

발간등록번호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

헌법논총

제 33 집



헌법재판소

「헌법논총」은 헌법재판소가 공모하여 선정한 논문 및 내부직원의 연구논문 등을 수록한 논문집으로서, 게재된 논문은 저자 개인의 견해임을 알려드립니다.

목 차

1. 과밀수용 판단의 법적 근거와 기준	李準一	7
2. 모욕과 표현의 자유	韓渭洙	57
3. 공용수용에 있어 공공필요의 검증과 헌법재판 ...	鄭基相	135
4. 프랑스에서 권력분립원칙과 헌법재판	田鶴善	193
5. 탄핵심판의 당사자	鄭柱白	249
6. 종교예식관련 코로나19 감염증 방역조치에 대한 미연방대법원 재판 동향	張惠珍	291
7. 블록체인 기술 및 블록체인 관련 미국의 규제 개관	宋昌盛	349
 〈부 록〉		
헌법논총 수록 논문색인		425
헌법논총 제33집 공모 안내문		445

과밀수용 판단의 법적 근거와 기준*

Legal Ground and Criteria for Judgment of Overcrowding

李 準 一(Yi, Zoonil)

고려대학교 법학전문대학원 교수

－ 목 차 －

I. 개념과 현황 및 문제제기	9
II. 유럽인권재판소의 입장	15
1. 법적 근거	15
2. 판단기준	16
3. 평가	23
III. 유엔 및 유럽 고문방지위원회의 입장	26
1. 유엔 및 유럽의 고문방지협약	26
2. 유엔 및 유럽 고문방지위원회의 판단기준	28
3. 평가	31
IV. 헌법재판소의 입장	32
1. 헌법적 근거 및 판단기준	32
2. 평가	34

* 이 논문은 헌법논총 제33집 일반주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주).

헌법논총 제33집(2022)

가. 과밀수용으로 인한 기본권침해 여부 판단의 헌법적 근거	34
나. 인간의 존엄과 가치에 관한 권리의 법적 성격	37
다. 심사기준	39
라. 법원의 손해배상판결과 헌법소원	41
V. 맺음말	48
* 국문초록 및 주제어	51
* 영문초록 및 주제어	52
* 참고문헌	54

I. 개념과 현황 및 문제제기

과밀수용(overcrowding/overincarceration)의 문제는 구금이든 보호든 치료든 어떠한 목적으로든 사람을 수용하는 모든 ‘수용시설(accommodation facilities)’에서 발생할 수 있다.¹⁾ 수용시설이라는 용어 대신에 「국가인권위원회법」은 ‘구금·보호시설’이라는 용어를 사용하고 있다(같은 법 제2조 제2호). 이러한 구금·보호시설에는 ① 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소,²⁾ 보호감호소,³⁾ 치료감호시설,⁴⁾ 소년원 및 소년분류심사원,⁵⁾ ② 경찰

- 1) 유엔 「고문방지협약 선택의정서」(2002) 제4조는 “자유박탈(deprivation of liberty)”이라는 표현을 사용하면서 이 표현은 “사법기관, 행정기관 또는 그 밖의 기관의 명령으로 자신의 의지에 따라 떠나는 것이 허용되지 않는 공적 또는 사적 수용시설(custodial settings)에 사람을 어떠한 형태로든 구금(detention), 수감(imprisonment) 또는 유치(placement)하는 행위”를 뜻한다고 정의함으로써 가혹한 처우에 해당하는 과밀수용이 자유가 박탈되는 모든 수용시설에서 발생할 수 있는 문제임을 확인하고 있다.
- 2) 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」은 ‘구분수용원칙’에 따라 19세 이상의 수형자는 ‘교도소’, 19세 미만의 수형자는 ‘소년교도소’, 미결수용자는 ‘구치소’에 수용하도록 규정하고 있다(같은 법 제11조 제1항).
- 3) ‘보호감호’는 2005년 8월 4일 폐지된 「사회보호법」에 따른 ‘보호처분’의 하나로 이러한 보호처분에는 ‘치료감호’와 ‘보호관찰’도 포함된다. 현재 보호감호제도는 폐지되었고, 치료감호는 「치료감호 등에 관한 법률」에 의하여, 보호관찰은 「보호관찰 등에 관한 법률」에 의하여 규율되고 있다.
- 4) 심신장애 상태, 마약 등 약물에 중독된 상태, 정신성적 장애가 있는 상태 등에서 범죄를 저지른 사람은 ‘치료감호대상자’가 될 수 있는데(치료감호 등에 관한 법률 제2조) 치료감호를 선고받은 사람(피치료감호자)은 ‘치료감호시설’에 수용된다(같은 법 제16조).
- 5) 19세 미만의 소년(범죄소년, 촉법소년, 우범소년)에 대한 보호사건의 경우에 소년부판사가 심리 결과 보호처분이 필요하다고 인정되면 보호처분을 결정할 수 있는데 그 가운데 1개월 이내의 소년원 송치, 단기 소년원 송치, 장기 소년원 송치가 포함된다(소년법 제32조 제1항 제8호부터 제10호). 법원소년부로부터 위탁되거나 송치된 소년(위탁소년) 또는 유치된 소년(유치소년)을 ‘보호소년’이라고 부르고, 이러한 보호소년을 수용하여 교정교육을 하는 시설이 ‘소년원’이고(보호소년 등의 처우에 관한 법률 제3조 제1항), 위탁소년이나 유치소년의 수용과 분류심사를 담당하는 기관이

서 유치장⁶⁾ 및 사법경찰관리가⁷⁾ 직무 수행을 위하여 사람을 조사하고 유치(留置)하거나 수용하는 데에 사용하는 시설, ③ 군 교도소(지소·미결수용실 포함),⁸⁾ ④ 외국인 보호소,⁹⁾ ⑤ 다수인 보호시설(많은 사람을 보호하고 수용하는 시설로서 대통령령으로 정하는 시설)¹⁰⁾이 포함된다. 이와 같은 구금시설 또는 보호시설은 수용이 가능한 예정된 인원을 초과하여 수용하면 과밀수용 현상이 발생하게 된다. 한편 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하 ‘형집행법’으로 약칭)은 교도소, 구치소 및 그 지소를 ‘교정시설’로 지칭한다. 또한 「군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에

‘소년분류심사원’이다(같은 조 제2항).

- 6) 「경찰관 직무집행법」은 법률에서 정한 절차에 따라 체포·구속된 사람 또는 신체의 자유를 제한하는 판결이나 처분을 받을 사람을 수용하기 위하여 경찰서와 해양경찰서에 ‘유치장’을 두도록 규정하고 있다(같은 법 제9조).
- 7) 「형사소송법」에 따라 경찰공무원이 사법경찰관 또는 사법경찰리로서 수사 또는 수사의 보조를 담당하고(같은 법 제197조), 삼림, 해사, 전매, 세무, 군수사기관, 그밖에 특별한 사항에 관한 사법경찰관리의 직무를 행하는 ‘특별사법경찰관리’와 그 직무에 대해서는(같은 법 제245조의10) 「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」에서 규정하고 있다.
- 8) 「군에서의 형의 집행 및 군수용자의 처우에 관한 법률」은 ‘구분수용원칙’에 따라 ‘군수형자’는 ‘군 교도소’, ‘군미결수용자’는 ‘군 미결수용실’에 수용하도록 규정한다(같은 법 제10조).
- 9) 「출입국관리법」에 따르면 외국인보호소는 “지방출입국·외국인관서 중 이 법에 따라 외국인을 보호할 목적으로 설치한 시설로서 대통령령으로 정하는 곳”을 뜻한다(같은 법 제2조 제13호).
- 10) 대통령령인 「국가인권위원회법 시행령」에 따르면 다수인 보호시설에는 ① 아동복지시설(아동양육시설·아동일시보호시설·아동보호치료시설·공동생활가정 및 자립지원시설), ② 장애인복지시설(장애인 거주시설), ③ 정신건강증진시설(수용시설을 갖추고 있는 정신의료기관, 정신요양시설 및 정신재활시설), ④ 노숙인복지시설(노숙인 일시보호시설·노숙인자활시설·노숙인재활시설 및 노숙인요양시설), ⑤ 노인복지시설[노인주거복지시설(양로시설 및 노인공동생활가정), 노인의료복지시설(노인요양시설 및 노인요양공동생활가정)], ⑥ 성매매피해자 등 지원시설(일반 지원시설, 청소년 지원시설 및 외국인여성 지원시설), ⑦ 갱생보호시설(갱생보호사업의 허가를 받은 자가 갱생보호사업을 위하여 설치한 시설로 수용시설을 갖추고 있는 것), ⑧ 한부모가족복지시설(모자가족복지시설·부자가족복지시설·미혼모자가족복지시설 중 기본생활지원을 제공하는 시설과 일시지원복지시설)이 포함된다(같은 시행령 제2조).

관한 법률」(이하 ‘군형집행법’으로 약칭)도 군수용자를 수용하는 교도소와 미결수용실을 ‘군교정시설’로 부르고 있다. 따라서 교정시설(correction facilities)은 「국가인권위원회법」에 따른 ‘구금시설(detention facilities)’ 가운데 경찰서 유치장 등을 제외한 것을 의미하고, 여기서 특히 주목하고자 하는 수용시설은 흔히 ‘감옥(prison/jail)’으로도 불리는 교정시설이다. 「형집행법」은 교정시설에 수용된 사람을 ‘수용자’로 부르면서 ‘수형자’와 ‘미결수용자’ 및 ‘사형확정자’로 구분한다(같은 법 제2조).¹¹⁾

2020년 기준으로 전국 53개 교도소, 구치소 등 교정시설의¹²⁾ 수용정원은 48,600명이고, 여기에 수용된 1일 평균 인원은 53,873명이다(아래 [표] 참조). 1인당 수용면적을 먼저 정한 뒤 교정시설 전체 면적을 1인당 수용면적으로 나누어 수용정원을 정하는 것으로 보이는데 전체적인 통계만 보더라도 수용 정원보다 상당히 더 많은 수용 인원이 발생하는 ‘과밀수용’의 현황을 확인할 수 있으며 구체적으로는 특정한 교정시설의 경우에 심각한 과밀수용의 문제를 떠안고 있음을 추정할 수 있다.¹³⁾ 실제로 최근에 구치

11) 수형자는 “징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정되어 교정시설에 수용된 사람과 벌금 또는 과료를 완납하지 아니하여 노역장 유치명령을 받아 교정시설에 수용된 사람”, 미결수용자는 “형사피의자 또는 형사피고인으로서 체포되거나 구속영장의 집행을 받아 교정시설에 수용된 사람”, 사형확정자는 “사형의 선고를 받아 그 형이 확정되어 교정시설에 수용된 사람”을 뜻한다(형집행법 제2조 제2호부터 제4호). 「군형집행법」도 유사하게 군수용자를 군수형자, 군미결수용자, 사형확정자로 구분한다(같은 법 제2조 제1호부터 제3호).

12) 법무부 교정본부는 4개의 지방교정청을 관할하고, 이 가운데 서울지방교정청은 17개의 교정기관(교도소, 직업훈련교도소, 구치소, 지소), 대구지방교정청은 18개의 교정기관, 대전지방교정청은 10개의 교정기관, 광주지방교정청은 9개의 교정기관을 지휘·감독한다.

13) 일간지 구독을 금지한 교도소장의 처분에 대하여 청구된 헌법소원심판 사건에서 법무부장관은 이해관계인 의견에서 다른 나라와 달리 예산·재정상의 문제로 미결수용자가 수형자와 동일시설에 수용되고 있다고 하면서 “전국 수용시설에 1일 수용 가능한 평균정원이 1995년에는 55,800명, 1996년에는 57,360명이었던데 비해 실제 수용인원은 1995년에는 60,166명, 1996년에는 59,762명으로 수용 가능한 정원을 초과하고 있는 실정이며 근무 교도관도 부족하여 교도관 1명이 수용자(미결수용자 및 수

소 또는 교도소 내 미결수용자나 수형자의 과밀수용으로 인한 기본권침해를 주장하는 헌법소원심판사건이 증가하고 있는 것이 현실이다.¹⁴⁾

[표] 교정시설 1일 평균 수용 인원(2011년~2020년)

단위: 명

	수용 정원	1일 평균 수용 인원	수형자	미결수용자			노역장 유치
				계	피의자	피고인	
2011	45,690	45,845	29,820	14,201	724	13,477	1,824
2012	45,690	45,488	29,448	14,186	703	13,483	1,854
2013	45,690	47,924	30,181	15,646	712	14,934	2,097
2014	46,430	50,128	30,727	17,377	747	16,630	2,024
2015	46,600	53,892	32,649	19,267	847	18,420	1,976
2016	46,600	56,495	33,791	20,877	864	20,013	1,827
2017	47,820	57,298	35,382	20,292	753	19,533	1,624
2018	47,820	54,744	34,377	18,867	640	18,227	1,500
2019	47,990	54,624	33,813	19,343	632	18,711	1,468
2020	48,600	53,873	33,392	19,084	558	18,528	1,397

자료: 법무부 교정본부, 2021 교정통계연보

형자) 5명을 관리하고 있는 실정”이라고 과밀수용의 현실을 확인해준 바 있다. 현재 1998. 10. 29. 98헌마4 결정, 판례집 10-2, 637, 642쪽 참조. 국가인권위원회에 따르면 우리나라 교정시설에서 과밀수용이 발생하는 주요한 원인으로는 미결구금의 증가, 자유형 증가 및 여전히 많은 노역장 유치, 가석방제도의 소극적 운영, 대형시설 중심으로 설계된 교정시설의 구조적 문제 등이 제시된다. 국가인권위원회 2018. 11. 5. 17직권0002100 등(병합) 결정 참조.

14) 예를 들어 미결수용자에 대한 구치소의 부당처우행위가 문제된 헌법소원심판 사건에서 청구인은 5명의 수용자가 9.83제곱미터(m²) 또는 10여 명의 수용자가 15.2제곱미터 넓이의 수용거실에 수용되었다고 주장하고 있다. 현재 2013. 11. 5. 2013헌마668 결정; 2015. 4. 30. 2013헌마190 결정 참조. 또한 교도소의 과밀수용이 문제된 헌법소원심판 사건에서는 정원이 7~8명인 거실에 청구인을 포함하여 13~15명이 수용되어 기본권을 침해당했다는 주장이 제기되기도 하였다. 현재 2017. 10. 19. 2017헌마1143 결정 참조. 그밖에도 교도소의 과밀수용이 문제된 또 다른 헌법소원심판 사건에서 청구인은 5제곱미터 내지 8제곱미터 크기의 수용거실에 4명 내지 5명의 수용자가 함께 수용되었다고 주장하였다. 현재 2021. 5. 11. 2021헌마435 결정; 2021. 7. 20. 2021헌마742 결정; 2021. 7. 20. 2021헌마782 결정 참조.

헌법재판소는 교정시설 내 과밀수용으로 인하여 발생할 수 있는 문제점으로 교정·교화를 위한 적절한 환경과 조건의 제공 불가능, 교정시설의 질서유지에 대한 부정적 영향, 교정역량의 저하, 교정의 최종 목적인 수형자의 재사회화에 대한 저해로 요약한다.¹⁵⁾ 유럽고문방지위원회(CPT)도 이와 유사하게 비좁고 비위생적인 시설, 지속적인 프라이버시 침해, 활용 가능한 인력과 편의시설의 부족으로 인한 외부 활동의 축소, 과도한 보건의료서비스 비용 부담, 수용자 간 또는 수용자와 교정공무원 간 긴장의 증가와 이로 인한 폭력의 증가를 과밀수용의 문제점으로 들고 있다.¹⁶⁾ 이와 같은 과밀수용의 문제점을 해결하기 위한 방안으로는 자유형의 축소와 벌금형의 확대, 집행유예제도와 가석방제도 및 보석제도의 적극적 활용, 불구속 재판의 확대와 재판기간의 단축, 교정시설의 증설 등이 제시되고 있다.¹⁷⁾

15) 헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정, 판례집 28-2하, 652, 658쪽: “이른바 ‘과밀수용’의 경우, 교정시설의 위생상태가 불량하게 되어 수형자 간에 질병이 퍼질 가능성이 높아지고, 관리인원이 부족하게 되어 수형자의 접견·운동을 제한하게 되거나 음식·의료 등 서비스가 부실해질 수 있으며, 수형자들의 처우불만이 제대로 해소되지 못하고 수형자 간 긴장과 갈등이 고조됨으로써 싸움·폭행·자살 등 교정사고가 빈발하게 될 수 있다. 또한 과밀수용은 수형자의 특성에 따른 개별화된 교정프로그램의 작동을 불가능하게 하고, 교정공무원들에게 과도한 직무를 부과하고 심리적 부담을 갖게 하여 직무수행능력에 악영향을 미칠 수도 있다.”

16) 유럽고문방지위원회(CPT), 교정시설 수용자 1인당 생활공간: CPT 기준, 2015, § 5 참조.

17) 안성훈, 교정시설 과밀수용의 문제점과 해소방안, 교정연구 제27권 제1호, 한국교정학회, 2017, 74쪽 이하; 성중탁, 우리나라 교정시설의 과밀수용 문제와 그 해결 방안 - 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2013헌마142 결정, 행정판례연구 제22권 제1호, 한국행정판례연구회, 2017, 316쪽 이하 참조. 특히 가석방제도의 활용을 통하여 과밀수용의 문제를 해결하기 위하여 가석방 요건을 완화하고, 수형자에게도 가석방 신청권을 부여하며 가석방 심사를 실질화하고, 가석방 심사기관을 일원화할 뿐만 아니라 가석방 조건을 다양화하는 방안 등이 제시된다. 이상한, 교정시설 과밀수용의 해소를 위한 가석방제도 활성화 방안 연구, 법과 정책연구, 제19집 제3호, 한국법정책학회, 2019, 248쪽 이하 참조.

그밖에도 전자감독 조건부 가택구금 또는 가석방의 실시,¹⁸⁾ 민영교도소¹⁹⁾ 및 민영소년원²⁰⁾의 설립 등도 과밀수용을 해결하기 위한 대안으로 제시된다.

과밀수용에 해당하는지 여부는 다양한 법적 근거와 기준에 따라 판단될

- 18) 단기형 수형자, 초고령 및 장애인 수형자, 노역형 유치자에 대해서는 ‘전자감독 조건부 가택구금’을 실시하고, 재범가능성이 높지 않고 교정성적이 우수한 수형자에 대한 ‘전자감독 조건부 가석방’ 및 구속피고인에 대한 ‘전자감독 조건부 보석’이 과밀수용에 대한 대안으로 제시된다. 이동입/천정환, 교정시설 과밀수용 해소를 위한 전자감독에 관한 연구, 교정연구, 제30권 제1호, 한국교정학회, 2020, 158쪽 이하 참조. 이와 관련하여 「현행 전자장치 부착 등에 관한 법률」에 따르면 특정 범죄자로서 형의 집행 중 가석방되어 보호관찰을 받게 되는 자는 준수사항 이행 여부 확인 등을 위하여 가석방기간 동안 전자장치를 반드시 부착해야 할 의무를 부담한다(같은 법 제22조 제1항). 특정범죄가 아닌 범죄로 형의 집행 중 가석방되어 보호관찰을 받는 사람의 경우에는 보호관찰심사위원회가 준수사항 이행 여부 확인 등을 위하여 가석방 예정자의 범죄내용, 개별적 특성 등을 고려하여 가석방 기간의 전부 또는 일부의 기간을 정하여 전자장치를 부착하게 할 수 있다(같은 조 제2항). 한편 법원은 특정범죄를 범한 자에 대한 형의 집행을 유예하면서 보호관찰을 받을 것을 명령할 때 보호관찰기간의 범위 내에서 기간을 정하여 준수사항의 이행 여부 확인 등을 위하여 전자장치의 부착을 명할 수 있고(같은 법 제28조 제1항), 보석의 조건으로 형사피고인에게 전자장치의 부착을 명할 수 있다(같은 법 제31조의2 제1항). 특히 가석방 전자감독과 관련하여 일반범죄 가석방으로 전자감독이 확대된 점, 전자감시 기술의 발달로 대상자 개인정보의 수집이 광범위하게 이루어질 수 있다는 점에 대해서 비판이 제기되고, 근본적으로는 전자감독제도가 재범억제효과가 있는지에 대한 의문이 제기되기도 한다. 김지선, 현행 가석방 전자감독에 대한 비판적 검토, 교정연구, 제31권 제3호, 한국교정학회, 2021, 14쪽 이하 및 32쪽 이하 참조.
- 19) 한영수, 과밀수용 해소방안의 모색, 형사정책 제12권 제1호, 한국형사정책학회, 2000, 197쪽 이하 참조. 같은 맥락에서 민영교도소를 도입한 중요한 이유로 과밀수용을 들기도 한다. 박영숙/임안나, 민영교도소의 현황과 과제, 교정복지연구 제38호, 한국교정복지학회, 2015, 151쪽 참조. 한편 민영교도소의 법적 책임이나 이윤추구 등 민영교도소의 도입으로 발생할 수 있는 문제점에 대해서는 최정학, 교도소의 과밀수용 해소방안, 민주법학 제17호, 민주주의법학연구회, 2000, 238쪽 이하 참조.
- 20) 이인제, 교정시설 수용 과밀화에 관한 연구, 공공정책연구 제31권 제2호, 동의대학교 지방자치법연구소, 2014, 91쪽 이하; 김한균, 민영소년원 도입추진과 설립운영의 형사정책, 형사정책 제30권 제1호, 한국형사정책학회, 2018, 205쪽 이하; 이동입, 민영소년원 설립의 필요성에 관한 연구, 교정복지연구 제69호, 한국교정복지학회, 2020, 19쪽 이하 참조.

수 있는데 유럽인권재판소와 유엔 및 유럽 고문방지위원회는 과밀수용을 교정시설 수용자에 대한 대표적인 비인간적이고 굴욕적인 처우에 해당한다고 보면서 이러한 비인간적이고 굴욕적인 처우를 판단하는 법적 근거와 기준을 보편적으로 동의할 수 있는 합리적인 논증을 거쳐 제시하고 있다. 따라서 아래에서는 교정시설의 과밀수용으로 인하여 발생하는 기본적 인권에 대한 침해가능성을 고려하여 과밀수용 판단의 법적 근거와 기준을 유럽인권재판소(II)와 유엔 및 유럽 고문방지위원회(III)를 중심으로 살펴보면서 헌법재판소 제시한 법적 근거와 기준(IV)을 비판적인 관점에서 검토하기로 한다.

II. 유럽인권재판소의 입장

1. 법적 근거

유럽인권재판소(European Court of Human Rights: ECtHR)가 과밀수용과 관련하여 준거로 삼는 법적 근거는 「유럽인권협약(European Convention of Human Rights: ECHR)」²¹⁾ 제3조와 제13조다. 우선 전자는 “누구든지 고문

21) 「유럽인권협약(ECHR)」의 공식 명칭은 「인권 및 기본적 자유의 보장을 위한 협약 (the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)」으로 1950년 11월 4일부터 가입이 시작되었고, 1953년 9월 3일부터 발효되었다. 「유럽인권협약」은 유럽연합(EU)이 2000년에 제정하여 2009년 12월 1일부터 시행된 「유럽연합 기본권헌장(Charter of Fundamental Rights the European Union: CFR)」과는 구별될 필요가 있다. 「유럽인권협약(ECHR)」은 유럽 46개국이 가입되어 있는 유럽평의회가 제정한 인권규범인 반면에 「유럽연합 기본권헌장(CFR)」은 현재 27개국이 가입한 유럽연합이 제정한 인권규범인 것이다. 이 헌장도 인간존엄의 불가침성(제1조)을 필두로 신체적 및 정신적 완전성(integrity)을 존중받을 권리(제3조 제1항)와 함께 고문 및 비인간적이거나 굴욕적인 처우나 처벌을 받지 않을 권리(제4조)를 보장하고 있다.

및 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 받지 않는다(no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment).” 고 규정하여 고문을 받지 않을 권리와 함께 비인간적(비인도적)이거나 굴욕(모욕)적인 처우나 처벌을 받지 않을 권리를 보장하고, 후자는 효과적인 권리구제를 받을 권리(right to effective remedy)를 보장하고 있다.²²⁾ 경우에 따라서는 과밀수용과 관련하여 제8조의 사생활권(right to privacy)이 인 용되기도 한다.²³⁾ 특히 같은 협약 제3조의 적용에서 중요한 것은 과밀수용 을 포함하여 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌로 평가할 수 있는 수용시설의 조건이나 상황은 어떤 것인지에 관한 해석의 문제다. 교도소나 구치소와 같은 구금시설의 경우에는 수용거실의 1인당 면적 등 그 상황과 조건이 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌에 해당하기 위하여 어떠한 내용을 포함해야 하는지가 쟁점이 된다.

2. 판단기준

일반적으로 2016년 유럽인권재판소 전원재판부(Grand Chamber)가 판단 한 무르쉬치(Muršić) 사건²⁴⁾에서 그동안의 판례가 종합적이고 체계적으로

22) 유럽인권협약(ECHR) 제13조: 이 협약에서 보장된 권리와 자유를 침해당한 사람은 누구든지 국가기관의 효과적인 권리구제를 받을 수 있어야 하되, 그 침해가 공식적 권한을 가진 사람에 의하여 행해진 경우에는 예외로 한다(Everyone whose rights and freedom as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity).

23) 유럽인권협약(ECHR) 제8조: 모든 사람은 자신의 사생활과 가족생활, 자신의 주거 및 자신의 통신을 존중받을 권리를 가진다(Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence).

24) 유럽인권재판소(ECiHR) 2016년 10월 20일 선고 338 (2016) 결정, *Muršić v. Croatia* [GC] - no. 7334/13 참조. 이 판례에 대한 상세한 분석은 대표적으로 심민석, 교정시설의 과밀수용에 관한 법·정책적 개선방안 연구: 유럽인권재판소 판례를 중심으로,

정리되어 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌의 판단기준이 제시되었다고 평가된다.²⁵⁾ 이 사건에서 유럽인권재판소는 다수인 수용 거실(multi-occupancy cell)의 경우에²⁶⁾ 수용자(detainee) 1인당 거실면적(floor space)의 최소(최저)기준이 ‘3제곱미터(m³)’임을 확인하였다.²⁷⁾ 따라서 1인당 개인 공간(personal space)이 3제곱미터 미만인 경우에는 비인간적이거나 굴욕적인 처우나 처벌을 받지 않을 권리를 침해하였다는 ‘강한 추정(strong presumption)’을 받게 된다고 실시하였다.²⁸⁾ 이와 같은 강한 추정을 반박하기 위해서는 공간부족을 적절하게 보완할 수 있는 일정한 사실을 증명하여야 하는데 ① 3제곱미터 미만의 거실 수용이 단지 단기간 동안(short) 임시적이고(occasional) 부차적으로(minor)만 이루어진 경우, ② 거실 밖으로 이동하거나 거실 밖 활동(out-of-cell activities)을 할 수 있는 충분한 자유가 동반된 경우 또는 ③ 시설 전반을 종합적으로 평가할 때 적절한 상태로 제공되었다고 일반적으로 평가될 수 있는 시설에 수용된 경우에는 그와 같은 사실의 증명이 있는 것으로 본다.²⁹⁾ 이와 같은 판단기준에 따라 유럽인권재판소는 청구인이 총 27일 동안 하루도 빠짐없이 계속해서³⁰⁾ 3제곱미터 미만

법과 사회 제56호, 법과사회이론학회, 2017, 441쪽 이하 참조.

25) 이 사건은 본래 2012년 12월 17일 청구되어 2015년 3월 12일 제1재판부(Section)의 결정으로 기각되었고, 청구인은 이에 불복하여 2015년 6월 10일 당시 17명의 재판관으로 구성된 전원재판부(Grand Chamber)에 항소하여 인권침해 결정을 이끌어냈다.

26) 우리 「형집행법」은 독거수용을 원칙으로 하면서 예외적으로 혼거수용을 허용하고 있는데(같은 법 제14조) ‘다수인 수용 거실’은 하나의 거실에 다수의 수용자를 함께 수용한다는 점에서 우리 「형집행법」에 따른 혼거수용을 위한 거실을 의미한다.

27) 위 *Muršić v. Croatia* [GC], § 136 참조.

28) 위 *Muršić v. Croatia* [GC], § 137 참조.

29) 위 *Muršić v. Croatia* [GC], § 138 참조.

30) 청구인은 2009년 2월부터 총 2년 11개월 동안 수용되었는데 문제가 된 수용기간은 브엘로바르(Bjelovar) 교도소에 수용된 2009년 10월 16일부터 2011년 3월 16일까지로 이 기간 중 총 50일, 그 중에서도 연속된 27일 동안 과밀수용 거실에 수용되었다고 주장하였다. 유럽인권재판소는 3제곱미터 미만의 거실에 연속된 27일 동안 과밀수용된 것에 대해서만 인권침해를 인정하고, 3제곱미터 이상 4제곱미터 이하의 거실

의 거실에 수용된 것은 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 받지 않을 권리를 침해한 것이라고 전원일치의 의견으로 판단하였다.

이미 유럽인권재판소는 2009년 오르샤우스키(Orchowski) 사건³¹⁾에서 폴란드 구금시설의 심각하고 만성적인 과밀수용은 구조적이고(structural) 체계 전반에 관련된(systemic) 문제라고 지적한 폴란드 헌법재판소의 결정을 인용하면서³²⁾ 수용자의 자유를 박탈하는 조치인 구금이 “고통이나 굴욕 같은 필연적인 요소(inevitable element of suffering or humiliation)”를 포함할 수밖에 없다고 하더라도 수용자를 상당한 기간 동안 3제곱미터 미만의 거실에 수용한 것은 “구금의 본질상 불가피한 수준의 고통을 초과하는 강도의 고통(distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention)”을 준 것으로³³⁾ 고문 및 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 절대적으로 금지하고 있는 유럽인권협약 제3조³⁴⁾에 위반된다고 판단하였다. 이와 같은 인권침해적 상황을 개선하기 위하여 상당한 재원이 소요될 수밖에 없지만 단지 재원의 부족만으로 그러한

에 연속되지 않은 기간 동안 수용된 것에 대해서는 인권침해를 인정하지 않았다.

31) 유럽인권재판소(ECtHR) 2009년 10월 22일 선고 788 (2009) 판결, *Orchowski v. Poland* - no. 17885/04 참조. 2003년부터 폴란드 교정시설에 구금되어 8개의 구금 시설에서 27차례 이감된 청구인이 대부분의 시간을 폴란드 법에서 제시하고 있는 1인당 최소공간기준인 3제곱미터 미만의 시설, 경우에 따라서는 2제곱미터 미만의 시설에서 생활하면서 국가를 상대로 손해배상을 청구하였으나 기각당하자 유럽인권재판소에 제소한 사건에서 3,000유로의 손해배상(위자료)책임이 폴란드 정부에게 인정되었다.

32) 위 *Orchowski v. Poland*, § 85 참조.

33) 위 *Orchowski v. Poland*, § 120 참조.

34) 문 및 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 금지하고 있는 유럽인권협약 제3조는 “민주사회의 가장 근본적인 가치”이며 테러나 조직범죄와 전쟁을 벌이는 극한의 상황에서조차 예외를 인정할 수 없는 “절대적으로(in absolute terms)” 금지되는 원칙에 해당한다는 것이 유럽인권재판소의 일관된 입장이다. 예컨대 유럽인권재판소(ECtHR) 2000년 4월 6일 선고 2000-IV 판결, *Labita v. Italy* [GC] - no. 26772/95, § 119 참조.

인권침해적 상황이 정당화될 수 없으므로 수용자의 존엄성이 존중받을 수 있도록 보장하는 방식으로 구금시설 체계(penitentiary system)를 다시 구성하거나 엄격한 형벌 정책(strict penal policy)을 포기하여야 한다고 실시한 부분, 민사 법원에 의한 개별적 구제는 교정시설의 구조적 문제를 근본적으로 해결할 수 없어 일반적인 교정시설 상황에 영향을 줄 수는 없으므로 교정시설 감독기관을 통한 효과적인 권리구제 제도를 마련해야 한다고 실시한 부분에 주목할 필요가 있다.³⁵⁾

다음으로 2011년 만디치(Mandić)/조비치(Jović) 사건 및 슈트루클(Štrucl) 사건을 병합하여 심리하면서³⁶⁾ 유럽인권재판소는 수개월 동안 수용자를 개인 공간이 3제곱미터에 이르지 않는 2.7제곱미터 정도의 거실에 수용하였고, 비록 거실 밖 활동이 보장되었다고는 하나 그 공간이 각 층마다 50제곱미터 크기의 한 개에 지나지 않아 과밀한 상태이었으며, 당시 8월 오후 실내온도가 평균 섭씨 28도 정도인 거실에 수용한 것이 “구금의 본질상 불가피한 수준의 고통”을 초과하여 그 심각성의 한계(threshold of severity)를 넘었기 때문에 고문과 부당한 대우를 받지 않을 권리를 침해하였다고 판단하였다.³⁷⁾ 거실의 수용면적과 함께 거실의 실내온도가 판단의 기준으로 함

35) 위 *Orchowski v. Poland*, §§ 153, 154 참조.

36) 유럽인권재판소(ECtHR) 2011년 10월 10일 선고 204 (2011) 결정, *Mandić and Jović v. Slovenia* - nos. 5774/10 and 5985/10 and *Štrucl and others v. Slovenia* - nos. 5903/10, 6003/10 and 6544/10 참조.

37) 슬로베니아 류블리야나(Ljubljana) 교도소 내 구치소에 수용되어 7개월 동안의 구속 재판을 받던 만디치와 조비치는 16.28제곱미터 면적의 공간에 6개의 침구가 설치되고 6명이 수용되어 있던 거실에 구금되었으며, 같은 교도소에 수용된 슈트루클과 2명의 수형자는 형이 확정된 후 각각 11개월, 8개월, 5개월 동안 16.28제곱미터 면적의 공간에 5 내지 6개의 침구가 설치된 거실에 수용되었다. 각 거실에는 바닥부터 천정까지 설치된 벽으로 분리된 위생시설에 세면대와 변기가 갖추어져 있었으며 각 층마다 샤워실이 있어 수용자는 매일 이를 사용할 수 있었다. 만디치와 조비치는 하루 평균 2시간 반 동안 거실 밖 활동을 할 수 있었고, 슈트루클과 2명은 매일 9시간 이상을 거실 밖에서 시간을 보낼 수 있었지만 대부분의 시간을 50제곱미터 크기의 여가활동실(recreation room)에서 보냈으며 최대 10명의 수용자가 이 방을 함께 사용

게 고려된 점이 특이하다고 볼 수 있다.

또한 2013년 토레지아니(Torreggiani) 사건³⁸⁾에서는 토레지아니와 6명의 수형자가 부스토 아르시치오(Busto Arsizio) 교도소와 피아첸차(Piacenza) 교도소에 수용되어 각각 9제곱미터의 거실에 다른 두 명의 수형자와 함께 수용되어 3제곱미터의 개인공간이 제공되었는데 본래 수형자 1명을 수용하기로 의도된 거실에 3명이 수용되었고, 수형자 178명을 수용하기로 설계되었으며 최대 376명의 수형자를 수용할 수 있는 교도소에 415명의 수형자가 수용되었다는 점에서 고문 및 부당한 처우나 처벌을 받지 않을 권리를 침해하였다는 것이 유럽인권재판소의 판단이었다. 여기서는 거실이 본래 몇 명을 수용하기로 설계되었는지와 함께 수용정원이 과밀수용의 판단기준으로 적용되었다는 점, 개인공간 부족과 함께 주장된 장기간의 온수 부족과 부적절한 조명 및 환기 상태를 언급하면서 각각의 내용 그 자체로는 비인간적이거나 굴욕적인 처우나 처벌에 해당하지는 않지만 이와 같은 열악한 상태 전체를 고려하면 추가적인 고통이 발생한다고 판단한 점을 주목할 만하다.³⁹⁾

그밖에도 2015년 바르가(Varga) 사건⁴⁰⁾에서 유럽인권재판소는 거실의 개인공간과 함께 “구금시설의 조건에 영향을 주는 전반적인 상황(cumulative

하기도 했다. 거실에는 환기장치가 설치되지 않았고, 이들이 수용되어 있던 2009년 7월과 8월 후반기의 평균 오후 기온은 섭씨 28도이었으며 그 중 7일 동안은 섭씨 30도를 넘기도 했다. 류블리아나 교도소의 수용인원은 128명인데 2009년에 261명, 2010년에는 245명까지 수용되기도 하였다.

38) 유럽인권재판소(ECtHR) 2013년 1월 8일 선고 007 (2013) 결정, *Torreggiani and Others v. Italy* - no. 43517/09 참조.

39) 유럽인권재판소는 토레지아니 사건에서 드러난 과밀수용이 이탈리아 교정시설 전반의 체계적이고 구조적인 문제임을 확인하면서 이탈리아 정부에 대하여 효과적인 구제수단이나 적절하고 충분한 손해배상을 받을 수 있는 제도를 마련하도록 요구하면서 피해자에 대해서는 위자료로 7명에게 각각 1,500유로를 지급하라는 판결을 내렸다.

40) 유럽인권재판소(ECtHR) 2015년 3월 10일 선고 077 (2015) 결정, *Varga and Others v. Hungary* - nos. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 and 64586/13 참조.

effects of the conditions of detention)”이 동시에 고려되어야 한다는 원칙을 확인하면서 3에서 4제곱미터 정도에 이르는 개인공간이 확보된다고 하더라도 부족한 환기 및 조명 시설, 불충분한 외부활동, 열악한 위생시설이 제공되는 경우에는 “구금의 본질상 불가피한 수준의 고통”을 초과하는 심각한 수준의 과밀수용으로 고문 및 부당한 처우와 처벌을 받지 않을 권리를 침해한다고 실시하였다.⁴¹⁾ 거실의 1인당 개인공간과 함께 구금시설 전반의 상황에 대한 종합적 평가를 통해 과밀수용 여부에 대한 판단이 이루어졌다는 점에 유의할 필요가 있다.

한편 2017년 레즈미베쉬(Rezmiş) 사건⁴²⁾에서 3제곱미터가 되지 않은 거실 크기뿐만 아니라 불충분한 자연채광, 매일 실시하는 산책 시간의 불충분, 분리되지 않은 비위생적 변기, 사회·문화활동의 부족, 불충분한 온수 이용, 벌레와 쥐가 돌아다니는 거실, 질 나쁜 음식 등을 종합적으로 평가하여 “구금의 본질상 불가피한 고통의 수준”을 초과하여 비인간적이거나 굴욕적인 처우나 처벌을 받지 않을 권리를 침해하였다고 판단했다. 이 판결에서는 이와 같은 비인간적인 상황이 루마니아 교정시설의 구조적 기능장애(structural dysfunction)로 발생하고 있는 전반적인 상황을 반영한 하나의 현상이라는 점에서 이른바 ‘파일럿(pilot) 판결 절차’⁴³⁾를 적용하기로 결

41) 유럽인권재판소는 바르가 사건에서 나타난 과밀수용이 헝가리 전체 구금시설의 구조적인 문제로 유사한 사건이 반복적으로 발생할 것으로 보아 헝가리 정부에 대하여 효과적인 구제수단이나 손해배상제도를 보장하도록 요구하면서 유럽인권협약 제41조 정당한 보상(just satisfaction)의 원칙에 따라 청구인 바르가에게 5천 유로, 다른 두 명에게 1만4천 유로, 나머지 청구인에게 각각 3천4백 유로, 1만1천5백 유로, 2만5천 유로의 위자료를 지급하라는 판결을 내렸다.

42) 유럽인권재판소(ECtHR) 2017년 4월 25일 선고 137 (2017) 결정, *Rezmiş and Others v. Romania* - nos. 61467/12, 39516/13, 48213/13 and 68191/13 참조.

43) ‘파일럿 판결 절차(pilot-judgement procedure)’는 특정한 국가가 처한 구조적 기능장애(dysfunction)로 인하여 동일한 쟁점이 문제되어 반복적으로 발생하는 수많은 유사한 사건들(repetitive cases)을 처리하기 위하여 유럽인권재판소가 활용하고 있는 절차를 의미한다. 이러한 절차에 따라 유럽인권재판소는 동일한 쟁점이 문제되어 반복

정하였다. 그러면서 과밀수용을 완화하고 구금시설의 실질적인 환경을 향상시키기 위한 조치를 취할 것과 함께 예방적 구제수단 및 특별한 손해배상절차를 포함한 구제절차를 마련할 것을 요청하는 결정을 하였다.

또한 유럽인권재판소는 2020년 제이엠비(J.M.B.) 사건⁴⁴⁾에서도 제3조의 침해와 함께 제13조의 침해를 인정하였다. 2019년 1월 1일 기준 수용률(occupancy rate)은 인권침해 여부가 문제된 프렌느(Fresnes) 교도소의 경우 197퍼센트, 님프(Nimes) 교도소의 경우 205퍼센트에 이르고, 전체 수용기간 내내 수용자 1인당 수용공간이 3제곱미터 미만에 지나지 않았다는 점, 더욱이 침대에 근접한 변기 위치, 조명과 보건의료서비스의 부족, 긴장과 폭력이 만연한 분위기, 1일 평균 15~22시간에 이르는 거실 감금시간으로 인하여 충분한 거동 및 활동의 자유가 보장되지 않았다는 점 등이 추가되어 수용실 환경을 악화시켰으므로 6명의 피해자에게 4천 유로에서 2만5천

적으로 발생하는 수많은 유사한 사건들 가운데 1개 이상을 선별하여 해결책을 찾고, 그것을 동일한 쟁점이 문제된 모든 유사한 사건들로 확장한다. 이와 같은 판결을 통해 유럽인권재판소는 특정한 국가가 그러한 유사한 사건을 반복적으로 발생시킬 수밖에 없는 체계 전반적이거나 구조적인 문제를 해결할 수 있도록 돕는 역할을 수행한다. 첫 번째 파일럿 판결은 2004년 브로니오브스키 사건(*Broniowski v. Poland* - no. 31443/96)으로 제2차 세계대전 후 국경이 재설정되는 과정에서 전쟁 전에 폴란드 영토에 속해 있던 부크강(Bug River) 건너편 지역이 우크라이나, 벨라루스, 리투아니아로 편입되면서 그곳에 살고 있던 폴란드인들은 자신들의 토지를 포기한 채 귀국해야만 했다. 이에 이들은 보상적 토지를 제공하지 않은 폴란드 정부를 상대로 유럽인권재판소에 재산권(right to the protection of property) 침해를 확인하는 소송을 제기하였고, 유럽인권재판소 전원재판부는 이 사건이 대략 8만 명에 이르는 사람들이 관련되어 있는 구조적인 문제임을 확인하면서 폴란드 정부에 대해서 적절한 법적, 행정적 조치를 취할 것을 요청하는 결정을 하였다. 폴란드 정부는 이 결정에 따라 포기한 토지에 대한 금전적 보상을 내용으로 하는 법률을 제정하였다. 유럽인권재판소(ECtHR), Factsheet - Pilot judgments, 2021 참조. 그밖에도 앞에서 언급한 토레지아니 사건이나 바르가 사건도 특정한 국가의 구금시설 전체의 구조적 문제점을 지적하면서 파일럿 판결을 내린 대표적인 사례에 해당한다.

44) 유럽인권재판소(ECtHR) 2020년 1월 30일 선고 041 (2020) 결정, *J.M.B. and Others v. France* - no. 9671/15 and 31 others 참조. 프랑스 국적을 가진 29명의 수용자를 포함하여 31명의 수용자.

유로의 위자료를 지급하도록 판결하였다. 또한 프랑스 정부에 대해서 기본적인 자유에 대한 보호와 적절한 조치를 구하는 수용자의 긴급한 청구에 대한 예방적 구제조치를 마련할 뿐만 아니라 수용시설의 구조적 문제를 해결하여 근본적으로 과밀수용 등 수용시설의 실질적 환경을 개선할 수 있는 일반적 조치를 마련하도록 판결하였다. 과밀수용의 문제는 수용시설의 전반적인 환경과 밀접하게 관련되어 있고, 특정한 국가의 수용시설체계 전체와 관련된 구조적 문제라는 점을 다시 한 번 확인한 판결로 평가할 수 있다. 그리고 같은 2020년 비둘레스쿠(*Bădulescu*) 사건⁴⁵)에서도 2.8제곱미터 크기의 2인용 구금시설 및 2.1제곱미터 크기의 최대 6인용 구금시설에 수용되었던 사실뿐만 아니라 6년 6개월의 장기간 수용 및 냉·난방시설이 제대로 갖추어지지 않았다는 점을 가중요소로 고려하여 구금시설 수용자에게 “구금의 본질상 불가피한 수준의 고통”을 초과하는 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌의 금지에 관한 유럽인권협약 제3조 위반을 확인하였다. 과밀수용 그 자체뿐만 아니라 수용시설의 전반적인 환경을 동시에 고려하여 수용자에 대한 가혹한 처우에 해당하는지 여부가 판단되어야 한다는 점을 재차 확인하고 있는 것이다.

3. 평가

유럽인권재판소는 수용자의 인간존엄성을 보장하기 위하여 요구되는 1인

45) 유럽인권재판소(ECtHR) 2020년 10월 20일 선고 296 (2020) 판결, *Bădulescu v. Portugal* - no. 33729/18 참조. 9년 6개월의 징역형을 선고받고 2012년 10월부터 2019년 3월까지 6년 6개월의 형기 동안 포르투갈 오포르토(Oporto) 교도소에 수용되었던 루마니아 국적의 청구인은 3제곱미터 미만(2인용 거실의 경우 2.8㎡, 6인용 거실의 경우 2.1㎡)의 거실에서 생활하였는데 오포르토 교도소는 정원이 686명으로 예정되어 있음에도 2012년부터 2018년까지 계속적으로 1천 명에서 1천백 명을 넘는 인원을 수용하였으며 포르투갈 정부에 대해서 14,000유로의 손해배상(위자료) 판결이 내려졌다.

