일한 증거일 때에는 이를 有罪의 증거로 삼거나 이를 이유로 處罰할 수 없다.</p>	<p>의자 또는 피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률로 정하는 바에 따라 변호인을 선임하여 변호를 받도록 하여야 한다.</p> <p>⑤ 모든 사람은 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 도움을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 사람의 가족 등 법률로 정하는 사람에게는 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다.</p> <p>⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.</p> <p>⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 속임수 그 밖의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.</p>
<p>第13條 ① 모든 國民은 行爲時의 法律에 의하여 犯罪를 구성하지 아니하는 행위로 訴追되지 아니하며, 동일한 犯罪에 대하여 거듭 處罰받지 아니한다.</p> <p>② 모든 國民은 遡及立法에 의하여 參政權의 제한을 받거나 財產權을 剝奪당하지 아니한다.</p> <p>③ 모든 國民은 자기의 행위가 아닌 親族의 행위로 인하여 불이익한 處遇를 받지 아니한다.</p>	<p>제45조 ① 모든 사람은 행위시 법률에 따라 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.</p> <p>② 모든 사람은 자신의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.</p> <p>③ 특정 집단의 전부 또는 일부를 말살할 목적으로 범한 집단살해, 공권력에 의한 반인륜적 범죄에 대해서는 공소시효를 배제한다.</p>
<p>第27條 ① 모든 國民은 憲法과 法律이 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다.</p> <p style="text-align: center;"><신 설></p> <p>② 軍人 또는 軍務員이 아닌 國民은 大</p>	<p>제46조 ① 모든 사람은 헌법과 법률이 정한 법원(법관)에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.</p> <p>② 수사와 재판은 불구속을 원칙으로 하며, 수사와 재판에 관한 부당한 지시나</p>

현행헌법	개정안
<p><u>韓民國의 領域 안에서는 증대한 軍事上 機密·哨兵·哨所·有毒飲食物供給·捕虜·軍用物에 관한 罪중 法律이 정한 경우와 非常戒嚴이 宣布된 경우를 제외하고는 軍事法院의 裁判을 받지 아니한다.</u></p> <p>③ 모든 國民은 신속한 裁判을 받을 權利를 가진다. 刑事被告人은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 公開裁判을 받을 權利를 가진다.</p> <p>④ 刑事被告人은 有罪의 判決이 확정될 때까지는 無罪로 推定된다.</p> <p>⑤ 刑事被害者는 法律이 정하는 바에 의하여 당해 事件의 裁判節次에서 陳述할 수 있다.</p>	<p>간섭 등은 금지된다.</p> <p>③ 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니한다.</p> <p>④ 모든 사람은 공정하고 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가지며, 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.</p> <p>⑤ 형사피해자는 법률로 정하는 바에 따라 재판절차에서 진술권을 가진다.</p>
<p>第28條 刑事被疑者 또는 刑事被告人으로서 拘禁되었던 者가 法律이 정하는 不起訴處分을 받거나 無罪判決을 받은 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 國家에 正當한 補償을 請求할 수 있다.</p>	<p>제47조 형사피의자 또는 형사피고인으로 구금되었던 사람이 법률로 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률로 정하는 바에 따라 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.</p>
<p>第29條 ① 公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家 또는 公共團體에 正當한 賠償을 請求할 수 있다. 이 경우 公務員자신의 責任은 免除되지 아니한다.</p> <p>② 軍人·軍務員·警察公務員기타 法律이 정하는 者가 戰鬥·訓練등 職務執行과 관련하여 받은 損害에 대하여는 法律이 정하는 報償의에 國家또는 公共團體에 公務員의 職務上不法行爲로 인한 賠償은 請求할 수 없다.</p>	<p>제48조 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률로 정하는 바에 따라 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.</p> <p><현행 ② 삭제></p>
<p>제30조 他人의 犯罪行爲로 인하여 生命·身體에 대한 被害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家로부터 救助를 받을 수 있다.</p>	<p>제49조 ① 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체 및 정신적 피해를 받은 국민은 법률로 정하는 바에 따라 국가로부터 구조 및 보호를 받을 권리를 가진다.</p> <p>② 제1항의 법률은 피해자의 인권을 존중하도록 정하여야 한다.</p>

현행헌법	개정안
<p>第37條 ① 國民의 自由와 權利는 憲法에 열거되지 아니한 이유로 輕視되지 아니한다.</p> <p>② 國民의 모든 自由와 權利는 國家安全 保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 내용을 침해할 수 없다.</p> <p>(第13條 ② 모든 國民은 遡及立法에 의하여 參政權의 제한을 받거나 財産權을 剝奪당하지 아니한다.)</p>	<p>제50조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.</p> <p>② 모든 자유와 권리는 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률과 적법한 절차에 따라 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.</p> <p>③ 참정권과 재산권은 소급입법에 의하여 부당하게 제한되지 아니한다.</p>
<p>第38條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 納稅의 義務를 진다.</p>	<p>제51조 모든 사람(국민)은 법률로 정하는 바에 따라 납세의 의무를 진다.</p>
<p>第39條 ① 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國防의 義務를 진다.</p> <p>② 누구든지 兵役義務의 이행으로 인하여 불이익한 處遇를 받지 아니한다.</p>	<p>제52조 ① 모든 국민은 법률로 정하는 바에 따라 국방의 의무를 진다.</p> <p>② 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.</p> <p>③ 누구든지 양심에 반하여 징총병역을 강제 받지 아니하고, 법률이 정하는 바에 의하여 대체복무를 할 수 있다.</p>

Ⅲ. 전문(前文) · 총강 분과 개헌 논의사항

1. 전문(前文)

(1) 서술체계의 변경 여부

- 대부분의 국가들은 헌법 전문에서 민주공화국의 기원, 기본 가치, 헌법 연원 등을 매우 간략하게 밝히고 있음
- 헌법 전문은 헌법의 정통성과 역사성을 밝히고, 구체적으로 헌법 해석 기준이 되는 효력을 가지고 있으므로(헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 등) 이를 유지해야 함

○ 서술체계 변경에 대한 논의

- 현행 유지 의견: 역사성과 상징적 의미, 국제인권규약의 예(전문은 한 문장으로 되어 있는 예가 많음) 등에 비추어 현행 형식을 유지하자는 의견
- 대폭 변경 의견: 한 문장으로 되어 있는 현 체계를 서너 문장으로 구분하여 서술하자는 의견: ① 대한민국의 역사적 근원과 존재 이유, ② 대한민국이 지향할 가치체계와 사회 원리, ③ 대한민국의 미래지향적 목표, ④ 헌법의 연원과 개정 헌법의 민주적 정당성 등 네 문장으로 구성하자는 의견

(2) 구체적인 개정안

가. 1안

- 현행 체계와 문장을 그대로 유지하고, 다만 독재와 불의에 항거한 사건으로 ‘4·19혁명과 6·10항쟁’을 명시
- 4·19혁명, 6·10항쟁을 명시함으로써 국민의 저항권을 분명하게 확인. 우리 헌법개정 역사에서 국민의 투쟁에 의해 헌법개정이 이루어진 경우는 4·19혁명 후와 6·10항쟁 후 두 차례뿐임. 나머지는 쿠데타 주모자 또는 권력자가 정권 탈취 또는 집권 연장을 위한 불순한 의도로 이루어진 것임. 국민의 투쟁에 의해 헌법개정이 이루어진 역사적 사건을 전문에 명시할 필요 있음
- 혁명과 항쟁의 구분 기준은 국민의 투쟁에 의해 대통령이 임기 중간에 하야 또는 탄핵 등에 의해 퇴진한 경우에는 혁명, 정상적으로 임기를 마친 경우에는 항쟁으로 정의할 수 있음
- ‘부마항쟁과 5·18민주화 운동’도 명시하자는 의견 있음. 군사독재에 저항하여 희생을 통해 독재정권을 퇴진시키는데 기여한 국민의 항쟁이므로 이를 명시할 필요가 있다는 것임
- 10차 개정 경위에 ‘촛불시민혁명’의 뜻에 따른다고 명시할 것인지에 대해 치열한 논란이 있음
 - 반대의견: 역사적 평가가 충분하게 이루어졌다고 보기 어렵고 진행 중이며, 용어도 확립된 것으로 보기 어려워 전문에 사용하기 부적절. 일정 기간 지난 후 평가를 거쳐야 한다는 것임. 헌법 전문은 각 개별국가의

고유성과 역사성을 바탕으로 하는데, 그런 의미에서 볼 때 최근의 촛불 혁명의 헌정사적 의미와 평가는 아직 진행 중인 단계이므로 촛불시민 혁명의 문구는 이후 개정논의에서 다루어져야 할 부분이고 이번 개헌 조문에는 명시하지 않는 것이 타당함

- 찬성의견: 이미 일반적인 용어로 사용되고 있고, 전문에 사용함으로써 정당한 역사적 평가를 촉진할 수 있음. 장기간에 걸친 시민들의 평화적이고 질서있는 투쟁에 의해 대통령 탄핵과 헌법개정을 이끌어낸, 우리의 헌정사는 물론이고 세계사적으로 유례가 없는 민주주의의 새로운 역사를 기록한 사건이므로 명시해야 함

나. 2안(다수의견)

- 1안에 새로운 헌법가치를 추가로 기술하고, 시대상황에 맞지 않는 표현은 삭제함
- ‘민주개혁’을 민주공화국의 실질적 내용을 담은 ‘자유롭고 평등한 민주사회의 실현’으로 분명하게 표현
- 민족주의를 지나치게 강조하는 ‘동포애’와 ‘민족의 단결’, 의미가 약화된 ‘사회적 폐습과 불의 타파’ ‘자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여’ 라는 문구 삭제. 다만 ‘사회적 폐습과 불의를 타파’ 부분은 여전히 유지할 가치가 있다는 견해 있음. 토론회에서 ‘동포애’와 ‘민족의 단결’ 유지해야 한다는 견해 있었음
- 새로운 가치 체계와 사회 원리(생명 존중, 동포애·인류애에 따른 공존·평화, 자율·조화에 따른 사회 정의와 자치·분권, 기회 균등과 상호 연대의 원리, 지구생태계와 자연 환경 보호 등)를 적절한 순서로 제시. ‘노동 존중’ ‘복지’도 명시해야 한다는 의견 있음. 토론회에서 ‘노동존중·평등·복지·통일국가’ 명시해야 한다는 의견 있었음
- 대한민국이 추구하는 미래지향적 목표에 ‘지속가능한 발전’ 추가
- ‘자손’이라는 표현을 ‘미래세대’라는 개념으로 대체
- ‘안전, 자유, 행복’을 ‘자유, 안전, 행복’으로 수정

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3.1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19혁명, (부마항쟁, 5·18민주화운동) 및 6·10항쟁의 민주이념을 계승하고, 조국의 평화적 통일과 법치주의에 터 잡은 자유롭고 평등한 민

주사회의 실현을 기본 사명으로 삼아, 인류애와 생명 존중으로 평화와 공존을 추구하고, 자율과 조화를 바탕으로 사회정의와 자치·분권을 실현하고, 기회균등과 연대의 원리를 사회생활에서 실천하고, 지구생태계와 자연환경의 보호에 힘쓰며, 안으로는 국민들의 생활을 균등하게 향상시키고, 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 기여하고, 모든 분야에서 지속가능한 발전을 추구함으로써 우리와 미래세대의 자유와 안전과 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서, 1948년 7월 12일에 제정되고 9차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제(촛불시민혁명의 뜻에 따라) 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

다. 3안

- 현재 1문장으로 되어 있는 것을 4문장으로 나누어 기술(① 대한민국의 역사적 근원과 존재이유, ② 대한민국이 지향할 가치 체계와 사회 원리, ③ 대한민국의 미래지향적 목표, ④ 헌법의 연원과 개정헌법의 민주적 정당성)
- 제2, 3문장의 추구할 가치 등 부분을 삭제하고 1문과 4문의 두 개 문장으로 간결하게 하는 것도 가능(전반부에서는 대한민국의 역사적 근원과 존재이유를 간결하게 밝히고, 후반부에서는 개정 헌법의 연원과 민주적 정당성을 밝힘)
- 주어의 문제: ‘대한국민’, ‘대한민국 국민’
 - 임시정부 수립 당시 중국과 소련 등지 재외동포들도 포함하는 개념으로 ‘대한국민’을 주어로 한 것이므로 그러한 역사성을 승계해야 한다는 의견
 - 현재 대한민국의 정체성과 관련하여 ‘대한민국 국민’으로 수정해야 한다는 의견

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한민국 국민은 삼일운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통을 이어받고, 불의에 항거한 4·19혁명과 6·10항쟁의 민주이념을 받들며, 조국의 평화적 통일과 자유롭고 평등한 민주사회의 실현을 기본 사명으로 삼는다. 우리는 동포애와 인류애 그리고 생명 존중으로 평화와 공존을 추구하고, 자율과 조화를 바탕으로 사회 정의와 자치·분권을 실현하고, 기회 균등과 상호 연대의 원리를 사회생활에서 실천하고, 지구생태계와 자연 환경의 보호에 최선을 다한다. 우리는 국민들의 생활을 균등하게 향상시키고, 세계 평화와 인류 공영에 기여하고, 모든 분야에서

지속가능한 발전을 추구함으로써, 우리와 우리 미래세대의 자유와 안전과 행복을 영원히 확보할 것을 다짐한다. 우리는 1948년 7월 12일에 제정되고 9차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 촛불시민혁명의 뜻에 따라 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

(3) 개정안

현행헌법	개정안
<p>유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.</p>	<p>유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3.1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19혁명과 6·10항쟁의 민주이념을 계승하고, 조국의 평화적 통일과 법치주의에 터 잡은 <u>자유롭고 평등한 민주사회의 실현을 기본 사명</u>으로 삼아, <u>인류애와 생명 존중으로 평화와 공존을 추구하고</u>, 자율과 조화를 바탕으로 <u>사회정의와 자치·분권을 실현하고, 기회균등과 연대의 원리를 사회생활에서 실천하고, 지구생태계와 자연환경의 보호에 힘쓰며</u>, 안으로는 국민의 생활을 균등하게 향상시키고, 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 기여하고, <u>모든 분야에서 지속가능한 발전을 추구함으로써 우리와 미래세대</u>의 자유와 안전과 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서, 1948년 7월 12일에 제정되고 9차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.</p>

2. 총강

(1) 현행 헌법 총강의 내용과 체계

제1조 정체성과 국민주권 원리	第1條 ① 大韓民國은 民主共和國이다. ② 大韓民國의 主權은 國民에게 있고, 모든 權力은 國民으로부터 나온다.
제2조 국민, 재외국민 보호	第2條 ① 大韓民國의 國民이 되는 요건은 法律로 정한다. ② 國家는 法律이 정하는 바에 의하여 在外國民을 보호할 義務를 진다.
제3조 영토	第3條 大韓民國의 領土는 韓半島와 그 附屬島嶼로 한다.
제4조 통일 지향, 평화적 통일 정책	第4條 大韓民國은 統一을 指向하며, 自由民主의 基本秩序에 입각한 平和的統一政策을 수립하고 이를 추진한다.
제5조 국제평화, 국군의 사명	第5條 ① 大韓民國은 國際平和의 유지에 노력하고 侵略的戰爭을 否認한다. ② 國軍은 國家의 安全保障과 國土防衛의 神聖한 義務를 수행함을 使命으로 하며, 그 政治的中立性은 준수된다.
제6조 조약과 국제법규, 외국인	第6條 ① 憲法에 의하여 체결·公布된 條約과 一般的으로 승인된 國際法規는 國內法과 같은 效力을 가진다. ② 外國人은 國際法과 條約이 정하는 바에 의하여 그 地位가 보장된다.
제7조 공무원	第7條 ① 公務員은 國民全體에 대한 奉仕者이며, 國民에 대하여 責任을 진다. ② 公務員의 身分과 政治的中立性은 法律이 정하는 바에 의하여 보장된다.
제8조 정당	第8條 ① 政黨의 設立은 自由이며, 複數政黨制는 보장된다. ② 政黨은 그 目的·組織과 活動이 民主的이어야 하며, 國民의 政治的 意思形成에 참여하는데 필요한 組織을 가져야 한다. ③ 政黨은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받으며, 國家는 法律이 정하는 바에 의하여 政黨運營에 필요한 資金을 補助할 수 있다. ④ 政黨의 目的이나 活動이 民主的 基本秩序에 違背될 때에는 政府는 憲法裁判所에 그 解散을 提訴할 수 있고, 政黨은 憲法裁判所의 審判에 의하여 解散된다.
제9조 전통문화, 민족문화	第9條 國家는 傳統文化의 계승·발전과 民族文化의 暢達에 노력하여야 한다.

- 현 체제 유지 의견(1안, 다수의견)과 대폭 수정 의견(2안) 있음

(2) 제1안(다수의견)

- 현재의 제1조부터 제9조까지의 체제를 그대로 유지하고, 다만 일부 조항에 대해 필요한 범위에서 수정함

가. 제1조

- 권력은 국민을 위하여 행사됨을 명시
 - 전임 정부의 국가권력의 사유화에 대한 반성적 고려를 반영하여 ②항 후문을 ‘모든 권력은 국민으로부터 나오며, 국민을 위하여 행사된다.’고 개정
 - ‘모든 권력은~ 국민을 위하여 행사된다.’고 명시해야 하는 이유: 현행 ①항과 ②항으로부터 당연히 도출될 수 있다고 하지만, ‘국민의, 국민에 의한, 국민을 위한’ 민주주의 원리 관점에서 ‘국민을 위한’을 명시할 필요성이 있고, 이명박·박근혜 정부의 권력 사유화에 대한 반성적 고려에서 명시하는 것에 역사적 정당성이 있음. 추후 이 조항의 도입 의의를 분석할 때 이러한 도입 배경이 역사적 교훈으로 설명될 것임
 - 헌법재판소나 법원 등이 헌법과 법률을 해석함에 있어 신설된 취지를 고려하여 국가권력 남용에 대해 보다 엄격한 기준을 적용하는 근거가 될 것임
- 분권형 국가 지향 명시
 - ③항으로 ‘대한민국은 분권형 국가를 지향한다.’고 신설하는 방안에 대해 다수가 찬성의견을 모음. 우리 사회에서 권력의 집중이 수평적(소위 제왕적 대통령제) 및 수직적(수도권 중심)으로 이루어졌으므로 ‘분권형 국가 지향’을 국가의 기본원리로 제시함.
 - 소수의견 1: ‘대한민국은 지방분권국가를 지향한다.’
 - 소수의견 2: ③항 신설에 반대. ‘지방분권국가’ 원리 또는 지향은 지방 자치의 장에 규정하는 것으로 충분. 추구해야 할 가치의 하나인 ‘지방분권국가’를 제1조에 규정할 경우 ‘대한민국은 인권국가이다.’ ‘대한민국은 노동을 존중하는 평등국가이다.’ ‘대한민국은 복지국가이다.’ ‘대한민국은 법치국가이다.’ ‘대한민국은 정의국가이다.’ 등 다양한 가치를

- 제1조에 규정하자는 의견도 가능하게 될 것임. 분권의 실질화를 위해 ‘주민의 자치권’을 기본권으로 명시해야 한다는 지방분권분과의 요청이 있었으나, 제1조에서는 위 ③항으로 충분하고, 주민 자치권은 주민 자치의 장에서 규정하는 것이 타당하다고 의견을 모음
- 규정 위치를 총강이 아니라 ‘지방자치’의 장 첫째 조항으로 하는 것이 타당하다는 견해도 있음

나. 제2조(국적)와 제3조(영토)

1) 제2조

- 1항으로 ‘대한민국의 국민은 자유롭고 평등하다.’를 명시해야 한다는 의견 있음
- 현행 1항과 2항을 유지하는 것에는 다른 의견 없음(1항으로 위 규정을 두면 현행헌법상의 동 규정들이 2항, 3항으로 이동됨)
- 특위에서 재외국민 보호 의무 규정 삭제 여부에 대해 찬반 의견 있었음
 - 삭제 의견: 재외국민도 국민으로 해석될 수 있다는 점, ‘모든 권력은 국민을 위해 행사된다’는 조항이 추가되면 재외국민 보호 의무 규정이 불필요하다는 점, 국적법을 통해 보호가 가능하다는 점을 고려할 때 삭제되어야 한다는 의견
 - 유지 의견: 정부의 손길이 미치지 않는 약자에 대한 보호의무가 더욱 강조된다는 점, 재외국민보호법 등 관련 법률에 대한 헌법적 근거가 유지되어야 한다는 점에서 삭제에 반대하는 의견
 - 분과에서는 현행 규정을 그대로 유지하는 것으로 의견을 모음

2) 제3조

- 다수의견: 대한민국의 영역은 한반도와 그 부속도서를 포함하는 영토, 영해, 영공으로 한다.
 - 제국주의 또는 강대국의 경우 영토를 확장하려는 의도로 헌법에 국토에 관한 규정을 두지 않는 경우가 대부분이지만, 국토 방위를 위해 명시적인 국토 조항을 둘 필요 있음
 - 국토(영역)주권은 국토(영역)에 대한 국가의 유지권뿐만 아니라 전반적인 처분권까지 포함하는 개념으로 해석되며, 국토(영역)주권의 내용은

공간적 지배권으로서 국토(영역)고권의 범위를 넘어서는 실질적 관할권(sachliche Zuständigkeit)을 의미함

- 헌법 제3조 국토(영역, 현행헌법은 ‘영토’)규정은 중요한 국제법 원리인 동시에 헌법적 원리로서 고려될 수 있는 영역적 불가침성 원칙의 근거가 되는 조항임
- 현행 헌법 제3조 규정의 영토에 영해와 영공을 명시해야 함. 강학상으로는 실무에서 “대한민국의 국토(혹은 영역)는 영토, 영해, 영공으로 구성되어 있다.”고 인정하고 있으므로, 영해와 영공의 중요성을 고려하여 명문화하는 것이 필요함
- 해양의존도가 높은 우리나라에서 헌법에 해양수산 관련 내용으로 영해(嶺海), 그리고 영공(嶺空)을 포함시킴으로써 “해양강국으로서의 국가 위상과 영공에 대한 제공권을 제고”하고 해양강국, 항공강국으로서 우리나라의 국격을 명문으로 표현하고자 함
- 특히, 해양 분야는 우리 국가의 중요한 재산일뿐만 아니라 국민의 생존 및 생활에도 중대한 영향을 미치는 사항이므로 이를 명시할 필요성이 있음

○ 소수의견

- 현행 헌법 제3조 유지 의견
- 통일조항과 모순되고 유엔 등 국제기구 가입 등으로 북한이 국가로서 존재하는 현실과 모순되는 점 등을 고려하여 영토 조항을 개정하여야 한다는 의견 있음

- 대한민국 정부의 정통성과 통일의 당위성에 대한 근거가 되며 통일 후 영토 문제와 관련해서도 중요한 의미를 지니므로 현행 유지. 통일 전에 북측의 체제 위기 발생 시 영토조항을 근거로 외국의 개입을 저지할 수 있다는 점도 고려사항으로 해야 함

3) 수도, 국기, 국가 조항의 신설 여부

대한민국의 정체성을 강화하기 위해 수도, 국기, 국가 등과 관련한 조항을 창설하자는 의견이 제시되었으나, 통일과 통일헌법을 고려하여 신설하지 않는 것으로 의견을 모음

다. 제4조(평화적 통일)

○ 다수의견

- ‘자유민주적 기본질서’를 보다 넓은 의미인 ‘민주적 기본질서’로 수정

○ 소수의견

- ‘평화적 통일을 지향하며, 통일정책의 수립과 추진에 필요한 기본적인 사항은 법률로 정한다.’로 개정. 평화적 통일 지향을 밝히고, 통일정책의 연속성을 보장하기 위하여 법률로 추진하도록 규정하자는 것임. 현재 ‘남북관계발전기본법’이 있음에도 불구하고, 대북통일정책이 정권에 의해 일관성 없이 추진되는 경향이 있음

라. 제5조 제2항(국군의 사명)

○ 헌법상 연혁

- 국군의 사명에 대해 5차 개정헌법(3공화국 헌법)부터 7차 개정헌법(유신헌법)까지는 어떠한 규정도 없었음. 국군의 사명으로 ‘국가의 안전보장’을 명시한 것은 5공화국 헌법에서 신설된 이후로 현행 헌법에까지 유지되어 온 것임

○ 개정 방향과 논의 내용

- 대한민국의 평화지향성을 더욱 분명하게 밝히려는 시민사회의 의견이 있었으나, 현재의 조항으로 충분하다고 판단하였음
- 국군의 사명 조항에서 ‘국가의 안전보장’은 그 개념이 광범위하고 막연하며 민간영역에 대한 군의 동원을 정당화하기 위해 남용될 우려가 있으므로(쿠데타 세력 등에게 헌법상 국군의 사명을 근거로 주장할 빌미를 제공할 우려 있음) 이를 삭제함
- ‘정치적 중립성 준수’는 쿠데타 등에 대한 반성적 고려에서 87년 헌법에 신설된 것이라는 점에서 유지하는 것에 의견 일치. 수동적 표현을 능동적 표현으로 수정
- 국군의 사명 조항은 삭제하더라도 무방함. 이를 굳이 유지한다면 ‘신성한’이란 표현은 종교적 뉘앙스를 지녀서 헌법에 사용하기에는 부적절하므로 삭제하여 “국군은 국토방위의 의무를 수행함을 사명으로 하며, 정치적 중립성을 준수한다.”로 개정하는 것이 타당함
- 중대 재난 발생 시 등 필요한 경우 군병력 동원 등을 고려하면 ‘국가의

안전보장'을 유지할 필요가 있는 것은 아닌지 라는 의문이 있음 → '국가의 안전보장'은 모든 국가기관의 책무이고 국군의 고유한 사명이 아님. '국가의 안전보장'을 국군의 사명으로 규정하지 않더라도 관련 법률에 근거하여 재난 구호 등을 위해 군을 투입하는 것이 가능하므로 삭제하기로 의견을 모음

마. 제6조(조약의 효력 등)

- 특위에서 FTA 등 양국 간 조약의 경우 상대국의 조약의 효력이 우리나라와 달리 국내법의 개정 과정을 거쳐야만 효력을 발생하는 경우 우리나라는 바로 국내법과 동일한 효력이 발생하기 때문에 발생할 수 있는 불균형의 문제를 해결할 수 있는 방안이 필요하다는 문제제기가 있었음. ①항에 국제조약의 평등성을 강조하기 위해 '호혜의 원리'를 추가하여야 한다는 의견 있음(규정 예시: 헌법과 호혜(互惠)의 원리에 따라 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다). 양국 간 조약 체결 시 상대국의 조약 효력이 우리와 상이한 경우 호혜원리 적용하도록 근거를 마련하자는 것임
- '호혜의 원리에 따라 체결된 조약' 부분에 반대 견해 있음. 국내법과 같은 효력을 갖는 조약에 관하여, 적용상 문제가 발생할 수 있는 문구는 정리되어야 함. 국제법 질서의 특유성을 감안해야 할 필요가 있음
- '공포'되지 않은 조약도 있으므로 '체결된' 조약으로 수정해야 한다는 의견이 있음
- 현행 헌법 제60조 ①항의 '중요한 국제조직에 관한 조약'은 '국제조직'이 법령상 용어가 아니므로 '중요한 국제기구에 관한 조약'으로 수정 의견이 있음
- 토론회에서 제3항으로 대륙붕과 배타적 경제수역에 대한 주권적 권리 및 관할권을 규정하여 국내외적으로 천명하여야 한다는 견해가 있었음
- 현행 규정 내용 유지로 의견을 모음
- 총강 제6조 ②항 외국인 보호 조항("외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.")과 관련하여, 기본권의 주체가 사람으로 바뀌고 제6조 ①항이 있기 때문에 논리적으로 더 이상 필요 없는 조항이므로 삭제하는 것이 좋겠다는 의견이 제시되었으나, '특별히 삭제할 필요가 없다'는 의견을 모음

바. 제7조(공무원 조항)

- 공무원 조항을 총강에서 규정할 필요가 없다는 의견이 있었으나, 다른 곳에 규정하기 어려워 현행 규정을 유지하자는 의견이 다수임
- “공무원은 헌법을 충실히 준수할 의무와 청렴의 의무를 지며, 국민통합을 위하여 활동하여야 한다.” 의무조항을 두는 것에는 반대. 헌법준수나 청렴의무는 현행 ①, ②항에서 당연히 도출되고, ‘국민통합을 위하여 활동할 의무’는 그 내용이 불명확하여 남용 가능성이 있음
- 전관예우 방지 관련 조항 신설 의견
 - 우리 사회에 만연한 전관예우 방지를 위해 고위공직 퇴직자의 다른 공직 및 관련 분야 취업 제한 법률의 헌법적 근거를 마련하자는 의견 있음 (규정 예: 법률로 정하는 고위 공무원으로 근무 중이거나 퇴직한 사람은 법률로 정하는 바에 따라 다른 공직 또는 관련 분야에 취업할 수 없다.)
 - 취업금지 등 조항을 국가공무원법 등 관련법 이상으로 굳이 헌법에 규정할 필요가 있는지 의문이라는 견해 있음. 헌법 제37조 제2항의 일반적 제한규정이 있음에도 특별하게 강조해서 규정해야 할 필요가 있는 내용인지 검토가 필요 → 헌법재판소에서 관련 법률에 대해 직업의 자유를 침해한다는 이유로 위헌결정을 하기 때문에 이를 사전에 막기 위해 필요함
- 1948년 헌법부터 제4차 개정 헌법까지 “국민은 불법행위를 한 공무원의 파면을 청원할 권리가 있다.”고 규정했었으나, 5·16 쿠데타 후에 삭제됨. 국민에 의한 공무원의 불법행위 감시를 위해 이 조항을 회복해야 할 필요성 여부를 논의함. 청원권 조항에서 청원사항을 구체적으로 예시하는 형태로 해결함

사. 제8조(정당 조항)

- 헌법에 ‘정당’이 규정된 것은 자유당 정권에서 행정처분으로 진보당을 해산한 경험에 대한 반성으로 1960년 6월 제3차 개정헌법(제3조)에서 정당 해산을 헌법재판소 판결로 하도록 규정한 것이 최초임
- 정당 조항을 총강에서 삭제하자는 의견이 있으나, 정당은 민주주의의 중요한 요소로서 일반적인 결사의 자유와는 다른 차원에서의 보호가 필요하므로 총강에 규정하는 현행 태도를 유지하자는 것이 다수 의견

- ①항에서 정당 ‘설립’의 자유뿐만 아니라 ‘조직 및 활동’의 자유도 보장함
- ②항에서 정당 설립의 자유를 제한하는 ‘필요 조직 구비’ 요건을 삭제
- ②항 2문으로 ‘공직 선거 후보의 민주적 공천’을 명시하자는 의견 있으나, 제2항의 ‘정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며’에 포함되어 있으므로 불필요하다는 것이 다수 의견
- ③항에서 우리나라의 정치현황과 소수정당 보호의 필요성을 고려하여 유지하기로 의견을 모음
- 정당해산 관련
 - 헌법재판소는 ④항의 정당해산사유로서의 ‘민주적 기본질서’를 엄격하게 제한적으로 해석하여 정당 활동의 자유를 비교적 폭넓게 인정하고 있음.¹⁾ 그런데 이를 ‘자유민주적 기본질서’로 개정할 경우 오히려 정당의 자유를 제한하는 방향으로 확대 해석될 우려가 있음
 - 헌법재판소는 위헌정당 해산 시 소속 의원직 당연상실로 해석하였음²⁾
 - ⑤항으로 “헌법재판소의 심판에 따라 해산된 정당 소속 국회의원은 의원직을 상실하며, 그 밖의 해산 결정의 효력은 법률로 정한다.” 규정하는 것은 불필요하거나 부당하므로 규정하지 않기로 함
- 정당해산 심판을 헌법재판소가 관장하는 제도를 유지한다면 굳이 개정할 필요는 없음. 헌법재판소에 정당해산 심판권을 두는 제도를 폐지하고 국회에서 최종적으로 결정하여야 한다는 견해 있음. 양원제를 도입할 경우 하원의 청구와 상원의 의결로 해산하는 구조여야 한다는 것임

아. 제9조(전통문화 계승, 민족문화)

- ‘전통문화의 계승·발전’ 유지 여부
 - ‘전통문화의 계승·발전’ 대신 ‘대한민국은 문화국가를 지향하며’라고 규정하는 것이 타당하다는 의견 있음

1) 헌법재판소 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1 통합진보당 해산 결정: 우리 헌법 제8조 제4항이 의미하는 민주적 기본질서는, … 오늘날 정당은 자유민주주의 이념을 추구하는 정당에서부터 공산주의 이념을 추구하는 정당이 되기까지 그 이념적 지향점이 매우 다양하므로, 어떤 정당이 특정 이념을 표방한다 하더라도 그 정당의 목적이나 활동이 앞서 본 민주적 기본질서의 내용들을 침해하는 것이 아닌 한 그 특정 이념의 표방 그 자체만으로 곧바로 위헌적인 정당으로 볼 수는 없다. 정당해산 여부를 결정하는 문제는 결국 그 정당이 표방하는 정치적 이념이 무엇인지가 아니라 그 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부에 달려있기 때문이다.

2) 헌법재판소 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1 통합진보당 해산 결정.

- ‘전통문화’의 가치, 국가적인 차원의 지원 필요성 등에 비추어 그대로 유지할 필요가 있다는 의견이 다수

○ ‘민족문화’ 삭제

- 문화국가, 특히 다문화사회를 지향한다는 의미에서 ‘민족문화의 창달’을 ‘문화의 창조·진흥 및 문화적 다양성 확보’로 개정하는 것에 전원 찬성함

- 기초학문과 과학기술의 중요성을 고려하여, “국가는 기초학문과 과학기술의 장려를 위하여 노력해야 한다.”라는 조항을 총강에 신설하자는 의견이 제기되었으나, 경제재정분과에서 수정할 헌법 제126조(현행 제127조) 1항으로 충분하다고 판단함

자. 국가의 정통성(정체성) 조항 신설에 관한 논의

- 2014년 개헌특위 자문위원회 안에서 헌법 총강에 수도, 국기, 국가, 국어 등 국가정체성 관련 규정을 신설하는 방안을 제시했음
- 헌법재판소 2004. 10. 21. 2004헌마554 결정은 서울이 수도라는 것이 관습헌법이라고 결정하였음. “서울이 우리나라의 수도인 점은 불문의 관습헌법이므로 헌법개정절차에 의하여 새로운 수도 설정의 헌법조항을 신설함으로써 실효되지 아니하는 한 헌법으로서의 효력을 가진다.”
- 수도의 개념에 대해서 헌법재판소는 위 결정에서 국회와 대통령의 소재지를 의미하는 것으로 해석함
- 특위에서 수도에 대하여 헌법으로 직접 규정하기보다 입법권자에게 위임하기 위해서는 “대한민국의 수도는 법률로 정한다.”고 하는 헌법 규정이 필요하다는 견해가 있었음
- 수도 관련 논란 해소를 위해 수도에 대한 명시 규정이 필요하다는 의견 있음
- 수도·국기·국가 등을 헌법에 규정한 경우는 다문화 국가, 분단국가에서 주로 찾아볼 수 없다는 점에서 규정할 필요 없다는 의견이 다수
 - 향후 통일이 이루어질 상황을 대비해야 한다는 점, 수도에 대한 국민적 합의가 필요하다는 점을 고려하여 수도에 대한 규정을 두지 않아야 한다는 방향으로 의견을 모음

(3) 제2안(전면개정건의, 소수의견)

- 총강의 체계를 대폭 개정하여 ‘대한민국의 정체성과 주권 원리(1조), 국민(2조), 영토(3조), 국제평화와 호혜적 국제관계(4조), 통일 지향성(5조), 국가 운영과 정치의 기본 원리(6조), 시민사회의 기본 원리와 지향(7조), 경제의 기본 원리와 지향(8조), 환경·자연·생태계·생명 등과 관련한 기본 원리(9조), 교육과 문화와 관련한 기본 원리(10조)’로 전면적으로 수정하는 방안

(4) 개정안

현행헌법	개정안
第1條 ① 大韓民國은 民主共和國이다. ② 大韓民國의 主權은 國民에게 있고, 모든 權力은 國民으로부터 나온다.	제1조 ① 대한민국은 민주공화국이다. ② 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 <u>나오며, 국민을 위하여 행사된다.</u> ③ 대한민국은 분권형 국가를 지향한다.
第2條 ① 大韓民國의 國民이 되는 요건은 法律로 정한다. ② 國家는 法律이 정하는 바에 의하여 在外國民을 보호할 義務를 진다.	<현행 유지>
第3條 大韓民國의 領土는 韓半島와 그 附屬島嶼로 한다.	제3조 대한민국의 영역은 한반도와 그 부속 도서를 포함하는 영토 영해, 영공으로 한다.
第4條 大韓民國은 統一을 指向하며, 自由民主의 基本秩序에 입각한 平和的統一政策을 수립하고 이를 추진한다.	제4조 대한민국은 통일을 지향하며, 민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.
第5條 ① 大韓民國은 國際平和의 유지에 노력하고 侵略的戰爭을 否認한다. ② 國軍은 國家의 安全保障과 國土防衛의 神聖한 義務를 수행함을 使命으로 하며, 그 政治的 中立性은 준수된다.	제5조 ① 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다. ② 국군은 국토방위의 의무를 수행함을 사명으로 하며, <u>정치적 중립성을 준수한다.</u>
第6條 ① 憲法에 의하여 체결·公布된 條約과 一般的으로 승인된 國際法規는 國內法과 같은 效力을 가진다. ② 外國人은 國際法과 條約이 정하는 바에 의하여 그 地位가 보장된다.	<현행 유지>

현행헌법	개정안
<p>第7條 ① 公務員은 國民全體에 대한 奉仕者이며, 國民에 대하여 責任을 진다.</p> <p>② 公務員의 身分과 政治의 中立性은 法律이 정하는 바에 의하여 보장된다.</p>	<p><현행 유지></p>
<p>第8條 ① 政黨의 設立은 自由이며, 複數政黨制는 보장된다.</p> <p>② 政黨은 그 目的·組織과 活動이 民主的이어야 하며, 國民의 政治의 意思形成에 참여하는데 필요한 組織을 가져야 한다.</p> <p>③ 政黨은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받으며, 國家는 法律이 정하는 바에 의하여 政黨運營에 필요한 資金을 補助할 수 있다.</p> <p>④ 政黨의 目的이나 活動이 民主의 基本秩序에 違背될 때에는 政府는 憲法裁判所에 그 解散을 提訴할 수 있고, 政黨은 憲法裁判所의 審判에 의하여 解散된다.</p>	<p>제8조 ① 정당의 설립·조직 및 활동은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.</p> <p>② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다.</p> <p>③ 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.</p> <p>④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.</p>
<p>第9條 國家는 傳統文化의 계승·발전과 民族文化의 暢達에 노력하여야 한다.</p>	<p>제9조 국가는 전통문화의 계승·발전과 문화의 창조·진흥 및 문화적 다양성 확보를 위하여 노력하여야 한다.</p>

IV. 기본권

1. 기본권 체계에 관한 논의

가. 기본권의 주체 및 장의 명칭

○ 장의 제목: ‘기본권과 의무’로 개정

- ‘기본적 인권과 의무’, ‘기본적 권리와 기본적 의무’, ‘사람의 권리와 의무’, ‘기본권과 의무’ 등의 방안을 검토
- 헌법에 명시한 권리가 망라적인 것이 아니고 헌법에서 명시하지 않은 권리도 있음을 명확히 하기 위해 ‘기본’이란 용어 유지. ‘~적’이라는 일본어식 표현을 지양함

- 헌법에 명시한 것은 실정법상 권리화한 것이므로 ‘기본권’으로 칭함. 제10조 제2문에서 ‘불가침의 기본적 인권을 확인’ 표현이 있으므로 자연법적 의미의 인권 개념도 헌법상 포섭하고 있다고 할 것임
- 기본권의 주체: 원칙적으로 ‘모든 사람’으로 하되 다만 권리의 성격상 ‘국민’으로 한정하여야 하는 경우에는 ‘국민’으로 함
 - 개정 취지: 세계화가 진전된 현실에서 거주 외국인들의 인권문제를 입법정책이나 국제법, 조약에만 의존할 수 없으며, 기본권 적용대상의 범위를 공동체에 거주하는 모든 사람으로 확장하는 것이 국제적 위상에도 맞는다고 봄. 새로운 헌법에서는 “모든 사람은 법 앞에 평등하다”는 인류보편성의 원칙과 가치를 명시할 필요 있음
 - 토론회에서 ‘인간’(육체를 가진 자연인)과 ‘사람’(법인도 주체가 될 수 있는 기본권)을 구분하자는 견해가 있었으나, 기본권의 성질에 따라 자연인에만 국한되는지 법인에도 인정되는지 구분할 수 있으므로 굳이 ‘인간’과 ‘사람’을 구분하여 규정할 필요는 없음
 - ‘사람’의 권리는 모든 사람(인간)에게 귀속되는 권리로서 초국가적·자연법상의 권리를 의미함. ‘사람’의 권리는 내·외국민의 구별없이 이를 누릴 수 있음을 원칙으로 함
 - ‘국민’의 권리는 실정법에 의하여 비로소 보장되는 권리로서 국적보유자만이 누릴 수 있고 외국인에게는 원칙적으로 인정되지 아니하는 권리로 해석함
 - 다만, ‘국민’이라는 표현은 일본만 사용하는 용어이고 천황에 대한 신민(皇國臣民)으로서의 국민이라는 뜻도 잠재되어 있으므로 ‘국민’이라는 용어를 계속적으로 사용할 것인지 여부는 검토할 필요가 있음
- 법인의 기본권 주체성 명시 여부는 해석론³⁾으로 해결하는 것이 타당함
- ‘시민’으로 하여야 한다는 의견도 있었으나, 법적으로 개념이 정립되지 않아 헌법에 규정하기에는 다소 무리가 있다는 지적에 따라 채택하지 않음

3) 우리 헌법은 법인의기본권 향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권 규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다(헌재 1991. 6. 3. 90헌마56, 판례집 3, 289, 295 참조).

나. 기본권의 유형별 분류와 절 구분에 대한 논의

- 기본권 조문 배열에 관해서는 ① 현재 조문 배열을 유지하자는 의견, ② 절 분리 여부에 따라 기본권 조문 배열도 달라져야 한다는 의견, ③ 절이 아닌 소제목을 달자는 의견, ④ 인간의 존엄과 가치, 평등권, 자유권, 참정권, 사회적 기본권, 청구권적 기본권 및 의무의 순으로 배열하자는 의견, ⑤ 국민이 보다 알기 쉽도록 절(節)로 구분해야 한다는 의견 등이 있었음
- 기본권의 성질에 따라 ‘절’로 구분하여 편제하는 것에는 반대 의견이 다수임
 - 자유권과 사회권 이분론은 사회권을 프로그램적 권리로 약화시키는 경향이 있고, 자유권적 성격과 사회권적 성격을 모두 갖는 기본권도 있으므로 이를 절로 구분하여 배치하는 것은 복합적 의미를 축소할 우려 있음
 - 기본권은 그에 대응하는 국가의 의무가 있는 것이지, 그 성질에 따라 명확하게 구분되는 것이 아님. 예를 들어, ‘신체의 자유’는 국가나 제3자로부터 침해받지 않는다는 점에서는 자유권이지만 국가에 대하여 신체의 자유 보장을 위한 제도 설정 등을 요구할 수 있는 권리라는 측면에서는 사회권적 성질을 갖기도 함. 대표적인 사회권으로 분류되는 노동3권의 경우 국가나 사용자에 의해 침해되어서는 안 된다는 점에서는 자유권의 성질을 가짐
 - 만약 ‘절’로 구분하면 헌법재판소와 법원의 해석에도 불리하게 작용하게 되어 기본권 강화라는 개헌의 취지에도 반하게 됨
- 평등권은 모든 기본권에 내재하는 것이므로 자유권 앞에 두고, 실체적 권리를 앞에 절차적 권리를 뒤에 규정하는 것이 논리적임
- 2014년 자문위 개정안과 같이 인간의 존엄과 가치 → 평등권과 소수자 보호 → 자유권 → 사회권 → 참정권 → 사법절차권 → 제한과 한계 → 의무의 순으로 하되, 절을 구분하지 않는 것으로 함

○ 개정안 <제2장 기본권과 의무>의 체계[제10조~제52조]

인간의 존엄과 가치	제10조 인간의 존엄과 가치, 행복 추구권, 국가의 보장 의무	사회권	제33조 인간다운 생활을 할 권리, 사회보장을 받을 권리, 보건의료 서비스를 보장 받을 권리, 건강권, 쾌적한 주거생활 권리, 문화생활을 누릴 권리 등
	제11조 생명권		제34조 교육권과 학습권
	제12조 신체와 정신의 온전성에 대한 권리		제35조 노동권 강화, 일할 권리
	제13조 위험으로부터의 안전권		제36조 노동3권
제14조 평등원칙 조항의 확대	제37조 환경권 강화, 생명체 존중 규정		
평등권 및 소수자 권리	제15조 성평등 조항 강화	참정권	제38조 소비자의 권리
	제16조 아동의 권리 조항 신설		제39조 선거권
	제17조 노인의 권리 조항 신설		제40조 공무담임권
	제18조 장애를 가진 사람의 권리 조항 신설		제41조 국민발안권, 국민투표권, 국민소환제
	제19조 자유롭게 행동할 권리		제42조 공정하고 적법한 행정요구권
제20조 신체의 자유	제43조 청원권		
제22조 주거의 자유	사법절차적 권리		제44조 적법절차원칙, 변호인의 조력을 받을 권리 등
제23조 거주·이전의 자유			제45조 죄형법정주의 등
제24조 난민 보호 및 망명권			제46조 재판받을 권리
제25조 사상과 양심의 자유			제47조 형사보상청구권
제26조 종교의 자유, 종교와 정치 분리		제48조 국가배상청구권	
제27조 학문과 예술의 자유		제49조 범죄피해자구조청구권	
제28조 알권리 정보		기본권 제한	제50조 기본권 제한
제29조 표현의 자유	의무		제51조 납세의무
제30조 집회·결사의 자유		제52조 병역의무	
제31조 직업의 자유			
제32조 재산권 보장			

2. 인간의 존엄과 가치

가. 제10조(기본권 근본조항)

1) 인간의 존엄과 가치의 의의

- 기본권의 총칙 조항의 의미를 가지므로, 현행 유지 의견이 다수임
- 제2문을 별도의 항으로 독립시키자는 의견도 있으나, 인권의 가장 기본적인 사항을 상호 유기적으로 규정하는 것이므로 현행(제1문 및 제2문 형태) 유지로 의견을 모음
- 인간의 존엄성 조항이 헌법에 수용된 것은 제2차 세계대전 이후부터임. 독일 나치정권과 일본군국주의에 의해 자행된 대량학살, 강제노동, 박해와 탄압, 인간의 노예화, 고문과 테러 등 인간 존엄성 침해에 대한 역사적 반성으로 독일 기본법과 일본 헌법에서 명시적으로 규정하였음. 우리 헌법도 1962년 헌법에서 처음으로 명문으로 규정함
- 국가의 ‘기본적 인권의 확인’ 의무 표현은 기본권의 자연권성, 헌법상 기본권 조항이 창설조항이 아니라 확인조항임을 선언하는 의미임
- 기본권 보장 의무의 주체를 ‘국가’에서 ‘공공단체’까지 확장하는 방안 검토 의견 있었음. 현행 헌법은 기본권 보장의 책임 주체를 ‘국가’로 단일 표기하고 있으나, 지방정부의 권한이 강화되는 현실과 개헌 취지를 고려할 때 일반적으로 중앙정부(행정부)를 의미하는 국가란 표현을 전일적으로 사용하는 것은 현실적이지 못하므로 조항의 내용에 따라 지방정부가 공공기관의 역할과 책임을 명확히 하기 위해 국가와 공공단체로 구분하여 표현할 필요 있음

2) ‘행복추구권’ 규정 삭제 여부

- 현재 결정례
 - 헌법재판소 2003. 4. 24. 선고 2002헌마611 결정: 행복추구권 자체는 통상의 경우 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지님(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 408)
 - 재판관 이재화·조승형의 반대의견(1997. 7. 16. 95헌가6 결정): “행복이라는 개념 자체가 역사적 조건이나 때와 장소에 따라 그 개념이 달라질 수 있으며, 행복을 느끼는 정신적 상태는 생활환경이나 생활조건, 인생관, 가치관에 따라 각기 다른 것이므로 일률적으로 정의하기가 어려운

개념일 수밖에 없고, 이와 같이 불확실한 개념을 헌법상의 기본권으로 규정한 데 대한 비판적 논의도 없지 아니하며 우리 헌법은 인간의 기본권리로서 인간의 존엄과 가치의 존중, 사생활의 비밀의 자유, 환경권 등 구체적 기본권을 따로 규정해 놓고 있으면서 또 다시 그 개념이나 법적 성격, 내용 등에 있어서 불명확한 행복추구권을 규정한 것은 추상적 권리를 중복하여 규정한 것이고 법해석의 혼란만 초래할 우려가 있다는 비난도 나오고 있다.”

- 학계의 견해(규정 삭제 내지 규정의 실익이 없다는 의견: 권영성, 허영, 성낙인, 홍성방, 한수웅, 김학성, 정종섭, 김선택, 고문현 등)
- 헌법 제10조 제1문 후단 행복추구권을 삭제하는 것에 대하여 분과위에서도 견해가 나뉨
 - 삭제 의견: ① 행복추구권이 규정됨으로써 한국 헌법의 전 체계에 비추어 보아 기본권의 체계와 구조에 혼란을 초래하고 있음. ② 행복추구권의 실체가 애매한 것이라는 점을 감안할 때, 인기만을 의식한 개헌시안들의 무책임성과 무지의 일면을 드러낸 좋은 일례. ③ 포괄적 근거규정으로 행복추구권은 다른 개별적 기본권이나 열거되지 아니한 자유와 권리조항 등을 형해화할 우려가 있음. ④ 행복추구권을 인간의 존엄과 가치와 더불어 규정한 헌법의 태도는 여러가지로 혼란을 야기하고 있음. ⑤ 제5공화국 헌법에서 신설된 것으로 급조되었고, 입법례도 드문 편임
 - 신중(현행 유지): 행복추구권 조항이 현행 헌법에 규정되어 있고 헌법재판소가 행복추구권 조항을 재판규범으로 들고 있을 뿐만 아니라 새로운 기본권을 도출하는 근거로 삼고 있는 점, 국민들이 널리 인식하고 있고 현행 헌법의 대표적 조항으로 이해하고 있는 사정 등을 감안하여 폐지할 것은 아님
- 3) 동물의 이익(동물보호의무)의 보장 내용 추가 관련 의견 제시됨
 - 현재의 내용을 ①로 제시하고, ②를 다음과 같이 추가하자는 의견이 제시된 바 있음. 다수의 반대로 반영하지 않음
 - ② 모든 생명존재는 존중되고 합부로 부정되어서는 아니되며, 부당한 고통과 대우로부터 국가의 보호를 받는다. 국가는 동물의 이익을 확인

하고 법률이 정하는 바에 따라 이를 보장하여야 한다.

4) 개정안

현행헌법	개정안
第10條 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 개인이 가지는 不可侵의 基本的人權을 확인하고 이를 보장할 義務를 진다.	제10조 모든 사람은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

나. 생명권 규정 신설(개정안 제11조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
-	제11조 ① 모든 사람은 생명권을 가진다. ② 사형은 폐지된다.

- 신설취지: 생명권은 인간의 존엄과 가치의 본질적이고 근원이 되는 가치이고 학설과 판례로 인정되어 왔으므로 이를 명문으로 인정함. 사형 폐지는 생명권 보장과는 별개의 문제이므로 국제적 인권수준에 발맞추기 위한 헌법제정권자의 결단으로 이를 헌법에 명시

2) 생명권의 보장

- 학설과 판례(헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정)상 인정

3) 사형 금지

- 생명권과 사형제도와의 관계
 - 위헌설: 생명권은 절대적 기본권이므로, 또는 생명권을 상대적 기본권으로 보더라도 사형제도가 비례원칙에 위반되거나 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 위헌임⁴⁾
 - 합헌설: 생명권은 상대적 기본권으로서 제37조 제2항에 의한 제한을 예

4) 김철수, 계획열, 홍성방, 고문현 등

상하고 있으며, 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되므로 비례의 원칙에 반하지 않아 합헌임⁵⁾

- 대법원과 헌법재판소는 사형제도를 합헌으로 보고 있음

○ 생명권과 낙태문제와의 관계

- (전면적 금지설) 태아는 생명권의 주체로서 인정되고, 국가는 태아의 생명을 보호할 의무가 인정됨
- (전면적 허용설) 태아의 생명권과 마찬가지로 임신부의 존엄과 가치를 구현하기 위한 자기결정권 및 생명권 또한 존중되어야 함
- (예외적 허용설) 임신부의 자기결정권 및 생명권과 태아의 생명권 조화를 위하여 원칙적으로 금지하되 예외적으로 허용 필요: 기한 또는 사유 기준
- 독일 연방헌법재판소는 태아의 생명권이 산모의 개성신장의 자유보다 우선된다 하여 인공임신중절을 인정하지 않음(임신 후 12주 이내에 인공임신중절을 처벌하지 않도록 한 형법 규정에 대해 위헌결정)
- 미국연방대법원은 임신초기 3개월에는 산모의 사생활의 자유가 태아의 생명보호가치보다 우선한다고 보아 임신중절을 허용(Roe v. Wade). 그러나 임신말기 3개월에는 태아가 모체로부터 나와도 생존 가능하므로 산부의 생명 또는 건강보호를 위해 필요한 경우를 제외하고 금지됨

○ 생명권은 인간의 존엄과 가치의 본질적이고 근원이 되는 가치로서 규정을 신설하고 사형 금지에 관해 명시함

- 생명권과 사형제도 관련, 생명권 신설의 의미는 사형제도 폐지에 있으므로 사형 금지를 명시하자는 견해[1안], 생명권 신설과 사형제 폐지 여부를 반드시 결부되는 것은 아니므로 분리해서 인정할 수 있다는 견해[2안]가 있음
- 낙태문제, 배아를 이용한 학문연구 등은 정책결정 차원의 문제이므로 생명권 신설과 별개로 인정될 수 있으며, 생명권을 명시할 경우 생명윤리 확립을 통해 과학기술정책 및 사회 발전의 계기가 될 수 있다고 봄
- 사형제도 폐지를 위해서는 제12조에 명시하고, 군사법원 관련 제110조 제4항에서 사형이란 용어를 삭제함

5) 권영성, 허영, 성낙인, 장영수, 이준일 등

다. 신체와 정신의 온전성에 대한 권리 신설(개정안 제12조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
-	제12조 ① 모든 사람은 자신의 신체와 정신의 온전성에 관한 권리를 가진다. ② 고문, 인신매매, 강제노동은 금지된다.

- 신설취지: 현행 헌법 제12조 제1항 ‘모든 국민은 신체의 자유를 가진다.’라고 규정하고 있으나, 신체의 보호(보전)에 한하고 있어, 현대인의 각종 정신적인 위협으로부터 보호를 포괄하지 못하고 있음. 이에 신체와 정신의 통일체인 인간의 온전성을 권리로 보장하여, 인신매매, 강제노동 등을 포함하여 신체적·정신적 위협으로부터 자신을 보호하고 온전한 활동을 향유할 수 있도록 보장할 필요 있음
- 학설과 판례(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정)에 의해 인정되는 ‘신체를 훼손당하지 않을 권리’는 인간의 존엄과 직결되는 문제이므로 신체의 자유와 별도로 신설함. 신체뿐만 아니라 정신의 온전성(physical and mental integrity)도 보호받아야 함을 명시함
- 고문, 강제노역 및 인신매매 금지도 규정함

라. 위협으로부터의 안전권(현행 헌법 제34조 제6항 개정 및 추가내용 신설, 개정안 제13조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
第34條 ⑥ 國家는 災害를 豫防하고 그 위협으로부터 國民을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.	제13조 ① 모든 사람은 위협으로부터 안전할 권리를 가진다. ② 국가는 재해 및 모든 형태의 폭력에 의한 피해를 예방하고, 그 위협으로부터 사람을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

- 신설취지: 세월호 사건과 메르스 사태가 대표하듯 현대인은 재난, 사고, 폭력 등 각종 ‘위협’에 노출되어 인간으로서 누려야 할 자유권이 심각하게 위협받거나 제한당하고 있음. 따라서 현행 헌법 제34조 제6항(국가의

재해 및 폭력 예방 의무)의 국가 의무를 기본권 실현을 위한 인간의 권리로 강화하고, 현행 헌법상 안전 개념이 주로 ‘국가 안전’이라는 의미로 해석되는바, 이와 차별화하여 국민의 안전을 확보할 필요가 있다는 것에 기인함

○ 안전권의 개념

- 안전권이란 다양한 형태의 자연재난 및 사회재난의 위협, 그리고 그 밖의 각종 재난 관련 사고의 위협으로부터 헌법상 보장된 개인의 생명·신체 및 재산 등과 같은 법익을 온전히 보호받거나 보장받을 수 있는 국민의 권리
- 이로부터 국가가 자연재난, 사회재난, 그리고 각종의 재난 관련 사고들의 위협으로부터 국민 개개인의 안전을 확보하고 보장해주어야 할 최종적 책임과 의무가 발생

○ 개념의 변천

- 제헌 헌법부터 헌법 전문에 ‘안전’이란 단어 포함 - 추상적, 선언적 의미
- 3공화국 이후 헌법 본문에 ‘안전’이란 단어 등장, 주로 국가안전보장 차원에서 안전(국가의 안전보장을 위해 국민의 자유와 권리가 제한될 수 있다는 조항이 신설)
- 현행 헌법 10곳 이상에서 ‘안전’ 관련 조항, 주로 안전에 대한 국가 의무 규정

○ 안전권에 관한 헌법적 논의

- 헌법 전문 ‘우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서~’라고 천명하고 있으나, 본문에는 모두 ‘국가의 안전보장’의 의미로 사용, 헌법 이념을 실현할 내용이 부재함
- 헌법 제34조 제6항에는 ‘안전’이라는 단어가 전혀 등장하지 않음. 헌법 제34조 제6항의 모호하고 불명확한 규정으로 인해 안전권을 헌법상 권리가 아닌 법률상 권리에 해당 한다고 보는 시각이 여전히 존재
- 안전권을 법률상의 권리로만 본다면 안전은 오로지 입법자의 자유재량에만 의존. 이런 불명확한 간접 규정만으로는 고도로 위협화된 현대 사회에서의 안전 보장의 필요성과 그 현실적 이행의 중요성을 담아내기에 역부족

- 안전권을 국민의 구체적인 권리로 규정하여 국민들이 국가에 안전권의 보장을 적극적으로 요구할 수 있도록 안전권 직접 명시 조항의 신설할 필요가 있음
 - “모든 국민은 모든 위험에서 안전할 권리를 갖는다.”로 규정함
- 안전권과 기타 기본권과의 관계
- 안전을 확보·유지·강화하기 위하여 국가가 국민의 일상생활에 보다 적극적으로 개입함으로써 국민의 자유권적 기본권이 과도하게 침해될 위험성이 있다는 지적이 있음
 - 그러나 안전이 보장되지 않은 사회에서의 자유권을 포함한 다른 기본권들의 보장은 그 실질적 의미를 크게 부여하기 힘들다는 점을 감안
- 위험으로부터의 안전권 명시
- ‘안전’의 의의: 법적 개념규정은 없으나 ‘재난으로부터 자유로운 상태’로 현재 법의 침해를 야기하는 각종 범죄나 재난에서 자유로운 상태, 미래에 법익을 침해할 수 있는 잠재력을 갖고 있는 위험에서 자유로운 상태를 의미함
- 국가의 재해 및 모든 형태의 폭력으로부터의 피해 예방의무 명시
- 현행 제34조 제6항에 따른 국가의 재해 예방 의무와 함께 모든 형태의 폭력 예방 의무 명시
 - ‘폭력으로부터의 안전’ 명시에 대한 문제제기 있었음. 현대 위험사회에서 사고, 재난, 위험, 안전, 개념이 새롭게 변화되고 복합화되어 가고 있어 개념 혼란을 일으키고 있음. 법이론적 측면과 현실적인 측면에서 위험, 재난, 안전 등에 관한 개념 규정이 필요함. 특히 인간적 관계에서 오는 모든 형태의 폭력, 신체적·정신적 위험을 포함하는지 견해 차이 있음
- 재난 발생 시 국가로부터 구조 및 보호받을 권리 명시 여부
- 다수 의견: 이미 앞의 규정에 포함되어 있으므로 별도로 명시할 필요 없음
 - 소수 의견: 헌법은 역사적 문서이므로 ‘세월호 사건’ ‘메르스 사태’ 등의 경험에 대한 반성적 고려를 헌법에 반영할 필요 있음

마. 개정안 내용

인간의 존엄과 가치(개정안 제10조~제13조)

현행헌법	개정안
第10條 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 국가의 보장 의무	제10조 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 국가의 보장 의무
-	제11조 생명권 조항 신설
-	제12조 신체와 정신의 온전성에 대한 권리 조항 신설
第34條 ⑥ 災害 豫防, 위험으로부터의 보호	제13조 위험으로부터의 안전권 조항 신설

3. 평등권 강화 및 소수자 권리 보장(개정안 제14조~제18조)

가. 개정안 조문표

현행헌법	개정안
第11條 평등원칙 조항	제14조 평등원칙 조항의 확대
第32條, 第34條, 第36條 성평등 조항	제15조 성평등 조항 강화
第34條 靑少年 福祉向上	제16조 아동의 권리 조항 신설
第34條 老人 福祉向上	제17조 노인의 권리 조항 신설
第34條 身體障礙者 保護	제18조 장애를 가진 사람의 권리 조항 신설

나. 평등원칙 조항의 확대(현행 헌법 제11조, 개정안 제14조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
第11條 ① 모든 國民은 法앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 차별을 받지 아니한다. ② 社會的 特殊階級의 制度는 인정되지 아니하며, 어떠한 形態로도 이를 創設할 수 없다. ③ 勳章 등의 榮典은 이를 받은 者에게만 效力이 있고, 어떠한 特權도 이에 따르지 아니한다.	제14조 ① 모든 사람은 법 앞에 평등하다. ② 누구든지 <u>성별, 종교, 인종, 언어, 연령, 장애, 지역, 사회적 신분, 성적지향, 고용형태 등 어떠한 이유로도</u> 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 부당한 차별을 받지 아니한다. <현행 ②, ③항 삭제> ③ 국가는 실질적 평등을 실현하고, 현존하는 차별을 시정하기 위하여 적극적으로 조치한다.

○ 차별금지사유의 확대

- 사회의 통합과 정의를 실현하기 위해서는 평등권을 강화할 필요 있음.
이를 위해 현행 제11조 ①항의 차별금지사유 ‘성별, 종교, 사회적 신분’에 ‘인종, 언어, 장애, 연령, 지역, 성적 지향, 고용형태 등’을 추가함
- 국가인권위원회법에 따라 ‘연령’ 대신 ‘나이’로 표현하자는 견해 있었으나 ‘고령’ 등 용어를 사용하고 있는 것에 비추어 ‘연령’을 사용함
- ‘성적지향’ 대신 ‘성적지향성’이란 용어 사용을 주장하는 견해 있었으나, 국가인권위원회법에서 사용한 ‘성적지향’을 사용

○ ‘헌존하는 차별의 철폐와 실질적 평등 실현을 위한 국가의 적극적 조치 의무’ 명시

- 국가의 위 의무는 평등권 조항만으로도 해석상 도출될 수 있으나, 국가에 대해 보다 적극적인 조치를 취하도록 독려한다는 차원에서 구체적으로 명시할 필요가 있음
- 위 조항이 헌법에 명시된다면 관련 법률의 위헌성이나 행정관청에 대한 청구의 적법성을 해석하는데 중요한 근거조항이 될 수 있을 것임

○ 현행 제3항의 영전일대원칙은 시의적 적절성이 없으므로 삭제함. 영전일대의 원칙은 평등권과 직접적인 관련이 없고, 법률정책적 문제에 해당하며, 평등권 조항에 대한 해석상 당연히 인정되고 시의적 적절성을 상실하였으므로 삭제함

○ 현행 제2항의 사회적 특수계급 창설 금지 삭제 여부

- 특위에서 경제적 격차에 의한 사실상 새로운 신분(재벌, 비정규직 등)이 사회적 특수계급 제도 불인정 규정(현행 제11조 제2항)에 저촉되는 것은 아닌지라는 문제 제기가 있었음
- 삭제 입장: 재벌 및 비정규직 등을 사회적 특수계급 제도로 볼 수는 없으며, 해석상 논란의 여지를 해소하기 위해 제11조 제2항을 삭제할 필요가 있음. 현재 인정되는 사회적 특수계급 제도는 존재하지 않음. 국가의 다양한 비정규직 정책 등은 경제적 격차가 공고화되는 것을 극복하기 위한 것으로, 이를 특수계급으로서 명시적으로 인정하게 될 경우 부작용이 더욱 클 것임. 경제적 불평등에서 유래하는 차이와 차별을 해결할 필요가 있으나, 이러한 양극화 및 사회적 갈등 해소 문제는 평등권이 아닌 사회권 및 노동권, 경제 부분 등에서 논의하는 것이 바람직함

- 유지 입장: 여러 가지 이유로 이 조항을 굳이 폐지할 필요는 없다고 주장함

○ 일반적 평등 조항 외에 성평등, 아동의 권리, 장애를 가진 사람의 권리, 노인의 권리를 별도의 조항으로 규정해야 한다는 점에 의견 일치

다. 성평등(현행 헌법 제32조, 제34조, 제36조 통합 및 정리: 개정안 제15조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
<p>第32條 ④ <u>女子의 勤勞는 특별한 보호를 받으며, 雇傭·賃金및 勤勞條件에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.</u></p> <p>第34條 ③ <u>國家는 女子의 福祉와 權益의 향상을 위하여 노력하여야 한다.</u></p> <p>第36條 ① <u>婚姻과 家族生活은 개인의 尊嚴과 兩性의 平等을 기초로 成立되고 유지되어야 하며, 國家는 이를 보장한다.</u></p> <p>② <u>國家는 母性의 보호를 위하여 노력하여야 한다.</u></p>	<p>제15조 ① <u>국가는 고용, 노동, 복지, 재정 등 모든 영역에서 실질적 성평등을 보장해야 한다.</u></p> <p>② <u>국가는 선출직·임명직 공직 진출에 있어 남녀의 동등한 참여를 촉진하고, 직업적·사회적 지위에 동등하게 접근할 기회를 보장한다.</u></p> <p>③ <u>혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.</u></p> <p>④ <u>국가는 자녀의 출산·양육을 지원하여야 한다.</u></p>

2) ‘성평등’이라는 용어

- 젠더(gender), 불평등하고 부당하게 차별적인 현실은 극복되어야 한다는 문제 인식을 기초로 함
- 사회문화적으로 형성된 성으로 풀이되는 젠더(gender)는, 생물학적으로 구분하는 신체적이며 유전학적인 성(性)이나 섹스(sex)와 달리, 사회적인 환경과 훈련에 의해 남녀의 기질이 형성된다는 것을 강조한 용어임. 1995년 북경에서 개최된 제4차 유엔세계여성회의에서 이 개념의 용어를 사용하는 것이 바람직하다는 합의가 내려진 이후 일반적으로 사용됨
- 이 용어에는 불평등하고 차별적인 현실을 극복해야 한다는 문제의식이 포함되어 있음. 여성가족부 또한 이러한 문제의식을 토대로 성평등가족부(Ministry of Gender Equality & Family, 젠더평등&가족부)로 표기됨. 이미 명칭에 ‘사회적 성’을 의미하는 젠더(Gender)를 포함하고 있으며, 여성

정책과 양성평등정책, 젠더정책, 성평등정책 등 다양한 용어의 본질은 남성과 여성의 권력 불균형과 위계로 인한 불평등과 부정의, 차별을 제거하고 모든 분야의 남녀평등을 달성하는데 있음

- 헌법은 인권을 증진하기 위한 중요한 토대로 많은 국가들에서 성(sex)에 기반한 차별을 제거하고 여성인권에 관한 입법 의무를 도출하는 중요한 근거규범으로 작용하고 있음. 현재 쟁점화 되고 있는 ‘성평등’, ‘양성평등’, ‘남녀평등’을 둘러싼 용어논쟁은 헌법이 추구하는 평등과 차별 금지(11조)의 핵심 가치를 훼손하는 것이어서는 안 되며 ‘개인이 가지는 불가침의 기본권 인권을 확인하고 보장’(10조)하는 방향이어야 함. 우리 사회의 민주주의 경험과 수준을 고려하여 더 이상 보수적 가족 정치나 도덕적 혼계, 이데올로기적 동원으로 문제의 본질을 외면하고 역사를 되돌리는 오류를 선택하지 말아야 함

3) 국가의 실질적 성평등 보장 영역을 ‘고용, 노동, 복지, 재정’ 등으로 명시함

- 인간다운 생활을 위한 생존권 개념인 사회권 영역에서 보호주의 관점으로 규정되어 있던 여성 관련 조항(현행 제32조 ④항, 제34조 ③항 등) 등은 여성을 배려의 대상으로 수동적인 복지대상자로 명시하고 있어 국가공동체의 적극적 주체로서 여성의 역할을 제한함. 이를 평등권 영역으로 이관, 보완함으로써 적극적 주체로서 여성의 위상을 제고하고 국가공동체의 발전방향을 명확히 함. 또한 정치, 경제, 가족, 재정 등 각 영역에서의 성 주류화 및 성 평등 관점을 반영함
- ‘재정’ 명시 이유: 성인지 예산 필요성 강조 의미
 - 실질적 성평등 실현을 위한 재정적 의무 규정으로서 성인지 예산 제도의 헌법적 근거 마련함
 - 현행 헌법은 재정 맹(finance-blind) 상태로, 국가재정운용상의 정치적, 정책적 결정을 규범적으로 포착해내지 못하고 있으며, 또 재정 권력에 대한 실효성 있는 통제장치를 확보하지 못하고 있음. 현행 헌법은 예·결산 과정과 재정운용에 관한 기술적이고 형식적인 절차 규정만 두고 있을 뿐 재정운용상의 실체법적인 지침과 한계에 관한 규정은 전무한 상태이며, 자의적이고 방만한 재정운용의 역기능이 크고, 앞으로도 순기능이 어려워 보임

- 국가에 백지 위임된 재정 주권의 일부를 회수하고, 국민이 재정정책에 개입하고 견제할 수 있는 통제수단의 확보가 필요하므로 재정 및 재정 통제에 대한 헌법적 규율의 범위를 확대할 필요가 있음
- 이와 같은 필요성에 근거하여 현행 국가재정법 제16조에 규정된 예산의 원칙 조항 중 성인지 예산을 포함한 일부 규정의 취지는 헌법에 상향 규정해야 함(예산의 투명성, 국민참여 제고, 성평등 효과)
- 토론 과정에서 ‘성평등’이라는 표현이 ‘동성에 동성혼을 허용하는 의미’로 이해하고 있는 국민들이 있어 ‘성평등’이라는 표현 대신 ‘양성평등’이라는 표현을 써야 한다는 의견이 제시된 바 있음

※ ‘성평등’에 관한 부연설명

□ 개념 정의

- 양성평등(sex) = 남과 여라는 생물학적 차이(선천적)에서 발생한 불평등 문제
- 성평등(gender) = 사회역사적(구조, 환경, 문화)으로 형성된 차이(후천적)에서 발생한 불평등 문제
따라서 모든 사람들이 정치·경제·사회·문화적으로 평등한 대우를 받아야 하고 성별에 근거하여 차별 대우를 받으면 안 된다는 관점을 중심으로 문제를 접근하여야 함

4) “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며 ……”라는 현행 헌법 제32조 제4항의 전단을 유지할 것인지에 대해 의견 나뉨

- 삭제 의견: 여성의 근로를 특별한 배려나 보호가 필요한 불완전한 대상으로 규정함으로써 오히려 하단에서 규정한 차별의 명분을 제공하므로 삭제할 필요 있음
- 유지 의견: 군필자의 공무원임용시험 등에서의 가산점 제도에 대한 위헌소원 사건에서 헌법재판소가 여성의 근로에 대한 특별한 보호를 규정한 위 조항을 위헌성 판단의 요소 중 하나로 고려하였으므로(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 제대군인지원에 관한 법률 제8조 제1항 등 위헌확인 결정) 굳이 삭제할 필요는 없다는 의견

- 5) 국가의 선출직·임명직 공직 진출에서의 남녀의 동등한 참여 촉진 의무 및 직업적·사회적 지위에 대한 남녀의 동등한 참여 기회 보장 의무를 명시함
- 선출직을 포함한 공직에서의 여성 대표성 확대를 위한 규정을 신설하여 평등권적 사항으로 모든 정부정책 및 법제정, 법적용 및 해석에 있어 동등참여 보장하고 직업적 사회적 책임의 동등성 포함
 - 공직 진출의 남녀 동등한 참여를 명시하는 것은 주권의 의미를 새롭게 정의하는 것임. 남녀 실질적 평등을 이루기 위해 이와 같은 분명한 목표 설정이 필요함. 모든 수준의 대표성에 있어 민주주의를 좀먹는 명백한 불평등을 더 이상 숨겨서는 안 될 것임. 현행 헌법은 여성들에게 마땅히 주어 야 할 지위를 제공하지 않고 부당한 대우를 하고 있으며 이는 민주주의 자체가 불완전하며 미완성임을 입증하는 것임. 그 동안 여성의 정치참여 확대를 위한 적극적 조치들은 매번 저지당해 왔고 이런 이유로 남녀 동등한 참여로의 개헌은 불가피함. 형식적 평등은 현실의 평등이 되어야 함을 선언하는 헌법이 되어야 함. 합법적 수준에서 여성들이 해야 할 역할을 수행할 수 있도록 지원하고 여성차별적 지위가 OECD 최하위 수준이라는 수치스러운 ‘한국적 예외 상황’을 이번에 종식해야 함
- 6) 혼인 및 가족생활의 주체를 남녀(양성)에서 ‘개인’으로 전환
- 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지된다는 조항에서 양성을 삭제하여 개인의 존엄과 평등을 기초로 개정함
 - 혼인의 성립에 있어 양성의 결합만이 아닌 다양한 결합을 인정하여 성 소수자들의 시민적 권리 보장
 - 가족의 성립에 있어서도 결혼 이외의 다양한 가족 인정
 - “혼인(婚姻)”은 남녀가 부부가 되는 일을 의미하는 용어이므로 다양한 가족형태를 고려한 새로운 용어가 필요하다는 의견(1안)이 있었으나, 다수는 「민법」 등 현행 법체계에서 해당 용어를 사용하고 있는 점을 고려하여 용어 변경에는 신중해야 한다는 의견(2안)임
- 7) 자녀의 출산·양육을 지원할 및 국가의 의무 규정
- 사회 내 여성의 주체적 역할을 제한하는 ‘모성의 보호’를 ‘출산·양육 지원’으로 전환하여 “국가는 자녀의 출산·양육을 지원하여야 한다”는 규정 신설함

- 모성 개념은 여성의 역할을 가족 내적 존재로 규정짓도록 작용하여 사회 내에서 여성의 주체적 역할을 억압하는데 기여. 시대적 환경 변화에 맞게 용어 변경 필요. 모성 개념이 갖는 성차별적인 의미와는 별개로 여성의 임신 및 출산이란 모성적 기능은 매우 중요함
- 여성의 임신 및 출산·양육에 대한 보호는 국가가 보장해야 할 의무일 뿐만 아니라 여성의 권리로 권리 실현을 위한 여성들의 적극적인 정책 개입 여지 확보
- ③, ④항을 제36조에 규정해야 한다는 견해도 있었으나, 오늘날 한국여성 이 겪고 있는 불평등의 원인 및 여성인권 문제와 직결되어 있는 현실을 감안하여 남녀평등 조항에 두기로 함

8) 일과 생활의 균형 정책 명시

- 가족 친화적인 노동환경 및 문화 조성과 장시간 노동으로부터 사생활을 영위할 권리를 보장하기 위한 국가의 책무 부여
- ‘일과 생활의 균형’을 명시한 조항은 성평등 조항이 아니라 개정안 제35조 ‘일할 권리’조항에서 규정함

라. 아동의 권리(현행 헌법 제34조 제4항의 구체화 및 신설, 개정안 제16조)

- 개정안

현행헌법	개정안
<p>第34條 ④ 國家는 老人과 靑少年의 福祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다.</p>	<p>제16조 ① 아동은 자신의 행복을 위하여 보호를 받을 권리가 있으며, 아동과 관련한 모든 공적·사적 조치는 아동의 이익을 우선적으로 고려하여야 한다.</p> <p>② 아동은 독립된 인격체로 존중받고, 자유롭게 의사를 표현하며, 자신에게 영향을 주는 결정에 참여할 권리를 가진다.</p> <p>③ 아동은 차별받지 아니하며, 부모와 가족 그리고 사회공동체 및 국가의 보살핌을 받을 권리를 가진다.</p> <p>④ 아동은 모든 형태의 학대와 방임, 폭력과 착취로부터 보호받으며 적절한 휴식과 여가를 누릴 권리를 가진다.</p>

- **신설취지:** 아동은 현행 헌법 제34조 제4항상의 부양이나 복지의 대상에 그치는 것이 아니라, 성인과 마찬가지로 독립된 인격체로 존중받고 자유로운 의사표현과 결정에 참여할 권리를 가진 주체임. 따라서 유엔 ‘아동 권리협약’의 기본원칙과 권리에 준거하여 우리 헌법도 아동이 차별받지 않을 권리, 국가와 사회공동체의 보살핌을 받을 권리, 폭력과 착취로부터 보호받을 권리 등을 지닌 주권자임을 명시할 필요 있음
- 아동, 어린이, 청소년 등 다양한 용어가 사용되고 있으나, ‘아동’(유엔 아동권리협약, 아동복지법 등에서 ‘18세 미만인 사람’을 의미)으로 통일하여 사용
- 독립된 인격체로 존중받고 자유로운 의사표현과 결정에 참여할 권리, 차별받지 않을 권리와 국가와 사회공동체의 보살핌을 받을 권리, 폭력과 착취로부터 보호받을 권리 등을 명시함

마. 노인의 권리(현행 헌법 제34조 제4항의 구체화 및 신설, 개정안 제17조)

- 개정안

현행헌법	개정안
第34條 ④ 國家는 老人과 青少年의 福祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다.	제17조 노인은 존엄하고 자립적인 삶을 영위할 권리와 사회적·문화적 생활에 참여할 권리를 가지며, 모든 영역에서 부당한 차별을 받지 아니한다.

- **신설취지:** 우리 사회는 고령사회에 이미 진입하였으나, 전통사회 붕괴, 가족제도의 변화, 실업 등으로 노인이 차별 받고 노인의 생존과 품위가 위협받고 있는 실정이며, 이는 향후 가속화될 전망이다. 따라서 노인이 자립적인 삶을 영위하고, 품위를 지키며 차별받지 아니하고, 원만한 사회·문화적 권리를 향유할 수 있도록 명시화 필요가 있음
- 노령화가 가속화되고 있는 상황에서 노인 보호의 필요성이 커졌으므로 노인의 권리보호 규정이 별도로 필요하다는 의견임
- 차별금지사유로 ‘연령’을 명시하고, 사회보장을 받을 권리에 ‘노령’을 이유로 생활능력이 없는 경우 기초생활을 유지할 수 있도록 보장하는 것으로 목적을 달성할 수 있으므로 별도의 규정까지는 필요하지 않다는 의견 있음

바. 장애를 가진 사람의 권리(현행 헌법 제34조 제5항의 구체화 및 신설, 개정안 제18조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
<p>第34條 ⑤ 身體障礙者 및 疾病·老齡 기타의 사유로 生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다.</p>	<p>제18조 ① 장애를 가진 사람은 존엄하고 자립적인 삶을 영위할 권리와 사회참여의 권리를 가진다. ② 국가는 장애를 가진 사람에게 법률에 따라 자신이 가진 능력을 최대한으로 개발하고 경제활동이 가능하도록 적극적으로 지원하며, 필요한 보건의료 및 기타 서비스를 지원해야 한다. ③ 국가는 장애를 가진 사람들의 사회적 통합을 추구하고 사회참여를 보장하여야 한다.</p>

○ 신설취지: 현행 헌법 제34조 제5항은 주체를 ‘신체장애자’로 한정하고 보호의 대상으로 규정하고 있어 유엔 장애인권리협약 등이 보장하고 있는 정신적 장애를 포함하지 못하고 또한 장애에 대한 사회적 의미를 결여하고 있음. 현대인에게 신체적·정신적 장애는 누구나 경험할 가능성이 있으며, 이들 ‘장애를 가진 사람’에게 중요한 것은 보호의 차원을 넘어 자기 계발 기회, 일할 권리, 공동체 참여 기회를 제공하는 것이며, 이런 기회를 통해 이들 역시 사회의 한 구성원으로 사회통합에 기여할 수 있도록 명문화할 필요 있음

2) 개정안 내용

- 용어 사용 및 명칭 문제: ‘장애를 가진 사람’
 - 현행 헌법은 ‘신체장애자’란 용어를 사용하고 있으나, 장애는 ‘신체’에만 한정되는 것이 아니므로 ‘신체’로 제한한 것은 부당하고, ‘자(者)’자는 하대하는 의미가 섞여 있어 가능한 한 사용을 자제하는 것이 추세이므로 ‘신체장애자’란 용어는 변경해야 함. 대안은 ‘장애인’ 또는 ‘장애를 가진 사람’임
 - ‘장애인’에 상응하는 영어 표현도 변화의 과정을 거쳤음. 과거에는

- ‘cripple’이나 ‘handicapped’란 용어가 사용되었으나, 장애에 대한 비하의 뉘앙스가 내포되어 있어 더 이상 사용되지 않음
- 1975년 UN ‘장애인 권리선언(Declaration on the Rights of Disabled Persons)’⁶⁾은 ‘Disabled Persons’란 용어를 사용했음. 위 선언은 장애인을 ‘선천적으로나 후천적으로나 신체적 능력이나 정신적 능력에 결함이 발생함으로써 스스로 개인생활이나 사회생활을 정상적으로 영위할 수 있는 필요조건을 전혀 갖출 수 없거나 부분적으로 갖출 수밖에 없는 모든 사람’으로 정의했음
 - 세계보건기구(WHO)는 1980년 ‘손상, 장애, 사회적 불리에 대한 국제장애분류’(International classification of impairments, disabilities and handicaps), 1997년 ‘손상, 장애, 사회적 불리에 대한 국제장애분류-2’, 2001년 ‘기능, 장애 및 건강에 관한 국제 분류(International classification of functioning, disability and health: ‘ICF’)’를 각 발표하고 이에 따라 장애를 분류할 것을 권장했음. ICF는 과거의 분류와 달리 개인적인 장애나 질병과 상황적 맥락(환경적 요소와 개별적 요소)과의 상호작용에 의하여 기능과 장애를 설명하고 장애 개념을 확대했으며, 여기에는 개인 뿐만 아니라 사회 환경적 맥락(context)이 강조되었음. 이에 따라 개인적인 문제는 없으나 의도적 따돌림이나 사회적 오명 등에 의해 적절한 사회관계를 제한받는 경우에도 참여의 제한이라는 측면에서 장애로 인정되었음⁷⁾
 - 유엔 ‘장애를 가진 사람 권리협약’은 ‘disabled persons’라는 용어를 사용하지 않고 ‘persons with disability’란 용어를 사용했음. ‘disabled persons’는 ‘사람’보다는 ‘장애’를 강조한 것처럼 보여 한 인간으로서 개인의 능력에 장애가 있다는 의미로 오인될 수 있음. 장애보다는 인격적인 존재인 개인을 강조하고, 하나 혹은 둘 이상 존재할 수 있는 다양한 장애의 속성을 반영하기 위하여 ‘persons with disabilities’를 사용하고 있

6) 1975년 12월 9일 UN총회 결의안 3447(XXX)

7) 국가인권위원회, 『장애인권리협약 해설집』, 23~24면. 새로운 분류에 의한 장애의 정의를 수용하면 대분류, 중분류, 소분류 등에 포함되는 개별적인 장애의 종류와 범위도 늘어나게 되며, 장애인을 위한 정책도 환경적 요인을 포함한 보다 다양한 접근을 필요로 하게 된다. 특정 영역에서 개인의 기능 수준은 건강상태와 상황적 맥락의 상호작용의 결과라고 보는 것이며, 여기서 개인의 기능은 신체의 기능과 구조, 활동, 참여 등으로 표현된다. 이러한 세 가지 차원의 기능들은 건강조건과 상황적 맥락에 속하는 환경 요소(사회의 인식, 건축물의 장애요소 정도 등)와 개인적 요소(성, 연령, 인종, 습관, 대처양식 등)의 양 측면에서 영향을 받는다.

- 음.8) 장애를 가진 사람 권리 협약 전문은 “장애는 발전하는 개념이며, 또한 장애는, 다른 사람들과 동등한 기초위에서, 완전하고 효과적인 사회참여를 저해하는 태도 및 환경적인 장벽과 손상을 지닌 개인과의 상호작용으로부터 야기된다는 것을 인정”한다고 규정하고 있음. 제1조는 “장애인은, 다양한 장벽과의 상호작용으로, 다른 사람들과의 동등한 기초 위에서 완전하고 효과적인 사회 참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적 또는 감각적 손상을 가진 사람을 포함한다.”고 정의함. 이는 ‘신체적, 정신적, 지적, 감각적 손상’이라는 의료적 모델과 ‘다양한 장벽과의 상호작용으로, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 완전하고 실질적인 사회 참여의 저해’라는 사회적 모델 개념이 포함되어 ICF의 장애분류법 권고를 반영하고 있음. 이러한 개념정의는 장애의 원인, 장애로 인한 문제, 문제의 해결책 등을 장애인이 가지고 있는 개인적 속성에서 찾는 ‘개별적 모델’에서 벗어나 장애인 개인과 사회 환경과의 부적절한 상호작용을 문제의 원인으로 보고 그 해결책으로 사회 환경의 변화를 추구하는 ‘사회적 모델’ 중심으로의 인식 변화를 보여줌. 그렇다고 해서 종전의 의료적 모델이 전혀 중요하지 않거나 배제 혹은 무시되는 것은 아님. 장애인의 의료적 재활에 있어서는 사회적인 모델보다 의료적인 모델이 우선적으로 고려되어야 함. 장애인 권리협약 전문 (e)호는 ‘장애는 점진적으로 발전하는 개념’이라고 규정하고 있는바, 장애범주는 단계적으로 확대될 것이고 그로 인해 기존 장애개념으로 포함되지 않았던 사람들이 장애인의 개념으로 들어오면서 장애인구는 점진적으로 증가할 것임. 이는 ‘장애’와 ‘장애인’에 대한 사회적 인식을 바꾸어 갈 수 있는 의미 있는 변화라 할 수 있음. 장애개념이 더욱 복잡해지고 포괄적으로 변화하고 있는 현실이 고려되면서, 장애의 문제가 더 이상 개인이 해결해야 할 문제가 아닌 사회적, 환경적 문제로 인식되고 있음을 보여주는 것임⁹⁾
- 헌법에서 장애 관련하여 어떤 용어를 사용하는가는 장애에 관한 기본적인 인식을 나타내므로 신중하게 결정해야 함. 장애에 관한 의학적 모델과 사회적 모델 중 어느 모델에 입각해서 보장할 것인가가 사용하는 용어에 의해 드러나게 됨. 사회적 모델을 따르는 장애 개념을 채택할

8) 앞의 『장애인 권리협약 해설집』, 19~20면.

9) 앞의 『장애인 권리협약 해설집』, 24면.

경우 그 적용대상자가 확대되기 때문에 사회적 장벽을 제거해야 하는 정부의 의무는 커지게 됨. 국제사회에서의 용어의 변천과 장애에 관한 모델의 변화 과정을 고려한다면 ‘장애를 가진 사람(persons with disability)’이란 용어를 사용하는 것이 타당함

- 장애를 가진 사람의 권리를 보장하는 조항의 제1항에서는 ‘국가의 의무’가 아니라 ‘장애를 가진 사람의 기본적인 권리’를 명시하는 것이 체계에 부합함. “① 모든 장애를 가진 사람은 존엄하고 자립적인 삶을 영위할 권리와 공동체 생활에 참여할 권리를 가진다.”
- 장애인 정책의 우선순위는 보호보다 일할 권리의 보장과 사회통합에 있으며, 이를 위해 국가는 재활 및 보조도구 지원에 힘쓰는 것이 중요하며, 이는 인본주의나 사회경제적 효과 면에서 대단히 중요한 의미가 있음
- 그 외 정신적·신체적 이유로 일상생활이 어려운 사람 경우 국가의 보호가 필요하므로 인간다운 생활을 할 권리의 조항에서 사회보장을 받을 권리를 명시함. 예시하면 “제33조 ② 모든 국민은 질병·장애·노령·실업·사망·출산 등으로 발생하는 사회적 위협으로부터 적절한 생활을 유지할 수 있도록 사회서비스를 포함한 사회보장을 받을 권리가 있다.”

○ 차별금지사유에 ‘장애’를 추가함

4. 자유권의 확대(강화 및 신설: 개정안 제19조-제32조)

현행헌법	개정안
-	제19조 자유롭게 행동할 권리(신설)
第12條 身體의 自由	제20조 신체의 자유
第17條, 第18條 私生活의 秘密과 自由, 通信의 秘密 保障	제21조 사생활의 자유와 통신의 비밀 보장
第16條 住居의 自由	제22조 주거의 자유
第14條 居住·移轉의 自由	제23조 거주·이전의 자유
-	제24조 난민 보호 및 망명권(신설)

현행헌법	개정안
第19條 良心의 自由	제25조 사상의 자유 신설, 양심의 자유
第20條 宗教의 自由, 宗教와 政治 分離	제26조 종교의 자유, 종교와 정치 분리
第22條 學問과 藝術의 自由	제27조 학문과 예술의 자유
-	제28조 알권리 정보접근권 등 정보권(신설)
第21條 言論·出版의 自由 등	제29조 표현의 자유 강화
第21條 言論·出版의 自由 등	제30조 집회·결사의 자유 강화
第15條 職業選擇의 自由	제31조 직업의 자유
第23條 財産權 保障	제32조 재산권 보장

가. 자유롭게 행동할 권리 신설(개정안 제19조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
-	제19조 <u>모든 사람은 자유롭게 행동할 권리를 가진다.</u>

- **신설취지:** 지금까지 자유롭게 행동할 원리는 헌법 학설과 판례를 통해 헌법 제10조 ‘행복을 추구할 권리’에 함축된 것으로 보았으나, 이를 자유권 서두에 명문화함으로써, 행동의 자유와 개성의 자유로운 발현이 인간의 존엄과 가치, 행복추구의 원천임을 확인함
- “자유롭게 행동할 권리” 신설 여부
 - 찬성(다수): 자유권 서두에 규정하여 학설과 판례로 인정된 일반적 행동자유권을 명문규정으로 인정함
 - 반대: 제10조 행복추구권의 가장 핵심적인 내용이 일반적 행동자유권이라는 점에서 중복 규정이므로 불필요함을 주장(대부분의 헌법학자들 견해)

나. 신체의 자유(현행헌법 제12조 1항; 개정안 제20조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
第12條 ① 모든 國民은 身體의 自由를 가진다. (이하 현행 제12조 내용은 사법절차권리 부분으로 이동·개정)	제20조 모든 사람은 신체의 자유를 가진다.

○ 주체를 ‘국민’에서 ‘사람’으로 변경

- 현행헌법 제12조 제2항 이하의 규정들은 사법절차권리 부분으로 이동·개정

다. 사생활의 자유와 통신의 비밀 보장(현행헌법 제17조, 제18조; 개정안 제21조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
第17條 모든 國民은 私生活의 秘密과 自由를 침해받지 아니한다. 第18條 모든 國民은 通信의 秘密을 침해받지 아니한다.	제21조 ① 모든 사람은 사생활의 자유를 가지며, 사생활의 비밀을 침해받지 아니한다. ② 모든 사람은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.

- 사생활의 비밀과 사생활의 자유를 기본권 성격을 반영하여 별개로 규정함
- 헌법 제17조가 보장하는 ‘사생활의 비밀’은 사생활과 관련된 사사로인 자신만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 할 수 있는 권리로서 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권이라 할 것이고, ‘사생활의 자유’란 사회공동체의 일반적인 생활규범의 범위 내에서 사생활을 자유롭게 형성해 나가고 그 설계 및 내용에 대해서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리로서 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호를 의미한다(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92 등, 판례집 13-2, 174, 203; 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 206-207 참조)는 헌법재판소의 결정내용 참조

○ 통신의 자유 신설 여부

- 찬성의견: 통신의 자유와 통신을 통한 표현행위의 자유를 보장하는 적극적인 권리로 규정
- 반대의견(다수): 통신의 비밀과 달리 통신의 자유를 모든 사람의 권리로 인정하는 것은 통신망을 비롯한 기간시설 등은 한정적인 자원이라는 점 등 제한의 배경적 요소가 더 고려되어야 한다는 점에서 규정에 반대함

라. 주거의 자유 보장(현행헌법 제16조; 개정안 제22조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
第16條 모든 國民은 住居의 自由를 침해받지 아니한다. 住居에 대한 押收나 搜索을 할 때에는 檢事의 申請에 의하여 法官이 발부한 令狀을 제시하여야 한다.	제22조 모든 사람은 주거의 자유를 침해받지 아니한다.

- 주거의 자유를 보장하는 조문만을 남기고, 영장주의 적용에 관한 이하의 내용은 삭제함

마. 거주·이전의 자유 보장(현행 헌법 제14조; 개정안 제23조)

○ 현행 헌법상의 규정 유지

현행헌법	개정안
第14條 모든 國民은 居住·移轉의 自由를 가진다.	제23조 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.

바. 난민 보호 및 망명권 신설(개정안 제24조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
-	제24조 ① 국가는 국제법과 법률에 따라 난민을 보호한다. ② 정치적으로 박해받는 자는 망명권을 가진다.

- **신설취지:** 대한민국은 인간의 보편적 권리와 국제법을 존중하고, 인종·종교·국적 등을 초월하여 ‘사람’의 자유권적 기본권을 인정하고 존중하는 민주국가임. 인권보장의 국제화·세계화 추세를 고려하여 난민을 보호하고, 우리 역시 민주화 과정을 겪었던 나라로서 그 필요성에 공감하며 정치적 박해를 받는 사람의 망명권을 신설함
- **입법례**
세계인권선언 제14조 ① 누구든지 박해를 피하여 다른 나라에서 비호를 구하거나 비호를 받을 권리를 가진다.
독일 기본법 제16조의a ① 정치적으로 박해받은 자는 망명권을 가진다.
- 인권의 보편성과 인권보장의 국제화·세계화 추세를 고려하여 난민의 보호의무와 정치적으로 박해받은 자의 망명권을 신설함

사. 사상과 종교의 자유(현행 헌법 제19조, 제20조; 개정안 제25조, 제26조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
第19條 모든 國民은 良心의 自由를 가진다.	제25조 모든 사람은 <u>사상</u> 및 양심의 자유를 가진다.
第20條 ① 모든 國民은 宗教의 自由를 가진다. ② 國教는 인정되지 아니하며, 宗教와 政治는 分離된다.	제26조 ① 모든 사람은 종교의 자유를 가진다. ② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

2) 사상의 자유 신설

- 사상의 자유는 양심의 자유와 구분할 필요가 있음
- 헌법재판소는 양심의 자유를 “어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적인 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서 절박하고 구체적인 양심”으로 보아 좁게 해석(헌재 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정¹⁰⁾)하고 있으며

10) “양심의 자유 중 양심형성의 자유는 내심에 머무르는 한, 절대적으로 보호되는 기본권이라 할 수 있는 반면, 양심적 결정을 외부로 표현하고 실현할 수 있는 권리인 양심실현의 자유는 법질서에 위배되거나 타인의 권리를 침해할 수 있기 때문에 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라 할 것이다.”

로, 사상의 자유를 양심의 자유와 구분되는 자유권적 기본권으로 명시할 필요가 있음

- 신념이나 생각 등의 다른 표현도 검토해 보자는 일부 의견, 사상의 자유를 학문의 자유와 함께 규정할 경우 논란을 해소할 수 있다는 일부 의견 등도 있었으나, 양심과 사상의 자유를 가진다고 규정하는 의견에 다수가 동의함

3) 종교의 자유와 신앙의 자유

- 신앙의 자유 명시 여부
 - 찬성 입장: 종교의 자유에는 신앙의 자유, 종교적 행사의 자유, 종교적 집회·결사의 자유, 선교의 자유 등이 포함되나, 종교적 행사의 자유 등은 외부에 나타나는 행위라는 점에서 헌법유보나 법률에 따라 제한될 수 있는 상대적 자유권인 반면, 신앙의 자유는 인간의 내심의 작용에 따른 절대적 자유권이라는 점에서 차이가 있으므로 신앙의 자유를 명시해야 함
 - 반대 입장: 신앙과 종교의 구분에 대한 합리적인 설명이 가능한지 회의적이고, 종교의 자유 속에 포함되므로 별도로 규정할 필요 없음

아. 학문과 예술의 자유(현행헌법 제22조; 개정안 제27조)

- 현행 유지

현행헌법	개정안
第22條 ① 모든 國民은 學問과 藝術의 自由를 가진다. ② 著作者·發明家·科學技術者와 藝術家의 權利는 法律로써 보호한다.	제27조 ① 모든 사람은 학문과 예술의 자유를 가진다. ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로 보호한다.

자. 정보기본권(신설, 개정안 제28조)

- 개정안

현행헌법	개정안
-	제28조 ① 모든 사람은 알권리 및 정보접근권을 가진다. ② 모든 사람은 자신의 정보에 관한 결

현행헌법	개정안
	<p>정권을 가진다.</p> <p>③ 모든 사람은 정보문화향유권을 가진다.</p> <p>④ 국가는 개인별·지역별 정보격차를 해소하고 정보독점으로 인한 피해를 예방 및 시정하기 위하여 노력하여야 한다.</p>

- 신설취지: 정보화 사회가 급진전되면서 현행 헌법 제17조 ‘사생활의 비밀과 자유’라는 소극적 권리만으로는 정보의 접근과 통제가 불가능하게 되었고, 다수 사람들이 개인별·지역별 정보격차, 정보독점의 피해를 경험하고 있는 실정임. 따라서 현대사회에 맞게 정보에 대한 자기결정권을 보장하고, 정보격차 해소 및 정보독점 예방을 위한 국가적 의무를 신설할 필요 있음
- 현행 헌법의 해석상으로도 정보기본권은 인정되고 있으나(알 권리는 언론·출판의 자유에서, 개인정보자기결정권은 사생활의 자유에서 각각 도출), 정보화 사회에서 정보 관련 권리 보장을 강화할 필요성이 인정되므로 신설함
 - ※ 알권리에 포함되는 것으로 해석되는 ‘정보접근권’을 별도로 명시할 것 인지에 관해서는 논란이 있었음
 - 찬성 의견: 정보공개청구권을 명확히 표현하는 의미로 명시
 - 반대 의견: ‘알권리’의 핵심내용이므로 이를 명시하는 것은 중복규정
- 개인정보의 자기결정권 보장
 - 사생활의 비밀과 자유에 의한 보호규정은 소극적이므로 본인 스스로 자신의 정보를 열람·정정·삭제할 수 있는 권리인 개인정보자기결정권을 명시
- 국가의 정보격차 및 정보 집중으로 인한 피해 해소 노력의무 규정
 - 정보 기술 및 정보 자원에서의 접근능력 부족은 지식정보의 결핍뿐만 아니라 정치적·경제적·사회적 참여의 박탈을 의미하므로 정보격차의 해소 및 정보독점으로 인한 피해의 해소를 위한 국가의 노력 의무 규정

- 정보권의 하나로 ‘정보문화향유권’ 규정
 - 정보문화향유권의 의의: 형성 과정 중에 있는 기본권으로서 유엔 사회권규약 제15조가 보장하는 ‘문화생활을 누릴 권리’와 ‘과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리’를 포함하는 것으로 이해. 제3세계 국가에서 HIV/AIDS 의약품 가격과 관련하여 의약품 접근권을 주장하는 관점에서 발전됨¹¹⁾
 - 신설 반대 의견: 과학적 문화적 창작물에 대해 지적재산권을 강하게 보장하는 것이 오히려 필요
 - 신설 찬성 의견: 과학적 문화적 창작물은 인류가 쌓아온 업적에 토대를 둔 것이기 때문에 온전히 그 창작자 개인의 작품으로 볼 수 없고 인류 공동자산으로 볼 수 있음. 의약품, 농산물 등의 경우 특허권 남용으로 절실하게 필요한 사람들이 이용하지 못해 생명을 잃기까지 하는 사례가 많은 것이 현실. 지적재산권을 보호하되, 국가가 사회경제적 약자의 정보문화향유를 지원할 수 있는 헌법적 근거를 마련할 필요 있음

차. 표현의 자유 및 집회·결사의 자유(현행 헌법 제21조; 개정안 제29조, 제30조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
<p>第21條 ① 모든 國民은 言論·出版의 自由와 集會·結社의 自由를 가진다.</p> <p>② 言論·出版에 대한 許可나 檢閱과 集會·結社에 대한 許可는 인정되지 아니한다.</p> <p>③ 通信·放送의 施設基準과 新聞의 機能을 보장하기 위하여 필요한 사항은 法律로 정한다.</p> <p>④ 言論·出版은 他人의 名譽나 權利또는 公衆道德이나 社會倫理를 침해하여서는 아니 된다. 言論·出版이 他人의 名譽나 權利를 침해한 때에는 被害者는 이에 대한 被害의 賠償을 請求할 수 있다.</p>	<p>제29조 ① 모든 사람은 자유롭게 자신의 의사를 표현할 권리를 가지며, 이에 대한 허가나 검열은 금지된다.</p> <p>② 언론매체의 자유와 다원성, 다양성은 존중된다.</p> <p>③ 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 배상 또는 정정 등을 청구할 수 있다.</p> <p>제30조 모든 국민은 집회와 결사의 자유를 가지며, 이에 대한 허가는 금지된다.</p>

11) 국가인권위원회, 『정보인권 보고서』, 2013. 1.

- 표현의 자유와 집회·결사의 자유 분리
 - 언론·출판의 자유를 표현의 자유로 변경하고, 집회·결사의 자유를 별도의 조항으로 규정함
 - 표현의 자유는 개인적 의사표현의 자유이고 집회·결사의 자유는 집단적 의사표현의 자유로 구분되어 보호 대상이 상이하다는 점을 근거로 함
 - 모든 형태의 표현의 자유를 널리 보장하기 위해 언론·출판의 자유를 표현의 자유로 수정
- 표현의 자유에 대한 ‘허가 및 검열’ 금지
- 통신·방송의 시설기준(제21조 제3항) 삭제
 - 통신·방송의 시설기준은 언론·출판 활동을 위축시키게 되므로 삭제
- 언론·출판의 자유의 한계(제21조 제4항 전단) 삭제 여부와 정정보도청구권 등 명시 여부
 - 언론·출판의 자유의 한계 중 ‘공중도덕이나 사회윤리’ 표현은 현실과 괴리감이 있고 추상적인 표현이므로 삭제함.
언론·출판의 자유의 한계 규정은 음란물 등에 대한 제한의 근거가 되므로 현행 유지가 바람직하다는 일부 의견 있었음
 - 타인의 명예나 권리를 침해한 경우 피해배상 청구권과 함께 정정보도청구권 등을 명시함. 손해배상과 정정보도 청구 등의 주체를 피해자에 한정할 것인지 여부에 대한 논의가 있었으나, 타인의 배상청구를 인정하게 되면 범위가 과도하게 넓어지므로 현행 과 같이 명시하기로 함

카. 직업의 자유 및 재산권(현행 헌법 제15조, 제23조; 개정안 제31조, 제32조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
第15條 모든 國民은 職業選擇의 自由를 가진다.	제31조 모든 국민은 직업의 자유를 가진다.
第23條 ① 모든 國民의 財産權은 보장된다. 그 내용과 限界는 法律로 정한다. ② 財産權의 행사는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다.	제32조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

현행헌법	개정안
③ 公共必要에 의한 財産權의 收用·사용 또는 제한 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다.	③ 公共필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로 정하되, 正當한 보상을 지급하여야 한다.

2) ‘직업선택의 자유’를 직업의 자유로 확대

- 현행 직업선택의 자유는 직업선택의 자유뿐만 아니라 직업활동(수행)의 자유도 포함하는 것으로 해석됨. 이를 명확히 하기 위해 ‘직업의 자유’로 표현(헌재 2014. 1. 28. 선고 2011헌바252 결정, 헌재 2009. 7. 30. 선고 2007헌마1037 결정, 헌재 1998. 3. 26. 선고 97헌마194 결정 등 참조)

3) 재산권

- 재산권 조항은 현행 유지로 의견 모음
- 지적재산권의 별도 보장 여부
 - 지적재산권에 대한 권리를 별도로 보장할 필요가 있다는 견해가 있으나, 현행 헌법에 의하더라도 인정하는데 지장이 없으므로 굳이 신설할 필요 없다는데 의견을 모음
 - 지적재산권을 강하게 보호할수록 정보약자를 억압하는 측면이 있다는 점도 고려해야 함
- 토지공개념 도입 여부
 - 찬성론: 자본주의 시장경제질서를 채택하고 있더라도 토지, 의료, 교육 등의 영역은 공공성을 부여할 필요가 있으므로, 재산권 조항에 “토지, 주택, 자연자원, 그 밖의 공공재의 소유 및 처분은 공공복리에 적합하도록 법률로 제한할 수 있다.”는 항을 신설하는 것이 필요
 - 반대론: 토지공개념은 사유재산권과 헌법상 자유시장경제의 원칙적 보장을 침해할 수 있고, 재산권의 공공성은 현행 헌법 제23조 제2항의 사회적 기속성으로도 충분히 실현할 수 있으며, 토지공개념에 의한 조세 부과 효과 및 궁극적인 부담자 등을 고려하여 별도로 명시할 필요 없음. 입법정책의 문제로 볼 것임
 - 경제 관련 조항에서 논의해야 한다는 것으로 의견을 모음

5. 사회권(사회적 기본권)의 확대 및 강화(개정안 제33조~제38조)

가. 개정안 조문표

현행헌법	개정안
第34條, 第35條, 第36條 人間다운 생활을 할 권리, 社會保障·社會福祉, 快適한 住居生活, 保健權 등	제33조 인간다운 생활을 할 권리, 사회보장을 받을 권리, 보건의료서비스를 보장 받을 권리, 건강권, 쾌적한 주거생활 권리, 문화생활을 누릴 권리 등
第31條 教育 받을 權利 등	제34조 교육권과 학습권
第32條, 第33條 勤勞의 權利, 勞動3權 등	제35조, 제36조 노동권 및 일할 권리 강화, 노동3권 강화
第35條 環境權, 環境保全	제37조 환경권 강화, 생명체 존중을 위한 규정 신설
第124條 消費者保護運動 보장	제38조 소비자의 권리 신설

나. 사회권 확대의 의의

- 이번 개헌으로 제시할 사회상은 모든 구성원이 기초생활을 유지하지 못하는 위험으로부터 해방되어 존엄과 가치를 지키면서 건강하고 문화적인 삶을 향유하는 사회임. 당면한 사회적·경제적 양극화와 취약계층의 문제를 해소함은 물론 출산력 제고를 위해 사회권을 확대하고 강화하여 지속가능한 사회를 만들기 위함
- 사회권은 단지 정치적 구호나 입법방침이 아닌 헌법의 명문에 의하여 규정된 국민의 구체적인 권리임, 사회적 기본권에 의해 국민이 받을 이익은 결코 국가의 은혜 내지 사회정책상의 시책에 수반되는 반사적 이익에 불과한 것이 아니라 법적 이익이며, 자유권의 실질화는 바로 이러한 법적 이익의 보장을 통해서만 가능함¹²⁾
- 사회권 영역별로 구체화하여 개별적인 기본권으로 명시할 필요 있음

12) 김복기, 사회적 기본권의 법적 성격, 129면, 사회보장법연구3, 서울대사회보장법 연구회.

다. 인간다운 생활을 할 권리·사회보장을 받을 권리 등(현행 헌법 제34조~제36조;
개정안 제33조)

1) 개정안

헌행헌법	개정안
<p>第34條 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.</p> <p>② 國家는 社會保障·社會福祉의 增進에 노력할 義務를 진다.</p> <p>③ 國家는 女子의 福祉와 權益의 향상을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>④ 國家는 老人과 靑少年의 福祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다.</p> <p>⑤ 身體障礙者 및 疾病·老齡 기타의 사유로 生活能力이 없는 국민은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다.</p> <p>⑥ 國家는 災害를 豫防하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>第35條 ③ 國家는 住宅開發政策 등을 통하여 모든 국민이 快適한 住居生活를 할 수 있도록 노력하여야 한다.</p> <p>第36條 ③ 모든 국민은 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다.</p>	<p>제33조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.</p> <p>② 모든 국민은 질병·장애·노령·실업·사망·출산 등으로 발생하는 사회적 위험으로부터 적절한 생활을 유지할 수 있도록 소득보장과 사회서비스를 포함한 사회보장을 받을 권리가 있다. (현행 제34조 ③, ④, ⑤항 삭제; 개정안 제15조, 제16조, 제17조로 이동)</p> <p>③ 모든 국민은 적절한 보건의료서비스를 보장받을 권리가 있으며, 국가는 국민의 건강 증진을 위하여 노력하여야 한다.</p> <p>④ 모든 국민은 쾌적한 주거생활을 할 권리를 가진다.</p> <p>⑤ 모든 사람은 문화생활을 누릴 권리를 가진다. (현행 제34조 ⑥항 삭제; 개정안 제13조로 이동)</p>

2) 인간다운 생활을 할 권리

- 모든 사회구성원의 인간으로서 존엄과 가치 및 행복추구권을 구체적으로 보장하기 위해 인간다운 생활을 할 권리를 보장함
- 주체를 ‘국민’으로 할 것인가 ‘사람’으로 할 것인가. 사회권적 기본권이라는 점을 중시하여 ‘국민’으로 하여야 한다는 의견(다수)과 ‘모든 사람’으로 하고 외국인에 대해서는 필요한 경우 법률로 제한하도록 하는 것이 타당하다는 의견(소수)이 있었음
- 사회보장, 보건·의료서비스를 보장받을 권리, 주거권의 주체와 관련하여 ‘국민’으로 하고 법률을 통해 외국인 등에 확대해야 한다는 견해와 ‘사람’으로 확대해서 규정해야 한다는 견해 있음

3) 사회보장을 받을 권리

- ‘모든 국민은 질병·장애·노령·실업·사망·출산 등으로 발생하는 사회적 위험으로부터 적절한 생활을 유지할 수 있도록 사회서비스를 포함한 사회보장을 받을 권리를 가진다.’고 규정하여 사회보장 받을 권리를 실질화함
- ‘서비스’라는 용어가 헌법에 적정한 용어인지에 관해 논의. 그 결과 사용 찬성이 다수 의견(이미 법률상 용어로 사용되고 있고, ‘용역’ 등의 번역어로는 정확한 의미 표현에 한계가 있음)

4) 건강/보건권

- 보건의 최종목적은 국민의 건강을 지키며 증진시키는 것이므로 보건권은 건강권의 하위에 속하는 것으로 해석됨
- 현행 제36조 ③항의 보건에 관한 조문을 국민의 건강권과 국가의 보건의료서비스로 강화
- 국민의 건강권을 지키기 위해서는 보건뿐 아니라 경제, 사회, 환경적인 요소가 복합적으로 작용하기 때문에 건강권 조항을 대폭 강화하고 복합적 관점으로 접근할 필요 있음
- 이를 별도의 독립조문으로 두기보다는 취약계층일수록 보건의료 서비스에 의존도가 높음을 감안할 때 사회보장 조항에 포함하여 구체화·강화하는 내용으로 명시하는 것으로 의견을 모음. ‘사회보장기본법’에서 사회서비스의 한 영역으로 보건의료도 포함시키고 있음을 감안할 필요 있음 (사회보장기본법 제3조 제1호, 제4호).

5) 주거권

- 현행 헌법 제35조 제3항은 환경정책과 사회보장정책을 혼동한 것임. 전통적으로 주택문제는 사회보장의 대상이기 때문임. 우리나라 주택사정을 고려할 때 현행헌법 제35조 제3항과 같은 내용의 규정은 반드시 필요함. 그러나 그 위치는 환경권을 규정한 제35조가 아니라 사회보장의 근거규정인 제34조이어야 함¹³⁾
- 현행 제35조 제3항의 주거에 관한 조항을 주거권으로 구체화하고 사회보

13) 홍성방, 개정6판 헌법학, 2009, 현암사, 616.

장권의 하나로 명시. 열악한 환경에서 살아가고 있는 국민을 국가가 적극적으로 보호해야 하고, 인간이 살아가는 데 있어 반드시 필요한 주거문제를 헌법적 차원에서 보장해야 할 필요가 있음

6) 문화생활을 누릴 권리

- 주체는 ‘모든 사람’으로 함
- 권리내용은 문화생활에 대한 참가(participation), 문화생활에 대한 접근(access), 문화생활 기여(contribution)로 구성됨

라. 교육받을 권리(현행 헌법 제31조; 개정안 제34조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
第31條 ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다. ② 모든 국민은 그 보호하는子女에게 적어도 初等교육과 法律이 정하는 교육을 받게 할 義務를 진다. ③ 義務교육은 無償으로 한다. ④ 교육의 自主性·專門性·政治的 中立性 및 大學의 自律性은 法律이 정하는 바에 의하여 보장된다. ⑤ 國家는 平生교육을 振興하여야 한다. ⑥ 學校教育 및 平生교육을 포함한 教育制度와 그 운영, 教育財政 및 敎員의 地位에 관한 基本的인 사항은 法律로 정한다.	제34조 ① 모든 사람은 평생에 걸쳐 학습하고, 능력과 적성에 따라 균등하게 교육받을 권리를 가진다. ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 별률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다. ③ 의무교육은 무상으로 한다. ④ 국가는 교육과정의 질 제고 및 형평성 보장을 위하여 노력하고, 평생교육, 직업교육, 민주시민교육, 사회교육을 진흥하여야 한다. ⑤ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성은 보장된다. 구체적인 내용은 법률로 정한다. ⑥ 대학 자치는 보장된다.

2) 평생 학습권 명시

- 능력과 적성에 따라 균등하게 교육받을 권리와 함께 평생 학습권 명시
- “교육받을 권리”에 대한 논의: 교육을 받는다라는 표현 자체가 국민이 가진 교육기본권의 의미를 본질적으로 훼손함. 교육은 교사의 활동이 아니라 학습자의 활동에서 일어나는 작용이기 때문에 교육받을 권리에 대한 기술이 바뀌어야 함. 아동·청소년의 입장에서 보면 기본권은 교육받을 권리가 아니라 학습할 권리와 돌봄을 받을 권리임. 특히 학교에서뿐만 아니

라 방과 후 활동 전반에서 아동·청소년이 돌봄·학습을 총체적으로 받을 권리를 규정할 필요 있음

3) 의무교육

- 의무교육의 핵심은 국가 교육을 강제적으로 제공하며 무상이라는 교육 사상이 담겨 있음. 그러나 강제성과 무상성은 동일하지 않으며 구분되어야 함. 강제적인 국가교육은 최소한에 머물러야 하며, 강제적인 경우 모든 교육 활동은 무상을 전제로 하여야 함. 입학금과 등록금, 교과서 등에 한정된 무상성이 아니라 급식비, 통학에 필요한 교통수단, 보건 및 건강 관련 서비스, 교복 등 간접 경비까지 국가가 제공하는 적극적인 무상성이 필요함
- ‘의무교육’을 ‘초등교육과 법률이 정하는 교육’에서 ‘초등교육과 중등교육 및 법률이 정하는 교육’으로 확대하자는 의견과 ‘법률이 정하는 교육’으로 하여 학제개편 등에 유연하게 대응할 수 있도록 하자는 의견 있음
- 자녀를 의무교육 시킬 의무를 국민에게 부과하는 것이 타당한지에 대한 의견 차이 있음. 의무교육을 시킬 의무는 국가가 부담하는 것으로 규정하는 것이 타당하다는 의견 있음. 현재 의무교육이 갖는 강제성은 대안학교, 홈스쿨링 등 학부모의 자녀 교육권과 많은 충돌을 보임. 이런 경우에도 국가 최소기준이 달성할 때까지 학부모에게는 강제하되, 필요한 지원은 다하는 것으로 규정할 필요 있음

4) 국가의 교육과정 질 제고 및 형평성 노력 의무와 교육진흥의무의 범위 확대

- 국가의 교육과정의 질 제고 및 형평성을 위한 노력 의무 명시
- 우리나라에서 일어나는 교육 격차의 원인과 배경이 균등한 공교육이 아니라 불평등한 사교육, 부모의 사회경제적 지위 그리고 지역교육 격차에 있음. 헌법이 균등하게 교육받을 권리라 명시하여 교육격차 및 교육과정 형평성에 대해 형식적으로 접근한다면 현재와 같이 교육은 부모의 사회경제적 지위를 대물림 받는 수단으로 전락할 것임. 그러므로 새 헌법에서 교육의 출발선과 중간 과정, 도착점 전반에서 교육격차를 줄이려는 국가의 의무를 강조할 필요가 있음. 본질적인 문제는 교육 격차 해소가 결과적으로 하향평준화로 귀결되면 안 되므로 교육과정 질 제고가 국가의 의무가 되어야 함

○ 국가의 교육진흥의무를 현재 ‘평생교육’에서 ‘직업교육, 민주시민교육, 사회교육’까지 확대

5) 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자치

○ 대학 자치를 별도의 항으로 독립하여 규정

- 초중등교육과 다른 대학의 특수성을 반영하여 ‘대학의 자율성’이란 용어 대신 ‘대학자치’로 표현하여 자주성·전문성·중립성 보장 조항과 별도 조항으로 규정

마. 노동권 강화, 일할 권리 규정, 노동3권 개선(현행 헌법 제32조, 제33조; 개정안 제35조, 제36조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
<p>第32條 ① 모든 국민은 勤勞의 權利를 가진다. 國家는 社會的·經濟的 方法으로 勤勞者의 雇傭의 增進과 適正賃金의 保障에 노력하여야 하며, 法律이 정하는 바에 의하여 最低賃金制를 施行하여야 한다.</p> <p>② 모든 국민은 勤勞의 義務를 진다. 國家는 勤勞의 義務의 內容과 조건을 民主主義原則에 따라 法律로 정한다.</p> <p>③ 勤勞條件의 基準은 人間의 尊嚴性을 保障하도록 法律로 정한다.</p> <p>④ 女子의 勤勞는 特別한 보호를 받으며, 雇傭·賃金 및 勤勞條件에 있어서 不當한 差別을 받지 아니한다.</p> <p>⑤ 年少者의 勤勞는 特別한 보호를 받는다.</p> <p>⑥ 國家有功者·傷痍軍警 및 戰歿軍警의 遺家族은 法律이 정하는 바에 의하여 優先的으로 勤勞의 機會를 부여받는다.</p>	<p>제35조 ① 모든 사람은 일할 권리를 가진다.</p> <p>② 국가는 고용의 증진에 노력하고, 고용 안정을 위한 정책을 시행해야 한다. 노동자를 고용할 때는 정당한 이유가 없는 한 기간의 정함이 없이 직접고용 하여야 한다.</p> <p>③ 국가는 적정임금의 보장에 노력하며, 법률이 정하는 바에 따라 최저임금제를 시행한다. 동일한 가치의 노동에 대하여는 동일한 임금이 지급되어야 한다. (현행 ②항 삭제)</p> <p>④ 노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 공동으로 결정하되, 그 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>⑤ 노동자는 정당한 이유 없는 해고로부터 보호받을 권리를 가진다. (현행 ④항, ⑤항 다른 조항으로 이동)</p> <p>⑥ 국가유공자·상이군경과 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 노동의 기회를 부여받는다.</p> <p>⑦ 국가는 모든 사람이 일과 생활을 균</p>

현행헌법	개정안
	형 있게 영위할 수 있도록 정책을 실시하여야 한다.
<p>第33條 ① 勤勞者는 勤勞條件의 향상을 위하여 自主的인 團結權·團體交涉權 및 團體行動權을 가진다.</p> <p>② 公務員인 勤勞者는 法律이 정하는 者에 한하여 團結權·團體交涉權 및 團體行動權을 가진다.</p> <p>③ 法律이 정하는 主要防衛産業體에 종사하는 勤勞者의 團體行動權은 法律이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>	<p>제36조 ① 노동자는 자주적으로 단결할 자유를 가진다.</p> <p>② 노동자는 단체교섭권 및 단체협약 체결권과 대표를 통하여 사업운영에 참여할 권리를 가진다.</p> <p>③ 노동자는 경제적·직업적 이익에 관한 주장을 관철하기 위하여 파업 기타 단체행동을 할 권리를 가진다. 현역군인과 경찰공무원의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>

2) 노동권 강화

○ 노동권 강화의 필요성

- 노동자는 우리 사회에서 절대 다수를 차지하고 모든 재화와 용역의 직접 생산자로서 노동자 없이 이 세상의 존립과 유지하는 불가능하며, 또한 우리 사회의 중요한 세력임에도 그 동안은 우리 사회는 노동자들을 무시하고 적대시 해왔음
- 이미 1944년 필라델피아 선언은 ‘노동은 상품이 아니다’라고 천명했음에도 21세기가 훨씬 지난 대한민국에서는 노동은 여전히 비용으로만 취급되고 있는 실정임. 비정규직의 양산으로 양극화가 심화되어 인권 침해는 물론이고 사회통합의 중대한 위협 요인 이 되고 있으며, 나아가 유효수요의 절대 부족으로 성장의 발목을 잡고 있는 실정임. 노동자들의 기본권 보장 강화를 통해 양극화를 해소하는 것이 사회의 지속가능한 성장을 위해서도 절체절명의 과제가 되었음
- 대한민국의 노동3권 보장 수준은 국제노동기준에 비추어 현저하게 열악하여 노동후진국으로 평가되고 있으며, 매년 유엔과 ILO 등 국제기구로부터 노동권 탄압에 대한 지적과 개선 권고를 받고 있는 실정임. 이번 개헌의 기회에 노동권을 국제노동기준에 부 합하는 수준으로 강화해야 함

- ‘노동’ ‘노동자’를 헌법상 용어로 규정
 - 노동에 대한 인식을 개선하는 출발점으로 헌법상 용어를 ‘근로(勤勞)’ ‘근로자(勤勞者)’에서 ‘노동(勞動)’ ‘노동자(勞動者)’로 변경
 - 사전적(辭典的) 의미
 - 근로: ‘부지런히 일함.’ 동원체제적 느낌을 주는 용어라는 지적에 동의.
 - 노동: ‘1. 사람이 생활에 필요한 물자를 얻기 위하여 육체적 노력이 나 정신적 노력을 들이는 행위’
 - 근로자: ‘근로에 의한 소득으로 생활을 하는 사람’
 - 노동자: ‘1. 노동력을 제공하고 얻은 임금으로 생활을 유지하는 사람. 법 형식상으로는 자본가와 대등한 입장에서 노동계약을 맺으며, 경제적으로는 생산수단을 일절 가지는 일 없이 자기의 노동력을 상품으로 삼는다.’
 - 사전(辭典)적인 의미나, 역사적 의미나, 사회 현실적 측면에서도 ‘노동’, ‘노동자’가 적절한 용어임에도 ‘근로’ ‘근로자’를 사용한 것은 헌법 제정 당시의 이데올로기적·체제대립적 상황에 기인한 바 큰데, 이미 그러한 상황을 극복한 상태이므로 ‘노동’, ‘노동자’를 헌법상 용어로 사용함

3) 제32조 ‘일할 권리’

- ‘근로의 권리’란 용어를 ‘일할 권리’로 변경
 - 현재 1991. 7. 22. 89헌가106 결정; 현재 2002. 11. 28. 2001헌바50 결정 등: 근로의 권리란 인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 말하는바, 이러한 근로의 권리는 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 기본권임
 - 현재 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정, 현재 2016. 3. 31. 선고 2014헌마367 결정 등도 “헌법상 근로의 권리는 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 의미”한다고 하여 ‘일할 권리’를 사용함

- 국가의 고용안정 정책 시행 의무와 무기·직접고용 원칙
 - 현행 헌법 제32조 제1항은 제2문으로 국가의 고용증진, 적정임금 보장 노력의무 및 최저임금제 시행에 관하여 규정하고 있는데, 이를 고용에 관한 조항과 임금에 관한 조항으로 구분하여 별도의 항으로 규정함
 - 국가의 의무를 규정하면서 정책수단을 ‘사회적·경제적 방법으로’ 제한할 필요가 없으므로 이 부분을 삭제함
 - 고용안정의 중요성에 비추어 국가의 의무에 ‘고용증진’뿐만 아니라 ‘고용안정’을 위한 정책 시행을 추가함. 유엔 사회권규약은 ‘생산적인 완전고용 보장’¹⁴⁾을 목표로 제시하고 있음(제6조 제2항)
 - 고용안정을 실질적으로 보장하기 위해 ‘노동자를 고용할 때는 정당한 이유가 없는 한 기간의 정함이 없이 직접고용 하여야 한다.’고 하여 무기고용 및 직접고용 원칙을 명시함
- 적정임금 보장과 최저임금제 시행 및 동일가치노동 동일임금 명시
 - 임금과 관련하여 현행 적정임금 보장 및 최저임금제 시행과 함께 동일가치노동 동일임금 보장을 명시함
 - ILO 제100호 ‘동일가치노동에 대한 남녀동일보수에 관한 협약’¹⁵⁾ 및 제90호 권고, UN 사회권규약{제7조 (a)(i)},¹⁶⁾ UN 여성차별철폐협약¹⁷⁾ 등에서 규정하고 있음
 - 동일가치노동에 대한 동일임금 지급은 노동자를 존엄과 가치를 존중받아야 할 인간으로 대우하는 출발점이기 때문임. 노동자가 수행하는 업무가 동일한 가치가 있음에도 성별 또는 고용형태 등 합리적이지 않은 이유로 차별대우(가장 대표적인 영역이 임금 차별)를 하는 것은 차별을 넘어 인간에 대한 모욕임. 동일가치노동에 대한 동일임금 보장의 명시는 제도적 모욕을 예방하려는 헌법제정권자의 의지의 표현임

14) ‘full and productive employment’

15) Convention concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value; 1953. 5. 23. 발효했고, 한국은 1997. 11. 18. 비준했다.

16) Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work;

17) 1981. 9. 3. 발효했고, 한국은 1984. 12. 27. 비준했음.

- 현행 헌법 제32조 제2항의 ‘근로의무’ 삭제
 - 근로의무는 공동체 유지를 위한 도덕적 의무로 봐야 하고, 헌법적 의무로 규정하는 것은 강제근로금지 원칙에 반할 소지가 있음. 모든 국민이 일할 수 있도록 일자리를 제공하는 것은 국가의 의무이지 국민의 의무로 강제하는 것은 바람직하지 않음
 - 노사대등결정 원칙 규정
 - 개정안 제35조 제4항에서 노동조건 결정과 관련하여 근로기준법 제4조의 노사대등 공동 결정 원칙을 명시
 - 정당한 이유 없는 해고로부터의 보호 규정
 - 개정안 제35조 제5항으로 노동법의 핵심적 성과인 정당한 이유 없는 해고로부터 보호받을 권리(근로기준법 제23조)를 규정함
 - 일과 생활의 균형 정책 명시
 - 생활 친화적인 노동환경 및 문화 조성 과 장시간 노동으로부터 사생활을 영위할 권리를 보장하기 위한 국가의 책무를 규정함
 - 이 규정을 성평등 조항에 둘 것인가 일할 권리 조항에 둘 것인가 의견 차이가 있었음. 일과 생활의 균형은 단순히 남성과 여성의 문제 또는 일과 가정생활의 문제만이 아니라 모든 일하는 사람의 문제이므로 일할 권리 조항에 규정하는 것으로 의견을 모음
 - 여성 및 아동의 근로
 - 평등권 부분의 성평등, 아동의 권리 보장 조항으로 이동
- 4) 제33조 ‘노동3권’
- 노동3권의 규정 형식
 - 노동3권인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 모두 명시하여 보장할 것인가 또 현재와 같이 한 조항에 병렬적으로 나열해서 규정할 것인지 아니면 각각의 권리를 별도의 조항으로 규정할 것인지 검토할 필요가 있음
 - 세 권리의 상호의존성과 연관성을 고려하여 현행 방식을 유지할 수도 있고, 각 권리의 독자성을 강조하기 위해 별도의 조항으로 규정할 수도 있음. 일본과 우리나라를 제외한 국제인권규약과 선진국은 별도의 조

항으로 규정하고 있음

- 단결권의 자유권성을 강조하고 각 권리의 독자성을 확실히 하기 위해 각 권리를 별도의 조항으로 규정함

○ 단결권의 자유권성 확인

- 국가에 의한 노동조합 설립 및 운영에 대한 부당한 간섭과 개입이 일상화되어 있는 한국의 현실에 비추어 노동3권, 특히 단결권의 자유권적 성격을 분명히 함
- 이를 위해 제1항으로 ‘노동자는 단결의 자유를 가진다.’고 규정함

○ 단체교섭·단체협약 체결권 및 사업 운영 참가권

- 제2항으로 노동자의 단체교섭권 및 단체협약 체결권 그리고 대표를 통하여 사업운영에 참가할 권리를 명시함
- 단체협약 체결권은 단체교섭권에서 당연히 도출되므로 이를 굳이 명시할 필요가 있는지 문제될 수 있으나, 공공부문 등의 영역에서 단체협약의 효력을 부정하는 입법 또는 지침 등이 남용되고 있고, 단체협약에 대한 행정관청의 시정명령제도가 유효하게 인정되고 있으므로 이러한 폐단을 예방하기 위해 단체협약 체결권을 명시함
- 제헌헌법에서는 노동자의 이익균점권을 명시했음. 이익균점권은 노동자가 기업 이윤의 일부를 가질 권리가 있다는 의미. 이익균점권의 핵심 논리는 노동자에게는 자본가와 함께 기업 활동의 열매를 나누어 가질 ‘당연한 권리’가 있다는 것. 사기업의 경영자는 월급 이외에도 회사 경영으로 축적한 이익을 근로자에게 분배해야 하는 의무를 지며, 국가는 근로자에게 이러한 이익분배의 청구권을 보장해 주어야 함. 이익공유제나 경제민주화 관련법과 비교하여 강력한 분배정의를 담고 있음
- 현대적 관점에서 보면 이익균점권보다는 사업 운영 참가권이 보다 현실적임. 이익균점권이 종업원지주제 등의 의미로 제한될 수 있으므로, 노동자가 자신의 처지를 결정하는데 참가한다는 산업민주주의 원리를 실질화하는 사업운영 참가권이 보다 적절함

○ 단체행동권의 보장 및 제한

- 제3항으로 단체행동권에 대해 규정함
- 단체행동권의 주체를 ‘노동자’로 하고, 목적에 대해 ‘경제적·직업적 이익에 관한 주장을 관철하기 위하여’라는 규정을 두고, 제2문으로 ‘현

역군인과 경찰공무원'에 한해 법률로 이를 제한하거나 인정하지 않을 수 있다고 규정함

- 공무원인 노동자의 노동3권 제한 조항(제33조 제2항) 삭제
 - 공무원의 노동3권 제한과 관련해서는 유엔 자유권규약, 유엔 사회권규약, ILO 제87호 협약 등의 기준에 따라 ‘현역군인과 경찰공무원’에 한하여 노동3권을 법률로 제한할 수 있음을 규정
 - 이에 대해서는 노동3권 제한 범위가 지나치게 협소하다고 우려하는 견해가 있음. 다른 공무원이나 교원 등의 경우 현행 헌법 제37조 제2항에 규정된 일반법률유보 조항에 의해서 얼마든지 다른 기본권과의 조화를 이루는 방법으로 제한이 가능함
- 주요방위산업체 노동자의 단체행동권 부인 조항(제33조 제3항) 삭제
 - 유신헌법 이전에는 존재하지 않던 조항
 - 과도한 제한이므로 폐지 필요. 필수공익사업 또는 필수유지업무 등으로 규율하는 것으로 충분함
- 필수공익기관 노동자의 단체행동권 제한 규정화에 대해서는 반대의견으로 정리
 - 2014년 자문위 개정안은 철도파업 등의 영향으로 필수공익기관 근로자의 단체행동권 제한 근거를 명시했으나(안 제39조 제3항), 이는 노동3권 확대에 역행하는 것으로서 부당함

바. 환경권 강화 및 생명체 존중을 위한 규정 신설(현행 헌법 제35조 구체화 및 신설; 개정안 제37조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
第35條 ① 모든 국민은 건강하고 쾌適한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 國家와 국민은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다. ② 環境權의 내용과 행사에 관하여는 法律로 정한다.	제37조 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.

현행헌법	개정안
	<p>④ 국가는 지구생태계와 미래세대에 대한 책임을 지고, 환경을 지속가능하게 보전하여야 한다.</p> <p><현행 ②항 삭제></p>

2) 신설 취지

- 1992년 리우 회의 이후, 환경보전, 미래세대를 고려한 지속가능성, 동식물을 포함한 생명체 존중은 유엔을 비롯한 국제 규범이며, 인류가 공유해야 할 보편가치로 정착함. 또한 기후변화의 위기가 심화되고, 에너지 생산과 소비의 혁신과 정의에 대한 논의가 심화되고 있음. 하지만 우리 헌법은 이런 시대적인 변화 이전에 개정되어 성장과 분배(119조), 개발과 이용(120조, 122조) 중심으로 되어 있으므로, 이를 현실에 맞게 수정·보완하고 지속가능하고 정의로운 정책 수행에 대한 국가의 의무와 국민의 권리를 명시할 필요가 있음
- 과학과 소비의 발달로 지구환경 자체의 위기가 도래한 상황에서 인류사회의 지속가능성을 확보하기 위해 생명 보호 및 환경권을 강화하여야 함
- 환경권의 강화와 국가목표로서 ‘환경의 지속가능한 보전’ 과제의 부과는 ‘인간 중심의 헌법질서에 자연과 생명의 가치를 보원’해 시대의 요청인 환경국가원리를 확립하기 위한 것임

3) 개정안 내용

- 전문에 ‘생명 존중’, ‘미래세대에 대한 책임’, ‘지속가능성’을 명시함
 - ‘생명 존중’을 제시하는 것은 ‘지구 위 생명공동체의 존속·번영의 기반인 자연환경의 보호 사명을 인식하고, 생명가치를 제고하며, 생명공동체의 한 성원으로서 인간의 지위와 책임을 천명하자’는 취지임. 생태계 위기와 위험사회 도래로 인간을 포함한 생명체가 위기에 지속적으로 노출되어 있고, 무분별한 개발, 환경파괴, 극심한 경쟁으로 생명공동체인 인간, 동식물의 관계가 파괴되고, 생명의 가치에 대한 존중이 위협받고 있음. 이에 헌법 생명 존중 정신을 명기하여 이를 상기하고, 이를 근거로 환경권, 경제조항, 국토개발 조항에 미래세대에 대한 책임과 지속가능성의 헌법적 근거를 마련할 필요 있음

- ‘미래세대에 대한 책임’은 ‘현세대 인간들에 의하여 대표되지 못하는 미래세대의 이익을 확인함으로써, 국토와 자원의 이용에 있어 절제와 공유의 원칙을 도입하자’는 취지임
 - ‘지속가능성’은 ‘자연의 순환과정을 유지하고 자연의 재생능력 한계 범위 내에서 경제 질서를 조직하거나 국토-환경계획의 연계를 통하여 환경적 지속가능성을 확립하자’는 것임. 또한 ‘경제, 사회, 문화의 모든 분야에서도 이러한 정신을 반영하여 지속가능성을 우리 사회의 보편적 가치로 승화시키자’는 취지임
- 제35조 환경권 조항을 정비해 공유권 및 향유권으로서 환경권의 특성을 추가하고, 동물을 비롯한 자연 보호에 대한 사회 책임을 도입함. 또한 에너지 정책의 중요성에 비추어 ‘국가의 에너지의 생산과 소비의 지속가능성과 정의를 확립하기 위한 노력’의무를 명시함. 나아가 국가의 환경 보전 목표가 지구생태계와 미래세대에 대한 책임과 환경의 지속가능성을 확보하는 것’임을 분명히 함
- 제35조 제2항 “모든 생명체는 법률이 정하는 바에 따라 국가의 보호를 받는다.”의 앞 부분을 “동물을 포함한 생명체는”으로 해야 한다.”는 의견 있음. 이는 동물권단체들의 적극적 요청에 따른 것인데, 높은 지적능력과 공감능력을 가진 동물들을 우선적으로 배려해야 한다는 취지임. 하지만 분과위원 다수는 생태계의 완전성과 다원성을 고려할 때, 동물의 지위를 특별히 강조하는 것은 논리적, 생태적 측면에서 타당하지 않다고 지적해 최종적으로 명시하지 않기로 함
- 제119조(경제), 120조(자원), 122조(국토) 등에서 ‘국토와 자원의 유한성을 인정하고, 경제와 개발 국토정책에 지속가능성 의무를 부여’함. 구체적으로 119조에 자연의 유한성 인지와 지속가능성 도입이 필요하고, 120조에 지속가능한 보전 및 개발 원리를 표현해야 하며, 122조에 개발과 보전의 균형과 조화를 천명해야 함. 다만, 이 부분은 경제·재정 분과의 소관사항임

○ 전문

현행	개정안
… 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며,	… <u>인류애와 생명 존중으로 평화와 공존을 추구하고</u> … <u>지구생태계와 자연환경의 보호에 힘쓰며</u> …,
… 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서	… <u>모든 분야에서 지속가능한 발전을 추구함으로써</u> <u>우리와 미래세대의 모든 분야에서</u> <u>미래세대의 자유와 안전과 행복을 지속가능하게 확보할 것을</u> 다짐하면서

- 인간은 고도의 지적 사유능력과 윤리적 반성능력을 가지고 있음. 이는 우주 진화역사 137억년, 지구 진화역사 46억년이라는 기나긴 시간과정 속에서 이루어진 기적이자 축복이라 할 수 있음. 고도의 지적·윤리적 능력을 인간은 그 능력에 알맞게 지구 위 생명공동체의 자연적 기반을 잘 가꾸고 향상시키며, 영원히 보전하는 커다란 책임을 지고 있음
- 인간은 객체와의 관계 속에서 자신의 정체성을 형성하고 발전시켜가는 ‘관계적’ 존재임. 인간은 지구 위 생명공동체의 책임 있는 성원으로서 다른 성원들을 존중하고 배려하며 그들의 기본적 이익과 조화를 이루며 살아갈 때 역량을 가지고 있는 것임. 이는 생명공동체로 연결된 우리와 우리 후손들이 그리고 다른 생명 존재들이 더 건강하고 안전하게, 번영을 누리며 공존할 수 있는 근거가 됨
- 환경적으로 건전하고 지속가능한 발전(ESSD; Environmentally Sound and Sustainable Development)은 전 세계가 합의한, 21세기 지구환경시대의 새로운 발전패러다임임. 『지속가능발전법』에서 ‘지속가능발전’을 “지속가능성에 기초하여 경제의 성장, 사회의 안정과 통합 및 환경의 보전이 균형을 이루는 발전”으로 정의하고 있음(제2조 제2호). 이러한 지속가능발전 이념을 헌법이 지향하고 추구하는 이념가치로서 헌법전문에 반영함으로써 ESSD를 지구환경시대에 우리 사회 발전의 지향목표이자 국가경영의 지도원리가 되도록 함

○ 제35조

현행	개정안
① 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.	① 모든 사람은 건강하고 쾌적한 환경을 함께 누릴 권리를 가진다.
② 환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.	삭제

- 환경권 조항은 1980년 8월 15일 헌법개정을 통해 신설되었음. 당시 많은 이들은 환경권의 헌법 명시가 국가의 인적·물적 부담을 가중시킬 것으로 우려했으며, 배상사태에 따른 국가부담 증가, 예산집행상의 어려움, 경제발전의 둔화 등을 거론하였음. 당시로서는 사례를 찾기 힘든 매우 진취적인 규정이었음
- 현행 헌법은 환경권을 건강하고 쾌적한 환경에서 ‘생활할’ 권리로 규정하고 있음. 법원은 특히 민사법 관계에서 원칙적으로 환경권의 구체적 권리성을 부정한 채 환경이익이 생활이익으로 인정되는 경우 소유권으로써 환경이익을 보호하고 있음¹⁸⁾
- 환경이익은 생활(상의) 이익과 밀접하게 결부되어 있는 것은 사실이지만 반드시 그러한 것은 아님. 기본적으로 환경이익은 사람이 환경을 의도적으로 혹은 비의도적으로 누리는(향유하는) 이익으로 파악하는 것이 보다 적절한 이해임
- ‘함께’라는 문구를 쓴 것은 환경권의 개체적 권리성을 넘는 집단적 권리성을 나타내고자 하기 위함임. 환경권의 대상으로서 자연환경은 우리 후손을 포함하여 집합적 관계로서의 우리들이 공유하는 자산임. 환경이 공유자산이므로 누군가가 이를 훼손하거나 오염시키는 등 남용 또는 오용한다면 이는 곧 다른 사람들의 향유이익을 침해하는 것이 됨. 환경권을 이처럼 집단적 권리로 표현함에 따라 환경권은 각자가 향유하는 권리이지만 동시에 자신의 향유권과 불가분적으로 결합된(자신의 부당하거나 부적절한 향유가 다른 사람들의 향유에 부정적 영향을 미칠 수 있다는 점에서) 타인의 향유권을 존중해야 한다는 원리(환경을

18) 대법원 1995. 5. 23.자 94마2218 결정; 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다23378 판결; 대법원 1997. 7. 22. 선고 96다56153 판결 참고.

보전하고 유지해야 하는 의무)를 자연스럽게 도출할 수 있게 됨. 이와 같이 환경권을 파악한다면, 환경권은 “다른 사람들의 향유와 공존할 수 있는 내용과 방법”으로 특정한 환경을 향유할 수 있는 권리“로 해석될 수 있음(‘공존의 rule’). 나아가 이러한 이해와 해석은 사법영역에서 법원이 사인에 의한 환경오염 또는 훼손행위를 금지하는 등의 법적근거로 환경권을 원용할 수 있는 길을 터줄 것임

- “환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다”는 현행 제35조 제2항은 종래 환경권의 구체적 권리성을 부정하는 강력한 논거 중 하나로 인용돼 왔음. 독일 기본법에의 수용당시 이러한 ‘법률유보 조항’ 도입을 둘러싸고 찬반논의가 있었음. 기민당/기사당측은 환경보호라고 하는 헌법적 보호법익은 동등한 헌법적 가치를 가진 경제성장 등과 갈등을 일으키게 될 것인바 입법자가 이익형량을 통해 그 충돌을 해결할 수 있다고 찬성하였음. 반면 사민당측은 법률유보를 두면 환경보호가 결국 그때 그때 의회 내 다수파의 손에 맡겨질 것이며 환경보호가 단순히 입법자의 재량에 일임되는 경우 사실상 헌법적 성질을 상실하게 되어 二流의 국가목표가 될 것이라며 반대하였음.¹⁹⁾ 이 조항은 양날의 칼의 성격을 가짐. 이른바 법률유보 조항은 입법자에 환경권 보장과 실현을 위하여 입법과제를 명시적으로 부과하고 있다는 점에서 일단 긍정적임. 하지만 동시에 법률유보 조항은 환경권은 법률이 정하지 않는 한 단지 추상적인 권리로서 권리를 행사할 수 없다는 식으로 헌법적 실효성을 약화시키는 방향으로 해석하는 근거가 될 수 있다는 점에서 부정적임. 현재 환경부 소관 환경법은 2016. 5. 기준으로 대기·수질·폐기물·토양·자연환경 등 분야 총 59개 법률이 제정되어 환경법체계는 (적어도 양적으로) 여느 선진국 못지않게 갖추어져 있다고 평가할 수 있음. 그렇게 본다면 위 제2항의 법률유보 조항은 충분히 자신의 역사적 소명을 다한 것이 아닌가 생각하고 그렇다면 이제 이 조항을 삭제함으로써 남아 있는 법률유보조항의 부정적 기능을 제거해야 함

현행	개정안
-	② 모든 생명체는 존중받고, 국가는 이를 위하여 필요한 내용을 법률로 정한다.

19) 고문현, 『독일환경법』, UUP, 2005, 38-9.

- 인간은 지구 위 생명공동체의 책임 있는 성원으로서 그 밖의 다른 생명 공동체의 성원의 존재가치를 존중하고 배려할 때 생명공동체와 연결된 우리 인간의 안전과 번영도 영원히 보장받을 수 있을 것임. 모든 생명체의 존재가치와 이익은 보장되어야 하지만 이러한 가치이익은 인간의 기본적 가치이익과 충돌을 할 수 있음. 따라서 이러한 충돌을 고려하여 인간 이외의 생명체의 존재가치와 이익을 어떻게, 어느 정도로 보장할 것인지는 결국 입법자가 이익형량을 통하여 결정해야 할 문제임
- 국가는 이 조항에 따라 인간 이외의 생명의 존재가치와 이익을 적절한 수준으로 보호하여야 하며, 국가가 이러한 보호의무를 준수하였는지 여부는 헌법재판소가 확립한 ‘과소보호금지원칙’에 따라 판단할 수 있을 것임
- 인간의 기본권을 규정한 헌법에서 모든 생명체 존중을 명시하는 것은 헌법체계에 부합하지 않는다는 반대의견 있음. 인간의 기본권도 인간 사회가 존재한 후에 성립할 수 있는 것으로 인간 존속의 기본적인 조건으로서 생명체 존중을 헌법에 명시한다고 문제될 것은 없음
- 소극적 견해: 이미 헌법전문에서 모든 생명의 존중을 헌법적 가치로 선언하였음에도 이를 반복 규정할 필요는 없다는 의견
- 토론회에서 ②항을 제10조 제2항으로 규정해야 한다는 견해도 있었음

현행	개정안
-	③ 국가는 미래세대에 대한 책임을 지고 환경을 지속가능하게 보전하여야 한다.

- 환경보호를 헌법에 성문화하는 방식은 크게 1) 기본권 형식으로 규정하는 경우와 2) 국가목표(학자마다 정의를 조금씩 달리하고 있으나, 여기서는 “국가활동에 일정한 과제의 지속적 준수와 이행을 규정하는 구속력을 가진 헌법규범” 정도로 파악한다) 형식으로 규정하는 경우의 두 가지 유형이 있음
- 독일의 경우 23년 동안의 오랜 논쟁을 거쳐 1994년 10월 27일 국가목표 형식으로 수용되었음. 독일연방공화국 기본법에 “또한 미래세대에 대한 책임을 지고”라는 문구가 삽입된 경위는 다음과 같음. 환경보호의 기본법에의 수용과 관련한 개정안 논의에서 ‘인간중심적’ 환경보호와 ‘자연중심적’ 환경보호의 입장이 대립하였음. 기민당/기사당은 환경보

호 국가목표가 추구하는 보호법익은 오직 인간의 자연적 생활기반이며 독자적인 환경보호는 헌법의 인간중심적인 전체 구도에 맞지 않을 뿐 아니라 기본법 제1조 제1항은 인간이 모든 국가규율과 조치의 기준이자 중심임을 입증하고 있다고 하여 인간중심적 환경보호를 주장하였음. 반면 시민당은 환경은 그 자체를 위하여 헌법적 보호를 필요로 하며, 인간중심적인 것은 결과적으로 다른 현실적 이익들이 환경보호에 항상 우선될 것이므로 환경보호에 상당한 제약을 초래할 것이라고 하여 자연중심적 환경보호를 주장하였음. 이같이 대립하는 입장을 절충하기 위하여 기민당/기사당의 주장인 “인간의 자연적 생활기반”에서 “인간의”라는 명백한 인간중심적 표현이 삭제되는 대신 “미래세대들에 대한 책임을 지고”가 첨가되었음²⁰⁾

- 우리 헌법은 전자의 방식을 따랐음. 하지만 당시 환경보호를 기본권 형식으로 규정하게 되면 어떠한 문제가 발생할 것인가에 대한 논의는 거의 없었음²¹⁾
- 일단 환경보호를 환경기본권을 보장하는 형식으로 수용된 이상 국민의 기본권으로서 35년 이상 인정되어 오던 것을 버린다는 것은 헌법규범적으로도, 또 헌법정책적으로도 그리 바람직하지 않음. 한 헌법학자는 “국가목표규정으로부터 국민의 주관적 권리가 추론될 수 없다”며 어떠한 경우에도 환경기본권을 삭제하고 그 대신 환경국가만을 선언하는 방법은 바람직하지 않다고 함.²²⁾ 대안은 환경기본권 형식을 유지하면서 환경보호에 관한 국가과제를 더 명확히 규정함으로써 환경국가원리성을 강화하는 것이 좋음. 따라서 제35조에 제3항으로 “국가는 미래세대에 대한 책임을 지고 환경을 지속가능하게 보전해야 한다.”고 함으로써 환경의 지속가능한 보전을 국가목표로 분명히 규정함. 이로써 환경의 지속가능한 보전은 국가의 과제규범 또는 목표조항으로 입법·행정·사법의 국가기관에 대하여 구속력을 가지고 국가행위의 지침이자 법규범의 해석지침이 되는 것임²³⁾

20) 고문현, 『독일환경법』, UUP, 2005, 38.

21) 법제처, 『헌법연구반 보고서』, 1980, 155-9; 고문현, “저탄소 녹색성장을 위한 비교헌법적 연구”, 환경법연구 제32권 3호, 126 등 참고.

22) 홍성방, 위의 책, 617.

23) 한수용, 위의 책, 994.

- 국가는 현재 살고 있는 사람을 보호해야 할 의무가 있는 것처럼 장래에 살게 될 세대를 보호할 의무가 있다는 것, 곧 현재 살고 있는 우리는 오늘 발생시킨 위협에 대하여 ‘후세대를 보호할 의무’가 있기 때문에 미래세대가 충분히 그들의 깨끗한 환경에 대한 권리를 누릴 수 있도록 모든 노력을 다해야 함.²⁴⁾ 미래세대에 대한 책임을 진다함은 바로 이를 의미함

사. 소비자의 권리 신설(현행 헌법 제124조 관련; 개정안 제38조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
第124條 國家는 <u>건전한 消費行爲를 啓導하고 生産品の 品質向上을 촉구하기 위한 消費者保護運動을 法律이 定하는 바에 의하여 보장한다.</u>	제38조 ① 모든 사람은 <u>소비자의 권리</u> 를 가진다. ② 국가는 <u>소비자운동을 법률로 정하는 바에 따라 보장한다.</u>

- **신설취지:** 현행 헌법 제124조는 개발 시기에 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상 촉구라는 국가목표를 달성하기 위한 취지를 담고 있는 것으로 시대에 맞지 않음. 안전하고 질 좋은 상품을 필요한 시기에 자신의 선호와 선택에 따라 구매하고 소비할 권리를 보장할 필요 있음
- 소비자 권리 신설
 - ‘소비자보호운동 보장’ 조항(제124조)을 ‘소비자의 권리’로 별도 신설
 - 경제분야에서 경제민주화 등 사회정의 요청이 확산됨에 따라 소비자의 권리 규정 필요성 증대
 - 토론회에서 소비자 권리의 내용을 구체적으로 나열할 필요가 있다는 견해도 있었으나, 굳이 헌법에 이를 나열할 필요는 없는 것으로 의견을 모음
- 소비자운동 보장 조항(제124조 국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.) 정리
 - ②항으로 하되, 부적절한 ‘건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질

24) 홍성방, 위의 책, 610.

향상을 촉구하기 위한' 부분 삭제

6. 참정권(개정안 제39조-제45조)

가. 조문표

현행헌법	개정안
第24條 選舉權	제39조 선거권
第25條 公務擔任權	제40조 공무담임권
-	제41조 직접민주제(국민발안·투표·소환) 신설
-	제42조 공정하고 적법한 행정요구권 신설
第26條 請願權	제43조 청원권 강화

나. 선거권과 공무담임권(현행 헌법 제24조, 제25조; 개정안 제39조, 제40조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
第24條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 選舉權을 가진다.	제39조 모든 국민은 선거권을 가진다. 구체적인 사항은 법률로 정한다.
第25條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 公務擔任權을 가진다.	제40조 모든 국민은 공무담임권을 가진다. 구체적인 사항은 법률로 정한다.

○ 현행 유지함

다. 적법하고 공정한 행정요구권

- 주권자인 국민뿐만 아니라 행정의 수요자인 모든 사람에게 공정하고 적법한 양질의 행정을 요구할 수 있는 권리를 헌법상 권리로 인정하고 행정주체에게 이에 부합하는 행정을 하도록 기준을 제시
- 적법행정 요구권은 관련 법률이 없더라도 국가(주로 행정부)에 대해 적극적인 작위의무(주로 급부행정)를 요구할 수 있는 권리로 2014년 자문위원 안에 들어감. 자문위원장이었던 김철수 교수, “새로운 기본권으로 국가에 대한 평등하고 정의로운 법치행정을 요구할 수 있는 권리로 양질의 행정을

요구할 수 있다.”고 설명함²⁵⁾

- 행정청의 부작위나 거부처분에 대해 실효성 있는 불복수단이 마땅치 않으므로 적극적인 ‘적법하고 공정한 행정 요구권’ 신설
- 지방자치법상 주민소송이 허용되고 있는데 반해, 중앙정부 차원에서 국민소송이 인정되지 않고 있고, 이를 입법화하고자 해도 반대의견이 많아 입법이 이루어지지 못하고 있는 상황. 공정·적법 행정요구권을 명시할 경우 국민소송제도를 입법하는데 기여할 것이라는 견해 있음
- 실질적으로 국민의 권리구제에 가장 직접적이고 현실적인 기능을 수행할 수 있는 행정심판제도의 근거조항으로 기능할 수 있을 것임

라. 청원권

- 청원 주체의 확대
 - 공권력과의 관계에서 개인의 권리구제수단인 동시에 민의전달의 수단
이므로 ‘국민’뿐만 아니라 외국인, 무국적자 등 모든 ‘사람’으로 확대
- 청원 방법의 확대
 - 사회의 변화와 다양한 청원 방식의 가능성을 인정하여 ‘문서로’ 부분 삭제
- 국가의 의무 강화
 - 청원에 대한 심사의무뿐만 아니라 그 결과를 청원인에게 통지할 의무 규정
- 청원사항의 예시 여부에 대하여 검토함

7. 사법절차적 권리

현행헌법	개정안
第12條	제44조 적법절차원칙, 변호인의 조력을 받을 권리 등
第13條	제45조 죄형법정주의 등
第27條	제46조 재판받을 권리

25) 김철수, 『새헌법 개정안』, 진원사, 2014, 227면.

현행헌법	개정안
第28條	제47조 형사보상청구권
第29條	제48조 국가배상청구권
第30條	제49조 범죄피해자구조청구권

가. 확대의 필요성

- 사법절차적 권리의 측면에서 아직 과거 권위주의적 잔재가 남아있는바, 이를 청산하고 국민을 위한 사법을 실현하기 위해 사법절차적 권리를 확대함

나. 적법절차 원리의 적용 범위 확대

- 적법절차의 원리를 재판 이후 단계뿐만 아니라 재판 이전 수사절차인 체포·구속·압수·수색·심문의 경우에도 적용되는 것으로 명시
- 헌법재판소는 적법절차 원리를 형사절차상의 영역에 한정하지 않고 행정권 행사 등 모든 공권력 작용에 관한 헌법 전반의 기본원리로 수용하고 있으므로 이를 명시
- 기본권 제한에 관한 원칙을 규정하고 있는 현행 헌법 제37조 제2항에도 적법절차 원리를 규정

다. 영장신청 주체를 검사로 명시한 조항(제12조 ③, 제16조 후문)의 삭제 여부

- 다수의견(삭제)
 - 연혁: 5·16 쿠데타 후의 개헌에서 ‘검사의 신청에 의하여’가 삽입되어 검사의 독점적 영장청구권을 인정하는 것으로 해석·운영됨. 독재의 잔재를 청산하고 검찰개혁 차원에서도 해결해야 할 사항
 - 비교법적으로 검사에게 독점적 영장청구권을 부여하는 외국 헌법은 없음
 - 비헌법사항의 헌법규정화(영장주의의 본질과 무관): 영장청구 주체는 기본권 보장과 근본적 관련이 없는 사항으로, 형사절차에 대한 구체적 입법사항에 불과
 - 검사의 영장신청 조항은 경찰에 의한 영장청구의 남용에 대한 반성적 고려에서 국민의 인권보장을 위해 헌법에 규정된 것이고, 법률전문가

인 검사의 검토를 거치는 과정에서 경찰의 영장신청이 기각되는 경우가 많으며, 이로 인해 구속자가 현저하게 감소되었음. 국민의 인권을 보장하기 위한 장치이므로 이를 선불리 삭제하고 경찰에게 영장신청권을 부여하게 되면 현재 경찰의 구속기간이 10일 인정되고 있는 상황에서 경찰에 의해 남용될 위험이 더욱 크다는 반론 있음. 그러나 헌법에서 검사의 영장신청 독점 조항을 삭제한다고 해서 바로 경찰에게 영장신청권을 전면적으로 인정하는 것은 아님. 형사소송법 등 관련법의 개정 과정에서 법률로 정할 사항임. 영장신청권을 검사가 독점함으로써 말미암아 검사나 검찰직원이 관련된 범죄의 경우 경찰이 혐의를 포착하고 구속하고자 하더라도 영장을 신청하는 과정에서 검찰이 파악하고 영장신청을 막거나 아니면 사건을 송치하도록 해서 수사를 무마하기도 하는 등의 방법으로 남용되고 있음. 따라서 법률로 특정한 경우 검사 이외의 자가 영장을 신청할 수 있도록 하여야 할 필요도 있는데, 헌법상의 이 조항 때문에 그러한 법률 자체가 불가능한 상황임

- 인권보장 차원에서 이 조항에 헌법에 신설되었다는 주장은 연혁적으로 보아 사실이 아님. 만약 자유당 정권에서 경찰의 구속 남용에 대한 반성적 고려에서 이 조항이 신설된 것이라면 4·19 혁명 후의 개정헌법에 들어갔어야 하나, 4·19혁명 후에는 헌법은 물론이고 형사소송법에도 반영되지 않았음. 5·16 쿠데타 후에 1961. 9. 1. 형사소송법을 개정하면서 처음 삽입되었고, 그 후 개헌과정에서 헌법에 들어간 것임. 결국 이 조항은 국민의 인권보장과는 무관하게 군사독재정권이 검찰을 정권유지의 하수인으로 활용하기 위해 검찰의 권한을 강화시켜주기 위해 삽입된 것임
- 구속자 수가 현저하게 감소한 것은 2007년경 형사소송법을 개정하면서 공판중심주의적 심리를 강화하고 법원이 불구속 수사·재판 원칙을 관철하기 위해 엄격한 기준에 의해 영장심사를 강화하였기 때문임. 1년에 10만 명이 넘는 구속자 수가 현재는 3만 명 정도의 수준으로 낮아졌음. 구속자가 많았던 시절이나 현저하게 감소한 현재나 헌법의 조항은 동일하였음. 결국 이는 구속자 수의 감소와 영장신청의 검사 독점과는 무관한 것임을 보여줌
- 경찰의 10일 구속기간의 문제는 영장 신청권자 문제를 포함한 형사소송법 개정을 통해 해결할 문제

- 이 조항은 ‘인권보장의 상징’이라는 견해도 있음. 이에 대해서는 ‘검찰 권력 독점 또는 독재의 잔재의 상징’이라는 견해도 있음

○ 소수의견(현행유지 및 보완수정)

- 현재의 현실 속에서 검사의 영장청구권을 무조건 삭제하는 것이 과연 기본권 보호에 더 기여하는 것인지에 대해서는 회의적임
- 검경 수사구조 개혁이 실현된 이후의 단계적 과제로 보아야 함
- 사법개혁이나 검찰개혁의 문제는 통지구조 부분에서 구조적 개혁이 행해져야 할 문제로 보아야 하고, 기본권보호를 위한 장에서 논의될 문제는 아니라고 할 것임
- 헌법상의 규정과 형소법상의 규정의 존재의 의미가 다름. 국민의 기본권 보장을 위한 사법절차적 보호장치로 해석해야 하는 영장청구권 주체의 범위 제한 문제는 소수의 국회의원 정족수로 개정될 수 있는 법률상의 권리로 전락시키는 경우의 위험성을 우선적으로 인식해야 함
- 본 조항 삭제시, 일관성 없는 영장청구 및 반복적, 중첩적 영장청구 초래 우려됨
 사법경찰 및 특사경이 개별적인 판단으로 영장 청구 시, 전국적으로 일관되고 통일적인 영장청구 불가능, 수사가 중첩되는 영역(검사, 경찰, 국정원 등)에서 영장청구에 대한 사전 통제가 불가능하여 반복적, 중첩적 영장청구 불가피해짐
- 검사의 영장청구절차는 기본권 보호를 위한 통제장치로 해석되어야 하고, 수사기관별로 각기 다른 기준에 따라 영장청구가 남발되는 상황을 방지하는 장치로서 통일적 기준 설정을 통한 예측가능성 및 법적 안정성을 담보하기 위한 것으로 해석되어야 함
- 헌법재판소: 5차 개정헌법이 영장의 발부에 관하여 ‘검찰관의 신청’이라는 요건을 규정한 취지는 검찰의 다른 수사기관에 대한 수사지휘권을 확립시켜 종래 빈번히 야기되었던 검사 아닌 다른 수사기관의 영장 신청에서 오는 인권 유린의 폐해를 방지하고자 함에 있다고 할 것(96헌바28)
- 1980년 제8차 개헌 및 1987년 제9차 개헌 당시에도 검사의 영장청구를 명시한 규정은 인신보호를 위한 정신을 헌법에 적극적으로 반영한 것으로 평가하여 존치하기로 결론내린 바 있음

- 우리나라는 경찰 영장 신청의 경우 검사를 경유하도록 규정하고 있을 뿐이나, OECD 국가 중에는 검사의 수사와 수사지휘 전반을 헌법으로 규정한 나라도 다수 있고, 경찰의 체포기간이나 법원의 심리방식 등 형사법상 특별한 규정을 둔 나라도 있음. 세계 각국은 고유의 사회·문화적 배경과 형사사법의 역사에 따라 중요한 의미를 가지는 인권보호 장치는 헌법에 규정화하기도 함
- 다만, 공수처 신설이나 정치사건에서의 영장불청구 재량행사로 인한 폐해 등을 시정하기 위한 배경에서 검사의 영장청구권에 대한 예외를 단서 규정으로 둘 수 는 있음: “다만, 법률이 정하는 경우에는 검사 이외의 자가 영장을 신청할 수 있다.”
- 비교법적 검토

[해외 각국의 헌법규정 비교]

국가	헌법 규정
독일	제104조② 경찰은 자기의 권한으로 누구라도 체포의 <u>익일을 초과하여 구금할 수 없다.</u>
미국	제6조 피고인은 ... 배심에 의한 신속한 공판을 받을 권리 ... 자기에게 불리한 증거와 <u>대질심문을 받을 권리</u> ... 가 있다.
스페인	제126조 사법경찰은 범죄수사와 범인의 발견 및 체포에 관한 업무수행에 있어 법률이 정하는 바에 따라 판사, 재판부와 <u>검찰에 종속한다.</u>
이탈리아	제109조 사법부(법원, 검사)는 사법경찰을 직접적으로 이용할 수 있다
오스트리아	검사는 사법기관이다. 검사는 사법적으로 형사처벌 가능한 행위로 인한 절차에서 수사와 공소를 담당한다.
벨기에	제151조 검사는 ... 개별 수사 및 기소에 있어 독립적이다
헝가리	제29조 검찰총장 및 검찰은 다음의 의무가 있다. a. <u>수사와 관련된 권한을 행사한다.</u>
칠레	제83조 독립적이고 계급적 조직인 검찰은 범죄를 구성하는 사실 ... 피고인의 무혐의를 입증하는 사실에 대한 수사를 독점적으로 지휘하고, 법률에 정하는 바에 따라 소추한다
멕시코	제21조 경찰과 함께 범죄를 수사하는 것은 검찰의 책임이며 경찰은 검찰의 <u>지시에 따라 활동한다.</u> 법원에 공소를 제기하는 것은 검찰의 배타적인 활동이다.

[주요국가의 영장제도 비교]

주요 권한	한국	독일	프랑스	일본	미국	영국
경찰 현행법 체포권	○	○	○	○	○	○
경찰 체포영장 신청(청구)권	○	X	X	○	○	○
경찰 구속영장 신청권	○	X	X	X	X	X
경찰 자체 구속기간	○	X	X	X	X	X

: 우리나라는 경찰 영장의 경우 검사를 경유하도록 규정하고 있을 뿐이나, OECD 국가 중에는 검사의 수사와 수사지휘 전반을 헌법으로 규정한 나라도 다수 있고, 경찰의 체포기간이나 법원의 심리방식 등 형사법상 특별한 규정을 둔 나라도 있음

: 세계 각국은 고유의 사회·문화적 배경과 형사사법의 역사에 따라 중요한 의미를 가지는 인권보호 장치는 헌법에 규정화하기도 함

라. 변호인의 도움을 받을 권리 확대(헌행헌법 제12조 제4항; 개정안 제44조 제4항)

○ 개정안

헌행헌법	개정안
第12條 ④ 누구든지 逮捕 또는 拘束을 당할 때에는 즉시 辯護人의 助力을 받을 權利를 가진다. 다만, 刑事被告人이 스스로 辯護人을 구할 수 없을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 國家가 辯護人을 붙인다.	제44조 ④ 모든 사람은 사법절차에서 변호인의 도움을 받을 권리를 가진다. 체포 또는 구속을 당한 경우에는 즉시 변호인의 도움을 받도록 하여야 한다. 국가는 형사피의자 또는 피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률로 정하는 바에 따라 변호인을 선임하여 변호를 받도록 하여야 한다.

- 사법절차 전반에서 무기대등원칙을 관철함으로써 국민의 인권을 실질적으로 보장하기 위해서는 전문가인 변호인의 도움을 받을 권리를 보장해야 함
- 현행 제12조 제4항을 개정하여 변호인의 도움을 받을 권리를 ‘체포 또는 구속을 당하는 때’에서 모든 ‘사법절차’로 확대하고, 국선변호인을 선정하는 대상을 ‘형사피고인’에서 ‘형사피의자 또는 피고인’으로 확대함

마. 사법절차 관련 기타의 권리(헌행헌법 제12조 제2항, 제5항~제7항; 개정안 제44조 제2항, 제5항~제7항)

○ 개정안 조문표

헌행헌법	개정안
<p>第12條 ② 모든 國民은 拷問을 받지 아니하며, 刑事上 자기에게 不利한 陳述을 强要당하지 아니한다.</p> <p>⑤ 누구든지 逮捕또는 拘束의 이유와 辯護人的 助力를 받을 權利가 있음을 告知받지 아니하고는 逮捕또는 拘束을 당하지 아니한다. 逮捕또는 拘束을 당한 者의 家族등 法律이 정하는 者에게는 그 이유와 日時·場所가 지체 없이 통지되어야 한다.</p> <p>⑥ 누구든지 逮捕또는 拘束을 당한 때에는 適否의 審査를 法院에 請求할 權利를 가진다.</p> <p>⑦ 被告人의 自白이 拷問·暴行·脅迫·拘束의 부당한 長期化또는 欺罔기타의 방법에 의하여 自意로 陳述된 것이 아니라고 인정될 때 또는 正式裁判에 있어서 被告人의 自白이 그에게 不利한 유일한 증거일 때에는 이를 有罪의 증거로 삼거나 이를 이유로 處罰할 수 없다.</p>	<p>제44조 ② 모든 사람은 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.</p> <p>⑤ 모든 사람은 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 도움을 받을 권리가 있음을 고지 받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 사람의 가족 등 법률로 정하는 사람에게는 그 이유와 일시·장소가 지체 없이 통지되어야 한다.</p> <p>⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.</p> <p>⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 속임수 그 밖의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.</p>

○ 사법절차 관련 기타 권리들은 현행 헌법상의 조문 내용을 그대로 유지함

바. 말살 목적의 집단살해 및 공권력에 의한 반인륜적 범죄에 대한 공소시효 배제 (헌행헌법 제13조; 개정안 제45조)

○ 개정안

헌행헌법	개정안
<p>第13條 ① 모든 國民은 行爲時的 法律에 의하여 犯罪을 구성하지 아니하는 행위로 訴追되지 아니하며, 동일한 犯罪에 대하여 거듭 處罰받지 아니한다.</p>	<p>제45조 ① 모든 사람은 행위시 법률에 따라 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.</p>

현행헌법	개정안
<p>② 모든 국민은 遡及立法에 의하여 參政權의 제한을 받거나 財産權을 剝奪당하지 아니한다.</p> <p>③ 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 親族의 행위로 인하여 불이익한 處遇를 받지 아니한다.</p>	<p>(현행헌법 제13조 ②항은 다른 곳으로 이동)</p> <p>② 모든 사람은 자신의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.</p> <p>③ 특정 집단의 전부 또는 일부를 말살할 목적으로 범한 집단살해, 공권력에 의한 반인륜적 범죄에 대해서는 공소시효를 배제한다.</p>

- 국제적 기준을 도입하여 말살 목적의 집단살해 및 공권력에 의한 반인륜적 범죄에 대한 공소시효 배제를 명문으로 규정함

사. 재판받을 권리(현행 헌법 제27조; 개정안 제46조)

1) 개정안

현행헌법	개정안
<p>第27條 ① 모든 국민은 憲法과 法律이 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다.</p> <p>③ 모든 국민은 신속한 裁判을 받을 權利를 가진다. 刑事被告人은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 公開裁判을 받을 權利를 가진다.</p> <p>④ 刑事被告人은 有罪의 判決이 확정될 때까지는 無罪로 推定된다.</p> <p>⑤ 刑事被害者는 法律이 정하는 바에 의하여 당해 事件의 裁判節次에서 陳述할 수 있다.</p>	<p>제46조 ① 모든 사람은 헌법과 법률이 정한 법원에 의하여 법률에 의한 재판받을 권리를 가진다.</p> <p>④ 모든 사람은 공정하고 신속한 재판받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체 없이 공개재판을 받을 권리를 가지며, 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.</p> <p>⑤ 형사피해자는 법률로 정하는 바에 따라 재판절차에서 진술권을 가진다. (삭제 의견, 법률사항)</p>

2) 배심제 또는 참심제 등 국민참여재판에 대한 위헌성 시비 해소

○ 개정안(다수의견)

- 제27조 ①항의 ‘법원에 의한 재판을 받을 권리’를 ‘법원에 의한 재판을 받을 권리’로 개정함

- 배심제 또는 참심제 등의 국민의 사법참여는 관료적 법관에 의한 독점적 재판권을 견제하여 사법민주화를 달성하는 것으로 세계적으로도 보편적으로 채택되어 있는 제도임
- 현행 헌법상 재판권이 ‘법관’에 독점된 것으로 오해될 소지가 있으므로 이를 해소하기 위함

○ 소수의견

- 제27조 제1항을 ‘법원’에 의한 재판 받을 권리로 할 경우 법률로 법관이 아닌 사람들만으로 재판부를 구성하는 법원을 설치하는 것(특히 군사법원의 경우)도 가능하게 되어 인권보장이라는 관점에서 심히 우려스러운 결과가 발생할 수도 있다는 견해
- 독립적이고 전문적인 ‘법관’에 의한 재판을 받을 권리는 기본권보호를 위한 헌법적 장치이고 민주사회 법치의 근본원리에 속하므로 이를 유지할 필요가 있다는 것임
- ‘헌법과 법률이 정한 법관’의 보장은 사법의 독립성과 중립성의 보장에 기여하는 중요한 규정인 바, 그러한 의미에서 이해되어야 함²⁶⁾
- 국민의 기본권 보장이라는 시각에서 배심제와 참심제에 대한 별도의 헌법적 검토가 필요함
- 다만 법관만에 의한 재판만이 있을 수 있는 것인가와 관련하여 국민참여재판의 도입의 필요성이 인정되는 바, 이를 위해 다음과 같은 수정된 조항으로의 개정을 주장함
- 제101조 ① “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”를 “사법권은 법원에 속한다. 법원은 법관으로 구성하되, 배심제 또는 참심제 등의 형태로 국민이 참여할 수 있다.”로 개정하는 의견을 제시함

3) 공정한 재판을 받을 권리 명문화

- 학설과 판례(현재 1996. 12. 26. 94헌바1)에 의해 인정되는 ‘공정한 재판 받을 권리’를 명문화함

26) 한수용, 헌법학, 법문사(2016), 906면.

아. 불구속 수사 및 재판 원칙, 기소법정주의 등(신설, 개정안 제46조 제2항)

○ 개정안

현행헌법	개정안
-	제46조 ② <u>수사와 재판은 불구속을 원칙으로 하며, 수사와 재판에 관한 부당한 지시나 간섭 등은 금지된다.</u>

- 2014년 자문위안 및 국민의당안: “② 수사와 재판은 불구속을 원칙으로 하며, 수사와 재판에 관한 부당한 지시나 간섭 등은 금지된다. ④ 검사는 수사한 결과 중요한 범죄의 혐의가 인정되면 불기소 처분을 할 수 없다.”
- 불구속 수사 및 재판 원칙, 부당한 지시나 간섭 금지 조항의 신설 필요성 있음

자. 군사법원 문제(현행헌법 제27조 제2항; 개정안 제46조 제3항)

1) 개정안

현행헌법	개정안
第27條 ② 軍人 또는 軍務員이 아닌 國民은 大韓民國의 領域 안에서는 중대한 軍事上機密·哨兵·哨所·有毒飲食物供給·捕虜·軍用物에 관한 罪중 法律이 정한 경우와 非常戒嚴이 宣布된 경우를 제외하고는 軍事法院의 裁判을 받지 아니한다.	제46조 ③ <u>군인 또는 군무원이 아닌 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니한다.</u>

2) 민간인의 군사법원 재판을 받지 않을 권리

- 일반국민이 군사재판을 받지 않을 권리를 규정한 것으로서 청구권적 기본권으로 분류되는 규정인 현행 헌법 제27조 제2항은 1963년 제5차 개정 헌법 때 처음 도입되었음. 기본권으로 규정된 것이긴 하지만 일반국민에 대한 군사재판의 근거규정으로 만들어졌으며 이후 지속적으로 군사재판의 범위를 확대시켜 왔음
- 민간인이 군사재판을 받아야 할 필요성을 인정하기 어려우므로 제27조 ②항 “군인 또는 군무원이 아닌 국민은 군사법원의 재판을 받지 아니한다.”로 개정함

3) 평시 군사법원 폐지

- 평시 군사법원에서 다루는 사건이 군의 특수성과 거리가 있어 전시에 대비하여 어떤 효과가 있는지 의문이 있으며, 전시에는 부대별로 가장 근거리에서 있는 일반법원에서 파견된 법관으로 군사법원을 구성함으로써 신속한 대응이 가능하므로 사법권 독립의 관점에서 볼 때 평시에 군사법원을 유지할 실익이 없음
- 제110조 “① 전시에 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다.”로 개정. 제4항의 비상계엄 하의 단심 조항 삭제
- 일반법원에서 군사재판을 담당하는 경우 군의 특수성을 제대로 반영할 수 없어 군사법원 폐지에 반대하는 견해 있음. 군사재판 관할 사건이 그리 많지 않아 지방법원에 군사부를 두는 것으로 충분함. 군사부 법관은 군법무관 또는 법무장교 출신 등 군경력자에서 일부 선출하여 배치하면 군의 특수성을 충분히 반영할 수 있으므로 전혀 문제될 것이 없음. 군인도 시민의 연장이고, 군도 법치주의의 예외일 수 없다는 민주주의 기본원리에 따라 평시에는 특별법원으로서 군사법원을 유지할 필요 없음

차. 국가배상 청구권(현행 헌법 제29조; 개정안 제48조)

- 개정안(현행 헌법 제29조 제2항 삭제)

현행헌법	개정안
<p>第29條 ① 公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民은 法律이 定하는 바에 의하여 國家 또는 公共團體에 正當한 賠償을 請求할 수 있다. 이 경우 公務員자신의 責任은 免除되지 아니한다.</p> <p>② 軍人·軍務員·警察公務員기타 法律이 定하는 者가 戰鬪·訓練等 職務執行과 관련하여 받은 損害에 대하여는 法律이 定하는 報償외에 國家또는 公共團體에 公務員의 職務上不法行爲로 인한 賠償은 請求할 수 없다.</p>	<p>제48조 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률로 정하는 바에 따라 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.</p> <p>(현행헌법 제29조 ②항 삭제)</p>

- 국가배상청구권은 1948년 건국헌법에서부터 명문으로 규정되었고(제27조 제3문), 이 규정을 구체화하는 국가배상법이 1951년 제정되었음. 1967년 국가배상법 개정에서 군인·군무원에 대한 청구제한 규정(제2조 제1

항 단서 규정)을 도입하였는데, 이들의 직무수행 중에 발생한 사고에 대하여는 국가보상제도에 의하여 별도의 보상을 받기 때문에 국가배상법에 따라 배상을 받는 것이 이중배상이라는 이유에서였음. 그러나 이들이 국가보상제도에 의하여 받는 보상금은 사회보장적인 성격을 가지는 반면, 국가배상법에 의한 보상금은 국가의 불법행위에 대한 손해배상의 성격을 가지기 때문에 국가보상과 국가배상은 그 성격이 다르다는 점에서 이중배상이 아니며, 군인 등에 대해서만 국가배상청구권을 제한하는 것은 다른 공무원과의 관계에서도 형평의 문제가 있다는 비판을 받음. 그리고 이 규정은 1971년 대법원에서 위헌으로 판단됨(대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 판결)

- 현행 제29조 ②항의 국가배상에서 ‘군인·군무원·경찰공무원 등’을 제외한 것은 1971년 대법원에 의하여 위헌판결을 선고받았던 구 국가배상법 제2조 제1항 단서조항을 유신헌법 입법과정에서 도입한 것임
- 1995년부터 헌법 제29조 제2항과 국가배상법 제2조 제1항 단서 규정에 대한 위헌법률심판청구가 2000년까지 3차에 걸쳐 제기되었음. 그러나 헌법재판소는 헌법에 위반되지 아니한다고 결정해 왔음(헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289 등 참조). 따라서 개헌에 의해 동 규정을 삭제하는 방법을 택해야 함
- 많은 군인과 경찰관들이 국가와 사회를 위하여 살신성인의 정신으로 자신을 희생하여 왔음에도 이러한 희생에 대하여 국가는 충분한 지원과 보상을 하지 않을 뿐 아니라 국가배상을 가로막고 있음
- 국가를 위해 희생한 군인 등을 포상은 고사하고 오히려 차별하는 것으로서 심히 부당하므로 삭제함

카. 범죄피해자 구조청구권 확대(현행헌법 제30조; 개정안 제49조)

- 개정안

현행헌법	개정안
제30조 他人의 犯罪行爲로 인하여 生命·身體에 대한 被害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家로부터 救助를 받을 수 있다.	제49조 ① 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체 및 정신적 피해를 받은 국민은 법률로 정하는 바에 따라 국가로부터 구조 및 보호를 받을 권리를 가진다. ② 제1항의 법률은 피해자의 인권을 존중하도록 정하여야 한다.

- 범죄피해자의 국가로부터 보호받을 권리 명시
 - 헌법재판소는 현행 헌법 제30조에서 범죄로부터 국민을 보호하여야 할 국가의 의무 인정(1989. 4. 17. 선고 88헌마3 결정)
 - 피해자가 국가에 대하여 보호를 요청할 수 있는 적극적 권리 인정
- 범죄피해자의 구조청구권 범위 확대
 - ‘생명·신체에 대한 피해’에서 ‘생명·신체 및 정신적 피해’로 확대하고, ‘제1항의 법률은 피해자의 인권을 존중하도록 정하여야 한다.’고 규정
 - 구체적인 피해자 구조의 대상과 범위 및 절차 등에 대해서는 법률로 정하도록 되어 있어 법률 제정 단계에서 적절하게 조정하면 되므로 기본 방향을 헌법에 명시할 필요 있음
- 범죄피해자구조 청구권에 관한 법률은 피해자의 인권을 존중하도록 방향성을 명시함

8. 기본권의 제한(개정안 제50조)

- 기본권 제한의 기준 및 절차 강화(현행 헌법 제37조; 개정안 제50조)

현행헌법	개정안
第37條 ① 國民의 자유와 權利는 憲法에 열거되지 아니한 이유로 輕視되지 아니한다. ② 國民의 모든 자유와 權利는 國家安全 保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 權利의 本質적인 내용을 침해할 수 없다. (第13條 ② 모든 國民은 遡及立法에 의하여 參政權의 제한을 받거나 財產權을 剝奪당하지 아니한다.)	제50조 ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. ② 모든 자유와 권리는 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률과 적법한 절차에 따라 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. ③ 참정권과 재산권은 소급입법에 의하여 부당하게 제한되지 아니한다.

- 현행 헌법상의 기본권 제한사유에서 ‘국가안전보장’ 삭제
 - 국가안전보장을 독립적인 기본권 제한 사유로 규정한 것은 유신헌법에서였음

- 분단 사실이 ‘분단의 헌법체제’로 변질됨으로써 국가안전보장이 추상적 목적으로서 과대평가되고 있음. 이 규정이 없다고 해서 국가안전보장을 위한 기본권 제한이 불가능하지는 않을 것이나, 국가안전보장을 포괄적인 기본권 제한사유로 규정하는 것과, 국가안보를 내세운 기본권 제한을 구체적 필요성과 비례성 등을 중심으로 합헌 여부를 논증해 나가는 것 사이에는 논증의 엄밀성이나 기본적 관점의 형성에서 큰 차이가 있을 것임
 - ‘국가안전보장’은 ‘질서유지’에 포함되는 것으로 해석될 수 있고, 개인에 국가를 우선시키는 사고의 확산과 남용 가능성에 대한 우려가 있으므로 삭제함
- 기본권 제한에 대한 적법절차 규정 도입
- 공권력 행사의 일반적 원칙으로서 ‘적법절차’를 기본권 제한을 위한 ‘법률과 적법한 절차’에 따르도록 규정함으로써 명시함

9. 의무(개정안 제51조, 제52조)

(1) 납세의무(현행 헌법 제38조; 개정안 제53조)

○ 개정안

현행헌법	개정안
第38條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 納稅의 義務를 진다.	제51조 모든 <u>사람</u> (국민)은 법률로 정하는 바에 따라 납세의 의무를 진다.

- 납세의무 부담자를 ‘사람’으로 확대할 것인지 ‘국민’으로 유지할 것인지에 대해 견해 대립함
- ‘사람’으로 확대해야 한다는 의견: ‘권리’를 ‘사람’으로 확대하므로 그에 상응하여 납세의무 부담자도 확대해야 함. 의무 부과 경우에는 헌법상의 근거를 두는 것과 관련 법률에만 근거를 두고 부과하는 것은 위헌성 시비의 면에서 큰 차이를 가짐. 납세의무는 국민의 지위와 관련성을 갖는 것이 아니라 권리의 보장 및 혜택과 관련을 갖는다는 점에서, 다른 국가에서의 경우보다 적어도 개정안상으로는 권리주체성을 확대하여 보장받는 국민이 아닌 자들의 경우에는 당연히 의무의 주체로 규

정되어야 함

- ‘국민’으로 유지해야 한다는 의견: 참정권, 공무담임권, 주요 사회적 기본권의 경우 ‘국민’을 유지하고 있는 상태에서 납세의무 부담자를 확대하는 것은 정합성이 맞지 않고, ‘외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.’는 헌법 조항과의 충돌 가능성도 있음. 외국인이 국내에서 활동하는 경우 소득, 재산, 소비 등 각 행위에 과세할 수 있으므로 헌법에서 납세의무 주체를 확대하지 않더라도 과세에는 지장이 전혀 없음

(2) 병역의무(헌행헌법 제39조; 개정안 제54조)

○ 개정안

헌행헌법	개정안
第39條 ① 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國防의 義務를 진다. ② 누구든지 兵役義務의 이행으로 인하여 불이익한 處遇를 받지 아니한다.	제52조 ① 모든 국민은 법률로 정하는 바에 따라 국방의 의무를 진다. ② 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다. ③ 누구든지 양심에 반하여 징집병역을 강제 받지 아니하고, 법률이 정하는 바에 의하여 대체복무를 할 수 있다.

- 양심적 징집거부자의 대체복무제도 명시
 - 입법례(독일 기본법 제4조 등)

(3) 기타 의무

- 헌법을 수호하고 법률을 준수할 의무, 자유와 권리를 남용하지 않을 의무 등을 신설 또는 확대하는 것에 반대. 기본권 강화라는 개헌의 취지에도 반함
- 자녀에게 의무교육을 시킬 의무, 근로의 의무, 환경보전 의무는 필요한 경우 각 권리를 규정하는 조항에서 규정. 근로의 의무 삭제에는 의견 일치, 자녀에게 의무교육을 시킬 의무와 환경보전 의무에 대해서는 의견 나뉨

유럽연합의 기본권 헌장상의 기본권 보장규정에 비추어본 우리 헌법상의 기본권 규정의 개정의 필요성

박진완*

유럽연합조약(EUV) 제6조 제1항에 의하면 우선적인 유럽연합-기본권(EU-Grundrechte)의 법원(Rechtsquelle)¹⁾은 유럽연합의 기본권 헌장(Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union/Charter of Fundamental Rights of the European Union)의 규정들이다. 그 외에도 조약의 기본권 관련규정들 그리고 유럽연합조약(EUV) 제6조 제3항에 의하여 유럽연합법원(EuGH)이 유럽법의 일반적 법원칙(allgemeine Rechtsgrundsätze)에서 도출한 기본권이 유럽연합-기본권의 법원을 형성한다. 유럽연합의 가장 중요한 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)은 유럽연합조약

* 경북대학교 법학전문대학원 교수

1) 법원(Rechtsquellen)과 법인식원(Rechtserkenntnisquellen)이 구분된다. 법원은 법의 효력근거(Geltungsgrund des Rechts)를 형성하고, 법원은 직접적으로 법원칙(Rechtssätze)을 생산한다. 그 반면에 법인식원은 법원칙의 획득에 기여하는 기초를 포함하고 있다. 또한 이와 관련하여 직접적 법원(unmittelbare Rechtsquellen)과 간접적 법원(mittelbaren Rechtsquellen)으로의 구분 혹은 법효력원(Rechtsgeltungsquellen) 그리고 법인식원(Rechtserkenntnisquellen)으로 구분이 행해질 수도 있다. 법인식원의 특징은 법원칙의 인식에 기여하는데서 찾을 수 있다. 따라서 법인식원에 대해서는 법원의 해석을 위한 단순한 목표지향기능(Orientierungsfunktion)이 인정된다. 그와 반대로 법원으로 분류된 법조문의 원문(Text)은 직접적인 효력을 가지는 권리를 이끌어 낼 수 있다. 유럽연합의 기본권의 영역에서 법원과 법인식원의 구분은 이차에서 설명하는 바와 같이 중요한 의미를 갖는다. 무엇보다도 이러한 양자의 구분의 차이가 상대성을 가지기 때문에 법인식원의 중요도는 상황에 따라 변화한다. 일반적으로 법인식원이라는 개념보다는 법원개념이 친숙하게 받아들여지고 사용된다. 그리고 항상 위에서 언급한 것과 동일한 의미로 법원과 법인식원의 구분이 행해지는 것도 아니다. H. D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2010, Einl. Rn. 40.

제6조 제3항에 언급된 유럽인권협약(Europäische Menschenrechtskonvention/European Convention on Human Rights)²⁾이다. 그 외에도 유럽연합조약 제6조 제3항은 유럽연합 구성국가(Mitgliedstaaten)들의 헌법적 전승(Verfassungsüberlieferung)을 법인식원으로 언급하고 있다. 그 외에도 기본권 헌장-주석(Charter-Erläuterungen)³⁾도 법인식원이 된다. 유럽연합의 기본권 헌장 외에 유럽연합-기본권의 중요한 법원과 법인식원을 형성하는 유럽연합의 기본권 헌장, 유럽인권협약, 구성국가의 헌법적 전승 그리고 기본권-헌장 주석은 유럽연합의 기본권 헌장의 해석과 적용에 관한 일반규정의 해석과 적용에 있어서 중요한 연관성을 가지고 있다. 이러한 측면에서 유럽연합의 기본권 헌장 속에 규정된 기본권 규정들의 내용을 살펴봄으로써 우리 헌법상의 기본권 규정의 개정의 필요성에 대하여 검토해 본다.

I. 인간의 존엄

대한민국 헌법의 어디에도 ‘기본권’이란 개념적 표현은 존재하지 않는다. 다만 우리 헌법 제10조 제2문에서 「… 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.」고 규정함으로써 ‘기본적 인권’이란 표현이 사용되고 있다.⁴⁾ 물론 이 기본적 인권이 기본권과 같은 것인지 여부에 대하여 다양한 견해가 제기된다. 우리 헌법 제10조 제2문에서의 ‘기본적 인권’의 의미에 대한 비교헌법적 검토대상으로 독일기본법 제1조 제1항과 제2항 그리고 제3항에 대하여 살펴본다.

제2차 세계대전 후 독일은 국가사회주의적인 비인간적인 권력지배에 대한 반성의 표시로서 인간의 존엄의 보장(기본법(Grundgesetz) 제1조 제1항)과 국제적인 인권의 승인(기본법 제1조 제2항)을 헌법인 기본법의 최정점에 올려놓았다. 그리고 이것은 새로운 헌법적 질서의 변화되어질 수 없는 본질적 부분, 즉 독일기본

2) ‘인권과 기본자유의 보호에 관한 유럽협약(die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten/European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)’은 일반적으로 ‘유럽인권협약’으로 명명된다.

3) 간단하게 기본권 헌장-주석(Charter-Erläuterungen)으로 정리할 수 있는, 기본권 제정회의의 내지 유럽헌법 제정회의의 의장단 회의(Präsidium des Grundrechts- bzw. des Verfassungskonvents)에 의하여 작성된 기본권 헌장의 주석(Erläuterungen zur Charta der Grundrechte)이 부가된다(ABl 2007 C 303/17). vgl. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 52 Rn. 87.

4) 일본국 헌법 제11조 역시 ‘기본적 인권’이란 표현을 사용하고 있다.

법 제79조 제3항의 헌법개정의 한계로 간주되어진다. 독일 기본법 제1조 제1항은 「인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다」라고 규정하면서 인간의 존엄을 제1조에서 보장하고 있다. 기본법 제1조 제2항은 「그러므로 독일국민은 불가침·불가양의 인권을 모든 인간공동체, 세계의 평화와 정의의 기초로서 인정한다」라고 규정하고 있다.

독일 기본법 제1조 제2항 속에 표명되어진 불가침·불가양의 인권에 대한 독일국민의 인정은 ‘그러므로(darum)’라는 표현을 통해서 기본법 제1조 제1항의 존엄보장(Würdegarantie)의 밀접하게 결부되어 있다는 것을 나타나고 있다. 즉 이것은 인간의 존엄의 보장의 결과로서 독일은 불가침·불가양의 인권을 인정한다는 것을 세계에 널리 알린다는 의미다. 이렇게 볼 때 모든 인권들이 존엄보장과 동일시되는 것을 의미하는 것은 아니라 할 지라도, 인권은 존엄보장의 결과와 표현이다.⁵⁾ 기본법 제1조 제2항에서 인용되어진 인권은 국가와 개인의 관계에 대하여 표현된 하나의 이상을 설명한 것이다. 이 규정은 독일 기본법 제정 바로 전에 1948년 12월 10일 UN총회에서 세계인권선언이 공포된 것에 영향을 받은 것이라고 볼 수 있다. 기본법 제1조 제3항 이하에서 규정된 기본권은 전체적으로 인권의 각인이라고 본다면,⁶⁾ 독일에서의 국제적 공동체의 인권의 국내 기본권을 통한 보장은 독일 기본법 제1조 제3항 이하에서 실현된다고 볼 수 있다.

이렇게 독일기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄의 보장, 제1조 제2항 불가침·불가양의 인권에 대한 국가적 승인, 제1조 제3항 기본권의 직접적 효력의 인정의 순서로 규정한 것이 우리 헌법 제10조의 ‘기본적 인권’의 개념에 대한 헌법 해석적 검토에 있어서 중요한 해석적 착안점을 제공할 수 있다고 생각해본다. 대한민국 헌법 제10조는 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」고 규정하고 있다. 한국 헌법 역시 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 그리고 행복추구권의 보장의 결과로서, 한국 역시 헌법 제10조 제2문에서 국제공동체의 불가침의 기본적 인권을 보장한다고 해석할 수 있는 구조를 그대로 가지고 있다. 그리고 헌법 제11조 이하에서 이러한 기본적 인권의 실정화로서 기본권을 보장한다고 해석할 수 있다. 이런 의미에서 한국헌법에서 제10조 제2문에서 언급하고 있는 기본적 인권은 근본적 권리(fundamental rights)로

5) Christian Starck, in: Hermann von Magoldt/Friedrich Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., Franz Vahlen, München, 1999, Art. 1 Abs. 2 Rn. 107. \

6) Starck, 위의 책, Art. 1 Abs. 2 Rn. 135.

서 인권을 보장한다고 본다면 기본권과 헌법 제10조의 기본적 인권은 그 내용적 범위에서의 차이가 있을지 몰라도 기본권과는 완전히 다른 개념이라고 볼 수는 없다.

헌법이 아닌 우리 헌법재판소법 제68조 제1항은 권리구제형 헌법소원의 요건과 관련하여 ‘기본권’이란 표현을 사용하고 있다. 독일의 경우에는 기본법 제93조 제1항 4a호에 따르면 공권력에 의하여 자신의 기본권 혹은 기본법 제20조 제4항, 33, 38, 101, 103, 104조에 포함된 권리를 침해당한 자는 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 이러한 기본권이라고 명명된 권리들은 독일 기본법 제1장 기본권이란 제목으로 규정되어있다.

기본권은 대개 기본권과 유사한 권리(*grundrechtsgleiche Rechte*)라고 언급되는 다른 규정속에 규정된 권리와 마찬가지로 기본권은 국가에 대한 개인의 주관적 공권(*subjektive Rechte*)이다. 주관적 공권은 그러한 권리의 주체(*Rechtsinhaber*)에게 어떤 객관적인 규범(*objektive Normen*)을 통해서 의무가 부여된 규범의 객체(*Normadressaten*)에게 이러한 법규범을 통해서 그에게 의무지워진 의무를 수행하는 것을 요구할 수 있는 법적인 지위를 부여하고 있다. 객관적인 법규범 대신에 “객관적인 의미의 규범 또는 권리(*Norm oder Recht in objektiven Sinne*)” 혹은 “객관적 권리(*objektive Recht*)”라는 표현이 사용되어지기도 한다.⁷⁾

대한민국 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치의 보장의 결과로서 불가침의 기본적 인권을 보장하는 것이 국가의 의무라고 규정하고 있다. 따라서 인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다. 한국헌법은 많은 기본권 규범들을 통해서, 즉 모든 국가권력의 인간의 존엄침해금지명령 그리고 개인의 존엄을 보호하는 명령을 구체화하고 있다. 그와 동시에 이러한 기본권 규범들을 통해서 기본권보장의무자(*Grundrechtsverpflichtete*)인 국가 즉 국가권력이 이러한 금지와 요구를 받아들이는 것을 요구하는 개인의 기본권이 도출되어진다. 기본권주체(*Grundrechtsträger*)인 개인은 국가권력이 개인의 존엄을 침해하지 않을 것을, 가능하다면 이미 행해진 침해를 취소하는 것을 요구하는 권리를 가진다. 이것은 기본권의 주관적 권리성과 이에 대응하는 객관적 규범의 핵심적 내용이다.

유럽연합의 기본권 헌장 유럽헌법조약 제1조는 『인간의 존엄은 불가침이다. 인간의 존엄은 존중되고 보호된다』고 규정함으로써 인간의 존엄을 기본권으로서 보장하고 있다. 이러한 기본권 헌장 제1조에 규정된 인간의 존엄보장에 대한 기

7) Ingo Richter/Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl., München 2001, S. 1.

본권 헌장 주석(Charter-Erläuterungen)의 내용은 다음과 같다:⁸⁾ 「인간의 존엄은 개별 기본권 그 자체 일뿐만 아니라 기본권의 독자적 기초를 형성한다. 1948년의 세계인권선언은 그 전문에서 인간의 존엄을 다음과 같이 확고히 선언하고 있다: “인류의 모든 구성원들의 내재적인 존엄과 그들의 평등하고 불가양의 권리의 인정은 세계속의 자유, 정의 그리고 평화의 토대를 형성한다”. 유럽공동체법원은 사건번호 C-377/98 네델란드 대 유럽의회(Europäisches Parlament) 그리고 유럽정당회의(Europäischer Rat) 사건에 대한 결정 (Slg. 2001, S.I-7079, Randnm. 70-77)에서 인간의 존엄에 관한 기본권은 유럽연합법의 부분이라고 판시하였다. 특히 이로부터 이 기본권 헌장 속에서 확인된 어떠한 권리도 타인의 존엄을 침해하기 위해서 사용될 수 없고, 인간의 존엄은 이 기본권 헌장 속에서 인정된 권리의 본질적 내용에 속한다는 것을 도출할 수 있다. 이러한 까닭에 인간의 존엄은 어떤 권리의 제한의 경우에도 침해될 수 없다. 이러한 기본권 헌장 주석의 내용은 유럽헌법상의 인간의 존엄의 보장에 대한 헌법적 해석에 최근의 개별국가적 차원을 넘어서는 논의라는 점에서, 매우 중요한 의미를 가진다. 따라서 헌법상의 기본권 목록에 인간의 존엄에 대한 보장규정을 두고 있는 나라의 기본권 해석과 관련하여 충분히 검토의 필요성이 존재한다.

기본권 헌장 주석은 유럽연합의 기본권 헌장 제1조 인간의 존엄의 보장은 우선적으로 1948년 12월 10일의 UN의 세계인권선언(die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte)의 전문으로부터 영향을 받아서 규정된 것이다라고 분명히 밝히고 있다.⁹⁾ 모든 인류의 생래적 존엄과 평등하고 불가양의 권리의 인정은 세계 속의 자유, 정의 그리고 평화의 기초이다(Recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world). 계속적으로 유럽헌법제정회의 의장단 회의는 유럽공동체법원의 판례들은 기본권으로서 인간의 존엄을 유럽공동체법 내지 유럽연합법의 부분으로 받아들이는 유럽공동체법원의 판례들을 원용하고 있다.¹⁰⁾ 1945년 6월 26일의 유엔 헌장 전문(Präambel der UN-Charta)과 마찬가지로 세계인권선언전문은 인간의 존엄을 인정하고 있다. 세계인권선언 제1조는 「모든

8) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/17.

(Jarass GrCh EU-Grundrechte-Charta Art. 1 Rn. 1, beck-online)

9) Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABI 2004 C 310-425.

10) Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABI 2004 C 310-425. EuGH, Rs. 377/98, Slg. 2001, I-7079 Rn. 70-77를 지적하면서, 그 외에 EuGH Rs. 36/02, Slg. 2004, I-ss Rn. 34 속에서 인간의 존엄을 제시하고 있다. H. D. Jarass, EU-Grundrechte, 2005, §8 Rn. 1.

인간은 존엄과 권리에 있어서 평등하다」고 규정하고 있다. 더 나아가서 세계인권선언 제22조는 사회적 안전과 인간의 존엄 그리고 자신의 자유로운 인격발현을 위해서 필수적인 인간의 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리들과의 연관성을 강조하고 있다. 동일한 날에 유래한 (1966년 12월 19일) 시민적 그리고 정치적 권리 내지 경제적, 사회적 그리고 문화적 권리들에 대한 유엔 협정들(UN-Pakte über bürgerliche und politische bzw. über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte) 전문 속에서도 인간의 존엄을 인정하고 있다.¹¹⁾

이러한 인간의 존엄에 대한 개별국가의 헌법 그리고 더 나아가서 국제인권선언에서의 실정화를 통해서 인간의 존엄은 더 나아가서 점차적으로 명백히 강제적인 법(*ius cogens*)으로 분류될 수 있는 국제관습법의 원칙으로 인정되었다. 예컨대 이차대전 당시의 독일의 국가사회주의시절의 전쟁범죄의 희생자가 국가 혹은 그 법적인 계승자에 대하여 직접적인 민사법적인 소송을 제기하는 것을 허용하기 위한 목적을 위하여 인간의 존엄개념이 국제법상의 국가적 면책의 원칙의 제한을 위한 근거로서 도출된 것이라면, 인간의 존엄개념의 국제관습법상의 강화는 인간의 존엄개념의 확대로 설명될 수 있다. 국제관습법에 따르면 원칙적으로 모든 국가는 다른 국가와 자유롭게 조약을 체결할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 국제법상의 원칙 그 자체로서 조약체결의 자치도 국제법상 실체법적인 강제규범으로서 인간의 존엄 속에서 그 한계가 설정될 수 있다.¹²⁾

유럽인권협약(EMRK)은 인간의 존엄을 보장하는 명문 규정을 두고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 유럽인권법원은 유럽인권협약 중요한 핵심적 내용은 인간의 존엄과 인간의 자유에 대한 존중이라고 강조하고 있다.¹³⁾

유럽연합의 기본권 제정회의(Grundrechtkontvent)에서는 무엇보다도 인간의 존엄이 개별 기본권 그 자체로서 받아들여져서, 기본권 목록에 독자적으로 규정될 수 있는지 혹은 법원칙 또한 전문 속에 규정된 우선적인 순위가 부여된 것으로 보이는 단지 구속력이 없는 가치인정(Bekanntnis)으로 볼 것인가 하는지 여부가 논의되었다. 기본권 제정회의는 특히 Roman Herzog의 영향으로 인하여 인간의 존엄의 기본권적 성격을 강조하고, 기본권 목록의 제일 처음에 규정하도록 결정하였다.¹⁴⁾ 이에 따라 유럽연합의 기본권 헌장의 인간의 존엄의 보장은 의식적으로

11) H. Dreier, in: ders., Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Bd. I, 2004, Art. 1 I Rn. 26.

12) Vgl. Pernice, in: ders., Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Bd. II, 2006, Art. 25 Rn. 5.

13) EGMR, Nr. 2346/02 (2002) Rn. 65= EuGRZ 2002, 234; Nr. 28957/95 (2002); Jarass, EU-Grundrechte, §8 Rn. 2.

14) Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Art. 1 Rn. 7.

유럽연합의 기본권 현장 제1조 내지 유럽헌법조약(EVV) 제2편의 기본권 목록의 제일 처음, 즉 제1조에 규정되었다.¹⁵⁾ 이런 점에서 볼 때 유럽연합의 기본권 현장 제1조의 인간의 존엄의 보장은 독일 기본법 제1조 제1항의 모범을 따른 것이다.¹⁶⁾

인간의 존엄의 보장은 개별 기본권 그 자체(ein Grundrechte an sich)로서 인간의 존엄권 보장뿐만 아니라 기본권의 독자적 기초를 형성하고,¹⁷⁾ 이를 통하여 인간의 존엄의 구체화로서 이해되어질 수 있는 그 이하(인간의 존엄 이하 후속적으로 나타나는)의 기본권의 중심주제(Leitthema)로서 나타난다. 유럽연합의 기본권 현장 제1조의 헌법적 근본결정 뿐만 아니라 주관적 권리(소송의 제기가 가능한)도 포함하고 있기 때문에, 단순한 근본원칙으로만 이해될 수 없다.¹⁸⁾ 유럽연합의 기본권 현장 제1조에서의 인간의 존엄의 불가침성의 보장은 다음의 두가지 측면에서의 규범적 의미를 가지고 있다:¹⁹⁾ 한편으로는 인간의 존엄의 모든 구체적인 개인의 주관적 권리적인 지위의 보장; 또 다른 한편으로는 모든 기본권의 객관적-법적인 기초.

인간의 존엄의 객관적 법원칙성 성격은 처음부터 아무런 문제없이 인정되었지만, 그와 동시에 인간의 존엄의 독자적 기본권으로서의 성격은 매우 어렵게 받아들여졌다. 왜냐하면 기본권 제정회의에서 이에 반대하는 다음의 두 개의 학파의 견해가 연달아 제기되었기 때문이다.²⁰⁾ 한 학파의 독자적 기본권성 인정에 대한 소극적 태도는 적어도 그 당시의 각 개별국가의 공통적인 헌법적 전통을 고려해 볼 때 이러한 적극적인 해석은 무리라는 견해에 기인한 것이었다. 또 다른 반론은 독자적 기본권으로서의 인간의 존엄권이 내용적으로 명확하게 보호영역이 확정될 수 없고, 기본권성의 인정의 결과를 특히 생명윤리적 영역과 관련하여 미리 예상할 수 없다는 입장에 따른 것이었다.²¹⁾ 그럼에도 불구하고 기본권 제정회의의 의장인 Herzog은 예를 다면 Meyer와 같은 기본권 제정회의의 구성원들의 도움을

15) ABl. 2000 C 364/1; ABl. 2004 C 310/1 (41).

16) Rixen, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, §9 Rn. 5.

17) Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABl 2004 C 310-425; Jarass, EU-Grundrechte, S. 115 f.

18) Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 1 Rdnr. 33

19) Rixen, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, §9 Rn. 7.

20) Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 1 Rdnr. 32.

21) 이에 대한 인간의 존엄의 독자적 기본권성 인정에 대한 영국과 오스트리아의 회의적인 대외적 입장을 제기하였다. Borowsky, ebenda.

통해서 전체 기본권 제정회의에서 인간의 존엄의 기본권적 유용성을 설득할 수가 있었다. 그 결과 기본권 제정회의는 기본권 헌장 제1조의 인간의 존엄에 대한 기본권 제정회의의 주석의 수정보완된 내용 속에서 단호하게 기본권적 성격을 강조하였다.²²⁾

인간의 존엄은 포괄적 기본권으로서 규정된 것이 아니라 최고의 순위를 가진 주기기본권(Hauptgrundrechte)으로서 규정된 것이다. 이런 점에서 인간의 존엄은 기본권 제정회의에 의하여 권한적인 문제 때문에 명백히 기본권 헌장에 규정되지 않은 독일 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유(allgemeine Handlungsfreiheit)의 대체물이 아니다. 이런 점에서 인간의 존엄은 보호범위가 확정되지 않은 포괄적 기본권(unspezifisches Auffanggrundrechte)은 아니다.²³⁾

일반적으로 개별 기본권 그 자체로서 기본권 헌장 제1조의 인간의 존엄의 보장은 인간의 존엄에 대한 침해로부터 보호하는 방어권(Abwehrrechte)을 포함하고 있다. 그러나 또한 동시에 급부권(Recht auf Leistung) 특히 보호권(Recht auf Schutz)을 포함하고 있다.²⁴⁾ 보호권적 내용은 특히 형법규정을 통하여 보장된다. 인간의 존엄의 방어권적 기능뿐만 아니라 기본권 보호의무를 수반하는 보호권적 기능으로 부터 기본권 침해를 사전에 예방하거나 혹은 기본권 침해 - 사후의 보충적인(상징적) 보호를 - 그 자체를 인식가능하게 만드는 절차적 그리고 조직적 예방수단들의 Implementierung 의무가 도출된다.²⁵⁾ 이러한 방어기능과 보호기능은 새로운 법규정의 제정을 필요로 할 수 있을 뿐 아니라, 이미 존재하는 실질적인 절차규정을 해석과정을 통하여 인간의 존엄 기본권의 보호수준에 맞게 조정할 수 있다.²⁶⁾ 그러나 설사 유럽연합의 많은 구성국가들의 헌법질서들 속에서는 인간의 최소한의 생존에 필요한 최저생계비의 부족이 인간의 존엄의 침해로 인정된다 할 지라도, 예를 들면 특정한 재정적 지원을 필요로 하는 급부권은 원칙적으로 유럽연합의 기본권헌장 제1조로부터 도출될 수 없다.²⁷⁾

그러나 유럽연합의 기본권 헌장 제1조 인간의 존엄의 보장은 대부분 주관적

22) Borowsky, ebenda.

23) Borowsky, ebenda; Rixen, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, §9 Rn. 7.

24) Jarass, EU-Grundrechte, S. 116; Borowsky, ebd., Art. 1 Rdnr 34.

25) 이에 대해서는 효과적인 사망-수사의 명령에 대하여 EGMR (Vierte Sektion), NJW 2001, 1989 (1989) - Grams/Deutschland; EGMR (Große Kammer), NJW 2001, 1991 (1994) - Ogur/Türkei.

26) Rixen, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, §9 Rn. 24.

27) Rixen, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, §9 Rn. 17. 24

권리적 성격(subjektiv-rechtlicher Charakter)이 여러 가지 측면에서 아무런 특별한 역할을 하지 않는 다른 기본권의 인정을 위한 근거로서만 기능하게 된다. 여러모로 다양하게 규정되어 있는 기본권 헌장 상의 개별기본권 등을 고려해 볼 때, 독일 기본법 그리고 사회적 영역(기본권 헌장 제4부(Kapital IV) 연대(Solidarität))에 서와는 정반대로 개별기본권으로서 인간의 존엄의 독자적 내용은 거의 드물게 고려될 것이다. 따라서 인간의 존엄은 기본권 헌장에 명백히 규정되지 않은 권리들(예컨대 일반적 행동의 자유(allgemeine Handlungsfreiheit))의 법관법적인 발전적 도출을 위한 법관법적인 발전을 위한 권리위의 권리(Recht auf Rechte) 혹은 포괄적 기본권(Auffanggrundrechte)으로서 사용될 수 없다.²⁸⁾ 단지 인간의 존엄은 특별히 기본권 헌장 제1부(Kapital I) 인간의 존엄 속에 포함된 권리들뿐만 아니라 그 외의 기본권 헌장 속에 규정된 다른 기본권들의 해석을 위한 척도로서 기능한다.

1. 인간의 존엄의 기본권 주체성의 인정의 문제로서 생명권

인간의 존엄은 모든 사람이 주체가 되기 때문에 당연히 그 기본권 주체성의 문제는 인간적 삶의 시기와 종기의 문제로 연결된다. 따라서 인간의 존엄의 주체는 유럽연합-기본권질서의 의미 속에서의 모든 살아있는 사람이어야만 한다. 따라서 인간의 존엄 기본권의 주체성 인정여부는 살아있는 사람의 인정에 대한 개념적 정의에 달려있다. 이와 관련하여 독일연방헌법재판소(BVerfG)는 “인간의 생명에 존재하는 곳에 인간의 존엄이 인정된다”는 매우 간결하고 효과적이고 적절한 공식을 제시하였다.²⁹⁾ 이런 점에서 인간의 존엄의 기본권 주체성인정의 문제는 인간으로서의 정체성인정여부 그리고 생명권의 주체성인정 여부와 직접적인 관련성을 가진다. 이런 점에서 볼 때 유럽연합의 기본권 헌장 제2조의 하나의 통일성을 갖추고 있는 기본권(einheitliches Grundrecht)으로서 생명권의 보장은 제일의 근본적 인권인 제1조의 인간의 존엄권을 지원하는 권리로서 중요한 의미를 가진다.

1) 생명권의 주체

우선적으로 언제부터 생명이 시작되는가하는 문제와 관련하여 태아

28) R. Streunz, in: Strenz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, GR-Charta Art. 1 Rdnr. 5.

29) BVerfGE 88, 203 [252].

(nasciturus, Leibesfrucht) 그 자체가 인간의 존엄권의 주체가 될 수 있는가하는 문제가 제기된다. 이에 대한 유럽연합차원의 논의는 그리고 활성화되지 못하였고 그리고 각 구성국가 속에서의 논의의 경우에는 여전히 해결되지 않은 난문제로 남아있다.³⁰⁾ 이와 관련하여 다음의 두 가지 입장으로 태아의 기본권 주체성 인정 여부에 대하여 적극적 견해와 소극적 견해로 나누어 본다. 적극적인 입장은 생명으로서 살아있는 사람으로서의 지위인정은 생명권에 대한 포괄적 관점에 따라 목적적인 확장적 해석가능성이 인정되어야만 한다는 견해이다. 이에 따르면 비록 정상적인 모체의 자궁 내에서 성장하지 않은 배아 그리고 태아에게도 주체성이 인정되어야만 한다. 따라서 법에 의하여 금지된 배아복제에 의하여 탄생된 인간이라 할지라도 당연히 인간의 존엄의 주체가 된다.³¹⁾ 이에 비해서 소극적 입장은 자궁 내에 있는 생성 중에 있는 생명은 이 문제에 대한 유럽연합의 각 구성국가의 다양한 전통과 법적 현실을 고려해 볼 때 태아는 기본권의 주체가 될 수 없다는 견해이다,³²⁾ 그럼에도 불구하고 소극적 견해도 태아는 독자적인 기본권 행위능력이 없기 때문에 기본권 주체성은 인정될 수 없음에도 불구하고 여전히 태아 (Embryo)에게 인간의 존엄의 객관적 내용(objektiver Gehalt), 태아의 인간의 존엄의 객관적 측면(objektive Seite)은 인정되어 진다고 보고 있다.³³⁾ 이런 점에서 유럽연합의 기본권 제정회의의 그리고 유럽헌법제정회의의 인간의 존엄권의 독자적 기본권성 인정에도 불구하고, 태아가 인간의 존엄에 대한 국가의 기본권 보호의무 실행을 통한 객관적 측면에서의 보호대상성 인정여부는 인정할 수 있지만, 개별적 권리로서의 기본권 주체성여부에 대한 견해의 대립은 아직까지 미해결의 문제로 남아있다. 결국 이 문제는 결국 낙태문제를 둘러싼 법윤리적 문제 더 나아가서 각 개별 구성국가의 법정책을 통한 생명에 대한 국가의 기본권 보호의무의 인정의 문제를 전제로 한 것이라는 점이라는 점에서 해결책을 찾기가 쉽지 않다.

2) 유럽연합의 기본권 헌장과 유럽인권협약상의 생명권의 보장

독일 기본법 제2조 제2항은 생명권을 보장하면서, 제102조에서 사형제의 폐

30) Jarass, EU-Grundrechte, §8 Rn. 8.

31) Vgl. Rixen, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, §9 Rn. 19; W. Höfling, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art. 1 Rn. 27.

32) Jarass, EU-Grundrechte, S. 118; R. Schmidt, ZEuS 2002, S. 673 ff.; Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 1 Rdnr. 37.

33) Jarass, ebenda; vgl. EGMR, Nr. 53924/00 (2004) Rn. 84; Borowski, ebenda.

지에 대해서 규정하고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장은 제1부(Titel I) 제1조의 인간의 존엄의 구체화로서 제2조에서 생명권(Recht auf Leben)을 보장하고 있다. 제2조의 생명권 보장내용은 다음과 같은 다음과 같다: 제2조 생명권

- ① 모든 개인(jede Person)은 생명권을 가진다.
- ② 어느 누구도 사형을 선고받고, 사형이 집행될 수 없
이에 대한 기본권 헌장 주석의 내용은 다음과 같다:³⁴⁾
 - 1. 이 조의 제1항은 다음과 같이 규정된 유럽인권협약 제2조 제1항에 근
거를 두고 있다: “(1) 모든 사람의 생명권은 법률적으로 보호된다”.
 - 2. 사형제를 대상으로 하고 있는 규정의 제2항은 유럽인권협약에 대한 제
6의정서(Protokoll Nr. 6 zur EMRK)의 효력발생을 통해서 효력을 상실
하였다. 동의정서의 제1조는 다음과 같이 규정하고 있다: “사형제는 폐
지된다. 누구도 이 형벌을 선고받거나, 집행되지 않는다”.

기본권 헌장 제2조 제2항은 이 규정에 근거한다.

- 3. 기본권 헌장 제2조의 규정들은 위에서 언급한 유럽인권협약과 부속의
정서의 조문과 일치한다. 이 규정은 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하
여 (유럽인권협약상의 규정과) 동일한 의미와 적용범위를 가진다. 따
라서 유럽인권협약에 포함된 “부정적 정의(Negativdefinition)”들을 기
본권 헌장의 부분으로 간주되어야만 한다:

a) 유럽인권협약 제2조 제2항:

살인이 다음의 목적을 위하여 무조건적으로 요구되는 강제력사용
에 근거한 것이라면, 그 살인은 이 조문의 침해로 볼 수 없다.

- a. 개인을 범위반적 폭력으로부터 방어하기 위한 목적;
- b. 개인을 합법적으로 체포하거나 합법적으로 자유가 박탈된 개인
의 도주를 막기 위한 목적;
- c. 반란과 폭동을 합법적으로 진압하기 위한 목적.

b) 유럽인권협약 의정서 제6호 제2조:

“국가는 전쟁시 혹은 직접적인 전쟁의 위험이 존재하는 경우에 행
해진 행위에 대한 사형제를 자신의 법 속에서 규정할 수 있다. 왜냐
하면 이 형벌은 단지 법에 규정된 사례들의 경우에 그리고 그 법규
정들과 일치하는 경우에만 집행되어야 한다. …”.

34) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/17 f.

유럽연합의 기본권 헌장 제2조 제1항의 생명권은 유럽헌법제정회의 의장단 회의는 유럽인권협약 제2조 제1항에 근거를 두고 있다고 설명하고 있다. 그리고 동 조 제2항은 유럽인권협약에 대한 제6 의정서(Protokoll Nr. 6 zur EMRK)를 법적 근거로서 언급하고 있다.³⁵⁾ 유럽연합의 기본권 헌장 제2조 내지 유럽헌법조약 제 II-62조의 생명권 보장은 하나의 통일성을 갖추고 있는 기본권(einheitliches Grundrecht)이다. 왜냐하면 2조 제2항의 사형제의 금지는 생명권의 제한의 제한(Schranken-Schranken)이다. 생명권은 제일의 근본적 인권인 제1조의 인간의 존엄권을 지원하는 권리이다. 그뿐만 아니라 유럽인권협약의 중요한 요소로서 제2항의 사형제의 금지는 전세계적인 파급효과를 고려하면서 채택된 것이다. 유럽연합의 기본권 헌장 제2조/유럽헌법조약 제II-62조의 권리는 모든 부분에 있어서 소송의 제기가 가능한(주관적) 권리이다. 절대로 인간의 존엄과 같은 단순한 원칙이 될 수 없다. 생명권은 제한에 대한 방어권인 동시에 급부권 특히 보호권적인 특성도 아울러 가지고 있다.³⁶⁾

생명에 대한 형량불가능성이 생명권의 제한가능성을 일반적으로 완전히 배제하는 것은 아니다.³⁷⁾ 기본권 헌장 제52조 제1항에 의하면 생명권에 대한 제한은 법률적 근거를 필요로 한다.³⁸⁾ 그 외에도 생명권에 대한 법적인 제한근거는 아주 상세히 납득할 수 있을 정도로 법률조문 속에 확정되어야 한다.

기본권 헌장 52조의 기본권의 제한에 대한 법률유보의 원칙, 본질적 내용의 침해금지 그리고 비례성의 원칙은 기본권의 제한근거에도 타당하게 적용된다. 그러나 2조의 생명권의 경우에는 기본권의 제한근거에 관한 동규정의 적용은 특별한 의미가 없다. 왜냐하면 기본권 헌장 제52조 제3항의 유럽인권협약의 이전- 그리고 가입규정(Transfer- und Inkorporationsklausel)에 의하여 유럽인권협약 제2조 제2항에 미리 상세히 규정된 내용이 자동적으로 기본권 헌장의 내용으로 인정되기 때문에, 유럽인권협약에 규정된 생명권의 제한에 관한 부정적 정의규정이 생명권 제한의 한계가 된다.³⁹⁾ 생명권에 대한 제한이 비례원칙에 적합하게 행해진

35) Erläuterungen des Präsidiums des Europ.Konvents, ABI 2004 C 310-425 f. 456.

36) Jarass, 앞의 책, Art. 2 Rn. 2.

37) A. A. EuGH, Rs. 112/00, Slg. 2003, I-5659 Rn. 80 방론(obiter dictum) 속에서; Jarass, EU-Grundrechte, S. 123.

38) Jarass교수는 52조/제112조 제3항이 우선적으로 적용되는 특별법이기 때문에 동조 제2항이 적용되지 않는다는 Borowsky판사의 주장(Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 2 Rn. 38)은 잘못된 것이라고 반박하고 있다. Jarass, ebenda.

39) Erläuterungen des Präsidiums des Europ. Konvents, ABI 2004 C 310-426. 그 외에 유럽인권협약상의 생명권 제한의 법적 근거는 아주 예외적 상황을 제외하고는 사형제도의 폐지를 규정하고 있는 유럽인

경우라면, 유럽인권협약 제2조 제2항에 규정된 내용은 독자적으로 적용된다. 이 경우 유럽인권협약 제2조 제2항은 보호범위의 한계(Grenzen des Schutzbereichs)로서 적용되는 것이 아니라 제한근거의 심사기준으로서 적용된다.⁴⁰⁾ 왜냐하면 기본권의 보호범위의 한계와 제한근거는 서로 구별될 수 있기 때문이다.⁴¹⁾

유럽인권협약 제2조 제2항은 살인이 다음의 목적을 위하여 무조건적으로 요구되는 강제력사용에 근거한 것이라면, 그 살인은 이 조문의 침해로 볼 수 없다고 규정하고 있다: a. 개인을 범위반적 폭력으로부터 방어하기 위한 목적; b. 개인을 합법적으로 체포하거나 합법적으로 자유가 박탈된 개인의 도주를 막기 위한 목적; c. 반란과 폭동을 합법적으로 진압하기 위한 목적.

유럽인권협약 제2조 제2항 문자 a(lit. a)에 의하면, 우선적으로 생명권에 대한 제한은 범위반적인 폭력(rechtswidrige Gewalt)으로부터 방어하기 위하여, 즉 (기본권의 객체를 통한) 정당방위(Notwehr) 혹은 긴급피난(Nothilfe)의 경우에는 허용된다. 사인에 의한 정당방위나 긴급피난의 경우에는 기본권의 제한이 문제되지 않는다. 이 경우에는 궁극적으로는 국가의 기본권 보호의무가 문제된다.⁴²⁾ 이와 관련하여 특히 범행현장에서 범죄피해자의 생명을 구하기 위하여 혹은 그 외의 중대한 인명손실을 피하기 위한 (경찰의 범죄자에 대한) 최종적 구호사격(finale Todesschuss)이 문제가 된다. 이러한 최종적 구호사격은 비례성의 원칙을 적용하여 다른 사람을 자신의 생명에 대한 위협 혹은 자신의 신체적 불가침성에 대한 중대한 침해로부터 해방시키기 위하여 단지 최종적으로 무조건 필요한 수단으로서 행해져야만 한다.⁴³⁾ 이에 반하여 사람이 아닌 단순한 고가 물건의 훼손 및 도난을 방지하기 위한 목적에서의 최종적 구호사격은 허용될 수 없다.⁴⁴⁾

그 외에 유럽인권협약 제2조 제2항 문자 b(lit. b)에 규정된 제한사유는 “개인을 합법적으로 체포하거나 합법적으로 자유가 박탈된 개인의 도주를 막기 위한 목적”에서의 제한이다. 이 경우 기본권의 제한은 합법적인 체포 혹은 합법적으로 이미 자유가 박탈된 개인의 도주의 저지가 생명권에 대한 제한을 통해서만 가능

권협약 의정서 6호에서 나온다.

40) Jarass, 앞의 책, Art. 2 Rn. 7.

41) Jarass, 앞의 책, Art. 2 Rn. 7.

42) Vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., S. 129.

43) Grabenwarter, ebenda.

44) Alleweldt, Marauhn/Grote (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Kap. 10. Rn. 63; Jarass, EU-Grundrechte, S. 123.

Hrsg. v. Thilo Marauhn u. Rainer Grote

한 경우에 한정된다. 이런 점에서 이 구성요건의 충족을 위해서는 엄격한 무조건적인 필요성의 의미속에서의 비례성의 원칙(Grundsatz strenger Verhältnismäßigkeit im Sinne unbedingter Erforderlichkeit)의 적용이 요구된다.⁴⁵⁾ 특히 합법적인 체포를 실행하기 위한 기본권의 제한은 중대한 범행이 행해지거나 행해진 경우에 한정되어야 할 것이다.⁴⁶⁾

이러한 목적의 실행과정에서 원칙적으로 살인의 목적은 존재하지 않아야만 한다.⁴⁷⁾ 더 나아가서 유럽인권협약 제2조 제2항 문자 c(lit. c)에 의하면 반란과 폭동을 합법적으로 진압하기 위한 목적에서의 생명권에 대한 제한은 허용된다. 궁극적으로 적법한 전쟁행위에 의한 살인은 유럽인권협약 제15조에 의하여 허용된다.

단서 혹은 경찰조서를 통해서 증명되어야만 한다.⁴⁸⁾

3) 사형제도의 폐지

기본권 헌장 제2조 제2항에 의하면 사형제도는 금지된다. 이 규정을 통해서 유럽인권협약 제2조 제1항 제2문 속에 규정된 사형제도의 허가의 구성요건이 극복되었다.⁴⁹⁾ 아주 적은 예외적 상황들을 제외하고는 사형제를 금지하고 있는 유럽인권협약 의정서 제6호는 유럽회의의 모든 구성국가들에 의하여 비준되었다. 기본권체계적인 측면에서 볼 때 기본권 헌장 2조 제2항은 기본권 제한에 대한 제한규정이자, 하나의 독자적인 기본권 규정이 아니다. 기본권 헌장 제19조 제2항의 사형제의 실행의 위협이 존재하는 국가로의 추방, 퇴거 그리고 인도의 금지는 제2조 보다 우선하여 특별법으로서 적용된다.

유럽인권협약 제6호 의정서 제2조에 의하여 전쟁시 그리고 직접적인 전쟁의 위협이 있는 경우에 한해서 예외적으로 사형제가 허용될 수 있는지 여부는 불분명하다.⁵⁰⁾ 기본권 헌장 제52조 제3항은 이러한 제한을 인정하지 않는다. 왜냐하면 동 규정의 제2문은 또한 유럽인권협약을 넘어서는 기본권 보호를 허용하고 있기

45) Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 129.

46) Alleweldt, Marauhn/Grote (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Kap. 10. Rn. 80.

47) Schmidt, ZEus 2002, S. 646.

48) EGMR, Nr. 31889/96 (2000) Rn. 74.

49) Vgl. Erläuterungen des Präsidiums des Europ. Konvents, ABI 2004 C 310-426.

50) 이에 대하여 찬성하는 견해는 Schmidt, ZEUS 2002, S. 646.

때문이다.⁵¹⁾ 유럽연합의 기본권 헌장 제2조 제2항의 생성사를 고려해 보면 처음에는 예외적인 사형제의 인정을 통한 제한의 입장이 우세하였다. 그럼에도 불구하고 제한을 지지 혹은 반대하는 법적 상태를 해결하려는 법안은 관철되지 못하였다.⁵²⁾ 그럼에도 불구하고 다수는 유럽인권협약, 즉 유럽인권협약 의정서 제6호 제2조를 모범으로 받아들이고 있었다.⁵³⁾ 그러나 사형제도의 일반적 금지를 규정하고 있는 유럽인권협약 의정서 제13호에 모든 구성국가들이 서명하자마자, 사형제도는 폐지되었다.⁵⁴⁾ 유럽인권협약 의정서 제13호는 2003년 7월 1일 효력을 발생하였다.

2. 신체적 불훼손권을 넘어서는 불훼손권의 인정의 필요성

독일 기본법 제2조 제2항은 신체적 불훼손권(körperliche Unversehrtheit)을 규정하고 있다. 이에 반해서 유럽연합의 기본권 헌장은 신체적 불훼손권뿐만 아니라 해석상으로 영적인 부분까지 포함한 정신적 불훼손권(geistige Unversehrtheit)까지 포함한 불훼손권(Recht auf Unversehrtheit)을 기본권 헌장 제3조에서 규정하고 있다. 제3조의 규정내용은 다음과 같다:

유럽연합의 기본권 헌장 제3조: 신체적 불훼손권

제1항: 모든 사람은 육체적 그리고 정신적 불훼손권을 가진다.

제2항: 의학과 생물학의 영역에서 다음의 행위는 특히 주의하여야만 한다.

- 법률에 의하여 규정된 방식에 상응한 사전설명에 따른 당사자의 자유로운 동의
- 우생학적인 특히 인간의 선택을 목적으로 한 기술의 금지
- 영리추구를 위한 목적에서 인간의 신체 그리고 신체의 일부분의 사용의 금지.
- 인간의 재생적 복제의 금지

기본권 헌장 주석은 제3조의 신체적 불훼손권의 보호는 신체적 불훼손권을 유럽공동체법 내지 유럽연합법의 부분으로 인정한 유럽법원의 판례에 근거한다

51) Jarass, EU-Grundrechte, S. 125; Grabenwarter, Die Charta der Grundrechte für Europäische Union, DVBl 2001, S. 3; ders., Europäische Menschenrechtskonvention, S. 124.

52) Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 2 Rn. 24.

53) Erläuterungen des Präsidiums des Europ.Konvents, ABl 2004 C 310-426; Borowsky, ebd., Art. 2 Rn. 18.

54) Jarass, EU-Grundrechte, S. 125; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, S. 7.

고 하였다.⁵⁵⁾ 기본권 헌장 주석은 그 외에 또한 국제형법재판소규약(Status des Internationalen Strafgerichtshofs)⁵⁶⁾ 제7조 제 유럽의회에서 채택된 인권 그리고 생명의학에 관한 협정(Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) 그리고 이에 속한 부속의정서⁵⁷⁾를 근거로 제시하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 점들을 고려해 볼 때 기본권 헌장 주석에 인용된 이러한 모든 규정들은 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)으로 이용된다.⁵⁹⁾

유럽인권협약은 이에 비견할 만한 기본권 규정을 가지고 있지 않다. 따라서 유럽인권법원은 생명을 직접적으로 위태롭게 하는 신체적 불휘손성에 대한 침해의 인정여부는 유럽인권협약 제2조 생명권을 근거로 하여 판단한다.⁶⁰⁾

기본권 헌장 제3조는 우선적으로 기본권의 제한에 대한 방어권(Abwehrrecht)을 포함하고 있고, 이차적으로 급부권(Recht auf Leistung) 특히 보호권(Recht auf Schutz)까지도 포함하고 있다.

기본권 헌장 제3조 제2항의 의학과 생물학적인 영역에 해당되는 사례들의 경우에는 관련 당사자의 동의(Einwilligung)가 기본권 제한에 대한 허가(Zulässigkeit)로 이어지는 것은 아니다.⁶¹⁾ 이런 점에서 볼 때 이 사례들에 대해서는 기본권 포기(Grundrechtsverzicht)가 인정되지 않는다.

3. 인간의 존엄의 구체화로서 고문의 금지 그리고 비인간적인 혹은 굴욕적 형벌 혹은 대우의 금지

유럽연합의 기본권 헌장 제4조는 「그 누구도 고문 혹은 비인간적 혹은 굴욕적 형벌 혹은 대우에 처해져서는 안 된다」고 규정하면서 인간의 존엄을 구체화하는 권리로서 고문의 금지 그리고 비인간적인 혹은 굴욕적 형벌 혹은 대우의 금지를 규정하고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장 제4조의 기본권은 유럽인권협약 제3조

55) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/18 다음의 유럽법원의 판례를 인용하면서 EuGH, C-377/98 – Niederlande/K, Slg.2001, I-7079 Rn.70, 78-80.

56) Vom 17. 7. 1998 (BGBl 2000 II-1393).

57) Übereinkommen vom 4. 7. 1997 (Europarat (Hg.), Europäische Verträge, Bd. II, 1998, Nr. 164) und Zusatzprotokoll vom 12. 1. 1998 (Europarat (Hg.), Europäische Verträge, Bd. II, 1998, Nr. 168).

58) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/18

59) Jarass, 앞의 책, Art. 3 Rn, 1.

60) EGMR, Nr.61603/00 v. 16.6.2005, Rn.143; Nr.1620/03 v. 23.9.2010, Rn. 53; Jarass, 앞의 책, Art. 3 Rn. 1.

61) Jarass, 앞의 책, Art. 3 Rn, 9.

(이 규정의 동어적 반복규정)에 근거를 둔 것이라는 것을 기본권 헌장 주석은 지적하고 있다.⁶²⁾ 그에 상응하게 제4조는 유럽연합의 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약의 규정에 우선한다.⁶³⁾ 왜냐하면 제52조/제112조 제3항에 의하면 설사 유럽인권협약에서 이미 확인되고 보장된 권리를 유럽연합의 기본권 헌장에서 보장하는 경우에도, 유럽연합의 기본권 헌장 규정의 계속적으로 진행되는 기본권 보호가, 예컨대 그 동안 유럽인권협약에서 보장되는 수준을 넘어서는 보호와 같은 것이 저지되는 것은 아니기 때문이다. 유럽인권협약 제3조 그리고 이와 관련된 유럽인권법원의 판례들은 이 기본권에 대한 중요한 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)을 형성한다. 그에 비해서 이 기본권은 지금까지 유럽법원(EuGH)의 판례 속에서 아무런 역할을 수행하지 못하였다.⁶⁴⁾ 그럼에도 불구하고 기본권 헌장 제4조에 규정된 내용들은 이미 기본권 헌장이 법적인 효력을 발생하기 전부터 유효한 우선적 법(geltendes Primärrecht)이다.

기본권 헌장 제4조의 고문 그리고 비인간적인 혹은 굴욕적 형벌 혹은 대우의 금지는 제1조의 인간의 존엄의 보장과 가장 밀접한 관련성을 가진다. 제4조는 단순한 원칙이 아닌, 소송의 제기가 가능한(주관적) 권리(einklagbares Recht)를 보장하고 있다. 이 기본권은 우선적으로 외부적인 기본권 침해 혹은 내부적 기본권의 한계설정에 대한 보호를 제공하는 방어권이다. 이차적으로는 급부권 특히 보호권을 포함하고 있다.⁶⁵⁾

4. 인간의 존엄의 구체화로서 노예제도, 강제노동 그리고 인신매매의 금지

독일 기본법은 12조의 직업의 자유의 보장과 관련하여 강제노동은 오로지 법원에 의하여 명령된 자유박탈의 경우에만 허용된다고 규정하고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장 제5조는 인간의 존엄의 구체화로서 노예제도, 강제노동 그리고 인신매매의 금지를 다음과 같이 규정하고 있다: 유럽연합의 기본권 헌장 제5조

- ① 누구도 노예(Sklaverei) 혹은 농노(Leibeigenschaft)에 지위에 처해질 수 없다
- ② 누구도 강제노동 혹은 의무노동을 하도록 강제될 수 없다

62) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/18.

63) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/18, 33.

64) Martin Borowsky, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, Art. 4 Rn. 4; EuGH, C-465/07 – Elgafaji, Slg.2009, I-921 Rn.28.

65) Jarass, 앞의 책, Art. 4 Rn. 2.

③ 인신매매는 금지된다.

이에 대한 기본권 헌장 주석의 내용은 다음과 같다:

「1. 유럽연합의 기본권 헌장 제5조 제1항 그리고 제2항(유럽헌법조약 제II-65조)의 이미 이와 동일한 내용을 규정하고 있는 유럽인권협약 제4조 제1항 그리고 제2항에 상응하다.

기본권 헌장 제52조 제3항(유럽헌법조약 제II-112조)에 의하면 이 권리는 유럽인권협약 제4조와 같은 의미와 적용범위를 가진다. 이로부터 다음의 내용이 도출된다:

- 제1항에 의하면 권리의 정당한 제한은 성립할 수 없다.
- 강제노동 그리고 의무노동의 개념과 관련하여 유럽인권협약 제4조 제3항에 의한 부정적 정의(negative Definition)가 제2항 속에서 고려되어야만 한다: 이하의 경우에는 이 규정의 의미 속의 강제노동 혹은 의무노동으로서 효력을 가지지 않는다.

- a) 통상적으로 제5조의 전제조건 하에서 자유가 박탈당한 혹은 제한적으로 자유가 박탈당한 사람을 필요로 하는 노동
- b) 양심적 병역거부권을 인정하는 나라에서 병역의무의 수행 대신에 행해지는 군사적인 종류의 공적직무수행(Deisntleistung) 혹은 공적직무수행
- c) 생명 혹은 공동체의 복리(Wohl)가 위협받는 긴급사태 혹은 재난에 있어서 요구되는 공적직무수행
- d) 일반적인 시민의 의무에 속하는 노동 혹은 공적직무수행

2. 제3항은 인간의 존엄으로부터 직접적으로 도출되고 성매매범죄 혹은 조직된 성적착취와 같은 조직범죄의 영역에서의 새로운 발전을 고려한 것이다. 유럽경찰협정은 다음과 같은 정의규정을 포함하고 있다.」

기본권 헌장 주석은 제5조의 유럽헌법제정회의의 의장단회의는 노예제도, 강제노동 그리고 인신매매의 금지를 유럽연합의 기본권 헌장 제5조 제1항 그리고 제2항과 이미 이와 동일한 내용을 규정하고 있는 유럽인권협약 제4조 제1항 그리고 제2항(이 규정의 동어반복)에 근거한 것이라고 기록하고 있다.⁶⁶⁾ 기본권 헌장 제52조/제3항에 의하여 기본권 헌장 제5조 제1항, 제2항도 유럽인권협약-규정과 동등한 의미와 적용범위를 가진다.⁶⁷⁾ 유럽인권협약 제4조 제3항의 강제노동 그리

66) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/18.

67) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/18, 33.

고 의무노동의 한계설정을 위해서 규정된 내용들은 또한 제5조의 영역에서도 효력을 가진다. 제5조 제3항은 다음의 규정들로부터도 많은 영향을 받았다는 것을 유럽헌법제정회의는 확인하고 있다:⁶⁸⁾ 인신매매의 퇴치를 위한 위원회의 근본적 결의(Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung des Menschenhandels) 제1조뿐만 아니라 인간의 존엄, 유럽경찰 협정(Europol-Übereinkommen), 쉐엔의 실행협정(Schengen Durchführungübereinkommen) 제27조 제1항. 이러한 모든 규정들은 제5조/제65조의 이해를 위한 법인식원을 포함하고 있다. 이러한 배경들을 고려해 볼 때 기본권 헌장 제5조 제1, 2항에 규정된 내용들은 이미 유럽연합의 기본권 헌장이 효력을 발생이전부터 유효하게 적용된 우선적 법(Primärrecht)이다.

유럽연합이 기본권 헌장 제15조는 직업의 자유(Berufsfreiheit)와 일할 권리(Recht zu arbeiten)를 보장하고 있다.⁶⁹⁾ 특히 유럽연합의 기본권 헌장 제15조의 제3항은 「유럽연합의 구성국가의 고권지역(Hoheitsgebiet) 속에서 일해야만 하는 제3세계 국가의 소속국민들은 그들에게 유럽연합의 시민들과 상응한 노동조건들의 보장요구권을 가진다」고 규정하고 있다. 기본권으로서 직업의 자유는 결과적으로 무엇보다도 근로자의 직업활동과 관련성을 가진다. 직업의 자유를 사회권 기본권의 형태 혹은 더 나아가서 직업의 보장을 국가의 의무로 규정하고 있는 자유시장 경제질서의 헌법체제하에서 기본권으로서 직업의 자유는 보다 특별한 기본권인 기업의 자유에 그 적용범위가 제한될 수 있다. 그럼에도 불구하고 강제노동의 형태로 행해지는 직업의 자유의 제한은 어떠한 형태로든 정당화될 수 없다. 왜냐하면 기본권으로서 유럽연합의 기본권 헌장 제5조 제2항 속의 강제노동의 금지는 유럽연합의 기본권 헌장 제15조의 제1항의 직업의 자유보다 우선하기 때문이다.⁷⁰⁾ 더 나아가서 기본권으로서 직업의 자유는 직업의 선택과 행사의 자유를 보호한다. 행사는 넓은 의미로 이해된다. 특정한 사용자의 선택도 보호범위에 들어간다.⁷¹⁾ 그 외에도 특정한 직업을 선택하지 않거나 혹은 아무 일도 하지 않을 권리도 보호한다.⁷²⁾

68) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/19.

69) 유럽연합의 기본권 헌장 제15조 직업의 자유(Berufsfreiheit)와 일할 권리(Recht zu arbeiten)

제1항 모든 사람은 일하고, 자유로이 선택하고 받아들인 직업을 행사할 자유를 가진다.

제2항 모든 유럽연합의 시민들은 모든 구성국가들 속에서 일자리를 구하고, 일하고, 개업하고, 서비스를 제공할 자유를 가진다.

제3항 유럽연합의 구성국가의 고권지역(Hoheitsgebiet) 속에서 일해야만 하는 제3세계 국가의 소속국민들은 그들에게 유럽연합의 시민들과 상응한 노동조건들의 보장요구권을 가진다.

70) Jarass, 앞의 책(주 1), Art. 15 Rn. 5.

71) EuGH, Rs. 132/91, Slg. 1992, I-6577 Rn. 32.

72) Jarass, 앞의 책(주 1), Art. 15 Rn. 6.

직업의 자유의 주체를 기본법 조문에서 모든 독일인으로 한정하는 독일과 달리 유럽연합의 기본권 헌장 제15조의 직업의 자유의 주체는 모든 자연인이다. 직업의 자유의 기본권주체성을 유럽연합시민에게 한정하는 것과 관련하여 제15조 제1항은 아무런 근거를 제공하지 않는다. 제15조 제1항은 제15조 제2항 속에서 언급된 기본적 자유를 유럽연합시민들에게만 한정시키는 것으로 해석될 수 없고 제15조 제3항에 의한 노동조건의 영역 속에서 제3세계 소속국가 국민들의 동등한 지위인정의 근거가 된다. 비록 헌법재판소가 고용허가제의 근거한 사업장 변경의 자유의 제한을 합헌이라고 결정했음에도 불구하고, 어느 정도의 사업장 변경의 허용이 근로자의 강제노동의 금지원칙에 위배되는지 여부에 대해서는 명백한 합의는 존재하지는 않는다.

이주노동자의 강제노동의 금지에 위반되지 않는 범위 내에서, (이주노동자의 직업의 자유의 기본권 주체성을 인정한다 할지라도,) 이주노동자의 직장선택의 자유를 제한하는 법적인 근거는 어디에서 찾아야 할 것인가? 각 국가의 이주노동자 도입정책 혹은 이민정책의 전개과정에서 찾아야만 할 것이다.

5. 인간의 존엄의 보다 구체적인 개별기본권의 규정을 통한 구체화의 필요성

유럽연합의 기본권 헌장 제1조의 인간의 존엄의 보장은 그 이하의 조문을 통해서 구체화된다. 인간의 존엄이란 표제가 부여된 I편의 기본권의 경우에는 예컨대 유럽연합의 기본권 헌장 제5조에서의 노예제도, 강제노역 그리고 인신매매의 금지와 같은 경우에는 인간의 존엄을 아주 명백하고 구체적으로 표현하고 있다. 그럼에도 불구하고 인간의 존엄은 제1편의 범위 밖에 규정된 모든 기본권에 대해서도 유효하게 적용된다. 따라서 모든 기본권은 제1조의 인간의 존엄의 정신 속에서 해석되어야만 한다. 이런 점에서 인간의 존엄은 기본권 헌장에 규정된 다른 모든 기본권들의 해석을 위한 척도가 된다.⁷³⁾

어떤 다른 기본권에 대한 제한이 인간의 존엄에 대한 침해가 된다면, 이러한 모든 기본권 제한은 금지된다. 더 나아가서 어떤 자의 자신의 다른 개별적 기본권의 행사에 의한 행위가 다른 제3자의 기본권 침해로 이어진다면 그의 그 기본권 행사는 허용될 수 없다. 예컨대 인간의 존엄은 인간의 배아복제세포연구와 관련된 연구의 자유와 같은 다른 기본권 행사의 제한근거로서 기능한다.⁷⁴⁾ 따라서 일

73) Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 1 Rn. 5.

74) 기본권 제정회의 의장단회의의 기본권 헌장 제13조에 대한 주석(Erläuterungen des Präsidiums) 참조.

반적으로 기본권 헌장 속에 확인된 어떠한 다른 기본권도 타인의 존엄을 침해하기 위해서는 행사될 수 없다.⁷⁵⁾ 또 다른 측면에서 본다면 인간의 존엄은 독자적으로 유지되기 보다는, 인간의 존엄과 여러 가지 측면에서 밀접한 관련을 가지는 기본권 헌장 속의 기본권 목록을 통해서 완전하게 보호될 수 있다.

독일 혹은 우리나라와 같이 인간의 존엄만 규정하고 인간의 존엄과 관련된 특별한 개별적 기본권(spezielle Grundrechte)을 규정하고 있는 경우에 발생하는 해석적 문제들, 예컨대 인간의 존엄권으로부터 헌법에 규정되지 않은 다른 개별적 기본권을 도출할 수 있는가하는 문제는 유럽연합의 기본권 헌장 혹은 유럽헌법조약상의 기본권 목록에서는 발생할 가능성이 적다. 왜냐하면 유럽연합의 기본권 헌장 내지 유럽헌법조약은 인간의 존엄과 관련되는 개별 기본권들을 그 이하의 조문에서 상세히 규정하고 있기 때문이다. 이런 점에서 볼 때 위에서 누차 언급한 바와 같이 인간의 존엄은 기본권 헌장에 개별사안과 관련된 개별적 기본권이 존재하지 않을 때 고려될 수 있는 일반적 자유권을 포함하고 있지 않다.

인간의 존엄은 모방적 살인을 조장하는 상업적 게임의 금지의 경우처럼, 자유로운 서비스의 교환(Dienstleistungsverkehr)과 같은 유럽공동체내의 시장(Binnenmarkt)에서의 기본적 자유(Grundfreiheiten)들의 제한도 정당화시킬 수 있다.⁷⁶⁾

II. 포괄적 기본권인 행복추구권의 대체로서 인격의 자유로운 발현권의 인정필요성

우리나라는 제3공화국 헌법 이래로 현행 헌법까지 헌법상의 최고목적조항으로 ‘인간의 존엄과 가치’를 헌법전에 규정함으로써 인격주의적 인간상에 기초한 헌법질서를 구축하고 있다. 따라서 우리 헌법상의 최고목적인 인간의 존엄을 바탕으로 하는 일반적 인격권의 보장은 헌법질서구축의 핵심영역을 구성한다. 우리 헌법학자와 헌법재판소는 이러한 일반적 인격권의 근거로서 우리 헌법 제10조의 인간의 존엄 조항뿐만 아니라 헌법 제11조의 행복추구권의 해석을 통해서 인격의

75) 기본권 제정회의 의장단회의의 기본권 헌장 제1조 제2항 제1문에 대한 주석(Erläuterungen des Präsidiums). 기본권 헌장 제54조의 권리남용금지(Verbot des Rechtsmißbruachs)의 원칙이 규정되어 있다.

76) EuGH, Rs. 36/02, Slg. 2004, I-ss Rn. 35 ff.

자유로운 발현권을 도출함으로써 일반적 인격권을 보호하고 있다.⁷⁷⁾

그 외에도 우리 헌법은 인간의 존엄과 인격의 자유로운 발현의 중요한 기반이 되는 사생활의 보호를 의하여 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조), 비롯하여 주거의 자유(헌법 제16조) 그리고 통신의 자유(헌법 제18조)를 보장하고 있다. 그리고 더 나아가서 사생활 영위의 기반이 되는 혼인과 가족질서도 보장(헌법 제36조 제1항)하고 있다. 일반적 인격권의 불가침성의 요구는 어떤 개인의 자유는 타인의 자유의 한계까지 보장된다는 황금률(Goldene Regel)을 전제로 하고 있다. 이런 점에서 독일 기본법 제2조 제1항 단서는 인격의 자유로운 발현권에 바탕을 둔 일반적 인격권실현의 한계로서 타인의 권리, 헌법질서, 도덕률을 제시하고 있다.

우리 헌법은 일반적 인격권의 보장에 있어서 일반적 인격권에 대한 직접적인 명문규정 없이 일반적 권리인 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄과 기본법 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현권의 해석을 통해서 새로운 기본권을 도출하고 있는 독일의 학설과 판례를 원용할 수 있는 기본권체계를 가지고 있다 할 수 있다. 독일 기본법 제2조 제1항의 첫문장은 “개인은 인격의 자유로운 발현권을 가진다”고 규정하고 있다. 독일 연방헌법재판소의 판례는 이 기본권의 핵심적 내용으로서 일반적 인격권과 일반적 행동의 자유(allgemeine Handlungsfreiheit)를 인정하고 있다. 독일연방헌법재판소는 독일 기본법 제2조 제1항을 기본법 제1조 제1항과 결합하여 일반적인 인격권(das allgemeine Persönlichkeitsrecht)을 보장하고 있다.⁷⁸⁾

독일 기본법 제2조 제1항의 첫문장은 “개인은 인격의 자유로운 발현권을 가진다”고 규정하고 있다. 독일 연방헌법재판소의 판례에 의하면 독일 기본법 제2조 제1항은 기본법 제1조 제1항과 결합하여 일반적인 인격권(das allgemeine Persönlichkeitsrecht)을 보장하고 있다.⁷⁹⁾ 독일 기본법 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현권의 추상성, 일반성 그리고 개별적 기본권에 대한 즉시 인식가능한 보충성은 독일 연방헌법재판소의 50년 동안의 기본권 해석에 있어서의 최종 결산표를 다음과 같이 작성하여도 그 누구도 놀랄 수 없도록 만들었다.⁸⁰⁾ 오늘날 기본법 제2조 제1항은 특별한 자유권에 의하여 그 의미가 전적으로 배척되고 그 결과로서

77) 일반적 행동자유권과의 독일에서의 관계

78) 단지 최근 판례에 의하면. BVerfGE 89, 69 [82]; 96, 56 [61].

79) 단지 최근 판례에 의하면. BVerfGE 89, 69 [82]; 96, 56 [61].

80) F. Hufen, Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 105.

더 이상 독자적인 규정내용을 제시하지 못하는 일반적 프로그램원칙(allgemeiner Programmsatz)이다. 독일 연방헌법재판소는 특히 독일 기본법 제2조 제1항의 특별한 자유권(spezielle Freiheitsrechte)에 대한 보충성을 강조하였다.⁸¹⁾ 이러한 보충성은 처음부터 기본법 제2조 제1항이 헌법에 규정된 자유권 보장 외에 인격성의 보호를 위한 독자적인 기본권과 그와 동시에 독자적인 일반적 행동의 자유를 도출해 내는 헌법에 규정되지 않은 기본권(unbennate Grundrechtsgehalte)의 내용을 보장하는 틀로서 기능하게 만들었다. 이런 점에서 포괄적 기본권(Auffanggrundrechte)으로서 일반적 인격권은 단지 부분적 권리에 불과한 것이다. 왜냐하면 특별한 기본권의 내용 속에 이미 준비되어 있지 않은 경우에만 현실적으로 기본법 제2조 제1항의 그물망 속에 포섭될 수 있기 때문이다.

독일 연방헌법재판소는 기본법 제2조 제1항의 일반적 인격권의 보충성을 강조하면서도, 또한 기본법 제2조 제1항은 헌법에 규정된 자유보장 외에 인격성의 보호를 위한 독자적인 기본권과 이와 마찬가지로 독자적인 일반적 행동자유권을 보장하는 것 또한 처음부터 명백히 하였다. 이렇게 볼 때 독일 기본법 제2조 제1항은 한편으로는 일반적 인격권의 자유를 보장하고 있고, 또 다른 한편으로는 기본법 제1조 제1항과 결합하여 일반적 인격권(allgemeine Persönlichkeitsrecht)을 보장하고 있다. 그러나 이 두 기본권은 실제적 효과뿐만 아니라 도그마적인 결과의 측면에서도 매우 상이하다. 일반적 행동의 자유가 자유권에 대한 보충적 일반조항으로 기능하는 데 반하여, 일반적 인격권은 헌법에 명시된 특별한 자유권과 유사한 내용(Parallen)을 가지고 있다.⁸²⁾

기본법 제2조 제1항은 일반적 행동자유권으로서의 포괄적 기본권으로서의 성격 외에도 인격성 보호 혹은 인격성 발현을 위한 기본권으로서의 성격도 가진다. 그렇지만 일반적 인격권도 일반적 행동자유권과 마찬가지로 특정한 삶의 영역에 한정된 특별한 권리가 아니라, 모든 삶의 영역에 필요하고 중요한 일반적 권리이다. 포괄적 기본권(Auffanggrundrechte)으로서의 성격을 가지는 일반적 행동자유권과는 달리 기본법 제2조 제1항의 일반적 인격권은 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄과 결합하여 발전되었다. 당시 독일연방헌법재판소 재판관이었던 Dieter Grimm교수는 1989년 6월 6일 제1재판부 결정에 대한 반대의견에서 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유에 대한 일반조항적인 해석과 적용에 대하여 비판적 입장을 견지하면서, 기본법 제2조 제1항은 윤곽이 설정되어진 개별적 자

81) BVerfGE 6, 23 [37]; 13, 290 [296]; 79, 292 [304]; 85, 219 [223].

82) H. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl., 2002, Art. 2 Rdnr. 1.

유의 기본권이 되어야 한다고 주장하였다.⁸³⁾ 이러한 근거로서 Grimm은 독일 연방헌법재판소가 기본법 제2조 제1항을 기본법 제1조 제1항과 결부하여 기본법 제2조 제1항으로부터 나오는 특별한 기본권으로서 발전되어진 다양한 보장영역을 가지는 일반적 인격권으로 보고 있는 독일연방헌법재판소의 판례를 이에 대한 예로서 들고 있다. 이러한 소수설적인 입장을 받아들이는 여부에 관계없이 독일의 경우 기본법 제2조 제1항의 내용을 포괄적 기본권으로서 일반적 행동의 자유와 함께 일반적 인격권을 보장하고 있는 것으로 보고 있다.

인격권보호를 위한 기본법 제2조 제1항의 해석적 발전은 다음의 두 가지 측면에서 분석할 수 있다.⁸⁴⁾ 이러한 발전의 한 측면은 인격성 보호를 위한 독자적인 중심기본권으로 기본법 제1조의 인간의 존엄 보장을 인격성 보호를 위한 핵심사례들에 있어서 그 해결기준으로 설정하는 것에 대한 독일연방헌법재판소의 명백한 자세에서 찾을 수 있다. 이러한 발전의 또 다른 측면은 독일연방헌법재판소가 헌법적 결정에 있어서 기본법 제2조 제1항의 추상적 그리고 일반적인 공식화가 바로 다양한 사회적, 경제적 그리고 기술적 발전과 현대의 사회적 법치국가의 요구들에 대하여 독자적으로 그와 동시에 유연하게 대처할 수 있는 형성영역을 부여한다는 것을 미리 인식하고 받아들였다는 점이다. 기본법 제2조 제1항은 헌법 제정권자를 통해서 미리 헌법규정 속에 언급되지 않은 기본권을 법원의 독자적 해석을 통해서 발전시키고 새로운 문제 상황에 적용하는 것을 가능하게 만드는 기본권 해석에 있어서 다용도 규범으로서의 역할을 수행하였다. 인격성의 자유로운 발현의 보호는 많은 새로운 종류의 발전에 의하여 위협되고 있다. 그러나 그와 동시에 기본권이라는 지붕의 엄호하에서 항상 새로운 보장내용을 도출함으로써 더욱 보장이 증진될 수 있다.

일반적 인격권은 명시된 자유권으로서 양심표현의 자유와 같이 인격성의 구성요소를 보호하는 특별한 (헌법규정에 명시된) 자유권(*die speziellen Freiheitsrechte*)을 보충한다. 일반적 인격권의 과제는 전통적이고 구체적인 자유권의 보장의 최종적인 내용 속에 들어갈 수 없는 보다 좁은 인격적인 삶의 영역과 이러한 삶의 영역의 기본권 조건들의 유지를 최상위의 헌법원리인 인간의 존엄의 의미 속에서 보장하는 것이다.⁸⁵⁾ 독일 연방헌법재판소의 판례를 통해서 도출되어진 일반적 인

83) EuGRZ 1989, 341/345; B. Pieroth, *Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG*, AöR 115 (1990), S. 35.

84) Hufen, *Schutz der Persönlichkeit*, 105-106쪽.

85) C. Hillgruber, in: D. C. Umbach/ T. Clemens (Hrsg.), *Grundgesetz Mitarbeiterkommentar*, Bd. I, 2002, Art. 2 I, Rdnr. 45.

격권의 다양한 형태는 다양한 삶의 영역에 유효한 것이 아니라, 그 주체의 다양한 발현방식에 통용된다. 왜냐하면 일반적 인격권의 다양한 형태는 자기결정 (Selbstbestimmung) 자기유지(Selbstbewahrung) 자기표현(Selbstdarstellung)에 효력을 미치기 때문이다.⁸⁶⁾ 일반적 인격권에는 개인의 명예에 대한 보호, 초상권, 도청과 은밀한 녹취로부터 보호받을 권리, 반문권 및 정정보도청구권, 자기정보에 대한 포괄적 자기결정권 등이 포함될 수 있다.

우리 헌법상 보장되는 인격권은 인격주의적 인간상에 기초한 인간의 도덕적 자율성을 전제로 하고 있고, 이러한 인격권의 세부적 내용으로서 프라이버시권의 내용은 각 개인의 도덕적 개인주의(moral individualism)를 바탕으로 전개되어야 한다. 각각 Kant의 도덕철학 혹은 미국문화에 근거를 두면서 나타난 양 개념의 공통분모는 자유주의(Liberalism)라고 생각된다. 따라서 인격권보호는 자유주의의 헌법적 표현이라고 생각된다. 따라서 우리 헌법상의 포괄적 기본권으로서 행복추구권의 내용을 넘어서는 일반적 인격권과 일반적 행동의 자유의 포섭근거로서 인용될 수 있는 인격권 보장을 위한 기본권 규정의 개정은 필요하다고 판단해 본다.

Ⅲ. 자유권적 기본권의 보장

1. 자유와 안전권, 공정한 재판에 관한 권리 등의 사법관련 기본권

헌법상의 기본권 보장의 핵심적 보장의 문제로서 신체의 자유보장에 대하여 상세히 규정하고 있는 우리헌법과 독일헌법의 경우와 달리 유럽연합의 기본권 헌장 제6조는 「모든 사람은 자유와 안전에 대한 권리를 가진다」고 규정하면서 매우 간결하게 규정하고 있다. 기본권 헌장 제6조의 자유와 안전권은 유럽인권협약 제5조(동 규정의 동어반복하에)에 영향을 받은 것이라고 기본권 헌장 주석은 설명하고 있다. 따라서 동규정은 기본권 헌장 52조 제3항의 규정에 의하여 유럽인권협약과 동일한 의미와 적용범위를 가진다.⁸⁷⁾ 이것은 유럽인권협약 제2조-제5조 속의 절차법적인 요구에 대해서 뿐만 아니라 유럽인권협약 제5조 제1항 제2문의 의한 제한가능성에 대해서도 타당하게 적용된다. 이러한 배경을 고려해 볼 때 제

86) B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte 18. Aufl., 2002, Rdnr. 373.

87) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/19 f. 33.

66조에 규정된 내용은 유럽연합의 기본권 헌장의 효력 발생 이전부터 유효한 우선적 법(Primärrecht)이다.

유럽인권협약 제5조의 자유와 안전에 대한 권리는 유럽인권협약 속에 규정된 경우에 해당하는 경우에 법률에 규정된 방식에 의해서만 자유가 박탈될 수 있다고 규정하고 있다. 유럽인권협약 제5조, 기본권 헌장 제6조의 자유와 안전에 관한 권리는 자유박탈에 대한 보호를 명령하는 고전적이고 오랜 전통을 가지고 있는(1679년에 공포된 영국의) “인신보호법(habeas corpus)”이다. 비록 그 조문의 문구가 전혀 그러한 해석가능성을 완전히 배제하고 있지는 않다고 할지라도, 동 기본권은 독일 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유의 의미 속의 일반적 자유(allgemeine Freiheit)는 포함하고 있지 않다. 이 기본권의 특별한 중요도는 이 기본권의 침해의 경우에는 물질적 혹은 정신적 손해배상의 요구가 보장된다는 점에서 명백히 드러난다. 이와 유사한 규정은 다른 기본권에서 찾을 수 없기 때문이다. 다른 기본권의 경우에는 단지 일반적인 손해배상의 요구만이 인정된다. 기본권 헌장 제6조는 단순한 원칙이 아닌, 소송의 제기가 가능한 기본권이다. 이 기본권은 기본권의 객체에 의한 침해에 대한 방어권을 포함하고 있다. 그 외에도 특정한 보호내용을 제시하고 있다.

유럽인권협약과 그 후속 의정서는 다음의 사법실무 및 사법 관련된 개인의 기본권을 보호하고 있다: 인신의 자유에 대한 권리(제5조), 적정절차에 관한 권리(제6조), 죄형법정주의(no punishment without law)(제7조), 효과적인 사법적 구제청구권(제13조), 채무로 인하여 구금을 당하지 아니할 권리(제4의정서 제1조), 형사소송에서의 상소권(제7의정서 제2조), 잘못된 유죄확정에 대한 보상청구권(제7의정서 제3조), 동일한 범죄행위에 대한 동일상황에서 이중처벌을 받지 아니할 권리 즉 이중처벌금지(제7의정서 제4조). 이 중에서 특히 중요한 것은 무엇보다도 체포와 구속에 있어서 중요한 역할을 수행하는 자유와 안전에 관한 권리 그리고 수많은 개별적 보장으로 구성되는 공정한 절차에 관한 권리이다.

유럽연합의 기본권 헌장 제6조의 광범위한 문구와는 반대로 인권보장의 역사적 전개과정의 출발점 상에서 논의된 신체적 행동의 자유(körperliche Bewegungsfreiheit)의 부분범위만을 보호영역으로 하고 있는 유럽연합의 기본권 헌장 제6조는 기본권 헌장 제52조 제3항 때문에 보충적으로 유럽인권협약 제5조 제1항 제2문의 매우 상세하게 규정된 내용들이 기본권 제한사유로서 적용된다.⁸⁸⁾ 유럽연합의 기본

88) ① 유럽인권협약 제5조 제1항 제2문 문자 a에 의하면 형법적 혹은 규율법적 구성요건(straf- oder

권 헌장 제47조 제1항⁸⁹⁾의 효과적인 법적구제 그리고 공정한 법원에 관한 권리의

disziplinarrechtliche Tatbestände) 해당성을 근거로 한, 즉 책임의 확정을 근거로 한 관할법원의 유죄판결에 따라 행해진 자유박탈은 정당화된다. 유죄판결의 적법성(Rechtmäßigkeit)은 문제되지 않는다. 왜냐하면 법원의 판결에 의한 자유박탈은 원칙적으로 적법하기 때문이다. 따라서 나중에 법관의 판결에 있어서 오류가 확정되더라도, 그것은 유럽인권협약의 위반이 아니다(Meyer-Ladewig, 『Europäische Menschenrechtskonvention』, Art. 5 Rn. 7).

- ② 유럽인권협약 제5조 제1항 제2문 문자 b에 의하면 적법한 법원 명령 혹은 법률적 의무의 이행을 위한 강제 불이행으로 인한 자유박탈은 정당화된다(Grabenwarter, 『Europäische Menschenrechtskonvention』, §21 Rn. 6). 특히 후자의 경우에는 의무가 이행되는 순간, 자유박탈은 바로 종료된다(Jarass, 『EU-Grundrechte』, §11 Rn. 14).
- ③ 유럽인권협약 제5조 제1항 제2문 문자 c에 의하면 직접 범죄를 실행하였거나 혹은 관련자가 범죄를 실행하였다는 충분한 혐의가 존재하고 혹은 범죄실행 후 도주를 저지할 필요성 인정에 대한 충분한 근거가 확보된 경우에는 관할법원의 구인(detention, Vorführung)에 의한 자유박탈은 정당화된다(Grabenwarter, 『Europäische Menschenrechtskonvention』, §21 Rn. 7 ff.). 첫번째와 세 번째의 전제조건인 경우에 해당되는 미결구류(Untersuchungshaft)가 되고, 두 번째 전제조건인 경우에는 예방적 구류(Präventivhaft)가 된다. 자유박탈의 정당화에 있어서 중요한 것은 충분한 범죄실행의 위험이다. 그에 반해서 재범의 위험성은 고려대상이 아니다(Jarass, ebd., §11 Rn. 15).
- ④ 그 외에도 유럽인권협약 제5조 제1항 문자 d에 의하면 후견적인 교육목적에 위하여 혹은 관할권 있는 관청의 구인을 위한 미성년자의 자유박탈은 정당화된다. 이러한 자유박탈과정에서 특히 제24조/제84조의 어린이 (그리고 청소년)의 권리가 충분히 고려되어야 한다(Jarass, ebd., §11 Rn. 16).
- ⑤ 유럽인권협약 제5조 제1항 문자 e에 의하면 정신병, 알콜중독 혹은 마약중독 그리고 불량자들의 경우뿐만 아니라 전염병의 확산을 저지하기 위한 목적에서의 자유박탈은 인정된다. 이 경우 구금을 통해서 구금된 자에 대한 위험만이 존재한다면, 자체가 요청된다(Jarass, ebd., §11 Rn. 17). 이러한 자유박탈이 반드시 법원에 의하여 부과되어야 한다는 요구조건은 없다. 따라서 사법적 통제가능성이 보장된 행정당국에 의해서도 이러한 자유박탈이 가능하다(Ovey/White, 『Jocabs & White The European Convention on Human Rights』, p. 144).
- ⑥ 최종적으로 유럽인권협약 제5조 제1항 문자 f에 의하면 국외 추방 혹은 인도절차가 진행 중에 있는 자 뿐만 아니라 불법입국을 저지하기 위한 자유박탈은 정당화된다. 이 경우 자유박탈을 위한 처분은 국내법 혹은 국제법적 수준에 상응한 수준에서 행해져야 한다(Jarass, EU-Grundrechte, §11 Rn. 18). 유럽인권협약 제5조 제1항 제2문에서 열거된 사례들은 한정적 성격(abschließender Natur)을 가진다. 왜냐하면 전시와 국가긴급상황에서는 유럽인권협약 제15조에 의한 그 이외의 제한이 허용되기 때문이다(Jarass, ebd., §11 Rn. 11). 다른 한편 유럽인권협약에 열거된 사례들은 의심스러운 경우는 제한적으로 해석되어야만 한다.

유럽인권협약 제5조 제3항의 두 번째 반문장에 의하면 적절한 기간 내에 본안(Hauptsache)에 대한 판결이 내려져야 한다. 그렇지 않으면 관련자를 석방하거나, 경우에 따라서는 보석을 허가하여야 한다. 이것은 적당한 기간 내에 사법적 결정이 내려지는 것을 요구하는 일반적 명령의 구체화를 형성하고, 특히 미결구금(Untersuchungshaft)의 기간을 제한한다(Grabenwarter, ebd., §21 Rn. 16 f.). 유럽인권협약 제5조 제4항은 법원에 의한 일반적인 구금의 통제를 규정하고 있다. 이것은 우선적으로 자유박탈명령과 관련성을 가진다. 자유박탈명령이 법원을 통해서가 아닌 행정기관을 통해서 행해진 경우라면, 법원은 짧은 기간 내에 자유박탈결정에 대하여 심사하여야만 한다(Grabenwarter, ebd., §11 Rn. 21 Rn. 18).

