

발 간 등 록 번 호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

憲法論叢

第30輯



憲法裁判所

目 次

1. 기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석 許完重	5
2. 입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석	李煌熙 61
3. 개인정보자기결정권에 관한 검토	盧賢淑 ... 109
4. 혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰	韓渭洙 ... 141
5. 다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법 해석의 당위성	朴燦柱 ... 201
〈附 錄〉 憲法論叢 收錄 論文索引	273

기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석

Auslegung von Art. 37 Abs. 2 Südkoreanische Verfassung
durch Ausweitung des Begriffs des Grundrechtseingriffs

許完重(Heo, Wan-Jung)

全南大學校 法學專門大學院 副教授

－ 目 次 －

I. 머리말 - 아직도 혼란스러운 헌법 제37조 제2항의 해석	9
II. 기본권 제한의 의의	11
1. 기본권의 개념	11
2. 제한의 전통적 개념	12
III. 제한의 내용	13
1. 제한 대상	13
2. 제한 개념 확장	14
가. 보호영역을 전제로 한 전통적 제한 개념 확장 필요성	14
나. 보호영역 확정과 제한의 구별	16

다. 기본권과 법률상 권리의 구별	17
라. 기본권구체화적 법률유보에 따른 헌법상 입법위임의 의미	19
3. 기본권의 법적 유형에 따른 제한의 내용	20
가. 평등권	20
나. 참정권과 청구권 그리고 사회권	21
IV. ‘필요한 경우에 한하여’의 해석	23
1. 비례성원칙의 개념	23
2. 목적의 정당성	26
가. 의의	26
나. 국가안전보장	28
다. 질서유지	29
라. 공공복리	29
3. 수단의 비례성	29
가. 자유권 - 과잉금지원칙	29
나. 평등권 - 자의금지원칙과 비례성원칙	34
다. 참정권과 청구권 그리고 사회권 - 과잉금지원칙 확장 적용	41
V. 자유와 권리의 본질적인 내용	44
1. 의의와 기능	44
2. 대상	46
3. 내용	47
가. 절대설	47
나. 상대설	48
다. 절충설	48
라. 헌법재판소 판례	49
마. 사건	49
4. 기본권의 법적 유형에 따른 본질적인 내용	50
VI. 맺음말 - 기본권의 법적 유형에 따라 해석하여야 할 헌법 제37조 제2항	51

기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석

- * 국문초록 및 주제어 53
- * 독문초록 및 주제어 55
- * 참고문헌 57

I. 머리말 – 아직도 혼란스러운 헌법 제37조 제2항의 해석

한국 헌법은 일반적 법률유보 없이 개별적 법률유보만 둔 독일 기본법과 달리 모든 기본권을 제한할 근거를 제공하면서(일반적 기본권제한적 법률유보) 기본권 제한의 한계를 설정하는 헌법 제37조 제2항이 있다.¹⁾ 기본권 제한의 한계를 설정한다는 점에서 헌법 제37조 제2항은 기본권을 임의로 제한할 수 있는 백지위임은 아니다.²⁾ 그리고 독일 기본법은 나치 경험 때문에 사회권을 기본법에 규정하는 것을 포기하고 자유권을 중심으로 기본권규정을 채운다. 하지만 한국 헌법 제2장 국민의 권리와 의무에는 다양한 종류의 기본권이 규정되어 있다. 자유권이 중심이 된 독일 기본법의 기본권 해석은 당연히 자유권을 토대로 전개된다. 게다가 기본권 제한이라는 개념 자체가 자유권 해석과 관련하여 고안되고 발전한 것이다. 현재 한국에서 기본권 제한과 관련하여 논의되는 내용 대부분은 이러한 독일의 기본권해석론이 수용된 것이다. 하지만 독일의 기본권해석론 자체가 명확하게 정리된 것이 아닐 뿐 아니라 미국과 프랑스, 일본 등의 다른 나라 해석론까지 수용되면서 어지러운 모습을 보인다. 여기에는 이승만 문민독재와 박정희 및 전두환의 군사독재를 거치면서 기본권이 제대로 보장되지 않았던

- 1) 현재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 374; 김대환, 「헌법 제37조」, 『헌법주석[I]』, 박영사, 2013, 1179쪽; 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018, 261쪽; 같은 사람, 「법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사」, 『고려법학』 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 45쪽; 문재완, 「비례원칙의 과도한 팽창」, 『세계헌법연구』 제24권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2018, 23쪽; 정극원, 「헌법규범의 근거로서 공공복리」, 『토지공법연구』 제48집, 한국토지공법학회, 2010, 539쪽; 황치연, 「헌법과 과잉금지」, 『헌법학도의 길』, 한국학술정보, 2005, 21쪽.
- 2) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rdnr. 319 (콘라드 헷세, 계희열 역, 『통일독일헌법원론』, 박영사, 2001, 204쪽) 참조.

불행한 헌법사가 남긴 기본권해석의 추상화와 형식화도 한몫한다.

모든 기본권을 제한할 가능성을 제공하는 헌법 제37조 제2항의 존재와 사회권까지 아우르는 한국 헌법의 기본권목록은 독일 기본권해석론을 한국 헌법의 기본권 해석에 그대로 원용하는 것을 주저하게 만든다. 그리고 독일 기본법과 달리 기본권의 인권적 유래성을 강조하고 헌법 제10조와 제37조 제1항을 통해서 기본권의 실정성 완화를 꾀하는 한국 헌법의 태도는 기본권 보장 측면을 강화하는 해석을 요구한다. 또한, 이승만의 문민독재와 박정희 및 전두환의 군부독재를 뚫고 촛불혁명까지 이룬 한국 헌법사를 맞닥뜨리면 기본권 제한에 신중에 신중을 기하는 것이 당연한 것으로 보인다.

이러한 한국 헌법과 독일 기본법의 차이 때문에 기본권해석이 같을 수 없다는 인식 아래 여기서는 헌법 제37조 제2항을 해석하는 독자적인 체계를 세우고자 한다. 이러한 체계는 기본권 제한을 기본권 형성 및 실현적 구체화와 명확하게 구별하는 관점에 토대를 두려고 한다. 이것은 자유권에 기초한 기본권 제한에서 벗어나 모든 기본권에 적용할 수 있는 제한 개념을 찾고자 하는 것이다. 특히 기본권 제한을 기본권 형성 및 실현적 구체화와 명확하게 구별하지 않음으로써 기본권 제한 심사를 이유 없이 완화된 학설과 판례를 비판하는 것을 출발점으로 삼는다. 이러한 제한 개념 확장은 한국에서도 이미 평등권에서는 헌법재판소 판례로 자리잡은 것으로 볼 수 있다. 다만, 여기서는 체계를 세우는 데 집중하고 이를 바탕으로 한 개별 기본권에 대한 심사기준 고찰은 다음 연구과제로 넘긴다.

II. 기본권 제한의 의의

1. 기본권의 개념

기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리이다. 따라서 기본권은 반드시 헌법에 근거가 있어야 한다. 그런데 1948년 헌법을 제정하고 나서 9차례 개정을 거쳐 현행헌법까지 ‘기본권’이라는 용어는 대한민국헌법에 수용되지 않았다. 자유와 권리 그리고 기본적 인권이라는 용어만 대한민국헌법에서 발견된다. 넓은 뜻의 권리는 자유와 좁은 뜻의 권리를 아우르는 것으로서 기본적 인권을 가리킨다. 자유는 인권에서 직접 유래하는 헌법적 권리를 총칭하고, 좁은 뜻의 권리는 인권에서 직접 유래하지 않는 헌법적 권리를 아우른다. 기본적 인권은 헌법이 보장하는 모든 권리를 뜻한다.³⁾

기본권 개념과 관련하여 기본권의 법적 유형(Rechtskategorie)과 기본권의 법적 성격(Rechtscharakter)은 구별되어야 한다. 기본권의 법적 유형은 헌법에 규정된 기본권목록을 개인과 국가의 관계에 따라 체계적으로 구성한 것이다. 자유권, 평등권, 참정권, 청구권, 사회권 등의 용어는 이러한 기본권의 법적 유형을 나타낸다. 이와 비교해서 기본권의 법적 성격은 개별 기본권의 기능과 성격 등에 따라 기본권을 파악하는 것을 말한다. 방어권, 급부청구권, 결정참가권, 법적 지위 등의 용어는 이러한 기본권의 법적 성격을 가리킨다. 기본권의 법적 성격은 기본권의 법적 유형과 무관한 것으로 예를 들어 자유권에 해당하는 개별 기본권에서도 그 법적 성격에 따라 방어권, 급부청구권, 결정참가권, 법적 지위 등이 전부나 일부 도출될 수 있다.

3) 자유와 권리 그리고 기본적 인권에 관해서 자세한 검토는 허완중, 『자유와 권리 그리고 기본적 인권』, 『성균관법학』 제20권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2008, 531~558쪽.

따라서 기본권의 법적 유형과 기본권의 법적 성격은 엄격하게 구분하여 논의하고 분류하여야 한다. 기본권의 법적 유형과 관련하여 자유권은 국가의 구속에서 벗어나기 위한 기본적 권리이고, 평등권은 정당하지 않은 차별을 받지 않을 기본적 권리이다. 그리고 참정권은 국가의사 결정에 적극적으로 참여하는 기본적 권리이고, 청구권은 권리구제를 위한 기본적 권리이며, 사회권은 생활의 기본조건 마련을 위한 기본적 권리이다.

2. 제한의 전통적 개념

기본권의 제약과 제한 그리고 침해는 독일에서 자유권을 대상으로 발전한 개념이다. 이러한 전통적 개념을 따르면 기본권 제약은 기본권의 보호 영역에 속하는 개인의 행동(태도)을 국가가 전부나 일부 저지하는 것을 말한다. 따라서 기본권 제약은 반드시 보호영역을 전제한다. 기본권 제약은 개별적으로(행정처분, 판결 등)나 일반적으로(법률, 법규명령, 자치법규 등) 가능하다. 이러한 기본권 제약이 정당성을 인정받으면 기본권 제한이고, 기본권 제약의 한계를 넘으면 기본권 침해이다. 즉 합법인 기본권 제약이 기본권 제한이고, 위법인 기본권 제약이 기본권 침해이다. 기본권 제한은 입법자가 기본권 내용을 행사할 수 있도록 법률을 만드는 기본권실현적 구체화나 입법자가 기본권 내용을 법률로 확정하는 기본권 형성과 구별된다. 기본권실현적 구체화나 기본권 형성은 선존하는, 즉 이미 존재하는 보호영역에 아무런 영향을 미치지 않고, 오히려 개인이 기본권을 실현하고 행사할 수 있도록 그러한 행동(태도)을 가능하도록 하기 때문이다. 기본권 형성은 재산권과 사회권에서, 기본권실현적 구체화는 참정권과 청구권에서 주로 이루어진다.

법률에 따라 참정권이나 청구권을 실현적 구체화를 하거나 사회권을 형성할 때 많은 경우 ‘실현적 구체화’나 ‘형성’은 ‘제한’을 동반한다는 주장

이 있다.⁴⁾ 이러한 견해는 먼저 보호영역 확정과 제약이나 제한을 구별하는 전통적 개념에 어긋난다. 보호하는 범위나 영역이 한정되거나 확정되어야 비로소 개별 기본권이 인정되는데, 제약이나 제한은 이러한 한정된 영역을 전제하여 이루어진다. 보호영역이 없거나 확정되지 않으면 제약이나 제한은 있을 수 없다. 따라서 실현적 구체화나 형성이 개별 기본권의 내용을 확정한다면 이것은 보호영역 확정일 수는 있어도 제약이나 제한일 수는 없다. 설사 이때 제약이나 제한을 인정한다고 하더라도 무엇을 제약하거나 제한하는지가 문제 된다. 이러한 점에서 최소한 전통적인 제약이나 제한 개념을 버리거나 확장하지 않는다면 제약이나 제한이 실현적 구체화나 형성과 동시에 나타난다고 보기 어렵다. 또한, 이러한 주장을 따르면 심지어 개별 기본권의 보호영역을 좁게 확정하는 것은 물론 개별 기본권의 보호영역을 넓게 확정하는 것도 제한으로 볼 여지가 생긴다. 이렇게 되면 보호영역 확정과 제한의 경계는 무너질 수밖에 없다.

Ⅲ. 제한의 내용

1. 제한 대상

헌법 제37조 제2항 해석과 관련하여 기본권 제한 대상이 되는 것은 자유권만인지 아니면 모든 기본권인지에 관해서 견해가 갈린다. 먼저 자유권만 성질상 제한 대상이 된다는 견해가 있다.⁵⁾ 이 견해를 따르면 자유권 성

4) 예를 들어 법률에 따라 참정권, 청구권, 사회권을 형성한다고 할 때 많은 경우 ‘형성’은 동시에 ‘제한’의 성격도 지닐 것이라는 견해[김하열(주 1, 헌법강의), 270쪽; 같은 사람(주 1, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사), 47~48쪽]가 있다.

5) 한수용, 『헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위』, 『저스티스』 제95호, 한국법학원, 2006, 15쪽; 같은 사람, 『헌법학(제9판)』, 법문사, 2019, 501~502쪽; 한태연, 『헌법학』, 법문사, 1977, 905쪽. 이를 따르는 견해로는 문재완(주 1), 33~34쪽.

질상 한계가 없으므로 자유권만 제한 대상이 된다. 이에 반해서 법이 비로소 창설하는 기본권은 법에 따라 그 구체적 내용이 설정되므로 기존 내용에 대한 제약을 전제로 하는 제한은 문제 되지 않는다고 한다. 이 견해는 자유권에서 비롯한 전통적인 제한 개념을 고수하면서 이를 바탕으로 제한이 되는 기본권을 자유권에 국한한다. 그러나 자유권을 포함한 모든 기본권을 헌법이 보장하고, 그 헌법적 보장은 공익과 충돌할 때 제한될 수 있음을 전제하므로(기본권의 상대성) 모든 기본권은 제한 대상이 될 수 있다. 헌법 제37조 제2항도 기본권 제한 대상으로 “국민의 모든 자유와 권리”라고 규정한다. ‘모든 자유와 권리’는 헌법이 보장하는 모든 기본권을 가리킨다. 여기서 자유는 인권에서 직접 유래하는 자유권과 평등권을, 권리는 인권에서 직접 유래하지 않는 참정권과 청구권 그리고 사회권을 뜻한다. 또한, 자유권에서 제한 개념이 시작되었다고 하여 제한이 오로지 자유권의 전유물이라고 볼 수도 없고, 사회권 없이 자유권만을 규정한 독일 기본법에 따른 기본권해석론을 사회권을 비롯한 다양한 기본권을 규정한 한국 헌법에 그대로 원용하는 것은 문제가 있다. 다만, 자유권 가운데도 성질상 제한이 불가능한 자유권(예를 들어 인간의 존엄과 가치, 내면적·정신적 자유)은 제한 대상이 될 수 없다.⁶⁾

2. 제한 개념 확장

가. 보호영역을 전제로 한 전통적 제한 개념 확장 필요성

전통적인 제한 개념은 자유권을 토대로 한다. 그래서 제한은 보호영역이

6) 같은 견해: 계희열, 『헌법학(중)(신정2판)』, 박영사, 2007, 132쪽; 권영성, 『헌법학원론(개정판)』, 법문사, 2010, 350쪽; 김철수, 『학설·판례 헌법학(상)』, 박영사, 2008, 445~446쪽; 문홍주, 『제6공화국 한국헌법』, 해암사, 1987, 350~351쪽; 성낙인, 『헌법학(제19판)』, 법문사, 2019, 961쪽; 심경수, 『헌법』, 법문사, 2018, 159쪽.

선존한다는 것에서 출발한다. 다시 말해서 자유권의 보호영역은 헌법, 즉 기본권규정을 해석하여 확정할 수 있다는 것을 전제하고 이를 바탕으로 제한이 논의된다. 이에 따라 자유권에서는 ‘선존하는 보호영역’을 건드리는 불리한 작용 중 헌법적 정당성을 인정받은 것이 제한이다. 따라서 보호영역이 확정되지 않으면 개념적 측면에서 제한은 있을 수 없다. 하지만 평등권에서는 보호영역 자체가 없고, 참정권과 청구권 그리고 사회권에서는 헌법, 즉 기본권규정 해석만으로는 보호영역이 확정되지 않는다. 그래서 보호영역 선존을 전제로 한 제한 개념을 그대로 유지하면 자유권을 제외한 기본권에서는, 심지어 자유권에 속하는 재산권에서도 제한은 없다. 여기서 전통적 제한 개념 확장이 필요하다. 이러한 개념을 통해서 자유권이 아닌 다른 기본권에서 제한을 찾을 수 없기 때문이다. 그러나 이러한 해석은 헌법 제37조 제2항의 명문에 어긋난다. 그러므로 보호영역 선존이라는 요건을 완화하는 것, 정확하게 말해서 헌법 해석을 통해서 보호영역이 확정되어야 한다는 요건을 수정하여야 한다. 헌법에 따른 보호영역 확정이라는 요건을 고수하지 않으면, 다른 기본권에서도 제한을 인정할 길이 열린다. 즉 보호영역 자체가 없어서 보호영역을 다른 것으로 대체하는 길밖에 없는 평등권을 제외한 다른 기본권에는 법률로 확정되는 보호영역이 있다. 따라서 보호영역을 확정하는 기준을 헌법뿐 아니라 (헌법의 위임을 받은) 법률까지 확장한다면 참정권과 청구권 그리고 사회권에서도 제한을 인정할 수 있다. 다시 말하면 보호영역 선존이라는 요건을 헌법이든 법률이든 상관없이 보호영역이 제한 이전에 확정된다는 것으로 이해한다면 자유권에 국한된 전통적인 제한 개념은 참정권과 청구권 그리고 사회권까지 확대 적용될 수 있다.

나. 보호영역 확정과 제한의 구별

보호영역은 개별 기본권에 특유한 사항적·내용적 범위이다. 따라서 기본권의 보호영역은 기본권규정이 보호하는 생활영역, 즉 기본권규정이 삶의 현실 가운데서 보호대상으로 잘라내는 단면을 가리킨다. 보호영역은 제약 대상으로서 제한을 통해서 축소될 수 있으므로 잠정적으로 보호되는 개별 기본권의 최대영역이다. 그래서 기본권문제 해결은 보호영역 확정과 동시에 시작된다. 개인이 어떠한 기본권을 원용(주장)할 수 있는지는 그의 행동(태도)이 어떠한 기본권의 보호영역에 속하는지에 의존하기 때문이다. 기본권의 보호영역은 개별 기본권에 따라 별도로 확정되어야 한다.

전통적으로 자유권 침해 여부는 ‘보호영역 해당 여부 - 제약 존재 여부 - 제약의 정당성’의 3단계로 심사한다. 자유권 제약은 자유권의 보호영역에 속하는 개인의 행동(태도)을 전제로 한다. 따라서 보호영역 확정과 제약은 명확하게 구별되고 보호영역 확정은 언제나 제약보다 먼저 이루어진다. 이러한 보호영역 확정과 제약의 엄격한 구별을 유지한다면 참정권과 청구권 그리고 사회권에서 기본권을 규율하는 법률도 보호영역을 확정하는 법률과 기본권을 제약하는 법률로 나눌 수 있다. 이러한 구별은 법률유보의 구별과 일치한다.

법률유보는 입법자에게 일정한 권한을 위임하는 것이다. 이러한 법률유보는 헌법제정자가 기도한 목적에 따라 기본권제한적 법률유보와 기본권구체화적 법률유보로 구별할 수 있다. 기본권제한적 법률유보는 입법자에게 기본권을 제한하는 권한을 부여하는 것이고, 기본권구체화적 법률유보는 입법자에게 기본권의 보호영역을 확정하거나 형성하는 권한을 부여하는 것이다. 기본권구체화적 법률유보에는 기본권실현적 법률유보와 기본권형성적 법률유보가 있다. 기본권실현적 법률유보는 입법권자에게 확정된 기본권 내용을 행사할 수 있도록 법률을 제정하게 하는 것을 말한다. 참정권과

청구권의 법률유보가 기본권실현적 법률유보에 해당한다. 기본권형성적 법률유보는 입법권자에게 기본권의 내용을 확정하도록 수권하는 것을 말한다. 기본권형성적 법률유보는 재산권과 사회권에서 볼 수 있다.

기본권제한적 법률유보에 따라 제정된 법률은 기본권을 제한하는 내용을 담는다. 그리고 기본권구체화적 법률유보에 따라 제정된 법률은 기본권의 보호영역을 확정한다. 서로 다른 내용을 담고 있어서 기본권제한적 법률유보와 기본권구체화적 법률유보는 병존할 수 있다. 다만, 제약보다 보호영역 확정이 우선하므로 기본권규정을 통해서 확정되지 않은 내용과 관련하여서는 해당 기본권의 보호영역을 확정하는 법률이 없는 한 해당 기본권을 제약하는 법률은 제정될 수 없다.

다. 기본권과 법률상 권리의 구별

입법권을 부여받은 입법자(헌법 제40조)는 헌법과 충돌하지 않는 범위에서 모든 법적 사항을 규율하는 법률을 만들 수 있다. 따라서 입법자는 헌법이 규정한 기본권에 포섭되지 않는 새로운 권리를 창조할 수 있다. 이러한 권리는 법률에 근거를 둔 권리라는 점에 비추어 법률상 권리⁷⁾라고 할 수 있다. 법률상 권리는 헌법에서 직접적으로는 물론 간접적으로도 도출되지 않는 권리로서 법률이 보장하는 권리, 즉 법률적 효력이 있는 권리이다.⁸⁾

기본권과 법률상 권리를 나누는 실익은 먼저 헌법소원심판 대상은 기본권이라는 것이다. 법률상 권리는 행정소송 대상이 될 뿐이다. 그리고 법률상 권리는 기본권적 보호를 받지 못한다. 즉 입법자는 원칙적으로 헌법 제

7) 법률적 권리라고 부르는 견해로는 이장희, 『기본권의 개념 및 인정기준과 법률적 권리의 관계』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.

8) 이상 허왕중, 「법률이 형성한 법적 지위의 기본권적 보호」, 『헌법학연구』 제25권 제2호, 한국헌법학회, 2019, 197쪽.

37조 제2항에 따라 기본권을 제한할 수 있을 뿐이지만, 법률상 권리는 헌법 제37조 제2항에 따른 제한 없이 입법자가 언제든지 자유롭게 창설하거나 축소하거나 폐지할 수 있다. 즉 입법자는 기본권에 내용상으로 구속되지만, 법률상 권리의 내용은 입법적 규율 대상으로서 입법자의 입법재량 아래에 있다.⁹⁾

기본권을 제한하는 법률과 마찬가지로 기본권의 보호영역을 확정하는 법률도 헌법상 근거가 있어야 한다. 즉 기본권의 보호영역을 확정하는 법률은 반드시 기본권구체화적 법률유보를 전제한다. 기본권구체화적 법률유보를 전제하지 않는 기본권의 보호영역을 확정하는 법률은 법률상 권리를 규율하는 법률에 그친다. 따라서 이러한 법률의 내용은 기본권적 보호, 즉 헌법 제37조 제2항의 적용을 받지 못한다. 기본권구체화적 법률유보에 따라 제정된 법률이 기본권의 보호영역을 확정하면 이러한 내용도 기본권적 지위를 얻는다. 이러한 내용도 보호영역으로서 엄연히 기본권의 일부이지 법률상 권리 내용에 불과한 것은 아니다. 즉 이러한 내용은 기본권구체화적 법률유보규정을 타고 들어가 기본권의 내용이 된다. 다만, 이때 해당 법률은 합헌이어야 한다. 즉 위헌법률의 내용은 기본권의 내용이 될 수 없다. 입법자가 기본권구체화적 법률유보에 따른 입법 의무를 이행하지 않거나 불완전하게 이행하면 이러한 진정입법부작위나 부진정입법부작위는 헌법에 어긋난다.¹⁰⁾

이러한 이해와 관련하여 기본권적 지위를 형성하는 법률에 헌법적 서열을 부여하여 헌법과 법률의 구별을 무시한다는 비판이 있다.¹¹⁾ 그러나 기

9) 이상 허완중(주 8), 197~198쪽.

10) 이상 허완중(주 8), 202~203쪽.

11) Peter-Michael Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991, S. 185; Bodo Pieroth, Besprechung von: Gertrude Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, in: AöR 115 (1990), S. 519; Gerhard Robbers, Buchbesprechung von: Gertrude Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, in: DÖV 1989,

본권적 지위를 형성하는 법률이 헌법의 서열을 얻는 것은 아니다. 이러한 법률을 통해서 확정된 기본권의 보호영역이 헌법의 서열을 얻는다. 기본권적 지위를 형성하는 법률은 헌법적 서열이 아니라 헌법적 보호를 얻을 뿐이다. 그래서 입법자는 이러한 법률을 개정할 수 있다. 따라서 이러한 이해는 헌법과 법률에 다른 효력상 서열을 인정하는 규범위계질서를 건드리지 않는다.¹²⁾ 결과적으로 이러한 법률 자체는 헌법적 지위를 얻지 못하지만, 그 내용이 헌법위임규정을 타고 기본권 보호영역을 구성함으로써 간접적으로 헌법적 지위에 근접하는 지위를 얻을 뿐이다. 여기서 헌법적 지위에 근접한다는 것은 헌법적 효력이 있다는 것이 아니라 헌법적 보호를 받는다는 것임을 잊지 말아야 한다.¹³⁾

라. 기본권구체화적 법률유보에 따른 헌법상 입법위임의 의미

기본권실현구체화적 법률과 기본권형성적 법률에서 이루어지는 입법형성권 행사는 순수한 입법적 창조가 아니라 헌법의 1차적 해석이다. 그러므로 이러한 법률이 규정한 내용은 기본권에 덧붙이는 것이 아니라 기본권 자체이다. 그래서 헌법이 기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 입법자에게 위임한다고 하여 기본권실현적 구체화나 기본권 형성의 대상이 되는 기본권이 법률상 권리로 추락하지 않는다. 오히려 입법자가 기본권실현적 구체화하거나 기본권을 형성하는 내용이 기본권 내용으로 흡수된다. 이로 말미암아 입법자가 기본권에 관한 사항을 규율하여도 해당 기본권 내용은 헌법상 권리로서 입법자를 구속한다.¹⁴⁾

헌법이 기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 입법자에게 위임한다는 것

S. 688.

12) Gerrit Manssen, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, Tübingen 1994, S. 172.

13) 이상 허완중(주 8), 203~204쪽.

14) 이상 허완중(주 8), 201~202쪽.

이 기본권의 내용을 입법자에게 전적으로 맡긴다는 것으로 볼 수 없다. 이것은 입법자에게 일정한 지침을 내리면서 입법 의무를 부과하는 것이다. 이 때 입법지침은 당연히 헌법 자체에서 도출된다. 이러한 지침은 일정한 보호수준이나 보호상태를 하한으로 하면서 최대한 보호를 지향하는 충실한 보장에 관한 것이다. 구체적인 지침내용은 해당 기본권규정에서 해석을 통해서 파악되어야 한다. 따라서 입법자는 제한 없는 입법재량을 부여받는 것이 아니라 일정한 범위 안에서 결정재량이 있을 뿐이다. 특히 의무라는 측면에서 입법위임에 따라 입법자가 만든 법률을 대체 없이 옹골계(완벽하게) 폐지하는 것은 입법 의무 위반으로 당연히 허용되지 않는다.¹⁵⁾

기본권의 객관법적 측면에서 입법자에게 의무로서 위임된 내용은 일단 이행됨으로써 완수되지 않는다. 입법자가 헌법위임에 충실한 법률을 제정하고 나서도 헌법위임은 입법자에게 존속위임으로 남는다. 즉 입법자에 대한 헌법위임은 일단 제정된 법률 존속 측면에서 (최초의) 형성의무 대신에 효력 유지의 적극적 의무로 위임내용이 바뀌어 존속된다.¹⁶⁾

3. 기본권의 법적 유형에 따른 제한의 내용

가. 평등권

평등권은 자유권과 달리 보호할 특정한 생활영역, 즉 보호영역이 없다. 따라서 평등권은 특정한 보호영역을 보호하는 것이 아니라 ‘상대적’ 또는 ‘관계적’ 지위를 보호할 뿐이다. 그러므로 평등권을 침해한다는 것은 해당 법률(조항) 자체가 위헌이라는 것이 아니라 규율관계가 위헌이라는 것을 뜻한다. 그래서 자유권에서는 보호영역을 침해하는 특정 행위 자체가 금지

15) 이상 허완중(주 8), 202쪽.

16) 이상 허완중(주 8), 202쪽.

되어 절대적 헌법 위반이 문제 되지만, 평등권에서는 상대적 헌법 위반이 문제 된다. 구체적으로 평등권에서는 특정 보호영역을 건드리는 것을 문제 삼는 것이 아니라 관계를 전제로 한 차별 문제를 다룬다. 따라서 평등권에서는 보호영역 자체가 처음부터 문제 되지 않는다. 그래서 평등권에서는 ‘정의 기준에 부합하는 대우’를 보호영역으로, ‘외견상 차별대우’를 제약으로 간주하여 헌법적으로 정당성이 인정되는 차별대우를 제한으로 이해한다.

나. 참정권과 청구권 그리고 사회권

참정권과 청구권 그리고 사회권에서는 헌법, 즉 기본권규정 해석만으로는 보호영역이 확정되지 않는다. 법률을 통해서 실현적 구체화를 하거나 형성을 하여야 비로소 참정권과 청구권 그리고 사회권의 보호영역이 확정된다. 전통적 제한이나 침해는 보호영역을 전제한다. 이러한 점에서 실현적 구체화나 형성은 제한이나 침해의 전제나 선행이 될 수 있을 뿐이다. 그러므로 실현적 구체화나 형성의 불충분이 제한이나 침해가 될 수는 없다.¹⁷⁾ 즉 전통적 제한이나 침해 개념을 고수한다면 참정권과 청구권 그리고 사회권에서는 제한이나 침해가 문제 되지 않는다.¹⁸⁾ 이러한 점에서 기본권의

17) 그러나 기본권 제한은 자유권에 대한 제한뿐 아니라 그 밖의 기본권에 대한 국가의 부실한 형성을 통해서 발생하는 기본권의 미실현(일정한 수준의 기본권 보장에 미달하는 국가의 형성)도 해당한다는 견해(정문식, 『헌법 제37조 제2항 ‘필요한 경우에 한하여’의 의미』, 『한양법학』, 제27집, 한양법학회, 2009, 19~20쪽)와 급부권의 구체적인 내용 형성에서 그 최대한 보장에 미달하는 형성은 제한으로 볼 수 있다는 견해(손상식, 『법률에 의해 구체화되는 기본권의 심사기준과 심사강도』, 『법학연구』 제43집, 전북대학교 법학연구소, 2014, 131쪽)도 있다.

18) 예를 들어 ‘제한’이라는 개념 자체가 ‘헌법에 의하여 주어진 어떠한 권리’를 전제하고 나서 이를 감축시키는 것을 뜻하므로, 헌법이 스스로 권리를 부여한 바가 없고, 법률에 따라서 정해진 바가 그 권리의 내용을 구성하는 것이라면, 기본권 제한이라는 관념 자체가 성립할 수 없다는 견해(정주백, 『과잉금지원칙에 관한 관견』, 『헌법재판연구』 제2권 제2호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 264쪽)와 기본권 제한은

실현적 구체화나 형성을 하면 기본권 제한도 함께 이루어진다는 주장¹⁹⁾은 개념적으로 문제가 있다. 제한은 보호할 대상이나 영역을 전제하는데 실현적 구체화나 형성이 필요한 기본권에는 그러한 대상이나 영역이 선존하지 않고 실현적 구체화나 형성이 있고 나서 비로소 보호할 대상이나 영역이 확정되어 제한이 문제 되기 때문이다. 즉 실현적 구체화나 형성이 선행되고 나서 제한이나 침해가 이루어질 수는 있으나, 형성이나 실현적 구체화 없이 제한이나 침해가 이루어질 수는 없다.

자유권을 토대로 생겨난 제한 개념을 다른 기본권에 확장할 때 기존 개념을 철저히 고수하기는 어렵다. 따라서 전통적 개념에서 ‘헌법에 따라 확정된 보호영역’이라는 요건을 ‘헌법으로, 즉 헌법에 따라서나 헌법에 근거하여 확정된 보호영역’으로 대체한다면 참정권과 청구권 그리고 사회권에서 제한을 생각할 수 있다. 즉 보호영역에 대한 불리한 작용이라는 개념을 유지하는 한 참정권과 청구권 그리고 사회권에서는 ‘기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 통해서 확정된 보호영역’을 건드리는 불리한 작용 중 헌법적 정당성을 인정받은 것을 제한으로 볼 수 있다. 헌법 제37조 제2항은 제한에 관한 규정이다. 실현적 구체화나 형성은 개별 기본권규정과 관련된 것으로서 헌법 제37조 제2항과 관련이 없다. 즉 헌법 제37조 제2항은 기본권제한적 법률유보에 해당한다. 실현적 구체화나 형성과 제한을 구별

기본권의 보호범위에 대한 제한을 뜻하며, ‘이미 존재하는 것’만 제한될 수 있다는 견해[한수웅(주 5, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위), 16~17쪽]가 있다.

19) 예를 들어 법률에 따라 참정권, 청구권, 사회권을 형성한다고 할 때 많은 경우 ‘형성’은 동시에 ‘제한’의 성격도 지닐 것이라는 견해[김하열(주 1, 헌법강의), 270쪽; 같은 사람(주 1, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사), 47~48쪽]와 자유권과 같은 소극적 기본권에서 제한은 축소나 박탈을 뜻하지만, 적극적 기본권에서 제한의 의미는 최대한 보장에 미달하는 형성이라는 의미가 있다는 견해가 있다(노희범, 『기본권의 제한과 형성-합헌성 심사기준을 중심으로-』, 『헌법논총』 제18집, 헌법재판소, 2007, 143쪽).

하는 것은 헌법 제37조 제2항이 일반적 제한적 법률유보를 규정하고, 예외적으로 개별 기본권규정에 개별적 제한적 법률유보를 규정을 두지만, 실현적 구체화나 형성에 관한 근거 규정은 일반적 규정 없이 오로지 개별적 규정만 든다는 점에서도 도출할 수 있다. 즉 제한은 모든 기본권에서 이루어질 수 있지만, 실현적 구체화나 형성은 모든 기본권에서 이루어지는 것은 아니다. 또한, 헌법 제37조 제1항에 따라 헌법에 열거되지 아니한 권리도 기본권으로서 보호받을 수 있는데, 기본권으로 헌법이 명시하였는데도 기본권적 보호를 받지 못한다는 것은 이해하기 어렵다. 기본권의 보호영역은 (재산권을 제외한) 자유권에서는 헌법 스스로 확정하지만, (평등권을 제외한) 그 밖의 기본권 보호영역 확정은 헌법상 입법위임을 받아 입법자가 법률로 확정할 수도 있다. 헌법상 입법위임을 받아 입법자가 확정한 기본권 보호영역도 기본권적 보호를 누릴 수 있다.²⁰⁾

IV. ‘필요한 경우에 한하여’의 해석

1. 비례성원칙의 개념

헌법 제37조 제2항은 ‘필요한 경우’에 기본권을 제한할 수 있다고 규정한다. ‘필요한 경우’란 보호하려는 구체적 법익을 위해서 다른 방법으로는 달성할 수 없는 때를 말하고, 기본권을 제한할 때도 그 제한은 최소한도에 그쳐야 한다는 것을 말한다. 곧 ‘필요한 경우’란 기본권을 제한할 때 비례성원칙을 지켜야 한다는 것을 헌법에 명문으로 규정한 것이다. 비례성원칙은 경찰행정법에서 비롯하였다. 비례성원칙은 법치국가원리, 더 근본적으로는 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피한 한도 안에서만 공권력이 제한할

20) 헌재 1996. 4. 25. 94헌마129, 판례집 8-1, 449, 463 참조.

수 있다는 기본권의 본질 자체에서 도출된다.²¹⁾ 헌법재판소는 과잉금지원칙을 비례성원칙과 같은 것으로 보면서 그 요소로서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 든다.²²⁾ 헌법재판소가 (입법) 목적의 정당성을 비례성원칙의 요소로 드는 것은 한국 헌법이 제37조 제2항에서 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위해서”라는 명문을 규정할 때를 두고 있으므로 보인다.²³⁾²⁴⁾

그러나 비례성원칙은 목적과 수단의 관계를 심사하는 모든 기준을 아우르는 것으로 이해하여 과잉금지원칙은 물론 다른 심사기준도 포함하는 상위개념으로 이해하는 것이 비례성원칙의 기본개념에 대한 충실성과 개념구별의 용이성이라는 측면에서 타당하다고 생각한다.²⁵⁾ 즉 목적과 수단 사이에 합리적 비례관계에 있어야 한다는 비례성원칙의 본뜻을 살려서 비례성원칙을 기본권 제한과 관련하여 목적과 수단의 관계를 심사하는 모든 기준을 아우르는 개념으로 이해하여야 할 것이다. 그리고 헌법 제37조 제2항의 ‘필요한 경우에 한하여’에서 오로지 과잉금지원칙만 도출된다고 볼 수 없다. 제한되는 기본권이 ‘자유권’에 국한되는 것이 아니라 ‘자유와 권리’이고, 기본권은 국가의 적극적 작위뿐 아니라 소극적 부작위를 통해서도

21) 홍성방, 『헌법학(상)(제3판)』, 현암사, 2016, 483쪽.

22) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260.

23) 홍성방(주 21), 486쪽.

24) 이상 허원중, 「사형제도의 위헌성」, 『법학논총』 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 132~133쪽.

25) 같은 견해: 이준일, 「헌법상 비례성원칙」, 『공법연구』 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009, 35~38쪽; 정문식(주 17), 18~20쪽. 헌법 제37조 제2항은 단일의 고정된 위헌심사기준만 있는 것이 아니라 기본권의 종류에 따라, 때에 따라서는 개별 기본권의 구체적 내용에 따라서는 달리 적용되는 복수의 위헌심사기준을 포괄적으로 제시한다고 하면서, 이를 ‘필요성원칙’이라고 부르는 견해로는 김하열(주 1, 헌법강의), 279~280쪽. 비례성원칙을 심사강도에 따라 ① 적합성심사, ② 적합성과 좁은 의미의 비례성심사, ③ 적합성, 필요성, 좁은 의미의 비례성심사, ④ 최적화명령으로서 비례성심사로 나누는 견해로는 공진성, 「최적화명령으로서 비례성원칙과 기본권심사의 강도」, 『논문집』 제53집, 육군제3사관학교, 2001, 293~296쪽.

제한될 수 있기 때문이다. 또한, 비례성원칙은 목적과 수단의 관계를 전제로 한다는 점에서 과잉금지원칙에 목적의 정당성은 포섭될 수 없다.²⁶⁾ 결국, 목적의 정당성은 별도로 심사되어야 하고, 과잉금지원칙은 수단의 적합성, 최소제약성²⁷⁾(필요성), 법익균형성(상당성)으로 이루어진다고 보아야 할

-
- 26) 비례성원칙은 구조상 관계의 개념, 즉 관계를 전제로 하므로 관계 개념을 처음부터 배제하는 목적의 정당성은 비례성원칙의 부분원칙에 포함되지 않고, 목적 설정은 정책수립 문제로서 입법자의 고유한 권한영역에 속하여 헌법재판소가 통제할 수 없는 영역으로 보아야 하므로 목적의 정당성은 비례성심사 대상이 될 수 없다는 견해(이준일, 『헌법학강의(제6판)』, 홍문사, 2015, 350쪽), 과잉금지원칙은 목적과 수단의 상관관계에 관한 것이므로 목적 그 자체의 정당성을 묻는 목적의 정당성은 엄밀한 의미에서 과잉금지원칙에 속하지 않는다는 견해[한수용(주 5, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위), 9쪽; 같은 사람(주 5, 헌법학), 486쪽], 목적의 정당성을 과잉금지원칙에 포함하지 않는 것이 논리적으로 타당하나, 목적의 정당성을 비례성원칙에 포함하여 목적을 심사하든, 별도로 분리하여 심사하든 차이점과 실익이 별로 없고, 여기서 특별한 문제점이 발생하지 않으며, 목적과 수단 사이의 밀접한 상호연관성 때문에 비례성원칙 테두리 안에서 목적을 심사하는 것이 오히려 유익할 수 있다는 견해(최갑선, 『비례의 원칙에 따른 법률의 위헌심사』, 『공법연구』 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997, 658쪽), 과잉금지원칙은 기본권제한적 법률의 방법적 한계를 심사하는 기준이고, 기본권 제한의 목적은 헌법이 명시하는 목적이 있을 것을 요구하므로 과잉금지원칙에 목적의 정당성을 포함하는 것은 잘못된 것이라는 견해(정종섭, 『헌법학원론(제12판)』, 박영사, 2018, 383쪽), 헌법 제37조 제2항이 기본권 제한의 목적을 따로 규정하고, 비례성이라는 말 자체가 관계를 전제하므로 관계 개념을 전제하지 않는 목적의 정당성은 비례성의 부분원칙이 될 수 없다는 견해[공진성(주 25), 290쪽], 과잉금지원칙의 기능영역은 목적과 수단의 관계에서 목적 통제에 관한 것이 아니라 수단 통제에 관한 것이므로 목적의 정당성 심사는 과잉금지원칙의 내용이 될 수 없다는 견해(황치연, 「과잉금지원칙 - 현재 1990. 9. 3. 89헌가95, 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판 -」, 『헌법재판 주요선례연구 1』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012, 253쪽), 목적의 정당성은 헌법적 수권의 문제이고, 목적과 수단 사이의 상관관계를 심사하는 비례성 심사와 관계가 없으므로 비례성원칙의 내용에 포함하는 것은 적절하지 못하다는 견해[문재완(주 1), 26~27쪽] 등이 있다.
- 27) 일반적으로 ‘최소침해성’이나 ‘침해의 최소성’이라는 용어를 사용하지만, ‘침해’라는 용어에는 위법이라는 뜻이 내포되어서 위헌 여부를 판단하는 과정에서는 이러한 용어가 적절하지 않다. 따라서 중립적인 뜻을 품은 ‘최소제약성’이라는 용어를 사용하고자 한다.

것이다. 헌법 제37조 제2항도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리와 필요한 경우를 명확하게 나누어 규정함으로써 양자를 구별한다. 참고로 과잉금지원칙의 내용은 구체적으로 확정되거나 고정되지 않아서 개별 기본권의 본질과 기본권규정, 기본권관계의 유형 등에 맞게 채워 넣어야 하는 백지규범이다.²⁸⁾

2. 목적의 정당성

가. 의의

기본권제한적 법률유보에서 헌법제정권자가 달성하려는 궁극적 목적은 기본권을 최대한 존중하면서도 헌법이 보호하는 그 밖의 법익, 기본원칙, 제도 등을 기본권적 가치와 조화로운 방법을 입법권자에게 모색시킴으로써 헌법적 가치를 전체적으로 그리고 통일적으로 실현하려는 것이다. 따라서 입법자는 기본권을 제한하는 법률을 제정할 때 헌법이 제시하는 목적을 존중하여야 한다. 입법목적은 법률 자체에서 내재적으로 밝혀지거나 입법자료를 통해서 찾을 수 있다. 입법자의 입법형성의 자유는 입법목적 선택의 자유도 포함한다. 목적의 정당성은 국민의 기본권을 제한하는 법률은 그 목적이 헌법과 법률의 체계 안에서 정당성을 인정받으라고 요구한다. 이때 정당성은 그 자체의 목적이 정당하여야 할 뿐 아니라 헌법에 규정된 다른 헌법이념·헌법원리와의 배치되어서는 안 된다는 것을 뜻한다.²⁹⁾ 입법자가 하나의 법률을 통해서 여러 목적을 추구할 때는 모든 목적이 정당하지 않아 비로소 목적의 정당성이 부정된다. 헌법 제37조 제2항은 이러한 기본

28) 이상 허완중, 『사형제도의 위헌성』, 『법학논총』 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 133~134쪽.

29) 이상 허완중, 『사형제도의 위헌성』, 『법학논총』 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 134쪽.

권 제한 목적으로 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 든다. 이는 헌법이 규정하는 자유와 권리의 제한 목적이고, 기본권 보장을 유일한 목적으로 하는 헌법에서 자유와 권리의 제한은 예외이며, 이러한 목적 자체가 포괄적이라는 점에서 기본권 제한의 목적은 이 3가지에 한정되어야 할 것이다.³⁰⁾

국가안전보장과 질서유지는 소극적인 개념이지만, 공공복리는 적극적인 개념이다. 이러한 분류에 대해서 기본권 제한의 적극적 목적과 소극적 목적을 나누는 것 자체가 곤란한 것이 보통이고, 공공복리의 본래 의미를 보아도 공공복리가 국가공동체가 추구하는 적극적 목적만을 뜻한다고 볼 근거가 없으며, 오히려 어의상 국가안전보장과 질서유지도 공공복리의 부분적인 내용이라고 할 수 있어서 이들을 공공복리의 한 예시라고 파악하는 것이 자연스럽다는 비판이 있다.³¹⁾ 그러나 먼저 구별의 곤란성이 구별할 수 없음을 뜻하지 않고, 헌법 제23조 제2항에 비추어 헌법은 공익에 대응될 수 있는 넓은 뜻의 공공복리가 국가안전보장과 질서유지 그리고 좁은 뜻의 공공복리를 아우르는 것으로 보아 넓은 뜻의 공공복리와 좁은 뜻의 공공복리를 구별하는 것으로 보아야 하고, 좁은 뜻의 공공복리는 국가안전보장 및 질서유지와 맺는 관계 속에서 이해되어야 한다는 점에서 이러한 구별은 가능하다고 생각한다.

30) 같은 견해: 김대환(주 1), 1182쪽; 이부하, 「비례성원칙과 과소보호금지원칙」, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 280~281쪽; 정주백(주 18), 252쪽. 입법자가 입법을 통해서 추구할 수 있는 정당한 목적은 헌법이 스스로 명시적으로 언급하는 특정 공익이나 목적 또는 헌법해석을 통해서 도출할 수 있는 목적에 제한되지 않고, 입법자는 헌법 한계 안에서 스스로 공익을 정할 수 있다는 견해도 있다[한수웅(주 5, 헌법학), 488~489쪽]. 그러나 헌법이 열거한 목적의 포괄성과 입법자의 통제 필요성에 비추어 이러한 견해는 타당하다고 보기 어렵다. 헌법 제37조 제2항의 제한 목적을 예시로 본다고 볼 수 있는 헌법재판소 판례로는 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 693.

31) 조한상, 「헌법 제37조 제2항 공공복리 개념에 관한 고찰」, 『헌법학연구』 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006, 91쪽.

목적의 정당성은 기본권 제한에서만 문제 되는 것은 아니다. 즉 기본권 실현적 구체화나 기본권 형성에서도 목적의 정당성은 요구된다. 그러나 이것이 기본권실현적 구체화나 기본권 형성에도 비례성원칙이 적용되어야 함을 뜻하지는 않는다. 위헌심사기준은 각 행위에 따라 달라질 수 있기 때문이다.

나. 국가안전보장

국가안전보장은 국가 독립, 영토 보존, 헌법과 법률의 규범력 유지, 헌법 기관 유지를 뜻한다. 헌법재판소도 “헌법 제37조 제2항에서 기본권 제한의 근거로 제시하고 있는 국가의 안전보장의 개념은 국가의 존립·헌법의 기본질서의 유지 등을 포함하는 개념으로서 결국 국가의 독립, 영토의 보존, 헌법과 법률의 기능, 헌법에 따라 설치된 국가기관의 유지 등의 의미로 이해될 수 있다”고 한다.³²⁾ 국가안전보장은 외적 안전으로 이해될 수 있다. 외적 안전은 외부 위협을 제거하여 국가의 존립과 질서를 유지하는 것을 말한다.³³⁾ 한국 헌법은 1948년 헌법부터 1962년 헌법까지는 기본권 제한 요건으로서 질서유지와 공공복리만 규정하였고, 국가안전보장은 질서유지에 포함되는 것으로 이해하였다. 그러나 1972년 헌법에서 국가안전보장을 기본권 제한 요건으로 분리해 규정하여 현재까지 이어진다. 이러한 헌법사에 비추어 국가안전보장은 대내적 질서를 의미하는 질서유지와 구별되어 외부의 위협에서 국가질서를 지키는 것을 말한다.

32) 헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 90. 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 판례집 16-2상, 141, 153: “국가의 존립과 영토의 보존, 국민의 생명·안전의 수호를 위한 불가결한 전제조건이자 모든 국민이 자유를 행사하기 위한 기본적 전제조건으로서 헌법이 이를 명문으로 규정하는가와 관계없이 헌법상 인정되는 중대한 법익”

33) 허완중, 『국가의 목적이면서 과제이고 의무인 안전보장』, 『강원법학』 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015, 75쪽.

다. 질서유지

질서유지는 사회적 안녕질서를 말한다. 질서유지는 국가안전보장과 구별되어 국가 내부질서를 유지하는 것을 말한다. 여기에는 경찰법적 의미의 공공질서도 포함된다.³⁴⁾ 질서유지는 내적 안전으로 이해될 수 있다. 내적 안전은 국가 내부에서 공공질서를 형성하고 유지하여 내적 평화를 확보하는 것을 말한다. 내적 안전은 개인의 자유와 권리 행사를 위한 전제이다. 내적 안전의 핵심 과제는 자유와 권리 행사를 위협하고 침해하는 모든 형태의 제약행위에 대한 대응이기 때문이다. 내적 안전에는 물리적 안전과 법치국가적 안전이 포함된다.³⁵⁾

라. 공공복리

공공복리는 사회공동체의 상호이익, 즉 국민 공동 이익을 말하는 것으로 사회국가적 개념이다. 따라서 공공복리 내용은 사회적 정의 이념에 따라 결정되어야 한다. 추상적인 사회적 정의 원칙은 언제나 있지만, 그 구체적 내용은 언제나 같은 것으로 있는 것이 아니라 구체적 상황에 따라 바뀐다.³⁶⁾

3. 수단의 비례성

가. 자유권 - 과잉금지원칙

자유권에서 이루어지는 과잉금지심사는 단계 심사이다. 즉 앞 단계 충족

34) 같은 견해: 계획열(주 6), 140쪽; 장영수, 『헌법학(제11판)』, 홍문사, 2019, 520쪽; 홍성방(주 21), 480쪽.

35) 이상 허완중(주 33), 73~74쪽.

36) 홍성방(주 21), 481쪽.

은 다음 단계 심사의 전제이다.³⁷⁾ 그러나 헌법재판소는 많은 결정에서 관행적으로 모든 단계 심사를 한다. 때로는 두 단계씩 묶어서 심사하기도 한다. 그러나 이것은 단계 심사라는 과잉심사의 본질에 어긋난다. 다만, 재입법이나 법률 개선에 관한 기준을 제시하기 위해서 모든 단계 심사를 할 수는 있다. 과잉금지심사의 출발점은 제약이 따르는 목적이다.³⁸⁾

(1) 수단의 적합성

수단의 적합성(방법의 적절성)은 법률이 규정한 수단이 법률이 추구하는 목적을 달성하는 데 유효할 것을 요구한다. 수단의 적합성에서는 입법목적과 제약수단의 관계만 판단한다. 이때 입법자가 선택한 수단이 입법목적을 달성하는 데 이바지하는지(효과가 있는지)만 판단한다. 수단이 반드시 가장 효과적이거나 가장 적합하여야 하는 것은 아니다. 즉 입법 목적을 응급계(완벽하게) 달성하라고 요구하는 것이 아니고, 입법 목적을 부분적으로 실현할 때도 적합성 요건은 충족될 수 있다.³⁹⁾ 사안이 너무 복잡하거나 전문적이어서 목적과 수단 사이의 관련성에 관한 판단이 어려우면 입법자의 판단을 존중하여야 한다. 즉 입법자의 판단이 잘못되었음을 증명하지 못하면 수단의 적합성은 부정되지 않는다. 따라서 일반적으로 사법통제는 수단이 입법 목적을 달성하는 데 ‘명백하게 부적합한지’에 국한된다. 다시 말하면 의도된 목적 달성을 어렵게 하거나 목적 달성에 아무런 효과가 없을 때만 수단은 부적합하다.⁴⁰⁾ 이러한 점에서 적합성 요구는 최적화명령이

37) 같은 견해: 정문식(주 17), 25~26쪽. 그러나 일정한 목적을 실현하는 가장 효과적인 수단과 다른 일정한 목적에 대한 피해를 가장 적게 만드는 수단이 일치하는 경우가 발생할 수 있어서, 적합성에 관한 심사와 필요성에 관한 심사를 반드시 ‘순차적으로’ 할 필요는 없다는 견해도 있다[이준일(주 25), 34쪽].

38) Michael Sachs, II. Der Bund und die Länder, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2018, Art. 20 Rdnr. 149.

39) 최갑선(주 26), 661~662쪽.

40) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, München

아니다.⁴¹⁾ 입법자가 입법목적을 달성하려고 적합한 수단을 선택할 때 그러한 판단은 미래예측적 성격이 있다. 그래서 입법자는 법률효과를 판단할 때 재량이 인정되고, 그에 따라 이러한 판단에 대한 사법통제는 제한된다. 이러한 입법자의 재량은 법적 규율대상의 특성과 입법자의 정확한 판단 가능성, 관련 법익의 의미에 따라 달라진다.⁴²⁾ 선택된 수단이 입법목적을 달성하는 데 적합하여야 함은 당연하지만, 그 수단이 목적 달성을 위해서 유일무이한 것일 필요는 없다. 국가가 어떠한 목적을 달성하는 것이 하나의 수단만으로 가능할 수도 있지만, 여러 가지 수단을 병과하여야 할 때도 있기 때문이다. 물론 여러 가지 수단을 병과할 때 그 모두가 목적에 적합하고 필요한 한도 안의 것이어야 한다.⁴³⁾ 헌법재판소가 수단의 적합성을 판단하는 시점을 판단 시점이 아닌 입법자가 법률을 제정할 당시를 기준으로 하여야 한다는 주장이 있다.⁴⁴⁾ 하지만 위헌 여부 판단에서는 원시적 위헌 뿐 아니라 후발적 위헌도 문제가 된다는 점에서 법률 제정 시점이 아니라 법률 적용 시점이 기준이 되어야 할 것이다.

(2) 최소제약성

최소제약성(필요성)은 기본권을 제한하는 수단을 선택할 때 최소한으로 제한하는 수단을 선택하라고 요구한다. 따라서 선택한 수단보다 기본권을 덜 제한하면서 같은 결과나 더 나은 결과를 얻을 수 있다면 최소제약성 요건은 충족되지 않는다. 즉 입법대안이 선택된 수단만큼 혹은 그 이상 효율

1994, S. 776.

41) 이부하(주 30), 287쪽; Michael Sachs (Anm. 38), Rdnr. 150. 그러나 수단의 적합성을 단순히 효과적인 수단만을 요구하지 않고, 다양한 효과적인 수단 가운데 가장 효과적인 수단을 선택하도록 요구하는 것(최대화명령)으로 이해하는 견해도 있다[이준일(주 25), 30~31쪽].

42) 계획열(주 6), 156~157쪽; 최갑선(주 26), 662쪽.

43) 현재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 379.

44) 이준일(주 25), 32~33쪽.

적으로 입법목적을 달성하면서 기본권을 제약하지 않거나 선택된 수단보다 덜 기본권을 제약하면 최소제약성 요건에 어긋난다.⁴⁵⁾ 여기서는 최소제약성이라는 용어와 달리 제약이 최소한인지를 심사하지 않는다. 헌법재판소가 침해의 최소성이라는 이름 아래 기본권을 필요 최소한도로 침해하는지를 판단하는 것은 이러한 용어에 관한 오해와 더불어 침해의 최소성과 법익의 균형성을 별도로 심사하지 않고 함께 심사하는 관행도 한몫하는 것으로 보인다. 비교대상이 되는 대안은 입법자가 본래 선택한 수단과 같은 정도의 효과, 즉 같은 정도의 입법목적 달성을 전제한다. 이는 단순히 기본권을 제약당하는 개인의 이익이 얼마나 적은지에만 초점을 두지 않는다는 것이다. 입법대안을 찾을 수 없으면 최소제약성은 충족된다. 최소제약성은 당

45) 최소제약성 심사를 “목적 달성을 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지’를 심사하는 정도로 완화”하는 헌법재판소 판례(헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198; 헌재 2008. 5. 29. 2007헌마248, 판례집 20-1하, 287, 296; 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 256; 헌재 2012. 2. 23. 2009헌마318, 판례집 24-1상, 261, 276)는 문제가 있다. 이러한 심사는 목적과 수단의 비교를 근간으로 하는 최소제약성 심사에 들어맞지 않기 때문이다. 최소제약성과 법익균형성을 엄격하게 구별하여 법익균형성 심사를 충실히 하여야 한다는 주장으로는 헌재 2017. 8. 31. 2016헌바447, 판례집 29-2상, 363, 375-378 재판관 이진성의 보충의견; 이재홍, 「과잉금지원칙의 논증구조」, 『저스티스』 163호, 한국법학원, 2017, 75~131쪽. 이러한 완화한 심사는 ① 논리적으로 불가능하거나 ② 방법의 적절성 심사와 같거나 그보다 ‘필연적으로 약한’ 심사만을 인정하는 것인데, 방법의 적합성 심사는 ‘논리상’ 심사기준으로 기능하지도 못한다는 점에서, 결국 완화한 심사는 사실상 논리적이고 실질적인 심사기준이 될 수 있는 유일한 것을 포기하는 논리형식이어서 그 자체로서 위헌판단을 거부하는 것과 다를 바 없다는 견해로는 정주백(주 18), 262~263쪽.

그리고 헌법재판소는 직업행사의 자유에 관한 과잉금지원칙을 심사할 때 피해의 최소성 판단에서 입법재량의 허용 범위를 고려하여 구체적으로는 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는지’라는 명백성 통제에 그치는 때도 있다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 434; 헌재 2011. 8. 30. 2009헌마638, 판례집 23-2상, 460, 474). 이에 대해서는 결국 과잉금지원칙을 적용하지 아니하겠다는 것과 마찬가지로 평가가 있다[정주백(주 18), 264쪽].

연히 수단의 적합성을 전제한다. 입법대안은 같거나 더 효율적이어야 하므로, 더 많은 대가를 요구하여서는 아니 된다. 기본권을 최소한으로 제한하는 수단을 확정할 때 그 제한이 관련자에게 미치는 효과뿐 아니라 일반에 미치는 불이익도 함께 고려하여야 한다. 최소제약성에서는 제약의 임의성이나 필수성,⁴⁶⁾ 원칙-예외 관계,⁴⁷⁾ 인적·사항적 적용범위 제한 가능성,⁴⁸⁾ 완화책 존재 여부⁴⁹⁾ 등을 주로 심사한다.⁵⁰⁾ 최소제약성 요건을 충족하는 복수의 수단이 있을 수 있으므로, 최소제약성 요건 충족 여부를 판단할 때 입법자에게 평가 여지가 주어진다. 따라서 기본권을 최소한으로 제한하는 다른 수단이 명백하게 확인되면 그 법률적 규율이 최소제약성을 충족하지 않는다고 판단할 수 있다.⁵¹⁾ 기본권 제한은 기본권 행사 ‘방법’에 관해서 할 수도 있고, 기본권 행사 ‘여부’에 관해서 할 수도 있다. 최소제약성 관점에서 입법자는 기본권을 덜 제한하는 기본권 행사 ‘방법’을 규제하여 입법목적 달성을 수 있는지를 먼저 시도하고, 이러한 방법으로 입법목적 달성이 어려우면 그다음 단계인 기본권 행사 ‘여부’를 규제하여야 한다.⁵²⁾ 수단의 적합성 정도가 같으면 제약 정도가 가장 적은 수단이 최소제약성을 충족하고, 제약 정도가 같으면 적합성 정도가 가장 큰 수단이 최소제약성을 충족한다.

(3) 법익균형성

법익균형성(좁은 뜻의 비례성, 상당성)은 수단이 달성하려는 목적과 상당

46) 헌재 2007. 5. 31. 2007헌바3, 공보 128, 589, 593.

47) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 38-39.

48) 헌재 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211, 222.

49) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 956.

50) 김하열(주 1, 헌법강의), 287~288쪽.

51) 계희열(주 6), 158쪽.

52) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 556.

한 비례관계에 있을 것을 요구한다. 즉 일반을 위해서 달성하고자 하는 이익보다 제한되는 개인 희생이 더 커서는 안 된다. 법익균형성은 제약이 추구하는 목적과 관련이 있어야 한다는 것, 제약이 전체 평가에서 적절하고 (따라서) 관련자에게 수인을 기대할 수 있어야 한다는 것을 전제한다.⁵³⁾ 여기서 기본권 제약이 개인에게 초래하는 피해와 그 제약을 통해서 추구하는 목적이 올바르게 형량되고 양자가 균형을 이루어야 한다.⁵⁴⁾ 제약되는 기본권적 법익의 중요도, 기본권 제약 정도와 이것을 정당화하는 사유의 비중, 수단을 통해서 촉진되는 법익과 제약에 따르는 보상, 법익의 긴급성과 확실성, 대체 가능성 등을 종합적으로 형량하여 수인한도 안에 있어야 한다. 목적과 수단을 형량하는 가장 중요한 기준은 각 법익이 헌법에서 차지하는 비중이다.⁵⁵⁾ 기본권 제약이 증대할수록 기본권 제약을 통해서 달성하려는 목적도 그만큼 중요하여야 한다.⁵⁶⁾

나. 평등권 - 자의금지원칙과 비례성원칙

(1) 헌법재판소 판례

헌법재판소는 초기에 ‘자의금지원칙’, ‘비례원칙’, ‘인간의 존엄성 존중 및 정당한 입법목적’ 등의 다양한 기준으로 차별을 헌법상 정당화할 수 있는지를 판단하였다. 그러다가 헌법재판소는 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저

53) Michael Sachs (Anm. 35), Rdnr. 154.

54) Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, 34. Aufl., Heidelberg 2018, Rdnr. 340.

55) 계획열(주 6), 159쪽.

56) Michael Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017, S. 194.

헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 것이다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”라고 하여 2중 심사기준을 제시한다. 그리고 “엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”라고 하여 각 심사기준의 구체적 내용을 밝혔다.⁵⁷⁾ 최근에는 비례성심사를 개별화하여 구체화하려는 시도도 한다.⁵⁸⁾

(2) 심사기준 선택

평등권 위헌심사에서 비교대상이 된 두 개의 집단이 일정한 비교 관점에서 본질에서 같은 요소가 있다고 판단되면, 그다음에는 차별을 확인하고 나서 심사기준을 채택하여 그 기준에 따라 그 차별을 정당화할 수 있는지를 검토하여야 한다. 이때 비례성심사를 하여야 하는 사유에 해당하는지를 검토하고 나서 그 사유에 해당하지 않으면 자의금지심사를 한다.

57) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787-788.

58) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403-405. 이 판례에 관해서 헌법재판소가 삼중기준론을 취하였다고 평가하는 견해가 있다(김현철, 『헌법재판소의 평등권심사』, 『헌법의 규범력과 법질서』(연천 허영 박사 정년기념논문집), 박영사, 2002, 127~129쪽). 그러나 비례성원칙은 각각의 사안에 따라 그 심사강도가 달라지므로 이 판례는 비례성원칙의 심사강도를 구체적 사안에서 구체화한 것에 불과한 것으로 보인다. 따라서 새로운 심사기준을 추가하였다고 보기는 어렵다.

(가) 헌법에서 특별히 평등을 요구할 때

헌법재판소는 제대군인가산점 결정에서 비례성원칙에 따른 심사를 하여야 할 첫째 기준으로 제시한 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구할 때’는 헌법이 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준이나 차별을 금지하는 영역을 제시하는데도 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서 차별하는 것을 말한다.⁵⁹⁾ 헌법 제11조 제1항 후문은 구체적으로 차별을 정당화하는 이유로 고려될 수 없는 징표로써 성별·종교 또는 사회적 신분에 대한 차별을 언급한다.⁶⁰⁾ 그 밖에 헌법은 여러 생활영역에서 특별히 평등을 요구한다. 고용·임금 및 근로조건에서 성차별을 금지하고(제32조 제4항), 혼인과 가족생활에서 양성평등(제36조 제1항), 선거권의 평등(제24조 및 제41조 제1항, 제67조 제1항), 정당의 기회균등(제8조 제1항), 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리(제31조 제1항)를 보장한다. 헌법이 이처럼 차별금지를 구체화하면 심사기준도 자의금지원칙이 아니라 비례성원칙이 적용되어야 한다.

그런데 ‘헌법에서 특별히 평등을 요구할 때’는 개념적으로 제대군인가산

59) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 404.

60) 헌법재판소는 누범의 가중처벌을 규정하는 형법규정에 대한 위헌소원에서 “여기서 사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반한다는 것을 의미한다 할 것이므로, 전과자도 사회적 신분에 해당된다고 할 것이며, 누범을 가중처벌하는 것이 전과자라는 사회적 신분을 이유로 차별대우를 하는 것이 되어 헌법상의 평등의 원칙에 위배되는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있으므로 이에 대하여 살펴본다. 위 헌법상의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그리고 합리적인 근거가 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적절한 것인가를 기준으로 하여 판단하여야 한다.”(헌재 1995. 2. 3. 93헌바43, 판례집 7-1, 222, 235-236)라고 판시함으로써 헌법 제11조 제1항 후문을 단지 같은 항 전문 평등조항의 예시적 표현으로 보아 자의금지심사를 적용하였다.

점 결정에서 제시한 사유인 차별금지사유와 차별금지영역만 있을 뿐 아니라 차별명령(우대명령)도 포함될 수 있다. 즉 헌법 제32조 제4항 내지 제6항은 여자, 청소년, 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족의 근로에 대한 특별한 보호를 규정하고, 헌법 제34조 제3항 내지 제5항은 여자, 노인, 청소년, 신체장애자, 생활능력이 없는 자의 복지를 특별히 보호할 것을 규정한다. 이러한 차별명령 영역에서는 오히려 완화한 심사기준(자의금지원칙)을 적용하거나, 엄격한 심사기준(비례성원칙)을 적용하더라도 차별(우대) 대우의 정당성은 해당 규정의 차별명령 취지를 고려하여 완화한 심사를 하여야 함에 유의하여야 한다.

(나) 관련 기본권에 대한 (중대한) 제한을 초래할 때

헌법재판소는 제대군인가산점 결정에서 비례성원칙에 따른 심사를 하여야 할 두 번째 기준으로 차별적 취급으로 말미암아 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래할 때를 든다. 그런데 헌법재판소는 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30 결정에서 이러한 판시의 의미에 대해서 차별적 취급으로 말미암아 기본권에 중대한 제한을 초래할수록 더 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이고, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않으면 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니라고 보았다.⁶¹⁾ 즉 입법자가 설정한 차별이 국민 사이에 단순한 이해관계의 차별을 넘어서서 기본권에 관련된 차별을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 자의 금지나 합리성 심사를 넘어서 목적과 수단 사이의 엄격한 비례성이 준수되었는지를 심사하여야 한다는 것이다.

그러나 차별적 취급으로 관련 기본권에 대한 제한을 초래하면 비례성원칙에 따라 평등심사를 하여야 한다는 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30 결정의 견해는 후속판례에서 지속해서 관철되지 않는다. 오히려 헌법재판소 판

61) 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2상, 501, 510.

례 대부분은 기본권에 대한 ‘중대한’ 제한을 초래하였는지를 기준으로 비례성심사를 하는 것으로 보인다. 차별취급이 기본권 제한을 초래할 때도 그것이 중대하지 않은 제한이라고 하여 자의금지심사를 하거나,⁶²⁾ 차별취급이 단순히 기본권 제한을 초래하는 것이 아니라 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하므로 비례성심사를 한 판례가 다수 있다.⁶³⁾ 기본권 제한을 초래하는 차별취급에 대해서 원칙적으로 비례성심사를 하여야 한다고 선언하면서도, 실제로 중대하지 않은 제한이라고 하여 자의금지심사를 하는 이유는 개별 사안의 특성을 고려하면 그만큼 입법형성권을 존중하여야 할 필요가 있기 때문일 것이다.

(다) 자의금지심사

자의금지심사에서 자의는 차별을 위한 합리적 사유·근거가 없는 것을 말한다. 평등원칙의 파생인 자의금지원칙⁶⁴⁾은 본질에서 서로 같은 것을 자의적으로 불평등하게 또는 본질적으로 서로 다른 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것을 금지하는 원칙을 말한다. 자의금지심사에서 ‘자의적’이라는 개념은 주관적 책임비난을 의미하는 것이 아니라, 객관적으로 명백한 근거가 없음을 뜻한다.⁶⁵⁾ 즉 법률규정과 입법자가 규율하려는 영역 사이에 아무런 내적 관련성이 없거나 그러한 내적 관련성이 있긴 하지만 옹글게(완벽하게) 불충분한 관계에 있음이 명백하면 차별의 자의성이 인정된다. 자의금지심사는 차별을 정당화하는 합리적 사유가 있는지를 심사하는 것이다. 차별을 정당화하는 합리적 사유는 ① 비교대상 사이에 있는 사실상 차

62) 헌재 2002. 10. 31. 2001헌바59, 판례집 14-2, 486, 498; 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마 403, 판례집 18-1상, 320, 332 등.

63) 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마598, 판례집 18-1상, 439, 447; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌 가13, 판례집 18-1하, 165, 179 등.

64) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 11-2, 770, 787-788.

65) BVerfGE 2, 266 (281) 참조.

이(사물의 본성에서 나오는 합리적 이유),⁶⁶⁾ ② 입법목적(차별목적: 공익) 관점에 따른 합리적인 고려가 있다.

입법자가 선택할 수 있는 수단 중에서 더 합리적이고 타당한 수단이 있다고 하여 해당 차별수단이 자의적으로 판단되는 것이 아니라 해당 공권력 행사나 불행사를 위한 합리적 근거를 전혀 발견할 수 없을 때, 어떠한 관점에서도 정당화할 수 없음이 명백한 때만 공권력 행사의 '자의성'이 인정된다. 이러한 자의금지원칙은 정의에 어긋난다고 판단되는 중대한 불법만을 배제함으로써 평등심사를 위한 명확한 기준을 제시하고, 권력분립원칙을 고려하여 헌법재판소가 사법자제를 함으로써 입법자의 결정을 수인할 수 있는 최후의 기능법적 한계로서 기능한다. 자의금지원칙은 최소한의 정의 핵심을 보장하면서 1차적인 민주적 정당성이 있는 입법자가 폭넓은 입법형성의 자유를 갖게 해준다는 점에서 장점이 있다. 하지만 헌법재판소가 자의금지원칙에 따라서만 입법자의 행위를 통제할 수 있고 어떠한 때도 그 이상의 엄격한 심사를 할 수 없다면, 내용상으로 부당하지만, 현실적으로는 자의금지에 어긋나지 않는 모든 규범을 합헌이라고 선언할 수밖에 없다. 입법자가 자기 행위를 정당화할 수 없을 정도로 그렇게 명백하게 객관적 근거가 없는 법률을 찾기 어렵고, 입법자가 의도한다면 얼마든지 교묘한 입법형식으로 평등 위반을 벗어날 가능성이 높은 상황에서 자의금지원칙으로 평등권심사기준을 제한하는 것은 일반적 평등원칙의 규범적 의미를 공동화할 위험을 초래한다는 비판을 면하기 어렵다.

평등심사에서 자의금지심사는 먼저 기본권 제한을 초래하지 않는 차별취급이면서 동시에 헌법이 평등을 특별히 요구하지 않은 때 적용된다. 다음으로 기본권 제한을 초래하는 차별취급이라도 기본권의 성격, 기본권 제한

66) 헌법재판소는 초·중등교원의 교육위원 겸직 금지와 대학교원의 교육위원 겸직 허용은 양자 사이 직무의 본질 차이를 고려한 것으로 합리적 차별이라고 하였다(헌재 1993. 7. 29. 91헌마69, 판례집 5-2, 145, 154-155).

의 효과, 규율대상의 특성 등을 고려하여 입법형성권을 존중하여야 할 필요가 있다고 판단되면 자의금지심사가 적용된다.