당 최소공간기준으로 ‘3제곱미터’를 제시하였는데 여기에는 세면대나 변기와 같은 거실 내 위생시설(in-cell sanitary facilities)이 차지하는 공간은 포함되지 않지만 침대나 책상과 같은 가구(furniture)가 차지하는 공간은 포함된다. 이러한 최소기준이 「유럽인권협약」에 가입된 국가에 대해서는 당연히 적용되어야 하지만 한국을 포함한 그 밖의 국가에 대해서도 보편적 기준이 될 수 있는지가 검토될 필요가 있다. 유럽인권재판소는 비인간적이거나 굴욕적이지 않은 최소공간기준을 찾으면서 아나니예프(Ananyev) 사건⁴⁶⁾에서 다음과 같은 세 가지 원칙을 확인하였다. 첫째, 각각의 수용자는 거실 안에 개인 취침 공간(sleeping place)을 가져야 하고, 둘째, 각각의 수용자는 최소한 3제곱미터의 거실면적을 자유롭게 사용할 수 있어야 하며, 셋째, 거실의 전체 면적은 수용자들이 자유롭게 가구들 사이를 이동할 수 있는 크기이어야 한다.⁴⁷⁾ 인간이 살아서 누울 수 있는 공간, 즉 발을 뺀고 누워서 휴식을 취하거나 잠을 잘 수 있는 공간은 적어도 인간이 죽어서 무덤에 묻히는 관의 대체적 크기인 1제곱미터(가로 2미터 × 세로 50센티미터)보다는 커야 하고 1인용 매트리스의 대체적인 크기인 2제곱미터(가로 2미터 × 세로 1미터) 이상은 되어야 한다는 점, 최소한의 신체적 거동을 위해서는 누

46) 유럽인권재판소(ECtHR) 2012년 1월 10일 선고 007 (2012) 판결, *Ananyev and others v. Russia* - nos. 42525/07, 60800/08 참조. 이 판결도 대표적인 ‘파일럿 판결’로 유럽인권재판소는 거실 내 개인공간의 협소함, 취침공간의 부족, 조명 및 환기의 불충분, 위생시설 사용 시 프라이버시 침해 등 구금시설의 부적절한 환경은 러시아 구금시설 전체의 구조적 문제에서 발생하는 체계상의 기능장애(dysfunction)임을 확인하면서 러시아 정부에 대하여 거실의 변기에 가림막을 설치하고 거실 창문의 촘촘한 창살을 제거하며 샤워 주기를 확대하는 등 구금시설의 실질적 환경을 개선할 것, 적용가능한 법체계 및 재판 전 구금(pre-trial detention)은 오로지 절대적으로 필요한 경우에만 활용되도록 보장할 것, 구치소의 최대수용인원을 설정할 것, 구금시설의 부적절한 상황에 대한 효과적인 제소절차 및 적절한 보상을 받을 수 있는 절차를 보장할 것을 요청하였다. 러시아 정부는 2019년 법률을 제정하여 구금시설의 부적절한 환경으로 피해를 입은 사람에게 법원이 금전배상을 판결할 수 있도록 하였다.

47) 위 *Ananyev and others v. Russia*, § 148 참조.

을 자리 또는 잠자는 자리 이상의 일정한 공간이 확보되어야 한다는 점을 고려하면 1인당 3제곱미터의 공간은 인간의 존엄성을 유지하기 위하여 필요한 최소한의 개인 공간으로 모든 수용자에게 보편적으로 보장될 필요가 있을 것으로 판단된다.

아무튼 이러한 보편적 최소기준을 인정하면 그 기준에 미치지 못하는 개인 공간의 제공은 어떠한 국가에서나 잠정적으로 인권침해의 추정을 강하게 받을 수 있다고 보인다. 이것은 확정적으로, 즉 반박불가능한(irrebuttable) 정도로 인권침해의 판단을 받는 것을 의미하지는 않지만 적어도 증명책임과 관련하여 이와 같은 강력한(weighty) 추정을 반박할 의무가 부족한 개인 공간을 제공한 모든 국가에 대해서 부과된다는 뜻이 된다. 따라서 수용자에게 3제곱미터 미만의 개인 공간 제공으로 인권을 침해했다는 강한 추정을 받는 경우에 국가는 그것이 단지 단기간의 일시적인 것이며 불가피한 부수적인 조치에 지나지 않음을 증명하거나 거실 외부에 위치하는 일정한 공간에서 자유롭게 거동하고 적절한 활동을 할 수 있는 권리가 충분히 보장되었음을 증명하거나 구급시설이 전반적으로 볼 때 제대로 된(decent) 적합한 시설 안에 위치하고 있다는 점을 증명해야만 하는 의무는 과밀수용으로 인권침해의 강한 추정을 받은 모든 국가에 대해서 요구된다고 볼 수 있다. 결국 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌에 해당하는지 여부를 판단할 때 과밀수용 여부를 판단하는 개인 공간의 크기뿐만 아니라 구급기간, 사생활이 보장된 화장실의 설치 여부, 환기, 조명, 냉난방, 기본적 위생조건 등을 종합적으로 고려해야 한다.⁴⁸⁾

48) 유럽인권재판소(ECtHR) 2016년 12월 15일 결정, *Khlaifia and others v. Italy* - no. 16483/12, § 167 참조.

Ⅲ. 유엔 및 유럽 고문방지위원회의 입장

1. 유엔 및 유럽의 고문방지협약

고문 및 가혹한 처우(ill-treatment) 금지의 원칙에 관한 선언은 국제연합(UN)의 「세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights: UDHR, 1948)」에서부터 등장한다.⁴⁹⁾ 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR, 1966)」도 동일한 원칙을 다시 한 번 확인하고 있다.⁵⁰⁾ 이와 같은 원칙 또는 그에 상응하는 권리는 「고문방지협약(Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984)」으로 구체화되었다.⁵¹⁾ 이 협약

49) 1948년 12월 10일에 파리에서 개최된 국제연합 총회에서 보편적으로 보장되어야 하는 기본적 인권을 담은 「세계인권선언(UDHR)」이 결의되었는데 제5조에 “누구든지 고문 또는 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 받지 않는다(No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment).”는 내용이 포함되었다.

50) 1966년 12월 16일에 개최된 국제연합 총회에서 결의된 「시민적·정치적 권리에 관한 국제협약(ICCPR)」은 제7조에서 고문금지원칙 또는 고문방지 않을 권리를 규정하고 있다. “누구든지 고문 또는 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우 또는 처벌을 받지 않는다. 특히 누구든지 본인의 자유로운 동의가 없으면 의학적 또는 과학적 실험을 받지 않는다(No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation).” 한편 이 협약 제9조는 인신(person)의 자유와 안전에 관한 권리를 보장하고 있는데 이와 관련하여 이 협약의 이행을 감시하기 위한 기구인 ‘인권위원회(Human Rights Committee)’는 2014년 12월 16일 일반논평(General Comment) 제35호(CCPR/C/GC/35)에서 이 권리의 박탈은 다른 권리의 향유를 침해하기 위한 중요한 수단이라는 점을 확인한 바 있으며 유엔 ‘인권이사회(Human Rights Council)’는 2013년 결의 24/12를 통해 수용자는 모든 인권과 기본적 자유를 향유한다고 확인한 바 있다.

51) 「고문방지협약」은 1984년 12월 10일 유엔총회 결의(39/46)로 채택되어 1987년 6월 26일부터 발효되었다. 대한민국은 1995년 1월 9일 「고문방지협약」에 가입하였고, 같은 해 2월 8일부터 효력이 발생하였다. 고문방지협약의 제정 배경 및 주요 내용에

은 ‘고문’을 “의도적으로 개인에게 극심한 신체적 또는 정신적 고통을 가하는 모든 행위(any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person)”로 정의하면서(같은 협약 제1조 제1항)⁵²⁾ 가입국에게 고문피해자가 진정을 하여 신속하고 공정하게 조사를 받을 권리(같은 협약 제13조), 공정하고 적절한 배상을 받을 권리(같은 협약 제14조) 등을 보장하는 등 고문의 방지에 관한 일정한 의무를 부과하고, 고문에 이르지 않는 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌의 방지와 관련해서도 동일한 의무를 부과한다(같은 협약 제16조 제1항). 그밖에도 유엔은 총회 결의로 「수형자 처우에 관한 기본원칙(Basic Principles for the Treatment of Prisoners)」⁵³⁾을 채택하여 모든 수형자가 인간으로서 생래적으로 부여받은 존엄과 가치(inherent dignity and value as human beings)에 부합하게 존중받는 존재로 처우받을 것을 요구하고 있다. 동시에 모든 수형자는 구금을 받고 있다는 사실로부터 요구되는 명백하게 필수적인 제한을 제외하고 「세계인권선언」을 포함한 국제인권조약에서 보장된 인권 및 기본적 자유를 향유한다고 선언한다.

한편 유럽평의회(Council of Europe)⁵⁴⁾는 독자적인 「유럽고문방지협약(European Convention on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading

대해서는 최태현, 고문방지협약, 국제인권법 제1호, 국제인권법학회, 1996, 142쪽 이하 참조.

52) 「고문방지협약」에 따른 고문의 개념에 대한 상세한 논의는 김태천, 고문의 정의: 고문방지협약의 국내적 적용과 관련하여, 저스티스 통권 제87호, 한국법학원, 2005, 82쪽 이하 참조.

53) 「수형자 처우에 관한 기본원칙」은 1990년 12월 14일 유엔 총회 결의 45/111로 채택되었다.

54) 유럽평의회(CoE)는 유럽연합(EU)과 구별이 필요한 국제기구로 인권과 민주주의 및 법의 지배를 강화하기 위한 목적으로 1949년에 설립되어 현재는 유럽 46개국이 가입되어 있고, 「유럽인권협약」을 기초로 작동하는 유럽인권재판소가 유럽평의회에 속한 기관이다. 유럽평의회는 이와 자주 혼동되는 유럽연합의 집행기구인 유럽연합이사회(Council of the European Union)와 전혀 다른 별개의 기관이다.

Treatment or Punishment)』을 제정하였다.⁵⁵⁾ 이미 언급한 대로 『유럽인권협약』이 고문 및 가혹한 처우를 받지 않을 권리를 명시하고 있고, 생명권(제2조), 노예제도 및 강제노동의 금지(제4조), 인신의 자유 및 안전에 관한 권리(제5조)에 관하여 규정하고 있기 때문에 고문 및 가혹한 처우를 받지 않을 권리를 구체화하여 사전적으로 예방하기 위한 협약의 제정이 필요했던 것으로 보인다.

2. 유엔 및 유럽 고문방지위원회의 판단기준

유엔 『고문방지협약』의 이행 여부를 감독하기 위한 기구로 ‘고문방지위원회(Committee against Torture: CAT)’가 설치되어 활동하고 있다.⁵⁶⁾ 유엔 고문방지위원회는 『고문방지협약』에 규정된 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 판단하는 기준으로 ‘넬슨 만델라 규정(Nelson Mandela Rules)’으로도 불리는⁵⁷⁾ 『유엔 수형자 처우에 관한 최소기준 규정

55) 유럽평의회(CoE)는 1987년 11월 26일 『유럽고문방지협약』을 채택하였고, 이 협약은 1989년 2월 1일부터 발효되었다. 1993년 11월 4일에 채택된 제1의정서와 제2의정서에 의하여 보충되었다.

56) 『고문방지협약』에 가입한 국가는 가입 1년 후에, 그 후에는 4년마다 한 번씩 협약의 이행에 관한 국가보고서를 제출해야 하고, 고문방지위원회는 이를 심사한 후 권고의견을 제시한다. 2002년 12월 18일 유엔 총회 결의(A/RES/57/199)로 『고문방지협약 선택의정서(Optional Protocol)』가 채택되어(시행일: 2006년 6월 22일) ‘고문방지소위원회(Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of the Committee against Torture: SPT)’가 설치되었다.

57) 남아프리카의 전 대통령 넬슨 만델라(Nelson Rolihlahla Mandela)는 인종분리정책에 저항하면서 27년 동안 수감생활을 했는데 유엔 총회는 2015년 구금시설의 인간적인 조건을 향상시키고 수감자에 대한 인식을 지속적으로 제고시키며 교도관의 업무를 특별한 중요성을 가진 공적 업무(social service)로 평가하기 위하여 매년 7월 18일을 ‘넬슨 만델라의 날’로 지정하여 기념하기로 결정하였다. 넬슨 만델라는 “어떤 나라의 감옥에 들어가 보기 전까지 그 나라를 진짜로 알고 있다고 말할 수 없고, 어떤 나라의 최고 지위에 있는 시민이 아니라 가장 비천한 지위에 있는 시민을 보고 그 나라

(United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 2015)』⁵⁸⁾을 적용한다. 이 규정은 수형자를 생애적인 인간의 존엄과 가치에 상응하여 존중을 받게 처우하고 차별금지원칙(the principle of non-discrimination)에 따라 처우하도록 수형자 신상정보의 체계적 관리, 분리수용, 편의시설, 개인위생, 의류와 침구, 음식, 보건의료서비스, 규율 및 징벌 등에 대한 최소기준을 제시하고 있다. 특히 취침설비(sleeping accommodation)와 관련하여 ‘독거수용원칙’을 정하고,⁵⁹⁾ 과밀수용과 같은 특별한 이유가 있는 경우에도 교정시설의 행정기관이 하나의 거실에 2명을 수용하는 예외를 인정하는 것은 바람직하지 않다고 규정함으로써(같은 규정 제12조 제1항) 사실상 독거수용원칙(1인 1실의 원칙)이 예외 없이 적용되어야 하는 절대적 원칙임을 확인하고 있다. 또한 취침설비에 대해서 수형자의 건강을 고려하여 공기량(cubic content of air), 조명, 난방, 환기 등과 함께 최소한의 수용실 면적의 요건을 충족할 것을 요구하고 있다(같은 규정 제13조). 다만 최소한의 수용실 면적과 관련하여 구체적으로 어느 정도의 크기가 요구되는지에 대해서는 명시하고 있지는 않다.

한편 「유럽고문방지협약」의 이행 여부를 감독하기 위한 기구로 ‘유럽고문방지위원회(European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: CPT)’가 설치되어 활동하고 있

가 평가되어야 한다.”는 유명한 말을 남겼다.

58) 「유엔 수형자 처우에 관한 최소기준 규정」은 1955년에 개최된 범죄예방 및 범죄자처우에 관한 유엔 제1차 회의(the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)의 결의로 채택되어 유엔 경제·사회이사회(ESC)의 1957년 7월 31일 결의(663 C/XXIV) 및 1977년 5월 13일 결의(2076/LXII)로 승인되었으며 2011년 한 차례 개정된 후에 2015년 12월 17일 유엔 총회의 결의(A/RES/70/175)로 현재의 개정안이 채택되었다.

59) 「유엔 수형자 처우에 관한 최소기준 규정」 제12조 제1문: 취침설비가 각각의 거실에 갖추진 경우에 수형자는 밤에 각자 하나씩 자신의 거실을 가져야 한다(Where sleeping accommodation is in individual cells or rooms, each prisoner shall occupy by night a cell or room by himself or herself).

다.⁶⁰⁾ 유럽고문방지위원회는 2015년에 발간한 ‘교정시설 수용자 1인당 생활공간: 유럽고문방지위원회 기준(Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards, 2015)’⁶¹⁾에서 「유럽고문방지협약」에 규정된 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 판단하기 위한 최소기준(minimum standard)으로 다수인 수용 거실 수용자(prisoner in a multiple-occupancy cell)의 경우 ‘1인당 4제곱미터’의 생활공간에 더하여 위생시설(sanitary facilities), 독거 수용 거실(single-occupancy cell)의 경우 ‘6제곱미터’의 생활공간에 더하여 완벽하게 분리된(fully-partitioned) 거실 내 위생시설을 제시하였다.⁶²⁾ 여기서 중요한 것은 거실의 ‘의도된 수용 수준(intended occupancy level)’에 따라 다른 최소기준이 제시되었다는 점, 최소 생활공간으로 요구되는 시설면적에서 대략 1제곱미터 내지 2제곱미터가 소요되는 위생시설 공간은 제외된다는 점이다. 이와 더불어 수용실의 벽과 벽 사이의 거리는 최소한 2미터(m), 수용실의 천장과 바닥 사이의 거리는 최소한 2.5미터를 추가적인 최소기준으로 제시하였다.⁶³⁾ 다만 수형자나 구속된 피의자 또는 피고인을 수용하는 교정시설과 달리 몇 시간에서 며칠 정도의 단기간 구금에 사용되는 경찰서 유치장의 경우에는 다른 기준이 적용될 수 있다고 하여 ‘구금시설의 유형(type of the establishment)’에 따라 최소 생활공간 기준이 달라질 수 있다고 본다.⁶⁴⁾ 한편 유럽고문방지위원회는 “바람직한(desirable)”

60) 「유럽고문방지협약」 제1조에 따르면 유럽고문방지위원회(CPT)는 직접방문의 방식으로 자유를 박탈당한 사람들(persons deprived of their liberty)에 대한 처우를 조사하여 이 사람들이 고문 및 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌로부터 보호받을 수 있는 방안을 강화하는 권한과 의무를 부여받고 있다.

61) 유럽고문방지위원회(CPT) 2015년 12월 15일 CPT/Inf (2015) 44 참조.

62) 유럽고문방지위원회(CPT), 교정시설 수용자 1인당 생활공간: CPT 기준, 2015, §§ 9, 10 참조.

63) 유럽고문방지위원회(CPT), 교정시설 수용자 1인당 생활공간: CPT 기준, 2015, § 11 참조.

64) 유럽고문방지위원회(CPT), 교정시설 수용자 1인당 생활공간: CPT 기준, 2015, § 6 참조.

기준으로 다수인 수용 거실은 최대 4명까지 수용하고, 독거 수용 거실의 최소기준인 ‘1인당 6제곱미터’를 기본으로 하면서 수용자 한 명이 추가적으로 수용될 때마다 4제곱미터를 추가하여 제공할 것을 제시한다.⁶⁵⁾ 결국 독거 수용 거실의 경우 ‘8~9제곱미터’, 2인 수용 거실의 경우 ‘12제곱미터’가 수용자 생활공간의 바람직한 기준으로 제시되는 것이다.

3. 평가

유럽고문방지위원회는 유럽인권재판소보다 더 바람직하고 이상적인 기준을 제시한다. 유럽인권재판소는 사법기관으로서 어떠한 경우에도 위반할 수 없는 ‘엄격한 최소기준’을 제시하는 반면에 유럽고문방지위원회는 고문 및 부당한 처우의 방지와 관련된 정책적 대안을 제시하는 기관으로서 ‘이상적 최소기준’을 제시하고 있기 때문인 것으로 판단된다. 유럽고문방지위원회도 ‘예방적 감시기구(preventive monitoring body)’로서 자신의 역할을 강조하면서 특정한 상황이 유럽인권협약에 규정된 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌의 의미 범위에 포섭되는지 여부를 판단하는 것은 자신에게 맡겨진 책임의 범위에 속하지 않는다고 본다.⁶⁶⁾ 또한 유럽고문방지위원회는 거실 면적의 최소기준을 강조하면서도 이것이 절대적 기준은 아니라고 본다. 교정시설의 환경이 비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌에 해당하는지 여부를 판단할 때 과밀수용 여부의 판단기준인 거실의 면적과 함께 상당한 시간 동안 외부 활동이 가능한지 여부와 더불어 불충분한 침

65) 이에 따르면 2명 수용의 경우 최소 10제곱미터(6제곱미터 + 4제곱미터) + 위생시설 공간, 3명 수용의 경우 최소 14제곱미터(6제곱미터 + 8제곱미터) + 위생시설 공간, 4명 수용의 경우 최소 18제곱미터(6제곱미터 + 12제곱미터) + 위생시설 공간이 요구된다.

66) 유럽고문방지위원회(CPT), 교정시설 수용자 1인당 생활공간: CPT 기준, 2015, § 20 참조.

구 숫자, 위생설비의 부족, 취약한 감염환경, 불충분한 환기, 난방, 조명, 변기 등 거실 내부 위생시설 등도 동시에 고려되어야 한다는 것이다.⁶⁷⁾ 과밀수용 여부는 고문에 비견되는 비인간적이거나 굴욕적인 처우나 처벌에 해당하는지 여부를 판단하는 중요한 기준이기는 하지만 유일한 기준은 아니라는 점은 분명하다. 다만 과밀수용 여부는 고문에는 이르지 않지만 여전히 비인간적이거나 굴욕적인 처우나 처벌에 해당하는 행위인지 여부를 판단하는 기본적인 핵심적인 기준이다. 따라서 비인간적이거나 굴욕적인 처우나 처벌에 해당하는 행위를 판별해내기 위해서는 우선적으로 과밀수용 여부를 확인하고, 동시에 교정시설의 환경에 대한 전반적이고 종합적인 평가가 동시에 진행되어야 할 것이다.

IV. 헌법재판소의 입장

1. 헌법적 근거 및 판단기준

헌법재판소는 과밀수용의 문제를 헌법이 보장하는 ‘인간의 존엄과 가치에 관한 권리’(헌법 제10조)의 관점에서 접근한다. 헌법재판소에 따르면 과밀수용으로 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 침해했는지 여부를 판단할 때 무엇보다도 교정시설과 관련된 전반적인 사정을 종합적으로 고려할 필요가 있다고 한다. “수형자가 인간 생존의 기본조건이 박탈된 교정시설에

67) 유럽고문방지위원회(CPT), 교정시설 수용자 1인당 생활공간: CPT 기준, 2015, §§ 21, 22 참조. 유럽고문방지위원회는 교정시설의 상황을 평가할 때 추가적으로 고려되어야 할 사항으로 가구를 포함한 방실의 수선(repair) 상태 및 감염방지와 개인위생과 관련된 청결 상태, 자연조명 및 독서에 필요한 조명기구의 제공, 지속적인 환기의 유지, 적절한 난방의 제공, 변기와 세면대 및 차단시설의 설치, 신체활동이나 운동(oudoor exercise) 등을 제시하고 있다.

수용되어 인간의 존엄과 가치를 침해당하였는지 여부를 판단함에 있어서는 1인당 수용면적뿐만 아니라 수형자 수와 수용거실 현황 등 수용시설 전반의 운영 실태와 수형자들의 생활여건, 수용기간, 접견 및 운동 기타 편의제공 여부, 수용에 소요되는 비용, 국가 예산의 문제 등 제반 사정을 종합적으로 고려할 필요가 있다.”⁶⁸⁾ 하지만 헌법재판소는 여전히 1인당 수용면적이 과밀수용으로 인한 인간의 존엄과 가치에 관한 기본권 침해 여부를 판단할 때 결정적인 기준임을 확인하고 있다. “교정시설 내에 수형자가 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 공간을 확보하는 것은 교정의 최종 목적인 재사회화를 달성하기 위한 가장 기본적인 조건이므로, 교정시설의 1인당 수용면적이 수형자의 인간으로서의 기본 욕구에 따른 생활조차 어렵게 할 만큼 지나치게 협소하다면, 이는 그 자체로 국가형벌권 행사의 한계를 넘어 수형자의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다.”⁶⁹⁾

한편 또 다시 과밀수용으로 인한 기본권침해가 문제된 헌법소원심판 사건에서 헌법재판소는 이미 과밀수용행위가 종료되어 주관적 권리보호이익이 인정되지 않을 뿐만 아니라 “교정시설 내 수용행위가 인간으로서 최소한의 품위를 유지할 수 없을 정도로 과밀한 공간에서 이루어진 경우에는 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다”는 헌법적 해명이 이미 이루어져 예외적인 객관적 심판의 이익도 인정하지 않았다.⁷⁰⁾ 하지만 “인간으로서 최소한의 품위를 유지할 수 없을 정도로 과밀한 공간에서 이루어진” ‘과밀수용’의 구체적 판단기준에 대한 헌법적 해명이 추가적으로 필요한 것으로 판단된다.⁷¹⁾ 그밖에도 헌법재판소는 과밀수용으로 인한 손해배상을 구하는

68) 헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정, 판례집 28-2하, 652, 661쪽.

69) 헌재 위의 결정, 같은 쪽.

70) 헌재 2020. 5. 26. 2020헌마686 결정 참조.

71) 물론 헌법재판소는 2013헌마142 결정에서 4인 재판관의 보충의견을 통해 2.58제곱미터가 “현재의 시점에서” 수형자 1인당 최소면적에 관한 “일응의 기준”으로 볼 수 있다고 실시하였다. 헌재 위의 결정, 664쪽 참조.

법원의 재판으로 기본권을 침해당했다고 청구한 헌법소원심판 청구 및 과밀수용으로 인한 손해배상을 청구하는 헌법소원심판 청구를 모두 각하하였다.⁷²⁾

2. 평가

가. 과밀수용으로 인한 기본권침해 여부 판단의 헌법적 근거

헌법재판소는 과밀수용에 대한 헌법적 판단을 위한 헌법적 근거로서 인간의 존엄과 가치에 관한 권리(헌법 제10조 제1문)를 인용하고 있다.⁷³⁾ 이와 같은 헌법재판소의 논증은 기본적으로 틀리지 않지만 엄밀하게 말하면 정확하지 않다고 보인다. 구금이든 보호든 치료든 일정한 목적으로 이루어지는 수용은 모두 기본적으로 ‘신체의 자유’(헌법 제12조 제1항)를 제한한다.⁷⁴⁾ 일정한 시설에 수용하는 모든 행위는 신체의 자유의 보호영역에 해당하는 ‘신체의 거동(motion)’을 제약하기 때문이다.⁷⁵⁾ 따라서 과밀수용은 수용의 방법과 관련하여 신체가 거동할 수 있는 범위를 매우 엄격하게 한

72) 헌재 2020. 7. 21. 2020헌마929 결정 참조.

73) 독일 연방헌법재판소는 과밀수용이 문제된 헌법소원심판 사건에서 헌법이 보장하는 인간의 존엄(독일 기본법 제1조 제1항)을 침해된다고 판시하였다. 예컨대 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 2002년 2월 27일 2 BvR 553/01 결정; 2005년 11월 23일 2 BvR 1514/03 결정 참조. 헌법재판소는 이와 같은 독일의 판례에 영향을 받은 것으로 보인다.

74) 헌법재판소도 “수용자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망·증거인멸의 방지라는 구금의 목적과 관련된 신체의 자유 및 거주·이전의 자유 등 몇몇 기본권에 한정되어야” 한다고 보아 수용자의 구금으로 제한되는 기본권이 신체의 자유라는 점을 확인하고 있다. 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562쪽.

75) 헌법재판소도 신체의 자유에는 기본적으로 “신체활동을 자율적으로 할 수 있는 신체 거동의 자유”가 포함된다고 본다. 헌재 2018. 5. 31. 2016헌마191 등, 판례집 30-1하, 257, 267쪽 참조.

정하여 신체의 자유를 과도하게 제약하는 기본권침해에 해당할 수 있다. 한편 헌법은 ‘신체의 완전성(integrity)’, 즉 신체적 불훼손성에 관한 권리를 명시하고 있지 않지만 ‘열거되지 않은 개별적 기본권’(헌법 제37조 제1항)으로 인정하는 데 어려움이 없다.⁷⁶⁾ 헌법이 명시적으로 보장하고 있는 ‘열거된 개별적 기본권’과 대등한 수준에 있지만 헌법이 명시적으로 보장하고 있지 않은 개별적 기본권은 ‘열거되지 않는 개별적 기본권’으로 인정될 수 있기 때문이다. 헌법재판소는 “신체의 완전성이 훼손당하지 아니할 자유”를 신체의 자유를 보장하고 있는 헌법 제12조에서 도출하기도 한다.⁷⁷⁾ 하지만 신체의 ‘거동’에 관한 자유를 보호법적으로 하는 신체의 자유는 신체의 ‘완전성’에 관한 자유를 보호법적으로 하는 신체불훼손의 자유를 논리적으로 전제하기는 하지만 개념적으로 포함하지는 않는다. 더욱이 신체의 자유는 거동이라는 ‘행위’의 자유를 보호법적으로 하는 반면에서 신체의 완전성은 불훼손성이라는 ‘상태’의 자유를 보호법적으로 한다는 점에서도 신체의 자유와 신체불훼손의 자유는 일정한 차이를 나타내고 있다. 따라서 신체불훼손의 자유 또는 신체의 완전성에 관한 권리는 독립적인 개별적 기본권으로 인정될 필요가 있다.⁷⁸⁾ 그렇다면 신체적 고통을 동반하는 과밀수용은 신체불훼손의 자유 또는 신체의 완전성에 관한 권리를 과도하게 제약하는 기본권침해에 해당하기도 한다.

유럽인권재판소나 유엔 또는 유럽연합의 고문방지위원회가 과밀수용을 고문이나 가혹한(잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인) 처우 또는 처벌의

76) 헌법재판소는 상해죄 및 폭행죄의 보호법익을 “신체의 완전성” 또는 “신체의 불가침성”으로 보고 있다. 헌재 2018. 7. 26. 2018헌바5, 판례집 30-2, 49, 53쪽 참조.

77) 대표적으로 헌재 2015. 12. 23. 2013헌가8, 판례집 27-2하, 391쪽 참조. 한편 헌법재판소는 “신체의 안정성”이라는 표현도 사용하면서 이러한 신체의 안정성이 “외부로 부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해하지 아니할 자유”는 신체의 자유에서 도출된다고 본다. 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 874쪽 참조.

78) 예를 들어 독일 헌법(Grundgesetz)은 명시적으로 ‘신체불훼손권(Recht auf körperliche Unversehrtheit)’을 열거된 개별적 권리로 보장하고 있다(GG 제2조 제2항).

관점에서 인간의 존엄성과 연결시키고 있는 것처럼 헌법재판소가 과밀수용을 인간이 존엄과 가치에 관한 권리의 침해로 보는 것도 틀린 것은 아니다. 다만 헌법이 보장하는 다양한 기본권은 일정한 체계를 가지고 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 궁극적 목적으로 삼아 일반적 기본권과 개별적 기본권으로 차례로 구체화된다는 점에서 과밀수용에 대한 헌법적 판단의 기준은 조금 더 엄밀한 논증을 필요로 한다. 사실 기본권과 관련된 모든 사안은 인간의 존엄과 가치에 관한 권리와 관련될 수밖에 없다.⁷⁹⁾ 하지만 모든 기본권의 궁극적 목적인 인간의 존엄과 가치에 관한 권리, 그리고 이를 구체화하기 위한 일반적 자유권이나 일반적 평등권은 개별적 기본권을 우선적으로 적용한 뒤에 보충적으로 적용될 수 있는 기본권으로 이해될 필요가 있다.⁸⁰⁾ 물론 유럽인권재판소나 유엔 또는 유럽 고문방지위원회가 과밀수용 여부를 판단할 때 법적 근거로 ‘고문 또는 가혹한 처우나 처벌을 받지 않을 권리’를 인용하기 때문에 고문이나 가혹한 처우 또는 처벌의 개념과 밀접하게 연관되는 인간의 존엄성을 함께 인용하는 것도 불가피한 측면이 있다. 더욱이 현행 헌법도 고문금지원칙 또는 ‘고문을 받지 않을 권리’를 보장하고 있기 때문에(헌법 제12조 제2항)⁸¹⁾ 같은 맥락에서 과밀수용의 헌법적 근거로 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 인용하는 것도 가능하다. 하지만 과밀수용이 문제된 사건에서 헌법재판소는 명시적 열거된 개별적 권리에 해당하는 고문을 받지 않을 권리 또는 명시적으로 열거되어

79) 실제로 과도한 계구사용으로 인한 기본권침해가 문제된 사건에서 헌법재판소는 과도한 계구사용은 신체의 자유뿐만 아니라 인간의 존엄성에 대한 침해가 될 수 있다고 보고 있다. 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49, 판례집 17-1, 754, 763쪽 참조.

80) 헌법재판소도 일반적 자유권을 의미하는 행복추구권에 대하여 “다른 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권”이라는 점을 일관되게 확인하고 있다. 대표적으로 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마598, 판례집 18-1상, 439, 446쪽 참조.

81) 그동안 국내에 고문을 받지 않을 권리에 대한 논의가 많지 않은데 대표적으로 민경식, 고문을 받지 아니할 권리, 중앙법학 제7집 제1호, 중앙법학회, 2005, 62쪽 이하 참조.

있지는 않지만 그와 대등한 수준의 개별적 권리인 ‘비인간적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 받지 않을 권리’를 우선적으로 인용할 필요가 있다.⁸²⁾ 또한 고문을 받지 않을 권리나 부당한 처우나 처벌을 받지 않을 권리를 인용하지 않는다면 헌법이 보장하는 기본권의 체계를 고려할 때 제일 먼저 신체의 자유나 신체불훼손의 자유와 같은 개별적 기본권이 인용되고, 보충적으로 일반적 기본권이나 기본권의 궁극적 목적인 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 인용하는 것으로 합리적이라고 보인다.

나. 인간의 존엄과 가치에 관한 권리의 법적 성격

과밀수용으로 인한 기본권침해의 문제에서 침해가 될 수 있는 기본권을 인간의 존엄과 가치에 관한 권리로 보는 경우에는 무엇보다도 먼저 이 기본권의 법적 성격에 관한 규정이 필요하다.⁸³⁾ 인간의 존엄과 가치에 관한 권리와 관련해서는 ‘주관적 권리’의 성격을 인정할지 여부, 주관적 권리의 성격을 인정할 경우 다른 기본권이나 헌법적 법익 또는 공공의 이익보다 항상 우월한 ‘절대적 권리’에 해당하는지 여부 및 열거된 개별적 기본권과 열거되지 않은 개별적 기본권 등 다른 기본권을 모두 포함하는 ‘포괄적 권리’의 성격을 인정할지 여부 등이 헌법적 쟁점으로 제기된다.⁸⁴⁾ 우선 인간

82) 물론 독일 연방헌법재판소도 과밀수용이 문제된 헌법소원심판 사건에서 ‘인간존엄에 관한 권리’를 인용하고 있지만 독일 헌법(Grundgesetz)은 ‘고문을 받지 않을 권리’를 열거된 개별적 기본권으로 보장하고 있지 않기 때문에 독일 연방헌법재판소가 이와 같은 결정을 선택한 것에는 독일 헌법의 기본권체계 상 불가피한 측면이 있는 것으로 보인다. 독일 연방헌법재판소(BVerfG) 위의 결정 참조.

83) 인간의 존엄과 가치에 관한 권리의 법적 성격에 대한 논의는 대표적으로 홍성방, 인간으로서의 존엄과 가치: 인간의 존엄에 대한 헌법적 고찰, 가톨릭사회과학연구, 한국가톨릭사회과학연구회, 제11집, 1999, 70쪽 이하 참조.

84) 같은 맥락에서 과밀수용의 헌법적 판단의 근거로 인간의 존엄과 가치에 관한 권리가 인용되면 이 권리는 객관적 헌법원리로서의 지위를 상실하고, 열거되지 않은 새로운 기본권을 창설하지 못하게 하며, 개별적 기본권의 본질내용을 확인하는 기능의 상실할 뿐만 아니라, 절대적 기본권으로서의 지위가 상실되고, 다른 기본권과 경합하는

의 존엄과 가치에 관한 권리에 대해서는 주관적 권리의 성격이 인정되어야만 그것이 침해되었을 때 헌법소원을 통한 권리구제가 가능할 수 있을 것으로 보인다.⁸⁵⁾ 특히 인간의 존엄과 가치에 관한 권리에 대하여 주관적 권리의 성격이 인정되면 국가의 고문 또는 비인간적이거나 굴욕적인 처우와 같이 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 침해하는 행위에 대해서는 공소시효나 소멸시효를 적용하지 않을 수 있는 실익도 있다. 헌법재판소도 과밀 수용에 관한 헌법소원의 청구를 적법한 것으로 판단한 것으로 보아 과밀수용으로 인하여 침해될 수 있는 인간의 존엄과 가치에 관한 권리에 대하여 주관적 권리의 성격을 인정한 것으로 보인다. 한편 헌법은 일반적 법률유보조항(헌법 제37조 제2항)을 두어 헌법에 보장된 모든 자유와 권리가 제한될 수 있다고 규정하고 있기 때문에 인간의 존엄과 가치에 관한 권리에 대하여 주관적 권리의 성격을 인정하는 한 제한될 수 없는 절대적 권리로 인정할 여지가 없다고 판단된다.⁸⁶⁾ 과밀수용으로 인한 인간의 존엄과 가치에 관한 권리의 침해 여부를 심사하면서 헌법재판소가 교정시설과 관련된 제반 사정, 특히 수용 비용이나 국가예산 등을 고려해야 한다고 설시한 것도 이 기본권과 다른 법익 간의 형량가능성을 전제한 것으로 이해하면 헌법재판소도 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 절대적 권리로 보는 것은 아닌 것으로 파악된다. 인간의 존엄과 가치에 관한 권리는 헌법이 보장하는 모든 기본권의 궁극적 목적에 해당하는 것은 사실이다. 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 보장하기 위하여 우선적으로 일반적 자유권과 일반적

문제점 등이 발생할 수 있다는 비판이 제기된다. 조소영, 기본권 규범구조에서의 ‘인간의 존엄성’의 지위 - 헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정에 대하여, 공법연구 제 48집 제1호, 2019, 129쪽 이하 참조.

85) 같은 취지의 견해로 한수웅, 헌법 제10조의 인간의 존엄성, 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 244쪽 참조.

86) 인간의 존엄과 가치에 권리의 주관적 권리성을 인정하면서도 절대적 권리의 성격을 부여하는 견해로 한수웅, 위 논문, 259쪽 이하 참조.

평등권이 보장되어야 하고, 다음으로 이와 같은 일반적 기본권은 개별적 기본권으로 구체화됨으로써 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 기초로 혹은 정점으로 다른 모든 일반적 또는 개별적 기본권이 정당화된다는 점은 분명하다. 이처럼 인간의 존엄과 가치에 관한 권리는 일반적 기본권 및 개별적 기본권과 근거와 구체화의 관계에 있고, 이러한 관계는 단순한 개념적 관계 이상의 관계이기 때문에 이미 인간의 존엄과 가치에 관한 권리에 모든 일반적 기본권과 개별적 기본권이 개념내재적 관점에서 포함되어 있다고 볼 수는 없다.⁸⁷⁾

다. 심사기준

인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 제한될 수 있는 상대적 기본권으로 이해하는 경우에 이 기본권을 제한할 때도 기본권제한에 관한 헌법적 원칙인 ‘비례성원칙’이 준수되어야 한다. 다만 비례성원칙이 기본권의 보호범위에 따라 과잉금지원칙이나 과소금지원칙으로 구체화된다고 볼 때⁸⁸⁾ 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 제한할 때 과잉금지원칙이나 과소금지원칙 가운데 어떠한 원칙이 적용되어야 하는가? 인간의 존엄과 가치에 관한 권리는 국가에 대해서 부작위를 요구하는 ‘방어권’뿐만 아니라 국가에 대해서

87) 인간의 존엄과 가치에 관한 권리의 포괄적 권리성을 부정하면서 열거되지 않은 개별적 기본권을 인식하는 내용적 표지로 작동한다는 대표적 견해로 계획열, 헌법상 인간의 존엄과 가치, 법학논집, 고려대학교 법학연구원, 제32집, 1996, 321쪽 이하 참조.

88) 기본권제한에서 준수되어야 하는 헌법적 원칙으로서 ‘비례성원칙’은 제한되는 기본권이 국가의 소극적 행위(부작위)를 요구할 수 있는 ‘방어권’인지, 아니면 국가의 적극적 행위(작위/급부)를 요구할 수 있는 ‘급부권’인지에 따라 ‘과잉금지원칙’ 또는 ‘과소금지원칙’으로 구체화될 수 있다. 과잉금지원칙과 과소금지원칙 모두 비례성원칙을 구체화하는 원칙인 이상 동일하게 비례성원칙의 네 가지 부분원칙으로 구성된다. 다만 방어권과 급부권은 그 보호법익이 서로 반대의 양태를 가지므로 그에 대한 제한의 양태도 반대의 양태가 되어 작위의 양태로 가해지는 방어권제한에 적용되는 과잉금지원칙의 부분원칙과 부작위의 양태로 가해지는 급부권제한에 적용되는 과소금지원칙의 부분원칙의 구체적 내용은 다를 수 있다.

작위나 급부를 요구하는 ‘급부권’으로 구체화될 수 있다. 따라서 인간의 존엄과 가치에 관한 권리에 대한 침해 여부가 문제된 사안에서는 구체적인 법익의 내용에 따라 과잉금지원칙이 적용될 수도 있고, 과소금지원칙이 적용될 수도 있을 것이다. 과밀수용의 경우에는 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 보장하기 위하여 필수적으로 요구되는 최소한의 수용시설 환경을 국가로부터 제공받아야 하는 급부권의 내용이 문제되므로 과소금지원칙이 적용되어야 할 것으로 보인다.⁸⁹⁾ 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 보장하기 위하여 확보되어야 하는 공간의 크기를 “인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 공간”으로 표현하고 있고,⁹⁰⁾ 만약 이러한 정도의 공간이 확보되지 않아 수용면적이 “인간으로서의 기본 욕구에 따른 생활조차 어렵게 할 만큼 지나치게 협소”하여 “인간 생존의 기본조건이 박탈된” 경우에는 인간의 존엄과 가치에 관한 권리가 침해된다고 본다.⁹¹⁾ 다만 이와 같은 공간의 크기를 결정할 때 수용 비용이나 국가 예산과 같은 국가재정의 건전성이라는 공익이 동시에 고려되어야 한다는 점에서 법익의 균형성 원칙을 포함하는 과소금지원칙이 적용될 수밖에 없다. 비례성원칙을 구체화하는 과소금지원칙의 경우에도 법익의 균형성 원칙이 핵심적인 역할을 수행할 수밖에 없는데 국가재정의 건전성이라는 공익이 매우 중요하다고 하더라도 수용자에게 보장되어야 하는 인간의 존엄과 가치에 관한 권리에 대한 충분한 고려도 중요하다. 따라서 수용자가 비인간적이거나 굴욕적인 처우를 받지 않고 인간의 존엄과 가치를 유지할 수 있도록 과소금지원칙에 위반되지 않는 수준은 헌법재판소가 제시하고 있는 인간다운 생활을 할 수

89) 과밀수용을 순수하게 수용자의 신체의 거동이나 완전성에 관한 자유를 제한하는 문제로 이해하는 경우에는 과잉금지원칙이 적용될 수도 있다. 하지만 과밀수용의 핵심은 수용자에게 필요한 최소한의 수용시설 환경을 제공하지 않아 비인간적이거나 굴욕적인 처우를 함으로써 인간의 존엄과 가치에 관한 권리를 침해하는 것이므로 국가의 부작위에 의한 제한의 헌법적 정당성을 심사하는 과소금지원칙이 적용되어야 한다.

90) 헌재 2016. 12. 29. 2013헌마142, 판례집 28-2하, 652, 661쪽.

91) 헌재 위의 결정, 같은 쪽.

있는 최소한의 공간보다는 높은 수준이어야 한다. 인간이 누워서 몸을 움직일 수 있는 공간인 2제곱미터가 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 공간이라면 인간의 존엄과 가치를 유지할 수 있도록 과소금지원칙에 위반되지 않는 수준은 인간이 단지 누워서 몸을 움직일 수 있을 뿐인 공간을 포함하여 몸을 일으켜 세워 거동하거나 이동할 수 있는 공간을 의미하는 3제곱미터 이상이 되어야 할 것으로 판단된다.

라. 법원의 손해배상판결과 헌법소원

공무원의 직무상 불법행위로 기본권을 침해당하여 손해를 입은 국민은 국가에 대해서 손해배상을 청구할 수 있는 권리를 가진다(헌법 제29조 제1항).⁹²⁾ 물론 공무원의 직무상 불법행위를 매개로 하지만 공무원의 불법행위 책임은 궁극적으로 국가의 책임으로 귀속되는 것이다. 과밀수용의 경우에도 그것이 헌법이 보장하는 기본권을 침해하여 손해를 발생시켰다면 공무원의 고의나 과실을 전제로 불법행위에 해당하여 손해배상책임이 부과될 수 있다.⁹³⁾ 일차적으로는 국가배상청구소송(재판)을 담당하는 법관이 헌법

92) 이를테면 민주화운동과 관련하여 수사기관에 불법체포·구금된 후 고문 등에 의한 자백으로 유죄판결을 받고 복역함으로써 입은 피해에 대해서는 국가배상을 청구할 수 있는데 이와 관련하여 대법원은 다만 피해자가 「민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」에 따라 위자료를 포함하여 보상금 등 지급결정에 동의한 경우에는 재판상 화해와 같은 효력이 발생하여 불법행위에 의한 복역으로 인한 위자료를 청구하는 소는 권리보호이익이 없어 부적법하다고 설시하였다. 대법원 2015. 1. 22. 선고 2012다204365 판결 참조.

93) 대표적으로 군내 가혹행위를 예로 들 수 있는데 신병훈련을 마치고 부대에 배치된 군인이 선임병들에게 온갖 구타와 가혹행위 및 끊임없는 육설과 폭언에 시달리다가 전입한 지 열흘도 지나지 않은 시점에 부대 철조망 인근 소나무에 목을 매어 자살한 사건과 관련하여 유족들은 망인이 사망한 날로부터 5년의 소멸시효 기간이 훨씬 경과한 시점에서야 비로소 국가를 상대로 손해배상을 구하는 소를 제기하였고, 대법원은 국가의 소멸시효 완성 항변이 신의성실의 원칙에 반하는 권리남용으로 허용될 수 없다고 하면서 국가의 손해배상책임을 인정한 원심판결을 그대로 유지하였다. 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다36091 판결 참조.