89) 유럽연합의 기본권 헌장 제47조: 유럽연합법에 의하여 보장된 권리와 자유를 침해당한 자는 이 조에 규정된 조건에 따라 법원에 효과적인 사법적 구제청구권(remedy, Rechtsbehelf)청구권을 가진다. 모든 사람은 독립하고 공정한 법원에 의하여 합리적인 기간의 범위 내에서 공정하고 공개적인 재판을 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 자문, 변호하고, 변호인을 선임할 수 있다. 충분한 자력이 없는 자에게는 재판청구권을 효과적으로 보장하기 위하여 그러한 지원이 필요한 경우에 한해서 법적인 지원이 행해질 수 있다.

보장과 관련하여 동조 제1항은 유럽인권협약 제13조⁹⁰⁾의 영향을 받은 것이라고 설명하고 있다.⁹¹⁾ 유럽연합의 기본권 헌장 제47조 제1항과 달리 유럽인권협약 제13조는 사법적 구제(Rechtsbehelf)가 아닌, 법원에 대한 소원권(Beschwerde)의 보장을 규정하고 있다.⁹²⁾ 그러나 영어로 작성된 유럽인권협약의 내용에는 양자 모두 remedy라고 규정하고 있다. 이러한 각 언어에 의한 조문의 번역차이가 국제조약에는 항상 존재하는 것 같다. 유럽인권협약 제13조는 유럽인권협약의 가입국가의 국내적 기본권 보호와의 관계에서 유럽인권협약에 의한 기본권 보호는 보충적이라는 것을 의미한다.⁹³⁾ 동조 제2항은 유럽인권협약 제6조 제1항⁹⁴⁾의 공정한 재판권(right to fair trial)의 보장에 영향을 받은 것이라고 설명하고 있다.⁹⁵⁾ 유럽인권협약은 사법적인 권리와 의무 그리고 형사소송만을 언급하고 있지만, 기본권 헌장 제47조 제2항에는 그러한 제한이 없이 공정한 재판청구권을 보장하고 있다. 기본권 헌장 주석은 동조 제3항은 국가에 의한 소송비용의 지원 없이는 효과적인 재판청구권을 행사할 수 없는 자에게 소송비용지원을 인정하는 유럽인권법원의 판례⁹⁶⁾에 근거한 것이라고 설명하고 있다. 더 나아가서 이와 관련하여 유럽인권법원에 제기된 소송에 대해서는 소송비용지원시스템이 구비되어있다는 설명도 덧붙이고 있다.⁹⁷⁾

무죄추정의 원칙과 형사소송과 이와 유사한 소송에서의 변론권 보장을 규정하고 있는 유럽연합의 기본권 헌장 제48조⁹⁸⁾는 유럽인권협약 제6조 제2조, 제3

90) 유럽인권협약 제13조: 이 유럽인권협약 속에서 보장된 권리와 자유를 침해당한 자는 그러한 침해가 공무상의 능력에 따라 행위하는 사인에 의하여 행해졌다 하더라도 국내법원에 효과적인 소원(remedy Beschwerde)을 제기할 권리를 가진다.

91) Erläuterungen des Präsidiums des Europ. Konvents, ABI 2004 C310/450.

92) Jarass, 『EU-Grundrechte』, §40 Rn. 1.

93) Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 13 Rn. 1.

94) 유럽인권협약 제6조 제1항: 모든 사람은 사법적 권리와 의무 혹은 자신에 대해서 제기된 형사소송과 관련된 분쟁에 대하여 독립된 그리고 공정한, 법률이 정한 법원에 의하여 공개적이고, 적정한 기간 내에 재판을 받을 권리를 가진다. 판결은 반드시 공개되어야만 한다. 그러나 민주사회에서 도덕, 공공질서 혹은 국가의 안전을 위하여, 청소년 그리고 소송당사자의 사생활의 보호를 위해서 - 법원이 이를 무조건적으로 필요하다고 판단하는 하는 경우에만 - 특별한 상황 하에서 재판절차의 공개가 사법권을 침해하는 경우에만, 언론과 대중에게 재판절차의 전체 혹은 일부가 비공개 될 수 있다.

95) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/29.

96) Urteil EGMR vom 9.10.1979, Airey, Serie A, Band 32, S. 11.

97) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/30.

98) 유럽인권협약 제48조: 제1항 모든 피고인은 법적인 형식에 의한 유죄의 증거가 제출되기 전까지는 무죄가 추정된다.

제2항 모든 피고인에 대해서는 변론권의 존중이 보장된다.

항⁹⁹⁾의 동어반복적인 규정이라고 설명하고 있다.¹⁰⁰⁾ 따라서 제48조 제1항의 권리는 제112조 제3항 제1문에 의하여 언급된 유럽인권협약과 동일한 의미와 적용범위를 가진다.¹⁰¹⁾

형벌과 그와 유사한 제재에 있어서의 죄형법정주의(no punishment without law)의 원칙 특히 법률의 소급효금지를 규정하고 있는 유럽연합의 기본권 헌장 제49조¹⁰²⁾는 유럽인권협약 제7조¹⁰³⁾에 근거한 것이고, 제49조 제1항은 언급된 유럽인권협약과 동일한 의미와 적용범위를 가진다고 설명하고 있다.¹⁰⁴⁾ 유럽연합의 기본권 헌장 제50조¹⁰⁵⁾의 이중처벌의 금지는 유럽인권협약 제7의정서 제4조¹⁰⁶⁾

99) 유럽인권협약 제6조:

제2항 모든 형사 피고인에 대해서는 법률에 의한 유죄의 증거가 제출되기 전까지는 무죄가 추정된다.

제3항 모든 형사피고인은 최소한 다음의 권리를 가진다:

- a) 가능한 최대한 가까운 기간 내에 그가 이해할 수 있는 언어로 그에 대한 기소의 종류와 근거를 고지받을 권리.
- b) 자신의 변론의 준비를 위한 충분한 시간과 기회를 가질 권리.
- c) 스스로 혹은 그가 선임한 변호인을 통해서 혹은 변호할 권리 변호인을 선임에 비용이 없는 경우에, 무상으로 변호인의 지원을 받는 것이 사법권의 실행을 위해서 필요하다고 인정될 경우, 그러한 무상의 변호인을 통해서 변호할 권리.
- d) 원고측 증인을 신문하거나 신문하게 하고, 원고측 증인과 동일한 조건하에서 자신을 위한 증인을 출석시키고 신문할 권리.
- e) 법원의 재한에서 사용되는 언어를 이해하거나 말할 수 없는 경우에는, 해석의 지원을 받을 권리.

100) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/30.

101) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/30.

102) 유럽연합의 기본권 헌장 제49조:

제1항 그 누구도 그의 행위 당시에 국내법 혹은 국제법에 의하여 미리 처벌가능성이 규정되지 않은 작위 혹은 부작위에 의하여 유죄판결을 받을 수 없다. 행위 당시에 부과될 형벌보다 무거운 형벌이 부과될 수 없다. 범죄 행위 후 보다 가벼운 형벌이 도입된 경우에는, 이 가벼운 형벌에 처해질 수 있다.

제2항 이 규정은 그의 행위 당시에 일반적, 전체국가들에 의하여 인정된 원칙들에 의하여 처벌가능한 작위 혹은 부작위에 의하여 유죄가 확정되거나 처벌받는 것을 배제하지 않는다.

제3항 범죄행위에 대한 형벌의 부과는 비례원칙에 위배되어서는 안 된다.

103) 유럽인권협약 제7조:

제1항 그 누구도 행위당시에 국내법 혹은 국제법에 의하여 처벌받지 않은 작위 또는 부작위로 인하여 유죄판결을 받을 수 없다. 행위당시에 처벌될 형벌보다 무거운 형벌이 부과될 수 없다.

제2항 이 규정은 행위당시에 문명화된 국민들에 의하여 인정된 일반적 법원칙에 의하여 처벌이 가능한 작위 혹은 부작위에 의하여 처벌받는 것을 배제하지 아니한다.

104) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/31.

105) 유럽연합의 기본권 헌장 제70조: 그 누구도 유럽연합 속에서 법률에 의하여 확정적으로 유죄판결을 받거나 혹은 무죄판결을 받은 범죄행위로 인하여 다시 형사소송절차에 소추되거나 처벌받지 아니한다.

106) 유럽인권협약 제7의정서 제4조: 제1항 그 누구도 법률 그리고 어떤 국가의 형사소송법에 의하여 이미 확정적으로 유죄판결을 받거나 혹은 무죄판결을 받은 범죄행위로 인하여 동일한 국가에서 다시 형사소추되거나 처벌받을 수 없다.

에 근거한 것이라고 설명하고 있다.¹⁰⁷⁾

2. 사생활, 가족생활, 주거, 통신의 존중

유럽연합의 기본권 헌장 제7조¹⁰⁸⁾는 사적 영역(Privatsphäre)과 관련성을 가지는 네 가지 다양한 부분영역을 포함하고 있다:¹⁰⁹⁾ 사생활, 가족생활, 주거 그리고 통신의 존중. 유럽헌법제정회의 의장단회의는 제7조¹¹⁰⁾의 권리들은 똑같은 내용을 동어반복적으로 규정하고 있는 유럽인권협약 제8조¹¹¹⁾의 규정을 통해서 보장되는 권리들에 상응하는 것이라는 확인하고 있다.¹¹²⁾ 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약 제8조 제2항의 제한근거에 대한 한계설정적 내용들도 제7조에 보장된 기본권들의 제한의 정당화에 있어서 고려되어야만 한다. 동조의 해석에 있어서 유럽인권협약 제8조 제2항에 포함된 제한규정은 매우 중요하다.

유럽인권협약 제8조와 별도로 사생활의 존중에 관한 유럽인권법원의 결정 역시 중요한 의미를 가진다. 유럽연합의 기본권 제정회의는 기본권 헌장 제7조가 사생활 그리고 가족생활, 주거 그리고 통신을 유럽인권협약이 보장한 것보다 광범위하게 보장하지는 않음에도 불구하고, 동조문이 유럽인권협약 제8조를 보다 현대화하고, 현실화하였다고 보고 있다.¹¹³⁾

107) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/31.

108) 유럽연합의 기본권 헌장 제7조: 모든 사람은 자신의 사생활 그리고 가족생활, 주거 그리고 그와 동시에 통신의 존중권을 가진다.

109) 4가지 보호영역과 관련하여 우선적으로 사생활이 존중되어야 한다. 그 외에도 사생활의 보호와 부분적으로 교차되는 가족생활이 보호된다. 계속적인 사생활과의 보호범위의 중첩은 주거의 존중에서도 나타난다. 이러한 중첩의 정도는 (전달된) 통신의 보호의 독자성에 있어서 더욱 더 커진다. 왜냐하면 이러한 통신의 보호는 광범위하게 사적영역을 넘어서기 때문이다. 체계적으로 이러한 사생활의 보호 범위의 확정에 있어서의 보호영역의 교차적 중복이 발생하는 가장 중요한 원인은 기본권 제7조/제67조는 사적 영역(Privatsphäre)과 관련성을 가지는 네 가지 다양한 부분영역을 포함하고 있다는 점에서 찾을 수 있다. 이러한 분석적 입장의 타당성은 유럽헌법제정회의 의장단 회의가 제7조의 권리들 (복수)이라고 이야기한 점에서 확인할 수 있다(Erläuterungen des Präsidiums des Europ. Konvents, ABl 2004 C310/430). Jarass, 'EU-Grundrechte', §12 Rn. 1.

110) 유럽연합의 기본권 헌장 제7조/유럽헌법조약 제67조 제1항: 모든 사람은 그의 사생활 그리고 가족생활, 그의 주거 그리고 그와 동시에 통신(communication, Kommunikation)의 존중권을 가진다.

111) 유럽인권협약 제8조: 제1항 모든 사람은 그의 사생활 그리고 가족생활, 그의 주거 그리고 그의 서신(correspondence, Korrespondenz)에 대한 존중권을 가진다.
제2항: 이 권리들의 제한이 국가 혹은 공공의 안전, 국가의 경제적 복리, 질서의 유지, 범죄행위의 예방, 건강 혹은 도덕의 보호 혹은 타인의 자유 또는 권리의 보호를 위하여 미리 법률에 규정되어 있고, 민주적 사회에서 필요한 경우에 한해서만, 행정관청은 단지 이 권리들의 행사를 제한할 수 있다.

112) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/20.

113) Norbert Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 7 Rn. 6.

기본권 헌장 제7조를 통해서 보장된 가족생활은 기본권 헌장 주석에서 확인된 바와 같이 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약 제8조의 보호범위에 들어간다. 유럽인권법원의 판례 속에서 가족생활의 보호는 중요한 역할을 수행하였다. 그에 반해서 유럽공동체법원의 판례 속에서 가족생활의 보호는 (일반적 법원칙으로서) 지금까지 노동자의 이전의 자유와 연관성 속에서, 그 외에도 의무(servicc, Dienstleistung)의 자유의 영역 속에서 중요성을 가지게 되었다.¹¹⁴⁾

유럽인권협약 제8조 그리고 유럽연합의 기본권헌장 제7조 역시 가족생활의 보호를 규정하고 있다. 유럽공동체법원의 판례 속에서 가족생활의 보호는 중요한 역할을 수행하였다. 유럽공동체법원의 판례 속에서 가족생활의 보호는 (일반적 법원칙으로서) 지금까지 노동자의 이전의 자유와 연관성 속에서, 그 외에도 의무(Dienstleistungsfreiheit)의 자유의 영역 속에서 중요성을 가지게 되었다.¹¹⁵⁾ 가족생활에 대한 제한은 예를 들면 아버지를 모르는 상태에서 입양되는 것과 마찬가지로, 양육권의 박탈 그리고 이와 동시에 교육권의 박탈의 경우에 성립하게 된다. 일반적으로 아이를 자신의 부모와 격리시키는 것은 기본권 제한이 된다. 따라서 가족구성원의 국외추방을 통한 조건부의 격리 역시 기본권 제한을 구성한다. 그럼에도 불구하고 유럽인권법원은 중대한 범죄행위를 실행한 외국인 가족구성원에 대한 국외추방은 허용된다고 보고 있다.¹¹⁶⁾ 마찬가지로 또한 유예기간의 설정(Fristensetzung)이 명령된다.¹¹⁷⁾ 유럽공동체법원은 단지 마치 우리나라의 출입국관리법과 같은 입국법(Einreisegesetz)을 위반하였다는 이유로 외국인 결혼상대자를 국외추방하는 것은 허용되지 않는다.¹¹⁸⁾

이주노동자권리협약에서 혼인과 가족의 보호를 위해서 특별히 강조하고 있는 가장 중요한 문제는 서로 떨어져 있는 혼인한 배우자와 가족구성원의 재결합(family reunification)권의 보장의 문제이다. 물론 이러한 이주노동자가족의 재결합권보장의 문제는 헌법상의 기존의 혼인과 가족생활의 보호영역의 외국인에로의 확대라는 측면에서 정당화될 수도 있지만, 그 이면에는 이주노동자가 이주노동국에서 가족생활의 기반을 갖추게 되면 그는 더 이상 이주노동자가 아닌 더 나아가서 정주시민으로서 이주노동자의 정주화문제가 제기된다는 점에서 간단한 문제는

114) EuGH, Rs. 60/00, Slg. 2002, I-6279 Rn. 38ff.

115) EuGH, Rs. 60/00, Slg. 2002, I-6279 Rn. 38 ff.

116) EGMR-ZE, Nr. 43359/98 (2001) = NJW 2003, 2595.

117) EGMR, Nr. 52853/99 (2003) Rn. 48 = NJW 2004, 2147.

118) EuGH, Rs. 60/00, Slg. 2002, I-6279 Rn. 42 ff.

아니다. 핵가족을 가족 개념으로 불리고 하는 서구의 입장, 확대가족을 가족의 개념으로 보고자하는 개발도상국의 입장,¹¹⁹⁾ 특히 이슬람문화권 국가들의 입장들¹²⁰⁾을 고려해 볼 때,¹²¹⁾ 이것은 문화적 충돌의 문제도 발생한다. 이와 관련하여 가족결합에 관한 이주노동자권리협약 제44조를 권고(mere recommendation)나 지침(guidance)으로만 해석하여 국내법질서와의 충돌을 제한하는 입장도 있다.¹²²⁾ 위 조항의 가장 큰 문제는 당사국에 과도한 정도의 재량권을 주고 있다는 점이다. 이 조항은 당사국이 이주노동자 가족들의 입국을 효과적으로 통제하고 제한할 수 있도록 백지위임해 놓은 조항이라고 볼 수 있다. 이 조항은 등록이주노동자에게만 적용되는 규정으로 인정하고 있다. 가족이 서로 떨어져 있는 이주노동자의 가족재결합권은 가족보호의 핵심적 내용이 된다. 개인적으로 국내법질서에 있어서 이주노동자의 가족재결합권은 바로 직접적으로 인정되는 권리가 아닌, 국내의 출입국관리법상의 관련규정과의 형량을 통해서 인정되는 잠정적(prima-facie) 권리라고 해석하는 한에서는 외국인의 입국의 자유를 인정하지 않는 기본권 해석과 충돌되지 않는다. 그러나 이 규정은 조약가입국가에 대해서 이주노동자가족의 재결합을 위한 조치를 취할 것을 적극적으로 요구하는 긍정적 의미를 가지고 있다.¹²³⁾

이주노동자권리협약은 이 조항을 미등록 이주노동자에게는 적용하고 있지 않을 뿐만 아니라, 보호되는 가족구성원(members of the family)의 범위에 대해서도 협약 제4조의 가족의 정의¹²⁴⁾와는 달리 배우자, 해당 법률에 의하여 혼인과 동등한 취급을 받는 관계에 있는 자 및 미혼의 피부양 미성년자녀로 한정하고 있다는 점¹²⁵⁾에서 합리성을 가지고 있다. 이러한 가족보호는 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child, CRC)과도 서로 관련성을 가진다. 이렇게 이주노동자권리협약 제44조가 가족에 대한 개념적 정의에서 피부양자라는 부분을 삭제하는 대

119) Working Group Report (June 1985) n. 42 above. 32. paras. 152-5.

120) Working Group Report (Oct. 1986) n. 76 above. 10. paras. 51; Working Group Report (Oct. 1987) n. 86 above, 41-2 paras. 217.

121) 위은진, 이주노동자권리협약의 사회권 쟁점, 이주노동자권리협약 쟁점 토론회, 국가인권위원회 2009, 90쪽 참조.

122) 위은진, 위의 발표문, 90-91쪽 참조.

123) 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리의 헌법적합성에 대한 검토, 156쪽.

124) 이주노동자권리협약 제4조 현재의 협약의 목적을 위하여 “가족구성원”이라는 용어는 이주노동자와 혼인한 자 혹은 해당 법률에 따르면 혼인과 동일한 효과를 가지는 관계에 있는 자들 그리고 그와 동시에 피부양 자녀 및 해당법률 또는 국가들 사이의 해당 양자 또는 다자 협정들에 의하여 가족으로 인정되는 다른 피부양자를 말한다.

125) 위은진, 앞의 토론문, 91쪽.

신 미혼의 피부양미성년 자녀로 한정하고 있는 점, 그리고 등록이주노동자에게만 가족재결합권을 인정하는 점 등을 고려한다면 특별히 국내법질서와 충돌되는 점은 없다. 현재의 수준에서 미등록이주노동자의 가족재결합권은 인정되지 않는다.¹²⁶⁾

유럽연합의 기본권 헌장 제7조에 의하여 보장되는 주거의 존중은 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이 또한 유럽인권협약 제8조에 의해서도 보장된다. 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약 제8조는 제7조의 해석에 있어서 중요한 의미를 가진다. 기본권 헌장 제7조를 통한 주거의 보호는 유럽인권협약 제8조의 보호보다 약화될 수 없다. 제7조에 의하여 보장된 통신의 존중은 이미 기본권 헌장 주석이 지적한 바와 같이 또한 유럽인권협약 제8조를 통해서도 보호된다. 이런 점에서 볼 때 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약 제8조는 또한 제7조를 통한 통신의 존중의 보호에 중요한 의미를 가진다. 따라서 기본권 헌장 제7조 속의 통신의 보호는 유럽인권협약 제8조속의 서신의 보호(Protection of correspondence)와 상응한 의미를 가진다. 그러나 그 동안의 기술적인 발전과정을 고려하면, 서신개념은 통신개념으로 대체되어 질 수 있다. 유럽공동체법원의 판례 속에서도 서신왕래의 보호는 언급되고 있다.¹²⁷⁾

3. 개인정보의 보호 기본권 신설의 필요성

유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union/Charta der Grundrechte der Europäischen Union) 제8조 제1항은 「모든 사람은 자신과 관련된 정보에 대한 보호권을 가진다」고 규정하고 있다. 제2항은 「이러한 정보는 확정된 목적을 위하여 그리고 관련 당사자의 동의를 얻거나 그 밖의 법률에 규정된 정당한 근거에 의하여 단지 신의성실의 원칙(Treu und Glauben)에 따라 사용되어야 한다」고 규정하고 있다. 제3항은 「이 규정의 준수는 독립된 기관에 의하여 감독된다」고 규정하고 있다.

기본권 헌장 주석은 기본권 헌장 제8조 속의 개인관련 정보의 보호는 유럽공동체조약(EG) 제286조(현재의 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제16조) 속의 개인관련정보의 보호에 근거한 것이라고 설명하고 있다.¹²⁸⁾ 유럽연합의 기능에

126) 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리의 헌법적합성에 대한 검토, 155-156쪽.

127) EuGH, Rs. 136/79, Slg. 1980, 2033 Rn. 17.

128) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/20.

관한 조약 제16조는 기본권 헌장 제52조 제2항의 조약상에 규정된 조건과 한계의 범위 내에서의 기본권 행사라는 전제조건들을 충족해야만 한다. 그 외에도 기본권 헌장 주석은 개인관련정보의 처리와 자유로운 정보의 교환의 경우에 자연인의 보호를 유럽공동체조약 제94/46조의 지침(Richtlinie 94/46/EG), 유럽인권협약 제8조 그리고 개인관련정보의 자동적 처리의 경우에 있어서 인간의 보호를 위한 유럽회의의(혹은 유럽평의회)의 협정(Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten),¹²⁹⁾ 그 외에도 명령(Verordnung) 45/2001 (유럽공동체)은 유럽공동체의 기관과 제도들을 통한 개인관련정보의 처리의 경우에 자연인의 보호를 위한 그리고 자유로운 정보의 교류를 기본권의 조건들과 제한들(Bedingungen und Beschränkungen)을 포함하고 있다.¹³⁰⁾ 이러한 규정들은 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)으로 이용될 수 있다. 왜냐하면 유럽연합의 기능에 관한 조약 제16조는 순수한 법원으로 그리고 기본권 헌장 제52조 제2항에 의하여 존중되어야만 하기 때문이다. 특별히 유럽인권협약 제8조는 개인정보의 보호를 위한 특별한 기본권을 규정하고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 유럽인권협약 제8조에 규정된 사적 생활의 보호를 통해서 상응한 기본권(개인정보의 보호)이 인정된다. 또한 유럽법원의 판례 속에는 개인정보보호의 보호는 (사생활의 존중권에 의하여) 인정되었다.¹³¹⁾ 이러한 점들을 고려해 볼 때 제8조/제68조에 규정된 내용들은 실질적으로 그리고 그 본질적인 내용에 있어서 이미 유럽헌법조약이 효력을 발생하기 이전부터 효력을 가지는 우선적 법(Primärrecht)이다. 독자적인 기본권 보호규정을 통한 동 기본권의 보호는 그 이전의 유럽인권협약을 통한 보호보다 훨씬 더 명백하다.

현대 정보화사회에서는 사생활 보호의 중요한 부분영역들 중의 하나로서 개인관련정보의 보호는 점점 더 중요해진다. 이러한 상황에 맞게 개인정보 보호권은 이러한 기본권의 보호영역의 보호를 위해서 독자적 기본권으로 창설된 것이다. 이 기본권의 보호영역에 속하는 개인관련정보(personenbezogene Daten)는 그 정보가 자연인의 사적 영역 내지 은밀한 영역(Intimspähre) 혹은 다른 영역들에 해당하는지 여부에 관계없이 특정한 혹은 특정가능한 자연인에 대한 모든 정보들이 개인관련정보로 분류될 수 있다. 이에 관한 예를 들면 건강관련정보 그리고 의사의 비밀이 여기에 해당한다. 그 정보가 민감한 정보인지 여부는 중요한 역할을

129) ABl 1995 L 281/31.

130) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/20.

131) Vgl. EuGH, Rs. 465/00, Slg. 2003, I-4989 Rn. 70 ff.; Rs. 101/01, Slg. 2003, I-12971 Rn. 81, 88.

하지 않는다. 연봉이나 소득 그리고 재산세 납부와 같은 직업과 관련된 정보도 동 기본권의 보호범위에 들어간다.¹³²⁾ 우리나라의 개인정보보호법 제2조 제1호는 개인정보를 다음과 같이 정의하고 있다: 『“개인정보”란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것을 포함한다)를 말한다.』

헌법재판소는 2005년 7월 21일의 교육정보시스템(NEIS)에 의한 개인정보수집 등 위헌확인에 대한 결정¹³³⁾에서 기본권으로서 개인정보자기결정권의 헌법적 근거, 기본권에 대한 개념정의, 이 기본권의 보호영역에 해당되는 개인정보의 개념 그리고 이 기본권의 제한에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다: 『인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다(헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 공보 105, 666, 672).』

이 기본권의 제한은 이 기본권의 직접적인 보호의무자인 국가나 간접적인 보호의무자인 사인이 개인관련 정보를 사용하고 있는 경우에는 기본권 제한은 성립한다. 이러한 개인정보의 사용의 개념에는 개인정보의 수집 저장 혹은 이용 등이 포함된다. 또한 특히 개인정보의 단순한 전달도 기본권 제한으로 분류된다.¹³⁴⁾ 그 정보의 사용이 불이익을 초래했는지 여부는 중요하지 않다. 그 외에도 기본권의 객체(Adressat), 즉 보호의무자인 국가가 개인정보에 악영향을 끼치는 규정을 제정한 경우에도 기본권 제한은 성립된다, 충분한 의미가 있는 기본권 객체의 간

132) Jarass, 앞의 책, Art. 8 Rn. 5.

133) 헌법재판소 2003헌마282·425(병합) 전원재판부.

134) EuGH, C-465/00 – Österreichischer Rundfunk, Slg.2003, I-4989 Rn.75.

접적 내지 사실적 영향력의 행사의 경우에도 이와 똑같은 논리가 타당하게 적용된다.¹³⁵⁾

그러나 기본권 헌장 제8조 제1항에서 명백하게 밝힌 바와 같이, 관련당사자가 구체적인 상황을 인식하여서 정보의 사용에 동의한 경우에는 기본권 제한은 성립하지 않는다. 이 경우에는 일반적으로 당사자의 동의가 행해지기 전에, 즉 사전에 관련당사자에게 충분한 정보가 제공되었다는 것이 전제가 된다.¹³⁶⁾ 2017. 5. 17. 교육부가 입법예고한 「국립대학자원관리시스템(KORUS) 운영 등에 관한 규정」에 근거한 국립대학 자원관리시스템은 각 대학과 대학구성원들의 재정·회계, 산학·연구, 업무관리, 인사·급여 등의 주요 국립대 행정업무를 하나의 정부의 연결망으로 통합하여 국립대 행정업무를 유기적으로 처리할 수 있는 통합 행·재정 시스템이다. 교육부의 이 시스템의 운영과 관련하여 교육부가 형식적인 국립대학 총장의 동의를 얻은 것이, 어떻게 이 시스템의 운영에 있어서 국·공립대학교직원의 전체적 의견수렴과 동의절차를 거치지 않은 것에 대한 면죄부가 될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 관련당사자들에 대한 충분한 정보제공을 전제로 한, 동의과정이 확보되지 않았음을 알 수 있다.

따라서 국·공립대 구성원들의 개인정보수집에 대한 구체적인 동의과정의 보장없이 국가가 국·공립대 교직원들의 개인정보를 독점적으로 통합적으로 관리할 수 있는 가능성을 제공하는 국립대학자원관리시스템은 개인정보자결정권의 중대한 제한이 된다. 이러한 제한이 헌법적으로 정당화 되는지 여부에 기본권 제한의 정당화 심사에 대해서 살펴본다. 이러한 개인의 기본권 제한의 가능성이 큰 교육부 규정에 대한 법률적 근거 및 관련법률의 하위법규범에 대한 구체적인 위임의 정도와 위임의 기준 및 그 필요성 역시 명확하게 드러나지 않는다. 더 나아가서 이러한 시스템이 운용이 기본권의 제한 정당화 심사의 중요한 내용적 판단기준인 과잉금지의 원칙(Übermaßverbot) 즉 비례성의 원칙(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)이라는 심사기준을 통과하는 것이 쉽지 않다고 생각해 본다. 왜냐하면 이 제도의 운용목적의 정당화 여부, 목적실현을 위한 수단의 적절성 여부, 다른 대안의 존재여부 그리고 이로 인하여 침해되는 개인의 기본권 침해의 중대성을 고려해 볼 때, 정보관리체계의 효율성과 비용부담의 절감을 담보로 한 (실제적인 운용에 있어서도 정보관리체계의 효율성과 비용부담이 증가한다는 비판이 제기되고 있는 상황임), 단순한 국가독점적인 개인적 정보수집체계의 성립

135) Jarass, 앞의 책, Art. 8 Rn. 8.

136) Jarass, 앞의 책, Art. 8 Rn. 9.

과 운영 그 자체가 헌법적으로 정당화될 수 없다고 판단된다.

기본권의 보호의무자인 국가에 의하여 개인관련정보가 적절한 법적인 통제 장치의 보장없이 관리되고 사용될 가능성이 존재한다면 그것 자체로도 헌법위반적인 기본권 침해사유가 된다고 판단한다. 이러한 시스템이 가동되고 있는 상황에서 개별적인 기본권 주체는 (기본권 헌장 제8조 제2항 제2문의 보충적 규정을 비교헌법적 측면에서 참조한다면) 그와 관련된 정보가 사용되었는지 내지 저장되었는가에 대한 안내요구권(Anspruch auf Auskunft)을 가진다. 기본권으로서 이러한 안내요구권의 보호영역은 저장된 정보의 전체 내용으로 확대된다. 더 나아가서 이러한 요구권은 관련성이 없는 정보에 대한 삭제권을 포함하고 있다(정정·정정- 내지 삭제요구 뿐만 아니라 안내요구권은 법률을 통하여 보다 상세하게 규정될 수 있다.¹³⁷⁾ 이러한 안내요구권의 불인정은 단지 불가피한 그리고 매우 중요한 공공복리적 근거가 존재하는 경우에만 인정될 수 있다.¹³⁸⁾

더 나아가서 기본권 헌장 제8조 제3항의 규정은 제8조 제1항에 의한 개인관련정보의 보호의 이행 그리고 제8조 제2항에 의하여 제정된 규정들의 준수를 감독하는 독립된 기관의 설치를 요구한다(정보보호기관/정보보호위탁자). 기본권은 우선적으로 이러한 의무부여에 상응한 독립된 기관의 설치를 요구한다. 이러한 기관의 설치가 이루어진다면, (기본권 헌장 제8조 제3항은) 관할기관을 통한 소원 제기기관이 보장된다. 청원권의 경우에 적용되는 유사한 관점들이 이 권리의 유효한 적용범위(Reichweite)에도 유효하게 적용된다.¹³⁹⁾ 그러한 까닭에 이러한 소원제기관은 개인정보보호와 직접적으로 관련성을 가지는 자 내지 관련성을 가질 수 있는 자만이 원용할 수 있다. 기관이 소원을 받아들이지 않는다면, 권리침해는 성립된다.

개인정보 보호법상의 법률규정 외에 별도로 개인정보보호를 위한 기본적 권리보장의 장치가 확보되지 않은 국립대학 자원관리시스템의 운영 그 자체는 관련 당사자들의 개인정보보호권에 대한 중대한 침해가 될 수 있다. 특히 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률(청탁금지법)의 시행으로 인하여 교수들의 외부 강연 및 여러 가지 대내외적 활동들이 신고대상이 되는 현실을 고려해 볼 때, 각 국립대학의 자율적인 정보관리시스템이 아닌 국가의 독점적인 통합적 정보관리체계를 통해서 국가가 각 교수들의 모든 활동상황들을 다 파악할 수 있고, 이를

137) Jarass, 앞의 책, Art. 8 Rn. 15.

138) Jarass, 앞의 책, Art. 8 Rn. 15.

139) Jarass, 앞의 책, Art. 8 Rn. 15.

통해서 수집된 정보들을 잠재적으로 관리할 수 있는 상황은 교수들의 다양한 적극적인 활동들에 대한 의지를 잠재적으로 축소시키는 위축효과를 유발할 수 있다. 이러한 점들을 고려해 볼 때, 이러한 국가의 독점적 정보관리체계의 설정 그 자체가 우리 헌법 제22조 제1항 속에서 보장된 기본권인 학문의 자유에 근거한 학문공동체인 대학의 자율성과 이에 근거한 대학구성원들의 다양한 자율적인 활동들을 저해하는 기본권 침해사유가 될 수 있다. 궁극적으로 이러한 판단은 국립 대학 자원관리시스템의 운영의 헌법위반성을 확정할 수 있는 중요한 헌법적 근거가 된다.

4. 혼인하고 가족을 창설할 권리

유럽연합의 기본권 헌장 제9조는 「혼인하고 가족을 창설할 권리는 이 권리의 행사를 규정하고 있는 개별 국가의 법률에 의하여 보장된다」고 규정함으로써 혼인체결과 가족창설의 권리를 보장하고 있다. 기본권 헌장 주석은 기본권 헌장 제9조의 혼인체결과 가족창설에 관한 기본권은 유럽인권협약 제12조(규정의 똑같은 동어반복)에 영향을 받은 것이라고 설명하고 있다.¹⁴⁰⁾

가족생활은 가족이 법적으로 형성되었는지 여부 그리고 아이가 혼인에 의한 적출자 인지 아닌지 여부에 관계없이, 부모 내지 한쪽 부모 (부 혹은 모) 그리고 그 자녀들 사이의 관계를 포함한다.¹⁴¹⁾ 따라서 가족개념은 혼인과 관련성을 가지지 않고 성립된다. 부모가 결혼하지 않고 사실혼 상태로 사는 경우도 가족개념에 포함된다.¹⁴²⁾ 그 외에도 형제자매들 사이의 관계뿐만 아니라 조부모와 손자 사이의 관계도 가족개념에 들어간다.¹⁴³⁾ 최종적으로 양자와의 관계도 보호영역 속에 들어간다. 아이가 문제되지 않는 한에 있어서 부부 사이의 관계에서도 가족개념이 성립되는지 여부는 불분명하다. 이에 반해서 유럽연합의 기본권헌장 제9조는 혼인과 가족을 구분하고 있다. 따라서 가족은 아이의 출생과 더불어 성립된다.¹⁴⁴⁾

이렇게 가정은 인간이 살아가는 사회의 가장 기본적인 인간의 자연적 공동체이다. 그럼에도 불구하고 세계인권선언, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규

140) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/21.

141) EGMR-ZE, Nr. 31178/96 (2001) = NJW 2003, 1921/1922.

142) EGMR, Nr. 16969/90 (1994) Rn. 44 = FamRZ 1995, 110; Nr. 25735/94 (2000) Rn. 43.

143) EGMR, Nr. 6833/74 (1979) Rn. 45.

144) EGMR, Nr. 10730/84 (1988) Rn. 59; 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리의 헌법적합성에 대한 검토, 153쪽.

약, 유럽인권협약 그리고 유럽연합의 기본권 헌장 모두 혼인과 가족을 구별하고 있다. 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, UDHR) 제16조는 제1과 제2항에서 혼인을 할 권리와 혼인의 보호 그리고 제3항에서 가족보호를 규정하고 있다.¹⁴⁵⁾ 그리고 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조 가족과 혼인의 보호를 규정하고 있다.¹⁴⁶⁾ 혼인과 가족생활을 각각 구분하여 별도의 조문에서 규정하고 있다. 혼인체결과 가족창설에 관한 기본권은 유럽인권협약은 제12조 그리고 유럽연합의 기본권헌장 제9조(유럽인권협약규정의 똑같은 동어반복)에서 규정하고 있다.¹⁴⁷⁾

혼인과 가족창설에 관한 권리는 서로 다른 두 개의 기본권이라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 가족창설이 혼인과 밀접한 관련성을 가지고 있기 때문에 혼인체결과 가족창설의 두 개의 상이한 부분영역을 통합해서 규정하고 있다. 이러한 개인의 기본권으로서 혼인과 가족을 창설할 권리는 헌법적 측면에서 혼인과 가족의 법적 개념들(Rechtsinstitute)에 대한 제도보장(Institutsgarantie)을 포함하고 있는 내용이다. 따라서 제도보장의 측면에서 헌법질서는 혼인과 가족에 대한 개인의 기본권 인정차원에서 보호뿐만 아니라 구체적인 혼인과 가족질서에 대한 보호의무(Schutzpflicht)를 어느 정도로 할 것인가도 중요한 헌법해석적 문제가 제기된다. 기본권으로서 혼인체결과 가족창설 그리고 기존의 존재하는 가족의 보호권은 방어권(Abwehrrechte)인 동시에, 국가에 대한 혼인과 가족의 보호에 대한 기본권 보호의무(grundrechtliche Schutzpflicht)의 실현도 요구하는 보호적 내용(Schutzgehalte)도 포함하고 있다.¹⁴⁸⁾

이주노동자권리협약 역시 제44조 제1항에서 위의 세계인권선언과 시민적 및

145) 세계인권선언 제16조

- ① 성년에 달한 남성과 여성은 인종, 국적 혹은 종교에 기인한 어떠한 제한도 없이 결혼하고 가족을 창설할 권리를 가진다. 그들은 혼인, 혼인생활동안 그리고 혼인의 해소에 있어서도 동등한 권리를 가진다.
- ② 혼인은 오로지 배우자쌍방(intending spouses)의 자유롭고 충분한 동의에 의해서만 성립된다.
- ③ 가정은 사회의 자연적이고 기본적 집단의 구성단위이고, 사회와 국가의 보호를 받는다.

146) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조

- ① 가족(family)은 사회의 자연적이며 기초적인 단위이고, 사회와 국가의 보호를 받을 권리를 가진다.
- ② 혼인적령에 달한 남성과 여성의 혼인하고 가족을 창설할 권리는 인정된다.
- ③ 배우자쌍방의 자유롭고 충분한 동의없이 어떠한 혼인도 성립할 수 없다.
- 4. 현행 규약(present Covenant)의 가입국은 혼인, 혼인생활동안 그리고 혼인 해소에 대한 배우자의 권리 및 책임의 평등을 확보하기 위한 적절한 조치를 취한다. 혼인 해소의 경우에는 어린이(child)의 필수적 보호를 위한 규정이 만들어져야만 한다.

147) 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리의 헌법적합성에 대한 검토, 153-154쪽.

148) 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리의 헌법적합성에 대한 검토, 154쪽.

정치적 권리에 관한 국제규약에 규정된 바와 마찬가지로 가족이 사회의 자연적이고 기초적 구성단위이고 이에 대한 사회와 국가의 보호를 규정하고 있고, 더 나아가서 조약가입국이 이주노동자의 가족의 구성의 보호를(the protection of the unity of the families of migrant workers) 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다. 제2항에서는 조약가입국이 이주노동자가 자신의 배우자나 해당 법률에 의하면 혼인과 동등한 효과를 가지고 있는 관계에 있는 자 및 미혼의 피부양 미성년 자녀와 재결합하는 것을 용이하게 위하여 자신의 권한의 범위 내에서 적절한 조치를 취하여야 한다고 규정하고 있다. 제3항은 더 나아가서 이러한 이주노동자의 배우자 그리고 가족구성원 외에도 다른 가족에 대해서도 인도주의적 입장에서 위의 제1항과 제2항에 구성된 가족구성원들과 동등한 대우를 하여야 한다고 규정하고 있다.¹⁴⁹⁾

우리나라도 최근에 2008년 3월 21일에 다문화가족지원법을 제정하고 2008년 9월 22일부터 시행하고 있다. 그 내용은 이미 성립한 다문화 가족의 유지에 중점을 두고 있다는 점에서 우리 헌법 제36조 제1항의 혼인과 가족생활의 보호 중 가족생활의 보호에 치중한 입법이라고 볼 수 있다. 다문화가족 지원법 제1조는 「이 법은 다문화가족 구성원이 안정적인 가족생활을 영위할 수 있도록 함으로써 이들의 삶의 질 향상과 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다」고 동법의 법목적을 규정하고 있다.

혼인체결과 가족창설을 할 권리와 혼인생활 그리고 가족생활에 대한 보호권은 전자는 무에서 유를 만드는 새로운 과정에 대한 보호요구권인데 비하여 후자는 기존에 존재하는 혼인과 가족생활의 보호이다. 혼인이란 여성과 남성의 생활공동체(Lebensgemeinschaft)를 의미한다. 하지만 경우에 따라서는 동성혼을 인정하는 국가에서는 동성연애자의 생활공동체 기본권(Grundrechte auf homosexuelle Lebensgemeinschaften)을 확대적용할 수도 있다. 우리 헌법 제36조 제1항은 「혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다」고 규정하고 있기 때문에 동성혼만 보호된다. 그러나 성전환자가 다른 성의 보유자와 결혼하려고 한다면 이 경우에는 혼인체결의 자유로서 보호되는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 자유롭고 독자적인 결정에 의하여 혼인이 거행된다면, 이 혼인은 법적인 보호를 받는다. 이 조건은 또한 가족창설의 경우에도 유효하게 적용된다. 성전환자 역시 이 기본권을 원용할 수 있다.¹⁵⁰⁾

149) 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리의 헌법적합성에 대한 검토, 154쪽.

150) 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리의 헌법적합성에 대한 검토, 154-155쪽.

가족을 창설할 자유는 아이를 얻을 권리를 보호한다. 왜냐하면 위에서 언급한 바와 같이 가족의 개념 속에 반드시 아이는 필수적 구성요소이기 때문이다. 특히 아이의 출생뿐만 아니라 아이의 입양 혹은 양자를 받아들이는 것도 보호한다. 이 권리의 특성상 법인에 대해서는 기본권 주체성이 인정될 수 없다. 따라서 이주노동국에서 혼인체결 그리고 가족창설을 금지하거나 기본권적인 자유를 사실상의 처분에 의하여 방해한다면, 기본권 제한은 성립된다. 예를 들면 출생통제 혹은 강제불임 뿐만 아니라 결혼금지 혹은 결혼방해 등은 기본권 제한의 예가 될 수 있다. 이러한 내용은 국내법에 규정되어 있지 않기 때문에 혼인과 가족창설과 관련하여 국내법질서와 저촉되는 경우는 없다.¹⁵¹⁾

5. 사상의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유 그리고 양심적 병역거부

독일 기본법과 기본법 제4조 제3항 그리고 제12a조 제2항 그리고 제3항에 의하여 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무를 인정하고 있다. 유럽연합의 기본권 현장 제10조¹⁵²⁾는 그 규정에 상응하게 부분적으로 세 개의 서로 다른 기본권, 사상의 자유, 양심의 자유 그리고 종교의 자유를 보장하고 있다. 기본권 현장 주석이 설명한 바와 같이 기본권 현장 제10조의 종교의 자유, 양심의 자유 그리고 사상의 자유는 유럽인권협약 제9조로부터 영향을 받은 것이다(동어반복적 표현).¹⁵³⁾ 따라서 기본권 현장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약 제9조의 규정은 제10조와 동일한 의미와 적용범위를 가진다. 특히 유럽인권협약 제9조 제2항의 동 기본권의 제한에 관한 내용들은 제10조의 해석에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다. 기본권 현장 제52조 제3항 제1문에 의하여 유럽인권협약 제9조 제2항¹⁵⁴⁾에 열거된 제한사유들은 제한근거로서 고려된다.¹⁵⁵⁾ 따라서 동규정에 의한 기본권의 제

151) 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리의 헌법적합성에 대한 검토, 155쪽.

152) 유럽연합의 기본권 현장 10조:

제1항 모든 사람은 사상, 양심 그리고 종교의 자유를 가진다. 이 권리는 종교 혹은 세계관을 변경할 자유 그리고 자신의 종교 혹은 세계관을 개인적으로 혹은 다른 사람과 공동으로 공적으로 혹은 사적으로 미사(예배), 수업, 관례 그리고 전례를 통해서 고백할 자유를 가진다.

제2항 양심적 병역거부권은 이 권리의 행사를 인정하고 있는 개별국가의 법률에 의하여 인정된다.

153) Erläuterungen des Präsidiums des Europ. Konvents, ABI 2004 C 310/432, 457.

154) 유럽인권협약 제9조 제2항: 자신의 종교 혹은 세계관을 고백할 자유는 미리 법률에 규정되고, 공적인 안전, 공적 질서, 건강 혹은 도덕 혹은 타인의 권리와 자유의 보호를 위하여 민주적 사회에서 필요한 경우에 한해서 제한될 수 있다.

155) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/21.

한은 단지 공적인 안전, 공공질서, 건강 또는 도덕의 보호를 위하여 혹은 타인의 권리와 자유의 보호를 위하여 가능하다. 유럽인권협약 제9조 제2항에 의한 제한 근거들은 기본권 헌장 제52조 제1항의 본질적 내용의 침해금지, 비례성의 원칙과 같은 기본권 제한의 일반적 원칙들을 통하여 제한근거와 비교해 볼 때 특별한 제한근거가 된다.¹⁵⁶⁾ 유럽인권협약 제9조 제2항의 조문내용대로 이 규정을 종교 혹은 세계관의 고백에만 한정하려고 하는 시도는 받아들여질 수 없다. 왜냐하면 이 규정을 또한 양심의 자유에 확대시키려는 것에 대하여 다수가 찬성하기 때문이다.¹⁵⁷⁾ 양심의 자유의 제한이 일반적으로 정당화될 수 없도록 사상의 자유뿐만 아니라 양심의 자유를 내면적 영역(forum internum)에만 한정한다면, 물론 이러한 한정적 시도 자체를 인정할 필요가 없다.

유럽연합의 기본권 헌장 제10조 제2항의 양심적 병역거부권은 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이 이 영역에 있어서 개별국가의 헌법적 전통 그리고 개별 국가들의 입법의 발달단계에 상응하게 보장된다.¹⁵⁸⁾ 유럽인권협약은 이와 비교할 만한 권리를 규정하고 있지 않다. 특히 이 권리는 유럽인권협약 제9조의 종교의 자유 그리고 양심의 자유로부터 도출될 수 없다.¹⁵⁹⁾

우리 헌법은 제39조에서 기본의무(Grundpflicht)로서 국방의 의무를 규정하고 있다. 이러한 헌법에 구체화된 국방의 의무를 구체화하기 위해서 병역법 제3조는 대한민국 국민인 남자에게 병역의무를 부과하고 있다. 그리고 동법 제88조 제1항 제1호¹⁶⁰⁾는 병역의무의 이행을 강제하기 위하여 현역입영대상자들이 정당한 사유 없이 입영기일로부터 5일이 경과하여도 입영하지 아니하는 경우 이들을 처벌하도록 규정함으로써 병역기피자에 대하여 형사처벌이라는 제재를 가하고 있다. 병역의무가 헌법에 규정된 국민의 기본의무로서 인정된 국가에서는 기본의무부담의 공평성에 바탕을 둔 병역정의(Wehrgerechtigkeit)실현은 중요한 헌법적 가치이다.

156) Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 10 Rn. 14.

157) Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, §22 Rn. 82.

158) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/21.

159) Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, §22 Rn. 70; Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 9 Rn. 3.

160) 병역법 제88조(입영의 기피)

① 현역입영 또는 소집통지서(모집에 의한 입영통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유없이 입영 또는 소집기일부터 다음 각 호의 기간이 경과하여도 입영하지 아니하거나 소집에 불응한 때에는 3년 이하의 징역에 처한다. 다만, 제53조 제2항의 규정에 의하여 전시근로소집에 대비한 점검통지서를 받은 사람이 정당한 사유없이 지정된 일시의 점검에 불참한 때에는 6월 이하의 징역이나 200만 원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다.

1. 현역입영은 5일.

독일 기본법 제4조 제1항에 의하여 보장되는 양심의 불가침성은 양심을 가질 자유뿐만 아니라, 내적으로 구속적이고 무조건적으로 의무가 부여된 것을 인식하는 명령으로서의 양심에 반대되는 행위를 할 것을 강제받지 아니할 자유를 포함한다.¹⁶¹⁾ 이러한 자유와 관련하여 당연히 양심적 병역거부권이 도출된다.¹⁶²⁾ 독일의 경우 기본법 제4조 제3항에서 이를 보장하고 있다. 양심적 병역거부 속에서 양심의 자유는 그 모범(Paradigma)을 발견한다,¹⁶³⁾ 왜냐하면 양심적 병역거부 기본권은 양심의 자유의 주요한 구성부분이기 때문이다.

6. 의사표현의 자유, 집회·결사의 자유

유럽연합의 기본권 헌장 제11조는 제1항에서 의사표현의 자유 그리고 제2항에서 방송매체의 자유와 방송매체의 다양성에 대하여 규정하고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장 제11조¹⁶⁴⁾의 의사표현 그리고 정보의 자유는 유럽헌법제정회의의 의장단 회의가 확인한 바와 같이 유럽인권협약 제10조로부터 영향을 받은 것이다(동어반복적 표현).¹⁶⁵⁾ 이러한 까닭에 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 기본권 헌장 제11조는 유럽인권협약 제10조와 동일한 의미를 가진다. 특히 이 기본권은 유럽인권협약 제10조의 보호범위를 넘어서서 제한될 수 없다.¹⁶⁶⁾ 그럼에도 불구하고 이 규정은 유럽인권협약 제10조보다 후순위로 밀려날 수 없다. 유럽공동체법원의 판례 속에서 의사표현의 자유는 유럽법의 일반적 법원칙으로부터 도출된 기본권으로서 이미 지금까지 중요한 역할을 수행하였기 때문이다.¹⁶⁷⁾ 기본권 헌장 제52조 제3항 제1문에 의한 유럽인권협약상의 기본권 제한근거의 적용은 유럽인권협약 제10조 제2항¹⁶⁸⁾ 속에 언급된 근거들에만 한정된

161) BVerfGE 78, 391 [395].

162) BVerfGE 69, 1 [22].

163) Herbert Bethe, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, §137 Rn. 44.

164) 유럽연합의 기본권 헌장 제11조.

제1항 모든 사람은 자유로운 의사표현의 자유를 가진다. 이 권리는 의사의 자유 그리고 정보 그리고 생각을 행정당국의 제한과 국가적 경계와 관계없이 받아들이고 계속적으로 전달할 자유를 포함한다.

제2항 방송매체의 자유 그리고 방송매체의 다양성은 존중된다.

165) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/21.

166) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/21.

167) 예를 들면 EuGH, RS. 219/91, Slg. 1992, I-5485 Rn. 35; Rs. 112/00, Slg. 2003, I-5659 Rn. 79; Jarass, 『EU-Grundrechte』, §16 Rn. 1.

168) 유럽인권협약 제10조 제2항: 이러한 자유의 행사는 의무와 책임이 따른다. 그러므로 이 권리의 행사에

다.¹⁶⁹⁾ 국가의 안전, 영토의 불가침성, 공적인 안전, 질서의 유지, 범죄행위의 예방, 건강의 보호, 도덕의 보호, 좋은 평판의 보호, 타인의 권리의 보호, 은밀한 정보의 유폐방해 그리고 법원의 중립성과 권위의 유지. 그러나 이러한 제한가능성의 한계설정에 의한 기본권 제한의 한계설정적 효과는 거의 발생할 수 없다. 왜냐하면 이 규정이 매우 광범위하게 제한사유를 규정하고 있기 때문이다.¹⁷⁰⁾ 특히 유럽공동체법원은 유럽인권협약 제10조 제2항의 의미 속의 타인의 권리 속에 유럽연합의 기관의 권리도 포함시키고 있다. 왜냐하면 유럽연합의 시민들은 기관들을 통한 자신의 과제수행을 보호할 수 있어야만 하기 때문이다.¹⁷¹⁾ 기본권 제한사유로서 ‘타인의 권리(right of others)’ 개념의 인정을 통해서 사실상 거의 모든 기본권 제한가능성들이 이 개념에 포함될 수 있게 되었다. 이러한 광범위한 기본권 제한사유들을 고려해 볼 때 유럽인권법원의 판례 속에서는 어떤 이 기본권에 대한 제한근거가 유럽인권협약 제10조 제2항의 제한근거들 속에 포함되지 않았다는 이유로 거부된 사례가 없다.¹⁷²⁾

개인적으로 표현의 자유와 관련된 우리 헌법 제21조의 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유의 보장과 관련된 유럽연합의 기본권 헌장 제8조 개인정보보호 조항처럼 표현의 자유와 개인정보의 보호에 관한 독자적 규정의 제정을 통한 분리의 필요성 그리고 유럽연합의 기본권 헌장 제12조와 같은 집회의 자유와 결사의 자유의 표현의 자유 기본권 조항의 독자적 분리를 통해서 표현의 자유의 독자적 보장의 필요성이 요구된다는 의견을 개진한다.

유럽연합의 기본권 헌장 제12조 제1항의 규정은 집회의 자유와 결사의 자유를 보호한다. 유럽연합의 기본권 헌장 제12조는 노동조합에 대하여 여러 번 언급하면서 특별한 결사적 목적인 단결의 자유(Koalitionsfreiheit)를 제시하고 있다.¹⁷³⁾ 이 기본권 속에 여러가지 부분영역을 가지는 하나의 기본권이 규정되어 있는지

는 국가의 안전, 영토의 불침손성, 혹은 공적인 안전, 질서유지 혹은 범죄행위의 예방, 건강보호, 도덕 보호, 좋은 평판의 보호, 타인의 권리의 보호, 은밀한 정보의 유폐방해 그리고 법원의 중립성과 권위의 유지 등을 위하여 미리 법률에 규정되고 민주적 사회에서 필요한 형식, 조건 제한 혹은 형벌이 부과될 수 있다.

169) 유럽공동체법원 이 기본권의 제한근거로서 여러번 유럽인권협약 제10조 제2항을 언급하였다. EuGH, Rs. 274/99, Slg. 2001, I-1611 Rn. 40; Rs. 112/00, Slg. 2003, I-5659 Rn. 79; Rs. 245/01, Slg. 2003, I-12489 Rn. 69 f.; Jarass, 앞의 책, Art. 11 Rn. 40.

170) 이것은 제한사유는 매우 좁게 해석되어야만 한다는 언급과는 아주 놀라운 대조를 이루고 있다. Jarass, 앞의 책, Art. 11 Rn. 40.

171) EuGH, Rs. 274/99, Slg. 2001, I-1611 Rn. 44, 46; Jarass, 앞의 책, Art. 11 Rn. 40.

172) Jarass, 앞의 책, Art. 11 Rn. 40.

173) Bernsdorff, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 12 Rn 13.

혹은 여러 개의 기본권이 포함되어 있는지 여부는 불확실하다. 기본권 규정 조문은 오래 전부터 첫 번째 대안을 찬성하고 있다. 기본권 헌장 주석도 이 입장을 지지하고 있다.¹⁷⁴⁾ 기본권 헌장 주석은 기본권 헌장 제12조¹⁷⁵⁾ 속에 보장된 집회의 자유와 결사의 자유는 유럽인권협약 제11조¹⁷⁶⁾조에 상응하는 규정, 즉 동어반복적 규정이라고 확인하고 있다.¹⁷⁷⁾ 그러므로 기본권 헌장 52조 제3항에 의하면 유럽인권협약 제11조는 기본권 헌장 제12조 제1항의 집회의 자유와 결사의 자유와 동일한 의미와 적용범위를 가진다. 그럼에도 불구하고 동규정은 유럽인권협약보다 후순위로 밀려날 수 없다. 이것은 특히 유럽인권협약 제11조 제2항¹⁷⁸⁾에 규정된 기본권 제한사유에 근거한 기본권 제한에 대한 한계를 설정하는 근거가 된다: 국가와 공공의 안전, 질서의 유지, 범죄행위의 예방, 건강 혹은 도덕의 보호 혹은 타인의 자유와 권리의 보호. 집회의 자유에 대한 유럽인권법원의 결정은 유럽인권협약 제11조의 의미 때문에 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)으로 고려된다.

특히 결사의 자유는 노동조합 그리고 사용자의 결사 즉 단결의 자유(Koalitionsfreiheit)와 관련을 가진다. 그 외에도 기본권 헌장 제12조의 결사의 자유는 노동자의 사회적 기본권에 대한 공동체 헌장(Gemeinschaftscharta der Soziale Grundrechte der Arbeitnehmer, GSGA) 제11호의 노동자의 노동조합결성의 자유, 사용자의 직업적 결사의 자유에 영향을 받은 것이다.¹⁷⁹⁾ 기본권 헌장 제12조 제2항은 유럽헌법제정회의 의장단 회의의 설명에 따르면 유럽의 차원에서의 정당의 의미를 강조한 유럽공동체 조약 제46조 제4항 내지 제191조의 규정에 상응하는 것이다.¹⁸⁰⁾

174) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/22.

175) 유럽연합의 기본권 헌장 제12조:

제1항 모든 사람은 자신의 이익의 보호를 위하여 노동조합을 설립하고, 노동조합에 가입할 권리를 포함하여, 모든 부문에 있어서 특히 정치적, 노동조합의 그리고 시민사회적 영역에 있어서 자유로이 그리고 평화적으로 다른 사람과 함께 집회하며, 자유로이 다른 사람과 함께 결사할 권리를 가진다.

제2항 유럽의 차원에서의 정당은 유럽연합시민의 정치적 의사를 표현하는데 기여한다.

176) 유럽인권협약 제11조 제1항: 모든 사람은 자신의 이익의 보호를 위하여 노동조합(trade union)을 창설하고 노동조합에 가입할 자유를 포함하여 자유로이 그리고 평화롭게 다른 사람들과 집회하고, 자유로이 결사할 자유를 가진다.

177) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/22.

178) 유럽인권협약 제11조 제2항: 이러한 권리들의 행사는 미리 법률에 규정되고, 민주적 사회에서 국가와 공공의 안전, 질서의 유지, 범죄행위의 예방, 건강 혹은 도덕의 보호 혹은 타인의 자유와 권리의 보호를 위하여 필요한 경우에 한에서만 제한될 수 있다. 이 규정은 군대, 경찰 혹은 국가행정의 구성원들에 의한 이러한 권리의 행사에 대한 적법한 제한에 반대하는 것은 아니다.

179) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/22.

180) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/22.

7. 교육권, 사립학교의 설립과 유지권

유럽연합의 기본권 헌장은 제14조¹⁸¹⁾에서 교육권과 사립학교설립과 유지권을 규정하고 있다. 기본권 헌장 제14조의 교육권의 보장은 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이 유럽인권협약 부속의정서(Zusatzprotokoll) 제2조¹⁸²⁾의 규정을 모범으로 삼고 있다(동어반복적 표현).¹⁸³⁾ 그 외에도 의장단 회의는 구성국가의 공통적인 헌법적 전통도 지적하고 있다.¹⁸⁴⁾ 유럽인권협약 부속의정서를 넘어서는 기본권의 직업교육 그리고 평생교육에로의 확장은 노동자의 사회적 기본권에 대한 공동체 헌장(GSGA) 제15호에 의한 직업교육 그리고 평생교육에 대한 접근권 보장 그리고 유럽사회헌장(European Social Charter) 제10조의 직업교육권 보장에 근거한 것이다.¹⁸⁵⁾ 유럽공동체법원의 판례 속에서 공동체 내부시장의 기본자유의 경우에 있어서, 그와 마찬가지로 차별금지의 영역에 있어서도 교육권은 중요한 역할을 하였다.

기본권 헌장 주석은 유럽연합의 기본권 헌장 14조를 다음과 같이 설명하고 있다:¹⁸⁶⁾

「1. 이 규정은 구성국가의 공통적인 헌법적 전통 뿐만 아니라, 다음과 같이 규정된 유럽인권협약 부속의정서(Zusatzprotokolls zur EMRK) 제2조에 근거를 두고 있다: ‘그 누구에게도 교육권이 인정되지 않을 수 없다. 국가는 교육과 수업의 영역에 있어서 자신에게 부여된 과제의 수행에 있어서 부모의 교육권을 존중하고, 그들 자신의 독자적인 종교적 그리고 세계관적 확신에 상응한 교육과 수업을 보장하여야 한다.’

이 규정을 직업교육(berufliche Ausbildung) 그리고 그 이후의 평생교육

181) 유럽연합의 기본권 헌장 제14조:

제1항 모든 사람은 교육권 및 직업교육 그리고 계속적 교육(Wetierbildung)에 대한 접근권을 가진다.
제2항 이 권리는 무상으로 학교의무교육(Pflichtschulunterricht)에 참여할 권리를 포함한다. 제3항 민주주의 원칙의 존중 하에서 학교를 설립할 자유와 자신의 독자적인 종교적, 세계관적 그리고 교육적 확신에 상응하게 자신의 자녀를 교육 혹은 수업을 시킬 부모의 권리는 이의 행사를 규정하고 있는 개별국가들의 법률에 의하여 존중된다.

182) 유럽인권협약 부속의정서 제2조: 그 누구에게도 교육권의 인정이 거부될 수 없다. 국가는 교육과 학교 수업과 관련된 과제의 수행에 있어서, 부모의 독자적인 종교적 그리고 세계관적 확신에 따라 교육 혹은 수업을 받게 하는 부모의 권리를 존중하여야 한다.

183) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/22.

184) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/22.

185) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/22.

186) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/22.

(Weiterbildung)에 대한 접근권에 확장시키고(노동자의 사회적 기본권의 공동헌장 (Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitenehmer) 제15호뿐만 아니라 유럽사회헌장(Europäische Sozialcharta) 제10호 참조), 의무교육의 무상성의 원칙에도 적용하는 것은 목적적합적이라고 생각된다. 여기에 제시된 조문의 의미 속에서 단지 이 원칙이 의미하는 바는, 의무교육과 관련하여 모든 어린이에게 학교시설을 방문하고, 무상의 수업을 제공받는 가능성을 보장해야만 하는 것을 의미한다. 이 원칙은 관련된 교육 혹은 직업교육 그리고 평생교육을 제공하는 모든 - 그리고 특히 또한 사립의 - 학교 시설들이 이러한 것들을 무상으로 행해야만 하는 것을 의미하는 것은 아니다. 그와 마찬가지로 국가가 재정적 보충을 위한 조치를 시행하는 한에 있어서는, 특정된 특별수업형식이 무상으로 제공될 수 있다는 것을 금지하는 것은 아니다. 기본권 헌장이 유럽연합에 대하여 효력을 가지는 한에 있어서는, 유럽연합이 자신의 교육정책적 조치의 영역에 있어서는 의무교육의 무상성을 존중해야만 한다는 것을 의미한다. 그럼에도 불구하고 당연히 기본권 헌장의 이 규정으로부터 어떠한 새로운 권한도 도출할 수 없다. 부모의 권리와 관련되는 한에서는 동 규정을 제24조와 관련하여 해석해야만 한다.

2. 공적인 혹은 사적인 교육시설의 설립의 자유는 기업의 자유(unternehmerische Freiheit)의 한 측면으로서 보장된다. 그럼에도 불구하고 이 자유의 행사는 민주적 원칙들의 존중을 통하여 제한되고, 개별국가의 법규정에 속에서 확정된 구체적 현실에 따라서 그 행사의 범위가 확정된다.」

기본권 헌장 제14조 제3항 대안(Alternative) 1에 의한 사립학교의 설립과 유지에 관한 권리는 기본권 헌장 주석 제16조의 기업의 자유의 표현으로 분류되었다.¹⁸⁷⁾ 유럽인권협약은 사립학교의 설립에 아무런 명시적인 권리도 인정하고 있지 않다. 그러나 유럽인권법원은 유럽인권협약 부속의정서 제2조의 해석적 확장을 통하여 이 권리를 도출하고 있다.

기본권으로서 교육권의 개념은 다른 기본권과 비교해 볼 때 그 법적 성격이 명확하게 확정될 수 없다. 따라서 교육권의 정확한 보호영역과 그 한계를 확정하는 것은 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고 하나 명확한 것은 교육권은 순수한 사회적 기본권(echtes soziales Grundrecht)으로 분류될 수 있는 광범위한 권리가 아니라, 많은 교육과 관련된 법적 지위의 이라는 점이다.¹⁸⁸⁾ 유럽연합의 여러 구성국가들의

187) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/22.

188) K. Odendahl, in: F. S. M. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Grundrechte, 2006, §39 Rn. 1.

헌법, 국제조약 그리고 유럽연합의 기본권 헌장 제14조 및 유럽헌법조약 제74조 등에 규정된 교육기본권의 보장내용을 고려해 볼 때, 교육권은 다음의 5가지의 개별적 권리로 분류할 수 있다.¹⁸⁹⁾ ① 학교교육권, ② 무상의 의무교육참여권, ③ 직업교육 그리고 평생교육시설에 대한 접근, ④ 학교설립의 자유, ⑤ 어린이의 교육과 관련된 부모의 종교적 그리고 세계관적 확신의 보장.

이렇게 교육권의 내용을 세부적으로 확정하는 입장에 의하면 유럽연합의 영역에 있어서 교육권이 존재하는가 하는 문제에 대한 검토에 있어서 그 기본권의 보호영역의 내용을 상세하게 구분하지 않고 개괄적으로 보호영역의 내용을 찾지 않는다. 이 입장에 따르면 위에서 언급한 모든 개별적 권리들이 이미 기본권의 성격을 획득하였는가, 그렇지 않으면 어떤 개별적 권리들만이 기본권적 성격을 획득하였는지 여부가 중점적 문제로 다루어진다.¹⁹⁰⁾

유럽연합의 기본권으로서 교육권의 인정은 교육영역에서의 공동체의 제한된 권한 때문에 어려움이 발생한다. 원칙적으로 권한과 기본권 보호의 문제는 서로 일치할 수 없는 평행선이 존재한다. 기본권은 권한을 행사하는 고권적 주체(Hoheitsträger)를 구속한다. 이렇기 때문에 유럽연합의 기본권 헌장에 교육권을 규정하는 것에 대한 논쟁이 있었다.

지금까지 유럽연합의 차원에서 기본권 보장의 문제로서 교육권의 내용과 한계는 매우 명확하게 설정될 수가 없었다. 그 첫 번째 이유는 이에 대하여 직접적으로 관련성을 가지는 유럽공동체법원의 판례가 없다는 점이다. 두 번째 이유로 교육권이 유럽연합의 구성국가들의 헌법 속에서 각각 다르게 매우 규정되어 있다는 점을 고려해 볼 때, 단지 제한적으로 구성국가의 사정이 고려되어야 한다는 점이다.

8. 직업의 자유와 기업의 자유

유럽연합의 기본권 헌장 제15조 제1항은 「모든 사람은 일하고, 자유로이 선택하고 받아들인 직업을 행사할 자유를 가진다」고 규정함으로써 직업의 자유와 일할 권리(freedom to choose an occupation and right to engage the work, Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten)를 보장하고 있다. 동조 제2항은 「모든 유럽연

189) K. Odendahl, in: F. S. M. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Grundrechte, 2006, §39 Rn. 1.

190) K. Odendahl, in: F. S. M. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Grundrechte, 2006, §39 Rn. 1.

합의 시민들은 모든 구성국가들 속에서 일자리를 구하고, 일하고, 개업하고, 서비스를 제공할 자유를 가진다.」고 규정함으로써 유럽공동체내부시장(Binnenmarkt)의 기본자유(Grundfreiheiten)¹⁹¹⁾와 관련하여 유럽연합의 시민들에게 직업의 자유를 보다 구체화하여 적용하고 있다. 그러나 직업의 자유를 유럽연합의 시민에게만 한정하려는 시도는 인정되지 않았다. 그 결과 동조 제3항은 「유럽연합의 구성국

191) 여기에서 언급된 유럽공동체 내부시장의 기본자유 개념은 유럽공통의 문화유산에 바탕을 둔 법에 의한 문화적 통합을 목적으로 유럽회의(Council of Europe, Europarat)의 ‘인권과 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)’, 약칭 ‘유럽인권협약(European Convention on Human Rights)의 인간이 당연히 누리는 기본적 자유를 의미하는 기본자유 개념과 구분된다. 따라서 후자는 전자인 경제적 통합을 목적으로 한 경제공동체인 유럽공동체(EC)의 기본자유 개념보다는 넓은 일반적 개념이라고 볼 수 있다. 이런 점에서 볼 때 기본권과 밀접한 관련을 가지는 일반적인 시민적·정치적 권리의 핵심적 내용으로서 기본자유는 단지 유럽공동체 내부시장의 활성화의 측면에서 인정되는 기본자유 개념으로부터 처음부터 명확히 개념적으로 구분되어야 한다고 생각한다.

이러한 저자의 생각은 Hans D. Jarass 교수의 저작 속에서도 확인되고 있다(H. D. Jarass, EU-Grundrechte, 2005, Rn. 9): “유럽공동체 조약 제28조 이하 그리고 유럽헌법조약 제198조 이하에 규정된 공동체 내부시장의 자유에 대해서는 특별한 지위가 부여된다. 이러한 자유들은 유럽헌법조약 제4조에 ‘기본자유’로 규정되어 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 자유들은 유럽인권협약의 제6조에 해당되는 기본자유와는 다른 의미로 적용된다. 공동체 내부시장의 기본자유는 좁은 의미 그리고 원래의 기본권과는 다른 특성을 가진다”.

실사 유럽공동체의 기본자유가 기본권과 유사한 효력을 가지고, 경우에 따라서는 유럽공동체법원(ECJ, EuGH)이 기본자유를 기본권으로 언급하더라도(Jarass, EU-Grundrechte, Rn. 10), 경제적 통합을 목표를 출발한 유럽공동체에서의 기본자유와 법에 의한 문화적 통합을 목적으로 한 기본권에 의한 유럽통합의 차이점을 고려해 볼 때 양자는 명백히 구분되는 개념이다. 이러한 양자의 명백한 구분은 다음의 두 가지 측면에서 확실하게 제시되고 있다: 유럽연합의 구성국가들의 국가기관들은 기본자유를 원용할 수는 있어도 기본권은 원용할 수 없다. 유럽헌법조약은 기본자유는 제4조에, 기본권은 제9조에 규정하고 있다. 이처럼 유럽헌법조약 속에서도 양자를 명백히 구분하고 있다. 이러한 입법적 해석 그리고 이론적 개념 그 자체의 차이를 무시하고 양자를 같은 개념으로 설명될 수 없다. Jarass, EU-Grundrechte, Rn. 9.

다시 한번 확인하건대 유럽공동체의 기본자유는 다음의 의미로 이해된다. 유럽공동체의 공동체 내부시장은 공동체의 자유로운 상품, 사람, 서비스, 자본의 자유로운 왕래로 특징지어진다(유럽공동체조약 제14조 제2항). 이러한 상품, 사람, 서비스, 자본의 자유로운 왕래의 보장이 유럽공동체의 네 개의 기본적 자유(Grundfreiheit)이다. 그 외에도 자유로운 화폐지불의 보장을 제5의 기본자유로 이해하기도 한다. M. Herdegen, Europarecht, 5. Aufl., München 2006, Rdnr. 281. 유럽공동체법원의 소장인 V. Skouris도 이와 동일한 설명을 하고 있다. V. Skouris, Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, DÖV 2006, S. 89 f.; vgl. D. Ehlers, Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts(Teil I), JURA 2001, S. 266 ff.;

P.-C. Müller Graf 교수는 전통적인 유럽공동체법에서의 기본자유(Grundfreiheiten)와 공동체 기본권(Gemeinschaftsgrundrechte)은 전문용어적으로 서로 다르게 개념 정의될 수 있고, 내용적으로도 서로 다른 주관적 권리의 범주에 속한다고 설명하고 있다. 공동체 기본권은 공동체 내부시장의 기본자유 제한근거가 될 수도 있다는 점에서 양자는 구분된다. P.-C. Müller Graf, Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in: H.-J. Cremer/T. Giegerich/D. Richter/A. Zimmernann(Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für H. Steinberger, 2002, S. 1281, 1301; 양자의 충돌의 해결에 대해서는 다음을 참조. S. Kadelbach/N. Peterson, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundrechte, EuGRZ 2003, S. 695 ff.

가의 국가영역 속에서 일하는 것이 인정된 제3세계 국가의 소속국민들은 유럽연합의 시민들과 상응한 노동조건들의 보장을 요구할 권리를 가진다」고 규정하여 기존의 유럽연합의 시민의 근로조건과 제3세계 소속 국가국민의 근로조건 차이가 전제된 현실을 극복할 권리의 요구권을 보장하고 있다. 이렇게 볼 때 제15조의 직업의 자유는 무엇보다도 결과적인 측면에서 근로자의 직업활동과 밀접한 관련성을 가지고 있다. 이러한 점에서 제15조 제1항의 직업의 자유의 보장 규정은 근로의 권리와 관련된 직업에 관한 근본적인 법원칙(*elementarer Rechtsgrundsatz*)을 포함하고 있다.¹⁹²⁾ 이에 반해서 제15조 제2항 그리고 제15조 제3항에 규정된 독자적 내용들과 두드러지게 구별된다.

이러한 직업의 자유는 일반적으로 직업선택의 자유 외에 직업행사의 자유 또한 영업의 자유도 보장하고 있다. 지금까지 직업의 자유와 구별되는 별도의 기본권의 영역으로서 기업의 자유에 대한 독자적인 헌법적 보장규정을 두고 있지 않은 우리나라 헌법과 독일의 기본법과 같은 헌법체계에서는 주로 기업의 자유의 보장의 법적 근거를 직업의 자유의 보장의 한 측면, 그 외에도 재산권 보장의 측면에서 찾고 있다. 그러나 이러한 개별국가의 직업의 자유에 대한 기본권 목록과는 대조적으로 유럽연합의 기본권 헌장 제16조는 「기업의 자유는 유럽연합법 그리고 개별국가의 법규정 그리고 관습(*Gepflogenheiten*)에 의하여 인정된다」고 규정함으로써 제15조의 직업의 자유와 별도로 기업의 자유를 독자적으로 보장하고 있다. 경제적 활동에 관한 주기본권(*Hauptgrundrechte der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit*)¹⁹³⁾으로서 기본권 헌장 제15조의 직업의 자유 그리고 이를 보충하는 제16조의 기업의 자유, 제17조의 재산권 보장, 그 외에 유럽공동체의 경쟁규칙(*Wettwergregeln*)과 유럽공동체의 기본자유에 관한 규정들은 유럽의 경제헌법의 핵심적 내용을 형성하고 있다.

기본권 헌장 주석은 기업의 자유는 유럽공동체법원의 판례를 통해서 도출한 경제활동의 자유, 영업활동을 할 자유 그리고 계약의 자유에 근거한 것이라고 밝히고 있다. 물론 이러한 권리들은 이미 직업의 자유의 부분적 구성영역을 이루고 있는 자유이다. 그 외에도 유럽공동체법원은 영업의 자유 혹은 자유경쟁의 보장도 기업의 자유의 내용으로 인정하고 있다. 이렇게 볼 때 기업의 자유는 제15조의 직업의 자유와 제17조의 재산권보장과 더불어서 경제적 기본권

192) EuGH, Rs. 317/00, Slg. 2000, I-9541 Rn. 57.

193) C. Nowak, in: S. M. Haselhaus/C. Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 2006, §30 Rn. 2.

(Wirtschaftsgrundrechte)의 핵심적 영역을 형성하고 있다. 기업의 자유는 기업주의 이익보호와 이를 배경이 되는 자유경쟁의 객관적 원칙의 유지에도 기여한다.

기본권 헌장 제16조의 기업의 자유를 제15조의 직업의 자유와 별도로 독립된 하나의 독자적 기본권으로 규정한 유럽연합의 기본권 헌장의 기본권목록에 그대로 규정하고 있는 장점은 어디에서 찾을 수 있을까. 이에 대한 문제해결의 단서를 개인적으로 다음의 두 가지 측면에서 찾고 싶다: ① 직업행사의 자유와 직업선택의 분리가능성에 의한 사법적 통제강도의 차이, ② 직업의 자유의 자유권성. 예를 들면 미국의 이중기준이론(double standard)과 같이 직업의 자유의 제한에 대한 단계별 기본권 심사를 정당화시킨 단계이론(Stufentheorie)의 출발점인 직업행사의 자유와 직업선택의 자유의 독자성에서 찾고 싶다. 유럽공동체법원의 판례는 공동체시장의 형성과 유지를 위한 기업의 자유의 제한에 대한 사법심사에 대해서는 소극적 입장을 보이고 있다. 유럽공동체 내부시장의 유지와 증진의 목적 하에서 행해지는 기업의 자유의 제한사유 중에서 유럽공동체의 이익의 보호를 위해서 제3세국가의 기업의 자유를 제한하는 조치에 대한 정당화에 있어서도 이러한 논리는 당연히 적용된다. 한계이다. 항상 실질적인 평등의 실현범위는 내부적인 통일성이 확보된 경우에만 실현될 수 있다.

기업의 자유의 독자적 보장에 대한 또 다른 이론적 근거는 직업의 자유에 대한 기본권 보호의무의 실현이 일자리 보장에 대한 요구권을 보장하고 정당화하는 것은 아니라는 점이다. 바로 여기에서 기본권제정회의 예비안 속에서는 경제적 그리고 사회적 권리의 장 속에 규정되어 있었던 직업의 자유가 자유권의 범위 속에 규정된 이유가 된다. 또한 바로 이러한 직업의 자유의 사회적 권리성의 부정에서 즉 자유권성의 인정과 강조에서 기업의 자유와의 역설적인 공생관계가 성립·유지·발전된다. 국가가 모든 일자리를 마련해 주는 것이 정당화될 수 없는 상황에서 일자리 보장에 대한 주된 주체는 바로 자유경쟁원리가 실현된 시장질서의 경제참가자로서 기업이다. 바로 여기에 자유경쟁을 바탕으로 한 경제질형성의 기초로서 기업의 자유의 보장의 목적이 있다.

9. 재산권 보장

유럽연합의 기본권 헌장 제17조¹⁹⁴⁾의 재산권 보장과 관련하여 기본권 헌장

194) 유럽연합의 기본권 헌장 제17조:

제1항 모든 사람은 적법하게 취득한 자신의 재산에 대한 소유, 사용, 이에 대한 처분 그리고 상속할

주석은 동규정이 유럽인권협약 부속의정서 제1조¹⁹⁵⁾의 동어반복적 규정이라고 확인하고 있다.¹⁹⁶⁾ 2000년 2월 28일/28일의 기본권 제정회의의 토의과정에서 의장단 회의에서 제시된 수많은 개정안들이 논의되었다. 참석한 회의의 구성들의 다수는 재산권 보장의 새로운 현대적인 구성에 대해서 동의 하였다. 그리하여 최종적으로 유럽인권협약 부속의정서 제1조 제1문에 ‘적법하게 취득한 재산 (lawfully acquired possessions, das rechtmäßig erworbene Eigentum)’이라는 문구를 첨가하였다. 그 결과 범죄행위에 의하거나 혹은 불법적으로 취득한 재산은 재산권의 보호영역에서 제외된다.

기본권 헌장 제17조의 재산 내지 보호가능한 지위는 적법하게 취득된 것 (rechtmäßig erworben/lawfully acquired/acquis légalement)이어야만 한다. 따라서 유럽인권협약 부속의정서 제1조에는 이에 대한 언급이 없기 때문에, 해당되는 권리에 의하여 유효한 법적인 지위를 취득하는 것은 단지 지위가 해당권리에 의하여 기본권 주체에게 귀속되는 것을 의미한다. 그렇기 때문에 재산권 취득의 유효성 (Wirksamkeit)이 문제가 되지 않는 한에서는, 또한 범위반적 행위로부터 생성된 법적인 지위는 기본권의 의미 속의 재산이 될 수도 있다. 그러나 재산취득의 위법성 (Rechtswidrigkeit)은 제한의 정당화에 대한 판단에 있어서는 중요한 의미를 가진다. 이와 반대로 분쟁이 있는 경우에는 재산취득이 적법성이 요구된다는 견해가 제기될 수 있다. 왜냐하면 재산취득은 재산권에 의하여 보호되지 않기 때문이다. 관련법규정에 의하여 어떠한 유효한 재산취득이 인정되지 않는다면, 기본권 헌장 제17조의 의미 속의 어떠한 지위도 성립될 수 없다. 권리취득과 관련성을 가지는 법은 무엇보다도 구성국가의 법 속에서, 그러나 또한 유럽연합법 속에서도 찾을 수 있다.¹⁹⁷⁾

권리를 가진다. 그 누구도 법률에 의하여 미리 규정된 사례들과 조건들에 해당하는 공공필요에 근거하지 않고, 그와 동시에 재산의 손실에 대한 정당한 보상없이, 자신의 재산을 수용당하지 아니한다. 재산의 사용은 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률에 의하여 규제될 수 있다.

제2항 지적재산권은 보호된다.

195) 유럽인권협약 부속의정서 제1조: 모든 자연인 그리고 법인은 자신의 재산의 존중권을 가진다. 그 누구도 공공필요에 의하여 요청되고, 단지 법률과 국제법의 일반원칙을 통하여 인정된 조건들에 해당되는 경우가 아니면 자신의 재산을 수용당할 수 없다.

그럼에도 불구하고 전규정(제1항)은 공공필요에 따라 혹은 조세납부 혹은 그 이외의 다른 기부 그리고 금전형벌을 보장하기 위하여 재산의 이용을 규제할 필요성이 있다고 규정한 법률을 적용할 국가의 권리를 제한하지 않는다.

196) Erläuterungen des Präsidiums des Europ. Konvents, ABl 2004 C 310/436 f., 457.

197) Jarass, 앞의 책, Art. 17 Rn. 7.

그 외에도 유럽인권협약에 규정되지 않은 상속권의 보장이 명백하게 언급되었다.¹⁹⁸⁾ 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하면 제17조의 재산권 보장은 유럽인권협약 부속의정서 제1조 속에서 인정된 기본권의 제한의 범위를 넘어서서 제한될 수 없다.¹⁹⁹⁾ 그럼에도 불구하고 유럽인권협약 부속의정서 제1조는 이 기본권의 해석에 있어서 단지 법인식원으로 고려된다.²⁰⁰⁾ 이에 반해서 유럽공동체법원은 재산권 보장을 유럽법의 일반적 법원칙으로부터 도출하였다.²⁰¹⁾

인간이 누리는 자유를 자율(autonomy)개념과 연결지어 볼 때, 자율적인 사람에 타인에 의존하지 않고 독자적인 생활영역을 형성해 나갈 수 있다. 물론 반드시 재산이 인간의 행복의 필수적 전제조건이라고 볼 수는 없어도, 이러한 자율적 생활의 영위를 위한 중요한 전제조건으로서 재산의 가치는 절대 과소평가될 수 없고 그리고 과소평가되어져서도 안 된다. 따라서 국가가 헌법 제23조 제3항에 규정된 공공필요에 의한 개인의 재산권 박탈에 해당되는 공용수용의 경우에도 이 원칙은 명백히 준수되어야만 한다.

헌법상의 기본권으로서 재산권 보장은 사유재산제라는 헌법상의 기본적 법원칙(elementare Rechtsgrundsätze)으로서 제도보장인 동시에 독립적 개별 기본권으로서의 성격을 동시에 가지고 있다. 이러한 기본적 법원칙으로서의 재산권 보장은 개인적 자유의 실질적 토대로서 기능하고, 경제적 영역에서 특별한 의미를 가지고 있기 때문에, 국가의 공공필요에 의한 개인의 재산권의 박탈에 해당하는 공용수용은 매우 엄격한 조건하에서만 인정될 수 있다. 이와 관련하여 유럽연합의 기본권 헌장 제17조 제1항은 「모든 사람은 적법하게 취득한 자신을 소유, 사용, 이에 대한 처분 그리고 상속할 권리를 가진다. 그 누구도 법률에 의하여 미리 규정된 사례들과 조건들에 해당하는 공공필요에 근거하지 않고, 그와 동시에 재산의 손실에 대한 정당한 보상없이, 자신의 재산을 수용당하지 아니한다. 재산의 사용은 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률에 의하여 규제될 수 있다」고 규정하고 있다. 이러한 공용수용에 해당되는 사례들과 조건들에 대한 법률에 의한 사전적 규제요구와 이에 대한 법원의 엄격한 해석적 필요성은 자유적 기본권(freiheitliches Grundrechte)으로서 재산권이 기본권의 기능에서 측면에서 본다면

198) Otto Depenheuer, in: Peter J. Tettinger/Klaus Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006, Art. 17 Rn. 1 ff.

199) Depenheuer, 위의 책, Art. 17 Rn. 9.

200) Jarass, 『EU-Grundrechte』, §22 Rn. 1.

201) EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727. 최근의 판례는 Rs. 293/97, Slg. 1999, I-2603; Rs. 491/01, Slg. 2001, I-11453 Rn. 149; Jarass, ebd., §22 Rn. 1.

우선적으로 방어권(Abwehrrechte)인 동시에 기본권 보장의무자인 국가에 대하여 특정한 기본권 보호의무(grundrechtliche Schutzpflicht)적 내용의 실현을 요구하는 점을 고려해 볼 때 너무나 당연한 것이다.

10. 망명권, 강제이주, 추방의 금지

유럽연합의 기본권 헌장 제18조는 「망명권은 1951년 7월 28일의 겐프 협정 그리고 1967년 1월 31일의 난민의 법적 지위에 관한 의정서 그리고 그와 동시에 헌법에 의하여 보장된다」고 규정하면서 망명권을 보장하고 있다.

기본권 헌장 제18조의 망명권의 보장은 1951년 7월 28일의 난민의 법적 지위에 관한 제네바(Genf)협약(GFK) 그리고 1967년 1월 31일의 이 협정의 의정서에 의하여 보장된다. 이러한 한에 있어서 이 규정들은 단순한 법인식원(bloße Rechtserkenntnisquellen)이 아닌, 직접적 관련성을 가지는 순수한 법원(Rechtsquellen)이 된다. 그 외에도 기본권 헌장 주석은 유럽공동체조약 제63조(현재의 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제78조)를 근거로 원용하고 있다.²⁰²⁾ 후자는 망명권은 입법자에 의하여 그 구체적 내용이 형성될 수 있다는 것을 명백하게 나타나고 있다. 유럽연합의 입법자에 의한 망명권에 대한 유럽연합의 입법적 활동이 행해지지 않으면, 구성국가가 망명권에 대한 구체적 형성권을 가진다. 최종적으로 제18조는 유럽연합시민의 망명신청을 제한하고 있는 헌법에 부가된 망명권의 보장에 관한 의정서(내지 유럽공동체조약)를 언급하고 있는 헌법에 의하여 효력을 발생한다.²⁰³⁾

유럽연합의 기본권 헌장 제19조²⁰⁴⁾의 강제이주, 국외추방 그리고 인도로 부터의 보호의 보장과 관련하여 기본권 헌장 주석은 동조 제1항은 유럽인권협약 제4의정서 제4조²⁰⁵⁾와 동일한 의미와 적용범위를 가진다고 확인하고 있다.²⁰⁶⁾ 이에 반해서 제19조 제2항은 규정은 유럽인권협약 제3조의 해석에 관한 유럽인권법원

202) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/24.

203) Jarass, 앞의 책, Art. 18 Rn. 1.

204) 유럽연합의 기본권 헌장 제19조:

제1항 집단적 국외추방은 금지된다

제2항 그 누구도 자신이 사형, 고문 또는 기타 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받을 수 있는 심각한 위협이 있는 국가로 강제이주, 국외추방 또는 인도되지 아니한다.

205) 유럽인권협약 제4부속의정서 제4조: 외국인의 집단국외추방은 허용되지 않는다.

206) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/24.

의 판례²⁰⁷⁾에 근거한 것이라고 기본권 헌장 주석은 밝히고 있다.²⁰⁸⁾ 기본권 헌장 제19조 제2항의 사형제의 실행의 위협이 존재하는 국가로의 추방, 퇴거 그리고 인도의 금지는 특별법으로서 일반법 규정인 제2조/제II-62조의 생명권보장보다 우선적으로 적용된다.

이주노동자권리협약 제22조 제1항은 “이주노동자와 그 가족 구성원은 집단적 추방 조치(collective expulsion)의 대상이 될 수 없다. 각 추방 사건은 개별적으로 심사되고 결정된다.”라고 규정하여 이주노동자와 그 가족구성원의 집단적 추방은 금지된다고 규정하고 있다. 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 제4 부속의정서(EMRK ZP 4) 제4조는 외국인에 대한 집단추방은 금지된다고 규정하고 있다. 이 규정의 의미는 외국인에 대한 개별적 추방은 유럽인권협약에 의해서도 원칙적으로 금지되지 않는다는 것이다.²⁰⁹⁾ 물론 이 규정은 유럽인권협약 제2조의 비인간적인 혹은 굴욕적 대우의 금지의 한 예에 해당한다고 볼 수 있다. 이와 관련하여 예를 들면 특정한 외국인집단에 대한 노동허가의 일반적 거부 혹은 국가적 지원과 관련된 급부의 박탈도 이러한 금지된 집단적 추방으로 볼 수 있다.²¹⁰⁾

이주노동자권리협약 제22조는 이주노동자에 대한 집단적 추방만 금지하고, 그 이외의 제22조 제2문에 의한 절차법적인 보호 즉 적법절차를 거친 개별적 추방은 허용한다는 것을 전제로 하고 있다. 그리고 이러한 해석은 그 국가의 입국허가를 받고 입국한 합법적 이주노동자 뿐 아니라 그렇지 않은 불법 내지 미등록이주노동자에게도 그대로 적용된다. 이주노동자권리협약 제56조는 이러한 이주노동자의 추방에 대한 원칙을 전제로 하여 이주노동자에게 적용되는 권리로서 이주노동자와 그 가족구성원은 고용국의 법률 속에 규정된 이유들(reasons) 그리고 협약 제3부에 규정된 보호들(safeguards)에 해당되는 경우를 제외하고는 취업국으로부터 추방당하지 않는다고 규정함으로써 이주노동자에 대한 추방을 제한하고 있다. 이러한 이주노동자권리협약 제22조의 근거는 시민적 그리고 정치적 권리에

207) Amed gegen Österreich, Urteil vom 17.12. 1996, Slg. EGMR 1996, S. VI-2206 그리고 Soeing ./, Vereinigte Königreich. EGMR, Urteil vom 7.7. 1989, Serie A 161, 14038-88; Georg Jochum, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), 『Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta』, Art. 19; Meyer-Ladewig, 『Europäische Menschenrechtskonvention』, Art. 19 Rn 6 f.

208) Erläuterungen des Europ.Konvents, ABl 2004 C 310/437 f., 457.

209) A. Zimmermann, in: Reiner Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006, Kap. 27 방주 1.

210) EKMR No. 25129/94 - Tahiri (1995); Zimmermann, 상계서, Kap. 27 방주 128.

관한 국제규약(International Covenant on Civil and political Rights) 제13조에 근거를 두고 있다: “적법하게 이 규약의 가입국(State Party)의 영역 내에 있는 외국인은, 오로지 법률에 근거하여 행해진 결정에 의해서만 그 영역으로부터 추방될 수 있으며, 또한 국가의 안전의 불가피한 사유에 의하여 요구되는 경우를 제외하고는 자신의 추방에 반대하는 이유를 제시하고, 또한 권한 있는 당국 또는 동 당국에 의하여 특별히 지명된 자에 의하여 자기의 사안이 심사되는 것이 인정되며, 또한 이를 위하여 담당기관 혹은 특히 담당기관에 의하여 지명된 사람 혹은 사람들에게 의하여 자신의 사안이 심사되어지고, 이러한 목적을 위하여 담당기관 혹은 특히 담당기관에 의하여 지명된 사람 혹은 사람들 앞에서 대리인을 통한 입장표명이 인정된다”. 이 규정을 그대로 반영하고 있는 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 제7부속의정서 제1조 제1항은 적법한 체류를 하고 있는 외국인에 대한 추방은 ① 자신의 추방에 반대하는 근거를 제시할 기회가 부여되고, ② 자신의 사례에 대한 심사가 행해지고, ③ 이러한 목적을 위하여 해당관청과 해당관청에 의하여 지명된 자 혹은 많은 사람들 앞에서 대리인에 의한 입장표명을 인정함으로써 추방에 대한 절차법적인 보호를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 제1조 제2항은 외국인에 대한 추방이 공적인 질서의 이익(Interesse der öffentlichen Ordnung) 혹은 국가적 안전(nationale Sicherheit)을 근거로 하여 이러한 절차법적인 보호에 근거한 세 가지 권리의 행사 전에 행해질 수 있다고 규정함으로써 국가의 공적질서의 유지 그리고 안전보호를 위하여 개별적으로 외국인에 대한 추방이 행해질 수 있다는 것을 규정하고 있다. 이러한 외국인의 추방에 대한 최소한의 절차적 보장의 법적 근거는 법치국가원리(Rechtsstaatsprinzip)라고 할 수 있다.²¹¹⁾

시민적 그리고 정치적 권리에 관한 국제규약 제13조 그리고 유럽인권협약 제7부속의정서 제1조 제1항의 추방에 대한 절차적 보장의 대상이 되는 외국인은 적법하게 조약가입국의 영역 내에 있는 외국인이다. 따라서 이 두 개의 조약 속에서는 불법입국자는 보호받을 수 없다. 우리나라의 출입국관리법 제46조 제1항은 이 두 조약과는 다르게 ‘적법하게’라는 표현없이 단지 ‘외국인’이라고만 규정하고 있으나, 동법에서 강제퇴거의 대상이 되는 외국인의 범위에 광범위한 국내법절차를 위반하는 외국인이 포함되어 있기 때문에 불법입국자는 여기에 포함되지 않는다고 볼 수 있다. 이와 관련하여 불법이주노동자의 추방에 대한 보호까지도 포함하고 있는 이주노동자권리협약 제22조의 최소한도의 절차법적 보호도 유럽인권

211) Zimmermann, 상계서, Kap. 27 방주 133; 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리들의 헌법적합성에 대한 검토, 150쪽

협약 제7부속의정서 제1조 제1항에서 제시하고 있는 기본적 조건과 그 기본적 조건의 내용으로서 이 조문에서 열거하고 있는 세가지사유가 포함될 수 있다고 판단한다. 유럽인권협약 부속의정서 제1조 제1항에서 제시하고 있는 바와 같이 이 주노동자에 추방은 당연히 적법하게 내려진 결정 즉 법률적 근거 하에 내려진 결정이어야만 한다. 그리고 이러한 추방결정은 추방대상자가 추방결정에 대하여 자신의 의견을 표시할 수 있도록, 그가 이해할 수 있는 언어로 통지되어야 하고, 통지된 결정의 내용 속에 추방결정의 이유가 포함되어야 한다.²¹²⁾

Ⅲ. 평등

1. 일반적 평등원칙과 차별금지원칙

유럽연합의 기본권 헌장 제20조는 「모든 사람은 법률 앞에(vor dem Gesetz) 평등하다」고 규정하고 있다. 기본권 헌장 제20조에 규정된 일반적 평등원칙은 모든 구성국가의 헌법들 속에 규정되어 있고, 유럽법원(EuGH)이 공동체법의 근본원리로서 분류한 일반적 법원칙에 근거하고 있다.²¹³⁾ 이 원칙은 일반적 법원칙에서 도출된 권리이고, 유럽공동체조약의 다양한 규정들 속에서 나타나고 있다. 제20조 기본권은 유럽공동체법원에 의하여 ‘일반적 평등원칙(allgemeiner Gleichheitssatz)’²¹⁴⁾ 내지 ‘일반적 평등기본원칙(allgemeiner Gleichheitsgrundsatz)’²¹⁵⁾ 혹은 ‘일반적 평등명령(allgemeines Gleichheitsgebot)’ 혹은 ‘일반적 평등대우명령(allgemeines Gleichbehandlungsgebot)’으로 명명되기도 한다.²¹⁶⁾ 그 외에도 유럽공동체법원은 ‘차별금지(Diskriminierungsverbot)’ 내지 ‘일반적 차별금지(allgemeines Diskriminierungsverbot)’를 심심치 않게 사용하고 있다.²¹⁷⁾ 이러한 사용된 개념들에

212) 박진완, 이주노동자권리협약에 규정된 권리들의 헌법적합성에 대한 검토, 150-151쪽

213) Erläuterungen des Präsidiums des Europ.Konvents, ABI 2004 C 310/438. 명백히 제시된 유럽공동체법원의 판례 EuGH, Rs. 283/83, Slg. 1984. 3791; Rs. 15/95, Slg. 1997, I-1961; Rs. 292/97, Slg. 2000, I-2737; Hans D. Jarass, EU-Grundrechte, München 2005, §24 Rn. 1.

214) EuGH, Rs. 122/95, Slg. 1998, I-973 Rn. 62; EuG, Rs. 119/95, Slg. 1998, II-2713 Rn. 63.

215) EuGH, Rs. 248/95, Slg. 1997, I-4475 Rn. 50; Rs. 368/96, Slg. 1998, I-7679 Rn. 61.

216) Jarass, EU-Grundrechte, §24 Rn. 2; Michael Sachs., in: Peter J. Tettinger/Klaus Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006, Art. 20 rn. 7.

217) EuGH, Rs. 122/95, Slg. 1998, I-973 Rn. 54.

관계없이 일반적 평등원칙은 유럽공동체법원의 중요한 기본원칙들에 해당한다.²¹⁸⁾

이러한 일반적 평등원칙은 예컨대 기본권 헌장 제15조 제3항 속의 근로조건에 있어서 제3세계 소속국가 국민들의 평등 대우, 기본권 헌장 제21조 속의 차별금지 그리고 기본권 헌장 제23조 속의 남녀평등을 규정한 개별적 차별금지/평등기본권(spezielle Diskriminierungsverbote/Gleichbehandlungsverbote)에 대하여 보충적으로 적용된다. 일반적 평등원칙의 구체화는 유럽공동체조약 제34조 제2항 제2문(Unterabsatz) (공동의 농업정책의 실행과 관련된 공동체내부에서의 생산자와 소비자의 차별의 금지) 속에서도 찾을 수 있다.²¹⁹⁾ 이것은 시장조직규정의 제정과 그 실행과도 관련성을 가진다.²²⁰⁾

이러한 일반적 평등원칙과 별도로 유럽연합의 기본권 헌장 제21조는 차별금지원칙을 규정하고 있다.²²¹⁾ 차별금지원칙은 법률 앞의 평등을 규정한 일반적 평등원칙(allgemeine Gleichheitssatz)에 비하여 특별한 평등원칙(besondere Gleichheitssätze)이다. 1997년까지는 조약에 단지 국적에 의한 차별금지 그리고 농업의 영역에 있어서 생산자 혹은 소비자들 사이의 차별의 금지 이 두 가지만 조약에 규정되어 있다.²²²⁾ Amsterdam조약 유럽공동체조약(EGV) 제13조에 8개의 광범위한 차별금지구성요건(Diskriminierungsbestände)을 공동체법체계에 도입하였다: 성별, 인종, 민족적 출신, 종교 혹은 세계관, 장애, 연령, 성적인 지향. 2000년 유럽연합의 기본권 헌장 제21조 제1항은 유럽공동체조약 13조에 규정된 8개의 차별금지구성요건들 외에 별도로 새로이 9개의 차별금지구성요건을 추가하였다: 「특히 성별, 인종, 피부색, 민족적 혹은 사회적 출신, 유전적 특징들, 언어, 종교, 세계관적 확신, 정치적 견해 혹은 그 이외의 다른 견해, 어떤 소수민족에의 소속, 재산, 출생, 장애, 연령 혹은 성적인 지향으로 인한 차별은 금지된다.」. 전체적으로 19개의 차별금지

218) EuGH, Rs. 104/97, Slg. 1999, I-6983 Rn. 46.

219) EuGH, Rs. 296/93, Slg. 1996, I-795 Rn. 49; Rs. 122/95, Slg. 1998, I-973 Rn. 62; Rs. 292/97, Slg. 2000, I-2737 Rn. 39.

220) EuGH, RS. 309/96), Slg. 1997, I-7493 Rn. 19.

221) 유럽연합의 기본권 헌장 제21조

① 특히 성별, 인종, 피부색, 민족적 혹은 사회적 출신, 유전적 특징들, 언어, 종교, 세계관적 확신, 정치적 견해 혹은 그 이외의 다른 견해, 어떤 소수민족에의 소속, 재산, 출생, 장애, 연령 혹은 성적인 지향으로 인한 차별은 금지된다.

② 유럽공동체설립조약 그리고 유럽연합조약의 적용범위 속에서 이 조약들의 특별규정에 관계없이 모든 국적을 근거로 한 차별은 금지된다.

222) Kerstin Odendahl, in: F. Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, §45 Rn. 1.

사유가 서로 다른 공동체법속에 규정되어 있다.²²³⁾ 기본권 헌장 제21조 제1항에 열거된 차별금지사유들 중 성(Geschlecht/sex), 인종/피부색/출생 그리고 종교/세계관은 부분적으로 국제법과 공통의 헌법적 전승(gemeinsame Verfassungsüberlieferung)에 근거하고, 또 한편으로는 이러한 차별금지사유들은 개인과 결부된 특징(personengebundene Merkmale)으로 인한 차별금지이다.

이러한 유럽연합의 기본권 헌장 제21조 제1항의 개인과 결부된 특징들로 인한 차별의 금지는 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이 유럽공동체조약(EG) 제13조(현재의 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제19조), ‘인권과 기본자유의 보호에 관한 유럽협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 이른바 유럽인권협약(ECHR, EMRK) 제14조 그리고 유전적 기질과 관련된 인권 그리고 생명의학에 대한 협약(Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin in Bezug auf das genetische Erbe) 제11조에 근거를 두고 있다.²²⁴⁾ 유럽인권협약 제14조는 유럽연합의 기본권 헌장 제21조와 해석적으로 동등하게 다루어지는 한에서는, 이 기본권의 보장과 관련하여 유럽인권협약 제14조도 특히 중요한 의미를 가진다. 왜냐하면 유럽인권협약 제14조와는 달리 기본권 헌장 제21조 제1항은 기본권의 적용범위에 적용될 뿐만 아니라, 기본권뿐만 아니라 모든 권리들의 차별 없는 향유를 명령한다.²²⁵⁾

유럽인권협약은 각 국가에서의 헌법 그리고 유럽연합의 기본권 헌장 제20조에서 규정하고 있는 일반적 평등원칙(allgemeiner Gleichheitssatz)을 규정하고 있지 않고, 단지 제14조에서 헌법상의 개별적 평등원칙(spezieller Gleichheitssatz)의 수용형태인 차별금지원칙을 규정하고 있다. 유럽인권협약 속에 일반적 평등원칙이 규정되어 있지 않음에도 불구하고, 일반적 평등원칙의 보장은 모든 구성국가의 헌법들 속에 규정되어 있고, 유럽공동체법원(the Court of Justice of the European Communities)도 공동체법의 근본원리로서 인정한 일반적 법원칙에 근거하여 일반적 평등원칙을 인정하여 왔다.²²⁶⁾ 유럽인권협약이 일반적 평등원칙을 처음부터 규정하지 않은 것은 국제인권조약인 유럽인권협약의 특성상 국가의 주권을 과도하게 제한할 가능성이 있는 포괄적 기본권적 성격을 가지는 일반적 평등원칙을 규정하지 않으려고 하는 특별한 배경에서 그 원인을 찾을 수 있다. 유럽인권협약은

223) Odendahl, 앞의 책, §45 Rn. 1

224) Charta-Erläuterung ABI 2007 303/24.

225) Jarass, 앞의 책, Art. 21 Rn. 3.

226) Erläuterungen des Europ.Konvents, ABI 2004 C 310/438.

단지 행동의 자유의 부분적 영역만 보호하고 있는 기본권들을 규정하고 있다. 따라서 유럽인권협약은 독일 기본법 제2조 제1항에서 보장되고 있는 일반적 행동(allgemeine Handlungsfreiheit)와 같은 포괄적 기본권에 해당하는 일반적 자유권은 처음부터 규정하지 않았다. 왜냐하면 광범위한 보호영역을 가지는 포괄적 기본권의 형태로서 규정되는 일반적 자유권은 결과적으로 유럽인권협약에 가입한 모든 구성국가들의 행위가 유럽인권협약에 의하여 통제받게 되는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 유럽인권협약에 가입한 각 국가들은 당연히 이러한 결과들을 원하지 않는다.²²⁷⁾ 이러한 이유에서 처음에는 유럽인권협약은 일반적 평등원칙을 규정하지 않았다.²²⁸⁾ 유럽인권협약 상에 규정된 차별금지원칙은 유럽인권협약에 ‘규정된 권리와 자유’의 제한과 관련하여 부수적으로만 적용될 수 있을 뿐이었다.²²⁹⁾ 그러나 사정이 바뀌어서 부수적인 차별금지가 아닌, 독자적인 차별금지규정을 제정하자는 주장이 받아들여지면서 제정된 2005년 4월 1일에 효력을 발생한 2000년 11월 4일의 제12 부속의정서(12. Zusatzprotokoll) 제1조는 일반적 차별금지(general prohibition of discrimination)로서 일반적 평등원칙을 규정하고 있다. 물론 이 의정서는 이를 비준한 가입국에 대해서만 구속력을 가진다. 이러한 일반적 평등원칙에 우선하는 개별적 평등원칙인 유럽인권협약 제14조에 규정된 차별금지원칙에 근거하여 유럽연합의 기본권 헌장 제21조는 차별금지원칙을 규정하고 있다. 따라서 이 조항과 유럽인권협약의 내용이 서로 중복되는 경우에는 유럽연합의 기본권 헌장 제52조 제3항에 의하여 유럽인권협약이 적용된다.

유럽인권협약 제14조는 「유럽인권협약 속에 규정된 자유와 권리의 향유는 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치 혹은 그 외 견해들, 민족적 혹은 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 혹은 그 외의 지위의 차이에 관계없이 보장된다」고 규정함으로써 유럽인권협약에 규정된 자유와 권리와 관련된 차별을 금지하고 있다. 이런 의미에서 볼 때 유럽인권협약 제14조는 다른 기본권 규정과 별도로 독자적으로 원용되고 적용될 수 있는 독자적 성격을 가진 것이 아니다. 따라서 유럽인권협약 제14조는 단지 유럽인권협약의 다른 실질적 기본권 규정들을 보충하는 부수적 기능을 가진다.²³⁰⁾ 결국 이 규정은 유럽인권협약 혹은 그 의정서에서 인정된 자유와 권리의 행사와 관련성을 가진 개인적 특성과 결부된 차별만을 금

227) Albert Bleckmann, *Völkerrecht*, Baden-Baden 2001, §18 Rn. 882.

228) Thomas Oppermann, *Europarecht*, 3. Aufl., 2005, Rn. 79.

229) Christoph Grabenwarter, *Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., München 2005, §26 Rn. 1.

230) Vgl. Jens Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden 2006, Art. 14 Rn. 5.

지하는, 부수적 효과를 가진 간접적 차별금지를 규정한 것으로 볼 수 있다.²³¹⁾ 이러한 점들을 고려해 볼 때 유럽인권협약은 제14조는 독일기본법 제3조 제1항과 유사한 유럽연합의 기본권 헌장 제20조의 일반적 평등원칙의 내용인 일반적 차별금지를 규정한 것도 아니고, 또 다른 한편으로는 독일기본법 제3조 제3항을 모범으로 하는 유럽연합의 기본권 헌장 제21조와 같은 강력한 특별한 차별금지를 규정한 것으로도 볼 수 없다.

유럽인권협약에 제14조에서 보장되는 권리들은 방어적인 기능을 가진 소극적인 자유권적 기본권에 해당되는 권리라고 볼 수 있다. 따라서 적극적으로 기회의 균등과 같은 적극적인 평등의 실현을 요구하는 급부권적인 내용은 통상적으로 이 경우의 보장의 범위에 들어 갈 수 없다. 따라서 이 차별금지 기본권은 다른 급부권적 내용을 포함하고 있지 않다. 그리고 이 조항에서 열거하고 있는 차별사유는 확정적인 것이 아닌, 즉 열거적인 의미를 가지는 것이다. 유럽인권협약 제14조는 모든 시민들의 동등한 대우를 보장함과 동시에 소수자보호를 위한 법적근거로서 유럽연합의 다양성 보호에 중요한 역할을 수행한다. 이에 반하여 유럽연합의 기본권 헌장 제21조 제1항의 차별금지에는 모든 기본권의 적용범위에 적용될 뿐만 아니라, 기본권뿐만 아니라 모든 권리들의 차별없는 향유를 명령한다. 더 나아가서 이러한 차별금지의 내용에는 법률적 근거가 없는 급부(Leistung)의 차별없는 향유도 포함된다²³²⁾는 점에서 유럽인권협약 제14조에 규정된 차별금지와의 구별된다. 이러한 점들을 고려해 볼 때 유럽연합의 기본권 헌장 제21조 제1항에 규정된 내용들은 부분적으로 이미 유럽연합의 기본권 헌장이 효력을 발생하기 전부터 유효한 우선적 법(Primärrecht)이다.²³³⁾

2. 어린이의 권리의 보장

어린이와 청소년의 기본권의 헌법적 보장 그리고 국제인권법 보장은 현대의 기본권 보장의 전개과정에 있어서 비교적 새로운 중요한 국면의 전개이다. 설사 이미 유럽의 여러국가들이 그들의 헌법상의 기본권 보장 전개과정에서 어린이와 청소년의 기본권 보호의 필요성을 인식했다 할지라도, 그들은 자신들의 기존의 헌법 속에 별도로 어린이와 청소년의 권리보호를 위한 독자적인 기본권 보장을 두고

231) Ebd., Art. 14 Rn. 7.

232) Jarass, 앞의 책, Art. 24 Rn. 1.

233) Jarass, 앞의 책, Art. 24 Rn. 1.

있지 않고 있다. 예컨대 독일기본법(Grundgesetz)은 혼인과 가족질서의 보장의 측면에서 자녀의 부양과 교육에 대한 부모의 권리와 의무(제6조 제2항), 교육권자가 교육거부와 방치라는 예외적 상황에서의 자녀의 부모와 분리(제6조 제3항)에 대해서만 규정하고 있을 따름이다. 대부분의 유럽연합의 구성국가들의 국내헌법들은 어린이의 권리를 단지 단편적으로만 보호하고 있다. 이런 점을 고려해 볼 때 어린이와 청소년은 헌법에서 헌법적 권리보장의 주체(Subjekt)로서 보다는, 오히려 권리보호의 객체(Objekt) 즉 권리보호의 대상의 형태로 규정되고 있었다.

헌법상의 기본권 보호의 객체로서 어린이와 청소년, 특히 그 중에서 어린이는 (사회)국가적인 배려(Fürsorge)의 객체로서 인정되거나 혹은 어린이의 권리는 그 부모들의 기본권에 대한 부속물로 받아들여져 왔다.²³⁴⁾ 역사적으로 어린이와 청소년은 단지 그들이 성인과 같은 기본권 주체가 될 수 있는 경우에 한해서만, 제한적인 측면에서만 국가법질서 혹은 헌법질서에 의하여 독립적인 권리주체로서 인정받을 수 있을 따름이었다. 이에 대한 예외로서 어린이의 기본권 주체적 지위를 강조하고 있는 유럽연합의 구성국가의 헌법은 핀란드 헌법이다.²³⁵⁾ 어린이를 가족의 구성부분 혹은 부모의 권리의 수혜자(Begünstigte)로서 규정하고 있는 대부분의 유럽연합의 구성국가의 헌법상의 어린이의 권리보장 형태와 다르게, 유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union)은 제32조에서 어린이를 독자적 기본권 주체로서 규정하고 있다.²³⁶⁾

따라서 기존의 헌법상의 기본권 이론에 있어서 어린이와 청소년의 권리는 기본권의 행사능력(Grundrechtsmündigkeit)의 문제와 관련하여 논의되고 있다. 이러한 기본권 총론적인 이론전개는 어린이와 청소년의 권리는 단지 제한적으로만 인정될 수 있다는 반영이다. 이와 같은 제한적인 어린이와 청소년의 기본권 행사 능력에 관한 기본권 이론적인 논의²³⁷⁾와 별도로, 각 나라의 헌법은 혼인과 특히

234) S. Hölscheidt, in: J. Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Art. 24 Rn. 6.

235) T. Winner, Die Europäische Grundrechtecharta und ihre soziale Dimension, Frankfurt am Main 2005, S. 200. 핀란드 헌법 제6조 제3항 어린이는 동등하게 그리고 개별적 인격으로서 대우되어야 하며, 그들이 관련된 사안에 대한 그들의 발달수준에 상응한 정도의 영향력 행사가 허용되어야만 한다 (Children shall be treated equally and as individuals and they shall be allowed to influence matters pertaining to themselves to a degree corresponding to their level of development).

236) T. Kingreen, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, München 2004, Art. 24 GRCh Rn. 1.

237) 기본권의 주체능력 즉 기본권의 보유능력(Grundrechtsberechtigung, Grundrechtsträgerschaft, Grundrechtsfähigkeit,

가족의 보장을 규정함으로써 간접적으로 어린이와 청소년의 권리보장에 기여하고 있다. 따라서 이미 오래전에 그 권리보장의 책임이 공동체와 국가에게 넘겨진 고아의 경우를 제외하고는 어린이와 청소년의 권리보장의 보장의 문제는 가족질서의 법적 보장의 문제와 관련성을 가지고 있다. 따라서 이러한 가족적 배경에 바탕을 둔 부모의 권리로부터 분리된 어린이와 청소년의 권리의 지나친 강조의 결과는 부분적으로 가족관계의 법적인 분화(Verrechtlichung)의 경향을 가져온다고 비판하는 견해도 제기된다.²³⁸⁾

우리는 IMF 이후 그리고 최근에 가속화된 양극화를 통하여 경제적으로 궁핍한 상황으로 내몰린 자들이 그들의 삶에 대한 적극적 의지와 무관하게 경제적 무능력으로 인하여 가정을 유지할 수 없는 안타까운 상황이 많이 발생하는 것을 지켜보고 있다. 이러한 정치·경제·사회·문화적 요인들로 인한 가족의 위기는 상대적으로 어린이와 청소년의 보호를 위한 법적인 공간으로서 가족의 안정성과 영속성 감소를 초래하고 있다. 또 최근에 자주 언론보도에서 접하게 되는 어린이의 납치나 유괴사건들은 일정한 한계를 넘어서는 현재의 성문화나 도덕적 가치로부터 어떻게 어린이를 보호해야만 하는가 하는 문제를 곰곰이 생각하게 만들고 있다. 더 나아가서 가뭄이나 내전으로 인하여 기아나 경제적 궁핍상태에 처한 나라에서의 어린이의 보호도 중요한 어린이의 권리의 국제적 보장의 필요성의 이유가 된다. 가난과 내전으로 인하여 어린이가 노동자, 인신매매 및 성적학대의 대상 그리고 소년병이 되는 상황은 또 하나의 비극이다. 어린이의 권리에 관한 협약의 채택과 발효 이후 계속적으로 UN총회는 2000년 5월 16일 결의 54/263에 의하여 이 협약에 대한 두 개의 선택의정서 무장갈등에 있어서 어린이의 권리에 대한 협약에 대한 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Right of the Child on the involvement of children im armed conflict) 그리고 어린이 인신매매, 어린이 성매매 그리고 어린이 포르노그래피에 대한 어린이의 권리에 대한 협약에 대한 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Right of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography)를 채택하고 있다.²³⁹⁾ 어린이의

Grundrechtssubjektivität)이라 함은 헌법상에 포함된 기본권 규범(Grundrechtsnormen)의 기본권의 주체가 될 수 있는 일반적 능력을 의미한다(H. Dreier, in: 같은이(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., München 2004, Vorb. Rn. 109).

238) Vgl. T. Marauhn, in: F. S. M. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006, §41 Rn. 1 Fn. 4; D. Schwab, Familienrecht im Umbruch, FamRZ 1995, S. 513 독일민법 제1361b조를 예로 들 수 있다.

239) 김대순, 국제법, 법문사 2006, 649쪽 참조.

권리보호에 대한 위기의식에 대한 국제사회의 지속적인 반응이라고 볼 수 있다.

국제사회에서의 어린이의 권리 보호에 관한 노력의 결실은 1989년 11월 20일 UN총회에서 만장일치로 채택된 뉴욕(New York)의 ‘어린이의 권리에 대한 협약(Convention on the Rights of the Child, Übereinkommen über die Rechte des Kindes)’²⁴⁰⁾을 만장일치로 채택하였다. 유럽연합의 기본권 헌장 제24조에 규정된 어린이의 권리의 보장²⁴¹⁾은 유럽헌법제정회의의 의장단 회의가 확인한 바와 같이 어린이의 권리에 대한 뉴욕 협약²⁴²⁾ 제3조, 제9조, 제12조 그리고 제13조에 근거를 두고 있다.²⁴³⁾ 유럽연합의 기본권 헌장은 제21조에서 어린이를 정상적인 성인과의 관계에서 연령으로 인한 차별금지로부터 또한 보호되어야 할 뿐만 아니라,²⁴⁴⁾ 더 나아가서 제24조에서 독자적인 권리로서 어린이의 복리(well being, Wohlergehen)²⁴⁵⁾에 필요한 보호와 배려요구권(제1항), 어린이의 의사의 고려(제1항), 공공기관이나 사적 기관의 어린이의 복지(welfare, Wohl)의 우선적 고려(제2항), 어린이의 양쪽 부모와의 인격적 관계 그리고 직접적 접촉을 가질 권리(제3항)를 보장하고 있다. 물론 유럽연합의 기본권 헌장 제24조는 어린이(child, Kind)이라고 규정하고 있지만, 이에 대한 법적인 판단근거가 되는 어린이의 권리에 대한 협약 제1조²⁴⁶⁾에 의하면 어린이에 적용되는 법에 의하여 만 18세 이전에 성인을 인정하지 않는 한에서는, 어린이는 만 18세에 달하지 않는 모든 사람이 된다. 이

240) 이 협약은 1990년 9월 2일 발효하였다. 우리나라는 1991년 11월 20일 이 협약을 비준하였다. 1991년 12월 20일부터 이 협약은 국내에서 효력을 발생하고 있다. 2004년 6월 현재 192개국 이 가입하고 있는 세계에서 가장 많은 국가가 가입하고 있는 국제조약이다.

241) 유럽연합의 기본권 헌장 제24조 [어린이의 권리]

- (1) 어린이는 자신의 복지에 필요한 보호와 배려에 대한 요구권을 가진다. 어린이 자신의 의사를 자유로이 표현할 수 있다. 어린이의 의사는 그와 관련된 사안에 있어서 어린이의 연령, 성숙도에 상응한 방식으로 고려된다.
- (2) 모든 어린이와 관련된 공공기관이나 사적인 기관의 조치는 어린이의 복지를 우선적으로 고려하여야만 한다.
- (3) 모든 어린이는 그것이 어린이의 복지에 반하지 않는 한, 정기적으로 그의 양쪽 부모와의 인격적 관계 그리고 직접적 접촉을 가질 권리를 가진다.

242) 이 협약은 어린이의 권리의 행사에 대한 유럽협약(Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten) (25. 1. 1996; BGBl 2001 II 1074)을 통해서 보다 구체화되었다

243) Charta-Erläuterungen, ABl 303/25.

244) Hölscheidt, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 21 Rn. 41; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, Art. 24 GRCh Rn. 1.

245) 조문에 자주 언급되는 복지(welfare, Wohl)라는 표현과 구별하기 위하여 부득이 well being/Wohlergehen을 복리라고 번역한다.

246) 「For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier.」.

런 의미에서 유럽연합의 기본권 헌장 제24조는 어린이의 권리를 규정하고 있지만 그 적용범위는 어린이와 청소년의 기본권 보장이 된다.

기본권으로서 유럽연합의 기본권 헌장 제24조는 애매모호한 내용과 효력을 가지고 있다.²⁴⁷⁾ 이런 점에서 볼 때 24의 조문의 구조는 불확실하다. 조문의 모든 부분에 있어서 어린이의 복지(Wohl des Kindes)가 중심으로 고려되고 있다. 그러나 각 조문의 개별적 문장을 차이를 나타나고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장 제24조의 보장내용은 유럽헌법제정회의의 의장단 회의가 확인한 바와 같이 어린이의 권리에 대한 뉴욕 협약(Übereinkommen von New York über die Rechte des Kindes)²⁴⁸⁾ 제3조, 제9조, 제12조 그리고 제13조에 근거를 두고 있다.²⁴⁹⁾ 특히 「어린이는 자신의 복지에 필요한 보호와 배려에 대한 요구권을 가진다」고 규정하고 있는 제24조 제1항 제1문의 보장내용은 어린이의 권리에 관한 협약 제3조 제2항(어린이를 위한 보호와 배려)를 통해서 보다 구체화되었다.²⁵⁰⁾ 어린이의 권리에 관한 협약 제3조 제2항은 다음과 같이 규정되어 있다: 「각 국가는 어린이의 부모, 후견인 혹은 어린이에 대하여 법적 책임이 있는 다른 개인의 권리와 의무를 고려해 어린이의 복지에 필요한 보호와 배려를 보장할 의무를 지고, 이러한 목적을 위해 모든 적절한 입법적 그리고 행정적으로 조치들을 취해야만 한다」.²⁵¹⁾

유럽연합의 기본권 헌장 제24조 제1항 제1문은 기본원칙(Grundsatz)을 구성하는 일반조항(Generalklausel)으로서의 성격을 가지고 있는 데 반하여, 그 외의 다른 문장들은 개별적 기본권(spezielle Grundrechte)으로서의 성격을 가지고 있다.²⁵²⁾ 이렇게 볼 때 기본권 헌장 제24조는 조문의 제목이 제시하는 바와 같이 여러 가지의 기본권 보장내용을 규정하고 있다. 이러한 해석론은 유럽연합의 기본권 헌장 제24조 제1항 제1문 속의 독일어 단어가 단지 ‘요구(Anspruch)’라고 규정

247) C. Grabenwarter, Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DBVI 2001, S. 6; Hölscheidt, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 24 Rn. 15; Ennunschat, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Art. 24 Rn. 5.

248) 이 협약은 어린이의 권리의 행사에 대한 유럽협약(Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten) (25. 1. 1996; BGBl 2001 II 1074) 통해서 보다 구체화되었다

249) Jarass, 앞의 책, Art. 24 Rn. 2.

250) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/25.

251) 「States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures」.

252) Jarass, 앞의 책, Rn. 1.

된 것에 상응한 해석론이라는 생각이 된다. 그럼에도 불구하고 요구의 의미를 가지는 Anspruch라는 단어 속에는 주관적 권리적 내용을 도출할 수 있는 근거가 충분히 포함된다고 해석할 수 있다.²⁵³⁾ 이에 대한 영어번역은 분명히 ‘권리(right)’라고 규정되어 있는 점을 고려해 볼 때, 기본권 헌장 제24조 제1항 제1문은 어린이 보호에 대한 객관적 법적 기초로부터 주관적 권리성을 도출해 내는 근거라고 해석할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 기본권 헌장 제24조 제1항 제1문은 객관적 법적 성격(objektiv-rechtlicher Charakter)을 가지는 것으로 보아야 한다. 이 규정은 기본권 헌장 제51조 제1항의 의미 속의 근본원칙으로서 어린이의 복지를 위한 가치 결정을 포함하고 있고, 그 구체적 내용은 입법자에 의하여 구체화되는 보호의무를 규범화 하고 있다.²⁵⁴⁾

어린이의 권리에 대한 협약은 유럽연합의 기본권 헌장 제정이전에 이미 유럽연합의 모든 구성국가에 대하여 효력을 발생하였다. 따라서 어린이의 권리를 위한 협약 제3조는 유럽연합의 기본권 헌장의 제정을 위한 기본권 제정회의(Grundrechtskonvent)의 작업당시에 어린이 권리를 규정하고 있는 기본권 헌장 제24조에 대한 매우 중요한 국제법적인 모범이 된다.

이 협약은 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)으로서 기능한다.

우선적 법(primary law)의 영역에 있어서 제24조 제1항 제1문은 기본권 헌장의 효력발생 이전부터 효력을 발생하는 권리의 범위를 넘어선다. 그러나 제24조/제84조 제1항 제1문의 기본원칙적 성격은 제24조의 다른 조문의 문구와 차이점을 나타내고 있다.²⁵⁵⁾ 어린이의 권리의 보호는 유럽연합의 기본권 헌장의 중요한 목적중의 하나이고 또한 이제는 리스본 조약에 의하여 대체된 유럽헌법조약 제3조 제3항 제2문, 제4항 (유럽연합의 목적)에서 강조되었다. 기본권 헌장 제24조 제1항 제1문은 그 이하의 문장 그리고 조항들에 규정된 내용들은 어린이를 위한 보호와 배려의 구체화로 파악될 수 있기 때문에, 제24조 제1항 제1문은 기본원칙을 형성한다. 이 조문은 그 애매한 규정형식 때문에 단지 기본원칙만을 포함하고 있다. 따라서 법원에 소송의 제기가 가능한 구체적 권리적 성격이 인정될 수 없다.²⁵⁶⁾ 어린이의 보호에 기여하는 그 이외의 많은 다른 기본권들을 고려해 볼 때,

253) Vgl. Ennunschat, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, Art. 24 Rn. 5.

254) Ennunschat, 앞의 책, Art. 24 Rn. 6.

255) Jarass, 앞의 책, Art. 24 Rn. 2.

256) Vgl. Jarass, 앞의 책, Art. 24 Rn. 2.

이러한 기본원칙적 성격만의 인정은 충분히 납득할 수 있다. 기본권의 기능의 측면에서 볼 때 이 기본권은 급부보장(Leistungsgewährleistung)도 포함하고 있다.²⁵⁷⁾ 따라서 기본권 헌장 제24조 제1항이 어린이의 권리보장을 위한 근본원칙적 성격 뿐만 아니라, 다양한 기본권의 기능들의 결합 그리고 교차 속에서, 즉 보호기능 뿐만 아니라 급부기능을 고려한 참여요구(Teilhabeansprüche) 그리고 보호요구(Schutzansprüche)를 포함하는 것으로 해석해야 한다는 견해도 제기된다.²⁵⁸⁾

어린이의 권리보장과 직접적인 관련성을 가지는 유럽공동체법원(EuGH)의 판례는 지금까지 나타나고 있지 않다. 따라서 어린이와 청소년에 대한 특별한 보호의 필요성을 부각시키고 있는 유럽인권협약(EMRK) 제8조(사생활과 가족생활의 존중권) 그리고 제14조에 대한 유럽인권법원(EGMR)의 판례가 훨씬 더 중요성을 가진다.

3. 노인과 장애인의 보호

유럽연합의 기본권 헌장 제25조와 제26조는 각각 노인의 권리와 장애인의 보호를 규정하고 있다. 기본권 헌장 제25조는 「유럽연합은 존엄하고 독립적인 생활과 사회적 그리고 문화적 생활에 대한 참여에 대한 노인의 권리를 인정하고, 존중한다」고 규정함으로써 노인의 권리인정과 보호를 규정하고 있다. 제25조 속의 노인의 권리의 보호는 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이 개정된 1996년의 유럽사회헌장(Revidierte Europäische Sozialcharta von 1996, RESC) 제23조(노인의 사회적 보호권) 그리고 노동자의 사회적 기본권의 공동체 헌장(Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, GSGA) 제24호, 25호(노인을 위한 충분한 자금)에 근거를 두고 있다.²⁵⁹⁾ (Erläuterungen des Präsidiums des Europ.Konvents, ABI 2004 C 310/440). 이 규정들은 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)을 형성한다. 이런 의미에서 제25조의 기본원칙은 유럽연합의 기본권 헌장 내지이 효력을 발생하기 이전부터 유효하게 적용된 우선적 법(Primärrecht)이다.

노인의 권리의 보장은 노인의 보호에 기여한다. 노인의 권리 보장규정은 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이, 단순한 기본원칙만을 포함하고 있다.²⁶⁰⁾

257) Vgl. Jarass, 앞의 책, Art. 24 Rn. 2.

258) Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV Kommentar, Art. 24 GRCh Rn. 3.

259) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 303/25.

260) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 303/25.

(Erläuterungen des Präsidiums des Europ.Konvents, ABl 2004 C 310/459). 노인의 권리 보장규정은 이를 통해서 구속력있는 입법행위위임(Handlungsauftrag)으로 설명될 수 있다. 그러나 이 규정은 순수한 주관적 권리(echtes (subjektives) Recht)는 포함하고 있지 않다. 제25조/제85조의 규정 속에서 ‘권리’라고 규정된 점이 이러한 해석을 배제할 수 없다. 제25조/제85조는 기본권의 기능의 측면에서는 방어적 내용 그리고 급부적 내용을 포함하고 있다. 그러나 이 기본권이 제4부의 평등 속에서 규정되었다고 하더라도, 법적인 평등대우적 내용은 포함하고 있지 않다.

유럽연합의 기본권 헌장 제26조는 「유럽연합은 장애인의 독자성, 사회적 그리고 직업적 적응과정 그리고 공동체 생활의 참여의 보장을 위한 조치에 대한 요구를 인정하고 존중한다」고 규정함으로써 장애인의 통합에 대해서 규정하고 있다. 기본권 헌장 제26조 속에 규정된 기본원칙들은 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이 유럽사회헌장(Europäische Sozialcharta, ESC) 제15조(장애인의 직업교육권 그리고 직업적 그리고 사회적 적응권) 그리고 노동자의 사회적 기본권의 공동체 헌장(Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, GSGA) 제26호(장애인의 직업적 그리고 사회적 적응을 위한 지원)을 근거로 하고 있다.²⁶¹⁾ 이 규정들은 법인식원(Rechtserkenntnisquelle)이 된다. 이러한 점을 고려해 볼 때 제26조의 기본원칙은 이미 유럽연합의 기본권 헌장이 효력을 발생하기 이전부터 효력이 인정된 우선적 법(Primärrecht)이다.

이 규정은 장애인의 보호에 기여한다. 이 규정은 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이 단순한 기본원칙으로서의 성격을 가진다.²⁶²⁾ 이 규정은 구속력있는 입법위임규정(Handlungsauftrag)으로서의 성격을 가진다. 그러나 순수한 주관적 권리(echtes subjektives Recht)는 포함하고 있지 않다. 이 규정 속에서 언급된 ‘요구(Anspruch)’라는 표현은 이러한 해석에 반대되지 않는다. 이 규정은 제4부의 평등 속에 규정되어 있음에도 불구하고, 방어적 내용과 급부적 내용만 가질 뿐, 평등대우적 내용은 포함하고 있지 않다.²⁶³⁾

261) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/25.

262) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/25.

263) Jarass, 앞의 책, Art. 26 Rn. 3.

IV. 연대

사회적 기본권의 유럽연합의 기본권 헌장의 편입과 관련하여 기본권 제정회의뿐만 아니라 학계에서 많은 논란이 제기되었다. 프랑스는 사회적 기본권의 중요한 내용들이 들어있지 않은 헌장을 받아들일 수 없다는 입장을 취한 반면, 다른 구성국가들은 완전히 절대적으로 반대한 것은 아니지만, 사회적 기본권의 그러한 제도화에 대해서는 비판적 입장을 견지하였다. 영국은 기본권 헌장에 규정된 새로운 사회적 기본권이 공동체법이라는 우회로를 통해서 국내법질서로 유입될 것을 염려하였다. 반대로 스웨덴은 기본권 헌장의 사회적 기본권 보장수준의 최소화로 인하여 국내의 높은 사회적 보장수준이 위협받을 것을 염려하였다. 이러한 논란 속에서 사회적 기본권이 유럽연합의 기본권 헌장에 제4부의 연대라는 표제로 수용된다. 이것은 유럽연합의 각 구성국가들이 사회국가 혹은 사회적 기본권이라는 개념적 설정을 통하여 사회적 기본권을 인정하는 방식과는 다소 다른 방식이다. 이것은 프랑스 혁명의 3대이념 중에서 사회적 기본권의 핵심적 이념인 평등의 의미가 다른 이념의 하나를 구성하는 연대성으로서의 형제애에 기인한 박애정신으로 옮겨간 듯한 형식을 취하고 있다. 그러나 제4부에 규정된 기본권은 국가에 대한 급부권으로서의 진정한 사회적 기본권이 아니라 사회적 기본권과 연관성을 가지는 사경제적 급부를 요구할 수 있는 기본권(*Grundrechte auf wirtschaftliche Leistungen*)²⁶⁴)과 그와 유사한 사회권적 성질을 가지는 보호규정이 규정되어 있다. 여기에 규정된 권리는 사회적 기본권과 밀접한 관련을 가지는 자유권적 기본권이 규정되어 있다. 왜냐하면 유럽연합이라는 국가가 존재하지 않는 한에 있어서는 유럽연합의 시민이 국가에 대한 급부기본권(*Grundrechte auf staatliche Leistung*)²⁶⁵)으로서의 사회적 기본권은 규정될 수 없다고 생각해 본다. 노동기본권을 사회권적 성격을 가진 자유권적 기본권으로 이해하는 우리 헌법재판소의 입장이나 학계의 해석적 입장을 고려해 본다면, 여기에 규정된 기본권은 특별한 자유권적 기본권이라고 볼 수 있다.

제4부에 규정된 경제적 급부에 관한 기본권은 기업에 있어서의 노동자의 교육과 청문에 관한 권리(제27조), 단체교섭과 단체행동권(제28조), 자유로운 직업 소개 서비스에 대한 접근권(제29조), 부당한 해고로부터의 보호(제30조), 정당하

264) E. Stein/G. Frank, *Staatsrecht*, 18. Aufl., 2002, S. 427.

265) E. Stein/G. Frank, *ebd.*, 2002, S. 426 f.

고 적합한 노동조건에 관한 권리(제31조), 어린이 노동의 금지와 노동시장에서의 청소년의 보호(제92조)이다. 그에 반하여 국가에 대한 급부권으로서 사회적 기본권과 유사한 성격을 가지는 보호규정은 가족적 생활과 직업적 생활의 보장(제 II-93조), 사회적 안전성과 사회적 지원(제34조), 건강보호(제55조), 일반적 경제적 이익과 관련된 서비스에 접근권(제35조), 환경보호(제37조), 소비자 보호(제38조)이다.

1. 근로관계에서의 연대기본권

유럽연합의 기본권 헌장 제27조는 「노동자와 그들의 대표자들에 대하여 적합한 수준에서 유럽연합법 그리고 국가국가들의 법규정 그리고 관례(Gepflogenheiten)에 의하여 규정된 사례들과 전제조건들 하에서 적절한 통지와 청문이 보장되어야만 한다」고 규정함으로써 기업 속에서의 노동자의 통지받을 권리 그리고 청문권을 보장하고 있다. 기본권 헌장 제27조의 규정은 기본권 헌장 주석(Charta-Erläuterungen)에서 확인된 바와 같이 유럽사회헌장(ESC) 제21조의 통지받을 권리와 청문권(Recht auf Unterrichtung und Anhörung) 그리고 노동자의 사회적 기본권에 관한 공동체 헌장(GSGA) 제17호, 제18호의 노동자의 통지받을, 청문 그리고 참여(Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer)에 근거를 두고 있다. 이를 넘어서서 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제154조 이하 속에서도 이와 관련된 내용들이 규정되어 있다.

기본권 헌장 제28조는 「노동자 및 사용자 혹은 각 그들의 각 조직들은 유럽연합법 그리고 개별국가들의 법규정 그리고 관례에 따라서 적절한 수준에서 임금협약(Tarifverträge)에 대해서 협상하고, 체결할 권리 및 이익의 충돌의 경우에는 동맹파업(Streik)을 포함한 자신들의 이익을 지키기 위한 집단적 조치를 취할 권리를 가진다」고 규정함으로써 단체교섭권 그리고 단체행동권을 보장하고 있다. 기본권 헌장 제28조의 규정은 기본권 헌장 주석(Charta-Erläuterungen)에서 확인한 바와 같이 유럽사회헌장 제6조 그리고 노동자의 사회적 기본권에 관한 공동체 헌장(GSGA) 제12-14호에 근거를 두고 있다. 그 외에도 기본권 헌장 주석은 유럽인권협약 제11조에 근거한 노동조합의 조직의 자유(gewerkschaftliche Vereinigungsfreiheit)에 대한 유럽인권법원의 판례를 인용하고 있다. 유럽인권법원의 판례에 의하면 이 규정은 노동쟁의권(Arbeitskampfrecht)을 보호한다.

기본권 헌장 제29조는 「모든 사람은 무상의 직업소개업무에 대한 접근권

(Recht auf Zugang zu einem unentgeltlichen Arbeitsvermittlungsdienst)을 가진다」고 규정함으로써 무상의 직업소개업무에 대한 접근권을 규정하고 있다. 기본권 헌장 제29조의 규정은 기본권 헌장 주석이 확인한 바와 같이, 유럽사회헌장 제1조 제3호 모든 노동자를 위한 무상의 직업소개업무(unentgeltliche Arbeitsvermittlungsdienste für alle Arbeitnehmer)에 근거를 두고 있다. 그러한 까닭에 이 규범은 법인식원을 형성한다. 이에 반해서 기본권 헌장 주석 속에서 언급된 노동자의 사회적 기본권에 관한 공동체 헌장(GSGA) 제13호 규정(단체행동) 그리고 노동자의 사회적 기본권에 관한 공동체 헌장(GSGA) 제6호는 그 근거에 해당하지 않는다.

기본권 헌장 제30조는 「모든 노동자들은 유럽연합법 그리고 개별국가들의 법규정 그리고 관례에 따라서 부당해고로 부터의 보호에 대한 청구권을 가진다」고 규정함으로써 부당해고로부터의 보호를 연대기본권의 형태로 인정하고 있다. 기본권 헌장 제30조의 규정은 유럽사회헌장 제24조 해고로 부터의 보호(Recht auf Schutz bei Kündigung)에 근거하고 있다. 그 외에도 기본권 헌장 주석은 기본권 헌장 제30조의 구체화로서 그 후속규정들에 의하여 구체화된 두 개의 지침들(Richtlinien)을 수 있다. 기본권 헌장 제30조의 규정은 두 개의 지침들(Richtlinien)을 통해서 구체화되었다. 기업, 영업 혹은 기업부분 혹은 영업부분의 양도에 있어서 노동자의 청구권의 보장에 대한 지침 2001/23/EG(Richtlinie 2001/23/EG über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen). 이 지침은 또한 노동자의 정보 그리고 상담의 청구에 관한 내용들을 포함하고 있다. 그 외에도 지침 사용자의 파산의 경우에 있어서 노동자의 보호에 대한 지침 2008/94/EG(Richtlinie 2008/94/EG über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers)도 언급될 수 있다.

특히 이 지침은 제도보장(Garantieeinrichtungen)의 마련을 규정하고 있다. 지침들은 기본권 헌장 제30조의 의미 속에서 해석되고, 적용되어야만 한다. 사용자가 기본권 보호의무자 혹은 사인인지 여부는 중요하지 않다.

기본권 헌장은 제31조에서 정당하고 적합한 근로조건의 보장을 규정하고 있다. 제1항은 「모든 노동자들은 정당하고, 안정한 그리고 품위있는 근로조건에 대한 권리(Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen)를 가진다」고 규정하고 있다. 제2항은 「모든 노동자들은 최고근로시간의 제한, 매일의 그리고 매주의 휴식시간 및 유급의 연차휴가에 대한 권리를 가진다」고 규정함으로써 최고근로시간의 제한, 근로자의 휴식 및 휴가권을 보장하고 있다. 기본권 헌장 제31조

의 규정은 기본권 헌장 주석에 의하면 작업장에서의 근로자의 안전과 건강보호에 대한 유럽공동체 지침 89/391(Richtlinie 89/391/EWG über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz)²⁶⁶⁾에 근거하고 있다. 그 외에도 이 규정은 유럽사회헌장(ESC) 제3조의 안전하고 건강한 근로조건에 관한 권리(Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen), 노동자의 사회적 기본권에 관한 공동체 헌장(GSGA) 제19호의 근로환경 속에서의 건강보호와 안전, 그리고 유럽사회헌장 제26조의 작업장에서의 존엄에 관한 권리(Recht auf Würde am Arbeitsplatz)에 근거하고 있다.²⁶⁷⁾ 기본권 헌장 제31조 제2항은 기본권 헌장-주석에 의하면 유럽공동체지침 93/104(Richtlinie 93/104/EG), 유럽사회헌장 제2조(정당한 근로조건에 관한 권리) 그리고 노동자의 사회적 기본권에 관한 공동체 헌장(GSGA) 제8호에 근거하고 있다.²⁶⁸⁾ 이 임무규범(Aufgabennorm)은 유럽연합의 기능에 관한 조약 제153조 제1항 문자(lit.)b 속에서 발견된다. 기본권 헌장 제31조의 규정은 정당하고 적합한 근로조건에 관한 두 개의 부분적 영역을 가지고 있는 통일적 규정을 두고 있다: 건강하고, 안전한 그리고 존엄한 근로조건에 대한 일반적 규정 그리고 최고노동시간, 휴식시간 그리고 연차휴가에 대한 특별규정.²⁶⁹⁾

기본권 헌장 제32조 속에서 어린이의 노동금지와 작업장에서의 청소년 보호에 대하여 규정하고 있다. 제34조에서 가족생활과 직업생활의 보호에 대해서 규정하고 있다. 우리 헌법 제36조 제3항은 「모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다」고 규정하고 있다. 이와 관련하여 유럽연합의 기본권 헌장 제35조는 「모든 사람은 유럽연합법 그리고 각 개별국가의 법규정과 관습에 따라 예방적 건강보호(Gesundheitsvorsorge) 그리고 의료기술(ärztliche Versorgung)에 접근권을 가진다. 모든 영역에 있어서 유럽연합의 정책 그리고 조치(Aktionen)의 확정과 실행에 있어서 높은 건강보호수준은 보장된다」고 규정하고 있다.

유럽연합의 기본권 제35조는 유럽사회헌장(ESC) 제15조(건강보호에 관한 권리(Recht auf Schutz der Gesundheit))와 유럽사회헌장 제13조의 사회복지권(Recht auf Fürsorge)에 근거하고 있다고 기본권헌장 주석(Chartha-Erläuterungen)는 설명하고 있다. 이러한 까닭에 이 규정들은 법인식원(Rechtserkenntnisquellen)으로서 기능

266) ABl 2003 L 299/9; vgl. die Kommentierung Gallner, FGO, Nr.580.

(Jarass GrCh EU-Grundrechte-Charta Art. 31 Rn. 4, beck-online)

267) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/26.

268) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/26.

269) Jarass, 앞의 책, Art. 31 Rn. 1,

하고, 내용적으로 부수적 내용을 거의 제공할 수 없다. 그 외에도 유럽헌법제정회의의 의장단회의는 유럽공동체조약(EG) 제152조(현재의 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제168조 제1항)의 과제규범(Aufgabenorm)을 근거로 제시하고 있다.²⁷⁰⁾ 우선적 법의 영역에 있어서 유럽연합의 기본권 헌장 제35조는 기본권 헌장의 효력발생 이전부터 유효하게 적용되는 권리(Recht)이상의 성격을 가진다. 이 규정의 원칙적 성격(Grundsatzcharakter) 때문에, 이 규정을 권리로서 적용하는 데에는 한계가 있다.

유럽연합의 기본권 헌장 제35조에 규정된 내용을 직접적인 사법적 구제가 가능한 권리로서 해석하기에는 그 내용이 너무나 불명확하고, 더 나아가서 직접적인 소송의 제기가 가능한 권리로 해석한다고 하더라도 아마도 너무 광범위한 재정적 결과를 초래하기 때문에, 유럽연합의 기본권 헌장 제35조의 조문의 두 문장에 의한 건강보호는 단지 원칙만을 포함하고 있다. 이러한 점들을 고려하여 기본권헌장 주석은 “이 규정 속에 포함된 원칙들(in diesem Artikel enthaltenen Grundsätzen)”이라고 이야기하고 있다. 어느 경우든 제35조 제1문에 있어서 이러한 원칙적 성격은 제35조 제2문보다는 보다 덜 확실하게 나타난다. 왜냐하면 제35조 제1문은 ‘접근(Zugang)’에 대해서만 제한적으로 규정하고 있기 때문이다. 그 기능적 측면에서 볼 때 이 규정은 우선적으로 참여보장(Teilhabegewährleistung)의 변형으로서 급부원칙(Leistungsgrundsatz)을 포함한다.²⁷¹⁾

2. 사회적 안전과 사회적 지원

사회적 약자들의 인간다운 최소한의 생존을 보장하기 위한 사회국가(Sozialstaat)는 이들의 연대성(Solidarität) 보장을 통해서 실현된다. 그렇다면 이들의 연대성의 기반이 되는 최소한의 생존보장을 실현하기 위한 헌법적 근거를 어디에서 찾아야만 하는가? 독일연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)는 2010년 2월 9일의 사회법률의 제2편(Zweites Buch Sozialgesetzesbuch(SGB)), Hartz IV-법률(Gesetz)에 의한 정기적 급여(Regelleistung)에 대한 자신의 결정 속에서 이전의 판례들과 연계해서 기본법 제20조 제1항과 결부된 기본법 제1조 제1항에 근거한 인간다운 최소한의 생존을 위한 기본권(Grundrecht auf Gewährleistung eines

270) Jarass, 앞의 책, Art. 35 Rn. 1.

271) Jarass, 앞의 책, Art. 35 Rn. 2.

menschenwürdigen Existenzminimum)을 도출해 내었다.

우리 헌법 제34조의 인간다운 생활의 보장은 단지 인간다운 생활을 영위하기 위한 최소한의 생존보장만을 포함하고 있다고 해석하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리가 어느 정도까지의 최소한의 생존보장을 규정하고 있는지 여부에 대한 구체적인 헌법이론적인 해석기준 뿐만 아니라 헌법재판소나 법원의 판례를 통한 실무적인 헌법해석기준 역시 우리나라에서는 명확하게 제시되지 않고 있다. 이와 관련하여 유럽연합의 기본권 헌장(Charter der Grundrechte der Europäischen Union) 제34조의 사회적 안전(soziale Sicherheit)과 사회적 지원(soziale Unterstützung)의 보장 그리고 독일에서의 기본권으로서 인간다운 최소한의 생존보장을 위한 기본권의 보장과정에 대하여 살펴보는 것은 우리 헌법 제34조 인간다운 생활을 권리의 구체적 권리로서의 보장실현에 기여하는 매우 중요한 비교헌법적 연구가 된다.

유럽연합의 기본권 헌장 제34조는 사회적 안전(soziale Sicherheit)과 사회적 지원(soziale Unterstützung)에 대하여 규정하고 있다. 사회적 안전과 사회적 지원이란 조문의 표제(Überschrift)에서 알 수 있는 바와 같이 유럽연합의 기본권 헌장 제정회의(Konvent)는 개념적으로 유럽사회헌장을 많이 참조하였으며, 사회적 안전과 사회적 지원의 형식적 분리를 그대로 수용하였다.²⁷²⁾ 기본권 헌장은 제34조 제1항에서 「유럽연합은 모성, 질병, 노동재해, 보호필요상태에 해당되는 사례들 혹은 노령 그리고 실직의 경우에 있어서 보호를 제공하는 사회적 안전의 급부(Leistung der sozialen Sicherheit) 그리고 사회적 도움(Soziale Dienste)에 대한 접근권을 유럽연합법, 개별국가의 법규정 그리고 관습에 의하여 인정하고 존중한다」고 규정함으로써 유럽연합 차원에서의 사회적 안전의 급부와 사회적 도움에 대한 접근권을 인정하고 있다. 기본권 헌장은 제34조 제2항에서 「유럽연합 속에서 자신의 적법한 주소를 가지고 있고, 자신의 체류지를 적법하게 변경하는 모든 사람은 유럽연합법, 개별국가의 법규정 그리고 관습에 따라 사회적 안전의 급부와 사회적 혜택에 대한 요구권(Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen)을 가진다」고 규정함으로써 유럽연합에 주소를 가지고 있고 체류하는 자의 사회적 급부와 사회적 혜택의 청구권을 인정하고 있다. 기본권 헌장 제34조 제3항은 사회적 소외 그리고 빈곤을 극복하기 위하여 유럽연합은 공동체법, 개별국가의 법규정 그리고 관습에 따라 충분한 자금이 없는 모든 사람

272) Beate Rudolf, Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, Art. 34. Rn. 1.

들에게 인간다운 생존(menschenwürdiges Dasein)을 보장해 주는 사회적 지원 그리고 주거에 대한 지원을 받을 권리(Recht auf eine soziale Unterstützung und eine Unterstützung für die Wohnung)를 가진다고 규정함으로써 유럽연합차원에서의 인간다운 생존을 보장하기 위한 사회적 지원 그리고 주거에 대한 지원을 받을 권리를 인정하고 존중한다는 것을 명확히 하고 있다. 물론 유럽연합의 구성국가는 이러한 권리들의 보장과 관련하여 광범위한 재량을 가진다.

기본권 헌장 제34조 제1항 속의 사회적 안전의 보장은 기본권 헌장 주석(Charter-Erläuterungen)에 의하면 유럽사회헌장(ESC) 제12조 사회적 안전에 관한 권리(Recht auf sozialen Sicherheit) 그리고 근로자의 사회적 기본권에 대한 공동체 헌장(Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, GSGA) 제10호의 사회적 보호(Sozialen Schutz)에 근거를 두고 있다.²⁷³⁾

기본권 헌장 제34조 제2항은 유럽사회헌장 제13조 제4항 그리고 그와 동시에 근로자의 사회적 기본권에 대한 공동체 헌장 제2호(거주이전의 자유(Freizügigkeit))에 근거하고 있다,²⁷⁴⁾ 기본권 헌장 제34조 제3항은 기본권 헌장 주석 속에서 확인한 바와 같이 유럽사회헌장 제13조(보호에 관한 권리(Recht auf Fürsorge)), 1996년 개정된 유럽사회헌장(RESC) 제30조(빈곤과 사회적 분리에 대항할 권리(Recht auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung), 개정된 사회헌장 제31조의(주거에 관한 권리(Recht auf Wohnung)) 및 근로자의 사회적 기본권에 대한 공동체 헌장 제10호(사회적 보호(sozialer Schutz))에 근거하고 있다.²⁷⁵⁾ 그 외에도 유럽연합의 기능에 관한 조약 제153조와 제156조의 과제규범들(Aufgabennormen)도 이와 관련성을 가진다.²⁷⁶⁾

기본권 헌장 제34조 제1항과 제3항은 두 개의 독자적 보장을 규정하고 있지만, 내용적 유사성이 매우 크다. 이 양 조항들은 유럽연합조약(EUV) 제3조 제2항 제2하부항(UAbs.) 속의 유럽연합의 목적인 ‘사회적 보호’를 구체화하고 있다. 이 규정들은 다양한 참여형태의 급부를 목적으로 하고 있다.²⁷⁷⁾

기본권 헌장 주석(Charter-Erläuterungen)에 의하면 기본권 헌장 제34조는 권리

273) Charter-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/27; Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. München 2013, Art. 34 Rn. 1.

274) Rudolf, 앞의 책(주 15), Art. 34 Rn. 3.

275) Charter-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/27; Jarass, 앞의 책(주 16), Art. 34 Rn. 1.

276) Jarass, 앞의 책(주 16), Art. 34 Rn. 1.

277) Jarass, 앞의 책(주 16), Art. 34 Rn. 2.

(Recht) 뿐만 아니라 원칙(Grundsatz)으로서의 요소도 가지고 있다.²⁷⁸⁾ 유럽연합의 기본권 헌장 제34조 제1항의 사회적 보호(사회적 도움을 받을 권리를 포함하여)의 급부를 받을 권리는 법원에 대한 직접적인 소송의 제기가 가능한 권리가 아닌, 단순한 기본원칙만 포함하고 있다. 기본권 헌장 제34조 제2항은 단지 국경을 넘어서는 체류지 변경으로 인한 차별, 즉 국적에 의한 차별만 금지하기 때문에 권리로서의 성격이 인정될 수 있다. 이에 반해서 기본권 헌장 제34조 제1항, 제3항 속에서는 급부의 범위가 완전히 확정되지 않아서 부득이하게 법률적인 형성이 필요하고 (아울러 명백한 재정적 부담이 수반되는) 급부보장이 규정되어 있다. 이러한 까닭에 기본권 헌장 제34조 제1항과 제3항은 직접적인 소송의 제기가 가능한 권리(unmittelbar einklagbares Recht)가 아닌, 단지 기본권 헌장 제52조 제5항의 의미 속의 원칙만을 포함하고 있다고 해석된다.²⁷⁹⁾ 특히 제34조 제1항은 제3항보다도 훨씬 더 불확실한 보장내용을 규정하고 있다. 왜냐하면 제34조 제1항은 단지 접근(Zugang)만을 보장하고 있기 때문이다. 제34조 제1항은 다양한 참여(Teilhabe)형태에 의한 급부를 목적으로 하고 있다.

3. 건강보호, 일반적 경제적 이익의 접근권, 환경보호 그리고 소비자 보호

1) 건강보호

건강보호는 기본권 헌장 제3조의 신체적 불훼손권(körperliche Unversehrtheit)의 보호에도 기여한다. 무엇보다도 제3조로부터 기본권 보호의무를 도출할 수 있는 한에서는, 이러한 견해는 중요한 의미를 가진다. 기본권 제2조의 생명권으로부터 기본권 보호의무가 도출되는 경우에는 생명을 위협하는 질병이 문제된다. 건강보호에 대한 차별이 없는 접근을 위해서는 우선적으로 기본권 헌장 제21조와 제23조의 차별금지 그리고 제20조의 일반적 평등원칙이 중요한 의미를 가진다. 이러한 모든 권리들은 단순한 원칙인 기본권 헌장 제35조와 다르게 권리들이다. 궁극적으로 유럽연합내의 외국(EU-Ausland) 속에서의 의료서비스제공에 대한 접근을 위한 공동체 내부시장의 기본자유(Grundfreiheiten)도 중요하다.

이 규정은 우선적으로 예방적 건강보호(Gesundheitsvorsorge/preventive health cae)와 관련성을 가진다. 이러한 예방적 건강보호는 질병의 발생을 막거나 제한

278) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/35; Jarass, 앞의 책(주 16), Art. 34 Rn. 3.

279) Jarass, 앞의 책(주 16), Art. 34 Rn. 3.

하는 예방적 조치(präventive Maßnahmen)를 의미한다. 그 외에도 질병을 다루는 전체 영역에 해당하는 의료 기술(ärztliche Versorgung/medical treatment)이 문제된다. 다른 언어적 이해에서 나타난 바와 같이, 의료기술이 반드시 의사에 의해서 행해져야만 하는 것은 아니다. 왜냐하면 이 경우에는 전체 의료기술이 문제되기 때문이다.

기본권 헌장 제35조의 수혜자(Begünstigte)는 그의 국적에 관계없이 모든 인간, 자연인이다. 무엇보다도 기본권 헌장의 공간적 적용범위가 고려되어야만 한다. 독일의 기본권 이해에 의하면 이 규정의 수혜자는 인간에만 한정되어 있기 때문에, 이 규정의 수혜자가 법인으로 확대될 수 없다.²⁸⁰⁾

이러한 내용들을 고려해 볼 때 우리 헌법 제36조 제3항은 「모든 사람은 예방적 의료보호와 의료기술에 대한 접근권을 가진다. 국가의 의료정책의 수립과 실행에 있어서 높은 건강보호수준은 보장된다」는 형식으로 개정되면 좋다는 견해를 제시해 본다.

2) 환경권

유럽연합의 기본권헌장 제37조는 「높은 환경보호수준 그리고 환경의 질(Umweltqualität)적인 개선은 유럽연합의 정책 속에서 고려되어야만 하고, 지속적 발전의 원칙(Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung)에 의하여 보장되어야만 한다」고 규정하고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장에 대한 법적인 구속력 인정에도 불구하고, 기본권 헌장은 환경보호를 기본권의 형태가 아닌 국가목적과 유사한 형태의 규정을 통해서 보장하고 있다.²⁸¹⁾ 유럽연합의 기본권 헌장 제37조의 환경보호규정은 기본권 헌장제정회의의 주석(Charter-Erläuterungen)에 의하면 유럽연합조약(EUV) 제3조 제3항 und Art.11, 191 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제11조, 제191조에 근거하고 있다.²⁸²⁾ 특히 지속가능한 발전에 관한 원칙을 규정하고 있는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제11조의 유럽연합차원에서의 일정한 수준의 보호를 요구하고 있다. 유럽연합조약 제21조 제2항 문자(lit.f) 속에서는 환경보호에 대한 국제적 구성요소에 대하여 언급하고 있다.²⁸³⁾

280) Jarass, 앞의 책, Art. 35 Rn. 7.

281) Voßkuhle, 앞의 논문, S. 2.

282) Vgl. Charter-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/27; Jarass, 앞의 책, Art. 37 Rn. 1.

283) Jarass, 앞의 책, Art. 37 Rn. 1.

유럽연합조약 제3조 제3항 제1하부항(UAbs.)에서 강조한 바와 같이 높은 수준의 환경보호와 환경의 질적 상황의 개선과 관련된 환경보호는 우선적 법(Primärrecht/primary law)의 중심적 관심사이다. 유럽법원(EuGH)은 공동체의 본질적 과제(wesentliche Aufgabe)로 고려하고 있다.²⁸⁴⁾ 환경보호의 영역에 속하는 특정한 권리들에 대한 유럽인권법원(EGMR)의 결정내용들도 또한 간접적으로 중요한 의미를 가진다. 이러한 점들을 고려해 볼 때 기본권 헌장 제37조에 규정된 내용들은 실질적으로 그리고 본질적인 측면에서 볼 때 이미 기본권 헌장이 효력을 발생하기 이전부터 유효한 우선적 법(Primärrecht)으로 인정되었다.

무엇보다도 기본권 헌장 제37조는 유럽헌법제정회의의 의장단 회의가 확인한 바와 같이 단지 하나의 원칙(Grundsatz)만을 포함하고 있지, 어떠한 직접적인 소송의 제기가 가능한 권리(kein unmittelbar einklagbares Recht)를 포함하고 있지 않다.²⁸⁵⁾ 기본권 헌장에 규정된 내용을 하나의 직접적으로 유효한 주관적 권리(ein unmittelbar geltendes subjektives Recht)로 보기에 그 내용이 너무나 불확정적이다. 그 외에도 이를 환경기본권으로 이해하는 경우에는, 기본권은 아주 광범위한 재정적 지출을 초래할 수 있다. 기본권 헌장 제37조는 그 기능에 있어서 우선적으로 보호의무의 변형으로서 인정되는 급부보장(Leistungsgewährleistung)이 문제된다.

환경침해가 신체적 그리고 정신적 불쾌손상에 대하여 부정적 효과를 야기하는 한에서는, 기본권 헌장 제3조의 불쾌손상의 보호에 대한 기본권(Grundrecht auf Schutz der Unversehrtheit)이 적용된다. 그 외에도 기본권 헌장 제7조의 사생활의 존중 기본권으로부터 특정한 환경보호요소를 이끌어 낼 수 있다. 이것은 매우 중요한 의미를 가진다. 왜냐하면 기본권 헌장 제37조와 달리, 기본권 헌장 제3조 그리고 제7조는 (직접적으로 소송의 제기가 가능한) 기본권((unmittelbar einklagbare Rechte)을 포함하고 있기 때문이다.

환경권은 많은 국제조약들 속에서 언급되고 있지만, 이 권리의 법적인 의미는 여전히 불명확하다. 이에 반해서 유럽인권협약(ERMK)은 생명권, 신체적 불쾌손권(Recht auf Unversehrtheit), 재산권 그리고 유럽인권협약 제8조의 사생활을 침해받지 아니할 권리의 해석적 확장을 통해서 환경권을 인권으로 보고 있고, 이를

284) EuGH, Rs. 195/90, Slg. 1992, I-3141 Rn. 29; Rs. 213/96, Slg. 1998, I-1777 Rn. 32; Rs. 284/95, Slg. 1998, I-4301 Rn. 64; Rs. 513/99, Slg. 2002, I-7213 Rn. 57.

285) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/35; Jarass, Der neue Grundsatz des Umweltschutzes im primären EU-Recht, ZUR 2011, 563 f.

통해서 특정한 수준의 환경보호를 촉진하고 있다.²⁸⁶⁾ 이러한 인권으로서 환경권의 보장에 있어서 환경권에 대한 명백한 침해의 확정의를 제외하고는 환경권 보호와 관련된 처분의 실행에 있어서 일반적으로 행정관청은 어느 정도의 재량적 결정영역이 허용된다. 리스본 조약에 의하여 법적인 구속력을 획득한 유럽연합의 기본권 헌장은 제37조 속에 환경보호를 규정하고 있다.

(1) 유럽연합의 기본권 헌장 제37조

기본권 헌장 제37조는 우선적으로 높은 환경보호수준 즉 높은 수준의 환경보호를 요구한다. 이와 관련하여 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제191조 제2항을 모범으로 하여 유럽연합의 개별적 지역들의 다양한 현실적 상황(unschiedlichen Gegebenheiten)을 고려해야만 한다. 그 외에도 언급된 규정들의 원리들이 구체화로서 고려되어질 수 있다: 예방적 원리(Vorbeugeprinzip), 사전적 배려의 원리(Versorgeprinzip), 근원의 원리(Ursprungsprinzip), 원인제공자책임의 원리(Verursacherprinzip). 그 외에도 이미 환경의 질에 대한 침해가 이루어져, 손상되어진 환경의 질이 복원되어진 경우에는 환경의 질(Umweltqualität)이 개선되어질 수 있다.²⁸⁷⁾ 환경개념(Umweltbegriff)은 환경매개물(Umweltmedien)인 공기, 토양 그리고 물 그와 동시에 식물 그리고 동물 그러나 또한 인간까지도 포함한다. 그 외에도 인간에 의하여 형성된 자연적 환경도 보호된다. 동물보호(Tierschutz)는 야생동물이 문제되어지는 한에서만 이에 대한 포함될 수 있다. 왜냐하면 가축(Haustier)은 기본권 헌장 제37조의 범위에 들어갈 수 없기 때문이다.²⁸⁸⁾

환경보호는 기본권 헌장 제37조의 조문에 명백히 제시된 바와 같이 지속가능한 발전의 원칙(Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung/sustainable development)을 지향하고 있다. 지속적 발전은 특히 미래의 이해관계를 고려한다. 지속적 발전은 무엇보다도 다음을 요구한다: (1) 목재 혹은 물고기의 수량과 같이 복구가능한 자연재(erneuerbare Naturgüter)는 오랫동안 그 재생능력의 범위 내에서 사용되어져야만 한다, (2) 복구불가능한 자연재는 그것이 다른 재료 혹은 에너지를 통하여 대체되어질 수 없는 한에서만 단지 사용될 수 있다, (3) 에너지 그리고 물질의 방출은 오랫동안 기후 혹은 숲과 같은 생태계의 적응능력(Anpassungsfähigkeit der

286) Joachim Scherer/Sebastian Heselhaus, in: Manfred A. Dausen/Markus Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, München 2017, O. Umweltrecht Rn. 65.

287) Jarass, 앞의 책, Art. 37 Rn. 6.

288) Jarass, 앞의 책, Art. 37 Rn. 6.

Ökosysteme)보다 중요하게 다루어질 수 없다.²⁸⁹⁾

기본권 헌장 제37조는 원칙으로서 기본권 헌장 제51조 제1항 제1문의 의미 속의 기본권의 객체인 유럽연합과 유럽연합의 기관 그리고 유럽연합법의 실행의 영역에 있어서 유럽연합의 구성국가와 구성국가의 기관들에 대하여 의무를 부과한다. 이러한 기본권의 객체들은 이에 상응하는 권한을 행사하고 있는 한에서는, 높은 환경보호수준과 환경의 질의 개선에 대하여 노력해야만 한다. 그 외에도 기본권 헌장 제37조의 규정은 이와 관련된 이차법적인 해석(Auslegung des einschlägigen Sekundärrechts) 그리고 구성국가의 국내법 해석과정에서도 고려되어야만 한다. 또한 기본권 헌장 제37조는 이 규정의 목적을 증진하는 실행조치들(Durchführungsakte)의 정당화 근거를 형성한다.²⁹⁰⁾ 이와 관련하여 이 규정은 광우병(BSE-Krankheit)에 대한 유럽연합과 유럽연합의 구성국가들의 조치들을 정당화시킨다.²⁹¹⁾

기본권 헌장 제37조에 규정된 원칙에 해당되는 내용들은 기본권의 객체에 대하여 원칙의 법적 성격에 상응하게 중요한 형성영역을 인정하는 것을 통하여 상대화되어 진다. 기본권 헌장 제37조에 의한 의무부여는 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제11조의 일정한 보호수준을 유지하는 규정(Querschnittsklausel)을 인정하고 있는 우선적 법(Primärrecht)의 경합되는 법익들과의 형량이 필요하다.²⁹²⁾

기본권 헌장 제35조는 단지 원칙만을 포함하고 있기 때문에, 사법적 효력부여의 요구는 단지 제한적으로만 가능하다. 따라서 실행조치(Durchführungsakte)가 명령되었다 할 지라도, 실행조치의 이행을 요구하는 소송의 제기가능성은 인정되지 않는다. 그 외에도 이 규정이 손해배상청구권(Schadenersatzansprüche)의 근거로 원용될 수 없다. 또 다른 측면에서 객관적 법통제의 영역에 있어서 법규정과 기본권 헌장 제37조의 원칙적 내용과의 합치여부에 대한 심사가 행해질 수 있다.

(2) 유럽연합법 속의 환경보호권한과 행위형식

유럽연합에서의 환경정책에 실행에 관한 주요한 법적 근거는 유럽연합의 기능에 관한 조약이다. 유럽연합의 기능에 관한 조약 제191조 제1항-제3항은 유럽연

289) Jarass, 앞의 책, Art. 37 Rn. 7.

290) Jarass, 앞의 책, Art. 37 Rn. 4.

291) Vgl. EuGH, Rs. 393-01, Slg. 2003, Iß5405 Rn. 42.

292) Jarass, 앞의 책, Art. 37 Rn. 9.

합의 환경정책의 목적과 원칙들에 대하여 규정하고, 제192조는 환경영역에서의 유럽연합의 행위권한을 근거지우고 있다. 독일기본법 제20a조와 다르게 유럽연합의 기능에 관한 조약 제191조 제2항 제2문은 유럽연합의 환경정책의 원리들에 대하여 언급하고 있다: 사전적 배려와 사전적 예방의 원칙(Grundsätze der Vorsorge und Vorbeugung), 원인제공자책임부담의 원칙의 우위를 근거로 한 침해방지의 원칙(Grundsatz der Bekämpfung von Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung und das Verursacherprinzip). 유럽연합의 구성국가들은 현재의 강화된 환경보호수준을 유지하고, 각 유럽연합의 이차적 법 EU-Sekundärrecht 속에서 확정된 생태적 환경 보호수준으로부터 위로 가는 것만 허용하는 유럽연합의 기능에 관한 조약 제193조의 이른바 보호수준강화조항(Schutzverstärkungsklausel)으로부터 자유로울 수 없다(이른바 *opting up*).²⁹³⁾

유럽연합의 환경법 속에서의 가장 중요한 행위형식은 지침(Richtlinie)이다. 이와 관련하여 Flora-Fauna-Habitat-지침(Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie), die 공해처리 지침(Emissionshandelsrichtlinie) und 폐기물범위지침(Abfallrahmenrichtlinie) 등이 언급될 수 있다.²⁹⁴⁾

(3) 소비자 보호

우리 헌법 제124조는 「국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다」고 규정하면서 소비자 보호에 대하여 규정하고 있다. 유럽연합의 기본권 헌장 제38조는 「유럽연합의 정책은 높은 소비자 보호수준을 보장한다」고 규정하고 있다. 기본권 헌장 주석에 의하면 유럽연합의 기본권 헌장 제38조의 소비자보호규정은 유럽헌법제정회의의 의장단회의가 확인한 바와 같이 유럽공동체조약(EG) 제153조(현재의 유럽연합의 기능에 관한 조약 제169조)의 과제규범 그리고 권한규범(Aufgaben- und Befugnissnorm)에 근거하고 있다.²⁹⁵⁾ 이러한 배경 하에서 그리고 기본권 헌장 제38조는 단지 원칙(Grundsatz)만을 포함하고 있다는 사정을 고려해 볼 때, 기본권 헌장 제38조에 규정된 내용은 실질적으로 그리고 본질적인 측면에서 이미 기본권 헌장의 효력발생 이전부터 유효하게 적용되는 우선적 법(Primärrecht)이다.

293) Voßkuhle, 앞의 논문, S. 2.

294) Michael Kloepfer, Umweltschutzrecht, 2. Aufl. München 2011, §7 Rdnr. 26; Voßkuhle, 앞의 책, S. 2.

295) Jarass, 앞의 책, Art. 38 Rn. 1.

기본권 헌장 제38조의 소비자의 보호는 단지 하나의 원칙(Grundsatz)만을 포함하고 있지, 어떠한 직접적인 소송의 제기가 가능한 권리(kein unmittelbar einklagbares Recht)를 포함하고 있지 않다. 기본권 헌장에 규정된 내용을 하나의 직접적으로 유효한 주관적 권리(ein unmittelbar geltendes subjektives Recht)로 보기에 그 내용이 너무나 불확정적이다. 그 외에도 이를 환경기본권으로 이해하는 경우에는, 기본권은 아주 광범위한 재정적 지출을 초래할 수 있다. 기본권 헌장 제37조는 그 기능에 있어서 보호보장(Schutzgewährleistung)이 문제된다.

소비자의 건강보호가 문제되는 한에서는, 기본권 헌장 제38조와 별도로 기본권 헌장 제3조의 불훼손성의 보호에 대한 기본권(Grundrecht auf Schutz der Unversehrtheit)이 이 기본권의 기본권 보호의무와 함께 적용된다. 소비자 정보와 관련성을 가지는 한에서는, 기본권 헌장 제8조의 개인관련 정보의 보호가 적용되어 진다.²⁹⁶⁾

이 조항의 보호영역의 확정의 문제와 관련하여 기본권 헌장 제38조는 유럽연합의 기능에 관한 조약 169조(과거의 유럽공동체조약 제153조) 제1항에서 도출될 수 있는 소비자 보호, 건강, 안전 그리고 소비자의 경제적 이익의 보호 그리고 소비자의 이익의 유지를 위한 정보와 단체의 형성을 위한 권리의 증진에 기여한다. 이와 관련하여 정보의 제공을 통한 소비자의 보호가 충분한 소비자 보호수단으로 인정되는 한에서는, 이에 대해서 우선순위가 부과될 수 있다.²⁹⁷⁾ 기본권 헌장 제38조의 위임(Auftrag)의 수혜자(Begünstigte)는 그의 국적에 관계없이 소비자로 분류될 수 있는 모든 자연인이다. 소비자개념은 유럽연합법 속에 불통일적으로 적용되어져 왔다. 기본권 헌장 제38조의 영역에서는 자신의 시장활동에 있어서 영업적 혹은 직업적 목적이 아닌, 단지 사적인 목적으로 활동하는 모든 자연인을 소비자라고 보아야만 한다. 그러나 이러한 위임을 실행하는 입법자(Durchführungsgesetzgeber)는 이 개념을 보다 확장할 수 있다.²⁹⁸⁾

기본권 헌장 제38조는 단지 원칙만을 포함하고 있기 때문에, 사법적 효력부여의 요구는 단지 제한적으로만 가능하다. 따라서 실행조치(Durchführungsakte)가 명령되었다 할지라도, 실행조치의 이행을 요구하는 소송의 제기가능성은 인정되지 않는다. 그 외에도 이 규정이 손해배상청구권(Schadenersatzansprüche)의 근거로 인용될 수 없다. 기본권 헌장 제38조로부터 어떠한 직접적인 사인 특히 생산자와

296) Jarass, 앞의 책, Art. 38 Rn. 5.

297) Jarass, 앞의 책, Art. 38 Rn. 7.

298) Jarass, 앞의 책, Art. 38 Rn. 6.

판매자에 대한 의무부여(Verpflichtung)를 도출할 수 없다. 그러나 사인의 주관적 권리와 의무는 실행조치(Durchführungsakte)에서 이끌어 낼 수 있다.²⁹⁹⁾ 또 다른 측면에서 (예를 들면 부수적 규범통제(Inzidentkontrolle)의 영역에서) 객관적 법통제의 영역에 있어서 법규정과 기본권 헌장 제38조의 원칙적 내용과의 합치여부에 대한 심사가 행해질 수 있다.

이러한 점들을 고려해 볼 때 우리 헌법 제124조의 소비자 보호 규정은 「국가의 정책실행에 있어서 높은 소비자 보호수준은 보장된다. 소비자 보호, 건강, 안전 그리고 소비자의 경제적 이익의 보호 그리고 소비자의 이익의 유지를 위한 정보와 단체의 형성을 위한 권리는 법률에 의하여 보장된다.」고 규정함으로써 헌법적 차원에서 국가의 정책실행에 있어서 높은 소비자 보호수준의 보장을 명시적으로 규정하고, 이러한 명시적인 헌법규정의 입법적 구체화를 법률적 차원에서 보장하는 것이 필요하다고 생각해 본다. 왜냐하면 소비자 보호가 문제가 되는 사인과 사인사이의 법률관계인 판매자와 소비자와 관계인 사법적 범영역에 있어서 국가는 단지 기본권 보호의무자로서 자신의 입법을 통해서 개입할 수밖에 없다. 이 과정에서 헌법은 분명하게 높은 소비자 보호수준은 보장된다고 명시함으로써 입법자의 소비자 보호를 위한 기본권 보호의무 실행과 관련된 판매자의 기본권과의 기본권 충돌에 대한 법익형량과정에 한계를 설정할 수 있다.

V. 시민권

기본권 헌장은 제5부에서는 시민권이라는 표제로 참정권으로서 유럽의회와 피선거권 및 선거권(제39조) 그리고 지역자치선거에서의 피선거권 및 선거권(제40조), 청구적적 기본권으로 좋은 행정에 대한 청구권(제41조), 유럽의회, 유럽이사회 그리고 유럽위원회의 문서에 대한 접근권(제102조), 유럽시민 대의원의 위임권(제43조), 청구권(제44조)을 규정하고 있다. 그 외에도 제5부는 거주이전의 자유(제45조)와 외교적 그리고 영사적 보호(제46조)를 규정하고 있다.

유럽연합의 기본권 헌장 제41조는 좋은 행정에 관한 권리(Recht auf eine gute Verwaltung)를 보장하고 있다. 기본권 헌장 제41조의 좋은 행정에 관한 권리는 청문권(Recht auf Anhörung), 문서열람권(Recht auf Akteneinsicht) 혹은 결정의 이유제시요

299) Jarass, 앞의 책, Art. 38 Rn. 3.

구권(Recht auf Begründung der Entscheidung)을 포함하는 보다 상세하게 규정된 좁은 의미의 좋은 행정에 관한 권리, 그 외에도 직무의무위반(Amtspflichtverletzung)에 있어서 손해배상청구권 그리고 행정과의 서신왕래권(Recht auf Korrespondenz mit der Verwaltung)을 인정하고 있다.³⁰⁰⁾ 기본권 헌장 주석(Charitas-Erläuterungen) 속에서 기본권 헌장 제41조의 규정은 전체적으로 일반적 법원칙(allgemeiner Rechtsgrundsatz)으로서의 좋은 행정(eine gute Verwaltung)을 확인하고 있는 유럽연합법원(EuGHJ)의 판례에 근거하고 있다고 설명하고 있다.³⁰¹⁾ 기본권 헌장 제41조 제1항, 제2항의 규정들은 유럽연합법원(내지 유럽연합법원의 제1심법원)의 그 이외의 판례에 근거한 것이다.³⁰²⁾ 이 규정 속에 요약된 권리들은 이렇게 일반적으로 유럽연합법원의 판례 그리고 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV)으로부터 도출된다. 그러므로 결정의 이유제시요구권(Recht auf Begründung der Entscheidung)은 유럽연합의 기능에 관한 조약 제296조, 직무의무위반에 있어서 손해배상청구권은 유럽연합의 기능에 관한 조약 제340조 그리고 행정과의 서신왕래권은 유럽연합의 기능에 관한 조약 제20조 제2항 그리고 제24조 제4항에 근거한 것이다.³⁰³⁾ 기본권 헌장 제41조는 기본권 헌장 제42조에서 제44조까지의 권리들(문서에 대한 접근권, 시민대의원에 대한 소원권(Beschwerden an den Bürgerbeauftragten), 유럽의 회에 대한 청원권), 기본권 헌장 제47조에 의한 권리(사법적 구제청구권) 및 - 문서에 대한 접근권의 제한과 관련하여 - 기본권 헌장 제8조 그리고 유럽연합의 기능에 관한 조약 제16조에 의한 권리(개인정보보호(Datenschutz)) 그리고 유럽연합의 기능에 관한 조약 제339조(직업적 비밀(Berufsgeheimnis)) 등에 근거하고 있다. 이 규정은 법원이 행정절차를 위하여 발전시킨 법치국가적 특징(Ausprägung)으로서의 일련의 일반적 법원칙들, 공무원의 직무상의 책임(Amtshaftung), 유럽연합에 대하여 관청언어(Amtssprache)를 문의할 수 있는 권리를 통일적 기본권으로 결합

300) Siegfried Magiera, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 41 Rn. 1.

301) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/28 다음의 판례를 근거로 제시하면서 EuGH, Rs. 255/90, Slg. 1992, I-2253 그리고 EuG, Rs. 167/94, Slg. 1995, II-2589, Rs. 231/97, Slg. 1999, II-2403 Rn. 38 ff.; Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, München 2010, Art. 41 Rn. 1.

302) Charta-Erläuterungen, ABI 2007 C 303/28 다음의 판례를 근거로 제시하면서 EuGH, Rs. 222/86, Slg. 1987, I-4097 Rn. 15; Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283 Rn. 269/90, Slg. 1991, I-5469 Rn. 14 그리고 EuG, Rs. 450/93, Slg. 1994, II-1177 Rn. 42 ff., Rs. 167/94, Slg. 1995, II-2589 Rn. 73 ff.; Jarass, Charta der Grundrechte, Art. 41 Rn. 1.

303) CHARTE 4473/00 v. 11.10.2000, Erläuterungen des Präsidiums zu Art. 41; Erläuterungen zur Grundrechtecharta in der Fassung v. 12.12.2007 zu Art. 41; Magiera, in: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 41 Rn. 1.

시킨 것이다.³⁰⁴⁾

기본권 헌장 제41조의 규정은 우선적으로 제1항, 제2항 속에서 하나의 통일적인 기본권(ein einheitliches Grundrecht)을 규정하고 있다. 위의 두 규정과 기본권 헌장 제41조 제3항의 손해배상규정(Schadensersatzregelung)은 보다 느슨한 관련성을 가지는 데 반하여, 의사소통권(Kommunikationsrecht)과 진술권(Sprachenrecht)에 대한 기본권 헌장 제41조 제4항의 독자적 규정들은 밀접한 관련성을 가진다.

기본권 헌장 제41조를 통하여 처음으로 유럽의 차원에서 포괄적으로 적용되는 좋은 행정에 관한 권리가 규범화되었다. 기본권 헌장 제41조의 규정은 기본권 헌장제정회의 내지 유럽헌법제정회의의 의장단회의(Präsidium des Grundrechts- bzw. des Verfassungskonvents)의 기본권 헌장 주석(Erläuterungen zur Charta der Grundrechte) 즉 약칭으로 헌장 주석(Charta-Erläuterungen)에 의하면 특히 일반적 법원칙으로서 좋은 행정(eine gute Verwaltung)을 발전시킨 유럽법원의 판례(Rechtsprechung des EUGH)에 근거하고 있다고 확인하고 있다.³⁰⁵⁾ 제41조 제1항, 제2항의 속에 규정된 공정한 행정절차에 대한 권리(Recht auf ein faires Verwaltungsverfahren)는 유럽법원 내지 유럽법원의 제1심법원(EuG)의 계속적인 결정 속에서 인용되고 있다.³⁰⁶⁾ 특히 결정의 이유를 제시할 의무(Pflicht zur Begründung)에 대한 근거로서 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제296조(이전의 유럽공동체조약(EG) 제253조) 그리고 일반적인 근거로서 유럽연합의 기능에 관한 조약(AEUV) 제298조의 공개적인, 효율적인 그리고 독립적인 유럽행정(offene, effiziente und unabhängige europäische Verwaltung)에 대한 규정을 제시하고 있다.³⁰⁷⁾ 결국 기본권 헌장 제41조 제1항, 제2항의 개별적 내용들은 이미 기본권 헌장의 효력발생 이전부터 유효한 법으로서 유럽연합의 제1심법원(EuG)에 의하여 제시되었다.³⁰⁸⁾ 이러한 점들을 고려해 볼 때, 유럽연합의 기본권 헌장 제41조 제1항, 제2항의 요구들(Anforderungen)은 실질적으로 그리고 본질적인 측면에서

304) Hans Peter Folz, in: Christoph Vedder | Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht. EUV|AEUV| Grundrechte-Charta, Baden-Baden 2012, Art. 41 GR-Charta Rn. 1.

305) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/28 유럽법원(EuGH)의 관련판례는 Rs. 255/90, Slg. 1992, I-2253 그리고 EuG, Rs. 167/94, Slg. 1995, II-2589; Rs. 255/90, Slg. 1999, II-2403 Rn. 38ff.

306) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/28 유럽연합법원의 관련판례는 EuGH, Rs. 226/86, Slg. 1987, I-4097 Rn. 15; Rs. 374/87, Slg. 1989, 3283; Rs. 269/90, Slg. 1991, I-5469 Rn. 14 이와 마찬가지로 EuG, Rs. 450/93, Slg. 1994, II-1177 Rn. 42 ff.; Rs. 167/94, Slg. 1995, II-2589 Rn. 73 ff.; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 41 Rn. 1.

307) Charta-Erläuterungen, ABl 2007 C 303/28.

308) EuG, Rs. 193/04, Slg. 2006, II-3995 Rn. 127; Jarass, 앞의 책, Art. 41 Rn. 1.

이미 유럽연합의 기본권 헌장이 구속력을 가지기 이전부터 유효한 우선적 법 (geltendes Primärrecht)으로서 효력을 인정받았다.³⁰⁹⁾

VI. 사법적 권리

기본권 헌장은 제6부에서 사법적 권리에 대하여 규정하고 있다. 이 규정의 대부분은 유럽인권협약의 보장을 근거로 하여 규정된 것이다.³¹⁰⁾ 유럽연합에 의하여 보장되는 권리 또는 자유가 침해되는 경우에 사법적 구제와 공정한 재판을 청구할 수 있는 것을 규정한 제47조 규정은 유럽인권협약에 의하여 보장된 권리의 침해를 전제로 한 유럽인권협약 제13조를 근거로 한 것이다. 그 외에도 신체의 자유와 관련된 형사사법적 권리로서 무죄추정과 방어권(제48조), 범죄행위와 형벌의 관련성에 있어서 법률적합성과 비례성의 원칙(제49조), 거듭 처벌금지의 원칙(제50조) 등이 규정되어 있다.

VII. 결론

유럽인권법원, 유럽공동체법원 그리고 유럽연합의 구성국가들의 법원의 기본권 보장을 통한 유럽의 기본권 보호는 마치 카톨릭의 종교교리인 삼위일체설 (Trinitarismus) 떠올릴 만큼 서로 밀접한 관련성을 가진다. 그럼에도 불구하고 이 세 가지 기관들의 구체적인 중요도와 역할을 반드시 동일하지는 않다. 유럽의 각 국가의 기본권 보장 그리고 유럽연합의 기본권 보호에 있어서 유럽인권협약은 매우 중요한 역할을 수행하였고, 특히 유럽연합의 기본권 보호에 많은 영향을 미쳤다. 이러한 의미에서 우리 헌법상의 기본권 규정의 개정안에 대한 검토의 전제조건으로서 유럽에서의 국제법의 헌법화를 통한 기본권 공동체를 실현시키는 핵심적 규범인 유럽연합의 기본권 헌장에 규정된 기본권 규정을 살펴보는 것은 매우 중요한 의미를 가진다고 생각해 본다.

309) Vgl. EuG, Rs. 54/99, Slg. 2002, II-313 Rn. 48; Europäische Kommission, KOM (2000), 59 endg., 4.

310) Grabenwarter, DVBl 2001, S. 8.

제163회 발표회 토론요지

〈주제발표자(고문헌 송실대 교수) 발표〉

〈주제발표자(박진완 경북대 교수) 발표〉

토 론 자(이대근 헌법연구관): 헌법재판소의 이대근 연구관이라고 합니다. 좋은 말씀, 또 유익한 말씀 많이 잘 들었고요. 좀 포괄적으로 제가 모아서 정말 질문을 드리고 싶은 그 어떤 관점이 있는데요. 이제 “모든 국민은”으로 시작된 것들의 상당수를 “모든 사람”으로 바꾸자는 논의가 그전부터 있었고 여기도 많이 들어있는데, “국민은”이 남아있는 조항들이 상당히 많이 있더라고요. 그리고 고문헌 교수님께서 이렇게 우리나라 개정안을 말씀하셨는데, 조금 전에 박진완 선생님께서 말씀하신 부분에 역시 유럽연합은 또 세계도 아니고 뭐 특정국가도 아니고 연합 체계 안에서의 있는 부분이어서 그게 엇갈리는 것도 좀 있는 것 같아요. 예컨대 뭐 재산이나 직업이나 거주이전 이런 것들은 지금 국민으로 남아있는데, 제가 좀 궁금한 점은 지금까지는 모든, 모든 국민이라고 쓰여 있어서 해석에 의해서 조금 이렇게 좀 유연하게 기본권 성격에 따라서 그러니까 많이 보장을 해주려는 그런 부분도 있었는데, 이렇게 명문화가 상세하게 이루어졌을 때 국민으로 남아있는 것, 그 기본권들의 경우에 오히려 제한되는 상황이 발생하지는 않을까 그런 우려가 좀 되더라고요. 그 부분에 대한 고려는 혹시 그 기본권별로 있었는지 하는 부분을 좀 여쭙보고 싶습니다.

토 론 자(서세인 헌법연구관): 안녕하세요, 저는 헌법재판소 서세인 연구관이라고 합니다. 짧은 시간 내에 너무 귀한 말씀, 많이 배울 수 있는 기회를 주셔서 감사합니다. 짧은 시간 동안 귀한 말씀 전해주시는 두 분 교수님께 감사의 말씀을 전하고요. 제가 이제 사건을 하면서나 이렇게 헌법을 보면서 궁금한 게 있어서 이번 기회에 교수님들께 한번 여쭙보고 싶은 생각이 들어서 질문을 하게 되었는데요.

그 헌법 제12조 제3항에서 신체의 자유에 대한 제한을 할 때 체포·구속이나 압수수색을 할 때 영장에 반드시 의하여야 한다라고 규정을 하면서 후문에서 긴급체포와 현행범 체포의 경우에 예외를 마련하고 있는데, 이와 대조되게 제16조

에서는 주거의 자유에 대한 제한을 규정을 하면서 제16조 후문에서 주거를 압수 수색할 때에도 영장을 발부받아야 한다고 규정을 하면서 이에 대해서는 어떤 영장주의의 예외도 규정을 하지 않고 있습니다, 현행 헌법은.

그런데 사실 이제 상식적으로 주거의 자유보다 신체의 자유에 대한 제한의 강도가 더 큰데, 신체의 자유의 경우에도 이제 영장주의에 대한 예외가 허용을 하고 있는데, 헌법에서 주거의 자유의 경우에 영장주의에 대한 일체의 예외를 명문으로 규정하지 않고 있는 것이 이제 뭐 어떤 규범 조화적인 해석 내에서 우리가 해결이 가능한 것인가 아니면 뭐 주거에 대해서는 영장주의에 대해서 일체의 예외도 허용하지 않는다는 것이 뭐 헌법 제정권자의 의사인가, 이런 데 대한 의문이 있었는데 마침 고문헌 교수님께서 주신 자료에 보니까 그 개정헌법 안에서는 아예 주거의 자유에 대해서는 영장주의가 삭제되어 있는 것 같더라고요. 그래서 혹시 헌법학회에서도 이러한 부분에 대한 문제를 인식을 하시고, 이제 주거에 대해서는 영장주의를 폐지하시는 입장인 건지 이런 게 좀 궁금해서 이렇게 질문을 드리게 되었습니다.

토 론 자(이영규 헌법연구관): 발표문 14쪽 개정안 제50조를 보면 제1항은 지금 현행 헌법과 마찬가지로 “국민의 자유와 권리는 경시되지 아니한다.” 이렇게 되어 있고, 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리가”가 지금 “모든 자유와 권리로” 이렇게 바뀌어 있는데요. 이렇게 바뀔 경우에 제1항의 해석이 이대근 연구관의 우려와 같이 국민이 아닌 다른 사람들의 자유와 권리가 더 경시되는 그런 해석을 낳지 않을까 약간 그런 우려가 되는데, 어떤 생각이신지 궁금합니다.

이상입니다.

발 표 자(고문헌): 예, 이영규 연구관님의 토론은 이대근 연구관님의 토론과 다 연결되는 것 같습니다. 원래 저희 국회헌법개정특위 자문위원들이 해석상으로 그렇게 하려고 했는데 해석상으로 하면 여러 가지 예가 있습니다. 잘 아시겠지만 우리 헌법 제10조에 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다.”고 규정하고 있는데 이 조항을 강의시간에 해석할 때 여기에서의 국민은 문리해석대로의 국민이 아니라 사람이라고 해석하고 하는데 사람으로 규정하면 이와 같이 강의시간에 불필요한 해석을 할 필요도 없는 것입니다. 그런 의미에서 출발을 한 것입니다. 이러한 구분은 저희 국회헌법개정특위 자문위원들뿐만 아니라 많은 분들이, 특히 김철수 교수님이 약 3년 전에 위원장으로 활동하신 국회 헌법개정자문위원

회 안에도 국민이 아니고 사람으로 규정을 했었어요. 그래서 저희 국회헌법개정 특위 자문위원들이 하늘아래에서 특별히 새로운 것을 창조하는 것이 아니고 앞의 국회헌법개정자문위원회 안을 이어받아서 계승·발전하는 그런 차원이라고 이해하시면 될 것 같습니다.

말씀하신 대로 이것을 상세하게 규정하다 보면 이제 국민으로 남아있는 영역, 그래서 제가 우려했던 것 중의 하나가 인간다운 생활을 할 권리를 사실은 저는 사람으로 봐야 된다고 생각하는데 이것이 사회보장과 관련된 내용이기 때문에 예산이 없으면 그 의미가 수정될 수는 있지만, 외국 사람도 기본적으로 인간다운 생활을 누려야 하는데도 모든 국민으로 표기하면 도움이 필요한 외국인을 포함하지 못하게 되어 사람으로 표기하자고 주장했는데 제 주장을 받아 주지 않아 국민으로 최종적으로 표기를 하였는데 저는 이러한 국회 헌법개정특위 자문위원회 안이 잘못되지 않았나하고 생각하고 있습니다. 하여튼 그 표현이 “모든 사람은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”라고 규정했어야 될 것을 ‘모든 국민’으로 한 것은 조금 아쉽습니다. 제가 참여한 국회 헌법개정특위 자문위원회 안에서도 완전한 합의가 이루어진 것은 아니고 다른 자문위원들과 자꾸 다투기 싫어서 한 번 주장하였다가 조금 자제한 것입니다. 다른 자문위원들과 끝까지 다투면 국민, 팔호하고 사람, 국민(사람) 이렇게 되었을 텐데 이렇게 하면 또 혼동될까 봐 자제한 표현이었는데, 하여튼 이대근 연구관님 등의 지적처럼 국민이라는 표현은 제약되고 조금 불리할 수는 있는 것은 맞습니다. 그러나 해석상 분류할 수 있는 것은 최대한 반영하도록 노력하자는 그런 취지에서 했던 것이고요. 조금 전에 말씀드렸던 인간다운 생활을 할 권리에서 국민이라는 표현은 좀 한계가 있다고 보아 제가 모든 인간의 인간다운 생활로 수정하자고 제안했더니 위원장님, 제가 발표문의 제일 앞 페이지에 소개한 신필균 위원장님이 “고 교수님은 굉장히 인도주의, 사랑애가 넘치는군요.” 이렇게 말씀을 하셨는데, 저는 인간다운 생활을 할 권리부분에서, 외국인이든 내국인이든 사람이 인간다운 생활을 할 권리의 주체가 되어야 한다고 생각합니다. 현행 헌법 제10조를 받아서 바로 현행 헌법 제34조에서 인간다운 생활을 권리를 구체화할 수 있는 것이 아닌가하는 생각을 여전히 갖고 있습니다. 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 안의 다수안에 국민으로 표현되어 있는 것은 여전히 한계가 있다고 생각을 합니다.

그리고 조금 전에 이영규 연구관님께서 제50조 제2항에서 모든이라는 말이 들어 있는데 제1항에서는 국민의 자유와 권리가 남아 있어 국민이 아닌 다른 사람들의 자유와 권리는 보호받지 못할 수 있다는 그런 뜻이요?

토 론 자(이영규): 예, 제50조 제1항은 국민의 자유와 권리가 그대로 남아있는데, 제2항 부분은 이제 모든으로 바꾸셨잖습니까. 그래서 그렇게 보면 제1항 부분은 특히 국민을 유지한 걸로 이제 해석이 되기 때문에 국민이 아닌 다른 사람들의 자유와 권리는 제1항의 보호를 못 받는 것으로 해석될 우려가 있을 것 같아서.

발 표 자(고문현): 아, 예. 그것도 저희 국회 헌법개정특별위원회 자문위원들이 이렇게 섬세하게 검토는 못 했는데요. 사실 이것이 기본적으로는 현행 헌법하고 그게 똑같잖아요. 여기의 국민의 자유와 권리는 똑같은데, 그 제2항에서 이제 모든 자유와 권리 해서 조금 더 강조하다가 보니까 그런 그 틈새를 저희들이 조금 놓친 것 같은데, 일단은 그 여기에 대해서는 심도 깊게 논의는 하지는 못 했고요. 제 기억으로는 일단은 이 제50조 제1항이 이제 현행 헌법 제37조 제1항인데 이 조항을 그대로 유지하자고 했다는 것을 말씀드리고, 제2항에서 모든 자유와 권리를 규정하는 것하고 이 차이에 대해서 제가 보기로는 그렇게 고민은 깊이 하지는 못한 것 같습니다. 그런데 제37조 제1항에 규정되어 있는 우리 현행 헌법을 토대로 똑같이 헌법개정안 제50조 제1항에서 바뀌었기 때문에 그런 고민은 좀 덜한 것 같습니다. 단순히 저희들이 simple thinking을 하여 그냥 국민을 사람으로 바꿀 수 있는 것은 다 바꾸자고 했는데, 그런데 이제 보니 완전히 면밀하게 검토를 못한 것이 아닌가하는 생각이 듭니다. 제 생각으로는 국민을 포함한 외국인의 기본권 제한의 기준 및 절차를 강화하려는 측면을 강조하려고 했던 것으로 기억됩니다. 이에 대하여 충분한 설명을 못해서 죄송합니다.

회 장(서기석 재판관): 중간에 보면 적어도 제50조의 경우에는 지금 이렇게 개정안이 맞는 것 같은데요. 왜 이런가 하면 제1항의 경우에는 열거하지 아니한 이유로 경시되지 아니한다니까 외국인한테는 열거되지 않은 이유로, 경시되지 아니하는 경우가 있을 수 있으니까 거기에는 국민이라는 말이 들어가야 되고, 밑에는 외국인한테도 기본권을 인정하는 경우가 있으니까 제한을 할 필요가 있을 때는, 있으니까 밑에는 모든 게 들어가는 게 이러면 맞는 것 같은데요.

제가 주제를 사실 이걸로 택한 이유는 지금 그 헌법개정을 함에 있어서 통치권 부분이나 어떤 국가조직에 관한 부분은 일반 정치권이나 또 이해당사자인 각 국가기관에서 상당히 관심을 가지고 이제 뭐 심포지엄도 하고 토론도 하고 있는데, 사실 이게 이제 그 정치권, 일반 국민들 사이에 이 국민의 기본권 부분은 별로 이제 관심이 없어서 다시 이게 좀 충분한 검토가 이루어지지 아니한 채로 헌법이

개정될 우려가 있기 때문에 가능하면 이제 우리 헌법재판소에서는 이 부분에 대해서 관심을 표명하고 좀 주의를 환기하는 게 필요하지 않겠느냐, 그런 취지에서 이 주제를 선택을 했습니다.

그러니까 가능하면 질문을 좀 많이 하시고 해서, 두 분이 어쨌든 제가 알기로는 우리 고문헌 교수님은 지금 국회의 자문위원으로 직접 관여하시고, 또 우리 박진완 교수님도 지금 헌법학회 부회장으로서 헌법학회에서도 또 지금 그 헌법개정안을 마련하고 있는 것으로 알고 있습니다. 그런 하는 도중에서, 과정에서 두 분이 좀 오늘 논의를, 논의사항이라든지 이런 게 좀 반영이 될 수 있도록 그렇게 했으면 좋겠습니다.

발 표 자(고문헌): 조금 전에 우리 서 연구관님이신가요? 그 질문은 헌법실무연구회 서기석 회장님(재판관님)께서 잘 말씀하셨듯이 한국헌법학회 안에 지금 7개 분과로 헌법개정 연구위원회가 만들어져서 그 안에 7개 분과가 있는데, 기본권 분과가 따로 있고요, 그 부위원장님이 여기에 계신 박진완 교수님입니다. 그래서 아마 제가 미처 답변을 못한 것을 많이 보완해 주시고 좋은 대답을 하실 것 같습니다.

일단 조금 전에 서기석 회장님이 말씀하셨듯이 저희들 한국헌법학회 헌법개정안은 확정이 아직 안 됐고 지금도 elaborate하고 있는 중이어서 오늘 질문도 저희들이 마지막 fine tuning 하는 데에 큰 도움이 되지 않을까 생각합니다.

서 연구관님의 질문은 너무 어렵습니다. 그런데 상당히 뿌듯하기도 합니다. 우리가 주로 이제 얘기하는 건 이런 거죠. “검사의 신청에 의해서”라는 문구를 넣을 것인가 뺄 것인가에 저희 한국헌법학회 헌법개정연구위원들이 포커스를 맞추고 있습니다. 신체의 자유는 형사절차, 특히 형사소송법과 많이 관련되어 있어서 헌법 교수들은 이렇게 깊이가 있게는, 디테일하게는 자세히 잘 모릅니다, 그리고 저는 전공이 환경권이어서 더 모르는 편입니다. 그렇지만 박진완 교수님은 한국헌법학회 헌법개정연구위원회 기본권분과위원회 부위원장이시기 때문에 아마 깊이가 논의를 하신 것을 말씀하실 수 있을 것 같으니 한 번 말씀해주시면 좋겠습니다.

발 표 자(박진완): 하나의 예가 안전권을, 국민의 재난에 관한 부분, 그 뒤로 가자고 하는데 이걸 어떤 교수님이 뭐 인간의 존엄 다음에 넣자고, 그건 말이 안 된다고 또 다른 교수님 몇 분이 그랬지만 이제 자기 의견이다 그렇게 하니까 제가 특별하게 역할을 하고 그런 건 아니고 연배상 맡고 있는데, 그래서 아까 질문에

관해 이제 고문헌 교수님이 제가 맡고 있으니까 또 도와드리고, 그런 역할은 이렇게 하고 있습니다만.

그래서 아까 질문하고 관련된 부분에서 이제 아까 뭐 외국인의 권리와 뭐 국민의 권리, 이것 이제 구분하는 그게 어떤 실익이 있고 어떤 그게 있느냐, 이것은 뭐 보통 독일 교과서는, 독일 사람들이 엄격하게 뭐 독일인의 권리와 모든 인간의 권리라 하는데, 그래서 기본권 주체 문제는 헌법소원의 청구 관련이죠, 기본권을 침해받은 자가 이제 할 수 있기 때문에. 그래서 국민의 권리는 그 독일 사람만, 우리나라는 우리나라 국민만 그 조문을 침해로 헌법소원을 청구할 수 있고, 그렇다면 외국인은 예를 들면 뭐 독일의 경우에는, 옛날에 제가 읽은 판례에서는 독일인의 권리로 하여튼, 그걸 이제 외국인은 자기들이 집회를 했는데, 어디 만하임인가 어디에서 집회를 했는데 헌법소원을 청구하는데 그게 이제 독일인의 권리라 할 수 없느냐. 결국에는 하여튼 우리 헌법 제10조에 보면 행복추구권이라는 게 있지 않습니까? 그거는 원용할 수 있다 그래서 우리 헌법재판소도 아마 고용허가제에 관한 결정에서 보면 외국인이 고용계약을 체결하는 뭐 외국인을 어떻게 보면 직업의 자유의 주체성, 이런 부분에서 외국인이 직업의 자유의 주체가 될 수 있느냐, 뭐 이런 부분에서 그게 안 된다면 계약체결의 자유 뭐 이런 부분에서는 경우에 따라서는 계약체결의 자유는 이제 근로계약, 고용계약 이런 것은 일반적 행동의 자유, 이런 것을 원용할 수 있기 때문에 제가 볼 때는 이제 좀 우회적으로 인정할 수 있는 여지는 남아있는데, 그렇다고 해서 이제 이게 국민의 권리와 외국인의 권리를 이것 좀 구분하는 게 조금은 좀 필요한 거고, 지금 문제는 이제 우리 헌법의 경우에는 모든 국민이라고 되어 있기 때문에 그걸 좀 바꿀 필요가 있지 않느냐, 그런 의미에서 상당히 좀 의미가 있는 거고. 그래서 이제 뭐 좀 엄격하게 이렇게 하는데, 제가 이제 가장 어려운 게 이 부분이고 그래서 사회적 기본권 같은 경우에는 인간다운 생활할 권리, 이런 부분에서는 외국인에게도 확대가 될 필요가 있는데, 문제는 뭐 사회적 기본권이나 아까 제가 얘기한 환경권도 그렇고 이게 헌법에서 기본권을 보장하고 있지만 법원의 판례는 헌법 외의 법률에서 구체화된 권리로서, 그래서 제가 지난번에 환경권 그거 할 때도 캐나다의 어떤 교수님이 한국에서 환경권을 보장하고 있지만 한국은 이것 이제 헌법적 권리가 아닌 법률에 의해서 구체화되는 권리로서 보장해 왔기 때문에, 그런 부분을 이제 지적하고 있기 때문에, 그래서 일단은 뭐 주체성의 문제하고 이제 제한의 문제도 다루듯이 어쨌든 간에 보장하더라도 또 법률에 의해서 보장되는 사회적 기본권의 경우도 그런 것 같고. 그래서 제가 볼 때에는 뭐 우회의 방법이 있기

때문에 뭐 좀 분리할 수 있는 부분은 좀 분리를 하는 게 좀 타당하지 않겠나, 이렇게 생각이 됩니다. 많은 답변이 됐는지는 모르겠습니다.

그다음에 주거에 대한 영장의 문제, 이 부분과 관련해서는 저도 이걸 뭐 깊게 생각을 안 했는데, 그 영장주의의 가장 목적은 어쨌거나 자유의 박탈에 대해서는 법관만이 결정할 수 있다, 그래서 신체의 자유와 관련해서 반드시 이제, 그 지금 뭐 검사의 신청, 이 부분이 좀 문제가 되지 않습니까? 경찰도 이제 신청단계에서 하고 또 뭐 검사의 역할이라는 건 뭐 좀 수사까지 개입하느냐 뭐 이런 부분에는 질문이 있습니다만, 그래서 자유 박탈의 문제는 법관이 결정할 수 있는데 그 자유박탈의 의미를 신체의 자유, 이런 부분은 이제 주거부분과 확대할 수 있느냐 뭐 이런 부분에서 우리 헌법에서는 이게 지금 영장주의가 어쨌거나 이게 신체의 자유뿐만 아니고 주거에 관한 불가침, 이 부분에서 적용이 되고 있는데, 그래서 주거의 자유는 어떻게 보면 이게 제가 볼 때는 사생활이 영위되는 공간이고 그래서 주거의 불가침, 이것은 사생활의 비밀이 이제, 왜냐면 이게 함부로 남이 들어오면 안 되니까, 주거의 자유의 핵심은 이제 공간적 차단성인데 그게 이제 동의를 받고 들어오냐, 안 되느냐 이런 부분이고, 또 아까 제가 이야기 드렸지만 주거의 자유의 보호 영역을 단속하는 어떤, 집뿐만 아니고 이제 영업장, 사업장까지 확대할 수 있느냐, 이런 부분에서 이제 뭐 유럽인권 부분하고 유럽연합 부분의 판례에 차이가 좀 있는 것 같고, 그래서 이것을 확대하느냐 확대하지 않느냐 이런 좀 논란도 있고 그래서 이런 부분에서 조금 좀 어쨌거나 공간적 차단성은 보장이 되어야겠지만 거기에 영장주의가 적용되느냐, 안 되느냐 이런 부분에서는 저도 조금은 뭐 거기에 따라서 좀 영장을 적용하면 좀 엄격하게 보호할 수 있지만, 그렇지만 주거에 대한 또 뭐 감청이나 뭐니까, 이게 뭐, 감청이라고 하죠. 도청, 그거는 또 별개의 문제로 통신의 비밀로 보장이 되지만 어떤 같은 장에서 이제 주거에 대한 뭐 감청, 경우에 따라서 뭐 이렇게 하시는 부분에서 이제 이런 부분에서 할 수가 있는 문제이기 때문에, 영장주의하고 저도 좀 분리하는 부분도 뭐 그런 부분에서도 저도 이제 어쨌거나 이론상으로 어쨌거나 자유, 박탈이 신체의 자유에 한정이 되느냐, 이제 법관이 결정할 수 있는 부분이 일단은 뭐 저는 그 부분에서 한번 고민을 해보고, 그래서 사생활의 부분하고 신체의 자유, 이게 좀 보호, 법익입니까? 이게 보호 영역이 좀 다른 부분이기 때문에 다른 판단도 할 수 있지 않나, 뭐 이렇게 생각이 됩니다.

예, 이상입니다.

사 회 재(김정원 수석부장연구관): 그 질문은 압수수색을 염두에 두고 하신 질문이지요?

토 론 자(서세인): 예.

사 회 자: 이거는 우리 모두 함께 연구해보도록 합시다.
그러면 아까 질문을 계속 이어서 하겠습니다. 우리 성왕 부장님.

토 론 자(성왕 헌법연구관): 예, 헌법재판소 성왕 연구관입니다.

오늘 두 분 교수님께서 짧은 시간 동안 개헌안과 관련해서 굉장히 집약적인 정보를 주신 것 같아서 굉장히 감사드립니다. 개헌과 관련해서 사회적으로 뭐 가장 큰 관심이 있는 부분은 통치구조인 것 같기도 한데, 사실 헌법재판소에서 근무하는 입장에서는 아무래도 재판규범으로서, 통제규범으로서 큰 의미를 가지는 부분은 기본권에 관한 부분이기 때문에 굉장히 좀, 오늘 아주 흥미로운 주제였는데요.

그런데 오늘, 지금 이 자문위원회에서 만들어진 개헌안을 보니까 연구관 입장에서는 사실 겁이 덜컥 날 정도로, 제가 국회의원이라고 하더라도 하라는 것도 너무 많고 하지 말라는 것도 너무 많아서 좀 싫어할 것 같은 안이다라는 생각이 들 정도로 상당히 좀 광범위하게 기본권 부분에 대해서 새로운 요구나 이런 것들을 많이 반영을 하고 있는 것 같습니다.

그런데 이게 사실 기본권이라고 하는 것이, 우리가 이제 헌법개정이 사실 1987년에 되고 지금 되기까지 쉽게 헌법개정이 되는 것이 아닌데, 사실 어떤 합의 되지 않은 부분이라든가 이런 것들이 이렇게 헌법안에 담기게 되면 뭐, 여기 자문 위원회안에 나와 있는 뭐 전문 부분의 “미래세대의 자유와 안전, 행복” 뭐 이런 부분들도 나와 있었지만 사실 미래세대가 결정할 수 있는 부분이 굉장히 줄어들게 되고, 미래세대가 굉장히 큰 부담으로 작용할 수 있는 부분도 있을 것 같습니다.

그래서 기본권과 관련해서 특히 국가의 작용을 요구하는 그러한 종류의 기본권과 관련해서는 조금 더 주의 깊게 이런 기본권 보장 규정들이 도입이 되고, 또 합의, 그런 기본권 보장 규정들의 도입과 관련해서도 좀 더 넓은 범위의 합의나 논의가 이루어져야 하는 것이 아닌가 하는 생각이 드는데요. 그런데 지금 이 자문위원회안에서는 좀 굉장히 포괄적으로 정말 온갖 각계의 요구가 다 담겨있는 듯한 그런 인상을 받았습니다.

그래서 제가 두 분 교수님께 드리고 싶은 질문은 이 자문위원회안 가운데 실제

현실적으로 이제 개헌이 된다고 한다면 어느 정도 범위에서 수용이 될 수 있을 것인가 하는 부분이 사실 실무를 하는 입장에서 좀, 이렇게 관심이 가는 부분이고, 그리고 두 분 교수님께서 생각하시는 지금 이 넓은 범위의 자문위원회안 가운데 꼭 개헌안에 담겨야 한다, 반영되어야 한다고 생각하시는 부분이 있다면 어떤 부분인지 좀 의견을 듣고 싶습니다.

사 회 자: 질문 몇 분 더 해주시면 같이 일괄해서 답변을 듣도록 하겠습니다.

토 론 자(이재희 헌법재판연구원 책임연구원): 안녕하세요, 저는 헌법재판연구원에서 온 이재희라고 합니다. 오늘 두 분 교수님께서 발제해주셔서 많이 배웠습니다. 이제 공부를 시작한 지 많이 안 된 입장에서 거칠게 궁금한 것을 여쭙어본다면, 사실 저희 같은 경우에는 헌법이 개정이 된다고 하면 그 헌법을 읽어내고, 구체화시켜야 되는 입장이지요. 그러다 보니까 헌법을, 저희가 읽어야 될 헌법을 만드시는 입장에서 어떤 원칙을 가지고 만드셨는지 그런 큰 그림이 좀 궁금하기도 합니다. 왜냐하면 구체화하다가 이제 개별규정이 없거나 행간을 읽어야 될 경우에 그런 원칙들이 있었음을 미리 알게 된다면 저희가 행간을 읽고, 구체화하는데 도움이 될 것 같기 때문입니다.

그래서 예를 들면 최신 헌법 트렌드는 사실 최대한 자세하게 구체화하고, 또 문제 되는 지점들에 대해서 해결하는 방향을 제시하는 쪽으로 가고 있고, 그런데 반면에 굉장히 오래된 헌법들은 일반, 추상적으로 더 많이 규정을 하고, 그다음에 그걸 해석이나 관행이나 헌법 전통으로 해결하고자 하는 입장을 취하고 있는데, 일단 제가 보기에는 개정안은 최신 헌법 트렌드를 더 반영하려고 하시는 것 같은데, 그런 경우에는 아까 연구관님들이 질문하셨던 것처럼 오히려 너무 구체화되어 있어서 생각지 못 했던 부분을 포함시키는데 어려움이 생기지는 않는지, 그런 부분은 고려하시고 계신지 궁금하고요.

그리고 또 하나는 비교헌법적으로뿐만 아니라 우리 헌법사적으로 봤을 때도 지금 9차 개정까지 있었고, 그러다 보니까 많은 헌법 내용들이 있었는데 굉장히 다른 방향성을 갖는 헌법들도 있었거든요. 그런데 그런 지난 개정사에서 특별히 염두하셨던 헌법이나 복원화된다는 규정이나 이런 것도 혹시 염두를 하셨던 건지 아니면 그런 헌법사적인 측면은 조금 더 도외시하시고, 그것보다는 좀 미래지향적인 방향으로 설계를 하려고 하셨던 건지 그런 부분이 궁금합니다.

그리고 헌법 실무 관련해서 사실 실무, 재판에서 논란이 되고 해석으로 그

간극을 메우려고 했지만 어려웠던 지점들을 세세하게 고려를 하셔서 개헌안을 마련을 하신 건지, 그러면 이 개헌안으로 인해서 종래에 이런 식으로 해석이 되고 재판이 되었던 부분이 어떻게 달라질 수 있는지 이런 것들이 좀 고려가 되셨는지, 그리고 체계적인 부분을 같이 고려하셨는지도 궁금합니다.

예컨대 장애인의 권리 같은 경우에 장애인의 권리를 따로 떼어서 두고 계산에 한편으로는 평등, 차별금지 부분에도 따로 또 규정을 하고 계시거든요. 그래서 이것을 하나로 묶는 것이 나오지 아니면 이렇게 뭐 자유, 평등 그다음에 사회 영역에서 또는 정당한 편의제공, 이런 것들을 개별적으로 직접 헌법에 규정하고자 하는 입장을 취하셨는지, 또 이런 중복적인 규정을 두고 있다면 그로 인해서 어떤 특별한 효과를 염두하셨는지 그런 것들이 궁금합니다.

토 론 자(김형남 교수): 저는 뭐 질문이라기보다는 같은 식구들, 그 한국헌법학회 헌법개정연구위원회에서 사법제도분과 위원으로 활동하고 있는 김형남 교수라고 합니다.

그런데 이제 우리 헌법재판소 측에서는 제 평생에 제가 가장 아끼는 모임이 바로 헌법실무연구회입니다. 그런데 이렇게 험레벌떡 뛰어온 이유는 헌법재판소에서 왜 소프트웨어만 부르시고 가장 관련이 있는 사법제도분과위원을 왜 안 부르셨는지. 또 제가 우리 사법제도분과위원회에서 우리 헌법재판소를 얼마나 방어를 했는지 우리 14명의 위원들 중에 저처럼 헌법재판소를, 뭐 헌법재판소하고 무슨 관계가 있느냐는 질문까지 들었습니다.

왜냐하면 헌법개정안 중에 편장 있지 않습니까? 챗터가. 그러니까 편장을 이제는 대법원과 헌법재판소를 같은 지붕 속에 넣었습니다. 개정안에. 근데 순서를 저는 제1절이 헌법재판소, 2절이 대법원 이렇게 해서 사법부 편제로 그렇게 하자고 강력하게 주장했고요. 그다음에 재판관님들과 관계되는 헌법재판소 재판관님의 임기도 지금 현재 임기에서 9년으로, 9년 단임으로 또 강력하게 주장을 했고요. 그다음에 헌법재판소 재판관님들의 숫자도 15인으로 하자, 16인으로 하자 뭐 심지어는 24인으로 하자 이런 논의까지 있었는데, 저는 미국 연방대법원의 nine justice를 해서 9인 재판관으로 그대로 지금도 개정안에 고수되는데 제가 나름대로 땀을 많이 흘렸습니다.

그래서 지금도 이렇게 험레벌떡 뛰어왔는데, 앞으로 뭐 기회를 또 주시면 사법제도 분과위원회에서도 와서 정말 직접 헌법재판소하고 관련되는 그런 발표를 해야 되지 않는가, 그런 생각이 듭니다.

이상, 발표 마치겠습니다.

사 회 자: 교수님, 감사합니다. 다음 기회에 반드시 저희가 모실 수 있도록 조치를 취하겠습니다.

발 표 자(고문현): 여기 계신 분들은 아마 이론과 실무를 다 겸했다고 저는 굳게 믿고 하는데, 역시 아주 예리한 질문이 계속 나오고 있는데요.

우리 성 연구관님께서 사실 제가 관여하면서 너무 많이 뜯어고쳐서 저도 겁이 나긴 했는데, 아마 나중에 위헌법률심판 또는 헌법소원 등 여러 가지 사건이 접수가 되면 아마 제일 현장에서 제일 힘드실 분 같은데요.

그래서 말씀하신 것처럼 국회개헌 특위 자문위원회 헌법개정안 중 어느 정도 수용이 될 것인가, 꼭 반영돼야 될 것은 무엇인가는 매우 중요한 것입니다. 그런데 사실은 꼭 필요한 것은 제가 국회개헌 특위 자문위원회 헌법개정작업에서 주장했던 행복추구권이라도 삭제했으면 좋았을 것인데, 그것이 반영이 안 되어가지고, 그러니까 조금 전에 이재희 박사의 토론하고도 연결되는데 체계성 있는 헌법개정이 아니고 그냥 막 투쟁을 하면 그러면 또 거부할 수 없는, 그래서 사실 이게 진정한 개헌작업에 방해가 됩니다. 제가 조금 전에 말씀드릴 때 한수용 교수님이 국회개헌특위 자문위원회에서 탈퇴하신 것이 도대체 소수의견이라도 이성적·논리적 설득을 통하여 다수가 될 수 있어야 되는데 그냥 머리수로만 계산하다 보니까 자기의 주장이 아무리 논리정연하더라도 받아들이지 않습니다. 그래서 혼자나 소수가 주장하다가 대화가 안 되면 나중에 철회하거나 하면 소수로 전략하는데, 그 주장을 끝까지 주장하면 소수의견이 있음, 안 그러면 다 합의가 된 것으로, 이렇게 회의를 진행했었습니다. 그랬기 때문에 논리적 체계성을 가지고 접근을 했었어야 되는데 제가 말씀드렸던 위원장을 맡으신 분도 시민단체 출신이고, 그런데 시민단체 출신들이 주장이 강합니다. 그래서 그분들과 학자들은 - 저는 학자라고 하기는 그렇지만 - 치열하게 논쟁하기를 싫어하니까 조금 더 논리적 체계성과 정합성 있는 헌법개정안을 마련하지 못한 것에 대해서 사죄를 드립니다.

하여튼 꼭 반영되어야 될 것이 여러 가지 있는데, 저는 이번 개정안의 전문에 최소한 지속가능발전이라도 넣으면 좋지 않을까, 지금 우리 현대사회의 제일 중요한 것 중 하나가 지속가능한 발전, 영어로 Sustainable Development인데 지속가능한 발전에는 17개의 목표(Goal)가 있는데 그 안에 전쟁도 있고 난민도 있고

물 보호도 있고 여러 가지가 있거든요. 지속가능한 발전이 헌법에 들어감으로써 이것을 구체화하는 하위 법률이 나올 수 있는 아주 중요한 잠재성 있는 아젠다(Agenda)이기 때문에 이것이라도 하나 꼭 들어가면 매우 좋겠습니다.

더 나아가서 제가 더 바라는 것은 여기에 지금 김형남 교수님도 와 계셔서 좋은 말씀을 하셨는데, 기본권은 개정 안 해도 돼요. 아시듯이 정치권이 지금 정부 형태 가지고 싸우고 있는데 이번에는 현행 헌법개정 절차만이라도 아시듯이 그 경직성, 경성헌법의 대표적인 국회의결 정족수인 재적 3분의 2 이상을 완화해서 재적 5분의 3 정도로 개정하는 것이 필요합니다. 재적 3분의 2 하니까 야당이 강하게 반대하면 할 수가 없는, 그래서 5분의 3은 60% 정도가 찬성하면 할 수 있게 해야지, 지금은 67%가, 거의 70%가 찬성한다는 것은 상당히 어렵다고 봅니다. 이렇게 해서는 30년이 아니라 100년이 가도, 이렇게 옷을, 100몇 년 된 옷을 후손들이 입어야 되는 이런 것을 막기 위해서라도 이번 개헌 중에 꼭 해야 되는 것을 하나만 들면 헌법개정 절차를 경성에서 연성으로 바꾸어서 국회재적 5분의 3으로 절차를 완화시키는 것이 꼭 필요하다. 그러면 문재인 정부 다음 정부에서, 아니 당장 내년에도 개정할 수 있게 되고 다음 대통령이 할 수 있는, 아니면 국회에서도 할 수 있는 그런 것이 아닌가하는 말씀을 드립니다.

그다음에 미래지향적 설계, 큰 틀에서는 미래지향 속에 지속가능한 발전도 넣고, 또 노인도 넣고 아동도 넣고 한 것은 큰 틀에서 미래를 본 것이 아닌가. 그러나 말씀하셨듯이 너무 자세히 규정하다 보니까 이제 이런 문제가 있어요. 이게 법률에 규정하여야 할 것을 헌법을 개정하는 것은 문제가 있어요. 그래서 헌법사항인지 법률사항인지 조금 애매한 것이 많았다는 것은 저도 자인하는데요. 그만큼 이번 헌법개정안에 담으려고 하는 의지가 강했다, 이렇게 이해하면 좋겠습니다. 조금 자세한 규정은 헌법에 넣지 말고 헌법에는 기본적으로 중요한 문구만 넣고 나머지는 법률로 정한다든가 이렇게 했었으면 조금 더 슬림화되지 않았을까, 좀 더 체계적으로 되지 않았을까 그런 아쉬움이 남습니다.

감사합니다.

발 표 자(박진완): 예, 뭐 헌법개정이 어떻게 보면 학자의 민주적 의견에 의해서 결정될, 특히 기본권 문제가 저는 그게 좀 학계에서 일하면서 보면서 이게 뭐, 이게 이제 기본권 보장의 문제는 소수의 인권보장의 문제고, 기본권은 또 어쨌거나 뭐 사람의 권리 보장의 문제인데, 그래서 뭐 아까 제가 이야기 드렸지만 유럽연합의 기본권 헌장을 만들 때 로만 헤어초크라는 헌법재판소장을 하신 분이

이제 소장이 되어서 이제 그래서 하면서, 그다음에 거기에서 보면 주석이라는 게 이제 뭐 카르타, 독일말로 *erläutern*이라고 해서 주석을 굉장히 잘 썼거든요. 그래서 이제 결국 그게 해석의 기준이 된, 물론 그 기본권이 그 이전부터 이제 이미 조약이나 이런 걸 통해서 다 보장이 된, 그런 내용들에서 축적이 되어 있는 걸 그냥 다시 한 번 확인하고 성문화한 것. 그러니까 그전에는 이제 뭐냐면 유럽 차원에서의 기본권 보호가 너무 이제 법관에 의해서 유럽법의 일반적 원칙 뭐 이런 식으로 통해서 이제 기본권을 보장하니까 이게 사실 좀 - 좀 뭉니까 이게 - 안정성이 떨어지니까 이제 해석에 의해서 말기는 것보다 해석적으로 확인된 것 이런 걸 이제 저는 개인적으로 볼 때는 이제 좀 이렇게, 그래도 이제 검증되고 확인된 부분들은 우리 현재의 결정에서도 헌법재판소가 여러 가지 해석을 통해서 확인된 그런 기본권들은 좀 더 조문화하고 좀 명확하게 하면 좀 좋지 않겠나, 이런 생각이 드는데요. 그래서 뭐, 뭐 그런데 이제 그래서 지금 헌법에 규정된 것 중에 뭐 특별하게 나갈 건 없다고 생각하고, 일반적으로 볼 때 이제 현재 판례에서 많이 이야기된 게 제29조 제2항 이것은 뭐 헌법위반을 결정하려고 해도 헌법에 규정되어 있기 때문에 도저히 할 수가 없다. 그다음에 이제 우리 헌법 제8조 제3항에 보면 정당에 대한 국고보조금 지원, 뭐 이런 부분이고 그래서 정당에 관해서는 이게 좀 필요하지 않겠나. 저도 작년에 또 뭐 김선택 교수님 그 아데나재단 학회 할 때 제가 그 토론 맡으면서 위헌정당 해산과 관련해서 이제 작년에 독일 기본법 제21조 조문이 위헌정당 해산과 관련해서 이제, 그 50년대까지는 이제 어쨌거나 두 개의 뭐 사회주의제국당하고 독일공산당은 위헌결정을 했지만, 그 이후에 뭐 클뢰퍼 교수님이 이제 제가 그때 토론하러 가면서 쓴 논문이니까, 거기에서는 독일은 이제 헌법 위반을 하기만 하고 이제 해산을 하지 않는 뭐 이런 식으로 이제 그렇게 나갔고, 그게 이제 헌법 조문에서는 정당의 헌법위반성을 확인하고 그다음에 이제 재정적 지원을 중단하는 뭐 이런 식으로 가는 게 또 상당히 효율점이 있다, 이런 분이셨기 때문에 그래서 이제 우리 헌법의 경우에서 이제 문제가 되는 제8조 제4항과 관련해서 이게 이제 위헌정당 해산제도가 이제 미국 같은 나라에서 또 미국 교수 물어보니까 괜히 뭐 굽어서 부스럼 만들 필요는 없다, 이렇게 하지만 또 한국적 현실은 또 남한과 북한이 또 이런 대치되는 상황에서 이제 이런 부분하고. 그 다음에 이제 정당에 대해서 너무나 이렇게 우리 현재 판례 중에 보면 정당의 가입연령과 관련해서 뭐 독일 같은 경우는, 헌법재판에 관해서 좀 몇 가지 자료를 보니까 각 정당에 이렇게 뭐 14세, 16세 이런 식으로 좀 말기는 것은 정당개혁이나 그다음에 기타 뭐 이런 직업공무원제에 대한 부분에 대해서 우리

헌법 바꾸는 게 되는데, 공무원의 정치적 중립성 이런 부분의 해석과 관련해서 저는 약간 좀 발전적인 지금 견해를 좀 생각을 하고 있기 때문에 그런 부분에 대한 이제 좀 논의나 진지한 부분이 좀 헌법개정 논의에서 좀 있었으면 좋지 않겠나, 제 개인적으로는 이렇게 생각하고. 특히 정당 조항과 관련해서 이제 정당의 기본권 이런 부분에서 좀, 사실 좀 논의라도 좀 이렇게 좀 있었으면 좋지 않겠나, 이렇게 생각이 됩니다.

발 표 자(고문헌): 우리 기본권 분과는 고집이 좀 덜 센 분들이 많았는데요. 그래서 이렇게 양보도 하고 했는데 정부형태 분과는 위원들끼리 싸우다가 정부형태 분과의 정부형태가 합의가 안되었습니다. 이번 국회 안에서도 검토 회의에서 대통령 중심제 이원정부제 등으로 싸우다가, 이원정부제도 이게 좀 달라요, 생각이. 각 분과 위원끼리 다른 분과에 크로스 참여할 수 있어서 제가 정부형태 분과 마지막 회의에 참석했었습니다. 제가 정부형태분과의 마지막 회의에 참여했는데 그때 정부분과의 간사님이 사퇴했어요. 우리가 흔히 말하는 다수결의 원리, 이성적 토론이 전제된 진정한 토론이 되어야 되는데 하여간 목소리를 높이면서 샅대질하고, 지금 생각해 보면 매우 안타까운 국회에서의 개헌 논의가 있었다, 그래서 합의하기가 상당히 쉽지 않고, 자기주장만하다 보면 분과가 파산할 수 있습니다. *we are in the same boat*하고 있다고 생각해야 되는데 잘못하면 배가 난파당할 수 있습니다. 이에 비하여 기본권 분과는 비교적 회의운영이 잘 되었다고 봅니다. 기본권 분과도 위원들이 강하게 자기의 주장을 계속 주장했으면 그런 꼴이 났을 텐데 상당히 자제해가지고 그런 것이고요. 정부형태분과는 개성이 강한 분들이 모여 하다가 결국 난파돼 가지고 간사가 사퇴하는 이런 초유의 사태가 발생하여 그 간사의 이름이 개헌특위 전체자문위원명단에서 빠졌어요, 국회개헌특위 자문위원회 전체 회의에서 사퇴한다고 발언하고는 회의장에서 퇴장해 버렸습니다. 제가 개헌특위 자문위 전체회의 할 때 발언권을 얻어 절대로 사퇴하지 말라고 간곡하게 호소하고 했는데도 제 말을 안 듣고 사퇴하겠다는 발언을 하고 퇴장해 버렸어요, 그분이 다시 또 이번에 대통령 산하의 정책기획위원회에 다시 들어갔는데요, 하여튼 그 정도로 허심탄회하게 마음을 열고 한 토론이 아니고 자기 주장만 내세워서, 매우 안타까운 사건이 있었다는 것을 밝혀 둡니다. 전체를 생각해서라도 역지사지하는 자세가 필요하지 않았나 그런 안타까움을 말씀드립니다. 감사합니다.

사 회 자: 오늘 이 자리가 아니면 저희가 도저히 들을 수 없는 발표와 또 질문의 시간인 것 같습니다. 모든 분들께 감사드리고요. 이제 실무연구회 회장님이신 서기석 재판관님의 말씀을 듣고, 자리를 정리하도록 하겠습니다.

회 장: 제가 오랜만에 헌법실무연구회에 참석을 했습니다. 제가 옛날 여기 헌법재판소의 연구부장을 할 때는 매번 참석을 하고, 제가 사실 그때 여러 가지 역할도 하고 했었는데요. 제가 11년 2개월 만에 다시 재판관으로 와서 그동안에 1번 참석하고, 이번에 이제 참석하게 되었습니다. 저는 가능하면 우리 헌법실무연구회가 외부의 교수님이라든지 아니면 또 대학원생이라든지 이런 분들이, 옛날 제가 연구부장을 할 때에는 그런 분들이 많이 참석을 하셨어요. 그래서 그런 방향으로 해서 좀 학계하고 교류를 하는 방향으로 운영을 해야 되는 것 아니냐, 그런 생각도 했었는데요. 어쨌든 앞으로 더 발전적인 방향으로 한번 여러분들하고 중지를 한번 모아보도록 하겠습니다. 어쨌든 우리 헌법실무연구회가 앞으로 좀 더 활성화되고, 할 수 있도록 여러분도 많이 협조해주십시오.

정치와 사법(司法) – 이론적 고찰

이 명 응*

“현실을 안다는 것은 서로 양립할 수 없는 관점들을 인정하는 것을 뜻한다.”
Knowing reality means accepting the truth of mutually incompatible viewpoints.

- Paul Dirac(1902-1984)

목 차

- | | |
|--|----------------------------|
| 1. ‘정치의 사법화(司法化)’ 현상 | 나. 비판적 검토 |
| 2. ‘정치’의 본래 의미와 사법(司法) | 6. 정치와 관련하여, 사법심사의 바람직한 방향 |
| 3. 사법의 ‘독자성’ 발전-영국의 예 | 가. ‘사법의 중립성’의 강조 |
| 4. 사법심사(judicial review)로 인한 ‘사법의 정치화’ 문제 | 나. 세분화되고 일관된 심사기준의 필요성 |
| 5. 정치학자들의 분석: 사법심사에서 재판관의 정치적·개인적 경향성(‘judicial politics’) - 미국의 예 | 다. 재판관 임명방식의 개선 |
| 가. 요지 | 7. 결론 |

1. ‘정치의 사법화’ 현상

오늘날 “정치의 사법화(司法化)”(the judicialization of politics)라는 표현이 빈번히 등장하며, 이는 법관들이 종전에 입법부나 행정부에서 행해졌던 공공정책

* 변호사, 경희대 후마니타스칼리지 겸임교수

(public policy)을 스스로 만들어내는 현상이라고 정의된다.¹⁾ 이러한 개념은 원래 ‘사법이 정치와 분리(독립)된 영역’이라는 전제를 담고 있다. 즉 사법은 정치적으로 중립적이어야 하며, 법관의 정치적 이데올로기나 개인적인 정치적 선호에 좌우되지 않고, 특별한 적법절차와 ‘헌법과 법률과 직업적 양심’에 따라 재판이 이루어지고, 이들이 정치와 구분되는 사법의 본질적 요소라고 보는 것이다.

많은 정치학자들은 행태적 모델(the attitudinal model)에 따른 분석에서 정치적으로 민감한 많은 사건에서 판사들이 실은 자신의 이데올로기적 관점이나 정치적 관점에서 판결을 하였다고 평가하고 있다.²⁾ 심지어는 연방항소법원 판사인 Richard Posner는, 헌법재판을 주로 하는 미국 연방대법원을 하나의 “정치적 법원”(political court)이라고 말한다:

“법원은 통상, 자유로운 입법부와는 달리, 헌법규정이나 법률규정과 같은 권위 있는 규범텍스트에 종속되어 있다. 그러나 연방대법원은 헌법 사건들을 결정함에 있어서 입법부와 마찬가지로 자유로운 재량권한을 지니고 행사하므로 이 점에서 이는 정치적이다……열린 공간에 놓여 있는 헌법 사건들은, 헌법이 정치에 관한 것이고, 열린 공간에서는 전문적인 법규범의 근거로 평가될 수 없기 때문에, ‘정치적’이다. 그 사건들은 오직 정치적 판단에 근거하여 결정될 수 있으며, 그러한 정치적 판단은 법규범을 기준으로 하여 옳고 그름이 평가되어질 수 없다.”³⁾

그런데 사법과 관련하여 ‘정치적’이라고 말할 때, ‘정치’란 무엇인가? ‘정치’는 ‘사법’과 무관한 것인가? 라는 질문이 제기된다. ‘사법’이 비교적 명확하게 정의되고 있는 반면, 무엇인 ‘정치’인지에 대해서는 정의를 찾아보기 어려운 경우가 많다. 위에서 본 정치학자들의 연구나 Posner의 경우도 마찬가지이다.

1) C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*, in *The Global Expansion of Judicial Power 2* (Tate & Vallinder eds., 1995). 혹은 ‘정치의 사법화’를 “본질적 도덕적 문제, 공공정책 문제, 기타 정치적 쟁점문제들을 처리하는 데 사법적 수단에 점점 더 의존하는 상태”라고 정의한바 있다. Ran Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, 11 *Annu. Rev. Polit. Sci.* 93, 94 (2008. 11.).

2) 예를 들어, Jefferey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, 86-103 (2002). 연방대법원은 사안을 재판관들의 이데올로기적 태도와 가치에 따라 결정한다고 본다.

3) Richard A. Posner, *The Supreme Court 2004 Term-Forward: A Political Court*, 119 *Harvard. L. Rev.* 40 (2005).

2. ‘정치’의 본래 의미와 사범

‘정치(政治)’의 고전적 의미는 ‘나라를 다스리는 것’인데, 이는 군주제 시대의 개념이라고 할 수 있다. 오늘날은 ‘국가의 권력을 획득하고 유지하며 행사하는 활동’이라고 하거나, 더 넓게 ‘대립을 조정하고 상호 간의 이해를 조정하며 질서를 유지하는 작용’ 혹은 ‘부, 권력, 명예 등 사회적 희소가치를 권위적으로 배분하는 과정’이라고 말하기도 한다. 또 ‘사회적·경제적·이데올로기적 대립의 항쟁관계 속에서 상대방을 복종시키고 스스로의 주장을 관철시키는 활동’이라도 본다.

이처럼 정치의 개념은 다양하나, 학문적 정합성을 추구하면서 접근할 때, ‘정치’는 아리스토텔레스의 ‘정치학’에서 정리된 의미로 이해하는 것이 보편적이다.

Aristotle의 저서 ‘Politics’에서 보면, 정치적인 것이란 “공동체, 시민에 관계된 것들, 정부에 관한 것”을 의미한다. 영어 ‘political’은 라틴어의 *politicus*가 어원인데 그 자체가 “시민 혹은 국가에 관한”이란 뜻이다. Aristotle은 말하기를, 인간은 스스로 자립할 수 없는 동물이므로 서로 모여 상부상조하면서 살아가는 ‘정치적 동물’(political animal)의 속성을 갖게 되고, 따라서 정치적 공동체는 필수이며, 가장 큰 정치적 공동체가 국가(state)인바, 국가는 개인들의 결합을 통해 개별 이해관계를 넘어서는 공공선(common good)을 지향하는 것이라고 한다.⁴⁾

“모든 국가는 어떤 종류의 공동체이며, 모든 공동체는 어떤 좋은 것(good)을 위하여 존재한다. 왜냐하면 인간들은 항상 그들이 생각하는 좋은 것을 얻으려고 행동하기 때문이다. 그러나 만일 모든 공동체가 어떤 좋은 것을 추구한다면, 가장 높은 단계로서 다른 모든 공동체를 포섭하는 공동체인 국가 혹은 정치적 공동체는 가장 크고 높은 이익을 추구한다.”⁵⁾

이러한 크고 높은 이익은 정의와 연관되어 있다.

“모든 과학과 예술에 있어서 최종 목적은 선(善: a good)인데, 이는 가장 높은 단계의 선이며 가장 권위적인 선이다 - 최고의 선은 정의(justice)이며, 다른 말로,

4) Aristotle, *POLITICA* (Politics), in *THE BASIC WORKS OF ARISTOTLE* 1127 (Book I, Part I) (Richard McKeon eds., 2001). 전문(全文): <http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.html>.

5) 같은 곳. Aristotle은 국가가 하나의 정치적 공동체로서 어떤 공익(common good)을 가지는지를 여러 도시국가의 사례를 통하여 설명한 뒤, 정의롭고 좋은 공익을 추구하는 도시국가의 이념형을 찾고 있다. 그리하여 그는 정치체를 군주정, 귀족정, 민주정으로 분류하고, 각 체제의 타락된 형태와 이상적 형태를 논하는데, 정의(justice)가 공동체의 근본 목표라고 본다.

공익(common interest)을 의미하며, 이것이 정치학(political science)이다.”⁶⁾

그는 정의에 대하여 계속해서 다음과 같이 말한다.

“정의는 국가 내에서 사람들을 결합시키는 것인데, 왜냐하면 무엇이 정당한가 하는 것을 결정하는 정의의 집행이 정치적 사회에서 질서의 원칙이기 때문이다.”⁷⁾

따라서 Aristotle에 의하면, 법과 법관은 정의를 합리적으로 실현하기 위하여 필요하다고 본다.⁸⁾

이러한 Aristotle의 정치에 관한 의미와 체계에 따르면, 공동체의 정의 유지와 공동선의 실현을 위한 사법작용은 당연히 정치적인 것에 포함되는, 시민들과 국가에 밀접하게 관련된 활동이다. 즉 사법은 입법이나 행정과 마찬가지로 공공선을 실행하기 위한 국가의 활동에 포함되고, 특히 시민의 자유와 권리와 재산에 관한 재판작용을 행하므로, 사법은 Aristotle이 말하는 정치의 한 중요한 영역이라고 볼 수 있다.

Martin Shapiro 역시, 법원의 사회통제 기능, 정책 형성기능, 입법기능, 국가 권위의 정당화 기능 등을 언급하면서, “사법판단 자체가 이미 주류적인 정치적 권한행사(권위)의 불가결한 부분”이라고 말한바 있다.⁹⁾ 한편 독일 연방헌재 재판관을 지낸 Dieter Grimm은 다음과 같이 말한다:

“헌법의 목적은 정치이다. 헌법은 정치권력의 형성과 행사를 규율한다. 권력 담당자는 헌법의 수범자이다.……헌법은 누가 정치적 결정을 하게 될 것인지, 그러한 결정을 기속력 있게 만들기 위해서는 어떤 절차적, 실체적 규칙이 준수되어야 하는지를 정한다.”¹⁰⁾

6) 같은 책, 1192쪽(Book III, Part XII).

7) 같은 책, 1130쪽(Book I, Part II).

8) 같은 책, 1202(Book III, Part XVI).

9) Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* 20(1981).

10) Dieter Grimm, *Constitutions, Constitutional Courts and Constitutional Interpretation at the Interface of Law and Politics*, in *The Law/Politics Distinction in Contemporary Public Law Adjudication*(Bogdan Iancu, ed.)(Eleven International Publishing, 2009) 22-3.

3. 사법의 ‘독자성’ 발전 - 영국의 예

그런데 사법은 역사적으로 서서히 독자적인 법원리와 법체계를 발전시켜왔으며, 오늘날 정치와 ‘구분’(독립)되는 한 분야로 인식되고 있다. 루만(Niklas Luhmann)의 사회체계이론 식으로 말하면, 사법이 독자적인 기준과 방법으로 자기준거적 행동을 하는 커뮤니케이션을 생산하게 됨으로써, 정치라는 ‘환경’과 구분된 독자적인 ‘체계’를 형성하게 된 것이다. 영국의 예를 들어 살펴보자.

역사적으로 볼 때, 사법(司法)은 왕의 재판권을 대신 행하는 것이었고, 초기에는 입법기능과 사법기능이 분리되지 않았으므로(영국의 *curia regis*의 경우), 재판을 하는 관료는 입법도 같이 하기도 하였으나, 점차 재판기능이 전문화, 독립화 하면서 독자적 사법 분야가 형성되게 되었다.¹¹⁾ 앵글로 색슨 족의 왕들에게는 주교, 수도원장 및 왕의 전사(戰士)들로 구성된 현자(賢者)(*witan*) 그룹인 ‘*witenagemot*’가 있었다. 그러나 이들은 원초적인 사법이라기보다는 의회의 선구자라고 할 수 있다. 노르만 정복(Norman Conquest) 후, 이것은 ‘*curia regis*’가 되었는데, 이는 왕의 부하들과 귀족들이 모여 중앙정부의 모든 업무, 즉 입법, 사법, 행정업무를 행하였다.¹²⁾

시간이 지남에 따라 *curia regis*는 특수 기능을 갖춘 별도의 기관으로 진화했다. 의회, 그리고 보통법의 세 개의 법원, 즉 *Exchequer*, *Common Pleas*, and *King’s Bench*이다. 에드워드 1세(1272-1307)하에서 판사는 더 이상 공직자의 계급 출신이 아니었고, 점차 일련의 전문가 집단이 형성되었다. 그런데 재판관은 왕의 전권이고 판사들은 이를 위임받아 행하는 것이었다. 블랙스톤(*Blackstone*)의 *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769)를 보면, “우리의 탁월한 헌법에 따라 법의 유일한 집행 권한은 왕의 인격에 귀속되며, 모든 법원은 왕이 법을 시행하는 수단이며 왕의 권력으로부터 파생된다.”고 기재되어 있다.¹³⁾

그러나 보통법이 점차 복잡해지고 양이 많아지면서, 왕의 권한의 대리자로

11) J. M. Sosin, *Aristocracy of the Long Robe: The Origins of Judicial Review in America*, 1989, 제1장 참조.

12) 같은 책, 9쪽. 이러한 경향은 상원의 사법부(the Appellate Committee of the House of Lords)가 2009년 10월까지 새로운 대법원이 신설될 때까지 지속된 것에서도 볼 수 있다.

13) *Blackstone, Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), Book 3, Chapter 3(Of Courts in General). <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-303.htm#fn3d>.

서 판사의 역할은 변하기 시작하였다. 1607년 에드워드 코크(Edward Coke)은 보통법 법원장이었는데, ‘Prohibition del Roy’ 사건에서,¹⁴⁾ 왕은 직접 판결할 수 없고 소송은 잉글랜드 법과 관습에 따라 법원에서 결정되어야 한다고 선언하였다. 왕은 완전한 사법권을 행사했지만 보통법의 법원을 만들어 이를 포기한 것이기 때문이라는 것이다. 코크는 ‘신이 왕에게 우수한 지적 능력을 주었지만, 영국 백성들의 삶과 재산 그리고 운명에 관한 사안들은 자연적 이성(natural reason)에 따라 결정될 것이 아니라 법의 인공적 이성(artificial reason)과 선례(judgment)에 따라 결정되어야 하고, 오랜 공부와 경험을 통하여서만 보통법의 그러한 이성을 충분히 인식할 수 있다’라고 말했다.

Dr. Bonham’s Case(1610)에서,¹⁵⁾ 에드워드 코크는 의사협회의 헌장과 관련 법령에 대해 검토한 뒤, 의사협회는 벌금을 부과할 수는 있지만 징역이나 금고를 명할 수는 없다고 판단하였다. 그러면서 방론으로 헌장과 관련 법률의 유효성에 대해 판시하였다. “어떤 판사도 누구도 당사자를 위하여 판결을 하면서 동시에 변호사가 될 수 없다. 우리의 책에서 보면, 많은 경우 보통법이 의회의 법률을 통제하고, 때로는, 의회입법이 상식과 이성에 반하거나(against common sense and reason) 배치되거나(repugnant) 실효성이 없을 때는, 의회입법이 무효임을 판단한다.”¹⁶⁾

이러한 코크의 보통법 우위의 취지는, ‘법의 지배’ 원칙의 한 중요한 내용이 되었고, 서구의 법치주의 사상에 큰 영향을 주었으며, 후에 미국에서 의회의 법률을 무효화 할 수 있는 사법심사(judicial review) 권한설정의 모태가 되었다.¹⁷⁾ 코크의 판시를 보면, 중전의 정치로부터 분리된 ‘사법의 독자성’이 상당히 형성되었음을 보여준다.

한편 영국에서 1688년의 명예혁명은 ‘의회주권’을 확립하였으나(따라서 법원은 코크의 판시에도 불구하고 의회입법의 무효성을 판단할 수 없다), 판사는 특

14) Nicolas Fuller라는 변호사가, 성직자 위원회(the High Commission)는 자신의 의뢰인에게 벌금을 부과하거나 형사처벌을 할 권한이 없다고 주장하자, 왕이 동 위원회를 거들어 법원이 그를 처벌하지 않으면, 자신이 직접 그를 소환하여 처벌(재판)하겠다고 발표하였다.

15) 이 사건은 런던의 의사협회가 왕의 헌장과 의회의 입법으로 허락을 받아 무면허 의료행위에 대하여 처벌할 사법권을 행사하자(Bonham은 동 의사협회 가입신청을 하였으나 거부되자 의료행위를 함), Bonham이 보통법 법원에 인신보호영장을 신청한 것이다.

16) Sosin, 위의 책, 56쪽에서 재인용.

17) 이명웅, 미국에서 사법심사의 발전: 1776-1802, 헌법재판연구(헌법재판연구원 발행) 창간호, 2014, 329쪽 이하 참조.

별한 하자가 없는 한('during periods of good behavior') 해임되지 아니한다고 원칙이 입법(1701년의 the Act of Settlement)으로 선언되어, 사법부의 독립성이 강화되었다.

미국에서는, 연방헌법 초안자들이 몽테스큐의 '법의 정신'에서 언급된 바와 같은 '권력에 의한 권력 통제'라는 '권력분립주의' 메커니즘을 받아들였다. 그리하여 입법, 행정, 사법을 엄격히 분리하는 권력분립원칙을 채택하고, 분리된 권력 간에 '견제와 균형'(Checks and Balances)을 도모하였다.¹⁸⁾ 모든 연방판사를 특별한 직무수행상 하자가 없는 한 종신직으로 하고 판사 보수의 감액은 해당 판사의 재직 중에는 금지하였다.¹⁹⁾ 그들은 이러한 사항들로써 사법부의 독립성을 획기적으로 강화하였다.

오늘날 전통적인 정치 개념과 구분되는 사법의 독자성 보장 내지 '사법부의 독립'은 보편적인 중요한 헌법원칙이 되었다.²⁰⁾ 우리 헌법도, 법원과 헌법재판소를 국회와 정부와 독립된 장에 규정하고, 법관과 재판관 임명자격과 임명방식을 별도로 헌법에서 규정하며, 파면사유를 엄격히 제한하고, 재판은 "헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다."라고 선언하고(헌법 제103조), 재판의 심리와 판결의 공개원칙(헌법 제109조)을 규정하고 있다.

4. 사법심사(judicial review)로 인한 '사법의 정치화' 문제

미국에서, 사법부 위상의 강화와 더불어 판례법으로서 사법심사(judicial review)²¹⁾ 내지 헌법재판을 할 수 있는 법원의 권한이 인정되었다. 사법심사 제도는

18) *The Federalists*, No. 51.

19) Article III. - The Judicial Branch, Section 1 - Judicial powers

... The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.

20) 예를 들어, 미국의 연방판사들의 윤리강령(Code of Conduct to United States Judges)은 판사들은 정치적 행위(political activities)에 개입해서는 안 된다고 규정한다(Canon 4, 5). 여기서 정치적 행위란 정치적 기관 혹은 후보자를 위한 연설을 포함하며, 다만 법, 법 시스템 과 정의의 실현에 관련된 사법 외적인 활동(extrajudicial activities)에 관여하는 것은 허용된다. 이 강령은 구체적으로 무엇이 정치적인 것인가를 설명하지 않고 있지만, 정치적인 것은 무언가 사법 외적인 활동이라고 전제하고 있는 것이다.

21) '사법심사'는 위헌법률심판과 아울러 행정처분에 대한 적법성 판단을 포함하는 개념이나, 미국의 경우 위헌법률심판을 주로 의미한다. 이하 이 글도 그런 의미에서 서술하고 있다.

한편으로는 중세의 고차법(高次法: Higher Law; *lex superior*) 사상에 바탕을 두고 있지만,²²⁾ 특별히 영국에서 발달된 보통법의 우위와 그러한 보통법의 생산주체로서 법원이 지니는 권위와 기능에 토대를 둔 것이라 할 수 있다.²³⁾ 사법심사는 대륙법계 국가의 법원들은 명시적 헌법적 근거가 없이는 판례법으로서는 행사하기 어려운 것이었다.²⁴⁾

사법심사 내지 헌법재판은 법원의 사법작용 중에서 본질적으로 구분되는 새로운 특징을 지닌다. 법원이 의회가 제정한 법을 해석·적용하는 것이 아니라, 그 법의 정당성과 효력 자체를 판단한다. 이는 수천 년 된 인류의 사법 역사에서 완전히 새로운 영역이다.

법의 정당성과 효력을 판단하는 재판규범은 헌법이다. 그런데 헌법은 다른 법률과는 달리 추상적 가치규범을 담고 있다. 따라서 사법심사에서는 전형적인 민, 형사 재판에서와 같은 엄밀한 사실관계 인정이나 엄밀하고 체계적인 법리 전개가 이루어지기 어려운 측면이 있다. 미국의 경우를 보면, 사법심사에는 ‘이성과 상식’에 기초한 보통법의 법리 및 선례구속의 원리가 그대로 적용되지 않는다. 고도의 정치적 사안들과 재판규범(헌법)의 추상성, 그리고 드물지 않은 판례변경으로 인하여, 사법심사의 결과는 재판관들의 개인적 성향을 도외시키고는 예측하기가 쉽지 않다.

달리 말하면 사법심사에서는 헌법의 해석이 다양한 스펙트럼으로 전개될 수 있는 만큼 재판관의 재량도 증가한다. 예를 들어, 우리 헌법의 재산권 조항(제23조)도 그것을 사유재산과 사적자치의 보장이라는 헌법적 가치를 중시하느냐, 재산권의 사회적 기속과 공공성이라는 헌법적 가치를 중시하느냐에 따라 재산권 규제입법의 운명이 달라질 수 있다. 전자가 자유주의적인 접근이라면 후자는 사회민주주의적인 접근이라 할 수 있다. 예를 들어, 토지거래허가제에 대한 결정에서(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13) 합헌의견(법정의견)이 후자의 관점이라면 위헌의견(재판관 한병채, 최광률, 김문희)은 전자의 관점이라고 볼 수 있고, 택지소유상한

22) 예를 들어, 토마스 아퀴나스는 ‘자연법은 신(神)적 기원이 있는 고차법(*lex superior*)으로서 다른 모든 규범이 여기에 종속한다.’라고 하였다. M. Cappelletti, 구병삭 등 역, 현대헌법재판론(법문사, 1989), 51쪽에서 인용.

23) 이명웅, 위의 논문, 331쪽 이하 참조.

24) 프랑스혁명 이후 사법부에 대한 불신과, 사법이 엄격하게 제정법 우위의 전통에 귀속되고, 영국 법원에서와 같은 판례법의 권위 내지 선례구속의 원리(*stare decisis*)가 없었던 것에 기인한다고 볼 수 있다. 전계 현대헌법재판론, 75-77쪽 참조.

제에 대한 결정에서(헌재 1999. 4. 29. 94헌바37), 위헌의견(법정의견)이 전자의 관점이라면, 합헌의견(재판관 이영모)은 후자의 관점이라고 볼 수 있다.

헌법해석 방법론에 따라 헌법조문을 전혀 다르게 해석할 수도 있다. 미국의 예를 들면, 헌법해석을 어떻게 하여야 할 것인지에 대하여, 헌법제정시의 원래의 규범내용 내지 헌법제정자의 의사를 존중하여야 한다거나(originalism), 문리적 해석에 충실하여야 한다거나(textualism), 변동하는 사회현상에서 헌법의 취지를 살릴 수 있는 창의적 해석이 필요하다(living constitutionalism)는 등의 관점이 존재한다. 예를 들어, District of Columbia v. Heller²⁵⁾ 사건에서, Scalia 대법관은 권총을 금지하거나 규제하는 D.C.의 법률이 수정헌법 제2조를 위반했는지에 대하여 재판관 5:4의 다수의견을 작성하였다. 수정헌법 제2조는 “잘 규제된 민병대는 자유로운 국가의 필수적 안전장치로서 잘 규제된 민병대, 무기를 소지하고 휴대할 사람들의 권리는 침해될 수 없다.”(A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.)라고 규정한다. 스칼리아 대법관은 ‘무기를 휴대할 권리’가 ‘민병대’와 연관되지 않기 때문에, 동 권리를 제한하는 D.C. 법률은 위헌이라고 판시하였다. 그런데 Breyer 대법관은 수정헌법 제2조의 목적과 가치(purpose and value)에 대한 관점에서 대법관 4인의 위헌 소수의견을 개진하였다. 그는 제2조의 목적은 ‘잘 규제된 민병대’를 유지하기 위한 것이고, 관련되는 가치는 개인의 안전에 관한 것이라고 보았다. 그러면서 헌법 제정 시의 18세기 미국에서 총기가 지니는 자기방어적 의미와, 현대의 도시화된 미국에서 총기가 무고한 생명을 앗아갈 수 있는 커다란 위험성을 언급하였다. 그러면서 수정헌법 제2조는 연방의회가 주의 민병대를 없앨 수 없다고 보증하는 것인바, 해당 D.C. 법률은 도시생활의 문제점들을 대처하기 위하여 적절하게 재단된 것으로서 수정헌법 제2조에 위반되지 않는다고 하였다. 다수의견과 소수의견은 헌법해석에 있어서 원전주의 내지 원문주의(originalism 혹은 textualism)와 시대에 따라 변경되는 살아있는 헌법해석방법론(the living constitutionalism)의 대비를 의미한다.

이러한 드라마틱한 사법심사의 결론의 차이점들은, 많은 사회과학자 내지 정치학자로 하여금, 헌법재판 사안에서 합헌/위헌 결정은 그 법리적 논거에도 불구하고, 실제로는 재판관 개개인의 정치적 이데올로기나 사건을 보는 개인적 선호도에 따라 이루어지는 것이 아니냐는 의문을 제기하게 만들었다.

25) 128 S. Ct. 2783(2008).

5. 정치학자들의 분석: 사법심사에서 재판관의 정치적·개인적 경향성('judicial politics') - 미국의 예

가. 요지²⁶⁾

미국의 많은 학자들은 연방대법원을 정치적 기관(political institution)이라고 본다. 1950년대에 이미 Robert Dahl은 다음과 같이 설명하였다:

“연방대법원을 법적 기관이라고 한정하여 보는 것은 미국의 정치체계에서 그 중요성을 과소평가하는 것이다. 왜냐하면 연방대법원은 논쟁적인, 전국적으로 영향 있는 정책 문제에 대하여 결정하는 정치적 기관이기 때문이다. 정치적 기관으로서, 연방대법원은 매우 비정상적인데, 그것은 미국인들이 그 사실을 쉽게 받아들이려 하지 않지만, 그렇다고 부인도 하지 못하기 때문이다. 이는 외국인들에게는 당혹스럽고, 논리학자에게는 흥미 있고, 양쪽 측면의 좋은 점을 수용하려는 일반 미국인에게는 득이 된다.”²⁷⁾

연방항소법원 판사인 Richard Posner도 연방대법원을 하나의 “정치적 법원”(political court)이라고 본다(전술). 연방대법원 판사들은 고도의 재량을 지니며, 많은 헌법사건들은 정해진 규범틀 속에서 해결될 수 없는 문제들이므로, 적지 않은 경우 연방대법원의 사법심사는 전통적인 사법작용의 범주에 포함시킬 수 없다는 것이다. 이는 논쟁적인 사건에서, 다수와 소수로 대립되는 재판관들의 의견이 어느 것이 옳고 어느 것이 그르다고 평가하기 어렵다는 인식에 기인한다. 즉, 그에게 있어 연방대법원의 논쟁적인 이슈에 대한 판단은, 판결문의 법적 논증에도 불구하고, 기본적으로 재판관들의 정치적 선택의 결과라고 보는 것이다.

재판관들의 개인적 선호에 초점을 맞추는 행태적 모델(the attitudinal model)에 입각한 많은 견해들은, 연방대법원은 사안을 재판관들의 이데올로기적 태도와 개인적 가치에 따라 결정한다고 본다.²⁸⁾ 또 경제학에 바탕을 둔 합리적 선호 모델

26) 이명웅, 헌법재판의 정치화에 대한 이론적 검토-미국 연방대법원의 경우-, 헌법논총 제25집(2014), 275쪽 이하 참조.

27) Robert Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 50 Emory L.J. 563, 563(2001), reprinted from 6 J. Pub. L. 279(1957).

28) 예를 들어, Jefferey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, 86-103(2002).

(the rational choice model)에 따른 견해들은, 개인은 자신의 선호를 차례로 정할 수 있다고 전제하고, 자신의 행동의 결과를 고려하면서 자신의 만족을 극대화하고자 한다고 보는데,²⁹⁾ 판사들은 업무의 강도, 외부의 비판, 근무환경, 자존심, 상급 법원 판사로의 승진 등의 요인에 영향을 받는다고 전제한다.³⁰⁾ “아무도 현재의 연방대법원 결정들이 선례보다는 개별 대법관들이 지닌 정치적 가치와 사실인식에 의하여 더 많이 결정된다는 것을 심각하게 부인하지 못한다.”고 단정하기도 한다.³¹⁾

많은 학자들이 보수와 진보성향의 판사들을 체계적으로 분석한 통계인 Segal-Cover scores나 Martin-Quinn scores를 이용한다.³²⁾ 그러한 성향의 구분기준의 엄밀성은 문제가 되지만, 수많은 연방대법원의 다수-소수의견 분리 사례들과 대법관 지명과 청문회를 둘러싼 심각한 정치적 공방으로 인하여, 미국에서 판사의 보수, 진보성향 분석은 성행하여 왔다.

이러한 연구들이 1930년에 시작된 법현실주의(legal realism)와 1970년대의 비판법학(critical legal studies)이나, 최근에도 명맥이 유지되는 페미니즘 법학(feminist legal theory)과 비판적 인종이론(critical race theory)와 다른 점은, 그런 류의 법현실주의 연구에서는, 위에서 언급된 지금의 사회과학자들의 연구보다, 사법행태에 대해 잘 고안된 모델(articulated model of judicial behavior)이 결여되어 있고, 데이터(data)와 실증적 방법론(empirical methodology)이 부족하다는 것이다.³³⁾

나. 비판적 검토

진보/보수 성향의 재판관 개인의 이데올로기나, 사건에 대한 개인적 성향이, 판결문에 기재된 법리보다도 더 중요하다는 사회과학자들의 연구는 사법심사나

29) 같은 책, 97-8쪽.

30) Lee Epstein & William M. Landes & Richard A. Posner, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* 5 (2013).

31) John Denvir, *Proudly Political*, 37 U.S.F. L. REV. 27, 34-35 (2002).

32) Jeffrey A. Segal and Albert D. Cover. 1989. “Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices.” *American Political Science Review* 83: 557-565. <http://supremecourtdatabase.org/data.php?s=5>; Andrew D. Martin and Kevin M. Quinn. 2002. “Dynamic Ideal Point Estimation via Markov Chain Monte Carlo for the U.S. Supreme Court, 1953-1999.” *Political Analysis* 10: 134-153. <http://supremecourtdatabase.org/data.php?s=5>.

33) Lee Epstein & William M. Landes & Richard A. Posner, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* 2-3 (2013).

재판에서 법리가 지니는 중요성을 간과하고 있다. 판결문에 나타나는 것은 사실 인정과 법리에 관련된 논증인데, 법리 논증을 배제하고 그 이면에 있는 재판관 개인의 정치적·사회적 성향만으로 판결을 평가하는 것은 적절한가? 재판관은 ‘단지 법복을 입은 정치인’(merely politician in robes)인가? ‘어쨌든 원인은 그것이 다’라고 한다면, 이를 어떻게 볼 것인가?

(1) 사실(Sein)과 당위(Sollen)의 구분 문제

법학은 사실(존재)과 당위(當爲, 규범)의 복합체이다. ‘…이다’라는 서술과 ‘…이어야 한다’라는 서술은 구분되어야 한다. 당위는 존재에서 연역될 수는 있지만 인식될 수는 없다. 즉 존재가 당위를 증명하거나 근거지울 수는 없다.³⁴⁾ 이 점에서 보면 사회과학자들의 그러한 연구는 ‘판결의 실제적 이유’를 밝히는 ‘사실’에 관한 것인데, 판결이 이미 ‘당위’의 산물이라는 점에서, ‘당위에 관한 판단’의 타당성을 별도로 평가하지 않고, 단지 결론만 가지고 그것이 재판관의 성향이라고 단정하여, 판결 전체를 재판관의 개인적 성향(사실)때문이라고 하는 것은, 마치 장님이 코끼리의 부분만 만지는 것이라 할 수 있다.

다만 법리의 전개에 있어서 재량이 허용되고 그 재량의 행사에 재판관의 성향이 반영되는 경우는 달리 볼 것이다. 이때에는 재판관의 개인적 이데올로기적 내지 사회적 선호가 법리의 전개내용과 ‘중복’될 수 있고, 그 경우 사회과학자들의 연구결과는 법리에 대해서는 얘기하지 않지만, 마치 같은 동전의 한 면을 표현하는 것이라고 볼 수 있다.

(2) 헌법해석 재량에 재판관의 성향 반영

헌법은 일반·추상성과 고도의 가치규범 성격으로 인하여, 전형적인 문리해석으로 충분한 경우가 아닌 많은 사건에서 재판관의 판단재량이 불가피하다. 따라서 재판관이 특정한 헌법해석방법론이나 사안에 대한 어떤 경험적 관점을 가지고 있다면, 대개의 경우 이를 ‘헌법해석의 법리 속에 담는 것이 가능하다’고 할 수 있다.

① 위에서 본 토지거래허가제 사건에서 개인의 사유재산권 보장에 중점을 두고 접근하는 경우와 토지의 사회적 기속성을 강하게 요구하는 입장에서 접근하

34) 심현섭, 법철학 I(법문사, 1982), 부록 I(‘존재와 당위’ 참조).

는 경우, 법리적 접근방법과 논리의 논증방식이 다를 수 있다. 이는 정치적으로 자유주의 성향과 사회민주주의 성향의 차이점이 재산권 규제에 적용된 경우라고 볼 수가 있다.

② 그러한 정치적 이데올로기적 접근이 아니더라도, 재판관의 개인적 성향에 따라서 특정 사안에서 표현의 자유와 같은 개인의 기본권 보장을 중요시할 것인지, 공익과 같은 사회적 가치를 더 중요시할 것인지에 따라 접근방법과 재판의 결과가 달라질 수 있다.

예를 들어, 전기통신기본법 제47조 제1항 위헌소원 사건에서(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157등), “공익을 해할 목적으로” 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사 처벌하는 동 조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부가 다투어졌는데, 다수의견(법정의견)은 위헌, 소수의견(재판관 이동흡, 목영준)은 합헌의견을 냈다.

다수의견은, 어떠한 표현행위가 “공익”을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의 가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없으며, 이는 판단주체가 법전문가라 하여도 마찬가지이고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용이 객관적으로 확정될 수 있다고 보기 어렵고, 따라서 동 조항은 수범자인 국민에 대하여 일반적으로 허용되는 ‘허위의 통신’ 가운데 어떤 목적의 통신이 금지되는 것인지 고지하여 주지 못하고 있으므로 표현의 자유 및 죄형법정주의에서 요구되는 명확성원칙에 위배된다고 판단하였다.

이에 반해 소수의견은 다음과 같이 보았다.

1) 법률상 ‘공익’ 개념은 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, 공익을 ‘해할 목적’은 행위의 주요 목적이 공익을 해하는 것인 때를 의미하는바, 그 의미가 불명확하다고 보기 어렵다. 한편 ‘내용의 허위’란 내용이 진실에 부합하지 않는 것으로서, 전체적으로 보아 ‘의견 표명’이나 ‘제안’이라고 볼 수 있는 경우는 이에 해당하지 아니한다.

2) 허위사실의 표현이 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니지만, 이는 사상이나 지식에 관한 정치적·시민적 표현행위보다는 보호정도가 약하므로, 그에 대한 규제를 심사함에 있어서는 엄격한 비례의 원칙(과잉금지원칙)을 적용하는 것보다는 과잉금지원칙 중 ‘피해의 최소성’(침해의 최소성) 원칙에서 일부 완화된 심사, 즉 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 심사

하는 것이 상당하다. 전기통신설비에 의한 허위사실의 유포는 강한 파급력을 가진 점, 명백한 허위의 사실이라도 통신이용자들에 의하여 자율적으로 신속하게 교정되기가 매우 어려운 점, 허위사실을 둘러싼 장시간의 논쟁에 막대한 사회적 비용이 소모될 수 있는 점 등을 참작하면, 지금 우리의 현실에서 일정한 범위의 명백한 허위통신에 대하여는 통상의 표현행위보다 엄격한 규제를 할 ‘필요성’이 있다. 더구나 동 조항은 ‘공익을 훼손할 목적’이 있다고 인정된 행위에 한하여 처벌하고 있는 것이다. 따라서 침해의 최소성 원칙에 반하지 않는다.

(3) 사법심사에서 진보/보수 구분이 부적절한 분야

흔히 진보/보수로 구분하는 이분법은 헌법분야에서는 서로 대비되지 않는 영역이 많다. 예를 들어, 표현의 자유를 중시하는 것은 진보나 보수나 같아야 마땅하다. 왜냐하면 흔히 보수로 상징되는 ‘자유민주주의 수호’에서, 자유민주주의의 중요한 내용에는 표현의 자유 보장과 같은 ‘기본적 인권의 존중’이 당연히 포함되기 때문이다.³⁵⁾

또 헌법이 명확하게 규정한 경우, 즉 제13조 제3항과 같이 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.”라고 하여 연좌제를 금지한 경우, 이 조항의 해석에서 진보/보수에 따라 결론이 달라질 것이라고 보기는 어렵다.

한편 사회적 기본권 보장의 경우, 독일 기본법과는 달리 우리 헌법은 구체적으로 나열하고 있기 때문에, 보수 성향의 재판관이라 하더라도, 헌법에 규정된 사회적 기본권의 최소한의 보장까지 도외시킬 수 없는 것은 당연하다. 그러므로 어느 재판관이 사회적 기본권 보장의 결론에 찬성하였다고 해서 그 재판관이 ‘진보’로 분류된다면 진보/보수를 구분하는 개념의 실질에 맞지 않게 된다.

나아가 법리상 명확하게 판례가 확립된 경우, 아무리 진보/보수를 구분해도 판례의 변경은 재판관 6인 이상의 찬성이 필요하므로, 판례를 유지하는 경우가 많다. 특별히 그 경우에 다수의견에 속했다거나, 소수의견을 내지 않았다고 해서,

35) 현재 1990. 4. 2. 89헌가113(“자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본 원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변형시키려는 것”).

진보/보수로 평가하는 것은 재판의 실무에 맞지가 않다.

(4) 심사기준의 기능과 보수/진보

과잉금지원칙, 자의금지원칙과 같은 위헌여부의 심사기준은 추상적 헌법규정과 실제 사안의 해결을 연결시켜주는 중간레벨의 규범적 기준이라고 할 수 있다. 헌법재판에서 판례의 일관성과 예측가능성 내지 법적안정성, 그리고 논증의 설득력의 점에서 심사기준으로 정립은 필수적이다. 이러한 심사기준의 정립에 있어서 보수/진보의 관점에서 접근될 수가 있지만 일단 정립된 심사기준은 그 자신의 구동력으로 헌법재판에서 작동된다.