(라) 비례성심사

자의금지심사는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하므로 그에 해당하는 비교대상 사이의 사실적 차이나 입법목적(차별목적)의 발견·확인에 그치지만, 비례성심사는 단순히 합리적인 이유 존재 여부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별 사이의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상 사이 사실적 차이의 성질과 비중 또는 차별목적의 비중과 차별 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는지를 심사한다.⁶⁷⁾

평등권은 자유권과 달리 실제적인 보호영역이 없으므로 보호영역을 전제로 한 제한과 제한의 한계심사기준으로서 비례성원칙을 적용하려면 평등권 구조를 자유권 구조로 전환하는 작업이 선행되어야 한다. 즉 평등권의 보호영역을 ‘정의 기준에 부합하는 대우’로, ‘외견상 차별대우’를 평등권 제약으로 간주함으로써, 차별대우로 실현하려는 이익(입법목적)과 제약되는 이익 사이에 법익형량이 가능하게 된다.

이러한 관점에서 평등권과 자유권의 비례성심사 차이는 제약의 비례성이 아니라 차별대우의 비례성이라는 점에 있다. 자유권의 비례성심사의 부분원칙에 상응하여 평등권의 비례심사에서는 차별목적의 정당성(차별이 추구하는 목적이 헌법적으로 정당한 것인지),⁶⁸⁾ 차별수단의 적합성(차별취급이

67) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403.

68) 이때 차별목적은 입법목적과 구별되어야 한다. 즉 입법목적이 차별의 정당성을 가리는 기준이 될 수 없다. 따라서 입법목적과 별도로 차별을 하는 구체적 이유가 조사·확인되어야 한다. 입법자가 특정한 차별을 의도하지 않으면 차별은 입법목적과 관련성이 없기 때문이다(같은 견해: 정문식, 『평등위반 심사기준으로서 비례원칙』, 『법학연구』 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 9쪽; 정태호, 『헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성』, 『헌법학연구』 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013, 98쪽). 입법자는 특정한 차별 목적을 추구한다고 여겨지지 않으므로, 차별목적

차별목적 달성에 적합한 것인지),⁶⁹⁾ 차별대우의 필요성(차별취급이 차별목적 달성에 불가피한 수단인지),⁷⁰⁾ 법익균형성(차별목적과 수단 사이에 비례성이 있는지)을 차례대로 검토하게 된다.⁷¹⁾

다. 참정권과 청구권 그리고 사회권 - 과잉금지원칙 확장 적용

기본권구체화적 법률유보에 따라 법률을 통해서 실현적 구체화나 형성을 하고 나면, 이러한 법률은 해당 기본권규정과 결합하여 해당 기본권 내용을 확정한다. 확정된 기본권 내용은 해당 기본권의 보호영역을 구성한다. 이론적으로 해당 기본권규정은 헌법상 입법위임을 통해서 해석권한을 부여 받은 입법자가 한 입법적 해석을 통해서 의미가 확정되어 기본권으로서 효력을 발휘한다. 이러한 효력에 따라 집행부와 사법부는 물론 입법자도 구속된다. 헌법이 기본권의 실현적 구체화나 형성을 입법자의 입법권 행사 영역으로 남겨두지 않고 굳이 입법위임을 하고 법률로써 그것을 확정하고자 한 것은 입법자의 자유재량 아래 두지 않으려는 것이기 때문이다. 그래서 이러한 법률의 내용이 법률상 권리에 머물지 않고 기본권으로 승격한다. 이러한 법률은 보호영역 확정과 관련된 것이어서 헌법 제37조 제2항과 직접 관련이 없다. 따라서 여기에 제한을 전제로 하는 비례성원칙이 적용

의 정당성은 평등원칙의 심사기준으로 사용하기에 적절하지 못하다는 견해도 있다 (이부하, 『평등원칙 심사기준에 관한 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정을 분석하며 -』, 『법과 정책연구』 제18권 제2호, 한국법정책학회, 2018, 594쪽). 그러나 목적 없이 하는 국가행위는 없다는 점에서 이러한 견해는 타당하지 않다.

69) 차별목적과 선택된 차별수단 사이에 합리적 연관성이 있어야 차별수단의 적합성이 인정된다. 먼저 ① 합리적 연관성은 차별수단 자체와 차별목적의 관계에서 발견되어야 한다. 따라서 선택한 차별수단 없이도 차별 목적을 달성할 수 있으면 합리적 연관성이 없다. 다음으로 ② 차별목적과 밀접한 관련이 있는 특정 집단이 합리적 이유 없이 부담이나 혜택에서 배제되면 합리적 연관성이 없다[김하열(주 1, 헌법강의), 347~348쪽].

70) 현재 2006. 6. 29. 2005헌마44, 판례집 18-1하, 319, 330.

71) 현재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 56-57.

될 여지는 없다. 그러나 이러한 법률로 확정된 기본권규정의 내용은 기본권적 보호를 받는다. 즉 이러한 내용은 오로지 헌법 제37조 제2항에 따라 서만 제한될 수 있다. 그에 따라 기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 통해서 확정된 내용, 결국 관련 법률의 내용에는 비례성원칙이 적용된다. 이로 말미암아 자유권에 적용되는 비례성원칙은 적용대상을 확장한다. 때에 따라 기본권강화적 침전이 일어날 수도 있다. 즉 기본권실현구체화적 혹은 기본권형성적 법률을 통해서 형성된 기본권적 내용이 시간이 지남에 따라 기본권규정에 흡수되어 해당 기본권의 보호영역으로 고착될 수 있다. 기본권강화적 침전이 일어나면 입법자가 제한의 한계를 지켜 기본권실현구체화적 혹은 기본권형성적 법률을 개정하거나 폐지하더라도 침전된 내용은 보호영역에서 제외되지 않는다. 예를 들어 헌법 제31조 제2항은 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다고 규정하여서, 교육기본법 제8조 제1항은 의무교육은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육으로 한다고 규정한다. 하지만 3년의 중등교육이 일반화한 현실에서 의무교육을 6년의 초등교육으로 후퇴하는 것은 불가능하다. 오히려 입법자가 3년의 고등교육을 의무교육에 포함하여야 할 의무를 이행하지 않는 것이 아닌지 하는 의심이 든다. 이러한 점에서 최소한 3년의 중등교육은 헌법 제31조 제2항에 침전되었다고 볼 수 있다.⁷²⁾

비례성원칙은 고정된 심사기준이 아니다. 즉 기본권의 성격에 따라 다른 의미로 이해된다. 즉 자유권에 적용되는, 흔히 과잉금지원칙이라고 부르는 비례성원칙과 평등권에 적용되는 비례성원칙이 다르듯이 참정권과 청구권 그리고 사회권에 적용되는 비례성원칙은 다를 수 있다. 참정권과 청구권 그리고 사회권에 비례성원칙이 적용되려면, 보호영역이 확정되어야 한다. 보호영역 확정과 관련하여서는 비례성원칙이 아닌 적정보장원칙(참정권: 참

72) 이상 허완중(주 8), 217~218쪽.

여를 적절하게 확보하는 수준 이상을 보장하여야 한다는 원칙), 상응보장원칙(청구권: 구제대상에 상응하는 충실한 보호수준 이상을 보장하여야 한다는 원칙), 실질보장원칙(사회권: 생활의 기본조건을 실질적으로 마련하는 수준 이상을 보장하여야 한다는 원칙)이 적용된다. 기본권실현구체화적 혹은 기본권형성적 법률을 통해서 보호영역이 확정되고 나면, 참정권과 청구권 그리고 사회권을 제약하는 모습은 자유권과 다르지 않다. 즉 보호영역이 확정되는 모습을 제외하고는 참정권과 청구권 그리고 사회권의 제약은 보호영역에 속하는 개인의 행동(태도)을 국가가 전부나 일부 저지하는 자유권 제약과 같다. 특히 국가의 적극적 행위를 요구하는 기본권실현구체화나 기본권 형성과 달리 국가의 소극적 행위를 요구하는 모습은 자유권 제한과 다르지 않다. 이러한 점에서 참정권⁷³⁾과 청구권⁷⁴⁾ 그리고 사회권의 제한에도 과잉금지원칙이 적용될 수 있다. 다만, 자유권보다 참정권과 청구권 그리고 사회권에서 입법자의 형성권이 더 넓게 보장된다는 점에서 과잉금지원칙이 변형되어 적용된다. 참정권과 청구권 그리고 사회권의 제한과 관련하여 과잉금지원칙은 기존 수단과 새롭게 선택된 수단을 비교하게 되는데, 기존 수단의 우위를 인정하지 않고 대체 가능성을 인정한다. 구체적으로 먼저 ① 목적의 정당성과 관련하여 입법목적은 원칙적으로 추가는 가능하지만 삭제는 불가능하다. 입법목적이 달라지면 입법 자체의 동일성을 유지하기 어렵기 때문이다. 다만, 기본권규정에 관한 해석이 달라져서 더는 추구할 목적 목록에서 제외된 목적은 예외적으로 삭제가 가능하다. 다음으로 ② 수단의 적합성과 관련하여 수단의 적합성 정도는 새롭게 선택한 수단이 기존 수단보다 낮아서는 아니 된다. 새롭게 선택한 수단의 적합성이

73) 헌법재판소가 참정권에 과잉금지원칙을 적용한 예로는 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마 788등, 판례집 14-2, 219; 헌재 2009. 6. 25. 2008헌마413, 판례집 21-1하, 928; 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526.

74) 헌법재판소가 청구권에 과잉금지원칙을 적용한 예로는 헌재 1996. 10. 4. 95헌가1, 판례집 8-2, 258; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌바20, 판례집 14-1, 289.

기존 수단보다 낮으면 기본권 실현이 그만큼 낮아질 수밖에 없기 때문이다. 그리고 ③ 최소제한성과 관련하여 새롭게 선택한 수단보다 기존 수단이 기본권을 덜 제한하면서 더 나은 결과를 얻을 수 있다는 것이 명백하게 확인되어야 최소제한성은 충족되지 않는다. 그렇지 않으면 당사자에게 불리한 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 마지막으로 ④ 법익균형성과 관련하여 새롭게 선택한 수단을 통해서 달성할 수 있는 이익보다 기존 수단을 통해서 달성할 수 있었던 이익이 더 클 때만 법익균형성에 어긋난다. 새롭게 선택한 수단을 통해서 달성할 수 있는 이익과 기존 수단을 달성할 수 있었던 이익이 같아도 대체에 아무런 문제가 없기 때문이다.

실현적 구체화나 형성을 통해서 확정된 보호영역을 축소하는 것은 제한이지만, 실현적 구체화나 형성의 의미도 있다. 즉 이미 확정된 보호영역을 축소한다는 점에서는 제한이지만, 이를 통해서 보호영역이 다시 확정된다는 점에서 그래서 이후 제한의 기준은 새로 형성된 보호영역이라는 점에서 새로운 실현적 구체화나 형성에 해당한다. 다만, 최초의 실현적 구체화나 형성은 헌법에서 도출되는 최저한이라는 한계가 있지만, 이후의 실현적 구체화나 형성은 법률로 확정된 보호영역이 제한의 기준이라는 점에서 차이가 있다.

V. 자유와 권리의 본질적인 내용

1. 의의와 기능

헌법 제37조 제2항 후단의 본질적인 내용 보장은 독일 기본법 제19조 제2항⁷⁵⁾에서 유래하였다. 이 규정은 1960년 헌법에 수용되어 계속되다가

75) “기본권의 본질내용은 어떠한 경우에도 침해되어서는 아니 된다.”

1972년 헌법에서 삭제되었다. 그리고 1980년 헌법에서 부활하여 현행 헌법까지 이어진다. 최고법인 헌법이 규정하는 기본권을, 그것도 그 본질적인 내용을 입법자가 법률로써 제거할 수 없으므로, 즉 입법자가 법률로써 헌법규정을 폐기할 수 없으므로, 본질내용 보장규정은 선언적 의의가 있거나 경고적 의의가 있을 뿐이라고 볼 수도 있다. 그러나 입법자는 기본권을 제한하여 기본권을 사실상 공동화할 수 있으므로, 이 규정은 공동화에 대한 방지규정으로서 의의가 있다.⁷⁶⁾ 본질내용 보장은 기본권을 제한하는 법률에서만 문제가 되는 것이 아니라 기본권 보호영역과 연관된 법률, 즉 기본권의 보호영역을 확정하거나 제한하는 법률은 언제나 본질적 내용 침해 여부의 심사대상이다.⁷⁷⁾ 그러나 본질내용 보장이 늘 절대적으로 보장되는 것은 아니다. 즉 헌법에 기본권의 본질내용도 제한할 수 있다는 특별규정(예를 들어 헌법 제126조)이 있으면, 헌법 제37조 제2항 적용이 배제될 수 있다.⁷⁸⁾ 본질내용 보장은 기본권 제한의 한계이므로, 제한될 수 있는 기본권에서 본질내용이 보장된다. 헌법 제37조 제2항에 따라 모든 기본권이 제한될 수 있으므로, 자유권에 국한되지 않고 모든 기본권에서 본질내용이 보장된다.

비례성원칙과 본질내용 침해 금지가 서로 다른 독립한 심사기준이라면 비례성원칙이 어긋나도 본질내용을 침해하지 않을 수 있고, 비례성원칙을 충족하더라도 본질내용을 침해할 수 있다. 그러나 본질내용 침해 금지가 비례성원칙을 제한하는 심사기준이라는 점에서 비례성원칙 충족 여부를 심사하고 나서 본질내용 침해 여부를 심사하게 된다. 따라서 비례성원칙에 어긋나면 본질내용 침해 여부를 심사할 필요는 없다. 오로지 비례성원칙을

76) 같은 견해: 계희열(주 6), 159쪽; 장영수(주 34), 522쪽; 홍성방(주 21), 497쪽.

77) 강태수, 『본질적 내용의 침해금지규정에 관한 연구』, 『청주법학』 제13권, 청주대학교 법학연구소, 1998, 14~15쪽.

78) 강태수(주 77), 15~16쪽.

충족하더라도 본질내용을 침해할 수 있을 때만 본질내용 침해 금지가 독자적 심사기준으로 의미가 있다. 다만, 비례성원칙에 어긋날 뿐 아니라 본질내용도 침해한다는 것도 보여줌으로써 법률 개선 가능성을 옹글게(완벽하게) 제거할 의도(개선된 재입법도 막으려는 의도)가 있을 때는 예외적으로 본질내용 침해 여부를 계속 심사할 실익이 있다.

2. 대상

본질내용의 대상과 관련하여 주관설과 객관설이 대립한다. 먼저 주관설은 기본권의 본질내용 보장의 판단 대상은 기본권이 개인에게 개별적으로 부여하는 주관적 권리내용이라고 보는 견해이다.⁷⁹⁾ 따라서 특정인이 기본권 침해를 주장할 때 해당 개인에게 그 권리를 보장한 의미가 전혀 없게 되거나 형해화하면 본질내용이 침해된 것으로 판단한다. 다음으로 오늘날 이해에서 기본권은 주관적 권리일 뿐 아니라 헌법의 원칙규범으로서 객관적 가치질서의 요소이기도 하다는 이중성을 특징으로 한다. 어떤 기본권이 특정 개인에게 더는 아무런 의미가 없더라도 헌법이 규정한 원칙규범적 의미가 그와 동시에 상실되는 것은 아니다. 따라서 객관설은 어떤 기본권이 그 본질내용까지 침해되었다고 하려면 공동체에서 해당 기본권의 보장의의가 형해화하는 단계에 이르러야 한다고 한다. 본질내용의 보장대상과 관련하여 기본권 침해 여부는 해당 기본권을 원용하는 주체를 중심으로 개별적으로 판단하여야 하므로 주관설을 따라야 한다.

79) 강태수, 『기본권의 보호영역, 제한 및 제한의 한계』, 『한국에서의 기본권이론의 형성과 발전』(연천허영박사화갑기념논문집), 박영사, 1997, 143쪽; 김대환, 『기본권제한의 한계』, 법영사, 2001, 289~292쪽; 같은 사람(주 1), 1217~1220쪽; 성낙인(주 6), 973쪽; 양 건, 『헌법강의(제7판)』, 법문사, 2018, 324쪽; 정태호, 『기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰』, 『헌법논총』 제8집, 헌법재판소, 1997, 295~296쪽.

3. 내용

가. 절대설

(1) 인간존엄설

기본권의 본질내용을 인간의 존엄과 같다고 보는 견해로서 기본권의 보장내용 가운데 핵심이라고 할 수 있는 인간의 존엄 부분은 절대로 제한할 수 없다고 한다.⁸⁰⁾ 그러나 이 견해는 헌법의 모든 기본권이 인간의 존엄을 핵심적인 내용으로 할 때나 정당성이 인정되는 것으로, 인간의 존엄을 내용으로 하지 않는 기본권에 본질내용이 없다고 할 수 없으므로 타당하지 않다. 즉 이 견해는 기본권의 본질내용을 이루는 한 부분에만 집착하여 기본권마다 다른 고유영역이 있음을 간과한다. 그리고 인간의 존엄과 가치의 침해불가능성을 고려하면 이 견해는 기본권의 본질내용에 대한 불가침을 별도로 규정한 헌법의 취지에도 들어맞지 않는다.

(2) 핵심영역보장설

모든 기본권은 절대적으로 침해할 수 없는 핵심영역이 있고 침해할 수 없는 한계가 있어 제한하고 나서도 남는 것이 있어야 한다는 견해이다.⁸¹⁾ 학계의 일반적 견해이나, 그 한계가 어디에 있는지 모호하다는 이유로 비판을 받는다.⁸²⁾

80) 허영, 『한국헌법론(전정15판)』, 박영사, 2019, 304~305쪽.

81) 강태수(주 79), 142~143쪽; 같은 사람(주 77), 11~13쪽; 김대환(주 79), 294~307쪽; 같은 사람(주 1), 1222~1223쪽; 김철수(주 6), 440쪽; 정태호(주 79), 314~322쪽; 표명환, 「과잉금지의 원칙과 본질적 내용침해 금지」, 『유럽헌법연구』 제17호, 유럽헌법학회, 2015, 523쪽.

82) 계획열(주 6), 160쪽; 장영수(주 34), 523쪽.

나. 상대설

기본권의 본질내용이 구체적이면 서로 경합하는 이익과 가치의 형량을 통해서 확정되고 그 개념은 그때그때의 필요에 따라 더 넓게 혹은 더 좁게 이해할 수 있어서, 기본권 제한 정도는 충돌하는 이익에 달렸으며 국가적 이익을 고려하여 필요하면 기본권을 옹글게(완벽하게) 배제하는 데까지 제한할 수 있다는 견해이다.⁸³⁾ 그러나 이 견해에 대해서는 실질적으로 비례성원칙 내용과 같은 것으로, 별도로 본질내용 침해 금지 원칙을 명문으로 규정한 취지에 들어맞지 않는다는 비판이 있다. 본질내용 보장은 단지 관념상 위헌심사기준으로서 헌법실무에서 아무런 역할을 하지 못하고 입법자에게 호소하고 경고하는 기능이 있는 것에 그친다는 견해⁸⁴⁾도 상대설에 속한다고 볼 수 있다. 본질내용에 관한 상대설에 대해서는 기본권을 형해화할 수 있다고 비판할 수 있지만, 상대설도 기본권의 본질내용 존재 자체는 부인하지 않고, 다만 그러한 본질내용 인식 측면에서 상대설 선택이 불가피하다는 견해도 있다.⁸⁵⁾ 객관적인 기본권으로서 절대적인 가치가 있는 범위를 인정할 수는 있으나, 주관적인 기본권주체의 법적 지위까지 절대적 가치가 있는 본질적인 내용으로 고려한다면, 이는 상황마다 달리 평가될 수 있으므로 상대설이 좀 더 합리적이라는 견해도 있다.⁸⁶⁾

다. 절충설

기본권의 핵심을 절대적으로 보호하는 것은 긍정하지만, 예외적으로 공

83) 계희열(주 6), 161~162쪽; 권건보, 「생명권의 보장과 본질적 내용의 침해 금지」, 『법학연구』 제54권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 14~16쪽; 성낙인(주 6), 972~973쪽; 양 건(주 79), 325쪽; 이준일(주 26), 353~354쪽; 장영수(주 34), 523쪽; 정문식(주 17), 18쪽.

84) 한수용(주 5, 헌법학), 515쪽.

85) 이준일(주 25), 39~40쪽.

86) 정문식(주 17), 18쪽.

동체 존립을 위해서 필요한 범위에서는 공동체법의 보호를 위해서 개인 기본권의 핵심까지도 침해할 수 있다는 견해이다.⁸⁷⁾

라. 헌법재판소 판례

“헌법에서 부여한 기본권을 법률로 그 범위를 제한할 수는 있으나, 제한하여야 할 현실적 필요성이 아무리 큰 것이고 또 강조될 것이라 하더라도 기본권을 근본적으로 잃게 하는 본질적 내용을 침해하는 기본권 제한 입법은 허용되지 아니함을 뜻한다.”⁸⁸⁾라고 하여 절대설을 취하기도 하고, “사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지않은 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수 없다.”⁸⁹⁾라고 하여 상대설을 취하기도 하여 때에 따라 다른 견해를 취한다.

마. 사건

본질내용 보장내용과 관련하여 상대설은 그 내용이 실질적으로 비례성원칙과 같아서 헌법 제37조 제2항에서 본질내용을 침해하여서는 안 된다고 별도로 규정한 취지를 의미 없게 만든다. 그러므로 기본권 제한에서도 개별 기본권마다 침해할 수 없는 일정한 한계가 있다고 보는 절대설이 타당하다. 특히 1972년 헌법에서 본질적 내용 침해 금지를 삭제하여 기본권을 유린하였던 경험이 있는 한국 헌법에서는 본질내용의 보장내용을 비례성원칙과 실질적으로 같은 것으로 보는 것은 규정취지를 몰각하는 것이다.⁹⁰⁾

87) 김학성, 『헌법학원론(전정3판)』, 피앤씨미디어, 2019, 393쪽; 홍성방(주 21), 500쪽.

88) 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 433.

89) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 546.

90) 이상 허완중, 「사형제도의 위헌성」, 『법학논총』 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소,

게다가 상대설은 기본권 보장의 취지에 어긋난다. 보장하는 내용이 하나도 남지 않는다는 것은 기본권을 보장하지 않는다는 것을 뜻하기 때문이다. 기본권 보장이 헌법의 유일한 목적이라는 점에서 이를 포기할 수 있는 때란 국가가 기본권을 보장할 수 없거나 여러 기본권 보장 중 하나를 선택할 수밖에 없는 때뿐이다.

4. 기본권의 법적 유형에 따른 본질적인 내용

본질적인 내용은 보호영역 일부를 가리킨다. 따라서 본질적인 내용은 보호영역이 확정되고 나서 비로소 확인할 수 있다. 그래서 자유권에서 본질적인 내용은 선존하는 보호영역 중 절대 포기할 수 없는 부분으로 이해된다. 그러나 평등권은 보호영역 자체가 없어서 본질적인 내용이 없다. 이것은 상대적인 관계를 대상으로 하는 평등권의 본질에서 비롯하는 당연한 결과이다. 따라서 평등권에서는 본질적인 내용 자체가 문제 되지 않는다. 참정권과 청구권에서 입법자가 기본권을 실현하는 법률을 제정하거나 사회권에서 입법자가 법률로 기본권 내용을 확정할 때는 본질적인 내용이 문제 되지 않는다. 아직 보호영역이 확정되지 않아서 본질적인 내용을 확인할 수 없기 때문이다. 하지만 입법자가 기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 통해서 보호영역을 확정하면 본질적인 내용이 문제 될 수 있다. 이때 본질적인 내용은 입법자가 절대 건드릴 수 없는 내용이다. 이것은 입법자가 기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 할 때 반드시 포함하여야 할 내용에 해당한다. 따라서 본질적인 내용은 입법자가 기본권우호적 법률을 만들 때 반드시 지켜야 할 보호수준이다. 구체적으로 참정권에서는 적정보장수준, 청구권에서는 상응보장수준, 사회권에서는 실질보장수준이 된다. 즉 참정권

2018, 147쪽.

에서는 참여를 적절하게 확보하는 최소수준, 청구권에서는 구제대상에 상응하는 충실한 보호수준, 사회권에서 생활의 기본조건을 실질적으로 보장하는 최소수준이 본질적인 내용에 해당한다. 자유권에서 기본권규정의 해석 변화에 따라 본질적인 내용이 바뀔 수 있는 것처럼 참정권과 청구권 그리고 사회권에서도 기본권규정의 해석 변화에 따라 본질적인 내용이 달라질 수 있다. 즉 본질적인 내용은 변화가 인정되지 않는 고정된 내용은 아니다. 기본권 보장의 취지에 비추어 이러한 변화는 축소적 변화가 아니라 확장적 변화를 가리킨다. 즉 본질적인 내용의 범위는 넓어질 수 있지만, 좁아질 수는 없다.

Ⅵ. 맺음말 – 기본권의 법적 유형에 따라 해석하여야 할 헌법 제37조 제2항

헌법 제37조 제2항은 모든 기본권을 제한할 수 있다고 규정한다. 그런데 헌법이 보장하는 기본권은 법적 유형에 따라 자유권, 평등권, 참정권, 청구권, 사회권으로 나눌 수 있다. 이러한 기본권의 법적 유형에 따라 기본권이 추구하는 목적과 기능, 실현모습은 다르다. 따라서 이러한 기본권의 법적 유형에 따라 기본권의 제한은 다르게 이해될 수 있다. 그리고 이러한 다른 이해에 기초하여 위헌심사기준과 본질내용도 달라질 수밖에 없다. 그러나 그동안 헌법학계에서는 자유권을 토대로 형성된 전통적 제한 개념에 따라 헌법 제37조 제2항을 해석해 온 것으로 보인다. 이에 따라 기본권의 법적 유형에 따른 차이는 거의 무시되었다. 특히 자유권 제한을 전제로 한 과잉금지원칙이 아무런 설명 없이 다른 기본권에도 그대로 적용됨으로써 위헌심사가 이해할 수 없는 이상한 모습으로 이루어지곤 하였다. 따라서 헌법 제37조 제2항은 기본권의 법적 유형에 따라 달리 해석되어야 한다. 특히

비례성원칙이 오로지 자유권에 적용되는 과잉금지원칙으로 이해되어야 할 필연적 이유는 없다. 그리고 위헌심사와 관련하여 보호영역 확정과 제한은 명확하게 구분되어야 한다. 그렇지 않으면 전통적인 제한 개념은 산산이 부서져 설 자리를 찾을 수 없기 때문이다. 이러한 해석은 참정권과 청구권 그리고 사회권과 관련하여 현재 여러 위헌심사기준을 기준 없이 선택하여 사용하는 헌법재판소⁹¹⁾에 명확한 위헌심사기준을 제공할 수 있다. 이를 통해서 참정권과 청구권 그리고 사회권의 충실한 보장에 이바지할 수 있다.

91) 헌법재판소의 이러한 모습에 관해서는 김하열(주 1, 법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사), 51~58쪽 참조.

[국문초록]

헌법 제37조 제2항은 모든 기본권을 제한할 수 있다고 규정한다. 그런데 전통적인 기본권 제약 개념은 자유권을 기초로 만들어졌다. 즉 기본권 제약은 기본권의 보호영역에 속하는 개인의 행동(태도)을 국가가 전부나 일부 저지하는 것이다. 그래서 기본권 제약 개념은 보호영역 확정을 전제한다. 그러나 평등권에는 보호영역이 없다. 그리고 참정권, 청구권, 사회권에서는 법률을 통해서 비로소 보호영역이 확정된다. 따라서 전통적인 제약 개념을 자유권이 아닌 다른 기본권에 그대로 적용할 수는 없다. 자유권이 아닌 다른 기본권에 제약을 인정하려면 결국 전통적 제약을 확장하여야 한다. 즉 평등권에서는 ‘정의 기준에 부합하는 대우’를 보호영역으로, ‘외견상 차별대우’를 제약으로 간주하여야 한다. 그리고 참정권과 청구권 그리고 사회권에서는 법률을 통한 기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 보호영역 확정으로 보아야 한다.

이러한 확장을 통해서 헌법 제37조 제2항을 해석하면, 먼저 ‘필요한 경우’는 비례성원칙을 가리킨다. 비례성원칙은 자유권에서는 과잉금지원칙으로, 평등권에서는 자의금지원칙과 비례성원칙으로 나타난다. 그리고 참정권과 청구권 그리고 사회권에는 과잉금지원칙이 변형되어 확장 적용된다. 다음으로 본질적인 내용은 보호영역 일부를 가리킨다. 따라서 본질적인 내용은 보호영역이 확정되고 나서 비로소 확인할 수 있다. 그래서 자유권에서 본질적인 내용은 선존하는 보호영역 중 절대 포기할 수 없는 부분으로 이해된다. 그러나 평등권은 보호영역 자체가 없어서 본질적인 내용이 없다. 따라서 평등권에서는 본질적인 내용이 문제 되지 않는다. 참정권과 청구권에서 입법자가 기본권을 실현하는 법률을 제정하거나 사회권에서 기본권 내용을 확정할 때는 본질적인 내용이 문제 되지 않는다. 아직 보호영역이

확정되지 않아서 본질적인 내용을 확인할 수 없기 때문이다. 하지만 입법자가 기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 통해서 보호영역을 확정하면 본질적인 내용이 문제 될 수 있다. 이때 본질적인 내용은 입법자가 절대 건드릴 수 없는 내용이다. 이것은 입법자가 기본권실현적 구체화나 기본권 형성을 할 때 반드시 포함하여야 할 내용에 해당한다. 따라서 본질적인 내용은 입법자가 기본권우호적 법률을 만들 때 반드시 지켜야 할 보호수준이다. 구체적으로 참정권에서는 적정보장수준, 청구권에서는 상응보장수준, 사회권에서는 실질보장수준이 된다.

주제어

기본권, 기본권 제한, 보호영역, 기본권실현구체화, 기본권 형성

[Zusammenfassung]

Art. 37 Abs. 2 Südkoreanische Verfassung bestimmt, dass alle Grundrechte eingeschränkt werden können. Das traditionelle Konzept des Grundrechtseingriffs basiert jedoch auf Freiheitsrecht. Mit anderen Worten, der Grundrechtseingriff ist die staatliche Verhinderung aller oder einiger Handlungen von Einzelpersonen im Rahmen des Schutzbereichs. Das Konzept des Grundrechtseingriffs setzt also den Schutzbereich voraus. Gleichrecht hat aber keinen Schutzbereich. Im Wahlrecht, im Anspruchsrecht und im Sozialrecht ist der Schutzbereich gesetzlich bestimmt. Daher kann das traditionelle Konzept des Grundrechtseingriffs nicht auf andere Grundrechte als das Freiheitsrecht angewendet werden. Die Anerkennung von Eingriffen in andere Grundrechte als das Freiheitsrecht würde schließlich die traditionellen Eingriffe ausweiten. Mit anderen Worten, im Gleichrecht sollte „eine Behandlung, die den Standards der Justiz entspricht“, als Schutzbereich und „externe Diskriminierung“ als Eingriff behandelt werden. In Bezug auf Wahlrecht, Anspruchsrecht und Sozialrecht sollte die Konkretisierung der Grundrechtsverwirklichung durch Gesetz oder die Ausgestaltung der Grundrechte als Schutzbereich angesehen werden.

Bei der Auslegung von Art. 37 Abs. 2 Südkoreanische Verfassung durch eine solche Ausweitung bezieht sich „erforderlichenfalls“ auf den Verhältnismäßigkeitsprinzip. Der Verhältnismäßigkeitsprinzip wird durch das Übermaßverbot im Freiheitsrecht und die Willkurformel und den Verhältnismäßigkeitsprinzip im Gleichrecht vertreten. Und Übermaßverbot gilt für Wahlrecht, Anspruchsrecht und Sozialrecht. Der wesentliche Inhalt

verweist dann auf einen Teil des Schutzbereichs. Daher kann der wesentliche Inhalt erst nach Bestimmung des Schutzbereichs bestätigt werden. Der wesentliche Inhalt des Freiheitsrechts wird daher als Teil des bestehenden Schutzbereichs verstanden, der nicht aufgegeben werden kann. Gleichrecht fehlt jedoch der Schutzbereich selbst und hat daher keinen wesentlichen Inhalt. Im Gleichheitsrecht spielt der wesentliche Inhalt also keine Rolle. In Bezug auf das Wahlrecht und das Anspruchsrecht spielt der wesentliche Inhalt keine Rolle, wenn der Gesetzgeber ein Gesetz erlässt, das die Grundrechte verwirklicht, oder das den Inhalt des Sozialrechts festlegt. Dies liegt daran, dass der Schutzbereich noch nicht bestimmt wurde und daher der wesentliche Inhalt nicht bestätigt werden kann. Entscheidet der Gesetzgeber jedoch den Schutzbereich durch die Konkretisierung der Grundrechtsverwirklichung oder Ausgestaltung der Grundrechte, können die wesentlichen Inhalte ein Problem darstellen. Der wesentliche Inhalt ist etwas, das der Gesetzgeber niemals anfassen kann. Dies muss der Gesetzgeber einbeziehen, wenn er die Grundrechtsverwirklichung konkretisiert oder die Inhalte der Grundrechte ausgestaltet. Wesentlicher Inhalt ist daher das Schutzniveau, an das sich der Gesetzgeber bei der Erlassung der grundrechtsfreundlichen Gesetzen halten muss. Insbesondere ist es auf der Ebene der angemessenen Sicherheit im Wahlrecht, auf der Ebene der Korrespondenz im Anspruchsrecht und auf der Ebene der sachlichen Garantie im Sozialrecht.

Stichwörter

Stichwörter: Grundrecht, Grundrechtseingriff, Schutzbereich, Konkretisierung der Grundrechtsverwirklichung, Ausgestaltung der Grundrechte

참고문헌

[국내문헌]

- 강태수, 「기본권의 보호영역, 제한 및 제한의 한계」, 『한국에서의 기본권이론의 형성과 발전』(연천허영박사화갑기념논문집), 박영사, 1997, 102~144쪽.
- 강태수, 「본질적 내용의 침해금지규정에 관한 연구」, 『청주법학』 제13권, 청주대학교 법학과, 1998, 1~19쪽.
- 계희열, 『헌법학(중)(신정2판)』, 박영사, 2007.
- 권건보, 「생명권의 보장과 본질적 내용의 침해 금지」, 『법학연구』 제54권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 1~25쪽.
- 권영성, 『헌법학원론(개정판)』, 법문사, 2010.
- 김대환, 『기본권제한의 한계』, 법영사, 2001.
- 김대환, 「헌법 제37조」, 『헌법주석[I]』, 박영사, 2013, 1171~1245쪽.
- 김학성, 『헌법학원론(전정3판)』, 피앤씨미디어, 2019.
- 공진성, 「최적화명령으로서 비례성원칙과 기본권심사의 강도」, 『논문집』 제53집, 육군제3사관학교, 2001, 273~299쪽.
- 김철수, 『학설·판례 헌법학(상)』, 박영사, 2008.
- 김하열, 「법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사」, 『고려법학』 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 35~74쪽.
- 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018.
- 노희범, 「기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -」, 『헌법논총』 제18집, 헌법재판소, 2007, 139~163쪽.
- 문재완, 「비례원칙의 과도한 팽창」, 『세계헌법연구』 제24권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2018, 21~47쪽.
- 문홍주, 『제6공화국 한국헌법』, 해암사, 1987.
- 성낙인, 『헌법학(제19판)』, 법문사, 2019.
- 손상식, 「법률에 의해 구체화되는 기본권의 심사기준과 심사강도」, 『법학연구』 제43집, 전북대학교 법학연구소, 2014, 127~159쪽.

- 심경수, 『헌법』, 법문사, 2018.
- 양 건, 『헌법강의(제7판)』, 법문사, 2018.
- 이부하, 「비례성원칙과 과소보호금지원칙」, 『헌법학연구』 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 275~303쪽.
- 이부하, 「평등원칙 심사기준에 관한 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정을 분석하며 -」, 『법과 정책연구』 제18권 제2호, 한국법정책학회, 2018, 581~604쪽.
- 이장희, 『기본권의 개념 및 인정기준과 법률적 권리의 관계』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015.
- 이재홍, 「과잉금지원칙의 논증구조」, 『저스티스』 163호, 한국법학원, 2017, 75~131쪽.
- 이준일, 「헌법상 비례성원칙」, 『공법연구』 제37집 제4호, 한국공법학회, 2009, 25~44쪽.
- 이준일, 『헌법학강의(제6판)』, 홍문사, 2015.
- 장영수, 『헌법학(제11판)』, 홍문사, 2019.
- 정극원, 「헌법규범의 근거로서 공공복리」, 『토지공법연구』 제48집, 한국토지공법학회, 2010, 525~549쪽.
- 정문식, 「헌법 제37조 제2항 ‘필요한 경우에 한하여’의 의미」, 『한양법학』, 제27집, 한양법학회, 2009, 13~43쪽.
- 정문식, 「평등위반 심사기준으로서 비례원칙」, 『법학연구』 제50권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010, 5~47쪽.
- 정주백, 「과잉금지원칙에 관한 관견」, 『헌법재판연구』 제2권 제2호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 245~275쪽.
- 정종섭, 『헌법학원론(제12판)』, 박영사, 2018.
- 정태호, 「기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰」, 『헌법논총』 제8집, 헌법재판소, 1997, 279~362쪽.
- 정태호, 「헌법재판소 평등권 심사기준의 재정립 필요성」, 『헌법학연구』 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013, 79~124쪽.
- 조한상, 「헌법 제37조 제2항 공공복리 개념에 관한 고찰」, 『헌법학연구』 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006, 83~111쪽.

- 최갑선, 「비례의 원칙에 따른 법률의 위헌심사」, 『공법연구』 제25집 제4호, 한국공법학회, 1997, 652~671쪽.
- 표명환, 「과잉금지의 원칙과 본질적 내용침해 금지」, 『유럽헌법연구』 제17호, 유럽헌법학회, 2015, 501~531쪽.
- 한수웅, 「헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙의 의미와 적용범위」, 『저스티스』 제95호, 한국법학원, 2006, 5~28쪽.
- 한수웅, 『헌법학(제9판)』, 법문사, 2019.
- 한태연, 『헌법학』, 법문사, 1977.
- 허영, 『한국헌법론(전정15판)』, 박영사, 2019.
- 허완중, 「자유와 권리 그리고 기본적 인권」, 『성균관법학』 제20권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2008, 531~558쪽.
- 허완중, 「국가의 목적이면서 과제이고 의무인 안전보장」, 『강원법학』 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015, 65~114쪽.
- 허완중, 「사형제도의 위헌성」, 『법학논총』 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018, 109~168쪽.
- 허완중, 「법률이 형성한 법적 지위의 기본권적 보호」, 『헌법학연구』 제25권 제2호, 한국헌법학회, 2019, 193~225쪽.
- 홍성방, 『헌법학(상)(제3판)』, 현암사, 2016.
- 황치연, 「과잉금지원칙 - 현재 1990. 9. 3. 89헌가95, 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 위헌심판 -」, 『헌법재판 주요선례연구 1』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012, 235~304쪽.
- 황치연, 「헌법과 과잉금지」, 『헌법학도의 길』, 한국학술정보, 2005, 17~190쪽.

[국외문헌]

- Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (콘라드 헷세, 계희열 역, 『통일독일헌법원론』, 박영사, 2001).
- Peter-Michael Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991.
- Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, 34. Aufl., Heidelberg

憲法論叢 第30輯(2019)

2018.

Gerrit Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, Tübingen 1994.

Bodo Pieroth, Besprechung von: Gertrude Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, in: AöR 115 (1990), S. 517-520.

Gerhard Robbers, Buchbesprechung von: Gertrude Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, in: DÖV 1989, S. 687-688.

Michael Sachs, Verfassungsrecht II - Grundrechte, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017.

Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München 2018.

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, München 1994.

입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석

- 유신헌법 제53조 제4항의 해석론을 곁하여 -

Interpretation on Constitutional Provision
limiting Judicial Review of Legislation

李 煌 熙(Lee, Hwang-Hee)

先任憲法研究官, 公報官

- 目 次 -

I. 서론	63
II. 입법에 대한 사법심사 제한의 개념과 유형	66
1. 구별개념	66
2. 전면적 제한	67
3. 부분적 제한	69
가. 대상	69
나. 시간	70
다. 기준	71
라. 효력	73
4. 분석	74

III. 제한조항의 해석방법	82
1. 논의의 전제	82
가. 견해들	83
나. 다른 모색의 필요성	86
2. 제한에 대한 제한적 해석	88
가. 사법심사제한의 대상으로서의 긴급조치	88
나. 긴급조치 제1호 및 제9호에의 적용	91
IV. 다른 입법례에의 적용	94
V. 결론	99
* 국문초록 및 주제어	101
* 영문초록 및 주제어	103
* 참고문헌	105

I. 서론

오늘날 헌법재판은 세계적인 현상이 되었다. 각국은 헌법재판을 통해 헌법을 실효적으로 보장하기 위해 노력하는 중이다. 헌법재판은, 한편으로 정치의 사법화 혹은 정치의 탈정치화 현상을 가속화한다는 비판을 받지만, 다른 한편으로 국가권력이 민주주의와 법치주의, 인권을 존중하도록 만드는 데 크게 기여하고 있다. 18세기 몽테스키외가 사법권을 무력한 권력으로 표현했던 것을 떠올리면,¹⁾ 실로 엄청난 변화가 아닐 수 없다.

그러나 헌법재판이 국가권력의 합헌적 행사를 보증하는 수단으로 기능한다는 사실이 모든 국가권력의 행사가 헌법재판에 의한 통제대상이 되어야 한다는 당위로 이어지는 것은 아니다. 사법적인 방식 이외에도 헌법을 보장하고 관철하는 여러 수단이 존재한다. 또 국가권력의 어떤 부분을 사법적 통제의 대상으로 둘 것인지는 국가별로 상당한 재량이 인정된다. 대표적인 것이 바로 일반법원의 재판을 헌법재판의 대상으로 할 것인지의 문제이다. 독일, 스페인, 크로아티아, 체코, 헝가리, 터키 등이 법원의 재판을 헌법재판의 대상으로 인정하는 반면, 우리나라를 포함해 이탈리아, 프랑스, 벨기에, 포르투갈, 루마니아 등은 그렇지 않다. 우리 헌법재판소는 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 배제한 것이 원칙적으로 헌법에 위반되지 않는다고 판단했다.²⁾

일반법원의 재판을 헌법재판의 통제대상으로 둘 것인지에 대하여 각국 입장이 분분한 것과는 달리, 입법은 헌법재판의 일반적인 대상으로 여겨진

1) C. L. S. Montesquieu, 권미영 옮김, 『법의 정신 I』, 일신서적, 1990, 192면.

2) 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등. 다만 헌법재판소에 따르면, 헌법재판소가 위헌으로 결정해 효력이 상실된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 법원의 재판은 헌법 제107조 및 제111조에 위반되므로 예외적으로 헌법소원심판의 대상이 되고, 이러한 한도 내에서 법원의 재판을 위헌심사의 대상에서 제외한 헌법재판소 제68조 제1항은 부분적으로 헌법에 위반된다고 판단했다.

다. 최고규범인 헌법에 따라 입법을 산출하는 정치적 과정을 규율하려는 근대 입헌주의의 기획 속에서 위헌법률심사는 헌법재판의 보편적인 기능으로 자리매김하게 되었다.³⁾ 그러나 입법에 대한 사법심사제도 역시 모든 국가에서 동일한 것은 아니다. 제도의 구체적 모습은 서로 다르며, 그중에는 사법심사의 대상과 방식, 효력에 관하여 일정한 제한을 부가해 놓은 국가도 있다.

본고는 입법에 대한 사법심사의 제한을 헌법적으로 어떻게 이해하고 해석할 것인가라는 물음에서 시작되었다. 이에 관한 문제의식을 가지게 된 결정적인 계기는 구 헌법(1972. 12. 27. 헌법 제8호로 전부개정된 것, 이하 ‘유신헌법’이라고 한다)하에서 발령된 긴급조치의 위헌여부를 심사한 일련의 사건들과⁴⁾ 이를 둘러싼 학계의 논의였다. 유신헌법은 대통령에게 “천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어, 신속한 조치를 할 필요가 있다고 판단할 때” 긴급조치를 발령할 권한을 부여했다. 대통령은 긴급조치를 통해 “내정·외교·국방·경제·재정·사법 등 국정 전반에 걸쳐” 필요한 바를 명할 수 있었고, 경우에 따라 헌법상 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지하거나 정부와 법원의 권한에 대한 조치를 취할 수도 있었다(제53조 제1항, 제2항).

그런데 유신헌법 제53조에는 독특한 조항이 포함되어 있었다. “긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.”는 제4항이 그것이다. 유신헌법은 국민의 기본권과 헌법상 기관의 권한을 침해할 수도 있을 긴급조치를 인정하면서도, 그에 대한 사법심사를 불허한 것이다. 그간 긴급조치를 둘러싼

3) Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2015, pp. 97ff.

4) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결; 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132등; 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 판결.

헌법적 문제는 위헌심사권한의 소재와 관련된 헌법재판소와 대법원 간의 대립이나 긴급조치의 위헌여부가 중심이었지만, 어쩌면 유신헌법 제53조 제4항에 따른 긴급조치에 대한 사법심사제한이 그에 앞서 해명되어야 할 중요한 문제일지도 모른다. 긴급조치의 위헌여부를 심사하기 위해서는 긴급조치에 설정되어 있는 이 심사제한의 외피를 뚫어야만 하는 까닭이다.

오늘날 사법심사제도는 국가권력의 헌법구속성을 관철하는 효과적인 수단으로 인정되고 있다. 특히 입법에 대한 사법심사는 현대 입헌민주주의에서 매우 중요한 역할을 수행한다. 그로 인해 사법심사를 제한하려는 시도는 부정적인 인상을 주곤 한다. 우리 현대사에서 독재와 억압의 정치를 상징하는 긴급조치의 경우처럼 사법심사제한은 자칫 자의적 통치를 위한 수단으로 악용될 위험이 있기 때문이다. 그러나 입헌민주주의의 기본원리를 상기하면, 사법심사의 도입여부, 방식, 심사기관, 심사범위 등 사법심사를 둘러싼 제반 제도적 문제는 원칙적으로 해당 공동체의 민주적 의사결정에 맡겨져 있다고 말할 수 있다. 뒤에서 보듯이 여전히 법률에 대한 사법심사를 받아들이지 않은 나라도 있고, 받아들이면서도 부분적 제약을 설정해 둔 나라도 있으며, 또 저명한 학자들 중에는 사법심사 이외의 방식으로 위헌법률의 문제를 해결하고자 대안을 모색 중인 자들도 있다. 이에 본고는 입법에 대한 사법심사제한을 어떻게 평가할 것이며, 만약 그러한 조항이 있다면 그것을 어떻게 해석할 것인가를 고찰해 보고자 한다.

우선 입법에 대한 사법심사 제한조항의 유형을 비교법적으로 고찰하고, 그 결과를 입헌민주주의 원리에 비추어 봄으로써 이 제한문제를 일반적으로 평가해 보려고 한다(Ⅱ). 이 고찰과 평가는 다음 논의를 위한 기초를 마련해 줄 것이다. 이 기초 위에서 유신헌법 제53조 제4항을 중심으로 사법심사 제한조항을 어떻게 해석해야 할 것인지를 살펴본다(Ⅲ). 후술할 내용을 미리 당겨 말하자면, 사법심사에 대한 제한은 그 요건을 제한적으로 해석해야 한다는 것이다. 또한 이 제한에 대한 제한적 해석을 입법에 대한

사법심사제한에 해당하는 다른 입법례에 적용해 봄으로써 이 해석론이 실무적으로 어떻게 구사될 수 있을지를 구체적으로 확인해 보고자 한다(IV).

II. 입법에 대한 사법심사 제한의 개념과 유형

1. 구별개념

오늘날 입법에 대한 사법심사제도는 일반적으로 ‘재판’이라는 사법적 형식으로 이루어지므로, 통상 소송방식에 부가되는 소송요건에 따른 제약이 존재한다. 가령 청구기간은 그 기간을 도과한 자가 해당 법률의 위헌여부를 다룰 수 없도록 하고, 기관력의 존재는 한번 확정판결을 받은 자로 하여금 동일한 사건으로 다시 판결을 받을 수 없게 만든다. 또한 헌법소송에서 개인의 청구를 허용할 때, 해당 법률에 의한 기본권침해를 다룰 수 있는 법적 관련성을 청구인에게 요구하기도 한다. 그로 인해 타인의 문제가 아니라 자신의 문제를 다투어야 하고, 장래의 문제가 아니라 현재의 문제를 다투어야 하며, 권리를 제한하는 여러 대상들이 있을 때 그 중에서 가장 직접적으로 권리를 제한하는 대상을 다투어야 한다는 등의 법적 제약이 생겨난다.⁵⁾ 이 글에서 말하는 입법에 대한 사법심사의 제한이란 사법심사

5) 소송요건에 따른 제약도 국가마다 차이가 있다. 가령 법률에 대한 헌법소원을 보면, 우리는 기본권 침해의 사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 1년 이내에 청구하도록 하고 있지만(헌법재판소법 제69조), 독일은 법률 시행 후 1년 이내에(독일 연방헌법재판소법 제93조 제3항), 벨기에는 6개월 이내에 청구하도록 정하고 있다(벨기에 헌법재판소법 제3조 제1항). 그리고 세르비아나 몬테네그로처럼 개인의 청구에 대하여 법적 관련성을 요구하지 않는 민중소원(actio popularis, Popularklage) 제도를 두는 국가도 있다(세르비아 헌법 제128조 제1항, 몬테네그로 헌법 제150조 제1항). 민중소원 제도는 2011년 헌법개정 이전의 헝가리에서도 있었고, 우리의 경우에도 비록 5·16 군사정변으로 실현되지는 못했지만 제2공화국의 헌법재판소법이 채택한 바 있다.

의 허부, 방식, 심사범위 등에 관한 것이며, 소송요건에 따른 제약은 여기서 제외하기로 한다.

2. 전면적 제한

이제 입법에 대한 사법심사제한의 유형을 살펴본다. 가장 강한 제한방식은 이 심사를 전면적으로 금지하는 것이다. 전면적 금지의 전형은 18세기 말 프랑스 혁명 당시 제정된 헌법에서 찾아볼 수 있다. 1791년 프랑스 헌법 제5장의 제3조는 사법부에 대해서 법률의 위헌심사를 명시적으로 금지했다. 당시 프랑스는 루소(Jean-Jacques Rousseau)의 영향으로 법률을 국민의 일반의지로 이해했고(예컨대 1789년 인권선언 제6조) 전통적으로 법복 귀족에 대한 사회적 불신이 컸기 때문에, 사법부에 법률의 위헌여부를 심사할 자격을 인정하기 어려웠다.

법률에 대한 사법심사제도가 널리 확산된 오늘날에도 여전히 이러한 전면적 제한방식을 취하는 국가가 있다. “의회의 법률 및 조약의 위헌여부는 법원에서 심사할 수 없다.”는 헌법조항(제120조)을 둔 네덜란드가 대표적이다. 이 조항은 1848년 헌법제정 당시 민주적 의회가 만든 법률을 귀족이 대부분인 사법부에서 심사하는 것에 대해 부르주아 계급의 반발이 심했던 탓에 도입되었고, 현재까지 변함없이 유지되고 있다.⁶⁾ 뉴질랜드는 단일한 성문헌법 없이 여러 헌법관련 법률을 두고 있는데, 그중 권리장전(New Zealand Bill of Rights Act)은 법원으로 하여금 법률이 권리장전의 규정과 합치되지 않는다는 이유로 무효로 간주하거나 적용을 거부할 수 없도록 한다(제4조).

6) 이 조항의 역사적 맥락에 대해서는, Jurgen C. A. de Poorter, “Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility”, *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Iss. 2(2013), pp. 91-92.

그러나 이 경우에도 법률에 대한 규범통제의 다른 가능성은 열려 있다. 네덜란드 헌법은 법원이 법률의 위헌여부를 심사할 수 없다고 하면서도, 법률이 조약이나 국제기구의 결의에 위반되는지 여부에 대해서는 심사할 수 있다고 정한다(제94조). 이는 다양한 법체계를 관통하는 최소한의 법규범에 대한 존중을 표현하기 위한 것으로 해석된다.⁷⁾ 헌법과 법률은 모두 개별국가의 틀 안에서 형성된 정치적 의사의 산물이므로 공히 국지성을 지니는 데 반해, 국제규범은 국가별 특수성을 뛰어넘는 보편성을 가진다. 네덜란드인들은 따라서 법률이 조약이나 국제기구의 결의에 위반되는지 여부를 심사함으로써 자신들의 법률이 보편적 가치, 특히 국제적 인권기준에서 벗어나지 않도록 통제하고 있다.

법률을 무효화하는 사법심사의 가능성을 부정하는 뉴질랜드의 경우에도, 권리장전에 포함된 권리와 자유에 부합하는 의미로 법률을 해석할 수 있는 경우에는 그 해석이 다른 해석보다 우선되어야 함을 분명히 함으로써(제6조), 법률에 대한 권리장전의 구속력을 ‘약한 형태’로나마 인정한다. 법률에 대한 여러 해석이 경합할 때 그중 권리장전에 부합하는 해석을 따라야 한다는 사고는 법률의 의미를 통제하는 보다 기본적인 규범이 존재함을 전제로 한다. 이는 권리장전이 법률을 무효화할 수는 없어도 법률의 의미를 일정한 방향으로 구속할 수는 있다는 측면에서, ‘약한 형태의 심사’(weak-form review)로⁸⁾ 불리기도 한다.⁹⁾

7) Maurice Adams/Gerhard van der Schyff, “Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?”, *ZaöRV*, Vol. 66(2006), p. 401.

8) 비교법적으로 볼 때 법률을 대세적으로 무효화하거나 재판에서 적용할 수 없도록 만드는 사법심사제도가 더 일반적이지만, 본문에서 소개한 뉴질랜드를 포함해 영국, 캐나다와 같이 다른 형태의 사법심사제도 또한 존재한다. 최근에는 전자를 ‘강한 형태의 심사’(strong-form review)로, 후자를 ‘약한 형태의 심사’로 구분하여, 후자 유형의 제도적 가치를 탐색하는 논의가 진행되었다. 이른바 약한 형태의 심사에 관해서는, Stephen Gardbaum, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”,

3. 부분적 제한

가. 대상

다음으로는 부분적 제한방식이 있다. 이 방식은 좀 더 세분화될 수 있는데, 먼저 사법심사 ‘대상’의 범위를 부분적으로 제한하는 방식을 살펴본다. 입법에 대한 사법심사를 일반적으로 허용하면서도 특정한 유형의 입법은 사법심사의 대상에서 제외하는 방식이다.

긴급조치에 대한 사법심사를 불허한 유신헌법 제53조 제4항이 대표적이다. 유신헌법은, 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 때에는 그 법률의 위헌여부를 심사할 권한을 헌법위원회에, 명령·규칙 등이 헌법이나 법률에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 때에는 그에 대한 최종적 심사권을 대법원에 각각 인정했다(제105조). 그러면서도 전술한 대로 대통령의 긴급조치는 사법심사의 대상에서 제외했다.

유신헌법은 법률과 그 하위규범을 구분해 각각 상이한 규범통제절차를 예정하고 있었다. 대통령 긴급조치는 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지할 수도, 정부나 법원의 권한에 관하여도 발령될 수 있었으므로, 죄형법정주의(제11조 제1항)나 기본권 제한의 법률유보 원칙(제32조 제2항)에 비추어 법률적 효력을 인정할 수 있고, 그렇다면 그것은 헌법위원회에서 위

The American Journal of Comparative Law, Vol. 49(2001), pp. 719ff; Mark Tushnet, “The Rise of Weak-form Judicial Review”, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon(eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011, pp. 323-326; Mark Tushnet, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 101(2003), pp. 2784ff; Jeremy Waldron, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6(2006), pp. 1355ff 참조.

- 9) 뉴질랜드의 방식은 오직 법원의 해석에만 관여할 뿐이며, 법원은 어찌되었든 간에 법률이 권리장전에 규정된 권리와 자유를 침해하는지를 판단할 수 없으므로, 이 제도를 입법에 대한 사법심사로 부르기가 모호하다는 평가도 있다. Mark Tushnet, 앞의 논문(주 8, 2011), p. 323.

헌여부가 심사되어야 할 규범이었다고 평가된다. 따라서 현행헌법에서 그에 대한 사법심사가 이루어진다면 그 심사권한은 헌법재판소가 행사함이 옳다.¹⁰⁾ 결국 위 유신헌법 조항은 법률의 효력을 갖는 특정 규범에 대한 사법심사를 제한한 것이다.

나. 시간

일정한 시간적 범위 내에서 특정한 조건하에 있는 법률에 대한 심사를 제한하는 방식도 있다. 가령 헌법재판소에서 합헌결정이 선고된 법률조항에 대해서는 일정기간 동안 사법심사를 금지하는 것이다. 터키의 사례가 여기에 속한다. 터키는 어떤 법률에 대한 헌법재판소의 합헌결정이 있을 때 합헌결정이 관보에 게재된 후로부터 10년이 경과하기 전까지 그 법률의 위헌여부를 다룰 수 없도록 하고 있다(터키 헌법 제152조 및 헌법재판소법 제41조 제1항). 확정된 결정의 기판력에 의해 동일한 청구인이 같은 심판청구를 다시 제기하는 것이 제한되기는 하지만, 터키는 이전 심판의 청구인과 동일성이 없는 다른 국민의 후속 심판청구에까지 제한을 가한 셈이다.

이 조항은 1982년 헌법부터 지금까지 계속 유지되었고, 원칙적으로 모든 입법에 대한 사법심사를 허용한다는 전제 위에서 단지 특정한 시간적 제약만을 두고 있을 뿐이므로, 이 조항이 특정한 정치세력 혹은 집권자의 편의적 통치를 위한 것이라고 보기는 어렵다. 이는 단지 합헌결정으로부터 10년 내라는 시간적 조건하에 해당 법률에 대한 반복적인 사법심사의 노력을 면제해 준 부분적 제한방식에 해당한다.

10) 현재 2013. 3. 21. 2010헌바132등 참조. 반면, 긴급조치는 국회가 만든 형식적 의미의 법률이 아니므로 그것의 위헌여부 심사권은 대법원이 가진다는 것이 대법원의 판단이었다. 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결. 이에 대한 반론은 위 현재 2010헌바132등 결정 및 이황희, “구 헌법 제53조 등 위헌소원”, 『결정해설집』, 헌법재판소, 2014, 10-14면 참조.

다. 기준

입법에 대한 사법심사의 기준에 제한을 가한 입법례도 있다. 일반적으로 사법심사의 기준을 전체 헌법 혹은 기본권 일반으로¹¹⁾ 넓게 인정하면서도 특정한 경우에는 그 기준을 제한한 것이다. 이에 해당하는 사례를 헝가리 헌법에서 찾아볼 수 있다. 헝가리 헌법은 국가재정이 열악한 상황에 처하게 될 경우 재정관련 법률에 대한 사법심사에서 헌법재판소가 활용할 수 있는 헌법적 기준을 축소해 놓았다. 구체적으로 말하면, 헝가리 헌법은 국가부채가 국내총생산의 1/2 이상인 동안에는 재정관련 법률에 대한 사법심사 방식을 제한하는데, 원래는 헌법의 다양한 내용들이 사법심사의 기준으로 활용되지만 위와 같은 경제적 조건하에서는 재정관련 법률에 대해서 오직 ‘생명권 및 인간존엄성, 개인정보보호권, 사상, 양심 및 종교의 자유 및 헝가리 국적에 관한 권리’의 침해여부만을 심사할 수 있도록 규정한 것이다(제37조 제4항).

이 조항은 현재 헝가리의 집권당인 피데스(청년민주연합, Fidesz)가 추진한 통치전략의 일환으로 도입되었다. 헝가리인들은 계속된 경제침체와 국제통화기금(IMF)에 대한 구제금융 요청(2008)을 겪으면서 정권교체를 희망하게 되었고, 이에 2010년 총선에서 집권 중이던 중도좌파의 사회당 대신 보수파인 피데스를 제1당으로 선택했다. 포퓰리즘을 기초로 국민들의 지지를 확보해 낸 피데스는 연이은 개헌을 통해 자신들의 권위주의적 통치기반을 강화해 나갔다.¹²⁾ 여기에는 헌법재판소를 길들이기 위한 시도도 포함되

11) 사법심사에 있어서 우리는 전체 헌법을 기준으로 삼지만, 반드시 모든 헌법이 그런 것은 아니다. 대표적으로 벨기에가 있다. 이황희, “벨기에의 헌법재판제도”, 『성균관법학』 제31권 제2호(2019), 9-10면, 21면.

12) 집권당 피데스와 총리 오르반(Vitor Orbán)의 권위주의적 통치와 민주주의의 비자유주의화에 관하여는 András L. Pap, *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, Routledge, 2018; 박정원, “민주화 이후 중유럽의 ‘적대와 인정의 정치’: 헝가리 사례”, 『동유럽발칸연구』 제42권 4호(2018), 167면 이하 참조.

었는데, 예컨대 재판관의 숫자를 11인에서 15인으로 증원해 현 집권세력이 많은 수의 재판관을 선출하도록 했고, 기존에는 재판관 중에서 호선방식으로 뽑았던 헌법재판소장을 의회에서 선출하도록 함으로써 헌법재판소에 대한 집권세력의 영향력을 확대하는 데 성공했다.

열거된 권리의 침해 외에는 재정관련 법률에 대한 사법심사를 불가능하게 한 위 조항도 헌법재판소의 사법심사를 제한해 집권세력의 통치권한이 덜 견제되도록 만들기 위한 것이었다. 이 조항의 배경은 다음과 같다. 피데스를 중심으로 한 연합정부는 선량한 도덕에 반하여(*contra bono mores*) 공적 자금에서 지급된 퇴직급여에 대해 98%의 세금을 소급적으로 부과했는데, 헌법재판소가 2010년 10월 98%라는 세율이 너무 높아서 소득에 대한 몰수적인 효과가 있고, 자칫 이런 규율이 공공부문 근로자의 수입 전반에 적용될 위험이 있다고 보아 해당 법률을 위헌으로 선언했다. 그러자 피데스측이 2010년 11월 헌법을 개정해 현행헌법 제37조 제4항에 해당하는 구 헌법 제32/A조 제2항을 도입했고, 이것이 현행헌법으로 이어진 것이다.¹³⁾

이 헌법조항에 대해서는, 재정관련 법률에 대한 사법심사를 제한해 헌법적 통제를 어렵게 함으로써 그러한 입법의 합헌성을 입법자의 선의에 의존하도록 만들었고, 현재 국가부채가 막대해 당분간 국가부채가 국내총생산의 1/2 이하로 떨어질 가능성이 거의 없는 헝가리의 상황을 고려하면 비록 형식은 조건부 제한의 모습을 띠지만 실질은 그렇지 않다는 취지의 비판이

13) 이 조항의 도입배경은 Maartje de Visser, 앞의 책, pp. 364-365; András Téglaši, “The Struggle between the Hungarian Parliament and the Constitutional Court from the 1989/1990 political transition up to the present”, Tamara Ehs/Heinrich Neisser (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie: Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbrüche?*, Böhlau Verlag, 2017, pp. 81-82. 헝가리 헌법재판소의 위헌 결정은 Decision 184/2010 of 28 October 2010(요약된 영역본은 [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2010-3-009?fn=document-frameset.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2010-3-009?fn=document-frameset.htm$f=templates$3.0), 최종방문일 2019. 8. 22.).

있다.¹⁴⁾

라. 효력

일반적인 헌법재판에서 위헌결정이 이루어지면 해당 법조항은 무효가 되거나 최소한 위헌여부에 관한 문제를 야기한 당해사건에 적용되지 않는다. 대개 헌법재판에 관한 집중형 모델에서¹⁵⁾ 위헌결정은 일반적 무효의 형태를 띠지만, 벨기에나 포르투갈, 룩셈부르크처럼 집중형 모델의 구체적 규범 통제에서도 당해사건에서의 적용배제효력만 인정하는 경우가 있다.¹⁶⁾

반면 영국은 상황이 다르다. 영국은 통상의 성문헌법이 존재하지 않지만, 2000년에 발효된 1998년 인권법(Human Rights Act 1998) 제정 이후 법률이 이 법에 열거된 인권에 합치하는지 여부를 심사할 수 있게 되었다. 이

14) J. Fröhlich/L. Csink, “Topics of Hungarian Constitutionalism”, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, No. 4(2012), pp. 435-436; Pál Sonnevend/András Jakab/Lóránt Csink, “The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary”, Armin von Bogdandy and Pál Sonnevend(eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, 2015, p. 96; Venice Commission, *Opinion on Three Legal Questions arising in the Process of Drafting the New Constitution of Hungary*, CDL-AD(2011)001, p. 3.

15) 일반적으로 헌법재판은 담당기관의 형태에 따라 집중형 모델과 분산형(비집중형) 모델로 구분된다. 집중형 모델은 하나의 전문적인 헌법재판기관에 이 권한을 독점적으로 부여하는 제도이고, 분산형 모델은 모든 법원이 법률에 대한 위헌심사권한을 가지는 제도를 말한다. 전자는 20세기 초 오스트리아에서 시작되어 주로 유럽 혹은 그로부터 영향을 받은 국가에서 채택되었고, 후자는 1803년 *Marbury vs. Madison* 사건으로 확립된 미국 연방대법원의 권한을 모델로 하므로, 각각 유럽형 모델과 미국형 모델로 불리기도 한다. 양 모델은 절차나 결정효력 등 여러 방면에서 차이가 있는데, 이에 관한 전반적인 설명은, Mauro Cappelletti, 구병삭, 강경근, 김승환 공역, 『현대헌법재판론』, 법문사, 1989, 66면 이하; 한수용, “헌법재판소법 제41조”, 『주석헌법재판소법』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015, 434면 이하 참조.

16) 이황희, 앞의 논문(주 11), 17면의 주 27; Victor Ferreres Comella, “The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 3(2004), p. 464, n. 13.

법을 통해 유럽인권협약상의 기본적 권리를 국내 법질서 속에 녹여 법률의 인권합치여부를 심사할 수 있게 된 것이다. 영국의 전통적인 의회주권주의는 이 범위에서 일정한 제약이 불가피해졌다.

그러나 법원이 해당 법률이 인권과 합치하지 않는다고 선언해도 이는 법률의 효력을 상실하게 하지 않는다. 따라서 불합치선언은 해당 법률의 효력, 계속적 작동과 집행에 영향을 끼치지 않으며, 그 선언이 있었던 당해 소송의 당사자에게도 구속력이 없다(제4조 제6항).¹⁷⁾ 다시 말해 오늘날 영국은 입법에 대한 사법적 통제를 허용하지만, 영국의 제도에서는 법률을 무효화하거나 해당 사건에서 적용되지 못하도록 하는 효력이 제한된다.

이것이 사법심사제한의 한 유형에 해당하는지 의문이 있을 수 있다. 사법심사의 대상이나 심사방식을 제한하는 것이 아니기 때문이다. 반대로 이것이 사법심사를 전면적으로 제한한 것과 본질적으로 다르지 않다는 시각도 가능하다. 뒤에서 보듯이 전면적 제한의 대표적 국가인 네덜란드에서도 선언적 차원에서의 심사가 이루어지기도 하는 까닭이다. 그러나 영국은 인권에 합치하지 않는다는 법원의 결정에도 불구하고 법률의 효력에는 변함이 없다는 점에서 일반적인 사법심사제도와 차이가 있고, 또 헌법에서 입법에 대한 사법심사를 직접 금지하는 네덜란드와도 구별될 수 있다.

4. 분석

입헌민주주의의 기본원리에 비추어 이상의 내용을 함께 되새긴다면, 입법에 대한 사법심사제한 문제를 다음과 같이 바라볼 수 있다고 생각한다.

17) 1998년 영국인권법에 기초한 사법심사에 대해서는, 임종훈, “영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제: 2000년 인권법 시행 이후의 변화”, 『세계헌법연구』 제16권 제3호(2010), 833-854면; 김연식, “영국 인권법 도입 이후 사법심사의 현재와 전망”, 『성신법학』 제14호(2014), 73-92면; Sandra Fredman, 조효제 옮김, 『인권의 대전환』, 교양인, 2009, 248-249면.

첫째, 헌법재판을 통한 위헌심사의 대상이 되는 국가권력의 범위를 어디까지 인정할지는 원칙적으로 해당 공동체의 정치적 의사결정의 몫이다. 오늘날 입헌민주주의는 국가권력의 헌법구속성을 관철하기 위한 수단으로서 헌법재판제도를 널리 활용하고 있지만, 그 제도의 구체적 내용에 있어서는 국가별로 차이가 있다. 일반법원의 재판에 대한 위헌심사를 허용할지의 문제가 대표적이거나, 그 정도만큼은 아니지만 입법에 대한 위헌심사 문제에서도 국가별로 차이가 없지 않다.

또 입법에 대한 사법심사가 입헌민주주의의 논리필연적인 산물인 것도 아니다. 그러한 제도가 존재하지 않는 입헌민주주의 체제도 얼마든지 생각해 볼 수 있다.¹⁸⁾ 입법에 대한 사법심사가 없다면 헌법은 그것을 침해하는 입법적 시도에 효과적으로 대응할 수 없어 장식에 그칠 것이라는 우려도 그 나름의 일리가 있지만, 위헌적인 입법을 통제하는 방식이 반드시 사법심사이어야 할 필연적 이유는 존재하지 않는다. 기본적으로 헌법의 수호는 헌법에 의해 성립되고 운영되는 다양한 기관들과 모든 국민이 공유하는 과업이다. 오늘날 전 세계적으로 헌법재판을 통한 위헌심사방식이 확산된 것은 이 제도의 효용성에 대한 현 인류의 공감과 공유된 지지를 반영하는 것일 뿐, 이로부터 이 제도의 논리필연성을 추론할 수는 없다. 현재도 네덜란드나 뉴질랜드처럼 법률이 헌법 혹은 권리장전에 위반되는지 여부를 심사하는 제도 없이도 입헌민주주의 체제를 잘 운영하는 국가가 있고, 영국처럼 위헌결정에 법률을 무효화할 수 있는 효력을 인정하지 않는 국가도 있으며, 사법심사 이외의 방식으로 위헌적 입법의 문제를 해결하기 위한 여러 학문적 논의들도 진행 중이다.¹⁹⁾ 다시 말해, 입헌민주주의 체제를 지향

18) 같은 취지로, 가령 Dieter Grimm, "Constitutional Adjudication and Democracy", *Israel Law Review*, Vol. 33(1999), pp. 199-201.

19) 법률에 대한 헌법적 통제는 법원의 재판보다 더 민주적인 방식으로 이루어져야 한다는 주장으로, 예컨대 Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, 특히 pp. 291-298; Jeremy Waldron, "Judicial Review and the Conditions

한다 해서 반드시 사법심사를 받아들여야 하는 것은 아니다.

둘째, 그러나 특정한 집권세력 혹은 집권자가 자신의 권위주의적이고 자의적인 통치를 위해 사법심사를 제한하는 것은 입헌민주주의 이념에 부합하지 않는다. 입헌민주주의는 자의적인 통치에 반대한다. 입헌민주주의하에서 권력은 국민으로부터 정당성을 인정받아야 하고, 분립되어 상호 견제되어야 하며, 헌법의 규정과 기본원칙에 의해 제한되어야 한다. 입법에 대한 사법심사를 인정할지 말지는 정답이 있는 문제가 아니지만, 특정한 권력자가 자신의 전제적인 통치를 수월하게 만들기 위해 입법에 대한 사법심사를 제한하는 시도를 허용할지 말지는 정해진 답이 존재한다. 이러한 시도는 허용되어서는 안 되며, 만약 이 시도가 현실화되어 사법심사가 제한된다면 재판기관으로서는 그로 인한 해악을 줄이기 위한 해석적 노력에 힘써야 한다.