이 보장하는 기본권을 존중하여 불법행위에 해당하는 과밀수용에 대해서 손해배상책임을 국가에게 부과하여야 한다. 사인에 의한 기본권침해의 경우에는 기본권의 대사인적 효력의 법리에 따라 일차적으로 사법(私法)을 적용하는 법관이 불법행위 여부를 판단하면서 기본권을 존중하여 판단하여야 하지만 국가에 의한 기본권침해의 경우에는 비록 사용자의 관리·감독에 관한 과실책임을 제외하고 민사상 불법행위로 인한 손해배상책임의 법리를 원용한다고 해도 법관은 불법행위를 판단하는 과정에서 직접적으로 기본권을 고려하는 데 어려움이 없을 것이다. 따라서 국가배상청구소송을 담당하는 법관이 기본권을 존중해야 할 의무를 다하지 않아⁹⁴⁾ 공무원의

94) 재판에 대한 헌법소원(재판소원)의 경우에 법관이 법률을 해석하고 적용하는 과정에서 기본권을 존중하지 않는 경우로 기본권이 제한되는 사정을 인식하지 못하거나 문제가 된 기본권의 보호영역을 잘못 판단하거나 형량의 과정에서 기본권의 비중을 제대로 평가하지 못했을 때가 있을 것이다. 디터 그림(Dieter Grimm), 독일에서의 재판소원 및 헌법재판소와 일반법원의 관계, 서울대학교 법학 제55권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 370쪽 참조. 이와 같은 내용은 독일 연방헌법재판소(BVerfG)가 1964년 6월 12일 선고한 1 BvR 37/63 결정(BVerfGE 18, 85)에서 제시한 이른바 ‘HECK 공식(Heck’sche Formel)’을 보완한 것이다. 이 공식에 따르면 일반 법률에 부합하는 결정(판결)에 객관적인 오류가 있다는 것만으로는 “헌법에 고유한 내용(spezifisches Verfassungsrecht)”을 침해하는 것이 아니고, “기본권을 무시함(Nichtbeachtung von Grundrechten)”으로써 결정에 오류가 있어야 그러한 침해가 발생하는 것이다. 따라서 기본권의 의미, 특히 기본권 보호영역의 범위에 대하여 원칙적으로 부당하게 고려하여 생긴 해석상의 오류 또는 구체적인 법적 사안에 대해서 포섭과정이 가지는 실질적 의미의 측면에서 어느 정도 중요성이 있는 해석상의 오류가 확인된 경우가 아니라면 일반 법률의 범위 안에서 행해지는 통상적인 포섭과정은 헌법재판소의 심사대상이 되지 않는다. 또한 법관이 일반 법률을 적용하면서 정당성(사안적합성 또는 형평성)에 의문이 제기되었더라도, 특히 법관이 법률상 일반조항을 매개로 상충하는 이익에 대한 형량의 과정에서 한쪽의 이익이나 다른 한쪽의 이익에 대하여 너무 많은 또는 너무 적은 비중을 부여함으로써 그가 행한 평가에 의문이 제기될지라도 그것만으로 기본권침해가 발생하는 것은 아니다. 한편 재판소원의 유형을 법원의 규범통제작용에 대한 통제, 법원의 직접적 헌법적용 통제, 재판의 절차적 통제로 구분하면서, 특히 두 번째 유형의 경우에 헌법이나 기본권에 대한 잘못된 이해에 기초하거나 상반되는 기본권적 가치나 이익에 대한 형량을 그르친 법원의 헌법적용이 문제되므로 헌법재판소의 통제가 필요하다는 주장이 있다. 김하열, 재판에 대한 헌법

불법행위를 판단하는 과정에서 수용자의 제한되는 기본권을 충분히 고려하지 않은 채 형량을 진행하여 결과적으로 재판을 받을 권리와 같은 헌법이 보장하는 기본권을 침해하는 경우에는 재판에 대한 헌법소원(재판소원)을 청구할 수 있어야 한다.⁹⁵⁾ 하지만 현행 헌법재판소법은 재판소원을 헌법소원청구의 대상에서 제외하고 있다.⁹⁶⁾

소원의 필요성과 범위: 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론, 헌법학연구 제16권 제4호, 한국헌법학회, 2010, 175쪽 이하 참조. 또한 재판이 헌법소원심판의 대상이 되는 경우로 법원의 재판이 위헌적인 법률을 적용한 때, 법원이 구체적인 재판에 적용되는 법률에 대한 기본권의 효력을 완전히 간과하거나 근본적으로 오인하여 잘못된 법률의 해석과 적용으로 기본권을 침해한 때, 기본권을 침해하여 얻은 증거자료를 법원이 채택한 때, 법원이 부당하게 재판을 지연할 때를 들기도 한다. 손형섭, 사법제도 개혁을 위한 헌법 구조적 대안 연구 - 헌법재판소법 개정을 통한 재판소원제도 도입론, 공법연구 제48집 제1호, 한국공법학회, 2019, 339쪽 참조.

- 95) 독일의 경우 과밀수용의 기본권침해 여부가 문제된 헌법소원심판 사건에서 청구인들은 과밀수용으로 인한 기본권침해를 다투기 위하여 제기된 소송과 관련하여 소송대상이 되지 않는다고 각하하거나 기본권을 침해하지 않는다고 기각한 법원 판결에 대하여 헌법소원을 청구하였고, 독일 연방헌법재판소는 법원의 이러한 판결이 독일 헌법(Grundgesetz)이 보장하는 효과적 권리구제를 받을 권리(GG 제19조 제4항)를 침해하였다고 실시하였다. 위의 독일 연방헌법재판소 결정 참조. 과밀수용이 인간존엄에 관한 권리를 침해함에도 불구하고 소송대상이 되지 않는다는 이유로 각하 결정을 한 법원의 재판에 대하여 청구된 헌법소원과 달리 과밀수용의 기본권침해 여부에 관한 본안판단이 이루어진 법원의 재판에 대하여 청구된 헌법소원의 경우에는 문제가 된 기본권의 침해 여부에 대한 판단에서 법원이 합리적 형량을 진행하였는지 여부가 판단의 대상이 될 것이다.
- 96) 재판소원이 배제되면 보충성원칙에 따라 우선적으로 행정소송을 통해 다투어야 하는 집행작용에 대한 재판(행정재판)도 헌법소원의 대상이 되지 못하는데 헌법재판소는 집행작용의 경우 공권력의 주체가 우월적 지위에서 국민에게 일방적으로 강제하는 성격을 가진 ‘권력적 사실행위’에 해당하는 경우에는 헌법소원의 대상에 포함시키고 있다. 예컨대 경찰서 유치장 내 차폐시설이 불충분한 화장실 사용을 강제한 행위(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546 결정), 경찰서 유치장 수용 전 정밀신체수색을 실시한 행위(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327 결정), 교도소에서 수용자에게 가죽수갑 및 금속수갑 등 계구를 사용한 행위(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163 결정), 교도소 수용자를 징벌실에 수용하고 경사진 화장실을 사용하게 한 행위(헌재 2009. 3. 17. 2009헌마113 결정), 지정된 노역을 거부한 수용자에 대하여 텔레비전 시청을 제한한 행위(헌재 2010. 2. 9. 2010헌마24 결정), 미결수용자에 대하여 종교행사 참석을 금

다행히도 부산고등법원은 교정시설 수용자가 과밀수용으로 정신적, 육체적 고통을 겪었다고 주장하면서 국가를 상대로 위자료 지급을 청구한 사건에서 과밀수용으로 인한 정신적 손해를 배상할 의무를 국가에 대해서 인정하였다.⁹⁷⁾ 같은 법원은 우선 혼거수용실 1인당 수용면적으로 2.58제곱미터로 규정한 법무부예규 조항들(『법무시설 기준규칙』 제3조 제3항 및 『수용구분 및 이송·기록에 관한 지침』 제82조 제1항 제2호)⁹⁸⁾ 행정조직 내

지한 행위(헌재 2011. 12. 29. 2009헌마527 결정), 수사기관이 피의자 조사과정에서 언론사의 촬영을 허용한 행위(헌재 2014. 3. 27. 2012헌마652 결정), 교도소 수용자의 동절기 취침시간을 21시로 정한 행위(헌재 2016. 6. 30. 2015헌마36 결정), 검찰 수사관이 피의자신문에 참여한 변호인에 대하여 후방착석을 요구한 행위(헌재 2017. 11. 30. 2016헌마503 결정), 검사가 법원의 결정에 불구하고 수사기록의 등사를 거부한 행위(헌재 2017. 12. 28. 2015헌마632 결정), 대통령의 지시를 받아 대통령 비서실장 등이 문화예술계 블랙리스트를 작성하여 특정한 문화예술인을 정부지원사업에서 배제하도록 지시한 행위(헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416 결정), 교도소장이 수용자에 온 서신을 개봉한 행위(헌재 2021. 9. 30. 2019헌마919 결정) 등이 권력적 사실행위로 인정되었다. 헌법재판소는 기본적으로 행정기관의 사실행위를 ‘권력적’ 사실행위와 ‘비권력적’ 사실행위로 구분하면서 권력적 사실행위만이 헌법소원의 대상이 된다고 본다. 헌재 2012. 10. 25. 2011헌마429, 판례집 24-2하, 72, 74쪽: “행정청의 사실행위는 경고·권고·시사와 같은 정보제공 행위나 단순한 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’와 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’로 나눌 수 있고, 이 중에서 권력적 사실행위만 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당하고 비권력적 사실행위는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다.” 한편 헌법재판소에 따르면 “어떤 행위가 헌법소원의 대상이 되는 권력적 사실행위에 해당하는지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 여부 등 그 행위가 행하여질 당시의 주체적 상황을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단해야 한다.” 헌재 2014. 1. 14. 2013헌마856 결정; 2019. 10. 15. 2019헌마996 결정 참조.

97) 부산고등법원 2017. 8. 31. 선고 2014나50975 판결. 이 판결에 대한 상고심 재판에서 대법원도 “국가가 인간의 생존에 필요한 필수적이면서 기본적인 시설이 갖추어지지 않은 교정시설에 수용자를 수용하는 행위는 수용자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 것으로서 위법한 행위가 될 수 있다”고 실시하였다. 대법원 2022. 7. 14. 선고 2017다266771 판결 참조.

98) 교정시설의 수용면적과 관련된 법무부훈령은 일반인에게 공개되어 있지 않고, 국가인권위원회의 2018년 11월 5일 17직권0002100 등(병합) 결정에서 인용된 내용을 통

부에서만 효력을 가질 뿐이고 대외적인 구속력은 없어 교정시설이 수용자에게 수용자 1인당 2.58제곱미터의 수용면적을 확보해줄 법률적 의무가 발생하지 않는다고 본다.⁹⁹⁾ 하지만 같은 법원은 과밀수용으로 인한 기본권 침해를 판단하는 독자적인 기준을 제시한다. 우선 헌법재판소의 실시와 유사하게 “수용자가 인간 생존의 기본조건이 박탈된 교정시설에 수용되어 기본권을 침해당하였는지 여부를 판단함에 있어서는 1인당 수용거실의 면적 뿐만 아니라 수용거실 현황 등 수용시설 전반의 운영 실태와 수용자들의 생활여건, 수용기간, 접견 및 운동 기타 편의제공 여부, 수용에 소요되는 비용, 국가 예산의 문제 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 실시한다. 그렇지만 “수용자는 교정시설 중 수용거실에서 취침, 용변 등 기본적인 일상생활을 영위하게 되므로, 인간다운 생활을 할 수 있는 최소한의 수용거실 공간을 확보하는 것은 교정의 최종 목적인 재사회화를 달성하기 위한 기본조건이 된다.”고 보아 과밀수용 여부를 판단할 때 수용거실 공간이 여전히 중요하다는 사실을 강조한다. 결론적으로 “작업장, 식당 등 다른 수용시설 기준이 충족되고 운동시간 확보, 접견교통 허용 등 다른 기준을 아무리 충족되었다고 하더라도, 1인당 수용거실 면적이 인간으로서의 기본 욕구에 따른 생활조차 어렵게 할 만큼 지나치게 협소하다면, 그 자체만으로도 이미 국가형벌권 행사의 한계를 넘어 헌법에 보장된 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것으로 보아야 한다.”고 실시한다. 이에 따라 “1인당 수용거실 면적이 일정한 최저 기준에 미달하여 거기에 수용된

해 확인할 수 있을 뿐인데 법무부가 수용자 1인당 수용면적으로 삼은 2.58제곱미터는 일본 교정시설의 기준을 가져온 것으로 보인다.

99) 법원이 문제된 법무부예규를 대외적 구속력이 없는 행정규칙으로 보는 입장에 대해서는 법무부예규를 기준으로 수용자 1인당 수용면적이 결정되고 이를 토대로 교정시설의 수용정원이 정해지며 이것은 교정시설 전반의 환경에 상당한 영향을 미친다는 점에서 해당 법무부예규는 수용자의 비인간적이거나 굴욕적인 처우를 받지 않을 권리에 영향을 주는 대외적 구속력이 있는 행정규칙으로 이해될 필요가 있다는 비판이 제기될 수 있다.

수용자에게 사회통념상 참을 수 없는 피해를 입히는 경우, 즉 수인한도를 초과하는 경우에 해당하는지에 관하여는, 수용자의 신체조건, 생활습관, 수용거실의 구조, 교정시설 및 수용거실 증설에 필요한 예산 등 여러 가지 요소 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사정에 따라 개별적으로 결정하여야 할 것”이라고 하면서도 성인 남성 수용자의 경우 “1인당 수용거실 면적이 2제곱미터(m²)에 미달한 경우에는 그 해당 기간 동안의 수용행위는 수인한도를 초과하여 위법한 것으로 봄이 타당하다.”는 최종결론에 도달한다.¹⁰⁰⁾

만약 법률개정을 통해서 재판소원이 인정되어 과밀수용으로 인한 기본권 침해를 이유로 제기된 손해배상재판이 헌법소원심판의 대상이 된 경우에¹⁰¹⁾ 헌법재판소는 어떠한 결정을 내려야 하는가? 바로 이러한 질문은 과

100) 부산고등법원이 1인당 수용거실 면적을 2제곱미터로 판단한 이유는 먼저 성인 남성 평균 신장이 174센티미터(cm) 전후라는 점과 일반적으로 시중에서 판매되는 싱글 사이즈 침대 매트리스의 크기가 가로 1미터(m), 세로 2미터로 넓이가 2제곱미터(m²)라는 점이고, 다음으로 유럽고문방지위원회와 유럽인권재판소가 제시한 1인당 수용면적을 참고로 했다는 점이다.

101) 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 배제한 헌법재판소법 조항의 위헌성에 대해서는 견해의 대립이 있다. 헌법소원제도의 본질상 헌법의 명시적 규정이 없는 한 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에 배제하는 것은 위헌이라는 견해로 예컨대 박경철, 우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성, 공법연구 제30집 제3호, 한국공법학회, 2002, 166쪽 참조. 반면에 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에서 제외한다고 하더라도 헌법소원제도의 본질에 반하는 것은 아니라는 견해로 예를 들어 차진아, 재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구, 고려법학 제60호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 420쪽 참조. 한편 헌법재판소는 “헌법재판소법 제68조 제1항이 원칙적으로 헌법에 위반되지 아니한다고 하더라도, 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정하여 그 효력을 전부 또는 일부 상실하거나 위헌으로 확인된 법률을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우에도 법원의 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 않는 것으로 해석한다면, 위 법률조항은 그러한 한도 내에서 헌법에 위반된다.”고 실시하면서 재판소원을 배제한 법률조항에 대하여 ‘한정위헌결정’을 한 바 있다. 헌재 1997. 12. 24. 96헌172 등 결정, 판례집 9-2, 842, 844쪽 참조. 이와 관련하여 예외적 헌법소원심판의 대상이 되는 법원의 재판에 관한 구체적 내용에 대한 상세한 논의로 허완중, 대법원의 파기환송판결과 재판소원 대상, 저스티스 통권 제159

밀수용으로 인한 기본권침해를 이유로 위자로 책임을 인정한 법원의 판결에 대한 헌법적 정당성을 판단할 때 제기되는 것이다. 앞서 과밀수용의 경우에는 과소금지원칙이 적용되어야 한다고 언급했다. 인간의 존엄과 가치에 관한 권리뿐만 아니라 신체의 자유 및 신체불훼손의 자유, 그리고 고문을 받지 않을 권리가 침해되지 않는 교정시설 환경의 제공과 같은 급부권이 문제되기 때문이다. 유럽인권재판소가 제시한 3제곱미터, 유럽고문방지위원회가 제시한 4제곱미터가 보편적 기준으로 인정할 수 있을 만큼 상당한 합리성을 가진 기준으로 인정될 만하다. 인간이 수면을 취하거나 깨어 있는 동안 일정한 거동을 하고 위생적인 생활을 하는 데 최소한 필요한 개인공간의 크기를 합리적인 근거에 따라 제시하고 있기 때문이다. 이에 비추어 법원이 제시한 2제곱미터는 헌법이 보장하는 인간의 존엄과 가치에 관한 권리, 신체의 자유 및 신체불훼손의 자유, 고문을 받지 않을 권리와 같은 헌법적 권리(기본권)를 충분히 고려하지 않은 매우 느슨한 기준이라고 평가할 수 있다. 2제곱미터는 법원이 인정하고 있는 대로 “누운 방향으로 가로로 어깨넓이보다 넓은 1미터 정도의 공간”으로 “다른 수용자들과 부딪히지 않고 잠을 잘 수 있을 것”으로 보이는 공간에 지나지 않는 것으로 살아 있는 사람의 존엄이나 품위를 떨어뜨리는 가혹한(부당한) 처우에 해당하기 때문이다. 수용자에게는 이와 같은 공간에 추가하여 인간의 존엄과 품격에 걸맞는 최소한의 거동이나 이동이 가능한 개인공간의 확보가 필요하다. 이러한 맥락에서 만약 법원의 판결이 헌법소원의 대상이 될 수 있다면 수용자 1인당 최소 수용공간을 2제곱미터로 판단한 법원의 판결은 보충성원칙에 따라 상고심을 담당하는 대법원의 동일한 판단을 전제로 헌법이 요구하는 과소금지원칙에 위반되어 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치에 관한 권리, 신체의 자유 및 신체 불훼손의 자유, 고문을 받지 않을 권리를

호, 한국법학원, 2017, 75쪽 이하 참조.

침해한 행정작용의 위법성을 판단함으로써 헌법이 보장하는 ‘재판을 받을 권리’(헌법 제27조 제1항)의 침해를 인정할 개연성이 높다.¹⁰²⁾

V. 맺음말

법률유보원칙 또는 의회유보원칙에 따라 교정시설의 1인당 최소공간은 법률로 규정될 필요가 있다.¹⁰³⁾ 인간의 존엄과 가치에 관한 기본권, 신체의 자유 및 신체불쾌손의 자유, 고문이나 가혹한 처우 또는 처벌을 받지 않을

102) 실제로 부산고등법원은 부산구치소의 중소거실 실측 면적이 6.99제곱미터, 징벌거실 실측 면적이 3.16제곱미터라는 점을 바탕으로 원고1이 수용되어 있던 부산구치소의 경우 1인당 공간이 1.44~2.16제곱미터, 원고2가 수용되어 있던 부산구치소와 부산교도소의 경우 1인당 공간이 1.23~3.81제곱미터이지만 수용기간 중 1인당 2제곱미터에 미달하는 수용거실에 수용된 기간(과밀수용기간)이 원고1의 경우 186일, 원고2의 경우 323일에 해당한다고 판시하였는데 이는 헌법재판소 결정의 보충의견에서 제시된 1인당 수용면적 2.58제곱미터를 기준으로 보면 과소금지원칙에 위배된다. 같은 맥락에서 수용자 1인당 수용면적을 2.58제곱미터로 정한 법무부예규가 헌법소원심판의 대상이 될 수 있고, 앞서 살펴본 대로 수용자의 비인간적이거나 굴욕적인 처우를 받지 않을 권리가 과소금지원칙에 위반되지 않을 정도로 제한되는 수용자 1인당 수용면적을 3제곱미터 이상으로 본다면 해당 법무부예규도 과소금지원칙에 위배되는 것으로 판단될 수 있을 것이다. 한편 독일 연방헌법재판소는 과밀수용이 문제된 헌법소원심판 사건(BVerfG 2 BvR 553/01)에서 계단식침대, 의자, 식탁, 장(Schrank), 세면대, 변기가 설치된 대략 8제곱미터 크기의 1인용 거실에 2명을 5일 동안 수용한 것이 인간존엄에 관한 권리를 침해하였다고 실시하면서 이러한 공권력행사의 위법성을 다투는 재판에 대한 헌법소원을 인용하면서 청구인의 ‘효과적인 권리구제를 받을 권리’(GG 제19조 제4항)를 침해하였다고 실시하였다.

103) 법률유보원칙 또는 의회유보원칙에 대한 헌법재판소의 입장은 확고하다. 대표적으로 2021. 5. 27. 2019헌바332, 판례집 33-1, 555, 563쪽: “오늘날의 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구, 즉 의회유보원칙까지 내포하는 것으로 이해되고 있다. 따라서 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 형식적인 의미의 법률으로써 스스로 규율하여야 할 것이다.”

권리와 같은 헌법적 권리를 침해할 수 있는 과밀수용의 판단기준은 기본권과 관련된 본질적 사항으로 반드시 법률로서 규정해야 하기 때문이다. 이 법률에는 한국의 경제수준을 고려할 때 유럽에서 보편적 기준으로 인정되고 있는 3제곱미터에서 4제곱미터 정도가 최소기준으로 명시될 필요가 있다고 보인다. 같은 맥락에서 현행 『형집행법』은 교정시설의 수용정원과 관련하여 “신설하는 교정시설의 수용인원이 500명 이내의 규모”이어야 한다는 원칙과 함께 “교정시설의 기능위치나 그 밖의 사정을 고려하여 그 규모를 늘릴 수 있다”는 예외를 규정하면서(같은 법 제6조 제1항) 거실 등 수용시설의 최소면적 및 적정조건과 관련하여 “교정시설의 거실·작업장·접견실이나 그 밖의 수용생활을 위한 설비는 그 목적과 기능에 맞도록 설치되어야”하며 “특히 거실은 수용자가 건강하게 생활할 수 있도록 적절한 수준의 공간과 채광·통풍·난방을 위한 시설이 갖추어져야 한다”고 규정하고 있는데(같은 조 제2항) 이것은 거실의 1인당 최소공간 또는 과밀수용의 기준을 명확하게 제시하고 있지 않아 불충분한 입법으로 판단된다.¹⁰⁴⁾ 이와 관련해서는 별도로 입법부작위에 대한 헌법소원심판의 청구가 가능할

104) 현행 『형집행법』은 독일 『형집행법(Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung: Strafvollzugsgesetz - StVollzG)』의 규정과 유사하다. 제144조 제1항: 휴식시간과 자유시간 동안 머무는 거실 및 공동거실과 접견실은 지내기에 적합해야 하고, 그밖에 그 목적에 상응하는 형태를 갖추어야 한다. 거실은 충분한 통풍이 되어야 하며 건강한 생활을 유지하는 데 충분하도록 난방시설, 통풍시설, 바닥면적 및 창문면적을 갖추어야 한다 (Räume für den Aufenthalt während der Ruhe- und Freizeit sowie Gemeinschafts- und Besuchsräume sind wohnlich oder sonst ihrem Zweck entsprechend auszugestalten. Sie müssen hinreichend Luftinhalt haben und für eine gesunde Lebensführung ausreichend mit Heizung und Lüftung, Boden- und Fensterfläche ausgestattet sein). 제146조: (1) 수용거실에 허용된 숫자 이상의 인원을 수용하는 것은 금지된다(Hafträume dürfen nicht mit mehr Personen als zugelassen belegt werden). (2) 이에 대한 단지 일시적인 예외만이 감독관청의 동의가 있는 경우에 허용된다((Ausnahmen hiervon sind nur vorübergehend und nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde zulässig).

것이다. 그렇다고 하더라도 법원은 수용자의 기본권을 고려하여 과밀수용과 관련된 구체적 판단기준을 제시할 필요가 있다. 물론 과밀수용과 관련하여 사법기관의 판단기준과 입법기관 또는 집행기관의 정책적 기준은 다를 수 있다. 이러한 점을 고려한다고 해도 ‘최소한 3제곱미터’는 인간이라는 보편적 조건을 고려할 때 반드시 충족되어야 할 사법적 판단기준이 될 것이다. 다만 거실의 개인공간과 함께 거실의 침구, 환기시설, 조명시설, 위생시설, 목욕시설, 외부활동 시설 등 구금시설의 전반적인 상황을 종합적으로 고려하여 인간의 존엄성을 심각하게 위협할 정도로 헌법이 보장하는 기본권을 침해하는지 여부는 과밀수용에 대해서 허용될 수 없는 헌법적 한계로 헌법재판소를 포함한 사법기관의 과밀수용 판단기준이 될 수 있을 것으로 보인다.

[국문초록]

과밀수용의 문제는 모든 수용시설이 부딪힐 수 있다. 특히 구금시설 또는 교정시설은 과밀수용의 문제에서 자유로울 수 없다. 실제로 최근에 미결수용자나 수형자에 대한 과밀수용으로 인한 기본권침해를 주장하는 헌법소원심판사건이 증가하고 있는 것이 현실이다. 유럽인권재판소와 유엔 및 유럽 고문방지위원회는 과밀수용의 판단기준을 제시하고 있다. 헌법재판소도 과밀수용의 문제를 인간의 존엄과 가치에 관한 권리의 관점에서 접근하여 기본권을 침해하는 과밀수용의 판단기준을 제시하였다. 교정시설의 1인당 최소공간은 법률로 규정될 필요가 있다. 이 법률에는 한국의 경제수준을 고려할 때 유럽에서 보편적 기준으로 인정되고 있는 3제곱미터에서 4제곱미터 정도가 최소기준으로 명시될 필요가 있다고 보인다. 과밀수용과 관련하여 사법기관의 판단기준과 입법기관 또는 집행기관의 정책적 기준은 다를 수 있다. 이러한 점을 고려한다고 해도 3제곱미터는 인간이라는 보편적 조건을 고려할 때 반드시 충족되어야 할 사법적 판단기준이 될 것이다. 다만 거실의 개인공간과 함께 거실의 침구, 환기시설, 조명시설, 위생시설, 목욕시설, 외부활동 시설 등 구금시설의 전반적인 상황을 종합적으로 고려하여 과밀수용 여부가 판단될 필요가 있다.

주제어

과밀수용, 유럽인권재판소, 유럽인권협약, 유엔 고문방지위원회, 유엔 고문방지협약, 유엔 수형자 처우에 관한 최소기준 규정, 유럽 고문방지위원회, 유럽 고문방지협약

[Abstract]

The problem of overcrowding (overincarceration) can be faced by all accommodation facilities. In particular, prisons or correctional facilities cannot be free from the problem of overcrowding. In fact, the reality is that in recent years, the number of cases of constitutional complaints alleging violation of constitutional rights due to overcrowding of unconvicted prisoners or prisoners is increasing. The European Court of Human Rights and the United Nations and the European Commission against Torture are presenting criteria for judging overcrowding. The Constitutional Court also approached the problem of overcrowding from the point of view of the right to human dignity and value, and presented criteria for judging overcrowding that violates constitutional rights. The minimum space per person in a correctional facility needs to be stipulated by law. In this law, considering Korea's economic level, it seems necessary to specify the minimum standard of 3 to 4 square meters, which is recognized as a universal standard in Europe. In relation to overcrowding, the judgment standards of judicial bodies and the policy standards of legislative or executive bodies may differ. Even taking these points into consideration, 3 square meters will be a judicial criterion that must be met in consideration of the universal condition of being a human being. However, it is necessary to determine whether overcrowding is carried out by comprehensively considering the overall situation of detention facilities such as bedding, ventilation, lighting, sanitary facilities, bathing facilities, and outdoor activity facilities in the living room as well

as personal space in the living room.

Key-words

Overcrowding, European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, United Nations Torture Prevention Committee, Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, European Convention on the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

참고문헌

- 계희열, 헌법상 인간의 존엄과 가치, 법학논집, 고려대학교 법학연구원, 제32집, 1996, 301~327쪽.
- 김지선, 현행 가석방 전자감독에 대한 비판적 검토, 교정연구, 제31권 제3호, 한국교정학회, 2021, 3~43쪽.
- 김태천, 고문의 정의: 고문방지협약의 국내적 적용과 관련하여, 저스티스 통권 제87호, 한국법학원, 2005, 76~102쪽.
- 김하열, 재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위: 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론, 헌법학연구 제16권 제4호, 한국헌법학회, 2010, 165~206쪽.
- 김한균, 민영소년원 도입추진과 설립운영의 형사정책, 형사정책 제30권 제1호, 한국형사정책학회, 2018, 203~225쪽.
- 민경식, 고문을 받지 아니할 권리, 중앙법학 제7집 제1호, 중앙법학회, 2005, 49~75쪽.
- 박경철, 우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성, 공법연구 제30집 제3호, 한국공법학회, 2002, 155~182쪽.
- 박영숙/임안나, 민영교도소의 현황과 과제, 교정복지연구 제38호, 한국교정복지학회, 2015, 147~171쪽.
- 손형섭, 사법제도 개혁을 위한 헌법 구조적 대안 연구 - 헌법재판소법 개정을 통한 재판소원제도 도입론, 공법연구 제48집 제1호, 한국공법학회, 2019, 317~353쪽.
- 성중탁, 우리나라 교정시설의 과밀수용 문제와 그 해결 방안 - 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2013헌마142 결정, 행정판례연구 제22권 제1호, 한국행정판례연구회, 2017, 289~329쪽.
- 심민석, 교정시설의 과밀수용에 관한 법·정책적 개선방안 연구: 유럽인권재판소 판례를 중심으로, 법과 사회 제56호, 법과사회이론학회, 2017, 429~462쪽.
- 안성훈, 교정시설 과밀수용의 문제점과 해소방안, 교정연구 제27권 제1호, 한국

- 교정학회, 2017, 55~93쪽.
- 이동임/천정환, 교정시설 과밀수용 해소를 위한 전자감독에 관한 연구, 교정연구 제30권 제1호, 한국교정학회, 2020, 151~176쪽.
- 이동임, 민영소년원 설립의 필요성에 관한 연구, 교정복지연구 제69호, 한국교정복지학회, 2020, 1~24쪽.
- 이상환, 교정시설 과밀수용의 해소를 위한 가석방제도 활성화 방안 연구, 법과정책연구 제19집 제3호, 한국법정책학회, 2019, 233~263쪽.
- 이인제, 교정시설 수용 과밀화에 관한 연구, 공공정책연구 제31권 제2호, 동의대학교 지방자치법연구소, 2014, 67~99쪽.
- 조소영, 기본권 규범구조에서의 '인간의 존엄성'의 지위 - 현재 2016. 12. 29. 2013헌마142 결정에 대하여, 공법연구 제48집 제1호, 2019, 119~139쪽.
- 차진아, 재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구, 고려법학 제60호, 고려대학교 법학연구원, 2011, 409~452쪽.
- 최정학, 교도소의 과밀수용 해소방안, 민주법학 제17호, 민주주의법학연구회, 2000, 227~250쪽.
- 최태현, 고문방지협약, 국제인권법 제1호, 국제인권법학회, 1996, 139~174쪽.
- 한수웅, 헌법 제10조의 인간의 존엄성, 헌법학연구 제13권 제2호, 한국헌법학회, 2007, 239~273쪽.
- 한영수, 과밀수용 해소방안의 모색, 형사정책 제12권 제1호, 한국형사정책학회, 2000, 185~203쪽.
- 허완중, 대법원의 파기환송판결과 재판소원 대상, 저스티스 통권 제159호, 한국법학원, 2017, 71~98쪽.
- 홍성방, 인간으로서의 존엄과 가치: 인간의 존엄에 대한 헌법적 고찰, 가톨릭사회과학연구, 한국가톨릭사회과학연구회, 제11집, 1999, 61~84쪽.
- Grimm, Dieter, 독일에서의 재판소원 및 헌법재판소와 일반법원의 관계, 서울대학교 법학 제55권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 360~376쪽.

모욕과 표현의 자유*

Insult and Freedom of Expression

韓 渭 洙(Han, Wee-Soo)

법무법인 태평양 변호사

- 목 차 -

I. 서론	59
II. 우리나라에서의 모욕에 대한 규제의 현황	60
1. 모욕에 대한 형사적 규제	60
2. 모욕에 대한 민사상 규제	62
3. 모욕죄의 일반 법리	64
III. 모욕표현의 규제에 관한 비교법적 고찰	84
1. 미국	85
2. 독일	89
3. 프랑스와 일본 등	92
4. 그밖의 다른 나라들	95
IV. 모욕죄의 위헌성 검토	95

* 이 논문은 헌법논총 제33집 특집주제(언론·출판의 자유의 보장과 한계) 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주).

헌법논총 제33집(2022)

1. 총설	95
2. 모욕표현은 헌법상 표현의 자유로 보장받는 영역 밖에 존재하는지	96
3. 모욕죄와 명확성의 원칙	99
4. 모욕죄와 과잉금지 원칙	104
V. 앞으로의 과제	117
1. 총설	117
2. 모욕의 인정범위 최소화 및 명확화	117
3. 모욕에 대한 위법성 조각사유의 유형화·구체화	119
4. 모욕에 대한 사회적 인식의 전환	123
VI. 끝으로	124
* 국문초록 및 주제어	127
* 영문초록 및 주제어	129
* 참고문헌	131

I. 서론

모욕(侮辱, insult)이란 일반적으로 ‘깔보고 욕되게 함’을 말하고(국립국어원 표준 국어대사전 참조), 법률적으로는 ‘사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’을 말한다.¹⁾

모욕행위는 정의 그 자체로 상대방의 인격권을 침해하여 정신적 고통을 야기하는 것이고, 심한 경우 인터넷 악성댓글 등으로 인한 연예인 자살사건에서 보듯이 엄청난 결과를 초래할 수 있으므로, 사회적으로 이를 규제할 필요성이 인정된다고 할 수 있고, 우리나라에서도 종래 이를 범죄로 보아 형사처벌하거나 민사상 불법행위로서 손해배상의 대상으로 인정되어 왔다.

그러나 한편, 모욕이 타인에게 침을 뱉는다든지 얼굴에 물을 뿌리는 등 말이나 글 외에 행동으로 야기되는 경우도 있으나 말과 글에 의하여 이루어지는 것이 대부분이므로 이를 규제하는 것은 헌법상 보장된 표현의 자유를 심각하게 침해할 수 있다는 점에서, 일찍부터 모욕죄의 처벌이 위헌이라는 주장이 나와 여러 차례 헌법재판소에 위헌심판이 제기된 바 있고, 이에 대하여는 모두 합헌결정이 내려진 바 있다.²⁾

그럼에도 여전히 모욕죄의 처벌은 위헌이라는 주장이 수그러들지 않고 있고 형법상 모욕죄를 폐지하여야 한다는 주장이 더욱 강해져가고 있는 실정이며, 간통죄나 양심적 병역거부에서와 마찬가지로 반복적으로 헌법재판소에 제소되어 최종적으로 위헌결정이 내려질 가능성이 전무하다고는 할 수 없는 상황이다.

-
- 1) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등; 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37결정 등 참조.
 - 2) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바199; 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37; 헌재 2016. 3. 31. 2015헌바206; 헌재 2020. 12. 23. 2018헌바114; 헌재 2021. 9. 30. 2021헌가2; 헌재 2022. 5. 26. 2021헌바342 등.

그런데 모욕에 대한 처벌이나 민사적 규제가 위헌인지를 판단하기 위해서는, 먼저 현재 우리나라에서 어떠한 경우가 모욕으로서 처벌받거나 민사상 불법행위가 성립하여 손해배상의 대상이 되는지를 면밀히 파악한 다음, 그러한 규제가 과연 우리 헌법상 허용되는 범위내에 있는지가 검토되어야 할 것이고, 그러한 검토를 위해서는 다른 주요 국가에서는 모욕에 대하여 어느 범위에서 어떠한 규제가 가하여지고 있는지가 중요한 고려사항이 될 것이다.

그리하여 이 글에서는 우리나라에서 민·형사상 모욕을 어떻게 규제하고 있는지, 미국, 독일, 일본 등 다른 주요 국가에서의 모욕에 대한 규제는 어떠한지를 살펴보고, 우리 형법 제311조의 모욕죄가 위헌이라는 주장의 구체적 근거와 그 타당성을 검토한 다음, 모욕에 대한 규제가 표현의 자유와 조화롭게 공존하기 위해서는 어떻게 하여야 할지 등에 대하여 차례로 살펴보기로 한다.

다만, 모욕에 관한 수많은 판례가 있으나 하급심의 판례는 최고법원이 그 견해를 달리할 수도 있으므로 대법원과 헌법재판소의 판례만을 검토대상으로 하였음을 미리 밝혀둔다.³⁾

II. 우리나라에서의 모욕에 대한 규제의 현황

1. 모욕에 대한 형사적 규제

가. 형법상 모욕죄 등

우리 형법 제311조는 “공연히 사람을 모욕한 자는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있고, 형법 제107

3) 대법원과 헌법재판소의 판례는 대법원의 종합법률정보 검색시스템 및 헌법재판소의 판례검색시스템으로 제공되는 판례를 중심으로 하되, 여기에서 검색되지 않는 판례로서 LAWnB에서 검색되는 판례는 특별히 “미공간, LAWnB”로 부가표시하였다.

조 제2항은, “[대한민국에 체재하는] 외국의 원수에 대하여 모욕을 가하거나 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역이나 금고에 처한다.”고 규정하고 있으며, 같은 법 제108조 제2항은, “[대한민국에 파견된] 외국사절에 대하여 모욕을 가하거나 명예를 훼손한 자는 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.”고 규정하고 있다.

형법 제311조가 모욕죄의 기본적인 형태를 규정하고 있고, 형법 제107조 제2항과 제108조 제2항은 대한민국에 체재하는 외국의 원수 또는 대한민국에 파견된 외국사절에 대한 모욕을 가중처벌하는 형태를 취하고 있으며, 특히 형법 제311조의 모욕죄는 ‘공연성(公然性)’을 요하고, 형법 제312조 제2항에 의하여 친고죄(親告罪)로 규정되어 있는 반면, 대한민국에 체재하는 외국의 원수 또는 대한민국에 파견된 외국사절에 대한 모욕에는 공연성을 요하지 않으며 친고죄도 아니라는 점에서 크게 구별된다.

한편, ‘범죄와 형사사법 통계정보(CCJS)’, ‘검찰연감’에 의하면, 2019년 모욕죄는 수사기관에 48,249건이 접수되어 8,550명이 기소되고 31,616명이 불기소되었는바, 2018년의 38,145건 접수, 8,144명 기소, 25,572명 불기소, 2017년의 33,899건 접수, 7,821명 기소, 21,998명 불기소에 비하여 그 사건 수가 크게 증가하는 추세에 있다고 한다.⁴⁾

나. 균형법 등 특별법에서의 규제

균형법 제64조 제1항은 “상관을 그 면전에서 모욕한 사람은 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “문서, 도화(圖畵) 또는 우상(偶像)을 공시(公示)하거나 연설 또는 그 밖의 공연(公然)한 방법으로 상관을 모욕한 사람은 3년 이하의 징역이나 금고에 처한다.”고 규정하고 있으며, 균형법 제65조는 “초병을 그 면전에서 모욕한 사람은 1년 이하

4) 이승민, “형법상 모욕죄에서 ‘모욕’의 개념에 대한 연구: 판례태도를 중심으로”, 서강 법률논총 10권1호(2021. 2), 109-110면.

의 징역이나 금고에 처한다.”고 규정하고 있다.

형법상 모욕죄와는 달리 상관과 초병에 대한 모욕은 공연성이 없더라도 처벌하고 있는 것이 특징이다.

한편, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ 제32조 제3항은, “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, 제49조 제1항은 “이 법에서 금지한 차별행위를 행하고 그 행위가 악의적인 것으로 인정되는 경우 법원은 차별을 한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다.”고 규정함으로써, 악의적인 장애인모욕행위는 장애인차별행위로서 공연성이 없더라도 처벌하고 있다.

그리고, 한때 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’에 친고 죄가 아닌 반의사불벌죄로서 이른바 ‘사이버모욕죄’를 규정하려는 움직임이 있었으나⁵⁾ 입법에까지는 이르지 아니하였다.

2. 모욕에 대한 민사상 규제

우리 민법상 모욕에 대하여 특별히 규정하는 바는 없다.

그러나, 우리 민법 제750조는 “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 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 규정하고 있다.

그리하여 우리나라 법원은 일찍부터 모욕이 불법행위에 해당한다고 보고

5) 이에 대하여는, 김현철, “인터넷상 표현의 자유와 사이버모욕죄”, 헌법논총 20집(헌법재판소, 2009), 217면 이하 참조.

그 행위자에게 손해배상을 명하는 판결을 해왔다.⁶⁾

다만, 일반적으로 민사상 불법행위는 형법상 범죄보다 폭넓게 인정되고 있으므로(예컨대, 형사상으로는 고의에 의한 재물손괴만을 처벌하나 민사상으로는 과실에 의한 재물손괴도 불법행위로 인정되며, 타인의 토지에 대한 무단점유는 형법상 범죄로는 되지 않으나 민사상으로는 불법행위에 해당한다.), 모욕에 있어서도 민사상 모욕을 형사상 모욕보다 넓게 인정할 여지가 있다고 할 것이지만, 실제로 이를 달리할 것인지, 달리한다면 어떤 부분에서 달리할 것인지에 대하여는 강학상으로나 실무상으로 심도있게 논의하거나 검토된 바를 찾아보기 어렵다.⁷⁾

그러나 모욕에 대한 규제가 표현의 자유를 침해하는 측면이 있어 범위를 엄격히 제한함이 타당하고 모욕에 대한 규제가 형사모욕을 중심으로 법리가 발전되어 옴으로써 그 인정범위나 제한의 법리가 어느 정도 확립된 단계에 있는 점, 민사모욕을 형사모욕보다 넓게 인정한다면 어떠한 범위에서 더 넓게 인정될 수 있는지 그 근거는 무엇인지에 대한 논란이 당연히 예상되는 점에서, 현재로서는 양자의 인정범위를 굳이 달리할 것은 아니라고 생각된다.

우리 대법원도 일반론으로서, “민법에는 어떠한 경우에 명예훼손이나 모

- 6) 민사상 모욕에 대해 공간된 대법원판결로서 가장 오래된 것으로는, 대법원 1993. 6. 8. 선고 93다3073 판결 참조(“피고의 저서 „에 게재한 판시와 같은 기술부분은 그 표현 형식이 현저히 모욕적이고, 비방중상적인 것이어서 사회통념상 시인될 수 없는 것으로 원고의 명예감정을 부당히 침해하는 내용이고, 이를 게재한 위 책이 출판, 판매, 배포됨으로써 원고의 명예가 현저하게 훼손되었다고 판단한 조치를 수긍할 수 있고...”),
- 7) 다만, 형사상 모욕죄에 해당하는 모욕적 인신공격적 표현은, 모욕이 명예훼손과 마찬가지로 사람의 외부적 명예를 해하는 것이므로 민사상으로는 명예훼손의 불법행위를 구성한다는 주장으로는, 박용상, “의견표현과 명예훼손”, 언론과법 19권1호(한국언론법학회, 2020), 27면 이하 참조.

또한, 정부, 국가기관, 지방자치단체, 공직자 개인에 대한 명예훼손, 모욕에 있어서는 형사사건과 민사사건을 구별하여 취급할 필요가 있다고 주장하는 견해로는, 유제민, “정부, 국가기관, 지방자치단체, 공직자 개인에 대한 명예훼손 및 모욕 성립 여부”, 미디어와인격권 3권2호(언론중재위원회, 2017), 234면 이하 참조.

욕으로 인한 불법행위가 성립하는지에 관하여 명시적인 규정이 없지만, 민법상 명예훼손 등을 형법상 명예훼손이나 모욕과 동일하게 보는 것이 법률용어의 일관성과 법체계의 통일성 관점에서 바람직하다. 따라서 사실을 적시하지 않은 경우에는 민법상으로도 명예훼손이 되지 않는다고 보아야 하고, 다만 형법상 모욕죄가 성립할 수 있는 것에 대응하여 모욕적이고 인신 공격적인 의견 표명에 대해서는 불법행위책임을 별도로 인정하는 것이 바람직하다.”라고 실시하고 있다.⁸⁾

다만, 형법상 모욕죄에 대하여 위헌결정이 내려지거나 입법에 의하여 폐지되는 경우라 하더라도, 뒤에서 보는 바와 같이 모욕죄에 대한 위헌론이나 폐지론의 주요 근거가 민사상 손해배상으로 규제할 수 있음에도 굳이 형사처벌하는 것이 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라는 것이므로, 모욕 표현에 대하여 민사상 규제까지 부인될 것은 아니며 현행 모욕죄에 관한 여러 법리가 민사상 불법행위로서의 모욕에는 계속 적용된다고 봄이 타당할 것이다.

3. 모욕죄의 일반 법리

앞서 본 바와 같이 우리나라에서 모욕에 관한 법리는 형법상 모욕죄를 중심으로 발전되어 왔으므로 이를 형법상 모욕죄를 중심으로 살펴본다.

가. 모욕의 개념과 인정 범위

(1) 모욕의 정의

우리 형법은 모욕의 정의를 규정하고 있지 않지만, 통설⁹⁾ 및 판례¹⁰⁾는

8) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결.

9) 김대휘·김신, 제5판 주석 형법 [각칙4] (한국사법행정학회, 2017), 612면 참조.

모욕을 ‘사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’을 의미한다고 본다. 명예훼손도 다른 사람의 사회적 평가를 저하시키는 행위이지만 구체적 사실을 적시하여 사회적 평가를 저하시키는 행위임에 비하여 모욕은 구체적 사실을 적시하지 아니하는 점에서 구별된다.

그런데 구체적으로 어떠한 표현이 모욕에 해당하는지는, 피해자와 가해자와의 관계, 가해자가 그러한 발언을 하게 된 경위, 발언의 의미와 전체적인 맥락, 발언을 한 장소와 발언 전후의 정황을 살펴서 판단하여야 할 것이고,¹¹⁾¹²⁾ 다만, 어떠한 표현이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라면 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 이를 두고 모욕죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다.¹³⁾

(2) 모욕표현의 유형

우리 판례는 구체적 사안에서 당해 표현이 모욕에 해당하는지 여부를 개별적으로 판단할 뿐이고 이를 유형화하지는 아니하고 있다. 그러나 이를

- 10) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등; 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 511 등 참조.
- 11) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도2661 판결; 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결 등 참조
- 12) 헌법재판소도, “구체적으로 어떠한 표현이 심판대상조항의 구성요건에 해당하는지 여부는 분리된 개별적 연사만을 놓고 판단하기보다는 표현의 전체적인 내용과 맥락을 고려하고, 그러한 표현이 상대방을 경멸할 의도로 행해졌는지 아니면 우발적으로 이루어졌는지 여부, 다소 과장된 표현인지 여부, 대화나 토론의 장이 열리게 된 경위와 그 성격, 행위자와 상대방과의 관계 등 여러 요인을 종합적으로 고려하여 판단되어야 할 법원의 통상적인 법률해석·적용의 문제이다.”라고 판시하면서(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 512), 모욕죄에 해당하는지 여부는 피해자의 주관적 감정에 따라 결정되는 것이 아니고, 표현이 이루어진 구체적 상황에서 그 표현의 객관적 의미 내용을 사회적 통념에 따라 판단하여야 한다고 본다(헌재 2022. 6. 30. 2021헌마916; 헌재 2017. 5. 25. 2017헌마1 등 참조).
- 13) 대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결 등 참조.