판례상 정립된 ‘심사기준’에 따라 진행되는 헌법재판의 심리는 각 심사기준의 독자성에 따라 논증과 토론이 이루어지므로, 진보/보수 성향의 재판관이라도 정립된 심사기준의 틀에서 벗어나 개인적인 논증을 펼치기가 어렵다. 따라서 사회과학자들의 연구처럼 단순히 재판관 성향만으로 판결결과에 대비시켜서 검토하는 연구는, 그러한 심사기준의 기능을 제대로 고려하지 않기 때문에, 실상을 드러내기에 한계가 있다고 본다. 다만, 재판관의 개인적 성향은 정립된 심사기준 안에서도 법리적인 논증의 모습으로 구현될 수가 있다. 위에서 본 전기통신사업법 사건에서 소수의견이 ‘공익’ 개념을 통한 규제의 필요성을 개진하고, 또 한편으로 심사기준 자체도 약간의 변경을 시도한 것에서 이를 볼 수 있다.

6. 정치와 관련하여, 사법심사의 바람직한 방향

가. ‘사법의 중립성’의 강조

사법의 중립성 내지 사법부의 독립은 Edward Coke같은 법률가가 어렵게 이룩해 온 중요한 가치이다. 그것은 정치권력으로부터 사법의 독자성과 전문성을 지키고, 그 기능은 상식과 합리화의 증진으로서 시민들의 자유와 안전의 보장에 일조하여 왔다. 물론 ‘법의 지배’는 그것이 바이마르시대의 히틀러와 같이 형식적 법치주의로 일관하였을 때 ‘법을 통한 적나라한 폭력’이라는 엄청난 부작용을 일으킨다. 과거 우리나라에서도 ‘법과 질서’라는 형식적 법치주의가 독재권력과 반공이데올로기의 도구로 작동된바 있다. 2차 대전 후 독일에서 반성적으로 이루어

진 ‘실질적 법치주의’는 ‘인권과 정의’에 맞는 ‘법’을 요구한다. 이를 실현하는 것은 우리나라에서도 현재 중요한 과제이고, 헌법재판소의 존재와 활동은 실질적 법치주의 증진에 크게 기여하여 왔다.

그런데 사법의 중립성이란 명제는 애매하고 모호하다. Scalia 대법관은 “내가 사회적으로 보수주의자인 것을 고백한다, 그러나 그것이 사건들에 관한 나의 의견에 영향을 미치지 않는다.”라고 말한 적이 있다. 그러나 그의 보수주의가 이미 그가 선택한 헌법해석방법에 반영되어 있다고 볼 수는 없을까. Posner는 Scalia와 Garner가 쓴 책(*Reading Law*)에 대한 서평에서 다음과 같이 말한다:

“우리는 textualism에 대한 Scalia 대법관의 지지가 앰블런스 운전사를 범법자로 만들만큼 엄격한 것임을 안다. 그는 현대 연방대법원 대법관 중 가장 정치적으로 보수적인 사람의 하나이며, 연방대법원에서 보수주의적 대법관들의 지적 리더이다. 그럼에도 저서는 그의 사법판단은 ‘객관적’인 해석방법론에 의한 것이고, 그것은 객관적이므로 이데올로기는 아무런 역할이 없다고 주장한다. Scalia와 Garner가 말하듯이, 성문법의 텍스트는 본래 진보나 보수와 무관하며, 그것은 입법자에 따라서 어느 것도 될 수 있다. 그런데, 그들의 전제는 타당하지만, 그들의 결론은 그 전제와 일치되지 않는다: 즉, 그 텍스트는 정치적으로 중립적일 수 있지만, textualism은 보수적이다.”³⁶⁾

문제는 판사에게 무의식적으로 작용하는 정치적 배경 내지 이데올로기이다. Karl Mannheim이 *Ideology and Utopia*에서 말했듯이, 우리는 자신도 모르게 우리가 속했거나 속한 상황에 영향을 받아 사물에 대한 관점을 가진다.

그럼에도 불구하고 우리는 사법의 중립성을 계속 강조하고 이루기 위해 노력하여야 할 것이다. 사법권은 국민들이 부여해준 권력이며, 국민들이 사법부의 독립을 통하여 기대하는 것은 입법, 행정과 분리되어 국민들의 자유와 권리를 보장해 달라는 것이다. 사법이 재판관의 정치적 경향성에 따라 좌우된다면, 입법이나 행정과 구분될 바가 없다. 사법은 보다 독립적이고, 중립적으로 공평무사하게 행해져야 한다. 적어도 이를 계속 추구해나가야 한다. 만일 사법에서 재판관이 특정 정치적 이데올로기나 개인적 선호에 치우친다면, 이미 재판을 받은 국민들은 ‘원고-피고-재판관’이라는 Triad의 중립성이 아니라 ‘Two against One’이 될 수가 있다. 또 헌법재판소가 부족한 ‘민주적 정당성’에도 불구하고, 위헌법률심판 등을

36) Richard A. Posner, The Incoherence of Antonin Scalia, The New Republic, August 24, 2012.

행하는 이유는 ‘헌법의 최고가치성’의 유지 때문인데, 헌법은, 예를 들어, 자유와 평등의 조화를 추구하라고 하였지, 어느 하나만을 중시하고 다른 하나를 무시하라는 규범이 아닌 것이다. 그러므로 과연 사법의 중립성이 가능하냐 하는 명제와 별도로, 적어도 사법의 중립성은 설사 자기만족적 신화(a self-fulfilling myth)에 불과하더라도, 계속 추구해나가야 할 가치인 것이다.

나. 세분화되고 일관된 심사기준의 필요성

각국의 헌법재판은 판례로서 채택된 심사기준에 따라 심리하는 경향이 있다. 심사기준은 사건이 많아지고 사법의 역사가 쌓일수록 정치해지고, 한편으로는 수정이 이루어지게 된다. 그런데 심사기준이 너무 복잡하고 다양하면, 예측가능성과 법적인정성의 관점에서 제대로 기능하기 어렵다.

우리나라 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항과 법치국가 원리에서 비례의 원칙(과잉금지원칙)이라는 상당히 엄격한 심사기준을 정립하였다. 이러한 엄격한 심사기준 때문에 과거의 많은 잘못된 입법에 대하여 위헌결정을 할 수 있었다.

그런데 심사기준의 내용의 적절성과 적용의 일관성에 있어서 더 많은 고민과 논의가 필요하다고 보인다. 예를 들어, 기본권 중에서 어떤 기본권에 대하여 어떤 경우에 어떤 심사기준이 적용될 것인지 좀 더 유형화가 가시적으로 이루어져야 한다. 또 과잉금지원칙과 같은 경우에 있어서도, ‘피해의 최소화’는 2단계로 적용되고 있는데, 즉 보다 덜 제약적인 효과적 대안이 있는지 여부와, 수인불가능할 정도로 가혹한(과잉된) 제재인지 여부이다. 그런데 전자에 대해서는 어느 정도로 재판소가 입법자에게 대안을 요구할 것인지, 사안의 그룹별로 유형화가 필요하다. 후자에 대해서는 보다 구체적인 기준이 제시될 필요가 있다. 그리고 양자의 관계에 대해서도 검토가 필요할 것이다.

다. 재판관 임명방식의 개선

각국의 최고법원 재판관 임명에는 점차 정당 간의 이해관계가 치열해지고 있다. 그것은 한편으로 사회과학자들의 연구 동기를 이루지만, 한편으로 헌법 재판관과 같은 사법작용에서 판단재량이 많기 때문이기도 하다. 즉 헌법해석의 다양성이 헌법해석자의 정치적 이데올로기의 개입가능성을 높이고 있는 것

이다.³⁷⁾

헌법재판소의 민주적 정당성과 중립성 보장을 위해서는 현행 재판관 임명방식을 개선해야 할 것이다. 대법원장이 3인 재판관을 지명하는 것은 매우 부적절하다. 헌법재판은 대의기관의 입법을 무효화시키는 권한을 지니고 있으므로 그에 걸맞은 민주적 정당성을 지녀야 하는데, 국민으로부터 선출되지 않은 대법원장이 재판관 3인을 직접 지명하는 것은 부적절하다. 한편, 헌법재판소의 많은 사건은 법원의 재판과 직, 간접으로 연관되어 있다. 법률의 위헌결정은 법원이 합헌으로 본 수많은 과거의 법률조항을 폐지하거나 무효화 하는 것이므로 법원의 판례와 연관된다. 재판에 대한 헌법소원도 한정위헌 판단의 대상이 된다.³⁸⁾ 그러므로 대법원장은 헌법재판소 재판관의 선임에 직접 관여할 입장이 되지 못한다고 본다.³⁹⁾ 나아가, 대법원장은 사실상 대법관으로 승진(?)하지 못한 법원장급을 재판관으로 지명함으로써 헌법재판소의 위상을 떨어뜨려 왔다.

그러므로 종전의 재판관 임명제도를 개선하여야 하는데, 현재 국회에 제출된 대통령의 개헌안이 ‘대법원장’을 ‘대법관회의’로만 바꾸어 종전의 틀을 유지하고 있는 것은 개선이라고 보기 어렵다. 즉, 대법원장이 재판관 임명에 관여하는 것 자체가 지닌 위와 같은 문제점이 해소되지 못한다. 아울러 대통령이 3인의 재판관을 임명하는 것도, 우리나라와 같은 대통령제하에서 대통령을 배출한 여당의 재판관 임명 관여를 고려할 때, 대통령과 여당 측 재판관이 최대 5인 이상이 될 수 있는 것은 부적절하다. 독일처럼 재판관 전원을 국회에서 선출하도록 하고 국회의 의결정족수도 가중하는 방안이 헌법재판소의 민주적 정당성과 헌법재판의 정치적 중립성을 강화하는 방안이라고 본다.

한편 관련하여, 국사재판 권한을 지닌 헌법재판은 ‘단임제’로 운영되어야 할 것이다. ‘연임’은 헌법재판의 중립성을 저해할 수 있다. 헌법재판은 그 전문성과 헌법이념과, 논증의 설득력으로 인하여, 재판관은 ‘9년 단임’으로 하는 것이 바람직하며, 대한변협은 그러한 개헌안을 최근 발표한 바 있다(재판관 임명도 전원 국회선출로 함).

37) Stephen L. Wasby, *Arrogation of Power or Accountability: Judicial Imperialism revisited*, in *JUDICIAL POLITICS* 653 (Elliot E. Slotnick ed., 2005) (애매하고 모호한 헌법규정들과 법률규정들은 판사들로 하여금 자신들의 가치판단을 판결에 투영시키게 만든다고 주장함).

38) 그런데 한정위헌과 같은 특수한 헌법재판소 결정의 기속력은 현재까지도 대법원에 의하여 부인되고 있다.

39) 예전에 재판소원에서 6:3으로 한정위헌 결정이 났을 때, 대법원장이 지명하였던 재판관 3인이 반대의견을 냈다(현재 1997.12.24. 96헌마172등).

7. 결론

정치의 개념은 본래 공동체에서 (사익이 아닌) 공익에 관련된 일을 의미한다. 정치의 중요한 부분이 정의의 실현이고, 사법은 이를 지향하면서 점점 더 독자적인 분쟁해결수단이 되어왔다.

그런데 사법심사는 ‘법’ 자체가 소송물이고, 헌법적 가치판단을 한다는 점에서 종전의 사법과 구분되는 특징을 지닌다. 이는 정치로부터 독자성을 획득해 온 사법에 새로운 challenge를 주고 있다. 즉, 사법심사는 추상적 헌법의 해석과, 다양한 이데올로기와 사회적 변화의 고려, 그리고 실질적 법치주의의 관철이라는 미묘한 과제들을 조화적으로 해야 하는 어려운 재판이다.

여기서 재판관의 개인적 성향과 선호가 재판실무를 좌우하지 않고 ‘중립성’을 추구하도록 하여야 하며, 설사 그러한 성향과 선호를 반영하더라도 합리적인 헌법해석과 적절한 심사기준 안에서 구체적이고 설득력 있는 논증을 통하여 이루어져야 할 것이다.

그리하여 국가의 구성원들 모두의 공익과, 오늘날 그런 공익의 핵심 내용으로서 개인의 자유와 평등을 실현하는, 정치의 본래의 목적에 사법이 제 역할을 하게 될 것이다.

제164회 발표회 지정토론문

발제문: 정치와 사법(司法) - 이론적 고찰

발제자: 이명웅(변호사, 경희대 후마니타스칼리지 겸임교수)

날짜 및 장소: 2018. 4. 20.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

이 관 후*

1. 정치의 사법화에서 ‘정치’

- 정치는 권력이나 사회적 자원의 배분, 혹은 정당한 권위와 복종이라는 견해는 고전적인 정의이면서 현대 정치학에서도 종종 인용됨
- 다른 한편, 계약론이나 다원주의적 민주주의의 전통을 따를 때, 정치는 반복적인 대화와 조정의 과정이며, 이 경우 복종의 대상은 국가나 정부, 권력이 아니라 시민들 자신. 곧 정치란 시민들이 특정한 의사결정 과정을 통해 서로에게 복종하기로 약속한 상태에서 벌어지는 언어 게임.
- 고전적 견해에 따를 때, 정치의 사법화는 정치공동체에서 분배와 복종을 이끌어 낼 수 있는 권위가 불분명해진 경우 사법적 판단을 통해 이를 정하는 것으로 이해될 수 있음.
- 계약론이나 민주주의적 전통에 따를 때, 정치의 사법화는 정치적 과정의 (조기)중단, 유보, 포기로 이해될 수 있으며, 특히 사법부가 시민배심이 아니라 소수의 법률가로 구성되어 있을 경우 이는 시민들 상호간의 복종이라는 약속을 허무는 정치적 자기결정권의 부정으로 이해될 수 있음. 시민들간의 언어게임이 중단되는 순간, ‘정치’는 중단되고 ‘행정’이나 ‘사법’이 시민의 결정권을 가져감.

* 서강대 현대정치연구소 연구원

- 문제는 시민들 혹은 시민들의 대표가 스스로 그러한 결정을 내릴 경우에 대한 해석인데, 루소는 이에 대해 ‘스스로 노예가 되는 계약은 무효’라는 입장에서 반대했으며, ‘비지배로서의 자유’라는 로마 공화주의의 전통에서 볼 때도 자기 지배(통치)권의 포기는 제한적이지만 어쨌든 독재관의 통치를 의미함.

2. 아리스토텔레스와 정치

- 아리스토텔레스의 정의에서 ‘정치적 동물’이란 곧 ‘폴리스에 사는 동물’을 의미함.
- 이는 두 가지를 함축; 1)인간은 신과 동물의 중간에 있는 존재가 아니라 본질적으로 동물과 같은 존재 2)인간을 동물과 구분하는 것은 ‘폴리스에 사는 것’ (폴리스에 살지 않는 인간은 인간의 외형을 갖지만 완전한 인간이 아님. 야만인-바바리안-아시아인. 인간과 동물의 중간 정도의 존재)
- 폴리스에 산다는 것은 곧 공적인 일에 대한 자기 결정권을 갖는다는 것을 의미. 정치적 자기 결정권이란 스스로 ‘ 좋음’ 혹은 ‘최상의 상태’를 추구할 수 있다는 것을 말함. 인간은 폴리스를 통해 더 큰 good을 추구할 수 있으며, 가장 큰 good을 추구하는 것이야말로 인간 삶의 최종적인 목적. (* 공자나 맹자의 유학 전통과도 상통)
- 이러한 맥락에서 보면, 공적인 것에 대한 참여로서의 정치는 한 개인이 자신의 삶을 보다 더 나은 상태로 이끌고, 최종적으로는 삶의 궁극적 목표를 달성하기 위해 필수적인 과정임. (* 그리스에서 공적인 일에 참여하는 자는 *polites*, 정치에 참여하지 않고 사적인 삶을 즐기는 사람은 *idiotes*)
- 정치의 목표 중 하나는 정의로서, 각자에게 합당한 몫을 주는 것. 아리스토텔레스에게 이러한 정의는 법을 통해 가능하며, 입법+사법의 결합으로 이루어짐. 각자의 몫(상과 벌)에 대한 기준을 입법을 통해 정하고, 사법을 통해 그것을 집행하는 것.
- 이 두 가지는 모두 공적 참여(정치적 행위)의 핵심을 구성하며, 따라서 입법과 사법은 소수의 전문가가 아니라 모든 시민에게 개방되는 영역임 (*아테네에서는 군사와 행정만을 전문가들이 담당)

- “사법이 정치의 중요한 영역”이라는 것은 곧, 사법이 시민의 참여로 이루어진다는 것을 의미함. 입법 뿐 아니라 사법 역시 시민의 공적 참여와 정치적 자기 결정에서 가장 중요한 영역임.
- 사법권이 소수에게 주어진다면, 시민은 스스로 통치하고 있지 않게 되며 공적인 삶, 곧 최선의 좋음을 추구할 수 있는 기회를 박탈당하는 것임. 이러한 생각이 근대 공화주의 및 배심제도의 전통에서 중요.

3. 사법심사권과 주권

- 코크가 제기한 영국 보통법의 전통은 사법적 판단이 하나의 ‘기술’로서 오랜 시간의 수련과 경험을 거쳐야 한다는 점을 강조한 것.
- 코크의 *Bonham's case* 판결에 대해서는 다양한 해석이 가능함. 다만 영국에서는 코크 본인이 법원에서 물러나게 되는 사유가 되었고, 그의 사후에는 의회주권이 확립되면서 영향을 찾기 어려움.
- 코크의 입장은 영국에서 의회주권과 사법심사는 논리적으로 병존하기 어려웠던 반면, 견제와 균형을 원리로 하는 미국의 독특한 헌정체제에서 생존함.
- 따라서 사법 심사의 문제는 본질적으로 헌법과 주권의 문제임. 주권을 헌법이 어떻게 규정하고 있는가의 문제.
- 영국의 주권은 의회가 가지며, 국민은 의회를 통해 주권을 행사함. (*의회는 왕-귀족원-평민원으로 구성. 주권의 분리와 공유)
- 연방국가인 미국의 주권은 ‘주’에 있으며, 사법심사권의 근거는 사법주권이 아니라 연방정부에서 주의 주권을 잘 보장하기 위해 연방정부 내부의 상호 견제와 균형을 추구하는 가운데 기술적으로 확보된 것. 연방대법원은 스스로 주권을 갖거나 위임받은 것은 아니며, 대통령과 의회가 주권을 억압할 경우를 대비한 기술적 장치로서의 특성을 가짐.
- 따라서 연방대법원의 기반은 주권이나 민주성이 아니라 미국 헌법에만 존재함.
- 로버트 달이 지적하는 것 역시, 주권기관이 아닌 법원이 주권적 권한(정치적 권한)을 행사하는 헌법의 문제임. 즉, 헌법 제정 당시에는 문제가 되지 않았던 ‘민주주의’가 지금은 문제가 되었지만, 헌법개정이 사실상 불가능

- 한 상황에서 연방대법원을 어떻게 민주화할 수 있을 것인가의 질문임.
- 다만, 이를 민주주의의 입장이 아니라 그 역시 헌정주의의 일부분으로 미국국민들이 받아들일 경우, 이것을 정치적 정당성을 구성하는 신념체계 (belief system)으로 이해할 수 있음. (*민주주의가 정치적 정당성의 필요조건은 아님)
 - 요컨대, 주권이 헌법을 통해 확립된 경우, 주권을 (위임받아) 행사하는 기관은 영국처럼 그 근거를 주권과 헌법 모두에 일관되게 두는 것이 일반적이거나, 미국의 경우 사실상 주권 기관인 연방대법원은 헌법에만 근거를 두고 주권에 별도의 근거를 두지 않고 있으며, 그럼에도 이것이 기술적 이유로 인해 헌정주의의 정당성을 확보하며 작동하고 있는 예외적 상황임(미국 예외주의).
 - 따라서 판사가 사법심사권이 정당성 갖기 위해서는 1)법원이 주권의 위임을 받거나(선출) 2) 판사의 사법심사권이 헌법을 통해 확립되어야 할 것임.
 - 1)은 민주적 정당성을 2)는 헌정주의적 정당성을 구성함.
- (* 이와 관련해, 관습헌법에 따른 의회주권이나 연방제에서 주의 주권이 아니라 헌법에 ‘국민주권’을 명시하고 있는 우리의 경우, 사법심사권을 가진 현행 헌법재판소의 재판관 임명방식은 민주적 정당성을 크게 결여하고 있다고 보아야 할 것임. 이에 대해서는 임명방식을 개선해야 한다는 발표자의 견해에 전적으로 동의하며, 현재 대부분의 정당에서 재판관 지명권을 국회로 이전하는 것에 동의하고 있는 것으로 알고 있음)

4. 사법 판결과 민주주의

- 판결은 사실과 당위의 결합물임. 사회과학자들이 법리의 중요성을 간과하는 경우가 있으나, 모든 판결이 당위의 산물이라는 견해 또한 ‘사실을 당위’로 간주하는 것의 문제에서 자유롭지 않음.
 - 모든 판결은 사실의 산물이자 당위의 산물이며, 동시에 사실의 산물도 아니고 당위의 산물도 아님. 그것은 정치적으로 말한다면, 사실을 당위로 받아들이자는 계약, 합의, 혹은 현실주의적 편의주의에 기반을 둔 것임.
- (* 흄은 계약론에 대한 비판, 곧 우리가 헌법을 만들 때 그러한 계약을 실제로 하지는 않았다는 비판을 수용하면서 계약에 의한 동의의 대안으로 판

행(custom)을 제안함. 관행은 겉으로는 드러나지는 않지만 일반적으로 수용되는 합의로서, 약속 행위가 아니라 ‘우리에게 공통되는 일반적인 이익 감각(a general sense of common interest)’에 따라 편리(convenience)를 추구하기 위해 생겨난 것임)

- 이는 판결을 당위로 받아들이면서, 동시에 판사의 판결이 법칙에 근거하지 않는다는 것 역시 수용하는 것임. 곧 “서로 양립할 수 없는 관점을 인정”하면서 하나의 결론을 수용하는 것을 의미함.
- 한 사건에 대한 판사들이 판결이 언제나 모두 같을 것이라는 점을 확신할 수 없을 경우(사실상 모든 판결에 해당), 특히 헌법처럼 상대적으로 추상적인 수준에서 법리를 다루는 경우(헌법 재판의 경우), 그것을 약속이나 관행으로 수용하는 것과, 판결의 영향을 받는 당사자가 그것을 정의로 받아들이는 것은 다른 문제임.
- 특히 개인들이 ‘이익’이 충돌하는 문제가 아니라 ‘가치’의 충돌을 다루는 판결의 경우에는 판결이 거의 순전히 정치적 판단에 근거할 수밖에 없음. 이러한 경우 판결의 근거로 정치적 중립성이나 법리의 의한 판단을 주장하는 것은, 판결의 결과에 대해 법률가들이 스스로 형식적인 정당성을 부여하는 것일 수는 있으나, 그 판결을 정의로서 수용하는 당사자의 입장에서는 설득력이 부족함.
- 여기서 핵심적 문제는 사법심사에서 이념적 지향에 따른 판결이 아님. 이념적 지향의 차이란 다원주의적 민주주의에서 언제나 나타나며, 그것은 시민들 상호간의 존중(reciprocity) 원리에 따라 공존하는 것임.
- 실제의 문제는 특정한 이념적 지향에 따른 판결이 그 자체로 얼마나 논리적 타당성을 추구하고 있는가 하는 것임.
- 특정 판사의 이념적 성향에 따른 분류나 특정 판결에 대한 해석은 (낮은) ‘저널리즘’ 수준의 분석이라고 할 것이며, 사회과학적 혹은 정치철학적 분석이라고 할 때는, 해당 판결이 어떤 이념적 지향을 갖는지 상관없이, 1)그것이 이론적, 철학적, 사상적으로 얼마나 논리성을 갖고 있는지 2)가능한 논박에 대해 충분한 고려를 하고 그에 대한 반론을 타당하게 제기하고 있는지 3)그럼에도 불구하고 그 판결의 한계에 대해 적절히 인식하고 있는지를 판단하는 것임.
- 이러한 측면에서 사법적 중립성은 당위로서 추구되어야 하겠지만, 동시에 민주적 통제를 통해서만 가능한 현실의 문제임.

- 현대의 대표제 민주주의는 기본적으로 가장 좋은 사람을 대표로 뽑는 것이 아니라, 가장 나쁜 놈도 최소한의 좋은 정치를 하도록 강제하거나, 혹은 가장 나쁜 놈(오랫동안 큰 권력을 유지하고 싶은 자)이 가장 좋은 정치를 하도록 강제하는 데 요체가 있음(James Mill). 즉, 민주적 통제는 제도와 관리(institution and management)를 통해 덕성(virtue)을 유지하는 방법임.
- 여기서도 민주주의는 그 자체로 가치를 갖는 것이 아니라 더 나은 어떤 결과를 가져오는 도구적 정당성을 가짐. 예를 들어, 사법의 민주화는 당위로서가 아니라 사법적 판단의 권위와 판결의 수용성을 높이기 위한 도구적·기술적 필요에 의한 것임. 마찬가지로, 사법적 중립성 역시 사법 판결의 수용성을 높이기 위한 도구적 목표에 지나지 않음.
- 따라서 사법적 중립성은 이념적 지향을 갖지 않아야 한다는 것이 아니라, 특정한 이념적 지향을 판결에 수용할 때의 논리적 타당성, 법리에 따른 현실적 고려, 대중의 수용 정도, 더 나은 가치(사회)에 대한 지향 등을 토대로 판단되어야 함. 이를 위해서는 사법 판결에 대한 공개적인 비판과 토론이 법원내부와 외부에서 모두 활성화되는 것이 필수적임.

5. 정치와 사법

1) 정치를 어떻게 볼 것인가

- 정치의 사법화에 대해서는 다양한 견해들이 나와 있으나, 중요한 것은 한국적인 맥락임.
- 정치의 사법화를 ‘다른 수단을 통한 정치’라고 보는 시각은, 정치를 ‘통치’로 보는 관점에서 가능하지만, 정치를 ‘평등한 시민들 간의 합의와 조정, 대화를 통한 대안의 모색’으로 보는 관점에서는 언어적 모순이거나 불가능. 이것은 ‘정치의 중단’을 의미.
- 한국에서 국회법 준수 여부, 정치관계법의 합헌 여부를 정치적 해결이 아니라 사법적 해결로 풀어나가려는 경향을 다른 수단을 통한 정치로 볼 것인지, 아니면 정치의 포기로 볼 것인지는 ‘정치’에 대한 개념 정의의 전환을 요구하는 사항.
- 한국에서 정치의 사법화는 흔히 정당정치의 미숙, 대결적 정치문화에 원인

이 있는 것으로 지적되지만, 다른 한편으로 이것을 정치의 한 과정으로 보는 것에 근본적인 문제가 있음.

- 가령 최근 김기식 금감원장 임명과정에서의 선관위 질의 문제를 어떻게 볼 것인가?

2) 사법의 정치화 문제

- 정치의 사법화가 정치에 가져오는 영향과 별개로, 이것이 동시에 사법의 정치화를 가져온다는 점에 주목할 필요도 있음. 그리고 그 대안으로서 정치적 판결의 회피나 정치적 중립성의 추구라는 당위적 대안을 어떻게 적용할 것인지에 대해 구체적으로 논의할 필요 있음.
- 대표-책임의 민주적 정당성에서 볼 때, 정치적 위임절차가 없는 일반 법원의 판사는 정치적 판결을 최대한 회피할 필요가 있으며, 현재의 경우 재판관 임명방식이 바뀌면 지금보다 사법심사권의 정당성이 확대된다고 볼 수 있음. 다만, 이 경우에도 국회나 대통령에 의한 간접 임명방식이므로, 국회나 대통령에 비해 동등한 민주적 정당성을 갖는다고 보기 어려움.
- 이 경우 판결의 수용성을 높이는 것은 헌법에 따른 법치주의와 민주주의라는 정치적 정당성을 동시에 적절히 고려하는 것이며, 정치적 중립성은 이념적 불편부당성 보다는 논리적 타당성에 더 기초해야 함.

3) 경제의 사법화

- 지금 한국에서 정치의 사법화에서 중요한 부분은 정치권보다는 정치와 경제의 사이에서 벌어지고 있음.
- 경제민주화나 재벌개혁의 많은 정치적 계획이나 정책이 경제의 사법화로 인해 사실상 불가능한 상황. '사법개혁 없이 경제개혁이 불가능하다'는 주장이 최근 20여 년간 급속히 설득력을 얻고 있음.
- 사법판결의 수용성·정당성 문제가 민주주의와 충돌할 가능성이 가장 높은 것은 정치적 판결 아니라 경제 문제에 대한 판결임.
- 법관의 윤리나 양심의 문제를 넘어, 이 부분에 대한 법원의 고민이 필요한 시기임. 판결은 물론 사법제도 전반에서 공동체적 가치나 도덕이 사유재산권, 경영권과 충돌하는 지점에 대해 검토할 필요가 있음.

제164회 발표회 지정토론문

발제문: 정치와 사법(司法) - 이론적 고찰

발제자: 이명웅(변호사, 경희대 후마니타스칼리지 겸임교수)

날짜 및 장소: 2018. 4. 20.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

승 이 도*

정치(政治)와 사법(司法)에 관하여 깊이 생각할 자리를 마련해주신 헌법실무 연구회 회장님과 발표자께 감사의 말씀을 드립니다. 이 논의는 민주주의와 법치주의의 교차지점에 놓인 문제라 할 것이므로, 사법심사를 담당하는 ‘헌법재판관님’과 재판관님의 지시를 받아 사건을 조사·연구하는 ‘연구관’으로서, 외부의 비판적 시각을 이해하고 적절한 해결책이 무엇인지 고민해 보아야 할 주제라 생각됩니다. 문외한으로서 저의 지정토론이 부족한 이해에 기초하고 있는 것은 아닐지 걱정되지만, 그에 대한 발표자의 의견과 참석자들의 토론을 통해 정치와 사법에 대한 이해가 더 명확해질 것으로 기대하면서 지정토론을 시작하겠습니다.

1. 발표문의 구조 및 토론문의 방향

이명웅 교수님은 발표문에서 정치의 사법화 문제로 논의를 시작하면서, 영국 에드워드 코크 법원장의 법언을 통해 사법의 독자성 발전 과정을 설명하고, 미국 연방대법원의 위헌법률심판 사례를 통해 재판관의 정치적 경향과 사법심사의 관련성에 대한 정치학자의 견해를 비판적으로 분석한 다음, ‘사법의 중립성, 심사기준 정립, 재판관 임명방식 개선’으로 바람직한 사법심사를 완성해야 한다

* 헌법재판소 헌법연구관

고 결론을 내리고 있습니다.

재판소에 대한 애정이 담겨있는 발제자의 시각에 저도 기본적으로 공감합니다. 다만, 토론의 활성화를 위해 다른 시각을 제시하는 것이 지정토론자의 소임이기에 정치학 및 법철학의 입장에서 정치의 사법화를 비판하고 민주주의의 강화를 주장하는 논의를 부각시킨 다음, 다른 측면에서의 정치의 사법화 배경과 그에 대한 대안을 서술하고, 재판소의 구성원으로서 정치의 사법화 논의에 임하는 자세를 말씀드리는 방향으로 이야기를 풀어보겠습니다.

2. ‘정치적 사법화’에 대한 비판

(1) 논문 등 관련자료를 찾아보면 우리나라에서 ‘정치적 사법화’라는 용어는 대략 2005년 이후에 등장하는 것으로 보여집니다. 2000년대 이전까지 법학에서 주로 논의되던 주제는 사법심사의 한계로서 소위 ‘통치행위(political question, act of state)’의 인정 여부라든지, 또는 법해석과 판결에 있어 문언에 그치지 않은 적극적 법형성을 허용할 것인가라는 ‘사법적극주의(judicial activism) · 사법소극주의(judicial restraint)’에 관한 논의였습니다. 그런데 2005년 이후로는 정치학 및 법철학에서의 논의를 통해 주된 관심사가 ‘정치적 사법화’로 넘어오는데, 그러한 전환점을 마련하게 된 계기는 2004년 탄핵심판사건 및 행정수도사건으로 인식되고 있습니다.

‘정치적 사법화’에 대한 비판적 관점에서는 ① 정치활동을 포함한 대통령의 권력행사 범위를 축소시킨 2004년 탄핵심판결정,¹⁾ ② 불문의 관습헌법에 근거해 법률을 무효화시킨 2004년 신행정수도결정²⁾을 국가의 주요한 정책결정이 정치적 공론과정이 아닌 사법심사로 결말지어지게 된 대표적 사례로 언급하면서,³⁾ 이제 헌법재판소는 헌법에 대한 유권해석을 수단으로 민주적 다수의 지지에 기반을 둔 입법부와 대통령에 대해 적극적으로 반대여사를 표명할 수 있게 됨으로써 민주주의의 적이 될 가능성을 보여주었으며,⁴⁾ 입헌주의의 과잉이라 평가하였습니다.

1) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정.

2) 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등 결정.

3) 김종철, ‘정치적 사법화의 의의와 한계’, 공법연구 33-1, 한국공법학회, 2005, 231면; 박은정, ‘정치적 사법화와 민주주의’, 서울대학교 법학 51-1, 서울대학교 법학연구소, 2010, 3-4면 참조.

4) 김비환, 민주주의와 법의 지배, 박영사, 2016, 395면 참조.

즉, 민의가 사법적 의견과 대립될 경우 대중민주주의에 따를 것인가 아니면 엘리트·전문가 민주주의에 따를 것인가 문제되는데, 국민의 대표기관이 내린 다수의 결정을 소수의 사법부가 번복하는 것은 대중의 민주적 통제로부터 멀리 떨어져 있는 소수의 전문가들이 다수의 의사 위에 군림하는 것이란 취지의 비판입니다.⁵⁾ 특히 권력분립이 형식화된 위임민주주의 체제에서, 민주적 절차와 결과를 정면으로 부정하기 어려운 통치세력이 사법부의 구성을 좌우함으로써 법치주의를 매개로 민주적 절차와 결과를 사실상 무효화시킬 수 있음을 지적하면서, 법치보다는 민주주의의 강화가 더 중요하다는 것이 우리 정치학계의 시각이었습니다.⁶⁾

(2) 그런데 정치의 사법화에 대한 논의가 우리나라에서 처음 시작된 것은 아닙니다. 20세기 미국 연방대법원과 독일 연방헌법재판소의 성공적인 권력 통제 및 기본권 보장 사례가 부각되고, 1980년대 후반 동유럽을 중심으로 다수 국가에 민주헌법이 수립되고 헌법재판제도가 정착되자, 정치의 사법화에 학계의 관심이 집중되게 되었던 것입니다. 1990년대 이후 Hirschl 등의 학자들은 정치영역에 사법이 개입한다는 점에 주목하여 이와 같은 현상을 ‘legalization of politics(정치법화)’, ‘juridicization of policy making(공공정책의 사법판단화)’, ‘judicialization of politics(정치사법화)’로 지칭하게 되었습니다.⁷⁾

정치에 대한 사법심사는 처음에는 국가 공권력 행사로 인한 국민의 기본권 침해 여부 즉 ‘권리담론’으로 출발하였으나, 사법심사가 확대되면서 점차 권리담론과 거리가 먼 ‘순수 정치 영역(pure politics)’ 또는 ‘핵심적 정치사안(mega politics)’까지 확장되었습니다. 가령 러시아 군대의 체첸 침공을 지시한 대통령령의 합헌성을 인정한 러시아 헌법재판소 사례(1997), 과거에 행해진 인종분리정책에 참여한 자들이 자백하면 사면해주기로 한 정치적 합의를 합헌으로 인정한 남아프리카 공화국 헌법재판소 사례(1996), 군사 쿠데타의 정당성을 승인한 파키스탄 대법원 사례(1999), 퀘벡주의 일방적 분리 선언을 위헌으로 결정한 캐나다 대법원 사례(1998), 유럽연합 창설 및 가입으로 인하여 국가의 정책형성 권한이 축소·이전되는 것의 합헌성을 인정한 독일 연방헌법재판소의 사례(1997), 대통령

5) 도버트 달(박상훈·박수형 譯), 미국 헌법과 민주주의, 후마니타스, 2016, 275-278면(최장집 집필 부분) 참조.

6) 김비환, 전개서(각주 4), 396-400면 참조.

7) 박종현, ‘정치의 사법화의 메커니즘(헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가)’, 법학연구 27-1, 연세대학교 법학연구원, 2017, 102-103면 참조.

선거에 대한 개표과정 문제를 재개표로 해결하려던 플로리다주 대법원의 명령을 중지시킨 미국 연방대법원의 사례(2000) 등이 그 예입니다.⁸⁾

(3) 이와 같이 전세계적인 정치의 사법화 현상은, 정치의 측면에서는 물론 사법의 측면에서도 비판을 받고 있습니다. 민주주의의 기능을 중시하는 ‘정치적 입장’에서는 국가의 중요정책이 민주적 정당성 있는 정치과정이지 아니라 비선출직 사법관료의 법리에 따라 결정된다는 점에서 ‘정치적 사법화’를 비판하고, 법치주의의 이상을 강조하는 ‘사법의 입장’에서는 정치권에서 해결되어야 할 민감한 사안들이 정치의 실종 또는 의회기능의 마비로 인하여 사법심사에 떠맡겨진다는 점에서 ‘사법의 정치화’를 비판하는 것이지요.⁹⁾

권력이전의 관점에서는 ‘중전에 입법부 및 행정부에서 결정되던 주요 정책들이 사법부에서 최종 결정되는 것은 민주적 정당성이 큰 기관에서 약한 기관으로 권력의 중심이 이동되는 것’이며 ‘과도한 정치의 사법화는 사법이 민주적 책임 없는 정치권력이 될 수 있다’고 비판하고,¹⁰⁾ 민주정치의 관점에서는 ‘헌법적 구속으로 인하여 민주주의가 마비될 것’으로 우려합니다.¹¹⁾ 또한 사법부는 입법 및 행정 전문가가 아니기 때문에 입법부와 행정부의 행위를 존중해야 하며, 외부적 제한이나 교정방법이 없는 사법부가 사법심사를 스스로 절제하지 않을 경우 잠재적으로 거대한 권력을 가진 정치기관이 될 수 있다는 비판도 나옵니다.¹²⁾

정치적 사법화를 현대 민주주의 발전의 병폐로 보는 입장에서는, 사법부는 민주적 결정기구가 아닌 전문가 결정기구로서 정치의 사법화는 입법부의 기능을 약화시켜 민주주의를 축소한다는 시각이므로, 이를 해결하기 위해서는 정치문제에 개입하지 못하도록 제도적으로 사법심사 권한을 축소하거나, 국회가 정상적으로 작동하면 정치문제가 사법심사에 회부되지 않는다는 점에서 정당의 역할을 민주적으로 강화함으로써 해결해야 한다고 봅니다.¹³⁾

8) 박종현, ‘정치적 사법화의 세 가지 유형(미국을 중심으로 한 비교헌법적 사례연구)’, 세계헌법연구 16-3, 세계헌법학회 한국학회, 2010, 525-535면 참조.

9) 김해원, ‘헌법적 논증에서 정치와 사법(헌법재판에서 사법심사의 가능성과 한계를 중심으로)’, 법학논고 36, 경북대학교 법학연구원, 2011, 2-3면 참조.

10) 박종현, 전개서(각주 7), 103면; 박은정, 왜 법의 지배인가, 돌베개, 2014, 272면 참조.

11) 오승용, ‘한국 민주주의의 위기와 법의 지배(정치적 사법화를 중심으로)’, 민주주의와 인권 10-3, 전남대학교 5.18연구소, 2010, 168면 참조.

12) 유은정, ‘정치적 사법화와 사법의 정치화: 온건하고 실용적인 헌법재판의 당위성(리처드 포즈너의 이론을 중심으로)’, 헌법학연구 17-3, 한국헌법학회, 2011, 250, 255-256면 참조.

13) 이영재, ‘정치적 사법화, 민주주의의 위기인가?(하버마스의 민주법치국가 원리를 중심으로)’, 평화연구

3. ‘정치의 사법화’의 배경

(1) 지금까지 살펴본 바와 같이 정치의 사법화에는 민주주의의 실패라는 측면이 있습니다. 그러나 다른 한편으로는 국민의 기본권 의식 강화와 실질적 법치주의의 확대라는 측면도 있기 때문에, 정치의 사법화를 민주주의와 법치주의의 상호발전 과정에서 일어나는 불가피한 현상으로 이해할 필요도 있습니다.

(2) 우리의 일상생활에서 정치의 사법화가 이슈로 되는 일부 또는 일상적인 프로세스를 머릿속에 그려보면 다음과 같습니다.¹⁴⁾

① 국회의 다수당 및 소수당은 어떤 정치적 이슈(정책·법률)에 대해 논의를 하였으나 합의에 도달하지 못하고, 서로 자신의 입장이 국민의 의사에 부합한다고 주장함 → ② 양당의 첨예한 대립으로 국회가 파행되고 이에 대한 국민의 비판이 높아지자 다수당은 교착상태를 돌파하기 위해 의결을 강행함 → ③ 법률이 다수당의 의지에 따라 정해지자, 소수당은 다수결 민주주의의 한계를 법치주의로 보완하겠다고 헌법재판을 준비함 → ④ 소수당·이익단체·국민의 이름으로 헌법재판이 접수되면, 헌법재판소는 적법요건이 충족되는 이상 본안판단을 하여 결정 내리게 됨 → ⑤ 통상적으로 재판소의 결정은 합헌 또는 위헌 중 하나로서 양 당사자를 동시에 만족시킬 수 없기 때문에 패배한 일방이 승복하지 않는 경우가 발생함 → ⑥ 언론도 자신의 고유한 논조와 성향에 부합하는 결론이 나올 경우 비판하지 않다가 반대의 결론이 나올 경우 정치적이다 비판함 → ⑦ 정치의 사법화 또는 사법의 정치화에 대한 문제의식 높아짐.

(3) 위와 같은 프로세스를 상정한다면 ‘정치의 사법화’는 크게 ㉠ **대의민주주의의 한계 보완**, ㉡ **사법심사의 특성**, ㉢ **권력분립의 필연적 결과**, ㉣ **시민의 권리의식 향상과 헌법소원심판을 통한 공적 참여**라는 관점에서 이해할 수 있습니다.

㉠ 우리 헌법은 대의민주주의를 원칙으로 하되, 국가안위에 관한 중요정책에 한하여 예외적으로 직접민주주의를 채택하고 있습니다(제72조). 이러한 구조

20-1, 고려대학교 평화와민주주의연구소, 2011, 73면; 채진원, ‘정치의 사법화 현상의 이론적 쟁점(민주주의의 비판론과 낙관론 및 정당기능의 정상화 방향)’, 평화연구 19-2, 고려대학교 평화와민주주의연구소, 2011, 276면 참조.

14) 채진원, 전개서(각주 13), 261-262면; 유용민, ‘정치의 사법화 시대 사법 저널리즘 고찰(민주적 법치 국가 요청과 사법 속의로서의 사법 저널리즘 비판)’, 한국언론학보 6104, 한국언론학회, 2017, 61면 참조.

에서는, 소위 ‘입법적 다수’의 의견이 국회의 최종 결론에 반영되기 마련이고 국민 전체의 의사는 확인할 수 없습니다. 그리고 문제되는 정치적 이슈가 모두 국가 안위에 관한 중요정책에 해당되는 것도 아니고, 가사 해당되더라도 이에 대한 국민투표 부의권은 대통령에게 전속되기 때문에, 통상적인 경우에는 주권자의 의사를 명시적으로 확인할 수 없습니다. 그 결과 특정 이슈에 대한 정치적 결정이 이루어진 상황에서도 그 입법적 다수의 결정이 주권자의 의사와 다를 수 있음을 주장하는 측에서는 사법심사를 제기하게 되고, 헌법재판소로서는 현재까지 유효한 주권자의 보편적 결단인 헌법에서 개별사안에 대한 주권자의 의사를 확인하는 결정을 내리게 됩니다. 대의민주주의의 한계를 보완하는 측면에서 ‘정치의 사법화’가 이루어지는 것입니다.¹⁵⁾

㉠ 헌법재판소에 의한 사법심사는 구체적인 법적 분쟁이 발생하여(사건성), 그에 대한 쟁송이 제기되었을 때(수동성), 당사자들로부터 독립된 재판부가(독립성), 미리 정해진 절차에 따라 헌법을 적용하여(헌법기속성), 분쟁을 해결하고 헌법의 효력을 유지하려는 국가작용(분쟁해결 및 헌법수호)입니다. 일단 분쟁이 발생하여 사건이 접수되면, 적법요건의 불비로 각하되지 않는 한, 헌법재판소로서는 그 내용에 대해 응답할 의무가 있습니다. 이와 같이 수동적인 분쟁해결기구라는 특성상, 정치의 실패 또는 선출직으로 구성되는 입법부가 감당하기에 정치적 부담 있는 분쟁들이 재판소의 의지와 상관없이 사법심사의 대상이 되고, 재판소는 응답의무를 이행하기 위하여 정치적 사안에 대해 결정하게 됩니다. 즉, 사법심사의 특성으로 인해 ‘정치의 사법화’가 발생하는 측면도 있습니다.¹⁶⁾

㉡ Montesquieu의 삼권분립이론을 바탕으로 사법심사를 진지하게 논의한 미국 연방주의자들은, 크고 강한 정부가 야기할 수 있는 압제로부터 개인의 자유를 보호하기 위하여 권력을 분립시키고, 분립의 실익을 도모하기 위해 사법심사제를 논의하였고, *Marbury v. Madison* 판결을 통해 연방대법원의 사법심사권은 확립됩니다. ‘다수에게 모든 권력을 주면 그들은 소수를 억압할 것’이라는 Hamilton의 시각, ‘한 명의 독재자와 마찬가지로 173명의 독재자(의회)도 분명 억압자일 것이다. 우리가 싸워서 얻고자 했던 정부는 선출된 독재정치가 아니다’라는 Jefferson의 시각은 권력분립과 사법심사를 통해 민주주의의 흥수로부터 헌정체제의 붕괴를 방지해야 한다는 문제의식에서 출발한 것이지요. 이러한 관점에 따라 주권자인 국민이 우리 헌법에 권력분립과 헌법재판제도를 도입한 이상 정치적 이슈에 대한

15) 박종현, 전개서(각주 7), 111-115면 참조.

16) 김해원, 전개서(각주 9), 10면; 박은정, 전개서(각주 3), 10, 13면 참조.

사법심사는 충분히 예상되던 결과로 평가됩니다.¹⁷⁾

㉔ 권력분립과 헌법재판이 제도화되고 민주주의가 실질적으로 정착되면서, 헌법규범은 생활화되고 국민의 권리의식이 향상됩니다. 법은 사회질서를 유지하기 위한 것이기도 하지만 무엇보다 국민의 기본권을 보호하기 위한 것이라는 생각이 확산되면서, 다수 또는 공익을 위한 입법부의 법률 또는 행정부의 정책이 개인의 기본권을 제한하는 경우 그 위헌 여부를 사법심사로 다투려는 경향이 나타나게 되었습니다.¹⁸⁾ 한편, 선거민주주의에서 개인은 투표행위라는 찰나의 순간을 제외하면 통치의 객체로 전락하며 입법·정책 등 공적 문제에 유의미한 영향력을 상실한다는 비판, 그리고 개인의 투표권마저도 바다에 떨어진 한 방울의 물방울과 다르지 않다는 평가가 있습니다. 이에 개인이 스스로 청구인이 되어 공권력행사의 기본권 침해를 주장·입증할 수 있도록 한 헌법소원심판제도는, 그 재판의 결론이 어떻게 귀결되든지 간에 개개인의 국민이 이니셔티브를 쥐고 9인의 헌법재판관으로 하여금 자신의 주장에 대해 진지한 검토를 하도록 하고 그 결론의 당부에 관한 합리적 이유를 제시하도록 한다는 점에서, 시민에게 유의미한 공적 참여의 기회를 제공한다는 의미를 내포하게 되었습니다.¹⁹⁾

(4) 이러한 관점에서 생각해 보면, 정치의 사법화는 민주주의의 실패에 일부 책임이 있을 수 있겠지만 다른 한편으로 ‘**민주주의의 정상적인 작동 결과**’ 내지 ‘**민주주의의 공고화 과정에서 수반되는 현상**’이라 볼 수 있고,²⁰⁾ Ginsberg 연방대법관의 이야기와 같이 ‘다수결 원리를 토대로 하는 국가기관인 의회권력이나 행정권력이 할 수 없는 일을 사법이 떠맡고 있는 측면’도 있다 할 것입니다.²¹⁾ 정치과정에서 타결될 사안들이 헌법재판으로 제기되는 것이 문제라는 인식은, 오히려 정치결정의 개방적 속성과 불복의 불가피성을 무시하고 완벽한 합의 가능성을 강조하는 이상적 민주주의에 대한 낙관적 시각이 아닐지 돌아볼 필요가 있습니다.²²⁾

17) 박종현, 전개서(각주 8), 522-523면; 오승용, 전개서(각주 11), 167-168면 참조.

18) 박은정, 전개서(각주 3), 6면 참조.

19) 이황희, ‘헌법재판과 공적 참여’, 저스티스 159, 한국법학원, 2017, 11-19면 참조.

20) 박종현, 전개서(각주 8), 116면; 이영재, 전개서(각주 13), 73면 참조.

21) 유용민, 전개서(각주 14), 62면 참조.

22) 박종현, 전개서(각주 8), 119면 참조.

4. ‘정치의 사법화’의 대안

(1) 정치의 사법화에 대한 대안은 정치의 사법화를 부정적인 측면에서 볼 것인가 아니면 긍정적인 측면에서 볼 것인가에 따라 달라질 수 있습니다.

앞서 살펴본 바와 같이 민주주의 실패의 관점이나 권력이전의 관점에서 정치의 사법화를 본다면, 민주주의와 법치주의는 영합(zero-sum) 관계로 정의되기 때문에, 그에 대한 해법은 다수결 민주주의의 강화 관점에서 공권력행사에 대한 국민의 재판청구권을 제한하거나 또는 재판소의 사법심사 권한을 축소하는 방식으로 연결될 것입니다. 반면 대의민주주의 한계 보완의 관점이나 권력분립의 필연적 결과라는 관점에서 정치의 사법화를 본다면, 사법이 지속적으로 입법·행정과 함께 국민의 권리보호와 민주주의에 기여할 수 있도록 사각지대 없는 사법심사를 보장하는 방향으로 연결될 것입니다.

(2) 국민의 대표기관인 국회의 존재이유는 국민의 다양한 의사를 반영하여 숙의·토론하고 이를 하나의 의사로 수렴·통합하는데 있습니다. 그러나 여야의 정치적 대립과 분열로 인해 정치과정에서 원만하게 해결되었어야 할 사안이 사법심사의 영역으로 넘어오는 현실과 이에 대한 사법심사를 허용하고 있는 헌법의 구조를 고려하면, 1987년 헌법개정시 주권자의 의사는 입법자가 국민의 의사를 하나로 수렴하는데 실패할 경우 이를 헌법재판의 형태로 해결할 수 있다는 취지로 보여집니다. 정치적 사안은 선거 승리에 지지기반이 있고 그리하여 민주적 정당성이 큰 국회 및 대통령에 의해 결정되는 것이 원칙이나, 그러한 결과가 국민의 기본권을 침해하거나 헌법의 기본원리에 위반될 경우 헌법과 합리적 이성에 기초한 헌법재판으로 조정될 수밖에 없음을 인정한 것이지요. 다른 국가권력이 주권자의 의사(헌법)에 부합하게 권력을 행사하는지 감시하고 견제하는 역할을 수행하고, 이를 통해 기본권을 보장하고 민주주의의 안정을 수호하는 것이 헌법재판의 본질임을 고려할 때, 헌법재판제도를 유지하는 사회적 비용에도 불구하고 긍정적인 시각에서 볼 필요가 있을 것 같습니다.²³⁾

(3) 물론, 정치의 사법화를 긍정적 또는 필연적으로 보더라도, 정치의 사법화로 인한 사법권력의 남용은 스스로 경계할 필요가 있습니다. 사법심사는 제3자인

23) 최대권, ‘민주주의와 법치주의’, 헌법논총 19, 2008, 204, 208면; 박종현, 전개서(각주 7), 120-121면 참조.

재판기관이 미리 정해진 법령과 판례에 근거하여 당사자들의 분쟁을 권위적으로 해결하는 것인데, 헌법재판의 경우에는 근거규범인 헌법의 개방성·추상성으로 인하여 당사자들뿐만 아니라 헌법 전문가들도 그 결과를 쉽게 예측하기 어렵고, 서면심사 및 직권조사가 중심이 되므로 사건에 관한 재판부의 관심사항을 외부에서 알기 어렵다는 특징이 있습니다.

그러므로 재판소로서는 결정이유에서 헌법의 해석 및 적용에 관한 설득력 있는 논증, 헌법 원칙의 일관성 있는 적용을 통해 사건 당사자들뿐만 아니라 국민이 그 결과에 납득할 수 있도록 노력해야 할 것입니다.²⁴⁾ 또한 사법심사가 민주적 속의 가능성을 더욱 높일 수 있다는 공화주의적 시각을 참고하여, 국민적 관심이 높은 주요 사건들을 지속적으로 공개변론에 회부하고 재판부와 국민의 소통을 통해 공적 담론을 활성화함으로써, 사법심사가 민주주의에 기여할 수 있도록 노력해야 할 것입니다.²⁵⁾

5. 결어

(1) 영국의 법철학자 Hart는, 구체적 사안에 적용할 규칙이 없거나 있어도 그 내용이 모호할 경우 법관에게 판단재량, 즉 사법재량(judicial discretion)이란 특권이 주어진다고 주장하였습니다.

그러나 Hart의 후임(제자?)이었던 미국의 법철학자 Dworkin은 정책(policy)과 원리(principle)를 구별하면서 Hart의 사법재량론을 반박합니다. 즉, 정책적 판단은 완전한 재량에 속하는 문제로 정답이 여러가지일 수 있으나, 원리적 판단은 정답이 하나 있음을 전제로 비교형량을 통해 그 정답을 찾아가는 과정인바, 사법부는 명확한 규정이 없어 판결하기 어려운 하드케이스를 임함에 있어 (재량에 의한 정책적 판단이 아닌) 법령 배후의 묵시적 기준인 원리에 따라 결론을 내려야한다고 지적합니다. 사법재량이 법관의 자의로 연결될 수 있음을 경계하는 것이지요. 그러면서 법의 핵심은 통합성(integrity)이라고 주장하면서, 이를 위한 모델로 ‘헤라클레스 법관(Judge Hercules)’과 ‘연작소설(chain novel) 판결’을 제시합니다.

24) 박은정, 전개서(각주 3), 12-13면; 박종현, 전개서(각주 7), 127-128면; 이황희, 전개서(각주 19), 15-17면 참조.

25) 유용민, 전개서(각주 14), 52-53면 참조.

즉, ㉠ 법적 안정성과 예측 가능성을 중시하여 과거의 선례에 집착하는 관행주의(conventionalism)와 구체적 타당성과 정의를 중시하여 현재의 사건 해결에 몰두하는 실용주의(pragmatism)를 모두 거부하고, 과거의 선례에 배치되지 않으면서도 당해사건의 결론이 정당화될 수 있는 구성적 해석(constructive interpretation)을 사법심사의 이상으로 삼으면서, ㉡ 헤라클레스 법관과 같은 초인이라면 과거의 결정과 이유를 모두 통달하여 이에 부합하지 않은 해석론을 모두 배제한 다음, 이에 부합하는 해석론 중 구체적 정의를 가장 잘 실현할 수 있는 해석을 선택함으로써, ㉢ 스토리의 연속성을 유지하면서도 독자의 요구에 부합하는 연작소설과 같은 판결을 만들어야 한다는 내용입니다.²⁶⁾

이러한 Dworkin의 주장은 추상적이고 개방적인 헌법을 준거규범으로 하는 헌법재판에 특히 시사하는 바가 크다고 생각되고, 발제자께서 강조하신 ‘세분화되고 일관된 심사기준의 필요성’도 같은 맥락에서 이해됩니다.

(2) ‘정치의 사법화’ 문제는 헌법재판의 정치 개입 문제가 아니라 무엇이 헌법인가의 측면에서 접근하는 것이 적절합니다. 권력분립원리상 국회에 부여된 입법재량과 대통령에게 부여된 행정재량은 마땅히 존중되어야 할 것이나, 재판소는 입법·행정을 견제하고 국민의 기본권 보호를 위해 설립된 이상 구체적 사건이 접수되면 사법심사를 할 수 밖에 없습니다. 통치행위 이론과 같이 사법심사 배제를 고도의 정치성에서 찾을 경우 재판소 스스로 사건에 대해 정치적 시각이 있음을 자인하는 셈이고, 사법적극주의는 물론 사법소극주의도 특정 당사자에 유리한 결론을 시사한다는 점에서 이를 의식하면서 헌법재판에 임할 수도 없는 노릇입니다. 헌법재판을 통한 사법심사가 민주주의와 긴장관계에 있는 것은 사실이지만, 민주주의란 그 자체가 목적이 아니라 국민을 동등하게 배려하고 기본권을 보호하기 위한 정치공동체의 수단임을 고려할 때, 궁극적으로 사법의 독립성과 중립성을 지키면서 양자가 조화를 이룰 수 있도록 노력해야 할 것입니다.

‘헌법재판소, 한국 현대사를 말하다’라는 책에는 구 민법 제809조 제1항 헌법불합치 결정²⁷⁾에 관한 비하인드 스토리가 등장합니다.²⁸⁾ 위 법률조항은 동성동본 금혼조항이었는데, 사실 국회에서도 문제의식이 있었으나 전통적인 관념과 유림의 표심을 외면할 수 없어 1년짜리 특례법을 만드는 방식으로 대처하고 있던

26) 로널드 드워킨, 법의제국, 아카넷, 2004, 321-390면 참조.

27) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등 결정.

28) 이범준, 헌법재판소 한국 현대사를 말하다, 궁리, 2009, 230-242면 참조.

형국이었습니다. 이에 1995년 5월 서울가정법원은 동성동본 사실혼 부부들의 신청을 받아 위 법률조항에 대해 위헌제청하고, 헌법재판소 2기재판부는 심리에 들어갑니다. 당시 주심이던 황도연 재판관은 “황도연 재판관은 방촌 황희 선생 직계 후손이시지 않습니까. 그렇게 훌륭한 집안에서 나신 재판관께서 동성동본 금혼조항을 위헌이라고 하실리가 만무합니다만, 이 혼인윤리라는 것은...”이라는 성균관 간부의 훈계에 가까운 설명을 듣습니다. 위헌의견을 집필하게 된 황도연 재판관은 인터뷰에서 “집안에서 자네는 위헌의견에서 빠지라고 말했고 종종에서는 파종하겠다고 했다. 심리적으로 타격을 많이 받았지만 동성동본 금혼조항은 위헌이라고 확신했다. 국회에서 여러 번 특례법을 만든 것도 구제해야 할 필요가 간절해서였다. 그러면서도 국회는 폐지하지 못했고 이후로도 못할 것이라 생각했다. 유럽과 여성이 맞선 상황에서 표에 민감한 정치인은 어려웠기 때문이다. 그래서 헌재가 아니면 안됐고, 반드시 위헌을 선언하겠다고 다짐했다.”고 말했습니다. 아마도 외부의 시각에서 볼 때, 황도연 재판관의 조건은 동성동본 금혼조항 사건에서 중립성을 지키기 어려운 분으로 인식되었을 수 있습니다. 하지만 그러한 외적 조건과 시선을 극복하고, 헌법 제10조, 제11조, 제36조 제1항의 해석을 통해 다수의 국민이 공감할만한 합리적인 결론을 도출한 것으로 보여집니다. 현재의 시점에서 당연하고 또 보편적 상식으로 인정받는 흑백통합교육의 계기를 마련한 미국 연방대법원의 1954년 *Brown v. Board of Education of Topeka* 판결도, 외적 압력과 자신의 출신배경으로부터 독립한 연방대법관들의 사법의 중립성에 대한 소신이 없었다면 현실화되기 어려운 사안이었겠지요. 발제자께서 강조하신 ‘사법의 중립성’도 이와 같은 맥락에서 이해됩니다.

(3) 헌법재판소는 2017년 2월 국회 헌법개정특별위원회에 재판관 임명방식 개선방안을 3개 제안하였는데, 그 중 하나가 국회가 재판관 전원을 선출하되 재적의원 3분의 2 이상의 찬성에 의하도록 가중정족수를 두고, 이 경우 재판소장은 재판관들이 호선하는 방식이었습니다. 헌법재판소의 권한 및 그 결정의 파급효과를 고려할 때 이를 뒷받침할 민주적 정당성을 강화하는 것이 바람직하다는 차원에서, 발제자께서 강조하신 ‘재판관 임명방식의 개선’도 이해됩니다.

제164회 발표회 토론요지

사 회 자(한상희 건국대 교수): 오늘 아주 감회가 새로운데요. 오늘 정치와 사법이라는 가법지 않은, 그러나 그럼에도 불구하고 무겁지 않은 그런 주제라고 저는 생각을 합니다. 우리가 한 번은 짚고 넘어가야 되는 부분이고요. 그리고 특히 헌법재판소의 경우에는, 또는 헌법실무라는 이름으로서는 하여간 이 두 개의 개념과 그 두 개의 관계에 대해서는 어느 정도의 틀은 갖추어야 된다는 그런 생각에서 본다면 상당히 의미 있는, 헌법재판소에서 이루어지는 헌법실무 세미나로서는 가장 핵심에 들어가는 그런 주제라고 생각이 됩니다. 이런 주제의 사회를 맡아서 정말 저로서는 상당한 영광인데요, 사회의 몫을 제대로 할지는 모르겠습니다.

뭐, 사실 그렇죠. 뭐 법관, 사법이라고 이야기했을 때 많은 사람들은 미국을 이야기를 많이 하는데요. 그러니까 어떤 의미에 있어서는 법과 사법이라는 것이 과연 떨어질 수 있는 것인가? 서로 대등한 그 대등점에 놓고 관계를 모색할 수 있는 것인가? 어떻게 보면 권력이라는 점에서는 같은 것의 양면이 아닌가라는 이야기를 할 수도 있는 측면이 있습니다.

이제 문제는 그럼에도 불구하고 정치에 타당한 그런 그 원리와 사법에 타당한 원리가 서로 구획되고, 그 구획을 통해서 국가권력의 정당성을 확보한다는 이런 점에서는, 그러니까 저희도 제도화의 측면에서는 이 양자의 관계를 면밀하게 검토할 필요는 있다고 생각을 합니다.

오늘 발제의 내용이 상당히 많고, 토론도 거의 하나의 발제 수준이네요. 그러다 보니까 사회가 많이 떠들었다가는 시간을 뺏을 것 같아서 그냥 간단히 말씀만 드리고요, 먼저 발제부터 하도록 하겠습니다.

〈주제발표자(이명웅 변호사) 발표〉

사 회 자: 아주 폭넓게 이야기를 해주셨네요. 정치의 개념이 무엇인가, 그리고 이제 사법권의 확립 과정, 거기에서 사법의 중립성이라는 그런 요청, 이 과정에서 이제 법관들의 성향이나 가치관들이 판결에 어떤 영향을 미치느냐, 그리고 그것들을 중화시킬 수 있는 장치는 무엇이나까지 많은 이야기를 해주셨습니다.

사실 정치의 사법화라면 두 가지 맥락에서 이야기를 할 수가 있죠. 정치적인

로 해결해야 될, 국가가 해결해야 될 문제를 헌법재판소에 집어던지는, 이거는 이제 외삽에 의한 정치의 사법화라고 할 수가 있을 겁니다. 또 하나가 이제 사법과정에서 사법의 주역을 담당하고 있는 법관들이 자기의 어떤 정치적인 태도라든지 보통 세 가지가 작동한다고 그러죠. 그러니까 법관들의 개인적인 가치관을 담고 있는 태도, 그리고 이제 자기가 사법부의 일원으로서 어떤 역할을 해야 되느냐, 이제 적극성, 소극성을 따지고 들 때 자제, 이런 역할 정향, 그리고 법원 내부에 존재하는 조직적인 불문율, 뭐 이런 것들이 이제 작동한다고 그러는데요. 그거 이제 사법부의 내부적인 정치적 지향이 판결의 형태로 드러나는 거예요. 이것도 이제 정치의 사법화라고 이야기를 할 수가 있을 겁니다.

지금 발제자는 후자의 관점에서 이제 법관들의, 어떤 정치의 사법화 현상들, 뭐 이런 것들을 어떻게 나눠야 될 것이냐 하는 그런 이야기를 해주셨는데요. 사실 그렇지 않습니까? 사법심사의 원천이라고 하는 마버리 대 메디슨(Marbury v. Madison) 사건 자체가 아담스 대통령하고 제퍼슨 대통령 사이의 연방 법관 나눠 먹기, 그 결과로 나온 거죠. 아주 정치적인 맥락에서 아주 교묘한 정치적인 술책의 결과로 나온 게 이 심사제도인데요. 그런 사법심사제도의 원천을 생각하면서 헌법재판소에 앞아가지고 사법의 비정치화를 이야기하는 것도 좀 그러네요. 어쨌든 참 재미있는 주제이기는 합니다.

한 가지만 개인적으로 좀 욕심 삼아서 덧붙이자면, 바로 그런 것들을 막기 위해서 아까 발제자가 그 중간단계의 재판규범이라는 표현을 했는데요. 사실 미국 연방대법원에서 부당하게 도그마틱이 아니라 독트린을 만들어내고 여러 가지 뭐 심사기준들을 만들어내고 우리 헌법재판소도 마찬가지로입니다. 수없이 많은 어떤 그 원리를, 독트린이죠, 그런 중간단계의 심사기준들을 만들어 내거든요. 이것이 어떻게 보면 법관이나 재판관들이 가지는 개인적인 가치관들을 중화시키는, 그래서 보다 중립적이고 경우에 따라서는 국민들에게 어떤 규범적 정당성을 내보일 수 있는 아주 좋은 장치가 아닌가요? 그러니까 이제 경우에 따라서는 자기가 다르게 생각하더라도 다수가 원하는 대로 의견을 내놓을 수밖에 없는 이런 구조를 만드는 것, 그거 재판관 구성에서 3, 3, 3이든 국가가 다 하든 뭐 이런 것들도 어떤 면에서는 바로 그런, 그러니까 개인적인 가치관이나 역할을 정하는 것 이런 것들이 어떤 사법환경을 지배하지 못하도록 하는 그런 장치가 아닌가요 생각이 듭니다. 그럼 일단 제 말씀은 그 정도로 하고요.

이제 귀한 발제에 이어서 정말 귀한 토론의 순서로 넘어가야 될 텐데요. 일단 조금 순서를 바꿔서 먼저 내부적인 토론이 먼저 있는 것이 좋을 것 같습니다.

우리 승이도 연구관님 간단히, 시간이 조금 지났긴 한데 그래도 한 15분 정도 토론 부탁드립니다.

〈지정토론자(이관후 서강대 현대정치연구소 연구원) 지정토론〉

〈지정토론자(승이도 헌법연구관) 지정토론〉

지정토론자(이관후): 한 가지 에피소드 비슷하게 말씀드리고 넘어가자면 제가 UCL이라고 영국에서 유니버시티 칼리지 런던(University College London)이라고 해서 런던대학에서 학위를 했는데, 이게 벤담이 만든 학교예요. 제임스 밀하고 벤담이 만든 학교인데, 케임브리지하고 옥스퍼드는 영국 국교도들만 입학할 수 있기 때문에 아일랜드 카톨릭이라든지 그다음에 영국 시민권자가 아닌 사람들은 들어갈 수가 없었죠. 그래서 사실은 제 동문 중에 간디가 있기도 합니다. 이 사람은 케임브리지, 옥스퍼드 갈 수 없었기 때문에 UCL 온 거죠. 이토 히로부미도 제 동문이고요. 그러니까 이렇게 식민지에서 있었던 사람들이 옥스퍼드, 케임브리지 가지 못했기 때문에 UCL을 많이 왔습니다.

그래서 그 UCL에, 벤담이 세운 학교기 때문에, 변호사죠. 그래서 그 법학과의 건물 이름이 벤담하우스입니다. 벤담하우스인데 굉장히 건물이 잘 되어 있어요, 아주 고풍스럽고 괜찮은데. 그런데 거기에서 이 법학을 가르치면 우리로 따지면 민법하고 형법만 가르치죠. 헌법은 컨스티튜션 유닛(constitution unit)이라고 그래가지고 정치학과에 들어와 있습니다. 그러니까 제가 처음에 가서 그걸 보고 깜짝 놀랐어요. 그러니까 분명히 정치학과 건물인데 헌법학과가 여기 있는 거예요. 그래서 퍼블릭 폴리시(public policy)가 있고 폴리틱얼 사이언스(Political Science)가 있고 컨스티튜션 유닛이 있어요, 정치학과에. 그래서 그, 무슨 이제 헌법과 관련된 굉장히 민감한 문제가 나오면 저희 학과에 헌법 전공하시는 교수님이 나가서 BBC 인터뷰도 막 하고 그랬는데, 제가 가끔 한국 사람들에게 “우리 과 교수님이다.” 이렇게 얘기하면 “헌법학자가 무슨 정치학과 교수님이나?” 이렇게 이제 반문을 하기도 하는데, 제가 영국에서 느꼈던 게 굉장히 그렇게 상식적인, 저희가 변호사들은 민법과 형법, 상법 이런 걸 배워서 재판을 하고, 그 헌법이라고 하는 것은 기본적으로 정치학과에 속해있는 것이라라고 하는 인식을 가지고 있더라고요. 그래서 저는 그것이 굉장히 이질적으로 느껴지고 좀 깜짝 놀랐는데 또 거기 있었던 사람들은 그것을 대단히 당연한 받아들이고 있더라고 하는 것에서 제가 생각하고 있었던 그런 정치와 법의 어떤 경계랄까요? 관계 이런 것들이 사실은 굉장

히 다원적이구나라고 하는 것을 제가 느낀 바가 있었습니다. 그래서 그런 면에서 조금 더 넓은 측면에서 이렇게 정치와 법의 관계를 좀 살펴볼 수 있었으면 좋겠다. 조금 더 많은 상상력을 가지고 생각해 볼 필요가 있겠다라고 하는 생각이 들었습니다.

토론 내용에 들어가자면, 방금 전에 승이도 연구관님께서 하트, 드워킨 다 이론을 설명해주셨고. 그다음에 정치학에서는 오승용, 이영재, 채진원 이런 분들이 정치의 사법화에 대한 논문을 쓰셨는데 다 40대 후반의 굉장히 진보적인 정치학자들이예요. 그래서 정치의 사법화 문제에 상당히 관심이 많은 분들이고 제가 잘 아는 분들이기도 하지만 그런 분들에 대한, 서두에 다 이미 해주셨기 때문에 저는 그것보다는 조금 더 이렇게 정치철학적인 그런 관점에서 접근하는 토론을 좀 해보고자 합니다.

그 발표문에서 보면 승이도 연구관께서는 “정치의 사법화에서 헌법이란 무엇인가라고 하는 것을 좀 생각해보면 좋겠다.” 이렇게 말씀하셨는데, 또 역시 정치의 사법화에서 그럼 여기서 얘기하는 정치가 뭘가라고 하는 부분도 상당히 중요한 것 같습니다.

우리 발표자께서는 정치란 권력이나 사회적 자원의 배분, 혹은 정당한 권위와 복종이라고 하는 견해, 이런 것들을 설명해주셨고, 사실 대단히 고전적인 정의 이면서 현대 정치학에서도 가장 기본적으로 정치학개론 시간에 가르치는 내용 중의 하나입니다. 데이비드 이스턴(David Easton)의 정의라든지 이런 것들이 여기에 속하죠. 그런데 정치철학적인 근원을 따지고 보면 이런 생각은 아마 홉스(Hobbes)에서부터 시작이 되는 것 같고요. 뭐 훨씬 올라가면 트라시마코스(Thrasymachus) 이런 사람도 있겠지만 홉스가 있을 것이고, 아마 근대 정치학으로서는 칼 슈미트(Carl Schmitt)나 샹탈 무페(Chantal Mouffe) 같은 사람들이 이런 정치관을 가지고 있었던 것 같습니다.

그런데 다른 한편으로 보면 이제 특히 계약론, 그리고 나중에 후대에 이제 다원주의, 민주주의 이런 전통을 따르게 되면 정치라고 하는 것이 어떤 권력의 배분만이 아니라 반복적인 대화와 조정의 과정이고, 또 이 경우에는 복종의 대상도 국가나 정부, 권력이 아니라 시민들 자신이 되는 거죠. 시민 상호 간의 복종, 약속이 됩니다. 그래서 정치라고 하는 것은 시민들의 특정한 의사결정 과정을 통해서 서로에게 복종하기로 약속한 상태에서 벌어지는 언어 게임이다. 이렇게 정의할 수도 있을 것입니다.

아마 이런 쪽이 사회계약론으로 보면 로크(Locke)나 루소(Rousseau)의 기본

적인 입장일 것이고, 현대 정치학에서 본다면 다원주의 이론가인 로버트 달(Robert Dahl)이나 샤프츠슈나이더 같은 사람들이 아마 이런 견해에 동의할 것이라고 생각합니다. 그리고 현대 1990년대 이후에 이제 하버마스(Habermas)라든지 롤즈(Rawls)라든지 하는 사람들의 소위 숙의민주주의, 시민민주주의라고 하는 흐름도 아마 이러한 정치적 개념에 조금 더 가까울 것이라고 생각을 합니다.

고전적인 견해에 따르면 정치의 사법화는 정치공동체에서 분배나 복종을 이끌어낼 수 있는 권위가 상당히 불명확해졌을 때 사법적 판단을 통해서 이제 이것을 해결하는 것이라고 이해가 될 수 있고, 반대로 계약론이나 민주주의 전통에 따르면 정치의 사법화는 정치적 과정의 조기적인 중단, 유보, 포기로 이해될 수 있을 것 같습니다. 그래서 특히 저는 한국에서 이러한 정치의 사법화를 좀 다른 말로 하면 정치권이 가지고 있는 사법조급주의 같은 것이라고 생각을 하기도 해요.

그래서 좀 다르게 쉽게 이야기하자면 영국에서는 어떤 정치적 대결이 심각하게 양당 사이에 벌어지면 그냥 해결 안 하고 놔둡니다. 그것을 억지로 해결하려고 하지 않아요. 왜냐하면 양측의 의견이 아직 충분히 서로에 대해서 이해하지 못하고 있기 때문에, 무엇이 쟁점이 정확하게 드러나지 않았기 때문에 그래서 그냥 내버려 둡니다. 그러면 나중에 1년, 2년 뒤에 다시 그 논의를 시작해보는 것이죠. 아주 중요한 결정이 있을 때도 심지어 그냥 내버려 두는 경우가 있습니다. 예를 들면 선거법을 바꿔야 할 때 국민투표해야 되는데 그것을 석 달 안에 하라는 그런 압력이 굉장히 많았음에도 불구하고 한 1년 정도 그냥 유예시켰어요. 왜냐하면 지금은 사람들의 의견이 너무 이렇게 들끓어있기 때문에 사람들이 리즈너블(reasonable)한 판단하기 대단히 어렵다 그래서 한 1년 정도 뒤에 국민투표를 하게 되면 사람들이 조금 더 냉정한 이성을 가지고 투표할 것이다. 이런 식으로 해가지고 국민투표를 1년 정도 뒤로 연기시켰습니다.

그래서 제가 학교에서 강의할 때 학생들한테 이런 얘기를 하는데요. “프랑스식 민주주의는 사람들이 와글와글하면 빨리 이걸 해결해야 된다고 하는 게 프랑스식 민주주의고, 영국의 민주주의는 사람들이 와글와글 있을 때는 여기서는 냉정한 판단을 내리기 어렵기 때문에 조금 더 유예시켜놓는 것이 영국식 민주주의다.”라고 하는데 결과는 비슷하지만 중간에 누가 더 많은 코스트(cost)를 치르게 되느냐 하는 부분이 상당히 다른 면인데, 우리의 민주주의가 60년대에서 한 80년대까지 와글와글하는 민주주의였다면 2000년대 있어서 우리의 민주주의가 어떤 방식을 채택할 것인가 조금 생각해볼 필요가 있다라고 하는 얘기를 제가 가끔 하

게 됩니다.

그런데 이런 부분이 아마 우리가 압축근대나 압축적 민주화하게 되면서 여전히 가지고 있는 어떤 성향 중에 하나인데, 그래서 법, 정치적인 일을 정치적으로 해결 안 하고 사법적으로 해결한다고 그러면 상당히 근대화된 것처럼 보이지만 사실은 제가 보기에는 이것은 일종의 조급주의, 압축 근대나 압축 민주화의 어떤 영향이 아닌가라고 하는 생각이 들고요.

그런 측면에서 보면 저는 이것이 정치적 과정의 조기적 중단이나 유보, 포기 로 충분히 이해될 수 있는 정치적 전통이 있다라고 하는 생각이 듭니다. 게다가 사법부가 시민배심이 아니라 소수의 법률가로 구성되어 있을 경우에는 대단히 명백하게 시민들 상호간에 복종이라고 하는 약속을 허무는 정치적 자기결정권의 부정으로 이해될 수 있습니다.

그래서 시민들 간의 언어 게임이 중단되는 순간에 정치가 중단되고, 행정이나 사법이 시민의 결정권을 가져가게 되는 것이죠. 먼저 이제 시민들 혹은 시민들의 대표가 스스로 그런 결정을 내릴 경우에는 어떻게 해석할 것이냐 하는 부분인데, 아마도 계약론자인 루소는 스스로 노예가 되는 계약은 무효다라고 하는 입장에서 이것을 반대할 것이고, 스키너 같은 사람이 얘기하지만 비지배로서의 자유라고하는 로마 공화주의 전통에서 봤을 때도 자기통치권을 스스로 포기하는 것, 로마 같은 경우에 비상한 시기에 임시독재관 디타토르(dictator)를 세워가지고 일정한 기간 동안 독재권을 주게 되지만 사실은 어쨌든 간에 그것 역시도 자기 통치권의 포기는 맞다라고 하는 입장을 가지고 있죠. 그래서 이런 문제로 이해할 수 있을 것 같습니다.

그런데 정치의 정의를 아마 홉스나 그다음에 조금 더 다윈주의로 나가면 로버트 달 정도 되겠지만 그다음에 정치에 대해서 발표자가 말씀하실 때는 아리스토텔레스를 제시하셨어요. 저는 여기서 그러면 홉스나 슈미트 혹은 아니면 로버트 달이나 샤프슈나이더에 대해서 조금 더 넘어가서 아렌트(Arendt)라고 하면 이제 전형적인 아리스토텔레스주의자고 공화주의자적인 입장에서 정치를 보고 있는 것이죠. 그래서 이런 입장에서 본다고 한다면 정치가 무엇이나라고 하는 질문은 곧바로 인간이 무엇이나라고 하는 질문으로 바로 연결됩니다.

그래서 아리스토텔레스의 정의에서 정치적 동물이라고 이제 우리가 보통 얘기하는데, 정확하게 그 의미를 포착하자면 폴리스(polis)에 사는 동물을 의미합니다. 다시 말하면 폴리스라고 하는 것은 그런데 다른 나라에도 있는 것이 아니거든요. 그냥 아테네에만 있는 게 폴리스죠. 그러니까 이걸 대단히 배타적인 의미를

가지고 있습니다.

하나의 의미를 보자면 아리스토텔레스의 이 말이 굉장히 충격적이었던 이유는 동시대의 아테네인들에게 그전까지 아테네 사람, 그리스 사람들이 생각했던 그 위계에는 신이 있고, 신과 인간이 교접해서 나온 그 중간에 영웅들이 있고 그 다음에 인간이 있고 동물이 있고, 식물이 있고, 무생물이 있고 이제 이런 식으로 위계가 대단히 정해져 있었는데, 아리스토텔레스가 충격적인 이야기를 하죠. “인간도 동물이다. 인간은 신이 아니고 인간은 동물이다.”라고 하는 얘기 자체가 대단히 충격적이었고. 그런데 이 인간이 다른 동물과 다른 이유는 폴리스에 살기 때문이라고 얘기합니다.

그러니까 다시 말하면 폴리스가 없는 아시아 - 소아시아가 되겠죠 - 거기 사는 사람들은 야만인이고 바바리안(barbarian)이라고 얘기하는, 그리고 아시아인이라고 하는 동격을 가지게 됩니다. 그들은 인간과 동물의 중간정도의 존재죠. 아마 영화 The 300에서 보면 가장 전형적으로 나타나는 그런 이미지를 볼 수 있습니다. 그 사람들은 인간과 동물의 중간 정도되는 사람들이죠, 아시아인들 같은 경우에는. 그래서 여기서 가장 중요한 것은 폴리스에 산다는 것이죠. 폴리스에 산다는 것이고, 이것은 공적인 일에 대한 자기결정권을 갖는다는 것을 의미합니다.

정치적 자기결정권이라고 하는 것은 발표자께서도 말씀하셨지만 스스로 좋음 혹은 최상의 상태를 추구할 수 있다는 것을 의미하죠. 그것이 인간입니다. 그것을 못하면 인간이 아니라는 뜻이죠, 아리스토텔레스의 얘기는. 그래서 인간은 폴리스를 통해서 더 큰 좋음을 사실은 추구할 수 있습니다. 왜냐하면 한 인간이 추구할 수 있는 좋음과 국가라고 하는 것을 통해서 추구할 수 있는 좋음의 차이는 굉장히 크기 때문에 그렇습니다. 그래서 가장 큰 좋음을 추구하는 것이야말로 인간 삶의 최종적인 목적이기 때문에 인간은 이 국가를 얼마나 좋은 상태로 만들 것인가라고 하는 것, 그러니까 공적인 참여를 통해서 정치를 통해서 이 국가를 가장 좋은 상태로 만드는 것이 인간이 가장 자기의 삶을 행복하게 만드는, 좋게 만드는 것이 되는 것이죠.

그래서 이런 맥락에서 보면 공적인 것에 대한 참여로서 정치는 한 개인이 자신의 삶을 보다 더 나은 상태, 최종적으로는 삶의 궁극적인 목표를 달성하기 위해서 대단히 필수적인 과정입니다. 그래서 이런 의미에서 그리스 말로 공적인 일에 참여하는 자라고 하면 폴리틱스(politics)라고 했죠, 폴리티션(politician). 요즘에는 나쁜 말이 됐습니다만. 반대로 정치에 참여하지 않고 자신의 사적인 삶에서 행복을 찾는 사람들이 있죠. 이런 사람들을 이디오테스(idiotes)라고 불렀습니다. 바보

라는 거지요. 요즘에는 바보보다 정치인이라는 말이 더 큰 욕이 될지도 모르겠습니다만 어쨌든 어원상으로는 이런 의미를 가지고 있습니다.

그래서 정치의 정의, 정치의 목표 중의 하나로 여기 발표문에서 제시한 정의라고 하는 것이 분명히 중요합니다. 각자에게 합당한 몫을 주는 것이고요. 그래서 이것은 뭐 아리스토텔레스가 잘 말했습니다만 입법과 사법의 결합으로 이루어집니다. 그래서 각자의 몫 상과 별에 대해서 기준을 입법을 통해서 정하고 사법을 통해서 그것을 집행하는 것이죠. 그래서 이 두 가지가 모두 공적 참여, 정치적 행위의 핵심을 구성하게 됩니다.

그래서 이제 입법과 사법은 모든 시민들에게 그래서 개방되는 영역이죠. 그래서 군사와 행정을 전문가들이 담당할 반면에 입법과 사법은 시민들 전체에게 개방됩니다. 여러분 잘 아시겠지만 아테네의 배심법정은 일당을 얼마 주기 때문에 아침에 선착순으로 와가지고 법정에 들어가게 되고, 소크라테스 재판을 했던 500명의 시민들도 다 사실은 아침에 일당 벌려고 온 사람들이었죠, 거기에서 사형 판결을 받게 됩니다만. 그래서 사법이 정치의 중요한 영역이라고 이렇게 발표자가 말씀하셨는데 이것은 사법이 곧 시민의 참여로 이루어진다고 하는 것의 동의어라고 볼 수 있습니다. 그래서 입법뿐만 아니라 사법 역시 시민은 공적 참여와 정치적 자기결정에서 대단히 중요한 영역이 될 것입니다.

그래서 아렌트의 정확한 입장이 아마 이럴 것 같은데요. 사법권이 소수에게 주어진다면 시민은 스스로 통치하고 있지 않은 것이고, 이것은 공적인 삶, 곧 최선의 좋음을 추구할 수 있는 기회를 박탈당하는 것이 됩니다. 그래서 바로 이러한 생각이 근대공화주의, 시민적 덕성을 강조하는 공화주의 그리고 배심제도의 전통에서 대단히 중요하다고 생각합니다.

다음 주제로 넘어가서 사법심사권의 핵심을 저는 주권의 문제라고 생각합니다. 코크(Coke)가 제기한 보통법의 전통은 사법적 판단이 하나의 기술로서 대단히 오랜 시간 동안 수정과 경험을 거쳐야 한다는 것을 강조한 것이 이제 저는 맥락이 있다고 보고요. 코크의 이 판결에 대해서 해석이 다양하게 가능한데, 흥미롭게도 영국에서는 코크의 영향력이 그의 사후에는 급격하게 줄어들게 된 반면에, 미국에서 이것이 꽃을 피우게 되는 상황이 됩니다. 그래서 코크의 입장은 영국에서 의회주권과 사법심사가 논리적으로 병존하기 어려웠던 그런 상황에서 잘 나타나지 못했고, 견제와 균형을 원리로 하는 미국의 독특한 헌정체제에서 생존하게 됩니다. 그래서 사법심사의 문제는 본질적으로 헌법과 주권의 문제이고, 주권을 헌법이 어떻게 규정하는가의 문제라고 생각합니다. 영국은 주권을 의회가 가지고

있죠. 명시적으로 보면 영국의 주권을 국민이 가지고 있지 않습니다. 의회가 가지고 있는 것이고, 이 의회는 왕과 그러니까 그 킹 인 팔리아먼트(king in Parliament), 킹십 인 팔리아먼트(kingship in Parliament), 그다음에 하우스 오브 로즈 인 팔리아먼트(House of Lords in Parliament), 하우스 오브 커먼스 인 팔리아먼트(House of Commons in Parliament) 이렇게 3개로 나뉘지죠. 어쨌든 팔리아먼트의 3개로 구성이 되어 있기 때문에 주권이 세 군데로 분리되어 있고, 3주체로 동시에 공유하고 있는 그러한 형태입니다. 그래서 국민이 의회를 통해서 주권을 행사하게 되죠, 국민이 직접 주권을 행사하는 것이 아니라. 그런 사법적 전통을 가지고 있고요.

반면에 연방국가인 미국 같은 경우에는 명백하게 보면 주권이 주(state)에게 있다고 죽어있다고 아마 봐야 될 겁니다. 사법심사권의 근거가 사법주권이 아니라 주의 주권을 잘 보장하기 위해서 연방정부 내부에서 상호 견제와 균형을 추구해야 되고, 그 가운데서 기술적으로 이것을 어떻게 해결할 것인가 하는 것이 문제입니다. 그래서 연방대법원은 스스로 주권을 갖거나 위임을 받은 것이 아니죠, 특정한 어디로부터. 그다음에 대통령과 의회가 주권을 억압할 경우를 대비한 기술적인 장치로서 특성을 갖추게 됩니다.

그래서 우리가 흔히 교과서에서도 그렇게 배우고 하지만, 사실 몽테스키외 삼권분립에서 미국의 사법심사권을 연결하는 것은 사실은 굉장히 큰 간극이 있죠. 몽테스키외는 기본적으로 영국주의자였기 때문에 영국의 왕과 귀족정과 하원, 민주정이 결합되어 있는 이 세 가지 형태를 대단히 균형적인 것으로 몽테스키외는 생각했고, 프랑스가 그러한 영국의 제도를 받아들여야 된다고 기본적으로 생각했죠. 여기 사법심사권은 없습니다, 기본적으로. 사법심사권은 없기 때문에, 사법심사권이라고 하는 이제, 여기서도 견제와 균형의 원리가 되어 있는데, 사법심사권이라고 하는 것에서 기원을 굳이 찾자고 그러면 저는 이것은 미국 연방주의자들의 발명품이다라고 생각합니다.

아마 그것이 미국 헌법의 생성과정에 있어서도 정치학자들이 대부분 그렇게 생각하고 있는 것으로 알고 있고요. 그러니까 아마 메디슨이 아이디어를 몽테스키외로부터 가져와서 그것을 똑같은 견제와 균형, 체크 앤 밸런스(check and balance)를 어떻게 다른 방식으로 구현할 것인가? 여기는 왕정이 아니기 때문이에요. 그래서 또 다른 방식으로 입법과 사법과 행정이라고 하는 새로운 트라이앵글을 만들어내는 그런 측면이라고 볼 수 있겠습니다.

그런 의미에서 본다면 연방대법원의 기반은 주권 혹은 민주성이 아니라 헌법 그 자체에 존재하는 것이죠. 그래서 로버트 달이 지적하는 것 역시 주권기관이

아닌 법원이 주권적 권한을 행사하는 헌법의 의문, 헌법 자체에 문제가 있습니다. 그래서 헌법 제정 당시에는 사실은 민주주의가 별로 큰 문제가 되지 않았습니니다, 미국에서. 로버트 달이 지적하는 것도 정확히 그런 맥락입니다. 당시에 잘못 제정했다는 게 아니에요. 로버트 달이 지적하는 부분은 당시에 헌법 그 챕터 제목이 그렇게 정확하게 되어 있는데 ‘헌법 제정자들이 몰랐던 것’이라고 이렇게 챕터 제목을 로버트 달이 달아놨죠. 그때는 민주주의가 중요하지 않았다는 겁니다. 흑인의 인권, 이런 건 별로 중요하지 않았던 것처럼. 그런데 나중에 민주주의가 문제가 됐을 지금 상황에 와서 헌법개정이 대단히 어려운 상황에서 이 문제를 어떻게, 예를 들면 연방대법원이라고 하는 것을 어떻게 민주화할 것인가라고 하는 문제가 도저히 풀 길이 없다라고 하는 것이 로버트 달의 비판적인 견해라는 생각이 듭니다.

그런데 저는 사실 로버트 달의 그런 해석에 대해서 전적으로 동의하지는 않는 편인데요. 그건 이제 민주주의의 입장에서 봤을 때 그렇다는 얘기고, 헌정주의의 일부분으로 그것을 봤을 때는 제가 보기에는 큰 문제없다고 생각합니다. 왜냐하면 정치적 정당성을 구성하는 요소들이 사실 민주주의만 있는 것은 아니고 대단히 여러 가지 요소들이 있고, 정치적 정당성이라고 하는 것은 사람들의 신념, 체제라고 얘기할 수 있는데요. 민주주의가 반드시 필요조건은 아니기 때문에 저는 헌정주의 그 자체만으로 오랫동안 이 사람들이 한 200년 이상 그 제도를 잘 써왔기 때문에 사실은 그 자체로 저는 큰 문제가 있다라고 생각하지 않습니다.

그래서 주권이 헌법을 통해서 확립된 경우에 주권을 위임받아서 행사하는 기구는 영국처럼 그 근거를 주권과 헌법에 일관되게 두고 있죠. 영국은 큰 문제가 없습니다. 그런데 미국의 경우에는 주권기관인 연방대법원이 헌법에만 근거를 두고 주권에는 사실 별도의 근거가 없는 것이죠, 특별히 위임받거나 하는 부분이 없기 때문에. 근데 그런, 이거는 대단히 기술적인 장치라고 하는 것이고, 그럼에도 불구하고 헌정주의의 정당성을 상당히 오랫동안 자리를 잡고, 확보하고 또 작동하고 있는 - 뭐 달은 작동하지 않고 있다고 보는데요 - 대단히 예외적인 그런 미국 예외주의라고 볼 수 있습니다.

그래서 판사의 사법심사권이 정당성을 갖기 위해서는 아마도 주권의 위임을 받는 민주주의나 아니면 사법적인 사건이 헌법을 통해서 확립된 헌정주의적 정당성 두 개가 다 있다는 생각이 들고요. 그래서 우리의 경우에는 아마도 지금 민주적 정당성이 상당히 결여되어 있는데요. 발표자께서도 그 부분을 보강할 필요가 있다 이렇게 말씀하셨고, 저도 전적으로 동의합니다. 현재 대통령 헌법 개헌안에

는 없지만 아마 주요 정당들이 거의 대부분 이 안에 동의할 것이라고 저는 생각합니다.

그 사법판결과 민주주의에 대해서 당위 문제를 아까 말씀하셨는데, 저는 이렇게 생각합니다. 모든 판결은 사실의 산물이자 당위의 산물이라고 하는 뭐, 동시에 이 말은 사실의 산물도 아니고 당위의 산물도 아니라고 하는 생각이 듭니다. 이것을 정치적으로 말한다면 사실을 당위로 받아들이자고 하는 계약이나 합의나 혹은 사실 제가 강력하게 보는 것은 현실주의적 편의주의라고 하는 것입니다. 이게 뭐 편의주의라는 말이 붙으니까 좀 나쁜 것 같은데 사실 그런 게 아니고요. 계약론이라고 하는 것 자체가 상당히 문제가 많습니다. 실제 우리가 계약하지 않았거든요. 우리가 헌법 만들 때 그런 계약 실제로 하지 않았기 때문에, 하지만 겉으로 드러나지 않지만 우리가 일반적으로 수용되는 합의로써 공통적인 이익 감각이라고 하는 것이 있고, 그것에 따라서 이렇게 하면 편리하다라고 하는 것을 모두 다 가지고 있다라고 하는 겁니다. 그래서 그런 의미에서 저는 수용되는 것이라고 생각하고요. 그래서 저는 이것이 판결을 당위로 받아들이면서 동시에 판사의 판결이 법칙에 근거하지는 않는다고 하는 것을 수용하는 입장이라고 생각합니다. 이것이 아마 발표자께서 맨 첫문장으로 쓰셨던 서로 양립할 수 없는 관점을 인정하면서 하나의 결론을 수용하는 방식이라고 생각이 됩니다.

그래서 어떤 판결에 대해서 그것을 약속이나 관행으로 수용하는 것과 또 판결에 영향을 받는 당사자가 이것을 정의로 받아들이는 것 자체는 상당히 다른 문제다. 그래서 여기서 그 사법심사의 중립성 문제가 나타나게 됩니다. 그래서 제 생각에는 그 이념적 지향의 차이라고 하는 것을 우리가 이제 다원주의적 민주주의에서 항상 나타나는 것이고, 그것을 헌법재판관들에게만 박탈할 수는 없다는 생각이 들고요. 그것은 전혀 자연스럽지도 않고 바람직하지도 않다라고 하는 생각이 듭니다. 그래서 이것은 또 상호 간의 존중의 원리에 의해서 항상 존중받아야 되는 것이고요.

그래서 저는 실질적인 문제는 그 중립성에 있어서 중립성 자체를 우리가 받아들인다고 할지라도 이념적 지향에 대한 판결이 그 자체로 얼마나 높은 논리적 타당성을 추구하고 있는가라고 하는 것이 핵심적이라고 생각합니다. 아까 김기춘 비서실장의 주장도 말씀하셨습니다만. 그래서 저는 이제 사회과학적분석이라고 말씀하셨는데 뭐 그런 분석을 하는 사람들이 있는데, 아마 그것을 상당히 높은 수준의 분석이라고 정치학자들도 받아들이지는 않을 거예요. 이 사람들은 진보고 보수와 판결 가지고 이렇게 하는 것은 아니고 해당 판결이 어떤 이념적 지향을

갖든지 간에 그것이 이론적으로 철학적으로 사상적으로 얼마나 논리성을 가지고 있는가? 반대의 주장에 대해서 충분한 고려를 하고 그에 대한 반론을 얼마나 타당하게 제기하고 있는가? 그리고 그럼에도 불구하고 그 판결의 한계에 대해서 얼마나 잘 인식하고 있는가? 이런 것들을 종합적으로 판단하는 것이 저는 사법적 중립성의 핵심을 이룬다라고 하는 생각이 듭니다.

그리고 그 아래 부분은 시간이 많지 않으니까 생략하고요.

마지막으로 정치와 사법에서 세 가지 테마인데 간략하게 말씀드리면 이렇습니다.

정치의 사법화에 대해서 앞서 연구관계서도 여러 가지 견해를 말씀하셨는데, 저는 중요한 것은 한국적 맥락이라고 생각합니다.

우리가 한국에서 가장 많이 쓰는 말을, ‘정치의 사법화’를 다른 수단을 통한 정치라는 표현을 굉장히 많이 써요. 이게 일상적으로 언론에서도 많이 쓰고 학계에서도 얘기하는데, 저는 이것은 정치를 아까 통치로 보는 관점에서는 사실 이것이 가능한 주장입니다. 하지만 정치를 평등한 시민들간의 합의와 조정, 대화를 통한 대안의 모색으로 보는 관점에서는 이거는 사실 언어적인 모순이지요. 다른 수단에 의해서는 정치는 가능하지 않습니다 그렇게 되면. 시민들의 대화이상의 다른 정치적인 수단이란 없는 것이지요. 그렇기 때문에 이것은 말 그대로 아무런 기준이 없는 위임이고 정치의 중단을 의미합니다.

그래서 사실은 이것은 다른 한편에서 보면 정치를 통한 정치냐, 다른 수단을 통한 정치냐의 문제가 아니라 이것은 정치냐 아니냐라고 하는 질문을 저는 던져야 된다고 생각합니다. 이것이 정치라면 어떤 종류의 정치냐? 이것이 아니라면 어떤 종류의 정치냐? 우리는 어떤 정치를 지향할 것인가? 우리 사회는. 그런 부분에 대한 논의가 좀 필요하다고 생각이 들고요.

한편으로 정치의 사법화 얘기를 많이 했는데, 정치의 사법화의 반대편은 사법의 정치화다 이런 얘기를 하는데요. 아마도 이 부분은 뭐냐하면 저는 사법의 정치화에서 핵심적인 부분은 그것이 정치화 되든 정치화되지 않든 간에 큰 문제가 있는 것이 아니라 수용성을 얼마나 높일 것인가의 문제라고 저는 생각합니다. 그래서 사실은 중립성이라고 하는 것이 수용성과 곧바로 연결된다고 보지는 않아요. 거기서는 여러 가지 요소들을 우리가 아마 고려할 수 있을 겁니다. 민주성도 고려할 수 있고 절차적 정당성도 고려할 수 있고 여러 가지 요소들이 저는 많이 있다고 생각합니다. 그래서 사법의 정치화에서의 핵심은 아마도 수용성을 어떻게 높일 것인가? 그래서 저는 그 어떤 판결문들의 논리적인 타당성이 더 높아져야한

다. 사실 그런 부분이 대단히 중요하다라고 하는 생각이 듭니다.

마지막으로 하나 말씀드리면, 정치의 사법화의 요즘의 핵심은 저는 사실은 넘어갔다라고 생각합니다. 정치적인 판결들이 굉장히 많이 헌법재판소로 왔는데 앞으로 점점 더 저는 경제문제가 더 많이 이렇게 올거라고 생각합니다. 아까 토지 문제도 발표자께서 말씀하셨는데. 그래서 지금 경제민주화나 재벌개혁이나 이런 부분들이 최근에 점점 더 많은 화두가 되고 있고 ‘헬조선’, ‘양극화’ 이런 말들이 나타나고 있는데, 저는 이런 사건들이 점점 진행되고 난 다음에는 좀 있으면 경제 문제에 관한 헌법재판이 정말 쓰나미처럼 몰려올 것이다. 그래서 이제 그때는 정치의 사법화문제가 아니라 경제의 사법화라고 하는 새로운 문제에 곧 직면하게 될 것인데, 이런 문제들에 대해서 헌법재판소가 선제적으로 또 미리미리 준비하는 그런 과정이 있으면 아마 정치의 사법화에 대해서 당황했던 것처럼 그렇게 좀 쉽게 이렇게, 어려움에 처하지 않게 되지 않겠는가 그런 희망을 가져봅니다.

이상입니다.

사 회 자: 정치의 사법이라는 말과 계급사법이라는 말이 공존하는 시대의 질문이 아닌가 싶은 생각이 듭니다.

UCL 말씀하시니까 거기에 벤담이 자기 시신 박제해 가지고 놔놓고 있지요. 학생들이 벤담 머리를 떼 가지고 축구하다가 잡혔다는 그런 이야기도 있었는데요. 그 말 듣고 찾아가보니까 그대로 앉아있기는 합니다.

아주 폭넓게 그리고 실제 어떻게 보면 토론의 대부분의 내용이 발제자에 대한 과제일 뿐만 아니라 저희들 모두에 대한 어떤 과제를 던져주는 그런 토론이었던 것 같습니다.

사실 사법부는 법원이나 아니면 헌법재판소도 마찬가지입니다만 그러지요. 가장 가시적인 국가기관이다, 특히 개인에게는. 언론접근권이 없는 개인이 자기의 주장을 경우에 따라서는 모든 사람에게 알릴 수 있는 가장 손쉬운 방법이다. 바로 그 때문에 어떤 정치적인 갈등이 있을 때 시민단체에서는 공익소송이라는 이름으로 사법부에 자신들의 주장을 얹어놓고 그거를 통해서 자기들의 주장을 알리려는 그런 정치겠지요.

또 다른 측면에서는 그것을 공론의 장을 삼아서 많은 사람들의 논의가 수렴되는 장으로서 사법부의 역할을 기대하는 - 물론 그런 경우는 그렇게 많지는 않습니다만 - 이런 점에서 본다면 또 다른 형태의 숙의의 장으로서의 사법부의 역할이라는 게 더 주어질 수 있을 겁니다. 그리고 바로 이런 점에서는 그 자체로서

는 사법의 정치화 물론 그것은 당연히 정치의 사법화와 같이 연결되겠습니다만 굳이 그게 나쁘다고 할 수 있는 것은 아닐 것 같습니다. 다만, 문제는 우리 사회가 모르겠습니다, 폴리스적인 의미에서 공동선을 지향하는 어떠한 인간다움을 지향하는 사회로 나아가는 그런 발판으로서 기능하느냐 아니냐 그게 가장 중요한 관건이 될 것 같습니다.

지금 시간이 많이 지났네요. 하고 싶은 말씀이 아주 많으실 것 같은데요. 일단 의견을 다 듣고 답을 하는 것으로 그렇게 하지요.

지정토론자 외에 이 자리에 앉아 계신 모든 분들은 또 다른 의미에서의 지정토론자입니다. 발제문에 대해서도 좋고 그리고 토론문에 대해서도 질문, 보충 또는 비판하실 것 있으면 언제든지 이야기해 주시기 바랍니다.

항간에 헌법개정 국면에서 이런 이야기가 있지요. “법관은 헌법과 양심에 따라 재판한다”에서 양심을 빼자. 못 믿겠다는 거죠, 그 양심을.

사실 어떻게 보면 오늘 논의를 전면적으로 부정하는, 그렇지 않으면 최악의 상태를 가정해서 하는 그런 주장들이거든요. 그런 부분에서는 어떻게 생각하시는 지도 궁금하네요.

회 장(서기석 재판관): 사실 정치학하고 법학하고 이게 무슨 상관이 있는냐? 제가 91년도에 일본 게이오대학에 가서 1년간 연수를 한바 있는데, 게이오대학은 가보니까 법정대학이라 해 가지고 정치학과하고 법학과를 함께 묶어놨어요. 그래서 야, 정치하고 법학이 무슨 상관이 있다고 그거를 하나의 대학으로 만들어놨나 그렇게 생각을 했었는데 오늘 이관후 교수님의 지정토론을 듣고 나니까 이해가 됩니다.

어쨌든 우리가 지금 정치의 사법화 또는 사법의 정치화 이런 논의가 상당히 오래전부터 이런 말이 나온 것 같습니다. 특히 정치의 사법화는 민주주의가 발전할수록 우리 국민의 이익단체라든지 계층간의 갈등이라든지 이런 게 심화될수록 앞으로 더욱더 심화될 것으로 그런 생각이 듭니다.

옛날에 권위주의시대에는 권위자가 있어서 그분이 계층간의 갈등이라든지 사회이익집단간의 갈등을 그분이 해결을 해줬는데, 그런 사람이 없어지고 나니까 이게 이제 그 갈등이 정치에서 그제 조정이 되어야 되는데 정치에서 그제 조정이 충분히 되지 못하고 거기서 패배한 계층이나 집단이 헌법재판소로 그 문제를 다시 들고 오는 그런 문제 때문에 이런 현상이 심화되는 것 같습니다.

그래서 이제 사법의 정치화가 문제가 되는데, 사실 사법의 정치화라고 하니

까 이 정치라는 용어 자체가 원래는 상당히 아까 말했듯이 “정치적인 목표 중에 하나가 정의다” 하니까 이게 상당히 좋은 의미인 것 같은데 일반적으로 쓰이는 것은 그렇지 않으니까 사실 사법의 정치화 이게 결국은 이런 사건들을 공정하고 공평하게 처리하기 위해서는 법관들이 또는 재판관들이 공정한 입장에서 이거를 재판을 해야지 그렇지 않고 어떤 한쪽 계층이나 이익집단에 치우친다면 그걸 해결책이 되지 못할 것 같습니다. 그런 의미에서 아까 우리 이명용 발표자께서 사법의 중립성이라는 그런 말을 쓴 게 아닌가 그런 생각이 들고요.

그래서 저를 비롯해서 우리 헌법재판관들도 상당히 이런 문제에 대해서 이런 문제의 심각성이라든지 어쨌든 원만하게 우리 사회에서의 갈등을 해소하는 방향으로 그런 식으로 재판을 하기 위해서 개인적인 어떤 신념 이런 것도 중요하지만 그걸 넘어서서 그런 식으로 하려고 지금도 노력하고 있습니다.

어쨌든 정치와 사법의 이런 관계라든지 이런 게 앞으로 더 중요성을 띠고 그래서 오늘 주제발표라든지 토론이 상당히 의미가 있는 것으로 저는 그렇게 생각을 하고 있습니다.

토 론 자(윤영미 고려대 교수): 발제자께서는 중립성을 강조하시고 ‘심사기준을 잘 찾아내야 된다’ 이런 말씀을 하셨고, 또 토론자께서는 ‘계약론적인 정치 개념에 따른 공론과정의 중단에 대한 아쉬움’과 같은 표현을 하셨는데, 저는 정치적 결정과 사법부의 결정 사이에 겹치는 동질적인 부분이 있다고 생각합니다.

예를 들어서 기본권제한이 문제될 때 과잉금지원칙심사를 한다든가 또는 기본권제한으로 인한 사건이 아닌 경우에도, 예를 들면 탄핵사건에서도 이익형량을 하지 않습니까? 가치·이익의 배분을 둘러싸고 줄다리기를 하는 것이기 때문에 – 가장 설득력 있는 쪽이 또는 가장 세력이 있는 쪽이 이기겠지만 – 그런 형량이 제일 중요한 역할을 합니다. 심사기준에 있어서 또 다른 요소는 이것을 우리가 얼마나 잘 알 수 있는가 하는 전문성을 고려해야 한다는 것입니다. 그래서 예를 들면 의회에서 결정한 그 선호, 의회에서 이긴 그 선호를 존중해야 하는 사건에서는 – 주로 사회·경제정책적 사건인데요 – 그걸 존중하기 때문에 심사기준이 완화된다거나 하는 이런 차원이 있습니다. 다른 차원도 있겠지만, 거칠게 정리하여 그런 두 가지 차원이 있다고 하고요. 정치부문의 결정을 특별히 존중해야 될 영역 이라면 조화가 되는데요, 그렇지 않은 경우에는 정치의 장에서의 가치의 형량이나 가치갈등하고 헌법재판소에서의 가치형량이나 갈등하고 공존하는데 이미 정치는 중단되어 있기 때문에 헌법재판소에서 해결한단 말이지요. 그런데 이런 상

황에서 중립성이라는 게 무엇을 의미하는지 모호하다는 생각이 듭니다. 한편 헌법소송은 민사소송같이 대립당사자구조도 아니기 때문에 헌법사건에서 당사자의 공방만 지켜보면서 초연하게 있다가 이기는 사람 손들어주면 되는 것도 아니고요. 또 어떤 사건에서는 국민들이 대단히 관심을 갖고 의사를 표현하거든요. 탄핵 사건같이. 그러면 국민이 “나는 이것을 원해요”라고 의지와 가치를 표현하는데 그것과 재판관들이 믿는 바가 일치하지 않는다고 한다면 재판관으로서의 국민의 의사를 존중해야 되는지? 만일에 그대로 존중하는 게 아니라면 어떻게 존중해야 되는지 이런 의문이 있습니다.

발 표 자: 예, 좋은 표현입니다.

우선 죄송한 말씀이 ‘정치적 사법화’ 그러면 저는 내부적인 문제라 했는데, 승이도 연구관은 사법의 정당성의 차원에서 접근을 했고, 또 발표자하고 우리 사회자께서는 어떤 정치적으로 해결되어야 될 사건이 사법으로 오는 것에 따른 사법의 정치화개념, 그래서 제가 좀 사법의 정치화의 여러 가지 논의맥락 중에 나는 이거를 논한다 이렇게 좀 봤으면 좋았을 텐데, 어쨌든 결과적으로는 다양한 여러 가지 시각을 또 보여 주게 되어서 좋은 것 같습니다.

이제 발제자 말씀하신 것과 같은 차원이냐의 문제인데, 우리가 이제 국민의 의사라고 할 때 지금 이제 드루킹 뭐 매크로 하는데 그게 지금 무엇이 국민의 의사냐라는 것이 갈수록 어려워지지 않습니까? 숙의민주주의를 한대라고 해도 어느 정도 참여를 하느냐, 어느 정도 지속적으로 하느냐라는 것도 어려워지고 그래서 결국 이제 민주주의의 위기인 것은 틀림없는 것 같아요. 민주주의 그 패러다임이 지금 21세기 뭐 4차 산업혁명 이게 지금 맞느냐? 오히려 더 엘리트화되고 소수 이런 식으로 의지하게 되고 다수는 그냥 소비자로 전락하는 현상이 나타나니까 그런 점에서 보면 저는 헌법재판소 역할이 중요하다라고 보죠. 그래서 우리 지금 연구관님들도 계시지만 이 엄청나게 중요한 역할을 지금 하는 거거든요.

그리고 제가 다른 맥락에서 본 거는 정당민주주의의 한계인데, 우리나라 정당들이 지금 제대로 어떤 국민들의 지지를 받고 있지도 못하고 정당이 좀 이합집산에다가 그 정당은 국회의 소속인데 무슨 친문이니 친박이니 저는 그런 개념 자체가 반헌법적인 것이라고 보거든요. 우리는 의원내각제가 아니고 기본적으로 대통령제 국가여서 정부를 감시해야 될 국회가 무조건 대통령편을 드는 것은 심각한 문제이죠. 그런저런 이유에서, 헌법재판을 통한 어떤 민주주의의 보완책 저는 이제 드워킨의 헌법재판소 옹호도 그런 쪽이 아닌가 싶거든요. 드워킨 같이 뭔가

원리를 추구하고 정의를 추구하고 하려고 한다면 이것을 그냥 민주주의, 대중민주주의에 맡겨놔 가지고 되겠느냐? 그거보다는 그 분이 생각하는 현명한 어떤, 승이도 연구관도 설명하셨듯이 헤라클레스같은 어떤 지혜로운 재판관에 의해서, 이것이 국민의 의사라고 하고 하지는 않지만, 이것이 헌법적으로 관행화 된, 그리고 헌법적으로 타당성 있고, 논리적인 정합성이 있고, 또 말씀하셨듯이 그런 판단의 한계까지 드러내는 굉장히 어떤 아티피셜 리즌(artificial reason)의 상당히 높은 수준의 그런 것을 드러낼 수 있다면, 그것은 국민들의 여론이 어떻게 되든 간에 헌법재판소로서의 위상에 따른 기능을 하는 것이다. 그리고 그런 시대적 과제가 있고, 그것을 단순히 어떤, 최장집 교수 얘기하듯이 어떤 마음에 안 드는 결정 나오면 - 수도이전은 좀 독특한 사건이기는 하지만 - 헌법재판소는 민주주의를 파괴한다, 통합진보당 해산 그거 헌법재판소가 민주주의를 파괴하고 대의민주주의로 해야 될 거를 ... 어떤 법치주의가 너무 민주주의를 억압한다 이런 식의 접근을 하는 경향이 나오는데, 그것은 한편으로는 승이도 연구관 얘기했듯이 우리나라에서 지금 헌법재판의 그 정당성이라는 것이 지금 자리가 안 잡혀져 있는 상태거든요. 미국만 해도 200년 되고 이렇게 헌법에 규정도 없어도 지금 이제 헌정주의 입장에서 긍정적으로 보시는데, 우리는 지금 헌법재판소가 스스로 계속 민주적 정당성 내지는 어떤 내용적 정당성을 만들어 가고 정치와 사법문제에 대해서 방향성을 잡고 내부적으로 국민들과 소통하면서도 또 독자적인 뭔가 에드워드 코크가 얘기한 그런 뭔가 좀 신나면서 이상적인 그런 얘기도 해야 되는 단계인 것 같아요.

그래서 그런 관점에서 보면 헌법재판소가 윤영미 교수님 말씀하셨듯이 탄핵 사건 같은 경우는 국민들 의사도 잘 반영이 되고 저는 훌륭한, 헌법재판소가 정치적인 것에 대해서 사법적인 판단을 하는 것이라고 보는데 그렇지 않은 경우들도 많이 있을 수가 있지요. 그래서 결국 헌법 자체의 문서의 성격이 어떤 컨템포러리 머저리티(Contemporary majority)의 의견을 꼭 반영하라는 것은 아니지 않겠습니까? 항구성을 갖고 경성헌법을 만들어 놓았기 때문에 그것을 결국 이제 해석하는 부분에 있어서는 헌법재판관들이 할 수밖에 없고, 이것은 이황희 연구관이 석사 논문에서 썼듯이 일종의 엘리트주의적인 귀족주의적인 요소가 분명히 있거든요. 플라톤이 얘기한 귀족주의적인 믹스드 가버먼트(Mixed Government)의 한 유형으로 들어와 있기 때문에 헌법재판소가 이제 그런 관점에서, 더구나 우리는 헌법적인 근거를 가지고 위헌심사를 하니까 그것을 계속 만들어 나가는 것 그것을 저는 정치적 중립성이라는 명제로 했는데, 물론 콘텐츠는 뭐냐? 마치 '고도를 기다리

며’에서 고도가 뭐냐? 고도가 오냐? 뭐 이런 식으로 되기는 하는데 셀프풀필링 미스(Self-fulfilling miss)다. 그거는 계속 적어도 재판소라면 갖추어 나가야 되는 거다.

답변이 되었는지 모르겠습니다.

지정토론자(승이도): 정치와 사법에 대해 연구를 하다 보면 사법의 정치적 중립성, 나아가 개인적 사상·소신과 다른 어떤 결정을 해야 되는 판사 개인의 정치적 중립성에 대해 고민하게 되는데, 제가 이번 지정토론문 준비하면서 한 가지 재미있는 미국 연방대법원 판례를 알게 되었습니다. 그런데 그 내용이 정치의 사법화와는 직접 관련성이 적은 듯하여 이를 지정토론문에 포함시키지 않았습니다. 만, 흥미로운 논증이 있기에 시간이 허락한다면 잠깐 소개해 드리고 싶습니다.

2002년 미네소타 공화당과 화이트 사건입니다. 미네소타주에서는 법원의 판사를 선거로 선출한다고 합니다. 그런데 미네소타주법은 판사 후보자가 선거운동을 할 때 주요 정치적 이슈에 대한 자기 의견을 표현하지 않도록 금지를 하고 있었습니다. 정치적 이슈에 대해 개인적 의견을 표현하는 것은 사법의 정치적 중립성을 해한다는 취지에서 그런 법을 만들었던 것이지요. 그런데 청구인이 되었던 후보자는 낙태, 동성애에 관한 연방대법원의 판결을 비판하면서 정치적 이슈를 제기하다가, 미네소타주법 위반으로 고소를 당하고 결국 첫번째 선거에서 사임합니다. 이후 바로 다음번 선거 때 다시 출마하면서 해당 미네소타주법에 의해서 또다시 제약을 받게 되자 공화당과 함께 그 미네소타주법을 사건화해서 연방법원으로 들고 들어갔습니다.

그런데 연방지방법원은 그 청구를 기각했고, 연방항소법원도 항소를 기각했습니다. 그래서 연방대법원까지 올라갔었는데요, 최종 결론은 5 대 4로 위헌이었습니다. 그 법정외견, 즉 위헌의견은 스칼리아 대법관이 집필했는데 논리가 흥미롭습니다. 위헌의견은 사법부의 중립성에 대한 세 가지 다른 정의를 제시를 합니다.

첫 번째 정의는 ‘분쟁당사자에 대한 편견 없음으로서의 중립성’입니다. 가령 청구인이 로드니 킹이든 달라이 라마든 상관없이 모든 당사자를 동등하게 대우해야 한다는 것이지요. 그런데 미네소타주법은 당사자에 대한 쟁점이 아니라 어떤 이슈에 대한 쟁점에 대해서 자기의 정치적 의사를 표현하지 말라고 했으니까 분쟁당사자에 대한 중립성으로서의 사법의 중립성에 해당하지 않는다. 따라서 이거는 그런 목표에 해당하지 않는다라고 판단합니다.

두 번째 중립성에 대한 가능성은 ‘법적쟁점에 대한 편견 없음으로서의 중립성’입니다. 가령 동성애사건이 들어왔을 때 나는 그것을 평소에 위헌으로 생각했나 합헌으로 생각했나 이런 것이 없는 중립성을 이야기하는 것이지요. 그런데 연방대법원은 미네소타주법이 여기에도 해당되지 않는다고 합니다. 그러니까 이러한 법적쟁점에 대한 편견 없음으로서의 중립성은 판사가 사안에 백지상태로 접근해야 한다는 것인데 너무 비현실적이다. 그러니까 판사는 수년간 각종 법적 쟁점에 대해서 자기의 생각과 소신을 형성할 수 있는 기간이 있었는데 정말 어떠한 법률적 쟁점에 대해서 아무런 편견 없이 사건에 임할 수 있다는 게 현실적인가? 따라서 이런 의미에서의 법적 쟁점에 대한 편견 없음으로서의 중립성은 매우 비현실적이라고 보았던 것입니다.

마지막으로 세 번째 정치적 중립성의 개념으로 ‘열린 마음’이라고 했습니다. 판사는 언제든지 설득당할 수 있어야 한다는 측면에서 열린 마음입니다. 그런데, 판사 후보자는 선거기간 이전과 이후에도 자기의 정치적 소신에 대해서 의견을 밝힐 수 있는데 딱히 선거기간동안만 정치적 소신을 밝히지 못하도록 하는 것이 열린 마음으로서의 정치적 중립성에 무슨 의미가 있냐고 묻습니다.

그리고는 판사가 선거운동기간 중에 정치적 소신을 밝힐 수 없도록 한 미네소타주법은 이러한 법관의 정치적 중립성에 관한 세 가지 개념의 어느 하나에도 부합하지 않기 때문에 결국 합리적 이유 없이 표현의 자유를 제약하므로 위헌이라고 결론을 내립니다. 매우 독특한 방식의 논증과 판사라서 기억에 남았고, 법관의 중립성의 내용과 실체에 대해서 한번 생각해볼 필요가 있는 결정이 아니었을까 생각을 합니다.

사 회 자: 재미있는 판결이네요.

사실 우리의 경우에는 또 거기에 덧붙여서 도그마틱으로부터 나오는 내적 정합성의 요청이라는 것 그것도 아주 강력한 그런 중립성의 요구이기도 하겠지요.

지정토론자(이관후): 시간을 많이 썼는데 또 얘기를 하게 되어서 죄송하기는 합니다만, 민병대와 관련된 미국 헌법의 얘기를 여기는 다들 잘 알고 계시겠지만 사실은 정치학과에서 제가 이거를 가르쳐보면 학생들이 전혀 이해를 하지 못해요. 미국이 그렇게 총기사건이 많이 나는데 왜 이 헌법을 바꾸지 않느냐라고 하는 그 부분에 대해서 학생들이 전혀 이해를 못하거든요. 그런데 그때 제가 얘기를 하는 게 이것은 무장한 민병대를 인정하느냐 인정하지 않느냐라고 하는 것은 무

력을 통해서 억압적인 정부에 대해서 대항할 수 있느냐 없느냐의 핵심적인 문제지요. 그렇기 때문에 이것을 부정한다고 한다면 미국이 스스로 무장한 민병대가 영국군에 대항해서 독립을 쟁취한 과정 자체에, 국가적 정통성 자체에 이제, 이것을 철회하게 되는 것이지요. 그런 측면이 있다라고 학생들한테 얘기해 주면 학생들이 그제서야 조금 이해를 하기는 합니다만 여전히 그럼에도 불구하고 현재 살고 있는 시민들의 이익이 국가의 어떤 영광과 정통성보다는 훨씬 크지 않느냐 이제 이런 반론들을 제기하게 됩니다.

그래서 아마 그런 부분이 이익과 이익이 꼭 충돌하는 것은 아니고 가치와 이익이 충돌하거나 가치와 가치가 충돌하거나 이제 이런, 헌법이라고 하는 것이 기본적으로 개인의 문제를 다루는 것이 아니라 국가라든지 윤리라든지 가치 같은 문제를 다루기 때문에 바로 그러한 복잡다단한 문제가 생긴다고 생각합니다.

그래서 이런 측면에서 봤을 때 저는 이제 헌법재판소가 앞으로 판결의 수용성이라든지 어떤 정당성을 확립할 때 중요하게 생각해 봐야할 부분은 기본적으로 우리 헌법기관들이 대부분 다 대표(레프리젠테이션 representation), 대표체/기구(레프리젠테티브 바디 representative body)예요. 무엇인가를 대변하는 기관입니다. 레프리젠테이션이 기본적으로 가장 핵심이죠. 그래서 예를 들면 대통령은 자기를 찍어준 유권자도 대표하지만 사실은 뽑힌 다음에는 국민 전체를 대표한다라고 하는 입장을 가지고 있어서 늘 정책적인 혼선이 생기고, 국회의원은 이것으로부터 상당히 자유롭습니다. 자기 정당을 지지하는 나를 찍은 유권자를 중심으로 대변하게 되는데, 헌법재판소는 무엇을 대표하느냐 무엇을 리프리젠티(represent)하느냐라고 하는 부분이 저는 정당성에서 중요하다는 생각이 들고요. 국가를 대표하느냐 아니면 헌법이 스스로 프리젠티하지 못하기 때문에 사람이 이것을 리프리젠티하는 것인가? 그것이 아마 드워킨한테 가장 비슷한 얘기가 되겠습니다만, 다른 한편으로는 또 헌법재판관들이 재판관들의 의견들을 모아서 그것을 리프리젠티하는 것인가? 아니면 국민의 다수의견을 리프리젠티하는 것인가? 국민의 다수가 헌법에 대해서 가지고 있는 것을 리프리젠티하는 것인가? 이런 부분이 사실은 명확하지 않다라는 생각이 듭니다.

그래서 헌법재판소가 지금 한 30년 이상의 역사를 가지고 있지만 아마도 여러 가지의 어떤 정당성은 아마 지금까지 내린 판결들에서 그 자체에서 나올 것이고, 또 그 헌법재판관의 임명방식에서도 또 정당성이 나오겠지만, 그리고 이제 역사성과 민주성에서도 나오겠지만, 다른 한편으로는 대표성이라고 하는 부분이 대단히 중요하다고 생각합니다. 그 부분은 역사로부터도 정립해야 할 것이지만 동

시에 정치철학적으로도 분명히 정립해야 될 부분이라고 생각합니다. 그래서 헌법재판소가 그 “우리는 누구를 리프리즈েন্ট하는 것인가?”라고 하는 문제들을 좀 고민해 보셨으면 좋을 것 같고요.

다른 한편으로는 최근에 지금 이제 헌법재판소 말고 사실은 기존 정치권 말고 제3의 대안을 최근에 찾고 있는 게 시민의회라든지 공론화위원회라든지 이제 이런 얘기들이 많이 나오고 있습니다. 그것이 정당성을 가지는 것은 물론 시민과 비슷한 사람이라는 측면도 있지만 다른 한편으로는 이게 속의 기구(딜리버레이티 바디 deliberative body)라고 하는 측면이 있죠. 사람들이 모여서 얘기한다라고 하는 겁니다. 아마 그게 이제 제가 아까 말씀드렸던 현대의 어떤 정치개념과 상당히 비슷한 것일 텐데요, 시민들간의 합의와 대화가 중요하도록 하는 것이죠. 딜리버레이티 바디로서의 정당성이라고 하는 부분이 사실은 시민들과 비슷하다고 하는 정당성보다 훨씬 더 큰 정당성을 정치학에서도 가지고 있습니다.

그런 의미에서 본다면 사실은 영국에서 이런 말이 있어요. “영국의 진짜 의회는 상원이다.”라고 하는 말이 있거든요. 왜냐하면 기본적으로 의회라고 하는 것은 사람들 그대로를 리프리즈ेंट(represent)하는 게 아니고 모여가지고 딜리버레이션(deliberation)하는 그 플레이스(place)로서의 장소가 팔리아먼트(Parliament)라고 하는 의미를, 그러니까 팔리아먼트(Parliament)라고 하는 어원 자체가 빠를로(parler)라고 하는 불어 어원에서 나오는 말하는 장소라고 하는 의미를 가지고 있지요. 예를 들면 존 스튜어트 밀도 의회가 하는 일은 토킹(talking)하는 것이고 행정이 하는 일이 두잉(doing)하는 것이다. 이렇게 명확하게 구분하는 것처럼 토킹이 중요한데, 사실은 지금의 영국 하원이라든지 우리나라도 마찬가지로 입법당인 정당의 거수기죠. 자기를 공천 준 정당의 의견에서 크게 벗어나지 않게 이렇게 하고 있기 때문에 실질적으로 보면 그런 관점에서 보면 의회가 죽은 거죠. 대화하는 장소로서의 의회는 죽게 된 상황인데 그러다보니까 저는, 영국에서 실제로 대화를 어디서 하나하면 귀족원에서 해요, 상원에서. 상원에서 동성결혼이라든지 이런 문제가 나오면 36시간 뭐 이렇게 토론을 합니다. 대단해요 사실. 그런데 거기서 그 사람들의 논쟁이 아주 높은 수준의 논쟁을 해요. 그거를 제가 듣고 있으면 정말 저저는 상당히 높은 수준의 얘기라서 일반인들이 사실 듣기 어려울 정도의 논의들을 준비해 가지고 합니다. 그래서 사실은 거기서 딜리버레이션이 실제로 벌어지고 거기서 어떤 결론이 나오면 의외로 사회가 수공을 해요. 그러한 딜리버레이션의 과정을 봤기 때문에.

그래서 아까 헌법재판소가 귀족정적인 요소가 있다라고 말씀하셨는데 저희

는 그게 별로 개의치 않을 만한 상황이고, 사실은 굉장히 정치가 천박해지고 있는 상황에서는 그러한 측면을 보완해 줄 수 있는 역량이 사실 있다라고 한다면 그것을 전혀 부정적으로 볼 필요가 없다고 생각합니다.

문제는 지금의 헌법재판소가 과연 딜리버레이션 잘하고 있는가? 사회적인 어떤 수용성이 높은 딜리버레이션을 하고 있는가? 사람들이 그것을 인정하는가? 아니면 굉장히 어떤 법리에 얽매이거나 아니면 오히려 재판관들의 이념적 성향에 얽매인 그런 판결을 하고 있는가? 아니면 그런 것들을 내려놓고 이제 - 방금 전에 말씀하셨던 임파티얼리티(impartiality)같은 것을 얘기하셨는데 - 그런 것을 내려놓고 논리적으로 토론하고 있는가라고 하는 그런 부분이 최근에 시민의회에 대한 상당히 많은 지지가 있던 측면을 보면 우리 국민들이 거수기로서의 정치가 아니라 딜리버레이터 바다로서의 어떤 정치체제를 원하고 있구나라고 하는 니즈(needs)가 있기 때문에 그런 부분 조금 고민해볼 필요가 있지 않은가 하는 생각이 듭니다.

사 회 자: 고맙습니다. 헌법재판소의 구조상 변론을 열기 어렵다하더라도 결정문 결정의 이유에서 다양한 이유들을 수용하고 검토하고 그에 대해서 재판관들이 나름의 의견을 내놓고 - 아까 이관후 선생님 지적하셨듯이 - 그리고 그 결정의 한계도 인정을 하는 이게 이제 딜리버레이티한 그런 방식이겠지요.

저는 오늘 이 발제, 토론을 들으면서 준비를 하면서 내내 생각했던 게 통합진보당 사건 결정문에서 나왔던 한 구절입니다. 그러니까 “자유를 찾기 위해서 다수파에 가담해야 되는 사회라고 한다면 그런 사회는 진정한 자유가 보장된 곳이라 할 수 없다.” 정말 민주적 입헌주의의 요체를 설명하고 있는 그런 부분이죠.

사실 무엇이 민주주의냐 또는 헌법재판소가 반영해야 되는 국민의 의사 또는 국가의 이익이라는 게 무엇이나 하는 여러 가지 이야기가 있을 수는 있겠지만 다만 저는 그럼에도 불구하고 언제나 우리가 잊지 않아야 되는 것은 바로 이 부분이 아닌가? 그래서 권력 속에서 고통 받는 사람이 자기의 의지를 펴지 못하는 그런 부분에 대해서는 즉 말하자면 대의제민주주의가 놓치고 있는 대의의 실패부분들 이런 부분들을 보충해주는, 그거 뭐 대표강화이론이라고 해도 좋고요. 어쨌든 그런 기구로서의 헌법재판소 뭐 그렇게 된다면, 물론 그거는 가장 첨예한 정치일 것입니다. 인권이라는 정치일 수도 있고요. 또는 자유주의라는 정치일 수도 있는데 그런 정치의 장으로서의 헌법재판소라면 그리고 이 정치의 장은 정말 지금 계속 이야기 나왔듯이 그렇게 열린 마음으로, 그리고 설명하고 이해를 구하고 양해

를 구하는 그런 결정이라면 누가 봐도 정말 존중받을 수 있는 인정받을 수 있는 그런 헌법재판소가 아닌가 싶은 생각이 듭니다.

일단 제 말씀은 이 정도로 하고 우리 회장님 말씀, 정리하는 말씀 듣고 마치도록 하겠습니다.

회 장: 우선 바쁘신데 우리 이명웅 박사님 준비해 주시고, 우리 이관후 교수님하고 승이도 연구관 지정토론 준비해 주신데 대해서 감사합니다. 그리고 오늘 우리 토론을 잘 이끌어주신 한상희 교수님께도 감사를 드립니다.

우리 한상희 교수님하고 저하고는 옛날 법무부에 정책위원회라고 있었는데 그거를 한 3~4년 정도 같이 그때 활동을 했었습니다. 오랫동안 못 뵈다가 여기서 뵈니까 정말 반갑습니다.

그리고 오늘 또 바쁘신데 특별히 우리 윤영미 교수님께서 참석해서 토론도 해 주시고 해서 감사드리고, 연구관들 바쁘실 텐데 참석해 주셔서 감사합니다.

오늘 여러 가지 주제발표와 토론이 있었습니다만 어쨌든 헌법재판소가 앞으로 나아가갈, 저희들이 좀 더 유념을 해야 될, 우리 재판관과 연구관들이 유념을 해야 될 그런 발언들이 많이 나온 것 같습니다.

앞으로 이거를 잘 정리를 해서 저는 재판관님들에게 전달하고 우리 연구관들도 다른 연구관들한테 전달을 해서 앞으로 좀더 발전해서 우리 사회 갈등을 잘 조절하고 치유할 수 있는 그런 헌법재판소가 되도록 노력해야 되겠습니다.

노동과 헌법

김 선 수*

I. 머리말

1987년 6월 항쟁으로 개정된 1987년 헌법(제9차 개정)에 근거하여 헌법재판소법이 1988. 8. 5. 제정되어 1988. 9. 1.부터 시행되고, 1988. 9. 15. 소장을 포함한 9인의 재판관이 임명됨으로써 헌법재판소가 출범했다. 출범 초기에는 상임재판관 6인, 비상임재판관 3인이었는데, 1991. 11. 30. 헌법재판소법을 개정하여 9인 재판관 전원을 상임으로 했다. 헌법재판소는 2018년에 30주년을 맞고 있다. 필자도 1988년 사법연수원을 수료하고 변호사 활동을 시작했기 때문에 헌법재판소의 역사는 그 기간만으로 본다면 필자의 변호사 활동의 역사와 중복된다.

현행 헌법 및 헌법재판소법상 인정되는 헌법재판의 종류는 ① 위헌법률심판, ② 헌법소원심판, ③ 탄핵심판, ④ 권한쟁의심판, ⑤ 정당해산심판 등이다. 탄핵심판, 정당해산심판 및 권한쟁의심판은 구두변론에 의하고, 위헌법률심판과 헌법소원심판은 원칙적으로 서면심리에 의하되, 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열 수 있다(헌법재판소법 제30조). 탄핵심판, 정당해산심판 및 권한쟁의심판은 헌법재판소가 사실상 제1심이자 최종심으로서 사실관계까지 조사해야 하므로 필요적으로 구두변론을 거쳐야만 한다. 위헌법률심판과 헌법소원심판은 사실관계와 쟁점이 비교적 명확하게 정리되어 있으므로 서면심리를 원칙으로 하고 예외적으로 중요사건에 대해 구두변론을 거치도록 한 것이다.

대리인인 변호사의 입장에서도 공개변론으로 진행했는지 여부가 중요한 의

* 변호사

미를 갖는다. 공개변론을 시행할 경우 대리인은 변론기일을 위해 변론서면을 별도로 제출해야 하고, 공개변론기일에 모두변론과 최종변론을 해야 하며, 참고인을 추천하고 참고인에 대한 질문을 준비하고 질문을 해야 한다. 대리인인 변호사는 변론기일을 철저히 준비하고 또한 긴장감을 유지하면서 기일 당일을 진행해야 한다. 필자가 담당했던 헌법재판 사건을 공개변론으로 진행한 사건과 서면심리로 진행한 사건을 구분하여 정리해보면 다음 표와 같다.

〈공개변론사건〉

순번	선고일 사건번호	사건명	사건유형 등	공개변론일	결과
1	1991. 7. 22. 89헌가106	사립학교법 제55조 위헌법률심판	전교조 설립, 해직교원 징계 무효확인 등	1990. 4. 16.	합헌(위헌: 이시윤·김양균·변정수)
2	2008. 1. 17. 2007헌마700	중앙선관위의 대통령에 대한 선거 중립위반 경고조치 취소	노무현 대통령 §68① 헌법소원	2007. 11. 1.	기각(취소: 조대현·송두환)
3	<u>2011. 3. 31.</u> <u>2008헌바141</u> 등	친일재산국가귀속법 위헌소원	친일재산 국가 귀속처분 취소 행정소송 §68② 헌법소원	2010. 4. 8.	합헌(일부위헌: 목영준·이강국·이동흡·조대현)
4	<u>2009. 10. 29.</u> <u>2009헌라</u> <u>8·9·10</u>	국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의	언론관계법(신문법, 방송법 등) 날치기	2009. 9. 10./9. 22.(영상자료 검증)9. 29.	가결선포 무효 기각(무효: 조대현·송두환/신문법 김희옥)
5	2010. 11. 25. 2009헌라12		언론관계법 부작위	2010. 7. 8.	기각(인용: 이강국·조대현·김희옥·송두환)
6	2014. 8. 28. 2011헌가18· 헌바32 등	국가공무원법 제66조 제1항 등 위헌법률심판 등	전교조 시국선언 관련 징계행정사건	2013. 12. 12.	합헌(위헌: 김이수·이정미)
7	<u>2010헌바474·</u> <u>2011헌바64</u>	근로자파견법 직접고용간부 조항 위헌소원	현대자동차 사내하청노동자(최병승) 부당해고 행정사건	2013. 6. 13.	청구인 헌법소원 심판청구취하(2016. 5. 9.)

순번	선고일 사건번호	사건명	사건유형 등	공개변론일	결과
8	2014. 12. 19. 2013헌다1/ 2013헌사907	통합진보당 해산/ 정당활동정지 가 처분신청	정당(통합진보 당) 해산	준비기일 2회, 변론기일 18 회, 선고기일	해산결정(기각: 김이수)
	2014. 2. 27. 2014헌마7	헌법재판소법 제 40조 제1항 등 위 헌확인			단순합헌(한정 합헌의견: 김이 수)
	2016. 5. 26. 2015헌야20	통합진보당 해산 (재심)		각하(재심 인정 하되, 재심사유 부정)	

〈서면심리사건〉

순번	선고일 사건번호	사건명 및 유형	관련사건	결과
1	1992. 6. 26. 90헌바25	소액사건심판법 제3조 헌법소원(대법원 재판 을 받을 권리의 기본권 여부)	대법원 90재다57 퇴 직금	합헌(위헌: 변정수)
2	1996. 12. 26. 93헌바17	노동쟁의조정법 제4조 등 위헌소원	노동쟁의중재재심결 정취소 행정	합헌, 각하
3	1997. 11. 27. 94헌마60	공소 제기 후 수사기록 등사신청거부처분(황 교안 검사)취소 헌법 소원	국가보안법 위반 사건	위헌(반대: 김용준·신 창언)
4	2002. 11. 28. 2001헌바50	한국보건산업진흥원법 부칙 제3조 위헌소원	부당해고구제재심판 정취소 행정	합헌(위헌: 윤영철·권 성·주선희)
5	2007. 8. 30. 2003헌바51· 2005헌가5	국가공무원 §66① 위헌 소원	전국공무원노동조합 차봉천 위원장 형사 사건	합헌(위헌: 송두환·조 대현·김종대)
	2005. 9. 29. 2003헌바52	형법 §144(직무유기) 위 헌소원		합헌(위헌: 권성·주선희)

1) 주문: 피청구인(서울지방검찰청 검사)이 1994. 3. 26. 국가보안법위반 사건의 피고인인 청구인의 변호인 김선수의 위 사건의 수사기록(서울지방검찰청 1994년 형제19005호 기록) 일체의 열람·등사신청에 대

순번	선고일 사건번호	사건명 및 유형	관련사건	결과
6	2005. 10. 27. 2003헌바50 등	지방공무원법 §58 위헌 소원	전국공무원노동조합 노명우 부위원장 등 형사사건	합헌(위헌: 전효숙·조 대현·송인준·주선회)
7	2003. 5. 15. 2001헌가31	필수공익사업 직권중 재 조항 위헌소원	전국보건의료산업노 동조합 중재회부결정 무효확인 행정	합헌(위헌: 한대현·하 경철·김영일·송인준)
8	2011. 12. 29. 2010헌바385 등	노동조합 및 노동관계 조정법 제42조의2 등 (필수공익사업 필수유 지업무제도) 위헌소원	전국보건의료산업노 동조합 필수유지업무 결정취소 행정	합헌
9	2012. 3. 29. 2011헌바53	노동조합 및 노동관계 조정법 제12조 제3항 제1호(노조설립신고서 반려) 위헌소원	전국공무원노동조합 설립신고취소 행정	합헌
10	2012. 5. 31. 2009헌마705· 2010헌마90	국가공무원 복무규정 제3조 제2항 등 위헌 확인	연명 등으로 국가정 책 반대 금지, 정치적 주장을 표시하는 복 장 착용 금지	합헌(일부위헌: 목영준· 이정미, 위헌: 송두환)
11	2012. 7. 26. 2011헌마142	기소유예처분 취소	직장 폐쇄를 이유로 퇴거불응죄 의율	기각
12	2013. 7. 25. 2011헌바199	국민건강보험법 제5조 제2항 등 위헌소원	건강보험료부과처분 취소 행정사건	제62조 제5항, 제64조 제1항 합헌, 나머지 각하
13	2013. 11. 28. 2011헌바270	구 소송촉진 등에 관한 특례법 제3조 제1항 등 위헌소원	부당해고기간 중 임 금청구사건	각하(진정입법부작위 를 다투는 헌법소원 인 정 여부)
14	2014. 3. 27. 2011헌바43	정당법 제22조 제1항 제1호(지방공무원의 정당 발기인 및 당원 자 격 제한) 등 위헌소원	정치자금법위반 등 형 사사건	합헌(위헌: 박한철·김 이수·강일원·서기석)

하여 국가기밀의 누설이나 증거 인멸, 증인 협박, 사생활 침해의 우려 등 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 전부 거부한 것은 청구인의 신속하고 공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.

순번	선고일 사건번호	사건명 및 유형	관련사건	결과
15	2014. 4. 24. 2009헌마248	기소유예처분취소	촛불자동차연합 형사 사건	인용(기소유예처분 이 후 당해 법률조항에 대 해 한정위헌결정이 있 는 경우)
16	2014. 8. 28. 2011헌마50	구 지방공무원법 제58 조 제1항 등 위헌소원	지방공무원법 위반 형 사사건	합헌(위헌의견: 김이 수·이정미)
17	2015. 4. 30. 2011헌마163	공직선거법 제90조 제1 항(사전선거운동) 등 위헌소원	무상급식 반대 후보 낙선운동	합헌(서명운동금지조항 위헌: 박한철·김이수· 강일원)
18	2015. 5. 28. 2013헌마343	노동절 제의 공휴일 규 정(대통령령) 위헌확인 헌법소원	법원공무원노조 조합 원들	기각(위헌의견: 김이수)
19	2016. 12. 29. 2016헌마43	민사소송법 제451조 제 1항 제9호(판결에 영향 을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때) 위헌소원	징계무효확인 및 손 해배상 재심사건	합헌

필자는 탄핵심판 사건 이외의 모든 유형의 헌법재판을 대리했다. 헌법재판소 대심판정에서 공개변론을 처음 한 것은 1990. 4. 16. 사립학교법 제55조 위헌법률심판사건에서였다. 승률은 그다지 높지 못한 편이었다. 위헌결정을 받은 것은 검사의 수사기록 등사신청거부처분취소 헌법소원 사건으로 주문에 ‘변호사 김선수’가 나온다. 언론관계법 날치기 처리에 대한 권한쟁의 사건에서 몇 개 쟁점에서 인용 판단을 받았으나, 가결선포의 무효에 대해서는 법정의견이 기각이어서 전체적으로 승소한 것으로 평가하기는 어렵다. 피청구인 측을 대리해서 합헌결정으로 방어한 사건으로는 친일재산국가귀속법 위헌소원 사건이 있다.²⁾ 근로자파견법 직접고용간주 조항 위헌소원 사건은 공개변론까지 진행했으나, 공개변론 후 3년 가까이 선고를 하지 않고 있던 사이에 청구인(현대자동차) 측이 헌법소원심판청

2) 헌법재판소는 2013년 9월 1일 창립 25주년을 맞아 3,600명의 국민들을 대상으로 조사해 선정한 ‘역대 10대 결정’을 발표했는데, 이 결정이 1위로 선정되었다고 한다. <http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2015021109517666012&outlink=1&ref=http%3A%2F%2Fsearch.naver.com>

구를 취하여 결정을 받지 못했다. 정당해산심판사건은 우리 역사상 단 1건만 진행되었으므로 우리나라에서 정당해산심판사건을 대리한 변호사는 위 사건을 대리한 변호사들 이외에는 없는 실정이다. 헌법재판에서의 승률이 그리 높은 편은 아니지만, 그래도 변화의 희망을 가지고 꾸준히 문제제기를 했고, 나아가 입법을 통한 해결을 위해 노력하기도 했다.

II. 헌법재판 30년 평가

헌법재판제도의 유형과 연혁

헌법재판제도는 기관의 성격에 따라 사법부형과 독립기관형이 있다. 사법부형은 헌법재판을 사법작용으로 이해하여 일반법원(보통 최고법원)에 맡긴다. 독립기관형은 헌법재판을 정치작용·입법작용 또는 제4의 국가작용으로 이해하여 일반법원과 다른 독립된 기관에서 담당하도록 한다.

우리나라의 역대 헌법재판기관은 제1공화국(이승만 정권) 헌법(제헌헌법,³⁾ 제1차 개정 및 제2차 개정헌법⁴⁾에서는 헌법위원회(법원의 장에 한 개 조항으로), 제2공화국에서는 헌법재판소(헌법재판소의 장에), 제3공화국에서는 대법원(법원의 절에⁵⁾), 제4공화국(유신헌법)과 제5공화국에서는 헌법위원회(헌법위원회의 장), 현행 헌법인 1987년 헌법에서는 헌법재판소(헌법재판소의 장)이다.

1987년 헌법에 근거한 헌법재판소의 출범

우리나라에서 헌법재판소는 4·19혁명 후 제2공화국 헌법에서 처음 도입되

3) 제81조 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다. 헌법위원회는 부통령을 위원장으로 하고 대법관 5인과 국회의원 5인의 위원으로 구성한다. 헌법위원회에서 위헌결정을 할 때에는 위원 3분지2이상의 찬성이 있어야 한다. 헌법위원회의 조직과 절차는 법률로써 정한다.

4) 제81조 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다. 헌법위원회는 부통령을 위원장으로 하고 대법관 5인 민의원의원 3인과 참의원의원 2인의 위원으로 구성한다. 헌법위원회에서 위헌결정을 할 때에는 위원 3분지 2이상의 찬성이 있어야 한다. 헌법위원회의 조직과 절차는 법률로써 정한다.

5) 제102조 ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

제103조 정당해산을 명하는 판결은 대법원 법관 정수의 5분의 3이상의 찬성을 얻어야 한다.

었다가 1987년 6월 항쟁으로 개정된 1987년 헌법에 의해 다시 도입됐다. 1987년 헌법이 헌법재판소를 도입한 것은 우리 역사에서 헌법재판 담당기관들이 제 기능을 전혀 하지 못한 것에 대한 반성에 따른 것이다. 그런 의미에서 헌법재판소는 시민들의 민주화 투쟁의 소산이다. 국가권력과 다수파의 권한 남용과 횡포를 견제하여 소수파의 인권과 민주주의를 수호하라는 것이 헌법이 헌법재판소에 명한 사명이다.

1987년 헌법에 따라 헌법재판소법이 1988년 8월 5일 제정되어 1988년 9월 1일부터 시행되었다. 1988년 9월 15일 소장을 포함한 9인의 재판관이 임명됨으로써 헌법재판소가 출범했다. 처음에는 상임위원 6인, 비상임위원 3인이었는데, 1991년 11월 30일 헌법재판소법을 개정하여 9인의 재판관 전원을 상임으로 했다. 헌법재판소는 2018년에는 30주년을 맞았고, 그 동안 우리 사회에 결정적인 영향을 미치는 중요한 결정들을 많이 했다.

헌법재판의 활성화

헌법재판소가 출범한 이후 헌법재판이 활성화되었다. 많은 법률조항들의 위헌성이 헌법재판소에서 심리되고 판단되었다. 헌법재판소는 헌법소원의 대상을 가능한 한 확대하는 방향으로 적극적으로 해석했다. 결정도 단순합헌 또는 단순 위헌결정만이 아니라 헌법불합치결정, 한정위헌결정, 한정합헌결정 등 변형결정들을 도입해 그 폭을 넓혔다. 1988년 9월 1일 헌법재판소 출범 이후 2018년 3월 31일까지 헌법재판소가 처리한 사건 현황은 다음 표와 같다.

〈헌법재판 통계 누계표(1988. 9. 1.~2018. 3. 31. 현재)〉⁶⁾

구분	접수	처리										미제	
		위헌	헌법 불합치	한정 위헌	한정 합헌	인용	합헌	기각	각하	기타	취하		계
위헌법률	944	275	62	18	7		332		70		123	887	57
탄핵	2					1		1				2	
정당해산	2					1			1			2	
권한쟁의	103					17		20	36		16	89	14

6) <http://www.ccourt.go.kr/cckhome/kor/info/selectEventGeneralStats.do> (최종검색일: 2018. 4. 26.)

구분	접수	처리											미제	
		위헌	헌법 불합치	한정 위헌	한정 합헌	인용	합헌	기각	각하	기타	취하	계		
헌 법 소 원	§68①	26,210	105	60	20		635	4	7,330	16,822 (15,299)	8	655	25,639	571
	§68②	6,633	203	71	32	21		2,126		3,715 (3,377)	2	118	6,288	345
	계	32,843	308	131	52	21	635	2,130	7,330	20,537 (18,676)	10	773	31,927	916
합계	33,894	583	193	70	28	654	2,462	7,351	20,644 (18,676)	10	912	32,907	987	

※ 주 1) 정당해산심판사건 2건 중 1건은 재심사건임.

2) 지정재판부의 처리건수는 ()안에 기재하고 본란의 숫자에 합산표시 하였음.

위 기간 동안 총 33,894의 사건이 접수되어 32,907건을 처리했고, 위헌결정 583건, 헌법불합치 결정 193건, 한정위헌결정 70건, 한정합헌결정 28건, 헌법소원 등 인용결정 654건을 기록했다. 그 중 법률에 대한 위헌결정은 478건, 헌법불합치 결정은 133건, 한정위헌결정은 50건, 한정합헌결정은 28건이다. 대통령 탄핵 2건 중 한 건은 인용(박근혜 대통령), 한 건은 기각(노무현 대통령)이며, 정당해산심판 사건은 1건이 제기되어 해산결정(통합진보당 해산 결정)을 했다. 권한쟁의심판사건 중 인용결정은 17건이다.

일본의 저조한 헌법재판과의 비교

일본은 최고재판소가 헌법재판을 담당하고 있으나, 헌법재판이 활성화되지 못하고 있다. 일본 최고재판소가 1950년 출범한 후 65년간 법령위헌판결이 10건, 처분위헌판결·결정이 10건으로 그 실적이 극히 저조했다. 일본 최고재판소 재판관을 역임한 바 있는 이즈미 도쿠지(泉徳治)는 일본과 한국의 위헌판단 건수 차이는 일본 최고재판소가 위헌심사와 일반법령위반심사를 병행하는데 비해, 한국 헌법재판소는 위헌심사만 전문으로 하는 데서 비롯된다고 분석했다.⁷⁾ 이즈미 도쿠지는 최고재판소의 직무를 위헌심사에 특화하자는 주장에 대해서는 반대한다. 한편, 최고재판소에 근무하다가 사무총국의 횡포를 견디지 못하고 사임한 세기 히

7) 이즈미 도쿠지 지음, 이범준 옮김, 『일본 최고재판소를 말한다』, 궁리, 2016.

로시(瀨木比呂志)는 독일형 헌법재판소 설치를 사법개혁방안으로 주장한다.⁸⁾

종합적 평가

헌법재판을 담당하는 전문기관으로서 헌법재판소가 설립되어 30년 활동함으로써 헌법재판이 활성화되고 그로 말미암아 우리 사회의 인권의식 수준을 높이는 데 크게 기여했다.

표현의 자유 신장에 기여한 결정들로는 다음을 들 수 있다. ▲문화·예술분야의 검열제도에 대한 위헌 결정으로 영화, 음반에 대한 공연윤리위원회 사전심의제도 위헌결정(1996. 10. 4. 선고 93헌가13 등/1996. 10. 31. 선고 94헌가6 결정), ‘저속’간행물을 발간한 출판사에 대해 등록취소를 가능케 한 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률 위헌결정(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16), 비디오물에 대한 한국공연예술진흥협회의 사전심의 위헌 결정(헌재 1999. 9. 16. 선고 99헌가1 결정), 영상물등급위원회의 등급분류보류제도 위헌 결정(헌재 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 결정), 영화진흥법상 ‘제한상영가’ 등급제 헌법불합치 결정(헌재 2008. 7. 31. 선고 2007헌가4 결정) 등이 있다. ▲집회자유에 대한 위헌결정으로 외교기관 경계 100미터 이내 집회 금지 조항에 대한 한정위헌결정(헌재 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67 결정),⁹⁾ 야간옥외집회금지에 대한 헌법불합치 결정(헌재 2009. 9. 24. 선고 2008헌가25 결정) 등이 있다.¹⁰⁾ ▲온라인상 표현과 관련한 위헌결정으로 소위 ‘불온통신’ 위헌결정(헌재 2002. 6. 27. 99헌마480), 전기통신기본법상 ‘허위통신’(헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등), 정보통신망법상 본인 확인제 위헌결정(헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47 등), 공직선거법 제93조 제1항 “기타 이와 유사한 것”에 ‘인터넷’이 포함된다고 해석하는 한 위헌이라는 한정위헌 결정(헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001 등 결정) 등이 있다.¹¹⁾

변호인의 조력을 받을 권리를 신장하는 데 기여한 결정들로는 구속된 피의

8) 세기 히로시 지음, 박현석 옮김, 『절망의 재판소』, 사과나무, 2014, 245~246면.

9) 다만, 법원 경계 100미터 내 집회 금지 조항에 대한 합헌결정(헌재 2005. 11. 24. 선고 2004헌가17 결정), 국회의사당 경계 100미터 내 집회 금지 조항에 대한 합헌결정(헌재 2009. 12. 29. 선고 2006 헌바20 등 결정)이 있었다.

10) 다만 기자회견과 미신고집회 주최자 처벌조항에 대해서는 합헌결정(헌재 2009. 5. 28. 선고 2007헌바22 결정; 헌재 2014. 1. 28. 선고 2011헌바174 등)이 있었다.

11) 다만, 정보통신망법 임시조치제도 합헌결정(헌재 2012. 5. 31. 선고 2010헌마88 결정), 전기통신사업법 상 통신자료제공요청 각하결정(헌재 2012. 8. 23. 선고 2010헌마439 결정), 정보통신망법상 명예훼손죄에 대한 합헌결정(헌재 2016. 2. 25. 선고 2013헌바105 등 결정) 등이 있다.

자, 피고인의 변호인과 자유로운 접견교통권 침해에 대한 헌법소원을 인용한 결정(헌재 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정), 수용시설에서의 서신검열 등 위헌확인을 인용한 결정(헌재 1995. 7. 21. 선고 92헌마144 결정), 등사신청거부처분취소를 인용한 결정(헌재 1997. 11. 27. 선고 94헌마60 결정), 변호인의 변호권도 헌법상 기본권으로 인정한 결정(헌재 2003. 3. 27. 선고 2000헌마474 결정), 불구속 피의자, 피고인의 변호인의 조력을 받을 권리를 인정한 결정(헌재 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정), 접견불허처분 등의 위헌확인을 인용한 결정(헌재 2004. 12. 16. 선고 2002헌마478 결정), 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제43조 제3항 등 위헌확인을 인용한 결정(헌재 2012. 2. 23. 선고 2009헌마333 결정), 소송대리인인 변호사와의 접견을 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정한 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제41조 등에 대한 헌법불합치 결정(헌재 2013. 8. 29. 선고 2011헌마122 결정), 변호인에 대한 후방착석요구행위는 변호인의 피의자신문에 참여할 권리 등을 침해한다는 결정(헌재 2017. 11. 30. 선고 2016헌마503 결정), 열람·등사신청 거부행위의 위헌확인을 인용한 결정(헌재 2017. 12. 28. 선고 2015헌마632 결정) 등이 있다.¹²⁾

여성의 지위와 성평등 등과 관련한 주요 결정으로는 호주제 헌법불합치 결정(헌재 2005. 2. 3. 선고 2001헌가9 등 결정), 제대군인 가산점제도 위헌결정(헌재 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정), 남성징병제 합헌결정(헌재 2011. 6. 30. 선고 2010헌마460 결정), 혼인빙자간음죄 조항 위헌결정(헌재 2009. 11. 26. 선고 2008헌바58 결정), 간통죄 조항 위헌 결정(헌재 2015. 2. 26. 선고 2009헌바17 결정) 등이 있다.

일본군 ‘위안부’ 헌법소원에 대한 위헌결정(헌재 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정), 대통령의 긴급조치에 대한 위헌결정 등도 중요한 의미를 가진다.

반면, 한계를 노정한 결정들도 있다. 국가안보와 관련된 쟁점에서는 사상의 자유, 표현의 자유 등 기본권보다는 국가안보를 보다 강조했다. 법조 전문 취재작가 이범준은 저서 『헌법재판소, 한국 현대사를 말하다』에서 헌법재판소는 제3차 개입죄 합헌결정으로 사상·공안 분야에서 보수적이라는 점을 명확히 했다고 평가한다. 제1기 재판소¹³⁾는 국가안보와 관계가 적은 형사소송절차 등에서는 인권

12) 다만, 헌재 2008. 9. 25. 선고 2007헌마1126 결정은 국선변호인의 조력을 받을 권리가 헌법상 권리는 아니라고 판단했다.

13) 1988년 9월 헌법재판소가 출범할 때부터 재판소장과 재판관의 임기인 6년의 기간이 지난 1994년까지를 말한다. 재판소장 조규광, 재판관 이성렬, 변정수, 김진우, 한병재, 이시윤, 최광률, 김양균, 김문희.

을 보호하는 데 적극적이었지만, 국가안보나 공공질서 유지에 해당하는 공안사건에서는 기존 법질서를 존중했다는 것이다.¹⁴⁾ 이러한 경향은 현재까지 지속되고 있다. 대표적인 예로는 국가보안법 제7조에 대한 한정합헌결정(헌재 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정 등), 양심적 집총병역거부(병역법 제88조 제1항 제1호)에 대한 합헌결정(헌재 2004. 8. 26. 선고 2002헌가 1 결정, 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 결정) 등을 들 수 있다.

헌법재판소는 사회권에 대해 폭넓은 입법재량권을 인정함으로써 사회권 보장에 소극적이었다는 평가를 받는다. 장애인 관련하여 공직선거 후보자가 장애인인지 여부를 구별하지 않고 모든 후보자들에 대하여 동일하게 선거사무원 수와 선거운동방법을 제한한 규정(후보자나 그 배우자가 중증장애인인 경우 선거인에게 명함을 배부할 수 있는 자에 활동보조인에 관한 규정을 따로 두지 않고 있음)에 대한 합헌결정(헌재 2009. 2. 26. 선고 2006헌마626 결정, 헌법불합치의견: 김희옥·김종대·민형기·송두환), 선거운동기간 중의 방송광고, 방송시설주관 후보자연설의 방송, 선거방송토론위원회 주관 대담·토론회의 방송에 있어서 청각장애 선거인을 위한 자막 또는 수화통역의 방영을 의무사항으로 규정하지 아니한 공직선거법 제70조 제6항 등에 대한 합헌결정(헌재 2009. 5. 28. 선고 2006헌마285 결정), 후보자가 시각장애선거인을 위한 점자형 선거공보 1종을 책자형 선거공보 면수 이내에서 임의로 작성할 수 있도록 한 공직선거법 제65조 제4항에 대한 합헌결정(헌재 2014. 5. 29. 선고 2012헌마913 결정), 대통령선거·지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거에서, 점자형 선거공보를 책자형 선거공보의 면수 이내에서 의무적으로 작성하도록 하면서, 책자형 선거공보에 내용이 음성으로 출력되는 전자적 표시가 있는 경우에는 점자형 선거공보의 작성을 생략할 수 있도록 규정한 공직선거법 제65조 제4항에 대한 합헌결정(헌재 2016. 12. 29. 선고 2016헌마548 결정) 등을 들 수 있다. 외국인의 기본권 주체성을 인정하고(헌재 2001. 11. 29. 선고된 99헌마494 결정), 외국인 산업연수생에 대해 퇴직급여(제34조), 임금채권 우선변제(제37조), 연차유급휴가(제59조), 임신부의 보호(제72조) 등 근로기준법의 주요 조항의 적용을 배제한 노동부예규인 『외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침』에 대해 권리성질성에 근거하여 위헌결정(헌재 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정)을 했으나, 외국인의 기본권 침해 여부를 심사하는 데 있어서 국민의 경우와 달리 완화된 기준 적용하여 합헌결정(사업장 변경

14) 이범준, 『헌법재판소, 한국 현대사를 말한다』, 궁리, 2009, 93면.

횃수 제한 조항에 대한 헌재 2011. 9. 29. 선고 2009헌마351 결정, 사업장 변경 허가 제한 기간 조항에 대한 헌재 2011. 9. 29. 선고 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정, 출국만기보험금의 지급시기 제한 조항에 대한 헌재 2016. 3. 31. 선고 2014헌마367 결정을 한 것은 한계라 할 수 있다.

조세법률주의 관련해서 조세정의보다는 재산권 보호에 보다 치중한 측면이 있다. 대표적으로는 토지공개념 관련 법안들인 개발이익환수에 관한 법률 제10조 제3항 단서에 대한 위헌결정(헌재 1998. 6. 25. 선고 95헌바35 결정)과 택지소유상한에 관한 법률 제2조 제1호 나목 등에 대한 위헌결정(헌재 1999. 4. 29. 선고 94헌바37 결정)이 있다.

선거 관련법에서 선거의 공정과 평온을 중시하여 유권자의 표현의 자유 보호에 불충분했다는 평가를 받았다. 선거운동을 원칙적으로 금지했던 구 대통령선거법 조항에 대한 위헌결정을 하였으나(헌재 1994. 7. 29. 93헌가4 등 결정), 선거에 영향을 미치게 하기 위한 현수막의 설치, 표찰의 착용, 인쇄물의 제작, 배포 등을 금지하는 구 지방의회선거법 제57조에 관한 합헌결정(헌재 1995. 4. 20. 선고 92헌바29 결정), 낙선운동 특히 장외 집회와 거리행진, 서명운동, 후보자 이름을 명시한 현수막 게시 금지 등 선거법 조항들에 대한 합헌결정(헌재 2001. 8. 30. 선고 2000헌마121 등 결정, 헌재 2001. 12. 20. 선고 2000헌바96 결정) 등이 대표적인 예이다.

한편, 관습헌법 법리를 동원하여 행정수도 이전 법률을 위헌으로 결정(헌재 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인 사건 결정, 반대의견 전효숙 재판관)한 것은 역사에 두고두고 회자될 것이다. 위 결정에 대해 민변은 ‘서울이 수도’라는 사실이 관습헌법의 일부라고 하는 현재의 해석은 그동안 헌법학계와 판례에서 전혀 거론된 바 없는 것임에도 헌재가 국민 모두에게 생소한 관습헌법 이론을 동원하여 특별조치법을 위헌으로 선언한 데에는 통상적인 헌법해석이 아닌, 특별조치법에 담긴 정책내용을 반대하고자 하는 정치적 의도를 가리기 위한 것이라는 의혹을 지울 수 없으며, 따라서 위 결정은 삼권분립에 터 잡은 정상적인 헌법기관에 의한 사법권능의 행사가 아니라, 자의적이고 부당한 정치적 결정이라는 비난을 면할 수 없다는 취지의 논평을 했다.¹⁵⁾

헌법재판소는 노동권에 지극히 소극적 나아가 부정적이었고, 국제적 인권규범의 원용¹⁶⁾에도 소극적이었다. 이에 대해서는 뒤에서 별도로 검토한다.

15) <http://minbyun.or.kr/?p=16897> (최종검색일: 2018. 5. 9.)

16) 헌재 2004. 12. 16. 선고 2002헌마478 결정은 금지 처분을 받은 수형자에 대하여 금지 기간 중 운동을

소수의견의 중요성

헌법재판소 결정에는 여러 요인 또는 시대적 한계로 인해 법정의견이 되지 못한 소수의견들이 많았다. 소수의견, 특히 약자와 소수자 인권 보장에 충실한 관점의 소수의견은 헌법재판소가 사회의 다양한 가치를 포용하고, 언젠가는 법정의견으로 변경될 가능성에 대한 희망을 줌으로써 헌법재판소의 위상을 지켜주었다고 할 수 있다.

헌법재판소 출범 직후 제1기 헌법재판소에서 변정수 재판관이 용감하게 8:1의 소수의견을 밝힘으로써 초창기 헌법재판소가 국민들의 신뢰를 잃지 않고 확고하게 자리 잡을 수 있도록 하는 데 결정적인 기여를 했다.

〈변정수 재판관 단독의견〉

- ① 1990. 1. 15. 선고 89헌가103 결정: 노동쟁의조정법 제13조의 등에 관한 위헌심판(단순위헌의견)
- ② 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정: 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판(단순위헌의견)
- ③ 1990. 8. 27. 선고 89헌가118 결정: 도로교통법 제50조 제2항 등에 관한 헌법소원(한정합헌의견이 아닌 단순위헌의견)
- ④ 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정: 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원(헌법불합치가 아닌 단순위헌결정)
- ⑤ 1991. 4. 1. 선고 89헌마17·85·100·109·129·167(병합) 결정: 사회보호법 위헌여부에 관한 헌법소원(위헌의견)
- ⑥ 1991. 7. 8. 선고 91헌마4 결정: 불기소처분에 대한 헌법소원(항고·재항고 없이 헌법소원청구 인정)
- ⑦ 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정: 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판(전부 위헌의견)
- ⑧ 1992. 4. 14. 선고 90헌바23 결정: 국가보안법 제9조 제2항에 대한 헌법소원(위헌의견)
- ⑨ 1992. 4. 28. 선고 90헌바27내지34 결정: 국가공무원법 제66조에 대한 헌법소원(위헌의견)
- ⑩ 1992. 6. 26. 선고 90헌가23 결정: 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 제7조 제1항(정

금지하는 행형법시행령 제145조 제2항 중 운동 부분의 위헌 여부에 대한 판단에서, “헌법 제10조에서 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다’라고 천명하고 있다. 이는 우리 헌법이 보장하고 있는 모든 기본권 의 이념적 기초일 뿐 아니라 그 종국적 목적임을 엄숙히 확인하는 것이라 아니할 수 없다. 이는 비록 자유형 수형자, 그 중에서도 규율을 위반하여 금지 처분을 받은 수형자라고 하여도, 우리와 같은 인간으로서 가지는 기본적인 존엄과 가치를 훼손할 수 없다는 의미를 내포한 것이다. 우리나라가 가입되어 있는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이른바 B규약) 제10조에서 ‘자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급되어야 한다’고 규정하고, 제7조에서 ‘가혹한, 비인도적인 또는 모욕적인 처우나 형벌’의 금지규정을 두고 있는 것은 바로 이와 같은 인간에 대한 기본적 권위를 존중하는 보편적 정신의 제도적 발현이라 할 것이다.”고 판단했다.

기간행물을 발행하고자 하는 자에게 일정한 물적 시설을 갖추어 등록할 것을 요구)의 위헌심판(위헌의견)

- ⑪ 1992. 6. 26. 선고 90헌바25 결정: 소액사건심판법 제3조에 대한 헌법소원(위헌의견, 상고권도 재판받을 권리에 포함됨, 대리인 김선수)
- ⑫ 1992. 11. 12. 선고 89헌마88 결정: 교육법 제157조(국정교과서제도)에 관한 헌법소원(위헌의견)
- ⑬ 1992. 12. 24. 선고 91헌마168 결정: 고발인이 검사의 불기소처분에 대하여 헌법소원 심판을 청구할 수 있는지(인용의견)
- ⑭ 1993. 3. 11. 선고 88헌마5 결정: 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 「국가·지방자치단체에 종사하는 노동자」에 관한 부분의 위헌 여부(위헌의견)
- ⑮ 1993. 3. 11. 선고 92헌바33 결정: 노동조합법 제45조의2 등 위헌소원(단순위헌의견)
- ⑯ 1994. 2. 24. 선고 93헌마33 결정: 광주민주화운동관련자보상 등에 관한 법률 위헌확인(단체가 그 구성원들의 기본권 침해를 주장하는 경우 자기관련성 인정)

2012년 이후 박근혜 정부에서 김이수 재판관이 홀로 8:1의 소수의견을 밝힘으로써 국민들이 헌법재판소를 포기하지 않도록 하는 데 기여했다.

〈김이수 재판관 단독의견〉

- ① 2014. 2. 27. 선고 2014헌마7 결정: 헌법재판소법 제40조 제1항 등 위헌확인(한정합헌의견)
- ② 2014. 12. 19. 선고 2013헌다1 결정: 통합진보당 해산 심판청구(기각의견)
- ③ 2015. 4. 30. 2012헌바95·261, 2013헌가26, 2013헌바77·78·192·264·344, 2014헌바100·241, 2015헌가7(병합): 국가보안법 제7조 제1항 등 위헌소원 등(이적행위 중 ‘동조’ 부분에 대한 위헌의견)
- ④ 2015. 5. 28. 선고 2013헌마343 결정/2015. 11. 26. 2015헌마756 결정: 노동절을 공휴일에서 제외한 공휴일 규정 위헌소원(위헌의견)
- ⑤ 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671, 2014헌가21(병합) 결정: 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제2조(정치활동 금지) 위헌확인 등(위헌의견)
- ⑥ 2015. 6. 25. 선고 2013헌바86 결정: 도시 및 주거환경정비법 제49조 제6항 위헌소원(도시정비법 제49조 제6항 본문 중 주택재건축사업구역 내 임차권자에 관한 부분 위헌의견)
- ⑦ 2016. 5. 26. 선고 2013헌마879 결정: 통행제지행위 관련 공권력행사(희망버스) 위헌확인(헌법적 해명의 필요성이 인정되므로 청구에 대한 심판이익 인정)
- ⑧ 2016. 11. 24. 선고 2015헌바413·414(병합) 결정: 근로기준법 제2조 제1항 제1호 위헌소원(특수형태근로종사자 적용 배제 조항에 대한 심판청구의 적법성 인정)
- ⑨ 2016. 12. 29. 선고 2015헌마880 결정: 기소유예처분취소 등(과거사위 장준하 진상조사 관련 김희수 변호사 사건)(민사사건 수임 부분 취소의견)

헌법재판소는 변정수, 김이수 두 재판관에게 크게 빚졌다고 할 수 있다. 양승태 대법원장 시기(2011년 9월~2017년 9월) 대법원 전원합의체 판결 116건 중 39건(33.6%)¹⁷⁾이 13:0으로 같은 견해를 취함으로써 대법원 구성의 획일성으로 말미암아 국민의 신뢰를 상실한 것에 비추어 보면 헌법재판소의 소수의견은 더욱 빛난다고 할 수 있다.

Ⅲ. 노동헌법

1. 의의

‘노동헌법’은 노동자의 권리와 삶에 영향을 미치는 헌법 조항들을 통틀어 말한다. 기본권의 장에 규정된 일할 권리(현행 헌법상 용어로는 ‘근로의 권리’)에 관한 제32조와 노동3권에 관한 제33조가 대표적이고, 이 두 조항을 ‘협의의 노동헌법’이라고 할 수 있다. 그 외에도 평등권, 안전권, 사회권, 참심제 노동법원 도입

17) <http://hankookilbo.com/v/c0fb8dbccbc4006836bd448114178e9>

<http://glaw.scourt.go.kr/wsjo/panre/sjo050.do#/>(최종검색일: 2018. 4. 26.) 1. 대법원 2012. 1. 19. 선고 2009후2234 판결, 2. 대법원 2012. 1. 19. 선고 2010다95390 판결, 3. 2012. 2. 16. 선고 2010다82530 판결, 4. 대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 판결, 5. 2012. 6. 18. 선고 2010두16592 판결(이유에 대한 보충의견 있음), 6. 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다103000 판결, 7. 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 판결, 8. 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 판결, 9. 대법원 2012. 11. 22. 선고 2010두22962 판결, 10. 대법원 2012. 11. 22. 선고 2010두19270 판결, 11. 대법원 2012. 12. 20. 선고 2010후2339 판결, 12. 2012. 12. 20. 선고 2011두30878 판결, 13. 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 판결, 14. 대법원 2013. 4. 18. 선고 2011초기689 결정, 15. 대법원 2013. 4. 18. 선고 2010두11733 판결, 16. 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 판결, 17. 대법원 2013. 7. 18. 선고 2012다5643 판결, 18. 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다26746 판결(키코 사건), 19. 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 판결(키코 사건), 20. 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다1146 판결(키코 사건), 21. 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다53683 판결(키코 사건), 22. 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012후2463 판결, 23. 대법원 2014. 7. 16. 선고 2013므2250 판결, 24. 대법원 2014. 7. 16. 선고 2012므2888 판결, 25. 대법원 2014. 12. 18. 선고 2011다50233 판결, 26. 대법원 2015. 1. 22. 선고 2011후927 판결, 27. 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014다46211 판결, 28. 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 판결, 29. 대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 판결, 30. 대법원 2015. 7. 16. 선고 2015도2625 판결(원세훈 국정원장 사건), 31. 대법원 2015. 7. 16. 선고 2014두5514 판결, 32. 대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 판결(이유에 대한 보충의견 있음, 형사사건 변호사보수약정 사건), 33. 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 판결, 34. 2015. 11. 19. 선고 2012다114776 판결, 35. 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 판결, 36. 대법원 2017. 1. 19. 선고 2013후37 판결, 37. 대법원 2017. 3. 23. 선고 2016다251215 판결, 38. 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 판결, 39. 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012두22485 판결.
대법원 2012. 5. 17. 선고 2009다105406 판결은 결론은 만장일치 의견이나, 이유에 대한 별개의견이 있으므로 제외한다.

근거 조항, 경제조항, 직접민주제 등도 노동자들의 삶에 직접적인 영향이 있으므로 이들까지 포함하여 ‘광의의 노동헌법’이라고 할 수 있다.

2. 연혁

일할 권리 조항은 제헌헌법이 ① 근로의 권리와 의무, ② 근로조건 법정주의, ③ 여자와 소년의 근로 특별 보호 등 3개 문장으로 규정한 이후 개헌 시마다 새로운 보호 조항이 추가되어 왔다. 5차 개정 헌법은 근로의 권리와 의무를 별개의 조항으로 분리하고, 국가의 고용증진 노력의무 및 근로 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정하도록 하는 내용을 추가했다. 제8차 개정 헌법은 적정임금의 보장을 국가의 노력의무에 추가하고, 근로조건 법정주의 조항에서 ‘인간의 존엄성 보장’을 추가했으며, 국가유공자 등에게 우선적 근로의 기회를 보장하는 조항을 신설했다. 제9차 개정 헌법은 최저임금제 시행을 명시했고, 여자의 근로와 관련하여 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별 금지를 명시했으며, ‘소년’이란 용어를 ‘연소자’로 바꿨다.

노동3권 조항은 제헌헌법이 가장 간명하게 노동자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유를 보장하고 노동자의 이익균점권을 명시했다. 노동3권을 자유권으로 규정했고, 아무런 목적상의 제한을 가하지 않았다. 그런데 5차 개정 헌법은 이익균점권 조항을 삭제했고, 노동3권 조항에서 ‘근로조건 향상을 위하여 자주적으로’라는 제한을 가했으며, ‘공무원인 근로자’의 노동3권 제한 규정을 신설했다. 그 이후 목적 제한 문구가 빠지기도 하고 삽입되기도 했고, ‘공무원인 근로자’의 노동3권 제한 규정 내용에 일부 변화가 있었으며, 단체행동권을 특별히 제한할 수 있는 조항이 신설되어 그 범위가 일부 변경되는 과정을 거쳐 현행헌법에 이르렀다.

87년 헌법은 5공화국 헌법에 비해서는 노동3권 보장을 강화한 것으로 평가된다. 즉, 제1항에서 일반노동자의 단체행동권에 관한 법률제한 근거를 삭제했고, 제2항에서 공무원의 노동3권에 관하여 부정적 표현에서 긍정적 표현으로 바꿈으로써 허용 가능성을 확대했으며, 제3항에서 단체행동권 제한 대상 사업을 축소했다. 그러나 87년 헌법 제33조는 여전히 국제노동기준에는 크게 미치지 못하는 것으로 평가된다. 더구나 법률의 단계로 가면 헌법 제33조를 명백하게 침해하는 규정들이 헌법재판소에 의해 그 합헌성을 인정받고 있어 오히려 법률이 헌법 우위에 있는 역전현상이 발생하고 있다.

3. 87년 노동헌법의 한계

87년 헌법은 노동 존중의 관점이 부족하고, 이로 인해 우리 사회는 여전히 노동에 대한 무관심과 배제 나아가 적대적 분위기를 벗어나지 못하고 있다. 이미 1944년 ILO 목적에 관한 필라델피아 선언은 ‘노동은 상품이 아니다’라고 천명했음에도 21세기가 훨씬 지난 현재까지도 대한민국에서 노동은 여전히 비용으로만 취급되고 있다. 우리 사회를 ‘더불어 사는 공동체’로 만들기 위해서는 우리 사회에서 절대 다수를 차지하고 모든 재화와 용역의 직접 생산자인 노동자가 인간의 존엄과 가치를 인정받고 사회구성원으로서 정당하게 대우받아야 한다. 노동자 없이 이 세상의 존립과 유지는 불가능하기 때문이다.

87년 헌법에서 노동의 위치를 변화시킨 가장 큰 요인은 근로의 권리나 노동3권 조항이 아니라 경제질서에 관한 제119조의 변화에 있다고 보는 견해가 있다.¹⁸⁾ 1980년 헌법 제120조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”라는 한 반면에, 87년 헌법 제119조 제1항은 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.”라고 규정함으로써, 기업을 시장경제질서의 주체로 신분을 상승시켰다. 1980년 헌법 제120조 제2항은 “국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위 안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다.”고 한 것을, 87년 헌법 제119조 제2항은 “국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체 간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”라고 규정함으로써 ‘사회정의’의 실현이라는 목표를 삭제하고, 국민경제의 ‘성장’을 전면에 내세웠다.¹⁹⁾ 이러한 변화를 ‘자율성을 획득한 노동과 자본, 상대적으로 통제 능력이 약화된 국가’ 혹은 ‘기업의 시민권 획득과 국가 규제 권한의 약화’라고 요약했다.

18) 도재형, “87년 노동체제 30년과 노동법의 과제”, 『7년 노동체제 30년과 새 정부의 노동정책』(2017년 노동3대학회 공동정책토론회), 91~92면 참조.

19) 제119조의 개정안: 제119조 ①대한민국의 경제질서는 경제주체의 자유와 창의를 존중하고, 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현을 기본으로 한다. ②국가는 경제의 민주화를 위하여 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 집중과 남용을 방지하며, 여러 경제주체의 참여, 상생 및 협력이 이루어지도록 경제에 관한 규제와 조정을 하여야 한다.

87년 헌법은 그 당시에는 아직 심각하게 부상하지 않았던 비정규직에 대한 대책이 부족한 것으로 평가된다. 비정규직 문제는 1996년 말 경제위기 이후 급격하게 증가하여 전체 노동자의 약 50% 가량을 차지하는 지경에 이르러 심각한 사회문제로 부각되었다. 비정규직은 우리 사회의 취약계층을 형성했고, 그 증대는 양극화 심화로 이어졌다. 비정규직에 대한 노골적인 차별대우는 인간으로서의 존엄을 짓밟는 인권 문제이기도 하다. 비정규직 문제는 사회통합의 중대한 위협 요인이 되었으며, 노동소득의 감소에 따른 유효수요의 절대 부족으로 성장의 발목을 잡고 있는 실정이다. 모든 선거 때마다 대부분의 후보와 정당이 비정규직 문제 해결을 공약으로 제시했으나, 문제의 심각성은 전혀 나아지지 않고 있다.

87년 헌법은 산업현장에서 노동자가 자신의 삶과 노동조건을 결정하는 데에 참여할 권리를 제대로 보장하지 못했다. 자신과 관련한 사항을 결정하는 데 참여하는 것은 민주시민 및 자주적 인간의 본질적 요소이다. 결과도 중요하지만 과정에 참여하는 것 자체가 보다 중요하다. 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙에 법규범적 효력을 인정하는 것은 입법례도 없을 뿐만 아니라 노동자를 자주적 인간으로 여기지 않는 것이다. 10차 개헌에서는 노동자가 자신과 관련된 사항을 결정하는 과정에 참여할 권리를 보장하는 방안을 포함해야 한다.

87년 헌법의 노동3권 보장 수준은 국제노동기준에 비추어 현저하게 열악하다. 노동3권의 보장을 법률이나 판례에 맡기는 것이 아니라 헌법에서 명시한 점, 단결권뿐만 아니라 단체교섭권과 단체행동권도 명문으로 보장하고 있는 점은 긍정적이라 평가할 수 있다. 그러나 헌법개정 역사를 살펴보면 노동3권 조항은 그 내용이 많고 복잡해질수록 권리에 대한 제한이 증가했음을 보여준다. 87년 헌법의 노동3권 조항 중 목적을 ‘근로조건을 향상하기 위하여’라고 제한한 부분, ‘군인과 경찰만’이 아니라 모든 공무원의 노동3권을 제한할 수 있도록 규정한 부분, 주요방위산업체 종사 근로자의 단체행동권을 제한할 수 있는 근거조항을 둔 것은 ILO 제87호 핵심협약 등 국제노동기준에 미치지 못한다. 10차 개헌의 기회에 노동권을 국제노동기준에 부합하는 수준으로 강화해야 한다.

4. ‘일할 권리’ 및 ‘노동3권’ 조항 개정안 검토

2016년 10월부터 시작된 촛불시민혁명은 국민 주도의 개헌을 요구하고 있다. 국회는 헌법개정특별위원회를 구성하여 2017년 1년간 활동하면서 논의했다. 각계를 대표하는 53명으로 자문위원회를 구성했고, 자문위원들은 6개 분과로 구성되

어 치열한 논의를 통해 개정에 관한 의견을 제시했다.²⁰⁾ 국회 논의가 지지부진하자 문재인 대통령은 역시 국민헌법특별자문위원회의 자문을 거쳐 2018. 3. 18. 국회에 헌법개정안을 제출했다.

가. 전문에 ‘노동 존중’ 가치 명시

현행	정의당 개헌안
자율과 조화를 바탕으로(자유민주적 기본 질서를 더욱 확고히 하여)	자율과 조화를 바탕으로 노동이 존중되는 사회정의 실현하며(자유롭고 평등한 민주사회의 실현을 기본 사명으로 삼아)

나. 일할 권리 조항(제32조)

현행	대통령 개헌안	국회개헌특위 자문위원 ²¹⁾	검토
제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다. ② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의 원칙에 따라 법률로 정한다.	제33조 ① 모든 국민은 일할 권리를 가지며, 국가는 고용의 안정과 증진을 위한 정책을 시행해야 한다. ② 국가는 적정임금을 보장하기 위하여 노력해야 하며, 법률로 정하는 바에 따라 최저임금제를 시행해야 한다. ③ 국가는 동일한 가치의 노동에 대해서는 동일한 수준의 임금이 지급되도록 노력해야 한다.	제35조 ① 모든 사람은 일할 권리를 가진다. ② 국가는 고용의 증진에 노력하고, 고용 안정을 위한 정책을 시행해야 한다. 노동자를 고용할 때는 정당한 이유가 없는 한 기간의 정함이 없이 직접고용 하여야 한다. ③ 국가는 적정임금의 보장에 노력하며, 법률이 정하는 바에 따라 최저임금제를 시	○ 용어: ‘근로의 권리’ → ‘일할 권리’. ‘근로’ → ‘노동’, ‘근로자’ → ‘노동자’ ○ 일할 권리의 주체: 국민 → 사람 ○ ‘정당한 이유 없는 해고로부터 보호 받을 권리, ‘직접 무기고용 원칙’ 명시 여부 ○ ‘근로의 의무’ 조항 삭제 ○ 여성 노동과 연소자 노동의 특별한 보호 규정 유지 여부 ○ 일할 기회의 우선적

20) 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회의 개정안과 필자의 의견을 종합하여 마련. 국회 헌법개정특별위원회 자문위원은 http://www.n-opinion.kr/?page_id=126&uid=1580&mod=document&pageid=1, 『국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서』, 2018. 1, 87~91면. 자문위 기본권·총강분과는 별도로 활동 백서를 제출했다. http://www.n-opinion.kr/?page_id=126&uid=1795&mod=document&pageid=1, 『헌법개정특별위원회 기본권·총강분과 활동 백서』, 2018. 1.

21) 자문위 보고서, 87~93면.

현행	대통령 개헌안	국회개헌특위 자문위원	검토
<p>③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.</p> <p>⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.</p> <p>⑥ 국가유공자·상이 군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.</p>	<p>④ 노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하되, 그 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>⑤ 모든 국민은 고용·임금 및 그 밖의 노동조건에서 임신·출산·육아 등으로 부당하게 차별을 받지 않으며, 국가는 이를 위해 여성의 노동을 보호하는 정책을 시행해야 한다.</p> <p>⑥ 연소자(年少者)의 노동은 특별한 보호를 받는다.</p> <p>⑦ 국가유공자·상이 군경 및 전몰군경(戰歿軍警)·의사자(義死者)의 유가족은 법률로 정하는 바에 따라 우선적으로 노동의 기회를 부여받는다.</p> <p>⑧ 국가는 모든 국민이 일과 생활을 균형 있게 할 수 있도록 정책을 시행해야 한다.</p>	<p>행한다. 동일한 가치의 노동에 대하여는 동일한 임금이 지급되어야 한다.</p> <p>(현행 ②항 삭제)</p> <p>④ 노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 공동으로 결정하되, 그 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>⑤ 노동자는 정당한 이유 없는 해고로부터 보호받을 권리를 가진다.</p> <p>(현행 ④항, ⑤항 다른 조항으로 이동)</p> <p>⑥ 국가유공자·상이 군경과 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 일할 기회를 부여받는다.</p> <p>⑦ 국가는 모든 사람이 일과 생활을 균형 있게 영위할 수 있도록 정책을 실시하여야 한다.</p>	<p>부여 대상에 의사자 유가족을 추가할 것인지</p>

다. 노동3권 조항(제33조)

현행	대통령 개헌안	국회개헌특위 자문위안 ²²⁾	검토
<p>제33조 ① 근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권²²⁾을 가진다.</p> <p>② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.</p> <p>③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>	<p>제34조 ① 노동자는 자주적인 단결권과 단체교섭권을 가진다.</p> <p>② 노동자는 노동조건 개선과 그 권익의 보호를 위하여 단체행동권을 가진다.</p> <p>③ 현역 군인 등 법률로 정하는 공무원의 단결권, 단체교섭권과 단체행동권은 법률로 정하는 바에 따라 제한하거나 인정하지 않을 수 있다.</p> <p>④ 법률로 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 노동자의 단체행동권은 필요한 경우에만 법률로 정하는 바에 따라 제한하거나 인정하지 않을 수 있다.</p>	<p>제36조 ① 노동자는 자주적으로 단결할 자유를 가진다.</p> <p>② 노동자는 단체교섭권 및 단체협약 체결권과 대표를 통하여 사업운영에 참가할 권리를 가진다.</p> <p>③ 노동자는 경제적·직업적 이익에 관한 주장을 관철하기 위하여 파업 기타 단체행동을 할 권리를 가진다. 현역군인과 경찰공무원의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ ‘단결권’과 ‘단결의 자유’ ○ ‘단체협약 체결권’과 ‘대표를 통한 사업운영 참가권’의 명시 여부 ○ 단체행동권의 목적 확대 규정 방식 ○ 공무원 노동3권의 제한 방식(제한 대상 공무원의 규정 방식과 제한 정도) ○ 방위산업체 종사 노동자의 단체행동권 제한의 개별 유보 유지 여부

IV. 법률

1. 노동법에 대한 전반적인 평가

단결권을 법적으로 인정하기 이전의 초기 근로자 보호는 국가의 은혜적·예외적·부분적 시책에 불과한 데 반하여, 단결권의 법적 인정을 통해 노동단체법

22) 자문위 보고서, 87~93면.

이 독자적인 법적 지위를 확보한 이후에는 근로자 보호의 권리적 측면이 부각되었다. 자주적 단결권을 부인하고 국가권력이 근로자 생존 확보 명분으로 직접 또는 전면적으로 개입하는 법제도는 파시즘의 노동통제입법과 같다.²³⁾ 한국은 일제강점기의 식민지 지배와 군사독재정권의 동원 체제에 의한 노동탄압 정책 및 이에 대한 불철저한 청산으로 인해 근대적 노동법조차 제대로 정립되어 있지 못한 상태이고, 특히 노동3권의 보장 수준은 전근대적 단계를 벗어나지 못했다.²⁴⁾

헌법에서 보장한 노동3권을 구체화한 법률이 「노동조합 및 노동관계조정법」(약칭 ‘노조법’)이다. 노조법은 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권의 보장과 노동관계의 공정한 조정을 목적으로 한다(제1조)고 규정하고 있지만, 목적 조항과 일부 선언적인 조항을 제외하면 대부분 근로자와 노동조합을 겨냥한 금지와 처벌조항으로 구성되어 있다. 노동법은 노사관계에서 우월적이고 지배적인 지위를 가진 사용자에 대한 일정한 규제를 통하여 노사 대등성을 확보하는 것을 목적으로 하는데, 노조법은 오히려 반대로 근로자와 노동조합 탄압을 목적으로 한다.

노조법은 100여 개의 조항 가운데 부당노동행위와 직장폐쇄 등 일부를 제외하고는 대부분 노동기본권을 제한하거나 부정하는 것으로 되어 있고, 특히 노조 운영과 활동에 대하여 40여 개 항목의 형벌조항과 과태료 부과 조항을 두고 있다. 노조법에 대해서는 노동법이라기보다는 치안경찰법이라는 평가가 지배적이다.²⁵⁾ 1953년 전쟁 중에 제정된 최초의 노동조합법과 노동쟁의조정법조차도 벌칙 조항은 10여 개에 불과했고, 벌칙 내용도 최고 6월 이하의 징역이나 구류, 과료, 벌금 형이 전부였다. 노조법이 ‘노동형법’으로 변질된 것은 군사독재 정부가 근로자의 권리의식과 노동조합의 성장을 의도적으로 저지하면서 경제성장이란 명목으로 근로자들에게 희생을 강요하는 관리와 통제 위주 노동정책의 산물이다.

23) 이철수, “전환기 노사관계와 노동법”, 『노동법연구』 8호, 서울대학교노동법연구회(1999), 14면.

24) 김선수, “시장만능주의에 대한 대항이념으로서의 인본주의 회복과 노동법의 재정립”, 『덕유 이광택 교수 정년기념논문집 복지사회를 위한 노동사회법과 노사관계』, 간행위원회(2014), 102면.

25) 조경배, “결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준을 위한 법제 개선 과제 및 실천방안”, 『결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안 토론회 자료집』, 국가인권위원회·이인영 의원실(2015. 9. 30.), 44면.

〈노조법상 쟁의행위 금지행위 및 자유형 이상 벌칙 조항〉

벌칙	금지행위
5년 이하 징역 또는 5천만 원 이하 벌금	○ 주요방위사업체 종사자의 쟁의행위 금지 * 공무원과 교원의 쟁의행위 금지(공무원노조법, 교원노조법) * 업무방해죄(형법 제314조, 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금)
3년 이하 징역 또는 3천만 원 이하 벌금	○ 노동조합에 의해 주도되지 않는 쟁의행위 금지 ○ 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 업무방해 금지 및 피케팅에서의 폭행·협박금지 ○ 폭력이나 파괴행위 또는 주요업무시설의 점거 금지 ○ 안전보호시설 방해 행위 금지 ○ 필수유지업무의 정당한 운영 방해(2008. 1. 1.부터)
2년 이하 징역 또는 2천만 원 이하 벌금	○ 쟁의행위 기간 중 임금지급 요구 금지 ○ 긴급조정시의 쟁의행위 금지
1년 이하 징역 또는 1천만 이하 벌금	○ 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업의 정상 수행 위반 ○ 조합원 찬반투표에 의한 재적 과반수의 찬성 위반 ○ 행정관청의 안전보호시설에서의 쟁의행위 중지명령 위반 ○ 조정절차를 거치지 아니한 쟁의행위 금지 ○ 중재회부 시 15일간 쟁의행위 금지

〈노동조합 활동 관련 벌칙·과태료 조항〉

벌칙 또는 과태료	금지행위
1천만 원 이하의 벌금	○ 노조전임자 임금지급 요구 쟁의행위 금지 ○ 단체협약 위반 ○ 노동위원회의 조정서 또는 중재조정서 위반
500만 원 이하의 벌금	○ 노동조합 설립 신고 없이 노동조합 명칭 사용 ○ 행정관청의 규약 및 결의처분 시정명령 위반 ○ 행정관청의 단체협약 시정명령 위반
500만 원 이하의 과태료	○ 노동조합의 서류 비치 또는 보존 위반 ○ 노동조합의 행정관청 자료 제출 요구 거부 등
300만 원 이하의 과태료	○ 노동조합의 설립신고사항 변경사항 신고 위반 ○ 노동조합 해산 후 행정관청에 신고 위반 ○ 단체협약 체결 후 행정관청에 신고 위반

이렇게 많은 노동조합 활동 및 쟁의행위에 대한 제한과 금지 및 처벌규정을 두고 있는 입법례는 적어도 선진국이라 칭하는 국가에서는 찾아볼 수 없다. 국제노동기준에 위반됨은 물론이다. 노동선진국이라고 할 수 있는 독일의 경우 노조의 조직, 운영과 쟁의행위를 규율하는 일반법이 없다는 사실이 시사적이다. “법이 많을수록 정의는 줄어든다(Much Law, Little Justice)”는 영국 법언과 ‘상세하다고 해서 그 만큼 기본권 보장이 철저하기보다는 상세할수록 오히려 기본권이 제한될 가능성이 커진다’는 지적²⁶⁾이 한국 노동기본권 분야에서는 정확하게 들어맞는다. 이러한 제한과 금지 및 처벌조항을 전면적으로 삭제하는 것이 근대적 노동법의 정립을 위해 우선적으로 필요하다.

2. 국제노동기준 위반의 노조법 조항들

가. 단결권 및 단체행동권 박탈 조항

쟁점	내용	헌재 결정
노조 결성 금지 직종	소방·교정공무원 포함 특정직 공무원, 5급 이상 모든 공무원, 6급 이하 공무원 중 일정 업무 종사 공무원(공무원노조법, 국가공무원법 제66조, 지방공무원법 제58조)	국가공무원법 제66조: 1992. 4. 28. 선고 90헌바27~34 결정, 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51, 2005헌가5 결정 지방공무원법 제58조: 2005. 10. 27. 선고 2003헌바50 등 결정
	사립대학교 교수(교원노조법 제2조, 사립학교법 제55조)	1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정(사립학교법 제55조 합헌) /
	해직교원(교원노조법 제2조)	2015. 5. 28. 선고 2013헌마671 결정 (반대의견 김이수)
	청원경찰(청원경찰법 제11조)	2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 결정(합헌, 위헌의견 이강국·민형기·김종대·송두환, 한정위헌의견 조대현) / 2017. 9. 28. 선고 2015헌마653 결정(헌법불합치, 2018. 12. 31.까지 유효)
	특수고용노동자(근로기준법 제2조 제1항 제1호 위헌소원) ²⁷⁾	2016. 11. 24. 선고 2015헌바413 결정 (다수의견 각하, 반대의견 김이수)

26) 이광택, “노동법 제정 60년의 평가와 과제”, 『노동법 제정 60년의 평가와 발전 과제, 노사정의 역할』 토론회 자료집, 한국노총 등, 2013. 11. 27. 46면.

27) 국가인권위원회는 2007년 10월 16일 ‘특수형태근로 종사자 보호 방안’과 관련하여 계약의 존속 보호와

쟁점	내용	헌재 결정
단체행동권 금지 직종	교원(교원노조법 제8조)	
	공무원(공무원노조법 제11조)	
	방위산업체 종사 근로자 (노조법 제41조 제2항)	1998. 2. 27. 선고 95헌바10 결정(합헌)
	특수경비원 (경비업법 제15조 제3항)	2009. 10. 29. 선고 2007헌마1359 결정 (합헌, 반대의견 조대현, 김종대, 송두환)

나. 노동조합의 자주적인 설립·운영·활동 침해 조항

쟁점	내용	헌재 결정
노조 설립	설립신고제도(설립신고서 반려, 노조법 제12조 제3항 제1호)	2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정(합헌)
	노조 소극적 요건(노조법 제2조 제4호 단서 5개 항목 중 특히 가목 및 라목)	
	법외노조 통보처분(노조법 시행령 제9조)	2015. 5. 28. 선고 2013헌마671 결정
	노동조합 명칭 사용 금지(노조법 제7조 제3항 및 제93조 제1호) ²⁸⁾	2008. 7. 21. 선고 2004헌바9 결정(합헌)
노조 운영	노조임원의 자격, 선거와 해임 절차에 대한 개입(노조법 제14조, 제16조, 제23조)	
	노조 규약, 결의나 처분에 대한 행정관청의 시정명령과 벌칙(노조법 제21조, 제93조)	

노동3권 보장을 위한 법률의 제·개정을 권고했고(위 권고는 ‘특수형태근로종사자’를 “「근로기준법」 제2조 제1호에서 규정한 근로자로 해석되는 자가 아니면서, 특정한 노무제공 상대방(사업주)에 대하여 개인적으로 직접 노무를 제공하고, 수입의 전부 또는 상당부분을 그 사업주에게 의존하는 자로서, 근로자와 유사한 보호의 필요성이 인정되는 자”로 정의한다.), 국민권익위원회는 2013년 1월 특수형태근로종사자의 권익을 보호하기 위해 최소한의 근로기준을 마련하고, 권익구제체계 구축 및 사회보험 보장 제도를 개선하는 내용을 포함해 가칭 「특수형태근로종사자 권익 보호 등에 관한 법률」을 제정토록 고용노동부에 권고했다(국민권익위원회가 권고한 「특수형태근로종사자 권익 보호 등에 관한 법률」의 구체적인 내용은 ▲ 계약서 작성의 의무화, 부당 노무계약해지 금지, 보수 지급 기준, 휴일 및 연차휴가, 모성 보호, 성희롱 예방, 산업안전보건, 고충처리 등의 내용을 명시한 ‘근로기준’, ▲ 노동조합을 통한 단체교섭 및 권리구제 체계, 노동위원회의 조정·중재 및 시정명령 체계 등을 담은 ‘집단적 교섭단체 구성 및 권리구제 체계’ 구축, ▲ 산업재해보상보험 및 고용보험 의무화, 보험료 부담 최소화, 종사자의 능력 개발을 위한 교육기회 부여 등을 위한 ‘사회보험 보장 제도 개선’ 등이다.)

28) 이 규정은 노동운동의 역사를 부정하는 것일 뿐만 아니라 행정우월주의 내지 법률만능주의적 사고의 발로로서 부당하고 그 위반에 대해 형사처벌까지 하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다.

쟁점	내용	헌재 결정
	노조전입자의 근로시간면제 제도(노조법 제24조 제2, 5항, 제81조 제4호, 제90조/)	
	행정관청의 노조 결산 결과와 운영상황 보고 요구(노조법 제27조, 위반 시 과태료)	
	교원노조의 일체의 정치활동 금지(교원노조법 제3조)	2014. 8. 28. 선고 2011헌바32·2012헌바185·2011헌가18(병합) 결정(위헌의견 김이수, 이정미)

다. 단체교섭권 및 단체행동권 침해 조항

쟁점	내용	헌재 결정
단체교섭권 침해	기업별 교섭단위 및 교섭창구 단일화 강제(노조법 제29조 제2항, 제29조의2 등)	2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 결정 ²⁹⁾
	행정관청의 단체협약 시정명령(노조법 제31조 제2항, 제3항, 제93조 제2호)	
	총회 인준권 규약의 효력 부정(노조법 제33조 제1항)	1998. 2. 27. 선고 94헌바13·26, 95헌바44 결정
	긴급조정 시의 강제중재제도(노조법 제79조, 제80조)	
	간접고용 근로자의 단체교섭권 침해	
단체행동권 침해	쟁의행위의 협소한 목적에 의한 제한(노조법 제2조 제5호)	
	쟁의행위에 대한 제한 및 별칙 조항들: 노조법 제37조(쟁의행위의 기본 원칙), ³⁰⁾ 제38조(노동조합의 지도와	

29) “소수 노동조합도 교섭대표노동조합을 정하는 절차에 참여하게 하여 교섭대표노동조합이 사용자와 대등한 입장에 설 수 있는 기반이 되도록 하고 있고, 실질적 대등성의 토대 위에서 이뤄낸 결과를 함께 향유하는 주체가 될 수 있도록 하고 있으므로 노사대등의 원리 하에 적절한 근로조건 구현이라는 단체교섭권의 실질적인 보장을 위한 불가피한 제도”이고, “자율교섭제도가 교섭창구단일화제도보다 단체교섭권을 덜 침해하는 제도라고 단언할 수 없다.”

30) ① 쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니 된다. ② 조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니 된다.

쟁점	내용	현재 결정
	책임), ³¹⁾ 제41조(쟁의행위의 제한과 금지) 제1항, ³²⁾ 제42조(폭력행위 등의 금지), ³³⁾ 제44조(쟁의행위 기간 중의 임금지급 요구의 금지), ³⁴⁾ 제45조(조정 전치), ³⁵⁾ 제63조(중재 시의 쟁의행위의 금지), ³⁶⁾ 제77조(긴급조정 시의 쟁의행위 중지) ³⁷⁾	
	필수유지업무제도	2011. 12. 29. 선고 2010헌바385~394·451~453·481(병합) 결정
	긴급조정제도	
	평화적인 파업에도 적용되는 업무 방해죄와 손해배상 책임 추궁(업무 방해죄 형법 제314조 제1항)	1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정/2010. 4. 29. 선고 2009헌바168 결정(합헌)

- 31) ① 쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니 되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니 된다. ② 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간 중에도 정상적으로 수행되어야 한다. ③ 노동조합은 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도·관리·통제할 책임이 있다.
- 32) 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다. 제29조의2에 따라 교섭대표노동조합이 결정된 경우에는 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원(해당 사업 또는 사업장 소속 조합원으로 한정한다)의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없다.
- 33) ① 쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다. ② 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다. ③ 행정관청은 쟁의행위가 제2항의 행위에 해당한다고 인정하는 경우에는 노동위원회의 의견을 얻어 그 행위를 중지할 것을 통보하여야 한다. 다만, 사태가 급박하여 노동위원회의 의견을 얻을 시간적 여유가 없을 때에는 그 의견을 얻지 아니하고 즉시 그 행위를 중지할 것을 통보할 수 있다. ④ 제3항 단서의 경우에 행정관청은 지체 없이 노동위원회의 사후승인을 얻어야 하며 그 승인을 얻지 못한 때에는 그 통보는 그때부터 효력을 상실한다.
- 34) ① 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간 중의 임금을 지급할 의무가 없다. ② 노동조합은 쟁의행위 기간에 대한 임금의 지급을 요구하여 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니 된다.
- 35) ① 노동관계 당사자는 노동쟁의가 발생한 때에는 어느 일방이 이를 상대방에게 서면으로 통보하여야 한다. ② 쟁의행위는 제5장제2절 내지 제4절의 규정에 의한 조정절차(제61조의2의 규정에 따른 조정종료 결정 후의 조정절차를 제외한다)를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다. 다만, 제54조의 규정에 의한 기간 내에 조정이 종료되지 아니하거나 제63조의 규정에 의한 기간 내에 중재재정이 이루어지지 아니한 경우에는 그러하지 아니하다.
- 36) 노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 그 날부터 15일간은 쟁의행위를 할 수 없다.
- 37) 관계 당사자는 제76조 제3항의 규정에 의한 긴급조정의 결정이 공표된 때에는 즉시 쟁의행위를 중지하

V. 헌법재판소 결정

1. 종합적 평가

가. 노동권에 대한 이해의 문제

법률도 문제지만, 이를 해석·적용하는 헌법재판소나 법원의 결정과 판결은 더욱 심각하다는 것이 일반적인 평가다. 한국에서 노동3권에 대한 억압적인 질서가 개선되지 못하고 지속적으로 유지되고 있는 데에는 사법기관이 기여한 바가 크다는 것이다.³⁸⁾ 노사 갈등의 중요한 국면에서 노동기본권과 사회정의보다는 시장근본주의의 법적 표현인 재산권 절대 원칙과 사적 자치 원칙을 우선함으로써 자본의 권리를 옹호하고 노동의 권리를 무시했다고 한다.³⁹⁾ 노동법 모든 영역에 걸친 헌법재판소 결정이나 대법원 판결들이 ‘기업이 살아야 근로자도 산다’는 정책론이 규범론을 압도하고 있고, 특히 노동3권의 본질적 내용을 왜소화하고 노동3권을 규율하는 법률에 대해 그 내용 여하를 불문하고 포괄적인 입법적 형성을 인정해왔다는 견해⁴⁰⁾도 있다.

헌법재판소와 법원은 노동법의 이념적 기초인 생존권을 근거로 도리어 노동기본권이 가진 자유권적인 가치를 경시했다는 평가다. 단결의 자유는 근로자의 생존을 보장하기 위하여 필요한 부차적인 내지 수단적인 권리로만 이해되었고, 노동기본권이 가진 자유권적이고 독자적인 의의는 부정되었다. 노동기본권의 이념적인 기초가 되는 생존권 사상에 대한 왜곡된 이해는 노동기본권을 국가에 의하여 ‘주어진’ 또는 ‘허용된’ 범위 내에서만 행사할 수 있다는 방식으로 협소하게 이해하는 경향을 낳았다. 단체행동권을 단체교섭권의 수단 또는 보충적인 것으로만 이해하는 단체교섭권 중심의 사고는 그러한 왜곡을 심화했다. 단체교섭의 합법적인 범위를 좁은 의미의 ‘근로조건의 결정’으로 제한하고 쟁의행위의 목적과 단결권의 주체를 여기에 직접 결부시킴으로써 노동기본권의 전 영역을 극도로 왜

여야 하며, 공표일부터 30일이 경과하지 아니하면 쟁의행위를 재개할 수 없다.

38) 조경배, 앞의 글, 63면.

39) 조경배, 앞의 글, 63~64면. “경영권 관련 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결이 그 결정판이라 할 수 있다. 이 판결에서 대법원은 헌법뿐만 아니라 법률 조항 어디에도 없는 ‘경영권’을 헌법적인 지위로 높이고 노동기본권의 가치를 깎아내렸다. 대법원이 이 판결에서 강조한 기업의 경쟁력, 국가경제 등의 수사는 과거 사회 전체의 이익이란 미명하에 개인의 희생을 강요해왔던 과도한 국가주의 논리가 사회적 약자인 근로자에게 고통을 전가하는 논리로 사용되었다.”

40) 정인섭, “근로삼권의 규범론과 정책론”, 『노동법학』 제17호, 한국노동법학회(2003. 12.), 148~149면.

소화시켰다.⁴¹⁾ 헌법재판소는 노동3권의 법적 성질에 대해 초반에는 생존권(사회권)적 기본권이라는 견해를 밝혔으나(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정),⁴²⁾ 후에는 사회적 보호기능을 담당하는 자유권 또는 사회권적 성격을 띤 자유권이라는 혼합권설의 견해를 채택했다(헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 94헌바13·26, 95헌바44 결정).

노동삼권의 상호관계에 대해서도 각각의 독자성을 인정하기보다는 어느 권리가 중심을 이루는지 관점에서 접근함으로써 마치 핵심적 권리와 부수적 권리가 있는 것처럼 여김으로써 부수적 권리로 취급한 권리의 제한을 합헌적으로 해석하는 우를 범하고 있다. 특히 단체교섭권을 중심으로 파악하는 견해는 단체행동권에 대한 제한 조항들의 합헌성을 손쉽게 인정하는 경향이 있다. 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 90헌바19 등 판결의 재판관 5인(김진우·황도연·이재화·조승형·고중석) 위헌의견은 단체행동권 중심설의 견해를 밝혔으나,⁴³⁾ 이 견해가 헌법재판소의 공식적인 견해로 채택되었다고 볼 수 있을지는 의문이다.

나. 국제노동기준에 대한 지나치게 엄격한 태도

헌법재판소는 국제노동기준을 철저하게 무시하고, 국내법에 배치되는 국제법규의 효력을 인정한 사례가 거의 없다. 헌법재판소는 극단적인 법률실증주의의 관점에서 노동기본권에 관한 국제문서들의 법적 효력을 부인했다.⁴⁴⁾

현재 결정	요지
2008. 12. 26. 선고 2006헌마462 결정 등	ILO 회원국의 80% 이상이 비준한 제87호와 제98호 협약은 아직 비준하지 않았고 일반적으로 승인된 국제법규로 볼 만한 ‘객관적인 근거’가 없다는 이유로 재판의 근거가 될 수 없다.

41) 조경배, 앞의 글, 65면.

42) 노동삼권은 사용자와 근로자간의 실질적인 대등성을 단체적 노사관계의 확립을 통하여 가능하도록 하기 위하여 시민법상의 자유주의적 법원칙을 수정하는 신시대적 시책으로서 등장된 생존권적 기본권들이다.

43) “근로3권은 근로자가 사용자와 개별적으로 근로조건에 관한 계약을 체결할 경우에 처하게 되는 근로자의 사회·경제적으로 열등한 지위를 근로자단체의 힘을 배경으로 보완·강화함으로써 사용자와 근로자 사이의 실질적인 대등성을 확보해 주는 기능을 수행하는 기본권이다. 그런데 근로자의 단체행동권이 전제되지 않은 단체결성이나 단체교섭이란 무력한 것이어서 무의미하여 단체결성이나 단체교섭권만으로는 노사관계의 실질적 대등성은 확보될 수 없으므로, 단체행동권이야말로 노사관계의 실질적 대등성을 확보하는 필수적인 전제이다. 그러므로 근로3권 가운데 가장 중핵적인 권리는 단체행동권이라고 보아야 한다.”

44) 조경배, 앞의 글, 40면.

헌재 결정	요지
헌재 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정	세계인권선언은 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다.
헌재 2005. 10. 27. 선고 2003헌바50 결정	사회권규약의 단결권 보장 조항은 일반적 법률유보 조항과 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 단결의 자유를 제한할 수 있다는 조항을 근거로, 시민권규약의 단결권 보장 조항은 가입 시 당해 조항을 유보했다는 것을 근거로 국내법적 효력을 부정했다.
헌재 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정	평화적인 파업에 징역형을 가하는 업무방해죄를 적용하는 문제에 대해 강제노동의 폐지에 관한 ILO 제105호 협약을 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없다는 이유로 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다.

다만, 헌법재판소 결정의 소수의견은 한국은 국회의 동의를 얻어 국제인권규약들의 대부분을 수락한 체약국이자 ILO의 정식회원국으로서 UN의 세계인권선언이나 국제인권규약들, ILO의 협약들과 권고들을 국제적 협력의 정신을 존중하여 되도록 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야 하므로 입법권자가 노동3권을 보장하는 공무원의 범위를 정함에 있어서도 이러한 점을 고려해야 하고 헌법 규정의 의미나 내용 및 적용범위를 해석함에 있어 중요한 지침이 될 수 있다고 지적했다.⁴⁵⁾ 위 견해도 ILO 기본협약을 해석 지침 정도로 이해한 것이고, 일반적으로 승인된 국제법규로서의 효력을 인정한 것은 아니다.

국가인권위원회는 2008년 5월 26일 전원위원회 결정으로 이주노조 설립신고

45) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌바50·62, 2004헌바96, 2005헌바49(병합) 결정 소수의견은 “ILO의 협약들 중 공무원의 근로기본권과 관련된 제87호 협약, 제98호 협약 및 제151호 조약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 등은 군인, 경찰, 중요한 정책결정이나 관리를 담당하는 고위직 공무원 또는 고도의 기밀업무를 담당하는 공무원을 제외하고는 원칙적으로 모든 영역의 공무원에게 단결권과 단체교섭권을 보장하고 단체행동권의 제한도 필수사업에 종사하는 자 등으로 엄격한 한계 내에서 허용되도록 규정하고 있고, 국제연합의 세계인권선언을 구체화한 국제인권규약인 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 또한 공무원의 노동3권을 원칙적으로 보장하는 취지로 해석되며, ILO의 ‘결사의 자유위원회’나 UN의 ‘경제적·사회적·문화적 권리위원회’는 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로기본권을 보장할 것을 권고하고 있다. 이러한 선언, 조약, 권고들이 비록 비준한 바 없거나 유보되었다든지 권고적 효력만 있다는 등 직접적인 구속력이 없다고 하더라도 고도로 추상화된 헌법 규정의 의미나 내용 및 적용범위를 해석함에 있어 중요한 지침이 될 수 있다.”고 밝혔다.

서 반려처분 취소소송(대법원 2007두4995)에 관하여 재판부에 의견을 제출했다. 국가인권위원회는 위 사건의 1심과 2심 재판부는 모두 국내법만을 기준으로 판단했으나, 국제인권규약⁴⁶⁾에 비추어 외국인근로자가 출입국관리법에 의할 때는 체류자격이 없다고 할지라도 이와 법적 규율의 대상을 달리 하는 근로관계에 있어서는 노동조합을 결성할 적절한 권리가 있다는 의견을 제출했다. 국가인권위원회는 “인류의 보편적인 규범에 따라 인권을 보호하고 향상시키고자 하는 국제인권 조약의 존중과 이행은 국제사회에서 한국의 위상을 고려했을 때 매우 중요”하다고 밝혔다.

대한민국 정부는 유엔 인권이사회에 제출한 자유권규약 제2차 정기보고서 등에서 다음과 같이 밝힌 바 있다. “자유권규약은 국회의 동의 아래 체결·공포했으므로 별도의 국내 입법조치 없이 국내법과 같은 효력을 갖는다. … 규약 비준 전에 제정된 법률과 규약의 조항이 상충하는 경우 규약이 우선적으로 적용된다. 대한민국에서 제정되는 법률은 규약에서 보장하는 권리를 침해해서는 안 되며, 그러한 법률은 헌법 위반이 될 것이다. … 개인이 규약에서 보장하고 있는 권리의 침해를 이유로 소송을 제기하는 경우 법원은 통상 규약에 상응하는 국내법을 토대로 판결을 하고, 규약 내용과 상응하는 국내 법률이 없을 경우에는 규약의 조항이 법원에 의하여 직접 원용될 것이다.”⁴⁷⁾

국제인권조약에 대한 사법부 태도의 문제점으로 다음과 같은 점이 지적된다.⁴⁸⁾ 첫째, 대한민국 사법부는 국제인권조약의 비준 여부만으로 재판에서 적용 가능성을 형식적으로 판단하는 경향이 있다. 비준하지 않은 협약, 가입 당시 유보한 조항의 국내법적 효력을 전면적으로 부정하고 있다. 둘째, 별다른 근거를 제시하지 않고 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당하지 않는다고 판단하는 경향이 있다. 셋째, 사회권규약이 보장한 권리의 성격에 대해 잘못 이해하고 있다. 사회권규약 제8조의 결사의 자유는 즉각적으로 이행이 보장되어야 하고 위반 시 사법적 구제의 대상이 됨에도 불구하고⁴⁹⁾ 사회권규약의 모든 권리를 점진적 달성의

46) 『모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(1979. 1. 4. 발효)』 제5조, 『경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(1990. 7. 10. 발효)』 제2조 제2항 및 제8조 제1항, 2항, 『시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(1990. 7. 10. 발효)』 제2조 제1항 및 제26조, 인종차별철폐위원회 일반권고(No. 30, 2004) 및 최종견해(2007. 8. 17.), ILO의 외국인근로자에 관한 권고(1975, No. 151), 유럽평의회 의원총회의 결의(1509, 2006) 및 유엔인권이사회의 한국에 대한 인권상황정기검토 보고서 등.

47) CCPR/C/114/Add. 1, 20/08/98, paras. 9-10.

48) 윤애립, “국제인권법의 국내 적용과 사법부”, 노동법학 제65호, 2018. 3, 203~206면.

49) CESCR General Comment 3, The Nature of States Parties Obligation(1990. 12. 14.) paras. 1, 5.

무만이 부과되는 것으로 오해하고 있다. 넷째, 국제인권조약의 구체적 규정의 해석에서 별다른 논증 없이 문제가 된 국내법규가 국제인권조약에 위반되지 않는다고 해석하는 경향이 있다. 다섯째, 국제적 인권감독기구가 대한민국 정부에 대한 권고를 ‘그것만으로 당해 법률조항이 위헌으로서 당연히 효력을 상실하는 것은 아니다’라고 배척하는 경향이 있다.

국제노동기준을 포함한 국제인권규약에 대한 적극적 태도가 요청된다. 결사의 자유 관련 ILO 핵심협약은 비준 전이라도 헌법 제6조 ①항의 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당하는 것으로 적극적으로 해석할 필요가 있다. ILO 핵심협약을 비준할 경우에는 국내법과 동일하거나 우선적 효력을 갖는 것으로 평가하여 이에 위반되는 법률 조항들을 위헌으로 판단하거나 효력이 없는 것으로 해석하는 것이 가능할 것이다.

2. 노동 관련 위헌결정례

순번	선고일	사건번호	사건명	결과	주요 쟁점
1	1993.03.11	88헌마5	노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 「국가·지방자치단체에 종사하는 노동자」에 관한 부분 헌법소원	헌법 불합치	쟁의금지규정이 헌법공무원의 단체행동권을 침해하는지 여부(대법원 1991. 5. 24. 선고 91도324 판결로 의미 반감)
2	1995.03.23	92헌가14	노동조합법 제46조 위헌제청	위헌*	노동위원회 구제명령 위반죄 조항의 적법절차 원리 및 과잉금지원칙 위반 여부
3	1997.08.21	94헌바19 97헌가11 95헌바34	근로기준법 제30조의2 제2항 위헌소원	헌법 불합치*	임금채권우선변제규정이 도산 등 기타 사유에 있는 사용자의 재산권이 나 평등권을 위배하는지 여부
4	1998.03.26	96헌가20	노동조합법 제46조의3 위헌제청	위헌*	단체협약 위반에 대한 벌칙 조항의 죄형법정주의 위반 여부

순번	선고일	사건번호	사건명	결과	주요 쟁점
5	1999.11.25	95헌마154	노동조합법 제12조 등 위헌확인	위헌 각하	노조의 정치활동금지와 관련된 법규정이 단결권, 평등권, 표현의 자유를 위반하는지 여부
6	2002.07.18	2000헌마707	평균임금 결정 고시 부작위 위헌확인	위헌 확인	산재법 및 근기법상 노동부장관이 평균임금 고시 의무를 이행하지 않는 경우 평등권 및 재산권 등을 침해하는지 여부
7	2003.02.27	2000헌바26	구 사립학교법 제53조의2 제3항, 교원지위향상을 위한 특별법 제9조 위헌확인	헌법 불합치	재임용거부사유와 재임용을 거부당한 교원의 구제절차를 규정하지 아니한 법률규정이 헌법 제31조 제6항의 교원지위법정주의에 위반되는지 여부(대법원 2004. 4. 22. 선고 2000두7735 전원합의체 판결, 김민수 교수 사건)
8	2006.02.23	2005헌가7, 2005헌마 1163	교원지위 향상을 위한 특별법 제10조 제3항 위헌확인	위헌*	교원징계재심위원회의 결정에 대하여 교원에게만 행정소송을 제기할 수 있도록 하고 학교법인에게는 이를 금지한 규정이 평등권을 침해하는지 여부
9	2007.08.30	2004헌마 670	산업기술연수생 도입기준 완화 결정 위헌확인	위헌	외국인산업기술연수생에 대한 근기법의 일부 조항 적용 배제가 평등권 침해에 해당하는지 여부
10	2009.05.28	2005헌바20 외	산업재해보상보험법 제38조 제6항 위헌소원	위헌	산재법상 최고보상제도의 개정에 따라 종전 지급받던 장해연금의 금액이 재산권을 침해하는지 여부

순번	선고일	사건번호	사건명	결과	주요 쟁점
11	2010.02.25	2008헌가6	산업안전보건법 제69조 제1호 위헌제청	위헌 *	산재법상 보고의무 미이행에 따른 처벌이 포괄 위임입법금지 또는 죄형법정주의에 위반되는지 여부
12	2013.08.29	2011헌바390	구 고용보험법 제35조 제1항 위헌소원	위헌	직업능력개발훈련비용의 부정수급에 따른 반환, 추가징수, 지급제한 처분 조항이 포괄위임금지 원칙에 위배되는지 여부
13	2013.09.26	2013헌바170	사립학교교직원 연금법 제42조 제1항 등	위헌 합헌	금고 이상의 형에 따른 퇴직급여 감액조항이 재산권 및 인간다운 생활을 침해하는지 여부
14	2015.12.23	2014헌바3	근로기준법 제35조 제3호 위헌소원	위헌	6개월 미만 근로한 자에 대한 해고예고제도의 적용제외 규정이 근로권과 평등권에 위배되는지 여부(헌재 2001. 7. 19. 선고 99헌마663 합헌결정)
15	2016.03.31	2014헌가2 2015헌가24	구 고용보험법 제35조 제1항 부분 위헌제청	위헌	부정한 방법으로 고용안정 및 직업능력개발사업의 지원을 받은 자에 대한 반환명령이 포괄위임금지 원칙에 위배되는지 여부
16	2016.09.29	2014헌바254	산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목 등 위헌소원	헌법 불합치	출퇴근재해의 판단기준을 사업주의 지배관리 하로 한정하는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부(헌재 2013. 9. 26. 선고 2011헌바271; 헌재 2013. 9. 26. 선고 2012헌가16 합헌결정)

순번	선고일	사건번호	사건명	결과	주요 쟁점
17	2017.09.28	2015헌마653	청원경찰법 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 중 '노동운동' 준용 부분 위헌 확인	헌법 불합치 (2018. 12. 31. 시한)	청원경찰의 노동운동을 포괄적으로 금지하는 것이 노동3권을 침해하는지 여부(헌재 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 합헌결정)

근로자 보호 조항 또는 사용자 처벌조항에 대해 위헌결정(주로 죄형법정주의 또는 포괄위임금지 위배를 이유로)을 한 예는 순번 2번, 3번, 4번, 8번, 11번 등이 있다.

위헌결정을 했지만 시기를 놓치는 바람에 그 의미가 반감된 예로는 순번 1번이 있다. 노동쟁의조정법 상 공무원의 쟁의행위 금지 조항이 현업공무원의 단체행동권을 침해하는 범위 내에서는 위헌이라는 점이 헌법과 국가공무원법 등에 의해 명백함에도 1988년에 헌법소원이 제기되었음에도 5년이 지난 1993. 3. 11.에야 헌법불합치 결정을 했으나, 이미 대법원에서 1991. 5. 24. 선고 91도324 판결로 위규정의 '공무원'에는 현업공무원이 해당되지 않는다고 판단함으로써 헌법재판소의 결정은 뒷북을 치는 결과가 되었다.

반면에 대법원과의 관계에서 헌법재판소가 앞장서서 위헌결정을 함으로써 존재의의를 증명한 사례로는 순번 7번(교수재임용거부 관련 사립학교법 및 교원지위향상특별법 조항 위헌)과 16번(산재보험법상 통근재해 관련 조항) 등이 있다.

합헌결정을 변경하여 위헌 또는 헌법불합치결정을 한 예는 2015년 이후부터 나타나고 있는데 위 순번 14번, 16번, 17번 등이 이에 해당한다.

순번	선고일	사건번호	사건명	결과	주요 쟁점
1	2015.12.23	2014헌바3	근로기준법 제35조 제3호 위헌소원	위헌	6개월 미만 근로한 자에 대한 해고예고제도의 적용제외 규정이 근로권과 평등권에 위배되는지 여부(헌재 2001. 7. 19. 선고 99헌마663 합헌결정)
2	2016.09.29	2014헌바 254	산업재해보상보험법 제37조 제1항 제1호 다목 등	헌법 불합치	출퇴근재해의 판단기준을 사업주의 지배관리 하로 한정하는 것이 평등원칙에 위배되는지 여부

순번	선고일	사건번호	사건명	결과	주요 쟁점
			위헌소원		(현재 2013. 9. 26. 선고 2011헌바271; 현재 2013. 9. 26. 선고 2012헌가16 합헌결정)
3	2017.09.28	2015헌마653	청원경찰법 제5조 제4항 중 국가공무원법 제66조 제1항 가운데 ‘노동운동’ 준용 부분 위헌 확인	헌법불합치(2018. 12. 31. 시한)	청원경찰의 노동운동을 포괄적으로 금지하는 것이 노동3권을 침해하는지 여부(현재 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 합헌결정)

3. 합헌결정을 했지만 입법으로 해결한 사항

순번	선고일	사건번호	쟁점	비고
1	1992.04.28.	90헌바27~34(별개의견 변정수)	국가공무원법 제66조 제1항	공무원노조법 제정
	2007.08.30.	2003헌바51, 2005헌가5 (반대의견 조대현, 김종대, 송두환)		
	2005.10.27.	2003헌바50 등 (반대의견 전효숙, 조대현, 송인준, 주선희)	지방공무원법 제58조 제1항	
2	1991.07.22.	89헌가106 (반대의견 이시윤, 김양균, 변정수)	사립학교교원의 노동삼권 부정	교원노조법 제정
3	1993.03.11.	92헌바33 (변정수 반대의견, 김진우·이시윤·김양균 한정합헌의견)	제3자 개입금지 구 노동조합법 제12조의2	2006.12.30. 삭제
	1990.01.15.	89헌가103 (변정수 반대의견, 김진우·이시윤·김양균 한정합헌의견)	제3자 개입금지 구 노동쟁의조정법 제13조의2	
4	1996.12.26.	90헌바19, 92헌바41, 94헌바49 (위헌의견 김진우, 황도연, 이재화, 조승형, 고중석)	직권중재 제도 (구 노쟁법 제30조 제3호)	법 개정으로 폐지(필수유지업무 제도)
	2003.05.15.	2001헌가31 (한대현, 하경철, 김영일, 송인준)		

V. 개헌과 헌법재판제도 개선

헌법개정 논의 과정에서 헌법재판제도의 개선과 관련하여 논의된 쟁점들은 다음과 같다.

쟁점	현행	대통령 개헌안	국회개헌특위 자문위안 ⁵⁰⁾	검토
현재의 심판사항	1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판 2. 탄핵의 심판 3. 정당의 해산 심판 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판	6. 대통령 권한대행의 개시 또는 대통령의 직무 수행 가능 여부에 관한 심판 7. 그밖에 법률로 정하는 사항에 관한 심판	6. 기타 법률이 정하는 사항에 관한 심판	○ 한정적 열거로 인한 지나친 경직성으로 탄력적인 제도 설계가 불가능. ○ 탄력적 제도 도입을 위해 ‘법률로 정하는 사항에 관한 심판’을 인정할 필요 있음. ⁵¹⁾
재판관 자격	‘법관의 자격을 가진 9인의 재판관’	‘법관의 자격’ 요건 삭제	‘법관의 자격’ 요건 삭제	헌법재판의 특수성과 현재 구성의 다양성을 위해 ‘법관 자격’ 요건 삭제
재판관 임명절차	제111조 ②… 재판관은 대통령이 임명한다. ③ 제2항의 재판관중 3인은 국회에서 선	제111조 ②… 재판관은 대통령이 임명한다. ③ 제2항의 재판관 중 3명은 국회에서 선출	헌법재판소 재판관을 국회가 재적의원 5분의3 이상의 찬성으로 선출하여 대통령이 임	○ 국민의 대표기관인 국회가 재판관을 선출하도록 함으로써 헌법재판소의

50) 자문위 보고서, 412~422면.

51) 고려해볼 수 있는 예로는 법률안에 대한 국민발안권이 인정된 상황에서 국민이 발안한 법률안을 국회가 수정의결하고 국민투표에 회부하지 않는 경우, 두 법률안의 동일성 여부와 국민투표 실시 여부에 대해 헌법재판소가 결정하는 제도가 있다.

쟁점	현행	대통령 개헌안	국회개헌특위 자문위원	검토
	출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자 ⁵²⁾ 를 임명한다.	하는 사람을, 3명은 대법관회의에서 선출하는 사람을 임명한다.	명한다. ⁵³⁾	민주적 정당성 및 국민대표 비례성 제고. ○ 가중다수결에 대해서는 검토 필요.
재판관 임기와 연임	제112조 ① 헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.	현행과 동일	제112조 ① 헌법재판소 재판관의 임기는 9년으로 하며, 연임할 수 없다.	○ 연임을 위해 임명권자 또는 지명권자를 의식하고 재판하는 폐단을 방지하기 위해 연임 폐지. ○ 헌법재판의 전문성, 헌법이념의 가치성과 논증 설득력 등을

52) 대법원장이 헌법재판관 3명을 지명하는 것에 대해서는 많은 문제점이 지적되었다. 첫째, 헌법재판의 민주적 정당성을 해친다. 헌법재판은 대의기관의 입법을 무효화시키는 권한을 지니고 있으므로 그에 걸맞은 민주적 정당성을 지녀야 한다. 국민으로부터 선출되지 않은 대법원장이 재판관 3인을 직접 지명하는 것은 헌법재판에 요청되는 민주적 정당성을 가져오지 못한다. 둘째, 헌법재판의 많은 사건은 법원의 재판과 직·간접으로 연관되어 있고, 법률의 위헌결정은 법원이 합헌으로 본 많은 법률조항을 폐지하거나 무효화하는 것이므로 법원 관례와 연관되어 있고, 재판에 대한 헌법소원은 한정위헌 판단의 대상이 되므로 대법원장은 헌법재판관의 선임에 직접 관여할 입장이 되지 못한다. 셋째, 대법원장은 사실상 대법관으로 승진하지 못한 법원장급을 재판관으로 지명함으로써 헌법재판소의 위상을 떨어뜨려왔다.(이명우, “대통령의 헌법재판소 개헌안에 대한 이견(異見)”, 대한변협신문 684호, 2018. 4. 16, <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=18001>)

53) 제18대 국회에서 국회의장 자문기구인 ‘헌법연구 자문위원회’는 헌법재판소장과 재판관은 재직의원 3분의2이상의 찬성으로 국회에서 선출하고 대통령이 임명하되, 재판관 3분의1은 대법관 중에서 선출하는 방안을 제시했다(헌법연구 자문위원회, 『헌법연구 자문위원회 결과보고서』, 대한민국국회, 2009, 289-290면). 제19대 국회에서 국회의장 소속 ‘헌법개정자문위원회’(‘제19대 국회 자문위’)는 헌법재판소장 포함 9명의 헌법재판관으로 구성하며, 법관의 자격을 가진 사람은 7명 이하로 하였다. 헌법재판소장은 국회(참의원, 제19대 국회 자문위는 양원제 도입을 제안하였음)의 동의를 받아 대통령이 임명하고, 재판관은 인사추천위원회 추천으로 국회(참의원)의 동의를 받아 대통령이 임명하도록 했다(국회 헌법개정 자문위원회, 『활동결과보고서 I』, 대한민국국회, 2014, 210면). 국회 자문기구 논의의 공통점은 헌법재판소를 국회 주도로 구성하면서 대법원장의 지명 몫을 완전히 배제하고, 대통령의 실질적 임명권을 최대한 축소하는 방안을 제시했다는 것이다(조규범, “헌법재판소 구성방식에 관한 대통령 개헌안의 쟁점”, 이슈와 논점 제145호, 국회 입법조사처, 2018. 4. 11.).

쟁점	현행	대통령 개헌안	국회개헌특위 자문위안	검토
				위해 임기 연장 필요. ⁵⁴⁾
재판소장 임명	제111조 ④ 헌법 재판소의 장은 국 회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대 통령이 임명한다.	제111조 ④ 헌법 재판소의 장은 재 판관 중에서 호선 한다.	헌법재판소의 장 은 재판관 중에서 호선한다.	○ 소장 호선 제도 의 장·단점 ⁵⁵⁾ 과 도입 여부 ⁵⁶⁾

54) 9년으로 연장하는 방안이 주로 제안되고 있다. 일률적 구성의 위험을 예방하기 위해 3년마다 3명씩 교체할 수 있도록 시차를 두어 임명하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 10년 이상 장기간의 임기가 필요하다는 견해로는 김진한, 『헌법을 쓰는 시간』, 메디치, 2017, 373면.

55) 현재소장 호선제도는 현재의 독립성 강화에 도움이 될 수 있는 장점이 있으나, 재판관들이 소장 자리를 염두에 두고 내부정치에 치중할 우려의 단점이 있다고 지적되고 있다.

56) 헌법재판소장을 호선하게 한 후 대통령의 임명을 받게 하는 것이 타당한 방안인지에 대한 추가적인 검토가 필요하다는 견해도 있다(조규범, 앞의 글).

제165회 발표회 지정토론문

발제문: 노동과 헌법

발제자: 김선수(변호사)

날짜 및 장소: 2018. 5. 18.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

김 진 곤*

1. 30년 헌법재판의 역사

헌법재판소는 올 가을에 헌법기관으로 설립된 지 30년을 맞게 된다. 헌법재판소는 1987년 9차 개헌으로 일반 법원과 독립된 조직으로 구성되었는데, 어찌 보면 제2공화국 당시 헌법재판소제도의 시행좌절을 겪고 난 후 불연속적 역사 속에서 탄생하였다. 그런 점에서 헌법재판소제도는 다소 생소하였으며, 헌법재판의 ‘실질적’ 경험이 일천하여 체계적인 이론의 발굴과 심화, 권한의 범주와 헌법적 위상 등에 상당한 의문이 자리하고 있었다. 또한 대법원을 비롯한 법원에 대한 관계에서도 법령의 해석이나 결정의 유형 선택 등에 대하여 각자의 법논리와 헌법 당위론적 측면에서 이른바 ‘법리 전쟁’을 하는 사례도 등장하였고, 이에 대하여 아직까지 헌법과 헌법이론에 기반한 평화적 ‘종진’은 맞이하지 못한 것도 현실이다.

이러한 탄생과 관계 속에서 헌법재판소는 사회 여러 영역에 대하여 규범뿐만 아니라 사실적 측면에서도 상당한 변화를 주도하였다. 애초에 많은 국민들이 헌법재판소의 역할은 대단히 소극적이고, 과거 헌법위원회 시대를 크게 벗어나지 못할 것이라 예측하였다. 그러한 예상과 달리 헌법재판소는 사회에서 제기된 헌법문제에 대하여 적극적으로 답하면서 나름의 헌법논리와 재판기술을 축적해 갔

* 광운대학교 법학부 교수

으며, 그 업적은 오늘날 대한민국의 법치주의를 가능하게 하였다. 오늘 논의의 중심이 된 헌법과 노동의 문제 또한 그러하다. 발제자의 논의가 30년에 걸친 노동분야의 헌법이론적 개척과 발전을 되짚어보는 것이며, 그로부터 새로운 헌법규정을 도입하여 개정을 도모하고자 하는 것이다. 이와 같은 관점을 기초로 보완적 의미에서 토론을 진행하기로 하겠다.

2. 노동 관련 헌법체계

노동 관련 헌법체계는 크게 개별적 근로관계와 집단적 노사관계의 분야로 양분된다. 전자는 근로의 권리로, 후자는 노동3권으로 기본권 분류체계로 포섭할 수 있다.

물론 이 두 기본권은 헌법 제119조, 제23조, 제10조 등과 유기적 연관성 속에서 보호영역이 확정되고, 기본권 제한의 수단과 그 비례성이 검증된다. 두 기본권의 입법형성을 주도하는 준칙의 하나로서 기본권적 속성은 항상 논란의 한 중간에 서 있다. 근로의 권리는 사회권 분야로 포섭하여 해석하는 것은 거의 이론이 없다. 하지만 노동3권은 학자마다 조금씩 다르게 인식하는 경향이 나타나기도 하였고, 헌법재판소 또한 입장의 미묘한 변화를 거듭하면서 오늘에 이르렀다. 발제자의 논의 속에서도(2. 연혁) 이러한 입장표명은 여지없이 나타나고 있다. 제헌 헌법 제18조에 규정된 노동3권을 “자유권으로 규정했고, 아무런 목적상의 제한을 가하지 않았다”고 서술하고 있다. 물론 이 부분은 입장에 따라 헌법의 기본권 분류를 달리 볼 수도 있다. 적어도 헌법문언 그 자체에서 어느 기본권이 자유권이고 사회권인지 말하고 있지 않다. 이때도 해당 기본권의 역사적 기원과 탄생의 배경을 그 기준으로 할 것인지 현대사회의 헌법편제와 국가권력의 역학관계를 중심으로 판단할 것인지는 여전히 불투명하다. 국내 대부분의 학자들은 노동3권을 사회적 기본권의 편제에서 서술하고 있으며, 특히 혼합권의 성격을 강조하고 있다. 유일하게 한 학자만이 노동3권을 기본권 편제도 자유권적 기본권에 포함하여 설명하면서 ‘약간은’ 사회권의 성격을 갖는 혼합권으로 인정하고 있다.¹⁾

이와 관련하여 헌법재판소는 초기에 사립학교 교원의 노동3권의 제한 사건에서 자유권적 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강

1) 정종섭, 헌법학원론, 2013, 712면 이하.

한 것으로서 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권으로 보았다.²⁾ 그 후에 단체교섭권에 단체협약체결권이 포함되느냐 여부에 관련된 사건에서는 “사회적 보호기능을 담당하는 자유권” 또는 “사회권적 성격을 띤 자유권”이라고 하였다.³⁾ 최근에 다룬 청원경찰의 복무와 관련한 사건에서는 “자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 갖는다는 전제 아래 이 경우는 자유권적 측면의 근로3권과 관련이 깊다”라고 하였다.⁴⁾

이러한 개별 사건에서 헌법재판소는 확실한 기준에 따라 어떤 경우는 자유권적 측면이고, 어떤 경우는 사회권적 측면이 더 관련된다는 것인지 판단척도를 제시할 필요가 있다. 노동과 관련된 많은 사안은 결국 결사의 특수형태로서 노동조합의 교섭균형을 달성하는 데 버팀목으로서 노동3권이 보장되고 있는지를 규범적으로 확인하는 데 있다. 그러므로 헌법 제33조는 근로자 개인을 넘어 노동조합의 단결력을 제고하는 데 토대이다. 따라서 노동3권은 사용자와 근로자 사이의 이익충돌을 조정하기 위하여 사용자를 향하여 행사하는 기본권으로서 국가의 중립성 또한 중요한 과제로 편입되어야 한다. 이러한 국가의 중립성은 헌법재판소가 입법형성의 재량을 헌법적 기준에 따라 판단하는 경우 중요한 가치척도이다.

그리고 노동3권의 부정과 관련된 집단 간 평등권 침해 여부를 논증할 때 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 분리하여, 입법자의 판단에 따라 보다 상향적 가치를 구현하기 위하여 단계적 허용이 가능할 수 있다는 논리는 여기에 적합하지 않다. 종전에 헌법재판소는 개별 사건에서 이러한 논리적 기반 위에서 단결권만 부여한다든지, 단결권과 단체교섭권을 우선적으로 보장할 수 있다는 논리적 접근은 노동3권의 기본권 속성을 간과하는 것이다. 이러한 논리에 따를 경우 노동3권이 입법자의 입법형성에 따라 폭넓게 구조화될 수 있는 것으로 보게 되고, 사회권의 속성만 전면에 내세워 기본권의 내용이 협소하게 해석될 우려가 있다.⁵⁾

3. 노동사안의 대사인효

독일 기본법과 달리 우리 헌법전 어디에도 노동3권과 관련하여 사인 간의 직

2) 헌재결 1991. 7. 22. 89헌가106.

3) 헌재결 1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44(병합).

4) 헌재결 2017. 9. 28. 2015헌마653.

5) 헌재결 2005. 10. 27. 2003헌바50·62, 2004헌바96, 2005헌바49(병합).

접적용에 대한 근거는 찾아볼 수 없다. 독일 기본법 제9조 제3항 제2문에 따르면, 단결의 자유를 침해하는 협정이나 조치에 대하여 법적으로 무효로 하였다. 이 규정은 독일의 헌법이론상 사인 간(사용자와 근로자) 계약체결의 상당한 경계로 작용하고, 노동3권 전반의 기본권 효력을 지배하고 있다. 우리 헌법의 해석상 근로계약에서 발생한 노동3권의 침해 문제는 전부 법원의 해결 경로를 밟고 있으며, 특수한 예외적 사례(위헌법률심판 또는 헌법소원)를 제외하고 헌법재판을 통한 구제는 차단되어 있다.

기본권의 대사인간 효력 또는 제3자적 효력의 논의는 특히 근로관계에서 중요한 문제로 등장한다. 기본권의 대사인적 효력은 노동 이외에도 임대차, 소비자보호, 종교 등의 영역에서 자주 거론되고, 독일 재판소원의 많은 사례가 이에 해당한다. 근로관계는 사용자와 근로자의 사적자치에 따라 형성되는데, 경제적으로 열세적 지위에 있는 근로자는 근로조건의 결정 또는 노동3권에 관련된 문제에서 소극적이거나 피할 수 없는 강제적 상황에 놓인다. 근로와 관련된 사적자치의 문제들이 자율적 결정에 기초한 근로관계로 은폐되어 은밀하게 근로자에게 불리한 구도로 작동된다. 이른바 ‘자율’을 위장한 ‘타율’이 계약관계에 잠복되어 있다. 이러한 근로계약의 위헌 내지 위법의 논쟁이 법원을 통하여 기본권적 이념과 가치에 따른 보호가 이루어지지 못하거나, 법원에 의하여 간과되었을 때 근로자 자신의 기본권 보호를 기댈 경로는 더 이상 없다. 재판소원이 배제된 탓이다. 가장 첨예하고 대립적 이익당사자 구조는 근로관계에서 나타나는데, 이와 결부된 사안에서 노동3권이 사인 간의 법적 문제에 효력을 발휘하여 당면문제를 합헌적으로 해결하지 못한다면, 왜곡된 사적자치는 수정될 기회를 잃어버린다.

이러한 헌법적 권리구조의 근본적 차이와 기본권의 대사인적 효력이 갖는 의미에 대한 이해의 차이는 노동의 이해와 해석에서도 상당한 차이를 유발한다. 노동의 문제가 헌법적 테마로서 헌법의 범정에 도달하지 못하고, 법률적 차원의 해석구조에서 정체되어 버린다. 최근에 대법원은 중립학교(사립고등학교)의 종교교육 사건이나 서울 YMCA 총회원 자격의 남녀차별 사건에서 기본권의 대사인적 효력의 시험판단을 거쳐왔다. 향후 노동의 사안에서 보다 적극적으로 법원의 기본권 해석을 기대해 본다.

4. 근로자 의사의 반영과 참여

노사의 문제는 집단적 관계 속에서 형성된다. 따라서 의사결정에 대한 직접적 참여가 무엇보다 중요하다. 그것은 한편으로 의회에 근로자의 의사를 투영할 수 있는 정치세력의 확보이고, 다른 한편으로 노사관계 내에서 노사자치기구의 형성과 의사결정에 적극적으로 참여할 지분이 보장되어야 한다. 물론 독일의 공동결정제도가 시사하는 바가 있는데, 이러한 참여를 기반으로 근로조건의 결정에 민주주의적 원칙이 적용되어야 할 것이다.

5. 물음

- (1) 노동3권의 법적 성격에 대하여 어떠한 입장을 취하고 있는지?
- (2) 근로관계에서 언급되는 민주주의의 원칙은 어떠한 의미로 해석하여야 하는지?
- (3) 현행 헌법 제33조 개정논의에서 가장 우선시 되어야 할 점은 무엇인지?

제165회 발표회 지정토론문

발제문: 노동과 헌법

발제자: 김선수(변호사)

날짜 및 장소: 2018. 5. 18.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

유 경 민*

1. 들어가며

‘노동을 변호하다’¹⁾는 문장만큼 김선수 변호사님의 삶을 잘 표현해주는 문장이 있을까 싶다. 노동현실과 노동법에 관심을 가진 법조인으로서 오래전부터 존경해마지 않았던 김선수 변호사님의 글에 대해 감히 토론문을 작성할 기회를 가지게 되어 크나큰 영광으로 생각한다.

발제문 ‘노동과 헌법’은 우선 헌법재판소가 걸어온 30년을 평가하고, 특히 노동분야에서 헌법과 법률 그리고 헌법재판의 문제점을 지적하면서, 노동규범의 개정과 헌법재판으로 노동기본권을 충실히 보장하여야 한다는 내용으로 구성되어 있다. 지정토론문은 발제문의 전반적인 취지에 공감하면서 그 구성에 맞춰 필요한 부분에 첨언하는 방식으로 씌어졌다.

다만 노동기본권은 기본적으로 사회경제적 노동현실과 굉장히 밀접한 관련이 있는 기본권이고, 그 보장의 정도나 방향 또한 노동현실에 대한 이해에 바탕을 두고 이루어질 수밖에 없다. 따라서 헌법재판 30년의 평가 이후에, 우리 노동의

* 헌법재판소 헌법연구관

1) 김선수 변호사님의 노동변론기가 2014년에 책으로 엮어져 나왔다(출판사 오월의봄). 특수고용직, 쟁의 행위와 직장폐쇄, 복수노조금지, 대학교수 재임용제도 등 굵직한 25개 사건을 따라가다 보면, 지난 30년간 노동현실과 노동법의 흐름은 물론, 한국사회의 정치, 경제, 사회 전반의 변화를 숨가쁘게 체득할 수 있다.

현재와 미래에 관한 핵심적인 화두라고 생각되는 두 가지 주제(균열, 자동화)에 관해서 살펴본 후, 이를 바탕으로 노동분야의 헌법규범과 헌법재판의 방향을 살펴보기로 한다. 물론 노동변호사로 30년을 살아오신 발제자께서는 이미 토론자보다 훨씬 더 잘 알고계신 내용이겠지만, 실무연구회의 참석자분들과 함께 토론자의 평소 생각을 나누고자 하는 차원으로 널리 이해해주시리라 믿는다.

2. 헌법재판 30년 평가

발제문은 1987년 헌법으로 도입된 헌법재판소가 민주화 투쟁의 소산이며, 소수자의 기본권과 민주주의를 수호하는 것이 헌법재판소의 사명이라고 하면서, 지난 30년간 헌법재판소의 활동을 비교적 긍정적으로 평가하고 있다. 특히 표현의 자유, 변호인의 조력을 받을 권리, 여성의 지위와 성평등 분야에서 일정한 성과를 거두었다고 보면서도, 국가안보 관련 사건, 사회권, 조세, 선거, 노동권 등 분야에서는 한계를 노정하였다고 보고 있다. 헌법재판소의 역사가 깊어지면서 다양한 형태의 분석과 비판이 이루어지고 있으며, 발제문과 같은 평가와 비판 역시 충분히 가능하다. 오히려 헌법재판소의 입장에서는 학계 등 외부에서 개별 결정에 관한 비판을 더 활발히 해주셨으면 하는 바람이 있다. 어차피 헌법재판소 결정이 있더라도 사회적으로 해결되지 않은 문제는 연어가 회귀하듯 다시금 헌법재판소로 돌아오기 때문에, 보다 올바른 방향성과 정제된 논리로 재정비하여 사건을 맞이할 수 있게 도움을 받을 수 있기 때문이다.

한편 발제문은 소수의견의 중요성을 강조하고 있는데, 특히 약자와 소수자인권 보장에 충실한 관점의 소수의견은 국민의 다양한 의견을 고루 대변하고, 장래 법정의견으로 변경될 가능성에 대한 희망을 주기 때문이라고 한다. 이와 더불어 ‘좋은 소수의견은 좋은 법정의견을 만든다’는 점에서도 소수의견의 존재는 중요하다. 나아가 소수의견의 존재 자체도 가치있지만, 결국은 어떤 내용의 소수의견인지가 더 중요할 것이다. 재판관들의 치열한 고민과 토론 끝에 나온 결과물로서, 엄밀한 논증과 시대적 적합성을 갖추고 있다면, 그것이 법정의견이든 소수의견이든 가리지 않고 모두 중요하고 존중받을만한 가치가 있지 않을까 생각해본다.

3. 노동의 균열(fissuring)과 자동화(automation)

노동시장의 균열

2011년 2월, 버락 오바마 대통령이 실리콘밸리 경영진들과 저녁식사를 하는 자리에서 물었다. “미국 내에서 애플 제품을 만들려면 어떻게 해야 할까요?”²⁾ 스티브 잡스는 1초도 망설이지 않고 대답했다. “그 일자리는 다시 돌아오지 않을 겁니다.”

오바마 행정부의 노동담당관인 데이비드 와일은, 대기업이 대규모 인력의 직접고용을 피하고 임시직, 하청, 아웃소싱, 오프쇼어링(offshoring, 해외하청) 등으로 고용을 외부화하는 현상을 노동시장의 ‘균열’이라 명명한 바 있다.³⁾ 다수의 사회구성원들에게 안정된 삶을 보장했던 표준근로관계가 해체되는 이 균열의 끝에는 (조금 과장하자면) 모두가 자영업자가 되는 세상이 기다리고 있다.

균열이 불러낸 두 가지 풍경을 보자. 첫 번째 풍경. 기-승-전-치킨집으로 귀결되는 한국형 생애주기에 걸맞게, 은행 대출을 끼고 프랜차이즈를 개장한 영세한 자영업자는 대출상환의 압박에 시달린다. 때마침 플랫폼 어플리케이션의 등장으로 배달대행을 해주는 업체가 등장하고, 산재 위험이 높은 배달업무는 낮은 비용으로 외주가 가능해진다. 놀라운 것은 배달대행업체조차 배달원을 고용하지 않는다는 것이다. 저소득층 청소년들을 개인사업자로 계약하면서 오토바이 리스를 알선해줄 뿐이다. 바깥에서 풍경을 바라보면, 똑같은 사람이 치킨을 튀기고 똑같은 사람이 배달을 하는데, 비용과 위험만 이전된 것이다.

두 번째 풍경. 최근 국내 특급 호텔의 청소원이 번기를 닦던 솔로 물컵을 닦는 영상이 보도되어 큰 충격을 주었다. 바로 전에 똑같은 사건이 일어났던 중국 호텔을 비웃던 사람들의 말문을 막히게 한 사건이었다. 하지만 호텔을 청소하는 미화원이 그 호텔의 직원이 아니라 하청업체에 소속된 청소노동자라는 사실은 잘 보도되지 않았다. 또한 각 층에 설치된 몇 대 안되는 세척기로 객실의 물컵을 세척하라는 기준을 이행하는 것은 현실적으로 불가능하다는 사실 역시 잘 소개되지 않았다.

그러면 국가와 기업은 어떻게 대응하였을까. 먼저 고용노동부는 산재보상법 고시를 개정하여 음식물 배달앱 배달원이 산재법의 적용을 받을 수 있는 특수형

2) 잘 알려진 바와 같이 애플 제품은 대만의 폭스콘(Foxconn) 공장에서 대부분 생산되고 있다.

3) 데이비드 와일, 송연수 역, 균열 일터, 황소자리, 2015.

태근로중사자임을 명확히 하였다. 비록 산재보험 가입이 의무가 아니고 보험료 50%를 본인이 부담해야 한다는 점에서 불충분하지만 말이다. 반면 특급 호텔은 향후 이러한 일이 발생하지 않도록 교육을 철저히 하겠다고 하였다. 기준이 잘못 되어서 발생한 사건이 아닌데, 고용 구조 변경은 물론 시설 보완도 없이, 다시 기준만 가다듬겠다는 것이다. 이 두 가지 풍경은, 대기업이 주도하는 대규모 고용 시대가 다시 돌아오기 어려운 상황에서 국가는 무엇을 하여야 하는가에 대한 단서를 우리에게 제공해준다.

물론 한국에서의 균열, 즉 비정규직화는 미국과 같이 점진적으로 이루어졌다기보다는 IMF 구조조정이라는 특수한 상황에서 급속히 이루어진 측면이 있고, 이것이 학벌주의 및 채용시험의 공정성 신화와 결합하면서, 차별을 합리화하는 자기만족적 논리를 가지게 되었다는 특성이 있다. 그러나 균열은 단순히 고용 형태의 변화로 인하여 소득 하락이나 차별 취급을 일으키는 데 그치는 것이 아니라, 사회 구성원들의 삶의 예측가능성을 붕괴시키고, 기존에 기업이 져왔던 부담을 개인, 궁극적으로는 사회로 전가시킴으로써 사회의 안정성과 지속가능성을 저하시킨다는 데 문제의 핵심이 있다.

노동의 자동화

요즘 자신의 직업이 로봇으로 대체될 확률을 알아보는 게 유행처럼 되어있다. 자동화 또는 디지털화가 현존하는 일자리의 상당 부분을 감소시킬 것이라는 문제는 2013년 프레이와 오스본의 연구에서 도발적으로 제기된 것으로서, 미국 전체 노동자의 47%가 향후 10년에서 20년 안에 컴퓨터와 알고리즘에 의해 대체 가능한 업무에 종사하고 있다고 제시함으로써 전세계에 큰 충격을 주었다.⁴⁾ 더구나 아마존이나 알리바바에서 기계가 창고관리를 담당하고, 화물차 운전자들의 실적을 불러올 자율주행 차량이 이미 시험주행 중이라는 최근의 소식은 이러한 우려에 부채질을 하고 있다.

물론 프레이와 오스본의 예측은 과장되었다는 비판이 있고,⁵⁾ ‘4차 산업혁명’의 구호에는 종종 ‘이대로 가만히 있으면 기존의 삶을 유지할 수 없다’는 불안을 널리 유포시킴으로써 각자 스스로를 착취하게끔 하려는 경제적·정치적 동기가

4) Carl Benedikt Frey & Michael A. Osborne, *The Future of Employment. How Susceptible Are Jobs to Computerisation?*, OXFORD MARTIN SCH (2013).

5) Arntz, M., T. Gregory and U. Zierahn, *The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries: A Comparative Analysis*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 189, 2016.

숨어있는 경우가 많은 것도 사실이다.

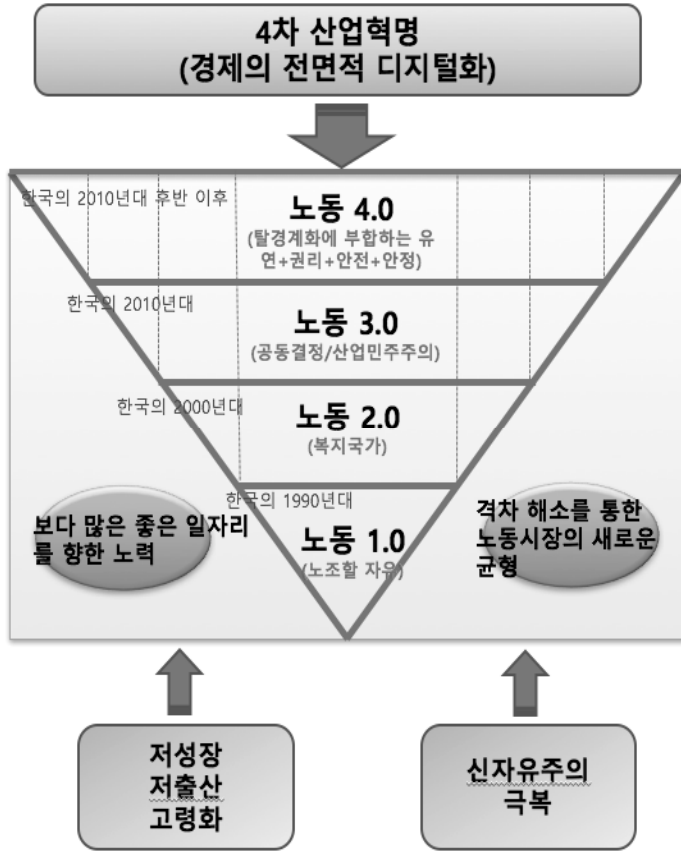
그러나 고도로 자동화가 가능한 직종이 주로 단순반복적인 업무를 담당하는 노동시장의 최하층에 분포한다는 점에 비추어 자동화로 인한 일자리 상실은 결코 가볍게 볼 수 없는 문제이다. 나아가 노동시장의 균열을 방어하기 위한 일반적인 대응들-직접고용 강화, 근로자 개념 확대, 노동기본권 강화 등-은 결국 기업의 책임을 확대하고 고용에 대한 비용을 증가시킬 수밖에 없는데, 이 경우 사용자는 자동화를 선택할 유인이 더욱 커지게 된다. 결국은 자동화가, 노동권의 강화에서 일자리 상실로 이어지는 중간매개체 역할을 할 수 있다는 우려도 나온다. 이는 향후 30년의 노동기본권을 기획하고 전망함에 있어, 균열에 대한 방어와 자동화로 인한 일자리 축소의 부담을 어떻게 조화할 것인지 고민이 필요하다는 것을 알려준다.

소결

최근 독일 연방노동사회부는 4차 산업혁명 시대에 제기되는 도전에 맞서, ‘노동 4.0(Arbeiten 4.0)’이라는 기획을 만들어낸 바 있다. 여기서 노동 1.0은 산업혁명 시기의 노동조합으로 단결할 자유, 노동 2.0은 포드주의 시기의 복지제도, 노동 3.0은 1970년대 코포라티즘 시기의 공동결정제도, 노동 4.0은 4차 산업혁명 시기의 디지털화된 노동을 의미한다.

한국 사회의 노동문제의 어려움은 아래 [표]에서 확인할 수 있는데, 산업발전의 속도를 노동기본권 보호가 따라잡지 못하여 독일이 수백 년 동안 단계적으로 해결해 왔던 문제가 하나도 해결되지 않은 채 동시에 혼재되어 있다는 것이다.

[표]



발제문은 헌법재판소가 노동기본권의 보호에 소극적이라 부정적이었다고 지적하고 있다. 이는 그간 헌법재판소가 근로자에 대해 적절한 보호나 자율성을 제공하지 못하는 후진적인 입법을 적절히 제거함으로써 노동기본권의 수준을 산업화의 수준에 발맞춰 끌어올리지 못했다는 비판이자, 장래 사회통합과 노동현실을 심각하고 엄중하게 인식하고 이를 바탕으로 노동헌법 규범을 해석하고 적용하여야 한다는 조언으로 받아들일 수 있을 듯 하고, 이러한 취지에 공감할 수 있다.

4. 노동헌법의 한계와 개정안

발제문은 87년 헌법의 노동 관련 조항들이 노동 존중의 관점이 부족하고 기업의 시민권 획득과 국가 규제권한 약화를 가져왔으며, 현재 가장 심각한 문제인 비정규직에 대한 대책이 결여되어 있는 한계를 가졌다고 지적한다. 나아가 개정 헌법에는 직접고용, 동일가치노동 동일임금, 해고로부터의 보호, 노동3권의 목적 조항 삭제, 노동자의 사업운영참가권, 단체행동권의 확대 등이 도입되어야 한다고 주장한다.

여기에 대하여는 법률 차원에서 결정되어야 할 문제를 헌법 차원에서 모조리 규정하는 것이 과연 적절한가, 변화하는 노동현실에서 미래세대의 탄력적 대응을 어렵게 하거나 입법형성권을 축소하는 것이 아닌가 하는 반론이 있을 수 있다. 그러나 헌법과 법률에 규율될 사항이라는 것이 반드시 명확하게 구분되는 것은 아니고, 결과적으로 개정헌법에 관철되지 않더라도 개헌이라는 매우 정치적인 타협 과정에서 반드시 논의되어야 할 주요 노동 의제를 제시한 점만으로도 충분히 의미가 있다.

다만 기존의 노동기본권을 강화하는 것도 중요하지만, 앞서 말한 것처럼 노동기본권의 강화는 자연스럽게 자동화를 통한 일자리 축소에 대한 압력으로 작용할 수 있다. 이는 곧 기존의 근로자 개념에 포섭되지 않는 소규모 자영업자가 (이미 충분히 많은데도 불구하고 더욱더) 증가함을 의미하는데, 새로운 헌법에서는 이들에 대한 보호조항이 추가될 필요가 있다. 즉 자영업자에게 직업의 자유뿐만 아니라 그 ‘노동’을, 비록 전통적인 의미의 종속 노동에는 해당하지 않지만, 직접적인 보호의 대상으로 삼아 육아휴직 제도 등 근로기준법이 제공하는 보호의 일부를 받는 근거가 될 수 있는 권리를 신설하는 것을 고려할 수 있다.

균열과 자동화를 통해 기업들은 점점 더 표준근로관계에 구체화된 책임을 피할 수 있는 방법을 찾고 있으며, 점점 더 많은 수의 노동자들이 그 관계의 제약과 보호로부터 도피하거나 퇴출되고 있다. 전통적인 근로자의 개념을 강화하거나 확장하는 것만으로 그 이탈을 모두 막을 수는 없는 이상, 독립적인 소규모 자영업자에게도 적절한 보호를 제공하는 사회적 모델을 고민할 필요가 있다(비교법적으로는 자영업자를 위한 육아휴직 등 사회보장프로그램을 제공하는 스페인 LETA 법이 있다).⁶⁾

6) Cynthia Estlund, *What Should We Do After Work? - Automation and Employment Law*, NYU School

5. 헌법재판소 노동결정에 대한 평가

노동권에 대한 이해

헌법재판소가 노동기본권의 신장에 있어 특히 소극적인 입장을 취하였다는 비판은 학계에서 많이 이루어져왔고, 충분히 수궁할 부분이 있는 지적이다.⁷⁾ 그러나 전형적인 의미의 자유권이 국가의 간섭을 배제하는 것으로 충분히 보장되는 것과 달리, 노동기본권은 대체로 사용자 또는 국가에게 일정한 부담을 지우는 특성이 있기 때문에, 특히 최소한의 사회적 공감대가 필요하다.

앞서 살펴본 바와 같이 국가주도의 신속한 산업화 과정에서 노동 관련 기본권은 강력하게 억압되고 희생되었고, 노동에 적대적인 환경이 조성됨으로써 노동기본권의 획기적인 확대에 대한 국민 일반의 공감대 역시 부족한 면이 없지 않았다. 만약 헌법재판소가 그간 노동권(특히 근로3권) 관련 조항을 다소 소극적으로 해석하였다면, 이러한 사회적 합의 내지 공감대의 부족에도 어느 정도 원인이 있을 것이다.

그러나 노동기본권에 대한 사회적 인식은 최근 들어 비약적으로 변화하고 있다. 구의역 사고는 위험의 외주화에 대한 경각심을 일깨웠고, 대한항공의 갑질 이슈 등 여러 직장에서 불합리한 노동 여건에 대한 문제제기가 폭발적으로 이루어지고 있으며, 이한빛 PD 사건을 비롯하여 방송업계 및 IT업계의 장시간 노동과 과로사 문제는 사회를 뜨겁게 달구었다. 삼성도 노조 와해 공작이 드러나자, 삼성전자 서비스에서 노동조합을 인정하는 성과가 나오기도 했다.

이러한 사회적 변화에 발맞추어 헌법재판소의 노동기본권 해석 역시 점차 적극적으로 변화하고 있는 것으로 보인다. 이번 5기 재판부에서는 과거의 합헌결정을 변경하여 위헌 또는 헌법불합치 결정을 한 사례가 3건이나 되고, 각 결정의 내용을 보더라도, 해고예고제도(2014헌바3), 출퇴근재해(2014헌바254), 청원경찰의 근로3권(2015헌마653) 등 사회적 의미가 큰 결정들이었다. 참고로 출퇴근재해 보상제도는 2018년부터 시행되고 있으며, 4. 24. 기준으로 접수 건은 2200건을 넘어섰고 승인률은 90% 이상이라고 한다.⁸⁾

근로3권의 경우 종래 사회권적 성격을 강조하기도 하였으나(89헌가106), 근

of Law, Public Law Research Paper No. 17-28, 2017.

7) 김하열, 이홍재, 문무기 등.

8) 지난 4. 5. 승용차의 갑작스런 차선 변경으로 발생한 울산 시내버스 사고로 인하여 사망한 사람의 유족에게도 출퇴근재해가 인정되어 유족급여가 지급되었다.

래에는 자유권적 성격을 기초로 사실상 과잉금지원칙으로 심사하는 경향을 보이고 있다(2004헌바9, 2015헌마653). 다만 구체적 심사에 있어서 단체행동권의 제한을 너무 손쉽게 인정한다는 비판이 있는데, 이미 노동조합법에 단체행동권의 행사요건과 절차에 수많은 제한규정을 두고 있다는 점을 고려하여 엄격하게 심사할 필요가 있지 않은가 생각한다. 또한 폭넓은 입법형성의 자유를 인정하는 공무원의 근로3권의 경우에도 입법형성의 자유의 요건과 한계에 대하여 상세히 판단하고 실시해주어야 한다는 비판이 있다. 노동조합을 조직하고 활동할 자유를 더욱 두텁게 보호하기 위하여 결사의 자유와 별도로 헌법상 근로3권을 보장한 취지를 살리는 방향으로 해석할 필요가 있겠다.

국제노동기준에 대한 태도

헌법 제6조의 국제법 존중주의 정신에 비추어 국제노동기준에 관한 ILO협약을 헌법 재판에서 적극적으로 고려하여야 한다는 발제문의 지적은 충분히 수긍할 수 있다.

그런데 ILO협약을 일반적으로 승인된 국제법규로 보아 위헌심사의 기준으로 활용하는 것에는 여러 가지 이론적·정책적 난제가 있다. ① 일반적으로 승인된 국제법규는 주로 국제관습법, 일반적 법원칙을 의미하고 우리나라가 체결당사국인 조약은 포함되지 않는다고 보는 것이 일반적이다.⁹⁾ 만약 우리나라가 체결당사국인 조약을 대통령이 체결·비준하지 않고 있는데, 이를 헌법재판소가 헌법재판규범으로 활용하게 되면 대통령의 체결·비준권(헌법 제73조)을 잠탈하는 결과가 되어 권력분립에 어긋날 소지가 있다. ② 헌법 제6조 제1항에 의하여 ILO협약을 일반적으로 승인된 국제법규로 판단할 여지가 있다는 해석이 이론적으로는 가능하다 하더라도, 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법적 효력이 반드시 국내법률보다 우위라고 볼 수는 없기 때문에, 신법우선이나 특별법우선 원칙을 적용하는 것은 별론으로 하더라도,¹⁰⁾ 곧바로 위헌심사기준으로 활용하기는 어려운 점이 있다.

이러한 점에 비추어보면, 헌법재판소의 입장에서는 ILO협약을 노동헌법 조항의 중요한 해석지침으로 활용하는 방법이 보다 적절하지 않은가 생각한다.

9) 양건, 김철수, 권영성, 계획열.

10) 일반적으로 승인된 국제조약의 경우 대체로 오래전에 제정되었고 그 내용이 비교적 덜 구체적인 경우가 많아서, 신법우선이나 특별법우선 원칙이 적용되면 국내 개별법에 대한 우위를 확보하기 어렵다.

헌법재판소의 역할과 한계

헌법재판소 입장에서 노동기본권을 제한하는 법률을 심사하는 것은 심사기준만 잘 채택하면 크게 어렵지 않다. 오히려 헌법재판소에서 다루기 어려운 사건 중의 하나는 새로운 제도를 창설해달라는 요구에 대하여 응답해야 하는 사건이다. 그 제도가 개별조항에 근거한 것일 때는 평등권에 기초하여 비교적 손쉽게 적용범위를 넓힐 수 있지만(예컨대 출퇴근제해 사건이 그렇다), 근로기준법의 모든 조항을 적용시켜달라거나 새로운 유형의 근로자를 창설해달라는 청구인 경우 이를 헌법재판소가 판단할 수 있는지, 판단하는 것이 타당한지 고민스러운 경우가 있다. 골프장 캐디가 자신을 근로기준법상 ‘근로자’ 정의조항에 포함시켜달라는 취지로 다룬 2015헌바413등 사건이 바로 그렇다.