셋째, 그렇다면 위헌법률로 인한 해악을 충분히 알고 있음에도 의회의 최고권위에 대한 훼손을 우려하거나(2000년 이전 영국) 사법적 교정방식에 대한 거부감으로 인해(네덜란드, 혁명 당시 프랑스) 입법에 대한 사법심사를 제한한 경우와, 권력자가 자신의 통치권에 대한 견제를 약화시키기 위한 의도로 그것을 제한한 경우를 분별해 접근할 필요가 있다. 전자는 위헌 법률에 대한 통제와 교정의 필요성을 부인하지 않으므로, 애초 위헌논란이 있는 법률의 제정에 신중하거나 위헌의 혐의를 받는 법률을 개선하는 데 소극적이지 않으며, 헌법과 양립할 수 없는 법률의 문제를 해결할 다른 수

of Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, No. 4(1998), pp. 335-355. 윌드론은 뉴질랜드나 옛 영국처럼 성문헌법이 없는 그래서 사법적인 위헌 심사가 없는 국가에서의 사회적 논쟁이 그러한 위헌심사가 강고한 미국보다 못하다고 볼 수 없다고 한다. 같은 논문, p. 339. 비사법적인 위헌심사의 가능성과 사법심사가 없는 체제에 대한 옹호는 Mark Tushnet, “Non-Judicial Review”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 40, Iss. 2(2003), pp. 453-492; Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999, pp. 163ff. 비사법적 방식을 통한 헌법보호에 관해서는 Maartje de Visser, 앞의 책, pp. 11-51.

단을 효과적으로 활용할 의사와 능력을 보유할 수 있다.²⁰⁾ 반면, 후자는 권력제한의 가능성을 낮추기 위해 권력에 대한 견제장치를 훼손하는 것이므로, 위헌법률을 교정하기 위한 대안적 방식의 모색을 실질적으로 기대하기 어렵다.

물론, 어떤 사법심사 제한조항이 해당 공동체가 자율적으로 내린 민주적 의사결정의 산물인지, 특정한 권력자의 사악한 의도에서 비롯된 것인지가 항상 명확한 것은 아니다. 어떤 조항의 배후에 놓인 의도로 그 조항의 속성을 판단하는 일이 옳은 것인지에 관해서도 이견이 있을 수 있다. 그러나 좋은 제도라 해도 권력자에 의한 악용의 위험성은 늘 존재하고, 그것이 악용인지 여부는 대체로 그 제도의 이용양상으로부터 추단되는 권력자의 의도로 판단될 수 있다. 가령 위헌정당해산제도는 원래 민주주의를 파괴하려는 정당으로부터 민주주의를 수호하기 위한 것이지만, 그 제도의 이용양상으로부터 그것이 정치적 반대세력을 탄압하기 위한 수단으로 악용되는지 여부를 알 수 있다. 사법심사 제한조항도 다르지 않다. 그것을 도입하려는 주체가 누구인지, 왜 이를 추진하는지, 그 조항으로 인해 어떤 결과가 만들어지는지 등으로부터 해당 조항의 성격을 파악하는 것이 불가능하지 않다고 생각된다.

여기서, 그 제한으로 인해 궁극적으로 위헌법률에 대한 교정가능성이 얼마나 낮아졌는가, 즉 그 제한으로 인해 권력자의 자의적 통치를 제어할 수 있는 가능성이 얼마나 약화되었는가라는 관점이 중요한 역할을 할 것이다. 위헌법률에 대한 통제필요성을 충분히 인식하면서도 그에 대한 사법적 통제방식에 반대해 혹은 다른 모종의 이유로 사법심사를 제한한 경우라면,

20) 네덜란드에서도, 유럽인권협약 등 국제조약에 따른 법원의 사법심사나 국사원과 상원의 역할 등에 힘입어 위헌법률심사제도 없이도 인권과 보편적 가치에 위반되는 법률을 통제하는 기능이 존재하며, 현재 이런 기능이 비교적 만족스럽게 작동하고 있다는 평가도 있다. Jurgen C. A. de Poorter, 앞의 논문, pp. 91ff; Maartje de Visser, 앞의 책, pp. 79-80.

위헌법률에 대한 다른 방식의 통제가능성을 유지, 고안하고 실천하려는 노력이 중단되지 않을 것이기 때문이다.

위헌법률에 대한 교정가능성의 측면에서 본다면, 대체로 사법심사의 대상의 범위를 제한하는 것이 시간적 범위를 제한하는 것보다 입헌주의 이념에 더 유해할 수 있다. 터키에서 확인되는 시간적 범위에 관한 제한은 일단 모든 입법에 대한 사법심사의 가능성을 긍정하되, 그 결정이 선고되면 일정 시간 동안 해당 입법의 위헌여부를 다루지 못하도록 하는 것에 불과하다. 이 방식은 위헌법률심사제도가 여전히 권력자의 자의적 지배에 대한 견제수단으로 작동할 수 있는 잠재력을 앗아가지 않는다. 이 제한방식은 합헌결정이 이루어진 법률에 대한 반복청구를 제한할 뿐이다. 이는 헌법재판을 담당하는 인력자원의 효율적 활용이라는 실용적인 목적을 위한 제도적 장치로 평가할 수 있다.²¹⁾

반면 사법심사의 대상을 제한하거나 특정 입법에 대한 사법심사의 방식을 제한하는 것은, 해당 입법에 기초한 권력행사를 실효적으로 견제하지 못해 권력의 합헌적 행사를 제대로 관철하지 못할 위험이 크다(유신헌법

21) 실무적인 측면에서도 이것이 위헌결정을 받을 국민들의 기회를 크게 훼손하지는 않을 듯하다. 어떤 재판부가 해당 법률에 대해 합헌결정을 내렸다고 한다면, 그 재판부는 자신들의 임기동안 같은 법률에 대한 청구에서 앞선 결정과 다른 결론을 취할 확률이 거의 없다. 같은 재판부가 후속 결정에서 다른 결론을 취한다면 그것은 앞선 결정에서 오류가 있었음을 뜻하는데, 이는 최고재판기관의 자존심상 받아들이기 쉬운 일이 아니다. 따라서 같은 재판부에서 선례가 변경되기 어렵다는 점을 고려하면, 터키가 입법에 대한 사법심사에 설정한 제한이 국민들에게 끼치는 해악은, 물론 헌법재판관 임기가 얼마인가에 따라 다소간의 차이가 있기는 하겠으나(터키 헌법재판관의 임기는 12년이다), 실제로는 그리 크지 않을 수도 있다. 한편, 드물기는 하지만 같은 재판부 내에서 선례가 변경된 사례가 전혀 없지는 않다. 일례로, 우리 헌법재판소는 근로자가 사업주의 지배관리 아래 출퇴근하던 중 발생한 사고로 부상 등이 발생한 경우만 업무상 재해로 인정하는 산업재해보상보험법 조항에 관하여 2013년 9월 합헌으로 판단했는데(헌재 2013. 9. 26. 2011헌바271; 헌재 2013. 9. 26. 2012헌가16), 불과 3년 지난 2016년 9월 재판부가 동일한 상태에서 선례를 변경해 위헌으로 결정하였다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254).

제53조 제4항, 헝가리 헌법 제37조 제4항). 해당 입법의 위헌성을 교정할 수 있는 기회를 박탈하거나 축소시키고자 하는 의도에서 비롯되었을 확률이 높은 까닭이다. 또 애초 위헌법률심사제도가 존재하던 상황에서 일부의 예외가 생겨난 것이므로, 그러한 예외의 발생에 따른 문제를 해결할 수 있는 다른 수단이 미처 제도화되지 못했을 가능성도 있고, 법률의 위헌성을 통제할 다른 제도적 실천들이 아직 현실적 역량을 충분히 갖추지 못했을 가능성도 있다.

넷째, 입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석에서도 위의 두 경우를 구별할 필요가 있다. 원칙적으로, 입법에 대한 사법심사 제한조항은 제한적으로 해석되어야 한다는 것이 필자의 생각이다. 헌법은 텍스트 자체만으로 그 의미를 오롯이 파악할 수 없다. 헌법은 개별조항의 단순 총합으로 구성되는 것이 아니라, 헌법의 토대가 되는 기본원칙과 이념의 지도하에 개별조항들이 축조하는 하나의 정합적인 의미체계로서 존재한다.²²⁾ 헌법해석은 정합적이고 조화로운 해석이어야 하고, 이를 위해서는 각 조항의 개별적 의미뿐만 아니라 그것이 가지는 전체와의 관련성이 아울러 고려되어야 한다. 이를 통해 헌법의 개별조항은 다른 조항과 충돌됨이 없이 전체와 조화될 수 있는 의미를 가지게 된다. 그리고 조화를 위해 필요한 경우에는 개별조항의 의미를 협소하게 해석하는 것이 바람직할 수도 있다.²³⁾

전술한 대로 의회의 최고권위에 대한 존중이나 위헌법률의 사법적 교정에 대한 거부감, 혹은 사법자원의 효율적 배분 등을 이유로 사법심사를 전면적으로 혹은 부분적으로 제한한 국가들이 있다. 이들 국가는 이러한 제

22) 이에 관한 한국과 독일 양국 헌법재판소의 입장을 담은 대표적 판례로는 현재 1995. 12. 28. 95헌바3(“헌법은 전문과 각 개별조항이 서로 밀접한 관련을 맺으면서 하나의 통일된 가치 체계를 이루고 있는 것”); BVerfGE 2, 380, 403(“헌법은 헌법전의 개별조항만이 아니라 그것들을 연결하고 내적으로 결합시키는 일반적인 기본원리와 지도이념으로 구성된다.”).

23) 현재 1995. 12. 28. 95헌바3.

한 속에서도 위헌법률의 문제를 그 나름대로 현명하게 처리하고 있다는 평가를 받기도 한다. 그러나 모든 국가권력이 헌법에 구속되어야 한다는 당위를 추구하는 근대 입헌주의 이념에 비추어 볼 때, 사법심사를 인정하면서도 입법에 대한 심사를 제한하는 것은 예외적인 성격을 갖는다. 뿐만 아니라, 해석적 노력을 통해 사법심사의 제한정도를 부분적으로라도 완화시킬 수 있다면, 다시 말해 그로써 위헌적 입법에 대한 통제가능성을 약간이나마 더 확보할 수 있다면, 그에 힘입어 국민의 자유와 권리를 보호할 수 있는 제도적 수준도 함께 올라갈 여지가 있다. 그만큼 더 자유와 권리에 우호적인 법적 환경이 조성될 것이다. 따라서 국가권력의 헌법기속과 기본권 존중이라는 기본원칙을 최대한 실현한다는 관점에서 사법심사 제한조항을 해석한다면, 이러한 예외적인 성격을 갖는 사법심사의 제한에 대해서는 제한적인 해석이 요구된다. 즉 제한에 대한 제한적 해석, 혹은 제한의 제한이 필요하다.

입법에 대한 사법심사제한이 권력자의 자의적 통치에 대한 제어가능성을 축소시키는 것일수록 제한적 해석의 필요성은 더욱 커진다. 권력자가 지배의 편의를 위해 입법에 대한 사법심사를 제한한 경우, 위헌법률에 대한 다른 통제수단이 마련되거나 모색될 가능성을 사실상 기대할 수 없음을 앞서 언급한 대로이다. 권력자의 자의적 지배를 제어할 다른 대안적 수단이 마땅치 않다면, 입법의 위헌여부에 대한 심사권을 가지는 헌법재판기관이 헌법수호라는 본연의 임무를 위해 최대한의 해석적 노력을 경주함이 옳다. 물론, 권력자가 개헌에 필요한 정족수를 확보하지 못해 그러한 제한을 입법형식으로 도입한다면, 헌법재판기관이 이 법률조항을 위헌으로 선언할 수 있다. 그러나 문제가 되는 경우는, 권력자가 이 조항을 개헌의 방식으로 도입할 때이다. 뒤에서 보듯이 헌법에 구속되는 헌법재판기관이 심사기준으로 기능하는 헌법의 일부조항을 위헌으로 결정할 수 있는지는 현재 헌법 이론상 대립이 있는데, 우리 헌법재판소는 헌법조항에 대한 위헌심사는 불

가능하다는 확고한 입장에 서 있다.²⁴⁾ 헌법조항을 무효화할 수 없다는 헌법재판소의 입장을 비판하고 재판소가 전향적인 입장으로 선회하도록 추동하는 것도 학문적으로 필요하고 또 값진 일이 있겠지만, 그와 달리 현재 확립된 판례의 입장을 전제로 사법심사 제한조항의 해석문제를 생각해 보는 것 역시 필요하고 유의미한 일이라고 본다.

요컨대, 입법에 대한 사법심사 제한조항은 제한적으로 해석되어야 하지만, 권력자가 자신의 통치권에 대한 견제를 약화시키기 위한 의도에 기초해 그것을 제한한 경우에는 위헌법률의 문제를 충분히 인식하고 있음에도 의회의 최고권위에 대한 훼손을 우려하거나 사법적 교정방식에 대한 거부감으로 인해 입법에 대한 사법심사를 제한한 경우보다 더욱 제한적으로 해석되어야 한다. 위헌법률의 해악에 관한 우려를 게을리 하지 않고 다른 대안적 통제수단을 받아들이는 후자의 경우에는 사법심사제한의 취지를 좀 더 존중해도 국민의 자유와 권리가 침해될 위험을 어느 정도 제어할 수 있다. 반면 위헌법률에 대한 교정가능성을 낮추어 자의적 통치에 기여하려는 데 목적이 있는 전자의 경우에는, 다른 대안적 통제수단이 부재할 것이므로 헌법의 최후 의지처로서 헌법재판기관이 자신의 임무를 보다 무겁게 받아들일 필요가 있다. 이때는 해당 조항의 의미를 최대한 축소하는 해석이 요구되며, 경우에 따라서는 그러한 사법심사제한을 사실상 무력화할 수 있을 정도의 과감한 해석도 가능하다고 생각한다.

이런 해석론이 사법심사의 제한을 명한 헌법에 위반된 시도라는 비판도 있을 수 있다. 그러나 아래에서 보듯이 헌법이 규정한 제한의 본령을 존중하면서도 그 제한의 의미를 축소하는 것은 헌법해석의 본질상 충분히 가능하다. 이러한 입장을 바탕으로, 이하에서는 유신헌법 제53조 제4항의 해석을 중심으로 입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석문제를 살펴보고자 한다.

24) 현재 1996. 6. 13. 94헌바20 등.

Ⅲ. 제한조항의 해석방법

1. 논의의 전제

1988년 헌법재판소가 설립된 이래, 위헌심사제한의 정당성 문제는 두 쟁점을 중심으로 전개되었다. 하나는 재판에 대한 위헌심사제한을 규정한 헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부였고, 다른 하나는 유신헌법하에서 발령된 대통령 긴급조치의 위헌여부였다. 입법에 대한 사법심사제한과 관련이 있는 것은 후자였다.

긴급조치로 인해 헌법상 민주주의와 법치주의, 국민의 자유와 권리 등이 심각하게 훼손되고 침해된 것은 익히 알려진 바와 같다. 헌법재판소에 의한 위헌법률심사가 폭넓게 인정되는 오늘날, 40여 년 전의 엄혹한 시절을 표상하는 유신헌법이 내세운 사법심사 제한조항을 이유로 긴급조치에 대한 사법심사가능성을 부정하는 태도는 합당하지 않다는 것이 현재 일반적인 생각이다. 긴급조치에 대한 사법심사는 가능하고, 또 가능해야 한다는 것이다. 긴급조치의 위헌여부가 문제된 사건에서 결과적으로 헌법재판소와 대법원이 모두 긴급조치의 위헌여부를 심사해 위헌으로 판단한 것은 이러한 분위기를 배경으로 했다.

다만 헌법재판소처럼 긴급조치가 헌법에 위반되는지 여부를 판단함에 있어서 그 심사기준이 되는 헌법을 유신헌법이 아니라 현행헌법으로 볼 경우(헌재 2010헌바132등 결정), 유신헌법 제53조 제4항은 긴급조치의 위헌성 심사에 큰 걸림돌로 작용하지 않는다. 현행헌법에는 그러한 제한이 부재한 까닭이다. 그에 반해 그 당시 헌법을 긴급조치의 사법심사기준으로 본다면 유신헌법 제53조 제4항으로 인한 사법심사제한의 문제를 피하기 어렵다.

헌법재판소는, 8차에 걸친 개헌의 결과 헌법으로서 규범적 효력을 가지

는 것은 오직 현행헌법인 점, 유신헌법에는 헌법의 핵심가치를 훼손하는 일부 조항이 포함되어 있었고 긴급조치는 국민의 기본권을 침해하는 위헌적인 내용으로 남용되었기 때문에 주권자 국민이 그에 대한 반성으로 개헌을 결단한 점 등을 이유로, 현행헌법이 긴급조치에 대한 위헌심사의 기준이 된다고 판단했다. 그러나 이에 대한 반론도 만만치 않다.²⁵⁾ 다만 여기서 이 문제를 본격적으로 다루지 않으며, 본고의 목적상 유신헌법 제53조 제4항의 해석문제를 검토하기 위해 유신헌법이 심사기준이 됨을 전제로 한다.

가. 견해들

유신헌법을 심사기준으로 본다면 긴급조치에 대한 사법심사를 제한한 당시 헌법 제53조 제4항의 문제를 우회하기 힘들다. 학설 중에는 유신헌법 제53조 제4항의 효력을 부인해 긴급조치에 대한 사법심사가 가능하다는 주장이 있다. 유신헌법 제53조 제4항의 효력을 부인하는 논리로는 크게 세 가지가 논의되었다.

첫 번째는, 개헌한계이론에 기초해 유신헌법 제53조 제4항의 효력을 부인하지는 주장이다. 통상 개헌한계이론은 개헌의 절차적 한계와 실체적 한계를 인정하는데, 유신헌법은 두 측면에서 모두 개헌의 한계를 벗어났다는 비판을 받는다.²⁶⁾ 특히 유신헌법 제53조, 그 중에서도 제4항에 대해서는

25) 윤진수, “위헌인 대통령의 긴급조치 발령이 불법행위를 구성하는지 여부”, 『민사법학』 제81호(2017); 김경제, “긴급조치에 대한 헌법재판소 결정의 문제점”, 『헌법학연구』 제19권 제3호(2013). 반면 긴급조치의 효력문제는 현행헌법의 위반여부에 달려있다는 입장 혹은 그에 우호적인 입장으로 이황희, 앞의 논문(주 10), 17-18면; 박찬주, “대통령긴급조치와 위헌선언”, 『인권과정의』 제421호(2011); 한상희, “통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제”, 『민주법학』 제59호(2015), 27면.

26) 유신헌법 혹은 그 일부 조항이 절차적으로 또 내용적으로 헌법개정의 한계를 위반했다는 설명으로 김선택, “유신헌법의 불법성 논증”, 『고려법학』 제49권(2007), 175면 이하; 김경제, 앞의 논문, 341면 이하. 그런데 개헌의 절차적 한계를 일탈했다고

실체적 한계를 위반해 무효라는 지적이 있다. 이 주장은, 헌법개정은 헌법 제정과 달리 헌법의 동일성을 깨트릴 수 없다는 본질적 한계를 가지므로, 기존헌법과 동일성이 유지되지 않는 범위에서는 효력이 없다는 논리를 바탕으로 한다. 제6차 개정헌법 제73조를²⁷⁾ 유신헌법상 긴급조치에 관한 제53조로 개정된 것은 사법을 긴급조치의 대상에 포함하고 긴급조치에 대한 사법심사를 금지한 측면에서 기존 헌법과의 동일성을 훼손하는 것이므로, 개헌의 한계를 벗어나 효력이 없다는 것이다.²⁸⁾ 따라서 유신헌법 제53조를 도입한 것은 묵시적인 헌법개정의 한계를 벗어나 무효이므로, 동조 제4항의 규정에도 불구하고 긴급조치에 대한 사법심사는 가능하다는 결론이 성립할 수 있다.²⁹⁾

두 번째는, 유신헌법 제53조 제4항이 같은 헌법의 근본원칙과 이념에 위

볼 경우에는 그 심사기준이 되는 헌법이 유신헌법이 아니라 그보다 앞선 제6차 개정헌법이 되어야 한다는 주장이 있다. 김경제, 앞의 논문, 348면. 이렇게 본다면 원칙적으로 유신헌법 전체가 무효가 되므로 그 제53조 제4항의 해석문제가 등장할 여지가 없다.

27) 제6차 개정헌법 제73조는 국가긴급권 조항인데, “내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여, 대통령은 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.”(제1항), “국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여, 대통령은 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.”(제2항), “제1항과 제2항의 명령 또는 처분은 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.”(제3항), “전항의 승인을 얻지 못한 때에는 그 명령 또는 처분은 그 때부터 효력을 상실한다. 다만, 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다.”(제4항), “대통령은 제3항과 제4항의 사유를 지체없이 공포하여야 한다.”(제5항)고 정하였다.

28) 김경제, 앞의 논문, 348-349면.

29) 헌법개정에 대한 사법심사 문제는 Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, PhD thesis, The London School of Economics and Political Science, 2014; 이황희, “헌법개정에 대한 위헌심사”, 『헌법논총』 제24집(2013) 및 이곳에서 인용된 문헌 참조.

반되므로 무효라는 주장이다.³⁰⁾ 위 개헌한계위반 주장에 따르면 위 유신헌법조항은 종전 헌법(제6차 개정헌법)상의 개헌한계를 위반한 것이지만, 이 주장에 따르면 유신헌법에서의 상위원칙에 위반된다. 이는, 헌법에는 가치의 핵심을 담고 있는 근본적 규범과 그렇지 않은 규범이 있음을 전제로, 후자가 전자에 위반될 때에는 헌법조항이라고 해도 위헌이 될 수 있다는 논법이다.³¹⁾

세 번째는, 저명한 독일 법학자의 이름에서 나온 라드브루흐 공식(Radbruchsche Formel)에 입각해 이 문제를 해결하자는 주장이다. 라드브루흐 공식이란, 일반적으로는 실정법으로 표상되는 법적 안정성을 우선시하면서도, 그 실정법의 부정의함이 ‘참을 수 없는 정도’(unerträgliches Maß)에 이르면 법적 안정성을 후퇴시켜 정의를 실정법에 앞세운다는 내용이다.³²⁾ 이것은 법실증주의적 법관념을 극복해 부정의한 실정법의 효력에 제한을 가할 수 있는 이론적 토대를 제공했다.³³⁾ 이 논리에서 본다면, 유신헌법 제53조 제4항은 참을 수 없을 정도로 정의에 위반되므로 정의를 우선시해 이 조항의 효력을 부인할 수 있다.³⁴⁾ 이에 따르면 수인할 수 없는 부정의함은, 제헌헌법 이래 인정되어 온 국가긴급권이 유신헌법을 제외하고는 사법심사에서 배제된 바 없는 점, 이 조항은 모든 국가권력이 헌법에 의해 통제되어야 한다는 근대 입헌주의 이념과 정면으로 충돌하는 점 등으

30) 이러한 취지로는 정연주, “긴급조치에 대한 심사 관할권과 유신헌법 제53조의 위헌성”, 『헌법학연구』 제20권 제3호(2014), 272면 이하(유신헌법 제53조 제4항을 포함한 제53조 전체가 위헌이라는 입장이다).

31) 헌법상의 근본규범에 위반되는 헌법조항의 위헌심사에 대해서는, 정연주, “헌법 제29조 제2항에 대한 헌법소원”, 『헌법학연구』 제5권 제2호(1999), 472-499면.

32) 이에 관하여는 이재승, “라드브루흐 공식”, 『법철학연구』 제7권 제1호(2004), 99면 이하 참조.

33) 실제로 이 공식은 독일의 재판실무에서 활용되었다. 그 구체적 사건들은 Robert Alexy, 이준일 옮김, 『법의 개념과 효력』, 고려대학교 출판부, 2007, 44면의 주 31, 32.

34) 윤진수, 앞의 논문, 138면 이하.

로부터 뒷받침된다.

나. 다른 모색의 필요성

유신헌법과 그에 기초한 긴급조치는 박정희 정권의 권위주의적 지배를 정당화하는 수단으로 복무했고, 그 과정에서 헌법이 마땅히 보호해야 할 국민의 자유와 권리가 오히려 침해되는 것을 정당화한 헌법적 근거로 기능했다. 유신헌법 제53조 제4항에 의한 사법심사제한은 위와 같은 권력자의 일방적이고 억압적인 통치를 보다 용이하게 만들기 위한 수단으로 도입되었고 또 그렇게 작동해 왔다. 그뿐만 아니라 유신헌법으로의 개헌은 위헌적인 국회해산에서 시작해 결코 정상적이라고 볼 수 없는 방식으로 진행되었으므로, 긴급조치에 대한 사법심사제한을 국민의 자율적인 판단에 의한 것이라고 보기 어렵다. 오히려 긴급조치는 유신헌법의 문제점을 개선하려는 국민의 정당한 노력을 억압하는 역할을 수행했는데,³⁵⁾ 이는 유신헌법 제53조 제4항이 그 도입뿐만 아니라 유지에서도 국민의 자율적인 의사결정에 기초하지 않았음을 의미한다. 여러 면에서 유신헌법 제53조 제4항은 근대 입헌주의의 기본정신에 위배된다.

헌법에 내재한 기본원칙과 이념의 존재를 바탕으로, 유신헌법 제53조 제4항이 여기에 위반되는지를 검토해 이 헌법조항의 효력을 부인하는 해석은 학문적으로 가치 있고 유의미한 모색임이 분명하다. 헌법을 수호하고 그 속에 담긴 민주주의와 인권의 이념을 실현하는 것을 사명으로 하는 헌법재판소가 유신헌법 제53조 제4항을 이유로 긴급조치에 대한 사법심사를 포기한다면 이는 독재자의 뜻에 따라 민주주의와 인권이 심각히 훼손되는 해악이 발생하는 데 조력하는 결과가 된다. 물론 헌법재판소가 헌법의 명문규정에도 불구하고 그에 대한 위헌심사를 강행할 수 있는지는 커다란 논쟁의

35) 긴급조치 제1호 제1항, 제2항, 제4항, 긴급조치 제9호 제1항, 제2항.

대상이 될 수 있다. 특히 법해석에 있어서 실증주의적 태도가 강할수록 이에 대한 반대논리를 강화해 줄 것이다. 그러나 헌법재판소는 이러한 본질 배반적인 재판을 해서는 안 된다고 믿는다. 그런 면에서, 근대 입헌민주주의의 기본원칙과 이념에 비추어 권력자의 폭력적이고 자의적인 통치에³⁶⁾ 복무한 긴급조치를 사법심사의 대상에서 제외한 헌법조항의 효력을 부인하는 해석은 정당성을 가질 수 있다.

그러나 앞서 보았듯이(94헌바20) 우리 헌법재판소가 이러한 해석론을 받아들이지 않는다는 데에 어려움이 있다. 헌법재판소는 헌법의 어느 한 조항이 다른 조항에 대해 본질적으로 우위에 있지 않다고 하면서 어떤 헌법 조항의 위헌무효를 판단할 수 있는 더 상위의 규범이라는 심사척도가 존재하지 않는다고 했다. “헌법의 어느 특정 규정이 다른 규정의 효력을 전면 부인할 수 있는 정도의 효력상의 차등을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다.”는 것이다. 이렇게 해석한다면, 유신헌법 제53조 제4항을 위헌으로 선언해 무효로 만들기 힘들다. 현재 우리 헌법재판소가 헌법조항을 위헌무효로 볼 수 없다는 해석을 취하는 이상, 앞서 본 논의들과는 다른 접근도 필요하다라는 것이 필자의 생각이다. 이는 헌법재판소의 입장을 전제로, 유신헌법 제53조 제4항의 문제를 국민의 자유와 권리에 우호적인 방향으로 해결하기 위한 또 다른 탐색이다. 유신헌법 제53조 제4항 자체를 위헌무효로 선언함으로써 이 문제를 해결하는 이론적 시도들이 이미 여러 방향으로 시도되었다는 점에서도, 그와 다른 시도를 모색해 볼 가치는 있다고 본다.

재차 강조하지만, 이하의 논의는 유신헌법 제53조 제4항이 정당하다는 취지가 아니다. 개별 헌법조항의 효력을 부인할 수 없다는 우리 헌법재판소의 기존입장에 기초한 실무적 논의의 필요성, 그리고 사법심사 제한조항

36) 폭력적이고 자의적인 지배는 헌법재판소가 우리 헌법의 민주적 기본질서의 의미를 해석하면서 가장 먼저 배척한 지배형식이다(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1). 독일 연방헌법재판소 또한 같은 입장이다(BVerfGE 2, 1, 12).

에 대한 해석론을 모색하는 본 논문의 목적상 해당 논의를 위한 이론적 가능성을 열어두기 위함이다.

2. 제한에 대한 제한적 해석

가. 사법심사제한의 대상으로서의 긴급조치

앞에서 밝힌 제한에 대한 제한적 해석이라는 시각에서 유신헌법 제53조 제4항을 다시 살펴본다. 유신헌법 제53조 제4항은 긴급조치를 사법심사의 대상에서 제외하였다. 그러나 이것이 긴급조치라는 이름으로 발령된 모든 비상조치가 사법심사의 대상에서 제외된다는 의미로 읽혀서는 안 된다. 유신헌법 제53조 제4항은 동조의 제1항에 따른 긴급조치에 대하여 사법심사를 불허한 조항이므로, 유신헌법 제53조 제4항이 적용되기 위해서는 그것이 동조 제1항의 요건을 충족한 긴급조치에 해당해야만 한다. 즉 “천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어 신속한 조치를 할 필요가 있다고 판단할 때”에 발령된 긴급조치임이 입증되어야 한다.

그렇다면 긴급조치로서의 요건과 필요성을 갖추지 못한 채 단지 ‘긴급조치’라는 이름을 빌려 행해진 대통령의 조치에 대해서는 사법심사를 허용한다 하더라도 유신헌법 제53조 제4항의 취지와 충돌하지 않는다고 볼 수 있다. 발령요건을 갖추지 못한 긴급조치, 즉 현실적으로 필요하지 않은 긴급조치는 애초부터 유신헌법 제53조에서 상정한 긴급조치가 아니므로, 동조 제4항에 따라 사법심사가 배제되는 대상에 해당되지 않는다. 헌법상의 발령요건을 갖추지 못한 채 단지 긴급조치라는 외형만을 가진 것은 유신헌법 제53조에서 말하는 긴급조치에 해당하지 않으므로, 긴급조치에 한하여 인정되는 사법심사 배제효력이 미치지 않는다는 것이다. 이렇게 해석하지

않는다면, 발령요건을 갖추지 못한 경우에도 단지 대통령이 긴급조치라는 이름으로 선포하기만 하면 유신헌법 제53조 제4항에 따라 그에 대한 사법심사가 불허된다는 결론에 이르게 되는데, 이는 실제로 긴급조치가 아닌 것에 대해서까지 사법심사를 불허하는 것이 되므로, 긴급조치에 한하여 사법심사를 배제하려는 헌법의 취지에 어긋난다. 다시 말해, 어떤 국가권력 작용이 사법심사에서 배제된다 해도, 심판으로 청구된 대상이 과연 사법심사가 배제되는 ‘바로 그’ 권력 작용에 해당하는지 여부는 검토될 필요가 있다는 것이다.

또한, 긴급조치와 그에 대한 사법심사배제는 당시 헌법의 기본원칙과 이념과 양립하기 힘들었다는 점에서도 이 같은 축소해석이 정당화될 수 있다. 무엇보다도, 당시 헌법은 인간의 존엄성 및 국민의 기본권을 최대한 보장할 국가의 의무를 선언하고 있었다(제8조). 인간의 존엄성과 국가의 기본권 최대보장의무를 천명한 헌법에서 국민의 기본권을 잠정적으로나마 정지할 수도 있었던 긴급조치에 대한 통제가능성을 현저히 약화시켜 놓은 것은 헌법의 정합성 측면에서 분명 약점이 있었다. 유신헌법 제53조 제4항에 대한 위의 축소해석은 헌법의 정합성을 높이는 데에도 기여할 수 있다.

이에 대해서, 헌법의 문언과 충돌한다는 비판이 있을 수도 있다. 그러나 일단 사법심사가 배제되는 바로 그 권력 작용에 해당됨이 확인된다면, 그에 대한 사법심사배제는 여전히 존중된다는 점에서 이는 문언을 무시한 해석이 아니라, 문언의 의미를 축소한 해석으로 봄이 합당하다. 그 뿐만 아니라, 이렇게 해석하지 않는다면 사법심사가 배제되는 그 국가권력 작용임을 참칭해 사법심사를 회피하려는 시도를 유효하게 통제하기 어렵다. 유신헌법 제53조 제4항의 사법심사제한은, 위헌적 긴급조치의 통제에 대한 문제의식과 대안적 통제수단에 대한 모색이 전무한, 오직 권력자의 자의적 통치를 위한 편의적 수단이었다. 근대 입헌주의 이념을 부정하는 이러한 헌법조항을 무효로 만들 수 있다면 가장 좋겠지만, 그럴 수 없다면 이미 전

술한 바와 같이 헌법의 기본원리와 이념을 보호하기 위해 해당 조항의 의미를 최대한 축소하는 해석이 요구되며, 필요하다면 그러한 심사제한을 사실상 무력화할 수 있을 정도의 적극적인 해석도 정당화된다고 본다.

어떤 공권력 행사에 대한 위헌심사가 제한된 경우에도 심판대상이 된 공권력 행사가 위헌심사가 제한된 그 권력 작용에 해당되는지 여부를 헌법재판소가 살펴볼 수 있다는 논법은, 기실 일찍부터 우리 재판소의 결정에서 활용되어 왔다. 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 기본권을 침해받은 자가 청구하는 심판이지만, 법원의 재판은 원칙적으로 심판대상이 될 수 없다(헌법재판소법 제68조 제1항). 이에 헌법재판소는 법원과 관련된 공권력 행사가 문제되는 사건에서 그것이 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 재판인지 아닌지를 검토해, 그것이 재판이라면 헌법소원심판의 대상이 아니라는 이유로 각하하고, 그렇지 않다면 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다는 태도를 취해왔다. 헌법재판소에 따르면, 여기서의 법원의 재판이란, 소송사건을 해결하기 위하여 법원이 행하는 중국적 판단의 표시인 중국판결과 같은 의미로 사용되기도 하나, 소송법상으로는 법원이 행하는 공권적 법률판단 또는 의사의 표현을 지칭하는 것으로서, 이러한 의미에서는 사건을 중국적으로 해결하기 위한 중국판결 외에 본안 전 소송판결 및 중간 판결이 모두 포함될 뿐 아니라 기타 소송절차의 파생적·부수적인 사항에 대한 공권적 판단도 포함된다.³⁷⁾ 이런 해석을 기초로, 헌법재판소는 재판장의 소송지휘권 행사, 판결 선고 당시 판결이유의 요지를 구술로 설명하지 않은 부작위 등을 다룬 사건에서, 재판소는 해당 행위가 결국 법원의 재판에 해당하는 것이어서 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 보았다.³⁸⁾ 이 논법의 기저에는 그러한 행위가 법원의 재판에 해당하지 않는다면 헌법소원의 대상이 될 수 있다는 사고가 놓여 있다.

37) 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마19.

38) 헌재 1992. 6. 26. 89헌마271; 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마19.

또, 법원의 재판이라 해도 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용해 국민의 기본권을 침해한 재판은 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다.³⁹⁾ 따라서 법원의 재판이라 해도, 그것이 예외적으로 헌법소원의 대상이 되는 재판에 해당하는지 검토가 필요하다. 헌법재판소가 법원의 재판이 심판대상이 된 사건에서, 위헌으로 결정된 법령을 적용한 재판인지를 살펴보는 것은 그 때문이다.⁴⁰⁾

이런 심사가 필요한 이유는, 법원에 의한 공권력 행사라고 하더라도 법원의 ‘재판’에 해당하지 않는다면, 혹은 재판이라 해도 헌법소원의 대상이 될 수 있는 ‘예외적 재판’에 해당한다면, 그것을 헌법소원의 대상으로 삼는 것이 오히려 헌법재판소법 제68조 제1항의 입법취지에 부합하기 때문이다. 즉 어떤 공권력이 헌법재판소의 위헌심사에서 배제되었다 해도, 해당 심판대상이 바로 것처럼 위헌심사가 배제된 대상에 해당하는지, 해당한다면 혹시 그러한 배제의 예외에 해당하는지 여부를 검토할 필요가 있다는 것이 헌법재판소의 기본적 태도이고, 이는 유신헌법 제53조 제4항의 해석에서도 마찬가지로 참조될 수 있다.

그렇다면 유신헌법 제53조 제4항에 따른 사법심사제한은 동조 제1항의 요건을 구비한 긴급조치에 한해서만 유효한 것이므로, 긴급조치라는 이름으로 행하여진 모종의 국가권력 작용이 그 헌법 제53조의 요건에 부합하는 긴급조치에 해당하는지 여부를 검토하는 것은 가능하고, 또 긴급조치 및 그에 대한 사법심사제한의 반(反)입헌주의적 성격을 고려할 때 반드시 필요하다 고 생각한다.

나. 긴급조치 제1호 및 제9호에의 적용

유신헌법 제53조 제1항은 긴급조치의 발령요건을 정하고 있다. “천재·

39) 헌재 2016. 4. 28. 2016헌마33.

40) 헌재 2018. 8. 30. 2015헌마861등; 헌재 2019. 2. 28. 2016헌마56 등.

지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려”가 있어야 한다는 것과 “신속한 조치를 할 필요”가 있어야 한다는 것이다. 헌법재판소는 긴급조치 제1호와 제9호의 위헌여부가 문제된 사건(2010헌바132등)에서 현행헌법을 위헌심사의 기준으로 삼는다고 하면서도 다음과 같은 취지로 각 긴급조치가 유신헌법상의 발령요건을 갖추지 못했다고 설시했다.

긴급조치 제1호는 조국의 현실이 백척간두에 처해 있다는 상황인식에서 비롯된 것인데, 그 원인으로 ‘급변하는 국제정세와 특히 국제경제가 물고을 거센 풍랑’과 ‘북한공산주의자들의 각종 도발행위 등’이 언급되었다. 그러나 ‘국가의 기본질서와 안전보장을 위태롭게 하는 중대한 위협’으로 거론된 실제 대상은 일부 인사들과 불순분자들이 ‘선동과 악의적인 유언비어를 유폐시키면서 사회혼란을 조성하여 헌정질서인 유신체제를 부정하고 이를 전복하려 드는 것’이었고, 특히 개헌청원서명운동이 그 예로 지목되었다. 반유신적 언동을 계속하고 음성적이고도 지능적인 위계방법으로 불온한 활동을 계속하면서 동조세력의 확대를 시도하는 그들의 활동을 그대로 방치하면 국가의 안전보장과 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받게 될 우려가 있기 때문에 긴급조치 제1호를 발령한다는 것이었다. 그러나 당시 유신헌법에 반대하는 국민이 유신헌법에 대한 비판적 의사표시나 개헌을 위한 적극적인 의견제시 등을 특정 시기에 집약적이고 집합적으로 표출하고 있었다 하더라도, 이를 긴급조치와 같은 국가긴급권으로서 대처하여야 할 국가적 비상상황이라고 보기도 어렵다는 것이 헌법재판소의 판단이었다.

긴급조치 제9호는 ‘남침이 가능하다고 북한이 오판을 할 염려가 급격히 증대된 상황’을 극복하는 최선의 길인 ‘국민총화를 공고히 다지고 국론을 통일하며 국민 모두가 일사불란하게 총력안보태세를 갖추어 나가는 것’을 위한다는 명분으로 선포되었다. 즉 긴급조치의 배경이 된 국가위기상황은 남침이 가능하다고 북한이 오판을 할 염려가 급격히 증대된 상황이었고,

그러한 위기에 대한 최선의 대처방법은 국민총화, 국론통일, 국민 모두가 일사불란하게 총력안보태세를 갖추는 것인데, 이를 위해 긴급조치 제9호가 필요하다는 것이었다. 그러나 남침이 가능하다고 북한이 오관할 염려는 한 국전쟁이 휴전으로 종결된 이후 남북이 적대적으로 대치하고 있는 현실에서 상존하는 위기상황이므로, 북한의 남침 가능성의 증대라는 추상적이고 주관적인 상황인식만으로는 긴급조치를 발령할 만한 국가적 위기상황이 존재한다고 보기에는 부족한 점, 긴급조치 제9호는 유신헌법이 존속하였던 기간 중 3분의 2 정도의 기간 동안 존속하였고 이는 긴급조치 제9호가 타개해야 할 급박한 국가위기, 즉 북한의 남침 가능성 증대라는 상황이 적어도 한반도에 평화체제가 확립될 때까지 지속되는 일상적인 상황임을 의미하는 점 등에서 긴급조치와 같은 국가긴급권으로서 대처하여야 할 국가적 비상상황이 존재한다고 보기도 어렵고, 또 신속한 조치를 취할 필요성도 존재하지 않았다는 것이 또한 헌법재판소의 판단이었다.

이처럼 긴급조치 제1호와 제9호는 헌법상 발령요건을 갖추지 못했으므로, 긴급조치임을 참칭했던 위 조치들은 더 이상 사법심사를 면제받는 유신헌법 제53조상의 긴급조치에 해당하지 않는다. 또한 위 조치들은 헌법이 예정한 정당한 법규범이 아니므로, 그 자체로 이미 재판에 적용할 수 없는 위헌적인 규범이다. 여기까지 판단한 바로도 곧바로 위헌결정을 선고할 수 있었다고 보인다. 다만, 개별 사건을 해결하는 것뿐만 아니라 헌법적 쟁점을 해명하고 헌법질서를 유지하는 것도 헌법재판의 역할이므로, 헌법재판소의 실제 결정에서처럼 위 조치들이 발령요건을 갖추지 못했을 뿐만 아니라 더 나아가 내용적으로도 헌법에 위반됨을 판단한 것 또한 의미가 있었다고 생각된다.⁴¹⁾

41) 이 결정에서 헌법재판소는 긴급조치 제1호와 제9호가 내용적으로도 헌법에 위반된다고 판단했다. 이 판단은 현행헌법을 기준으로 한 것이나, 위헌의 기준으로 언급된 개별조항들은 유신헌법에도 있었으므로 이러한 위헌논증은 유신헌법을 위헌심사기

IV. 다른 입법례에의 적용

이러한 엄격해석의 필요성은 다른 입법례에 대한 해석에서도 마찬가지로 고려될 수 있다. 여기서는 대표적으로, 상반된 사법심사제한의 기원을 가지는 네덜란드와 헝가리의 경우를 비교해 살펴보고자 한다.

먼저, 입법에 대한 사법심사의 전면적 제한모델에 해당하는 네덜란드이다. 네덜란드 헌법 제120조는 “의회의 법률 및 조약의 위헌여부는 법원에서 심사할 수 없다.”고 정하는데, 이는 의회의 권위 존중, 위헌법률의 사법적 교정방식에 대한 비판적 시각 등을 이유로 한다고 이해된다. 법원은 이 취지를 존중해, 법률의 실제적 위헌여부뿐만 아니라 절차적 위헌여부에 대한 심사도, 42) 헌법에 쓰여 있지 않은 법의 일반원칙에 법률이 위반되는지 여부에 대한 심사도 모두 헌법 제120조에 의해 금지된다고 판단했다. 다만 흥미로운 것은, 법의 일반원칙에 관한 위 결정에서 대법원은 법률의 효력을 부인하지 않으면서도, 그 법률이 법의 일반원칙에 위반됨을 확인하고 있어, 사실상 그와 같은 사법심사를 허용한 것이 아니냐는 평가를 받기도 한다는 점이다. 43)

준으로 하더라도 큰 차이가 없을 것이다. 재판소는 위 조치들이 현행헌법상 표현의 자유, 죄형법정주의, 헌법개정과 관련한 참정권, 국민투표권, 영장주의, 신체의 자유, 법관에 의한 재판을 받을 권리, 집회·시위의 자유, 학문의 자유 등을 침해한다고 판단했는데, 이 내용은 유신헌법에서도 제10조, 제11조, 제18조, 제19조, 제24조 등으로 규정되어 있었기 때문이다.

42) Gert Jan Geertjes/Jerfi Uzman, “Conventions of Unamendability: Covert Constitutional Unamendability in (Two) Politically Enforced Constitutions”, Richard Albert/Bertil Emrah Oder(eds.), *An Unamendable Constitution?: Unamendability in Constitutional Democracies*, Springer, 2018, p. 105; Maartje de Visser, 앞의 책, p. 80. 이들은 네덜란드 법원이 헌법 제120조상의 사법심사제한을 제한적이지 않게 혹은 넓게 해석한다고 평가한다.

43) Supreme Court judgment of 14 April 1989, NJ 1989/469(Harmonisation Act). Marc de Werd/Reiner de Winter, “Judicial Activism in the Netherlands: Who Cares?”,

그 반면, 네덜란드의 사법심사 제한조항에 대해서도 일정부분 제한적 해석이 이루어지고 있다고 보인다. 이 조항은 의회의 ‘법률’에 적용되므로, 법률이 아닌 그 하위의 법령에 대해서까지 사법심사를 금지한 것은 아니라고 해석된다.⁴⁴⁾ 말하자면, 네덜란드에서도 ‘법률’이라고 주장되는 모든 규범에 대해서 사법심사가 배제되는 것이 아니다. 법원은 그것이 헌법 제120조에서 말하는 형식적 의미의 법률에 해당하는지를 심사할 수 있으며, 그러한 법률로 볼 수 없는 것이라면 헌법 제120조가 적용되지 않으므로 법원이 그 위헌여부를 심사할 수 있다는 것이다.

또 이 조항은 ‘위헌여부’, 즉 법률이 헌법에 위반되는지 여부만을 금지할 뿐이다. 따라서 대법원은 헌법이 허용하고 있는 사법심사인 조약이나 국제기구의 결의에 대한 위반여부뿐 아니라, 헌법이 금지한 바 없는 유럽연합법의 위반여부도 스스로의 판단으로 혹은 유럽사법재판소의 도움을 빌려 심사할 수 있다.⁴⁵⁾ 실제로 국제인권규약의 적극적인 활용은 헌법상 자유와 권리의 역할을 상당부분 대신하고 있다.⁴⁶⁾ 이들은 말 그대로의 위헌심사는 아니지만, 기능적으로는 충분히 그에 비견될 수 있다.

이처럼 민주적 의사에 기초해 사법심사를 제한한 네덜란드에서도 그러한 제한을 축소하는 실무적 노력들이 시도되고 있다. 이로 인해, 네덜란드 헌법 제120조가 규정한 사법심사에 대한 금지는 현실에서 완전하게 실현되지 않는다는 평가도 존재한다.⁴⁷⁾ 그러나 네덜란드인들은 여전히 사법심사 제

Rob Bakker et al.(eds.), *Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review*, Maklu, 1995, p. 104; Maartje de Visser, 앞의 책, pp. 80-81. 이를 법의 일반원칙에 기초한 사법심사라고 표현하기도 한다. Ubaldus de Vries, “A Dutch Perspective: The Limits of Lawful Euthanasia”, *Annals of Health Law*, Vol. 13, Iss. 2(2004), p. 366, n. 8.

44) 네덜란드의 법원과 Maartje de Visser, 앞의 책, p. 81도 같은 취지이다.

45) 위의 책.

46) Gert Jan Geertjes/Jerfi Uzman, 앞의 논문, p. 105.

47) Jurgen C. A. de Poorter, 앞의 논문, p. 103.

한조항의 취지에 기본적으로 공감하고 있다. 따라서 위 해석에 있어서 네덜란드의 제도가 권력자의 자의적 통치에 대한 통제가능성을 축소하기 위한 것은 아니라는 사정이 합당하게 고려해야 한다. 이 고려는, 네덜란드 헌법에 대한 해석에서는 아래와 같이 헝가리 헌법상의 제한을 해석할 때 허용될 수 있는, 그 제한을 거의 무력화시킬 정도의 해석적 노력까지는 필요하지 않고, 또 정당화되지도 않는다는 실천적 차이를 가져온다. 네덜란드 법원 역시 큰 틀에서 이러한 입장에 있다고 보인다.

다음으로, 헝가리 헌법이 규정한 사법심사 제한조항에 관하여 본다. 전술한 대로, 이 조항은 국가부채가 국내총생산의 1/2 이상인 동안에는 헌법재판소가 재정에 관한 법률에 대해서는 오직 생명권 및 인간존엄성, 개인 정보보호권, 사상, 양심 및 종교의 자유 및 헝가리 국적에 관한 권리의 침해여부만을 심사할 수 있도록 규정하고 있다(제37조 제4항). 이 조항은 입법에 대한 사법심사의 제한이라는 측면에서 제한적 해석이 요구되지만, 특히 집권당의 통치적 편의를 위한 제도적 기획의 일환이었다는 점에서 제한적 해석의 당위가 더욱 크다.

이 조항은 위헌심사를 제한하면서 동시에 위헌심사를 할 수 있는 예외적 요건을 정하고 있으므로, 제한은 최대한 엄격히 그리고 예외는 최대한 넓게 해석함이 옳다. 집권세력의 편의적 통치를 위한 사법심사제한은 경우에 따라 그 제한을 사실상 무력화할 정도의 극단적인 엄격해석까지도 고려될 수 있다는 것이 필자의 생각이다. 헝가리 헌법재판소 역시 인간존엄성의 침해가능성에 대한 적극적인 해석을 통해 위헌심사가 가능한 범위를 보다 확대할 수 있음을 보여준 바 있다. 예컨대, 이 재판소는 소급입법에 의한 과세가 개인의 자율성을 훼손한다는 점에서 인간존엄성을 침해할 수 있다는 법리를 제시한 바 있다.⁴⁸⁾ 또한 어떤 법률이 자연인 간의 차별문제를

48) Márton Varju, "Governance, Accountability, and the Market", Gabor Attila Toth(ed.), *Constitution for a Disunited Nation: On Hungary's 2011 Fundamental Law*, Central

야기할 때 그 차별을 인간존엄성에 대한 침해와 연관시켜 그 침해여부를 심사할 수 있다는 취지도 밝혔다.⁴⁹⁾ 이 논리를 보다 진취적으로 확장해 나간다면, 헌법 제37조 제4항에서 위헌심사의 기준으로 열거되지 않은 다른 중요한 헌법적 내용에 대해서도 인간존엄성을 매개로 하는 우회적인 방식으로 간접적인 위헌심사의 기준으로 활용하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 다시 말해, 위 조항에 나열되지 않은 내용에 대해서도, 그것이 인간존엄성과 밀접한 관련이 있다거나, 혹은 그것이 준수되지 않으면 인간존엄성에 대한 존중의 실현이 불가능해지거나 현저히 곤란해진다는 측면을 강조해 인간존엄성의 침해여부에 대한 문제로 재구성할 여지가 있다. 헝가리 헌법재판소가 위 조항의 해석에서 이러한 정도의 적극성까지 드러내고 있는 것은 아니지만, 인간존엄성은 헌법의 가장 중요하고 포괄적인 원칙이므로 해석에 따라서는 다양한 내용을 포섭할 수 있는 충분한 잠재력을 가진다.⁵⁰⁾ 이렇게 해석한다면 헝가리 헌법 제37조 제4항의 규정에도 불구하고, 실질적으로 위헌심사기준은 더 넓게 확장될 것이다.⁵¹⁾

European University Press, 2012, p. 323에 소개된 Decision 37/2011 of 3 May 2011(요약된 영역본은 [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2011-2-005?fn=document-frameset.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-2011-2-005?fn=document-frameset.htm$f=templates$3.0), 최종방문일 2019. 8. 22.).

49) 위의 논문에 소개된 Decision 3/B/2008 of 25 October 2011.

50) 헝가리 헌법재판소는 법률의 명확성, 무죄추정원칙, 명예권의 침해문제가 제기되었을 때 그러한 방식을 취하지 않았다. 위의 논문 참조. 그러나 인간존엄성으로부터 일반적 인격권을 도출할 수 있고, 이 인격권은 자기결정권이나 사생활에 관한 권리 등 여러 내용들을 포함하는 ‘모권’(mother right)이라는 것이 동 재판소의 기본입장이다. Maartje de Visser, 앞의 책, p. 250에 소개된 Decision 8/1990 of 23 April 1990(요약된 영역본은 [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1990-s-001?fn=document-frameset.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/hun/hun-1990-s-001?fn=document-frameset.htm$f=templates$3.0), 최종방문일 2019. 8. 22.). 이 관점은 여러 문제적 사안들을 인간존엄성 침해문제로 재구성할 법리적 토대를 제공할 수 있다.

51) 바리우 또한 헌법재판소가 헌법 제37조 제4항을 현명하게 적용한다면 재정부 관련 법률에 대하여 보다 높은 수준의 헌법적 책임성을 관철할 수 있다고 주장한다. Márton Varju, 앞의 논문, p. 323.

위 제37조 제4항이 재정관련 법률의 위헌여부 심사기준을 ‘헝가리 헌법’상의 몇몇 권리로 한정하고 있음에 주목할 필요도 있다. 헝가리 헌법은 헌법재판소에 법률의 국제조약 위반여부 심사권한을 인정하고 있으므로(제24조), 헌법재판소가 재정관련 법률이 유럽인권협약상의 여러 권리들을 침해하는 것인지를 심사하는 것은 여전히 가능하다고 할 것이다. 또한 헝가리의 일반법원은 유럽사법재판소의 판단을 참조해 재정관련 법률의 유럽연합법 위반여부를 심사함으로써 그 적용을 배제할 수도 있다.⁵²⁾ 이들이 전형적인 위헌심사는 아니지만, 헝가리 헌법과 유럽인권협약이 보장하는 권리가 상당부분 공통되는 점, 어쨌든 규범통제방식으로 자의적 통치에 대한 제어가능성을 높인다는 점에서 위헌심사와 기능적 유사성이 있다.

한편, 권력자의 자의적 통치에 대한 제어가능성의 축소여부가 사법심사 제한조항에 대한 해석의 엄격성에 구체적으로 어떠한 차이를 가져오는지 문제된다. 사법심사에 대한 제한이 존재할 때 기본적으로 제한적 해석을 위한 노력이 필요하다는 것이 필자의 생각이나, 사법심사제한의 의도와 현실적 기능에 따라 그 제한적 해석의 노력 수준은 달라질 수 있다. 같은 제한적 해석이라 해도 그 제한성의 강도는 맥락과 상황에 따라 다를 수 있다는 것이다. 이는 ‘비례원칙’(Proportionality, Verhältnismäßigkeit)과 같이, 유형과 비중을 고려해 탄력적으로 적용될 수 있는 개념이기 때문이다. 즉 사법심사의 제한은 원칙적으로 제한적으로 해석되어야 하지만, 특히 권력자의 자의적 통치에 대한 제어가능성이 축소되면 될수록 더욱 제한적으로 해석되어야 한다. 반대로 말하자면, 그러한 제어가능성을 증대시키기 위한 해

52) 위의 논문, p. 322. 실제로 과거 헝가리 헌법재판소는 재정관련 법률의 위헌심사에서 국가의 광범위한 재량을 인정해 왔기 때문에, 헌법 제37조 제4항의 위헌심사 제한조항 도입이 헝가리 헌법재판제도에서 큰 차이를 가져오지는 못했다는 평가가 있다. 같은 논문, p. 321. 재정관련 법률 중 정책적 성격이 큰 법률에 대해서는 타당한 평가이나, 세금 등을 부과해 재산권과 자유권에 큰 제약을 초래하는 경우는 엄격한 심사가 요구되므로 위 평가를 일반화하기는 어렵다.

석적 노력이 더욱 크게 요구된다는 것이다. 따라서 권력자에 대한 견제라는 측면에서 볼 때, 유신헌법과 헝가리 헌법에 존재하는 사법심사제한이 네덜란드의 경우보다 훨씬 더 제한적으로 해석될 필요가 있다.

V. 결론

오늘날 사법심사는 헌법을 보호하고 그 속에 담긴 기본원리와 가치를 실현하는 실효적인 수단으로 인정된다. 사법심사의 대상과 효력 등을 어떻게 형성할 것인지는 각국의 정치적 의사결정에 맡겨져 있는데, 그중에는 입법에 대한 사법심사를 전면적으로 혹은 부분적으로 제한해 놓은 국가도 있다. 본고에서는 입법에 대한 사법심사의 제한을 어떻게 평가할 것이며 그 제한조항을 어떻게 해석할 것인가를 살펴보았다.

입법에 대한 사법심사가 보편화된 현재에도, 네덜란드나 뉴질랜드처럼 사법심사를 전면적으로 제한한 국가, 터키처럼 일정한 시간적 조건을 둔 국가, 헝가리처럼 일정한 조건하에서 사법심사의 심사기준에 일정한 제한을 부가한 국가, 영국처럼 규범통제 판결에 대해서 실질적인 효력을 인정하지 않는 국가 등이 있다. 우리 헌정사에서도 유신헌법은 대통령 긴급조치를 사법심사의 대상에서 제외했다.

입법에 대한 사법심사제한은 헌법의 우위를 추구하는 오늘날 입헌주의의 보편적 형태의 예외에 해당하고, 사법심사는 국민의 자유와 권리를 보다 고양된 수준으로 보호하는 데 기여할 수 있으므로, 그 제한은 보다 제한적으로 해석될 필요가 있다. 말하자면, 제한에 대한 제한적 해석이 필요하다. 특히 그 제한이 사법적 심사방식에 대한 반성적 고찰 혹은 민주주의 원리에 기초한 대안적 실천의 산물이 아니라, 권력자의 자의적 통치에 대한 제어가능성을 축소하기 위한 의도의 산물이라면, 제한적인 해석의 필요성이 더욱 커진다.

개별 헌법조항을 위헌으로 결정할 수 없다는 헌법재판소의 확고한 입장에 비추어 유신헌법 제53조 제4항의 효력을 부인할 수 없다면, 다른 해법을 모색할 필요가 있다. 이에 본고에서는 유신헌법 제53조 제4항의 사법심사제한을 제한적으로 해석해 보고자 했다. 유신헌법상 긴급조치에 대한 사법심사제한은 제53조 제1항의 요건을 충족한 긴급조치에 국한되어야 한다. 그렇지 않다면, 발령요건을 갖추지 못했음에도 대통령이 긴급조치라는 이름으로 선포하기만 하면 사법심사를 면제받게 된다는 결론에 이르는데, 이는 헌법상 긴급조치가 아닌 것까지도 사법심사를 피해가게 되므로 헌법의 취지와 입헌주의 이념에 어긋난다. 따라서 유신헌법 제53조 제4항에도 불구하고 긴급조치가 동조 제1항의 발령요건을 갖추었는지는 검토될 수 있고, 이로써 헌법재판소의 판단대로 긴급조치 제1호와 제9호는 그 요건을 구비하지 못했다고 결론내릴 수 있다. 사법심사가 배제되는 국가권력 작용이 존재할 때, 어떤 권력 작용이 사법심사에서 면제되는 ‘바로 그것’인지 검토될 수 있다는 논리는 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항의 해석에서 이미 보여주었다.

나아가, 본고에서는 이러한 해석적 입장을 외국의 입법례에 투사하고 해당 국가의 판례와 비교해 봄으로써, 이 해석론이 실무적으로 어떻게 활용될 수 있는지를 구체화해 보았다.

[국문초록]

본고에서는 입법에 대한 사법심사의 제한을 어떻게 평가할 것이며 그 제한조항을 어떻게 해석할 것인가를 살펴보았다. 입법에 대한 사법심사가 보편화된 현재에도 네덜란드처럼 사법심사를 전면적으로 제한한 국가, 터키처럼 일정한 시간적 조건을 둔 국가, 헝가리처럼 일정한 조건하에서 사법심사의 심사기준을 부분적으로 제한한 국가, 영국처럼 사법심사에 법률을 무효화하는 혹은 사건에 적용되지 않도록 하는 효력을 인정하지 않는 국가 등이 있다. 우리도 과거 유신헌법에서 대통령 긴급조치를 사법심사의 대상에서 제외한 바가 있었다.

입법에 대한 사법심사제한은 헌법의 우위를 추구하는 오늘날 입헌주의의 보편적 형태의 예외에 해당하고, 위헌심사는 국민의 자유와 권리를 보다 고양된 수준으로 보호하는 데 기여할 수 있으므로, 사법심사의 제한은 보다 제한적으로 해석될 필요가 있다. 즉 제한에 대한 제한적 해석이 필요하다. 특히 그 제한이 사법적 심사방식에 대한 반성적 고찰 혹은 민주주의 원리에 기초한 대안적 실천의 산물이 아니라, 권력자의 자의적 통치에 대한 제어가능성을 축소하기 위한 의도의 산물이라면, 제한적인 해석의 필요성과 정당성이 더욱 커진다.

개별 헌법조항을 무효화할 수 없다는 헌법재판소의 확고한 입장에 비추어 유신헌법 제53조 제4항 자체를 위헌무효로 볼 수 없다면, 또 다른 해법을 모색할 필요가 있다. 유신헌법상 긴급조치에 대한 사법심사의 제한은 제53조 제1항의 요건을 충족한 긴급조치에 국한되어야 한다. 그렇지 않다면 발령요건을 갖추지 못했음에도 대통령이 긴급조치라는 이름으로 선포하기만 하면 사법심사를 면제받게 된다는 결론에 이르는데, 이는 헌법상 긴급조치가 아닌 것까지도 사법심사에서 배제되므로, 헌법의 취지와 입헌주

의 이념에 어긋난다. 따라서 유신헌법 제53조 제4항에도 불구하고 긴급조치가 동조 제1항의 발령요건을 갖추었는지는 사법적으로 심사할 수 있다. 긴급조치 제1호와 제9호가 헌법적인 요건을 구비하지 못했다는 헌법재판소의 판단에 비추어 보면, 긴급조치에 대한 사법심사기준을 유신헌법으로 본다 하더라도 긴급조치 제1호와 제9호에 대한 위헌결정은 가능하다. 나아가, 본고에서는 이러한 해석론을 외국의 입법례에 적용하고 그 국가의 판례와 비교해 봄으로써, 이 해석론이 실무적으로 어떻게 활용될 수 있는지를 구체화해 보았다.

주제어

사법심사, 입헌주의, 전면적 제한, 부분적 제한, 제한에 대한 제한적 해석

[Abstract]

This article has examined how to assess the limitation on judicial review of legislation and how to interpret such limitations. Even though judicial review of legislation is prevalent around the world today, Netherlands prohibit it, Turkey has certain temporal limitation on judicial review of legislation, Hungary partially restricts the criteria for judicial review of legislation under some economic conditions, and U.K.'s judicial review does not have the effect of invalidating the statutes or prohibiting those from being applied to the original case. In our experience, Yushin Constitution also excluded the Presidential Emergency Measure(hereinafter referred to as "PEM") from judicial review.

The limitation on judicial review of legislation is an exception to the universal form of current constitutionalism that seeks constitutional supremacy, which can contribute to protecting people's freedom and rights to a higher level. Accordingly, it needs to be interpreted limitedly. Limited Interpretation of Limitation is needed. In particular, if the limitation is not a result of a reflection on the Adverse effect of judicial review or an alternative practice based on democratic principles, but rather a result of an intention to reduce the constraint on an arbitrary rule of power, there is a still greater need for limited interpretation.

As Constitutional Court is in a firm position that constitutional provisions cannot be nullified, Article 53 (4) of Yushin Constitution should not be deemed null and it is reasonable to make limited interpretation of this limitations. Accordingly, the limitation on judicial review of PEM should be

only for the measures that satisfy the requirements of Article 53 (1). Otherwise, even if the requirements are not met, those measures could be free from judicial review of just for a reason that they were proclaimed in the name of PEM. It is contrary to the modern constitutionalism. Therefore, in spite of Article 53 (4) of the Yushin Constitution, it is possible to constitutionally review whether PEMs satisfy the requirements of Article 53 (1). In the light of the Constitutional Court's decision that PEMs No. 1 and No. 9 don't meet the constitutional requirements for issuance, those measures can be declared unconstitutional, even if constitutional review of PEMs should be based on the Yushin Constitution. Furthermore, by applying this interpretation to the other examples of foreign countries in this paper, we examined how this interpretation can be used in constitutional practice concretely.

Key words

Judicial Review, Constitutionalism, Overall limitation, partial limitation, Limited Interpretation of Limitation

참고문헌

[국내문헌]

- 계희열, 『헌법학(중)』, 박영사(2007).
- 김경제, “긴급조치에 대한 헌법재판소 결정의 문제점”, 『헌법학연구』 제19권 제3호(2013).
- 김선택, “유신헌법의 불법성 논증”, 『고려법학』 제49권(2007).
- 김연식, “영국 인권법 도입 이후 사법심사의 현재와 전망”, 『성신법학』 제14호(2014).
- 박정원, “민주화 이후 중유럽의 ‘적대와 인정의 정치’: 헝가리 사례”, 『동유럽 발칸연구』 제42권 4호(2018).
- 박찬주, “대통령긴급조치와 위헌선언”, 『인권과정의』 제421호(2011).
- 윤진수, “위헌인 대통령의 긴급조치 발령이 불법행위를 구성하는지 여부”, 『민사법학』 제81호(2017).
- 이재승, “라드브루흐 공식”, 『법철학연구』 제7권 제1호(2004).
- 이황희, “구 헌법 제53조 등 위헌소원”, 『결정해설집』, 헌법재판소(2014).
- _____, “헌법개정에 대한 위헌심사”, 『헌법논총』 제24집(2013).
- _____, “벨기에의 헌법재판제도”, 『성균관법학』 제31권 제2호(2019).
- 임중훈, “영국에서의 의회입법에 대한 사법적 통제: 2000년 인권법 시행 이후의 변화”, 『세계헌법연구』 제16권 제3호(2010).
- 장영수, “헌법 제128조”, 『헌법주석서 IV』, 법제처(2010).
- 정연주, “헌법 제29조 제2항에 대한 헌법소원”, 『헌법학연구』 제5권 제2호(1999).
- _____, “긴급조치에 대한 심사 관할권과 유신헌법 제53조의 위헌성”, 『헌법학연구』 제20권 제3호(2014).
- 한상희, “통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제”, 『민주법학』 제59호(2015).
- 한수웅, “헌법재판소법 제41조”, 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판소 헌법재판연구원(2015).
- _____, 『헌법학』 제8판, 법문사(2018).

- Alexy, Robert, 이준일 옮김, 『법의 개념과 효력』, 고려대학교 출판부(2007).
Cappelletti, Mauro, 구병삭, 강경근, 김승환 공역, 『현대헌법재판론』, 법문사(1989).
Montesquieu, C. L. S., 권미영 옮김, 『법의 정신 I』, 일신서적(1990).
Fredman, Sandra, 조효제 옮김, 『인권의 대전환』, 교양인(2009).

[국외문헌]

- Adams, Maurice/Gerhard van der Schyff, “Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?”, *ZaöRV*, Vol. 66, 2006.
- De Poorter, Jurgen C. A., “Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility”, *Utrecht Law Review*, Vol. 9, Iss. 2, 2013.
- De Visser, Maartje, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Hart Publishing, 2015.
- De Vries, Ubaldus, “A Dutch Perspective: The Limits of Lawful Euthanasia”, *Annals of Health Law*, Vol. 13, Iss. 2, 2004.
- De Werd, Marc/Reiner de Winter, “Judicial Activism in the Netherlands: Who Cares?”, Rob Bakker et al.(eds.), *Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review*, Maklu, 1995.
- Ferreres Comella, Victor, “The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 3, 2004.
- Fröhlich, J./L. Csink, “Topics of Hungarian Constitutionalism”, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, No. 4, 2012.
- Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001.
- Geertjes, Gert Jan/Jerfi Uzman, “Conventions of Unamendability: Covert Constitutional Unamendability in (Two) Politically Enforced Constitutions”, Richard Albert/Bertil Emrah Oder(eds.), *An Unamendable Constitution?:*

- Unamendability in Constitutional Democracies*, Springer, 2018.
- Grimm, Dieter, “Constitutional Adjudication and Democracy”, *Israel Law Review*, Vol. 33, 1999.
- Pap, András L., *Democratic Decline in Hungary: Law and Society in an Illiberal Democracy*, Routledge, 2018.
- Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, PhD thesis, The London School of Economics and Political Science, 2014.
- Sonnevend, Pál/András Jakab/Lóránt Csink, “The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary”, Armin von Bogdandy and Pál Sonnevend(eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area: Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, 2015.
- Téglási, András, “The Struggle between the Hungarian Parliament and the Constitutional Court from the 1989/1990 political transition up to the present”, Tamara Ehs/Heinrich Neisser(Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie: Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbrüche?*, Böhlau Verlag, 2017.
- Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.
- _____, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 101, 2003.
- _____, “Non-Judicial Review”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 40, Iss. 2, 2003.
- _____, “The Rise of Weak-form Judicial Review”, Tom Ginsburg and Rosalind Dixon(eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, 2011.
- Varju, Márton, “Governance, Accountability, and the Market”, Gabor Attila Toth(ed.), *Constitution for a Disunited Nation: On Hungary’s 2011*

憲法論叢 第30輯(2019)

Fundamental Law, Central European University Press, 2012.

Venice Commission, *Opinion on Three Legal Questions arising in the Process of Drafting the New Constitution of Hungary*, CDL-AD(2011)001.

Waldron, Jeremy, “Judicial Review and the Conditions of Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 6, No. 4, 1998.

_____, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999.

_____, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, No. 6, 2006.

개인정보자기결정권에 관한 검토*

Reviewing the Right to Personal Data Self-determination

盧 賢 淑(Roh, Hyeon-Sook)

高麗大學校 法學研究院 專任研究員

－ 目 次 －

I. 서론	111
II. 개인정보자기결정권의 의의	113
1. 개인정보의 개념	113
2. 개인정보자기결정권의 내용	118
III. 개인정보자기결정권의 입법 필요성 검토	121
1. 개인정보자기결정권의 헌법적 근거	121
2. 개인정보자기결정권의 입법 필요성	124
IV. 개인정보자기결정권의 구현으로서의 동의 규정의 검토	126
1. 서설	126
2. 개인정보보호법의 동의 규정	127

* 이 논문주제에 대한 연구는 고려대학교에서 지원된 연구비로 수행되었음(Supported by a Korea University Grant)

憲法論叢 第30輯(2019)

3. 정보통신망법의 동의 규정	130
4. 소결	131
V. 결론	132
* 국문초록 및 주제어	135
* 영문초록 및 주제어	136
* 참고문헌	137

I. 서론

오늘날 정보는 무형의 자산으로서의 가치를 가진다. 정보는 크게 개인정보와 개인정보가 아닌 정보로 분류할 수 있으며, 개인정보와 개인정보가 아닌 정보 모두 정보로서의 각각의 가치를 가진다. 개인정보가 아닌 정보도 다양한 가치를 내포하지만, 개인정보는 오늘날 개인정보가 아닌 정보가 가지지 않는 또 다른 가치를 가지기 때문에 중요한 자산으로 평가되고 활용성이 높다.¹⁾ 자산은 유형의 자산과 무형의 자산으로 구성되며,²⁾ 정보는 대표적인 무형의 자산이다. 따라서 개인정보는 무형의 자산으로서의 정보 가운데에서도 특수성을 가지는 자산으로서 활용가치가 높고 활용범위가 상당히 폭넓은 정보라고 할 수 있다. 이러한 개인정보는 정보주체에게 있어서 자산의 가치가 있고, 개인정보처리자에게도 경제적 가치를 가지는 유용한 정보이자³⁾ 자원이다. 따라서 개인정보를 통제할 권리는 정보주체가 자

-
- 1) 20세기 후반 정보통신기술의 발전 이전에는 개인정보가 개인적인 가치로 이해되었다. William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed., West Pub. Co., 1971, section 117. 20세기 후반 정보통신기술의 발전 이후에는 개인정보는 사회적 가치를 가지는 정보로 인식되기 시작하였고 정보프라이버시(information privacy) 개념이 대두되었다. 프라이버시에 대한 권리의 개념은 사무엘 워렌(Samuel Warren)과 루이스 브랜다이즈(Louis D. Brandeis)이 1890년에 발표한 논문(The Right to Privacy)을 계기로 비로소 대두되기 시작하였다. 이 논문이 발표되기 전에는 정신적 권리에 관한 논의보다는 생명 또는 재산에 대한 불법침해로 인한 물리적 침해에 대해서 법적으로 구제 방안이 제시되었다가, 이후 인간의 정신적 본질이나 감정과 지성을 인식하게 됨에 따라 인간의 권리에 대한 침해 범위가 확대되었고 생명에 대한 권리는 생활을 향유할 수 있는 권리(right to enjoy life)는 방해받지 않을 권리(right to be let alone) 내지 자유권(right to liberty)으로 확대되어야 한다는 것이 이 논문의 발표를 계기로 제시되게 되었다. Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).
 - 2) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", 4 Harv. L. Rev. 193, 193 (1890).
 - 3) 함인선, "개인정보 처리와 관련한 법적 문제 - 우리나라 「개인정보 보호법」과 EU의 '2012년 규칙안'을 중심으로 하여 -", *경제규제와 법* 제6권 제1호, 2013, 153면.