유형화한다면 아직 판례상 문제되지 아니한 표현에 대한 예측가능성을 높이고 판례의 이해나 장래의 논의에 큰 도움을 줄 수 있을 것이다.

그리하여, 판례상 모욕으로 인정된 사례(위법성판단 이전 단계임)를 유형화해보면,

- 1) 제1유형 : 상대방에 대한 욕설,
- 2) 제2유형 : 욕설은 아니더라도 상대방을 비하하는 감정적이고 경멸적인 용어를 사용하는 경우.
- 3) 제3유형 : 표현 자체로는 감정적·경멸적 용어에는 해당하지 않지만 발언의 의미와 맥락 등 관련 상황을 종합적으로 고려할 때 상대방을 비하하고 사회적 평가를 저해하는 발언으로 인정되는 경우
로 구별할 수 있을 것이다.¹⁴⁾

위 제1유형에 해당하는 예로서는, 피해자에게 “도둑놈”, “죽일 놈”이라고 한 경우,¹⁵⁾ “빨갱이 계집년”,¹⁶⁾ “망할 년”,¹⁷⁾ “개같은 잡년”,¹⁸⁾ “순경새끼” · “씨발 개새끼”,¹⁹⁾ “씨팔놈들아. 개새끼야”,²⁰⁾ “호로 XX” · “견 같은 새끼”²¹⁾라고 지칭한 경우를 들 수 있다.

한편, 제2유형에 해당하는 예로서는, 피해자를 “애꾸눈, 병신”이라 지칭

14) 실제로 판례상 모욕에 대한 유형화를 시도한 문헌은 많지 아니하다. 한편, 모욕을, ‘(1) 욕설, (2) 자체로 부정적 가치를 내포하는 단어 사용, (3) 인종·성별·정치 등 차별적 혐오 또는 경멸적 표현 유형’으로 나누는 견해가 있으나[이승민, “형법상 모욕죄에서 ‘모욕’의 개념에 대한 연구: 판례태도를 중심으로”, 서강법률논총 10권1호(2021. 2), 117-118면], 위 (3)은 (1) 또는 (2)와 중첩되는 경우도 많을 것이어서 구별 기준이 분명치 않다고 여겨진다.

15) 대법원 1961. 2. 24. 선고 4293형상864 판결.

16) 대법원 1981. 11. 24. 선고 81도2280 판결.

17) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도873 판결.

18) 대법원 1985. 10. 22. 선고 85도1629 판결.

19) 대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도9674 판결.

20) 대법원 2017. 4. 13. 선고 2016도15264 판결.

21) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도4783 판결.

한 경우,²²⁾ 군대 부사관이 지도관을 “도라이”라고 지칭한 경우,²³⁾ 대학학생회장을 “쓰레기”라고 지칭한 경우,²⁴⁾ 자동차 정보 관련 인터넷 신문사 소속 기자가 작성한 기사에 대하여 “이런 걸 기레기(기자와 쓰레기의 합성어)라고 하죠?”라는 댓글을 게시한 경우,²⁵⁾ 피해자를 “야비한 언론사”라고 지칭한 경우,²⁶⁾ 온라인에서 활발히 활동하는 보수논객을 “듣보잡(듣도 보도 못한 잡놈)”, “함량이 모자라도 창피한 줄 모를 정도로 명칭하게 충성할 사람”으로 지칭한 경우,²⁷⁾ 언론사의 편집인이 편집국장 몰래 기사를 삭제한 행위를 “뒷구멍 기사 삭제 사건”, ‘물상식의 표본’으로 지칭한 경우,²⁸⁾ 골프클럽 경기보조원이 조장을 “한심하고 불쌍한 인간”으로 표현한 경우,²⁹⁾ 국회의원의 발언에 대하여 “모략성 흑색 유언비어를 악용해 특정인과 특정 직업집단 전체에 침을 뱉는 파렴치한 탈선”이라고 표현한 경우,³⁰⁾ 분쟁이 벌어진 교회 비상대책위원회의 장로들에 대하여 ‘뽀뽀이의 주구(走狗) 노릇’, ‘음란한 거짓말쟁이 뽀뽀이의 더러운 하수인’으로 지칭한 경우³¹⁾ 등이 있다.³²⁾

끝으로 제3유형에 해당하는 예로서,

-
- 22) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94도1770 판결.
 - 23) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2020도14576 판결.
 - 24) 헌재 2020. 9. 24. 2019헌마1285, 공보 제288호, 132.
 - 25) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2017도17643 판결.
 - 26) 대법원 2008. 9. 10. 선고 2008도2024 판결(미공간, 이승민, 앞의 글, 117면에서 재인용).
 - 27) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010도10130 판결.
 - 28) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도9411 판결(미공간, LAWnB).
 - 29) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결.
 - 30) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결.
 - 31) 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도1453 판결 (미공간, LAWnB).
 - 32) 한편, 피해자 등을 가리켜 ‘사장 뒤에 숨어 호가호위하고, 조직을 멍들게 하는 암 덩어리들’이라고 표현한 것을 모욕으로 인정한 헌법재판소결정(헌재 2020. 3. 26. 2019헌마264)이 있으나, 위 표현은 그 자체 감정적·모멸적 의미가 있다기 보다는 수사적 표현에 불과하다고 봄이 타당하다고 생각된다.

① 국회의원이던 갑이, “천안함 46용사의 영혼이 잠들어 있는 백령도 청정해역에 종북의 상징인 을 국회의원”이라는 내용이 포함된 성명서를 발표한 사안에서, 천안함 46용사들이 국가 안보를 위해 희생한 고귀한 영혼들이라는 점과 대비하여 ‘**종북의 상징**’이라는 용어를 사용”하였다고 해도, ‘종북의 상징’이라는 용어는 ‘북한을 무비판적으로 추종하는 대표적 인물’이라는 취지이므로 모욕적 언사에 해당한다고 판시한 사례,³³⁾

② 월간시사잡지에서 1997년경의 민노총의 파업 및 가두시위를 “**공산계 릴라식 빨치산 전투**”라고 표현한 데 대하여, ‘공산계릴라식 빨치산전투’라 함은 공산주의 혁명을 달성하기 위해 적의 배후에서 파괴와 살상 등으로 기습, 교란하는 비정규부대의 유격전투를 뜻하는 표현으로서, 원고 민노총의 투쟁방법, 투쟁과정에서 나온 과격한 구호 등을 참작하여 본다고 하더라도 그 비유가 지나치고 감정적이고도 모멸적인 언사에 해당한다고 한 사례,³⁴⁾

③ 피해자가 주차금지구역에 주차하면서 자동차 내에 아이를 두고 갔다가 차가 견인되어 견인업체와 책임문제로 공방이 벌어진 사건에 대한 TV 프로그램의 시청자 의견란에, “학교 선생님이 불법주차에 그렇게 소중한 자식을 두고 내리시다니...그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다.”라는 글을 게재한 사건에서, ‘**그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다.**’라는 표현은 그 게시글 전체를 두고 보더라도, 교사인 피해자에 대한 사회적 평가를 훼손할 만한 모욕적 언사라고 인정한 사례³⁵⁾가 있다.

(3) 모욕표현으로 인정되지 아니한 사례

한편, 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 상대

33) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2014다220798 판결.

34) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결.

35) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결.

방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라고 인정된 사례도 적지 아니하다.

즉, ① 임대아파트의 분양전환과 관련하여 임차인이 임차인대표회의의 전임회장을 비판하며 “**전 회장의 개인적인 의사에 의하여 주택공사의 일방적인 견해에 놀아나고 있기 때문에**”라고 한 표현의 의미는, 임차인대표회의의 회장이었던 피해자가 개인적 판단에만 기울어서 주택공사와의 관계에서 주민들의 의견을 관철시키지 못하고 주택공사의 견해에만 일방적으로 끌려 다닌다는 취지로 해석함이 상당하고 주택공사와 유착되어 주민들의 이익을 외면한 채 부당한 개인적 이익을 취하고 있는 것이라고 보기 어려우므로 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키는 표현이라고도 보기 어렵다고 판시한 사례,³⁶⁾

② 아파트 입주자대표회의 감사인 피고인이 관리소장실을 방문한 자리에서 언쟁을 하다가 “**야, 이따위로 일할래.**”, “**나 이 처먹은 게 무슨 자랑이냐.**”라고 말한 사안에서, 여러 정황 등에 비추어 볼 때, 피고인의 발언은 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만 객관적으로 갑의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당하지 않는다고 한 사례,³⁷⁾

③ 노동조합 사무장직에 있는 피고인이 큰 소리로 피고인보다 15세 연장자로서 회사 부사장인 피해자를 향해 “**야 ○○아, ○○이 여기 있네, 니 이름이 ○○이잖아, ○○아 나오니까 좋지?**” 등으로 여러 차례 피해자의 이름을 부르고 반말을 한 것은, 회사가 노사분규와 사용자 측의 부당노동행위 등으로 노사간 갈등이 격화된 점, 미승인게시물의 철거를 둘러싸고 회사측과 노조 조합원이 서로 대치한 가운데 피고인은 위 게시물 철거행위가 노조활동을 방해하고 노동운동에 대해 간섭하는 것으로 여겨 위와 같이

36) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008도8917 판결.

37) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결.

말하였던 점 등을 종합하면, 위 발언은 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례한 표현이기는 하지만 상대방의 사회적 평가를 저하시킬 만한 모욕적 언사에 해당한다고 보기 어렵다고 판시한 사례,³⁸⁾

④ 중학교 교사가 동료교사에게 학생의 비행과 관련하여 “**부모가 그런 식이니 자식도 그런 것이다**”라고 한 표현은 그로 인하여 상대방의 기분이 다소 상할 수 있다고 하더라도 그 내용이 너무나 막연하여 모욕죄를 구성한다고 보기는 어렵다고 판시한 사례,³⁹⁾

⑤ 택시기사와 시비가 벌어져 신고하였는데 경찰관이 늦게 도착한 데 항의하는 과정에서 “**아이 씨발!**”이라고 한 사안에서, 위 발언은 구체적으로 상대방을 지칭하지 않은 채 단순히 발언자 자신의 불만이나 분노한 감정을 표출하기 위하여 흔히 쓰는 말로서 상대방을 불쾌하게 할 수 있는 무례하고 저속한 표현이기는 하지만 직접적으로 피해자를 특정하여 그에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적 감정을 표현한 모욕적 언사에 해당한다고 단정하기는 어렵다고 판시한 사례⁴⁰⁾가 있다.

그밖에 피해자부부와 그 처의 대학후배가 한 집에서 같이 거주하는 내용이 게재된 블로그에 대하여 “**지린다**”는 댓글을 단 사안,⁴¹⁾ 상대방의 행

38) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도2661 판결.

39) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도8915 판결.

40) 대법원 2015. 12. 24 선고 2015도6622 판결 (미공간, LAWnB).

이와 유사한 것으로서, 당시 20세 연상의 청구인에게 반말로 시비하던 고소인이 아파트 경비원의 모습이 보이자 갑자기 태도를 돌변하여 존댓말을 하는 상황을 겪게 되어 청구인이 혼잣말로 “you are fucking crazy”라고 말한 것은 ‘당신 정말 어처구니가 없다’, ‘당신 정말 말도 안 된다’ 정도의 의미로서 위와 같은 표현으로 말미암아 고소인의 사회적 평가가 객관적으로 낮아졌다고 단정하기 어렵다고 한 사례(헌재 2017. 5. 25. 2017헌마1, 공보 제248호, 575)가 있다.

41) 헌재 2022. 6. 30. 2021헌마916. 위 결정은, ‘지린다’는 용어에 대하여, 인터넷 네이버 국어사전에서는 ‘어떤 사람이나 현상이 오죽을 짤 정도로 대단하게 나타나다’라는 의미로도 정의하고 있고, 인터넷에서 그러한 의미로 사용되는 사례가 적지 않음을 지적하고 있다.

위를 ‘갑질’로 표현하거나,⁴²⁾ “**밤고양이**처럼 사무실에 와서 사진을 찍고 **도독고양이**처럼 사라진다.”고 표현한 사안,⁴³⁾ 상대방을 ‘**공황장애**’로 표현한 사안⁴⁴⁾에서 모두 모욕표현에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하였다.

(4) 현행 판례 입장의 문제점

앞서 본 위 제1유형과 제2유형의 모욕표현은 사회통념이나 일반인의 인식에 비추어도 모욕으로 인정함에 별 어려움이 없다. 그러나 제3유형은 표현이나 용어 자체에서보다는 관련된 여러 정황을 종합하여야 하므로 이에 해당하는지 여부를 가리는 것은 일반인은 물론 법률전문가로서도 쉽지 아니다. 특히 우리 대법원이 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니어서 모욕으로 볼 수 없다는 표현과의 구별은 더더욱 어렵다.

이러한 어려움은 모욕으로 인정되는 범위의 불명확성을 의미하고 나아가 필연적으로 화자의 위축효과(chilling effect)를 초래할 수밖에 없을 것인바, 표현의 자유와의 관련성을 감안하면, 위 제3유형에 속하는 표현은 이를 모욕의 범위에서 제외하거나, 적어도 일반인이 보더라도 누구나 명백하게 모욕으로 인식될 만한 극히 예외적인 경우가 아닌 한 모욕에 해당하지 아니한다고 봄이 타당하다고 생각된다.⁴⁵⁾

그런 의미에서, 판례가 실시하는 모욕의 정의(“사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적

42) 대법원 2019. 5. 30. 선고 2019도1547 판결 (미공간, LAWnB).

43) 현재 2015. 3. 26. 2013헌마531, 공보 제222호, 574.

44) 대법원 2018. 5. 30. 선고 2016도20890 판결.

45) 관련된 정황을 종합하면 묵시적으로 사실을 적시한 것으로 볼 수 있어 차라리 명예훼손으로 의율하는 것이 타당한 경우(예컨대 피해자를 ‘사기꾼’, 또는 ‘날강도’라고 표현한 경우)가 있을 것이며, 대법원이 모욕으로 인정한 ‘중복의 상징’이나 ‘공산게릴라식 투쟁’은 수사적 표현으로서, ‘소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니’는 무례한 표현에 불과하여, 모두 모욕에 해당하지 않는다고 함이 타당해 보인다.

감정을 표현하는 것”) 중 ‘사회적 평가를 저하시킬만한 추상적 판단’이라는 부분은 일반인의 통상 용어 사용례에서 벗어나는 확장해석에 해당한다거나,⁴⁶⁾ 부당한 평가적 발언이나 의견의 표시는 모욕죄에서 제외하고 경멸적 표현만을 남겨야 한다는 견해⁴⁷⁾는 경청할 만한 가치가 있다.

나. 모욕죄의 보호법익

형법상 모욕죄의 보호법익은 ‘사람의 외적 명예’ 즉 ‘사람에 대한 사회적 평가’로 봄이 판례⁴⁸⁾ 입장이자 통설적 견해이지만,⁴⁹⁾ 이를 ‘사람의 명예감정’ 즉 ‘사람의 인격적 가치에 대한 인격 주체의 인식 내지 평가’로 보는 견해⁵⁰⁾ 및 ‘인간의 존엄 내지 동등한 공동체 구성원으로서의 존중’으로 보아야 한다는 견해⁵¹⁾도 있다.

보호법익을 외적 명예로 보는 견해는, (1) 내적 명예는 외부의 타인에 의하여 훼손될 수 없는 성질을 가지며, (2) 우리나라는 독일과는 달리 모욕죄의 성립에 ‘공연성’을 요하므로 명예감정의 침해만으론 범죄가 성립하지 아니하고, (3) 명예감정을 보호법익으로 볼 경우는 유아, 정신장애인, 법인, 법인격 없는 단체에 대한 모욕행위를 처벌할 수 없게 되며, (4) 명예감정은 주관적 평가에 해당하므로 사람마다 각자 다르고 가벌성이 피해자의 감정에 좌우되므로 보호법익으로 하기에 적절하지 아니한 점이 주요 논거로 제

46) 오영신, “헌법합치적 법률해석과 형법법규 -형법상 모욕죄의 해석·적용을 중심으로-”, 헌법학연구 24권 2호(2018. 6.), 67-68면.

47) 표성수, “형법상 모욕죄의 문제와 개선방향”, 법조 703호(2015.4), 37면.

48) 대법원, 2016. 10. 13. 선고 2016도9674 판결 등; 헌재 2020. 12. 23. 2018헌바114 등.

49) 김대휘·김신, 앞의 책, 610면 참조.

50) 박경신, “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰”, 고려법학 52호(2009), 267면; 박경신·김가연, “모욕죄의 보호법익 및 법원의 현행적용방식에 대한 헌법적 평가”, 언론과 법 10권 2호(2011), 451면.

51) 최란, “혐오의 시대, 모욕죄의 역할에 대한 검토”, 형사정책 33권3호(2021. 10), 307-308면.

시된다.⁵²⁾

그런데 모욕죄의 보호법익이 무엇인지는 단순히 강학상의 문제에 그치지 아니한다. 왜냐하면 독일과 같이 보호법익을 명예감정으로 보게 될 경우 모욕죄의 성립이 피해자의 주관적인 감정에 좌우하게 되어 성립범위가 불분명하게 되므로 모욕에 대한 규제가 헌법상 명확성의 원칙을 충족시키지 못할 우려가 커지기 때문이다.

그리하여 이러한 입장에서는, 우리나라에서 공연성이 추가된 것은 외적 명예를 보호하려고 하기 때문이라기보다 공연성이 있는 경우 명예감정의 피해 정도가 심대하고 그러한 심대한 피해만을 구제하려는 것으로 볼 수 있으며,⁵³⁾ 우리 판례가 모욕죄의 보호법익은 외부적 명예라고 판시하고는 있으나 구체적 사실의 적시 없이 추상적인 판단이나 경멸적인 표현만으로 외부적 명예가 침해된다고 보기 어려우며 실제 판례상 모욕으로 인정된 경우들 역시 그로 인하여 상대방의 사회적 평가가 저해되었기 때문이라기보다 사실상 상대방의 명예감정이 저해되었기 때문이라고 볼 수 있다고 주장하고 있다.⁵⁴⁾

생각건대, 우리 형법상 모욕은 공연성이 있는 경우만을 처벌하는 것으로 보아 기본적으로 그 보호법익은 외부적 명예라고 봄이 타당하다. 욕설과 같이 저급한 감정표현은 대상자의 사회적 평가를 저해하기보다는 오히려 발언자의 사회적 평가를 저하시킨다고 보는 나라⁵⁵⁾도 있으나, 욕설로 인한 피해는 나라마다 문화가 달라 일률적으로 말하기 어렵고, 특히 체면을 중시하는 우리나라에서는 ‘욕먹어 싸다.’는 말이 있듯이 욕설이 대상자의 사회적 평가를 해하는 측면이 있음을 결코 부정할 수 없으며,⁵⁶⁾ 구체적 사실

52) 김대휘·김신, 앞의 책, 449면 참조.

53) 박경신·김가연, 앞의 글, 450면.

54) 박경신·김가연, 앞의 글, 451면; 최란, 앞의 글, 289-291면.

55) 뒤에서 언급하듯 미국이 이에 해당한다.

56) 우리나라에서도 모욕표현은 대상자의 사회적 평가가 아니라 발언자의 사회적 평가를 저해할 뿐이라는 견해가 있다. 박경신·김가연, 앞의 글, 445면.

의 적시가 없더라도 경우에 따라서는 사회적으로 크게 존경받는 인사가 특정인에 대하여 단순히 ‘내가 싫어하는 사람’이라고 지칭하는 것만으로도 사회적 평가가 저해될 수 있음을 상기해보면, 추상적인 판단이나 경멸적인 표현만으로 외부적 명예가 침해되기 어렵다고 할 수 없기 때문이다.

또한 모욕죄의 보호법익을 ‘인간의 존엄 내지 동등한 공동체 구성원으로서의 존중’으로 보는 견해는 이른바 혐오표현(hate speech)으로서의 모욕에 대한 보호법익으로서의 타당할지 몰라도⁵⁷⁾ 혐오표현이 아닌 모욕에까지 이를 일반화하기는 어렵다고 생각한다.

그러나, 모욕죄의 보호법익이 오로지 외부적 명예에 있다고도 하기 어렵다. 특히 공연성을 요하지 않는 외국원수 또는 외교사절에 대한 모욕(형법 제107조 제2항 및 형법 제108조 제2항)이나 균형법상 상관면전모욕죄·초병모욕죄의 보호법익은 결코 대상자의 외부적 명예가 될 수 없고 대상자의 명예감정 침해를 계기로 초래될 수 있는 국가의 외교적 또는 군사적 이익에 대한 위해 방지가 될 수밖에 없으며, 일반모욕죄에 있어서도 그 처벌로 피해자의 명예감정까지 보호되는 측면이 있기 때문이다.

나아가 명예감정은 피해자의 주관적 평가에 의존하는 것이므로 보호법익으로 삼기 어렵다는 측면이 있으나, 여기서의 명예감정은 당해 피해자가

한편, 제3자가 있는 가운데 욕설이 이루어진 경우 제3자에게 피해자가 무언가 좋지 않은 욕설을 들을 정도의 사람이 아닌가 라는 인상을 줄 수 있다고 하면서도 이는 명예훼손죄의 본질인 외부적 평가와 무관하고 형벌의 대상으로 할 정도로 불법성이 중하다고 할 수 없다는 견해로는, 표성수, “형법상 모욕죄의 문제와 개선방향”, 법조 703호(2015.4), 21, 27면.

57) 혐오표현의 일반적인 의미는 “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”을 의미하며, 혐오표현을 규제해야 하는 주된 이유는, 특정집단에 대하여 부정적인 편견이나 낙인을 찍고 부당한 대우나 차별·폭력을 선동함으로써 그 집단에 속한 개개인의 인격 즉 인간의 존엄을 훼손하고 사회의 동등한 구성원으로서의 정상적인 삶을 불가능하게 만들기 때문이라고 한다. 한위수, “혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰”, 헌법논총 30집(헌법재판소, 2019), 147면 및 150-151면 참조.

실제로 가지는 명예감정이 아니라 당해 피해자의 지위와 입장에 있는 일반인이 가지는 명예감정을 기준으로 평가하는 것이므로⁵⁸⁾ 오로지 피해자의 주관적 감정에 좌우되는 것은 아니라고 할 것이다.

그러한 측면에서 모욕죄의 보호법익은 제1차적으로 피해자의 외부적 명예이지만 제2차적으로는 피해자의 명예감정이라고 함이 타당하다고 생각한다.

다. 모욕에 대한 위법성조각사유

모욕죄의 구성요건을 충족하더라도 위법성조각사유가 있으면 범죄가 되지 아니하며 위법성이 없으면 민법상 불법행위도 되지 아니한다. 모욕죄도 다른 죄와 마찬가지로, 형법 총칙에 규정된 위법성조각사유가 있는 경우, 즉 정당행위(형법 제20조), 정당방위(형법 제21조), 긴급피난(형법 제22조), 자구행위(형법 제23조), 피해자의 승낙이 있는 경우(형법 제24조)에는 이를 처벌할 수 없고, 민사상 불법행위도 성립할 수 없다.

(1) 형법 제310조의 적용 또는 유추적용

우리 형법 제310조는, “제307조 제1항의 행위[사실적시 명예훼손]가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.”고 규정하여 명예훼손에 대한 특별 위법성조각사유를 규정하고 있는데, 이 조항이 모욕죄에도 적용 또는 유추적용될 수 있는지를 둘러싸고 논란이 있다.

우리나라의 판례⁵⁹⁾와 다수설은 이를 부정하는 입장이지만,⁶⁰⁾ 이를 긍정하는 견해⁶¹⁾는, 일반적으로 명예훼손죄는 사실적시 없는 모욕죄보다 불법의

58) 불능범과 구별되는 불능미수의 성립요건인 ‘위험성’은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 일반인이 객관적으로 판단하여 결과 발생의 가능성이 있는지 여부를 따져야 한다는, 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결 참조.

59) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003도4934 판결 등 참조.

60) 김대휘·김신, 앞의 책, 623면 참조.

61) 김상호, “형법상 모욕과 비방”, 저스티스 103호(한국법학원, 2008), 69면; 조국, “‘공인’ 대상 사실적시 명예훼손 및 모욕의 비범죄화”, 한국형사정책학회 학술대회 논문

양이 크기 때문에 전자의 경우에 특수한 위법성조각사유인 제310조가 적용된다면 후자의 경우에도 당연히 적용되어야 하고, 동일한 법익을 보호하는 범죄 상호 간에 불법이 큰 범죄가 위법성이 조각되는데 불법이 작은 범죄가 동일한 조건하에서 위법성이 조각되지 않는 것이 부당하다는 점을 주요 근거로 삼고 있다.

그러나 위 형법 제310조의 위법성조각사유는 그 문언상 ‘진실한 사실을 적시한 명예훼손’에만 적용됨이 명백하여 사실의 적시가 없는 모욕에 적용 내지 유추적용하는 것이 무리이며, 나아가 ‘진실한 사실 적시’의 요건을 제외하면 ‘공익성’만이 요건으로 남는데 그것만으로는 위법성조각의 범위가 지나치게 확대될 수 있고⁶²⁾(예컨대 공공의 이익을 위하여 작성했다는 이유만으로 모든 모욕표현이 면책될 수 있다), 굳이 이를 유추적용하지 않더라도 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각될 수 있다는 점에서 찬동하기 어렵다.

(2) 모욕과 정당행위

우리 판례는, 어떠한 글이 모욕적 표현을 포함하는 판단이나 의견을 담고 있을 경우에도 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 살펴보아 그 표현이 사회상규에 위배되지 않는 행위로 볼 수 있는 때에는 형법 제20조의 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 보고 있다.⁶³⁾

한편, 모욕적 표현이 정당행위로 인정되는 경우 이를 처벌하거나 손해배

집 <제2013권 4호>(2013), 77면; 이승민, 앞의 글, 129면; 이근욱, “표현의 자유를 제한하는 모욕죄의 적정성 고찰 - 공적 인물, 공적 관심사안 관련 판례들을 중심으로 -”, 미디어와 인격권 6권1호(언론중재위원회, 2020), 186면.

62) 보도의 공익성을 인정하여 명예훼손과 마찬가지로 위법성조각사유를 적용하더라도 악의적이나 모멸적인 표현은 면책되지 않는다는 견해로, 정영주, “언론보도에 대한 모욕소송에서 면책요건에 관한 시론적 연구”, 언론과법 20권2호(2021), 149면 참조.

63) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2020도14576 판결, 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도1453 판결 등.

상을 물릴 수 없음은 당연하지만, 일반적으로 위법성조각사유로서의 정당행위는 아주 엄격한 요건 아래 예외적으로만 인정되는 경향이 있으나, 모욕에 대하여는 그와 같은 엄격한 요건을 요구함이 없이 다소 폭넓게 인정하고 있음이 특징이다.

즉, “형법 제20조 소정의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.”는 것이 일반적인 정당행위에 대한 우리 판례의 확립된 입장이라고 할 수 있다.⁶⁴⁾

그런데, 모욕에 관한 한 위 요건 중 긴급성과 보충성을 충족시키기는 어려운 것이 현실이다. 바로 그 상황에서 모욕적인 표현을 해야 할 긴급성을 인정하기는 어려운 것이고 나아가 당해 모욕적인 표현 외에는 달리 표현할 다른 수단이나 방법이 없는 경우는 극히 드물 것이기 때문이다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾

그리하여 우리 판례 중에는 모욕에도 위 요건을 그대로 적용하여 정당

64) 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1764 판결, 대법원 2004. 8. 20. 선고 2003도4732 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6999 판결, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2008도 6829 판결, 대법원 2018. 12. 27. 선고 2017도15226 판결 등 참조.

65) 이근욱, 앞의 글, 163면 참조

66) 한편, 문제된 사진들이 음란물에 해당하나, 그 음란성으로 인한 해악은 이에 결합된 학술적, 사상적 표현들과 비판 및 논증에 의해 해소되었고, 위 사진들의 게시는 목적의 정당성, 수단이나 방법의 상당성, 보호법익과 침해법익 간의 법익균형성이 인정되어 정당행위에 해당한다고 판시함으로써 긴급성과 보충성에 대한 언급 없이 정당행위를 인정한 사례(대법원 2017. 10. 26. 선고 2012도13352 판결)가 있다.

행위가 아니라고 판시한 사례⁶⁷⁾도 있지만, 대법원은 이러한 엄격한 요건을 적용하지 아니한 채 다소 완화된 요건을 충족시킬 경우에도 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 판시해 오고 있다.

즉, 우리 대법원은, “어떤 글이 모욕적 표현을 담고 있는 경우에도 그 글이 객관적으로 타당성이 있는 사실을 전제로 하여 그 사실관계나 이를 둘러싼 문제에 관한 자신의 판단과 피해자의 태도 등이 합당한가 하는 데 대한 자신의 의견을 밝히고, 자신의 판단과 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과하다면 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다.”고 판시하고 있다.⁶⁸⁾

또한 대법원은, “특정 사안에 대한 의견을 공유하는 인터넷 게시판 등의 공간에서 작성된 단문의 글에 모욕적 표현이 포함되어 있더라도, 그 글이 동조하는 다른 의견들과 연속적·전체적인 측면에서 볼 때, 그 내용이 객관적으로 타당성이 있는 사정에 기초하여 관련 사안에 대한 자신의 판단 내지 피해자의 태도 등이 합당한가 하는 데 대한 자신의 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고, 그 표현도 주로 피해자의 행위에 대한 것으로서 지나치게 악의적이지 않다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 그 글을 작성한 행위는 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각된다고 보아야 한다.”고 판시⁶⁹⁾한다.

이러한 입장에서, 대법원은 자동차 관련 인터넷 신문사의 기자가 작성한 기사에 대하여 “이런 걸 **기레기**(기자와 쓰레기의 합성어)라고 하죠?”라는 댓글을 게시한 사안에서, 위 댓글의 내용, 작성 시기와 위치, 위 댓글 전후

67) 대법원 2011. 5. 13. 선고 2011다2517 판결, 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004도6371 판결, 대법원 2004. 6. 25. 선고 2003도4934 판결.

68) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2017도17643 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결, 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도1453 판결 등 참조.

69) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2017도17643 판결.

로 게시된 다른 댓글의 내용과 흐름 등에 비추어 보면, 위 댓글은 위 기사의 제목과 내용, 이를 작성한 피해자의 행위나 태도를 비판하는 의견을 강조하거나 압축하여 표현한 것이라고 평가할 수 있고, ‘기레기’는 기사 및 기자의 행태를 비판하는 글에서 비교적 폭넓게 사용되는 단어이고, 위 기사에 대한 다른 댓글들의 논조 및 내용과 비교해 볼 때 위 댓글의 표현이 지나치게 악의적이라고 하기도 어려워 사회상규에 위배되지 않는다고 판시⁷⁰⁾하고 있다.

나아가, 골프클럽 경기보조원이 조장을 “**한심하고 불쌍한 인간**”으로 표현한 사안에서, 골프클럽 경기보조원인 회원들 사이의 각 골프클럽에 대한 평가 내지 의견교환의 장소에서, 피고인이 개인적으로 실제 경험하였던 특정 골프클럽 제도운영의 불합리성을 비난하고 이를 강조하는 과정에서 그 비난의 대상인 제도의 담당자인 피해자에 대하여도 같은 맥락에서 일부 부적절한 표현을 사용하게 된 것으로, 이러한 행위는 사회상규에 위배되지 않는다고 봄이 상당하다고 판시하고 있고,⁷¹⁾

TV 프로그램 시청자 의견란에 “학교 선생님이 불법주차에 그렇게 소중한 자식을 두고 내리시다니 ... **그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다.**”라는 글을 게재한 사안에서, 피해자가 시장의 공개사과 등을 계속 요구하고 방송에 출연하여 그러한 내용의 주장을 펴는 것이 합당한가 하는 점에 대하여 자신의 의견을 개진하면서 자신의 판단과 의견의 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 그와 같은 표현을 사용한 것으로서 사회상규에 위배되지 않는다고 판시하고 있으며,⁷²⁾ 군대 부사관이 지도관을 “**도라이**”라고 지칭한 사안에서, 위 표현은 동기 교육생들끼리 고충을 토로하고 의견을 교환하는 사이버공간에서 상관인 피해

70) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2017도17643 판결.

71) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433 판결.

72) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결.

자에 대하여 일부 부적절한 표현을 사용하게 된 것에 불과하고 이로 인하여 군의 조직질서와 정당한 지휘체계가 문란하게 되었다고 보이지 않으므로, 이러한 행위는 사회상규에 위배되지 않는다고 보는 것이 타당하다고 판시하고⁷³⁾ 있다.

한편, 우리 헌법재판소도, 위 대법원의 법리에 기초하여, 대학 학생회장을 “쓰레기”로 지칭한 사안에서, 고소인의 부당한 언행을 폭로하여 고소인에 대한 처벌 및 사과를 유도하고 대학에 성희롱에 대한 경각심을 불러일으키기 위한 것인 점, 모욕적인 표현은 ‘쓰레기’라는 단어를 1회 사용한 것에 그쳤고 그 부분도 3,800여 자에 이르는 글 전체에서 차지하는 비중도 크지 아니한 점 등을 이유로 정당행위에 해당한다고 판시한 바⁷⁴⁾ 있다.

반면, 피고인들이 약 9개월간 10회에 걸쳐 교회목사와 그 장로들을 비방하는 글을 게시하면서 주장하는 바와 관계가 거의 없거나 굳이 기재할 필요도 없는 ‘뽕뽕이의 주구(走狗) 노릇’, ‘음란한 거짓말쟁이 뽕뽕이의 더러운 하수인’ 등 거의 욕설에 가까운 표현들을 반복적으로 사용하고, ‘하나님의 진실을 농락한’, ‘장로님 믿음은 가짜입니다’ 등 그들의 신앙을 직설적으로 심히 비하하는 표현들을 계속 사용한 점 등으로 보아 그 표현들은 사회상규에 위배되는 행위라고 보아야 한다고 판시하고,⁷⁵⁾ 피해자를 ‘어용’, ‘앞잡이’ 등으로 지칭하는 현수막 또는 피켓을 일반인들의 왕래가 빈번한 도심의 도로변 등에 장기간 반복하여 게시한 행위는 정당행위가 아니라고 판시한 바⁷⁶⁾ 있다.

이처럼 우리 대법원은, “객관적으로 타당성이 있는 사실을 전제로 하여 그 사실관계나 이를 둘러싼 문제에 관한 자신의 판단과 피해자의 태도 등

73) 대법원 2021. 8. 19. 선고 2020도14576 판결.

74) 헌재 2020. 9. 24. 2019헌마1285, 공보 제288호, 1323, 1325.

75) 대법원 2005. 12. 23 선고 2005도1453 판결 (미공간, LAWnB).

76) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2016도88 판결.

이 합당한가 하는 데 대한 자신의 의견을 밝히고, 자신의 판단과 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과한 경우”를 정당행위로 봄으로써 비교적 폭넓게 정당행위를 인정하고 있으나, 어떤 경우가 이에 해당하는지에 대한 구체적 판단기준을 제시하지는 아니한 아쉬움이 있으나⁷⁷⁾ 이는 앞으로의 판례 집적을 통하여 해결되리라고 기대한다.

(3) 공적 인물의 공적 관심사안에 관련한 모욕에서의 위법성 조각

한편, 우리 대법원은, 2002. 1. 22. 선고 2000다37524, 37531 판결에서,

언론·출판의 자유와 명예보호 사이의 한계를 설정함에 있어서 표현된 내용이 사적 관계에 관한 것인가 공적 관계에 관한 것인가에 따라 차이가 있는바, 즉 당해 표현으로 인한 피해자가 공적인 존재인지 사적인 존재인지, 그 표현이 공적인 관심사안에 관한 것인지 순수한 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인지, 그 표현이 객관적으로 국민이 알아야 할 공공성, 사회성을 갖춘 사안에 관한 것으로 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아닌지 등을 따져보아 공적 존재에 대한 공적 관심사안과 사적인 영역에 속하는 사안 간에는 심사기준에 차이를 두어야 한다. 당해 표현이 사적인 영역에 속하는 사안에 관한 것인 경우에는 언론의 자유보다 명예의 보호라는 인격권이 우선할 수 있으나, 공공적·사회적인 의미를 가진 사안에 관한 것인 경우에는 그 평가를 달리하여야 하고 언론의 자유에 대한 제한

77) 다만, 공간된 판례는 아니나 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도9411 판결(미공간, LAWnB)은, “그 글을 게시하게 된 동기나 그 경위 및 배경, 글의 전체적인 취지, 구체적인 표현방법, 전제된 사실의 논리적·객관적 타당성, 그 모욕적 표현이 그 글 전체에서 차지하는 비중과 전체적인 내용과의 연관성 등을 고려”하여 판단한다는 취지로 실시하고 있다.

이 완화되어야 한다.(밑줄은 필자 첨가)

라고 판시한 이래, 일련의 판결⁷⁸⁾을 통하여, ① 정당의 정치적 주장, ② 공직자의 도덕성 청렴성이나 업무처리의 정당성에 대한 의혹 제기 ③ 언론사에 대한 감시와 비판 등 공적 존재에 대한 공적 관심사안에 관련한 표현은, “그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 공격이 아닌 한 쉽게 그 책임을 추궁하여서는 아니 된다”는 법리를 확립하였는바 이는 명예훼손에 대하여 특별한 위법성조각사유를 인정된 것으로 평가된다.⁷⁹⁾

우리 대법원은 이러한 법리를 명예훼손뿐 아니라 모욕에 대하여도 마찬가지로 적용하고 있다. 즉, 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734 판결은, “언론이 사실을 통하여 공적인 존재에 대하여 비판적인 의견을 표명하는 것은 언론 본연의 기능에 속하는 것이므로 원칙적으로 위법하다고 볼 수 없다. 다만 표현행위의 형식 및 내용 등이 모욕적이고 경멸적인 인신공격에 해당하거나 또는 타인의 신상에 관하여 다소간의 과장을 넘어서서 사실을 왜곡하는 공표행위를 하는 등으로써 그 인격권을 침해한 경우에는 의견 표명으로서의 한계를 일탈한 것으로서 불법행위가 될 수 있다.”고 하면서도, “특히 공직자나 정치인과 같은 공적인 존재의 도덕성, 청렴성의 문제나 그 직무활동이 정당하게 이루어지고 있는지 여부는 항상 국민의 감시와 비판의 대상이 되어야 한다는 점을 감안할 때, 그에 대한 감시와 비판 기능은 그것이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃었다고 볼 정도에 이르지 아니하는 한 쉽게 제한되어서는 아니 된다.”고 판시하면서, 신문 사설에서 국회의원 발언에 대하여, “모략성 흑색 유언비어를 악용해 특정인과 특정 직업집단 전체에 침을 뱉는 파렴치한 탈선” 등 일부 경멸적인 표현이 사용되

78) 대법원 2003. 7. 8. 선고 2002다64384 판결, 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다62494 판결, 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003다52142 판결 등.

79) 이에 대하여는, 한위수, “명예훼손에 특유한 위법성조각사유에 대한 고찰”, 사법창간호(사법연구지원재단, 2007), 62면 이하 참조.

기는 하였으나, 그 전체적인 내용과 취지로 볼 때 원고에게 악의적으로 모욕을 가할 목적으로 작성된 사실이라고 보기 어려운 점 등에 비추어 의견표명으로서의 한계를 일탈하여 불법행위가 된다고 하기 어렵다고 판시하였다.

또한 대법원 2019. 6. 13. 선고 2014다220798 판결 역시, “정치인이나 공직자 등 공적인 인물의 공적 영역에서의 언행이나 관계와 같은 공적인 관심 사안은 그 사회적 영향력 등으로 인하여 보다 광범위하게 공개·검증되고 문제제기가 허용되어야 한다. 따라서 그에 대한 비판적인 표현이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃었다고 볼 정도에 이르지 않는 한, 이를 쉽게 불법행위에 해당한다거나 법적인 책임을 져야 한다고 볼 것은 아니다.”고 판시하면서, 국회의원인 피고가 성명서에서 다른 국회의원을 ‘**중복의 상징**’이라 지칭한 것은 모욕적 언사에 해당하나 피고는 이를 통해서 국회의원인 원고의 공적 영역에서의 활동이나 정치적 이념을 비판한 것으로 볼 수 있으므로, 위 표현행위만으로 피고가 원고에게 모멸감을 주기 위하여 악의적으로 모욕적이고 경멸적인 인신공격을 하였다고 단정하기 어렵고 따라서 위 표현이 불법행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판시⁸⁰⁾하고 있다.

이는 공적 인물의 공적 관심사안에 관련한 모욕적 표현에 대하여는, 명예훼손에서와 마찬가지로, 악의적이거나 현저히 상당성을 잃었다고 볼 정도에 이르지 않는 한 위법성이 조각된다는 특별 위법성조각사유를 인정할 것이라 할 수 있다.⁸¹⁾

다만 어떤 경우가 악의적이거나 현저히 상당성을 잃은 표현인지에 대한

80) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2014다220798 판결.

81) 이에 대하여는, ‘현저히 상당성을 잃은 공격’인지 여부를 판단하는 것은 적절하지 않으며 ‘악의적으로 모욕을 가할 목적’인지만을 기준으로 하여야 한다는 견해로는, 손원선, “허용되는 의견표명과 허용되지 않는 모욕적 비판의 한계: 평석 대상판례 -대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734”, 법학논총 33집1호(한양대법학연구소, 2016.03), 215면 참조.

구체적 판단 기준을 대법원이 제시하지 아니하여 아쉬움이 있으나⁸²⁾ 이는 판례의 집적을 통하여 해결될 것으로 기대한다.

(4) 소결

이처럼 우리 대법원은 설명 모욕적 표현이라 하더라도 정당행위 또는 공적 인물의 공적 관심사안에 대하여 허용되는 범위의 비판으로서 위법성 조각사유를 폭넓게 인정하고 있다. 이러한 경향은 표현의 자유 보장이라는 측면에서 바람직한 입장으로 평가될 수 있지만, 한편으로는 모욕이라는 구성요건의 범위를 폭넓게 인정하면서 위법성조각도 폭넓게 인정하여 면책시키는 것은 사실상 위법성조각을 구성요건에 끌어들여 예측가능성을 약화시킨다는 비판⁸³⁾이 있다. 이에 대하여는 뒤에서 나오는 모욕죄의 위헌성 검토에서 자세히 보기로 한다.

Ⅲ. 모욕표현의 규제에 관한 비교법적 고찰

모욕에 관하여는 나라마다 그 규제의 정도가 다르다. 이는 표현의 자유와 인격권의 보호 정도, 모욕을 규제함으로써 보호하고자 하는 외부적 명예 또는 명예감정에 대한 당해 국가의 문화적 차이에서 기인하는 것이라고 할 수 있다.⁸⁴⁾

82) 다만, 대법원은, 명예훼손에 대하여는, “그 언론보도의 내용이나 표현방식, 의혹사항의 내용이나 공익성의 정도, 공직자 또는 공직 사회의 사회적 평가를 저하시키는 정도, 취재과정이나 취재로부터 보도에 이르기까지의 사실확인을 위한 노력의 정도, 기타 주위의 여러 사정 등을 종합하여 판단”하는 것이 상당하다고 판시한 바 있다. 대법원 2007. 12. 27. 2007다29379 판결 참조.

83) 예컨대, 박경신, 김가연, 앞의 글, 22면; 이승민, 앞의 글, 122면.

84) 독일이 단순한 모욕까지 처벌함에 반하여 영국과 미국이 단순모욕을 처벌하지 않는 이유를 명예보호에 대한 문화적 차이 때문이라는 견해로, A. P. Simester & Andreas von Hirsch, “On the Legitimate Objectives of Criminalisation”, 10 Criminal Law &

한편, 모욕표현이 독일, 일본, 우리나라와 대만에서만 처벌되고 있다고 주장하는 견해⁸⁵⁾가 있으나 이는 명백히 잘못이다. 아래에서 보는 바와 같이 오히려 대다수의 국가가 모욕죄를 처벌하고 있기 때문이다.⁸⁶⁾

1. 미국

가. 단순모욕(insult)

미국에서 일반적으로 단순모욕은 형사처벌하지 아니함은 물론 민사상 불법행위로도 보지 아니한다[주(州)에 따라서 이를 규제하는 특별법이 존재할 수는 있다]. 이는 미국에는 설령 상대방의 감정을 해칠 수 있다고 해도 다른 사람에 대하여 기탄없는 의견을 표현할 수 있는 자유 같은 것이 있기 때문이라고도 하고⁸⁷⁾, 커먼로(common law)에 따르면 비록 상대방이 무례하고 불쾌한 말을 하더라도 이는 사회생활상 감수해야 할 삶의 한 부분이며, 특히 욕설이나 상스러운 말은 그 말을 듣는 대상자의 명예를 해친다기보다 말하는 사람의 명예를 더 해친다는 전통적 입장 때문⁸⁸⁾이라고 설명하기도 한다.

그리하여 미국에서는 ‘bastard’, ‘son of bitch’, ‘idiot’라는 말을 하더라도 모욕죄로 처벌받거나 불법행위로서 손해배상을 해야 할 경우가 되지

Philosophy 367, 371 (2016) 참조 (“Perhaps this reflects, in part, a cultural distinction between the German and the Anglo American context, especially regarding the protection of personal honour: thus Germany recognises a general offence of bare insult, which the U.K. does not.”).

85) 박경신, “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰”, 고려법학 52호(2009), 281면.

86) 손태규, “모욕법폐지는 가능한가? : 한국과 세계 각국 모욕법의 현황 비교 연구”, 공법학연구 19권3호(2018), 265면 이하 참조.

87) W.Keeton, D. Dobbs, R. Keeton and D. Owen, Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5th ed. (West Publishing Co. 1984) §12, at 59.

88) Rodney A. Smolla, Law of Defamation 2d ed. (Thomson Reuters, 2021), §4.8.

못한다.⁸⁹⁾

나. 도발적 언사 (fighting word)

그러나 모욕적 표현이 즉각적인 치안방해(immediate breach of the peace) 또는 발언자에 대한 폭력적 반응(violent response)을 초래할 수 있는 경우에는 이른바 ‘도발적 언사(fighting word)’로서 처벌 또는 손해배상의 대상이 될 수 있다.

그리하여 미연방대법원은 *Chaplinsky v. New Hampshire*⁹⁰⁾ 판결에서, 제 2차 세계대전 무렵 ‘여호와의 증인’ 신자가 거리에서 다른 종교를 ‘사기(racket)’라고 비난하는 연설을 하면서 청중 중 한 사람에게 ‘당신은 빌어먹을 사기꾼(God damned racketeer)’이며 ‘빌어먹을 파시스트(damned Fascist)’라고 말한 것에 대하여 유죄로 판결한 것은 정당하다고 판시한 바 있다.