이러한 제도적·정책적 문제는 섬세한 디자인이 필요하고 그마저도 해답이 하나가 아닌 경우가 많다. 예컨대 발제문 각주 27)에서 국가인권위원회는 특수형태근로종사자의 근로기준 보호를 위하여, 근로자와 자영업자 사이의 제3의 유형인 특수형태근로종사자라는 개념을 창설하고, 이들을 보호하는 특별법을 제정할 것을 권고하고 있다. 그러나 이러한 중간적 유형은 일부 나라에서 실패의 경험이 있다. 이탈리아의 경우 유사종속적 유형을 인정하자 사용자들이 규제차익을 누리기 위하여 근로자를 유사종속근로자로 대거 고용함에 따라 근로자 보호의 약화로 이어졌고, 이로 인한 혼란으로 2015년에 다시 사실상 종래의 2분론(근로자-자영업자) 체계로 전환하였다. 스페인의 제3유형인 TRADE(Trabajador Autonomo Economicamente Dependiente)는 그 규제의 부담 및 종속성 요건의 엄격성으로 인해 매우 적은 비율의 자영업자들에게만 적용되고 있다. 이에 따라 오히려 근로자의 개념을 완전히 확장하여 시민적 보호를 제공하자는 주장도 제기되고 있다.

따라서 헌법재판소가 이런 경우에 개별조항의 ‘위헌 주문’ 형식으로 일도양단식으로 간섭하는 데는 한계가 있을 수밖에 없다. 물론 헌법재판소는 헌법불합치 결정을 통해 입법개선을 촉발시키는 역할은 할 수 있고, 이로 인하여 출퇴근제해와 같은 제도가 사회에 무리 없이 정착하게 되는 계기가 될 수도 있다. 다만 2015헌바413등 사건에서 법정의견은 각하의견임에도 불구하고 매우 이례적으로 특수형태근로종사자의 현황과 그들에 대한 보호의 시급성, 특별법 제정의 필요성에 관한 장문의 의견을 개진하였다. 헌법재판소가 본안 판단을 하지 않으면서 이 정도로 적극적인 의견을 밝힌 사례는 아마도 찾기 어려울 듯하다. 결정문에 녹아 있는 특수형태근로종사자에 대한 우려와 함께 헌법재판소의 역할과 한계에 대한 고민을 읽어달라는 부탁을 드리면서 토론문을 마무리하고자 한다.

제165회 발표회 토론요지

〈주제발표자(김선수 변호사) 발표〉

〈지정토론자(김진곤 광운대 교수) 지정토론〉

〈지정토론자(유경민 헌법연구관) 지정토론〉

발 표 자: 먼저 김진곤 교수님께서 질문한 노동3권의 법적 성격과 관련해서 제헌헌법은 ‘단결, 단체교섭 및 단체행동의 자유는 보장된다.’고 규정했습니다. ‘단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다’가 아니라 ‘단체행동의 자유는 보장된다’고 하여 자유권의 형태로 규정했습니다. 제헌헌법이 ‘자유’라는 용어를 썼다고 해서 사회권적 성격을 부정하는 것은 아니라고 생각합니다.

노동3권에 당연히 사회권적 성격도 있지만, 그 동안에 노동3권에 대한 제한 규정들을 합헌적으로 해석하는 논거로 사회권적 성격을 지나치게 강조해왔기 때문에 현재로서는 자유권적 성격을 오히려 반사적으로 강조해야 할 필요성이 있다고 생각합니다. 자유권의 측면이 무시되는 경향이 있어서, 이제 자유권적인 성격을 보다 강조해서 설명을 드렸던 것입니다. 저도 노동3권이 혼합권적인 성격을 갖는다는 점에 대해서는 생각을 같이 합니다. 그렇지만 자유권적인 부분을 제한하는 법률들이 너무 쉽게 사회권이라는 이유로 합리화되어서는 안 된다는 측면에서 자유권적 성격을 강조한 것입니다.

그 다음에 ‘민주주의 원칙’과 관련하여 제32조에서는 근로의무조항에서 민주주의 원칙이라는 용어를 사용했습니다. 저는 근로의무조항을 삭제하자는 견해입니다. 자본주의국가 헌법에서 노동의무조항을 둔 예가 있는지 의문입니다. 오히려 북한헌법에는 신성한 노동의 의무와 노동시간 준수까지 규정한 조항이 있습니다. 그리고 유엔의 자유권협약, 사회권협약 등과 ILO협약, 그리고 유럽의 여러 나라의 헌법에는 노동의 의무조항은 없는 것 같습니다. 저는 근로의무조항을 삭제하자는 의견이었고, 대통령개헌안에도 근로의무조항 안 들어가 있지요?

제가 생각하는 노동 관련 민주주의 원칙은 근로자 의사의 반영과 참여입니다. 노동조건이나 노동복지, 나아가 회사의 운영 등에 노동자들이 참여할 권리를 보장하는 것이 노동현장에서 민주주의 원칙의 적용이 아닌가 생각합니다. 그래서

헌법개정안으로 노동자의 단체교섭과 사업운영에 대한 참여권을 명시하는 방안을 제시했습니다. 그리고 노동조건의 결정에서 노사대등결정 원칙을 명확히 해서 분배의 결과가 아니라 그 결정과정에서의 참여를 보다 강조하는 것이 민주주의적 원칙의 중요한 내용이라고 생각합니다.

그리고 현재 헌법 제33조 개정에서 가장 우선시 될 것은 용어 변경이라고 생각합니다. ‘근로’나 ‘근로자’라는 용어가 잘못됐다기보다도 너무 오염된 측면이 있으므로 ‘노동’과 ‘노동자’로 바꾸는 것이 필요합니다. 이러한 용어 변경을 기본 전제로 하면 저는 헌법 제33조에서 딱 한 가지만 개정해야 된다고 하면 노동3권의 목적을 한정하고 있는 ‘근로조건의 향상을 위하여’ 이 부분을 없애거나 목적을 확대해야 한다는 것입니다.

이 목적의 제한 조항으로 인한 폐해가 너무 크기 때문입니다. 나머지는 해석론으로 어떻게 커버할 수 있는데, 현재나 대법원이 특히 대법원이 이 제한 규정을 근거로 정리하고 반대 파업도 안 된다고 해석하여 단체행동권을 지나치게 제한하고 있습니다. 이를 해결하는 것이 너무 간절하게 필요합니다. 현재나 대법원이 해석론을 바꿔주면 가능할 수도 있겠지만, 개헌으로 해결하고자 할 때 딱 하나를 꼽으라고 하면 저는 ‘근로조건의 향상을 위하여’의 삭제 또는 개정을 통해 노동3권의 목적을 부당하게 제한하는 것을 해결하는 것입니다.

그리고 유경민 연구관님께서 여러 의견을 제시해주셨는데, 기본적으로 공감하는 내용들입니다. 노동시장의 균열과 자동화, 그로 인한 문제에 대한 대책이나 발전적인 방향으로의 대응방안을 모색할 필요가 있다는 점에 대해서는 저도 공감합니다.

독일의 노동 4.0을 보면 노동 1.0에 노조할 자유, 2.0이 복지국가, 3.0이 공동 결정과 산업민주주의, 4.0으로 진행하는데, 우리는 아직 1.0도 제대로 안 되어 있는 것 같습니다. 노조할 자유도 제대로 보장이 안 되어 있는 상황에서 4.0에 대응해야 한다고 하는 상황입니다. 1.0, 2.0, 3.0이 갖춰진 상태에서 이를 극복하면서 4.0의 단계로 나아가야 하는데, 1.0도 제대로 안 되는 상황에서 4.0이라는 시대 변화를 핑계로 노조할 자유조차 제대로 안 되는 것을 그대로 합리화하고 넘어가려고 하는 것만큼은 용납하기 힘들다고 생각합니다. 우리는 1.0, 2.0, 3.0을 충실히 하고 단계를 끌어올리면서 4.0을 대비해야지, 지금 제대로 안 되어 있는 부분을 그대로 고착시키면서 4.0이라는 새로운 환경을 이유로 기초를 무시하면 사회의 유지 자체가 오히려 어려워질 수 있다는 생각이 듭니다.

그리고 국제노동기준과 관련해서는 저도 바로 ‘일반적으로 승인된 국제법

규'로 인정돼야 한다는 취지는 아닙니다. 저도 ILO협약이 위헌 판단에서 적극적으로 원용될 수 있지 않을까 하는 측면에서 해석지침으로 적극적으로 활용될 필요가 있겠다는 생각입니다.

헌법재판소의 역할과 그 한계에서 지적한 부분도 충분히 공감합니다. 결정문에 녹아있는 특수형태근로종사자에 대한 우려와 그 고민에 저도 충분히 공감하고 있습니다.

사 회 자(강성태 한양대 교수): 한국노동연구원의 2016년 보고서 중에 '1987년 노동체제'를 정리한 글이 있습니다. 그 속에는 "1987년 체제 30년 동안 노동권을 향상시키는 데 가장 기여한 기관을 꼽자면, 입법부, 사법부, 행정부 등 국가기관 중에서 고른다면?" 이런 취지의 질문이 있었습니다. 헌법재판소를 든 사람도 있었는데요. 헌법재판소는 한편으로는 위헌 결정을 통해 노동입법의 발전에 기여하기도 했지만 다른 한편으로는 합헌 결정을 통해서도 종종 기여하였다는 것입니다. 헌법재판소는 결정을 위해 우리 사회에서 일종의 공론화 과정을 거치면서 입법부에 상당히 자극을 주었다는 취지의 지적을 하는 연구자도 있었습니다.

기실, 국회의 헌법개정특위의 개헌안이나 대통령개헌안을 보면 헌법재판소의 영향을 곳곳에서 발견할 수 있습니다. 특히 용어에서 그런 흔적이 다수 발견되는데요. 가령 '일할 권리' 등이 대표적이죠.

예, 그럼 이제 플로어에 계신 분들이 자유롭게 의견이나 질문을 해주시기 바랍니다.

발 표 자: 유경민 연구관님께서 말씀하신 것과 관련하여 보충해서 말씀드리면, 독립적인 소규모 자영업자에게도 일할 권리를 보장할 필요가 있지 않느냐 하는 고민에서 헌법 제33조 제1항에 '모든 사람은 일할 권리를 가진다'는 개정안을 제시한 것입니다. '근로'라는 용어를 사용하지 않고 '노동'이라는 용어를 사용하되, '근로의 권리'를 '노동의 권리'라고 할 것인가 '일할 권리'라고 할 것인가 고민이 있었습니다. 강 교수님도 얘기했듯이 '일할 권리'라는 용어를 현재에서 사용했으니까 '일할 권리'라고 사용하는 것에 대해서 큰 부담이 없었습니다. 현재가 먼저 사용해줘서 가능했습니다.

'노동의 권리'라고 하면 종속노동으로 국한될 수 있는데, 고용형태의 다양화라는 측면에서, 소규모 자영업자 부분까지 권리를 보장해야 할 필요가 있으므로 '일할 권리'라는 용어를 사용하고 그 주체를 '모든 사람'으로 하면 입법 등에 의해

서 융통성 있게 대응할 수 있을 것이라는 관점에서 ‘일할 권리’라는 용어를 선택했던 것입니다.

토 론 자(송석윤 서울대 교수): 아까 재판관 3:3:3 문제와 관련하여 저는 기본적으로 총론과 기본권 쪽에 관여를 했었고, 그 후 전체회의가 몇 번 있었어가지고 이제 그때 얘기를 하는 걸 보면, 그리고 개정작업이 시작이 되고서 한 일주일 정도 지났는데 그때 이제 대통령께서, 현실성 있는, 그 국민의 지지를 받고 국회에서도 3분의 2의 지지를 받을 수 있는 개헌안을 만들어 달라고 하는 얘기를 해가지고, 그러니까 우리가 안 하든지 아니면 저쪽에 도움을 주든지 하는 게 자문위의 역할이라고 저는 생각을 해 가지고 임했어요. 우리가 총론과 기본권 소위에서 어떤 얘기를 했는지의 기록을 제가 가지고 있지 않아요. 그러니까 이제 그 뒤에 최종안이 어느 단계에서 어떻게 변해서 어떻게 해서 나왔는지, 마지막에 국어학자가 어떤 부분에 손을 댔는지 그런 것도 잘 모르는 상황이기 때문에. 그런데 하여튼 이 3:3:3은 헌법학자나 법조인들 변호사들은 최소한 3:6 정도 하자라는 견해가 일반적이었는데, 전체회의를 하다보면 법률가나 법학자들 이외의 사람들이 3분의 2이상 되는데 의외로, 그러니까 법관 출신의 사람들에 대한 시민단체나 일반국민들의 신뢰가 우리 헌법학자들이나 변호사들의 기준보다는 상당히 높은 신뢰를 받고 계시다라는 것을 확인을 하는 기회도 있었습니다.

그리고 나중에 이 부분이 어떤 식으로 어떤 과정을 통해서 3:3:3으로 귀결되었는지는 저는 자세한 내용은 모르지만 임기 초에 개헌하는 것이 장점도 있지만 한계도 있을 수 있다라는 그러한 부분을 행정부, 사법부 관련된 부분에서는 전반적으로 느꼈던 부분은 있는 것 같습니다.

그리고 사실 조금 미리 안을 같이 좀 고민을 하자 해서 한 몇 개월 시간이 있었으면 아마 아까 유경민 연구관 말씀하신 부분 중에서 그 헌법 조항에 우리가 진짜 헌법 하나를 만든다면 ‘노동의 기회’ 그러니까 앞으로 사회에서 이제 노동의 미래에서 제일 중요한 것은 아까 기간제 이렇게 해서 균열 부분도 얘기했지만 근본적으로는 요새 편의점에 가서 보면 몇 년 사이에 24시간 편의점 직원들이 급격히 엘리트화하는 것 같은 느낌을 저는 개인적으로 받습니다.

그러니까 그게 이제 노동의 기회의 문제를 헌법이 어떤 식으로 접근하든지 하여튼 뭔가 상징적으로라도 한 조문이 - 지금 헌법을 만든다면 - 들어가야 될 시점이 온 것이고, 우리가 그렇다면 이제 뭔가 아이디어를 만들어가지고 전 세계의 헌법을 이끄는 - 노동문제와 관련해서 - 부분을 아마 심각하게 고민하면서

만들어야 하지 않을까 그런 생각은 좀 있습니다.

사 회 자: 개헌특위에서 대통령개헌안으로 넘어가면서 제가 제일 아쉽게 생각하는 점은 동일노동 동일임금에 관한 것입니다. 개헌특위에서는 그것이 일반 원칙으로 규정되었었는데, 대통령개헌안에서는 국가의 노력의무로 바뀌었습니다. 둘 사이에는 상당한 차이가 있습니다. 국가의 노력의무로 규정되면, 동일노동 동일임금은 차별금지 쪽에 치우치게 됩니다. “사업장내에서 취약계층을 차별하지 말라”는 정도로 축소되고 국가 기관에는 그런 입법이나 재판을 하라는 정도로 권고하는 효력을 가지게 됩니다.

그에 비해 동일노동 동일임금을 우리 사회의 모든 구성원이 지켜야할 법 원칙으로 규정하고자 한 데는 다른 이유가 있습니다. 바로 사회연대입니다. 동일노동 동일임금은 국가가 차별금지법을 제정하라 이런 정도에 그치는 법원칙이 아닙니다. 기실 동일노동 동일임금 원칙은 본래 단체협약의 정신과 관련이 깊습니다. 단체협약은 본래 사업장을 넘어 다양한 노동자 계층 간의 연대임금을 정한 문서입니다. 이렇게 하기 위해서는 “못 받는 사람 많이 올려 줘라”는 이야기만 하는 게 아니라 “많이 받을 수 있는 사람도 낮춰라”라고 이야기해야 합니다. 적게 받는 사람들이 올려 받을 수 있도록 고소득자의 임금을 양보해야 한다는 것이지요. 그래서 거기에는 사회적 양보와 상호부조와 사회연대가 포함되어 있는 것입니다. 사회연대를 사회적 기본권에서 국가나 국민 전체의 의무로 자리잡게 할 수 없는 상황에서 그런 정신을 구현하는 중요한 법원칙의 하나로 동일노동 동일임금 원칙을 노동권 쪽에 규정하고 싶었던 것입니다.

요컨대 이 원칙은 사업장 내부에서 성이나 장애 등과 관련한 차별 금지로 축소될 수 있는 것이 아니었습니다. 그런데 대통령개헌안을 보니 동일노동 동일임금의 의미가 많이 협소하게 되어 있었습니다. 아직도 시간과 기회가 남아있으니까 새 헌법을 만들 때는 동일노동 동일임금은 법 원칙으로 규정하여, 우리 국민 모두가 서로에 대해서 부양의무를 지는 그런 사회적 기본권의 기초이념으로 자리잡게 하는 것이 낫다고 생각합니다.

한편, 연구자들 사이에서는 굉장히 논쟁이 있었는데 오늘 소개가 안 된 게 현행 헌법 제33조의 노동3권을 노동자의 권리로 할 것인가에 관한 것입니다. 반대하는 학자들도 많습니다. “무슨 노동자의 권리냐? 모든 사람의 권리지”라고 합니다. “노동자만 노동3권을 가진다고? 사용자도 가져야 되고 일하는 사람이면 누구든지 자신의 직업적 이익을 위해서 단결할 수 있고 단체교섭 할 수 있어야지.”

국제노동기준이나 대다수 선진국에서 그렇게 하는데 우리 헌법처럼 노동권을 보편적 인권이 아니라 노동자의 특수한 기본권인 것처럼 자꾸 강조하냐라고 비판합니다. 세대별로 보자면 저희보다 선배 세대에서는 노동권을 노동자 계층의 특수한 권리로서, 그러니까 경제적 약자에 대한 보호가 필요하다는 식의 생각을 많이 하셨는데요. 그에 비해 저희나 아래 세대에서는 “특수한 권리가 아니라 그냥 남들이 누리는 것을 노동자들도 누리게 하는 권리이다. 노동자들이 모여 노동조합을 만들겠다고 하면 그냥 두면 되지 국가가 후견적으로 도울 이유도 없고 간섭할 이유도 없다.” 이런 식의 생각을 하는 연구자들이 아주 많습니다. 좀 더 나아가면 “단결권과 결사의 자유는 다르지 않고 그 본질은 같은 것이다. 왜 ILO가 100년씩이나 freedom of association 이라고 한 이유도 그 때문이다. 굳이 right to organize라고 축소할 이유가 없다.” 이렇게 이야기 합니다.

발 표 자: 지금 말씀하신 것과 관련해서도 국회 개헌특위자문위에서도 많이 논란이 되었습니다. 단결권의 주체를 노동자로 할 것인지? 단체행동권 부분보다는 특히 단결권 부분은 노동자로 국한하는 것이 타당한지 고민이 있었습니다. 유럽이나 유엔의 인권규약은 다 단결권 또는 단결의 자유의 주체가 ‘모든 사람’입니다. ‘모든 사람은 결사의 자유와 함께 노동조합을 조직하고 가입할 권리를 가진다.’고 같은 조항에서 규정합니다. 제한 없이. 그리고 그 목적은 ‘자기 이익을 위하여’라고 폭넓게 규정하고 있습니다. 우리도 ‘단결할 자유’ 부분은 모든 사람의 권리로 규정해야 되는 것 아니냐? 만약에 ‘모든 사람은 단결할 자유를 가진다고 규정하면 지금 많이 문제가 되고 있는 특수고용노동자, 소규모 자영업자 등도 단결권의 주체로 인정을 할 수 있을 것입니다. 이런 문제의식 때문에 논란이 있었는데, 여전히 종속노동자의 특수성과 일반적인 결사의 자유와의 관계 등을 고려하여 일용 현재 체계를 유지하는 것이 어떻겠느냐고 의견이 일용 모아졌습니다. 노동조합 및 노동관계조정법 등에 ‘근로자’로 규정하고 있는데, 단결권의 주체를 ‘모든 사람’으로 확대할 경우 이런 부분에 대한 전체적인 재편이 필요하게 됩니다. 그래서 현재 단계에서는 일단 주체는 노동자로 하는 체계를 유지하는 것으로 가자라고 해서 어떻게 보면 타협이라 할 수 있는 결론을 냈습니다. 단결권의 주체를 ‘모든 사람’으로 확대하는 것은 심각하게 고민해볼 문제이기는 합니다.

지정토론자(김진곤): 강성태 교수님께서 말씀하신 것과 관련해서 실질적으로 우리나라 대부분의 사람 그러니까 저는 한 70%, 80%가 노동자에 속하는데 자신

은 노동자가 아니라고 생각하는 경향들이 꽤 있습니다. 이게 어떤 부정적인 효과가 나타나느냐 하면 실제 초·중·고 교육에서도 학생들 알바에 대한 문제가 굉장히 많이 이슈화가 되어서 교육부라든지 각 자치단체 교육감이 아르바이트에 대한 근로계약서 작성과 관련해서 일부 교육현장으로 교육을 하기 시작했습니다. 자기가 노동자에 속해 있으면서도 사용자 동일시 현상이 나타나는 것인지 모르겠지만 노동3권을 주장하는 것이 타당하지 않고 타인에게 굉장히 큰 피해를 주는 듯한 그런 형태의 어떤 환경이 조성되어 있습니다. 그렇기 때문에 이게 누적되다 보니까 실질적으로 60~70년대 넘어오면서 산업화 과정 속에서 근로자의 어떤 목소리를 낸다는 것 자체가 구조적으로 거의 불가능한 상태였습니다.

특히 일반적으로 시민들의 경우에도 버스운송이라든지 또는 항공운송 아니면 기타 전철 같은 경우에는 파업을 하게 될 경우에 이에 대하여 약간의 인내가 필요한데 그 부분에 대해서 굉장히 빠른 시간에 우리는 즉각적인 반응을 하게 됩니다. 그러니까 굉장히 이 부분이 바람직스럽지 못하고 공익을 해하는 것으로 그렇게 성급하게 판단하면서 거의 80년대 중반, 90년대 초반 같은 경우에 노동현장에서 특히 파업현장이겠지요. 이 경우에 늘상 들어왔던 게 저희들은 공권력 투입이었습니다. 이게 이제 일상화되다보니까 노동3권을 합당한 절차에 따라서 행사하는 경우에 굉장히 사회적 부담을 가져야 되는 게 노동자편이었습니다. 이 부분이 계속 크게 개선되지 않고 산업이 우리나라도 더 고도화되고 발전되면서 그런 것들이 어떤 사회적인 목시적 기초가 되어 버린 것입니다. 그렇게 되다보니까 상대방의 어떤 정당한 권리주장에 대해서, 불편에 대해서 좀 감내하는 정도라든지 인내하는 시간이 서구에 비해서는 상당히 짧습니다. 그래서 조기에 국가가 중립성을 잃어버리고 공권력을 투입하는 그런 양상들이 많이 이루어졌던 것입니다. 특히 전철의 기관사들이 파업을 할 경우에 그런 자격이나 운전경험이 있는 군인들을 투입한다라는 것 이런 것들도 사실상은 있을 수 없는 일이지요. 왜냐하면 군인들 같은 경우에 국방의 의무를 기본적으로 하고 있는 인적집단인데 그들이 일정한, 그것이 공익에서 굉장히 중요한 운송과 관련되어 있다 하더라도 즉각적으로 공권력을 투입해서 시민들의 불편을 최소화하겠다는 기초를 너무 강하게 가지게 되면 노동3권을 주장하는 근로자의 목소리는 사실상 현실적으로 어떤 목적을 달성하는 데 유용한 수단으로 활용되기는 어렵다라고 판단할 수 있을 것입니다.

토 론 자(송석운): 제가 요새 하는 생각 중 하나가, 우리가 이제 민법이 있지

않습니까? 입헌주의 헌법이 만들어지고. 민법의 적용범위가 계속 줄어들었던 것 같아요. 특히 20세기 전반 오면서. 그 중에 중요한 것 중에 하나가 민법의 적용범위를 줄인 게 노동법일 수 있을 것 같은데, 21세기 조금 지나면 이제 노동법의 적용영역 역시 줄어드는 상황이 이미 나타나고 있지 않을까? 그런 상황 아까 유경민 연구관이 발표한 내용도 그런 부분과 무관하지 않은 것 같은데, 그런 현상에 어떻게 대처할 것인가에 대한 근본적인 성찰이, 그게 물론 사회보장법일 수도 있고 아니면 다른 것일 수도 있는데 그러한 전반적인, 그거는 사회현실이 변했기 때문에. 그러니까 민법을 만들 때는 산업혁명을 상정하지 않고 만들었고 산업혁명 이후에 여러 가지 변화가 나타났지요. 그런데 그게 입헌민주주의가 가지고 있는 기본적인 전제가 공정한 평등한 자유의 향유라는 그러한 것이 사회변화에 따라서 인간이 자유를 확보하기 위해서는 노동3권이 필요한 거니까요. 산업사회에서는 그러니까 사유재산만 보장해서는 되지 않고 임금이 확보가 되어야 되니까. 왜냐하면 임금노동자들이니까 대다수가. 이러한 변화에 비추어 볼 때 지금 우리가 겪는 일자리의 상황 속에서 어떻게 대처할 것인가 하는 그러한 부분을 우리가 헌법개정 논의할 때는 같이 고민을 하는 게 어떨까라는 그런 생각은 합니다.

지정토론자(김진곤): 노동헌법과 관련해서 거의 30년을 함께 해오신 김선수 변호사님이 아마 이 분야에 대해서 거의 뭐, 제가 결정문을 찾아보거나 아니면 노동관련 사건의 판례를 찾아보면 거의 빠짐없이 이름이 등장합니다. 그래서 저는 예전에 공부할 때 이분이 어떤 분일까? 많이 궁금했었습니다. 이 주제에 앞서서 국회에서도 같이 발표를 한 경우도 있었고 그랬습니다.

마지막으로 제가 한번 짚어보고 싶은 것은 유경민 연구관님이 그림을 그리신 4차 산업혁명에서 제가 이제 좀 눈에 뚜렷하게 들어온 게 하나가 뭐냐하면 노동 1.0에서 4.0까지 가는 이 과정을 보게 되면 10년씩 기간이 잡혀있습니다.

제가 그 정도를 판단한다면 과연 이게 1.0에서 2.0, 3.0, 4.0으로 넘어가는 것이 노동의 체계라든지 그 다음에 사람들의 어떤 삶의 방식이라든지 사회의 어떤 고용구조의 변화를 따져본다면 30년 이상은 되어야 되지 않을까라는 판단이 듭니다. 우리의 경우에는 이게 압축적 성장에 의해서 노동의 문제도 그렇게 이미 20~30년 동안 크게 활성화되지 못한 상태에서 90년대 들어와서 소위 1987년 헌법체제에서 이게 본격적으로 헌법에서 논의되고 이것이 헌법재판소에서 여러 가지 헌법재판의 논리들을 개발하면서 어느 정도 이제 이 부분의 큰 골격들을 다 갖추어가고 있습니다. 그런데 이제 10년씩 1990년, 2000년, 2010년, 2010년 후반 이것은

이제 우리 사회의 노동에 대한 해석의 혼란기 또는 어느 방향에서 우리가 이것을 해석하고 방향을 잡아서 전체적인 체계를 잡아갈거냐라는 부분에서는 이 표가 시사하는 바가 클 것이라고 판단합니다. 그래서 이 1.0에서 4.0으로 가는 이 과정의 로드맵이 만약에 정부의 계획이라면 상당히 노동계에서는 부담이 많고 또 이 부분에 대한 해석의 관점에서 헌법재판소도 상당한 해석의 부담을 갖게 될 것이라고 생각합니다.

이상입니다.

지정토론자(유경민): 이 표는 제가 그린 것은 아니고요. 이게 한국형 노동 4.0 지금 노사정위원회에서 이거를 준비하고 있는데 거기서 그린 표를 제가 따온 겁니다.

하여튼 아까 말씀드린 것 중에 잠깐 말씀드리겠습니다. 헌법 32조 2항인가요? “모든 국민은 근로의 의무를 진다”라는 조항이 있는데, 사실 저는 이 조항이 실수로 들어간줄 알았습니다. 근로의 의무를 진다라는 건 이렇게 조금 와 닿지 않는 거여서. 그런데 제가 찾아보니 이게 일본헌법에 있고요, 스페인헌법에도 있고 생각보다 많은 국가에서 이 근로의 의무를 규정을 하고 있습니다. 그런데 실제로는 국가가 이 근로의 의무의 내용과 조건을 법률로 정하지 않고 있는 것으로 알고 있는데, 그래서 지금 입법부작위상태가 아닌가라는 생각이 듭니다. 아무튼 지금 이 조항 자체의 규범력이 사실상 없다고 하더라도 이 조항이 계속 존재하고 있다는 것은 나중에 뭔가 해석상 문제를 일으킬 수 있고, 오히려 의무보다 이런 일할 수 있는 기회를 마련할 의무를 국가에게 부여해야 되지 않을까 이런 생각이 들고요.

마지막으로 제가 첫 번째 썼던 김선수 변호사님의 ‘노동을 변호하다’라는 책을 제가 물론 개략적으로 변론하신 것들을 알고 있었지만 이번 기회에 예습하는 차원에서 좀 읽어봤는데요. 이거를 강력히 추천드리고 또 많은 분들이 읽으셨으면 좋겠습니다. 이상입니다.

발 표 자: 송석운 교수님께서 민법의 적용범위가 축소되어 왔다고 했는데, 저는 노동법에 의해서 민법의 한계가 보충되어 왔다고 생각합니다. ‘노동의 기회’를 헌법에 어떻게 넣을 수 있을까요? ILO협약이나 사회권규약에서는 완전고용보장을 아예 명시했습니다. 노동시간단축과 기본소득보장 등 여러 가지도 강구해볼 수 있는데, 이를 헌법에 반영할 수 있을지는 고민이 필요합니다. 기본소득에

대해 헌법에 넣는 안이 국가인권위원회에서 제시한 바 있습니다. ‘인간다운 생활을 할 권리’ 조항에 기본소득에 관한 조항을 넣는 안이 제시되었습니다.

자동화에 의해서 노동이 정말 대폭적으로 감소한다고 하면, 사회구성원이다 같이 인간으로서의 존엄과 가치를 보장받으면서 살아야 그 사회가 유지될 수 있으니까, 노동시간의 대폭적인 단축을 통한 노동의 공유, 그리고 기본소득 보장의 형태로 발전해야 하지 않을까 생각합니다. 그래서 4차 산업혁명이나 이런 부분과 관련해서는 위와 같은 관점에서 검토해 볼 필요가 있지 않을까 싶습니다.

헌법재판소에서 시급하게 해줬으면 하는 것은 설립신고서 반려조항, 이것은 자유설립주의에 반하는 것으로 허가제나 마찬가지인데, 이 설립신고서 반려조항에 대해 시급하게 위헌결정을 해주시기를 바랍니다.

그 다음에 ‘노동조합 명칭 사용 금지조항’(노동조합법 7조 3항), 즉 설립신고증 안 받고 노동조합 명칭 사용하면 처벌하는 조항입니다. 역사적으로도 노동조합이라는 명칭이 먼저 있었던 것입니다. 설립신고증 안 받았다고 노동조합 명칭 사용했다는 이유로 처벌하는 조항까지 두고 있는 법률을 합헌으로 판단하는 게 과연 말이 되겠는가 싶습니다.

ILO협약 비준에 대해서는 대통령공약으로 제시한 바 있고 지금 추진하고 있는 중기는 합니다. 내년(2019년)에 ILO 창립 100주년이 되는데, 출범 100주년에 맞추어서 대한민국이 87호, 98호 협약을 비준한다고 하면 대한민국 입장에서나 ILO의 입장에서나 아주 중요한 역사적인 사건이 될 수 있을 것 같습니다. 그전에 현재가 먼저 앞서서 그런 결정들을 해 주면 어떨까 이런 생각을 해봤습니다.

사 회 자: 앞에서 말씀하신 내용 중에서 4차 산업혁명과 관련한 부분에 대해 약간 수정 또는 보완을 하고자 합니다. 디지털 기술혁신의 결과 일자리의 양이 줄고 대량실업의 위험이 있다는 프레이 & 오스본 보고서의 내용은 세계적으로 가장 자주 인용되고 있습니다. 제가 알기로는 우리나라에서도 김아무개 박사님이 2015년에 동일한 분석틀을 우리나라에 적용한 연구 결과를 발표한 적이 있습니다. 프레이 & 오스본 보고서는 향후 10년 안에 미국 일자리 중에 47%가 기계로 대체될 수 있다고 했고, 김아무개 박사님은 우리나라에서는 그런 위험에 노출된 직업이 전체의 57% 정도라고 보았습니다. 그 이후에 우리나라 정부 및 국책연구기관에서는 인력과 자원을 집중시켜 4차 산업혁명에 관한 연구를 수행했습니다. 관련 보고서만 수 백개가 넘는데, 오늘 말씀하신 내용은 그 중 하나의 버전인데, 약간 공포스러운 버전입니다. 만약 이 예측이 맞다면 그것을 견딜 수 있는 사회는

많지 않죠. 그렇게 빠른 속도로 변화가 일어나면 그것을 사람들이 따라갈 수가 없습니다.

현 정부는 매킨지 연구소의 의견을 많이 참조하는 것으로 알려져 있는데요. 제 기억이 맞다면, 매킨지의 예측은 서구의 경우에는 10년 안에 약 9% 정도의 일자리가, 대한민국의 경우에는 약 5%가 사라질 수 있다고 봅니다. 우리나라는 역설적이게도 OECD국가 중에서 자동화가 많이 진척된 국가라서 상대적으로 기술 발전에 의한 실업의 위험이 높지 않다고 보는 것이지요. 그리고 4차 산업혁명 논의에서 정말 중요한 것은 미래에 대한 우리 사회의 생각입니다. 어떤 기대를 하고 무엇을 위험으로 생각하는가 등. 불필요하게 공포와 우려를 확대할 필요는 없을 것입니다.

마지막으로 회장님 말씀을 듣고 마치도록 하겠습니다.

회 장(서기석 재판관): 바쁘신 중에도 우리 김선수 변호사님을 비롯한 김 교수님, 강 교수님 전부 감사하고, 오늘 발표 내용이 우리 헌법재판소의 앞으로 발전방향이나 이런데 많은 참고가 될 것으로 생각하고 제5기, 이제 좀 있으면 6기 재판부가 출범하겠지만 5기 재판부 재판관님들은 특히 노동법 이런 부분에 관심을 가지신 재판관님들이 좀 계셔가지고 심도 있게 결정을 할 때마다 많은 논의가 있었습니다. 그래서 여러 가지 전향적인 기대에 못 미치는 결정도 있었겠지만 많은 노력을 해왔습니다.

앞으로도 헌법재판소는 여러 가지 사회 이익단체들의 조정을 위해서 나름대로 최선을 다할 생각이고, 그런 노력에 저희들이 노력하는데 오늘 교수님들을 비롯한 노동법 전문가 헌법교수님들이 앞으로도 계속 좀 비판도 해 주시고 도움을 주셨으면 좋겠습니다.

오늘 감사합니다.

선거운동의 개념을 통해 본 선거운동의 자유와 선거의 공정성*

- 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로 -

손 인 혁**

목 차

- | | |
|---|---|
| I. 서론 | IV. 사전선거운동 금지 및 처벌 조항의
구성요건으로서 선거운동의 개념과
범위 |
| II. 선거운동의 자유의 헌법적 근거와
그 제한을 정당화하는 요소로서 선
거의 공정성 | V. 결론 |
| III. 선거운동의 개념정의를 통한 선거운
동의 자유에 대한 제한의 구조와 정도 | |

I. 서론

선거는 국민이 다수의 후보자 중에서 특정인을 대표자로 선출하여 대의기관을 구성하는 방법인 동시에 이로써 통치기관으로 하여금 민주적 정당성을 확보하게 하여 대의민주주의를 실현하는 수단이다.¹⁾ 국민의 관점에서 선거는 선거권으

* 이 글은 ‘한국헌법학회·대법원 헌법연구회’에서 발제한 글(미공간)을 일부 수정, 보완한 것이다. 이 글의 최종적인 보완은 대법원 판례변경 이후 헌법재판소 판례에 대한 재검토 가능성에 있음을 미리 밝혀둔다.

** 연세대학교 법학전문대학원 교수

1) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016, 786쪽 참조.

로 구체화된 주권을 행사하는 중요한 수단이며, 대의기관의 입장에서는 한시적 기간동안 스스로의 권한과 책임으로 국정을 운영할 수 있는 민주적 정당성을 부여받는 과정이다.

선거를 통한 대의기관의 구성이 그 자체로 국민주권이념을 실현하는 것은 아니다. 선거가 구체적으로 어떻게 운영되는지 여하에 따라 그것이 단지 기관구성 기술적 도구로 전락할 수 있고, 인류의 역사나 우리 현정사도 그와 같은 위험성을 충분히 보여주고 있다. 따라서 선거가 대의민주주의를 실현함에 있어 필요충분조건으로 기능하기 위해서는 자유롭고 평등한 선거제도의 마련과 합리적인 운영이 요구된다고 할 것이다.²⁾³⁾

대의민주주의와 정당민주주의를 내용으로 하는 현대 민주주의정치질서에서 선거는 주권자인 국민이 국가의사결정에 참여하는 거의 유일한 통로이다. 대부분의 국민에게는 주기적으로 행해지는 선거에 참여하여 지지하는 후보자와 자신의 정치적·경제적 이익을 가장 잘 대변할 수 있는 정당을 선택하여 투표함으로써 정치과정에 참여하는 것이 전부이다. 그래서 선거의 가장 중요한 이해당사자는 국민이다.

선거과정은 선거인과 정치인(또는 정당) 사이의 인격적·정치적인 공감과 소통의 장이다. 이러한 과정은 비단 특정선거의 선거기간에 국한되지 않고 또한 국한될 수도 없다. 선거가 끝남과 동시에 선거인은 다음 투표행위를 위해 후보자가 되려고 하거나 될 만하다고 생각하는 정치인과 소통·공감하려 할 것이고, 잠재적 후보자인 정치인 역시 다음 선거에서 표를 얻기 위해 부지런히 자신의 정치적 견해와 비전을 알리는 일을 계속 할 것이다. 굳이 선거의 헌법적 의미와 기능을 언급하지 않더라도 이와 같은 행위들은 인간의 본성에 기초한 것으로 그것을 통해 정치적 욕구의 충족과 정치공동체의 운영에 참여하는 것이다.

한편, 헌법 제24조, 제25조 등에 근거하여 공직선거에 관한 사항을 정하고 있는 공직선거법 제58조 제2항은 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다.”라고 하여 선거운동의 자유를 보장하면서, 그 제1항에서는 선거운동의 개념을 선거에 관한 단순한 의견개진이나 입후보 또는 선거운동의 준비행위를 넘어서는 ‘당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위’로 정의하고 있다. 그러면서 제59

2) 고민수, “유권자의 선거운동의 자유에 대한 제한과 문제점 -공직선거법 제93조 제1항 위헌확인사건(2007헌마718)에 대한 헌법적 고찰-”, 『언론과 법』 제8권 제2호(한국언론법학회, 2009), 30쪽 참조.

3) 선택의 가능성과 선거의 자유를 기준으로 선거를 경쟁적 선거, 비경쟁적 선거, 반경쟁적 선거로 구별할 수 있는데, 민주주의 정치체제, 전체주의 정치체제, 권위주의 정치체제에서 선거의 기능이 각 이에 해당한다는 견해로는 허영, 앞의 책, 787쪽 참조.

조에서 “선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다.”라고 하여 선거운동을 할 수 있는 선거운동기간을 정하면서, 제33조는 대통령선거를 제외한 공직선거의 선거기간을 14일의 단기로 정하고, 제254조 제2항에서는 “선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 … 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 규정함으로써 선거운동기간 전의 선거운동, 즉 ‘사전선거운동’에 대한 형사처벌을 예고하고 있다. 공직선거법은 통상적인 정치활동에서 선거운동을 분리하여 이를 적극적으로 개념정의하면서 사전선거운동을 금지하고 위반 시 형사처벌을 하도록 규정하고 있는바, 이로써 선거운동의 개념은 단순히 선거관리의 차원을 넘어 범죄구성요건으로서 규범적 기능을 하게 된다.

따라서 선거운동의 규범적 의미와 내용을 관련 헌법조항의 취지에 비추어 해석하고 그 문언의 외연을 명확하게 확정하는 것은 금지되는 사전선거운동행위와 구별되는 선거인 및 정치인의 일상적 정치활동을 보장하고, 선거관련 법집행기관의 자의적인 법집행으로 인한 재제와 처벌의 위협으로부터 국민의 기본권을 보장하기 위한 것으로 매우 중요한 실천적 의미를 갖는다.

이 글은 공직선거법 제58조 제1항 본문이 정하는 선거운동 개념을 해석하는 헌법적 지침으로서 선거운동의 자유의 헌법적 근거와 이에 대한 제한을 정당화하는 요소로서 선거의 공정성에 대해 검토하고, 헌법재판소와 대법원의 선거운동에 대한 해석을 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로 살펴본 다음, 위 판결의 의미와 문제점을 분석해 보는 것에 그 목적이 있다.

Ⅱ. 선거운동의 자유의 헌법적 근거와 그 제한을 정당화하는 요소로서 선거의 공정성

1. 선거운동의 내용과 기능

선거과정은 선거인과 후보자 사이의 인격적·정치적인 공감과 소통의 장이다. 선거과정에서 당선을 목적으로 하는 활동으로 나타나는 선거운동은 선거인과 후보자의 입장에서 그 내용과 기능이 서로 다르게 나타난다. 선거인의 입장에서 선거운동은 특정 후보자에 대한 지지나 반대의 의사표시로 결과적으로 드러나지

만, 전체 선거과정에서는 정치인에 대한 정보의 획득과 투표를 위한 의사의 형성 및 결정으로 나타난다. 민주주의를 실현하기 위한 불가결한 전제로서 선거인이 합리적으로 선거권을 행사하기 위해서는 후보자의 인품과 경력, 공약과 정책을 비롯한 다양한 정보에 접근하여 이를 검증할 수 있어야 한다. 이는 후보자와 선거인 간의, 그리고 경쟁하는 후보자 또는 선거인 상호간의 자유로운 토론과 설득의 과정을 통해 비로소 가능하게 된다. 이러한 과정을 통해 선거인은 자신의 정치적 의사를 대의할 수 정치인에게 지지와 함께 당선을 위한 선거운동으로 나아가게 되고, 동시에 경쟁하는 정치인에 대한 반대의 의견을 개진하게 된다.⁴⁾ 이와 같은 후보자 선택을 위한 선거인의 정보수집과 의사의 표현 및 교환의 과정은 국민주권이념과 대의민주주의원리에 취지에 비추어 최대한으로 보장되어야 한다.⁵⁾

선거과정에 참여하는 정치인의 입장에서 선거운동은 당선을 위한 경쟁의 과정이다. 자신의 경력이나 자질, 정치적 견해나 정책을 선거인에게 알리고 이를 통해 선거인의 신임을 얻는 행위로 구체적으로 나타난다. 이로써 선거운동은 선거인과 정치인을 연결하는 통로의 역할을 하게 되며,⁶⁾ 그 과정에서 선거운동의 자유가 실질적으로 보장될 때에만 대의기관의 구성과 이를 통한 민주적 정당성의 부여라는 선거의 의미와 기능이 제대로 구현될 수 있다.

2. 선거운동의 자유의 헌법적 근거

선거운동의 자유와 관련하여 헌법에서 이를 명시적으로 보장하는 규정은 없다. 오히려 헌법 제7장(선거관리) 제116조 제1항에서 “선거운동은 각급 선거관리 위원회의 관리 하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”라고 규정함으로써 선거운동의 자유를 헌법상의 기본권이 아니라 법률에 의하여 그 범위와 한계가 정해지는 법률상의 자유로 해석할 수 있는 여지를 두고 있다. 위 헌법조항의 해석과 관련하여 이를 통해 우리 헌법이 선거운동자유의 원칙을 배척하고 선거운동관리의 원칙을 채택하였다는 견해⁷⁾가 있으나, 선거운동의 자유가 헌법상의 기본권임을 전제로 선거운동을 실질적으로 보장하기 위해 국

4) 강태수, “선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향”, 『세계헌법연구』 제14권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2008), 6쪽.

5) 이욱한, “선거운동규제의 법리”, 『공법연구』 제28집 제4호(한국공법학회, 2000), 104쪽.

6) 강태수, 위의 글, 6쪽.

7) 허영, 앞의 책, 1050쪽.

가가 선거를 관리하는 선거공영제를 천명한 것으로 이해하는 견해,⁸⁾ 선거운동의 자유를 전제로 기회균등과 공정을 실현할 수 있도록 입법자에게 선거운동의 자유를 제한할 수 있는 권한을 부여한 것으로 보아야 한다는 견해⁹⁾ 등 선거운동의 자유를 입법자가 헌법 제37조 제2항을 근거로 법률로써 제한할 수 있음을 이를 통해 다시 확인하는 규정으로 해석하는 것이 일반적이다.¹⁰⁾

헌법재판소 역시 “헌법 제116조 제1항이 선거운동의 허용범위를 입법자의 재량에 맡긴 것이 아니라 선거운동이 국민주권의 행사이자 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 선거운동의 자유를 제한하는 입법에 대해서는 엄격한 심사기준을 적용하여야 한다.”라고 하여 제116조 제1항이 선거운동에 대한 입법자의 광범위한 입법형성권이나 이에 대한 포괄적인 제한을 정당화하는 헌법상 근거가 아니라 오히려 선거운동의 자유를 제한하는 입법에 대한 엄격한 심사의 근거가 된다고 판시¹¹⁾하여 일반적인 견해를 뒷받침하고 있다.

가. 정치적 표현의 자유

표현은 그것이 의사의 표명인 한 그 내용과 질에 관계없이 표현의 자유로서 보장된다. 표명의 내용이 표현의 자유가 보호하고자 하는 핵심영역인 개인의 인격발현이나 공적 여론형성에 기여하는 의미가 중대할수록 더욱 두터운 보호를 요청하는데, 이는 표현의 자유가 민주주의정치질서의 필수적인 전제조건으로서 의의와 기능을 가지기 때문이다. 표현의 자유에서 정치적 의사표현이 갖는 의미는 매우 크다고 할 것이며, 그 보호의 범위와 정도도 다른 의사표현보다 넓고 또한 강력하다.¹²⁾ 나아가 선거과정에서 자유로운 투표행위를 위한, 그리고 대의기관으로 당선되기 위한 정치적 의견의 경쟁은 더욱 중요한 의미를 가진다. 이로써 대의제도의 불가결한 전제조건으로서 선거가 선거인의 의사를 제대로 반영할 수 있기 때문이다. 선거운동은 대의기관의 구성과 직접적인 연관관계를 갖기 때문에 일반

8) 강태수, 위의 글, 7쪽.

9) 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2016, 193-194쪽.

10) 정중섭 교수는 “선거운동의 자유는 대의민주주의와 분리하여 인정할 수 없는 자유이기는 하지만 헌법에서 보장하는 내용이므로 선거운동의 자유도 헌법 제37조 제2항에 따라 제한할 수 있음을 확인하는 규정이라고 보는 것이 타당하다.”라고 한다. 이에 대해서는 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016, 1389쪽 참조.

11) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등 결정

12) 고민수, 앞의 글, 36쪽.

적인 정치적 표현의 자유보다 더욱 두텁게 보장될 것이 요청된다.¹³⁾¹⁴⁾

헌법재판소는 “선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 보장규정에 의한 보호를 받는다.”라고 판시¹⁵⁾함으로써 선거운동의 자유가 표현의 자유에 근거하여 보장됨을 분명히 하고 있다.

나. 선거권, 피선거권 그리고 자유선거원칙

국민주권이념을 실현하기 위한 가장 기본적이고 필수적인 권리인 선거권과 피선거권은 선거에 선거인 또는 후보자로 참여하여 투표로써 대의기관을 선출하거나 대의기관으로 선출되는 것으로 구체적으로 실현되지만, 이로써 국가와 국가권력을 조직·창설하고 민주적 정당성을 부여하며, 선거인의 신임에 기초하여 전체국민의 이익을 위하여 국가권력을 행사하는 것을 통해 대의민주주의를 형성하고 실현하는 불가결의 객관적 가치질서로서 기능을 한다.¹⁶⁾

헌법 제24조와 제25조에서 보장하는 선거권과 피선거권은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 선거권과 피선거권을 가진다고 하여 입법자에게 이들 기본권의 내용 및 절차를 구체적으로 형성할 것을 요구하고 있다. 그러나 선거권과 피선거권을 구체적으로 형성할 것을 입법자에게 위임하면서도 헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항을 통해 공직선거에서 준수되어야 할 선거의 기본원칙으로 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙과 함께 자유선거원칙을 제시하고, 이로써 입법자에 대하여

13) 위의 글, 36쪽. 강태수 교수는 ‘의사표현의 자유는 민주적 의사형성과정을 구현하는 선거운동에서 가장 핵심적 역할을 담당하는데, 선거일이 가까울수록 그리고 당선과 낙선에 직접적인 내용일수록 유권자의 표현행위는 실질적인 선거권의 내용으로서 다른 표현의 자유보다 더욱 강하게 보장’되어야 함을 강조한다(강태수, 앞의 글, 10쪽).

14) 이와 달리 정종섭 교수는 “선거운동은 대의제도에 기초한 선거의 기능과 피선거권과 선거권이 보장하는 범위에서 인정되는 자유와 권리일 뿐 선거를 떠나 그 이전에 존재하는 정치적 의사표현의 자유로 인정되는 것이 아니다. 선거운동의 자유는 대의제도를 채택할 때 인정되는 것이지만, 정치적 표현의 자유는 대의제도의 채택 여부 이전에 인정되는 기본권이다.”라고 하여 선거운동의 자유와 정치적 표현의 자유를 대의제도의 채택 여부를 기준으로 구별하고 그 근거를 달리 찾고 있다(정종섭, 앞의 책, 1386쪽 참조).

15) 헌재 1995. 4. 29. 92헌바29 결정; 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등 결정; 헌재 2007. 1. 17. 2004헌바82등 결정 등 참조.

16) 강태수, 앞의 글, 9쪽; 허영, 앞의 책, 570-571쪽.

입법형성의 헌법적 지침과 한계를 명시적으로 제시하고 있다.¹⁷⁾

선거의 기본원칙으로서 자유선거원칙은 선거를 통해 공직을 담당하기를 원하는 사람 누구나 자유롭게 입후보할 수 있고, 선거인 누구나 외부로부터 부당한 강제나 압력 없이 자유롭게 개방적인 상태에서 투표의사를 형성하고 결정할 수 있을 것을 내용으로 한다. 따라서 선거인은 전체 선거과정에서 자율적으로 투표의사를 형성하고 결정할 수 있도록 후보자나 정당에 대한 정보를 자유롭게 수집·검증할 수 있어야 하고, 이를 근거로 다른 선거인들과 자유롭게 의견을 교환하고 논쟁할 수 있는 실질적인 기회가 보장되어야 한다. 그리고 후보자나 정당의 입장에서 자신의 경력이나 인품, 정치적 입장과 정책방향 등을 선거인을 향해 자유롭게 표명하고 이를 공유함으로써 선거에서 경쟁할 수 있는 실질적인 기회가 보장될 것을 요청한다.

결국 자유선거원칙은 선거권과 피선거권의 내용으로서 선거권자에게는 투표의 자유를, 후보자에게는 입후보의 자유를 의미하고, 이를 포함하여 전체 선거의 과정에서 유권자와 후보자에게 선거운동의 자유를 보장함을 그 내용으로 한다.¹⁸⁾¹⁹⁾

헌법재판소 역시 “자유선거원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 아니하였지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다. … 우리 헌법은 참정권의 내용으로서 모든 국민에게 법률이 정하는 바에 따라 선거권을 부여하고 있는데, 선거권이 제대로 행사되기 위하여는 후보자에 대한 정보의 자유교환이 필연적으로 요청된다 할 것이므로, 선거운동의 자유는 선거권 행사의 전제 내지 선거권의 중요한 내용을 이룬다고 할 수 있다.”라고 판시하여,²⁰⁾ 선거운동의 자유에 대한 헌법적 근거를 선거권과 피선거권, 그리고 그 내용으로서 자유선거원칙에서 찾고 있다.

17) 한수용, 앞의 책, 151쪽 참조.

18) 강태수, 앞의 글, 10쪽.

19) 선거권과 피선거권을 실질적으로 행사하기 위한 전제조건으로 선거운동의 자유의 의미와 기능을 분석한 글로는 윤영미, “선거의 공정성에 관한 검토”, 『헌법학연구』 제16권 제3호(한국헌법학회, 2010), 588-594쪽 참조.

20) 헌재 1004. 7. 29. 93헌가4등 결정; 헌재 1999. 6. 24. 98헌바153 결정; 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마215 결정; 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등 결정 참조.

3. 선거운동의 자유에 대한 제한의 정당화 요소로서 선거의 공정성

가. 선거의 자유와 선거의 공정성

선거가 대의기관을 구성하고 이에 민주적 정당성을 부여하며, 이로써 국가 권력의 통제와 함께 국민을 통합하는 헌법적 기능을 제대로 수행하기 위해서는 선거인의 의사가 선거의 결과로 그대로 반영되는 것이 필연적으로 요청된다. 이를 위해서는 국민주권이념에 따라 모든 국민은 선거에 자유롭고 평등하게 선거인과 후보자로 참여할 수 있어야 하고, 선거에 관하여 자유롭게 의사를 형성하고 결정할 수 있어야 하며, 그 과정에서 자유롭고 공개적으로 정치적 의견과 정책의 방향을 표명하고 이를 서로 교환하는 선거운동의 자유가 보장되어야 한다.

그런데 선거의 자유가 효율적이고 최대한으로 보장되기 위해서는 일정한 질서형성적 규율을 필요로 한다. 다른 자유의 영역에서도 마찬가지로 무한정의 자유는 필연적으로 자유에 내포된 평등하게 자유로울 수 있는 권리와 상충하기 때문이다.²¹⁾ 따라서 헌법 제116조 제1항에 근거한 선거운동에 대한 입법자의 규율은 대의제의 실현수단이자 정당성의 근거로서 선거가 선거인의 의사를 제대로 반영할 수 있도록 선거의 자유를 실질적으로 보장하고 이를 촉진하려는 데에 그 본래의 취지가 있는 것이지, 선거운동의 자유에 대한 제한을 수권하거나 이를 정당화하는 근거를 부여함에 일차적 목적이 있는 것은 아니다.

선거의 자유는 선거의 기회균등으로 나타나는 선거의 공정성으로 보완될 때 비로소 실질적으로 보장되며, 이로써 국민의 의사가 선거의 결과로 그대로 반영되어 선거의 기능이 제대로 발현된다. 선거의 공정성이란 선거의 자유, 특히 선거운동의 자유에 대립하는 헌법적 이익으로 기능하는 것이 아니라, 국민의 의사를 대의기관의 구성에 정확하게 반영하는 선거의 자유를 실질적으로 구현하는 수단으로서 의미를 가진다. 그래서 선거의 공정성을 지나치게 강조함으로써 선거운동을 통하여 국민의 자유로운 정치적 의사의 형성 및 결정에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 과도하게 제한하는 경우, 국민의 자유로운 의사형성이 저해되고 이로써 선거는 국민의 정치적 의사를 정확하게 반영하는 기능을 하지 못하고 오히려 이를 왜곡하는 역할을 하게 된다.²²⁾

21) 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2016, 602쪽.

22) 한수용, 앞의 책, 184-185쪽 참조. 한수용 교수는 선거의 궁극적인 목적은 선거의 공정성을 확보하는 데 있는 것이 아니라 국민의 정치적 의사를 대의기관의 구성에 정확하게 반영하는 데 있다고 하면서, “선거의 공정성은 그 자체로서 자기목적이나 독자적인 목적이 아닌 것이다.”라고 한다(한수용, 같은 책, 184쪽).

결국 선거의 헌법적 의미를 제대로 구현하기 위한 선거의 자유는 국민 누구나 선거의 장에서 자신의 정치적 의사를 표출할 수 있는 길을 열어놓은 가운데 균등한 조건에서 다양한 견해의 자유로운 경쟁이 이루어지도록 하는 것이고, 이로써 선거의 공정성 확보라는 수단을 통해 선거의 자유가 실질적으로 보장되는 것이다. 이와 달리 선거의 자유와 선거의 공정성을 대립하는 헌법적 요청이나 법익으로 이해하면서 그 우열관계에 따라 어느 일방을 다른 일방에 우선한다든지, 영향판단을 통해 기계적으로 균형점을 찾으려고 시도하는 것은 선거의 자유의 실질적 의미를 제대로 구현하는 것으로 보기 어렵다.²³⁾

헌법재판소는 ‘선거의 공정성이란 국민의 선거의 자유와 선거운동 등에 있어서의 기회의 균등이 담보되는 것을 의미하므로, 선거의 공정성 없이는 진정한 의미에서의 선거의 자유도 선거운동 등의 기회균등도 보장되지 아니한다고 할 수 있다. 선거에 있어서 유권자에게 전달되는 정치적 정보나 의견이 허위 또는 왜곡되거나 균형을 잃은 경우에는, 유권자가 올바른 선택을 할 수 없게 되어 민의를 왜곡하는 결과를 초래하게 되므로 선거제도의 본래적 기능과 대의민주주의의 본질이 훼손된다 할 것이다. 따라서 대의민주주의에서 후보자나 정당 등에 관한 정치적 정보 및 의견을 자유롭게 발표하고 교환하는 것을 내용으로 하는 선거운동 등 정치적 표현의 자유는 선거의 공정성을 전제로 인정되는 것이며, 선거의 공정성은 그러한 자유의 한정원리로 기능할 수 있다.’고 하고,²⁴⁾ ‘우리 헌법 제116조 제1항은 선거의 공정성을 보장하면서 선거운동의 한계에 관하여 법률로 정할 수 있다고 규정하여 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 그 제한이 과도하여 선거권 및 피선거권의 행사나 선거의 기능을 지나치게 제약하거나 왜곡하여서는 안 되고 기본권보장의 헌법이념과 헌법상의 제반원칙에 합치되도록 최대한 보장되어야 하나, 선거운동 등 정치적 표현의 자유가 선거의 공정성을 훼손할 경우에는 이를 제한하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있다 할 것이다.’고 판시하여,²⁵⁾ 선거의 공정성이 선거의 자유와 그 내용으로서 선거운동의 자유를 보장하는 수단임을 한

23) 이에 반해 정종섭 교수는 “선거운동의 제한은 대의원리에 따른 법리적 귀결이고, 이는 선거운동의 관리의 한 내용이다. 대의제도의 기능을 정상적으로 유지하고 국민으로 하여금 대표자를 올바르게 선출할 수 있게 하기 위해서는 선거에서의 평온과 공정이 요구되는데, 선거제도의 본래적 기능과 선거권 행사의 평온과 공정이라는 가치보다 후보자의 당선을 위한 활동의 자유가 우선할 수는 없다.”라고 한다(정종섭, 앞의 책, 1388쪽). 이와 같은 취지로는 송석운·황성기·김도협·김주영, 『선거운동의 자유와 선거의 공정성』, 헌법재판소, 2011, 81쪽 이하 참조.

24) 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등 결정; 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163 결정.

25) 헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17등 결정; 헌재 2015. 4. 30. 2011헌바163 결정.

편으로 분명히 하고 있지만, 다른 한편으로 선거의 공정성이 선거의 자유에 대응하여 선거운동의 자유에 대한 제한을 정당화하는 헌법적 지위를 갖는 정당화 사유로서 기능할 수 있는 여지도 아울러 남겨두고 있다.

나. 선거의 공정성의 내용으로 자유로운 선택권과 기회균등

(1) 자유로운 선택권의 보장과 선거의 공정성

선거에서 선거인의 자유로운 선택권을 보장하려면 선거과정에서 후보자에 대한 올바른 정보가 전달되어야 한다. 올바른 정보에 근거한 판단자료를 가진 선거인만이 자유로운 선택권을 행사할 수 있다. 관권선거, 금권선거, 흑색선전 등에 의해 왜곡된 선거는 선거인의 자유로운 선택을 방해하는 것으로 이와 같은 방식의 선거운동은 선거의 공정성을 위해 제한되거나 금지되어야 할 것이다. 그러나 선거의 공정성이란 명목으로 자유로운 선택권을 방해하는 일체의 요소를 제거하는 것은 불가능하며, 이는 오히려 과도하게 선거운동의 자유를 제한하는 결과를 초래할 수 있다. 선거과정에서 후보자와 정당은 당선을 위해 경쟁 후보자나 선거인을 향해 다소 과장되고 선동적인 표현을 하는 것이 일반적이고, 평균적인 선거인 역시 이를 충분히 감안하여 투표의사를 형성하고 결정한다. 과장되고 선동적인 정보는 실제 표로 연결되지 않으며, 실제 표로 연결될 위험을 방지하기 위해 선거운동을 제한하는 것은 오히려 선거인의 자유로운 선택을 방해할 뿐 선거의 자유를 확보하기 위한 수단으로서 선거의 공정성의 요청에도 부합하지 아니한다. 선거를 공정하게 관리해야 할 국가가 중립을 지키지 않고 선거에 개입하여 허위의 사실을 유포하는 등 정보를 조작하거나, 사회적·경제적 지위를 이용하여 투표행위를 강제하거나 압력을 행사하는 등 사인의 행위를 통해 선거인의 자유로운 선택이 명백하게 제한되는 경우에 비로소 선거의 공정성 확보를 위해 선거운동의 자유에 대한 제한이 정당화될 수 있을 것이다.²⁶⁾²⁷⁾

나아가 선거의 공정성을 위하여 광범위하게 선거운동의 자유를 제한하는 경

26) 강태수, 앞의 글, 14쪽 참조.

27) 국가기관의 선거개입과 국가기관이 아닌 사인의 선거개입을 구분하여, 전자는 원칙적으로 금지되는데 반해, 후자의 경우 언론의 자유, 결사의 자유 등에 의하여 보호되기 때문에 위법성의 기준을 설정하는 것이 더욱 까다롭다는 독일의 견해를 소개한 것으로는 방승주, “헌법 제41조”, 『헌법주석서III』(법제처, 2010), 84쪽 참조.

그러한 취지에서 독일연방헌법재판소가 ‘가령 해고를 통한 위협이나, 사민당(SPD)이 승리한 경우 기존 투자도 취소하고 새로운 직원도 채용하지 않겠다.’고 하는 기업의 통지에 대해 불법적 선거개입으로 판단하지 아니한다고 한다.[방승주, 같은 글, 84쪽 각주 77) 참조].

우 선거에 관한 의견과 정보의 소통을 막아 선거에 영향을 미치는 정보의 유입을 차단하게 된다. 선거과정에서 자유로운 의견과 정보의 소통 및 경쟁을 통해 선거인에게 자유로운 선택권을 보장함으로써 국민의 의사가 대의기관의 구성에 그대로 반영되도록 하는 것이 선거의 자유와 이를 보장하는 수단으로서 선거의 공정성의 헌법적 의미라고 할 것인데, 선거의 공정성을 근거로 선거운동의 자유를 광범위하게 제한하게 된다면 선거인은 부족한 의견과 정보만을 자료로 하여 확신 없이 잘못된 선택의 위험을 감수하고 투표행위를 할 수밖에 없을 것이다.²⁸⁾

또한 오늘날과 같이 다원화된 사회에서 선거인이 선거를 통해 대표자를 선택함에 있어서는 가능한 한 많은 정보와 의견의 교환을 통해 충분한 판단자료를 수집할 필요성이 매우 크다. 판단자료가 부족할수록 정치신인이나 신생정당에게 불리한 경우가 많을 것이고, 의사소통이 제한되는 경우 그 효과가 어떤 후보자에게는 이익으로, 다른 후보자에게는 불이익하게 나타날 수 있어 후보자들 간의 상대적인 기회균등도 확보되지 않을 위험이 크다.²⁹⁾

결국 선거인에 대한 충분한 의견과 정보의 전달은 선거인의 자유로운 선택권을 보장하는 수단으로서 선거의 공정성의 필수적 요소이며, 충분한 의견과 정보의 전달이 차단되거나 제한되는 경우에는 선거의 공정성을 저해하고 이로써 궁극적으로 선거의 자유도 유명무실하게 될 것이 명백하다.³⁰⁾

(2) 기회균등과 선거의 공정성

선거인의 자유로운 선택권의 행사는 선거에서 경쟁하는 후보자나 정당이 선거운동을 통해 균등하게 경쟁할 수 있는 가능성이 보장되어야 한다.³¹⁾ 선거운동의 과정에서 경쟁하는 후보자나 정당 간에 균등한 기회가 제공되지 않는다면 결과적으로 선거인은 제한된 정보만을 판단자료로 하여 투표의사를 형성·결정할

28) 윤영미, 앞의 글, 589쪽 참조.

윤영미 교수는 이러한 취지에서 “선거운동의 기회균등은 유권자를 위한 판단자료를 제공하는 적극적인 요소가 아니라 판단의 착오를 줄일 수 있는 하나의 소극적인 요소가 될 수 있을 뿐이다.”라고 한다. 그리고 “선거의 공정성이 후보자들 사이의 상대적인 홍보기회의 균등을 보장하는 수단만으로 확보된다고 보거나 혹은 이러한 소극적 요소의 상대적 비중을 과대평가한다면 이는 일반적인 ‘공정성’의 의미와 일치하지 않는 것이고 오히려 그 의미를 왜곡시키는 것이다.”라고 하여 선거의 기회균등과 공정성의 요청이 입법자에게 적극적으로 입법의 방향이나 지침을 제공하는 것이 아니라 정보의 심각한 왜곡행위나 허위정보의 전달 등 선거인의 자유로운 결정권이 왜곡될 위험이 명백한 경우 예외적인 개입의 근거가 될 수 있음을 강조하고 있다.

29) 윤영미, 위의 글, 590쪽.

30) 윤영미, 위의 글, 590-591쪽 참조.

31) 강태수, 앞의 글, 14쪽 참조.

수밖에 없기 때문이다. 그러나 선거운동의 기회균등을 보장하기 위하여 엄격하게 선거운동을 관리하여 선거에서 유통되는 정보와 의견을 사전에 억제하고 축소하는 것을 기회균등이라고 할 수는 없다. 이로써 후보자나 정당 간의 형식적이고 하향적인 기회균등은 보장될 수 있을 것이지만, 선거인의 자유로운 선택을 가능하게 하는 의견과 정보의 부족으로 이어져 결국 선거의 공정성을 통해 보장하려는 선거의 자유는 지켜지지 않을 것이기 때문이다.

결국 선거의 공정성을 확보하기 위해서는 정당이나 정치인, 그리고 선거인으로서 일반국민의 일상적인 정치적 표현의 자유와 선거과정에서 선거운동의 자유가 우선적으로 충분하게 보장되어야 하며, 이를 통해 누구나 자유롭게 평등하게 정치에 참여할 수 있고 일상이나 선거과정에서 공개적이고 자유롭게 투표의사를 형성하고 결정할 수 있다면 따로 선거운동에 대한 제한 없이도 선거의 공정성은 저절로 확보될 것이다. 선거공영제와 선거자금에 대한 합리적인 규제를 통해 공권력이나 자금력 등 선거의 본질과 무관한 사유에 의한 기회의 격차를 해소하는 것이 선거의 공정성을 확보하는 정상적인 방법이다.³²⁾

다. 선거의 공정성의 체계적 지위와 기능에 대한 관견(管見)

선거의 공정성의 요청은 그 자체로 선거운동에 대한 제한을 정당화하는 목적일 수 없다. 선거인과 후보자의 기회균등이 완벽하게 이루어지고, 선거운동이 선거기간이든 아니든 일상적으로 완벽하게 통제되고 관리되어 허용되는 행위와 금지·처벌되는 행위를 통해 선거의 평온과 후보자 간의 기회균등을 보장하는 것은 선거의 공정성을 통해 실현하려는 선거의 자유를 위한 필요조건이기는 하다. 그러나 이와 같이 엄격하게 통제·관리되어 선거과정으로 유입되는 후보자나 정당에 대한 정보와 후보자와 선거인 간의 의사소통이 차단되는 경우에는 선거인의 투표의사 형성과 결정에 필요한 판단자료의 부족으로 선거의 자유의 본질적 내용으로서 자유로운 선택권이 보장되기 어렵다. 후보자 간의 엄격한 기회균등의 보장 역시 이미 출발부터 다른 기성정치인과 신진정치인 간의 기회의 차별을 가져오고, 이로 인한 판단자료의 왜곡과 부족은 기회의 차별을 더욱 심화시키는 요인으로 작동하여 선거의 자유를 심각하게 훼손하는 결과에 이르게 된다.

선거의 공정성은 대의제도를 실현하는 불가결의 제도적 장치로서 선거가 국민의 의사를 대의기관의 구성에 왜곡 없이 반영되도록 하는 수단으로서 의미

32) 윤영미, 앞의 글, 594쪽 참조.

와 기능을 가진다고 보아야 한다. 이를 넘어 선거의 공정성을 선거의 자유와 함께 선거제도에 관한 입법형성권을 지도하는 독자적인 헌법적 지침이자 한계로 이해하는 것은 선거의 자유와 선거의 공정성의 관계에 대한 혼동에서 비롯하는 것이다.

Ⅲ. 선거운동의 개념정의를 통한 선거운동의 자유에 대한 제한의 구조와 정도

1. 선거운동의 개념정의와 이로 인한 선거운동의 자유에 대한 제한의 구조

공직선거법 제58조 제2항은 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 하여 기본권으로서 선거운동의 자유와 선거와 관련한 부정을 방지하기 위하여 선거운동의 자유에 대한 제한의 가능성을 확인하고 있다.³³⁾³⁴⁾ 그리고 같은 조 제1항은 선거운동의 개념을 선거에 관한 단순한 의견개진이나 입후보 또는 선거운동의 준비행위 등을 넘어서는 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 정의하고, 제59조에서는 예비후보자의 선거운동, 문자메시지 전송, 홈페이지나 전자우편을 통한 선거운동 등을 제외하고 선거운동은 “선거기간 개시일부터 선거일 전일까지”에 한하여 할 수 있도록 규정하여 선거운동기간의 제한과 함께 사전선거운동을 금지하고 있다. 또한 제33조에서는 대통령선거(23일)를 제외한 공직선거의 선거기간을 14일로 정하고, 제254조 제2항은 “선거운동기간 전에 이 법에 규정된 방법을 제외하고 … 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.”라고 하여 사전선거운동에 대한 형사처벌을 규정하고 있다.

일반적으로 선거운동은 선거인과 후보자 및 정당, 그리고 그 지지자들이 특정 후보자나 정당에게 투표를 하도록 하거나 하지 않도록 선거인을 설득 또는 유

33) 공직선거법 제1조(목적) 이 법은 「대한민국헌법」과 「지방자치법」에 의한 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 한다.

34) 따라서 공직선거법 제58조 제2항은 헌법 제21조, 제24조 등에 근거한 선거운동의 자유와 기본권 제한을 위한 일반적 법률유보조항으로 헌법 제37조 제2항, 제116조 제1항을 확인하는 성격을 갖는다.

도하는 것을 목적으로 하는 일체의 행위를 의미한다.³⁵⁾ 이와 같이 특정 선거와 관련하여 선거인이나 후보자 또는 정당이 행하는 당선을 목적으로 하는 일체의 정치활동을 선거운동으로 이해한다면 굳이 공직선거법에서 선거운동에 관한 정의규정을 둘 필요나 실익을 발견하기 어려울 것이다. 그러나 공직선거법에서 선거운동의 개념을 다소 포괄적·추상적으로라도 정의하고 있는 것은 선거기간을 설정하는 본래의 입법취지³⁶⁾와는 달리, 제59조, 제254조 제2항에서 선거기간을 기준으로 선거운동기간을 설정함으로써 사전선거운동을 금지하고 이를 형사처벌하는 것에서 기인한다.

그 결과 공직선거법에서 선거운동의 개념을 정의하지 않거나 정의하더라도 선거과정에서 당선을 목적으로 하는 정치적 표현행위 등으로 포괄적이고 광범위하게 정의한다면, 사전선거운동으로 금지·처벌되는 선거운동의 범위가 규범 자체로 확정되지 않아 선거인이나 후보자로서는 선거기간 전에 허용되는 행위와 금지되는 행위를 전혀 구별할 수 없게 되고, 선거관리당국에게는 자의적인 법 해석과 집행을 허용하는 결과가 될 것이다. 반대로 공직선거법에서 선거운동의 개념을 죄형법정주의원칙의 요청에 따라 명확하고 구체적으로 정의하게 되면, 사전선거운동으로 금지되는 행위는 명확하게 한정되지만 사전선거운동금지의 입법취지가 제대로 실현되지 못하는 문제를 초래하고, 그와 함께 선거기간에 허용되는 선거운동의 범위 역시 지나치게 협소해지는 결과 오히려 선거운동이 본격화되고 집

35) 한수용, 앞의 책, 182-183쪽.

유권자들이 투표장에 가서 자신에게 투표하도록 설득하는 후보자 또는 그의 지지자들의 활동을 총칭해서 선거운동으로 정의하는 견해도 있는데, 이 역시 특정 선거를 전제로 유권자들의 투표행위를 유리한 방향으로 유도하는 일체의 정치활동을 의미하는 것으로 이해할 수 있다(송석운·황성기·김도협·김주영, 앞의 책, 68쪽 참조). 더욱 넓게는 선거과정에서 참여행위는 선거과정에서의 정치적 표현행위로 나타나고, 선거운동에서 정치적 표현행위는 곧 선거운동으로 구현되는데, 현행 공직선거법은 선거과정에서의 정치적 표현행위를 사실상 선거운동으로 포섭시킴으로써...선거운동에 대한 규제가 곧 선거과정에서의 정치적 표현행위에 대한 규제로 작동하도록 하고 있는 특징을 보유하고 있다고 한다(송석운·황성기·김도협·김주영, 같은 책, 67쪽 참조).

36) 선거기간의 개념을 법정하는 것은 선거 직전의 일정 불변기간을 정하여 그 기간 동안의 선거관련 각종 행위와 행동을 일률적으로 규율하기 위한 행정상의 필요에 따른 것이다(정병욱, 『공직선거법』, 박영사, 2006, 73쪽). 선거기간을 설정한 입법례도 일부 있지만 설정하지 않은 경우가 대부분이다. 그러나 선거기간을 설정하더라도 선거기간 전에 선거운동이 허용되지 않는 것은 아니다. 단지 선거기간에 선거운동이 본격화되고 집중되므로 선거방송시간의 배정 등 특별한 행정목적은 위하여 선거기간을 설정하는 것이 선거기간 설정의 취지라고 할 수 있다(송석운·황성기·김도협·김주영, 앞의 책, 104-105쪽 참조)

프랑스의 경우 선거일과 선거기간, 선거운동기간을 법정하고 있지만, 이 역시 포괄적으로 선거기간 전의 선거운동을 일괄 금지하는 것이 아니라 선거일 전 3개월 전, 6개월 전을 단위로 단체를 조직하거나 운영하기 위한 광고금지 등 특정 선거방법을 제한하고 있다고 한다. 이에 대해서는 김일환·홍석한, “선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰”, 『미국헌법연구』 제25권 제1호(미국헌법학회, 2014), 56쪽 참조.

중되는 선거기간에 선거운동의 자유가 과잉으로 제한되는 문제가 발생하게 된다.³⁷⁾

어떻든 공직선거법에서 선거운동기간의 설정과 함께 사전선거운동을 금지·처벌함으로써 입법자는 선거운동의 개념을 정의하지 않을 수 없게 되었고, 그에 따라 제58조 제1항에서 선거운동의 개념을 적극적으로 정의함으로써 선거운동의 자유에 대한 제한의 정당성 문제와 함께 선거운동기간 전에 허용되는 통상적인 정치활동과 금지되는 선거운동을 명확하게 구별하여 그 영역을 획정하여야 할 해석상의 필요성이 법리적·실무적으로 매우 중요한 의미를 가지게 되었다.³⁸⁾

2. 선거운동에 대한 개념정의에 따른 선거운동의 자유에 대한 제한의 정도

선거운동의 개념정의와 선거운동기간의 설정 및 사전선거운동의 금지·처벌을 정한 위 공직선거법 조항들을 종합하여 보면, 선거운동의 개념을 통해 선거운동기간 전에 허용되는 일상적인 정치활동과 금지·처벌되는 사전선거운동이 준별된다. 그런데 현행 공직선거법과 같이 선거운동의 개념이 다소 포괄적·추상적이고, 허용되는 선거운동기간이 13일로 매우 짧은 경우 그 기본권 제한의 효과는 매우 무겁고 심각하게 나타난다. 모든 국민은 선거운동기간 전에는 특정선거와 관련되지만 하면 일체의 정치적 의사표현행위를 할 수 없고, 13일의 선거운동기간에만 비로소 선거운동의 개념에 포섭되는 범위에서 공직선거법에서 제한하거나 금지하지 않는 방법으로 선거운동을 할 수 있게 된다. 따라서 이들 공직선거법 조항은 헌법상 보장되는 기본권으로서 선거운동의 자유를 사실상 특정 선거의 선거일부터 차기 선거의 선거운동기간 개시 전일까지 전면적·일률적으로 금지하고, 대통령선거가 아닌 한 선거일 전 13일 동안에만 선거운동을 허용하는 결과가 된다.

이러한 결과는 형식적으로는 선거운동에 대한 시간적 제한에 해당하지만, 실제 기본권 제한의 효과는 국민의 일상적인 정치활동과 선거와 관련한 정치적 및 정당의 통상적인 정치활동 및 정당활동을 포괄적으로 제약하는 것으로 선거운

37) 물론 후자의 문제는 사전선거운동금지 자체에서 초래되는 것으로 전자에 비할 정도의 문제는 아니다.

38) 선거운동기간에 관한 규정이 없는 대부분의 서구의 국가에서는 선거운동과 선거운동이 아닌 행위를 구별해야 할 실익이 없고, 다른 한편으로는 선거운동의 개념을 정의한다는 것이 국민의 선거운동의 자유를 제한하는 결과를 가져올 수 있으므로 법률로써 선거운동의 개념을 정의하고 있지 않는다고 한다. 한수용, 앞의 책, 183쪽 참조.

동의 자유를 사실상 전면적으로 박탈하는 정도에 이르는 기본권 제한의 효과를 가진다고 할 것이다.³⁹⁾

이에 더하여 공직선거법 제7장에서 정하는 각종 선거운동의 주체, 방법 등에 대한 제한과 제255조, 제256조가 정하는 선거운동제한의 위반에 대한 처벌, 그리고 누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그밖에 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없도록 하고(제93조 제1항), 선거일전 90일부터 선거일까지는 정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진 그 밖의 물품을 광고할 수 없을 뿐 아니라 방송·신문·잡지 기타의 광고에도 출연할 수 없도록 하며(같은 조 제2항), 선거일전 90일부터 선거일까지 후보자와 관련 있는 저서의 출판 기념회를 개최할 수 없다(제103조 제5항)고 규정함으로써, 선거운동에까지 이르지 않더라도 선거에 영향을 미칠 목적이거나 미칠 가능성이 있는 행위마저 선거운동에 대한 탈법행위라는 명목으로 이를 제한하고 있다.⁴⁰⁾

이들 공직선거법 조항을 모두 종합하여 보면, 공직선거법이 헌법에 근거하여 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함을 목적으로 하며(제1조), 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다(제58조 제2항)고 천명하고 있지만, 실제로는 사전선거운동금지 및 선거운동 개념을 정한 것을 통하여 공직선거법이 선거운동의 자유에 대한 원칙적인 제한(금지)과 예외적인 보장을 내용으로 하고 있다고 해석할 수 있는 규범적 단초를 제공하고 있다.

39) 같은 취지로는 박종보, “헌법 제114조 및 제115조 -선거관리위원회의 조직 및 권한-”, 『헌법주석서IV』(법제처, 2010), 377쪽; 송석운, 『헌법과 정치』, 경인문화사, 2007, 259쪽; 한수웅, 앞의 책, 186쪽 등 참조.

40) 공직선거법 제93조 제1항에 의한 선거운동의 자유에 대한 제한의 위헌성과 관련하여 자세한 것은 윤영미, 앞의 글, 594-607쪽 참조.

IV. 사전선거운동 금지 및 처벌 조항의 구성요건으로서 선거운동의 개념과 범위

1. 선거운동의 개념과 범위

선거운동의 개념을 정한 공직선거법 제58조 제1항이 사전선거운동 금지 및 처벌을 정한 공직선거법 조항의 구성요건으로 기능하면서, 선거기간 전에 금지되는 선거운동과 허용되는 정치활동을 구별하는 것은 사전선거운동금지 위반죄의 처벌 범위와 관련하여 매우 중요한 의미를 가진다.

사전선거운동으로 기소되어 재판을 받는 경우 공소사실이 선거운동에 해당하는지 여부가 처벌여부의 관건이고, 공직선거법상 선거운동에 대한 규제나 처벌을 정한 조항들 역시 대부분 ‘선거운동을 목적’으로 하거나 ‘선거운동에 해당’하는 것을 전제로 한다. 예를 들어 공직선거법 제255조 제1항 제13호⁴¹⁾에 의하여 처벌의 대상이 되는 제89조 제1항⁴²⁾의 유사기관설치행위 역시 ‘선거운동을 목적’ 유무가 금지되는 유사기관인지 여부를 판단하는 전제가 된다.⁴³⁾

선거운동의 개념은 선거운동의 자유를 제한하는 입법에 대한 위헌심사에서 핵심적인 쟁점이다. 선거운동의 개념을 정한 공직선거법 제58조 제1항의 명확성원칙(또는 죄형법정주의의 명확성원칙) 위배 여부와 관련하여 위 조항의 해석을 통하여 행정청과 법원의 자의적인 적용을 배제하는 객관적인 해석기준을 얻는

41) 제255조(부정선거운동죄)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다.

13. 제89조(유사기관의 설치금지) 제1항 본문의 규정에 위반하여 유사기관을 설립·설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용한 자

42) 제89조(유사기관의 설치금지)

① 누구든지 제61조 제1항·제2항에 따른 선거사무소, 선거연락소 및 선거대책기구 외에는 후보자 또는 후보자가 되려는 사람을 위하여 선거추진위원회·후원회·연구소·상담소 또는 휴게소 기타 명칭의 여하를 불문하고 이와 유사한 기관·단체·조직 또는 시설을 새로이 설립 또는 설치하거나 기존의 기관·단체·조직 또는 시설을 이용할 수 없다. 다만, 후보자 또는 예비후보자의 선거사무소에 설치되는 1개의 선거대책기구 및 「정치자금법」에 의한 후원회는 그러하지 아니하다.

43) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013도10896 판결 등 참조.

(공직선거법 제89조 제1항은) “...후보자 간 선거운동기구의 형평성을 유지하고, 각종 형태의 선거운동기구의 난립으로 인한 과열경쟁 및 낭비를 방지하고자 하는 데 입법 취지가 있다 할 것이므로, 어떠한 기관·단체·조직 또는 시설이 위 금지규정에 위반되는지 여부는 그것이 선거운동을 목적으로 설치된 것으로서 적법한 선거사무소나 선거연락소와 유사한 활동이나 기능을 하는 것에 해당하는지 여부에 의하여 결정된다 할 것이다.”

것이 가능한지 여부를 판단하여야 하고, 이로써 확정된 선거운동의 개념을 전제로 하여 특정 선거운동의 방법 등에 대한 제한의 정당성 유무를 판단하게 된다. 따라서 선거운동의 개념과 그 범위를 확정하는 것은 공직선거법의 적용범위와 아울러 선거운동에 대한 규제나 제한에 대한 해석·적용의 출발점이라 할 수 있다.

2. 선거운동의 개념 및 범위와 관련한 헌법재판소의 판례

가. 헌법재판소는 사전선거운동금지와 선거운동의 주체를 제한한 구 대통령선거법 제34조와 제36조 제1항의 위헌 여부를 판단하면서, 선거운동의 개념을 정의한 위 법 제33조가 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.⁴⁴⁾

법 제33조는 선거운동을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 정의하고, 선거에 관한 단순한 의견의 개진, 입후보를 위한 준비행위 및 선거운동을 위한 준비행위와 정당의 통상적인 활동은 선거운동이 아니라고 규정하고 있다. … 위 법률조항들의 입법목적, 법에 규정된 선거운동 규제조항의 전체적 구조 등을 고려하면 선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있다. 즉, 단순한 의견개진 등과 구별되는 가별적 행위로서의 선거운동의 표지로 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다 할 것이다. 선거운동을 위와 같이 풀이한다면 법률적용자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동과 단순한 의견개진을 구분할 수 있을 것이므로 이른바 공정한 고지의 기능도 다할 수 있게 된다.

아울러 헌법재판소는 위의 선거운동 개념에 근거하여 위 법 제34조의 사전선거운동금지의 위헌 여부에 대해서도 ‘기간의 제한 없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자간의 오랜 기간 동안의 지나친 경쟁으로 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 … 후보자간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니

44) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등 결정.

라 후보자간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있다.’는 점을 지적하면서 ‘선거운동의 기간제한은 각 나라의 정치적 수준과 선거행태, 국민들의 선거의식과도 함수관계에 있 … 우리나라는 반세기 가까이 수많은 선거를 치러 왔으면서도 아직껏 우리가 바라는 이상적인 선거풍토를 이룩하지 못하고 금권, 관권 및 폭력에 의한 부정, 과열선거가 항상 문제되어 왔다. 이러한 상황 아래 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다.’는 이유로 선거운동의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다.⁴⁵⁾

나. 한편, 대통령이 기자회견을 통해 한 총선관련 여당 지지발언을 한 것이 선거운동에 해당하는지 여부와 관련하여 헌법재판소는, “단기의 선거운동기간 중에만 선거운동을 허용하면서 그에 대해서도 선거운동의 주체 및 방법 등에 따른 다양한 규제를 가하고 있는 현행 공선법에서 선거운동의 개념을 너무 포괄적으로 파악하는 것은 국민의 정치적 활동의 자유가 그만큼 더욱 위축된다는 것을 의미한다.”라는 점을 강조하고, “구체적 행위의 태양, 즉 발언의 시기, 내용, 장소, 상황 등을 종합적으로 고려하여 무엇보다도 기자회견 등의 기회를 이용하여 선거운동을 하고자 하는 상당한 정도의 목적의지가 인정될 수 있는지의 여부를 개별적으로 판단”해야 한다고 하면서, “여기서 발언의 능동성 및 계획성은 ‘목적의지’를 인식하는 중요한 기준으로 작용하는데, 이 사건의 경우 발언의 시기가 비록 임박한 2004. 4. 15.의 국회의원선거와 시간적인 밀접한 연관성을 가지고 있으나, 발언의 내용과 발언이 행해진 구체적 상황에 있어서, 문제되는 대통령의 발언들은 기자회견에서 기자의 질문에 대한 답변의 형식으로 수동적이고 비계획적으로 행해진 점을 감안한다면, 대통령의 발언에 선거운동을 향한 능동적 요소와 계획적 요소를 인정할 수 없고, 이에 따라 선거운동의 성격을 인정할 정도로 상당한 목적의지가 있다고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.⁴⁶⁾

이 사건에서 헌법재판소는 선거운동에 대한 종래의 해석을 유지하면서도, 사전선거운동금지를 통해 국민의 정치적 활동의 자유가 위축될 수 있음을 인식하여 당선을 위한 행위의 목적성을 인식하는 중요한 기준으로서 행위의 능동성 및 계획성을 엄격하게 판단함으로써 선거운동의 개념을 좁히는 시도를 한 것으로 평

45) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등 결정

46) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 결정.

가할 수 있다.

다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 거의 동일한 내용으로 사전선거운동금지를 규정한 공직선거법 제59조에 대해서도 제58조 제1항의 선거운동 개념을 전제로 선거운동의 자유를 침해하지 않는다고 계속하여 판단하여 왔다.⁴⁷⁾

헌법재판소는 선거운동을 정의한 공직선거법 제58조 제1항의 명확성원칙 위배 여부와 관련하여 위 조항에 대한 대법원의 해석을 거의 그대로 원용하면서 선거운동의 표지로 ‘당선 내지 득표에의 목적성’, ‘목적성의 객관적 인식가능성’, ‘능동성 및 계획성’의 요소를 제시하고, 이로써 자의적인 해석과 공정한 고지의 기능을 할 수 있다는 이유로 죄형법정주의원칙이 요구하는 명확성원칙에 위배되지 않는다고 결정이유를 밝히고 있을 뿐이다.

이러한 논증만으로 헌법재판소의 기대처럼 공직선거법상 선거운동의 개념이 법원 등 법적용기관으로 하여금 자의적인 해석을 방지하고 일반국민에게 공정한 고지의 기능을 다하였다고 할 정도로 객관적이고 명확한 해석기준을 제시하였는지는 의문이다. 그 후 끊임없이 제기되는 선거운동의 개념과 범위를 둘러싼 학계의 논쟁과 후술하는 대법원의 판례변경은 이와 같은 의문을 반증하고 있다.

3. 선거운동의 개념과 관련한 종전 대법원 해석과 문제점

대법원은 공직선거법 제58조 제1항의 선거운동 개념을 “특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말한다.”라고 해석하여⁴⁸⁾ 선거운동의 범위를 구체화하였는데, 이로써 선거운동에 해당하기 위해서는, ①특정한 선거에서, 특정한 후보자(또는 정당)를 위하여(특정성), ②당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 인정되는(목적성), ③능동성 및 계획성을 가진 행위(능동성·계획성)라는 표지를 갖출 것이 요

47) 헌재 1995. 11. 30. 94헌마97 결정; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121등 결정; 헌재 2001. 12. 20. 2000헌바 96 결정; 헌재 2005. 9. 29. 2004헌바52등 결정 참조. 그리고 사전선거운동금지를 전제로 일정한 방법의 사전선거운동을 허용해 달라는 취지의 사건(헌재 2010. 6. 24. 2008헌바169 결정), 공직선거 외의 선거에서 사전선거운동금지를 정한 조항(공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제24조)에 대해서도 동일한 이유를 들어 합헌결정을 하였다(헌재 2017. 7. 27. 2016헌바372 결정).

48) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도2014 판결; 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도3468 판결; 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도10451 판결 등 참조.

구되었다.⁴⁹⁾

대법원은 이 같이 선거운동의 개념을 열거적·제한적 표지를 통해 제시하면 서도, 구체적인 사건에서 사회통념상 장래의 일정한 시기에 선거가 있을 것이라는 사실을 인식할 수 있을 정도면 선거가 특정되었다고 볼 수 있고,⁵⁰⁾ 장래 입후보할 것을 예정하면 족하고 확정적 결의까지 요구하는 것은 아니며,⁵¹⁾ 당선가능성의 유무와는 무관하게 당선을 목적으로 하여 행해지는 이상 당선을 위한 직접적이거나 간접적인 행위를 불문하고,⁵²⁾ 직접적인 투표매수행위를 비롯하여 행위자의 의사, 그 행위의 시기, 내용, 방법, 대상, 범위, 태양 기타 사회상규 등을 종합적으로 고려하며, 행위의 대상도 선거인을 향해있으면 선거운동에 해당된다고 판시함으로써⁵³⁾ 선거운동의 개념표지를 판례를 통해 계속하여 확장하여 왔다.⁵⁴⁾

한편, 선거운동과 선거운동에 대한 단순한 의견개진, 정당의 후보자추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시 등 공직선거법 제58조 제1항에서 선거운동으로 보지 않는다고 명시하고 있는 행위를 구별하는 것도 매우 어렵다. 선거에 관한 의견개진이나 후보자추천에 관한 지지·반대의 의견표시 역시 표현의 자유가 보장하는 다른 의견의 표명과 마찬가지로 타인에 대한 영향력 행사의 가능성을 전제로 하는데, 선거나 후보자추천에 대한 의견개진 역시 선거인에게 영향력을 행사하고자 하는 일체의 시도를 의미하는 것으로 그 자체로 선거운동의 본질을 가지며, 이를 ‘단순한’이라는 문구를 통해 선거운동과 구별하는 것은 불가능하기 때문이다.⁵⁵⁾

이와 같이 불분명한 선거운동의 개념으로 인해 선거관리당국이나 실무법조

49) 선거운동의 개념표지와 관련하여 특정 선거, 특정 후보자, 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 행위, 직접 또는 간접의 득표 또는 감표행위를 제시하는 견해(송석운·황성기·김도협·김주영, 앞의 책, 69-70쪽 참조), 특정 선거와 특정한 후보자를 위한 행위, 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 행위, 당선 또는 낙선을 위한 직·간접의 능동적·계획적 행위를 제시하는 견해(강태수, 앞의 글, 16-17쪽 참조), 특정선거와의 관련성, 특정후보자의 당선 또는 낙선을 위한 주관적 목적을 제시하는 견해(고민수, 앞의 글, 35쪽 참조), 선거의 특정, 정당 또는 후보자의 특정, 당선 또는 낙선의 목적을 제시하는 견해(정병욱, 앞의 책, 117-118쪽 참조) 등이 있다.

50) 대법원 1975. 7. 22. 선고 75도1659 판결.

51) 대법원 1975. 7. 22. 선고 75도1659 판결.

52) 정병욱, 위의 책, 117쪽.

53) 대법원 2007. 3. 30. 2006도9043 판결.

54) 선거운동의 개념과 범위에 관한 대법원 판례의 변화에 관해서는 김경호, “‘선거운동’의 정의와 그 범위의 결정에 관한 연구 -대법원 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로-”, 『언론과 법』 제16권 제1호 (한국언론법학회, 2017), 179-183쪽 참조.

55) 한수용, 앞의 책, 187쪽 참조.

인들도 금지되는 선거운동과 허용되는 정치활동을 구별하는 것이 매우 어려운 현실에서, 이를 선거에 참여하는 선거인과 정치인에게 준수할 것을 요구하고 처벌하는 것은 선거운동을 위축·냉각시키는 선거운동의 자유에 심각한 제약을 가져온다고 할 것이다.⁵⁶⁾

4. 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결의 쟁점과 내용

가. 사건의 개요와 쟁점

대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’이라 한다)은 甲, 乙, 丙 등이 ‘미래경제연구포럼’(이하 ‘이 사건 포럼’이라 함)을 설립하고, 이 사건 포럼을 통하여 한 행위가 유사기관설치 및 사전선거운동에 해당하여 공직선거법에 위반되는지 여부가 쟁점이 된 사안이다.⁵⁷⁾

1심 법원은 피고인 甲 등에 대하여 공직선거법위반죄 등으로 징역 8월, 집행유예 2년을 선고하였고,⁵⁸⁾ 항소심 역시 유죄판결을 선고하였다.⁵⁹⁾ 항소심에서 인정한 사실관계는 대상판결에서도 모두 그대로 인정되었다.⁶⁰⁾

처벌근거인 공직선거법 제255조 제1항 제13호(유사기관설치금지), 제89조 제1항 본문과 제254조 제2항(사전선거운동금지)은 모두 ‘선거운동’을 목적으로 하거나 당해 행위 자체가 ‘선거운동’으로 인정될 것을 전제로 하고 있고, 이때 ‘선거운동’은 같은 의미이다. 따라서 선거운동의 의미와 그 범위를 정하는 것이 대상판

56) 강태수, 앞의 글, 17쪽 참조. 이와 같은 경계의 모호로 인해 국민들은 선거에 관한 일체의 발언을 하지 않게 될 것이므로 정치에 대한 무관심이 더욱 가속될 것이라고 한다.

57) 공소제기의 과정은 다음과 같다.

甲은 2012. 4. 11. 실시된 제19대 국회의원선거에서 국회의원 후보로 출마하였다가 낙선하였다. 이후 甲, 乙, 丙 등은 甲을 2014. 6. 4. 실시되는 전국동시지방선거에서 대전시장에 당선시킬 목적으로 이 사건 포럼을 설립하였다. 또한 선거운동기간이 시작되기 전부터 이 사건 포럼 회원들과 함께 甲의 대전시장 당선을 위한 활동을 하였고, 이에 소요되는 경비 및 인건비 등을 甲을 후원하려는 사람들로부터 이 사건 포럼의 특별회비 등의 명목으로 기부 받았다. 이에 대하여 검찰은 2014. 12. 3. 甲, 乙, 丙 등에 대하여 공직선거법 제255조 제1항 제13호와 제89조 제1항 본문 위반(유사기관설치 위반), 같은 법 제254조 제2항 위반(선거운동기간 위반), 정치자금법 제45조 제1항 본문 위반(정치자금부정수수) 등을 이유로 공소를 제기하였다.

58) 대전지방법원 2015. 3. 16. 선고 2014고합367, 466, 487, 488(각 병합) 판결.

59) 대전고등법원 2015. 7. 20. 선고 2015노20 판결.

60) 대상판결의 사건개요 등과 관련해서는 차진아 교수의 아래 논문을 그대로 인용하였다. 차진아, “공직선거법상 선거운동의 개념 등에 대한 대법원의 해석권한의 범위와 한계”. 『법조』 제65권 제9호(법조협회, 2016), 233-234쪽 참조.

결의 쟁점이다.⁶¹⁾

나. 선거운동의 개념과 금지되는 선거운동의 범위를 판단하는 기준

(1) 대상판결의 판시 내용

(가) 선거운동의 개념에 대한 해석방법(엄격해석방법)

선거운동의 자유와 공정 및 기회균등을 꾀하고, 정치인의 통상적인 정치활동을 보장할 필요성, 죄형법정주의원칙에서 파생되는 형벌법규의 엄격해석의 원칙, 공직선거법의 전체적인 체계에서 선거운동이 차지하는 위치 및 다른 개별적 금지규정의 내용 등에 비추어 볼 때, 공직선거법상 선거운동의 의미와 금지되는 선거운동의 범위에 대해서는 엄격해석의 관점에서 판단하여야 한다.⁶²⁾

(나) 선거운동의 개념과 목적의사의 판단기준 및 관점(외부에 표시된 행위를 대상으로, 선거인의 행위 당시 구체적 상황의 관점에서)

선거운동은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위를 말하는데, 이에 해당하는지는 당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단하여야 한다.⁶³⁾ 외부로 표시된 행위로부터 목적의사를 객관적으로 인정할 수 있는지 여부는 관련 국가기관이나 법률전문가의 관점에서 사후적·회고적인 방법이 아니라 일반인, 특히 선거인의 관점에서 그 행위 당시의 구체적인 상황에 기초하여 판단하여야 하므로, 개별적 행위들의 유기적 관계를 치밀하게 분석하거나 법률적 의미와 효과에 치중하기보다는 문제된 행위를 경험한 선거인이 그 행위 당시의 상황에서 그러한 목적의사가 있음을 알 수 있는지를 살펴보아야 한다.

(다) 목적의사 추단근거로서 명백히 객관적인 사정(선거일과의 근접성)

목적의사는 특정한 선거에 출마할 의사를 밝히면서 그에 대한 지지를 부탁

61) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.

62) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.

63) 따라서 그 행위가 당시의 상황에서 객관적으로 보아 그와 같은 목적의사를 실현하려는 행위로 인정되지 않음에도 그 행위자가 주관적으로 선거를 염두에 두고 있었다거나, 결과적으로 그 행위가 단순히 선거에 영향을 미친다거나 또는 당선이나 낙선을 도모하는 데 필요하거나 유리하다고 하여 선거운동에 해당한다고 할 수 없다.

하는 등의 명시적인 방법뿐만 아니라 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거에서 당선이나 낙선을 도모하려는 목적의사를 쉽게 추단할 수 있을 정도에 이른 경우에도 이를 인정할 수 있을 것이다. 목적의사가 있다고 추단하려면, 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다거나 선거에 관한 사항을 동기로 하였다든 사정만으로는 부족하고 특정 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 한다. 특히, 공직선거법이 선거일과의 시간적 간격에 따라 특정한 행위에 대한 규율을 달리하고 있는 점과 문제가 된 행위가 이루어진 시기에 따라 동일한 행위라도 선거인의 관점에서는 선거와의 관련성이 달리 인식될 수 있는 점 등에 비추어, 그 행위를 한 시기가 선거일에 가까우면 가까울수록 명시적인 표현 없이도 다른 객관적 사정을 통하여 당해 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사가 있다고 인정할 수 있겠으나, 선거가 실시되기 오래전에 행해져서 시간적으로 멀리 떨어진 행위라면 단순히 선거와의 관련성을 추측할 수 있다는 것만으로 당해 선거에서의 당락을 도모하는 의사가 표시된 것으로 인정될 수는 없다.

(라) 통상적인 정치활동과 선거운동의 구별

정치인이 일상적인 사회활동과 통상적인 정치활동의 일환으로 선거인과 접촉하여 자신의 인격에 대한 공감과 정치적 식견에 대한 찬성과 동의를 구하는 한편, 그들의 의견을 청취·수용하여 지지를 받을 수 있는 정책을 구상·수립하는 과정을 통하여 이른바 인지도와 긍정적 이미지를 제고하여 정치적 기반을 다지는 행위가 “특정한 선거를 목표로 하여 그 선거에서 특정인의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 표시된 것으로 인정”되지 않는 한 선거운동이라고 볼 것은 아니다.

(2) 대상판결 반대의견의 판시 내용

(가) 선거운동의 개념에 대한 해석방법

선거의 공정성과 기회균등의 보장은 국가가 입법을 통하여 추구할 수 있는 정당한 공익인 동시에 국가의 책무로서, 이러한 공익이 침해될 위험이 있는 경우에는 선거운동자유의 원칙에 일정한 제한을 가해 그와 동등한 가치인 선거의 공정과 조화를 이룰 수 있도록 하여야 한다는 것이 주권자인 국민의 결단일 뿐 아니라 우리의 정치문화와 선거풍토에 기초하여 공직선거법을 제정한 입법자의 결단이다. 이러한 선거운동의 자유와 제한에 관한 헌법 및 공직선거법의 취지는 선거

운동의 의미에 관한 법원의 해석 및 적용에도 마땅히 반영되어야 한다.⁶⁴⁾

이러한 상황에서 선거운동 자유의 측면만을 강조하여 선거운동의 의미를 법률의 취지와 달리 지나치게 좁게 해석한다면, 정치활동과 선거운동 자유의 확대를 명분으로 공정성 확보를 위한 중요한 장치를 무력화시킴으로써 자칫 그 균형을 무너뜨리는 결과가 될 수 있다.

(나) 목적의사의 판단기준과 관점

선거운동이란 목적의사가 ‘객관적’으로 인정될 수 있는 행위를 말한다고 해석하여 온 취지는 그 자체로는 주관적인 요소인 행위자의 목적의사를 인정하기 위해서는 그 행위의 능동성이나 계획성을 통하여 객관적으로 확인하고 파악하여야 함을 가리키는 것으로 이해하여야 할 것이지, 목적의사가 ‘객관적’으로 인정되어야 한다고 하여 다수의견과 같이 반드시 선거인이 그 목적의사를 명백히 인식할 수 있어야 한다는 의미로 새길 수는 없다.

(다) 통상적인 정치활동과 선거운동

선거일부터 멀리 떨어진 시기에 이루어진 ‘정치인’으로서의 통상적인 정치활동을 곧바로 선거운동에 해당한다고 볼 수 없음은 당연하고, 그와 같은 행위가 단순히 ‘정치인’으로서의 인지도를 높이려는 목적에서 비롯되었다 하더라도 이를 선거운동으로 단정할 수는 없을 것이다. 다만 해당 행위가 이루어진 시기가 선거일부터 상당한 시간적 간격을 두고 행하여졌다 하더라도 그 행위자가 ‘후보자가 되고자 하는 자’, 즉 선거에 입후보할 의사를 가진 것을 객관적으로 인식할 수 있을 정도에 이른 사람에게 해당하고 그 문제 되는 행위가 ‘후보자가 되고자 하는 자’로서 선거에서의 당선 또는 낙선을 목적으로 자신의 인지도를 높이기 위하여 다수의 선거인들을 접촉한 것이라면, 이러한 행위는 이미 통상적인 정치활동의 범주를 벗어난 것으로서 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사가 객관적으로 확인될 수 있을 것이고, 그 행위의 태양에 따라 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위로서 선거운동에 해당할 수 있는 것이다.

64) 반대의견에서는 우리의 정치문화와 선거풍토를 “선거의 공정과 선거운동의 자유 사이의 균형점은 그 나라의 역사와 정치문화, 선거풍토와 선거문화의 수준 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없다. 국민 의식의 성장에도 불구하고, 선거범죄 및 선거사범의 숫자는 줄어들고 있지 않고, 오히려 더욱 지능화·음성화되고 있다는 우려가 적지 아니하다.”라고 진단한 것을 토대로 하고 있다. 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결(반대의견) 참조.

다. 대상판결의 배경 및 근거와 이에 따른 선거운동의 개념 및 범위

(1) 대상판결의 배경 및 근거

대상판결은 종전 판례의 선거운동 개념을 재검토하여야 할 필요성과 관련하여, 대법원이 공직선거법 제58조 제1항의 선거운동 개념에 대해 판례를 통하여 일응의 해석기준을 제시하였음에도 불구하고, 그동안 ‘당선과 낙선을 도모하기 위한 목적의사를 객관적으로 인정할 수 있는 행위’에 대한 법원의 판단에 다소 일관성이 결여되었다는 평가가 있어왔고, 이로 인해 일반 국민의, 특히 정치인의 일상적인 정치활동 및 사회활동이 대부분 선거와 직간접으로 밀접하게 관련되어 있음에도 불구하고 허용되는 정치활동과 금지되는 선거운동의 경계가 모호하여 국민의 정치적 활동의 자유에 대한 제약과 함께 법집행당국의 자의적인 법적용의 우려가 있어왔음을 지적하고 있다.⁶⁵⁾

그런데 이와 같은 법적 상황은 법적 안정성의 요청에 의한 단순한 법률해석의 통일성 확보 차원의 문제가 아니라, 헌법이 보장하는 기본권의 내용 및 효력의 사법적 관철의 문제이자 대의민주주의의 방법적 기초 및 정당성의 원천으로서 선거의 자유, 특히 선거운동의 자유에 대한 보장과 직결되는 문제이므로, 기본권보호기관이자 헌법재판기관으로서 대법원은 종전의 판례를 재검토하여 일반국민과 법적용기관에게 명확한 행동 및 해석·적용의 기준을 제시하여야 하는 헌법상의 권한과 책임이 있다고 할 것이다.⁶⁶⁾

또한 공직선거법의 해석과 적용에 있어서 ‘선거운동의 개념’이 갖는 규범적 의미와 기능, 규율체계상의 중요성, 기본권제한입법이자 형벌조항의 구성요건으로서의 지위와 기능 등에 비추어 선거운동의 개념을 입법으로 정하거나 입법으로 정해진 선거운동의 개념을 해석·적용함에 있어서는 특별히 법치국가원칙과 죄형법정주의원칙의 내용으로서 명확성원칙의 요청을 충분히 고려하여야 한다.

대상판결은 선거운동의 개념과 관련한 그간의 혼란과 이로 인한 일상적인 정치활동과 금지되는 선거운동 간의 경계를 분명히 할 필요성을 배경으로 하여, 법률에 대한 해석·적용의 헌법적 지침이자 한계로서 기본권의 객관적 가치결정을 토대로 하는 합헌적 법률해석원칙, 형벌조항에 대한 엄격해석원칙, 공직선거

65) 이에 대해서는, 강태수, 앞의 글, 16-17쪽; 김일환·홍석한, 앞의 글, 41-42쪽; 김래영, “사전선거운동금지조항의 위헌성 -실제 사례를 중심으로-”, 『법학논총』 제37권 제2호(단국대학교 법학연구소, 2013), 191-215쪽; 음선필, “선거과정과 헌법재판소-선거운동 관련 판례의 분석-”, 『홍익법학』 제12권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2011), 125쪽 등 참조.

66) 대법원의 헌법적 지위에 대해서는 한수용, 앞의 책, 1349-1350쪽; 허영, 앞의 책, 1073-1075쪽 참조.

법상 선거운동에 대한 규제체계와 목적 등을 근거로 하여 선거운동의 개념과 범위를 제한적으로 엄격하게 해석하고 있다.

이는 위 공직선거법 조항의 포괄성·추상성으로 인한 불명확성과 이로 인한 규율대상의 과도한 광범성⁶⁷⁾을 법원의 법률해석을 통해 합헌적으로 해석·적용의 범위를 제한하려는 취지로 이해할 수 있고, 이는 헌법 제1조 및 제103조가 요구하는 법원의 기본권기속에 따른 당연한 결과라고 평가할 수 있다.

(2) 대상판결에 따른 선거운동의 개념과 범위

(가) 선거운동의 개념

대상판결은 종전 대법원 판례의 선거운동 개념을 그대로 수용하고 있다. 대상판결은 선거운동을 “특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말한다.”라고 판시한 종전 대법원의 해석을 그대로 원용⁶⁸⁾하면서 “특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 행위”에 해당하는지는 “당해 행위를 하는 주체 내부의 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 객관적으로 판단”하여야 한다고 한다.⁶⁹⁾

선거운동은 특정 선거에서 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위 중에서 ‘당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사’가 객관적으로 인정될 수 있는 ‘능동적·계획적인 행위’를 말하는데, 주관적 구성요건요소로서 ‘당선 또는 낙선의 목적’이란 내면의 의사로서 그 자체가 판단의 대상이 되거나 그로부터 직접 목적의사를 추단하기는 어렵기 때문에 객관적으로 드러난 구체적 행위를 대상으로 하여 ‘능동성’이나 ‘계획성’이라는 상대적으로 객관화된 요소를 통해 행위자의 목적성을 객관적으로 인식할 수밖에 없다. 대상판결의 반대의견 역시 이 점을 강조하고 있는데,⁷⁰⁾ 반대의견의 취지를 이와 같이 이해한다면

67) 과도한 광범성 법리와 표현의 자유에 대한 제한에 대해서는 윤영미, 앞의 글, 597-607쪽 참조.

68) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.

69) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결.

70) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결(반대의견). 구체적으로 반대의견은 “‘당선 또는 낙선의 목적’ 역시 주관적 구성요건요소인 이상 그 실현에 대한 인식과 의욕 여부는 구성요건적 고의나 목적범에서의 목적과 마찬가지로 당연히 행위자인 피고인을 기준으로 판단하여야 하고, 피고인에게 그와 같은 목적에 대한 인식이 있었음이 증명되는지에 따라 그 구성요건의 충족 여부를 가려야 한다. 선거운동이란 목적의사가 ‘객관적’으로 인정될 수 있는 행위를 말한다고 해석하여 온 취지는 그 자체로는 주관적인 요소인 행위자의 목적의사를 인정하기 위해서는 그 행위의 능동성이나 계획성을 통하여 객관

적어도 선거운동의 개념과 관련하여 대상판결과 대상판결의 반대의견, 그리고 종전 대법원 판례 간에는 본질적인 차이가 없다고 볼 수 있을 것이다.⁷¹⁾

그렇다면 대상판결은 종전 판례의 선거운동 개념을 그대로 수용하고 있고, 이는 대상판결의 반대의견에서도 표현의 차이는 있지만 본질적으로는 동일하다. 다만 아래에서 보는 바와 같이 목적의사가 외부로 나타난 행위를 기초로 객관적으로 인정될 수 있는지 여부를 누구의 관점에서, 무엇을 기준으로 구체적으로 판단하여야 할 것인지를 관련하여 대상판결은 헌법합치적 법률해석의 관점, 엄격해석의 관점 그리고 목적적·체계적 해석의 관점에서 그 판단의 관점과 대상을 더욱 구체화·객관화하여 선거운동의 범위를 제한하고 있다.

(나) 목적의사의 판단기준 및 관점과 선거운동의 범위

종래 대법원 판례는 특정 행위로부터 당선 또는 낙선을 위한 목적의사가 객관적으로 인식될 수 있는지는 객관적으로 나타난 행위를 대상으로 하여 행위자의 주관적 의도를 기준으로 사후적·규범적·종합적으로 판단하여 그 행위로부터 능동성 또는 계획성의 주관적 요소를 인정할 수 있으면 선거운동에 해당한다고 보았다. 당선 또는 낙선의 목적의사 역시 주관적 구성요건요소인 고의나 일반 목적범의 목적과 마찬가지로 당연히 행위자인 피고인을 기준으로 판단하여야 하면서, 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 그 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기를 비롯하여 장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지를 기준으로 판단하여야 하고,⁷²⁾ 이와 같은 해석을 전제로 “2012. 4. 11. 실시된 국회의원선거에 출마예정인 사람이 2011. 2. 25. 단체를 결성하여 자신을 홍보한 행위는 단순한 선거운동을 위한 준비행위가 아니라 선거운동 기간 전에 인지도를 높이고 그의 경력이나 특정 정치인과의 관계를 홍보하는 등

적으로 확인하고 파악하여야 함을 가리키는 것으로 이해하여야 할 것이지, 목적의사가 ‘객관적’으로 인정되어야 한다고 하여 다수의견과 같이 반드시 선거인이 그 목적의사를 명백히 인식할 수 있어야 한다는 의미로 새길 수는 없다.”라고 판시하고 있다.

71) 목적은 범죄성립의 주관적 요건을 그 특수한 양상으로 부각시킬 것이 필요한 경우에 사용되는 것으로 행위의 초기목적, 최종목적, 동기가 가벌성의 결정에 중대한 의미를 가지는 경우이다. 즉 입법자가 일정한 종류의 동기나 목적에서 발생한 고의행위만을 선별할 필요가 있다고 결정한 형태가 목적범이고, 따라서 해석론으로는 소정의 목적을 가진 고의행위만이 처벌의 대상이 되고, 다른 목적을 가진 행위는 적용범위 밖에 있다는 생각을 견지하는 것이 필요하다. 자세한 것은 이용식, 『고의와 목적에 관하여』, 現代 刑事法論-竹軒 林陽彬教授 華甲記念論文集, 법문사, 1996, 400-402쪽 참조.

72) 대법원 2012. 11. 29. 2010도9007 판결 참조.

의 방법으로 지지도를 향상하도록 하기 위한 것으로 향후 선거에서의 당선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정되는 능동적·계획적 행위로서 사전선거운동에 해당”한다고 보았고,⁷³⁾ “2006. 5. 31. 실시된 지방자치단체장 선거에 출마하려던 사람이 2005년 11월경 출판기념회 개최를 빙자하여 초청장 발송, 벽보 부착, 유선방송 자막광고, 문자메시지 발송 등의 행위를 한 것은 피고인의 지지도를 높여 위 선거에서 득표하거나 당선되기 위한 능동적·계획적 행위로서 사전선거운동에 해당”한다고 보았다.⁷⁴⁾

그러나 이와 같은 기준과 관점으로 판단하는 경우 언젠가는 선거에 입후보하여 당선될 목적으로 정치활동을 하는 정치인의 경우⁷⁵⁾ 선거일로부터 상당히 멀리 떨어진 시기의 행위라고 하더라도 그와 같은 행위가 행위자의 내심을 기준으로 선거에서 당선을 목적으로 하는 일련의 능동적·계획적인 행위선상에 있는 것이라고 평가하지 않을 수 없고, 목적의사를 제한하는 기능을 하는 ‘특정 선거’, ‘특정 후보자’라는 표지 역시 행위자의 주관적인 의사와 계획에 따라 선거일로부터 상당히 떨어져 있는 시기라도 당선을 위한 목적의사를 추단하게 하는 행위로 사후적으로 평가되는 경우가 대부분일 것이므로 구성요건의 범위를 제한하는 기능을 제대로 수행하지 못하게 될 것이다.

따라서 대상판결은 종전 대법원 판례의 판단 대상 및 관점을 제한하여, ①선거운동에 해당하는지 여부는 행위주체의 주관적 의사가 아니라 외부에 표시된 행위를 대상으로 하여 선거인의 관점에서 객관적으로 판단하여야 하고, ②당선의 목적의사는 특정 선거에서, 특정 후보자의 당선이나 낙선을 도모한다는 목적의사가 있음을 전제로 하므로 행위 당시의 객관적 사정에 비추어 선거인의 관점에서 특정 선거를 전제로 그 선거에서의 당락을 도모하는 행위임을 선거인이 명백히 인식할 만한 객관적인 사정에 근거하여야 하며, ③문제되는 행위를 한 시기가 선거일에 가까울수록 다른 객관적인 사정을 통하여 특정 선거에서의 당선 또는 낙선을 도모하는 의사를 인식할 수 있을 것이라고 하여 ‘선거일과의 근접성’을 당선을 도모하는 목적의사를 추단할 명백한 객관적 사정의 인식기준으로 제시하고 있다.

대상판결은 목적의사의 인정과 관련하여 법관이 문제가 된 행위를 직접 대

73) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2013도1793 판결 참조.

74) 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도3940 판결 참조.

75) 가장 빠른 시기에 도래할 선거에 입후보하여 당선될 목적으로 정치활동을 하는 것이 정치인의 보편적인 정치활동의 형태일 것이다.

상으로 하여 사후적이고 규범적인 관점에 근거하여 판단하는 경우 발생하는 주관적 판단의 위험성을, 일반인 특히 선거인의 입장에서 문제된 행위를 경험한 선거인이 행위 당시에 객관적인 사정에 근거하여 목적의사를 인정할 수 있는지의 관점을 통해 보완함으로써 선거운동의 개념을 더욱 구체화·객관화하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

대상판결이 제시하는 선거운동의 개념과 범위를 통해 향후 금지·처벌되는 선거운동과 허용되는 정치활동 간의 경계가 명확하게 획정될 수 있는지는 아직 확신하기 어렵고 또한 상당한 기간 법원의 실무를 통해 구체적 사안에 따른 해석론이 축적되어야 할 것이지만, 적어도 법관의 주관적·규범적 판단을 제약하는 어느 정도 객관적·구체적인 판단의 기준이 제시되었다는 점에서 대상판결의 실시에 대해 긍정적인 평가를 할 수 있을 것이다.

라. 대상판결에 대한 비판과 검토

(1) 선거의 자유와 선거의 공정성 간의 균형상실

대상판결에서 반대의견은 종전 대법원 판례가 선거운동의 자유와 선거의 공정성 간의 조화를 요구하는 우리 헌법과 공직선거법의 취지에 부합할 뿐만 아니라 우리의 정치문화와 선거풍토를 반영한 정당한 것임에도, 대상판결로 인해 선거에서의 공정을 현저히 해할 우려가 있다고 지적한다.⁷⁶⁾

그러나 선거의 공정성은 대의제도를 실현하는 불가결의 제도적 장치로서 선거가 국민의 의사를 대의기관의 구성에 왜곡 없이 반영하도록 하는 선거의 자유를 실현하는 수단으로서 의미와 기능을 가진다고 보아야 할 것이지, 이를 넘어 선거의 공정성을 선거의 자유와 함께 선거제도에 관한 입법형성권을 지도하는 헌법적 지침이자 한계로 이해하는 것은 선거의 자유와 선거의 공정성의 관계 및 지위에 대한 혼동에서 비롯하는 것이다.

따라서 선거의 공정성을 선거의 자유를 대응하는 독자적인 헌법적 이익이나 대립하는 공익으로 보고 양자 간의 균형을 추구하여야 한다거나 선거의 공정성에 눈을 감고 선거의 자유만을 강조함으로써 균형을 상실하였다는 비판은 타당하다고 옳다고 생각된다.

76) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 참조. 같은 취지의 주장으로는 차진아, “공직선거법상 선거운동의 개념 등에 대한 대법원의 해석권한의 범위와 한계”. 『법조』 제65권 제9호(법조협회, 2016), 243-245쪽 참조.

선거운동의 개념을 매개로 하여 사전선거운동·유사기관설치를 금지하는 것은 우리 공직선거법상 선거운동에 대한 규제체계의 핵심적인 요소이다. 앞에서 이미 본 바와 같이 이들 선거운동에 대한 제한과 함께 13일에 불과한 선거운동기간의 설정은 사실상 선거운동기간을 제외하고는 선거운동을 일체 금지하는 결과를 낳게 된다. 이로써 선거과정을 유입되는 후보자나 정당에 대한 정보와 후보자와 선거인 간의 의사소통이 그만큼 차단되거나 제한됨으로써 주권자인 국민은 사실상 제한된 판단자료에 의해 선택권을 행사할 수밖에 없게 된다. 이러한 상황이 선거의 자유와 선거의 공정성의 기계적인 균형을 통해 실현하려는 법적 상태가 아닌 것임은 분명하다. 선거의 공정성은 선거의 자유를 실질적으로 구현하기 위한 수단일 뿐이다.

(2) 엄격해석론과 그 논거의 문제점

그동안 헌법재판소와 대법원은 비교적 선거운동의 개념을 넓게 인정하는 가운데 선거운동이 허용되는 범위를 합리적으로 규율하는 데 초점을 두었고, 이를 통해 선거운동의 자유가 합리적으로 보호될 수 있도록 하겠다고 평가하면서, 대법원이 판례변경을 통해 그 균형을 깨려고 하는 것에는 합리적인 이유를 찾기 어렵고, 선거 결과에 영향력을 미칠 수 있는 그런 의도를 갖는 정치활동에 대해서는 폭넓게 선거운동으로 인정하는 것이 합리적이며, 목적범에 대한 법원의 일반적인 판단기준과도 다르다는 점을 들어 대상판결이 취하고 있는 엄격해석원칙을 비롯한 판단기준에 문제가 있다는 지적이 있다.⁷⁷⁾

그러나 앞에서 본 바와 같이 선거운동의 개념과 이를 매개로 하는 광범위한 사전선거운동의 금지 및 처벌 그리고 선거운동의 개념을 전제로 하는 선거운동에 대한 포괄적이고 광범위한 규제체계가 조밀하게 형성되어 있는 법적 상황에서, 선거운동의 개념은 선거운동의 자유를 포괄적·전면적으로 제한함과 동시에 선거의 자유를 심각하게 위축·냉각시키는 핵심적인 요소로서 기능한다.

따라서 인간의 존엄과 민주주의 정치질서의 핵심적인 영역인 정치적 표현의 자유와 대의민주주의원리의 정당성 근거인 자유선거원칙을 심각하게 훼손하는 기본권제한입법에 대한 위헌심사의 기준으로서, 또는 죄형법정주의원칙이 엄격

77) 차진아, 앞의 글, 251-254쪽 참조. 대상판결의 반대의견도 유사한 지적을 하고 있다(예를 들어 “정치인으로서 인지도를 높이려는 목적에서 한 행위라 하더라도 그 행위가 선거운동에 해당하는지 여부는 일률적으로 말할 수 없고 대법원이 제시한 종전의 종합적인 판단기준에 따라 선거운동에 해당할 수도, 그렇지 않을 수도 있다고 보아야 할 것이지, 다수의견과 같이 굳이 행위가 이루어진 시기를 주된 기준으로 삼아 선거인의 관점에서 판단할 것은 아니다.”).

하게 요청되는 범죄구성요건에 대한 해석원칙으로서 엄격하고 제한적인 기준에 의한 해석은 불가피하다고 할 것이다.

(3) 합헌적 법률해석의 한계를 넘어 입법자와 헌법재판소의 권한을 침해하는 문제점

대사판결의 반대의견은 ‘선거운동기간을 제한하면서 사전선거운동을 처벌하고자 하는 것이 입법자의 의사이고 선거운동기간의 제한 자체가 헌법에 위반되지 아니하는 이상, 위와 같은 필요에 따른 개선은 선거운동기간 등에 관한 법률규정의 개정으로 달성함이 옳고, 입법적인 방법이 아닌 해석에 의하여 선거운동의 의미를 실질적으로 변경하는 것은 극히 신중해야 한다.’라고 지적⁷⁸⁾함으로써 대사판결이 통상적인 법률해석의 범위를 넘어 입법자의 의사를 적극적으로 수정함으로써 선거운동의 개념과 범위를 변경하였다고 지적한다. 그리고 이와 같은 견해를 기초로 하여 대법원이 법률해석이라는 명분으로 사실상 법률에 대한 위헌심사권을 행사하여 헌법재판소의 위헌법률심판권을 침범하고, 결과적으로 헌법재판소와 대법원 간의 헌법상 권한배분원칙을 일탈하고 있다는 비판이 있다.⁷⁹⁾

선거운동의 자유는 정치적 표현의 자유 등 기본권에 그 근거를 두고 있고, 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 국민의 자유를 보장하기 위해 헌법 제12조 제1항은 죄형법정주의원칙을 선언하고 있다. 이와 같은 기본권의 효력은 법 적용기관인 법원에게 법규범의 해석과 적용에 있어서 기본권에 기속될 것을 요청하고, 이는 법원이 기본권의 가치결정에 비추어 법규범을 해석·적용하여야 하는 것으로 구체적으로 나타난다. 따라서 구체적 사건에 적용되는 법규범이 해석을 필요로 하는 경우 법원은 법규범에 미치는 기본권의 영향을 고려하여야 하는데, 법원이 이를 간과하거나 오해하는 경우 판결을 통해 국민의 기본권을 침해하게 된다.⁸⁰⁾ 법원의 기본권 기속은 개별기본권 조항과 헌법 제103조 및 제107조를 통해 구체적으로 관철되는데, 이로써 법원은 구체적인 사건에서 재판에 적용할 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부를 심사하여야 하며, 합헌적 법률해석을 통해 그 위헌성을 치유하고 합헌성을 회복할 수 있는 경우에는 스스로 합헌적 법률해석을 통해, 그렇지 않고 해석을 통해서도 합헌성의 회복이 어려운 경우에는 위헌심판제정권을 통해 헌법재판소의 위헌여부 판단에 따라 해당 법률조항의 적용여부를

78) 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결 참조(반대의견).

79) 차진아, 앞의 글, 246-249쪽, 261-263쪽 참조.

80) 한수용, 앞의 책, 410면 참조.

결정하게 된다.⁸¹⁾⁸²⁾ 따라서 정치적 표현의 자유, 선거운동의 자유 등 기본권의 내용과 효력이 공직선거법의 해석에 미치는 영향을 고려하여 이를 법원의 재판절차를 통해 관철하기 위해 대상판결에서 공직선거법 제58조 제1항의 선거운동의 개념과 범위를 엄격해석방법을 통해 제한적으로 해석하려는 시도는, 헌법에 의해 부여된 법원의 법률해석권한과 위헌제청권의 전제로서 위헌심사권한에 근거한 것으로 법원의 정당한 권한 행사라고 볼 것이다.

대상판결은 사전선거운동금지, 유사기관설치금지 등 공직선거법상 선거운동과 관련한 금지 및 처벌의 범위가 지나치게 넓어 정치인과 선거인의 일상적인 정치활동의 자유를 심각하게 제약하고, 나아가 이들 공직선거법 조항의 추상성·포괄성·불명확성으로 인해 처벌의 범위가 지나치게 확장됨으로써 자의적인 형벌의 위협으로부터 국민의 자유를 보호하는 죄형법정주의원칙에도 위배될 수 있는 위헌적인 해석·적용이 우려되는 상황에서, 합헌적 법률해석과 형벌조항에 대한 엄격해석원칙을 통해 법원의 권한 범위 내에서 합헌적 영역으로 해석·적용을 제한함으로써 공직선거법 제58조 제1항 등의 위헌성을 치유하려고 하는 것인바, 이는 헌법에 의해 부여된 법원의 법률해석권한과 위헌제청권의 전제로서 위헌심사권한에 근거한 것으로 법원의 정당한 권한행사라고 볼 것이다. 그리고 대상판결의 판례변경은 위 공직선거법 조항에 대한 헌법재판소의 일관된 합헌결정과 무관하게 구체적 사건에서 위 조항의 위헌적인 해석·적용을 방지하려는 것으로 헌법재판소의 규범통제권한을 침해한다고 볼 수도 없다.

V. 결론

1. 선거가 대의기관을 구성하고 민주적 정당성을 부여하며, 이로써 국가권력의 통제와 함께 국민을 통합하는 헌법적 기능을 제대로 수행하기 위해서는 선거인인 국민의 의사가 선거의 결과로 그대로 반영되는 것이 필연적으로 요청된다. 이를 위해서는 국민주권이념에 따라 국민은 누구나 선거에 자유롭게 평등하게 선거인과 후보자로 참여할 수 있어야 하고, 선거에 관하여 자유롭게 의사를 형성하

81) 김하열, “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 『저스티스』, 통권 제108호 (한국법학원, 2008), 22쪽 참조.

82) 한수웅·정태호·김하열, 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 450-451쪽, 486-488쪽; 허영, 앞의 책, 74-78쪽 각 참조.

고 결정할 수 있어야 하며, 그 과정에서 선거인과 후보자는 자유롭게 공개적으로 정치적 의견과 정책의 방향을 표명하고 교환하는 것이 보장되어야 한다.

선거의 자유는 선거의 기회균등으로 나타나는 선거의 공정성으로 보완될 때 비로소 실질적으로 보장되며, 이로써 국민의 의사가 선거의 결과로 그대로 반영되어 선거의 기능이 제대로 발휘된다. 그러나 선거의 공정성을 지나치게 강조함으로써 선거운동을 통해 국민의 자유로운 정치적 의사의 형성 및 결정에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 과도하게 제한하게 되면, 국민의 자유로운 의사형성이 저해되고 이로써 선거는 국민의 정치적 의사를 정확하게 반영하는 기능을 하지 못하고 오히려 왜곡하는 역할을 하게 된다.

대상판결은 과거 관권선거, 금권선거의 폐해가 선거의 공정성을 심히 해하여 국민의 정치적 의사가 왜곡되었던 것과 달리 방송, 신문, 통신, 인터넷 등을 통한 여론형성이 선거운동과 정치활동의 중요한 부분을 차지하게 된 현실을 직시하고, 선거의 공정성을 위하여 선거에 관한 정보의 소통을 규제하고 차단하는 방식보다는 다양한 수단과 매체를 통하여 정보가 유통되고 정치적 견해가 경쟁하는 과정을 통해 선거인에게 풍부한 판단자료를 제공하는 것이 선거의 공정성을 통해 실질적으로 선거운동의 자유를 보장하는 것임을 분명히 하고 있다.

대상판결에서 선거의 자유와 선거의 공정성을 대립하는 헌법적 가치로 이해하고 우리의 정치풍토와 선거현실에서 선거의 공정성이 더 중요하다고 하거나 양자 간의 기계적인 균형을 시도하는 잘못된 이해에서 벗어나 선거의 공정성의 헌법적 지위와 기능을 새로 정립하였다는 점에서 그 의미가 크다고 생각한다.

2. 대상판결은 공직선거법상 선거운동에 대한 규제체계의 핵심적인 요소인 선거운동의 개념과 그 판단기준에 대해 명시적인 판례변경을 하였다. 특정 선거에서 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의사의 인정과 관련하여, 법관이 문제가 된 행위를 직접 대상으로 하여 사후적이고 규범적인 판단에 근거하여 판단하는 경우 발생하는 주관적 판단의 위험성을, 일반인 특히 선거인의 관점에서 문제된 행위를 직접 경험한 선거인이 행위 당시에 객관적인 사정에 근거하여 목적의사를 인정할 수 있는지의 방법을 통해 보완함으로써 선거운동의 개념과 판단기준을 더욱 구체화·객관화하고 있다. 이로써 향후 금지·처벌되는 선거운동과 허용되는 정치활동 간의 경계가 명확하게 획정될 수 있는지는 아직 확신하기 어렵지만, 적어도 법관의 주관적·규범적 판단을 제약하는 어느 정도 객관적·구체적인 판단의 기준이 제시되었다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다고 본다.

참 고 문 헌

- 강태수, “선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향”, 『세계헌법연구』 제 14권 제2호(국제헌법학회 한국학회, 2008).
- 고민수, “유권자의 선거운동의 자유에 대한 제한과 문제점-공직선거법 제93조 제 1항 위헌확인사건(2007헌마718)에 대한 헌법적 고찰-”, 『언론과 법』 제8 권 제2호(한국언론법학회, 2009).
- 김경호, ““선거운동”의 정의와 그 범위의 결정에 관한 연구 -대법원 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로-”, 『언론과 법』 제16권 제1호(한국언론법학회, 2017).
- 김래영, “사전선거운동금지조항의 위헌성 -실제 사례를 중심으로-”, 『법학논총』 제37권 제2호(단국대학교 법학연구소, 2013).
- 김일환·홍석한, “선거운동 구제에 관한 비교법적 고찰”, 『미국헌법연구』 제25권 제1호(미국헌법학회, 2014).
- 김하열, “법률해석과 헌법재판: 법원의 규범통제와 헌법재판소의 법률해석”, 『저스티스』, 통권 제108호(한국법학원, 2008).
- 박종보, “헌법 제114조 및 제115조 -선거관리위원회의 조직 및 권한-”, 『헌법주석서 IV』(법제처, 2010).
- 방승주, “헌법 제41조”, 『헌법주석서III』(법제처, 2010).
- 윤영미, “선거의 공정성에 관한 검토”, 『헌법학연구』 제16권 제3호(한국헌법학회, 2010).
- 음선필, “선거과정과 헌법재판소 -선거운동 관련 판례의 분석-”, 『홍익법학』 제12 권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2011).
- 이용식, 『고의와 목적에 관하여』, 現代 刑事法論-竹軒 朴陽彬教授 華甲記念論文集, 법문사, 1996.
- 이육한, “선거운동구제의 법리”, 『공법연구』 제28집 제4호(한국공법학회, 2000).
- 차진아, “공직선거법상 선거운동의 개념 등에 대한 대법원의 해석권한의 범위와 한계”, 『법조』 제65권 제9호(법조협회, 2016).
- 송석윤, 『헌법과 정치』, 경인문화사, 2007.
- 송석윤·황성기·김도협·김주영, 『선거운동의 자유와 선거의 공정성』, 헌법재판소, 2011.
- 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2016.
- 정병욱, 『공직선거법』, 박영사, 2006.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016.

한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016.

한수웅 · 정태호 · 김하열, 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.

허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2016.

제166회 발표회 지정토론문

발제문: 선거운동의 개념을 통해 본 선거운동의 자유와 선거의 공정성

발제자: 손인혁(연세대학교 법학전문대학원 교수)

날짜 및 장소: 2018. 6. 15.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

김 선 화*

귀한 자리에 초대해주셔서 감사합니다.

손인혁 교수님께서 헌법재판소에서도 실무에서 문제되는 쟁점들을 다뤄 오셨고, 학계에서도 활발하게 연구하시면서 이번 연구회에서 선거의 자유와 관련된 깊이 있는 말씀을 해주셨습니다. 제가 토론이라고 덧붙여 하는 말이 누가 되지 않을까 염려가 됩니다.

선거와 관련된 법제도를 살펴보면, 발제자께서 말씀하신 바와 같이, 선거운동의 자유는 최대한 보장되어야 하고 모호한 선거운동의 규제법률을 해석함에 있어서도 최대한 규제는 엄격하게 해석하고, 선거권의 보장을 확대하여 적용하고 해석하는 것이 타당하고 보겠습니다.

발제문에서 지적하신 문제점과 방향에 대해서 매우 동감하는 바이므로, 저는 공직선거법의 문제들이 전반적으로 정치적 자유의 위축과 관련이 있다는 점, 선거관련법에 대한 심사가 다른 분야보다 좀 더 엄격해야 할 필요성에 대해 첨언하는 정도로 토론에 갈음하려고 합니다.

1.

우리 현행 선거관련 법제도를 말하자면, 과연 입법자가 제대로 입법방향을

* 국회입법조사처 입법조사연구관, 명지대 겸임교수

잡고 제대로 된 입법을 하고 있는가에 대해서 회의적으로 말할 수 밖에 없고 국회에 대한 국민들의 깊은 불신의 원인으로 꼽을 만한 사안이기도 하다고 생각한다.

정당법상의 정당등록, 선거구획정, 선거운동, 국회의 의사구조 등 정치관계법들을 들여다보면, 국민의 지지를 왜곡하여 국회를 구성하고 사회적 소수의 목소리가 대표되도록 하는 것을 어렵게 하는 구조로 되어 있다는 점, 그럼으로써 민주주의가 지향하는 다양성을 저해하고, 국민주권주의를 제대로 구현하기 어렵게 하는 문제가 지적되고 있다.

공직선거법이 복잡하고 또 모호한 개념이 많아 이를 해석하기 어렵게 되어 있어서, 선거에 임한 공직후보자는 선거관리위원회에 일일이 질의를 하여야 어떤 행위나 말을 할 수 있는 일인지 아닌지를 알거나 또는 그나마도 선관위로부터 원론적인 답변만을 들은 까닭에 가부에 대해 오해하게 되어, 결국 선거법위반이 되는 경우도 어렵지 않게 찾아볼 수 있는 상황이다. 일종의 선거운동허가제가 아닌 가 의심이 들 정도이다.

전반적으로 선거운동의 자유가 이렇게 규제되고 있는 것은 선거운동 뿐 아니라, 전반적으로 정치적 자유권이 상당한 정도로 축소 내지 위축되어 있다는 점과 맞닿아 있는 문제라고 할 수 있다.

어릴 때부터 정치시민교육을 받고 자라는 선진민주주의 국가들과 비교해보건대, 우리는 일상적인 정치교육이 부재한 것은 물론, 선거권의 행사연령이 세계적으로는 18세가 많고 이미 16세로 낮아진 스코틀랜드, 브라질, 오스트리아 등 국가들과 비교해도 우리나라의 19세는 상대적으로 높다. 정치가 나의 생활방식을 정하는 활동임에도 정치를 뭔가 별다른 분야인 듯이 여기게 되고, 정치적인 발언이나 행위를 금기시하게 만드는 듯한 제도를 가지고 있다. 사실상 시민과 정치사이의 갭을 만드는 데에 입법이나 정책이 일조하고 있다고 해도 과언이 아니다.

이렇게 정치적 자유권이 축소되어있는 문제 그리고 정치적 대표를 정하는 매커니즘인 선거제도에 관한 법률 등이 (입법권을 사실상 독점하는) 거대정당에 유리한 제도로 계속 변화해 온 점에 대해서도 심각하게 문제제기가 있어야 한다고 생각한다. 정치제도를 연구하는 학자들 중에는 이해당사자가 자신의 이익을 극대화하기 위하여 합리적이고 전략적인 선택을 하는 과정에서 제도가 형성되고 유지된다고 파악하는 입장¹⁾이 있는데, 이러한 틀에서 본다면 현재 선거법의 문제

1) Shepsle, Kenneth, "Studying Institutions Some Lessons from the Rational Choice Approach", *Journal of Theoretical Politics* 1-2, pp.131-147; North Douglas, *Institutions, Institutional Change and Economics Performance: Part of Political Economy and Decisions*, New York: Cambridge University Press, 1990.

를 온전히 입법자에게만 해결하도록 맡기는 것에 대해서 비판적으로 고찰할 필요가 있다고 생각된다. 입법부의 직접적인 이해관계에 관련되는 일에 대해서는 입법방식이나 입법절차에 대해서 다른 방식이 필요하지 않은지에 대해서 생각해볼 수 있을 것이다.

대의기관을 둘 수 밖에 없는 민주주의사회에서는 상시적으로 그리고 지속적으로 국가권력담당자들에 대한 비판과 감시가 필요하며, 책임을 선거를 통해서 지는 매커니즘에서는 더군다나 상시적인 비판과 감시가 선거에서의 선택을 결정할 것이기 때문에, 이러한 매커니즘을 훼손하는 선거제도와 법률내용은 반드시 개선되어야 할 것이다.

2.

현행 공직선거법상 선거운동규제는 선거운동의 기간, 주체, 방법을 함께 규제하는 방식으로 되어 있다. 특히 선거운동방법과 관련해서는 운동기간과 선거운동의 주체를 특정한다. 그리고 선거운동주체에 대해서 상당히 포괄적인 금지를 규정하고 있는 점은 매우 중대한 문제라고 하겠다.

선거운동의 개념이 포괄적이고 이에 더하여 선거운동기간이 너무 짧고 사전 선거운동이 금지되고 있는 점은 국민들이 평소에 정치적인 담론을 형성하고 정치인에 대한 정보와 새로운 정치세력의 형성을 어렵게 하고 있다.

작년 대통령 탄핵정국 중 국회에서는 탄핵이나 대통령 유고와 관련하여 법적인 흠결과 문제점에 대해서 논란도 있었고 질의도 많았다. 그 중에서 탄핵 후 대통령선거를 60일 이내에 하도록 한 것에 대해서 60일 이내가 너무 짧은 기간이 아닌가 하는 질의가 있었다. 대통령 후보자에 대해서 알리는 시간으로 너무 부족하다는 것이 취지였는데, 60일은 국가적 혼란이나 행정수반이자 국가원수의 공백 기간으로 오히려 길다고 해야 하는 기간이다. 해외사례로 프랑스가 대통령이 꺾 위되거나 직무수행불능 선언일로부터 35일 내지 20일 이내에 보궐선거를 하도록 한 것에 비해서도 헌법의 60일은 훨씬 길다. 미국은 바로 부통령이 대통령직을 승계하므로 그런 염려는 거의 없다. 그럼에도 불구하고 우리가 이 60일을 짧다고 느끼는 것은 평소에 정당에서 다음 세대 정치인을 평소에 검증하고 정보를 계속 공개하는 등의 활동이 이루어지지 않기 때문이기도 하고, 정치와 정책, 정치인들에 대한 논의가 지속적으로 상시적으로 이루어지지 못하도록 사전선거운동을 금

지하고 선거운동을 포괄적으로 개념지워서, 평소의 정치적 자유가 제대로 보장되지 못한 까닭이다.

여론공표기간에 대한 제한이 과도한 것도 지적할 수 있다. 현재 선거일전 6일부터 선거일 조사결과를 공표하거나 보도할 수 없도록 정하고 있다(공직선거법 제108조).²⁾ 선거운동기간은 13일 밖에 되지 않고, 그나마 여론의 향배에 대해서도 6일동안은 알 수가 없도록 하고 있으니, 실제로 시민들은 선거에 대해서 정보를 제대로 알고 있지 않은 채로 선거에 임하는 결과가 된다는 점은 말할 것도 없다.

2016년 중앙선거관리위원회도 공직선거법 개정의견에서, 휴대전화 가상번호로 여론조사를 하는 경우에는 선거여론조사결과 공표기간을 2일 정도로 축소할 필요성을 제시한 바가 있다. 비교법적으로도 미국, 일본, 영국, 독일은 이러한 제한을 두지 않고 있으며 프랑스도 선거일 전일과 선거일 당일만 금지하며, 이탈리아가 선거일 전 15일부터 투표마감시까지 제한, 스페인이 선거일전 5일부터 금지하고 있는 것으로 하고 있다. 중앙선관위는 이와 함께 여론조사기관 등록제를 마련하고, 후보자나 그 정당 등이 실시한 선거여론조사의 결과 공표나 보도는 금지할 것을 함께 제안하였다. 알권리를 확대하고, 대신 공정성 문제가 일어나지 않도록 선거운동규제 전반을 재고할 필요가 있다고 생각된다.

3.

앞으로 선거운동은 현재도 그렇긴 하지만, 온라인, 빅데이터 등 새로운 과학 기술을 활용하는 방식이 주가 될 것으로 보인다.

정보의 유통이 삼시간에 이루어지거나 다양한 의견의 교환이 축적되고 교환될 수 있는 온라인선거운동이 활발해지면, 정보의 순환과 축적이 상당하고 선거 시 선택의 판단근거가 그만큼 풍부해질 것으로 예상할 수 있다. 그렇게 되어야 선거와 관련된 정보의 왜곡정도도 줄어 들 수 있다.

그런 점에서 2011년 현재가 공직선거법 제93조 제1항에 대해 한정위헌으로 결정한 것은 바람직했다고 생각하는데, 이로써 국회도 2012년에 인터넷에서의 선거운동기간이 확대되는 입법을 하게 되었기 때문이다. 다만, 헌법재판소가 입법

2) 제108조(여론조사의 결과공표금지 등) ① 누구든지 선거일 전 6일부터 선거일의 투표마감시까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(模擬投票나 人氣投票에 의한 경우를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없다.

자를 존중하는 입장에서 다소 조심스럽게 위헌범위를 결정하였더라도 입법자들로서는 최대한 기본권을 실현하는 입법을 했어야 했으나, 여전히 선거운동규제를 근본적으로 변화시키려고 하는 것 같지는 않다.

4.

그럼에도 불구하고, 헌법재판소나 사법부 또는 다른 헌법기관이 선거제도와 법률이 헌법원칙에 비추어 어떻게 평가되는지를 끊임없이 상기시키는 일은 매우 중요하다.

발제자께서 분석하신 판례에서 선거운동의 자유를 최대한으로 해석하는 사법해석은 입법에 대한 침해라기보다는 엄격하게 해석한 것으로 타당하다고 생각된다.

헌법재판소의 결정에 합헌적 법률해석원리가 있기는 하지만, 선거분야나 정치관계 법률은 다른 분야와 달리, 의원의 직접적 이익에 관한 것을 스스로 정하는 것이기 때문에, 그 심사와 심사기준을 다른 분야보다 더욱 엄격히 할 필요가 있다고 하겠다.

입법주도권을 입법자인 의회가 가지고 있는 것이 타당하고 선거법도 실은 다양한 이해관계가 서로 타협해서 만드는 과정을 거치는 것이지만, 입법에서도 분명히 오염이 나타나고, 헌법원리와 국민의 기본적 인권과 직결된 문제를 간과하는 일이 실제로 나타난다면, 그러한 규범을 헌법원리의 범위 내로 회귀시킬 책무가 헌법재판소와 사법부에게도 있기 때문이다.

제166회 발표회 지정토론문

발제문: 선거운동의 개념을 통해 본 선거운동의 자유와 선거의 공정성

발제자: 손인혁(연세대학교 법학전문대학원 교수)

날짜 및 장소: 2018. 6. 15.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

황 지 섭*

‘선거운동의 자유와 선거의 공정성’에 관한 손인혁 교수님의 깊이 있는 발제문을 읽고 많은 공부가 되었습니다. 이 주제는 대의민주주의의 핵심인 선거제도의 성패와 직접 관련되고,1) 헌법재판소의 역할과 관련해서도 많은 고민을 던져주기 때문에 매우 중요한 주제라고 생각합니다.

발제문은 선거가 대의기관을 구성하고 민주적 정당성을 부여하는 헌법적 기능을 제대로 수행하기 위해서는 국민의 의사가 선거의 결과로 그대로 반영되어야 하고, 이를 위해 선거인과 후보자가 자유롭고 공개적으로 정치적 의견을 표명하고 교환하는 것이 보장되어야 한다는 점에서 선거운동의 자유가 중요함을 강조하고 있습니다.

그리고 선거의 자유는 선거의 기회균등으로 나타나는 선거의 공정성으로 보완될 때 비로소 실질적으로 보장되지만, 선거의 공정성을 지나치게 강조하여 선거운동의 자유를 과도하게 제한하는 경우, 국민의 자유로운 의사형성이 저해되어 선거가 국민의 정치적 의사를 왜곡하게 될 우려가 있다는 점을 지적하고 있습니다.

* 헌법재판소 헌법연구관

1) 고대 그리스에서 선거는 비민주적인 것으로 여겨졌으나, 중세 스콜라 학자들이 민주정의 역할을 시민의 직접 참여가 아니라 통치자의 선출로 재해석함으로써 선거를 민주적인 성격과 연결시켜 이해하기 시작하였고, 이것이 근대에 와서 선거가 민주주의의 표상이 되는 데 기여하였다는 설명으로 이황희, 선거의 정치적 의미에 관한 사상사적 고찰-고대에서 중세로의 의미변화를 중심으로-, 헌법학연구 제23권 제1호(2017. 3.), 159-192면 참조.

이어서 선거운동의 개념정의와 이에 따른 선거운동의 자유에 대한 제한의 구조와 정도를 설명하면서, 선거운동의 해당 여부와 관련하여 종전보다 엄격한 판단기준을 제시한 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 판결을 소개하고 그에 대한 평가를 내리고 있습니다.

이와 같은 발제문의 전체적인 취지에 공감하면서, 발제문과 다소 다른 각도에서 ‘선거운동의 자유와 선거의 공정성’이라는 주제에 대해 논의해 보겠습니다. 우선 공직선거법상 선거운동 규제를 개관하고, 그와 같은 선거운동 규제입법의 연원과 다른 나라의 입법례를 살펴본 후, 선거운동의 개념 정의에 관한 문제와 그에 대한 대안을 모색하면서, 헌법재판소의 역할에 대해서 고민을 나누어 보고자 합니다.

1. 공직선거법상 선거운동 규제 개관

현행 공직선거법(이하 경우에 따라 ‘법’이라 합니다)은 선거운동의 주체, 기간, 방법 등을 매우 포괄적이고 세밀하게 제한하고 있는데, 뒤에서 보듯이 이러한 규제 방식은 일본을 제외하면 그 유례를 찾기 어렵습니다.

가. 선거운동 주체에 대한 규제

법 제60조는 선거운동을 할 수 없는 자를 규정하고 있는데, ① 대한민국 국민이 아닌 자, ② 미성년자, ③ 선거권이 없는 자,²⁾ ④ 공무원(정당법상 정당의 당원이 될 수 있는 공무원은 제외), ⑤ 법 제53조(공무원 등의 입후보) 제1항 제2호 내지 제7호에 해당하는 자(제4호 내지 제6호는 그 상근직원을 포함),³⁾ ⑥ 향토

2) ① 금지선고문을 받은 자, ② 1년 이상의 징역 또는 금고의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 사람. 다만, 그 형의 집행유예를 선고받고 유예기간 중에 있는 사람은 제외한다. ③ 선거법, 「정치자금법」 제45조(정치자금부정수수죄) 및 제49조(선거비용관련 위반행위에 관한 벌칙)의 죄를 범한 자 또는 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임중의 직무와 관련하여 뇌물죄 등을 범한 자로서, 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년 또는 형의 집행유예의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 10년을 경과하지 아니하거나 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자, ④ 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자

3) ① 각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원(제2호), ② 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의

예비군 중대장급 이상의 간부, ⑦ 통·리·반의 장 및 읍·면·동 주민자치위원회 위원, ⑧ 바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹의 상근 임·직원 및 이들 단체의 대표자, ⑨ 선상투표신고를 한 선원이 승선하고 있는 선박의 선장이 그에 해당합니다. 나아가 공무원 등에 대하여 선거관여나 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하는 별도의 조항도 있습니다(제85조, 제86조).

나. 선거운동 기간에 대한 규제

법 제59조는 선거운동을 원칙적으로 선거기간 개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있는 것으로 한정하고 있습니다. 선거기간은 대통령선거는 23일, 국회의원과 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거는 14일이고 선거기간에는 선거일 당일이 포함되므로(법 제33조), 결국 선거운동을 할 수 있는 기간은 대통령선거는 22일, 국회의원선거와 지방자치단체 의회의원 및 장의 선거는 13일입니다.

이에 대하여는 ① 예비후보자 등이 선거운동을 하는 경우, ② 문자메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우, ③ 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우에 한하여 예외가 인정됩니다(법 제59조 단서 제1호 내지 제3호).

위 규정을 위반하여 선거운동기간 전에 선전시설물·용구 또는 각종 인쇄물, 방송·신문·뉴스통신·잡지, 그 밖의 간행물, 정견발표회·좌담회·토론회·향우회·동창회·반상회, 그 밖의 집회, 정보통신, 선거운동기구나 사조직의 설치, 호별방문, 그 밖의 방법으로 선거운동을 한 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처합니다(법 제254조 제2항).

다. 선거운동 방법에 대한 규제

공직선거법은 선거운동기구의 설치와 선거사무관계자의 선임(제61조 내지

신분을 가진 자(제3호), ③ 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있는 공공기관의 상근 임원(제4호), ④ 농협, 수협, 산림조합, 천연초생산협동조합의 상근 임원과 이들 조합의 중앙회장(제5호), ⑤ 지방공사와 지방공단의 상근 임원(제6호), ⑥ 정당법에 따라 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원(제7호) 등이다.

제63조), 선거벽보 및 선거공보(제64조, 제65조), 현수막(제67조), 어깨띠 등 소품(제68조), 신문광고 및 방송광고, 방송연설(제69조 내지 제74조), 공개장소에서의 연설·대담(제79조, 제80조), 후보자등 초청 대담·토론회(제81조 내지 제82조의 3), 정보통신망을 이용한 선거운동, 인터넷광고(제82조의4 내지 7), 단체의 선거운동(제87조), 타후보자를 위한 선거운동(제88조), 유사기관의 설치 및 시설물 등의 설치(제89조, 제90조), 확장장치와 자동차 등 사용(제91조), 영화 등을 이용한 선거운동(제92조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등(제93조), 방송·신문 등에 의한 광고(제94조), 신문·잡지 등의 통상방법 외의 배부(제95조), 허위논평·보도(제96조), 방송·신문의 불법이용을 위한 행위(제97조), 방송이용(제98조, 제99조), 녹음기 등 사용(제100조), 연설회 및 각종집회 등(제101조 내지 제104조), 행렬 등 금지(제105조), 호별방문(제106조), 서명·날인운동(제107조), 여론조사(제108조), 서신·정보 등에 의한 선거운동(제109조), 후보자 등 비방(제110조), 의정활동 보고(제111조), 기부행위(제112조 내지 제117조), 선거일후 답례(제118조) 등에 대하여 매우 세밀한 규제를 하고 있습니다.

그 중 많이 문제되는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(법 제93조)만 살펴보면 다음과 같습니다. 누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 공직선거법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없습니다(법 제93조 제1항).⁴⁾

2. 선거운동 규제입법의 연원⁵⁾

우리의 선거법에서 선거운동의 규제가 대폭 확대된 것은 1958. 1. 25. 민의원의원선거법이 제정되면서였습니다. 동법 제43조 제1항은 최초로 선거운동을 “당

4) 다만 선거운동기간 중 후보자, 후보자의 배우자, 후보자와 함께 다니는 선거사무장 등이 후보자의 명함을 직접 주는 행위나 선거기간이 아닌 때에 행하는 통상적인 정당활동은 허용됩니다(법 제93조 제1항 단서).

5) 이 부분의 내용은 송석운, 선거운동 규제입법의 연원 -1925년 일본 보통선거법의 성립과 한국 분단체제에의 유입-, 서울대학교 법학 제46권 제4호(2005. 12.), 28-53면을 발췌하여 인용한 것입니다.

선을 얻거나 얻게 하거나 얻지 못하게 하기 위한 행위”라고 정의하고, 제44조는 선거운동기간을 “당해 후보자의 등록이 끝난 때로부터 선거일전까지”로 정하였으며, 이를 위반한 경우에 대한 벌칙조항도 있었습니다(같은 법 제171조 제1호). 그 밖에 학생, 미성년자의 선거운동금지(제50조), 벽보, 소형인쇄물, 선전문서의 규제(제51조 내지 제55조), 규정외 문서·도화, 탈법방법에 의한 문서·도화의 금지(제57조, 제58조), 연설회 횟수 제한(제60조, 제65조), 확성기 및 자동차 등 사용 제한(제68조), 호별방문금지(제76조) 등 선거운동과 관련된 방대한 제한이 도입되었습니다.

위와 같은 입법의 연원은 일본의 보통선거법이었습니다. 1925년 일본의 보통선거법은 남성보통선거권을 도입하면서 국민의 선거권을 대폭 확대함과 동시에, 기존의 선거법에는 존재하지 않던 선거운동에 대한 각종 규제장치를 도입하였습니다.⁶⁾ 1925년 보통선거법에는 사전선거운동을 금지하는 명문의 조항은 없었는데, 1927년 지방선거를 앞두고 입후보예정자들이 후보등록 이전에 선거운동을 개시하자 선거단속 업무가 번잡해진다는 이유로 내무성과 사법성 및 대심원(大審院)이 협의하여, 입후보하려는 자와 그 밖의 제3자를 포함하여 누구도 선거운동을 할 수 없고, 단지 입후보에 필요한 준비행위만이 허용된다는 방침을 정하였습니다.⁷⁾ 이후 일본에서 파시즘이 본격적으로 대두하던 1934년에 선거운동의 자유의 제한을 대폭 억제하는 보통선거법의 개정이 있었는데, 이때 같은 법 제95조의2가 신설되어 입후보등록 이후가 아니면 선거운동을 할 수 없다는 사전선거운동 금지의 명문규정이 도입되었습니다.⁸⁾

이러한 선거운동 규제조항들은, 보통선거권의 도입으로 관료의 지배력이 완화되고 정당과 의회의 영향력이 강화되던 시기에, 관료집단이 정당정치를 통제하여 통치의 주도권을 확보하기 위한 장치였던 것으로 평가됩니다. 특히 사전선거운동의 금지는 정치신인에 대해 기성 정치인들의 기득권을 지켜주는 역할을 하였습니다.⁹⁾

6) 규제내용은 입후보등록제, 기탁금제(보증금 공탁제), 선거운동원의 수와 자격의 제한, 선거비용제한, 호별방문금지, 선거운동책임자가 선거범죄를 범한 경우 당선을 무효로 하는 규정 등이었습니다.

7) 행정부처와 최고법원이 협의하여 법률을 해석하였다는 점과, 법률의 명문조항이 없는 상태에서 기본권을 포괄적으로 제한하는 해석을 했다는 점은 당시 일본 입헌주의의 수준을 적나라하게 보여준다는 지적으로 송석운, 앞의 논문, 38면 참조.

8) 같은 시기에 제98조의2가 신설되어, 선거운동에서 해당 조항이 허용하는 방식을 제외한 문서도화의 배포를 금지하였습니다.

9) 송석운, 앞의 논문, 40면 참조.

일본의 1934년 보통선거법의 영향을 받은 우리의 1958년 민의원의원선거법은 여야협상의 결과였는데, 그 협상은 1956년 대통령선거에서 조봉암이 선전한 이후 이를 견제하기 위한 보수세력의 결집 덕분에 타결되었습니다. 1957년 10월 자유당의 이기붕, 민주당의 조병옥, 무소속의 장택상이 만나서 선거법의 국회처리에 대해서 서로 협조하기로 하였는데 이 자리에서 “진보당에 대해서는 어떠한 조치를 강구할 필요가 있으며 최소한 1958년의 선거에는 참가하지 못하게 해야 한다는 데에 일치했다”고 합니다. 이처럼 선거운동의 자유를 제한하는 선거법 조항들의 도입은, 신진 정치세력의 약진 가능성을 막으려는 기성 정당들의 의도와 무관하지 않았으며, 이에 따라 기성 정당들이 일본의 예에 주목하였던 것입니다.

3. 다른 나라의 입법례¹⁰⁾

가. 선거운동에 대한 규제가 없는 국가

(1) 미국

미국에서 선거운동은 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 의해 최대한 보장되고 있습니다. 연방선거운동법에는 선전물을 공표·배포하는 책임자 명의의 분명한 표시의무나 선거운동을 위한 공무원의 공적 권한행사의 제한, 투표자 매수행위 등 선거에 관한 부정행위 금지 등이 규정되어 있을 뿐, 선거운동의 기간이나 선거운동의 방법에 대한 제한은 규정되어 있지 않습니다. 선거비용에 관하여도 그 지출 총액을 제한하지 않고, 단지 선거자금을 기부할 수 있는 주체와 금액에 대한 제한과 지출한 선거비용에 대한 공개 내지 보고만이 규제의 대상이 되고 있을 뿐입니다. 미국 연방대법원은 선거자금지출은 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 표현에 해당한다고 하면서, 이를 제한하는 것은 정당화될 수 없다고 판시하였습니다[Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)].

(2) 독일

독일 연방선거법은 선거운동의 개념정의나 기간의 제한, 선거비용의 제한

10) 이 부분의 내용은 김일환·홍석환, ‘선거운동 규제에 관한 비교법적 고찰’, 미국헌법연구 제25권 제1호 (2014. 4.), 45-57면을 발췌하여 인용한 것입니다.

등 선거운동에 대한 아무런 규제를 하고 있지 않으며, 연방선거법 제32조에서 투표시간 동안 투표소가 설치된 건물 내부와 건물의 입구에서 언어, 음향, 문서, 도화 등을 통해 선거인에게 영향을 미치는 행위, 서명운동 등을 금지하고, 투표시간 종료 전에 여론조사 결과의 공표를 금지하는 것이 선거운동에 대한 유일한 제한이라고 이해되고 있습니다.¹¹⁾ 선거운동의 개시 시기, 선거운동의 총비용 등은 각 정당간의 합의에 따라 자율적으로 정해진다고 합니다.

나. 선거비용에 관한 규제가 중심이 되는 국가

(1) 영국

영국 선거법은 선거운동과 관련하여 뇌물이나 접대, 부당한 위압, 우편투표에서 선거인등록의 부정, 후보자에 대한 허위사실의 공표 등 부정행위를 규제하는 내용이 주를 이루고, 선거홍보물이나 신문·방송을 이용한 선거운동, 집회나 호별방문 선거운동 등 몇몇 경우에 대해서만 일정한 제한이 가해지고 있을 뿐, 선거운동의 주체, 기간, 방법에 대한 세부적이고 포괄적인 규제는 없습니다. 이에 비하여 선거비용에 관해서는 매우 엄격한 규제가 가해지고 있는데, 정당과 후보자는 각각에 적용되는 선거운동비용 상한을 준수하여야 하며, 선거사무장이나 정당의 회계책임자 등 특정한 사람에 의하여만 선거비용을 지출해야 하고, 선거가 끝난 후에는 선거비용지출에 관한 보고서를 제출해야 합니다.

(2) 호주

호주도 연방선거법에 선거운동의 개념에 대한 정의나 선거운동기간에 대한 제한이 없고, 선거운동 방법에 대한 규제도 특별히 존재하지 않으며, 선거범죄와 관련하여 몇몇 제한사항이 열거되어 있을 뿐입니다. 선거운동의 주체와 관련하여 공무원의 정치참여를 폭넓게 허용하고, 선거운동의 방법과 관련하여 뇌물수수 등 부정행위나 인쇄물 배포 시에 일정한 기재사항을 적시함으로써 책임소재를 분명히 하는 것 외에 특별한 규제가 없습니다. 신문·잡지·선거홍보물·인터넷 등을 이용한 선거운동도 형식, 분량 등에 아무런 제한이 없습니다. 선거비용도 총액이나 지출용도를 제한하고 있지 않으며, 다만 선거비용의 수입 및 지출과정을 공개

11) 선거벽보, 현수막, 광고방송, 여론조사의 공표, 집회 등에 대한 규제가 있으나 이는 시설의 관리나 공공의 평온을 위한 목적으로서 최소한도의 제한에 그치고 있습니다.

하도록 함으로써 투명성을 확보하는 것에 치중하고 있습니다.

다. 선거운동에 관한 규제가 강한 국가

(1) 프랑스

프랑스는 다른 유럽국가와 마찬가지로 선거운동의 자유가 폭넓게 보장되고 있으나, 선거운동기간이 한정되어 있고, 선거법에서 선거운동과 관련하여 인쇄물에 대한 규격 규제, 선거광고 기간의 제한 등을 규정하고 있어 상대적으로 선거운동에 대한 규제가 강한 편에 속한다고 볼 수 있습니다. 선거홍보물을 인쇄·출판하는 경우 인쇄자의 성명과 주소를 기재해야 하며, 선거벽보는 법으로 정해진 규격에 맞추어 지정된 장소에만 게시할 수 있습니다. 또한 벽보, 선거공보물, 광고와 팸플릿 이외에는 인쇄물에 의한 선거운동이 금지됩니다. 선거가 실시되는 달 이전 3개월부터 선거일까지 영상매체나 인쇄매체를 통한 상업적 광고가 금지되며, 6개월부터 선거일까지는 단체를 조직하거나 운영하기 위한 모든 광고가 금지됩니다. 여론조사 결과의 공표와 관련하여서는 여론조사위원회의 관리 하에 공표가 이루어지며 선거일 전날부터는 그 공표가 금지됩니다. 그리고 선거비용의 상한선을 정하고 있습니다.

그러나 우리나라의 규제와 비교할 때, 공무원의 선거운동에 대한 규제가 약하고, 선거운동기간 이전에도 집회를 개최하거나 인쇄물을 배부하는 것이 가능하며, 기부행위에 대한 규제가 없고, 선거집회가 자유롭게 허용되며, 인쇄물에 의한 선거운동의 자유도 넓게 보장하고, 일정한 기간 동안 금지되는 광고도 상업적 광고에 국한된다는 점에서 많은 차이가 있다고 볼 수 있습니다.

(2) 일본

일본은 선거운동기간을 대략 11일 정도로 짧게 규정하면서 입후보준비행위, 일반적 정치활동, 후원회 활동, 사교적·의례적 행위 등을 제외하고는 사전선거운동에 대해 형벌을 가하고 있습니다. 선거운동의 방법과 관련하여서도 문서·도화의 배포 또는 게시 금지, 인사장의 금지, 선거운동용 엽서와 전단에 대한 규격 및 매수 제한, 포스터나 간판 등 매수의 제한, 무료 신문광고의 규격 및 횟수와 배포방법 등 제한, 신문과 잡지의 부당이용 금지, 선거운동방송의 제한, 인사목적의 유료광고 금지, 기세를 고조시키는 행위 등 집회와 관련된 세밀한 금지, 동영

상, 그림 등 인터넷상 화면을 이용한 선거운동의 제한, 호별방문의 금지, 기부와 음식물 제공의 금지 등 매우 포괄적이고 세밀한 규제가 가해지고 있습니다. 선거비용과 관련해서도 선거비용 총액을 제한하고 그 위반에 대해 제재를 가하고 있습니다. 이처럼 일본은 우리와 상당히 유사하게 선거운동을 규제하고 있습니다.

4. 선거운동의 개념 정의에 관한 문제와 대안의 모색

가. 선거운동의 개념 정의에 관한 문제

대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결이 선거운동의 해당 여부와 관련하여 종전보다 엄격한 판단기준을 제시한 것은 발제문과 마찬가지로 저 역시 기본적으로 바람직한 방향이라고 생각합니다.

그러나 대법원의 이와 같은 제한해석에도 불구하고, 선거운동의 자유에 대한 과도한 제한 상황이 실질적으로 개선되었다고 보기는 어렵습니다. 그 원인을 다음과 같이 볼 수 있을 것 같습니다.

첫째, 선거운동의 개념 정의 자체의 딜레마 때문입니다. 앞서 보았듯이 ‘선거운동’의 의미를 법률로 정의하고 있는 입법례는 극히 드뭅니다. 왜냐하면 그럴 필요가 없기 때문입니다. 이와 달리 우리의 경우는 사전선거운동을 금지하고 있어 선거운동을 정의할 필요가 있는데, 통상적인 정치활동이나 국민들의 정치적 의사표현을 지나치게 제한할 수는 없으니, 선거운동을 엄격하고 좁게 규율해야 할 필요성이 생겨납니다. 이에 따라 공직선거법 제58조 제1항은 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동 등을 선거운동의 개념에서 제외하고 있습니다.

그런데 다른 한편으로는, 선거운동을 지나치게 좁게 규정할 경우, 명백히 선거운동이라고 하기는 어렵지만 당선되게 하거나 낙선되게 하는 것을 목적으로 하는 것처럼 보이는 수많은 행위들이 규제망을 빠져나가게 되어 사전선거운동 규제의 실효성이 상실될 수 있으므로, 선거운동의 범위를 다소 넓게 규율하여야 할 필요도 생기게 됩니다. 이와 같은 딜레마로 인하여, 선거운동의 외연을 명확하게 확정하는 것이 어려우며, 법원이나 법집행기관도 해석의 어려움을 겪는 것이라

볼 수 있습니다.

그런데 이 문제의 근원은 결국 사전선거운동의 금지에 있다고 볼 수 있습니다. 사전선거운동을 허용한다면 ‘선거운동’의 해당 여부를 굳이 따질 필요가 없으므로 이와 같은 논란이 무의미해지기 때문입니다. 따라서 선거운동의 개념 정의와 판단기준을 어떻게 할 것인지라는 문제에 앞서, 사전선거운동의 금지가 과연 필요하고 적정한 규제인지가 검토되어야 한다고 생각합니다.¹²⁾

두 번째 원인은, 앞서 보았듯이 사전선거운동 금지 이외에도 공직선거법상 선거운동 또는 그에 준하는 활동을 규제하는 수많은 조항들이 있기 때문에, 설령 ‘선거운동’의 판단기준을 엄격하게 한다고 하여도 경우에 따라 다른 규제의 적용을 받을 가능성이 있기 때문입니다.

가령, 위 대법원 판결 이후에 선고된 대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도13103 판결은, 피고인이 국회의사당 정문 앞에서 “청년 구직자의 노력을 비웃는 채용비리 인사가 공천되어선 안 됩니다” 등의 문구와 현직 국회의원으로서는 차기 국회의원 선거에 출마 예정인 을의 성명이 기재되고 을의 사진이 부착된 피켓을 들고 1인 시위를 한 사안에 대하여, 위 1인 시위는 ‘선거운동’에는 해당하지 않아 공직선거법 제254조 제2항(사전선거운동) 위반죄는 성립하지 않으나, 공직선거법 제90조 제1항이 금지하는 ‘광고물의 게시행위’에 해당하므로, 공직선거법 제256조 제3항 제1호 (아)목, 제90조 제1항 위반죄(광고물 게시)가¹³⁾ 성립한다고 하였습

12) 같은 취지에서 문제완, 선거운동의 자유와 헌법 제116조 제1항, 외법논집 제42권 제1호(2018. 2.), 291면은 다음과 같이 지적하고 있습니다. “결국 사전선거운동 금지가 문제인 것이다. 사전선거운동 금지규정이 있는 한 공직선거법의 해석은 선거운동과 통상적인 정치활동을 구분하는 문제에 매달리게 된다. 법원이 아무리 상세한 기준을 설정한다고 하더라도 둘의 구분은 쉬운 일이 아니기 때문에 자의적인 법집행의 가능성이 상존한다. 위축효과가 발생하여 정치활동의 자유와 표현의 자유는 침해받게 된다. 궁극적으로 대의제 민주주의가 제대로 기능하지 못할 우려가 크다.”

13) 공직선거법 제256조(각종제한규정위반죄)

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 400만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 선거운동과 관련하여 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자

아. 제90조(施設物設置 등의 금지)의 규정에 위반하여 선전물을 설치·진열·게시·배부하거나 하게 한 자 또는 상징물을 제작·판매하거나 하게 한 자

제90조(시설물설치 등의 금지)

① 누구든지 선거일 전 180일(보궐선거등에서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의한 것을 제외하고는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다. 이 경우 정당(창당준비위원회를 포함한다)의 명칭이나 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)의 성명·사진 또는 그 명칭·성명을 유추할 수 있는 내용을 명시한 것은 선거에 영향을 미치게 하기 위한 것으로 본다.

1. 화환·풍선·간판·현수막·에드빌론·기구류 또는 선전탑, 그 밖의 광고물이나 광고시설을 설치·진열·게시·배부하는 행위

니다.¹⁴⁾

나. 대안의 모색

이에 대한 대안으로 다음과 같은 방안을 생각해 볼 수 있겠습니다.

첫째, 규제의 방향을 근본적으로 바꾸어, 선거운동의 주체나 시기, 방법에 대한 일반적이고 포괄적인 규제가 아니라, 선거의 공정성을 해할 위험성이 높은 몇몇 행위(가령 법 제230조의 매수 및 이해유도죄)만을 특정하여 규제하고, 나머지 규제는 하지 않되 선거비용에 대한 규제만 하는 방식으로 전환하는 방안이 있을 것입니다.

선거의 공정성을 보장하여야 하는 이유로 흔히 “금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거를 막고 무제한적이고 과열된 선거운동으로 말미암아 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 최소화하며 국민의 진정한 의사를 제대로 반영하기 위해서”를 들고 있으나(헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 193 참조), ‘금권, 관권, 폭력 등에 의한 타락선거’는 일반적인 선거운동을 금지할 것이 아니라 그러한 잘못된 선거운동을 금지함으로써 해결하여야 할 문제이고, 이를 통하여 ‘타락선거’를 막는다면 ‘과열된 선거운동으로 인한 사회경제적 손실과 부작용’은 큰 문제가 된다고 보기 어려울 것이라는 점에서, 위와 같은 근본적 해결방안을 고려해 볼 수 있습니다.

둘째, 위와 같이 규제의 근본적인 방향 전환을 하지 않더라도, 사전선거운동 금지를 폐지하는 방안을 생각해 볼 수 있습니다. 사전선거운동 금지는 국민들의 일상적인 정치적 의사소통이나 시민사회의 건전한 정치적 비판마저 가로막음으로써 정치적 표현의 자유에 대한 지나친 위축효과를 가져올 가능성이 있기 때문입니다. 아울러 선거일 180일 전 시작하는 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(법 제93조)와 같은 규제들에 대해서도 마찬가지로 고민이 필요할 것으로 보입니다.

셋째, 현행 선거운동 규제 조항들 중 대부분은 ‘선거에 영향을 미치게 하기 위하여’ 또는 ‘선거운동을 위하여’라는 표현을 사용하고 있고, 벌칙조항은 심지어

14) 대법원은 “공직선거법 제256조 제3항 제1호의 ‘선거운동과 관련하여’는 ‘선거운동에 즈음하여, 선거운동에 관한 사항을 동기로 하여’라는 의미로서 ‘선거운동을 위하여’보다 광범위한 개념으로 봄이 타당하므로, 위 조항에서 금지 대상이 되는 행위가 선거운동에 해당하여야 위 조항에 따라 처벌할 수 있다고 보기는 어렵다”고 보았습니다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도13103 판결).

그것보다도 더 넓게 해석될 수 있는 ‘선거운동과 관련하여’, ‘선거질서와 관련하여’와 같은 표현을 사용하고 있는데,¹⁵⁾ 이를 ‘선거에 부당한 영향을 미치게 하기 위하여’와 같이 보다 엄격하게 규율하는 방안도 생각해 볼 수 있습니다.¹⁶⁾ 다소 소극적인 방안이기는 하지만, 이렇게만 하더라도 지나치게 넓은 규율로 인한 정치적 표현의 자유의 위축 가능성이 많이 줄어들 수 있을 것입니다.

5. 헌법재판소의 역할에 대한 고민

그동안 공직선거법상의 선거운동 관련 규제 조항들에 대하여 헌법재판소는 대체로 합헌으로 판단하여 왔습니다. 이는 물론 재판부에서 그 동안 선거운동의 자유 못지않게 선거의 공정성을 중요한 가치로 고려하였기 때문일 것입니다.

나아가 현행 선거운동 규제에 문제가 있다고 인식하더라도, 선거운동 규제를 갑자기 완화하였을 때 우리 사회에 어느 정도의 파장이 있을지를 헌법재판소가 쉽게 예단하기 어렵다는 문제도 있다고 생각합니다. 앞서 보았듯이 우리 사회는 1958년 이래 60여년의 세월 동안 선거운동이 규제되는 환경에서 선거를 치러왔고, 그러한 규제가 없는 상황을 겪어보지 못하였습니다. 게다가 그러한 규제가 있음에도 불구하고 관권·금권 선거 등 선거의 공정성이 훼손된 경우를 많이 보아왔습니다. 이런 상황에서 헌법재판소가 규제를 완화할 경우 과연 어떤 상황이 발생할 것인지는 쉽게 예측하기 어렵습니다. 외국의 예가 있다고 하더라도, 그것이 우리 사회에서 어떤 방식으로 작동할지 장담할 수 없습니다. 위헌 결정으로 혹시라도 선거의 공정성이 지금보다 더욱 훼손될 경우에 대한 우려를 하지 않을 수 없는 것입니다.

다만 앞서 보았듯이 현행 규제조항들의 문제점을 부분적으로 해결함으로써 선거운동의 자유가 과도하게 제한되는 상황을 개선할 여지가 있는 것도 사실이므로, 앞으로 헌법재판소가 선거운동 규제조항들에 대한 위헌 심사를 함에 있어 그와 같은 사정을 충분히 숙고하여야 한다는 점은 두말할 나위가 없을 것입니다.

15) 앞서 보았듯이 대법원은 “공직선거법 제256조 제3항 제1호의 ‘선거운동과 관련하여’는 ‘선거운동을 위하여’보다 광범위한 개념이라고 보았습니다(대법원 2018. 2. 28. 선고 2017도13103 판결).

16) 이와 같은 취지의 견해로 윤영미, 선거의 공정성에 관한 검토 -공직선거법 제93조 제1항 문서 등 배부 금지규정에 대한 과도한 광범성 법리에 따른 위헌성 검토를 중심으로-, 헌법학연구 제16권 제3호(2010. 9.), 591면 참조.

제166회 발표회 토론요지

사 회 자(문재완 한국외대 교수): 오늘 마침 주제가 선거운동의 자유와 공정성에 관련된 문제여서 시의적절하다고 생각합니다. 그저께 끝난 선거가 사실 굉장히 심심하게 끝났지만, 아마도 이후에 누군가 선거법 위반의 문제가 분명히 나타날 테고, 또 법원이나 헌법재판소로 분명히 사건이 올 텐데, 오늘 여기서 선거운동의 자유와 공정성에 관련해서 그 사이에 있었던 현재와 대법원의 판례를 한번 다시 검토하고, 궁극적으로는 우리 국민들의 자유가 더 신장될 수 있는 방향으로 좋은 판결문이 나오기를 기대하면서 거기에 오늘 우리의 논의가 큰 보탬이 될 것이라고 기대를 합니다.

〈주제발표자(손인혁 연세대 교수) 발표〉

사 회 자: 감사합니다. 방대한 양을 아주 잘 정리해 주셨습니다. 본인이 잘 정리해주셔서 제가 더 정리할 건 없을 것 같은데요. 그래도 정리를 하자면, 대상 판결이 사전선거운동에 관련되는 사안이었고, 거기서 선거운동에 대한 개념이 종전 판례에서 크게 바뀐 건 없지만 좀 더 구체화되었다고 평가를 해주셨습니다. 그런데 이런 사항을 보기 위해서는 가장 기본적으로 ‘선거의 공정성이 우리 헌법에서 어떤 위상을 갖는가?’에 대한 문제를 살펴봐야 합니다. 그 문제에 대해서 손 교수님은 기존에 있었던 여러 가지 의견들을 잘 정리를 해주신 후 선거의 자유와 선거의 공정성은 대등한 관계라고 보지 않는다는 본인 입장을 밝히셨습니다.

이에 대해서 두 분의 지정토론자의 의견을 듣고, 그 후에 여기 계신 다른 분들의 의견을 듣도록 하겠습니다.

지정토론자(김선화 국회입법조사처 입법조사연구관): 손인혁 교수님께서 헌법재판소에서 그동안 실무에서 문제 된 쟁점들을 오랫동안 다루어오셨고, 학계에서도 활발하게 연구하시면서 이번 선거의 자유와 관련해서도 깊이 있게 발제를 해주셨습니다. 그래서 제가 뭐 토론이라고 덧붙여서 더 새롭게 할 건 없겠으나, 그래도 몇 가지 이제 좀 덧붙일 말을 굳이 찾아서 말씀을 드리려고 합니다.

그 사실은 이제 발제문에서 지적하신 문제점과 방향에 대해서는 기본적으로

동감을 많이 하고, 그 공정성 문제와 이 선거의 자유문제는 사실은 이게 무슨 따로따로 존립하는 것도 아니고, 또 자유를 제한하는 무슨 문제도 아니라는 점이 있고, 또 선거운동이라는 개념을 이렇게 생각할 수가 있는가 하는 점에 대해서도 상당히 문제가 좀 많다고 평소에 늘 생각을 해왔기 때문에 거기에 대해서 조금 말씀을 드리려고 합니다.

그래서 공직선거법에 사실은 문제들이 많은데, 전반적으로는 이게 다 정치 자유의 위축과 관련이 있다는 점, 이제 비유하자면 사람이 건강염려증이 생기면 이것저것 약도 많이 먹고 과도한 약을 쓰고 이러다 보면 사실은 면역체계가 엉망진창이 되는 거죠. 그러니까 건강하게 건강관리를 해야 되는데 약을 너무 많이 써가지고 이제 오히려 더 건강을 해치는 경우와 우리 선거제도가, 정치제도와 다 비슷비슷하다, 이렇게 생각을 하고 있습니다.

그리고 이제 선거 관련법에 대한 심사, 이제 법의 심사를 좀 더 다른 분야보다는 더 엄격해야 할 필요성이 있다는 점에 대해서도 좀 말씀드리려고 합니다. 우리 현행 선거 관련 법제도를 말씀드리자고 하면, 과연 입법자가 제대로 입법 방향을 잡고 제대로 된 입법을 하고 있는가에 대해서 회의적으로 말할 수 밖에 없고, 국회에 대한 국민들의 그 불신이 높는데, 그 원인 중의 하나라고도 할 수 있습니다.

사실 이제 선거법만의 문제가 아니라 정당법 상의 뭐 정당등록 문제라든지 선거구 획정 문제라든지, 또 선거운동은 말할 것도 없고, 국회의 의사부족에서 이제 정치관계법들을 들여다보면 국민의 지지가 사실상 왜곡된 채로 이제 국회가 구성되는 점, 헌법재판소에서 그동안 계속 평등원리, 선거에서의 평등원리에 대해서 얘기할 때 이제 주로 선거구 획정과 그 표의 가치, 이렇게 이제 해 온 걸 볼 수 있는데, 실은 의회의 의석 분포를 어떻게 하는가 하는 그 제도에서 이미 거대정당을 지지하는 그 유권자의 표는 한 1.6 정도의 가치가 있거나 또는 1.45 정도 가치가 있는데 비해서 이제 군소정당 내지는 뭐 3당, 4당, 5당 정도 되는 정당을 지지하는 국민들의 표 가치가 실은 0.25 정도 밖에 안 됩니다, 이건 뭐 경제학자들이 이미 다 분석해낸 거고요. 그래서 정치학계에서도 “왜 평등원리 얘기하면서 그 얘기는 꼭 안 하는 거냐?” 뭐 이런 얘기를 이제 하고는 합니다. 그런 문제가 있고.

그래서 사회적 소수의 목소리가 제대로 표 하나 가치를 가지고 제대로 대표되기 실은 상당히 어려운 구조로 되어 있고, 그래서 민주주의가 지향하는 다양성이 실질적으로 저해되고, 또 국민주권주의가 제대로 현실에서 일상적으로 구현

이 되는가 하면 이제 그렇지 않다는 문제가 지적되고 있습니다.

그 공직선거법은 그 자체도 상당히 모호하고 복잡해서 이것을 해석하기가 어렵죠. 그래서 선거에 임하는 공식 후보자들은 대체로 선거관리위원회에 일일이 질의를 합니다, 일일이. “이 돈 써도 되느냐? 저 돈 써도 되냐? 여기에 돈 써도 되냐? 이 말은 해도 되냐? 저 말은 해도 되냐? 누구는 만나도 되냐? 안 되냐?” 뭐 이거 이제 전부 다 질의를 해야 되는데, 어떤 경우는 이제 그렇게 해서 답변이라도 드리면 다행인데 어떤 경우는 선관위에서도 원론적인 얘기만 답변이라고 합니다. 그러면 ‘아, 되는가 보다 또는 안 되나 보다.’ 이걸 오해를 하고 되는 줄 알고 했다가 나중에 당선인 된 다음에 이제 당선된 그 직을 수행하지 못하고 계속 재판으로 몇 년씩 보내는 - 후보, 이제 후보가 아니죠. - 의원들도 꽤 있고, 이런 것들을 우리가 현실적으로 보고 있습니다. 그래서 이 ‘선거운동, 사실은 허가제라고 이름 붙여도 과언이 아니지 않는가?’ 이렇게 문제를 제기할 수가 있습니다. 그래서 전반적으로 선거운동의 자유가 이렇게 규제되고 있는 것은 정치적 자유권이 이제 상당한 정도로 축소, 위축되어 있는 점과 매우 밀접하게 맞닿아있다고 볼 수 있습니다.

어릴 때부터 정치시민교육을 받고 자라는 선진 민주주의 국가들과 이제 비교해 보건데, 우리는 일상적인 정치교육도 부재하고, 선거권 행사연령이 이제 세계적으로는 18세가 주고, 이미 이제 스코틀랜드나 브라질, 오스트리아 같은 나라는 16세로 낮아져있습니다. 이런 나라와 비교해서 우리나라는 19세인데 이것도 이제 상대적으로 높죠. 그리고 정치가 나의 생활방식을 정하는 그냥 일상적인 활동이라고 이해를 해야 함에도 불구하고 뭔가 별다른 분야인 듯이 여기도록 되어 있고, 정치적인 발언이나 행위는 금기시하게 되어 있고, 또 사실상 시민과 정치사회의 갭이 상당히 많은 그런 입법이나 정책이 상당히 많다는 점을 좀, 그러니까 전체적으로 조망을 좀 할 필요가 있다고 생각이 됩니다.

그리고 아까 말씀드린 것처럼 선거제도에 관한 법률이 국민의 의사를 왜곡할 수 있게 되어 있다는 점, 입법권을 사실상 독점하는 거대정당이 굉장히 유리한 제도로 계속 변화해 온 점을 볼 수 있습니다. 여기에 대한 분석은 주로 정치학자들이 하고 있는데, 정치제도를 연구하는 학자들 중에는 “이해당사자가 자신의 이익을 극대화하기 위해서 합리적이고 전략적인 선택을 하는 과정에서 제도가 형성이 된다. 그리고 또 유지가 된다.” 이렇게 파악하는 입장이 있습니다.

이런 틀에서 본다면 현재 선거법 문제를 온전히 입법자에게만 해결하도록 맡기는 것에 대해서 이제 비판적으로 볼 필요가 있다고 생각이 됩니다. 입법부에

이제 직접적인 이해관계 관련되는 일, 그러니까 스스로에게 그 직접 이해관계를 정하는 그런 상황에 대해서는 입법방식이나 절차에 대해서 다른 방식이 필요하지 않은가에 대해서 생각해볼 수 있습니다.

예를 들면 뭐 최근에 영국 같은 경우는 의원 윤리심사 같은 것을 일반인이 할 수 있도록 이제 그렇게 만들어 놔죠. 윤리 문제를 조사하거나 하는 것을 의원들 스스로 도저히 못 한다. 그렇게 민주주의 역사가 깊고 의회가 오래되었음에도 불구하고 그런 비판을 받는데 이제 겨우 70년 정도 일천한, 많은 세월을 제대로 된 의회민주주의를 하지 못한 이제 그런 나라에서 뭐 바라는 것이 좀 성급한 것일 수도 있지만, 이제 그런 문제가 있습니다.

그래서 대의기관을 둘 수 밖에 없는 민주주의 사회에서는 상시적으로, 또 지속적으로 국가권력 담당자에 대해서 비판과 감시가 필요하고, 또 잘한 건지 못한 건지를 늘 선거를 통해서 책임을 지도록 되어 있는 메커니즘인데, 이 선거라는 것에 임박해서 상시적인 비판과 감시를 하지 못하게 하는 그런 메커니즘은 반드시 개선이 되어야 한다고 보겠습니다.

현행 공직선거법상 선거운동 규제는 선거운동의 기간, 주체, 방법을 함께 규제하는 방식으로 매우 포괄적인데, 또 매우 세세하게 규정이 됩니다. 특히나 이제 선거운동방법에 대해서는 기관과 주체가 특정이 되고, 또 선거운동 주체에 대해서 상당히 포괄적으로 금지를 하고 있는 것은 매우 중대한 문제라고 하겠습니다. 뭐 교사, 공무원에게 다 정당 가입이 금지되어 있고요. 심지어 이것은 후원금 2만원 낸 걸로도 처벌을 하는 그런 상황이니까요.

그리고 또 이게 형사처벌로 규제를 하고 있기 때문에 이게 결국은 선거운동, 정치활동, 정치적 발언에 대해서 국가가 개입을 가장 큰 칼을 들고 하는 그런 모양새가 됩니다. 이게 선거의 공정성을 뭐 확보하기 위해서라고 해도 이거는 너무 과도하지 않은가 하는 점들이 많은데. 예를 들면 이 선거운동 개념이 포괄적이고 이에 비해서 선거운동 기간도 너무 짧고, 사전선거운동이 금지되고 있고 이렇게 때문에 국민들이 평소에 정치적 담론을 형성하고, 정치인에 대해서 비판한다거나 또는 정보를 가져온다거나 또는 정치세력을 형성하거나 하는데 굉장한 어려움이 있습니다. 심지어 선거일 180일 이전부터는 어떠한 사전선거운동을 할 수 없다, 이렇게 되어 있어가지고 그 4대강에 대해서 비판한 무슨 그 시위를 했더니 그거를 사전선거운동으로 처벌한 사례가 있고, 그다음에 4대강뿐 아니라 또 그 사드 배치 문제에 관련해서 사드배치에 찬성했던 의원들을 비판하는 포스터가 하나 붙었는데 그 포스터를 붙이자 이게 사전선거운동에 해당한다라고 해서 또 처벌하

는 경우도 있었습니다. 그러니까 이제 일반 국민들이 어떤 정치인들의 정치활동이나 이런 걸 제대로 비판할 수 있는 이런 그 토양이 되느냐 하는 것에 대해서도 비판의 여지가 있다고 생각이 됩니다.

그리고 작년 대통령 탄핵 정국에 입법적으로 흠결이 너무 많다는 것을 볼 수가 있었습니다. 그중에서 재밌는 질의가 있었는데요. 탄핵 후에 대통령 선거를 60일 이내에 하도록 그렇게 되어 있는 헌법 규정에 대해서 이 60일 이내가 너무 짧지 않은가? 이제 이런 질의가 있었었습니다. 그런데 대통령 후보자에 대해서 알리는 시간으로 너무 부족하다가 이제 그 질의의 취지였는데, 이제 60일은 사실 국가적 혼란이나 어떤 국가원수의 공백기간으로는 오히려 되게 길다고 봐야 하는 기간이고, 해외 사례를 보아도 60일씩 되는 나라는 그렇게 많지 않습니다. 심지어 프랑스 같은 경우는 35일에서 20일 이내에 보궐선거를 하도록 되어 있었는데, 왜 이걸 짧게 느끼는가? 미국 같은 나라는 오히려 아예 부통령이 바로 승계를 하기 때문에 이제 그런 문제도 없죠. 그런데 우리가 이 60일을 짧다고 느끼는 것은 평소 정당에서 다음 정치인, 이 당에서는 다음 정치인, 다음 그 대통령 후보로 이 정도 사람들을 내놓을 것이다라는 걸 예상할 수가 없고, 뭐 우리나라에서 그 당시에 여당은 심지어 자기네 여당에서 활동하는 정치인 중에 아무도 내세우지를 못하고 뭐 유엔에서 지금 총장하는 사람이 빨리 귀국하길 기다려서 그 사람 일정이 맞는지 보느라고 정신이 없었고, 이런 식으로 다음 정치인을 키우지 못하고 다음 정치인에 대한 국민의 어떤 의사를 제대로 이렇게 형성하지 못하게 한 그런 문제가 있었기 때문에 이게 바로 사전선거운동을 금지하고 선거운동을 포괄적으로 해서 정치적 담론 형성을 저해한 결과라고도 할 수가 있다고 지적할 수 있습니다.

그다음에 며칠 전에 선거가 끝났으니까 아시겠지만, 여론 공표기간에 대한 제한도 과도합니다. 현재 선거일 전 6일부터 선거일 조사결과를 공표하거나 또 보도할 수 없도록 그렇게 하고 있는데, 그 선거운동기간은 13일밖에 되지가 않고, 그나마 이제 여론 향배에 대해서도 6일 동안은 알 수가 없으니까 실제로 시민들은 선거에 대해서 정보를 제대로 알고 있지 않은 채로 선거에 임하는 결과가 된다는 점은 뭐 말할 것도 없겠습니다.

2016년에 중앙선관위에서 공직선거법 개정의견에서 휴대전화 가상번호로 여론조사를 하는 경우에는 그 선거 여론조사 결과 공표기간을 2일 정도로 축소하자고 제안한 바가 있었습니다. 이걸 국회에 이제 공식적으로 제안한 것이고요. 그 다음에 비교법적으로도 미국, 일본, 영국, 독일은 어떠한 제한도 없고, 프랑스도 선거일 전일과 선거일 당일만 금지하고, 그다음에 정치적으로 좀 후진적인 이탈리아

리아가 이제 선거일 전 15일부터 투표 마감시까지 제한, 스페인이 선거일 전 5일부터 금지, 이런 식으로 되어 있습니다.

그리고 앞으로 이제 선거운동은 현재도 그렇기는 한데, 온라인이나 빅데이터를 활용한다든가 하는 새로운 과학기술을 활용하는 방식이 주가 될 것으로 보입니다. 정보 유통이 삼시간에 이루어지거나 다양한 의견의 교환이 축적되고 교환될 수 있는 온라인 선거운동이 활발해지면 정보의 순환과 축적이 상당하고, 또 선거시에 선택의 판단근거가 그만큼 풍부해질 것으로 예상이 됩니다. 또 그렇게 돼야 이제 선거와 관련해서 왜곡된 정보가 어느 정도 수정도 될 수 있고 그렇다고 생각이 됩니다.

그런 점에서 2011년에 현재가 공직선거법에 대해서 한정위헌한 것은 이제 바람직했다고 생각을 하는데, 왜냐하면 그렇게 현재가 결정을 했기 때문에 국회에서도 어쩔 수 없이 이제 2012년에 인터넷에서의 선거운동기간이 확대된 입법을 할 수 있었기 때문입니다. 그런데 이제 입법자들은 사실 헌법재판소가 입법자를 존중해서 조심스럽게 위헌결정을 해서 이렇게 또는 헌법불합치 결정을 해서 보낸다고 하더라도 그걸 바탕으로 해서 좀 더 기본권을 최대한 확장하는 어떤 입법을 할 의무가 있는데도 불구하고 여전히 선거운동 규제를 근본적으로 변화시키려고 하지는 않는 태도라고 볼 수 있습니다.

그러면 그럼에도 불구하고 헌법재판소나 사법부 또는 이제 다른 헌법기관이 선거제도와 법률이 헌법 원칙에 비추어서 어떻게 평가되는지를 끊임없이 상기시키는 일은 매우 중요하다고 보겠습니다. 발제자께서 분석하신 판례에서 선거운동 자유를 최대한으로 해석하는 사법해석은 입법에 대한 침해라기보다는 엄격하게 해석한 것으로 타당하다고 생각이 됩니다. 지금 분석하신 판례가 나오자 곧 중앙선관위에서도 기존에 사전선거운동으로 금지됐던 것을 사전선거운동이 아닌 것 해가지고 뭐 표로 그려가지고 한 3장짜리로 내보인 적도 있었는데, 거기 보면 아주 재미가 있는 게 정치인이 정치적 현안에 대해서 현수막을 붙이는 것을 뭐 사전선거운동으로 봤다, 그다음에 이례적으로 뭐 악수하고 다니는 게 이게 사전선거운동인가 아닌가? 뭐 이런 것까지 이제 다 일일이 그 사례로 들어놓은 것을 보실 수 있습니다.

그래서 헌법재판소가 결정할 때 합헌적 법률해석원칙에 의해서 매우 조심스럽게 하는 것이 원칙적이기는 하지만, 선거 분야나 정치관계 법률은 다른 분야하고 다르게 의원의 직접적 이익에 관한 것을 스스로 정하는 것입니다. 의원들은 사실 이 세상에서 제일 무서운 게 아무것도 아니고 오로지 낙선이거든요. 어떤

것이라도 자기가 매체에 나오는 게 제일 좋고, 심지어 부고도 좋다. 왜냐하면 부고한 다음에 자기 아들이 이제 물려받아도 되니까. 이런 정도로 자기가 매체에 나오고, 사람들 입에 오르내리고, 이런 것을 지향하는 그런 상태에 있기 때문에 그 심사와 심사기준이 다른 분야보다 이제 더욱 엄격하게 될 필요가 있다고 사실은 보고 있습니다.

물론 이제 우리 문재완 교수님께서도 논문 쓰신 게 있는데 거기에는 좀 합리적 해석을 통한 심사, 그래서 좀 더 입법재량을 넓히는 것이 맞다고 하시는데, 그런 분야도 있겠지만 이해관계가 이제 직접 관련이 될 때는 좀 엄격할 필요가 있다고 생각이 됩니다. 그래서 입법에서도 이제 분명히 자기이익을 위한 오염이 나타나고, 헌법원리와 국민의 기본적 인권보다는 자신의 이익과 직결된 문제를 분명히 더 우선시할 일이 나타날 수 있기 때문에 그런 규범을 헌법원리 범위 내로 회귀시킬 책무가 헌법재판소와 사법부에게도 있다, 이렇게 볼 수가 있겠습니다.

제 토론은 여기서 마치겠습니다. 감사합니다.

사 회 자: 예, 감사합니다.

기본적으로 정치적 자유를 최대한 보장하자는 기본적인 생각을 갖고 계시고, 그런 입장에서 특히 국회의원들이 자기 이익에 반하는 법안을 쉽게 만들지 않을 것이기 때문에 헌법재판소가 좀 더 적극적인 태도를 보여줬으면 좋겠다는 바람까지 말씀해주셨습니다.

발제자한테 직접적인 질문을 하신 것은 아니었던 것 같습니다. 전반적으로 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 대한 본인의 의견을 말씀해주시면서 특히 국내외 다양한 사례와 의원들의 심리까지 말씀해주셔서 너무 감사드립니다.

〈지정토론자(황지섭 헌법연구관) 지정토론〉

사 회 자: 감사합니다. 비교법적인 연구에다가 구체적인 대안까지 제시해주시고, 재판관님들한테 이렇게 판결했으면 좋겠다는 의견까지 붙여주셨는데요. 역시 발제자에 대한 구체적인 질문보다는 본인의 의견을 주로 말씀해주셨습니다.

저는 사실 손인혁 교수님 발표를 오늘 두 번째 듣습니다. 작년 12월에 대법원에서 헌법학회 세미나에서 발제하는 것을 듣고 제가 굉장히 큰 학문적인 영감을 얻었고요, 오늘도 역시 마찬가지입니다. 그래서 제가 아주 급하게, 방학 한 달 동안에 급하게 될 하나 써갖고 발표한 게 있었어요. 거기서 제가 갖고 있는 기본

적인 관점이 있는데, 사실은 저는 맞다고 생각하지만 대부분 사람들은 동의하지 않는 어떤 관점이거든요. 오늘 특별한 질문이 없으시기 때문에 제 의견을 잠깐만 말씀드리고, 혹시 손 교수님께서 그 부분은 어떻게 생각하시는지 좀 듣고 싶기도 합니다.

첫 번째 갖고 있는 생각은 시간입니다, 시간. 표현의 자유에서 저는 시간을 굉장히 중시하는데요. 명백하고 현존하는 위협의 원칙이라는 우리나라에서 굉장히 많이 회자되고 있는 그 원칙을 저는 사실 중요한 원칙이 아니라고 보는데, 다만 한 가지 의미는 있습니다. 표현의 자유에 대한 헌법적 정당성을 이야기할 때 우리가 항상 얘기하는 게 사상의 자유시장이거든요? “그냥 내버려 두면 되지, 왜 정부가 들어가서, 국가 권력이 들어가서 이게 맞냐, 틀리냐를 이야기하냐?”는 사고가 사상의 자유시장입니다. 그런데 사상의 자유시장이론이 적용되지 않는 영역이 명백하고 현존하는 위협이 있을 때입니다. 시간적으로 치유할 수가 없는 거죠. 내가 “불이야.”라고 얘기해서 당장 위협이 발생하고 있는데 여기서 불이야가 틀렸다는 걸 우리가 충분히 얘기해보자? 이것은 아무 의미 없는 이야기이기 때문에 명백하고 현존하는 위협의 원칙이 나왔습니다. 저는 선거도 똑같다고 생각합니다. 선거일 이후에 그전에 했던 이야기가 조금 틀렸다면 이것을 시정할 방법이 저는 전혀 없다고 생각합니다. 따라서 우리가 일반적으로 생각하는 표현의 자유의 얘기를 선거운동기간에 얘기할 수 있는가? 저는 아니라고 생각합니다.

그런데 대상판결에서 얘기했던 게 뭐였냐면 “선거일로부터 멀리 떨어졌을 때는 표현의 자유를 보호해줘야 된다.”는 거죠. 당연히 맞는 이야기죠. 1년 전에 선거운동하는 것에 대해서 왜 규제를 해야 하는가? 다시 말하면 ‘사전선거운동의 규제가 문제인 것이지, 선거운동기간 동안 공정하게 해보자라고 하는 것이 왜 문제인가?’라는 게 제가 갖고 있는 의문입니다. 이것을 어떻게 봐야 할까 할 때 우리 헌법 제116조에 있는 내용은 빼놓고 해석이 가능할까? 제116조 제1항에서, 다른 나라의 헌법에는 없는, “선거운동은 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”고 규정한 명백한 헌법 규정을 항상 무시해 버리고 일반적인 표현의 자유, 정치적 표현의 자유를 얘기하니까 저는 제116조 제1항의 의미는 다시 봐야 되는 것 아니냐고 묻고 싶습니다. 그래서 저는 어떻게 보면 좀 작위적인데요, ‘제116조 제1항은 선거운동기간에 적용되는 조항이고, 그전에는 선거운동의 자유를 풀어줘야 된다.’라는 생각을 해봤습니다.

또 하나 이 사안을 보는 가장 기본적인 관점은 선거운동의 자유와 선거의 공정성에 대한 가치를 어떻게 놓을 것이냐입니다. 선거의 공정성이 과연 선거운동

의 자유만큼 헌법적 가치가 있는 것이냐에 대해서 손 교수님은 “공정성이라는 게 결국 대의제라는 것을 실현시키기 위한 수단적인 가치밖에 없는 것 아니냐?” 라고 말씀하셨습니다. 그리고 여러분들이 자유를 통해서 공정성을 달성할 수 있다고 합니다. 저는 거꾸로 이런 질문을 드리고 싶습니다. “선거운동의 자유도 대의제를 위한 수단이다.” 대의제에서 국민들의 의사대로 어떻게 국가기관을 구성할 것이냐의 문제가 제일 고심인 이유는 거기에 있는 것이죠. 그걸 해결하기 위한 방법으로 사람들이 자유롭게 후보자에 대해서 얘기해 보고, 그래서 우리가 올바른 후보자들을 뽑자는 것이죠. 그러니까 표현의 자유에 대한 여러 가지 정당성 이론 중에 민주주의 원리, 자기 지배이론에 의하면 표현의 자유는 수단적인 가치밖에 없다고 이해하는 것입니다. 그렇다고 보면 선거운동의 자유도 수단적인 가치이고, 선거의 공정성도 수단적인 가치라고 볼 수는 없는가라는 생각을 한번 해봤습니다.

원래 예정에 없던 질문을 드려 미안합니다. 손 교수님이 워낙 많이 고민을 하시고, 여러 가지 생각이 많으시기 때문에 좋은 답변하시리라 기대합니다. 의견 한번 들어보고, 그 다음에 여기 계신 연구관님들에게 마이크를 드리도록 하겠습니다.

발 표 자: 예, 토론 감사합니다.

전체적으로 제가 뭐 의견을 같이 하는 부분이기 때문에 따로 말씀드릴 건 없는데요. 선거운동에 의한, 선거운동의 선거 또는 선거운동의 자유에 대한 제한 입법에 대한 심사와 관련해서 김선화 박사님께서, 이제 교수님께서 “엄격한 심사를 해야 된다.”라는 부분에 대해서 저는 전적으로 동의를 합니다. 뭐 여러 가지 이유가 있겠지만 ‘그들에게 맡겨둘 수 없다. 그들의 이익 극대화를 위한 것이 바로 선거법이다.’라는 입장, 그리고 ‘그들이 노는 장소 또는 게임의 룰을 스스로 정하도록 하는 것은 문제가 있다. 그렇기 때문에 원칙적으로 엄격한 심사를 해야 되는 것이 타당하다.’라고 생각을 합니다.

그리고 황지섭 연구관님께서 말씀하신 부분도 저도 뭐 상당한 부분 다 동의를 하는 부분입니다. 그런데 우리는 조금 그 맨 마지막 부분에 제가 재판소로서 이제 그러한 상황이 없는 선거를 경험해보지 못했기 때문에 그것에 대한 그러한 우려가 있다. 그런데 문재완 교수님께서 말씀하신 것과 맥을 같이 하는 게 우리는 제116조가 있고, 중앙선거관리위원회가 있습니다. 이것은 전 세계 어느 나라에서도 거의 찾아볼 수 없는 헌법기관으로서 선거관리기관이라고 저는 생각을 합니

다. 그런 어떤 그 역사적 경험, 헌정사적 경험을 통해서 만들어진 기관이고, 우리나라의 특유한 제도이기 때문에 중앙선거관리위원회로 하여금 충분하게 없는, 그러니까 위와 같은 규제가 없는 상황에서도 선거가 가능하다. 또 관리가 가능하다는 것이 충분히 입증되지 않을까라고 생각을 하기 때문에 일단 우선적으로는 사전선거운동, 선거기간 제한을 푸는 것이 먼저 필요하고, 그다음으로는 첫 번째로 선거 규제에 대한 어떤 입법적 방향을 전환하는 것이 필요하지 않는가라는 생각을 하게 됩니다.

그리고 문재완 교수님께서 말씀하신 부분이 역시 아까 제가 발제하면서 처음 말씀드렸던 그 부분과 저는 맥을 같이 한다라고 생각을 합니다. 그러니까 원론적인 생각을 해보면 그 자유권을 이제, 전 국가적인 자유권이 있을 수가 있고, 이 선거의 자유, 정당의 자유 이런 것들은 어떤 제도적인 자유권 아니면 기능적인 자유, 뭐 이렇게 저는 대충 분류를 하는 걸로 알고 있습니다. 그런 분류가 의미를 가지는 이유는 바로 그러한 제도가 작동하기 위한 수단으로서 그런 자유가 보장하는 것이고, 그런 자유를 보장함을 통해서 그 제도가 극대화되고 그 제도가, 이 기능이 제대로 실현되기 때문에 저는 자유를 보장하는 것이라고 생각을 합니다. 그렇기 때문에 그러한 관점에서 본다고 하더라도 역시 선거운동의 자유와 선거의 공정성은 대립하는 관점일 수는 없다. 대립하는 헌법적 이익일 수는 없다라고 저는 이해를 하고 있습니다.

그리고 아까 말씀드린 것처럼 제가 그 문재완 교수님 논문, 제가 어제 바로 받아가지고 제가 읽지를 못 했습니다. 그런데 똑같은 고민을 저도 했었습니다. 그러니까 처음에는 그 아까 말씀드린 정중수 교수님이나 허영 교수님께서 말씀하시는 내용을 제가 이해를 못 했는데, 점점 생각을 하다 보니까 문재완 교수님께서 정리하신 것처럼 결국 대의제도가 작동하기 위한 전제로서 선거운동의 자유가 보장되는 것이고, 그리고 그 이전에는 정치적 표현의 자유로서 보장이 되는 것이다. 그런데 근본적인 문제점은 그게 구별 가능한가라는 점입니다. 더군다나 사전선거운동 금지가 처벌을 하고 있는 마당에서 그러한 선거기간을 중심으로 해서 또는 선거라는 대의제도를 중심으로 해서 이 양자가 구별 가능한가의 문제가 저는 근본적인 어려움이 아닌가라고 생각을 합니다. 그렇기 때문에 선거운동의 자유는 역시 정치적 표현의 자유에 근거해서 전 국가적인 자유권으로 보장될 수밖에 없는 지위를 가지는 것이고, 그것을 이제 제한하는 하나의 정당한 요소, 즉, 어떻게 보면 선거의 자유를 더욱 촉진하는 요소이자 제한하는 요소로서 선거의 공정성이라는 것이 바로 대의제도가 제대로 기능하기 위해서 어떤 요구되는 하나의 수단

적인 지지로서 공정성이라는 개념이 자리매김해야 되는 것이 아닌가라고 생각을 합니다.

토 론 자(이황희): 이황희 연구관입니다.

발표 너무 잘 들었고요. 뭐 질문이기도 하면서 또 제 요즈음 가지고 있는 또 문제의식이기도 한데, 그 방금 발표자께서 이렇게 자유로운, 그러니까 “선거운동의 자유와 공정성이 대립하는 가치가 아니라 자유를 완전하게 보장함으로써 공정성을 좀 더 고양시킬 수 있다.” 이렇게 말씀하셨는데, 저는 그 부분에 대해서 많은 부분 동의하고요. 그런데 그 자유를 통해서 정보제공을 사람들에게 한다고 하더라도 그 정보의 흡수력에서 좀 차이가 나는 것 같습니다.

이게 무슨 말이냐 그러면, 이게 딱히 발표자의 주장을 비판하는 건 아니고요, 그러니까 작년에 2017년도에 OECD에서 나온 ‘더 좋은 삶 지수’라는 보고서가 있는데, 거기 보면 이제 각국의 상위 20%와 하위 20% 간의 투표율의 차이나 정치적 자유, 특히 투표율의 차이를 조사했는데 OECD에서 평균이 13%입니다. 상위 20%, 하위 20%간 투표율 차이가 13%인데, 가장 작은 나라가 캐나다나 스칸디나비아 국가들이 보통 한 3%, 5%고, 꼴찌가 한국입니다. 한국은 거의 30% 정도 차이가 납니다. 28% 정도로 차이가 나는데요, 선거운동의 자유를 확보를 하면 이제 모든 사람들이 다 정보를 접하고, 거기에 대해서 모든 국민들이 똑같이 투표를 함으로써 민의를 왜곡하지 않고 반영하는 대의기관 구성이 가능할 것이라든가 게 우리의 어떤 법적 픽션인데, 그런데 실제로는 그게 과잉 대표 현상, 어떤 특정조건에 의해서 어떤 특정그룹의 정치적 의사가 과잉 대표되는 현상이 선거운동의 자유가 굉장히 넓게 운영되는 선진국에서도 나타나고, 우리나라는 더더욱 크게 나타나고 있다. 이런 면에서 어떤 ‘선거의 공정성이라는 것을 어떻게 다시 또 헌법적으로 바라볼 수 있을까?’라는 그런 고민을 좀 하고 있습니다. 그래서 일단 그런 것에 대해서 어떤 좀, 교수님께서 어떻게 생각하시는지 한번 의견을 듣고 싶습니다.

토 론 자(김선희 변호사): 발제는 대법원 전원합의체 판결을 주제로 하고 또 그 사건의 사안 자체가 후보자의 사전선거운동과 관련된 사안이었습니다. 저는 유권자의 측면에서 일반 유권자들이 행하는 정치적 표현행위나 정치활동들이 흔히 선거법에 의해서 많이 규제되는 측면에 대해서 조금 강조해서 말씀을 드리고 싶습니다.

왜냐하면 선거의 공정성을 얘기하는데 공정성이라는 것은 단순히 후보자간의 공정성만 얘기하는 것이 아닙니다. 선거의 주체, 참여자는 후보자이기도 하고 정당이기도 하지만 또한 유권자들이 선거의 가장 중요한 이해관계자인데, 선거 시기에 정치적 표현의 기회가 후보자들에 비해서 유권자들에게 공정하지 못하게 작용하고 있는 부분을, 그래서 선거의 공정성, 선거운동의 기회의 공평성 측면에서 유권자들에게는 공평한 기회가 확보되지 못하고 있다는 측면을 좀 강조해서 봐야 된다는 생각이 듭니다.

이것은 선거법의 규율체계가 갖고 있는 문제점과도 연결이 됩니다. 선거법이, 선거운동에 관한 7장을 보면 “선거운동은 자유다.”라고 얘기를 하지만 “이 법에 의해서 금지되는 경우에는 그렇지 아니하다.” 하면서 뒤에 선거운동에 대한 규제조항들이 쭉 나옵니다. 앞부분에는 할 수 있는 행위들이 나오는데 그래서 뭐 간판도 붙일 수 있고, 현수막 달 수 있고, 방송광고 연설을 할 수 있다 그렇게 나오지만, 그 가능한 행위들은 후보자나 정당이 할 수 있는 것들입니다. 뒤에 제90조, 제93조 이런 데 있는 것들은 탈법행위 금지라고 해서 하지 말라고 하는 것이지만, 후보자들은 할 수 있는 행위가 일부 있기 때문에 그 허용된 범위 외에서만 선거운동의 자유가 제한이 되는 반면, 유권자들로서는 실제로 할 수 있는 선거운동의 방법으로 허용되어 있는 게 거의 없고, 탈법적 규제조항들이 수범자를 ‘누구든지’라고 규정하고 있기 때문에 일반 유권자들에게는 전면적 금지규범으로 작용을 하고 있습니다.

현재가 예전에 전면적인 선거운동 주체를 제한하는 조항에 대해서는 위헌 결정을 했지만, 이후에는 대부분 합헌 결정을 하고 있는데, 그 합헌 결정의 주된 취지에서 ‘특정한 방법에 국한된 제한’이라는 표현을 쓰고 있습니다, 최소침해성 부분에서. 전면 규제가 아니고, 특별히 “선거운동의 공정성을 해할 위험이 높다고 생각되는 방법에 대한 방법적 규제, 일부 부분 규제이기 때문에 합헌이다.”라는 취지로 얘기를 하지만, 그것이 정당이나 후보자에게는 타당한 얘기일 수 있어도 유권자들에게는 사실상 전면규제이기 때문에 그것은 특정한 방법적 규제가 아니라는 측면을 헌법재판소가 좀 선거법 전체 체계를 고려하지 못하고 간과한 게 아닌가 하는 생각이 듭니다.

그래서 아까 황지섭 연구관계서 토론을 하신 것처럼 공천을 반대하는 1인 시위 피켓 하나 드는 것도 금지되고, 그러니까 유권자들은 1인 시위도, 피켓도 못 들고, 기자회견도 못하고, 확성기도 못 쓰고, 피켓, 현수막 뭐 연호하고, 행진하고, 서명도 하고, 이 모든 행위들이 선거일로부터 180일 이전에 다 안 됩니다. 사실상

선거운동의 자유가 형해화되어 있는데, 그러다 보니까 어떤 피해가 발생을 하는지 말씀을 드리겠습니다. 시민단체들이 사실 일상적으로 정치활동을 합니다. 후보자에 대한 비판도 하지만 정책 제안 활동도 많이 하죠. 이런 정책은 뭐 비판한다 하고, 이런 정책이 도입돼야 된다. 평소에 일상적으로 정책활동을 하는데 갑자기 선거일 180일이 되면 이제 굉장히 조심스러워지거든요? 그 위축 효과들이 분명히 강하게 나타나고 있습니다. 제가 변호사니까 저한테도 선거법 자문이 들어오는데 제가 그러면 굉장히 좀 자괴감을 느낍니다. 왜냐하면 “이걸 이렇게 하면 되나요?”라고 했을 때 선거법의 규정들이 워낙 또 모호하고 추상적으로 규정이 되어 있다 보니까 거의 대부분 좀 위협하다고 이렇게 얘기를 하게 되고, 특히 실외에서 하는 행동, 오프라인의 행동들이 거의 다 규제가 됩니다. 현재가 온라인 선거운동 한정위헌하면서 이제 온라인상에서는 나름대로 자유롭게 표현을 하지만, 똑같은 내용을 트위터로 막 뿌려도 되지만, 그 똑같은 내용을 피켓 하나 써가지고 들고나가면 그것이 선거운동 위반이 되는 그런 불합리한 지금 규제의 모순 현상이 많이 나타나고 있습니다. 하여튼 그래서 정당이나 후보자의 측면이 아니라 유권자에게는 이게 상당히 전면적인 규제로 작용하고 있다는 그런 부분이 선거법에 대한 위헌성 판단에 있어서 매우 고려되어야 되는 부분인 것 같고요.

오늘 발제와 관련해서 대법원 판결에 대해서 얘기를 해주셨는데, 실제로 저도 물론 대법원이 선거운동을 그동안 너무 넓게 봐왔다는 것에 대한 반성적인 판시에 대해서는 되게 공감을 합니다. 사실 과연 잘 지켜지고 있는지 되게 의문이라고 하셨는데, 황지섭 연구관님이 제시했던 그 판결도 가장 최근에 있었던 판결이고 1심, 2심에서 무죄가 나왔는데 그게 선거운동, ‘정당의 후보자 추천에 대한 단순한 지지반대의견’ 이렇게 해서 “선거운동은 아니지만, 선거운동은 아니어도 선거운동과 관련된 행위고, 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위다.” 이렇게 해서 대법원에서 유죄 취지로 파기환송해서 파기환송심에서 벌금 100만원, 선거권 제한이 되는 그런 정도의 형량이 나오고 있는 현실입니다. 또 지금 그 이후에도 선거법 위반에 대한 확장해석과 유죄판결들은 여전히 계속 많이 나오고 있어서 해당 대법원 판결이 좀 실질적으로는 많은 영향을 미치고 있지 못하는 게 현실이라는 생각이 듭니다.

너무 말씀을 길게 드린 것 같은데, 질문은 아니고요. 어쨌든 유권자, 표현의 자유의 측면에서 강조 드릴 수 있을 만한 부분을 좀 말씀드려봤습니다.

토 론 자(유경민 헌법연구관): 저는 선거운동의 자유가 ‘그 자체로 가지는

독자적인 민주주의적 의미가 좀 있을 수 있지 않을까? 그런 부분을 고려해야 되지 않을까?’ 이런 생각이 좀 들고요.

그러니까 대의제로서 통치구조를 구성하는 어떤 수단으로서의 의미도 있지만, 선거운동이 활발하게 이루어짐으로써 정치적 주체로서 각성을 한다든지, 또 어떤 새로운 정치적 의제를 개발해서 민의를 전달한다든지, 이런 사례들은 사실 쉽게 찾아볼 수 있거든요. 무상급식이라든지 여러 가지 의제들을 실제로 선거를 계기를 통해서 정치권에 전달하거나 의제가 개발되거나 그동안에 어떤 평가를 한다든지, 이런 계기가 될 수 있기 때문에 이런 선거운동 자체가 약간 정치적 의미, 또 민주주의적 의미가 있어서 그 자체로 어떤 자유를 좀 확대하고, 신장해야 되지 않나, 그런 생각이 들어서 의견을 좀 드려봤습니다.

사 회 자: 예, 감사합니다.

세 분이셨는데 이황희 연구관님은 “선거운동의 자유라는 측면만 고려했을 때 자칫 잘못하면 상위 계층의 이익이 더 과대 대표될 가능성도 있다.”라는 말씀 해주셨고.

김선희 변호사님은 기본적으로는 유권자 측면에서 보자는 새로운 시각을 얘기해주시고, 그다음에 대상판결이 실제로 그 이후에 한계를 갖고 있는 부분에 대한 지적을 해주셨고요.

유경민 연구관님께서 “선거운동의 자유, 그 자체의 의의를 좀 살펴봐야 된다.”는 취지인데, 발제자님께서 그 부분에 대해서 어떻게 생각을 하십니까? `

발 표 자: 예, 이황희 연구관님 그 지적은 뭐 옳은 말씀이라고 생각을 합니다. 그런데 역시 마찬가지로 현대 헌법에서 선거의 기능이 무엇인가에 관한 문제라고 생각을 하고요. 그리고 ‘과연 선거의 자유가 무엇인가?’라고 생각을 해보면 많은 선거의 자유가 제대로 지켜지기 위해서는 가장 중요한 것은 모든 유권자들의 의사가 제대로 구현되는 것이라고 저는 생각을 합니다. 역시 마찬가지로 현대 민주주의 사회에서 소득계층 간에 그런 격차가 벌어지는 문제는 당연히 존재를 한다고 생각이 들고요. 그리고 선거의 자유를 우리가 구체적으로 입법화함에 있어서 그런 요소들이 충분히 고려되어야 된다고 생각을 합니다. 그렇기 때문에 공정성의 문제도 역시 마찬가지로 그 속에 포함되어져 있는 문제가 아닌가? 즉, 선거의 자유를 어떻게 우리가 해석할 것인가의 문제로 귀결된다고 생각을 합니다.

그리고 김선희 변호사님, 저는 이 사전선거운동 금지 그리고 선거운동 개념이 똑같이 정치인과 마찬가지로 일반 유권자들, 국민들의 정치적 기본권을 과잉 제한한다고 생각을 합니다. 더더욱 지적하신 것처럼 선거운동이라는 개념을 통해서 정치인들이 제한되는 것은 자신들의 정치적 활동이지만 일반 국민들이 제한되는 것은 사회활동과 정치활동이 구별되는 것인지, 아닌지 뭐 이렇게 말하는 것도 우습습니다만, 일체의 활동이 다 조심스러울 수 밖에 없습니다.

그렇기 때문에 선거운동 개념 또는 사전선거운동 금지를 통해서 제한되는 기본권, 기본권의 제한의 정도는 정치인이 아니라 우리 유권자들의 측면에서 바라볼 때 더 심각하고 그리고 또 중요하고, 또 그로 인해서 처벌되는 사례도 보면 대부분 일반 유권자들이 처벌되는 사례가 더 많습니다. 그렇기 때문에 그 부분은 충분히 저도 공감을 하고, 똑같은 지적이 있을 수 있다라고 생각을 합니다.

그리고 마찬가지로 대상판결 이후에 저는 걱정을 한 부분이 대상판결의 시간적 근접성을 매우 중요한 요소로 생각을 합니다. 그렇기 때문에 시간적으로, 그러니까 선거일로부터 가까워움에 따라서 이 시간적 근접성을 이유로 법원이나 검찰에서 무분별하게 선거운동으로 포함을 시키고, 금지하고, 처벌하게 될 위험성을 하나 저는 생각을 했었습니다.

그리고 또 하나는 선거인의 관점 또는 외부로 드러나는 행위, 그런 - 사후, 사전 - 사후적인 평가가 아니라 선거인이 그 행위에 직면해서 어떤, 어떻게 생각하는가? 이런 것들이 굉장히 추상적이기는 마찬가지입니다. 그래서 조금 우스갯소리입니다만, 일선 검찰이나 법원에서는 이 대상판결이 나온 이후로 그걸 물어본다고 합니다. 유권자 한 사람을 불러가지고 “당신 어떻게 생각했나요?” 굉장히 이것은 대법원 판결이 요구하는 것은 그것을 선거인한테 확인하라는 그 취지는 분명히 아닌데, 이 적용 과정에서 그런 우스운 사태도 지금 벌어지고 있다라는 것입니다.

어쨌든 간에 대상판결을 통해서 그 선거운동의 개념 자체는 굉장히 이제 법원에서 해석의 범위 내에서는 충분히 제한되어졌다고 생각을 하면서, 향후 이제 많은 판례들이 나타나서 하나의 방향으로 이제 귀결이 돼야 된다고 생각을 하는데, 가장 중요한 것은 앞으로 이 조항, 이 사전선거운동 금지 조항을 헌법재판소가 과연 어떻게 바라볼 것인가가 가장 핵심적이고 본질적인, 이 문제를 해결하기 위한 궁극적인 길이라고 생각을 하고, 이 부분에 대한 조항을 없애서 사실상 다른 방법으로서 선거운동에 대한 규제를 하는 것이 바람직하지 않는가라고 생각을 합니다.

지정토론자(김선화): 예, 저는 사실 좀 많이 들어야지 하고 마음을 먹고 왔다가 이렇게 말을 많이 하게 돼서 죄송합니다.

아까 이황희 선임연구관계서 말씀하신 이제 ‘특정 계층이 과잉 대표되는 문제’나 또 “우리나라가 30%, 20% 이상 뭐 이렇게 차이가 난다.“ 상위 20%, 하위 20% 얘기를 하셨는데, 이것은 이제 사실은 정치적 소외문제가 아까 말씀드린 것처럼 이 표의 가치가 다르고, 또 군소정당을 지지하는 쪽에 이제 표가 그렇게 되니까 자꾸 정치에서 멀어지게 만드는 요인이 있고요, 좀 입체적으로 볼 필요가 있는데.

올해 3월에 워싱턴포스트지에 되게 재밌는 기사가 하나 났는데 뭐라고 되어 있었냐면, 지금 그 ‘선거연령을 인하하니까 어떤 효과가 있는가?’ 이걸 이제 쪽 기사로 쓰면서 18세로 인하했더니 또는 어디서 16세 이하, 16세로 인하했더니 그 부모의 투표 참여율이 훨씬 높아졌다, 뭐 이런 얘기도 있더라고요. 그러니까 실제로 집에서 아이가 정치에 관심을 가지고 이렇게 얘기를 하고 이러면 이제 함께 투표하는 게 높아지는데, 이게 간과할 수 없는 굉장히 큰 이펙트다. 뭐 이런 기사가 있었습니다.

그래서 이제 그런 여러 가지 제도를 좀 같이 봐야 되고, 또 정치적 소외문제가 제도적으로 어떻게 되어 있는가 하는 것을 좀 볼 필요가 있고, 또 사실은 선거 시간 문제, 그러니까 투표하는 시간 문제도 사실은 소득수준이 낮고, 힘든 노동을 하는 경우에는 사실 투표를 하러 가기가 힘든 경우가 상당히 많아가지고, 이제 그런 것도 좀 살펴볼 필요가 있습니다. 예를 들면 수요일날 우리가 투표했는데 실은 제가 시간 남아서 갔더니 이마트가 열려있더라고요. 그러니까 ‘거기서 일하는 분들은 언제 선거한 거야?’ 궁금한 것입니다. 이런 문제들을 살펴볼 필요가 있지 않은가? 그런 말씀을 좀 드리고 싶습니다.

지정토론자(황지섭): 저는 문재완 교수님께서 말씀하신 것 관련해서 사실 제가 문 교수님 논문을 보고 굉장히 많은 자극을 받았는데, 그 논문이 굉장히 좋은 논문이고 여러 가지 점에서 생각할 거리를 많이 던져주는데, 저는 대부분의 그 논문의 취지에 동의하고, 그런데 이런 의문은 듭니다. 그러니까 선거운동기간 동안에 가장 규제를 할 필요성이 큰 것도 사실인데, 그 기간 동안 또 가장 의견이 활발히 개진돼야 될 필요가 있는 것도 사실입니다. 그래서 그 딜레마를 과연 어떻게 풀 것인가? 그게 문제가 될 것이고.

당연히 문 교수님 취지도 선거운동기간이라고 해서 어떤 제한을 상당 부분

강화하자 이런 취지로 보이지는 않고, 다만 그 기간 동안에 어떤 제한은 선거의 공정성이라는 원리에 의해 입법자의 입법형성권이 좀 더 강하게 고려될 필요가 있다는 것인데, 이제 그 구체적인 각론에 들어가면 결국에는 그런 문제들도 허위 사실 공표라든지 매수 및 이해유도의 금지, 이 정도에서도 다 해결이 어느 정도는 가능하지 않은가? 그런 생각 정도를 해봤습니다.

토 론 자(이승환 헌법연구관): 오늘 토론이 대립선이 그어져갖고 하는 것이 아니라 어떻게 보면 전체적으로 다 같은 방향으로 얘기가 되는 것 같고, 저도 공감하는 얘기입니다. 아까 말씀하신 김선희 변호사님의 유권자 측면 부분이 사실은 완전히 새로운 관점이 아니고, 이미 계기가 많이 되고 있는 관점인 것 같습니다.

그런데 사실 황지섭 연구관님도 말씀하셨듯이 “그렇다면 우리는 무엇을 할 것인가?”가 이제 결국 우리 실천적인 것이 되어야 될 텐데, 이것이 꼭 오늘의 주제가 되었든, 계기가 되었든, 사전선거운동 뭐 이거 하나가 문제가 되는 것이 아니라, 선거법 전체의 틀이 다 문제가 되는 상황인 것 같습니다.

그런데 그동안에 유권자도 기소되고 헌법소원도 내고 했지만 상대적으로 보면 후보자거나 아니면 후보자의 선거운동원이거나 이런 쪽에서 기소가 된다거나 해서 온 사건이 많다 보니까 아무래도 그 위주로 판단이 되는 측면이 좀 있지 않았을까? 그리고 우리가 이론적으로 보면 제68조 제1항의 헌마 사건 같으면 “다른 사람은 상관없고 청구인 너의 측면만 본다.” 이것이 되고, 위헌제정이나 제68조 제2항 헌바 소원 같은 경우는 “전체적으로 뭐든지, 모든 쟁점을 다 볼 수 있다.”라고 하지만, 우리 현실적으로는 결국 청구인과 관련된 주장과 측면에서 좀 보는 측면이 많이 있는 것 같습니다.

그래서 그런 유권자의 측면이 좀 간과된 측면이 있는데, 사실 유권자가 할 수 있는 게 키보드 치는 것하고 손가락으로 휴대폰 치는 것 말고 아무것도 없는 것 같습니다. 제가 할 수 있는 부분을 모두 확인하지 못한 것 같기는 한데요. 그래서 이미 그 유권자 측면의 선거운동이 너무 막혀있다는 부분이 정치학계라든지 아니면 시민사회에서는 이미 파악이 됐는데 사법부가 지금 뒤쳐져 있고, 인식을 못하고 있는 측면이 상당히 있다라는 생각을 해봅니다. 그럼 당장 나오는 얘기가 뭐냐 그러면 “야, 그러면 뭐 제3자 유권자인 것처럼 해가지고, 후보자가 탈법적으로 해서 선거운동 비용 규제 빠져나가고 뭐 다 하면 그거 어떻게 할래?” 라고 당장 나올 것 같은데, 결국 우리가 이 선거법뿐만 아니라 모든 입법에서 그런 것 같습니다. 우리나라 입법이, 뭐 서양 입법이 어떤지 제가 정확하게 잘 모르지만

어쨌든 단적으로 말해서 포지티브 한 방식이 있고 네거티브한 방식이 있을 것 아니겠습니까? 그래서 이 사람들이 이렇게 하면 믿고 따를 것이다라고 생각, 준수할 것이다라는 전제 하에서 법을 만드는 방식이 있는데, 우리나라는 사실상 이거 해 놓으면 꼼수로 빠져나가는 게 어떨 것인가라고 해서 지나치게 촘촘하게 하는 측면이 있는데, 이게 좀 풀려야 될 측면이 있지 않을까? 지나치게 어떤 탈법행위가 있다고 그러면 그것에서 추가 입법을 해서 규제를 하면 되고, 뭐 그런 측면이 있지 않나 생각이 됩니다.

그래서 특히 그 ‘선거운동’ 정도까지는 뭐 모르겠습니다만, 뭐 ‘선거에 영향을 미치기 위하여’라든지, 이런 온갖 수식어들은 공직선거법에서 좀 다 빠져나가야 되지 않을까라는 생각이 들고. 그런 의견들이 상당히 헌법재판소에서도 예를 들어서 제93조 제1항 같은 경우에서도 점점 반대의견 숫자가 늘어나고 논리가 정치해져가고 있는 측면은 있습니다. 올해 4대 5로 합헌 나왔습니다. 그런데 문제는 이제 그게 제93조 제1항이라든지 사전선거운동이라든지 한 조항 뭐 위헌이 된다든지 개정된다 해서 풀 문제가 아닌 것 같아서 이것은 전체적으로 좀 해야 되지 않을까, 뭐 다 아는 얘기 그냥 한번 덧붙여 봤습니다.

회 장(서기석 재판관): 아까 사실 이제 제가 쪽 그 발표를 듣고 하면서 상당히 이제, 특히 우리 손인혁 교수께서 우리 헌법재판소 결정문을 쪽 읽는 과정에서 이제 참, 쪽 옛날부터 내려왔던 그 사실 그걸, 처음 결정문이었는데요, 그 부분이. 그래서 이제 저희들이 생각을 다시 생각을 좀 더 해 봐야 되는 시기가 왔지 않느냐, 그런 느낌을 제가 받은 것이 사실 이제 우리가 그동안에 금권선거라든지 탈법선거, 부정선거가 옛날에 만연해서 그것을 방지하기 위해서 이제 선거법을 엄격하게 여러 가지 선거운동을 제한했다. 이것이 이제 공식적인 입법목적을 보면 다 그렇게 되어 있습니다. 그래서 이제 그것을 갖다가 헌법재판소에서도 결정문을 쓰면서 그 공식적인 입법 목적을 그대로 인용을 하다 보니까 그렇게 된 것 같습니다.

그런데 지금 꼼꼼이 생각을 해 보면 역시 여야가 합의해서 선거법을 이것이고 친 것이고, 그런데 꼼꼼이 생각해보면 그 여야라는 것이 거대정당들이고, 또 그때 선거법을 만든 사람은 기성 정치인들이 유리하도록 그러한 면이 있는 것 같습니다. 그래서 이제 우리나라도 국민 수준이 상당히 높아졌고, 옛날에 비하면 이제 상당히 공정한 선거가 진행되고 있고, 또 아까 말씀하신 바와 같이 중앙선거관리위원회나 이런 데서 잘 선거관리가 되고 있기 때문에 앞으로는 우리나라도 아까

같이 공정한 선거하고 선거의 자유가 대립되는 개념이 아니고, 어쩌면 정치신인들이나 소수정당의 입장에서 생각을 해보면, 거대정당이나 기성 정치인 입장에서 보면 대립되는 개념인데 오히려 소수정당이나 정치신인 입장에서 보면 크게 대립되는 개념이 아니고 같은 방향을 추구하는 그런 개념인 것 같은 생각도 들고 해서 앞으로는 헌법재판소 결정 방향도 좀 달라지지 않을까? 그런 생각을 합니다. 오늘 우리 발표가 앞으로, 저는 사실 상당히 좀 감명을 받고 ‘아, 내가 종래 막연하게 선례를 그대로 따른 측면이 있지 않았는가?’ 하는 반성도 했습니다. 앞으로 우리 현재의 결정에 많은 도움을 줄 것으로 생각을 하고, 다시 한 번 감사의 말씀을 드립니다.

긴급조치 발령행위에 대한 국가배상청구와 관련한 헌법적 문제*

정 태 호**

I. 국가배상법 제2조 제1항의 고의·과실 요건을 다루는 위헌소원

대통령긴급조치(다음부터 ‘긴급조치’라 한다) 제1호(2016헌바161 사건) 또는 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치’(다음부터 ‘긴급조치’라 한다) 제9호(나머지 사건) 위반으로 수사 또는 재판을 받은 당사자 및 그 친족은, 헌법재판소가 2013. 3. 21. 긴급조치 제1호, 제2호, 제9호에 대하여 위헌결정을 하자(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등, 판례집 25-1, 180), 국가배상법 제2조 제1항에 근거하여 대한민국을 상대로 긴급조치의 발령 및 그에 근거한 수사와 재판 또는 수사기관의 가혹행위 등으로 인한 손해의 배상을 구하는 소를 제기하였다.

그런데 대법원은 2014. 10. 27. 긴급조치 제9호 위반으로 수사 및 재판을 받은 사람이 제기한 국가배상청구 사건에서, “형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 그 법령이 위헌으로 선언되기 전에 그 법령에 기초하여 수사가 개시되어 공소가

* 본고는 2018년 9월 14일 헌법학회와 헌법실무연구회가 헌법재판소에서 공동주최한 세미나 「과거사사건에 관한 헌법적 고찰」에서 필자가 개조식 형태로 발제한 글을 보완한 것이며, 그 사이 당시 발제문의 대부분을 “국가배상법상의 유책요건은 위헌인가? -부론: 위헌적 긴급조치에 대한 국가배상청구의 가능성에 대한 검토-”라는 논제로 충남대 법학연구 제30권 제2호(2019), 77-121에 발표하였음을 밝혀둔다.

** 경희대학교 법학전문대학원 교수

제기되고 유죄판결이 선고되었더라도, 그러한 사정만으로 수사기관의 직무행위나 법관의 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하여 국가의 손해배상책임이 발생한다고 볼 수는 없다.”고 하고, “당시 시행 중이던 긴급조치 제9호에 의하여 영장 없이 피의자를 체포·구금하여 수사를 진행하고 공소를 제기한 수사기관의 직무행위나 긴급조치 제9호를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 재판상 직무행위는 유신헌법 제53조 제4항이 ‘제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.’고 규정하고 있었고 긴급조치 제9호가 위헌·무효임이 선언되지 아니하였던 이상, 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다.”면서 긴급조치 제9호에 근거하여 수사 및 재판이 이루어졌다는 사정만으로는 국가의 손해배상책임이 인정되지 않는다고 보았다(대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다217962 판결).

이에 위의 긴급조치로 수사 또는 재판을 받은 당사자 및 그 친족은 국가배상법 제2조 제1항(2009. 10. 21. 법률 제9803호로 개정된 것) 제1문 중 ‘고의 또는 과실로 법령을 위반하여’ 부분에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각 또는 각하되자, 헌법소원심판을 청구하였다(2017. 12. 20. 2017헌바518, 2018. 01. 31. 2018헌바95).¹⁾

위의 위헌소원 사건들은 유책주의(국가배상요건으로 담당 공무원이 고의·과실로 법령을 위반하여 손해를 입혔을 것을 요구하는 입법모델)를 근간으로 한 현행 국가배상법제하에서 법원으로부터 긴급조치를 집행한 수사기관이나 재판기관의 직무집행과 관련한 고의·과실을 인정받지 못하자 마지막 수단으로 국가배상법 제2조 제1항의 고의·과실 부분의 위헌주장을 통해 국가배상청구의 장애를 제거하려는 것이다.²⁾ 68년의 역사를 가지고 있는 문제의 법규정에 대한 위헌주장은 그 위헌판단의 기준인 헌법상의 국가배상청구권 규정에 대한 천착을 요구하고 있다. 물론 헌법재판소는 이미 한 차례 문제의 국가배상법 규정의 합헌성을 확인한 바 있다.³⁾ 그러나 헌법재판소의 판례는 매우 압축적인 동시에 간명하다. 부분적으로는 구체적 논증도 생략되어 있다. 그러므로 그 결정문에 담긴 의미를 드러

1) 이 사건들은 헌법재판소에 아직 계속되어 있다.

2) 긴급조치발령행위, 수사행위 등에 대한 손해배상청구를 기각한 대법원 판결의 취소를 구하는 헌법소원심판사건(2015헌마861 등 53건)에 대해 헌법재판소는 지난 8월 30일 모두 부적법한 소원대상이라는 이유로 7:2의 다수결로 각하 결정을 내린 바 있다(헌재 2018. 8. 30. 2015헌마861 등, 공보 제263호, 1).

3) 헌재 2015. 4. 30. 2013헌바395, 판례집 27-1상, 564.

내고, 논증의 타당성을 검증하는 한편, 부분적으로는 논증을 보완하는 것이 필요하다. 특히 그간 암묵적으로 국가배상법의 규율에 비추어 헌법 제29조 제1항에 대한 해석이 이루어진 점이 없지 않았는지를 반추하면서 위헌판단의 기준인 헌법 규정의 자체의 의미를 궁구해 보는 작업이 요청된다.

이하에서는 우리 헌법 제29조 제1항에 대한 해석을 통해 먼저 국가배상청구권의 법적 성격, 국가배상책임의 본질에 대해 알아보고(II), 이어 공무원의 직무상 “불법행위”의 개념을 구명함으로써 국가배상법 제2조 제1항의 고의·과실 요건이 위헌이라는 주장의 당부에 대한 평가를 내리고(III), 마지막으로 긴급조치의 피해자들이 국가배상을 받기 위해 위헌적 긴급조치 자체를 국가배상청구의 기초로 삼을 가능성은 없는지, 즉 입법적 불법에 대한 국가배상청구의 가능성을 검토한다(IV).

II. 현행 헌법상의 국가배상책임의 본질

1. 헌법 제29조의 국가배상청구권의 의의

(1) 국가무책임사상과의 결별

우리 헌법은 제29조 제1항에서 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 상당한 배상을 청구할 수 있다.”고 하여 대한민국 국적을 가진 개인이 공무원의 직무상 불법행위로 자신이 입게 된 손해의 배상을 그 공무원이 속한 국가나 공공단체에게 청구할 수 있도록 하였다. 그에 따라 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 입은 국민은 국가나 공공단체(이하 편의상 ‘국가’로 줄임)에 대하여 배상청구를 할 수 있게 되었다. 이로써 우리 헌법은 서양의 왕정시대의 유산이었던 국가무책임원칙⁴⁾과 명시적으로 거리를 두었다.

사법(私法)형식의 행정활동 중의 불법행위에 대해서는 해석론상으로 국가도

4) 영미법계에서는 “왕은 불법을 행할 수 없다(The king can do no wrong)”는 사상에 따라 국가는 책임을 지지 않고 당사자인 공무원만이 책임을 졌었고, 대륙법계에서는 위임이론(Mandatstheorie)에 따라 국가는 공무원에게 적법하게 직무를 수행할 것만을 위임하였기 때문에 국가에게는 공무원의 적법한 직무수행의 효과만이 귀속될 수 있고 그 불법행위는 국가에 귀속될 수 없으므로 그로 인한 손해에 대해서도 국가가 아닌 공무원만이 책임을 졌었다.

사법상의 불법행위책임을 지고 있었으나, 헌법 제29조는 공행정영역에서 국가가 그 공무원의 선임·감독상의 과실 유무를 묻지 않고 불법행위책임을 진다는 것을 분명히 하였다. 이 점에서 국가배상책임은 사용자가 피용자의 선임·감독에 과실이 없음을 입증함으로써 배상책임을 면할 수 있는 민법 제756조의 사용자 배상책임과는 다르고 민법 제35조의 법인의 불법행위 책임과 유사한 측면이 있다.

(2) 국가배상제도의 기능과 위상

국가배상제도는 무엇보다도 행정의 합법성원칙과 밀접한 관계를 맺고 있다. 국가배상제도는 법률에 반하는 행정의 금지와 위법적 공권력행사로 인해 발생한 손해에 대한 국가배상의무를 결부시켜 놓음으로써 법치행정원칙의 실효성을 제고한다. 공권력의 위법적 행사에 현저한 금액의 금전적 제재를 가함으로써 공권력주체 및 공무원에 대하여 국가기능을 합법적으로 수행하도록 압박하는 것이다.⁵⁾

나아가 국가배상제도는 헌법의 우위를 관철하는 데도 기여한다. 국가배상의 원인이 되는 위법행위의 판단기준에는 법률만이 아니라 헌법도 포함되기 때문이다. 바꾸어 말하면 공무원이 직무를 수행할 때 준수하여야 하는 법에는 헌법하위의 법령만이 아니라 헌법도 포함되기 때문이다. 따라서 국가배상제도는 기본권보호를 위한 수단이기도 하다. 헌법 제29조의 국가배상제도는 공행정작용만이 아니라 사법(司法)작용⁶⁾과 입법작용⁷⁾에 대해서도 기본권을 보호한다.

헌행법은 피해를 입은 국민에게 합법상태를 회복할 수 있는, 국가의 유책을 요건으로 하지 않는 일차적 권리구제수단들을 보장하고 있다. 따라서 국가배상책임은 이 일차적 권리구제수단으로도 회복할 수 없는 손해가 남아 있는 경우를 대비한 이차적 권리구제수단이다. 일차적 권리구제수단이 포괄적으로 보장되어 감에 따라 이차적 권리구제수단인 국가배상제도는 그 중요성이 어느 정도 줄어든

5) 국가배상책임이 정당화되는 근거에 관한 도구주의적 이론, 교정적 정의론의 일관성 부족을 비판하면서 재정지출정책에 대한 정치적 통제를 극대화하기 위하여 손실을 방지하도록 유도하는 것이 그 정당화근거라고 보는 L. Rosenthal, A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings, Journal of Constitutional Law, Vol. 9:3, 2007, pp. 797 참조.

6) “법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하였다거나 법이 법관의 직무수행상 준수할 것을 요구하고 있는 기준을 현저하게 위반하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있”는 경우에는 재판에 대한 국가배상이 인정될 수 있다고 보는 대법원 2003. 7. 11., 선고, 99다24218 판결. 그밖에 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000다29905 판결, 2001. 4. 24. 선고 2000다16114 판결, 2001. 10. 12. 선고 2001다47290 판결 등 참조.

7) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결; 대법원 2008. 5. 29., 선고, 2004다33469 판결 등 참조.

것은 사실이지만,⁸⁾ 일차적 권리구제수단으로는 국가의 불법과 그 결과를 제거할 수 없거나 완전히 제거할 수 없는 경우는 여전히 국가불법에 대한 유일한 제재수단이다. 이러한 의미에서 옐리네크는 국가배상책임을 법치국가의 최후수단(ultima ratio)로 규정하였다.

국가배상제도는 궁극적으로는 국민 전체의 부담으로 공무원을 통해 전개될 수밖에 없는 국가작용으로 인해 희생을 당한 개인에게 배상을 해주도록 함으로써 법치국가원리에 내재하는 실질적 정의, 공적 부담 앞의 평등을 구현하는 데도 기여한다.

(3) 공법영역에서의 국가불법에 대한 최소한의 배상책임보장(Mindestgarantie)

헌법 제29조는 국가작용으로 국가가 국민에게 가한 손해에 대한 국가책임 중 입법자가 반드시 존중해야 하는 최소한을 기본권으로 보장한 것일 뿐,⁹⁾ 입법자가 제29조 제1항의 요건을 완화하여 배상의 범위를 넓히는 것을 금지하지 않는다. 즉 헌법 제29조 제1항에 의하여 구제를 받지 못하는 국가의 불법으로 인한 손해, 가령 위법하지만 무책임한 국가작용으로 인한 손해에 대하여 법률로 또는 관습법에 의거하여 국가에 대한 보상청구권 내지 배상청구권 등을 인정하는 것을 막지 않는다.

헌법 제29조는 헌법으로부터, 특히 기본권¹⁰⁾이나 법치국가원리(실질적 정의,¹¹⁾ 국가의 권력독점 및 자력구제의 금지¹²⁾ 등) 등에서 국가 자신의 불법책임의 근거를 직접 추론하는 것도 배제하지 않는다.

독일의 판례는 공무원의 유책을 요건으로 하는 기본법 제34조의 국가배상 이외에 객관적 불법에 대한, 따라서 유책을 요건으로 하지 않는 불문의 공법상의 청구권(결과제거청구권, 수용유사적 침해에 대한 보상청구권, 희생유사적 침해에

8) H. J. Papier, in: Maunz/Dürig/Papier, Stand 2018, Art. 34 Rn 88 참조.

9) 독일 연방헌법재판소는 기본법 제34조를 최소보장으로 평가하고 있다. BVerfGE 61, 149, 199; R. Bartsperger, NJW 1968, S. 1697, 1702.

10) Rh. Fetzter, Haftung des Staates für legislatives Unrecht, 1994, S. 138ff.; Th. Goppert, Der enteignungseingriff, Diss., Nürnberg, 1987, S. 150ff. (재산권); J. F. Lindner, Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 509ff.; W. Sass, Entschädigungserfordernis, 1992, S. 376ff. (재산권); B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche, Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002, S. 335.

11) 가령 Otto Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 1924, S. 295 참조.

12) M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 147ff. 참조.

대한 보상청구권)은 물론 유책은 물론 객관적 불법도 요건으로 하지 않는 공법상의 청구권(희생적 침해에 대한 보상청구권 등)을 인정하고 있다.¹³⁾ 이에 자극을 받은 우리 학계도 현행 (헌)법에 대한 해석을 통해 이와 같은 청구권들을 인정할 것을 주장해 오고 있으나, 지금까지 그러한 주장을 수용하는 판례는 형성되지 않고 있는 상태다.

2. 개인의 공권으로서의 국가배상청구권

(1) 헌법에 의해 직접 보장된 개인의 구체적 공권

헌법은 제29조에서 국가배상청구권을 헌법 차원의 개인의 국가에 대한 권리로 보장하고 있다. 즉 국가배상청구권은 헌법 제29조의 요건을 충족하는 경우에는 직접 헌법에 의하여 발생한다(직접효력규정). 헌법 제29조는 국가배상책임의 성립요건(“공무원”의 “직무상” “불법행위”로 “인한” “손해”), 배상기준(“정당한 배상”)의 핵심요소를 모두 스스로 확정하고 있다. 헌법 제29조의 조문은 현행 민법의 불법행위책임 규정들(제35, 750, 756조)에 비추어 보더라도 국가배상법과 같은 배상기준을 구체화한 법률이 없더라도 법원이 제29조 제1항 제1문의 해석을 통해서도 배상액을 산정해 줄 수도 있을 만큼 구체적이다.

입법자는 헌법의 수권에 의하여(“법률이 정하는 바에 의하여”) 그 청구권의 행사절차, 구체적 범위와 기준, 시효 등을 법률로 구체화할 수 있을 뿐이다(다수설).¹⁴⁾ 그러므로 헌법 제29조는 단순한 입법방침이나 추상적 권리가 아니라 헌법에 의해서 개인의 기본권으로 보장되는 구체적인 권리라고 보아야 한다.

국가배상책임의 본질이 대위책임임을 비교적 또렷하게 시사하고 있는 독일 기본법 제34조와 우리 헌법 제29조 제1항을 비교해 보면 직접책임설의 우월성이 보다 잘 드러날 것이다. “공무를 위임받은 이가 그 공무를 수행할 때 제3자에 대한 직무의무를 위반한 경우에는 그가 근무하는 국가나 공공단체가 원칙적으로 책임을 진다. 고의 또는 중대한 과실의 경우에는 구상권이 유보된다. 손해배상의 청구권과 구상권에 대하여 일반법원에의 제소가 배제되어서는 안 된다.”고 되어 있

13) 이에 대한 체계적인 개관은 H. J. Papier, in: Maunz/Dürig/Papier, Stand 2018, Art. 34 Rn 34ff. 참조.

14) 계희열, 헌법학(중), 2007, 668; 김철수, 헌법학신론, 2013, 1106; 성낙인, 헌법학, 2017, 1498; 이준일, 헌법학강의, 2013, 697; 장영수, 헌법학, 2017, 896; 정종섭, 헌법학원론, 2015, 852; 허영, 한국헌법론, 2017, 630-631; 과거 입법방침규정 내지 추상적 권리roman 해석했던 소수설이 있었다. 구병삭, 신헌법원론, 1995, 655쪽.

는 독일 기본법 제34조의 조문,¹⁵⁾ 특히 공무원 개인이 국가와의 내부적 관계에서 지고 있는 제3자에 대한 의무에 대한 위반, 따라서 공무원이 내부관계에서 국가에게 지는 직무의무에 대한 위반을 요건으로 하고 있음에 비추어 보면 독일 헌법이 직접 국가배상의 근거와 한계를 확정하는 것이 아니라 오히려 그러한 규범(독일 민법 제839조¹⁶⁾)의 존재를 전제하고 있음을 알 수 있다. 따라서 기본법 제34조는 그 자체만으로는 국가배상책임의 직접적 근거가 될 수 없으며,¹⁷⁾ 국가에 대한 불법행위청구권의 불완전한 근거일 뿐이다.¹⁸⁾

이 때문에 기본법 제34조는 독일 민법 제839조에 의하여 공무원이 개인적으로 부담해야 할 직무상의 불법행위에 대한 민사책임을 국가가 인수하도록 하는 규범(Überleitungsnorm), 즉 공무원의 직무배상책임(Amtshaftung)의 채무자를 공무원에서 국가나 공공단체로 교체(Schuldnerwechsel)하는 규범일 뿐이지 기본권을 보장하는 것은 아닌 것으로 해석되고 있다.¹⁹⁾ 그 규정의 위치가 기본권의 장이

15) “Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.”

16) 독일 민법 제839조 [직무위반의 경우의 책임] (1) 공무원은, 고의 또는 과실로 자신에게 부과되어 있는 제3자에 대한 직무의무를 위반한 경우 그로 인해 발생한 손해에 대하여 책임을 져야 한다. 과실만을 범한 공무원에 대해서는 피해자가 다른 방법으로는 손해배상을 받을 수 없는 경우에만 그 책임을 물을 수 있다(Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag).

(2) 소송사건에 대한 판결을 내릴 때 직무상의 의무를 위반한 공무원은 그 의무위반이 범죄를 구성하는 경우에만 그로 인한 손해에 대해서 책임을 진다(Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung).

(3) 피해자가 고의 또는 과실로 권리구제수단을 활용하여 손해를 방지하지 않았을 경우에는 공무원의 배상 의무는 발생하지 않는다(Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden).

17) H. J. Bonk, in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 34 Rn 78; M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 107; St. U. Pieper, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/A. Hopfau, GG, 11. Aufl., 2008, Art. 34 Rn 27 등 참조.

18) M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 107; E. Klein, in: Soergel, BGB, Bd. 12, 13. Aufl., 2005, Anh. §839 Rn 65.

19) 독일의 확립된 판례이자 통설. 이에 대해서 상세한 것은 J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 33; H. J. Papier, in: Maunz/Dürig/Papier, Stand 2018, Art. 34 Rn 13; MüKoBGB/Papier/Schirvani, 7. Aufl., 2017, BGB §839 Rn 5-7 등 참조. 물론 극히 소수의 학자(K. A. Bettermann, DÖV

아니고 직업공무원에 관한 규정 뒤에 배치되어 있다는 사실도 이를 뒷받침하고 있다.

3. 국가배상책임의 본질

우리 헌법 제29조의 국가배상책임이 불법행위를 한 공무원의 책임을 국가가 대신하여 지는 대위책임인지, 아니면 국가 자신의 책임인지에 대해서는 학설이 대립하고 있다.

(1) 대위책임설의 연원

독일 민법은 제823조의 일반불법행위에 대하여 제839조에서 공무원이 제3자에 대하여 지고 있는 직무상의 의무를 고의·과실로 위반하여 그 제3자에게 입힌 손해에 대하여 해당 공무원이 개인적으로 손해배상책임을 지도록 하면서도 공무원 책임의 보충성을 명시하는 등의 특별규정을 두고 있다. 이 규정은 국가의 고권적 활동에 대해서는 국가가 배상책임을 지지 않았던 18세기 이래의 독일의 전통 속에서 제정된 것이다. 즉 공무원이 법률의 테두리 안에서 직무를 수행할 때에만 그의 활동은 국가에 귀속될 수 있으며, 그렇지 아니한 경우에는 해당 공무원이 사인으로서 책임을 진다(*si excessit, privatus est*)는 사상²⁰⁾이 반영된 것이다. 이는 19세기에 공무원관계를 사법상의 위임관계가 아닌 공법관계로 이해하게 된 뒤에도 유지되었다.²¹⁾ 결국 기본법 제34조에 의하여 국가가 지는 배상책임은 공무원의 독일 민법 제839조의 불법행위책임에 연결되어 있는(*angeseilt*) 대위적 국가책임이다.

이와 같은 독일의 대위책임모델은 천황주권설, 국왕무책임사상을 따르고 있던 전전의 일본에 영향을 미친 후 국내에서도 오랫동안 통설적 지위를 누렸었다.

1954, 299ff.; Dagtoglou, in: BK, Art. 34 (Zweitbearbeitung 1970) Rn 43)만이 기본법 제34조에서 개인의 청구권, 그에 따라 국가의 직접적인 책임이 발생한다는 주장을 하고 있으나, 지지를 얻지 못하고 있다.

20) H. Zoepfl, Grundsätze des gemeinen Staatsrechts, Zweiter Theil, 5. Aufl., 1863, §520, S. 802(J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 1에서 재인용).

21) R. v. Mohl, System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei, 1834, S. 552ff.(J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 2에서 재인용).

(2) 헌법 제29조 제1항의 국가배상책임은 국가의 자기책임

1) 대위책임설에서 자기책임설로의 이행

그러나 대위책임설은 점차 자기책임설의 도전을 받았고, 최근 마침내 헌법학계²²⁾에서는 물론 행정법학계²³⁾에서도 자기책임설이 다수설의 지위를 점하게 되었다.

자기책임설은 국가기관인 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가배상책임은 국가 자신의 불법행위책임이라는 설이다. 공무원이 대외적으로 직무행위를 개인의 일로서 처리하는 것이 아니라 권리·의무의 귀속주체인 국가의 기관으로서 수행한다는 법적 관계의 구조에 주목한다. 자기책임설은 다시 공법적 자기책임설과 사법적 자기책임설로 나뉜다. 공법적 자기책임설은 공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가책임의 문제를 공법의 문제로 보는 한편 사법의 유추적용을 거부하면서 - 대표설, 복종설, 보증인설 등 다양한 논거에 의하여 - 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가배상책임의 본질을 국가 자신이 지는 공법적 책임이라고 본다.²⁴⁾ 이에 비하여 사법적 자기책임설에 의하면 국가배상책임은 사법상 법인의 불법행위문제와 본질적으로 같다고 본다. 그 철학적 토대인 법인실재설, 기관설(Organtheorie)에서 출발하면서 공무원이 그 직무와 관련하여 한 행위는 국가라는 단체 자신의 행위이기 때문에 그 불법행위에 대하여는 국가가 직접 책임을 져야 한다는 것이다.²⁵⁾ 공사법 구분이 없는 영미법계에서는 국가의 배상책임은 공무원의 사용자로서의 자기책임으로 관념한다.

우리 헌법은 국가배상청구권을 헌법상의 기본권, 즉 공권으로 보장하고 있는 만큼 국가배상책임은 국가의 공법적 자기책임으로 보는 것이 타당하다고 본다. 자기책임설에 의하더라도 국가 이외에 공무원이 자신의 직무상 불법행위에 대한 책임을 - 국가의 구상권이나 피해자의 민사상 불법행위로 인한 손해배상청

22) 대법원 1971.6.22. 70다1010 판결; 권영성, 헌법학원론, 2010, 624; 성낙인, 헌법학, 2017, 1505; 이준일, 헌법학강의, 2013, 696; 장영수, 헌법학, 2017, 901; 전광석, 한국헌법론 2017, 530 이하; 한수용, 헌법학, 2017, 945-946; 허영, 한국헌법론, 2017, 635. 한편, 대위책임설로는 김철수, 헌법학신론, 2013, 1149.

23) 행정법학계의 학설의 분포에 대해서는 김강운, 국가배상책임의 성질과 책임의 주체, 법학연구 제22집 제2권, 2006, 297쪽 이하, 특히 313쪽 이하. 가령 홍정선교수는 21판부터 공개적으로 대위책임설에서 자기책임설로 전환하였음을 밝히고 있다(행정법원론(상), 2017, 797쪽).

24) Carl Sundheim, Über Schadensstiftung durch Staatsbeamte und Haftverbindlichkeit des Staates dafür. Eine juristische Untersuchung, 1827; H. A. Zachariä, Über die Haftungsverbindlichkeit des Staates aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, in: ZgesStW 19 (1863), S. 582ff.

25) 무엇보다도 O. v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887. 이에 대해서는 Bartsperger, NJW 1968, S. 1697ff.

구, 형사책임 등의 형식으로 - 부담하는 것은 모순이 아니다.²⁶⁾ 우리 사법학도 법인 대표자의 불법행위에 대해서 법인과 그 대표자가 각기 책임을 지는 것을 모순으로 보지는 않는 것으로 보인다.²⁷⁾ 법인의 불법행위능력을 부인하는 법인의제설에 의하면 법인이 비록 정책적인 특별규정에 의해서 책임을 지게 되더라도 대표기관의 행위는 어디까지나 그 기관 자신의 행위이므로 그에 대해서 책임을 묻는 것은 자연스러운 일이며, 법인의 불법행위능력을 인정하는 법인실제설에 의하면 기관의 행위는 법인의 행위가 되어 버리기는 하지만 그 행위는 기관 자신의 행위이기도 하므로 피해자를 두텁게 보호하기 위해 기관 개인의 책임도 인정한다고 보게 된다.

2) 역사적 해석

물론 헌법 제29조에 대한 역사적 해석의 결과는 자기책임설보다는 대위책임설을 뒷받침한다. 현행 헌법규정의 모태가 된 제헌헌법의 국가배상청구권 규정이나 국가배상법이 일본 헌법(1946년 공포, 1947년 발효) 제17조의 국가배상청구권에 관한 규정²⁸⁾과 1947년 제정된 일본 국가배상법²⁹⁾의 영향을 받아 탄생하고, 그에 따라 종전 전까지 국왕주권, 국가무책임사상을 배경으로 국가책임의 본질을 대위책임으로 이해하는 일본의 해석론이 과거에는 물론 최근까지도 우리의 국가배상책임의 본질 이해에 큰 영향을 미쳐 온 것은 사실이다.

26) 이에 대해서는 M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 99 및 거기서 인용된 문헌 참조. 국내에서 이준일, 헌법학강의, 2013, 670; 전광석, 한국헌법론 2017, 531; 허영, 한국헌법론, 2017, 637 등은 피해자가 공무원과 국가 중 배상청구의 상대방을 선택할 수 있도록 하는 것은 국가배상책임의 성격을 공법적 청구권인 동시에 자기책임으로 보는 입장과는 조화되기 어렵다고 본다.

27) 우리나라와 주요 국가의 법인 기관의 불법행위책임에 대하여 비교법적 고찰을 하고 있는 이동진, 법인 기관의 불법행위책임, 비교사법 22(4), 2015. 11, 1567 이하 참조. 독일 연방법원 판례 BGHZ 109, 297 (302) 및 독일 라이히법원 판례 RGZ 91, 72 (75f.).

28) 제17조 누구든지 공무원의 불법 행위로 손해를 입은 때에는 법률이 정하는 바에 따라 국가 또는 공공단체에 그 배상을 요구할 수 있다(何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、國又は公共團體に、その賠償を求めることができる).

29) 제1조 ① 국가나 공공단체의 공권력 행사를 맡은 공무원은, 그 직무를 행함에 있어 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 가한 때에는, 국가나 공공단체가 이를 배상할 책임을 진다(國又は公共團體の公權力の行使に當る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、國又は公共團體が、これを賠償する責に任ずる).

② 전항의 경우에 있어, 공무원의 고의 또는 중대한 과실이 있었을 때에는, 국가나 공공단체는 그 공무원에 대해 구상권을 갖는다(前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、國又は公共團體は、その公務員に対して求償権を有する).

3) 문리해석

먼저, 헌법 제29조 제1항의 조문을 분석해 보자. 우리 헌법은 무엇보다도 독일 기본법과는 달리 공무원의 불법행위책임을 인수하도록 하는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 독일 기본법 제34조는 공무원의 “직무의무위반”(Amtspflichtsverletzung), 즉 공무원 개인이 국가와의 내부적 관계에서 지고 있는 제3자에 대한 의무에 대한 위반, 따라서 공무원이 내부관계에서 국가에게 지는 직무의무에 대한 위반을 요건으로 하고 있다. 이는 기본법 제34조의 국가배상책임이 공무원의 개인책임에서 유래한다는 것을 드러내는 것이다.³⁰⁾ 이에 비하여 우리 헌법은 공무원의 제3자에 대한 직무의무라는 요건을 명시하지 않고 헌법 제29조 제1항에서 “직무상 불법행위”, 즉 국가가 국민과 대외관계에서 지고 있는 공법적 의무를 공무원이 위반하여 국민에게 손해를 입힐 것을 요건으로 명시하고 있다. 그러므로 헌법 제29조 제1항의 국가배상책임은 공무원의 제3자에 대한 민사책임을 국가가 대신 부담하는 것이 아니라 국가의 기관으로 활동하는 공무원이 범한 불법에 대하여 국가가 지는 시원적 책임, 즉 자기책임으로 해석할 수 있고 또 그러한 해석이 자연스럽다.³¹⁾

나아가 국가가 지는 배상책임의 수준을 “정당한 배상”으로 명시하고 있는 것도 국가가 지는 배상책임의 본질이 국가의 자기책임임을 시사한다.³²⁾ 국가책임이 대위책임이라면 국가는 공무원이 개인적으로 저야 할 책임을 인수하여야 하며, 따라서 “정당한” 배상과 같은 표현은 불필요할 것이기 때문이다.

헌법이 제29조 제1항에서 공무원의 불법행위라는 개념을 통해 공무원의 고의·과실, 즉 유책(Verschulden)을 국가배상책임의 성립요건의 하나로 요구하고 있다고 해석하더라도 그것이 대위책임설의 근거가 될 수는 없다. 국가의 기관인

30) 독일의 통설 이에 대해서는 J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 41; MüKoBGB/Papier/Schirvani, 7. Aufl., 2017, BGB §839 Rn 8; H. J. Papier, Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, 1970, S. 103ff.

직무의무 이행을 통해서 본래 공무원과 국민 사이에 직접적인 법적 관계가 형성되지 않고 공무원과 그에 대한 지시권을 가진 상관, 궁극적으로는 국가와의 관계만이 형성되게 됨. 국가는 국민에 대하여 직무상의 의무가 아닌 공법상의 작위, 부작위 등의 의무를 지고 있음. 이 때문에 직무의무라는 요건은 독일 국가배상법의 내적 모순 내지 단절을 노정시키고 있다고 평가되고 있음. 독일 학계와 판례는 이와 같은 독일 국가배상법의 내적 모순을 일정한 직무의무에 대외적 효과를 부여하고, 결과적으로 그 의무의 수혜자에 국가만이 아니라 국민도 포함될 수 있게 함으로써 해소하고 있다(F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 44f.).

31) MüKoBGB/Papier/Schirvani, 7. Aufl., 2017, BGB §839 Rn 8.

32) 동자: 박정훈, 국가배상법의 개혁 재론 -사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-, 한국공법학회 제 223회 학술대회, 『공법상 손해전보의 제문제』, 2018.05, 156쪽 이하, 187쪽.

공무원의 유책요건은 국가가 지는 불법행위책임의 범위를 한정하기 위한 수단이기 때문이다. 국가기관의 불법행위에 대한 국가의 자기책임이 반드시 객관적 불법책임과 결합해야만 하는 것은 아니다. 실제로 독일은 국가배상법을 개혁할 때 객관적 불법책임으로서의 자기책임모델을 채택하면서도 원칙적으로는 공무원의 고의·과실을 요건으로 삼되 입증책임을 전환하고 의무위반의 내용이 기본권침해인 경우에만 유책을 요구하지 않았다.³³⁾ 그러므로 공무원의 유책요건이 대위책임의 근거가 된다고 볼 수도 없다.³⁴⁾

4) 체계적·목적론적 해석

우리 헌법을 지탱하는 핵심원리 중의 하나인 법치국가원리의 요소인 법의 우위, 모든 국가권력을 구속하는 기본권, 실질적 정의의 원칙은 국가무책임사상과 양립하기 어렵다. 그렇게 본다면 현행 헌법 제29조 제1항이 대위책임설은 물론 자기책임설에 의해서도 설명될 수 있다면, 그 규정을 굳이 국가무책임사상에서 연원하는 위임이론(Mandatstheorie)이 그 기저에 깔려 있어 여러 이론적 결함을 안고 있고 또 피해자보호에도 상대적으로 취약한 대위책임모델에 입각하여 해석하여야 할 이유를 찾기 어렵다.

위임이론은 그 논리를 철저히 따르면 국가의 불법행위무능력, 국가무책임에 이르게 된다. 국가가 공무원에게 위법행위를 하도록 위임한다는 것은 상정할 수 없고, 또 공무원에 대한 선임·감독상의 과실책임을 국가에 물을 수도 없다. 공무원의 선임·감독 역시 다른 공무원이 할 수밖에 없기 때문이다.³⁵⁾

나아가 대위책임설의 논리를 따르면 피해자 구제에 구멍이 발생할 수 있다. 이 설에 의하면 국가는 공무원이 직무담당자의 지위가 아닌 사인의 지위에서도 이행할 수 있는 것만을 인수할 수 있고, 피해자도 위법적 침해상태의 제거나 원상

33) MüKoBGB/Papier/Schirvani, 7. Aufl., 2017, BGB §839 Rn 24 참조.

34) MüKoBGB/Papier/Schirvani, 7. Aufl., 2017, BGB §839 Rn 22f. 참조.

35) M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 95f.; “국가는, 도덕인(moralische Person)이므로 자체적으로는 결코 죄를 짓거나 과실을 범할 수 없으며, 따라서 자기 자신이 잘못(Culpa)했다는 이유로도 결코 자신의 재산으로 책임을 질 수 없다. 국가에게는 항상 자신을 위하여 행위할 수 있는 권한을 사전에 부여받고 있거나 그러한 소임을 받은 자의 유책(고의 또는 과실)이 문제될 수 있을 뿐이다. 국가가 선임이나 감독 등에서 범한 과실에 대하여 책임을 져야 한다는 주장이 제기된다면, 다음과 같은 질문을 던질 수밖에 없다. 그 태만에 대한 부담을 지는 자는 도대체 누구인가?(H. A. Zachariä, ZgS 19 (1883), S. 582 (613)). “법인이 선임에서 범한 과실 때문에 책임을 질 수 있다고 설명한다면, 이는 [...] 의제를 활용하고 있는 것이다.”(E. Loenig, Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, 1879, S. 57). 인용문은 모두 M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 95f.주 23에서 재인용.