신의 자산에 대한 권리를 통제하는 권리라고 할 수 있다.⁴⁾

한편으로는 개인정보가 자산의 성격을 가지지만 다른 한편으로 개인정보는 인권과 관련이 깊다. 따라서 개인정보의 자산으로서의 가치는 동시에 인권과의 관련성에서 다루어져야 하기 때문에 개인정보의 이용 또는 활용과 개인정보의 보호라는 얼핏 보기에는⁵⁾ 상충되는 두 가지 개념 간의 균형이 필요하다. 오늘날 개인정보가 사적, 법적, 경제적 영역 등 다양한 영역과 관련하여 필수적인 요소로 다루어지기 때문에, 개인정보의 이용과 보호라는 개념의 조화와 충돌의 문제는 거의 모든 영역에서 핵심적인 쟁점의 하나라고 할 수 있다. 그러나 개인정보의 자산적인 가치를 살리는 동시에 인권을 보호하는 것은 쉽지 않은 과제이다. 인터넷을 통한 자유로운 소통의 시대에 접어들면서, 개인정보와 프라이버시(privacy)의 보호가 강조되지만 정보통신의 발달에 따른 개인정보와 프라이버시의 공개와 전파가 쉽고 빠르기 때문에 실제적으로 개인정보를 보호하기는 더욱 더 쉽지 않다. 또한 개인정보의 주체인 정보주체가 자신의 개인정보에 대하여 통제권을 가지는 것이 자연스럽고 정당한 것으로 생각되지만 사실상 정보주체가 자신의 개인정보를 통제하기는 쉽지 않기 때문에 정보주체가 가지는 인간으로서의 존엄성이나 가치가 존중되기도 쉽지 않은 상황이다.⁶⁾ 이 글에서는 정보주체가 자신과 관련한 개인정보에 대하여 가지는 통제권, 즉 개인정보자기결정권의 내용을 살펴보고, 개인정보자기결정권이 어떠한 형태로 구현되

4) 문성제, “개인정보 제3자 제공으로 인한 피해에 대한 사법적 구제”, 성균관법학 제 17권 제2호, 2005, 188면.

5) 개인정보의 이용과 보호는 표면적으로 상충되는 것처럼 보일 수 있으나, 두 개념이 결국은 함께 다루어져야 할 것이다. 개인정보가 보호되지 못한다면 이용되기 쉽지 않고, 개인정보의 보호가 보장된다면 보다 원활한 이용이 가능하다는 점에서 개인정보의 이용과 보호는 조화가 필요한 개념일 뿐 상충되는 개념이라고 할 수 없을 것이다.

6) Arthur R. Miller, *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks, and Dossiers*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1971, pp. 25-53.

고 보호되고 있는지 국내법의 개인정보와 관련한 동의 규정을 중심으로 살펴보고자 한다. 현재 국내에서는 개인정보자기결정권이 헌법적 권리로서 인정되고 있다고 보는 것이 다수의 견해이고 판례의 입장이다. 그러나 이러한 개인정보자기결정권이 헌법적 권리로서 인정되는 것이 어떠한 성문법적인 조항에 근거한 것인지, 개인정보자기결정권이 명확한 헌법적 권리로서 인정되기 위해서 입법적 검토가 필요한지 살펴보고자 한다.

II. 개인정보자기결정권의 의의

1. 개인정보의 개념

개인정보가 무엇인지에 관하여 여러 학자들의 다양한 정의가 제시되고 있고 여러 법들을 통해 정의되고 있지만, 아직까지 개인정보의 개념에 대한 명확한 합의가 제시되어 있다고 보기는 어렵다. 개인정보의 개념에 대한 확대 또는 경계의 영역에 대한 논의가 계속해서 끊임없이 진행되고 있으며, 이러한 일련의 상당한 논의가 진행된 후에야 비로소 개인정보의 개념에 관한 보다 명확한 개념 내지 범위가 정해질 수 있을 것으로 보인다. 현재로서 개인정보에 관한 명확하고 확정된 개념을 제시하기는 쉽지 않지만, 여러 국내 및 국외의 개인정보 관련 규정들을 통해 개인정보의 개념에 대한 일차적인 이해가 가능할 것으로 보이며, 관련 규정들의 공통점과 차이점을 통해 개인정보의 개념에 대한 이해를 도모할 수 있을 것으로 보인다.

국내 개인정보보호법에서는 개인정보를 “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)”로서 정의한다(개인정보보호법 제2

조 제1호). 개인정보보호법은 공적 부문과 민간 부문의 개인정보관련법을 포괄하여 국내 개인정보에 관한 일반법적인 위치의 법으로서 제정된 법이라는 점에서 개인정보보호법의 개념과 규정을 검토하는 것은 중요하다고 보인다. 개인정보를 다루는 국내의 또 다른 중요한 법의 하나인 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 “정보통신망법”이라 한다)에서는 “생존하는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등에 의하여 특정한 개인을 알아볼 수 있는 부호·문자·음성·음향 및 영상 등의 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없어도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 경우에는 그 정보를 포함한다)”라고 개인정보를 정의하고 있다(정보통신망법 제2조 제6항). EU의 1995년 개인정보지침(Data Protection Directive)에서는 개인정보를 식별되거나 식별될 수 있는 자연인에 관한 정보를 의미하고, 식별될 수 있는 자연인이라 개인 식별번호나 신체적, 생리적, 정신적, 경제적, 문화적 또는 사회적 정체성을 밝히는 한 가지 이상의 구체적인 정보에 의하여 그 정보가 가리키는 것이 누구인지 직접적으로 또는 간접적으로 식별될 수 있는 사람을 의미한다고 규정하였다.⁷⁾ 1995 지침을 대체하는 EU의 일반개인정보보호규정(General Data

7) DIRECTIVE 95/46/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data

Article 2 (a)

‘personal data’ shall mean any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity.

EU 개인정보지침 제2조 (a) ‘개인정보’란 식별되거나 식별가능한 자연인(‘정보주체’)에 관한 정보를 의미다.

식별 가능한 사람이라 특히 식별 번호 또는 그의 신체적, 생리적, 정신적, 경제적, 문화적 또는 사회적 정체성에 특정되는 하나 이상의 요소를 참고하여 직접적으로 또는 간접적으로 식별될 수 있는 사람이다.

Protection Regulation, GDPR)에서는 개인정보란 식별되거나 식별될 수 있는 자연인에 관한 정보를 의미한다고 규정하고 식별되는 자연인이란 이름, 식별번호, 위치정보, 온라인 식별표시 또는 그 자연인의 신체적, 생리적, 유전적, 정신적, 경제적, 문화적, 또는 사회적 정체성을 특정하는 한 개 또는 그 이상의 요소를 참조하여 간접적 또는 직접적으로 식별될 수 있는 사람을 의미한다고 규정한다.⁸⁾ 영국의 개인정보보호법⁹⁾에서는 개인정보를 식별되거나 식별될 수 있는 살아있는 개인에 관련된 정보¹⁰⁾를 의미하는 것으로서, 그러한 정보를 통하여 개인이 식별될 수 있거나 그 정보와 함께 정보관리자(data controller)가 소유하고 있거나 소유할 수 있는 다른 자료(information)와 결합하여 개인을 식별할 수 있는 정보를 의미한다고 정의하고 있다.¹¹⁾ 한편 개인적인 프라이버시의 개념에 대해서는 정보주체의 동의 없이 타인이 개인적인 민감정보를 열람하거나 이용하는 것을 배제하는 것이라고 정의하기도 한다.¹²⁾ 요컨대 개인정보란 살아 있는 개인을 식별할

8) Article 4 (1)

‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person;

유럽일반개인정보보호법 제4조 (1) ‘개인정보’란 식별되거나 식별 가능한 자연인(‘정보주체’)에 관한 정보를 의미한다. 식별 가능한 자연인이란 특히 이름, 식별 번호, 위치정보, 온라인 식별자 또는 물리적, 생리적, 유전적, 정신적, 경제적, 문화적 또는 사회적 정체성에 특정되는 하나 이상의 요인과 같은 식별자를 참고하여 직접적으로 또는 간접적으로 식별될 수 있는 사람이다.

9) Data Protection Act 2018(2018년 개인정보보호법), Data Protection Act 1998(1998년 개인정보보호법).

10) “Personal data” means any information relating to an identified or identifiable living individual

11) Data Protection Act 1998, Section 1 (1).

12) O’Reilly, James T. O’Reilly, Homeland Security and The Future of Privacy Rights:

수 있게 하는 정보로서, 그 정보만으로 개인을 식별하는 정보는 물론이고 다른 정보와 결합하여 개인을 식별하게 하는 정보도 개인정보라고 할 수 있다. 또한 현행법상 개인정보는 정보의 내용에 제한을 두고 있지 않기 때문에 특정 개인의 행태에 관한 정보이든 그 개인을 평가한 정보이든 개인정보가 될 수 있다.¹³⁾ 개인정보는 구체적인 내용에 있어서 주소, 성명, 성별, 나이, 의료정보, 사상, 신념 등 다양하지만, 개인에 관한 의견 또는 사실로서 내밀하거나 그 수집, 사용, 유통 등을 제한하는 것이 합리적으로 기대되는 것이라면 개인정보로 보는 것이 타당하다고 할 것이다.¹⁴⁾

개인정보와 관련되는 개념으로서, 사생활 또는 프라이버시와 개인정보가 혼용하기도 하는데, 사생활 또는 프라이버시 영역에 속하는 사항들은 많은 경우에 개인정보의 범주에 포섭될 수 있고, 사생활과 관련이 없는 정보라도 개인정보에 속하기도 한다. 공직자의 국적, 나이, 성별 등은 이름이나 주민등록번호 등과 관련될 때 그 공직자를 식별할 수 있게 하는 개인정보라고 할 수 있다. 이러한 점을 볼 때 개인정보를 프라이버시보다 넓은 개념으로 보기도 하고,¹⁵⁾ 사적인 사항에 대한 보호는 개인정보의 보호와 직결되는 것이 아니라는 점에서는 프라이버시의 범주가 개인정보의 영역보다 넓다고 보기도 한다.¹⁶⁾ 개인정보와 프라이버시가 일치하는 영역도 있고 견해에 따라서는 하나의 개념이 다른 개념을 포함한다고 보기도 하고 실제로 겹치는 영역이 있지만, 개인정보와 프라이버시는 엄밀하게는 구별되는 개념이라고 보인다. 개인정보의 정의가 각 법에 제시되어 있으나, 개인정보의

A Commentary, 55-Jun Fed.Law. 2008, p. 54.

13) 문재완, “개인정보의 개념에 관한 연구”, 공법연구 제42집, 2014, 58면.

14) 정다영, 빅데이터 시대의 개인정보 자기결정권, IT와 법연구 제14집, 2017, 182면.

15) 김민호, “개인정보처리자에 관한 연구”, 성균관법학 제26권 제4호, 2014, 246면, 김현경, “개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제”, 『미국헌법연구』제25권 제2호, 2014, 149면.

16) 권건보, 개인정보자기결정권의 보호범위에 대한 분석 - 개인정보의 개념을 중심으로 -, 공법학연구 제18권 제3호, 2017, 206면.

명확한 개념적 합의가 있다고 보기 어렵고 개인정보의 범위와 의의에 관한 논의가 계속 진행될 필요가 있다고 보인다.

여러 개인정보관련 법 및 규정들의 정의, 관련개념들을 통해 볼 때, 개인정보는 정보이고, 특정한 개인을 알아볼 수 있는 정보이다. 즉 개인정보는 ‘정보’이고 ‘개인 식별자’이다. 정보로서의 개인정보는 타인에 의하여 공유되고 이용될 가능성이 있고 이용가치가 있는 것이라고 할 수 있다. 반면 개인 식별자로서의 개인정보는 개인을 특정하는 것이고 정보주체의 허락 없이 타인에 의하여 임의로 이용되는 것이 간과될 수 없는 정보이다. 이렇듯 개인정보는 정보로서의 성격과 개인 식별자로서의 성격을 함께 가지기 때문에 개인정보의 이용과 개인정보의 보호 간의 충돌과 균형의 문제가 항상 논란이 되어 왔다. 이러한 논의와 관련하여, 프라이버시의 보호와 개인정보의 국가 간 이동에 관한 OECD 가이드라인(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)은 중요한 지침이 되어왔다. 국제적으로 제시된 최초의 개인정보 지침이자 개인정보 국외 이동에 관하여 국제기구에 의하여 행해진 가장 중요한 가이드라인의 하나¹⁷⁾인 OECD 개인정보 가이드라인은 개인정보의 보호와 이용에 관한 일련의 지침을 제시하고 있으며, 개인정보의 자유로운 이동을 대원칙으로 하고 예외적인 경우에 대해서 개인정보의 자유로운 이동을 제한하고 있으며 이러한 개인정보의 자유로운 이동 및 예외적인 규제의 원칙은 이후 EU 개인정보보호지침과 영국 개인정보보호법 등 전 세계 여러 개인정보 관련 규정에서 반영되고 있다. 즉 OECD 가이드라인을 비롯한 EU 개인정보지침 및 EU의 일반개인정보보호규정 등은 개인정보의 이용과 보호를 지향하고 있다. 요컨대 개인정보의 이용과 보호는 서로 상충되지만 늘 함께

17) Patrick E. Cole, *New Challenges to the U.S. Multinational Corporation in the European Economic Community: Data Protection Laws*, 17 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 893, 900 (1985).

고려되어야 하는 요소이다. 그러므로 개인정보의 주체가 자신의 개인정보를 어떻게 이용할지 어느 정도로 보호될지를 결정할 자유가 있다고 보며, 정보주체가 자신의 개인정보에 대하여 결정할 자유로운 권리를 다루는 것이 개인정보자기결정권의 내용이라고 할 수 있다. 다음에서는 개인정보자기결정권의 내용을 살펴보도록 한다.

2. 개인정보자기결정권의 내용

개인정보자기결정권이란 정보주체가 자신에 관한 개인정보가 이용되거나 활용되는 양상이나 그 이용 내지 활용의 범위를 결정할 권리이다. 정보주체는 자신에 관한 개인정보가 언제, 어떤 방식으로, 어느 정도의 범위에서 제3자에게 전달되고 이용될 것인가를 스스로 결정할 수 있어야 하고, 정보주체가 자신에 관한 개인정보를 공개할 것인지 어느 정도의 범위에서 언제, 어떤 방식으로, 누구에게, 어떤 범위에서 공개할 것인지 등을 스스로 결정할 수 있어야 할 것이다.¹⁸⁾ 개인정보는 원천적으로 정보주체에게 속하고 정보주체로부터 비롯되는 것이므로, 정보주체가 자신의 개인정보에 대하여 이러한 권리를 가지는 것이 자연스럽고 타당하다고 본다. 즉 개인정보자기결정권에 근거하여, 정보주체는 자신에 관한 개인정보를 누구에게 알릴 것인지, 언제 알릴 것인지, 어느 정도의 범위에서 공개하고 알릴 것인지를 자유롭게 정할 수 있고 자신의 개인정보에 관한 처리 및 이용에 관하여 통제권을 가질 수 있어야 할 것이다. 따라서 개인정보자기결정권은 개인정보 자체를 보호하는 권리가 아니라 개인정보의 처리에 대한 정보주체

18) 예를 들어, 인터넷을 이용하는 이용자는 인터넷서비스 제공자가 자신의 개인정보를 수집, 저장, 가공, 유통하는 모든 단계에서, 자신의 개인정보를 주체적으로 관리하고 통제할 수 있어야 할 것이며 이러한 권리를 개인정보자기결정권이라고 할 것이다. 구재균, “인터넷 이용자의 개인정보 자기결정권”, 정보화정책 제10권 제3호, 2003, 142면.

의 결정권 내지 통제권을 보호하는 것이다.¹⁹⁾

일반적인 자기결정권은 자신의 문제는 자신이 결정한다는 이념으로서 근대법의 기본정신인 사적자치와 밀접한 관련이 있고, 따라서 자기결정권의 한계는 타인의 이익을 해하지 않는 범위 내에서만 인정된다는 점에서 타인의 이익과의 경계가 자기결정권의 한계라고 할 수 있다.²⁰⁾ 따라서 개인정보자기결정권 또한 타인 및 사회와의 관계에서 그 인정 범위가 정해지고 타인 및 사회적 이익과의 충돌이 되는 영역에서는 어느 이익을 우선적으로 보호할 것인지 비교하여 판단할 필요가 있다. 즉 정보주체의 개인정보자기결정권은 무조건적으로 보장되는 절대적인 권리가 아니고 다른 법익과의 관계에서 통제권의 정도와 통제권 인정여부가 판단되어야 할 것이다.²¹⁾ 개인정보자기결정권의 이러한 성격을 반영하여, 개인정보자기결정권 외에 개인정보통제권, 자기정보통제권, 자기정보관리통제권, 정보자기결정권, 개인정보자결권, 정보의 자결권, 데이터프라이버시, 정보프라이버시 등의 여러 용어들로써 표현되기도 한다. ‘개인정보’의 개념이나 ‘개인정보 통제’의 의미가 반드시 명확하지 않다는 문제가 있을 수는 있다고 하여도 개인정보가 제3자에 의하여 임의로 이용되지 않는 것이 개인의 행복의 추구를 위하여 불가결하다는 인식에 대해서는 논란이 여지가 별로 없는 것으로 보이며²²⁾ 따라서 개인정보 자기결정권은 일견 헌법 제10조의 행복추구권을 근

19) 김태오, “데이터주도 혁신시대의 개인정보자기결정권”, 행정법연구 제55호, 2018, 38면.

20) 김강운, 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 법학연구 제20집, 2005, 176면.

21) 모든 개인정보를 동일한 수준에서 보호해야 하는 것은 아니고, 개인정보의 침해로 인한 피해의 정도에 따라 구체적인 보호의 정도가 결정되어야 할 것이지만 일단은 모든 개인정보를 잠재적인 보호의 범주에 포함시키고, 개인정보 자기결정권을 어느 정도로 제한할 것인가를 검토하는 단계에서 개인정보의 보호에 관한 상세한 내용이 논의되어야 한다고 보기도 한다. 권건보, 김일환, “지능정보시대에 대응한 개인정보 자기결정권의 실효적 보장방안”, 미국헌법연구 제30권 제2호, 2019, 6면, 권건보, 개인정보자기결정권의 보호범위에 대한 분석 - 개인정보의 개념을 중심으로 -, 공법학연구 제18권 제3호, 2017, 202-203면 참조.

22) 백윤철, “헌법상 개인정보자기결정권에 관한 연구”, 법조 통권 제548호, 2002, 176면.

거로 한다고 볼 여지도 있다.

개인정보자기결정권은 타인 및 사회와의 관계를 고려하여 타인 및 사회적 이익과의 충돌이 되는 영역에서는 제한이 가능한 절대적 권리가 아니라고 할 수 있으나 개인정보자기결정권이 헌법적 권리로서 인정되고 있어서 매우 강력하게 보장되어야 하는 권리로서 인정되고 있다고 보인다. 개인정보자기결정권이 헌법적 권리로서 인정되어야 한다는 점에서는 대체로 견해가 일치되지만 어떠한 헌법조항에 근거하는지에 관해서는 견해의 차이를 보이고 있다. 이에 관해서는 다음 장에서 다루고자 한다.

또한 개인정보자기결정권은 정보주체가 자신의 개인정보가 이용되거나 제공되는 것을 정보주체가 통제할 수 있는 권리이므로, 주로 개인정보와 관련한 규정을 통해 나타난다고 볼 수 있다. 국내의 대표적인 개인정보 관련법인 개인정보보호법이나 정보통신망법에는 정보주체가 자신의 개인정보가 수집되거나 이용되거나 제공되는 것에 대하여 사전에 정보주체의 동의를 구하도록 하는 규정을 두고 있으며, 이러한 구체적인 규정을 통해 개인정보자기결정권이 현실에서 적용되어 궁극적으로는 정보주체의 기본권이 보호되도록 한다고 본다.

다음에서는 개인정보자기결정권이 어떠한 헌법조항에 근거하는 지에 관한 다양한 견해와 별도의 조항으로 명시되어 있지 않은 개인정보자기결정권이 별도의 입법으로 명시될 필요가 있는지에 관해 살펴보고, 이어서 개인정보자기결정권이 구체적으로 구현되고 있는 개인정보보호법과 정보통신망법의 구체적인 규정들의 내용을 살펴보도록 한다.

Ⅲ. 개인정보자기결정권의 입법 필요성 검토

1. 개인정보자기결정권의 헌법적 근거

오늘날 개인정보의 보호에 관한 권리는 헌법상 보장되는 기본권의 일종으로 인정되고 있으며,²³⁾ 그 가운데 개인정보자기결정권은 헌법적 기본권으로서, 어떠한 목적에 의해서도 침해될 수 없는 기본적인 권리로서 여러 학자 및 판례를 통해 인정되어 왔다. 사적자치와 밀접한 관련이 있는 자기결정권은 통상 헌법 제10조의 행복추구권과 인간의 존엄성 존중에 근거한다.²⁴⁾ 개인정보에 관하여 구체화된 개인정보자기결정권의 근거 조항도 헌법 제10조에서 보장하는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”는 기본권의 내용에서 첫 번째 근거를 찾으려는 견해가 있다. 이러한 견해는 개인정보자기결정을 절대적인 기본권으로서 인정한다는 점에서 뒤에서 살펴볼 정보주체의 동의에 의해서 개인정보를 이용할 수 있도록 하는 개인정보의 동의 규정과 상충되는 면이 있다. 또한 헌법 제17조에서 규정하는 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”는 규정에서도 근거를 찾기도 한다. 정보주체가 자신에 관한 개인정보를 자율적으로 결정하고 통제가 가능해야 개인의 인격이 자유롭게 발현될 수 있고 개인의 사생활이 보장될 수 있다고 보기도 한다.²⁵⁾ 또한 헌법 제16조의 “모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다”는 것과 헌법 제18조에서 규정한 “모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지

23) 권건보, 김일환, “지능정보시대에 대응한 개인정보자기결정권의 실효적 보장방안”, 미국헌법연구 제30권 제2호, 2019, 5면.

24) 김강운, “헌법상 자기결정권의 의의”, 법학연구 제20집, 2005, 165면.

25) 권건보, 개인정보보호와 자기정보통제권, 경인문화사, 2005, 3면.

아니한다”는 내용에서도 개인정보자기결정권의 근거를 찾을 수 있다고 보기도 한다.²⁶⁾

개인정보자기결정권에 관하여 헌법의 여러 조항에서 관련 근거를 찾으려는 견해들이 제기되고 있으며, 헌법재판소의 판례를 통해서도 확인되고 있다. 헌법재판소는 개인정보자기결정권에 대하여, 정보주체는 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 이용되도록 할 것인지를 스스로 결정할 수 있는 권리를 가진다고 판시하며, 개인정보자기결정권을 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리라고 정의하였다.²⁷⁾ 헌법재판소는 개인정보자기결정권의 보호대상인 개인정보와 관련하여 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보를 개인정보로 보았고, 개인정보를 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역의 정보뿐만 아니라 공적 생활에서 형성된 정보 또는 이미 공개된 개인정보까지 개인정보자기결정권의 보호대상에 포함된다고 보아, 이러한 개인정보자기결정권이 새로운 독자적인 기본권임을 확인하고 개인정보자기결정권을 헌법적 권리로 승인할 필요가 있다고 보았다.²⁸⁾ 헌법재판소는 처음에는 헌법 제10조 및 헌법 제17조에 근거하여 개인정보자기결정권을 인정하는 입장이었다가²⁹⁾ 후에 헌법 제10조에 근거한다는 입장을 보이고 있고³⁰⁾ 최근의 판례에서는 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 근거로 하여 개인정보자기결정권이 보장된다는 입장으로 대체로 일관된 입장을 보이고 있다.

26) 이상명, “개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 관한 고찰”, 공법연구 제36권 제3호, 2008, 243면.

27) 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190.

28) 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190.

29) 2005. 5. 26. 99헌마513.

30) 2005. 7. 21. 2003헌마282.

한편, 국민의 사생활의 보호는 궁극적으로 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하기 위한 것이고 전통적으로 사생활의 비밀과 자유는 인격권의 한 내용으로 이해되어왔으며 자신에 관한 정보를 통제할 수 있는 권리를 인격권에서 찾는 것은 무리가 아니라고 보인다. 구체적인 관련 조항이 없는 경우에는 인격권이나 관련 헌법 조항에서 그 근거를 찾을 수 있겠으나, 국내 헌법 제17조에 사생활의 비밀과 자유에 관한 조항을 두고 있는 가운데 그러한 구체적인 조항을 우선적으로 근거로 하지 않고 사생활 보호의 근거를 인격권에서 찾는 것은 부당하다고 보는 견해가 있으며 또한 훨씬 폭넓게 적용될 수 있고 보다 추상적인 헌법 제10조에서 개인정보자기결정권의 근거를 찾는 것보다는 개인정보와 보다 구체적으로 관련이 있는 헌법 제17조에서 개인정보자기결정권의 근거를 찾는 것이 적절할 것으로 보기도 한다.³¹⁾ 헌법재판소가 개인정보자기결정권을 인정한 판결에서 개인정보자기결정권이 헌법 제10조와 헌법 제17조에 근거한다는 입장을 보인 것도 이러한 이유에서, 보다 구체적으로 적용할 수 있는 근거조항인 헌법 제17조를 추가한 것으로 해석할 수 있을 것이다. 요컨대 개인정보자기결정권은 여러 헌법적 권리들에서 그 근거를 찾을 수 있고 여러 학자들에 의하여 인정되어왔으며³²⁾ 판례를 통해서도 학계의 의견이 수용되어 실무적으로 적용되는 등 헌법적인 기본권으로 확인되고 있으나, 개인정보자기결정권의 근거가 되는 조항이 명확하게 제시되어 있지 않고 별도의 명문화된 근거 조항을 두고 있지 않기 때문에 엄밀하게는 기본권으로서 확정되었다고 하기

31) 전상현, “개인정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호영역”, 저스티스 통권 제69호, 2018. 23면.

32) 개인정보자기결정권에 대하여 많은 헌법학자들이 헌법적 권리로 인정하고 있다. 윤명선, 헌법학, 대명출판사, 2000, 483-484면; 계희열, 헌법학(중), 보정판, 박영사, 2002, 360-61면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2003, 429면; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2003, 569면; 성낙인, 헌법학, 제9판, 법문사, 2009, 584-85면; 김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 공법연구 제29집 제3호, 2001, 101-102면.

보다는 현재 확인되고 구체화되고 있는 과정에 있다고 해야 할 것으로 보인다. 요컨대 개인정보자기결정권에 대한 명문규정이 뒷받침되어야만 비로소 개인정보자기결정권이 확인된다고 할 것이다.

2. 개인정보자기결정권의 입법 필요성

오늘날 교통의 발달로 자유롭고 신속한 물적, 인적 이동이 가능하다. 또한 정보통신서비스의 발달로 무형의 정보의 이동과 확산이 가능하고 정보의 양이 급속하게 증가하고 있다. 이렇듯 유형의 자산의 이동뿐만 아니라, 무형의 자산의 이동이 날로 더욱 활발해지고 있는 가운데, 무형의 자산이자 정보인 개인정보의 이동을 보다 엄격하게 통제해야 한다고 보는 견해³³⁾가 있다. 반면에 제3자라고 해서 무조건적으로 개인정보에 접근할 수 없다면 정보통신 사회에서 적절하지 않다고 보기도 하며³⁴⁾ 개인정보의 보호보다 우위에 있는 이익을 위해서는 개인정보자기결정권이 제한될 수 있다고 보는 견해가 있다.³⁵⁾ 개인정보 및 개인정보자기결정권에 관한 여러 견해가 있지만 개인정보에 대하여 정보주체가 가지는 개인정보자기결정권은 오늘날의 정보통신사회에서 제한되어야 하는 권리라기보다는 개인정보가 중요한 자산 가치로 인정되고 그 가치의 중요성이 더욱 증가하는 만큼 개인정보자기결정권도 오히려 더욱 엄격하게 보장되어야 한다고 보인다.

개인정보자기결정권이 여러 헌법적 권리에서 근거를 찾을 수 있다고 주장되고 있고 헌법재판소를 통해서 그 권리가 실제로 인정되고는 있지

33) 신영진, “개인정보 국외이전에 따른 보호방안에 관한 연구: 정책과제 및 실천과제 도출을 중심으로”, 한국지역정보학회지 제16권 제4호, 2013, 96면.

34) 권건보, 개인정보보호와 자기정보통제권, 경인문화사, 2005, 201면.

35) 이상명, “개인정보자기결정권의 제한과 전자여권”, 법학논총 25권 제3호, 2008, 161-163면.

만, 다양하게 제시되고 있는 헌법적 근거 조항들 가운데에서 개인정보자기결정권에 대한 명확한 근거로 볼만한 조항이 있다고 보기 어렵다. 예를 들어, 가장 포괄적으로 적용될 수 있는 헌법 제10조의 경우에는 국민 생활의 거의 모든 사항에 적용될 수 있는 조항이라는 점에서 개인정보자기결정권에도 적용될 수는 있지만 근거 조항으로 보기에는 지나치게 포괄적인 조항이라고 보인다. 헌법 제17조의 경우에는 사생활의 비밀과 자유를 보장하는 조항이라는 점에서 헌법 제10조보다는 직접적인 관련이 있는 조항이지만, 개인정보는 사생활과는 구별된다는 점에서 이 조항을 개인정보자기결정권에 대한 정확한 근거 조항으로 보기는 어렵다고 보인다. 헌법 제16조의 주거의 자유는 개인정보자기결정권과 일부분이 겹칠 수는 있지만 전체적인 내용에서는 구별되는 개념으로 보인다. 헌법 제18조의 통신의 비밀을 침해받지 않을 권리 또한 개인정보자기결정권의 일부 내용과 겹치기도 하지만 구별되는 내용으로 보아야 할 것으로 생각된다. 그러므로 현재의 기본권 조항들에서 근거를 찾기는 어렵다고 본다.

또한 개인정보자기결정권은 개인정보로부터 파생된 권리라고 할 수 있을 것인데 헌법 조항이 제정될 당시에는 개인정보에 관한 개념이 강조되기 전이라고 할 수 있다. 따라서 현재의 헌법이 제정된 이후에 발달된 모든 개념을 헌법이 미리 포함할 수는 없다고 보인다. 즉 개인정보와 관련된 사생활이나 프라이버시의 개념은 비록 헌법 제정되기 오래 전부터 대두되기 시작하였으나, 개인정보라는 개념은 헌법 제정 이후에 본격적으로 대두되기 시작하였다고 보인다. 즉 개인정보의 개념은 전 세계적으로나 국내적으로 헌법 제정 이후에 발달되고 강조되기 시작한 개념이라는 점에서 현재의 헌법의 조항들에서 반드시 근거 조항을 찾기는 쉽지 않다고 보인다. 따라서 학계에서나 실무적으로 개인정보자기결정권이 헌법적 기본권으로 인정되고 확인되고 있음에도 명확한 헌법적 근거 조항을 찾기 어려운 이유가 여기에 있다고 보인다. 개인정보자기결정권이 헌법적인 기본권으로서 인정되고 있

지만 학자마다 그 근거를 상당히 다르게 보며 이러한 견해의 차이는 개인 정보자기결정권이 헌법적 기본권으로서의 보호의 필요성은 인정되나 명시적 근거가 없어서 다소 추상적으로 보호의 필요성이 주장되고 있기 때문이라고 보인다. 헌법적 기본권으로서 보호되기 위해서 반드시 근거 조항이 헌법적으로 명시되어야 하는 것은 아닐지라도 개인정보자기결정권의 근거가 다소 모호한 면이 없지 않아서 다양한 견해가 제시되고 있으며, 기본권으로서의 개인정보자기결정권의 성격과 중요성을 고려할 때 별도의 구체적인 헌법적인 권리로서 규정될 필요가 있다고 보인다.³⁶⁾

IV. 개인정보자기결정권의 구현으로서의 동의 규정의 검토

1. 서설

개인정보는 정보의 하나로서 분류되기도 하지만, 일반적인 정보와는 달리 개인정보는 정보주체로부터 시작되기 때문에 정보주체와의 관련성이 매우 중요하고, 처음에는 개인정보이었지만 정보주체와의 관련성이 단절된 개인정보는 하나의 단편적인 정보일 수는 있지만 더 이상 개인정보로서의 가치는 가지지 않는다고 할 것이다. 개인정보가 정보주체와의 관련성에서 다루어져야 하고 정보주체와의 관련성이 핵심적인 요인이라는 점에서, 정보주체는 개인정보의 중심이고 원천이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 개인정보가 타인에게 전달되거나 제3자에 의해 이용되거나 활용되기 위해서는 개인정보의 원래의 근원인 정보주체의 허락을 필요로 하고, 원칙적으로 정보주체의 허락 없이 개인정보가 타인에게 임의로 전달되거나 수집되거나

36) 임규철, “정보화사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 헌법학연구 제8권 제3호, 2002, 253면.

이용될 수 없다. 이러한 개인정보자기결정권은 국내 개인정보보호법과 정보통신망법에서 구체적인 적용 규정을 찾을 수 있다고 본다.

2. 개인정보보호법의 동의 규정

개인정보보호법 제4조에서는 정보주체가 가지는 권리를 규정하고 있다. 정보주체는 1. 개인정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리 2. 개인정보의 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리 3. 개인정보의 처리 여부를 확인하고 개인정보에 대하여 열람(사본의 발급을 포함한다. 이하 같다)을 요구할 권리 4. 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리 5. 개인정보의 처리로 인하여 발생한 피해를 신속하고 공정한 절차에 따라 구제받을 권리를 가진다. 정보주체가 가지는 폭넓은 권리를 규정하고 있는 가운데, 특히, 2. 개인정보의 처리에 관한 동의 여부, 동의 범위 등을 선택하고 결정할 권리, 4. 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리는 개인정보자기결정권의 내용에 직접적으로 해당한다고 보인다. 또한 개인정보의 수집, 이용, 제공 시에 정보주체의 동의를 필요로 하도록 규정하고 있다(개인정보보호법 제15-19조). 개인정보처리자가 개인정보의 수집, 이용, 제공과 관련하여 정보주체로부터 동의를 받을 때에는 정보주체에게 1. 개인정보의 수집·이용 목적 2. 수집하려는 개인정보의 항목 3. 개인정보의 보유 및 이용 기간 4. 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용을 알리고 동의를 받아야 한다. 또한 개인정보처리자가 개인정보를 국내 또는 국외의 제3자에게 제공³⁷⁾하는 때에는 1. 개인정보를 제공받는 자

37) 개인정보보호법과 정보통신망법의 ‘제공’과 ‘이전’은 구별되어야 할 개념이지만, 개인정보보호법과 정보통신망법에서는 이 두 용어가 혼용되고 있다. 노현숙, “클라우드 서비스에서 개인정보국의 이동의 개념에 관한 연구”, 고려법학 제79호, 2015,

2. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 이용 목적 3. 제공하는 개인정보의 항목 4. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용 기간 5. 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용 등을 정보주체에게 알리고 동의를 받아야 한다(개인정보 보호법 제17조 제2항). 이러한 규정들 또한 정보주체에게 개인정보자기결정권이 있음을 확인하는 규정이라고 할 수 있을 것이다.

이러한 동의 규정과 관련하여 정보주체는 제3자에게 자신의 개인정보가 제공됨으로써 발생할 수 있는 문제의 가능성을 미리 알 권리가 있고, 문제가 발생할 수 있다는 인식을 전제로 자신의 개인정보의 제공에 동의할 것 인지를 결정할 필요가 있다. 그러나 현재로서는 모든 정보주체가 자신의 개인정보가 제3자에 의하여 이용 또는 수집되거나, 제3자에게 제공됨으로써 발생할 수 있는 문제를 인식할 수 있는 것은 아니라고 보인다. 특히 국외의 제3자에게 개인정보가 제공되는 경우에 발생할 수 있는 구체적인 문제의 가능성이나 양상을 인식하지 못한 채 일정 서비스를 이용하기 위해서 일단 동의에 이르게 되는 경우가 상당히 있다고 보인다. 따라서 개인정보 보호법에서 개인정보처리자가 정보주체로부터 얻는 동의³⁸⁾에 관한 규정은 표면적으로는 개인정보자기결정권의 구현으로 보일 수 있지만, 실제로는 개인정보자기결정권이 온전히 구현되고 있다고 보기 어렵다. 즉, 개인정보 보호법에서의 동의는 정보주체의 개인정보자기결정권을 구현하는 최소한의 규정이 될 수 있지만 개인정보보호법에서 규정하는 동의의 현실적인 비

16-20면. 일부 내용이 개정되어 시정되었으나, 일부 규정에서는 혼용이 남아있는 것으로 보인다.

38) 개인정보를 국외로 이동함에 있어서, 개인정보를 보호하기 위한 기술적, 관리적 안전장치를 취할 수 있기 때문에 정보주체로부터 동의를 얻을 필요가 없다고 보는 견해가 있다. 최경진 외, 개인정보 국외이전 관련 법률정비 방안 연구, 한국인터넷진흥원, 2012, 66면. 그러나 기술적, 관리적 안전장치를 취하는 것과 정보주체의 동의를 얻는 것은 별개의 문제로 보아야 할 것으로 본다.

중은 정보주체의 개인정보자기결정권을 충분히 보호한다고 하기 어렵다고 보인다.

한편, 현행 개인정보보호법제의 동의 규정을 비판하는 입장은, 개인정보 수집에서 정보주체의 ‘사전 동의’ 제도는 기업의 창의적인 서비스에 저해가 된다고 지적하고 외국의 입법례에서는 한국법에서 요구되는 사전 동의를 요구하지 않는다는 논거를 제시하기도 하는데, 기업이 개인정보 활용시에 요구되는 ‘사전 동의’는 이에 동의하지 않으면 대부분의 경우 해당 서비스를 이용할 수 없다는 점에서 사실상 강제적인 사전 동의라고 할 수 있고 개인정보자기결정권이 실제적으로 행사되지 못한다는 문제점이 있다고 보인다.³⁹⁾ 또한 상당수의 정보주체는 사전 동의에 관한 설명 내용을 충분히 인식하거나 이해하지 않은 채 서비스 이용 절차로 서둘러 진행하려는 경향이 있으며, 따라서 사전 동의의 중요성에 대한 이용자들의 인식이 충분하지 않다는 점이 문제가 되는데, 사전 동의에 대하여 이용자들이 주의를 기울이지 않는 것은 사전 동의가 서비스 이용 전에 거쳐야 하는 불가피한 절차이고 서비스 이용을 위해서는 결국은 동의를 해야 하기 때문에 그 내용을 굳이 신중하게 읽거나 읽지 않거나 서비스 이용에는 차이가 없어서 내용을 읽지 않는 경향이 있다고 해석할 여지도 있다. 즉 표면적인 사전 동의가 실제적인 동의로서의 역할을 하지 못한다면 서비스 이용자들은 실제적으로 개인정보자기결정권을 보장받지 못하는 것이고 서비스 제공 기업들에게는 ‘불편한’ 동의 절차로 인해 기업의 서비스에 저해가 될 수도 있을 것이다. 그러므로 동의와 서비스 이용을 분리하여, 서비스 이용에 필수적인 사항 외에는 동의하지 않는 경우에도 서비스를 이용할 수 있도록 하여 개인정보자기결정권이 최대한 보장될 필요가 있다고 본다.

39) 손형섭, 개인정보의 보호와 그 이용에 관한 법적 연구, 법학연구 제54집, 2014, 15면.

3. 정보통신망법의 동의 규정

정보통신망법에서는 정보통신서비스 제공자가 이용자의 개인정보를 이용하려고 수집하는 경우에는 1. 개인정보의 수집·이용 목적 2. 수집하는 개인정보의 항목 3. 개인정보의 보유·이용 기간 등을 이용자에게 알리고 동의를 받아야 한다(정보통신망법 제22조 제1항). 정보통신서비스 제공자가 서비스 이용자의 개인정보를 제3자에게 제공하는 경우에 1. 개인정보를 제공받는 자 2. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 이용 목적 3. 제공하는 개인정보의 항목 4. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용 기간을 이용자에게 알리고 동의를 받아야 한다(정보통신망법 제24조 제1항).

개인정보보호법과 마찬가지로 정보통신망법에서도 개인정보의 수집, 이용, 제공과 관련한 동의 규정을 두고 있지만, 정보통신망법은 정보통신망을 통한 개인정보의 활용과 관련한 법이라는 점에서 특히 개인정보의 국내 및 국외 제공과 관련하여 주목할 필요가 있다. 정보통신망법에서는 개인정보를 국내 또는 국외의 제3자에게 제공하는 경우에 정보주체의 동의를 받도록 하고 있는데 이러한 동의를 규정한 것이 적절한지 또는 동의가 필요한지에 대해서는 다양한 견해가 제시되고 있다. 국외의 제3자에게 개인정보를 제공하는 경우에 국외 제공의 목적과 형태 등을 고려하지 않은 채 무조건적으로 정보주체의 동의를 받도록 하는 규정은 경제활동에 지장을 줄 수 있다고 보는 견해가 있으며⁴⁰⁾ 국내의 개인정보 보호수준과 동일한 수준으로 개인정보가 보호되는 국가로 개인정보를 제공하는 경우에는 개인정보의 제공을 제한할 필요 없다고 보기도 한다.⁴¹⁾ 이와는 달리, 개인정보의 상업적 이용가능성이 증가하면 할수록 개인정보를 보호할 필요성도 더욱 커지

40) 이창범, 개인정보 보호법, 법문사, 2012, 158면.

41) 이병준, “개인정보 국외이전의 예외적 허용요건의 확대에 관한 연구”, IT와 법연구 제12집, 2016, 331-332, 352면.

고 있다고 보며⁴²⁾ 국제적 유통이 자유로운 상황에서는 개인정보의 보호가 더욱 강화되어야 한다고 보는 견해도 있다.⁴³⁾ 국제적인 개인정보의 제공 및 유통과 관련하여 다양한 견해가 제시되고 있지만, 국내 및 국외의 제3자에 대하여 개인정보를 제공하기 전에 정보주체로부터 동의를 받도록 하는 규정은 정보주체의 개인정보자기결정권을 보장하는 최소한의 규정이라고 보인다. 동의 규정을 통해 정보주체는 자신의 개인정보가 어디로 이동될 것이고, 이동된 후 어떠한 내용의 규정이 자신의 개인정보에 적용될 것인지에 관하여 고지 받을 필요가 있으며, 이러한 사항들을 바탕으로 정보주체는 자신의 개인정보가 제3자에게 제공되도록 동의할 것인지를 결정할 수 있을 것이므로 이러한 규정들은 개인정보자기결정권과 밀접한 관련이 있다고 본다.⁴⁴⁾ 즉 정보주체의 동의를 받지 않은 채, 정보를 수집하거나 처리 또는 가공하거나, 개인정보를 국내 또는 국외의 제3자에게 제공하는 행위는 개인정보자기결정권의 침해라고 할 수 있다.⁴⁵⁾

4. 소결

개인정보보호법과 정보통신망법은 개인정보처리자가 개인정보를 수집, 이용, 제공하는 경우에 정보주체의 동의를 받도록 규정하고 있고, 이러한 정보주체의 동의는 개인정보자기결정권이 구체적으로 적용되는 규정이라고

42) 임규철, “정보화사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 헌법학연구 제8권 제3호, 2002, 249면.

43) 박완규, “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 개인정보의 미국 이전에 따른 문제점 및 대응 방안 연구 - 미국 정부기관에 의한 개인정보 누출 위험을 중심으로 -”, 법학논고 제38집, 2012, 473면.

44) 김일환, “개인정보보호법상 목적구속원칙의 의의와 내용에 관한 연구”, 미국헌법연구 제25권 제3호, 2014, 120면.

45) 임규철, “정보화사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 헌법학연구 제8권 제3호, 2002, 247면.

할 것이다. 따라서 정보주체의 동의 없이 개인정보를 사용하는 행위나 정보주체에게 개인정보를 제공하도록 강요하는 행위는 개인정보자기결정권의 침해라고 할 수 있다. 개인정보자기결정권의 침해와 관련하여, 개인정보자기결정권을 주관적 공권으로 보고 개인정보자기결정권이 침해되는 경우에 방해배제, 손해배상, 처리정지 등을 청구할 수 있다고 보기도 한다.⁴⁶⁾ 개인정보의 이용과 관련하여 동의 규정에 대한 부정적인 의견이 제기되기도 하는데, 개인정보의 보호를 위해 현재보다 적극적이고 안전한 보호의 환경이 뒷받침되지 않은 채 동의 규정만을 배제하는 것은 적절하지 않다고 보이며, 현재의 상황에서의 동의 규정은 개인정보자기결정권의 보장을 위해 필요한 규정이라고 보인다. 따라서 동의 규정의 필요성 여부에 논의의 중심을 두기 보다는 동의 규정이 실효성 있게 적용될 수 있도록, 강제적인 동의가 아닌 실제적인 동의가 가능하도록 하기 위한 논의가 보다 필요할 것으로 보인다.

V. 결론

개인이 자신의 재산이나 자신의 문제를 스스로 결정할 권리인 자기결정권은 근대 사적자치의 원칙과 밀접한 관련이 있다. 정보주체가 자신의 개인정보에 대하여 가지는 통제권을 내용으로 하는 개인정보자기결정권은 자기결정권의 구체적인 한 유형이며, 따라서 개인정보자기결정권은 정보주체가 자신의 정보에 대하여 가지는 사적자치의 권리라고 할 수 있을 것이다. 오늘날 개인정보는 재산이자 인권으로서의 속성을 가지며, 개인정보자기결정권은 정보주체가 자신의 자산과 인권의 보호에 관하여 스스로 결정하는 자기결정권이라고 할 것이다.

46) 권건보, “개인정보보호의 헌법적 기초와 과제”, 저스티스 제144호, 2014, 20면.

한편, 개인정보의 보호의 중요성이 날로 증대되고 있지만, 경제적 가치를 가지는 정보로서의 개인정보의 활용 또한 간과될 수 없는 부분이다. 따라서 개인정보의 보호와 이용 간의 충돌을 어떻게 해소하고 어떠한 양상으로 개인정보의 보호와 이용 간의 조화를 이룰 것인가가 개인정보와 관련한 하나의 중요한 논의의 주제이다. 이것은 곧 개인정보자기결정권이 어떠한 경우에 제한될 수 있고, 어떠한 경우에 다른 권리보다 우선적으로 보호될 수 있는지의 문제라고 할 수 있을 것이다.

현재 개인정보자기결정권에 관한 명문규정은 존재하지 않으나 여러 헌법 조항에 근거하여 헌법적인 기본권으로서 인정되고 있다는 것이 다수 학자들의 견해이고 헌법재판소 또한 학계의 의견을 수용하여 실무적으로 개인정보자기결정권이라는 권리를 인정하고 있다. 그러나 개인정보자기결정권이 헌법의 어느 조항에 근거한 것인지에 대해서는 명확하게 합의되고 있지 않고 판례 또한 그 근거조항과 관련하여서는 일관된 입장에 있다고 보기 어렵다.

개인정보자기결정권이 학자들 사이에서 헌법적 기본권으로 인정되고 있고 헌법재판소도 학계의 견해를 적극 수용하는 입장을 보이고 있지만, 그 근거 조항에서 명확하지 않다. 개인정보자기결정권이 헌법적 기본권으로서의 위치에 있어야 한다는 것에는 큰 이의가 없는 것으로 보이지만 그것에 대한 명확한 근거 조항을 제시하기 어렵다는 것은 처음부터 정확한 근거 조항이 없기 때문이라고 생각된다. 개인정보자기결정권이 확실한 기본권으로서 인정되고 확인되기 위해서는 이에 대한 명확한 근거 조항이 필요하다고 보이며, 현재의 헌법 조항에서는 유사한 근거 조항을 찾을 수는 있지만 명확하고 정확한 근거 조항을 찾기는 쉽지 않을 것으로 보이며, 헌법 개정이 결코 쉽지 않는 절차이지만 개인정보자기결정권이 헌법적 기본권으로서 명문화될 필요가 있다고 보인다.

개인정보의 개념이 발달되기 전에는 개인정보와 사생활이 혼용되기도 하

고 굳이 구별될 필요성이 크지 않았지만, 정보의 시대인 오늘날 개인정보는 중요한 자산이자 정보로서의 위치에서, 사생활과는 구별되는 독자적인 개념을 이룬다. 개인정보의 중요성을 고려할 때 개인정보자기결정권이 종전의 헌법적 기본권에 근거한 파생적인 개념으로 다루어지기 보다는 독자적인 기본권으로서 명문화된다고 해도 지나치지 않다고 보인다. 요컨대 개인정보자기결정권은 헌법의 사생활의 자유나 주거의 자유 등과 동등한 위치에서 명문화된 조항을 둔 기본권으로 인정될 필요가 있다고 보인다.

[국문초록]

개인정보는 정보의 하나로서 무형의 가치를 가지는 자산이지만 다른 한편으로 인권과 관련이 깊다. 그러나 개인정보의 자산적인 가치를 활용하면서 동시에 개인정보와 관련한 인권을 보호하는 것은 쉽지 않은 과제이다. 이 글에서는 정보주체가 자신과 관련한 개인정보에 대하여 가지는 통제권, 즉 개인정보자기결정권의 내용과 개인정보자기결정권이 구체적으로 구현되는 규정인 개인정보보호법 및 정보통신망법에서의 동의 규정들을 살펴본다. 현재 개인정보자기결정권이 헌법적 권리로서 인정된다고 보는 것이 다수의 학자들의 견해이고 판례의 입장인 가운데, 개인정보자기결정권이 헌법적 권리로서 인정되는 것이 어떠한 성문법적인 조항에 근거한 것인지, 개인정보자기결정권이 헌법적 권리로서 안정화되기 위해서 추후 별도의 입법적 조항이 필요할 것인지 살펴본다.

주제어

개인정보, 개인정보자기결정권, 개인정보보호법, 정보통신망법, 헌법 기본권, 정보주체, 정보주체의 동의, 프라이버시

[Abstract]

Personal information is a kind of information and an asset with intangible value, while it is closely related to human rights. However, protecting the human rights related to personal information while utilizing the asset value of personal information is not easy. This article examines the rights of data subjects regarding their own personal information. It examines the contents of the Right to personal data self-determination and the consent rules of Personal Information Protection Act, Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, etc, which fulfill the Right to personal data self-determination. Now the right to personal data self-determination is recognized as a constitutional right by scholars and the constitutional court. The article examines which constitutional rules are basis of the right and whether additional legislative provision would be needed to stabilize the right as a constitutional right.

Key words

Personal data, Right to personal data self-determination, Personal Information Protection Act, Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection, etc, Constitutional fundamental rights, Data subject, Data subject's consent, Privacy

참고문헌

[국내문헌]

1. 단행본

- 계희열, 헌법학(중), 보정판, 박영사(2002).
권영성, 헌법학원론, 법문사(2003).
권건보, 개인정보보호와 자기정보통제권, 경인문화사(2005).
김철수, 헌법학개론, 박영사(2003).
성낙인, 헌법학, 제9판, 법문사(2009).
윤명선, 헌법학, 대명출판사(2000).
이창범, 개인정보 보호법, 법문사(2012).
장영수, 헌법학, 제8판, 홍문사(2014).

2. 논문

- 구재균, “인터넷 이용자의 개인정보 자기결정권”, 정보화정책 제10권 제3호, 2003. 142면.
권건보, “개인정보보호의 헌법적 기초와 과제”, 한국법학원 제144호(2014).
_____, “개인정보자기결정권의 보호범위에 대한 분석 - 개인정보의 개념을 중심으로 -”, 공법학연구 제18권 제3호(2017).
권건보, 김일환, “지능정보시대에 대응한 개인정보자기결정권의 실효적 보장방안”, 미국헌법연구 제30권 제2호(2019).
김민호, “개인정보처리자에 관한 연구”, 성균관법학 제26권 제4호(2014).
김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 공법연구 제29집 제3호(2001).
_____, “개인정보보호법상 목적구속원칙의 의의와 내용에 관한 연구”, 미국헌법연구 제25권 제3호(2014).
김태오, “데이터주도혁신시대의개인정보자기결정권”, 행정법연구 제55호(2018).
김현경, “개인정보의 개념에 대한 논의와 법적 과제”, 『미국헌법연구』제25권

제2호(2014).

노현숙, “클라우드 서비스에서 개인정보국의 이동의 개념에 관한 연구”, 고려법학 제79호(2015).

문성제, “개인정보 제3자 제공으로 인한 피해에 대한 사법적 구제”, 성균관법학 제17권 제2호(2005).

문재완, “개인정보의 개념에 관한 연구”, 공법연구 제42집(2014).

박완규, “클라우드 컴퓨팅 환경에서의 개인정보의 미국 이전에 따른 문제점 및 대응방안 연구 - 미국 정부기관에 의한 개인정보 누출 위험을 중심으로 -”, 법학논고 제38집(2012).

백운철, “憲法上 個人情報自己決定權에 관한 研究”, 법조 통권 제548호(2002).

손형섭, “개인정보의 보호와 그 이용에 관한 법적 연구”, 법학연구 제54집(2014).

신영진, “개인정보 국외이전에 따른 보호방안에 관한 연구: 정책과제 및 실천과제 도출을 중심으로”, 한국지역정보화학회지 제16권 제4호(2013).

이병준, “개인정보 국외이전의 예외적 허용요건의 확대에 관한 연구”, IT와 법연구 제12집(2016).

이상명, “개인정보자기결정권의 제한과 전자여권”, 법학논총 25권 제3호, 2008.

_____, “개인정보자기결정권의 헌법적 근거에 관한 고찰”, 공법연구 제36권 제3호(2008).

임규철, “정보화사회에서의 개인정보자기결정권에 대한 연구 - 독일에서의 논의를 중심으로 -”, 헌법학연구 제8권 제3호(2002).

전상현, “개인정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호영역”, 저스티스 통권 제69호(2018).

정다영, 빅데이터 시대의 개인정보 자기결정권, IT와 법연구 제14집(2017).

함인선, “개인정보 처리와 관련한 법적 문제 - 우리나라 「개인정보 보호법」과 EU의 ‘2012년 규칙안’을 중심으로 하여 -”, 경제규제와 법 제6권 제1호(2013).

3. 기타자료

최경진 외, 개인정보 국외이전 관련 법률정비 방안 연구, 한국인터넷진흥원(2012).

[국외문헌]

1. 단행본

Arthur R. Miller, *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks, and Dossiers*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1971.

William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts* section 117(4th ed.), 1971.

2. 논문

Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, 4 *Harv. L. Rev.* (1890).

O’Reilly, James T., *Homeland Security and The Future of Privacy Rights: A Commentary*, 55-*Jun Fed. Law.* (2008).

혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰

- 국제조약상 입법화 의무를 중심으로 -

A Study on the Regulation of Hate Speech

- Focus on the legislative obligations under international human rights law -

韓 渭 洙(Han, Wee-Soo)

辯護士

- 目 次 -

I. 서론	143
II. 혐오표현의 개념과 유형	144
1. 혐오표현의 의의	144
가. 사전상의 정의	144
나. 혐오표현의 핵심적 개념요소	145
다. 이 글에서의 정의	147
2. 혐오표현과 혐오범죄의 구별	147
3. 혐오표현의 유형	148
III. 혐오표현 규제의 필요성과 문제점	150
1. 혐오표현 규제의 필요성	150
2. 혐오표현 규제의 문제점	152
IV. 혐오표현에 대한 국제인권협약상의 규제와 외국의 사례	155

1. 국제인권협약에서의 혐오표현 규제	155
가. 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)	155
나. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)	156
다. 집단살해범죄의 방지와 처벌에 관한 협약	157
라. 인종차별철폐협약	158
2. 유럽국가에서의 규제 현황	159
가. 영국	160
나. 독일	161
다. 프랑스	163
3. 캐나다와 일본에서의 규제 현황	164
가. 캐나다	165
나. 일본	167
4. 미국에서의 규제	169
V. 우리나라에서의 혐오표현 규제	175
1. 민법과 형법	175
2. 특별법상 혐오표현 규제	176
가. 국가인권위원회법 등에서의 성희롱	176
나. 장애인차별금지법에서의 차별적 언동	177
다. 포괄적 차별금지법 제정의 추진과 경과	179
라. 방송법 등에 의한 규제	180
VI. 혐오표현 규제입법의 방향과 제언	182
1. 규제입법화의 필요성	182
2. 규제입법의 방향과 제언	183
가. 규제입법의 기본방향	183
나. 규제입법에서의 고려사항	185
VII. 맺으면서	190
* 국문초록 및 주제어	192
* 영문초록 및 주제어	194
* 참고문헌	197

I. 서론

근래 외국인노동자, 장애인 등 사회적 약자 또는 소수집단에 대하여 이들을 비하 또는 모욕하거나 차별을 선동하는 등 그들에 대한 혐오 또는 증오를 불러일으키는 표현(이른바 혐오표현)을 규제하여야 한다는 목소리가 높아지고 있다.¹⁾ 한편, 이러한 표현에 대한 규제는 표현의 자유를 침해하는 것으로서 허용되어서는 아니 된다는 주장이 있고, 규제를 찬성하는 입장에서도 표현의 자유와의 충돌을 최소화하기 위하여 구체적으로 어떠한 범위 내에서 어떻게 규제를 할 것인지에 대하여 논란이 있다.

예컨대, “A국 출신 노동자들은 비열한 범죄자집단이다. 모조리 색출하여 강제추방하자”는 표현에 대해서는 규제의 필요성이 쉽게 인정될지 모르나, “외국인노동자 수입은 우리 민족의 순수성을 해치고 사회문제를 일으킬 수 있으니 이를 허용하여서는 아니 된다.”는 표현까지 규제하여야 한다는 주장에 대하여는 선뜻 동의하기 어려울 수 있다.

한편, 우리나라가 가입한 인종차별철폐협약 등 국제조약 중에는 일정한 혐오표현을 처벌하거나 금지하여야 할 의무를 부과하고 있는 것이 있는데 아직 그러한 입법이 이루어지지 아니하여 국제사회로부터 매번 지적을 받고 있다.

아래에서는 이른바 혐오표현의 개념, 규제의 필요성과 문제점, 혐오표현의 규제에 관한 국제조약상의 규정과 외국의 사례를 살펴보고, 표현의 자유와의 관계에 비추어 우리나라에서 이를 어느 정도에서 규제할 수 있을 것인지 그리고 어떻게 규제함이 타당한지에 대하여 차례로 검토하기로 한다.

1) 한국에서 현실적 문제로서 혐오표현 문제가 대두된 것은 2010년 이후 외국인혐오가 유행한 데서 찾기도 한다. 국가인권위원회, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구(국가인권위원회, 2016), 5면 참조.

II. 혐오표현의 개념과 유형

1. 혐오표현의 의의

가. 사전상의 정의

혐오표현은 영미법상의 ‘헤이트스피치(hate speech)’의 번역어로 알려져 있고, 영미법상의 ‘헤이트스피치(hate speech)’는 논자마다 다소 의미를 달리하고는 있으나, ‘블랙법률용어사전(Black’s Law Dictionary)’에서는 “특히 그 표명이 폭력을 불러일으킬 것 같은 상황에서, 특정인종과 같은 어떤 집단에 대한 적의의 표현 외에 아무런 의미를 가지지 아니하는 언론”으로 정의하고 있다.²⁾

영어의 ‘헤이트(hate)’가 단순히 소극적으로 싫어한다(dislike)는 의미보다 적극적으로 미워한다는 의미가 더 강한 점에서 일찍이 이를 ‘증오언론’으로 번역하기도 했고,³⁾ 필자의 개인적 의견으로는 이러한 용어가 더 적절하다고 생각되나, 최근 학계에서는, 혐오는 증오의 상태에 이르지 아니한 경우도 포함하고, 말과 글뿐만 아니라 비언어적 표현행위도 포함하므로 ‘혐오 표현’이란 용어가 더 적절하다⁴⁾는 이유 등으로, ‘혐오표현’이란 용어가 가장 많이 사용되고 있으므로⁵⁾ 여기서도 이 용어를 사용하기로 한다.

2) Black’s Law Dictionary, 9th ed. (West, 2009), p. 1529. (“Speech that carries no meaning other than the expression of hatred for some group, such as a particular race, esp. in circumstances in which the communication is likely to provoke violence.”)

3) 박용상, 표현의 자유, 박영사(2002), 147면; 한위수, “집단표시에 의한 명예훼손”. 언론관계소송(한국사법행정학회, 2007), 92면 참조.

4) 박지원, “혐오표현의 제재입법에 관한 소고 - 주요국 입법례의 시사점을 중심으로 -”, 미국헌법연구 27권2호(미국헌법학회, 2016), 108면.

5) hate speech의 번역례에 대하여는 박해영, “혐오표현(Hate Speech)에 관한 헌법적 고찰”. 공법학연구 16권3호(2015). 140면 참조.

나. 혐오표현의 핵심적 개념요소

학자들은 위 ‘블랙법률용어사전(Black’s Law Dictionary)’에서의 정의와 범위를 그대로 받아들이는 것이 아니라 조금씩 의미를 달리 하고 있어 혐오표현의 의미와 범위를 일률적으로 정하기는 어려우므로, 우선 핵심적인 개념요소를 살펴보기로 한다.

첫째. 혐오표현은 ‘특정집단’에 대한 혐오 내지 적의의 표현이다. 즉 개인의 속성에 대한 혐오의 표현이 아니라 그러한 속성을 지닌 ‘특정 집단’에 대한 혐오의 표현이다.

여기서의 ‘특정집단’은 단순히 동호인 단체나 직업 등 개개인이 쉽게 귀속을 바꿀 수 있는 집단이 아니라, 인종, 출신국가, 성, 장애 등 본래적 또는 비자발적으로 개인에게 귀속된 특성⁶⁾으로 속하게 되는 집단이라는 점에서(동성애와 같은 성적 지향의 경우도 그러한 특성은 생물학적으로 결정되는 것이라 한다), 그에 대한 혐오의 표현은 피해자로서는 벗어날 수 없으며 결국 피해자의 인격 자체를 침해하는 성격을 지닌다.⁷⁾

한편, 종교는 본래적, 비자발적 속성은 아니지만 개개인의 정체성을 구성하는 기본 요소가 되어 그 귀속을 바꾸는 것이 지극히 어렵다는 점에서 이와 동일하게 취급되어야 할 속성으로 볼 수 있다.

나아가 여기서의 집단은 역사적 또는 사회적으로 소수자 집단인 경우로

6) ‘불변의 특징(immutable characteristics)’이라고 하기도 하고(박지원, 앞의 글, 130면), ‘변화불가능한 인격적 구성요소로서의 속성’이라고도 하며(이승현, “혐오표현규제에 대한 헌법적 이해”, 공법연구 44집4호(2016), 138면), ‘개인의 정체성을 구성하는 특성들 중에서 개인이 태어나면서부터 부여받았고 변경이 불가능한 속성’이라고도 한다[조소영, “표현의 자유의 현대적 쟁점에 대한 헌법적 고찰 -온라인에서의 적의적 표현행위(Hate Speech)에 대한 규제를 중심으로-”, 공법연구 45집1호(2016), 243면].

7) 최란, “현행법상 혐오표현의 규제, 특히 명예에 관한 죄 적용 가능성을 중심으로”, 미디어와 인격권 4권2호(언론중재위원회, 2018), 53면.

한정하기도 한다.⁸⁾⁹⁾ 이같이 혐오표현의 대상을 소수자 집단으로 한정하는 이유는 소수자를 대상으로 한다는 점이 혐오표현을 다른 비도덕적 표현이나 바람직하지 않은 표현과 구별하게 해주는 중요한 표지라거나,¹⁰⁾ 차별선동 및 혐오표현들에 대한 규제가 필요한 이유가 궁극적으로는 다수자로부터 소수자 집단의 평등권과 정체성을 보호하는 데 있다고 보기 때문이라고 한다.¹¹⁾ 다만, 여기서의 소수는 양적 소수인지 여부만으로 판단할 것이 아니며¹²⁾ 특히 남녀차별적 표현의 경우 숫자적으로 소수는 아니지만 역사적으로 억압받아 왔고 사회적 영향력이 남성보다 약하다는 측면에서 여성을 소수자집단으로 볼 여지가 있다.

둘째, 혐오표현은 그러한 집단 자체나 그러한 집단에 속한 개개인에 대한 조롱, 경멸, 적대감의 표현 그 자체이거나 그러한 집단에 대한 차별, 적대감, 폭력을 선동하는 표현이다. 즉 특정집단에 대하여 차별적인 표현뿐만 아니라 그러한 차별과 적대감 및 폭력을 선동하는 표현까지 포함한다.

또한 여기서의 표현은 말과 글뿐만 아니라 상징적 표현으로서의 행동도 포함된다. 따라서 예컨대 흑인차별주의자 집단인 KKK단원이 고깔모양의 복면을 쓰거나 십자가를 불태우는 것, 신나치주의자들이 나치문장(스와스티

8) 국가인권위원회, 앞의 글, 17면; 조소영, 앞의 글, 242면; 홍성수, “혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자보호를 위한 규제대안의 모색”, 법과 사회 50호(2015), 290면.

9) 굳이 소수자에 한정할 이유가 없다는 이유로 이를 반대하는 견해로는, 김현귀, “표현의 자유와 혐오표현규제”, 헌법재판연구원 헌법이론과 실무보고서(2016), 13면, 박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 법학논총 31권3호(국민대법학연구소, 2019), 55-56면; 윤성욱, “혐오표현 규제와 법적 쟁점에 관한 연구”, 미디어와 인격권 5권1호(인론중재위원회, 2019), 62면 참조.

나아가 혐오표현을 규제하는 법률을 제정한 영국, 독일, 프랑스 모두 다수자에 대한 소수자의 혐오표현도 함께 규제된다고 한다. 성중탁, “Hate Speech에 대한 비교법적 검토와 우리 법제의 대응방향”, 세계헌법연구 24권1호(2018), 165면.

10) 국가인권위원회, 앞의 글, 17면.

11) 김현귀, 앞의 글, 23면 참조.

12) 같은 취지로, 이승현, 앞의 글, 139면.

카)을 들고 시위하는 것도 이에 해당한다.¹³⁾

셋째. 혐오표현은 일반적으로 아무런 합리적 근거가 없거나 편견에서 나온 것이다.¹⁴⁾ 예컨대, “황인종은 백인종에 비하여 선천적으로 열등한 인종이므로 차별대우받는 것은 당연하다.”거나, “동남아출신 외국인노동자는 범죄자집단이다.”는 표현과 같이 아무런 합리적 근거가 없거나, 화자의 편견에만 기초한 표현으로 아무런 사회적 가치를 가지지 못한다. 그런 의미에서 “백인종은 황인종보다 평균키가 더 크다.” 또는 “A국 출신 노동자는 B국 출신 노동자보다 범죄율이 3% 높다.”는 진술은 황인종이나 A국 출신 노동자들에게 불쾌감을 줄 수는 있겠지만 객관적 근거가 있다는 점에서 혐오표현이라고 하기는 어렵다.

다. 이 글에서의 정의

이러한 점을 감안하면, 혐오표현은 일반적으로 “어떤 개인·집단에 대하여 그들이 인종, 성별, 국적(출신국) 등의 특별한 속성을 가졌다는 이유만으로 그들에 대한 차별, 혐오를 드러내는 표현 또는 그들에 대한 차별, 혐오, 폭력을 선동하는 표현”으로 정의할 수 있으며, 이 글에서는 이러한 개념을 전제로 사용하기로 한다.

2. 혐오표현과 혐오범죄의 구별

혐오표현(hate speech)과 혐오범죄(hate crime)는 구별되어야 한다.

혐오표현은 특정집단에 대한 혐오를 표현하는 언론 그 자체임에 반하여, 혐오범죄는 특정집단에 대한 혐오에서 유발되는 범죄를 의미한다. 예컨대,

13) 국가인권위원회, 앞의 글, 20면; 이승현, 앞의 글, 144면.

14) 이승현, 앞의 글, 142-143면.

“외국인노동자를 추방하여야 한다.”고 주장하는 것은 혐오표현이지만 외국인노동자에 대한 혐오 내지 적대감에서 특정 외국인노동자를 구타하는 것은 혐오범죄에 해당한다.

이를 구별하는 이유는 혐오표현은 그 자체가 언론(speech)이므로 이를 규제하는 것은 표현의 자유의 침해할 우려가 있으나, 혐오범죄의 처벌은 표현 자체가 아니라 어디까지나 행동(conduct)을 처벌하는 것이고 따라서 그 동기에 따라 형을 가중하는 것이 일반적으로 용인된다는 점이다.¹⁵⁾

3. 혐오표현의 유형

혐오표현의 유형은 논자에 따라 다양하게 분류하고 있으나, 일응 위험성과 강도에 따라, (1) 혐오의 표현, (2) 혐오의 조장, (3) 혐오행위의 선동으로 나눌 수 있다.¹⁶⁾

15) *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993) 참조. Edwin Chemerinsky, *Constitutional Law Principles and Politics*, Aspen Law & Business (1997), 827; 박지원, “혐오표현의 제재입법에 관한 소고-주요국 입법례의 시사점을 중심으로-”, *미국헌법연구* 27권2호(2016) 108-109면 참조.

16) 혐오표현을, (1) 차별적 괴롭힘, (2) 차별표시, (3) 공개 멸시 모욕 위협, (4) 증오선동으로 분류하는 견해도 있으나(한국인권위원회, 앞의 글, 21면 및 성중탁, 앞의 글, 153면 이하), 차별적 괴롭힘은 언론 또는 표현이라기보다 차별적 ‘행동’이라는 점에서 혐오표현의 범주에 포섭하기 어렵다. 또한 혐오표현을 (1) 혐오의 표현과, (2) 혐오의 조장으로 분류하기도 하나(김현귀, 앞의 글, 24-26면), 단순 혐오의 조장과 혐오행위의 선동은 내용과 위험성에서 크게 차이가 나므로 이를 구분할 실익이 있다고 생각된다.

나아가, 대상집단에 속한 개인을 상대로 한 괴롭힘과, 불특정 다수의 청자를 상대로 한 증오선동의 두 가지 범주로 나누거나[이주영, “혐오표현에 대한 국제인권법적 고찰 - 증오선동을 중심으로 -”, *국제법학회논총* 60권3호(2015), 199-200], 목적대상에 따라 선동형 혐오표현과 표적형 혐오표현으로 나누고 또한 진술방식에 따라 형식적 혐오표현과 실질적 혐오표현으로 나누기도 하고(이승현, 앞의 글, 146-147면), 피해자나 지인 등에게 단순히 혐오감정을 표출하는 것과 ‘집단에 대한 차별, 적의 또는 폭력을 선동하는 행위’인 ‘차별선동’으로 나누어 후자의 규제에 집중하는

먼저, ‘혐오의 표현’은 특정집단에 대한 차별이나 혐오를 표출하는 표현 행위 그 자체로서, 원래적 의미의 혐오표현이라 할 수 있다. 굳이 당해 집단 구성원에 위협적이거나 모욕적 표현이 아니더라도 특정 집단에 대한 차별이나 혐오를 드러내는 표현행위도 이에 해당한다. 예컨대, ‘흑인들은 다른 인종에 대해 범죄율이 높다.’, ‘흑인들은 스포츠와 연예에만 능하고 의사나 교수 등 전문직 종사자가 적다’는 정도의 표현도 이에 해당할 여지가 있다.¹⁷⁾

‘혐오의 표현’은 사실에 기초하는 한 의견에 가까워 표현의 자유라는 측면에서도 이를 규제하기는 힘들다. 다만, 예컨대 “흑인은 백인에 비하여 유전적으로 열등한 종자들이다.” 또는 “동성애자는 치료가 필요한 환자들이다.”와 같이 사실이 아니거나 아무런 근거 없이 오로지 편견에 기초한 표현은 규제의 필요성이 인정될 수 있다.