그러나 이후 미연방대법원은 위 판결을 폐기하지는 아니하였으나 도발적 언사의 범위를 극도로 한정적으로 해석하여, 경찰관에게 “흰둥이 개XX, 죽여버리겠다(White son of bitch, I’ll kill you)”고 한 발언이나⁹¹⁾ “빌어먹을 까똥이 돼지(black mother-fucking pig)”라고 한 발언⁹²⁾에 대한 유죄 판결을 파기하는 등 사실상 도발적 언사 법리에 근거한 유죄 판결이나 법령을 대부분 무효로 보고 있는 입장이라고 한다.⁹³⁾

다. 고의적 정신고통 초래 (intentional infliction of emotional distress)

89) Rodney A. Smolla, *Law of Defamation* 2d ed. (Thomson Reuters, 2021), §4.8.

90) 315 U.S. 568 (1942).

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

92) *Brown v. Oklahoma*, 408 U.S. 914 (1972) 참조.

93) Erwin Chemerinsky, *Constitution Law Principles and Policies* (Aspen law & Business, 1997), 818 참조.

한편, 단순한 모욕이 아니라 상대방에게 극심한 정신적 고통을 줄 정도가 되면 이른바 ‘고의적 정신고통 초래(intentional infliction of emotional distress)’에 해당하여 불법행위가 성립한다. 그러나 위 ‘고의적 정신고통 초래’는 그 행위가 문명화된 사회에서 명백히 참을 수 없을 정도로 그것이 ‘극심하고도 과도한(extreme and outrageous)’ 정도에 이르러야만 하므로,⁹⁴⁾ 모욕적 언사로서 이에 해당한다고 인정된 예를 찾아보기 어려울 정도이다.⁹⁵⁾

한편, 연방대법원은 명예훼손에 있어 공적 인물에 적용되는 ‘현실적 악의의 법리(actual malice rule)’는 공적 인물이 어떤 표현에 대하여 명예훼손이 아니라 ‘고의적 정신 고통 초래’를 이유로 제소한 경우에도 그대로 적용된다고 본다. 즉, 연방대법원은, 미국의 한 도색잡지가 유명한 목회자 폴 웰 목사가 근친상간을 하는 듯한 그림을 싣고 패러디라고 밝힌 사안에 대한, *Hustler Magazine v. Falwell*⁹⁶⁾ 판결에서, 표현의 자유의 관점에서 ‘현실적 악의의 법리(actual malice rule)’는 공적 인물이 ‘고의적 정신고통 초래’를 이유로 제소한 경우에도 그대로 적용되므로, 피고는 원고가 현실적 악의를 가지고, 즉 그 진술이 명백히 허위인 사실을 알았거나 진실인지의 여부를 무모하게 무시하면서, 허위 사실을 진술하였다는 점을 입증하여야 하는데, 위 사안에서는 원고가 근친상간을 하였다는 사실을 피고가 주장하

94) Restatement (Second) of Torts §46 comment d (1977).

위 해설에 따르면, 일반적으로 그 사회의 평균적인 사람이 행위자에 대한 분노에 차서 ‘너무 심하다!’라고 외칠 정도가 되어야 한다고 한다(“Generally, the case is one in which the recitation of the facts to an average member of the community would arouse his resentment against the actor, and lead him to exclaim, “Outrageous!””).

95) 전화통화자가 전화연결이 되지 않자 교환수에게 ‘빌어먹을 거짓말쟁이, 현장에 있으면 네 목을 부러뜨렸을 것이다’라고 말하여 교환수가 잠도 제대로 자지 못하고 병이 든 경우에도 이에 해당하지 않는다고 하며(Restatement (Second) of Torts §46 illustration 4 (1977)), 상대방 여자가 다소 풍뎡하여 몸매에 과민하다는 것을 알면서도 ‘하마같이 보인다’고 말하여 상대방이 병이 든 경우에 있어서도 이에 해당하지 않는다고 설명한다(Restatement (Second) of Torts §46 illustration 13 (1977)).

96) 485 U.S. 46 (1988).

는 것이 아니므로 손해배상을 받을 수 없다고 판시하였다.

결국 미국에서 공적 인물(public figure)은 사실의 진술 아닌 의견 표명이 나 모욕적 표현에 대하여는 손해배상을 받을 수 없다는 점이 명백하게 되었다고 할 수 있다.

라. 공중이용시설 종업원의 모욕에 대한 특별책임(Special Liability of Public Utility for Insults by Servants)

한편, 일반 대중이 이용하는 운송수단이나 다른 공중이용시설(a common carrier or other public utility)의 종업원이 그 업무 중에 고객에 대하여 저지른 ‘무례한 모욕(gross insults)’은 위 ‘고의적 정신 고통 초래’에서의 모욕처럼 ‘극심하고도 과도한(extreme and outrageous)’ 것이 아닌 경우에도 책임을 진다.

이는, 일반 대중이 이용하는 운송수단이나 다른 공중이용시설의 고객이 모욕적인 대접을 받지 않도록 하기 위한 목적에서 나온 것으로 초기에는 철도와 같은 대중운송수단에서 출발하여 이와 비슷한 숙박업소나 극장, 놀이공원 등 공중이용시설에까지 확대되었다.⁹⁷⁾

여기서의 모욕은, 예컨대 철도역 대합실의 좌석에 소지품을 올려둔 고객이 이를 치우는 종업원에게 항의하자 욕을 하고 행실이 나쁜 여자라고 비난하거나,⁹⁸⁾ 전신회사의 배달부가 전보를 전해주며 서명을 하는 여자수신인에게 작업을 거는 말을 한 경우⁹⁹⁾처럼, ‘극심하고도 과도한(extreme and outrageous)’ 정도에는 못 미치지만 ‘단순히 모욕적인(merely insulting)’ 경우에도 책임을 진다.¹⁰⁰⁾

97) Restatement (Second) of Torts §48 comment a (1977).

98) Restatement (Second) of Torts §48 illustration 1 (1977).

99) Restatement (Second) of Torts §48 illustration 2 (1977).

100) Restatement (Second) of Torts §48 comment c. (1977) (“The rule stated in this

그러나, 다른 차표로 열차를 탄 승객에게 차장이 무례한 어투로 다음 역에서 내리라고 요구하거나,¹⁰¹⁾ 역승무원이 사무실에서 일을 하면서 저속하고 상스러운 말을 지껄여 대합실 내 어른 승객에게도 들리도록 한 경우¹⁰²⁾와 같이, 단순히 무례하거나 기분을 나쁘게 할 정도에 그치게 하는 것에는 해당하지 않는다.

2. 독일

가. 모욕 일반

독일은 형법 제185조에서, “모욕은 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다(Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe).”고 규정한다. 독일에서는 우리나라나 일본과는 달리 공연성을 요하지 않는 점에서 그 보호법익은 외부적 명예가 아닌 피해자의 명예감정으로 보고 있다.

독일에서는 2015년 21만 8천여 명이 모욕죄로 고소될 만큼 모욕죄 관련 사건이 많고 또한 증가하는 추세에 있으며,¹⁰³⁾ 또한 모욕이 상당히 넓은 범위에서 인정되고 있다.

즉, 창녀(Fose, Hure), 멍청이(Dussel), 거지(Klinkenputzer), 돼지(Schweinehund) 등 그 자체로 감정적, 경멸적 의미가 있는 표현뿐만 아니라, 착취자(Ausbeuter), 갱패(Gangster), 거짓말쟁이(Lügnerin), 빨갱이(Kommunist), 사탄(Satan), 범 죄자(Verbrecher) 등 부정적 의미를 가지고 있으나 감정적·경멸적 의미는

section goes further and makes such a defendant liable for conduct which falls short of extreme outrage, but is merely insulting.”)

101) Restatement (Second) of Torts §48 illustration 4 (1977).

102) Restatement (Second) of Torts §48 illustration 5 (1977).

103) 손태규, 앞의 글, 269면.

없는 표현까지도 모욕으로 인정되고 있으며, 심지어는 상대방을 ‘당신(Sie)’이 아니라 ‘너(du)’라고 지칭하는 것만으로도 모욕이 인정되고 있다고 한다.¹⁰⁴⁾

나. 헌법상 보호되는 의견표명의 자유(비방적 비판의 법리)

한편, 독일의 기본법 제5조 제1항은 자유로운 의견표명의 권리를 보장하고 있다.¹⁰⁵⁾ 그러나 같은 조 제2항은 개인의 인격에 대한 보호는 표현의 자유에 대한 한계를 구성한다고 규정한다.

그리하여 독일에서는 타인의 인격권을 침해하는 것으로서 허용되지 않는 의견표명의 범위를 이른바 ‘비방적 비판(Schmähkritik)’에 한정하고 있다. 즉 “문제가 된 표현이 더 이상 논쟁을 위한 것이 아니라 타인을 경멸하고자 하는 경우 비방 내지 모욕의 성격을 가지므로” 의견표명의 자유의 보장은 인격권의 보장 뒤로 물러나게 된다는 것이다. 또한 의견표명이 비판을 받는 자의 인간의 존엄성을 침해하는 경우는 언제나 비방 또는 모욕의 요건을 갖춘 것으로 본다.¹⁰⁶⁾

그러나, 법원은 ‘비방을 목적으로 하는 발언’의 개념을 매우 좁게 해석하여, 발언이 타인을 비하하는 내용을 담고 있는 것으로는 불충분하고, 발언이 사안에 관한 논쟁을 위한 것이 아니라 전적으로 개인에 대한 비하에 그치는 경우에 한하여 ‘비방적 비판’으로 인정된다고 한다.¹⁰⁷⁾

104) Hans-Georg Doering, *Beleidigung und Privatklage*, at 26-27 (1971) [James Q. Whitman, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, 109 *Yale Law Journal* 1279, 1304-1305 (2000)에서 재인용] 참조.

105) “Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern ... ” (<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>. 2022. 3. 7. 방문)

106) 손원선, 앞의 글, 209면. 한편, 위 글은 “Schmähkritik”을 ‘모욕적 비판’으로 번역하고 있으나, 독일헌법에서는 모욕을 ‘Beleidigung’으로 표현하고 있으므로 혼동을 피하기 위하여 이를 ‘비방적 비판’이란 역어로 쓴다.

107) 한수웅, “表現의 자유와 名譽의 保護”, *저스티스* 84호(한국법학원, 2005), 33-34면. 그리하여 독일에서는, Henscheid가 노벨문학상 수상작가인 Heinrich Böll의 작품인

또한, 문제의 표현에서 그 비판이 조금 더 완곡하게 행해질 수 있었는지 여부를 검토하는 것은 정당하지 않으며, 공익과 본질적으로 관련된 문제에 관한 논쟁인 경우에는 비방적 비판은 존재할 수 없고 개인의 인격권보장이 제한된다고 한다.¹⁰⁸⁾

그리하여 독일 연방헌법재판소는 한 평화주의자가 ‘군인은 살인자’ 또는 ‘군인은 잠재적 살인자’라고 지칭한 것은 그것이 독설적인 것이긴 해도 공적인 토론에 기여하는 것이므로 모욕죄로 처벌할 수 없다고 판시한 바 있고,¹⁰⁹⁾ 바이에른주 수상인 슈트라우스(Franz Josef Strauss)를 ‘역지로 민주주의자가 된 자’로 칭한 것에 대하여, 연방대법원은 이를 비방적 비판으로 인정하였으나, 연방헌법재판소는 문제되는 발언이 비록 슈트라우스를 비하하고 그의 명예를 손상한다고 하더라도, 그 발언은 독일의 민주주의가 어느 정도로 저항력이 있는가 하는 독일의 민주주의 상태에 관한 진지한 토론의 범주에서 행해진 발언으로서 슈트라우스 개인의 비하에 그치는 것이 아니기 때문에, 비방적 비판으로 볼 수 없다고 판단하였다.¹¹⁰⁾

나아가 독일 헌법재판소는 공개적인 논쟁에서 타인의 평가를 저하하는 판단 또는 원인을 제공한 자는 그것이 그 타인의 명성 내지 명예를 저하시키는 경우에는 그 타인의 격렬한 반응을 수용하여야만 한다는 원칙을 확립하였다고 한다. 이는 공개적인 논쟁에서 참여한 자는 그보다 몇 배로 상승

“그리고 아무 말도 하지 않았다”에 대한 문예비평에서 작가인 Böll을 “가장 기만적이고 부패한 작가”로, 그의 작품들을 “역겨운 오물”이라고 칭한 사건[BVerfGE 61, 1, 12(Henscheid v. Böll)]에서, 연방헌법재판소는 위 비평은 ‘전적으로 작가 개인에 대한 비하적 표현으로 가득 차 있고 소설의 내용과의 연관성을 전혀 인식할 수 없다.’고 판시하여 유일하게 ‘비방적 비판’의 성격을 인정하였다고 한다. 위 글, 33면 참조.

108) 손원선, 앞의 글, 209-210면.

109) BVerfG Oct. 10, 1995, 93 BVerfGE 266 [Olivier Jouanjan, “Freedom of Expression, in the Federal Republic of Germany”, 84 Indiana Law Journal 867, 879 (2009) 재 인용].

110) BVerfGE 82, 272("Zwangsdemokraten"). 한수웅, 앞의 글, 34면 참조.

헌법논총 제33집(2022)

된 과잉자극 내지 각인되면서도 강렬한 표현을 수인해야만 한다는 것으로 발전하였다고 한다.¹¹¹⁾

3. 프랑스와 일본 등

가. 프랑스

프랑스는 일찍부터 모욕죄를 처벌해 왔다. 즉 1810년 형법전(Penal Code of 1810) 제375조는 ‘사실의 주장을 포함하지 않는 모욕’을 공공장소나 공공집회에서 행한 경우에는 16 내지 500 프랑의 벌금에 처한다고 규정하면서, 제376조는 과도하지 않거나 공연성이 없는 모욕은 경찰벌에 처한다고 규정하고 있었다.¹¹²⁾

한편, 현재 프랑스에 적용되는 1881년 언론법(2021. 8. 24. 개정된 것)¹¹³⁾ 제23조는 “공공장소나 공공집회에서의 발언, 공공장소나 공공집회에서 배포·전시·판매되는 글, 인쇄물이나 그림, 공중이 볼 수 있는 플래카드나 포스터 또는 어떠한 공중통신이나 전기통신 수단에 의한” 범죄행위를 처벌하도록 하면서, 제29조는 “사실의 주장을 포함하지 않는 과도하고 모멸적이거나 독설적인 표현”을 모욕으로 정의하고,¹¹⁴⁾ 제33조에서 모욕을 12,000유로 이하의 벌금으로 처벌하되, 민족, 인종, 국적, 종교에 근거한 모욕이나 성별, 성적 지향 또는 성적 정체성이나 장애에 근거한 모욕에 대하

111) 손원선, 앞의 글, 211면.

112) Penal Code of 1810 (Transcribed by Tom Holmberg)
(https://www.napoleon-series.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3b.html. 2022 1. 3. 방문)

113) Law of July 29, 1881 on freedom of the press
(<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006070722>, 2022. 2. 7. 방문).

114) “Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure.”

여는 1년 이하의 징역 또는 45,000유로 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

이처럼 독일과는 달리 프랑스에서는 공연성이 없는 모욕은 범죄로 처벌하고 있지 아니하며, 혐오표현이 아닌 한 벌금형으로만 처벌하고 있고, 실제상으로도 혐오표현이 아닌 일반 모욕으로 처벌되는 경우는 거의 없다시피 하며, 경찰별 대상인 비공연 모욕의 경우에도 경찰이 거의 관여하지 아니하는 상태라고 한다.¹¹⁵⁾

그리하여 프랑스에서는 독일과는 달리 ‘당신(Vous)’이 아니라 ‘너(tu)’라고 불렀다고 기소되는 경우는 없으나, 다만 ‘멍청이(buse)’같은 전통적인 모멸적 표현에 대하여는 여전히 유죄판결이 나고 있으며, 2차대전시 독일에 항복하고 점령당한 어두운 기억으로 인하여 ‘파시스트(fascist, 대독협력자, 매국노의 어감을 가짐)’라는 표현이 종종 기소되기도 하며, 특히 혐오표현에 대하여는 활발히 기소되고 있는 형편이라고 한다.¹¹⁶⁾

나. 스위스

스위스도 모욕을 처벌하고 있다. 즉, 스위스 형법 제177조 제1항은 모욕(Beschimpfung)을 90일 단위액을 초과하지 않는 벌금형에 처하도록 규정하고 있다.

다만, 일반모욕의 법정형으로는 징역형이 없이 벌금형만 규정되어 있고, 상대방의 부적절한 행위로 모욕이 야기되었거나 상대방의 공격이나 모욕에 대한 즉각적인 대응으로서의 모욕에 대하여는 형을 면제할 수 있도록 규정하고 있는 점이 특징이라고 할 수 있다(제177조 제2항, 제3항).¹¹⁷⁾

115) J. Q. Whitman, *supra* note 104, 27-28 참조.

116) J. Q. Whitman, *supra* note 104, at 28 참조.

117) Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juni 2022) Art. 177. Beschimpfung

그러나, 인권선진국이라 할 스위스에서도 2015년 한 해만도 2,680명이 모욕죄로 기소될 정도로 모욕죄가 활발히 적용되고 있다고 할 수 있다.¹¹⁸⁾

다. 일본과 대만

통상 독일법을 계수하였다고 알려진 일본은 형법 제231조에서 ‘사실을 적시하지 않더라도 공연히 사람을 모욕한 자는 구류 또는 과료에 처한다.’고 규정하고 있다.

일본의 모욕죄는 우리나라와 마찬가지로 친고죄이며(일본 형법 제232조) ‘공연성’의 요건으로 하고 있는데, 구류 또는 과료라는 가벼운 형을 과하고 있으며 법정형을 구류 또는 과료로 정하는 범죄는 일본 형법상 모욕죄가 유일하다고 한다.¹¹⁹⁾

한편, 일본법을 계수한 것으로 알려진 대만 역시 형법 제309조 제1항에서, “사람을 공연히 모욕한 자는 구류 또는 9000원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.¹²⁰⁾ 우리나라와 마찬가지로 공연성을 요구하고 있고 친고죄로 규정하고 있으나(제314조), 법정형을 구류 또는 벌금에 한하고 있음이 다른 점이다.

“1. Wer jemanden in anderer Weise durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten in seiner Ehre angreift, wird, auf Antrag, mit Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen bestraft.

2. Hat der Beschimpfte durch sein ungebührliches Verhalten zu der Beschimpfung unmittelbar Anlass gegeben, so kann der Richter den Täter von Strafe befreien.

3 Ist die Beschimpfung unmittelbar mit einer Beschimpfung oder Tätlichkeit erwidert worden, so kann der Richter einen oder beide Täter von Strafe befreien.”

(https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/de 2022. 10. 25. 방문)

118) 손태규, 앞의 글, 267면.

119) 우관제, “형법 제311조 위헌소원 - 모욕죄를 규정하고 있는 형법 제311조가 헌법에 위반되는지 여부 -”, 헌법재판소결정해설집 2013년호, 106면.

120) “公然侮辱人者，處拘役或九千元以下罰金”

(<https://law.moj.gov.tw/LawClass/LawAll.aspx?pcode=C0000001>, 2022. 2. 7. 방문)

4. 그밖의 다른 나라들

영국과 아일랜드, 노르웨이 및 멕시코(연방 차원)는 일반 모욕죄를 폐지하였다고 한다. 그러나 위 나라 및 미국을 제외한 대부분의 OECD국가와 남미국가에는 모욕죄가 존속하고 있으며, 모욕죄에 대하여 3월 내지 2년의 징역 또는 벌금형에 처하도록 하고 있는 터키에서 2015년 한 해 동안 6만 3천여명이 기소되고, 벨기에에서 448명이, 포르투갈에서도 2013년 한 해 동안 574명이 기소되는 등 모욕죄로 기소되는 숫자도 상당하며, 중국 형법 제246조는 공연히 타인을 모욕하는 경우 3년 이하의 유기징역에 처할 수 있는 중벌을 규정하고 있다.¹²¹⁾

IV. 모욕죄의 위헌성 검토

1. 총설

앞서 본 바와 같이 모욕에 대한 민·형사상의 규제는 표현의 자유와 밀접하게 관련되어 있으며, 모욕의 범위가 불분명하고 이를 형사 처벌하는 것이 지나친 것으로서 위헌이 아닌가 하는 주장이 오래전부터 제기되어 왔다.

모욕죄의 위헌성에 대하여는, 모욕은 타인의 명예를 해하는 표현이므로 헌법상 표현의 자유로 보호받지 못하는 영역에 속하여 위헌성이 문제될 수 없는 것은 아닌지, 나아가 헌법상 보호를 받는 영역에 속할 경우 모욕으로 인정되는 범위가 불분명하다는 점에서 헌법상 명확성 원칙에 위배되는 것이 아닌지, 그리고 표현의 자유에 대한 과도한 규제에 해당하여 헌법상 과잉금지 원칙에 위배되는 것이 아닌지라는 논점을 중심으로 논의가 전개

121) 손태규, 앞의 글, 267, 274면.

되어 왔다.¹²²⁾

2. 모욕표현은 헌법상 표현의 자유로 보장받는 영역 밖에 존재하는지

우리 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.

위 조항의 의미를 둘러싸고, 이는 표현의 자유의 한계를 설정한 것 즉 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 표현은 헌법상 표현의 자유로 보호되는 범위에서 제외된다는 견해와, 위 조항은 표현의 자유와 전형적으로 충돌할 수 있기 때문에 특별히 보호의 필요성이 있는 법익을 구체적으로 언급함으로써 그 보호의 필요성을 강조하고자 하는 것이지 헌법상 표현의 자유로 보장받는 표현의 영역을 한정하는 것은 아니라는 견해로 나누어질 수 있다.¹²³⁾

만약, 전자의 입장에 선다면 모욕적인 표현은 타인의 명예를 침해하는 표현으로서 헌법상 보호되는 표현의 영역 밖에 위치하므로 이를 규제하더라도 위헌의 문제는 생기지 않는다는 결론에 도달할 수 있다.

122) 한편, 모욕죄의 처벌이 ‘명백하고 현존하는 위협의 원칙’을 위반하였다고 주장하는 견해(박경신·김가연, 앞의 글, 452면)가 있으나, 일반적으로 ‘명백하고 현존하는 위협의 원칙’은 어떤 표현이 공공의 안녕에 위해를 준다는 이유로 규제를 할 경우 그 표현이 공공의 안녕에 명백하고 현존하는 위협을 초래하는지 여부를 심사하는 것인바, 모욕표현은 공공의 안녕에 위해를 주는 것이 아니라 개인의 명예 즉 다른 사람의 기본권과 충돌하는 경우이어서 이를 적용하기가 적절치 못하고(한수웅, 제7판 헌법학, 법문사, 2017, 776면 참조), 나아가 모욕 표현은 그 자체 직접적으로 다른 사람의 외부적 명예를 침해하는 것이어서 위협의 명백성과 현존성을 따질 여지가 없으므로 이 원칙을 검토할 필요는 없을 것으로 보이며, 헌법재판소에서도 모욕죄의 위헌성을 판단함에 있어 이 원칙을 검토하지는 아니하였다.

123) 한수웅, 제7판 헌법학 (법문사, 2017), 780-781면 참조.

우리 헌법재판소는 한 때 전자의 견해에 입각한 적이 있다. 즉, 현재는 1998. 4. 30. 선고 95헌가16 결정¹²⁴⁾에서, “일정한 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 것이 있다. 바로 이러한 표현에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는데, 위에서 본 헌법 제21조 제4항이 바로 이러한 표현의 자유에 있어서의 한계를 설정한 것이라고 할 것이다.”고 하고,¹²⁵⁾ “‘음란’이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 엄격한 의미의 음란표현은 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다고 할 것이다.”라고¹²⁶⁾ 판시한 바 있다.¹²⁷⁾

그러나 헌법재판소는 이러한 입장을 변경하였다. 즉, 헌법재판소는 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109등 결정¹²⁸⁾에서, “음란으로 판단되는 표현은 표현 자유의 보호영역에서 애당초 배제시킨다는 것은 그와 관련한 합헌성 심사를 포기하는 결과가 될 것”인바 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한

124) 판례집 10-1, 327.

125) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 339.

126) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 339-340.

127) 현재의 이러한 입장에 대하여는 당시부터 비판적인 견해가 있었고[대표적으로, 한 위수, “음란물의 형사적 규제와 표현의 자유 -특히 예술작품과 관련하여-”, 한국헌법학의 현황과 과제 : 금광김철수교수 정년기념논문집 (박영사, 1998), 588면 주69) 참조], 그후 현재는 이러한 비판을 수용하여 입장을 변경한 것으로 보인다.

128) 판례집 21-1하, 545.

의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없”으므로, “음란표현도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가 안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다.”고 판시하여,¹²⁹⁾ 위 종전의 입장을 명시적으로 변경하였다.

그리하여, 헌법재판소는 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37 결정¹³⁰⁾에서, 헌법 제21조 제4항은 “언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정으로 볼 것이고, 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것이라고는 볼 수 없”으므로, “‘모욕적 표현’이 일정한 경우 타인의 명예나 권리를 침해한다고 하여도 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에는 해당하되, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 제한할 수 있는 것이라고 해석하여야 할 것이다.”고 명시적으로 판시하고 있다.¹³¹⁾

생각건대, 미국헌법 수정 제1조는 “의회는 언론의 자유를 제한하는 법률을 제정하지 못한다.”는 형식으로 규정하고 있고 우리나라 헌법 제37조 2항과 같은 일반적 법률유보조항을 두고 있지 아니하므로, 음란이나 명예훼손표현 등을 규제하기 위해서는 그러한 표현은 헌법상 보호되는 언론의 범위에 속하지 않는다는 이론구성을 할 수밖에 없지만,¹³²⁾ 위 일반유보조항

129) 판례집 21-1하, 545, 558-559.

130) 판례집 25-1, 506.

131) 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 508-509.

132) 미국에서는 전통적으로 (1) 음란(obscenity), (2) 신성모독(profanity), (3) 명예훼손(libel), (4) 도발적 언사(fighting words)의 네 가지 범주의 표현은 헌법의 보호를 받지 못하는 표현으로 취급되어 왔다. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, 571-572 (1942) 참조.

을 두고 있는 우리나라에서는 굳이 모욕적 표현을 헌법상 보호되는 언론의 범위 밖에 속한다고 해석할 필요가 없으며, 오히려 그렇게 해석할 경우 제외되는 표현의 구별 기준이나 보호의 정도에 대하여 새로운 문제점을 발생시킬 것이라는 점에서, 헌법 제21조 제4항을 헌법상 표현의 자유의 보호영역 한계를 설정한 것으로 보지 않는 현행 헌법재판소의 입장은 지극히 타당하다고 본다.¹³³⁾

3. 모욕죄와 명확성의 원칙

가. 명확성의 원칙

기본권을 제한하는 법률은 법치주의의 원칙상 그 제한의 내용과 범위가 명확하게 규정될 것을 요한다는 것이 기본권 이론의 기본적 법리이다.¹³⁴⁾ 나아가 특히 형사처벌을 규정하는 법률은 헌법 제12조 및 제13조에서 도출되는 죄형법정주의에 의하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 적용되어¹³⁵⁾ 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이

133) 같은 의견 : 박경신·김가연, 앞의 글, 444면.

134) 한수용, 제7판 헌법학 (법문사, 2017), 263면 이하 참조.

한편, 헌법재판소도 헌법해석을 통하여 법치국가원리와 법률유보의 원칙으로부터 법률의 명확성 원칙을 도출하였다고 평가된다(“법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 미래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다.” 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255, 268-269 참조).

135) “법률이 형벌법규인 때에는 더욱 그러하다. 왜냐하면 법률이 규정한 용어나 기준이 불명확하여 그 적용대상자가 누구인지 어떠한 행위가 금지되는지의 여부를 보통의 지성을 갖춘 사람이 보통의 이해력과 관행에 따라 판단할 수 없는 경우에도 처벌된다면, 그 적용대상자에게 가혹하고 불공정한 것일 뿐만 아니라, 결과적으로 어떠한 행위가 범죄로 되어야 하는가를 결정하는 입법권을 법관에게 위임하는 것으로 되기 때문에 권력분립의 원칙에도 반하는 것으로 되기 때문이다.” 헌재 1992. 4. 28.

어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확하여야 하며,¹³⁶⁾ 또한 표현의 자유를 규제하는 법률에서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지니는바 이는 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과(chilling effect)를 수반하기 때문이다.¹³⁷⁾

그러나 우리 헌법재판소는 모든 기본권 제한 법률 모두를 세세하게 규정하는 것이 현실적으로 불가능에 가까운 사정을 고려하여, 다소 광범위하고 일반적·추상적인 개념을 사용하였더라도 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다고 하면서, 법규범의 명확성을 판단하는 기준을 제시하고 있다.

즉, 헌법재판소는 일찍부터, 죄형법정주의에 관련하여, “구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하

90헌바27, 판례집 4, 255, 269 참조.

136) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 382.

137) “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 이러한 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 민주사회에서 표현의 자유가 수행하는 역할과 기능에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축적 효과를 수반하기 때문이다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에는, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는—형벌 등의 불이익을 감수하고서라도 자신의 의견을 전달하고자 하는 강한 신념을 가진 경우를 제외하고—대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 그 규제에 의해 보호되는 다른 표현에 대하여 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.” 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342 참조.

는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적(多義的)으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다 할 것이다.”고 판시하였다.¹³⁸⁾

또한, 헌법재판소는 표현의 자유를 규제하는 법률에 대하여, “모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 따라서 명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것이다. 그러므로 법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다 할 것이다.”¹³⁹⁾고 판시하고 있다.

나아가, 헌법재판소는, “어떠한 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 명확성원칙에 위반되는지 여부를 판단할 수 있는데, 법규범의 의미내용은 법규범의 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로 법률조항들이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 이 사건 법률조항들의 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.”는 취지로 판

138) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383. 그 이유는 “그렇지 않으면 처벌 법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 복잡하게 정형화되어 다양하게 변화하는 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다.”고 보고 있다.

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

시한다.¹⁴⁰⁾

나. 형법상 모욕죄에서의 명확성 원칙

모욕죄에 관한 형법 제311조는 형사처벌을 규정하는 법률인 동시에 표현의 자유를 규제하는 법률이므로 무엇보다 엄격하게 명확성의 원칙을 충족시켜야 할 것이다. 그러나 위 형법 제311조는 ‘모욕’의 정의도 규정하고 있지 아니함은 물론 이를 구별할 수 있는 기준조차 제시하지 아니하고 있을 뿐 아니라 앞서 본 바와 같이 실제상으로도 어떤 표현이 모욕에 해당하는지를 일반인이 가리기가 쉽지 아니하다.¹⁴¹⁾

그러나 우리 헌법재판소는, “이 사건 형법 조항의 구성요건으로서 ‘모욕’[...]에 해당하는지 여부는 사회통념과 건전한 상식에 따라 구체적·개별적으로 정해질 수밖에 없다. 한편, 어떤 행위가 법적인 구성요건을 충족시키는가 하는 것에 관하여 구체적인 사건에 있어서 의문이 있을 수 있다는 것은 형법규범의 일반성과 추상성에 비추어 불가피한 것이며, 그러한 사정만으로 형법규범이 불명확하다고 볼 수는 없다. 또한 이 사건 형법 조항이 지닌 약간의 불명확성은 법관의 통상적인 해석 작용에 의하여 보완될 수 있고, 모욕죄는 외부적 명예를 그 보호법익으로 하고 있으며, 명예훼손죄와 달리 사실의 적시를 요구하지 아니한다는 점 등 입법목적과 취지 등을 종합하여 볼 때, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 금지

140) 헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821-822 등.

141) 나아가 ‘모욕’의 개념뿐만 아니라 모욕죄의 구성요건인 ‘공연성’의 개념이 불명확한 점도 문제된다. 프랑스 언론법과 같이 이를 ‘공공집회에서나 공공장소에서’ 또는 ‘공중통신수단이나 전기통신수단으로’ 등으로 특정할 수도 있을 것이나, 우리 형법에서는 ‘공연히’의 개념을 정의하고 있지 아니하고 있지만, 대법원은 이를 ‘불특정 또는 다수인이 인지할 수 있는 상태’로 봄이 확립된 판례이고(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결), 헌법재판소도 이를 이유로 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다고 보고 있다(헌재 2011. 6. 30. 2009헌바199, 판례집 23-1하, 337, 346-347).

되는 행위가 무엇인지를 예측하는 것이 현저히 곤란하다고 보기는 어렵다.”고 하고, 나아가 대법원이 “모욕이란 사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것이라고 판시하는 등(...) 모욕죄에 해당하는지 여부에 관하여 구체적이고 종합적인 해석 기준을 제시하고 있으므로 법 집행기관이 이 사건 형법 조항을 자의적으로 해석할 염려도 없다.”고 판시하면서 명확성에 원칙이 반하지 아니한다고 판시하였고,¹⁴²⁾ 이러한 입장은 후속 결정들¹⁴³⁾에서 그대로 유지되고 있다.

생각건대, 우리 형법 제311조는 모욕죄를 처벌하면서 모욕의 의미나 정의를 규정하고 있지 아니하며 구별의 기준 또한 제시하고 있지 아니하다. 나아가 법원이 모욕을 ‘사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’으로 판시하고 있고, “어떠한 표현이 상대방의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시킬 만한 것이 아니라면 설령 그 표현이 다소 무례한 방법으로 표시되었다 하더라도 이를 두고 모욕죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없다.”고 판시¹⁴⁴⁾하고 있기는 하나, 이 또한 모호하고 추상적임을 부인할 수 없는바, 따라서 형법상 모욕죄가 이러한 모호한 개념을 구성요건요소로 하고 있으므로 명확성의 원칙에 반한다는 주장도 상당히 경청할만한 가치가 있다고 판단된다.

그러나 앞서 본 바와 같이 모욕죄는 우리나라뿐만 아니라 다른 많은 나라에서 전통적으로 형사처벌의 대상이 되어온 범죄유형으로서, 그에 대하여 오랫동안 판례가 축적되어 이른바 법관의 보충적인 가치판단을 통해서

142) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바199, 판례집 23-1하, 337, 348.

143) 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37; 헌재 2016. 3. 31. 2015헌바206; 헌재 2020. 12. 23. 2018헌바114등.

144) 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결, 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도2661 판결 참조.

어느 정도 그 구별기준이 정립되어 있다고 할 수 있어 이를 명확성의 원칙에 반한다고 할 정도는 아니라고 할 것이므로, 이에 대한 헌법재판소의 입장은 정당하다고 생각된다.

다만 법원으로서도 모욕의 범위를 구체화·유형화하여 일반인의 예측가능성을 더욱 제고하는 노력을 기울일 것이 요구된다고 할 것이다.

4. 모욕죄와 과잉금지 원칙

가. 과잉금지 원칙 일반

우리 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기서 기본권을 제한하는 법률이 헌법적으로 정당화되는지를 심사하는 기준으로써 ‘기본권이 공익실현을 위하여 필요한 것 이상으로 과잉 제한되어서는 아니 된다.’는 내용의 과잉금지원칙이 도출된다.

우리 헌법재판소도 일찍이 다음과 같이 과잉금지의 원칙을 실시하였다.¹⁴⁵⁾

과잉금지의 원칙이라는 것은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서, 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법(...)이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한(...)의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그

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

치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 헌법상의 원칙이다.

그러므로 표현의 자유를 제한하는 형법상 모욕죄 규정이 합헌인지에 대한 심사기준으로서의 과잉금지의 원칙은, 목적의 정당성, 방법의 적절성(적합성), 피해의 최소화, 법익의 균형성이란 측면에서의 검토를 필요로 한다.

나. 형법상 모욕죄와 목적의 정당성 및 방법의 적절성

형법상 모욕죄 규정은 사람의 외부적 명예 및 명예감정을 보호하기 위한 것으로서 사람의 명예를 훼손하는 모욕적 표현이 공연하게 이루어진다면 피해자의 사회적 가치 및 인격이 침해되어 사회의 구성원으로서 생활하고 발전해 나갈 가능성도 침해될 것이므로 이를 금지하고자 하는 것이어서 입법목적은 정당하다고 할 것이고, 이를 금지하기 위해 형사처벌을 가하는 것은 그 입법목적 달성에 기여하는 적합한 수단에 해당한다고 할 것이며, 이에 대하여 반대하는 견해는 찾기 어렵다.¹⁴⁶⁾

우리 헌법재판소도 같은 취지에서 모욕죄에 대한 목적의 정당성과 방법의 적절성을 인정하였으며,¹⁴⁷⁾ 2020년 결정에서는 모욕죄가 위헌이라는 입

146) 다만, 의견과 감정의 표현은 사회적 공론의 일부이므로 자유롭게 표명할 수 있게 하여야 하고 모욕감으로부터의 보호는 헌법적으로 실현불가능한 목표라는 주장(박경신, 앞의 글, 269-281면) 및 일반 모욕죄는 명예감정을 보호하는 것으로서 사회적 지위가 높은 사람의 명예보호로 이어진다는 점에서 정당한 입법목적이 될 수 없다는 주장(박경신·김가연, 앞의 글, 464면)이 있으나, 모욕죄의 보호법익을 명예감정만으로 보는 전제부터 동의하기 어렵고, 모욕표현은 사회적 지위가 높은 사람들만이 문제삼는 것이 아니며 현재 우리나라의 사회통념상 욕설 등 극단적 모욕표현까지 허용하는 것은 받아들이기 어렵다.

147) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바199, 판례집 23-1하, 337, 348; 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 511-512; 헌재 2020. 12. 23. 2018헌바456등, 판례집 32-2, 589, 593-594.

장의 3인의 반대의견도 모욕죄에 대한 목적의 정당성과 방법의 적절성은 인정하고 있다.¹⁴⁸⁾

다. 형법상 모욕죄와 피해의 최소성 및 법익의 균형성

(1) 모욕표현을 형사처벌하는 것이 과연 피해최소성과 법익균형성 원칙을 충족시키는지, 즉 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하고 있는지, 나아가 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 크지에 대하여는 견해가 대립된다.

부정설¹⁴⁹⁾의 입장에서는, 구성요건인 ‘모욕’의 범위가 지나치게 광범위하고 설령 대법원의 판례 입장에 따라 이를 ‘사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’으로 보더라도 타인에 대한 부정적인 의견의 표현은 모욕에 해당할 가능성이 높고 그로 인하여 그 자체 상대방의 인격을 허물어뜨릴 정도로 모멸감을 주는 혐오스러운 욕설 외에도 풍자·해학을 담은 문학적 표현, 정치적·학술적 토론이나 의견교환과정에서 사용된 일부 부정적 언어나 예민한 정치적·사회적 논점에 대한 비판적 표현 등도 모욕죄로 처벌될 수 있

148) 헌재 2020. 12. 23. 2018헌바456등, 판례집 32-2, 589, 598.

149) 형법상 모욕죄 규정에 대한 헌법재판소결정의 반대의견(소수의견)의 입장이다(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 514이하; 헌재 2020. 12. 23. 2017헌바456 등, 판례집 32-2, 589, 597이하 등 참조).

또한, 학설로는, 표성수, “형법상 모욕죄의 문제와 개선방향”, 법조 703호(2015.4), 38면; 박경신, 앞의 글, 285면; 한상규, “일베충’과 ‘듣보잡’은 처벌되어야 하는가”, 언론중재 2015년 겨울호, 58면 이하; 박주민, “국제인권기준에 비추어 본 우리나라 표현의 자유와 관련된 제도의 개선방향”, 서강법률논총 1권2호(서강대법학연구소, 2012), 40면 이하; 강재원, “모욕죄의 위헌성 : 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37 결정”, 인권판례평석(박영사, 2017), 101-108면.

어 제한되는 표현이 지나치게 광범위하고, 이로 인한 위축효과로 표현의 자유가 심각하게 침해될 수 있으며, 나아가 명예훼손과 모욕의 비범죄화가 세계적인 추세이며 국가형벌권의 행사는 최소한의 행위에 국한되어야 하는데 모욕표현에 대하여는 민사상 손해배상청구가 가능함에도 굳이 이를 형사처벌하는 것은 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고 주장한다.

반면 긍정설¹⁵⁰⁾의 입장에서는, 구성요건으로는 ‘모욕’의 개념이 다소 광범위하나 우리 대법원이 모욕적 표현에 대하여도 그것이 건전한 사회통념에 비추어 사회상규에 위배되지 아니할 경우에는 형법 제20조의 정당행위로서 위법성을 조각시켜 표현의 자유로 획득되는 이익 및 가치와 명예보호로 달성되는 이익 및 가치를 적절히 조화하도록 하고 있고, 연예인 댓글 자살 사건에서 보듯 인터넷 등 다중접근매체를 통하여 이루어지는 경우에는 그 파급효과가 커서 이를 처벌할 필요성이 크고,¹⁵¹⁾ 나아가 모욕죄가 규제의 필요성이 특히 강한 이른바 ‘혐오표현’¹⁵²⁾에 대한 규제로도 기능하고 있는 점, 모욕죄의 법정형이 ‘1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금’으로 상한이 비교적 경미한 점 등에 비추어, 피해의 최소성이나 법익균형성을 충족하고 있다고 주장한다.

생각건대 우리 대법원이 ‘모욕’의 개념을 ‘사실을 적시하지 아니하고 사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’으로 정의하고 있어 ‘사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 경멸적 감정의 표현’뿐만 아니라 ‘사람의 사회적 평가를 저하시킬만한 추상적 판단’

150) 형법상 모욕죄 규정에 대한 헌법재판소결정(헌재 2011. 6. 30. 2009헌바199; 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37; 헌재 2016. 3. 31. 2015헌바206; 헌재 2020. 12. 23. 2018헌바114등; 헌재 2021. 9. 30. 2021헌가2)의 법정의견의 입장이다.

151) 다중접근매체를 통한 모욕의 규제필요성에 공감하면서도 형사처벌할 정도의 불법성에는 이르지 않으며 굳이 필요하다면 특별법의 보완만으로 충분하다는 견해로는, 표성수, 앞의 글, 39면.

152) 혐오표현의 의미와 규제 필요성 등에 대하여는, 한위수, “혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰”, 헌법논총 30집(헌법재판소, 2019), 147, 150-152면 참조.

까지 포함시켜, 단순히 타인에 대한 부정적·비판적 내용이 담긴 판단까지 규제될 수 있고, 실제로 용어 그 자체로는 비하적·모멸적 의미가 거의 없는 비판적·풍자적 표현까지 모욕죄로 처벌되고 있는 점¹⁵³⁾에서 그 범위가 광범위한 점은 지적하지 아니할 수 없다.¹⁵⁴⁾

나아가 설령 우리 법원이 구성요건상 모욕에 해당하더라도 형법 제20조의 정당행위 규정을 적절히 활용하여 처벌의 범위를 적절히 제한하고 있다는 주장에 대하여는, 앞서 본 바와 같이 통상 예외적이고 엄격한 요건하에 서만 인정되는 정당행위가 모욕죄에 대하여는 상당히 폭넓게 인정된다는 자체가 구성요건으로서의 모욕의 범위가 지나치게 광범위함을 보여주는 징표가 되며, 나아가 당해 표현뿐만 아니라 피해자와의 관련, 그 표현이 나오게 된 배경과 맥락 등 관련된 구체적인 여러 사정을 종합하여야만 정당행위 여부를 판단할 수 있으므로 일반인에게는 예측가능성이 현저하게 떨어진다는 점,¹⁵⁵⁾ 나아가 정당행위 규정의 광범위한 적용은 사실상 정당행위 규정(특히 ‘사회상규’)이 범죄구성요건으로 기능하게 되어 구성요건의 불명확 즉 명확성의 원칙에 위배되는 결과를 초래할 수도 있다.¹⁵⁶⁾

153) 인터넷 언론인을 ‘들보잡’으로 지칭한 표현 (대법원 2011. 12. 22. 선고 2010도 10130 판결), 민노총의 파업과 시위를 ‘공산계렬라식 빨치산 전투’으로 지칭한 표현을 모욕죄로 처벌한 것(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524,37531 판결)이 전형적인 예이다.

154) 나아가 모욕죄의 구성요건중 하나인 ‘공연성’에 대하여 우리 대법원이 이른바 전파성 이론(특정인에게만 한 이야기라도 불특정 또는 다수에게 전파될 가능성이 있으면 공연성을 충족한다는 이론)을 채택하고 있으므로(대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결) 모욕죄의 처벌범위가 지나치게 넓어질 수 있다는 점이 지적되기도 하나[헌재 2020. 12. 23. 2017헌바456 등, 판례집 32-2, 589, 597(반대의견)], 이 부분은 따로 논하지 아니한다.

155) 헌법재판소 결정의 반대의견은 이를 “정당행위 규정으로 행위자의 표현의 자유를 적절히 보장할 수 있다고 하나 사후적인 결과로서의 위법성 조각심사만으로는 표현행위의 위축효과를 막을 수 없다.”고 실시한다(헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 515).

156) 박경신·김가연, 앞의 글, 460면 이하 참조.

그러나 한편, 명예훼손 표현의 비범죄화가 세계적 추세이고 모욕표현에 대하여는 민사상 책임을 부담시킬 수 있음에도 형사처벌까지 가하는 것은 과도한 규제라는 주장은 선뜻 동조하기 어렵다.

왜냐하면, 명예훼손 표현의 비범죄화가 세계적 추세라고 하더라도 오히려 형사상 모욕죄가 폐지된 나라는 미국, 영국, 아일랜드, 노르웨이 등 극소수의 국가에 불과하며, 독일, 프랑스, 스위스, 일본 등 주요 국가에서는 여전히 모욕죄가 형사처벌되고 있으며, 혐오표현의 규제가 필요함에도 이에 대한 특별법이 아직 제정되지 아니한 우리나라에서는 모욕죄의 처벌이 혐오표현에 대한 규제로서 중요하게 기능하고 있으므로¹⁵⁷⁾ 모욕죄를 폐지할 경우 혐오표현에 대한 규제수단이 없어지게 되는 점도 무시할 수 없다.