회복을 청구할 수 없게 된다. 공무원이 사인의 지위에서는 할 수 없는 일이기 때문이다.³⁶⁾ 또 공무원이 책임을 질 수 있는 경우에만 국가에 책임을 물을 수 있게 된다. 공무원 개인에게 맞춰진 불법행위와 관련한 책임조각사유가 존재하면 그 사유는 국가에게도 이전되어 국가의 책임을 물을 수 없게 된다.³⁷⁾ 피해자의 입장에서나 법치국가원리의 실질적 정의의 관점에서 이러한 결과는 수인하기 어려운 물론이다.

한편, 대위책임설에 의하면 국가의 책임은 공무원이 사인의 지위에서 부담하는 불법행위책임을 국가가 대신해서 지는 책임이므로 국가가 이를 인수하더라도 배상청구권도 사권이어서 하지만 대위책임설을 취하면서 이를 공권으로 보기도 한다. 그렇다면 사권이 이처럼 국가의 인수에 의해 공권으로 그 성격이 변할 수 있는 이유를 제시해야 하지만 이에 대한 설득력 있는 해명은 없다.³⁸⁾

5) 소결

이상의 고찰로부터 우리 헌법 제29조 제1항에 대한 역사적 해석 이외의 문리 해석, 체계적·목적론적 해석의 결과는 대위책임설이 아닌 자기책임설을 뒷받침한다는 것을 확인할 수 있다. 이처럼 고전적 해석방법들에 의한 해석결과가 일부 충돌하기는 하지만, 자기책임설에 입각하여 충분히 해석될 수 있는 헌법규정을 애써 현행 헌법의 법치국가원리와 조화를 이루기 어려운 위임이론에 입각해 있는 대위책임설을 취할 필요가 없다는 점에서 자기책임설이 타당하다고 할 것이다.

한편, 이 문제에 대한 대법원의 판례는 변화해 왔지만, 최근에는 공무원의 과실 정도를 기준으로 국가책임의 본질을 구분하면서 고의 또는 중과실에 기한 불법행위의 경우에만 국가배상책임의 본질을 대위책임으로 보는 절충설³⁹⁾을 취하고 있다. 이 절충설은 공무원에 대한 국가의 구상권만이 아니라 피해자에게도 불

36) F. Ossenbühl/M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl., 2013, S. 12; 독일연방법원의 판례도 같은 견해이다. 가령 BGHZ 34, 99 (105). 우리 국가배상법이 국가배상으로 금전배상만을 예정하고 있는 것(국가배상법 제3조 이하의 배상기준 참조)도 이러한 관점에서 이해할 수도 있을 것이다. 물론 국가배상법의 규율이 헌법 제29조의 국가배상책임의 본질을 규정하는 것은 아니다.

37) F. Ossenbühl/M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl., 2013, S. 13; 독일연방법원의 판례도 같은 견해이다. 가령 BGHZ 34, 99 (105). 이 경우 공무원은 물론 국가도 불법행위책임을 부담하지 않게 된다. 이와 같은 불공정한 결과를 독일은 특별 규정을 통해 방지하고 있다.

38) 이와 같은 비판을 가하고 있는 F. Ossenbühl/M. Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl., 2013, S. 12 참조. 홍준형, 행정구제법, 2012, 19쪽은 국가배상청구권은 헌법에 의하여 직접효력이 인정되는 권리라고 하여 공권설을 취하는 것으로 보이지만, 같은 곳, 29 이하에서 국가책임의 본질은 대위책임이라고 한다.

39) 대법원 1996. 2. 15. 선고 95다38677 판결. 헌법학계에서 대법원 판례를 지지하는 견해로는 정종섭, 헌법학원론, 2015, 862.

법행위를 한 공무원에 대한 직접적 청구의 길을 열어줌으로써 피해자를 두텁게 보호하는 한편, 공무원의 준법의식을 강화할 수 있다는 점에서는 법정책적으로 긍정적인 측면이 있다. 그러나 이 절충설은 위임이론의 그늘에서 벗어나지 못하는 것이다. 공무원에 대한 피해자의 직접적 청구의 가능성이나 국가의 구상권은 공무원의 사기나 행정의 효율성 등을 고려하여 결정할 수 있는 입법정책의 문제일 뿐이며, 국가배상책임의 본질을 좌우할 수는 없다.

Ⅲ. 헌법 제29조 제1항의 공무원의 직무상 “불법행위”와 유책요건의 위헌여부

1. 헌법 제29조 제1항의 불법행위의 해석

본고의 과제는 헌법 제29조 제1항의 공무원의 직무상 불법행위로 국가배상 책임이 공무원의 유책성을 요건으로 하는 행태불법책임인지, 아니면 그와 무관한 결과불법책임인지를 가리고, 이를 통해서 헌법 제29조에 명시되어 있지 아니한 고의·과실을 국가배상의 요건으로 제시하고 있는 국가배상법 제2조 제1항의 위헌여부를 가리는 것이다.

헌법 제29조 제1항의 해석과 관련하여 이론이 없는 부분은, 불법행위의 주체인 공무원은 공무원법상의 공무원만이 아니라 기능적 의미의 공무원까지 포함하는 것으로 넓게 이해하여야 한다는 것, 공무원의 ‘직무행위’도 사경제작용을 제외한 권력작용 및 단순공행정작용을 포함하는 것으로 해석하여야 한다는 것이다. 그밖에도 국가배상법 제2조 제1항을 통해 ‘직무를 집행함에 당하여’로 구체화되고 있는 직무“상”도 직무행위 자체는 물론 객관적으로 직무의 범위에 속한다고 볼 수 있는 행위 및 직무와 밀접한 관련이 있는 행위까지 포함하는 것으로 관대하게 새겨야 한다는 데 다툼이 없다.

문제는 헌법 제29조 제1항의 ‘불법행위’를 어떻게 새길 것인가이다. ‘불법행위’에 대한 정의가 헌법에 들어있지 않다. 그 개념도 그렇게 일의적이지 않다. 그렇기 때문에 다음과 같은 근본적 의문을 던져볼 수 있다. 국가가 공무원을 통해야기한 손해의 원인이 ‘위법한 활동’이기 때문인가, 그것도 아니면 그 손해가 ‘고의·과실로 인한 위법행위’로 발생했기 때문인가?

(1) 문리해석

먼저, 헌법이 ‘불법’을 요건으로 하고 있으므로 손해의 원인이 되는 국가작용은 적어도 위법행위일 것이 요구된다고 해석된다. 손해를 야기한 국가작용이 단순히 최선이 아니었다는 이유만으로는 불법행위가 될 수는 없는 것이다. 그렇다면 남은 문제는 위법행위 이외에 추가적 요건, 즉 공무원의 유책도 필요한지 여부이다.

이 문제 해결을 위해 민법을 참고하더라도 쉽게 결론이 나오지는 않는다. 불법행위법인의 불법행위능력에 대하여 규율하고 있는 민법 제35조는 고의·과실 요건을 명시하지 않고 있다. 민법의 대원칙인 과실책임주의에 입각하여 가해행위가 고의·과실에 의한 것이어야 한다고 해석하여야 한다는 설이 다수설이다. 다만, 그것이 필요가 없다는 소수설⁴⁰⁾이 있기는 하다. 불법행위로 인한 점유의 경우 유치권을 배제하는 민법 제320조 제2항에서도 불법행위가 고의·과실에 의한 것을 요하지 않으며, 행정형법영역에서도 ‘불법행위’라는 말이 ‘위법행위’와 유사한 용어로 사용되는 경우가 많다.

그러므로 헌법 제29조 제1항의 불법행위는 공무원의 고의·과실에 기한 위법행위를 의미하는 것은 물론 공무원의 유책성과 무관한 위법한 직무수행으로도, 따라서 국가배상책임은 위법한 직무수행으로 인한 권리침해라는 결과에 대한 책임을 묻는 결과불법(Erfolgsunrecht)책임으로 해석하는 것도 가능하다.⁴¹⁾

(2) 역사적·발생사적 해석

그러나 역사적·발생사적 해석의 결과는, 헌법은 제29조의 “불법행위”라는 개념으로 고의·과실에 의한 권리침해를 요구하는 행태불법(Verhaltensunrecht)을 지향한 것이라는 해석을 뒷받침한다.

현행 헌법의 제29조의 모태인 제헌헌법 제27조 제2항⁴²⁾에 큰 영향을 미친 것으로 보이는 일본헌법의 국가배상청구권에 관한 규정이 행태불법에 대한 책임을 묻는 것으로 해석되었고, 일본 국가배상법도 우리 국가배상법과 같은 유책주

40) 김중환·김학동, 민법총칙, 1995, 194쪽 참조.

41) 동지: 박정훈, 국가배상법의 개혁 재론 -사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-, 한국공법학회 제 223회 학술대회, 『공법상 손해전보의 제문제』, 2018.05, 156쪽 이하, 186쪽 참조.

42) “공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 자는 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 단, 공무원 자신의 민사상이나 형사상의 책임이 면제되는 것은 아니다.”

의를 채택하고 있을 뿐 아니라, 구 민법상의 일반불법행위 역시 행위자의 유책을 요건으로 하였다.⁴³⁾ 그렇기 때문에 제헌헌법 당시부터 불법행위는 유책성을 개념 요소로 하는 것으로 해석되어 왔다.

1951년 국가배상법이 제정된 이래 불법행위 요건은 유책주의에 의거하여 구체화되었고, 실무도 이를 당연한 것으로 받아들여 왔다. 더욱이 여러 차례의 헌법 개정에도 불구하고 불법행위라는 표현을 헌법이 국가배상청구권규정을 통해서 객관적 불법책임을 구현하고 있다는 뜻이 선명히 드러날 수 있는 다른 표현으로 교체하려는 여하한 시도도 없었다. 그렇다면 헌법개정자도 헌법 제29조 제1항의 불법행위를 유책주의의 토대 위에서 이해하고 있었다고 추정하는 것이 논리적이다.

(3) 체계적 해석

“이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.”는 헌법 제29조 제1항 제2문도 제1항의 불법행위책임이 유책주의에 입각해 있다는 근거가 될 수 있다.⁴⁴⁾ 공무원에게 고의 또는 과실이 없음에도 불구하고 발생한 불법에 대하여 공무원에게 책임을 묻는 것은 부조리할 것이며, 따라서 제1항이 결과불법책임을 전제로 했다면 공무원에게 과책이 없는 경우는 그러하지 않다는 예외를 두거나 공무원의 과책이 있는 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다고 규정하는 것이 사리에 맞기 때문이다.

헌법재판소 판례⁴⁵⁾는 공무원의 피해 국민에 대한 직접 배상책임 여부 및 피해 국민의 국가 또는 공무원에 대한 선택적 청구권 인정 여부의 문제에 관하여 학설·판례가 나뉘어 있는 점도 헌법이 유책주의를 전제하고 있는 것으로 해석할 수 있는 근거로 본다. 그렇지만 객관적 불법책임모델을 취하면서도 공무원의 공직기강을 세우기 위해 직무상 고의나 과실로 불법행위를 한 공무원에 대한 책임을 물을 수 있는 제도를 둘 수 있다. 그러므로 판례가 지적하고 있는 사정을 유책주의와 연결시키는 것은 무리로 보인다.

43) 의용민법 (불법행위에 의한 손해배상) 제709조 고의 또는 과실로 인해 타인의 권리 또는 법률상 보호되는 이익을 침해한 자는 이로 인해 생긴 손해를 배상할 책임을 진다.

그밖에도 사용자책임도 선임·감독에서의 과실을 요구하고 있다(의용민법 제715조).

44) 같은 취지로 헌재 2015. 4. 30. 2013헌바395, 판례집 27-1상, 564, 571.

45) 헌재 2015. 4. 30. 2013헌바395, 판례집 27-1상, 564, 571 참조.

(4) 목적론적 해석

기본권보장의 강화나 법치국가원리에 내재하는 실질적 정의의 요청은 국가기관이 위법행위를 하는 것을 방지하여야 하고, 개인에 대한 위법행위가 이미 발생한 경우에는 일차적 권리구제수단을 통해서 합법상태를 회복할 수 있도록 하여야 하며, 이를 통해서도 원상회복이 불가능한 경우에는 개인이 입은 손해를 다른 방식으로 보전해 줄 것을 요구한다. 물론 그렇다고 국가기관의 모든 위법적 가해에 대하여 빠짐없이 국가배상을 해야 한다는 것을 의미하지는 않는다.

국가가 범한 불법에 대한 대응방법은 발생한 불법과 그로 인한 결과를 제거하고 손해를 보전하는 방법 이외에도 다양할 수 있으나, 국가의 불법으로 인한 가해에 대해 개인이 국가로부터 배상을 받을 수 있는 것이 원칙이 되어야 하고 무배상은 예외가 되도록 해야 법치국가원리의 이상에 부합한다고 볼 수 있다.

민사법 영역에서의 과실책임주의는 대등한 권리주체 상호간의 정의로운 이해관계 조정을 위한 수단으로 평가할 수 있으나, 공법영역에서 국가는 개인에 대하여 사실적·법적으로 우월한 지위에 있기 때문에 과실책임주의에 입각해서는 국가와 국민 사이에 위험배분을 정의롭게 할 수 없는 측면이 있다. 독일 판례가 국가배상제의 유책주의로 인한 국민의 권리구제의 흠결을, 유책성을 요건으로 하지 않는 일련의 불문의 보상청구권들을 인정함으로써 메우는 이유도 실질적 정의의 요청에 부응하려는 것이다.

헌법 제29조의 “불법행위”를 고의·과실에 의한 위법행위로 해석하는 한편, 고의·과실의 인정에 지나치게 까다로운 기준을 적용할 경우 국가가 그 기관을 통해 위법적으로 국민에게 입힌 손해를 국가가 배상하는 것이 원칙이 아니라 예외가 되는 상태는 법치국가원리와 배치된다고 볼 여지가 있다. 우리 판례도 과실 기준의 객관화·탈개인화 등을 통해서 유책주의의 문제점을 다소 완화하고는 있으나, 그 전체적인 기조는 공무원의 유책을 인정하는 데 소극적일 뿐 아니라,⁴⁶⁾ 국가의 유책성이 없는 위법행위로 인한 국민의 손해를 보전해 주는 법리는 아예 인정하고 있지 않다는 비판을 받고 있다. 그렇다면 우리 현실에서는 국가배상에 관한 현행 법제는 전체적으로 실질적 정의의 요청에 적잖이 미흡한 면이 있다는

46) 이에 대해서는 무엇보다도 박정훈, 국가배상법의 개혁 재론 -사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-, 한국공법학회 제223회 학술대회, 「공법상 손해전보의 제문제」, 2018.05, 156쪽 이하 참조. 그는 2016년 2,800건 이상의 행정소송에서 처분이 위법하다는 판단을 받았음에도 그것을 이유로 국가배상을 받은 사건이 극소수이고, 승소사건 293건 중 대부분이 사실적인 직무행위 또는 영조물하자에 의거한 것이라는 점을 지적하고 있다.

것을 부정할 수는 없다고 할 것이다.

그러나 국가배상제도에 피해자구제기능 및 손해분산기능이 있는 것 외에 제재기능 및 위법행위 억제기능이 있다는 것이 일반적으로 인정된다는 사정은, 헌법재판소의 판단⁴⁷⁾과는 달리 유책주의와 직접적인 관련이 없다고 본다. 그러한 기능은 국가배상책임은 유책주의가 아닌 결과불법책임으로 구성하더라도 발휘될 수 있기 때문이다.

(5) 비교법적 해석

국가배상의 배상요건에 관한 비교법적 연구결과에 의하면 대체로 다음과 같은 4가지 모델이 있는 것으로 알려져 있다.⁴⁸⁾

1) “가해”만을 책임사유로 삼는 모델⁴⁹⁾

이 모델은 불가항력적인 경우가 아닌 한 공행정의 고권적 작용으로 입은 손해만을 국가배상의 유일한 요건으로 한다. 단, 법률이 그 목적 또는 문구상 이와 같은 구체적인 가해의 위험을 피해자에게 부담시키고 있는 경우에는 예외를 인정할 수 있도록 하고 있다. 따라서 공행정 작용의 유책이나 위법성은 그 배상책임의 발생요건이 아니다. 스페인 헌법 제106조 제2항이 이와 같은 모델을 채택하고 있다. 물론 불가항력(damnum non jure datum)이라는 예외 사유는 판례를 통한 구체화에 맡겨져 있으며, 결과적으로 위험, 희생, 신뢰보호 등등의 다양한 귀속원리들의 원용을 통해 국가의 배상책임 범위에 대한 제한이 가해질 수 있는 폭넓은 여지가 열려 있다.

47) 헌재 2015. 4. 30. 2013헌바395, 판례집 27-1상, 564, 571은 이와 같은 기능을 유책주의의 근거로 보고 있다.

48) 이에 대해서는 B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1981, S. 4ff. 참조.

49) 스페인 헌법 제106조

“1. The Courts shall check the power to issue regulations and ensure that the rule of law prevails in administrative action, and that the latter is subordinated to the ends which justify it.

2. Private individuals shall, under the terms laid down by law, be entitled to compensation for any harm they may suffer in any of their property and rights, except in cases of force majeure, whenever such harm is the result of the operation of public services.”

2) 역무과오모델⁵⁰⁾

이 모델은 개인에게 손해를 입힌 공행정의 “기능오류”, 즉 조직 내지 기능의 결함에 기인하는 직무하자를 배상책임의 핵심사유로 삼는다. 프랑스 판례는 공행정의 특성을 논거로 국가배상문제에 프랑스 민법 제1342조 이하의 적용을 배제하고 독자적인 책임법리를 개발하고 이를 행정소송을 통해서 관철할 수 있도록 하였다.

역무과오(*faute de service*; 국내문헌은 보통 역무과실로 번역, 독일문헌은 이를 *Amtsfehler*로 번역)는 이념상 위법, 적어도 성문법 위반이 아니다. 유책성은 직무를 수행한 공무원이 개인적으로 과오를 범한 경우에 그의 개인적인 배상책임의 성립에 필요할 뿐이다.

프랑스 국가배상에는 그밖에도 ‘무과오책임’(responsabilité sans fauté)이 있다. 이는 행정의 위험책임(responsabilité pour risque administratif) 또는 공적 부담 앞의 평등(l'égalité devant les charges publiques)의 관점에서 특별한 부담(charge speciale)을 저야 할 의무로서 인정되는 것이다.

3) 위법모델(결과불법모델)

이 모델은 역무과오모델처럼 공행정의 가해행위와 관련한 고의·과실을 책임성립의 요건으로 삼지는 않지만 가해행위의 위법성은 요구한다. 객관적 불법모델로도 지칭된다. 해체 전의 유고연방, 스위스 연방⁵¹⁾ 및 칸톤의 국가책임법, 그리스, 동독,⁵²⁾ 통일 후 구 동독 지역의 신생 주,⁵³⁾ 유럽연합 등이 이 모델을 채

50) 프랑스의 역무과오모델이 후술하는 위법모델과 본질적으로 다른 것인지는 불확실하다. 독일에서도 P. Dagtogolu, in: BK-GG, Zweitbearbeitung 1970, Art. 34, Rn 197은 유럽연합의 기관 및 회원국의 불법에 대한 배상책임제도가 프랑스의 영향을 받은 것으로 보고 있다. 그렇다면 그는 역무과오모델을 위법모델의 일종으로 보고 있는 것이다. 국내문헌도 이를 위법모델의 하나로 보는 것 같다. 어쨌든 역무과오모델과 위법모델이 매우 유사하다는 것은 분명하다.

51) 스위스 헌법 제146조(“연방은 그 산하기관이 직무를 수행하는 중에 위법하게 야기한 손해에 대하여 책임을 진다”) 및 스위스 연방 및 그 기관구성원 및 공무원의 책임에 관한 연방법(Das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958).

52) 동독 국가배상청구권은 피해자에게 행정심판절차를 밟도록 하면서도 이 절차에서 기각된 경우 소제기 가능성을 차단하는 제도, 국가나 지방자치단체가 아닌 가해조직을 한 행정기관이 배상채무자가 되도록 함으로써 배상청구권의 실효성이 약화되고, 배상의 범위도 개인적인 재산권에 대한 침해나 신체나 생명에 대한 침해로 한정되는 등 제도의 외관과는 달리 그 실효성이 현저하게 약한 것이었다. 이에 대해서는 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 565f.

53) 다만, 작센-안할트르 동독의 국가배상법을 고수하고는 있으나 본질상 수용유사적 침해를 법률로 구체화하는 데 그친 것으로 평가되고 있음. 이에 대해서는 J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 29 및 거기서 인용된 문헌.

택하고 있다고 한다.

독일에서도 수용유사적 침해, 희생유사적 침해에 대한 보상청구권, 결과제거 청구권 등을 통해서 직무를 수행하는 공무원에 의한 위법한 가해에 대하여 배상 책임을 인정하고 있다. 연방헌법재판소에 의해서 위헌으로 선언된 독일 국가배상법도 공권력에 의한 기본권침해로 인한 손해에 대해서는 기본적으로 이러한 모델을 따랐으나, 법관의 재판에 의한 기본권침해와 기본권영역 이외에서는 유책주의를 취하였다.⁵⁴⁾

유의할 것은 “위법” 개념이 다의적이므로 각 법질서에서 이 기능적 개념이 국가배상법 영역에서 어떤 의미를 갖는지를 세심하게 확인하여야 한다는 것이다. 즉 성문법에 대한 위반만을 의미하는지, 불문법 위반도 포함하는지, 실체법 위반만을 의미하는지 아니면 절차, 관할, 행위형식을 규율하는 형식법에 대한 위반도 포함하는지, 행태규범에 대한 위반만을 의미하는지, 아니면 이른바 결과불법도 포함하는지 등을 확인할 필요가 있다. 또한 피해자의 이익을 보호하는 것을 목적으로 하는 이른바 보호규범에 대한 위반만이 의미가 있는 것인지 아니면 전적으로 공익 보호를 목적으로 하는 규범에 대한 위반도 의미가 있는 것인지도 확인해야 한다.

54) 제1조 공권력의 배상책임(Haftung der öffentlichen Gewalt)

- ① 공권력이 타인에 대하여 지고 있는 공법상의 의무에 위반한 경우에는 그 주체는 그로 인한 타인 입은 손해에 대하여 이 법률에 따라 책임을 진다(Verletzt die öffentliche Gewalt eine Pflicht des öffentlichen Rechts, die ihr einem anderen gegenüber obliegt, so haftet ihr Träger dem anderen für den daraus entstehenden Schaden nach diesem Gesetz).
- ② 기술적 설비의 결함은 그 관리주체가 사람 대신에 이 설비를 통해서 공권력을 행사하게 하고 또 설비의 결함이 사람의 의무위반에 상당하는 경우에는 의무위반으로 본다(Das Versagen einer technischen Einrichtung gilt als Pflichtverletzung, wenn der Träger anstatt durch Personen durch diese Einrichtung öffentliche Gewalt selbständig ausüben läßt und das Versagen einer Pflichtverletzung dieser Personen entsprechen würde).
- ③ 의무위반을 범한 사람은 피해자에 대하여 책임을 지지 않는다(Personen, die die Pflichtverletzung begehen, haften dem Geschädigten nicht).

제2조 금전배상(Schadensausgleich in Geld)

- ① 공권력주체는 손해를 금전으로 배상하여야 한다. 의무위반이 공권력을 행사할 때 상황에 따라 요구되는 주의를 다하였음에도 불가피했던 경우에는 금전배상은 인정되지 않는다. 제2문은 기술적 설비의 결함의 경우(제1조 제2항에는 적용되지 않는다)(Der Träger hat den Schaden in Geld zu ersetzen. Der Geldersatz entfällt, wenn die Pflichtverletzung auch bei Beachtung der bei der Ausübung öffentlicher Gewalt den Umständen nach gebotenen Sorgfalt nicht hätte vermieden werden können. Satz 2 wird bei Versagen technischer Einrichtungen (§1 Abs. 2) nicht angewandt).
- ② 의무위반이 위법적 기본권 침해인 경우에는 제1항에 의하여 요구되는 주의를 다한 경우에도 손해를 금전으로 배상하여야 한다(Besteht die Pflichtverletzung in einem rechtswidrigen Grundrechtseingriff, so ist der Schaden auch bei Beachtung der nach Absatz 1 gebotenen Sorgfalt in Geld zu ersetzen).
- ③ (이하 생략).

4) 유책주의모델

이 모델은 ‘유책이 있는’ ‘위법한’ 국가작용으로 인한 개인의 손해가 있을 때에만 국가배상책임을 인정한다. 우리 국가배상법, 독일 기본법상의 직무책임, 일본, 오스트리아, 벨기에, 네덜란드 등이 이 모델을 취하고 있다. 그밖에도 영미법계 국가들도 유책주의모델을 취하는 것으로 분류되고 있다.⁵⁵⁾ 영미법계의 경우 공·사법의 구분이 없으므로 국가도 사인, 사법인과 마찬가지로 불법행위법(law of torts)에 따른 책임을 진다. 영국의 경우 1947년 국왕에 대한 소송 허용 법(The Crown Proceedings Act 1947)이 시행된 이래 국왕도 불법행위책임을 지게 되었다. 국가배상책임이 발생하려면 원칙적으로 국가를 위해서 활동하는 공무원의 고의 또는 과실(fault, 즉 intent or negligence)이 존재해야 한다. 다만, 판례는 국가책임과 관련해서는 유책요건을 객관화하고 있다. 즉 통상의 합리적이며 신중한 사람에게 요구되는 주의의무를 기준으로 하고 있다.

5) 모델 간의 접근과 혼용

이처럼 기본적으로 상이한 원칙들에 입각하고 있고, 이론적으로 독자성이 인정되는 기본모델은 실무상 법률이나 판례에 의한 수정으로 그 윤곽이 많이 흐려지고 있고 상호 접근해 가고 있다는 사실에 유의해야 한다. 가령 유책주의에 입각하고 있는 독일의 모델은 유책요건을 객관화하는 실무를 고려하면 어떤 하나의 모델로 분류하는 데 어려움이 있다. 또한 독일법에는 유책주의에 입각한 헌법상의 직무책임제도와 객관적 위법책임을 인정하는 관습법상의 국가보상제도들이 혼재하고 있다. 그러므로 독일법제를 어느 한 모델에만 귀속시키기 어려운 측면이 있다. 손해발생을 국가배상의 준거로 삼는 스페인의 경우에도 프랑스법에서 역무과오나 위협책임에 해당하는 사건들이 가장 중요한 적용사례가 되고 있는 것으로 분석되고 있다고 한다.

(5) 소결

이상의 고찰을 종합해 보면 우리 헌법 제29조 제1항 자체는 유책주의모델을 배경으로 제정되었으나, 법문 자체는 행태책임설과 결과책임설에 대하여 중립적

55) 국가책임법이 상이한 주의의무규준들(negligence, nuisance, trespass)을 가지고 있는 청구의 기초를 요책요건이 없는 청구의 기초와 결합하고 있다는 이유로 아일랜드와 영국의 국가책임모델을 혼합형으로 분류하는 견해도 있다. 이에 대해서는 O. Dörr, Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme, in: ders.,(Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014, S. 1 (17).

이며, 목적론적 해석은 헌법 제29조 제1항을 국가배상책임에 비교적 넓은 구명을 발생시킬 수밖에 없는 유책주의에 입각해 있는 행태불법책임설보다는 위법성을 배상책임의 준거로 삼는 결과불법책임설에 입각한 해석에 기울어진다고 볼 수 있다. 그러나 체계적 해석 및 비교법적 해석의 결과는 법치국가원리를 실현하고 기본권을 보호하기 위한 국가배상체계는 다양한 형태로 구현될 수 있다는 것 그리고 행태불법책임을 묻는 법제가 법치국가적 정의 실현에 최선이 아님에도 법치가 고도화된 적지 아니한 문명국가에서 채택하고 있고, 따라서 어떤 모델을 택할 것 인지는 결국 법문화나 법전통에 달려 있다는 점을 확인시켜 주고 있다.

요컨대, 헌법 제29조 제1항의 불법행위의 개념이 직무를 수행하는 공무원의 고의·과실과는 무관한 위법한 행위만을 의미한다는 결론을 내리기는 어렵다고 할 것이다.

2. 국가배상법 제2조 제1항의 고의·과실요건의 위헌여부

국가배상법 제2조 제1항의 합헌성을 다투는 헌법소원청구가 인용되려면 헌법 제29조 제1항의 공무원의 직무상 ‘불법행위’가 공무원의 고의·과실이 필요 없는 객관적 위법행위를 의미한다는 논증에 성공하거나, 국가배상법 제2조 제1항의 유책요건이 입법자의 형성권의 범위를 벗어난 자의적인 것임을 논증할 수 있어야 한다.

그러나 위에서 살펴본 것처럼 헌법 제29조 제1항의 ‘불법행위’가 결과불법만을 의미한다는 주장은 근거가 박약하다.⁵⁶⁾ 오히려 헌법 제29조 제1항에 대한 역사적·발생사적 해석은 유책요건과 결합된 행태불법책임의 든든한 교두보가 되고 있고, 문리해석 역시 유책주의를 배제하지 아니하며, 비교법적 해석의 결과도 마찬가지이기 때문이다.

그렇다면 국가배상법 제2조 제1항의 유책요건은 입법형성권의 한계를 넘은 것인가? 다음과 같은 이유로 긍정적인 답을 주기는 어렵다.

먼저 상술한 것처럼 헌법 제29조 제1항의 “불법행위”라는 개념이 유책요건을 전제로 하고 있다는 것을 뒷받침하는 헌법해석상의 근거들을 넉넉히 찾을 수

56) 현재 2015. 4. 30. 2013헌바395, 판례집 27-1상, 564, 569도 같은 입장이다. “통상 ‘불법행위’는 ‘위법성’이란 객관적 요소와 ‘책임성’이란 주관적 요소로 구성되나, 헌법 제29조 제1항의 ‘불법행위’의 의미가 민법상의 불법행위(고의·과실이 있는 위법한 행위로 타인에게 손해를 발생시키는 행위)와 동일한 것인지에 관하여 확립된 견해가 없으며, 국가배상책임의 본질에 관한 논의로부터 국가배상청구권이 무과실책임을 포함하는지 여부에 관한 결론이 필연적으로 도출되는 것도 아니다.”

있다. 따라서 국가배상법 제2조 제1항의 유책요건은 입법자의 독자적인 형성이라기보다는 헌법제정자 내지 헌법개정자의 의사를 확인하여 이를 명확히 한 것에 불과하다고 볼 수 있다.⁵⁷⁾

설사 유책요건이 단순한 헌법의사의 확인이 아닌 헌법 제29조 제1항의 “법률이 정하는 바에 의하여”라는 입법자에 대한 형성수권에 의한 입법형성의 소산이라고 보더라도 결론은 달라지지 않는다. 기본권의 내용이나 행사절차, 권리의 구체적인 기준과 범위 등과 관련한 입법자의 형성 내지 구체화를 요하는 이른바 규범에 의한 구성 내지 구체화를 요하는 기본권에서 입법자의 형성이 위헌인지를 가리는 데 헌법재판소가 일관성 있는 판례를 형성해 온 것은 아니다.⁵⁸⁾ 그러나

57) 현재 2015. 4. 30. 2013헌바395, 판례집 27-1상, 564, 569는 “헌법상 국가배상청구권이 성립하기 위한 요건으로서 헌법 제29조 제1항 제1문은 ‘공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은’ 것을 요건으로 하나, 한편으로 ‘법률이 정하는 바에 의하여’라고 하여 국가배상청구권의 구체적 형성을 법률에 유보하고 있다. 따라서 헌법상 국가배상청구권의 ‘불법행위’ 역시 이를 법률에서 구체적으로 형성할 수 있는 개념”이라고 보았다.

58) 현재 2015. 4. 30. 2013헌바395, 판례집 27-1상, 564, 569도 국가배상법 제2조 제1항의 위헌심사에서 합리성심사를 하고 있다. 그러나 국가배상청구권의 소멸시효에 관한 현재 1997. 2. 20. 96헌바24, 판례집 9-1, 168, 175, 배상심의회의 결정에 대한 피해자동의를 재판상 화해로 간주하는 규정에 대한 현재 1995. 5. 25. 91헌가7, 판례집 7-1, 598, 609 이하, 국가배상법 제9조의 배상결정전치주의에 대한 현재 2000. 2. 24. 99헌바17 등은 비례성심사를 하고 있으나, 형식적 심사에 그치고 있어 심사의 실체를 정확히 가능하기는 어렵다.

한편, 재판청구권의 침해여부를 가릴 때 적용한 심사기준과 관련해서도 판례는 동요하고 있다. 헌법재판소는 사안에 따라 합리성심사와 비례성심사 사이를 오가고 있다. 즉 ① 즉시항고기간을 1주일로 규정한 민사소송법 제414조 제1항(현재 1998. 8. 27. 97헌바17, 판례집 10-2, 398, 404), ② 채권자취소권의 제소기간에 관한 민법 제406조 제2항 중 “법률행위가 있는 날로부터 5년 내” 부분(현재 2006. 11. 30. 2003헌바66, 판례집 18-2, 429, 437), ③ 재정신청기간의 제한(현재 2009. 6. 25. 2008헌마259, 판례집 21-1(하), 908)에 대한 위헌 여부가 문제된 사건에서 합리성 심사를 하였으나, ① 헌법소원청구기간(현재 2007. 10. 25. 2006헌마904, 판례집 19-2, 507, 507-508), ② 형사판결에 대한 항소제기기간(현재 2007. 11. 29. 2004헌바39, 판례집 19-2, 548, 554-556) 등이 문제된 사건들에서는 비례심사의 형식에 따라 판단하였다.

재산권의 일종인 사회보험수급권을 규율하는 내용·한계규정의 위헌여부를 가릴 때 적용하여야 하는 심사기준에 대한 헌법재판소의 판례는 동요하고 있다. 합리성(자의금지)심사기준을 적용한 판례가 있는가 하면(18세 이상인 자로서 폐질상태에 있지 않은 자를 유족인 자녀의 범위에서 제외하고 있는 공무원연금법상의 규정에 대한 현재 1999. 04. 29. 97헌마333, 판례집 11-1, 503, 513-514; 유족의 범위와 유족연금수급권자의 범위에 형제자매를 규정하지 아니한 사립학교교직원 연금법상의 규정에 대한 현재 2010. 04. 29. 2009헌바102, 판례집 22-1 하, 37, 45. 그밖에도 군인퇴직연금의 지급정지제도에 대한 현재 2003. 09. 25. 2001헌가22, 판례집 15-2 상, 231, 246-247; 공무원퇴직연금의 지급정지제도에 대한 현재 2003. 09. 25. 2000헌바94, 판례집 15-2 상, 254, 262-263; 공무원보수연동제를 대체하는 물가연동제에 의한 연금액조정규정에 대한 현재 2003. 09. 25. 2001헌마93, 판례집 15-2 상, 319 360-361), 과잉금지원칙을 적용한 판례(공무원연금법상 급여의 수급권자에게 2 이상의 급여의 수급권이 발생한 때 수급권자의 선택에 의하여 그 중의 하나만을 지급하고 다른 급여의 지급을 정지하도록 한 규정을 다루고 있는 헌법소원사건인 현재 2000. 06. 01. 97헌마190, 공보 제46호, 466, 467-468; 공무원이 유족 없이 사망하였을 경우 수급권자의 범위를 직계비속으로만 한정하고 있는 규정의 위헌성을 다루고 있는 현재

유책요건이 제정 국가배상법 때부터 존재해 왔었고, 국가배상법 개정을 통해 기존의 결과불법책임을 유책주의로 전환한 것이 아닌 이상 비례의 원칙이 아닌 국가배상청구권 인정 취지에 맞지 않을 정도로 합리성을 결여하고 있는지, 즉 자의성 심사를 하는 것이 타당하다고 본다.⁵⁹⁾

무엇보다도 결과불법책임론의 주된 논거가 될 수 있는 법치국가원리의 실질적 정의의 요청이나 기본권보장 강화의 요청도 유책요건과의 무조건적인 단절을 요구하지도 않는다. 법치국가원리는 공권력의 위법적 침해, 공무원의 고의나 과실에 의한 것인지를 불문하고 억제·제거할 것을 요구하기는 하지만, 그로 인해 발생한 손해를 손해배상을 통해서 보전해야 할 것인지, 그리고 그 손해배상의 범위를 유책주의에 의거하여 한정할 것인지는 헌법에 특별한 규정이 없는 한 입법자의 형성에 맡겨진 것이다.⁶⁰⁾ 상술한 것처럼 법치주의가 고도화된 문명국들의 법제가 이를 보여주고 있다. 독일에서도 결과불법책임이 법치국가의 이상에 더 부합한다고 주장하는 이들은 있지만⁶¹⁾ 독일 기본법 제34조가 유책주의를 전제로

1998. 12. 24, 96헌바73, 판례집 10-2, 856, 866-867 등)도 발견된다. 이렇게 심사기준이 달라지는 이유는 명시적으로 제시되지 않고 있으며, 심사기준 선택의 뚜렷한 기준도 확인되지 않고 있다. 일반적인 재산권에서 그 내용, 범위, 행사기간 등을 처음으로 구체적으로 형성하는 규정의 경우에는 합리성심사를 하는 경향이 있다(부동산점유취득시효제도에 관한 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36, 44-45; 국가에 대한 금전채권의 소멸시효기간을 5년으로 정하고 있는 예산회계법상의 규정에 대한 헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 842-843; 소멸시효제의 합헌성을 확인하고 있는 헌재 2001. 4. 26. 99헌바37, 판례집 13-1, 836, 843; 헌재 2004. 04. 29, 2002헌바58, 판례집 16-1, 499, 507; 상속회복청구권 행사기간을 “상속권의 침해행위가 있는 날로부터 10년”이라고 한 개정 민법 제999조 제2항 중 해당 부분에 대한 헌재 2002. 11. 28, 2002헌마134, 판례집 14-2, 756, 759 이하; 채권자취소권 제척기간에 대한 헌재 2006.11.30, 2003헌바66, 판례집 18-2, 429, 436; 부양의무 불이행으로 인한 중여 계약 해제권에 관한 민법규정에 대한 헌재 2009. 10. 29, 2007헌바135, 판례집 21-2 하, 148 요지 1, 2; 환매권의 행사기간을 수용일로부터 10년 이내로 제한한 구 토지수용법상의 규정에 대한 헌재 2011. 03. 31, 2008헌바26, 판례집 23-1 상, 237 등).

59) 다만, 기본권 형성하고 있는 법률규정에 대한 개정의 경우 그 개정을 기본권에 대한 제한으로 보고 비례성심사를 할 것인지(이미 구체적으로 형성된 권리를 기준으로 보고 비례성심사를 하는 G. Lübke-Wolff, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, S. 150 f; M. Gellermann, *Grundrechte im einfachgesetzlichem Gewand*, 2000, S. 429 ff.; 이념형을 도출하고 그것을 기준으로 비례성심사를 하는 R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, S. 137 ff.), 아니면 또 다른 형성으로 보고 독자적 기준에 의한 심사를 할 것인지(가령 M. Cornils, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005, S. 633 ff; S. Lenz, *Vorbelhaltslose Freiheitsrechte*, 2006, 119 ff.)에 대해서는 독일에서도 학설이 갈린다. 이에 대해서 상세한 것은 T. Kingreen/R. Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 33. Aufl., 2017, Rn 148 이하 참조.

60) H. J. Papier, in: Maunz/Dürig/Papier, Stand 2018, Art. 34 Rn 86 참조.

61) 가령 J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 53; H. J. Bonk, in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 34 Rn 83 등 참조. 이에 대해서 비판적으로 M. Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, S. 162-163. 다만, 그는 국가불법에 대한 책임의 요건으로 예외 없이 유책요건을 고수하는 것은 정의롭지 못하다고 본다.

하고 있고, 따라서 독일 민법 제839조의 유책요건을 위헌으로 보는 이는 없다.⁶²⁾

행정처분의 취소나 무효를 구하는 행정소송이 인용된 사건들과 관련된 국가배상청구소송에서 법원이 공무원의 고의·과실 인정에 소극적 태도를 버리지 못함에 따라 유책주의에 기반을 둔 행태불법책임에서 결과불법책임으로의 개혁을 촉구하는 목소리가 높아지고 있다는 사실도⁶³⁾ 국가배상법 제2조 제1항의 위헌성을 입증하기에는 충분하지 않다. 객관적 불법책임으로 전환할 경우 국가를 비롯한 공공단체의 재정적 부담이 현저하게 증가하게 될 가능성이 높다.⁶⁴⁾ 결국 행태불법책임과 결과불법책임 중 어떤 선택을 할 것인지는 조세 등을 통해서 마련되어야 할 배상재원으로 인한 국민의 부담 증가, 법치국가원리의 강력한 실현 및 피해자에 대한 실효성 있는 구제 등 상호 충돌하는 가치들을 고려해서 결정되어야 할 (현)법정책적 문제이기도 하다.

더구나 헌법 제29조 제1항의 국가배상청구권은 국가의 불법에 대한 최소한의 보장에 불과하다. 즉 헌법 제29조가 공법영역에서의 국가의 불법에 대하여 법률 또는 관습법에 의하여 국가배상법 제2조 제1항과는 다른 요건, 즉 유책요건에 의하지 않고 국가배상을 인정하는 것을 막지 않는다. 가령 「민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」은 비록 민주화운동과정에서 개인적 희생을 감수한 이들에게 ‘보상’을 지급하는 것을 내용으로 하고 있지만, 실질적으로는 공무원의 “고의나 과실”을 요건으로 하지 않고 국가적 불법에 대한 배상책임을 인

62) M. Breuer, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 162 및 그곳에서 언급된 문헌; P. Dagtöglu, in: BK-GG, Zweitbearbeitung 1970, Art. 34, Rn 173; F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 74-75 참조.

연방의 입법권 결여로 위헌선언된 독일 국가배상법은 결과불법책임을 원칙으로 하면서도 법원의 불법적 재판으로 인한 손해에 대한 국가배상은 그 재판이 형사범죄에 해당하는 경우에만, 따라서 유책성이 있는 경우에만 인정하였고(제5조 제1항), 위법행위가 공권력의 기본권침해가 아닌 경우 국가배상은 유책성이 있는 경우에만 인정하였음(제2조 제1, 2항). 이러한 범위에서 유지된 유책주의가 합헌이라는 판례는 물론 없으나, 유책주의가 법치국가원리와 조화를 이룰 수 있다는 것을 보여주고 있음.

63) 가령 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 법조 제635호, 2009, 45면 이하; 김중권, 개헌논의에 따른 국가배상시스템의 발본적 개혁에 관한 소고, 법률신문, 2018-02-08 (<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=140168&page=3>); 박정훈, 국가배상법의 개혁 재론 -사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-, 한국공법학회 제223회 학술대회, 「공법상 손해전보의 재문제」, 2018.05, 156쪽 이하 등 참조.

64) 기본권침해로 인한 가해와 관련해서는 결과불법책임을 구현했던 독일의 1981년 국가배상법이 그러한 법률을 제정할 연방의 권한이 없다는 이유로 연방헌법재판소에 의해서 무효로 선언된 후 기본법 개정으로 1994년 이후 독일 연방입법자는 연방참사원의 동의를 얻어 국가배상법을 제정할 권한을 확보하였다(제72조 제2항 및 제74조 제1항 제25호 및 제2항). 그렇지만 그로부터 20년이 넘는 현재까지 결과불법책임으로의 국가배상법 개혁은 실현되지 않고 있다. 주와 지방자치단체가 재정부담이 커질 것을 우려하여 연방차원의 국가배상법 제정에 반대하고 있기 때문이다. 향후에도 국가배상법 개혁의 전망은 불확실하다고 한다. 이에 대해서는 J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 32 참조.

정하는, 국가배상법에 대한 특별법이라 할 수도 있다.⁶⁵⁾

그러므로 국가배상법 제2조 제1항의 유책요건이 입법형성의 소산이라고 보더라도 자의적이어서 위헌이라고 할 수는 없다.

요컨대, 국가배상법 제2조 제1항의 고의·과실요건이 법치국가원리를 실현하기 위한 최선의 (헌)법정책적 수단이라거나 실질적 정의를 구현하기 위한 최적의 수단이라고는 할 수 없으나, 현행 헌법이 공무원의 직무상 ‘불법행위’라는 개념을 통해서 고의·과실요건을 전제로 하고 있다고 해석할 수 있고, 설사 현행헌법이 유책요건을 전제하지 않았다고 해석하더라도 입법자가 국가 등의 배상책임의 범위를 합리적으로 한정하기 위한 수단으로서 이를 채택한 것으로 볼 수 있으므로 국가배상법 제2조 제1항의 유책요건은 위헌이라는 주장은 설득력이 없다고 할 것이다.

IV. 불법적 긴급조치로 인한 손해에 대한 국가의 배상책임의 문제

이처럼 국가배상법 제2조 제1항의 유책요건이 위헌이 아니라면 긴급조치 제 1, 9호로 피해를 입은 피해자들이 국가배상을 청구할 수 있는 길은 없는 것인가? 결론부터 말하자면 국가배상청구권의 소멸시효⁶⁶⁾가 완성되지 않은 이들에게는 그 가능성은 남아 있다. 그들이 받은 손해의 근본적 원인인 불법적 긴급조치 자체로 손해를 받았음을 이유로 국가배상을 청구하는 것이다.

유신헌법에 의한 긴급조치는 법률과 같은 효과를 가지므로 이 문제는 국가

65) “민주화보상법의 입법취지, 관련 규정의 내용, 신청인이 작성·제출하는 ‘동의 및 청구서’의 기재 내용, 심판대상조항의 입법목적 등을 종합하여 보면, “민주화운동과 관련하여 입은 피해”는 공무원의 직무상 불법행위로 인한 정신적 손해를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체를 의미하는 것임을 합리적으로 파악할 수 있고, 법원도 같은 취지로 해석하고 있다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365 전원합의체 판결)”(헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180 등, 결정문).

66) 헌법재판소는 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 객관적 기산점을 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호의 민간인 집단희생사건, 중대한 인권침해·조작의혹사건에 적용하도록 규정하는 것은, 소멸시효제도를 통한 법적 안정성과 가해자 보호만을 지나치게 중시한 나머지 합리적 이유 없이 이 유형에 관한 국가배상청구권 보장 필요성을 외면한 것으로서 입법형성의 한계를 일탈하여 국가배상청구권을 침해한다고 판시하였다. 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바148 등, 공보 제263호, 1 참조. 이 판례의 의의에 관해서 상세한 것은 홍관표, 국가에 대한 손해배상청구권과 소멸시효, 2018. 9. 14. 헌법재판소 헌법실무연구회, 한국헌법학회 공동주최 학술대회, 『과거사 사건에 관한 헌법적 고찰』 자료집 소수 참조.

의 입법적 불법에 대한 국가배상책임이 인정될 수 있는지의 문제이다. 지면의 제약 때문에 여기서 입법적 불법에 대한 국가배상책임의 문제 일반에 대해서 상론할 수는 없다. 그간 국내에서도 이 문제에 관하여 상당히 많은 연구결과가 집적되었다.⁶⁷⁾ 여기서는 긴급조치에 대한 국가배상청구의 가능성을 검토하는 데 필요한 범위에서 핵심쟁점을 중심으로 학설과 판례의 현황만을 간략히 언급하기로 한다.

1. 입법적 불법에 대한 국가배상의 가능성에 관한 국내의 학설과 판례

입법적 불법에 대한 국가배상책임과 관련한 여러 쟁점들은 무엇보다도 행정불법과는 달리 입법적 불법과 관련한 입법자의 고의·과실 및 위법성을 인정하기 쉽지 아니한 사정들에 기인한다. 즉 입법기관인 국회의 합의제기관성(헌법 제41조 제2항 참조), 국회의원, 정부, 대통령 등 복수의 기관들이 참여하면서 다단계적으로 진행되는 입법과정의 특수성, 입법자는 특정의 제3자에 대한 직무상의 의무가 아닌 공익실현의 정치적 책임만을 질뿐인지, 헌법의 추상성·불명확성에 따른 입법자의 폭넓은 입법형성권, 의원의 면책특권과의 충돌가능성 등에 기인한다.

그럼에도 국내 학계는 대체로 그 가능성을 인정하고 있다.⁶⁸⁾ 더욱이 국회의 합의제기관성, 입법과정의 특수성, 의원의 면책특권과의 충돌가능성 등과 같은 쟁점들은 독임제관청인 대통령이 발하는 “긴급조치”와 관련해서는 직접적인 관련이 없다. 이와 관련해서 의미 있는 쟁점은 긴급조치 제1, 9호가 법률처럼 일반성·추상성을 띠고 있다는 점에 비추어 볼 때 그 발령권(대통령)가 긴급조치 발동 시에 제3자에 대하여 지고 있는 직무의무를 준수하여야 하는지, 그리고 어떤 경우에 그 발령권자가 그 직무상의 의무를 위반하였다고 볼 수 있는지 여부일 것이다.

대법원은 국회의원은 입법에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서

67) 국내문헌으로는 김남진, 입법·사법상의 불법과 국가책임, 법무자료 제141집 국가배상제도의 제문제, 법무부(1991), 571쪽 이하; 김병기, 입법적 불법에 대한 국가배상책임 소고 -적극적 입법행위의 경우를 중심으로-, 행정법연구, 2004, 232쪽 이하; 서기석, 국회의 입법행위 또는 입법부작위로 인한 국가배상책임, 행정판례연구 XIV-2, 2009, 203쪽 이하; 이덕연, 입법불법에 대한 국가책임 - 독일에서의 논의를 중심으로, 사법행정 1995. 6, 14쪽 이하; 이일세, 입법상 불법에 대한 국가의 배상책임, 현대공법학의 재조명, 김남진교수정년기념논문집, 1997, 198쪽 이하; 정남철, 규범상 불법에 대한 국가책임, 공법연구 제33집 제1호, 2004, 547쪽 이하; 정영철, 국회 입법작용에 대한 국가배상책임의 쟁점과 과제, 법학논고 제44집, 2013. 11, 23쪽 이하 등 참조.

68) 학설의 현황에 대해서는 무엇보다도 서기석, 국회의 입법행위 또는 입법부작위로 인한 국가배상책임, 행정판례연구 XIV-2, 2009, 203쪽 이하; 정영철, 국회 입법작용에 대한 국가배상책임의 쟁점과 과제, 법학논고 제44집, 2013.11, 23쪽 이하.

정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니라는 이유로 입법적 불법에 대한 국가배상청구의 가능성을 원칙적으로 부정하면서도 “국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우”를 위한 예외인정의 여지를 남겨두는 한편, “국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 구체적인 입법 의무를 부담하고 있음에도 불구하고 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 입법 의무를 이행하지 아니하는 등 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에 한정하여 국가배상법 소정의 배상책임이 인정”될 수 있다고 하여 입법부작위로 인한 손해에 대한 국가배상의 가능성도 인정하였다.⁶⁹⁾ 대법원은 마침내 헌법재판소가 1994. 12. 29. 89헌마2결정에서 위헌으로 확인했던 입법부작위로 인한 손해에 대한 국가배상청구를 인용하기도 하였다.⁷⁰⁾

입법적 불법에 대한 국가배상의 인정기준에 관한 대법원의 판례는 후술하는 일본 최고재판소 판결(소화 60(1980). 11. 21)의 판시와 매우 유사하다. 대법원은 입법적 불법에 대한 국가배상의 가능성은 열어두기는 했다. 그러나 그 인정범위는 헌법문언에 명백히 반하는 입법이라는 극히 이례적인 경우로 한정하였다. 또한 국가배상법적 의미에서의 입법행위 위법성 인정의 전제로 국회가 제3자, 즉 개개의 국민에 대하여 지고 있는 의무를 위반할 것을 요구하고 있다. 이는 독일 기본법 제34조 및 독일 민법 제839조에 명시된 제3자에 대한 직무상 의무 요건과 같은 것이다. 그러나 우리 헌법 제29조 제1항은 물론 국가배상법 제2조 제1항은 독일법과는 달리 그러한 요건을 예정하고 있지 않다. 그럼에도 대법원은 제3자 관련 직무의무 위반이 국가배상의 요건으로 추가되어야 하는 이유를 제시하지 않고 있다.

국회가 국민 개인에게 법적 의무를 지고 있지 않다면, 국회의 입법이 헌법의 문언에 명백히 위반되는 경우에도 해당 헌법문언에 위반되는 것은 별론으로 하고 국민 개인에 대한 법적 의무에 위반되는 것은 아니며, 따라서 국가배상청구의 요건인 위법성도 인정될 수 없다고 해야 논리적이다. 또한 국회의원이 국민 개인에게 법적 의무를 지고 있지 않다면, 입법부작위가 문제되는 경우에도 개인에 대한 법적 의무의 불이행은 있을 수 없는 것이다. 그러므로 대법원의 해당 태제는 그 자체로서 논리적 결함을 안고 있다. 입법적 불법에 대한 배상청구 가능성의 원칙적 부정과 예외적 인정 가능성 사이에 법리적 연결고리가 존재하지 않는다.

69) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결.

70) 대법원 2005. 5. 27. 선고 2003다56397, 2003다56403(참가), 2003다56410(참가) 판결.

또한 대법원은 국가배상법적 의미의 위법성이 헌법의 명백한 문언에 반하는 경우에만 인정될 수 있는 이유를 제시하지 못하고 있다. 헌법의 문언이 아니라 헌법의 원리나 헌법해석에 명백히 반하는 경우 또는 입법재량의 한계를 명백히 유월한 경우에는 입법자의 유책성이 부정되어야 하는 것인지 의문이다. 입법부작위로 인한 가해의 경우 입법행위로 인한 가해의 경우와는 달리 입법부작위 위헌이 확인되면 국가배상법적 의미의 위법성도 인정되는 것처럼 판시하고 있다. 이 경우는 헌법에 의해 부과된 명시적인 의무를 해태하였을 것과 같은 가중요건이 없다. 입법부작위 형태의 불법에 대한 국가배상의 요건이 입법적 불법에 대한 국가배상의 요건에 비하여 입법부작위 위헌이 인정될 수 있는 경우가 드물다는 사정을 전제로 하고 있는 것은 아닌가? 그렇다면 대법원이 입법적 불법에 대한 국가배상요건을 극단적으로 까다롭게 구체화하고 있는 본질적인 이유는 입법부작위로 인한 가해보다는 입법행위로 인한 가해는 빈번하게 발생할 수 있는데다가 입법의 특성상 피해자가 많아서 그 요건이 까다롭지 않으면 국가배상으로 인한 국가의 재정적 부담이 크게 증가할 것에 대한 우려 때문이라는 추정이 가능

2. 일본 및 독일의 판례와 학설

(1) 일본의 판례와 학설⁷¹⁾

일본 최고재판소⁷²⁾는 당초 우리 대법원처럼⁷³⁾ 단 한 차례도 입법적 불법에 대한 국가배상청구를 인정한 적이 없었다.

71) 일본의 판례와 학설에 대해서는 S. Olberg, Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht in Deutschland und Japan, in: Zeitschrift für Japanisches Recht 27 (2009), 197 (205 ff).

72) 관련 일본 판례의 동향에 대해서는 서기석, 국회의 입법행위 또는 입법부작위로 인한 국가배상책임, 행정판례연구 XIV-2, 2009, 219쪽 이하 참조.

73) ““국회의원의 입법행위(입법부작위를 포함한다, 이하 같다)가 국가배상법 제1조(* 우리 2조) 제1항의 적용상 위법으로 되는지 여부는 국회의원의 입법과정에 있어서의 행동이 개별의 국민에 대하여 부담하는 직무상의 법적 의무를 위반하였는지 여부의 문제이고, 당해 입법의 내용의 위헌성의 문제와는 구별되어야 하며, 가사 당해 입법의 내용이 헌법의 규정에 위반되는 점이 있다 하더라도 그 때문에 국회의원의 입법행위가 바로 위법의 평가를 받는 것은 아니다. 따라서 국회의원이 입법에 관하여 개별 국민에 대한 관계에 있어서 어떠한 법적 의무를 부담하는 지에 관하여 보건대, 국회의원은 입법에 관하여는 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 부담하는 데에 그치고 개별 국민의 권리에 대응한 관계에서 법적 의무를 부담하는 것은 아니라고 할 것이며, 국회의원의 입법행위는 입법의 내용이 헌법에 명백히 위반함에도 불구하고 국회가 무리하게 당해 입법을 행하는 것과 같이 쉽게 상정하기 어려운 예외적인 경우가 아닌 한, 국가배상법 제1조 제1항의 규정의 적용상 위법의 평가를 받지 아니”한다(소화 60(1980). 11. 21. 판결)(밑줄은 필자).

이와 같은 판례의 기초에 변화의 계기를 마련한 것은 지방법원이었다. 일본 구마모토 지방법원은 2001년 이른바 한센병 사건에서⁷⁴⁾ 위 판례가 제시한 ‘헌법과의 명백한 모순’이라는 요건이 절대적인 것은 아니라고 하면서, 위헌적 법률의 폐지 의무를 해태한 입법부작위로 인한 기본권침해의 정도에 비추어 볼 때 해당 입법부작위는 국가배상법적 의미의 위법행위에 해당한다고 하여 구마모토 한센병 치료소에 수용되었던 환자였던 13인이 제기한 국가배상청구소송을 인용했다.

일본 최고재판소는 2005년 9월 14일 재외국민 부재자투표권 불인정으로 인한 위자료청구 사건에 대한 대법정판결에서 입법적 불법에 대한 국가배상청구를 인용함으로써 이목을 집중시켰다. 그에 따르면 “입법의 내용 또는 입법부작위가 국민에게 헌법상 보장되어 있는 권리를 위법하게 침해하는 것임이 명백한 경우나, 국민에게 헌법상 보장되어 있는 권리 행사의 기회를 확보하기 위하여 필요로 하는 입법조치를 취하는 것이 필요불가결하고 그것이 명백함에도 불구하고 국회가 정당한 이유 없이 장기에 걸쳐 이를 해태한 경우 등에는 예외적으로 국회의원의 입법행위 또는 입법부작위는 국가배상법 제1조 제1항의 적용상 위법의 평가를 받아야 할 것”이라고 한다.

이 판결은 국회의원이 국민에 대하여 원칙적으로 정치적 책임만을 진다는 기존 판례의 입장을 별다른 이유 제시 없이 폐기하면서 국민의 권리를 존중하여야 하는 것이 국회의원의 직무의무임을 전제함으로써 우리 대법원이나 일본 최고재판소의 종전 판례가 입법적 불법에 대한 예외적 국가배상 인정요건과 관련하여 범하고 있는 법리적 모순을 해소하였다. 또한 “입법내용 또는 입법부작위가 명백히 위헌”인 경우에 위법성을 인정할 수 있다고 함으로써 위법성 인정기준을 헌법의 문언 자체가 아니라 헌법의 내용 내지 정신에 대한 명백한 위반으로까지 확대

74) 일본에서는 1907년 당시 전국에서 다수 발생하던 한센병 환자에 대하여 ‘나예방에 관한 건’을 제정하여 그 환자들을 요양소에 강제수용하고 종신 격리시키는 강제격리정책을 취하였다. 일본의 위 정책은 한센병 환자를 사회로부터 절대 격리하여 절멸시킨다는 데에 목적을 둔 것으로서 환자를 강제로 격리하여 종신 수용하면서 단종, 낙태를 통해 환자의 증가를 차단하고 환자의 사망으로써 자연 소멸케 하려 한 야만적, 비인도주의적인 정책이었다. 일본은 1931년 구 ‘라이(나)예방법’을 제정하여 한센병 환자에 대한 강제격리·절멸정책을 그대로 유지해 왔고, 1943년에는 “나예방법”을 제정하여 종전의 한센병 정책을 유지하였다. 그러다가, 일본은 ‘나예방에 관한 건’의 제정 이후 90년 만인 1996년 한센병 환자에 대한 강제격리의 근거법인 ‘나예방법’을 폐지하였다. 그러나 한센병 환자에 대한 강제격리정책이 잘못된 것이었음에도 이러한 정책을 책정·수행해 온 데 대해 아무런 책임 확인도 없고 그 정책의 피해자인 환자나 병력자에 대한 보상조치도 없었다(정철우 변호사, 일본의 한센병 보상법과 소록도 보상소송, 2004년 한센병 인권보고대회 발제문).

구마모토 지방법원은 보건사회부장관은 늦어도 1960년부터는 가용 정보에 의거하여 한센병환자 강제 수용정책을 변경했어야 했고, 입법자도 1953년 법률을 폐지하였어야 하는 자신의 의무를 이행하지 않아 원고의 거주이전의 자유 등을 침해하였다고 봄.

한 것으로 이해된다. 대의민주주의에서 국회의원 선거권이 갖는 중대한 의미에 비추어 볼 때 그 선거권에 대한 제한은 불가피한 경우에 한하여 정당화된다고 할 것인데, 재외국민에게 비례대표의원선거에서는 부재자투표권을 인정하면서 지역구의원선거에서는 부재자투표권을 인정하지 않은 데 불가피한 사정이 없어서 문제의 선거법 규율(일본은 이를 입법부작위로 파악)이 위헌이라고는 할 수 있을지 언정 그러한 규율이 일본 헌법 제15조 제1, 3항, 제43조 제1항, 제44조⁷⁵⁾의 “명백한 문언”에 대한 위반인지는 의문의 여지가 있고, 바로 이러한 이유로 종전 판례에서 제시된 관련 공식을 변경한 것으로 보인다. 따라서 종전 최고재판소 판례의 위법성 인정 공식인 “헌법의 명백한 문언을 무시하는 경우”에 비하여 입법자의 유책요건을 완화한 것으로 평가해야 할 것이다.

일본에서는 입법적 불법도 국가배상청구의 원인이 될 수 있다는 것이 학계의 통설이다. 다만 그 요건과 관련해서 견해가 갈린다. 일본 최고재판소의 구 판례에 대해서는 입법적 불법에 대한 국가배상청구를 사실상 부정하는 것이나 마찬가지로 볼 수 있을 정도로 그 요건이 지나치게 까다롭다는 것이 다수설이다.

(2) 독일의 판례와 학설

한편, 독일 연방법원은 ‘의원은 특정 수범자 내지 그 집단만을 대상으로 하지 않는 일반적·추상적 법규범을 제정하기 때문에 의원의 제3자에 대한 대외적 직무의무는 보통의 경우에는 존재할 수 없고, 따라서 입법적 불법은 원칙적으로 국가배상청구의 기초가 될 수 없’⁷⁶⁾으며, 그 예외는 수범자가 특정되어 있거나 특정 가능한 조치법이나 개별사태법의 경우어나 인정될 수 있다⁷⁷⁾는 판례의 기초를 유지하고 있다. 입법자의 제3자에 대한 대외적 직무의무를 법률의 일반성·추상성에 의거하여 부정하는 것은 일반성을 떠는 법규명령(명령, 규칙, 조례) 제정권자의 제3자에 대한 대외적 직무의무의 부정으로 이어지게 된다. 따라서 일반성·추상성을 떠는 모든 법규범에 의한 불법, 즉 규범적 불법(normatives Unrecht)은 국가배상청구의 기초가 될 수 없다고 보게 된다.

75) 제15조 ① 공무원을 선정하고 이를 파면하는 것은 국민 고유의 권리이다. ② (생략) ③ 공무원의 선거에 대하여는 성년자에 의한 보통 선거를 보장한다.

제43조 ① 양 의원은 전 국민을 대표하는 선거된 의원으로 이를 조직한다.

제44조 양 의원의 의원 및 그 선거인의 자격은 법률로 이를 정한다. 단 인종, 신조, 성별, 사회적 신분, 가문, 교육, 재산 또는 수입에 따라 차별하여서는 아니 된다.

76) BGHZ 56, 40, 44; 102, 350, 367 등 참조.

77) BGHZ 56, 40, 46. 또한 BGH NJW 2002, 1793.

독일의 소극적인 판례와는 달리 학설은 갈리고 있다.⁷⁸⁾ 긍정설⁷⁹⁾은 직무의 무의 제3자 관련성을 제3자 보호로 이해하고, 이를 통해 제3자 관련성 요건에 내포된 개별화가 가능한 개인과 국가의 관계라는 책임 한정요소를 포기함으로써 입법적 불법에 대한 국가배상책임을 인정할 수 있는 전망을 열고 있다. 물론 긍정설도 위헌으로 선언된 모든 법률이 국가배상책임을 발생시킬 수 있다고 보는 것은 아니다. 통상적인 입법의 경우는 유책요건을 충족하기 어려울 것이며, 예외적인 경우어나 인정될 수 있을 것이기 때문이다. 긍정설을 취하는 학자들 중 일부는 입법적 불법에 대한 국가배상문제는 원칙적으로 입법을 통해서 해결해야 한다고 본다.⁸⁰⁾ 법원이 법관법을 통해 입법적 불법에 대한 국가배상을 인정할 경우 그 잠재적 피해자의 수를 감안하면 국가의 재정적 부담이 크게 늘 수 있고, 따라서 이는 입법자의 재정권한을 위협할 수 있으므로, 그 인정요건 등을 입법이 구체화하도록 하는 것이 바람직하다는 것이다.⁸¹⁾ 독일 연방헌법재판소가 연방의 입법권한의 부재를 이유로 위헌선언했던 1981년 국가배상법도 입법적 불법에 대한 국가배상 문제를 별도의 법률에 유보하고 있었다.

3. 유럽재판소의 판례

유럽연합법의 사법적 관철을 임무로 하는 유럽재판소⁸²⁾는 1991년 Francovich 판결⁸³⁾ 이래 회원국이 유럽연합법에 위반하여 회원국 국민에게 가한 손해에 대한 객관적 불법책임⁸⁴⁾을 유럽연합조약에 의해 창설된 법질서의 본질을 논거로 하여 인정하여 왔다. 유럽연합법의 실효성을 온전히 확보하고 유럽연합법상의 권리를 제대로 보호하려면 회원국에게 객관적 불법책임을 물을 수 있어야 한다는 것이다. 다시 말해 회원국에 대한 배상청구권은 유럽연합법의 직접적 효력의 불가결적 보완적 기능을 수행한다는 것이다.⁸⁵⁾

78) 학설에 대한 개관은 F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 105f. 주 641 및 주 642 참조.

79) F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 105ff. 참조.

80) F. Ossenbühl/M. Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013, S. 106; J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 50 등 참조.

81) 판례도 이러한 견해를 원용하고 있다. 가령 BGHZ 100, 136(NJW 1987, 1875, 1987).

82) 여기서는 J. Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34 Rn 15ff.의 개관을 참고하였다.

83) EuGHE 1991, I-5357.

84) EuGHE 1996, I-1029(Rn 55ff.와 75ff.).

85) EuGHE 1996, I-1029(Rn 33f.).

유럽재판소의 판례에 의하면 가해의 원인이 되는 위법행위가 회원국의 입법부, 집행부, 사법부 중 어느 권력에 귀속될 수 있는지는 중요하지 않다고 한다.⁸⁶⁾ 회원국의 입법자가 유럽연합법 위반에 대한 책임을 져야 한다는 사정도 해당 회원국에 대하여 배상책임을 묻는 데 장애가 되지 않는데, 국제법상 국가는 하나의 통일체라는 것을 그 근거로 제시한다.

유럽연합 활동방식에 관한 조약 제340조 제2항에 따라 유럽연합이 지는 조약 외적 책임에 관한 그 판례를 원용하고 있다. 그에 따르면 배상책임의 요건으로 회원국이 개인에게 권리를 부여하는 것을 목적으로 하는 유럽연합법에 위반하였을 것, 이 위반의 정도가 일정한 수준에 달할 것, 회원국에 부과된 의무에 대한 위반과 피해를 입은 개인에게 발생한 손해 사이에 직접적인 인과관계가 존재할 것을 요구하고 있다.⁸⁷⁾

입법자의 행위와 관련해서 회원국이 그 재량의 한계를 “명백히 그리고 현저하게” 유월한 경우에는 유럽연합법에 대한 충분한 수준의 위반을 인정할 수 있을 것이지만, 회원국이 입법의 다양한 대안들 중에서 선택할 필요가 없었고 그 입법 형성의 여지가 현저히 축소되거나 거의 영(零)으로 축소된 경우에는 유럽연합법에 대한 단순한 위반도 명백히 충분한 수준의 위반 요건이 충족된다고 판단하였다.⁸⁸⁾

유럽재판소가 명문의 규정이 없음에도 불구하고 입법적 불법에 대해서까지 배상청구권을 인정한 것의 타당성에 대하여 의문이 제기도 하였으나, 판례를 통해 확고히 뿌리를 내렸다.

4. 입법적 불법에 대한 국가배상청구의 가능성에 관한 추론

우리 헌법 및 국가배상법이 국가배상청구의 원인이 되는 직무 개념에서 입법활동을 제외했다고 볼 만한 특별한 사정이 없다. 따라서 입법적 불법을 국가배상청구의 원인에서 제외해야 할 법해석상의 근거는 없다.

국가배상법 제2조 제1항의 유책요건에 비추어 볼 때 통상적인 입법하자는 유책요건을 충족하기 어렵지만, 고의·과실 요건의 객관화, 탈개인화를 통한 기관과실 개념의 인정 추세에 비추어 볼 때 유책요건으로 인해 입법적 불법에 대한 국가배상청구권 인정이 사실상 무의미하다고 할 수는 없다. 일본 최고재판소 판

86) EuGHE 1996, I-1029(Rn 34); 1996, I-1029(Rn 38).

87) EuGHE 1996, I-1029(Rn 51).

88) EuGHE 1996, I-2553(Rn 28); 1996, I-4845(Rn 25).

결의 공식인 ‘입법내용이나 입법부작위의 명백한 위헌’이나 유럽재판소의 ‘입법 재량의 명백한 유월’이라는 공식을 기준으로 유책요건의 충족을 추정하는 것이 타당하다고 본다. 국가는 이 경우 충분한 주의를 다했음에도 불구하고 위헌적 입법을 할 수밖에 없었음을 반증하는 데 성공한다면 배상책임을 면할 수 있다.

독일에서 국가배상의 성립요건으로 제시되고 있는 제3자에 대한 직무의무는 우리 헌법 및 국가배상법과는 무관한 요건이다. 우리 법은 직무상 “고의·과실로 법령을 위배”할 것만을 요건으로 명시하고 있을 뿐이다. 그 요건의 타당성을 인정한다고 하더라도 그 요건이 입법적 불법에 대한 국가배상청구를 배제하지는 못한다. 오늘날 입법자에 대한 기본권 구속이 관철된 오늘날 구 입법자가 기본권과 같은 피해자의 권리를 보호하는 헌법규범을 침해할 것을 요구하는 것으로 얼마든지 새길 수 있다.

한편, 이처럼 예외적인 경우에만 입법적 불법에 대한 국가배상을 인정할 수 있도록 요건을 정한다면, 그로 인한 국가의 재정부담이나 입법자의 재정권한 침해 위험도 그다지 크지 않을 것이기 때문에 독일의 판례와 일부 학설처럼 입법적 불법에 대한 국가배상문제를 특별히 규율하는 법률이 있어야 배상청구권을 인정할 수 있다고 보아야 할 것은 아니다.

5. 긴급조치 제1, 9호의 불법성과 그로 인한 손해에 대한 국가배상청구의 인용 가능성

헌법재판소의 결정에 의하면 긴급조치들은 “최소한 법률과 동일한 효력”을 가지므로, 그에 대한 국가배상청구와 관련해서는 상술한 입법적 불법에 대한 국가배상청구의 요건들에 대한 설명을 준용할 수 있다.

헌법재판소는 이미 국민의 기본권침해와 관련된 국가작용은 사법적 심사에서 면제될 수 없고, 유신헌법의 개정에 대한 주장 금지, 유신헌법과 긴급조치에 대한 비판 금지, 긴급조치 위반자에 대한 법관의 영장 없는 체포, 구속 등에서 긴급조치 제1호와 제9호는 그 위헌성이 명백하고 중대하며, 이들 긴급조치는 애초부터 발령요건을 갖추지 못한 채 국민의 비판을 배제하기 위하여 발동되어 자유민주적 기본질서에 부합하지 않는 등 그 목적의 정당성조차도 인정할 수 없는 불법적 조치라는 등의 이유로 긴급조치 제1, 2, 9호를 위헌으로 선언하였다.⁸⁹⁾

89) 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등, 판례집 25-1, 180.

대법원은 헌법재판소에 앞서서 긴급조치 제1호⁹⁰⁾가, 헌법재판소 결정 직후 잇달아 제4호,⁹¹⁾ 제9호⁹²⁾ 등이 목적상의 한계를 넘어서 현행헌법은 물론 유신헌법에도 위반되어 무효라고 판시한 바 있다.

그러므로 긴급조치에 대한 국가배상청구에서 관건적인 문제는 위헌적 긴급조치를 발동한 데 대한 당시 대통령의 고의 또는 과실이 있었는지 여부이다. 그런데 위 긴급조치들은 국가위기 시에 국가의 안위를 확보하기 위한 것이 아니라 긴급조치를 발동하는 것이 정당화될 수 있는 상황요건조차 충족하지 못한 채 국민의 자유와 권리의 억압, 나아가서는 국민주권원리 내지 민주주의를 희생시켜 대통령 박정희의 종신집권의 토대를 공고히 하기 위해 발해진 것들임에 비추어 보면 피해자들의 기본권침해 가능성을 인식하면서도 이를 감수한 것이라고 볼 수 있고, 따라서 유책요건의 충족을 인정하는 데 어려움이 없다고 본다.⁹³⁾

이에 비하여 긴급조치를 집행하는 행정기관이나 법원에게는 유책성을 인정할 수 없다. 당시의 행정기관이나 법원에게는 긴급조치를 심사할 권한도 그 집행이나 적용을 거부할 권한도 없었고, 당시의 정치적 상황을 고려하면 상급행정기관에 긴급조치의 불법성을 이유로 그 폐지를 건의하는 것도 기대할 수 없었기 때문이다. 그러므로 불법적인 긴급조치 집행이나 적용을 이유로 하는 국가배상청구는 인용될 수 없다. 따라서 같은 취지로 긴급조치 집행기관을 상대로 한 국가배상청구소송을 기각한 대법원 판결(2014. 10. 27. 선고 2013다217962)은 법리적으로 문제가 없다.⁹⁴⁾ 긴급조치 제1, 9호 집행과정에서 가혹행위로 피해를 입은 사람이나 그 유족은 긴급조치 자체가 집행기관들에게 그러한 가혹행위를 직접 명령 또는 허용하고 있다고 볼 수 없는 이상 그와 같은 가혹행위로 인한 손해에 대한 국

90) “구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘유신헌법’이라 한다) 제53조에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치(이하 ‘긴급조치’라 한다) 제1호는 그 발동 요건을 갖추지 못한 채 목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것이므로, 긴급조치 제1호가 해제 내지 실효되기 이전부터 유신헌법에 위배되어 위헌이고, 나아가 긴급조치 제1호에 의하여 침해된 각 기본권의 보장 규정을 두고 있는 현행 헌법에 비추어 보더라도 위헌이다. 결국 이 사건 재판의 전제가 된 긴급조치 제1호 제1항, 제3항, 제5항을 포함하여 긴급조치 제1호는 헌법에 위배되어 무효이다. 이와 달리 유신헌법 제53조에 근거를 둔 긴급조치 제1호가 합헌이라는 취지로 판시한 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3492 판결, 대법원 1975. 1. 28. 선고 74도3498 판결, 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323 판결과 그 밖에 이 판결의 견해와 다른 대법원판결들은 모두 폐기한다.”(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결)

91) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결.

92) 대법원 2013. 4. 18. 결정 2011초기689 전원합의체 결정.

93) 같은 결론에 이르고 있는 윤진수, 위헌인 대통령의 긴급조치 발령이 불법행위를 구성하는지 여부 -대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결-, 『민사법학』 제81호(2017.12), 142 이하.

94) 같은 결론에 이르고 있는 윤진수, 『민사법학』 제81호(2017. 12.), 144-145.

가배상을 별도로 청구하여야 한다.

V. 결론

이상의 고찰로부터 국가배상법 제2조 제1항의 고의·과실요건은 위헌으로 보기 어렵다는 것과 그렇다고 해서 헌법소원사건의 청구인들에게 국가배상을 받을 수 있는 길이 모두 닫혀 있는 것은 아니며 입법적 불법으로 인한 국가배상청구, 즉 헌법재판소와 대법원에 의해서 위헌으로 확인된 긴급조치 자체로 인한 손해에 대한 국가배상청구의 길이 열려 있으며, 그 전망 또한 상당히 밝다는 것이 확인되었다.

본고가 국가배상법 제2조 제1항의 유책주의가 합헌이라고 본다고 해서 현행 국가배상법제가 법치국가이념을 충분히 구현할 수 있는 상태에 있다고 주장하는 것은 아니다. 유책주의에서 결과불법책임주의로의 전환은 위헌논쟁을 통해서가 아니라 헌법정책의 전환, 즉 개헌을 통해서 이뤄져야 할 문제라는 것을 명확히 하고자 하는 것이다.

공법학계에서 오랫동안 주장해 온 손실보상체계 및 국가배상체계의 흠결을 우리 법원이 판례를 통해 보충하는 것을 외면함으로써 현행 손실보상법제 및 국가배상법제가 법치국가원리의 실질적 정의의 요청과 적지 아니한 괴리가 발생하고 있는 이상 손실보상법제의 흠결을 보완하는 한편, 국가배상법제를 현 유책주의에서 결과불법책임주의로 근본적으로 전환하여 피해자가 받는 것을 비롯한 근본적 헌법정책적 논의가 본격적으로 진행되기를 기대해 본다.⁹⁵⁾

95) 이미 일부 학자들은 개헌을 통해 객관적 불법책임으로의 전환을 촉구하고 있다. 가령 김중권, 개헌논의에 따른 국가배상시스템의 발본적 개혁에 관한 소고, 법률신문, 2018-02-08(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=140168&page=3>); 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성-과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로-, 『사법』 통권 42호(2017), 143 이하, 특히 168 이하 참조.

[국문요지]

긴급조치 발령행위에 대한 국가배상청구와 관련한 헌법적 문제

본고는 긴급조치 제1, 9호의 피해자들이 국가배상법 제2조 제1항 중 “고의 또는 과실” 부분에 대한 위헌소원을 통해서 제기한 주장, 즉 국가배상법상의 유책주의가 위헌이라는 주장의 당부를 그 위헌판단의 주된 기준인 헌법 제29조 제1항에 대한 해석을 통해 밝히려 시도하였다. 본고는 국가배상법상의 유책주의는 헌법 제29조 제1항에 의해 전제되고 있는 것을 확인하고 있는 것이며, 설혹 그렇게 보지 않는다고 하더라도 헌법 제29조 제1항에 의해서 입법자에게 부여된 국가배상청구권에 대한 입법형성권의 합리적 행사의 결과임을 헌법 제290조 제1항에 대한 고전적 해석방법들을 동원하여 확인하였다. 나아가 본고는 긴급조치의 피해자들이 국가배상을 받기 위해서는 긴급조치의 집행행위가 아닌 위헌적 긴급조치 자체로 인한 손해를 국가배상청구의 기초로 삼아야 한다는 것을 논증하였다.

[주제어]

국가배상청구권, 유책주의, 결과불법책임, 긴급조치, 입법적 불법, 국가배상법, 고의 또는 과실

참 고 문 헌

I. 국내문헌

- 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2007
- 구병삭, 신헌법원론, 법문사, 1995
- 김강운, 국가배상책임의 성질과 책임의 주체, 법학연구 제22집 제2권, 2006, 297쪽 이하
- 김남진, 입법·사법상의 불법과 국가책임, 법무자료 제141집 국가배상제도의 제문제, 법무부(1991), 571쪽 이하
- 김병기, 입법적 불법에 대한 국가배상책임 소고 -적극적 입법행위의 경우를 중심으로-, 행정법연구, 2004, 232쪽 이하
- 김중권, 개헌논의에 따른 국가배상시스템의 발본적 개혁에 관한 소고, 법률신문, 2018-02-08(<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=140168&page=3>)
- 김중권, 국가배상법상의 과실책임주의의 이해전환을 위한 소고, 법조 제635호, 2009, 45면 이하
- 김중환·김학동, 민법총칙, 박영사, 1995
- 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013
- 박정훈, 국가배상법의 개혁 재론 -사법적 대위책임에서 공법적 자기책임으로-, 한국공법학회 제223회 학술대회, 「공법상 손해전보의 제문제」, 2018. 5., 156쪽 이하
- 박현정, 헌법개정과 국가배상책임의 재구성 -과실책임제도에 대한 비판적 검토를 중심으로-, 「사법」 통권 42호(2017), 143 이하
- 서기석, 국회의 입법행위 또는 입법부작위로 인한 국가배상책임, 「행정판례연구」 XIV-2, 2009, 203쪽 이하
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2017
- 윤진수, 위헌인 대통령의 긴급조치 발령이 불법행위를 구성하는지 여부 - 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결 -, 「민사법학」 제 81 호(2017. 12.), 93 이하
- 이덕연, 입법불법에 대한 국가책임 - 독일에서의 논의를 중심으로, 「사법행정」 1995. 6. 14쪽 이하
- 이동진, 법인 기관의 불법행위책임, 「비교사법」 22(4), 2015. 11, 1567 이하
- 이일세, 입법상 불법에 대한 국가의 배상책임, 『현대공법학의 재조명』 (김남진교

- 수정년기념논문집), 고려대학교 법학연구소, 1997, 198쪽 이하
- 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2013
- 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2017
- 정남철, 규범상 불법에 대한 국가책임, 『공법연구』 제33집 제1호, 2004, 547쪽 이하
- 정영철, 국회 입법작용에 대한 국가배상책임의 쟁점과 과제, 『법학논고』 제44집, 2013. 11., 23쪽 이하
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2017
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2017
- 홍관표, 국가에 대한 손해배상청구권과 소멸시효, 2018. 9. 14. 헌법재판소 헌법실무연구회, 한국헌법학회 공동주최 학술대회, 『과거사 사건에 관한 헌법적 고찰』 자료집
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2017
- 홍준형, 행정구제법, 오래, 2012

II. 외국문헌

- Bender, B.: Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1981
- Bettermann, K. A.: Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, 299 ff.
- Bonk, H. J.: in: Sachs, GG, 5. Aufl., 2009, Art. 34
- Breuer, M.: Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011
- Dagtolglou, P.: in: BK, Art. 34 (Zweitbearbeitung 1970)
- Dörr, O.: Staatshaftung in Europa: Vergleichende Bestandsaufnahme, in: ders., (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2014
- Fetzer, Rh.: Haftung des Staates für legislatives Unrecht, 1994
- Goppert, Th.: Der enteignungseingriff, Diss., Nürnberg, 1987
- Grzeszick, B.: Rechte und Ansprüche, Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002
- Kingreen, T./Poscher, R.: Grundrechte. Staatsrecht II, 33. Aufl., 2017
- Lindner, J. F.: Grundrechtsdogmatik, 2005
- Olberg, S.: Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht in Deutschland und Japan, in: Zeitschrift für Japanisches Recht 27 (2009), 197 ff.
- Ossenbühl, F./Cornils, M.: Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., 2013

- Papier, H. J./Schirvani, F.: in: MüKoBGB, 7. Aufl., 2017, BGB §839
- Papier, H. J.: in: Maunz/Dürig/Papier, Stand 2018, Art. 34
- Pieper, St. U.: in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/A. Hopfauf, GG, 11. Aufl., 2008, Art. 34
- Rosenthal, L.: A Theory of Governmental Damages Liability: Torts, Constitutional Torts, and Takings, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 9:3, 2007, pp. 797
- Sass, W.: *Entschädigungserfordernis*, 1992, S. 376 ff.
- Wieland, J.: in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2015, Art. 34

제167회 발표회 지정토론문

발제문: 긴급조치 발령행위에 대한 국가배상청구와 관련한 헌법적 문제

발제자: 정태호(경희대학교 법학전문대학원 교수)

날짜 및 장소: 2018. 9. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

서 보 국*

오늘 행정법학자로서 헌법재판연구원에서 개최한 한국헌법학회와 헌법실무연구회의 공동학술대회에 처음 참여하게 되어 많이 배우고 가야겠다는 마음이 가득하며, 특히 발표자이신 정태호 교수님의 깊이 있는 발표내용에 대한 미흡한 토론내용을 준비하면서 입법적 불법과 국가배상청구의 관계에 대한 이해의 폭을 넓히는 계기가 되었습니다. 아래에서 발표의 내용을 정리하고 간단한 코멘트로 토론의 기회를 주신 것에 대한 감사의 마음을 전하고자 합니다.

I. 발표문의 정리

발표문은 크게 4부분으로 구분하여 도입부분(I.)과 쟁점에 대한 기본논증(II. 과 III.) 및 쟁점에 대한 적용과 결론(IV.)으로 이루어져 있습니다.

도입부분에서는 문제가 되었던 사건과 판례에 대한 소개로 시작하였습니다. 먼저 헌법재판소의 2013. 3. 21. 긴급조치 제1호, 제2호, 제9호에 대한 위헌결정(2010헌바70등)¹⁾을 소개한 이후에 이러한 위헌판결을 근거로 대한민국을 상대로

* 충남대학교 법학전문대학원 교수

1) 발표문에는 생략이 되었으나 2010. 12. 16. 긴급조치 제1호에 대한 대법원 전원합의체의 위헌판결(2010도5986), 2013. 4. 18. 긴급조치 제9호(2010모363) 및 형사보상청구(2011초기689)에 대한 대법원 전원합의체 판결, 2013. 5. 16. 긴급조치 제4호에 대한 대법원 전원합의체의 위헌판결(2011도2631)이 있었

국가배상을 청구한 소송에서 대법원은 재심청구에 대한 무죄판결(2010재노2), 형사보상결정(2012코3)를 내렸던 원심에 대한 인정과는 달리 긴급조치 제9호에 근거하여 수사 및 재판이 이루어졌다는 사정만으로는 국가의 손해배상책임이 인정되지 않는다는 판결(대법원 2014.10. 27. 선고 2013다217962 판결)을 설명하고 있습니다.

이로 인해 긴급조치로 인한 국가배상청구가 문제된 54건의 헌법소원(2015헌마861 및 2015헌마918 등)이 제기되어 병합되었으며, 헌법재판소는 2018. 8. 30. 재판관 전원 일치 의견으로 법원의 재판에 대한 헌법소원을 금지한 헌법재판소법 제68조 제1항 중 “법원의 재판을 제외하고는” 부분은 헌법에 위반되지 않는다는 기각결정을, 재판관 7:2의 의견으로 긴급조치 제1호 및 제9호 발령행위 등에 대한 국가배상책임을 부정한 대법원 판결들에 대한 헌법소원심판청구가 부적법하다는 각하결정(반대의견으로 재판관 김이수, 재판관 안창호)을 선고하였습니다.

[2015헌마861]

- 청구인 백○○은 ‘국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치’(이하 ‘긴급조치’라 한다) 제1호 위반죄로 유죄판결이 확정되었으나(비상보통군법회의의 74년비보군형공 제1호, 비상고등군법회의의 74년비고군형항 제1호, 대법원 74도1123), 재심을 통해 무죄판결(서울고등법원 2009재노56)을 선고받은 자이고, 청구인 김○○은 그의 배우자이다.
- 위 청구인들은 2013년경 국가를 상대로 긴급조치 제1호의 발령 및 이에 근거하여 청구인 백○○에 대한 불법체포·구금과 기소, 재판 및 그 과정에서 수사기관의 가혹행위 등에 대하여 손해배상을 구하는 소를 제기하여 일부 인용판결을 선고받았으나(서울중앙지방법원 2013가합544065), 항소심(서울고등법원 2014나2025168)과 상고심(대법원 2015다212695)에서 모두 패소하였다.
- 위 청구인들은 2015. 8. 24. 위 상고심 판결 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분이 기본권을 침해하여 위헌임을 주장하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

[2015헌마918]

- 청구인 유○○, 전○○, 조○○는 1979년경 긴급조치 제9호 위반 혐의로 구속, 기소되어 면소판결을 받은 자들이다(유○○, 전○○: 춘천지방법원 79고합48, 조○○: 서울형사지방법원 79고합678).

으며, 최근까지 2018. 5. 2. 재심개시기각결정에 대한 재항고 및 긴급조치 제9호 관련 대법원의 재심사건 판결(2015모3243)이 있었다.

- 위 청구인들은 2013년경 국가를 상대로 긴급조치 제9호의 발령, 이에 근거한 청구인들에 대한 불법체포·구금과 기소, 재판 및 그 과정에서 수사기관의 가혹행위 등에 대하여 손해배상을 구하는 소를 제기하여 일부 인용판결을 선고받았으나(서울중앙지방법원 2013가합69595), 항소심(서울고등법원 2014나2023834)과 상고심(대법원 2015다216062)에서 모두 패소하였다.
- 위 청구인들은 2015. 9. 10. 위 상고심 판결 및 헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판을 제외하고는’ 부분이 기본권을 침해하여 위헌임을 주장하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

□ 심판대상

- 이 사건 심판대상은 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제68조 제1항 본문 중 “법원의 재판을 제외하고는” 부분(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다) 및 대법원 2015. 7. 23.자 2015다212695 판결(이하 ‘이 사건 대법원 판결’이라 한다)이 청구인들의 기본권을 침해하는지 여부

[심판대상조항]

헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것)

제68조(청구사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. (단서 생략)

□ 결정주문

1. 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제68조 제1항 본문 중 “법원의 재판을 제외하고는” 부분에 대한 심판청구를 기각한다.
2. 청구인들의 나머지 심판청구를 각하한다.

□ 이유의 요지

이 사건 법률조항에 관한 판단

- 헌법재판소는 이 사건 법률조항에 대하여, ‘법원의 재판’에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다는 한정위헌결정(헌재 2016. 4. 28. 2016헌마33)을 선고함으로써, 그 위헌 부분을 제거하는 한편 그 나머지 부분이 합헌임을 밝힌 바 있다.

이 사건 법률조항은 위헌 부분이 제거된 나머지 부분으로 이미 그 내용이 축소된 것이고, 이 같은 선례와 달리 판단하여야 할 사정변경이나 필요성이 인정되지 아니한다.

□ 이 사건 대법원 판결들에 대한 판단

○ 법원의 재판은 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에 한하여 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 된다. 이 사건 대법원 판결들이 헌법재판소의 위헌결정에 반하여 위 긴급조치들이 합헌이라고 하였거나, 합헌임을 전제로 위 긴급조치를 그대로 적용한 바가 없다.

이 사건 대법원 판결들에서 긴급조치 발령행위에 대한 국가배상책임이 인정되지 않은 것은 긴급조치가 합헌이기 때문이 아니라 긴급조치가 위헌임에도 국가배상책임이 성립하지 않는다는 대법원의 해석론에 따른 것이다. 따라서 이 사건 대법원 판결들은 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되는 경우에 해당하지 않으므로 그에 대한 심판청구는 부적법하다.

[재판관 김이수, 안창호의 이 사건 대법원 판결들에 대한 반대의견]

○ 헌법재판소는 통치행위라 하더라도 그것이 국가권력의 행사인 이상 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계는 반드시 준수되어야 한다고 하면서, 긴급조치 제1호와 제9호가 고도의 정치적 행위가 하더라도 사법적 심사가 허용되고, 더 나아가 위 긴급조치들이 헌법에 위반된다고 결정하였다(헌재 2010헌바132 등).

○ 대법원은, 종래 입법행위라 하더라도 ‘그 내용이 헌법의 문언에 명백히 위배됨에도 불구하고 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우’에는 국가배상책임이 성립한다고 하였으나(대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결), 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 국민 전체에 대하여 정치적 책임을 질뿐이라고 하였다. 긴급조치 역시 법률적 효력을 가지므로, 입법행위에 따른 위의 책임이 적용된다. 그러나 이 사건 대법원 판결들은 긴급조치가 위헌이 명백한 것을 알면서 입법을 한 특수한 경우에 해당하는지를 검토하지 않았다.

○ 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용하여 국민의 기본권을 침해한 재판은 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는데, 이러한 재판에는 헌법재판소의 위헌이라는 결론을 뒷받침하는 핵심적인 이유의 논리를 부인하는 법원의 재판도 포함되어야 한다.

헌재 2010헌바132등 결정의 취지는, ▲국민의 기본권침해와 관련된 국가작용은 사법적 심사에서 면제될 수 없고, ▲유신헌법의 개정에 대한 주장 금지, 유신헌법과 긴급조치에 대한 비판 금지, 긴급조치 위반자에 대한 법관의 영장 없는 체포, 구속 등에서 긴급조치 제1호와 제9호는 그 위헌성이 명백하고 중대하며, ▲이들 긴급조치는 애초부터 발령요건을 갖추지 못한 채 국민의 자유와 권리를 억압하기 위한 의도로 발동되었다는 것이다.

○ 만약 긴급조치의 발령이 고도의 정치성을 띤 국가행위이어서 국가배상책임의 성립여부에 관한 사법적 판단의 대상이 되지 않는다는 의미라면 이는 국민의 기본권 침해와 관련된 국가작용은 사법적 심사에서 면제될 수 없다는 헌재 2010헌바132

등 결정의 기속력에 위배된다.

만약 긴급조치의 발령이 위헌이 명백한 것을 알면서 입법을 한 특수한 경우에 해당하지 않아 불법행위가 성립하지 않는다는 의미라면, 이는 긴급조치 제1호와 제9호가 명백하고 중대한 위헌성을 지녔으며, 그 위헌성이 정당한 목적을 실현하기 위해 노력하는 과정에서 피치 못하게 수반되는 것이 아니라 대통령이 애초부터 국민의 자유와 권리를 억압하기 위한 분명한 의도로 발령한 데서 비롯된 것이라는 취지의 현재 2010헌바132등 결정의 기속력에 위배된다.

○ 따라서 이 사건 대법원 판결들은 헌법재판소의 위헌결정의 기속력에 반하여 청구인들의 기본권을 침해하는 것이므로 취소되어야 한다.

이후 쟁점에 대한 기본논증으로 헌법상 국가배상책임의 본질(II.)에 대해 교수님께서서는 독일의 이론과 같이 우리의 헌법 제29조도 국가배상책임을 제한하는 기능을 가진 것이 아니라 최소한의 보장(Midestgarantie)규정으로서 이해해야 하기에 국가배상에 대한 판례법의 형성권을 인정하여야 한다고 주장하셨습니다. 또한 헌법 제29조의 개인의 구체적 공권으로서의 기본권성과 자기책임설(문리적, 체계적, 목적론적 해석)과 관련하여 독일 기본법 제34조와는 구조와 본질이 다르다는 점도 설명해 주셨습니다.

또 다른 기본논증으로 공무원이 직무상 “불법행위”와 유책요건(III.)에 대해 교수님께서서는 국가배상법 제2조 제1항의 고의·과실요건이 헌법 제29조 제1항에 위배되는 규정인지 판단해야 하며, 우선적으로 헌법상의 직무상 불법행위는 무과실의 결과불법도 배제하지 않는 개념이라는 점을 문리적, 체계적, 목적론적 해석을 통해 도출하셨습니다. 그러나 비교법적 고찰을 통해 행태불법책임을 취하는 법제가 다수일 뿐만 아니라 각국의 법문화와 법전통에 따라 결정되는 면이 있기에 어느 한 방향으로의 해석하기 어렵다는 점을 설명하셨습니다. 따라서 국가배상법상의 유책요건에 대한 위헌판단은 해석상으로도 어려우며 재정부담이라는 법정책적 이유도 있기에 국가배상법상 유책요건의 존부는 헌법상 입법형성의 자유에 속하는 영역이라고 판단하셨습니다.

그 이후 쟁점에 대한 적용과 결론(IV.)에서 긴급조치라는 국가의 입법적 불법에 대한 국가배상책임의 인정여부에 대해 교수님은 일본, 독일 및 유럽재판소의 판례에 대한 비교법적 고찰을 통해 우리의 국가배상법상의 문언적 요건에 충실해야 하며, 일본 최고재판소의 판결 공식인 ‘입법내용이나 입법부작위의 명백한 위헌’이나 유럽재판소의 ‘입법재량의 명백한 유월’이라는 공식을 기준으로 위

법성요건이 충족되면 유책요건도 동시에 충족되는 것으로 추정해야 한다는 주장으로 이해가 됩니다.

마지막으로 교수님께서서는 긴급조치 제1호와 제9호의 불법성과 그로 인한 손해에 대한 국가배상청구 인정 가능성에 대해 입법적 불법(위법성)은 인정하나 집행기관이나 적용기관의 유책요건은 충족되지 않았기에 국가배상청구를 기각한 대법원의 견해는 법리상 타당하기에, 오로지 가혹행위로 인해 발생한 손해에 대해서만 국가배상을 청구해야 한다고 주장하셨습니다.

II. 토론의견

- 먼저 발표문에서 명확하지 않은 표현이 있어서 수정할 필요가 있는 부분입니다.

12p에 원문자 3에서 독일의 결과제거청구권(Folgenbeseitigungsanspruch)도 공무원에 의한 위법한 가해에 대하여 배상책임을 인정하고 있는 제도로 소개하고 계신데, O. Bachof가 1951년 그의 Habilitation 논문 „Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung“에서 주장하고 결국 연방행정법원의 판례법으로 인정된 결과제거청구권은 전쟁난민에 대한 적법한 공공임대차 명령 및 기간만료 이후의 위법한 私法적 상태의 제거에 대한 임대인의 주관적 공권을 의미하는 것이기에 위법한 직무수행과는 거리가 있다고 생각합니다. 결과제거청구는 행위 이전의 원래상태(status quo)로 돌아가는 것을 지향하고 있으며, 국가배상청구와 결과제거청구는 서로 같음하지 않고 병렬적으로 존립한다(Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, S. 397)는 점이 고려되어야 한다고 생각합니다.

- 발표문에서 법논리상 불완전한 부분이 있습니다.

입법적 불법이 인정되는 경우에도 집행적 불법 또는 적용상 불법도 추가적으로 충족되어야 입법적 불법에 대한 국가배상이 가능한 것인지 의문입니다. 교수님께서 논증한 방식에서는 헌법 제29조와 국가배상법 제2조의 해석에서 공무원은 입법자(긴급조치에서의 대통령)로 충분한 것으로 판단되는데 마지막 p24의 결론에서는 집행적 불법을 별개로 심사해야 한다는 이유로 국가배상청구를 기각한 대법원의 법논리에 동의하셨습니다. 이 부분에 대한 추가적인 설명이 더 있으

면 좋겠습니다.

- 국가배상법상 유책요건이라는 문언에 반하는(*contra legem*) 법관의 법형성은 헌법 제29조 제1항에 위배되진 않지만(위헌은 아니지만) 법정책적으로 바람직하지 않기에 허용되지 않는다는 주장으로 이해할 수 있는지 여쭙고 싶습니다. 그렇다면 독일에서 허용된 국가배상에 대한 법관법(수용유사, 수용적, 희생보상 및 결과제거청구권 등)에서 알 수 있는 법치주의에 대한 법문화와 우리와는 서로 다른 것인지 아니면 시간적 간격이 존재할 뿐인 것인지에 대한 개인적 소견도 여쭙고 싶습니다.

감사합니다.

제167회 발표회 지정토론문

발제문: 긴급조치 발령행위에 대한 국가배상청구와 관련한 헌법적 문제

발제자: 정태호(경희대학교 법학전문대학원 교수)

날짜 및 장소: 2018. 9. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

이 황 희*

우리 사회의 주요한 현안이었던 이른바 과거사 사건에 관한 헌법적 쟁점을 다루는 이번 학술대회는 각별히 뜻깊은 행사라고 생각합니다. 토론자로 참여하게 되어 기쁘게 생각합니다. 정태호 교수님께서 긴급조치 발령행위를 둘러싼 여러 쟁점들을 잘 정리해 주셨고, 토론을 준비하면서 많은 것들을 배울 수 있었습니다. 발표자에게 감사의 말씀을 드리며, 몇 가지 생각들을 보태고자 합니다.

1. 발표자께서는 입법적 불법의 판단 기준으로, 일본최고재판소의 2005년 대법정판결에서 제시된 ‘입법내용의 명백한 위헌’이나, 유럽사법재판소의 ‘입법재량의 명백한 유월’ 공식을 지지하고 계십니다. 그렇다면 ‘명백성’에 대한 판단이 문제될 것이고, 이는 이 판단이 어느 정도로 객관성을 담보할 수 있을가의 문제로 이어집니다.

구체적으로, (1) 위헌적 법률임을 알면서도 이를 의도적으로 관철한 경우뿐만 아니라, 정당한 목적으로 제정한 법률이라 해도 추후에 명백한 위헌이 될 수 있을까, (* 발제자께서는 이에 대해 긍정적인 입장이라고 보입니다.)

(2) 만약 있다면, 민주적 정당성을 가진 300명의 의원들 사이에서 이루어진 합헌판단과 9인의 헌법재판관들 사이에서 이루어진 위헌판단 중 후자에 절대적인 진리가치를 부여할 수 있을까,

(3) 만약 있다면, 9인의 재판관 중 전원일치의 위헌판단이 나온 경우 중에서

* 헌법재판소 헌법연구관

만 ‘명백한 위헌성’이 인정될 수 있을까, (즉 반대의견이 1인이라도 있다면 명백성이 부인되는 것일까),

(4) 만약 있다면, 이 경우에는 재판관 1인의 의견(합헌)에 의해 입법적 불법여부의 성부가 좌우된다는 것일까,
 등등의 의문이 듭니다.

2. 입법적 불법에 대한 국가배상책임을 인정할 필요성에 전적으로 공감하지만, 발제자께서도 쓰신 대로 이는 다른 헌법적 가치들과 함께 고려해야 할 문제이기 에 더더욱 어려운 문제로 보입니다. 특히, 이는 헌법상 민주주의 원리의 구현을 위한 모색과정에서 중요한 숙고지점이 될 것 같습니다.

구체적으로, 정당한 목적으로 제정한 법률이라 해도 추후에 명백한 위헌으로 판명됨으로써 국가배상책임이 성립하고, 의원 개개인에 대하여 구상의 문제가 발생하게 된다면, 의원들이 입법에 있어서 더욱 신중해진다는 장점은 있겠지만 반대로 입법에 주저하게 될 가능성도 생깁니다. 이는 ‘명백성’이라는 관념의 추상성으로 인해, 입법 작용을 위축시키는 효과를 가져 올 수 있습니다. ‘헌법문언의 의도적 무시’라는 공식에 비해 ‘명백한 위헌성’ 공식은 법관의 주관적 판단이 개입할 여지가 더욱 크기 때문입니다.

3. 발제자는, 입법적 불법에 대한 국가배상책임을 인정하더라도 이를 입법을 통해 해결하는 것이 좋다는 독일 학자들의 견해를 소개하고 계십니다. 저 역시 공감이 되는 의견입니다. 만약, 우리 현실에서 입법적 불법이 인정됨에도 법원이 입법적 불법에 대한 배상책임을 인정하고 있지 않고 있는 경우, 재판소원 금지규정에 따라 그러한 법원판결을 헌법소원의 대상으로 삼을 수는 없을 것입니다만, 이 때 입법적 불법에 대한 국가배상책임을 구체화할 입법에 대한 부작위 즉, 입법 부작위에 대한 헌법소원심판이 인정될 수 있을지, 궁금합니다.

4. 발제자께서는 국가배상법 제2조 제1항을 위헌법률을 집행한 공무원의 고의, 과실에 초점을 두고, 그 조항이 합헌이라고 하셨습니다. 그런데 현재 법원은 대통령의 긴급조치 발령행위에 대해서는 입법적 불법이 성립할 수 없다는 입장입니다. 입법적 불법에 대한 국가배상책임을 인정하는 것이 당연하다면, 국가배상법 제2조 제1항과 관련하여, 「국가배상법 제2조 제1항은 대통령의 긴급조치 발령행위에 대하여 배상책임이 성립하지 않는다고 해석하는 한 헌법에 위반된다.」는 식의 한정위헌결정은 가능하지 않을까, 생각합니다. 발제자의 의견을 여쭙습니다.

국가에 대한 손해배상청구권과 소멸시효

- 과거사 사건을 중심으로 -

홍 관 표*

I. 들어가며

국가에 대한 손해배상청구권, 즉 국가배상청구권이란 공무원의 직무상 불법행위로 말미암아 재산 또는 재산 이외의 손해를 받은 국민이 국가 또는 공공단체에 대하여 그 손해를 배상하여 주도록 청구할 수 있는 권리를 말한다.¹⁾ 『대한민국헌법』(이하 “헌법”이라고 한다)은 1948년 제헌헌법²⁾ 이래로 일관하여 국가배상책임주의를 선언하여 왔고, 현행 헌법 역시 제29조 제1항 제1문에서 국가배상청구권을 기본권으로 보장하고 있다.³⁾ 헌법 제29조 제1항 제1문은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 정당한 배상을 청구할 수 있다고 하여 국가배상청구권의 내용을 법률로 구체화하도록 규정하고 있으며,⁴⁾ 이에 따라 국가 또는 지방자치단체의 손해배상 책임과 배상절차를 규정하기 위한 목적으로 『국가배상법』이 제정되어 있다. 헌법재판소는 국가배상청구권에 관한 헌법 규정이 단순한 재산권의 보장만을 의미하는 것이 아니라 국가배상청구권을 청구권적 기본권으로 보장하고 있는 것이

* 전남대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사

1) 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고, 96헌바24 결정.

2) “공무원의 직무상 불법행위로 인하여 손해를 받은 자는 국가 또는 공공단체에 대하여 배상을 청구할 수 있다. 단, 공무원 자신의 민사상이나 형사상의 책임이 면제되는 것은 아니다.” 1948년 헌법 제27조 제3문 및 제4문.

3) 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 96헌바24 결정.

4) 국가배상청구권과 관련하여 헌법에 “법률이 정하는 바에 의하여”라는 문구가 삽입된 것은 1987년 헌법 제26조 제1항부터이며, “정당한” 배상의 문구가 삽입된 것은 1980년 헌법 제28조 제1항부터이다.

라고 한다.⁵⁾

소멸시효는 권리자가 그의 권리를 행사할 수 있음에도 불구하고 일정한 기간 동안 그 권리를 행사하지 않는 권리불행사의 상태가 계속된 경우에 그의 권리를 소멸시켜 버리는 제도를 말한다.⁶⁾ 시효제도의 존재이유에 대하여 헌법재판소는 종래 과거사실의 증명의 곤란으로부터 채무자를 구제함으로써 민사분쟁의 적정한 해결을 도모한다는 점과 권리 위에 잠자는 자는 법률의 보호를 받을 만한 가치가 없는 반면 장기간에 걸쳐 권리행사를 받지 아니한 채무자의 신뢰를 보호할 필요가 있는 점 등을 제시하였고,⁷⁾ 대법원도 이와 유사하게 소멸시효 제도를 법적 안정성의 달성, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 이념으로 삼고 있는 제도라고 실시하였다.⁸⁾

한편, 국가배상청구권을 구체화한 「국가배상법」은 국가배상청구권의 소멸시효에 관한 사항을 별도로 규정하지 않고 있기 때문에, 국가배상청구권의 소멸시효에 관하여는 「국가배상법」 제8조⁹⁾에 따라 「민법」 및 「국가재정법」의 소멸시효에 관한 규정¹⁰⁾이 적용된다. 이에 대하여 일반 사법상 권리보다 그 구제가 확실히 보장되어야 할 국가배상청구권의 특성을 무시한 채 민법상 손해배상청구권의 소멸시효기간을 그대로 적용하거나 그보다 더 단기의 소멸시효기간을 규정하고 있는 것이, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조,¹¹⁾ 국가의 기본권 보장 의무를 규정한 헌법 제10조 후문,¹²⁾ 평등의 원칙에 관한 헌법 제11조 제1항,¹³⁾ 재산권을 보장한 헌법 제23조,¹⁴⁾ 재판을 받을 권리를 보장한 헌법 제27조 제1항,¹⁵⁾ 국가배상청구권을 보장한 헌법 제29조¹⁶⁾ 또는 기본권 제한의 한계를

5) 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 96헌바24 결정.

6) 광윤직 편집대표, 『민법주해 [III]』, 박영사, 2002, 386면.

7) 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 96헌바24 결정.

8) 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결.

9) 국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 「민법」에 따른다. 다만, 「민법」 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다.

10) 「민법」 제166조 제1항, 제766조 및 「국가재정법」 제96조 제2항, 제1항.

11) 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정; 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2016헌바470 결정.

12) 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌바116 결정.

13) 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2016헌바470 결정.

14) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌바37 결정; 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌바90 결정; 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정; 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2016헌바470 결정.

15) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌바90 결정.

16) 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 96헌바24 결정.

규정한 헌법 제37조 제2항¹⁷⁾에 반한다는 이유로 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 위헌심사청 헌법소원이 여러 차례 청구된 바 있고, 헌법재판소는 「민법」 제766조 제1항,¹⁸⁾ 「민법」 제766조 제2항,¹⁹⁾ 구 「예산회계법」 제96조 제2항(1989년 3월 31일 법률 제4102호로 전문 개정되었다가 2006년 10월 4일 법률 제8050호 「국가재정법」 부칙 제2조에 의하여 폐지된 것으로서, 2006년 12월 31일까지 시행된 것, 이하 “구 「예산회계법」”이라고 한다),²⁰⁾ 「국가재정법」 제96조 제2항,²¹⁾ 「국가배상법」 제8조²²⁾가 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 반복해왔다.

그런데 지난 2018년 8월 30일 헌법재판소는 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바148, 162, 219, 223, 290, 466, 2015헌바50, 440, 2016헌바419(병합) 결정(이하 “헌법재판소 2014헌바148등 결정”이라고 한다)을 통해 이른바 ‘과거사 사건’²³⁾과 관련하여 「민법」 제166조 제1항, 제766조 제1항 중 「진실·화해를 위한 과거사정리 기본법」(이하 “과거사정리법”이라고 한다) 제2조 제1항 제3호, 제4호에 규정된 사건에 적용되는 부분은 헌법에 위반된다는 결정을 하였다. 이는 대법원이 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결(이하 “대법원 2012다202819 전원합의체 판결”이라고 한다) 이후 일련의 판결을 통해 과거사 사건에 대한 국가배상청구권 행사를 제한해 온 태도에 제동을 건 것으로, 헌법 제10조의 국가의 기본권 보호의무의 의미를 재확인하고 고양한 매우 의미 있는 결정이었다고 생각한다. 이하에서는 국가배상청구권의 소멸시효에 관한 헌법재판소의 기존 결정례, 과거사 사건에 관한 대법원 판례와 그에 따른 문제점, 헌법재판소 2014헌바148등 결정의 의의와 남은 문제들을 살펴보고자 한다.

17) 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 96헌바24 결정; 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정; 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌바116 결정; 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2016헌바470 결정.

18) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌바90 결정.

19) 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정.

20) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌바37결정; 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정.

21) 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2016헌바470 결정.

22) 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 96헌바24 결정; 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌바116 결정.

23) 과거사 사건은 「진실·화해를 위한 과거사정리 기본법」 제1조 제3호 “1945년 8월 15일부터 한국전쟁 전후의 시기에 불법적으로 이루어진 민간인 집단 희생사건”(한국전쟁 전후 민간인희생사건) 그리고 같은 조 제4호 “1945년 8월 15일부터 권위주의 통치시까지 헌정질서 파괴행위 등 위법 또는 현저히 부당한 공권력의 행사로 인하여 발생한 사망·상해·실종사건, 그 밖에 중대한 인권침해사건과 조작의혹사건”(공권력에 의한 인권침해·조작의혹 사건)의 두 유형의 사건을 의미하는 것으로 한정하여 살핀다.

II. 국가배상청구권의 소멸시효에 관한 헌법재판소의 기존 결정례

국가배상청구권의 소멸시효와 관련해서는 앞서 언급한 바와 같이 ① 국가배상청구권의 소멸시효에 관하여 별도로 규정하지 않은 채, 「민법」 혹은 「민법」 외의 법률의 다른 규정에 따르도록 하고 있는 「국가배상법」 제8조, ② 국가배상청구권의 단기소멸시효에 관한 「민법」 제766조 제1항, ③ 국가배상청구권의 장기소멸시효에 관한 「국가재정법」(구 「예산회계법」) 제96조 제2항,²⁴⁾ 「민법」 제766조 제2항 및 제166조 제1항이 문제된다.

1. 「국가배상법」 제8조의 위헌 여부

가. 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 96헌바24 결정

1980년 소위 신군부세력의 ‘건전언론육성방안’에 따라 자신이 경영하던 신문에 대한 포기각서를 쓰고 해당 신문을 폐간하게 된 청구인이 「국가배상법」 제8조에 대하여 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 국가배상청구권이 단순한 사법상 권리를 넘어서서 헌법상 청구권적 기본권인 그 특성으로 인하여 「민법」상 단기소멸시효제도를 적용하기에 타당하지 않음에도 불구하고, 「국가배상법」이 소멸시효제도에 관하여 별도의 규정을 둬서 없이 같은 법 제8조에 따라 단순히 「민법」상의 단기소멸시효규정을 그대로 적용하도록 규정함으로써 결과적으로 그 권리행사를 과도하게 제한한 것은 헌법 제29조 및 제37조에 반하여 위헌이라는 취지의 주장을 하였다.

이에 대하여, 헌법재판소는 국가배상청구권이 단순한 재산권이 아니라 청구권적 기본권으로 보장되어야 한다는 점을 확인하면서도, ① 오랜 기간의 경과로 인한 과거사실에 대한 증명의 곤란으로부터 채무자 구제, ② 권리행사를 게을리한 자에 대한 제재, ③ 장기간 불안정한 상태에 놓이게 된 가해자 보호라는 「민법」

24) 2006년 10월 4일 제정된 「국가재정법」이 시행된 2007년 1월 1일 이전에는 구 「예산회계법」 제96조 제2항, 제1항에, 1961년 12월 31일 이전에는 구 「재정법」(1951년 9월 24일 법률 제217호로 제정되었다가 1961년 12월 19일 법률 제849호 「예산회계법」 부칙 제2항에 의하여 폐지된 것으로서, 1961년 12월 31일까지 시행된 것) 제58조에, 1951년 9월 30일 이전에는 구 「회계법」(1951년 9월 24일 법률 제217호 「재정법」 제82조로 폐지된 것으로서, 1951년 9월 30일까지 시행된 것) 제32조에 동일한 내용이 규정되어 있었다.

상의 소멸시효제도의 존재이유가 그대로 국가배상청구권에 적용된다고 판단하였다. 헌법재판소는 「국가배상법」 제8조가 헌법 제29조 제1항이 규정하는 국가배상청구권을 일부 제한하고 있다 하더라도 일정한 요건 하에 그 행사를 제한하고 있는 점에서 그 본질적인 내용에 대한 침해라고는 볼 수 없을 뿐더러, 앞에서 본 바와 같이 그 제한의 목적과 수단 및 방법에 있어서 정당하고 상당한 것이며 그로 인하여 침해되는 법익과의 사이에 입법자의 자의라고 볼 정도의 불균형이 있다고 볼 수도 없어서 기본권 제한의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 볼 수도 없어 헌법에 위반되지 아니한다고 결정했다.

나. 헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌바116 결정

국가의 병적관리 잘못으로 인하여 1951년 4월경부터 1953년 2월경까지 1년 10개월간 그리고 1953년 10월 13일부터 1958년 1월 10일까지 4년 3개월간 2차례에 걸쳐 군복무를 한 청구인이 「국가배상법」 제8조에 대하여 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 「국가배상법」이 소멸시효제도에 관하여 별도의 규정을 둬서 없이 같은 법 제8조에 따라 단순히 「민법」 또는 그 외의 법률(「국가재정법」)상의 소멸시효 규정을 그대로 적용하도록 규정함으로써 국민의 국가배상청구권을 제한한 것은 기본권 제한의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항 및 국가의 기본권 보장의무를 규정한 헌법 제10조에 위배되어 위헌이라는 취지의 주장을 하였다.

이에 대하여, 헌법재판소는 앞서 기술한 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 96헌바24 결정의 내용을 선례로 기술하고 이와 달리 판단해야 할 사정변경이 없으므로 그 견해를 그대로 유지한다고 판시하면서, 「국가배상법」 제8조가 헌법 제37조 제2항을 위반하여 청구인의 국가배상청구권을 침해한다고 할 수 없다고 결정했다.

다. 검토

「국가배상법」 제8조는 국가배상청구권의 소멸시효를 직접 규율하는 규정은 아니다. 국가·지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여 「국가배상법」을 일반법으로 하되,²⁵⁾ 「국가배상법」에 규정되지 않은 사항은 「민법」 또는 「민법」 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따르도록 일반적으로 규정하고 있을 뿐이다. 국가배상청구권에 소멸시효 이외에, 예를 들어 지방자치단체를 제외한 공공단

25) 홍정선, 『행정법원론(상)』, 박영사, 2014, 711면.

체(공법상 법인)의 배상책임,²⁶⁾ 특별한 사정으로 인한 손해에 대한 배상책임,²⁷⁾ 금전배상의 원칙,²⁸⁾ 과실상계²⁹⁾ 등과 관련된 규정을 적용하도록 한 것이 문제가 되는 것은 아니다. 그러나 「국가배상법」 제8조를 단순 위헌으로 무효화하면, 이러한 규정들을 국가배상청구권에 적용할 근거가 없어지게 된다. 소멸시효에 국한하더라도, 「국가배상법」 제8조의 위헌을 구하는 취지가 공무원의 고의 또는 과실에 의한 국가배상책임, 「자동차손해배상 보장법」에 따른 국가배상책임, 영조물의 하자로 인한 국가배상책임 등 모든 국가배상책임이 소멸시효제도의 존재이유와는 관계가 없고 그래서 소멸시효제도의 적용 없이 아무리 오랜 시간이 경과되더라도 청구할 수 있게 되어야 한다는 것은 아니다. 그러나 「국가배상법」 제8조의 적용범위에서 소멸시효가 포함되는 것이 위헌이라고 하게 되면, 「국가배상법」에 별도로 소멸시효에 관한 규정이 없는 관계로, 소멸시효 없는 국가배상청구권을 인정하는 결과를 가져오게 된다. 국가배상청구권이 소멸시효제도의 적용 대상이 되는 것, 그 자체만으로 국가배상청구권의 본질적인 내용의 침해라거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 제한이라고 보기는 어려우므로, 앞으로도 「국가배상법」 제8조에 대하여는 종래의 헌법재판소의 합헌결정이 그대로 유지될 것으로 생각된다. 사실 「국가배상법」 제8조의 위헌을 구하는 주장을 엄밀히 보자면, 「국가배상법」 제8조 자체를 위헌 무효로 하여 국가배상청구권을 소멸시효제도의 적용대상에서 아예 제외하는 것을 의도하기 보다는, 국가배상청구권의 소멸시효가 민사상 손해배상청구와 동일하게 규율되거나 오히려 그보다 단기간으로 제한되는데 따른 문제를 제기하고자 하는 것이다. 이는 국가배상청구권의 소멸시효에 관하여 구체적인 내용을 규율하는 「민법」 및 「국가재정법」의 규정을 심판대상으로 한 위헌법률심판이나 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원을 통해 해결될 문제라고 본다.

2. 「민법」 제766조 제1항의 위헌 여부

가. 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌바90 결정

경찰관의 조사과정에서 받은 편파수사, 불법감금 등 불법행위를 원인으로

26) 배상책임자를 국가 또는 공공단체로 규정한 헌법 제29조 제1항과 달리 「국가배상법」 제2조 제1항은 국가나 지방자치단체로 규정하고 있어, 지방자치단체 이외의 공공단체의 배상책임에 관하여는 다른 특별한 규정이 없으면 「민법」의 규정이 적용될 수밖에 없다. 홍정선, 앞의 책, 737면.

27) 「민법」 제763조, 제393조 제2항.

28) 「민법」 제763조, 제394조.

29) 「민법」 제763조, 제396조.

손해배상청구소송을 제기했다가 「민법」 제766조 제1항에 의하여 손해배상청구권이 시효로 인하여 소멸했다는 이유로 청구가 기각된 청구인이 「민법」 제766조 제1항에 대하여 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 불법행위로 인한 손해배상청구권을 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸하도록 규정하고 있는 「민법」 제766조 제1항 소정의 단기소멸시효가 헌법 제23조 제1항의 재산권이나 헌법 제27조 제1항의 재판받을 권리 등의 본질적인 내용을 침해하여 위헌이라는 취지의 주장을 하였다.

이에 대하여, 헌법재판소는 소멸시효기간을 정함에 있어 입법자에게는 상당한 범위의 입법재량이 인정됨을 전제로, 「민법」 제766조 제1항의 위헌판단은 그것이 현저히 자의적이어서 헌법 제37조 제2항에 의한 입법적 한계를 벗어난 것인지 여부에 의하여 결정되어야 할 것이라고 하면서, 「민법」 제766조 제1항에는 통상 미지의 당사자 간에 예기치 못한 우연의 사고로 말미암아 발생하는 불법행위에 기한 법률관계에서 불안정한 지위에 놓인 가해자를 보호할 필요성 등을 고려하여 민사상의 법률관계의 안정을 도모하고 증거보전의 곤란을 구제함으로써 민사 분쟁의 적정한 해결을 위한 존재이유가 있다고 하여 입법목적의 정당성을 인정한 후, 3년이라는 기간이 적정한지 여부와 관련하여 ① 시효중단 등에 관한 규정에 의한 소멸시효기간 연장 가능성, ② 언제든지 손해배상청구권을 행사할 수 있음을 고려하여 초기에 법률관계를 확정하고 법적 안정성을 도모할 필요성, ③ 교통·통신의 발달에 따른 권리행사의 편의성 및 신속성 제고 등을 종합하여, 3년간의 단기소멸시효는 피해자의 권리를 본질적으로 침해할 정도로 지나치게 짧다거나 불합리하다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 그 수단 및 방법에 있어서 정당하고 상당하며, 그로 인하여 침해되는 법익과의 사이에 입법자의 자의라고 볼 정도의 불균형이 있다고 볼 수 없어 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계를 일탈하였다고 볼 수는 없다고 판단하여 헌법에 위반되지 아니한다고 결정했다.³⁰⁾

나. 검토

「민법」 제766조 제1항에 규정된 ‘손해 및 가해자를 안 날’은 손해 및 가해자

30) 헌법재판소는 이후에 국가배상사건이 아닌 민사상 손해배상사건과 관련하여 「민법」 제766조 제1항의 위헌 여부에 대하여 판단한 바 있다. 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌바31 결정에서, 헌법재판소는 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2004헌바90 결정의 요지를 기술한 다음 그 이유가 그대로 타당하고 이를 달리 판단하여야 할 특별한 사정 변경이 있다고 볼 수 없다고 판시했다.

를 현실적이고 구체적으로 인식한 날을 의미한다. 단지 손해발생을 추정할 수 있거나 의문을 가지는 정도로는 충분하지 않으며, 손해의 발생사실만 아니라 불법행위를 구성하는 요건사실에 해당하는 위법한 가해행위의 존재, 손해의 발생 및 가해행위와 손해 사이의 인과관계 등이 있다는 사실까지 안 날을 뜻한다. 현실적으로 피해자나 그 법정대리인이 언제 불법행위의 요건사실을 구체적으로 알게 된 것으로 볼 것인지에 대하여, 대법원은 개별 사건의 여러 객관적 사정을 참작하고 손해배상청구가 사실상 가능하게 된 상황을 고려하여 합리적으로 인정하여야 한다고 하면서, 손해를 안 시기에 대한 증명책임은 소멸시효의 완성으로 인한 이익을 주장하는 자에게 있다고 판시하였다.³¹⁾ 피해자나 그 법정대리인이 손해 및 가해자를 현실적이고 구체적으로 알게 된 이후라면, 특별한 사정이 없는 한, 언제든지 국가배상청구권을 행사할 수 있으므로, 국가배상청구권의 청구권적 기본권인 특성을 들어 민사상 손해배상청구와 달리 규율할 필요성이 있다고 보기 어렵다. 그리고 일반적으로 과거사 사건에 있어서는 피해자나 유족이 손해 및 가해자를 현실적이고 구체적으로 알기 전에 이미 「민법」 제766조 제2항이나 「국가재정법」 제96조 제2항, 제1항에 따라 장기소멸시효가 완성되기 때문에, 종래는 과거사 사건과 관련하여 단기소멸시효에 관한 「민법」 제766조 제1항 자체가 그다지 의미가 있다고 보기 어려웠다.³²⁾

3. 「국가재정법」 제96조 제2항의 위헌 여부

가. 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌바37 결정

「국가재정법」(2006년 10월 4일 제정, 2007년 1월 1일 시행) 제정 이전에 「국가재정법」 제96조 제2항과 동일한 내용을 규정하고 있던 구 「예산회계법」 제96조 제2항의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소가 판단한 바 있다.

주한미군이 운전 중이던 주한미군 소속 트레일러와의 승합차 간에 발생한 교통사고와 관련하여, 승합차 소유자의 보험자로서 피해자들에게 손해배상금을 지급한 보험회사가, 당해 교통사고가 주한미군의 과실이 경합하여 발생한 교통사고임을 주장하면서, 주한미군이 직무를 수행하면서 대한민국 안에서 대한민국 정부 외의 제3자에게 손해를 가한 경우 대한민국이 그 손해를 배상할 책임이 있으

31) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2006다17553 판결.

32) 헌법재판소 2014헌바148등 결정에서와 같이 장기소멸시효의 적용이 배제되는 예외적인 경우에는 「민법」 제766조 제1항이 의미를 갖게 된다.

므로³³⁾ 보험회사가 지급한 손해배상금 중 대한민국의 부담부분에 해당하는 금액을 구상금으로 지급해야 한다고 구상금 지급청구 소송을 제기했다가 구 「예산회계법」 제96조 제2항에 의한 5년의 소멸시효기간이 도과했다는 이유로 기각되자, 구 「예산회계법」 제96조 제2항에 대하여 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인인 보험회사는 구 「예산회계법」 제96조 제2항이 「민법」상 10년인 구상금청구권의 소멸시효를 5년으로 단축시킨 것은 헌법 제23조 제1항의 재산권을 부당하게 침해하여 위헌이라는 취지의 주장을 하였다.

이에 대하여, 헌법재판소는 시효기간을 정함에 있어 입법자에게 상당한 범위의 입법재량이 인정됨을 전제로, ① 국가의 채권·채무관계를 조기에 확정하고 예산 수립의 불안정성을 제거하여 국가재정을 합리적으로 운용하기 위한 입법목적의 정당한 점, ② 국가채무의 단기소멸기간은 채무이행 신용도가 높아 안정적 지위에 있는 채권자와 예산 반영을 반복해야 하는 채무자인 국가 사이의 이해관계를 상호 조정하는 역할을 하는 것으로 볼 수 있는 점, ③ 특히 불법행위로 인한 손해배상이나 구상금 채권과 같이 예측가능성이 낮고 불안정성이 높은 채무의 경우 단기간에 법률관계를 안정시켜야 할 필요성이 큰 점, ④ 일반사항에 관한 예산·회계 관련 기록물들의 보존기간이 5년으로 되어 있는 점, ⑤ 단기소멸시효에 걸리는 채권이라도 확정판결을 받으면 10년의 시효기간이 적용되는 점들을 볼 때, 구 「예산회계법」 제96조 제2항의 5년간의 단기소멸시효는 합리적인 이유가 있고 입법형성권을 자의적으로 행사하여 지나치게 단기로 정한 것이라 할 수 없으므로 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수는 없다고 판단하여 헌법에 위반되지 않는다고 결정했다.

나. 헌법재판소 2018. 2. 22. 선고 2016헌바470 결정

제1심 법원에서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 및 무고죄로 유죄판결을 받았다가 항소심 법원에서 무죄판결을 선고받고 이후 검사의 상고가 기각되어 확정되자, 허위증거에 의한 기소 및 유죄판결 선고를 주장하면서 국가배상을 청구한 청구인이 「국가재정법」 제96조 제2항³⁴⁾에 대하여 헌법재판소법 제68조

33) 「대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정의 시행에 관한 민사특별법」 제2조 제1항.

34) 청구인은 「국가재정법」 제96조 제1항에 대하여도 헌법소원심판을 청구했으나, 국가의 권리에 관한 소멸시효 규정인어서 당해 사건과 관련이 없다는 이유로 심판대상에서 제외되었다.

제2항의 헌법소원심판을 청구하였다.³⁵⁾ 청구인은 「국가재정법」 제68조 제2항이 소멸시효의 기산점을 명백하게 규정하지 않아 명확성원칙에 위배되고, 합리적인 이유 없이 입법 목적 달성에 필요한 정도를 넘어 채권자의 기본권을 제한함으로써 헌법 제23조 제1항의 재산권과 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 침해하며, 평등원칙에 위배된다는 취지의 주장을 하였다.

이에 대하여, 헌법재판소는 우선 명확성의 원칙과 관련하여 「국가재정법」 제96조 제3항 후문³⁶⁾에 따라 그 기산점에 관하여 「민법」의 규정을 적용하는 것이 명백하므로 청구인의 주장이 이유 없다고 판단한 다음, 과잉금지원칙 위배 여부와 관련해서는 앞서 구 「예산회계법」 제96조 제2항이 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌바37 결정의 요지를 선례로 기술하고 이와 달리 판단하여야 할 사정변경이나 필요성이 인정되지 않으므로 과잉금지원칙이 위배되지 아니한다고 판단하였으며, 배상의 시효기간을 정하는 것은 손해배상청구권인 재산권과 관련될 뿐 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치와 직접 관련된다고 보기는 어렵고, 금전채권의 채무자가 사인인 경우와 국가인 경우 사이에 차별취급이 존재하나 그러한 차별취급에 합리적 사유가 존재하므로 평등원칙에 위배되지 않는다고 하여, 「국가재정법」 제96조 제2항이 헌법에 위반되지 않는다고 결정했다.

다. 검토

「국가재정법」 제86조 제2항은 국가에 대한 금전의 급부를 목적으로 하는 일체의 권리의 소멸시효를 규정하고 있다. 「국가재정법」 제86조 제2항을 단순 위헌으로 다루게 되면, 국가배상청구권뿐만 아니라 국세환급금이나 국세환급가산금에 관한 권리, 각종 보상청구권과 같은 여타의 금전의 급부를 목적으로 하는 국가에 대한 권리에 대하여도 5년의 소멸시효를 적용하는 것이 위헌이라고 주장하는

35) 청구인의 국가배상청구는 제1심 법원에서 ‘손해 및 가해자를 안 때인’ 무죄판결이 확정된 날로부터 「민법」 제766조 제1항이 정하는 3년이 경과하여 소멸시효가 완성되었다는 이유로 청구가 기각되었고, 청구인이 항소를 제기하였으나 항소심 법원에서 ‘청구인이 주장하는 불법행위가 종료된’ 무죄판결이 확정된 날로부터 「국가재정법」 제96조 제2항, 제1항이 정하는 5년이 경과하여 소멸시효가 완성되었다는 이유로 항소가 기각되었다. 청구인은 항소심 계속 중 「국가재정법」 제96조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다가 신청이 기각되자 헌법소원심판을 청구하였다.

36) 금전의 급부를 목적으로 하는 국가의 권리에 있어서는 소멸시효의 중단·정지 그 밖의 사항에 관하여 다른 법률의 규정이 없는 때에는 「민법」의 규정을 적용한다. 국가에 대한 권리로서 금전의 급부를 목적으로 하는 것도 또한 같다.

결과가 된다. 이러한 권리들은 헌법 제23조 제1항에서 규정하고 있는 재산권의 일환으로 보장된다 할 것이고, 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하도록 하여 기본권형성적 법률유보의 형태를 띠고 있는³⁷⁾ 헌법 제23조 제1항 제2문에 비추어, 재산권의 내용과 한계에 광범위한 입법적 재량이 부여되어 있다고 이해되므로,³⁸⁾ 「국가재정법」 제96조 제2항에 대한 단순 위헌 주장은 헌법재판소에서 받아들여지기 어려워 보인다. 헌법재판소는 국민건강보험공단을 상대로 한 과오납 보험료 환급청구권에 관하여 「국가재정법」 제96조 제2항의 소멸시효기간보다 더 짧은 3년의 소멸시효기간을 정한 ‘구 「국민건강보험법」 제79조 제1항 제1의2호 중 보험료에 관한 부분’에 대한 「헌법재판소법」 제68조 제1항의 헌법소원심판에서 해당 조항이 입법형성권의 범위를 벗어나 청구인의 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다고 판단한 바 있다.³⁹⁾

4. 「민법」 제766조 제2항의 위헌 여부

헌법재판소가 불법행위로 인한 손해배상청구권의 장기소멸시효를 불법행위를 한 날로부터 10년을 정하고 있는 「민법」 제766조 제2항의 위헌 여부를 직접적으로 판단한 바는 없다. 다만, 앞서 언급한 「국가재정법」 제86조 제2항에 대한 결정을 비롯한 여러 결정⁴⁰⁾을 통해, 헌법재판소가 「민법」 제766조 제2항의 10년보다 짧은 소멸시효기간과 관련하여 소멸시효제도의 필요성을 전제로 하면서 소멸시효기간은 원칙적으로 권리의 성질이나 내용, 그 행사방법 등에 따라 입법자가 광범위한 입법재량에 의하여 정책적으로 결정할 사항이라는 점을 밝히며 헌법에 위반되지 않는다는 입장을 견지해 온 점에 비추어 보면, 헌법재판소가 불법행위로 인한 손해배상청구권 일반에 대하여 채권의 일반적 소멸시효기간에 관한 「민법」 제162조 제1항의 10년과 동일한 소멸시효기간을 정하고 있는 「민법」 제766조

37) 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고, 92헌바20 결정.

38) 성낙인, 『헌법학』 제13판, 법문사, 2013, 686면.

39) 헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2011헌마814 결정.

40) 헌법재판소 1995. 3. 23. 선고, 92헌가19 결정(제외지(提外地)등 소유자의 손실보상청구권의 소멸시효를 통상의 국가나 지방자치단체에 대한 다른 금전채권의 소멸시효기간인 5년보다 일부 단축하여 1990. 12. 30. 만료된다고 규정한 1984.12.31. 개정 「하천법」의 부칙 제2조 제2항(1989. 12. 30. 법률 제4161호로 개정된 것)은 헌법에 위반되지 않는다고 결정); 헌법재판소 1998. 6. 25. 선고, 96헌바27 결정(구 「근로기준법」(1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지되기 전의 것) 제41조에서 임금채권의 소멸시효를 3년으로 제한한 것은 헌법에 위반되지 않는다고 결정); 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고, 2004헌바90 결정(「민법」 제766조 제1항은 헌법에 위반되지 않는다고 결정).

제2항을 단순위헌으로 결정할 것으로 기대하기는 어려워 보인다.

그런데 과거사 사건의 경우 그 특징상 불법행위를 한 날로부터 이미 10년이 훨씬 지난 사건들이므로, 앞서 언급한 「국가재정법」 제96조 제2항을 위헌으로 판단하는 경우라면, 국가배상청구권의 행사를 위해서는 재차 「민법」 제766조 제2항의 위헌 여부가 판단의 대상이 되어야 할 것이고, 이러한 정도에서 「민법」 제766조 제2항의 위헌 여부는 의미가 있다.

5. 「국가재정법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항의 한정위헌 여부

앞서 언급한 바와 헌법재판소가 「국가재정법」 제96조 제2항이나 「민법」 제766조 제2항을 단순위헌으로 결정할 것을 기대하기는 어려우나, 일정한 과거사 사건과 관련된 국가배상청구권에 한정하여 「국가재정법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항을 적용하는 것이 위헌이라는 한정위헌 판단을 헌법재판소에 구하는 것은 보다 현실적인 대안이 될 수 있고 실제 이러한 시도가 있었다.

가. 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정

1980년 비상계엄 당시 계엄사령부 합동수사본부 수사관들의 위법한 강제연행, 장기간의 불법구금 및 협박으로 인해 조합재산에 대한 일체의 권리를 국가에 헌납하겠다는 취지의 각서를 작성하고 그 후 실제로 조합재산에 관한 일체의 권리를 포기하게 된 청구인들이, 국가배상청구의 소를 제기하였다가 구 「예산회계법」 제96조 제2항의 소멸시효기간인 5년을 역산한 날 이전에 발생한 손해부분은 시효의 완성으로 소멸하였다고 판결을 받게 되자,⁴¹⁾ 구 「예산회계법」 제96조 제2항과 「민법」 제766조 제2항⁴²⁾을 국가에 의한 반인도적 범죄의 피해자인 청구인들이 손해배상을 청구하는 경우까지 적용되는 것으로 해석하는 것에 대하여 「헌법

41) 청구인들의 국가배상청구는 제1심 법원 및 항소심 법원에서 「민법」 제766조 제1항에 의한 시효완성으로 그 손해배상청구권이 소멸하였다는 이유로 청구가 기각되었으나, 상고심인 대법원은 청구인들의 손해배상청구권이 「민법」 제766조 제1항의 단기소멸시효의 완성으로 소멸되었다고 볼 수 없다고 판단하면서 구 「예산회계법」 제96조 제2항의 소멸시효기간에 대하여 판단했다.

42) 청구인들은 「민법」 제766조 제1항에 대하여도 헌법소원심판을 청구했으나, 헌법재판소는 대법원이 청구인들의 손해배상청구권이 「민법」 제766조 제1항이 정한 3년의 단기소멸시효의 완성으로 소멸하였다고 볼 수 없다고 판시한 이상, 해당 조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라진다고 볼 수 없다고 하여, 「민법」 제766조 제1항에 대한 심판청구의 재판의 전제성을 인정하지 않았고 부적법 각하하였다.

재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다.⁴³⁾ 청구인들은 국민의 인권을보장을 그 책무로 하는 국가가 공권력을 악용하여 국민을 강제연행, 장기구금, 협박·고문하고 이를 통해 사유재산권을 박탈하는 등 국민을 상대로 반인도적 범죄행위를 저질러 놓고 이에 대하여 스스로 면책을 주장하는 경우에도 구 「예산회계법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항이 적용되는 것으로 해석하는 것은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 훼손하고 행복추구권을 침해할 뿐만 아니라 헌법 제23조가 보장하는 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이고 특히 구 「예산회계법」 제96조 제2항은 합리적인 사유 없이 국가에 대한 손해배상청구권을 사인간에 적용되는 10년의 소멸시효보다 단기간을 제한하고 있는 점에서 과잉금지의 원칙에 반한다고 주장했다.

이에 대하여, 헌법재판소는 구 「예산회계법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항⁴⁴⁾의 재판의 전제성에 대하여는 재판관 전원의 일치된 의견으로 이를 인정하였다. 다음으로 청구인들이 구 「예산회계법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항이 ‘국가가 국가공권력을 악용하여 국민을 고문하고 이를 통하여 사유재산권을 박탈하는 등 반인도적 범죄행위를 함으로써 직접적으로 피해를 입은 국민의 국가에 대한 손해배상청구권에도 적용하는 것으로 해석하는 한’ 헌법 제10조, 제23조 제1항·제3항 등에 위반한다고 주장하면서 구한 한정위헌결정청구가 적법한지 여부에 대해서는 의견이 나누어졌다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾ 이에 대하여 그 세부적인 논거

43) 청구인들인 대법원의 파기환송 판결 후 항소심 계속 중 구 「예산회계법」 제96조 제2항과 「민법」 제766조 제1항, 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였다가 신청이 기각되자 헌법소원심판을 청구하였다.

44) 「민법」 제766조 제2항의 경우도 소멸시효기간을 5년으로 정한 구 「예산회계법」 제96조 제2항이 당해 사건에 적용되지 아니하게 되면 바로 적용되어야 할 것인데, 청구인들이 당해사건에서 20년간의 영업이익이나 그 상당의 손해배상을 구하고 있어 소멸시효기간을 10년으로 정한 「민법」 제766조 제2항이 위헌으로 선고되는지 여부에 따라 손해배상의 인용금액이 변경되는 등 재판의 주문이 달라질 가능성이 있으므로 역시 재판의 전제성이 인정된다고 하였다.

45) 재판관 이공헌은 구 「예산회계법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항이 ‘반인권적 국가범죄로 인한 손해배상채권에 관한 소멸시효를 배제하지 아니하는 경우’에는 위헌이라는 취지의 심판청구는 ① 법률조항 자체의 불명확성을 다루는 것으로 보기 어렵고, ② 반인권적 국가범죄의 법적인 개념이 확립되어 있거나 그에 관한 판례가 집적되어 일정한 사례군이 형성되어 있다고 할 수 없는 상황에서 반인권적 국가범죄로 인한 손해배상채권의 소멸시효의 배제 여부가 당연히 구 「예산회계법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항의 내용을 이루고 있다고 볼 수도 없으므로, 법률조항 자체를 다루는 것이 아니라 법원의 사실관계 인정과 평가 및 법률의 해석·적용에 관한 문제를 다루는 것으로서 부적법 각하되어야 한다고 하였다.

46) 재판관 김종대, 목영준은 법률 또는 법률조항의 질적 일부청구인 한정위헌청구가 적법하기 위해서는 그 질적 일부가 양적 일부에 상응할 만큼 구체적 사실관계와 관계없이 법률의 의미와 적용범위에 있어서 객관적·개념적·추상적으로 분리가능하여야 함을 전제로, ‘국가에 의한 반인권적 범죄’ 또는 ‘전

에 차이가 있었지만 재판관 6인⁴⁷⁾이 한정위헌결정청구가 적법하다는 의견을 제시함으로써 본안 판단이 이루어질 수 있었다. 본안 판단은 다시 재판관 3인의 합헌의견, 재판관 2인의 헌법불합치의견, 재판관 1인의 한정위헌의견으로 나뉘어졌고, 『헌법재판소법』 제23조 제2항 단서 제1호에서 정한 헌법소원 인용결정 정족수인 재판관 6명 이상의 찬성에는 미달하여 합헌 결정이 이루어졌다.

합헌의견을 제시한 재판관 3인⁴⁸⁾은 ① 실질적 정의에 반하는 결과가 초래될 수 있는 예외적인 경우에는 「민법」상 신의성실의 원칙과 권리남용원칙 등을 구체적 사안에 따라 적절하게 적용함으로써 소멸시효의 기산점을 뒤로 늦추거나 소멸시효완성 주장을 배척하는 등으로 불합리성을 보완할 수 있을 것으로 보이므로, 최소침해성의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것이고, ② 예외적 상황의 구제를 위하여 소멸시효를 배제하면 소멸시효제도의 목적인 법적 안정성의 본질적 내용이 크게 손상될 것임은 명확하며, 특히 보호할 국가배상청구권이 생명·신체 등이 아닌 재산권의 침해로 인한 것에 불과한 경우에는 더욱 그러하고, 실무상 소멸시효 배제 영역을 확정하는 것이 쉽지 아니한 상황에서는 형평성 문제가 반복적으로 제기되면서 국가의 재정운영 등과 관련하여 법적 불안이 가중될 것인 점을 고려하면, 이 사건 법률조항들을 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’행위로 인한 손해배상채권에 적용함으로써 달성할 수 있는 공익이 침해되는 피해자들의 사익보다 크지 않다고 단정할 수는 없으므로, 법익균형성원칙에 위배된다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

헌법불합치의견을 제시한 재판관 2인⁴⁹⁾은 ① 국민의 기본권 보호의무를 지고 있는 공무원이 오히려 국민의 생명과 신체를 해하는 ‘반인권적 범죄’를 범하였고, 그 피해자인 국민에게 장기간의 소멸시효기간을 규정하거나 혹은 그밖에 손해배상청구권을 실효적으로 보장하기 위한 입법적 조치까지 마련하지 않고 있는

시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상사기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우’와 관련하여 ① ‘반인권적 국가범죄’라는 개념을 정의한 법령이나 법원의 해석을 찾아 볼 수 없고, ② ‘반인권적 국가범죄’라는 용어가 사용된 구 법률안들에서도 그 개념과 범위가 다양하여 개념적으로 분리할 수 없으며, ③ 대법원판결 중 소수의견에서 밝힌 국가기관에 의한 반인권적 범죄의 정의는 사건에서의 구체적 사실관계를 바탕으로 판시한 것이어서 추상적이고 객관적인 정의라고 할 수 없다는 점에 비추어, 결국 반인권적 국가범죄의 개념이 모호하고 포괄적이며 가변적이어서 구체적 사실관계를 떠나 그 개념이나 유형이 객관적·개념적·추상적으로 가분되거나 특정될 수 없어 법률 또는 법률조항의 질적 일부가 될 수 없으므로, 청구인들의 이에 대한 한정위헌청구는 부적법한 것으로서 각하되어야 한다고 하였다.

47) 재판관 이강국, 이동흡, 김희옥, 민형기, 송두환, 조대현.

48) 재판관 이강국, 민형기, 이동흡.

49) 재판관 김희옥, 송두환.

것이라면, 피해자들의 손해배상청구권을 형해화하는 것으로 입법형성권의 범위를 벗어난 것이므로 침해의 최소성에 위반된다고 볼 것이고, ② 국민의 기본권을 보호하여 주어야 할 의무를 지고 있고, 개인의 사적 복수를 허용하지 않으면서 형벌권과 강제처분권을 독점하고 있는 국가의 기관인 공무원이 ‘반인권적 범죄’를 범한 경우 그 피해자들이 입은 정신적, 물질적 손해의 정도와 충격이 가볍다고는 결코 말할 수 없으므로, 사후에라도 손해배상 등의 구제수단을 통한 교정이 반드시 필요하며 이것이 실질적 정의와 법치국가의 기본 이념에 부합하고, 특히 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’의 경우 국가가 조직적, 계획적으로 심각한 인권침해를 하고 증거를 은폐하거나 조작할 가능성이 있다는 점, 피해자들은 평상시를 전제한 소멸시효규정 하에서는 실효성 있는 권리주장을 할 수 없었다는 점에서 시효제도의 법적 안정성은 한 발 후퇴할 수밖에 없는 것으로 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄’의 특수성과 이로 인한 피해 및 구제수단의 불충분성을 고려할 때 아무런 예외 없이 일률적으로 시효제도를 규정하고 있는 것은 법익의 균형성원칙에 위배된다고 판단하였다. 다만, 효력 즉시 상실에 따른 혼란과 부작용 발생 우려가 있으므로 입법자는 ‘공무원에 의한 반인권적 범죄로 인한 손해배상채권’에 관하여 소멸시효제도의 적용을 제한함으로써 합헌적인 방향으로 법률을 개선(해당 법률 조항들을 개정하거나 특별법을 제정하는 등 방법)하여야 하고 그때까지 일정 기간 동안은 구 「예산회계법」 제96조 및 「민법」 제766조 제2항을 존속케 하고 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다고 하여 헌법불합치의견을 밝혔다.

한정위헌의견을 제시한 재판관 1인⁵⁰⁾은 국가가 공권력을 이용한 범죄행위로 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 침해하여 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 침해하였다면, 국가가 헌법 제10조의 기본권보장의무를 고의적으로 위반하여 인간의 존엄과 가치를 직접 침해한 것이므로, 그로 인한 국가의 손해배상책임을 5년 또는 10년의 세월이 지났다고 하여 소멸시키는 것 역시 헌법 제10조에 위반되어 허용되지 아니한다고 보아야 하고, 개인의 기본권을 보장할 의무가 있는 국가의 공권력에 의하여 침해될 수 없는 기본권을 침해당하여 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 훼손당한 국민이 5년 또는 10년간 국가에 대한 손해배상채권을 행사하지 않았다고 하여 국가가 헌법 제10조를 위반한 책임을 면할 수 있도록 하는 것은 헌법 제10조가 명백하게 밝히고 있는 국가의 기본권보장의무를 명백하게 무시하는 것이라고 판단하였다.

50) 재판관 조대현.

나. 검토

국가배상청구권 특히 과거사 사건과 관련된 국가배상청구권의 소멸시효기간에 적용되는 「국가재정법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항의 위헌을 다 두고자 하는 이유는 이러한 법률규정에서 규율하고 있는 소멸시효제도 자체를 일반적으로 무효화하고자 하는 것이 아니라, 소멸시효제도를 과거사 사건과 관련된 국가배상청구권의 특수성을 고려하지 않은 채 일률적으로 적용하는 과정에 발생하는 실질적 정의에 부합하지 않는 불합리한 결과를 최소화하기 위한 것이라고 하겠다. 이러한 측면에서, 비록 한정위헌 결정에 이르지는 못했지만, 「국가재정법」 제96조 제2항과 동일한 내용을 규율하고 있던 구 「예산회계법」 제96조 제2항과 「민법」 제766조 제2항의 한정위헌 여부를 판단한 위 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정은 매우 의미가 있는 시사점 혹은 문제점과 가능성을 제시해주었다고 본다.

첫째, 과거사 사건과 관련하여 「국가재정법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항의 한정위헌을 구하는 심판청구의 적법성에 관한 우려를 해소하기 위해서는 ‘공권력을 악용한 반인도범죄’ 내지 ‘반인권적 국가범죄’ 개념의 모호성, 포괄성 및 가변성 문제가 해소될 수 있도록 소멸시효의 적용이 배제될 대상의 범위를 명확하게 재정리할 필요가 있다는 것이다. 심판청구가 부적법하다는 두 의견 모두 ‘반인권적 국가범죄’의 법적 개념의 불명확성을 지적했다. 이와 관련하여 소멸시효제도의 적용이 실질적 정의에 부합하지 않는 불합리한 결과가 극대화되는 사건⁵¹⁾으로 그 범위를 제한하는 방안을 고려할 필요가 있다. 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정에서 재판관 3인의 합헌의견은 구 「예산회계법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항에 따라 소멸시효기간이 그대로 진행된다면 진정한 권리자에게 가혹하거나 그 권리보호에 미흡한 결과가 초래되지 않을까 하는 의문이 제기될 수 있는 사례로 ① 전시·사변·쿠데타 등 국가비상시기 등에 공무원들이 국가기관의 공권력을 이용하여 조직적으로 저지른 불법행위의 피해자가 국가에 대하여 적시에 배상청구권을 행사하는 것을 기대할 수 없는 경우와

51) 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고, 2004헌바54 결정 중 재판관 이강국, 민형기, 이동훈의 합헌의견은 구 「예산회계법」 제96조 및 「민법」 제766조 제2항에 따라 소멸시효기간이 그대로 진행된다면 진정한 권리자에게 가혹하거나 그 권리보호에 미흡한 결과가 초래되지 않을까 하는 의문이 제기될 수 있는 사례로 ① 전시·사변·쿠데타 등 국가비상시기 등에 공무원들이 국가기관의 공권력을 이용하여 조직적으로 저지른 불법행위의 피해자가 국가에 대하여 적시에 배상청구권을 행사하는 것을 기대할 수 없는 경우와 ② 가해자인 공무원이 증거를 인멸하거나 멸실함으로써 진정한 권리실현에 장애가 발생하는 경우를 들고 있다.

② 가해자인 공무원이 증거를 인멸하거나 멸실함으로써 진정한 권리실현에 장애가 발생하는 경우를 실시한 바 있다. 이 중에서 특히 과거사 사건 중 피해자나 유족이 권리를 행사할 수 없도록 ‘국가기관이나 공무원이 증거를 위·변조하거나 자료를 폐기하거나 비밀로 지정하는 등 적극적으로 진실을 은폐한 사건’으로 한정위헌의 범위를 제한하는 방안이 고려될 수 있다. 다만, 한정위헌 심판청구의 적법성과 관련된 이러한 문제는 헌법재판소가 2012년 12월 27일에 한정위헌청구는 원칙적으로 적법하지만 예외적으로 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 문제를 다루거나 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다루는 경우 등에는 부적법하다고 결정⁵²⁾하여 헌법재판소의 기존의 선례⁵³⁾를 변경함으로써 상당 부분 해소되었다고 볼 수 있다.⁵⁴⁾

둘째, 구 「예산회계법」 제96조 제2항의 시효기간의 기산점이 되는 「민법」 제166조 제1항의 ‘권리를 행사할 수 있는 때’에 관하여 대법원이 상당기간에 걸쳐 형성·집적하고 구체화한 해석을 위한 여부 판단에서 충분히 고려하지 않았다는 점이다. 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바 54 결정에서 재판관 3인의 합헌의견은, 침해의 최소성과 관련하여, 구 「예산회계법」 제96조 제2항의 시효기간은 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로부터 진행하고, 이는 ‘채권을 최초로 주장할 수 있고 필요하면 소로써 관철할 수 있는 시점’을 의미하며, 여기서 채권을 주장할 수 있는 가능성은 객관적으로 판단하여야 하므로 객관적 사정 때문에 소를 제기할 기대가능성이 없는 경우에는 시효기간이 개시되지 않는다고 판단했다. 이는 시효가 진행하지 않는 ‘권리를 행사할 수 없는’ 경우를 객관적 장애와 주관적 장애 여부를 기준으로 구분하여 판단하는 입장⁵⁵⁾이라고 볼 수 있다. 그러나 이는 대법원

52) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정.

53) 헌법재판소의 기존의 선례는 한정위헌청구는 원칙적으로 부적법하되, ① 법률조항 자체의 위헌성을 다루는 것으로 볼 수 있는 경우(헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 97헌바74 결정 등), ② 심판대상규정에 대한 일정한 해석이 상당기간에 걸쳐 형성·집적되어 법원의 해석에 의하여 구체화 된 심판대상규정이 위헌성을 지니는 경우(헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌바20 결정 등), ③ 위 두 가지 경우에 해당되지는 않지만 법률조항 자체에 대한 위헌의 다름으로 볼 수 있는 경우(헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌바66 결정 등) 등 3가지 경우에는 예외적으로 적법한 청구로 보는 입장이었다. 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정.

54) 다만, 헌법재판소의 한정위헌결정이 「헌법재판소법」 제75조 제6항, 제47조 제1항에 따라 법원에 대하여 기속력이 있는 위헌결정인지 여부에 관한 헌법재판소와 법원의 견해 충돌 지점에서 유사한 문제가 다시 대두될 수 있다.

55) 권영준, “소멸시효와 신의칙”, 재산법연구 제26권 제1호, 한국재산법학회, 2009, 17~18면; 조용환, “역사의 희생자들과 법 - 중대한 인권침해에 대한 소멸시효의 적용문제”, 법학평론 제1권, 서울대학교 법

판례와 상반된다. 위 결정 이전부터, 대법원은 ‘권리를 행사할 수 없는’ 경우라 함은 ‘그 권리행사에 법률상의 장애사유가 있는 경우를 말하는 것이고, 사실상 권리의 존재나 권리행사 가능성을 알지 못하였고 알지 못함에 과실이 없다고 하여도 이는 법률상 장애사유에 해당되지 않는다’고 입장을 확고히 하고 있었으며,⁵⁶⁾ 법률상 장애사유의 예로 기간의 미도래나 조건의 불성취 등을 예시하고 있었다.⁵⁷⁾ 법률상 장애사유 유무를 구 『예산회계법』 제96조 제2항의 시효기간의 기산점인 ‘권리를 행사할 수 있는 때’의 판단 기준으로 삼는 대법원 판례의 입장에 따를 때, 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우에 ‘기간의 미도래’나 ‘조건의 불성취’라는 사정을 상정하기 어렵기 때문에, 사실상 ‘불법행위를 한 날’부터 시효기간은 소를 제기할 수 있는 객관적 기대가능성 유무와 관계없이 개시된다. 이와 같이 구 『예산회계법』 제96조 제2항의 시효기간의 기산점에 관하여 법률상 장애사유를 기준으로 한 대법원의 해석이 이미 상당기간에 걸쳐 형성·집적되어 구체화되었음에도 불구하고, 위 재판관 3인의 합헌 의견이 만연히 최소침해성의 원칙에 위배되지 않는다는 논거 중 하나로 국가비상시기 등에 있어서 공무원이 조직적으로 저지른 특정불법행위의 피해자가 국가를 상대로 배상청구권을 주장하는 것을 기대할 수 없는 동안에는 시효기간이 개시되지 않는다고 해석할 수 있을 것이라는 점을 제시한 것은 과거사 사건의 피해자가 직면하고 있는 엄혹한 현실을 외면한 판단이었다고 본다. 논리의 일관성을 유지하려면, 차라리 ‘권리를 행사할 수 있는 때’를 법률상 장애사유가 있는 때로 한정하는 것이 위헌이라고 판단했어야 할 것이다.

셋째, 소멸시효 항변의 신의칙에 따른 허용 한계와 관련된 대법원 판례의 태도에 지나치게 의존하여 위헌 여부 판단이 이루어졌다는 점이다. 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정에서 재판관 3인의 합헌의견은, 침해의 최소성과 관련하여, 구 『예산회계법』 제96조 제2항 및 『민법』 제766조 제2항을 적용하는 과정에서 실질적 정의에 반하는 결과가 초래될 수 있는 예외적인 경우에 우리 민법상 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용원칙 등을 구체적 사안에 따라 적절하게 적용함으로써 소멸시효의 기산점을 뒤로 늦추거나 소멸시효 완성 주장을 배척하는 등으로 불합리성을 보완할 수 있을 것으로 보이므로 최소침해성의 원칙에

학평론 편집위원회, 2010, 20~23면.

56) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다56031 판결; 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006다1381 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결.

57) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84누572 전원합의체 판결.

위배되지 않는다고 판단하면서, 4가지 유형의 ‘특별한 사정’이 있는 경우에 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로 허용될 수 없다고 판시한 대법원 판결의 요지를 그대로 인용하여 실시하였다. 그러나 재판관 2인의 헌법불합치의견에서 적절하게 지적하는 바와 같이 구체적으로 언제 ‘특별한 사정’이 있는지에 관하여 대법원 판례가 확립된 것도 아니었고, 재판관 1인의 한정위헌의견과 같이 구 「예산회계법」 제96조 제2항 및 「민법」 제766조 제2항의 위헌성을 근본적으로 해소시키기 위해서는 헌법재판소가 그 위헌성을 선언하여 해당 조항 중 위헌적인 내용을 제거할 필요가 있었다고 본다. 그러나 다른 한편으로, 이와 같은 재판관 3인의 합헌의견을 통해 대법원 판결로 그 불합리성을 보완할 수 없음이 확인되는 경우라면 최소침해성의 원칙에 위배된다는 판단이 가능할 수도 있음을 기대할 수 있게 된다.

재판관 2인의 헌법불합치의견이 대법원 판결의 입장 변화를 우려했던 것인지 까지 알 수는 없으나, 실제로 대법원은 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정이 있는 지 약 4년 6개월이 지난 후 선고한 대법원 2013. 5. 16. 선고 2012다202819 전원합의체 판결과 그 이후 일련의 판결을 통해, 과거사 사건과 관련된 국가배상청구소송에서 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 인정하여 과거사 사건의 피해자나 그 유족이 손해배상청구권을 행사할 수 있도록 허용하는 범위를 제한⁵⁸⁾하는 법리를 구축하기 시작했다. 이에 따라 과거사 사건에 「국가재정법」 제96조 제2항의 일률적으로 적용하는 과정에서 나타나는 실질적 정의에 반하는 결과를 신의성실의 원칙의 적용으로 적절하게 보완하지 못하는 사건들이 확인되고 누적되기 시작했으며, 다시금 이와 관련한 헌법재판소의 판단이 필요하게 되었다.

58) 과거사정리위원회의 진실규명결정 이전에 형사재판에서 가해자가 유죄판결을 받았거나 국정원과 과거사위원회와 같은 다른 국가기관의 진실을 확인하는 조사결과 발표가 있었음에도 불구하고, 피해자나 유족이 그 사실을 안 날로부터 3년이 경과하기까지 아무런 권리행사를 하지 않았다가, 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있는 후에야 국가를 상대로 손해배상청구를 한 경우와 같이, 변경된 대법원 판례에 따를 때, 국가의 시효완성 항변을 신의칙에 위반한 권리남용으로 보는 범위가 확장되는 일부 사례가 있기도 하다.

Ⅲ. 과거사 사건에 관한 대법원 판례와 그 문제점

과거사 사건은 그 특징상 「국가재정법」 제96조 제2항, 제1항 또는 구 「예산회계법」 제96조 제2항, 제1항과 「민법」 제166조 제1항에 따른 기산점이 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로부터 이미 5년이 훨씬 지난 사건들이므로, ‘권리를 행사할 수 있는 때’의 의미를 조건이나 기한과 같은 법률상 장애사유가 존재하지 않는 것으로 이해하는 대법원 판례의 입장에 따르면, 과거사 사건과 관련된 국가배상 청구는 이미 소멸시효가 완성된 것을 전제로 해서 국가의 소멸시효 항변⁵⁹⁾이 제한될 수 있는지의 문제로 접근할 수밖에 없다. 대법원은 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 「민법」의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙의 지배를 받는다는 전제 하에서 제한적으로 일정한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다는 입장을 취하고는 있으나, 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후에는 기존 판결과 다른 변화된 입장을 보이고 있다. 개략적으로 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 전후에 변화된 대법원 판결의 입장을 확인한 다음 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후 판결의 문제점을 살펴본다.

1. 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이전 대법원 판결의 입장

대법원이 과거사 사건과 관련된 국가배상청구소송에서 국가가 소멸시효 완성의 항변을 한 경우에, 소멸시효 항변의 신의칙에 따른 허용 한계에 해당하는 특별한 사정 중 당해 사안에 어떤 사정이 존재하는지를 판단해왔다. 채무자의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하게 된다고 판시해 온 특별한 사정은 대체로 4가지 유형으로 나뉘어 설명되는데, 이는 ① ‘채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 경우’(제1유형), ② ‘객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었던 경우’(제2유형), ③ ‘시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하

59) 대법원 판례는 원용이 없어도 시효의 완성으로 권리가 당연히 소멸한다는 절대적 소멸설에 따르면서도, 소멸시효의 이익을 받을 자가 실제 소송에 있어서 시효소멸의 이익을 받았다는 항변을 하지 않는 이상 그 의사에 반하여 재판할 수 없음은 변론주의의 원칙상 당연하다고 하여 소멸시효를 원용하는 항변이 필요하다고 한다. 박윤직 편집대표, 앞의 책, 478~483면 참조.

제한 경우’(제3유형), ④ ‘채권자 보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 받는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우’(제4유형)이다.⁶⁰⁾⁶¹⁾ 이와 같은 특별한 사정이 존재한다는 주장은 국가의 소멸시효 항변이 신의칙에 위반하여 항변권 남용에 해당한다는 재항변이 된다.⁶²⁾

대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이전에 과거사 사건과 관련된 국가배상청구소송에서 국가가 소멸시효 완성의 항변을 한 경우에, 대법원은 국가의 소멸시효 완성 항변이 신의칙에 반한다고 판단하면서 주로 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 함께 인정했고,⁶³⁾⁶⁴⁾⁶⁵⁾⁶⁶⁾⁶⁷⁾⁶⁸⁾ 일부 ‘제1유형’과 ‘제2유형’을 함께 인정한 판

- 60) 소멸시효 항변 남용 사유를 4가지 유형으로 구분하여 설명한 논문으로, 강우찬, “국가배상소송에서 국가의 소멸시효 완성주장에 대한 기산점 인정 및 신의칙 위반 여부에 관한 검토”, 법조 제55권 제2호, 법조협회, 2009, 268~269면; 김상훈, “재심절차에서 무죄 확정판결을 받은 자의 손해배상 청구에 대한 소멸시효 항변의 허용 여부”, 대법원판례해설 제97호, 2013 하, 법원도서관, 2014, 17~18면; 남효순, “일제징용시 일본기업의 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효남용에 관한 연구”, 법학 제54권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2013, 410~411면; 박준용, “진실·화해를 위한 과거사정리 기본법에 따른 진실규명결정과 국가배상소송”, 판례연구 제25집, 부산판례연구회, 2014, 377~378면; 이영창, “불법행위에 기한 손해배상청구에 대한 소멸시효 항변 -과거사 사건을 중심으로-”, 민사재판의 제문제(제22권), 한국사법행정학회, 2013, 357면; 최창호·유진·전성환, “과거사 사건에 있어 법원의 소멸시효 남용론에 대한 비판적 고찰”, 법조 제686권, 법조협회, 2013, 50~51면; 한삼인·차영민, “국가의 소멸시효항변과 신의성실의 원칙 -대법원 2013. 5. 16. 선고, 2012다202819 판결을 중심으로-”, 법학논고 제43집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 143면.
- 61) 조용환, 앞의 논문, 19~20면은 ‘제1유형’을 다시 채무자가 시효완성 전에 ‘채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 한 경우’와 ‘채권자로 하여금 권리행사나 시효중단 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 한 경우’로 나누어 5가지 유형으로 구분하여 설명한다.
- 62) 이영창, 앞의 논문, 393면은 4가지 유형 각각의 사유가 재항변의 내용이 되는 것은 아니어서, 원고가 소멸시효 항변이 신의칙 반하거나 권리남용에 해당한다고 재항변을 한 이상 법원이 원고가 주장한 유형과 다른 유형을 인정하여 항변권 남용을 긍정하더라도 변론주의 위반은 아니라고 한다.
- 63) 불법체포와 고문에 의한 허위자백 등으로 유죄판결을 받은 후 재심판결에서 무죄가 확정된 사건에 관하여 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 함께 인정한 판결. 대법원 2013. 3. 28. 선고, 2010다108494 판결.
- 64) 군대에서의 구타와 가혹행위 등에 시달리다가 자살한 후 군의문사진상규명위원회에서 진상규명결정이 내려진 사건에 관하여 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 함께 인정한 판결. 대법원 2011. 10. 13. 선고, 2011다36091 판결.
- 65) 군인의 민간인 집단학살(문경 석달 사건) 후 과거사정리위원회에서 진상규명결정이 이루어진 사건에 관하여 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 함께 인정한 판결. 대법원 2011. 9. 8. 선고, 2009다66969 판결.
- 66) 경찰과 국군 CIC 대원에 의한 국민보도연맹원 및 예비검속자 집단 총살(울산 국민보도연맹 사건) 후 과거사정리위원회에서 진상규명결정이 이루어진 사건에 관하여 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 함께 인정한 판결. 대법원 2011. 6. 30. 선고, 2009다72599 판결.
- 67) 불법구금과 고문에 의한 허위자백 등으로 유죄판결(김용준 간첩조작 의혹사건)을 받은 후 과거사정리위원회의 진실규명결정이 이루어지고 재심판결에서 무죄가 확정된 사건에 관하여 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 함께 인정한 판결. 대법원 2011. 1. 13. 선고, 2009다103950 판결.
- 68) 불법체포와 고문·협박에 의한 허위자백 등으로 유죄판결을 받은 후 재심판결에서 유죄 확정판결이 취

결⁶⁹⁾도 있었다. 그렇지만 대법원이 ‘제3유형’을 인정하여 국가의 소멸시효 완성 항변이 신의칙에 반한다고 판단한 바는 없었다.

또한 대법원은 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이전에도 국가의 신의 성실의 원칙이나 권리남용과 같은 일반적인 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 소멸시효제도의 운용을 배제하는 것은 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에 신중을 기하여야 한다는 입장을 밝히고 있었지만,⁷⁰⁾ 개별적으로 구체적인 사실관계에서 특별한 사정이 인정되지 않는다는 판결이 있었을 뿐,⁷¹⁾ 특별한 사정이 인정되어 국가의 소멸시효 완성 항변이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당하는 경우에도 국가의 소멸시효 항변을 지지하기 위해서는 피해자나 유족이 ‘상당한 기간’ 내에 권리행사를 하여야만 한다는 취지를 적극적으로 명시한 판결은 존재하지 않았다.

2. 대법원 2012다202819 전원합의체 판결

대법원은 대법원 2012다202819 전원합의체 판결을 통해 종래 과거사 사건과 관련된 국가배상청구소송에서 국가의 소멸시효 완성 항변의 신의칙에 반한다고 판단할 때 주로 인정하던 ‘제2유형’이나 ‘제4유형’이 아니라, 그간 인정한 바 없던 ‘제3유형’ 즉 ‘일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 한 유형’을 특별한 사정으로 새롭게 들고 나왔다. ‘제3유형’을 인정하기 위해서는 시효완성 후에 국가(국가배상의 채무자)가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보이고 과거사 사건의 피해자 등(권리자)이 이를 신뢰했어야 한다. 이와 관련하여 대법원은 구체적으로 과거사 정리의 법적 의미에 구체적인 소송사건에서 새삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 의사를 표명한 취지가 내포되어 있다고 보고, 과거사정리법에 의한 진실규명신청이 있었고,⁷²⁾ 과거사정리위원회가 희생자로 확인

소되어 확정된 사건에 관하여 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 함께 인정한 판결. 대법원 2011. 1. 13. 선고, 2010다53419 판결.

69) 6.25 사변에 참여하였다가 정당한 사유 없이 연대장으로부터 즉결처분에 의하여 총살당한 후 고등군법회의 판결문 위조 등으로 사건의 진상이 은폐·조작되었다가 재심판결에서 공소기각판결이 확정된 사건에 관하여 ‘제1유형’과 ‘제2유형’을 함께 인정한 판결. 대법원 2008. 9. 11. 선고, 2006다70189 판결.

70) 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결.

71) 대법원 2011. 10. 27. 선고, 2011다54709 판결; 대법원 2010. 3. 11. 선고, 2009다86147 판결; 대법원 2008. 5. 29. 선고, 2004다33469 판결; 대법원 2005. 5. 13. 선고, 2004다71881 판결.

72) 당해 판결에서 대법원은 과거사정리법의 적용대상이 되는데도 불구하고 그에 근거한 진실규명신청조

또는 추정하는 진실규명결정을 했다면, 희생자의 유족들이 과거사정리위원회의 진실규명결정에 기초하여 상당한 기간 내에 권리를 행사할 경우 국가가 적어도 소멸시효의 완성을 들어 권리소멸을 주장하지는 않을 것이라는 데 대한 신뢰를 가질만한 특별한 사정이 있다고 봄이 상당하다고 판시했다.⁷³⁾

그러면서 대법원은 당해 판결에서 ‘제3유형’의 경우에도 채권자는 그러한 사정이 있는 때로부터 ‘상당한 기간 내에 권리를 행사하여야만’ 채무자의 소멸시효의 항변을 저지할 수 있다고 하여, 국가(국가배상의 채무자)가 권리행사를 기대할 수 있는⁷⁴⁾ ‘상당한 기간’ 내에 피해자 등(채권자)이 자신의 권리를 행사하였을 것’이라는 새로운 요건을 추가로 부과했다.⁷⁵⁾ 아울러 이 권리행사의 ‘상당한 기간’은 특별한 사정이 없는 한 「민법」상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 하고,⁷⁶⁾ 개별 사건에서 매우 특수한 사정이 있어 그 기간을 연장하여 인정하는 것이 부득이한 경우에도 불법행위로 인한 손해배상청구의 경우 그 기간은 아무리 길어도 「민법」 제766조 제1항이 규정한 단기소멸시효기간인 3년을 넘을 수는 없

차 없었던 경우에는 국가가 소멸시효를 주장하더라도 이를 특별한 사정이 없는 한 권리남용에 해당하지 않는다 할 것이라고 판시했다. 이러한 판시 내용이 추후 대법원 2013. 7. 25. 선고, 2013다16602 판결 등에 의하여 과거사정리위원회의 직권으로 조사가 개시되어 진실규명결정이 이루어진 경우에 국가가 소멸시효를 주장하는 것도 권리남용에 해당한다는 내용으로 그 범위가 일부 확대되었음은 후술하는 바와 같다.

- 73) 그러나 이는 실제적 진실에 부합하지 않으며, 과거사정리위원회의 진실규명 결정이 이루어지기 시작한 2007년 4월 17일 이후에도 과거사 사건에 관한 손해배상청구 소송 과정에 피고 대한민국은 지속적으로 시효완성의 항변을 했다. 홍관표, “과거사 사건의 소멸시효의 제한적 적용 또는 배제 문제”, 법조 제713 권, 법조협회, 2016, 149~151면 참조.
- 74) 신뢰를 부여받은 ‘채권자’의 입장이 아니라, 신뢰를 부여한 ‘채무자’의 입장에서 채권자의 권리행사를 기대할 수 있는 상당한 기간을 따져야 한다는 것인데, 해당 판결은 이와 같이 판단해야 하는 이유를 밝히고 있지 않다. 이 기준에 따르면, 국가의 공권적 의사가 표명된 시점인 ‘진실규명결정일’이 상당한 기간의 기산점이 된다. 이영창, “과거사 사건의 소멸시효의 특수문제 - 직권에 의한 진실규명결정, 상당한 기간의 기산점”, 대법원판례해설(제97호, 2013 하), 법원도서관(2014), 202면 참조.
- 75) 이영창, 앞의 논문(각주 60), 354~365면은 채권자가 상당한 기간 내에 권리행사를 해야 한다는 견해(대법원 2012다202819 전원합의체 판결의 태도)를 지지하면서, 그 근거로 ① 법률에 시효중단 사유로 규정되어 있지 않은 항변권 남용 사유에 시효중단과 같은 정도의 강력한 효과를 부여하는 것은 균형상 맞지 않고, ② 자신의 권리행사에 대한 타인의 의무이행의 거부가 신의성실에 반한다고 주장하는 사람의 권리행사 자체도 신의성실에 반해서는 안 될 것이므로 가능한 한 신속히 그 권리를 행사해야 하며, ③ 소멸시효완성의 예외를 인정한 상황에서의 권리행사에 시효완성 전의 권리행사와 동일한 권리행사를 할 수 있도록 유예를 주는 것은 소멸시효제도의 취지에 반하는 결과가 되기 때문이라는 점을 제시한다.
- 76) 「민법」 제179조 내지 제181조는 시효정지 기간을 6월로, 같은 법 제182조는 시효정지 기간을 1월로 각각 정하고 있다. 대법원 2012다202819 전원합의체 판결은 이 중 어느 기간으로 제한되어야 하는지 판시하지 않았으나, 이후 제심절차에서 무죄판결이 확정된 후 국가를 상대로 손해배상청구를 한 사건에 관한 대법원 2013. 12. 12. 선고, 2013다201844 판결에서 「민법」상 시효정지의 경우에 준하는 단기간을 ‘6개월의 기간’이라고 판시했다.

다고 판시했다. 당해 사건에서는 구체적으로 과거사정리법에 의한 진실규명결정을 받은 원고들이 진실규명결정 후 단기소멸시효의 기간 경과 직전까지 과거사정리법의 규정과 과거사정리위원회의 건의 등에 따라 국가가 그 명예회복과 피해 보상 등을 위한 적절한 조치를 취할 것을 기대하였으나 국가가 아무런 적극적 조치를 취하지 아니하자 과거사정리위원회의 진실규명결정일로부터 2년 10개월이 경과한 후 비로소 국가를 상대로 개별적으로 손해배상청구 소송을 제기한 사정을 개별 사건에서 상당한 기간을 연장하여 인정할 매우 특수한 사정으로 인정했다.

대법원이 대법원 2012다202819 전원합의체 판결에서 새삼스럽게 위와 같이 변경된 입장을 취함으로써, 국가배상을 구하는 과거사 사건이 더 이상 법원에 유입되지 못하도록 문을 닫고자 한 것은 아닌가 하는 의문이 있다. 실제로 위와 같은 대법원의 입장 변화에 따라 과거사 사건 중 과거사정리위원회에 진실규명신청을 하지 않은 사건(과거사정리위원회가 직권으로 조사한 사건 제외)이나 과거사정리위원회의 진실규명결정을 받았지만 그 진상규명결정일로부터 3년이 경과한 사건의 피해자 등은 국가배상청구소송을 제기하더라도 국가의 소멸시효 완성 주장에 따라 모두 기각될 운명에 처하게 되었다.

3. 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후 대법원 판결의 유형

대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후에 과거사 사건의 소멸시효와 관련된 대법원 판결의 입장은 ① 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있는 경우, ② 재심에서 무죄판결이 확정된 경우, ③ 그 외의 기관에 의해 진실이 확인된 경우로 유형화해 볼 수 있다.

가. 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있는 경우

(1) 국가기관의 탄원서에 대한 회신이 있는 후 과거사정리위원회의 진실규명결정이 이루어진 경우

과거사정리위원회의 진실규명결정일로부터 9년 이전에 국군 부대로부터 해당 불법행위에 관한 회신이 있었던 사건에서, 대법원은 과거사정리위원회가 해당 불법행위에 관하여 진실규명결정을 한 것은 국가가 소멸시효 완성 후 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보인 경우(‘제3유형’)에 해당하므로, 국군 부대로부터 해당 불법행위에 관한 회신을 받은 후 과거사정리위원회의 진실규명결정이 이

루어졌다면, 결정일로부터 상당한 기간 내에 피해자나 그 유족이 권리를 행사한 경우에는 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의성실의 원칙이 반하는 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다고 판단했다.⁷⁷⁾

(2) 과거사정리위원회가 직권으로 조사를 개시하여 진실규명결정을 한 경우 대법원은 대법원 2012다202819 전원합의체 판결에서는 과거사정리법에 의한 진실규명신청이 있을 것을 요구했었으나, 이후 과거사정리위원회가 직권으로 조사를 개시하여 진실규명결정을 한 경우도 ‘제3유형’의 특별한 사정에 포함시켰다. 대법원은 비록 피해자 등으로부터 진실규명신청이 없었더라도 과거사정리위원회가 과거사정리법 제22조 제3항에 따라 직권으로 조사를 개시하여 희생자로 확인 또는 추정하는 진실규명결정을 한 경우에는, 과거사정리법의 입법 목적 및 위 조항의 내용에 비추어 볼 때 그 희생자의 피해 및 명예회복이 반드시 이루어져야 하며 이를 수용하겠다는 과거사정리법에 의한 국가의 의사가 담긴 것으로 보아야 하고, 피해자 등에 대한 신뢰부여 측면에서 달리 취급할 이유가 없으므로, 그 희생자나 유족의 권리행사에 대하여 국가가 소멸시효를 주장하는 것은 마찬가지로 권리남용에 해당한다고 봄이 상당하다고 판시했다.⁷⁸⁾

(3) 과거사정리위원회의 진실규명결정 후 권리 행사의 상당한 기간

대법원은 과거사정리위원회의 진실규명결정을 ‘제3유형’의 특별한 사정으로 인정하면서, 그 후 과거사 사건의 피해자 등(채권자)이 국가(채무자)의 소멸시효 항변을 배제하기 위해 권리를 행사해야 하는 ‘상당한 기간의 기산점’에 대해서는 일관되게 피해자 등이 진실규명 결정을 통지받은 날이 아닌 ‘진실규명결정일’로 판시하고 있다.⁷⁹⁾⁸⁰⁾⁸¹⁾

77) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2013다205624 판결.

78) 대법원 2013. 7. 25. 선고, 2013다16602 판결; 대법원 2013. 8. 23. 선고, 2012다203652 판결.

79) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013다210220 판결.

80) 한삼인·차명민, 앞의 논문, 148~149면은 피해자나 유족의 진실규명신청에 의한 진실규명결정의 경우에는 ‘진실규명결정일’을, 직권에 의한 진실규명결정의 경우에는 ‘진실규명결정이 있었음을 안 날’을 각각 기산점으로 보는 의견을 제시한다.

81) 이재승, “집단살해에서 소멸시효와 신의칙”, 민주법학 제53호, 민주주의법학연구회, 2013, 211면은 ‘대법원 2011. 9. 8. 선고, 2009다66969 판결(문경 석달 사건 판결)이나 대법원 2011. 6. 30. 선고, 2009다72599 판결(울산 국민보도연맹 사건 판결)의 선고일’을 시효기산점으로 보아야 한다는 주장은 제시하고 있다. 이는 과거사 사건 피해자나 유족의 효과적인 권리구제가 현실적으로 가능했는지 여부를 기준으로 기산점을 정해야 한다는 의견으로 매우 의미 있는 문제 제기라고 생각된다.

또한, 대법원은 국가의 소멸시효 항변을 배제할 만한 권리행사의 상당한 기간은 특별한 사정이 없는 한 「민법」상 시효정지의 경우에 준하여 단기간으로 제한되어야 하는 것이 원칙이라고 하면서도, 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있는 경우에는 모두 그 특수한 사정을 인정하여 사실상 ‘진실규명결정일로부터 3년’을 기준으로 삼고

한편, 대법원은 청구취지 및 청구원인 변경신청서, 준비서면 및 청구취지 확장신청서 또는 항소이유서 등의 제출을 통해 소장에서 구한 손해배상청구와 ‘청구원인을 달리하는 별개의 청구를 추가’한 경우에는 권리행사에 해당하는 그러한 ‘서면의 제출시기’가 진실규명결정일로부터 3년 이내인지를 기준으로 하여 국가의 소멸시효 항변이 권리남용에 해당하는지 여부를 판단하였다.⁸²⁾

나. 재심에서 무죄판결이 확정된 경우

불법구금·고문·협박 등 위법수사를 통해 수집된 증거와 자백을 기초로 유죄판결을 선고받아 상당기간 동안 형의 집행을 받은 후 재심을 통해 무죄판결이 확정된 과거사 사건과 관련하여, 대법원은 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후에는 ‘재심에서 무죄판결이 확정되기 전까지 국가에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적 장애가 있었다고 봄이 상당하다’고 하면서 ‘제2유형’을 특별한 사정으로 인정하고 있다.⁸³⁾⁸⁴⁾

(1) 상당한 기간의 요구

문제는 재심에서 무죄판결이 확정된 경우를 ‘제2유형’의 특별한 사정으로 인정하면서, 합리적인 근거 없이 ‘제3유형’에 해당하는 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있는 경우보다 더 짧은 기간 내에 피해자 등(채권자)이 권리를 행사할

82) 대법원 2013. 8. 22. 선고, 2013다200568 판결; 대법원 2013. 8. 23. 선고, 2012다203273 판결; 대법원 2013. 9. 13. 선고, 2013다23464 판결.

83) 대법원 2013. 12. 12. 선고, 2013다202526 판결. 보다 구체적으로는 과거에 확정된 유죄판결이 고문 등으로 조작된 증거에 기초하여 선고된 것임을 확인하는 재심판결이 확정되기 전까지 그 유죄판결의 원인이 된 수사와 공소제기 및 판결의 전 과정에 이르는 관여 공무원들의 불법행위를 주장하여 국가를 상대로 손해배상청구의 소를 제기한다는 것은 일반인의 관점에서 보면 기대하기 어렵다고 하면서, 재심판결이 확정되기 전까지는 국가에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 없는 객관적 장애가 있었다고 봄이 상당하다고 한다.

84) 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이전에는 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 함께 인정하거나 ‘제1유형’과 ‘제2유형’을 함께 인정했으나, 이후 더 이상 재심 무죄확정판결과 관련해서는 ‘제1유형’과 ‘제4유형’을 언급하지 않는다.

것을 요구한다는 점이다.

대법원은 재심에서 무죄판결이 확정된 후 국가기관의 위법행위 등을 원인으로 국가를 상대로 손해배상을 청구하는 경우에 피해자 등(채권자)은 특별한 사정이 없는 한 그러한 ‘재심무죄판결 확정일’로부터 「민법」상 시효정지의 경우에 준하는 ‘6개월’의 기간 내에 권리를 행사하여야 하고, 그 권리 행사 여부는 원칙적으로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였는지 여부를 기준으로 판단할 것이라고 하였다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾

(2) 재심무죄판결이 확정된 후 국가배상청구에 앞서 형사보상청구를 한 경우 한편, 대법원은 재심무죄판결이 확정된 후 민사상 손해배상청구에 앞서, 그보다 간이한 절차라고 할 수 있는 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」(이하 “형사보상법”이라고 한다)에 따른 형사보상을 먼저 청구한 경우에는 소멸시효의 항변을 저지할 수 있는 권리행사의 상당한 기간을 연장할 특수한 사정⁸⁷⁾이 있다고 인정하여, 형사보상결정 확정일로부터 6개월 내에 손해배상청구의 소를 제기하면 상당한 기간 내에 권리를 행사한 것으로 볼 수 있다고 판시하였다.⁸⁸⁾ 이 경우에도 재심무죄판결 확정일로부터 3년을 넘을 수는 없다고 하였다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾⁹¹⁾

85) 대법원 2013. 12. 12. 선고, 2013다201844 판결.
 86) 대법원은 이와 같이 판단한 근거를 제시하지 않고 있다. 김상훈, 앞의 논문, 31~32면은 ‘제3유형’에 관하여 대법원 2012다202819 전원합의체 판결이 ‘원칙적 6개월, 예외적 3년’이라는 기준을 마련한 이상, 다른 유형의 사유들에도 같은 기준이 적용되어야하고, 재심을 통해 무죄판결을 받아 손해배상을 청구하는 경우 원고측이 소송을 제기할 수 있는 자료가 대부분 확보되어 있는 상황이라고 볼 수 있어 달리 6개월을 초과하여 소를 제기할 수밖에 없는 사정을 인정하기 어려운 경우가 대부분일 것이라는 점을 논거로 들고 있다.
 87) 구체적인 형사보상금의 액수는 법원의 형사보상결정을 기다려 볼 수밖에 없는데, 형사보상법 제6조 제3항에서 다른 법률에 따라 손해배상을 받을 자가 같은 원인에 대하여 이 법에 따른 보상을 받았을 때에는 그 보상금의 액수를 빼고 손해배상의 액수를 정하여야 한다고 규정하고 있어, 형사보상결정에서 정해진 형사보상금의 액수에 따라 손해배상청구금액이 달라질 사정이 존재하는 것이다.
 88) 대법원 2013. 12. 12. 선고, 2013다201844 판결.
 89) 대법원 2013. 12. 12. 선고, 2013다201844 판결.
 90) 김상훈, 앞의 논문, 36~37면은 해당 판결에 대하여 대법원 2012다202819 전원합의체 판결이 실시한 권리행사 제한의 법리에 따르면서도 재심판결을 받고 손해배상을 청구하는 사건의 특수성을 감안하여 채권자의 권리보호를 도모한 매우 타당한 판결로 피해자들이 손해배상소송을 제기하고 있는 실태를 고려하여 피해자들의 권리보호의 폭을 넓혔다는데 큰 의의가 있다고 한다.
 91) 김상훈, “과거사 국가배상사건에서 국가의 소멸시효 항변 제한법리 -대법원 2013. 12. 12. 선고, 2013다201844 판결 등 타당성 검토-”, 민사법연구 제22권, 대한민사법학회, 2014, 57~58면은 해당 판결에 대하여 「민법」이 정하고 있는 시효정지의 사유와 객관적 사실상 장애사유가 있었던 사건과 사리적 공통성을 찾기 어렵고 질적으로 동일시하기도 어려운 점을 지적하면서 3년에 달하지 않더라도 시효항변의 저지효과 박탈될 수 있는 근거 제시 없이 새로운 입법을 하였다는 비난까지 가능하다고 비판한다.

(3) 과거사정리위원회의 진실규명결정 후에 재심에서 무죄판결이 확정된 경우 대법원은 과거사정리위원회의 진실규명결정 이후에 재심에서 무죄판결이 확정된 사건들에서는 재심판결이 확정될 때까지 국가에 대해 손해배상청구권을 행사할 것을 기대할 수 없는 객관적인 사실상의 장애가 있었다고(‘제2유형’) 볼 수 있다고 하여, 재심판결 확정일(재심판결 확정일로부터 6개월 내에 형사보상청구를 한 경우에는 형사보상결정 확정일)을 기준으로 하여 6개월 내에 권리 행사가 이루어졌는지 여부를 판단하였다.⁹²⁾

다. 그 외의 기관에 의해 진실이 확인된 경우

과거사정리법에 따른 과거사정리위원회의 진실규명결정이 아니라 다른 기관에 의해 진실이 확인된 경우로 ① ‘국방부조사본부 사망사고민원조사단’에서 조사결과를 알려준 경우,⁹³⁾ ② ‘군 의문사 진상조사위원회’가 진상규명결정을 한 경우,⁹⁴⁾에 대법원은 국가의 소멸시효 항변을 배제할 만한 권리 행사의 상당한 기간이 과거사정리위원회의 진실규명결정과 동일하게 그 진실이 확인된 날부터 3년간 당연히 보장되는 것은 아니라는 입장이다. 그러나 ③ ‘의문사진상규명위원회’⁹⁵⁾가 조사결과를 발표한 경우에는 조사결과를 발표한 날로부터 약 2년 4개월이 지난 시점에 손해배상청구의 소를 제기한 사건에서 대법원이 권리의 행사를 기대할 수 없는 객관적인 장애(‘제2유형’)가 해소된 때부터 상당한 기간 내에 손해배상청구의 소가 제기되었음을 이유로 피고 대한민국이 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용에 해당하여 허용될 수 없다고 판단하였다.⁹⁶⁾ 과거사정리위원회의 진실규명결정과 동일하게 그 진실이 확인된 날부터 3년을 인정한 것으로 보인다. 대법원은 이와 함께 ④ ‘한센인피해사건 진상규명위원회’가 피해자결정을 한 경우에 피해자결정을 받은 피해자가 국가의 조치를 기대하였으나 국가가 아무런 적극적 조치를 취하지 아니하자 비로소 국가를 상대로 개별적으로 손해배상청구 소송을 제기하기에 이른 특수한 사정⁹⁷⁾이 있다

92) 대법원 2013. 12. 12. 선고, 2013다201844 판결; 대법원 2014. 1. 16. 선고, 2013다205341 판결.

93) 대법원 2013. 6. 27. 선고, 2013다23211 판결; 대법원 2015. 12. 23. 선고, 2014다14627 판결.

94) 대법원 2013. 9. 26. 선고, 2013다206429 판결.

95) 「의문사진상규명에관한특별법」(2000년 1월 5일 제정되어 같은 해 5월 16일부터 시행, 2009년 4월 1일 폐지) 제3조에 따라 의문사사건에 대한 조사를 위하여 대통령 소속하에 설치된 위원회이다.

96) 대법원 2015. 9. 10. 선고, 2013다73957 판결.

97) “피해자결정이 이루어지기 전인 2009. 8. 6. 이미 한센인피해사건법에 보상금 지급규정 등을 포함시키는 내용의 개정 법률안이 발의되어 국회에 계류되어 있다가 제18대 국회 임기만료로 폐기된 사실, 위

고 보아, 한센인피해사건 진상규명위원회의 피해자결정일로부터 3년이 경과하기 전에 소를 제기한 경우에 소멸시효 항변을 배제할 만한 상당한 기간 내에 권리행사를 한 것으로 보는 것이 타당하다고 한 원심법원의 판단을 그대로 받아들일바 있다.⁹⁸⁾

4. 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후 대법원 판결의 문제점

대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후에 변경된 일련의 대법원 판결에 따르면 현실적으로 과거사 사건의 피해자 등의 권리 구제 측면에서 다음과 문제가 있다고 생각된다.⁹⁹⁾

첫째, 과거사 사건과 관련하여 국가의 소멸시효 완성 항변이 신의칙 위반이 되는 특별한 사정 중 대법원의 일련의 판결들은 ‘제3유형’에 의하든 ‘제2유형’에 의하든 간에 국가기관의 일정한 선행 조치를 요하는 문제가 있다. ① 제2유형의 경우는 ‘재심 무죄확정의 판결, ② 제3유형의 경우는 ‘과거사정리위원회의 진실규명결정’, ‘재심 무죄판결의 확정’, ‘국방부조사본부 사망사고민원조사단의 조사결과 통보’, ‘군 의문사 진상조사위원회의 진상규명결정’, ‘의문사진상규명위원회의 조사결과 발표’, ‘한센인피해사건 진상규명위원회의 피해자결정’ 등이 선행되고 그로부터 피해자 등의 권리행사가 상당한 기간 내에 이루어졌는지를 판단하고 있다. 과거사정리법의 적용대상이 되는 과거사 사건임에도 불구하고 그 피해자 등이 과거사정리법 제19조 제2항에 따라 2005년 12월 1일부터 1년 이내에 진실규명 신청을 하지 않았고 그 외에 다른 절차에 따라 국가기관의 선행조치를 받은 바도 없다면, 국가의 소멸시효 완성 항변은 신의칙과 관계없이 정당화된다.

둘째, 과거사 사건과 관련하여 국가의 소멸시효 완성 항변을 신의칙 위반으로 다루기 위한 전제로 ‘상당한 기간’ 내에 채권자 등이 권리행사를 했을 것을 요하면서, 합리적인 근거 없이 시효정지에 준하는 6개월의 단기간으로 이를 제한하고 예외적으로 기간 연장의 특수한 사정이 인정되는 부득이한 경우에도 단기소멸

법률에 따라 설치된 한센인피해사건 진상규명위원회도 2013년경에 발행한 보고서에서 한센인피해사건법의 개정 등을 통한 한센인피해사건 피해자들에 대한 실질적인 보상을 촉구한 사실 등”을 특수한 사정에 해당하는 사실로 기술하였다. 대법원 2017. 2. 15. 선고, 2014다230535 판결; 대법원 2017. 3. 30. 선고, 2016다267920 판결.

98) 대법원 2017. 3. 30. 선고, 2016다267920 판결.

99) 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후 대법원 판결의 사법정책적 및 법논리적 측면에서의 문제점에 관하여는 홍관표, 앞의 논문, 148~158면 참조.

시효기간인 3년을 넘을 수 없도록 하는 문제가 있다. 국가와 피해자나 유족과의 관계 그리고 피해자 등이 장기간 동안 사실상 권리를 행사하기 어렵게 만든 원인 제공자가 국가라는 점은 상당한 기간의 범위를 정함에 있어서 전혀 고려되지 않는다.

셋째, 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있는 경우에 피해자 등이 권리를 행사할 상당한 기간의 기산점을 ‘진실규명결정일’로 판시하고 있어, 피해자 등이 진실규명결정이 이루어진 것을 알지도 못하는 상황에서 상당한 기간이 진행될 수 있는 문제가 있다.

넷째, ‘재심 무죄판결의 확정’, ‘국방부조사본부 사망사고민원조사단의 조사 결과 통보’, ‘군 의문사 진상조사위원회의 진상규명결정’의 경우에는 피해자 등이 권리를 행사할 상당한 기간이 과거사정리위원회의 진실규명결정이 있는 경우 보다 단기인 6개월로 제한되는 문제가 있다.

다섯째, 재심에서 무죄판결이 확정된 후 국가배상청구 보다 형사보상법에 따른 형사보상을 먼저 청구한 경우 피해자나 유족이 권리를 행사하여야 할 상당한 기간의 기산점을 ‘형사보상결정 확정일’로 판시하여, 형사보상결정의 송달 문제로 상당한 기간의 기산점이 달라질 수 있는 문제가 있다.

여섯째, 재심에서 무죄판결이 확정됨에 따라 형사보상법에 따른 형사보상청구를 하는 경우에 재심무죄판결 확정일로부터 6개월 내에 형사보상청구를 하는 경우에만 ‘상당한 기간’ 내에 권리행사가 있다고 인정하는 것은, 형사보상법 제8조에 따라 무죄재판이 확정된 사실을 안 날부터 3년, 무죄재판이 확정된 때부터 5년으로 규정된 형사보상청구기간을 사실상 재심무죄판결 확정일로부터 6개월로 제한하는 문제가 있다.

5. 검토

대법원이 2012다202819 전원합의체 판결을 통해 판시한 내용이 의도하는 바를 조금 이해하기 쉽게 풀어보면, 과거사 사건과 관련하여 국가가 시효완성 전에 피해자 등의 권리행사나 시효중단을 불가능하게 하거나 현저하게 곤란하게 한 것은 아니고(또는 모르겠고), 피해자 등이 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었던 것은 아닌데(또는 모르겠는데), 시효가 완성된 다음에 그저 국가가 당분간 시효완성 주장을 하지 않을 것 같은 태도를 보였으니(실제로 그런 적도 없는데 법원이 보기에 그렇게 보였으니) 그런 태도를 보인 책임으로 이를 믿은(?) 피해자 등이

너무 길지 않은 기간 내에 권리행사를 해 온다면 국가가 시효완성을 주장하면 안 된다는 것이고, 만약 주장한다면 신의칙에 반하여 권리남용이 된다는 취지이다. 과거사 사건의 소멸시효 문제에 대한 이와 같은 접근의 문제점은 과거사 사건의 피해자 등이 국가 공권력에 의해 희생되거나 인권침해를 당하고 오랜 기간 동안 진실이 규명되지 않은 상황에서 권리를 행사할 길도 찾지 못한 채 사회적 차별과 혐오의 대상이 되어 겪게 되었던 이루 말할 수 없는 고통들 그리고 그러한 상황을 방치·외면하거나 적극적으로 조작·은닉·왜곡을 자행해 온 국가의 책임에 관한 내용이 소멸시효 완성의 항변이 신의칙에 반하는지 여부를 판단함에 있어서 자연스럽게 고려의 대상에서 제외된다는 것이다. 더불어 권리를 행사하지 않은 책임을 과거사 사건의 피해자 등에게 은근슬쩍 떠넘길 수 있는 것은 덤이다. 인권 보장의 최후의 보루인 사법기관이라면 그리고 과거사 사건에 대한 책임으로부터 떼뺄 수만은 없는 입장에 있는 대법원이라면 자신의 과오를 묻기 위해 피해자를 희생시키는 2012다201819 전원합의체 판결과 같은 판결은 해서는 안 됐다고 본다. 그런데 대법원은 여기에 그치지 아니하고, 법원의 잘못된 유죄 확정판결로 수감생활을 하고 수십 년 동안 그 멍에를 짊어지고 살다가 겨우 재심을 통해 무죄 확정판결을 받을 수 있게 된 피해자 등에게 진정한 반성과 사과의 의사를 밝히기는커녕, 왜 간단하게 할 수 있는 것을 빨리 안 하고 지체하느냐고 피해자 등을 질책하면서 갑자기 6개월의 기준을 들이밀어 국가배상청구를 기각하는 판결까지 내렸다.

앞서 언급한 바와 같은 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후 일련의 대법원 판결의 문제점들을 해소하고 과거사 사건에 관한 사법 정의를 회복하기 위해서는, 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이전의 입장으로 돌아가 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하는 특별한 사정에 해당하는 4개 유형 중 원칙적으로 ‘제2유형’과 ‘제4유형’을 폭넓게 인정할 필요가 있다고 본다. 그리고 ‘제2유형’과 ‘제4유형’의 권리행사기간은 시효정지기간과 관계없이 ‘『민법』 제168조 제3호에 규정된 소멸시효 중단사유 중 승인이나 소멸시효 완성 후의 시효이익 포기¹⁰⁰⁾에 준하여’ 원래의 소멸시효기간을 새롭게 인정하는 것이 바람직하다고 본다. 과거사 사건의 경우에 중대한 인권침해 가해자가 국민을 보호할 의무를 지면서 공적인 조사나 수사 권한을 독점하고 있는 국가라는 관계의 특수성이 고려되어야 하고, 이와 같은 관계의 특수성에 기인하여 피해자나 유족이 사실상 권리를

100) 채무자가 소멸시효 완성 후에 시효의 이익을 포기한 경우에는 그 때부터 새로이 소멸시효가 진행한다. 대법원 2013. 5. 23. 선고 2013다12464 판결; 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다14340 판결.

행사할 수 없었던 점을 생각하면, 피해자나 유족의 권리행사가 사실상 장애상태에 있었던 오랜 기간과 비교하여 신의칙을 적용받기 위한 권리행사기간을 지나치게 단기간으로 제한하는 것이야말로 현저히 부당하고 불공평하다고 볼 수 있기 때문이다. 이렇게 인정하더라도 피해자나 유족에게 인정되는 장기소멸시효기간에 대응하는 권리행사기간은 여전히 5년에 불과하다. 그리고 국가의 소멸시효 항변이 신의칙 위반이 되는 것은 장기소멸시효에 국한되므로, 국가는 여전히 과거 사정리위원회와 진상규명결정 등에 따라 손해 및 가해자를 알 수 있게 되었다고 하여 그로부터 3년의 단기소멸시효를 주장할 수 있다.¹⁰¹⁾¹⁰²⁾ 따라서 과거사 사건에 관한 재판에서 법원이 국가의 장기소멸시효 완성 주장을 신의칙에 반한다고 판단하더라도 피해자나 유족의 무제한적인 권리 행사가 허용되는 것은 아니다. 이렇게 이해하면, ‘제2유형’의 대표적 사례인 재심무죄판결이 확정된 경우에 피해자나 유족이 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기할 권리행사기간 혹은 형사보상법에 따라 형사보상청구를 하는 권리행사기간이 모두 동일하게 무죄판결확정을 안 날로부터 3년, 무죄판결확정일로부터 5년으로 인정될 수 있을 것이고, 이는 현행 형사보상법 제8조와도 조화로운 일관된 규율이 된다. ‘제1유형’이나 대법원 2012다202819 전원합의체 판결에 나타난 ‘제3유형’은 과거사 사건에 일반적으로 적용되는 것이 아니라, 오히려 피해자나 유족이 자신에 관한 과거사정리위원회의 진상규명결정이나 재심무죄판결의 확정이 있는 후에 정부나 국회의 과거사 사건의 보상에 관한 특별법 제정 추진 등을 신뢰하여 기다리다가 단기소멸시효기간인 3년을 넘기거나 새로이 부여된 권리행사기간 5년을 도과한 특수한 경우에 적용될 수 있는 유형이라고 보아야 하겠다. 이러한 경우라면 권리행사의 상당한 기간은 단기간으로 제한되는 것이 신의칙에 부합할 것이다.

IV. 헌법재판소 2014헌바148등 결정 그리고 남은 문제들

대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후 이어진 판결로 축적된 과거사 사건의 소멸시효와 관련된 기준은 변경될 기미 없이 확고하게 유지되었고, 이에

101) 서울중앙지방법원 2009. 2. 10. 선고, 2008가합57659 판결(울산 국민보도연맹 사건) 참조.

102) 서종희, “불법행위 손해배상청구권의 장기행사기간의 법적성질 -제척기간으로 보는 전통적 견해에 대한 비판적 고찰-”, 성균관법학(제25권 제4호), 성균관대학교 법학연구소(2013), 218면 참조.

법원의 재판 과정에서 국가의 소멸시효 완성 항변으로부터 더 이상 권리를 지킬 방법을 강구하지 못하게 된 과거사 사건의 피해자들은 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판 청구를 하는 방식으로 헌법재판소의 문을 두드렸다. 그리고 헌법재판소는 지난 8월 30일 피해자들의 요구에 화답하여 헌법재판소 2014헌바148 등 결정을 선고하였다.

1. 헌법재판소 2014헌바148등 결정

헌법재판소는 2018년 8월 30일 2014헌바148 사건,¹⁰³⁾ 2014헌바162 사건,¹⁰⁴⁾ 2014헌바219 사건,¹⁰⁵⁾ 2014헌바223 사건,¹⁰⁶⁾ 2014헌바290 사건,¹⁰⁷⁾ 2014헌바466 사건,¹⁰⁸⁾ 2015헌바50 사건,¹⁰⁹⁾ 2015헌바440 사건,¹¹⁰⁾ 2016헌바419 사건¹¹¹⁾ 등 총 9건의 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구사건을 병합한 사건에 대하여, 재판관 6:3의 의견으로 ‘「민법」 제166조 제1항, 제766조 제2항 중 과거사 정리법 제2조 제1항 제3호, 제4호에 규정된 사건에 적용되는 부분은 헌법에 위반된다’는 결정을 하였다. 반면에 심판대상조항 중 ‘「민법」 제766조 제1항, 「국가재정법」 제96조 제2항, 구 「예산회계법」 제96조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다’고 결정했다.

103) 「민법」 제166조 제1항, 제766조, 「국가재정법」 제96조 제2항을 심사대상으로 하여 2014년 2월 6일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

104) 「민법」 제166조 제1항, 제766조, 「국가재정법」 제96조 제2항을 심사대상으로 하여 2014년 3월 12일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

105) 「민법」 제166조 제1항, 제766조, 구 「예산회계법」 제96조 제2항을 심사대상으로 하여 2014년 5월 19일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

106) 「국가재정법」 제96조 제2항, 「민법」 제766조 제1항, 제2항을 심사대상으로 하여 2014년 5월 20일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

107) 「국가재정법」 제96조 제2항, 「민법」 제766조 제1항, 제2항을 심사대상으로 하여 2014년 7월 29일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

108) 「민법」 제166조 제1항을 심사대상으로 하여 2014년 12월 10일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

109) 「민법」 제166조 제1항 등을 심사대상으로 하여 2015년 2월 5일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

110) 「민법」 제166조 제1항을 심사대상으로 하여 2015년 12월 22일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

111) 「국가재정법」 제96조 제2항, 「민법」 제766조 제2항을 심사대상으로 하여 2016년 12월 8일 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 접수되었다.

가. 대상사건의 유형별 구분과 청구인들의 주장 요지

헌법재판소 2014헌바148등 결정의 대상이 된 9건의 사건은 다시 유형별로 ① ‘2014헌바148, 162, 219, 466, 2015헌바50 사건’, ② ‘2015헌바440 사건’, ③ ‘2014헌바223, 290, 2016헌바419 사건’로 구분해 볼 수 있겠다.

‘2014헌바148, 162, 219, 466, 2015헌바50 사건’은 과거사 사건 중 ‘과거사정리위원회의 진실규명결정 후 재심에서 무죄판결이 확정되고 형사보상청구를 한 유형’에 해당한다. 해당 사건의 청구인들은 국가보안법위반 등의 범죄사실로 징역형 등을 선고받아 1982년 내지 1986년경 그 판결이 확정된 사람과 그 가족으로, 과거사정리위원회의 진실규명결정 후 재심절차에서 기존 유죄판결이 취소되어 무죄로 확정되었고 형사보상절차에서 형사보상금 지급결정이 확정되어 보상금을 지급받은 후 대한민국을 상대로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였으며, 그 소송 계속 중 법원에 「민법」 제166조 제1항, 제766조, 「국가재정법」 제96조 제2항, 구 「예산회계법」 제96조 제2항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였다가 기각·각하되자, 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인들은 과거사정리법 제2조 제1항 제4호의 ‘중대한 인권침해·조작의혹 사건’에 일반적인 소멸시효에 관한 조항들을 그대로 적용하도록 규정하는 것은 피해자의 재산권을 박탈하는 것으로 헌법에 위배된다는 취지의 주장을 하였다.

‘2015헌바440 사건’은 과거사 사건 중 과거사정리위원회의 진실규명결정 없이 ‘재심에서 무죄판결이 확정되고 형사보상청구를 한 유형’에 해당한다. 해당 사건의 청구인들은 국가보안법위반 등의 범죄사실로 징역형 등을 선고받아 1982년 내지 1983년경 그 판결이 확정된 사람의 상속인으로, 재심절차에서 기존 유죄판결이 취소되어 무죄로 확정되었고 형사보상절차에서 형사보상금 지급결정이 확정되어 보상금을 지급받은 후 대한민국을 상대로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였으며, 그 소송 계속 중 법원에 「민법」 제166조 제1항, 제766조, 「국가재정법」 제96조 제2항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였다가 기각되자, 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다. 이 사건의 청구인들 역시 과거사정리법 제2조 제1항 제4호의 ‘중대한 인권침해·조작의혹 사건’에 일반적인 소멸시효에 관한 조항들을 그대로 적용하도록 규정하는 것은 피해자의 재산권을 박탈하는 것으로 헌법에 위배된다는 취지의 주장을 하였다.

‘2014헌바223, 290, 2016헌바419 사건’은 과거사 사건 중 ‘과거사정리위원회의 진실규명결정이 있는 유형’에 해당한다. 청구인들은 1950년경 ‘국민보도연맹

사건' 또는 '포항시 북구 환여동 미군합포사건'으로 집단 희생된 사람의 상속인으로, 과거사정리위원회의 진실규명결정 후 대한민국을 상대로 손해배상을 청구하는 소를 제기하였으며, 그 소송 계속 중 법원에 「민법」 제766조 제2항, 「국가재정법」 제96조 제2항에 대한 위헌법률심판제청신청을 하였으나 각하되자, 「헌법재판소법」 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인들은 '국가비상시기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우'에 발생한 손해배상채권의 특수성을 고려하지 않은 채 일반적인 소멸시효를 일률적으로 그대로 적용하도록 규정하는 것은 과잉금지원칙에 반하여 재산권을 침해하고 국가의 기본권 보장의무에도 위배된다는 취지의 주장을 하였다.

나. 다수의견

다수의견은 심판대상조항인 「민법」 제166조 제1항, 제766조 제1항, 제2항, 「국가재정법」 제96조 제2항, 구 「예산회계법」 제96조 제2항이 원칙적으로는 합헌이지만, 과거사 사건에 관하여는 「민법」 제166조 제1항, 제766조 제2항이 예외적으로 위헌이라는 입장이다.

다수의견은 먼저 「민법」 제166조 제1항, 제766조 제1항, 제2항, 「국가재정법」 제96조 제2항, 구 「예산회계법」 제96조 제2항이 일반적인 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민의 국가배상청구권에 관한 소멸시효 기산점과 시효기간을 정하고 있는 것은 합리적 이유가 있어 입법형성의 한계를 일탈하여 헌법이 보장한 국가배상청구권을 침해하지 않는다고 판단했다. 다수의견은 그 이유로 첫째, 민법상 소멸시효제도의 일반적인 존재이유인 ① 오랜 기간 계속된 사실상태를 그대로 유지하는 것이 법적 안정성에 부합한다는 점, ② 채무자가 채무를 이미 변제하였으나 시간이 지나 그 증명이 어렵게 된 경우 이중변제의 위험을 면하게 함으로써 진정한 권리관계를 보호할 수 있다는 점, ③ 장기간 권리를 행사하지 않은 경우 채권자의 권리행사 태만을 제재하고 그 권리불행사에 대한 채무자의 정당한 신뢰를 보호한다는 점이 국가배상청구권의 경우에도 일반적으로 타당하고, 둘째, 특히 불법행위로 인한 손해배상채권이나 구상금채권과 같이 우연한 사고로 말미암아 발생하는 채권의 경우 그 발생을 미리 예상하기 어려워 불안정성이 크므로 회계연도단위로 편성되어 시행되는 국가의 채권·채무관계를 조기에 확정하고 예산수립의 불안정성을 제거함으로써 국가재정을 합리적으로 운용하기

위하여 국가채무에 대해 단기의 소멸시효를 정한 필요성도 수긍할 수 있으며, 셋째, 이러한 이유로 종래 헌법재판소가 「국가배상법」 제8조, 구 「예산회계법」 제96조 제2항, 「국가재정법」 제96조 제2항, 「민법」 제766조 제1항, 제2항에 대한 합헌 결정을 한 바 있음을 설시했다.

다수의견은 ‘과거사 사건(과거사정리법 제2조 제1항 제3호 및 제4호에 규정된 민간인 집단 희생사건, 중대한 인권침해사건·조작의혹사건)에 「민법」 제166조 제1항, 제766조 제2항의 객관적 기산점을 적용하도록 규정’하는 것은 소멸시효제도를 통한 법적 안정성과 가해자 보호만을 지나치게 중시한 나머지 합리적 이유 없이 과거사 사건에 관한 국가배상청구권의 보장 필요성을 외면한 것으로서 입법형성의 한계를 일탈하여 청구인들의 국가배상청구권을 침해하므로 헌법에 위반된다고 판단했다. 그리고 과거사 사건에 객관적 기산점의 적용이 배제되면 이러한 객관적 기산점을 전제로 한 「국가재정법」 제96조 제2항 및 구 「예산회계법」 제96조의 장기소멸시효기간의 적용은 당연히 배제된다고 판단했다. 다수의견은 그 이유로 첫째, 과거사 사건은 과거사정리법 제정 경위 및 취지 등에 비추어 국가기관의 조직적 은폐와 조작에 의해 피해자들이 그 가해자나 가해행위, 가해행위와 손해와의 인과관계 등을 정확하게 알지 못하는 상태에서 오랜 기간 진실이 감추어져 있었다는 특성이 있어 사인 간 불법행위 내지 일반적인 국가배상 사건과 근본적으로 다른 사건 유형에 해당되며, 둘째, 과거사 사건의 이러한 특성으로 인해 소멸시효제도의 입법취지 중 ‘채무자의 증명곤란으로 인한 이중변제 방지’나 ‘권리행사 태만에 대한 채권자의 제재 필요성과 채무자의 보호가치 있는 신뢰’는 그 근거가 되기 어렵고, 셋째, 과거사 사건에 대해 오랫동안 국가배상청구권을 행사하기 어려운 상황이었음에도 헌법 제10조 제2문의 헌법상 기본권 보호 의무를 지는 국가가 소멸시효를 「민법」 제766조 제2항 내지 제166조 제1항으로부터 기산함으로써 국가배상청구권이 이미 시효로 소멸되었다고 선언하는 것은 헌법 제10조에 반하며, 넷째, 국가배상청구권의 시효소멸을 통한 법적 안정성의 요청이 헌법 제10조가 선언한 국가의 기본권 보호의무와 헌법 제29조 제1항이 명시한 국가배상청구권 보장 필요성을 완전히 희생시킬 정도로 중요한 것이라고 보기 어렵고, 다섯째, 과거사 사건의 특성을 구분하지 아니한 채 사인 간 불법행위 내지 일반적인 국가배상 사건에 대한 소멸시효 정당화 논리를 그대로 적용하는 것은 헌법 제11조의 평등원칙에도 부합하지 않으며, 여섯째, 과거사 사건에 있어서는 그 특성상 피해자의 진상규명을 저해하여 국가에 대해 손해배상을 청구할 수 없었던 경우가 많았음에도 불구하고 불법행위 시점으로부터 소멸시효의 객관적

기산점을 적용하도록 하는 것은 피해자와 가해자 보호의 균형을 이루고 있는 것으로 보기 어렵고 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 지도원리에도 부합하지 않는다고 실시했다.

한편 다수의견은 「민법」 제766조 제1항의 주관적 기산점 및 단기소멸시효에 관하여는 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어 피해자와 가해자 보호의 균형을 도모하기 위한 것으로 과거사 사건에 있어서도 합리적 이유가 인정된다고 판단했다. 이에 따라 다수의견은 과거사 사건에 대해서 「민법」 제766조 제1항이 정한 주관적 기산점 및 이를 기초로 한 단기소멸시효만 적용된다고 판단하면서, 사건 유형별 구체적 기산점에 대하여 추가로 실시했다. 다수의견은 과거사 사건 중 ‘민간인 집단 희생사건’의 경우에는 피해자 등이 과거사정리위원회의 ‘진실규명결정을 안 날’로부터 3년 이내에 국가배상을 청구하여야 하고, ‘중대한 인권침해사건과 조작의혹사건’ 중 유죄확정판결을 받았던 사건의 경우에는 피해자 등이 ‘재심판결 확정을 안 날’로부터 3년 이내에 국가배상을 청구하여야 「민법」 제766조 제1항의 단기소멸시효 완성을 저지할 수 있을 것이라고 실시했다.

다. 재판관 3인의 반대의견

재판관 3인의 반대의견은 청구인들의 심판청구가 「민법」 제166조 제1항, 제766조 제2항의 자체의 일부 위헌 여부를 다투는 것과 같은 형식을 취하고 있으나, 그 실질적인 주장 내용은 대법원이나 당해 사건의 법원들이 소멸시효 기산점에 관한 일반규정인 「민법」 제166조 제1항의 ‘권리를 행사할 수 있는 때’의 해석과 관련하여 이를 법률상 장애사유만을 의미한다고 해석하여 과거사 사건의 경우에도 ‘불법행위를 한 날부터’ 소멸시효가 진행되어 시효가 완성되었다고 보고, ‘재심무죄판결이 확정된 날’을 ‘권리를 행사할 수 있는 때’로 보지 않으면서, ‘상당한 기간’ 내에 권리를 행사하였는가를 기준으로 소멸시효 완성의 항변에 대한 저지 여부를 판단하는 것이 청구인들의 재산권을 침해하여 헌법에 위반되므로 다투는 취지에 불과하다고 한다. 따라서 재판관 3인의 반대의견은 청구인들의 심판청구가, 당해사건 법원들의 심판대상조항들에 대한 해석·적용을 다투기 위한 방편으로 헌법소원심판을 청구한 것으로, 법률조항 자체의 위헌 여부를 다투는 것이 아니라 당해사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적·구체적 사건에서의 법률조항의 단순한 포섭·적용에 관한 법원의 해석·적용이나 재판결과를 다투는 것에 불과하므로 재판소원을 금지한 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지에 비추어 허용될 수 없고 부적법 각하하여야 한다고 한다.

라. 검토

헌법재판소 2014헌바148등 결정은 조금 늦은 감이 있지만, 이제라도 과거사 사건의 소멸시효와 관련하여 피해자 등의 국가배상청구권 행사를 제한해 온 대법원 입장에 제동을 거는 계기가 될 수 있다는 점에서 매우 긍정적으로 평가한다.

헌법재판소 2014헌바148 결정의 다수의견은 종래 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54 결정에서 지적된 반인권적 국가범죄의 법적 개념의 불명확성 문제를 회피하기 위해 현행 법률인 과거사정리법 제2조 제1항 제3호 및 제4호에 규정된 사건으로 대상을 특정하고 이러한 대상 사건이 일반적인 국가배상사건과 그 특성이 근본적으로 완전히 다른 유형의 사건임을 강조한 것으로 보인다.

한편, 앞서 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2004헌바54결정에서 구 「예산회계법」 제96조 제2항의 시효기간의 기산점이 되는 「민법」 제166조 제1항의 ‘권리를 행사할 수 있는 때’의 의미가 문제되었고, 재판관 3인 합헌의견은 이를 ‘법률상 장애사유’ 유무로 해석하는 대법원 판례와 달리 ‘객관적 장애사유’ 여부로 해석하여 최소침해성에 위배되지 않는다고 판단한 바 있다. 헌법재판소 2014헌바148 결정의 다수의견은 「민법」 제166조 제1항의 ‘권리를 행사할 수 있는 때’의 의미와 관련하여 “객관적으로 권리를 행사할 수 있는 시점”이라는 표현을 사용하여 일응 ‘객관적 장애사유’ 여부로 해석하는 입장을 취한 것 같으면서도, 국가배상을 청구할 수 없었던 경우가 많았던 과거사 사건 유형에 객관적 기산점을 적용하는 것이 헌법 제10조에 반하고 손해배상의 지도원리에 부합하지 않는다고 판단했다.

이와 같은 헌법재판소 2014헌바148 결정에 따르면, 과거사 사건에는 장기소멸시효의 객관적 기산점인 「민법」 제166조 제1항, 제766조 제2항의 적용이 배제되고 이를 전제로 한 장기소멸시효기간이 적용되지 않기 때문에, 종래 이미 국가배상청구권의 소멸시효가 완성된 것을 전제로 해서 국가의 소멸시효 항변을 신의칙에 기한 항변권 남용의 재항변으로 제한될 수 있는지의 문제로 접근하는 것이 아니라, 국가배상청구권에 대한 국가의 소멸시효 항변이 타당한지 여부를 판단하는 방식으로 접근하게 될 것이다. 그리고 종래 과거사 사건과 관련된 국가배상청구소송에서 그다지 의미가 없었던 「민법」 제766조 제1항의 단기소멸시효가 피해자 등의 권리구제에 있어 중요한 위치를 차지하게 될 것이다.

2. 헌법재판소 2014헌바148등 결정의 남은 문제들

과거사정리법에 따른 과거사 사건에 해당함에도 불구하고 과거사정리위원회에 진실규명신청을 하지 않았고 직권조사 대상이 된 적도 없는 과거사 사건들은, 헌법재판소 2014헌바148 결정에 의하면, 이제 「민법」 제766조 제1항의 단기소멸시효에 근거하여 현실적으로 피해자나 그 법정대리인이 언제 불법행위의 요건 사실을 구체적으로 알게 된 것으로 볼 것인지에 따라 권리 구제가능성이 열릴 수 있게 되었다. 이 점은 과거사정리위원회이나 재심법원 외의 기관에 의하여 진실이 확인된 경우도 마찬가지라고 본다.

소멸시효 항변에 대한 신의칙 적용은 이제 「민법」 제766조 제1항의 단기소멸시효가 완성된 것으로 판단되는 사건에서 여전히 의미를 가진다.

「헌법재판소법」 제75조 제2항에 따라 헌법재판소 2014헌바148 결정과 관련된 소송사건이 이미 확정된 경우 당사자는 재심을 청구할 수 있다. 이는 헌법재판소의 결정에 대한 법원의 기속력과 관련된 것으로 헌법재판소가 ‘일부위헌’이라고 밝힌 헌법재판소 2014헌바148 결정의 유형을 대법원이 어떻게 이해할 것인지와 밀접한 관련이 있다고 본다.

V. 나오며

과거사 사건은 대한민국 역사의 큰 아픔이지만, 이를 해결하는 과정을 통해 피해자와 유족의 상처를 치유하고 사회 구성원들 사이에 진정으로 화해할 수 있는 길을 모색하여 통합으로 나아가며 국가의 존재 의미를 다시 되새겨 인권과 정의를 국가의 가치를 재정립할 수 있는 좋은 계기로 삼을 수도 있다. 그리고 과거의 사건의 과거에만 머물지 않으며 현재와 미래의 사건에 영향을 준다. 또한 국가 공권력이 존재하는 한 과거사정리법에 따라 다루는 과거사 사건과 동일한 사건들이 언제든 반복될 수 있다.

과거사 사건에 관한 법원이나 헌법재판소의 판단은 과거의 일에 대한 평가에 그치지 아니하고 현재 발생하고 있는 사건들이 장래에 어떻게 다루어질 것인지를 알려주는 신호가 되며 국가나 사회 구성원의 장래 행위 방향을 결정하는 지침의 역할을 수행한다. 국가기관이나 공무원에게 불법이 있을 때에 이를 인정하

고 피해자에게 효과적인 구제조치를 제공하기 위해 노력하기 보다는 최대한 진실을 은폐하고 피해자의 권리 구제를 외면하는 것이 유리하다는 잘못된 신호를 전달하지 않아야 할 것이다. 이제라도 헌법재판소의 과거사 사건에 관한 2014헌바148등 결정을 계기로 법원이 인권 보장의 최후의 보루라는 위상에 걸맞게 오랜 세월을 고통과 인고로 지내온 과거사 사건의 피해자나 그 유족들을 진심으로 께안고 그 눈물을 닦아줄 수 있도록, 헌법재판소 2014헌바148 결정을 수용하고 과거사 사건의 소멸시효에 관한 현재의 입장을 재검토할 수 있기를 기대해 본다.

아울러 헌법재판소 2014헌바148등 결정으로 촉발된 과거사 사건에 관한 논의가 국회에서 소기의 성과를 거두어 관련 특별법 제정이나 과거사정리법 개정으로 결실을 맺을 수 있기를 기대해 본다.

제167회 발표회 지정토론문

발제문: 국가에 대한 손해배상청구권과 소멸시효

발제자: 홍관표(전남대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사)

날짜 및 장소: 2018. 9. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

김진곤*

I. 시작하며

최근에 들어 더욱 뜨거운 논쟁거리로 부상한 소멸시효의 문제는 개인의 권리구제와 직접적으로 관련되어 있는 것으로서 헌법상 재판을 받을 권리와 결부되어 있다. 특히 헌법상 기본권의 하나로 규정된 국가배상청구권의 행사에서 ‘소멸시효’에 대한 논란은 대법원의 사법농단과 연결고리를 갖는다는 의심의 한 대목이라는 점에서 더욱 뜨거운 화두가 되었다. 그런 점에서 오늘 발표자가 국가배상청구권의 소멸시효에 대하여 과거와 근래에 내린 대법원의 판결들을 통시적으로 관찰하여 그 문제점을 도출한 것은 시의적절한 논의로 볼 수 있다.

II. 소멸시효의 구조와 쟁점

1. 국가배상법의 입법상황

현행 국가배상법 제8조(다른 법률과의 관계)에 따르면, “국가나 지방자치단체의 손해배상 책임에 관하여는 이 법에 규정된 사항 외에는 「민법」에 따른다.

* 광운대학교 법학부 교수

다만, 「민법」 외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 따른다.” 입법자는 국가배상법 내에 소멸시효에 대한 근거를 명확하게 두고 있지 않고, ‘민법’ 또는 ‘민법 외의 다른 규정’을 적용할 수 있는 규정을 두었다. 이와 같은 규정방식은 다음과 같은 문제를 야기한다.¹⁾ 첫째, 민법과 민법 이외의 다른 규정을 어떤 범주에 따라 판가름할 것인지에 대하여 어떠한 기준도 제시하지 못한다는 점이다. 법제8조의 단서의 내용은 모든 법규정으로 개방하는 것인데, 법원의 해석에 내맡기는 것이다. 둘째, 법원의 해석을 통한 입법이 가능하도록 개방하였다는 점이다. 적어도 국가배상법 내에서 입법자가 스스로 국가배상청구권의 소멸시효를 완결적으로 규정하였어야 옳다. 법원의 해석은 국가배상의 문제에 대하여 이해하기 어려운 문제들을 자아내고 있다.

2. 법원의 입법형성

위에서 보았듯이 국가배상법 제8조에서 소멸시효에 관한 규정을 모호하게 규정한 결과 법원은 국가배상의 소멸시효와 관련하여 자신의 논리를 강화하여 하나의 입법체계를 형성해 왔다. 이른바 국가배상법의 문제를 국가재정법의 법적 관계와 동일하게 보면서 국가재정법 제96조 제2항을 적용하고 있다. 그런데 여기서 다시 법 제96조 제3항과 그 단서를 적용하여 단기소멸시효의 경우 민법 제766조 제1항(3년)을 적용하고 있다. 그래서 객관적 사유에 의한 시효는 5년을 적용하고, 주관적 사유에 의한 시효는 3년을 적용하는 것이다. 이러한 해석은 결국 법원이 소멸시효기간 적용을 그 사안에 따라 분리적용함으로써 개인의 법적 지위를 약하게 만들었다. 이것은 오늘 다루고 있는 국가불법의 청산과 관련된 사안과 다른 일반 사건에서도 마찬가지다. 이러한 체계에 따라 국가배상청구의 소멸시효를 해석하고 있는 법원의 논증구조는 법적 모호성에 대한 반응이기는 하지만 법논리적으로 정합성을 잃은 것일 뿐만 아니라 개인의 재판청구권을 합리적 근거 없이 제한하고, 권리에 대한 완전한 향유기간을 단축시키고 있다.

3. 국가재정법의 목적과 적용범위

국가재정법은 국가의 예산·자금·결산·성과관리 및 국가채무 등 재정에

1) 이러한 입법구조적 문제점에 대한 자세한 내용은 김진곤, “국가배상청구권의 소멸시효에 관한 입법구조와 그 문제점”, 헌법학연구 제18권 제1호, 2012, 115면 이하.

관한 사항을 정함으로써 효율적이고 성과 지향적이며 투명한 재정운용과 건전재정의 기틀을 확립하는 것을 목적으로 한다(법 제1조). 따라서 이 법은 애초에 국가배상의 문제와 실질적 관련성을 전혀 갖지 않는 것으로서 국가의 금전적 흐름에 대한 통제와 감독을 목적으로 한다. 따라서 그 법적 관계 또한 대량성 또는 반복성을 갖고 있으며, 그 집행이나 절차 등에 따른 금전급부의 청구조건 또한 확인하기 어렵지 않다. 그런데 국가배상청구권은 이러한 국가예산 등의 법적 관계와 달리 과거사 진상규명과 같이 국가의 조직적 은폐와 방해가 지속적으로 이루어지는 경우 해당 사건의 발생 및 그 경과를 확인하는 것은 거의 불가능하다. 이 대목에서 민법 제166조 제1항(소멸시효는 권리를 행사할 수 있는 때로부터 진행한다.)²⁾의 논리에 따라 국가배상청구권이 소멸시효의 대상이 되어 시효기간이 진행될 수 있는지 여부에 대한 논란이 시작된다. 개인은 국가에 의하여 자행된 집단살해에 대한 사실을 알 수도 없었을 뿐만 아니라 갑자기 체포되어 어디론가 끌려갔다는 사실만 알 뿐이지 그 후 자신의 가족에게 무슨 일이 일어났고 그것이 어떤 과정으로 진행되었는지 알지 못하는 상황에 처해 있었다. 이러한 국가의 불법적 행위는 헌법의 인간의 존엄과 가치를 거론하지 않더라도 그 사건 경과조차 알지 못하므로 국가배상의 기초가 되는 국가가 저지른 불법행위의 존부를 알 수 없다. 개인과 개인 사이에 발생한 민사상 불법행위는 적어도 대등성과 국가기관 등의 조사지원 등을 통하여 그 사건 경과를 체득할 수 있으나, 과거 국가불법의 사건들은 폐쇄공간에 갇힌 사실로서 권리행사의 단초를 줄 수 없었다. 권리발생의 객관적 사실의 존부 또는 권리자의 사실 인지 가능성을 따질 사안이 아닌 것이다.

Ⅲ. 입법적 개선의 필요성

1. 현행 국가배상법 제8조에 대한 국가나 법원의 인식은 국가배상의 문제를 단순히 사법적 관계로 보는 듯한 인상을 지울 수 없다. 그러므로 헌법 제29조에 따른 기본권으로 목록화한 헌법의 정신을 이어받아 공법적 관계로 인식전환을 하여야 하며, 그에 대한 독자적인 소멸시효 입법을 형성하여야 한다. 특히 오늘 우리가 다루는 과거사 청산 등의 교훈 아래 소멸시효기간의 장단을 다시 재구성할

2) 이러한 인식은 최근 헌법재판소 결정에서 잘 보여주고 있다. 헌재결 2018. 8. 30. 2014헌바148.

필요가 있다. 그것은 생명과 신체의 침해행위와 그 외 다른 법익의 침해 등을 입법자가 달리 규율할 수 있을 것이다.

2. 법원이 오랫동안 유지해온 국가배상청구에 대한 법리적 태도, 예컨대 사법적 침해관계로 보거나 국가재정법의 소멸시효 규정을 원용하는 등의 태도는 향후 재점검을 통하여 정리하여야 할 것이다. 물론 가장 최선의 방안은 입법자가 위 1.처럼 입법개선을 조속히 실행하는 것이다.

3. 우리는 이미 「헌정질서 파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법」에서 특정한 범죄에 대하여 공소시효의 적용을 배제하는 규정도 도입한 바 있다. 이를 치환하면 국가에 의하여 이루어진 살인 등 불법행위에 대하여도 국가를 범죄자로 처벌할 수 없다면, 그에 대한 다른 방법으로 국가배상청구권 보장에 소멸시효를 배제하거나 아주 장기의 기간으로 정할 수 있을 것이다. 법 제3조(공소시효의 적용 배제)에 따라 제2조의 헌정질서 파괴범죄와 「형법」 제250조의 죄로서 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄에 대하여 각 형사소송법과 군사법원의 공소시효를 적용하지 아니한다. 물론 국가배상과 관련된 위법성 등 구체적 사정에 따라 단계화된 소멸시효제도를 입법적으로 형성할 수 있을 것이다.

제167회 발표회 지정토론문

발제문: 국가에 대한 손해배상청구권과 소멸시효

발제자: 홍관표(전남대학교 법학전문대학원 부교수, 변호사)

날짜 및 장소: 2018. 9. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

박 준 희*

헌법실무연구회 제167회 발표회 겸 공동학술대회에서 홍관표 교수님의 훌륭한 발표에 대하여 지정토론을 하게 되어 영광입니다. 교수님께서 국가에 대한 손해배상청구권의 행사 및 그 시효에 관한 국가배상법, 민법, 국가재정법 및 예산회계법의 모든 관련조항들에 대한 그간의 헌법재판소 결정과 대법원의 법리를 면밀하게 분석하시고 최근 선고된 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바148등 결정에서 헌법재판소가 이른바 과거사 사건과 소멸시효에 관하여 내린 결정의 의의와 이 결정에도 불구하고 해결되지 못한 과제들 및 이후 필요한 조치들을 제시해 주셨습니다. 이하에서는 교수님께 하고 싶은 간략한 질문 위주로 지정토론 하고자 합니다.

1. 특수한 국가배상청구권과 소멸시효

진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(이하 ‘과거사정리법’)의 대상이 된 사건들은 공무원들이 조직적으로 관여하고, 국가가 사건을 조작·은폐하고 진실규명을 억압함으로써 오랜 시간 사건의 진상을 밝히는 것이 불가능했던 경우가 많습니다. 위법행위로부터 수십 년 경과 후에 과거사정리위원회의 활동으로 비로소 진상이 밝혀지게 된 이후 손해배상청구가 가능하게 되어 애초에 일반 불법행위

* 헌법재판소 헌법연구관

법리로는 타당한 결론을 도출하기 어려운 사건이었다는 점을 고려하면, 과거사정리위원회가 활동을 종료하며 국회 등에 건의한 바와 같은 배·보상 특별법 제정이 이루어졌으면 좋았겠지만,¹⁾ 정부가 특별법을 마련하지 않음에 따라 피해자들이나 희생자 유족들이 개별적으로 과거사위원회의 진실규명결정을 들어 국가를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하게 되었습니다. 대법원으로 하여금 신의성실의 원칙 및 권리남용원칙의 적용으로 실질적 정의를 추구하도록 하는 대신 특별법에 의한 해결 방법은 어땠을 지, 혹은 특별법에 의한 해결에 난점이 있었을 지에 관한 교수님의 생각은 어떠신가요?

2. 현재 2004헌바54 결정의 의의 및 문제점

이 결정에서는 당시로서는 적법성에 관한 이론 및 판례가 확립되지 않았던 한정위헌청구의 적법성에 관하여 상당한 노력이 할애되었음에도 불구하고, 처음으로 국가가 국민에 대하여 행한 반인도적 범죄행위에 대한 손해배상청구에 관하여 소멸시효를 적용하는 것의 위헌여부에 대한 본격적인 판단이 이루어졌고, 재판관 2인의 헌법불합치 의견 및 재판관 1인의 한정위헌 의견이 나왔다는 점에서 의의가 있다고 하겠습니다. 발표문에서 이른바 과거사 사건과 관련된 국가배상청구권의 특수성을 고려하지 않은 채 소멸시효제도를 일률적으로 적용하는 과정에서 발생하는 실질적 정의에 부합하지 않는 불합리한 결과를 바로잡기 위한 노력의 하나였다고 평한 점(발제문 11면), 그리고 소를 제기할 기대가능성이 없는 경우에는 시효기간이 개시되지 않는다고 본 법정의견은 대법원의 명백한 판례(권리를 행사할 수 없는 때를 법률상 장애로 좁게 해석하는 것, 즉 객관적 기대가능성 유무와 관계없이 시효기간이 개시되는 것)를 간과한 것으로 보인다는 지적(발제문 12면)에 공감합니다.

1) 과거사정리법은 개별 법률만으로는 일제강점기부터 권위주의 통치시까지 희생된 사람들을 전부 포섭할 수 없다는 문제의식 하에 제정된 포괄적인 과거사 정리의 근거법률로, ‘중대한 인권침해사건과 조작의혹사건’, ‘전시·사변·쿠데타 또는 이에 준하는 국가비상사기에 공무원이 공권력을 이용하여 조직적·계획적으로 행한 직무상 불법행위로 국민의 기본권을 침해한 경우’ 등으로 국가에 대한 손해배상청구권을 발생시킨 국민에 대한 불법행위를 규범화하였으므로, 국가배상청구권의 특수한 경우로서 배·보상에 관한 규율이 가능하였을 것으로 보인다. 예를 들어 독일에서는 나치정권과 동독정권의 불법청산과 관련하여서는 특별법의 형식(나치피해자보상법, 과거청산법 등)으로 법을 제정하면서 보상신청기간을 두었다.

다만 소멸시효 항변의 신의칙에 따른 허용 한계와 관련된 대법원 판례의 태도에 지나치게 의존하여 위헌 여부 판단이 이루어졌다는 점에 대해서는(발제문 12면), 대법원이 권리남용원칙을 구체적 사안에 따라 적절하게 적용함으로써 소멸시효의 기산점을 뒤로 늦추거나 소멸시효 완성 주장을 배척하는 등으로 불합리성을 보완할 수 있을 것이라는 기대를 한 것을 무리하다고 보기 어렵다고 생각합니다. 대법원 판례 가운데는 사실상 장애사유를 ‘권리를 행사할 수 없는 사유’로 파악한 예가 없지 않고,²⁾ 법률상 장애와 사실상 장애의 구분은 민법에서 명문으로 규정한 것이 아니라 민법 제166조 제1항의 해석론으로 도출된 것으로서, 권리가 발생하였지만 객관적으로 그 권리를 행사할 것을 기대할 수 없는 장애사유가 있고 그 장애의 정도가 법률상 장애에 준한다고 평가된다면, 그 장애가 제거될 때까지는 ‘권리를 행사할 수 있는 때’에 이르지 않았다는 해석도 가능하다³⁾는 점에서 그렇습니다.⁴⁾

실제로 뒤에 대법원이 위 현재 결정 다수의견의 바램과는 반대로 ‘권리남용을 주장할 수 있는 상당한 기간’의 판단을 시효정지 혹은 시효중단의 예에 의할 것인지에 관한 적극적인 이론 구성을 통하여 과거사 피해자들 및 그 유족이 손해배상청구권을 행사할 수 있도록 허용하는 범위를 제약하는 방향으로 움직인 것은 사실이나, 법원이 일단 신의칙에 반하는 사건으로 판단되면 그 효과를 설정함에 있어서는 사법재량을 활용하여 개별사안에 가장 부합하는 결과에 이를 수 있도록 하는 유연성을 발휘할 것을 요청하는 것 자체를 문제로 볼 수는 없다고 생각합니다.

3. 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 등

대법원 2012다202819 전원합의체 판결 이후의 과거사 소멸시효에 관한 대법원 판례에 대해서는 여러 평석을 통하여 비판이 이루어졌고 발표문에서도 자세히

2) 행사사건으로 잘못 기소되어 유죄판결(오판)을 받은 경우, 피해자의 손해배상청구권 소멸시효는 무죄판결 확정시 또는 재심 무죄판결 확정시부터 진행한다고 한 대법원 판결(항소심 판결을 그대로 인용한 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다25756 판결; 무죄판결이 확정된 때가 가해자를 안 날에 해당한다고 본 대법원 1989. 9. 26. 선고 89다카6584 판결)이 있다.

3) 권영준, 소멸시효와 신의칙, 재산법연구 제26권 제1호, 2009, 18.

4) 다만 이에 대해서는 민법 제166조 1항은 객관적 기산점(=권리를 행사할 수 있는 때)으로 규정하고 있으므로 위와 같은 해석은 법문과 다른 해석으로서 예외적으로 적용되어야 한다는 반론이 가능하다.

다루어져 이를 다시 언급하는 것은 반복에 지나지 않습니다만, 대법원 2012다 202819 판결은 채무자가 소멸시효 이익을 원용하지 않을 것 같은 신뢰를 부여한 경우(제3유형)에도 채권자는 그 사정이 있을 때로부터 상당한 기간 내에 권리를 행사하여야 채무자의 소멸시효의 항변을 저지할 수 있다고 하여, 종전에 다루어 지지 않은 부분(신의칙에 반하는 소멸시효 항변을 저지할 수 있는 기간과 상당한 기간 내에 권리행사가 있었는지 여부의 판단기준)을 다루면서, 과거사정리법 제2조 제1항 제4호의 중대한 인권침해사건 등(제2유형) 피해자들의 권리행사기간을 제한할 수 있는 길을 열었다고 할 수 있습니다.⁵⁾ 발제문은 ‘제3유형’은 과거사 사건에 일반적으로 적용되는 것이 아니라 특수한 경우에 적용될 수 있는 경우라고 하였는데(발제문 20면), 위 대법원 판결에서 제2유형의 권리남용 재항변을 배척하면서 제3유형임을 인정할 특별한 이유가 있었던 것인지에 대한 교수님의 의견이 궁금합니다. 이후 대법원 판결이 제시하고 있는 상당한 기간으로서 ‘재심판결 확정일부 6개월 이내, 형사보상결정 확정일부 6개월 이내’ 기준은 그 이전까지 알지 못한 법리로서 관련자들은 예상치 못한 피해를 입게 되었으며 실질적 정의에 반하는 결과를 신의성실의 원칙의 적용으로 적절하게 보완하지 못하는 사건들이 누적되어 이와 관련한 헌법재판소의 판단이 필요하게 되었다(발제문 13면)는 지적에 공감합니다.

대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다209916 판결에서는, 원고들 모두 재심무죄판결·형사보상결정·손해배상청구소송의 제기일에 차이가 없었는데, 형사보상결정의 확정일만 송달일의 차이로 달라졌습니다. 대법원은 형사보상결정이 나중에 확정된 원고에 대하여는 국가의 소멸시효항변이 신의성실에 반한다고 하였으나, 형사보상결정이 먼저 확정된 원고들에 대하여는 소 제기가 형사보상결정 확정일부 6개월이 경과하였다는 이유로 국가의 소멸시효항변을 받아들였는데, 형사보상결정의 확정일에 차이가 있다는 이유만으로 결과가 달라진다는 것은 일반인들이 상식적으로 이해하기 어려운 것입니다.

또 대법원 2014다205539 판결의 경우, 원고에 대하여 2011. 10. 27. 재심무죄판결이 확정되었고, 그에 대한 형사보상결정은 2012. 5. 18. 확정되었으며, 원고는 형사보상결정 확정일로부터 6개월 10일이 지난 2012. 11. 28. 국가를 상대로 손해

5) 2013다201844 판결의 법리에 따르면 유죄판결형의 중대한 인권침해사건 등의 피해자들이 국가를 상대로 가지는 손해배상청구권의 권리행사기간은 6개월로 제한되고, 이후의 판례는 원고가 형사보상을 받은 경우에는 손해배상청구 소송을 제기한 날짜가 형사보상결정 확정일로부터 6개월 내인가에 따라, 형사보상을 받지 않은 경우에는 재심판결 확정일로부터 6개월 내인가에 따라 소멸시효 항변의 인용 여부를 달리하고 있다.

배상청구를 하였는데, 항소심은 2014. 1. 23. 소멸시효완성을 이유로 원고의 청구를 기각하였고, 대법원은 2014. 5. 29. 심리불속행 판결로 상고를 기각하였습니다.⁶⁾ 또한 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014다224479판결의 경우, 2011. 3. 5. 재심 무죄판결이 확정되어 그로부터 약 7개월 여 지난 2011. 11. 14. 형사보상청구를 하였는데, 손해배상청구에 대하여 재심무죄판결 확정일로부터 6개월 내에 형사보상청구도 손해배상청구도 하지 아니하여 손해배상청구권의 소멸시효가 도과되었다고 판결하자, 원고들은 위 재판의 취소를 구하는 헌법소원심판을 청구하여 현재 심리 중입니다(2014헌마1175 사건). 재판취소 사건과 무관하게 현재 2014헌바148등 결정에 의하여 청구인들은 구제가 될 수 있는지, 이 재판취소 사건에 대해서는 어떤 결론을 내야 할 것인지에 관한 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

4. 현재 2014헌바148등 결정의 의의 및 과제

과거 국가배상청구권과 소멸시효에 관한 결정들은 직접 국가배상법 제8조를 심판대상으로 한 96헌바24 결정을 제외하고는 제한되는 기본권을 주로 재산권으로 보았으나, 위 결정에서는 ‘헌법 제29조 제1항에서 재산권의 특칙으로 국가배상청구권을 규정하고 있는데, 이는 국가의 형사사법작용 및 공권력행사로 인하여 신체의 자유 등이 침해된 국민의 권리의 구제를 헌법적 권리로 인정함으로써 관련 기본권의 보호를 강화하는 데 그 목적이 있다’고 하면서, 제한되는 기본권을 국가배상청구권으로 보았고, 국가배상청구권에 적용되는 소멸시효의 기산점과 시효기간에 관한 입법형성도 국가배상청구권의 보호영역으로 평가하는 것이 특별법 제정의 근거가 될 수도 있다고 생각합니다. 그런데 헌법 제29조 제1항은 국가배상청구권의 구체적 내용은 입법자가 형성할 수 있다는 점에서, 심사기준이 재산권에 비하여 엄격해진다고 보기는 어렵다고 보이는데, 이에 대한 교수님의 의견은 어떠신가요?

‘권리의 행사를 할 수 있는 때’의 의미를 조건이나 기한과 같은 법률상 장애 사유가 존재하지 않는 것으로 이해하는 대법원 판례에 따르면 과거사 사건과 관

6) 그밖에도 같은 시기에 대법원에 상고되었는데, 상고심 판례가 대법원 2012다202819 전원합의체 판결 전에 선고되어 기존 법리에 따라 시효완성 항변이 배척되어 손해배상을 받게 된 사안이 있는 반면(대법원 2011다77825판결), 상고심이 늦게 선고됨에 따라 손해배상을 받게 못하게 사안(2014헌바128사건의 당해사건)도 있다.

련된 국가배상청구는 이미 소멸시효가 완성된 것을 전제로 국가의 소멸시효 항변이 제한될 수 있는지의 문제로 접근할 수밖에 없는데(발제문 13면), 이번 헌법재판소 결정은 과거사 사건에 객관적 기산점을 적용하는 것은 위헌이라고 함으로써 소멸시효 완성 후 신의칙으로 소멸시효 항변을 제한하는 과정에서 나오는 적정한 권리행사 기간 등의 문제가 애당초 생길 소지가 없어지고 간명한 법률관계가 가능해졌다는 점에서 국가배상청구권의 보장에 충실한 결정이라고 생각합니다.

한편 앞서 본 바와 같이 민법 제166조 제1항의 ‘권리를 행사할 수 있는 때’에 관하여 대법원이 상당기간에 걸쳐 형성·집적하고 구체화한 해석이 있고 이러한 해석을 과거사 사건에 대하여 적용하는 것은 위헌이라는 결정은 어려워 결국은 ‘민법 제766조 제2항과 제166조 제1항이 결합하여 객관적 기산점을 적용하도록 규정하는 것’의 위헌 여부를 판단한 것이고, 이렇게 함으로써 한정위헌 결정을 피하려고 했다는 일부 견해에 대한 교수님의 의견은 어떠신가요?

이번 헌재 결정으로 과거사 사건에는 주관적 기산점에 의한 단기 소멸시효만 적용할 수 있게 됩니다. 과거사정리위원회는 2010년 공식적으로 활동을 중단하였는데 과거사정리법에 따른 과거사 사건임에도 불구하고 과거사정리위원회에 진실규명신청을 하지 않은 경우, 그리고 다른 기관에 의하여 진실이 확인된 경우에도 피해자나 그 법정대리인이 언제 불법행위의 요건사실을 구체적으로 알게 된 것으로 볼 것인지에 따라 권리 구제가능성이 열릴 수 있게 되었습니다(발제문 25면). 한편 과거사정리위원회로부터 진실규명결정을 받고 국가배상청구를 하였으나 소멸시효 완성을 이유로 기각 판결을 받고도 이를 다투지 않은 피해자들의 경우, 마찬가지로 민법 제766조 제1항의 단기소멸시효 법리에 따라 과거사정리법 제2조 제1항 제3호의 ‘민간인 집단 희생사건’ 중 위원회로부터 진실규명결정을 받은 피해자는 특별한 사정이 없는 한 진실규명결정을 안 날로부터 3년 이내에 국가배상을 청구하였다면 소멸시효 완성을 저지할 수 있고, 같은 항 제4호의 ‘중대한 인권침해·조작의혹사건’ 중 유죄확정판결을 받았던 피해자는 그에 대한 재심판결의 확정을 안 날로부터 3년 이내에 국가배상을 청구하였어야 할 것으로 보이는데, 교수님은 이에 대하여 어떻게 생각하시는지요?

마지막으로 이 사건 헌법소원 당사자들의 경우 헌법재판소법 제75조 제2항에 따라 법원에 재심을 청구할 수 있는데 법원의 적극적 반영 노력, 즉 재심 개시 및 헌재 결정의 취지에 맞는 재심 판결 없이는 결정의 효력이 당사자들에게 미치지 어렵다고 생각합니다. 법원의 결정이 ‘과거와의 화해를 통해 미래로 나아가기 위한 국민통합에 기여함을 목적’으로 하는 과거사정리법의 목적을 실현할 수 있

는 방향으로 이루어지기를, 그리고 발제문에서 언급한 특별법 제정이나 과거사정리법의 개정도 이루어지기를 기대합니다.

이상입니다. 감사합니다.

보상금 지급 동의의 재판상 화해 간주와 재판청구권

최 희 수*

I. 문제의 제기

(1) 헌법재판소는 지난 달 8. 30. 법원의 위헌제청 혹은 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원청구를 통해 ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’(2000. 1. 12. 법률 제6123호로 제정되고, 2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정되기 전의 것) 제18조 제2항¹⁾의 위헌 여부가 다투어졌던 다수의 사건들을 병합심리한 후 위 법률조항의 위헌 여부에 대해 중국적으로 결정하였는데, 위 법률조항의 위헌 여부가 다투어지게 된 경위를 법원에 의해 위헌제청이 이루어진 사안을 중심으로 재구성해보면 다음과 같다.

『1) 제청신청인 A와 B는 대통령 긴급조치 제9호 위반죄로 징역 1년 및 자격정지 1년의 형을 선고받고(서울형사지방법원성북지원 78고합19 및 서울형사지방법

* 강원대학교 법학전문대학원 교수

- 1) (1) 심판대상조문의 내용은 다음과 같다: 민주화보상법 제18조(다른 법률에 의한 보상등과의 관계등)
② 이 법에 의한 보상금등의 지급결정은 신청인이 동의한 때에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.
(2) 위 심판대상조문은 2015. 5. 18. 법률 제13289호로 개정되었고 또 일부 자구상 변화가 있었으나 실질적 내용은 개전 전 조문과 대동소이하다. 개정 조문의 내용은 다음과 같다: 민주화보상법 제18조(다른 법률에 따른 보상 등과의 관계 등) ② 이 법에 따른 보상금등의 지급 결정은 신청인이 동의한 경우에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 「민사소송법」에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.

법원 78고합446), 그 판결이 확정된 사람이다.

‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’(이하 ‘민주화보상법’이라 한다)에 따라 구성된 ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상심의위원회’(이하 ‘위원회’라 한다)는 위와 같은 사실을 인정하여 제청신청인들을 민주화운동 관련자(이하 ‘관련자’라 한다)로 심의·결정한 후, 2005. 11. 28.과 2008. 11. 20. A와 B에게 각각 생활지원금을 지급하는 결정을 하였고, 제청신청인들은 그 무렵 위 지급결정에 동의한 후 생활지원금을 지급받았다.

2) A는 2013. 5. 24. 위 78고합19 판결에 대한 재심을 청구하였고(서울북부지방법원 2013재고합8), 재심법원은 2013. 7. 19. 대통령 긴급조치 제9호가 당초부터 위헌·무효여서 모두 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당한다는 이유로 A에게 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄판결을 선고하였으며, B는 2011. 4. 15. 위78고합446 판결에 대한 재심을 청구하였고(서울중앙지방법원 2011재고합27), 재심법원은 2013. 8. 22. 같은 이유로 B에게 형사소송법 제325조 전단에 따라 무죄판결을 선고하였다.

3) 제청신청인들은 2013. 9. 17. 대한민국을 상대로 대통령의 위헌적인 긴급조치 발동 및 고문, 위법한 수사에 근거한 재판, 구금 등으로 인하여 발생한 손해의 배상을 구하는 소를 제기하고(서울중앙지방법원 2013가합544188), 그 소송 계속 중이던 2014. 7. 10. 민주화보상법 제18조 제2항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였고(서울중앙지방법원 2014카기50914), 위 법원은 이를 받아들여 2014. 9. 15. 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.』

(2) 위 사안과 같이 민주화보상법 제18조 제2항의 위헌 여부가 헌법재판소에서 다투어지게 된 때에는, 위 법률조항을 해석함에 있어 대법원이 취하고 있는 기존 입장에 따른 경우 A와 B에게 불리한 결과가 초래된다는 점이 그 배경이 되었다. 대법원은 위 사안과 거의 유사한 손해배상청구사건에서, 민주화보상법에 따라 보상금 등 지급결정에 신청인이 동의한 때에는 동법 제18조 제2항에 따라 위자료를 포함한 일체의 민주화운동 관련 손해에 대해서 재판상 화해와 같은 효력이 있고, 따라서 설령 나중에 형사 재심절차를 통해 무죄의 확정판결을 받았어도 그 부분의 피해(위자료)가 재판상 화해의 효력이 미치는 범위로부터 제외될 수

없다고 판시(대법원 2015. 1. 22. 선고, 2012다204365 전원합의체 판결)한 바 있기 때문이다.

따라서 위 사안에서와 같이 재심을 통해 무죄의 확정판결을 받은 A와 B가 대통령의 위헌적인 긴급조치 발동 및 고문, 위법한 수사에 근거한 재판, 구금 등으로 인해 발생한 손해의 배상을 구하는 소송을 법원에 제기하더라도 위 대법원 판결에 따라 승소할 가능성이 희박하고, 결과적으로 제청신청인 A와 B로서는 대법원이 위 판결에서 판시한 내용대로 적용되는 민주화보상법 제18조 제2항의 내용이 그 자체로서 위헌이라는 주장을 펴는 방식으로 권리구제를 도모하는 방법 이외에는 달리 구제수단이 존재하지 않는다. 결과적으로 위 사안은 제청신청인들이 법률조항의 해석을 다투는 방식으로 사실상 법원의 재판을 다투는 경우로서 재판소원의 속성을 지닌 이른바 ‘간접적 법률소원’에 해당²⁾한다.

(3) 그런데 필자가 위 사안에 대해 검토하던 중에 헌법재판소가 지난 달 30일 재판상 화해 간주 조항에 대하여 일부위헌을 선고하였다. 헌법재판소의 종국적 결정이 있었으므로 ‘선고를 앞두고 결정의 방향성을 제시 또는 촉구’하기 위한 목적에 따라 논의를 전개해야 할 필요성이 상실되었다. 그러므로, 아래에서는 위 조항의 해석 여부를 두고 전개되었던 종전의 대법원의 입장, 특히 다수의견과 소수의견의 견해대립에 대해 살펴보고, 다수의견에 대해 제기되었던 학계의 비판적 견해들을 소개한 뒤, 끝으로 위 조항에 대한 헌법재판소의 최근 결정을 통해 제시된 법정의견의 타당성과 문제점을 간략하게 살피는 데 만족하고자 한다.

2) ‘간접적 법률소원’이라는 용어는 현재 2003. 4. 24. 2001헌마386 결정의 소수의견(재판관 김영일, 송인준의 반대이견)에서 이미 사용된 바 있다. “일반적으로 재판소원을 크게 2개의 유형으로 구분한다면, 법원의 재판이 위헌적인 법률에 기인할 때, 재판소원의 형태로 당해 재판에 적용된 법률의 위헌성을 묻는 재판소원(소위 ‘간접적 법률소원’)과 구체적 소송사건에서 법원이 적용법률에 미치는 기본권의 영향을 완전히 간과하든지 또는 오인하여 법률을 잘못 해석·적용함으로써 국민의 기본권을 침해한다는 주장으로 제기되는 재판소원으로 나누어 볼 수 있는데, 우리 헌법재판소법은 제68조 제2항을 통하여 재판소원의 한 부분인 ‘간접적 법률소원’을 수용함으로써 ‘법원의 재판이 위헌적인 법률에 기인하는지’에 관한 심사를 헌법재판소의 관할로 규정하고 있는 것이다.” 물론 본문의 사례는 법원이 제청신청을 받아들여 위헌제청을 한 경우이므로 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원에 해당하지는 않으나, 만약 법원이 위헌제청신청을 기각하였다면 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원이 제기되었을 사안이라 추정된다. 따라서 제청신청인의 입장에 한정하여 판단하면, 제청신청인의 제청신청에 기해 법원이 위헌제청을 한 경우도 간접적 법률소원에 상당하는 재판소원으로서의 속성을 갖추고 있다.

II. 재판상 화해 간주 규정에 대한 대법원의 해석

1. 개관

민주화보상법 제18조 제2항은 민주화운동과 관련하여 수사기관에 불법체포·구금된 후 고문 등에 의한 자백으로 유죄판결을 받고 복역함으로써 입은 피해에 대하여 신청인이 ‘민주화운동관련자 명예회복 및 보상심의위원회’(이하 ‘위원회’라 한다)의 보상금 등 지급결정에 동의한 경우에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 간주한다.

위 규정의 의미에 대해 ‘대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365 전원합의체 판결’은 신청인이 위와 같이 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때에는 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 위자료를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해와 동일한 효력이 발생하는 것으로, 이러한 결과는 나중에 재심절차에서 무죄판결이 확정된 경우에도 그 부분 피해를 재판상 화해의 효력이 미치는 범위에서 제외되는 것으로 해석할 수 없다고 판시하였다.

이러한 다수의견에 대해서는 반대의견이 제시되어 있는바, 양자를 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

2. 다수의견

다수의견의 요지는 다음과 같다.

(1) 민주화보상법 제18조 제2항의 입법목적은 신청인이 보상금·의료지원금·생활지원금(이하 ‘보상금 등’이라 한다) 지급결정에 동의한 때에는 재판상 화해와 같은 효력, 특히 기판력을 부여함으로써 소송에 앞서 ‘위원회’의 보상금 등 지급결정절차를 통하여 이를 신속히 종결·이행시키고 보상금 등 지급결정에 안정성을 부여하는 데 있다. 이러한 입법목적과 민주화보상법의 입법취지 및 기타 조항들의 내용 등³⁾을 종합하면, 신청인이 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한

3) 대법원의 다수의견은 민주화보상법 제2조 제1호, 제2호 (라)목, 제10조 제1항, 제14조 제1항, 제18조

때에는 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 위자료를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해와 동일한 효력이 발생한다.

(2) 민주화보상법은 민주화운동을 이유로 유죄판결을 받고 일정 기간 복역한 사람에 대하여 생활지원금을 지급함에 있어 유죄판결에 이르게 된 경위를 구분하지 아니하고 있으므로, 적법한 형사절차에 따라 유죄판결을 받고 복역한 경우뿐만 아니라 불법체포·구금이나 고문·조작 등과 같은 수사기관의 불법행위가 개재되어 유죄판결을 받고 복역한 경우도 생활지원금의 지급 대상이 된다.⁴⁾

(3) 따라서, 민주화운동과 관련하여 수사기관에 의하여 불법체포·구금된 후 고문 등 가혹행위를 당하여 범죄사실을 자백하고 그에 기하여 유죄판결을 받고 복역함으로써 입은 피해 역시 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 해당하므로, 이에 대하여도 신청인이 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때에는 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 재판상 화해와 동일한 효력이 발생하고, 비록 위와 같은 사유를 이유로 나중에 형사 재심절차에서 무죄판결이 확정되었다고 하여 그 부분 피해를 재판상 화해의 효력이 미치는 범위에서 제외할 수 없다.

3. 반대의견⁵⁾

반대의견의 요지는 다음과 같다.

(1) 민주화운동과 관련하여 수사기관에 의하여 불법체포·구금된 후 고문 등 가혹행위(이하 ‘수사기관의 불법행위’라 한다)를 당하여 범죄사실을 자백하고 그에 기하여 유죄판결을 받고 복역하였다가 그 후 재심절차에서 수사기관의 불법행위로 인하여 판결에 영향을 미친 사실이 밝혀져 유죄판결이 취소되고 무죄판결이 확정된 경우에, 피해자의 체포·구금 이후 형의 복역에 이르기까지의 일련의 과

제2항, 동법시행령 제20조 제3호 [별지 제10호 서식] 규정의 내용, 신청인이 작성·제출하는 동의 및 청구서의 기재 내용을 열거하고 있다.

4) 다수의견이 민주화보상법 제2조 제2호 (라)목, 제9조 제1항 제1호, 동법 시행령 제12조의2 제1항 전단을 해석한 결과이다.

5) 대법관 5인(이상훈, 김용덕, 고영한, 김창석, 김소영 대법관)의 입장이다.

정(이하 ‘복역 등’이라 한다)에 대한 법률적인 의미는 재심판결의 전후가 다르다.

(2) 재심절차에서 무죄판결이 확정된 사정은 보상금 등 지급결정에 대한 동의에 의한 화해의 효력 발생의 기초가 된 사정에 관하여 중대한 변경이 생긴 경우에 해당하므로, 사정변경 전에 위원회의 지급결정절차에서 인정된 보상금 등은 이와 같은 사정 및 이에 따른 신청인의 정신적 손해를 제대로 평가·반영하지 아니한 것이다.

(3) ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’(이하 ‘과거사정리법’이라 한다)에 의한 진실규명결정 및 재심절차에 의한 무죄판결의 확정으로 피해자의 명예를 회복하여 주고서도 무죄판결이 확정되기 전에 행하여진 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의하였다는 사실을 들어 재심을 통하여 확인된 수사기관의 불법행위에 의한 복역 등으로 입은 정신적 손해에 대한 배상청구를 허용하지 아니한다면, 이는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대한 명예회복 외에 피해보상을 규정한 민주화보상법의 입법 취지는 물론 규명된 진실에 따라 피해자의 피해회복을 위한 적절한 조치를 취할 의무를 국가에 부과한 과거사정리법의 입법 취지에도 부합하지 아니한다.

(4) 그동안의 대법원판결이나 법원의 실무 운영과는 달리 재심절차에 의하여 무죄판결이 확정된 사정을 전혀 도외시키고, 보상금 등 지급결정에 동의하였다는 사정만으로 재심판결에 의한 유죄판결 취소로 새로 밝혀진 억울한 복역 등으로 피해자가 입은 정신적 손해에 대하여 더 이상 손해배상청구권을 행사할 수 없다고 보는 것은 공평과 정의의 관념에 배치된다.

4. 평가

(1) 다수의견과 반대의견은 정반대의 결론에 이르고 있는데, 요컨대 전자는 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의하였다는 사실에 기해 재판상 화해의 효력이 발생함은 곧 확정판결의 기판력과 같은 효력을 갖는 것에 다름 아니므로 이러한 효과는 재심에 의해 유죄판결이 무죄판결로 바뀔 경우에도 계속 유지되어야 한다고 보는 반면, 후자는 재심을 통해 유죄판결이 무죄판결로 변경된 경우에는 재판상 화해의 효과 즉 기판력이 더 이상 유지될 수 없다고 보는 데 결정적 차이가

있다. 특히 후자의 입장은 재판상 화해간주조항의 효력이 수사기관의 불법행위에 의한 복역으로 인하여 입은 피해에까지 미치는 것은 아니라는 입장이다.

(2) 사안에서 본 바와 같이 보상금 등을 지급받은 자가 ‘재심을 통한 무죄판결에 따라 국가배상청구권’을 행사할 수 있는가는 민주화보상법 제18조 제2항의 재판상 화해간주조항의 효력이 수사기관의 불법행위로 인해 초래된 피해에까지 미치는 것으로 볼 수 있을 것인지 여부가 결정적이다. 이 문제를 해결하는 방안으로서는 긍정설과 부정설 및 절충설로 각 구분해 볼 수 있을 것이다.⁶⁾ 긍정설은 불법행위로 인해 초래된 일체의 피해에 대해 재판상 화해 간주의 효력이 미친다고 보며,⁷⁾ 부정설은 불법행위로 인하여 입은 일체의 피해에 대해 재판상 화해 간주의 효력이 미치지 않는 것으로 본다.⁸⁾ 반면 절충설은 불법행위로 인해 입은 피해 중 적어도 정신적 손해에 대하여는 재판상 화해 간주의 효력이 미치지 않는 것으로 보고자 한다.⁹⁾

6) 이와 같은 학설 구분은 신신호, 민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률 제18조 제2항에서 정한 재판상 화해간주의 효력이 미치는 범위 -대법원 2015. 1. 22. 선고, 2012다204365 전원합의체 판결 -, 법조 2016. 3. (Vol. 713), 238 쪽 이하에 따른 것이다. 필자는 각 학설의 주장자를 분명하게 밝히고 있지 않은데, 아마도 ‘있을 수 있는 해석가능성’에 따라 학설분류를 행하는 듯하지만, 가능한 논거들을 비교적 잘 정리하고 있어 아래 각주를 통해 이를 구체적으로 소개한다.

7) 긍정설은, 첫째, 민주화보상법이 재판상 화해간주의 효력이 미치는 피해의 범위를 제한하지 않고 있으므로, 수사기관의 불법행위로 인해 입은 피해 역시 민주화운동과 관련한 피해로서 이미 보상금 지급의 대상이 된 것으로 보아야 한다는 점, 둘째, 수사기관의 불법행위로 인해 복역한 과거사 사건의 경우 부당한 복역으로 인해 입은 피해를 별도로 구분하는 것이 쉽지 않다는 점, 셋째, 민주화보상법이 적법한 형사절차를 거쳐 유죄판결을 받은 경우뿐만 아니라 불법행위로 인해 부당하게 유죄판결을 받은 경우까지 전부 고려해 제정된 법률이라고 보아야 한다는 점 등을 논거로 한다.

긍정설은 특히 ① 재판상 화해 간주조항이 재판상 화해와 같은 효력, 특히 기판력을 부여한 것은 소송에 앞서 위원회의 보상금 등 지급결정절차에 안정성을 부여하여 국고손실을 가능한 한 경감하기 위한 것이라는 점, ② 수사기관의 불법행위로 인한 피해에 대해서도 보상이 이루어 졌음에 대한 당사자 간 합의가 존재한다는 점도 그 근거로 들고 있다. 신신호, 위 논문, 238쪽 이하, 특히 240쪽 이하 참조.

8) 부정설은, 첫째, 재심절차를 통해 유죄판결이 취소되고 무죄판결이 내려질 경우, 체포나 구금 이후 복역에 이르기까지 일련의 과정이 갖는 법률적 의미가 달라진다고 보아야 한다는 점, 둘째, 보상금 수령 후 보상금 지급 당시 예상하지 못한 중대한 사정변경이 생길 경우에는 화해의 효력이 제한되는 것으로 보아야 한다는 점, 셋째, 보상금 등 지급결정에 동의했다는 사정만으로 재심에 의해 새로 밝혀진 억울한 복역으로 인한 피해에 대해 손해배상청구권을 행사할 수 없다고 보는 것은 공평과 정의의 관념에 배치되며, 민주화보상법과 과거사정리법의 입법취지에 부합하지도 않는다는 점 등을 근거로 든다. 신신호, 위 논문, 241쪽 이하 참조.

9) 절충설은, 복역으로 인해 입은 피해 중 적어도 정신적 손해에 대해서는 재판상 화해 간주조항의 효력이 미치지 않는 것으로 보는데, 결국 수사기관의 불법행위에 따른 복역으로 입은 재산상 손해는 민주화보상법상 보상금 등 지급의 대상이 된 것으로 보는 입장이다. 즉 피해자가 복역한 사실, 출소 후 해직이나 취업할 수 없었던 사실 등 재산상 손해의 발생 근거가 되는 사실은 그것이 객관적으로 명백히 존재하는 이상 그러한 재산상 손해는 보상금 지급의 대상이 된 것으로 볼 수 있다는 것이다. 또 복역기간의 재산

Ⅲ. 대법원의 다수의견에 대한 학설의 비판

학계에서 위 대법원 판결의 다수의견에 대해 비판적으로 검토하는 의견들은 대체로 위 대법원 판결의 반대의견과 궤를 같이 하는데, 핵심적인 주장을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 재판상 화해는 대법원 판례¹⁰⁾에 따른 경우 창설적 효력¹¹⁾이 있지만, 이러한 창설적 효력이 미치는 범위는 기판력의 범위로 연결되므로 창설적 효력에 따른 기판력의 범위는 당사자 사이에 다투어진 소송물에 한정된다. 그런데 창설적 효력이 미치는 범위가 모호할 때의 해석기준에 대한 대법원의 종전 판례¹²⁾의 입장에 따른 경우 앞서 본 반대의견이 견지하고 있는 입장과 일치한다. 즉 사후에 형사 재심절차에서 무죄판결이 확정된 경우에는 그 부분의 피해는 재판상 화해의 기판력이 미치는 범위로부터 제외되어야 한다.¹³⁾

상 손해 역시 실질적 보상이 이루어진 것으로 본다(민주화보상법 제9조 및 동법 시행령 제12조의2는 민주화운동을 이유로 30일 이상 구금된 사람에 대해 복역일수에 지급결정연도의 최저임금을 곱하여 계산한 금액을 생활지원금으로 지급하도록 하고 있고, 재심을 통해 무죄가 선고된 경우에도 형사보상법에 따른 보상이 이루어진다). 신신희, 위 논문, 246쪽 이하 참조.