나아가, 발언자의 혐오감정이나 인식을 개인적으로 표현하는 것을 넘어서 공개적으로 특정집단에 속하는 개인을 모욕하거나 그러한 집단의 구성원에게 생명·신체의 위험을 느끼게 하는 경우(예컨대, 공개집회에서 “난민들은 모두 잠재적 범죄자들이다.”고 하거나, “외국인노동자들이 스스로 출국하도록 혼을 내주어야 한다.”고 발언하는 경우)는 대상집단 구성원의 인격권 침해 또는 정신적 피해가 발생하며, 그러한 표현까지 보호할 가치

견해(김지혜, “차별선동의 규제 - 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로.”, 법조 708호(2015), 41면)도 있다. 위 ‘차별선동’ 중 ‘적의의 선동’은 ‘혐오의 조장’에는 해당될 여지가 있으나 ‘혐오행위의 선동’으로 보기는 어려울 것이다.

17) 홀로코스트(나치의 유대인학살)를 부정하는 표현도 반유대주의의 표명이자 유대인에 대한 모욕행위로 보아 혐오표현의 일종으로 보기도 하나, 홀로코스트 부정 등 이른바 역사부정행위는 일반적인 혐오표현과는 다른 측면이 있다. 그리하여 UN 자유권규약위원회의 일반논평 제34호는 이에 대한 처벌에 부정적 입장을 취하고 있고, 우리나라에서도 역사부정행위의 처벌에 대하여는 표현의 자유에 대한 제약이라는 측면에서 이에 반대하는 견해로는, 강재원, “국제인권법의 시각에서 본 표현의 자유”, 사법논집 58집(법원도서관, 2015), 87, 91-92면 참조.

가 있는지 의문이라는 점에서 규제의 필요성이 한층 높아진다고 할 수 있다.

둘째, ‘혐오의 조장’은 단순히 자신의 혐오감정을 표출하는 데 그치지 아니하고 적극적으로 다른 사회 구성원에게 특정 집단에 속한 사람들을 혐오하도록 고무 또는 선동하는 것을 말한다. 예를 들어, 인종차별 내지 외국인에 대한 그릇된 관념을 퍼뜨리는 내용이 기재된 전단지 등을 일반인에게 배포하는 행위가 전형적인 것이다. ‘혐오의 표현’이 특정집단에 대한 개인적 감정이나 인식을 단순히 표명하는 것임에 반하여 ‘혐오의 조장’은 특정집단이나 그 구성원들에 대한 부당한 편견을 사회에 확산시키려는 의도적, 계획적 행동이므로 규제의 필요성이 더 높아진다.

끝으로, ‘혐오행위의 선동’은 특정 집단에 속한 사람들에 대한 혐오를 표명하거나 확산하는 데 그치지 않고 그에 근거한 차별행위와 악의적 공격, 폭력적 행위를 고무하거나 선동하는 표현을 말한다. ‘외국인노동자들을 색출하여 국외추방하자’, ‘악질 유태인을 바로 거리에서 몰아내자’ 등의 표현이 이에 해당한다.

이는 단순한 의견의 표명을 넘어서서 최소한 대상자 집단의 공포심을 불러일으키고 극단적인 경우 곧바로 혐오범죄를 발생시켜 사회전체의 불안을 야기하므로 규제의 필요성이 특히 크다고 할 수 있다.

Ⅲ. 혐오표현 규제의 필요성과 문제점

1. 혐오표현 규제의 필요성

혐오표현 규제의 필요성은 혐오표현의 해악이 매우 심각하다는 것에 있다. 혐오표현은, 정의 그 자체에서 보듯, 특정집단(그것도 소수자집단)에 대

하여 부정적인 편견이나 낙인을 찍고 부당한 대우나 차별·폭력을 선동함으로써 그 집단에 속한 개개인의 인격 즉 인간의 존엄을 훼손하고 사회의 동등한 구성원으로서의 정상적인 삶을 불가능하게 한다.¹⁸⁾

전문적인 경험적 연구에 따르면, 혐오표현의 대상이 된 개개인은 편견, 공포, 모욕감, 자신감 상실 등으로 고통을 받고 심지어는 자살로까지 이어진다고 한다. 이러한 정신적 고통은 소수자들을 사회에서 배제하고 사회참여를 어렵게 하며, 반면 혐오표현의 청중에게는 차별과 편견을 당연하게 여겨 차별에 동참하게 만들며 이것은 다시 소수자에 대한 고립·차별·적대를 강화하는 것으로 이어진다고 한다.¹⁹⁾

나아가 유럽에서의 이슬람난민 문제에서 보는 바와 같이 혐오표현은 소수자집단으로 하여금 국가공동체의 일원으로서의 사회참여를 포기하고 사회불만세력이 되어 테러 등으로 극단적 대응을 하게 되어 국가의 통합을 저해하고 사회를 불안하게 하는 요인이 된다.²⁰⁾

또한 혐오표현이 만연하게 되어 혐오행위의 선동 단계에까지 나아가면 실제 차별행위와 폭력행위로까지 이어질 위험이 있다. 심지어는 나치의 유태인 학살에서 볼 수 있듯이 인종청소와 같은 대량학살로 이어질 위험도 있으므로,²¹⁾ 이를 예방하기 위하여 예방적·선제적 조치가 필요하다고 한

18) 김현귀, 앞의 글, 5면; 국가인권위원회, 앞의 글, 21면; 이주영, 앞의 글, 206면.

한편, 혐오표현의 피해자는 사회적 약자로서 반론을 제기하기 어렵고 본의 아니게 침묵을 강요당하기 때문에 피해자의 표현의 자유를 침해한다는 주장(박해영, 앞의 글, 142-143면)이 있으나, 혐오표현의 간접적 효과로 피해자집단의 공론에의 참여가 억제되어 공론장 전체의 왜곡을 초래할 수는 있겠으나(이승현, 앞의 글, 153면), 혐오표현이 직접 피해자의 표현의 자유를 제약한다고 보기는 어렵다.

19) 홍성수, “혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자보호를 위한 규제대안의 모색”, 법과사회 50호(2015), 293-294면, 한편, “홀로코스트는 가스실에서 시작된 것이 아니라 말에서 비롯되었다.”는 표현을 인용하며 “다른 집단에 대한 혐오표현은 곧 집단학살의 시작점으로 볼 수 있다.”고 주장하기도 한다. 박지원, 앞의 글, 129면.

20) 국가인권위원회, 앞의 글, 32면; 이주영, 앞의 글, 207면.

21) 홍성수, 앞의 글, 295면; 강재원, 앞의 글, 101면 참조.

다. 유럽에서 난민을 상대로 한 테러행위나 미국에서 불법이민자를 상대로 테러행위가 일어나는 것은 혐오표현이 제대로 규제되지 아니한 탓이라고 보기도 한다.

우리나라는 유럽이나 미국처럼 인종차별의 역사나 이슬람난민 유입 등으로 인한 갈등이 심각한 수준에 이른 것은 아니나, 최근 우리 사회도 세계화되면서 결혼이민 등을 통한 다문화가정 및 외국인의 증가에 따라 이들 소수자에 대한 혐오표현이 서서히 문제되고 있으며 여성 및 성소수자에 대한 혐오표현도 문제되고 있다.²²⁾

나아가 우리나라는 뒤에서 보는 바와 같이 특정한 혐오표현을 처벌하거나 금지하도록 한 국제조약에 가입되어 있어 이를 입법화할 국제법상 의무를 부담하고 있는 점에서 이를 규제할 현실적인 필요성이 있다.²³⁾

2. 혐오표현 규제의 문제점

그러나 혐오표현의 규제에 대한 반대론도 만만치 아니하다.

우선, 혐오표현이 초래하는 해악의 실체가 있는지, 표현과 해악 사이의 인과관계가 있는지를 문제 삼기도 하고, 혐오표현이 금지당하면 오히려 혐오주의자들의 억압된 감정이 쌓여서 더 큰 해악적인 행동으로 이어질 수 있으며, 표현의 문제는 사상의 자유 시장에서의 경쟁에 의하여 해결되어야 하는데 혐오표현이 금지되면 경쟁 자체가 불가능해진다는 주장을 하기도 한다.²⁴⁾

22) 김현귀, 앞의 글, 8면.

23) 같은 견해로, 강재원, 앞의 글, 101면.

24) 이러한 주장에 대한 소개로는, 홍성수, 앞의 글, 297면 이하 참조.

한편, 혐오표현이 야기하는 공론장의 왜곡을 이유로 표현행위를 규제하는 것은 자칫 표현의 자유 전반에 대한 위축효과와 공론장에서의 자유로운 토론의 전반적인 억제로 이어질 수 있는바, 공론장 왜곡은 일차적으로는 공론장에서 조정을 통해 치

그러나 무엇보다 설득력이 있는 것은, 혐오표현도 행위가 아닌 표현인 이상 이를 규제하는 것은 필연적으로 표현의 자유를 침해할 우려가 크다는 것이다.

먼저, 혐오표현의 정의나 범위가 명확하지 않으므로 이에 대한 규제가 명확성의 원칙에 반할 가능성이 크다.

나아가 혐오표현의 규제는 특정한 내용의 언론에 대하여 규제하는 것인데 그 중에서도 특정한 관점에 근거한 내용의 언론만을 규제한다는 점에서(예컨대, 인종차별에 관련된 내용의 언론 중 인종차별을 반대하는 언론은 규제하지 않고 인종차별을 찬성하거나 조장하는 언론만을 규제한다), 표현의 자유에 대한 침해 가능성이 특히 강한 내용근거규제(content-based regulation)에 해당할 뿐 아니라, 내용근거규제 중에서도 침해가능성이 가장 높은 관점규제(viewpoint regulation) 내지 관점차별(viewpoint discrimination)에 해당한다.²⁵⁾

결국 혐오표현에 대한 규제는 국가가 어떤 표현이 옳고 그른지를 판단

유되는 것이 표현의 자유와 공적 토론의 본질이기 때문에, 공적 토론에 의해 그 왜곡이 치유될 가능성이 거의 없거나, 있다 하더라도 상당히 오랜 시간이 걸리거나 혹은 그 가능성이 불투명함으로 인하여 다른 공익을 지속적으로 침해하지 않는 이상 국가개입이 제한되어야 한다는 지적 및 혐오표현이 억제되어야 할 당위성을 인정할 지라도 이를 위해 법적 규제의 수단을 사용하는 것은 오히려 혐오표현의 발화자를 더 자극하거나 문제를 수면 밑으로 잠복시키는 결과를 낳는다는 지적으로, 이승현, 앞의 글, 158-159면.

25) 내용근거규제와 관점규제에 관한 설명으로는, 박용상, 언론의 자유, 박영사(2013), 353-363면 참조.

한편, 우리 헌법재판소도 일찍이, “국가가 개인의 표현행위를 규제하는 경우, 표현내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되는 반면, 표현내용과 무관하게 표현의 방법을 규제하는 것은 합리적인 공익상의 이유로 폭넓은 제한이 가능하다. 헌법상 표현의 자유가 보호하고자 하는 가장 핵심적인 것이 바로 ‘표현행위가 어떠한 내용을 대상으로 한 것이든 보호를 받아야 한다.’는 것이며, ‘국가가 표현행위를 그 내용에 따라 차별함으로써 특정한 견해나 입장을 선호하거나 억압해서는 안 된다.’는 것이다.”라고 판시한 바 있다(헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 868).

하는 역할을 하게 되는데 이는 표현규제에 대한 ‘봉인’이 풀리면서 전반적인 규제확대로 귀결될 수 있으며, 실제로 에티오피아나 르완다에서처럼 혐오표현 규제가 정치적 반대파나 소수자들의 의견을 탄압하는 것으로 악용되는 사례가 있다고 한다.²⁶⁾

특히 예컨대 “A국 출신 노동자들은 우리말을 빨리 배워 우리 사회에 적응해야 하는데 자기들끼리 뭉쳐 살면서 적응을 거부한 채 범죄집단화되고 있다.”는 등의 특정 집단에 대한 사실 적시나 정당한 비판도 혐오를 조장하는 것으로 판단되어 불이익을 받을 우려가 있기 때문에 자기 검열이나 위축효과가 발생할 수도 있다.

그리고 특정 행위를 선동하는 표현에 대한 규제는 이른바 ‘명백하고 현존하는 위협의 원칙’의 법리에 의하여 지극히 제한적으로 인정되어 왔다. 예컨대 중동지역 출신 난민의 입국금지 또는 추방을 주장하는 표현은 역시 혐오표현에 속하나 그 자체로서 바로 중동지역출신 난민에 대한 입국저지 행위나 추방을 위한 체포 등 폭력 사태가 발생할 것으로는 보이지 아니하므로 이를 규제한다면 명백하고 현존하는 위협의 원칙에 어긋날 수 있다.

또한 규제의 어려움은 명예훼손에 관한 우리 법원의 확립된 법리와 충돌할 우려가 있다는 것이다.

우리 법원은 규모가 큰 집단에 대한 명예훼손은 이른바 집단명예훼손의 법리 즉, “이른바 집단표시에 의한 명예훼손은 그 내용이 그 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고는 해석되기 힘들고 집단표시에 의한 비난이 개별 구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 않으므로 구성원 개개인에 대한 명예훼손은 성립되지 않는 것이 원칙”이라는 법리²⁷⁾에 따라 거의 인정되지 않았다.

26) 홍성수. 앞의 글, 299-300면, 312면 주96).

27) 대법원 2003. 9. 2. 선고 2002다63558 판결 등 참조. 다만, 명예훼손의 내용이 구성원 개개인에 대한 것으로 여겨질 정도로 구성원의 수가 적거나 당시 주위 정황 등

예컨대, ‘동남아출신 외국인 근로자는 게으르다’는 말은 부지런한 동남아 출신 근로자에게는 진실이 아니어서 명예를 훼손할 수는 있으나 꼭 그 사람을 찍어서 표현하는 것이라고 할 수 없으므로 이른바 집단명예훼손의 법리에 따라 동남아출신 근로자 일반인에 대한 명예훼손은 성립되지 않는다. 만일 이를 혐오표현이라 하여 규제한다면 동남아출신 근로자에 대한 일반적인 비판이나 의견조차 규제받게 되는 상황이 될 수 있기 때문이다.

IV. 혐오표현에 대한 국제인권협약상의 규제와 외국의 사례

1. 국제인권협약에서의 혐오표현 규제

가. 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)²⁸⁾

국제인권규범은 일찍부터 혐오표현에 대한 규제를 표명하였다.

1948. 12. 10. UN 총회에서 채택된 세계인권선언은 제7조에서 “모든 사람은 법 앞에 평등하며 어떠한 차별도 없이 법의 동등한 보호를 받을 권리를 가진다. 모든 사람은 이 선언에 위반되는 어떠한 차별과 그러한 차별의 선동으로부터 동등한 보호를 받을 권리를 가진다.”²⁹⁾고 규정하여 혐오표현으로부터 자유로운 권리를 명시적으로 부여하고 있다.

으로 보아 집단 내 개별구성원을 지칭하는 것으로 여겨질 수 있는 때에는 집단 내 개별구성원이 피해자로서 특정된다고 한다.

28) <http://law.go.kr/trtySc.do?tabMenuId=tab64&query=%EC%84%B8%EA%B3%84%EC%9D%B8%EA%B6%8C%EC%84%A0%EC%96%B8#licTrty2795>(2019. 6. 7. 방문) 참조.

29) 영어 원문은 “All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.”

나. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)³⁰⁾

‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)’은 개인의 시민적, 정치적 제 권리의 국제적 보장을 정한 국제조약으로 1966. 12. 16 UN총회에서 채택되어 1976. 3. 23. 발효되었다. 한국은 1990. 4. 10. 가입하여(다만, 제14조 5항, 제14조 7항, 제22조 및 제23조 4항은 유보) 1990. 7. 10. 발효되었다. 일반적으로 ‘국제인권규약 B규약’ 또는 ‘자유권규약’으로 불리기도 한다.

위 규약은 제19조에서 표현의 자유를 보장하면서도, 제20조 제2항에서 일정한 혐오표현은 금지됨을 명시적으로 선언하고 있다. 즉 위 규약 제20조 제2항은 “차별과 적의, 폭력의 선동에 해당하는 어떠한 국적, 인종 또는 종교적 증오의 옹호도 법률에 의하여 금지된다.”³¹⁾고 규정한다.

더 나아가 시민적·정치적 권리에 관한 국제 규약은 제2조 제2항에서 “이 규약의 당사국은 현행의 입법조치 또는 기타 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 아니한 경우, 이 규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위하여 필요한 입법조치 또는 기타 조치를 취하기 위하여 자국의 헌법상의 절차 및 이 규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 것을 약속한다.”고 규정하고 있으므로, 이 규약에 가입한 우리나라는 적어도 위 규약 제20조 제2항에 규정된 혐오표현(차별과 적의, 폭력의 선동에 해당하는 국적, 인종 또는 종교적 증오의 옹호)은 입법에 의하여 금지할 의무를 지고 있는 셈이다.³²⁾

한편, 위 조약은 인권이사회를 설치하였는데(제28조), 인권이사회는 당사

30) <http://law.go.kr/trtyMInfoP.do?trtySeq=231> (2019. 6. 7. 방문) 참조.

31) “any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.”

32) 그러나 미국과 일본은 위 제20조 제2항이 표현의 자유를 침해할 우려가 있다는 이유로 위 조항에 대한 비준을 유보하였는데, 표현의 자유라는 측면에서 보면 우리도 이를 유보함이 바람직했을 것으로 보인다.

국으로부터 규약에서 인정된 권리의 실현을 위하여 취한 조치와 그러한 권리를 향유함에 있어서 성취된 진전사항에 관한 보고서를 받아 검토한 후 이사회 자체의 보고서와 이사회가 적당하다고 간주하는 일반적 의견을 당사국에게 송부한다(제40조).

다. 집단살해범죄의 방지와 처벌에 관한 협약³³⁾

‘집단살해범죄의 방지와 처벌에 관한 협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)’, 약칭 집단살해 협약(Genocide Convention)은 1948. 12. 9. 유엔 총회에서 총회 제260호 결의안(General Assembly Resolution 260)으로 채택되었고, 1951. 1. 12. 발효되었으며, 우리나라도 1950. 10. 14. 이에 가입하였다.

위 협약상 ‘집단살해’라 함은 “국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 집단(a national, ethnical, racial or religious group)을 전부 또는 일부 파괴할 의도로써 행하여진” 그 집단 구성원에 대한 살해, 중대한 정신적·육체적 위해, 과도한 생활조건의 부과, 출생방지를 위한 의도된 조치, 강제이동의 행위를 말하며(제2조), 집단살해 행위 자체만이 아니라 “집단살해에 대한 직접적이고 공연한 선동(direct and public incitement to commit genocide)”도 처벌되며(제3조), “체약국은 각국의 헌법에 따라서 본 협약의 규정을 실시하고, 특히 집단살해 또는 제3조에 열거된 기타 행위의 죄가 있는 자에 대해 유효한 형벌을 마련하기 위하여 필요한 법률을 제정한다.”고 규정하고 있다(제5조)

따라서 우리나라는 “국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 집단에 대한 학살이나 폭력행위를 선동하는 표현”을 처벌하는 법률을 제정할 의무를 부담한다.

33) <http://law.go.kr/trtySc.do?tabMenuId=tab64&query=#licTrty2256> (2019. 6. 7. 방문) 참조.

라. 인종차별철폐협약³⁴⁾

인종차별철폐협약은 그 정식명칭이 ‘모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICERD)’으로서, 1965. 12. 21.에 UN총회에서 채택되고, 1969. 1. 4. 발효되었다. 한국은 1979. 1. 4.부터 적용되었다.

위 협약 제1조 제1항은 “인종차별”을 “인종, 피부색, 가문(家門) 또는 민족이나 종족적 기원(race, colour, descent, or national or ethnic origin)에 근거를 둔 구별, 배척, 제한 또는 우선권”으로 정의하고, 제4조는 “체약국은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전(all propaganda)과 모든 조직을 규탄하며, 또한 체약국은 이 같은 차별을 위한 모든 선동(all incitement to such discrimination) 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무”를 지며, 특히 (a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 선동(incitement to racial discrimination)에 근거를 둔 모든 관념의 보급(all dissemination of ideas) 그리고 피부색이나 또는 종족적 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 선동(all acts of violence or incitement to such acts)를 처벌해야 하는 범죄로 선언하고, (b) 인종차별을 촉진하고 선동하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동(all other propaganda activities)을 불법으로 선언하고 금지시킨다.”고 규정하고 있다.

이처럼 위 협약은 인종차별행위 자체뿐만 아니라 인종차별 관념의 보급, 차별행위에 대한 선동이나 선전활동까지 처벌할 것을 요구하고 있으므로,

34) <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001003007003&boardtypeid=7041&boardid=7602173> (2019. 6. 7. 방문) 참조.

체약국인 우리나라도 위 제4조에 규정된 혐오표현(인종차별행위의 선전 선동 행위)을 입법에 의하여 금지할 의무를 진다.³⁵⁾

위 협약 역시 인종차별철폐위원회를 설치하고(제8조), 체약국은 이 협정의 여러 규정을 시행하기 위해 채택한 입법적, 사법적, 행정적 또는 기타 제반 조치에 관한 보고서를 정기적으로 제출하며, 인종차별철폐위원회는 체약국으로부터 접수된 보고와 정보를 검토하고 이를 근거로 제안과 일반적인 권고를 행할 수 있다(제9조)고 규정하고 있다.

2. 유럽국가에서의 규제 현황

독일민족 우월주의와 유대인 차별에 근거한 나치즘과 그로 인한 제2차 세계대전의 참화를 겪은 유럽 여러 나라는 일찍부터 인종 등에 대한 혐오 표현을 금지해왔다. 나아가 1990년대에 들어서면서 극우세력에 의한 외국인 배척운동이 격화되어 외국인을 대상으로 하는 과격한 폭력사건이 사회 문제가 됨에 따라 혐오표현에 대한 광범위한 규제가 시도되었고, 유럽연합은 2008년 ‘인종주의와 외국인혐오의 특정 형태 및 표현에 대하여 형사법으로 대처하는 데 관한 기본 결정’을 채택해, 인종, 피부색, 종교, 혈통 또는 출신 국적 및 민족과 관련해 특정 집단에 대한 공개적인 폭력과 증오의 선동 등을 형법상 범죄로 규정, 처벌하도록 의무화한 바 있다.³⁶⁾

나아가 표현의 자유와 관련하여 각국의 최고법원이나 유럽인권재판소에 서도 비교적 광범위하게 규제를 허용하는 판결이 내려지고 있다.³⁷⁾

35) 미국과 일본은 위 협약 제4조가 표현의 자유를 침해할 우려가 있다는 이유로 위 조항에 대한 비준을 유보하였는데, 우리나라도 이 조항을 유보하였어야 한다고 생각된다.

36) Council of the European Union, *Council Framework Decision on Combatting Certain Forms and Expressions of Racism and Xenophobia by Means of Criminal Law*, 2008/913/JHA of 28 November 2008(<https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vj3ecgdj4hy6> 2019. 9. 27. 방문)

37) 예컨대 유럽인권재판소의 판결로는 *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*, ECHR no.

가. 영국

영국은 오래전부터 인종집단에 대한 악의적 공격은 형사 명예훼손에 해당한다는 입장이었으나 실제 기소되는 일은 드물었다. 그리하여 1965년 인종관계법(Race Relations Act 1965) 제6조는 피부색, 인종 또는 출신국에 의해 구별되는 집단에 대한 혐오(hatred)를 선동할(stir up) 의도로 위협적(threatening), 모욕적(abusive or insulting)인 내용의 문서를 출판 또는 배포하거나, 공공장소 또는 공적 모임에서 그러한 표현을 한 경우 처벌하도록 규정하였고,³⁸⁾ 이는 1976년 인종관계법(Race Relations Act 1976)으로 개정되고, 1986년 공공질서법(Public Order Act 1986) 제3장(Part III)에 승계되었다.³⁹⁾

1986년 공공질서법 제3장은 인종혐오(racial hatred)를 규율하고 있는데, 여기서 인종혐오란 ‘피부색, 인종, 국적, 또는 출신국에 의해 구별되는 집단에 대한 혐오’를 의미하며,⁴⁰⁾ 위협적, 모욕적인 내용의 문서를 게시하거나, 위협적, 모욕적 표현을 사용하고, 그러한 행위를 한 자가 (i) 그러한 행위에 의해 인종혐오를 선동할 의도가 있었거나 또는 (ii) 모든 정황에 비추어 볼 때 그러한 행위에 의해 인종혐오가 선동될 수 있는 것으로 인정되는 경우에는 혐오표현죄로 처벌받게 된다.⁴¹⁾

72596/01, 04/11/2008 (리투아니아), *Le Pen v. France*, ECHR no. 18788/09, 07/05/2010 (프랑스), *Vejdeland and Others v. Sweden*, ECHR no. 1813/07, 09/02/2012 (스웨덴). 김현귀, 앞의 글, 51면 참조. 반면, 표현의 자유를 침해하였다고 한 유럽인권재판소의 판결로는, *Jersild v. Denmark*, Application no. 15890/89, ECHR(Grand Chamber), 23/09/1994 (덴마크); *Erbakan v. Turkey*, Application no. 59405/00, ECHR, 6/07/2006 (터키). 국가인권위원회, 앞의 글, 54-55면 참조.

38) Race Relations Act 1965, sec. 6(1),(3).

39) 박지원, 앞의 글, 113-114면.

40) Public Order Act 1986, sec. 17.

41) Public Order Act 1986, sec. 18 (1). (“A person who uses threatening, abusive or insulting words or behaviour, or displays any written material which is threatening,

한편, ‘2006년 인종·종교혐오금지법(Racial and Religious Hatred Act 2006)’에 의해 1986년 공공질서법을 일부 개정하여 종교혐오에 관한 3A장 (Part 3A)을 추가하였으며, ‘2008년 형사사법 및 이민법(Criminal Justice and Immigration Act 2008)’제74조에 의해 성적 지향(sexual orientation)도 혐오의 정의에 포함시킴으로써 혐오표현의 처벌 범위를 확대하였다.

다만, 종교혐오나 성적지향혐오의 경우는 오로지 그러한 혐오를 선동하려는 의도가 있는 경우에만 성립되고, 인종혐오의 경우는 혐오선동의 의도는 없었더라도 결과적으로 그러한 혐오가 선동될 것을 인식하였더라면 처벌될 수 있다. 다만, 혐오표현으로 기소할 때는 법무부장관의 사전동의를 얻도록 함으로써 신중을 기하도록 하고 있다.⁴²⁾

이러한 영국의 혐오표현 규제에 대하여는 대상집단에 정신적 피해를 야기하고 인간의 존엄을 해치는 표현을 모두 규제하는 것이 아니라 혐오를 선동하는 의도나 적어도 혐오가 선동되는 결과를 필요로 하고 있는 점에서 표현의 자유에 대한 위협을 최소화하여 혐오표현의 규제를 적절히 제한하고 있다는 평가를 하기도 한다.⁴³⁾

나. 독일

독일은 유대인차별과 학살로 유명한 나치시대의 경험에서 때문인지 혐오표현에 대하여 광범위한 규제를 하고 있다.

독일에서 혐오표현 규제의 근거법률은 형법(Strafgesetzbuch: StGB) 제

abusive or insulting, is guilty of an offence if (a) he intends thereby to stir up racial hatred, or (b) having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby.”)

42) Public Order Act 1986, sec. 27 (1) (“No proceedings for an offence under this Part may be instituted in England and Wales except by or with the consent of the Attorney General.”)

43) Eric Barendt, *Freedom of Speech* 2nd ed., Oxford University Press (2009), 179.

130조 제1항과 제2항의 대중선동죄(Volksverhetzung)에 관한 규정이다. 이 조항은 제2차 세계대전의 종결 후에도 줄어들지 않던 반유대주의가 1950년대 이후 더욱 증가하는 데 대응하기 위하여 제정된 것이라고 한다.⁴⁴⁾

독일 형법 제130조는 보호대상은 유대인에 국한하지 않고, ‘국적, 인종, 종교 또는 그 민족적 출신에 따라 특정되는 집단이나 주민의 일부 또는 개인’으로 규정하고 있으며, 공공의 평온을 어지럽히는 방식으로, (1) 이들에 대한 증오를 선동하거나 폭력적 또는 자의적 조치를 촉구하는 자, 또는 (2) 그들을 모욕하거나 악의로 비방하거나 명예를 훼손함으로써 인간의 존엄성을 공격하는 자를 처벌하고 있고(제1항),⁴⁵⁾ 그들에 대한 증오를 선동하는 문서, 폭력적이거나 자의적인 조치를 촉구하는 문서, 그들을 모욕하거나 악의로 비방하거나 명예를 훼손함으로써 인간의 존엄성을 공격하는 문서를 유포, 전시, 생산하는 등의 행위를 한 자를 처벌하고 있다(제2항).

위 독일 형법 제130조 제1항은 혐오표현이 공공의 평온을 어지럽히는 방식으로 행해진 때에 한하여 처벌할 수 있는 것과는 달리, 제130조 제2항은 치안방해의 여부와 관계없이 혐오표현 그 자체로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 독일은 혐오표현을 광범위하게 규제하고 있다고 할

44) 성중탁, 앞의 글, 158면.

45) (1) Whosoever, in a manner capable of disturbing the public peace

1. incites hatred against a national, racial, religious group or a group defined by their ethnic origins, against segments of the population or individuals because of their belonging to one of the aforementioned groups or segments of the population or calls for violent or arbitrary measures against them; or

2. assaults the human dignity of others by insulting, maliciously maligning an aforementioned group, segments of the population or individuals because of their belonging to one of the aforementioned groups or segments of the population, or defaming segments of the population,

shall be liable to imprisonment from three months to five years.

(https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1246.

2019. 6. 11. 방문)

수 있다.⁴⁶⁾

다만, 경멸, 악의적 중상 혹은 명예훼손이 그 피해자의 인간존엄을 침해하는 정도에 이를 때에 한하여, 제130조 제1항 제2호나 제130조 제2항에 의해 규제된다는 것이 독일 법원의 해석이므로, 모욕적인 발언이라 하더라도 그것이 피해자가 사회에서 함께 살아갈 수 있는 권리나 인격의 핵심을 침해하지 않는다면 위 조항의 규율을 받지 않는다고 한다.⁴⁷⁾

한편, 1970년대 이후 서독에서 홀로코스트를 부정하는 표현이 대두하고, 1990년대에는 극우세력에 의한 외국인 배척운동이 격화되어 외국인에 대한 과격한 폭력사건이 사회문제가 되자, 1994년에는 독일형법 제130조 제3항으로 나치에 의한 홀로코스트를 부정하는 행위를 처벌하는 규정이, 2005년에는 같은 조 제4항으로 나치폭력지배를 찬양하는 행위를 처벌하는 규정이 신설되었는데, 이는 홀로코스트의 부정이나 나치에 대한 찬양이 유대인공동체에 대한 모욕에 해당하기 때문이라고 한다.⁴⁸⁾

나아가 위 독일형법 제130조 제3항과 제4항이 표현의 자유에 대한 침해로서 위헌이라는 논란이 많았으나 1994년 독일헌법재판소는 위 조항들이 합헌이라는 판결을 내렸다.⁴⁹⁾

다. 프랑스

프랑스 역시 제2차 세계대전 중 나치에 점령된 과거가 있는데다가 외국인민자들이 많아 그들에 대한 혐오표현이 빈발해지자, 신문자유법(Law of

46) 박지원, 앞의 글, 124-125면.

47) 국가인권위원회, 앞의 글, 63면 참조.

48) Eric Barendt, *op. cit.*, 181.

49) *Ibid.* 124 (Auschwitz lie case, BVerfGE 90, 241 (1994)).

이러한 독일의 입장에 대해서는, 독일 연방헌법재판소가 “발언이 타인의 인간존엄성을 침해할 때 표현의 자유는 언제나 후순위에 놓인다.”는 원칙을 채택했기 때문이라는 견해는, 김지혜, 앞의 글, 57면.

29 July 1881 on the freedom of the press) 제23조는 구두, 문서, 공중통신 수단 등을 이용한 범죄행위를 처벌하면서, 동법 제24조는 1972년 개정을 통하여 ‘인종, 국적 또는 종교에 관련하여 집단이나 개인에 대한 차별, 증오 또는 폭력을 유발하는 행위’를, 2004년 개정을 통하여 ‘성, 성적 지향, 성적 정체성, 장애와 관련하여 차별, 증오 또는 폭력을 유발하는 행위’를 처벌하고 있다.⁵⁰⁾

나아가 프랑스 역시 1990년 홀로코스트를 부정하는 표현을 처벌하는 조항을 위 신문자유법 제24조에 신설하여 홀로코스트 부정표현을 처벌하고 있고, 프랑스 법원은 이는 표현의 자유를 침해하지 않는다고 보고 있으며, 유럽인권재판소도 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판결하였다.⁵¹⁾

3. 캐나다와 일본에서의 규제 현황

캐나다와 일본은 나치의 경험은 없지만 국제인권협약에 따른 의무의 이행으로서 혐오표현을 규제하는 법률을 제정하고 있다.

50) Eric Barendt, *op. cit.*, 179-180.

Law of 29 July 1881 on the freedom of the press article 24.

Those who, by any of the means set out in Article 23, have caused discrimination, hatred or violence against a person or a group of persons because of their origin or their membership or non-membership of a particular ethnic group, nation, race or religion shall be punishable by one year's imprisonment and a fine of 45,000 euros or only one of these two penalties.

The penalties provided for in the preceding paragraph shall be punished by those who, by the same means, provoked hatred or violence towards a person or a group of persons on account of their sex, their sexual orientation or gender identity or their disability or have caused the same persons to discriminate under Articles 225-2 and 432-7 of the Criminal Code.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=vig> 2019. 6. 11. 방문)

51) Eric Barendt, *op. cit.*, 180.

가. 캐나다

캐나다는 1950년대말부터 반유대주의나 백인우월주의가 만연하여 사회 문제가 되었고 인종차별적 표현을 규제하는 방안이 검토되었다.⁵²⁾ 그리하여 1980년 인종차별철폐협약을 유보 없이 비준한 후 그 후속조치로 연방 형법에 혐오표현을 처벌하는 규정을 두고 있으며,⁵³⁾ 연방대법원은 주 또는 연방의 모든 관련 법령에 대하여 합헌성을 인정하고 있다고 한다.⁵⁴⁾

먼저, 연방형법 제318조는 집단학살을 옹호(advocate)하거나 조장(promote)하는 자를 ‘집단학살옹호죄’로 처벌하고 있는데, 여기서 집단학살이란 “‘특정할 수 있는 집단’의 전부 또는 일부를 말살할 의도로 그 집단의 구성원을 살해하거나, 고의로 집단의 육체적 말살을 유발하여 그 집단의 삶의 조건에 영향을 주는 것”을 말하며, ‘특정할 수 있는 집단’이란 ‘피부색, 인종, 종교, 출신국 또는 출신 민족, 연령, 성별, 성적 지향 또는 정신적 육체적 장애에 의해 구별될 수 있는 사회 집단’을 말한다.⁵⁵⁾

52) 박해영, 앞의 글 146면.

53) 이광진, “혐오표현과 표현의 자유”, 법과정책연구 17집1호(한국법정책학회, 2017), 336면.

54) 예컨대, Regina v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697. Kathleen Mahoney, “Hate Speech, Equality and the State of Canadian Law”, 44 Wake Forest L.Rev. 321, 328 (2009).

55) sec. 318 (1) Every one who advocates or promotes genocide is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

(2) In this section, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy in whole or in part any identifiable group, namely,

(a) killing members of the group; or

(b) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction.

.....

(4) In this section, identifiable group means any section of the public distinguished by colour, race, religion, national or ethnic origin, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, or mental or physical disability.

(<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-69.html#h-121176>. 2019. 6. 11. 방문).

또한 연방형법 제319조 제1항은 ‘공공장소에서 연설에 의하여 특정 가능한 집단에 대한 혐오를 선동하여 그러한 선동(incitement)이 치안 방해(breach of peace)를 유발할 것으로 보이는 경우’⁵⁶⁾를 대중에 대한 혐오선동죄(public incitement of hatred)’로, 같은 조 제2항은 사적인 대화 이외의 진술(communicating statements, other than in private conversation)에 의하여 특정 가능한 집단에 대한 혐오를 고의로 조장한 자를 ‘고의에 의한 혐오조장죄(wilful promotion of hatred)’로 처벌하고 있다.

다만, 모든 고의에 의한 혐오조장행위나 모든 혐오표현이 처벌되는 것은 아니고, 그 진술이 진실임을 입증하거나, 선의로 종교적 주제 등에 관한 의견을 논쟁 중에 표명하는 경우, 그 화자가 진실이라고 믿을 합리적인 근거가 있고 공적인 주제에 대하여 공공의 이익을 위한 토론인 경우, 특정 집단에 대한 증오의 감정을 불러일으키는 사항을 제거할 목적으로 선의로 이를 지적한 경우 등에는 처벌에서 제외된다(같은 조 제3항).⁵⁷⁾

한편, 과거 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act)⁵⁸⁾ 제3조 제1항은

56) “Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace is guilty ...”

57) (3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)
(a) if he establishes that the statements communicated were true;
(b) if, in good faith, the person expressed or attempted to establish by an argument an opinion on a religious subject or an opinion based on a belief in a religious text;
(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or
(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

(<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-69.html#h-121176>. 2019. 6. 11. 방문).

58) <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/page-1.html#docCont> (2019. 6. 14. 방문).

“인종, 민족 또는 종족적 기원, 피부색, 종교, 나이, 성, 성적 지향, 성적 정체성이나 표현, 결혼 유무, 가족상 지위, 유전적 특성, 장애, 사면되거나 기록정지된 범죄 전력”에 근거한 차별을 금지하면서,⁵⁹⁾ 제13조는 어떤 사람이 금지된 차별의 범주에 귀속됨을 이유로 증오나 모욕에 노출시키는 내용을 통신망으로 전달하거나 반복적으로 전달하는 행위를 차별행위로 규정하고,⁶⁰⁾ 차별행위에 대하여는 제53조에서 금지명령이나 손실보상을 명할 수 있도록 하였는바, 위 조항이 합헌이라는 연방대법원의 판결⁶¹⁾이 있었음에도 불구하고, 위반행위에 대하여 형사처벌까지 하는 것은 과잉제한이라는 캐나다인권심판소의 견해와 위 제13조가 표현의 자유를 지나치게 제한하며 인터넷 검열을 가능하게 한다는 비판에 따라 캐나다 연방의회는 2013년 위 인권법 제13조를 폐지하였다.⁶²⁾

나. 일본

일본은 인종차별철폐협약에 가입하였으나 혐오표현의 범죄화 의무를 규정한 제4조 (a), (b)항은 유보하였고, 헌법학 및 형법학계의 다수설은 혐오표현의 규제에 관하여 소극적 입장을 보이고 있다고 한다.⁶³⁾

59) “For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, genetic characteristics, disability and conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.”

60) “It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.”

61) Canada(Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892.

62) 박해영, 앞의 글, 151면.

63) 배상균, “일본의 혐오표현 형사규제에 관한 검토: 헤이트스피치해소법을 중심으로”,

그러나 일본에서는 최근 극우파들에 의한 재일(在日) 외국인 그중에서도 특히 재일 한국인에 대한 혐오표현이 급속도로 확대되면서 문제가 되었다.

이에 UN의 인종차별철폐위원회는 2001년, 2010년, 2014년 3회에 걸쳐 일본정부에 인종차별철폐협약 제4조 (a), (b)항에 대한 유보를 철회하고 혐오표현을 처벌하도록 계속 권고하였다.

그리하여 「일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동 해소를 위한 대책 추진에 관한 법률(‘本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律’, 일명 헤이트스피치 해소법)」이 2016. 6. 3. 시행·공포되었다.⁶⁴⁾

이 법은, 전문(前文)에서 일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동은 허용되지 않음을 선언하면서, 인권교육과 인권계발 등을 통해 국민의 이해를 도모하여, 그러한 이해와 협력 하에서 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 대책을 취하기 위하여 본 법을 제정하였다고 밝히고 있다.

같은 법 제2조에서는 “일본 외 출신자에 대한 부당한 언동”을 “일본 외 국가나 지역 출신인 자 또는 그 후손으로서 적법하게 거주하는 사람에 대한 차별적 의식을 조장하거나 유발할 목적으로 공공연하게 그 생명, 신체, 자유, 명예나 재산에 위협을 가하는 사실을 고지하거나 일본 외 출신자를 현저하게 비하하는 등, 일본 외 국가 또는 지역 출신임을 이유로 일본 외 출신자를 지역사회에서 배제할 것을 선동하는 부당한 차별적 언동을 말한다.”라고 규정하고 있다.

또한 제3조에서 일본국민은 일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동이 없는 사회를 실현하기 위해 노력해야 함을 규정하였다. 이와 관련하여 제4조에서 일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 대응에 관한 시책 및 지방자치단체의 시책추진을 위한 조언 등의 조치를 강구

형사정책연구 28권2호(2017), 70면.

64) 배상균, 앞의 글, 71-72면.

해야 하는 국가의 책무가 규정되었고(제1항), 이에 따라 지방자치단체는 이러한 국가대응에 관하여 국가와 적절한 역할분담을 통해 지역실정에 맞는 시책을 강구해야 한다(제2항).

그리고 본 법의 기본 시책으로서 헤이트스피치 피해상담체제의 정비, 교육의 충실, 계몽활동 등이 제5조에서 제7조에 걸쳐 규정되어 있다.

이 법률은 법률로써 혐오표현에 대한 국가적 대응을 선언한 점에 의의가 있으나, 당초 혐오표현의 금지와 처벌을 규정할지 여부에 대해서도 논의되었으나, 표현의 자유 등과 중첩되는 부분에 대한 염려로 인하여 벌칙 규정을 두지 못한 채, 일종의 훈시적·선언적 규정만을 담은 법이 되었다.⁶⁵⁾

한편, 이 법률에는 형사처벌 규정이 없지만, 헤이트스피치 문제를 해결하기 위한 다양한 방법이 모색될 여지를 만들었다고 평가된다.⁶⁶⁾ 또한 이에 근거하여 행정에서의 각종 대책 입안 및 시행, 예를 들어 각 지방자치단체의 조례 제정에 있어서 가이드라인으로서의 역할을 하고, 인터넷상의 혐오표현 동영상 삭제 조치하는 등의 행정집행에 있어서도 중요 근거규정이 되고 있는 등 보다 다양하고도 유연한 적용이 가능하다는 점에서 합리적인 입법으로 평가되기도 한다.⁶⁷⁾

4. 미국에서의 규제

미국에서는 남북전쟁까지 치른 흑백 인종차별의 역사 때문에 주법 차원

65) 배상균, 앞의 글, 74면.

66) 문연주, “인종차별적 혐오표현에 대한 일본사회의 법제도적 대응”. 일본학 44집(동국대학교 일본학연구소, 2017), 117-118면. Craig Martin, “Striking the Right Balance: Hate Speech Laws in Japan, the United States, and Canada”, 45 Hastings Const. L.Q. 455, 470 (2018).

67) 배상균, 앞의 글, 88면.

에서 인종차별적 혐오표현에 대한 규제를 하고 있는 경우가 많았고, 이러한 법령들이 합헌이라는 판결을 받기도 했다. 즉 미국연방대법원은, 1952년 *Beauharnais v. Illinois* 판결⁶⁸⁾에서, 인종주의자 단체의 회장인 피고인이 흑인을 모욕하고 흑인을 배척하는 내용의 전단을 배포한 행위에 대하여 인종, 피부색, 종교나 신조에 근거한 시민집단을 멸시하는 행위를 금지한 일리노이주법을 위반하였다는 이유로 형사소추한 데 대하여, 인종, 피부색, 신조나 종교에 관련된 발언의 규제는 정치적 발언의 규제와는 달리 표현의 자유에 대한 침해에 해당하지 아니한다고 판시한 바 있다.

또한 1990년에는 연방법으로 혐오범죄(인종, 종교, 피부색, 국적, 민족, 성, 장애 또는 성적 장애에 대한 편견으로 저지른 범죄)를 기본 형량의 3할까지 가중할 수 있는 혐오범죄가중처벌법(Hate Crimes Sentencing Enhancement Act)이 제정되었고,⁶⁹⁾ 연방대법원에서 이러한 가중처벌이 합헌이라는 판결⁷⁰⁾을 받기도 하였다.

그러나 일반적으로 미국 연방대법원은 유럽과는 달리 표현의 자유에 우월적 지위를 부여하는 기본 입장에 따라 혐오표현의 규제에 지극히 엄격한 태도를 취하고 있다.

먼저 미국 헌법 수정 제1조는 “의회는 … 언론의 자유나 신문의 자유 또는 평화적으로 집회할 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다(Congress shall make no law … abridging the freedom of speech, or of the press or the right of the people peaceably to assemble).”고 규정하고 있다.

그러나 미국 연방대법원은 문자 그대로 모든 언론이 절대적으로 보호받는다는 취지는 아니며, (1) 음란(obscenity), (2) 신성모독(profanity), (3) 명예훼손(libel), (4) 도발적 언사(fighting words)⁷¹⁾ 등은, ‘말하는 것 자체로

68) 343 U.S. 250 (1952).

69) 박해영, 앞의 글, 144면.

70) *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993) 참조.

71) 여기서 ‘도발적 언사(fighting words)’란 일반적으로 ‘폭력적 반응을 불러일으킬 수

손해를 가하거나 즉각적인 치안방해를 초래하는 경향이 있어’ 수정 제1조에 의하여 보호받지 못하는 영역이라고 판시해왔다.⁷²⁾

또한 이 범주에 해당하지 않는 언론의 경우는 설령 위법행위를 선동하는 경우에도 명백하고 현존하는 위험이 있는 경우 즉 임박한 위법행위(imminent lawless action)의 촉발을 목적으로 행하여졌고 실제 그러한 행위가 발생할 우려가 있는 경우에만 규제될 수 있고,⁷³⁾ 특히 내용에 근거한 규제는 위헌무효임이 추정된다고 판시하고 있다.⁷⁴⁾

한편, 혐오표현에 대한 규제는 성질상 내용에 따른 규제이므로 결국 그러한 규제가 위헌이 되지 아니하기 위해서는 그 혐오표현이 명예훼손이거나 도발적 언사에 해당하는 경우이어야 한다.

그런데 명예훼손에 대하여는 미국에서도 집단명예훼손(group libel)의 법리 즉, “집단에 대한 명예훼손은 그 내용이 그 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고는 해석되기 힘들고 그 표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 않으므로 구성원 개개인에 대한 명예훼손은 성립되지 않는 것이 원칙이다.”는 법리에 따라, 개인이나 소수의 사람을 직접 지칭하는 것이 아니라 특정 인종이나 종교, 출신국가에 속하는 집단에 대한 명예훼손이나 모욕은 처벌이나 손해배상의 책임을 지울 수 없다.⁷⁵⁾

있는 자극적인 발언(inflammatory speech that might incite a violent response)’을 뜻한다(Black’s Law Dictionary, 9th ed. (West, 2009), p. 704 참조).

72) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-572 (1942) (“There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or fighting words - those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace”).

73) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

74) *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 382 (1992).

75) *Restatement (Second) of Torts* sec. 64A (1977) 참조.

따라서 미국에서의 혐오표현의 규제는 그 표현이 도발적 언사에 해당하는가가 결정적 기준이 된다. 그런데 도발적 언사는 의미 그 자체도 그러하고 연방대법원이 오로지 그 말을 듣는 상대방으로 하여금 물리적 폭력(physical violence)을 불러일으키게 하는 발언에 한하고 있어⁷⁶⁾ 인정되는 범위가 지극히 좁다(장례식장에서 슬퍼하는 유족들을 바로 앞에 두고 ‘고인은 아버지하고 나쁜 짓을 많이 저지른 놈이므로 죽어 마땅하다.’고 큰 소리 칠 경우나, 외국인 노동자가 고용주에게 구타당하여 사망한 사태에 항의하는 외국인노동자 시위대 앞에서 ‘사기꾼, 쓰레기 같은 불법체류자들아, 당장 꺼져라’고 외치는 경우)나 성립할 수 있을 것이다).

그리하여 1978년 연방항소법원은 *Collin v. Smith* 판결⁷⁷⁾에서, 네오나치당의 시가행진 계획에 대하여 유대인 학살 생존자들이 이를 폭력으로 저지하겠다고 항의하자 시당국이 행진을 금지한 조치는, 네오나치당원의 표현의 자유를 침해하였다고 판시하였다.

또한, 미국에서는 캠퍼스 내에서의 인종차별적 발언을 금지하는 학칙을 둔 대학교가 많았지만, 1980년 들어 연방법원에서는 주립대학교의 이러한 학칙에 대하여 모두 표현의 자유를 침해하므로 위헌이라는 판결을 내렸다.⁷⁸⁾

나아가 연방대법원은, 1992년의 *R.A.V. v. City of St. Paul* 판결⁷⁹⁾에서, 이른바 혐오표현도 헌법상 보호되는 표현이라고 판시하면서, “인종, 피부색, 신조, 종교 또는 성(性)에 근거하여 타인에게 분노와 경악을 불러일으

76) *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972) 등 참조.

77) 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), *cert. denied*, 439 U.S. 916 (1978).

78) *Doe v. University of Michigan*, 721 F.Supp. 852 (E.D.Mich. 1989); *UWM Post v. Board of Regents of University of Wisconsin*, 774 F.Supp. 1163 (E.D.Wis. 1991); *Levin v. Harleston*, 770 F.Supp. 895 (S.D.N.Y. 1991), *aff'd in part and vacated in part*, 966 F.2d 85 (2d Cir. 1992). 주법원 판결로는, *Corry v. Stanford*, No.740309 (Cal.Super.Ct. 1995).

79) 343 U.S. 250 (1952).

킬 것임을 알거나 알 수 있는 상징, 물건, 호칭, 성격규정, 낙서, 불타는 십자가,⁸⁰⁾ 나치의 꺾인 십자가(swastika)를 보이는 행위”를 형사처벌하는 미네소타 주 세인트폴 시의 조례는, 설령 도발적 언사에 한정하여 적용된다고 하더라도, 인종, 피부색, 신조, 종교 또는 성이라는 주제에 대한 견해의 표명을 규제하는 것으로서 이는 내용에 따른 차별일 뿐 아니라 관점에 따른 차별을 가하는 것이어서 헌법상 허용될 수 없어 무효라고 판시하였다.

한편, 2003년의 *Virginia v. Black* 판결⁸¹⁾에서, 다른 개인이나 집단을 겁먹게 할 의도로 십자가를 불태우는 행위를 처벌하는 버지니아주법⁸²⁾에 대하여, 이는 피해자의 인종, 종교 기타 특성에 무관하게 협박의 의도를 가진 모든 형태의 십자가소각을 금지하는 것이어서 표현자의 견해에 따른 차별도 없으므로 합헌이지만 십자가를 불태우는 행위는 일응 다른 사람을 겁먹게 하는 의도를 가진 증거(prima facie evidence)로 본다는 규정 부분은 그 행위가 경우에 따라서는 보호받아야 할 정치적 표현일 수 있다는 이유로 위헌이라고 판시하였다.

이는 곧 협박의 의도를 가진 십자가소각을 금지되는 혐오표현의 유형으로 인정한 것으로 *Brandenburg v. Ohio* 판결⁸³⁾의 엄격한 기준(임박한 위법행위의 우려)보다 완화된 기준(협박의 의도)으로 규제할 가능성을 열어둔 것으로 평가하기도 하나,⁸⁴⁾ 2011년 연방대법원은 *Snyder v. Phelps* 판

80) 백인 인종차별집단인 KKK(Ku Klux Klan)단을 상징한다

81) 538 U.S. 343 (2003).

82) Va.Code Ann. §18.2-423 (1996). (“It shall be unlawful for any person or persons, with the intent of intimidating any person or group of persons, to burn, or cause to be burned, a cross on the property of another, a highway or other public place. Any person who shall violate any provision of this section shall be guilty of a Class 6 felony. Any such burning of a cross shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group of persons.”)

83) 395 U.S. 444 (1969).

84) John C. Knechtle, “When to Regulate Hate Speech”, 110 Penn St. L.Rev. 539, 578 (2006).

결⁸⁵)로, 미국은 동성애(특히 군대내의 동성애)를 관대하게 보기 때문에 미국(특히 미군)이 하느님으로부터 별을 받는다는 견해를 가진 교회 관계자들이 이라크에서 전사한 군인의 장례식장 주변에서 ‘하느님은 동성애자를 미워한다.’, ‘당신은 지옥으로 가고 있다’는 등 내용의 피켓을 들고 시위한 사안에서, 이러한 피케팅은 감정을 해치고(hurting) 공적인 토론에의 기여도 무시할 수 있는 정도인지 모르나, 공적인 사항에 대하여, 공적인 장소에서, 평화적인 방법으로 한 것이므로 표현의 자유로 보호를 받아 손해배상책임을 지지 않는다고 판시하는 등, 일반적으로 미국에서는 혐오표현에 대한 규제는 대부분 표현의 자유를 침해하는 것으로 판단되어 거부되었다고 보고 있다.⁸⁶)

한편, 학설로서도 미국에서 흑인차별의 역사성과 혐오표현의 해악 등에 비추어 혐오표현의 규제에 찬성하고 이를 촉구하는 견해⁸⁷)와, 혐오표현의 규제는 표현의 자유를 침해하는 것이어서 위헌이므로 이를 규제하여서는 아니 된다는 견해⁸⁸)가 대립하고 있다.⁸⁹)

85) 562 U.S. 443 (2011).

86) Craig Martin, “Striking the Right Balance: Hate Speech Laws in Japan, the United States, and Canada”, 45 Hastings Const. L.Q. 455, 494 (2018).

87) 대표적으로, Jeremy Waldron, “The Conditions of Legitimacy: A Response to James Weinstein”, 32 Const. Comment. 697 (2017); Michel Rosenfeld, “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, 34 Cardozo L.Rev. 1523 (2003).

88) 대표적으로, James Weinstein, “Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy,” 32 Const. Comment. 527, 552-561 (2017); Vincent Blasi, “Hate Speech, Public Assurance, and the Civic Standing of Speakers and Victims”, 32 Const. Comment. 675 (2017).

89) 미국에서의 혐오표현의 규제에 대한 근본적인 논쟁을 정리한 것으로, 김연주, “표현의 자유 대 혐오표현: 자유주의적 접근법의 한계와 극복” (고려대학교대학원 석사학위논문, 2015), 8면 이하 참조.

V. 우리나라에서의 혐오표현 규제

1. 민법과 형법

우리나라에서 일반법인 민법과 형법에서는 혐오표현만을 따로 규제하는 조항이 존재하지 않는다.

즉, 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 손해를 배상할 책임이 있다.”고 규정하고, 제751조 제1항은 “타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다.”고 규정하여, 일반적인 불법행위에 대하여 배상책임, 신체, 자유, 명예 등을 해하여 정신상 고통을 가한 데 대하여 위자료를 지급할 의무를 규정하고 있으나, 혐오표현이 불법행위에 해당하는지 여부는 명시적으로 규정하고 있지는 아니하다.

나아가, 형법 제307조 제1항은 “공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고, 제311조는 “공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있을 뿐, 독일형법처럼 특정 집단에 대한 명예훼손이나 모욕을 따로 규정하고 있지는 아니하다.

그리하여, 일반적인 혐오표현, 즉 특정 집단 일반에 대한 적의 또는 혐오를 드러내는 표현(예컨대 ‘A국 출신 노동자는 게으르고 더럽다.’, ‘B국 출신 노동자는 쓰레기들이다.’)은 그 집단 구성원에 대한 명예훼손이나 모욕에 해당할 가능성은 있으나, 이른바 집단명예훼손의 법리, 즉 “집단표시에 의한 명예훼손은 그 내용이 그 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고는 해석되기 힘들고 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의

정도가 희석되어 구성원의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 않으므로 구성원 개개인에 대한 명예훼손은 성립되지 않는 것이 원칙이다.”는 법리에 의하여 구성원 개개인에 대한 명예훼손죄나 불법행위가 성립하지 아니하며, 이는 모욕에 대하여도 마찬가지이다.

그러나 혐오표현이 특정집단 구성원 개인이나 소수를 지칭하는 경우에는 설령 일반적인 집단 표시의 형태를 띠고 있더라도 명예훼손이나 모욕이 성립한다. 예컨대 직장에서 외국인 노동자와 말싸움을 하면서, “사기와 도둑질로 먹고 사는 인종”이라고 할 때는 당해 상대방 개인에 대한 명예훼손죄가, “비열하고 더러운 동남아쓰레기”라고 말할 때는 당해 상대방 개인에 대한 모욕죄가 성립하며, 또한 민사상 불법행위로서 손해배상책임을 질 것이다.

2. 특별법상 혐오표현 규제

한편 인권보호 및 차별금지 관련 법률 등에 의하여 혐오표현이 규제될 수도 있다.

가. 국가인권위원회법 등에서의 성희롱

먼저 국가인권위원회법 제2조 제3호는 ‘성희롱’을 ‘공공기관(국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2 제1항에 따른 공직유관단체를 말한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하여 또는 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구에 따르지 아니한다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 것’으로 정의하면서 이를 평등권침해의 차별행위

로 규정하고 있다.

국가인권위원회법 상 차별행위는 국가인권위원회의 조사대상이 되고(제 30조 제1항 제1호), 이에 대하여 국가인권위원회는 손해배상 등 구제조치의 권고나 고발, 징계권고 등을 할 수 있다(제42조, 제44조, 제45조).

따라서 공공기관 종사자의 여성 또는 남성에게 대한 혐오표현이 성희롱에 해당하면 국가인권위원회법에 의하여 규제를 받게 되는 셈이다. 다만, 국가인권위원회의 조치는 구제조치의 권고 등 직접적인 강제력이 없는 간접적인 규제에 그치는 실정이다.

한편, ‘남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률’(이하, 남녀고용평등법) 제2조 제2호는 “직장 내 성희롱”을 “사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것”으로 정의하고, 제12조에서 “사업주, 상급자 또는 근로자는 직장 내 성희롱을 하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 또한 남녀고용평등법에 의하면, 사업주는 직장 내 성희롱 행위를 한 사람에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 하고(제14조 제5항), 사업주가 직장내 성희롱을 한 경우에는 1천만 원 이하의 과태료를 부과한다(제39조 제1항).

따라서 직장내에서의 여성 또는 남성에게 대한 혐오표현이 성희롱에 해당하면 위 법에 따른 징계 등 조치를 받거나 과태료라는 행정규제를 받게 된다.

나. 장애인차별금지법에서의 차별적 언동

한편, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’(이하, 장애인차별금지법)에는 장애인에 대한 혐오표현을 규제하는 조항이 있다.

즉, 위 법 제4조 제1항 제3호는 “정당한 사유 없이 장애인에 대한 제한·배제·분리·거부 등 불리한 대우를 표시·조장하는 광고를 직접 행하거나 그러한 광고를 허용·조장하는 경우”를 장애인차별행위로, 제3조 제21호는 “집단따돌림, 방치, 유기, 괴롭힘, 희롱, 학대, 금전적 착취, 성적 자기결정권 침해 등의 방법으로 장애인에게 가해지는 신체적·정신적·정서적·언어적 행위”를 ‘장애인 괴롭힘 등 행위’로 규정하고 있다.

또한, 위 괴롭힘 등의 피해를 당한 장애인에게 ‘상담 및 치료, 법률구조, 그 밖에 적절한 조치를 받을 권리’를 보장하고 있으며(제32조 제2항), “누구든지 장애를 이유로 학교, 시설, 직장, 지역사회 등에서 장애인 또는 장애인 관련자에게 집단따돌림을 가하거나 모욕감을 주거나 비하를 유발하는 언어적 표현이나 행동을 하여서는 아니 된다.”고 규정하고(제32조 제3항), “누구든지 장애인의 성적 자기결정권을 침해하거나 수치심을 자극하는 언어표현, 희롱, 장애 상태를 이용한 추행 및 강간 등을 행하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다(제32조 제5항)

나아가, 장애인에 대한 차별행위에 대하여는 국가인권위원회에서 진정에 따라 혹은 직권으로 조사하여 이에 대한 개선을 권고할 수 있고(제38, 39, 42조), 상대방이 정당한 이유 없이 위 권고를 이행하지 아니하여 필요한 경우에는 법무부장관이 시정명령을 할 수 있으며(제43조), 그 시정명령을 정당한 사유 없이 이행하지 아니하면 3천만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있고(제50조), 장애인에 대하여 금지된 차별행위에 대하여는 법원이 손해배상, 차별행위의 중지 등을 명할 수 있다(제46조, 48조).

이처럼 장애인에 대한 혐오표현은 성희롱보다 더 직접적인 규제가 가해지는 셈이다.

다. 포괄적 차별금지법 제정의 추진과 경과

위와 같이 장애인차별금지법에 의하여 장애인에 대한 혐오표현이 규제될 수 있는바, 유사한 내용의 포괄적인 차별금지법이 제정되면 장애인뿐만 아니라 인종, 출신국, 종교, 성적 지향 등에 대한 혐오표현이 규제될 수 있을 것이다.

한편, 포괄적인 차별금지법은 2001년 출범한 국가인권위원회에서부터 논의가 시작되고, 2007. 10. 20. 법무부가 입법예고까지 하였으나 여러가지 사정으로 입법화되지는 못하였다.⁹⁰⁾ 한편, 2007년 UN의 유엔여성차별철폐 인종차별철폐 사회권규약 아동권리위원회 등은 한국정부에 대해 지속적으로 차별금지법의 제정을 권고했으며, 이후 2012년 10월에는 UN인권이사회에서도 차별금지법 제정을 권고했다. 이처럼 국제기구로부터 지속적인 권고를 받고 있음에도 불구하고, 2019년 현재까지도 차별금지법은 제정되지 않은 상황이다.⁹¹⁾

이는 위 정부안이나 일부 국회의원이 발의한 입법안에 대하여, 특히 성적 지향을 이유로 한 차별금지 문제가 ‘교리에 어긋나는 동성애에 대한 비판조차 차별행위로 규제될 것을 우려한’ 보수 기독교 단체들의 강한 반발⁹²⁾로 정부안이 변경되자, 이번에는 시민단체 등이 ‘동성애자집단 등이

90) 포괄적 차별금지법의 필요성과 자세한 입법추진경과에 대하여는. 안진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰: 현행 차별금지법의 문제점을 중심으로”, 법학논총 38권1호(전남대법학연구소, 2018), 563면 이하 참조.

91) 2013년에 UN 인권이사회로부터 차별금지법 제정에 관한 권고를 받은 후, 한국정부는 그 입법화를 약속한 바 있으며, 2013년에 시작된 박근혜 정부는 140개 국정추진과제의 하나로서 차별금지법 추진을 내세운 바 있다고 한다. 문연주, 앞의 글, 125면 주28).

92) 국민일보 2016. 7.10.자 미션라이프 기사 “[특별기고] 한국교회 차별금지법부터 막아야” 참조
(<http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923582625&code=23111412&cp=nv>
2019. 9. 27. 방문)

차별로부터 보호받지 못하게 되었다’는 이유로 격렬하게 반발하게 된 것⁹³⁾이 큰 이유가 되었다고 판단된다.

라. 방송법 등에 의한 규제

한편, 방송법 등 미디어관련 법률에 의하여 혐오표현이 규제될 수 있다.

방송법 제33조는 방송통신심의위원회로 하여금 양성평등, ‘인종, 민족, 지역, 종교 등을 이유로 한 차별 금지’에 관한 사항 등이 포함되는 방송심의규정을 제정하도록 규정하고 있고, 이에 따라 제정된 방송심의규정은 “방송은 양성을 균형 있고 평등하게 묘사하여야 하며, 성차별적인 표현을 하여서는 아니” 되고(제30조 제1항), “특정 성(性)을 부정적, 희화적, 혐오적으로 묘사하거나 왜곡하여서는 아니”되며(제2항), “특정 인종, 민족, 국가 등에 관한 편견을 조장하여서는 아니 되며, 특히 타민족이나 타문화 등을 모독하거나 조롱하는 내용을 다루어서는 아니 된다.”(제31조)고 규정하고 있다.

방송사업자 등이 위 방송심의규정을 위반한 경우 방송통신위원회는 과징금을 부과하거나 관계자에 대한 징계 등의 제재조치를 취할 수 있으므로(방송법 제100조), 방송에서의 혐오표현은 상당한 범위에서 직접적인 규제가 가해지고 있다고 할 수 있다.

한편, ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’(이하, 정보통신망법) 제44조의7은 유통이 금지되는 불법정보로서 ‘사람을 비방할 목적으로 공공연하게 사실이나 거짓의 사실을 드러내어 타인의 명예를 훼손하는 내용의 정보’(제2호)와 ‘공포심이나 불안감을 유발하는 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 반복적으로 상대방에게 도달하도록 하는 내용의 정보’(제3호)를 규정하고 있고, 그러한 불법정보에 대하여는 방송통신위원회

93) 문연주, 앞의 글, 125면.

로부터 해당 정보의 처리에 대한 거부·정지 또는 제한의 시정요구를 받고도 이를 이행하지 아니한 정보통신서비스 제공자 또는 게시판 관리·운영자가 처벌을 받도록 규정하고 있다(제73조). 다만, 일부 혐오표현이 위 불법정보의 범주에 해당할 여지는 있으나 위 조항들이 방송법 제33조처럼 특별히 혐오표현을 염두에 둔 규정이라고 보기는 어렵다.⁹⁴⁾

또한, ‘방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’(이하, 방송통신위원회법) 제24조 제2호에 의하여 ‘방송통신심의위원회의 직무를 수행하기 위하여’ 제정된 정보통신에 관한 심의규정 제8조 제3호 바목은 “합리적 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신, 인종, 지역, 직업 등을 차별하거나 이에 대한 편견을 조장하는 내용”의 정보는 유통하지 못한다고 규정하고 있다. 그러나, 위 법률에 의하여 방송통신심의위원회가 유통을 금지할 수 있는 정보를 정할 권한을 위임받은 것은 아니므로,⁹⁵⁾ 이는 정보통신 심의에 있어서의 기준을 정할 것일 뿐, 일반 국민에 대하여 이러한 정보를 유통을 금지하는 구속력은 없다고 할 것이다.⁹⁶⁾

관련 법령에 의하더라도, 위 심의규정 제8조 제3호 바목 해당 정보에 대하여는 ‘해당정보의 삭제 또는 접속차단’, ‘이용자에 대한 이용정지 또는 이용해지’등의 시정명령을 내릴 수는 있으나(방송통신위원회법 제21조 제4호, 같은 법 시행령 제8조 제2항), 위 시정명령에 불응한다고 하여도 위 정보가 정보통신망법 제44조의7에 규정된 불법정보에 해당하지 아니하는 한 제재조치를 명할 수는 없다(방송통신위원회법 제25조 제1항, 같은 법 시행령 제8조 제4항).

94) 같은 견해로, 조소영, 앞의 글, 251-252면.

95) 같은 견해로, 조소영, 앞의 글, 256면.

96) 그리하여 정보통신망법 제44조의7에 의하여 유통이 금지되는 정보에 혐오표현을 추가하는 법률안이 여러 차례 발의되기도 하였다. 윤성욱, 앞의 글, 81면 참조.

Ⅵ. 혐오표현 규제입법의 방향과 제언

1. 규제입법화의 필요성

가. 혐오표현에 대한 가장 강한 규제는 일부 유럽 국가에서 시행되고 있는 것처럼 이를 형사범죄로 규정하여 처벌하는 것이다.

그러나 혐오표현에 대한 형사처벌은 앞서본 바와 같이 특정집단에 대한 비판 자체를 봉쇄할 우려 등 필연적으로 표현의 자유를 제약하므로 함부로 이를 추진할 것은 아니다.⁹⁷⁾ 나치의 유대인 학살과 나치 독일에 의한 제2차 세계대전의 대참화를 겪고, 이슬람 난민의 유입과 이들에 대한 극우집단의 테러 등이 현재화되고 있는 일부 유럽국가에서 이를 형사처벌하고 있으나, 반인륜적인 흑인노예제도와 흑백인종차별의 긴 역사를 간직한 미국에서조차 혐오표현의 처벌을 위헌이라고 판결하고 있는 사실도 명심하여야 할 것이다.⁹⁸⁾

나. 그럼에도 앞서 본 바와 같이 우리나라는 국제조약에 따라 일정한

97) “혐오표현을 규제하기에 앞서 그것을 법으로 금지해야 할 정도로 자유민주주의 사회를 붕괴시키고 정치적인 숙의나 민주주의를 위협할 정도로 심각한 것인지는 한번 더 생각해 봐야 할 것이다. 무엇보다 이와 같은 혐오표현 규제는 의도치 않게 남용되기 쉽다. 그래서 자칫 표현의 자유를 억압하고 도리어 민주주의 발전에 역행하는 결과를 초래할 수도 있다.”는 경고(김현귀, 앞의 글, 1면)는 이러한 상황을 적절히 지적하고 있다.

98) 혐오표현의 규제를 위헌으로 보는 미국 연방대법원의 입장을, 장기간 동안의 혐오표현의 효력과 건설적인 가치가 결손된 표현행위들에 대한 사적인 고찰을 통해보면 그러한 표현행위들이 민주주의에 대한 긴급한 위협이 될 때까지 방관한다는 것은 너무도 위험한 것임을 인식해야 한다고, 비판하는 견해로는, 조소영, “적의적 표현행위(Hate Speech)의 헌법적 좌표 - 민주주의의 다양성의 의미(민주주의의 위기)”, 공법연구 30집4호(2002), 126면.

혐오표현은 형사범죄화 할 의무를 부담하고 있다.

즉, ‘집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약’(집단살해 협약)에 의하여 우리나라는 “국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 집단에 대한 학살이나 폭력행위를 선동하는 표현”을 처벌하는 법률을 제정할 의무를 부담한다(제2조, 제3조, 제5조). 또한 ‘모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약’(인종차별철폐협약) 제4조에 의하여 인종차별 관념의 보급과 인종차별행위의 선동을 처벌하는 법률을 제정할 의무를 지고 있다.

또한 형사범죄화까지는 아니더라도 우리나라는, ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)’(국제인권규약 B규약, 자유권규약)에 따라 일정한 혐오표현(차별과 적의, 폭력의 선동에 해당하는 국적, 인종 또는 종교적 증오의 옹호)은 입법에 의하여 금지할 의무를 지고(제20조 제2항), 위 인종차별철폐협약에 따라, 인종차별을 촉진하고 선동하는 모든 선전활동(all other propaganda activities)을 금지시킬 의무를 부담하고 있다(제4조 (b)).

혐오표현의 규제(특히 형사처벌)가 표현의 자유를 침해할 가능성이 높다는 점을 감안하면 위 조약들에 가입할 당시 미국이나 일본처럼 위 조항들을 유보하는 것이 바람직하였다고 생각되나, 그러하지 못한 우리나라로서는 이를 형사처벌하거나 금지할 조약상의 의무를 이행하여야 한다.⁹⁹⁾

2. 규제입법의 방향과 제언

가. 규제입법의 기본방향

위와 같이 조약에 의하여 형사범죄화의 의무를 지고 있는 혐오표현에 대하여는 요건을 최대한 엄격히 하는 범위에서 형사처벌을 하는 입법을 하

99) 그러한 의미에서 아직 관련 입법이 이루어지지 않고 있는 상황은 입법부작위에 의한 위헌적 상태라는 주장(김지혜, 앞의 글, 65면)이 있다.