나아가 우리나라에서 모욕죄가 친고죄임에도 2019년 한 해에만 모욕죄로 수사기관에 접수된 사건수가 48,249건¹⁵⁸⁾에 달한다는 것은, 일반인들 사이에 모욕표현이 상당히 만연되어 있고 이를 형사적으로 해결하고자 하는 경향이 강함을 짐작할 수 있다. 또한 모욕죄가 폐지될 경우 모욕에 대하여는 민사상 구제수단만 남게 되는바 일반인이 모욕으로 인한 손해배상을 청구하기 위해서는 상당한 비용과 시간을 투자하여야 한다는 점과 통상 거액의 위자료를 인정하기를 꺼리는 법원의 관행을 감안하면 재력이 약한 모욕표현의 피해자는 대부분 소송을 포기하게 될 것인데 이는 결국 모욕표현에 대한 구제를 국가가 손놓아버리는 결과가 될 수도 있으며,¹⁵⁹⁾ 특히 민사재판에 의하여 강제집행될 재산이 없는 가해자에게는 민사제재에 의하여 아무런 규제의 효과를 거둘 수도 없기 때문이다.¹⁶⁰⁾

157) 이에 대하여는, 한위수, 앞의 글, 150면 이하 및 175면 이하 참조.

158) 검찰연감 죄명별 접수처리 인원(2019), 범죄와 형사사법 통계정보(CCJS) (이승민, 앞의 글, 109면에서 재인용).

159) 그 경우 ‘모욕을 모욕으로 되받아치는’ 이른바 자력구제로 나아가 개인간의 사소한 말다툼이 격화되어 주먹이 오고 가는 싸움으로 번질 수 있을 것이다.

160) 우리 헌법재판소도, 사실적시에 의한 명예훼손죄에 대하여, “징벌적 손해배상이 인

(2) 그러나 모욕죄의 법정형으로 벌금 외에 징역형까지 규정되어 있는 것은 모욕에 대한 제재로서는 과도한 제한이라고 생각된다.

한편, 어떤 범죄에 대한 법정형이 다소 과하다고 보이는 경우에도 개별적인 사건에서 법관에 의하여 적절한 양형이 이루어질 수 있다는 점에서 이는 입법정책의 문제이지 위헌이라고 보기 힘들다는 것이 우리나라 헌법재판소의 일반적인 입장이지는 하다.

즉, 우리 헌법재판소는 일찍이, “어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법익 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다.”고 하면서, “입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다.”고 판시하였다.¹⁶¹⁾

정됨에 따라 민사상 손해배상을 통해 형벌을 대체하는 예방이나 위하효과를 달성할 수 있는 입법례와 달리, 우리나라의 민사적인 구제방법만으로는 형벌과 같은 예방이나 위하효과를 확보하기 어렵”고, “또한, 민사상 구제수단의 경우 소송비용의 부담이 있고, 소송기간이 장기화될 수 있어, 비록 민사소송에서 승소하더라도 그 사이 실추된 명예 및 그로 인한 손해를 회복하는 것은 쉽지 않다.”고 하며, “이처럼 명예훼손적 표현행위에 대한 실효적인 구제방법이 마련되어 있지 않은 상황에서, 피해자로서는 그 행위의 즉각적인 중단, 출판물 등의 자발적 폐기, 정보통신망 게시물 등의 자발적 삭제 등을 유도하기 위한 수단으로 형법상 명예훼손죄에 의지할 수밖에 없는 것이 오늘날의 현실이다.”고 판시한 바 있다(헌재 2021. 2. 25. 2017헌마 1113 등, 판례집 33-1, 261, 268-269).

또한, 같은 취지에서, “인터넷 시대 개막 이후 사인의 인격권과 프라이버시 침해가 급격히 증가하고 있고 이에 대한 민사제재의 효율성에 대한 의문이 남아 있는 상황에서 형사제재마저 사라진다면 그 침해는 통제할 수 없는 수준으로 확산될 것이라고 예상”하여 명예훼손의 비형사화에 반대하는 견해로는, 조국, 앞의 글, 65면 참조.

161) 헌재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487.

나아가 헌법재판소는, 형법상 모욕에 대하여도, “그 법정형이 ‘1년 이하의 징역이나 금고 또는 200만 원 이하의 벌금’으로 규정되어 있어 상한이 비교적 낮은 점, 특별한 사정이 있는 경우에 집행유예나 선고유예 판결이 선고될 수 있는 등 비교적 경미한 불법성을 가진 행위에 대하여는 법관의 양형으로 불법과 책임을 일치시킬 수 있는 점 등에 비추어 보면, 심판대상 조항에 의한 처벌은 필요최소한의 범위 내에서 표현의 자유를 제한하고 있는 것이다.”고 판시하고 있다.¹⁶²⁾

그러나 한편, 여러 헌법재판소 결정에서 적절히 지적하듯이, “우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있으므로, 입법자가 형벌이라는 수단을 선택함에 있어서는 그 형벌이 불법과 책임의 경중에 일치하도록 하여야 하고, 만약 선택한 형벌이 구성요건에 기술된 불법의 내용과 행위자의 책임에 일치되지 않는 과도한 것이라면 이는 비례의 원칙을 일탈한 것으로 헌법상 용인될 수 없다”고 할 것이어서,¹⁶³⁾ 법정형의 상한이 낮고 집행유예나 선고유예 판결이 선고될 수 있다는 등 사정만으로 책임과 형벌 사이의 비례원칙에 위반되지 않는다고 할 수는 없다.

즉, 우리 헌법재판소는, 교통의 안전이나 사람의 생명·신체·재산 등 보호법익에 미치는 위험 정도가 비교적 낮은 유형의 재범 음주운전행위도 법

최신의 사례로는, 안마사의 자격 없이 안마시술소 등을 개설하는 자에 대한 법정형으로 5년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금을 규정한 의료법 제87조 제1항 제2호에 대한, 헌재 2021. 12. 23. 2018헌바198, 공보 제303호, 60 참조

162) 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37, 판례집 25-1, 506, 512; 헌재 2020. 12. 23. 2017헌바456 등, 판례집 32-2, 589, 595.

163) 헌재 2002. 11. 28. 2002헌가5, 판례집 14-2, 600, 606; 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2, 242; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27, 판례집 22-2하, 368, 381등.

정형의 하한인 2년 이상의 징역 또는 1천만 원 이상의 벌금을 기준으로 처벌하도록 한 것은, 법관이 작량감경을 한다고 하더라도 1년 이상의 징역 또는 500만 원 이상의 벌금이어서 각 행위의 개별성에 맞추어 형을 선고함에는 한계가 있을 수밖에 없고, “집행유예를 선고하는 경우에도 유예되는 형이 피고인의 책임 정도에 비례하지 않을 수 있으며, 집행유예가 실효되는 경우 피고인은 자신의 책임을 초과하는 형벌을 감수하여야” 하며, “집행유예나 선고유예 결정사유에 해당하는 경우에는 이를 선고할 수도 없”으니, 이는 “죄질이 비교적 가벼운 행위까지 지나치게 엄히 처벌하도록 한 것이므로, 책임과 형벌 사이의 비례성을 인정하기 어렵다.”고 판시한 바 있고,¹⁶⁴⁾ 밀수입 등의 예비행위에 대해서 수입한 물품의 원가가 5억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역과 물품원가의 2배에 상당하는 벌금이 병과되도록 한 법률규정은, 작량감경을 하지 아니하면 집행유예를 선고할 수 없고 “작량감경을 하더라도 최하 2년 6월의 징역형과 벌금형을 병과하여 선고받게 되는데, 이는 구체적인 사건에서 예비행위에 의해 초래되는 위험의 정도가 미약한 경우까지도 심판대상조항으로 인하여 그 책임을 넘어서는 형벌을 받을 수밖에 없는 결과를 가져오는 것”이라고 판시한 바 있다.¹⁶⁵⁾

나아가 우리 헌법재판소가, 징역형 외에 벌금형이 선택적으로 규정되어 있고 형의 하한이 없는 경우 법관이 사안의 경중에 따라 적절한 양형을 할 수 있도록 되어 있으므로 지나치게 과중한 형벌을 규정하고 있다고 할 수 없다는 취지로 판시한 사례가 많고,¹⁶⁶⁾ 다소 죄질이 가벼운 경우에도 벌금형 외에 징역형을 법정형으로 규정하고 있다는 이유만으로 형벌이 과중하

164) 헌재 2021. 11. 25. 2019헌바446 등, 공보 제302호, 1482, 1488.

165) 헌재 2019. 2. 28. 2016헌가13, 판례집 31-1, 1, 9-10.

166) 헌재 2016. 11. 24. 2014헌바66 등, 판례집 28-2하, 135, 148; 헌재 2016. 9. 29. 2015헌바121 등, 판례집 28-2상, 413, 423; 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바235, 판례집 24-2하, 481, 490; 헌재 2010. 9. 30. 2009헌가17, 판례집 22-2상, 581, 588.

여 위헌이라고 판시한 사례를 찾아보기 어려우며, 실제로 모욕죄 처벌의 합헌성을 인정하면서도 징역형을 법정형으로 규정한 것만을 위헌으로 주장하는 견해를 찾아보기 어려운 점을 부인할 수는 없다.

그러나 우리 헌법재판소는 또한, 반국가적 범죄를 반복하여 저지른 자에 대한 법정형의 최고를 사형으로 하도록 규정한 구 국가보안법 제13조에 대하여,

단지 반국가적 범죄를 반복하여 저질렀다는 이유만으로 다시 범한 죄가 국가보안법 제7조 제5항, 제1항과 같이 비교적 경미한 범죄라도 사형까지 선고할 수 있도록 한 것은 그 법정형이 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것이고, 이러한 형의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가 및 국민을 보호한다는 위와 같은 입법목적으로도 극복할 수는 없는 것이다. 그러므로 이 사건 법률조항은 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 인간의 존엄과 가치를 존중하고, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 정하여야 한다는 실질적 법치국가의 이념에 반한다.

물론 이 사건 법률조항에 따라 사형을 선고할 것인지의 여부는 법관의 양형재량권 범위 내에 속하는 문제이므로 법정형에 사형을 추가하더라도 큰 문제는 없을 것이라는 논리도 가능하다. 그러나 법정형의 문제에 있어 상한과 하한은 모두 결정적으로 중요한 것이고, 양형재량권은 법정형의 상한과 하한이 어느 정도 합리적으로 정해져 있을 때 의미가 있는 것이다. 또한 이 사건 법률조항이 법정형의 상한을 사형으로 정함으로써 사형 선고를 가능하게 하고 있다는 것 자체가 위협성을 내포하고 있는 것이다. (밑줄은 필자가 추가)

라고 판시하면서,¹⁶⁷⁾ 위 법률규정이 비례의 원칙을 위반한다고 결정한 바 있다.

167) 헌재 2002. 11. 28. 2002헌가5, 판례집 14-2, 600, 607.

또한, 헌법재판소는, 공무원이 그 지위를 이용하여 선거에 영향을 미치는 행위를 한 경우에 1년 이상 10년 이하의 징역 또는 1천만 원 이상 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 법률규정에 대하여, “비록 벌금형을 선택형으로 규정하고 있긴 하나 공직선거법 제85조 제2항의 선거운동을 한 경우나 공직선거법 제86조 제1항 각 호의 행위를 한 경우에 비하여 법정형을 지나치게 높게 규정”함으로써, 형벌체계상의 균형을 현저히 상실하여 위헌이라 판시한 바 있다.¹⁶⁸⁾

나아가 헌법재판소는, 확정되지 아니한 노동위원회의 구제명령을 이행하지 아니한 행위를 징역형 또는 벌금형으로 처벌하는 법률규정에 대하여, “구제명령위반행위 자체에 대하여 형벌을 과하는 입법례는 드물며, 더욱이 구제명령이 확정되기 전이나 구제명령이 위법 또는 부당하여 취소된 후에도 그 위반행위에 대하여 구제명령이 확정된 경우와 똑같은 법정형으로 자유형까지 규정한 입법례는 세계 어느 나라에도 없다.”고 하면서,¹⁶⁹⁾ 구제명령의 “이행확보 내지 그 제재방법으로 징역형을 택하여 그 위반자인 사용자를 교도소에 장기간 수감하는 등으로 물심양면의 고통을 가하거나 형벌인 벌금형으로 처벌함은, 위에서 본 바와 같이 정의에 반하고 행정명령의 이행확보수단으로서 최후적·보충적이어야 하는 점에 비추어도 합리성과 정당성이 없다”고 판시함으로써,¹⁷⁰⁾ 법정형으로 벌금형 외에 자유형이 규정된 것을 위헌으로 판단함에 중요한 근거로 삼은 사례가 있다.

한편, 표현의 자유에 대한 규제에서 특히 문제되는 것은 그로 인하여 보호받는 표현마저도 억제된다는 위축효과를 고려하여야 한다는 것인데, 모욕적 표현으로 징역형이 선고될 수도 있다는 것은 벌금형만을 법정형으로 한 경우와 비교하면 그로 인한 위축효과는 상상할 수 없을 정도로 클 수밖에

168) 헌재 2016. 7. 28. 2015헌바6, 판례집 28-2상, 92, 101.

169) 헌재 1995. 3. 23. 92헌가14, 판례집 7-1, 307, 318.

170) 헌재 1995. 3. 23. 92헌가14, 판례집 7-1, 307, 321.

에 없다.

즉, 모욕죄에 법정형으로 징역형이 규정되어 있다면, 설령 어떤 발언이 모욕표현에 해당하지 않거나 모욕표현에 해당하더라도 공직인물의 공적 사안에 대한 비판 등에 해당하여 위법성이 조각되는 경우라고 하더라도 발언자로서는 혹시 모욕죄로 처벌받을지 모른다는 생각에 그러한 발언을 조심할 수밖에 없는데, 나아가 법정형에 징역형이 함께 규정되어 있어 재판도 받기 전에 구속되거나 징역형을 선고받을 수 있는 가능성 때문에 특히 정치적인 발언에 대하여는 투옥까지 각오하여야 할 것이므로, 이는 민주국가에서 필수적인 “공공의 관심사에 대한 제한 없고, 활발하며, 활짝 열린 토론(uninhibited, robust and wide-open debate on public issues)”¹⁷¹⁾에 엄청난 제약을 초래하게 된다. 반면 법정형에 징역형이 없이 벌금형만 있는 경우 설령 정치적인 발언이라 하더라도 적어도 투옥의 공포는 사라지게 되며 특단의 사정이 없는 한 재판 전에 구속될지 모른다는 우려는 잠재울 수 있다.

따라서 일반 범죄에 대하여 벌금형 외에 징역형을 같이 법정형으로 규정하였다는 이유만으로 형이 과중하여 위헌으로 선언된 예를 찾아보기 어렵다고 하더라도, 표현의 자유와 관련되어 특별히 위축효과까지 고려하여야 하는 모욕죄 규정의 위헌 여부에는 논의의 차원을 달리하여야 할 것이다.

나아가 앞서 본 바와 같이 프랑스나 스위스, 일본, 대만 등 주요 국가에서 모욕을 형사처벌하면서도 징역형을 법정형으로 규정하지 않고 있으며, ‘인권에 관한 미주기구 위원회’가 1994년 발표한 보고서에 의하면 모욕법으로 개인들은 ‘투옥의 공포’ 때문에 정치적 발언을 하거나 공적 사안에

171) 이는 이른바 ‘현실적 악의의 법리(actual malice rule)’를 제창하여 미국 명예훼손법의 새로운 이정표를 세운 New York Times Co. v. Sullivan 판결에서 사용된 표현 [376 U.S. 254, 281 (1964)]이다.

대한 의견을 밝힐 수 없도록 만든다고 지적한 바 있고,¹⁷²⁾ 우리나라 경찰이 공무집행 과정에서 시민들을 모욕죄로 고소하여 이른바 ‘경찰모욕죄’로 검거되는 인원이 연간 1,000명 내외가 될 정도라고 하니,¹⁷³⁾ 이러한 상황은 모두 모욕죄의 법정형에 징역형이 포함되어 있기 때문이라고 할 수 있을 것이다.

또한 형법상 모욕죄 규정 중 징역형 부분만을 과도한 제한으로서 위헌이라고 선언하는 것은 인터넷상의 악성댓글이나 극단적 혐오표현 등에 대한 형사규제의 필요성에 부응하면서도 공적 사안에 관련한 진술이나 정치적 발언 등에 대한 위축효과를 최소화함으로써 인격권과 표현의 자유를 조화시킬 수 있는 최적의 방안이라고 생각된다.

라. 소 결

결국 우리 형법상 모욕을 형사처벌하는 것은, 비록 모욕으로 인정되는 범위가 다소 광범위한 점이 없지 않으나, 법원이 정당행위 등으로 처벌되는 범위를 최소화하고 있는 점, 우리 사회의 모욕표현에 대한 인식이나 수인의 정도, 인터넷 댓글 등과 같은 모욕의 파급효과나 피해자에 대한 가해의 심각성, 형사처벌이 없는 민사적 규제의 제한적인 효과 등을 감안하면 형사처벌 그 자체로 과잉금지 원칙에 위반되었다고 할 수는 없을 것이다.

그러나 모욕에 대하여 징역형까지 부과할 수 있도록 한 것은 설령 모욕표현에 대한 규제의 필요성이 있다고 하더라도 그로 인한 위축효과가 심대한 점, 나아가 프랑스나 스위스, 일본, 대만 등 주요 국가에서 모욕죄를 형사처벌하면서도 징역형을 법정형으로 규정하고 있지 아니한 점 등을 감안

172) Inter-Am. C.H.R., Report on the Compatibility of Contempt (Insult Laws) Laws and the American Convention on Human Rights, 211면. OEA/ser L/V/II.88, doc. 9 rev. (1995) (손태규, 앞의 글, 253면에서 재인용).

173) 손태규, 앞의 글, 262면 참조.

하면 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 있다고 할 수 없어 모욕죄 규정 중 법정형으로 징역형을 규정한 부분은 과잉금지 원칙에 위반된다고 할 것이다.¹⁷⁴⁾

V. 앞으로의 과제

1. 총설

앞서 본 바와 같이 형법상 모욕죄의 규정은 징역형을 법정형으로 규정한 부분을 제외하고는 과잉금지의 원칙에 위반되어 위헌이라고 하기는 어렵다. 그러나 그럼에도 불구하고 위 규정이 표현의 자유를 제한하는 측면이 강하므로 표현의 자유를 침해할 위험성을 최소화할 필요가 있다. 이는 결국 위 모욕죄 규정을 적용하는 법원이 필요한 최소한의 범위에서 모욕표현을 규제하고 일반국민과의 관계에서는 예측가능성을 최대한 제고하여 위 축효과를 최소화할 것이 요구된다.

그런 의미에서 앞으로, (1) 모욕의 인정범위 최소화 및 명확화, (2) 모욕에 대한 위법성조각 사유의 유형화·구체화 (3) 모욕표현에 대한 사회적 인식의 전환이 시급한 과제라고 할 것이다.

2. 모욕의 인정범위 최소화 및 명확화

앞서 본 바와 같이 판례¹⁷⁵⁾는 모욕을 ‘사실을 적시하지 아니하고 단순히

174) 모욕죄보다 죄질이 중한 사실적시명예훼손죄에 대하여도 법정형에서 자유형을 삭제해야 한다고 주장하는 견해로는, 조국, 앞의 글, 67면 참조.

175) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결 등; 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37결정 등 참조.

사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것'으로 정의하면서, 구체적으로 어떠한 표현이 모욕에 해당하는지는, 피해자와 가해자와의 관계, 가해자가 그러한 발언을 하게 된 경위, 발언의 의미와 전체적인 맥락, 발언을 한 장소와 발언 전후의 정황을 살펴서 판단하여야 할 것이라고 판시하고 있을 뿐¹⁷⁶⁾ 구체적인 구별기준을 제시하고 있지 아니하다.

그리하여 판례상으로는, 상대방에 대한 욕설(1유형)과 욕설은 아니더라도 상대방을 비하하는 경멸적이고 감정적인 용어를 사용하는 경우(2유형)뿐만 아니라, 표현 자체로는 경멸적·감정적 용어에는 해당하지 않지만 발언의 의미와 맥락 등 관련 상황을 종합적으로 고려할 때 상대방을 비하하고 사회적 평가를 저해하는 발언으로 인정되는 경우(3유형)까지 모욕으로 인정하고 있다.

그런데, 위 3유형은 표현이나 용어 자체에서보다는 관련된 여러 정황을 종합하여야 하므로 이에 해당하는지 여부를 가리는 것은 법률전문가로서도 쉽지 아니하므로 아무런 예측가능성을 주지 못하여 위축효과를 초래할 위험성이 크다.

그러므로 모욕의 정의를 '사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적 감정을 표현하는 것'으로 한정하거나, 모욕의 인정범위를, "(1) 욕설, (2) 욕설은 아니더라도 상대방을 비하하는 경멸적이고 감정적인 용어를 사용하는 경우로 제한하거나, 예외적으로 (3) 이에는 해당하지 않더라도 발언의 맥락 등 관련 사정을 종합할 때 **일반인이 보더라도** 사람의 사회적 평가를 저하시킴이 **명백한 추상적 판단**"에 한한다는 것을 판례법리로 확실히 할 필요가 있다고 생각한다.

176) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도2661 판결; 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015도2229 판결 등 참조.

3. 모욕에 대한 위법성 조각사유의 유형화 · 구체화

앞서 본 바와 같이 우리 판례는, 모욕을 넓게 인정하면서도 다른 범죄에 서와는 달리 상당히 폭넓게 형법 제20조의 정당행위로서 위법성이 조각된다고 보고 있다.

그리하여, 우리 대법원은, “어떤 글이 모욕적 표현을 담고 있는 경우에도 그 글이 객관적으로 타당성이 있는 사실을 전제로 하여 그 사실관계나 이를 둘러싼 문제에 관한 자신의 판단과 피해자의 태도 등이 합당한가 하는 데 대한 자신의 의견을 밝히고, 자신의 판단과 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과하다면 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 형법 제20조에 의하여 위법성이 조각될 수 있다.”고 판시하고 있는바,¹⁷⁷⁾ 이는 정당행위로 볼 수 있는 표현을 유형화한 것으로 볼 수 있다.

또한, 대법원 2019. 6. 13. 선고 2014다220798 판결은, “정치인이나 공직자 등 공적인 인물의 공적 영역에서의 언행이나 관계와 같은 공적인 관심사안은 그 사회적 영향력 등으로 인하여 보다 광범위하게 공개·검증되고 문제제기가 허용되어야 한다. 따라서 그에 대한 비판적인 표현이 악의적이거나 현저히 상당성을 잃었다고 볼 정도에 이르지 않는 한, 이를 쉽게 불법행위에 해당한다거나 법적인 책임을 져야 한다고 볼 것은 아니다.”고 판시하면서, 국회의원을 ‘중복의 상징’이라 지칭한 것은 모욕적 언사에 해당하나 위 표현행위만으로 피고가 원고에게 모멸감을 주기 위하여 악의적으로 모욕적이고 경멸적인 인신공격을 하였다고 단정하기 어렵고 따라서 위 표현이 불법행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판시¹⁷⁸⁾하고 있는데, 이는 공

177) 대법원 2021. 3. 25. 선고 2017도17643 판결, 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결, 대법원 2005. 12. 23. 선고 2005도1453 판결 등 참조.

178) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2014다220798 판결.

적 인물의 공적 관심사안에 관련한 모욕적 표현에 대하여는, 악의적이거나 현저히 상당성을 잃었다고 볼 정도에 이르지 않는 한 위법성이 조각된다는 특별 위법성조각사유를 인정할 것이라 할 수 있다.

그러나 구체적으로 어떠한 경우가 ‘자신의 판단과 의견이 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 모욕적인 표현이 사용된 것에 불과한지’, 공적 인물의 공적 관심사안에 관련하여 어떠한 경우가 ‘악의적이거나 현저히 상당성을 잃었다고 볼 정도에 이르지 않았다’고 볼 수 있는지에 대한 구체적인 구별기준이 제시되지 아니한 아쉬움이 있으므로, 앞으로의 판례를 통해서, 그러한 구별기준¹⁷⁹⁾을 제시함은 물론,¹⁸⁰⁾ 사회적인 공론의 장에서 자신의 의견을 개진하는 과정에서 이루어지는 상대방에 대한 다소간의 모욕적인 표현은 허용된다는 취지 및 공적 인물은 공적 관심사에 관련하여서는 극히 예외적인 경우가 아닌 한 모욕적 표현도 수인하여야 한다는 취지의 법리가 확립되도록 할 필요가 있을 것이다.¹⁸¹⁾

179) 예컨대 그 제외사유로서, 글의 맥락과 전혀 관련 없는 모욕표현, 모욕표현의 불필요한 반복적 사용 등을 들 수 있을 것이다. 대법원 2005. 12. 23 선고 2005도1453 판결(미공간, LAWnB 검색) 참조.

180) 앞서 본 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도9411 판결(미공간, LAWnB 검색)이 실시한, “그 글을 게시하게 된 동기나 그 경위 및 배경, 글의 전체적인 취지, 구체적인 표현방법, 전제된 사실의 논리적·객관적 타당성, 그 모욕적 표현이 그 글 전체에서 차지하는 비중과 전체적인 내용과의 연관성 등”을 판단의 고려요소로 공식화하는 것도 한 방법이 될 수 있을 것이다.

181) 한편, 대법원은 “그러나 아무리 공적인 존재의 공적인 관심사에 관한 문제의 제기가 널리 허용되어야 한다고 하더라도 ... 그 표현방법에 있어서는 상대방의 인격을 존중하는 바탕 위에서 어휘를 선택하여야 하고, 아무리 비판을 받아야 할 사항이 있다고 하더라도 모멸적인 표현으로 모욕을 가하는 일은 허용될 수 없다.”고 판시하여(대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524,37531 판결) 허용되는 모욕표현의 범위를 지나치게 좁게 보고 있으나, 이는 초기의 판결로서 그 이후의 판례를 보면 이러한 입장은 사실상 변경된 것으로 보아야 할 것이다.

또한 공적 인물에 대한 모욕을 형사처벌하는 것은 국제법에 저촉되므로 이를 폐지하여야 한다는 견해로는, Amal Clooney · Philippa Webb, “The Right to Insult in International Law”, 47 Columbia Human Rights Law Review 1, 53 (2017) 참조.

나아가 일반인에 대한 예측가능성을 부여하기 위해서는 위법성조각사유를 좀더 유형화·구체화될 필요가 있다. 그런 의미에서 명예훼손에서 우리 법원이 취하고 있는 ‘도발행위자의 수인 이론’을 적극 준용하는 한편, 독일에서 확립된 ‘비방적 비판의 법리’도 적극 도입하여야 할 것이다.

‘도발행위자의 수인 이론’은 피해자가 먼저 상대방의 명예를 훼손하였거나 명예훼손에는 이르지 아니하였더라도 논쟁에 적극 뛰어들어 상대방을 비판한 경우 상대방이 그에 대응하여 다소 명예훼손적인 표현을 하더라도 이를 수용하여야 한다는 것으로, 우리 대법원도 명예훼손죄에 있어 위법성조각사유에 해당하는지 여부를 판단함에 있어, ‘피해자가 명예훼손적 표현의 위협을 자초한 것인지 여부’를 중요한 고려사항으로 실시하고 있는 바,¹⁸²⁾ 이는 독일 연방헌법재판소의 반격권의 법리¹⁸³⁾ 및 미국법상 ‘그 결과에 영향을 미치기 위하여 특정한 논쟁의 전면에 자발적으로 뛰어드는 사람’은 공적 인물(public figure)로서 상대방의 ‘현실적 악의(actual malice)’를 입증하지 못하는 한 명예훼손으로 인한 손해를 배상받을 수 없다는 이론¹⁸⁴⁾ 및 스위스 형법 제177조 제2항, 제3항에서 어떤 모욕이 상대방의 모욕행위 등으로 유발된 경우 형을 면제할 수 있도록 규정하고 있는 것과 일맥상통한다.

우리 대법원은 아직 이 이론을 모욕에 직접 적용한 바는 없으나, 외부적

182) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020도11471 판결, 대법원 2020. 3. 2. 선고 2018도15868 판결, 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14678 판결, 대법원 2011. 11. 24. 선고 2010도10864 판결, 대법원 2011. 6. 10. 선고 2011도1147 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도7915 판결, 대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결, 대법원 2003. 1. 24. 선고 2000다37647 판결, 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결 등.

183) 이는 ‘거칠게 공격적으로 공격당한 사람은 자극적 발언이 범람하는 언론풍토에서 자신의 발언에 대한 공적인 관심을 끌기 위하여 마찬가지로 강력하게 그에 대응하여 반격할 권리가 있다’는 것으로 이에 대하여는, 한수웅, “표현의 자유와 명예의 보호”, 저스티스 통권84호(2005.04), 34-35면 및 손원선, 앞의 글, 211면 참조 .

184) Chaplinsky, op. cit, 856 참조.

명예라는 동일한 보호법익을 가지고 있는 명예훼손죄와 모욕죄를 굳이 구별할 이유는 없을 것이므로, 이를 명시적으로 적용하여 판례이론으로 정립함이 타당하다고 본다.¹⁸⁵⁾¹⁸⁶⁾

또한 앞서 본 바와 같이, 독일법상 ‘비방적 비판의 법리’란, 의견표명은 헌법상 보호되는 권리이지만 ‘어떤 발언이 사안에 관한 실질적 토론과 무관하게 오로지 대상자 개인을 비방하려는 것’이라면 이는 ‘비방적 비판(Schmähkritik)’으로서 민·형사상 책임을 진다는 것이다.¹⁸⁷⁾

한편, 우리 대법원이 2008. 2. 28. 선고 2007도9411 판결¹⁸⁸⁾에서 모욕이 정당행위에 해당하는지 판단함에 있어 고려해야 할 요소 중 하나로, “모욕적 표현과 전체적인 내용과의 연관성”을 들고 있는 것도 이와 일맥상통한다고 볼 수 있다.

따라서, 의견표명은 원칙적으로 보호되며 다만 그것이 사안에 관한 실질적 토론과 관계없이 오로지 대상자 개인을 비방하기 위한 경우에는 예외적으로 모욕으로 책임을 지게 됨을 명확히 하고, 구체적으로 어떤 경우에 실질적 토론과 관계없이 오로지 대상자 개인을 비방하는 것에 해당하는지에

185) 쌍방모욕을 정당방위나 정당행위로 봄이 타당하다는 견해로는, 김상호, 앞의 글, 81면 참조.

186) 다만, TV 프로그램 시청자 의견란에 “학교 선생님이 불법주차에 그렇게 소중한 자식을 두고 내리시다니...그렇게 소중한 자식을 범법행위의 변명의 방패로 쓰시다니 정말 대단하십니다.”라는 글을 게재한 사안에서, 피해자가 시장의 공개사과 등을 계속 요구하고 방송에 출연하여 그러한 내용의 주장을 펴는 것이 합당한가 하는 점에 대하여 자신의 의견을 개진하면서 자신의 판단과 의견의 타당함을 강조하는 과정에서 부분적으로 그와 같은 표현을 사용한 것으로서 사회상규에 위배되지 않는다고 판시한 사례(대법원 2003. 11. 28. 선고 2003도3972 판결)는 이 원칙을 적용한 것으로 볼 여지가 있다.

또한, 대법원이 위법성조각사유인 사회상규의 판단요소 중 ‘글을 게시하게 된 동기나 그 경위 및 배경’을 들고 있는 것(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도1433)이 이에 해당한다며 위 이론의 적용을 주장하는 의견으로, 오영신, 앞의 글, 69-70면 참조.

187) 이에 대하여는 손원선, 앞의 글 209-210면; 한수용, 앞의 글, 34면.

188) 앞의 주 77) 참조.

대한 판단기준을 구체화·유형화해 나가야 할 것이다.

4. 모욕에 대한 사회적 인식의 전환

모욕표현은 정의 그 자체에서 보듯 바람직하지 못한 표현이고 사회적으로도 보호할 가치가 없는 표현이라 할 수 있다. 그러나 민사상이든 형사상이든 모욕표현을 규제하는 것은 필연적으로 비유적 표현이나 수사적 표현 등 모욕으로 볼 수 없어 허용되는 표현까지 사용하기를 꺼리게 하는 위축 효과를 발생시켜 일반인들의 언어생활 내지 사회생활에 큰 불편을 야기하고 나아가 민주국가에서 필수적이라 할 ‘공적 사안에 대한 활발하고 거침 없는 토론’에 크나큰 제약을 초래한다.

그리하여 현재 우리나라의 일반적 인식이나 문화에 비추어 욕설이나 감정적·경멸적 표현에 대한 민·형사적 제제는 불가피하겠지만,¹⁸⁹⁾ 국제적으로 모욕에 대한 형사처벌을 폐지하는 것이 일반적인 추세이고 미국이나 영국 등에서는 단순한 모욕에 대하여는 민사상의 제재도 가하지 아니하고 있음을 감안하면, 앞으로도 이러한 입장을 지속하여야 할 것인지에 대하여는 재고할 필요가 있다.

무례한 언사는 비록 사회적으로 바람직하지 못하지만 그 모두를 형사처벌하거나 민사상 손해배상의 대상으로 하지는 않고 있고, 미국과 영국에서 단순모욕은 민사상 규제도 하고 있지 않지만 모욕표현이 심각한 사회문제로 되고 있지는 아니한 점을 감안하면, 모욕표현도 법률적인 제재로만 다스려야 할 것은 아닐 것이다.

그런 의미에서 우선, 욕설이나 감정적·경멸적 표현은 그 대상자의 사회적 평가를 저해하는 것이 아니라 오히려 발언자의 인격이 저급함을 드러내

189) 2015년 무렵의 여론조사에 의하면 78%의 국민이 사이버상의 명예훼손이나 모욕에 대한 처벌을 강화해야 한다고 답변하였다고 한다. 한상규, 앞의 글, 65면.

는 것이라는 인식이 사회에 일반화되도록 할 필요가 있을 것이다.

이는 기초교육 단계에서는 언어예절교육이나 사회윤리교육으로 이러한 인식을 강력히 보급하고, 나아가 일반사회에서는 자율 규범이나 사회교육의 일환으로, 특히 문제가 많은 사이버공간에서는 악성댓글방지 캠페인 등을 통하여,¹⁹⁰⁾ 이러한 인식이 확산되도록 함이 요망된다.¹⁹¹⁾

그리하여 만일 욕설이나 감정적·경멸적 언사 등 모욕 표현이 대상자가 아니라 오히려 발언자의 사회적 평가를 저하시키는 것이라는 인식이 사회적으로 확고히 자리잡는다면, 악성댓글과 같은 모욕표현 자체가 줄어들 것이며 모욕표현의 대상자도 그 표현을 무시하고 넘어가기가 더 쉬워질 것이므로¹⁹²⁾ 모욕으로 제소하는 사례도 급격히 감소할 것이고, 나아가 그 단계에서는 미국·영국에서처럼 형사상 모욕죄를 폐지함은 물론 일반 모욕표현은 민사상 규제에서도 제외하는 국민적 공감대가 형성될 수도 있을 것이다.

VI. 끝으로

법률적으로 ‘사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’을 의미하는

190) 그러한 의미에서 사이버 공간에서의 에티켓 교육의 필요성을 주장하는 견해로는, 한상규, 앞의 글, 67면 참조.

191) 프랑스에서 아직 모욕을 처벌하는 법률은 살아있으나 독일과는 달리 모욕을 법원에서 해결하려는 경향이 사실상 사라진 것은, 프랑스에서는 교육기관에서 예절교육을 강화하고 사회단체에서 내부규율로서 모욕표현을 금지하는 등 모욕금지가 법률로부터 사회규범화한 것과 관련시키는 견해로, Whitman, *supra* note 104, at 1361ff 참조.

192) 프랑스의 한 에티켓책에서는, 모욕표현에 대하여는 그냥 어깨를 들썩이고 무시하는 것이 좋고, 그냥 무시하고 넘기기 어려울 정도인 경우에도 ‘그래 너 말 맞다’ 등 적절한 언변으로 발설자를 비꼬는 것이 최선의 대응책이라고 소개하고 있다고 한다. Whitman, *supra* note 104, at 1359-1360.

모욕 표현은, 그것이 공연히 이루어진 경우 형법상 모욕죄의 처벌대상이며 민사상 불법행위로서 손해배상책임을 진다.

그러나 우리 판례상 모욕으로 인정되는 범위가 다소 불명확한 점이 있고 모욕표현을 형사처벌까지 하는 것은 과도한 규제로서 헌법상 보장되는 표현의 자유를 심각하게 침해할 수 있다는 점에서 형법상 모욕죄 규정이 위헌이라는 이유로 여러 차례 헌법재판소에 위헌심판이 제기된 바 있으나, 이에 대하여는 모두 합헌결정이 내려졌다.

우리나라에서 표현 자체로는 감정적·경멸적 용어에는 해당하지 않지만 발언의 의미와 맥락 등 관련 상황을 종합적으로 고려할 때 상대방을 비하하고 사회적 평가를 저해하는 발언으로 인정되는 경우까지 모욕으로 인정하는 등 그 범위가 다소 불명확하고 광범위한 점이 없지 않으나, 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 어느 정도 그 구별기준이 정립되어 있다고 할 수 있고, 일응 모욕표현으로 인정되는 경우에도 정당행위 등으로 처벌되는 범위를 최소화하고 있는 점, 미국과 영국에서는 모욕을 형사처벌하고 있지 않으나 독일, 프랑스, 스위스, 일본 등 주요 국가에서 여전히 모욕죄를 처벌하고 있으며 민사적 규제의 제한적인 효과 등을 감안하면 모욕죄를 형사 처벌하는 것 자체가 위헌이라고 할 수는 없을 것이다.

그러나 모욕행위에 대하여 징역형까지 부과할 수 있도록 한 것은 그로 인한 위축효과가 심대한 점, 나아가 프랑스나 스위스, 일본 등 주요 국가에서 모욕죄를 형사처벌하면서도 징역형을 법정형으로 규정하지 아니한 점 등을 감안하면, 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 있다고 할 수 없어 과잉금지원칙에 위반되므로, 결국 형법상 모욕죄 규정 중 징역형을 규정한 부분만은 위헌이라고 보아야 할 것이고, 이는 인터넷 악성댓글 등에 대한 형사규제의 필요성에 부응하면서도 정치적 발언 등에 대한 위축효과를 최소화하여 인격권과 표현의 자유를 조화시킬 수 있는 최적의 방안이 될 것이다.

한편, 모욕죄에서 징역형을 삭제하더라도 그에 대한 처벌이 표현의 자유를 제한하는 측면이 강하므로 표현의 자유를 침해할 위험성을 최소화할 필요가 있다. 이를 위해서는 모욕표현의 인정범위를 원칙적으로 “(1) 욕설, (2) 욕설은 아니더라도 상대방을 비하하는 감정적이고 경멸적인 용어를 사용하는 경우”로 한정하고, 정당행위 등 위법성 조각사유를 더욱더 구체화·유형화하여 “사회적인 공론의 장에서 자신의 의견을 개진하는 과정에서 이루어지는 상대방에 대한 다소간의 모욕적인 표현은 허용된다.”는 취지 및 “공적 인물은 공적 관심사에 관련하여서는 극히 예외적인 경우가 아닌 한 모욕적 표현도 수인하여야 한다.”는 취지를 명확히 하여 일반국민들에게 예측가능성을 최대한 제고하여야 할 것이다.

나아가 모욕표현은 형사처벌 등 사법적으로만 해결하려고 할 것이 아니라, 기초교육이나 사회교육을 통하여 ‘모욕표현은 그 대상자의 명예를 해치는 것이 아니라 오히려 발언자의 인격이 저급함을 드러내는 것’이라는 인식이 사회에 확고히 자리잡도록 할 필요가 있다. 그러한 인식이 일반화될 경우 모욕표현이 감소할 것임은 물론 미국·영국처럼 모욕표현에 대한 민·형사적 규제가 모두 없어지는 상태가 도래할 수도 있을 것이다.

[국문초록]

‘사실을 적시하지 아니하고 단순히 사람의 사회적 평가를 저하시킬 만한 추상적 판단이나 경멸적 감정을 표현하는 것’을 의미하는 모욕 표현은, 그것이 공연히 이루어진 경우 형법상 모욕죄의 처벌대상이며 민사상 불법행위로서 손해배상책임을 진다.

한편, 모욕의 인정 범위가 불명확하고 모욕표현을 형사처벌까지 하는 것은 과도한 규제로서 헌법상 보장되는 표현의 자유를 침해한다는 이유로 여러 차례 헌법재판소에 위헌심판이 제기되었으나, 이에 대하여는 모두 합헌 결정이 내려진 바 있다.

모욕표현은 인정 범위가 다소 불명확하고 광범위한 점이 없지 않으나, 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 어느 정도 그 구별기준이 정립되어 있고, 모욕으로 인정되는 경우에도 정당행위 등으로 처벌되는 범위를 최소화하고 있는 점, 독일, 프랑스, 일본 등 주요 국가에서 여전히 모욕죄를 처벌하고 있으며 민사적 규제의 효과가 제한적인 점 등을 감안하면 모욕죄를 형사처벌하는 것 자체가 위헌이라고 할 수는 없을 것이다.

그러나 모욕행위에 대하여 징역형까지 부과할 수 있도록 한 것은 그로 인한 위축효과가 심대한 점, 나아가 프랑스나 일본 등 주요국가에서 모욕죄를 형사처벌하면서도 징역형을 법정형으로 규정하지 아니한 점 등을 감안하면 표현의 자유에 대한 과도한 제한으로서 과잉금지 원칙에 위반된다고 할 것이다.

한편, 모욕죄를 형사처벌하는 것이 위헌은 아니라고 해도 표현의 자유를 침해할 위험성을 최소화하기 위해서는, 모욕의 인정범위를 원칙적으로 “(1) 욕설, (2) 욕설은 아니더라도 상대방을 비하하는 감정적이고 경멸적인 용어를 사용하는 경우”로 한정하고, 정당행위 등 위법성조각사유를 더욱더 구

헌법논총 제33집(2022)

체화·유형화할 필요가 있다.

나아가 교육이나 사회캠페인 등을 통하여 ‘모욕표현은 그 대상자의 명예를 해치는 것이 아니라 오히려 발언자의 인격이 저급함을 드러내는 것’이라는 인식이 사회에 확고히 자리잡도록 할 필요가 있다.

주제어

모욕, 표현의 자유, 의견표명, 모욕표현, 명예, 공적 인물, 위법성조각사유, 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙

[Abstract]

In the Republic of Korea, insult is a crime and Korean Criminal Act Article 311 says, “a person who publicly insults another shall be punished by imprisonment or imprisonment without prison labor for not more than one year or by a fine not exceeding two million won.”

However that Act does not define the meaning of insult and the scope of expression that Korean courts recognize as insult is not quite clear. But Korean Constitutional Court have decided that the Article is constitutional because Korean courts have narrowly tailored insult as “the act of not alleging facts but expressing abstract judgements or contemptuous emotions which can degrade other’s social reputation” and the punishment is not so severe compared to the harm that insults may cause.

I agree that punishing insults is not unconstitutional, because many other countries including Germany, France, Japan, also punish insults and the effect of mere civil remedy is not enough to afford redress or hinder insults.

But that imprisonment is included in the punishment of insults has a great chilling effect that people can not fully criticize government or public officers in the fear of being imprisoned. And imprisonment, although of short term, is so severe punishment compared to the harm that insults cause. So the part of ‘imprisonment’ in the Article is unconstitutional and should be abolished.

And courts should more narrowly define the range of insult and categorize or make concrete standards of ‘justifiable acts’ by Criminal Act

헌법논총 제33집(2022)

Article 20. So almost insult expressions should be allowed against public figures in discussion on public concern. Then, without any chilling effect, people can make ‘uninhibited, robust and wide-open debate on public issues’ indispensable to democratic society.

key-words

Insult, Freedom of Expression, First Amendment, Justifiable Act, Principle of Clarity, Public Figure. Chilling Effect

참고문헌

[국내문헌]

1. 단행본

김대휘·김신, 제5판 주석 형법 [각칙4], 한국사법행정학회, 2017.

박용상, 표현의 자유, 현암사, 2002.

한수웅, 제7판 헌법학, 법문사, 2017.

2. 논문

강재원, “모욕죄의 위헌성 : 헌법재판소 2013. 6. 27. 선고 2012헌바37 결정”,
인권판례평석(박영사, 2017), 101-109면.

김상호, “형법상 모욕과 비방”, 저스티스 103호(한국법학원, 2008), 52-71면.

김현철, “인터넷상 표현의 자유와 사이버모욕죄”, 헌법논총 20집(헌법재판소,
2009), 206-241면

박경신, “모욕죄의 위헌성과 친고죄 조항의 폐지에 대한 정책적 고찰”, 고려법
학 52호(2009), 263-299면.

박경신·김가연, “모욕죄의 보호범의 및 법원의 현행적용방식에 대한 헌법적
평가”, 언론과법 10권2호(한국언론법학회, 2011), 441-467면.

박용상, “의견표현과 명예훼손”, 언론과법 19권1호(한국언론법학회, 2020), 1-60
면.

박주민, “국제인권기준에 비추어 본 우리나라 표현의 자유와 관련된 제도의 개
선방향”, 서강법률논총 1권2호(서강대법학연구소, 2012), 3-47면.

손원선, 허용되는 의견표명과 허용되지 않는 모욕적 비판의 한계: 평석 대상판
례 -대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다19734“, 법학논총 33집1호(한양대
법학연구소, 2016.03), 191-219면.

손태규, “모욕법폐지는 가능한가? : 한국과 세계 각국 모욕법의 현황 비교 연
구”, 공법학연구 19권3호(2018), 249-281면.