10) 대법원 1997. 1. 24. 선고, 95다32273 판결:

“제소전 화해는 재판상 화해로서 확정판결과 동일한 효력이 있고 창설적 효력을 가지는 것이므로 화해가 이루어지면 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리·의무관계는 소멸하는 것이나, 제소전 화해의 창설적 효력은 당사자 간에 다투어졌던 권리관계 즉 계쟁 권리관계에만 미치는 것이지 당사자 간에 다투어 없었던 사항에 관하여서까지 미치는 것은 아니므로 제소전 화해가 있다고 하더라도 그것에 의하여 화해의 대상이 되지 않은 종전의 다른 법률관계까지 소멸하는 것은 아니고 제소전 화해가 가지는 확정판결과 동일한 효력도 소송물인 권리관계의 존부에 관한 판단에만 미친다.”

11) 창설적 효력이란 화해가 성립하면 종전의 법률관계는 소멸하고 새로운 권리의무관계가 창설되는 것을 말한다. 유병현, 재판상 화해 간주 효력의 기판력과 그 범위 -대법원 2015. 1. 22. 선고, 2012다204365 전원합의체 판결을 중심으로-, 한국민사소송법학회, 민사소송 20(2), 2016. 11., 134쪽.

12) 대법원 2013. 2. 28. 선고, 2012다98225 판결:

“법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하는 것이고, 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 할 것인데, 이러한 법리는 당사자 사이에 재판상 화해가 성립한 후 그 화해조항의 해석에 관하여 다툼이 있는 경우에도 마찬가지로 적용되어야 할 것이다.”

13) 유병현, 위 논문, 134-135쪽. 또한 최정희, 민주화운동보상법상 보상금 지급에 따른 재판상 화해 의제의 적법성 문제 -대법원 2015. 1. 22. 선고, 2012다204365 전원합의체 판결과 관련하여-, 전남대 인권법센터, 26쪽 이하는, 민주화운동과 관련하여 수사기관의 불법행위로 유죄판결을 받은 민주화운동관련자에

둘째, 과거사정리법¹⁴⁾의 입법경위에 비추어 볼 때, 민주화운동 관련자가 법령 민주화보상법¹⁵⁾을 통해 보상을 받은 경우라 할지라도, 과거사정리법이 그와는 별도로 반민주적 또는 반인권적 행위에 의한 인권유린 사건 등을 조사하여 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝혀냄으로써 과거와의 화해를 통해 미래를 나아가기 위한 목적(과거사정리법 제1조 참조)으로부터 제정되었다는 점, 확정판결을 받은 사건에 대해 원칙적으로 진실규명의 범위로부터 제외하면서도 민사 또는 형사상 재심 사유에 해당하는 경우에도 여전히 진실규명을 할 수 있도록 하고 있다는 점,¹⁶⁾ 나아가 과거사정리법 제36조 제1항의 의무규정¹⁷⁾ 및 국가배상청구에 대한 국가의 소멸시효 항변을 배척하였던 대법원의 종전 판시¹⁸⁾의 취지 즉 과거사정리법이 피해회복의 방법에 대해 아무런 제한을 두지 않은 이상 이는 국가배상청구에 의한 사법적 구제방안을 수용한 것이고 거기에는 소멸시효를 주장하여 배상을 거부하지 않겠다는 의사가 표명되어 있는 것으로 본 취지는 국가의 소멸시효항변에 대해서만 적용될 수 있는 것이 아니라 재심을 통한 무죄판결을 통해 현출된 ‘불법적 복역에 따른 피해’를 대상으로 하는 위자료청구에 대해서도 동일하게 적용되어야 한다는 점¹⁹⁾ 등이 고려되어야 한다.

대해 재심을 통해 무죄판결이 내려진 전후의 사정은 객관적 법률적 평가가 달라진 경우이므로 재판상 화해의 창설적 효력이 미치는 경우라 볼 수 없다고 한다.

- 14) 민주화보상법은 2000. 1. 12. 법률 제6123호로 제정되어 2000. 5. 13.에 시행된 반면, 과거사정리법은 그로부터 5년이 지난 2005. 5. 31. 법률 제7542호로 제정되어 그해 12. 1. 시행되었다.
- 15) 이영재, 민주화보상법 운용 현황과 과제, 공법연구 제34집 제1호(2005), 149쪽 이하는 민주화보상법의 제정연혁과 운영현황 등에 대해 상세히 설명하고 있다. 또한 유병현, 위 논문, 135-136쪽 참조.
- 16) 과거사정리법 제2조(진실규명의 범위) ② 제1항의 규정에 의한 진실규명 범위에 해당하는 사건이라도 법원의 확정판결을 받은 사건은 제외한다. 다만, 제3조의 규정에 의한 진실·화해를위한과거사정리위원회 의결로 「민사소송법」 및 「형사소송법」에 의한 재심사유에 해당하여 진실규명이 필요하다고 인정하는 경우에는 예외로 한다.
- 17) 과거사정리법 제36조(피해 및 명예회복) ① 정부는 규명된 진실에 따라 희생자, 피해자 및 유가족의 피해 및 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다.
- 18) 대법원 2013. 5. 16. 선고, 2012다202819:
“국가가 과거사정리법의 제정을 통하여 수십 년 전의 역사적 사실관계를 다시 규명하고 피해자 및 유족에 대한 피해회복을 위한 조치를 취하겠다고 선언하면서도 그 실행방법에 대해서는 아무런 제한을 두지 아니한 이상, 이는 특별한 사정이 없는 한 그 피해자 등이 국가배상청구의 방법으로 손해배상을 구하는 사법적 구제방법을 취하는 것도 궁극적으로는 수용하겠다는 취지를 담아 선언한 것이라고 볼 수밖에 없고, 거기에서 파생된 법적 의미에는 구체적인 소송사건에서 새삼 소멸시효를 주장함으로써 배상을 거부하지는 않겠다는 의사를 표명한 취지가 내포되어 있다고 할 것이다.”
- 19) 소멸시효항변을 배척하는 위 대법원 판결에 따라 민주화운동 관련자가 과거사정리위원회의 진상규명 결정 이후 위자료에 대한 배상청구를 할 때에 국가가 소멸시효완성을 주장할 경우 대법원은 이를 신의성실원칙에 반하는 권리남용에 해당하는 것으로 간주하여 이를 배척하고 위자료청구를 인용하는 것이 일반적이었다.

셋째, 다수의견에 따르면, 민주화운동보상법에 따라 보상을 받은 경우 국가의 불법행위로 인한 손해, 특히 재심을 통해 무죄판결을 받은 경우 그 손해에 대해 별도로 위자료를 청구할 수 없게 되는데, 이러한 결과는 보상과 배상의 개념을 혼동²⁰⁾한 것이므로, 재심을 통한 무죄판결에 기해 국가배상을 청구하는 경우와 민주화보상법상 보상금 등을 동일시하고자 하는 견해는 타당하지 않다.

Ⅳ. 2018. 8. 30. 헌법재판소의 결정의 내용과 그에 대한 비판적 검토

1. 개관

헌법재판소는 2018. 8. 30. 2014헌가10 등 결정에서 위 대법원 판결에서 문제되었던 것과 동일한 심판대상조항의 위헌 여부가 다투어진 ‘헌가’ 사건 6건과 ‘헌바’ 사건 24건을 병합 심리한 후 “... ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다.”고 선언하였다. 민주화

그러다가 대법원 2014. 3. 13. 선고, 2012다45603 판결에서, 보상심의위원회의 생활지원금 지급결정에 동의하고 이를 수령한 민주화운동관련자가 민주화운동과 관련하여 입은 피해들에 대하여 다시 위자료를 청구하는 것은 권리보호이익이 없어 부적법하다고 하면서, “민주화운동보상법의 입법 취지, 관련 규정의 내용, 신청인이 작성·제출하는 동의 및 청구서의 기재 내용에 더하여 특히 민주화운동보상법 제18조 제2항의 입법 목적이 신청인이 보상금·의료지원금·생활지원금(이하 ‘보상금 등’이라 한다) 지급결정에 동의한 경우 재판상 화해와 같은 효력, 특히 기판력을 부여함으로써 소송에 앞서 ‘민주화운동관련자 명예회복 및 보상심의위원회’(이하 ‘보상심의위원회’라 한다)의 보상금 등 지급결정절차를 통하여 이를 신속히 종결·이행시키고 보상금 등 지급결정에 안정성을 부여하는 데 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 보상심의위원회가 신청인이 신청한 내용 중 일부에 관하여 명시적으로 민주화운동보상법에서 정한 민주화운동관련자 요건에 해당하지 아니한다는 결정을 하지 아니한 이상, 신청인이 보상심의위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때에는 민주화운동보상법 제18조 제2항에 따라 위자료를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해와 동일한 효력이 발생한다.”고 판시하였다.

그런데 위 판시의 기초가 된 사안은 과거사정리위원회로부터 진상규명결정을 받은 후 재차 위자료를 청구한 사건일 뿐 재심청구를 통해 중전의 유죄판결이 반복되고 무죄판결이 내려진 후 그 무죄판결에 기초해 위자료청구를 한 사건은 아니었다. 이점을 적절히 지적하고 있는 경우로서는, 유병현, 위 논문, 137쪽 참조.

- 20) 최정희, 위 논문, 25쪽 이하는, 보상은 가해자의 유책성을 전제로 하지 아니한다는 점에 배상과 구분되고, 또 보상은 그 형태나 내용에 있어 ‘금전배상 및 완전배상을 원칙으로 하는 배상’과 달리 다양할 수 있고 경우에 따라 신속을 고려하되 보상재원에 대한 고려 등 정책적 판단에 따라 완전한 손해전보를 행하지 않을 수도 있는바, 결과적으로 재심을 통한 무죄판결에 기초해 국가배상을 청구하는 것과 민주화운동보상법상 보상금을 동일시할 수 없다고 한다.

운동과 관련하여 입은 피해를 적극적 손해, 소극적 손해 및 정신적 손해로 관념하고 정신적 손해 중 불법행위로 인한 정신적 손해 부분만을 양적으로 분할하여 그에 대해서만 위헌으로 선언한 것이다. 결정유형상 일부위헌 결정에 해당한다.

아래에서 헌법재판소의 판단을 쟁점별로 살펴보고 이를 비판적으로 검토한다.

2. 명확성원칙 위배 여부

(1) 법정의견

헌법재판소는, 민주화보상법의 입법취지, 관련 규정의 내용, 신청인이 작성·제출하는 동의 및 청구서의 기재내용 등을 종합하면, 심판대상조항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’란 공무원의 직무상 불법행위로 인한 정신적 손해를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체를 의미하는 것으로 합리적으로 파악할 수 있고, 따라서 명확성원칙에 위배되지 아니한다고 한다.

(2) 검토

1) 앞서 살펴 본 바와 같이 대법원이 민주화보상법 제18조 제2항을 해석함에 있어서는 다수의견과 반대의견이 대립하고 있고, 이와 관련하여 반대의견을 지지하는 입장에서 다수의견을 비판하는 유력한 비판이 제기되어 왔다. 그런데 반대의견이 아무리 유력한 논거를 제시한다 할지라도 현실에서 법적 구속력을 갖는 것은 다수의견으로 대변되는 법정의견이다. 즉 어떤 법률조항이 구체적 현실에서 어떤 내용으로 적용되는가는 최고법원인 대법원이 법정의견을 통해 밝힌 해석에 따른다. 즉 법정의견이 해석하는 대로 적용된다. 법률과 법률해석을 관념상으로 입법기관에 의해 제정된 상태 그대로의 ‘법률’과 이를 구체적 사건에 적용하는 단계에서 그 의미가 당해 사안과 관련하여 구체화되는 ‘법률해석’으로 구별하는 것이 일응 가능할지라도, ‘법률해석’은 ‘법률’이 적용을 위해 거칠 수밖에 없는 과정에서 작용하는 법인식 내지 법창조의 결과물이므로 수범자의 입장에서 볼 때 양자, 즉 법률과 법률해석은 그 자신에 대한 적용이라는 관점에서 완전히 동일한 것이다. 이러한 결과는 헌법재판소가 2011헌바117(제주도 위촉위원 사건)²¹⁾에서

21) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바117, 판례집 24-2하, 387(395): “규범으로서의 법률은 그 적용영역에 속하

이미 밝힌 바 있다. 결국 헌재가 이번 사건(헌재 2018. 8. 30. 2014헌가10 등)에서 심판대상으로 삼은 (구) 민주화보상법 제18조 제2항 역시 대법원이 다수의견인 법정의견을 통해 동 조항을 대상으로 행한 해석의 구속력 있는 결과물로 적용될 수밖에 없다.²²⁾

2) 따라서 헌법재판소가 민주화보상법상 ‘피해’의 의미를 대법원의 다수의견이 해석한대로 ‘공무원의 직무상 불법행위로 인한 정신적 손해를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체’로 보아 그에 대해 명확성원칙 위배 여부를 판단하고 있는 것은 불가피한 것이라 할 것이다. 비록 소수 반대의견이 ‘피해’의 의미를 해석단계에서 축소할 것을 요구하고 이를 위한 타당한 근거를 제시하고 있다 할지라도 그와 다르게 다수의견과 같이 해석할 가능성도 배제할 수 없는 이상 다수의견에 따른 법률해석이 그 자체로서 불명확한 것인지 여부에 따라 명확성원칙 위배 여부가 결정될 것인데, 대법원의 위와 같은 해석이 그 자체로서 불명확한 것이라고 비난하기 어렵다는 점에서 헌법재판소가 심판대상조항에 대해 명확성원칙을 위배하지 않은 것으로 판단하고 있음은 타당한 결론이라 생각된다.

3. 재판청구권 침해 여부

(1) 법정의견

헌법재판소는, 민주화보상법이 위원회의 구성 및 활동에 있어서 중립성과

는 무수한 사례를 포괄적으로 규율해야 하기 때문에 일반적·추상적으로 규정될 수밖에 없으므로 개별적·구체적인 법적분쟁에 법률을 적용하는 경우에는 당해 사건에 적용할 가장 적합한 규범을 찾아내고 그 규범의 의미와 내용을 확정하는 사유과정인 법률해석의 과정을 거칠 수밖에 없게 되는 것이다. 따라서 법률조항은 그 자체의 법문이 아무리 간단명료하다고 하더라도 이를 개별적·구체적 사건에 적용함에 있어서는 (관념상으로도) 법률조항에 대한 해석이 불가결하게 선행될 수밖에 없는 것이므로, 결국 법률조항과 그에 대한 해석은 서로 별개의 다른 것이 아니라 동전의 양면과 같은 것이어서 서로 분리될 수 없는 것이다. 따라서 ‘법’ 제41조 제1항의 ‘법률’이나 ‘법’ 제68조 제2항의 ‘법률’의 의미는 당해 사건과는 관계없는 일반적·추상적인 법률규정 그 자체가 아니라, 당해 사건 재판의 전제가 되고, 해석에 의하여 구체화·개별화된 법률의 의미와 내용을 가리키는 것이다.”

22) 헌법재판소는 법원의 위헌제청사건인 ‘헌가’ 사건과 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원 즉 ‘헌바’ 사건을 병합하여 선고한 것이지만, ‘헌가’ 사건의 경우에도 명확한 대법원의 법정의견이 존재함에도 하급심 법원이 법률의 해석에 이의를 제기하면서 다툰 것이라는 점에서 사실상 대법원의 판결에 대해 헌법재판소법 제68조 제2항의 방법으로 ‘일반국민이 재판소원을 제기’하는 것과 같은 효과를 나타내고 있다는 점을 유의하여야 한다.

독립성을 보장하고 있다는 점,²³⁾ 그 심의절차에 있어서도 전문성과 공정성을 제고하기 위한 절차를 마련하고 있다는 점,²⁴⁾ 또 신청인에게 지급결정 동의의 법적 효과를 안내하면서 검토할 시간을 보장하여 그 동의 여부를 자유롭게 선택하도록 하고 있다는 점²⁵⁾을 들어 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하여 재판청구권을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

(2) 검토

헌법재판소의 위와 같은 판시에는 동의하기 어렵다.

1) 먼저, 헌법재판소가 위와 같이 판시한 것은 반대의견²⁶⁾에서도 지적하고 있는 바와 같이 종전 헌법재판소 선례와도 일치 하지 않는다. 구 국가배상법 제16조²⁷⁾의 재판상 화해조항에 대한 위헌 결정(헌재 1995. 5. 25. 91헌가7)과 ‘4·16 세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’ 제16조²⁸⁾의 재판상 화해조항에 대한 합헌 결정(헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654)에서도 재판청구권 침해 여부만을 판단하였을 뿐 국가배상청구권 침해 여부에 대해서는 판단한 바 없다.

23) 위원의 구성과 임명에 관한 민주화보상법 제4조 제1항, 제5조 제1항과 제2항, 동법시행령 제4조 제1항, 위원장의 선출 및 위원장 및 위원의 임기에 관한 민주화보상법 제5조 제2항과 제3항.

24) 위원회에 상정될 안건을 전문적으로 연구, 검토할 수 있도록 하는 규정들, 예컨대 상임조사위원회에 관한 민주화보상법 제5조 제4항, 동법시행령 제5조의5 제3항, 다양한 분과위원회를 설치하여 전문적 조사 및 검토를 담당하게 하고 또 그 각 분과위원회 위원의 전문성을 제고하도록 한 동법 시행령 제7조 제1항, 제2항, 제3항 등 조항.

25) 민주화보상법 제13조, 제17조에 의하면, 위원회가 결정한 보상금 등의 지급 여부와 금액에 대해 다투고자 하는 신청인은 결정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 위원회에 재심을 신청할 수 있고, 결정서 정보 또는 재심의결정서 정보를 송달받은 날부터 60일 이내에 소송을 제기할 수 있도록 하고 있다. 또한, 민주화보상법 제14조는 신청인이 보상금 등을 지급받고자 할 때에는 보상결정서를 송달받은 후 지체 없이 그 결정에 대한 동의서를 첨부하여 지급을 청구하도록 하고 있으며, 동법 시행령 제20조 제3호, 별지 제10호 서식은 그 과정에서 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의할 경우 더 이상 민주화운동과 관련한 피해의 배상을 청구할 수 없다는 점도 ‘동의 및 청구서’를 통하여 신청인에게 고지하도록 규정하고 있다.

26) 김창중, 조용호 재판관의 반대의견

27) 헌재 1995. 5. 25. 91헌가7 결정에서 다투어진 조항은 구 국가배상법(1967. 3. 3. 법률 제1899호) 제16조 중 “심의회의 배상결정은 신청인이 동의한 때에는 민사소송법의 규정에 의한 재판상의 화해가 성립된 것으로 본다”라는 부분이었다.

28) 헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654 결정에서 다투어진 조항은 ‘4·16 세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법’(2015. 1. 28. 법률 제13115호로 제정된 것) 제16조(지급결정 동의의 효력) “심의위원회의 배상금·위로지원금 및 보상금 지급결정에 대하여 신청인이 동의한 때에는 국가와 신청인 사이에 「민사소송법」에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.”이었다.

2) 반대의견은 위 선례들을 인용하면서 다음과 같이 설시하고 있다:

“만약 심판대상조항에 의한 국가배상청구권의 내용 형성 자체를 문제삼는다면, 이는 이미 존속하는 국가배상청구권의 실현을 위한 재판청구권의 침해 여부와는 별개로 판단할 여지가 있으며, 이때 심사기준은 헌법상 국가배상제도의 정신에 부합하게 국가배상청구권을 형성하였는지, 즉 입법형성권의 자의적 행사로서 국가배상청구권을 침해하는지 여부가 될 것이다. 그러나 법정의견은, 위와 같은 국가배상청구권의 내용 형성으로 인한 기본권 침해 여부가 쟁점이 아니라 국가배상청구권의 행사의 제한으로 인한 기본권 침해 여부가 쟁점임을 명시하고 있으며, 심판대상조항으로 인하여 국가배상청구권의 행사·실현을 보장하기 위한 기본권인 재판청구권은 침해되지 않지만, 국가배상청구권의 행사·실현에 대한 제한이 과도하여 국가배상청구권은 침해된다는 이해하기 어려운 결론에 이르고 있다.”

3) 생각건대, 심판대상조항은 헌법 제29조 및 이를 구체화 한 국가배상법에 의해 이미 충분히 그 내용이 입법적으로 형성되어 있는 국가배상청구권에 대해 내용적으로 영향을 미치는 것이 아니라 국가배상청구권 그 자체를 행사할 수 있는 가능성 내지 기회를 부정하는 것을 목적으로 하는 것이므로 일차적으로 (국가배상청구권의 행사할 수 있는) 재판청구권 그 자체에 대한 제한 규정으로 보아야 할 것이다. 그러한 점에서 반대의견에 동의한다. 심판대상조항은 헌법과 법률에 의해 형성된 일반적·추상적으로 제도화되어 있는 국가배상청구권의 내용과 관련하여 그 어떤 변화를 가져오는 것은 아니다. 단지 특수한 적용사례, 즉 민주화보상법상 보상금 등 지급에 대한 동의를 행해진 개별사례들에 한하여 헌법과 국가배상법에 의해 그 구체적 내용이나 절차가 확정적으로 형성되어 있는 국가배상청구권의 행사를 부정함으로써 개별적 적용사례에 대한 적용 여부에만 관여할 뿐이다. 물론 그것이 결과적으로 국가배상청구권에 대한 행사를 제한하는 효과를 가져 온다는 점에서 다수의견과 같이 국가배상청구권의 문제로 접근하는 것이 반드시 배제되는 것이라고 단정하기는 어렵겠지만, 일차적으로 문제되는 재판청구권의 침해 가능성을 부정하면서 - 아래에서 보는 바와 같이 - 부차적인 국가배상청구권의 침해만을 긍정하는 결과를 도출하는 것에는 동의하기 어렵다.

4) 또한, 다수의견과 같이 볼 경우, 국가배상청구권을 재판청구권과 구별되는 별개의 청구권으로 설정하고 그로부터 유리시키는 결과가 된다는 점도 지적하

여야 할 것이다. 국가배상청구권이 비록 국가배상을 목적으로 하는 청구권이기는 하지만 이것은 결국 재판청구권의 한 내용으로서 종국적으로 그에 포섭되는 것이다. 헌법 제29조와 국가배상법이 존재하지 않는다 할지라도 국민이 재판청구권의 행사를 통해 내용적으로 국가배상을 구하는 청구권을 행사할 수 있을 가능성이 부정되는 것으로 볼 수는 없을 것이다. 이러한 결론은 국민주권원리, 법치국가원리는 물론 연혁적으로 국가배상제도는 민법상의 불법행위책임을 바탕으로 발전하였고, 법원의 실무도 현재 국가배상소송을 민사소송으로 다루고 있다는 점으로부터도 확인할 수 있다.²⁹⁾ 다수의견과 같이, 재판청구권은 침해되지 않지만 - 후술하는 바와 같이 - 국가배상청구권은 침해될 수 있다는 식으로 논리를 구성하는 것은 부분적 국가배상청구권을 포괄적 재판청구권으로부터 분리하여 양자를 서로 차원이 다른 별개의 독립적 청구권으로 보는 결과를 초래하고, 그래서 재판청구권에 대한 체계적 이해를 곤란하게 할 우려가 있다.³⁰⁾

5) 그런데, 다수의견은 쟁점에 관한 판단 부분에서 심판대상조항이 ‘법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리’를 제한하는 것으로 재판청구권의 침해 여부가 문제된다는 점도 긍정한다. 하지만 동시에 심판대상규정은 “향후 민주화운동과 관련된 국가배상청구권을 제한하는 것으로 국가배상청구권 침해 여부도 문제된다”는 이유로 이 문제도 동시에 쟁점으로 삼고 있다.

전자와 관련하여, 다수의견은 ‘재판청구권의 침해 여부’도 쟁점임을 인정하면서도 결론적으로 민주화보상법상의 심판대상조항이 입법형성권의 한계를 일탈하여 재판청구권을 침해하는 것으로는 볼 수 없다는 입장이다. 즉 재판청구권의 침해 여부도 판단대상이 되지만 이를 검토한 결과 위헌적인 것은 아니라는 입장이다. 그런데 다수의견이 이러한 결론에 이르게 된 것은, 위원회의 중립성과 독립성이 보장되고, 심의절차의 전문성과 공정성이 담보되고 있으며, 위원회의 보상금 등 지급결정에 대해 신청인이 동의를 할 것인지 여부에 대한 자유로운 결정권이 보장되어 있다는 점이 그 이유이다. 즉 다수의견이 심판대상조항으로 인해 재판청구권이 침해되는 것은 아니라는 결론에 이르게 된 것은 위원회의 중립성이나 독립성 문제를 포함해 위원회의 보상금 등 지급결정과 그에 대한 신청인의 동의가 이루어지는 과정이 ‘적정성’을 갖추고 있는 것인지 여부에만 포커스를 맞추어

29) 김하열, 헌법강의(2018), 645쪽, 646쪽 참조.

30) 특히 반대의견도 지적하고 있는 바와 같이 법정의견이 별다른 설명 없이 종전의 판례의 입장으로부터 벗어나고 있다는 점도 문제이다.

판단하고 있기 때문에 초래되는 결과이다. 하지만 최근의 헌법재판소 결정에서 문제된 사안들의 경우, 기존의 보상금 등 지급결정 과정에서 요구되는 적정성이 충족되고 있는가 여부가 문제되고 있는 것이 아니라 신청인이 - 다른 경로를 거친 - 재심을 통해 종전의 유죄판결이 취소되고 무죄판결을 받은 이후에 ‘적정성이 보장된, 동의된 종전의 보상금 등 지급결정’에도 불구하고 무죄판결에 기하여 국가배상청구를 새로이 관철시킬 수 있을 것인지 여부가 문제되고 있다는 점에서 본질적 차이가 있다. 따라서 다수의견이 위원회의 종전 보상금 등 지급결정과 동의의 적정성만을 판단하여 재판청구권의 침해가능성을 부정한 것은 사안의 본질을 간과한 측면이 있다. 유죄가 재심을 통해 무죄로 바뀐 사정은 ‘평가의 지평이 달라진 것’을 의미한다. 다수의견이 변경된 이러한 사정에도 불구하고 재판청구권의 침해를 부정하고 국가배상청구권만의 문제로 접근한 것은 이해하기 어렵다.

다음으로, 다수의견은 심판대상조항이 국가배상청구권의 구체적 형성과는 무관한 조항임을 인정하면서도 국가배상청구권을 제한하는 규정으로 이해한다. 이와 관련하여 다수의견은 다음과 같이 판시하고 있다:

“심판대상조항은 신청인이 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체에 대해 재판상 화해가 성립된 것으로 간주함으로써, 향후 민주화운동과 관련된 모든 손해에 대한 국가배상청구권 행사를 금지하고 있는바, 이는 국가배상청구권의 내용을 구체적으로 형성하는 것이 아니라, 국가배상법의 제정을 통해 이미 형성된 국가배상청구권의 행사를 제한하는 것에 해당한다. 그러므로 심판대상조항의 국가배상청구권 침해 여부를 판단함에 있어서는, 심판대상조항이 기본권 제한 입법의 한계인 헌법 제37조 제2항을 준수하였는지 여부, 즉 과잉금지원칙을 준수하고 있는지 여부를 살펴보아야 한다.”

즉 다수의견은, 심판대상조항이 국가배상청구권의 구체적 내용 형성과는 아무런 관계가 없는 것으로 보면서도 동시에 국가배상청구권의 행사를 제한하는 것으로 보아 ‘과잉금지원칙에 따라 국가배상청구권 침해 여부’를 판단하고 있다. 아마도 다수의견은 ‘이미 형성된 국가배상청구권’을 특정 사안에서 부정하는 심판대상조항의 기능을 ‘국가배상청구권의 행사를 제한’하는 기능으로 이해하는 듯하다. 하지만, 일보 양보하여 다수의견의 이러한 입장에 찬성하더라도 재판청구권에 대한 침해가능성 자체를 부정하는 다수의견은 이해하기 어렵다.

6) 과거에 헌법재판소는 국가배상법 제16조가 문제되었던 헌재 1995. 5. 25.

91헌가7 결정³¹⁾에서 국가배상심의회의 제3자성·독립성이 희박하고, 심의절차의 공정성·신중성도 결여되어 있을 뿐만 아니라 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수도 없다는 등의 이유로 재판청구권을 침해하는 것이라 판단한 바 있고, 세월호피해지원법 제16조의 위헌 여부가 문제되었던 현재 2017. 6. 29. 2015헌마654 결정³²⁾에서는 91헌가7 결정에서와 같은 위헌사유들이 치유된 심판대상규정에 대해 재판청구권을 침해하는 것이 아니라고 판시함으로써, 민주화보상법 제18조 제2항과 조문구조가 유사한 규정들에 대해 이미 재판청구권 침해의 문제로 접근한 바 있다.

최근 결정에서 헌법재판소가 민주화보상법 제18조 제2항의 위헌 여부를 판단하면서 ‘재판청구권의 침해 여부’가 쟁점이 된다는 점을 긍정하면서도 결론적으로 ‘재판청구권의 침해’를 부정하고 있는 것은 위 두 결정(91헌가7, 2015헌마654)³³⁾의 맥락을 따르고 있는 결과라 평가할 수 있다. 하지만 이들 결정의 두 사

31) 이 결정의 요지는 다음과 같다: “이 사건 심판대상조항부분은 국가배상에 관한 분쟁을 신속히 종결·이행시키고 배상결정에 안정성을 부여하여 국고의 손실을 가능한 한 경감하려는 입법목적을 달성하기 위하여 동의된 배상결정에 재판상의 화해의 효과와 같은, 강력하고도 최종적인 효력을 부여하여 재심의 소에 의하여 취소 또는 변경되지 않는 한 그 효력을 다룰 수 없도록 하고 있는바, 사법절차에 준한다고 볼 수 있는 각종 중재·조정절차와는 달리 배상결정절차에 있어서는 심의회의 제3자성·독립성이 희박한 점, 심의절차의 공정성·신중성도 결여되어 있는 점, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하는 점 및 불제소합의의 경우와는 달리 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수도 없는 점을 종합하여 볼 때, 이는 신청인의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한입법에 있어서의 과잉입법금지 원칙에 반할 뿐 아니라, 권력을 입법·행정 및 사법 등으로 분립한 뒤 실질적 의미의 사법작용인 분쟁해결에 관한 종교적인 권한은 원칙적으로 이를 헌법과 법률에 의한 법관으로 구성되는 사법부에 귀속시키고 나아가 국민에게 그러한 법관에 의한 재판을 청구할 수 있는 기본권을 보장하고자 하는 헌법의 정신에도 충실하지 못한 것이다.”

32) 이 결정의 요지는 다음과 같다: “4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법(‘세월호피해지원법’) 제16조는 지급절차를 신속히 종결함으로써 세월호 참사로 인한 피해를 신속하게 구제하기 위한 것이다. 세월호피해지원법에 따라 보상금 등을 지급받기도 또 다시 소송으로 다룰 수 있도록 한다면, 신속한 피해구제와 분쟁의 조기종결 등 세월호피해지원법의 입법목적은 달성할 수 없게 된다. 세월호피해지원법 규정에 의하면, 심의위원회의 제3자성, 중립성 및 독립성이 보장되어 있다고 인정되고, 그 심의절차에 공정성과 신중성을 제고하기 위한 장치도 마련되어 있다. 세월호피해지원법은 소송절차에 준하여 피해에 상응하는 충분한 배상과 보상이 이루어질 수 있도록 관련 규정을 마련하고 있다. 신청인에게 지급결정 동의를 법적 효과를 안내하는 절차를 마련하고 있으며, 신청인은 보상금 등 지급에 대한 동의에 관하여 충분히 생각하고 검토할 시간이 보장되어 있고, 보상금 등 지급결정에 대한 동의 여부를 자유롭게 선택할 수 있다. 따라서 심의위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때 재판상 화해가 성립한 것으로 간주하더라도 이것이 재판청구권 행사에 대한 지나친 제한이라고 보기 어렵다. 세월호피해지원법 제16조가 지급결정에 재판상 화해의 효력을 인정함으로써 확보되는 보상금 등 지급을 둘러싼 분쟁의 조속한 종결과 이를 통해 확보되는 피해구제의 신속성 등의 공익은 그로 인한 신청인의 불이익에 비하여 작다고 보기는 어려우므로, 법익의 균형성도 갖추고 있다. 따라서 세월호피해지원법 제16조는 청구인들의 재판청구권을 침해하지 않는다.”

33) 91헌가7 결정의 경우에는 보상금을 수령한 제청신청인이 다시 국가배상청구소송을 제기한 사건에서 법

안 모두 ‘재심을 통한 무죄판결’에 따라 국가배상청구권을 행사하고자 한 경우가 아니었으며, 따라서 다수의견이 이들 결정의 논리를 그대로 따라 재판청구권에 대한 침해를 부정한 것은 이들 결정의 사안과 민주화보상법 결정의 기초가 된 사안이 본질적으로 다른 것이라는 점을 간과한 것이다.

4. 국가배상청구권의 문제

(1) 법정의견

1) 목적의 정당성과 수단의 적합성

심판대상조항은, 민주화운동을 위해 희생을 감수한 관련자와 그 유족에 대한 적절한 명예회복 및 보상이 사회정의 실현하는 첫 걸음이라는 전제에서, 관련자와 그 유족이 위원회의 지급결정에 동의하여 적절한 보상을 받은 경우 보상금 등 지급절차를 신속하게 이행·종결시킴으로써 이들을 신속히 구제하고 보상금 등 지급결정에 안정성을 부여하기 위하여 도입된 것이므로, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정된다.

2) 피해의 최소화

- 민주화보상법과 동법 시행령에 규정되어 있는 보상금 등의 지급대상과 그 유형별 산정기준, 민주화보상법의 입법목적 등에 비추어 볼 때, 보상금은 소극적 손해 내지 손실에 대한 배·보상에 상응하고, 의료지원금은 적극적 손해 내지 손실에 대한 배·보상에 상응하며, 생활지원금은 소극적 손해 내지 손실에 대한 배·보상 또는 사회보장적 목적으로 지급되는 금액에 해당한다.
- 심판대상조항의 민주화운동과 관련하여 입은 ‘피해’는 적법행위로 발생한 ‘손실’과 불법행위로 발생한 ‘손해’를 모두 포함하는 개념이다.
- [불법행위로 인한 손해배상청구의 소송물 중 적극적·소극적 손해에 관

원이 직권으로 ‘동의과정에 있을 수 있는 실제법상의 하자’를 주장할 수 없게 되었으므로 재판청구권이 침해되고 권력분립원칙에 위배된다는 이유로 위헌제청에 이르게 되었고, 2015헌마654 결정의 경우 청구인들은, 세월호피해지원법 제16조에 따라 심의위원회 지급결정시 재판상 화해가 성립된 것으로 보게 되면 추후 손해 등이 발견되더라도 더 이상 재판으로 다룰 수 없게 되므로 청구인들의 재판청구권, 재산권, 국가배상청구권을 침해한다고 주장하며 헌법소원을 제기하였다. 두 경우 모두 현재는 재판청구권의 침해 여부를 판단하였다.

한 부분]

위원회가 지급 결정한 보상금 등이 일응 적절한 배·보상에 해당한다고 판단하여 이에 동의하고 보상금을 등을 수령한 경우, 보상금 등의 성격과 중첩되는 적극적·소극적 손해에 대한 국가배상청구권의 추가적 행사를 금지하는 것이 과도한 제한으로서 침해의 최소성에 반한다고 볼 수 없다.

- [불법행위로 인한 손해배상청구의 소송물 중 정신적 손해에 관한 부분] 민주화보상법 및 동법 시행령의 관련조항을 살펴보아도 정신적 손해 배상에 상응하는 항목이 존재하지 아니하고, 위원회가 보상금·의료지원금·생활지원금 항목을 산정함에 있어 정신적 손해를 고려할 수 있다는 내용도 발견되지 아니하므로, 보상금 등의 지급만으로 정신적 손해에 대한 적절한 배상이 이루어졌다고 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 정신적 손해를 비롯한 피해 일체에 대해 재판상 화해가 성립한 것으로 간주하는 심판대상조항은, 정신적 손해에 대해 적절한 배상이 이루어지지 않은 상태에서 적극적·소극적 손해의 배상에 상응하는 보상금 등 지급결정에 동의하였다는 사정만으로 정신적 손해에 대한 국가배상청구마저 금지하는 것으로, 국가배상청구권에 대한 과도한 제한 일뿐만 아니라 해당 손해에 대한 적절한 배상이 이루어졌음을 전제로 하여 국가배상청구권 행사를 제한하려 한 입법목적에 부합하지 않으며, 헌법 제10조 제2문³⁴⁾의 취지에도 반한다.

3) 법익의 균형성

- [불법행위로 인한 손해배상청구의 소송물 중 적극적·소극적 손해에 관한 부분]

민주화보상법은 적극적·소극적 손해에 대한 배상을 반영하고 있으므로, 이에 상응하는 보상금 등을 지급한 다음 추가적인 배상청구를 금지하는 것은 관련자의 신속한 구제와 지급결정에 안정성을 부여라는 공익에 기여하는 것인 반면, 이러한 경우에 제한되는 사익은 그 차액만큼을 배상받지 못한다는 것이다. 그런데 이는 관련자와 그 유족이 보상금 등 지급절차의 신속·편리성과 소송절차의 시간·비용·불확실성을 숙고·형량한 결과 보상금 등 지급절차를 선택함으로써 발생한 것이므로 그로 인해 제

34) 헌법 제10조 제2문 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”

한되는 사익이 달성하려는 공익보다 더 크다고 보기 어렵다.

- [불법행위로 인한 손해배상청구의 소송물 중 정신적 손해에 관한 부분] 민주화보상법은 보상금 등 산정에 있어 정신적 손해에 대한 배상을 전혀 반영하지 않고 있으므로, 이와 무관한 보상금 등을 지급한 다음 정신적 손해에 대한 배상청구마저 금지하는 것은 적절한 손해배상을 전제로 한 관련자의 신속한 구제와 지급결정에 안정성 부여라는 공익에 부합하지 않음에 비해, 그로 인해 제한되는 사익은 공무원의 직무상 불법행위 인하여 유죄판결을 받거나 해직되는 등으로 입은 정신적 고통에 대한 손해배상 청구권이 박탈된다는 것으로, 달성할 수 있는 공익에 비해 사익 제한의 정도가 지나치게 크다.

(2) 검토

1) 법정의견은 민주화보상법에 의해 지급되는 보상금 등에는 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 적극적·소극적 손해에 대한 (보상은 물론) 배상은 포함되어 있는 것으로 보아야 하는 반면, 정신적 손해에 대한 배상이 처음부터 포함되어 있지 않은 것으로 해석한다. 민주화보상법과 동법 시행령 규정들에 대한 분석을 통해 정신적 손해에 대한 배상이 처음부터 예정되어 있지 않은 것으로 평가하고 그로부터 이 부분을 처음부터 국가배상청구의 대상으로부터 배제하고 있는 심판대상조항을 위헌으로 본 법정의견에 대해 필자는 결론적으로는 동의한다. 다만, 앞서 살펴 본 바와 같이 이러한 결론은 재판청구권에 대한 침해로 판단하거나 혹은 재판청구권에 대한 침해와 국가배상청구권에 대한 침해를 동시에 인정하는 것이 보다 바람직했으리라 생각한다. 후자에 대한 침해를 인정하면서도 전자에 대한 침해를 부정하는 것은 - 앞서 살펴 본 바와 같이 - 사실상 국가배상청구권이 재판청구권의 특수한 내용을 이루는 권리라는 측면을 부정하고 양자를 분리시켜 각 별개의 독자적 권리로 자리매김하게 되는 결과가 되기 때문이다.

2) 한편 법정의견은 적극적·소극적 피해에 대한 배상이 보상금 등을 통해 이루어진 것으로 보면서도, 보상금 등을 통해 지급된 것으로 간주된 배상액과 신청인이 국가배상청구를 통해 배상받을 수 있는 배상액 간에 액수 상 차이가 있을 수 있음도 인정한다. 이러한 판단에 전적으로 동의한다. 다만 법정의견에 따르면, 그로 인해 발생한 차액에 대해 심판대상조항을 위헌으로 만들 정도의 차이

고 보기 어려운데, 민주화운동 관련자와 그 유족이 보상금 등 지급절차의 신속·편리성과 소송절차의 시간·비용·불확실성을 숙고·형량한 끝에 보상금 등 지급절차를 선택한 것인 만큼 차액만큼의 불이익 발생에 대해 이를 감수하라고 요구하더라도 위헌이라 볼 수 없기 때문이라는 것이다.

생각건대, 법정의견의 그와 같은 판단에 대해서는 의문이 있다. 심판대상조항에 대한 위헌 시비를 불러일으킨 사안들은 재심을 통해 종전의 유죄판결이 무죄판결로 뒤바뀌는 사정변경이 존재함에 본질이 있다. 만약 위원회의 보상금 등 지급결정에 대한 동의가 있는 후 그와 같은 특수한 사정변화가 없는 상태에서 - 종전의 보상금 등 지급결정 자체에 내재하는 하자를 이유로 그 액수를 증액시키기 위한 목적으로 - 국가배상청구를 하는 경우라면 법정의견의 입장에 충분히 동의할 수 있다. 하지만 문제된 사안의 경우 동의된 위원회의 보상금 등 지급결정과 국가배상청구 사이에는 민주화보상법 제정(2000년) 이후 5년 후에 제정된 과거사정리법(2005년)에 따른 과거사정리위원회의 진실규명결정 혹은 그보다 훨씬 뒤에 나온 헌법재판소³⁵⁾ 혹은 대법원³⁶⁾에 의한 긴급조치 위헌결정과 그에 따른 법원의 재심개시결정 및 재심 재판을 통한 무죄판결이라는 특수한 상황변화가 개재하고 있다.

사정이 그러하다면 적어도 재심을 통한 무죄판결이 내려진 시점을 전후로 하여 보상금 등이 지급된 사안에 대한 객관적인 법률적 평가가 객관적으로 달라진 것이라고 보는 것이 타당할 것이다. 재판상 화해를 의제하는 심판대상조항이 재심을 통한 무죄판결 이후에까지 적용될 것을 예정한 것이라고 보는 것은 합리성을 결여하고 있다. 논의의 지평이 달라진 것이다. 당사자의 보상금 등에 대한 동의는 기존의 유죄판결에 대한 존속을 전제로 한 것이라고 보는 것이 보다 합리적일 것이다. 당사자의 입장에서 볼 때 재심을 통해 종전의 유죄판결이 무죄판결로 변경될 가능성까지 미리 고려하여 보상금 등의 지급결정에 동의한 것으로 보기는 어려울 것이기 때문이다. 그렇다면 적극적·소극적 손해의 경우에도 무죄판결이 있는 후에는 재산정을 허용하도록 하는 것이 바람직할 것이다. 요컨대 심판대상조항은 종전의 유죄판결이 그대로 유지되는 경우를 전제로 적용되는 것이며, 후에 재심을 통해 무죄판결이 내려지는 경우에는 심판대상조항이 적용될 수 있는

35) 긴급조치 제1호, 제2호, 제9호를 위헌으로 선언한 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70 등 결정.

36) 긴급조치 제1호, 제4호, 제9호를 위헌으로 판단한 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결; 대법원 2013. 4. 18.자 2011초기689 전원합의체 결정; 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결.

기초가 상실되는 것으로 보아야 한다.³⁷⁾ 결론적으로 심판대상조항이 적극적 및 소극적 손해에 대해서도 재심을 통한 무죄판결 이후에도 재판상 화해의 효력이 존속되는 것으로 보는 것은 (기판력이 유지될 수 없는 경우까지 기판력을 확장시키는 것으로) 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되어 재판청구권을 침해 (혹은 그와 더불어 국가배상청구권까지도 침해)하는 것으로 보아야 할 것이다.

IV. 결론

이상의 논의를 결론적으로 요약하면 다음과 같다:

정신적 손해에 대해서는 민주화보상법에 의한 위원회의 보상금 등의 결정에 반영된 바 없다고 본 헌법재판소의 법정의견은 타당하며, 따라서 심판대상조항은 그러한 한에서 과잉금지원칙에 위배된다. 한편, 적극적 및 소극적 손해의 경우에는 민주화보상법상 보상금 등의 산정에 이미 계상되어 있는 것으로 보는 것이 합리적이지만, 헌법재판소의 법정의견과 같이 지급절차의 신속·편리성과 소송절차의 시간·비용·불확실성을 강조하면서 당사자가 예상할 수 있었으리라고 기대하기 어려운 무죄판결이 내려진 이후에까지 심판대상조항의 적용을 감내할 것을 강요하는 것은 정의의 관념과 국가의 기본권보호의무에 합치되는 것으로 보기 어렵다. 따라서 적극적 및 소극적 손해의 경우에도 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배된다.

37) 사실 재판상 화해 간주 조항에 따라 발생하는 확정판결의 기판력도 절대적인 것은 아니다. 즉, 재판상 화해는 확정판결과 같은 효력이 있으므로 신청인이 일단 배상금 등 지급결정에 동의한 경우에는 그 동의에 당연무효사유가 없는 한 재심의 소에 의하지 않고는 그 효력을 다룰 수 없게 되는 것인바, 따라서 당연무효사유가 있는 경우이거나 재심의 소를 통해 재판상 화해를 다룰 수 있는 것이다(헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654, 판례집 29-1, 319 참조).

제167회 발표회 지정토론문

발제문: 보상금 지급 동의를 재판상 화해 간주와 재판청구권

발제자: 최희수(강원대학교 법학전문대학원 교수)

날짜 및 장소: 2018. 9. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

허 완 중*

한국헌법학회와 헌법실무연구회가 함께 마련한 학술대회에 토론을 맡게 되어서 영광이라고 생각합니다. 게다가 지난달에 헌법재판소가 선고한 최신 결정을 다루는 자리라서 더욱 뜻깊은 자리라고 생각합니다. 발제자이신 강원대학교 법학전문대학원 최희수 원장님께서 헌법재판소 결정을 잘 정리하시고 적절한 평가를 해주셔서 많은 것을 배웠습니다. 감사합니다. 저는 발제자의 발표문을 읽으면서 의문이 생긴 부분을 중심으로 몇 가지 질문을 하는 것으로 토론을 갈음하고자 합니다.

1. 먼저 헌법재판소가 과거 독자적 결정유형을 분류하다가 한정위헌결정에 포함시켰던 일부위헌결정을 이번에 다시 내렸습니다. 그동안 대법원이 한정위헌결정의 기속력을 부정하기는 하였지만, 그것은 해석위헌결정에 국한되었고, 일부 위헌결정에 해당하는 적용위헌결정의 기속력을 부정한 적은 없습니다. 이러한 점에 비추어 헌법재판소가 대법원을 의식하여 일부위헌결정을 다시 내린 것으로 볼 수도 있다고 생각합니다. 이에 관해서 발제자는 어떻게 생각하시는지 의견을 묻고 싶습니다.

2. IV. 3. (2) 4)에서 “국가배상청구권이 비록 국가배상을 목적으로 하는 청구

* 전남대학교 법학전문대학원 부교수

권이기는 하지만 이것은 결국 재판청구권의 한 내용으로서 중국적으로 포섭되는 것이다.”라고 하셨습니다. 그런데 국가배상청구권과 재판청구권은 다른 기본권으로 각각 고유한 보호영역과 내용이 있어 구별됩니다. 그리고 국가배상청구권이 결국에는 재판상 행사로 귀결될 수 있지만, 반드시 재판을 통해서 행사하여야 하는 것은 아닙니다. 이러한 점에서 국가배상청구권이 재판청구권에 포섭되는 것으로 보기는 어렵다고 생각합니다. 국가배상청구권이 재판을 통해서 행사될 때 재판청구권도 문제가 되고, 이때 사항관련성이 우선하여 재판청구권을 중심으로 기본권 침해 여부를 살펴보는 것이 더 적절한 것으로 보입니다. 구체적으로 재판을 통한 국가배상 청구와 관련하여 국가배상청구권과 재판청구권이 경합하는데, 재판청구권을 제한함에 따라 재판청구의 근거가 되는 국가배상청구권이 제한되는 것이라서 재판청구권의 제한이 풀리면 당연히 국가배상청구권 제한도 풀립니다. 따라서 재판청구권 침해 여부를 검토하는 것으로 충분하다고 생각합니다. 이에 관한 발제자의 의견을 듣고 싶습니다.

3. 재판은 선고 시점을 기준으로 한 사법기관의 판단입니다. 따라서 선고시점의 사실관계와 법적 상황만이 기판력의 토대가 됩니다. 그래서 사실관계와 법적 상황이 바뀌면 기판력이 차단되어 당사자는 재판의 구속력에서 해방됩니다. 이러한 점에서 발제자가 지적한 것처럼 사정변경을 고려하지 않은 다수의견은 문제가 있다고 생각합니다. 다수의견은 기판력이 미치는 배상액 범위와 실제 배상액 범위를 비교하여 차이가 발생하면 사정변경을 고려하지 않고도 당연히 위헌이라서 사정변경에 관해서 검토하지 않은 것으로 볼 여지도 있다고 생각합니다. 하지만 다수의견을 따르면 정신적 손해에 관한 부분에 대해서만 배상 청구를 할 수 있습니다. 이러한 문제를 해결하려면 결국 사정변경을 검토할 필요는 있다고 생각합니다. 따라서 다수의견처럼 기판력이 미치는 배상액 범위와 실제 배상액 범위를 비교하고 평가하고 나서 사정변경 여부를 검토하되 사정변경이 결론에 미치는 영향을 세심히 살펴보아야 한다고 생각합니다. 이에 관해서 발제자는 어떻게 생각하는지 묻고 싶습니다.

제167회 발표회 지정토론문

발제문: 보상금 지급 동의를 재판상 화해 간주와 재판청구권

발제자: 최희수(강원대학교 법학전문대학원 교수)

날짜 및 장소: 2018. 9. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

승 이 도*

‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’에 대해 재판상 화해 간주를 규정한 민주화보상법 제18조 제2항의 위헌 여부에 관하여 깊이 생각해 볼 자리를 마련해 주신 한국헌법학회 회장님과 발표자께 감사의 말씀을 드립니다. 이 논의는 비단 사법과 공법, 법원과 헌법재판소의 교차지점에 놓인 문제라 할 것이므로, 함께 고민해 보아야 할 주제라 생각합니다. 저의 지정토론이 부족한 이해에 기초할 수 있지만, 발표자의 의견과 참석자의 토론을 통해 주제에 대한 이해가 더 명확해질 것으로 기대하면서 지정토론을 시작하겠습니다.

1. 발표문의 구조 및 토론문의 방향

최희수 교수님께서서는 발표문에서 민주화보상법 제18조 제2항과 관련된 대법원 전원합의체 판결(대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365 판결)과 헌법재판소 전원재판부 결정(헌재 2018. 8. 30. 2014헌가10·2014헌바180등 결정, 이하 ‘대상 결정’이라 함)에 대해 검토하면서, 헌법재판소가 재판청구권 침해를 이유로 정신적 손해뿐만 아니라 적극적·소극적 손해에 대해서까지 위헌으로 결정했어야 하는데, 그에 이르지 못하였음에 대해 아쉬움을 표현하고 있습니다. 저도 위 결정에

* 헌법재판소 헌법연구관

대한 발제자의 시각에 기본적으로 공감합니다. 다만, 토론의 활성화를 위해 다른 시각을 제시해보는 것이 지정토론자의 소임이기에, 재판부가 그와 같이 결정할 수밖에 없었던 이유가 무엇인지 혼자 추측해 보면서 이야기를 풀어보겠습니다.

2. 대상결정의 사건개요, 심판대상조항, 주문

(1) 사건개요

대상결정은 위헌법률심판(헌가) 및 위헌소원(헌바) 사건들(39건)의 병합으로 구성되어 있습니다. 그리고 제청신청인 및 청구인들은 크게 두 가지 유형으로 분류할 수 있는데, ① 하나는 노동조합에서 활동하거나 언론탄압에 맞서 시위에 참여하였다는 등의 이유로 국가기관의 지시에 따라 해고되거나 재취업이 어렵게 된 사람들 본인 또는 그 유족이고(사실행위형), ② 다른 하나는 긴급조치 등을 위반하였다는 범죄사실로 징역형 등을 선고받아 그 판결이 확정된 사람들 본인 또는 그 유족입니다(유죄판결형).

민주화보상법에 따라 구성된 위원회는 위와 같은 사실을 인정하여 청구인 등을 민주화운동 관련자로 심의·결정한 후 보상금 등을 지급하는 결정을 하였고, 청구인 등은 위 지급결정에 동의한 후 보상금 등을 지급받았습니다.

헌법재판소는 긴급조치 1, 2, 9호를 위헌으로 결정하였고(2010헌바70등), 대법원은 긴급조치 1, 4, 9호를 위헌으로 판단하였습니다(2010도5986, 2011초기689, 2011도2631). 이후 긴급조치 위반 등을 이유로 한 기존 유죄판결은 재심절차에서 취소되어 무죄 등이 선고되었습니다.

청구인 등은 대한민국을 상대로 강제 해고, 취업 방해, 불법 체포·구금·고문 등 가혹행위 등으로 인해 발생한 손해의 배상을 청구하는 소송을 법원에 제기하였고, 그 소송 계속 중 구 민주화보상법 제18조 제2항에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였습니다. 일부 법원은 그 신청을 받아들여 위헌법률심판을 제청하였고(헌가사건), 일부 법원이 그 신청을 기각하자 청구인들은 이 사건 헌법소원심판을 청구하였습니다(헌바사건).

(2) 심판대상조항

구 민주화보상법 제18조(다른 법률에 의한 보상 등과의 관계 등)

② 이 법에 의한 보상금 등의 지급결정은 신청인이 동의한 때에는 민주화운동과 관련하여 입은 피해에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해가 성립된 것으로 본다.

(3) 주문

구 민주화보상법 제18조 제2항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 헌법에 위반된다.

3. 심판대상조항의 명확성원칙 위반 여부

(1) 청구인의 주장 및 법정의견의 요지

청구인 등은, 심판대상조항이 보상금 등 지급결정에 신청인이 동의한 경우 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’에 대해 민사소송법에 따른 재판상 화해가 성립된 것으로 본다고 포괄적으로 규정할 뿐, 그 재판상 화해의 효력이 미치는 범위에 대해 구체적으로 규정하지 아니하여 명확성원칙에 위반된다고 주장합니다.

이에 대상결정의 법정의견은, 민주화보상법의 입법취지, 관련 규정의 내용, 신청인이 작성·제출하는 동의 및 청구서의 기재내용 등을 종합하면, 심판대상조항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’란 공무원의 직무상 불법행위로 인한 정신적 손해를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체를 의미하는 것으로 합리적으로 파악할 수 있으므로, 심판대상조항은 명확성원칙에 위반되지 아니한다는 취지로 판시하였습니다.

(2) 명확성원칙 위반 여부에 대한 검토

심판대상조항은 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’에 재판상 화해 성립을

간주하고 있는데, 이러한 ‘피해’에 ① 적법행위로 인한 ‘손실’만 포함되는지, 위법행위로 인한 ‘손해’도 포함되는지 문제되고, ② 손해가 포함된다면 ‘재산상 손해(적극적·소극적 손해)’만 포함되는지, ‘정신적 손해’도 포함되는지 문제됩니다. 그리고 이러한 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’의 의미내용이 불명확하여 수범자의 예측가능성을 저해하고 법집행 당국의 자의적인 해석과 집행이 가능함으로써 명확성원칙에 위반되는지 문제됩니다.

심판대상조항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’와 그에 대한 재판상 화해 성립 간주에 대하여 법원 하급심에서 다양한 해석론이 존재하였고, 결국 대법원 전원합의체에 회부되기에 이릅니다. 이에 대법원 다수의견은 ‘신청인이 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때에는 민주화보상법 제18조 제2항에 따라 위자료를 포함하여 그가 보상금 등을 지급받은 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체에 대하여 민사소송법의 규정에 의한 재판상 화해와 동일한 효력이 발생한다’는 취지로 판시하였으나, 소수의견은 ‘재심판결에 의한 유죄판결 취소로 새로 밝혀진 억울한 복역 등으로 피해자가 입은 정신적 손해에 대해서는 재판상 화해의 효력이 미치지 아니한다’는 취지로 판시하였습니다(대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365 전원합의체 판결).

국가를 상대로 손해배상을 청구하는 것은 민주화운동 관련자가 민주화보상법에 따른 보상금 등 지급신청 이외에 선택할 수 있는 거의 유일한 법적 수단일 것입니다. 그런데 민주화보상법은 ‘보상’이란 용어를 사용하여 일응 적법행위로 인한 ‘손실’만을 상정한 것은 아닐까 생각할 수 있겠지만, 민주화보상법은 민주화운동을 ‘자유민주적 기본질서를 문란하게 하고 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 권위주의적 통치에 항거한 행위’로 정의함으로써(제2조 제1호) 보상의 대상이 되는 행위의 불법성을 일정 정도 인정하고 있으므로, 민주화보상법에 따라 지급되는 보상금 등에는 위법행위로 인한 ‘손해’에 대한 ‘배상’의 성격도 일부 포함되어 있다고 보여집니다. 그리고 심판대상조항은 민주화운동과 관련하여 입은 ‘피해’라고 규정하는데, 통상적으로 피해란 생명·신체·재산·명예 등에 불이익을 받음을 의미하고, 문언상 그러한 불이익의 원인에 대해서는 아무런 제한이 없으므로 적법행위로 인한 ‘손실’ 내지 위법행위로 인한 ‘손해’가 모두 포함될 수 있으며, 역시 문언상 민주화운동과 관련하여 입은 손해는 모두 포함된다 할 것이므로 그 손해는 ‘적극적·소극적·정신적 손해’를 의미한다고 봄이 상당합니다.

이러한 점을 고려할 때, 심판대상조항의 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’에는 민주화운동과 관련하여 입은 손실과 손해가 모두 포함되고, 적극적·소극적

손해뿐만 아니라 정신적 손해도 모두 포함된다고 해석하는 것이 합리적이라 생각됩니다. 대상결정 법정의견이 대법원 전원합의체 판결의 다수의견을 존중하여 심판대상조항에 모든 손해가 포함된다고 해석하고, 그 의미내용이 명확하다고 판단한 점도 같은 맥락에서 이해됩니다.

4. 심판대상조항의 재판청구권·국가배상청구권 ‘제한’ 여부

(1) 청구인의 주장 및 법정의견의 쟁점정리 요지

청구인 등은, 민주화보상법에 의한 보상금 등 지급결정에 동의하여 이를 수령한 경우 정신적 손해 등 민주화운동과 관련된 모든 손해에 대한 배상을 금지하는 것은 보상과 배상의 차이를 간과한 것이고, 민주화운동 관련자들이 보상금 등 지급결정에 동의할 당시 민주화운동과 관련된 모든 피해에 대한 일체의 손해배상이 금지됨을 정확히 인식할 수 없었음에도 불구하고 보상금 등 지급결정에 동의하였다는 이유만으로 일체의 손해에 대하여 재판상 화해의 성립을 간주하는 것은 청구인 등의 재판청구권·국가배상청구권 등을 침해한다고 주장합니다.

이러한 복합적 주장에 대하여, 대상결정의 법정의견은 심판대상조항으로 인한 기본권 침해 여부를 두 가지 쟁점으로 분리합니다. 우선, 심판대상조항은 신청인이 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때 재판상 화해의 성립을 간주하는데, 재판상 화해에는 확정판결과 같은 효력(기판력)이 있어 특별한 사정이 없는 한 당사자는 향후 재판절차에서 그 화해의 취지에 반하는 주장을 할 수 없게 되므로, 결국 ‘법관에 의하여 재판을 받을 권리’(헌법 제27조 제1항)를 제한한다고 보았습니다. 또한, 심판대상조항은 신청인이 위원회의 보상금 등 지급결정에 동의한 때 민주화운동과 관련하여 입은 피해 일체에 대해 재판상 화해가 성립된 것으로 간주함으로써 향후 민주화운동과 관련된 모든 손해에 대한 국가배상청구권 행사를 금지하고 있으므로, 결국 헌법이 규정한 ‘국가배상청구권’(헌법 제29조 제1항)을 제한한다고 보았습니다.

(2) 재판청구권 및 국가배상청구권 판단 여부

대상결정의 사건에서 재판청구권·국가배상청구권에 대한 복합적인 침해 주장을 정리하는 방안은 이론상 3가지입니다. ① 재판청구권 침해 여부만으로 정리하는 방안, ② 재판청구권과 국가배상청구권을 묶어서 함께 그 침해 여부를 판단하는 방안, ③ 재판청구권과 국가배상청구권을 분리하여 별도로 그 침해 여부를 판단하는 방안입니다.

헌법재판소는, 과거 ‘재판상 화해 간주 조항’에 대해 아래와 같이 4번 판단한 것으로 확인됩니다. ㉠ 국가배상법 제16조 위헌제청(헌재 1995. 5. 25. 91헌가7 결정: 위헌), ㉡ 특수임무자보상법 제17조의2 위헌확인(헌재 2009. 4. 30. 2006헌마1322 결정: 기각), ㉢ 특수임무자보상법 제17조의2 위헌소원(헌재 2011. 2. 24. 2010헌바199 결정: 합헌), ㉣ 세월호피해자지원법 제16조 위헌확인(헌재 2017. 6. 29. 2015헌마654 결정: 합헌)입니다.

위와 같은 4번의 결정에서 헌법재판소는 해당 조항의 재판청구권 침해 여부만을 판단하고, 국가배상청구권 침해 여부에 대해서는 판단하지 않았습니다. 결정문에 기재된 내용에 따르면, ㉠㉡㉢사건의 경우 제청법원·청구인이 재판청구권 침해만을 주장하였기에, 이에 재판소도 재판청구권 침해 여부만을 검토한 것으로 보입니다. 한편, ㉣사건의 경우 청구인이 재판청구권·재산권·국가배상청구권 침해를 동시에 주장하였는데, 재판소는 ‘이 주장(재산권·국가배상청구권 침해 주장)은 세월호피해자지원법 제16조에 의하여 재판상 화해가 성립된 것으로 간주됨으로써 배상금 등 지급결정을 더 이상 다룰 수 없는 것에 대한 위헌 주장으로 재판청구권 침해 주장과 내용상 동일하다. 따라서 이 부분 주장에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.’라고 쟁점을 정리하였습니다.

대상결정에서 ①과 같이 재판청구권 침해 여부만을 판단해야 한다고 보는 시각에서는, 다음과 같은 논거를 상정할 수 있습니다. 즉, 재판청구권은 다른 기본권을 보장하기 위한 기본권으로서의 성격을 가진다는 점, 심판대상조항은 재판상 화해의 성립을 간주함으로써 재판청구권을 직접 제한하는 점, 심판대상조항이 국가배상청구권을 제한하는 것처럼 보이더라도 이는 재판청구권 제한으로 인한 간접적 제한에 불과한 점, 선례에서도 재판청구권 침해 여부만을 판단한 점이고, 이러한 논거들도 충분히 설득력 있다고 생각합니다.

그러나 ①과 같은 시각에서 재판청구권 침해 여부만을 판단할 경우, 국가배상청구권의 의미가 사실상 형해화되는 문제가 발생합니다. 국가배상은 국가를 상

대로 청구하는 것이므로 불가피하게 국가가 미리 정한 소송절차 즉 재판절차에 따라야 할 것인데, 재판절차에 의하기 때문에 그에 대한 제한 문제는 재판청구권 침해 여부 판단으로 충분하다는 것은, 헌법이 재판청구권(제27조 제1항)과 달리 국가배상청구권(제29조 제1항)을 명시적으로 규정한 취지에 부합하지 않습니다. 물론 심판대상조항은 재판상 화해 성립 간주를 통하여 직접적으로 재판청구권을 제한하고 있습니다. 그러나 그 궁극적인 목적은, 단지 법관에 의한 재판받을 권리만을 제한하려 한 것이 아니라, 민주화운동 관련자의 국가배상청구권 행사를 제한하기 위함임을 알 수 있습니다. 민주화보상법상 보상금을 제외하고, 민주화운동 관련하여 피해를 입은 국민이 재판으로 청구할 수 있는 것이 국가배상 말고 무엇이 더 있을까요? 그럼에도 불구하고 심판대상조항으로 인한 기본권 침해 여부를 재판청구권 침해 여부만으로 판단 가능하다는 것은 사건의 실체에 부합하지 않는 측면이 있다고 생각됩니다.

법정의견은 국가배상청구권 침해 여부에 관한 판단 첫 부분에서 ‘헌법은 제 23조 제1항에서 일반적 재산권을 규정하고 있으나, 제29조 제1항에서 국가배상청구권을 별도로 규정함으로써, 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 경우 국민이 국가에 대해 재산적·정신적 손해에 대한 정당한 배상을 청구할 수 있는 권리를 특별히 보장하고 있다. 이러한 국가배상청구권은 일반적인 재산권으로서의 보호 필요성뿐만 아니라, 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국민의 손해를 사후적으로 구제함으로써 관련 기본권의 보호를 강화하는데 그 목적이 있다.’라고 판시하고, 침해의 최소성 판단 부분에서 ‘헌법 제10조 제2문은 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다라고 규정하고 있는바, 이와 같이 헌법상 기본권 보호의무를 지는 국가가 오히려 소속 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 유죄판결을 받게 하거나 해직되게 하는 등으로 관련자에게 정신적 고통을 입혔음에도 불구하고 그로 인한 정신적 손해에 대한 국가배상청구권 행사를 금지하는 것은 헌법 제10조 제2문의 취지에도 반한다.’라고 판시하였습니다.

지정토론자의 사건으로는, 일반적인 재산권과 구별되는 국가배상청구권의 헌법적 의미를 재발견하고 이를 강조함으로써 앞으로도 있을지 모르는 국가의 위헌·위법적인 공권력 행사에 대해 경고를 하였다는 것이 대상결정의 가장 큰 성과라고 생각하기에, 대상결정에서 국가배상청구권 침해 여부에 대해 판단하는 것은 올바른 방향설정이었다고 보여집니다.

(3) 재판청구권 및 국가배상청구권의 별도 판단 여부

심판대상조항의 위헌 여부를 심사함에 있어 재판청구권과 국가배상청구권 침해 여부를 판단하기로 결정한다면, 앞선 ②와 같이 이를 하나의 항목으로 묶어 심사할 것인지, 아니면 ③과 같이 별도의 항목으로 나누어 심사할 것인지 문제됩니다.

특정 공권력 행사가 기본권을 중첩적으로 제한할 경우, 그 쟁점·판단기준·논거가 유사하면 하나의 항목으로 묶어 심사하는 것이 효율적일 것이고, 그 쟁점·판단기준·논거가 다르면 이를 별도의 항목으로 나누어 심사하는 것이 적합하다 할 것입니다.

앞서 말씀드린 바와 같이, 헌법재판소는 재판상 화해 간주조항에 대하여 4번 판단하였는데 모두 재판청구권 침해 여부만을 판단하였습니다(㉠㉡㉢㉣). 이때 재판청구권 침해 여부를 판단함에 있어 공통적으로 다루었던 주요 판단기준과 쟁점은, 각 법률상 보상금 등을 심의·결정하는 위원회의 중립성과 독립성이 보장되고 있는지 여부, 보상금 등 심의절차의 전문성과 공정성을 제고하기 위한 장치가 마련되어 있는지 여부, 당사자로 하여금 보상금 등 지급결정에 대한 동의 여부를 자유롭게 선택하도록 정하고 있는지 여부였습니다. 그리고 이러한 기준에 따라, 그 기준을 충족하지 못하던 구 국가배상법 제16조에 대해 재판청구권 침해를 이유로 위헌으로 결정하고(㉠), 그 기준을 충족하였던 특수임무자보상법 제17조의 2, 세월호피해지원법 제16조에 대해서는 합헌으로 결정하였던 것입니다(㉡㉢㉣).

그런데 위원회의 중립성·독립성, 심의절차의 전문성·공정성, 동의 여부에 대한 자유로운 선택 여부는 법관에 의해 재판을 받을 권리의 제한과는 관련이 많겠지만, 국가배상을 청구하는 권리의 제한과는 상당한 거리가 있습니다. 만약 위원회의 중립성·독립성, 심의절차의 전문성·공정성이 있다는 등의 이유로 국가배상청구권을 침해하지 아니한다고 대상결정에서 판단하였다면, 사건의 당사자 뿐만 아니라 입법부도 그리고 재판부 스스로도 납득할 수 없지 않았을까요?

국가배상청구권은 헌법 제10조 제2문에 따라 국민의 기본권을 보장해야 할 의무를 지는 국가가, 오히려 이를 위반하여 위헌·위법하게 국민의 기본권을 침해한 경우, 그로 인한 국민의 피해를 사후적으로 구제하도록 디자인된 특별한 기본권입니다. 국가배상청구권의 침해 여부는, 그 국가배상의 내용이 되는 손해의 종류와 그에 대한 제한의 필요성과 한계를 검토함으로써 판단해야 할 것이지, 위원회의 중립성·독립성 등의 쟁점과는 무관한 측면이 있습니다.

이러한 사정을 고려할 때, 심판대상조항의 위헌 여부를 심리함에 있어 재판 청구권 침해 여부와 국가배상청구권 침해 여부를 분리하는 것이 적절하다고 생각됩니다. 재판청구권과 국가배상청구권을 분리 판단한 대상결정의 법정의견도 이러한 맥락에서 이해됩니다.

5. 심판대상조항의 재판청구권 침해 여부에 대한 검토

(시간 관계로 생략)

6. 심판대상조항의 국가배상청구권 침해 여부에 대한 검토

(시간 관계로 생략)

7. 결어

대상결정의 법정의견을 읽어보면, 헌법재판소가 법원에 대한 존중을 통해 피해자의 권리를 최종적으로 구제하는데 방점을 두었다는 느낌을 받습니다.

헌법이 설계한 권력분립의 구조상, 법원은 민사사건에서 최종적인 국민의 권리구제를 담당하지만 입법부가 만들어 놓은 법률을 초월할 수 없다는 한계가 있고, 헌법재판소는 입법부가 만들어 놓은 법률을 위헌심사하지만 최종적인 민사 배상을 선언할 수 없다는 한계가 있습니다. 이에 헌법재판소는 피해자 구제의 관점에서 대상결정을 통해 심판대상조항의 위헌성을 제거한 다음 재심사유(헌재법 제75조 제7항)와 함께 그 공을 법원에 넘겨준 것으로, 대상결정의 의의를 평가하고 싶습니다.

앞으로도 헌법재판소와 법원이 상호 존중과 협력을 통해 서로의 한계를 건설적으로 보완함으로써, 국가의 위법행위로 인한 민주화운동 관련자의 손해를 구제하고 국민의 기본권 보장이라는 본래의 사명을 다 할 수 있기를 희망하며 지정토론을 마무리합니다.

재판의 전제성에 관한 비판적 고찰*

정 주 백**

요 지

- 구체적인 사건이 법원에 계속 중일 것 → A
- 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것일 것 → B
- 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 될 것 → C
- 법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떤 영향을 줄 것 → a
- 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는 데 관련되어 있을 것 → b
- 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 것 → c

《재판의 전제성》

$$A \cap B \cap C \equiv (A \cap B \cap a) \cup (A \cap B \cap b) \cup (A \cap B \cap c)$$

《검토》

1. a의 경우 B가 부인될 수 있는가? → 그런 경우는 없다. 즉, 문제되는 법률의 위헌 여부가 법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떤 영향을 줌에도 불구하고, 당해 재판에 적용되지 않는다는 이유로 각하된 예는 없다. 다른 한편, 적용되나 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떤 영향을 미치지 않는다는 이유로 각하된 예도 없다.
2. b가 유의미한가? 결론이나 주문이 달라지지 않으면서 이유의 구성만 달라지는 것은 무의미하다. 최근에 이를 누락하는 판시도 많다.

* 이 글은 정주백, “재판의 전제성에 관한 관건”, 『법학연구』 제26권 제2호, 충남대, 2015, 8. 30., 11-47과 정주백, “재판의 전제성 중 ‘재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우’라는 요건의 필요성”, 『법학연구』 제27권 제1호, 충남대, 2016, 4. 30., 37-69을 추가 보완한 것이다.

** 충남대학교 법학전문대학원 교수

3. 구체적 규범통제 절차에서 c가 유의미한가? → 무의미하다. 당해 사건에 적용되지도 않는 법률 조항에 대해 위헌 결정을 받아, 재심을 청구한다는 것은 무의미하다. 다만, 다른 절차로 위헌 여부를 다룰 수 없다면, 이를 인정할 실익이 있을 것이나, 그렇지도 않다. 최근 현재는 ‘포섭의 문제’로 부정.
4. c의 경우, B를 충족하는 경우가 있는가? → 없다. 즉, 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우는, 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되지 않는 경우이다. 양자를 동시에 만족시키는 경우는 없다.
5. A 적법하여야 하는가? 부적법하면 위헌 여부에 따라 당해 재판의 주문이 달라지지 않는 것 아닌가?
6. ① 주문이 달라진다는 말과 ② 달라질 가능성이 있다는 말 그리고 ③ 달라져야 한다는 말은 같은 말인가?

《결론》

($A \cap a$)만 검토하면 족하다.

- ($A \cap B \cap b$)는 이론적으로 무의미할 뿐만 아니라, 최근 현재에서도 누락하고 있다.
- ($A \cap B \cap c$)를 만족시키는 경우는 없다. → 최근에는 포섭을 극구 부인. 현재 2015. 12. 23. 2015헌가27. 적용되지 않는다.
- a가 충족되면, B가 충족되었다는 것이 판례. B는 독자적 의의가 없다.
- A가 적법하여야 한다는 것도 독자적 의의가 없다. 주문이 달라지지 않는 경우에 포섭된다.
- ① 주문이 달라진다는 말과 ② 달라질 가능성이 있다는 말 그리고 ③ 달라져야 한다는 말은 다른 말이다. 검토가 필요하다.

I. 들어가는 말

헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다.)는 재판의 전제성에 관해 다음과 같이 판시하고 있다. “우리 헌법재판소의 확립된 판례(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 238-239 참조)에 의하면, 재판의 전제성이란, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다. 여기서 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원이 심리 중인 당해사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런

영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는 데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우도 포함된다.”¹⁾

이것을 분석하여 보면, A: 재판이 있을 것, B: 심판대상인 법률 조항이 당해 재판에 적용될 것, C: 심판대상인 법률 조항이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 재판을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 될 것이 요건으로 된다. 이들 중 어느 하나라도 충족되지 아니하면, 재판의 전제성은 충족되지 아니한 것으로 판단될 것이다. 즉, A and B and C인 경우에만, 재판의 전제성이 충족되었다고 판단되어질 수 있다.

그런데, 현재는 위 C를 부연하여 설명하고 있다. 즉, ‘다른 내용의 재판’을 하게 된다는 것은, a: 당해 사건의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주거나, b: 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리하는 데 관련되어 있거나, c: 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라지는 경우라 설명한다. 이들, a, b, c 중 어느 하나를 충족하면,²⁾ C를 충족하는 것으로 판단되어질 수 있다. 이 점을, 특히 b와 c에 관하여는 “문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도”라는 표현으로써 분명히 밝히고 있다.

그렇다면, 재판의 전제성이 인정되어질 수 있는 경우는, 어떤 법률조항이 a, b, c에 중첩적으로 해당되는 경우를 논외로 하면, 3가지이다. ① 재판이 있고, 적용되고, 주문이나 결론에 영향을 주는 경우,³⁾ ② 재판이 있고, 적용되고, 이유를 달리하는 데 관련되어 있는 경우,⁴⁾ ③ 재판이 있고, 적용되고, 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라지는 경우⁵⁾이다. 이들 간에는 다시 ‘or’로 연결될 것이기 때문에, 종합적으로 재판의 전제성이 인정되는 경우를 나타낸다면, 다음과 같이 표현될 수 있다. (A and B and a) or (A and B and b) or (A and B and c).

II.에서는 B, 즉 당해 법률 조항이 당해 재판에 적용될 것이라는 요건이 과연 재판의 전제성 요건으로 필요한가 하는 것을 다룬다. III.에서는 이유를 달리하는 경우(C중의 b), IV.에서는 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라지는 경우

1) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66, 판례집 12-1, 848, 864. 헌법재판소, 『헌법재판실무제요(제1개정증보판)』, 2008, 112는, 이 판례와 함께 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58을 들어 현재의 입장을 설명하고 있다.

2) a or b or c.

3) A and B and a.

4) A and B and b.

5) A and B and c.

(C중의 c)에 각 재판의 전제성을 인정할 필요가 있는가 하는 점을 다룬다. 위의 ②와 ③의 경우는 재판의 전제성이 인정된다고 볼 필요가 없거나, 구체적 규범통제를 전제로 하는 우리 위헌법률심판 절차에서 재판의 전제성을 인정하는 것이 부당하다는 것이다. 이 논문에서는 B 및 C 중 b, c는 불필요한 것으로 본다. V.에서는 재판의 주문이나 결론이 달라질 것에 관해 보았는데, ‘달라질 가능성이 있는 경우’와 ‘달라져야 하는 경우’의 문제를 시론적으로 다루었다. VI.에서는 재판의 전제성에 관한 헌재 결정의 표현 자체의 적절성 문제를 간단히 다루었다.

이 논문의 결론(VII.)은 A and a, 즉, 재판이 있고(A), 당해 법률 조항의 위헌 여부에 따라 당해 재판의 주문이나 결론이 달라진다(a)는 것이 재판의 전제성을 인정하는 필요하고도 충분한 요건이라는 것이다. 본문에서 따로 다루지 않고 여기서 한 마디 덧붙이고 말 것은, 재판이 적법하여야 한다는 것도 불필요한 것이다.⁶⁾

II. 적용될 것

1. 사례(헌재 2011. 10. 25. 2010헌바476)⁷⁾

가. 사안

청구인은 ○○항공에 입사하여 부기장으로 근무하다가 사직처리된 사람으로서, ‘○○항공은 30년 동안 무자격 비행기조종사를 고용하여 왔다는 등의 허위 사실을 신문에 게재되게 하였다’는 내용의 공소사실로 기소되었다. 청구인은 위 사건의 재판계속 중, 항공기 조종사 자격증명을 받기 위한 실기시험에서 실제 항공기 대신 모의비행장치를 이용하여 시험을 실시할 수 있도록 하고, 모의비행장치를 이용한 탑승경력을 항공기 탑승경력으로 보도록 하는 구 항공법 제29조의2(이하에서 ‘구 항공법 조항’이라 한다.)가 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 헌법소원심판을 청구하였다.

6) 아래의 주 39 참조.

7) 판례집 23-2하, 18.

나. 판단

구 항공법 조항은 당해 사건에 바로 적용되는 조항이라 할 수 없다.⁸⁾ 구 항공법 조항이 위헌으로 된다고 하더라도 당해 사건의 재판 결과가 좌우되거나 당해 사건의 재판에 직접 적용되는 형법 규정의 의미가 달라져 재판에 영향을 미친다고 보기 어렵다. 결국, 구 항공법 조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 주문이 달라지거나 당해사건 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라진다고 할 수 없으므로, 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.

2. 검토

가. ‘적용’된다는 말의 의미

현재의 판례를 따른다면, 문제된 법률 조항이 당해 사건에 적용된다는 것은, 재판의 전제성에 있어서의 독자적인 요건이다. 이 말은, ① 다른 요건이 충족되더라도 문제되는 법률 조항이 당해 재판에 적용되지 않는다면, 그 법률 조항은 당해 사건에 대하여 재판의 전제성이 인정되지 않고, ② 나아가 다른 요건들과 서로 독자성을 갖추고 있어야 한다는 것을 의미한다.

그런데, ‘적용’된다는 것은 무엇을 의미하는가? 현재가 이 점을 분명하게 밝힌 바는 없지만, 일응 당해 사건의 결론을 도출하기 위하여 이유를 설시하는 과정에 끌어다 쓴다는 것을 의미하는 것으로 보아야 할 것이다. 재판이란 결국은 결론을 정하기 위한 것이고, 그 이유에는 그 결론을 뒷받침하는 여러 논거들이 제시될 것인데, 법치주의의 원리상 거기에는 여러 규범들이 원용될 수밖에 없다. 결론을 도출하기 위하여 원용하는 것, 그것을 ‘적용’이라 하여도 크게 틀리지는 않을 것이다. 따라서, 결론과 무관하지만 법원이 판결문에 특정한 법률조항을 제기한 경우, 이 법률조항이 당해 재판에 적용되었다고 할 수는 없다. 방론을 뒷받침하는 규범에 불과하기 때문이다.

결국 적용된다는 것은, 그 법률 조항의 위헌 여부가 당해 재판의 결론에 영향을 미친다는 것과 같은 의미라 이해할 수밖에 없다. 그러므로, 당해 법률조항이 당해 재판에 적용됨에도 불구하고, 재판의 전제성이 인정되지 아니하는 경우란 상정하기 어렵다.

8) 판례집 23-2하, 18, 23.

헌재 2009. 9. 24. 2008헌바23⁹⁾ 사건의 경우 당해 법률 조항이 당해 사건에 적용되나 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당되지 않는다고 판시하여,¹⁰⁾ 마치 ‘적용’ 요건과 ‘다른 내용의 재판’ 요건이 서로 독립적인 것처럼 이해될 여지가 있으므로, 이를 살펴보기로 한다.

위 사건의 사안에서는, 청구인의 신고에 의해 제3자의 음주운전 사실이 적발되었고, 제3자의 운전면허가 취소되었다. 제3자가 위 운전면허취소처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였다. 지방경찰청장은 행정심판위원회에 청구인의 인적사항 및 전화번호가 적혀있는 진술조서를 증거서류로 제출하였다. 행정심판위원회는 위 증거서류를 제3자에게 송달하였다. 그런데 제3자는 진술조서에 적힌 청구인의 전화번호로 전화를 하여 폭언을 하였다. 이에 청구인은 청구인의 전화번호가 유출되어 청구인이 입은 피해에 대하여 대한민국과 제3자를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하였다. 청구인은 제1심 법원에서 일부 승소판결을 받고, 항소심 소송 계속중 ‘당사자가 제출한 답변서 및 증거서류의 부분을 상대방에게 송달하도록 규정하고 있는 것은 사생활의 자유 등 헌법에 위반된다.’고 주장하면서 구 행정심판법 제27조¹¹⁾에 대한 위헌법률심판제청신청을 거쳐 헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 한다.) 제68조 제2항에 따른 헌법소원(이하 ‘제2항소원’이라 한다. 헌재법 제68조 제1항에 따른 헌법소원은 ‘제1항소원’이라 한다.)을 제기하였다.¹²⁾

이에 대하여 헌재는 “행정심판법 제27조는 당해 사건에서 문제된 청구인의 전화번호 등 개인정보가 기재된 증거서류의 제출 및 송달에 관한 근거규정인 만큼, 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것으로 볼 수는 있지만, 이에 대하여 위헌결정이 선고된다 하더라도, 당시 청구인의 인적사항이 기재된 증거서류의 제출 및 송달에 관여한 공무원들로서는 그 행위 당시에 위 법률조항이 헌법에 위반되는지 여부를 심사할 권한이 없이 오로지 위 법률조항에 따라 증거자료를 제출하고 이를 송달하였을 뿐이라 할 것이므로 당해 공무원들에게 고의 또는 과실이 있다

9) 판례집 21-2상, 599.

10) 판례집 21-2상, 599, 604.

11) 행정심판법(1984. 12. 15. 법률 제3755호로 제정된 것) 제27조(증거서류 등의 제출)

① 당사자는 심판청구서·보정서·답변서 또는 참가신청서에 덧붙여 그 주장을 뒷받침하는 증거서류 또는 증거물을 제출할 수 있다.

② 제1항의 증거서류에는 다른 당사자의 수에 따르는 부분을 첨부하여야 한다.

③ 위원회는 당사자로부터 제출된 증거서류의 부분을 지체 없이 다른 당사자에게 송달하여야 한다.

12) 논지와 무관한 부분은 생략하였다.

할 수 없어 대한민국의 청구인에 대한 손해배상책임은 성립되지 아니한다 할 것이다(헌재 2008. 4. 24. 2006헌바72, 판례집 20-1 상, 585, 590 참조). 따라서 행정심판법 제27조가 헌법에 위반되는지 여부는 당해 소송사건의 재판, 즉 대한민국의 청구인에 대한 손해배상책임의 성립여부에 아무런 영향을 미치지 못하므로, 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 소송사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하지 않는다.”고 판시하였다.¹³⁾ 결국 청구인의 심판청구는 재판의 전제성을 갖추지 못하였다고 보았다.

그러나, 청구인이 국가에 대하여 손해배상을 청구하는 근거조문은, 국가배상법 조항이지, 위의 행정심판법 제27조가 아니다. 만약 행정심판법 제27조에 대하여 재판의 전제성이 인정된다면, 그 이유는 직접 적용되는 조항이 아니지만, 행정심판법 제27조의 위헌 여부에 따라 당해 재판의 결론이 달라질 것이기 때문이라 하여야 할 것이다.

이와 같은 법리는 헌재 2011. 3. 31. 2009헌바286¹⁴⁾ 사건에서 판시된 바 있다. 변호사법 위반으로 유죄확정판결을 받은 청구인이 수사검사의 불법행위를 이유로 검사와 국가에 대하여 손해배상을 구하는 당해 사건에서, 유죄판결의 근거가 된 법률조항이 재판의 전제성을 갖는지가 문제되었는데, 현재는 유죄판결의 근거가 된 구 변호사법은 당해 사건에서 직접 적용되는 것이 아니라 보았다.¹⁵⁾

또, 헌재 2010. 9. 30. 2009헌바101¹⁶⁾의 경우에도 당해 법률 조항이 당해 사건에 적용되나,¹⁷⁾ 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당되지 않는다고 판시한 바 있다. 사안은, 행정처분에 대하여 쟁송기간이 도과한 후에 무효확인 소를 제기한 후, 행정처분의 근거되는 법률 조항에 대하여 위헌임을 다투는 헌법소원심판을 청구한 것이다. 이에 대하여 현재는 당해 법률 조항이 당해 재판에 적용되는 것은 맞지만, 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 하는 경우에 해당하지 않기 때문에 재판의 전제성이 부인된다고 보았다.

이 경우 현재의 기존 논리를 따른다면, 당해 재판은 적법하지 아니하므로, 재판의 전제성이 인정되지 아니한다. 왜냐하면, 행정처분의 근거되는 법률 조항이

13) 판례집 21-2상, 599, 604.

14) 공보 제174호, 572.

15) 이 사건에서는 가정적으로 적용된다고 하더라도, 구 변호사법 조항이 헌법에 위반되는지 여부는 검사 및 국가의 손해배상책임이 성립할지 여부에 아무런 영향을 미치지 못하므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 판시하였다(공보 제174호, 572, 574).

16) 판례집 22-2상, 651.

17) 판례집 22-2상, 651, 656.

위헌이라는 사유는, 취소사유에 불과할 뿐 무효 사유에 해당하지 아니함¹⁸⁾에도 불구하고, 제소기간을 초과하여 무효확인 소송을 제기한 것이기 때문이다. 또, 재판이 적법하여야 한다는 것이 요건으로 되지 않는다는 것을 전제로 하더라도, 당해 법률 조항의 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 하는 경우에 해당되지 않으므로, 적용 여부에 무관하게 재판의 전제성을 부인할 수 있다.

‘적용된다’는 요건과 ‘재판의 결론이나 주문이 달라질 것’이라는 요건이 “모두” 충족될 것이 재판전제성의 필요충분조건(necessary and sufficient condition)이라는 입장을 견지하지 아니하더라도 아래에서 보는 바와 같이, 전자가 후자의 필요조건(necessary condition)이라는 논증만 성공하여도 ‘적용’ 요건은 재판의 전제성을 인정하는 데 필요한 요소가 아니다.

나. ‘적용’의 비독자성

문제되는 법률조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라짐에도 불구하고, 문제되는 법률조항이 당해 사건에 적용되지 않는다는 이유로 재판의 전제성이 부인될 수 있을까? 심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라서 당해 사건의 주문이나 결론이 달라지는 경우 항시 재판의 전제성이 인정되어서, 적용 여부를 검토할 필요가 없거나 항상 적용되는 것으로 판단되어진다면, 적용 여부는 재판의 전제성을 판단하는 데 아무런 독자적 의의가 없는 것이다.

그런데, 현재까지 나온 현재의 판례 중에서 문제되는 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 주문이나 결론이 달라지지만, 문제되는 법률조항이 적용되지 않는다는 이유로 재판의 전제성이 부인된 예는 없는 것 같다.

나아가 문제되는 법률조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라질 여지가 있다면, 직접 적용되지 않고, 간접적으로 적용된다고 하더라도 전제성이 있다고 보는 것이 판례의 태도이다. 그렇다면, 주문이나 결론이 달라지는 것과 무관하게 적용 여부를 판단하여 각하할 수는 없다는 것이고, 주문이나 결론이 달라진다면, 직접 적용되지 않더라도 재판의 전제성이 인정되는 것으로 본다면, 적용 여부 자체는 독자적인 재판의 전제성을 판단하는 요건으로 작동하지 아니하는 것이다.

18) 대법원은, 행정청이 어떠한 법률조항에 근거하여 행정처분을 한 후 현재가 그 조항을 위헌으로 결정한 경우 그 행정처분은 결과적으로 법률의 근거 없이 행하여진 것과 마찬가지여서 하자 있는 것으로 되지만, 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 현재의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 행정처분의 취소사유일 뿐 당연무효 사유는 아니라고 판시해 오고 있다(대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 98두5583 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007두16202 판결 등 참조). 판례집 22-2상, 651, 656.

한편, 판례는, 적용된다는 말과 재판의 결론이나 주문에 영향을 미친다는 점을 구분하지 않고 사용하는 경우가 있다. “위 법률조항은 당해소송사건의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것이 아니라 당해소송사건의 결론이나 주문에 의하여 비로소 영향을 받는 것이며”¹⁹⁾라고 판시한 경우가 있는데, 그 내용을 살펴보면, 적용되지 아니한다고 말하여야 할 것을 결론이나 주문에 영향을 미치지 않는다고 설시한 것이다.

현재의 결정 중에는 적용 여부에 보태어 주문이 달라지지 않는다는 점을 밝힌 사례들은 허다하다. 예를 들어, 현재 2011. 6. 30. 2009헌바430,²⁰⁾ 현재 2012. 5. 31. 2011헌바135,²¹⁾ 현재 2012. 2. 23. 2010헌바127,²²⁾ 현재 2012. 5. 31. 2010헌바90등,²³⁾ 현재 2009. 12. 29. 2009헌바25,²⁴⁾ 현재 2010. 7. 29. 2006헌바75,²⁵⁾ 현재 2009. 10. 29. 2007헌바31.²⁶⁾ 이 사건들은 당해 사건에 적용되어야 한다는 요건이 충분한 독자성을 갖추지 못하고 있음을 보여 주는 예라 할 수 있다.

현재는 건강기능식품의 기능성 표시·광고에 대한 사전심의업무를 영업자단체에 위탁할 수 있도록 한 법률 조항은 청구인이 심의위원회의 심의결과와 다르게 광고를 하였다는 이유로 영업정지처분을 받은 것의 취소를 구하는 당해 사건에 직접 적용되는 법률규정으로 볼 수 없을 뿐만 아니라 위 조항의 위헌 여부에 따라서 당해 사건의 주문이나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적인 의미 등이 달라지거나 직접 적용되는 법률 조항의 위헌 여부가 결정되는 것도 아니므로, 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다고 판시한 바 있다.²⁷⁾

그러나, 청구인의 영업정지취소소송(당해사건 재판)에 있어서, 심의위원회에

19) 현재 1997. 11. 27. 96헌바60, 판례집 9-2, 629, 642.

20) 판례집 23-1하, 377, 384. “그런데 헌법재판소법 제68조 제1항은 당해사건인 제심의 소에 적용되는 법률이라고 할 수 없고, 위 조항이 법원의 재판을 헌법소원심판대상에서 제외한 것이 설령 위헌으로 선언된다고 하더라도 그로 인하여 당해사건의 주문이 달라지거나 그 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것은 아니므로, 이 부분 심판청구는 재판의 전제성이 없어 부적법하다.”

21) 판례집 24-1하, 489, 492. “그런데 형사소송법 제211조 제1항, 제212조, 제213조의2는 현행범인 체포의 근거 및 절차에 관한 조항일 뿐, 당해 사건인 청구인에 대한 퇴거불응죄의 형사재판에 적용되는 법률조항이라고 할 수 없고, 그 위헌 여부에 따라 위 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라고 할 수도 없다.”

22) 판례집 24-1상, 123, 129.

23) 판례집 24-1하, 378, 385.

24) 판례집 21-2하, 838, 842.

25) 판례집 22-2상, 232, 249.

26) 판례집 21-2하, 94, 102.

27) 현재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 249-250.

게 심의를 할 권한이 없다는 점은 심의 자체의 무효사유로서 영업정지취소처분의 무효사유가 될 것이므로, 재판전제성이 있다고 볼 수 있다. 한편, 유사한 사안에서 현재는 “긴급조치 제2호는 대통령의 긴급조치를 위반한 자를 심판하기 위하여 설치하는 비상군법회의의 조직법으로 긴급조치 제2호에 따라 법원이 아닌 비상군법회의가 청구인에게 긴급조치 위반의 혐의로 유죄판결을 선고할 수 있었으므로, 비록 긴급조치 제2호가 처벌의 직접적인 근거 조항은 아니더라도 그것이 위헌이라면 청구인에 대한 유죄판결은 결국 재판권이 없는 기관에 의한 것이 된다. 그러므로 긴급조치 제2호도 당해 사건에서 재판의 전제성이 인정된다.”²⁸⁾고 판시한 바 있다. 결국 현재가 드는 적용될 것이라는 요건은 분명한 토대를 가진 것이 아니다.

다. ‘적용’의 무의미성

현재는 제청 또는 심판청구된 법률조항이 법원의 당해사건의 재판에 직접 적용되지는 않더라도, ① 그 위헌여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌여부가 결정되거나,²⁹⁾ ② 당해재판의 결과가 좌우되는 경우³⁰⁾ 또는 ③ 당해사건의 재판에 직접 적용되는 규범(예컨대, 시행령 등 하위규범)의 의미가 달라짐으로써 재판에 영향을 미치는 경우³¹⁾ 등에는 간접 적용되는 법률규정에 대하여도 재판의 전제성을 인정할 수 있다고 한다.³²⁾

현재의 위와 같은 판시는 결국 당해 심판대상 조항이 당해 재판에 적용되는가, 적용되지 않는가는 재판의 전제성을 판단하는 데 아무런 의의가 없다는 것을 자인한 것과 다름 아니다. 위의 판시는 당해 심판대상 법률조항의 위헌 여부가 당해 재판의 결론에 영향을 미치는 경우라면, (직접적으로든 간접적으로든) 적용되어지는 것이다, 라는 것을 밝힌 것이기 때문이다.

28) 현재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등, 판례집 25-1, 180, 196.

29) 현재 1996. 12. 26. 94헌바1, 판례집 8-2, 808, 818. 공소장에는 적용법조로 기재되지는 아니하였으나, 당해 심판대상의 위헌 여부에 따라 당해 사건에 직접 적용되는 법률 조항의 위헌 여부와 불가분적인 관계에 있다고 할 것이므로 심판대상 법률조항도 재판의 전제성이 있다.

30) 현재 1996. 10. 31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422, 429. 법원의 증거채부결정에 직접 적용되는 법률조항은 아니나 증거채부결정의 대상이 된 조서의 증거능력에 영향을 미침으로써, 그 위헌여부에 따라 법원이 그 조서를 증거로 채택할 수 있느냐 없느냐의 증거채부결정의 결과를 좌우하므로 재판의 전제성이 있다.

31) 현재 1996. 8. 29. 95헌바36, 판례집 8-2, 90, 97. ‘당해 법률조항은 당해 사건에 직접 적용되는 법률규정이라 할 수는 없으나, (… 중략 …) 당해 사건의 재판에 영향을 미칠 가능성이 있으므로, 재판의 전제성을 인정할 수 있다.’(현재 2009. 4. 30. 2005헌바101, 판례집 21-1하, 23, 35-36)도 거의 유사한 판시다.

32) 현재 1998. 10. 15. 96헌바77, 판례집 10-2, 573, 583.

현재가 재판의 전제성을 다루면서, 심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라진다고 하면서도 적용 여부에 대하여는 언급하지 아니한 사례는 얼마든지 많다.³³⁾ 이러한 상황을 설명하기 위해서는 심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라지는 경우라면, 반드시 적용이 있는 경우에 해당된다고 보는 수밖에 없다. 즉, ‘심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라진다는 것’은 ‘심판대상 법률 조항이 당해 사건에 적용된다는 것’의 충분조건이라는 것이다.³⁴⁾

현재가 간접 적용된다는 사례들은, 어떤 법률 조항의 위헌 여부가 문제되지 않는다면, 당해 재판서에서 언급되어지지 아니할 법률 조항이라는 것, 그러므로 엄밀히는 적용되지 아니할 조항이나, 당해 법률 조항의 위헌 여부가 직접 적용되는 법률 조항의 위헌 여부에 영향을 미치거나, 재판의 주문이나 결론에 영향을 미치므로 간접적으로라도 적용된다고 하는 것에 불과하다.

그렇다면, 직접 적용되는 법률 조항을 제외하고는, ‘간접적용’ 여부를 판단하는 독자적인 기준은 없다. 오로지 남는 것은 당해 법률조항의 위헌 여부에 따라 ‘다른 내용의 재판’을 하게 될 것인가 여부이다. 그런데, 당해 법률 조항이 당해 재판에 적용되어야 한다는 것과, 당해 법률조항의 위헌 여부에 따라 ‘다른 내용의 재판’을 하게 될 것인가 여부는 별개의 요건이라는 것이 현재가 취하고 있는 입장인 것으로 보인다. 그러나 전자를 충족하지 못하더라도 후자를 충족하는 경우에는 재판의 전제성이 인정된다고 판단한다면, 결국 전자는 무의미한 것으로 이해될 수밖에 없다.

한편, 시혜적 법률조항에 대하여 평등권 침해를 다투는 경우는 언제나, 이론적으로 당해 법률조항이 청구인에게 적용되지 아니하는 경우이다. 그런데도 현재는 평등권 침해로써 위헌이라는 이유로 헌법불합치결정을 하고 입법자가 그 결정 취지에 따라 시혜대상을 확대하여 청구인과 같은 경우에도 혜택을 받을 수 있도

33) 예를 들어, 현재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등, 공보 제198호, 472, 478. “긴급조치 제2호는 대통령의 긴급조치를 위반한 자를 심판하기 위하여 설치하는 비상군법회의의 조직법으로 긴급조치 제2호에 따라 법원이 아닌 비상군법회의가 청구인에게 긴급조치 위반의 혐의로 유죄판결을 선고할 수 있었으므로, 비록 긴급조치 제2호가 처벌의 직접적인 근거 조항은 아니더라도 그것이 위헌이라면 청구인에 대한 유죄판결은 결국 재판권이 없는 기관에 의한 것이 된다. 그러므로 긴급조치 제2호도 당해 사건에서 재판의 전제성이 인정된다.”

34) 일부 판례는 재판의 전제성에 관해 적용 여부를 아예 언급하지 아니하기도 한다. “일정한 법률조항이 재판의 전제가 된다고 하려면, 그 법률조항의 위헌 여부에 따라 재판의 결론이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우여야 한다(현재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584, 590-591 참조).”(현재 2012. 12. 27. 2011헌바225, 판례집 24-2하, 467, 471)

록 법을 개정할 경우, 법원은 당해사건에 관한 판결을 달리하여야 할 것이므로 재판의 전제성이 있다³⁵⁾고 판시하는데, 결국은 어떠한 경우라도 당해 사건의 결론이 달라질 가능성이 있다면 재판의 전제성이 있다는 것이지, 당해 법률 조항이 당해 재판에 적용되는가, 적용되지 않는가는 전혀 재판의 전제성을 판단하는 데 영향을 미칠 수 없다.³⁶⁾

또, 부진정입법부작위의 경우, 청구인의 경우를 규율하는 법률이 존재하지 아니한다는 것이 문제된다. 법률이 존재하지 않는다면, 당연히 청구인들에게 적용될 법률 조항은 존재하지 않는 것이다. 이 경우에 현재가 재판의 전제성은 인정하는 논리는, 현재가 청구인의 주장을 받아들여 부진정입법부작위로 인하여 청구인의 헌법상 권리가 침해된 것으로 판단하고 헌법불합치 결정을 하면 국회가 현재의 취지를 존중하여 새로운 입법을 하고, 이 법률이 청구인의 경우에 적용될 수 있다는 것이다.³⁷⁾ 이것은 헌법소원 당시에는 청구인에게 적용되어질 법률 조항이 존재하지 아니한다는 것과 같은 말이다. 헌법소원심판을 청구할 당시에는 적용될 법률이 존재하지 않더라도 나중에 적용될 법률이 존재할 수 있으면 재판의 전제성이 인정된다는 것이다. 이것은 법률 조항이 적용되어야 한다는 재판의 전제성 요건이 그리 견고한 토대 위에 서있지 못함을 보여준다.

라. 적용되지 아니하여 부적법하다고 본 사례에 대한 검토

현재 2010. 11. 25. 2010헌가22³⁸⁾ 사건은 재심이 문제되었다. 당해 재심사건에서 아직 재심개시결정이 확정된 바 없는 사건의 경우 위헌법률심판제청이 적법하기 위해서는, 심판대상인 법률조항의 위헌 여부가 ‘본안사건에 대한 심판’에 앞서 ‘재심의 청구에 대한 심판’의 전제가 되어야 한다는 점을 전제한 후에, 심판대상 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 될 것 외에도 그 법률이 당해 사건의 재판에 적용될 것이 요구되는데, ‘재심의 청구에 대한 심판’은 원판결에 형사소송법 제420조, 헌법재판소법 제47조 제3항 등이 정한 재심사유가 있는지 여부만을 우선 결정하는 재판이므로, 심판대상 법률조항은 원판결에 적용된 법률조항일 뿐 그 원판결에 대한 재심

35) 현재 1999. 7. 22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205, 216.

36) 현재 2012. 3. 29. 2010헌바89, 판례집 24-1상, 402, 407-408(절도 사건에서 친족상도례 조항이 문제된 경우).

37) 현재 2003. 5. 15. 2001헌바90, 판례집 15-1, 520, 528 참조.

38) 공보 제170호, 2023, 2025.

절차 중 ‘재심의 청구에 대한 심판’에 적용되는 법률조항이라고 할 수는 없어서 심판대상 법률조항은 당해 재심사건에 적용되는 법률조항이 아니므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다고 판단하였다.

그러나, 이 사건은 ‘재판이 계속 중일 것’의 요건 문제로 풀어도 얼마든지 해결할 수 있다. 즉, 재심본안에 나아가기 위해서는 재심청구가 적법하여야 하는데, 적법한 재심 사유가 존재하지 아니하므로 재심청구가 부적법하다고 할 수 있다. 그렇다면, 당연히 적법한 재판이 계속 중이지 아니한 것으로 되어 재판의 전제성이 부인될 수 있다.³⁹⁾

다른 한편, 재심본안에 적용될 법률 조항의 위헌 여부는 재판의 결론에 영향을 미칠 수 없다. 그 위헌 여부에 관계 없이 재심청구 자체가 부적법 각하될 것이기 때문이다. 그러므로, 따로 적용 여부를 따질 실익은 없다.

현재 1998. 10. 15. 96헌바77 사건은 적용이 없다는 것을 논증하기 위하여 결국 심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라 재판의 결론이 달라지지 않는다는 것을 논거로 들었다. 즉, 심판대상 법률조항의 위헌 여부에 따라 ① 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌여부가 결정되는 등 양 규범 사이에 내적 관련이 있거나, ② 직접 적용되는 조례의 의미가 달라짐으로써 재판에 영향을 미치는 경우라고 할 수도 없다. 그래서, 심판대상 법률조항은 당해 소송사건에 적용할 법률이 아니라고 한다.⁴⁰⁾

한편, 현재 2011. 10. 25. 2009헌바281,⁴¹⁾ 현재 2009. 7. 30. 2007헌바110,⁴²⁾ 현

- 39) 재판이 적법하여야 한다는 것이 재판의 전제성을 인정하는데 필수적인 요소는 아니다. 본안에 적용될 법률조항에 대해 위헌제정을 한 경우라면, 당연히 재판 자체가 적법하여야 하는 것은 맞다. 그러나, 본안에 적용될 법률 조항의 위헌 여부와 무관하게 각하될 운명의 재판이라면, ‘다른 내용의 재판’을 하는 경우에 해당하지 않으므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다고 할 수 있고, 이로써 충분하다. 현재 결정 중, “법률에 대한 위헌제정이 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제로 되어야 한다. 당해사건을 담당하는 법원이 당해 법률의 위헌 여부와 관계없이 각하를 하여야 할 사건이라면 당해 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라고 할 수 없으므로 재판의 전제성이 인정될 수 없다.”(현재 2003. 10. 30. 2002헌가24, 판례집 15-2하, 1, 7)는 판시는 ‘적법한’ 재판의 계속과 ‘다른 내용의 재판’이 다른 문제가 아니라는 점을 전제로 하고 있다. 한편 이론적으로 심각한 문제가 생기는 것은, 재판의 적법 요건을 구성하는 법률 조항에 대하여 위헌법률심판제청을 하는 경우이다. 만약 제소 기간을 놓치고 소를 제기하였는데, 제소기간을 정한 법률 조항이 위헌이라는 위헌법률심판제청을 하는 경우, 당해 소송이 적법하지 아니하므로 재판의 전제성이 인정되지 아니한다고 할 것은 아니다. 이것을 보더라도, 재판이 ‘적법’하여야 한다는 요건은 불필요할 뿐만 아니라, 부당한 것임을 알 수 있다.
- 40) 판례집 10-2, 573, 584. 이 결정문은 바로 이어서 (심판대상 법률조항의) “위헌여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우도 아니어서 재판의 전제성을 결여하는 것이므로, 이 부분 심판청구는 부적법하다.”고 한다. 적용 여부의 판단 문제가 다른 내용의 재판이라는 요건과 별개의 문제가 아니라는 인식을 엿볼 수 있다.

재 2012. 5. 31. 2011헌바102,⁴³⁾ 헌재 2010. 5. 27. 2009헌바49,⁴⁴⁾ 헌재 2010. 9. 30. 2008헌바100,⁴⁵⁾ 헌재 2011. 7. 28. 2009헌바244⁴⁶⁾ 사건에서 각 심판대상으로 되는 법률조항이 당해 사건에 적용되지 아니한다는 이유로 각하되었다. 그러나 그 이유는 충분하지 못하다. 적용 여부에 관한 판례의 입장은 당해 법률 조항이 직접 적용되지 아니한다 하더라도, 위에서 본 바와 같은 간접 적용이 인정되는 경우라면 직접 적용되지 아니하였다는 이유로 적용이 없다 할 수 없는 것이므로, 간접 적용 여부에 대하여 판단하지 아니하면 그 자체로 판단 누락이 된다. 선해한다면, 간접적으로라도 적용된다고 볼 만한 사정이 인정되지 않는다, 즉 당해 사건에서 다른 내용의 재판을 할 경우에 해당하지 아니한다는 것을 전제로 하는 경우에만 위 판단은 유지될 수 있다. 그러므로, 적용이 없다는 이유로 각하된 사례가 있다고 하여 적용 여부가 독자적인 의미가 있다는 판단을 할 수는 없다.

마. 소결론

적용되는지 여부는 재판의 전제성에 관한 독자적인 요건으로 삼을 필요는 없다. 헌재도 몇몇 결정에서 이를 제외하여 판시하고 있다. “위헌법률심판제청이 적법하기 위해서는 문제된 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 한다는 재판의 전제성이 있어야 하는데, 그 재판의 전제성이라 함은 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다.”⁴⁷⁾고 판시하고 있다.

41) 판례집 23-2상, 793.

42) 판례집 21-2상, 197.

43) 판례집 24-1하, 468.

44) 판례집 22-1하, 244.

45) 판례집 22-2상, 590.

46) 판례집 23-2상, 33.

47) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584, 590. 같은 취지로는, 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바 225, 판례집 24-2하, 467, 471.

Ⅲ. 이유를 달리하는 경우

1. 현재의 결정례

가. 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2⁴⁸⁾

(1) 사안

법원은 뇌물공여 등 혐의로 구속·기소된 피고인에 대하여 심리를 하던 중, 피고인에 대하여 보석허가결정을 하였다. 검사는 위 보석허가결정에 대하여 형사소송법 제97조 제3항에 의하여 즉시항고를 하였다. 이에 법원은 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고권을 규정하고 있는 형사소송법 제97조 제3항⁴⁹⁾에 관하여 위헌의 의심이 있다하여 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

(2) 판단

즉시항고의 경우에는 재판의 집행정지의 효력이 있고 보통항고의 경우에는 그렇지 아니함으로써 전자의 경우든 후자의 경우든 그 결정을 이끌어 내는 이유 설시에 있어서 이 사건 규정이 위헌으로 심판된 경우와 위헌으로 심판되지 않은 경우는 기초적인 이유가 다를 것이며 재판의 직접적인 내용과 효력도 달리하게 된다. 그러므로 원심법원이 같은 법 제408조 제1항을 적용하는 경우는 모두 이 사건 규정이 위헌으로 확인되는 여부에 따라 비록 재판의 주문 자체에는 영향이 없으나 그 재판의 결론을 이끌어 내는 이유 설시와 그 경정결정의 내용과 효력의 법률적 의미에 차이가 있게 될 것이다.

나. 헌재 2007. 1. 17. 2005헌바86⁵⁰⁾

(1) 사안

국립대학의 교원인 청구인은 자신에 대한 감봉 3개월의 징계처분에 대하여 교원징계재심위원회에 재심을 청구하지 아니한 채 법원에 징계처분취소의 소를 제기하였고, 위 소송계속 중 「교원지위향상을 위한 특별법」(이하 ‘교원지위향상

48) 판례집 5-2, 578.

49) 제97조(보석·구속의 취소와 검사의 의견) ③ 보석을 허가하는 결정 및 구속을 취소하는 결정에 대하여는 검사는 즉시항고를 할 수 있다.

50) 판례집 19-1, 54.

법'이라 한다.) 제9조 제1항이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌제청신청을 하였으나, 기각되자 제2항소원을 제기하였다.

(2) 판단

위 법률조항의 위헌 여부에 따라 이유를 달리하게 되는 경우임에 대하여는 이론이 없었다. 즉, 위 법률 조항이 합헌이라면, 청구인의 재심청구는 위 청구기간조항에 따라 '징계처분이 있는 것을 안 날로부터 30일 이내'에 청구되어야 하는데, 이 사건 사실관계에 의하면 청구인은 위 기간 내에 재심청구를 하지 않았으므로 당해 사건은 위 재심청구기간 내에 재심을 청구하지 아니하여 전심절차를 거치지 않았다는 이유로 각하되어야 한다.

반면 만일 이 사건 청구기간조항이 위헌으로 선고되어 실효된다면, 교원지위법상 재심절차에는 청구기간에 관한 규정이 없어지게 되는데, 행정심판법 제43조 제2항은 '행정심판에 관하여 다른 법률에서 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 법이 정하는 바에 의한다'라고 규정하고 있으므로, 결국 교원지위법상 재심절차에 있어서의 청구기간에 관하여는 행정심판법상의 청구기간이 적용되어야 한다.

그런데 이 사건 사실관계에 의하면 청구인은 행정심판법 제18조 소정의 '처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내, 처분이 있는 날로부터 180일 이내'에도 재심청구를 한 바 없으므로, 당해 사건에서 역시 적법한 청구기간 내에 재심청구를 하지 아니하여 전심절차를 거치지 않았다는 이유로 각하될 수밖에 없다.

그러나, 위와 같이 이유를 달리한다고 하여 바로 재판의 전제성이 있는가에 대하여는 의견이 일치되지 아니하였다. 재판관 이공현, 이동흡은 교원지위법 제9조 제1항의 위헌 여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리하는 데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우임에는 분명하므로, 위 조항이 위헌인지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하는 경우로 보아야 하고, 따라서 위 조항은 재판의 전제성이 있어서 본안 판단에 나아가야 한다고 보았다. 재판관 조대현은 교원지위법 제9조 제1항의 위헌 여부에 따라 당해 사건에 적용되는 법률과 각하 이유가 달라지므로, 위 조항이 재판의 전제성이 없다고 보기는 어렵다. 다만, 위 조항이 위헌이든 합헌이든 당해 사건은 각하될 수밖에 없으므로 청구인으로서는 그에 대한 위헌 여부 심판을 청구할 법률상 이익이 없다고 보았다.

이에 대하여 법정의견은 재판의 전제성을 규정한 헌재법 제41조 제1항 및 제 68조 제2항의 취지에 비추어 볼 때, 이는 적어도 이유를 달리함으로써 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우를 말한다 할 것인데, 당해 사건에서와 같이 각하이유 구성 시 전심절차 흠결의 전제가 되는 청구기간의 근거조문이 달라지는 경우를 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우라고 보기는 어렵다고 하면서, 이 사건 청구기간조항에 대한 이 사건 심판청구는 위 조항의 위헌 여부에 불구하고 당해 사건에서 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 않아 재판의 전제성을 인정할 수 없으므로 부적법한 청구라 판단하였다.

2. 검토

위에 본 바와 같이, 구체적 규범통제의 본질이라는 관점에서 본다면, 주문이나 결론과 무관하게 오로지 주문이나 결론에 이르는 이유를 달리하게 된다고 재판의 전제성을 인정하는 것은 곤란한 것이라 보인다. 그래서 위에서 본, 2005헌바 86 사건은 이유를 달리하는 데 보태어, 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라져야만 재판의 전제성이 인정된다고 보는데, 이는 결국 이유를 달리하는 것은 그 자체만으로는 무의미한 것이라 보는 것과 다르지 아니하다. 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라진다면, 그 자체로 이미 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 할 것이기 때문이다.

최근의 판례들에는 이유를 달리하는 경우를 재판의 전제성에 관한 일반적 설시에서 아예 언급하지 않는 경우도 많다. 즉, “헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 적법하기 위해서는 당해 사건에 적용될 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 하고, 재판의 전제가 된다는 것은 그 법률이 당해 사건에 적용될 법률이어야 하고 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것을 말한다.”⁵¹⁾

주문이나 결론이 달라질 것도 아닌데, 단지 이유를 달리할 것이므로 재판의

51) 같은 판시로는, 헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 7-2, 48, 58; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010등, 판례집 20-2상, 236, 248; 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등, 공보 제198호, 472, 477-478; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바28, 판례집 20-2상, 80, 87; 헌재 2012. 4. 24, 2009헌바417, 공보 제187호, 780, 782; 헌재 2013. 7. 25. 2012헌가1 25-2상, 21, 31; 헌재 2013. 8. 29. 2011헌바253등, 판례집 25-2상, 424, 433.

전제성이 인정된다고 한 후, 법원이 위헌법률심판을 제청한 후 현재의 결정이 있고 나서 다시 변론을 재개한다거나, 현재법 제75조 제7항에 따라 재심을 청구하여 그 이유만을 달리하는 재판을 구하는 것이 허용된다는 것은 재판제도의 남용에 가깝다.

다만, 위의 93헌가2 결정의 경우, 즉시항고 사건을 다루는 법원의 재판에 있어서는 재판의 전제성이 인정될 여지가 있다. 즉, 즉시항고를 규정한 법률 조항이 위헌이라면 당연히 즉시항고를 각하하여야 할 것이고, 즉시항고를 규정한 법률 조항이 위헌이 아니라면 즉시항고의 당부를 판단하여야 할 것이기 때문이다. 그렇다고 하여 보석허가신청 사건을 담당하는 법원의 재판에 관하여 재판의 전제성이 인정될 일은 아니다.

한편, 현재는 헌법소원제도는 주로 국민의 기본권침해를 구제하기 위한 제도이므로 그 제도의 목적에 비추어 권리보호이익이 있는 경우에만 이를 제기할 수 있다고 보고, 이는 제2항소원의 경우에도 그러하다고 본다.⁵²⁾

또한 다소 예외적이기는 하나, 현재는 위헌법률심판 사건에서도 권리보호이익이 소멸하여 주관적인 소의 이익이 소멸하였다고 판단한 바 있다.⁵³⁾ 그렇다면, 당연히 재판의 결론이나 주문이 달라지지 아니하고 단지 주문에 이르는 이유를 달리할 뿐인 경우는 권리보호이익이 인정될 수 없다. 현재가 권리보호이익을 적법요건의 하나로 보면서, 결론에 이르는 이유를 달리할 뿐인 경우에도 재판의 전제성이 인정된다고 보는 것은 타당하지 아니하다.

물론, 권리보호이익은 재판의 전제성과 엄연히 다른 요건이라는 점에서, 권리보호이익의 부존재를 들어 재판의 전제성을 인정하지 아니하여야 한다는 것이 부당하다고 보일 수 있으나, 어차피 권리보호이익의 부존재로 각하하여야 할 사안에 대해 재판의 전제성을 인정하는 것은 무의미하다는 점에서 양자는 연결되어 이해될 수 있다.

52) 현재 1995. 2. 23. 92헌바18, 판례집 7-1, 177, 187; 현재 1999. 9. 19. 98헌바46, 판례집 11-2, 306, 312.

53) 현재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86, 94-95. 다만 이 사건에서는, 심판대상 법률 조항의 위헌여부가 중요한 헌법문제인데 이에 대하여 현재에서 해명을 한 바 없고, 기본권침해의 반복가능성이 인정된다는 이유로, 결론적으로 심판의 이익을 인정하였다.

IV. 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라지는 경우

1. 사례

가. 인정한 사례

(1) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정⁵⁴⁾

(가) 사안

피고인들은 강도상해 및 특수강도의 죄로 구속되어 제1회 공판기일에 위 공소사실을 모두 자백하였고 증거조사 등 공판절차를 거친 후 검사로부터 각 징역 장기 10년, 단기 7년의 형의 해당한다는 취지의 의견진술이 있었다.

제청법원은 피고인들에 대한 판결을 함에 있어서 형사소송법 제331조 단서의 규정⁵⁵⁾이 헌법에 위반되는지 여부가 위 피고인들에 대한 피고사건의 재판의 전제가 되고 나아가 위 규정은 헌법에 위반된다고 보아 직권으로 헌재에 위 형사소송법 제331조 단서의 위헌 여부의 심판을 제청하였다.

(나) 판단

형사소송법 제331조 단서 규정의 위헌여부에 따라 형사판결의 주문 성립과 내용 자체가 직접 달라지는 것은 아니지만 만약 위 규정이 위헌으로 법적 효력이 상실된다면 형사소송법 제331조 본문의 규정이 적용되어 제청법원이 무죄 등의 판결을 선고하게 될 경우에 그 판결의 선고와 동시에 구속영장의 효력을 상실시키는 재판의 효력을 가지게 되며, 이와는 달리 이 단서 규정이 합헌으로 선언되면 검사로부터 피고인들에 대하여 징역 장기 10년의 구형이 있는 위 피고사건에 있어서 당해사건을 담당하는 법원의 판결만으로는 구속영장의 효력을 상실시키는 효력을 갖지 못하게 되는 결과로 인하여 그 재판의 효력과 관련하여 전혀 다른 효과를 가져오는 재판이 될 것이다. 따라서 형사소송법 제331조 단서 규정의 위헌여부는 제청법원이 검사로부터 장기 10년의 징역형 등에 해당한다는 취지의 의견진술이 있느냐 없느냐 여하에 따라 관련사건의 그 재판주문을 결정하고 기판력의 내용을 형성하는 그 자체에 직접 영향을 주는 것은 아니라 할지라도 그 재판의

54) 판례집 4, 853.

55) 형사소송법(1954. 9. 23. 제정, 법률 제341호) 제331조 “무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기간 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다. 단 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다.”

밀접 불가결한 실질적 효력이 달라지는 구속영장의 효력에 관계되는 것이어서 재판의 내용이나 효력 중에 어느 하나라도 그에 관한 법적 의미가 전혀 달라지는 경우에 해당하는 것이므로 재판의 전제성이 있다고 할 것이다. 따라서 제청법원의 이 사건에 대한 위헌법률심판제청은 적법하다.

(2) 현재 2004. 2. 26. 2002헌바90⁵⁶⁾

(가) 사안

청구인은 교육감선거에 출마하려던 자로서, 공무원에게 뇌물제공의 의사표시를 하고 교육감선거에 당선되기 위하여 사전 선거운동을 하였다는 등의 범죄사실로 구속되어 뇌물공여의사표시죄와 지방교육자치에관한법률위반죄의 경합범으로 기소되었다.

법원은 공소사실 전부를 유죄로 인정하여 징역 1년, 집행유예 2년을 선고하였고, 청구인은 이에 불복하여 항소하였다. 청구인은 항소심 재판중 선거범죄로 인한 공무담임제한 등을 규정하고 있는 지방교육자치에관한법률 제164조가 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌심판제청을 신청하였으나, 법원이 벌금 5,000,000원을 선고하면서 위 신청에 대해 각하결정을 하자, 청구인은 제2항소원을 제기하였다.

(나) 판단

심판대상 법률조항이 직접적으로 청구인에 대한 형사처벌의 근거가 되는 조항은 아니다. 그러나, 심판대상 법률조항은 ‘이 법에 규정된 죄(이하에서 ‘선거범’이라 한다)’를 범함으로 인하여 일정한 형량 이상으로 처벌받는 자에 대해 일정기간 공무담임 등을 제한함을 내용으로 하고 있으며, 선거범과 다른 죄가 형법 제37조 전단의 경합범일 때 그 형을 어떻게 선고할 것인지에 대하여는 따로 규정하지 아니하였다. 이는 법원이 위 경합범을 재판할 경우에 그 판결 주문을 어떻게 정할 것인지 여부와 관련되어 있는 문제라고 할 것이다. 즉, 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라서 법원이 단지 형법상의 경합범 처리의 일반 원칙에 따라 형을 선고하든지, 선거범위반의 점에 대한 형량을 분명히 할 필요성을 인정하여 판결을 선고할 때 주문에서 선거범위반의 점에 대한 형을 따로 표시하든지, 아니면 이유에서 선거범에 해당하는 형을 특정하여 줄 것인지 등이 정하여질 것이다. 이 중 어느 방법에 의할 것인지 여부에 따라 청구인에 대한 형사재판의 방법과 그 판결주

56) 판례집16-1, 253.

문의 내용이 달라질 수 있다고 할 것이고, 나아가 이 사건 법률조항의 위헌 여부에 따라 청구인의 공무담임의 제한에 관한 이 사건 판결의 법적 의미도 달라진다. 따라서 심판대상 법률조항은 당해 사건에 있어서 재판의 전제성을 가진다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

나. 부정한 사례

(1) 현재 1997. 11. 27. 96헌바60⁵⁹⁾

(가) 사안

청구인은 지방자치선거에서 구청장으로 당선되었던 사람인데, 사전선거운동, 향응제공 및 기부행위 등의 사실로 기소되어 법원에서 징역 2년의 형을 선고받았으나 항소하여 징역 1년, 집행유예 2년의 형을 선고받았고, 위 재판은 대법원에서 상고기각됨으로써 확정되었다.

한편 위 재판이 대법원에 계속 중일 당시 청구인은 대법원에 「공직선거 및 선거부정방지법」 제264조⁶⁰⁾ 등⁶¹⁾에 대하여 위헌여부심판의 제청신청을 거쳐 제2항소원 심판을 청구하였다.

(나) 판단

위 법률조항은 당해소송사건의 재판에 적용되는 것도 아니고, 위 법률조항

57) 이 사건에서 법원은 위헌제청신청을 각하하였는데, 그 이유는 아래 다.의 반대취지의 결정과 같은 내용이다. “이 사건 위헌심판제청신청의 본안사건은 청구인에 대한 지방교육자치에관한법률위반등의 형사사건이고, 청구인이 위헌이라고 주장하는 이 사건 법률조항은 지방교육자치에관한법률위반죄를 범함으로써 인하여 징역형(집행유예형 포함) 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받아 그 형이 확정된 자에 대하여 일정기간 공무담임등을 제한한다는 것인바, 이 사건 법률조항은 본안사건에 대하여 선고한 형이 확정되면 그 이후에 공무담임 등을 제한하는 근거규정에 불과할 뿐이고, 본안사건에 적용될 처벌 근거조항은 아니므로 위 조항의 위헌여부가 위 본안사건의 재판에 있어서 전제가 된다고 볼 수 없다.”

58) 유사한 사건이 있다. 현재 2014. 9. 25. 2013헌바208, 판례집 26-2상, 505 사건도 선거범죄로 인하여 100만 원 이상의 벌금형이 선고되면 임원의 결격사유가 됨에도, 새마을금고법 제21조가 선거범죄와 다른 죄가 병합되어 경합범으로 재판하게 되는 경우 선거범죄를 분리 심리하여 따로 선고하는 규정을 두지 않은 것을 다루었는데, 현재는 “이 사건 법률조항은 형사재판인 당해 사건에 직접 적용되는 처벌조항은 아니지만, 이 사건 법률조항에 대하여 선거범죄와 다른 죄의 경합범에 대하여 분리 선고 규정을 두지 않은 점의 위헌성이 인정될 경우 이 사건 법률조항에 분리 선고 규정이 새로이 마련되어 그 개정 법률이 소급하여 당해 사건에 적용된다면 그 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라질 가능성이 있으므로, 재판의 전제성을 갖추었다고 할 것이다.”고 판시하였다.(판례집 26-2상, 505, 514)

59) 판례집 9-2, 629.

60) 제264조(당선인의 선거범죄로 인한 당선무효) 당선인이 당해선거에 있어 이 법에 규정된 죄를 범함으로써 인하여 징역 또는 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 당선은 무효로 한다.

61) 청구인은 공직선거및선거부정방지법 제230조 제1항 제1호, 제257조 제1항 제1호, 제113조에 대하여도 위헌법률심판제청을 신청하였다. 이 부분에 대해서는 현재가 적법하다고 보았고 본안에 나아가 합헌 결정을 하였다. 본고와 무관하므로 다루지 않는다.

이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하지도 아니한다. 왜냐하면 위 법률조항은 당해소송사건의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것이 아니라 당해소송사건의 결론이나 주문에 의하여 비로소 영향을 받는 것이며, 재판의 내용과 효력을 형성함에 있어 관련된 것이 아니라 별도의 구성요건(당선인이 당해선거에 있어 법에 규정된 죄를 범함으로써 인하여 징역 또는 100만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때)에 의해서 비로소 형성되는 법률적 효과를 규정한 것이기 때문이다. 따라서 위 법률조항에 대한 심판청구는 재판의 전제성을 결여하여 부적법하다.

(2) 현재 2015. 12. 23. 2015헌가2762)

(가) 사안

당해사건 피고인은 피해자가 운전하는 택시를 타고 가다가 오른손으로 피해자의 가슴 부위를 2~3회 만져 강제추행하였다는 혐의로 약식기소되었고, 법원은 정식재판절차에 회부하였다. 피고인은 제1회 공판기일에 공소사실을 모두 자백하였고, 증거조사를 거친 후 변론이 종결되었다.

제청법원은 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 ‘성폭법’이라 한다) 제42조 제1항 중 ‘제2조 제1항 제3호 가운데 형법 제298조(강제추행)의 범죄로 유죄판결이 확정된 자는 신상정보 등록대상자가 된다.’는 부분이 재판의 전제가 되고 헌법에 위반된다고 의심할 상당한 이유가 있다며 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

(나) 판단⁶³⁾

심판대상조항은 일정한 성폭력 범죄로 유죄판결이 확정된 자를 신상정보 등록대상자로 정하고 있고, 당해사건은 신상정보등록의 요건인 성폭력범죄에 대한 형사재판절차이다. 따라서 심판대상조항은 당해사건에 적용되는 법률이라고 할 수 없다.

법원은 피고인에게 신상정보 등록대상인 사실 및 신상정보 제출의무가 있음을 고지하여야 하고 실무상 이를 판결이유에 기재하는 방식으로 고지하기도 하나, 그 기재는 판결문의 필수적 기재사항이 아니고 판결의 내용이나 효력에 영향을 미치는 법률적 의미가 있는 것이 아니므로, 심판대상조항의 위헌 여부에 따라 재

62) 판례집 27-2하, 419.

63) 판례집 27-2하, 419, 419의 결정요지.

판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 아니한다. 따라서 심판대상 조항은 재판의 전제성이 없다.

2. 검토

가. ‘적용’과의 관계

위에서 보인 일반론에 따르면, 심판대상인 법률 조항이 당해 사건에 적용된다는 것은 재판의 전제성이 인정되기 위한 필요조건이다. 그렇다면, 당해 사건에 적용되지 아니하는 법률 조항이라면, 그 법률 조항은 당해 사건에 대하여 재판의 전제성이 인정될 여지가 없다.

그런데, 심판대상인 법률 조항의 위헌 여부에 따라서 재판이 가지는 법적 의미를 달리한다는 이유로 재판의 전제성이 인정된다고 하는 사례들을 살펴보면, 그 경우들은 모두 심판대상인 법률 조항이 당해 사건에 적용되지 아니하는 경우다.

위의 92헌가8 사건의 경우, 심판대상인 법률 조항은, 당해 사건⁶⁴⁾의 주문에 해당하는 피고인들의 유무죄와 양형을 결정함에 있어서 전혀 작동하지 아니한다. 위 이유 설시에서 보인 바와 같이, 당해 사건의 재판이 확정되고 나면, 비로소 심판대상인 법률조항이 작동하게 된다.

이와 같은 점은 반대 취지의 결정례에서 분명하게 드러난다. 물론, 이 사건에서는 심판대상인 법률 조항이 당해 사건의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것이 아니라 판시하였으나, 그 내용은 심판대상인 법률 조항이 당해 사건에 적용되지 아니하는 것이라 봄이 상당하다. 왜냐하면, 먼저 당해 사건의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것이 아니라는 점은 바로 각하할 수 있는 사유가 되지 못하기 때문이다. 위의 일반론에서 본 바와 같이, 당해 사건의 결론이나 주문에 영향을 미치는 것이 아니라 하더라도, 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우에는 재판의 전제성이 인정될 수 있다.

결국, 재판의 전제성을 인정하기 위한 요건으로 심판대상이 당해 사건에 적용되어야 한다는 것(B)과, 심판대상의 위헌 여부에 따라 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 것(C)을 것을 동시에 만족시키면서, 재판의 전제성이 인정되는 경우란

64) 피고인들에 대한 ‘강도상해 등 사건’이다. 법원이 위헌법률심판제청을 한 경우 당해 사건(이 결정 당시에는 당해 사건이라는 표현을 사용하지 않고, 관련사건이라는 표현을 사용하였다. 판례집 4, 853 참조.)은 정지된다. 정지된 당해 사건이 피고인들에 대한 형사 사건이다.

존재하지 않는다.

‘재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우’를 판례가 이해하는 방법대로 이해하면 위와 같은 결론에 이르게 된다. 그러나, 논리적으로 생각해 보았을 때, 재판의 결론이나 주문이 달라지는 경우는 당연히 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우에 해당한다. 가장 극단적으로 재판이 가지는 법적 의미가 달라지는 경우가 바로 재판의 결론이나 주문이나 달라지는 경우이다. 그러나, 현재는 이 경우를 재판이 가지는 법적 의미가 달라지는 경우에서 제외하고 있음은 분명하다. 이것이 논리적으로 어떤 문제를 가지고 있는가는, 아래 V.에서 따로 다룬다.

나. 불요성

현재법 제41조의 위헌법률심판절차와 제2항소원 심판절차는 구체적 규범통제 절차로 분류된다. 이 점에 대해서는 이론이 없다. 구체적 규범통제라 함은 구체적 사건이 이미 존재하고 있음을 전제로 하는 위헌법률심판을 말한다. 이미 존재하는 구체적 사건의 결론을 도출하기 위한 선결 문제로 법률의 위헌 여부가 문제되는 경우가 바로 헌법 제107조 제1항, 현재법 제41조 제1항에서 말하는 ‘재판의 전제가 된 경우’이다.⁶⁵⁾

그런데, 심판대상의 위헌 여부에 따라 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우는 구체적 규범통제 제도의 본지에 어긋난다. 왜냐하면, 이 경우는 심판대상 법률 조항의 위헌 여부가 당해 사건의 주문이나 결론에 전혀 영향을 미치지 못하기 때문이다.

나아가 위헌법률심판이나 제2항소원은 심판대상인 법률 조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 주문이나 결론이 달라지는 것을 예정하고 설계되었다. 이를 알 수 있는 점으로서, 법원이 위헌법률심판을 제청하는 경우, 법원의 재판이 정지된다.⁶⁶⁾ 한편, 당사자가 제2항소원을 제기하여 위헌 결정을 받으면, 당사자는 당해 사건이 확정되었더라도 재심을 청구할 수 있다.⁶⁷⁾

그런데, 심판대상의 위헌 여부에 따라 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는

65) “구체적 규범통제절차는 법원이 특정한 사건 그 자체를 재판함에 있어서 선결되는 문제를 해결해 주는 것이지 특정사건과 유사한 사건이나 여타 사건의 헌법상 문제를 다루는 절차는 아니다. 따라서 법률의 위헌여부가 현재 계속 중인 사건의 선결문제가 되지 않는 이상 법률이 위헌인 경우를 가정하여 이에 대한 해결책을 이 사건에서 함께 다루고자 하는 것은 구체적 규범통제의 본래의 목적을 벗어난 견해라 아니할 수 없다.”(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5 등, 판례집 1, 69, 108 최광률 재판관의 반대의견)

66) 현재법 제42조 제1항.

67) 현재법 제75조 제7항.

경우에 있어서 현재가 심판대상 법률 조항에 대하여 위헌 결정을 하여, 정지된 재판이 재개되거나 당사자가 재심을 청구하더라도 법원으로서 달리 하여야 할 바가 없다. 심판대상인 법률 조항이 당해 사건에 적용되지 아니하고, 따라서 심판대상 법률 조항의 위헌 여부가 당해 사건의 주문이나 결론에 영향을 미치는 바가 없기 때문이다. 이러한에도 불구하고, 심판대상의 위헌 여부에 따라 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우에 대하여 재판의 전제성을 인정하는 것은 구체적 규범통제의 본질에 어긋나는 것이다.

다. 예견불가능성

재판이 가지는 법적 의미를 달리한다는 이유로 재판의 전제성이 인정된다고 보는 사례들 중 상당수는 형사 재판에 있어서 형의 구체적인 선고 내용에 따라서 문제의 양상이 달라지는 경우이다.⁶⁸⁾ 그런데, 형은 법원이 정하는 것이므로, 당사자는 정해질 형의 내용을 알지 못한다. 물론, 판결이 선고되고 상소심에서 원심 판결을 기초로 다룰 수는 있을 것이나, 그 당해 상소심 판결의 양형은 여전히 알 수 없다.

법원이 자신이 선고할 형을 예정하고 위헌법률심판을 제청할 수도 있을 것이나, 여기에도 어려움은 있다. 예를 들어, 위의 92헌가8 사건의 경우, 재판의 전제성이 인정되려면 당해 피고인을 석방하지 아니하고, 위헌법률심판을 제청하여야 할 것인데, 문제된 법률 조항의 문제점을 피할 수 있는 다른 방법, 즉 선고 전에 직권으로 구속을 취소할 수 있음에도 불구하고 이를 행하지 아니한 채 위헌법률심판을 제청한다는 것이 자연스러운 것이라 하기 어렵다. 또, 법원이 스스로 판결로써 선고할 형을 미리 공개하고,⁶⁹⁾ 현재에 위헌제청을 하고 당해 사건을 정지하는 것은 매우 이례적인 것이라 아니할 수 없다.

라. 다른 구제절차의 존재

헌행법에는 재판의 결과가 구성요건으로 작용하는 경우가 허다하다. 예를

68) 그렇지 아니한 사례도 상정해 볼 수 있다. 예를 들어, 유죄 판결이 선고된다는 사실 자체가 문제되는 경우이다. 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526의 경우, 청구인은 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 정한 지방자치법 조항에 대하여, 제1항소원 심판을 청구하였는데, 만약 청구인이 자신에 대한 형사재판 계속 중, 위 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청하였다면, 그 신청은 당연히 적법하다. 위 법률조항의 위헌 여부에 따라 자신에 대한 유죄 판결이 가지는 법적 의미가 달라지기 때문이다.

69) 위 92헌가8 사건의 경우, 법원이 무죄를 선고할 경우에만 위헌법률심판이 의미를 가진다.

들어, 현재 2009. 7. 30. 2007헌마1037 사건⁷⁰⁾에서 문제된 「부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률」 제24조 제3호,⁷¹⁾ 현재 2010. 4. 29. 2008헌가8 사건⁷²⁾에서 문제된 건설산업기본법 제83조 제3호⁷³⁾ 등이 그것이다. 이 경우에 있어서도 형사 재판 진행 중에 위헌법률심판제청을 신청한다면 그것이 부적법하다고 보기는 어렵다. 재판이 가지는 법적 의미가 달라질 것이기 때문이다. 그러나, 이들 사건의 경우, 유죄의 판결이 확정되면, 그 재판의 결과로 이루어지는 법적 지위의 변동을 다투는 소송을 제기할 수 있고, 이 소송에서 불이익의 근거가 되는 법률조항에 대하여 위헌법률심판제청을 신청할 수 있다.

현재 2013. 7. 25. 2012헌바409 사건⁷⁴⁾의 경우, 국가공무원인 청구인은 자신에 대한 선고유예의 형사판결이 확정되어 금고이상의 선고유예 판결이 확정된 경우 퇴직하도록 정하고 있는 국가공무원법에 따라 퇴직하게 되자 법원에 공무원지위 확인의 소를 제기한 후, 위 국가공무원법 조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 제2항소원 심판을 청구하였고, 현재는 헌법소원심판청구가 적법함을 전제로, 위 법률 조항에 대하여 본안 판단을 하였다.

현재 2008. 1. 17. 2004헌마41 사건⁷⁵⁾의 경우, 청구인이 국회의원선거에 출마하였다가, 선거기간 중 「공직선거 및 선거부정방지법」 제250조 제2항을 위반하였다는 이유로 기소되어 벌금 300만 원의 형이 확정되었다. 청구인은 선거범으로서 100만 원 이상의 벌금형이 확정되면 5년 동안 피선거권을 제한하는 위 법 제19조 제1호⁷⁶⁾가 청구인들의 공무담임권을 침해한다고 주장하면서 제1항소원 심판을

70) 판례집 21-2상, 375.

71) 부동산 가격공시 및 감정평가에 관한 법률(2007. 4. 27. 법률 제8409호로 일부 개정된 것) 제24조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 감정평가사가 될 수 없다.

3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 그 집행이 면제된 날부터 3년이 지나지 아니한 자

72) 판례집 22-1상, 577.

73) 구 건설산업기본법(2005. 12. 29. 법률 제7796호로 일부 개정되고, 2007. 5. 17. 법률 제8477호로 일부 개정되기 전의 것) 제83조(건설업의 등록말소 등) 건설교통부장관 또는 시·도지사는 건설업자가 다음 각 호의 1에 해당하게 된 때에는 당해 건설업자(제9호의 경우 중 하도급한 때에는 그 수급인을 포함한다)의 건설업의 등록을 말소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제1호의2·제3호·제5호 내지 제7호 또는 제11호에 해당하는 때에는 건설업의 등록을 말소하여야 한다.

3. 제13조 제1항 각 호의 어느 하나의 건설업 등록의 결격사유에 해당하게 된 때. 다만, 건설업으로 등록된 법인의 임원 중 건설업 등록의 결격사유에 해당되는 자가 있는 경우 그 사유를 안 날부터 3월 이내에 그 임원을 바꾸어 선임한 경우에는 그러하지 아니하다.

74) 판례집 25-2상, 230.

75) 판례집 20-1상, 97.

76) 공직선거법 제19조(피선거권이 없는 자) 선거일 현재 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 피선거권이 없다.

1. 제18조 제1항 제1호·제3호 또는 제4호에 해당하는 자

청구하였다.

현재 2002. 8. 29. 2001헌마788등 사건⁷⁷⁾의 경우, 지방공무원인 청구인은 자신에 대한 선고유예의 형사판결이 확정되자, 금고 이상의 형의 선고유예 판결을 받은 경우 당연퇴직하도록 규정하고 있는 지방공무원법 조항에 대하여 제1항소원 심판을 청구하였고, 현재는 헌법소원심판청구가 적법함을 전제로, 위 법률 조항에 대하여 위헌 결정을 하였다.

위 각 사건의 경우, 법원이 청구인들에 대한 형사 재판 계속 중에 당해 법률 조항들에 대하여 위헌법률심판제청을 한다면, 당해 법률 조항들의 위헌 여부가 당해 재판이 가지는 법적 의미를 달리하게 하는 경우에 해당된다는 이유로 적법하다고 판단하지 아니할 수 없다.

위와 같은 구제절차가 있음에도 불구하고, 법률 조항의 위헌 여부가 당해 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우를 재판의 전제성을 인정하는 독자적인 사유로 볼 필요성은 전혀 없다.⁷⁸⁾

V. 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것

1. 문제의 제기

현재는 위의 일반론에서 ‘재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것’이 다른 내용의 재판에 해당하는 원칙적인 경우로 들고 있다. ‘영향을 주는 것’이 무엇을 의미하는가는 조금 불명확한 점이 있다. 그런데, 최근에는 위에 해당하는 경우를 “주문이 달라”⁷⁹⁾80)질 것으로 실시하여 한층 그 의미가 명확해졌다.

77) 판례집 14-2, 219.

78) 나중의 사례 두 개는 제1항소원 심판을 청구한 경우이다. 현재의 통설과 판례에 의하는 경우에 이와 같은 구제수단이 제시될 수 있다. 다만, 개인적으로는 법률에 대한 제1항소원은 인정되기 어렵다고 생각한다. 이 점은 따로 다룬다.

79) 현재 2012. 5. 31. 2011헌바135, 판례집 24-1하, 489, 492; 현재 2012. 8. 23. 2010헌바220, 판례집 24-2상, 455, 461; 현재 2012. 8. 23. 2010헌바471, 판례집 24-2상, 512, 521; 2015. 5. 28. 2013헌바82등, 판례집 27-1하, 216, 228-229; 현재 2015. 10. 21. 2012헌바415, 판례집 27-2하, 1, 7; 현재 2015. 12. 23. 2009헌바317등, 판례집 27-2하, 432, 442; 현재 2015. 12. 23. 2011헌바55, 판례집 27-2하, 447, 451-452; 현재 2015. 12. 23. 2015헌바66, 판례집 27-2하, 616, 621.

80) 기재된 바를 그대로 옮기면 다음과 같다. “그 법률의 위헌여부에 따라 당해사건 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우이어야 한다.” 위 판시 중 전단에 해당한다.

그런데, ‘주문이 달라질 것’이라는 것이 현재의 실무를 잘 반영하고 있는지에 대해서는 조금 의문이 있다.

2. 달라질 가능성이 있는 경우

가. 사례

(1) 황제노역 사건⁸¹⁾

1억원 이상의 벌금형을 선고하는 경우의 노역장유치기간의 하한을 정한 형법 조항을, 법률의 시행일 이후 최초로 공소제기되는 경우부터 적용하도록 한 부칙 조항이 형벌불소급원칙에 위반되는지 여부가 문제된 사례에서, 현재는 따로 재판의 전제성을 판단하지 않고 본안에 나아갔다. 그런데, 당해 부칙 조항이 위헌으로 결정된다고 하여 반드시 주문이 달라지는 것은 아니다. 벌금을 선고할 때에는 벌금을 납입하지 아니하는 경우의 유치기간을 정하여 동시에 선고한다(형법 제70조 제1항). 노역장 유치기간은 3년을 초과할 수 없다(형법 제69조 제2항). 그런데, 노역장 유치의 1일 환산금액이 400만원,⁸²⁾ 1,200만원⁸³⁾의 고액으로 되어 사회문제가 되자, 고액 벌금에 대한 최저 환형유치기간을 법으로 정하고 그 시행 시기를 위와 같이 정한 것이다.

그런데, 당해 부칙 조항이 위헌으로 결정되더라도 반드시 주문이 변경되어야 하는 것은 아니다. 위의 당해사건 어느 것이나, 심판대상인 법률조항이 위헌으로 결정되더라도 종전의 노역장유치기간이 그대로 선고될 수 있다. 그렇다면 문제되는 형법 부칙조항에 대해 위헌으로 결정되더라도 주문이 변경되지 아니할 수 있다.

(2) 필요적 면허취소 사건⁸⁴⁾

임의적 자격취소에 사유 중 특정한 사안에 대해서는 필요적으로 자격을 취소할 것으로 정한 경우에, 필요적 자격 취소 조항에 대하여 재판의 전제성이 인정된다고 보고 본안에 나아가 판단하였다. 임의적 자격취소 조항이 위헌으로 결정

81) 현재 2017. 10. 26. 2015헌바239등, 판례집 29-2하, 17.

82) 벌금 20억 원, 노역장 유치기간 500일. 2015헌바239.

83) 벌금 120억 원, 노역장 유치기간 1,000일. 2016헌바177.

84) 현재 2018. 5. 31. 2016헌바14등, 공보 제260호, 851.

된다면 자격취소를 다투는 당해 사건의 주문이 필연적으로 달라질 것이지만, 필연적 자격 취소 조항이 위헌으로 결정된다고 하여 반드시 원고의 청구가 인용되는 것은 아니다. 필요적 자격취소 조항이 위헌으로 결정되어 임의적 자격취소 조항만 남는 경우에, 당해 사건의 사안은 자격취소가 취소될 것이라는 점에 대한 검토는 이루어지지 아니하였다.

(3) 경과실 사건⁸⁵⁾

구 국민의료보험법은 보험급여를 받을 자의 범죄행위에 기인한 사고에 대하여 보험급여를 하지 아니하는 조항이 문제되었다. 현재는 경과실에 의한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여를 제한하는 것이 사회적 기본권으로서의 의료보험수급권의 본질을 침해한다⁸⁶⁾고 결정하였다. 그런데, 당해 사건의 청구인은 혈중알콜농도 0.130%의 음주상태에서 운전하다가 중앙선을 침범하여 청구외인 운전의 택시와 충돌하여 그에게 상해를 입히고 자신도 경추골절로 인한 하반신불구의 부상을 입고 치료를 받았다.⁸⁷⁾ 그렇다면 청구인의 경우가 경과실로써 이해될 가능성은 매우 낮다. 이 한정위헌 결정으로 인하여 당해 사건의 주문이 달라질 것으로 보이지는 않는다.

(4) 실제거래 가액 사건⁸⁸⁾

이 사건에서는 당사자가 처한 사실을 확정하지 아니하고, 당해 법률조항이 위헌으로 결정되면, 당해 사건의 사실관계에 따라 주문이 달라질 수 있다고 하면서 명시적으로 재판의 전제성을 인정하였다.⁸⁹⁾ 그러므로 청구인의 이 사건 심판 청구는 재판의 전제성 요건을 충족하였다.

85) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2하, 441.

86) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2하, 441, 442 결정의 요지 중.

87) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1, 판례집 15-2하, 441, 444.

88) 헌재 2009. 12. 29. 2008헌바171, 판례집 21-2하, 817.

89) “만일 법 제10조 제3항 단서 제5호 중 대통령령에 위임한 것이 포괄위임금지원칙에 반하여 위헌으로 결정되면, 위 법률조항의 규정인 ‘실제의 매입가액이 정상적인 거래가격이라고 객관적으로 인정되는 경우’에 청구인이 해당되는지 여부에 따라 당해 사건의 결론이 달라질 수 있다. 따라서 위 법률조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 결과에 영향을 미칠 수 있으므로 위 법률조항은 이 사건 당해 사건 재판의 전제가 된다고 할 것이다(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 744 참조).”(헌재 2009. 12. 29. 2008헌바171, 판례집 21-2하, 817, 827-828)

(5) 수해조항

수해조항의 적용에서 배제된 집단이 평등권 침해를 다룰 경우에는 단순위헌 결정을 할 수 없고 불합치 결정을 할 수 밖에 없다. 이 경우 입법자의 결단에 따라서는 당사자의 법적 지위의 향상이 없을 수도 있다.⁹⁰⁾ 재판의 전제성을 인정하는 전제로 오로지 가능성에만 있다.

3. 달라져야 하는 경우

이 점은 한정위헌 결정에서 도드라지게 대두되는 쟁점이다. 현재는 재판의 전제성을 설명하면서, 그 필요조건 중 하나로 “법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우”⁹¹⁾이어야 한다고 본다.

문제는 법원이 다른 내용의 재판을 할 것인가 여부를 외생변수(exogenous variable)로 볼 것인가 여부이다. 즉 존재하는 법원의 재판 작용을 전제로 하여 판단할 것인가(sein), 아니면 법원의 재판이 이루어져야 할 당위를 전제로 판단할 것인가(sollen). 만약 전자로 이해한다면 한정위헌을 청구한 사건에서 재판의 전제성은 인정될 수 없다. 왜냐하면, 현재가 한정위헌 결정을 하더라도 법원이 다른 내용의 재판을 하지 않을 것이기 때문이다. 그런데 현재는, 현재가 한정위헌 청구를 재판의 전제성 문제와 관련시켜 논의하지는 않는다. 현재가 한정위헌 결정을 선택하면 법원이 다른 내용의 재판을 하여야 한다(sollen)는 것을 전제로 한정위헌 청구의 적법성을 다루고, 재판의 전제성을 판단한 것으로 이해할 수밖에 없다.⁹²⁾

그러면 다른 쟁점에 관하여는 어떠한가? 기본적으로 현재는 법원의 재판을

90) 예를 들면, 기존의 수해조항을 폐지하는 방법으로 평등을 실현할 수 있다. 물론, 수해조항을 폐지한 상태가 평등한 상태인가에 대해서는 복잡한 논의가 필요하다. 그러나, 통설에 따라 이와 같이 설명하는 것을 그친다. 나아가 평등이 실현된 상태가 무엇인가에 대한 논의도 필요하지만 이것도 여기서는 다루지 않는다. 현재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393; 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714 결정 각 참조.

91) 현재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 판례집 14-2, 584, 590; 현재 2015. 12. 23. 2015헌가27, 판례집 27-2하, 419, 424.

92) 물론 이에 대하여는 현재가 병역법 제88조 제1항 제1호와 제2호를 심판의 대상으로 삼았고(현재 2018. 6. 28. 2011헌바379 등, 공보 제261호, 1017, 1028), 주문에서 위 조항 전체에 대하여 위헌이 아니라는 결정을 하였으므로 이와 같이 재판의 전제성을 이해하는 것이 부당하다고 볼 여지가 있다. 그러나, 현재가 판단의 내용으로 삼은 것은 오로지 양심적 병역거부에 관한 것 뿐이다. 나아가 주문으로 위 조항 자체를 위헌으로 결정하지 아니할 것이라는 것은, 처벌조항에 대한 4명 재판관의 일부위헌의견을 보아도 분명하다.

외생적인 것으로 본다. 가장 대표적인 것이 위헌으로 결정된 법률에 기한 처분의 효력 문제이다. 현재는 ① 행정처분이 무효인지 여부는 당해사건을 재판하는 법원이 판단할 사항⁹³⁾이라 한 후, ② 대법원의 중대명백설에 관한 판례⁹⁴⁾와 ③ 대법원이 위헌으로 결정된 법률에 기한 처분의 하자를 특별한 사정이 없는 한 취소 사유로 보는 판례⁹⁵⁾를 전제로 하여, 이미 행정처분에 대하여 불가쟁력이 발생하였다면, 그 행정처분의 근거 법률의 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 하지 않을 것이므로 재판의 전제성이 인정되지 않는다고 보았다.⁹⁶⁾ 나아가 ‘특별한 사정’이 있어서 법원이 무효로 볼 가능성도 있으므로, 재판의 전제성을 인정하여야 한다는 4명 재판관⁹⁷⁾의 의견은 반대의견에 머물렀다.

사실 이 쟁점에 대하여 여기서 그 결론을 내기는 어렵다. 단지 문제를 제기하고 이 부분에 대한 주의를 환기시키는 것으로 논의를 마치기로 한다.

4. 소결론

현재는 다른 내용의 재판을 하는 경우에 관한 원칙적인 모습을 ‘주문에 어떠한 영향을 주는 경우’ 또는 ‘주문이 달라지는 경우’라고 표현하고 있다. 적어도 ‘달라질 가능성이 있는 경우’나 ‘달라져야 하는 경우’는 ‘달라지는 경우’와는 다르다. 이 글에서 이 점에 대하여 깊이 논의할 수는 없고, 적어도 그 문제의식만은 환기시키고 싶다. 다른 글에서 새로 다루겠다.

93) 현재 1999. 9. 16. 92헌바9, 판례집 11-2, 262, 270; 현재 2004. 1. 29. 2002헌바73, 판례집 16-1, 103, 109-110; 현재 2004. 6. 24. 2003헌바30, 공보 94, 665, 667.

94) 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 전원합의체 판결.

95) 대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결; 대법원 2001. 3. 23. 선고 98두5583 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007두16202 판결.

96) 현재 1994. 6. 30. 92헌바23 판례집 6-1, 592, 605; 현재 2005. 3. 31. 2003헌바113; 현재 2006. 11. 30. 2005헌바55; 현재 2007. 10. 4. 2005헌바71; 현재 2010. 9. 30. 2009헌바101 등

97) 재판관 이정미, 김이수, 이진성, 강일원.

VI. 여론 - 표현 자체의 문제

1. 들어가는 말

필자는 개인적으로 법이란 ‘말’로 구성되어 있고, ‘법해석’ 또한 ‘말’로 하는 것이어서 ‘말’을 어떻게 운용하는가는 법학에 있어서 매우 중요하다고 생각한다. 머릿속에 들어 있는 ‘생각’이 ‘말’로 옮겨지면서 반드시 ‘생각’과 ‘말’ 사이에 불일치가 있을 수밖에 없다고 본다. 그 폭을 줄이는 일은 법의 제정과 운용, 또는 법해석에 관여하는 사람들이 깊어져야 하는 숙명적 과업이라 아니할 수 없다.

이 논문에서 다루는 재판의 전제성에 관한 현재의 판시는 현재가 재판의 전제성을 판단함에 있어서 늘상 적용하여야 하는 rule로 되었다. 그런데도 위 기재 안에 논리적이지 아니한 바가 포함되어 있다면, 거기에 혼란이 따르는 것은 필연이다. 몇 가지 점에 관하여 검토를 해보고자 한다.⁹⁸⁾

2. ‘원칙적으로’

현재는 ‘다른 내용의 재판’이란 원칙적으로 ‘주문이나 결론이 다른 재판’을 의미하는 것으로 본다. 그렇지 않더라도 이유를 달리하거나, 재판이 가지는 법적 의미가 달라진다면, 예외적으로 ‘다른 내용의 재판’에 포섭되어질 수 있다고 본다. 필자는 이것이 현재의 의사라고 본다.

그런데, 현재가 내놓은 판시 중, “법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 (... 중략 ...) 뿐만 아니라, 경우도 포함된다.” 부분에 사용된 ‘원칙적으로’라는 표현은 매우 어색하다.

‘원칙적으로’는 부사다. 그렇다면 문리상, ‘원칙적으로’는 용언에 해당하는 ‘포함된다’를 수식한다고 볼 수밖에 없다. 그러면, 이유를 달리하는 경우, 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우가 모두 ‘원칙적으로’ 재판의 전제성이 인정되는 경우에 해당한다는 것이다. 이러한 해석은 현재의 판시 취지와 어긋나는 것이다.

현재의 취지를 정확하게 표현하기 위해서는, “다른 내용의 재판을 하게 되는 경우란, 원칙적으로 법률 조항의 위헌 여부에 따라 당해 사건의 결론이나 주문에

98) ‘적용한다는 것’과 ‘다른 내용의 재판을 한다는 것’ 사이의 관계 문제는 위에서 따로 다루었다.

어떠한 영향을 주는 것에 한정된다. 다만, 재판의 결론이나 주문에는 영향을 주지 않는다고 하더라도, 이유를 달리하는 경우나 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우라면 예외적으로 재판의 전제성이 인정된다.” 정도의 문장으로 정리되어야 할 것이다.

3. ‘원칙’과 ‘예외’의 관계

다음으로, ‘원칙적으로’, 또는 ‘예외적으로’가 규범적으로 어떤 의미를 갖는 가하는 점도 논구되어야 할 점이다. 양자에 대한 법적 처우가 달라질 때에만, 위와 같은 표현이 의미가 있는 것이라 할 수 있다. 즉, 재판의 결론이나 주문에 영향을 미치는가 여부만으로 ‘다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에 해당하는지 여부’를 판단하면, 현재는 소임을 다한 것이 되고(즉, 판단누락의 문제가 안 생기고), 예외적인 경우에 관해서는 제정법원 또는 청구인의 주장이 있을 때에만 판단해 주면 족하다고 이해되는 경우라면, 원칙과 예외가 의미를 가질 수 있다.

그런데, 현재는 그렇게 보지는 않는다. 현재가 다른 내용의 재판에 해당된다고 보는 세 가지 경우는 서로 동등(equivalent)하다. 그렇다면, 원칙적으로, 또는 예외적으로라는 표현을 사용할 규범적 의의는 존재하지 않는다. 현재의 판시 취지를 존중한다면, 위 3가지 경우는 병렬적으로(in parallel) 기재되어야 한다.

4. ‘주문이나 결론이 달라지는 경우’와 ‘재판이 가지는 법적 의미가 달라지는 경우’의 관계

‘주문이나 결론이 달라지는 경우’는, ‘재판이 가지는 법적 의미가 달라지는 경우’의 일부분이다. ‘재판이 가지는 법적 의미가 달라지는 경우’는 가장 분명하게 ‘주문이나 결론이 달라지는 경우’이다. 그리 분명치는 않지만, ‘이유를 달리하는 경우’도 ‘재판이 가지는 법적 의미가 달라지는 경우’에 포섭될 수 있다. 그렇다면, 도대체 무엇이 원칙이고 무엇이 예외인지 자체가 불명확하다.

위와 같은 입론을 따른다면, 다른 내용의 재판이란 바로 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 것이고, 여기에는 재판의 결론이나 주문이 달라지는 경우와 이유를 달리하는 경우가 예시적으로(by example) 열거될 수 있다. 그러나 현재의 의도가 이와 같은 것이 아님은 분명하다. 현재의 입장은 다른 내용이 재판을 하는 경우를 한정적으로 열거하는 것이고, 그것이 결론이나 주문을 달리하는 경우, 이

유를 달리하는 경우, 법적 의미를 달리하는 경우다. 그런데, 첫 번째, 두 번째의 경우는 세 번째 경우의 일부다. 이것은 분류(classification)에 있어서 중요한 원칙들 중의 하나인 배타성(exclusiveness)에 위배되는 것이다.

5. 기타

아주 사소하게는, “(… 전략 …) 경우라 함은 (… 중략 …) 포함된다.”는 비문이다. 적어도 ‘(… 전략 …) 경우에는, a 뿐만 아니라, b, c가 포함된다.’ 라고 기재되어야 문법에 맞는 문장이 된다.

또, 현재는 재판이 가지는 법률적 의미가 ‘전혀’ 달라질 때, 재판의 전제성이 인정된다고 판시하였으나, 달라지기는 하였으나, 전혀 달라지지 아니하였다는 이유로, 재판의 전제성이 부인된 예는 없다. 불필요한 부사다. 한편, ‘전혀’라는 말은 주로 부정하는 뜻을 나타내는 말과 함께 쓰이는 것이므로, 문법적으로도 그리 좋은 표현은 아니다.

한편, 판례는 계속하여 ‘법률적 의미’라고 표현하고 있으나, 적절하지 아니하다. gesetzlich로 오해될 우려가 있기 때문이다. ‘법적(rechtlich) 의미’라고 하는 것이 타당하다.

‘당해소송사건의 재판’이라 표현하는 것은 적절하지 아니하다. 당해 재판이라 하면 족하다. 소송과 비송을 나누어 보았을 때, 비송 사건은 포함되지 않는다는 인상을 줄 우려가 있다.

‘당해 사건’이라는 표현도 적절하지 아니하다. 당해 재판이라 하는 것이 더 나은 표현이라고 본다. 재판의 전제성이라 말하지, 사건의 전제성이라 말하는 경우는 없기 때문이다.

Ⅶ. 결론

재판의 전제성 요건을 판시한 현재의 결정을 두고 검토해 보았다. 이 논문의 몇 가지 결론을 정리해 보면 다음과 같다.

재판의 전제성 요건의 하나인 다른 내용의 재판을 하는 경우 중, 이유를 달리하는 경우는 권리보호이익과 모순되고, 현재 스스로도 독자적인 의의가 없는

것으로 본다. 또, 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우는, 재판의 전제성을 인정함에 있어서 불필요하거나 ‘적용’요건과 모순된다. 위 두 경우는 다른 내용의 재판을 하는 경우에서 배제함이 상당하다.

심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라 재판의 결론이나 주문이 달라진다는 것은 심판대상 법률 조항이 당해 재판에 적용된다는 것의 필요충분조건이거나 충분조건이다. 그렇다면, 심판대상 법률 조항이 당해 사건에 적용된다는 것을 독자적인 요건으로 삼을 필요가 없다.

현재의 “위헌심판은 법률 또는 그 조항의 위헌여부의 판단이 제정법원에서 심리중인 사건의 재판을 수행하는 데 있어서 직접적이고 절대적으로 필요한 경우에 한”⁹⁹⁾하여, 즉 “그 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우”¹⁰⁰⁾에만 행해져야 한다. 다른 내용의 재판이란, 주문이나 결론이 다른 재판을 말하는 것이지, 이유를 달리하거나 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우가 아니다. 나아가 재판이 적법하여야 할 것이라는 것도 여기서 따로 다룰 문제가 아니다. 재판이 적법하지 아니하면 각하될 것이고, 심판대상 법률조항의 위헌여부에 따라 주문이 달라지지 않는다. 전제성 이론을 정돈하고 단순화할 필요가 있다. 현재의 재검토를 요망한다.

99) 현재 1989. 7. 14. 88헌가5 등, 판례집 1, 69, 103 김양균 재판관의 반대이견.

100) 현재 2013. 2. 28. 2009헌바129, 판례집 25-1, 15, 19.

제168회 발표회 지정토론문

발제문: 재판의 전제성에 관한 비판적 고찰

발제자: 정주백(충남대학교 법학전문대학원 교수)

날짜 및 장소: 2018. 10. 19.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

김 광 재*

I. 발표문 내용 관련 사항

1. '내용과 효력' 요건은 정확한 것인가

(1) 문제 제기

- 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우 중 '내용과 효력' 요건의 정확한 의미와 차이점은 무엇인지. 그리고 '내용과(and) 효력'인지, '내용이나(or) 효력'인지에 대한 의문이 든다.

(2) 발표문 내용

- (제2면) '법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우'라 함은 (중략) 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우도 포함된다.¹⁾
- (제14면) 재판의 내용이나 효력 중에 어느 하나라도 그에 관한 법적 의미가 전혀 달라지는 경우에 해당하는 것이므로 재판의 전제성이 있다고 할 것이다.²⁾

* 도헌공법연구소 변호사, 숭실대학교 초빙교수

1) 헌재 2000. 6. 29. 99헌바66 등 다수결정. 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 2015, 134면.

2) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8. 헌법재판소, 위의 책, 150면.

(3) 사건

- 발표문 제14면 92헌가8 결정에서 보듯이, 심판대상조항의 위헌여부에 따라 비록 판결주문의 (형식적) 내용이 달라지는 것은 아니라 하더라도 그 무죄판결의 (실질적) 효력, 즉 구속영장의 효력 상실여부에 차이가 있어 재판의 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우에도 재판의 전제성이 인정된다. 따라서 ‘재판의 내용이나 효력’으로 명확히 할 필요가 있다.

2. ‘계속 중’ 요건은 필요한 것인가

(1) 문제 제기

- 발표문에서 제시한 ‘적용’ 요건의 논증과 같은 방식으로 파악할 때, ‘계속 중’이란 요건의 독자성과 유의미성을 인정할 수 있는지에 대한 의문이 든다.

(2) 발표문 내용

- (제2면~10면) 재판의 전제성 중 ‘적용’ 요건이 의미를 가지려면, “① 다른 요건이 충족되더라도 문제되는 법률 조항이 당해 재판에 적용되지 않는다면, 그 법률 조항은 당해 사건에 대하여 재판의 전제성이 인정되지 않고, ② 나아가 다른 요건들과 서로 독자성을 갖추고 있어야 한다는 것을 의미한다.”고 전제한 후 ‘적용’ 요건의 비독자성과 무의미성을 논증하였다.
- (제6면) “문제되는 법률조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라짐에도 불구하고, 문제되는 법률조항이 당해 사건에 적용되지 않는다는 이유로 재판의 전제성이 부인될 수 있을까? 심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라서 당해 사건의 주문이나 결론이 달라지는 경우 항상 재판의 전제성이 인정되어서, 적용 여부를 검토할 필요가 없거나 항상 적용되는 것으로 판단되어진다면, 적용 여부는 재판의 전제성을 판단하는 데 아무런 독자적 의의가 없는 것이다.”
- (제8면) “헌재가 재판의 전제성을 다루면서, 심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라진다고 하면서도 적용 여부에 대하여는 언급하지 아니한 사례는 얼마든지 많다. 이러한 상황을 설명하기 위해서는 심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라지는 경우라

면, 반드시 적용이 있는 경우에 해당된다고 보는 수밖에 없다. 즉, ‘심판대상 법률 조항의 위헌 여부에 따라 주문이나 결론이 달라진다는 것’은 ‘심판대상 법률 조항이 당해 사건에 적용된다는 것’의 충분조건이라는 것이다.”

(3) 사건

- 심판대상조항의 위헌 여부에 따라 당해 재판의 결론이나 주문이 달라지는 경우임에도 불구하고 구체적인 사건이 법원에 ‘계속 중’이 아닌 사례를 상정하기 어렵다(헌재법 제68조 제2항 헌소사건의 경우에는 위헌제청신청기준).³⁾ 따라서 발표문에서 제시한 논증 방식에 따르면 ‘적용’ 요건뿐만 아니라 ‘계속 중’ 요건 역시 비독자적이고 무의미하게 되므로 결국 재판의 전제성 요건은 제3요건인 ‘다른 내용의 재판’만 남게 될 것이다.

3. 재판의 전제성 협소화의 문제

(1) 문제 제기

- 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우에서 ‘재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리하는 경우’에 대한 불필요성은 공감하지만,⁴⁾ ‘재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우’까지 제외해 버린다면 재판의 전제성이 너무 협소해져서 법률의 위헌성을 다투지 못하는 사례가 지나치게 많아지는 것은 아닌지 의문이 든다.

(2) 발표문 내용

- (제3면) “이 논문의 결론(VII.)은 A and a, 즉, 재판이 있고(A), 당해 법률 조

3) “구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야”한다는 것은 위헌법률심판제청사건의 경우에는 위헌제청결정 당시는 물론이고 현재의 위헌여부 결정 시까지 구체적 사건이 법원에 계속 중이어야 한다는 의미이고, 법 제68조 제2항 헌소사건의 경우에는 당해 사건이 헌소의 제기로 정지되지 않기 때문에 현재의 종국 결정 이전에 당해 사건이 확정되어 종료되는 경우가 있으므로 최소한 위헌제청신청 시에는 구체적 사건이 법원에 계속 중이어야 한다는 의미이다; 헌법재판소, 앞의 책, 134-135면.

4) 현재도 최근 이 요건에 대해 회의적인 것 같다(헌법재판소, 앞의 책, 151-152면). 이에 대해 당해 사건의 판결이유만 달라지는 경우라면, 위헌법률심판에서는 재판의 전제성을 인정할 여지가 있으나 제68조 제2항 헌소심판에서는 그 전제성을 인정하기 어렵다는 견해가 있다(이명용, “헌법재판소법 제68조 제2항 헌소원제도”, 헌법논총 제12집, 2001, 323-328면; 이황희, “구체적 규범통제사건의 심사방식에 관한 소고”, 법학논집 제21권 제1호, 2016, 117-120면).

항의 위헌 여부에 따라 당해 재판의 주문이나 결론이 달라진다(a)는 것이 재판의 전제성을 인정하는 필요하고도 충분한 요건이라는 것이다.”

- (제12면) “2005헌바86 사건은 이유를 달리하는 데 보태어, 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라져야만 재판의 전제성이 인정된다고 보는데, 이는 결국 이유를 달리하는 것은 그 자체만으로는 무의미한 것이라 보는 것과 다르지 아니하다. 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라진다면, 그 자체로 이미 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 할 것이기 때문이다.”
- (18면) “심판대상의 위헌 여부에 따라 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우에 있어서 현재가 심판대상 법률 조항에 대하여 위헌 결정을 하여, 정지된 재판이 재개되거나 당사자가 재심을 청구하더라도 법원으로서 달리 하여야 할 바가 없다. 심판대상인 법률 조항이 당해 사건에 적용되지 아니하고, 따라서 심판대상 법률 조항의 위헌 여부가 당해 사건의 주문이나 결론에 영향을 미치는 바가 없기 때문이다. 이리함에도 불구하고, 심판대상의 위헌 여부에 따라 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우에 대하여 재판의 전제성을 인정하는 것은 구체적 규범통제의 본질에 어긋나는 것이다.”
- (19면) 위 각 사건의 경우, 법원이 청구인들에 대한 형사 재판 계속 중에 당해 법률 조항들에 대하여 위헌법률심판제청을 한다면, 당해 법률 조항들의 위헌 여부가 당해 재판이 가지는 법적 의미를 달리하게 하는 경우에 해당된다는 이유로 적법하다고 판단하지 아니할 수 없다. 위와 같은 (제1항 소원 심판) 구제절차가 있음에도 불구하고, 법률 조항의 위헌 여부가 당해 재판이 가지는 법적 의미를 달리하는 경우를 재판의 전제성을 인정하는 독자적인 사유로 볼 필요성은 전혀 없다.

(3) 사건

- 재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우를 ‘다른 내용의 재판을 하게 되는 경우’에서 배제한다면, 제13면의 92헌가8 사건의 경우 재판의 전제성이 없어서 각하되고 형소법 제331조 단서 규정은 그대로 유지된다. 따라서 피고인이 당해 사건에서 무죄판결을 받더라도 위 규정에 의해 구속영장의 효력을 상실시키지 못한다. 피고인 입장에서 위 규정을 현재법 제68조 제1항으로 다룰 수 있는지 불분명하고, 설령 다룰 수 있다

하더라도 현재 결정이 나올 때까지 구속 상태를 벗어나지 못하는, 즉 신체의 자유에 대한 중대한 불이익을 상당기간 감수해야만 한다.

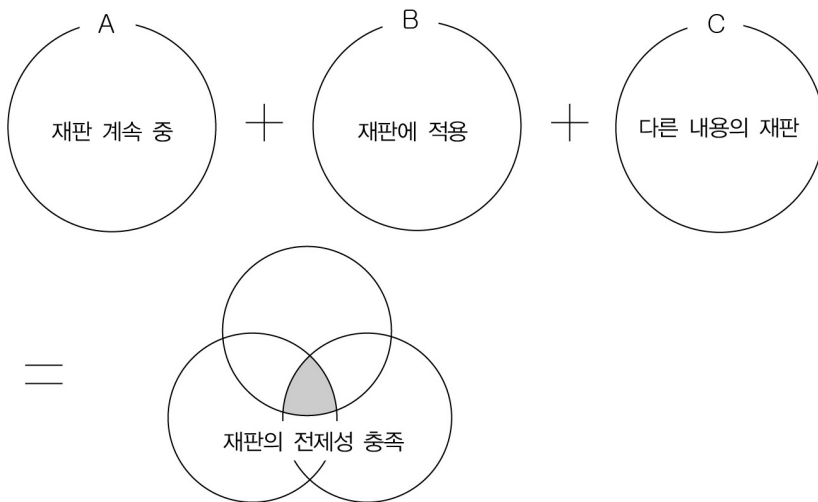
- 그리고 형사판결 확정 후 별도의 구제절차, 특히 현재법 제68조 제1항 헌법소원을 청구할 수 있다는 사정은 재판의 전제성을 부인할 사유라기보다는 (헌법소원의 보충성을 고려할 때) 오히려 현재법 제68조 제1항 헌법소원을 부인할 수 있는 사유로 볼 수 있다.
- 재판의 전제성이 헌법에 의해 개념지어진 확고부동한 내용을 담고 있는 것이 아니라면, 권리구제의 신속성 및 효율성 측면에서 ‘재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우’도 포함하는 것이 바람직하지 않을까.

II. 재판의 전제성 요건의 재정립에 대한 제언

1. 발표문에 나타난 현재 태도

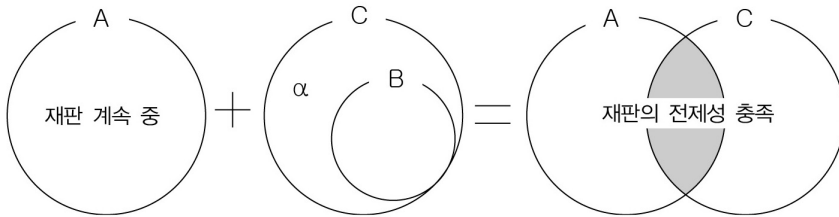
(1) 이론상 현재 견해

- 재판 계속 중 (A) ∩ 재판에 적용 (B) ∩ 다른 내용의 재판 (C)



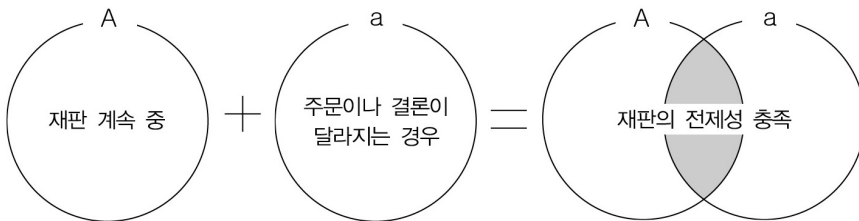
(2) 실제 현재의 포섭

- 직접 적용 사안: $A \cap (C = B)$
- 기타(간접 적용 or 시혜적 조항에 대한 평등권 위반 or 재판의 내용과 효력 사안 등): $A \cap C (\sim B)$



2. 발표자 견해

- 재판 계속 중 (A) ∩ 당해 재판의 주문이나 결론이 달라지는 경우 (a)
- ‘적용’ 요건(B)의 비독자성, 무의미성
- ‘이유를 달리 하는 경우’(b), ‘재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우’(c) 요건의 불필요성



3. 토론자 견해

(1) 재판의 전제성의 재구성

- 재판의 전제성이라 함은 우선, 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고(재판 계속 중), 다음으로, 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 사건의 재판과 관련되는 것이어야 하며(재판 관련성), 마지막으로, 그 법률이 헌법에 위반되는지에 따라 당해 사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을

하게 되는 경우를 말한다(다른 내용의 재판). 여기서 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떤 영향을 주는 경우를 말한다. 다만, 문제된 법률의 위헌 여부가 당해 사건의 재판의 결론이나 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우도 예외적으로 포함된다고 할 것이다.

(2) ‘계속 중’의 심사 내용

- 재판의 전제성을 충족하기 위해서는 위헌제청결정 시만이 아니라 헌법재판소의 위헌법률심판의 시점까지 구체적 사건이 법원에 계속 중이어야 한다.⁵⁾ 따라서 당해 사건의 당사자가 소취하 등으로 당해 사건절차를 종료시키거나 소의 이익이 소멸되어 당해 사건이 각하될 수밖에 없는 경우에는 재판의 전제성을 요건으로 하는 구체적 규범통제의 본질상 위헌법률심판 절차는 무의미해지므로, 헌법재판소는 위헌제청에 대해서 부적법 각하결정해야 한다.⁶⁾ 다만, 헌법재판소는 재판의 전제성이 (위헌제청 당시는 충족했지만) 위헌제청 이후의 사정변경으로 소멸한 경우에도 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성이 인정되는 경우에는 그 위헌제청의 적법성을 인정할 수 있다고 보고 있다.⁷⁾
- 그러므로 ‘계속 중’ 요건 심사는 우선, 위헌법률심판 시까지 재판 계속 중인지 여부를 심사하고, 계속 중이라면 다음 단계인 ‘재판 관련성’ 요건 심사로 나아가야 된다. 만약 위헌법률심판 시까지 계속 중이 아니라면 예외적으로 심판의 필요성이 인정되는 경우인지에 대한 심사를 진행하면 된다.

(3) ‘재판 관련성’이란 개념의 제언(提言)

- 여기서 ‘재판 관련성’이란 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 사건의 재판과 관련되어야 함을 말한다. 종래 헌재의 표현대로 당해 사건의 ‘재판에 적

5) 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2. 이러한 헌재와 일반적 견해에 대하여 재판의 전제성 심사에서 법원의 제청 단계와 헌법재판소의 심판단계를 구분하여, 헌법재판소의 심판단계에서는 ‘계속 중’을 요구하지 않는다는 이원론이 있다(박진우, “헌법재판에서 재판의 전제성에 관한 비판적 검토”, 세계헌법연구 제19권 제3호, 2013, 223-228면).

6) 김광재, 『실무가를 위한 헌법소송 -이론과 작성례-』, 윌비스, 2017, 32면.

7) 헌재 1993. 12. 23. 93헌가2; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌바3; 헌재 2006. 6. 26. 2002헌바3.

용'을 요구하는 것은, (발표문에서 상세히 분석한 것처럼) 직접 적용되는 경우 외, 즉, 간접 적용되는 경우, 시혜적 조항에 대한 평등권 위반을 주장하는 경우, 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우 등을 포섭하기 어려운 면이 있다. 따라서 직접 적용의 경우뿐만 아니라 그 외 사안을 모두 아우를 수 있는 표현으로 '재판에 적용' 대신 '재판 관련성'이란 용어를 제안한다.

- 재판 관련성을 지나치게 넓히는 것은 재판이 계속 중이기만 하면 당연히 충족될 우려가 있어 헌법재판소의 불필요한 심리 부담을 증가시킬 수 있으므로 헌법소송적 개념으로 재판 관련성의 요건을 적절히 설정해 줄 필요가 있다. 이에 대한 일률적 척도를 찾기는 어렵겠지만, 현재의 그동안의 판시로 볼 때 직접 적용되는 경우는 물론 직접 적용되지는 않더라도, ① 그 위헌 여부에 따라 당해 사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌 여부가 결정될 가능성이 있거나, ② 당해 사건의 재판의 결과가 좌우될 가능성이 있거나, ③ 당해 사건의 재판에 직접 적용되는 규범의 의미가 달라질 가능성이 있는 경우, ④ 시혜적 법률조항에 대하여 평등권 위반을 다투는 경우 등을 예로 들 수 있다. 여기서 유의할 점은 발표문(제6~9면)에서 '적용' 요건이 '다른 내용의 재판을 하게 되는 경우'에 종속된다고 비판한 것처럼 '재판 관련성' 요건이 종속적이지 않고 독자적 의의를 갖기 위해서는 '당해 사건의 재판에 영향'을 미치는 경우, 즉 '다른 내용의 재판을 할 가능성 또는 개연성'이 있는 경우로 충분하다고 보아야 하고, 이 단계에서 '다른 내용의 재판을 하게 되는 경우'를 확정지를 필요까지는 없다.

(4) '다른 내용의 재판'의 범위

- 위에서 논한 바와 같이 '이유를 달리하는 경우'에 대한 불필요성은 공감하므로 제외한다. 따라서 '다른 내용의 재판'이라 함은 원칙적으로 법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떤 영향을 주는 경우를 말하고, 예외적으로 재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우도 포함된다고 할 것이다.

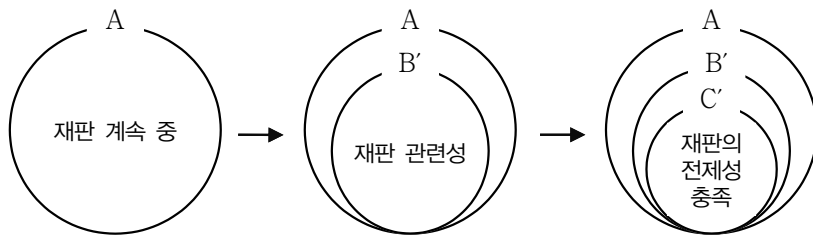
(5) 3단계 순차적 검토 방식의 의미

- 엄밀히 말하자면, 현재가 말한 재판의 전제성 제3요건 '다른 내용의 재판

을 하게 되는 경우'에 해당되면 재판의 전제성이 충족된다. 따라서 결과만 놓고 볼 때에는 '다른 내용의 재판을 하게 되는 경우' 외 제1, 제2요건은 비독자적이고 무의미하다고 생각 될 수 있다. 그러나 재판의 전제성의 심사과정에 있어서는 제1, 제2요건도 독자적이고 유의미하다고 할 수 있다. 즉, 「재판 계속 중(A) → 재판 관련성(B' = B or a) → 다른 내용의 재판(C' = a or c)」의 순서적 검토 방식은 쉽게 파악할 수 있는 것부터 제거하여 논의를 집중하게 하고(일종의 소거법), 재판의 전제성이 무엇인지에 대해 더 분명하게 제시해 주는 역할을 할 수 있다.⁸⁾ 또한 현재가 그동안 수많은 결정에서 위 3요건(토론자가 제시한 요건과 차이는 있지만)을 반복 실시한 결과 이제는 법조실무는 물론 학계에서도 확립된 개념으로 수용하고 있다. 따라서 이의 폐기나 전면적 수정보다는 그 의미를 더 명확히 하여 발전시키는 것이 좋지 않을까?⁹⁾

(6) 결론

재판 계속 중(A) ⊃ 재판 관련성(B' = B or a) ⊃ 다른 내용의 재판(C' = a or c)



8) 이시운 변호사는 소송요건의 조사의 순서에 대해 “조사의 순서에 관하여서는 확실상 다투어지고 있거나 실제상 별로 의미가 없다. 그 존부가 의심스러운 소송요건이 여러 개 있을 때, 소송경제상 가장 신속하고 쉽게 그 존부를 가릴 수 있는 것부터 심리하는 것이 타당하다. 다만 통설은 일반적인 것에서 특수한 것으로, 추상적인 것에서 구체적인 것으로 조사하여 나가되…비록 순서를 따르지 아니하였다고 하여 판결이 위법인 것은 아니다.”고 한다(이시운, 『신민사소송법』, 박영사, 2017, 216-217면).

9) 현재법 제68조 제1항 현소에서도 ‘기본권침해의 법적관련성(청구인적격 = 자기관련성·현재성·직접성)’이 인정되는 경우 ‘기본권침해의 가능성’과 ‘기본권 주체성(청구인능력)’은 당연히 충족되지만, ‘기본권침해의 법적관련성’에 앞서 ‘기본권침해의 가능성’을 그 보다 더 앞서 ‘기본권 주체성(청구인능력)’을 검토하는 방식이 일반적이다. 이러한 검토 방식 역시 명백히 아닌 것부터 제거하여 논의를 집중하게 하고, 현재법 제68조 제1항 현소의 요건이 무엇인지를 더 분명하게 제시해 주는 역할을 한다(기본권 주체성 ⊃ 기본권침해의 가능성 ⊃ 기본권침해의 법적관련성). 마찬가지로 권한쟁의심판이나 민사소송에서도 ‘당사자적격’이 인정되는 경우 ‘당사자능력’은 당연히 충족되지만, ‘당사자적격’에 앞서 ‘당사자능력’을 검토한다(당사자능력 ⊃ 당사자적격).

□ 발표문 내용 중 추가적 검토 요망 사항

1. 제5~6면 관련

- (발표문) 이 경우 현재의 기존 논리를 따른다면, 당해 재판은 적법하지 아니하므로, 재판의 전제성이 인정되지 아니한다. 왜냐하면, 행정처분의 근거되는 법률 조항이 위헌이라는 사유는, 취소사유에 불과할 뿐 무효 사유에 해당하지 아니함에도 불구하고, 제소기간을 도과하여 무효확인 소송을 제기한 것이기 때문이다.
- (사건) 본안심리결과 계쟁처분이 위법하지만(취소사유가 존재하지만) 당해 위법이 중대하거나 명백하지 않은 경우(무효사유에는 해당하지 않는 경우) 법원은 각하판결이 아니라 기각판결을 선고한다.¹⁰⁾ 즉, 취소사유에 불과할 뿐 무효사유에 해당하지 아니함에도 불구하고, 제소기간을 도과하여 무효확인소송을 제기하더라도 그 무효확인소송이 부적법한 것은 아니다.

2. 제9~10면 관련

- (발표문) 그러나, 이 사건은 ‘재판이 계속 중일 것’의 요건 문제로 풀어도 얼마든지 해결할 수 있다. 즉, 재심본안에 나아가기 위해서는 재심청구가 적법하여야 하는데, 적법한 재심사유가 존재하지 아니하므로 재심청구가 부적법하다고 할 수 있다. 그렇다면, 당연히 적법한 재판이 계속 중이지 아니한 것으로 되어 재판의 전제성이 부인될 수 있다.
 다른 한편, 재심본안에 적용될 법률 조항의 위헌 여부는 재판의 결론에 영향을 미칠 수 없다. 그 위헌 여부에 관계없이 재심청구 자체가 부적법 각하될 것이기 때문이다. 그러므로, 따로 적용 여부를 따질 실익은 없다.
- (사건) 형사소송의 재심의 경우, 재심사유가 아닌 것을 이유로 한 재심청구와 같이 재심청구가 법률상의 방식에 위반한 때(부적법한 때)에 법원은 청구기각결정을 한다(형사소송법 제433조). 반면 민사소송의 경우, 민사소송법 제451조에 열거된 11가지 재심사유 이외의 재심사유를 주장하는 때에는 재심의 소는 부적법하므로 법원은 소각하 판결을 하고(민사소송법 제455조, 제219조, 제413조), 법정의 재심사유를 주장하였으나 재심사유가 인정되지 아니하면 법원은 청구기각판결을 한다.

10) 박균성, 『행정법론(上)』, 박영사, 2018, 1419면 참조.

3. 제18면 관련

- (발표문) 법원이 자신이 선고할 형을 예정하고 위헌법률심판을 제청할 수도 있을 것이나, 여기에도 어려움은 있다. 예를 들어, 위의 92헌가8 사건의 경우, 재판의 전제성이 인정되려면 당해 피고인을 석방하지 아니하고, 위헌법률심판을 제청하여야 할 것인데, 문제된 법률 조항의 문제점을 피할 수 있는 다른 방법, 즉 선고 전에 직권으로 구속을 취소할 수 있음에도 불구하고 이를 행하지 아니한 채 위헌법률심판을 제청한다는 것이 자연스러운 것이라 하기 어렵다. 또, 법원이 스스로 판결로써 선고할 형을 미리 공개하고, 현재에 위헌제청을 하고 당해 사건을 정지하는 것은 매우 이례적인 것이라 아니할 수 없다.
- (사건) 법원은 만약 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결을 선고할 경우 재판의 내용이나 효력이 달라질 ‘가능성’이 있음을 들어 위헌제청을 하면 충분하고, 위헌제청 당시 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결 선고할 것임이 ‘확실’하다는 것을 ‘공개’할 것을 요한다고 볼 수는 없다.

제168회 발표회 지정토론문

발제문: 재판의 전제성에 관한 비판적 고찰

발제자: 정주백(충남대학교 법학전문대학원 교수)

날짜 및 장소: 2018. 10. 19.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

김 광 욱*

‘재판의 전제성’에¹⁾ 관한 헌법재판소 실시에서부터 시작하여, 이에 대한 비판적인 검토, 그리고 재판의 전제성에 있어 가장 문제가 되는 ‘다른 내용의 재판’의 의미에 대하여 재검토를 해 주신 발표문을 잘 읽어보았습니다. 발표문을 통해 위헌법률심판 및 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판에서의 ‘재판의 전제성’ 요건에 관하여 다시 진지하게 고민해 볼 수 있게 되었습니다. 좋은 발표문을 준비해주신 정주백 교수님께 감사의 말씀 드립니다.

이 지정토론문에서는 지정토론자의 부족한 식견을 바탕으로, 이른바 ‘ $A \cap B \cap C$ ’라고 표현되는 발표문의 기본적인 전제에 관하여, 그리고 위 ‘다른 내용의 재판’(위 ‘C’)에 관하여 의견을 보태고자 합니다. 이 글에서 혹시 발표문의 본의·진의를 잘못 이해한 것이 있다면 이는 오로지 지정토론자의 부족한 식견 탓임을 미리 밝힙니다.

* 헌법재판소 헌법연구관

1) 헌법 제107조 제1항, 제2항에서 규정하고 있는 ‘재판의 전제’에 관하여, 역사적 배경에 비추어 양자의 의미가 ‘선결문제’(제1항)와 ‘사건쟁송성’(제2항)으로 각기 다르게 해석된다는 입장으로 신우철, “재판의 전제성 -그 개념의 굴곡의 헌법사-”, 법사학연구 제41호, 한국법사학회, 2010, 135쪽 참조.

I. ‘적용’ 요건의 독자성에 관하여(발표문 II.항)

1. ‘당해사건 재판에 적용될 것’ 요건의 독자성²⁾

(1) 발표문은 다음과 같은 헌법재판소의 판시를 바탕으로, ① 재판이 있을 것(이른바 ‘A요건’), ② 당해사건 재판에 적용될 것(이른바 ‘B요건’), ③ 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 할 것(이른바 ‘C요건’)을 재판의 전제성의 부분 요건(세부 요건)으로 파악하고, 이를 전제로 논지를 전개하고 있다.³⁾

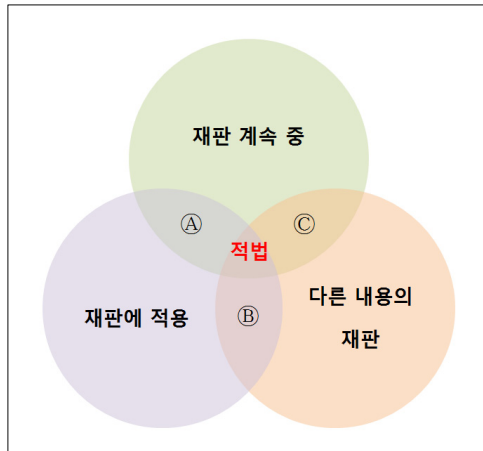
『우리 헌법재판소의 확립된 판례(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 238-239 참조)에 의하면, 재판의 전제성이란, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속되어 있었거나 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 소송사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다. 여기서 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 법원이 심리 중인 당해사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어 내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우도 포함된다(헌재 2000. 6. 29. 99헌바66, 판례집 12-1, 848).』

(2) 발표문이 ‘헌법재판소의 태도’라고 전제하고 있는 사항을 그림으로 나타내면, 아래 [그림 1]과 같이 표현될 수 있을 것으로 보인다. 발표문은 ‘적용된다’는 것은 그 법률조항의 위헌 여부가 당해 재판의 결론에 영향을 미친다는 것과 같은 의미라고 이해할 수밖에 없으므로, 헌법재판소가 독립된 요건으로 삼고 있는 세 가지 요건 중 ‘당해사건 재판에 적용될 것’이라는 요건은 불필요하다고 보고 있다. 즉, “재판 계속 중 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 하게 되는데 그 법률

2) 발표문은 여론에서 ‘당해 재판’이라고 표현하면 족하다고 보고 있는데, 이에 대하여는 언제나 그와 같이 표현할 수 있는지 의문이다. 법원이 ‘당해사건’에서 ‘재판’하므로, 당해사건, 당해사건 법원, 당해사건 재판이라고 분리하여 표현하는 것이 더 정확하다고 생각한다.

3) 뒤에서 언급하겠으나, 지정토론자는 위 ①~③은 재판의 전제성 요건의 ‘세부 요건’이 아니라, 재판의 전제성의 의미를 밝히는, 또는 그 요건 구비 여부를 준별하는 하나의 기준이라고 이해하는 것이 더욱 타당하다고 생각한다. 다만 지정토론문에서는 이에 관한 I.3.항 외에는 ‘요건’이라는 표현도 함께 사용하지 않았다.

조항이 재판에 적용되지 않는 경우(아래 ©영역)는 상정하기 어렵다는 것이다(다만 발표문 일부에서는, ‘상정하기 어려운 것’이라기 보다는 이 경우에도 ‘다른 내용의 재판을 하므로 전제성은 인정되고, 따라서 적용 요건은 무의미하다’는 취지의 표현들이 보인다). 이를 바탕으로, ‘적용’ 요건은 독자적이지 않으며, 나아가 무의미하다고 보고 있다.



[그림 1] 재판의 전제성의 부분 ‘요건’

(3) 발표문은 손해배상청구 소송에 관한 헌법재판소 결정의 두 유형, ① 유죄판결의 근거가 된 구 변호사법은 손해배상청구 사건 재판에 직접적용되지 않는다는 결정(헌재 2011. 3. 31. 2009헌마286 결정)과 ② 행정심판법 제27조의 위헌 여부에 따라 법원이 손해배상청구 사건에서 다른 내용의 재판을 하지 않는다는 결정(헌재 2009. 9. 24. 2008헌바23 결정) 중 후자의 입장을 지지하는 것으로 이해된다.⁴⁾ 헌법재판소는 간접적용되는 법률조항도 당해사건 재판에 적용된다고 보고 있으므로, 간접적용되는 법률조항에 대하여는 ‘적용’을 긍정하고, ‘다른 내용의 재판’을 부정하는 입장에는 동의한다.

(4) 그러나 발표문은 오히려 ‘적용’ 요건을 ‘직접적용’에 관한 것으로 한정함으로써, 간접적용의 문제를 ‘다른 내용의 재판’ 문제로 이해하고 있는 인상을

4) 발표문 6쪽에 따르면, 발표문은 ‘적용’ 요건은 원칙적으로 비독자적이고, 단지 ‘다른 내용의 재판’을 하게 된다면 ‘간접적용’되는 법률조항도 재판의 전제성이 인정할 수 있다고 표현하고 있다. 이러한 표현에 비추어보면, 발표문은 ‘적용’을 직접적용으로 한정하고 있는 것으로 보인다.

준다.

발표문은 헌법재판소의 다음과 같은 판시에 비추어, 간접적용되는 법률은 ‘적용’ 요건에서 탈락하고, ‘다른 내용의 재판’ 요건에서 문제된다는 입장으로 보인다.

『제청 또는 청구된 법률조항이 법원의 당해사건의 재판에 직접 적용되지는 않더라도 그 위헌여부에 따라 당해사건의 재판에 직접 적용되는 법률조항의 위헌여부가 결정되거나, 당해재판의 결과가 좌우되는 경우 등과 같이 양 규범 사이에 내적 관련이 있는 경우에는 간접 적용되는 법률규정에 대하여도 재판의 전제성을 인정할 수 있다(헌재 2000. 1. 27. 99헌바23, 판례집 12-1, 62, 71; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5, 판례집 13-2, 469, 475 등)』

헌법재판소의 위와 같은 설시가 위와 같은 해석 여지를 열어놓았을 수는 있으나, 다른 한편으로는 헌법재판소가 재판의 전제성의 의미를 밝히면서 ‘직접 적용될 것’이라고 표현한 바 없으므로, 간접적용의 문제는 ‘다른 내용의 재판’ 문제가 아니라, ‘적용’의 문제라고 보는 것이 더 타당하다고 생각한다.⁵⁾

(5) 발표문은 직접적용과 간접적용을 판단하는 독자적인 기준이 없고, 결국 ‘다른 내용의 재판’을 하게 되는지 여부가 문제될 뿐이므로, 적용 요건은 의미를 가지지 않는다고 보고 있다. 그러나 이에 동의하기 어렵다. 직접적용과 간접적용을 나누는 기준이 불명확하다는 것은 그 ‘적용’ 요건 판단에 대한 비판이지 ‘적용’ 요건의 무의미성을 비판하는 논거라고 보기 어렵다.

2. 부진정입법부작위에서 ‘적용’: 부진정입법부작위에 대한 심판청구는 B 요건(적용) 없이 C요건(다른 내용의 재판)만 충족하는지

(1) 발표문이 적절하고 지적하고 있듯이, 부진정입법부작위를 다루는 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판 청구의 경우에는 엄밀하게 말해 다투고자

5) 간접적용을 ‘적용’ 영역에서 서술하고 있는 문헌으로 김하열, 『헌법소송법』 제3판, 박영사, 2018, 305쪽; 이동흡, 『헌법소송법』 제2판, 박영사, 2018, 184쪽; 정종섭, 『헌법소송법』 제8판, 박영사, 2014, 303쪽; 한수웅, “위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰”, 헌법논총 제25집, 헌법재판소, 2014, 426쪽; 허영, 『헌법소송법』 제13판, 박영사, 2018, 224쪽; 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 헌법재판소, 2015, 139쪽; 한수웅/『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 2015, 473쪽.

하는 법률조항은 ‘당해사건 당사자를 규율 대상에서 배제하였다는 그 흠결로 인하여’ 당해사건 재판에 적용되지 않는다. 그리고 이에 따른 귀결로 당해사건 재판의 결론은 달라지지 않아야 한다.

그럼에도 헌법재판소가 이에 대하여 재판의 전제성을 인정하는 것은 ‘헌법불합치 결정에 따른 개선입법이 이루어지고, 개선입법된 법률조항이 당해사건 재판에 적용된 결과 다른 내용의 재판을 하기 때문’이다.

(2) 발표문은, 이 경우 B요건(적용)은 충족하지 않으나, C요건(다른 내용의 재판)은 충족된다고 보고 있는데, 이는 의문이다. 부진정입법부작위에 대한 발표문의 논리를 일관되게 유지하면, 부진정입법부작위에 대한 위헌심사 사건은 재판의 전제성도 없어야 한다(그뿐만 아니라, 발표문의 입장대로라면 발표문이 처음 제시하였던 ‘다른 내용의 재판을 하는데 적용되지 않는 경우는 없다’는 주장과도 일치하지 않는다).

법원이 다른 내용의 재판을 하는 이유는 ‘헌법불합치 결정이 있었기 때문’ 그 자체가 아니라, 헌법불합치 결정에 따른 ‘개선입법’이 이루어지고 그 개선입법이 당해사건 재판에 ‘적용’되기 때문이다. 개선입법은 ‘다른 내용의 재판’에만 영향을 미치는 것이 아니라, ‘적용’에까지 영향을 미치므로, 이 경우 B요건과 C요건이 달라진다고 볼 수 없다. 즉, B요건 및 C요건 모두 ‘헌법불합치 결정에 따른 개선입법’이라는 가정 아래 인정되는 것이고, ‘적용’ 없이 ‘다른 내용의 재판’을 한다고 볼 수 없다(발표문에 따르면, 마치 개선입법이 당해사건 재판에 적용되지 않음에도 다른 내용의 재판을 할 수 있다는 것으로 보이는데, 이것이 가능한지 의문이다).

헌법불합치 결정에 따른 개선입법이 이루어질 것이라는 가정이 없다면, B요건과 C요건이 인정되지 않는다. 그리고 개선입법에도 불구하고 개선입법이 당해사건에 적용되지 않게 되어 당해사건 당사자가 구제를 받지 못하게 된다면 두 요건은 모두 부인되어야 한다.

(3) 결론적으로, 부진정입법부작위에 대한 심판청구에서 재판의 전제성은 ‘헌법불합치 결정에 따른 개선입법’을 가정하고, 그 가정 아래에서 본래의 의미의 재판의 전제성 요건을 심사할 뿐이다. 따라서 이 경우에도 B·C요건의 충족 여부가 달라지지 않는다. 부진정입법부작위에 관한 사항은 재판의 전제성에 있어 ‘적용’ 요건의 비독자성 또는 무의미성을 보여주는 논거라고 보기 어렵다.

3. A 내지 C요건은 각자 독립한 ‘세부(부분) 요건’인가?

(1) 무엇보다도 지정토론자는 발표문의 기본적인 전제에 대하여 다른 의견을 가지고 있다. 발표문은 A, B, C 요건을 모두 재판의 전제성 요건의 세부·부분 요건이라는 전제에서, 그 중 B요건은 독자적인 의미가 없다고 보고 있다. 발표문의 입장과 같이, 헌법재판소 결정의 이유 설시는 분명히 위 재판의 전제성에 관한 세 요건이 마치 완전히 독립적이고 대등한 요건으로 보고 있는 것으로 이해할 여지가 있다.⁶⁾

그러나 위헌법률심판 및 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판의 적법 요건은 ‘재판의 전제성’이고, A 내지 C는 요건이 아니라 재판의 전제성의 의미를 밝히기 위한 설시 또는 그 의미를 확정짓기 위한 기준이라고 이해하는 것이 타당하다고 생각한다.

(2) 헌법재판소 결정 이유를 뒤집어서 보는 것도 좋은 설명이 될 수 있다. 법률조항에 대한 위헌 결정이 있음에도 당해사건 법원이 ‘다른 내용의 재판’을 하지 않게 되는 이유는 여러 가지인데, ① 당해사건이 다른 이유로 부적법함이 명백하여 법률조항의 위헌 여부에 따라 결론이 바뀌지 않는 경우, ② 당해사건에 적용되지도 않는 법률조항의 경우를 예로 들 수 있다.

① 당해사건이 다른 이유로 부적법함이 명백하여 위헌 여부에 따라 결론이 바뀌지 않을 때, 발표문에 따르면 당해사건 재판의 결론이 달라지지 않으므로 전제성이 없다. 그런데 당해사건 재판의 결론이 달라지지 않는 이유는 (법률조항의 위헌 여부 이전에 다른 이유로) 당해사건이 부적법함이 명백하기 때문이다.⁷⁾

6) 3가지 기준에 대하여 ‘요건’이라고 표현한 문헌으로 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 헌법재판소, 2015, 134쪽; 양건, 『헌법강의』 제7판, 법문사, 2018, 1406-1407쪽; 이동흡, 『헌법소송법』 제2판, 박영사, 2018, 177쪽; 이명웅, “헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도”, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 2005, 327쪽 (이황희, “구체적 규범통제사건의 심사방식에 관한 소고 -당해사건 고려 및 재판전제성 인정범위 문제를 중심으로-”, 법학논집 21 권 1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2016, 105쪽도 같은 입장으로 보인다) ‘나름대로의 기준’이라고 하면서, 다시 이를 ‘세 가지 요건’이라고 표현한 문헌으로 허영, 『헌법소송법』, 제13판, 박영사, 2018, 220-221쪽.

‘전제성의 구성요소’라는 표현으로는 정종섭, 『헌법소송법』 제8판, 박영사, 2014, 294-295쪽.

‘구체적 요소’와 ‘요건’을 구별하지 않고 사용하는 태도로 박진우, “헌법재판에서 재판의 전제성에 관한 비판적 검토”, 세계헌법연구 제19권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2013, 219쪽.

7) 당해사건이 부적법함이 명백하다는 이유로 재판의 전제성을 부인하는 경우에 대하여 발표문은 제소기간과 같은 소송요건에 관해서는 이러한 입장이 부당하며, 같은 이유로 당해사건 재판이 ‘적법하게’ 제

- ② 법률조항이 당해사건에 적용되지 않을 때, 발표문에 따르면 그 위헌 여부에 따라 법률조항의 적용 여부도 달라지지 않으므로 여전히 재판의 내용이 달라지지 않아 재판의 전제성이 없다. 그러나 이를 뒤집어서 말하면 당해사건 재판의 결론이 달라지지 않는 이유는 당해사건 재판에 적용조차 되지 않기 때문이다.

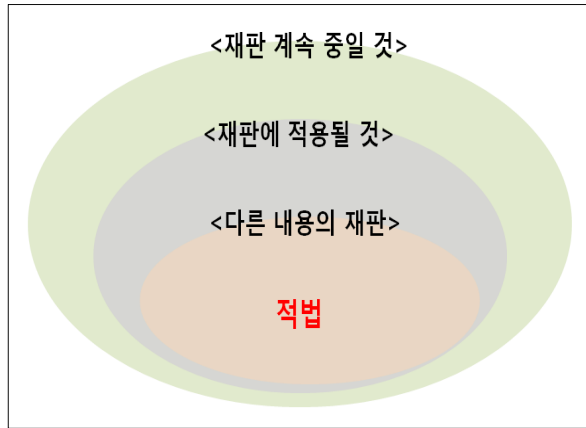
이런 점에서 본다면, 헌법재판소의 설시는 ‘다른 내용의 재판을 하는 경우’에 해당하지 않는 가장 대표적인 사례를 앞으로 도치하여 표현한 것이 아닌가 하는 의견도 충분히 가능하다. ‘당해사건 재판이 법원에 계속 중이지 않거나’, ‘법률조항이 당해사건 소송에 적용되지 않는다’는 것은 ‘다른 내용의 재판’을 하지 않게 되는 가장 대표적인 유형이기 때문이다.

(3) 결국 재판의 전제성 요건에 관한 헌법재판소의 세 가지 설시는, ‘독립한 세 요건을 각 갖추고 있는지 여부’를 심사하겠다는 것이 아니라, 큰 것에서부터 작은 것으로 순차적으로 관문심사를 하겠다는 것으로 이해하는 것이 더 타당하다고 생각한다. 즉, 재판의 전제성이 있는지 여부를 판별하기 위하여 세 가지 요소, 또는 기준(‘세부 요건’이 아닌, ‘재판의 전제성’이라는 요건의 ‘의미’ 또는 그 충족 여부를 판단하는 ‘기준’)을 순차적으로 살펴본다는 의미로 이해해야 한다.⁸⁾ 이를 그림으로 나타내면 [그림 2]와 같다.

속 중일 것은 요건은 불필요·부당하다고 한다. 그러나 이러한 ‘적법하게 계속 중일 것’은 “당해사건이 부적법한 것이어서 법률의 위헌 여부를 따져 볼 필요조차 없이 각하를 면할 수 없는 것일 때는 … 재판의 전제성을 흠결한 것”이라는 의미이므로(헌재 2018. 10. 30. 2007헌바66, 판례집 20-2상, 830, 842 등 다수), 그 법리 자체에서 발생하는 부당함은 없다고 생각한다. 발표문이 지적하는 적법요건을 정한 조항 자체의 위헌성을 다루는 경우에 적법하게 계속 중이지 않다는 이유로 각하하는 예는 없는 것으로 알고 있다.

한편 이러한 논리는 재판의 전제성 중 ‘당해사건 재판에 적용되나 다른 내용의 재판이 이루어지지 않는 경우’에도 적용된다. 당해사건 재판에서 청구권규범의 근거요건(예컨대 ①~③의 요건이 있다고 할 때) 중 하나를 이루는 법률조항이 있는 경우(①의 요건), 당해사건 법원 및 헌법재판소의 판단으로도 청구권규범의 근거요건 중 다른 요건(② 또는 ③)이 갖추어지지 않았음이 명백하다면, 법률조항의 위헌 여부에 관계없이 청구권이 인정되지 않는다는 결론에 이르기 때문이다.

8) 예를 들자면, 자갈과 모래가 섞인 흙을 걸러내는 장치에서, 가장 흙속한 거름망(다른 내용의 재판)에 앞서, 그보다는 흙속하지 않은 다른 거름망(재판 계속 중, 당해사건 재판에 적용)을 쓰는 것이다.



[그림 2] 재판의 전제성 심사 단계(관문)

(4) 법률조항의 위헌 여부에 따라 법원이 ‘다른 내용의 재판’을 하게 된다면, 당해사건 재판은 적법하게 계속 중이고, 대상인 법률조항은 당해사건 재판에 적용될 것이다. 발표문이 지적하고 있는 바와 같이 ‘C조건만 충족되면 A·B조건은 충족된다’(물론 발표문은 여기서 더 나아가 결국 B조건은 의미가 없다고까지 한다)는 것은 오히려 이들이 독립적인 ‘조건’이 아닐 수 있음을 시사한다.

결론적으로 A 내지 C조건을 독자적인 요건으로 분리해낸 뒤, 그 중 B조건은 필요하지 않다는 발표문의 전제에는 동의하지 않지만, A 내지 C는 독자적인 요건이 아니라 ‘재판의 전제성 요건’의 의미 그 자체, 또는 이를 판단하기 위한 나름의 기준이라는 점에서 서로 밀접하게 연결되어 있을 수밖에 없다는 점에서는 발표문의 문제의식에 동감한다.⁹⁾

9) 재판의 전제성에 관하여 “당해사건 재판이 적법하게 계속 중일 것, 당해사건 재판에 적용될 것, 법률조항의 위헌 여부에 따라 다른 내용의 재판을 하게 될 것”이라는 문언은 ‘재판의 전제성’의 의미를 이해하는 데 있어서 편의를 위한 분설인데, 이에 대하여 ‘조건’이라는 이름을 붙이고, 성격을 부여하며 다시 요건으로서 불필요하다고 하는 것은 ‘분설’에 대한 과도한 의미부여는 아닐지.

한편, 지정토론문을 쓰는 중 다음과 같은 근본적인 의문이 들었으나, 지정토론자의 능력으로는 이를 해결하는 것이 불가능하다고 생각하여 여기에 의문만을 남겨둔다. 재판의 전제성의 ‘세부 요건’임을 인정하였을 때, 과연 그 세부 요건은 완전히 독립적이며 상호무관계해야만 할까? 요건이란 언제나 서로 완전히 독립적이고 무관계한가?

II. ‘다른 내용의 재판’

1. ‘이유를 달리하는 경우’에 관하여(발표문 Ⅲ.항)

(1) 주문이나 결론이 달라지지 않는 아니하나, 이유‘만’을 달리하는 경우 재판의 전제성 요건을 인정한 사례가 있는 것으로 보이지 않는다.¹⁰⁾ 발표문은 93헌가2 결정을 ‘이유만이 달라지는 경우’이므로 원심법원(보석허가신청을 담당하는 법원)에서 재판의 전제성이 인정될 일은 아니라는 취지로 보인다. 93헌가2 결정은 원심법원이 즉시항고가 명백히 부적법한지 여부를 심사하고, 이유 있을 때는 스스로 이를 변경할 수 있으며, 이유 없다고 판단될 때는 이를 항고법원에 송부하도록 한 규정이 있음을 근거로, 원칙적으로 재판의 결론이 달라지고 적어도 이유도 달라질 수 있다고 하고 있으므로, 이유‘만’ 달라지는 경우에 관한 예라고 보기는 어렵다.¹¹⁾

(2) ‘이유만을 달리하는 경우’에 재판의 전제성을 인정하는 것에 대하여는 비판이 계속 제기된다.¹²⁾ 발표문이 지적하고 있는 바와 같이 최근 헌법재판소 결정 중에는 ‘이유를 달리하는 경우’를 재판의 전제성에 관하여 언급하지 않는 사건이 많은데, 이 또한 이러한 지속적인 비판을 반영한 것으로 이해된다.

독일 연방헌법재판소는 “판결이유를 선택적으로 구성할 수 있다는 것이 곧 제청의무를 야기하는 것이 아니다. 주요 판결이유를 선택적으로 구성할 수 있어서 기관력의 효력이 불확실하고 이러한 이유로 당해사건 당사자들 사이에 장래의 행위에 관하여 또 다른 법적 분쟁이 예상될 수 있는 경우에는 법관의 위헌제청의 무가 존재하고 있다.”라고 하면서, 이유를 달리하는 경우에 관하여 예외를 인정하고 있다고 한다.¹³⁾ 이에 관하여, “이유만을 달리하는 경우”와 “판결 주문이 달라지는 것은 아니지만 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라지는 경우”가 구체적으로 의미하는 바가 무엇인지 불분명하고, 우리 헌법재판소가 독일 연방헌

10) 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 헌법재판소, 2015, 151-152쪽.

11) 지정토론자와 같은 취지로 김주현, “재판의 전제성에 관한 고찰”, 헌법논총 제8집, 헌법재판소, 1997, 169쪽. 위 문언은 “...93헌가2 결정은 ... 재판의 결론이나 재판의 효력내용이 달라질 수 있는 사안에서 단지 부가적 이유설시로”라고 하고 있다.

12) 한수용/『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 2015, 477쪽.

13) 한수용/『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 2015, 477쪽.

법재판소의 판례를 참고하는 과정에서 이를 잘못 이해한 것에서 비롯되었다는 지적이 있다.¹⁴⁾

(3) 이유만이 달라지는 경우도 재판의 전제성이 있다면, 그 이유는 얼마나 달라져야 하는가? 결론을 이끌어 내는 많은 논거들 중 일부가 근거법률에 대한 위헌 결정으로 인하여 사용될 수 없을 뿐이라면, 위헌 결정은 당사자의 권리·의무 관계에 아무런 영향을 미치지 않는다. 단지 판결·결정의 이유에서 위헌 결정된 법률조항에 관한 논거가 빠질 뿐이다. 이 경우도 이유가 달라지는 것인가? 헌법재판소가 ‘이유가 달라지는 경우’를 말한 것이 이러한 상황에서 재판의 전제성을 인정하려는 취지라고는 생각하지 않는다.¹⁵⁾

(4) ‘이유만이 달라지는 경우’가 어떠한 경우인지 불확정적이라는 이유로, 그리고 이유만이 달라짐에도 재판의 전제성이 인정된 사례가 아직 없다는 이유로 헌법재판소가 이 판시를 포기하는 것은 쉬운 일은 아니라고 생각한다. 이를 정면으로 다룰 수 있는 적절한 사건이 헌법재판소에서 다루어짐으로써 자연스럽게 정리될 것으로 기대한다.

2. 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라지는 경우(발표문 IV.항)

(1) 지정토론자의 사건으로는 현재 1992. 12. 24. 92헌가8 결정의 경우, 지금의 기준으로 재판의 전제성 요건을 충족하는지 여부에 대하여 의견이 나뉠 소지가 있는 사건이라고 생각한다.¹⁶⁾ 최근의 경향은 이러한 경우 재판의 전제성을 부정하는 예가 더 많은 것으로 보인다.¹⁷⁾ 발표문의 지적대로, 92헌가8 결정은 헌

14) 한수용, “위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰”, 헌법논총 제25집, 헌법재판소, 2014, 431쪽.

15) 헌법재판소가 순수하게 결론을 이끌어내는 이유만을 달리하는 경우까지 재판의 전제성을 인정하는 태도는 아니라는 견해로 김주현, “재판의 전제성에 관한 고찰”, 헌법논총 제8집, 헌법재판소, 1997, 169쪽.

16) 발표문은 2002헌바90, 2013헌바208 사건을 92헌가8 사건과 같은 맥락에 있는 것으로 이해하고 있는 것으로 보인다. 그러나 위 2002헌바90, 2013헌바208 사건은 지방교육법과 새마을금고법이 공직선거법과 같은 분리선고 규정을 두지 않았음을 주장하는 ‘시혜적 입법에 대하여 평등원칙 위반을 주장하는 부진정입법부작위’에 관한 사건이므로, 92헌가8 결정과는 국면이 다르다고 생각한다. 2002헌바90 및 2013헌바208 사건에서는 헌법불합치 결정을 하게 될 경우 그에 따른 개선입법으로 분리선고 규정이 신설되고, 이 규정이 당해사건 재판에 적용되므로, ‘다른 내용의 재판’을 하게 되기 때문이다.

17) 다만, 신상정보 등록조항에 관한 사건에서는 반대의견도 제시되고 있다. 현재 2016. 12. 29. 2016헌바153 결정은 신상정보 등록조항에 대한 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판 청구에 대하여 재판의

법재판소가 ‘주문이나 이유는 달라지지 아니하나 재판의 내용과 효력이 달라지는 경우’에는 해당한다고 보았으나, 같은 이유로 ‘적용’도 되지 않는 사건이라고 생각한다.¹⁸⁾

(2) 발표문은, 헌법재판소는 ‘재판의 주문이 달라지는 경우’와 ‘재판이 가지는 법적 의미가 달라지는 경우’를 구별하면서, 전자는 후자의 부분집합이므로 이는 논리적으로 잘못되었다는 취지로 비판한다. 그런데 발표문이 지적하는 바와 같이 헌법재판소가 위 두 경우를 독립적인 것으로 보고 있는가에 대하여 의문이다. 92헌가8 결정의 문언에, 발표문의 취지대로 ①, ②, ③을 붙이면 다음과 같다.

『법률의 위헌여부에 따라 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 ① 제청법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만이 아니라, ② 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 ③ 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에는 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 한다(헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 864-865)』

발표문은 이러한 해석을 바탕으로, ①, ②는 논리적으로 ③에 포함되므로 분류에 관하여 배타성 원칙에 위배되는 것이라고 지적한다(아래 [그림3] 참조).

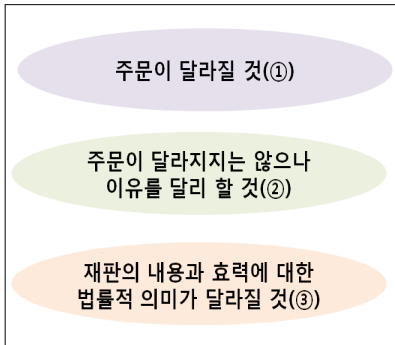
(3) 하지만 ‘문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영

전제성을 부정하였는데, 재판관 강일원, 조용호는 “신상정보 등록조항에 대한 피고인의 헌법소원심판청구를 재판의 전제성이 없다는 이유로 봉쇄한다면, 피고인이 유죄 확정판결을 받은 후 짧은 청구기간 안에 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판을 청구하는 외에는 신상정보 등록조항을 다룰 방법이 없다. 따라서 당해사건 피고인이 유죄판결이 확정될 경우에 대비하여 청구한 헌법소원심판은 재판의 전제성을 폭넓게 인정하거나, 이를 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판청구로 보고 본안에 나아가 판단해 주는 것이 옳다.”는 취지의 반대 의견을 밝힌 바 있다.

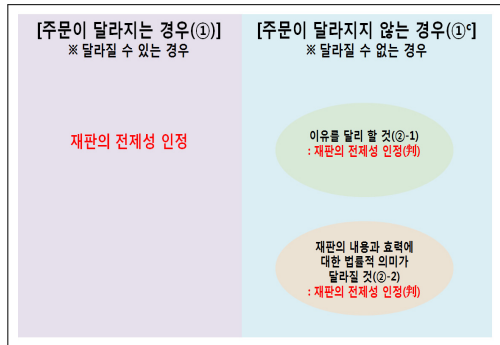
이러한 반대 의견의 시작은 헌재 2015. 12. 23. 2015헌가27에서부터 시작된다. 이 사건은 신상정보 등록조항에 대한 위헌법률심판 사건이었다. 이 사건에서 재판관 강일원, 조용호의 반대 의견은, 92헌가8 결정에서 주문이 달라지는 것은 아니지만 재판의 내용이나 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에 해당한다고 인정한 점, 재판의 전제성은 제청법원의 견해를 존중하는 것이 원칙인 점 등을 근거로 위헌법률심판의 경우에는 재판의 전제성을 인정함이 타당하다는 견해를 제시하였다.

- 18) 주관적 권리보호를 목적으로 하는 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판 사건과 달리 위헌법률심판 사건의 경우에는 위 입장이 유지되어야 한다는 취지로 이명용, “헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원제도”, 헌법논총 제12집, 헌법재판소, 2005, 328쪽. 위 2015헌가27 결정에서 재판관 강일원, 조용호의 반대 의견은 이 견해와 같은 맥락에 있는 것으로 보인다.

향을 주지 않는다고 하더라도’는 ②만이 아니라 ③도 꾸미는 표현이다. 이 표현은 ①의 여집합을 의미하고, ②, ③은 그 여집합 중 일정한 경우에 관한 설명이다.¹⁹⁾ 즉, ①, ②, ③이 아니라 ①, ②-1, ②-2로 해석하는 것이 타당하다는 것이 지정토론자의 의견이다(아래 [그림 4] 참조).²⁰⁾ 이와 같다면, ②와 ③(또는 ②-1과 ②-2)는 ‘①이 아닐 것’이라는 조건을 충족하므로, 발표문이 지적하는 배타성 문제는 발생하지 않는다고 생각한다. 물론, ②-1과 ②-2에 해당하는 사례는 어떤 것인지(92헌가8 사건에서 헌법재판소는 ②-2에 해당한다고 보았다), 양자는 어떻게 구별되는지가 불명확하다는 지적은 여전히 가능하다.



[그림 3] 발제자 의견



[그림 4] 지정토론자 의견

3. 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것(발표문 V.항)

(1) 발표문은 헌법재판소가 “재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것”을 “다른 내용의 재판”의 원칙적인 모습으로 들고 있다고 하면서, ‘주문이 달라질 것’이라는 설시는 적절하지 않다고 한다. 발표문이 지적하는 최근의 판시는

19) 위 판시의 표현을 읽어보면, ①과 ② 사이에는 ‘것’으로 나뉘고, ②와 ③ 사이는 ‘거나 또는’으로 나뉘며, ③은 ‘것’으로 끝난다. 따라서 ‘것’과 ‘것’이 대등하고, ‘것’ 안에 있는 ‘또는’은 그 앞뒤로 대등하다. ‘문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도’는 ‘또는’의 앞뒤를 모두 꾸미는 것으로 읽힌다.

20) 지정토론자와 같은 입장으로 한수용, “위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰”, 헌법논총 제25집, 헌법재판소, 2014, 431쪽.

위 문헌은 다음과 같이 서술하고 있다. “...첫째, 법률의 위헌여부에 따라 판결주문이 달라지는 경우, 둘째, 법률의 위헌여부에 따라 판결주문이 달라지는 것은 아니지만 판결이유가 달라지는 경우, 셋째, 법률의 위헌여부에 따라 판결주문이 달라지는 것은 아니지만 재판의 내용과 효력에 관한 법적 의미가 달라지는 경우의 3가지 부류로 구분하고 있는데...”

다음과 같다.

『헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판청구가 적법하려면 당해 사건에 적용될 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 되어야 한다. 여기에서 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다는 것은 그 법률이 당해 사건에 적용되고, 그 위헌 여부에 따라 재판의 주문이 달라지거나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 것을 말한다(헌재 2014. 1. 28. 2010헌바251, 판례집 26-1상, 1, 5; 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바66, 판례집 27-2하, 616, 621)』

(2) 발표문이 지적하는 것처럼, ‘다른 내용의 재판’은 가능성에 머물 뿐이고, 위헌 결정에도 불구하고 당해사건 재판의 결론은 달라지지 않을 수도 있다. 발표문이 예로 들고 있는 노역장유치 하한기간에 관한 형법 부칙 사건(2015헌바239 등)은 다른 내용의 재판이 이루어질 ‘가능성’이 있다는 점에서 재판의 전제성이 인정된다.²¹⁾ ‘다른 내용의 재판을 하게 될 것’을 인정하는 것은 가능성이지 언제나 확정적이지 않다(반면, ‘다른 내용의 재판을 하지 않을 것’이라는 부적법사유는 확정적이어야 한다).²²⁾ 이는 당해사건에서 법률조항 적용 여부에 앞선 사실관계 확정이나, 발표문이 제시하고 있는 문제의식에 동의한다.

21) 필요적 면허취소 규정에 대한 사건(2016헌바14등)에 관한 발표문의 입장은 동의하기 어렵다. 필요적 자격취소 조항에 근거하여 면허를 취소하였는데 그 근거조항이 위헌이라면 면허취소처분은 취소된다. 행정청의 처분 당시 처분의 근거는 임의적 취소 조항이 아니라 필요적 취소 조항이므로, 위헌 결정에 따라 처분은 취소되어야 한다. 임의적 취소 조항은 처분이 이루어질 때부터 당해사건 법원, 헌법재판소에 이르기까지 등장한 적이 없다.

행정청이 위헌 결정 이후 당해사건 재판에서 임의적 취소 조항으로 처분사유를 변경하거나, 아니면 직권취소 후 임의적 취소 조항에 근거한 재처분을 하는 것은 재판의 전제성을 판단하는데 아무런 변수가 되지 못한다.

22) 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판의 경우, 재판의 결론이 달라질 것을 확정적으로 기대할 수 있는 경우가 있다. 예컨대, 형벌조항에 대한 사건의 경우 헌법재판소가 결정할 무렵에는 청구인이 구성요건 행위를 하였는지 여부가 이미 확정판결을 통하여 고정되어 있으므로, 형벌조항의 위헌 여부에 따라 당해사건 재판의 결론이 달라지는지가 확실하게 파악된다.

반면 위헌법률심판의 경우, 당해사건 피고인이 구성요건 행위를 하였는지를 확정할 수 없으므로, 위헌 여부에 따라 재판의 결론이 달라지지 않을 수도 있다(합헌 결정에도 불구하고 형사소송법 제325조 후단 무죄가 될 수 있고, 이 경우 위헌 결정에 따른 무죄와 결론이 동일하다). 이 경우 다른 내용의 재판을 하게 될 가능성만 있다면 일단은 충분하다고 보아야 한다. 이에 관하여 법원이 사실관계와 법률의 의미를 분명히 밝혀 재판의 전제성을 판단해야 한다는 지적으로 김주현, “재판의 전제성에 관한 고찰”, 헌법논총 제8집, 헌법재판소, 1997, 157쪽 등.

Ⅲ. 마치며

발표문을 통하여, 재판의 전제성 요건에 관한 헌법재판소의 결정들이 일관되지 못하다는 비판을 받을 수 있음을 알 수 있다. 비슷한 사안이더라도 그 시기에 따라 결론이 달라지는 것은 법리의 형성·정착·발전과정의 산물이라는 이유라도 제시할 수 있을 것이나, 비슷한 시기에 비슷한 사안에서 상반되는 논리로 결론이 달라진다면 헌법재판제도를 이용하고자 하는 사람들의 예측가능성을 크게 떨어트린다는 점에서 바람직하지 않다. 헌법재판소가 몇 개의 중요한 결정을 통하여 이를 확실히 밝히고, 지난 선례를 종합하여 정리하는 것도 좋은 방법일 수 있을 것이다. 하지만 헌법재판소 결정 경향에 관한 꾸준한 연구와 분석, 그리고 그 일관성에 대한 지속적인 관심과 비판도 필요하다.

발표문은 또한, ‘이유를 달리하는 경우’에도 재판의 전제성이 인정되는가에 대한 그동안의 지적과 비판을 다시 한번 상기시켜 주었다. 헌법재판소가 판시한 ‘이유를 달리하는 경우’의 필요성에 관하여는 이를 정면으로 다룰 수 있는 적절한 사건을 통하여 헌법재판소가 그 입장을 확실히 밝힐 기회가 오길 바란다. 그것이 선례의 입장을 재확인하는 것이든, 아니면 변경하는 것이든.

제168회 발표회 토론요지

사 회 자(이명웅 변호사): 재판의 전제성을 접근하는 여러 가지 방법이 있을 텐데, 발표자께서는 논리적 정합성의 관점에서 주로 접근을 한 것 같아요. 그런데 이제 뭐 제가 보기에 재판의 전제성이라는 것은 적법요건이고, 적법요건이라는 것은 이제 헌법재판에서 헌법재판소가 나름대로 또 재량을 가질 수도 있는 영역이 아닌가? 물론 그 재량의 근본적인 권력분립원칙이라든가 위헌법률심판제도의 어떤 활성화 이런 부분은 따로 또 관점에서 논의해야 되겠지만, 그런 관점에서도 한번 또 오늘 주제를 논의할 수 있는 기회가 있었으면 좋을 것 같고요.

〈주제발표자(정주백 충남대 교수) 발표〉

사회자: 예, 개별사안에 대해서 자세히 말씀 안 하셨지만 한정위헌에 관련된 두 가지 사안에 대해서 말씀해주셨고. 우선 “주문이나 결론이 달라지지 않는다.” 이런 표현을 쓰셨는데, 2페이지에 문구 보면 원칙적으로 “법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만 아니라” 이렇게 되어 있잖아요. 이것을 이제 달리하는 게 아닌 것, 이런 개념으로 보신거지요? 정확하게 표현하면 ‘결론이나 주문의 어떤 영향’이라고 표현이 되어 있거든요? 그 리딩 케이스나. 그러니까 여기서 말하자면 주문이나 결론이 달라질 것, 이것은 기본 판시에는 없지 않나라는 거지요, 그 밑에 부분은 있는데.

발 표 자: 달라지는 경우뿐만 아니라 것은 b, c를 설명하기 위해서 이끌어가는 문언이고,

사 회 자: 예, 아니 그러니까 여기는 지금 어떠한 영향을 주는 것뿐만 아니라 했었는데 그게, 이제 달라지는 거라고 말씀을 하셔서 그 두 개의 관계가 어떤 건지.

발 표 자: 그 부분을 제가 보기에는 좀 영향을 준다는 것이 결국은 주문이나 결론이 달라진다는 것을 의미하는 것이고, 최근의 판시들은 아예 주문이나 결론

이 달라지는 것, 이렇게 나온 판시들이 상당히 많은 것 같더라고요. 제가 검색해 본 바로는.

사 회 자: 아, 예. 최근 판례하고.

발 표 자: 예.

<지정토론자(김광재 변호사) 지정토론>

<지정토론자(김광욱 헌법연구관) 지정토론>

사 회 자: 정 교수님께서 두 분 지정토론에 대해서 좀 핵심적으로 대치되는 그런 부분을 간단하게 좀 반론해 주시지요.

발 표 자: 아까 김광재 변호사님께서 하신 말씀 중에 or, and는 중요하다고 하는 것 제가 옛날에 검사할 때 한번 총장님한테 불려가서 무척 혼났습니다. 3일째 공소사실을 쓰면서 범죄를 할 의사와 능력이 없으면서라고 썼다가 “둘 다 없어야 돼? 두 개 중에 한 개만 없어도 사기죄는 성립하는 거야.“ or라고 써야 된다고, and와 or은 법률관계에서, 법적 문제에서 상당히 중요한 것 같습니다.

그런데 저기 김광재 변호사님 말씀 중에 몇 가지 우선 말씀을 드리면 “이 재판이 있을 것이라고 하는 것이 C하고 관련되는 것 아니냐?”라는 말씀을 하셨는데 이 맨 처음에 재판이 있을 것이라고 하시는 것은 사실은, 그러니까 위헌법률심판 제청의 대상이 되지 아니한 판단작용과 대상이 되는 판단작용을 구별하기 위해서 만들어진 개념인 걸로 저는 기본적으로 생각을 합니다. 예를 들면 우리가 그 행정심판위원회의 심결은 여기서 말하는 재판이 아니라는 것이지요. 그런 취지로 이해해야지. 이 재판의 성격이 무엇이냐는 것이 문제가 되는 것이지, 계속 중이라고 하는 것이 포인트는 아닌 것 같다. 그러니까 법원의 재판 중에서 결정명령, 뭐 판결에 해당되는 것이고, 군사법원의 재판이 여기 재판에 포섭되느냐 아니면 행정재판위원회의 심결 영역에 포섭되느냐라는 등의 논의를 하는 것이고, 그 뒤에 C에서 말하는 재판의 주문이나 결론이 달라질 것이라고 할 때의 것은 당해 어떤 의사결정과정에서 있어서의 최종적인 결론이 달라질 것이라는 취지라고 이해하는 것이 맞지 않는가? 그러니까 뭐 물론 거기도 재판이 들어가고, 여기 재판이 있을 것이라 말에도 재판이 들어가니까 같은 것 아니냐고 하지만, 뒤에 C의 문제,

그러니까 C 중에 a의 문제에 있어서는 그 재판이라고 하는 것이 독자적인 의미를 가지는 것은 아닌 것 같다. 당해 어떤 의사결정 과정의 최종적인 결론, 뭐 저는 그렇게 우선 이해를 하고 있습니다.

그다음에 재판의 전제성의 협소화 문제를 말씀하시는데 내용과 효력에 관한 말씀을 이유를 달리할 것에 관하여서는 별 말씀이 없으셨고, 내용과 효력이라고 말씀을 하셨는데, 이것 남겨놔야 좋겠다고 말씀하셨는데 2005헌가27 사건의 이 건 남아있을 수 없다는 결정입니다. 제가 보기에는요. c 부분이 남아있을 수 없다. 왜냐하면 c 부분이 문제되는 경우는 항상 B가 인정되지 아니하는 경우라는 것을 전제로 한다면 우리 헌법재판소가 정책적으로 c를 남겨놓고, 안 남겨놓고의 문제가 아니라 2005헌가27 사건으로 인해서 c는 기본적으로 탈락한 거라고 저는 이해하고 있습니다.

그다음에 그럼 실제로 c의 부분은 제가 보기에는 다양한 대체경로들이 있다는 것입니다. 물론 말씀하신 것과 같이 92헌가8 사건 같은 경우는 상당히 긴급한 상황에 있는 것이지요. 만약에 무죄판결이 났음에도 불구하고 구속영장이 실효되지 아니한 상태에서 구금되어 있으면 그 구금된 절차를 다루는 재판을 새로 하나 만들어서 제68조 제2항의 소원을 제기하거나 뭐 하는 절차를 거쳐야 된다는 말씀인데, 실제로 현실적으로 가능한지 생각해 보면 형사재판 계속 중에 그걸 하는 경우와 크게 다를까 싶은 생각은 듭니다. 만약에 법원에, 사실은 법원이 무죄판결을 할 것이라는 것은 자기가 예상하거나 뭐 할 수 있겠지만, 당사자가 무죄판결을 할 것을 예상해서 위헌법률심판제청을 하거나 그런 절차가 있을 수는, 사실은 어렵거든요. 그러면 법원이 구금을 해 놓은 상태에서 어떻게 판결을 하나라는, 저도 뭐 복잡하게 제가 설명드릴, 지금 머리는 안 따라가고 있는데, 그런 특별한 상황을 위해서 이 부분을 남겨놓아야 되느냐라는 논의하고는 조금 다른 문제로 있을 수 있을 것 같습니다. 이게 뭐 신상정보공개라든지 아니면 그런 종류의. 그러니까 ‘재판이 어떤 특별한 법적 효과의 구속요건이 되는 경우’라고 하는 게 가장 일반적인 설명이라고 할 수 있을 것 같아요. 뭐 재판을 받아, 유죄판결을 받아서 뭐 당선무효가 된단든지 뭐 유죄판결을 받아가지고 그렇고 이렇게 해서 면허가 취소된단든지 하는 것 같으면 그 면허취소 등을 다루는 사건, 그럼 단순무효 등을 다루는 사건에서 다시 뭐 다룰 수도 있을 것이고, 뭐 말씀하신 것과 같이 당연퇴직 같은 경우는 지위확인 의 소 같은 경우도 가능할 것이고, 뭐 예를 들어 헌마 사건으로 다루어지는 경우가 허다히 저는 있는 걸로 압니다. 굳이 그렇게 다룰 수 있는 구제절차가 있음에도 불구하고, 물론 저는 개인적으로는 제68조 제1항 소원에

서 법률을 다룰 수 없다고 하는 입장을 논문을 쓴 적이 있어서 조금 논의는 다르지만, 이 맥락에서는 큰 실익은 없지 않는가라는 생각을 가지고 있습니다.

그다음에 재판의 전제성의 재정립에 관해서 말씀을 하시면서 독특하게 하신 말씀이 재판 관련성에 관한 제안이신데, 토론자께서도 말씀하셨지만 관련성이라고 하는 게 뭐 이게 너무나 불명확한 개념이고, 제가 보기에는 결국은 기준에 가지고 있던 적용될 것에 관한 직접적용과 간접적용의 케이스를 망라적으로 포섭시켜서 이런 표현을 쓰시는 것 같습니다만, 저는 이 말씀하시는 관련성을 가진다고 보는 하위 카테고리의 것들이 전부 다 a의 뭐 충분조건에 해당된다고 보기 때문에 또다시 돌아가서 아까 제가 말한 ‘재판이 적용될 것이라는 게 독자성이 없다, 무의미하다라고 한다면 이 부분 관련성이 있을 것이라는 요건도 결국은 무의미해진다라고 봐야 되는 것 아닌가.’ 이런 생각을 하고 있습니다.

7페이지에 그림을 설명해놓으셨는데 결국은 C, C프라이미 충족되면 B프라이미와 A가 충족된다는 것이지요. 그러면 C프라이미 충족되는 것이 B프라이미와 A가 충족되기 위한 충분조건이 되는 것인데, 굳이 A와 B프라이미를 판단해야 될 필요가 있는가라는 것입니다.

그다음에 김광욱 연구관님의 말씀이 워낙 상세하고, 깊어서 제가 뭐 어디까지 커버할 수 있을지는 모르겠습니다만, 이것은 제가, 써놓고도 제가 무슨 말인지 제가 잘 이해를 못하고 있는데, 우선 3페이지 그림을 한번 봐주시면 저는 ㉠의 의미가 있다라고 한다면 ㉠을 예를 하나 들어주시면 이 문제는 다 해결이 되는 겁니다. ㉠에 해당하는 예가 뭐가 있는가? 그러니까 저는 이 예가 없다는 주장이고, 이 주장에 관한 가장 강력한 반론은 반례를 드는 것입니다. 그런데 그게 없는 상황이라면 저는 좀 어떻게 이해하기가 조금 어려운 것 같고요.

그다음에 부진정입법부작위라는 말씀을 하셨는데, 제가 사실 제 발제문의 어딘지를 잘 못 찾아가고, 제가 말해놓고도 지금 잘 못 찾고 있습니다. 나중에 지적을 받으면 제가 조금 더 생각을 해보겠습니다.

그다음에 어디를 말씀드려야 되는지 제가 써놓은 것은 많은데, 조금, 8페이지 다시 그림으로 돌아가도 이전 마찬가지로 아까 말씀드린 김광재 변호사님 말씀하고 거의 같은 이야기입니다. 다른 내용의 재판만을 판단하면 필요하고도, 충분하게 모든 것을 결정할 수 있는데, 그 부차적인 필요조건에 해당하는 재판의 자율, 이런 요건들을 판단할 필요가 있을까라는 생각을 개인적으로는 가지고 있습니다.

아까 말씀하신 12페이지 그림에 관한 말씀을 조금 드린다면 제가 이렇게 원

쪽 그림과 같이 설명했는지 모르겠습니다만, 저는 이렇게 설명을 한, 생각을 하지는 않고요. 현재 결정문 자체가 주문이나 결론이 달라지지 않더라도, 않는 경우라도 b와 c가 되면 다른 내용의 재판을 하는 경우라고 이해를 하고 있고, 저는 충분히 그걸 받아들이고, 설명을 했다고 생각을 하고 있습니다.

사 회 자: 우리가 장시간에 걸쳐서 재판의 전제성에 대해서 자세한 얘기를 들었습니다. 그러면 이게 주제별로는 뭐 이렇게 문구적으로 나누어질 수 있지만, 결국은 뭐 통합적인 문제이기 때문에 통합적으로 어떤 부분에 대해서 먼저 얘기를 하셔도 좋겠고, 제 생각에는 우선은 이제 현재의 그 리딩 판시에 대해서 지금 그것이 문제가 있다, 그걸 대폭 줄여서 주문이나 결론에 영향이 있는 부분에만 한정하자, 이것은 1기 재판부의 최광률 재판관님이라든가, 헌법재판소 초기부터 어떤 소수의견이 있었던 부분이고, 그 논리적 정합성 차원에서 구체적 규범통제에 아주 질적으로 제약하면은 그런 결론이 나오는데요. 한편으로는 또 재판의 전제성이라는 게 법원에서, 헌법재판소에서 판단하는 어떤 재판판단의 요소가 많다는 점도 또 한 번 고려가 되어야 될 것 같은데.

우선 플로어에 계신 분 중에 기존 현재의 그 판시가 뭐 별 큰 문제가 없지 않느냐? 뭐 이런 관점에서 접근하시는 분이 혹시 있으신지 모르겠습니다.

토 론 자(남북현 호원대 교수): 그 요지 앞부분에 크게 A, B, C 해놓고, 작은 a, b, c 이렇게 구분해 놓으셨는데, 일단 그 C 부분부터 말씀드릴게요. ‘그 법률이 헌법에 위반되는 여부에 따라 당해사건을 담당하는 법원이 다른 내용의 재판을 하게 될 것’ 우선 그 법률의 위헌 여부에 따라라는 표현이 적절치 않잖아요? ‘그 법률이 위헌결정 될 경우 또는 청구인용의 형태로 결정될 경우 그 당해사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 될 것’ 그 말이 맞는 것 아닐까요? 합헌결정이 되면 그 경우는 의미가 없지요, 그렇지요? 그런 점이 이제 우선 눈에 띄고요.

두 번째로는 ‘영향을 줄 것’ 작은 a, b, c 말씀했는데 사실은 이걸 전부 다 그 당위로 보지 말고, 개연성으로 봐야 될 것 같은데요. 당위로 보면 그 적법요건 판단하고 본안판단이 섞여져 버리는, 뭉개져 버리는 그런 한계가 나타날 겁니다. 합헌결정은 못하겠지요. 합헌결정이 아니고 각하결정을 해야 되겠지요. 그런 점을 한번 보셔야 될 게 우선 이 A, B, C와 관련된 그 적법, 아니, 재판의 전제성과 같은 요건 관련해서 우선 그것 먼저 눈에 띄고요.

그다음에 ‘그 구체적인 사건이 법원에 계속 중일 것’에 구체적 사건이 계속 중인 법원의 의미를 좀 다르게 봐야 되는 건 아닌지. 아까 여기 우리 발표자께서 7면에 긴급조치 제2호에서의 비상군법회의와 관련해서 재판관할권이 없다고 말씀하셨는데, 바로 그것을 B의 요건으로 보기보다는 A의 요건에서 관할권이 없는 법원의 문제로 접근해야 되는 건 아닌지. 바로 이런 문제가 또 어떤 것하고 연관이 되냐면, 그 지방자치법 제4조 8항에 공유수면매립지에 대해서 이의를 가지고 있는 지방자치단체장이 대법원에 이의의 소를 제기할 수 있도록 되어 있는데, 그 대법원에 대해서 사실은 재판의 전제성과 관련해가지고 그걸 위헌결정을 할 경우에 관할권이 없어져버리잖아요. 그건 재판의 전제성 개념, 직접적용이나 간접적용이나의 문제가 아니고, 그것은 금방 말씀드린 구체적인 사건이 계속 중인 법원이라고 하는 그 법원의 의미에서 문제가 되는 것 아니냐? 연관 지어서 그렇게 말씀드릴 수 있는 것 아닌가 그런 생각이 들고요.

그다음에 세 번째로는 ‘위헌 여부가 문제되는 법률이 당해소송 사건의 재판에 적용되는 것일 것’ 왜 이게 문제가 될까? 이거 당연히 적용되는 것이 전제되고, 적용되지 않는 것은 이미 C의 요건은 관계가 없는 것 아니냐? 물론 발제자께서 그 부분을 언급하시기를 어떻게 하셨냐면 “적용되지도 않거니와 C의 A, B, C 요건도 충족되지 않는다.” 뭐 그런 결정문을 가지고 말씀을 하셨는데, 그 부분에 대해서 당해사건의 재판에 적용되지도 않거니와 적용된다고 하더라도 주문에 영향도 안 미치고, 이유에도 영향 안 미치고, 내용과 효력에도 영향을 미치지 않는 것 아니냐? 그런 식의 설시로 파악할 수는 없는지. 그렇다고 한다면 결국은 적용의 문제가 저는 직접적용의 문제, 그다음에 간접적용의 문제, 그리고 간접적용, 직접적용, 뭐 내적관련성을 가지고 얘기를 하고 있고, 또 어떤 문제가 있느냐면 그 간접적용과 관련해서 행정소송법 제11조지요, 아마? 거기에는 선결문제가 있습니다, 선결문제. 법원에서 어떤 본안사건, 본안재판의 사항이 있고 그 선결문제가 있을 때 이 선결문제에서 그 처분의 근거가 된 법규범의 위법 여부가 선결문제가 되는 경우가 많은데, 위법 여부가 문제된 그 처분의 근거법률이 헌법에 위반된 여부가 문제 됐을 경우 그런 경우를 갖다가 이 재판의 전제성에서 어떤 논리체계로 끌어들이 것인지 하는 문제들이 등장할 겁니다.

그다음에 이것도 있어요. 그 선행처분과 후행처분의 경우도 문제가 있어요. 행정법에서는 하자의 승계로 말씀하시지만 그 후행처분에 대해서 소송을 제기하면서 선행처분의 근거가 된 법률이 헌법에 위반됨을 주장했을 때는 어떻게 영향을 미칠 것인지의 문제. 이런 것들도 전부 다 여기 적용의 문제에서 해답을 찾아

야 되는 건 아닌지. 그렇다고 한다면 적용의 문제를, 그 얘기를 없애버리고 얘기 하기에는 적용되지 않는 문제가 그냥 그대로 남아있는데, 그걸 한 단계 걷어내는 효과가 있을 건데 왜 이걸 구태여 버리려고 그러시는지 그게 좀 궁금합니다. 그다음에 뭐 직접적용, 간접적용 말씀드렸고.

그다음에 아까 b, c의 문제. 그러니까 아까 ‘원칙적으로는 주문과 결론에 영향 미칠 개연성이 있어야 된다.’ 오케이, 그리고 ‘다만 예외적으로 그 이유를 달리 하거나 또는 내용과 효력에 법률적 의미가 있을, 개연성이 있을 경우’ 이렇게 예외로 보는 것은 저는 맞다고 생각합니다. 그 말씀이 타당하다고 저는 그렇게 생각을 하고요. 그다음에 그 b와 c가 등장한 것은 저는 오히려 이 초창기에 심판대상의 확정문제라든가 심판의 범위 확정문제라든가 그런 데에서 한계성을 느꼈기 때문에 그런 것을 포섭하기 위한 수단으로 활용된 것은 아니었는지 그 얘기를 말씀드리고 싶고.

또 하나는 아까 한정위헌 청구와 관련해가지고 적법성 문제만 다루지 재판의 전제성 문제는 다루지 않는데, 그거에 문제 있는 것 아니냐? 이런 지적을 하셨는데, 제 생각에는 오히려 그것이 교수님 말씀하셨던 A, B, C의 A, 그러니까 A, B, C, 세 요건을 모두 이미 충족시켰기에 그걸 따로 논의할 가치가 없기 때문에 그냥 당연한 걸 전제로 해서 넘어갔기에 오히려 한정위헌 청구라고 하는 것이 법률해석과 관련해서 법원 쪽에서 반대를 하고 반발을 하고, 그리고 또 그것을 적법요건을 갖추지 못한 걸로 봐서 부인했기 때문에 그것을 극복하기 위해서 일부러 다룬 것 아니냐? 그러니까 이제까지 현재에서의 접근방식은 제가 알기로는 그 쟁점이 심각하게 제기되지 않으면 그냥 다루지 않고 넘어가는 게 일반적인 일상이었다면 한정위헌 청구도 그런 각도로 봐야 될 것은 아닌지, 그런 생각을 해봤습니다.

사 회 자: 예, 감사합니다.

일단 남 교수님께서서는 그 적용이 갖고 있는 여러 가지 구체적인 사례에서 뭐 직접이니, 간접이니 이런 여러 가지 사례가 있을 수 있기 때문에 정확한 개념이 중요하다고 보셨고, 그다음에 이유라든가 어떤 내용이나 효력에 영향을 미치는 그런 부분들은 발표자하고 조금 다른 각도에서 현재 초기의 어떤, 그러니까 광의의 보편 어떤 재판소의 어떤 재판관단으로 적법요건으로 받아들인 것이라고 해서 서로 좀 이렇게 차원은 좀 다른 그런 부분인 것 같고요. 한정위헌 부분에서는 일단은 기존의 적법요건, 재판의 전제성의 적법요건이 충족되었다라고 보고, 한정

위헌에 대해서 부가적인 판단을 한 것 아니냐? 이렇게 말씀을 하셨습니다.

이게 지금 사실은 그 개념 문제가 언어의 그 개념문제를 정확하게 들어가면 엄청나게 복잡한 뭐 철학적인 여러 가지 문제가 있는데, 사실 제가 뭐 미리 말씀드리자면 정주백 연구관님이 쓰고 있는 ‘적용’이라는 개념, 그것이 이제 핵심적인 것 같습니다. 왜냐하면 정 교수님께서 피력하는 모든 내용들이 적용되지 않음으로 불필요하다. 적용되지 않음으로 불필요하다는 것이거든요. 그렇지요? 그 b, c가. 그러면 그 적용이라면 개념을 어떻게 볼까? 굉장히 어려운 문제인데요. 일단 그 정도에서 제가 정리하고, 다른 분들도 의견을 좀 들어보도록 하겠습니다.

토 론 자(정인경 헌법연구관): 궁금한 게 저희가 헌바 사건에서 제68조 제2항 사건에서 법원에서 재판의 전제가 인정되지 않는다고 각하를 했는데 청구인이 들고 오는 경우도 있잖아요. 그런 경우에 우리가 재판의 전제성을 인정해서 들어가는 경우가 있었나요?

사 회 자: 예, 있었지요.

토 론 자(정인경): 그런 경우는 뭐, 그게 한정위헌청구에서 주로, 그것 외에도 법원에서 이렇게 주문이나 결론이 달라지지 않는데 이유만 문제되는 것 같다이래서 예를 들어서 재판의 전제성을 인정하지 않았는데 우리는 “아니다. 우리는 이 경우 재판의 전제성 인정했다.” 그러면서 판단에 나아간 경우가 있었는데,

토 론 자: 예.

토 론 자: 반대의 경우도 있고,

지정토론자(김광재): 예, 그 경우는 제가 현직 판사들한테 좀 질의를 받은 적이 있어서. 보통 우리가 이제 당연히 교과서에는 재판의 전제성이 없으면 각하인데 왜 법원에서 우리가 기각을 해야 되느냐? 우리 각하하겠다. 이렇게 물어보는 판사들이 있었거든요. 그래도 아니, 각하를 하면 안 된다. 일단 첫 번째는, 제68조 제2항 요건에서 기각을 받은 때라고 되어 있기 때문에 법원에서 각하를 해버리면 이게 일단 제68조 제2항 헌법소원이 되는지가 의문이 들기 때문이고, 다음으로, 기본적으로 사건 당사자가 법원에 위헌제청을 할 때는 법원에서 위헌성을 판단해

달라는 게 아니라 이것을 현재에다 보내달라는 것이기 때문에 우리는 못 보내주겠다 하면 기각을 해야지, 각하를 하면 안 된다. 신청할 때 요건은 다 위헌제청신청 요건을 갖췄기 때문에 이것은 법원이 당신의 이야기를 못 들어주겠다. 소위 말해서 이유가 없다. 현재로 보내줄 이유가 없다. 따라서 기각을 해야 하기 때문입니다. 그래서 초창기 때는 이게 법원에서도 각하와 기각이 판사들마다 좀 달랐는데 지금은 이제 어느 정도 다 기각으로 정리가 되고 있는 것 같습니다.

발 표 자: 김광욱 연구관님께서 말씀하시는 것을 중요한 포인트인 것 같아서 조금 설명을 드리고 싶은 것은 저는 간접적용 된다는 것을 a의 문제로 보지 않습니다. 당연히 B의 문제 중의 일부이지요. 그런데 B의 문제를 이야기하면서 B가 그것을 독자적으로 인디펜던트, 다른 요건들하고 독자적으로 판단하지 못하고 B를 판단하면서 슬그머니 C 중에 a를 판단하고 ‘어? 조문이나 결론이 달라지네.’ 그러면 다시 돌아서 적용 되네, 이렇게 하고 있다는 것입니다. 그러니까 결국은 이게 충족 안 되면, a가 충족 안 되면 기각, 각하되겠지요. 재판의 전제성 그 자체로 각하되겠지요. 각하, 그제 안 되면 다시 돌아와서 B가 충족되느냐, 마느냐라는 것은 논의할 필요가 없는 것이지요. 그런데 다시 a로 가가지고 a가 충족되면 B가 또 충족되네? 그러면 또 B가 독자성이 없고, 불필요한 판단이라는 것이지요. 결국은 적용되는지 여부가 결국은 a의 판단에 의존한다는 것이지요. 그래서 B는 필요가 없다는 것이지. 그 간접적용을 갖다가 저쪽에 a에 가서 판단한다, 그런 취지는 아닙니다. 갖다 놓는다라는 것이지요. 그 점에 대해서도 조금 말씀을 드리고 싶고요.

아까 남북현 교수님께서 말씀하신 것처럼 “B가 왜 의미가 없느냐.”라는 것은 제가 방금 드린 설명으로 그냥 대체해도 되지 않을까 싶은 생각이 들고요.

선결문제라는 게 중요하지요. 선결문제가. 저는 사실 이번에 양심적 병역거부 사건에서 제5조 제1항이 당해사건 형사재판에 적용되는 것입니까? 저는 잘 모르겠습니다. 그러니까 우리가 얘기하는 B 부분에 관한 판단이 저는 잘 모르겠습니다. 그래도 이게 우리가 병역법 제5조 제1항에 재판의 전제성이 있다고 볼 수 있는 전제가 있다면 제5조 제1항의 위헌 여부에 따라서 당해재판이 형사재판의 결론이 달라진다는 것, 그것이 최소한 전제가 되어야 되는 것이지요, 그렇지요? 그제 전제가 된다면 아까 말씀드린 것처럼 다시 돌아와서 D의 문제로 본다면 이게 달라지므로 직접적용은 아니라도 간접적용 될 수 있다, 이렇게 판단되는 것이지. 저는 a의 문제와 차단된 상태에서 우리 병역법 제5조 제1항이 당해 병역법 제

88조 위반사건에 적용되는가? 판단할 수 있는가? 저는 별로 자신이 없습니다.

예를 들어 당해형사재판의 판결문을 쓴 판사가 병역법 제5조 제1항을 판결문에 써야 될 어떤 통상적으로 가능성이 있을까요? 저는 없다고 생각하거든요. 아까 선결문제에 관한 말씀도 사실은 이 문제하고 같은 것이지요. 사실 선결문제, 저기 선행처분과 후행처분의 관계에 있어서 선행처분에 근거되는 법률조항이 당해 행정사건에 적용되는가라는 부분도 저는 사실 잘 모르겠습니다. 적용되는가 여부는. 그러니까 위헌으로 결정된 법률조항의 효력을 여하에 보느냐에 따라서 당해사건의 재판의 결론이 달라질 수 있고, 그것을 전제로 해서 다시 뭐 D가 필요하다면 D가 충족되었다라고 하는 이목이 있는 것이지. 그러니까 a를 생각하지 아니한 상태, 그러니까 C 부분을 판단하지 아니한 상태에서 선행처분에 근거되는 법률조항이 후행처분의 취소를 다투는 사건에 적용되는가? 저는 잘 모르겠습니다. 적용된다고 해야 될지, 적용 안 된다고 해야 될지.

제가 한 가지 더 설명을 드리겠습니다.

한정위헌에 관한 말씀을 하셨는데, 저는 당연히 남북현 교수님께서 말씀하시는 바와 같이 이해하기는 어렵다고 생각합니다. “한정위헌 결정의 그 적법 여부에 관한 카테고리를 만들어서 이야기하는 것은 당연히 재판의 전제성이 인정된다고 하는 것을 전제로 하는 것이다.”라고 말씀을 하셨는데 아까 제가 말씀드린 것과 같이 법원의 재판을 전제로 한다면 재판의 전제성이 인정 안 되는 것이지요. 법원은 기속력을 부인해가지고 당해사건의 결론을 안 바꾸니까요. 그리고 헌법재판소가 한정위헌 결정을 하느냐, 안 하느냐에 따라서 당해법원의 재판의 결론은 달라지지 않는 것이지요. 그러니까 존재하는 법원의 재판을 전제로 한다고 본다면, 그런데 우리가 그것을 재판의 전제성이 있다면 한다면 ”바보야, 네가 잘못 판단한 거야. 헌법재판소가 한정위헌결정을 하면 너는 재판의 결론을 바꿔야 돼.“ 이것이 다른 내용의 재판, 그중에서 주문이나 결론이 달라질 것에 포섭되는 경우에만 재판의 전제성이 인정되는 것이지요.

저는 그렇게 이해하기 때문에 그게 만약에 충족된다면 굳이 따로 카테고리를 지어가지고 한정위헌 결정의 적법 여부를 원칙적으로 적법하고, 예외적으로 부적법하느니 하는 얘기는 할 필요가 없는 것이지요. 그건 요건이 아닌데, 재판의 전제성만 요건인데 왜 그걸 독자적으로 판단을 합니까? 재판의 전제성이 인정되고, 청구기간이 지켜졌으면 적법한 것이지요, 변호사 있고. 제68조 제2항에서의 적법요건에서 그 세 가지라고 보고 있는 것 아닙니까?

지정토론자(김광욱): 예, 그림 말씀을 드렸고, 이제 그림에 대해서 반론을 해주셨는데, 3쪽에 있는 이 동그라미 세 개가 겹쳐있는 벤다이어그램에서 ㉠ 예를 들어달라고 하셨는데, 제가 ㉠ 예를 사실 들 필요가 없는 게 저는 이렇게 생각하지 않기 때문입니다. 저는 뒤에 있는 [그림2]와 같이 생각하기 때문에 저도 ㉠와 같은 경우는 존재할 수 없고. 그런데 이제 제가 정주백 교수님께서 이렇게 생각하시는데 이렇다라는 취지가 아니고, 정주백 교수님의 서술이 헌법재판소가 이렇게 이해하고 있는데 ㉠가 존재할 수 없는 것 아니냐는 취지로 말씀을 하셨고. 그런데 저는 아예 헌법재판소 취지 자체를 이렇게 이해할 필요가 없는 것 아닌가라는 취지에서 말씀을 드린 겁니다.

그래서 8쪽 같은 경우도 마찬가지입니다. 이 부분은 정주백 교수님하고 저하고 의견이 계속 다르고, 아마 이것은 더 이상 그 접점이 없는 것 같은데, 제일 마지막 것만 보면 되니까 앞에 것, 뒤에 것 필요없다고 하면 순서대로 좀, 그러니까 제가 말씀드리는 게 사실 재판소가 판단의 편의를 위한 순서일 수는 있습니다. 가장 간단하고, 제일 편한 것부터 우리가 심사를 하겠다는 취지로 이렇게 본다는 거고. 결론적으로는 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우 중에 당해사건 재판이 계속 중이거나 재판에 적용되지 않는다거나 이 요건을 충족하지 않는 경우가 저도 있을 수 없다는 점에는 동의합니다. 그런데 심사의 방법이 큰 것에서부터 작은 걸로 가장 완만, 나이브한 것에서 가장 이제 촘촘한 것까지 순서대로 하자는 취지로 제가 말씀드렸고, 헌법재판소 결정도 약간 이런 취지에서 이해하는 게 어떻가라는 말씀을 드립니다.

한정위헌 청구는 제가 오늘 한정위헌 청구는 말씀 안 드리려고 했는데, 한정위헌 청구는 저는 이게 재판의 전제성 문제가 아니라 사실 대상적격 문제라고 생각을 합니다. 저희가 법률이 위헌법률심판과 제68조 제2항 헌법소원심판청구의 대상인데, 이 한정위헌 청구는 법률조항을 다투는 게 아니라 재판을 다투는 것이기 때문에 대상적격 문제가 아닌가라는 게 제 처음 생각이었고. 이게 만약에 대상적격문제가 아니라면, 헌법재판소는 한정위헌청구의 경우에는 원칙적으로 부적법하다라고, 지금 태도를 바꿔서 원칙적으로 적법하다. 다만 예외적인 경우 부적법하다라고 해서 별도의 요건으로 창설을 한 거라고 저는 생각을 합니다. 그런데 이제 기존에 있는 요건에 맞추어 봤을 때는 오히려 이걸 법률에 좀 더 가까운, 대상적격 문제에 조금 더 가깝지 않을까라고 생각을 하고. 재판의 전제성 문제 이걸, 한정위헌청구와 재판의 전제성 문제를 섞었을 때 이제 정주백 교수님 말씀대로라면 한정위헌청구는 우리가 아무리 받아들여본들, 그리고 한정위헌청구를

아무리 인용한들 법원이 이를 받아들이지 않기 때문에 한정위헌청구는 그 자체로 부적법한 게 문제가 아니고 재판의 전제성이 없기 때문에 부적법하다라는 결론에 도달하는 게 아니냐는 의문이고. 그 정주백 교수님의 논거 중에 하나가 당해사건의 결론이 어떻게 나가느냐에 관해서 특히 행정처분에 관련된, 행정과 재판의 전제성에 관련된 법원의 판례를 우리가 존중하고 있는 태도에 비추어 봤을 때 재판의 전제성, 한정위헌에 관한 법원의 결정도 결국 존중해야, 법원의 판단도 존중해야 된다고 한다면 재판의 전제성이 없는 것 아니냐는 이런 취지로 가고 있습니다. 제가 이 부분에 대해서 좀 깊게 생각은 안 해봤습니다. 두 개는 좀 달리 봐야 될 것 같습니다. 어떻게 달리 봐야 될지 논거는 제가 조금 더 생각을 해보겠습니다만, 아무튼 저는 그 연결되는 논리 자체는 좀 약간 순환논법이 아닌가 싶다가도 좀, 이것이 맞는 말씀이 아닌가 싶다가도 그런 고민은 있습니다만, 그 부분은 좀 분리해서 보는 쪽이 좀 어떨까라는 생각이 듭니다.

사 회 자: 궁금한 게, 그러면 이제 계속 중일 것, 적용될 것, 그다음에 다른 이유로 재판을 할 것, 이렇게 한다면 다른 내용의 재판을 할 것도 적용돼야 되잖아요. 그렇지요?

발 표 자: 예.

사 회 자: 그러니까 그 적용이라는 개념을 정 교수님하고 달리 보는 거지요. 그러니까 정 교수님은 적용되지 않기 때문에 이유도 빠지고, 내용이나 효력 부분도 빠져야 된다, 이런 취지로 이렇게 읽히는데.

지정토론자(김광욱): 정주백 교수님 의견이 그런 취지는 아니신 것 같습니다.

발 표 자: B와 C의 문제의 것은 그거하고는 조금 다른 것 같습니다.

사 회 자: 아니, 그 요지를 다시 한 번 보시면요. 그 정 교수님 발표의 요지를 보시면 아래 3번 부분, 3번 부분은 “c가 유의미한가? 무의미하다. 당해사건에 적용되지도 않는.” 이렇게 되어 있고, 그다음에 4번에서도 보면 “c의 경우 B를 충족하는 경우가 있는가? 없다.” 그 밑에 둘째 줄에 보면 “당해사건의 재판에 적용되지 않는 경우이다.” 그래서 결국은 그 적용이라는 개념을 서로 이렇게 다르게

지금 이해하고 있는 게 아닌가? 저는 지금 그렇게 생각하거든요.

적용이 안 된다고 보면 정 교수님 논리로 그렇게 갈 수 있는 거고. 왜냐하면 적용 안 되는 것인데 왜 이유만 내용이나 효력 같은 부분을 적용하냐는 것이고, 우리 김 연구관 입장에서는 그 내용이나 효력 부분도 일단 효력이 바뀌어졌을 때 적용이 되는 거다. 그게 이제 뭐 순환논법이 될지 아니면 뭐 처음부터 적용개념의 테피니션의 광범위성이 될지는 모르겠지만, 그렇게 보는 것이지요?

지정토론자(김광욱): 아, 그러니까 이 부분이 좀 저도 말씀드리고 발제문을 보면서 좀 들었던 의문인데, 만약에 주문은 달라지지 않지만 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지는 경우가 과연 이 C에서 있는 c 부분인가? 92헌가8 결정 취지에 따라 이 것은 C의 하위 카테고리가 아닐 수도 있겠다는 생각이 듭니다. 왜냐하면 92헌가8에서는 적용이 분명히 안 됐거든요. 그런데 적용이 안 되는 재판의 효력과 내용이 달라지지 않는 경우는 제 생각에는 원래는 없어야 되는데, 이 92헌가8 결정이 정당성을 인정한다는 전제에서 간다면 이 c는 엄밀하게 저는 주소로 간다면 이것은 C의 하위 카테고리가 아니라 다른 데로 가든가 아니면 B, C를 한 번에 해결하는 별도의 논리로 가야 이게 설명이 되는 게 아닌가?

그리고 제가 지금 말씀드린 게 정당하다는 취지도 아니고 조금 더 고민을 해 봐야겠습니다만, c에서 적용문제는 다른 것과 좀 정확히 일치하지는 않는 것 같습니다.

사 회 자: 그러면 김 연구관계서 이유나 내용과 효력, 그 b, c 부분이 재판의 전제성이 포함되어 된다고 할 때, 그것은 적용되기 때문인 것인가 아니면 그것은 별도의 어떤 요건으로서 필요하기 때문인가? 그 부분에 대해서는 어떻습니까?

왜냐하면 이게 적용이 안 되는 상태에서는 나머지 것을 갈 수가 없거든요. 이 두 분 의견에 어떤 경우로 하든 간에.

그래서 일단은 92헌가8을 재판의 전제성을 정당화하려면 일단 적용이 된다. 거기에서 적용범위는 굉장히, 적용이라는 개념은 굉장히 넓게 보는 거지요. 내용과 효력이라는 것도 굉장히 넓게 보는 거지요. 그러면 적용도 되고, 내용과 효력도 해당이 된다고 볼 수도 있을 거고. 만약 그렇게 보지 않는데 그 결정이 나왔다면 기존 판시하고는 다른 측면에서 인정한 거다. 이렇게 되는 건데, 김 연구관님 입장은 어떻습니까?

지정토론자(김광욱): 예, 저는 92헌가8 결정이 다른 설시랑 좀 다른 면은 분명히 있는 것 같습니다. 그리고 이 92헌가8 결정도 그렇고 다른 결정을 볼 때마다 느끼는 것이 저희가 재판이라는 의미도 많이 협소하게 보고 있는 것 같습니다. 당해사건의 그러니까 중국판결만 염두에, 물론 설시는 그렇게 안 나가고 있습니다. 중국판결만 염두에 두고 있는데, 92헌가8 결정 같은 경우도 검사가 의견진술했다고 해도 판사가 중국판결 안 하고 석방하면 되는 것 아닌가?

약간 그런 생각도 들고 해서. 이게 그 딱, 그 판결에만 적용되는 게 아니라면 적용되어야만 하는 게 아니라면 적용범위를 넓게 볼 수 있는 게 분명히 맞는 것 같습니다만, 저희가 설시가 그렇게 나가고 있지만 이 사건 같은 경우는 분명히 중국판결에 따른, 중국판결에 이어지는 효과를 염두에 둔 것이기 때문에 분명히 다른 사건하고 좀 정확히 정합하지는 않는 것 같습니다. 계속 제가 같은 말씀을 드리기는 하지만, 제 생각에는 이 사건에서의 말하는 c는 B도 적용이 안 되고, a도 아니고, b도 아니고, C도 아니고, 정확히 얘기하면 저는 오히려 주소를 붙인다면 D로 붙이는 게 더 맞는 것 같고, 이 D는 B, C를, B, C가 결여되더라도 우리가 예외적으로 보겠다는 걸로 해야 설명이 되는 게 아닌가라는 생각이 듭니다.

사 회 자: 예, 감사합니다.