여야 할 것이다.¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾

형사범죄화의 입법은 형법에 집단명예훼손죄나 집단모욕죄 또는 혐오표현죄를 새로이 규정하는 방법과 혐오표현의 처벌에 관한 특별법을 제정하는 방법 등 두 가지 방안이 있을 수 있으나,¹⁰²⁾ 일반법인 형법에 이를 규정하는 경우는 기존 법리와의 충돌을 매끄럽게 해결하기 어렵고 처벌범위가 넓어질 우려가 있다는 점과 특별법으로 규정할 경우 혐오표현으로 인한 폐해의 현저화 정도 등 사회적 상황의 변화에 따라 처벌범위의 축소 확대 등 개정이 비교적 용이하다는 점을 감안하면 후자가 타당하다고 본다.¹⁰³⁾

또한, 조약상 단순히 금지 의무만을 부담하는 혐오표현에 대하여는 굳이 형사범죄화할 것까지는 아니더라도 일본의 헤이트스피치 해소법과 같이 법률상 허용되지 아니한다는 선언적 규정이라도 두어야 할 것이다. 이에 해당하는 혐오표현의 규제에 대한 국민적 공감대가 형성된다면 포괄적 차별금지법을 제정하여 이러한 혐오표현을 금지함과 동시에 차별행위에 포함시켜 그러한 혐오표현에 대하여는 국가인권위원회 등 차별시정기구에서 조정·시정권고 등 비사법적 구제조치를 취할 수 있도록 함이 바람직할

100) 특히 인종차별철폐협약에 따라 인종차별표현을 형사처벌하는 법률을 조속히 시행하여야 한다는 견해로는, 노재철·고준기, “hate-speech 등 인종주의적 혐오표현에 대한 법적 규제의 동향과 시사점”, 법학논총 40권3호(단국대법학연구소, 2016), 24면.

101) 혐오표현의 규제에 적극적으로 찬동하는 입장에서도 형사처벌의 범위는 최소화할 것을 주장한다. 즉 ‘인격 등 개인적 법익뿐만 아니라 공공의 안전과 평화 등 사회적 법익의 보호가 요청되는 혐오표현’(김지혜, 앞의 글, 72면), ‘혐오표현 중 가장 극단에 있는 폭력 및 제노사이드 선동표현과 같이 표적집단에 대한 인격권 침해뿐만 아니라 생명권에 대한 침해가능성도 존재하는 경우, 또는 발화자에 따라 그 권위와 전파력으로 인하여 혐오표현의 해악성이 극대화되는 경우’(국가인권위원회, 앞의 글, 268면)만으로 처벌범위를 한정하고 있다. 강재원, 앞의 글, 103면도 유사한 입장이다.

102) 국가인권위원회, 앞의 글, 269면.

103) 반면, 혐오표현의 형사 규제는 우선 형법의 틀에서 검토되고 논의되어야 한다는 견해로, 박해영, 앞의 글, 162면; 최란, 앞의 글, 81면 참조.

것이다.¹⁰⁴⁾

나. 규제입법에서의 고려사항

한편, 우리나라가 조약상 의무를 지고 있다는 이유만으로 만연히 이를 금지하거나 형사처벌할 것은 아니다. 우리나라 헌법재판소는 국내법과 동일한 효력이 있는 조약도 위헌법률심판의 대상이 된다고 보고 있고(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70등), 조약상 의무의 이행으로 제정된 법률 또한 당연히 헌법재판소의 위헌법률심판의 대상에 속하게 되므로, 위와 같은 국제 조약에 근거하여 혐오표현을 규제하는 법률에 대하여도 표현의 자유를 침해하는 경우에는 위헌이 선언될 수 있기 때문이다.

(1) 혐오표현 대상집단의 특정

그런 의미에서 혐오표현의 규제 입법은 우선 명확성의 원칙을 충족시킬 수 있도록 혐오표현의 대상집단을 구체적으로 특정하여야 할 것이다.

나아가, 논란의 여지를 최소화하기 위해서는 일응 국제조약에 의하여 입법화의 의무를 지는 혐오표현의 대상집단으로 한정하고, 다른 대상 집단에 대하여는 폐해의 심각성 등 사회적 상황과 국민적 공감대의 형성을 보아가면서 순차적으로 입법화하는 것이 바람직하다.¹⁰⁵⁾ 따라서 현재로서는 그

104) 포괄적 차별금지법 제정이 가장 적절하고도 시급하다고 보는 견해로는, 국가인권위원회, 앞의 글, 271면; 홍성수, 앞의 글, 319면; 이주영, 앞의 글, 213면; 성중탁, 앞의 글, 171면; 박승호, 앞의 글, 80면.

반면, 포괄적 차별금지법보다 인종차별금지법을 제정하여야 한다는 견해로는, 노재철·고준기, 앞의 글, 22면. 국가인권위원회법을 개정하여 혐오표현을 차별행위로 규정하자는 견해로는, 박해영, 앞의 글, 163면.

105) 이와 비슷하게, 영국에서처럼, ‘인종, 피부색, 출신국, 민족, 성’ 등 불변의 특징으로서 이론이 없는 것에 대하여 먼저 입법을 하고, 종교, 성적 지향 등에 대하여는 이후에 사회적 논의를 거쳐 확장 적용함이 바람직하다는 견해로는, 박지원, 앞의 글, 131면.

대상집단은 집단살해협약과 인종차별철폐협약 및 UN자유권규약에서 적시된 ‘인종, 민족, 국적(출신국가), 종교집단’으로 한정함이 타당할 것이다.¹⁰⁶⁾

(2) 규제되는 혐오표현의 내용

또한 명확성 원칙을 충족시키기 위해서는 최소한 어떤 내용의 표현이 금지되는지에 대한 예측 가능성을 제공해 주어야 할 것이므로, 규제되는 혐오표현의 내용을 구체화할 필요가 있다.¹⁰⁷⁾

앞서 본 바와 같이 혐오표현은 (1) 혐오의 표현 (2) 혐오의 조장, (3) 혐오행위의 선동 세 가지 유형으로 나뉠 수 있는바¹⁰⁸⁾ 특히 규제의 필요성이 높은 혐오행위의 선동을 중심으로 하되 단순한 혐오의 표현은 되도록 법이 개입하지 아니함이 바람직하며, 현재로서는 조약상 입법화 의무를 지고 있는 혐오표현에 한정하여 규제함이 타당하다고 본다.¹⁰⁹⁾

즉 ‘차별과 적의, 폭력의 선동에 해당하는 어떠한 국적, 인종 또는 종교적 증오의 옹호’(국제인권규약 B규약 제20조 제2항), ‘집단살해에 대한 직접

106) 한편, 국제인권조약의 차별금지조항은 인종, 종교 출신국가, 민족에만 국한되지 않고, 현실의 차별시태를 반영한 확장된 사유를 근거로 해석, 적용되고 있음을 이유로 대상집단을 확장하여야 한다는 견해로는, 홍성수, 앞의 글, 315면; 이주영, 앞의 글, 217면; 이광진, 앞의 글, 342면; 김지혜, 앞의 글, 71면 참조.

또한, ‘출신지역’, ‘성적 지향’에 따른 집단에 대한 혐오표현도 심각하다는 주장(김현귀, 앞의 글, 84면) 및 ‘성적 지향에 따른 집단’을 제외시키는 것 자체가 위헌이라는 주장(박승호, 앞의 글 76면)도 있으나, 과연 그와 관련한 혐오표현을 법으로 금지해야 할 정도로 폐해가 심각한 것인지는 단정하기 어려우며, 오히려 포괄적 차별금지법 추진과정에서 보여준 바와 같이 극심한 반대운동으로 다른 혐오표현 규제까지 무산될 수 있을 것이므로 이들 집단에 대한 혐오표현의 규제는 당분간 보류될 필요가 있다.

107) 김현귀, 앞의 글, 83면 참조.

108) 위 II장 3절 참조

109) 이에 반하여, 혐오표현을 반복하는 경우, 제3자에게 혐오표현을 지시하거나 명령하는 경우, 혐오표현의 피해자가 권리구제절차에 호소하였다는 이유로 보복하는 경우는 특히 비난가능성이 높아 반드시 형사적 제재가 요구된다는 견해로는, 이준일, “혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식”, 고려법학 72호(2014), 79면.

적이고 공연한 선동'(집단살해협약 제3조), '어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전' 및 '피부색이나 또는 종족적 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 선동'(인종차별철폐협약 제4조) 정도의 특징은 물론 더 자세하게 규정하는 방안을 검토해야 할 것이다.

(3) 규제되는 혐오표현의 방식과 태양

나아가 단순히 금지되는 혐오표현이 아니라 형사처벌까지 가하여지는 혐오표현에 대하여는 혐오표현의 방식과 태양도 제한하여 위헌의 소지를 최소화할 필요가 있다.

일반적으로 선동은 선동에 따른 구체적 행위의 발생을 요하는 것은 아니지만¹¹⁰⁾ 이를 처벌하기 위해서는 선동에 따른 행위(차별, 폭력 등)가 발생할 위험성(해악을 일으킬 위험성)이 존재하여야 한다. 그러한 위험성은 미국법상 '명백하고 현존하는 위협의 원칙'에 따른 '위법행위의 임박한 위험'이 될 수도 있고,¹¹¹⁾ 단순히 표현과 해악과의 합리적인 상관관계 내지 개연성으로 완화하여야 한다는 주장¹¹²⁾도 있을 수 있다.

그러나 혐오표현의 처벌이 남용되거나 위축효과에 의하여 표현의 자유가 침해될 우려가 크다는 점을 감안하면, 표현과 해악과의 상관관계는 단순한

110) 김지혜, 앞의 글, 69면; 이주영, 앞의 글, 318면 참조.

111) 우리 헌법재판소가 명시적으로 '명백하고 현존하는 위협의 원칙'을 채택하지는 않았으나 혐오표현을 형사처벌하는 법률의 심사에는 법익균형성 심사에서 이를 적용할 수 있다는 견해로는, 김현귀, 앞의 글, 100면 참조.

112) 혐오선동과 해악과의 상관관계는 직접적인 인과관계 형태로는 잘 드러나지 않으므로 인과관계 입증을 엄격하게 요구할 경우 잠재적 피해자들을 해악의 위험 속에 방치하는 결과를 초래할 수 있다는 주장으로, 이주영, 앞의 글, 218면 및 김지혜, 앞의 글, 69면 참조.

개연성으로 보아서는 아니 될 것이고 ‘명백하고 현존하는 위협’의 원칙에 따른 구체적이고 직접적인 위협을 요구할 필요가 있다고 생각된다.¹¹³⁾ 그렇다면, 국제조약상 우리나라가 형사처벌의 대상으로 하여야 할, “국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 집단에 대한 학살이나 폭력행위를 선동하는 표현”(집단살해협약 제3조), “피부색이나 또는 종족적 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 선동”(인종차별철폐협약 제4조)에 대하여는, 영국의 사례에서 보듯,¹¹⁴⁾ ‘혐오행위 선동의 의도를 가지고’라는 조건이나, 독일이나 캐나다의 예에서 보듯,¹¹⁵⁾ 적어도 “공공의 평온을 어지럽히는 방식으로” 또는 “그러한 선동이 치안 방해를 유발할 것으로 보이는 경우”라는 등의 조건을 모두 충족하는 경우에서만 처벌할 수 있도록 제한함이 타당할 것이다.¹¹⁶⁾

(4) 면책 또는 위법성조각 사유 등의 설정

우리 형법 제310조는 “제307조 제1항의 행위[사실적시 명예훼손]가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”라는 특별 위법성조각사유를 규정하여 명예훼손죄의 남용을 막고 있다. 혐오표현의 규제에 대하여도 그 남용으로 표현의 자유가 침해되는 것을 방지할 수 있도록 특별한 사정이 있는 경우에는 형사처벌이나 손해배상책임을 지지 않도록 할 필요가 있다.

구체적으로 어떤 경우를 면책 또는 위법성조각 사유로 규정할 것인지는

113) 예방과 소수자보호를 목적으로 하는 차별금지법 등 비형사적 제재에 대하여는 직접적이고 즉각적인 인과관계 대신 완화된 개연성 기준을 적용함이 타당하다고 하면서도, 형사적 제재에는 임박성을 포함한 엄격한 개연성 기준을 적용해야 한다는 견해로는, 이주영, 앞의 글, 219면.

114) 위 IV.2.가.항 참조.

115) 위 IV.2.나.항 및 IV.3.가.항 참조.

116) 그런 의미에서 선동의 결과와 무관하게 ‘선동의 의사가 있는 경우’에도 처벌하고 하는 영국의 사례(위 IV.2.가.항 참조)는 수용하기 어렵다고 생각된다.

진지한 검토가 필요할 것이나, 캐나다의 예에서 보듯,¹¹⁷⁾ “그 진술이 진실임을 입증하거나, 선의로 종교적 주제 등에 관한 의견을 논쟁 중에 표명하는 경우, 그 화자가 진실이라고 믿을 합리적인 근거가 있고 공적인 주제에 대하여 공공의 이익을 위한 토론인 경우, 특정 집단에 대한 증오의 감정을 불러일으키는 사항을 제거할 목적으로 선의로 이를 지적한 경우 등에는 처벌에서 제외된다.”는 조항도 좋은 참고가 될 것이다.

나아가 영국에서는 2006년 ‘인종 및 종교적 혐오방지법(the Racial and Religious Hatred Act 2006)’에 의하여 개정된 공공질서법(Public Order Act 1986) 제29J조는, “이 장(Part)의 어떤 부분도 특정 종교나 신념 또는 그 신자들의 행위에 대한 토론, 비판 또는 반감, 싫어함, 조롱, 모욕이나 욕설(abuse)의 표현, 다른 종교나 신앙체계에 속한 사람들에게 전도하거나 그 신앙의 실천을 중지하라고 촉구하는 것을 금지하거나 제한하는 것으로 해석되거나 그러한 효력이 부여되어서는 아니 된다.”¹¹⁸⁾고 규정하고 있는바, 이러한 규정은 우리나라에서 다른 집단에 대한 혐오표현의 규제에 대하여도 참고할 수 있을 것인바, “이 법률의 어떤 부분도 이 법률이 규정하는 특정집단(인종, 민족, 국적, 종교) 및 그 소속원의 행위에 대한 토론, 비판, 의견 표명, 개선 촉구를 금지하거나 제한하는 것으로 해석되어서는 아니 된다.”는 정도의 주의규정을 두는 것도 좋을 것이다.

한편, 혐오표현에 대한 처벌의 남용을 방지하는 방안으로서 영국에서와 같이 법무부장관의 사전동의를 얻어 기소하도록 하는 것도 고려할 만하다.

117) 위 IV.3.가.항 참조

118) “Nothing in this Part shall be read or given effect in a way which prohibits or restricts discussion, criticism or expressions of antipathy, dislike, ridicule, insult or abuse of particular religions or the beliefs or practices of their adherents, or of any other belief system or the beliefs or practices of its adherents, or proselytising or urging adherents of a different religion or belief system to cease practising their religion or belief system.”

(<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64/section/29> 2019. 9. 27. 방문)J

(5) 관념의 보급에 대한 규제의 문제

한편, 앞서 본 바와 같이 우리나라는 인종차별철폐협약 제4조에 의하여 ‘인종차별 관념의 보급’도 형사범죄화할 의무가 지워져 있으나, 단순한 관념의 보급만으로 공공의 평은 저해나 치안방해의 발생 등 ‘임박한 위법행위의 우려’가 있다고 보기 어려워 ‘명백하고 현존하는 위협’의 원칙을 충족시킬 수 없다고 판단되고, 학문적 견해 표명조차도 이에 해당할 우려가 있으므로, 이를 형사처벌하는 것은 표현의 자유를 지나치게 제한하여 위헌일 가능성이 높다고 할 것이어서¹¹⁹⁾ 이를 입법화하는 것에는 찬동하기 어렵다.

Ⅶ. 맺으면서

혐오표현은 일반적으로 “어떤 개인, 집단에 대하여 그들이 인종, 성별, 국적(출신국) 등의 특별한 속성을 가졌다는 이유만으로 그들을 차별, 혐오하는 내용의 표현 또는 그들에 대한 차별, 혐오, 폭력을 선동하는 표현”으로 정의될 수 있다.

혐오표현은 특정집단에 대하여 부정적인 편견이나 낙인을 찍고 부당한 대우나 차별·폭력을 조장함으로써 그 집단에 속한 개개인의 인격 즉 인간의 존엄을 훼손하고, 그들의 사회참여를 어렵게 함으로써 국가의 통합을 저해하고 사회를 불안하게 하는 요인이 되며, 극단적으로는 대량학살로 이어질 수 있다는 데서, 그 규제의 필요성이 주장되고 있다.

한편, 혐오표현의 규제는 내용규제 나아가 관점규제에 해당하며, 특정집단에 대한 정당한 비판조차 봉쇄될 우려가 있어, 표현의 자유를 침해할 가

119) 서구에서 악법으로 규탄받은 우리나라의 구 반공법조차도 공산계열의 활동을 ‘찬양, 고무 또는 이에 동조’하는 행위를 처벌하였지 공산주의 관념의 보급 자체를 처벌하지는 아니하였다.

능성이 높다는 점도 지적된다.

특히 우리나라가 가입한 자유권규약, 집단살해 협약, 인종차별철폐 협약은, 가입국에게 ‘차별과 적의, 폭력의 선동에 해당하는 어떠한 국적, 인종 또는 종교적 증오의 옹호’를 금지하고, ‘집단살해의 선동’, ‘인종차별의 선동’등을 처벌하는 입법을 하도록 규정하고 있으며, 영국, 독일, 프랑스, 캐나다 등은 인종, 국적, 종교 집단 등에 대한 일부 혐오표현을 처벌하는 규정을 두고 있다.

반면, 미국에서는 일반적으로 혐오표현을 규제하는 법령은 표현의 자유를 침해하는 것으로 허용되지 않는다고 보고 있다.

우리나라는 특정개인을 지칭하는 일부 혐오표현이 형법상 명예훼손이나 모욕에 해당하여 처벌될 수 있고 성희롱에 해당하는 성차별발언이나 장애인에 대한 혐오표현이 차별행위로서 특별법에 의하여 규제될 수 있으나, 일반적으로 혐오표현을 규제하는 법률은 아직 존재하지 아니한다. 그러나, 우리나라가 가입한 위 인종차별철폐협약 등 국제협약에 따라 일부 혐오표현은 처벌하거나 금지하여야 할 의무를 부담하고 있으므로 이에 관한 입법이 불가피하다.

결국 혐오표현의 규제와 표현의 자유를 조화시키기 위해서는, 처벌되거나 금지되는 혐오표현의 범위를 조약상의 의무에 국한시켜 최소화하고, 규제되는 혐오표현의 내용과 태양을 최대한 구체화할 필요가 있다. 그런 의미에서, 금지되는 혐오표현의 대상집단은 일응 ‘인종, 민족, 국적, 종교 집단’으로 한정하고 폐해의 심각성 등 사회상황의 변화에 따라 순차로 확대해갈 필요가 있고, 특히 형사처벌은 ‘혐오행위의 선동’에 한정하되, 형사처벌의 대상이 되지 않고 단순히 금지하여야 할 혐오표현에 대하여는 이를 차별행위로 규정하여 국가인권위원회와 같은 차별시정기구를 통하여 비사법적 구제조치를 취하도록 함이 바람직할 것이다. 앞으로 조속하고도 적절한 입법조치를 기대한다.

[국문초록]

혐오표현은 일반적으로 “어떤 개인, 집단에 대하여 그들이 인종, 성별, 국적(출신국) 등의 특별한 속성을 가졌다는 이유만으로 그들을 차별, 혐오하는 내용의 표현 또는 그들에 대한 차별, 혐오, 폭력을 선동하는 표현”으로 정의될 수 있다.

혐오표현은 특정집단에 대한 부정적인 편견이나 낙인을 찍고 부당한 대우나 차별·폭력을 조장함으로써 그 집단에 속한 개개인의 인격 즉 인간의 존엄을 훼손하고, 그들의 사회참여를 어렵게 함으로써 국가의 통합을 저해하고 사회를 불안하게 하는 요인이 되며, 극단적으로는 대량학살로 이어질 수 있다는 데서, 그 규제의 필요성이 주장되고 있다.

한편, 혐오표현의 규제는 내용규제 나아가 관점규제에 해당하며, 특정집단에 대한 정당한 비판조차 봉쇄될 우려가 있어, 표현의 자유를 침해할 가능성이 높다는 점도 지적된다.

특히 우리나라가 가입한 자유권규약, 집단살해 협약, 인종차별철폐 협약은, 가입국에게 ‘차별과 적의, 폭력의 선동에 해당하는 어떠한 국적, 인종 또는 종교적 증오의 옹호’를 금지하고, ‘집단살해의 선동’, ‘인종차별의 선동’등을 처벌하는 입법을 하도록 규정하고 있으며, 영국, 독일, 프랑스, 캐나다 등은 인종, 국적, 종교 집단 등에 대한 일부 혐오표현을 처벌하는 규정을 두고 있다.

반면, 미국에서는 일반적으로 혐오표현을 규제하는 법령은 표현의 자유를 침해하는 것으로 허용되지 않는다고 보고 있다.

우리나라는 특정개인을 지칭하는 일부 혐오표현이 형법상 명예훼손이나 모욕에 해당하여 처벌될 수 있고 성희롱에 해당하는 성차별발언이나 장애인에 대한 혐오표현이 차별행위로서 특별법에 의하여 규제될 수 있으나,

일반적으로 혐오표현을 규제하는 법률은 아직 존재하지 아니한다. 그러나, 우리나라가 가입한 위 인종차별철폐협약 등 국제협약에 따라 일부 혐오표현은 처벌하거나 금지하여야 할 의무를 부담하고 있으므로 이에 관한 입법이 불가피하다.

결국 혐오표현의 규제와 표현의 자유를 조화시키기 위해서는, 처벌되거나 금지되는 혐오표현의 범위를 조약상의 의무에 국한시켜 최소화하고, 규제되는 혐오표현의 내용과 태양을 최대한 구체화할 필요가 있다.

그런 의미에서, 금지되는 혐오표현의 대상집단은 일응 ‘인종, 민족, 국적, 종교 집단’으로 한정하고 폐해의 심각성 등 사회상황의 변화에 따라 순차로 확대해갈 필요가 있으며, 특히 형사처벌은 ‘혐오행위의 선동’에 한정하되, 형사처벌의 대상이 되지 않고 단순히 금지하여야 할 혐오표현에 대하여는 이를 차별행위로 규정하여 국가인권위원회와 같은 차별시정기구를 통하여 비사법적 구제조치를 취하도록 함이 바람직할 것이다.

주제어

혐오표현, 혐오표현의 규제, 혐오범죄, 혐오선동, 표현의 자유, 집단명예훼손, UN인권협약, 인종차별철폐협약, 집단살해 협약, 도발적 언사, 명확성의 원칙, 차별행위, 차별금지법

[Abstract]

Hate speech generally refers to “expression of hatred or discrimination or expressions that incite violence against an individual or group, simply because they have special attributes such as race, gender, or nationality (country of origin).”

Hate speech impedes the integration of a nation and creates social instability by making negative prejudice or stigma against a particular group, and by promoting unfair treatment, discrimination, and violence, undermining the personality or human dignity of each person in the particular group and making it difficult for their social participation. It is argued that the regulation is necessary as, in its extreme form, hate speech can lead to genocide.

On the other hand, it is pointed out that the regulation of hate speech amounts to regulation of content and is regulation of viewpoint, and there is a possibility that even legitimate criticism of a specific group may be blocked, which may infringe on freedom of expression.

In particular, the International Convention on Civil and Political Rights, the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, which are all conventions to which Korea is a signatory, prohibit advocating hatred of any nationality, racial or religious that corresponds to incitement of discrimination, hostility, or violence and requires member states to introduce legislation of punishing “direct and public incitement to commit genocide” and “incitement of racial discrimination.”

The United Kingdom, Germany, France, and Canada have regulations that punish certain forms of hate speech against race, nationality, and religious groups. In the United States, on the other hand, legislation regulating hate speech is generally not allowed based on the view of such legislation as a violation of the freedom of expression.

In Korea, some hate expressions that refer to a particular individual can be punished for defamation or insult under criminal law and sexually discriminatory statements that are deemed as sexual harassment or hate speech for persons with disabilities may be regulated under special laws as discriminatory acts. However, laws generally regulating hate speech do not yet exist. Legislation is inevitable, as there is an obligation to punish or prohibit some forms of hate expression under international conventions such as the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, to which Korea is a signatory.

In order to harmonize the regulation of hate speech and the freedom of expression, it is necessary to minimize the scope of hate speech that is punishable or forbidden to be aligned with treaty obligations and to specify the content and aspects of regulated hate speech as much as possible.

In that sense, it is necessary to limit the target group of hate speech to 'race, ethnicity, nationality, and religious group', and to expand the scope in accordance with the changes in social conditions. Criminal punishment, in particular, should be limited to "incitement of hate behavior," whereas non-judicial remedies be taken with respect to hate expressions that are not subject to criminal punishment and are simply prohibited as discriminatory acts through discrimination correction bodies such as the National Human Rights Commission.

憲法論叢 第30輯(2019)

Key words

Hate speech, regulation of hate speech, hate crime, incitement of hate behavior, freedom of expression, group defamation, fighting words, UN human rights conventions, the Convention on the Elimination of Racial Discrimination, Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, discrimination, the Anti-Discrimination Act

참고문헌

[국내문헌]

1. 단행본

국가인권위원회, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 2016년도 인권상황 실태조사연구용역보고서(2016).

김현귀, “표현의 자유와 혐오표현규제”, 헌법재판연구원 헌법이론과 실무보고서 (2016).

박용상, 언론의 자유, 박영사(2013).

박용상, 표현의 자유, 박영사(2002).

2. 논문

강재원, “국제인권법의 시각에서 본 표현의 자유”, 사법논집 58집(법원도서관, 2015), 1-108면.

김연주, “표현의 자유 대 혐오표현: 자유주의적 접근법의 한계와 극복”, 고려대학교대학원 석사학위논문(2015).

김지혜, “차별선동의 규제 - 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로 -”, 법조 708호(2015), 36-77면.

고홍석, “혐오표현물의 온라인 확산에 대한 인터넷서비스사업자(ISP)의 책임”, 미디어와 인격권 5권1호(언론중재위원회, 2019), 1-55면.

노재철·고준기, “hate-speech 등 인종주의적 혐오표현에 대한 법적 규제의 동향과 시사점”, 법학논총 40권3호(단국대법학연구소, 2016), 3-31면.

문연주, “인종차별적 혐오표현에 대한 일본사회의 법제도적 대응”. 일본학 44집(동국대학교 일본학연구소, 2017), 105-132면.

박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 법학논총 31권3호(국민대법학연구소, 2019), 45-88면.

박지원, “혐오표현의 제재입법에 관한 소고 -주요국 입법례의 시사점을 중심으로-”, 미국헌법연구 27권2호(미국헌법학회, 2016), 103-136면.

- 박해영, “혐오표현(Hate Speech)에 관한 헌법적 고찰”. 공법학연구 16권3호 (2015), 137-169면.
- 배상균, “일본의 혐오표현 형사규제에 관한 검토: 헤이트스피치해소법을 중심으로”, 형사정책연구 28권2호(2017), 65-93면.
- 성중탁, “Hate Speech에 대한 비교법적 검토와 우리 법제의 대응방향”. 세계헌법연구 24권1호(2018), 149-177면.
- 안 진, “포괄적 차별금지법의 입법쟁점에 대한 일고찰: 현행 차별금지법의 문제점을 중심으로”, 법학논총 38권1호(전남대법학연구소, 2018), 537-589면.
- 윤성욱, “혐오표현 규제와 법적 쟁점에 관한 연구”, 미디어와인격권 5권1호(언론중재위원회, 2019), 57-94면.
- 이광진, “혐오표현과 표현의 자유”, 법과정책연구 17집1호(한국법정책학회, 2017), 321-346면.
- 이승현, “혐오표현규제에 대한 헌법적 이해”, 공법연구 44집4호(2016), 133-166면.
- 이주영, “혐오표현에 대한 국제인권법적 고찰 - 증오선동을 중심으로 -”, 국제법학회논총 60권3호(2015), 195-227면.
- 이준일, “혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식”, 고려법학 72호(2014), 66-90면.
- 조소영, “적의적 표현행위(Hate Speech)의 헌법적 좌표-민주주의의 다양성의 의미(민주주의의 위기)”, 공법연구 30집4호(2002), 119-134면.
- 조소영, “표현의 자유의 현대적 쟁점에 대한 헌법적 고찰 - 온라인에서의 적의적 표현행위(Hate Speech)에 대한 규제를 중심으로 -”, 공법연구 45집1호(2016), 239-261면.
- 최 란, “현행법상 혐오표현의 규제, 특히 명예에 관한 죄 적용 가능성을 중심으로”. 미디어와인격권 4권2호(언론중재위원회, 2018), 47-86면.
- 한위수, “집단표시에 의한 명예훼손”. 언론관계소송(한국사법행정학회, 2007), 74-95면.
- 홍성수, “혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자보호를 위한 규제대안의 모색”, 법과사회 50호(2015), 287-336면.

[외국문헌]

1. 단행본

Eric Barendt, *Freedom of Speech* 2nd ed., Oxford University Press, 2009.

Edwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Politics*, Aspen Law & Business, 1997.

Rodney A. Smolla, *Smolla and Nimmer on Freedom of Speech: a Treatise on the First Amendment*, Matthew Bender, 1994.

Jeremy Waldron, *The Harm in the Hate Speech*, Harvard University Press, 2012.(홍성수·이소영 역, 혐오표현, 자유는 어떻게 해악이 되는가?, 이후, 2017.)

2. 논문

Vincent Blasi, “Hate Speech, Public Assurance, and the Civic Standing of Speakers and Victims”, 32 *Const. Comment.* 675 (2017).

John C. Knechtle, “When to Regulate Hate Speech”, 110 *Penn St. L.Rev.* 539 (2006).

Kathleen Mahoney, “Hate Speech, Equality and the State of Canadian Law”, 44 *Wake Forest L.Rev.* 321 (2009).

Craig Martin, “Striking the Right Balance: Hate Speech Laws in Japan, the United States, and Canada”, 45 *Hastings Const. L.Q.* 455 (2018).

Michel Rosenfeld, “Hate Speech in constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, 34 *Cardozo L.Rev.* 1523 (2003).

Alexander Tsesis, “Regulating Intimidating Speech”, 41 *Harv.J. on Legis.* 389 (2004).

Jeremy Waldron, “The Conditions of Legitimacy: A Response to James Weinstein”, 32 *Const. Comment.* 697 (2017).

James Weinstein, “Hate Speech Bans, Democracy, and Political Legitimacy,” 32 *Const. Comment.* 527 (2017).

다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법해석의 당위성

On the Ground of Principle of Majority Rule, and
Unavoidability of Constitutional Restrictive Interpretation of
the Ground Provision on Qualified Majority

朴 燦 柱(Park, Chan-Ju)

辯護士

－ 目 次 －

I. 머리말	203
II. 사회계약 - 만장일치	205
1. 사회계약의 의의	205
2. 사회계약의 체결	206
가. 국가 탄생의 동인(動因)	206
나. 만장일치	207
다. 사회계약체결을 반대하는 자의 지위	209
라. Rawls의 「무지의 베일」	211
마. 사회계약의 후세세대에 구속력?	212
III. 황금률 - 과반수다수결	213

1. 사회계약론자들의 입장	213
2. Rawls의 주장	214
3. 황금률	215
IV. 축소헌법해석-가중다수결	218
1. 사회계약론자들의 주장	218
가. Locke	218
나. Rousseau	220
2. 과반수다수결제도의 예상되는 결함	222
3. 가중다수결제도와 관련하여 검토를 요하는 점들	224
가. 세대 간의 정당한 배분	224
나. 『선임의회는 후임의회를 구속하지 못한다』는 명제	228
다. 가중다수결제도가 가지는 결함	240
라. 가중다수결규정의 폐지형식	241
4. 축소헌법해석의 당위성	245
가. 재판기관에 의한 축소헌법해석의 예	245
나. 축소헌법해석이 요청되는 헌법규정	247
5. 헌법 제49조과 축소헌법해석	251
가. 『과반수』는 무제한적 개념인가?	251
나. 제헌헌법 제정 당시 개별법을 통한 가중정족수제도의 도입을 예상 하고 있었는가?	253
다. 가중다수결의 적용대상을 무차별적으로 동일취급을 하는 것의 문제점	259
라. 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』 라는 명제의 부당명제성?	261
V. 맺는 말	263
* 국문초록 및 주제어	265
* 영문초록 및 주제어	266
* 참고문헌	268

I. 머리말

대한민국헌법 제49조에서는 『국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.』고 규정하고 있는바, 「재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성」 부분은 의결형태의 원칙적 모습의 선언이다. 「과반수」란 「구성원의 50%를 넘는」이라는 의미이다. 제49조에 대한 법제처의 영역은 『Except as otherwise provided for in the Constitution or in Act, the attendance of a majority of the total members, and the concurrent vote of a majority of the members present, shall be necessary for decisions of the National Assembly. In case of a tie vote, the matter shall be regarded as rejected.』으로 되어 있고, 여기에서 「majority」는 「구성원의 50%를 넘는」이라는 의미로 사용되고 있음을 알 수 있다. 순수한 어의적 측면에서는 「과반수」란 「구성원의 50%를 넘는」이라는 의미일 뿐 이므로 「구성원의 100%가 동의하는」 만장일치도 포함될 수 있다. 그리하여 가중다수결에서 「가중다수」의 의미를 수치 내지 비율의 의미에서 「구성원의 50%를 넘어서며 100%에 미달하는 그 사이의 어느 수치 내지 비율」이라는 개념으로만 이해한다면 「가중다수결」도 「과반수다수결」에 포함되고, 광의에서는 「과반수다수결원칙」에 포함된다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 「가중다수결」이란 결의방법에서 정하는 「50%를 넘어서며 100%에 미달하는 그 사이의 특정한 수치 내지 비율」에 해당하여야 결의대상인 의안이 채택된다는 의미이고, 「과반수다수결」이란 「50%를 넘어서기만 하면」 의안이 채택된다는 의미이다. 즉 「과반수다수결」은 「bare majority」의 의미를 염두에 둔 용어법이다. 이에 비해 가중다수결은 「가중다수가 충족되어야」 「자격부여」된다는 관점에서 「qualified majority」라고 부른다. 이렇게 볼 때 「가중다수결」을 다수결원칙에서 말하는 「다수결」에 포함되는 개념으

로 사용하는 것은 피해야 한다. 이 글에서 사용하는 「다수」, 「다수결」, 「과반수다수」, 「과반수다수결」 또는 「majority」는 이런 전제 위에서 문맥에 따라 사용되고 있다. 한편 「단순다수결(simple majority)」 또는 「절대다수결(absolute majority)」이라는 용어도 존재한다. 여기서는 용례들을 설명하는 것은 혼란을 가중시키기 때문에 이에 대한 전거는 생략한다. 「절대다수결」이 흔히 과반수다수결 대신 사용되지만,¹⁾ 「만장일치」 또는 「단순다수결」을 의미하는 경우도 있으므로,²⁾ 이는 바람직한 용어법이라 할 수는 없다.

만장일치, 과반수다수결, 가중다수결에 대한 논의는 고전적 사회계약이론에서 한다. 헌법에서 의결의 원칙적 형태를 「과반수의결」로 규정하고 있지만, 왜 그러한 형태의 의결방식이 원칙이 되어야 하는가 라는 점에 대한 논의는 미미하다. 헌법 제49조 전문이 규정하는 「법률에 특별한 규정이 없는 한」이라는 부분 자체가 가중다수결을 가능하게 헌법상의 수권규정에 해당한다고 하더라도 「원칙」에 대한 「예외」로 기능하여야 함은 당연하므로 「무제한적」 수권규정으로 보아서는 아니 되며 「제한적」 수권규정으로 보아야 하는 것은 아닌가? 그렇다면 수권범위와 관련하여 동 부분은 「축소헌법 해석」 대상이 되어야 하는 것은 아닌가 라는 문제가 제기된다.

이 글의 ≪Ⅱ. 사회계약-만장일치≫에서는 사회계약의 만장일치성, 사회계약 체결에 반대한 자의 지위, 사회계약의 후세세대에 구속력 여부를 논의한다. 마지막의 점은 『어느 누구도 협약을 통해 자신의 자식이나 후세를 구속할 수 없다(any one cannot, by any compact, bind his children or posterity.)』라는 명제로 표현되는데, 동 명제는 축소헌법해석과 관련하여 『의

1) [네이버 지식백과] 「가중다수결(qualified majority)」 (행정학사전, 대영문화사, 2009): 의결방식을 단순다수결(simple majority); 절대다수결(absolute majority), 가중다수결(qualified majority)으로 분류. 한국헌법학회, 헌법주석서 III(국회·정부에 관한 장), 법제처, 2010, 169쪽(박선영 집필부분): 다수결을 절대다수(absolute Mehrheit), 비교다수(relative Mehrheit) 및 특별다수(qualifizierete Mehrheit)로 분류하고 있다.

2) “Majority” in Wikipedia, at 「Related terms」

회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다(Parliament cannot bind its successors)』라는 명제와 연결될 수 있다. 《Ⅲ. 황금률·과반수다수결》에서는 과반수다수결원칙의 근거를 황금률(Golden Rule)에서 구하고 있는데, 이는 가중다수결규정의 원칙적 위헌성을 담보하는 논거이다. 《Ⅳ. 축소헌법해석 - 가중다수결》에서는 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 명제가 헌법 제49조의 축소해석의 당위성과 직접 연결시키는 동시에, 제49조가 외국 헌법에 비교해 가지는 특이성을 부각하고 있다. 이러한 점들은 우리나라에서는 말할 것도 없고 사회계약이론이 현실에 뿌리내리고 있는 영미법계에서도 거의 논의되지 아니하고 있는 실정이다.

Ⅱ. 사회계약 - 만장일치

1. 사회계약의 의의

사회계약이론 의의에 대하여는 어느 학자의 다음의 설명으로 대신하고자 한다.: 『사회계약이론은 근본적으로 자연상태에 있는 모든 사람은 자신의 신체 및 그가 안전하게 지키고자 하는 모든 것에 대한 절대적 지배자(absolute ruler)라는 것을 상정한다. 그러나 불안정을 회피하고 서로를 지키기 위해 사람들은 이론에 따라 달리하지만 상호계약을 바탕으로 하거나 지배자와의 계약을 바탕으로 하는 사회를 형성하기 위해 전쟁을 수행할 수 있는 자신들의 자연권을 포기할 것을 선택하였다는 것이다. 사회계약이론의 매력은 비록 동의(consent)가 가상적이거나 암묵적이거나 실질적인(hypothetical, tacit or virtual) 것일 뿐이라고 하더라도 동의에 의한 통치의 원칙에 대한 확인에 있다.』³⁾

3) Eric Engle, "The Social Contract: A Basic Contradiction in Western Liberal

2. 사회계약의 체결

가. 국가 탄생의 동인(動因)

사회계약의 체결에 대해서는 학자마다 약간씩 견해를 달리하지만 오늘날 통상적으로 Hobbes의 설명을 들어 고전적 의미의 사회계약의 체결과정을 논하고 있다. Hobbes의 자연상태에서 도달한 결론(논리식의 「후건」)은 죽음에 대한 공포이다. Hobbes의 사고실험에서 공포가 「전건」이 되는 경우에 사람들은 평화를 향유하기 위해 자신들의 자유의 일부를 포기하면서 사회계약을 선택하게 된다. 「사람들 사이의 약정은 협약에 의해서만 이루어진다. 협약을 항구적이며 지속적인 것으로 만들기 위해서는 추가적으로 요구되는 것이 있는데, 사람들을 두려움에 처하게 하고 그들의 행동을 공동이익으로 돌리게 하는 공동지배력(common power; *potentia communis*)이 그것이다.」⁴⁾ 일단 체결된 사회계약은 개인적으로 철회불가하다는 점을 시사하며 다음과 같이 결론짓고 있다.: 「공동지배력을 세우는 유일한 길은 자신들의 지배력과 힘을 한 사람 또는 하나의 합의체(*assembly of men; cætus unus*)에 부여하는 것이다. [권력의 부여]는 목소리의 복수성(plurality of voices)을 통해 모든 사람의 의사를 한 사람의 의사로 축약할 수 있다. 이러한 축약은 자신들의 인격(*person*)⁵⁾을 가지도록 한 사람 또는 하나의

Democracy” (SSRN, 2008), pp. 15-16. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1268335>. 위 인용 중 「실질적(virtual)」에 대해서는 원용은 보류한다. 의미하는 바가 「실제로는 존재하지 아니 한다」는 의미가 강하기 때문이다. 고전적 사회계약이론에서의 국가창설까지의 과정에 대해서는 별고를 계획하고 있다.

4) Thomas Hobbes, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*, 1658), at 「Chapter XVII」, para. 12. (영문 file) <https://archive.org/details/leviathansivedem00hobb/page/n4>. (라틴어 file); (= *Leviathan, sive De materia, forma, & potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, 1651). <https://archive.org/details/hobbessleviathan00hobbuoft/page/134>; <https://web.archive.org/web/20030218000757/http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/hobbes/leviathan-contents.html>.

5) *Ibid.*, at 「The Second Part. Chapter, XVI.」, paras. 1-4에서 「person; *persona*」를 정

합의체를 임명하는 것; 그리고 각 [부여자]는 공동하는 평화와 안전과 관련하여 [임명을 통해] 자신들의 인격을 가지는 사람이 무엇을 하건 또는 그 사람에게 무엇을 하도록 하건, 하거나 하도록 하였던 것에 대하여 [부여자] 자신이 저자(창조자, author)임을 고백하고 인정하는 것; 다시 말하면 각 [부여자]는 자신의 의사를 인격을 가지는 사람의 의사에, 그들의 판단을 인격을 가지는 사람의 판단에 복종하도록 하는 것과 마찬가지로이다. 이것은 동의 또는 의견의 일치 이상의 것이다. 그것은 협약을 통하여 이루어진, 각 사람이 각 사람을 상대로 한 그들 모두를 하나의 그리고 동일한 인격으로 하는 통합이다. 진정한 통합은 각 사람이 각 사람을 상대로 다음과 같이 말하는 방식으로 이루어진다.: «나는 이 사람 또는 이 합의체에 다음의 조건으로 나 자신을 지배하는 권리를 부여하고 나 자신의 권리는 포기한다. 그 조건이란 너도 나와 마찬가지로의 방법으로 너 자신에 대한 권리를 포기하고 그 인격이 하는 모든 행동권한을 부여하는 것이다.» 이러한 절차가 이루어지면 하나의 인격으로 통합된 다중을 국가(Commonwealth), 라틴어로는 키위타스(Civitas)라고 부른다. 이리하여 거대한 괴물, 우리가 우리의 평화와 방어를 빚지고 있는 필멸의 [인격]신(mortal god) 리바이어던이 불멸의 신 아래에서 탄생한다. [인격]신 안에 국가의 본질이 존재한다.」⁶⁾

나. 만장일치

Hobbes의 사회계약체결의 정식: 『나는 이 사람 또는 이 합의체에 다음의 조건으로 나 자신을 지배하는 권리를 부여하고 나 자신의 권리는 포기한다. 그 조건이란 너도 나와 마찬가지로의 방법으로 너 자신에 대한 권리를 포기하고 그 인격이 하는 모든 행동권한을 부여하는 것이다.』⁷⁾은 체결되는

의하고 있다.

6) *Ibid.*, at 「Chapter XVII」, para. 13.

7) *Ibid.*

사회계약은 관여자들 사이에 동일한 내용이어야 한다는 것으로, 사회계약 체결은 만장일치에 의한 것임을 밝힌 것이다. 사회계약체결의 만장일치성은 Rousseau에 의해 이루어지는데, Rousseau는 『과반수투표에 관한 법은 그 자체가 협약에 의해 확립된 것이며, 적어도 한 번은 만장일치를 전제로 한다.』고 설명하고 있다.⁸⁾ 「적어도 한 번」이 무엇을 말하는지는 인용부분에서는 밝히지 않지만,⁹⁾ 투표행위와 관련하여서 『그 성질상 만장일치의 동의를 요하는 법률은 오로지 하나이다. 사회계약(social compact)이 그것이다. 시민의 결합은 모든 행위 가운데 가장 자발적인 행위이기 때문이다.』¹⁰⁾ 라고 설명함으로써 「적어도 한 번」이 사회계약임을 밝히고 있다.

우리 헌법학계에서는 사회계약체결에 대해 만장일치가 요구되는지의 점에 대해 거의 논의되지 않고 있다. 다만 최근 Rousseau의 「일반의사(volonté générale; general will)」와 관련하여 『다수의 의사는 다수의 의사일 뿐이니 그 자체로 당연히 전체 국민의 일반의사가 되는 것은 아니다. 다수결은 의사결정의 효율성을 높이려는 방법이며, ‘일정한 조건 하에서’ ‘민주적 정당성’이 인정될 수 있을 뿐이다.』 라고 하면서 『루소에 따르면 다수결에 관한 법 자체가 ‘약속의 소산’이며, 적어도 한번은 만장일치가 있었음을 전제로 하는 것이다.』¹¹⁾ 라는 입장이 등장하고 있다.¹²⁾

8) Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social; ou Principes du droit politique*(= *On the Social Contract; or, Principles of Political Rights*. 사회계약론) (1762), at 「**Book I, 5**」, para. 3.

http://www.ibiblio.org/ml/libri/r/RousseauJJ_ContratSocial_p.pdf. (불어 file);

<http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/rousseau1762.pdf>. (영어 file)

9) chapter 5의 표제 「That we must always go back to a first convention.」는 「사회계약」을 암시하고 있다.

10) 《The Social Contract》, 각주 8), at 「**Book IV, 2. Voting**」, para. 5.

11) 전거로 「장 자끄 루소, 박은수 역, 사회계약론, 올재클래식 23, 2013, 34쪽(5장)」을 들고 있다.

12) 이장희, 민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의 - 심의 민주주의의 관계를 중심으로, 헌법논총 29집, 헌법재판소, 2018, 463쪽.

다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법해석의 당위성

『사회계약의 체결은 만장일치를 요한다』라는 명제의 당위성에 대해서는 의문을 가질 수 있다. 그러나 이러한 접근은 단체법에 대한 이해부족에서 기인한다. 사법(私法)의 측면에서 가장 기본적인 인적결합의 설립행위와 관련하여, 『조합계약은 일반적으로 조합원 전원의 합의를 뜻한다』는데 이론이 없으며,¹³⁾ 사단의 설립행위에 특수계약설과 합동행위설의 대립이 있으나 일정한 사단을 설립하겠다는 수인의 의사의 합치가 필요하다는 점 또한 이론이 없다.¹⁴⁾ 설립행위에 관여하는 조합원이나 발기인들의 참여는 자발적이다. 사회계약의 체결에 강제적 요소가 있다면 조합이나 사단의 설립행위와 달리 취급해야 하겠지만, Rousseau의 표현대로 『시민의 결합은 모든 행위 가운데 가장 자발적인 행위』이다. 자발적 행위에 「만장일치성」을 배제하여야 할 근거는 없다. 만장일체제가 사회계약에 특유한 논리는 아니다.

다. 사회계약체결을 반대하는 자의 지위

사회계약론자들은 사회계약체결에 무관심하거나 체결모임에 참여하였다 하더라도 논의과정에서 반대로 돌아서는 사람들이 있을 수 있다는 점을 부정하지 않는다. 계약체결에 찬성하는 사람들은 그들만으로 사회계약을 체결할 수 있으며, 그들을 구성원으로 하는 국가가 탄생한다. 그리고 탄생한 국가의 구성원들과 반대하는 사람들 사이에는 사회계약 이전의 전쟁상태가 그대로 남게 된다. Hobbes는 『[참여자들의] 다수 측(major part)이 찬성하는 목소리를 통해 주권자(sov^{er}ign)를 선언했으므로 반대자는 이제는 [자신을 제외한] 나머지 사람들(the rest)에 동의하여야 한다. 다시 말하면 반대자는 자신이 취해야 할 모든 행동들을 기꺼이 맹세하여야 한다. 그렇지 아니면 반대자는 당연히 나머지 사람들(the rest)에 의해 제거될 것이다. 반대자

13) 김중환 저, 김학동 증보, 채권각론 제7판, 박영사, 2006, 584쪽.

14) 박준서(편집대표), 주석민법 [총칙(1)], 한국사법행정학회, 1999, 595-598쪽(정환담 집필부분) 참조.

는 소집된 회합에 자발적으로 참여하였다면 [참여자들의] 주된 부분이 정한 것에 대해 회합에서 자신의 의사를 충분히 밝혔고 그렇게 정한 것을 고수하기로 암묵적으로 맹약하였다고 보아야 하기 때문이다. 만일 반대자가 [주류적 참여자들이 정한 것]에 대해 반대하거나 그들의 규례(decree)에 대해 이의를 제기한다면 반대자는 자신의 맹약과 달리 행동하는 것이고 부당하다. 그리고 반대자는 회합의 일원이었던 아니든, 그리고 동의가 요청되었든 아니든 반대자는 그 규례에 대해 복종하여야 하고 그렇지 아니하면 반대자는 종전과 마찬가지로 전쟁상태에 남게 된다. 전쟁상태 속에서는 반대자가 어떤 명분으로 제거되더라도 부당하지 아니하다.』¹⁵⁾ 라고 설명하고 있다. 반대자는 두 부류로 나뉜다. 반대자는 사회계약이 체결된 후에는 「복종」이라는 형식을 통해 「수동적으로」 사회계약에 편입된 부류와, 복종하지 아니함으로써 전쟁상태로 남아 있는 부류가 그것이다. 창설된 국가에서 국가의 혜택을 누리는 것은 「복종」의 의사표시이다. 결국 사회계약체결에 반대자가 있다 하더라도 찬성자와 반대자 사이에 전쟁상태가 그대로 남아 있을 뿐 사회계약의 체결에 방해되지 아니하며, 『사회계약의 체결은 만장일치에 의해 이루어진다』는 명제는 그대로 유지된다. Locke의 『[공동체에 참여하고 통합하는] 것은 임의의 수의 사람이라도 할 수 있다. [공동체에의 참여와 통합이] 참여하지 아니하는 사람들의 자유를 해치는 것은 아니기 때문이다. 참여하지 아니하는 사람들은 종전과 마찬가지로 자연상태 하에서의 자유를 누린다.』¹⁶⁾ 라는 주장도 만장일치를 당연한 전제로 하고 있다.

15) 《Leviathan》, 각주 4), at 「Chapter XVIII.」, para. 5.

16) John Locke, Two Treatises of Government, Book II, 1690, at 「Chapter III.」, sect. 95. <http://johnlocke.net/john-locke-works/two-treatises-of-government-book-ii/>.

라. Rawls의 「무지의 베일」

Rawls의 《A Theory of Justice》¹⁷⁾에서의 두 축은 「원초적 상태(original position)」¹⁸⁾와 「무지의 베일(veil of ignorance)」이다. 두 축 하에서 이루어지는 의사결정은 만장일치에 의한 의사결정이다. 「원초적 상태」란 일정한 정의관에 이르게 하도록 규정된 순수한 가상적 상황으로 고전적 사회계약 이론에서의 자연상태와 유사한 역할을 한다.¹⁹⁾ 「무지의 베일」은 어느 누구도 사회에서의 자신의 위치, 자신의 계급상의 지위나 사회적 신분을 모르며, 천부적 자산의 배분에 있어서의 운과 능력, 자신의 지적 능력과 힘 기타 이와 유사한 것에 대해서도 알지 못하는 상태를 말하는 것으로, 당사자들은 그러한 상태를 알지 못하는 것으로 가정한다.²⁰⁾ 「원칙을 선택한 당사자 사이에도 서로의 차이점을 모르고 있으며, 그들 모두가 합리적 존재이며, 그들의 처지 또한 모두 비슷한 것으로 가정되고 있으므로 그들은 자신들이 행한 논의에 대해 모두가 수궁하게 된다. 그러므로 원초적 입장에서 이루어진 합의는 무작위로 선정된 어느 한 사람의 관점과도 같은 것으로 이해해도 된다. 누구에게든 어느 정도의 숙고능력이 있어 어떤 특정한 정의관을 선택하게 되면 다른 모든 사람 역시 그러한 정의관을 선택하게 된다. 이것이 이른바 만장일치에 의한 합의이다.」²¹⁾ 즉 「무지의 베일」을 가정하는 의사결정은 의사결정의 혼란이나 의사결정의 불가능 상태에 빠지게

17) John Rawls, A Theory of Justice(정의론), Harvard University Press, 1971; second edition, 1999.

18) 이에 대한 논의는, Fred D'Agostino, Original Position, Stanford Encyclopedia of Philosophy (2003), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2003/entries/original-position/>. 참조.

19) 홍성우, 존 롤즈의 『정의론』 읽기, 세창명저산책 031, 세창미디어, 2015, 19쪽.

20) 장동익, 롤즈 『정의론』, 토픽맵에 기초한, 철학 고전 텍스트들의 체계적 분석 연구와 디지털 철학 지식지도 구축, 서울대학교 철학사상연구소, 2005, 188쪽.

21) 홍성우, 존 롤즈의 『정의론』 읽기, 각주 19), 83-84쪽.

하는 것이 아니라, 만장일치에 의한 합의가 필연이라는 것이 Rawls의 결론이다.

마. 사회계약의 후세세대에 구속력?

사회계약이 역사적 존재성에 대한 간단없는 의문은 사회계약이 역사적으로 존재하는 경우에 사회계약의 구속력이 「승계(succession)」 방식으로 후세대로 이어지는 것을 차단하기 위한 것일 수 있다. 「승계」 개념은 법적 문제로의 전화를 뜻하며 법학에서 개입할 수 있는 영역으로 돌입한다. 그러나 이는 사회계약론자들의 주장에 대한 무관심에서 비롯하는 오해이며, 사회계약론자들은 국가창설 후 제정될 상속법의 법리에 의하여 구속력을 논하지는 않는다.

Locke는 『누가 자신을 위해 내용이 어떠한 약속을 한 경우에 그 사람은 약속에 대한 의무를 진다. 그러나 어떠한 내용의 협약을 통해서건 자신의 자식이나 후세를 구속할 수 없다(any one cannot, by any compact, bind his children or posterity).²²⁾ … 자신의 아버지가 왕국의 신민이라는 사실에 의한 어떤 구속도 존재하지 아니한다. 자신의 선조들의 협약(compact)에 의해 구속되지 않는다는 것은 자명하다.²³⁾』 그리고 Rousseau는 『몇몇 사람에게 의해 절대적인 지배와 모든 사회가 이루어진 근원이라고 간주된 부권에 대해서는 Locke…의 반증을 인용할 것도 없이 다음의 점을 유의하는 것으로 충분하다. 자연법에 의하면 아버지는 그의 도움이 아이들에게 필요한 동안만 그들의 주인으로 행세하며 이 기간이 지나면 양자는 평등하게 되고 자식은 아버지로부터 완전히 독립하며, 복종할 의무는 없다.』²⁴⁾고 논함으

22) 《Two Treatises of Government, Book II》, 각주 16), at 「Chapter III」, sect. 116.

23) *Ibid.*, at 「Chapter III」, sect. 119.

24) Jean-Jacques Rousseau, Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes 1754, (= A Discourse Upon the Origin and the Foundation of the

로써 Locke의 『후세』는 선조들의 협약에 의해 구속되지 아니 한다』는 명제를 그대로 수용하고 있다. 필자는 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다(Parliament cannot bind its successors)』라는 명제는 이러한 자세에서 비롯한 것으로 본다.

Ⅲ. 황금률 - 과반수다수결

1. 사회계약론자들의 입장

Hobbes는 『[참여자들의] 다수 측(major part)이 찬성하는 목소리를 통해 주권자를 선언했으므로 반대자는 이제는 [자신을 제외한] 나머지 사람들(the rest)에 동의하여야 한다.』²⁵⁾고 논하고 있다. 그리고 Locke는 『모든 사람은 각기 하나의 정부 아래 하나의 정치체를 만들기로 하는 다른 사람에게 동의함을 통해 각 사람에게 대해 과반수다수(majority)의 결정에 복종하며 사회에 소속하기로 하는 의무를 부담한다. 그렇지 않다면 다른 사람들과 함께 하나의 사회(one society)를 창설하는 원초계약(original compact)은 무의미할 것이다.』²⁶⁾ 『자연상태에서 벗어나 공동체로 통합된 사람은 누구나 자신들이 사회로 통합한 목적에 필수적인 모든 권한을, [다수보다 더 큰 수의 요구에 의해 포기하기로 명시적으로 합의하지 아니하는 한(unless they expressly agreed in any number greater than the majority), 공동체의

Inequality Among Mankind. 불평등기원론), at 「Part II」, para. 44(영문 file); [300]-[301](불어 file). http://www.constitution.org/jjr/ineq_03.htm. (영문 file); https://fr.wikisource.org/wiki/Discours_sur_l'E2%80%99origine_et_les_fondements_de_l'E2%80%99in%C3%A9galit%C3%A9_parmi_les_hommes. (불어 file)

25) 《Leviathan》, 각주 4), at 「Chapter XVIII」, para. 5. 앞의 각주 15) 참조.

26) 《Two Treatises of Government, Book II》, 각주 16), at 「Chapter III」, sect. 97.

[과반수다수의 요구에 의해] 과반수다수에게 포기한 것으로 이해되어야 한다. [포기]는 단순히 하나의 정치사회로 통합하기로 합의함으로써 행해진다. 이러한 [결론]은 국가를 창설하거나 참여하기로 하는 개인들 사이에서 존재하는, 또는 존재할 필요가 있는 모든 협약에 공통한다.』²⁷⁾ 라고 설명하고 있다.

2. Rawls의 주장

Rawls는 다수결원칙이 정의에 관한 핵심적 원칙이 되지 못한다고 보고 있다. 정의의 원칙은 동인이 주장하는 정의에 관한 배경을 이루는 원칙들에 의해 제한되며, 특히 자유에 관한 원칙들은 다수결원칙에 대한 고려를 함에 있어서 결정적으로 반대입장에 있다는 것이다.²⁸⁾ 이러한 선상에서 『정의롭지 못한 법이나 정책일지라도 그것들이 부정의의 어떤 한도를 벗어나지 않는 한 우리는 그것들에 따라야 할 의무가 있다. 그렇다면 우리는 정의롭지 못한 법에 따를 것을 요구하는 입헌규칙에 동의해야만 하는가? 바꿔 말해 우리가 자신의 의사에는 반하나 다른 사람의 의사는 실현해줄 수 있는 절차 — 예를 들어 다수결원칙 — 를 받아들여만 할까?』²⁹⁾; 『다수결원칙에 대한 정당화는 헌법이 실현하고자 하는 정치적 목적에 달려 있다. 정당화는 정의의 두 원칙에 토대를 두고 있다. 이런 점에서 다수결원칙은 정의의 원칙이 이미 규정해 놓은 — 어떤 목적을 실현하기 위한 수단이 되는 — 절차적 장치라는 종속적 지위를 갖게 된다.³⁰⁾ 정의로운 법과 정책은

27) *Ibid.*, at 「Chapter III」, sect. 99.

28) Gary Banham, Rawls on Unjust Laws and Majority Rule, *Inter Kant*, 2012, at para. 7. <https://kantinternational.blogspot.com/2012/02/rawls-on-unjust-laws-and-majority-rule.html?m=1>.

29) 홍성우, 존 롤즈의 『정의론』 읽기, 각주 19), 188쪽.

30) 홍성우, 존 롤즈의 『정의론』 읽기, 각주 19), 189-190쪽.

입법단계에서 정의로운 헌법의 제한을 받는 모든 합리적인 입법자가 정의의 원칙 — 집단적 숙고판단 — 을 그들의 기준으로 채택하여 양심적으로 따를 것을 전제하고 제정한 것들이다. 그래서 이들 합리적 입법자가 다수자에 의해 표결된 법이나 다수자에 의해 표결된 법이나 정책을 합당하게 받아들여지게 될 경우 비록 다수자가 내린 결정이 절대적 결정은 아닐지라도 그것은 분명히 실제적 권위를 갖게 된다. 이것이 준(準)순수절차적 정의에 속하는 정치적 해결의 원칙이다. 이상적 절차로서 다수결원칙에 따라 내려진 결정은 자신들의 목적을 달성하기 위해 대립하고 있는 이해당사자 사이의 타협이나 협상의 산물은 아니다. 입법상 이루어지는 논의는 이해관계자 사이의 경쟁이 아니라 정의의 원칙에 근거하여 최선의 정책을 찾아내려는 시도이기 때문이다.³¹⁾』

3. 황금률

Hobbes는 「국가」가 창설된 후 구성원 신민에게 적용될 규범으로 「자연법(law of nature, *lex naturalis*)」을 예정하고 있다.³²⁾ 자연법 가운데 근본규범은 두 가지이다. 첫째 자연법은 『모든 사람은 평화를 실현하려는 희망을 가지고 있는 한 평화를 얻기 위해 노력하여야 한다. 그리고 평화를 실현할 수 없는 경우에는 전쟁에 도움이 되는 모든 것, 그리고 전쟁이 가져다주는 이점들을 추구하고 이용할 수 있다.』³³⁾는 것이고, 둘째 자연법은 『다른 사람들이 기꺼이 모든 것에 대한 권리를 포기하려고 한다면 자신도 기꺼이 평화 그리고 자신의 방어를 위해 모든 것에 대한 권리를 포기해야 한다; 자신의 상대방에게 허용하고자 하는 정도의 자유만큼 자신도 자신의 상대

31) 홍성우, 존 롤즈의 『정의론』 읽기, 각주 19), 190-191쪽.

32) 《Leviathan》, 각주 4), at 「Chapter XIII.」, para 14.

33) *Ibid.*, at 「Chapter XIV.」, para. 4.

방으로부터 같은 정도의 자유를 허용받는 것으로 만족하여야 한다.』³⁴⁾는 것이다. 그리고 나아가 『이것은 복음서가 전하는 법이다: 《너희는 남에게 대접을 받고자 하는 대로 남을 대접하라.》 또한 모든 사람들의 법이기도 하다.: 《남이 너에게 행하기를 원치 않은 일을 너도 남에게 행하지 말라 (*quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*)》³⁵⁾』³⁶⁾고 논하고 있다.

『과반수다수결』의 근거를 어디에서 찾을 수 있는가? 이 점에 대한 논의는 Hannah Arendt가 《On Revolution》에서 『다수결원칙은 의사결정의 바로 그 절차에 내재되어 있다. 다수결원칙은 모든 유형의 숙의적 위원회나 집회에서 거의 자동적으로 채택되고 있다』³⁷⁾거나, Akhil Amar가 『헌법의 아버지들은 이 점과 관련한 Locke의 주장을 공부하였을 것』이라면서 『어떠한 정족수도 정해지지 아니하는 실정법을 통해 행동권한이 부여된 의회에서는 다수의 행위(*act of majority*)는 전체의 행위(*act of the whole*)로 간주되며, 자연법과 이성을 통하여 가지는 바의, 전체의 권한을 결정한다』³⁸⁾고 설명하는 정도의 것밖에 없다.

필자로서는 보다 구체적으로 『황금률(Golden Rule)』에서 찾아야 한다고 본다. 『황금률』은 산상수훈(山上垂訓), 즉 『남에게 대접을 받고자 하는 대로 너희도 남을 대접하라』³⁹⁾를 바탕으로 한다. 황금률은 상대방에 대한 배려를 도덕률로 삼는 가언명령(*hypothetical imperative*)이다. 그리고 가장 명

34) *Ibid.*

35) = 『What one does not want for himself must not give to others.』

36) 《Leviathan》, 각주 4), at 『Chapter XIV』, para 5.

37) Hannah Arendt, *On Revolution*, Viking, 1963, p. 164. Jeremy Waldron, *Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?*, *The Yale Law Journal*, vol. 123 no. 6, 2014, p. 163에서 인용되고 있다. 《On Revolution》에 대한 file: https://archive.org/stream/OnRevolution/ArendtOn-revolution_djvu.txt.

38) Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By*, 2012, at 358. Reciting from Jeremy Waldron, *Five to Four*, 각주 37), at accompanying text of n. 51).

39) 마태복음 7:12; 누가복음 6:31.

쾌한 형태는 「fair pie-cutting」의 형태로 나타난다. 두 사람 사이에 한 개의 파이를 나누는 가장 공정한 방법은 한 사람에게 파이를 나누도록 하고 다른 사람이 자신의 몫을 선택하도록 하는 것이다.⁴⁰⁾ 「황금률」에 관한 논의를 사회계약이 체결되어 국가가 탄생한 이후의 문헌에 의해 근거를 제시하는 것은 순환적이라는 비판이 있을 수 있지만, 「황금률」이 겨우 2000년 전의 말씀을 채록한 신약성경에 들어 있다 하여 「황금률」이 오로지 성경에서 비롯하였다고 보아서는 아니 된다.⁴¹⁾ 황금률은 Thomasius에 의해 확장되고 있다. 그는 세 가지 자연법⁴²⁾을 언급하면서 그 중 두 자연법을 소극적 황금률과 적극적 황금률로 삼아 정치학의 주요 일반원리로 삼고 있다.⁴³⁾

「황금률」이 과반수다수결원칙의 배경을 제시하는 것은 분명하다. 그리고 Rawls의 「무지의 베일」 하에서 가장 용이하게 합의에 도달할 수 있는 방법이기도 하다. 그러나 배경을 제시하는 것 또는 가장 용이하게 합의에 도달할 수 있는 방법이라는 것만으로 과반수다수결원칙의 근거로 삼기에는 부족하다. 사회계약체결을 하면서 이후의 의결원칙은 과반수다수결 방식에 의한다는 점이 선언되어야 하는 것이 정도이기 때문이다. 이 점은 가중다

40) “Fair pie-cutting” in Wikipedia. “fair pie-cutting”에 관한 논의는 사회과학에도 응용될 수 있다. Andrew Altman and Christopher Heath Wellman, *A Liberal Theory of International Justice*, Oxford, 2009, pp. 125-126 참조.

41) 황금률은 어떠한 형식으로든 거의 대부분의 윤리전통에 존재한다. “Golden Rule” in Wikipedia. 특히 고대 Egypt 중기왕국 및 후기Egypt왕국에서의 정립과정에 대해서는 *Ibid.*, at 「Ancient History, Ancient Egypt」.

42) 소극적 황금률: 「남이 너에게 행하기를 원치 않은 일을 너도 남에게 행하지 말라 (*Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*)」, 적극적 황금률: 「너희는 남에게 대접을 받고자 하는 대로 남을 대접하라(*Quod vis ut alii tibi faciant, tu et ipsis facias*)」, 「다른 사람이 그 능력의 범위 안에서 행동하도록 원하는 것처럼 우리 스스로도 행동하여야 하느니라(*Quod vis ut ab i sibi faciant, tu et facies*)」. “토마지우스의 법철학” http://blog.naver.com/homels_h1?Redirect=Log&logNo=30044097065.

43) Robert Kolb, *Theory of International Law*, Bloomsbury, 2016. at 「IV. Reciprocity and Proportionality, A. General Legal Experience」, at accompanying text of note 143) <https://books.google.co.kr/books?isbn=1782258833>.

수결에 관한 논의에서 다루지만, 어쨌든 사회계약체결 당시에 그에 관한 선언이 없었다면, 과반수다수결원칙은 「황금률」을 배경으로 하면서 관습헌법적 차원에서 용인되어온 것이라고 볼 수밖에 없다.

IV. 축소헌법해석 – 가중다수결

1. 사회계약론자들의 주장

가. Locke

Locke에 의하면 『자연상태에서 벗어나 공동체로 통합한 사람은 누구나 자신들이 사회로 통합한 목적에 필수불가결한 모든 권한을, [다수보다 더 큰 수의 요구에 의해 포기하기로 명시적으로 합의하지 아니하는 한(unless they expressly agreed in any number greater than the majority), 공동체의 [과반수다수의 요구에 의해] 과반수 다수에게 포기한 것으로 이해되어야 한다.』⁴⁴⁾ 밑줄 친 부분은 『사회가 달리 행동하는 것을 ‘명시적으로(expressly)’ 허용하는 규정이 존재하지 아니한 경우에, 의회는 과반수다수결원칙에 의해 표결한다』는 「의제」로 이해될 가능성이 있다.⁴⁵⁾

이러한 해석에는 문제가 따른다. 일단 국가가 창설되면 창설 전에 비해

44) 《Two Treatises of Government, Book II》, 각주 16), at 「Chapter III」, sect. 99.

45) Brett W. King, Deconstructing Gordon and Contingent Legislative Authority: The Constitutionality of Supermajority Rules, The University of Chicago Law School Roundtable, Vol. 6 Issue 1, 1999, at p. 187, note 243): 『액면 그대로 받아들인다면, Locke가 ‘expressly’를 삽입한 것은 엄격한 과반수다수결원칙이 대중주권에 관한 자연법이론들에 의해 부가된 것은 아니라는 주장을 무의미하게 만들 수 있다. 적어도 Locke에 의하는 한, 사회가 달리 행동하는 것을 ‘명시적으로(expressly)’ 허용하는 규정이 존재하지 아니한다면, 의회는 과반수다수결원칙에 의해 표결하여야 한다.』. <http://chicagounbound.uchicago.edu/roundtable/vol6/iss1/9>.

이해관계자들이 많아질 수밖에 없다. 이런 사정은 「무지의 베일」가설을 사회계약체결 과정에서 적용하는 것이 바람직하다는 것을 의미한다. 체결과정에서 과반수다수결원칙에 대한 동의를 구하더라도 참여자들의 반발은 거의 존재하지 않을 것이다. 국가창설이라는 절실한 필요성은 「무지의 베일」을 걷어내고 과반수다수결 도입주장을 빌미삼아 사회계약체결이 무산될 가능성을 훨씬 압도할 것이다. 어쨌든 과반수다수결제도의 도입이 사회계약체결을 위한 회합의 참여자들의 과반수를 넘어서는 한 그들만으로 사회계약은 체결되고 반대자들은 소수로 남아 전쟁상태가 지속하는 국가의 밖에 놓이게 될 것이다. 이와 달리 국가 창설 이후에 의사결정의 필요성이 생길 때마다 과반수다수결을 내세우며 의안의 실행을 강행하고 강행의 근거에 대해 논란이 제기되는 경우에 공동체의 해체를 막기 위해 부득이한 조치라고 주장하는 것과, 사회계약체결과정에서 아직 「무지의 베일」가설 상태에서 과반수다수결을 의사결정방법으로 미리 정하는 것 가운데 어느 것이 합리적인지는 말할 필요가 없다. 문제는 「과반수다수보다 더 큰 수」의 약정이 사회계약에서 미리 정하여지지 아니하는 경우이다. 포기가 요청되는 권리의 소유자가 「과반수다수보다 더 큰 수」가 요구하는 경우에만 포기하겠다고 나온다면 그 요구를 수용하여야 하는지 아니면 「과반수다수」의 결의만으로 포기를 강제할 수 있는지의 여부이다. Locke는 위 설명에 이어 『[포기]는 단순히 하나의 정치사회로 통합하기로 합의함으로써 행하여진다. 이러한 [결론]은 국가를 창설하거나 참여하기로 하는 개인들 사이에서 존재하는, 또는 존재할 필요가 있는 모든 협약에 공통한다.』⁴⁶⁾고 설명한다. 여기서의 포기는 앞선 설명에 비추어 「사회로 통합한 목적에 필수불가결한 권한」에 국한함이 명백하다. 또한 Locke는 『과반수다수의 동의를 조리 상 (in reason) 전체의 결정으로 받아들여지지 않고 모든 개인을 구속하지도

46) 《Two Treatises of Government, Book II》, 각주 16), at 「Chapter III」, sect. 99.

못한다면 개인들 모두의 동의만이 어떤 것을 전체의 결정으로 만들 수 있을 것이다」⁴⁷⁾ 라고 주장하고 있다. 이 주장은 앞의 주장보다 앞 절에 위치한다. 사회계약에 의해 국가가 창설된 후 계약참가자들의 의사결정이 요구되는 안건이 모두 「사회로 통합한 목적에 필수불가결한 권한」에 해당하지는 않는다. Locke는 그 기준에 대해 침묵하고 있다. 사회계약 체결과정에서 명시적으로 약정되지 아니한 상태에서 사회계약체결 후에 「당연히」 「과반수다수의 결의를 통하여」 모든 결의가 가능하도록 포괄적으로 결의하는 것이 가능하다거나 실제로 특정한 결의도 할 수 있다고 보는 것은 무리이다. Locke는 또한 「과반수다수보다 더 큰 수」의 결의방법의 도입을 논하면서도, 기준이나 한계를 언급하지 않고 있다.