오영신, “헌법합치적 법률해석과 형벌법규-형법상 모욕죄의 해석·적용을 중심

- 으로-”, 헌법학연구 24권2호(2018. 6.), 39-80면.
- 우관제, “형법 제311조 위헌소원-모욕죄를 규정하고 있는 형법 제311조가 헌법에 위반되는지 여부-”, 헌법재판소결정해설집 2013년호(헌법재판소, 2014), 103- 120면.
- 유제민, “정부, 국가기관, 지방자치단체, 공직자 개인에 대한 명예훼손 및 모욕 성립 여부”, 미디어와인격권 3권2호(언론중재위원회, 2017), 205-249면.
- 이근옥, “표현의 자유를 제한하는 모욕죄의 적정성 고찰 - 공직 인물, 공적 관심사안 관련 판례들을 중심으로 -”, 미디어와인격권 6권1호(언론중재위원회, 2020), 155-192면.
- 이동신, “방송국 시사프로그램의 출연자에 대한 모욕적 언사가 포함된 방송국 홈페이지 게시글과 사회상규에 위배되지 아니함을 이유로 한 위법성 조각사유의 관계”, 대법원판례해설 48호(법원도서관, 2004), 464-483면.
- 이승민, “형법상 모욕죄에서 ‘모욕’의 개념에 대한 연구: 판례태도를 중심으로”, 서강법률논총 10권1호(2021. 2), 103-128면.
- 정영주, “언론보도에 대한 모욕소송에서 면책요건에 관한 시론적 연구”, 언론과 법 20권2호(한국언론법학회, 2021), 121-154면.
- 조 국, “‘공인’ 대상 사실적시 명예훼손 및 모욕의 비범죄화”, 한국형사정책학회 학술대회 논문집 2013권 4호(2013), 51-81면.
- 최 란, “혐오의 시대, 모욕죄의 역할에 대한 검토”, 형사정책 33권3호(2021. 10), 283-315면.
- 최 란, “현행법상 혐오표현의 규제, 특히 명예에 관한 죄 적용가능성을 중심으로”, 미디어와인격권 4권2호(언론중재위원회, 2018), 47-86면.
- 표성수, “형법상 모욕죄의 문제와 개선방향”, 법조 703호(2015.4), 5-44면.
- 한상규, “‘일베층’과 ‘들보잡’은 처벌되어야 하는가”, 언론중재 2015년 겨울호, 58-67면.
- 한수용, “표현의 자유와 명예의 보호”, 저스티스 84호(한국법학원, 2005), 21-52면.
- 한위수, “혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰”, 헌법논총 30집(헌법재판소,

2019), 141-196면.

한위수, “명예훼손에 특유한 위법성조각사유에 대한 고찰”, 사법 창간호(사법연구지원재단, 2007), 37-92면.

[외국문헌]

1. 단행본

American Law Institute, Restatement of the Law Second Torts 2d, American Law Institute, 1977.

Chemerinsky, Erwin, Constitution Law Principles and Policies, Aspen law & Business, 1997.

Keeton, W., Dobbs, D., Keeton, R. and Owen, D., Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5th ed., West Publishing Co., 1984.

Smolla, Rodney A., Law of Defamation 2d, Thomson Reuters, 2021.

2. 논문

Amal Clooney · Philippa Webb, “The Right to Insult in International Law”, 47 Columbia Human Rights Law Review 1 (2017).

Olivier Jouanjan, “Freedom of Expression, in the Federal Republic of Germany”, 84 Indiana Law Journal 867 (2009).

A. P. Simester & Andreas von Hirsch, “On the Legitimate Objectives of Criminalisation”, 10 Criminal Law & Philosophy 367 (2016).

James Q. Whitman, “Enforcing Civility and Respect: Three Societies”, 109 Yale Law Journal 1279 (2000).

공용수용에 있어 공공필요의 검증과 헌법재판*

Verification of the Public Interests in Eminent Domain and the Constitutional Decisions

鄭 基 相(Jung, Ki-Sang)

수원고등법원 고법판사

- 목 차 -

I. 들어가며	137
II. 수용의 정당화 기제로서의 공공필요 개관	138
1. 공공필요의 존재의의	138
2. 공공필요의 개념요소	141
III. 공공필요의 개념에 대한 다각적 분석	142
1. 공공복리의 의미와 공공필요와의 관계	142
2. 공공필요의 개념에 대한 비교법적 연구	145
3. 공공필요의 개념에 대한 법경제학적 접근	160
IV. 공공필요의 개념에 대한 헌법재판소 결정례와 대법원 판례 분석	165
1. 공공필요의 개념에 대한 헌법재판소의 주요 결정례	165
2. 공공필요의 개념에 대한 대법원의 입장	169

* 이 논문은 헌법논총 제33집 일반주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주).

V. 공공필요의 검증에 있어 헌법재판의 역할론	172
1. 현행법상 공공필요의 판단구조	172
2. 수용의 성립요건으로서의 공익성 검증	175
3. 수용의 제한원리로서의 필요성 검증	177
4. 공공필요 검증의 강화를 향한 헌법재판의 소명과 나아갈 방향	179
VI. 맺으며	181
* 국문초록 및 주제어	183
* 영문초록 및 주제어	185
* 참고문헌	186

I. 들어가며

재산권은 자유민주적 기본질서의 근간을 형성하고 자유권과 상호보완관계이자 불가분의 관계를 이룬다.¹⁾ 그러나 어느 기본권처럼 재산권도 일정한 제한이 불가피하고, 경우에 따라서는 현실적·정책적인 필요로 재산권을 강제로 박탈하여야 할 수도 있다.²⁾ 헌법 제23조 제3항에서는 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 규정하여 공용수용을 허용하고 있다. 그런데 공용수용은 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미한다.³⁾ 결국 공용수용제도의 적절한 운용을 위한 핵심은 수용의 현실적인 필요와 재산권 보장의 이념 간에 균형을 도모하는 것이다.

이러한 배경에서 헌법 제23조 제3항은 공용수용의 헌법적 정당화 기제로 ‘공공필요’를 설정하였고, 그 법률유보에 따라 제정된 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 ‘토지보상법’이라 한다) 제20조 이하에서는 사업인정을 공공필요의 주된 검증절차로 규정하였다. ‘공공필요’를 수용의 내재적 한계로 봄으로써 과도한 수용권의 행사를 경계한 것이다. 그런데 공공필요 개념의 추상성, 불확정성에 기인하는 ‘모호함’은 공공필요에 대한 심사기준마저 정립되지 못하는 상황을 초래하였다. 그럼에도 공공필요의 개념요소를 추출하여 그 판단기준 또는 심사기준을 세우는 일은 수용권 남용을 견제하기 위한 가장 중요한 발걸음임은 분명하고, 그 개념분석을 위한 시도를 이어나가야 함은 당연하다.

1) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌마16, 97헌마78 결정.

2) 재산권의 문제가 당위와 현실, 법과 정책이 상호 교차하는 매우 복잡한 쟁점이라는 설명(이덕연, “보상 없는 재산권 제한의 한계에 관한 연구”, 헌법재판연구 제9권, 1997, 8면)도 이와 맥락을 같이 한다.

3) 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 93헌바12 결정; 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌바34 결정.

이하에서는 수용의 정당화 기제로서의 공공필요 개념을 비교법적, 법경제학적 측면에서 분석해 보고, 공공필요의 개념 및 판단기준에 대한 헌법재판소 결정례와 대법원 판례를 검토한 다음, 이를 바탕으로 공공필요의 판단기준 또는 심사기준을 도출해내고, 공공필요의 검증 강화를 위한 헌법재판의 역할을 모색해 본다.

II. 수용의 정당화 기제로서의 공공필요 개관

1. 공공필요의 존재의의

국방, 사회간접자본, 기초과학의 연구성과 등 한 사람의 소비가 다른 사람의 소비를 제한하지 못하고(비경합성, non-rivalry), 그 이용대가를 지불하지 않는 무임승차자를 차단하기 어려운 특징(배제불가능성, non-excludability)을 갖는 공공재의 공급을 시장에 맡겼을 때 효율적 자원배분을 이룰 수 없다는 사실은 이미 역사적으로 증명되었다. 따라서 공공재의 공급에는 국가의 개입이 필요불가결하다고 할 것인데, 이러한 공공재의 공급에 필요한 물적 재산을 확보하는 방법에 있어서는 현실적인 문제가 있었다.

국가가 대규모 물적 재산을 필요로 하는 사업을 시행하면서 온전히 시장에서 매매를 통하여 필요한 토지 등을 확보해야 한다면, 엄청난 협상비용이 발생하여 자원배분의 효율성이 오히려 크게 낮아지는 결과가 나타날 수 있다. 이를테면, 토지소유자 등은 반드시 해당 토지 등을 취득하여야 하는 사업시행자에 대하여 그 토지 등의 매도를 거부하면서 더 많은 대가를 지급받고자 할 ‘기회주의적 버티기(opportunistic holdout)⁴⁾의 유인을 가질

4) Daniel B. Kelly, The Public Use Requirement in Eminent Domain Law: A Rationale Based on Secret Purchases and Private Influence, 92 *Cornell L. Rev.* 1 (2006), pp.19~23; 토지소유자 등이 진정으로 해당 토지 등의 재산적 가치를 높게 평가하고 사

수 있다.⁵⁾ 그런데도 자발적인 매매에 의한 토지 등의 취득만을 그대로 관찰한다면, 거래비용이 해당 사업에 따른 잠재적 이익을 넘어서는 결과가 발생할 수 있다.⁶⁾ 이는 해당 사업의 시행 자체를 좌초시킬 수 있고, 설령 사업이 시행되더라도 그 사회적 잉여(social surplus)가 일반 공중이 아닌 특정한 토지소유자 등에게 고스란히 이전되는 결과를 초래하게 된다.⁷⁾

결국 기회주의적 버티기를 억지하기 위하여 사업의 시행에 필요한 재산을 강제로 취득하는 방안이 고안되었는데, 그것이 수용이다.⁸⁾ 수용은 사업의 시행에 필요한 토지 등의 취득을 어렵게 하는 여러 요인을 일거에 해소할 수 있는 방안으로 주목받았지만, 재산권 침해의 가능성을 잉태하고 있다는 태생적인 문제점이 있었다. 토지소유자 등이 해당 토지 등에 대하여 책정하는 가치보다 낮은 대가를 지급하고서 그 토지 등을 강제로 가져올 가능성이 열려 있기 때문이다.⁹⁾ 사회 전체의 측면에서 보아도 실제와는 달리 국가가 사업시행으로 얻을 수 있는 해당 토지 등의 가치가 그 토지소유자 등이 책정한 가치보다 더 높다고 잘못 판단하는 경우나 일부러 사적 가

업시행자가 지불할 의향이 있는 가격의 상한이 그 가치에 미치지 못하는 경우도 있을 수 있으나, 이를 기회주의적 버티기와 구별할 현실적인 방법은 없다.

- 5) 일정한 사업의 시행이 일반 대중에게 알려지는 순간 기회주의적 버티기의 문제는 발생할 수밖에 없다는 설명으로는, Steve P. Calandrillo, *Eminent Domain Economics: Should "Just Compensation" Be Abolished, and Would "Takings Insurance" Work Instead?*, 64 *Ohio St. L. J.* 451 (2003), pp.468~69.
- 6) 사업구역 내 토지소유자 등이 많은 경우, 어느 한 토지소유자라도 해당 토지의 매도를 거부하면 그 사업의 시행에 중대한 위험이 초래되는 경우에 특히 기회주의적 버티기의 문제가 심각해진다고 한다. 이에 대한 상세한 설명으로는, Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press, 2004, ch.6, §2.3, p.124 참조.
- 7) Thomas W. Merrill, *The Economics of Public Use*, 72 *Cornell L. Rev.* 61 (1986), pp.73~75.
- 8) Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* 7th edition, Wolters Kluwer, 2007, pp.40~42; Richard A. Epstein, *Holdouts, Externalities, and the Single Owners: One More Salute to Ronald Coase*, 36 *J. L. & Econ.* 553 (1993), p.572.
- 9) Steven Shavell, *op. cit.*, ch.6, §2.4, p.126.

치(private value)를 낮게 평가하는 이른바 수용권 남용의 경우에는 사회적으로 바람직하지 않은 재산의 이전(socially undesirable transfer)이 발생할 수 있다.¹⁰⁾

이처럼 강력한 ‘국가의 특권(the state’s prerogative)’인 수용권을¹¹⁾ 견제하기 위한 제도적 장치로 등장한 2개의 축이 공공필요와 정당보상이다. 공공필요가 사유재산에 대한 전횡적 박탈(arbitrary deprivation)을 막는 수용의 허용요건으로 검토되었다면, 정당보상은 공적 부담을 공평하게 분담시키는 기제로 구상된 것이다.¹²⁾ 뒤에서 설명하겠지만 다수 국가의 수용조항에는 공공필요와 정당보상이 수용의 정당화 기제로서 수용권 행사의 허용요건으로 규정되어 있다. 또한, 법경제학의 관점에서 연구된 많은 수용이론이 효율(efficiency)과 공정(fairness)에서 수용의 정당화 기제를 찾는 것도 ‘공공필요’ 및 ‘정당보상’과 맞닿아 있는데, 이에 대해서도 뒤에서 자세히 살펴본다.

10) 국가가 실제보다 해당 사업의 사회적 비용을 낮게 평가하거나 사회적 효용을 높게 평가함으로써 비효율적인 수용권의 행사를 도모할 수도 있다[James Geoffrey Durham, Efficient Just Compensation as a Limit on Eminent Domain, 69 *Minn. L. Rev.* 1277 (1985), p.1300].

11) 사유재산을 빼앗아 그 소유자를 배제시키고 공공재산이라는 명목으로 그 재산에 대한 완전한 법적 권리를 확보하는 것은 ‘특권’에 다름 아니다[Jed Rubinfeld, *Usings*, 102 *Yale L. J.* 1077 (1993), p.1081].

12) Ali Riza Çoban, *Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004, p.93; 미국의 경우 제5차 수정헌법의 수용조항에서 정당보상을 규정하기 이전에는 공화주의적, 사회주의적 이데올로기(republicanism)에 따라 국가의 수용권 행사에 대한 손실보상을 인정하지 않았다. 그런데 누군가에게 ‘특별희생’을 강요하는 것은 옳지 않고 사회적 부담을 공평하게 나누어야 한다는 생각(자유주의; liberalism)이 정당보상의 이념을 탄생시켰다. 자유주의자로서 권리장전(Bill of Rights)을 입안한 James Madison은 사유재산권을 침해하는 수용권의 남용을 억지하고자 수용조항인 수정헌법 제5조에 정당보상 문구를 편입시켰다[William Michael Treanor, The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment, 94 *Yale L. J.* 694 (1985), pp.699~712].

2. 공공필요의 개념요소

가. 선행연구 개관

‘공공필요’는 일반성과 추상성을 띠는 불확정개념이기 때문에, 공용수용의 요건이자 통제기제로 기능하기 위해서는 개념분석과정이 선행되어야 한다.¹³⁾ 종래 ‘공공필요’의 개념을 분석하려는 시도는 크게 ① ‘공익성’과 ‘필요성’으로 나누어 가분적으로 구성하려는 접근과 ② 공공필요를 일체로 파악하여 공용수용의 성립요건을 공익성으로 이해하되 비례의 원칙 또는 과잉금지의 원칙에 따라 한계를 설정하는 접근으로 나뉘었다.

위 ①의 접근방향에 입각해서는, 공공필요를 공익성, 필요성, 비례성의 세 가지 요소로 나누거나¹⁴⁾ 공공성, 필요성, 평등성의 세 가지 요소로 나누어¹⁵⁾ 분석하는 견해 등이 제시되었다.

위 ②의 접근방향에 입각해서는, 수용에 따른 공익과 재산권자의 사익 간의 이익형량이라는 광의의 비례원칙 또는 과잉금지의 원칙을 충족하였을 때에 ‘공공필요’가 존재한다고 보는 견해,¹⁶⁾ 특정한 공익사업과 연계되어 특정인의 재산권 침해가 불가피한 고양된 공익을 ‘공공필요’라고 보아야 한다는 견해,¹⁷⁾ 공익성과 비례성은 밀접한 관련을 가지지만 동일한 개념 또는 구성요소가 아니고 비례의 원칙은 공용수용의 한계 또는 허용요건으로 기능한다는 견해¹⁸⁾ 등이 제시되었다.

13) 정기상, “공용수용에 있어 공익성 검증 강화를 위한 사법심사의 역할제고방안 연구”, 사법논집 제71집, 2020. 12., 252면.

14) 김연태, “공용수용의 요건으로서의 공공필요”, 고려법학 제48호, 2007. 4., 89면.

15) 송희성, “재산권의 존속보장과 공공필요의 요건”, 고시연구 제21권 제12호, 1994. 12., 88면 이하.

16) 류지태, 행정법신론 제9판, 신영사, 2005, 422면.

17) 김성수, “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명”, 고시계 제41권 제7호, 1996. 7., 121면.

18) 정남철, “공용수용의 요건인 공공필요의 판단기준과 개헌과제”, 토지보상법연구 제

나. 선행연구의 공통된 함의

공공필요를 가분적으로 보든 일체로 파악하든 그 결론을 이끌어내는 논리의 구성방식을 일부 달리하고 있을 뿐, ‘공공필요’의 의미에 관해서 본질적으로 내세우고자 하는 내용에는 크게 다른 점이 없다고 본다.¹⁹⁾ 사업의 공익성을 공공필요의 1차적 지표로 삼되, 공익성이 인정되는 한 무조건적인 수용을 허용할 경우 수용권의 남용에 따른 재산권의 침해²⁰⁾가 발생할 수 있으므로, 그 제한 또는 통제의 원리로서 과잉금지의 원칙을 적용하는 것이다. 공익성과 과잉금지의 원칙을 병렬적으로 놓든 과잉금지의 원칙을 종속적 위치에 놓든 이들 두 요건을 모두 충족하여야 공공필요가 인정될 수 있다는 공통된 결론에 이르게 된다.

Ⅲ. 공공필요의 개념에 대한 다각적 분석

1. 공공복리의 의미와 공공필요와의 관계

가. 견해의 대립

헌법 제23조 제2항에 따른 재산권의 사회적 제약을 판단하는 기준이자 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권의 제한원리인 ‘공공복리’의 의미와 관련하여서는 헌법 제23조 제3항의 공용수용 요건으로서의 ‘공공필요’와 대비하여 양자의 관계를 둘러싼 오랜 논쟁이 있어왔다. ① 공공필요가 공공복리보다 좁은 개념이라는 견해,²¹⁾ ② 공공필요가 공공복리보다 더 넓은 개념

18집, 2018, 86면.

19) 정기상, 앞의 논문(주 13), 252면.

20) 이는 ‘공용수용을 방자한 재산권의 침해’라고 표현할 수도 있을 것이다.

21) 전광석, 한국헌법론 제16판, 집현재, 2021, 426면; 한수용, 헌법학 제11판, 법문사, 2021, 886면.

이라는 견해,²²⁾ ③ 공공필요와 공공복리가 동일한 개념이라는 견해²³⁾ 등이 대립한다.

① 견해에서는 헌법 제23조 제2항과 제3항이 재산권 제한의 기준으로 각각 서로 다른 용어를 사용하고 있는 점, 공용수용의 재산권 제한효과가 재산권의 사회적 제약보다 더 중하다는 점, 공공필요가 공공복리와 같은 의미라면 매우 포괄적인 공용수용이 가능하게 된다는 점 등을 그 논거로 한다.

② 견해에서는 공공필요가 정책적 고려는 물론 사회정의를 위하여 필요한 경우까지 포괄하는 점, 공공필요가 공공복리뿐만 아니라 국가안전보장이나 질서유지도 포함한다는 점, 공용수용은 정당한 보상을 전제로 하므로 재산권 제한적 요소가 희석된다는 점 등을 근거로 내세운다.

③ 견해에서는 공공필요와 공공복리 모두 공익을 지향하는 개념적 표지를 가진다는 점, 공공필요와 공공복리는 목적 개념으로서 결과 개념인 공익보다 좁은 개념으로서 목적성의 관점에서 달리 해석할 이유가 없다는 점 등을 지적한다.

나. 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 “공공필요의 요건에 관하여, 공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을 요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 공공복리보다 좁게 보는 것이 타당하다.”고 판시하여 명시적으로 ① 견해를 취하였다.²⁴⁾

22) 성낙인, 헌법학 제22판, 법문사, 2022, 1511~1512면; 정중섭, 헌법학원론 제12판, 박영사, 2018, 728면.

23) 김학성·최희수, 헌법학원론 전정5판, 피앤씨미디어, 2021, 545면.

24) 헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129·172(병합) 결정.

다. 검토

재산권의 사회적 제약은 일반적으로 재산권의 일부 권능을 제한하는 형태로 나타나는데, 헌법 제23조 제3항에서 수용 이외에 그 자체로 재산권의 일부 권능에 대한 제한적 박탈을 표상하는 사용·제한까지도 규정함으로써 적어도 문언상으로 규율범위가 중첩되었다는 점이 논란의 단초를 제공하였다고 본다. 똑같이 재산권이 제한되어도 헌법 제23조 제3항에 해당하면 보상이 따르고, 같은 조 제2항에 해당되면 보상이 따르지 않는 것이 원칙인데, 이를 나누는 기준이 무엇인지 하는 문제를 남긴다. 또한, 재산권의 전면적 박탈을 의미하는 수용과 재산권의 일부 권능에 대한 제한적 박탈을 의미하는 사용·제한은 서로 본질적으로 다른데, ‘공공필요’라는 공통된 용어에 이들 이질적 대상의 정당화 요소를 담아내야 하는 문제가 발생한다.

헌법 제23조 제3항의 중심이 ‘공용수용’에 있는 이상 재산권의 전면적 박탈을 정당화하는 요건인 ‘공공필요’와 재산권의 사회적 제약을 설정하는 기준인 ‘공공복리’를 개념적으로 구분하여야 한다고 본다. 공용수용이 재산권을 전면 박탈하는 만큼 강화된 통제기제가 필요하다는 생각이 ‘공공필요’라는 특유한 목적 요건을 탄생시켰음은 널리 받아들여지고 있다. 따라서 ‘공공필요’가 재산권의 일반적인 제한원리인 ‘공공복리’보다는 엄격한 의미를 가진다고 새겨야 한다(① 견해).

문리해석의 관점에서 보면, 공공복리는 ‘일반 공중의 이익’을 포괄하는데 반하여, 공공필요는 공익성에서 더 나아가 필요성이라는 제한원리까지 내포하므로, 양자를 같은 개념으로 보기는 곤란하다. 목적론적 해석의 관점에서 보더라도 서로 다른 용어를 써서 다른 의미를 전달하고자 한 헌법제정자의 의도를 외면해서는 안 된다. 공공필요에는 공익성의 범위를 좁히려는 의도가 표출된 통제기제까지 내재되어 있음에 주목해야 한다. ② 견해에서는 공공필요의 판단에 정책적 고려가 담긴다고 지적하는데, 이는 공익

성 개념의 추상성, 불확정성에서 연유하는 것이지, 공공필요의 개념 자체가 공공복리보다 넓기 때문이 아니다.²⁵⁾

2. 공공필요의 개념에 대한 비교법적 연구

가. 미국에서의 논의

미연방 수정헌법 제5조에서는 “사유재산은 공공필요를 위해 정당한 보상 없이 수용되지 않는다.”라고 규정하고 있다.²⁶⁾ ‘공공필요(public use)’가 공용수용의 허용요건을 구성하는 만큼 그 의미를 둘러싼 논란이 계속되고 있다. 국가가 수용한 재산이 일반 공중에 의하여 실제로 이용되어야 함을 의미한다는 입장과 수용의 결과 일반 공중에게 이익이 되는 것으로 족하다는 입장이 대립하면서²⁷⁾ 변증법적으로 통합된 결론에 이르는 과정을 거치고 있다고 보인다. 이는 미연방대법원의 공공필요에 관한 입장의 변천과정에서 고스란히 드러난다.

미연방대법원은 *Kohl v. United States* 사건에서²⁸⁾ 최초로 연방정부에 의한 공용수용과 관련한 판결을 한 이래 19세기 후반부터 20세기 초까지 내려진 여러 판결들에서 일반 공중에 의하여 실제 이용될 수 있는 대상에 관한 사업에 한하여 공공필요가 인정된다고 판단하였다.²⁹⁾

25) ② 견해에 따르면이라도 공공필요나 공공복리나 모두 정책적 고려가 담긴다는 점에서 차이가 없다고 본다. 국가안전보장이나 질서유지도 일반 공중의 이익으로 넓게 포섭될 수 있다.

26) “nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”; public use의 개념변천과정과 그 실질적 의미를 들여다보면, 이를 단순히 ‘공적 이용’으로 번역하기 보다는, 공용수용의 허용요건을 표상하는 의미로 ‘공공필요’라고 번역하는 것이 더 낫다고 본다.

27) Daniel B. Kelly, *op. cit.*, pp.2~3.

28) 91 U.S. 367 (1875).

29) 예컨대, *Missouri Pacific Railway Co. v. Nebraska*, 164 U.S. 403, 417 (1896); *Clark*

19세기 후반의 급격한 기술적 진보에 따라 광범위한 수용에 대한 사회적 요구가 커지면서 미연방대법원은 ‘일반 공중에 의한 실제 이용’이라는 공공필요의 개념을 폐기하고 공공필요의 개념적 외연을 확장하게 된다.³⁰⁾ 미연방대법원은 *Fallbrook Irrigation District v. Bradley* 사건에서³¹⁾ 입법자가 공적 목적(public purpose)을 설정하여야 한다는 당위적 명제가 공공필요에 관한 헌법조항에서 요구하는 것이고, 사법부는 입법자의 공공필요에 관한 이러한 결단을 존중하여야 한다고 판시하였다. 즉, 공공필요에 관한 입법적 결단이 사법심사를 실질적으로 배제시킨다는 법리를 구성한 셈이다.³²⁾

그 이후 미연방대법원은 공공필요에 공적 목적이 포함되는 것으로 보고서 다양한 공적 목적에 따른 입법에 근거한 사업들이 공공필요의 요건을 충족한다고 판시해 오고 있다.³³⁾ 미연방대법원은 Washington D.C. 내 슬림

v. Nash, 198 U.S. 361, 369 (1905) 등; 이러한 일반 공중에 의한 실제 이용의 요건이 충족되지 않는 수용은 공공필요에 대한 헌법규정 뿐만 아니라 적법절차에 관한 헌법 규정(Due Process Clause)에도 반한다고 보았다. 미연방대법원은 이미 *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago* 판결[166 U.S. 226 (1897)]을 통해서 연방수정헌법 제5조의 수용조항은 연방수정헌법 제14조의 적법절차조항을 통하여 모든 주(States)에도 적용된다고 판시하였다. 이에 관해서는, Richard A. Epstein, *Takings: Private Property And The Power Of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985, p.178 참조.

30) William A. Fischel, *The Political Economy of Public Use in Poletown: How Federal Grants Encourage Excessive Use of Eminent Domain*, 2004 *Mich. St. L. Rev.* 929 (2004), p.932; 뒤에서 설명할 *Kelo* 판결의 법정의견에서는 ‘일반 공중에 의한 실제 이용’이라는 기준이 실제 적용하기도 어려울 뿐만 아니라(이를테면, 어느 정도 크기의 일반 공중이어야 하는지, 어느 정도의 가격으로 이용하여야 하는지 등이 명확하지 않다) 사회의 요구가 다양하고 변화무쌍하다는 점에서 실효적이지 않다는 점이 증명되었다고 판시하였다.

31) 164 U.S. 112 (1896).

32) Daniel B. Kelly, *op. cit.*, p.11; Holmes 대법관이 *Strickley v. Highland Boy Gold Mining Co.* 판결에서 법정의견으로 일반 공중에 의한 이용 기준은 보편적인 기준으로 채택하기에 적절하지 못하다는 판단을 한 이래[200 U.S. 527 (1906)] 미연방대법원은 일관되게 일반 공중에 의한 이용 기준의 채택을 거부해왔다.

가(blighted area)를³⁴⁾ 정비하여 도로, 학교 등의 공공시설과 저렴한 주택 등을 건설하는 계획에 따른 재개발사업의 공공필요성 충족 여부가 다투어진 *Berman v. Parker* 사건에서,³⁵⁾ 법원이 경찰권(police power)의 외연과 한계를 결정짓는 것은 무의미하므로 공공필요의 개념과 범위는 입법적 결단의 산물이어야 한다고 전제한 다음, 그러한 재개발사업의 공공필요가 인정된다고 판시하였다.³⁶⁾

뒤이어 미연방대법원은 *Hawaii Housing Authority v. Midkiff* 사건에서³⁷⁾ 같은 입장을 취하였다. 1967년 하와이 토지개혁법(the Hawaii Land Reform Act of 1967)에서는 소수의 주민이 해당 주의 토지 절반 정도를 소유하고 있는 토지소유구조를 개선하기 위하여 임차인이 그 거주 재산을 매입할 수 있게 하면서 정부가 소유자의 재산권을 수용할 수 있도록 규정하고 있었다. 미연방대법원은 명백하게 ‘합리적인 근거나 기초(foundation)’ 없이 행해지는 수용이 아닌 이상 공공필요에 대한 입법자의 결단을 사법적 판단으로 대체할 수는 없고, 공공필요 요건은 국가의 경찰권 범위와 밀접하게 연동된다고 전제한 다음, 위 법률의 합헌성을 긍정하였다.³⁸⁾ 공공필요에 대한 입법적 결단에 관한 사법심사는 최소한

33) Daniel B. Kelly, *op. cit.*, p.3.

34) 미국에서 수용권의 한계와 관련하여 집중적으로 논의되고 있는 쟁점 중 하나가 황폐 또는 낙후(blight)를 개선·정비하기 위한 수용이 허용될 수 있는지 하는 것이다. 뒤에서 살펴볼 *Kelo* 사건에도 낙후된 지역에 대한 개발문제가 개재되어 있다.

35) 348 U.S. 26 (1954); 이 판결에서는 1945년 콜롬비아 구역 재개발법(the District of Columbia Redevelopment Act of 1945)의 합헌성 여부가 다투어졌다.

36) “[s]ubject to specific constitutional limitations, when the legislature has spoken, the public interest has been declared in terms well-nigh conclusive.”; 미연방대법원이 이 판결로써 공공필요에 대한 거의 제한되지 않은 개념을 용인하고, 수용이 공공복리에 적합하지 여부에 관한 사법심사를 극도로 제한하는 결과를 초래하였다는 평석으로는, James Geoffrey Durham, *op. cit.*, p.1282 참조.

37) 467 U.S. 229 (1984).

38) 이 판결로써 국가에 의한 수용은 거의 모두 공공필요를 충족하는 셈이 되어 버렸다는 평석으로는, Mark C. Landry, *The Public Use Requirement in Eminent Domain-A*

으로만 행해져야 하므로, 그 심사기준은 수용의 목적에 대한 합리성 기준(the rational basis standard)이면 족하다고 본 것이다.³⁹⁾ 합리성 기준은 공적 목적의 존부만을 확인하는 심사기준에 다름 아니어서 입법자가 공적 목적을 입법으로 선언하게 되면, 사실상 사법심사로써 이를 돌이키기는 어렵다.⁴⁰⁾

미연방대법원이 *Kelo v. City of New London* 사건에서 한 판결은⁴¹⁾ 공공필요의 인정범위에 관한 사회적 논의에 불을 지폈다. 대법관들의 의견이 합헌의견 5인 : 위헌의견 4인으로 팽팽하게 갈렸던 데다 그 판결 이후 정치적 논란까지 가열되었기 때문에, 공공필요의 개념과 관련하여 이 판결의 내용을 살펴볼 필요성이 크다.

<사안의 개요>

Connecticut주에 있는 New London시는 2000년경 1,000개가 넘는 일자리를 창출하고, 세수(稅收)를 늘리며, 도심과 해안지역을 포함하여 경제적으로 낙후된 지역을 재건하기 위하여 기획된 개발계획을 승인하였다. 이 개발계획에는 제약 회사인 Pfizer사의 연구시설, 호텔 등 휴양시설, 요트계선장 등 상업시설을 유치하는 내용이 포함되어 있다. 이 개발사업의 시행자는 사업부지의 대부분을 소유자들로부터 협의취득 하였고, 매도를 원치 않는 소유자들로부터 나머지 토지를 취득하기 위하여 수용권을 발동하였다. 자신의 소유 토지를 수용당할 처지에 있는 토지소유자들이 이 소를 제기하였다.

<법정의견 - 합헌>

Stevens 대법관 등 5인의 대법관들은 경제개발(economic development)을 위

Requiem, 60 *Tul. L. Rev.* 419 (1985), p.430; Thomas J. Loyne, Hawaii Housing Authority v. Midkiff: A Final Requiem for the Public Use Limitation on Eminent Domain?, 60 *Notre Dame L. Rev.* 388 (1985), pp.403~405 참조.

39) Kathleen M. Sullivan & Gerald Gunther, *Constitutional Law* 19th edition, Foundation Press, 2016, pp.480~520; Cass R. Sunstein, Lochner's Legacy, 87 *Colum. L. Rev.* 873 (1987), p.891.

40) Gregory S. Alexander, *The Global Debate over Constitutional Property: Lessons for American Takings Jurisprudence*, The University of Chicago Press, 2006, p.65~66.

41) 545 U.S. 469 (2005).

한 수용도 공공필요의 요건을 충족한다고 판시하였다. 공적 목적에 대한 입법적 결단은 존중되어야 하므로, Fort Trumbull 지역이 경제부흥프로그램을 정당화시킬 만큼 충분히 낙후되었다는 국가적 판단도 존중되어야 한다고 보았다. 나아가 경제개발을 그 밖의 다른 공적 목적으로부터 분리해낼 수 있는 일관된 방법은 없고, 공적 목적의 인정범위로부터 배제할 아무런 근거도 없다고 판단하였다. 또한, 향후 B가 A의 재산을 더 생산적으로 이용하여 세금을 더 많이 낼 것이라는 이유만으로 A의 재산을 B에게 이전시키는 것은 그 자체로 비정상적인 수용권의 행사에 해당하여 무언가 사적 목적을 추구하고 있다는 의심을 명백하게 불러일으키기는 한다고 전제하면서도,42) 아직 발생하지도 않은 가상의 사건을 상정하여 공공필요의 개념을 억지로 제한할 수는 없다고 하였다.

Kennedy 대법관은 별개의견으로 수용이 공적 목적과 합리적으로 관련되어 있으면 공공필요가 인정될 수 있다는 합리성 기준의 적용의견을 개진하였다. 공적 목적이 부수적이거나 명목상의 것에 불과하거나 수용이 사인(私人)에게 이익을 주기 위한 의도에 따른 것이라는 점이 증명되면 그 수용은 허용되지 않는다고 할 것인데, 이 사건 개발계획에서 그러한 사정을 찾을 수는 없다고 보았다.

<소수의견 - 위헌>

O'Connor 대법관 등 4인의 대법관들은 특정한 사인(私人)의 이익을 위하여 어떤 재산이든지 수용될 수 있게 되어 이른바 역-로빈훅 방식(reverse Robin Hood fashion; 가난한 자에게서 재산을 빼앗아 부유한 자에게 주는 방식)의43) 수용이 원칙이 될 수도 있음을 우려하였다. 법정의견은 재산권의 사적 이용과 공적 이용의 구분을 없애버렸고, 연방 수정헌법 제5조의 수용조항에서 ‘공공필요’라는 문구를 완전히 배제시켜버린다고 판단하였다.

Thomas 대법관은 별개의견으로 사법부가 수용의 공익성에 대한 판단을 하지 않으면 사적 수용(private use takings)을 금지할 수 없게 되므로 기존의 판례 법리를 재검토하여 ‘일반 공중에 의한 실제 이용’ 기준으로 회귀하여야 한다는 의견을 피력하였다.

42) *Kelo* 판결에서 법정의견이 이와 같이 판시하면서도 공공필요와 사적 이용을 구분할 어떠한 기준도 제시하지 않았다는 비판이 제기되고 있다(Daniel B. Kelly, *op. cit.*, p.18).

43) 역-로빈훅 방식의 수용이 갖는 의미와 문제점에 관한 상세한 설명으로는, 이인호, “역 로빈훅 방식의 수용권 행사의 위헌성-헌법 제23조 제3항 공공필요의 해석론”, 헌법실무연구 제10권, 2009. 12., 537면 이하 참조.

공적 목적의 존부를 기준으로 공공필요를 확인하는 종래의 입장을 재확인한 *Kelo* 판결은 사적 이익을 위한 수용권의 행사, 즉 수용권의 남용에 대한 사회적 관심을 크게 환기시켰다.⁴⁴⁾ 이 판결 직후 연방하원에서는 *Kelo* 판결을 비판하는 결의안이 압도적인 찬성으로 채택되었다. George Walker Bush 대통령은 이 판결의 1주년이 되던 2006. 6. 23. 연방차원에서 경제개발을 위한 수용을 불허하되, 일반 국민을 위한 수용권 행사만을 허용하는 행정명령(executive order)을 발령하였다.⁴⁵⁾ 이 판결 이후 5년 이내에 미국의 43개 주(州)에서는 재산권 보장을 강화하는 방향으로 수용권 조항을 개정하는 내용의 주(州)헌법 또는 법률 개정안을 통과시켰다.⁴⁶⁾ 주의 법원들은 수용권 행사의 근거에 대하여 엄격한 증거법적, 절차적 심사 기준을 적용함으로써 *Kelo* 판결에 명시적으로 반하는 다수의 판결들을⁴⁷⁾

44) 이 판결 이후에 행해진 여러 여론조사에서 거의 80% 이상의 국민들이 이 판결에 반대하고 있음을 보여주고 있다(http://castlecoalition.org/index.php?option=com_content&task=view&id=43&Itemid=143).

45) 최계영, “민간기업에 의한 수용”, 행정판례연구 제16권 제1호, 2011. 6., 245면; 수용권은 흔히 주정부나 지방정부에 의해서 행사되므로 이 행정명령의 효과는 제한적일 것이다(이인호, 앞의 논문, 560면).

46) 입법의 형태나 정도는 주마다 다양한데, 특히 Florida, South Dakota, Michigan, Arizona 주에서는 수용권의 남용을 경계하여 극도로 강하게 재산권을 보장하는 방향으로 법개정이 이루어졌다. 이 43개 주 중에서 35개 주에서는 경제개발을 위한 수용을 금지하고, 그 중 22개 주에서는 더 나아가 낙후(blight)를 개선하기 위한 수용 자체를 금지하는 법개정을 하였다. *Kelo* 판결에 대한 사회적 반발이 충분히 실효적인 입법적 개선으로 이어지지 못했다는 주장도 있지만[Ilya Somin, *The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo*, 93 *Minn. L. Rev.* 2100 (2009)], 앞서 본 입법의 경과와 내용에 비추어 보면, ‘모호한’ 수용의 명분을 걷어낸 이러한 입법적 시도가 수용권의 남용을 억제하기에 크게 부족해 보이지는 않는다.

47) 예컨대, *Norwood v. Horney*, 853 N.E.2d 1115 (Ohio 2006); *Muskogee County v. Lowery*, 136 P.3d 639 (Okla. 2006); *Benson v. State*, 710 N.W.2d 131 (S.D. 2006); *Gallenthin Realty Dev., Inc. v. Borough of Paulsboro*, 924 A.2d 447 (N.J. 2007); *County of Hawaii v. C&J Coupe Family Ltd. Partnership*, 198 P.3d 615 (Haw. 2008); *Middletown Township v. Lands of Stone*, 939 A.2d 331 (Penn. 2007); *Rhode Island Economic Development Corporation v. The Parking Company*, 892 A.2d 87

내놓았다.⁴⁸⁾ 사유재산제의 보장이 미국 민주주의의 존립근거라는 믿음은 *Kelo* 판결에 대한 사회적 반발의지를 불러일으켰고, 이것이 입법, 행정, 사법을 아우르는 일련의 조치로 이어졌다고 평가할 수 있다.

나. 독일에서의 논의

독일 기본법 제14조 제3항 전문에서는 “수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의해서만 행하여질 수 있다.”라고 규정하고 있다.⁴⁹⁾ 여기서 ‘공공복리(Wohle der Allgemeinheit)’는 넓은 의미에서 공익을 포괄하는 개념이 아니라⁵⁰⁾ 재산권의 보장 관점에서 ‘특별히 중대하고 긴급한 공익’이라고 해석하는 것이 일반적이다.⁵¹⁾ 공공복리는 수용권 행사의 허용요건으로서 재산권의 존속보장이라는 헌법적 가치를 희생하여 그 재산권의 박탈을 용인케 할 정도의 공익이어야 하고, 공공복리의 존재 여부는 공·사익의 비교·형량으로 확인하여야 한다.⁵²⁾ 공용수용은 단순히 공공복리에 기여하는 정도를 넘어 공공복리의 실현을 위해서 불가피하게 필요한 경우에만 인정될 수 있다.⁵³⁾ 따라서 국가

(R.I. 2006); *Centene Plaza Redev. Corp. v. Mint Props.*, 225 S.W.3d 431 (Mo. 2007).

48) *Kelo* 판결에 대응한 주 법원 판결의 흐름과 경향에 대한 상세한 설명으로는, Shaun Hoting, *The Kelo Revolution*, 86 *U. Det. Mercy L. Rev.* 65 (2009), pp.99~120 참조.

49) “Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.”

50) BVerfGE 56, 249 (274).

51) Ulrich Battis/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, *BauGB-Baugesetzbuch Kommentar*, 12.Aufl., C.H. Beck, 2014, §87 Rn.2; 공공복리는 일반적인 공익보다 훨씬 고양된 수준의 공익이므로, 재정적 효과를 통해 결과적으로 국가사업의 시행이 용이해지고 국민의 납세부담이 줄어든다는 사정만으로 단순한 국고 증진을 위한 사업이 공공복리를 위한 것이라고 할 수 없다[BVerfGE 56, 249 (279) ; 66, 248 (257)].

52) Alfred Scheidler, *Die Voraussetzungen der Enteignung nach den §§85 ff. BauGB*, ZfBR 2017, S.125(정남철, 앞의 논문, 88면에서 재인용).

53) BVerfGE 38, 175 (180); BVerfGE 45, 297 (321f.).

나 공공단체가 정치적·경제적으로 중요하고 유익한 목적을 달성하기 위해 수립하는 계획이나 그에 따른 사업이 곧바로 공공복리의 실현에 해당한다고 단정할 수는 없다.⁵⁴⁾ 나아가 공용수용이 사인 간의 이해충돌을 조정하는 제도가 아니므로, 사적 자치를 통해 해결할 수 없는 난제를 해결할 목적으로 행하는 공용수용은 허용될 수 없다.⁵⁵⁾ 결국 ‘공공복리’는 위법한 재산권의 침해를 방지하는 적극적인 의미를 갖는다고 보아야 한다.⁵⁶⁾

수용의 목적이 공공복리에 적합한지 여부는 원칙적으로 민주적 정당성을 가진 입법자가 결정한다.⁵⁷⁾ 공공복리는 추상성, 다양성을 띠므로 이를 일의적으로 파악하기는 어려운데, 이러한 공공복리는 법률에 따라 확정된다는 의미에서 ‘규준적 공익(maßgebende öffentliche Interessen)’이라고 일컬어지기도 한다.⁵⁸⁾ 그러나 공공복리의 개념과 범위가 전적으로 입법자의 재량에 맡겨진 것은 아니고 일정한 범위 내에서 해석의 여지가 남겨져 있어 사법심사가 허용된다.⁵⁹⁾ 수용은 기본권을 제한하는 정도가 크므로 완전한 사법심사가 행해져야 하고, 정치적 합목적성을 존중한다는 이유로 수용을 폭넓게 허용하게 되면 수용권의 남용 가능성이 극대화되는 위험을 초래할 수 있다.⁶⁰⁾

입법자는 공용수용을 허용하는 법률에 그 목적과 허용조건을 명확하게

54) BVerfGE 56, 249 (279).

55) BVerfGE 56, 249 (290).

56) 정연주, “공용침해의 허용조건으로서의 공공필요-서독기본법 제14조 3항 1문의 해석을 중심으로-”, 연세 법학연구 제1호, 1990, 158면.

57) Hans D. Jarass/Martin Kment/Bodo Pieroth, *GG-Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 17.Aufl., C.H. Beck, 2022, §14 Rn.77~86.

58) Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, *Verwaltungsrecht I*. 13.Aufl., C.H. Beck, 2017, §29 Rn.1 ff.

59) BVerfGE 24, 367 (403f.) ; BVerwGE 3, 332 (333f.); Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6.Aufl., C.H. Beck, 2013, S.203~210.

60) Axel Jackisch, *Die Zulässigkeit der Enteignung zugunsten Privater*, Peter Lang, 1996, S.102~105; 즉, 사법심사가 불가능하거나 적절하지 않은 경우에 해당하지 않는다는 것이다.

규정함으로써 재산권 침해의 정도와 범위에 대한 예측을 가능하도록 하여야 한다. 입법자는 공용수용의 실질적 허용조건을 강화함으로써 재산권 침해의 가능성을 줄일 수는 있지만, 그 허용조건을 완화함으로써 공용수용을 용이하게 해서는 안 된다.⁶¹⁾

입법자가 개별 법률에서 공공복리를 목적으로 하는 일정한 유형의 공익 사업을 정하였고, 어떠한 사업이 그 유형에 해당된다고 하더라도 곧바로 허용되는 공용수용에 해당되는 것은 아니고, 그 사업이 구체적으로 공공복리에 이바지하는지 여부를 별도로 검토하여야 한다(단계적 공익성 검증).⁶²⁾

연방건설법전(Baugesetzbuch) 제87조 제1항에서는 수용의 요건을 좀 더 구체화하고 있다. “수용은 공공복리를 위해 요구되고 다른 합리적인 방법으로 수용의 목적을 달성할 수 없는 개별 사건에서 허용된다.”는 규정내용에는⁶³⁾ 수용의 필요성 요건(비례의 원칙)이 부각되어 있다. 즉, 수용의 제한원리로서 과잉금지의 원칙이 헌법상 ‘공공복리’에 내재되어 있음을 확인한 것이다.⁶⁴⁾

다. 프랑스에서의 논의

프랑스 헌법의 본문에는 기본권에 관한 규정이 존재하지 않고, 제5공화제 헌법 전문에서 1789년 인권과 시민의 권리선언(인권선언; Déclaration

61) BVerfGE 56, 249 (270).

62) BVerwGE 3, 332 (334); 독일의 경우에는 우리 토지보상법 제20조의 사업인정에 상응하는 제도가 없는데, 독일연방행정법원의 위 판결에 따라 사업인정절차에서 요구하는 공공필요의 구체적·개별적 심사절차를 거쳐야 한다는 법리가 형성된 셈이다.

63) “Die Enteignung ist im einzelnen Fall nur zulässig, wenn das Wohl der Allgemeinheit sie erfordert und der Enteignungszweck auf andere zumutbare Weise nicht erreicht werden kann.”