헌가 사건하고 헌바 사건 재판의 전제성을 달리 볼 것인가? 그것도 굉장히 큰 주제인데, 오늘 뭐 여기서 그 부분까지 논의되기는 어렵지만 일응의 어떤 헌가 사건에서 법원의 제청을 존중해주는 그건 이제 우리 현재 판시에도 나와 있지만 92헌가8 경우에도 헌가 사건이고, 법원이 굳이 그 부분을 물어보고 싶다고 했을 때 헌법재판소가 이것은 뭐 주문의 영향이 없기 때문에 이것을 잡을 필요가 있느냐? 오히려 그건 이제 재판의 전제성에 대한 기능이 뭐냐? 재판의 전제성이라는 그 제도가 갖고 있는 기능이 구체적 규범통제를 한정한다는 측면도 있지만, 한편으로는 또 그것이 독일 같은 경우는 법원의 무리한 제청을 억제하는 효과가 있거든요. 그리고 한편으로는 제청을 해야 될 것을 안 하는 효과가 있단 말이에요. 우리나라 헌바 사건은 틀림없이 그 후자의 영역 때문에 나타난 거지요. 그래서 한편으로는 법원의 제청을 활성화시키고, 한편으로는 법원이 그냥 이 사건은 실제판단은 안 하고 일단은 현재에 물어보자 이렇게 던져놓는 것을 막아야 되는, 최근에 이제 독일에서는 아마 후자가 훨씬 강할 거예요. 왜냐하면 재판소원이 허용이 되기 때문에 그 위헌제청 의무를 이행 안 하면 그 자체로 위법한 재판이 되니까 판사들은 일단은 해야 되거든요. 그래서 그런 기능이 있고, 한편으로는 또

민주적 정당성의 관점에서 우리가 추상적 규범통제가 아닌데 어떻게 그것을 넓혀서 하느냐라는 문제가 있는데, 오늘 제가 뭐 여러 가지 사회자로서 좀 중립적이어야 되는데 여러 가지 말씀을 많이 드린 것은 저도 이 문제에 대해서 좀 논문을 쓴 적이 있고, 이게 굉장히 중요한 부분이거든요. 그래서 만약에 앞으로 정주백 교수님 논지대로 그야말로 이제 주문과 결론에만 한정되는 걸로 재판의 전제성으로 하자라고 하면 저는 지금 변호사인데 변호사로서 이거 상당히 소송에 지장이 많고, 저는 지금 이 판시가 굉장히 잘됐다고 이렇게 생각을 하거든요. 왜냐하면 여기서 지금 적용이라는 개념의 데피니션의 문제고, 예전에 제가 ‘지상에서 영혼으로’라는 영화를 본적이 있는데 영혼이 뭘까 맨날 하다가 영화를 다 보고 나니까 지상이 뭘까라는, 그 지상이 뭘까라는 게 되게 어려운 문제더라고요. 여기서도 그 적용이라는 개념을 어떻게 볼 것인가? 내용이나 효력 혹은 내용과 법률적 의미 뭐 이런 부분에 대한 개념이 어려운 부분인데, 일단 현재에서는 이제 계속될 것, 적용될 것 이렇게 하고, 그다음에 결론이나 다른 내용의 재판에 대해서도 정확한 표현은 이렇게 되어 있어요. ‘결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것뿐만 아니라’ 이렇게 되어 있던 말이에요. 이것은 아까 제가 그 클래리파이(clarify)를 했지만 결론이나 주문을 달리하는 것하고는 조금 그것보다 범위가 넓어요. 그리고 이 유도 재판을, 결론을 이끌어내는 이유거든요. 이것을 우리가 민사소송에서도 기판력의 객관적 범위를 얘기할 때 주문을 실어 나르는 중대한 이유에 실제적 확증이 미칠 거냐? 그 개념을 여기 쓴 거라고 이렇게 보여지거든요. 그냥 이유가 아니라 결론을 이끌어내는 이유고.

그다음에 그것이 아니더라도 재판의 내용과 효력에 대한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우, 이렇게 됐고. 이 내용과 효력에 대한 카테고리를 넓히면 사실은 주문과 결론이 바뀌는 것도 여기 들어가겠지요. 그렇지만 이 콘텍스트는 하나의 원칙과 예외로서 들어갔고, 예외는 결론을 이끌어내는 이유, 그것이 아니더라도 내용과 효력, 이렇게 해서 범위를 넓혀냈다는 말이에요. 그래서 그 넓은 범위 내에서 현재가 지금까지 이제 나름대로 기능을 수행을 했는데, 그러다 보니까 또 우리 정 교수님 말씀처럼 현재가 백화점식으로 좋은 것을 선택해가지고 논거를 만들어내는 그런 문제가 있는데, 그런데 사실 그것은 뭐 미국이나 독일이나 헌법 재판을 하는데서는 어느 정도의 어떤 판단재량을 가지고 하는 것 같기는 합니다. 그래서 논리적 정성만 갖고 얘기하기는 조금 어려운 부분이 있는데요.

자, 그래서 그렇게까지 제가 좀 정리해서 제 입장과 더불어서 말씀을 드리고, 다른 어떤 우리 연구관님들이나 좀 말씀 좀 해주시지요. 아직 시간이 조금, 예,

정 연구관님.

토 론 자(정인경): 정주백 교수님 이 논지에 따르면 저희가 헌바 사건에서 법원의 그 재판의 전제성에 대한 의견에 저희가 너무 구속될 것 같은 생각이 좀 들었어요. 그러니까 헌가 사건의 경우에는 법원에서 의문이 들어서 아까 이황희 연구관 이야기한 것처럼 청구할 때 우리가 그것 존중하고, 거기에 특별히 크게 우리가 다시 법원에서 재판의 전제성 인정해서 들어온 사건에 대해서 우리가 인정되지 않는다 이런 경우는 잘 없는데, 헌바 사건의 경우에 이렇게 되면 너무 거기에 구속되지 않을까? 그런 위험은 있지 않을까? 그런 생각이 좀 들었습니다.

사 회 자: 그럴 위험이 있습니까?

발 표 자: 그런데 기본적으로 저는 그런 생각은 합니다. 헌법재판소가 법원의 위헌제정에 관한 의견을 존중해야 된다고 하는데, 존중한다는 것은 내 마음에 안 들 때도 상대방의 의견을 받아들이는 게 존중이고, 내 마음에 들 때만 상대방의 의견을 받아들이고 내 마음에 안 들면 부인하는 것은 전적으로 존중이 저는 아니라고 생각합니다.

사실은 그 판시가 기본, 존중한다는 말을 어떻게 이해해야 될지 모르겠는데 그러면 재판의 전제성에 관해서 판단하지 말자는 것인지 아니면 조금 잘 모르겠지만 그냥 이 우리가 실시하고 있는 재판의 전제성을 법원이 충족했다고 판단하고 있으니까 우리가 그걸 재판소의 입장에서 그걸 받아들이자고 하는 것을 존중하는 의미로 본다면, 사실 헌가 사건에서 재판소가 당신이 제청을 했지만 내가 보기에는 제청이 부적법해라고 하는 것은 존중의 취지하고는 저는 안 맞다고 생각을 하지요. 그런데 어떤 경우는 또 뭐 그 반대의 경우도 있는 것 같고, 결국은 내가 좋을 때는 그렇게 하겠다는 결정으로 밖에 저는 이해가 잘 안 됐습니다.

그런데 헌바의 경우에는 조금은, 어떻게 보면 제가 바로 말씀드리는 게 좀 이상합니다만, 당사자의 이익도 관련되니까 조금 또 다른 측면은 있겠다 싶은 생각이 들어요. 법원에서 뭐 제청신청이 부적법하다고 해서 각하, 아까 말했던 기각을 해야 되는지 뭐 적법요건으로서 각하했는데 그러면 헌법재판소도 그 부분에 기속되어 가지고 각하를 해버리면 당사자의 권리문제가 또 좀 생기는 점은 있지 않을까 싶은 생각은 듭니다. 조금 더, 저도 조금 더 생각을 해볼게요. 그 점에 대해서는 저는 별로 생각해 본 바는 없습니다.

회 장(서기석 재판관): 저도 이 우리 재판의 전제성 문제가 헌가 사건이나 헌바 사건에서 항상 문제가 되는데, 이것이 이제 언뜻 생각해보면 상당히 간단한 문제 같은데 또 이것이 실무상 상당히 문제가 되는 경우가 많이 있고, 또 우리가 종래에 쪽 설시를 해왔는데 그 설시에 맞지 않는 그런 결론을 내는 경우도 있습니다.

그래서 저도 이제 여기 와서 ‘이것을 어떻게 좀 정리를 해야 되는 것 아니냐?’ 이런 생각을 했는데요. 결국은 우리가 이것이 적법요건이다 보니까 우리가 꼭 이것은 판단을 하고 싶은데 이 재판의 전제성 문제가 걸려서 각하를 해서 본안 판단을 못하는 그런 경우가 생기면 곤란하다 해서 아마 우리 초기에 재판의 전제성 이 설시를 아주 광범위하게 한 게 아닌가 싶습니다.

그래서 저도 이제 그런 태도, 저도 처음에 제가 재판관이 되어서 이것을 좀 정리를 하려고 한 적이 있습니다. 그때 특히 형사에서 무죄판결 되면 재판의 전제성이 없다고 하면 “여기 이유를 달리하는데 왜 전제성이 없다하느냐?” 그걸 해서 그때 이제 연구관한테 보고서도 받고, 또 다른 교수님들하고 상의도 해봤는데, 결국은 제가 내린 결론은 이것이 가능하면 우리가 필요할 때, 헌법재판소가 본안판단을 하고 싶을 때는 할 수 있어야 되니까 좀 광범위하게 우리가 재판의 전제성 문제를 인정한 게 아닌가? 그것이 이제 학문적으로는 예컨대 아까 대표적으로 말씀하신 병역종류조항에서 과연 처벌조항에 대한 재판의 전제성이 인정되느냐? 그 문제에서도 종래의 병역종류조항은 반대의견 우리 김창중 재판관님이 쓰셨습니다만, 이미 병역의무를 이행해야 되는데 거기에 적용되는 조항으로서 그게 이미 전송기간이 지나서 확정된 이상에는 그것은 다룰 수가 없으니까 재판의 전제성이 없다고 하는 것도 충분히 논리적이지만, 우리가 그 병역종류조항을 꼭 하고 싶었다는 말이지요. 꼭 하고 싶었으니까 이제 아, 가능성이 있다 이런 식으로 자세히 읽어보면 법정의견이, 그때 법정의견이 두, 원래는 별개의견이 나와야 되는데 제가 별개의견을 별로 그러니까, 그것을 이제 그 위헌을, 처벌조항이 위헌의견이었던 분들은 비교적 그것이 영향을 미친다 해서 할 수 있는데, 저 같이 처벌조항을 합헌의견을 낸 사람은 그 부분을 넘기가 힘들어서 처벌가능성이 있다 이런 식으로 해서 넘어갔습니다.

어쨌든 헌법재판소의 입장에서는 가능하면 본안판단을 하고 싶을 때는 할 수 있도록 하기 위한 그런 장치로서, 그래서 제가 이것을 설시를 좀 이렇게 이제 정리를 해야 되는 것 아니냐 하다가 제가 포기를 했습니다. 아, 이거 그냥 그대로 두는 게 낫겠다. 헌법재판소를 위해서. 그것을 말씀드리고.

그다음에 재판의 전제, 재판 계속, 뭐 계속의 요건은 필요합니다. 왜 그런가 하면 헌바 사건의 경우에 형사재판이 끝났는데 그 이제 형사 적용되는 예컨대 뭐 절도죄가, 절도에 관한 제329조가 위헌이다 이렇게 들고 나왔을 때 사실 우리 헌재에서 계속 중이 아니면 위헌결정을 하면 재심청구가 가능하기 때문에 그게 이제, 그때 다른 재판을 할 수 있거든요? 당해 그거에서. 그래서 그런 것 때문에 아마 재판의 전제성 문제는 인정을 하는 것 같고요.

그다음에 이것이 아까 우리 특히 92헌가8 사건에서 우리가 아주 의미가, 재판의 의미가 달라진다 해서 그렇게 했는데, 사실은 이것이 지금 가장 주로 문제되는 것이 형사사건에서 문제되는데요. 형사사건에서 이것이 본안사건을 당해사건으로 잡아버리면 이것이 과연 아까 주로 말씀하신대로 재판의 내용이나 결론이 달라지는지 그 부분에서 항상 문제가 됩니다, 이게.

그런데 우리가 가끔 형사재판에서 뭐 증거능력에 관한 형사소송법 조항이라든지 이런 것이 있습니다. 뭐 체포에 관한 거라든지 뭐 이런 게 있어서 그런 경우에 우리가 그 본안판단을 하고 싶은 경우에, 그것을 이제 지난번에 우리가 기소 전 심문절차에 대해서 위헌결정을 하면서는 그 증거채부결정 그것을 갖다가 본안, 당해사건으로 잡아가지고 그것을 위헌결정을 했거든요. 그와 같이 이제 이것이 상당히 실무가 입장에서 보면 이제 본안에 들어가고 싶은 경우가 있습니다, 이것이. 그러면 이제 그것을 당해사건을 예컨대 이제, 그것을 증거채부결정으로, 답답하면 증거채부결정으로라도 잡으면 다행인데 아까같이 그 구속기간, 참 저, 10년 이상 구형한 경우에 구속영장의 효력은 당해사건으로 잡을 것이 없는 거예요. 그러니까 헌법재판소는 이제 답답해서 재판의 의미가 달라진다 해가지고 그리 한 것 같고요. 이것이 상당히 이제 이론적으로만 할 수 없는 그런 좀 애로사항이 있습니다.

그리고 아까 우리 남북현 교수님께서 위헌 여부에 따라서 다른 내용의 재판하는 그것 분명히 맞는 지적이신데, 헌법재판소에서는 이제 뜻이 이게 합헌하느냐, 위헌하느냐에 따라서 주문이 달라진다. 이런 뜻으로 쓴 겁니다. 이것이. 합헌을 하느냐, 위헌을 하느냐에 따라서, 위헌 여부에 따라서 주문이 달라진다 이래서 한 것이고.

아까 한정위헌 결정 이것은 지금 헌법재판소의 입장에서는 이것은 당연히 기속력이 있다고 이 규범력을 인정했기 때문에 이것은 당연히 재판의 전제성은 당연히 있는 것을 전제로 하는 것이고, 지금 헌법재판소에서 문제 삼고 있는 것은 오히려 아까 우리 김광욱 연구관이 말했듯이 이것이 대상적격성, 이것이 만약에

순수하게 재판을 다투는 취지라면 우리가 헌법소원의 대상이 안 된다고 봐야 되기 때문에 그래서 헌법재판소의 설시에 있어서 지금 우리가 재판의 전제성은 당연히 인정을 하고, 그것은 한정위헌을 만약에 하면 법원은 그 이후에 법원이 안 따르는 것이 잘못이라고 하는 것이니까 당연히 헌법재판소의 입장에서는 다른 재판을 하라는 것이니까요. 그래서 그것은 당연히 이제 재판의 전제성은 인정되는 것이고, 이제 과연 이것이 사실 법률을, 재판을 다투는 거라면 우리 재판 헌법소원은 제외해놨기 때문에 그것은, 그래서 지금 대상적격성 문제로 우리는 지금 판단하고 있기 때문에 그런 문제가 생기는 것 같습니다.

그리고 우리 정주백 교수님께서 아까 권리보호이익 그 부분에 대해서 아주 날카롭게 지적을 해주셨는데, 그것도 저도 이제 고민을 했던 부분인데요. 사실 우리 헌법재판소에서는 권리, 아까 그 상위개념이 있어야 되는 것 아니냐 그런 말씀을 하셨는데, 우리 헌법재판소는 지금 상위개념을 권리보호이익이라고 하고 있고요. 그 하위 개념으로서 주관적 권리보호이익과 심판이익이라고 이렇게 두 가지를 하고 있는 것이 아마 주류적인, 뭐 가끔 의견에 따라, 결정문에 따라서 그것을 혼돈 하는 결정문이 있을지는 모르겠는데, 어쨌든 우리 헌법재판소의 아마 공식적인 의견은 상위개념이 권리보호이익이고, 그 하위개념으로 주관적 권리보호이익과 심판이익을 하는 것, 그것이 맞는 것 같습니다. 그리고 아까 그 심판이익에서 반복가능성하고 해명의 필요성, 어떤 것은 or로 해놓고 어떤 것은 and로 해놨는데 저는 주로 and로 쓰고 있습니다. 그것이 or로, 그것이 and가 맞는 것 아닌가? 저는 개인적으로 그렇게 생각하고 있습니다.

발 표 자: 저도 and가 맞다고 생각합니다.

회 장: 이상입니다.

오늘 어쨌든 우리 연구관들도 참석해주시고 해서 감사하고, 앞으로도 계속 이런 논문과 같이 현재의 결정문을 이렇게 분석하시고 이런 것이 현재로서는 상당히 도움이 됩니다. 감사합니다.

지정토론자(김광재): 이것은 오늘 주제와 연관되기는 하나 크게 상관은 없는 데요. 그 한정위헌 같은 경우 아까 재판관님께서도 말씀을 해주시고, 그래서 제가 최근에 판사들하고 한정위헌결정에 대해서 이야기를 할 기회가 있었는데, 이제 저도 기본적으로 헌법을 하는 사람이기 때문에 당연히 “한정위헌결정을 따라야

한다.” 그런데 이제 판사들은 “아, 우리가 그걸 왜 따르느냐?” 그래서 “그러면 너희는 왜 집회 야간시위 같은 경우는 왜 따르느냐?” 야간시위, 그러니까 12시까지 시위를 할 수 있다는 것으로 헌법재판소가 한정위헌결정을 했잖아요. 12시까지는 합헌이고, 12시 이후부터는 위헌이다. 그런데 그것은 참 희한하게 해석하더라고요. 이미 알고 계실수도 있는데 “그것은 질적 일부위헌이 아니라 양적 일부위헌, 시간으로 나누는, 그러니까 양적 일부위헌이니까 따르겠다.” 그런 이야기를 듣고 그러면 제가 지금 낙태죄 위헌소원청구를 하고 있기 때문에 “그러면 낙태도 만약에 12주까지 한정위헌결정이 나오면 따르겠느냐? 이것도 마찬가지로 시간을 나누는 것처럼 낙태도 12주까지 양적 일부위헌결정으로 볼 수 있지 않겠느냐?” 고 물으니 이제 그것은 본인들이 한번 생각을 해보겠다고 하더군요. 그래서 이제 제가 드리고 싶은 내용은 법원에서 한정위헌을 따르든, 안 따르든 우리 현재의 헌법재판소는 계속해서 한정위헌 결정을 해주고, 이것이 잘못됐다는 것을 알려주고, 그것을 법원에서 언젠가는 저를 따를 것이라고 생각을 합니다. 지금 이제 조금씩 그 한정위헌 결정에 대해서 아까 말씀 나누신 대로 야간시위 같은 경우도 일부러 그것을 따르기 위해서 질적이 아니라 양적이라고, 사실은 이상한 소리잖아요. 그것을 양적으로 나눈다는 게. 그런데 양적으로 따르다 하면 언젠가는 법원에서도 전향적으로 한정위헌을 따르지 않겠느냐. 그래서 우리 재판관님, 연구관님들도 고생스럽더라도 계속해서 한정결정을 좀 내려주시라, 이렇게 부탁드립니다.

사 회 자: 예, 그래도 헌법재판소에 대해서 좋은 건의를 말씀하셨습니다.

그러면 오늘 전체적으로 발표문에 대해서 다뤘는데, 제가 두 가지 말씀드리는데, 그 것 같이 좀 곁들여서 말씀해주시면 좋겠습니다.

13페이지의 각주 54를 보면 이것은 아까 뭐 심판의 이익하고 관련된 것 같은데, 현재결정 중에는 재판의 전제성과 이렇게 나란히 헌법적 해명이 필요하다 이렇게 해서 인정한 케이스가 있습니다. 그런 것을 재판의 전제성과는 완전히 별도의 어떤 정책적 논의로 봐야 되는지 그것이 좀 궁금하고요.

그다음에 이것이 이제 실무상으로는 중요한 얘기인데, 뭐 구체적인 의견은 말씀 안 하셨습니다만 22페이지에 행정처분의 근거법률의 유효성을 다투는 소송, 이 부분에 대해서 현재의 입장은 행정처분이라는 것이 위헌법률이 사후에 되더라도 그 당시에 무효인지 여부가 확실치 않기 때문에 재판의 전제성이 없다는 게 지금 다수의견인데, 저는 이 부분이 이렇게 보면 다른 그 재판의 전제성 내용이나 효력이라든가 이런 부분하고, 그런 부분은 넓게 보면서 이런 부분은 굳이 그냥

법원의 실제적인 재판의 내용까지 다 판단을 해서 그것도 그 가능성을 가지고 재판의 전제성을 부인하는 것이 그게 옳은 것인가? 이런 생각이 있는데, 혹시 거기에 대해서 조금 더 생각해보신 부분이 있으면 그것도 같이 좀 말씀해주시면 좋겠습니다. 감사합니다.

발 표 자: 예, 말씀하신 부분 순서에 따라서 제가 말씀을 드린다면, 사실 법원에서도 위헌인 법률에 기한 효력의 처분에 관해서 애플루틀리, 그 취소사유가 있다 이렇게 얘기하고는 있지 않는 것 같고, 뭐 거기도 뒷문이 있지요. 이러이러한 특별한 경우에는, 예를 들어서 뭐 위헌인 법률이 거의 뭐 법의 모습을 갖고 있지 아니한 경우, 뭐 이런 경우도 있을 수 있는 것이고, 그렇다면 거기에 기한 처분도 뭐 무효라고 할 가능성이, 분명히 법원에서도 그렇게 볼 가능성이 있는데, 사실 지금 현재는 그 가능성 부분에 대해서는 제가 보기에 무시를 하고 있고, 소수의견으로는 그래도 법원에서 그 부분에 관한 가능성이 있으니까 그 부분은 법원에 맡기고 이런 판단을 해줘야 된다는 이런 취지의 반대의견도 있으신 것 같습니다. 논리 정합한 면에서는 저는 소수의견이 더 타당하지 않은가. 우리가 아까 이명용 부장님께서 말씀하신 바와 같이 가능성에 관해서 상당히 폭넓게 받아들이고 있으면서 왜 그 부분에 대해서는 그 가능성을 차단하는지에 관해서는 저도 사실 의문을 가지고 있습니다. 논리적으로 보더라도 그런 의문을 가질 수 있다고 저는 생각을 합니다. 그다음에 헌법적인 해명이라고 하는 것은 그렇지요, 사실 재판의 전제성이 없다는 것을 전제로 하는 헌법적 해명이지요. 그러니까 헌마 사건 같으면 주관적 권리보호이익이 없음을 전제로 하는, 뭐 그렇게 봐야 되는 것 아닌가 싶은 생각이 들고요.

그다음에 양적 일부위헌에 관한 문제는 야간집시법 사건의 경우에는 저는 그렇게 보는 게 맞다고 생각을 합니다. 법원의 입장이. 논리필연적으로 야간이라는 시간이 해진 후, 해뜨기 전이라는 시간이 쭉 모아서 야간이라고 한 것이라고 본, 그것을 이제 야간이라는 시간을 이렇게 볼 수도 있겠지요. 해지고 나서 한 시간 후, 해지고 나서 두 시간 후, 이렇게 쭉 절단되어 있다고 보는 것을, 절단된 것을 모아서 한마디 말로 표현한 거다. 예를 들면 부동산에는 건물과 토지가 있다고 한다면 부동산 중 건물 부분에 관해서 얘기한다면 저는, 그것은 그 부분이 2002헌바80 사건이라고 제가 기억합니다만, 그러니까 참 재밌는 것이 그 사건에 제가 관여를 했었는데 처음에 부동산 중 건물 부분에 적용하는 것은 뭐 이렇게 해서 주문이 나갔었는데, 그때 그 사건을 분류하면서 부동산 중 건물 부분이었기

때문에 저는 양적 일부위헌이다라고 하는 의견으로 보고를 했었는데, 결국은 한정위헌 결정의 형식으로 나갔었습니다. 2002헌바80을 쪽 추적해보시면 알 수 있지 싶은데. 그런데 부동산이라는 카테고리 안에 토지와 건물이 있는데 그중에 건물 부분. 그것이 그래서 결국 한정위헌 결정으로 나가고 홈페이지에서도 한정위헌 이렇게 나갔었는데, 요근래에 찾아보니까 그게 양적 일부위헌으로 바뀌었더라고요.

사 회 자: 아, 분류.

발 표 자: 예, 분류가 누가 그걸 바꿨을까? 이 오래된 사건을. 지금은 찾아보면 양적일부위헌으로 되어 있는 것을 확인했습니다. 아마 분명합니다. 2002헌바 80 사건입니다. 그러니까 저는 그 낙태에 관한 경우도 그렇게 볼 여지가 있다고 생각합니다. 이만한 임신기간들 중에서 이 부분이라고 하는 부분은 저는 분명히 그렇게 볼 여지가 있다고 생각하고.

제가 한정위헌 결정에 관해서 뭐 제가 굳이, 아까 말씀을 하셔서, 한정위헌 결정의 기속력에 관해서 제가 보기에는 헌법재판소에서 주목하지 아니하는 부분에 관해서 한 말씀만 드린다면 저는 제107조 제1항이라고 생각합니다. 우리가 자꾸 지금 위헌결정인 기속력을 제47조에서만 이야기하고 있는데, 사실 헌법 제107조 제1항을 보면 제청 하에 그 결정에 따라 재판을 하도록 되어 있습니다, 제107조 제1항이. 그러니까 제107조 제1항의 취지가 사실은 헌법재판소가 그 한정위헌 결정의 기속력을 인정하기 위해서 헌재법에 넣자라고 했던 조항하고 거의 유사한 조항입니다. 사실 엄밀하게 보면 헌재법 제47조가 그러니까 헌법 제107조 제1항에 위배되는 내용을 담고 있는 것 아닌가? 기속력의 범위를. 그러니까 적어도 위헌법률심판제청사건의 경우에는 제청을 했으면 따지지도 말고, 묻지도 말고 헌법재판소가 준 결정을 토대로 다시 재판을 해야 된다는 취지입니다. 그러니까 위헌이라고 결정한 경우에만 그렇게 해야 된다는 것이 아니고, 그렇지요? 제107조 제1항이 제청한 경우 그 법원은 무마해야 될, 헌법재판소의 결정이 정확하게 제가 어디갔는지는 지금 모르겠는데 결정의 취지에 따라서 재판하여야 된다, 이렇게 되어 있지요. 그러면 한정위헌, 그러니까 위헌결정이라는 말이 없습니다. 한정위헌 결정이라는 말도 없고 뭐 합헌이라는 결정도 없습니다. 그러니까 전적으로 헌법재판소의 결정의 취지에 쫓아야 된다는 것입니다. 그것과 제가 보기에는 제47조는 괴리가 있는 것 같고. 거기에 있는 제107조의 그 부분이 제68조에도 적용이

되느냐라는 논쟁은 제가 보기에는 있을 수 있다. 있을 수 있겠지만 적어도, 그 예를 들어서 옛날에 전에 대법관을 하셨던 재판관님께서 양심적 병역거부 사건에 관해서 위헌제청을 하셨지요. 맨 첫 번째 양심적 병역거부 사건을, 만약에 헌법재판소가 위헌이라고 결정하면 법원이 아, 한정위헌 결정을 하는 경우에 그 한정위헌 결정을 법원이 뒤집는다고 한다면 저는 헌법위반의 문제가 있을 것이다. 그러면 탄핵의 문제라든지 여러 가지 문제하고 연결될 수 있을 것이다. 꼭 그 사건이 문제가 된다면 제47조 제1항의 위헌, 제107조 제1항의 위반 문제도 다루어질 수 있을 것이라고 생각합니다. 저는 그 부분에 주목해보면 한정위헌 문제가 조금 더 진척될 수 있는 여지가 있을 것이라고 저는 생각합니다.

“혐오표현의 규제 방향: 형사범죄화의 한계와 다원적 규제 대안”*

홍 성 수**

I. 들어가며

혐오표현의 규제를 둘러싼 찬반논쟁은 여전하지만, 국제사회의 논의나 주요 국가별 입법태도를 고려할 때 혐오표현에 대한 규제는 불가피하다. 본 발표문에서는 혐오표현의 개념과 혐오표현 규제에 관한 논쟁을 정리하고, 이어서 혐오표현에 대한 구체적인 규제방법을 제시하도록 하겠다. 여기서 ‘규제’(regulation)는 단순히 금지하고 처벌하는 것만을 의미하지 않으며,¹⁾ 형성하고 지지하는 형태의 다양한 개입을 의미한다.²⁾ 이런 관점에서 다양한 규제방법을 모색해보는 것이 본

* 이 발표문은 홍성수, 『말이 칼이 될 때』(어크로스, 2018), 홍성수, “사이버상 혐오표현의 법적 쟁점과 규제방안”, 『언론중재』, 140, 2016년 가을호, 44-57쪽; 홍성수, “혐오표현의 규제: 표현의 자유와의 충돌을 피하기 위한 규제대안의 모색”, 『법과사회』, 50호, 2015.12, 287-336쪽; <혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구> (연구책임자: 홍성수), 국가인권위원회 보고서, 2016 등의 내용 일부를 발췌하여 정리한 것이며, 편의상 일일이 인용표시를 하지는 않았음.

** 숙명여자대학교 법학부 교수

- 1) 규제의 다양한 의미에 대해서는 홍성수, “규제학: 개념, 역사, 전망”, 『안암법학』 26, 2008, 1-28쪽 참조.
- 2) 사회문제임은 분명하지만 규제할 때의 부작용이 더 크다면 규제를 자제하는 것이 더 나은 경우도 있을 수 있다. 실제로 한 논문에서는 혐오표현을 1) 표현의 자유 논의와 무관, 2) 표현의 자유의 보호대상이 아님, 3) 표현의 자유의 보호대상 등으로 구분하면서, 특히 2)의 경우에는 ‘규제가능하다’(regulable)는 의미이지 반드시 ‘규제해야 한다’(should be regulated)는 의미는 아니라고 지적하고 있다. 그리고 규제로 인한 이익/손해의 형량을 하고난 후에야 규제 필요성 여부를 판단할 수 있다고 주장한다. C. Yong, “Does Freedom of Speech Include Hate Speech?”, *Res Publica* 17, 2011, 385-403면 참조.

발표문의 목적이다.

II. 혐오표현이란 무엇인가?

1. 혐오표현의 개념

‘혐오표현’(hate speech)³⁾의 개념에 대해서는 국제사회의 보편적 합의가 있다고 보기도 어렵고, 학계에서의 의견도 각양각색이다. 개별국가의 법률상 개념도 일치하지 않는다. 그럼에도 불구하고 혐오표현은 대체로 다음과 같은 구성요소를 가진 것으로 이해된다. 먼저 혐오표현은 소수자집단에 대한 혐오에 근거한다. 여기서 혐오는 일시적이고 개인적인 감정이 아니라, 소수자집단에 대한 극단적으로 부정적인 관념이나 감정을 뜻하는 것으로서, 특정한 이데올로기, 예컨대 인종주의, 호모포비아, 제노포비아, 자민족중심주의, 반유대주의, 백인우월주의, 성차별주의 등에 뿌리를 두고 있다. 둘째, 혐오표현의 대상은 소수자와 일반청중들이다. 직접적인 대상은 소수자다. 소수자 집단 자체를 대상으로 할 수도 있고, 소수자 집단의 개별 구성원들이 대상이 될 수도 있다. 여기서 소수자(minorities) 또는 소수자 집단(minority group)이란 숫자나 실질적인 정치·사회적 권력이 열세이면서 공통의 정체성을 가진 집단을 뜻한다. 개별국가의 차별금지법(평등법)은 일반적으로 성, 인종, 민족, 성적 지향, 장애, 연령 등의 속성을 가진 집단을 소수자로 보고 있다. 일반청중들도 혐오표현의 대상이 된다. 시민들에게 소수자에 대한 차별과 폭력을 부추기는 것은 혐오표현의 또 다른 측면이다. 셋째, 혐오표현의 행위는 소수자에 대한 차별을 공공연하게 드러내는 것이다. 단순히 부정적인 의견을 표시하는 것부터 시작해서, 소수자를 모욕·조롱·위협하거나, 청중들에게 소수

3) 그동안 hate speech의 번역어로 “혐오표현”, “증오언론”, “증오연설”, “증오적 표현”, “(공격적)혐오발언”, “증오표현행위”, “적의적 표현행위”, “혐오언론” 등이 제시되어 왔는데 (이하에서 인용되는 국내 문헌들 참조), 본 논문에서는 ‘혐오표현’을 택했다. 먼저 ‘hate speech’의 개념을 넓게 정의해야 한다는 취지에서, ‘hate’를 차별적인 의견이나 신념까지 포괄할 수 있는 ‘혐오’라고 옮겼다. 비법학 분야에서도 hate를 혐오라고 옮기는 것이 일반적인 것으로 보인다. ‘증오’는 소수자집단에 대한 “격양되고 불합리한 비난, 적의, 혐오의 감정”을 뜻하는 ‘hatred’의 번역어로 더 적절하다고 보인다(hatred의 의미는 Article 19, “The Camden Principles on Freedom of Expression and Equality”, 2009, 원칙12.1 참조). 한국어, ‘증오’에도 이러한 격렬한 감정의 의미가 담겨 있기 때문이다. 한편, ‘speech’는 의견이나 사상을 표출하는 모든 종류의 행위(출판, 유포, 예술, 상징물 게시 등)를 뜻하기 때문에, ‘언론’, ‘발언’, ‘연설’보다는 ‘표현’이라고 옮기는 것이 적절하다고 본다.

자에 대한 차별·적대·폭력을 정당화하거나 고취·선동하는 것 등이 혐오표현의 범주에 포함된다.

2. 혐오표현에 대한 국제규범

혐오표현에 대한 국제적 논의는 상당한 수준까지 진척되었다.⁴⁾ 혐오표현에 대한 근거는 <세계인권선언>의 7조 차별금지와 <비엔나 선언 및 행동계획> 8절 차별금지 조항 등에도 있지만, 국제조약상의 근거는 무엇보다 <시민적·정치적 권리에 관한 국제규약>(이하 “자유권규약”) 20조 2항의 “차별, 적의 또는 폭력을 선동하는 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취”, <모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약>(이하 “인종차별철폐협약”) 4조의 “인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거한 모든 관념의 보급 그리고 피부나 종족의 기원이 다른 인종 또는 인간집단에 대한 폭력행위 또는 그런 행위에 대한 고무”라는 구절에서 찾을 수 있다.

이러한 국제조약과 관련해서는 두 가지 점을 지적해둘 필요가 있다. 일단 <자유권규약>과 <인종차별철폐협약>이 차별·적의·폭력에 대한 “선동”(incitement)과 “고취·고무”(advocacy) 등을 혐오표현의 주요한 구성요소로 활용하고 있다는 점이다. 이것은 국제조약상 명백히 금지되어 있는 표현은 단순한 의견표명이 아니라, 차별·적의·폭력에 대한 선동, 즉 ‘증오선동’(incitement to hatred)이라는 점을 잘 보여준다. 또한 혐오표현의 대상 집단과 관련하여, 조문 상으로는 민족, 인종, 종교에 근거한 혐오표현만을 금지하고 있지만, 혐오표현의 근거가 여기에만 한정된 것으로 해석되어선 안 될 것이다.⁵⁾ 평등과 차별금지에 대한 문제의식이 충분히 발달하지 않은 1960년대에 제정된 것임을 감안하면, 혐오표현의 근거는 현재 (국제)인권법이 일반적으로 인정하는 차별금지사유를 포함하는 것으로 확대 해석 될 수 있다.

4) 국제규범상의 근거에 대해서는 이주영, “혐오표현에 대한 국제인권법적 고찰: 증오선동을 중심으로”, 『국제법학회논총』, 138, 2015; 김지혜, “차별선동의 규제: 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로”, 『법조』, 64(9), 2015; I. Hare, “Extreme Speech under International and Regional Human Rights Standards”, in I. Hare and J. Weinstein (ed), *Extreme Speech and Democracy*, OUP, 2010; T. Mendel, “Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech?”, in M. Herz and P. Molnar (ed), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, 2012 등 참조.

5) 같은 취지로 Article 19, “Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence (Policy Brief)”, 2012, 19-21면; 김지혜, 앞의 글, 71면; 이주영, 앞의 글, 217면 참조.

지역 차원에서도 의미 있는 진전이 있었다. <미주인권협약>(American Convention on Human Rights)의 13조 5항에는 혐오표현을 처벌해야 한다는 명문규정이 있고, 유럽의 경우에는 유럽인권재판소(ECtHR)가 <유럽인권협약>(European Convention on Human Rights) 14조 차별금지조항의 해석을 통해서 혐오표현 금지를 정당화하는 판례를 여러 차례 내놓은 바 있다. 그 외에도 유럽은 유럽의회, 유럽이사회, 유럽인종주의·관용위원회(European Commission against Racism and Intolerance), 베니스위원회(European Commission for democracy through Law, Venice Commission) 등의 기관들이 권고나 결의문을 통해 혐오표현에 관한 입장을 확고히 해 왔다.⁶⁾

3. 세계 각국의 입법례

혐오표현을 금지 법제를 도입한 국가들도 적지 않다. 유럽 국가들이 대부분이지만, 미주 지역과 다른 지역의 국가들로 확대되고 있는 추세다. 규율방법과 범위는 각각 다르지만 어떤 식으로든 혐오표현에 대한 형사처벌 조항을 두고 있는 나라로는 유럽의 오스트리아, 독일, 벨기에, 벨기에, 불가리아, 프랑스, 핀란드, 그리스, 헝가리, 체코, 덴마크, 아이슬란드, 에스토니아, 아일랜드, 라트비아, 리투아니아, 몰타, 룩셈부르크, 네덜란드, 노르웨이, 폴란드, 루마니아, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 영국, 슬로베니아, 미주지역의 브라질, 캐나다, 콜롬비아, 멕시코, 우루과이, 그 외의 지역의 뉴질랜드, 러시아, 터키, 우크라이나, 호주(일부 주) 등이 있다.⁷⁾

6) 그 중 특히 중요한 문서로는 Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R(97)20 Of the Committee of Ministers to Member States on “Hate Speech”, 30 October 1997; Council of Europe, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, ETS No. 189, 2003.1.28.; Council Framework Decision on Combating Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law 2008/913/JHA, 28 November 2008 등 참조.

7) Article 19, “Responding to Hate Speech Against LGBTI People (Policy Brief)”, 2013, Annex: Domestic Prohibitions of Hate Speech; European Union Agency for Fundamental Rights, “Hate Speech and Hate Crimes against LGBT Persons” (http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1226-Factsheet-homophobia-hate-speech-crime_EN.pdf) 참조.

Ⅲ. 혐오표현 규제에 대한 논쟁

혐오표현의 규제 필요성에 대한 공감대가 확산되고 있긴 하지만, 혐오표현 규제에 대한 찬반양론은 여전히 뜨겁다. 학계에서는 이를 ‘유럽식 모델’과 ‘미국식 모델’로 양분하는 것이 일반화되어 있는데, 전자를 “광범위 규제”(extensive regulation)로, 후자를 “최소 규제”(minimal regulation)라고 부르기도 한다.⁸⁾ 유럽식 모델이 형법 등 강제 수단을 동원해서 혐오표현을 금지하는 것을 통칭한다면, 미국식 모델은 금지가 아닌 다른 방법, 즉 비국가적·형성적 조치를 통해 혐오표현에 대처해야 한다는 입장을 말한다. 혐오표현 규제가 다변화되고 국가별 사례도 다양해서 이렇게 양분하는 것이 적절치 않은 경우도 있지만, 아래에서는 편의상 각각 ‘규제옹호론’과 ‘규제반대론’으로 나눠 논쟁을 검토해보도록 하겠다. 여기서 규제반대론이 혐오표현을 옹호하는 것이 아님에 유의할 필요가 있다. 규제반대론은 ‘혐오표현이 표현의 자유의 보호를 받는다(protected speech)’고 주장하지만, 혐오표현을 비강제적 수단으로 대처하는 것에는 오히려 적극적이며, 다만 ‘혐오표현 금지’를 통한 해법에 반대하는 것이다.⁹⁾

1. 혐오표현 규제옹호론의 근거

1) 소수자와 사회에 대한 해악

혐오표현 규제옹호론에서는 혐오표현의 ‘해악’(harm) 때문에 규제가 필요하다고 본다. 실제로 소수자의 심리적 해악에 대해서는 다양한 이론적·경험적 연구가 진행되어 왔다. 이에 따르면, 혐오표현에 노출된 소수자들이 편견, 공포, 모욕감, 긴장, 자신감·자부심 상실, 자책 등으로 고통받고, 자살로 이어지는 경우까지 있다고 한다.¹⁰⁾ 이러한 정신적 고통은 소수자들을 사회에서 배제하고 침묵을

8) 대표적으로 M. Haraszti, “Foreword: Hate Speech and the Coming Death of the International Standard before it was Born”, in Herz and Molnar, 앞의 책, xiii면 이하 참조.

9) 물론, 혐오표현과 차별이 법적 규제대상이 아님은 물론이고 그 자체로 문제될 것이 없다는 입장(예: 반유대주의, 인종·동성애혐오주의 등)도 있겠지만 본 논문에서는 다루지 않는다.

10) 이에 대한 개관은 J. F. Dovidio et al., “Prejudice, Stereotyping and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview”, in J. F. Dovidio et al. (ed), *The Sage Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Sage Publications Ltd, 2013, 3-28면 참조. 그 외에도 H. J. Ehrlich et al., “The Traumatic Impact of Ethnoviolence”, in A. Lederer and R. Delgado (ed), *The Price We Pay: The Case against Racist Speech, Hate Propaganda, and Pornography*, Hilland Wang, 1995, 62-79면 참조; 한국에

강요함으로써, 학교나 직장 등에서 자기계발 및 사회 참여 자체를 어렵게 만든다는 점에서 더욱 해악적이다. 더 나아가 차별적 편견이 권력욕이나 경제적 궁핍, 사회 불만 등과 결합되어 사회문제들을 소수자에게 전가하고 희생양을 만들기도 하고, 혐오 이데올로기가 후대에 전승되어 사회에 뿌리박히고 혐오조직의 결성으로 이어지기도 한다.¹¹⁾ 이런 점에서 혐오표현은 소수자들의 정상적인 삶을 파괴하는 “영혼의 살인”¹²⁾이나 다름없다.

혐오표현 규제론의 대표적인 학자인 윌드론은 그러한 해악이 혐오표현이 피해자들의 사회 참여권을 침해한다고 지적한다. 피해자들이 직장에서, 학교에서 혐오표현으로 인해 정상적인 삶을 영위할 수 없다면 한 사회의 동등한 구성원으로서의 평등한 대우를 받지 못한다는 것이다. 이것은 존엄한 삶을 파괴하는 것이며, 다양한 정체성을 가진 구성원들이 함께 살아가야 한다는 ‘공공선’(public good)을 붕괴시키는 것이다.¹³⁾

또한 혐오표현은 직접 지칭된 소수자 개인뿐만 아니라, 그 소수자가 속한 집단 전체에 대해서도 해악을 끼친다.¹⁴⁾ 그래서 혐오표현은 기본적으로 ‘집단 명예 훼손(group defamation)’의 성격을 가지고 있다고 해석되기도 한다.¹⁵⁾ 일반적인 모욕이나 명예훼손의 해악이 개인이나 특정집단에게 한정되는 것과는 달리, 혐오표현은 지칭된 소수자 집단 전체에 작용한다는 점에서 그 해악의 심각성이 더 크다고 할 수 있다.

또한 소수자뿐만 아니라 다른 청중들에게도 영향을 미친다. 혐오표현은 청

서 성소수자에 대한 혐오표현의 해악에 대한 조사연구로 한국계이인권운동단체 친구사이, “2014 한국 LGBTI 커뮤니티 사회적 욕구 조사”, 2014; 이호림, “소수자 스트레스가 한국 성소수자(LGB)의 정신건강에 미치는 영향”, 서울대학교 석사학위논문, 2015; 국가인권위원회, “성적지향·성별정체성에 따른 차별 실태조사”, 연구수행기관: 재단법인 공익인권법재단 공감, 2014년도 연구용역보고서, 2015 참조.

- 11) 이러한 차별적 편견의 속성에 대해서는 크리스티앙 들라캉파뉴, 『인종차별의 역사』, 하정희 역, 예지, 2013 참조; 출산을 저하, 건강보험료 인상 등의 사회 문제를 성소수자의 탓으로 돌려 희생양을 만드는 문제를 지적하는 나라, “누군가의 사람에 반대한다: 성소수자 운동이 마주한 혐오의 정치세력화”, 윤보라 외, 『여성 혐오가 어쨌다구?: 별거벗은 말들의 세계』, 현실문화, 2015, 235-237면 참조. 조직적인 혐오집단(organized hate groups)에 대해서는 B. Perry, *In the Name of Hate: Understanding Hate Crime*, Routledge, 2001, 6장; M. Waltman and J. Haas, *The Communication of Hate*, Peter Lang, 2011, 2장 참조.
- 12) 모로오카 야스코, 『증오하는 입: 혐오발언이란 무엇인가』, 조승미·이혜진 역, 오월의 봄, 2015, 87-97면.
- 13) J. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012; 홍성수/이소영 역, 『혐오표현, 자유는 어떻게 해악이 되는가』, 2016.
- 14) C. R. Lawrence III, “If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus”, in M. J. Mastsuda et al. *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment*, Westview Press, 1993, 57면.
- 15) 이에 대한 논의는 Waldron, 앞의 책, 3장 참조.

중들에게도 차별과 편견을 당연한 것으로 여기게 하고 차별에 동참하게 만든다. 그리고 이것은 다시 소수자에 대한 고립, 차별, 적대, 폭력을 강화하는 것으로 이어진다. 이 때문에 혐오표현의 여러 유형 중, 다른 사람에게 직접 영향을 미치는 ‘고취·선동’이 더 심각한 해악을 초래하는 것으로 간주되기도 한다.¹⁶⁾

2) 차별과 폭력으로 이어질 위험

혐오표현은 표현에 머물지 않고 실제 차별로 직결되기도 한다. 소수자를 사회에서 배제해야 한다는 ‘생각’이 표현되면서 실제 ‘행위’로 전화되는 것이다. 소수자에 대한 혐오표현이 만연한 사회에서 – 그런 말에도 불구하고 – 소수자가 평등하게 대우받을 것이라고 기대하긴 어렵다. 그런 의미에서 규제옹호론은 표현과 행위가 이분법적으로 분리될 수 없으며, 표현이 곧 차별의 “사회현실을 구성한다”고 주장한다.¹⁷⁾

혐오표현은 소수자에 대한 물리적 폭력이나 제노사이드와 같은 대규모 인권 침해로 이어지기도 한다. 세계적으로 소수자에 대한 증오·편견을 바탕으로 살인·강간·폭행 등의 범죄를 저지르는 ‘혐오범죄’(hate crime)의 심각성이 지속적으로 보고되고 있는데,¹⁸⁾ 혐오표현은 혐오범죄로 나아가는 전단계로 이해된다. 혐오표현이 물리적 폭력으로 이어지는 과정을 보여주는, ‘올포트 척도’(Allport’s Scale)는 혐오표현이 표출되는 단계인 ‘부정적 발언’(antilocution)이 소수자에 대한 ‘기피’, 고용·학교 등에서의 실제 ‘차별’, 소수자에 대한 ‘물리적 공격’, 그리고 제노사이드 같은 대량학살이 발생하는 ‘절멸’(extermination)로 이어진다는 분석을 제시했다.¹⁹⁾ 범주화, 상징화, 비인간화, 조직화, 양극화, 준비, 절멸, 부인으로 이어진다는 ‘제노사이드 8단계론’²⁰⁾도 비슷한 문제의식에 비롯된 것이다. 혐오표현이

16) 이상에서 지적한 혐오표현의 해악은 ‘아동’에게 미치는 영향은 더 심각하다. 소수자 아동에게는 치유되기 어려운 심리적 상처를, 청중인 아동에게는 편견과 적대를 당연한 것으로 받아들이게 하기 때문이다. 혐오표현과 아동 문제에 대해서는 A. Cortese, *Opposing Hate Speech*, Praeger, 2006, 143-155면; K. W. Saunders, *Degradation: What the Hate History of Obscenity Tells Us About Hate Speech*, New York University Press, 2011, 9장 참조.

17) Lawrence III, 앞의 글, 59-62면.

18) 혐오범죄는 혐오·차별에 근거하여 기존의 범죄(폭행, 성폭력, 살인 등)를 저지른 것을 말하며, 혐오범죄법은 혐오범죄를 가중처벌하는 법을 말한다. 이에 대한 다양한 논의는 N. Hall et al. (ed), *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Routledge, 2014 참조.

19) G. Allport, *The Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, 1954, 특히 14-15면 참조. 최근의 후속 연구로는 J. F. Dovidio et al. (ed), *On the Nature of Prejudice: Fifty Years After Allport*, WB, 2005 참조.

20) G. H. Stanton, “The 8 Stages of Genocide” (<http://www.genocidewatch.org/images/8StagesBriefingpaper.pdf>).

반드시 이렇게 단선적이고 순차적으로 진화하는 의미는 아니지만, 혐오표현과 폭력 사이의 상관관계를 보여줌으로써 표현단계에서 예방적·선제적 조치가 필요하다는 점을 보여주는 점을 강조하는 분석이라고 할 수 있다.

3) 평등 등 다른 가치와의 조화

규제옹호론은 표현의 자유의 가치를 인정하면서도, ‘인간존엄’, ‘평등’, ‘차별로부터 자유로울 권리’, ‘연대성’ 등의 다른 가치들과의 조화도 필요하다고 주장한다.²¹⁾ 흔히, 혐오표현의 문제는 ‘자유 vs. 평등’, ‘표현의 자유 vs. 평등 보호(차별금지) 등의 다양한 사회적 이익’ 등의 대립으로 설명되곤 한다.²²⁾ 표현의 자유가 다른 가치와 충돌할 수 있으며, 다른 가치를 보호하기 위해 표현의 자유가 제한될 수 있음을 보여주는 것이다. <자유권규약> 19조 3항에서도 표현의 자유가 타인의 권리 존중 등을 이유로 제한될 수 있다는 단서를 달고 있으며, 유엔 차원에서 유사한 취지를 여러 번 밝힌 바 있다.²³⁾ 개별 국가의 헌법에서도 기본권의 제한은 인정되는 것이 일반적이며, 우리 헌법에서도 공공복리 등을 이유로 한 ‘기본권의 제한’ 규정을 두어 표현의 자유도 정당한 목적과 합법성, 비례성 등의 요건을 충족하면 제한이 가능하다는 점을 규정하고 있다(독일기본법 5조 2항, 한국헌법 37조 2항). 만약 혐오표현이 소수자를 사회에서 실질적으로 배제하고, 청중들을 차별과 배제에 동참하도록 유도하는 등의 현실적 해악을 가지고 있다면, 평등과 인간존엄 등 다른 헌법적 가치의 수호를 위해 혐오표현을 규제할 수 있다는 것이다.

21) 평등과 차별금지가 표현의 자유보다 더 궁극적인 국제인권규범의 목표라는 주장으로는 S. Farrior, “Molding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech”, *Berkeley Journal of International Law* 14(1), 1996, 3-6면 참조.

22) S. Bacquet, *Freedom of Expression v. Hate Speech: An Illustration of the Dilemma through an In-depth Analysis of Judicial Approaches in England and France*, VDM Verlag Dr. Müller, 2011; Cortese, 앞의 책, 1장; S. J. Heyman, “Hate Speech, Public Discourse and the First Amendment”, in Hare and Weinstein, 앞의 책, 160면 참조.

23) 유엔 자유권위원회는 자유권 규약 19조(표현의 자유)와 20조 2항(혐오표현 금지)의 관계를 “상호보완적”인 관계, “특별법”으로 해석한 바 있고, 인종차별철폐위원회에서도 인종적 증오에 근거한 상상의 전파를 금지하는 것이 표현의 자유와 양립할 수 있다는 입장을 낸 바 있다. UN Human Rights Committee, General Comments no. 34 Freedoms of Opinion and Expression, 12 September 2011, CCPR/C/GC/34, 50-51단락; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation no. 15: Measures to eradicate incitement to or acts of discrimination (Forty-second session, 1993), U.N. Doc. A/48/18 at 114 (1994), 4단락 참조.

4) 실질적인 평등의 구현

혐오표현이 소위 ‘사상의 시장’에서 자연스럽게 퇴출될 수 있다면 가장 이상적이겠지만, 사상시장에서의 ‘자유롭고 평등한 경쟁’을 가정하는 것은 “합리적 속의 잠재성을 과대평가”²⁴⁾하거나, “신화”²⁵⁾라는 것이 규제옹호론의 주장이다.²⁶⁾ 시장에 참여하는 당사자들이 실질적으로 불평등한 상황에서 ‘공정한 경쟁’을 기대하기 어렵다. 혐오표현이 논쟁으로 해결이 되려면 ‘대항하는 표현’(counter-speech)이 제기되어야 하는데, 혐오표현으로 위축되고 배제된 소수자들이 그렇게 맞서 싸우는 것은 사실상 불가능하기 때문이다.²⁷⁾ 혐오표현이 청중들 역시 침묵하고 동조하게 만들고 있는 상황에서 그들의 지지와 연대를 기대하기도 어렵다. 이러한 상황에 개입하지 않겠다는 것은 현실의 권력관계를 승인하고 시장의 실패를 방치하겠다는 것과 다름없다.²⁸⁾ 따라서 자유롭고 공정한 경쟁이 작동하는 시장을 위해 – 마치 경쟁법이 시장의 자유를 위해 담합이나 독과점을 규제하듯이 – 혐오표현을 규제하고 소수자를 적절히 보호하고 지원하는 일정한 조치가 필요하다는 주장이 제기되는 것이다. 또한 혐오표현은 소수자의 존재 자체를 승인하지 않겠다는 의지의 표현이며, 이는 곧 시장의 성립 자체를 부정하는 것과 다름없다. 경쟁은 서로의 존재를 인정하는 전제 하에서나 가능한 것이지, 존재 자체를 부정하는 입장을 상대로 정상적인 토론을 기대하긴 어려울 것이다.²⁹⁾ 따라서, 소수자의 실질적인 평등을 위해서는 혐오표현의 규제가 불가피한 것이다.

24) M. Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 282-283면.

25) Waldron, 앞의 책, 33, 55-57면.

26) Cortese, 앞의 책, 155-156면; Lawrence III, 앞의 글, 86면; A. Tsesis, “The Empirical Shortcomings of First Amendment Jurisprudence: A Historical Perspective on the Power of Hate Speech”, *Santa Clara Law Review* 40, 2000, 765-770면; B. Parekh, “Is There a Case for Banning Hate Speech”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 48-49면 등 참조.

27) 이 점에 대한 실증적 연구로는, L. B. Nielsen, “Power in Public: Reactions, Responses and Resistance to Offensive Public Speech”, in I. Maitra & M. K. McGowan (ed), *Speech & Harm: Controversies over Free Speech*, OUP, 2012, 148-173면 참조.

28) Y. L. Mengistu, “Shielding Marginalized Groups from Verbal Assaults”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 356-359면; 김현경·박보람·박승환, “성소수자에 대한 혐오표현, 그 옹호의 논리를 넘어서: 표현의 자유론 비판과 시민권의 재구성”, 『공익과 인권』, 12, 2012, 235-238면 참조.

29) 같은 취지로 혐오표현이 ‘승인권’을 파괴한다고 지적하는 Heyman, 앞의 글, 166-169, 177면 참조.

2. 혐오표현 규제반대론의 근거

1) 혐오표현의 해악에 대한 의심

혐오표현 규제반대론에서는 혐오표현이 초래하는 ‘해악’의 실체를 의심한다. 개별 소수자들이 혐오표현으로 인해 괴로울 수는 있지만, 소수자 ‘집단’이 일반적으로 어떤 손해를 입는다는 것은 막연한 가정에 불과하다는 것이다. 만약 특정인에 대한 구체적인 해악이라면 민사배상을 통해 해결하면 되므로, 집단에 대한 해악을 별도로 인정하여 국가가 개입하는 것은 정당화될 수 없다는 입장이다. 혐오표현이 폭력이나 제노사이드로 이어진다는 주장에 대해서도 그것은 어떤 경향일 뿐이지 인과관계가 있는 것은 아니라고 본다.³⁰⁾ 그런 위협을 경계할 필요는 있지만, 선제적으로 표현 자체를 처벌할 수는 없다는 것이다. 실제로 미국의 경우, 싸움을 거는 말(fighting words), 협박, 폭력 선동 등과 같이 구체적인 손해가 명백하고 임박했을 때는 법이 개입할 수 있지만, 상대방의 혐오표현은 대부분 이런 사유에 해당하지 않는 것으로 간주된다.

또한 혐오주의자들이 혐오표현을 금지당하면, 억압된 감정이 쌓여서 오히려 더 큰 해악적인 행동으로 이어질 수 있다는 우려도 제기된다. 표현의 자유는 일종의 ‘압력밸브’와 같은 것이어서 위험한 행동으로 폭발하기 전에 김을 빼주는 역할을 한다는 것이다.³¹⁾ 그렇게 본다면 분노를 자극하는 것보다는 공론의 장에 나오게 해서 하고 싶은 말을 배설하게 하는 것이 오히려 더 큰 해악을 막는 방법일 수 있다는 것이다.³²⁾

2) 표현의 자유의 옹호

규제반대론은 미국 연방대법원 판례가 발전시켜온 ‘표현의 자유’이론에 많은 영향을 받았다.³³⁾ 그 기초는 무엇보다 ‘사상의 시장 이론’(theory of marketplace

30) R. Post, “Hate Speech”, in Hare and Weinstein, 앞의 책, 134-135면.

31) 이를 규제반대론의 “압력밸브 논증”(the pressure valve argument)이라고 소개하는 K. Mohoney, “Pressure Valves and Bloodied Chickens: An Assessment of Four Paternalistic Arguments for Resisting Hate-speech Regulation”, in A. Lederer and R. Delgado, 앞의 책, 294-295면 참조.

32) C. E. Baker, “Hate Speech”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 73-74면; C. E. Baker, “Autonomy and Hate Speech”, in I. Hare and J. Weinstein, *Extreme Speech and Democracy*, OUP, 2010, 152면 참조.

33) 1920년대부터 1990년대까지 미국 혐오표현 논의에 대한 역사적 고찰은 S. Walker, *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, 1994 참조; 그 외에 미국에서의 혐오표현 문제에 대해서는 조소영, “적의적 표현행위(hate speech)의 헌법적 좌표: 민주주의의 다양성의 의

of ideas)이다.³⁴⁾ 이에 따르면, 표현의 문제는 사상의 시장에서 자유로운 경쟁을 통해 해결하는 것이 최선의 방법이다. 그런데 혐오표현이 금지되면 경쟁 자체가 불가능해진다. 무슨 얘기도 일단 들을 수 있어야 사회적 의제가 되고 대응과 반박을 모색할 수 있는데, 아무 말도 들을 수 없다면 반박 자체를 할 수 없기 때문이다.³⁵⁾ 더 나아가 혐오표현이 들리는 가운데 스스로 담론투쟁에 나서는 것이야말로 소수자의 자율성과 주체성을 위해서 더욱 유리하다는 지적도 있다.³⁶⁾ 소수자와 시민사회 전체가 힘을 합쳐 혐오표현을 도태시킴으로써 혐오표현에 대한 강력한 내성을 기르는 것이야말로 혐오표현에 대한 가장 근본적인 대책이라는 것이다.³⁷⁾

또한 혐오표현의 금지는 다음의 두 가지 표현의 자유 원칙을 위협한다.³⁸⁾ 먼저 ‘내용규제(content-based regulations) 금지’는 국가가 표현에 대한 가치판단을 통해 개입하면 안 되며 ‘중립’을 지켜야 한다는 것이고, ‘명백·현존 위협의 법칙’(clear and present danger principle)은 물리적 폭력의 위협이 ‘명백하고 임박’했을 때에만 국가의 개입이 정당화될 수 있다는 것이다.³⁹⁾ 이 두 가지 원칙은 국가

미(민주주의의 위기)”, 『공법연구』, 30(4), 2002, 124-130면; 심경수, “증오언론(hate speech)과 십자가 소각(Cross Burning)에 관한 판례경향: R. A. V. v. City of St. Paul 및 Virginia v. Black 사건을 중심으로”, 『미국헌법연구』, 18(1), 2007, 39-80면; 박용숙, “미국에서의 증오표현행위의 규제에 관한 판례경향”, 『강원법학』, 41(II), 2014, 467-509면; 앤서니 루이스, 『우리가 싫어하는 생각을 위한 자유: 미국 수정헌법 1조의 역사』, 박지웅·이지은 역, 간장, 2010, 10장; E. J. Cleary, *Beyond the Burning Cross: A Landmark Case of Race, Censorship, and the First Amendment*, Vintage Books, 1994 등 참조.

34) 미국에서의 사상의 시장론에 대해서는 김민배, “표현의 자유와 사상의 자유시장: 홀즈(Mr. Justice Oliver W. Holmes)를 중심으로”, 『토지공법연구』, 33, 2006, 309-332면; 윤성현, “미국헌법상 표현의 자유의 지지도변으로서 사상의 시장론” 『공법연구』, 42(2), 2013, 215-239면; 김재원, “표현의 자유에 관한 미국 판례의 법철학적 성찰: Mill과 Holmes를 중심으로”, 『법철학연구』, 3(2), 2000, 113-132면 참조.

35) Baker, 앞의 글, 73면; N. Strossen, “Interview with Nadine Strossen”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 387면. 혐오표현이 소수자들에게 고통을 주지만, 논란이 벌어지는 것 자체가 성소수자들이 차별적 현실에 저항하고 시민사회의 지지를 확인하는 계기가 될 수 있다는 양면성을 지적하는 나라, “누군가의 사람에 반대한다: 성소수자 운동이 마주한 혐오의 정치세력화”, 윤보라 외, 『여성 혐오가 어쨌다구?: 별거벗은 말들의 세계』 현실문화, 2015, 252-253면 참조.

36) 이러한 주장을 미국의 사례로 설명하는 Walker, 앞의 책, 162-163면 참조.

37) 이재승, 『국가범죄』, 엘피, 2010, 575-576면.

38) 혐오표현과 관련된 표현의 자유 원칙을 ‘관점중립의 요청’과 ‘명백·현존위험의 요청’으로 제시하는 N. Strossen, “Hate Speech and Pornography: Do We Have to Choose Between Freedom of Speech and Equality”, *Case Western Reserve Law Review* 449, 1996, 454-456면; 사상의 시장론까지 포함하여 세 가지로 제시하는 조소영, 앞의 글, 124-129면 참조.

39) G. R. Stone, “Content-Neutral Restrictions”, *University of Chicago Law Review* 54, 1987; 임지봉, “명백·현존하는 위협의 원칙과 표현의 자유”, 『공법연구』, 34(4-1), 2006, 165~191면; 이부하, “미국헌법상 명백하고 현존하는 위협 원칙”, 『헌법학연구』, 12(2), 2006, 173-204면 참조.

개입의 한계를 명확히 하고 일관성 있는 규율을 가능하게 한다는 점에서 표현의 자유가 자의적으로 침해될 가능성을 막는 역할을 한다. 이렇게 실질적인 해악과 연동시키게 되면 규제 정당성도 쉽게 확보된다. 해악이 임박한 상황에서는 사상의 시장을 통한 해결을 기대할 수 없고, 따라서 법의 선제적 개입이 불가피하기 때문이다.⁴⁰⁾ 반면, 국가가 어떤 표현에 대해 ‘나쁘다’는 가치판단을 내리고 표현 단계에서 선제적 조치를 취하기 시작한다면, 합법과 불법의 경계설정이 모호해지고 국가의 자의적 개입을 막기 어려워진다.⁴¹⁾ 혐오표현처럼 아직 개념정의조차 불분명한 문제에서는 더욱 심각한 문제로 대두될 수 있다. 이렇게 광범위한 국가 개입이 용인되면, 표현 규제에 관한 ‘봉인’이 풀리면서 전반적인 규제 확대로 귀결될 수도 있으며,⁴²⁾ 실제로 혐오표현 규제가 정치적 반대파나 소수자들의 의견을 탄압하는 것으로 악용되는 사례들이 보고되어 왔다.⁴³⁾

3) 법규제의 실효성과 부작용

혐오표현의 개념이 여전히 모호한 상태에서 형사범죄화가 시도될 경우, 명확성원칙, 보충성원칙, 비례성원칙 등 법치국가의 주요 원리들이 위협받을 수 있다는 문제가 제기된다. 뒤에서 자세히 살펴보겠지만, 이미 혐오표현을 금지·처벌하고 있는 나라들의 경우, 집행실적이 미미하거나, 정치적 반대세력을 탄압하는 수단으로 남용된다는 문제가 지적되어 왔다.

혐오표현에 대한 법규제가 과연 규제목적을 달성할 수 있는지에 대한 의문도 있다. 위와 같은 법치국가적 문제를 해결하려면 구성요건을 엄격하고 좁게 설정할 수밖에 없다. 예컨대 ‘선동’에 해당하는 것만 처벌하는 것이다. 하지만 혐오표현이 선동에 한정되면 ‘선동적’이라는 외적 표지를 주로 문제 삼게 되는데, 이렇게 되면 선동조는 아니지만 내용상으로는 심각한 혐오와 편견을 조장하는 표현에 대해서는 속수무책이다.⁴⁴⁾ 혐오주의자들은 표현방법을 바꿔서 추상적이고 일

40) 폭력선동은 밀(John Stuart Mil)의 ‘해악의 원칙’에서의 ‘해악’을 충족시키는 것이기 때문에 형사처벌의 정당성이 있다는 주장으로 L. W. Sumner, “Criminalizing Expression: Hate Speech and Obscenity”, in J. Deigh and D. Dolinko (ed), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, OUP, 2011, 17-36면 참조.

41) Rosenfeld, 앞의 글, 282면.

42) Baker, 앞의 글(“Autonomy and Hate Speech”), 154면.

43) Baker, 앞의 글(“Hate Speech”), 76면. 이를 규제반대론의 “역집행” 논증(the “reverse enforcement” argument)이라고 소개하는 Mohoney, 앞의 글, 296면 참조.

44) S. Sorial, “Hate Speech and Distorted Communication: Rethinking the Limits of Incitement”, *Law and*

반적인 의견을 제시하는 것처럼 위장하거나, 상징적이고 암시적인 표현을 활용하는 방식으로 교묘하게 법망을 피해나갈 수 있다.⁴⁵⁾ 전략적인 혐오표현 발화자는 처벌하지 못하고, 부주의하고 감정적인 사람들만 법의 심판을 받게 될 수도 있는 것이다. 하지만 이러한 교묘한 혐오표현이 덜 해악적이지 않다면, 법은 더욱 심각한 혐오표현을 규제하는 것이 아니라, ‘법으로 규제할 수 있는 표현’만 규제하는 꼴이 된다.

형사범죄화로 인해 문제해결을 위한 정치적 에너지가 처벌에만 집중된다는 문제도 있다.⁴⁶⁾ 혐오표현이 ‘금지’되면 사회의 담론이 합법표현과 불법표현으로 이분화되어 다양한 가치판단이 왜곡되고 다원적 해법들이 질식될 수 있다는 것이다.⁴⁷⁾ 법이 어떤 표현을 ‘합법’이라고 인정하면 사회는 그것을 ‘문제없음’으로 받아들이고 더 이상의 추가적인 노력을 회피하곤 한다. 반면, ‘불법’으로 판결하여 처벌에 성공하면 문제가 해결되었다는 착시현상이 생기고 국가는 자기 역할을 다했다는 면죄부를 얻어 더 중요한 근본적인 문제해결을 등한시 할 수 있다. 법이 밖으로 드러난 발화자에게만 적용된다는 문제도 있다. 혐오표현의 원인에는 복잡한 정치·사회·경제적 배경이 깔려 있는데, 이런 것들을 도외시한 채 혐오표현의 ‘발화자’만 처벌하는 것은 진정한 문제해결방법과 거리가 있다는 것이다.⁴⁸⁾ 금지와 처벌로 인해 겉으로는 법규제가 성공한 것처럼 보일 수 있지만, 수면 아래에 있는 혐오와 차별은 언제든 다른 형태로 나타날 수 있기 때문이다

Philosophy 34, 2015, 300-301면.

- 45) 혐오는 “움직이는 대상”(moving target)이며, 혐오표현에 대한 법규제는 결국 ‘땀뿜 식 규제’가 될 수밖에 없다는 점을 지적하는 S. Braum, *Democracy Off Balance: Freedom of Expression and Hate Propaganda Law in Canada*, University of Toronto Press, 2004, 165-169면 참조.
- 46) 이러한 지적으로 J. Weinstein, *Hate Speech, Pornography, And Radical Attacks On Free Speech Doctrine*, Westview Press, 1999, 155-156면; Baker, 앞의 글(“Autonomy and Hate Speech”), 150-151, 153면; Baker, 앞의 글(“Hate Speech”), 75면 등 참조.
- 47) 이것은 법(소송)을 통한 사회변동의 기본적인 한계이기도 하다. 홍성수, “소송을 통한 사회변동전략의 한계: 미국의 성희롱 소송을 중심으로”, 『법과 사회』, 38, 2010, 218-220면; 홍성수, “9장 법과 사회변동”, 김명숙 외, 『법사회학: 법과 사회의 대화』, 다산출판사, 2013 참조.
- 48) 예컨대 혐오표현에 대해 침묵하는 집권보수세력, 엘리트, 시민사회의 책임을 지적하는 “도 넘은 혐오 발언, 한국사회 ‘독버섯’ 위협”(양대웅, 신진욱 코멘트), 『경향신문』, 2015년 1월 3일(http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201501031430561).

IV. 혐오표현에 대한 규제방법

혐오표현 규제에 관한 본격적인 논의를 시작하기 전에 먼저 혐오표현에 적용가능한 다양한 규제방법을 살펴보도록 하겠다.

〈표 1〉 혐오표현의 규제방법

금지하는 규제	형사규제	형사처벌	
	민사규제	손해배상	
	행정규제	차별규제, 방송심의	
형성적 규제 (지시하는 규제)	국가·법적 규제	교육	공무원인권교육과 시민인권교육
		홍보	국가적 차원의 홍보·캠페인, 영화·영상물 제작을 통한 인식제고 활동
		정책	공공(교육)기관에서의 반차별정책 시행
		지원	소수자(집단)에 대한 각종 지원
		연구	차별문제에 대한 조사·연구
	자율적 규제	스포츠·온라인 영역에서의 자율규제, 사기업·대학에서의 자율규제, 인권·시민단체의 반차별운동	

1. 형사범죄화

혐오표현에 대한 대책 중 가장 강력한 것은 혐오표현을 ‘금지’하고 발화자를 ‘처벌’하는 것이다. 혐오표현에 대해, <자유권규약> 20조 2항은 “금지”, <인종차별철폐협약> 4조는 “범죄”라고 규정하고 있는 것은 혐오표현이 형사범죄라는 점에 대한 국제적 합의를 보여주는 대목이며, 유럽이사회의 <컴퓨터를 통한 인종주의, 외국인 증오적 행위의 형사처벌에 관한 사이버범죄에 관한 협약의 추가의정서>⁴⁹⁾도 ‘형사처벌’을 명시적으로 언급하고 있다. 또한 앞서 살펴본 바와 같이, 실제로 상당수 국가들이 혐오표현을 형사범죄화하고 있기도 하다. 이들 국가에는 형법이나 특별법에 혐오표현 구성요건이 있으며, 한국에서 형사범죄화를 추진하

49) Council of Europe, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, ETS No. 189, 2003. 1. 28.

려면 동일한 입법조치가 필요하다.

형사범죄화한다면 혐오표현의 범위를 확정해야 하는데, 자유권규약 등의 국제규범과 각국의 입법례에서는 대개 ‘증오선동’(incitement to hatred)에 해당하는 혐오표현을 형사범죄화하고 있다. 예컨대 독일 형법(Strafgesetzbuch, 130조 1항, 2항)의 “증오의 선동”, “폭력의 선동”, 캐나다 형법(Canada Criminal Code 1985, 318조 4항, 319조 2항)의 “공공연한 증오의 선동”(public incitement of hatred), “혐오를 고의로 조장(promote)하는 표현”, 영국 공공질서법·인종종교혐오법(Public Order Act 1986; Racial and Religious Hatred Act 2006)의 “혐오를 유발할(stir up) 의도로 위협하는 표현” 같은 구성요건은 모두 증오선동을 염두에 둔 규정이다.

2. 민사구제

민사구제는 혐오표현을 민사상 ‘불법행위법’ 구제절차에 따라 다루는 것이다.⁵⁰⁾ 형사범죄화가 발화자 처벌에 초점이 있다면, 민사구제는 손해의 원상회복을 목표로 한다는 점에서 차이가 있다. 다만, 소수자 ‘집단’에 대한 손해발생을 입증하는 것은 쉽지 않은 일이기 때문에, 개인이나 특정된 집단에 대한 혐오표현에 대해서만 민사구제가 유효하다. 좀 더 효과적인 구제를 위해서는 입증책임의 전환, 시민단체의 소송제기권 부여, 반론권 부여 등의 제도개선책이 적절하게 보완되어야 한다는 제안도 있다.⁵¹⁾ 한편, 혐오표현을 포함한 차별문제에 대해서는 보통 민사구제와 아래에서 설명하는 차별시정이 상호보완적으로 기능하도록 제도화되어 있는 경우가 많다.

3. 차별시정기구에 의한 규제

차별시정기구에 의한 구제는 차별행위의 일종인 혐오표현에도 적용될 수 있다. 차별구제는 민사구제 시 입증의 어려움과 재판절차에 소요되는 시간·비용

50) 일본에서 혐오표현에 대한 민사구제 사례에 대해서는 문연주, “일본의 혐오표현과 규제: 교토지방법원의 ‘가두선전금지 등 청구사건’ 판결 사례를 중심으로”, 『일본연구논총』, 39, 2014, 89-124면; 코타니 준코, “일본의 증오표현(헤이트스피치) 규제에 대한 고찰”, 이승현 역, 『연세 공공거버넌스와 법』, 6(1), 2015, 97-123면 참조.

51) Article 19, 앞의 글(“Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence”), 41-42면; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, 8조 참조.

문제를 해결하고, 보다 피해자친화적인 구제절차를 마련하기 도입되었다.⁵²⁾ 한편으로 민사구제로 넘어가기 전에 1차적인 관문역할을 하고, 다른 한편 민사상 불법으로 인정되기 어려운 경미한 사안에 대해서 직접 구제를 제공하기도 한다. 차별시정기구는 고용, 서비스, 교육 영역에서의 혐오표현을 괴롭힘(harassment)으로 간주하여 구제를 제공할 수 있다.

차별구제를 위해서는 차별금지법 제정이 필요하다. 차별금지법은 금지되는 차별행위를 규정하고 차별시정기구의 기능과 역할을 규정하는 법이다. 평등법, 인권법 등의 이름을 달고 있기도 하며, 한국은 국가인권위원회법이 차별금지법의 역할을 부분적으로 수행하고 있다. 차별시정기구의 조직 형태는 위원회, 센터, 옴부즈만 등으로 다양하다. 인종, 여성, 장애 등 분야별 차별시정기구를 각각 두는 경우도 있지만, 최근에는 차별시정기구를 통합하고, 차별구제 뿐만 아니라 인권 옹호 전반에 대한 자문·교육 기능을 수행하는 국가인권기구(national human rights institutions)를 설립·운영하는 것이 일반적이다. 1990년대 이후 유엔은 적극적으로 국가인권기구의 설치를 권고해왔고, 실제로 세계 각국에 국가인권기구가 설치되어 있다.⁵³⁾

차별시정기구의 3대 기능은 권고·자문, 교육·홍보, 구제이다. ‘권고·자문’은 정부나 관련 기관에 차별시정을 위해 필요한 정책이나 조치를 취하도록 권고·자문을 하는 것이다. 강제집행력은 없지만, 차별시정기구의 법적, 정치적 권위, 그리고 철저한 조사와 정당한 논거를 제시함으로써 피권고기관을 견인한다. ‘교육·홍보’는 반차별교육을 직접 수행하거나, 관계기관에서의 교육을 지원하거나, 대국민 홍보활동을 하는 것이다. ‘구제’는 차별이 발생했을 때 피해자에게 적절한 구제를 제공하는 것인데, 이 절차는 보통 ‘비사법적 구제(non-judicial remedies)’이다. 차별시정기구는 인권침해 진정이 접수되면, 해당 사안을 조사하고, 임시조치, 조정, 시정권고(차별행위의 중지, 피해의 원상회복, 차별행위의 재발방지를 위한 조치, 교육이수 등), 시정권고 불이행시 시정명령, 이행강제금 부과, 손해배상 등의 조치를 취한다. 이러한 방식이 여의치 않을 때는 법률구조를 요청하거나 소송을 지원함으로써, 당사자의 법적 구제를 돕기도 한다. 이렇게 다양한 규제수단을 동원하여 유연하게 대처할 수 있다는 것이 차별시정기구에 의한

52) 민사구제와 차별구제(비사법적 구제)의 장단점에 대한 비교는 인권법교재발간위원회, 『인권법』, 아카넷, 2006, 3부 인권의 구제 참조.

53) 순수한 차별시정기구와 차별시정기능을 가진 국가인권기구는 구분될 수 있지만, 이하에서는 편의상 동일한 것으로 간주한다.

규제의 큰 장점이다.

차별시정기구가 반차별정책이라는 큰 틀 안에서 혐오표현을 다룬다는 점도 중요하다. 혐오표현은 다른 차별행위와 밀접하게 연관되어 있기 때문에, 차별문제를 전담하는 차별시정기구에 의한 차별구제가 더욱 효과적일 수 있다. 또한 차별시정기구는 비교적 넓은 범위의 혐오표현을 다룰 수 있다. 형사처벌에 비해 유연한 접근과 비강제적 조치를 기본으로 하고 있기 때문에 그 부작용이 상대적으로 덜하기 때문이다. 실제로, 호주 인종차별금지법(Racial Discrimination Act 1975, 18C)은 “불쾌하게 하거나, 모욕하거나, 굴욕감을 주거나, 위협하는”이라는 규정을, 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act 1985, 12-a)은 “차별이나 차별의도를 암시하거나 표현하는 것”이라는 규정을 두고 있다. 중우선동에 대한 형사구성요건과 비교할 때, 더욱 넓은 의미의 혐오표현을 규율하고 있는 것이다.

4. 지지하는 규제(형성적 규제)

형사처벌, 민사구제, 차별시정은 모두 혐오표현을 ‘금지’하는 방식인 반면에, 형성적(formative), 촉진적(facilitative), 적극적(affirmative), 사전예방적인 방식의 규제도 있다. 혐오표현의 금지·처벌을 통한 문제해결이 사후적, 소극적, 부정적(negative)인 조치라고 한다면, 형성적인 규제는 혐오표현이 사회에 발붙이지 못하도록 ‘여건을 만들어가는’ 긍정적(positive)인 조치들을 말한다.⁵⁴⁾ 여기에는 국가가 관여하는 규제와 순수한 시민사회의 자율적 조치가 있다. 먼저, 국가는 홍보·캠페인, 영화·영상물 제작 지원, 언론을 통한 인식제고, 소수자집단에 대한 각종 지원, 공공기관과 공공교육기관에서의 반차별정책 시행, 차별에 대한 범국가적 차원의 조사·연구, 반차별 시민교육, 공직자·정치인에 대한 인권교육, 방송심의 등의 정책을 시행할 수 있다.⁵⁵⁾ 규제반대론도 국가가 이런 역할을 하는 것에는 반대하지 않는다.⁵⁶⁾ 그리고 국가가 관여하는 형성적 조치의 상당 부분은 권고·

54) UN Special Rapporteur on Freedom of Expression, Report on Hate Speech and Incitement to Hatred, 7 Sep 2012, 1/67/357, 57단락에서는 이를 “비법적 조치”(non-legal measures)라고 부르는데, 국가가 이러한 조치를 취하려면 법적 근거가 필요하다는 점에서 적절한 표현인지 의문이다. 금지·처벌과 대비하여 “자기침해가 덜한 방법”(less self-intrusive ways)이라는 표현이 형성적 조치를 뜻하는 말로 사용되기도 한다(Braum, 앞의 책, 216면).

55) UN Special Rapporteur on Freedom of Expression, Report on Hate Speech and Incitement to Hatred, 7 Sep 2012, 1/67/357, 56-74단락; Article 19, 앞의 글(“Responding to Hate Speech Against LGBTI People”), 21-24면 참조; 문화정책과 미디어규제의 효과에 대해서는 M. Malik, “Extreme Speech and Liberalism”, in Hare and Weinstein, 앞의 책, 105-107면 참조.

56) K. Gelber, “Reconceptualizing Conterspeech in Hate Speech Policy”, in Herz and Molnar, 앞의 책,

자문기능, 교육·홍보기능을 갖고 있는 차별시정기구가 담당하는 경우도 많다.

형성적 조치의 또 다른 형태는 순수한 시민사회의 자율적인 조치들이다.⁵⁷⁾ 스포츠·온라인 영역에서의 자율규제, 기업에서의 자율규제, 대학에서의 자율규제, 시민사회에서의 각종 반차별 캠페인 등이 대표적이다. 규제반대론에서는 이러한 방식이야말로 혐오표현을 규제할 수 있는 가장 효과적인 방법이라고 주장한다. 미국시민권연맹(American Civil Liberties Union)과 같은 시민사회단체가 “더 적은 표현이 아니라 더 많은 표현이 최고의 복수”⁵⁸⁾라고 말하는 것은 혐오표현을 내버려둔다는 것이 아니라, 시민사회의 자율적인 노력으로 혐오표현에 대응해야 한다는 주장으로 이해되어야 한다.⁵⁹⁾ 다만, 이들 영역에서의 규제가 혐오표현에 대한 ‘금지’조치인 경우, 예컨대 대학에서 표현강령을 통해 혐오표현을 금지하는 경우에는 본래 의미의 형성적 규제라고 보기 어렵고, 규제반대론에서도 이러한 조치들이 표현의 자유를 침해한다고 본다.⁶⁰⁾

V. 혐오표현 규제의 기본 구상

1. 혐오표현에 대한 개입 필요성

혐오표현이 갖는 심각성을 고려할 때, 국가가 아무런 개입을 취하지 않는 것은 더 이상 정당화되기 어렵다. 혐오표현의 여러 가지 심각한 해악은 엄연한 현실

214-215면; A. Harel, 앞의 글, 326면; Strossen, 앞의 글(“Interview with Nadine Strossen”), 382, 388-389면; T. Shaw, “Interview with Theodore Shaw”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 412-413면 등 참조.

57) 이것을 ‘형성적 규제’에 포함시킨 것은 ‘규제’(regulation)라는 개념에 법규제는 물론이고 대상에게 영향을 미치는 모든 요소들(예: 문화, 사회규범 등)이 포함된다는 점을 전제로 한 것이다. 홍성수, “규제학: 개념, 역사, 전망”, 『안암법학』, 26, 2008, 3-4면 참조.

58) American Civil Liberties Union, “Hate Speech on Campus” (<https://www.aclu.org/hate-speech-campus>).

59) 유럽이 “국가주도형 대응모델”(state-driven countermodel)면, 미국은 기본적으로 시민사회의 자율적인 노력에 기대를 거는 모델에 해당한다는 지적으로 A. Jacobson and B. Schlink, “Hate Speech and Self-Restraint”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 239면 참조.

60) 미국 대학의 사례에 대해서는 T. C. Shiell, *Campus Hate Speech on Trial*, University Press of Kansas, 2nd ed, 2009; J. B. Gould, *Speak No Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation*, The University of Chicago Press, 2005; M. Heumann and T. W. Curch, *Hate Speech on Campus: Cases, Case Studies, and Commentary*, Northeastern University Press, 1997; 조소영, “규제의 필요성과 규제방법론에 대한 헌법적 평가: 대학 내에서의 적의적 표현행위에 대한 규제학칙을 중심으로”, 『헌법판례연구』, 6, 2004, 91-111면 참조.

이다. 실제로, 소수자들이 겪는 다양한 형태의 고통, 혐오표현이 차별과 폭력으로 이어지는 과정 등에 대해서는 여러 경험적 연구들이 실증적인 증거를 제시해왔다.⁶¹⁾ 물론 사상의 시장에서의 경쟁을 통해 혐오표현을 퇴출시키는 것이 가장 바람직하지만, 문제는 소수자의 ‘맞받아치기’(speaking back)가 현실적으로 불가능하다는 데 있다.⁶²⁾ 또한 국가가 불개입으로 일관하는 것은 혐오표현을 ‘허용’하고 있다는 잘못된 신호를 줌으로써 혐오표현의 피해자에 대한 추가적인 피해를 야기하기도 한다.⁶³⁾ 이런 상황이 시민사회에서 ‘저절로’ 개선되지 않는 한 ‘불개입’은 선택지가 될 수 없을 것이다.

혐오표현에 대한 조치는 국제법상 요구되는 것이기도 하고,⁶⁴⁾ 민주주의 국가들은 대부분 어떤 식으로든 조치를 취하고 있다. 규제반대론이 지배하는 미국의 경우에도 혐오표현에 대해 손을 놓고 있는 건 아니다.⁶⁵⁾ 실제로 상당수의 미국의 대학과 기업 등 여러 기관들에서는 ‘차별금지 정책’ 또는 ‘다양성 정책’을 수립·시행하고 있다. 특히 비권력적 관계, 예컨대, 교수-학생, 상급자-하급자 사이의 혐오표현은 괴롭힘(harassment)으로 간주되어 민사구제의 대상이 되고 천문학적 손해배상을 감수해야 되는 경우도 있고,⁶⁶⁾ 혐오표현이 ‘폭력’(혐오범죄)으로 이어졌을 경우에는 더욱 엄격하게 법이 집행된다. 방송에서의 혐오표현에 대해서 규제장치를 두고 있고,⁶⁷⁾ 국가적 차원에서 다양한 반차별정책을 시행 중이다. 혐오표현을 ‘금지’하지 않을 뿐 다양한 방식의 ‘개입’이 시행되고 있는 것이다. 이

61) 앞의 III.1.1)의 여러 참고문헌 참조. 같은 취지에서, 수정헌법 1조에 대한 ‘형식주의’가 아니라 ‘새로운 법현실주의’(the new first amendment legal realism)가 필요하다고 역설하는 R. Delgado and J. Stefancic, *Must We Defend Nazis?: Hate Speech, Pornography, and the New First Amendment*, NYU Press, 1999, 3장 참조.

62) 실제로 소수자들의 맞받아치기가 불가능하다는 점을 경험적 연구로 입증하는 Nielsen, 앞의 글, 155-167면 참조.

63) M. J. Matsuda, “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story” in Matsuda, 앞의 책, 49-50면.

64) 김지혜, 앞의 글, 61-65면, 조소영, 앞의 글, 133면.

65) R. Post, “Interview with Robert Post”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 11-12면 참조.

66) 교수가 학생에게 하는 혐오표현은 차별행위의 일종인 ‘괴롭힘’에 해당하지만, 혐오표현 금지가 교수, 학생, 직원, ‘구성원’ 전체에게 적용되도록 규정을 둔 경우에는 문제양상이 달라진다. 실제로 이런 표현 강령은 미국 연방대법원에서 위헌 판결을 받아 폐지되기도 했고, 실제로 규제반대론에서는 기업이나 대학에서의 자율적인 혐오표현 금지정책, 특히 구성원 전체에 적용되는 것에 대해 비판적이다. 앞의 주 72의 문헌 참조. 현재 미국 대학의 표현 강령 현황에 대해서는 대학생권리옹호단체인 Fire의 보고서 참조. “Spotlight: Speech Codes 2015: The State of Free Speech on Our Nation’s Campuses” (<https://www.thefire.org/spotlight-speech-codes-2015>).

67) 미국에서의 방송심의에 대해서는 Jacobson and Schlink, 앞의 글, 227-232면.

제 논점은 개입이나 불개입이냐가 아니라 - 규제반대론이 지적하는 여러 문제들을 충분히 고려하되 - II에서 언급한 여러 가지 규제장치들을 ‘어떻게’ 배치할 것인가의 문제로 전환되어야 한다.⁶⁸⁾

2. 표현의 자유를 증진하는 규제

규제를 하더라도 혐오표현에 관한 대책은 여전히 “더 많은 표현(*more speech*)”⁶⁹⁾ “더 좋은 사상으로 맞서는 것”⁷⁰⁾이 중심에 놓여야 한다. 혐오표현 금지가 도리어 소수자에게 불리하게 작용하며, 표현의 자유를 확대하는 것이야말로 평등을 증진하는 것이라는 지적 역시 여전히 유의미하다.⁷¹⁾ 문제는 ‘(혐오)표현의 자유에 대한 권리’와 ‘(소수자의) 혐오표현으로부터 자유로울 권리’가 충돌하는 딜레마를 어떻게 극복할 것인가 하는 점이다.⁷²⁾ 이 딜레마를 넘어서기 위해서는 혐오표현을 표현의 자유의 ‘예외’로 보지 않는 것이 중요하다. 즉, 혐오표현에 대한 규제를 ‘어쩔 수 없이’, ‘예외적으로’ 표현의 자유를 제한하는 조치로 보는 것이 아니라, 표현의 자유의 본질적인 목적을 실현하기 위한 요청으로 이해하는 것이다. 그래야 부작용을 최소화한 적절한 규제대안이 도출될 수 있고, ‘더 많은 표현’이 더 좋은 해법이라는 원칙도 고수될 수 있다.

사상의 시장에서 소수자들이 혐오표현에 맞설 수 없는 현실적 어려움이 인정된다면, 가장 좋은 해법은 소수자들이 스스로 시장에 나가 맞서 싸울 수 있도록 ‘개입’하는 것이다. 이것은 곧 “희생자와 그 지지자들에게 혐오표현행위에 대응하게 하는 실질적, 제도적, 교육적 지원”을 함으로써, “희생자들로 하여금 혐오표현행위의 ‘침묵하게 만드는 효과’에 도전하게 하고, 혐오표현 화자의 주장을 반박”할 수 있도록 하는 정책으로 나아가야 한다는 것을 말한다.⁷³⁾ 이런 목적을 위해서

68) 같은 의견으로 이주영, 앞의 글, 211면 참조.

69) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927). (Brandeis, J. and Holmes, J., concurring)

70) 이재승, 앞의 책, 579면.

71) Strossen, 앞의 글(“Hate Speech and Pornography”), 462면 이하 참조.

72) 같은 취지에서 이 딜레마에서 벗어나려면, 수정헌법 1조의 권리중심개념(*rights-based conception*)으로 돌아가야 하며, 혐오표현이 타인의 권리와 어떻게 조화가 될 수 있는지를 고민해야 한다고 주장하는 Heyman, 앞의 글, 160-164면 참조.

73) Gelber, 앞의 책, 10, 89면; 또한 K. Gelber, “Hate Speech and the Australian Legal and Political Landscape”, K. Gelber and A. Stone (ed), *Hate Speech and Freedom of Speech in Australia*, The Federation Press, 2007, 16면; K. Gelber, “‘Speaking Back’: The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia”, in I. Maitra and M. K. McGowan (ed), *Speech and Harm*:

는 혐오표현을 금지·처벌하기 보다는 시민사회의 자율적 해결을 도모하는 ‘형성적’ 조치가 우선시되어야 할 것이다.

이것은 ‘형식적 평등’⁷⁴⁾이 아닌, ‘실질적 평등’을 지향하는 것이기도 하다.⁷⁵⁾ 형식적인 자유가 주어져도 소수자가 실제로 말할 수 있는 여건이 마련되어 있어야 진정으로 ‘자유’가 있다고 말할 수 있다.⁷⁶⁾ 여기서 국가의 개입의 목표는 바로 이 ‘진정한 자유’와 ‘실질적 평등’의 실현을 위해 소수자의 ‘자력화’(empowerment)를 지원하고 시민사회의 대항담론을 활성화하는 것에 초점이 맞춰져야 한다.⁷⁷⁾ 이 때 개입은 금지와 처벌을 위한 개입이 아니라, “개인의 책임에 권한을 부여하는 것”(empowering responsibility of individuals)⁷⁸⁾이며, “지원을 받은 대항표현”(supported counterspeech)을 위한 개입이다.⁷⁹⁾ 이를 통해 소수자와 그와 연대한 시민사회 전체가 혐오표현에 맞서 싸우는 것이야말로 혐오표현을 다루는 가장 근본적이고 효과적인 방법이기 때문이다.⁸⁰⁾

이 때 혐오표현에 대한 ‘금지’가 무조건 배제되는 것은 아니다. 다만 혐오표현 금지는 표현의 자유를 더 ‘증진’한다는 조건하에서만 정당화될 수 있다. 혐오표현이 소수자들이 스스로 표현하고 사회에 참여하는데 있는 것을 방해하고 있다면, 소수자의 표현의 자유를 보호하고 증진하기 위한 목적에서 일정한 금지조치가 정당화될 수 있다는 것이다.⁸¹⁾ 혐오표현 금지 외에는 소수자의 자력화와 반격

Controversies Over Free Speech, OUP, 2012, 53-56면 참조.

74) 반면 규제반대론에서는 국가와 법은 실질적인 가치에 개입하면 안되고 오로지 ‘형식적 자율성’만을 보호해야 한다고 주장한다. Baker, 앞의 글(“Hate Speech”), 63-67면 참조.

75) Mengistu, 앞의 글, 356-359면 참조.

76) Gelber, 앞의 글(“Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy”), 208-209면.

77) O. Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1996, 17면.

78) D. A. J. Richards, *Free Speech and the Politics of Identity*, OUP, 1999, 136면; 이 책에서는 표현의 자유가 ‘정체성의 정치’를 실현하는 핵심이며, 차별이라는 ‘구조적 부정의’에 맞서 싸울 수 있는 가장 원칙적이고 강력한 해법임을 주장한다. 특히 같은 책, 제4장 참조.

79) 누스baum(Matha Nussbaum)의 능력이론(capability theory)을 활용하여 이러한 지원이 어떻게 가능한지를 설명하는 K. Gelber, *Speaking Back: The Free Speech versus Hate Speech Debate*, John Benjamins Publishing Company, 2002, 3장 참조.

80) M. Herz and P. Molnar, “Introduction”, in M. Herz and P. Molnar (ed), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, 2012, 4면; Joint Submission by the Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, and the Special Rapporteur on Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, “Expert Workshop on the Prohibition of National, Racial or Religious Hatred”, Vienna, 9-10 February 2011, 15면.

81) 비슷한 논지로 K. Gelber, “Freedom of Political Speech, Hate Speech and the Argument from Democracy: The Transformative Contribution of Capabilities Theory”, *Contemporary Political Theory* 9,

을 지원하는 방법이 마땅치 않을 때 비로소 법적 개입이 발동될 수 있는 것이며, 이 때 혐오표현을 할 자유는 소수자의 표현의 자유를 위해 제한될 수 있다. 이러한 정당화 논리는 혐오표현 금지가 무엇을 지향해야 하는지를 명확하게 해주고, 금지조치의 남용가능성을 최소화하는 제어장치로서도 기능한다.⁸²⁾

3. 혐오표현 규제를 위한 기본 구상

앞에서 언급했듯이 혐오표현 규제는 필요하지만, 표현의 자유와의 충돌을 피하기 위해서는 표현의 자유를 증진하는 규제가 우선적으로 검토되어야 하며, 표현 자체를 제약하는 것은 표현의 자유가 작동하기 어려운 경우에 한정되어야 한다. 이러한 원칙하에 혐오표현 규제를 위한 기본 구상을 제시해보면 다음과 같다.

〈표 2〉 혐오표현 규제의 기본 구상

	내용	필요한 법적 조치
표현의 자유를 증진하는 개입	교육, 홍보, 정책, 지원, 연구	차별금지법 제정
차별적 괴롭힘 규제	괴롭힘 금지	차별금지법 제정
공공영역에서의 규제	공공서비스, 방송, 광고에서의 규제	차별금지법 제정
증오선동 규제	증오선동 형사처벌	증오선동금지법 또는 차별금지법이나 형법 (개정)에 포함
차별금지, 증오범죄 처벌	차별금지 증오범죄 가시화/가중처벌	차별금지법 제정, 증오범죄법 제정

2010, 320-321면 참조.

82) 이런 관점에서는 혐오표현금지가 소수자를 수동적인 피해자로 만드는 경향이 있다는 지적이 비판이 더욱 중요해진다. J. Weinstein, *Hate Speech, Pornography, And Radical Attacks On Free Speech Doctrine*, Westview Press 1999, 154-155면. 비슷한 맥락에서 성희롱 규제가 여성을 오히려 수동적인 피해자의 이미지로 고착시킨다는 문제에 대해서는 홍성수, “성희롱에 대한 법적 규제와 여성주체의 문제: 하버마스와 포스트모더니즘의 비판”, 『법철학연구』, 12(2), 2009, 215-217면 참조.

1) 표현의 자유를 증진하는 개입

표현의 자유와의 충돌 없이 우선적으로 고려되어야 하는 것은 앞서 언급한 ‘지지하는 규제’(형성적 규제)다. 편견과 차별로부터 자유로운 환경을 조성하고, 소수자를 지원함으로써 혐오표현에 대한 내성이 길러지도록 개입하는 것이다.

2) 차별적 괴롭힘 규제

사상의 자유시장에 의한 자정이 작동할 수 없다면, 표현의 자유의 원칙이 우선시될 수 없다. 자유주의적 관점에 따르더라도 시장원리가 작동하지 않는 곳에 규제를 하는 것은 당연하다. 그 대표적인 영역은 고용, 서비스, 교육 영역이다. 여기에서는 상급자와 하급자, 교사·교수와 학생의 ‘위계적’ 관계에서 자율적 해결을 기대할 수는 없다. 직장에서 상급자가 하급자를 동성애자라는 이유에서 괴롭히거나, 학교에서 교사가 학생을 여성이라는 이유로 차별하는 경우를 두고, ‘자율에 맡기자’, ‘그들이 맞서 싸우게 하자’고 하는 것은 순진한 것이 아니라 무책임한 것이다. 권력관계에서 발생하는 혐오표현은 우선적인 규제대상이 되어야 한다. 또한 실제로 이러한 영역에서의 혐오표현은 차별로 직결된다. 여성혐오발언이 만연한 회사의 여성들이 평등한 대우를 받고 있을 리 만무하다. 교수가 성소수자 혐오발언을 제지 없이 내뱉는 대학에서 성소수자 학생들은 여러 가지 불이익을 겪고 있을 가능성이 높다. 차별금지법안에서는 이러한 행위를 ‘괴롭힘’(harassment)로 규제하고 있다.

“괴롭힘”이란 개인이나 집단에 대하여 존엄성을 해치거나, 수치심·모욕감·두려움을 야기하거나 적대적·위협적·모욕적인 분위기를 조성하는 등의 방법으로 신체적·정신적 고통을 주는 일체의 행위를 말한다(차별금지법안, 김재연 의원 대표발의, 2012).

괴롭힘이 표현행위를 통해서 수행된다면 그것이 곧 혐오표현에 해당한다. 차별금지법상 괴롭힘은 고용, 서비스, 교육영역으로 그 적용이 제한되며,⁸³⁾ 반드시 성별, 장애, 성적 지향, 인종, 종교 등 차별금지사유를 이유로 하는 행위여야 한다.

표현의 자유가 광범위하게 보장되는 미국에서도 이러한 괴롭힘은 규제대상

83) 사실 현재 차별금지법안에서는 적용범위가 모호하고 되어 있는데, 고용, 서비스, 교육에만 적용된다고 보는 것이 맞고, 해외의 차별금지법의 괴롭힘도 그렇게 규정되어 있다.

이다.⁸⁴⁾ 길거리에서 ‘흑인은 아프리카로 가라’고 외치는 것은 처벌되지 않지만, 회사 사장이 흑인 직원들에게 “너희들은 아프리카로 가라”라고 말했다면 그건 ‘차별행위’로서 규제되는 것이다. 오히려 미국에서는 이러한 유형의 차별행위를 징벌적 손해배상 등의 법리를 활용하여 더욱 강력히 규제하기도 한다. 제 아무리 미국이라도 자율적으로 해결할 수 없는 엄연한 현실을 방치하고 자유를 내세우는 것은 아니다.

3) 공공영역에서의 규제

표현의 자유를 광범위하게 인정하더라도 공공성이 강한 영역에서의 규제는 필요하다. 이 때 우선적으로 고려될 수 있는 것은 공공서비스, 방송, 광고 등이다. 공공서비스에서 혐오표현이 발화되지 않도록 하려면, 공무원 인권교육이나 공무원 행동강령에서 혐오표현의 문제가 적극적으로 다뤄져야 할 것이다.

국내 차별금지법안 중 인권위 법안, 법무부 법안, 권영길 법안, 김재연 법안, 김한길 법안, 최원식 법안, 박은수 법안, 김재연 법안 등은 공통적으로 ‘광고’에 의하여 차별을 표시·조장하는 행위를 차별행위로서 금지하고 있다. 최원식 법안은 “성별·학력·지역·종교 등” 4가지 사유에 의해서만 광고에 의한 차별이 성립하는 것으로 한정하고 있다. 여러 가지 차별/혐오표현 중 ‘광고’를 통한 차별 표시·조장행위만을 규율하게 된 것은, 여러 가지 매체 중 광고가 가지고 있는 큰 영향력 때문일 것이다. 실제로 인권위 차별금지법안 공청회 자료집에는 광고 규정에 대해 “미디어 영역의 광범위한 적용 필요/『법안』에 포함 부적절 의견이 있었음. 차별시정의 극대화과 표현의 자유 등을 고려하여 광고에 한정하여 적용함”이라는 설명이 있다.⁸⁵⁾ 또한, 일반적인 혐오표현을 모두 규율하는 것은 지나치게 범위가 넓어질 우려가 있어, 극단적인 형태의 혐오표현(예: 증오선동)만 규율하던가 아니면 매체를 한정해야 하는데, 광고가 비교적 법으로 그 범위를 정하기 용이하다는 점도 고려가 되었을 것이다. 실제로 김한길 법안과 최원식 법안에서는 법에서 ‘광고’는 2조 용어에 <표시·광고화의 공정화에 관한 법률>에 규정된 광고를 뜻한다고 명시하고 있다.⁸⁶⁾

84) 다만, 미국의 자유주의자 중 일부는 이러한 괴롭힘, 특히 환경형 괴롭힘에 대한 규제정책이 표현의 자유와 충돌한다고 주장하기도 한다.

85) 박찬운, “차별금지법 제정의 의미와 『차별금지법안』의 주요내용”, 국가인권위원회 차별금지법안 공청회 자료집, 2006, 14쪽 참조.

86) 장애인차별금지법 4조 1항 4항에서도 차별 표시·조장 광고를 금지하고 있다.

일단 문제가 될 수 있는 것은 <표시·광고화의 공정화에 관한 법률>상 표시·광고는 사업자가 상품이나 용역을 소비자에게 알리는 상업광고를 뜻한다는 점이다.⁸⁷⁾ 이 경우 신문이나 방송 등에 소위 ‘의견 광고’, ‘알림 광고’ 형태로 게재되는 것에는 적용되지 않는다. 한국에서 심각한 혐오표현 광고가 주로 의견·알림 광고 형식으로 일간지에 게재되어 문제가 되었던 점을 고려하면, 상업광고에만 한정하는 것의 실효성에 의문이 제기될 수 있다. 그리고 광고를 규정할 것이면, 방송광고나 옥외광고 등 모든 형태의 광고를 모두 규제대상으로 삼는 것이 적절해 보인다. 이미 <방송광고심의에 관한 규정>과 <옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률>(옥외광고물법)에서는 차별적 내용을 담는 것을 규제하고 있기 때문에,⁸⁸⁾ 이 조항들에 대한 일종의 ‘기본조항’으로서 차별금지법에 차별 표시·조장 광고 금지를 규정할 수 있을 것이다.

광고 이외에 검토해볼만한 것으로는 출판, 방송, 신문을 통한 차별 표시·조장이다. 현대사회에서 이들 매체의 영향력이 결코 적지 않고, 특히 방송은 공공성이 강한 영역이라 적절한 규제가 요청된다. 기존의 <방송심의규정>⁸⁹⁾과 <언론중재위원회 시정권고 심의기준>⁹⁰⁾에 차별금지에 관한 조항이 있기 때문에 이미 방

87) <표시·광고화의 공정화에 관한 법률> 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “표시”란 사업자 또는 사업자단체(이하 ‘사업자등’이라 한다)가 상품 또는 용역(이하 ‘상품등’이라 한다)에 관한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 소비자에게 알리기 위하여 상품의 용기·포장(첨부물과 내용물을 포함한다), 사업장 등의 게시물 또는 상품권·회원권·분양권 등 상품등에 관한 권리를 나타내는 증서에 쓰거나 붙인 문자·도형과 상품의 특성을 나타내는 용기·포장을 말한다.
 - 가. 자기 또는 다른 사업자등에 관한 사항
 - 나. 자기 또는 다른 사업자등의 상품등의 내용, 거래 조건, 그 밖에 그 거래에 관한 사항
2. “광고”란 사업자등이 상품등에 관한 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호 및 제2호에 따른 신문·인터넷신문, 「잡지 등 정기간행물의 진흥에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 정기간행물, 「방송법」 제2조 제1호에 따른 방송, 「전기통신기본법」 제2조 제1호에 따른 전기통신, 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법으로 소비자에게 널리 알리거나 제시하는 것을 말한다.

88) <방송광고심의에 관한 규정> 제13조(차별금지) 방송광고는 국가, 인종, 성, 연령, 직업, 종교, 신념, 장애, 계층, 지역 등을 이유로 차별·편견·갈등을 조장하는 표현을 하여서는 아니 된다. <개정 2015. 10. 8.> <옥외광고물법> 제5조(금지광고물등) ② 누구든지 광고물에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 내용을 표시하여서는 아니 된다. 5. 인종차별적 또는 성차별적 내용으로 인권침해의 우려가 있는 것

89) <방송심의에 관한 규정> 제9조(공정성) ⑤ 방송은 성별·연령·직업·종교·신념·계층·지역·인종 등을 이유로 방송편성에 차별을 두어서는 아니된다.

제29조(사회통합) 방송은 지역간, 세대간, 계층간, 인종간, 종교간 차별·편견·갈등을 조장하여서는 아니 된다.

제30조(양성평등) ① 방송은 양성을 균형있고 평등하게 묘사하여야 하며, 성차별적인 표현을 하여서는 아니 된다. ② 방송은 특정 성(性)을 부정적, 회화적으로 묘사하거나 왜곡하여서는 아니된다. ③ 방송은 성별 역할에 대한 고정관념을 조장하여서는 아니된다.

90) <언론중재위원회 시정권고 심의기준> 제10조의2(차별 금지) ① 언론은 개개인의 인종, 종교, 성별, 육

송이나 언론에서의 차별 표시·조장은 규제되고 있는 상황이다. 차별금지법에 이에 관련한 일반 규정을 두는 것은 무리가 없다고 봐야할 것이다

4) 증오선동 형사범죄화

형사범죄화를 한다면 실제 차별이나 폭력으로 이어질 가능성이 높은 의도적인 선동행위에 한정되어야 할 것이다. 차별·폭력의 실현이 임박한 상황에서 시민사회의 자율적 힘으로 선동을 퇴출시키는 것은 불가능하다. 국가보안법제와 관련하여 명백하고 현존하는 위협이 있을 경우에 국가가 개입하는 것이 정당화되는 것처럼 차별과 폭력에 대해서 그러한 위협이 있다면 형사처벌이 필요할 수 있다.

5) 차별규제, 폭력 규제

편견은 혐오표현으로 발화되고 차별이나 폭력(증오범죄)로 이어진다. 편견은 어차피 규제대상이 될 수 없고, 부작용이 우려되는 혐오표현 규제가 쉽지 않다면, 차별과 증오범죄를 엄단함으로써 혐오표현을 최대한 위축시킬 수 있다. 표현 자체는 규율하지 않되, 표현이라는 선을 넘어가는 순간 강력히 대처한다는 전략이다. 차별시정기구를 통해 차별행위를 규제하고, 증오범죄법을 통해 증오범죄에 대처하는 것은 이미 민주주의의 국가의 보편적인 정책으로 자리잡았다. 혐오표현 금지법처럼 표현의 자유를 둘러싼 논란도 없다. 차별행위와 증오범죄는 비교적 그 실체가 분명하고 규제의 어려움이나 부작용이 거의 없으면서, 혐오표현이 더 큰 해악으로 번지지 않게 하고, 혐오표현을 적절한 수준에서 위축시킬 수 있는 방법이다.

VI. 형사범죄화의 한계와 차별시정기구 주도의 규제

혐오표현 규제에 있어서 또 하나의 중요한 것은 위와 같은 규제를 결국 ‘차별시정기구’가 주도해야 한다는 것이다. 이 때 형사범죄화의 문제를 어떻게 볼 것인지가 중요한 전제를 형성한다.

체적·정신적 질병이나 장애를 이유로 편견적 또는 경멸적 표현을 삼가야 한다. ② 보도 과정에서 그 표현이 사안의 설명에 직접적 관련이 없는 한, 개개인의 인종, 종교, 성별, 육체적·정신적 질병이나 장애에 관한 세부 사항을 과도하게 보도하여서는 아니 된다.

1. 형사범죄화의 한계와 의의

혐오표현 형사범죄화가 혐오표현을 근절하는 효과를 거둘 수 있을지는 미지수다. 혐오표현에 대한 규제가 혐오주의자들의 준동을 효과적으로 억제하거나 편견과 혐오를 몰아낼 것이라고 기대하긴 어렵다는 것이다.⁹¹⁾ 이미 형사범죄화를 시행하고 있는 나라들에서도 유의미한 효과가 있는지가 제대로 검증된 바는 없다.⁹²⁾ 집행실적도 미미하고,⁹³⁾ 법이 적용된 사례들을 보면 과연 일관된 기준이 있는지도 의심스럽다.⁹⁴⁾ 부작용을 줄이기 위해 규율범위를 좁힌다면 형사처벌의 실제 효과는 더욱 줄어든다. 규율범위를 벗어나는 혐오표현에 대해서는 속수무책이기 때문이다. 그런데 만약 형사범죄화가 소수자의 자력화와 시민사회의 역량 강화를 목표로 한다면, 오히려 형사범죄화의 ‘상징적 기능’을 기대해볼 수 있다. 혐오표현에 대한 금지·처벌이 한편으로 소수자를 향해 국가가 그들의 인권을 보호하고 있다는 신호를 보냄으로써 그들을 안심시키고, 다른 한편으로 시민사회를 향해 혐오표현을 관용하지 않는다는 도덕적 정체성과 사회적 가치를 확인시켜 주기 때문이다.⁹⁵⁾ 이 때, 혐오표현 금지법은 “공적 선언”⁹⁶⁾으로서 “상징적 가치”⁹⁷⁾를 갖는다고 할 수 있다. 그렇다면 집행실적이 별로 없거나 혐오표현 근절에

91) J. Mchangama, “The Problems with Hate Speech Laws”, *The Review of Faith & International Affairs* 13(1), 2015, 80-81면; P. B. Coleman, *Censored: How European “Hate Speech” Laws are Threatening Freedom of Speech*, Kairos Publications, 2012, 78-79면 참조.

92) Bacquet, 앞의 책, 41-42면 참조.

93) 혐오표현 처벌 사례가 영국은 매년 3-4건, 독일이나 프랑스도 100여건에서 200여건 정도에 불과하고 대부분 벌금형에 그쳤다는 사실을 언급하는 E. Bleich, *The Freedom to be Racist: The Freedom to Be Racist?: How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism*, OUP, 2011, 142-143면 참조. 이 책에서는 이러한 통계가 혐오표현 규제법의 ‘효과’를 가늠할 수 있는 척도가 되기는 어렵지만, 최소한 혐오표현 처벌이 매우 심각한 사례에만 적용되었다는 사실을 보여주는 것이라고 지적하고 있다. 반면, 영국에서의 (인종)혐오표현 규제에 대한 비판(표현의 자유 축소, 차별금지 효과 없음, 남용 등)이 과장되었다는 반론은 P. N. S. Rumney, P. N. S. “The British Experience of Racist Hate Speech Regulation: A Lesson for First Amendment Absolutists?”, *Common Law World Review* 117, 2003, 136면 이하 참조.

94) 세계 각국의 혐오표현 규제 사례들의 불명확성, 비밀관성 문제를 지적하는 Coleman, 앞의 책, 33면 이하 참조.

95) Parekh, 앞의 글, 46면; A. Tsesis, *Destructive Messages: How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movements*, New York University Press, 2002, 196면; K. Gelber, *Speech Matters: Getting Free Speech Right*, UQP, 2011, 101-102면; M. Jones, “Empowering Victims of Racial Hatred by Outlawing Spirit-Murder”, *Australian Journal of Human Rights* 19, 1994, 10면; D. O. Brink, “Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech”, *Legal Theory* 7(2), 2001, 154-155면 참조.

96) Jones, 앞의 글, 10면.

97) Brink, 앞의 글, 155면.

직접적인 효과가 없다는 것은 결정적인 문제가 아니다.⁹⁸⁾ 좁은 범위의 중한 혐오 표현만 규율한다고 해도 문제될게 없다. 혐오표현이 ‘범죄’로 공인을 받은 것만으로도 ‘국가의 강력한 처벌 의지’를 보여줄 수 있기 때문이다.⁹⁹⁾ 반드시 강한 처벌이 필요한 것도 아니다. 징역형 대신 벌금형만으로도 상징적 목적은 달성될 수 있다.¹⁰⁰⁾

하지만 이러한 ‘상징기능’이 형사범죄화의 필요충분조건이 될 수는 없다.¹⁰¹⁾ 국가의 ‘의지’를 보여주는 방법은 형사범죄화 말고도 얼마든지 있기 때문이다.¹⁰²⁾ 예컨대 혐오표현이 폭력이나 실제 차별로 이어지는 순간부터 가차 없이 처벌하거나, 정치지도자가 수시로 분명한 의지를 천명하거나, 교육 등을 통해 다양한 반혐오표현정책을 시행하는 것만으로도 ‘국가의 의지’를 과시할 수 있다. 형사범죄화는 그저 ‘조금 더 강력한’ 의지를 보여줄 수 있을 뿐이다.

형사범죄화의 효과가 이렇게 제한적인데 반해 오남용의 소지는 결코 적지 않다. 특히 앞(III.2.3)에서 언급한 법규제의 부작용은 괜한 우려가 아니다.¹⁰³⁾ 혐오표현의 형사범죄화가 기껏해야 상징적 기능 정도에 그친다면, 근본적인 문제 해결은 어차피 다른 형성적 조치들에 맡겨질 수밖에 없다. 이 때 형사범죄화가 형성적 규제들을 질식시키거나 정치적 에너지가 형사처벌에 과도하게 집중된다면 큰 문제가 아닐 수 없다. 형사처벌은 강력한 의지를 표명할 수 있는 방법이지만, 그만큼 형사처벌에 관심을 집중시키는 강한 위력을 가지고 있다. 또한 혐오표현 규제의 오남용이 주로 민주주의와 인권보장의 수준이 낮은 나라에서 나타났다는 점을 주의 깊게 봐야 한다.¹⁰⁴⁾ 한국처럼 표현의 자유의 보장 수준이 낮은 경우라면

98) Jones, 앞의 글, 10면; Brink, 앞의 글, 154면.

99) 박해영, “혐오표현(Hate Speech)에 관한 헌법적 고찰”, 『공법학연구』, 16(3), 2015, 162면.

100) 혐오표현에 대한 형량 문제에 대해서는 Farrior, 앞의 글, 92-93면 참조.

101) 상징형법이 초래할 법치국가적 문제는 별개다. 상징형법의 문제에 대해서는 빈프리트 하세머, 『형법정책: 법치국가와 형법』, 배종대·이상돈 역, 세창출판사, 1998, [13] 상징적인 형법과 법익보호 참조.

102) Weinstein, 앞의 책, 185-186면.

103) 다만, 혐오표현의 구성요건이 모호할 수밖에 없다는 것은 결정적인 문제라고 보기 어렵다(이재승, 앞의 책, 573면). 실제로 형법조문 중에는 모호한 구성요건들이 수없이 많다. 예컨대, 한국 형법에는 “문란한”, “협박한”, “명예를 훼손한”, “모욕한” 등의 구성요건이 있는데, 혐오표현 구성요건은 이보다 훨씬 더 구체적이고 명확하게 만들 수 있다. 또한 형법상 명확성원칙은 조문의 추상성 자체가 아니라 도그마틱이론과 판례의 축적에 의해 그 의미가 구체화되어 법조인과 시민이 어떤 행위의 처벌가능성을 예측할 수 있는지 여부가 핵심인데(이상돈, 『형법학: 형법이론과 형법정책』, 법문사, 1999, 6장 죄형법정주의와 대화이론 참조), 최근 혐오표현에 대해서도 상당히 구체적인 이론적 논의들이 축적된 상태다.

104) 에티오피아와 르완다에서 혐오표현 규제가 정치적 반대파를 탄압하는데 남용되었다는 사례연구로는 Mengistu, 앞의 글, 370-374면 참조. 국제엠네스티의 러시아, 우즈베키스탄, 인도네시아의 남용 사례에

혐오표현 규제법의 도입이 양날의 칼이 될 여지가 있다. 표현의 자유를 억압하는 기제들이 남아있는 상황에서 새로운 규제가 추가된다면,¹⁰⁵⁾ 국가규제의 총량이 확대되는 결과를 낳으며,¹⁰⁶⁾ 본래 의도와는 달리 ‘국가가 나쁜 표현을 금지할 수 있다’는 메시지를 줄 우려가 있기 때문이다.¹⁰⁷⁾ 실제로 혐오표현 규제가 도입된다면, 그보다 더 위험한(!) ‘중복세력’ 등 반국가행위자들의 표현도 규제해야 한다는 주장이 나오지 않으리란 보장이 없고, 이것이 정치적 반대자들의 목소리를 억누르는데 활용될 수도 있다는 것이다.

이러한 부작용들을 고려할 때, 혐오표현 형사범죄화가 꼭 필요한지는 의문이다. 굳이 도입을 한다면 다음과 같은 점들이 주의 깊게 고려되어야 한다. 먼저 그 규율범위가 최소화되어야 한다. 앞서 언급한 ‘증오선동’에 해당하는 표현만을 형사처벌로 삼는 것이 하나의 선택지가 될 수 있다. 최근 국제 시민사회가 혐오표현 형사처벌의 범위를 축소함으로써 그 부작용을 최소화하려는 시도에 관심을 갖기 시작했다는 점에 주목해볼 필요가 있다.¹⁰⁸⁾ 구체적으로 보면, 맥락(폭력, 차별에 관련한 정치, 경제, 사회, 문화적 상황), 화자(지위와 영향력 등), 의도(고의성,

대한 보고는 Amnesty International, “Freedom Limited: The Right to Freedom of Expression in the Russian Federation”, EUR 46/008/2008; “Uzbek Journalist Must be Released: Ulugbek Abdusalomov”, UA: 144/10 Index: EUR 58/006/2010; “Indonesia: Atheist Imprisonment a Setback for Freedom of Expression”, ASA 21/021/2012 등 참조.

105) 비슷한 취지에서, 표현의 자유의 단계를, 권위주의, 자유주의, 포스트자유주의로 나누고, (표현의 자유를 억압하던) 권위주의 단계에서 바로 (평화·인권을 위해 표현의 자유를 제한하는) 포스트자유주의로 이행한 한국의 위험한 현실을 지적하는 이재승, “선동죄의 기원과 본질”, 『민주법학』, 57, 2015, 154-157면 참조.

106) 이런 맥락에서 명예훼손죄, 모욕죄를 폐지해야 한다고 하면서 혐오표현금지법은 도입되어야 한다는 주장에 더욱 주목해볼 필요가 있다. 박경신, 『표현·통신의 자유: 이론과 실제』, 논형, 2013, 4장 참조.

107) <세계인권선언>, <자유권규약> 등 국제규범에 혐오표현 금지조항 삽입을 주도한 국가들이 주로 전체주의 국가들이었다는 점은 시사하는 바가 크다. 이 점에 대해서는 Coleman, 앞의 책, 15면 이하 참조.

108) 이러한 고민이 시작된 최초의 의미있는 성과로는 S. Coliver (ed), *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*, Article 19 and Human Rights Centre, University of Essex, 1992 참조. 본격적인 고민은 2000년대 들어 시작되었다. UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, “Joint Statement on Racism and the Media”, 27 February 2001; European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Relationship between Freedom of Expression and Freedom of Religion: the issue of regulation and prosecution of Blasphemy, Religious Insult and Incitement to Religious Hatred adopted by the Venice Commission at its 76th Plenary Session (Venice, 17-18 October 2008); Amnesty International, “Written Contribution to the Thematic Discussion on Racist Hate Speech and Freedom of Opinion and Expression Organized by the United Nations Committee on Elimination of Racial Discrimination”, 28 August 2012; Article 19, 앞의 글(“Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence”); 김지혜, 앞의 글, 41-43면, 68-73면; 이준일, “혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식”, 『고려법학』, 72, 2014, 79-80면; 김민정, “일베식 ‘욕’의 법적 규제에 대하여: 온라인상에서의 혐오표현에 대한 개념적 고찰”, 『언론과 법』, 13(2), 2014, 157-158면 참조.

확장성), 내용(대상, 자극성, 예술·학술적·종교적 맥락, 공적 담론에 기여, 허위·사실 등), 표현의 범위와 크기(청중, 전파 수단, 반복성, 전파 범위), 해악발생 가능성(차별·폭력·적대에 대한 직접적인 요청인지 여부, 청자의 성격) 등을 적절히 고려하여 적용범위를 좁히자는 의견이 제시되어왔다.¹⁰⁹⁾ 특히 화자의 ‘의도성’이나 해악을 일으킬 ‘위험의 실제 가능성’에 관한 요건을 강화한다면 상당한 효과가 있을 것이다.¹¹⁰⁾ 만약 “청자로 하여금 신념, 의견, 입장에 근거한 어떤 행동을 하게 만들려는 의도”를 요건으로 삼는다면, 부주의하거나 진지한 의도·의지가 없는 혐오표현은 규율범위에서 제외될 것이다.¹¹¹⁾ 독일 형법에서처럼 국민 계몽이나 예술, 학문 등의 목적에 기여하는 경우에는 적용을 배제하는 것도 혐오표현 형사범죄화의 지나친 확장을 막는 방법이 될 수 있다. 실제 위험의 가능성이 높은 ‘폭력선동’만 규율하자는 제안도 있다.¹¹²⁾ 미국에서 표현에 대한 국가개입의 척도로 활용되어온 ‘브란덴버그 심사’(Brandenburg Test)에 따르면, “어떤 고취가 즉각적인 불법행동을 자극하고 만들어내는 것을 지향하고 있고, 그러한 행동을 선동하거나 만들어낼 가능성이 있을 때”¹¹³⁾에만 국가 개입이 정당화되고, 이 때

109) Article 19, 앞의 글(“Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence”), 29-40면에서 제시한 선동 테스트(Incitement Test)를 기본틀로 삼아 다음 문헌으로 보충한 것이다. “Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence”, Conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organised by OHCHR, in 2011, and adopted by experts in Rabat, Morocco on 5 October 2012, 22단락; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendations No. 35: Combating Racist Hate Speech, 26 September 2013, Fortieth Session, Supplement No. 18 (A/40/18), 15단락; E. D. Guyton, “Tweeting ‘fire’ in a Crowded Theater: Distinguishing between Advocacy and Incitement in the Social Media World”, *Mississippi Law Journal* 82(3), 2013, 725-728면; T. Mendel, “Study on International Standards Relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred, For the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide”, 2006, 44-61면; 김지혜, 앞의 글, 69-71면 참조.

110) 이주영, 앞의 글, 218-222면 참조.

111) Article 19, 앞의 글(“Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence”), 21-22면. 비슷한 취지로 Amnesty International, 앞의 글(“Written Contribution to the Thematic Discussion on Racist Hate Speech and Freedom of Opinion and Expression”), 3-4면; T. Mendel, “Study on International Standards Relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred, For the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide”, 2006, 45-49면 참조.

112) 비슷한 취지에서, ‘세계관선동’과 ‘행위선동’을 구분하는 이재승, “선동죄의 기원과 본질”, 『민주법학』, 57, 2015, 152-153면 참조. 세계관선동이 어떤 태도나 사고체계를 갖도록 선동하는 거라면, 행위선동은 특정한 행위를 하도록 선동하는 것을 뜻한다. 혐오표현을 차별표현, 혐오표현, 증오선동, 테러리즘 선동, 제노사이드 선동 등으로 구분하자고 제안으로는 N. Ghanea, “The Concept of Racist Hate Speech and its Evolution over time”, Paper presented at the United Nations Committee on the Elimination of Racial Discrimination’s day of thematic discussion on Racist Hate Speech 81st session, 28 August 2012, Geneva, 5면 참조.

113) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

불법행동은 폭력이나 공공질서의 문란을 뜻하는 것으로 해석된다.¹¹⁴⁾ 이 기준을 적용하면, 차별·적의에 대한 선동은 법규제에서 제외되고, 폭력에 대한 선동만 범죄화된다.¹¹⁵⁾ 이렇게 되면 규제범위가 상당히 좁아지고 더욱 명료해지며, 폭력이 임박한 상황에서는 사상의 시장을 통한 해결을 시도할 여유가 없기 때문에 국가 개입의 정당화도 한결 쉬워진다.¹¹⁶⁾ 이러한 요소들은 형법 구성요건에 가능한 자세히 포함되는 것이 가장 바람직하며, 법적용과정에서도 참고가 될 수 있다. 이러한 요건을 적용하면, 청중의 행위를 촉발하는 직접적인 선동, 인터넷에서 벌어지는 반복적이고 노골적인 혐오표현,¹¹⁷⁾ 혐오표현 구제신청에 대한 보복 등에 대한 형사범죄화가 우선적으로 고려될 수 있을 것이다.¹¹⁸⁾

〈표 3〉 선동 테스트(Incitement Test)¹¹⁹⁾

<p>테스트 1: 맥락(폭력, 차별에 관련한 정치, 경제, 사회, 문화적 상황)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 폭력 등 사회적 충돌이 있었는지 여부 - 제도화된 차별이 존재하고 있는지 여부

114) S. G. Gey, “The Brandenburg Paradigm and other First Amendments”, *Journal of Constitutional Law*, 12(4), 2010, 983면; 이부하, 앞의 글, 198-199면 참조.

115) 사실 <자유권규약> 제정 당시에도 초안은 ‘폭력선동’에만 적용되도록 되어 있었다. 같은 취지의 의견으로 Coleman, 앞의 책, 75-80면; Mendel, 앞의 글⁹⁾ “Does International Law Provide for Consistent Rules on Hate Speech”, 428면; P. Molnar, “Responding to Hate Speech with Art, Education, and the Imminent Danger Test”, in Herz and Molnar, 앞의 책, 193-196면 참조.

116) Molnar, 위의 글, 193-196면 참조.

117) 유럽에서는 사이버상의 인종차별적 혐오표현에 대하여 특별한 대책을 강구해왔다. Council of Europe, Additional Protocol to the Convention on Cybercrime concerning the Criminalisation of Acts of a Racist and Xenophobic Nature Committed through Computer Systems, ETS No. 189, 2003.1.28.; ECRI General Policy Recommendation No.6: Combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the Internet, Adopted by ECRI on 15 December 2000; C. D. Van Blarcum, “Internet Hate Speech: The European Framework and the Emerging American Haven”, *Washington and Lee Law Review* 62(2), 2005, 781-808면 등 참조.

118) 이준일, 앞의 글, 79-80면 참조.

119) Article 19, “Prohibiting Incitement to Discrimination, Hostility or Violence (Policy Brief)”, 2012, 29-40면; “Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence”, Conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organised by OHCHR, in 2011, and adopted by experts in Rabat, Morocco on 5 October 2012, 22단락; Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendations No. 35: Combating Racist Hate Speech, 26 September 2013, Fortieth Session, Supplement No. 18 (A/40/18), 15단락; Guyton (2013). Tweeting ‘Fire’ in a Crowded Theater: Distinguishing between Advocacy and Incitement in the Social Media World. *Mississippi Law Journal* 82(3). 725-728면; Mendel (2006). Study on International Standards Relating to Incitement to Genocide or Racial Hatred, for the UN Special Advisor on the Prevention of Genocide. 44-61면; 김지혜 (2015). 앞의 글, 69-71면 등 참조.

- 청중과 소수자집단이 서로 충돌한 역사가 있는지 여부
- 차별금지법과 표현의 자유에 관한 법률이 있는지 여부
- 미디어가 얼마나 다원적이고 공정한지 여부

테스트 2: 발화자

- 발화자의 공식적 지위
- 발화자의 권위와 영향력
- 특히 정치인, 공직자의 경우에는 특별하게 다뤄져야 함

테스트 3: 의도

- 혐오를 고취하는 데 관여하려는 의도적인 노력
- 소수자집단을 특정하려는 의도적인 노력
- 자신의 발언이 어떤 결과를 가져올 것인지에 대한 인지 여부
- 표현의 확대범위와 반복성

테스트 4: 내용

- 무엇을 고취하고 있는지 여부: 폭력 선동 여부 등
- 청중은 누구인가?
- 차별선동의 대상(소수자집단)은 누구인가?
- 표현의 자극성, 도발성, 직접성의 정도
- 배제사유: 예술적 표현, 종교적 표현, 학술적 의견, 공적 담론에 기여하는 의견인 경우
- 명백한 허위인지, 가치판단의 문제인지 여부

테스트 5: 표현의 범위와 크기

- 제한된 청중만을 대상으로 한 것인지 여부
- 표현의 전파 수단
- 표현의 강도와 규모: 반복성, 전파 범위 등

테스트 6: 해악 발생의 가능성

- 차별, 폭력, 적대행위에 대한 직접적인 요청인지 여부
- 화자가 실제로 영향을 줄 수 있는 상황인지 여부
- 청자가 실제로 영향을 받을 수 있는 상황인지 여부
- 소수자집단이 실제로 차별을 겪고 있는지 여부

위의 표는 혐오표현 중 형사처벌이 가능한 증오선동을 판단하는 기준을 예시적으로 제시한 것이다. 이렇게 하면 형사범죄화로 인한 남용가능성은 줄어들 수 있을 것이다. 하지만 이렇게 범위를 좁히면 좁힐수록 형사범죄화로 해결 가능

한 혐오표현의 범위도 줄어들고, 이 범주에 들어오지 않는 나머지 혐오표현에 대해서는 속수무책이 되어버린다는 딜레마가 있다.

한편, 형사처벌의 범위를 적절하게 한정하려면 혐오표현의 근거가 되는 차별금지사유도 조정할 필요가 있다. 역사적으로 차별받고 억압받아왔기 때문에 적대와 폭력에 쉽게 노출될 우려가 있고 특별한 보호가 요청되는 소수자집단에 대한 혐오표현만 형사처벌의 대상이 되도록 하는 것이다. 영국 평등법(Equality Act 2010, 4조)의 차별금지사유는 연령, 장애, 성전환, 혼인 및 동성결혼, 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적 지향 등 8개지만,¹²⁰⁾ 형사처벌되는 혐오표현은 인종, 종교, 성적 지향 등 3개 사유에 근거한 경우로 한정되어 있다. 차별금지사유가 19가지에 달하는 한국의 경우¹²¹⁾에도 적용범위를 좁힐 필요가 있을 것이다.

2. 차별시정기구 주도의 규제: 다층적 규제의 컨트롤타워

혐오표현의 형사범죄화 여부와 무관하게, 차별시정기구가 혐오표현 규제를 주도하는 것이 바람직하다.¹²²⁾ 차별시정기구 주도의 규제는 차별시정기구가 다층적 규제의 컨트롤타워 역할을 한다는 것을 뜻하는 것이다. 혐오표현 근절을 위해서는 포괄적(holistic, comprehensive)이고 다층적인(multi-layered) 접근이 더욱 중요하다.¹²³⁾ 형사범죄화, 차별구제, 민사구제, 형성적 조치 등의 여러 규제방법들을 적재적소에 배치하여 활용해야 한다는 것이다. 형사범죄화 또는 차별구제가 일정한 역할을 한다고 해도, 형성적 조치는 여전히 문제해결을 위해 가장 중요하고 근본적인 조치다.¹²⁴⁾ 형사범죄화는 어차피 혐오표현의 일부에만 적용되며, 그나

120) 여기서 이 법에 의해 보호되는 속성으로 age, disability, gender reassignment, marriage and civil partnership, pregnancy and maternity, race, religion or belief, sex, sexual orientation 등이 제시되어 있다.

121) “성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실희된 전과(前科), 성적지향, 학력, 병력(病歷) 등” (국가인권위원회법 2조의 3).

122) ‘표현의 자유를 위한 연대’에서 발간한 정책 보고서(앞의 책)에서도 혐오표현 문제를 다루고 있는데, 이 논의에 참여한 인권활동가·연구자들의 잠정적인 결론 역시, 혐오표현에 대한 공적 개입은 필요하되 그 방법은 차별금지법에 의한 것이어야 한다는 것이었다.

123) “Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence”, Conclusions and recommendations emanating from the four regional expert workshops organised by OHCHR, in 2011, and adopted by experts in Rabat, Morocco on 5 October 2012, 24-29단락; Amnesty International, 앞의 글(“Written Contribution to the Thematic Discussion on Racist Hate Speech and Freedom of Opinion and Expression”), 8-9면; 이주영, 앞의 글, 212-213면 등 참조.

124) 같은 취지로 Cortese, 앞의 책, 156-159면 참조.

마도 혐오표현을 근절하는 직접적인 효과를 기대하긴 사실상 어렵다. 차별구제나 민사구제가 좀 더 유연하고 넓은 범위를 포괄하겠지만, 사후적이고 소극적인 방식이라는 점에서는 형사범죄화와 마찬가지로 다르다. 따라서 형사범죄화나 차별구제가 있더라도, 뿌리박힌 차별관념을 근본적으로 바꾸기 위해서는 형성적인 방법들을 통해 “사회적 관행”을 만들어 혐오표현의 물질적 기반 자체를 없애야 한다.¹²⁵⁾ 이를 위해서는 다음의 표4와 같이, 입법부, 정부, 지자체, 사법부, 공공기관, 교육기관, 사기업, 정보통신심의기관, 인터넷 서비스사업자들이 각각의 권한 범위 내에서 적절한 조치를 취하는 것이 매우 중요하며, 여기에 차별시정기구가 적절한 압력과 지원기관으로 역할을 하게 된다.

<표 4> 혐오표현에 대한 기관별 대응정책¹²⁶⁾

<p>I. 국가인권위원회</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 인권정책 <ul style="list-style-type: none"> - 정책 권고, 기관별 자문 및 대책 지원, 연구 및 정책 대응 2. 인권침해 구제 3. 인권교육·홍보·협력 <ul style="list-style-type: none"> - 인식제고 교육 및 캠페인, 교육, 시민·인권단체와의 협력, 언론사, 기업 등과의 협력, 심의기관과의 협력 <p>II. 입법부</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 관련 입법 추진 2. 정책 및 교육 <p>III. 정부·지방자치단체</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국가인권정책기본계획(NAP) 2. 혐오표현 관련 정책 수립 3. 혐오표현 관련 교육 4. 조례 제정을 통한 혐오표현 예방 <p>IV. 사법부</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 법률 해석·적용에 있어서 혐오표현에 대한 이해 증진

125) Baker, 앞의 글(“Hate Speech”), 73, 75면; Baker, 앞의 글(“Autonomy and Hate Speech”), 151면; Braum, 앞의 책, 9장; A. Harel, “Hate Speech and Comprehensive Forms of Life”, in M. Herz and P. Molnar (ed), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge University Press, 2012, 322-324면 등 참조. 규제반대론에서는 대학 등에서의 혐오표현 규제에 대해서도 같은 입장을 취한다. 대표적으로 N. Strossen, “Regulating Racist Speech on Campus: A Modest Proposal”, *Duke Law Journal*, 1990, 562면 이하 참조.

126) <혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구> (연구책임자: 홍성수), 국가인권위원회 보고서, 2016, 261-284쪽.

2. 국제법규범의 적극적인 수용 추진

V. 공공·교육기관

1. 학생인권증진기본계획
2. 법·제도 및 정책
3. 지원 및 규제 방안

VI. 사기업

1. 직장의 자율적 조치
2. 직장 내 지원 정책

VII. 정보통신 심의기관과 인터넷 서비스 사업자

1. 방송통신위원회
2. 방송통신심의위원회
3. 언론중재위원회
4. 자율규제기구
5. 인터넷서비스사업자

VII. 결론과 과제

혐오표현의 여러 해악을 고려할 때, 어떤 방식으로든 개입이 불가피하다. 하지만 그 규제의 방향은 단순히 혐오표현을 ‘금지’하는 것이 아니라, 표현의 자유를 ‘증진’하는 것에 초점을 맞춰져야 한다. 혐오표현의 제한은 표현의 자유를 더 증진한다는 조건 하에서만 정당화될 수 있다는 것이다. 그런 의미에서 ‘지지하는 규제’가 우선적으로 검토되어야 하며, 표현의 자유 시장을 통해서 해결될 수 없는 일부 영역에 대해서는 ‘금지하는 규제’도 적용되어야 할 것이다. 그런 관점에서 차별적 괴롭힘 규제, 공공영역에서의 규제, 증오선동 규제, 차별행위와 증오범죄 처벌이 필요하다. 이를 위해서는 차별금지법의 제정이 가장 중요하며, 일부 형사 특별입법도 필요할 수 있다. 이 때 혐오표현을 ‘차별’의 일종으로 보고 차별금지법과 차별시정기구가 혐오표현 규제를 주도해야 한다. 차별시정기구는 혐오표현을 규제대상으로 삼되 비사법적 규제를 통해 피해자친화적인 규제를 제공하며, 교육, 홍보, 자문 등을 통해 혐오표현 근절을 위한 형성적 조치도 시행하는 등 혐오표현 규제에서 컨트롤타워 역할을 맡는다. 이러한 대안을 ‘차별시정기구가 주도하는 다층적 접근’이라고 부를 수 있을 것이다.

제169회 발표회 지정토론문

발제문: “혐오표현의 규제 방향: 형사범죄화의 한계와 다원적 규제 대안”

발제자: 홍성수(숙명여자대학교 법학부 교수)

날짜 및 장소: 2018. 11. 16.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

이 상 경*

먼저 헌법실무회 회장이신 서기석 재판관님과 실무회 준비에 애쓰신 이황희 연구관님 및 여러 선생님들께 깊이 감사드립니다.

홍성수 교수님의 좋은 글을 읽고 많은 공부가 되었습니다.

본 토론문은 혐오표현에 대한 ‘규제’는 불가피하다는 취지의 홍성수 교수님 글의 기조에 반대하는 입장에서 작성되었습니다.

혐오표현에 대한 논의는 유럽에서는 주로 규제쪽으로, 미국에서는 (교수님의 표현을 빌자면) “비국가적·형성적” 방법을 통해 “대처”한다는 입장인데, 영국에서 공부하신 교수님과 미국에서 공부한 저로서는 아무래도 다른 관점에서 바라보게 될 것 같습니다.

아래와 같은 점들에 대한 질문을 드리려 합니다.

1. 1면에 “여기서 ‘규제’(regulation)는 단순히 금지하고 처벌하는 것만을 의미하지 않으며, 형성하고 지지하는 형태의 다양한 개입을 의미한다.”라고 했는데 ‘규제’의 언어적 측면은 ‘행정규제’라는 말에서 알 수 있듯이 국가기관 혹은 권력 기관에 의한 일방적인 억제와 통제의 관점으로 이해되는데 발표문에서는 ‘형성하고 지지하는 형태의’ 다양한 개입이라고 정의해서 전통적인 ‘규제’의 개념과 양립할 수 있는가 하는 질문을 드립니다.

9면 이하에서도 IV. 혐오표현에 대한 규제방법에서도 “형성적 규제(지지하

* 서울시립대 법학전문대학원 교수

는 규제)”라는 표현을 사용했는데 교육, 홍보, 정책, 지원, 연구 등이 ‘규제’라는 표현 아래 포섭될 수 있는 부분인지요. 본문 중에는 이를 “형성적 조치”(12면 상단으로부터 2째줄 가운데, 4째줄 첫 구절)라는 표현을 함께 쓰고 있습니다. 형성, 지원 정책 혹은 조치도 ‘규제’라는 용어 아래 포섭하기 위해 많은 부분에서 어려움이 발생하는 것 같습니다. 예컨대 권고, 자문, 교육, 홍보 정책 등은 ‘협오표현 규제반대론자들도 반대하지 않는 조치’(12면 상단으로부터 1~2째줄)라는 표현도 ‘규제’의 범주에 그러한 조치들이 포섭되지 않는 것으로 보기 때문일 것입니다.

또한 각주 3)번에도 언급되어 있듯이 ‘규제할 때의 부작용’이라는 측면은 규제는 형성하고 지지하는 형태의 개입을 포섭하는 것이 아니라고 생각됩니다. 특히 ‘표현의 규제’는 표현의 ‘자유’와 연관되어 있어 ‘자유’의 규제가 되기 때문에 더더욱 허용될 수 없다고 생각합니다.

자유’의 일방적인 규제는 전제적 혹은 독재적 발상입니다. 교수님 ‘규제학’논문에도 언급되어 있듯이 전통적인 규제방법으로서 “명령-통제식 규제”를 떠올리기 쉽다는 점에서도 그렇습니다. ‘자유’는 최대한의 보호와 증진에 중점으로 두어야 하며, 예외적인 경우에 한하여 헌법 제37조 제2항의 소정의 엄격한 요건에 따라 ‘최소한으로 제한’될 수 있을 뿐입니다.

2. 1면 각주2) 규제의 다양한 의미에 대해서는 홍성수, “규제학: 개념, 역사, 전망”, 『안암법학』 26, 2008, 1-28쪽 참조. → 실제 면수는 307~406면으로 수정요망

3. 2면에서 “미주인권협약의 13조 5항에는 협오표현을 ‘처벌해야 한다’는 명문 규정이 있고,”라고 쓴 부분은 아래의 원문을 확인하여 표현을 가다듬어 주시면 좋겠습니다. ‘처벌해야 한다’와 ‘처벌할 수 있는 위법행위로 본다’는ニュ앙스가 많이 다르다고 생각되기 때문입니다.

AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Article 13. Freedom of Thought and Expression

5. Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law.
 법으로 처벌할 수 있는 (위법)행위로 본다.

4. 3면에서 ‘harm’을 ‘해악’이라고 칭하기 보다는 ‘해’, 또는 ‘피해’ 정도면 어떨까 싶습니다. ‘해악’이라는 것은 evils 또는 maleficence라는 용어가 있으며 심대한 정도의 사회적 악을 이미 의미하는 것이기 때문입니다. 최근 혐오표현의 피해에 대한 우려도 점차 잦아들고 있는 것이 아닌가 싶습니다. 특히 사이버상 혹은 온라인 표현상의 혐오표현 등은 온라인 유저(user) 및 서버관리자들의 자정작용 혹은 자제 등을 통하여 많은 부분 개선되고 있는 상황입니다. SNS가 대표적인 예가 될 것입니다. 페이스북이나 인스타그램의 경우 악플의 검색 및 차단 등 자정기능을 어느 정도 효과를 보고 있습니다. 따라서 해악이라고 불릴 정도로 강하게 부정적으로 표현할 필요는 없어 보입니다.

5. 8면 상단으로부터 5째줄 “이렇게 실질적인 해악과 연동시키게 되면 규제 정당성도 쉽게 확보된다. 해악이 임박한 상황에서는 사상의 시장을 통한 해결을 기대할 수 없고, 따라서 법의 선제적 개입이 불가피하기 때문이다.”라는 부분은 ‘내용규제 금지’ 및 ‘명백하고 현존하는 위험원칙’을 통해 표현행위의 국가개입한계를 명확히 하고 표현의 자유에 대한 자의적인 침해가능성을 막기 위한 것이라는 당해 단락의 논의의 흐름에 비추어 갑자기 등장한 부분이라 약간 어색하게 느껴집니다. 갑자기 등장해서도 그렇고요.

6. 9면 IV. 혐오표현에 대한 규제방법의 장에 들어가기에 앞서 III. 혐오표현 규제에 대한 논쟁 부분에서 발표자의 결론을 피력하는 부분이 있었으면 좋겠습니다. 적절한 혐오표현 규제 반대론의 근거들이 당연히 저는 설득력 있게 들리는데, 바로 이어서 ‘혐오표현 규제방법’으로 넘어가기 때문입니다. 발표자의 결론이 III.에서 명백히 피력된 후에 IV.로 이어지면 좋을 것 같습니다.

7. 10면 3. 차별시정기구에 의한 ‘규제’ --> 차별시정기구에 의한 ‘구제’ 수정: 3. 아래의 본문에서는 “차별시정기구에 의한 구제”라고 쓰고, 줄여서 “차별구제”라고 하고 있으므로 통일이 필요할 것 같습니다.

8. 13면 “2. 표현의 자유를 증진하는 규제”의 부분도 ‘혐오표현에 대한 억제 또는 개입을 통한 표현의 자유 증진’을 의미하는 것으로 생각되는데, 목차의 표현만으로는 그런 의미를 파악하기 어렵다고 생각합니다. 15면 “1) 표현의 자유를 증진하는 개입”과 표현의 통일도 필요할 것 같습니다.

9. 목차 IV. 혐오표현의 규제방법의 내용, V. 혐오표현 규제의 기본 구상 부분 및 VI. 형사범죄화의 한계와 차별시정기구 주도의 규제 부분 가운데 중복되는

부분(형사범죄화 부분과 차별시정기구 부분)은 정리하여 합치는 것이 바람직할 것 같습니다.

10. 25면 결론 부분에서 발표자가 “표현의 자유를 ‘증진’하는 것에 초점을 맞춰져야 한다. 혐오표현의 제한은 표현의 자유를 더 증진한다는 조건 하에서만 정당화될 수 있다는 것이다.”고 한 부분에 전적으로 동의합니다. 결론에 피력된 내용 중 차별금지법 제정의 중요성을 강조한 것과 차별시정기구에 의한 시정 및 비사법적 구제 방법이 필요하다는 부분도 적극 동의합니다.

방대한 발제문을 통하여 많은 공부가 되었음을 거듭 감사드리며, 이상으로 두서없는 토론을 마치겠습니다.

감사합니다.

제169회 발표회 지정토론문

발제문: “혐오표현의 규제 방향: 형사범죄화의 한계와 다원적 규제 대안”

발제자: 홍성수(숙명여자대학교 법학부 교수)

날짜 및 장소: 2018. 11. 16.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

김 현 귀*

혐오표현에 관한 연구를 지속해 오신 홍성수 교수님의 발표를 듣고 토론을 할 수 있게 되어 영광입니다. 많은 가르침 부탁드립니다. 여기서는 혐오표현 규제에 대한, 특히 그것이 왜 필요한지에 대한 저의 짧은 생각을 정리해 보는 것으로 토론을 대신하고자 합니다.

혐오표현연구의 경향

기존의 혐오표현규제에 관한 규범학적인 연구는 혐오표현이라는 현상 또는 이슈에 대하여 어떤 규범들이 적용될 수 있는지를 검토하고, 이를 유형별로 나누어보는 작업을 중심으로 이루어졌다고 생각합니다. 발표문을 보면, 혐오표현규제는 인종, 민족, 국적 등을 기준으로 한 ① 증오의 선동을 범죄로 처벌하는 규제, ② 차별금지법에 의한 행정적 규제, ③ 미디어 분야에서의 규제, ④ 시민사회영역에서의 공동체적인 대응 등으로 나누어 볼 수 있는 것 같습니다. 그밖에 명예훼손, 모욕 같은 개인적인 민형사상 규제 등이 있을 것입니다.

규범들의 기원

사실 증오의 선동을 처벌하는 규범이나 차별금지법, 그리고 미디어 분야에

* 헌법재판소 헌법재판연구원

서의 규범들은 본래 혐오표현이라는 현상에 대응하기 위하여 만들어진 규범이 아니고 각기 다른 목적과 역사를 통해 만들어진 규범들입니다. 예를 들어, ① 증오의 선동에 대한 처벌은 유럽국가에서 만들어진 특별한 규범들입니다. 유럽의 경우, 특정 인종, 민족 등에 대한 증오를 선동하던 사람들이 민주적인 방법을 통해 정권을 잡고 그 결과 제2차 세계대전의 수렁으로 들어간 특별한 경험이 있습니다. 그래서 특별히 증오를 선동하거나 그 역사를 부정하는 개인에 대해서도 규제할 수 있는 공감대가 마련되어 있었습니다. 특히 유럽에서는 1990년대부터 이에 대한 대응으로 형사처벌규범들이 많이 제정되었던 것으로 보입니다. 그리고 ② 차별금지법 규범은 1960년대 미국사회에 만연하던 인종차별에 반대하기 위해 연방정부가 주정부나 사적인 관계에 개입하면서 만들어진 것입니다. 미국의 연방헌법이 인권문제에 관해서는 주정부에 대해서도 개입할 수 있는 실체적 적법절차원리나 대사인적 관계에 대해서도 정부나 연방헌법이 적용되는 법리도 이때 확립됩니다. 그리고 미국에서 1964년 민권법이 제정되고, 전 세계적으로 이것이 확산되어 차별금지 및 인권보호를 위한 법률과 이를 집행하기 위한 행정기관들이 만들어집니다. 우리의 경우, 인권보호를 위한 행정기관인 ‘인권위원회’는 있지만 아직 포괄적인 차별금지법은 없습니다. 또 ③ 오늘날 미디어 규제들은 1947년 미연방의회의 허친슨 보고서는 언론 및 대중매체가 사회의 필요에 부응하는데 실패했다고 진단하고 그 해악을 교정하기 위하여 정부개입의 필요성을 지적한 이후 미디어의 사회적 책임을 확보하기 위하여 만들어진 규범들입니다. 이들 모두의 공통점은 공익을 위하여 국가의 적극적인 개입이 요청되는 과정에서 확립된 규범들이라는 점입니다.

혐오표현에 대한 규제와 표현의 자유

혐오표현에 대한 규제는 표현의 자유 보장하는 것으로 인식되고 있습니다. 혐오표현을 규제하는 것과 표현의 자유를 보장하는 것이 지향하는 바가 서로 다르지 않기 때문입니다. 단적으로 증오의 선동에 대한 처벌에 관해 보면, 원래 이 규범은 민주주의를 수호하고 제2차 세계대전과 같은 전쟁의 재발을 방지하는데 보다 근본적인 목적이 있습니다. 그런 점에서 이는 보편적 인권으로서 표현의 자유 보장과도 일맥상통합니다. 1948년 세계인권선언 제19조의 표현의 자유도 제2차 세계대전 이후 ‘전쟁선동의 방지’라는 목적을 위하여 확립된 개념입니다. 원래 ‘전쟁선동’은 이미 제1차 세계대전부터 있어왔고, 주로 정부에 의하여 자국민에

대해 이루어지던 일입니다. 이에 대한 국제사회의 보편적인 대응은 기본적으로 ‘표현의 자유’와 국제적인 ‘정보의 자유로운 흐름(Free Flow of Information)’을 보장하는 것입니다.¹⁾ 이런 내용은 세계인권선언 제19조에 반영되어 있습니다.²⁾ 그런데 21세기에 정보환경이 변화되었습니다. 인터넷이 보급되면서 정보도 표현도 너무 많아졌습니다. SNS 등이 활성화되면서, 이제는 국경이나 매체의 구별 없이 정보가 유통되기에 이릅니다. 이제는 국가에 의한 선동이 아니라 개인에 의한 전쟁선동, 즉 증오의 선동이 더 큰 문제가 되었고, 더 이상 ‘정보의 자유로운 흐름’의 패러다임으로 해결할 수 없는 상황이 되었습니다.

현상 분석

다시 혐오표현이라는 ‘현상’으로 돌아와 보면, 어쩌면 이는 정보환경의 변화가 불러온 새로운 현상이라고 할 수도 있습니다. 인터넷을 통하여 유통되는 혐오표현으로부터 자국민을 보호하기 위하여 미국과 유럽이 충돌하기도 했습니다. 한편 가짜뉴스에 대해서 심도 깊게 연구해 보지는 않았지만, 웬지 우리가 예전부터 써오던 “짜라시”나 “루머”, “사이비”, “페이크 뉴스” 등의 것들을 모두 한꺼번에 “가짜뉴스”라고 부르는 것 같습니다. 아마 SNS를 통해 이런 (허위)정보들도 “뉴스”처럼 유통되기 때문에 그렇게 된 것 같습니다. 그런 의미에서 혐오표현에 대한 이슈와 가짜뉴스는 어느 정도 닮은 구석이 있으면서, 또 다른 구석도 있는 것 같습니다.

둘 다 정보환경의 변화로 인하여 그 위험이 크게 부각된 측면이 있다는 점에서는 유사합니다. 그러나 가짜뉴스가 게이트키퍼 역할을 하는 권력의 공백으로 인하여 발생하는 무질서 같은 현상이라면, 혐오표현 이슈는 이전까지는 문제되지 않던 것들이 다른 맥락에서 수면위로 올라오는 모습으로 볼 수 있습니다. 혐오표현 이슈에는 발표문에서 적절히 지적되고 있는 것처럼 이미 모욕이나 명예훼손 또는 기존의 정형화된 ‘괴롭힘’에 해당하거나 문제들이 포함됩니다. 그런데 소수

1) 이는 국민이 국가의 선전선동에 속지 않기 위한 최소한의 대책이다. 국가의 전쟁선동을 방지하기 위해 도입된 정보의 자유로운 흐름은 이후 20세기 동안 개인의 표현의 자유와 정보의 자유를 보장하는 큰 패러다임으로 작동하게 된다. 세계인권선언 이후 자유진영국가에서 표현의 자유는 의사표현의 자유는 물론이고, 기본적으로 알 권리(정보의 자유)와 이를 보장하기 위한 신문, 방송 등 미디어의 자유를 그 보호내용에 포함한다. 이를 위하여 국제적으로 자유로운 취재와 뉴스전송 등이 보호되었다.

2) 세계인권선언 제19조 모든 사람은 의견의 자유와 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 간섭없이 의견을 가질 자유와 국경에 관계없이 어떠한 매체를 통해서도 정보와 사상을 추구하고, 얻으며, 전달하는 자유를 포함한다.

자들이 점차 자신들의 목소리를 가지게 되면서 혐오표현으로 새롭게 인식되는 것들도 많습니다. 이전에는 표현의 자유에 의하여 보호되었을 것이라거나, 당연한 ‘상식’ 또는 정상적인 것, 그것도 아니면 최소한 ‘농담’으로라도 면피될 수 있었던 표현들이 이제는 혐오표현이나 성희롱 등으로 새롭게 인식되고 있다는 점에 주목할 필요가 있습니다. 이런 모습들은 그동안 의식하지 못했던 (3차원적) 권력이 해체되어 가는 과정이라고 볼 수도 있습니다. 아마티아 센의 가정처럼 사회적 의사소통의 과정을 선거의 일종으로 보면, 이는 더욱 분명해집니다. 혐오표현을 하는 사람은 그런 표현을 많이 함으로써 소수자들을 알게 모르게 억압하는 것이고, 소수자들도 그런 혐오표현을 못하게 하면서 그 억압에 대항하고 자신들의 입지를 확보해 나가는 것입니다. 그런 의미에서 혐오표현 이슈는 정보환경의 변화로 심화된 차별 또는 폭력적인 표현의 문제이기도 하면서, 그 담론과정을 통하여 소수자들이 자신들의 목소리를 찾아가는 과정으로 이해할 수도 있을 것입니다.

다시 규범으로

발표자는 혐오표현에 대한 규제는 이제 불가피하다고 여러 차례 말씀하셨습니다. 배타적인 자유는 또 다른 억압을 낳을 수 있지만, 평등하고 정의로운 법은 우리에게 해방을 줄 수 있다고 합니다. 소수자들이 우리 안에 머물러서 자신들의 목소리를 찾아가는 것은 정의로운 일이라고 생각합니다. 이를 위하여 그들에게 사람으로서 예의를 갖추도록 단속하는 것은 국가가 마땅히 해야 할 일이고 또 그렇게 하는 것이 모두에게 득이 되는 일이라고 생각합니다. 그런 의미에서 혐오표현에 대한 규제는 사회통합과 공동체적인 관점에서 국가의 중요한 일 중 하나라고 생각합니다.

한편 혐오표현에 대한 규제는 대화의 규칙을 정한다는 의미로 볼 수도 있습니다. 그것은 표현의 자유에 있어서 넘어서는 안 되는 선을 정하는 문제입니다. 그 선을 어디까지 설정할 것인지는 모든 사람의 복리를 고려하여 법으로 정할 수 있는 문제입니다. 그러나 잘 아시다시피, 법이라는 것이 쉽게 우회할 수 있고 빈틈도 많아서 만능은 아닙니다. 형법적으로는 증오의 선동과 같이 극히 예외적이고 분명한 경우 정도만 처벌할 수 있습니다. 차별금지법이 있다고 해도 ‘괴롭힘(harassment)’으로 유형화될 수 있는 혐오표현만 규제할 수 있습니다. 그런 의미에서 정말 중요한 부분은 여전히 표현의 자유로 보호되고 있다고 인식되고 있는 혐오표현들이라고 생각합니다. 그런 것들을 사회공동체의 관점에서 규범적으로 통

제할 수 있는 방법들을 더 고민해야 하지 않을까 합니다.

그런 의미에서 발표자가 제안하는 국가인권위원회 중심으로 다층적인 규제 체계의 체계를 잡는 것도 매우 좋은 실천 방법론이 될 것 같습니다. 그런 실천들이 쌓여서 혐오표현이 법적으로 명확해 질 수 있다면, 사법적 판단이나 헌법재판에서도 혐오표현을 언론출판의 자유의 한계나 그 보호에 대한 형량에서 마이너스적 요소 중 하나로 고려할 수 있을 것이라고 생각합니다.

제169회 발표회 토론요지

사 회 자(이종수 연세대 교수): 사실 우리 사회에서 수년 전부터 혐오표현이 문제됐던 가운데, 마침 국내에서 혐오표현과 관련해서 최고의 권위자가 오늘 우리 옆자리에 모신 홍성수 교수님이십니다. 마침 홍성수 교수께서 올해 연초에 『말이 칼이 될 때』라고 하는 책을 출간하셨습니다. 여러분들께서도 잘 아시듯이 지금 우리나라 출판시장 환경이 몹시 열악합니다. 이렇듯 열악한 가운데도 제가 조금 전에 여쭙보니까 약 2만 권이 팔렸답니다. 그래서 올해 베스트셀러에 손꼽히는 책의 저자를 모시게 된 셈인데요. 어쨌든 오늘 이 주제가 앞으로도 뭐 계속 논란이 될 주제여서 오늘 우리가 헌법재판과 관련해서 다룰 의미가 있다고 생각을 합니다.

〈주제발표자(홍성수 숙명여대 교수) 발표〉

〈지정토론자(이상경 서울시립대 교수) 지정토론〉

〈지정토론자(김현귀 헌법재판연구원 책임연구원) 지정토론〉

발 표 자: 좋은 토론 말씀 감사합니다. 두 분 다 혐오표현 관련해서 보고서나 논문도 쓰셨던 것으로 알고 있고, 저도 감명 깊게 잘 읽었습니다.

규제라는 부분은 조금 설명을 드릴 필요가 있을 것 같은데요. 사실 경제학에서 regulation theory은 조절이론이라고 번역을 합니다. 그러니까 레귤레이션이라는 말이 생각보다는 굉장히 다양한 의미로 이렇게 쓰이고 있는 것이고, 레귤레이션을 넓게 해석을 하게 되면 어떤 사건에 대해서 영향을 주는 모든 것이라고 이렇게 광범위하게 정의를 하기도 합니다. 그러니까 국가가 어떤 행위를 금지시켜서 제재를 가하는 식의 규제뿐만 아니라 취할 수 있는 여러 가지 정책들, 예를 들면 이주자지원센터를 만드는 이런 것도 규제라고 이제 보기도 하고, 또 소비자가 어떤 압력을 행사해서 기업이 윤리적인 행동을 하게 하는 것도 레귤레이션이라고 보기도 하고요. 평판이 떨어지는 게 무서워서 윤리적인 행동을 하거나 법을 지키게 하는 것도 규제라고 보는 것이고요. 한국 같은 경우도 제가 저번에 통계 자료들 보니까 5,000개의 법률 중에 3,500개의 법률에 형사처벌조항이 있는 아주 – 국제적인 비교는 안 했습니다만 하여튼 – 희한한 경우지요. 모든 문제를 일단은

벌칙조항을 뒤서 형사처벌로 해결하려고 하는 것이죠. 그런 것에 대해서 반론을 제기하는 차원에서 예전부터 저는 규제라는 말을 좀 넓게 쓰는 것이 좋다고 봅니다. 어떤 문제를 해결하기 위해서는 굉장히 다양한 방법들이 있고 특히 국가가 취할 수 있는 방법 중에는 금지하고 처벌하는 것 말고 긍정적으로 영향을 줘서 바꿀 수 있는 여지들도 굉장히 많다. 그런 점을 강조하기 위해서 이 말 자체를 좀 넓은 의미로 사용하고 있다는 말씀을 드릴 수 있을 것 같고요.

그다음에 해악이라는 말은 법철학이나 철학 쪽에서는 일반적으로 해악이라고 사실 쓰고 있는 부분이고, 현실에서 이게 얼마나 나쁘냐의 문제라기보다는 하나 이제 처벌의, 그러니까 국가가 개입할 수 있는 한계조건으로서 얘기될 때 이제 해악, 그러니까 이 말은 좀 강한 의미로 쓰는 것도 나쁘지 않지 않나 라는 생각이 듭니다. 해악이라고 말할 정도로 심각한 문제가 아니면 국가가 개입할 정당성을 찾기 어렵다. 이제 이런 뉘앙스로 쓰이는 것이기 때문에 좀 강한 말을 쓰는 것도 적절치 않을까 이런 생각도 좀 해보고요.

그다음에 5번에서 제기하신 문제와 관련해서는, 규제의 정당성은 그 해악이 분명한 경우에 확보될 겁니다. 누가 누구를 물리적으로 때렸다거나 상처를 입혔다 이랬을 때 당연히 국가가 개입을 해야 되는 거고요. 또 다른 국가가 개입해야 되는 정당성 근거는 자정이 불가능할 때, 해악이 임박했거나, 당장 무슨 피해가 발생할 상황이라고 했을 때도 그 해악의 크기와는 조금 무관하게 더 이상 토론에 부치기가 어려운 그런 상황이 되기 때문에 국가가 선제적으로 그 부분에 대해서는 개입을 해야 된다는 겁니다. 이것은 얼마든지 이제 정당화될 수 있지 않느냐. 그러니까 국가 개입의 정당성은 한편으로는 해악의 중대성에서도 찾을 수 있지만 또 하나는 자정이 불가능할 때, 긴급한 상황이라든가 해악이 임박했을 때, 이런 두 가지의 맥락에서 말씀을 드리기 위해서 그런 부분을 넣은 것 같습니다. 나머지는 그냥 제가 작성하는 과정에서 좀 미흡했던 점을 잘 지적해주신 것 같고요.

그다음에 김현귀 박사님 토론문 관련해서는, 형사범죄화가 한계가 있다는 주장이 정당성을 얻으려면 비형사법적 조치에 대한 강한 옹호가 있어야 된다고 생각을 합니다. 그러니까 만약에 혐오표현의 해악을 인정하지 않는다면 형사범죄화를 반대하기만 하면 되지요. 그런데 해악은 있지만 형사범죄화는 곤란하다고 한다면, 형사법 이외의 다른 조치의 필요성을 인정하고 대안을 제시해야 한다는 겁니다. 김현귀 박사님의 입장이 혐오표현의 해악을 부정하는 거라고 생각하지는 않고요. 그렇다면 다른 대안들을 충분히 제시하면서 이것만으로도 얼마든지 해결될 수 있기 때문에 형사법적 조치에 반대한다. 이렇게 주장되어야 한다고 봅니다.

물론 토론문에서 그런 부분을 굳이 말씀해주실 필요는 없었지만, 만약에 한국에서 이런 주장을 한다고 했을 때는 저는 그런 식의 짜임새가 있는 주장이 됐을 때 그 주장의 타당성을 가질 수 있다고 봅니다. 사실 그게 진정한 리버럴이고요. 저는 진정한 리버럴은 이 문제를 자정으로 해결할 수 있다는 신념과 함께 나도 그 자정에 동참하겠다는 윤리적인 실천하고도 결부돼야 된다고 생각하고요. 실제로 미국에서 가장 급진적인 리버럴한 그룹들은 실제로 혐오표현에 맞서서 싸웁니다. 그러니까 ‘범 따위는 필요 없다. 내가 직접 싸우겠다.’ 이런 입장인거죠. 김 박사님이 그렇다는 건 아니지만 처벌에 반대하시는 분들이 그냥 ‘처벌하지 말자.’ 대안을 제시하지 않고 여기에만 너무 초점이 맞춰서 주장되는 경향이 있다는 점을 좀 말씀드리고 싶습니다.

사 회 자: 이 표현의 자유의 중요성이야 우리 헌법재판소도 그동안 일관되게 표현의 자유의 이중적 기능, 우월적 지위, 미국 헌법과 미국 연방대법원의 어떤 판례의 영향을 받아서 충분히 강조해왔다고 생각합니다.

그러니까 표현의 자유가 중요한 헌법적 보호이고 기본권인 것은 분명한테, 오늘 우리가 주제로 다루고 있는 게 혐오표현입니다. 앞서 미국에서 수정헌법 1조를 통해서 표현의 자유의 거의 절대적 보호를 이야기하는 것과는, 저는 이게 사실 우리 헌법의 규범구조도 한번 살펴봐야 된다고 생각을 하는데, 예를 들어서 우리 헌법 21조 4항은 언론 출판이 타인의 권리나 명예를 소위 침해해서는 안 된다는 것을 밝히고 있거든요. 그래서 우리는 사실 지금 독일 기본법하고도 다르고 미국헌법과도 달리 표현의 자유를 보장하고 있는 헌법조항에서 명시적으로 헌법이 직접적으로 타인의 권리나 명예 침해를 금지하고 있기 때문에 이 혐오표현이 그 해당 타인의 권리나 명예 침해가 문제 될 때는 혐오표현을 예를 들어서 미국이나 어떤 다른 나라의 법리처럼 “이것도 보호해야 될 표현이다.” 이렇게 우리가 말할 수 있을까라는 게 일단 제가 갖고 있는 의문점 중의 하나입니다. 그래서 이 부분도 다소 문제가 될 수 있다고 봅니다.

그리고 앞서 이상경 교수님 토론과는 다소 상충되는 부분이기도 한데, 규제라는 표현과 관련해가지고 소위 넓은 의미의 규제를 말씀하시면서 이 표의 분류에서 형성적, 지지적 규제 이런 표현을 쓰시는데, 이것은 지금 우리 법학 계에서는 좀 낮은 표현이지 않을까 싶습니다. 예를 들어서 우리가 소위 이 법률에 의한 기본권 제한을 다루면서 ‘기본권 제한적 법률유보, 기본권 형성적 법률유보’ 이런 표현을 쓰기는 합나다만, 여기서 말하는 형성적이라고 하는 게 마치 혐오표현을

형성, 지지하는 듯한 오해가 있을 수 있기 때문에 제가 볼 때는 이것도 유도적 규제?, 이런 표현들이 오히려 앞에서의 어떤 그 제한과 조금 구별되는 의미로 저는 익힐 수 있겠다고 생각합니다.

그리고 지금 홍성수 교수님의 이 논문이나 또는 『말이 칼이 될 때』 이 책의 이 논지를 이렇게 쭉 살펴보면 혐오표현의 형사처벌화에 대해서는 강력하게 반대하시는 입장이고, 해법으로는 좀 전에 말씀하셨지만 민주시민교육을 강화해야 된다. 그다음에 예를 들어서 차별금지법 제정을 통해서 혐오표현을 소위 제한하는 그런 식의 해법을 제시하시는데, 제가 볼 때에는 이 해법이 너무 일반론적이고, 또 한편 좀 나이브한 측면이 있지 않느냐. 실제로 혐오표현을 통해서 지금 사회 내에서는 굉장히 이게 지금 문제로 불거지는 상황이고, 실제로 그 혐오표현을 받고 있는 사회 내의 특정 소수집단의 경우에는 그 어떤 심리적인 상황이 굉장히 절박한 데에도 불구하고 앞서 말씀하신 것처럼 20, 30년 뒤에 효과가 있을 것이다. 물론 이거는 저는 당연히 해야 될 일이라고 생각합니다. 예를 들어서 독일에서도 규제가 능사가 아니다 라고 하는 측면에서 독일에서 나오고 있는 어떤 내용 중의 하나가 이른바 국가가 행하는 공론화 작업이라는 표현이 있습니다. 제가 일전에 관련 논문도 썼었는데요. 이걸 이제 Öffentlichkeitsarbeit라고 하는데, 국가가 단순히 어떤 규제로 개입할 게 아니라 국가가 지속적으로 공론장에다 국가가 확보하고 있는 정보 또는 국가가 알고 있는 어떤 사실들을 제시하고서, 이 공론장에서 그런 사실들을 갖고서 토론이 행해집니다. 그런데 이제 여기서는 국가의 역할은 공론장에 나름 개입을 하는데 개입이 적극적 개입이 아니라 국가가 파악하고 있는 각종 정보를 공론장에 던지는 거지요. 그래서 사실 이런 부분들을 통해서 나름대로 역할을 하고 있다고 생각을 합니다.

이 혐오표현과 관련해서는 홍성수 교수님께서 제시하고 있는 예를 들어서 해당 혐오표현의 피해자인 소수집단에게 대응할 수 있는 힘을 키우도록 한다. 이런 부분들도 한편 생각해보면 예를 들어 서부 유럽처럼 나름대로 좀 이제 어떤 시민들이나 또 시민들 집단이 깨어있고 이런 상황에서는 나름대로 제가 말씀드린 것처럼 공론화 작업을 통해서 뭔가 어떤 지지의 힘을 입고 스스로 사회 내에 대응하는 목소리를 낼 수 있는데, 우리 사회의 분위기에서 이렇게 서부 유럽 사회에서 적용될 수 있는 이런 방법론이 과연 타당할까 싶은 의문점도 한편 갖고 있거든요. 제가 여러 질문들 많이 드렸는데 이에 대한 답변이 가능하시면 부탁드립니다.

발 표 자: 말씀 감사합니다.

사실 ‘규제’라는 용어는 저도 이거를 계속 집착할 생각은 없는데 일단은 그러한 제안을 드린 것이고요. 사실은 제가 보고서 쓸 때는 ‘조치’라고 표현을 했습니다. 여러 가지 국가가 취할 수 있는 조치들은 많이 있을 수 있으니까 그런 정도가 더 적절하지 않을까 해서요.

그리고 그 맥락상의 차이는 굉장히 중요한 지적을 해 주셨는데요. 미국같은 경우에 혐오표현을 거리에서 떠들어도 형사처벌하지 않는 것은 사실인데, 사실 시민사회가 꽤 많은 역할을 합니다. 실제로 트럼프 대통령이 당선되었을 때 미국의 한 교장 선생님이 ‘우리 학교는 자유롭고 평등한 공간이고 다양성이 공존하는 공간입니다. 걱정하지 말고 학교 보내세요’라는 취지의 편지를 학부모에게 보내는 것을 보고 참 놀라웠습니다. 트럼프 당선되었을 때 이주자나 히스패닉계 사람들은 정말 두려움을 가졌거든요. 실제로 백인 옹호 집단들이 나와서 축포도 쏘고 막 그랬죠. 진짜로 자식들 학교 보내기가 무서웠을 수 있었어요. 중요한 포인트는 미국의 교장선생님이 이럴 때 뭔가 메시지를 던져야겠다는 생각을 했다는 겁니다.

그런데 과연 한국에서 교장선생님이 총장님이 이런 일이 있을 때 ‘아, 우리 학생들이, 소수자 학생들이 이런 고통을 겪을 수도 있으니까 내가 지도자로서 한 말씀 드려야겠다는 생각을 하는 사람이 과연 있을까?’ 이런 질문을 던지고 싶습니다. 최근에 성희롱 사건 같은 경우는 꽤 많이 일어나죠. 요즘은 그래도 관련 기구들이 있어서 어느 정도는 잘 처리를 하고 있습니다만, 저는 사건이 종결되고 우리 총장님이나 교장선생님이 나서서 ‘다시는 이런 일이 없을 겁니다. 내가 다 책임지겠습니다. 가만두지 않겠습니다.’ 그런 메시지가 나와야 되는데 사실 그렇게 하는 경우는 별로 없죠.

이런 시민 사회적 배경의 차이가 있습니다. 이런 차이 덕분에 미국인들은 “우리는 혐오표현 금지법 필요 없어”라고 자신 있게 얘기할 수 있는 것이기도 하고요. 그러니까 이종수 교수님 말씀하신 것처럼 한국은 그런 기반이 없으니 법으로 사회를 이끌어 나갈 필요가 있다고 볼 수도 있을 것 같습니다.

예전에 20년 전에 성희롱 금지법이 만들어질 때도 당시 페미니스트였던 제 친구하고 논쟁했던 기억이 나요, 저도. “이거 시기상조 아니냐.” 그랬는데 솔직히 그때 성희롱 금지법이 제정되지 않았으면 지금 우리는 어떤 상태일까? 한국사회가 부족하나마 지금 정도의 문제의식을 갖게 된 것이 그 때 그 법을 만들었기 때문이 아닌가 그런 생각이 들거든요. 이론적으로야 법으로 문화를 바꾼다는 발상에 거부감이 들 수 있지만 현실의 문제에 부딪혔을 때는 사실 그럴 필요도 있다는 점에 대해서 저도 충분히 공감을 하고요.

다만 법 자체에 너무 큰 기대를 하면 안 된다. 그러니까 형법이 할 수 있는 일은 제한적인 부분이고 만약 형사범죄화를 한다고 해도 결국 다른 노력들이 동시에 진행되어야 효과를 볼 수 있다는 취지로 제 말씀을 이해해주시면 좋겠습니다. 사실 저도 어디 가서 이렇게 혐오표현 금지법을 반대한다, 절대 안 된다 이렇게 얘기하지는 않습니다. 다만 법 제정을 하더라도 한계가 있다는 것은 알고 추진을 해도 해야 된다고 말씀드리곤 합니다.

성폭력 관련 토론회에 가서도 비슷한 문제가 제기됩니다. 정치인들은 늘 강력한 처벌을 강조하죠. 여기에 대해 ‘강력한 처벌만 가지고는 해결이 안 됩니다. 다른 다양한 해법들이 모색되어야 된다’고 얘기를 하면요. 보통은 “그것 참 좋은 생각입니다. 그것도 합시다”라고 답을 하거든요. 그런데 나중에 한 10년 뒤에 돌아보면 형량만 올라가고 나머지에 대해서는 소홀한 경우가 많죠.

형사처벌은 마치 문제가 해결될 것 같은 착각을 불러일으키고 국가 입장에서 형사처벌 했으니 할 일 다 했다’라는 식으로 전개되는 경향들이 있습니다. 그래서 형법으로 다 해결될 문제는 아니라는 것을 제가 좀 더 강조하곤 합니다.

토 론 자(이승환 헌법연구관): 제가 좀 실천적으로 여쭙보고 싶은 게 있어서 그런데요. 흔히 우리가 혐오표현 형사처벌을 하느냐 마느냐, 형사처벌하면 표현의 자유 어떻게 되냐 이렇게 논의했는데, 요즘 마블영화시리즈의 어벤저스처럼 그러면 다 갖고 와서 다 대응하면 된다고 종합을 해 주셔서 좋은 것 같습니다.

그런데 형사처벌에 소극적인 이유가 상징적인 기능을 할 수가 있지만, 하게 되면 어떤 법치주의원칙의 침해랄까 그리고 정치적 반대자에 대한 탄압 이런 얘기를 하셨습니다. 전통적인 침익적 의미의 규제 생각을 해 보면 그런 어떤 행정적인 불이익 조치 할 때도 구성요건이 어차피 나와야 되는 건데 그때도 마찬가지로 아닌가요? 법치주의의 명확성 원칙이라든지 아니면 정치적 반대자에 대한 탄압 ‘이런 내용은 방송 못해’, ‘이런 내용은 광고 못해’ 똑같은 그런 게 나타나지 않을까 그런 의문이 일단 하나 들어서 어떻게 생각하는지 여쭙보고 싶고.

그다음에 반대쪽 측면에서 이제 교수님께서 조치의 의미에서 규제 얘기를 하시고 결국 나중에 결론 쪽에 가시면 어떤 적극적 조치로서 차별금지법 제정과 차별금지기구의 어떤 적극적 역할을 상당히 강조를 해주셨습니다. 물론 전적으로 동의하는 부분인데, 아까 사회자이신 이종수 교수님 말씀하신 것처럼 자 그러면 그거를 하려면 법이 제정이 되어 있어야 하는데, 지금 현재 우리나라가 그게 없는 상황 아니겠습니까? 실효성 측면에서 지금 현재 우리나라의 상황이 차별금

지법이 사실 어떤 성적지향의 차별 그 요소를 고리로 해서 일부 종교의 반대에 걸려 있어서 한 발짝도 이제 못나간 상황이라고 저는 생각하고 있거든요. 그리고 실제로 나타난 게 얼마 전에 한 5개월 전인가요? ‘충청남도 인권조례’ 이런 거 그 도의원들이 폐지해버리고 이랬지 않습니까? 있던 인권조례까지도요. 그런데 이런 상황에서 이 논의를 하고 있는 것 자체도 그냥 공론이 될 수도 있을 것 같다 생각 했는데 여기서 우리나라에서 제일 고민을 많이 하신 우리 교수님께서 어떤 실천적 방안을 혹시 생각하신 것이 있는지 한번 듣고 싶습니다.

발 표 자: 좋은 말씀 감사드립니다. 굉장히 중요한 질문인데요. 사실 저는 금지정책을 다 반대하는 것은 아니거든요. 사실 형사처벌도 할 수 있으면 한다는 것이고, 그리고 어떻게 보면 방송통신심의위원회나 아니면 대학이나 초중고에서 하는 규제도 금지정책이지요. 못하게 하는 부분이 분명히 있으니까요. 그런 금지정책에서도 남용가능성이 있고 부작용이 있을 수 있습니다. 하지만 형법보다는 그 위험이 적다는 생각입니다.

예를 들면 초중고에서의 혐오표현의 기준 범위는 좀 넓게 잡는게 좋습니다. 하지만 대응 수단은 유연해야죠. 사과 한 마디에 해결될 수도 있고, 학생인권센터가 조정을 할 수도 있고, 또 경우에 따라서는 징계를 할 수도 있겠죠. 이렇게 다양한 대응수단이 동원될 수 있기 때문에 혐오표현의 범위가 넓어도 유연하게 대처할 수 있습니다. 형사법적 규율하고 다른 점이죠.

저는 또한 형사범죄화의 그 자체의 효과보다는 다른 조치들을 하기 위한 모멘텀으로 작용할 때 그 의미가 더 크다고 봅니다. 쉽게 얘기하면 초중고에서 교육을 할 때 그냥 심각한 문제라고 얘기하는 것보다는 “이거 형사불법이다”라는 점을 근거로 얘기를 풀어나가는 게 훨씬 쉽겠죠. 어떤 기관에서든 실정법에서 불법으로 확인해준다면 문제를 풀어나가기 훨씬 쉬울 겁니다.

토 론 자(이재강 헌법연구원): 평소에 페이스북 통해서 교수님 글 같은 것 많이 보고 했는데 실제 뵙게 되어서 대단히 반갑고 오늘 많이 배웠고요. 오늘 교수님께서 규제를 광범위하게 대응 조치 전반에 대한 의미로 사용을 하고 계시다 보니까 질문을 하나드리고 싶은데, 혐오표현에 과연 이 소수자 집단이라는 개념 요소가 필요한가에 대한 질문을 한번 드려보고 싶습니다.

사실 혐오표현이라는 게 어떻게 보면 나 또는 우리와 또 상대방에 대한 구별에서 출발을 한다고 생각이 들고요. 예를 들어서 미세먼지 기사가 있으면 우리는

베스트 댓글부터 중국에 대한 혐오표현이 넘쳐나는 것을 볼 수 있습니다. 사실 그 소수자라는 게 굉장히 상대적이다 보니까 국제사회 전체로 보면 중국은 분명히 우리보다 더 강한 존재고요. 우리가 오히려 소수의 입장에 있다고 볼 수도 있고. 또 그런 것 때문에 어떻게 보면 스스로 소수자에 속한다고 생각하는 사람들은 더 강한 표현을 해도 된다는 또 자기 스스로의 위안에 빠지기도 하는 것 같습니다.

그런데 실질적 해악을 살펴보면 한국이라는 바운더리로 좁혀볼 때 한국 내에서 중국 혹은 중국인, 중국기업에 대한 혐오로 흐르는 것도 가능할 것 같고, 또 더 넓게 국제평화주의 관점에서 봤을 때도 이런 어떤 자국 중심의 표현들이 분명히 문제를 일으킬 수 있다는 생각도 듭니다.

그래서 사실 규제를 대응조치 전반에 대한 것으로 넓게 본다면 혐오표현에 대한 개념정의에서 소수자 집단이라는 요소를 빼고 구별하여 경멸하는 표현 전반에 대한 것으로 보더라도 무방해 보이는데, 그렇게 될 경우에 과잉규제라는 논란이 따를 수도 있고 여러 문제도 있어 보입니다. 그래서 이런 혐오표현의 개념정의에 소수자 집단이라는 것이 반드시 포함될 필요가 있는지에 대해서 교수님 견해를 좀 여쭙보고 싶습니다.

발 표 자: 의외로 굉장히 논쟁이 안 되는 중요한 문제라고 생각을 하는데요. 사실 아까도 잠깐 말씀을 드렸습시다만 전 세계 어떤 차별금지법과 어떤 혐오표현 금지법에도 소수자라는 이야기는 나오지 않습니다.

그런데 다만 차별을 강화하거나 차별을 조장하는 등 어떤 효과를 초래할 때 그것이 차별이나 혐오에 해당한다고 보죠. 예를 들면 차별금지법에는 “장애인에 대하여”가 아니라 ‘장애를 이유로’ 이렇게 되어 있죠. 그렇다고 해서, 차별금지법은 비장애인의 권리도 보호한다고 주장하는 것은 부적절하죠. 차별금지법 제정 취지에도 안 맞고요. 다만, 비장애인에 대한 차별도 ‘배제하고 있지는 않다’는 정도로 해석하는 게 맞습니다.

다른 예로, ‘종교를 이유로’라고 했을 때 다수자 종교는 그런 위협을 받을 가능성이 별로 없지만 소수종교/다수종교는 사실 얼마든지 역전 가능성이 있거든요. 개신교에 대한 심한 욕설이 현재 시점에서는 혐오표현이 될 수 있을지 의심이 들지만, 만약 구한말이라면 무조건 혐오표현이죠. 이런 상황에서 ‘소수종교를 차별하는 자는’ 이렇게 규정할 수는 없는 일이죠. 그래서 종교를 이유로 한 혐오와 차별은 안된다고 법에는 규정하는 겁니다. 하지만 실제로 그 고통의 피해자는 소수종교일 수밖에 없고요.

역사적으로 보지 않아도 동시대에도 국지적으로 이런 역전 현상이 종종 일어납니다. 예컨대 성희롱 문제는 원래 여성 차별의 문제였지만, 남성 성희롱도 있죠. 근데 남성 성희롱은 언제 발생하느냐? 여성들이 권력을 가지고 있는 위치에 있거나 또는 어떤 회사에서 여성들이 우위에 있을 때 발생하거든요. 일반적인 사례는 아니지만, 현재를 놓고 봐도 그런 경우가 있을 수는 있다는 것이죠. 따라서 성희롱을 규율하건 여성혐오표현을 규율하건, 규정 자체는 “여성을 대상으로”가 아니라, “성별을 이유로”라고 규정해야 하는 겁니다. 그런데 그렇다고 해서 남성 이든 여성이든 혐오하면 안 된다는 식으로 해석하는 건 우리가 애초에 차별이나 혐오를 얘기한 취지를 무색하게 만든다고 봅니다.

참고로 제가 이번에 국가인권위원회 연구용역으로 혐오표현 가이드라인을 만들었는데 거기서도 어떻게 썼냐하면 ‘성별을 이유로’, ‘장애를 이유로’ 이렇게 되어 있는데, 다만 그 표현이 특정집단에 대한 차별과 배제를 강화하는 효과를 낼 때라는 요건을 같이 넣었거든요. 그 효과가 발생하려면 당연히 혐오표현이 소수자를 향한 때 여야 할 겁니다.

토 론 자(지성수 헌법연구관): 저는 특별한 것은 아니고 지금 이재강 연구관님 질문하신 것의 연장선상에서 하나 여쭙고 싶은데, 요즘 사회적으로 문제가 되는 남혐, 여혐의 문제에 관한 것인데요. 지금 교수님 말씀하신 것에 의하면 그런 경우에도 혐오표현에 해당하는지 하나 여쭙고 싶고요.

또 하나는 대응방안에 보면 그밖에 대응방안으로 명예훼손이나 모욕죄로 형사처벌하는 문제하고 민사상 손해배상책임을 지도록 하는 문제를 기재하고 계신데, 혐오표현이라는 게 기존의 행위 유형으로 분류하기 어려운 새로운 유형의 행위로 하나의 카테고리를 형성하여 뚜렷하게 나타나기 때문에 그런 행위들에 대해서는 특별히 형사처벌이라든가 아니면 그밖에 다른 구제방법을 모색해야 된다는 제안이신 것 같습니다. 그런데 저는 별도의 입법 없이 기존의 형사구제나 민사구제의 방법으로 해결할 수는 없는 것인지 여쭙고 싶습니다. 아까 말씀하실 때 100%의 어떤 그런 혐오표현이 있다 그러면 실질적으로 어떤 규제가 강하게 들어가야 되는 것은 10%이고, 나머지 90%는 규제의 대상으로 들어오기 좀 어렵다고 말씀하셨습니다. 그렇다면 형법상 모욕죄가 그 존폐문제로 논란이 되고 있기는 하지만 이 10% 부분에 대해 형법상 모욕죄를 적극적으로 활용하면 별도의 규제 입법 없이도 기존의 테두리 안에서 해결할 수 있지 않을까라는 생각도 듭니다.

물론 제가 혐오표현에 대해서 깊은 이해가 없기 때문에 단순하게 그렇게 생

각을 하는지는 모르겠으나 그런 측면에서 저는 질문을 드리고 싶습니다.

발 표 자: 좋은 말씀 감사하고요.

제가 미국식으로 할 거냐 유럽식으로 할 거냐는 질문을 많이 받는다고 했는데, 그거보다 더 많이 받는 질문은 ‘남혐을 어떻게 생각하십니까?’가 언론에서 많이 받는 질문 중에 하나고요. 수없이 답을 했습니다만 사실 애매한 경우가 많습니다. 소수종교만 차별받는가, 다수종교도 차별받을 수 있지 않은가? 여성은 늘 소수자인가? 쉽지 않은 질문이죠.

그런데 저는 아직까지는 국지적이거나 일시적으로는 전통적인 다수자/소수자 관계가 역전되는 경우는 있습니다만, 일반적으로 볼 때 그 구도가 붕괴되었다고 보지는 않습니다. 그래서 일반적으로 우리가 남혐 발언을 하는 것과 여혐 발언을 하는 것을 똑같이 나쁘다고 하는 것은 적절치 않다고 봅니다.

예를 들면 대표적인 여성혐오 발언 중에 ‘삼일한’이라는 게 있습니다. 여자와 북어는 3일에 한 대씩 맞아야 된다는 뜻인데요. 여기에 대항해서 만든 남혐 표현이 ‘숨실한’입니다. 이거는 아마 대부분 모르시더라고요. 대한민국 남자는 숨실 때마다 한 대씩 맞아야 된다는 뜻입니다.

어떤 분들은 삼일한하고 숨실한이나 여혐이나 남혐이나 다 나쁜 말이라고 하더군요. 실제로 한글날 특집 기사들을 보면 ‘큰일났다 대한민국. 삼일한, 숨실한 대립구도 심각해’ 이렇게 이제 나오거든요. 그런데 저는 어떻게 이게 결코 같지 않다고 생각합니다.

아까 삼일한 얘기할 때는 아무도 안 웃으셨어요. 그런데 숨실한 때는 다 웃으셨지요? 웃을 수 있으면 혐오표현이 아닙니다. 우리가 즐길 수 있으면요. 그런데 삼일한은 웃고 즐기실 수 있나요? 상당히 어렵지요. 왜 어렵냐 하면 이건 현실하고 관련이 있으니까. 아내 폭력의 역사가 있고, 그것은 현재 진행형이죠. 여전히 여성들은 각종 성폭력, 데이트 폭력, 불법촬영 등으로 고통 받고 있습니다. 그런 상황에서 삼일한은 농담이 될 수 없죠. 현실을 조장하거나 현실의 문제를 강화할 수 있는 말이니깐요. 그래서 이거는 혐오표현이라고 보는 것입니다.

그런데 숨실한은 말은 말 자체는 훨씬 과격하죠. 삼일한은 이를 쉬지만 숨실한은 숨실 때마다 때리니까요. 그렇게 과격한 말인데도 우리가 웃을 수 있는 이유는 현실하고 별로 관계가 없기 때문입니다.

이런 식으로 저는 두 집단을 동일하게 보는 식으로 접근하는 것은 적절치 않다. 다만 아까도 말씀드렸지만 경우에 따라서는 역전이 될 수 있다. 어떤 특정한

회사라든가 특정한 국지적인 상황에서는 될 수 있지만, 일반적인 상황을 놓고 그 해악을 똑같이 보는 것은 저는 적절치 않다는 그런 생각을 가지고 있고요.

그다음에 모욕죄, 명예훼손죄 부분은 이런 부분이 있습니다. 당연히 혐오표현의 일부는 모욕죄하고 명예훼손에 걸립니다. 하지만 모욕죄와 명예훼손은 잘 아시겠지만 일단 개인이나 집단이 특정되어야 합니다. 그래서 혐오표현을 특정 개인에게 하거나 어떤 특징이 될 수 있는 집단에게 했을 때는 명예훼손이나 모욕으로 걸립니다.

하지만 혐오표현이 집단 전체를 향할 때, 예를 들면 삼일한 같은 말은 안 걸리는 거지요. 특정 여성에게 했으면 몰라도 여성 집단 일반에게 한 말이니깐요. 장애인 집단 전체, 성소수자 집단 전체 등을 대상으로 하면 형법 적용이 안 된다는 겁니다. 혐오표현 금지법은 바로 집단 전체에 대한 혐오표현을 규제하기 위해서 제정되었다고 할 수 있습니다.

물론 명예훼손이나 모욕죄의 적용 범위를 넓히는 방법도 있겠지만, 사실 명예훼손죄와 모욕죄가 안그래도 남용 우려가 많은데 적용 범위를 득보다 실이 많을 것 같습니다.

사 회 자: 제가 연초에 저희 학교의 문화인류학과 교수님과 점심을 먹다가 배운 용어가 있습니다. 그 분은 여성으로서 사회학자신데 이쪽 전공이시더라고 요. 하여튼 대화중에 미러링이라고 하는 표현을 써요. 제가 처음 듣는 용어라서 뭘니까? 이리니까 이게 반사라는 겁니다. 그래서 지금 남성 쪽에서 하도 여혐 발언을 하니까 여성그룹들의 좀 진보적이고 급진적인 그룹들이 소위 미러링을 해서 반사 말을 만들고 있습니다.

발 표 자: 숨얼한이 미러링의 대표적인 거지요.

사 회 자: 예, 그게 미러링인거지요.

그런데 문제는 이런 식의 대응들이 결국 지금 소위 혐오발언들을 더욱더 증폭시키는 데에 있다고 봅니다.

그래서 제가 참 이게 한편으로는 아까 말씀하신 것처럼 소위 이제 그 소수집단들로 하여금 대응력을 키운다고 하는 의미에서는 이 미러링 이런 것들이 그렇게 나오는 건데 결국 사회 전체적으로 보면 혐오표현의 난무현상이고, 저는 이 상황에서는 또 한편 책임 있는 주체가 제도권 언론이라고 생각을 합니다. 이게

어떻든 그들의 어떤 사회 내에서 이렇게 돌아다니는 말을 제도 언론권에서 가십 기사로 이렇게 드러내서 다루는 순간에 이게 결국은 그 집단에 속하지 않는 다른 사람들도 이제 그 혐오표현에 가담하는 것이거든요.

그래서 제가 홍 교수님에게 하나 여쭙고 싶은 것은 저는 표현의 자유를 옹호하고 특히 정치적 표현의 자유를 옹호하는데, 예를 들어서 우리가 풍자적 비판하고 이 혐오표현의 경계도 꽤 불분명한 것 같습니다. 이거 관련해서 제가 지난주인가 대법원에서 다들 아시겠지만 통합진보당 전 대표였던 이정희 씨 부부에 대해서 변희재 씨가 ‘중북빨갱이’라고 표현한 것에 대해서 형사소송이지요, 이 사건이 대법원에 갔는데 대법원에서 이정희 씨가 공인이고 특히 정치적 표현의 자유는 폭넓게 보장되어야 된다는 취지로 하급심 파기환송하는 판결을 내렸거든요.

저는 그래서 대법원이 정치적 표현의 자유를 그렇게 넓게 보는 것은 좋은 데 과연 이게 지금 중북빨갱이라고 하는 게 어떻든 우리가 지금 이야기하고 있는 혐오표현 중에 하나인데, 이로써 대법원의 판결취지가 정치적 표현 자체를 넓게 보자는 것인지 아니면 그 대상이 공인이라는 것인지 제가 판결문 원본을 못 봐서 그렇지만, 어떻든 이 혐오표현과 관련해서 대법원이 이 중북빨갱이 이것도 표현의 자유를 통해서 보호된다고 하는 것에 대해서 제가 조금 의아하다는 생각이 들었습니다.

이 부분에 대해서 어떻게 생각하시는지요?

발 표 자: 일단 그 미러링 문제는 참 복잡한 문제입니다. 저는 기본적으로 이게 운동전략으로써 적절한지는 토론해 볼 수 있는 문제라고 생각을 합니다.

그런데 제가 확실하게 반대하는 부분은 미러링을 혐오표현이라고 단정하는 것은 좀 적절치 않다는 거지요. 그러니까 여혐이 문제니까 남혐도 문제다. 이거는 얘기되는 맥락이 완전히 다른 거거든요. 여혐은 정말 여성을 혐오해서 여성들의 지위를 낮추는데 기여를 하고 있기 때문에 문제를 삼는 것이니까요.

물론 일부 고통 받는 남성들도 있을 것이라고 생각을 합니다. 왜냐하면 이 남성도 단일한 집단이 아니라서, 남성이면서 소수자의 지위를 갖는 사람들도 많이 있거든요. 하지만 남성집단 일반을 향한 어떤 혐오가 이렇게 심각한 문제냐라고 한다면 그거는 아니지 않을까? 저는 그렇게 생각합니다.

그리고 미러링은 운동의 한 방법에 불과하기 때문에 이제 벌써 그 유행도 다 지났습니다. 사실 처음에 그 미러링을 하던 그룹들은 지금은 별로 안합니다. 대신 다른 일을 하죠. 세미나 조직도 하고, 여성주의 책방 만들고 이런 식의 활동으로

이미 진화했고요. 이미 일부 세력들이 극단적인 활동을 하기도 합니다만, 그걸 가지고 전체를 싸잡아서 얘기하는 것은 적절하지 않은 것 같습니다.

그 다음, 저도 그 판결문을 본 것은 아닙니다만 사실 이거는 명예훼손이나 모욕죄 적용할 때 문제하고 비슷한 논점이 형성됩니다. 그러니까 혐오표현이 문제가 되는 이유는 당사자가 대항하기 어렵다는 것을 전제로 하는 것이거든요. 그러니까 당사자가 대항할 수 있으면 굳이 국가가 나서 가지고 규제할 필요가 없는 거죠. 그런데 명예훼손 법리를 보면 약자에게 명예훼손이 가해졌을 때 좀 엄격하게 보고 반면에 대통령이라든가 어떤 사회적 지위가 있는 사람한테 명예훼손이 가해졌을 때는 공인으로서 좀 감수해야 될 부분이 있다라는 식의 판결이 나오니다. 그러니까 반박이 가능하고 논쟁을 할 수 있는 위치에 있으면 굳이 법이 보호할 필요는 없다는 거죠.

요즘 청와대에서도 가짜뉴스 얘기를 하는데 도대체 뭐가 문제라고 생각해서 그 문제를 제기했는지 모르겠습니다. 문제인 치매설, 북한 퍼주기설 이런 가짜뉴스가 심각한 문제인가요? 그런 유언비어를 국가가 나서서 처벌하지 않으면 정권이 위기에 빠진다고 생각한다면 국민 수준을 굉장히 무시하는 거지요. 일부 국민들은 그것을 믿고 있는지 모르겠지만 대다수 국민들이 대통령이 치매가 걸렸다고 믿을까요? 그에 비하면 혐오표현 문제가 훨씬 심각합니다. 소수자들에 대한 차별을 강화하는 가짜뉴스야 말로 정말 심각한 문제고 반박하기도 굉장히 어렵고 대응하기도 굉장히 어려운 문제인데, 좀 엉뚱한 것에 포커스를 맞춰서 대응을 하고 있는 게 아닌가 싶습니다.

회 장(서기석 재판관): 혐오표현 이게 사실은 우리나라에서도 이제 문제가 되기 시작한 것 같습니다. 이게 어떤 개인에 대한 혐오표현 같으면 이게 진짜 명예훼손이나 모욕으로 처벌해서 또 민사소송도 할 수 있고 모든 게 규율이 되는데 어떤 집단에 대한 혐오표현이 되면 그게 죄나 불법행위가 성립하지 않는다는 그런 판례도 있습니다. 그렇기 때문에 이거를 규율하는 새로운 법을 만들어야 될 필요성이 있는 것으로 저는 생각이 들고, 또 가능하면 형사처벌을 하는 것은 상당히 신중하게 생각해야 된다는 그런 발표에 대해서도 상당히 공감을 하고 앞으로 이 부분에 대해서 입법조치나 이런 게 있을 때 우리 가장 전문가이신 홍성수 교수님이 계시니까 저하고 생각도 상당히 비슷하고 그래서 아주 다행스럽게 저는 생각을 합니다.

오늘 바쁘신 중에서도 참여해 주시고 해서 정말 감사드립니다.

출입국관리법상 강제퇴거 명령의 위헌성 여하

- 현재 2018. 2. 22. 2017헌가29 -

박 미 숙*

【사건개요】

김○선은 중화인민공화국 국적의 외국인으로서 2007. 12. 25. 방문취업(H-2) 체류자격으로 대한민국에 입국한 후, 2012. 8. 16. 재외동포(F-4) 체류자격으로 체류자격을 변경하여 대한민국에 체류 중이다.

김○선은 기획재정부장관에게 등록하지 아니하고 2014. 11. 10.부터 2015. 6. 23.까지 총 3,043회에 걸쳐 합계 7,769,169,881원을 중국으로 송금하여 외국환업무를 업으로 하였다는 범죄사실(외국환거래법위반죄)로 기소되어 2015. 10. 13. 수원지방법원 성남지원에서 징역 1년에 집행유예 2년 및 벌금 700만 원을 선고받았고, 위 판결은 2016. 9. 20. 확정되었다.

서울출입국관리사무소장은 2015. 10. 14. 김○선에 대하여 강제퇴거명령 및 보호명령을 하였다. 김○선은 서울행정법원에 위 강제퇴거명령 및 보호명령의 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 2017. 3. 31. 청구가 기각되었다(2015구단61491). 김○선은 이에 항소하였고, 항소심 법원(서울고등법원 2017누43984)은 그 심리 중 출입국관리법 제63조 제1항이 적법절차원칙 및 과잉금지원칙에 위배하여 신체의 자유를 침해한다는 등의 이유로, 2017. 10. 31. 직권으로 위 법률조항에 대하여 위헌 여부의 심판을 제청하였다. 한편, 김○선은 제1심 재판 진행 중 집행정지를 신청하였고, 2015. 11. 17. 그 신청이 인용되어(서울행정법원 2015아11653), 현재 보호명령 집행이 정지되어 있는 상태이다.

* 한국형사정책연구원 선임연구위원

【결정요지】

가. 출입국관리법상 보호는 국가행정인 출입국관리행정의 일환이며, 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것이므로 일정부분 입법정책적으로 결정될 수 있다.

심판대상조항은 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전보장·질서유지 및 공공복리를 도모하기 위한 것으로 입법목적이 정당하다. 강제퇴거대상자를 출국 요건이 구비될 때까지 보호시설에 보호하는 것은 강제퇴거 명령의 신속하고 효율적인 집행과 외국인의 출입국·체류관리를 위한 효과적인 방법이므로 수단의 적정성도 인정된다.

강제퇴거대상자의 송환이 언제 가능해질 것인지 미리 알 수가 없으므로, 심판대상조항이 보호기간의 상한을 두지 않은 것은 입법목적 달성을 위해 불가피한 측면이 있다. 보호기간의 상한이 규정될 경우, 그 상한을 초과하면 보호는 해제되어야 하는데, 강제퇴거대상자들이 보호해제 된 후 잠적할 경우 강제퇴거명령의 집행이 현저히 어려워질 수 있고, 그들이 범죄에 연루되거나 범죄의 대상이 될 수도 있다. 강제퇴거대상자는 강제퇴거명령을 집행할 수 있을 때까지 일시적·잠정적으로 신체의 자유를 제한받는 것이며, 보호의 일시해제, 이의신청, 행정소송 및 집행정지 등 강제퇴거대상자가 보호에서 해제될 수 있는 다양한 제도가 마련되어 있다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건도 충족한다.

그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 신체의 자유를 침해하지 아니한다.

나. 강제퇴거명령 및 보호에 관한 단속, 조사, 심사, 집행 업무를 동일한 행정기관에서 하게 할 것인지, 또는 서로 다른 행정기관에서 하게 하거나 사법기관을 개입시킬 것인지는 입법정책의 문제이므로, 보호의 개시나 연장 단계에서 사법부의 판단을 받도록 하는 절차가 규정되어 있지 않다고 하여 곧바로 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수는 없다. 강제퇴거대상자는 행정소송 등을 통해 사법부로부터 보호의 적법 여부를 판단받을 수 있고, 강제퇴거 심사 전 조사, 이의신청이나 행정소송 과정에서 자신의 의견을 진술하거나 자료를 제출할 수 있다.

따라서 심판대상조항은 헌법상 적법절차원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

【위헌의견】

가. 기간의 상한이 정해져 있지 않은 보호는 피보호자로 하여금 자신이 언제 풀려날지 전혀 예측할 수 없게 하여 심각한 정신적 압박감을 가져온다. 단지 강제퇴거명령의 집행을 용이하게 하기 위하여 기간의 제한 없는 보호를 가능하게 하는 것은 행정의 편의성과 확일성만을 강조한 것으로 그 자체로 피보호자의 신체의 자유에 대한 과도한 제한이다.

보호기간의 상한을 초과하여 석방된 강제퇴거대상자들이 잠적하거나 범죄를 저지르는 것은 아직 현실화되지 않은 잠재적인 가능성에 불과하고, 이를 뒷받침할만한 실증적 근거도 충분하다고 볼 수 없다. 보호기간의 상한을 초과하여 보호를 해

제하더라도, 출국 요건이 구비될 때까지 이들의 주거지를 제한하는 방법, 신원보증인을 지정하거나 보증금을 내도록 하는 방법 등을 통하여 도주나 추가적인 범법행위를 상당 부분 방지할 수 있다.

보호일시해제제도는 장기 구금의 문제를 보완할 수 있는 장치로서 기능한다고 보기 어렵고, 이의신청 등 사후적 구제수단 역시 실효성이 있다고 볼 수 없다. 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익의 중대성을 감안하더라도, 기간의 상한 없는 보호로 인하여 피보호자의 신체의 자유가 제한되는 정도가 지나치게 크므로, 심판대상조항은 침해의 최소성 및 법익의 균형성 요건을 충족하지 못한다.

따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙에 위배되어 피보호자의 신체의 자유를 침해한다.

- 나. 보호결정을 하는 지방출입국·외국인관서의 장은 출입국관리공무원이 속한 동일한 집행기관 내부의 상급자에 불과하여 기관이 분리되어 있다고 볼 수 없고, 그 밖에 사법부 등 외부기관이 관여할 여지가 전혀 없으므로, 보호명령과 관련하여 객관적·중립적 기관에 의한 절차적 통제가 이루어진다고 보기 어렵다. 법무부장관은 보호명령을 발령·집행하는 행정청의 관리감독청에 불과하므로, 이의신청이나 보호기간 연장에 대한 법무부장관의 심사 및 판단은 보호의 적법성을 담보하기 위한 통제절차로서의 의미를 갖는다고 보기 어렵다. 행정소송 등 일반적·사후적인 구제수단으로는 외국인의 신체의 자유를 보장하기에 미흡하고, 출입국관리법 등 관련 법령에 의할 때 보호명령을 받는 자가 자신에게 유리한 진술을 하거나 의견을 제출할 수 있는 기회가 전혀 없다. 따라서 심판대상조항은 헌법상 적법절차원칙에 위반된다.

I. 대상 결정의 의의와 문제의식

출입국관리법상 보호란 강제퇴거대상에 해당한다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위해 외국인보호소, 외국인보호실 등에 인치하고 수용하는 집행활동을 의미한다(법 제2조). 출입국관리법에 의하면 기본적으로 강제퇴거명령 집행을 위한 보호기간은 3개월이며, 연장이 가능하다. 이 경우 몇 회에 한하여 연장이 가능한지, 무한정 가능한지 여부에 대하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다(법 제63조 제1항).¹⁾ 제한 없이 보호할 수 있는 것으로 해석될 여지는 있다.

1) 이마저 3개월의 보호기간은 2010년 5월 14일 법 개정에 이르러서야 명문화된 것이다.

실무상 이루어지는 보호절차를 살펴보면, 출입국관리사무소의 외국인에 대한 단속 및 보호절차 개시, 외국인보호실에서 조사, 보호명령처분 및 강제퇴거명령처분이 발동됨과 동시에 당해 외국인은 외국인 보호소에 보호조치 된다.²⁾ 문제는 보호기간이 장기화되고 있다는 점이다. 보호 조치된 외국인이 당해 보호명령 및 강제퇴거명령을 다투는 경우에는 보호기간이 더욱 장기화되기도 한다.³⁾ 특히 외국인이 보호소 내에서 난민신청을 하는 경우에 보호기간이 장기화될 수밖에 없다. 이 경우 난민신청을 하는 외국인은 법무부장관에게 신청을 하여 허가를 받아야 하는데, 그 기간을 예측할 수 없어 외국인보호소에서 사실상 구금 상태에서 소송을 수행한다. 보호명령 및 강제퇴거명령 취소소송이나 난민불인정 처분에 대한 취소소송의 경우 통상적으로 1심에서 최소 3~4개월에서 최장 1년~2년 정도 걸리는 게 보통이며, 대법원 심리까지 구할 경우 그 기간은 훨씬 장기화될 수 있다.⁴⁾ 화성외국인보호소의 경우 난민신청 등의 이유로 최장 6년까지 장기 구금생활을 하던 보호외국인이 끝내 강제퇴거 당한 바 있고, 5년간 보호소 생활을 하다가 일시보호해제 됐던 한 외국인은 최근 다시 보호소에 구금된 것으로 알려지고 있다.⁵⁾ 난민신청자들 중에는 장기구금을 견디다 못해 그 신청을 철회하는 경우도 많다고 한다.

연구대상 결정의 사안을 보면 2017년 10월 중국동포 김 씨가 보이스피싱 사건으로 집행유예를 선고받고 항소를 한 상태에서, 김 씨가 출소하자마자 곧장 강제퇴거명령을 받게 돼 출입국관리사무소가 (강제퇴거명령 집행을 위한) '보호'를 한 것이다. 이에 그의 변호인이 보호의 정당성에 대한 문제를 제기하여 서울고등법원 담당 재판부가 직권으로 출입국관리법 제63조 제1항의 위헌법률심판을 제청하여 최종 합헌 결정이 내려진 것이다.

연구대상 결정의 쟁점은 출입국관리법 제63조 제1항의 “대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다”는 규정에 의해 실질적인 구금상태에 놓이게 되는 보호 외국인의 경우 장기적이고도 무제한적인 구금이 헌법상 과잉금지원칙 및 적법절차원칙에 반하는지 여부에 대한 것이다. 보호는 체포 또는 구속에 준하는 인신구속 작용임에도 그 보호기간의 연

2) 고지운, [판결비평] 난민신청자의 ‘무기한’ 구금, 정당한가, 사법감시센터, 2016. 6. 3.

3) 2014년 기준 보호기간은 평균 10일 정도, 체불입금이나 난민소송의 경우 길게는 6개월에서 1년 정도 소요되는 것으로 나타났다. 김대근, 난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비방안, 2015, 19면.

4) 실제 강제퇴거명령 집행을 위한 보호의 경우 3년 9개월 정도 외국인보호소에 수용되었다고 한다.

5) http://m.ohmynews.com/NWS_Web/Mobile/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002407805#cb(최종확인: 2018.11.29.)

장과 개시를 모두 행정청이 결정하도록 하고 이에 대한 제3의 독립적이고도 중립적인 기관에 의한 통제가 안 되고 있다는 점, 신체의 자유 침해여부, 청문기회 불인정 등 적법절차위반, 기간 제한 없는 보호등 해석상 문제뿐만 아니라 입법론적 논의도 필요하다는 과제를 던져주고 있다.

여기서는 출입국관리법상 강제퇴거명령과 보호에 대하여 살펴보고 문제가 무엇인지 위헌적 요소는 없는지를 검토하여 출입국관리법상 강제퇴거명령 집행을 위한 보호의 헌법합치적 해석과 입법론 등을 모색해보고자 한다.

II. 헌법상 인신구속과 적법절차원칙

1. 헌법의 적법절차원칙과 구체적 실현

모든 국가기관에 의한 체포·구속에 대하여는 헌법 제12조 제6항이 적용되며 개인의 신체의 자유보호라는 본질적 자유를 보호하는데 그 근거가 있다. 헌법 제12조 제6항을 구체화하고 실현하는 장치 즉 적법절차원칙의 구체화의 장치들이 법적으로 제도화되어 있는가 하는 점은 중요한 의미를 갖는다. 개개의 사안에서 관련 법률이 체포·구속의 절차적 정당성을 담보하고 당사자가 부당한 체포·구속으로부터 벗어날 수 있는 절차를 충분히 마련하고 있는지, 이러한 절차들이 행정소송절차를 통한 구제수단의 한계를 실효적으로 보완하고 있는지 등에 대한 면밀한 검토를 통해 헌법의 침해여부가 판단될 수 있다.

2. 행정목적을 위한 인신구속과 적법절차원칙

일반적으로 경찰법상 인신의 구속과 출입국관리법상 인신의 구속은 형사처벌을 목적으로 하는 형사절차상 강제처분은 아니다. 그런데 보호명령에 의한 보호는 기본권 특히 신체의 자유 및 거주이전의 자유등과의 충돌가능성이 매우 크고, 보호조치는 사실상 구금의 성격을 갖는 것도 사실이다.⁶⁾ 실제 많은 경우 행정

6) 원래 행정처분에 의한 구금은 정신요양시설 입소 또는 입원되어 있는 환자 및 아동환자, 부랑인 복지시설 입소자 등 정신병자나 부랑자·윤락녀로 몰려 보호시설에 수용되는 사안, 지력이 부족하여 무인도의 어부·앵벌이로 끌려가 사실상 감금상태에 있는 사람들의 인간으로서의 기본권인 신체의 자유를 보장하고자 함에 그 취지가 있었다. 황만성/홍영오/정영오, 행정처분 등에 의한 구금의 문제점 및 개선방

처분등에 의해 구금처분이 이루어지고 있으며, 이러한 행정편의적 구금은 형사 절차가 아니라는 이유로 아무런 제재를 받지 않는다. 수용시설이나 보호시설의 이름으로 사실상의 감금이라는 형식으로 실질적으로 인신을 구속하는 형태의 구금은 인권의 사각지대로 남아있다. 행정처분에 의한 구금처분의 경우에도 형사절차상 기본권보호 원칙이 그대로 적용되는지에 대하여 다루어지는 이유가 여기에 있다.

헌법재판소는 부당한 보호에서 벗어날 수 있는 사후구제수단을 촘촘히 마련하고 있으며, 행정소송절차를 통한 구제가 갖는 한계를 충분히 보완하고 있다는 데에서 출발하고 있으며, 이러한 입장은 본 대상결정에서도 그대로 유지되고 있다. 따라서 행정청의 판단이 현저하게 자의적이라거나 재량범위를 벗어난 것이라고 볼 수 없는 이상, 헌법 제12조 제6항의 요청을 외면한 것으로서 신체의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 한다.⁷⁾ 다만 제63조 제1항의 위헌결정에 대한 반대의견에서는 이와 달리 보는데, 이 점은 본 연구대상 결정뿐만 아니라 난민신청자에 대한 장기간 보호의 위헌성 여부에 대한 결정에서도 동일하게 적시된 바 있다.⁸⁾ 2013헌바196 결정에서 반대의견에 따르면 보호는 실질적 구금으로 보아 신체의 자유를 제한하는 것이라고 하여 보호제도의 성격을 명확히 한 바 있다. 나아가 보호를 형사절차상 체포 또는 구속에 준하는 제도로 보아 엄격한 영장주의는 아니라 하더라도 적어도 객관적·중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치가 마련되어야 함을 분명히 하고 있다.

침해가 최소화되어 법익과 균형을 이루고 있다는 근거와 관련해서는 강제퇴거 및 보호명령에 대한 이의신청이 받아들여진 경우는 2012년 이후 한건도 없고, 보호기간 연장 여부에 대한 결정에서 연장불허결정이 내려진 경우는 2012년에 단 한건 있는 정도이다.⁹⁾ 이처럼 일단 외국인 보호시설에 구금이 이루어지면 개시된

안, 2007, 29면 이하.

7) 현재 2014. 8. 28. 2012헌바686.

8) 연구대상 결정 이전에 이미 현재 2016. 4. 28. 2013헌바196에서도 4인의 반대의견이 있었지만(5:4), 출입국관리법 제63조 제1항에 대한 헌법소원청구에서 다수의견은 헌법소원에 대한 재판의 전제성이 인정되지 않는다는, 각하결정을 내린 바 있다. 따라서 '소위 기한없는 보호명령제도'가 헌법합치적 규정인가에 대하여는 여전히 판단을 유보하고 있는 것을 알 수 있다. 참고로 2013헌바196 결정의 사안은 이란 국적 외국인 갑이 단기방문 체류자격으로 한국에 입국하였다가 난민신청신청을 하였지만, 출입국관리소장에 의해 거부되었으며, 2012.11.1. 강제퇴거명령과 보호명령을 내렸고, 이때부터 보호가 시작되었다. 갑은 외국인보호소에 수용되어 있는 중에 출입국관리법 제63조 제1항에 대하여 헌법소원을 제기하였으며, 2014년 12월 24일 난민의 지위를 인정한다는 판결이 확정되었고 그 이후 비로소 보호로부터 완전히 해제된 사례이다.

9) 노회찬 의원실에서 법무부로 받은 2016년 자료 참조.

구금을 중단하는 것은 매우 어렵다. 출입국관리법상 보호명령은 사실상 기간 없는 장기보호의 성격을 가지며, 그 폐해도 적지 않고, 행정청의 재량남용 가능성도 크다.¹⁰⁾ 이런 점에서 인신구속에 있어서 적법절차의 보장과 국제기준에 따른 처우 등 헌법적 관점에서의 접근이 필요하고, 동시에 이러한 행정청의 처분에 대하여 사법적 통제방안도 함께 고민하는 방향으로의 논의가 필요하다.¹¹⁾

Ⅲ. 출입국관리법상 강제퇴거명령의 의의와 법적 성격

1. 출입국관리법상 강제퇴거명령의 의의

제63조(강제퇴거명령을 받은 사람의 보호 및 보호해제)

- ① 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.
- ② 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.
- ③ 지방출입국·외국인관서의 장은 제2항의 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다.
- ④ 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람이 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백하게 된 경우에는 그의 보호를

10) 이근우, 보호인가 구금인가? 출입국관리법상 강제처분 비판, 비교형사법연구 제14권 제2호, 2012, 483면, 493면; 대한변호사협회/대한변협인권재단, 외국인보호서 실태조사 결과보고서, 2015, 16면 이하. 여기서 대상이 되는 보호는 출입국관리법 제51조 이하의 강제퇴거명령 심사를 위한 보호의 문제를 집중 다루었지만 기본적으로 제기되는 보호일반에 대한 문제점은 제63조의 강제퇴거명령 집행을 위한 보호에도 그대로 타당하다는 점에서 이를 인용하기로 한다.

11) 한편 화성외국인보호소에 보호중인 난민신청자의 강제퇴거 및 보호명령처분 취소 소송을 서울행정법원에 제기함과 동시에 판결확정전에 퇴거 및 보호명령처분 집행정지 신청을 제기한 사례에서 서울행정법원은 퇴거 및 보호명령 취소 선고를 하였으며, 집행정지 신청이 받아들여져 5개월만에 보호소에서 나온 예가 있다(서울행정법원 2013구합13617 판결). 행정법원의 퇴거 및 보호명령 취소결정은 행정편의를 위한 조치에 불과하다는데 그 이유가 있다. 무엇보다 난민협약은 난민에 대한 추방과 송환을 원칙적으로 금지하고 극히 예외적인 경우에만 허용하는데, 생계지원을 받지 못한 채 난민인정심사가 오래 걸리는 상황에서 허가 없이 취업을 한 이유만으로 공공의 안전을 해쳤거나, 해칠 우려가 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이 판결은 행정청의 재량의 범위를 엄격히 판단했다는 점에 의미가 있는 것으로 평가되고 있다. 한겨레 21선정, 올해의 판결, 2008~2013년 92개 판결, 북코마, 2014, 76-79면 참조.

해제할 수 있다.

- ⑤ 지방출입국·외국인관서의 장은 제3항 또는 제4항에 따라 보호를 해제하는 경우에는 주거의 제한이나 그 밖에 필요한 조건을 붙일 수 있다.
- ⑥ 제1항에 따라 보호하는 경우에는 제53조부터 제55조까지, 제56조의2부터 제56조의9까지 및 제57조를 준용한다.

출입국관리법 제63조 제1항에 따르면 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 받은 사람을 여권 미소지 또는 교통편 미확보 등의 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있으며, 지방출입국·외국인관서의 장은 제1항에 따라 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다.

강제퇴거는 출입국관리법상 해당 외국인에 대한 출입국관리소장 등의 행정처분으로서 외국인의 국내체류를 불허하고 대한민국 영토 밖으로 퇴거 조치하는 처분이다(제46조). 강제퇴거의 대상은 법 제46조 제1항에서 규정하고 있다. 강제퇴거를 당한 자는 5년 이내에 입국이 금지되는 등 체류불허는 물론 그 의사에 관계없이 강제퇴거 당하는 것이므로 출입국관리규정에 위반한 외국인에 대한 처분 중 가장 강력한 조치이다. 즉 강제퇴거명령은 법기술적으로는 일정한 사유에 해당하는 외국인을 국외로 추방하는 행정처분이지만 그 대상이 되는 외국인의 입장에서 극히 가혹한 형벌로서의 성격을 갖는 것은 부인하기 어렵다.¹²⁾

2. 강제퇴거명령의 성격

출입국관리법상 강제퇴거가 행정상의 즉시강제의 성격을 갖고 있다는 점에서 헌법상의 적법절차원칙의 적용범위 밖에 있다고 볼 것인지에 대하여는 논의가 있다. 행정상 즉시강제의 경우 영장주의가 적용되지 않는 이유에 대하여 헌법재판소는 “상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없을 때”¹³⁾라는 예외적인 경우를 말하기 때문이라고 한다.

12) 박동철, 외국인의 강제퇴거에 관한 연구, 해외연수법무공무원연구논문집(II), 2005, 222-223면. 일본에서는 강제퇴거를 사회적 사형으로의 성질을 갖는 것으로 보고 있다.

13) 헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12.

그런데 행정상 즉시강제라 하더라도 기본적인 인권과 관련하여 이에 대한 절차적 적법성을 갖추지 못할 경우 인권침해 가능성도 적지 않다. 출입국관리위반 사범은 체류자격 없이 근로를 제공하는 경우가 많고, 이 때문에 머무는 장소와 시간이 한정되어 있기 때문에 법원의 영장을 발부받는 것이 결코 어려운 일이 아니다.¹⁴⁾ 강제퇴거명령 등 출입국관리의 경우 철저히 출입국관리 담당공무원의 편의를 위한 것이라고 밖에는 볼 수 없는 이유가 여기에 있다. 결국 강제퇴거는 그 성격상 행정상 즉시강제의 성격을 띠고 있어 처분권자인 행정청의 자의적 재량권 남용의 가능성도 크며, 헌법상 적법절차원칙의 예외라고 보기 어려운 측면이 있음은 부인하기 어렵다.

3. 강제퇴거명령 집행과 불복

강제퇴거명령의 집행이란 대상 외국인을 국외로부터의 강제추방을 의미하는 것으로서 그 대상자는 국내에 있는 모든 인적·물적 관계로부터 단절되고 생활의 기반을 상실하게 된다. 강제퇴거는 그 대상자에게 미치는 영향이 매우 크다. 따라서 강제퇴거의 집행에 있어서는 그 대상자가 자신의 현재상황과 강제퇴거로 인해 발생할 수 있는 문제들에 관하여 구체적으로 의견을 진술하고 자료를 제출할 청문의 기회가 실질적이고도 충분히 보장되어야 한다.¹⁵⁾

강제퇴거명령에 대하여는 이의제기가 가능하다. 행정소송에 의한 방법이 있으며 강제퇴거명령이 중대명백하게 하자가 있거나 재량의 범위를 일탈하여 현저하게 부당하다면 당연무효 혹은 취소의 사유가 된다.

IV. 출입국관리법상 보호와 유형

출입국관리법상 보호는 강제퇴거대상에 해당한다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위해 외국인보호소, 외국인보호실 등에 인치하고 수용하는 집행활동을 의미한다(법 제2조). 출입국관리법상 ‘보호’¹⁶⁾는 두 가지 유

14) 조병관, 출입국관리법과 영장주의, 출입국관리법과 적법절차 토론회 자료집, 2015. 8. 27. 30면.

15) 현재 2012. 8. 23. 2008헌마430.

16) 보호명령은 출입국관리법이 전면개정되던 1983. 12. 31. 일까지만 해도 수용이라는 용어를 사용하였고, 1992.12.8. 전면개정에 이르러서야 보호라는 용어로 바꾸어 명문화되기에 이른다. 결국 우리 법제에서

형이 있다. 강제퇴거 심사를 위한 보호(제51조)와 강제퇴거의 집행을 위한 보호(제63조)로 나누어진다. 출입국관리법상 보호는 이 외에 다른 목적을 위해서는 이루어질 수 없다. 일단 적법하게 보호명령이 발하여진 경우에도 심사를 위해 필요한 최소한의 기간 또는 송환이 가능할 때까지 필요한 최소한의 기간 동안에만 당사자를 보호할 수 있고 다른 목적을 위하여 보호기간을 연장할 수 없다는 시간적 한계를 가지는 일시적 강제이다.¹⁷⁾

1. 강제퇴거심사를 위한 보호

강제퇴거심사를 위한 보호는 강제퇴거 대상자(법 제46조)에 해당한다는 상당한 이유와 도주의 우려가 있는 경우 강제퇴거대상자에 해당하는지를 조사하고(법 제51조), 이를 조사하기 위해 지방출입국, 외국인관서의 장의 허가를 받아 10일 이내의 보호를 할 수 있다. 강제퇴거 심사결정을 위해 보호한 경우에는 48시간 내에 보호명령서를 발급받아 외국인에게 보여야 하며(제51조 제5항), 이 경우 10일을 초과하지 않는 범위 내에서 한차례 연장 가능하다(법 제51조 제1항).

그 조사결과 강제퇴거대상자에 해당한다고 인정되면 지방출입국, 외국인관서의 장은 강제퇴거명령을 할 수 있고, 출입국관리공무원은 강제퇴거명령을 집행하게 된다(법 제59조 제2항). 강제퇴거를 받은 자는 명령서를 받은 날로부터 7일 이내에 법무부 이의신청할 수 있다(제60조).

실무상 보호절차를 보면 출입국관리사무소의 외국인에 대한 단속 및 보호절차 개시, 외국인보호실에서의 조사, 보호명령처분 및 강제퇴거명령처분이 발동됨과 동시에 보호처분의 이름으로 현장에서 바로 인신을 구속하여 보호소에 구금되는 모든 절차가 어한 제한도 없이 한 번에 처리되고 있다.¹⁸⁾

강제퇴거 여부에 대한 심사에서도 그 대상범위가 불명확하고 절차 또한 사법통제를 받지 않고 집행되며, 담당공무원의 지나친 자의적 해석 우려가 있어, 강제퇴거사유의 규정과 해석에서 담당공무원의 재량에 대한 합리적 통제가 필요하다는 논의도 제기되고 있다.¹⁹⁾

외국인을 보호한다는 개념보다는 수용이라는 개념이 더 친숙하고 결국 이들은 범법자나 포로 난민 등이라는 인식 범주에서 크게 벗어난 것 같지는 않다.

17) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결.

18) 고지운, 난민신청자의 '무기한' 구금, 정당한가, 2016. 6. 3.; 조병관, 31면.

19) 조병관, 24면-28면 참조. 참고로 미국의 경우 이민법에 의한 구금은 미국 수정헌법 제4조의 적용범위에 해당한다고 보며, 독일은 강제퇴거를 위한 준비구금에서는 법관이 발부한 영장을 요하고(외국인체류법

2. 강제퇴거명령 집행을 위한 보호

가. 의의

여권미소지 또는 교통편미확보 등의 사유로 해당 외국인을 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면 송환할 수 있을 때까지 보호시설에 해당 외국인을 보호할 수 있는데, 이것이 ‘강제퇴거명령의 집행을 위한 보호’이다(제63조 제1항). 지방출입국·외국인관서의 장은 강제퇴거의 집행을 위한 보호의 기간이 3개월이 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 하고, 만약 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다(제63조 제2항).

강제퇴거명령의 집행을 위한 보호의 경우 법 제63조 제1항에 따라 이들 강제퇴거명령 대상자를 송환할 수 있을 때까지 보호한다는 취지로 강제퇴거를 위한 명령서를 발부하여 이를 대상자에게 보여준다(시행령 제78조 제1항).

보호기간은 3개월이다. 그 기간이 3개월을 초과하는 경우에는 미리 법무부장관의 승인을 받아야 하며(법 제63조 제2항), 승인을 받지 못하면 지체 없이 보호를 해제하여야 한다(동조 제3항). 다른 국가로부터 입국이 거부되는 등의 사유로 송환될 수 없음이 명백한 경우도 보호 해제하여야 한다(제63조 제4항). 이 경우 보호해제를 받은 자에 대하여는 주거제한 및 그 밖의 조건 이행여부 등 동향과약을 한다(시행령 제78조 제4항).

나. 보호시설 보호의 의미

보호시설의 보호의 의미는 강제퇴거명령을 받은 자에 대한 집행을 용이하게 함으로써 외국인의 출입국과 체류를 적절하게 통제하고 조정하여 국가의 안전을 도모하기 위한 데 그 입법목적이 있다. 이 입법목적을 달성하기 위해 퇴거명령을 받은 사람을 출국요건이 구비될 때까지 보호시설에 보호하여 신병을 확보하는 것은 강제퇴거의 신속하고도 효율적인 집행을 위한 효과적인 방법이며, 이 점에서 수단의 정당성은 인정된다.²⁰⁾

제62조), 일본의 경우에도 출입국관리 위반조사를 위한 압수 수색의 경우에도 영장주의를 채택하고 있다고 한다(출입국관리 및 난민인정법 제31조).

20) 이에 대하여는 성중탁, 판례평석: 출입국관리법상 외국인보호명령제도의 문제점, 법률신문 제4549호, 2017. 10. 17.

다. 보호의 적법여부에 대한 판단

보호의 적법여부에 대하여 직접 사법부의 판단을 받을 수 있는 규정은 없다. 당사자는 그 보호의 원인이 되는 강제퇴거명령에 대하여 취소소송을 제기하여 그 원인관계를 다룰 수 있다. 또한 보호명령 자체의 취소를 구하는 행정소송이나 그 집행의 정지를 구하는 집행정지신청을 할 수 있다.

바로 이 점에서 헌법재판소는 출입국관리법상 보호에 대하여 행정소송이나 집행정지신청을 통해 그 적법여부를 다룰 수 있는 이상, 헌법상 체포·구속에 대한 사법심사가 여기에 적용되지 않는다고 하여 위헌이라고 할 수는 없다고 본다.²¹⁾ 행정소송절차를 통한 구제에는 제소기간의 제한, 신속한 판단의 어려움 등 권리구제의 한계가 있을 수 있으나, 당사자는 행정소송법 제23조에 규정된 집행정지를 통해 즉각적이고 효율적인 구제를 받을 수 있다. 또한, 인신보호법상 구제절차에서는 구제청구일부터 2주일 정도 후에 심문기일이 열리고 통상 2개월 내지 4개월의 심리기간이 소요되므로, 행정소송절차를 통한 구제가 인신보호법에 따른 구제와 비교하여 결코 미흡하다고 할 수 없다는 것이다.

라. 난민신청자와 강제퇴거명령 집행 확보

문제는 난민인정신청의 경우인데, 다만 강제퇴거명령을 받은 사람이 난민법에 따라 난민인정 신청을 하였으나 난민의 인정여부가 결정되지 아니한 경우 혹은 난민법 제21조에 따라 이의신청을 하였으나 이에 대한 심사가 끝나지 않은 경우에는 송환하여서는 아니된다(제62조 제4항 제1호 및 제2호). 즉 난민인정 신청자 혹은 이의제기자는 그 결정이 있을 때까지는 송환되지 않을 권리를 갖는다고 보아야 한다.²²⁾

따라서 법해석상으로 난민신청자의 경우에는 강제퇴거명령 집행확보가 중요한 것이 아니라, 아직은 송환이 불확실하므로 송환여부와 송환에 필요한 준비와 절차를 위한 시간이 필요한 사람들이라고 할 것이며, 이들에 대하여는 그 준비시간이 필요하다고 보아야 한다. 나아가 일단 강제소환이 이루어지면 송환국에서 불이익을 받게 되는 경우가 많고, 재입국 등은 사실상 불가능하게 된다. 따라서 강제퇴거명령 대상자가 구제받을 수 있는 것은 강제송환이 실시될 때까지 강제퇴

21) 헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686.

22) 성중탁, 판례평석: 출입국관리법상 외국인보호명령제도의 문제점, 법률신문 제4549호, 2017. 10. 17.

거명령 집행정지 결정을 받아두는 것이 중요하게 된다.²³⁾ 이 경우 출입국관리공무원 또는 사법경찰관리는 법 제62조에 따라 강제퇴거명령서에 의한 송환을 마치거나 그 집행이 불가능하여 집행하지 못한 때에는 강제퇴거명령서에 그 사유를 적어 지체 없이 청장·사무소장·출장소장 또는 보호소장에게 제출하여야 한다(시행령 제77조 제3항).

V. 강제퇴거명령의 집행을 위한 보호의 문제점

1. 출입국관리법상 강제퇴거명령 집행을 위한 보호의 법적 성격

출입국관리법의 보호는 “출입국관리공무원이 제46조 제1항 각 호에 따른 강제퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에 인치하고 수용하는 집행활동”이다(출입국관리법 제2조 제11호). 출입국관리법상 강제퇴거 대상자의 보호가 인신구속의 성격을 갖는가에 대하여 다루어진다.

이에 대하여 헌법재판소는 “모든 형태의 공권력행사기관이 체포 또는 구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 사안에 대해 헌법 제12조 제6항이 적용된다(헌재 2004. 3. 25. 2002헌바104 참조)고 한다. 헌법재판소가 이렇게 보는 이유는 체포·구속 자체에 대한 적법 여부를 법원에 심사청구할 수 있는 절차를 헌법적 차원에서 보장하는 규정이라는 점, 나아가 관련자에게 그 구체적인 절차적 권리를 제대로 행사할 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공하여야 할 의무를 가진다는 점 등을 그 이유로 한다.

출입국관리법상 보호대상자들에게도 보호자체에 해단 적법여부를 법원에 심사청구할 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공하도록 해야 한다. 이런 점에서 출입국관리법 제63조 제1항의 여부를 심사하여야 하며, 그 절차와 방법은 반드시 형사절차에 의한 체포·구속과 동일한 절차를 마련할 것을 요구하는 것은 아니다. 입법자는 그 절차를 형성함에 있어서 상대적으로 광범위한 입법형성권을 가지며, 그 법률의 내용과 명칭에 대하여 다양한 선택을 할 수 있다.

23) 박동철, 221번.

2. 적법절차 미준수

보호업무를 담당하는 직원들이 외국인을 단속하는 과정에서 보호명령서 또는 긴급보호서 등을 제대로 제시하고 있지 않다는 점이다. 당사자인 외국인은 어떤 이유로 본인이 보호되는지도 모르는 상태로 강제적으로 호송된다. 강제력을 행사하기 이전에 긴급보호서를 제시하여야 하며, 긴급한 경우 강제력을 행사한 이후에도 긴급보호서를 제시해야 한다. 그렇지 않을 경우 불법체포로서 헌법상 영장주의 원칙에 반하는 신체의 자유를 침해하는 행위가 될 수 있다.²⁴⁾

3. 장기 보호기간

법 제63조 제1항에 따르면 강제퇴거명령 대상자가 여권 미소지나 교통편미 확보 등을 사유로 즉시 대한민국 밖으로 송환할 수 없으면, 송환할 수 있을 때까지 그를 보호시설에 보호할 수 있다.

그런데 출입국관리법은 그 보호기간을 규정해두고 있지 않다. 강제퇴거 심사결정을 위한 보호의 경우에는 10일(1차에 한하여 연장가능)로 규정해두고 있는데 반하여, 강제퇴거명령 집행을 위한 보호의 경우에는 ‘송환할 수 없는 경우’에 송환이 가능할 때까지 보호할 수 있도록 함으로서 무기간 보호가 가능할 수 있는 여지를 두고 있다. 보호기간의 장기화로 인해 외국인의 인권침해문제가 제기된다.²⁵⁾ 송환할 수 있을 때까지의 의미는 절대적 부정기형을 의미하는 것으로 이해될 여지도 있어 위법소지가 크며,²⁶⁾ 죄형법정주의 원칙의 명확성원칙에 반한다. 그리고 과잉금지의 원칙과 관련해서도 기본권제한의 경우 형벌권행사는 필요하고도 적절한 범위 내에 그쳐야 할 것과 수단의 적정성이 요구되는데, 보호기간이 무한적 가능하다는 점에서 이러한 과잉금지원칙에도 반할 우려가 있다. 특히 난민신청자에게 송환이 가능할 때까지 보호할 수 있도록 하는 규정은 실제로 난민신청자들에게 장기기간동안 자의적 구금을 가능토록 할 뿐이다.²⁷⁾

24) 국가인권위원회, 이주노동자 과잉 단속에 의한 인권침해, 2009. 10. 12. 결정 :대한변호사협회/대한변협 인권재단, 외국인보호서 실태조사 결과보고서, 2015, 17면 참조.

25) 외국인보호소 실태조사 용역자료, 15면, 34면 이하 참조. 이 보고서에서는 서울 및 부산 그리고 인천 등 외국인 보호현황에 대한 상세한 조사자료를 담고 있다. 2013년까지 최근의 보호현황 자료에 대하여는 대한변호사협회/대한변협인권재단, 외국인보호소 실태조사 결과보고서, 2015, 참조.

26) 김대근, 난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비방안, 23면.

27) 김대근, 난민의 인권보장을 위한 구금관련 규정 정비방안, 23면.

4. 강제퇴거명령의 집행 불가능한 경우의 해석문제

법 시행령 제77조 제3항에 따르면 ‘강제퇴거명령의 집행이 불가능한 경우’에 대하여 명확히 밝히고 있지 않다. 그 사유별로 살펴보면 먼저 강제퇴거명령 대상자 본인의 귀책사유로 그 집행이 불가능한 경우로서, 추방명령에 불응하거나 방해하는 경우를 생각해볼 수 있다. 이 경우에는 비교법적으로도 보호의 대상이 되는 것으로 보고 있다. 다만 본인의 귀책사유로 그 집행이 불가능하다고 하더라도 송환이 가능할 때까지 보호할 수 있다고 할 경우에 외국인의 신체의 자유를 지나치게 제한하는 것은 아닌가 한느 의문이 제기될 수 있다. 적어도 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로 보호할 수 있도록 하는 방안이 요구된다.²⁸⁾

그 다음으로 행정당국의 귀책사유로 송환이 불가능한 경우가 문제되는데, 법과 시행령은 이에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 행정당국의 귀책사유로 송환이 불가능한 경우는 본인이 출국을 거부하거나 강제퇴거명령 집행을 방해하는 등의 사유가 없으므로 외국인의 신체를 부당하게 장기간 구금하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.²⁹⁾

5. 입법목적상 한계

출입국관리법상 강제퇴거명령 집행을 위한 보호는 강제퇴거명령의 집행확보를 위해서만 허용될 뿐 그 외의 다른 목적을 위해서는 발할 수 없다. 출입국관리법 제63조 제1항의 보호는 일단 보호명령이 적법하게 발부된 경우에 송환에 필요한 준비와 절차를 신속히 마쳐 송환이 가능할 때까지 보호한다는 취지가 있는 만큼 이에 필요한 최소한의 기간 동안 잠정적으로만 보호할 수 있고, 다른 목적으로 보호기간을 연장할 수 없는 시간적 한계를 갖는 일시적 강제조치의 성격을 갖는다고 보아야 한다.³⁰⁾ 예컨대 출입국관리사무소장은 강제퇴거 대상자로서 보호중이던 외국인에 대하여 별도의 고소사건 수사를 위하여 강제퇴거명령의 집행에 통상 소요되는 기간을 넘어서까지 실질적인 인신구속 상태를 유지하였다면 이러한 조치는 출입국관리법 제63조 제1항의 보호에 해당하지 않는 위법한 구금

28) 김대근/전영실/이정민/주현경/김정규, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응, 2013, 164면.

29) 김대근/전영실/이정민/주현경/김정규, 164면.

30) 대법원 2001.10.26. 선고 99다68829 판결.

이라고 하지 않을 수 없다.³¹⁾

6. 강제퇴거명령의 집행이 정지된 경우에 보호집행도 당연히 정지되는가 하는 문제

강제퇴거명령의 집행이 정지된 경우는 강제퇴거명령 및 보호명령의 취소를 구하는 소송이 제기된 경우가 이에 해당한다. 판례는 강제퇴거명령 및 보호명령의 취소를 구하는 소송이 제기되어 강제퇴거명령의 집행이 정지되었다고 하여 바로 그 보호의 집행이 정지되는 것은 아니라고 한다. 즉 원칙적으로는 강제퇴거명령 및 보호명령의 취소를 구하는 소송이 제기되고 나아가 강제퇴거명령의 집행이 정지되었다면, 강제퇴거명령의 집행을 위한 보호명령의 보호기간은 결국 본안소송이 확정될 때까지의 장기간으로 연장되는 결과가 되어 그 보호명령이 그대로 집행된다면 신청인은 본안소송에서 승소하더라도 회복하기 어려운 손해를 입게 된다. 다만 보호명령의 집행을 정지하면 외국인의 출입국 관리에 막대한 지장을 초래하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 경우에는 그 보호명령의 집행정지를 허용하지 않을 수도 있다는 것이다.³²⁾ 예컨대 신청인은 중국인에게만 발행되는 거민신분증을 소지하고 있어 중국국적을 취득한 듯한 외형을 갖추고 있는바, 신청인이 주장하는 바와 같이 위 거민신분증이 위조되었다는 점에 관하여 소명이 매우 불충분한 상태에서 보호명령의 집행을 정지하여 신청인에 대한 보호를 해제할 경우, 외국인의 출입국 관리에 막대한 지장을 초래하여 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 본 것이다.

7. 형집행중인 외국인에 대한 강제퇴거명령 집행

외국인범죄자는 일단 금고이상의 형을 선고받고 석방된 사람은 강제퇴거대상인(제46조 제1항 제13호). 형집행중인 외국인의 경우에도 사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 제46조 제1항 각호에 해당하는 사람은 강제퇴거의 절차를 밟을 수 있다(제85조 제1항). 이 경우 강제퇴거명령서가 발급되면 그 외국인에 대한 형의 집행이 끝난 후에 강제퇴거 명령서를 집행하며, 다만, 그 외국인

31) 대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결.

32) 대법원 1997. 1. 20. 자 96두31 결정.

의 형 집행장소를 관할하는 지방검찰청 검사장(검사장)의 허가를 받은 경우에는 형의 집행이 끝나기 전이라도 강제퇴거명령서를 집행할 수 있다(동조 제2항).

8. 출입국관리법과 인신보호법과의 관계

인신의 자유를 부당하게 제한하는 것으로부터 규제하기 위한 인신보호법에서는 출입국관리법상 보호된 자는 제외된다는 점이다. 출입국관리법에 의해 보호된 외국인인 인신보호법에 따른 구제가능성이 없어 청구인들의 신체의 자유를 침해하는 것은 아닌지, 합리적 이유 없이 법에 의해 보호된 사람을 국가 및 지자체 및 민간단체 등에 의한 운영되는 시설에 수용 보호되는 사람들과 차별하는 것은 아닌지 등 평등권침해여부가 문제된다.

Ⅵ. 연구대상 결정의 검토

우리나라에서의 불법체류 외국인은 매년 꾸준한 증가 추세를 보이고 있으며 지난 2014년에는 무려 20만 명에 달하는 것으로 집계되었다. 이와 같은 불법체류 외국인의 증가는 출입국관리행정을 집행하여 실효성을 확보하도록 규정하고 있는 「출입국관리법」의 역할 또한 증대하고 있음을 나타낸다. 즉, 「출입국관리법」은 출입국관리공무원에게 불법체류 외국인을 단속·조사할 수 있는 권한뿐만 아니라 강제퇴거, 출국명령 등의 행정처분까지 행할 수 있는 권한이 주어지고 있어 외국인의 인권이 침해될 우려가 있다. 현행 「출입국관리법」은 수범자인 출입국관리공무원과 불법체류 외국인 등 간의 간격을 좁히지 못하고 있는 것이 현실이다. 「출입국관리법」상의 인권보호적인 규정이 불충분하여 발생하는 인권침해는 물론이고 출입국관리공무원이 고권적이며 권력적인 권한을 가지고 출입국관리행정 업무를 집행함에 따라 엄격하게 지켜져야 할 행정조사 절차가 외국인에게는 무시되거나 준수되지 않아 발생하는 외국인의 인권침해도 문제이다.

1. 출입국관리행정의 재량적 성격과 사법통제

앞에서 본 바와 같이 출입국관리법상 인신의 구속은 형사처벌을 목적으로

하는 형사절차상 강제처분은 아니다. “출입국관리법상 보호는 내·외국인의 출입국과 외국인의 체류를 적절하게 통제·조정함으로써 국가의 이익과 안전을 도모하는 국가행정인 출입국관리행정의 일환으로 외국인의 체류자격의 심사 및 체류자격 없는 외국인의 강제퇴거절차의 집행을 위하여 이루어지는 것인바, 출입국관리행정 중 이와 같이 체류자격의 심사 및 퇴거 집행 등의 구체적 절차에 관한 사항은 광범위한 정책재량의 영역에 있다.”³³⁾

문제는 체류자격의 심사와 강제퇴거집행이라는 출입국관리행정의 구체적 절차를 형성함에 있어서 인신구금에 대한 사법적 통제를 어떠한 방식으로 구체화할 것인지 하는 점이다. 헌법재판소는 입법자는 광범위한 재량을 가지고 있는 이상 그 내용이 현저하게 불합리하지 않는 이상 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없다는 데에서 출발하고 있다.³⁴⁾ 즉 기본적으로 출입국관리법에 따라 보호된 청구인들은 각 보호의 원인이 되는 강제퇴거명령에 대하여 취소소송을 제기함으로써 그 원인관계를 다투는 것 이외에, 보호명령 자체의 취소를 구하는 행정소송이나 그 집행의 정지를 구하는 집행정지신청을 할 수 있으므로, 헌법이 요구하는 체포·구속 자체에 대한 적법여부를 법원에 심사청구 할 수 있는 절차요건도 충족하고 있다고 본다. 뿐만 아니라 출입국관리법은 보호기간의 제한, 보호명령서의 제시, 보호의 일시·장소 및 이유의 서면 통지 등 엄격한 사전적 절차규정을 마련하고 있고, 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있도록 하여 행정소송절차를 통한 구제가 가지는 한계를 충분히 보완하고 있다는 것이다.

나아가 헌법상 강제처분에 대한 사법통제는 모든 형태의 공권력행사기관이 체포 또는 구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 사안에 대해서 적용되므로, 입법자는 출입국관리법에 따라 보호된 청구인들에게 전반적인 법체계를 통하여 보호의 원인관계 등에 대한 최종적인 사법적 판단절차와는 별도로 보호 자체에 대한 적법여부를 다툴 수 있는 기회를 최소한 1회 이상 제공하여야 하는 것으로 충분한 것으로 보고 있다.³⁵⁾ 이와 같은 이유를 들어 대상결정에서는 행정청의 재량결정인 보호에 대하여 헌법상 사법통제요건을 충족한 것으로서 청구인들의 신체의 자유를 침해하지 아니한다고 본다.

그러나 앞서 본 바와 같이 출입국관리법상 보호의 실질은 신체의 자유를 제한하는 구금의 실질을 갖고 있는 것으로 보아야 하며, 따라서 헌법 제12조의 신체

33) 헌재 2005. 3. 31. 203헌마87; 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마474.

34) 헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686.

35) 헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686.

의 자유의 제한원리에 따라 기간과 처우 등이 명확히 규정됨이 타당하다.

2. 헌법상 적법절차원칙에의 위배 여하

가. 헌법의 구성적 원리로서 적법절차원칙의 의의

적법절차원칙은 기본권 제한의 법률유보원리로 자리잡고 있다. 적법절차원칙이 헌법상 하나의 독자적 원칙으로 수용되고 있는 이상³⁶⁾ 형식적 절차원리에서 그치는 것이 아니라 실체적 측면에서 법률의 내용 또한 합리성과 정당성을 갖추어야 하는 실질적 의미를 갖는 원리로 파악되고 있다.³⁷⁾ 이런 점에서 적법절차원칙은 그 법률이 기본권의 제한입법에 해당하는 경우에는 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에 따른 정당성 요건과 같은 의미로 해석될 여지가 없는 것은 아니다. 그럼에도 적법절차원칙은 단순히 이에 그치는 것이 아니라, 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되고 있다.³⁸⁾

결국 적법절차원칙은 헌법에 규정되어 있는 형사절차적 기본권에 제한된 범위에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련된 모든 입법·행정작용에 광범위하게 적용되는 원리로서 형벌권의 실행절차인 형사소송 전반을 규율하는 기본원리이다.

그 다음으로 적법절차원칙이 헌법규정상 처벌·보안처분·강제노역·그리고 영장발부에 제한적으로 적용되는가에 대하여 제한적 한정설을 주장하는 견해도 있지만, 적법절차에 의하지 아니하고는 생명·신체 또는 재산을 박탈당하지 아니한다는 의미에서(미국수정헌법 제5조 제14조 참조) 본다면, 그 대상을 헌법에 한정적으로 열거한 것으로 볼 수 없다. 즉 적법절차원칙은 적법한 절차에 의하지 아니하고는 본인에게 신체적 정신적 불이익이 되는 일체의 기본권 제한을 당하지 아니한다는 의미로 해석함이 타당하며 이런 점에서 예시적인 것에 불과하다고 봄이 타당하다.

나. 행정법 일반원칙으로서의 적법절차원칙

적법절차원칙이 행정법의 일반원칙으로도 기능하는가에 대하여 대법원은

36) 현재 1992. 12. 24. 92헌가8; 2001. 11. 29. 2001헌바41; 2003.7.24. 2001헌가25.

37) 표명환, 현행 헌법상의 적법절차조항의 규범적 의미와 가치, 토지공법연구 제56집, 2012, 505면, 510면 이하 참조.

38) 현재 1992. 12. 24. 92헌가8.

－ 비록 가산세 부실 납세고지에 대해 내린 판결이라 할지라도－ 헌법상 적법절차 원칙은 형사소송절차뿐만 아니라 국민에게 부담을 주는 행정작용에서도 준수되어야 하므로, 그 기본 정신은 과세처분에 대해서도 그대로 관철되어야 하며, 그 기본 원리가 과세처분의 장면이라고 하여 본질적으로 달라져서는 안 되는 것이고 이를 완화하여 적용할 하등의 이유도 없다고 판시하고 있다. 즉 일정한 처분에 대하여 행정절차법령이 원칙적으로 적용되지 않음에도 불구하고 상대방의 권익을 제한하고 의무를 부과하는 불이익 처분의 경우 적법절차원리가 일종의 강행규범으로서 이에 위반한 처분의 위법성을 인정하는 심사기준이 되어야 한다는 것이다.³⁹⁾이 판결에서 대법원은 ‘헌법상 적법절차원리’라는 점을 언급하면서 그 근거가 될 수 있는 헌법의 구체적인 조항을 적시하지 않았으며 적법절차원칙을 범칙국가 헌법에 내재하는 것으로 이해하는 듯한 입장을 보이고 있다.⁴⁰⁾

헌법재판소도 적법절차원리를 헌법상의 원칙으로 보고 이를 형사절차 뿐만 아니라 입법절차와 행정절차에도 모두 적용되는 것으로 이해하고 있다. 현재 결정에서는 헌법 제12조 제1항과 제3항에 규정된 영장주의를 언급하는 형태로 적법절차원칙이 적용됨을 보여준다.

현재 대법원과 헌법재판소의 입장은 적법절차원리가 법령상의 차원을 넘어서 오늘날 범칙국가가 지향하는 보편적인 가치로서 헌법적으로 내재된 것이라는 결론에 이르고 있다. 이렇게 볼 때 적법절차원리는 헌법상 범칙국가원리로부터 발원하는 헌법과 행정법의 일반원칙으로서의 위상을 갖는다고 볼 수 있다. 분명한 것은 적법절차원칙이 그 적용대상의 범위가 확대되어 오고 있으며, 국가의 권한 행사는 절차적 적법뿐만 아니라, 실체적 적법도 갖추어야 정당하다는 것으로 이해되고 있다. 다만 미국 연방대법원은 적법절차원칙이 적용되는 영역에 따라서도 심사기준을 달리하던 데에서부터 그 심사기준을 크게 완화시켜오면서 합리성 심사기준을 채택하여 적법절차 심사는 더 이상 헌법에 명시적으로 열거된 인권에 대해서만 그 제한의 정당성을 심사하는 기준은 아니며, 헌법에 열거되지 아니한 권리에 대한 제한의 정당성심사에도 적용되고 있는 기본원리로 보고 있다.⁴¹⁾

이처럼 적법절차원칙은 단지 절차적 원리만이 아니라 국가행위의 내용까지

39) 대법원 2012. 10. 18. 선고 2010두12347 전원합의체 판결.

40) 김성수, 적법절차원리 행정법의 일반원칙인가(판례평석), 법률신문, 2014. 5. 26. 여기서는 헌법상 영장주의가 적용되는 사안이 아닌 가산세부과처분의 경우에도 적법절차원칙이 타당한가에 대한 의문은 있으며, 특히 적법절차원칙이 우리 헌법의 해석상 위헌심사의 기준으로 하는 것이 타당한가에 대하여는 논란의 여지는 있다고 한다.

41) 표명환, 511면.

도 구속한다는 내용적 원리로 발전하였다. 이에 따르면 국가의 권력작용은 생명·신체 그리고 재산의 박탈에 있어서 적정하고도 공정한 절차에 따라야 한다. 다만 사법절차의 경우는 다양한 절차적 보호장치가 적법절차조항을 구성하고 있는 반면, 비사법적 절차의 경우에는 사법절차에서 요구되는 다양한 절차적 보호장치(당사자에 대한 청문권, 증인소환권, 변호사의 조력을 받을 권리, 공정하고 객관적인 재판을 받을 권리, 상소권 등)를 요구하지 않는다. 비사법적 절차에서는 일반적으로 공정한 심판자, 고지(notice)와 청문(hearing) 등이 요구된다고 한다. 즉 그 사건에 관하여 중립적이고 이해관계 없는 자가, 그 대상자에 대하여 고지를 하고, 청문절차를 거치도록 해야 한다는 것이다. 사전 청문절차가 필요한가를 결정함에 있어서는 당해 개인의 자유와 재산의 중요성 정도, 그리고 요구되는 절차를 거치지 않았을 경우에 잘못된 결정이 이루어질 위험성의 정도와 요구되는 절차를 거쳤을 경우에 잘못된 결정을 감소시키는 등으로 증가될 가치 정도 그리고 추가되는 절차를 거칠 경우 소요될 행정적, 재정적 비용 등과 관련한 정부의 이익 등이 고려되어야 하며, 이들 요소는 비교형량하여 공정한 결정과정을 보장하게 된다.⁴²⁾

생각건대 적법절차원칙은 헌법재판에서 행정처분이나 형벌권행사의 위헌·위법심사의 기준으로 적용되고 있다. 이런 점에서 연구대상 결정이 적법절차원칙을 위헌심사의 기준으로 적용하여 판단하고 있음은 적절하다. 다만 강제퇴거명령 대상자의 보호처분은 구금처분에 관한 것으로서 본질적 자유를 대상으로 하는 처분으로서 엄격한 심사가 적용되어야 하며, 입법을 통해 달성하고자 하는 목적이 긴급하고 그 목적달성을 위한 수단이 필수적인가에 따라서 그 정당성 여부가 판단되어야 한다. 따라서 절차적 측면에서 뿐만 아니라 내용적 측면에서도 구체적으로 당사자에게 적절한 고지를 행할 것, 당사자에게 의견 및 자료 제출의 기회를 부여할 것 등이 심사대상이 될 수 있다. 그럼에도 이 원칙이 구체적으로 어떠한 절차를 어느 정도로 요구하는지는 일률적으로 말하기 어렵고, 규율되는 사항의 성질, 관련 당사자의 사익, 절차의 이행으로 제고될 가치, 국가작용의 효율성, 절차에 소요되는 비용, 불복의 기회 등 다양한 요소들을 형량하여 개별적으로 판단할 수 밖에 없다.⁴³⁾ 현행 행정절차법에서는 외국인의 출입국과 난민인정 그리고 귀화의 경우에 그 적용을 배제한다고 규정하고 있지만, 출입국관리법상 이유제시와 불복절차의 고치 등이 규정되어 있는 만큼 이를 적용하는 것이 타당하다. 출입

42) 표명환, 515면.

43) 현재 2003. 7. 24. 2001헌가25.

국관리와 난민인정 등 절차에서 행정절차법상 사전통지와 처분이유제시 등 행정절차가 이루어지지 않을 경우 당사자 모두에게 큰 고통을 줄 수 있고, 담당 공무원의 재량권을 통제할 아무런 장치가 없는 상태에서 어려움을 겪을 수 있기 때문이다.⁴⁴⁾

적법절차원칙은 정당한 권한을 가진 자에 의한 결정과 그 절차의 상대방에 대한 고지 청문의 기회가 보장될 것을 요구하므로 강제퇴거명령 대상자의 보호의 경우, 그 이유와 시기 그리고 장소 등이 고지되어야 한다. 보호 후 법적인 구제절차가 없는 현행법상 이러한 청문은 매우 중요한 의미를 갖는다.⁴⁵⁾

법무부 훈령인 『출입국사범 단속과정의 적법절차 및 인권보호 준칙』에 따르면 방문조사에 정당한 이유 없이 불응하고 도주하거나 도주할 염려가 있는 경우 긴급을 요하여 사무소장으로부터 보호명령서를 발부받을 여유가 없는 때에는 그 취지를 알리고 법 제51조 제3항의 규정에 의한 긴급보호서를 발부하여 그 외국인을 보호할 수 있다(훈령 제11조 제1항). 그리고 용의자를 긴급보호 하는 때에는 구두 또는 미란다원칙 등 고지문으로 용의자에게 진술거부권과 변호인선임권이 있고 보호에 대해 이의신청을 할 수 있음을 알려야 한다(동조 제2항). 긴급보호서는 용의자에게 보이면서 그 여백에 서명을 받도록 되어 있다(동조 제3항). 따라서 고지문을 통해 미란다원칙의 고지와 진술거부권 및 변호인선임권이 있음을 알리는 것은 외국인 피의자의 방어권보장을 위해 필수적인 사항이다.

연구대상 결정은 보호의 연장단계에서 법무부장관의 심사가 행해질 뿐 사법부의 판단이 없다고 하여 곧바로 적법절차위반이라고 할 수 없다고 보고 있다. 그런데 위에서 본 바와 같이 법무부의 보호연장 승인심사는 거의 형식적으로 이루어지고 있으며, 사실상 구금의 상태를 벗어나기 매우 어려운 실정이다. 대법원과 헌법재판소는 적법절차원리를 기본권전반에 대한 기본원리로 확장 해석하고 있는 것은 이상 형사절차에서 신체의 자유를 제한하는 법률의 경우, 비록 법률에 따른 형벌권 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적 내용을 침해해서는 안 되며, 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 반하지 않는 한도 내에서 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음은 명확해진다.

44) 양연순, 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 대한 행정절차법의 전면적 배제의 문제점, 출입국관리법과 적법절차 토론회, 2015. 8. 27. 5-6면 참조.

45) 박동철, 260면; 황만성, 45면.

3. 과잉금지의 원칙에의 위배여부

헌법은 기본권제한의 한계에 관하여 헌법 제37조 제2항에서 별도로 규정하고 있으며, 이 경우 국가안전보장, 질서유지, 공공복리의 목적을 위해 필요한 경우에 법률로 제한이 가능하고, 이 경우에도 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없으며, 그 법률의 내용에 대한 정당성심사기준으로서 과잉금지의 원칙이 있다. 과잉금지의 원칙은 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체계상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙”을 의미한다.⁴⁶⁾ 과잉금지원칙은 기본권침해와 관련한 위헌결정에서 중요한 심사기준으로 적용되고 있다.⁴⁷⁾ 이러한 기본적인 한계 선언은 출입국관리라는 광범위한 정책재량의 영역을 통제하는 효과적인 수단이기도 하다.⁴⁸⁾

국가가 기본권을 과도하게 침해함으로써 부담을 주는 행위에 대하여는 이를 사전에 알려주고, 그 이유를 설명해주어 자신을 방어할 수 있는 기회를 주는 것이 적법절차의 핵심내용이라고 할 것이다. 아무런 설명 없이 이유를 알려주지 않은 채, 송환가능성도 자신이 아니라 본국의 사정 여하에 따라서 얼마든지 달라질 수 있는 상황에서 무작정 기다리라고만 하는 것은 적법절차원칙 그리고 과잉금지원칙에 반하지 않는다고 말할 수는 없을 것이다.

4. 제한 없는 보호기간 문제

가. 제한 없는 보호기간으로 인한 인권침해 가능성과 대안

일단 강제퇴거대상자에 대한 보호는 강제퇴거가 가능해질 때까지 신병을 확

46) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95.

47) 표명환, 522면.

48) 김대근/전영실/이정민/주현경/김정규, 출입국관리상 인권제고를 위한 형사정책적 대응, 2013, 430면.

보한다는 필요성 측면이 강하다. 따라서 강제퇴거가 가능해진다는 것은 국적이나 시민권을 가진 국가로 송환이 가능해졌다는 것을 말한다. 그런데 이 송환가능여부는 우리정부나 난민 내지 출입국관리대상자가 정할 수 있는 문제는 아니다. 이런 점에서 보호기간의 상한을 못박는 것 자체가 어려울 수는 있다. 보호를 해두어 송환이 가능해질 때 즉시 신속하고도 효율적으로 강제퇴거를 집행할 수 있다는 점에서는 그 부득이함을 이해 못할 바 아니다. 그렇다 하더라도 무제한 구금이 정당화되는 것은 아니다. 여전히 신체의 자유의 본질적 영역에 대한 침해문제는 남아 있다.

이 문제를 어떻게 해결할 것인가? 법 제63조 제3항의 보호할 때 그 기간이 3개월을 넘는 경우에는 3개월마다 미리 법무부장관의 승인을 받아야 한다는데 대하여 이는 대개 형식적으로 이루어지고 있다고 한다.⁴⁹⁾ 따라서 독립된 법원에 의한 구금계속의 필요성 심사가 이루어지도록 함이 타당하다. 이 경우에도 보호개시 단계에서 영장주의 도입하고, 구금기간의 연장단계에서 법관이 심사하도록 하는 방안, 구금개시단계는 출입국관리소장이, 구금기간 연장 시 법관의 심사 받도록 하는 방안 등이 제시되고 있다. 영장주의가 적용될 것인가에 대하여 형사절차에 적용되는 영장주의가 행정목적에 위한 인신구금에 그대로 적용된다고 보는 것은 적절하지 않다. 헌법 제12조 제3항이 동조 제1항과의 관계에서 수사기관의 피의자에 대한 강제처분절차에 관한 특별규정이라고 판시⁵⁰⁾한 점에 비추어 영장주의를 행정목적에 위한 인신구금에 그대로 적용한다고 해석하기는 어렵다. 무엇보다 행정상 즉시강제의 경우 그 본질상 급박성을 요건으로 하며, 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것이므로 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성하기 어려울 때에 행하는 것⁵¹⁾이므로 영장주의가 적용되지 않는다고 봄이 타당하다. 그러나 출입국관리법상 보호가 그 성격상 행정상 강제처분으로서 성격을 갖는다 하더라도 보호로 인해 기본권이 제한되는 정도가 형사절차 전 과정에서 기본권이 제한되는 정도와 실질적으로 같다면 법률유보의 원칙에 의하는 것이 적법절차원칙에 부합한다고 할 것이다.⁵²⁾

헌행법 하에서 구제가능한 방법은 구금계속의 필요성·상당성을 일탈한 장기구금의 위법성 판단을 법관에게 맡기는 것으로서 인신보호법 제2조의 적용제

49) 성중탁, 판례평석: 출입국관리법상 외국인보호명령제도의 문제점, 법률신문 제4549호, 2017. 10. 17.

50) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593.

51) 헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12.

52) 대한변호사협회/대한변협인권재단, 외국인보호서 실태조사 결과보고서, 2015, 17-18면.

의 사유에서 출입국관리법상 보호제도를 삭제하는 방향으로 가는 방안도 있다.

나. 인신보호법 적용대상으로서 출입국관리법상 보호대상자 포함

인신보호법상 적용대상에 출입국관리법상 보호대상자를 제외한 것에 대하여는 이미 다루어진 바 있다. 즉 현재 2014. 8. 28. 2012헌마686 결정에서 인신보호법상 구제청구를 할 수 있는 사람의 범위에서 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 제외하는 것은 신체의 자유를 침해하거나 평등권을 침해하는 것은 아니라고 판시하고 있다. 인신보호법은 위법한 행정처분 또는 사인에 의한 시설에의 수용으로 인하여 부당하게 인신의 자유를 제한당하고 있는 개인에 대한 구제절차를 마련하여 국민의 기본권을 보호하는 것을 목적으로 하고(인신보호법 제1조), 인신보호법상 구제청구도 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때 할 수 있는 것으로(법 제3조), 적절한 구제절차가 마련되지 아니한 위법한 수용을 그 대상으로 하고 있다.

문제는 인신보호법이 형사절차에 따라 체포·구속된 자, 수형자뿐만 아니라, 출입국관리법에 따라 보호된 자를 그 적용대상에서 제외하고 있다는 점이다. 출입국관리법에 따라 보호대상이 되는 자를 인신보호법에서 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한데 대하여 헌법재판소는 출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유의 존부 심사 및 강제퇴거명령의 집행확보라는 행정목적을 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점, 출입국관리법이 보호라는 인신구속의 적법성을 담보하기 위한 엄격한 사전절차와 사후적 구제수단을 충분히 마련하고 있는 이상, 인신보호법의 보호범위에 출입국관리법에 따라 보호된 자를 포함시킬 실익이 크지 아니한 점을 고려한 것으로서 합리적 이유가 있으며, 청구인들의 평등권을 침해한 것은 아니라고 한다.

그런데 과연 출입국관리법상의 보호를 위한 인신구속이 형사절차상 인신구속이나 행정절차상 인신구속과 차이가 있는가? 그리고 출입국관리법상의 보호에 대하여 그 적법성을 담보하기 위한 사전 내지 사후 구제수단을 충분히 확보하고 있는가 라는 근본적인 의문을 고려한다면 인신보호법에서 출입국관리법에 따른 피수용자를 제외한 것은 납득하기 어려운 측면도 있다. 출입국관리법상 피수용자

를 인신보호법 적용대상으로 포섭할 경우에는 피수용자, 그 법정대리인, 후견인, 배우자, 직계혈족, 형제자매, 동거인, 고용주 또는 수용시설 종사자(이하 ‘구제청구자’라 한다)는 피수용자에 대한 수용이 위법하게 개시되거나 적법하게 수용된 후 그 사유가 소멸되었음에도 불구하고 계속 수용되어 있는 때에는 법원에 구제를 청구할 수 있다(인신보호법 제3조 본문). 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 상당한 기간 내에 그 법률에 따른 구제를 받을 수 없음이 명백하여야 구제청구를 할 수 있다(제3조 단서). 수용을 계속하는 경우 발생할 것으로 예상되는 신체의 위해 등을 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정하는 때에는 직권 또는 구제청구자의 신청에 따라 피수용자의 수용을 임시로 해제할 것을 결정할 수 있다(제9조 제1항). 법원은 청구가 이유 있다고 인정되는 때에는 결정으로 피수용자의 수용을 즉시 해제할 것을 명하여야 하고, 이유 없다고 인정하는 때에는 이를 기각하여야 한다(제13조). 구제청구자와 수용자는 법원의 위 결정에 대하여 불복하면 3일 이내에 즉시항고 할 수 있다(제15조). 또한 인신보호법에 따라 수용이 해제된 자는 구제청구의 전제가 된 사유와 같은 사유로 다시 수용할 수 없다(제16조). 그리고 인신보호법 시행령 제10조에 따르면 2주내에 법원은 심문기일을 지정해야 하므로 출입국관리법상 보호명령을 받은 외국인의 경우 보호명령 취소소송 등 항고소송을 통한 권리구제보다 더 신속한 권리구제를 받을 수 있게 된다.⁵³⁾

Ⅶ. 결론

연구대상 결정은 인신구속의 성격을 가진 강제퇴거명령 집행을 위한 보호제도에 대한 근본적 논의가 필요하다는 문제의식을 던져준 점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 이런 점에서 외국인보호소 장기구금자의 인권을 외면한 출입국관리법의 규정과 해석은 검토를 요한다고 하지 않을 수 없다.

출입국관리에서 문제되는 것은 이들 대부분이 열악한 법적 지위에 놓여있는 외국인이고 이들 취약자들에 대한 배려는 여전히 부족한 것도 사실이다. 이런 상황에서 더욱 심각한 상황에 놓여있는 자들이 불법체류외국인이다. 이들 불법체류 외국인의 경우 단속되어 구금되면 기본적인 처우조차 받지 못하는 경우가 많고

53) 성중탁, 판례평석: 출입국관리법상 외국인보호명령제도의 문제점, 법률신문 제4549호, 2017. 10. 17.

그 두려움이 훨씬 큰 것은 자명하다.

각국의 출입국관리정책의 기본 토대를 이루는 것은 자국의 법익보호와 자국민 보호와 불법체류 외국인의 인권과의 갈등을 전제로 한다. 각국 또한 이런 점에서 매우 유연한 출입국관리정책을 펼쳐오고 있는 것이며, 앞으로의 방향도 이렇게 전개될 가능성이 크다.