나. Rousseau

Rousseau에 의하면 『다수결에 관한 법은 그 자체가 협약에 의해 확립된 것이며, 적어도 한 번은 **만장일치**를 전제로 한다』. 그러면 별도의 기회에 「[과반수]다수의 결의를 통하여」 만장일치 이외의 방법에 의한 결의가 가능하다고 정하거나, 「만장일치 이외의 결의방법」을 통해 결정되어야 할 특정한 수요가 생긴 경우에 직접 그러한 결의를 하는 것이 「당연히」 가능한가? Rousseau는 Hobbes와는 달리 주권자의 결정을 함에 있어서 과반수다수결이 당연한 것으로 보지 아니하며 Locke처럼 「조리상(in reason)」이라는 표현도 사용하지 아니하고 있다. Rousseau가 사용하는 「적어도 한 번은」이라는 구절에 선행하는 「다수결에 관한 법은 그 자체가 협약에 의해 확립된 것이며」이라는 부분은 「다수결에 관한 법은 그 자체가 바로 협약이다」라는 의미로, 원문은 『La loi de la pluralité des suffrages est elle-même un, établissement de convention.』⁴⁸⁾ 이다. 「la pluralité」는 다른 곳에서도

47) *Ibid.*, at 「Chapter III」, sect. 98.

48) 영문: 『The law of majority voting is itself something established by convention.』

사용된다. 『만장일치와 동등성 사이에는 몇 단계의 부(不)동등분할(*plusieurs partages inégaux; several grades of unequal division*)이 존재하며, 각 분할에서 [부동등 분할]에 대한 비율은 정치체의 상황과 필요성에 따라 확정될 것이다.』⁴⁹⁾는 부분에 이어 『관계를 결정하는데 있어서 도움이 되는 일반원칙은 두 가지이다. 첫째, 토의사항이 중대하면 중대할수록 우세한 의견은 만장일치에 근접하여야 한다. 둘째, 토의사항이 신속을 요할수록 규정되는 표차가 적어야 한다. 그 자리에서 결정이 필요한 경우에는 단 한 표의 차만으로 충분하다. 이 방안의 첫째 원칙은 법률제정에 보다 적합하고 둘째 원칙은 실무처리에 보다 적합하다. 어느 쪽이건 이 두 가지 원칙의 적합한 조합이 필요한 다수(*la pluralité*)에 대한 최선의 분할비율을 제공한다.』⁵⁰⁾고 설명하는데, 여기서의 「*la pluralité*」의 개념에는 「만장일치에 근접하는 다수」가 포함되기 때문에 「bare majority」와는 거리가 멀다. 이러한 설명이 있다고 하여 Rousseau가 사회계약체결이 이루어진 후에는 단순한 과반수다수결을 통해 장래를 향하여 모든 형태의 결의방법을 정하는 것이 「당연한」 것으로 예정하고 있었다고 보아서는 아니 된다. Rousseau의 설명은 과반수보다 더 큰, 심지어는 「만장일치에 근접하는」 가중다수결이 요구되는 경우

《The Social Contract》, 각주 8), at 「**Book I**, 5., para. 3. 비교되는 설명이 「투표 행위」와 관련하여 이루어지는, 『이 최초계약을 제외하고는 다수의 찬성이 항상 나머지사람들을 구속한다. [다수결에 관한 법]은 [최초]계약 그 자체의 논리적 결론에 해당한다.』 라는 것으로, 원문은 『Hors ce contrat primitif, la voix plus grand nombre, c'est une suite du contrat même. (= Apart from this primitive contract, the vote of the majority always binds all the rest. This follows from the contract itself.)』로 되어 있다. *Ibid.*, at 「**Book IV**, 2., para. 10. 불어파일 [7]. 불어 「suite」에는 「결과」라는 의미가 있기는 하지만 「지속성」, 「일관성」의 의미가 강하고, 「follow from」은 「논리적으로 ~라는 결론이 나오다」, 「결론적으로 ~이다」라는 의미일 것이다. 원문에서 사용하는 「*la pluralité*」나 「*plus grand nombre*」는 「가까스로 반수를 넘어서는」이라는 의미에서의 「bare majority」를 의미한다고 보는 것은 너무 동떨어진 해석이다.

49) *Ibid.*, at 「**Book IV**, 2., para. 7. 불어파일 [10].

50) *Ibid.*, at 「**Book IV**, 2., para. 8. 불어파일 [11].

가 있다는 점을 지적한 것에 불과하다. 방향을 바꾸어 설사 특정한 내용의 결의사항에 대해 이해관계를 가지는 사람들의 요구에 의해 타협책으로 사회계약체결 당시 가중다수결에 관한 결의가 이루어졌다고 하더라도 이해관계를 가지는 구성원들은 항상 변동을 하는데다가⁵¹⁾ 심지어는 이해관계 구성원들이 모두 없어진 상태에 놓이게 됨으로써 결의를 위해 요구되는 수를 충족시킬 수 없는 경우도 있을 수 있다. 그리고 사회계약체결을 함에 있어서 이러한 문제는 예상도 하지 못하였을 수 있다. 「세대 간의 정의(inter-generation justice)」⁵²⁾에 의한 분배가 문제되는 것은 이 때문이다. 이 점은 뒤에서 다루지만, Rousseau의 주장에 의하면 결론적으로 「만장일치 이외의 결의방법」을 통해 어떤 결정을 하기 위해서는, 설사 그 결의방법이 과반수다수결로 귀결되더라도, 사전에 사회계약에서 정하여 있어야 한다. 사회계약에서 정해지지 아니한 그러한 결정이 가능하다고 하기 위해서는 그러한 방법으로 결정하여온 것을 「관습헌법」의 법리와 유사하게 「관습헌법적 사회계약」으로 받아들일 수 있느냐의 관점에서 논의되어야 할 것이다.

2. 과반수다수결제도의 예상되는 결함

Rawls는 『이상적 절차로서 다수결원칙에 따라 내려진 결정은 자신들의 목적을 달성하기 위해 대립하고 있는 이해당사자 사이의 타협이나 협상의 산물은 아니다. 입법상 이루어지는 논의는 이해관계자 사이의 경쟁이 아니라 정의의 원칙에 근거하여 최선의 정책을 찾아내려는 시도이기 때문이다.』⁵³⁾

51) 사회계약체결의 참여자 자신이 사망, 탈퇴 등으로 변동이 생기기도 하지만, 사회계약체결 후 전쟁상태에 있던 사람, 참여가 물리적으로 불가능한 사람, 사회계약 체결 당시에는 아직 미성년인 자, 미출생자도 있을 수 있다.

52) 각주 136)의 본문 이하 참조.

53) 홍성우, 존 롤즈의 『정의론』 읽기, 각주 82), 190-191쪽.

라고 논하고 있다. 「이상적 절차로서」라는 요건이 충족되지 아니하는 경우에는 다수결원칙이 가지는 결함이 문제될 수 있다. 『무제한적인 다수결 원칙에 대한 일반적 동의는 동 제도 하에서의 집단선택이 현재의 주도적인 다수파 구성원들의 선호에 따라 배타적으로 이루어지더라도 모든 당사자들의 이해관계에 기여하는 것이 가능한 경우에만 이루어질 수 있다. 물론 그와 같은 배타적인 집단선택이 어떤 경우에 있어서는 소수파 구성원들의 상황을 악화시킬 가능성이 있음을 배제하지는 못한다.⁵⁴⁾ 그러나 장기적 관점에서 기대편익이 손실들을 보상하는 것으로 이해되어야 한다. 그러한 균형(balance)이 모든 참가자들에게 진정한 것으로 보이는 경우에만 무제한적인 과반수다수결제도의 도입이 긍정될 수 있다.』⁵⁵⁾ 그러나 정규적으로 순환하는 연합을 통한 다수파 형성(regularly rotating majority coalitions)이라고 하더라도 그것만으로 다수결원칙에 대한 일반적 동의가 이루어지기에는 불충분한 경우가 있을 수 있다. 소수파의 개별구성원이 입는 손실이 [자신이 다수파의 구성원이 되었을 때] 다수파의 개별구성원으로서 기대할 수 있는 이득에 의해 보상되거나 그 이득이 더 클 수 있다는 것을 다수파형성 그 자체가 보증하는 것은 아니다. 변전하는 다수파가 가지는 효과를 측정하기 위해서는 가능한 대안으로서의 본보기 모델들이 개발되어야 한다.⁵⁶⁾ 모델들에는 개인들의 행동양식에 직접적으로 충격(impact)을 미치는 윤리규범이

54) Tocqueville은 「다수의 전제」를 경고하고 있다. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, American Studies at The University of Virginia. (= *De la démocratie en Amérique I*, 1st ed.), at 「tyranny of majority」: 『미국의 현 민주적 제도의 주된 약은 유럽에서 종종 주장되는 바와 같은 제도들의 허약성에서 유래하는 것이 아니라, 거부할 수 없는 강한 힘으로부터 유래한다.』 https://fr.wikisource.org/wiki/De_la_d%C3%A9mocratie_en_Am%C3%A9rique/%C3%89dition_1848. (불어 file); <http://xroads.virginia.edu/~HYPER/DETOC/home.html>. (영어 file).

55) Michael Bauermann, *Majority without Morality? - why democratic decisions demand ethical principles?*, in 「Ernesto Garzón Valdés *et al.*, *The Future of Democracy*, Essays of the Tampere Club, Kustannus Oy Aamulchti, 2003」, 101쪽.

56) *Ibid.*, p. 101.

반영되어야 한다.⁵⁷⁾ 가중다수결제도는 그러한 요구를 위해 개발된 제도의 하나이다.⁵⁸⁾

3. 가중다수결제도와 관련하여 검토를 요하는 점들

가. 세대 간의 정당한 배분

사회계약 자체에서 사회계약체결 이후의 의사결정방법을 정하는 것 — 여기서서는 사회계약에서 정하지 아니한 경우에 예상되는 문제는 다루지 아니한다 — 은 사회계약의 구성원이 끊임없이 변동하는 상황에서는 새로 참여한 사람에 대해서도 구속력을 가지는 결정으로 추정할 수는 있다. 여기서는 『선임의회는 후임의회를 구속하지 못한다』는 명제와의 균형상 「세대 간의 정의(inter-generational justice)」⁵⁹⁾의 형태로 바꾸어 살피고자 한다.

Rawls의 「공정한 저축원칙(just savings principle)」에 관한 논의는 헌법해석과 관련하여 이루어진 것은 아니다. 원칙의 요지는 『세대 간의 정의의

57) *Ibid.*, pp. 102-115, especially at p. 113쪽.

58) 정부가 시장에 비해 보다 효율적으로 공급할 수 있는 재화를 공익재(public interest goods)라고 정의할 때, 대부분의 재화가 사익재(private interest goods)인 것은 시장이 주는 편익과 정부의 결함의 결과이다. 정부는 시장시스템(market system)이 제공하는 정보를 결하기 때문이기도 하지만, 정부의 행동이 공익의 지도에 따라 이루어지기 보다는 강력한 특별이해집단에 의해 왜곡되기 때문이기도 하다. 입법이라고 하더라도 단순히 특정이해집단만 편익을 제공받는다면 사익재에 해당한다. John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, Supermajority Rules as a Constitutional Solution, 40 William & Mary Law Review, vol. 40 Issue 2, 1999, at pp. 376-377. <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol40/iss2/2>. 이러한 사정들로 인해 재정관련 입법들에 대해서는 과반수다수결원칙보다는 가중다수결제도가 바람직하다는 입장이 필연적으로 대두될 수밖에 없다. *Ibid.*, at p. 402 *et seqq.* 지출가중다수결규칙(supermajority rules)이 필요로 된다는 논거이다. 이 점은 미국연방상원규칙 Rule XXII과 같은 선상에서 이루어지는 것은 아니다. *Ibid.*, at p. 405 *et seqq.*

59) 이에 대한 전거로는, Lukas Meyer, Intergenerational Justice, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015 참조. <https://plato.stanford.edu/entries/justice-intergenerational/>.

문제는 사회적 최소치가 어느 수준에서 설정되어야 하느냐의 문제로 나타나며, 이것은 결국 어느 세대가 그들의 뒤를 잇는 세대의 요구를 얼마만큼 존중하고 고려해야 하는가의 문제로 나타난다』는데 있다.⁶⁰⁾ Rawls는 동원칙의 사회계약론과의 관계를 「무지의 베일」과 「원초적 상태」라는 틀 위에서 전개한다. 각 세대가 의사결정과 관련하여 가지는 발언권을 하나의 「저축」으로 보고 각 세대가 「저축」해야 할 몫을 할당해야 한다면 「의사결정자」가 의사결정에 있어서 오로지 자신의 의견만을 고집할 근거는 사라진다. 저축의무는 현재세대의 사람 및 미래세대의 사람 모두가 부담하는 의무이기 때문이다. 『정당한 저축의 원칙은 문자 그대로 민주적인 방식으로 채택될 수 없다는 것이 명백하긴 하지만 원초적 상태라는 개념은 그와 동일한 결과를 달성해 준다. 아무도 자기가 어느 세대에 속하는지를 모르는 까닭에 각 세대의 관점에서 문제를 바라보기는 하지만 채택된 원칙은 공정한 조정을 나타내게 된다. 언제나 동일한 원칙이 선택될 것이기 때문에 모든 세대가 실제로 원초적 상태 속에 대변되고 있다. 나아가 합당한 저축률이 유지될 경우 최초의 세대를 제외한 거의 모든 세대가 이득을 보게 된다. 저축의 과정은 일단 시작되어 계속되기만 하면 모든 후속 세대들에게 좋은 것이다.』⁶¹⁾ 『우리가 알 수 있는 것은 서로 상이한 세대에 속하는 사람들은 동시대인들에 있어서와 같이 서로 간에 의무와 책무를 갖는다는 점이다. 현세대는 마음 내키는 대로 행동할 수 없으며 서로 다른 시대의 사람들 간의 정의를 규정하기 위해서 원초적 상태에서 채택될 원칙의 구속을 받게 된다.』⁶²⁾

Rawls의 저축이론에 의하면 현세대는 적어도 자신이 선대세대로부터 물려받았던 것과 동등한 것을 후대세대에게 남겨줄 의무가 있다고 보아야 하

60) 홍성우, 존 롤스의 『정의론』 읽기, 각주 19), 158쪽.

61) 장동익, 롤스 『정의론』, 각주 20), 269쪽.

62) 장동익, 롤스 『정의론』, 각주 20), 272쪽.

는데,⁶³⁾ 이에 대해서는 선대세대가 현세대를 위해 저축을 하였는지 여부를 어떻게 알 수 있느냐는 의문이 제기될 수 있다.⁶⁴⁾ 그러나 『선임의회는 후임의회를 구속하지 못한다』는 명제와 관련하여서는 이러한 의문이 제기될 여지가 없다. 가중다수결제도가 어느 국회에서 도입되었는지, 그리고 도입으로 어느 국회가 부담을 받게 되는지의 점은 의문의 여지가 없기 때문이다.

『저축이론』과 관련하여 『의무이론(obligation principle)』을 살필 필요가 있다. 의무이론은 『행위 B나 정책 B를 선택하는 경우에는 행위 A나 정책 A를 선택하는 경우에 비해 어떤 특정인이 현실적으로 존재하고 동인의 경제상태가 악화되는 경우에 한하여(only if) 선택자는 행위 A나 정책 A를 선택하는 의무를 부담할 수 있다』⁶⁵⁾는 것을 내용으로 하고 있다. 여기서의 『현실적 존재성』 및 『경제상태의 악화』는 『무시간적 개념(timeless sense)』이고 『특정인』은 『관련된 특정인들의 집단구성원 전체』를 포괄한다. 그렇다면 위 원칙은 『행위 B가 수행되는 경우에 [미래의] 어느 때에는 특정인이 존재할 수 있다(would at some time exist if act B were performed)』라고 풀어쓸 수 있다.⁶⁶⁾ 그리고 『미래의 어느 때에는 특정인이 존재할 수 있다』는 것은 시기는 정할 수 있지만 특정인은 존재할 개연성이 크다는 것을 의미하기 때문에 『순전히 가능성뿐인(merely possible)』⁶⁷⁾ 것은 『현실적 존재성』은 부정된다. 그러나 이 점을 지나치게 강조하는 것은 의문이 있다. 국회선진화법에 의해 재적의원 5분의 3 이상 또는 안건의 소관위원회 재적

63) Lukas Meyer, Intergenerational Justice, 각주 59), at 『4.4 Rawls's Just Savings Principle』, para. 2.

64) *Ibid.*

65) Gregory S. Kavka, The Paradox of Future Individuals, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 11 no. 2, 1982, at p. 95. <http://faculty.smu.edu/jkazez/pap/kavka.pdf>.

66) *Ibid.*

67) 달리 말하면, 의무이론과 관련하여 『문제된 행동들이 수행되지 아니하는 경우에만 존재할 뿐인(exist only if the acts in question are not performed)』의 의미이다. *Ibid.*, at p. 98.

위원 5분의 3 이상의 찬성으로 신속처리대상안건으로 지정되지 아니하는 한(국회법 제85조의 2 제1항) 토론종결이 이루어지지 아니할 수 있다. 그리하여 어떤 법률안에 대해 찬성하는 의원이 과반수가 넘지만 재적의원 5분의 3이라는 가중정족수를 충족시키지 못한 경우에는 법률안이 제정되지 못할 수 있으며, 가중정족수를 채우기 위해 법률안이 수정될 수도 있다. 그로 인해 국회선진화법이 제정되지 아니하였다더라면 법률안이 법률로 제정되어 법률안이 예정하는 수혜자들이 법률안에서 정하는 수혜를 입을 수 있는데도 국회선진화법에 의해 수혜를 받을 수 없게 된다. 문제는 국회선진화법이 위헌법률에 해당한다고 가정하더라도 법률안에서 예정하던 수혜자들의 수혜란 「순전히 가능성뿐인」이라는 이유로 「자기관련성」이 부정됨으로써 국회선진화법의 위헌성을 다룰 길이 사실상 봉쇄된다는 점이다. 사실 상원에서의 토론종결을 위해서는 상원재적의원의 5분의 3의 찬성을 요하도록 하는 미국상원규칙 XXII의 위헌성이 긍정하는 입장이 미국헌법학계에서 거의 통설이라고 할 수 있는데도 아직까지 법원에서 위헌선언이 이루어지지 아니한 것은 마찬가지로의 사정 때문이다.⁶⁸⁾ 그러한 논의를 떠나 「세대의 정의의 문제」와 관련하여 Locke는 『아버지는 자식의 자유를 포기할 수 없다. 아들은 자신의 선조들의 협약에 의해 구속되지 아니한다』,⁶⁹⁾ Rousseau도 『각 개인의 자유는 그들 자신의 것이므로 그들 자신 이외에는 어느 누구도 그들의 자유를 처분할 권리가 없다. 전제정을 정당한 통치로 만들기 위해서는 인민들은 모든 세대마다(in every generation) 전제정을 받아들이거나 배척할 수 있는 지위에 있어야 한다』⁷⁰⁾ 라고 말하고 있다는 점은 주의해야 한다.

68) 국회선진화법의 위헌성에 관한 일반논의에 대해서는 박찬주, 토론종결과 다수결, 인권과 정의 428호, 대한변호사회, 2012; 인권과 정의 429호, 대한변호사회, 2012 참조.

69) 《Two Treatises of Government, Book II》, 각주 16), at 「Chapter III」, sect. 119.

70) 《The Social Contract》, 각주 8), at 「Book I, Chapter 4.」, para. 5.

사회계약에서 명시적으로 후대세대를 구속하는 약정하는 경우에는 양 세대가 충돌하는 측면이 있으나, 사회계약을 따라야 한다. 계약을 따르지 아니하려면 다시 만장일치로 계약의 구속력을 배제해야 한다. 관습헌법적 사회계약이론에 의해 구속이 풀리는 경우도 있을 수 있다. 『의무이론』과 관련하여 살펴볼 때, 선대세대의 결정으로 후대세대의 의사결정 자유는 현실적으로 훼손당하고, 선대세대의 협약에 구속되고 있다. 선대세대가 가중다수결의 도입 결의를 하지 아니하였더라면 후대세대가 자신의 세대에서 당연히 받게 되는 수혜를 도입결의에 의해 받지 못함으로써 더 나빠진 상태는, 「순전히 가능성뿐인」 그러한 상태와는 현저하게 질적 차이가 있다.

나. 『선임의회는 후임의회를 구속하지 못한다』는 명제

Locke와 Rousseau가 우리에게 말하고자 한 점은 무엇일까? 선대의 협약이 사회계약에 해당하지 아니하는 이상은, 선대가 선대협약이 체결된 후 협약의 구속력을 강화하기 위해 협약에서 벗어나기 위해서는 「과반수다수보다 더 큰 수」에 의한 결의가 필요하다는 식의 별도의 결의가 있다고 하더라도 그러한 결의는 구속력이 없으며, 단순한 과반수결의를 통해 선대의 협약의 구속력으로부터 벗어날 수 있다는 점에 있다. 그렇지 않다면 동인들이 후대세대는 선대세대의 협약의 구속을 받지 않는다고 논하지는 아니하였을 것이다. 헌법 제49조에서 가중정족수 제도의 도입에 관해 헌법적 차원에서 직접 규정한 것은 헌법제정자들이 명백히 의식하지는 아니하였을지 모르나, 사회계약 이외의 결의를 통한 후대세대의 구속 불허용이라는 사회계약론자들의 주장을 사실상 수용한 것이라고 할 수 있다.

도입되는 가중정족수 제도에 한계를 설정할 수 있는가? Rawls의 「저축이론」 및 「세대 간의 정의」 문제가 한계 설정에 관여하는 하나의 방법으로 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다(선임의회는 후임의회를 구속하지 못한다: Parliament cannot bind its successors)』라는 명제가 주목된

다. Blackstone은 이렇게 설명하고 있다: 『후임의회들로부터 비판을 받는 의회의 법들은 [후임의회]를 구속하지 못한다. 주권자적 권한을 가지는 입법부는 항상 동등하며 항상 절대적 권위를 가지고 있기 때문이다. 종전의 회의 법령이 현재의 의회를 구속할 수 있다면 종전의회가 분명히 이에 해당하였겠지만, 입법부는 지상에서 어떠한 우월자도 인정하지 않는다.』⁷¹⁾ 동 명제는 의회주권(parliamentary supremacy)에 대한 제약이다. European Communities Act 1972(유럽공동체법)에 의해 영국이 유럽연합(European Union: EU)의 회원국이 되어 그 지위를 유지하는 상태에서는 동법이 후임 의회를 사실상 구속하는 기능을 하게 되었다.⁷²⁾ 물론 영국이 유럽연합에 가입하는 것은, 유럽연합이 동 연합의 헌법적 기능을 가지는 조약⁷³⁾이라는

71) William Blackstone, Together with additional notes and references by A Gentleman of the New-York Bar, Commentaries upon the Laws of England, Book I. Of the Rights of Persons (1st ed., Oxford: Clarendon Press, 1765), E. Duyckinck *et al.*, 1827, at 「Section the third, Of the Laws of England, III, Secondly」, para. 9. [90]-[91]. 이 어지는 설명은 다음과 같다: 『동일한 원칙 위에서 Cicero는 Atticus에게 보내는 자신의 편지에서 후임입법부의 손을 묶어버리려는 제약조항들에 대해 정당하게도 무시를 해버리고 있다. Cicero는 말한다: 당신은 법 그 자체를 개정하는 기회에 개정이 이루어지지 않도록 대비하는 금지조항 자체를 개정할 수 있다(Cum lex abrogatur, illud ipsum abrogator, quo non eam abrogari oporteat. (When you repeal the law itself, you at the same time repeal the prohibitory clause, which guards against such repeal).)』 https://books.google.co.kr/books?id=lxBo6zahnOoC&printsec=frontcover&hl=ko&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

72) 영국이 EU에 가입한 것은 「잘못된 조합」이라고 보는 입장에서는 의회는 의회주권을 포기할 수 없으며, 「자신의 후임의회를 구속할」 수도 없는데 유럽공동체법은 후임의회를 구속하는 입법을 하고 있다고 평가를 하고 있다. Pavel Strojilov, An analysis of the legal aspects of the UK's withdrawal from European Union under English Constitutional law and EU law, Brexit Report No 2, Gerard Batten MEP/EFDD Group, 2017, at 「Consequences of the mismatch」, p. 9. 영국의 유럽연합 탈퇴(소위 'Brexit')는 이러한 현상에 대한 반동이다.

73) 유럽연합이 헌법적 기능의 조약을 대신하기 위해 추진 중이던 유럽연합헌법(EU constitutional treaty)이 2005년 France 및 Netherlands의 반대로 제정이 무산되자 2007년 리스본조약(Lisbon Treaty)이 체결되었다.

것들이 회원국의 수여(conferral)⁷⁴⁾에 의한 것이고 궁극적으로는 폐지도 할 수 있으므로 궁극적으로 의회주권에 배치되는 것은 아니라는 논리가 성립할 수 있다.⁷⁵⁾ 그러나 조약이 회원국들에 대해 성문헌법들과는 별도로 그리고 일단 연합에 수여된 권한의 범위 내에서는 배치되는 성문헌법에 우선하여 적용되는 실질적 헌법적 역할을 수행하는 이상,⁷⁶⁾ 충돌되는 영역이 가중정족수와 관련되는 것이라면 이로 인한 충돌은 헌법정책적 측면에서 이해할 필요가 있다.

Dicey는 의회주권원칙은 『영국헌법 하에서 의회는 어떠한 내용의 것이든 법을 제정하거나 제정하지 아니할 권리를 가진다는 것; 영국법에 의해 어느 개인이나 조직체(body)도 의회의 법률을 뒤엎거나 무효화 하는 권리를 가지는 것으로 인정받지 못한다』⁷⁷⁾는 것을 내용으로 한다고 설명하고 있다. 이러한 설명으로부터 ① 의회는 어떠한 것과 관련하여서라도 법률

74) 리스본조약 제4조: 『(제1항 전문) 유럽연합의 권한의 한계는 수여원칙에 의해 규율된다. (제2항) 수여원칙에 의해 연합은 조약에서 규정하는 목적을 달성하기 위해 동 조약의 회원국들에 의해 자신에게 수여된 권한의 한계 내에서만 행위 할 수 있다. 조약에서 연합에 수여되지 아니한 권한들은 회원국들에게 남는다.』

75) Law Wales, *The tension between the supremacy of EU law and Parliament's continuing sovereignty*, 2016, at 「last paragraph」
<https://law.gov.wales/constitution-government/how-welsh-laws-made/introduction-to-european-law/tension-eu-parliament/?lang=en#/constitution-government/how-welsh-laws-made/introduction-to-european-law/tension-eu-parliament/?tab=overview&lang=en>.

76) EU법의 UK법에 대한 우위에 관하여는, ECJ Case 6/64 *Costa v ENEL* (1964. 『회원국들은 비록 제한된 분야에서지만 자신들의 주권자적 권리를 제한하여왔다』), Case 26/62 *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (1963). 『유럽공동체는 자신들의 주권자적 권리를 제한하여왔던 국가들에게 이익이 되도록 국제법에 대한 새로운 질서를 형성하였다』) 및 *Factortame* 사건(*Factortame I ~ Factortame V. "R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport" in Wikipedia*) 참조.

77) A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution* (1 ed.). London: Macmillan, 1885, at 「Lecture II. The Sovereignty of Parliament」, p. 36. <https://archive.org/stream/lecturesintrodu03dicegoog#page/n70/mode/2up>.

만들 수 있다, ② 어떠한 의회도 미래의 의회를 구속할 수 없다, 즉 의회는 미래의 의회에 의해 변경하지도 무효화되지 못하도록 법을 제정할 수 없다, ③ 의회의 유효한 법은 의회는 법에 의해 유효성이 문제되어서는 아니 된다, 즉 지고한 법제정자이다 라는 세 가지 명제가 도출된다⁷⁸⁾고 보고 있다. ①과 ②의 명제는 명백히 갈등관계에 있다. 의회가 미래의 의회에 의해 변경하지도 무효화되지 못하도록 법을 제정할 수 없다는 것은 의회의 「무소불위」의 전권은 의회의 당대에 그치는 것이고 미래의회와의 관계에서는 불가피하게 일정한 제약이 따른다고 보아야 하기 때문이다. ③은 법원의 위헌성심사와 관련되는데, 비성문헌법국가인 영국에서도 법원에 의해 법률에 대한 사법심사가 이루어질 수 있는 계기가 있었지만,⁷⁹⁾ 좌절이 이루어진 것은 Blackstone이 주장하는 「법의 지배(rule of law)」의 영향 때문이다.⁸⁰⁾

대립관계라 할 수 있는 「의회주권」과 「법의 지배」라는 두 관념은 Dicey 헌법이론의 두 축이 되고 있다.⁸¹⁾ 영국헌법의 뿌리를 형성하는 「법의 지배」

78) “Parliamentary sovereignty” in Wikipedia, at 「United Kingdom, History」

79) 영국의 *Dr. Bonham's Case* (*Thomas Bonham v College of Physicians*. 8 Co. Rep. 107)에서 Lord Coke는 「보통법이 경우에 따라서는 의회의 입법을 무효로 할 수 있다」고 실시하고 있다. *Dr. Bonham's Case*에 대한 headnote에서 실시는 입법에 대한 사법적 심사권한에 대한 최초의 설명으로 평가되고 있다(Steve Sheppard (edited), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Volume 1, Indianapolis: Liberty Fund, 2003, p. 264). <https://oll.libertyfund.org/titles/coke-selected-writings-of-sir-edward-coke-vol-i-5>. 오늘에 이르러는 *R (Jackson) v Attorney General* 사건판결을 계기로 그 심사를 인정해야 한다는 입장이 등장하고 있고(Lord Hope: 『의회의 입법에 어떠한 제한도 따르지 아니한다고는 더 이상 말할 수 없다. 점차적으로 그러나 확실히 영국의 절대적인 입법주권원칙은 … 제한되고 있다. … 법원들이 강제하는 법의 지배는 우리 헌법이 바탕 하는 궁극적인 지배인자이다. para. 104』), 방향을 우회하여 사실상 사법심사가 이루어지며 선례들이 축적되고 있다. “Judicial review in English law” in Wikipedia 참조.

80) “Dr. Bonham's Case” in Wikipedia, at 「Later Impact」.

81) “Status in various jurisdictions” in Wikipedia, at 「Status in various jurisdictions, United Kingdom」.

이론⁸²⁾은 오늘날에는 보다 세분화되고 있다. 「<얇은> 또는 형식적 법의 지배(<thin> or formal rule of law)」와 「<두꺼운> 또는 실체적 법의 지배 (<thick> or substantive rule of law)」 개념이 그것이다.⁸³⁾ 어찌되었든 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 명제는 「의회주권」과 관련하여 논의되지만, 가중정족수는 논의대상에서 제외된다.⁸⁴⁾ 「연성헌법(flexible constitution)」인 영국헌법은 개정에 있어서 과반수다수결이 요구될 뿐이므로 가중다수결에 관한 논의는 논리상 양립불가능하기 때문이다.⁸⁵⁾

82) 「rule of law」와 관련하여 Dicey의 《Law of the Constitution》, 각주 77), pp. 171-172에서는 De Tocqueville, (Euvres Complètes, viii, pp. 455-457을 인용하고 있다.: 『Tocqueville의 설명은 가장 분명한 방식으로 법의 지배, 우위, 지고성을 영국 제도의 현저한 특징으로 지적하고 있다』

83) Li-ann Thio, Lex Rex or Rex Lex? Competing Conceptions of the Rule of Law in Singapore, UCLA Pacific Basin Law Journal, 20 (1), 2002, at 2. 참조. https://www.academia.edu/351950/Lex_Rex_or_Rex_Lex_Competing_Conceptions_of_the_Rule_of_Law_in_Singapore. https://en.wikipedia.org/wiki/Rule_of_law_doctrine_in_Singapore. 참조. Jeremy Waldron, The Rule of Law, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016, at 「5. Formal, Procedural and Substantive Requirements」 항에서는 「Formal, Procedural and Substantive Requirements」에서는 「형식적」, 「절차적」, 「실체적」의 세 방면에서 접근하고 있다. <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>. 아울러 「Rule of law doctrine in Singapore」 in Wikipedia 참조.

84) 「Parliament Sovereignty in the United Kingdom」 in Wikipedia at 「Core theory」에서 「의회주권」과 관련하여 『의회는 또한 선거방법 및 의회의 구성부분들과 관련하여 후임국회를 구속할 수도 있다. … 그러나 정부의 모든 시스템은 폐지될 수 있고, 그 후 구성된 의회가 후임의회라고 할 수 없는 경우에는 구성된 국회는 구속을 받지 아니한다.』 라고 설명할 뿐이다. 가중정족수는 전혀 염두에 두고 있지 아니하다.

85) 가중다수결규정을 개정 또는 폐지함에 있어서도 가중다수결을 요구하는 규칙변경규칙(rule-change rule)에 대해서 Blackstone도 회의적으로 보고 있다. Vikram David Amar, Can the Senate Bind Itself So that Only a Supermajority Can Change Its Rules? A Key Issue in the Controversial Filibuster Debate, FindLaw for Legal Professional, 2013, at 「Why Blackstone Would Have Hated the rule-change Rule?」: 『보다 간단히 말하자면, 입법부의 권한이란 항상적이다(constant). 어느 입법부가 장래의 입법부를 구속함을 통해 권한에 있어서 자신보다 열위의 것으로 만들려고 시도하는 경우, 그러한 시도는 [입법부의 권한은 항상적이라는] 원칙을 유린한다. 장래의 입법부가 특정한 일을 가중다수결을 통하도록 요구하는 것은 장래의 입법부를

그러한 상황에서 「영국헌법」과는 별개규범인, 하위규범이라 할 수 있는 법률에서 가중정족수를 규정하는 것은 「의회주권」에 대한 도전이 된다.⁸⁶⁾ 법률에서 가중정족수를 규정하고 그 법률이 후임의회를 구속하는 것은 법률이 「방법과 형식(manner and form)」을 통하여 후임의회의 활동을 통제함으로써 구속이 이루어진다는 것을 의미한다.⁸⁷⁾ 원래 「방법과 형식」이라는 성구는 「입법을 위한 지침」을 의미하는데, 「후임의회를 구속하는」 의미로서 변질된 것이다.⁸⁸⁾ 선임의회가 법률을 통해 후임의회를 구속하는 것은

특별히 위험한 비탈길(slippery slope)로 이끄는 것이다. 과거에 상원이 규칙변경규칙을 가지고 시도하였던 것처럼, 어느 입법부가 장래의 입법부에게 가중다수결요건을 부담지울 수 있다고 가정하여보자. 아마 이보다 더 나아갈 수 있으며, 규칙변경에 만장일치를 요구할 수도 있다. 규칙변경규칙을 사실상 바위에 새기듯 만들 수 있다 (effectively setting its rules in stone). 그보다 더 나아갈 수도 있다. 모든 법률들에 대한 일체의 개정(all amendments of all laws)에 있어서 만장일치를 요구할 수 있으며, 이로써 의회의 법들 또한 모두 바위에 새길 수 있다. <https://supreme.findlaw.com/legal-commentary/can-the-senate-bind-itself-so-that-only-a-supermajority-can-change-its-rules.html>.

- 86) 《Law of the Constitution》, 각주 77), at 「Lecture II」, t pp. 40 et seq.에서 Dicey는 「의회주권」을 의회가 스스로의 임기를 연장할 수 있느냐 라는 문제와 관련시켜 논하고 있을 뿐이다.
- 87) *Jackson v. Attorney General* [2005] UKHL 56 at [81] per Lord Steyn; *Harris v. Minister of the Interior* 1952 (2) SA 428(A). “Parliament sovereignty” in Wikipedia, at 「United Kingdom, History」 참조. 「manner and form」이라는 성구는 Colonial Laws Validity Act 1865 (U.K)(28 & 29 Vict., c. 65) 제5조에서 처음으로 사용되었다. R. Elliot, *Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values*, Osgoode Hall L. J. 29, No. 2, 1991, p. 216, n. 1). <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol29/iss2/1>.
- 88) W. I. Jennings, *The Law and The Constitution*, 4th ed., London: University of London Press, 1952, at c. 4, pp. 147-149: 『「입법주권(legal sovereignty)」이란 단순히 입법부는 현재 법에서 요구하는 방식으로 어떠한 종류의 법도 제정할 수 있는 권한을 가지고 있다는 것을 의미하는 이름일 뿐이다. 즉 「적법하게」 소집된 영적이며 세속적인 상원, 그리고 하원의 조연과 동의, 그리고 그 원들의 권위에 의해」 제정되었다고 명시되는 규칙(rule)은 법원에 의해 이 법 자체(this law itself)를 변경할 수 있는 규칙을 포함하는 것으로 받아들일 것이다. 이 말이 맞다면 「입법주권」이란 입법주권 자체에 대한 법적 한계를 지운다는 것이 된다. 법을 변경할 수 있는 입법주권

선임의회는 주권자적 지위에서 절대적 권한을 가지는 것이 되지만, 후임의회의 입장에서는 절대적 권한을 가지지 못하는 것이 되어 주권자적 지위를 가지지 못하는 것이 되어, 이율배반적이라 할 수 있다.⁸⁹⁾ 이와 달리 후임의회의 임기 개시 당시 선임의회의 법률이 개정되거나 폐지되지 아니한 채 존재하는 법률이 후임의회의 활동에 대한 「방법과 형식」을 규율하는 법률이 아닌 경우에는 그 법률은 후임의회에서도 유효한 것으로 취급되어야 한다는 의미에서는 후임의회를 구속한다. 그러나 「방법과 형식」과는 무관한 법률은 후임의회는 언제든지 절대다수결이라는 통상적인 방법으로 그 법률을 개정 내지 폐지함으로써 법률의 구속으로부터 벗어날 수 있기 때문에 실제로는 「방법과 형식」과는 무관한 법률에는 구속되지 않으며 「의회주권」은 여전히 보존된다. 영국법계의 국가들이 성문헌법을 가지느냐의 여부를 가리지 아니하고 가중정족수 법률을 가지지 아니하는 것은 다수결원칙에서의 「다수」를 과반수다수결로 이해하는 신뢰,⁹⁰⁾ 그리고 『의회는 자신의 계

의 권한에 입법주권 자체에 영향을 미치는 법이 포함되기 때문이다. ... [여기서 논의하는 법(law)은 의회는 그 법에 의해 규정되는 방법과 형식으로 어떠한 법도 제정할 수 있다는 것이다. 논의하는 방법과 형식은 보통법이나 1911년 의회제정법(Parliament Act of 1911)과 관련된다. 그러나 의회는 스스로 바란다면 다른 방법과 형식을 규정할 수도 있다. 예를 들어 현임의회가 과반수의 선거인이 명시적으로 동의하는 경우를 제외하고는 상원은 폐지되지 아니 된다는 것, 거기서 나아가 유사한 주민투표(referendum)가 이루어진 경우를 제외하고는 그 법(Act)을 개정 내지 폐지하는 어떠한 법도 제정되어서는 아니 된다고 입법하였다고 가정하자. [현재] 그 법을 제외시키도록 문제 삼을 수 있는 법은 없다. 그 법(Act)은 제정 당시에 그 법(Act)이 본래 무효이거나 효력을 가지지 못하고 있었다고 말할 수 없는 한, 당연히 따라야 하는 새로운 방법과 형식을 규정하는 것이다.] R. Elliot, 《Rethinking Manner and Form》, 각주 87), p.223에서 재인용.

89) Professor Hamish Gray: 『의회가 주권자라면 의회가 입법을 통해 할 수 없는 것은 없다.; 입법을 통해 할 수 없는 것이 없다면, 의회는 입법을 통해 변경할 수 없도록(hard and fast) 자신을 구속할 수도 있다.; 의회가 자신을 구속한다면 의회가 입법을 통해 할 수 없는, 주권자적 지위를 가지지 못하는 그러한 것이 존재한다.』 《Rethinking Manner and Form》, 각주 87), p.215 (전거를 인용하지 않은 채 「서론」에 앞서 인용하고 있다).

90) 《Rethinking Manner and Form》, 각주 87), p.215: 『영국의회제도를 채택하는 나라

승자를 구속하지 못한다』는 법인의 생명력으로⁹¹⁾ 「방법과 형식」을 통한 가중정족수 법률을 적극적으로 시도할 생각을 가지지 아니하였기 때문일 것이다. 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 명제가 연성헌법 하에서 정립되었으면서도 가중정족수 문제가 경성헌법 하에서 논의될 수밖에 없는 기이한 사정은 이러한 연유에서이다.

연성헌법이 가중정족수 문제와 양립불가능하다는 사정만으로 경성헌법 하에서는 당연히 양립가능하다는 결론이 도출되는 것은 아니고 이를 위해서는 또 다른 법인식을 필요로 한다. 바로 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 명제가 「의회주권」을 전제하지 아니하는⁹²⁾ 경성헌법

의 법원들이 모든, 그러나 가장 통상적이지 못한 상황 속에서 떠안고 있는, 어느 입법부가 제정한 입법을 개정하거나 폐지함에 있어서 입법부 자체에 의해 부과된 방법과 형식 요건은 구속력을 가지지 못한다고 판단하리라 믿는 데는 충분한 이유가 있다. 그러한 요건은 그 국가에서 찾을 수 있는 민주적 통치양식의 근본교의(basic tenets)의 하나인 다수결원칙을 훼손한다는데 바탕한다. 예를 들어 의원의 4분의 3이 입법을 지지하는 경우에만 입법할 수 있다는 요건에 효력이 인정된다면, 국가의 통치주체는 다수가 아닌 소수임이 명백하다. 25% 의원들에 1인을 더한 의원들이 입법을 반대하는 경우에는 입법은 이루어지지 못한다. 지배하는 것은 소수의 소망이지 다수의 소망은 아니다.』

○ 연합왕국('Britain')에서 가중다수결이 요구된 경우는 1979년 Scotland 및 Wales에서 이루어진 EC와 관련한 주권이양국민투표(devolution referendum)가 유일하다. Vernon Bogdanor, Would tougher voting rules have changed the Brexit result?, Support The Guardian, 2017, para. 3. <http://www.theguardian.com/commentisfree/2017/oct/10/brexit-eu-referendum-alan-duncan-supermajority-requirement-vote>.

91) 「의회주권」 하의 영국에서 입법을 함에 있어서 의사결정방법으로 과반수다수결 이외의 결의방법이 입법화되지도 아니하였고 거의 논의되지도 아니하였던 사실, 심지어는 「rule of law」를 강조하는 Dicey가 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』는 법인과 관련하여 논하는 것은 의회가 스스로의 입기를 연장할 수 있으나 라는 문제와 관련되고 있는 점(각주 86) 참조) 등은 이를 뒷받침한다.

92) <<Democracy in America>>, 각주 54), at 「How the omnipotence of the majority increases」: 『미국에서 입법부가 행사하는 권한은 지고하다. 입법부가 바라는 바를 수행하는 것을 방해하는 것은 아무 것도 없다.』

○ 아울러 Vikram David Amar, Can the Senate Bind Itself?. 각주 85), at 「Can An Older Senate Majority Bind a Current Senate Majority?」: 『일반적으로 다수결원칙

하에서도 타당한 명제라는 법인식으로,⁹³⁾ 의회는 선임의회든 후임의회든 「양도할 수 없는(*inalienable*)」 권한을 가진다는 것이다.⁹⁴⁾ 『어느 누구도 자

에 헌신하는 나라에서 현재의 다수에게 과거의 규칙들에 대한 재론능력을 불허하는 것은 추정적이지만 문제를 안고 있다. … 본인으로서의 대부분의 헌법전문가들이 모든 선임상원은 영속적으로 절차가 어떠한 내용의 것이든 자신이 원하는 대로 다수결투표를 통해 절차규칙의 제정권한을 가지고 있고, 연방대법원도 그렇게 보고 있다고 생각한다. 다양한 헌법영역에서 발생하는 다수의 사건들에서 연방대법원은 입법적 평등원칙 — 하나의 입법부는 다른 입법부가 가지는 것과 동일한 권한 (*power*)을 가지고 있다는 것을 의미한다, 그리고 그 추론에 의해 어느 입법부도 그 입법부의 후계자를 구속하는 권한을 가지지 못한다는 원칙 — 에 관한 연방대법원의 믿음을 표명하여왔다. 연방대법원의 판례법에서 대법원은 규칙변경규칙의 폐지에 67표를 요구하는 규칙(*67-votes-to-amend rule-change rule*)을 승인하지 않을 것이며 그러한 규칙변경규칙은 위헌이라고 보고 있다는 점을 시사하고 있다. 무제한 토론규칙(*filibuster rule*) 자체의 위헌성 문제에서와 마찬가지로 연방대법원은 정치 문제이론(*political question doctrine*)에 바탕 하는 규칙변경규칙에 대한 재심사를 거부할 가능성이 있다. 이는 종전상원은 현행상원을 구속할 수 없다는 것을 의미한다. 그것은 공화당원들은 실제로 규칙변경규칙을 재론할 수 있으며, 규칙을 단순 다수결(*simple majority*. 용어상의 혼란으로 인한 것이며 절대다수결: *absolute majority*)를 의미한다)에 의해 변경할 수 있다. 다수결투표를 통해 무제한토론규칙을 변경할 수 있다.』 밑줄 부분의 판례의 예로 *Newton v Commissioners* 사건판결 ([1879] 100 US 548) 참조.

93) *Newton* 사건판결, 각주 92)에서 Justice Swayne은 *Hartford v Hartford Bridge Company* 사건판결([1850] 51 US 511)에서의 Justice Woodbury의 설시(para. 62): 『[지방자치단체]에 종속하는 공공조직체에 대한 감독을 하지 아니하면서 모든 입법 주권을 파괴함이 없이 그리고 대부분의 입법적 개선 및 개정을 견제함이 없이 상이한 결과가 지켜질 수 있다는 근거를 생각한다는 것은 거의 가능하지 않다』를 인용하면서 다음과 같이 논하고 있다(para. 66): 『모든 후임의회는 선임의회가 가지는 직 무범위 및 권한과 동일한 직무범위 및 권한을 가진다. 후임의회는 선임의회가 가지고 있던 제정법에 대한 폐지 및 개정권한과 동일한 권한을 가지며 선임의회가 가지는 권한보다 더 많은 권한이나 더 적은 권한을 가지는 것은 아니다. 모든 의회는 이 점에서 완전히 동등한 지반을 가진다. 이는 사물의 본질 상 필연적으로 당연하다. … 이와 다른 결과는 희극당어리일 것이다.』

94) Akhil Reed Amar, *America's Unwritten Constitution*, 각주 38): 『비록 영국(Britain)은 미국 스타일의 성문헌법을 가지지는 못하였지만 영국에서는 오랜 시간을 두고 의회들 사이에서의 정당한 관계에 대한 깊은 이해를 발전시켜왔다. 의회가 후임의회를 구속할 수 없다는 것은 영국헌법의 기반암원칙(*bedrock principle*)이다. 그렇지 않다면 양도불가한 의회자치권리(*inalienable right of parliamentary self-government*)는

기 자신의 재판관이 되어서는 아니 된다(no man is his own judge)』는 법연도 이와 연관성을 가지는데,⁹⁵⁾ 이론적 근거는 Blackstone에서 비롯된다.⁹⁶⁾ 이 글에서 논하고자 하는 점은 이러한 논의들이 우리 헌법과 관련한

실종되어 버릴 것이다. 사실 권리를 ‘양도할 수 없도록(*inalienable*)’ 하는 것은 권리에 대한 포기란 있을 수 없으며 관행을 통한 명시적 포기에도 의하더라도 불가하다는 바로 그 사실 때문이다. (작은 인용부호 부분은 원문의 것이고, 밑줄 친 부분은 필자에 의한 강조부분임)』 Google을 책 소개를 통한 자료입수이며 쪽수 표시가 생략되어 있다.

- 95) 《America’s Unwritten Constitution》, 각주 38)에서는 각주 71)의 인용부분에 뒤이어, 『Blackstone의 기본원칙에 관한 명확한 공식화 덕분에 미국 건국당시의 미국인들이 어느 누구도 자신의 사건에 대해 재판관이 될 수 없다는 점을 확실하게 이해하였고 그리하여 건국의 아버지들(Founders)은 하나의 의회와 그 의회의 후계자 사이의 관계에 대해 Blackstone이 말하고자 하였던 것: “후속하는 의회의 권한을 훼손하는 의회제정법은 구속력이 없다.”에 대해 충심으로(intimately) 친숙하였고 포용하였다. 왜 아니 된다는 것인가? Blackstone이 설명하였듯이, 선임의회들이 후속하는 의회들에 대해 법적으로 우위에 있지 아니하기 때문이다. 의회는 어떠한 투표규칙에 의해 절차를 진행하여야 하는가? 이 점에 대해 Blackstone은 명확하다: “각 원에 있어서 다수의 행위는 전체 [원] (the whole)을 구속한다.” 동일한 논리는 대서양의 이쪽에도 적용된다. 각 원은 자신을 위해 규칙을 제정할 수는 있다. 그러나 미국의 회가 장래의 제정법이 어떻게 입법되어야 하는가를 규율하는 헌법적 규칙을 변경할 수 없듯, 어느 원도 장래의 원규칙이 어떻게 제정되어야 하는가를 규율하는 헌법규칙을 제정할 수 없다.(밑줄 친 부분은 필자에 의한 강조부분임)』
- 96) John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, The rights of legislators and the wrongs of interpretation: A Further defense of the constitutionality of legislative supermajority rules, 47 Duke Law Journal 327, 1997, at p. 345: 『폐지불가능한 규칙은 이러한 기본적·구조적 원칙을 위반할 수 있다는 것이 명백한 이상, 그러한 규칙들을 과반수다수결을 통해 개정할 수 있다는 결론 짓는 것은 용이하다. 가중다수결을 통해서만 폐지할 수 있는 규칙들과 같이 절대적으로 폐지불가능하다고 하기에는 약간 모자라는 규칙들은 준구성적 입법형태(a form of quasi-constitutive law)로서 배척되어야 한다. 그러한 규칙들은 헌법규정들과 절조 있는 방식으로 구별 지을 수 없다. … 다수결의 힘은 입법부들 사이의 평등성의 필연적 결과이다. 입법부가 어떠한 정도의 것이든 가중다수결을 통해 폐지를 차단하는 것이 가능하다면, 이는 후임 입법부의 권한을 선임입법부가 향유하는 권한 아래로 축소시키게 된다. 이 기본원칙은 Blackstone 및 [우리 연방헌법]에 대한 골격을 형성할 당시의 다른 저술들에 의해 너무 잘 인식되어 온 때문에 이러한 기본원칙을 입법부의 권한에 포함시키는 것 그리고 이로부터 의사규칙조항 하에서의 의회의 권한의 내용에 대한 이해의 일환으

논의에서도 원용할 수 있는가 라는 점이다.

미국연방헌법에서는 특히 가중정족수를 요하는 결의를 한정적으로 규정하는 것⁹⁷⁾을 제외하면, 상·하 각 원은 자신 원의 의사규칙(Rules of its Proceedings)을 정할 수 있다(제1조 제5절 제2항)고 규정할 뿐 직접 결정방법을 규정하지 아니하고 있다. 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 명제가 미국에서 파리를 트는데 있어 이러한 헌법구조가 일조를 하고 있다. 헌법 자체에서 직접 의사결정방법을 정하지 아니하였다는 것은 과반수다수결원칙을 선언하지 않고 있다는 것을 의미하지만, 아울러 헌법 자체에서 가중다수결을 규정하는 외에는 별도로 가중다수결의 불허용도 선언하지 않고 있다는 것을 의미한다. 그러면 연방헌법이 과반수다수결원칙을 선언하지 않고 있다는 것이 『토의사항이 중대하면 중대할수록 우세한 의견은 만장일치에 근접하여야 한다. … 이 방안은 법률제정에 보다 적합하다.』⁹⁸⁾는 Rousseau의 주장을 따라 「과반수다수결」을 원칙적 형태의 결의방법으로 채택하지 않을 수도 있다는 것으로 받아들여도 되는 것일까? 그렇게 보아서서는 아니 된다. 「과반수다수결」은 「황금률」을 반영하고 있기 때문이다. 그러면 「가중다수결」의 불허용의 불선언은 어떠한 의미인가? 가중다수결제도는 과반수다수결제도에 대한 중대한 제한이기 때문에 헌법 자체에서 가중다수결을 요하는 경우를 구체적으로 열거하면서도 의사규칙을 통한 가중다수결의 도입을 수권하지 아니한 것은 가중다수결의 불허용 취지로 해석하여야 한다는 것이 일반적이며,⁹⁹⁾ Madison은 연방헌법제정 당시부터 가중

로 포함시키는 것은 쉬운 발걸음이라 할 수 있다.』

97) 탄핵심판에서의 유죄판결(제1조 제3절 제6항) 의원의 제명(제5절 제2항), 대통령의 거부권행사로 환부된 법률안에 대한 재의결(제7절 제2항) 등에서 3분의 2 이상의 찬성을 요구한다.

98) 《The Social Contract》, 각주 8), at 「Book IV, 2.」, para. 8, 불어파일 [11].

99) *United States v. Ballin*, 144 US 1 (1892): 『의회체의 일반규칙은 [표결]정족수(quorum)의 참여 하의 과반수다수의 행위는 의회체의 행위가 된다는데 있다. 의회체의 회합이 이루어지도록 받치는 조직법(organic act) 규정들이 특별한 제한을 설정

다수결을 문제삼아왔다는 점을 기억해야 한다.¹⁰⁰⁾

Locke의 『어느 누구도 협약을 통해 자신의 자식이나 후세를 구속할 수 없다』라는 명제는 사회계약의 후세세대에 대한 무(無)구속성의 선언이다. 포괄승계의 법리가 지배하는 상속이 사회계약과 관련하여서는 적용되지 아니하는 것은, 사회계약체결에 있어서 선대세대와 후대세대의 절대적 평등성을 의미한다. 선임의회와 후임의회의 관계에서 「후계자(successor)」라는 표현이 등장하지만 이는 국가기관의 하나인 의회의 영속성을 상징할 뿐, 사회계약 내지 헌법에서 부여된 후임의회의 권한을 침해할 수 있는 근거로 작용해서는 아니 된다. 후임의회와 선임의회 사이에는 상속과 관련하여 문제될 수 있는 포괄승계의 법리마저도 적용될 여지가 없기 때문이다.

한 경우를 제외하고는 이 규칙은 모든 시대에 있어서 규칙이 되어왔다. ... 연방헌법에는 그에 대한 제한이 발견되지 않는다. 과반수다수결원칙은 의회체의 일반법이 되고 있다.』 인용의 「조직법(organic act)」은 「연방헌법」을 말한다. Dan T. Coenen, *The Original Case against Congressional Supermajority Voting Rules*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 106, No. 3, at p. 1118.

100) James Madison, *Objection That The Number of Members Will Not Be Augmented as the Progress of Population Demands Considered*, *Federalist No. 58*, 1788, para. 2.: 『정족수로 과반수다수 이상의 것이 요구되어왔다는 말들이 있다. 그러한 예방 조치로부터 어떤 이득이 있었을 수도 있다는 점은 부인하기 어렵다. 과반수다수 이상의 것의 요구는 특정한 이해관계에 대한 추가적인 방패, 조금하고 편파적인 조치들에 대해 설정한 일반적인 장애물이었을 수도 있다. 그러나 이러한 고려들은 반대 측 천칭에 올려진 불편들에 의해 압도된다. 정의나 일반적인 선이 새로운 법의 제정, 적극적 조치들의 추구를 요구하는 모든 경우에 있어서, 자유로운 통치의 근본 원칙이 뒤집힌다. 다수는 더 이상 지배하지 못할 것이다. 권력은 소수에게 넘어갈 것이다. 방어적 특권이 특정한 경우들로 제한된다면, 이해관계를 가지는 소수는 공공복리를 위한 형평에 맞는 희생으로부터 자신들을 차단하는데 있어서, 또는 위급 상황에 있어서 이성적이지 못한 방종을 강요함에 있어서, 그러한 특권을 이용하려 들 것이다.』 <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-58>.

다. 가중다수결제도가 가지는 결함

Carl Schmitt는 「실질에 기초한 특별입법자와 제2헌법으로서의 바이마르 헌법 제2장」이라는 주제와 관련하여 『(75쪽) 이때 단순다수결 원리 이탈의 핵심은 일정한 실질적, 법적 내용과 관련된 법률의결을 위해서는 연방헌법 제76조에서 규정하는 3분의 2 이상의 동의라는 특별다수결(<가중다수결>) 이 필요하다는데 있다. 그 <보호정(Sicherung)>의 본질은 법률의결을 위해 51퍼센트 찬성이 아니라 66과 2/3 퍼센트가 찬성하여야 한다는데 있다. 산술적 차이는 15와 2/3 퍼센트이다. 산술적으로 보았을 때는 그저 15와 2/3이라는 양적인 (76쪽) 차이에 불과하지만, 이 차이를 통해서 의회제 입법제의 합법성과 관련해서 중대한 효과를 낳는 질적인 변화가, 심지어는 질적 전환이 생겨난다. (77쪽) 결정제한장치에는 보편적인 적극적 정의원리나 이성원리도, 헌법특유의 관점도, 민주적 내용의 어떤 것도 담겨 있지 않다. 다수결에서의 그 다수가 압도적이면 압도적일수록 더 좋고 정의로운 결정이라고 선언하는 것, 98명이 2명을 확대하는 것만큼 불의한 것은 아니라고 추상적으로 [질적인 특징들을 사상하고 그저 양의 다소만을 고려하여] 주장하는 것은 그야말로 기이한 **정의** 유형일 것이다. (98쪽) 단순다수결에 특별한 의결요건을 부가하여야 한다는 요구는 민주주의 원리로서는 정당화될 수 없다. 정의, 인간성, 이성의 논리로는 더욱 그러하다. 그 요구를 정당화하는 것은 그저 현재상황에서 발생한 실용적·기술적인 고려일 뿐이다. 원칙적으로 민주주의가 디디고 선 전제는 인민은 불가분하고 철저히 균질하다는 것이다. 의회제 민주주의도 마찬가지이다. (99쪽) 단순다수결로 결코 쉽게 변경될 수 없는 규범들을 도입한다는 것은 바로 위에서 언급한 프리미엄을 맘껏 이용하고 해당사안에서의 다수결이 갖는 효과지속력을 훨씬 뛰어넘어서기까지 그 다수결의 효력을 남용·연장해도 좋다는 것을 뜻한다.』¹⁰¹⁾

101) 카를 슈미트 지음, 김도균 옮김, 합법성과 정당성, 세계사상의 고전 033, 도서출판 길, 2015 (Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 7th ed., 2005).

는 논의를 통해 가중다수결에서 규정하는 수치의 자의성 및 가중다수결제도
도가 가지는 민주주의에 대한 부정적 측면을 강조하고 있다.

라. 가중다수결규정의 폐지형식

가중다수결규정과 관련한 규범은 법률일 수도 있고 국회의 의사규칙일
수도 있다. 규범형식이 법률인 경우에는 가중다수결규정의 폐지는 폐지법
률에 의하여야 하기 때문에 국회에서 폐지를 의결한다고 하더라도 폐지안
은 대통령의 거부권 대상이라는 문제가 남는다. 물론 폐지근거가 문제의
법률에서 가중다수결을 요구하는 것이 지나치다는 인식에서 비롯된 것이
아니라면 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』는 명제가 문제되지
아니하기 때문에 형식적으로는 대통령이 거부권을 행사하더라도 수긍할만
한 측면이 있을 수 있지만, 폐지법률안을 제출함에 있어서 명제를 내세우
지 않을 가능성은 없다. 그리하여 대통령의 거부권행사는, 행사의 대상이
법률안이라고 하더라도 거부권행사로 인해 재의요구를 받는 국회의 입장에
서는 대통령이 부당하게 국회의 권한에 제동을 가하는 것이기 때문에 — 본
래 내부절차에 관한 문제인데 헌법 제49조에 의해 법률안 형식을 띤 것에
불과하다 —, 무효라고 주장할 가능성이 있다. 지금까지 가중다수결규정이
국회에서 폐지기로 의결되거나 폐지법률안에 대해 거부권이 행사된 사례가
문헌상 확인된 바는 없다. 이와 달리 규정이 국회의 의사규칙과 관련하는
경우에는 폐지된 의사규칙에 대한 대통령의 거부권이 문제되지 아니하기
때문에, 국회의 폐지결의만으로 규정은 효력을 잃게 된다.

문제는 논의가 이루어지는 대상이 법률이든 의사규칙이든 폐지를 위한
결의가 가중다수결에 의하여야 하는가, 과반수다수결로 족한가 라는 점이
다. 규범형식이 법률이라고 하더라도 폐지결의에 과반수다수결이 요구되는
경우에는 대통령의 거부권행사가 국회의 권한에 부당하게 제동을 가하기
위한 것이 아닌가 라는 문제만 남을 것이다. 이와 달리 가중다수결규정의

폐지에 가중다수결이 요구되는데도 불구하고 의회가 명제를 내세워 가중다수가 아닌 과반수다수로 폐지·의결하는 경우가 있을 수 있다. 그 경우 의결을 유효하다고 보아야 할 것인가 라는 문제가 제기되는 것은 필연적이다. 지금까지 가중다수결규정을 의회에서 폐지 의결하거나 대통령이 폐지 법률안에 대해 거부권을 행사한 사례가 문헌상으로 확인되지 아니하는 상황 하에서 가중다수결규정의 폐지에 가중다수결을 요구하는 경우를 상정하는 논의는 다분히 「가상적」 논의라고 할 수 있다. 그러나 미국과는 다른 헌법운용이 이루어지는 우리나라에서는 충분히 논의할 가치가 있는 문제이다. 방향을 바꾸어 가중다수결규정의 폐지결의가 표결에 부쳐지기에 앞서 논의절차 자체에 가중다수결이 관련된다면, 이는 「현실적」으로 제기되는 문제이다. 예를 들면 미국연방상원규칙 Rule XXII의 폐지, 우리나라에서 국회선진화법에 대한 폐지절차에서 Rule XXII가 정하는 절차 또는 국회선진화법이 요구하는 절차—토론종결(cloture)을 위한 절차를 말한다—를 모두 따라야 하느냐의 문제가 그것이다. 미국에서는 규범형식의 상이에도 불구하고 형식에 따라 별개로 논의하지는 아니한다. 미국에서의 논의는 모두 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』는 명제를 중심으로 전개되기 때문이다.

미국에서 가중다수결의 폐지형식은 Blackstone의 『후임의회들로부터 비판을 받는 의회의 법들은 [후임의회]를 구속하지 못한다』¹⁰²⁾는 말을 빌려 과반수다수결이 결의의 원칙적 형태라고 보고 있다.¹⁰³⁾ 그러나 『미국에서

102) 《Commentaries on the Laws of England》, 각주 71), at 「Introduction. Section III. Of the Laws of England」, [90], p. 62, para. 9.

103) 《America's Unwritten Constitution》, 각주 38)의 일절: 각주 94)의 이탤릭체 부분 참조.

○ John O. McGuinnis & Michael B. Rappaport, The Constitutionality of Legislative Supermajority Requirements: A Defense, Yale Law Journal, Vol. 105 Issue 2, 1995, at p. 505: 『헌법제정자들은 전통적 이해를 잘 알고 있었다. 반대의 증거가 없는 한, 헌법제정자들은 전통적 이해를 따랐다고 보아야 한다. Blackstone은 이

입법부는 주권자—모든 합법적 권한의 원천은 아니다. 주권은 인민에게 있다. 그 때문에 영국평론가에 의지하는 것은, 복잡한 문제들에 대해서는 영국헌법이 존재하지 않는다는 점을 고려할 때, 올바른 방향을 결정하는 것은 아니다. 미국에서의 진정한 문제는 한 주권적 상원이 장래의 주권적 상원을 구속할 수 있느냐에 있는 것이 아니라, 우리 인민들(We the People)이 장래의 의회들을 구속할 수 있는 권한을 현재의 상원에 주는 것을 바라고 있었느냐에 있다. 그러한 물음이 단지 Blackstone이 제공하였던 것과 동일한 답변으로 이어질 뿐이다. 우리 인민들이 현재의 상원에 권한을 주는 것을 바라고 있었다는 점에 대한 어떠한 설득력 있는 근거가 존재하지 아니하기 때문이다. 입법상의 평등성(legislative equality)은 입법부는 장래의 후계자들을 구속하지 못한다는 것을 내포한다.¹⁰⁴⁾는 이유로, 찾고자 하는 논거를 반드시 Blackstone에서 구할 필요는 없다는 입장도 있다. 그리고 의회가 「과반수다수를 가중다수결규칙이 과반수다수에 의해 제거될 때까지 과반수다수에게 가중다수결요건을 부담시키는 의미에서 과반수다수를 관련시킬」 뿐이라는 의미라면 법률안 투표에 관한 가중다수결규칙의 공표는 헌법적으로 받아들일 수 있느냐는 물음은 의미가 없을 수 있고, 합헌이라고 부른다고 하더라도 문제되지는 않을 것이다.¹⁰⁵⁾

「5분의 3 규칙」이라고 불리는 상원의사규칙 Rule XXII과 관련하여 『설사 의회가 다수결에 의해 5분의 3 규칙이 폐지되지 못하도록 기도하였더라도 헌법적으로는 폐지하지 못하게 할 수 없으리라는 것이 우리의 입장이다. 단순다수결에 의해 여전히 5분의 3 규칙을 폐지할 수 있다. 의회가 과반수다수가 폐지할 수 있는 5분의 3 규칙을 제정하는 대신에 의회가 5분

렇게 설명하고 있다. …』 <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol105/iss2/4>.

104) Vikram David Amar, Can the Senate Bind Itself?. 각주 85), at 「Does Blackstone's View Apply in America, Too?」

105) John O. McGuinnis & Michael B. Rappaport, The Constitutionality of Legislative Supermajority Requirements, 각주 103), at p. 491 참조.

의 3 규칙과 함께 5분의 3 규칙을 폐지하기 위해서는 가중다수결을 요구하는 특별폐지규칙을 제정하였다고 하더라도, 이러한 단순한 폐지규칙은 과반수다수가 5분의 3 규칙을 폐지하는 것을 방해하지 못할 것이다. 5분의 3 규칙을 폐지하기 위해서 과반수다수는 폐지규칙과 함께 5분의 3 규칙을 폐지하는 결의를 통과시킬 수 있다. 이러한 방법을 선택한 과반수다수는 폐지규칙을 우회하는 힘을 가지게 된다. 이러한 술책을 방지하기 위해 의회는 폐지규칙을 과반수다수에 의한 폐지로부터 절연시킬 것을 시도할 수 있다. 절연된 폐지규칙(*insulated repeal rule*)이라고 부를 수 있는데, 의회는 절연된 폐지규칙 및 5분의 3 규칙 양자가 가중다수결투표에 의해서만 폐지될 수 있다고 규정하는, 보다 강력한 폐지규칙을 제정할 수도 있을 것이다. 그러나 헌법은 동 규칙에 효력을 부여하기 위한 절연된 폐지규칙을 허용하지 않고 있다. 달리 말하면 헌법상의 문제로서 규칙을 폐지하고자 하는 의회의 다수의 권위는 박탈될 수 없다.』¹⁰⁶⁾ 의회 각 원의 의사규칙에 대한 해설가들은 대부분 가중다수결을 규정하는 의사규칙은 각 원의 과반수다수에 의해 폐지될 수 있다는 점을 동의하고 있다. 사실 각 원의 과반수다수는 폐지를 허용하지 아니하는 취지의 뿌리내리기(압박기, *entrenchment*)¹⁰⁷⁾

106) *Ibid.*, at 「B. The Constitution Prohibits the House from Requiring a Supermajority to Repeal a Rule」, pp. 503-504.

○ Dan T. Coenen, *The Original Case against Congressional Supermajority Voting Rules*, 각주 99), pp. 1111-12에서는 McGuinnis와 Rappaport의 주장을 소개한 후 다음과 같이 논하고 있다: 『우리는 왜 보다 기본적으로 헌법의 아버지들은 오로지 우회적이며 개념적으로 얽히고설킨 방법을 통해서 명백히 더 이상 축소불가능한 입법상의 다수결주의규범을 보호하려고 했다고 생각하는가? 더 이상 환원불가능한 입법상의 다수결주의원칙이 헌법 안에 내재되어 있다면, 그러한 원칙은 ‘가장 명백하고 용이하며 자연적인 결정기준을’ 답아야 한다. 과반수다수의 찬성은 모든 통상적 입법에 있어서 결정적이다.』

107) 「*entrenchment*」란 「동일형식으로 이루어지는 후속하는 입법부의 행동을 금지하는 제정법이나 입법부의 내부규칙(*statutes or internal legislative rules that are binding against subsequent legislative action in the same form*)」이라고 정의할 수 있을 말한다. John C. Roberts and Erwin Chemerinsky, *Entrenchment of Ordinary Legislation*:

식의 노력에 대해 이를 무시하고 언제든지 내부규칙의 어느 사항에 대해서 [이를 가리지 아니하고] 폐지할 수 있다는 점에 대해서 일반적으로 동의하고 있다. 『왜냐하면 입법권에 대한 전통적 이론에서는 의회에 부여된 권한이 반헌법적인 중전의 입법을 통해 약화되는 것을 허용하지 아니하기 때문이다. 입법권에 관한 이론은 대중주권(popular sovereignty)은 양도불가능하다; 헌법은 자신의 권위를 인민(the People)으로부터 도출하고 있다; 헌법에 의해 의회에게 부여된 입법권은 의회의 단순한 입법행위에 의해 수정되거나 감소되거나 증가될 수 없으며 수정·감소·증가는 헌법을 변경함으로써만 가능하다는 역사적 거주민(historical tenant)을 전제한다는 것이다.』

4. 축소헌법해석의 당위성

가. 재판기관에 의한 축소헌법해석의 예

축소해석(restrictive interpretation)은 헌법에서도 당연히 가능한가? 법단계에서 헌법보다 하위인 법의 경우는 상위법인 헌법의 존재로 인해 제기되는 법의 위헌성을 피하기 위해서라도 축소해석이 불가피한 경우가 있을 수 있다. 이에 비해 헌법의 경우는 그러한 문제가 발생할 여지가 없기 때문에 설사 축소해석을 허용하더라도 그 허용은 훨씬 줄어들 것이다. 물론 헌법이 규정하는 규범들 사이에도 상위규범과 하위규범이 존재할 수 있고¹⁰⁸⁾ 상위규범에 헌법원리들이 포함된다면¹⁰⁹⁾ 상위규범 내지 헌법원리들과의 충

A Reply to Professors Posner and Vermeule, California Law Review Vol. 91, 2003, p. 1784. https://web.archive.org/web/20070626154816/http://eprints.law.duke.edu/archive/00000656/01/91_Cal_L_Rev_1773_2003.pdf. Eric A. Posner & Adrian Vermeule, Legislative Entrenchment: A Reappraisal, Yale Law Journal Vol. 111, 2002, p. 1666에서의 정의를 차용.

108) 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 2000헌바38 결정: 『이념적·논리적으로는 헌법규범 상호간의 우열을 인정할 수 있다 하더라도 ...』

109) 대법원 1971.6.22. 선고 70다1010 전원합의체 판결: (헌법원리만으로 개별법률 규

들을 피하기 위해 하위규범 헌법규정에 대한 축소해석을 가능하게 할 수도 있다. 실제로 우리최고법원들은 과거 수차례 헌법축소해석의 기법을 통해 특정한 목적을 달성한 바가 있다. 예를 들어 헌법재판소¹¹⁰⁾는 대통령 노무현에 대한 탄핵심판청구를 기각하였는데, 그 과정에서 헌법재판소법에 대한 해석문제로 치환함을 통해 헌법축소해석이라는 논리를 회피한 바가 있다.¹¹¹⁾ 그리고 대법원¹¹²⁾은 『비상국무회의에서 제정한 법령…은 그 효력을 지속하며 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다』고 규정한 유신헌법 부칙 제7조와 관련하여 『헌법재판소의 위헌여부심판대상이 되지 아니하는 법규범에 대해서는 대법원이 그 위헌여부를 심판할 수 있는 권한을 가지고 있다』는 것을 전제로, 유신헌법 제53조에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치 제1호는 『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 위배[된다]』라는 이유로 위헌선언을 하였다. 그러나 유신헌법에 근거하여 발령된 대통령 긴급조치의 성격과 관련하여서 유신헌법이 시행되던 당시에는 긴급조치가 적어도 법률 이상의 효력을 가지고 있다는 점, 긴급조치는 고도의 재량이 요구되는 통치행위에 해당하기 때문에 사법심사의

정에 대한 위헌을 선언하고 있다): 『개정법원조직법 및 같은 법 부칙의 규정은 … 헌법의 근거 없이 과반수 법관의 의견으로 재판할 수 없다는 재판의 본질에 어긋나는 것을 요구하는 결과가 되고, …』

110) 헌법재판소 2004. 5. 14. 선고 2004헌나1 결정.

111) 『헌법재판소법 제53조 제1항은 헌법 제65조 제1항의 탄핵사유가 인정되는 모든 경우에 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있는 것으로 문리적으로 해석할 수 있으나, … 따라서 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란, 모든 범위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 범위반의 경우를 말한다.』. 헌법축소해석을 하지 아니한다면 헌법재판소법 제53조 제1항은 근거 없이 『중대한』 범위반에 대해서만 탄핵할 수 있는 것을 허용하는 것이 되며, 동법은 위헌선언 되었어야 한다.

112) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결.

대상이 되지 아니한다는 점에 대해 교과서 내지 해설서는 물론이고 논문에서도 전혀 의문이 제기된 바가 없었기 때문에,¹¹³⁾ 대법원의 논리는 시점을 그 당시로 소급하는 한 예상되지도 아니했고, 예상할 수도 없었던 논리였다. 또한 「목적상 한계를 벗어나 국민의 자유와 권리를 지나치게 제한함으로써 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한 것」이라는 실시부분은 『유신헌법 제7조의 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다』는 규정이 「절차적 사유뿐 아니라 실체적 사유를 이유로도」 제소할 수 없다는 유신헌법 시행당시의 이해와 충돌한다. 특정 목적을 달성하기 위한 것이라고 하지만 논의시점을 이동하여 유신헌법의 실효시점에서 제기될 수 있는 학설에 입각하여 이루어진 것인데, 형식상으로는 「헌법축소해석」 방법을 차용하고 있다. 필자는 축소헌법해석의 불가피성을 부각하기 위해 축소해석이 필요한 몇 헌법규정을 살펴보고자 한다.

나. 축소헌법해석이 요청되는 헌법규정

1) 위헌성이 제거된 상태에서 위헌선언의 책임을 수행하여야 하는데도 가중다수결의 요구로 위헌성선언에 장애가 발생하는 경우

제3공화국헌법 제102조 제1항은 『법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다』고 규정하면서도 위헌선언에 있어서 가중다수결을 명문화하지는 아니하였는데, 법률 제2222호로 개정되기 전의 구 법원조직법 제59조 제1항에서 『대법원 판사 전원의 3분의2 이상의 출석과 출석인원 3분의2 이상의 찬성으로 결정한다』는 내용으로 가중다수결이 도입되었다. 과반수다수결원칙은 대법원의 평결과 관련하여 이루어진 것이기 때문에 선언 법리는 제한적이지만 대

113) 문제의 부제기가 「유신헌법 하에서 거의 질식단계에 있었던 학계의 풍토 때문이라는 것은 별개의 논리이다. 관련한 논의는, 박찬주, 대통령긴급조치와 위헌선언, 인 권과 정의 421호, 대한변호사협회, 2011, 26-46쪽 참조.

법원은 『합의정족수는 삼권분립 제도를 채택한 헌법의 근본정신으로 보나, 합의정족수를 제한하는 경우에는 반드시 헌법자체에서 규정하여온 경위에 비추어 일반법률로서는 제한할 수 없다고 보아야 할 것이고, 특히 법원의 위헌심사권은 사법권에 의하여 입법부가 제정한 헌법에 위반된 법률의 적용을 거부함으로써 위헌입법을 억제하여 헌법을 수호하고 사법권과 입법권이 균형을 갖도록 하자는 것이므로 헌법의 근거 없이 법원의 위헌심사권을 제한할 수 없다 할 것이다.』¹¹⁴⁾ 라는 취지로 구 법원조직법 규정에 대해 위헌선언하였다. 한편 헌법재판소¹¹⁵⁾는 헌법 제113조 제1항 『헌법재판소에서 법률의 위헌결정...을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다』라는 규정과 관련하여 『헌법이 재판의 정족수에 대하여 위와 같은 특칙을 둔 이유는 재판관이 재판을 함에 있어서 과반수로서 재판하여야 함은 재판의 기본원칙이기 때문에 헌법상 특칙규정이 없다면 헌법은 재판관의 과반수에 의한 재판이라는 일반원칙을 승인한 것이 되므로 법률로서는 재판의 합의정족수를 달리 규정할 수 없게 되기 때문일 것이다.』라고 설시하면서 괄호를 통해 「대법원 1971. 6. 22. 선고, 70다1010 판결 참조」라는 내용을 부기하였다. 사안은 헌법소원사건에서 위헌의견이 5인이고 반대의견이 4인으로 위헌결정을 위해 필요한 가중다수결요건인 6인 이상 찬성의 요건을 충족하지 못한 상태였다. 헌법재판소는 주문별합의이론을 바탕으로 다수의견에 따라 위헌불선언을 하고 있는데, 소수의견은 쟁점별합의이론을 펴고 재판의 전제성 결여를 이유로 각하결정을 주장하였다. 결정에서는 『재판관의 과반수에 의한 재판은 헌법상의 일반원칙이다』라는 명제를 긍정하고 있다. 그러나 부기의 의미는 모호하다. 부기를 통해 명제가 「헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견」의 지위를 획득하는 것이 되고 따라서 그러한 지위를 박탈하기 위해서는 거꾸로 헌법재판소법

114) 대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 전원합의체판결.

115) 헌법재판소 1994. 6.30. 선고 92헌바23 결정.

제23조 제2항에서 규정하는 바에 따라 재판관 6인 이상이라는 가중다수결을 충족하여야 하는가? 다시 말해 헌법재판소법 제23조 제2항은 『종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 경우』에 재판관 6인 이상의 찬성을 요구하는데, 명제가 그러한 지위를 획득하였다고 본다면 명제에 더 잡아 헌법재판소법 제23조 제2항에 대한 위헌결정이 가능할 수도 있기 때문이다. 헌법에서는 위헌결정의 대상으로 규정하지 아니하였던 사항이 헌법재판소법에서 준(準) 위헌선언 대상으로 등장한 것은 「종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견」은 위헌결정에 중대한 영향을 미칠 가능성이 있기 때문이고 위헌선언의 대상에 준하는 지위를 어느 정도 인정할 필요가 있다는 점은 부정할 수 없다. 다만 준 위헌선언 지위의 인정은 헌법재판소법 제23조 제2항에 대한 헌법재판소의 위헌결정을 과정을 추론하면 그 과정은 대법원이 위헌선언한 법률 제2222호로 개정되기 전의 구 법원조직법 제59조 제1항에 대한 위헌선언과 거의 동일한 과정(process)을 밟아야 하는 모순이 발생하게 된다. 헌법재판소법 제23조 제2항에 대한 위헌결정을 위해서는 재판관 6인 이상의 찬성을 필요로 하는가? 그렇다면 『재판관의 과반수에 의한 재판은 헌법상의 일반원칙이다』 라는 명제는 도대체 어떠한 가치를 가지는가? 따라서 『위헌성이 제거된 상태에서 위헌선언의 책임을 수행하여야 하는데도 가중다수결의 요구로 위헌성선언에 장애가 발생하는 경우』에는 6인 이상의 가중다수결이 아니라 과반수의결을 통해 헌법재판소법 제23조 제2항에 대한 위헌결정을 하는 것이 가능하다고 보아야 한다.¹¹⁶⁾ 이러한 해석

116) 입법권이나 사법권의 절차적 권한행사를 제한하는 법률 자체의 위헌성이 문제되는 경우에 그 위헌성을 바로잡지 않는다면 이는 그러한 법률에 대해 준헌법(quasi-constitution law)의 지위를 인정하는 것이 된다. 과반수다수결의 법리에 의해 위헌성을 바로잡아야 한다는 당위성이 제기되는 이유이다. 박찬주, 정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성, 헌법논총 제27집, 헌법재판소, 2016, 338쪽 각주 153) 참조.

이 바로 『헌법재판소에서 법률의 위헌결정에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다』고 규정하는 헌법 제113조 제1항에 대한 헌법축소해석의 모습이다.

2) 헌법축소해석을 하지 아니하는 한, 일정한 자격을 취득하여야 비로소 향유하는 특권을 자격 획득을 위한 행위에 대해서도 동일하게 의제함으로써 특권을 향유하도록 하는 경우

헌법 제84조에서는 『대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다』는 대통령에 대해 불소추특권을 규정하고 있다. 불소추특권은 대통령당선자로서는 부족하고 대통령직에 취임하여야 비로소 인정되는 특권이다. 그렇다면 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우 외에는 어떠한 죄를 범하였거나 범하더라도 불소추특권은 인정되어야 하는가? 그렇지 않다는 것이 필자의 생각이다. 대통령직에 취임한 당선자에게 인정되는 특권은 대통령선거를 통하여 당선되었다는 사실에 기인한다. 그리고 대통령당선자라는 지위는 대통령선거에 나섰던 후보가 대통령선거에서 당선됨으로써 비로소 취득하는 자격이다. 여기서의 「당선」이란 「적법한」 당선을 말한다. 대통령후보가 대통령선거가 아닌 다른 공직자선거인 경우에는 공직선거법위반이나 정치자금법위반을 하는 등의 부정선거를 이유로 유죄판결을 받으면 선거를 통해 획득한 공직을 상실하는데도 선거가 대통령선거이고 대통령직에 취임했다는 이유로 헌법 제84조의 불소추특권을 향유할 수 있다고 한다면, 그리고 대통령직에서 물러난 후에야 비로소 소추할 수 있다면, 대통령선거에 출마한 후보자들은 어떤 부정수단을 동원하여 당선을 획책하든 당선됨으로써 「사실상」 면책이 되어버리는 부작용을 낳는다. 부정선거에 의해 당선된 대통령은 가짜대통령(sham president)이다. 민주국가라고 하기 위해서는 불소추특권이 그 지위를 불법으로 차지한 가짜대통령에 의해 악용되는 것을 막아야 한다. 대통

다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법해석의 당위성

령이라는 자격은 「적법한」 선거를 통하여 이루어져야 하는 것이 선제되어야 한다는 당위성의 근거이다.¹¹⁷⁾ 선제조건은 헌법 제84조에 대한 축소헌법해석을 요구한다. 한편으로는 관습헌법으로서 뿌리내리는 것이 요구되는 부문이기도 하다.

5. 헌법 제49조과 축소헌법해석

가. 「과반수」는 무제한적 개념인가?

헌법 제49조가 「법률에서 규정하기만 하면」 정족수의 50%를 넘어서는 한 「가중의 정도」는 묻지 아니하고 허용된다는 무제한적 수권규정이라고 해석할 수는 없다. 법규범 자체와 관련한 헌법의 가중다수결 규정으로는 대통령의 재의요구에 대한 국회의 재의결(제53조 제4항)과 헌법개정안에 대한 의결(제130조 제1항) 정도인데, 대통령의 재의요구에 대한 국회의 재의결의 경우는 삼권분립 하에서 국회와 대등한 지위에 있는 대통령의 재의요구에 대한 존중이 배경으로 작용하고 있다. 따라서 순수한 법규범 자체와 관련하여 가장 순수한 헌법의 가중다수결 규정은 「헌법개정안에 대한 의결」이라 할 수 있다. 가중다수결 제도가 법사학적으로는 기원 1세기 전부터 로마에서, 그리고 1179년 제3차 라테라노 공회의(Third Lateran Council)에서 이루어진 교황선거와 관련하여 도입된 바가 있다.¹¹⁸⁾ 그러나 법규범 자체로는 헌법개정과 관련하여 3분의 2 가중다수결을 요구하는 미국연방헌법 제5조에서 그 시원을 찾을 수 있으며, 여기에서 헌법개정에 가중다수결을 요구하는 헌법을 「경성헌법(rigid constitution)」이라고 부르기

117) 박찬주, 대통령불소추특권에 관한 몇 가지 문제, 법조 통권 639권, 법조협회, 2009, 6-49쪽 참조.

118) “[Supermajority](#)” in Wikipedia at “[History](#)”.

시작하였다.¹¹⁹⁾ 그러한 법사학적 특성에 비추어 법규범 자체에서 규정하는 가중다수결 제도는 적어도 헌법개정과 비견할 수 있을 정도의 경우에 이용되어야 한다.

그런데 헌법 제49조에서 말하는 법규범 형식이라고 하여 예를 들어 특정한 법률에서 그 법에 대한 개정이나 폐지를 헌법개정과 마찬가지로의 3분의 2 또는 그보다도 다수인 예를 들어 4분의 3이라거나 심지어는 만장일치를 요구하고 있다고 할 때 그 경우에도 법률을 합헌적이라고 보아야 할 것인가? 심지어는 의결정족수에 국한하지 아니하고 「의사정족수」와 관련하여서도 가중다수가 가능하므로, 구성원 전원 내지 전원에 가까운 출석을 요구할 수도 있을 것이다. 어쨌든 의결정족수에 국한하여 논한다고 하더라도 어느 학자도 적어도 3분의 2를 초과하는 의결정족수에 대해 합헌적일 수 없다고 보지는 않을 것이다.¹²⁰⁾ 그럼 헌법개정과 마찬가지로의 3분의 2 가중정족수를 요구하는 경우에는 어떠한가? 이 경우에도 마찬가지로 볼 개연성이 아주 높다. 대통령의 재의요구에 대한 국회의 재의결의 경우에도 3분의 2 이상의 가중정족수를 요구하는 것이 헌법의 입장인데, 법률단계에서 가중정족수 규정을 개정하거나 폐지함에 있어서 같은 수준의 가중정족수를 규정하는 것이 헌법적 허용이라고 할 수 있는가 라는 문제가 제기될 수 있고, 이러한 문제제기는 타당하다고 보기 때문이다. 그렇다면 헌법 제 49조가 「법률에 의하기만 하면」 무제한적으로 가중다수결 제도의 도입을 허용하는 취지는 아니라고 보아야 하며, 이런 점에서 헌법 제49조가 축소 해석되어야 하는 것은 당연하다.

119) Dicey는 경성헌법을 「통상적인 법률과 동일한 방법으로는 변경될 수 없는 특정한 법 형식으로 헌법 또는 근본법(기본법)」이라고 정의하고 있다. 《Law of the Constitution》, 각주 77), p. 114.

120) Can the Senate Bind Itself?. 각주 85), at 「Why Blackstone Would Have Hated the rule-change Rule?」,

나. 제헌헌법 제정 당시 개별법을 통한 가중정족수제도의 도입을 예상하고 있었는가?

현행헌법 제49조 전문(前文)에서는 『국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다』고 규정하지만, 제헌헌법 제37조 전문에서는 『국회는 헌법 또는 국회법에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원의 과반수의 출석과 출석의원의 과반수로써 의결을 행한다』고 규정하고 있었다. 한편 제헌헌법 제45조 전문에서는 『국회는 의원의 자격을 심사하고 의사에 관한 규칙을 제정하고 의원의 징벌을 결정할 수 있다』고 규정하는데, 이는 현행헌법 제64조 제1항의 『국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다』는 규정과 상응한다. 현행헌법과 같은 체제로 바뀐 것은 제3공화국헌법(헌법 제6호)에서였다.¹²¹⁾ 제헌헌법이 미국연방헌법으로부터 영향을 받은 것은 부인할 수는 없지만, 일반적으로는 Weimar 헌법과 구(舊)일본제국헌법을 모방한 것으로 평가되고 있다.¹²²⁾ Weimar 헌법 제32조에서는 헌법에서 특별히 규정하지 아니하는 한 투표수의 과반수로 의결하도록 하고 있으며, 일본제국헌법 제47조에서는 단순히 『의사는 과반수로 결의한다』고 규정하고 있다. Weimar헌법에서는 의사결정에 관한 규정을 두지만, 동 규정은 의회의 선거에 관하여만 언급하고 있다. 일본제국헌법에서는 해석상 의장단의 선거에는 헌법조항이 아니라 의사규칙의 정하는 바에 의하는 것으로 보고 있다.¹²³⁾ Weimar헌법 규정은 독일기본법 제42조에서 표현만 바뀌었을 뿐 실질적인 내용은 유지되고 있다. 우리 헌

121) 현행헌법 제49조는 제3공화국헌법 제45조에, 현행헌법 제64조 제1항은 동 헌법 제60조 제1항에 해당한다.

122) [네이버 지식백과] 대한민국헌법의 제정(두산백과).

123) 伊藤博文著 『憲法義解』의現代語訳(Hisashi) http://www.asahi-net.or.jp/~xx8f-ishr/kenpou_gikai.htm.

법과 마찬가지로 법단계에서 헌법보다 하위인 「법률」에서 가중정족수를 규정할 수 있도록 하는 국가는 극히 예외적이다. 《세계의 헌법》¹²⁴⁾을 보더라도 의회의 의결은 과반수에 의한다거나 헌법에서 달리 정하는 경우를 제외하고는 과반수에 의한다고만 규정하거나¹²⁵⁾ 국회에서 가결, 통과 내지 승인된 경우라고만 정하고¹²⁶⁾ 그것마저 규정하지 아니한 채 의회는 의사규칙을 정할 수 있다거나¹²⁷⁾ 법률에서 정한다고만 규정하는¹²⁸⁾ 외에 국회법을 포함한 일반법에서 가중다수결을 정할 수 있다고 규정하는 헌법은 희소하다.¹²⁹⁾ 연방국가의 경우 아예 정족수를 언급하지 아니하는 경우도 있

- 124) 국회도서관, 세계의 헌법 - 40개국 헌법 전문 I & II, 제3판, 국회도서관, 2018.
- 125) 그리스헌법 제67조 제1항, 남아프리카공화국헌법 제53조 제1항(하위), 제65조 제1항(상위)(모두 「헌법에서 별도의 규정이 명시되지 않는 한」의 제한설정), 덴마크헌법 제50조, 독일헌법 제42조 제2항(「기본법에 다른 규정이 없는 한」의 제한설정), 러시아헌법 제105조 제4항(「연방회의가 14일 이내에 심의하지 않는 경우에 연방회의를 통과한 것으로 간주한다」의 예외설정), 룩셈부르크헌법 제62조, 벨기에헌법 제53조, 북한헌법 제97조 제2항, 스위스연방헌법 제159조 제1항, 슬로바키아헌법 제84조 제2항, 아일랜드헌법 제15조 11. 1°, 이라크헌법 제64조 제3항, 일본헌법 제56조 제2항, 중국헌법 제64조, 체코헌법 제39조 제2항, 포르투갈헌법 제168조 제5항, 제6항에서는 과반수다수결로 처리할 수 있는 영역, 가중다수결로 처리할 수 있는 영역을 구분, 폴란드공화국헌법 제120조, 프랑스헌법 제46조 제3항, 헝가리헌법 국회 제5조 제6항, 호주연방헌법 제23조(상위), 제40조(하위).
- 126) 네덜란드헌법 제87조 제1항, 노르웨이헌법 제77조, 뉴질랜드헌법 제15조 제2항, 멕시코헌법 제65조 제2항, 아르헨티나헌법 제79조, 필리핀헌법 제36조 제1항.
- 127) 미국연방헌법 제1조 제5항 제2호, 스페인헌법 제89조 제1항(「의원발의법률안에 대한 심의는 의원규칙에 따라 규정되어 있다」), 이탈리아헌법 제72조 제1항(「각 원에 제출된 법률안은 해당 원의 의사규칙에 따라 위원회의 검토를 거쳐 본회의에서 조항별로 심의된 후 최종표결에 부쳐진다」), 터키헌법 제88조 제2항(「터키 대국민회의에서 법률초안 및 법률 제안과 관련한 절차와 원칙은 의사규칙에 따라 규제된다」), 핀란드헌법 제72조 제4항(「법률안 심의에 관한 세부사항은 의회절차규칙에서 정한다」).
- 128) 아이슬란드헌법 제58조(「의회의 절차에 관한 사항은 법률로서 정한다」), 에스토니아헌법 제70조(「의회의 정족수는 ‘의회의사규칙에 관한 법률’에서 정한다」), 오스트리아헌법 제31조(「헌법이나 국민의회의 의사규정에 관한 연방법률의 개별사항에서 달리 규정되지 않는 한」의 제한설정).
- 129) 스웨덴기본법 제7조(「정부조직법 또는 의회절차에 관한 문제의 경우 의회법에 다른 규정이 없는 한」의 제한설정), 슬로베니아헌법 제86조(우리 헌법과 유사하게 「국

다.¹³⁰⁾ 이 여러 가지 형태 가운데 국회법을 포함한 일반법에서 가중다수결을 정할 수 있다고 규정하는 헌법을 제외한 헌법들은 헌법에서 규정하는 민주적공동체의 의사결정은 과반수다수결에 의하는 것이 당연함을 전제하는 헌법들이지, 그와 거리가 먼 가중다수결제도의 도입을 가능케 한 우회적 규정으로 볼 것은 아니다.

Weimar헌법과 일본제국헌법에서 가중다수결에 대한 예외로 의회의 선거와 관련하여서만 허용하고 그것도 의사규칙으로 정하도록 한 것은, 가중다수결을 법률에서 정하는 경우 있을 수 있는 헌법파괴 내지 가중다수결제도의 부작용을 염두에 두었을 것으로 추측된다. 우리 제헌헌법 제37조 제1항에서는 그러한 입헌형식을 취하지 아니하고 「국회는 헌법 또는 국회법에 특별한 규정이 없는 한」이라는 제한을 설정하고 있다. 규정형식의 상이에 비추어 동 헌법조항은 국회법에서 가중다수결을 도입할 수 있는 길을 열어 놓은 것이 아닌가 라는 의문이 제기될 수는 있다. 그러나 제헌헌법의 제정자들이 민주적 공동체에서의 의결방식이 일반적으로 과반수다수결이라거나 법률을 통해 규정하지는 않는다는 점을 모르고 있었다거나, 자신의 헌법에서 명백히 규정하는 경우를 제외하고는 법률을 통해 가중다수결제도를 도입할 수 있도록 헌법에서 위임하는 국가는 거의 존재하지도 아니 한다는 점¹³¹⁾에 대해 무지하였다고 볼 것은 아니다. 그런데다가 제헌헌법 제37조

회는 헌법이나 법률에 의결정족수를 달리 규정한 경우를 제외하고는」의 제한설정), 칠레헌법 제66조 제2항(『가중의결정족수로 제정하는 법률은 상·하원 재적의원의 절대다수로 제정, 변경 또는 폐지할 수 있다. 나머지 법률규정은 각 원에 출석한 과반수 또는 제68조를 비롯한 관련조항에 따라 적용된 과반수의 동의를 필요로 한다.』 가중정족수를 필요로 하는 법률이란 칠레헌법 제63조 제7호(‘만기일이 대통령의 임기를 벗어나는 차관의 경우 가중의결정족수로 제정된 법률로 승인해야 한다’), 제16호(‘일반사면 및 대사를 부여하는 법률은 반드시 가중의결정족수에 의한 동의를 필요로 하며, 특히 제9조에 명시된 범죄를 다루는 경우 정족수는 재적 상·하의원의 3분의 2로 한다.’).

130) 캐나다헌법 제91조(퀘벡주 상원에 관한 제79조와 비교할 것).

131) 각주 129) 참조. 슬로베니아헌법이나 칠레헌법은 우리제헌헌법 당시 존재하던 헌

제1항에서 언급하는 「국회법」은 실제로는 국회라는 국가기관의 조직법적 측면에서의 수권으로 이해하여야지, 국회가 제정하는 개별법의 특정규정들에 대해 개별법 자체에서 직접 가중다수결이 규정되지 아니한 경우에 개별법이 제정되고 나서 사후적으로 개별법의 특정규정들을 가중다수결 규정으로 만드는 것을 가능케 하는 입법으로 이해할 것은 아니다. 이렇게 본다면 제헌헌법 제37조 제1항에서 「국회법」을 규정하는 최선의 해석상의 근거는 국회법에서 직접 개별법의 특정규정을 가중다수결 규정으로 만들기 위한 필요에서가 아니라 법률제정의 최종단계인 의결과는 분리되는, 의결에 이르는 중간단계의 과정에서 요구될 수 있는 가중다수결제도, 예를 들어 미국상원규칙 Rule XXII와 같은 형식의 가중다수결제도의 도입이 필요로 될 수 있을 것이라는 인식¹³²⁾에서 비롯하였으리라는 점에서 찾아야 할 것이다.¹³³⁾

이러한 해석론은 제헌헌법 제37조 제1항에서 규정하는 「국회법」은 사실상 「장식적」 규정에 불과하였다는 것을 의미한다. 개별법을 통한 가중다수법은 아니다.

132) 미국연방상원에서 최초로 토론종결(cloture)에 가중다수결의 도입이 이루어진 것은 1882년이였다. “Cloture” in Wikipedia. 도입과 관련한 토론과정에 대해서는 동 자료의 각주 20)의 「Parliament-Business of the House-The New Rules of Procedure-The First Resolution (Putting the Question)」 참조. Hansard. Parliament-Business of the House-The New Rules of Procedure-The First Resolution (Putting the Question). HC Deb vol 266 cc1124-95. Retrieved 23 February 2016. <https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1882/feb/20/parliament-business-of-the-house-the-new>. 미국상원규칙 XXII의 연혁에 대해서는, 박찬주, 토론종결과 다수결, 각주 68) 참조.

133) 독일의 경우, 1986년 선고된 연방헌법재판소 결정(BVerfGE 70, 324: 『법률안에 대하여 연방참사원의 동의가 필요하지 아니하고 의사자율권의 핵심영역에 속하는 것이 아니며 객관적 사유가 존재하는 경우에는 국회의 의사에 관한 문제를 연방법률로서 규율하는 것이 허용된다』)의 다수의견에 따르면이라도 의회가 내부질서를 의사규칙이 아니라 법률로서 일반적으로 규율하는 것은 헌법위반이 된다고 할 수 있다. 아울러 김영천, 의회의 자율권에 관한 비교법적 연구, 박사학위청구논문, 고려대학교 대학원, 1991, 208쪽; 한수웅, 국회법의 법적 성격과 국회법 위반의 효과, 중앙법학, 중앙법학회, 2009, 50-54쪽

결제도의 도입은 고사하고 국회법을 통한 도입과 관련하여 참고할 수 있는 어느 헌법도 쉽게 찾을 수 없는 마당에, 어떠한 영역에서 가중다수결제도를 도입하여야 할 것인가는 순전히 공론의 산물일 것이다. 오늘날에는 현행헌법 제49조와 동일한 규정형식이 도입된 제3공화국헌법 이해 몇 가지 개별법에서 가중다수결제도를 도입하고 있지만, 제헌헌법 제정 당시에는 국가사회의 단순성으로 오늘날 우리 법제에서 존재하는 가중다수결을 규정하는 사정들이 대두될 수 있으리라는 가정은 상상조차 되지 아니하였을 것이다.¹³⁴⁾ 오늘날 존재하고 있는 개별법에서의 가중다수결제도와 관련한 사항 가운데 제헌헌법 당시 혹시 도입 가능한 사항이 있었다면 국회의원에 대한 자격심사일 것이다. 어찌되었든 제헌헌법 제37조에서는 「국회법」을 통한 가중다수결제도의 도입을 염두에 두고 있었다고 하더라도 당시 실제로 도입할 수 있다고 예상되는 영역은 법률제정의 최종단계인 의결과는 분리되며 의결에 이르는 중간단계의 과정에서 요구될 수 있는 가중다수결제도, 예를 들어 미국상원규칙 Rule XXII와 같은 정도의 것인데 — 제정법을 통해 가중다수결을 도입하는 국가가 존재하지 않는다는 점에서 추측되는 점이다 —, 이는 미국의 예에서 보듯 제헌헌법 제45조가 예정하는 「의사규칙」을 이용하는 것이 정도(正道)일 것이다.¹³⁵⁾ 그러나 「의사규칙」은 순수한

134) 미국정치학자 Dahl은 『헌법입안자들이 아무리 현명한 사람들이었다고 하더라도, 그들이 당시로서는 알 수 없는 한계를 뛰어넘을 수 없었다. … James Madison 조차도 미국의 미래를 예측할 수 없었고, 향후 미국과 여타 나라들에서 전개될 민주주의의 경험을 통해서만 알 수 있는 그런 지식을 활용할 수도 없었다. … 헌법제정 회의에 참여한 대표들이 역사적 경험으로부터 얻을 수 있었던 지식이란 기껏해야 주변적인 것들뿐이었다.』라는 설명과 함께, 『당시로서는 예견할 수 없었던 중요한 변화들 가운데 다음 네 가지 역사적 발전에 관한 지식은, 헌법입안자들로서는 당연히 알 수 없었지만, 만약 알았더라면 다른 헌법을 만들었을 것이다』고 주장하고 있다. 열거하는 네 가지는 생략한다. 로버트 달, 박상훈·박수형 옮김, 미국헌법과 민주주의, 개정판(Robert A. Dahl, How Democratic Is American Constitution?, Yale University Press, 2003), 후마니타스, 2016, pp. 19-22.

135) 「의사규칙」을 이용하는 것이 정도라는 것은 「국회법」을 통한 도입이 가지는 부작용

국회의 내부적 사정인 의사에 관한 규칙에 불과하기 때문에 행정부의 간섭을 받지 아니하고 국회의 편의에 따라 제정·개정 내지 폐지할 수 있다는 점에서 훨씬 우월한 기능을 가진다. 그런데도 의사규칙에 관한 사항이 「법」과 대등한 효력을 외관을 가지는 것이 좋다는 흐름으로 「국회법」을 통한 도입을 하는 경우에는 거부권의 행사를 통해 대통령이 개입하는 것이 가능하게 된다. 그리고 대통령의 개입은 역설적으로 국회의 자율성을 해치는 결과를 가져옴으로써 그 후 국회가 제정법상 도입된 가중다수결은 불필요한 제도라고 평가하더라도 대통령이 제도의 유지를 고집하는 한 가중다수결은 개정 내지 폐지가 사실상 봉쇄된다. 제3공화국헌법 이후 「법률」로서, 그리하여 미국상원규칙 Rule XXII와 같은 형식에 그치지 아니하고 그 외의 영역으로 가중다수결제도의 도입이 확산됨으로써 훨씬 빈번하게 부딪칠 수 있는 부작용을 남긴다.¹³⁶⁾ 이러한 부작용은 제헌헌법 제45조 전문에서 의사에 관한 사항에 대해서는 법률, 특히 국회법을 통해 규칙에서 정할 수 있도록 하는 순차적 위임절차를 거치지 아니하고 헌법에서 바로 국회에, 보다 구체적으로 의사규칙에 수권하였던 것으로 해석할 수 있는 근거이기도 하다. 즉, 제헌헌법에서 의사에 관한 사항을 법률에서는 정하도록 규정하지 아니 한 것은 제헌헌법은 국회의 「의사」에 관한 사항을 법률을 통해 통제하는 것을 원하지 아니하였다는 것을 뜻한다. 의사규칙은 법률과는 달리 국회는 임기가 개시되고 새로 구성되면 종전국회와는 절리하여 당연히 새로 운영방법을 정하는 권한을 가진다. 종전국회와 완전히 대등하게 새로

용 때문이다. 「의사규칙」이 법단계적으로 「법」과 대등한 효력을 가지는지 「대통령령」과 같은 수준의 것인지에 대해서는 학설의 대립이 있고 법보다 하위단계라고 보는 것이 다수설이다. 이에 관한 논의는 박찬주, 국회규칙의 성격에 관한 몇 가지 문제, 법학 51권 4호(157호), 서울대학교 법학연구소, 2010, 131-134쪽 참조. 다만 필자는 동위설을 취하고 있다.

136) 박찬주, 국회규칙의 성격에 관한 몇 가지 문제, 각주 135), 1137-138쪽에서 의사에 관한 사항을 「법률」을 통해 행정부가 관여하고 통제하는 것의 위험성과 문제점을 지적한 바 있다.

다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법해석의 당위성

출발한다는 의미에서 의사규칙도 새로 제정하는 것이 원칙적 형태이며, 종전국회가 정한 의사규칙의 이용은 잠정적 조치이다.¹³⁷⁾ 가중다수결에 관한 종전국회의 의사규칙이 부당하다고 판단되면 언제든 「과반수다수결」을 통해 필요한 결정을 할 수 있다.

제3공화국헌법에서 「국회법」에 한정하지 아니하고 개별적 「법률」에서 가중다수결제도를 도입할 수 있도록 바뀐 이후로는 「국회법」에 한정하는 경우에 발생하는 문제점들은 대부분 제거 되었다고 할 수는 있지만, 그로 인해 세계적인 추세나 현황과는 동떨어진 체제를 가지게 됨으로써 자칫 하면 민주적 공동체의 헌법으로서 가져야 할 과반수다수결제도와는 멀어지는 결과를 가져올 위험성이 있다. 이런 점에서 현행헌법 제49조는 가능한 한 축소헌법해석이 요청된다.

다. 가중다수결의 적용대상을 무차별적으로 동일취급을 하는 것의 문제점

현행헌법 제49조 전문에서는 『국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다』고 규정할 뿐, 의결의 대상을 개별화하지는 아니한다. 그로 인해 제49조는 법률안에 대한 의결뿐 아니고 의결이 필요한 모든 사항에 동일하게 적용되는 외관을 지니고 있다. 법률안을 제외한 의안에 대하여 법률을 통해 국회의 가중다수결을 규정하는 예로는 국회법에서의 신속처리안건 지정동의(국회법 제85조의 2, 제2항), 무제한토론을 실시하는 안건에 대한 무제한토론 종결동의(같은 법 제106조의 2, 제6항), 국회의원에 대한 자격심사(같은 법 제142조 제3항), 및 대통령지정기록물에 대한 보호기간내의 공개결의(대통령기록물 관리에 관한 법률 제17조 제4항 제1호) 등이 있다. 헌법 제64조

137) 박찬주, 토론종결과 다수결, 각주 68), 429호, 36쪽 참조.

제1항의 「의사규칙」을 통해 가중정족수를 필요로 하는 비법률적 의안이 존재하는지, 필자로서는 알지 못하고 있다. 설사 그러한 의안이 존재한다고 하더라도 가중다수결에 의한 의결의 효력은 의결에서 정한 내용에 따라 발생하며, 후임국회에 대한 구속력은 정치적 효력에 불과하다. 굳이 효력을 배제하고자 하는 경우에는 새로 결의절차를 밟으면 되며, 법률안에 대한 대통령의 거부권행사와 같은 행정부의 개입은 예상할 수 없다. 이와 달리 법률의 제정은, 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 법리가 당연한 것으로 받아들여지지 아니하는 한, 법률의 제정으로써 직접 후임국회를 구속한다. 즉 법률안을 제외한 그 이외의 의안은 의결의 효력이 의결이 이루어진 국회에 국한하지만 법률안에 관한 의안은 의결이 이루어진 이후의 후임국회에게 미친다는 것으로, 결의의 대상에 따라 효력에 큰 차이가 발생한다. 그러면 그러한 차이의 용인이 헌법 제49조의 진정한 취지인가? Rule XXII 하의 미국에서는 이런 문제가 발생하지 아니한다. Rule XXII는 법률안 자체에 대한 의결을 대상으로 하더라도 의결과정에서 거쳐야 하는 토론종결과 관련될 뿐이기 때문이다. 하물며 Rule XXII와 같은 의사규칙조차 가지지 아니하는, 미국을 제외한 거의 대부분의 나라에서는 발생할 여지가 없는 문제이다.¹³⁸⁾ 미국을 제외한 대부분의 나라에서 개별법률 또는 의사규칙을 통하여 가중다수결제도가 도입되는 길을 차단하고 있기 때문이며, 헌법 이외에 개별법을 통하여 가중다수결을 도입하는 국가에서도 헌법제정이 일천하여 그러한 문제가 제기될 여지가 아직 없었을 것이다. 그렇다면 가중다수결 대상인 의안이 법률안이나 법률안 이외의 것이냐에 따라 후임국회가 구속되느냐의 논의는 사실상 우리 헌법해석에서만 발생하는 고유의 문제이다.¹³⁹⁾ 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』

138) 「European Community Act 1972」가 후임국회를 구속하는 현상은 헌법 차원의 문제이다.

139) “[Supermajority](#)” in Wikipedia, 각주 118)에서도 개별법 단계에서 가중정족수를 규

다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법해석의 당위성

라는 명제가 타당하다면, 헌법 제49조에 대한 축소헌법해석을 통해 명제가 실현되는 방향으로 나아가야 하는 소이이다.

라. 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』 라는 명제의 부당 명제성?

국회선진화법 제정 여부와 관련한 논의가 이루어지던 당시에 『현재의 다수가 미래 국회의 입법권을 헌법이 아닌 법률로서 제약할 수 있느냐?』 라는 주장이 없었던 것은 아니지만,¹⁴⁰⁾ 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』 라는 명제에 대해서 본격적인 논의는 아직 이루어지지 아니하고 있는 실정이다. 선임국회와 후임국회 사이의 권한배분 문제는 소멸한 기관과 현존하는 기관 사이의 분쟁이 되기 때문에 논의의 실익이 없다고 본 때문은 아닌지 알 수 없다. 이러한 태도에는 기관 사이의 권한배분은 「현존하는 양립기관」 사이에서만 제기되는 문제인가 라는 의문이 따른다. 그러나 헌법이 규정하는 국가기관들의 권한은 헌법이 스스로 제한하는 것이 아닌 이상 헌법이 규정하는 완전한 권한을 가져야 한다. 헌법이 보장하는 완전한 권한을 행사하는 국가기관에는 「선임국회」뿐 아니고 「후임국회」도 포함되어야 한다. 이러한 이유로 「선임국회」가 제정한 가중정족수에 관한 법률이 「후임국회」를 구속하여야 한다는 해석론은 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』 라는 반하는 것으로서 선임국회와 헌법상 동등한 권한을 가져야 하는 후임국회의 권한을 침해하기 때문에 헌법적 문제가 따른다.

고전적 사회계약론에서 각 세대의 독립성으로 아버지가 체결한 사회계약

정하는 국가의 예로 우리나라의 국회선진화법을 들고 있을 뿐이다. 그 외의 국가는 헌법적 차원에서의 가중정족수제도만 소개하고 있다.

140) “빈대 잡겠다고 집 태우는 ‘뭍싸움 방지법’”, 한겨레신문 2012. 04. 19.자; 동국대학교 정치외교학과 김준석 교수의 기고, 및 같은 내용의 보도 참조. 국회선진화법 논의과정에서 언론에 보도된 비판론에 대해서는 박찬주, 토론종결과 다수결, 각주 68), 429호, 38쪽 참조.

이 아들을 구속하지 못한다고 보고 있으며 선대세대의 의사결정은 후세대와 사이에 「세대 간의 정의」 차원에서 「공정한 저축원칙」을 따라야 한다는 것, 「의무이론」에 의하더라도 후임국회는 가중다수결결의에 의해 현실적으로 존재하는 피해자에 해당하므로 선임국회는 후임국회를 해치는 가중다수결제도를 도입해서는 아니 된다는 것, Carl Schmitt가 주장하듯 가중다수결에서의 가중다수는 과반수다수를 넘기만 하면 되기 때문에 적절한 수치를 정할 수 없으며 자의적으로 결정된다는 것 등을 고려하면, 설사 가중다수결제도가 합헌적이라는 입장을 따르더라도 그 합헌성의 전제는 가중다수결의 구속력은 도입한 국회의 임기 내로 한정된다고 보아야 한다.¹⁴¹⁾

남는 문제로서 이러한 것들이 있다. 첫째로, 국회선진화법이 현실적으로 헌법재판소에서 위헌결정 되지 아니한 상태에서 어떻게 국회선진화법이 규정하는 절차를 무력화시킬 수 있느냐의 점이다. 개인들은 국회선진화법으로 인해 가중다수결제도가 도입되지 아니하였더라면 향유하였을 수 있는 수혜가 거부된다고 하더라도 그러한 이익은 「순전히 가능성뿐인(merely possible)」 것이라는 논리로 헌법소원의 제기가 불가능한 경우가 많을 것이다.¹⁴²⁾ 따라서 최선의 방법은 과반수다수를 넘지만 국회선진화법에서 요구하는 가중다수결에 미달하는 의원들이 가중다수결에 미달됨에도 불구하고 특정법률안이 가결되었음을 선언하고 그 법률안을 대통령에게 이송하고 대통령이 가중다수결에 미달됨을 이유로 재의를 요구하는 경우에 국회가 대통령을 상대로 의회내부절차에 대한 개입을 내세워 헌법재판소에 권한쟁의 심판청구를 하는 길을 모색하여야 한다. 둘째로, 우리 헌법 하에서 아직은 시도된 바가 없지만, 특정 가중다수결제도에 대해 이를 폐지하는데 있어서도 일정한 가중다수결을 요구하는 경우이다. 그러한 도입 자체가 가중다수결이 아닌 과반수다수결에 의하였을 것임은 당연하기 때문에, 「도입」과 「

141) 각주 102) 내지 각주 105)의 본문 참조.

142) 각주 67)의 이하의 각주 및 그에 대한 본문 참조.

폐지』 사이에 심한 불균형이 존재한다. 이 경우에는 그러한 제도를 도입한 국회의 임기 내에도 그 도입을 반대하는 의원들이 의회나 과반수다수의원들을 상대로 하는 권한쟁의심판청구의 길을 모색할 수 있다고 보아야 한다. 우리나라는 미국상원규칙 Rule XXII과는 달리 순수한 국회 내부에서 적용되는 의사규칙의 성질을 가지기 보다는 법률의 형식을 띄고 있고, 그리하여 대통령의 거부권행사가 예상되지만, 이 경우에는 대통령을 상대로 권한쟁의심판청구를 하여야 할 것이다. 필자는 『위헌성이 제거된 상태에서 위헌선언의 책임을 수행하여야 하는데도 가중다수결의 요구로 위헌선언에 장애가 발생하는 경우』와 관련하여 축소헌법해석의 필요성을 논의하였는데,¹⁴³⁾ 거기서의 논리는 이 문제와 관련하여서도 동일하게 취급되어야 한다. 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 명제가 당연한 법리라고 할 때, 그 당연성에도 불구하고 위헌성을 제거하기 위해 헌법재판소에서 6인이라는 가중다수결을 요구받는 것은 유신헌법 하에서 법률 제 2222호로 개정되기 전의 구 법원조직법 제59조 제1항의 위헌선언에서 부딪혔던 모순된 과정을 거치도록 하는 것이 되고, 가중다수결요건을 충족하지 못하여 기각되어버리는 어처구니없는 현실이 발생하지 않으리라는 보장은 없다.

V. 맺는 말

제헌헌법 이후 수차례 헌법개정이 있었고 현행헌법과 같은 규정형식으로 변경된 지 벌써 오래이다. 그리고 가중다수결 규정이나 국회의 자율적인 의사규칙의 제정에 관한 헌법규정들은 지극히 사소한 주변적 규정들로 취급되는 것이 현실이다. 제헌헌법 제정당시에 어느 정도로 수요가 있을 것

143) 각주 114)의 이하의 각주 및 그에 대한 본문 참조.

인지 예측되지 아니한 상황에서 도입된 가중다수결제도가 권력구조나 국가 정책, 중요한 기본권에 관한 규정들과 함께 발의되어 이루어지는 헌법개정에 있어서 장식용으로 계속 존치된 것이든, 예상치 못할 가중다수결을 요구하는 사정들이 발생할 수 있다는 사정들을 고려하여 선의로 존치하게된 것이든, 그러한 존치가 우리 헌법제정권력 내지 「우리 인민(We the People)」이 적극적으로 수용한 것으로 해석해서는 아니 된다. 가중다수결제도의 도입이 선의에서 시작되었다면 그러한 선의는 심리적 의제에 해당하는데, 인간의 행위이건 제도의 도입이건 선의에는 부작용이 따른다. 가중다수결에서 나타나는 부작용은 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 헌법정신에 대한 파괴로 나타난다. 제헌헌법 당시의 헌법제정권력 또는 「우리 인민」이 예상하지 못하였던 파괴일 수 있다. 예상하지 못하였던 부작용이 헌법정신의 파괴라면 부작용을 제거하기 위한 해석론이 요청되는 것은 당연하다. 여기에서 헌법 제49조에서의 「법률의 특별한 규정」은 가중다수결제도를 도입한 선임국회의 임기 동안만 효력을 가지는 규정으로 해석하는 것이 정도라는 결론이 도출된다.

[국문초록]

사회계약이론은 만장일치제, 과반수다수결원칙 및 가중다수결제도에 대한 논의의 단초를 제공하고 있다. 이 글에서의 주된 논의는 가중다수결제도에 대한 축소헌법해석의 당위성이다. 축소해석헌법을 하지 아니하는 경우에는 가중다수결제도는 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』라는 명제와 충돌할 수밖에 없다. 총선거를 통하여 새로 구성되는 국회는 임기 내에는 헌법상의 온전한 권한을 가지며 선임국회가 침해할 수 없다.

제정법을 통한 가중다수결제도의 도입을 허용하는 국가는 사실상 우리나라가 유일하다. 가중다수결 근거규정인 헌법 제49조 전문에서는 의결의 대상인 의안을 「법률안」에 국한하지 아니하고 각종 「결의안」을 포함하고 있다. 「법률안」을 제외한 결의안들은 결의의 효력이 결의국회의 계승자인 후임국회에게 미치는 효력은 간접적이다. 후임국회가 결의의 효력을 받아들이고 싶지 아니하는 경우에는 이를 무시하면 되며 반드시 반대결의를 할 필요도 없다. 결의의 효력은 결의를 한 국회에만 미친다. 「법률안」이라고 하더라도 가중다수결과 무관한 경우에는 후임국회에서 통상적인 입법절차에 따라 폐지하면 되기 때문에 구속력을 논할 필요가 없다. 그러나 가중다수결과 관련된 「법률」의 경우에는 「축소헌법해석」을 하여 위헌성을 제거하지 아니하는 한 구속력이 후임국회에도 미친다. 헌법에서 제정법을 통한 가중다수결제도의 도입을 규정하지 아니하는 나라에서는 이런 문제가 발생하지 아니한다. 제정법상의 가중다수결규정의 폐지에 가중다수결을 필요로 한다고 규정하든 아니하든 후임국회는 과반수다수결로 가중다수결규정을 폐지할 수 있고, 대통령의 거부권행사의 대상이 되어서도 아니 된다.

주제어

사회계약, 무지의 베일, 만장일치, 과반수다수결원칙, 가중다수결, 황금률, 『의회는 자신의 계승자를 구속하지 못한다』

[Abstract]

The social contract theories provide the clues about the decision-making forms such as unanimity, bare majority and qualified majority. The main discussion of this essay is about the unavoidability of constitutional restrictive interpretation of the ground provision on qualified majority *i.e.*, the Article 49 of the Constitution. Without such restrictive interpretation, the qualified majority system inevitably collides with the proposition of 「Parliament cannot bind its successors」. The National Assembly constituted through the general election enjoys the full and intact powers conferred by the Constitution. Such powers cannot be violated even by the prior Assembly.

The Article 49 is the ground provision on the qualified majority. Korea is an almost unique country admitting the introduction of qualified majority through the statute laws. Furthermore, the bills scheduled for voting are not confined to the statute bills. A lot of non-statute bills are submitted making use of the said Article. The effect of the predecessor Assembly's resolution on the non-statute bills has presumably indirect force on the successor Assemblies. If the successor Assemblies do not wish to accommodate the force of the predecessor Assembly's resolution, they can neglect the force even without adopting opposing resolutions. In this meaning, the force of any resolution reaches only to the end of the Assembly of the day. With the statute bills unrelated to qualified majority, no reference is necessary to the binding force, as the successor Assemblies can amend or repeal the qualified-majority-related bills in accordance with the majority rule. Nevertheless, the binding force of the statute laws concerning qualified

다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법해석의 당위성

majority influences on the successor Assemblies, if we cannot root out the unconstitutionality through restrictive interpretation. Such problem does not arise in the countries the constitutions of which do not admit the introduction of qualified majority. With this construction, even where qualified majority is prescribed by the prior Assembly as necessary for repealing the qualified majority provision, successor Assemblies can repeal by the bare majority. And such repeal should not be the subject of presidential veto.

Key words

social contract, veil of ignorance, unanimity, principle of majority rule, qualified majority, golden rule, 「Parliament cannot bind its successors」

참고문헌

[국내문헌]

- 국회도서관, 세계의 헌법 - 40개국 헌법 전문 I & II, 제3판, 국회도서관, 2018. 주 124).
- 김영천, 의회의 자율권에 관한 비교법적 연구, 박사학위청구논문, 고려대학교 대학원, 1991. 주 133).
- 김증한, 김학동 증보, 채권각론 제7판, 박영사, 2006. 주 13).
- 로버트 달, 박상훈·박수형 옮김, 미국헌법과 민주주의, 개정판, 후마니타스, 2016. 주 134).
- 박준서(편집대표), 주석민법 [총칙(1)], 한국사법행정학회, 1999. 주 14).
- 박찬주, 국회규칙의 성격에 관한 몇 가지 문제, 법학 51권 4호(157호), 서울대학교 법학연구소, 2010. 주 135).
- 박찬주, 대통령긴급조치와 위헌선언, 인권과 정의 421호, 대한변호사협회, 2011. 주 113).
- 박찬주, 대통령불소추특권에 관한 몇 가지 문제, 법조 통권 639권, 법조협회, 2009. 주 117).
- 박찬주, 정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성, 헌법논총 제27집, 헌법재판소, 2016. 주 116).
- 박찬주, 토론종결과 다수결, 인권과 정의 428호, 대한변호사회, 2012; 인권과 정의 429호, 대한변호사회, 2012. 주 68).
- 이장희, 민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의 - 심의 민주주의의 관계를 중심으로, 헌법논총 29집, 헌법재판소, 2018. 주 12).
- 장동익, 롤즈 『정의론』, 토픽맵에 기초한, 철학 고전 텍스트들의 체계적 분석 연구와 디지털 철학 지식지도 구축, 서울대학교 철학사상연구소, 2005. 주 20).
- 카를 슈미트, 김도균 옮김, 합법성과 정당성, 세계사상의 고전 033, 도서출판 길, 2015. 주 101).

다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법해석의 당위성

- 한국헌법학회, 헌법주석서 III(국회·정부에 관한 장), 법제처, 2010. 주 1).
- 한수웅, 국회의 법적 성격과 국회법 위반의 효과, 중앙법학, 중앙법학회, 2009. 주 133).
- 홍성우, 존 롤즈의 『정의론』 읽기, 세창명저산책 031, 세창미디어, 2015. 주 19).
- 伊藤博文, 『憲法義解』의現代語訳(Hisashi). 각주 212).
- [네이버 지식백과] 「가중다수결(qualified majority)」. 주 1).
- [네이버 지식백과] 대한민국헌법의 제정. 주 122).
- “빈대 잡겠다고 집 태우는 ‘몸싸움 방지법’”, 한겨레신문 2012. 04. 19.자. 주 140).
- “토마지우스의 법철학”. 주 42).

[국외문헌]

- A. V. Dicey, Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution (1 ed.). London: Macmillan, 1885. n. 77).
- Akhil Reed Amar, America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By, 2012. n. 38).
- Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique I, 1 ed., Paris: Librairie de Charles Gosselin: Alexis de Tocqueville. n. 54).
- Andrew Altman and Christopher Heath Wellman, A Liberal Theory of International Justice, Oxford, 2009. n. 40).
- Brett W. King, Deconstructing Gorden and Contingent Legislative Authority: The Constitutionality of Supermajority Rules, The University of Chicago Lawschool Roundtable, Vol. 6 Issue 1, (1999). n. 45).
- Dan T. Coenen, The Original Case against Congressional Supermajority Voting Rules, Northwestern University Law Review, Vol. 106, No. 3. n. 99).
- Eric Engle, The Social Contract: A Basic Contradiction in Western Liberal Democracy, SSRN, 2008. n. 4).
- Fred D'Agostino, Original Position, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2003. n. 18).

- Gregory S. Kavka, *The Paradox of Future Individuals*, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 11 no. 2, 1982. n. 65).
- Hannah Arendt, *On Revolution*, Viking, 1963. n. 37).
- Hansard. *Parliament-Business of the House-The New Rules of Procedure-The First Resolution (Putting the Question)*. HC Deb vol 266 cc1124-95. Retrieved 23 February 2016. n. 132).
- James Madison, *Objection That The Number of Members Will Not Be Augmented as the Progress of Population Demands Considered*, *Federalist No. 58*, 1788. n. 100).
- Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754. n. 24).
- Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social; ou Principes du droit politique*, 1762. n. 8).
- Jeremy Waldron, *Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?*, *The Yale Law Journal*, vol. 123 no. 6, 2014. n. 37).
- Jeremy Waldron, *The Rule of Law*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016. n. 83).
- John C. Roberts and Erwin Chemerinsky, *Entrenchment of Ordinary Legislation: A Reply to Professors Posner and Vermeule*, *California Law Review* vol. 91, 2003, n. 107).
- John Locke, *Two Treatises of Government. Book II(= Second Treatise of Government)*, 1690. n. 16).
- John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, *Supermajority Rules as a Constitutional Solution*, *40 William & Mary Law Review*, vol. 40 Issue 2, 1999. n. 58).
- John O. McGuinnis & Michael B. Rappaport, *The Constitutionality of Legislative Supermajority Requirements: A Defense*, *Yale Law Journal*, Vol. 105 Issue 2, 1995. n. 103).

- John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, The rights of legislators and the wrongs of interpretation: A Further defense of the constitutionality of legislative supermajority rules, 47 Duke Law Journal 327, 1997. n. 96).
- Law Wales, The tension between the supremacy of EU law and Parliament's continuing sovereignty, 2016. n. 75).
- Li-ann Thio, Lex Rex or Rex Lex? Competing Conceptions of the Rule of Law in Singapore, UCLA Pacific Basin Law Journal, 20 (1), 2002. n. 83).
- Lukas Meyer, Intergenerational Justice, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015. n. 59).
- Michael Bauermann, Majority without Morality? - why democratic decisions demand ethical principles. n. 55).
- Pavel Stroilov, An analysis of the legal aspects of the UK's withdrawal from European Union under English Constitutional law and EU law, Brexit Report No 2, Gerard Batten MEP/EFDD Group, 2017. n. 72).
- R. Elliot, Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values, Osgoode Hall L. J. 29, No. 2, 1991 n. 87).
- Thomas Hobbes, Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil, 1651(라틴어판); 1658(영문판). n. 4).
- Vernon Bogdanor, Would tougher voting rules have changed the Brexit result?, Support The Guardian, 2017. n. 90).
- Vikram David Amar, Can the Senate Bind Itself So that Only a Supermajority Can Change Its Rules? A Key Issue in the Controversial Filibuster Debate, FindLaw for Legal Professional, 2013. n. 85).
- W. I. Jennings, The Law and The Constitution, 4th ed., London: University of London Press, 1952,. n. 88).
- William Blackstone, Together with additional notes and references by A Gentleman of the New-York Bar, Commentaries upon the Laws of England, Book I, E. Duyckinck *et al.* n. 71).

- “Cloture” in Wikipedia. n. 132).
- “Dr. Bonham’s Case” in Wikipedia. n. 80).
- “Fair pie-cuttning” in Wikipedia. n. 40).
- “Golden Rule” in Wikipedia. n. 41).
- “Judicial review in English law” in Wikipedia. n. 79).
- “Majority” in Wikipedia. n. 2).
- “Parliament Sovereignty” in Wikipedia. n. 87).
- “Parliament Sovereignty in the United Kingdom” in Wikipedia. n. 78).
- “*R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*” in Wikipedia. n. 76).
- “Rule of law doctrine in Singapore” in Wikipedia. n. 83).
- “Status in various jurisdictions” in Wikipedia. n. 81).
- “Supermajority” in Wikipedia. n. 118).

憲法論叢 收錄 論文索引

第 1 輯(1990年)

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 宋	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊 精 一	83
過剩禁止의 原則 - 特히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁 三 承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 鍾 彬	159
스페인 憲法의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判所制度와 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹 眞 秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李 石 淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第 2 輯(1991年)

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 宋	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135

憲法論叢 第30輯(2019)

論 題	筆 者	收錄面數
社會的 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟的 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審査의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 - 우리 制度와의 比較를 中心으로 -	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 - 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가? -	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法吏	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯 性」의 判斷基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

第 3 輯(1992年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(III)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

論 題	筆 者	收錄面數
憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令 · 規則에 대한 違 憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李 明 雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李 郁 漢	445

第 4 輯(1993年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	韓 炳 宗	7
判斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂 禧 悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃 道 洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金 顯 哲	265
法律의 해석 · 적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李 明 雄	321
憲法上的 財產權 概念과 正當補償의 內容	崔 在 健	369
시청자의 법적 지위와 권리	金 鍾 書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅 仁 均	485

第 5 輯(1994年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金 容 均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐 元 宇	99

憲法論叢 第30輯(2019)

論 題	筆 者	收錄面數
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裒 俊 相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓 相 範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭 宗 燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴 洪 佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜 潤 遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛 奉 起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅 仁 均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金 鍾 書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳 虎 澤	537

第 6 輯(1995年)

論 題	筆 者	收錄面數
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘 秉 朔	5
環境權考	金 哲 洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李 康 懾	121
憲法學論 및 憲法學 教育	崔 大 權	153
原處분에 대한 憲法訴願	黃 道 洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁 泰 鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金 顯 哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛 奉 起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅 仁 均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓 秀 雄	481

第 7 輯(1996年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判과 新當事者主義	徐 元 宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席安全띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金 柱 賢	25
行政指導와 憲法訴願	李 景 民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃 道 洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜 潤 遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法の 獨自性	丁 泰 鎬	255
獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 強度	方 勝 柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法義務	辛 奉 起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔 甲 先	385

第 8 輯(1997年)

論 題	筆 者	收錄面數
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金 哲 洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權 寧 星	43
憲法上 宗教의 自由	桂 禧 悅	61
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -	金 善 擇	77
裁判의 前提性에 관한 考察	金 柱 賢	105
憲法裁判의 限界 및 審査基準 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 中心으로 -	韓 秀 雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 評決방식을 기초로 -	崔 甲 先	243

憲法論叢 第30輯(2019)

論 題	筆 者	收錄面數
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

第 9 輯(1998年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	211
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權 - 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론 -	張 哲 朝	431
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

第 10 輯(1999年)

論 題	筆 者	收錄面數
集會의 自由-集團的 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129

論 題	筆 者	收錄面數
相續制度的 憲法的 根據	尹 眞 秀	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究	黃 道 洙	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題	李 明 雄	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否	韓 秀 雄	283
憲法 제27조의 裁判請求權	韓 秀 雄	339
自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準	崔 甲 先	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 產權保障 - 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	431

(註) 「헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부(* 필자: 한수웅)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제 10집에 게재됨.

第 11 輯(2000年)

論 題	筆 者	收錄面數
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性的 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禮悅)	481

第 12 輯(2001年)

論 題	筆 者	收錄面數
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由	金 善 擇	229
選舉와 法治 그리고 美國民主主義	裴 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

第 13 輯(2002年)

論 題	筆 者	收錄面數
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 국교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넨(Brennan)의 헌법관 - 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -	成 鮮 濟	443
憲法 第8條(政黨條項)의 兩面性	李 明 雄	471
1人1票 國會議員選舉制度의 違憲性 - 현재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -	鄭 然 宙	513
自由權의 基本權의 “制限”에 관한 考察 - 이른바 사실상의 기본권제약을 중심으로 -	丁 泰 鎬	561

論 題	筆 者	收錄面數
憲法上の 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌 법 제17조의 私生活 의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

第 14 輯(2003年)

論 題	筆 者	收錄面數
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 觀點 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杓	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단 에의 그 응용 -	丁 泰 鎬	401
憲法 第36條 第1項에 의한 婚姻과 家族生活의 保障	崔 甲 先	497
規範統制決定의 既判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

第 15 輯(2004年)

論 題	筆 者	收錄面數
경제활동과 표현의 자유	朴 容 相	5
環境憲法の 바람직한 규정형태	高 文 炫	107
憲法慣習의 法規範性에 대한 考察	金 昇 大	133
刑事司法制度에 관한 우리나라와 美國의 憲法 등에 대한 比較法的 檢討 - 美國의 憲法이 우리 刑事司法制度에 미친 영향 등을 중심으로 -	金 時 徹	177
補償規定 없는 財産權制約法律에 대한憲法的 審査	金 顯 哲	271
搜查上 電子通信資料의 取得에 關한 憲法的 問題	吳 奇 斗	347
憲法·家族法·傳統	尹 眞 秀	411
미연방대법원의 국가행위심사기준 중 긴밀 관련성 (Close Nexus) 이론에 관한 고찰	李 魯 弘	471
비례의 원칙의 2단계 심사론	李 明 雄	509
헌법 제5조 제1항 ‘침략적 전쟁 부인’의 의미	全 種 杓	545
公權力 行使 및 根據法律에 대한 憲法訴願審判 併合請求의 問題點 - 憲裁 1997. 1. 16. 宣告 90헌마110·136 決定 評釋 -	鄭 求 桓	581
사립학교법상 기간임용제의 헌법적 문제 - 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 구 사립학교법 제53조의 2 제3항 위헌소원 사건을 중심으로 -	鄭 然 宙	629
위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로 -	池 成 洙	665
소급입법 과세금지원칙	崔 甲 先	705
정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) - 정치공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단 -	Sean Christopher Hayes	753

第 16 輯(2005年)

論 題	筆 者	收錄面數
언론의 자유와 공정한 재판	朴 容 相	5
출생전 인간생명의 헌법적 보호	金 善 擇	145
위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의	金 時 徹	181
憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察	金 顯 哲	255
사인에 대한 헌법적용문제에 대한 고찰 - 미국의 논의를 중심으로 -	李 魯 弘	315
Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점	李 明 雄	351
재산권의 보호영역	全 鍾 杓	399
憲法訴願의 對象으로서 소위 法令補充的 行政規則	鄭 南 哲	445
정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질	丁 泰 鎬	479
행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여	河 明 鎬	549
國家經濟政策의 憲法的 根據와 限界 - 헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로 -	韓 秀 雄	631

第 17 輯(2006年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권	李 永 模	5
憲法解釋에 관한 決定理由와 先例拘束의 原則	金 時 徹	35
개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 된 보충성(補充性) 요건 - 오스트리아의 헌법재판제도 -	金 又 洙	97
法令에 대한 憲法訴願의 直接性 要件	金 顯 哲	167
상업광고 규제의 합헌성 심사기준 - 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -	盧 熙 範	207
수용자의 기본권 제한	李 明 雄	255

論 題	筆 者	收錄面數
기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도	李 承 桓	299
私人을 위한 公用收用の 違憲性判斷	鄭 南 哲	373
위헌결정의 기속력 - 이른바 반복입법의 허용문제를 중심으로 -	鄭 然 宙	403
인간생체정보의 이용의 헌법적 한계에 관한 고찰	丁 泰 鎬	431
직업공무원제도와 공무원임권과의 관계 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -	池 成 洙	501

第 18 輯(2007年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所決定의 效力과 넓은 의미의 具體的 規範統制의 法的 性格 - 先例拘束의 原則의 적용 및 本案的 規範統制와 附隨的 規範統制에 대한 비교·검토를 중심으로 -	金 時 徹	5
헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자	金 顯 哲	95
기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -	盧 熙 範	139
권한쟁의심판제도의 문제점	明 載 眞	165
위헌결정의 효력발생시기 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 ‘결정이 있는 날로부터’에 대한 해석론을 중심으로 -	史 奉 官	203
민주주의와 헌법재판 - 헌법재판의 정당성 문제 -	李 明 雄	243
한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여	李 俊 相	273
광고의 규제와 표현의 자유	韓 渭 洙	341

第 19 輯(2008年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판과 입법	許 營	9
헌법재판소와 대법원의 관계 - 비교법적 검토 -	金 哲 洙	53
韓國 憲法裁判 및 憲法裁判所의 改革	鄭 宗 燮	91
憲法裁判과 行政法	洪 準 亨	129
민주주의와 법치주의-헌법재판의 정치학	崔 大 權	177
헌법재판과 남북한 통일	金 昇 大	225
간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관	金 日 秀	263
규범통제제도의 형성과 발전 - 규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로 -	韓 秀 雄	315
헌법소원제도의 형성과 발전	黃 道 洙	373
권한쟁의심판의 발전과 과제	金 河 烈	415
헌법상 인격권의 보장체계와 보호법익 - 헌법재판소판례를 중심으로 -	金 善 擇	489
평등권의 보장과 발전	成 基 鏞	525
財産權의 保障과 限界 - 憲法裁判所判例에 대한 評價를 중심으로 -	金 文 顯	563
신문법 및 언론피해구제법에 관한 헌재결정 - 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 신문법 등 위헌확인 사건 -	朴 容 相	599
선거권 및 피선거권의 보장과 발전	丁 泰 鎬	685
사회적 기본권과 헌법재판	全 光 錫	741
조세법과 헌법재판	金 性 洙	773
<外國論文> 재판소원의 저주와 축복	Otto Depenheuer	819
한국과 프랑스의 헌법재판소에 관한 비교 검토	Thierry Rambaud	859

第 20 輯(2009年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가의 중립성 원칙과 정부언론	朴 容 相	5
인터넷상 表現의 自由와 사이버 侮辱罪	金 顯 哲	205
헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심쟁점의 부조화 분석	南 福 鉉	243
IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구	明 載 眞	287
부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -	李 垚 根	321
헌법불합치결정의 사유 및 효력	李 明 雄	369
헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로-	全 光 錫	407
韓國憲政史에서 憲法訴願制度의 出現과 制度化	鄭 宗 燮	433
과잉금지원칙의 제문제	黃 致 連	463

第 21 輯(2010年)

論 題	筆 者	收錄面數
민사절차상의 재판을 받을 권리	李 時 潤	5
헌법상 사전검열금지의 원칙	朴 容 相	75
안전 관념의 변천이 기본권에 미친 영향	金 敏 培	251
電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜查權	吳 奇 斗	289
의료분야 헌법판례의 분석	李 明 雄	399
표현의 자유와 민사책임 - 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향 -	李 鍾 根	445
지역통합과 역대사법기구에 대한 전망	李 鎬 善	491
실질과세원칙의 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 -	曹 瑛 植	525

第 22 輯(2011年)

論 題	筆 者	收錄面數
독점금지법상 제약강제의 헌법적합성 - 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -	李 奉 儀	5
미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화 - 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -	李 相 莖	45
헌법상 평생교육의 개념 정의(定義)	李 濬 熙	83
빈곤사회와 생존권 논쟁 - 일본의 학설과 판례를 중심으로 -	金 敏 培	129
친권포기각서의 위헌성	李 準 一	177
미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차 - Writ of certiorari 제도를 중심으로 -	金 珍 漢	207
미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정	李 明 雄	249
프랑스 헌법재판소 결정의 효력 - 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -	金 慧 眞	311
헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무	許 完 重	357
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 - 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -	韓 秀 雄	447

第 23 輯(2012年)

論 題	筆 者	收錄面數
학문의 자유와 대학의 자치 - 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -	李 準 一	5
미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점 - Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) -	李 明 雄	49

憲法論叢 第30輯(2019)

論 題	筆 者	收錄面數
야간옥외집회금지 조항의 허가제성 - 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청 사건에 대한 분석 -	鄭 柱 白	93
선거구 획정과 평등선거 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -	金 敏 培	135
학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시 - 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -	李 鍾 根	189
현행 의료법의 문제점	金 慶 濟	229
헌법불합치결정과 입법시한	池 成 洙	275
행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성	鄭 光 賢	315
헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기	朴 燦 柱	353

第 24 輯(2013年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가기능으로서의 '집행개념'에 관한 소고	桂 禧 悅	5
헌법개정에 대한 위헌심사	李 煌 熙	45
헌법의 실종과 헌법을 만드는 미국의 사법부	文 光 三	105
평등권의 심사 기준 - 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격을 중심으로 -	鄭 柱 白	185
미연방헌법 수정 제1조와 정부언론의 법리	李 鍾 根	225
헌법재판소의 사회적 기본권에 대한 심사방법과 심사기준	池 成 洙	271
명령·규칙에 대한 헌법불합치결정	許 完 重	311
위치추적 전자감시제도의 소급적용에 대한 비판적 고찰	朴 贊 傑	347
憲法裁判所の 判例가 行政法에 미친 影響에 관한 小考	金 重 權	393

第 25 輯(2014年)

論 題	筆 者	收錄面數
기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계	許 完 重	5
방송의 자유의 주체	金 顯 龜	65
종교조항과 위헌심사의 기준	金 敏 培	129
原電閉鎖와 財産權保護 - 독일 원자력법 제13차 개정 법률의 위헌성 여부를 중심으로 -	鄭 南 哲	205
동성결혼의 헌법적 문제	李 鍾 根	241
이산가족의 ‘가족에 관한 권리’	李 準	289
한국 헌법재판소의 역할과 기능 재조명 - 소수자 보호를 중심으로 -	郭 沅 錫	327
헌법재판의 정치화에 대한 이론적 검토 - 미국 연방대법원의 경우 -	李 明 雄	371
위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰	韓 秀 雄	409

第 26輯(2015年)

論 題	筆 者	收錄面數
통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -	崔 恩 碩	5
주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위	朴 燦 柱	67
성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 관례에 대한 헌법적 고찰	李 熙 勳	173
평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점	韓 秀 雄	241
법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견(管見)	鄭 柱 白	299

憲法論叢 第30輯(2019)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판소 결정의 효력 -기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로-	鄭 鎬 庚	345
유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토	朴 眞 完	381

第 27輯(2016年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국에 있어 ‘살아있는 헌법’ 논의에 관한 소고	金 文 顯	5
헌법해석과 원의주의의 쟁점	金 敏 培	61
아리스토텔레스 정식 비판	鄭 柱 白	141
알 권리의 법적 성격과 내용	金 培 元	183
정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성	朴 燦 柱	245
브라질의 헌법재판에 관한 연구	盧 昊 昶	359

第 28輯(2017年)

論 題	筆 者	收錄面數
법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론	金 鍾 昊	5
기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구	盧 昊 昶	111
독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의	金 重 權	193
문화재보호와 재산권보장에 관한 소고	鄭 南 哲	253
세계헌법 제정에 관한 고찰	趙 柄 倫	301
이탈리아의 헌법과 헌법재판제도	金 東 鏞	379

第 29輯(2018年)

論 題	筆 者	收錄面數
<특별기고논문> 헌법재판소의 도전(挑戰)과 과제(課題)	李 康 國	9

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판과 헌법실현 -제도와 운영의 성찰-	許 營	39
양성평등에 관한 위헌심사기준	金 文 顯	89
사회적 기본권 이론의 형성과 전개 -인간다운 생활을 할 권리를 중심으로-	全 光 錫	143
기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論)	金 河 烈	217
국회법의 헌법적 지침과 한계	韓 秀 雄	289
정치적 사법화와 헌법재판소의 역할 -주요 사건에 대한 분석을 중심으로-	尹 榮 美	357
<공모논문>		
헌법재판 30년 - 헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?	金 性 洙	401
민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의 - 심의민주주의의 관계를 중심으로	李 章 熙	447
자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무	申 弦 錫	493
헌법재판소 결정의 법률요건적 효력	許 完 重	547

版 權
所 有

憲法論叢 (第30輯)

2019年 11月 28日 印刷

2019年 11月 30日 發行

發行處：憲法裁判所

주 소：서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화：(代) 708-3456

인 쇄：성문인쇄사 02)2272-7553

(非賣品)