강제퇴거명령 집행을 위한 보호의 경우, 본국으로 송환되기까지 적어도 강제집행명령 취소소송과 집행정지신청을 제기한 당해 외국인에게 집행정지결정이 내려질 때까지 만이라도 필요적으로 소송절차를 집행정지하는 조항을 두는 입법적 대안이 필요하다. 비교법적으로 보면 강제추방 및 강제퇴거를 위한 구금은 최대 6개월까지 허용되며, 특별히 당사자가 비협조적이거나, 방해 등 위험이 있는 경우에는 필요한 기간을 더 연장할 수 있는데, 이 경우에도 최대 12개월 까지 연장할 수 있도록 하고 있다. 그리고 비교법적으로 다들 재심사를 두고 있다. 짧게는 7일에서 30일 그리고 최대 6개월까지의 기간 동안에 재심사를 함으로써 인권 보호장치를 두고 있음은 참조할만하다.⁵⁴⁾ 그리고 일본의 경우에도 강제퇴거는 인권 존중 하에 인도적 배려가 고려되어야 한다는 것을 천명하고 있다. 그럼에도 일본의 경우에도 강제퇴거명령 대상자의 수용의 경우 제기되는 문제점으로서 수용의 장기화와 행정관등에 의한 차별적 처우 등이 문제되고 있다. 강제퇴거 명령서가 발부된 이후 상당기간 경과해도 송환되지 않는 수용자의 경우 수용소장 또는 지방입국관리국 주임심사관이 일정기간별로 방면의 필요성이나 상당성을 심사하여 방면의 탄력적 운용을 통해 수용의 장기화를 가능한 한 회피하도록 하고 있다. 또한 퇴거명령서가 발부된 이후 장기간 수용되는 자에 대하여는 일정기간마다 방면의 필요성·상당성을 검증하도록 하고 개개의 사정에 맞는 탄력적 운용을 도모하고 있다고 함은 시사하는 바가 크다.⁵⁵⁾

대상 결정의 합헌결정에서도 제시하고 있는 바와 같이 “보호 개시 및 (중략) 연장에 대한 판단을 사법부 등 제3의 기관이 결정하도록 하는 입법적 방안을 검토할 필요”있고 “우리나라의 실정에 맞는 합리적인 보호기간의 상한을 설정할 수 있는 지를 신중하게 검토”해야 한다고 언급해 사실상 관련 법령의 정비가 시급함을 인정하고 있다.⁵⁶⁾ 이는 마치 현행 규정상으로 이러한 해석은 어쩔 수 없으니,

54) 김대근/전영실/이정민/주현경/김정규, 273면 이하 참조.

55) 김대근/전영실/이정민/주현경/김정규, 419면 참조.

56) http://m.ohmynews.com/NWS_Web/Mobile/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002407805#cb(최종확인: 2018.11.29.)

입법적 대안을 마련해 빨리 개선해라라는 취지로 이해된다.

출입국관리법상 강제퇴거는 행정처분으로서 행정실무의 필요성이 크게 작용하는 처분으로서 재량범위가 상당히 넓게 인정되어왔음은 부인하기 어렵다. 연구대상 결정의 합헌의견은 기본적으로 보호기간의 상한을 규정할 경우, 송환시점이 지연되어 계속 보호해야 할 경우 즉 보호기간의 상한을 초과하게 될 경우 강제퇴거대상자를 석방해야 할 경우 발생할 수 있는 문제점 때문에 그리하지 못한다는 것을 정당화하고자 하는 측면도 있다. 이는 석방된 강제퇴거대상자들이 잠적하거나 범죄를 저지를 수 있다는 전제에서 있음에 다름 아니다. 이러한 전제는 무엇보다 막연한 불안감이라는 현실화되지 않은 잠재적인 가능성에 근거를 둔 것으로서, 강제퇴거대상자들 모두가 범죄자는 아닌데도 불구하고 막연히 범죄를 저지를 것이라는 예단에 지나지 않는다고 할 것이다. 막연한 추정만으로 기한의 상한이 없는 보호와 같이 신체의 자유에 중대한 침해를 가져오는 조치를 정당화할 수 없다.⁵⁷⁾ 강제퇴거 대상자 전체를 모두 잠재적 도주자 내지 잠재적 범죄자로 보는 것은 국제인권법상으로도 부합하지 않는다.

입법론으로는 보호명령 자체의 기간을 명시하고, 일정한 경우에 연장가능하도록 하며, 연장 포함하여 총 보호기간의 상한을 명시하도록 법률로 정함이 타당하다. 그리고 인신보호법 제2조의 적용제외 사유에서 출입국관리법상 보호를 배제하는 데 대한 검토가 있어야 할 것이다. 이에 따라 구금계속의 필요성에 대한 심사 청구일로부터 2주 내에 법원은 심문기일을 지정하게 되므로(인신보호법 시행령 제10조) 적어도 권리구제에 관한 한 신속한 처리가 가능할 것으로 기대된다.

57) 조성호, 강제퇴거명령받은 외국인, 보호시설에 무기한 보호, 가짜스로 “합헌”, 법률신문, 2018. 4. 24., <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=142391&page=2>; 최종확인 2018.11.29.)

제170회 발표회 지정토론문

발제문: 출입국관리법상 강제퇴거 명령의 위헌성 여하

발제자: 박미숙(한국형사정책연구원 선임연구위원)

날짜 및 장소: 2018. 12. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

황 지 섭*

‘출입국관리법상 강제퇴거 명령의 위헌성 여하’에 관한 박미숙 선임연구위원님의 깊이 있는 발제문을 읽고 많은 공부가 되었습니다. 발제문에서는 현재 2018. 2. 22. 2017헌가29 결정(이하 ‘대상결정’이라 합니다)을 검토하면서, 출입국관리법(이하 ‘법’이라 합니다)상 강제퇴거 명령과 그 심사 및 집행을 위한 보호를 둘러싼 헌법적 쟁점, 그 중에서도 특히 적법절차원칙 위배 여부에 대하여 다양한 측면에서 풍부한 논의를 진행하고 있습니다.

이와 같은 발제문의 전체적인 취지에 공감하면서, 토론자의 간단한 고민과 의견, 그리고 질문을 덧붙이고자 합니다. 대상결정은 크게 보아 법 제63조 제1항이 과잉금지원칙에 반하여 신체의 자유를 침해하는지 여부와, 헌법상 적법절차원칙에 위배되는지 여부의 두 가지 쟁점을 다루었는데, 발제문이 후자에 초점이 맞춰져 있으므로, 이하에서는 출입국관리법상 강제퇴거와 관련한 외국인의 절차적 권리를 중심으로 살펴보겠습니다.

1. 외국인 강제퇴거 절차

외국인에 대한 강제퇴거는 ① 조사(법 제47조) → ② 강제퇴거 심사결정을 위한 보호(제51조)¹⁾ → ③ 심사결정(제58조) → ④ 강제퇴거명령(제59조 제2항)

* 헌법재판소 헌법연구관

1) 이 조항에 따른 보호는 다시, 지방출입국·외국인관서의 장으로부터 사전에 보호명령서를 발급받아서

→ ⑤ 강제퇴거 집행을 위한 보호(제63조) → ⑥ 강제퇴거 집행(제62조)의 절차에 따른다. 대상결정의 심판대상조항은 ⑤의 근거가 되는 조항이다. 통상적으로 강제퇴거 집행에 불복하는 경우에는 ④와 ⑤의 취소를 구하는 취소소송을 제기하면서, 그에 대한 집행정지 신청을 하는 것이 일반적이다.

2. 외국인의 강제퇴거와 관련한 헌법재판소의 선례

가. 긴급보호 및 보호명령 집행행위 등 위헌확인(헌재 2012. 8. 23. 2008헌마430)

서울출입국관리사무소장이 불법체류 외국인인 청구인들을 긴급보호한 행위가 출입국관리법상 긴급보호의 요건을 갖추었는지, 긴급보호 과정에서 출입국관리사무소 직원들이 청구인의 주거에 침입하여 주거의 자유를 침해하였는지, 청구인들이 강제퇴거명령에 대하여 취소소송과 집행정지신청을 제기하였음에도 강제퇴거명령을 집행한 것이 청구인들의 재판청구권을 침해하였는지 여부 등이 문제된 사건으로, 합헌 결정이 선고되었다.²⁾

나. 인신보호법 제2조 제1항 위헌확인(헌재 2014. 8. 28. 2012헌마686)

이 사건 청구인들은 불법체류 등을 이유로 출입국관리공무원에 의해 보호되어³⁾ 조사를 받은 후 강제퇴거명령을 받아 본국에 송환된 사람들인데, 이들은 법

집행하는 보호(법 제51조 제1항)와, 보호명령서를 발급받을 여유가 없을 때 하는 긴급보호(법 제51조 제3항)가 있다. 출입국관리공무원은 외국인을 긴급보호하면 즉시 긴급보호서를 작성하여 그 외국인에게 내보여야 하고, 48시간 이내에 보호명령서를 발급받아 외국인에게 내보여야 하며, 보호명령서를 발급받지 못한 경우에는 즉시 보호를 해제하여야 한다(법 제51조 제4항, 제5항).

2) 이에 대하여 위 사건은 우리 헌법상 기본권의 주체가 될 수 없는 외국인이 제기한 헌법소원이어서 부적법하므로 각하하여야 한다는 재판관 김종대의 반대의견(각하의견), 긴급보호가 이루어진 시간과 장소 및 긴급보호 직후 이송되어 보호된 구체적 정황에 비추어 보면 청구인들에 대한 긴급보호는 긴급성 요건을 갖추지 못하였고, 청구인들에 대한 강제퇴거는 선별적이고 자의적인 법집행으로 청문의 기회도 충분히 부여하지 않은 채 이루어진 것이어서 청구인들에 대한 긴급보호 및 보호명령의 집행행위와 강제퇴거명령의 집행행위는 적법절차원칙에 위반하였다는 재판관 송두환, 이정미의 반대의견(인용의견)이 있었다.

3) 앞서 살펴본 ②의 강제퇴거 심사결정을 위한 보호를 의미한다.

원에 인신보호법에 따른 구제청구를 하고자 하였으나, 인신보호법 제2조 제1항 단서가 “출입국관리법에 따라 보호된 자”를 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외하고 있어 신체의 자유 및 평등권을 침해당하였다며, 위 조항의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법재판소는 위 조항이 헌법 제12조 제6항에 반하여 청구인들의 신체의 자유를 침해하지 아니하며, 평등권도 침해하지 않는다고 판단하였다. 결정 요지는 다음과 같다.

『출입국관리법에 따라 보호된 청구인들은 각 보호의 원인이 되는 강제퇴거명령에 대하여 취소소송을 제기함으로써 그 원인관계를 다투는 것 이외에, 보호명령 자체의 취소를 구하는 행정소송이나 그 집행의 정지를 구하는 집행정지신청을 할 수 있으므로, 헌법 제12조 제6항이 요구하는 체포·구속 자체에 대한 적법여부를 법원에 심사청구할 수 있는 절차가 있다. 또한, 출입국관리법은 보호기간의 제한, 보호명령서의 제시, 보호의 일시·장소 및 이유의 서면 통지 등 엄격한 사전적 절차규정을 마련하고 있고, 법무부장관에게 보호에 대한 이의신청을 할 수 있도록 하고 있다. 따라서 심판대상조항은 헌법 제12조 제6항의 요청을 충족한 것으로 청구인들의 신체의 자유를 침해하지 아니한다.

심판대상조항이 출입국관리법에 따라 보호된 사람을 인신보호법에 따라 구제청구를 할 수 있는 피수용자의 범위에서 제외한 것은, 출입국관리법상 보호가 외국인의 강제퇴거사유의 존부 심사 및 강제퇴거명령의 집행확보라는 행정목적 을 담보하고 이를 효율적으로 집행하기 위해 행해지는 것으로 신체의 자유 제한 자체를 목적으로 하는 형사절차상의 인신구속 또는 여타의 행정상의 인신구속과는 그 목적이나 성질이 다르다는 점, 출입국관리법이 보호라는 인신구속의 적법성을 담보하기 위한 엄격한 사전절차와 사후적 구제수단을 충분히 마련하고 있는 이상, 인신보호법의 보호범위에 출입국관리법에 따라 보호된 자를 포함시킬 실익이 크지 아니한 점을 고려한 것이며, 여기에는 합리적 이유가 있다. 따라서 심판대상조항은 청구인들의 평등권을 침해하지 아니한다.』

다. 출입국관리법 제63조 제1항 위헌소원(헌재 2016. 4. 28. 2013헌바196)

이 사건에서는 대상결정의 심판대상조항과 사실상 동일한 조항(개정 전 조항)의 위헌 여부가 다투어졌으나, 헌법재판소는 5(각하) : 4(위헌)로 각하결정을 하였다.

(1) 다수의견 - 재판관 5인의 각하의견

『청구인이 이 사건 심판청구를 제기한 후 난민불인정처분 취소소송에서 취소 판결이 확정되어 청구인에 대한 보호가 해제되었으므로, 보호명령의 취소를 구하는 당해사건은 소의 이익이 없어 부적법하게 되었다. 따라서 이미 확정된 당해사건에 대한 재심이 개시된다고 하더라도 심판대상조항의 위헌 여부에 따라 재판의 주문이나 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 달라지지 아니하므로, 이 사건 심판청구는 재판의 전제성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.』

(2) 반대의견 - 재판관 4인의 위헌의견

『심판대상조항의 위헌 여부에 대한 판단은 외국인의 신체의 자유와 직결되는 매우 중요한 헌법문제이며, 아직 헌법재판소의 해명이 이루어진 바 없다. 심판대상조항에 의한 보호명령은 재차 이루어질 수 있고, 현재도 일부 난민신청자들이 장기 보호되고 있어 기본권 침해 논란이 계속되고 있으므로, 심판의 이익이 인정된다(그 외 본안 판단 내용은 대상결정의 위헌의견과 유사함).』

(3) 다수의견에 대한 보충의견 - 재판관 2인의 합헌의견

(판단 내용은 대상결정의 법정의견과 유사함)

라. 2013헌바196 결정과 대상결정의 차이

위 2013헌바196 결정과 대상결정은 심판대상조항의 내용은 동일하나, 배경이 된 사실관계에 차이가 있다. 2013헌바196 결정의 청구인은 난민인정신청을 하였으나 불허된 후 불법체류를 하다가 다시 난민인정신청을 하였는데, 서울출입국관리사무소장으로부터 불법체류를 이유로 강제퇴거명령 및 보호명령을 받은 데 이어 난민불인정처분도 받았다. 위 청구인은 강제퇴거명령 및 보호명령의 취소를 구하는 행정소송을 제기하면서 그 근거가 된 법 제63조 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다. 한편 위 청구인은 위 행정소송과 별도로 난민불인정 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였는데, 헌법소원심판 도중에 해당 소송에서 승소확정판결을 받아 보호가 완전히 해제된 것이다.

대상결정의 경우 당해 사건의 원고 김○선은 난민신청자가 아니라 범죄를 저질렀다는 이유로 강제퇴거명령 및 보호명령을 받은 사람이고, 현재 보호명령이

집행정지 중이나 아직 보호가 확정적으로 해제되지 않았다는 점에서 2013헌바 196 결정과 차이가 있다. 따라서 선례와 달리 재판의 전제성 요건을 갖춘 것으로 판단되었다.

3. 강제퇴거에 있어서 외국인의 절차적 권리와 관련한 쟁점들

강제퇴거와 관련한 외국인의 절차적 권리에 관하여는 ① ‘보호명령서’의 발부를 중립적 제3자인 법관이 하지 않고 출입국관리소장 등이 하게 한 것이 헌법 제12조 제3항의 영장주의 원칙에 반하는지 여부, ② 구금의 개시와 연장에 관한 통제절차와 판단기관의 중립성·독립성이 확보되지 않아 헌법 제12조 제1항의 적법절차 원칙에 반하는지 여부, ③ 당사자에 대한 적절한 고지, 의견 및 자료 제출의 기회를 부여하지 않아 헌법 제12조 제1항의 적법절차 원칙에 반하는지 여부, ④ 보호에 대한 적부 심사를 법원에 청구할 절차적 권리를 보장하지 아니하여 헌법 제12조 제6항에 위반되는지 여부 등이 쟁점이 될 수 있다.

대상결정에서는 ②, ③쟁점이 주로 다루어졌고(재판관 5인의 위헌의견에서는 ①쟁점도 언급됨), 앞서 2.나.에서 살펴본 2012헌마686 사건에서는 ④쟁점이 주로 논의되었는데, 이 토론문에서는 ①쟁점(영장주의 원칙)을 집중적으로 다뤄보고자 한다. 이를 위해서는 강제퇴거 집행을 위한 보호의 법적 성격을 먼저 고민해 볼 필요가 있다.

4. 강제퇴거 집행을 위한 보호의 법적 성격

대상결정의 심판대상조항인 법 제63조 제1항은 강제퇴거명령의 집행을 위한 보호를 규정하고 있는 조항이다. 이 보호의 법적 성격이 무엇인지에 관하여 대상결정은 분명하게 밝히고 있지 않은데, 영장주의나 적법절차원칙 위배 여부 등과 관련하여서는 두 가지 측면을 검토해 볼 수 있다. 첫째, 위 보호가 ‘행정상 즉시강제’에 해당하는지, 둘째, 위 보호가 ‘구금’에 해당하는지 여부이다.

가. 행정상 즉시강제에 해당하는지 여부

헌법재판소에 따르면, 행정상 즉시강제란 행정강제의 일종으로서 목전의 급

박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있는 경우에, 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란할 때에, 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이며, 법령 또는 행정처분에 의한 선행의 구체적 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하는 행정상 강제집행과 구별된다. 행정강제는 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고 기본권 침해의 소지가 큰 권력작용인 행정상 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다. 이러한 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서 다시 행정상의 장애가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적은 달성할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다(헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12, 판례집 14-2, 345, 353 참조).

위 선례의 설시에 의하면 행정상 즉시강제에 해당하기 위해서 ‘급박성’의 요건을 충족해야 하는 것으로 보인다. 학계에서는 ‘미리 의무를 명할 시간적 여유가 없는 경우’ 뿐만 아니라 ‘성질상 의무를 명하여서는 목적달성이 곤란한 경우’에도 행정상 즉시강제에 해당할 수 있다고 보는 견해도 있고,⁴⁾ ‘미리 의무를 명할 시간적 여유가 없는 경우’만이 즉시강제에 해당한다고 보는 견해도 있다.⁵⁾

강제되거나 집행을 위한 보호는 구체적 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하지 않는 것으로서 ‘그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란할 때’에 해당한다고 볼 수 있으나, ‘급박성’ 요건을 충족시키는데에 관하여는 이론의 여지가 있다.⁶⁾ 따라서 행정상 즉시강제에 해당하기 위해서 ‘급박성’의 요건을 충족시켜야 한다고 보는 견해를 따른다면 위 보호는 행정상 즉시강제에 해당하지 않는다고 볼 여지가 있고, 그렇지 않은 견해를 따른다면 위 보호는 행정상 즉시강제에 해당한다고 볼 것이다.⁷⁾

4) 박균성, 행정법론(상)(제17판), 박영사, 2018, 580면.

5) 김동희, 행정법(제23판), 박영사, 497-498면. 김남진·김연태, 행정법I(제21판), 법문사, 2017, 544면은 ‘목전의 급박한 위협을 제거하기 위한 경우’를 ‘협의를 즉시강제 또는 즉시집행’으로 보고, ‘급박하지는 않으나 미리 의무를 명하기가 어려운 경우’를 ‘직접시행 또는 광의의 즉시강제’로 표현하기도 한다.

6) 뒤에서 보듯이 박균성, 행정법론(상)(제17판), 박영사, 2018, 585면은 불법외국인의 강제출국은 급박한 경우가 아니라고 한다.

7) 참고로 김남진·김연태, 행정법I(제21판), 법문사, 2017, 546면은 법 제51조에 따른 ‘강제되거나 심사결정을 위한 보호’가 행정상 즉시강제에 해당한다고 보고 있다. 한편, 국가인권위원회는 법 제51조 제3항의 긴급 보호에 대하여, 『지금과 같은 보호 조치는 행정법이론의 측면에서는 직접강제 또는 즉시강제에 해당한다고 볼 수 있으나 직접강제는 개인의 자유와 권리를 크게 침해하는 것이므로 군사시설에 대한

나. 구금에 해당하는지 여부

출입국관리법상 보호란 “출입국관리공무원이 법 제46조 제1항에 따른 강제 퇴거 대상에 해당된다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람을 출국시키기 위하여 외국인보호실, 외국인보호소, 또는 그 밖에 법무부장관이 지정하는 장소에⁸⁾ 인치하고 수용하는 집행활동”을 말한다(법 제2조 제11호). ‘보호’라는 용어가 사용되고 있지만, 위와 같이 ‘인치하고 수용하는 집행활동’을 의미한다는 점, 출입국관리공무원은 도주 우려가 있는 경우 등 일정한 사유에 해당하면 피보호자에게 강제력을 행사할 수 있고, 보호시설의 질서유지 등을 위해 수감 등 보호장비를 사용할 수 있으며 피보호자의 신체 등을 검사할 수 있다는 점(법 제56조의4, 제56조의5) 등을 고려하면, 실질적으로 이는 구금의 성격을 갖는다고 봄이 상당하다.

이는 입법연혁을 살펴보아도 그러하다. 1967. 3. 3. 전부개정된 출입국관리법 제47조는 “사무소장은 강제퇴거명령을 받은 자를 즉시 국외로 송환할 수 없을 때에는 송환이 가능할 때까지 그 자를 외국인수용소, 외국인수용장 기타 법무부장관이 지정하는 장소에 수용할 수 있다.”고 규정하여 ‘수용’제도를 도입하였는데, 1992. 12. 8. 전부개정된 출입국관리법부터는 그 내용과 실질이 동일함에도 “수용”대신 “보호”라는 용어를 사용하고 있다(제51조 내지 제57조).

국가인권위원회도 보호의 실질적 내용이 구금 혹은 수용에 해당한다고 하였다.⁹⁾ 대법원은 별도의 고소사건 수사를 위하여 강제퇴거명령의 집행에 통상 소요되는 기간을 넘어서까지 실질적인 인신구속 상태를 유지한 조치는 법 제63조 제1항의 보호에 해당하지 않는 위법한 구금이라고 하였는데(대법원 2001. 10. 26. 선고 99다68829 판결), 이는 강제퇴거 집행을 위한 보호가 실질적인 구금의 성격을 갖는다는 전제에서 판단했다고 볼 여지가 있다. 헌법재판소는 대상결정에서 보호

급박한 침범의 경우와 같이 예외적 상황에서 제한적으로 인정되어야 할 것이고, 이른바 지구화시대가 도래한 현 시점까지 외국인을 잠재적인 사회적 혼란 요인 또는 위협 요소로 파악하는 것은 부적절하며, 행정적 즉시강제로 볼 경우에도 외국인의 보호 등을 정신질환자나 전염병환자의 강제입원과 동일시하는 것은 지나치다고 판단된다.』라고 하였다(국가인권위원회 2005. 5. 23.자 04진인139, 04진기131 병합 결정).

8) 구치소·교도소, 그 밖에 법무부장관이 따로 지정하는 장소를 말한다(출입국관리법 시행규칙 제59조).
 9) 『‘보호’의 실질적 내용은 구금 혹은 수용에 해당하여 신체의 자유 등 기본권 제약의 정도가 매우 크다. 출입국관리법의 관련 법 조항을 유추하여 볼 때 ‘보호’는 강제퇴거의 심사나 집행을 위하여 신병을 확보하고 거주 이전의 자유 및 신체의 자유를 제한하는 행정작용이라고 할 수 있고, 그 표현은 ‘보호’이나 실질적 의미는 구인, 구금, 수용이라고 할 수 있다. 보호는 사실상 형사소송법의 체포, 구속과 유사한 효과를 가질 만큼 신체의 자유를 제약하는 정도가 큰 강제적 공권력 행사로 판단된다.』(국가인권위원회 2005. 5. 23.자 04진인139, 04진기131 병합 결정)

가 ‘구금’에 해당하는지 여부를 언급하지는 않았으나, “심판대상조항의 ‘보호’는 강제퇴거대상자를 특정한 장소에 수용하여 국내에 체류하지 못하게 함으로써 신체의 자유로운 이동과 활동을 제한하는 것이므로, 심판대상조항은 강제퇴거대상자의 신체의 자유를 제한한다.”라고 하였다.¹⁰⁾

따라서 출입국관리법상 보호는 사실상 ‘구금’에 해당하는 인신구속적 성격을 갖는다고 봄이 타당하다. 대상결정에서도 재판관 5인의 위헌의견은, 출입국관리법상의 외국인보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것이라고 판단하였다.¹¹⁾

참고로 최근 선고된 헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346 결정에서 헌법재판소는 인천국제공항에서 난민인정신청을 하였으나 난민인정심사불회부결정을 받은 청구인을 인천국제공항 송환대기실에 약 5개월째 수용하고 환송구역으로의 출입을 막은 것이 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”에 해당한다고 보았다.¹²⁾¹³⁾

5. 영장주의의 적용 여부

가. 행정상 즉시강제에 영장주의가 적용되는지 여부

만약 강제퇴거 집행을 위한 보호를 행정상 즉시강제에 해당한다고 본다면, 이에 대하여 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용되는지가 문제된다. 행정상 즉

10) 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29, 판례집 30-1상, 186, 197.

11) 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29, 판례집 30-1상, 186, 209 참조.

12) 헌재 2018. 5. 31. 2014헌마346, 판례집 30-1하, 166. 『헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속”이란 강제로 사람을 일정한 범위의 폐쇄된 공간에 가두어둠으로써, 가두어 둔 공간 밖으로의 신체의 자유로운 이동을 금지하는 행위를 의미한다. 인천국제공항 송환대기실은 출입문이 철문으로 되어 있는 폐쇄된 공간이고, 인천국제공항 항공사운영협의회에 의해 출입이 통제되기 때문에 청구인은 송환대기실 밖 환송구역으로 나갈 수 없었으며, 공중전화 외에는 외부와의 소통 수단이 없었다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 약 5개월째 송환대기실에 수용되어 있었고, 적어도 난민인정심사불회부 결정 취소소송이 종료될 때까지는 임의로 송환대기실 밖으로 나갈 것을 기대할 수 없었다. 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 자신에 대한 송환대기실 수용을 해제해 달라는 취지의 인신보호청구의 소를 제기해 둔 상태였으므로 자신의 의사에 따라 송환대기실에 머무르고 있었다고 볼 수도 없다. 따라서 청구인은 이 사건 변호인 접견신청 거부 당시 헌법 제12조 제4항 본문에 규정된 “구속” 상태였다.』

13) 이에 대하여 재판관 2인의 별개의견은, 『입국불허결정을 받은 외국인인은 대한민국에 입국할 수 없을 뿐, 본국 또는 제3국으로 임의로 자진출국함으로써 언제든지 송환대기실 밖으로 나올 수 있었으므로, 입국불허결정을 받은 외국인에 대한 ‘이동의 자유’의 제한은 그의 의사에 좌우될 수 있다는 특수성이 있다. 청구인이 이 사건 송환대기실에 5개월 이상 머무르게 된 것은 그가 난민인정심사 불회부 결정을 받고 그에 대한 취소의 소를 제기하며 다투는 과정에서 출입국법에 머무르는 기간이 길어졌기 때문이다. 이러한 점을 고려하면 청구인은 헌법에서 예정한 ‘구금’ 상태에 놓여 있었다고 볼 수 없다.』라고 하였다.

시강제에 영장주의가 적용되는지 여부에 관하여 견해가 대립하는데,¹⁴⁾ 영장불요설은, 헌법상 영장주의의 원칙은 연혁적으로 형사사법권의 남용으로부터 국민의 자유권을 보장함을 목적으로 하기 때문에 행정목적 수행을 위한 행정상 즉시강제에는 적용되지 않을 뿐 아니라, 즉시강제는 하명, 계고 등이 선행될 수 없는 급박한 상황에서 발동되기 때문에 영장주의를 요구하는 것은 사실상 즉시강제의 관념을 부인하는 결과가 된다고 한다.¹⁵⁾ 영장필요설은, 영장불요설은 헌법조항의 뜻을 부당하게 축소해석하여 헌법의 기본권 보장의 취지를 몰각한 것이고, 형사작용과 행정상의 즉시강제는 직접적인 목적은 다르나 신체·재산에 대한 공권력에 의한 작용이라는 점에서 다르지 않으므로 영장주의가 적용되는 것이 타당하다는 학설이다.

절충설은 원칙적으로 영장필요설에 있으면서 행정목적의 달성을 위하여 불가피하다고 인정할 만한 특별한 사유가 있는 경우에는 예외적으로 영장주의의 적용을 받지 않는다고 한다. 이러한 절충설 중에서 영장이 필요하지 않은 경우에 대하여 약간씩 다른 입장을 보이고 있다.¹⁶⁾

그 외에도 행정상 즉시강제마다 개별적으로 논의하여야 한다는 견해도 있는데(개별설), 위 견해는 인신의 구속, 압수, 수색에 해당하는 즉시강제에 의해 신체의 자유 등 매우 중대한 기본권이 침해되는 경우에는 원칙적으로 영장주의(사법기관의 결정)가 요구되지만, 다만 이 경우에도 즉시강제를 행할 긴급한 필요가 있고 중대한 공익보호의 필요가 있는 경우에는 이익형량을 통해 영장주의가 적용되지 않는다고 하면서, ‘성질상 의무를 명해서는 행정목적 달성을 할 수 없는 경우’의 즉시강제(예: 불법외국인의 강제출국)는 급박한 경우가 아니므로 사전영장이 요구된다고 보아야 한다고 한다.¹⁷⁾

헌법재판소는, “행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서, 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이

14) 이하의 견해대립은 하명호, 외국인 보호 및 강제퇴거절차와 구제절차에 대한 공법적 고찰, 고려법학 제 52호(2009), 185-186면 참조.

15) 김성수, 일반행정법(제4판), 법문사, 2008, 530면 참조.

16) 행정상 즉시강제가 형사사법의 목적에 결부되는 경우에 영장이 필요하다는 견해, 사전영장주의를 고수하다가는 도저히 행정목적 달성을 할 수 없는 지극히 예외적인 경우에는 예외적으로 영장이 필요하지 않다는 견해, 긴급한 경우에는 영장이 필요하지 않지만 정신병자의 강제수용에서 보는 바와 같이 자유가 계속적으로 박탈되는 경우에는 그 자유 박탈의 허용과 계속은 법관의 결정(영장)이 필요하다는 견해 등이 있다.

17) 박균성, 행정법론(상)(제17판), 박영사, 2018, 585면 참조.

므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다”라고 하여(헌재 2002. 10. 31. 2000헌가12, 판례집 14-2, 345, 359), 원칙적 영장불요설의 입장으로 볼 수 있다.

나. 행정절차에 의한 인신구속에 영장주의가 적용되는지 여부

헌법재판소는 전투경찰순경에 대한 징계처분으로 ‘영창’을 규정하고 있는 구 전투경찰대 설치법 조항의 위헌 여부를 판단한 사안에서, 『헌법 제12조 제3항에서 규정하고 있는 영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수·수색의 강제처분을 할 때 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안 된다는 원칙으로(헌재 2015. 9. 24. 2012헌바302), 형사절차가 아닌 징계절차에도 그대로 적용된다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 영창조항이 헌법상 영장주의에 위반되는지 여부는 더 나아가 판단하지 아니한다.』라고 하였다(헌재 2016. 3. 31. 2013헌바190, 판례집 28-1상, 345, 353).

그러나 이에 대하여 재판관 5인의 위헌의견은, 『공권력의 행사로 인하여 신체를 구속당하는 국민의 입장에서는, 그러한 구속이 형사절차에 의한 것이든, 행정절차에 의한 것이든 신체의 자유를 제한당하고 있다는 점에서는 본질적인 차이가 있다고 볼 수 없으므로, 행정기관이 체포·구속의 방법으로 신체의 자유를 제한하는 경우에도 원칙적으로 헌법 제12조 제3항의 영장주의가 적용된다고 보아야 하고, 다만 행정작용의 특성상 영장주의를 고수하다가는 도저히 그 목적을 달성할 수 없는 경우에는 영장주의의 예외가 인정될 수 있다. 이 사건 영창조항에 의한 영창처분은 행정기관에 의한 구속에 해당하고, 그 본질상 급박성을 요건으로 하지 않음에도 불구하고 법관의 판단을 거쳐 발부된 영장에 의하지 않고 이루어지므로, 이 사건 영창조항은 헌법 제12조 제3항의 영장주의에 위배되어 청구인의 신체의 자유를 침해한다.』라고 하였다.

다. 대상결정의 경우

대상결정의 법정의견은 영장주의 위배 여부를 별도로 판단하지 아니하였다. 앞서 보았듯이 강제퇴거 집행을 위한 보호를 행정상 즉시강제에 해당한다고 볼 경우 선례에 따라 원칙적으로 영장주의가 적용되지 아니하며, 행정상 즉시강제에 해당하지 않는다고 보더라도 선례는 행정절차에 따른 인신구속에 영장주의가 적

용되지 아니한다는 입장이므로, 어떤 경우에도 위 보호에 대하여 영장주의가 적용될 여지가 거의 없다고 볼 수 있다. 대상결정의 법정 의견은 그러한 측면에서 선례의 경향을 따른 것이라 볼 수 있다.

그러나 영장주의가 적용된다고 볼 수 있는 여지가 없는 것은 아니다. 가령 강제퇴거 집행을 위한 보호는 ‘급박성’ 요건을 충족하지 못하여 행정상 즉시강제에 해당하지 않는다고 본다면, ‘행정상 즉시강제에 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다’는 선례가 적용되지 않는다.¹⁸⁾ 이 경우 행정절차에 의한 인신구속에 영장주의가 적용되는지의 문제가 남게 되는데, 앞서 보았듯이 2013헌바190 사건에서 재판관 5인이 그러한 경우에도 영장주의가 적용된다고 판단하였고, 최근 헌법재판소가 헌법 제12조 제4항의 “구속”에 행정절차상 구속도 포함된다고 선례를 변경하기도 한 점 등을 고려하면,¹⁹⁾ 이 쟁점에 관하여 앞으로 헌법재판소가 달리 판단할 가능성도 있다고 생각한다.

이와 관련하여, 행정상 인신구속의 경우에도 ‘법관이 발부하는 영장’이 원칙적으로 적용되지만, 행정상 강제처분으로 인한 신체의 자유의 제한이 형사절차상 신체의 자유가 제한되는 정도에 이르지 않거나, 행정목적의 성격과 실현되는 공익의 중요성·긴급성이 큰 경우에는 ‘법관이 발부하는 영장’이 요청되지 않을 수 있으며, 그러나 이러한 경우에도 행정상 강제처분이 신체의 자유를 제한하는 한 헌법 제12조 제1항의 일반적인 적법절차원칙에 근거하여 공정하게 구성된 ‘독립’ 기관이 결정하여야 할 원칙이 적용될 여지가 있다는 견해도 있다.²⁰⁾

참고로 대상결정에서 재판관 5인의 위헌의견은, “출입국관리법상의 외국인 보호는 형사절차상 ‘체포 또는 구속’에 준하는 것으로서 외국인의 신체의 자유를 박탈하는 것이므로, 검사의 신청, 판사의 발부라는 엄격한 영장주의는 아니더라도, 적어도 출입국관리공무원이 아닌 객관적·중립적 지위에 있는 자가 그 인신구속의 타당성을 심사할 수 있는 장치가 있어야 한다”고 하였다.²¹⁾

18) 행정상 즉시강제에 해당한다고 보더라도, 선례가 ‘원칙적으로’ 영장주의가 적용되지 않는다고 하였으므로, 이러한 인신구속 사안에서는 신체의 자유의 중요성을 고려하여 그에 대한 예외를 인정해야 한다는 논리를 구성할 수도 있다.

19) 현재 2018. 5. 31. 2014헌마346 결정.

20) 공진성, 출입국관리법상 ‘보호’ 및 ‘강제퇴거’와 외국인의 기본권 보호 -현재 2012. 8. 23. 2008헌마430 결정에 대한 평석-, 공법학연구 제14권 제1호(2013. 2.), 232-233면.

21) 현재 2018. 2. 22. 2017헌가29, 판례집 30-1상, 186, 209 참조.

6. 발제문에 대한 간단한 보충 및 질의사항

가. 발제문 17면 첫 문단에서, “문제는 체류자격의 심사와 강제퇴거집행이라는 출입국관리행정의 구체적 절차를 형성함에 있어서 인신구급에 대한 사법적 통제를 어떠한 방식으로 구체화할 것인지 하는 점이다. 헌법재판소는 입법자는 광범위한 재량을 가지고 있는 이상 그 내용이 현저하게 불합리하지 않는 이상 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없다는 데에서 출발하고 있다.”라고 하셨습니다.

헌법재판소는 2012헌마686 사건에서는 위와 같은 완화된 심사기준을 채택하였으나, 대상결정에서는 일반적인 과잉금지심사(비례심사)를 하였습니다. 다만 “출입국관리법상 보호는 국가행정인 출입국관리행정의 일환이며, 주권국가로서의 기능을 수행하는 데 필요한 것이므로 일정부분 입법정책적으로 결정될 수 있다”라고 하여,²²⁾ 입법자의 재량이 일정 부분 인정된다는 점을 과잉금지심사에서 하나의 판단 요소로 고려하였다고 볼 수 있습니다.

나. 발제문 25면 7행에서 “강제퇴거명령 집행을 위한 보호의 경우, 본국으로 송환되기까지 적어도 강제집행명령 취소소송과 집행정지신청을 제기한 당해 외국인에게 집행정지결정이 내려질 때까지 만이라도 필요적으로 소송절차를 집행정지하는 조항을 두는 입법적 대안이 필요하다”라고 서술되어 있는데, ‘소송절차를 집행정지’한다는 것이 어떤 의미인지 궁금합니다. 집행정지 결정이 내려지기 전까지 강제퇴거명령의 집행을 정지하는 조항을 두는 것이 필요하다는 뜻인지요?

그리고 발제문 25면 10행에서 “비교법적으로 보면 강제추방 및 강제퇴거를 위한 구금은 최대 6개월까지 허용되며, 특별히 당사자가 비협조적이거나, 방해 등 위험이 있는 경우에는 필요한 기간을 더 연장할 수 있는데, 이 경우에도 최대 12개월 까지 연장할 수 있도록 하고 있다.”는 것은 어느 나라의 입법례인지요? 대상 결정에 의한다면 독일의 입법례이거나 EU 불법체류자 송환지침의 내용으로 보이는데, 그러한지요?

22) 헌재 2018. 2. 22. 2017헌가29, 판례집 30-1상, 186, 197.

인터넷 회선 감청*

Interception of Internet Line

정 혜 욱**

목 차

- | | |
|--------------------------|--------------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 인터넷 회선 감청 관련 통제장치의 문 |
| II. 인터넷 회선 감청 사건의 진행과 헌법 | 제정과 해결방안 |
| 재판소의 판단 | V. 맺는 말 |
| III. 인터넷 회선 감청과 정보자기결정권 | |

I. 들어가는 말

헌법재판소는 2018년 8월 30일에 인터넷 회선 감청을 허용하는 통신비밀보호법 관련 조항이 헌법에 위배된다는 결론에 도달하였다. 다만 해당 조항에 대해서 단순위헌결정을 하게 되면 수사기관이 범죄수사 목적으로 통신감청을 실시할 수 있는 법적 근거가 사라지는 문제가 있기 때문에, 2020년 3월 1일을 시한으로 입법자가 해당 조항의 위헌성을 제거하는 것을 전제로 잠정적인 효력은 인정하는 헌법불합치결정을 선고하였다.

문제가 된 사건은 국가정보원이 국가보안법 위반 혐의를 확인하기 위해서 피의자가 사용하는 인터넷 회선을 여러 차례 감청하면서 시작되었다. 감청대상은

* 이 발표문은 한국형사소송법학회가 발간한 『형사소송 이론과 실무』 제10권 제2호에 게재되었던 논문입니다.

** 위덕대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사

감청대상자가 근무하는 연구소에 설치된 인터넷 회선이었는데, 이 정보통신망은 감청대상자가 혼자 이용하는 것이 아니라 해당 연구소 직원 모두가 함께 사용하는 것이었다. 법원이 발부한 통신제한조치허가서에는 당연히 통신제한조치의 대상과 범위가 특정되어 있었지만, 국가정보원은 감청대상 인터넷 회선을 통해서 교환되는 모든 정보를 아무런 여과장치 없이 그대로 수집·보관하였다.

헌법소원심판은 감청대상자가 아닌 인터넷 회선 가입자가 청구하였는데, 그 이유는 법원의 감청영장 발부, 국가정보원의 감청 집행 그리고 감청 관련 법조항 등이 “통신의 비밀과 자유, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권”을 침해하여 위헌이라는 것이었다. 이와 같은 헌법소원심판 청구에 대하여 헌법재판소는 통신비밀보호법에 마련되어 있는 인터넷 회선 감청 허용 관련 규정의 위헌성에 대해서만 판단하였다. 결론은 헌법불합치이다.

헌법재판소가 통신비밀보호법 상의 인터넷 회선 감청 관련 규정들이 위헌이라고 판단한 이유는 과잉금지원칙에 위배되기 때문이다. 요약하자면 범죄수사 목적의 통신감청은 범죄를 예방하고 진압하기 위해서 필요한 강제수사 수단으로서 허용되는 것이 마땅하다. 그러나 법률에 의해서 기본권을 제한하더라도 그러한 제한은 필요한 최소한에 그쳐야 한다. 그런데 인터넷 회선 감청과 관련해서는 사생활의 비밀과 자유에 대한 과도한 침해를 최소화할 통제장치가 전혀 마련되어 있지 못하다. 따라서 이와 같은 최소화 장치가 마련되지 않는 한 해당 조항은 위헌이다.

이 글의 목적은 ① 인터넷 회선 감청 위헌결정 사건이 어떻게 진행되었는지를 우선 사실관계 측면에서 확인하고, ② 범죄수사 목적 통신제한조치의 필요성과 이를 통한 기본권 침해를 최소화하기 위한 현행 법체제 내에서의 통제장치를 살펴본 후에 ③ 통제장치의 미비점을 확인하고 이를 보완하여 위헌성을 제거하기 위해서 어떠한 입법적 조치가 필요한가에 대하여 검토하는 것이다.

Ⅱ. 인터넷 회선 감청 사건의 진행과 헌법재판소의 판단

1. 사실관계

국가정보원은 ○○연구소에 근무하는 K의 국가보안법 위반 혐의에 대한 수사를 하면서 K가 사용하는 휴대폰과 인터넷 회선에 대한 감청을 실시할 목적으로

2008년부터 2015년까지 법원으로부터 통신제한조치에 대한 허가를 모두 35회에 걸쳐서 받았다. 이 가운데 인터넷 회선에 대한 감청은 2013년 10월부터 2015년 4월까지 6회에 걸쳐 이루어졌다. 인터넷 회선에 대한 감청은 정보통신망을 이용한 정보교환 방식 가운데 현재 가장 많이 사용되고 있는 패킷 교환(Packet switching)의 내용을 수집하는 방식으로 이루어졌다.¹⁾ 감청 대상 인터넷 회선은 K가 근무하는 ○○연구소의 C 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드의 통신망이었다.

자신의 명의로 가입한 인터넷 회선에 대한 감청이 이루어진 것에 대하여 C는 이와 같은 감청이 “통신의 비밀과 자유, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권을 침해하고, 헌법상 영장주의, 적법절차원칙 등에 위반”되었다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였다.²⁾

2. 심판의 대상

이 헌법소원심판의 대상은 다음 세 가지로 인한 기본권 침해 여부이다.³⁾

- ① 법원의 통신제한조치 허가: ‘○○연구소’에서 청구인 명의로 가입된 주식회사 에스케이브로드밴드 인터넷회선을 통하여 송·수신하는 전기통신의 감청을 허가한 2013. 10. 8.자 수원지방법원 안산지원의 통신제한조치 허가(허가번호 2013-8526) 등 인터넷회선에 대한 총 6회의 통신제한조치 허가
- ② 국정원의 감청: 법원의 허가를 얻어, 국가정보원이 2013. 10. 9.부터 2015. 4. 28.까지 사이에 총 6차례에 걸쳐 이 사건 인터넷회선을 통하여 송·수

1) 패킷 교환은 데이터를 작은 사이즈의 여러 개의 패킷으로 분할하여 정보통신망을 통해서 전달하는 방식이다. 작게 분할된 패킷은 각각 헤더 정보와 사용자 데이터(Payload)로 구성되어 있는데, 헤더 정보에 발신지 주소와 목적지 주소 등 패킷을 제어하기 위한 정보가 포함되어 있어서 라우터나 게이트웨이에서 이를 제어(Routing)함으로써 정확하게 목적지를 찾아 패킷이 전달되고, 도달한 패킷은 헤더 정보에 의해서 다시 하나로 통합·재구성 된다.

패킷 교환은 네트워크 자원을 작게 분할한 패킷 단위로 나누어 시간을 공유하기 때문에 회선 효율성이 높고 통신 안정성이 증가한다는 장점을 가지고 있다. 이러한 장점 때문에 인터넷을 통한 정보 교환이 대부분 패킷 교환 방식으로 이루어지고 있고, 그래서 패킷을 감청하는 방식의 통신제한조치가 시행되는 것으로 보인다. 인터넷 정보 교환의 방식이 회선 교환 방식, 데이터그램 방식 또는 가상회선 방식 등 다른 방식을 취하고 있었으면 그에 맞추어 감청이 이루어졌을 것이다. 그러한 측면에서 패킷 감청은 감청기술의 일종이 아니라 정보통신기술의 일종이라고 할 수 있다.

2) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 3면.

3) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 3면 이하.

신하는 전기통신을 감청한 행위

- ③ 통신비밀보호법(이하 “통비법”이라 한다)상의 감청 관련 조항: 제5조(범죄수사 목적 통신제한조치의 요건), 제2조(정의), 제3조(통신 및 대화의 비밀 보호), 제6조(범죄수사 목적 통신제한조치의 절차)

3. 청구인의 주장

헌법소원심판을 청구한 C는 인터넷 회선을 감청하게 되면 ① 해당 인터넷 회선의 이용을 공유하는 제3자의 정보까지 수사기관이 수집할 수 있다는 점, ② 인터넷 회선을 통해 송·수신되는 정보의 양이 다른 통신수단을 이용해서 송·수신되는 정보의 양에 비해 비교할 수 없을 정도로 많다는 점 등을 감안할 때, 인터넷 회선 감청이 통신과 사생활의 비밀과 자유를 침해할 가능성은 다른 통신의 경우보다 월등하게 높다. 그렇기 때문에 범죄수사를 목적으로 인터넷 회선을 감청하는 통신제한조치가 취해질 경우 기본권 침해를 최소화하기 위해서 감청 집행 과정과 집행 이후에 범죄수사와 관련이 없는 정보가 수집되거나 보관되지 않기 위해 감청 집행 절차를 감시하고 통제할 제도적 장치가 있어야 한다. 이처럼 일반적인 통신수단에 비하여 기본권 침해의 가능성이 훨씬 높은 통신수단에 대한 특수성을 고려한 안전장치가 통비법에 반영되어 있지 아니하므로 이를 근거로 발부된 감청영장에 의거하여 집행한 감청은 헌법에 위배된다.

나아가 법원이 통비법 제6조에 따라 통신제한조치의 목적, 대상, 범위 등을 특정 하였다고 하더라도 ‘패킷 감청’의 특성상 통신제한조치를 집행하는 과정에서 ‘개별성·특정성’이 유지될 수 없으므로 인터넷 회선 감청 허가는 ‘포괄영장’에 해당한다고 할 수 있다. 인터넷 회선 감청에 대한 영장은 포괄영장이므로 영장주의 원칙에도 위배된다.⁴⁾

4. 헌법재판소의 판단

(1) 법원의 감청 허가 결정에 대한 부분

우선 법원에 의한 통신제한조치 허가 결정이 심판의 대상이 될 수 있는가 하는 점이 문제가 된다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 ‘법원의 재판’은 헌법소

4) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 4면 이하.

원심판 청구의 대상에서 제외된다. 여기서 ‘법원의 재판’이란 “법원이 행하는 공권적 법률판단 또는 의사의 표현을 지칭하는 것으로, 사건을 종국적으로 해결하기 위한 종국판결 외에 본안 전 소송판결 및 중간판결, 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함된다…… 이 사건 법원의 허가는 통신비밀보호법……에 근거한 소송절차 이외의 파생적 사항에 관한 법원의 공권적 법률판단으로서, 헌법재판소법 제68조 제1항에서 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는 법원의 재판에 해당한다.” 따라서 법원의 감청 영장 발부 결정은 심판대상이 될 수 없다.

(2) 국정원의 감청 집행에 관한 부분

청구인 C가 헌법소원심판을 청구한 시점에는 이미 2013년 10월부터 2015년 4월까지 약 19개월에 걸친 통신제한조치가 완료되었기 때문에 감청 집행과 관련하여 “주관적 권리보호이익”은 소멸된 상태이었다. “다만 헌법소원은 주관적 권리구제뿐만 아니라 헌법질서 보장의 기능도 겸하고 있으므로 같은 유형의 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 그에 대한 헌법적 해명이 긴요한 사항에 대하여는 심판청구의 이익을 인정하여야” 할 것이다. 그런데 이 사건 통신제한조치는 통비법 제5조 및 제6조 등에 의거한 법원의 허가에 따라 이루어진 것이었고, 해당 법조문이 심판 청구 시점에 계속 존재하고 있기 때문에 영장 발부 및 집행 과정에서 그 법조항이 적법하게 적용되었음이 인정되는 이상, 해당 법조문의 위헌 여부(인터넷 회선 감청이 다른 통신수단에 대한 감청과 비교할 수 없을 정도로 광범위한 정보를 수집하게 되어 기본권을 침해한다는 점)를 판단하는 것을 넘어 그 법조항에 의한 영장을 근거로 집행된 감청에 대하여 별도의 판단을 하여야 할 이익은 존재하지 않는다. 따라서 이 부분 심판청구는 부적법하다.⁵⁾

(3) 인터넷 회선 감청의 근거가 되는 통비법 조항에 대한 부분

1) 해당 법조문에 대한 본안 판단 이외 부분에 대한 검토 제외

인터넷 회선을 통한 정보의 교환이 패킷 교환 방식으로 이루어지고 있으면 이에 대한 감청은 패킷 정보를 수집하여 헤더 정보를 기준으로 통합·재구성하는

5) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 5면.

절차를 거치게 된다. 그렇게 되면 통신 중인 정보를 실시간으로 감청하는 것이 아니지 않은가 라는 의문이 발생할 여지가 있다. 청구인은 이러한 점을 근거로 인터넷 회선에 대한 감청은 통비법에서 정하는 ‘감청’에 해당하지 않는다고 주장하고 있다. 그러나 정보의 수집이 실시간으로 이루어지고 있는 한 정보의 수집과 그 내용에 대한 확인을 하는 시점에 차이가 있다고 해서 ‘감청’에 해당하지 않는다고 할 수는 없다.⁶⁾ 이에 대해서는 법원도 같은 입장이어서 “인터넷 통신망을 통한 송·수신은 법 제2조 제3호에서 정한 ‘전기통신’에 해당하므로 인터넷 통신망을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 패킷을 중간에 확보하여 그 내용을 지득하는 이른바 ‘패킷감청’도 법 제5조 제1항에서 정한 요건을 갖추는 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 허용된다.”⁷⁾고 하고 있다.

이 사건 인터넷 회선 감청은 통비법상의 ‘감청’에 해당한다. 다양한 전기통신에 대한 감청 가운데 이러한 인터넷 회선에 대한 감청과 관련하여 살펴보면, 심판대상이 되는 통비법 해당조항(제5조, 제2호, 제3조, 제6조 등)에 대한 법원의 해석이 상당 기간 동안 여러 차례에 걸쳐 집적되어서 구체화 된 바로 그 내용이 위헌인가의 여부에 대한 판단이 필요하게 된 경우에 해당한다. 따라서 이 해당 법조문의 위헌 여부에 대하여 ‘본안 판단’을 하는 이상 나머지 부분에 대한 판단은 불필요하다.⁸⁾

6) 인터넷 회선이 아닌 일반 유선전화를 감청하는 경우에도 통신사의 교환기로부터 수사기관의 감청 집행부서로 전용선이 연결되어 실시간 녹취가 있게 된 다음에 녹취된 대화의 내용은 어느 정도 시간이 지난 후에 확인한다면 정보의 수집과 그 내용의 확인은 시차가 있게 될 것이다. 실사 수사기관 담당자가 대화 내용을 실시간으로 청취한다고 하더라도 대화가 이루어지는 시점과 이를 청취하는 시점은 감청을 위해 설치된 전용선의 속도에 따라 다소 차이가 있을 수밖에 없다. 서비스제공자의 서버에 저장되어 있는 정보를 사후에 압수·수색하는 방식으로 수집하는 것이 아닌 한 이를 감청이 아니라고 하기 어렵다고 생각한다.

이와 관련하여 대법원은 2016. 10. 13. 선고 2016도8137 판결에서 “전기통신의 감청……은…… ‘감청’의 개념 규정에 비추어 전기통신이 이루어지고 있는 상황에서 실시간으로 그 전기통신의 내용을 지득·채록하는 경우와 통신의 송·수신을 직접적으로 방해하는 경우를 의미하는 것이지 이미 수신이 완료된 전기통신에 관하여 남아 있는 기록이나 내용을 열어보는 등의 행위는 포함하지 않는다”고 하면서, 1주일 정도의 단위로 카카오 서버에 보관되는 대화 내용을 카카오로부터 제출받는 방식으로 감청영장을 집행한 수사기관의 행위가 적법한 절차를 따르지 않은 위법한 증거수집이라고 판단하였다.

대법원 판례가 명백하게 말하고 있는 것처럼 ‘지득’ 또는 ‘채록’이 실시간으로 이루어지면 감청이라고 할 수 있는 것이므로, 패킷 교환 방식으로 정보의 교환이 이루어지는 인터넷 회선에 대한 감청이 인터넷 회선을 통해서 교환되는 패킷 정보를 실시간으로 ‘채록’한다면 그 내용에 대한 ‘지득’이 일정한 시간 간격을 두고 사후에 이루어진다고 하더라도 감청이라고 보는 것이 타당하다.

7) 대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결.

8) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 6면.

2) 통비법 감청 조항에 대한 본안 판단

헌법재판소는 심판대상 법조문에 대하여 검토하고 다음과 같은 결론에 도달하였다.

(가) 인터넷 회선 감청의 법적 성격

통비법 제5조 제1항에서 정하고 있는 범죄수사 목적 통신제한조치는 ‘전기통신감청’에 해당한다. 인터넷 회선을 이용하여 교환되는 정보는 전기신호 형태의 패킷을 송·수신하는 방식으로 소통되므로 이들 정보를 수집하는 것은 전기통신감청에 해당한다. 이러한 전기통신감청은 당사자의 동의나 승낙 없이 법원의 허가에 의하여 진행되어 정보주체의 기본권을 제한하는 것이므로 강제처분에 해당한다. 나아가 서버에 저장된 정보를 수집대상으로 하는 것이 아니라 정보통신망을 통해서 송신된 후 수신 이전에 해당 정보를 수집하는 것이므로 압수·수색과는 구별된다.

(나) 인터넷 회선 감청에 의해 제한되는 기본권

전기통신감청 관련 통비법 해당조문은 ‘헌법 제18조가 보장하고 있는 통신의 비밀과 자유를 제한한다.’⁹⁾ 또한 인터넷 회선을 통해서 교환되는 정보에는 개인의 사생활에 관한 사항이 대거 포함되어 있으므로 “헌법 제18조의 통신의 비밀과 자유 외에 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유도 제한하게 된다.”¹⁰⁾ 인터넷 회선을 통해서 교환되는 모든 정보를 감청하게 되면 “개별성, 특정성을 전제로 하는 영장주의가 유명무실하게 되”¹¹⁾기 때문에 ‘영장주의’ 위반이라고 하는 청구인의 주장은 해당 법조항의 과잉금지 원칙 위배에 대하여 판단하는 이상 불필요하기 때문에 판단대상에서 제외한다. 당사자 통지에 관한 조항 역시 같은 이유에서 판단대상에 포함하지 아니한다.

(다) 과잉금지 원칙 위반 여부

범죄수사를 위하여 인터넷 회선을 감청하게 하는 입법은 목적의 정당성 및 수단의 적합성이 인정된다. 그런데 통신제한조치는 기본권 제한이 최소에 그치도록 할 수 있는 입법적 조치를 갖추고 있어야 한다. 이와 관련하여 법원이 인터넷 회선에 대한 감청을 허가할 때에는 특정 당사자가 사용하는 인터넷 회선에 한하

9) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 7면.

10) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 7면.

11) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 7면.

여 필요한 범위 내에서만 통신제한조치를 실시하도록 하고 있기는 하다. 그러나 실제 집행과정에서는 감청대상 당사자가 사용하는 인터넷 회선을 함께 사용하는 다른 정보주체의 정보에 대해서도 무제한적으로 수집이 이루어지고 있다. 수집된 정보는 범죄수사 목적 외에 사용하지 못하고 담당 공무원은 비밀을 준수하도록 입법적 조치가 취해져 있기는 하지만, 그 이외에는 객관적 통제장치가 전혀 마련되어 있지 못하다. 이렇기 때문에 수사기관이 법원의 허가 범위를 넘어 수집된 정보를 남용할 가능성이 배제될 수 없는 상황이다. 침해의 최소성 요건이 충족되지 않는다.

인터넷 회선이 정보 교환의 중요한 수단으로 사용되고 있는 사회적 현실을 감안할 때 범죄수사를 목적으로 하는 인터넷 회선 감청이 반드시 필요하다는 점은 인정할 수 있다. 하지만 인터넷 회선에 대한 감청이 법원의 허가 범위를 넘어 수사기관에 의해서 남용될 가능성이 배제되어 있지 못하다면 인터넷 회선 감청의 특성상 수집될 수 있는 정보의 양이 지나치게 방대하여 보호하고자 하는 공익과 제한되는 사익 사이의 ‘법익 균형성’을 인정할 수 없다.¹²⁾

Ⅲ. 인터넷 회선 감청과 정보자기결정권

1. 범죄수사 목적 통신제한조치의 필요성

사람들은 오랜 기간 직접 언어를 통해서 의사소통을 해오다가 문자가 발명되고 나서 편지를 이용하여 멀리 떨어져 있는 사람과도 의사소통을 하게 되었다. 그러다가 1849년에 전화가 발명되고 1878년에 미국 보스턴에 최초로 전화교환국이 설치되었으며 우리나라에도 1882년에 전화기가 들어오고 1896년에 덕수궁에 전화가 설치되는 등 전화가 상용화 되어 원격지에 있는 사람 사이에 직접 언어소통이 가능하게 되었다. 이렇게 의사소통 수단이 발전하면서 멀리 떨어져 있는 사람과 함께 일을 도모하는 것이 가능해졌는데, 생활의 편리함은 범죄를 저지르는 사람에게도 그대로 적용되어 처음에는 편지가 그리고 그 뒤에는 전화가 범죄를 공모하는 수단으로 활용되기에 이른 것은 어쩔 수 없는 일이다.

범죄가 발생하면 이를 진압하고 예방하는 것이 국가의 의무이다. 범죄의 예

12) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 6~10면.

방은 범죄가 정확하게 진압될 때 가장 잘 이루어질 것이므로 최우선 과제는 범죄 행위자와 범죄행위 내용을 확인하는 일이다. 이 모든 것이 증거를 기반으로 진행되어야 하기에 범죄행위자가 범죄행위 과정에서 남긴 증거를 찾아내거나, 현재 저질러지고 있거나 저지를 것으로 예상되는 범죄행위를 발견하여야 할 것이다. 이러한 작업은 범죄행위자의 행동을 관찰하는 일이기 때문에 그들의 활동영역을 들여다 볼 수밖에 없다. 그리하여 처음에는 우편을 검열하였고 그 후에는 전화 내용을 감청하게 되었다.

입법적으로 「임시우편단속법」¹³⁾이 1948년 12월 1일에 제정되어 우편물 검열을 시작하였고, 「통신비밀보호법」¹⁴⁾이 1993년 12월에 제정되어 통신 감청이 시작되었다. 다만 전화에 대한 범죄수사 목적 감청은 통비법이 제정되기 이전부터 형사소송법에 의거해서 이루어졌다. 형사소송법상의 압수·수색과 통신감청은 본질적으로 그 속성이 다르기 때문에 압수·수색 규정을 근거로 감청을 하는 것은 일종의 편법이었다고 할 수 있다.¹⁵⁾ 압수·수색 영장을 발부받아 통신감청을 실시하는 일이 지금 이루어진다면 대법원이 분명히 위법한 증거수집이라고 판단하였을 것이다.

우편보다 신속하고 편리한 교신수단인 전화가 일상생활 속으로 들어오게 되자 범죄행위를 모의하고 실행하는 과정에도 전화가 활용되기 시작한 것은 당연한 일이다. 처음에는 유선전화가 활용되다가 이동전화가 널리 보급되면서 유선전화보다 이동전화를 오히려 더 많이 이용하는 상황이 되면서 이동전화가 범죄행위에 상당히 많이 활용될 것으로 보인다. 다만 이동전화는 통신사업자의 협조 의무 불이행으로 인하여 감청을 하지 못하고 있는 상황이다.¹⁶⁾ 이동전화의 발달은 다시 인터넷을 활용한 통신의 발전으로 이어지고 있다. 인터넷 회선을 통해서 메일을 주고받는 것은 물론이고 카카오톡과 같은 SNS가 활용되고 인터넷 전화도 이용되고 있다. 사정이 그러하다면 인터넷 회선을 이용하여 범죄행위를 모의하고 실행

13) 제정 1948. 12. 1. 법률 제11호.

14) 제정 1993. 12. 27. 법률 제4650호.

15) 그 반대로 감청 규정을 근거로 압수·수색을 하는 것도 적법한 절차를 준수하는 것으로 볼 수 없기 때문에 감청영장을 발부받아 카카오 서버에 저장된 대화 내용을 제출받는 방식의 증거수집에 대하여 대법원은 위법하다고 판단하였다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도8137 판결).

16) 법원에서 영장을 발부한다고 하더라도 이동전화 감청을 위한 장비를 각 기간통신사업자별로 시스템에 맞게 제작하여 중앙 서버에 부착하고 이를 테스트하여 정확하게 감청 대상 통화만 선택적으로 청취하게 하는지를 점검하는 등의 준비과정이 필요한데 수사기관의 감청에 협조를 하게 되면 이용자가 대폭 감소하게 될 것을 염려한 기간통신사업자들이 이를 거부하고 있어서 아직 이동전화는 감청이 되지 못하고 있는 형편이다.

하는 일이 진행될 것이 분명하므로 이에 대한 수사 목적의 감청이 필요할 것이다. 헌법재판소도 인터넷 회선에 대한 범죄수사 목적 감청의 필요성 자체는 인정하고 있다.¹⁷⁾

2. 통신제한조치에 대한 정보자기결정권 보호 목적의 통제장치

(1) 감청에 대한 통제장치의 필요성

편지와 전화를 넘어 인터넷 회선이 범죄행위를 위한 통신수단으로 활용되는 상황에서 이들 통신내용을 감청하여 진행 중인 범죄를 차단하고 이미 저질러진 범죄에 대해서는 혐의를 확인하여 이를 처벌하는 것은 범죄로부터 자유로울 국민의 권리를 보장하기 위해서 반드시 필요한 일이다. 그러나 통신제한조치가 범죄와 관련된 내용만 정확하게 감청대상으로 하는 방식으로 진행되지 않는 한 범죄 행위와 무관한 사생활의 비밀을 침해할 가능성이 크게 열려 있다는 문제가 상존한다. 범죄와 관련된 내용만 정확하게 감청대상으로 하는 것은 불가능한 일이다.

현재 통신제한조치는 특정 피의자의 특정 통신회선을 통해서 일정 기간 동안 이루어지는 모든 통신 내용을 청취하는 방식으로 진행되고 있다. 감청 대상 통신수단이 유선전화처럼 여러 사람이 공용으로 사용할 경우에는 감시 대상 피의자뿐 아니라 해당 유선전화를 이용하는 모든 사람의 모든 통신을 불필요하게 감청하게 된다. 또 한 가지 문제는 기본권을 침해당하는 정보의 주체가 그러한 사실을 인식하지 못한다는 점이다. 사생활 침해가 정당한 절차이었는데에 대하여 반론을 제기할 수 있는 기회가 원천적으로 봉쇄되는 것이다. 수사기관이 감청장비를 보유하고 이를 운용하면서 일단 의심이 가면 도청을 하고 혐의가 확인되면 법원의 영장을 발부받아 적법절차에 따라 증거를 수집하는 식으로 업무를 추진하게 되면 기본권 침해가 심각한 수준에 도달할 수 있다. 이러한 통신제한조치의 특성

17) “오늘날 인터넷 사용이 일상화됨에 따라 인터넷 통신망을 이용하여 의사 또는 정보를 송·수신하는 방법은 보편적으로 이용되는 통신수단이 되었고, 인터넷을 활용하는 범행 계획과 실행 또한 증가하고 있다. 이와 같이 인터넷을 기반으로 하는 정보통신환경에서, 범죄수사에 필요한 경우에 통신기술의 발전에 상응할 수 있도록 수사기관으로 하여금 일정한 요건을 갖추는 경우 인터넷 통신망을 이용하는 전기통신에 대한 감청을 허용할 필요가 있다.
이 사건 법률조항은 국가 및 공공의 안전, 국민의 재산이나 생명·신체의 안전을 위협하는 범행의 저지나 이미 저질러진 범죄수사에 필요한 경우 인터넷회선을 통하여 송·수신되는 전기통신도 수사기관이 법원의 허가를 얻어 감청할 수 있도록 규정하고 있는바, 그 입법목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.” (헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 7~8면)

을 감안하여 현재 이를 통제하기 위한 장치가 나름대로 형성되어 있다. 이들 통제 장치의 내용을 먼저 살펴보기로 한다.

(2) 감청에 대한 통제장치의 내용

1) 감청대상범죄의 열거식 제한

통신감청이 이루어지게 되면 사생활의 비밀에 대한 매우 광범위한 침해가 이루어지기 때문에 그것이 물리적인 피해가 아니더라도 상당히 조심스럽게 개입이 이루어져야 한다는데 대해서는 공감대가 형성될 수 있을 것으로 보인다. 이와 같은 공통적인 인식은 우리나라 뿐 아니라 주요 선진외국의 경우에도 마찬가지여서 통신감청에 대해서 규제장치를 적절하게 형성하고 있다는 측면에서 모두 마찬가지이다.¹⁸⁾

무엇보다 통신제한조치를 모든 범죄에 대해서 두루 할 수 있도록 허용하게 되면 범죄예방이라는 공익보다 개인정보의 침해라는 사익 훼손의 정도가 지나치게 커질 수 있다. 이 때문에 주요 입법례 가운데 통신감청을 모든 범죄에 대해서 전반적으로 허용하는 경우는 찾아보기 어렵다. 통신감청 대상범죄를 제한하는 방식은 두 가지가 사용되고 있다. 그 첫 번째가 ‘형량기준 제한방식’이고 두 번째가 ‘열거식 제한방식’이다.¹⁹⁾ 주요 선진외국 가운데 형량기준 제한방식을 취하고 있는 나라는 프랑스²⁰⁾와 영국²¹⁾이고, 열거식 제한방식을 취하고 있는 나라는 미국과 독일이다.

감청대상범죄를 형량을 기준으로 해서 일률적으로 제한하게 되면 일정 형량이 넘는 범죄이지만 굳이 통신제한조치를 취해서 증거를 수집하게 할 필요가 없는 범죄를 대상에서 제외시키기 어려워지는 문제점이 있다. 예를 들어 우리나라의 통비법은 열거식 제한방식을 택하고 있는데, 제5조 제1항 제1호에서 정하고 있는 감청대상범죄에 재산범죄 중 절도, 강도, 공갈, 장물 등의 범죄는 포함되어 있지만 사기, 횡령, 배임, 손괴 등의 범죄는 제외되어 있다. 8개의 재산범죄 가운데

18) 김성천, 통신비밀보호법에 대한 입법평가, 『입법평가연구』, 제9호(한국법제연구원, 2015), 180면 이하.

19) 김성천, 통신비밀보호법에 대한 입법평가, 181면.

20) 프랑스는 「전기·전자통신의 비밀에 관한 법률」(Loi no° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques) 제100조에 따라 “중죄 및 2년 이상의 자유형에 처할 경죄에 해당하는 자에 대한 정보를 필요로 하는 경우 그의 전기통신을 감청·녹음”할 수 있도록 정하고 있다.

21) 영국은 「수사권규율법」(Regulation of Investigatory Powers Act 2000) 제5조 제3항에 따라 “중죄의 예방 및 탐지를 목적으로 필요한 경우”에 장관이 감청영장을 발부할 수 있도록 정하고 있다.

데 4개는 포함되어 있고 4개는 제외되어 있는 셈인데, 그와 같은 판단의 기준이 적절한가 하는 점은 차치하고 열거식 제한방식이 아니면 이러한 세부조정은 불가능할 것이다. 그러한 측면에서 우리나라 통비법이 감청대상범죄를 제한하는데 열거식 제한방식을 취하고 있는 것은 매우 바람직한 일이라고 판단된다.

2) 감청의 요건 및 절차

(가) 감청 요건

통비법 제5조 제1항은 범죄수사 목적 통신제한조치가 허가되기 위한 요건으로 ① 범죄혐의와 ② 감청의 보충성 등 두 가지를 정하고 있다. 감청이 허가되기 위해서는 우선 범죄혐의와 관련하여 “범죄를 계획 또는 실행하고 있거나 실행하였다고 의심할만한 충분한 이유가 있어야 한다.” 그리고 “다른 방법으로는 그 범죄의 실행을 저지하거나 범인의 체포 또는 증거의 수집이 어려운 경우에” 해당하여야 한다. 이와 같은 감청 허가 요건은 주요 선진외국 가운데 독일의 입법과 가장 유사하다.²²⁾

미국, 영국 그리고 프랑스의 경우에는 범죄혐의가 확인되어야 한다는 점은 통신제한조치 허가 요건에 포함되어 있지 않다. 미국은 ‘범죄의 실행 또는 범죄를 실행하기 위한 계획에 대한 증거를 제공할 수 있다고 판단되는 경우에 감청을 허용할 수 있다’고 규정하고 있다.²³⁾ 영국의 경우에는 ① ‘중죄의 예방 및 탐지를 목적으로 필요한 경우’ 또는 ② ‘감청이 그 목적을 달성함에 있어서 적합한 경우’에 감청을 허가하고 있다.²⁴⁾ 그리고 프랑스의 경우에는 ‘중죄 및 2년 이상의 자유형에 처할 경죄에 해당하는 자에 대한 정보를 필요로 하는 경우’에 감청이 허용된다.²⁵⁾

범죄혐의가 확인되지 않음에도 함부로 감청을 허용한다면 통신제한조치가 수사기관에 의해서 남용될 가능성이 있다는 측면에서 우리나라와 독일의 감청 요

22) 독일 「서신, 우편 및 전기통신 비밀 제한에 관한 법률」(Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post-, und Fernmeldegeheimnisses/이른바 G10 법) 제3조 제1항이 “범죄행위가 계획되고 있거나 실행 중이거나 실행되었다고 의심할만한 사실상의 이유가 있을 경우”에 통신제한조치가 가능하다고 하고 있으며, 같은 조 제2항에서 “감청처분은 사실관계 확인이 다른 방법으로는 불가능하거나 매우 곤란할 경우에만 할 수 있다.”고 정하고 있다.

23) 미국 「종합범죄방지 및 가로안전법」(Omnibus Crime Control and Safe Streets Act/최근 개정: 2001. 10. 26. (USA Patriot Act)) 제18편 제119장 제2516조.

24) 「수사권규율법」(Regulation of Investigatory Powers Act 2000) 제5조.

25) 「전기·전자통신의 비밀에 관한 법률」(Loi no°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques) 제100조.

건 규정이 합리적인 통제장치를 구축하고 있다고 볼 수 있다. 우리나라가 대한민국 정부 수립 이후에 주로 독일법을 계수하였다는 점에서 독일의 법체계와 우리 법체계가 유사한 점이 많다고 할 수 있는데 감청 요건에 관한 규정도 그 가운데 하나인 것으로 보인다.²⁶⁾

(나) 감청 절차

우리나라에서 수사기관이 통신 감청을 실시하고자 하는 경우에는 검사의 청구에 의해서 법원이 발부하는 영장이 필요하다. 통비법 제6조가 그렇게 정하고 있는데 주요 선진외국의 경우를 보면 이 점에서 모두 동일하지는 않다. 미국은 「종합범죄방지 및 가로안전법」 제2516조에 따라 판사에 의한 명령(order)이 필요하다. 영국은 「수사권규율법」 제5조에 의거하여 장관이 발부하는 영장(warrant)이 있어야 한다. 독일의 경우에는 「서신, 우편 및 전기통신 비밀 제한에 관한 법률」 제10조에 따라 장관의 처분(Anordnung)을 필요로 한다. 프랑스는 「전기·전자통신의 비밀에 관한 법률」 제100조에서 정하는 바 판사의 결정(décision)을 받아야 한다.

감청 허가의 기간은 우리나라가 2개월이고 요건이 충족되면 다시 2개월의 범위 내에서 기간을 연장할 수 있다(통비법 제6조 제7항). 이에 비해 영국²⁷⁾과 독일²⁸⁾은 허가 기간이 3개월이고 3개월 범위에서 연장할 수 있으며, 프랑스는 4개월 단위로 허가를 받고 연장을 할 수 있다.²⁹⁾

수사기관이 법원에서 발부받은 감청 영장(통신제한조치 허가서)을 집행하려면 우선 협조를 받아야 할 통신사업자에게 사본을 교부하여야 한다(통비법 제9조 제2항). 통신제한조치 허가서의 사본을 제출 받은 통신사업자는 “당해 통신제한조치를 청구한 목적과 그 집행 또는 협조일시 및 대상을 기재한 대장을” 작성하여 “대통령령이 정하는 기간 동안 비치하여야 한다(통비법 제9조 제3항).” 협조요청을 받은 통신사업자는 ‘통신제한조치 허가서에 기재된 통신제한조치 대상자의 전화번호 등이 사실과 일치하는가 확인하여야 한다(법 제9조 제4항).’

“검사는 …… 통신제한조치를 집행한 사건에 관하여 공소를 제기하거나, 공

26) 독일은 2차 대전이 끝날 때까지 수사기관에 의한 인권침해가 극심했던 국가이고, 우리나라도 식민지 시대와 권위주의 국가 시기를 거치면서 수사기관에 의한 인권침해의 폐단이 심했던 나라에 속한다. 이 때문에 전승국가인 미국, 영국, 프랑스보다 더 까다로운 감청 허가 요건을 가지고 있는 것이 아닌가 생각된다.

27) 「수사권규율법」 제9조 제6항 c호.

28) 「서신, 우편 및 전기통신 비밀 제한에 관한 법률」 제10조 제5항.

29) 「전기·전자통신의 비밀에 관한 법률」 제100-2조.

소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분……을 한 때에는 그 처분을 한 날부터 30일 이내에 …… 그 대상이 된 전기통신의 가입자에게 통신제한조치를 집행한 사실과 집행기관 및 그 기간 등을 서면으로 통지하여야 한다(통비법 제9조의2 제1항).” 사법경찰관의 경우도 마찬가지이다(통비법 제9조의2 제2항). 이와 같은 당사자 통지제도는 2001년 12월 29일의 통비법 제6차 개정 시 도입되었으며, 2005년 5월 26일의 제11차 개정에서 통신사실확인자료 제공에 대해서도 확대 적용되었다. 2009년 5월 28일의 제15차 개정에서는 송·수신이 완료된 전자우편에 대한 압수·수색이 있었다는 사실도 당사자에게 통지하도록 추가되었다.

감청에 관여한 수사기관과 통신사업자 등은 통신제한조치를 통해서 알게 된 비밀을 누설할 수 없다(통비법 제11조). 감청을 통해서 수집된 내용은 해당 범죄의 수사, 소추나 예방을 위해서, 관련사항에 대한 징계를 위해서 또는 통신 당사자의 손해배상소송을 위해서만 사용할 수 있다(통비법 제12조).

IV. 인터넷 회선 감청 관련 통제장치의 문제점과 해결방안

1. 과잉금지원칙 위반

범죄수사 목적을 달성하기 위해서 필요한 한도 내에서 인터넷 회선 등 통신수단을 감청하는 것은 “입법목적의 정당성과 수단의 적합성”³⁰⁾이 인정되는 강제수사의 일종이다. 다만 불필요한 사생활 영역의 정보가 과도하게 수집되면 곤란하므로, 수집되는 정보는 기술적으로 가능한 한도 내에서 최소화 되어야 할 것이다. 헌법재판소가 주목한 것은 침해의 최소성 부분이다. 대상판례는 심판대상인 통비법 감청 관련 조항이 “과잉금지원칙에 반하여 청구인의 통신 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다.”는 결론에 도달하였다.

대상판례가 보기에 침해의 최소성이 충족되지 못하는 이유는 무엇보다 인터넷 회선 감청을 통해서 수집하는 정보의 양이 다른 통신수단에 대한 감청과는 비교할 수 없을 정도로 많기 때문이라는 것이다. 만약 감청 대상 인터넷 회선이 수사대상이었던 K가 단독으로 그리고 배타적으로 사용하는 정보통신망이었다면 결론이 달라질 수도 있었을 것으로 생각된다. 그러나 이 사건 감청 대상이었던 인터

30) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 8면.

넷 회선은 ○○연구소에 설치되어 있었고 그 연구소에 근무하는 사람들이 함께 이용하고 있었다. 이 모든 사람들이 같은 인터넷 회선을 공유하고 있었기 때문에 다수인의 정보가 이 정보통신망을 통해서 끊임없이 교환되었고 그 모든 정보가 국가정보원에 의해서 수집되었던 것이다.

다른 통신수단인 유선전화를 감청하는 경우에도 통신제한 대상 전화를 감시 대상자만 사용하지 않기 때문에 불필요한 대화가 감청될 가능성이 분명히 존재한다. 그러나 그것을 통해서 수집되는 정보의 양을 인터넷 회선 감청의 경우와 비교해 보면 인터넷 회선 감청의 경우가 비교할 수 없을 정도로 많다고 하고 있다. 이렇게 볼 수밖에 없는 이유는 단순히 하나의 인터넷 회선을 많은 사람들이 공유해서 사용하기 때문만이 아니라 그 밖의 다른 이유가 분명히 있다. 바로 전화를 통해서 교환되는 정보와 인터넷을 통해서 교환되는 정보의 양상이 완전히 다르다는 점이다.

전화는 주로 사람의 육성을 통한 정보교환(대화)을 위해서만 이용된다.³¹⁾ 반면 인터넷 회선은 지금까지 세상에 출현한 모든 형태의 정보를 교환하는데 사용된다. 문서, 음성, 영상, 화폐 등 교환되는 정보의 형태는 무궁무진하다. 전화통을 하루 종일 붙잡고 있는 사람은 보기 힘들지만 하루 종일 인터넷을 이용하고 있는 사람은 얼마든지 있다. 하나의 인터넷 회선을 근거리통신망(Local Area Network/LAN)을 이용해서 한 기업체, 사무실 또는 학교의 사람들이 같이 사용하게 되면 이를 이용하는 모든 사람들의 모든 정보가 수집되는 것이다.

상황이 이러하다면 인터넷 회선 감청은 필요한 것보다 훨씬 많은 양의 정보를 수집하는 감청 방식이라고 할 수 있다. 헌법소원심판 과정에서 국가정보원이 설명한 내용에 따라 인터넷 회선 감청의 진행 절차를 살펴보면 다음과 같다.³²⁾

- ① 법원에서 발부한 통신제한조치 허가서의 사본을 인터넷서비스제공사업자에게 제출하고 협조를 요청한다.³³⁾
- ② 정보통신사업자가 감청 대상 인터넷 회선에 고정 IP(Internet Protocol)를 부여하고 나서, 패킷을 수집·복제할 수 있는 장비를 연결·설치하는데 협조한다.
- ③ 통신사업자의 단말과 국가정보원의 단말 사이에 연결된 전용선을 통해서

31) 전화 모델을 통해 인터넷을 사용하던 시절도 있었지만 이제는 거의 다 지나간 과거의 일이라고 생각된다.

32) “인터넷회선 감청의 구체적 집행 방식은 이 사건 감청집행을 행한 피청구인 국가정보원의 답변에 의하면 다음과 같다.” (헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마263 결정, 6면.)

33) 이 사건의 경우 에스케이브로드밴드가 인터넷통신서비스 제공 사업자이었다.

감청 대상 인터넷 회선을 통해 교환되는 패킷 정보를 실시간으로 국가정보원 서버로 전송하여 수집·복제한다.

- ④ 수집한 패킷을 헤더정보를 기준으로 재조합한 후 DPI(Deep Packet Inspection) 프로그램³⁴⁾을 이용하여 내용을 확인한다.

이 절차에서 불필요한 내용을 걸러내는 과정은 찾아볼 수 없다. 대상판례는 “이렇게 수사기관에 수집·보관된 막대한 정보를 수사기관이 재조합 기술을 거쳐 직접 열람하기 전까지는 감청대상자의 범죄 관련 정보만을 구별해내는 것이 기술적으로 가능하지도 않다.”고 하고 있다. 여기서 감청 과정(재조합 기술을 거쳐 직접 열람하기 전까지)에서 불가능한 일이 감청대상자의 정보만 구별해 내는 것인지, 아니면 감청대상자의 정보인지 아닌지는 구별할 수 있지만 그것이 범죄 관련 정보인지 아닌지를 구별하는 것은 불가능하다는 것인지 명확하지는 않다.

하지만 대상판례의 다른 부분을 보면 감청 과정에서 감청대상자의 통신내용만 추출해 내는 것이 원칙적으로 불가능한 것으로 보고 있지는 않은 듯하다. “수사기관의 권한 남용을 방지하고 이로 인한 관련 기본권 침해를 최소화하기 위하여, 집행 과정에서나 집행이 종료된 이후에라도 제3자의 정보나 범죄수사 목적과 무관한 정보까지 수사기관에 의해 수집·보관되고 있지는 않는지, 감청 집행을 통해 수사기관에 광범위하게 취득된 자료를 수사기관이 원래 허가받은 목적, 범위 내에서 제대로 이용·처리하는지 등을 감독 내지 통제할 법적 장치가 강하게 요구된다.”고 하는 부분에서 이를 추론할 수 있다. ‘집행 과정에서 제3자의 정보나 범죄수사 목적과 무관한 정보까지 수집·보관되지 않도록 통제할 법적 장치가 필요하다’고 요구하는 것은 그것이 기술적으로 완전히 불가능한 일이 아님을 전제로 하는 것으로 이해된다.

현재 인터넷 회선 감청은 인터넷 회선 이용 실태에 비추어 볼 때 ① 감청 집행 과정에서 감청대상자와 무관한 정보까지 매우 광범위하게 수집되며, ② 감청 집행 이후에 감청대상자와 무관한 정보와 감청대상자의 범죄와 무관한 정보를 삭제하는 절차가 마련되어 있지 않아서 지나치게 많은 정보가 보관되고 있기 때문에, 범죄수사 목적을 위해 필요한 최소한의 ‘통신 및 사생활의 비밀과 자유’를 침

34) 인터넷 회선을 효율적으로 사용하도록 하는 정보 교환 기술인 패킷 교환은 전송하기 위한 데이터를 작은 사이즈의 패킷으로 분할하여 교환하는 방식을 사용한다. 하나의 패킷은 헤더 정보와 사용자 데이터(Payload)로 구성되어 있다. 편지에 비유하면 헤더 정보는 편지 봉투에 적혀 있는 정보이고, 사용자 데이터가 편지의 내용물이다. 편지의 내용을 읽기 위한 프로그램이 DPI 프로그램이다[오길영, 인터넷 감청과 DPI, 『민주법학』, 제41호(민주법학회, 2009), 413면].

해하여야 한다는 원칙에 위배되므로 과잉금지원칙 위반이다. 이러한 취지의 헌법 재판소 판단은 타당하다.

2. 침해의 최소성 원칙 준수를 위한 통제장치

인터넷 회선 감청이 침해의 최소성 원칙을 준수하는 한도 내에서 집행이 되도록 하기 위해서는 감청 집행 과정과 감청 집행 이후에 각각 그에 적합한 통제장치가 마련되어 있어야 한다고 생각한다. 이러한 통제장치가 전무하기 때문에 인터넷 회선 감청을 허용하는 통비법 해당 조항은 위헌이다. 통제장치로 가능한 것이 무엇일까 하는 점에 대해서는 해외 입법례를 통해 해답을 찾는 방법이 효과적일 것으로 보인다. 감청 집행 과정과 그 이후에 대해서 통제장치를 나누어 생각해 보기로 하겠다. 이들 통제장치는 수집되는 정보를 필요한 최소한도로 축소하기 위한 절차라는 공통점을 가지고 있다. 그리하여 해외입법례에서는 이를 ‘최소화 절차(minimization procedure)’라고 부른다.³⁵⁾

(1) 감청 집행 단계에서의 최소화 절차

감청 집행 단계에서부터 수집되는 정보는 인터넷 회선을 통과하는 모든 정보가 아니라 ① 감청대상자에게 전해지는 정보와 ② 감청대상자로부터 나오는 정보로 제한되어야 한다.

인터넷 회선을 통해 소통되는 모든 정보는 정보 패킷으로 구성된다. 모든 웹사이트, 모든 이메일 그리고 모든 전송 문서는 정보를 담고 있고 이들 정보는 작은 묶음들(패킷)로 나누어 관리된다. 이러한 패킷은 송신자의 IP 주소, 수신인의 IP 주소, 통신내용이 얼마나 많은 패킷으로 구분되고 공유되는지를 나타내는 정보, 숫자체인에서 어느 숫자가 어느 패킷을 지칭하는지에 대한 정보 등을 제한된 저장 공간 내에 담고 있다.³⁶⁾

TCP/IP 헤더 정보를 보면 송신자와 수신자를 알 수 있으므로 감청대상자에게 전해지는 정보 패킷과 감청대상자로부터 나오는 정보 패킷을 추출하는 것이 기술적으로 가능하다. 예를 들어 미국의 국가안보국은 프리즘(PRISM)과 업스트

35) 미국 해외정보감시법 수정법(FISA amendment Act) 제702조.

36) 이들 정보는 인터넷상의 정보 교환 작업을 제어하는데 이용되는 규약인 Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP)에 담겨 있다.

림(upstream)이라는 명칭의 프로그램을 사용하여 특정 감시대상과 관련된 정보를 인터넷 통신망에서 추출하고 있다. 이들 프로그램은 아직 비밀해제가 되지 않았기 때문에 그대로 가져다가 사용할 수는 없겠지만 우리나라에서 자체적으로 스캔 프로그램을 개발하는 것이 불가능한 일은 아니라고 생각한다.

인터넷 회선 감청이 법적으로 허용되기 위해서는 감청대상자에게 전해지는 정보와 감청대상자로부터 나오는 정보만 추출함으로써 불필요한 정보를 수집하지 않도록 하는 ‘최소화 절차’가 법제화 되어야 할 것이라고 본다. 통비법 수준에서 일단 최소화 절차의 요구수준을 설정하고 대통령령 등 하위법규를 통해서 스캔 프로그램의 기술표준을 구체화 하면 될 것이다.

(2) 감청 집행 이후 단계에서의 최소화 절차

스캔 프로그램을 통해서 추출되어 수집·보관된 정보는 수사관들에 의해서 범죄와 관련된 정보가 포함되어 있는지를 검색하는 과정을 거치게 될 것이다. 수집된 정보의 양이 매우 많아지게 되면 검색에 많은 시간을 소요하게 될 것이고 수사기관의 입장에서는 만약을 위해서 이들 수집된 정보를 계속해서 보관하고 싶은 욕구를 가지게 될 것이다. 따라서 수집되었으나 검색되기 이전 상태인 정보에 대해서 일정 기간만 보관할 수 있도록 제한할 필요가 있을 것으로 생각된다. 다만 암호화 된 정보는 이를 해독하는데 상당한 시간이 소요될 수 있으므로 암호분석(cryptanalysis)이 필요한 기간 동안 보관할 수 있도록 예외를 인정할 필요가 있다고 본다.

수사관들이 정보 검색을 한 결과 범죄와 무관한 정보가 발견되면 즉시 삭제되도록 조치하는 최소화 절차가 반드시 필요하다. 범죄와 관련된 정보가 발견되는 경우에는 해당 정보의 무결성을 확보하기 위해서 즉시 이를 봉인하여 통신제한조치를 감독하는 기관에 제출하여 별도로 보관하는 조치도 필요할 것으로 생각된다.

(3) 최소화 절차에 대한 감독

최소화 절차를 감청 집행 단계와 집행 이후 단계로 나누어 실시할 경우에 이와 같은 절차가 적법하고 적정하게 이루어지는지를 감독할 수 있는 독립적인 기관이 필요하다. 감청대상자와 유관한 패킷만 추출하는 작업이 인터넷 회선 감청의 출발점인데 이러한 최소화 절차의 작업이 매우 기술적인 부분이어서 전문성을

갖춘 감독기관이 있어야 할 것으로 생각된다.

이러한 기관은 미국과 같이 별도의 특별법원 형태로 만들 수도 있고 독일과 같이 독립위원회 형태로 구성할 수도 있을 것이다. 우리나라의 법원 조직이 사회의 변화에 대처할 수 있는 유연성을 가지고 있지 못한 것으로 보인다는 측면에서 특별법원보다는 독립위원회 형태가 더 적합하지 않을까 생각된다. 독일의 경우가 이에 해당하는데 법원 산하에 독립위원회를 설치하여 최소화 절차 등 통신제한조치 집행의 적법성 및 적정성에 대한 감독 업무를 수행하고 있다.³⁷⁾ 인터넷 회선을 통한 정보의 수집과 보관 그리고 분석 및 폐기 등 전 과정을 독립위원회가 감독하게 되면 인터넷 회선에 대한 통신제한조치가 적법성과 적정성을 유지하게 될 것으로 보인다.

V. 맺는 말

헌법재판소가 2018년 8월 30일에 선고한 인터넷 회선 감청 허용 규정에 대한 헌법불합치 결정과 관련하여 ① 인터넷 회선 감청 헌법불합치 결정 사건이 어떻게 진행되었는지를 우선 사실관계 측면에서 확인하고, ② 범죄수사 목적 통신제한조치의 필요성과 이를 통한 기본권 침해를 최소화하기 위한 현행 법체제 내에서의 통제장치를 살펴본 후에 ③ 통제장치의 미비점을 확인하고 이를 보완하여 위헌성을 제거하기 위해서 어떠한 입법적 조치가 필요한가에 대하여 검토해보았다.

심판대상은 인터넷 회선 감청에 대한 법원의 허가, 국가정보원의 감청 집행 행위 그리고 인터넷 회선 감청을 가능하게 허용해주는 관련 통비법 조항 등 세 가지 가운데 판단의 실익을 가지고 있는 것으로 보이는 관련 법조문만으로 한정되었다. 문제가 되는 쟁점은 인터넷 회선 감청이 그 속성상 수집되는 정보가 지나치게 광범위하여 ‘통신의 비밀과 자유, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권’을 침해하고 그렇기 때문에 위헌인가 하는 점이었다.

범죄 수사를 위해서 통신제한조치를 취하는 것이 수사상 허용되는 강제조치

37) 독일의 경우 인터넷 회선에 대한 ‘검색어 감청’을 감독하기 위하여 위원장 1인, 위원 2인 및 부위원 3인으로 구성되는 독립위원회를 운영하고 있다. 독립위원회의 위원과 부위원은 연방대법원장과 연방대검찰청장이 각각 추천한다. 연방대법원장이 추천하는 위원 1인과 부위원 가운데 2인은 연방대법원 판사로 하며, 나머지 연방대검찰청장이 추천하는 위원 1인과 부위원 1인은 연방대검찰청 검사로 한다.

인가에 대해서는 헌법재판소도 원칙적으로 목적 및 수단의 정당성이 인정된다고 보았다. 다만 그것이 허용된다고 하더라도 기본권을 필요한 최소한의 범위 내에서만 제한하여야 하는바 과잉금지원칙에 위배되는가 하는 점이 논란의 핵심이 되었다.

과잉금지원칙 위반 여부는 감청영장의 내용이 아니라 주로 감청 집행의 방식과 관련이 있어서, 감청대상 인터넷 회선을 통해서 교환되는 모든 정보가 수집되었다는 점이 문제이었다. 게다가 해당 인터넷 회선은 감청대상자가 단독으로 사용하는 것이 아니라 그가 근무하는 연구소에 설치된 인터넷 회선이었기 때문에 다수가 함께 사용하는 것이었다. 이에 따라 다수의 이용자가 소통하는 모든 정보가 국가정보원에 의해서 수집되고 보관되었으며 이는 과잉금지원칙에 위배된다는 것이 결론이고 타당한 결론이라고 판단된다.

현재 통비법이 마련하고 있는 감청에 대한 통제장치에는 인터넷 회선 감청을 하는 과정에서 ① 감청대상자에게 전해지는 정보와 감청대상자로부터 나오는 정보만을 별도로 추출하여 수집하도록 조치하는 최소화 절차와 ② 감청 집행 이후에 수집된 정보를 분석하는 과정에서 범죄와 무관한 정보를 삭제하는 최소화 절차가 누락되어 있다. 2020년 3월 1일까지 입법자가 위헌성을 제거한다면 이러한 최소화 절차가 반드시 포함되어 개정이 이루어져야 할 것으로 생각된다. 또한 이러한 최소화 절차를 감독하여야 할 감독기구의 설치도 개정 통비법에 포함되어야 할 것으로 판단된다.

[국문초록]

인터넷 회선 감청

헌법재판소는 2018년 8월 30일의 선고에서 현행 통비법에 따른 인터넷 회선 감청은 헌법에 합치되지 않는다는 결론을 내렸다.

이 사건 심판대상은 인터넷 회선 감청에 대한 법원의 허가, 국가정보원의 감청 집행 행위 그리고 인터넷 회선 감청을 가능하게 허용해주는 관련 통비법 조항 등 세 가지 가운데 판단의 실익을 가지고 있는 것으로 보이는 관련 법조문만으로 한정되었다. 문제가 되는 쟁점은 인터넷 회선 감청이 그 속성상 수집되는 정보가 지나치게 광범위하여 “통신의 비밀과 자유, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권”을 침해하고 그렇기 때문에 위헌인가 하는 점이었다.

범죄 수사를 위해서 통신제한조치를 취하는 것이 수사상 허용되는 강제조치 인가에 대해서는 헌법재판소도 원칙적으로 목적 및 수단의 정당성이 인정된다고 보았다. 다만 그것이 허용된다고 하더라도 기본권을 필요한 최소한의 범위 내에서만 제한하여야 하는바 과잉금지원칙에 위배되는가 하는 점이 논란의 핵심이 되었다.

과잉금지원칙 위반 여부는 감청영장의 내용이 아니라 주로 감청 집행의 방식과 관련이 있어서, 감청대상 인터넷 회선을 통해서 교환되는 모든 정보가 수집되었다는 점이 문제이었다. 게다가 해당 인터넷 회선은 감청대상자가 단독으로 사용하는 것이 아니라 그가 근무하는 연구소에 설치된 인터넷 회선이었기 때문에 다수가 함께 사용하는 것이었다. 이에 따라 다수의 이용자가 소통하는 모든 정보가 국가정보원에 의해서 수집되고 보관되었으며 이는 과잉금지원칙에 위배된다는 것이 결론이고 타당한 결론이라고 판단된다.

현재 통비법이 마련하고 있는 감청에 대한 통제장치에는 인터넷 회선 감청을 하는 과정에서 ① 감청대상자에게 전해지는 정보와 감청대상자로부터 나오는 정보만을 별도로 추출하여 수집하도록 조치하는 최소화 절차와 ② 감청 집행 이후 수집된 정보를 분석하는 과정에서 범죄와 무관한 정보를 삭제하는 최소화 절차가 누락되어 있다. 2020년 3월 1일까지 입법자가 위헌성을 제거한다면 이러한 최소화 절차가 반드시 포함되어 개정이 이루어져야 할 것으로 생각된다. 또한

이러한 최소화 절차를 감독하여야 할 감독기구의 설치도 개정 통비법에 포함되어야 할 것으로 판단된다.

[주제어]

인터넷 회선 감청, 국가정보원, 통신제한조치, 패킷 교환, 헤더 정보, 최소화 절차
interception of internet line, national intelligence service, interception of electronic communication, packet switching, TCP/IP header, minimization procedure

[Abstract]

Interception of Internet Line

Choung, Hye Uk

Regarding the constitutional nonconformity decision of the Constitutional Court on August 30, 2018, the Constitutional Court dismissed the Constitutional Court' After examining the necessity of communication restriction measures and the control devices in the current legal system to minimize the infringement of basic rights, ③ examining the weaknesses of the control devices and reviewing what kinds of legislative measures are necessary to eliminate the unconstitutionality saw.

The object of the trial was limited to the related legal texts, which seem to have the merits of judging among the three, including the court's permission for the wiretapping of the Internet, the enforcement action of the National Intelligence Service, and the provision of the related law for allowing wiretapping. The issue at issue was that the Internet wiretapping infringed on the fundamental rights such as “the secrets and freedoms of communication, secrecy and freedom of communication” because the information gathered on its property was too broad and was therefore unconstitutional.

The Constitutional Court, in principle, regards the legitimacy of the purpose and means as to whether enforcing communication restrictions for criminal investigation is permissible. However, even if it is permitted, it is essential to limit the basic rights to the minimum extent necessary, which is contrary to the principle of excessive prohibition.

The issue of violating the principle of excessive prohibition was not related to the contents of the arrest warrants, but mainly related to the manner of enforcement of the wiretapping, so that all the information exchanged through the Internet line to be intercepted was collected. In addition, the Internet line was not used solely by the person to be intercepted, but was used by many because it was an Internet line installed in the laboratory where he worked. As a result, it is concluded that all information

communicated by a large number of users is collected and archived by the National Intelligence Service, which is contrary to the principle of excessive prohibition.

Currently, the control method for eavesdropping, which is provided by the National Security Act, includes a procedure of minimizing the steps of ① extracting and collecting only the information transmitted to the subject of the eavesdropping and the subject of the eavesdropping ② collecting the eavesdropping In the process of analyzing information, the minimization process of deleting information that is not related to crime is missing. If the legislature removes the constitutionality by March 1, 2020, this minimization procedure must be included and amended. In addition, the establishment of a supervisory body that oversees such a minimization procedure should be included in the revised law.

참 고 문 헌

- 강태수, 통신의 비밀보장에 관한 연구, 『경희법학』, 제45권 제4호(경희대학교 법학연구소, 2010)
- 김성천, 『통신비밀보호법 개정방안에 대한 연구』, 대검찰청, 2008. 12.
- 김성천, 통신비밀보호법에 대한 입법평가, 『입법평가연구』, 제9호(한국법제연구원, 2015)
- 박경신, 미국의 통신비밀보호법(ECPA) 및 범죄수사통신지원법(CALEA)과 우리나라의 통신비밀보호법 및 18대 국회 개정안의 비교검토, 『안암법학』, 제29권(안암법학회, 2009)
- 박찬걸·강동욱, 통신제한조치의 집행에 관한 법정정책적 고찰, 『법과 정책』, 제20집 제1호(제주대학교 법과정책연구소, 2014)
- 오길영, 통신비밀보호법 개정안 비판, 『민주법학』, 제34호(민주주의법학연구회, 2007)
- 오길영, 감청과 통신비밀의 갈등, 그리고 미래, 『법과 정책연구』, 제16집 제2호(한국법정책학회, 2016)
- 오길영, 인터넷 감청과 DPI, 『민주법학』, 제41호(민주주의법학연구회, 2009)
- 원혜옥, 감청행위의 실태 및 입법례의 비교고찰, 『형사법연구』, 제24호(한국형사법학회, 2005)
- 이경렬, 디지털정보 관련 증거의 압수·수색 규정의 도입방안 연구, 『홍익법학』, 제13권 제3호(홍익대학교 법학연구소, 2012)
- 이용식, 우연한 비밀청취 및 녹음행위의 죄책, 『법조』, 제65권 제8호(법조협회, 2016)
- 차진아, 통신비밀보호법 제13조 제1항 및 제2항 등의 합헌성 여부에 대한 검토, 『법조』, 제66권 제4호(법조협회, 2017)
- Elizabeth B. Bazan, The Foreign Intelligence Surveillance Act: An Overview of the Statutory Framework and U.S. Foreign Intelligence Surveillance Court and U.S. Foreign Intelligence Surveillance Court of Review Decisions, Congressional Research Service, 2007.
- Laura K. Donahue, Section702 and the Collection of international Telephone and Internet Content, Georgetown University Law Center, 2014
- Orin S. Kerr, “Internet Surveillance Law After the USA PATRIOT Act: The Big Brother That Isn’t”, 97 Nw. U. L. Rev. 607, Northwestern University School of Law, 2003.

제170회 발표회 지정토론문

발제문: 인터넷 회선 감청

발제자: 정혜욱(위덕대학교 경찰행정학과 교수, 법학박사)

날짜 및 장소: 2018. 12. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

정 인 경*

인터넷회선 감청, 이른바 ‘패킷감청’에 대한 헌법재판소의 2016헌마263 결정을 쟁점별로 분석하여 이해를 돕고, 침해의 최소성 원칙 준수를 위한 통제장치를 구체적으로 제시해주신 발제자에게 감사드립니다. 발제자와 마찬가지로 저도 기본적으로 2016헌마263 결정을 지지하는 입장입니다. 이번 결정에서 지적된 인터넷 회선 감청 제도의 문제점이 향후 입법적으로 잘 해결되기를 바랍니다. 토론은 인터넷회선 감청 관련 내용들에 대해 부연 설명을 하는 것으로 하겠습니다.

1. 통신의 비밀 보호

헌법은 제18조에서 ‘모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.’라고 정하여, 통신의 비밀과 자유를 보장하고 있다. 통신은 기본적으로 개인과 개인 사이의 관계를 전제로 하는 것이지만, 통신의 수단인 우편이나 전기통신의 운영이 전통적으로 국가독점에서 출발하였기 때문에, 통신의 영역은 다른 사생활 영역에 비하여 국가에 의한 침해 가능성이 매우 큰 영역이라 할 수 있다. 이러한 연유에서 제17조에서 정한 사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 우리 헌법은 별개의 조항을 통해서 보호하고 있다(헌재 2001. 3.

* 헌법재판소 헌법연구관

21. 2000헌바25 참조).

통신비밀의 침해는 형법, 우편법 등의 개별법에 의해 규제되어 왔으나, 정보사회로 급변함에 따라 새로운 통신수단이 개발되고 그와 함께 통신의 비밀에 대한 침해 위험성도 커지자 1993. 12. 27. ‘통신비밀보호’에 관하여 총괄적으로 규율하고자 통신비밀보호법이 제정되었다(제4650호). 통신비밀보호법은 통신 및 대화의 비밀과 자유를 보장하기 위하여 그 제한의 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 하고 있다. 통신제한조치인 ‘우편물의 검열 또는 전기통신의 감청’(제3조 제2항), ‘통신사실확인자료의 제공’과 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화의 녹음 또는 청취’를 그 규제대상으로 하고 있는데, 법상 통신제한조치는 ‘우편물의 검열 또는 전기통신의 감청’(제3조 제2항)을 말한다.

통신비밀보호법은 감청과 서신검열을 포함한 ‘통신제한조치’를 원칙적으로 금지하면서(제3조 제1항), 일정한 범죄의 수사 등을 위한 경우, 엄격한 허가요건과 절차를 거친 경우 한하여 인정하고 있다(제5조 내지 제9조). 또한 제정 당시부터 범죄수사를 위한 우편물의 검열 및 전기통신의 감청 등 통신제한조치에 대해서는 법원의 허가를 얻도록 하여, 감청 등 통신제한조치가 적어도 사법적 통제하에 이루어지도록 규정하였다.

2. 패킷감청

이 사건¹⁾에서 감청은 이른바 ‘패킷감청’으로 통신비밀보호법(이하 ‘법’이라 함) 제정 당시에는 구체적으로 예상하지 못한 전기통신 감청 방법이었음지도 모른다. 법은 ‘전기통신’을 전화·전자우편·회원제정보서비스·모사전송·무선호출 등과 같이 유선·무선·광선 및 기타의 전자적 방식에 의하여 모든 종류의 음성·문언·부호 또는 영상을 송신하거나 수신하는 것이라고 정의하여(제2조 제3

1) 이 사건은 범죄수사를 목적으로 하는 패킷감청에 대한 것으로, 정보수사기관의 장이 국가안전보장에 상당한 위험이 예상되는 경우 또는 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」 제2조 제6호의 대테러활동에 필요한 경우에 한하여 그 위해를 방지하기 위하여 이에 관한 정보수집이 특히 필요한 때에 행하는 국가안보를 위한 통신제한조치(법 제7조), 검사, 사법경찰관 또는 정보수사기관의 장이 국가안보를 위협하는 음모행위, 직접적인 사망이나 심각한 상해의 위험을 야기할 수 있는 범죄 또는 조직범죄등 중대한 범죄의 계획이나 실행 등 긴박한 상황에 있고 위 범죄수사목적 또는 국가안보목적에 관한 통신제한조치(법 제7조 제1항 제1호에 한함)의 허가요건을 구비하였으나 해당 절차를 밟을 수 없는 긴급한 사유가 있을 때에 법원의 허가 없이 할 수 있는 긴급통신제한조치(법 제8조 제1항)는 심판대상에 해당하지 아니하였다.

호), 과학기술의 발달에 따라 새로이 출현가능한 통신수단에 대비하기 위해 다소 포괄적인 규정을 두고 있다.

인터넷상에서의 데이터는 1회의 통신이 회선 하나를 차지하며 연속적으로 전송되는 아날로그 방식과는 달리, 전송이 쉽도록 하나의 데이터가 일정한 길이의 단위로 쪼개져서 디지털 방식으로 전송되는데, 이 때 쪼개진 데이터 하나하나의 단위를 패킷(Packet)²⁾이라고 한다. 각각의 패킷에는 별도의 번호가 붙여지고 목적지의 인터넷주소가 기록되며 에러 체크 데이터도 포함된다고 한다. 각각의 패킷은 목적지 서버의 IP 주소와 원본 데이터의 일부분, 원본 데이터에서 패킷이 차지하는 위치에 대한 정보를 포함하고 있다.³⁾ 즉, ‘패킷’은 인터넷상 일정한 콘텐츠나 파일을 하나의 인터넷 접속기기에서 다른 접속기기로 효율적으로 전송할 수 있도록 최적·최소화한 데이터이고, 이러한 패킷의 하나하나가 다시 조합되어 원본 데이터를 전송받을 수 있게 되는 것이다.⁴⁾ 패킷 전송은 전자우편이나 HTML, GIF 등 어떠한 종류의 파일에도 적용될 수 있다.

‘패킷감청’은 인터넷상 패킷으로 쪼개져서 전송 중인 데이터를 중간에서 가로챈 뒤, 가로채서 복사된 패킷을 데이터로 재조합함으로써 데이터를 지득하는 행위를 말한다. 따라서 패킷감청은 서버에 저장된 증거가 아니라 인터넷상에서 발생되어 수신되기까지의 과정 중에 수집되는 증거, 즉 전송 중인 증거의 수집을 위한 수사이다.⁵⁾

‘패킷감청’에 대해 명문의 규정은 없으나, 법원도 “인터넷통신망을 통한 송·수신은 제2조 제3호에서 정한 ‘전기통신’에 해당하므로 인터넷 통신망을 통하여 흐르는 전기신호 형태의 패킷을 중간에 확보하여 그 내용을 지득하는 이른바 ‘패킷감청’도 법 제5조 제1항에서 정한 요건을 갖추는 경우 다른 특별한 사정이 없는 한 허용된다.”고 보아 왔고(대법원 2012. 10. 11. 선고 2012도7455 판결), 실무에서도 패킷감청이 통신제한조치의 하나로 허가되어 왔다.

2) 패킷은 소화물을 의미하는 패키지(package)와 덩어리를 뜻하는 버킷(bucket)의 합성어이다.

3) 민만기, ‘인터넷 패킷감청의 법적 성격 및 허용가능성 검토’, 형사법의 신동향 통권 제53호(2016. 12.), 218-222면.

4) 패킷화로 인해 조각나 있는 웹페이지, 파일, 이메일의 일부이고, 이는 재조합되면 완전한 웹페이지, 파일, 이메일이 된다.

5) 권양섭, ‘사이버 공간에서의 증거수집에 관한 고찰’, 법학연구 제37집(2010. 2.), 199면 이하 참조.

3. 패킷감청의 특수성

- 취득되는 정보의 양, 취득정보 관리를 위한 실질적 통제장치의 필요성

2016헌마263 결정에서도 지적하고 있듯이, 패킷감청의 특징은 법원이 허가 단계에서 감청대상자와 대상, 범위 등을 특정하더라도, IP의 한정성으로 인해 보통 하나의 인터넷회선을 여러 사람이 공유하여 사용하므로, 집행 단계에서 감청대상자와 동일 회선을 사용하는 사람들이 주고받는 정보 중 감청대상자가 내보내는 또는 감청대상자로 향하는 정보만을 추려내기 어렵다는 점에 있다. 그 결과 일단 해당 인터넷회선을 통과하는 패킷들이 무한 복제·수집되어 국정원 서버로 저장된 다음 재조합 기술을 거쳐 지득할 수 있게 되는 과정이 필요한 것이다. 그 단계에 이르기까지 감청대상자의 통신정보만, 그리고 감청대상자의 정보 중 범죄 수사 유관 정보만으로 수사기관이 감청 결과를 취득하게 된다는 보장이 없다. 위 단계에 이르기까지 그와 같은 추출이 기술적으로 가능한지 여부도 밝혀지지 않았다. 이 사건 감청집행기관인 국가정보원도 공개 변론에서 ‘DPI 후 다시 성공적으로 조합된 파일을 열어보고 그 내용을 지득하여야지만 관련성을 파악할 수 있다’고 답변하였다.

결국 패킷감청은 법원에서 허가 시 감청대상자인 피의자 내지 피내사자를 특정하고 그 목적, 범위를 제한하더라도 그와 무관한 불특정 다수인의 통신자료까지 수사기관에 취득되는 구조로 이루어지게 된다. 더욱이 통신뿐만 아니라 쇼핑, 시청, 검색 등 인터넷을 기반으로 하는 오늘날의 생활 패턴을 고려할 때, 인터넷회선 감청으로 취득되는 정보의 양은 가히 막대하다고 볼 수밖에 없는 것이다. 이와 같이 패킷감청 경우 다른 통신제한조치로 취득되는 정보의 양과 비교할 수 없을 정도의 막대한 양의 정보가 수사기관에 수집된다는 점에서 그 사후 처리에 대한 규율이 제대로 되어 있는지가 관련 기본권 침해를 최소화할 수 있는 장치가 마련되어 있는지 여부 판단에 있어 관건이 되는 것이다.

2016헌마263 결정에서도 가늠하기 어려울 정도의 막대한 정보를 집행기관이 취득하게 되는 인터넷회선 감청의 특수성을 감안할 때, 집행 과정 및 그 이후 단계에서 수사기관이 원래의 목적과 무관한 정보를 어떻게 관리·처리하는지에 대해 관리감독, 통제할 법적 장치가 보다 강하게 요구된다고 보았다. 그런데 법은 남용 방지를 위해 관련 공무원에게 누설 금지, 취득한 정보의 사용 목적 제한 정도를 정하고 있을 뿐, 정작 취득한 정보자료의 처리 절차에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 법원이 감청허가장을 발부하면 그 이후 집행 단계부터는 사실

상 감청기관이 법원뿐만 아니라 다른 기관의 감독과 통제의 바운더리를 벗어나는 결과가 되어 버리는 것이다. 이 사건 공개변론에서도 감청집행기관이었던 피청구인 국가정보원 측에 감청자료의 처리를 위한 내부규정이나 매뉴얼 등이 있는지 등에 대해 석명을 하였으나, 감청설비가 감청 이후 90일이 지나면 정보가 자동 삭제되는 것으로 세팅되어 있다는 것 외에 다른 답변을 듣지 못하였다.

법에서 통신제한조치에 대해 기본적으로 법원의 허가를 받아 집행이 가능하도록 정하고, 허가 여부 심사 시 범죄의 중대성과 해당 통신제한조치의 관련성 및 불가피성 등을 종합적으로 심사하도록 정하고 있다 하더라도, 집행으로 취득한 자료의 처리에 대한 규율이 없는 상태에서는 취득 자료의 남용 가능성이 통제된다고 보기 어렵다. 대법원 규칙인 ‘통신제한조치 등 허가 규칙’(규칙 제2113호)에서도 통신제한조치 허가청구서에 통신제한조치를 필요로 하는 사유 및 목적, 대상 및 범위 등이 기재되어야 한다고 정하고 있지만, 사후 실제 그러한 범위 내에서 감청이 이루어졌는지 확인하는 절차가 없고, 앞서본 패킷감청은 그 기술적 특성으로 인해 허가의 범위를 넘어 막대한 양의 정보가 취득되기 때문에 사후 확인에 대한 규율의 공백이 가져올 수 있는 통신의 비밀 침해 정도는 커지는 것이다.

2016헌마263 결정에서 밝힌 바와 같이 바로 통신비밀보호법의 이 부분에 대한 입법 공백이, 패킷감청, 온라인수색, 이메일감청 등 첨단 기법을 이용한 각종 인터넷통신감청에 대해 수사상 필요성을 인정하여 허용을 하면서도 사전 허가뿐 아니라 사후 통제를 법원 또는 제3의 기관이 담당하도록 정하고 있는 타입법례와 가장 큰 차이점이다.

4. 집행통지조항의 문제 등

법 제9조의2 집행통지조항은 이 사건 심판대상에 포함되지 않아 주요 쟁점으로 부각되지는 아니하였으나, 현행법상 감청집행통지가 검사의 종결처분 여부에 달려 있고, 집행통지 대상이 극히 제한적이어서, 사후에 당사자가 집행통지를 받더라도 그 사유 등을 제대로 알 수 없고 그 결과 구제수단이 제대로 없다는 점도 문제라고 할 수 있다. 즉, 법 제9조의2에서는 해당 사건에 관하여 검사가 공소를 제기하거나 공소의 제기 또는 입건을 하지 아니하는 처분(기소중지 결정을 제외한다)을 한 때를 기준으로 하여, 집행 사유를 제외하고 집행 사실과 집행기관

및 그 시간만을 통지하도록 정하고 있는데, 검사가 공소제기나 불기소처분 등을 하지 않고 수사가 장기화되거나 기소중지 처리되는 경우에는 그 누구도 감청이 집행된 사실조차 알 수 있는 길이 없다는 점이 문제이다. 또한 집행통지가 된다고 하더라도 현재의 규정만으로는 사후에 정보주체가 그 감청이 적법한 절차에 따라 이루어졌는지, 어떠한 내용이 감청되었는지, 감청에 의하여 취득한 자료가 범죄 수사의 목적에 부합하게 사용되었는지, 그 자료가 보관·제공·유출된 사실이 없는지 등을 확인할 수 있는 길이 보장되어 있다고 보기 어렵다.

플로리안 헨켈 폰 도너스마르크 감독의 ‘타인의 삶’이라는 영화가 생각난다. 동독의 비밀경찰이 반체제 성향을 보이는 극작가와 여배우의 집에 몰래 침입하여 감청장치를 설치하고 장기간 전화감청을 하는데 베를린 장벽 붕괴 이후 감청대상자였던 극작가가 자신에 대한 비밀감청 사실을 알게 되고 기록보존소에 가서 감청결과가 자세히 기록된 자료를 열람하는 장면이 나온다. 영화의 내용은 냉혈인간이었던 비밀경찰이 이들의 삶을 감청하다가 인간적인 면에 감동하고 실제 감청한 것과 다르게 이들을 돕는 내용으로 감청결과를 기록한 것을 후에 극작가가 알게 되는 것인데, 영화를 보면서 수사기관이 어떤 내용을 감청하였는지가 기록되고 감청대상자가 사후에 감청 내용에 대해 확인할 수 있는 방법이 마련되어 있는 점에 놀라지 않을 수 없었다.

이 사건에서 해당 인터넷회선 가입자인 청구인은 감청대상자가 아니었음에도 청구인에 대해 집행통지를 하지 않은 이유에 대해 피청구인 국가정보원은 감청집행결과 청구인에 대한 혐의점이 발견되었고 그에 대한 수사가 종결되지 않았다는 점을 이유로 들었다. 이러한 점이 바로 현행법상 인터넷회선 감청의 규율 공백을 보여주는 것이 아닌가 생각한다.

감사합니다.

영장 없는 체포 등에 관한 위헌·헌법불합치 결정례의 검토

오 현 석*

I. 영장 없는 강제처분에 관한 3건의 헌법재판소 결정례

수사기관의 영장 없는 강제처분에 관한 우리 헌법재판소의 위헌·헌법불합치 결정은 3차례 있었다고 여겨진다.

헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 결정: 구 인신구속등에관한임시특례법은 위헌

헌법재판소 2013. 3. 21. 선고 2010헌바70, 132, 170(병합) 결정: 유신헌법에 기한 긴급조치의 위헌소원

헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정: 형사소송법 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분은 헌법불합치(잠정적용)

본고는 셋 중 최근의 2015헌바370 결정에 대하여 간략하게 살펴보고, 처음의 2011헌가5 결정과 그 배경이 되는 법원 과거사 재심 사건 판결들을 위주로 살펴 보려고 한다. 셋 중 두 번째의 긴급조치 위헌소원 사건은 본고의 범위 밖이라는 점에 양해를 구한다.

* 인천지방법원 판사

Ⅱ. 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정에 대하여

1. 대상결정의 요지

체포영장을 집행하는 경우 필요한 때에는 타인의 주거 등 내에서 피의자 수색을 할 수 있도록 한, 현행 형사소송법 제216조 제1항 제1호 중 제200조의2에 관한 부분에 대하여, 헌법재판소는 재판관 전원 일치 의견으로 헌법불합치결정을 선고하였다. 지난 30년을 통틀어, 체포에 관한 ‘형사소송법에 대한’ 위헌·헌법불합치 결정으로서는 아마 처음인 듯하다. 대상결정에 관하여 현재로서는 변종필의 논문 1건이 있었고¹⁾ 법률신문에 판례 소개 내지 평석이 3건 있었을 뿐이다(전학선,²⁾ 백형구,³⁾ 그리고 필자⁴⁾).

【심판대상조문】

형사소송법 제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분) ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의2(영장에 의한 체포)·제200조의3(긴급체포)·제201조(구속) 또는 제212조(현행범인의 체포)의 규정에 의하여 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장없이 다음 처분을 할 수 있다.

1. 타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수사
2. 생략
- ②~③ 생략

2. 결정의 긍정적 측면

헌법 제16조 주거의 자유와 영장주의에 관하여 상당히 의미 있는 결정이다. 타인의 주거의 자유에 초점을 맞추어 영장주의 위반을 인정한 결정이다.

1) 변종필, “형사소송법 제216조 제1항 제1호의 위헌성에 대한 검토”, 비교형사법연구 20권 2호(2018. 7.).

2) 전학선, “체포영장에 의한 타인의 주거 등 수색”, 법률신문 4606호 2018. 5.
<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?serial=142812>

3) 백형구, 형사소송법 제216조 제1항 제1호의 헌법불합치결정, 법률신문 2018. 9. 27.자
<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/Legal-Info-View?serial=146883>

4) 오현석, 형사소송법 제216조 1항 1호 위헌소원등과 관련한 헌법재판소 결정에 대한 의견, 법률신문 2018. 6. 18.자
<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Opinion?serial=144020>

영장 없는 주거의 압수수색검증을 제한할 필요성이 종래 자주 거론되었다. 박형관은 주거 등에 대한 영장 없는 압수, 수색, 검증을 긴급한 경우에만 허용하고 체포영장에 의한 체포를 위하여 주거에 진입하는 요건을 중한 범죄를 범한 경우로 제한하여야 한다고 주장하였다.⁵⁾ 피의자를 체포, 구속하거나 그에 관한 증거를 수집하기 위하여 제3자의 주거를 긴급압수수색하는 경우, ‘제3자의 신체의 자유’는 침해되지 않은 상태인데도 그 3자의 주거에 대하여 부수적으로 긴급압수수색을 허용하여야 하는 이유에 대하여 종래 법적 성격으로 운위된 이른바 부수처분설로써는 위법부당한 결과가 된다는 지적도 있었다.⁶⁾

나아가, 헌법재판소는 다음과 같이 헌법 및 형사소송법 관련 조항의 개정 필요성을 지적하였다.

심판대상조항의 위헌성은 근본적으로 헌법 제16조에서 영장주의를 규정하면서 그 예외를 명시적으로 규정하지 아니한 잘못에서 비롯된 것이다. 늦어도 2020. 3. 31.까지는 현행범인 체포, 긴급체포, 일정 요건 하에서의 체포영장에 의한 체포의 경우에 영장주의의 예외를 명시하는 것으로 위 헌법조항이 개정되고, 그에 따라 심판대상조항(심판대상조항과 동일한 내용의 규정이 형사소송법 제137조에도 존재한다)이 개정되는 것이 바람직하며, 위 헌법조항이 개정되지 않는 경우에는 심판대상조항만이라도 이 결정의 취지에 맞게 개정되어야 함을 지적하여 둔다.

헌법 및 형사소송법 관련 조항의 개정 필요성을 언급하는 것은 상당히 이례적인 일이므로 크게 주목한다. 그 결정 이유의 해당부분은 판례집의 결정요지에도 포함되어 있다. 선고 당시에 문재인 대통령이 2018. 3. 26. 국회에 헌법 개정안을 제출한 상태였다는 점⁷⁾에서, 헌법 개정에 관하여 대상결정이 직접 언급한 것은 시의성이 있다고 볼 수 있다. 적어도 헌법 개정 관련 논의에 기여하는 측면이 있었을 것이다.

백형구는 다음과 같이 본 결정에 비판적인 견해를 밝힌 바 있다.⁸⁾

그러나 체포영장이 발부된 피의자의 발견을 위하여 타인의 주거 등을 수색하

5) 박형관, “주거에 대한 영장 없는 압수, 수색의 법률문제”, 저스티스 146(1)(2015), 386.

6) 조국, “압수수색의 합법성 기준 재검토”, 비교형사법연구 제5권 제2호(2003), 767.

7) 국회의안정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S1N8H0U3D2M6Y1W4W5I9F4R0K4P8Z5

8) 백형구, 앞의 글.

는 것은 체포영장의 집행을 위하여 필요한 절차이므로 피의자의 발견을 위한 주거 등 수색에 관하여 사전 수색영장이 필요 없음은 물론 사후 수색영장도 필요 없으므로 형사소송법 제216조 제1항 제1호 중 제200조의 2에 관한 부분은 영장주의를 규정하고 있는 헌법의 규정을 위반하지 아니한다.

체포영장이 발부된 피의자가 수색영장이 발부된 후에 은신처를 변경할 가능성이 있다는 점, 피의자의 발견을 위한 수색영장에 피의자의 현재지를 특정할 것을 요구하게 되면 수색영장의 집행이 사실상 불가능하게 된다는 점, 등을 고려할 때 체포영장이 발부된 피의자인 경우에는 그 피의자의 발견을 위한 수색에는 영장주의의 예외가 인정된다고 해석하여야 한다.

백형구의 위 비판에 전적으로 동의하기는 어렵다고 본다. 자세한 평석은 아니므로 논술한 근거가 매우 간략하긴 하지만, 굳이 대응하여 2가지를 언급해본다. 첫째, ‘수색영장이 발부된 후에 은신처를 변경할 가능성’은 긴급성 요건이 충족하는 경우로 볼 수 있을 따름이다. 둘째, “현재지를 특정할 것을 요구하게 되면 수색영장의 집행이 사실상 불가능하게 된다.”고 지적했지만, 수색영장을 발부받아서 집행하려고 보니 현재지가 바뀌었다면 그때는 긴급성 요건이 충족된 것으로 볼 수 있고 또다시 수색영장을 발부받아야 하는 것이 도리어 예외적일 것이다.

3. 명확성 원칙에 관한 의문

대상결정은 다음과 같이 심판대상조항이 명확성원칙은 위반하지 않았다고 하였다.

이상을 종합하여 보면, 심판대상조항은 피의자가 소재할 개연성이 소명되면 타인의 주거 등 내에서 수사기관이 피의자를 수색할 수 있음을 의미하는 것으로 누구든지 충분히 알 수 있으므로, 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

그러나 ‘필요한 때에는’의 의미가 명확하지 아니하다는 법원 위헌법률심판 제청결정의 지적에 수긍할 만한 점이 있다.⁹⁾ ‘필요한 때’를 ‘긴급한 때’로 개정함이 바람직하다는 견해도 있다.¹⁰⁾

9) 좀더 상세한 비판적 검토는 변종필, “형사소송법 제216조 제1항 제1호의 위헌성에 대한 검토”, 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제20권 제2호(2018. 7.), 117-119 참조.

10) 주현경, “체포·구속을 위한 피의자 수색 및 집행부수처분의 한계 - 형사소송법 제216조 제1항 제1호 및 제219조 해석론”, 안암법학회 안암법학 46권 0호(2015), 417.

4. 긴급성과 요급처분에 관한 의문

대상결정이 형사소송법 개정 방향을 적극적으로 제시하였고, 그것은 피의자가 그 장소에 소재할 개연성의 소명, 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이라는 2가지 요건을 추가해야 한다는 입법론이다. 긴급성을 별도 요건으로 추가하는 법률개정이 무난한 듯도 보이지만, 다시 생각해보니 반드시 명백히 타당한지 의문이 있다.

첫째, 헌법재판소 결정문에 현행 형사소송법 제220조(요급처분)을 전혀 언급하지 아니한 점이 의문이다. 형사소송법 제220조(요급처분)은 “제216조의 규정에 의한 처분을 하는 경우에 급속을 요하는 때에는 제123조 제2항, 제125조의 규정에 의함을 요하지 아니한다.”고 규정하였다.¹¹⁾ 급속을 요하는 때에 관하여 이미 현행 법이 제220조를 별도로 마련해놓았다는 점에서, 과연 제216조 제1항 제1호가 영장주의 위반인 것일까 의문이 드는 것이 사실이다. 대상결정이 새로운 예외로 언급하는 긴급성이라는 요건이 제220조의 ‘급속을 요하는 때’와 어떠한 체계 하에서 해석하는 것이 타당한지 규명하여 적어도 그 단서라도 이유에 언급하였더라면 하는 아쉬움이 남는다.

둘째, 혹시 긴급체포의 긴급성과 다른 층위 내지 다른 의미의 긴급성을 별도로 신설한다면 이는 오히려 혼란을 초래할 수 있기 때문에 우려된다. 지명수배 피의자를 우연히 발견하여 체포영장을 집행하는 경우에는 대상결정이 요구하는 긴급성을 충족하기란 아마 어렵지 않겠지만, 본건과 같이 피의자 소재장소를 추정 내지 파악한 상태에서 체포영장을 집행하려던 경우였다면 긴급성 요건이 사후 심사에서의 쟁점이 될 것으로 예상된다. 긴급체포가 아니라 영장체포 사안이라는 점, 수사기관이 피의자소재 소명자료를 갖고 있었으니 그 장소에 대한 수색영장을 미리 청구할 수 있었으리라는 점을 들어서, 긴급성 요건이 충족되지 않았다는 주장을 변호인이라면 얼마든지 제기할 수 있겠다. 2가지 요건을 사후 심사하여

11) 제123조(영장의 집행과 책임자의 참여)

① 공무소, 군사용의 항공기 또는 선차 내에서 압수·수색영장을 집행할 때에는 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.

② 전항에 규정한 이외의 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에서 압수·수색영장을 집행할 때에는 주거주, 간수자 또는 이에 준하는 자를 참여하게 하여야 한다.

③ 전항의 자를 참여하게 하지 못할 때에는 인거인 또는 지방공공단체의 직원을 참여하게 하여야 한다. 제125조(야간집행의 제한)

일출 전, 일몰 후에는 압수·수색영장에 야간집행을 할 수 있는 기재가 없으면 그 영장을 집행하기 위하여 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물, 항공기 또는 선차 내에 들어가지 못한다.

하나라도 미충족 시, 체포는 부적법, 본건 공무집행방해죄는 불성립, 위법수집증거의 독수독과 문제 등이 불거지므로 중요한 심사 요건이다. 그런데 그 사후심사 기준을 명확화, 구체화, 보편화하는 것은 난이도가 매우 높은 과제이다. 체포영장 집행 준비 시점에서의 사전 예측은 수사기관이 휴리스틱에 다분히 의존했을 수 있는데 법원은 이를 사후 심사해야 하니 더욱 어려울 것이다. 혹시 “그러게 수색영장을 미리 발부받았어야지……”라고만 답한다면 이는 긴급성이 인정되는 예외적 경우란 존재하지 않는다는 의미가 될 것이니 불합리해진다.

한편, 소재파악 시점과 수색영장 발부시점 사이에 실무상 발생하는 시간차는 몇 시간이 합당한가? 법원이 지체함으로써 위법한 수사방해가 성립할 수 있을 것인가? 라는 의문도 든다.

5. 법원사무관등의 집행에 관한 의문

이미 발부한 체포영장의 집행상 효력의 범위를 사실상 제한하는 파급효과를 주는 결정이라고 볼 수 있다. 판사가 발부한 체포영장의 집행만을 위한 경우인데도 그 집행을 위해서는 별도로 수색영장까지 발부해야 하는 모습을 원칙적인 것으로 하고, 긴급성 등의 2가지 요건을 둘 다 갖춘 경우에 예외적으로 수색영장이 없어도 된다고 하였다.

그런데 대상결정은 헌법조항과 심판대상조항의 개정 필요성을 언급하면서, 구속영장의 집행시 수색할 수 있다고 정한 형사소송법 제137조(구속영장집행과 수색)도 괄호 안에 넣어서 언급하였다. 간접적 표현이나마 형사소송법 제137조도 마찬가지로 개정될 필요가 있다고 시사한 것으로 해석된다.

그런데 이는 다소 지나친 것은 아닌가 의문이다. 왜냐 하면 수사기관이 아닌, 법원사무관등이 판사의 구속영장을 집행하는 경우에도, 긴급성이 있는지 없는지 따져보아야 하고 판사는 수색영장을 별도로 발부해야 한다는 취지로 이해되기 때문이다. 이 경우 수색영장의 관한 절차가 요식행위처럼 의미가 반감될 위험이 없지 않아서 우려된다.

6. 헌법과 형사소송법 개정시 ‘정보’의 탐색 내지 수색에 관한 연구 필요

대상결정이 언급한 헌법과 형사소송법의 개정방향은 ‘정보’의 탐색 내지 ‘정보’의 수색도 사정거리에 포함되므로, 그에 대한 연구가 필요함을 지적하지 않을

수 없다. 2011. 7. 18. 형사소송법 개정 직전부터 지금까지 대법원은 전자증거 내지 디지털증거에 대한 수사기관 압수수색의 대상을 유체물이라기보다는 정보라고 보는 견해를 여러 차례 일관되게 판례로써 밝혀 왔다.¹²⁾ 정보의 탐색도 수색으로 보는 것은 실무상 당연한 일로 정착되어 있다.

그런데 문제는 기술이다. 개인정보 보호와 빅데이터의 활용이라는 산업계의 절박하고 높은 필요성과 투자에 힘입어, 개인정보 보호 기술은 매우 빠른 속도로 고도로 발달해 왔기 때문에, 충분히 안전한 기술적 조치를 수반하는 정보 탐색이라면 과연 강제처분인 수색이라고 볼 수 없지 않은가 하는 의문이 향후 제기될 것으로 예상된다. 개인정보 비식별화(de-identification = anonymization 익명화 + pseudonymization 가명화), 차분 프라이버시(Differential Privacy), secure MPC(multiparty computation), 동형암호(Homomorphic Encryption),¹³⁾ 탐색가능암호(Searchable Encryption) 등의 기술적 보호 수단을 동원하는 경우에는 그 정보의 탐색을 더 이상 종래의 수색이라는 강제처분으로 포섭할 수 없게 될 수 있다. 그렇다면 차라리 그러한 기술적 조치의 안전성 내지 완전성을 우리는 어떻게 검증하고 어떠한 법적 판단 기준을 제시할 것인가 하는 질문이 중요할 것이다. 이에 대한 구체적이고 통섭적인 연구를 준비할 필요가 있다고 본다.

쉽고 간단한 예를 들어본다. 대상결정과 같이 타인의 주거에 대하여는 별도의 수색영장을 필요로 한다고 할 경우에, 타인이 간수하는 DB (예컨대 위치정보를 포함하는 DB) 내에서 피의자 추적 등의 수색을 위한 피의자수사를 하려면 그 전자증거의 수색을 위한 수색영장을 필요로 하는가? 클라우드 역시 타인이 간수하는 ‘주거 등’이라고 볼 여지가 있다. 역외 압수에서도 같은 관점으로 분석할 수 있다.

7. 심판대상조문의 범위에 관한 의문

대상결정은 제1호만을 심판대상으로 하고 같은 항 제2호 “체포현장에서의

12) 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정(전교조 재항고 사건), 2012. 3. 29. 선고 2011도10508 판결, 2013. 7. 26. 선고 2013도2511 판결(왕재산 사건), 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정(종근당 사건), 2015. 10. 15.자 2013모1969 결정, 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결, 2017. 11. 14. 선고 2017도3449 판결, 2018. 8. 30.자 2017모2914 결정, 2018. 9. 13. 선고 2018도8630 판결 각 참조.

13) Craig Gentry, “A Fully Homomorphic Encryption Scheme” (Ph.D. thesis) Stanford University, 2009. <http://homomorphicencryption.org/> 참조.
종래에는 구현이 어렵다고 알려져 있었으나, 서울대학교 수리과학부 천정희 교수팀의 동형암호(同型暗號) HEAAN은 2017 iDASH 우승하는 등 세계적으로 괄목할 만한 최적화를 달성한 바 있다.

압수, 수색, 검증”을 할 수 있다는 부분을 심판대상에서 제외한 것에도 의문이 있다.

대상결정이 그 심판대상조문에 제2호를 포함시켰어야 하는 것이 아닌가 의문이 생기는 이유는 실익이 있느냐 하는 점 때문이다. 제2호의 ‘체포현장에서’의 시공간 범위에 대한 실무해석은 간단한 문제가 아닌데, 시간적 범위에 관한 학계 논의는 이른바 접촉설, 현장설, 체포착수설, 체포실현설 등이 분분하다. 체포에 착수한 후 피의자가 도주한 경우도 체포현장에 해당한다는 견해가 있고,¹⁴⁾ 아니라는 견해도 있다.¹⁵⁾¹⁶⁾ 별도로 장소적 범위도 따져보아야 한다. 어쨌거나 제1호의 헌법불합치에도 불구하고 제2호에 의한 수색이 가능한 경우가 적지 않을 것이다.

더욱이, 2016헌가7 사건의 서울고등법원 2016. 3. 9.자 2015초기232 위헌법률심판제청결정은 제1호, 제2호를 나누지 않고 제1항이라고만 하였으니 둘 다 제청했던 것으로 볼 수 있다. 제청결정 이유 부분은 주로 제1호를 논하고 있기는 하지만 그 주문은 다음과 같이 제1항이라고 명시하였다: “위 사건에 관하여 형사소송법 제216조 제1항 중 ‘제200조의 2’ 부분의 위헌 여부에 관한 심판을 제청한다.”¹⁷⁾ 헌법재판소 결정문을 보아도 2016헌가7 사건명 부분은 “형사소송법 제216조 제1항 위헌제청”으로서 제1항이라 되어 있다.

8. 실무상 파급 효과에 관하여

본 결정은 수색영장의 병행 발부를 촉진하는 부수적 파급효과가 필연적이다. 장차 집행시점에서의 긴급성 유무는 사전에 짐치기 어렵다 하여 검사는 으레 수색영장을 함께 청구할 듯한데, 아마도 상당히 많은 경우에 그렇게 청구하지 않을 까 싶다. 본건은 검사가 이를 전인 2013. 12. 20. 수색영장을 청구하였으나 같은 날 기각되었다.

기우일지 모르지만 또 다른 걱정도 하게 된다. 제3자의 주거 등의 자유와 평

14) 이재상, 279; 진계호, 326; 임동규, 221.

15) 백형구, 형사소송법강의(제8정판), 박영사(2001), 230.

16) 제2호는 체포되었을 때로 한정한다면서도 제1호는 피의자체포가 성공해야 하는 것은 아니라고 한 견해도 있다: 배종대·이상돈, 형사소송법(제7판), 홍문사(2006), 313-315.

17) 다만, 그 전제사건의 1심 유죄판결은 제1호에 관해서만 논하였고 제2호는 언급하지 아니하였다(서울중앙지방법원 2015. 2. 3. 선고 2014고합224 판결). 한편, 2015헌바370의 경우에는 위헌법률심판제청신청의 신청취지는 제1호만 신청한 것이었고 그에 대한 같은 법원 2015. 9. 24.자 2015초기1977 기각결정과 본안 유죄판결들(같은 법원 2015. 5. 13. 선고 2014고단1691 판결, 2015. 9. 24. 선고 2015노2110 판결)도 제1호만 논하였다.

온을 보호하고 헌법상 영장주의를 강조하려는 헌법재판소의 요구에 대하여, 업무과중에 시달리는 실무계가 혹시 형식적 대응조치에 그치지 않을까 하는 우려를 하지 않을 수 없다. 예컨대 ‘체포수색’영장 또는 ‘구속수색’영장이라는 2in1 양식을 (마치 제217조 압수수색영장처럼) 신설하는 것과 같은 조치에 그치고 말아서는 아닐 것이다. 아무쪼록 헌법상 영장주의 대원칙을 충실히 살려나가는 계기가 되길 바란다.

9. 당해 사건의 후속 경과

한편, 당해 사건은 그 후 법원에서 어떻게 되었는가? ① 2015헌바370의 경우, 당해사건 서울중앙지방법원 2015. 9. 24. 선고 2015노2110 항소기각 유죄 판결은 현재 대법원 2015도15774로 계속 중이다. ② 2016헌가7의 경우, 당해사건 서울고등법원 2018. 8. 8. 선고 2015노655 판결은 1심의 서울중앙지방법원 2015. 2. 3. 선고 2014고합224 유죄 판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

Ⅲ. 2011헌가5 결정에 대하여

1. 서론

헌법재판소는 2012년 구 인신구속등에관한임시특례법을 재판관 전원일치의견으로 위헌 결정하였다(재판관 이강국, 박한철, 이정미, 김이수, 이진성, 김창중, 안창호, 강일원).¹⁸⁾ 영장주의 위반이므로 위헌이라는 이유이다.

구 인신구속등에관한임시특례법은 1961. 7. 3. 제정되었으며, 특수범죄처벌에관한특별법위반죄, 국가보안법위반죄, 반공법위반죄를 범한 자에 대하여 법관의 영장 없이 구속, 압수, 수색할 수 있다고 규정하였다(제2조 제1항 제1호). 위 제정일은, 쿠데타 주동자들이 수많은 불법 체포구금을 자행한 5월보다 나중이다. 심지어, 특수범죄처벌에관한특별법이 공포된 1961. 6. 22.보다도 나중이다.

18) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 결정. 서울중앙지방법원에 2010. 1. 8. 접수된 2010가합2249 대한민국을 상대로 한 손해배상 청구의 소에서 2010. 12. 23.자 직권 위헌법률심판제청결정에 따라 헌법재판소에 2011. 1. 13. 접수되었다.

【심판대상조문】

구 인신구속 등에 관한 임시 특례법(1961. 8. 7. 법률 제674호로 개정되고, 1963. 9. 30. 법률 제1410호로 폐지되기 전의 것) 제2조(영장없이 구속 등을 할 수 있는 범죄) ① 다음 각 호에 해당하는 죄를 범한 자에 대하여는 법관의 영장없이 구속, 압수, 수색할 수 있다.

1. 특수범죄처벌에관한특별법 제4조 내지 제7조의 죄
2. 국가보안법 및 반공법에 규정된 죄
3. 부정축재처리법에 규정된 죄

② 생략

그런데 이러한 2011헌가5 위헌 결정은 절차법인 구 인신구속등에관한임시특례법만을 위헌으로 선고하였을 뿐이고 실제형법인 특수범죄처벌에관한특별법에 관하여는 판단하지 아니하였다. 결정해설을 보아도 특수범죄처벌에관한특별법에 관하여 아무런 언급이 없다.¹⁹⁾

지금까지 어느 법원도 특수범죄처벌에관한특별법에 대한 위헌법률심판제청 결정을 한 바 없다. 본고는 이처럼 법원이 위헌법률심판제청결정을 하지 아니한 것이 잘못임을 주장하고자 한다. 그에 앞서, 위헌이 아니라는 판단은 잘못임을 날 낱이 증명할 것이다.

2. 특수범죄처벌에관한특별법 제6조와 부칙

특수범죄처벌에관한특별법은 범죄구성요건에 관한 진정소급형법이다. 국가재건최고회의가 1961. 6. 22. 제정하였는데 “공포한 날로부터 3년 6월까지 소급하여 적용한다.”고 부칙에 규정하였다. 특수범죄처벌에관한특별법은 죄형법정주의 내지 소급입법금지 헌법 원칙을 위반하였다.²⁰⁾ 더욱이 명확성의 원칙,

19) 이영광, “구 인신구속 등에 관한 임시특례법 제2조 제1항 위헌제청”, 헌법재판소결정해설집 2012, 535-551.

20) 형법불소급의 원칙은 제헌 헌법부터 현행 헌법까지 일관하여 존재하였다.

대한민국헌법(1948. 7. 17. 헌법 제1호 제정) 제23조 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위에 대하여 소추를 받지 아니하며 또 동일한 범죄에 대하여 두 번 처벌되지 아니한다.

대한민국헌법(1962. 12. 26. 헌법 제6호 전부개정) 제11조 ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호 전부개정) 제12조 ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

(구 헌법, 구 법령을 지칭하는 표기법은 ‘~로 개정되기 전의 것’이라고 기재하는 것이지만, 본고에서는 개정문이 다수 등장하기 때문에 이해를 돕기 위하여 그러한 표기법을 따르지 아니함을 밝혀둔다.)

비례성의 원칙, 평등의 원칙 등을 위반하였다는 점을 보더라도 위헌성이 중하고도 명백하다.

제1조에서 국가재건비상조치법 제22조 제1항에 규정된 범죄행위, 즉 5·16 군사혁명이전 또는 이후에 반국가적·반민족적 부정행위 또는 반혁명적 행위를 한 자를 처벌함을 목적으로 한다고 하였다. 조문과 처벌대상을 나열하면, 제2조(선거에 관련된 살인, 상해, 방화, 손괴등), 제3조(특수밀수), 제4조(국사 또는 군사에 관한 독직), 제5조(반혁명행위), 제6조(특수반국가행위), 제7조(단체적 폭력행위)이다.

본고에서 주목하는 법 제6조는 다음과 같다(이하 특수범죄처벌에관한특별법 제6조를 ‘이 사건 특별법’이라 약칭한다);

정당, 사회단체의 주요간부의 지위에 있는 자로서 국가보안법 제1조에 규정된 반국가단체의 이익이 된다는 점을 알면서 그 단체나 구성원의 활동을 찬양, 고무, 동조하거나 또는 기타의 방법으로 그 목적수행을 위한 행위를 한 자는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

그리고 부칙은 다음과 같이 규정하였다.

본법은 공포한 날로부터 3년 6월까지 소급하여 적용한다.

1961. 6. 22. 제정된 특수범죄처벌에관한특별법에 의한 1960년대의 재판례를 일부나마 살펴보면, 제6조 특수반국가행위 처벌규정에 의하여 혁명재판소가 선고한 형이 집행된 인물로, 조용수(당시 민족일보 사장, 사형 집행), 안신규(민족일보 사 상임감사, 사형, 그 후 감형), 양수정(민족일보 편집국장, 징역 5년), 이상두(민족일보 상임논설위원, 징역 10년) 등 이른바 민족일보 관련자들이 있으며, 예비검속 집단처형된 보도연맹원의 유족들 내지 6·25전쟁 양민학살 피해자의 유족들이 그 유족회 활동을 하다가 같은 규정으로 처벌받은 여러 사례들이 있다.²¹⁾ 부정선거에 개입한 조직폭력배 이정재는 이 법 제7조(단체적 폭력행위)에 의하여 사형선고를 받았고 집행되었다.

주지하다시피, 억울하게 처벌을 받은 것임이 인정되어 근래의 재심 절차에서

21) 진실·화해를 위한 과거사 정리위원회가 ‘5·16쿠데타 직후 인권침해 사건’에서 한 2009. 10. 13.자 결정 참조(www.jinsil.go.kr 웹사이트에 게시된 2009년 하반기 조사보고서 중 제8권 193번).

무죄판결이 선고된 사례가 상당수 누적되었다. 또한 국가의 불법행위를 이유로 한 손해배상청구를 받아들인 민사판결례도 상당수이다.

그런데 진정소급형법인 특수범죄처벌에관한특별법은 폐지된 바 없을 뿐만 아니라, 아직 이에 대하여 위헌법률심판이 내려진 적이 없음은 의아한 일이다. 이에 관한 재심사건 판결들을 보면 하나하나 유무죄의 심리를 거쳐서, 공소사실에 대한 입증이 없다는 것만을 무죄판결의 이유로 삼고 있다.

법원의 판결 중에는 그 중대한 위헌성에도 불구하고, 위헌의 법률이 아니라 합헌이라는 취지로 실시한 과거 79년 사례마저 존재한다.²²⁾ 2008년 이래로 법원 재심사건에서 선고된 사실심 판결들 중에서 몇몇 사례들²³⁾은 표현을 달리 하여, 헌법에 위배되는 것으로 판단하지는 아니한다거나 내지 헌법에 위반된다는 판단을 별도로 하지는 아니한다고 실시하였는데, 표현의 미묘한 차이가 있기는 하지만 논리상 대체로 위헌이 아니라는 입장으로 이해된다. 그 오류를 증명하기 위하여, 그러한 견해의 논거를 정밀하게 나누어 검토한다.²⁴⁾

주요 논거 중 하나는, 특수범죄처벌에관한특별법에 대하여 이의할 수 없다고 규정한 1962년 헌법 부칙 및 1972년 헌법 부칙이 지금도 유효하다는 것이다. 그러나 어느 모로 보나, 그 후의 헌법 전부개정에 의하여 위 부칙들은 모두 효력을 상실하였다고 봄이 타당하다.

또한 앞서 언급한 대상결정(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 결정)의 의미를 살펴보더라도 특수범죄처벌에관한특별법 또한 마찬가지로 위헌법률심판이 내려져야 할 대상임을 알 수 있다.

더욱이 위 부칙이 유효하다고 전제할 경우에는 도저히 설명이 되지 아니하는 폐지법률 입법이 이루어진 점 등의 사정을 보더라도, 위 헌법 부칙은 더 이상 특수범죄처벌에관한특별법에 대한 이의를 금지하지 못함을 알 수 있다.

이처럼 특수범죄처벌에관한특별법 제6조의 위헌성이 본고의 검토대상이다.²⁵⁾ ‘위헌이 아니다’ 내지는 ‘위헌이라고 할 수 없다’는 견해의 논거를 하나씩

22) 대법원 1979. 6. 26. 선고 78도1680 판결.

23) 서울중앙지방법원 2008. 1. 16. 선고 2007재고합10 판결, 수원지방법원 2012. 9. 27. 선고 2010재고합4 판결.

24) 이하는 오현석, “특수범죄처벌에관한특별법이 소급형법임에도 여전히 위헌이라 할 수 없다는 견해의 오류에 관한 연구”, 사법발전재단 사법 제23호(2013. 3.)를 수정보완하고 현행화한 내용이다.

25) 위 사례들과 달리, 서울고등법원 2009. 1. 16. 선고 2008재노28 판결을 비롯하여 2009년부터 2012년까지 선고된 다수의 재심 판결은 위헌 여부에 대한 판단을 생략한다고 명시하거나 또는 묵시적으로 생략하였다. 이러한 판결들에 대하여는 논의를 생략한다.

살펴봄으로써, 그러한 논거가 모두 불합리하다는 것을 낱낱이 논증한다.

3. 이 사건 특별법의 위헌성

이 사건 특별법에 대하여 서울중앙지방법원 2008. 1. 16. 선고 2007재고합10 판결(판사 김용석, 김정훈, 이재혁)은 형벌규정의 소급입법 금지원칙, 명확성의 원칙, 비례성의 원칙, 사회적 신분에 의한 차별금지원칙 등을 위반하였다고 타당하게 지적하였다. 이 판결은 민족일보 사장 조용수에 대한 재심판결이다. 이 사건 특별법에 관한 재심판결의 첫 번째 사례로 보인다. 이 판결은 아래와 같이 여러 사유에서 위헌성이 있다고 지적한 후, 그럼에도 불구하고 이 사건 특별법이 헌법에 위배되는 것으로 판단하지는 아니한다고 실시하였으며(해당부분 후술), 피고인 조용수에 대한 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로 무죄를 선고하였다.

위헌 사유가 있다는 점에 대하여는 특별한 반론이 없으리라 본다. 본고에서는 상세한 논의를 생략하며, 위 판결의 해당 원문 소개로써 갈음한다.

구체적으로 살피건대, 이 사건 법률은 공포일로부터 3년 6월까지 소급하여 적용되도록 규정하고 있고 이 사건 공소사실도 이 사건 법률의 제정 이전의 범죄에 관한 것이므로 이 사건 법률 및 그에 기한 형사처벌은 구 헌법 제23조 소정의 형벌규정의 소급효금지 원칙에 정면으로 위배되는 것이다. 이러한 소급입법에 의하여 행위시에는 죄가 되지 않던 행위가 이후의 입법에 의하여 처벌대상이 된다면 이는 형사사법 제도의 근간을 흔들게 되고 개인의 인권 보장을 침해화하는 결과가 된다.

또한, 피고인들에 대한 적용법조인 이 사건 법률 제6조는 정당, 사회단체의 주요간부의 지위에 있는 자가 반국가단체의 이익이 된다는 점을 알면서 그 단체나 구성원의 활동을 찬양, 고무, 동조하는 행위를 처벌하는 것인바, 이 사건 법률 제정시에는 다른 법률에도 정당, 사회단체의 주요간부의 지위에 있지 아니한 자가 범한 찬양, 고무 행위 등을 처벌하는 규정이 없었고 정당, 사회단체의 주요간부의 지위에 있는 자에 대하여만 그 처벌규정을 두고 있었으므로(헌 국가보안법 제7조상의 찬양·고무등죄는 이 사건 법률 제정 이후인 1961. 7. 3. 법률 제643호로 제정된 반공법에 의하여 비로소 규정되었고, 또한 반공법에는 이 사건 법률과 같은 소급처벌 규정이 없었으므로 이 사건 공소사실의 일시에 한 찬양·고무 등 행위에 대하여는 처벌할 수 없다), 당시의 사회상황과 정당·사회

단체의 주요간부가 지니는 사회적 영향력을 고려한다고 하더라도 일반인에 대한 처벌규정이 없는 일시의 행위에 대하여 정당·사회단체의 주요간부라는 이유로 처벌하는 것은 구 헌법 제8조상 평등의 원칙에서 파생되는 사회적 신분에 의한 차별금지원칙에 위배되는 것이다.

나아가, 이 사건 법률상 ‘사회단체’, ‘주요간부’라는 개념은 지나치게 막연하고 다의적인 것이어서 죄형법정주의상 명확성의 원칙에도 반할 여지가 있다고 할 것이다(뒤에서 살펴보는 바와 같이 이러한 점에 비추어 보아도 ‘사회단체’의 개념을 해석함에 있어 엄격히 볼 수밖에 없다).

또한, 이 사건 법률 제6조는 위와 같은 행위를 한 자를 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있는바, 이후 제정된 반공법상의 같은 행위에 대한 법정형이 7년 이하의 징역인 것과 비교하여 볼 때(국가보안법상 반국가단체의 간부에 대한 법정형도 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역일 뿐이다) 이 사건 법률에 정한 형은 당시의 입법목적을 고려하더라도, 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가할 수 있으므로, 위 죄형법정주의의 내용 중 형벌의 비례성의 원칙에도 반한다고 할 것이다.

4. 쟁점

위와 같은 중대한 위헌성에도 불구하고 이 사건 특별법이 위헌이 아니라는 견해가 문제이다. 그러한 견해의 논거를 정리하면 다음과 같다. 차례대로 나누어 논박한다.

【논거 1】

헌법적 효력을 가진 국가재건비상조치법 제22조 제1항에 근거하여 제정되었기에 합헌이다.

【논거 2】

‘효력을 지속한다’고 규정한 62년 헌법 부칙 및 72년 헌법 부칙에 의하여 합헌이다.

【논거 3】

(이 사건 특별법에 대하여) ‘이의를 할 수 없다’고 규정한 62년 헌법 부칙 및

72년 헌법 부칙이 지금도 유효하므로 위헌이라 할 수 없다.

5. 첫 번째 논거에 대하여

논거1은 헌법을 부정하는 규범력이 있다는 내용의 조항이 포함되어 있어 헌법적 효력이 있다고 여겨지는 국가재건비상조치법에 소급입법의 근거를 두고 있으니 그 덕분에 위헌성이 제거된다는 논리이다. 유신헌법 시절에 선고된 대법원 1979. 6. 26. 선고 78도1680 판결(대법원판사 김윤행, 민문기, 한환진, 정태원)이 합헌 판단의 근거로 삼은 논리이다. 판결이유의 해당 부분은 다음과 같다:

먼저 특수범죄처벌에관한특별법의 위헌주장에 관하여 보건대 동법 제2조 내지 7조의 규정에 의하면 동법 소정 행위를 한 자에 대하여 처벌하도록 되어 있고 동법 부칙에 의하면 동법은 공포한 날(1961.6.22)로부터 3년 6월까지 소급하여 적용한다고 규정되어 있어 위 법률은 소급처벌을 규정한 소급입법이라는 하나 한편 위 법 제정당시 시행하던 헌법적 효력을 가진 국가재건비상조치법 제22조 제1항에 의하면 국가재건최고회의는 5.16 군사혁명 이전 또는 이후에 반국가적·반민족적 부정행위 또는 반혁명적 행위를 한 자를 처벌하기 위하여 특별법을 제정할 수 있도록 규정되어 있어서 위에 규정된 행위를 한 자에 대하여는 소급처벌을 할 수 있는 특별법을 제정할 길을 열어 놓았고 위 규정에 따라 특수범죄처벌에관한특별법이 제정된 것이고(동법 제1조 참조) 동법은 그 후 제정된 현행헌법 부칙 제11조에 의하여 그 효력을 지속하도록 되어있음이 분명하므로 동법이 헌법에 위배되어 무효라는 주장은 현행헌법의 규정상 그 이유 없고, (후략)

1961. 6. 6. 국가재건최고회의령 제42호로 제정된 국가재건비상조치법 제22조 제1항은 “국가재건최고회의는 5·16군사혁명이전 또는 이후에 반국가적 반민족적 부정행위 또는 반혁명적 행위를 한 자를 처벌하기 위하여 특별법을 제정할 수 있다.”라고 규정하였는데, 그 문언 중에서 ‘이전…에 … 행위를 한 자를 처벌’ 부분에 진정소급입법의 직접적 근거가 있다는 취지로 보인다.²⁶⁾

이처럼 근거법인 국가재건비상조치법에 헌법적 효력이 있다고 보는 논거가

26) 헌법재판소는 “국가배상법 제2조 제1항 단서는 헌법 제29조 제1항에 의하여 보장되는 국가배상청구권을 헌법 내재적으로 제한하는 헌법 제29조 제2항에 직접 근거하고, 실질적으로 그 내용을 같이하는 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”고 판단한 바 있다(헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 결정).

과연 타당한가? 국가재건비상조치법이 헌법인가? 쿠데타에 의하여 집권한 세력이 국가재건최고회의령이라는 형식만으로 “헌법의 규정중 이 비상조치법에 저촉되는 규정은 이 비상조치법에 의한다.”라고 하여 기존의 헌법을 부정한 것인데(국가재건비상조치법 제24조), 그럼에도 불구하고 과연 국가재건비상조치법이 헌법으로서의 효력이 있다고 인정할 것인가 하는 점은 진지하게 반성하여 성찰해 볼 문제이다.

국가재건비상조치법이 과거의 한때에 무소불위의 효력을 사실상 발휘하였다는 점을 역사적 사실로서 인정한다 하더라도, 현행 헌법 하에서 국가재건비상조치법이 지금도 헌법으로서의 효력 내지 구 헌법으로서의 지위가 인정될 때에 비로소 논거1이 타당하다고 할 수 있음은 두말할 나위가 없다.

굳이 현행 헌법까지 오지 않더라도, 국가재건비상조치법은 다음 항에서 보는 바와 같이 이미 폐지되었기에 더 이상 진정소급입법의 유효한 근거를 제공할 수 없다. 62년 헌법 부칙에 의하여 대체된 것이다. 그렇다면 62년 헌법 부칙이 진정소급입법의 근거를 제공하는지에 관하여 살펴보아야 한다.

그리고 논거1은 진정소급입법의 근거에 관한 것일 뿐이다. 이 사건 특별법은 소급형법이라는 점 이외에도 여러 가지 측면에서 위헌임이 분명한은 앞서 살펴보았다. 그들에 대하여는 국가재건비상조치법이 해결해주지 못함을 덧붙여 지적하고자 한다.

6. 두 번째 논거에 대하여

이 사건 특별법을 합헌이라 한 대법원 1979. 6. 26. 선고 78도1680 판결이 판결이유에서 제시한 두 가지 논거 중 둘째는, 현행 헌법 부칙 제11조에 의하여 그 효력을 지속하도록 되어 있으므로 위헌의 법률이 아니라는 것이다. 여기에서 현행 헌법이라 칭한 것은 구 대한민국헌법(1980. 10. 27. 헌법 제9호로 전부개정되기 전의 것, ‘72년 헌법’ 또는 ‘유신헌법’이라고도 칭한다)을 가리킨다. 유신헌법 부칙(1972. 12. 27.) 제11조는, 다음과 같은 62년 헌법 부칙(1962. 12. 26.) 제4조와 그 문언이 동일하다.

문제가 되는 62년 헌법 부칙은 다음과 같다.

대한민국헌법 부칙(1962. 12. 26.)

제1조 ② 국가재건비상조치법은 이 헌법의 시행과 동시에 그 효력을 상실한다.

제3조 국가재건비상조치법에 의거한 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.

제4조 ① 특수범죄처벌에관한특별법·부정선거관련자처벌법·정치활동정화법 및 부정축재처리법과 이에 관련되는 법률은 그 효력을 지속하며 이에 대하여 이의를 할 수 없다.

② 정치활동정화법 및 부정축재처리법과 이에 관련되는 법률은 이를 개폐할 수 없다.

제5조 국가재건비상조치법 또는 이에 의거한 법령에 의하여 행하여진 재판·예산 또는 처분은 그 효력을 지속하며 이 헌법을 이유로 제소할 수 없다.

즉, 78도1680 판결은 위 헌법 부칙 중 ‘이 사건 특별법은 그 효력을 지속하며’라는 문언을 합헌판단의 근거로 삼은 것이다.

그러나 62년 헌법 부칙 제4조 제1항 및 72년 헌법 부칙 제11조 제1항에 둔, ‘효력을 지속한다’는 문언의 의미는 시간적 효력범위에 관한 경과규정으로서, 이 사건 특별법의 시적 효력범위를 연장한다는 의미일 뿐이다. 그 이유는 다음과 같다.

이 사건 특별법의 근거법인 국가재건비상조치법은 법률의 내용과 목적이 일시적 사정에 대처하기 위한 것이었고(동법 제2조), 실제로 얼마 후에 후속입법²⁷⁾에 의하여 효력을 상실하였다.

그렇다면 국가재건비상조치법에 근거하여 제정된 이 사건 특별법 또한, 내용과 목적이 일시적 사정에 대처하기 위한 것으로서 사실상 그 유효기간이 제한될 수밖에 없는 법률이다.²⁸⁾ 상위법이 그렇다고 하여 언제나 하위법도 그러한 것은 아니겠지만, 그러한 성격의 법령이기에 헌법 부칙(1962. 12. 26.) 제3조 “국가재건비상조치법에 의거한 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다”는 규정과, 같은 부칙 제4조 제1항 “특수범죄처벌에관한특별법과 이에 관련되는 법률은 그 효력을 지속한다”는 규정을 별도로 마련해 둘 필요가 있었던 것이라고 여겨진다.

그러므로 ‘효력을 지속한다’는 문언은 그 시적효력범위에 관한 경과규정이 라고 보아야 한다. 따라서 이 사건 특별법의 중대한 위헌성을 정면으로 제거해

27) 위 대한민국헌법 부칙(1962. 12. 26.) 제1조 제2항 참조.

아울러 국가재건비상조치법 부칙 제6항(1961. 6. 6. 국가재건최고회의령 제42호 부칙 중 1962. 12. 29. 국가재건최고회의령 제46호로 개정된 것)은 “이 비상조치법은 1962년 12월 26일에 공포된 개정헌법의 시행과 동시에 효력을 상실한다.”고 규정하였다.

28) 한시법(협의의 한시법)에 해당하는지 여부는 본고의 범위를 벗어나며 별개로 검토할 문제이다.

주기에는 불충분하다. 이를 합헌 판단의 근거로 삼은 78도1680 판결은 수긍할 수 없다. 오히려 같은 부칙 조항의 후속 문언인 “이에 대하여 이의를 할 수 없다”는 부분이 문제된다 할 것이므로, 이에 관하여 다음 항에서 살펴본다. 엄밀히 말하면, 다음 항의 논증이 성립하면 본항의 논증은 불필요하다.

7. 세 번째 논거에 대하여

가. 위헌이라 할 수 없다는 견해의 논리

이 사건 특별법에 대하여 이의를 할 수 없다고 규정한 헌법 부칙(1962. 12. 26.) 제4조 제1항이 이 사건 특별법의 효력을 부정하는 위헌법률심판을 금지한다는 헌법적 선언을 하였으며, 위 규정은 지금도 유효하다는 주장이다. 위헌성이 있지만 그럼에도 불구하고 여전히 위헌이라고 할 수 없다는 견해의 핵심 논거이다.²⁹⁾

62년 헌법 부칙 제4조 제1항 및 이와 동일한 유신헌법 부칙 제11조 제1항에 대하여, 그 후의 80년 헌법(전부개정), 87년 헌법(전부개정)은 이를 폐지, 수정하는 명시적 규정을 둔 바 없다.³⁰⁾

그러므로 여전히 위 부칙이 유효하다고 보아야 한다는 주장이다. 법률이 일부 개정된 경우에, 과거의 법률은 개정되지 아니한 부분이라도 효력을 상실하고 개정법률이 새로이 생성되는 것인지, 아니면 과거의 법률 중 개정되지 아니한 부분과 개정부분이 합쳐져 하나의 법률을 형성하는 것인지 여부에 관하여, 후자와 같은 흡수설이 타당하다는 점에 착안한 주장으로 보인다.

나. 2008년 법원 판결

위와 같은 견해를 처음 밝힌 판결을 살펴보자. 서울중앙지방법원 2008. 1. 16. 선고 2007재고합10 판결(판사 김용석, 김정훈, 이재혁; 민족일보 사장 조용수 사건) 원문의 해당 부분은 다음과 같다.³¹⁾³²⁾

29) 서울중앙지방법원 2008. 1. 16. 선고 2007재고합10 판결, 수원지방법원 2012. 9. 27. 선고 2010재고합4 판결은 주로 논거3에 터잡은 것이다.

30) 헌법 개정문은 법제처 웹사이트의 국가법령정보센터(<http://law.go.kr>)에 의거함을 밝혀둔다.

31) 수원지방법원 2012. 9. 27. 선고 2010재고합4 판결의 실시는 좀더 간략하나, 요지는 이와 비슷하며 특기할 만한 차이가 없다.

32) 한편, 같은 재판부가 같은 사건에서 한, 서울중앙지방법원 2007. 8. 23.자 2007재고합10 채심개시결정

그러나, 이 법원은 이 사건 법률의 위와 같은 문제점에도 불구하고, 아래와 같은 이유로 이 사건 법률이 헌법에 위배되는 것으로 판단하지는 아니한다.

이 사건 법률 제2조 내지 제7조 위반행위에 대한 소급처벌을 규정한 이 사건 법률 부칙은 국가재건비상조치법 제22조 제1항에 근거하여 제정된 것인바, 국가재건비상조치법 제22조 제1항에 의하면 국가재건최고회의는 5·16 군사혁명 이전 또는 이후에 반국가적·반민족적 부정행위 또는 반혁명적 행위를 한 자를 처벌하기 위하여 특별법을 제정할 수 있도록 규정하였고 이 사건 법률은 위 규정에 근거하여 제정된 것이며, 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 전문개정된 헌법 부칙 제4조 제1항에서 “특수범죄처벌에관한특별법·부정선거관련자처벌법·정치활동정화법 및 부정축재처리법과 이에 관련되는 법률은 그 효력을 지속하며 이에 대하여 이의를 할 수 없다.”고 규정함으로써 이 사건 법률의 효력을 더 이상 부정할 수 없다는 헌법적 선언을 하게 되었다(이후 헌법 제8호로 전문개정된 헌법의 부칙 제11조 제1항에도 동일한 내용이 규정되었다).

그렇다면, 위 헌법 부칙에 의하여 이 사건 법률이 헌법에 합치하는 효력을 갖게 된 이상 현행 헌법 부칙에 이 사건 법률의 효력에 관한 조문이 없고, 현행 헌법 부칙 제5조에서 “이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정하고 있다고 하더라도, 한번 헌법적 효력이 부여된 위 규정이 명시적인 부칙의 수정이나 폐지 없이(헌법의 전문개정시 이전의 부칙의 효력에 대한 명시적 규정을 두고 있지 아니하다) 당연히 그 효력을 상실한다고는 볼 수 없으므로(한편, 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 전문개정된 헌법 부칙 제3조에서도 현행 헌법 부칙 제5조와 유사하게 “국가재건비상조치법에 의거한 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정하고 있었다), 이 사건 법률에 대하여는 더 이상 헌법 위반 여부를 판단할 수는 없다고 할 것이고 현재 폐지되지도 아니하였으므로 이 법원은 이 사건 법률이 효력을 유지한다는 전제하에 아래와 같이 이 사건 공소사실에 대하여 판단하기로 한다(한편, 이 사건 법률의 효력을 다룰 수 없도록 한 위 헌법(부칙)규정이 신체의 자유 및 소급처벌금지를 규정한 헌법규정보다는 하위의 가

18쪽에서는 『피고인 조용수에 대한 체포·구금의 근거인 군사혁명위원회가 1961. 5. 17. 공포한 포고령 제10호는 “체포·구금 및 수색에 당하여 법원의 영장 없이 이를 집행할 수 있다.”고만 규정하고 있어, 영장주의의 예외를 규정한 것일 뿐 범죄의 혐의가 없는 경우에도 체포·구금을 가능하게 하는 취지라고는 볼 수 없으므로, 체포 당시 처벌규정이 없었던 피고인 조용수에 대한 체포는 이러한 면에서도 위법하다.』라고 실시하였다.

그런데 이 사건 특별법은 소급입법으로서 과거의 체포 당시에 처벌규정이 ‘있는’ 것으로 사후적으로나마 규범력을 부여하는 규정이다. 그렇다면 위와 같은 제심개시결정의 실시와, 소급입법이 위헌이라 할 수 없다는 제심판결의 논리는 과연 모순 없이 상통할 수 있는 것인지 의문이다. 참고로, 민족일보 관련자들은 쿠데타 이틀 후인 1961. 5. 18. 영장 없이 체포구금되었고, 특수범죄처벌에관한특별법은 그 이후인 1961. 6. 22. 제정되었다.

치를 가지고 있음은 명백하다고 할 것이나, 이념적·논리적으로는 헌법규범 상호간의 우열을 인정할 수 있다 하더라도 그러한 규범 상호간의 우열이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도로 개별적 헌법규정 상호간에 효력상의 차등을 인정하지는 아니하는 우리 헌법의 해석상(헌법재판소 2001. 2. 22.자 2000헌바38 결정, 헌법재판소 1995. 12. 28.자 95헌바3 결정 등 참조) 위 부칙의 효력을 부정할 수는 없다고 할 것이다}.

다. 판단

그러나 일부개정이 아니라³³⁾ 전부개정의 경우이고, 또한 부칙의 경우라는 점에서, 위와 같은 견해는 수긍하기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

(1) 헌법 전부개정시 기존 부칙은 효력을 상실함이 원칙

헌법의 전부개정은 부칙에 대해서도 개정하므로 기존 부칙은 효력을 상실함이 원칙이다. 이와 달리, 오로지 본칙만을 개정하는 것이라고 하여 기존의 부칙은 이를 개폐하는 규정이 없는 한 여전히 유효한 것으로 보고자 한다면 그와 같이 볼 만한 특별한 사정이 인정되는 예외에 해당하여야 할 것이다.³⁴⁾ 법령의 경우와 마찬가지로 보아야 하며, 입법기술 내지 방법론에 있어서 헌법의 경우라 하여 크게 다르지 아니하리라 본다.

33) 필자가 2008년 가을 어느 날에 민병훈 부장판사로부터 건네받은, ‘연구관 김용석’이 작성명의자로 되어 있는 ‘법률의 개정과 관련한 특정 문제 검토.hwp’라는 2008년 9월 18일자 전자문서를 소개한다. 문제의 소재는 “법률이 일부개정된 경우 과거의 법률은 개정되지 아니한 부분이라도 소멸하고 개정법률이 새로이 생성되는 것인지, 과거의 법률 중 개정되지 아니한 부분과 개정부분이 합쳐져 하나의 법률을 형성하는 것인지 여부”이고, 검토는 “결론적으로 개정법률이 시행되어도 그 개정법률을 일부가 수정된 새로운 법으로 볼 것이 아니라 개정법률은 기존의 법률에 흡수되고 이러한 다수의 법률이 모여 하나의 완전한 법을 이룬다고 보아야 할 것임”이라는 내용이다. 아마도 김용석 부장판사는 법률의 일부개정에 관하여만 검토한 것으로 추정할 수 있는 또 하나의 근거이다.

34) 법령의 전문개정의 경우 부칙의 효력에 관하여 부칙소멸설의 원칙을 취하면서 그 논거를 밝힌, 최진수, “조세법상 부칙 해석에 관한 몇 가지 검토”, 『특별법연구』 7권, 박영사(2005. 12.) 참조. 박영도, 『입법기술의 이론과 실제』, 한국법제연구원(1997), 485면에서도 “(법령의) 전부개정방식을 택할 때에는 종전의 부칙이 모두 소멸되므로 종전 부칙조항의 효력존속의 필요성여부에 유의하여야 한다.”라고 하였다.

아울러, 홍용건, “법률이 전문 개정된 경우 개정 전 법률 부칙의 경과규정도 실효되는지 여부(원칙적 적극) 및 예외적으로 실효되지 않는다고 보기 위한 요건으로서 ‘특별한 사정’의 의미와 판단방법”, 『대법원판례해설』 78호(2008 하반기), 355면; 정태용, “사례해설 - 법률이 전부개정된 경우 종전 부칙의 효력에 관한 유권해석”, 법제처『법제』 633호(2010. 9.), 87면 각 참조.

실제로, 법제처 국가법령정보센터, 대법원 종합법률정보, 로앤비 법률정보 등의 각종 법령DB를 검색하여 현행 법령을 살펴본다면 최종 전문개정 이후의 모든 부칙을 말미에 나열하고 있음을 알 수 있다. 즉, 나열된 부칙들은 최종 전문개정법률의 부칙 및 그 후 일부개정법률의 부칙이다.

(2) 전부개정에 관한 판례

다음과 같은 판례를 참고할 필요가 있다.³⁵⁾ 사안이 동일한 것은 아니지만, 법률이나 헌법이나 하는 차이는 작은 차이일 뿐이라고 볼 수 있다.

법률의 개정시에 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전문 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 종전의 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효된다고 보아야 한다.

대법원 판례는 다음과 같이 보완되었다.³⁶⁾

법률을 개정하면서 종전 법률 부칙의 경과규정을 개정하거나 삭제하는 명시적인 조치가 없다면 개정 법률에 다시 경과규정을 두지 않았다고 하여도 부칙의 경과규정이 당연히 실효되는 것은 아니지만, 개정 법률이 전부 개정인 경우에는 기존 법률을 폐지하고 새로운 법률을 제정하는 것과 마찬가지로 종전의 본칙은 물론 부칙 규정도 모두 소멸하는 것으로 보아야 하므로 종전 법률 부칙의 경과규정도 모두 실효되는 것이 원칙이다. 다만 전부 개정된 법률에서 종전 법률 부칙의 경과규정을 계속 적용한다는 별도 규정을 두거나, 그러한 규정을 두지 않았다고 하더라도 종전 경과규정의 입법 경위 및 취지, 전부 개정된 법령의 입법 취지 및 전반적 체계, 종전 경과규정이 실효된다고 볼 경우 법률상 공백상태가 발생하는지, 그 밖의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 종전 경과규정이 실효되지 않고 계속 적용된다고 보아야 할 만한 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 효력이 존속한다.

헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌바123, 126(병합) 전원재판부 결정도 참고할 필요가 있다. “구 조세감면규제법 부칙이 전부개정에도 불구하고 실효되지 않은 것으로 해석하는 것은 헌법에 위반된다.”는 취지의 결정이다. 한정위헌의 문제로 논란이 벌어졌으나, 그러한 쟁점은 본고와 관련이 없다. 부칙도 모두 실효된다는 원칙은 대법원과 헌법재판소가 같은 셈이기 때문이다. 본고는 그러한 원칙을 가지고 논증을 계속할 수 있다.

35) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두11168 판결, 2004. 6. 24. 선고 2002두10780 판결.

36) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19419 판결, 2012. 3. 29. 선고 2011두27919 판결.

(3) 특별한 사정이 있는지 여부

기존 62년 헌법 부칙 및 72년 헌법 부칙의 입법 경위와 취지, 기존 62년 헌법 부칙 및 72년 헌법 부칙이 실효된다고 볼 경우 헌법상 공백상태가 발생하는지 등을 살펴보면, 전부개정에도 불구하고 실효되지 않았다고 볼 만한 특별한 사정이 발견되지 아니한다. 오히려 개헌의 시대적, 역사적 배경을 돌아보면, 80년 개헌(전부개정)과 87년 개헌(전부개정)의 각 입법취지 및 전반적 체계에 비추어 기존 부칙이 전부개정도 불구하고 실효되지 않았다고 볼 만한 그러한 특별한 사정은 없는 것으로 봄이 타당하다.

더욱이 논리적으로, 80년 개헌에서도 특별한 사정이 있고, 87년 개헌에서도 특별한 사정이 있다는 두 가지 요건을 모두 충족해야만 구 헌법 부칙이 지금도 유효하다고 비로소 주장할 수 있으니, 본고의 논증은 더욱 확실해진다.

(4) 소결론

따라서 62년 헌법 부칙 제4조 제1항은, 그 후의 80년 헌법 전부개정과 87년 헌법 전부개정에 의하여 실효되었다고 해야 한다. 72년 헌법 부칙 제11조 제1항도 마찬가지로 실효되었다.³⁷⁾

라. 대상결정 2011헌가5 결정의 의의

구 인신구속등에관한임시특례법은 이 사건 특별법과 마찬가지로, 62년 헌법 부칙 제4조 제1항 및 72년 헌법 부칙 제11조 제1항에 의하여 이의가 금지되어 있었다. 앞서 본 바와 같이 위 헌법 부칙은 “특수범죄처벌에관한특별법……과 이에 관련되는 법률은 그 효력을 지속하며 이에 대하여 이의를 할 수 없다.”고 규정하였는데, 구 인신구속등에관한임시특례법은 이 사건 특별법 위반자에 대하여 영장 없이도 구속, 압수수색을 할 수 있도록 한 법률이므로 이 사건 특별법에 ‘관련되는’ 법률임이 분명하기 때문이다.

37) 한편, 이 사건과 직접 관련되는 규정은 아니지만, 헌법 부칙(1980. 10. 27.) 제6조 제3항은 “국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다.”고 규정하였는데, 헌법재판소는 국가보위입법회의법 등의 위헌 여부에 관한 헌법소원 사건에서 청구인의 주장 중 위 헌법 부칙 규정에 대하여 위헌심판을 해 달라는 부분에 대하여, “구 헌법 부칙 제6조 제3항의 규정은 구 헌법의 기본권보장 규정과도 모순, 충돌되는 것이었던만큼 현행 헌법에서는 국민의 민주화요구에 부응하여 반성적 견지에서 제소금지 조항을 승계하지 않았다고 봐야 할 것”이라고 설시한 적이 있다(헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마 32,33 전원재판부 결정).

“이 사건 특별법이 위헌성이 있지만 그럼에도 불구하고 여전히 위헌이라고 하기 어렵다.”라는 견해가 견지하는 핵심논거는, 62년 헌법 부칙 제4조 제1항 및 72년 헌법 부칙 제11조 제1항이 여전히 유효하다는 것이다. 인신구속등에관한임시특례법을 위헌으로 선언한 대상결정으로 미루어 보아, 헌법재판소는 위와 같은 견해를 배척하는 입장일 것이라고 풀이할 수 있지 않을까 한다. 명시적인 설시를 하지 아니하여 아쉽지만, 헌법재판소가 이처럼 타당한 결정을 하기 위해서는, 62년 헌법 부칙 제4조 제1항 및 72년 헌법 부칙 제11조 제1항이 더 이상 효력이 없다는 전제, 내지는 적용되지 아니한다는 전제를 논리필연적으로 긍정해야 하기 때문이다. 이 사건 특별법과 구 인신구속등에관한임시특례법에 서로 같은 논의가 적용된다는, 이러한 이해를 바탕으로 대상결정은 전적으로 타당하다고 본다.

마. 헌법개정에 따른 긴급조치의 실효를 밝힌 1985년 대법원 판결

유신헌법 제53조는 대통령긴급조치의 근거를 제공하는 규정으로서 동조 제4항은 “긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.”라고 명시하였다. 또한 유신헌법 부칙 제9조는, “1972년 10월 17일부터 이 헌법시행일까지 대통령이 행한 특별선언과 이에 따른 비상조치에 대하여는 제소하거나 이의를 할 수 없다.”라고 정하였다.

그런데 2010년 대법원은, 유신헌법 제53조에 기하여 1974. 1. 8. 제정된 긴급조치 제1호를 위헌이며 무효라고 선언하였다.³⁸⁾ 만약 누군가 유신헌법은 유효하고 지금의 대법원 판결이 유신헌법 제53조 제4항을 위반하였다고 지적한다면, 이런 소리에 대하여는 반론을 제기할 필요조차 없을 것이다. 나아가, 유신헌법 부칙 제9조가 말하는 비상조치에 관한 재심사건이 만약 제기된다면, 그 부칙 제9조는 더 이상 효력이 없다고 판단함이 타당할 것이다.

무엇보다도, 1985년 강신옥 변호사 대통령긴급조치위반·법정모욕 사건에서 대법원이 이미 다음과 같이 판시한 바 있다.³⁹⁾ 이 또한 본고의 논지를 뒷받침함이 자명하다.

(다수의견) 구 헌법(1972.12.27 제정) 당시 선포된 대통령긴급조치중 해제에 관한 특별한 조치가 없는 제2호 및 동 제5호에서 해제가 유보된 자에 대한 등

38) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결.

39) 대법원 1985. 1. 29. 선고 74도3501 전원합의체 판결.

제1호, 제4호라 하더라도 그 근거법인 구 헌법 제5조가 1980.10.27 현행 헌법의 제정공포에 따라 폐지됨으로써 일단 실효되었다고 할 것이고, 현행헌법 부칙 제9조와 관련하여 보아도 구 헌법 제53조는 사전 예방적 조치가 규정되어 있는데 비해 현행 헌법 제51조는 이와 같은 사전예방적 조치를 배제하고 있는 구 헌법 제53조의 긴급조치에 대하여는 입법부의 사후 통제기능이 극히 미약하여 실효를 기대할 수 없는 형식적인 규정이 있을 뿐인 반면 헌법 제51조는 비상조치에 대한 국회의 강력한 통제기능을 규정하고 있는 등 그 발동요건이나 국회의 사후통제 기능에서 현저한 차이가 있어 우리 제5공화국의 국가이념이나 헌법정신에 위배됨이 명백하여 그 계속효가 부인될 수밖에 없어 현행 헌법 제51조의 규정은 위 대통령 긴급조치 제1,2,4호의 법적 근거가 될 수도 없으므로 이점에 있어서도 위 대통령 긴급조치 각 호는 현행 헌법의 제정, 공포와 더불어 실효되었다고 봄이 마땅하다.

(보충의견 1) 헌법의 일부 조항이 개정, 공포된 헌법의 조항과 저촉되게 되면 그 저촉되는 한도에서 헌법의 일부 폐지가 있다고 보아야 할 것이고 그 폐지된 헌법규정을 근거로 하여 제정된 법률은 이를 폐지하는 법률이 없었다 하더라도 헌법개정에 의하여 당연히 폐지되는 것이라 할 것인 바, 구 헌법 제53조의 위 대통령 긴급조치 각 호의 근거규정 부분은 현행 헌법 제51조에는 규정되어 있지 않아 그 규정과 저촉되는 것으로서 현행 헌법의 공포와 동시에 폐지되었다 할 것이고 그 폐지된 규정부분을 근거로 하여 선포된 위 긴급조치는 구 헌법 제53조 제5항이 규정하는 대통령의 긴급조치 해제가 없다 하더라도 개정헌법의 공포에 의하여 폐지되었다 할 것이며 헌법부칙 제9조에서 말하는 이 헌법 시행 당시의 법령이란 그 개정 헌법의 공포에도 불구하고 폐지되지 아니하고 존속하고 있는 법령을 말한다 할 것이고 개정 헌법의 공포와 더불어 폐지된 법령은 이에 포함되지 아니한다 할 것이므로 헌법 부칙 제9조는 위 긴급조치의 효력존속여부를 가리는 근거규정이 될 수 없다.

(보충의견 2) 위 대통령 긴급조치는 구 헌법에 근거하여 헌법정지적 작용을 하는 헌법적 효력을 가진 조치이므로 당해 구 헌법이 폐지됨에 따라 그 존재의의를 상실하여 구 헌법과 함께 실효되었다고 볼수 밖에 없으며 또한 일시성과 잠정성의 한계를 벗어날 수 없는 긴급조치의 성격에 비추어 보아도 직접적으로 국민의 기본권을 제한하는 조치는 그 헌법적 근거가 되었던 구 헌법이 폐지되고 현행 헌법이 제정되면서 특히 위 긴급조치의 효력에 언급한 바 없는 이상 당연히 실효되었다고 보아야 하고 현행 헌법 제51조의 비상조치에 관한 규정은 현행 헌법하에서 대통령이 헌법정지적 또는 헌법보완적 조치를 할 수 있는 국가긴급권의 근거로서 마련된 것이지 폐지된 구 헌법 하에서 취해진 긴급조치의 효력을 유지 내지 합헌화 시키는 근거로서 마련된 것은 아니므로 가사 현행 헌법 제51조의 비상조치권과 구 헌법 제53조의 긴급조치권 사이에 동일성이 인정된다고 하더라도 위 긴급조치의 효력이 현행 헌법 하에서 지속될 여지는 전혀 없다.

바. 추가 논거

(1) 동 헌법 부칙 제4조 제2항에 관하여 - 후속 입법작용

이 사건 특별법을 비롯한 부정선거관련자처벌법·정치활동정화법 및 부정축재처리법이 효력을 지속하며 이의할 수 없다는 62년 헌법 부칙 제4조 제1항 및 72년 헌법 부칙 제11조 제1항이 만약 유효하다면, “정치활동정화법 및 부정축재처리법과 이에 관련되는 법률은 이를 개폐할 수 없다.”고 규정한 동조 제2항도 마찬가지로 지금까지 유효하다고 보아야 한다. 즉, 정치활동정화법 및 부정축재처리법과 이에 관련되는 법률은 지금도 이를 개폐할 수 없다.

그런데 2008년에 정치활동정화법과 부정축재처리법 등을 폐지하는 법률을 국회가 의결하고 대통령이 정상적으로 공포한 것은 어떻게 이해할 것인가.⁴⁰⁾ 만약 62년 헌법 부칙 제4조 제2항 및 72년 헌법 부칙 제11조 제2항이 지금도 유효하다면, 과연 국회가 대통령이 헌법을 위반하는 행위를 한 것일까?

사정이 이러한데도, 과연 구 헌법 부칙이 지금도 유효하다 단정할 수 있는가? 구 헌법 부칙이 현재 유효하지 아니하다고 본다면, 이 사건 특별법은 합헌이라는 아무런 근거가 없게 된다.

(2) 동 헌법 부칙 제5조에 관하여 - 다수의 재심 재판

아울러, 62년 헌법 부칙 제5조 “국가재건비상조치법 또는 이에 의거한 법령에 의하여 행하여진 재판·예산 또는 처분은 그 효력을 지속하며 이 헌법을 이유로 제소할 수 없다.”는 규정을 보면, 국가재건비상조치법에 의거한 법령인 이 사건 특별법에 의하여 행하여진 재판은 ‘그 효력을 지속한다’는 것인데, 그럼에도 불구하고 이 사건 특별법위반죄를 인정하였던 다수의 확정판결에 대하여 재심을 통하여 그 확정판결의 효력이 실효되고 새로운 무죄 판결이 선고되고 있다. 실상이 이러한진대, 62년 헌법 부칙 제5조도 이제는 효력이 없다고 보아야 하지 않을까?

(3) 후속 헌법 개정문에 대한 검토

한편, 62년 개헌 이후의 개헌 경위를 살펴보면, ‘일부’개정의 경우인 이른바 3선개헌 헌법의 부칙(1969. 10. 21.)은 별다른 의미가 없어 논하지 아니한다.

40) 과거의 법률을 정비하는 차원에서, 정치활동정화법, 부정축재처리법, 부정선거관련자처벌법, 부정축재환수를위한회사설립임시특례법, 부정축재환수절차법, 특정범죄에대한공소권제한등에관한법률, 특별법 의제에관한법률 등과 같이 1960년~62년에 제정되어 그때까지도 존존하던 법률들을 폐지하는 각 법률이 지난 2008. 12. 19. 공포되었다.

다음으로, 전부개정경의 경우인 유신헌법의 부칙 제11조를 살펴보면, 그 문언이 62년 헌법 부칙 제4조와 완전히 동일하다. 그러므로 앞서의 논의가 모두 그대로 적용된다. 더욱이, 이처럼 72년 헌법 전부개정문의 부칙에서 62년 헌법 부칙과 동일한 문언의 조항을 굳이 별도로 마련한 것은, 전부개정이 이루어지면 기존의 부칙 규정이 본칙과 함께 실효되는 것임을 전제하였기 때문이라고 보아야 한다. 그렇다면 역시 전부개정경의 경우인 제5공화국 헌법 부칙(1980. 10. 27.)에도 동일한 규정을 별도로 마련했어야 하는데 그러지 아니하였다는 점을 근거로 하여 기존의 부칙 규정들은 모두 실효되었다고 논증할 수 있게 된다.

사. 방론

한편, 법은 원래 그 자체로 이의할 수 없는 규범력이 있는 것일진대 ‘이의할 수 없다’는 문언은 어떠한 이유로 필요한 것일까? 부칙 제4조 제1항이 ‘그 효력을 지속하며 이에 대하여 이의를 할 수 없다’고 할 때에 ‘이’는 바로 앞의 문구인 ‘효력을 지속한다’를 가리킨다고 볼 수도 있지 않을까? 법률에 대하여 이의할 수 없다는 것이 아니라, 그 효력의 시적 범위를 연장함에 대하여 이의할 수 없다는 뜻일 뿐이라고 볼 여지가 있는 것이다. 만약 그러한 의미로 보는 입장에 선다면, 이 사건 특별법에 대하여 법원·헌법위원회·헌법재판소⁴¹⁾가 위헌결정을 하지 못하도록 금지시키는 조항이 아니라고 보게 될 것이다.

앞서 78도1680 판결 이유의 인용부 말미를 보면 ‘효력이 지속된다’는 문언을 합헌이라는 해석의 근거의 하나로 들고 있다. 그러나 시간적 효력범위를 정한 말일 뿐이므로 그러한 합헌 판단의 근거가 되지 못한다고 볼 여지가 있는 셈이다.

8. 이 사건 특별법을 위헌이라 명시한 새로운 판결례

윤길중 재심사건의 서울중앙지방법원 2012. 12. 28. 선고 2011재고합39 판결(판사 김상환, 서전교, 이경호)은 판결이유 중에 ‘여론’이라는 제하에 다음과 같이 실시하였다.⁴²⁾

41) 법원에 위헌법률심판권이 있다고 명시한 62년 헌법 제102조 제1항 참조. 한편, 대법원 1979. 6. 26. 선고 78도1680 판결이 선고될 당시에는, 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판하도록 규정되어 있었고(유신헌법 제105조, 제109조), 80년 헌법의 규정도 이와 같다.

42) 같은 재판부의 2012. 6. 1. 선고 2010재고합24, 2011재고합58(병합) 판결은 특수범죄처벌에관한특별법

피고인의 행위에 대하여 소급적용된 위 특별법조항은 위헌임이 명백하다. 당시 시행중이던 대한민국헌법(1962. 12. 26. 대한민국헌법 제6호로 전면개정되기 전의 것) 제23조는 현행 헌법 제13조 제1항과 동일하게 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위에 대하여 소추를 받지 아니한다.”라고 규정하고 있었기 때문이다. 한편 국가재건비상조치법 제24조가 “헌법의 규정 중 이 비상조치법에 저촉되는 규정은 이 비상조치법에 의한다.”고 정하였으나, 이 또한 헌법의 최고규범력을 주권자인 국민의 의사에 반하여 배제하였다는 점에서 국민주권주의와 입헌주의라는 헌법의 근본원리에 정면으로 반하는 위헌인 규정에 다름 아니어서, 위와 같은 규정이 있다고 하여 앞서 본 위 특별법조항의 위헌성이 제거된다고 볼 수 없다.

결국 위헌인 법률을 소급하여 피고인에게 적용할 수는 없다. 이 점에서도 피고인에 대한 공소사실은 받아들일 수 없다.

위헌임을 명시한 첫 판결례로서 주목할 만한 판결이다. 물론, 기존의 재심 판결과 마찬가지로 공소사실에 대한 입증에 있는지를 주로 판단한 판결이어서, 무죄결론에 도달한 후에 추가로 실시하였을 뿐이다. 그러나 방론이긴 해도, 위헌임을 명시하였다는 점에서 주목할 가치가 있다. 한편, 이 사건 특별법을 피고인에게 적용할 수 없다고 한 판시 속에는 이 사건 특별법에 대한 위헌 심판권한이 법원에 있다는 전제를 내포한 것이 아닌가 여겨지는 측면도 있다.⁴³⁾⁴⁴⁾ 결심 공판기일에

위반 무죄를 선고하면서 범죄의 증명이 없다는 판단만 하였고 이러한 언급은 전혀 없다.

- 43) 이 사건 특별법이 과연 법률인지 여부 및 위헌심사권이 법원과 헌법재판소 둘 중 어디에 있는지는 논쟁이 있을 수 있다. 대법원은 긴급조치에 대하여 위헌이므로 무효라고 선언하면서 “헌법재판소의 위헌심판대상이 되는 ‘법률’에 해당한다고 할 수 없고, 긴급조치의 위헌 여부에 대한 심사권은 최종적으로 대법원에 속한다.”라고 밝혔다(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결).

아울러, 이론적으로는 위헌법률은 당연무효라는 견해도 있을 수 있다. 이에 대한 비판으로는 윤진수, “위헌법률의 효력 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토”, 『헌법재판연구』 I, 한국사법행정학회, 213면.

- 44) 한편, 필자가 2013. 1. 4. 김상환 부장판사로부터 받은 이메일에는 다음과 같은 내용이 있다: “문제의식에 전적으로 동의합니다. 저는, 법률 제정 당시의 헌법규정에 비추어 명백한 위헌성을 지닌 법률이 사후의 헌법규정에 의하여 그 합헌성을 취득할 수는 없다고 생각합니다. 국민의 행위에 대하여 소급하여 형벌조항을 적용함으로써 발생하는 중대한 기본권침해상황이 사후의 헌법에 의하여 추인될 수 있다고 볼 수 없을 겁니다. 다만 이에 대한 이론적 근거를 어떻게 제시할 수 있는가는 섬세한 연구가 필요할 것으로 보이고, 오판사님의 견해처럼 사후의 헌법부칙을 매우 제한적으로 풀이하는 방법도 그 중 하나의 방안일 것입니다. 위헌제정을 하지 않은 것은 나름 이유가 있습니다. 논란은 있지만, 긴급조치에 관한 대법원의 판례에 따르면, 국회의 정상적인 입법절차를 거치지 않은 법률에 대하여 법원도 위헌선언을 할 수 있다는 것이니까요. 또 깊이 고려하지 않을 수 없는 것은, 재심청구인의 절박한 무죄선언희망입니다. 다른 재심공동피고인의 경우 이미 재심무죄가 확정된 마당에, 위헌제청으로 상당한 시간을 기다리게 할 수는 없었거든요. 저 역시 헌법재판소에 4년간 파견근무를 한 경험이 있어, 이런저런 문제점을 알고 있으나, 이 사건에 한해서는 개인적으로 아쉬움이 전혀 없습니다.” 위 판결에 관하여 주고받은

검사 임은정이 무죄 의견을 진술하였다는 점에서도 특기할 만한 사례이다.

9. 결론 - 심판제청을 안하는 부적절한 부작위

이 사건 특별법은 실체적으로 위헌성이 중대명백하다. 오로지 구 헌법 부칙 규정 때문에 위헌을 위헌이라 선언하지 못하였던 것인데, 어느 모로 보나 구 헌법 부칙은 그 이후의 헌법 전부개정에 의하여 실효됨에 따라 더 이상 효력이 없으므로 합헌판단의 근거가 될 수 없다. 이러한 결론은, 구 헌법 부칙에 대하여 위헌심사가 가능한가 하는 문제라든가, “이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.”고 규정한 현행 헌법 부칙 제5조 위반 여부⁴⁵⁾를 굳이 거론하지 않더라도 얻을 수 있는 바이다.

이 사건 특별법의 위헌 문제 내지 효력상실 문제는, 위헌법률심판 절차 또는 위헌소원 절차에서 분명한 마무리가 있어야 할 것으로 생각한다. 그리고 첫 사건 서울중앙지방법원 2007재고합10호가 2007. 4. 10. 접수된 이래로 재심사건들을 담당하였던 여러 법원 중 하나라도 이 사건 특별법에 관하여 진작에 위헌법률심판 제청결정을 했어야 했다. 이 경우 헌법재판소는 위헌결정을 선고함이 마땅하다. 그것이 이 사건 특별법의 효력을 소급적으로 상실시키는 적절한 절차이고, 그럼으로써 다수의 재심 사건이 좀 더 간명하고 정의롭게 해결될 수 있다.

위헌이라고 보면서도 제청결정을 하지 아니한 모든 법원의 재심사건 담당재판부들의 동기 중 하나는, 재심청구인의 절박한 무죄 희망을 감안하여 정의의 실현이 더 이상 지체되지 않도록 배려하려 했던 것이 아닌가 추측된다.⁴⁶⁾ 하지만, 재심청구 접수 후 무죄선고까지 2년 넘게 경과한 사례들이 있다는 점에서 그러한 동기가 모든 것을 해명해 줄 수 있을는지 의문이다.

사적인 이메일이지만 공적 인물(현재 대법관후보자)에 관한 사료 내지 학술검토 원자료가 될지 모른다는 생각에 당시 주고받았던 이메일의 일부를 감히 공개해본다.

- 45) 그 위반여부 즉, 법률의 지속효 심사의 문제와 위헌법률심사의 문제를 구별할 것인가, 심사기관은 어디인가에 대하여 논란 것으로 박찬주, “대통령긴급조치와 위헌선언”, 『인권과 정의』 421호(2011. 11.), 44면; 전학선, “헌법개정과 법률의 지속효: 헌법 부칙 제5조와 관련하여”, 한국헌법학회 『헌법학연구』 9권 3호(2003. 10.), 510면.
- 46) 수원지방법원 2012. 9. 27. 선고 2010재고합4 판결(판사 김정운, 정영호, 신일수)은 각주에 다음과 같이 부기하였다; “이 사건 특별법에 대하여 위헌법률심판이 이루어지지 않더라도 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인들에게 무죄를 선고함으로써 구체적 타당성을 충분히 확보할 수 있을 뿐만 아니라, 현재는 피고인들이 이 사건으로 인하여 인신구속을 당한 때로부터 50년이 넘는 오랜 세월이 흘렀고, 피고인들이 이미 만 70세를 넘긴 고령이라는 점을 감안할 때 피고인들에 대한 신속한 권리구제와 명예 회복의 기회를 제공할 필요가 있다는 점도 고려되었다.” 위 사건은 2010. 9. 7. 접수되었다.

위 서울중앙지방법원 2012. 12. 28. 선고 2011재고합39 판결(재판장 판사 김상환)의 절차에 있어서도 의문이 있다. 2011. 5. 13. 접수되었다(재판장 판사 김시철). 이미 헌법재판소에 2011헌가5 사건이 2011. 1. 13. 접수되어 계속 중이었고 그러한 법원 제청결정이 있다는 사실은 널리 알려지는 편이다. 만약 1년 7개월이 넘는 그 재심사건 진행 중에 심판제청을 하기만 했더라면 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 결정의 구 인신구속등에관한임시특례법과 함께 이 사건 특별법도 위헌 선고를 받을 수 있지 않았을까 추정해본다.

2012. 12. 윤길중 재심사건에서 서울중앙지방법검찰청 공판부 임은정 검사가 저항하였던 검찰 상급자의 위법한 지시, 백지구형 지시에도 위헌성 법리판단의 누락·오류가 있었다고 본다.⁴⁷⁾ 더욱이 헌법재판소가 만약 동일하게 12. 27. 선고 하였더라면 그 이후에 결심 공판기일이 진행된(정확히는 바로 다음 날 12. 28.이었다) 윤길중 재심사건에서는 그야말로 검찰 조직내부적, 절차형식적 차원에서도 공판검사의 무죄 구형은 지극히 당연하고 자연스러운 일이 될 터였다.

1961년 제정 후 57년 넘게 지난 2018년의 오늘에 이르기까지 이 사건 특별법은 현행법으로 존재하고 있다.⁴⁸⁾ 범죄구성요건에 관한 진정소급형법이다. 위헌성이 중대명백하다. 위헌은 아니라는 법원 일부 판결에 대하여 필자는 이미 2013. 3. 그 오류 증명을 밝혔다. 그럼에도 불구하고, 그 어느 법원도 위헌법률심판제청 결정을 하지 아니한 채로 오늘에 이르렀다. 형법, 형사소송법 법학 교과서는 아무런 언급조차 하지 아니한다. 필자 스스로 진작에 합당한 절차가 진행되도록 기여하지 못했다는 깊은 안타까움을 갖고 있다.⁴⁹⁾

47) 검사 임은정의 징계처분취소소송의 판결에서 이러한 법리판단이 징계 양정의 적법성 여부 등에서 검토할 대상이 될 수 있음에도 불구하고 판결 이유에 아무런 언급이 되지 못한 점은 다소 아쉽다. 서울행정법원 2014. 2. 21. 선고 2013구합12454 판결(판사 문준필, 장승혁, 손화정); 서울고등법원 2014. 11. 6. 선고 2014누45361 판결(판사 민중기, 유현중, 김관용); 대법원 2017. 10. 31. 선고 2014두45734 판결(대법관 박보영, 김창석, 이기택, 김재형).

48) 폐지된 적이 없다. 한번도 개정된 적도 없다.

49) 필자는 2008년 서울중앙지방법원 제23형사부 판사로서 2008재고합16 피고인 안신규 사건의 주심이었다. 위헌법률심판제청결정을 하지 못한 경위는 언급하지 아니한다. 법원조직법 제65조 “심판의 합의는 공개하지 아니한다.”

참 고 문 헌

- [헌법재판소 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정 관련]
- 박형관, “주거에 대한 영장 없는 압수, 수색의 법률문제”, 저스티스 146(1)(2015)
- 백형구, 형사소송법 제216조 제1항 제1호의 헌법불합치결정, 법률신문 2018. 9. 27.자
- 변종필, “형사소송법 제216조 제1항 제1호의 위헌성에 대한 검토”, 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제20권 제2호(2018. 7.)
- 변필건, “住居地에서 令狀 없는 押收搜索의 實務上 運營에 관한 美國과 韓國의 比較法的 研究”, 저스티스(2008. 12.)
- 오현석, 형사소송법 제216조 1항 1호 위헌소원등과 관련한 헌법재판소 결정에 대한 의견, 법률신문 2018. 6. 18.자
- 전학선, “체포영장에 의한 타인의 주거 등 수색”, 법률신문 4606호 2018. 5.
- 조 국, “압수수색의 합법성 기준 재검토”, 비교형사법연구 제5권 제2호(2003)
- 주현경, “체포·구속을 위한 피의자 수색 및 집행부수처분의 한계 -형사소송법 제216조 제1항 제1호 및 제219조 해석론-”, 안암법학회 안암법학 46권 0호 (2015)
- [헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 결정 관련]
- 김승환, “독일과 한국의 헌법판례에 비추어 보는 법률불소급의 원칙”, 『헌법학연구』13권 3호, 한국헌법학회(2007. 9.)
- 박영도, 『입법기술의 이론과 실제』, 한국법제연구원(1997)
- 박찬주, “대통령령 긴급조치와 위헌선언”, 『인권과 정의』 421호(2011. 11.)
- 박찬주, “헌법부칙 제5조의 몇 가지 문제점”, 『법과 정책』 제15집 제2호, 제주대학교 법학연구소(2009. 8.)
- 오용식, “조세법령을 전부개정하는 경우 그 효과에 대한 소고 - 종전 부칙의 효력을 인정할 것인지에 대한 대법원 판례를 중심으로”, 『세무사』 25권 2호 (113호) 여름호, 한국세무사회(2007. 8.)
- 오현석, “특수범죄처벌에관한특별법이 소급형법임에도 여전히 위헌이라 할 수 없다는 견해의 오류에 관한 연구”, 사법발전재단 사법 제23호(2013. 3.)
- 윤진수, “위헌법률의 효력 -헌법재판소법 제47조 제2항의 헌법적 검토”, 『헌법재판연구』 I, 한국사법행정학회
- 이동희, “법률의 본칙 개정과 종전 부칙의 효력 - 분노수집·운반업의 업종통합에 따른 영업대상 제한에 관한 사례연구”, 법제처『법제』650호(2012. 2.)
- 이영광, “구 인신구속 등에 관한 임시특례법 제2조 제1항 위헌제청”, 헌법재판소

결정해설집 2012

- 이재승, “다시 리바이어던의 뱃속으로: 조용수 사건의 재심판결(2007재고합10)”,
민주법학 통권39호(2009. 3.)
- 전학선, “헌법개정과 법률의 지속효: 헌법 부칙 제5조와 관련하여”, 한국헌법학회
『헌법학연구』 9권 3호(2003. 10.)
- 정태용, “사례해설 - 법률이 전부개정된 경우 종전 부칙의 효력에 관한 유권해석”,
법제처『법제』 633호(2010. 9.)
- 진실·화해를 위한 과거사 정리위원회, 2009년 하반기 조사보고서
- 최봉경, “부칙 연구”, 서울대학교 법학연구소 『법학』 53권 2호(2012)
- 최진수, “조세법상 부칙 해석에 관한 몇 가지 검토”, 『특별법연구』 7권, 박영사
(2005. 12.)
- 홍용건, “법률이 전문 개정된 경우 개정 전 법률 부칙의 경과규정도 실효되는지
여부(원칙적 적극) 및 예외적으로 실효되지 않는다고 보기 위한 요건으
로서 ‘특별한 사정의’의 의미와 판단방법”, 『대법원판례해설』 78호(2008
하반기) (2009. 7.)

제170회 발표회 지정토론문

발제문: 영장 없는 체포 등에 관한 위헌·헌법불합치 결정례의 검토

발제자: 오현석(인천지방법원 판사)

날짜 및 장소: 2018. 12. 14.(금) 헌법재판소 2층 중회의실

이 의 석*

발제자께서 현재 2018. 4. 26. 선고 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정 및 2012. 12. 27. 선고 2011헌가5 결정을 다양한 측면에서 검토하여 여러 의견을 제시하였는데, 지정토론문 작성을 위해 발제문을 읽어 보면서 많은 도움을 받았습니다. 지정토론에 앞서 이 점에 대하여 발제자에게 감사드리고 싶습니다. 이하에서는 발제문에서 언급하고 있는 내용 가운데 헌법재판 실무상 좀 더 생각해보거나 추가로 고민해 볼 필요가 있다고 생각하는 부분에 대하여 지정토론자 나름의 생각을 정리해 보고, 그 중 몇 가지 쟁점에 대하여 발제자에게 의견을 여쭙어 보고자 합니다. 이하 존칭을 생략합니다.

1. 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정에 대하여

가. 심판대상 한정과 관련하여

법률에 대한 위헌제청이 적법하기 위해서는 법원에 계속 중인 구체적인 사건에 적용할 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제로 되어야 한다. 재판의 전제성 요건은 위헌법률심판절차의 구체적 규범통제절차로서의 본질에 따른

* 헌법재판소 헌법연구관

요건이다.¹⁾ 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원(이른바 ‘위헌심사형 헌법소원’) 역시 그 형식에도 불구하고 실질은 위헌법률심판제도로써, 이 경우에도 구체적인 사건에 적용될 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되어야 한다(헌재 1995. 7. 21. 93헌바46, 판례집 4, 853, 864-865 등 참조).

대상결정의 당해사건에서 주된 쟁점은, 체포영장에 의하여 피의자를 체포하는 경우 별도의 수색영장 없이 타인의 건조물 등에 들어가 피의자 수색을 할 수 있는지 여부이다. 이와 관련하여 당해사건에서는 심판대상조항의 해석 및 적용이 주로 문제되었고, 형사소송법 제216조 제1항 제2호의 해석 및 적용이 문제되지는 않았던 것으로 보인다. 이에 따라 대상결정은 형사소송법 제216조 제1항 제2호가 당해사건 재판의 전제가 된다고 단정하기는 어렵다고 보고, 이를 심판대상에 포함시키지는 않았다고 생각한다. 물론 동일한 심사척도가 적용되는 경우나 체계적으로 밀접한 관련성이 있는 경우 등에는 직권으로 심판대상을 확장할 수도 있으나, 심판대상조항에서 영장 없는 수색을 허용하는 이론적 근거와 형사소송법 제216조 제1항 제2호에서 영장 없는 압수·수색·검증을 허용하는 이론적 근거가 동일할지에 대하여 견해의 대립이 있을 수 있다는 점²⁾에서 심판대상을 확장하기는 어려운 사안이 아닐까 한다.

나. 명확성원칙과 관련하여

(1) 대상결정은, 형사소송법 제216조 제3항³⁾ 및 제217조 제1항⁴⁾과는 달리 심판대상조항이 긴급성을 명시적으로 요구하고 있지는 않으므로, 심판대상조항의

1) 헌법실무제요 133면 참조.

2) 형사소송법 제216조 제1항 제2호는 체포현장에서 영장 없는 압수·수색·검증을 허용하고 있는데, 그 이론적 근거에 대해서는 ① 피의자의 체포라는 강력한 기본권 침해에 대하여 체포영장이 발부되었거나 현행범인 체포, 긴급체포와 같이 사후에 구속영장이 발부될 가능성이 있는 등 체포행위가 적법한 이상 그보다 기본권 침해가 적은 대물적 강제처분인 압수·수색·검증에 대하여는 체포현장에서 별도의 영장이 필요하지 않다는 견해(부수처분설), ② 수사기관이 피의자를 체포하는 경우 체포현장에서 야기될 수 있는 위험을 방지하고 피의자가 증거를 인멸하는 것을 방지하기 위한 긴급행위로서 허용된다는 견해(긴급행위설), ③ 영장 없는 압수는 긴급행위설이 타당하나 수색은 부수처분설이 타당하다는 견해(이분설) 등이 제시되고 있다.

3) “범행 중 또는 범행 직후의 범의 장소에서 긴급을 요하여 법원 판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.”

4) “검사 또는 사법경찰관은 제200조의3(긴급체포)에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다.”

‘체포영장에 의하여 피의자를 체포하는 경우에 필요한 때’는 ‘피의자가 소재할 개연성’을 의미하고, ‘사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있을 것’까지 요구하고 있는 것은 아니라고 보았다.

(2) 대상결정 선고 이전에 심판대상조항의 해석을 구체적 검토한 국내 문헌은 찾기 어렵고, 다만, 『심판대상조항은 필요한 경우 긴급압수수색이 허용되는 것으로 규정되어 있으나 이를 긴급한 경우로 엄격히 해석할 수 있고, 피의자의 주거가 아닌 제3자의 주거 등에 긴급압수수색의 경우에는 위 긴급성을 더욱 엄격히 적용하면 된다. 그러나 이와 같은 해석을 통한 해결은 충분하지 않고 입법적 해결이 바람직하다.』고 지적하고 있는 문헌 정도가 확인된다.⁵⁾

(3) 심판대상조항의 ‘피의자를 체포하는 경우에 필요한 때’의 의미와 관련하여 대법원의 명시적인 판단은 아직 없는 것으로 보이고, 다만 대상결정 선고 이전의 하급심 판결 중에는 다음과 같이 설시한 사례가 확인된다.

㉠ 서울고등법원 2006나68348 판결⁶⁾

『사법경찰관은 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 “타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수사”를 할 수 있는데(형사소송법 제216조 제1항 제1호), 관련 증거에 의하여 인정되는 사실에 의하면 피의자가 현재할 수도 있는 개연성과 긴급성이 있었다고 할 것이어서 수색행위의 필요성이 갖추어졌다고 보이므로 위 조항에 따라 피의자 아닌 타인의 주거를 수색하기 위한 별도의 수색영장은 필요하지 않다.』

㉡ 창원지방법원 2015고단2099 판결⁷⁾

-
- 5) 박형관, 주거에 대한 영장 없는 압수, 수색의 법률문제, 저스티스 통권 146-1호(2015. 2.), 370면.
 6) 위 사건은 경찰관이 피의자 검거를 위하여 체포영장을 소지하고 제3자의 주거를 수색하는 과정에서 제3자가 경찰관을 강도로 오인하여 도망하다가 추락하여 상해를 입고 경찰관의 위법한 수색행위를 이유로 국가를 상대로 손해배상청구를 한 사안에 관한 것으로, 대법원에서 심리불속행 기각되었다. 위 판시 요지는 판결 이유 중 이 사건과 관련된 부분을 다시 정리한 것이다.
 7) 위 사건은 마약류관리에관한법률위반(향정) 사건이다. 다만, 위 사건의 항소심 법원은 피고인에 대하여 유죄를 선고한 원심판결을 파기하고 다음과 같은 이유로 무죄를 선고하였다.
 『긴급체포의 요건은 주거에 대한 수색을 개시할 당시에 이미 갖추어져 있어야 하는데, 이 사건의 경우 주거에 대한 수색을 통하여 피고인의 신병을 확보한 후 비로소 긴급체포를 하였고, 수색을 개시할 당시에는 긴급체포 요건이 갖추어진 상태였다고 볼 수 없다. 따라서, 긴급체포가 위법한 이상, 당시 수집된 증거는 모두 증거능력이 없다. 한편, 피고인이 범죄사실을 자백하고 있으나, 이를 보강할 만한 증거가 없다.』

『사법경찰관은 피의자를 체포 또는 구속하는 경우에 필요한 때에는 영장 없이 “타인의 주거나 타인이 간수하는 가옥, 건조물, 항공기, 선차 내에서의 피의자 수사”를 할 수 있다(형사소송법 제216조 제1항 제1호). 여기서 ‘피의자 수사’는 형사소송법이 다른 규정에서 사용하고 있는 ‘수색’과 동일한 의미이다. 그리고 체포 과정에서의 수색이 피의자를 체포하기 위한 불가결한 전제이고 긴급성이 요청되기 때문에 이에 대하여는 영장주의의 예외를 인정하는 것이므로, ‘피의자를 체포 또는 구속하는 경우’를 ‘피의자를 체포 또는 구속하는 특정한 순간이나 시점’으로 한정하여 해석할 이유가 없다. 따라서 사법경찰관이 피의자가 소재하고 있거나 소재하고 있을 개연성이 충분한 건조물 등에 긴급체포를 위해 들어가거나 건조물 등 내에서 피의자를 수색함에 있어 별도의 수색영장이 필요하다고 볼 수 없다.』

㉔ 서울중앙지방법원 2014고합224 판결

『대한민국 헌법은 체포·구속과 압수·수색 등 강제처분에 있어 적법절차 원칙과 영장주의를 천명하고 있다(제12조 제1항 및 제3항). 형소법은 수사단계에서의 체포·구속 등 강제처분에 관하여도 사전영장주의에 따르면서, 예외적으로 ‘영장에 의하지 아니한 강제처분’을 규정하고 있는데, 법 제216조 제1항은 체포·구속시 대물적 강제수사에 있어 압수·수색 등의 긴급성을 고려하여 일정한 경우에 영장에 의하지 않는 압수·수색 등을 허용하고 있다. …… (심판대상조항은) 체포·구속하고자 하는 피의자가 타인의 건조물 등에서 잠복하고 있다고 인정되는 경우에 피의자를 발견하기 위한 수색은 영장 없이 할 수 있도록 한 것인데, 수색은 피의자를 체포·구속하기 위한 불가결한 전제이고 긴급성이 요청되기 때문에 영장주의의 예외를 인정한 것이다. 다만, 제216조 제1항 제1호에 의한 강제처분은 ‘필요성’의 요건을 통하여 영장에 의하지 아니한 강제처분이 남용되지 않도록 하고 있다. 즉, 위 규정에 의한 강제처분은 “필요한 때”에 한하여 허용되므로, 피의자를 발견·체포하기 위한 필요성이 있어야 한다. 수사기관이 주관적으로 필요하다고 판단하는 것만으로는 부족하고, 긴급행위 시에 수사기관이 인식하고 있던 상황 등을 기준으로 하여 객관적으로 필요성이 있다고 인정되어야 한다.』⁸⁾

위 각 하급심 판결은 심판대상조항에 의한 피의자 수색의 허용근거를 대물적 강제수사의 긴급성에서 찾고 있지만, 해당 사안에서 사전에 수색영장을 발부

8) 위 판결은 대상결정 중 2016헌가7 사건의 당해사건 1심 판결로, 피의자 소재의 개연성과 긴급성이 갖추어졌는지에 한정하지 않고, 피의자 소재 개연성과 수색의 필요성이라는 관점에서 보다 포괄적으로 판단하였다.

받기 어려운 긴급한 사정이 있었는지를 구체적으로 판단한 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있다.

(4) 심판대상조항의 ‘피의자를 체포하는 경우 필요한 때’의 해석과 관련해서는, ㉞ 피의자가 타인의 주거 등에 소재하고 있거나 소재할 개연성이 있으면 심판대상조항에 의한 피의자 수색이 가능하고, 그 외 긴급성 요건을 고려할 필요가 없다는 견해, ㉟ ‘피의자가 소재할 개연성이 충분하고 사전에 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있을 때’를 의미한다는 견해가 있을 수 있다. 이와 같이 심판대상조항의 해석을 달리할 여지가 있다는 점에서 ‘필요한 때’의 의미는 명확하지 않다고 볼 수도 있고, 이러한 관점에서 심판대상조항이 명확성원칙에 위배되지 않는다고 본 대상결정에 대하여 비판을 제기할 수도 있을 것으로 보인다.

그러나 대상결정에서 언급한 바와 같이 법규범의 문언은 어느 정도 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없기 때문에 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서, 법문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통하여 그 의미내용을 확인할 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 보는 것이 타당하다(헌재 2005. 12. 22. 2004헌바45; 헌재 2010. 6. 24. 2007헌바101등 참조). 법관의 보충적 해석이 가능하다면 심판대상조항의 해석을 달리할 여지가 있다는 사정만으로 심판대상조항이 의미가 불명확하다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다. 심판대상조항이 명확성원칙에 위반되지 않다고 본 대상결정은 이러한 취지에서 이해할 수 있지 않을까 한다.

또한 형사소송법은 심판대상조항 뿐만 아니라 수사절차와 관련된 조항에서 ‘필요한 때’라는 문언을 사용하여 비례의 원칙을 선언하는 한편, 각각의 강제처분의 성질·내용 및 해당 강제처분이 신체의 자유 등 기본권을 제한하는 정도에 따라 그 의미를 달리 해석하고 있는데(형사소송법 제199조 제1항, 제200조의2 제2항, 제215조, 제217조 등), 심판대상조항의 의미가 불명확하다고 볼 경우 위 각 형사소송법 조항의 명확성원칙 위반 여부가 문제될 수 있다는 점도 함께 고려할 필요가 있어 보인다.

다. 영장주의의 예외와 관련하여

(1) 영장주의의 예외를 인정한 헌법 제12조 제3항 단서의 의미

(가) 헌법 제12조 제3항 본문은 사전영장원칙을 규정하면서 단서에서 ‘현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때(이하 ‘긴급체포’라 한다)에는 사후에 영장을 청구할 수 있다’고 규정하고 있고, 헌법 제77조 제3항은 ‘비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도에 관한 특별한 조치를 할 수 있다’고 규정하고 있다. 그 외 헌법상 영장주의의 예외에 관한 규정은 찾아볼 수 없는데, 이와 같이 명문의 규정이 없음에도 영장주의의 예외를 인정하는 것이 이론적으로 가능한지가 문제될 수 있다. 이는 헌법 제12조 제3항 단서가 영장주의의 예외를 한정적으로 열거한 것인지 아니면 예시적으로 열거한 것인지와도 관련된다.

(나) 헌법재판소는 영장주의는 적법절차원칙에서 도출되는 것임을 여러차례 확인한 바 있는데, 이러한 전제 하에 ‘법관이 직권으로 피고인에 대하여 구속영장을 발부할 수 있도록 한 형사소송법 제70조 제1항 및 제73조의 영장주의 위반 여부가 문제된 사안’에서 다음과 같이 판시한 바 있다(헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등, 판례집 9-1, 313, 322, 323).

『영장주의는 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 규정으로부터 도출되는 것이고, 그 중 헌법 제12조 제3항이 “…… 구속 …… 을 할 때에는 …… 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장 ……”이라고 규정한 취지는 수사단계에서의 영장주의를 특히 강조함과 동시에 수사단계에서의 영장신청권자를 검사로 한정한 데 있다고 해석된다(공판단계에서의 영장발부에 관한 헌법적 근거는 헌법 제12조 제1항이다).』

(다) 헌법 제12조 제3항 본문에 관한 위 헌재 선례의 해석을 토대로 하면, 헌법 제12조 제3항 단서는 ‘영장주의의 예외를 인정하는 경우라 하더라도 적어도 현행범체포, 긴급체포에 있어서는 법관에 의한 사후적 통제 절차가 마련될 필요가 있다’는 의미이고, ‘현행범체포, 긴급체포의 경우에만 영장주의의 예외를 인정할 수 있다’는 의미는 아니라고 할 수 있다. 결국 대상결정에서 헌법 제12조 제3항과 헌법 제16조의 관계, 주거 공간에 대한 긴급한 압수·수색의 필요성, 주거의 자유와 관련하여 영장주의를 선언하고 있는 헌법 제16조의 취지 등을 고려하여 명문의 규정이 없더라도 헌법 제16조의 영장주의의 예외를 인정할 수 있다고

본 것은 타당하다고 생각한다.

(2) 긴급성 요건이 충족되는 경우에만 영장주의의 예외가 인정될 수 있는지

(가) 대상결정은, 헌법 제16조의 영장주의의 예외는 ① 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소명되고, ② 사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에만 제한적으로 허용될 수 있다고 보는 것이 타당하다고 보았다. 이와 관련하여 사전영장원칙의 예외를 인정하기 위해서는 긴급성 요건이 반드시 필요한지, 즉 대상결정이 영장주의의 예외를 인정하기 위한 일반적 요건의 하나로, ‘사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있을 것’을 제시한 것인지가 문제될 수 있다.

(나) 이 부분에 대해서는 향후 현재 결정을 기다려 보아야 할 것이지만, ① 대상결정은 헌법 제16조(주거의 자유)의 영장주의와 관련하여 어떠한 요건 하에 예외를 인정할 수 있는지가 쟁점이 된 사안인 점, ② 영장 없는 압수·수색·검증을 인정하는 이론적 근거에 대해서 부수처분설, 긴급행위설, 이분설 등 다양한 견해가 대립되고 있는 점, ③ 제한되는 기본권의 주체 및 내용, 기본권의 제한 정도, 체포·구속영장이 이미 발부된 경우 그 집행과정에서 통상 수반되는 압수·수색 절차인지 여부 등에 따라 영장주의의 예외 요건을 달리 설정할 여지도 있는 점 등을 고려해 볼 때, 대상결정이 영장주의의 예외에 관한 일반적 요건을 제시하였다고 보기는 어렵다는 견해도 가능할 것으로 보인다.

라. 심판대상조항의 개선입법에 관하여

(1) 발제문에서 언급한 바와 같이 대상결정은 헌법 및 형사소송법 개정의 필요성을 언급하고 있는데, 이는 현재 결정으로서는 상당히 이례적이다. 수사기관의 피의자에 대한 강제처분에 관한 법률을 제정함에 있어서 입법자는 헌법적 특별규정인 헌법 제12조 제3항을 준수하는 범위 내에서 우리 사회의 법현실, 수사관행, 수사기관과 국민의 법의식수준 등을 종합적으로 검토한 다음 구체적인 사정에 따라서 다양한 정책적인 선택을 할 수 있으므로(헌재 2003. 12. 18. 2002헌마 593, 판례집 15-2하, 637, 648; 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마672, 판례집 24-1하, 652, 656), 심판대상조항의 개선입법이 어떠한 내용으로 이루어질지는 입법자의 재량에 맡겨져 있다고 할 수 있다.

형사소송법은 심판대상조항 이외에도 영장 없는 강제처분에 관한 규정을 두고 있는데, 긴급체포 조항을 포함하여 긴급성 요건을 명시한 개별 조항들이 있다.⁹⁾ 심판대상조항의 개선입법에는 이러한 개별 규정을 참고할 필요가 있을 것으로 생각한다.

발제문에서 언급한 형사소송법 제220조¹⁰⁾는, 형사소송법 제216조에 따라 영장 없이 압수·수색을 하는 경우에도 그 절차(관련자의 참여 기회 부여, 야간집행 제한)는 원칙적으로 준수되어야 하지만 긴급한 사정이 있는 경우에는 예외를 두겠다는 취지로 보인다. 따라서 대상결정의 취지에 따라 심판대상조항의 개선입법이 이루어지는 경우에도 형사소송법 제220조는 나름대로 독자적인 의미가 있는 조항이 아닐까 한다.

(2) 심판대상조항에 따라 체포영장 집행을 위해 타인의 주거 등을 수색하였는데 긴급성 요건이 충족되지 아니한 경우, ① 실력을 행사하여 그 수색을 저지하는 것이 가능한지(공무집행방해죄의 성립 여부와 관련), ② 그 수색 과정에서 범죄의 혐의를 입증할 만한 물건이 발견되어 이를 압수할 수 있는지(위법수집증거 배제법칙과 관련), ③ 불법수색을 통해 체포되었음을 이유로 피의자에 대한 구속 영장청구를 기각하여야 하는지 등이 문제될 수 있다. 이에 대해서는 심판대상조항에 대한 개선입법이 이루어진 이후 사안에 따라 구체적, 개별적인 검토가 필요할 것으로 보인다.

(3) 대상결정에서는 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서,

9) 제200조의3(긴급체포) ① 검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.

1. 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때

2. 피의자가 도망하거나 도망할 우려가 있는 때

제216조(영장에 의하지 아니한 강제처분) ③ 범행 중 또는 범행직후의 범죄 장소에서 긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때에는 영장없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다. 이 경우에는 사후에 지체없이 영장을 받아야 한다.

제217조(영장에 의하지 아니하는 강제처분) ① 검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 긴급히 압수할 필요가 있는 경우에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다

10) 제220조(요급처분) 제216조의 규정에 의한 처분을 하는 경우에 급속을 요하는 때에는 제123조 제2항, 제125조의 규정에 의함을 요하지 아니한다.

법관이 직권으로 발부한 구속영장을 집행하기 위하여 필요한 때에는 별도의 수색영장 없이 타인의 주거 등을 수색할 수 있도록 한 형사소송법 제137조에 대해서도 개정이 필요함을 간접적으로 언급하였다. 이에 대하여 발제문은 심판대상조항에 대한 개선입법이 이루어지는 경우에도 형사소송법 제137조의 개정까지는 필요하지 않다는 입장인 것으로 보인다. 이는 구속영장이 법원사무관 등¹¹⁾에 의해 집행되는 경우를 주로 염두에 둔 것이다.

공판단계에서 법관이 발부한 구속영장은 원칙적으로 검사가 집행을 지휘하고, 예외적으로 급속을 요하는 때에는 재판장, 수명법관, 수탁판사가 그 집행을 지휘할 수 있는데, 그 경우 법원사무관 등에게 그 집행을 명할 수 있다.¹²⁾

공판단계에서는 피고인이 불출석하거나 피고인을 법정구속하는 경우에 구속영장이 발부되는데, 전자의 경우 법관은 검사에게 그 원본을 송부하여 집행할 수 있도록 하고 있고, 후자의 경우에는 법원에 출석한 피고인에 대하여 구속영장을 집행하고 있다. 법관이 법원사무관 등에 구속영장의 집행을 명하는 경우는 후자의 경우로서,¹³⁾ 법원사무관 등에 의해 구속영장 집행이 이루어지는 경우 실무상 형사소송법 제137조에 의한 수색이 문제될 가능성은 없어 보인다. 다만 형사소송법 제137조를 개정하는 경우 수색의 주체를 제한함으로써 발제자가 지적한 바와 같은 논란이 있을 여지를 차단할 필요가 있다고 생각한다.

마. 당해사건의 후속 경과에 관하여

(1) 대상결정은 단순위헌결정을 선고할 경우 발생할 수 있는 법적 공백상태를 우려하여 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정 및 계속적용명령을 하면서, 심판대상조항이 개정될 때까지 심판대상조항은 체포영장이 발부된 피의자가 타

11) 법원서기관·법원사무관·법원주사 또는 법원주사보를 의미한다(형사소송법 제25조 제1항 참조).

12) 형사소송법 제81조(구속영장의 집행)

① 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 사법경찰관리가 집행한다. 단, 급속을 요하는 경우에는 재판장, 수명법관 또는 수탁판사가 그 집행을 지휘할 수 있다.

② 제1항 단서의 경우에는 법원사무관등에게 그 집행을 명할 수 있다. 이 경우에 법원사무관등은 그 집행에 관하여 필요한 때에는 사법경찰관리·교도관 또는 법원경위에게 보조를 요구할 수 있으며 관할 구역 외에서도 집행할 수 있다.

③ 교도소 또는 구치소에 있는 피고인에 대하여 발부된 구속영장은 검사의 지휘에 의하여 교도관이 집행한다.

13) 실무적으로는 법정구속의 경우에도 검사의 집행지휘를 받는 형식을 취하고 있으므로, 법원사무관 등이 구속영장을 집행하는 것은 극히 예외적인 경우에 속한다고 할 것이다.

인의 주거 등에 소재할 개연성이 소명되고, 그 장소를 수색하기에 앞서 별도로 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에 한하여 적용되어야 할 것이라고 설시하였다.

(2) 대상결정 선고 이후 당해 사건의 처리방안으로는 크게 다음과 같은 세가지로 상정해 볼 수 있다.

- ① 공무집행의 적법성 판단기준에 대한 법리¹⁴⁾에 따라 대상결정 선고에도 불구하고 유죄 판결을 유지하는 방안¹⁵⁾
- ② 헌법불합치결정으로서 대상결정이 가지는 기속력에 따라 무죄판결을 선고하는 방안
- ③ 구체적 사건에서 법률의 해석·적용 권한은 법원에 전속한다는 입장에 따라 합헌적 법률해석을 통하여 무죄판결을 선고하는 방안

(3) 대상결정 중 현재 2016헌가7 사건의 당해사건에서 법원은 대상결정 선고 이후인 2018. 8. 8. 원심판결을 파기하고 제청신청인에 대하여 무죄 판결을 선고하였다.¹⁶⁾

14) 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이란 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적으로도 그 권한 내에 있어야 하며, 직무행위로서의 요건과 방식을 갖추어야 하고, 공무원의 어떠한 공무집행이 적법한지 여부는 행위 당시의 구체적 상황에 기하여 객관적·합리적으로 판단하여야 하며(대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결, 대법원 2011. 4. 28. 선고 2008도4721 판결 등), 사후적으로 순수한 객관적 기준에서 판단할 것은 아니다(대법원 1991. 5. 10. 선고 91도453 판결 등).

마찬가지로 현행법 체포의 적법성은 체포 당시의 구체적 상황을 기초로 객관적으로 판단하여야 하고, 사후에 범인으로 인정되었는지에 의할 것은 아니고(대법원 2013. 8. 23. 선고 2011도4763 판결), 긴급체포의 요건을 갖추었는지 여부는 사후에 밝혀진 사정을 기초로 판단하는 것이 아니라 체포 당시의 상황을 기초로 판단하여야 하고, 이에 관한 검사나 사법경찰관 등 수사주체의 판단에는 상당한 재량의 여지가 있다고 할 것이나, 체포 당시의 상황으로 보아서도 그 요건의 충족 여부에 관한 검사나 사법경찰관의 판단이 경험칙에 비추어 현저히 합리성을 잃은 경우에는 그 체포는 위법한 체포라 할 것이다(대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결).

공무집행방해죄에서의 공무집행의 적법성을 판단할 때 공무집행의 절차상 경미한 흠에 불과한 하자가 있는 경우에는 이를 형법상 보호대상에서 제외되는 부적법한 직무행위라고 평가할 수는 없다(대법원 2007. 10. 12. 선고 2007도6088 판결 참조).

15) 이 경우 판결에는 ‘공무집행의 근거가 된 심판대상조항에 대하여 헌법불합치결정이 선고되었다고 하더라도 이로써 위 법조항을 근거로 행하여졌던 과거의 경찰의 공무집행행위가 당연히 적법성을 상실하게 된다고는 할 수 없다’는 취지의 이유가 설시될 것이다.

16) 위 무죄 판결에 대하여 검사가 상고하여 확정되지는 않은 상태이다(대법원 2018도13458). 한편 현재 2015헌바370 사건의 당해 사건에서 법원은 청구인의 위헌법률심판제청신청을 기각하면서 청구인의 항소를 기각하였는데, 청구인의 상고로 이 역시 확정되지 않은 상태이다(대법원 2015도15774).

이와 같이 당해 사건 법원은 청구인에 대하여 무죄 판결을 선고함으로써 위 ① 방안을 채택하지는 않았다.¹⁷⁾ 위 법원은 ‘타인의 주거 등을 수색하기에 앞서 별도로 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우’에 한하여 심판대상조항이 적용될 수 있다고 보면서, 당해 사건에서는 그러한 긴급한 사정이 있었다고 볼 만한 증거가 없으므로, 수사기관의 피의자 수색행위는 적법한 공무집행에 해당한다고 할 수 없고, 이를 저지한 제청신청인에 대해서는 특수공무집행방해죄가 성립하지 않는다고 판시하였다.

그런데 위 무죄 판결 이유에는, 앞서 언급한 ②, ③의 방안의 설시가 모두 담겨져 있다는 점에 특색이 있다. 즉 당해 사건 법원은 대상결정의 기속력을 인정하여 그에 따라 심판대상조항의 의미를 위와 같이 해석하면서도,¹⁸⁾ 법원의 합헌적

17) 당해 사건 법원은 이 부분 쟁점에 대해서 직접적으로 판단하지는 않았으나, 그 판결 이유를 살펴보면 이에 대하여 고민한 흔적이 엿보인다.

『영장주의를 배제하는 위헌적 법령이 시행되고 있는 동안 수사기관이 그 법령에 따라 영장 없는 체포·구금을 하였다면 법체계상 그러한 행위를 곧바로 직무범죄로 평가하기는 어렵다. 그러나 이러한 경우에도 영장주의를 배제하는 법령 자체가 위헌이라면 결국 헌법상 영장주의에 위반하여 영장 없는 체포·구금을 한 것이고 그로 인한 국민의 기본권 침해 결과는 수사기관이 직무범죄를 저지른 경우와 다르지 않다.』

18) 이 부분 판시 요지는 다음과 같다.

○ 이 사건 헌법불합치결정(대상결정)의 소급효가 미치는 범위

이 사건 헌법불합치결정에서 이 사건 법률조항(심판대상조항)의 계속 적용을 명한 부분의 효력은 ‘타인의 주거 등을 수색하기에 앞서 별도로 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우’에 한하여 미친다고 보는 것이 타당하다. 이 사건 법률조항 가운데 해석상 ‘수색에 앞서 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우’에도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있도록 허용한 부분은 적용중지 상태에 있다고 보아야 하고(헌법재판소도 앞서 살펴본 바와 같이 그 이유에서 ‘이 사건 법률조항은 체포영장이 발부된 피의자가 타인의 주거 등에 소재할 개연성이 소명되고, 그 장소를 수색하기에 앞서 별도로 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우에 한하여 적용되어야 한다’고 판시하였다), 이 사건 헌법불합치결정의 취지나 위헌심판의 구체적 규범통제 실효성 보장이라는 측면을 고려할 때, 적어도 이 사건 헌법불합치결정을 하게 된 당해 사건에 대하여는 이 사건 헌법불합치결정의 소급효가 미친다고 해석함이 타당하다(대법원 2011. 9. 29. 선고 2008두18885 판결 등 참조). 따라서 이 사건 법률조항 가운데 해석상 ‘수색에 앞서 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우’에도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있도록 허용한 부분은 이 사건 헌법불합치결정에 따라 당해 사건인 이 사건에서 소급하여 그 효력을 상실하였다.

○ 이 사건 공무집행의 적법성

이 사건 법률조항 가운데 해석상 ‘수색에 앞서 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우’에도 영장 없이 피의자 수색을 할 수 있도록 허용한 부분은 이 사건 헌법불합치결정에 따라 당해 사건인 이 사건에서 소급하여 그 효력을 상실하였으므로, 사법경찰관으로서 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 이상, 이 사건 체포영장의 집행을 위하여 원심 판시 범죄사실 기재와 같이 수색영장 없이 이 사건 건조물을 수색할 수 없다. 기록에 의하여 인정되는 사실에 의하면, 경찰이 원심 판시 범죄사실 기재 일시에 타인의 건조물인 이 사건 건조물을 수색하기에 앞서 별도로 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있었다고 볼 수 없고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

수색에 앞서 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 인정되지 않는 경우임에도 불구하고 수색영장

법률해석에 의하면 대상결정이 선고되지 않았더라도 심판대상조항을 동일하게 해석할 수 있다는 판단을 추가로 실시하였다.¹⁹⁾

추측건대, 대상결정이 가지는 기속력에 따라 무죄판결을 선고하는 경우, 구체적 사건에서 법률 해석·적용 권한은 법원에 전속한다는 대법원 판례에 배치될 수 있는 점, 현재 결정 이유에까지 기속력을 인정하게 되는 점²⁰⁾ 등의 문제점을 인식하였기 때문에, 당해 사건 법원에서 위와 같은 판단을 추가로 실시한 것으로 보인다.²¹⁾ 앞서 본 바와 같이 대상결정의 당해사건은 모두 대법원에 계속 중인데,

없이 이 사건 건조물을 수색한 행위는 이 사건 법률조항에 의하여 허용되지 아니하는 것으로서 헌법 상 영장주의에 위반하여 영장 없이 타인의 건물물 수색한 것이므로 적법한 공무집행에 해당한다고 볼 수 없다.

19) 이 부분 판시 요지는 다음과 같다.

① 형사소송법 제216조 제3항은 “범행 중 또는 범행 직후의 범죄 장소에서 ‘긴급을 요하여 법원판사의 영장을 받을 수 없는 때’에는 영장 없이 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다”라고 규정하고 있고, 형사소송법 제217조 제1항은 “검사 또는 사법경찰관은 제200조의3에 따라 체포된 자가 소유·소지 또는 보관하는 물건에 대하여 ‘긴급히 압수할 필요가 있는 경우’에는 체포한 때부터 24시간 이내에 한하여 영장 없이 압수·수색 또는 검증을 할 수 있다”라고 규정하고 있다. ② 형사소송법 제216조 제1항 제1호 중 제200조의3(긴급체포)·제212조(현행범체포)에 관한 부분은 긴급체포 및 현행범체포 그 자체에서 ‘수색에 앞서 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정’을 내포하고 있다. ③ 헌법 제16조 후문은 ‘주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다’라고만 규정하고 있을 뿐 영장주의에 대한 예외를 명문화하고 있지 아니하나, ㉠ 그 장소에 범죄혐의 등을 입증할 자료나 피의자가 존재할 개연성이 소멸되고, ㉡ ‘사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정’이 있는 경우에는 그에 대한 예외가 제한적으로 허용될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. ④ 법원이 어떠한 법률조항을 해석·적용함에 있어서 한 가지 해석방법에 의하면 헌법에 위배되는 결과가 되고 다른 해석방법에 의하면 헌법에 합치하는 것으로 볼 수 있을 때에는 위헌적인 해석을 피하고 헌법에 합치하는 해석방법을 택하여야 한다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도1362, 2015전도19 판결 등 참조). 이러한 사정들을 종합적으로 고려하여 보면, 이 사건 법률조항은 ‘타인의 주거 등을 수색하기에 앞서 별도로 수색영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있는 경우’에 한하여 적용될 수 있다고 해석함이 타당하다. 따라서 이 사건 헌법불합치결정이 선고되지 아니하였다 하더라도 긴급성의 요건을 충족하지 못한 채 영장 없이 진행된, 원심 판시 범죄사실 기재 경찰관들의 수색행위는 적법한 공무집행에 해당한다고 볼 수 없다.

20) 위헌결정, 헌법불합치결정 이유에 기속력을 인정할 것인지에 대해서는 견해의 대립이 있는데, 이 부분 쟁점에 대한 대법원의 명시적인 판단은 없으나, 대법원 판결 중에는 위헌결정의 기속력을 인정함에 있어 이유를 고려하지 않고 주문을 기준으로 판단한 사례가 확인된다(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두 21598 판결 참조).

21) 당해 사건에서 법원은 대상결정의 기속력을 인정하기 위한 근거로 대법원 2011. 9. 29. 선고 2008두 18885 판결을 참고판결로 언급하였다.

위 2008두18885 판결은, 계속적용형 헌법불합치결정 선고 이후 개선입법이 이루어졌는데 소급적용에 관하여 아무런 규정을 두지 않은 사안에서, ‘헌법불합치결정의 계기가 된 당해 사건’ 및 ‘헌법불합치결정 당시에 구법 조항의 위헌 여부가 쟁점이 되어 법원에 계속 중인 사건’에 대해서는 헌법불합치결정의 소급효가 미치고, 헌법불합치결정의 취지 등에 비추어 개선입법을 하면서 소급적용에 관한 경과조치를 두고 있지 않더라도 이들 사건에 대해서는 구법 조항을 그대로 적용할 수 없고 위헌성이 제거된 신법조항이 적용되어야 한다고 판시한 것이고(대법원 2002. 4. 2. 선고 99다3358 판결, 대법원 2006. 3. 9. 선고 2003다52647 판결을 참고 판결로 언급), 헌법불합치결정 선고 이후 개선입법이 이루어지기 전에 계속

향후 대법원에서 심판대상조항의 의미를 해석함에 있어 어떤 방안을 취할지 주목된다.

2. 2011헌가5 결정에 대하여

가. 발제문에서 적절히 지적한 바와 같이 ‘특수범죄처벌에 관한 특별법’ 제6조는 위헌적인 조항이고, 아직까지 헌법재판소에서 위 법률에 대한 위헌심사가 이루어지지 못한 점은 무척 아쉬운 부분이다.

다만, 대상결정의 당해 사건은, 망인이 심판대상조항에 근거하여 법관의 영장 없이 국가보안법위반 등의 혐의로 구속되었다가 수사를 받던 중 사망하였는데, 그 유족이 대한민국을 상대로 망인이 불법 구금되어 있던 중 사망하였다는 등의 청구원인으로 손해배상청구소송을 제기한 사안에 관한 것이다. 따라서 대상결정에서 ‘특수범죄처벌에 관한 특별법’의 관련조항이 재판의 전제성을 갖추었다고 보고 그 위헌 여부를 심사하기는 어려웠을 것으로 생각된다.

나. 구 헌법(1960. 11. 29. 헌법 제5호로 개정되고, 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 개정되기 전의 것) 제64조 제3문은 ‘계엄이 선포되었을 때에는 법률의 정하는 바에 의하여 국민의 권리나 행정기관이나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다’라고 규정하고 있었고, 1988. 2. 25. 헌법 제10호로 개정된 현행 헌법 제77조 제3항은 ‘비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다’라고 규정하고 있다.

위 각 헌법 조항은 계엄 내지 비상계엄 시에 영장주의의 예외를 허용하는 조항인데, 이에 대해서 대상결정은, 영장 없는 구속, 압수, 수색을 허용하는 심판대상조항은 그 입법목적과 그에 따른 입법자의 정책적 선택이 자의적이었는지 여부를 따질 필요도 없이 형식적으로 영장주의의 본질을 침해한다고 하지 않을 수 없다고 보면서, 계엄하의 특별한 조치의 하나로서 허용될 수 있는지에 관하여 다음과 같이 판시하였다(헌재 2012. 12. 27. 2011헌가5, 판례집 24-2하, 316, 323, 324).

적용되는 법률조항의 해석이 쟁점이 된 사안은 아니었다. 따라서 당해 사건과 위 2008두18885 사건은 사안을 달리하므로, 위 무죄 판결에서 2008두18885 판결을 참고 판결로 언급할 필요가 있었는지에 대해서는 의문이 든다.

『이 사건 법률조항(심판대상조항)과 같이 영장주의를 완전히 배제하는 특별한 조치는 비상계엄에 준하는 국가비상사태에 있어서도 가급적 회피하여야 할 것이고, 설사 그러한 조치가 허용된다고 하더라도 지극히 한시적으로 이루어져야 할 것이며, 영장 없이 이루어진 수사기관의 강제처분에 대하여는 사후적으로 조속한 시간 내에 법원에 의한 심사가 이루어질 수 있는 장치가 마련되어야 할 것임에는 의문의 여지가 없다.』

다. 영장주의와 관련하여 대상결정의 의의는, 비상사태 하에서 영장주의 예외를 인정하는 경우에도 일정한 한계가 있음을 분명히 하였다는 점에서 찾을 수 있다고 생각한다. 이후 헌법재판소는 유신헌법에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치에서 영장주의를 배제한 조항의 위헌 여부를 판단하면서 대상결정과 동일한 취지로 판시한 바 있다(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132 등, 판례집 25-1, 180, 202, 204, 206 참조).

이상과 같은 배경 하에서, 다음 사항에 대한 발제자의 의견을 여쭙어 보고자 합니다.

가. 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정이 제시한 요건(“사전에 영장을 발부받기 어려운 긴급한 사정이 있을 것”)을 영장주의의 예외 인정에 관한 일반적 요건으로 볼 것인지 아니면 위와 같은 요건이 갖추어지지 않는 경우에도 영장주의의 예외를 인정할 필요가 있으므로 대상결정이 영장주의 예외에 관한 일반적 요건을 제시하였다고 볼 수는 없는 것인지

나. 2015헌바370, 2016헌가7(병합) 결정의 당해사건에서 ‘헌법불합치결정으로 서 대상결정이 가지는 기속력에 따라 무죄판결을 선고하는 방안’과 ‘합헌적 법률 해석을 통하여 무죄판결을 선고하는 방안’ 중 어느 입장이 타당하다고 볼 것인지

헌법실무연구 수록 논문 색인(제1권~제18권)

제 1 권	제1회 발표문 (1999. 7. 2.)	택지소유상한에관한 법률의 단순위헌결정 - 현재 1999. 4. 29. 선고, 94헌바37등(병합) 결정, 판례집 11-1, 289 -	윤홍근
	제2회 발표문 (1999. 9. 3.)	음란물출판사등록취소사건 - 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327 -	이인호
	제3회 발표문 (1999. 10. 1.)	도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 - 현재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927 -	김문현
	제4회 발표문 (1999. 11. 5.)	文通事故處理特例法 제4조 제1항 및 그에 근거한 不起訴處분에 대한 憲法訴願의 適法性: 違憲決定의 遡及效 문제를 중심으로 - 현재 1996. 12. 16. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 -	박경신
	제5회 발표문 (1999. 12. 3.)	자도소주(自道燒酒)구입명령 판결에 대한 평석 - 현재 1996. 12. 16. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 -	박경신
	제6회 발표문 (2000. 1. 7.)	變形決定의 문제점	김운용
	제7회 발표문 (2000. 2. 11.)	구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력 - 현재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461 -	방승주
	제8회 발표문 (2000. 3. 10.)	선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점	이성환
	제9회 발표문 (2000. 4. 7.)	노동3권의 법적 성격과 노동단체법 - 현재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32 -	강희원
	제10회 발표문 (2000. 5. 12.)	위헌법률에 기한 처분의 집행력 허용여부에 관한 검토	남복현
	제11회 발표문 (2000. 6. 2.)	국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의에 관한 현재결정들	박승호

제 2 권	제12회 발표문 (2000. 7. 7.)	법적 안정성과 실질적 정의 - 12·12 및 5·18 사건의 경우 -	이명용
	제13회 발표문 (2000. 10. 6.)	평등의 원초적 해석과 실질적 평등의 논리적 건재 - 제대군인가산점 위헌결정 평석 -	박경신
	제14회 발표문 (2000. 11. 10.)	민주주의의 실패와 사법적극주의 - 동성동본금혼 규정에 대한 헌법재판소 결정의 의의를 중심으로 -	임지봉
	제15회 발표문 (2001. 1. 5.)	헌법상 사립학교의 자유와 헌법재판의 동향	허종렬
	제16회 발표문 (2001. 2. 2.)	청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰 - 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목등 위헌제청사건 등에 대한 평석을 중심으로 -	황성기
	제17회 발표문 (2001. 3. 2.)	헌법소원사건 결정을 통해서 본 언론에 의한 명예훼손의 법리	박선영
	제18회 발표문 (2001. 4. 6.)	서울대 입시요강사건 - 현재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 76(병합) -	정연주
	제19회 발표문 (2001. 5. 4.)	미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교	정태호
	제20회 발표문 (2001. 6. 8.)	사립대학교 재임용제의 헌법적 근거와 한계 - 사립학교법 제53조의 2의 제3항에 대한 헌법소원 결정을 중심으로 -	김종철
	제21회 발표문 (2001. 7. 6.)	가변적이고 예측 불가능한 상황에서의 헌법해석 - 현재 92헌마6 결정을 중심으로 -	박진완

제 3 권	제22회 발표문 (2001. 9. 7.)	대통령직속기관의 설치와 직무범위 - 현재 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 -	유진석
	제23회 발표문 (2001. 10. 12.)	헌법재판소와 사회적 기본권	홍성방
	제24회 발표문 (2001. 11. 2.)	과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점	김형성
	제25회 발표문 (2001. 12. 7.)	근로자의 쟁의(행위)권의 행사와 공공복리 - 현재 1996. 12. 26. 선고, 90헌바19 결정, 92헌바41 결정, 94헌바49 결정과 관련하여 -	강희원
	제26회 발표문 (2002. 2. 1.)	공법인의 기본권주체성 - 현재 2000. 11. 30. 선고, 99헌마190 결정 등과 관련하여 -	함인선
	제27회 발표문 (2002. 3. 8.)	기본권의 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 토론 - 기본권의 최대한의 보장과 제도의 최소한의 보장에 전제된 오해의 극복을 위하여 -	이중수
	제28회 발표문 (2002. 4. 12.)	헌법상 평등의 요청과 국가유공자 유가족에 대한 가산점의 문제점 - 현재 2001. 2. 22. 선고, 2000헌마25 사건에 대한 평석 -	장영수
	제29회 발표문 (2002. 6. 7.)	양심의 자유의 규범구조와 보호범위 - 준법서약제를 중심으로 -	박종보
	제30회 발표문 (2002. 7. 12.)	헌법재판에서의 가치분	황치연
	제31회 발표문 (2002. 9. 6.)	전국구비례대표제의 투표방식과 의석배분방법의 위헌결정에 대한 비판적 고찰 - 현재 2001. 7. 19. 선고, 2000헌마91 · 112 · 134(병합) -	김종철

제 4 권	제32회 발표문 (2002. 10. 11.)	가상공간에서의 표현의 자유와 청소년보호 - 99헌마480과 2001헌가27을 중심으로 -	박선영
	제33회 발표문 (2002. 11. 8.)	특별부담금의 정당화문제	김성수
	제34회 발표문 (2002. 12. 6.)	부부자산소득합산과세는 위헌인가?	이창희
	제35회 발표문 (2003. 2. 7.)	알 권리와 의사공개 원칙 - 현재 2000. 6. 29. 98헌마443 등 사건에 대한 평석 -	장영수
	제36회 발표문 (2003. 3. 7.)	憲法不合致決定에 관한 새로운 體系의 試圖	황도수
	제37회 발표문 (2003. 4. 4.)	노조법상 유니언숍제도(단결강제제도)의 위헌 여부	이승욱
	제38회 발표문 (2003. 6. 13.)	사회보장법과 세법의 기능적인 상관관계	전광석
	제39회 발표문 (2003. 7. 11.)	권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할	김하열
	제40회 발표문 (2003. 9. 19.)	우리 違憲法律審判節次 등의 審判對象	김시철

제 5 권	제41회 발표문 (2003. 10. 10.)	명예, 초상, 프라이버시 그리고 표현의 자유에 관한 비교법적 분석 - 한국, 미국, 독일, 프랑스 -	박경신
	제42회 발표문 (2003. 11. 7.)	기본권의 경합	장영철
	제43회 발표문 (2004. 2. 13.)	정당국가적 대의민주제에서의 선거와 정당에 대한 헌법재판소의 결정 평석 - 국회의원선거기탁금, 국회의원의 상임위원회 강제 사임조차, 선거권 연령 기준에 관한 판례를 중심으로 -	이덕연
	제44회 발표문 (2004. 4. 9.)	부실감사죄의 헌법재판 - 헌법재판소의 변형결정의 기속력에 대한 법이론적 이해 -	이상돈
	제45회 발표문 (2004. 5. 7.)	지방자치권에 대한 헌법상의 보장 - 강남구청과 대통령 간의 권한쟁의 (2002. 10. 31. 2001헌라1) -	이광운
	제46회 발표문 (2004. 6. 4.)	내사종결처분의 법적성질 - 2002. 10. 31. 2002헌마369, 헌법재판소 공보 제74호(2002년), 989면 -	신동운
	제47회 발표문 (2004. 7. 2.)	가족법상의 몇 가지 헌법적 문제 - 호주제의 전통성, 자녀의 성, 이혼숙려기간 -	김상용
	제48회 발표문 (2004. 9. 3.)	헌법재판소 판례의 국제법적 분석	정인섭

제 6 권	제49회 발표문 (2004. 10. 1.)	헌법재판에서의 전통에 대한 심사	윤진수
	제50회 발표문 (2004. 11. 5.)	제법상 유형화·포괄화의 이해 - 그 정당성과 한계를 중심으로 -	박종수
	제51회 발표문 (2004. 12. 3.)	헌법재판소의 정치적 역할: 제한적 적극우의를 넘어서	양 건
	제52회 발표문 (2005. 2. 18.)	탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권	정중섭
	제53회 발표문 (2005. 3. 4.)	수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토	전광석
	제54회 발표문 (2005. 4. 1.)	행정입법과 헌법재판	유지태
	제55회 발표문 (2005. 5. 6.)	양심적 병역거부권에 대한 헌법재판소결정에 대한 검토	박진완
	제56회 발표문 (2005. 6. 3.)	입헌적 공화주의의 헌법이해	이국운
	제57회 발표문 (2005. 7. 8.)	상가건물의 업종제한약정에 대한 헌법적 평가	김성태
	제58회 발표문 (2005. 9. 9.)	원고적격의 정치경제학(II): 대법원의 행정소송법 개정안에 나타난 객관소송관을 글감으로 하여	조홍식

제 7 권	제59회 발표문 (2005. 10. 11.)	수용자의 서신검열과 통신의 자유	박인수
	제60회 발표문 (2005. 11. 1.)	헌법재판소 심판사건 통계분석	송기춘
	제61회 발표문 (2005. 12. 16.)	한국에서의 자유민주주의와 헌정주의	강정인
	제62회 발표문 (2006. 2. 10.)	명의신탁 증여의제규정의 개정방안	박 훈
	제63회 발표문 (2006. 3. 10.)	지구당의 강제적 폐지의 위헌성	정태호
	제64회 발표문 (2006. 4. 7.)	법적 추론에 대한 법철학적 고찰 - 헌법의 경우 -	김현철
	제65회 발표문 (2006. 5. 12.)	명백·현존하는 위험의 원칙과 표현의 자유	임지봉
	제66회 발표문 (2006. 6. 9.)	사법적 검토의 재검토: 헌법재판과 비지배적 상호성	곽준혁
	제67회 발표문 (2006. 7. 7.)	생명헌법(bio-constitution)과 체외인공수정잔여배아(surplus embryo in vito fertilization)의 법적지위	강희원
	제68회 발표문 (2006. 9. 8.)	신뢰보호원칙에 대한 헌법재판소의 태도	박경철

제 8 권	제69회 발표문 (2006. 10. 13.)	공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례 비판	이인호
	제70회 발표문 (2006. 11. 1.)	헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권	김선택
	제71회 발표문 (2006. 12. 8.)	헌법의 경제학적 이해	신도철
	제72회 발표문 (2007. 2. 2.)	자기정보통제권에 관한 판례의 평석	권건보
	제73회 발표문 (2007. 3. 9.)	과세의 재산권적 한계	방승주
	제74회 발표문 (2007. 4. 13.)	유럽법상의 기본자유와 기본권의 관계	정문식
	제75회 발표문 (2007. 5. 11.)	병역의무와 성차별금지	김주환
		병역법 제3조 제1항에 관한 소고	윤진숙
	제76회 발표문 (2007. 6. 1.)	입헌주의와 민주주의: 그 “모순적 정합성”에 관한 소고	김성호
	제77회 발표문 (2007. 7. 6.)	행정규칙과 헌법소원심판	김중권
		행정규칙의 헌법소원 대상성	정호경
	제78회 발표문 (2007. 9. 7.)	한정위헌청구의 적법성 여부	박순성
		한정위헌청구의 적법성	황도수

제 9 권	제79회 발표문 (2007. 10. 5.)	고등학교 학생선발 및 배정방법과 학교선택권의 보장 문제	허종렬
		고등학교 평준화제도에 대한 헌법적 검토	이기우
	제80회 발표문 (2007. 11. 2.)	헌법재판소 재산권 관례의 경제학적 분석	정기화
	제81회 발표문 (2007. 12. 7.)	변호인의 조력을 받을 권리에 관한 헌법재판소 해석방법론 검토	이완규
	제82회 발표문 (2008. 3. 7.)	헌법재판에서 심판의 기준	김경제
	제83회 발표문 (2008. 4. 4.)	평등권 심사 기준과 방법의 구조화	김주환
	제84회 발표문 (2008. 5. 9.)	미국 연방대법원의 위헌심사기준으로서의 '이중 기준'	이우영
	제85회 발표문 (2008. 6. 13.)	형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부	한수용
	제86회 발표문 (2008. 7. 11.)	보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견	정태호
	제87회 발표문 (2008. 9. 19.)	미국의 사전 제재 법리와 2002년 불온통신규제결정의 재발견	박경신
제88회 발표문 (2008. 10. 10.)	조세국가의 성격 및 구조와 조세입법에 대한 합헌성 심사의 기준	차진아	

제 10 권	제89회 발표문 (2008. 11. 14.)	법률유보와 의회유보	방승주
	제90회 발표문 (2008. 12. 12.)	헌법재판소 20년 - 그 명암과 굴곡	이현환
		헌법재판 20년과 행정법	김광수
	제91회 발표문 (2009. 2. 6.)	기본권의 대사인적 효력의 적용	이준일
	제92회 발표문 (2009. 3. 6.)	공무원의 노동3권에 관한 입법형성과 그 한계	김진곤
	제93회 발표문 (2009. 4. 10.)	기본권보호의무의 심사기준으로서의 과소보호금지원칙	이부하
	제94회 발표문 (2009. 5. 1.)	불온서적 지정의 위헌성	이재승
	제95회 발표문 (2009. 6. 5.)	헌법상 제도보장에 있어서 핵심영역의 보장	김대환
	제97회 발표문 (2009. 9. 14.)	헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토	남복현
제98회 발표문 (2009. 10. 9.)	역 로빈훗 방식의 수용권행사의 위헌성	이인호	

제 11 권	제99회 발표문 (2009. 11. 6.)	구 종합부동산법 제7조 등 위헌소원사건에 대한 평석	이동식
	제100회 발표문 (2009. 12. 18.)	우리나라 헌법재판제도의 현재와 미래	김철수
	제101회 발표문 (2010. 2. 19.)	헌법불합치결정의 사례분석에 나타난 한정적 청구와 한정적 판단의 필요성 검토	남복현
	제102회 발표문 (2010. 3. 12.)	법률에 의한 쟁의행위의 금지와 근로삼권의 제한	정인섭
	제103회 발표문 (2010. 4. 16.)	인터넷과 선거운동	황성기
	제104회 발표문 (2010. 7. 2.)	헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무위반의 법적 효과	허완중
	제105회 발표문 (2010. 9. 10.)	권한쟁의심판과 법률의 위헌성 심사	차진아
	제106회 발표문 (2010. 10. 15.)	형벌조항에 대한 위헌심사와 책임주의	변종필

제 12 권	제107회 발표문 (2010. 12. 4.)	재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위: 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론	김하열
		원행정처분에 대한 헌법소원	전종익
	제108회 발표문 (2011. 2. 11.)	공무원의 충실의무와 기본권적 지위의 검토	이중수
	제109회 발표문 (2011. 3. 4.)	가산세의 법적 성격과 입법한계	김응희
	제110회 발표문 (2011. 4. 16.)	야간집회금지 헌법불합치결정에 대한 비판적 고찰	이인호
	제111회 발표문 (2011. 5. 13.)	군대내 불온서적 금지 사건 (헌재2010.10.28. 2008헌마638) 평석	김하열
	제112회 발표문 (2011. 6. 10.)	지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제	성낙인
		지방자치단체 자치권의 본질과 범위	이승환
		주민소송·주민투표·주민소환을 중심으로 한 주민참여법제 小考	김병기
		지방자치관련 권한쟁의심판사건의 주요 쟁점	노희범
		지방자치단체의 구역 및 경계에 관한 법적 과제	최우용
	제113회 발표문 (2011. 9. 8.)	현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가	지성우
	제114회 발표문 (2011. 10. 13.)	헌법재판소 미디어법 관련 권한쟁의심판사건 결정들에 대한 비판적 검토	임지봉

제 13 권	제115회 발표문 (2011. 11. 10.)	헌법불합치결정과 그에 대한 국회 및 법원의 반응 - 2006년 6월 이후의 위헌법률심판 ("헌기" 및 "헌바") 사건을 중심으로 -	방승주
	제116회 발표문 (2011. 12. 9.)	불매운동의 표현행위의 업무방해죄 구성과 합헌적 법률해석의 통제기준 - 서울중앙지방법원 2009노677 판결을 중심으로 -	김진한
		소비자불매운동 규제의 헌법적 한계에 대한 비교법적 고찰 - 영미법을 중심으로 -	박경신
	제117회 발표문 (2012. 3. 15.)	법률에 대한 위헌심사의 기준, 도구(방법), 척도 - 현재 2010.9.2. 2010헌마418 결정에 대한 비판적 고찰 -	김현철
	제118회 발표문 (2012. 4. 12.)	인터넷 선거운동의 헌법적 쟁점에 관한 검토 - 현재 2011.12.29. 2007헌마1001 등 결정을 중심으로 -	조소영
	제119회 발표문 (2012. 5. 10.)	친일재산 국가귀속 특별법의 헌법적 쟁점 - 현재 2011.3.31. 2008헌바141 사건 등을 중심으로 -	이경주
	제120회 발표문 (2012. 6. 14.)	외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰 - 현재 2011.9.29. 2007헌마1083 등 (외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인 사건) 의 관련 법리분석을 중심으로 -	정태호
	제121회 발표문 (2012. 9. 12.)	일본군 위안부사건에 대한 헌법재판소 결정의 평석	이승우
	제122회 발표문 (2012. 10. 11.)	포괄위임금지원칙의 심사기준	전종익
	제123회 발표문 (2012. 11. 8.)	구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토 - 현재 2012.5.31. 2009헌바123 · 126(병합) 사건 등을 중심으로 -	방승주

제 14 권	제124회 발표문 (2012. 12. 13.)	정치과정의 개방성 관점에서 본 시민의 정치적 자유 - 최근의 헌법재판소 결정들에 대한 검토를 중심으로 -	윤영미
	제125회 발표문 (2013. 3. 14.)	한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위 - 현재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에 대한 평석 -	정광현
	제126회 발표문 (2013. 4. 11.)	헌법상 평등의 이념과 심사기준 - 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기 -	김진욱
	제127회 발표문 (2013. 5. 9.)	국가주의와 주민통제 - 주민등록법의 헌법문제를 중심으로 -	한상희
	제128회 발표문 (2013. 6. 21.)	성매매 처벌의 문제점과 대안	이경재
	제129회 발표문 (2013. 9. 4.)	동성혼과 평등권 심사기준 - 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로 -	김지혜
	제130회 발표문 (2013. 10. 10.)	헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타난 문제점 - 성기구 사건(현재 2013. 8. 29. 2011헌바176)에 대한 평석을 중심으로 -	임지봉
	제131회 발표문 (2013. 11. 14.)	국가목표조항의 기능과 심사기준	명재진

제 15 권	제132회 발표문 (2013. 12. 6.)	자유, 복지, 평등	황도수
		복지 생산을 위한 공·사 기능 분담 - 헌법 해석적 접근 -	장철준
		복지국가와 복지수급권의 보장 - 신뢰보호원칙과 재산권보장을 중심으로 -	이준일
	제133회 발표문 (2014. 3. 13.)	2006헌마328 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사 건에 대한 비판적 검토	정주백
	제134회 발표문 (2014. 4. 10.)	긴급조치 위헌 결정의 문제점 - 심판기준과 심판기관을 중심으로 -	김경제
	제135회 발표문 (2014. 5. 21.)	헌법불합치결정의 문제점	전상현
	제136회 발표문 (2014. 6. 25.)	선거의 민주성과 공정성의 관계 - 공직선거법 제93조 제1항 위헌소원(현재 2014.4.24. 2011헌바17 · 2012헌바391(병합))을 중심으로 -	오동석
	제137회 발표문 (2014. 8. 29.)	형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점 - 위헌결정의 소급효제한과 그 제한시점을 중심으로 -	남복현
		최고재판소판례상 인권해석의 최근경향과 그 문제점	戸波江二 (토나미 코지)
		헌법소송문의 위헌심사기준에 관한 학설·판례의 동향	小山剛 (고야마 고우)
	제138회 발표문 (2014. 10. 23.)	재산권의 특수성에 관한 고찰	이황희
	제139회 발표문 (2014. 11. 14.)	불확실성 시대의 위험과 국가의 역할	노진철
	제140회 발표문 (2014. 10. 23.)	유럽인권재판소를 통해 살펴본 지역인권보장체계	김성진
		아시아 지역의 인권기구 설립방안	이상경
헌법재판에서 국제인권규범의 법원성 검토		김용훈	

제 16 권	제141회 발표문 (2015. 3. 12.)	사립학교 규제에 대한 헌법재판소 심사기준의 비판적 검토	이명웅
	제142회 발표문 (2015. 4. 10.)	청소년 보호와 국가후견주의의 한계 - 현재 2014.4.24. 2011헌마659 등, 청소년보호법 제23조의3등 위헌확인의 평석을 중심으로 -	황성기
	제143회 발표문 (2015. 5. 7.)	잊혀질 권리의 헌법적 검토	문재완
	제144회 발표문 (2015. 6. 25.)	보안처분의 확대를 통한 형벌의 강화와 범죄에 대한 국가책임의 회피 - ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’에 관한 판례 평석을 중심으로 -	이준일
	제145회 발표문 (2015. 9. 24.)	헌법소원심판절차에서 심판비용부담 재판이 필요한지 여부 (현재 2015.5.28. 2012헌사496 참조)	최희준
	제146회 발표문 (2015. 10. 16.)	독일 통일 과정과 통일 후 헌법적 문제 - 독일연방헌법재판소의 역할을 중심으로-	배보운
	제147회 발표문 (2015. 11. 13.)	난민신청자의 지위와 권리에 관한 헌법적 검토	김선희
	제148회 발표문 (2015. 12. 11.)	헌법재판과 언론	박재현
박용현			

제 17 권	제149회 발표문 (2016. 3. 10.)	<p>상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제</p> <p>- 헌법재판소 판례이론을 중심으로 -</p>	이종훈
	제150회 발표문 (2016. 4. 28.)	<p>대한민국 헌법 개정의 역사</p> <p>- 정치적 상황을 중심으로 -</p>	서중석
		<p>조선법운용</p> <p>- 경국대전을 중심으로 -</p>	이이화
	제151회 발표문 (2016. 5. 25.)	<p>명확성원칙에 대한 재검토</p>	김경목
	제152회 발표문 (2016. 7. 13.)	<p>미국의 선거자금규제 판례와 표현의 자유</p> <p>- 역사적 배경과 판례를 중심으로 -</p>	임성희
	제153회 발표문 (2016. 9. 21.)	<p>혐오표현과 표현의 자유</p> <p>- 혐오표현에 대한 규제 찬반론을 중심으로 -</p>	우승아
	제154회 발표문 (2016. 10. 26.)	<p>유럽연합의 유연성</p> <p>- 안정성 균형의 실험과 노동의 대안 -</p>	조돈문
	제155회 발표문 (2016. 11. 23.)	<p>헌법재판소 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제</p>	신권철

제 18 권	제156회 발표문 (2017. 4. 12.)	민주주의의 과거, 현재, 미래/ 책임정부론	박상훈
	제157회 발표문 (2017. 5. 12.)	헌법재판과 공적 참여	이항희
	제158회 발표문 (2017. 6. 9.)	사인에 대한 기본권의 효력	이노홍
	제159회 발표문 (2017. 8. 30.)	외국인의 기본권 주체성	정광현
	제160회 발표문 (2017. 9. 26.)	과잉금지원칙의 논증구조	이재홍
	제161회 발표문 (2017. 11. 8.)	형벌법규 위헌심사기준에 대한 비판적 검토	오영신
	제162회 발표문 (2017. 12. 13.)	정치적 기본권과 헌법재판소	서복경

헌법실무연구 제19권 (2018년)

2019년 5월 인쇄

2019년 5월 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

인쇄 성문인쇄사 02.2272.7553

(비매품)