64) ‘공공복리를 위해 요구’된다는 부분에서 목적의 정당성, 수단의 적합성을, ‘다른 합리적인 방법으로 수용의 목적을 달성할 수 없다는’ 부분에서 침해의 최소성, 법익의 균형성을 도출해낼 수 있다.

des droits de l'homme et du citoyen)과 1946년 제4공화제 헌법 전문에서 확인 및 보완된 인권과 국민주권의 원리를 확인하는 형태를 취하고 있다.⁶⁵⁾ 인권선언 제17조에서는 “재산권은 신성하고 불가침한 권리이므로, 합법적으로 인정된 공공필요(nécessité publique)가 이를 명백히 요구하고 정당한 사전 보상이 전제되지 않는다면, 어느 누구도 이를 박탈당하지 않는다.”라고 선언하였다.⁶⁶⁾ 1804년 제정된 프랑스 민법전(Code civil) 제545조에서는 “누구도 공익성(utilité publique)과 정당한 사전 보상 없이 재산권을 이전할 것을 강요받지 않는다.”라고 규정하여⁶⁷⁾ ‘공공필요’를 ‘공익성’으로 대체하였다. 이를 두고 유익성(utilité)은 필요성(nécessité)보다는 완화된 표현으로서 수용의 가능성을 넓힌 것으로 이해하는 견해도⁶⁸⁾ 있으나, ‘필요성’은 수용권을 한계짓는 원리로서 공익성에도 비례의 원칙이나 과잉 금지의 원칙이 담겨 있음을 인정하는 이상 공공필요와 공익성에 본질적인 차이가 존재한다고 볼 수 있는지는 의문이다.⁶⁹⁾

공용수용법전(Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique)⁷⁰⁾은

65) “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946,”

66) “La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.”; 여기서 재산권의 박탈은 재산권자를 희생하여 재산을 강제로 이전시키거나 재산의 모든 속성을 폐지하는 것을 의미한다 (Code constitutionnel et des droits fondamentaux 3e édition, Dalloz, 2014, Art. 17 du DDHC 26 août 1789, p.4).

67) “Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.”

68) Jean-Marie Auby/Pierre Bon/Jean-Bernard Auby/Philippe Terneyre, *Droit administratif des biens* 7e édition, Dalloz, 2016, pp.478~490.

69) 같은 취지로써, 박균성, “프랑스 행정법상 공익개념”, 서울대학교 법학 제47권 제3호, 2006, 34면.

70) 이 법률은 2014. 11. 6. 제2014-1345호 정령(ordonnance)에 따라 전면 개정되었다.

제L1조에서 “부동산 또는 부동산물권의 전부 또는 일부에 대한 수용은 사전 조사에 따라 공익성에 부합한다고 선언된 경우에 한하여 행해질 수 있다.”라고 규정하는 한편,⁷¹⁾ 제L121-1조에서 “공익성은 국가의 관할 당국에 의해서 선언된다.”라고 규정하여⁷²⁾ 해당 사업의 공익성을 확인하는 절차인 공익선언(*déclaration de l'utilité publique*)을 명시하고 있다.⁷³⁾ 공용수용법전에서는 수용적격사업의 유형을 한정적으로 열거하지 않고, 공익선언이 있는 경우에 수용을 허용하는 개방적 체계를 채택하고 있다.⁷⁴⁾ 이로써 공익선언이 곧바로 수용 여부를 결정하는 주된 절차가 되고,⁷⁵⁾ 공익성은 수용의 허용요건이자 내재적 한계로 기능하게 된다.

과거 프랑스 최고행정법원인 국사원(*Conseil d'Etat*)은 수용의 공익성 판단에서 해당 사업이 그 자체로 공익성을 실현하는지 여부만을 심사하였고, 수용에 따른 공·사익의 비교·형량을 하지 않았다.⁷⁶⁾ 나아가 행정청의 재량에 속하는 합목적성의 문제에 해당되는 구체적인 공익사업의 내용에 대해서는 권한의 남용에 해당되지 않는 한 심사하지 않았다.⁷⁷⁾ 이를테면, 고속도로의 건설을 위한 수용에 대한 법원의 심사는 고속도로 건설 자체의 공익성 존부에 머무는 것이지 노선의 선택에까지 나아가지 않는다고 판단

71) “L'expropriation, en tout ou partie, d'immeubles ou de droits réels immobiliers ne peut être prononcée qu'à la condition qu'elle réponde à une utilité publique préalablement et formellement constatée à la suite d'une enquête et qu'il ait été procédé, contradictoirement, à la détermination des parcelles à exproprier ainsi qu'à la recherche des propriétaires, des titulaires de droits réels et des autres personnes intéressées.”

72) “L'utilité publique est déclarée par l'autorité compétente de l'Etat.”

73) 우리 토지보상법 제20조의 사업인정에 대응하는 절차로 볼 수 있다.

74) 우리 토지보상법 제4조에서 수용적격사업의 유형을 열거하는 것과는 대비된다.

75) C.E. 4 nov. 1970, *SCI Les Héritiers A. Caubrière*, Rec. 646.

76) 박균성, “프랑스법상 수용의 요건으로서의 공공필요”, 현대행정법학이론: 우재 이명구 박사 회갑기념 논문집Ⅱ, 1996, 371면.

77) C.E. 4 mars 1964, *Dame Veuve Borderie*, Rec. 157.

하였다.⁷⁸⁾

그런데 국가의 역할 확대에 따라 판례가 인정하는 공익성의 범위는 점차 확대되었다. 초기에는 공물이나 공공시설의 건설에만 인정되던 공익성이 19세기 말부터는 교육, 위생, 문화 등의 공역무(service public) 영역에서도 인정되기 시작하였다. 공공의 이익(intérêt général) 달성에 필요한 경우 수용이 폭넓게 허용된 것이다.⁷⁹⁾ 국사원은 일정한 사업이 직접적으로 공익성을 실현하지 않더라도 공공의 이익과 일정한 관련이 있다고 볼 수 있는 경우에는 그 수용을 허용하되, ‘공공의 이익과의 관련성’은 사적 이익을 위한 사업이 결과적으로 공공의 이익에 보탬이 되는 경우에도 인정하는 경향을 보였다.⁸⁰⁾ 공공의 이익 달성이 수용의 주된 목적이고, 재정상 이익이 부수적으로 추구되는 경우에도 공익성을 인정하였다.⁸¹⁾ 다만, 오로지 사익의 추구나 국가재정의 제고를 위한 수용이 허용될 수 없음은 물론이다.

일정한 사업의 시행을 위한 수용을 둘러싼 공·사익이 복잡하게 얽혀있는 상황에서 해당 사업이 그 자체로 공익성을 실현하는지 여부를 공익성 판단의 기준으로 삼는 것은 더 이상 적절하지 않았다. 이에 국사원은 ‘Ville Nouvelle-Est’ 판결에서⁸²⁾ 종합평가 이론(비교·형량 이론; la théorie du bilan)을 채택하기에 이르렀는데, 이 판결의 주요 내용은 다음과 같다.⁸³⁾

78) C.E. 30 juin 1961, *Groupement de défense des riverains de la route de l'interieur*, Rec. 452.

79) Charles Debbasch/Jacques Bourdon/Jean-Marie Pontier/Jean-Claude Ricci, *Droit administratif des biens*, puf, 1994, pp.202~204.

80) C.E. 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, Rec. 561; 국사원은 행정당국이 자동차회사 Peugeot의 제안에 따라 Montbeliard시와 Sochaux시를 연결하는 463번 국도를 건설하는 사업을 추진하면서 수용을 실시한 이 사례에서 특정한 자동차회사에 이익을 주는 우회로 건설 사업이 교통 체증의 해소, 교통의 안전 확보라는 공공의 이익에도 부합하는 이상 그 수용이 직권남용에 해당하지는 않는다고 판단하였다.

81) C.E. 11 janv. 1957, *Louvard*, Rec. 27.

82) C.E. 28 mai 1971, *Ville Nouvelle-Est*, Rec. 409.

83) 이 판결에 대한 상세한 설명과 평석으로는, 박균성, 앞의 논문(주 71), 373~375면 참조.

<사안의 개요>

행정당국이 1966년 Lille시의 동쪽에 3만 명의 학생을 수용할 수 있는 대학시설과 2만여 명의 주민을 거주케 할 수 있는 신도시를 조성할 계획을 수립하였고, 그 계획에 따른 사업으로 사업구역 내에 있는 100여 채의 주택을 수용·철거하여야 할 상황이었다.

<국사원의 판단>

국사원은 “어떤 사업이 가져오는 재산권의 침해, 재정적 비용 및 사회적인 불이익이 그 사업으로 얻을 수 있는 이익과 비교하여 과도하지(excessif) 않은 경우 공익성이 인정될 수 있다. 이 사업의 중요성 등에 비추어 100여 채의 주택이 철거되어야 하더라도 그 공익성이 부정되는 것은 아니다.”라고 판시하였다.

그 이후 국사원은 Sainte-Marie de l'Assomption 판결에서⁸⁴⁾ 사업으로 인한 비용 또는 불이익에 다른 공익에 대한 침해를 포함시켜 ‘사업으로 인한 재산권의 침해, 재정적 비용, 사회적 불이익, 다른 공익에 대한 침해가 그 사업으로 얻을 수 있는 이익에 비하여 과도하지 않은 경우 그 수용의 공익성이 인정된다.’는 공익성의 판단기준을 확립하였다.⁸⁵⁾

라. 일본에서의 논의

일본 헌법 제29조 제3항에서는 “사유재산은 정당한 보상에 공공을 위하여 사용할 수 있다.”라고 규정하고 있다.⁸⁶⁾ ‘공공을 위하여 사용’에 대하여 공용사용이 아니라 공용수용을 의미하는 것으로 파악하는 것이 일반적이고,⁸⁷⁾ 수용권의 본질적인 한계로서 공공의 이익(공공필요)을 포괄한다는

84) C.E. 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec. 657, concl. Morisot.

85) 이 판결은 국사원이 중합평가 이론을 적용하여 공익선언을 취소한 최초의 판결이라고 한다. 이 판결의 구체적인 내용과 의미에 대해서는, 박균성, 앞의 논문(주 71), 375~377면 참조.

86) “私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。”

87) 芦部信喜, 憲法 第4版, 岩波書店, 2007, 223~225頁.

견해가 통설로 받아들여지고 있다.⁸⁸⁾ 어떤 사업이 공공필요를 가지는지 일반적으로 설명하기는 어렵지만, 재산권의 박탈이라는 개인의 희생을 강요해서라도 달성하여야 할 충분한 공동의 이익이 존재한다는 사실이 공익과 사익의 비교·형량을 통하여 증명되는 때에 ‘공공을 위하여 사용’한다는 요건이 충족된 것으로 볼 수 있다고 한다.⁸⁹⁾

종래 통념상으로는 해당 사업이 ① 순수하게 영리목적으로 시행되는 경우, ② 특정한 소수의 이익을 위해서만 시행되는 경우, ③ 일반 공중이 사회·경제·문화생활을 영위하는 데에 직접적인 필요성이 낮은 경우, ④ 사업시행자가 해당 토지를 직접 자신의 목적에 사용하고 공용으로 제공하지 않는 경우 공익성을 인정하지 않았다. 그런데 근래에 들어 이러한 통념은 대폭 수정되어 다음과 같이 공익성의 개념이 점차 확대되는 경향을 보이고 있다.⁹⁰⁾

먼저, 수익성(영리성)과 공익성은 반드시 모순관계에 있는 것은 아니다. 도시재개발이나 뉴타운·산업단지 등의 조성과 같이 국가나 지방자치단체가 실시하는 사업의 경우에도 정비된 토지나 시설에는 상점, 사무소, 업무용 시설, 공장 등이 들어서게 된다. 그럼에도 이들 사업의 공익성을 인정하는 것은 민간의 영리 추구에 초점을 맞추지 않고 그 정책적 목표에 주목해야 하기 때문이다. 즉, 토지이용의 효율 향상, 과밀도시의 부담 분산, 시장경제를 통하여 달성할 수 없는 사회경제적 수요의 충족 등의 정책적 목적에서 새로운 공익성을 발견할 수 있다는 것이다.⁹¹⁾ 단순히 어떠한 사업에 경제적 합리성이 인정된다고 해서 수용권의 행사를 허용할 수는 없고, 적어도 국토 전체의 체계적 이용에 대한 명확한 계획 아래 국토 이용의 효율

88) 佐藤幸治, 日本國憲法論 第2版, 成文堂, 2020, 310~320頁; 今村成和, 損失補償制度の研究, 有斐閣, 2004, 220頁.

89) 成田頼明, 土地政策と法, 弘文堂, 1989, 257~260頁.

90) 成田頼明, 前掲書, 260~261頁.

91) 山田幸男, “計劃行政法における若干の法律問題”, 自治論文集, 1968, 606~607頁.

성, 장래 수요 예측, 공해의 방지, 지역주민의 이익 등 공·사익을 객관적이고 합리적으로 고려하여 공익성을 검증하여야 한다고 보고 있다.⁹²⁾

다음으로, 수용 주체가 종전의 국가나 공공단체에서 그 밖의 특수회사 등으로까지 확대되었다. 이들 특수회사 등이 ‘연장된 공(公)의 손’으로서 수용의 주체로 전면에서 등장하게 되었다. 일본 토지수용법 제3조에서는 토지를 수용할 수 있는 공공의 이익이 되는 사업, 즉 수용적격사업의 유형을 열거하고 있는데, 그 사업자 중 철도사업자 또는 삭도사업자(제7호), 인정전기통신사업자(제15호의2), 기간방송기간방송사업자 또는 기간방송국제공사업자(제16호) 등이 이들 특수회사에 해당한다. 이들 공사(公私) 혼합의 특수회사 등은 행정주체가 아니라 사법인(私法人)에 불과한데도 그 사업내용의 공익성을 보장하기 위하여 국가가 개별 법률에 근거한 일정한 관리·감독을 행함으로써 ‘공(公)의 지배’에 복종하게 하는 한편, 이들 회사에 ‘연장된 공의 손’으로서의 지위를 부여하는 것이다.⁹³⁾

이들 특수회사 등에게 수용권을 설정함에 있어서는 다음과 같은 요건을 충족하여야 한다. ① 공사(公私) 혼합의 형태에 따른 특수회사 등의 설립이나 특수회사 등에 대한 사업면허심사 등을 통해 그 특수회사 등이 ‘공(公)의 지배’에 놓일 수 있도록 하여야 한다.⁹⁴⁾ ② 그 특수회사 등이 국가나 지방자치단체 등의 계획에 적합한 사업계획을 수립하고 행정청의 감독 아래 이를 실시할 수 있도록 하는 제도적 장치가 필요하다(계획 적

92) Kelo 판결은 일본의 공용수용 법제연구에도 지대한 영향을 미쳤다. 대표적인 관련 문헌으로는, 中村孝一郎, “規制的収用法理における『正統な州の利益の實質的促進』テスト”, 南山法学 第29卷 第3号, 2006; 村川泰支, “Kelo v. The City of New London 再開発における土地収用”, 用地ジャーナル 第16卷 第3号, 2007; 福永実, “経済と収用 : 経済活性化目的での私用収用は合衆国憲法第五修正『公共の用』要件に反しない”, 大阪経大論集 第60卷 第2号, 2009 등이 있다.

93) 成田頼明, 前掲書, 262~263頁.

94) 행정당국이 행하는 일반적인 관리·감독만으로 사법인에 대한 수용권의 설정이 충분히 정당화되기는 어렵고, 고양된 통제기제가 필요하다.

합성의 통제). ③ 그 특수회사 등이 사업의 시행 후에 그 토지나 건물을 처분하여 영리 목적을 도모할 유인을 차단할 수 있도록 사후 통제장치를 마련하여야 한다.⁹⁵⁾

3. 공공필요의 개념에 대한 법경제학적 접근

가. 개요

법경제학의 많은 수용이론은 효율(efficiency)의 관점에서 공용수용을 정당화하는 기제를 규명하고자 하였다. 공리주의적 입장에서 해당 수용을 통하여 얻을 수 있는 사회적 이익이 그 수용으로 치러야 하는 사회적 비용보다 우월할 경우 재산권의 강제적 박탈도 허용될 수 있다는 관념이 이들 수용이론의 토대가 된 것이다. 그런데 이러한 도식을 풀어나가는 방식, 즉 사회적 비용을 규정짓고 이익과 비용을 형량하는 방식에는 수용이론들 간에 꽤나 유의미한 차이가 있다. 특히 수용의 효율성에만 천착하여 보상의 필요성에 관하여 설득력 있는 논리를 제시하지 못하는 연구가 많다. 이하에서는 수용에 따른 사회적 비용에 주목한 법경제학계의 주류(主流)로 볼 수 있는 수용이론들을 개관해 봄으로써 우리 법제상 ‘공공필요’의 개념분석을 위한 논리적 단초를 모색해 보기로 한다.

나. Michelman 교수의 이론

공용수용에 관한 법경제학 이론에 가장 큰 영향을 준 것으로 평가받는 학자인 Michelman 교수는 일정한 경우에 공용수용이 허용되는지를 판단하기 위하여 세 가지 요소를 고려하여야 한다고 보았다. 그 세 가지 요소는 효율성이익(efficiency gains; E), 탈도덕화비용(demoralization costs;

95) 成田頼明, 前掲書, 263~265頁.

D), 합의비용(settlement costs; S)이다.

‘효율성이익($E = B - C$)’은 수용에 의하여 발생하는 손실을 초과하여 창출되는 편익이다. 여기서 ‘편익(benefit; B)’은 수용의 잠재적 수혜자가 그 수용을 위하여 지급할 의사가 있는 화폐금액으로 측정되고, ‘손실(Cost; C)’은 수용에 대한 동의를 이끌어내는 데에 소요되는 화폐금액으로 측정된다.⁹⁶⁾

‘탈도덕화비용’은 다음 2가지 비용의 총합으로 정의된다. 하나는, 아무런 보상이 이루어지지 않을 경우 피수용자와 그 동조자들(sympathizers)이 느끼는 비효율을 상쇄시켜 줄 수 있는 화폐금액이고, 다른 하나는, 피수용자나 동조자들, 비슷한 상황에 처할 수 있는 사람들이 무보상을 목격한 후 근로유인이 왜곡되거나 사회적 동요가 발생하여 미래의 생산활동이 감소함으로써 발생하는 손실의 현재가치이다.⁹⁷⁾ 탈도덕화비용은 Michelman 교수가 창안해낸 개념으로서 그의 수용이론을 이해하는 데에 있어 매우 중요하다.

‘합의비용’은 탈도덕화비용을 적절하게 제거하기 위하여 손실보상의 문제를 합의하는 데에 소요되는 시간, 노력, 자원의 화폐가치이다.⁹⁸⁾

Michelman 교수는 수용으로 발생하는 편익(B)이 손실(C)을 초과하더라도 그 순편익인 효율성이익(E)이 탈도덕화비용(D)과 합의비용(S) 각각보다 모두 작을 때 $\{E < \min(D, S)\}$ 에는 수용이 허용될 수 없다고 보았다. 수용으로 얻을 수 있는 순편익이 그로 인해 치러야 할 비용보다 작은 경우 그

96) Frank I. Michelman, Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law, 80 *Harvard L. Rev.* 1165 (1967), p.1214.

97) *ibid*, p.1214; Michelman 교수는 탈도덕화비용을 경제학에서의 ‘위험(risk)’ 개념과 연계시키면서 사람들이 불확실한 위험에 대해서는 보험기능에 의하여 나름대로 대비할 수 있으나 전략적으로 발생하는 손실에 대해서는 자포자기하게 되면서 탈도덕화비용이 발생하므로 이는 다른 위험과는 다르다고 보았다(*ibid*, p.1217).

98) *ibid*, p.1214.

수용은 비효율적이고 어떠한 사회적 효용도 창출해내지 못하기 때문이다.⁹⁹⁾

이 도식은 탈도덕화비용(D)이나 합의비용(S)이 높은 경우 상당수의 수용에서 효율성이익이 이들 비용보다 작을 것이므로, 사회에 이롭지 않은 이러한 수용을 실시해서는 안 된다는 함의를 가진다. 설령 $E > S$ 라도 $D > S$ 인 경우에는 피수용자에게 손실보상을 함으로써 S보다 더 큰 D가 발생하는 것을 막을 수 있다. 여기에는 공정(fairness)의 이념이 개재되어 있다. 공공의 이익을 위한 공적 부담을 공평하게 분배함으로써 발생하는 비용이 S이기 때문이다.¹⁰⁰⁾ 결국 Michelman 교수는 경제학의 통념인 정태적(Kaldor-Hicks) 효율성을 넘어 공정의 관점을 가미하여 수용의 정당화 기제를 구성하는 놀라운 통찰력을 보여주었다고 평가할 수 있다.¹⁰¹⁾

다. Epstein 교수의 이론

Epstein 교수는 수용과 관련된 소송에서 법관이 검토하여야 할 사항을 단계별로 설명하면서 수용의 순편익이 탈도덕화비용보다 작을 가능성이 크다는 믿음을 피력하였다. 재산권은 보장되어야 한다는 당위적 신념이 파괴됨으로써 발생하는 탈도덕화비용을 손실보상으로써 제대로 전보하지 못할 가능성은 교정적 정의(corrective justice)에 대한 회의(懷疑)를 불러올 수 있

99) *ibid.*, pp.1215~1218.

100) Michelman 교수는 정태적 효율성만을 수용의 충분조건으로 삼을 경우 사적 이익을 위한 수용, 즉 수용권의 남용이 발생하게 될 가능성이 크다는 점을 중요하게 고려한 것으로 보인다.

101) Michelman 교수의 이론은 많은 후속 연구에 영감을 주었다. 그 중 대표적인 것이 Munzer 교수의 연구이다. 탈도덕화비용과 합의비용을 대체할 용어로 무보상비용(noncompensation cost)과 보상비용(compensation cost)을 제시하면서 무보상비용과 보상비용이 부분보상(partial compensation)에 의하여 완화될 수 있고, 효율성이익이 그 완화된 비용을 초과할 경우 수용은 정당화될 수 있다는 논리를 구성하였다. 이에 대해서는 Stephen R. Munzer, *A Theory of Property*, Cambridge University Press, 1990, ch.9, 10, 16 참조.

다는 우려가 그의 연구 바탕에 자리 잡고 있다고 보인다. 그가 법관의 검토사항으로 제시한 것들을 순서대로 간략하게 살펴보자.¹⁰²⁾

첫째, 수용이 발생하였는지 여부를 검토한다. 국가의 행위가 재산권에 영향을 주는 경우 수용이 발생하였을 가능성이 크다고 보아 수용의 범위를 크게 확장하였는데,¹⁰³⁾ 수용을 물리적 수용(physical taking)으로 한정하더라도 그의 이론을 이해하는 데에는 아무런 문제가 없다. 수용이 발생하였다고 볼 수 없는 경우 원고의 청구는 더 나아가 살펴볼 필요가 없이 받아들일 수 없게 될 것이다.

둘째, 그 수용이 공공성(publicness)을 갖추었는지를 검증한다. 공공재의 공급, 외부효과가 발생하는 경우 등에 공공성이 인정된다고 한다. 시장에 맡겨둘 수 없는 영역에 관한 것들이 공공성의 범주에 포함된다고 파악하는 것으로 보인다. 공공성을 인정할 수 없는 경우 해당 수용의 헌법적 정당성이 부정됨은 물론이다.

셋째, 공적 목적을 달성하는 데에 사용될 수 있는 여러 방법들 중에서 이들 방법에 소요되는 비용이 일정하다는 가정 아래 수용이 가장 효과적인 수단인지 여부를 확인하여야 한다.¹⁰⁴⁾ 해당 사업을 위한 수용의 공익성이 곧바로 효율성을 담보하지는 않기 때문에 이 단계를 반드시 거쳐야 한다. 수용의 비용편익분석을 통하여 수용으로 인한 편익이 있더라도 그에 소요

102) 이하의 내용은 Richard A. Epstein, *supra note* 23, ch.2, 3, 9, 12, 13을 요약한 것이다.

103) Epstein 교수는 규제적 수용(regulatory taking)을 겨냥한 연구를 하였고 때문에 수용의 범위를 이와 같이 설정한 것으로 보인다. 규제적 수용에 대응하여 통상적인 의미의 재산권 박탈을 의미하는 수용을 일컫는 용어는 물리적 수용(physical taking)이다. 이러한 구별에 대한 상세한 설명으로는, Richard A. Epstein, Physical And Regulatory Takings: One Distinction Too Many, 64 *Stan. L. Rev. Online* 99 (2012) 참조.

104) 둘째 단계가 우리 헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’ 중 공익성을 검토하는 단계라면, 셋째 단계는 그 공익성을 추구하기 위해 수용권을 행사하여야만 하는가 하는 필요성(비례의 원칙)을 다룬 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

되는 각종 비용이 더 크다면 그 수용은 정당화될 수 없다.

넷째, 보상의 필요성을 검토한다. Epstein 교수는 피수용자의 자발적인 승낙이 있거나 사기·절도 등 명백한 불법행위를 억지하기 위한 경찰권능(police power)의 행사에 해당하는 경우 보상이 면제된다고 보았다. 이 보상면제사유가 존재하지 않는다고 인정되는 경우 피수용자에게 어떻게든 보상이 돌아갔는지, 즉 비금전적 보상을 포괄하는 묵시적 동종보상(implicit in-kind compensation)이 존재하는지를 따져 보상의 필요성을 확인하여야 한다고 보았다. 그런데 피수용자의 재산권이 강제로 이전되는 ‘수용’에서 보상의 필요성이 부정되는 경우를 상정하기는 현실적으로 어렵다.¹⁰⁵⁾ 단지 그 보상의 수준이 정당한가 하는 문제만이 남을 뿐이다.

라. 수용의 정당화 기제로서의 효율과 공정

Michelman 교수와 Epstein 교수의 각 이론은 보상의 필요성을 검토하면서 공정(fairness)의 이념을 들여왔다는 점에서 일맥상통하는 측면이 있다.¹⁰⁶⁾ 이들 이론에서는 탈도덕화비용을 적절히 통제하지 못하는 경우 그 수용은 사회적으로 바람직하지 않은 재산의 이전이 된다는 점을 역설하였다.

자원을 가장 가치 있게 활용할 수 있도록 그 자원을 이용하는 것을 ‘효율’이라고 본다면, 어떠한 토지를 일정한 공익사업을 위하여 수용하는 것이 그 토지의 여러 활용방법 중에서 사회의 순편익을 가장 크게 발생시킨다고 인정될 경우 그 수용은 효율적이다. 순편익에 반영되는 비용에는 그 수용

105) Epstein 교수의 이론은 규제수용을 설명하기 위한 것이기 때문에 규제에 대한 보상 필요성을 둘러싸고 보상면제나 묵시적 동종보상이 문제될 여지가 많으나, 물리적 수용에 있어서는 이러한 논의가 직접 적용될 여지가 크지 않을 것이다.

106) 공정(fairness)이라는 표현 대신에 형평(equity)이라는 용어를 사용하는 연구도 있는데(Burton A. Weisbrod, Joel F. Handler and Neil K. Komesar, *Public Interest Law - An Economic and Institutional Analysis*, University of California Press, 1978, pp.9~20), 근본적인 생각에 있어서는 큰 차이가 없다.

대상의 재산적 가치 이외에 탈도덕화비용으로 대변되는 사회적 비용까지 포함된다는 점을 제시한 것이 이들 이론의 탁월한 성과이다. 나아가 이러한 공적 부담의 공평한 배분이 탈도덕화비용을 상쇄시킬 것이라는 생각에서 보상의 필요성이 대두된다.

IV. 공공필요의 개념에 대한 헌법재판소 결정례와 대법원 판례 분석

1. 공공필요의 개념에 대한 헌법재판소의 주요 결정례

가. 종래의 입장

헌법재판소는 종래 공공필요를 ‘국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성’으로 해석하여 왔다.¹⁰⁷⁾ 공용수용이 재산권의 공권력적·강제적 박탈이므로, 공공필요는 그러한 재산권의 강제적 박탈을 정당화 할 정도로 공익적 필요가 있어야 한다는 의미로 해석한 것으로 보인다.

그런데 실상 공공필요에 대한 위와 같은 정의에서 어떠한 실질적인 의미를 찾기는 어렵다. 정작 중요한 개념요소인 ‘공익적 필요성’이 무엇인지에 관해서는 아무런 설명도 해주지 않았기 때문이다.

이는 뒤집어 보면, 헌법재판소가 굳이 공익적 필요성에 대하여 규명할 필요가 없었음을 보여주는 것이기도 하다. 헌법재판소가 이와 같이 공공필요에 대한 개념 규명과 그 판단에 적극적이지 않았던 배경이나 이유는 다음의 판시내용에서 찾을 수 있다. “공익사업의 범위는 국가의 목표 및 시

107) 헌법재판소 1995. 2. 23. 선고 92헌바14 결정; 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 99헌바58 결정; 헌법재판소 2011. 4. 28. 선고 2010헌바114 결정 등.

대적 상황에 따라 달라질 수 있는 것으로 입법정책적으로 결정될 문제라고 할 수 있다.”¹⁰⁸⁾ 이처럼 공공필요의 인정에 있어 폭넓은 입법재량을 인정하면서 규범통제의 영역이 상대적으로 축소될 수밖에 없었던 것이다.¹⁰⁹⁾ 실제로 헌법재판소는 사인(私人)에 의한 공용수용 등 공공필요의 존부를 다룬 대다수의 사건에서 심판대상 조항이 헌법상 공용수용을 위한 공공필요의 요건을 충족한다는 취지로 결정하였다.¹¹⁰⁾

나. 공공필요 개념의 체계화

헌법재판소는 이른바 민간개발자 고급골프장 수용사건에서 공공필요의 개념을 구체화하여 대중의 이용가능성이 제한된 고급골프장 등의 사업과 같이 공익성이 낮은 사업을 위한 수용에 제동을 걸면서 수용권의 남용을 제한할 의지를 피력하였다.¹¹¹⁾ 헌법재판소는 ‘공공필요’의 개념이 공익성과 필요성으로 구성되어 있다고 보면서 공익성과 필요성의 의미와 판단기준에 관하여 다음과 같이 판시하였다.¹¹²⁾

“공익성은 추상적인 공익 일반 또는 국가의 이익 이상의 중대한 공익을

108) 헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바57 결정; 헌법재판소는 이 결정에서 미국, 프랑스 등에서 사회적 관심을 집중시켰던 도시개발사업을 위한 공용수용의 허용 여부에 관하여 그 공용수용의 근거규정인 심판대상조항이 재산권을 침해하거나 평등 원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

109) 정기상, 앞의 논문(주 12), 253~254면.

110) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2007헌바114 결정; 헌법재판소 2011. 6. 30. 선고 2008헌바166, 2011헌바35 결정 등.

111) 정기상, 앞의 논문(주 12), 254면.

112) 헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129·172(병합) 결정; 헌법재판소는 공익성이 낮은 사업에 대해서까지도 시행자인 민간개발자에게 수용권한을 부여하는 구 ‘지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률’(2005. 11. 8. 법률 제7695호로 개정되고, 2011. 5. 30. 법률 제10762호로 개정되기 전의 것) 제19조 제1항의 ‘시행자’ 부분 중 ‘제16조 제1항 제4호’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 않는다고 결정하였다.

요구하므로 기본권 일반의 제한사유인 ‘공공복리’보다 좁게 보는 것이 타당하며, 공익성의 정도를 판단함에 있어서는 공용수용을 허용하고 있는 개별법의 입법목적, 사업내용, 사업이 입법목적에 이바지 하는 정도는 물론, 특히 그 사업이 대중을 상대로 하는 영업인 경우에는 그 사업 시설에 대한 대중의 이용·접근가능성도 아울러 고려하여야 한다. … 수용은 타인의 재산을 직접적으로 박탈하는 것일 뿐 아니라, 헌법 제10조로부터 도출되는 계약의 자유 내지 피수용자의 거주·이전의 자유까지 문제될 수 있는 등 사실상 많은 헌법상 가치들의 제약을 초래할 수 있으므로, 헌법적 요청에 의한 수용이라 하더라도 국민의 재산을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 정도의 필요성이 인정되어야 하고, 그 필요성이 인정되기 위해서는 공용수용을 통하여 달성하려는 공익과 그로 인하여 재산을 침해당하는 사인의 이익 사이의 형량에서 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이 인정되어야 한다.”¹¹³⁾

헌법재판소는 이 결정에서 공공필요의 개념요소인 공익성과 필요성의 추상성, 불확정성을 던지고 그 의미와 판단기준에 대한 주목할 만한 진전을 이루었다. 일단, ‘공익성’은 공공복리보다 좁은 개념의 중요한 공익이어야 한다고 보았다. 수용이 재산권뿐만 아니라 거주·이전의 자유, 영업의 자유 등 다수의 기본권을 크게 제한할 수 있음을 고려하여 공익의 개념을 최대한 좁히고자 한 것으로 보인다.¹¹⁴⁾ 또한, 공익성의 판단기준 중 하나로 대

113) 헌법재판소는 이 결정에서 “고급골프장 등 사업의 특성상 그 사업 운영 과정에서 발생하는 지방세수 확보와 지역경제 활성화는 부수적인 공익일 뿐이고, 이 정도의 공익이 그 사업으로 인하여 강제수용 당하는 주민들이 침해받는 기본권에 비하여 그 기본권침해를 정당화할 정도로 우월하다고 볼 수는 없다.”고 판시하였다. 이 판시부분은 Kelo 판결을 다시금 연상시킨다. 미연방대법원은 세수증대, 지역경제개발을 위한 계획을 공적 목적에 대한 입법적 결단으로 보아 이를 존중하는 판결을 하였다. 그러나 Kelo 판결이 정치적, 사회적으로 엄청난 후폭풍을 불러왔음은 앞서 살펴보았다.

114) 앞서 독일 기본법의 수용조항 중 ‘공공복리(Wohle der Allgemeinheit)’를 ‘특별히 중

중의 이용·접근가능성을 꼽은 것은 ‘일반 공중에 의한 이용’이라는 공공성의 본질적인 지표를 되새긴 것으로 볼 수 있다.¹¹⁵⁾

‘필요성’은 사인의 재산권침해를 정당화할 정도의 공익의 우월성이라고 하였는데, 수용이 기본권의 제한을 넘어 침해까지도 수반한다는 점을 고려하여 과잉금지의 원칙과는 별개로 법익의 균형성 요건보다 강화된 공·사익의 비교·형량기준을 제시한 것으로 본다.¹¹⁶⁾ 실제로 헌법재판소는 후속 결정들에서¹¹⁷⁾ 심판대상조항에 대하여 공공필요성을 충족하는지 여부를 먼저 살피고, 제한되는 기본권의 침해 여부를 과잉금지의 원칙에 따라 판단하는 구조를 채택하고 있다. 그런데 이와 같은 2단계의 심사구조를 구성하는 것이 실효성을 갖는지는 의문이다. 대체로는 첫째 절차인 공공필요의 존부에 관한 심사단계에서 이미 둘째 절차인 기본권(대개는 재산권)의 침해 여부에 관한 심사단계에서 다루어질 요소들이 충분히 검토될 것이기 때문이다. 첫째 심사단계에서 공공필요가 존재한다고 판단된 심판대상조항이 둘째 심사단계에서 기본권의 침해를 구성한다고 판단될 가능성은 거의 없을 것이다.

대표적으로 조합이 주택재개발사업을 시행하는 경우 수용을 허용한 구 ‘도시 및 주거환경정비법’(2012. 2. 1. 법률 제11293호로 개정되고, 2017. 2. 8. 법률 제14567호로 전부개정되기 전의 것) 일부 조항에 대한 위헌소

대하고 긴급한 공익’이라고 해석하거나 일본 헌법의 수용조항 중 ‘공공을 위하여’를 ‘고양된 공익’으로 해석하는 것과 같은 맥락이다.

115) 미연방대법원이 19세기 후반에 ‘공공필요’를 ‘일반 공중에 의한 실제 이용’으로 해석하였는데, 이것이 공공필요의 일반적·결정적 기준을 제시한 것이라면, 위 헌법재판소 결정은 대중의 접근·이용가능성을 공익성의 판단에서 고려하여야 할 요소로 삼았을 뿐이다.

116) 공공필요 중 ‘필요성’을 독자적인 심사기준으로 인정하면서 과잉금지의 원칙 중 침해의 최소성이 위 결정내용에 제대로 현출되지 않은 점은 아쉽다.

117) 헌법재판소 2019. 11. 28. 선고 2017헌바241 결정; 헌법재판소 2019. 12. 27. 선고 2018헌바109 결정.

원 사건¹¹⁸⁾을 검토해보자. 첫째 심사단계에서 ㉠ 주택재개발사업을 통한 도시환경의 개선과 주거생활의 질적 향상이라는 공익성이 확인되고, ㉡ 공적기관이 주택재개발사업 전반에서 주도적인 역할과 최종적인 결정권한을 갖기에 그 사업의 공공적 성격이 변질되지 않는다는 점도 언급된다. 더불어 ㉢ 주택재개발사업을 통하여 달성하고자 하는 주민의 건강과 안전 보호, 지속가능한 주거생활의 질적 향상과 도시환경의 개선이라는 공익이 사인의 재산권 제한을 정당화할 정도에 이른다고 인정한다(필요성). 그런데 둘째 심사단계에서 이들 판시 부분이 거의 그대로 다시금 등장한다. ㉠ 부분이 과잉금지원칙 중 목적의 정당성과 수단의 적합성 항목으로, ㉡ 부분이 침해의 최소성 항목으로, ㉢ 부분이 법익의 균형성 항목으로 고스란히 옮겨진다.

결국 첫째 심사단계에서 강화된 심사기준이 적용되므로, 그 단계에서 다양한 고려요소가 충분히 검토되어야 하고, 둘째 심사단계에서는 이들 요소를 다시금 살펴보게 될 뿐이다.¹¹⁹⁾ 중복된 심사가 결정의 효율성을 저해하는 것은 아닌지 생각해볼 일이다.

2. 공공필요의 개념에 대한 대법원의 입장

가. 개요

대법원이 공공필요의 개념에 대해서 직접적으로 판시한 예는 찾아보기 어렵다. 공용수용을 둘러싼 사회적 관심이 손실보상액의 많고 적음에 쏠린 탓에 해당 수용의 목적사업이 공공필요성을 갖는지 여부에 대해서는 별다른 관심을 가지지 않았던 풍조로 인해 수용권의 설정 자체가 위법한지 여부를 다투는 소송이 많지 않았다. 이와는 별개로 해당 수용의 공공필요성

118) 위 2017헌바241 결정.

119) 실제로 공공필요성은 존재하는데 기본권을 침해한다는 이유로 심판대상조항에 대하여 위헌이나 헌법불합치 결정이 선고된 예를 찾을 수 없다.

을 부인하는 경우 그 목적사업 자체가 좌초되는 것은 아닌가 하는 생각 또는 공공필요라는 불확정개념에 대한 행정청의 폭넓은 재량권을 인정하여야 한다는 생각에서 법원이 그 수용의 공공필요성에 대한 사법심사에 소극적이었다고 볼 여지도 없지 않다.

그런데 대법원이 공공필요의 개념과 의미를 바라보는 시각에 대한 단초를 제공한 3개의 판결을 주목할 필요가 있다. 첫째가 수용의 필요성에 대한 실질적 의미를 살려내고 그 엄격한 심사를 촉구한 혁신적인 판결로 평가받는 대법원 93누8108 판결(㉠ 판결)이고,¹²⁰⁾ 둘째가 수용권 남용에 관한 선도적 판결(leading case)로 평가받는 대법원 2009두1051 판결(㉡ 판결)이며,¹²¹⁾ 셋째가 사업인가처분의 당연무효를 선언하여 해당 사업을 무위(無爲)로 돌린 이른바 ‘제주예래휴양단지’ 판결로 불리는 대법원 2011두3746 판결(㉢ 판결)이다.¹²²⁾ 이하에서 이들 판결 중 공공필요와 관련된 부분에 한하여 그 내용과 의의에 대해서 간략하게 살펴본다.

나. ㉠ 판결

대법원은 이 판결에서 “공용수용은 공익사업을 위하여 타인의 특정한 재산권을 법률의 힘에 의하여 강제적으로 취득하는 것이므로 수용할 목적물의 범위는 원칙적으로 사업을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야” 한다고 판시하였다. 수용의 제한원리로서의 필요성을 수용의 범위와 관련하여 실시한 것으로 이해할 수 있다. 명시적으로 언급한 것은 아니지만, 공용수용의 본질에 과잉금지의 원칙이 내재되어 있음을 확인한 것으로 읽힌다.

나아가 대법원은 “그 한도를 넘는 부분은 수용대상이 아니므로 그 부분에 대한 수용은 위법하고, 초과수용된 부분이 적법한 수용대상과 불가분적

120) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93누8108 판결.

121) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2009두1051 판결.

122) 대법원 2015. 3. 20. 선고 2011두3746 판결.

관계에 있는 경우에는 그에 대한 이의제결 전부를 취소할 수밖에 없다.”라고 판시하였다.¹²³⁾ 수용 자체가 허용되더라도 수용범위가 그 사업에 필요한 최소한도라는 한계를 넘어서면 그 부분의 수용이 위법하다고 선언한 것은 공공필요의 취지를 한껏 살려낸 것으로 평가할 수 있다.

다. ㉠ 판결

대법원은 이 판결에서 목적사업이 공용수용을 할 만한 공익성을 상실한 경우와 사업인정에 관련된 자들의 이익이 현저히 비례의 원칙에 어긋나게 된 경우를 수용권의 남용에 해당한다고 판시하였다. 공공필요의 흠결을 포괄하여 수용권의 남용으로 구성하였다고 보인다. 전자(前者)가 수용의 성립요건으로서의 공익성에 관한 것이라면, 후자(後者)는 수용의 제한원리로서의 과잉금지의 원칙(필요성)에 관한 것이라고 할 수 있다.

어찌 보면 수용에 내재된 당연한 법리를 선언한 것이지만, 이 판결 이전에 ‘수용권의 남용’을 이유로 수용 자체의 효력을 부인한 선례가 없었다는 점에서 혁신적인 판결로 받아들여지고 있다.¹²⁴⁾ 다만, 사업인정 이후에 발생한 공공필요의 흠결만을 수용권의 남용으로 보았다는 점에서 일정한 한계를 가진다고 평가되고 있다.¹²⁵⁾

라. ㉡ 판결

대법원은 이 판결에서 고소득 노인층 등 특정 계층의 이용을 주된 목적

123) 수용대상의 가분성을 전제로 최소한도를 넘는 부분의 수용이 위법하다고 보되, 초과수용된 부분이 적법한 부분과 불가분의 관계에 있는 경우에는 해당 수용 전부가 위법하다고 보았다.

124) 대법원이 이 판결의 법리 적용에 소극적인 탓인지 수용권의 남용을 이유로 사업인정이나 수용재결의 위법을 판단한 후속판결은 없는 것으로 보인다.

125) 이 판결의 의의와 한계에 대한 상세한 설명으로는, 정기상, “수용권 남용에 관한 시론적 고찰”, 사법 제27호, 2014. 3., 240~247면 참조.

으로 하고, 일반 주민의 이용가능성이 실질적으로 제한되는 휴양형 주거단지
는 국토의 계획 및 이용에 관한 법령에서 정한 ‘유원지’에 해당되지 않
으므로, 이를 설치하기 위한 도시계획시설사업에 관한 실시계획인가처분은
그 인가요건을 결하여 수용 등의 특별한 권한을 부여할 만한 정당성을 갖
추지 못하였다고 판단하였다. 판시내용으로는 이 휴양형 주거단지가 국토
계획법령상 ‘유원지’의 기준에 적합하지 않다는 이유로 그 실시계획인가처
분의 당연무효를 확인한 것이지만, 실질적으로는 그 시설의 공공성 흠결을
이유로 수용의 필요성을 부정함으로써 공공필요에 대한 판단기준 중 하나
로 일반 공중의 접근·이용가능성을 제시한 것으로 평가할 수 있다.¹²⁶⁾ 대
법원이 선행판결에서 대중제 골프장에 대해서는 국토계획법령상 기반시설
로서 설치되는 체육시설에 해당한다고 보았으나,¹²⁷⁾ 회원제 골프장에 대해
서는 일반인의 이용에 제공하기 위하여 설치되는 체육시설에 해당한다고
볼 수 없다고 판시한 것도¹²⁸⁾ 이와 같은 맥락이다.

V. 공공필요의 검증에 있어 헌법재판의 역할론

1. 현행법상 공공필요의 판단구조

헌법 제23조 제3항의 ‘공공필요’는 추상적인 불확정개념으로서 그 개념

126) 일정한 시설을 이용하는 데에 고액의 대가를 지불하여야 한다면 이는 온전히 사익
의 추구를 목적으로 하는 것에 다름 아니고, 이러한 비용의 장벽이 일반 공중의 접
근·이용가능성을 실질적으로 배제시키므로, 이러한 사익 추구의 문제와 일반 공중
의 접근·이용가능성 문제는 서로 연계되어 있는 셈이다. 같은 취지로는, 김성수,
“사인을 위한 공용침해와 관련된 판례분석과 입법정책적 과제-공공필요성이 인정되
는 체육시설을 중심으로-”, 토지공법연구 제71집, 2015. 8., 174~175면 참조.

127) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2012두21796 판결.

128) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2012두12884 판결; 대법원 2013. 10. 11. 선고 2012두
15784 판결.

을 명확하게 정의한다는 것은 사실상 불가능하다.¹²⁹⁾ 여러 나라의 법제에서 공공필요의 의미와 범위를 바라보는 시각이 다소 다른 것도 이러한 개념의 상대성, 추상성에 기인한다. 정치적·경제적·사회적 여건의 변화에 따라 그 개념이 수정·변형될 수 있는 공공필요의 의미와 범위를 일의적으로 파악할 수 없는 이상, 사업의 공공필요를 판단할 주체, 기준, 절차를 확정하는 문제는 매우 중요하다.

공용수용은 재산권의 강제적 박탈뿐만 아니라 거주·이전의 자유, 영업의 자유 등 관련 기본권의 침해를 수반하므로, 공용수용을 허용할 만한 사업의 유형에 대한 사회적 합의를 이룰 필요가 있다.¹³⁰⁾ 이것이 1차적으로 입법자로 하여금 공익사업의 유형과 범위를 일반적으로 정하도록 하는 이유이다.¹³¹⁾ 이에 따라 토지보상법 제4조에서는 수용을 할 수 있는 공익사업의 유형을 열거하고 있다.

어떠한 사업이 토지보상법 제4조에 열거된 공익사업의 유형에 해당한다고 하더라도 곧바로 수용권을 설정할 수 있는 것은 아니다. 그 구체적인 사업이 공공필요성을 갖추었는지 여부를 검증하는 절차를 거쳐야 한다. 그것이 토지보상법 제20조에 따른 국토교통부장관의 사업인정이다. 공익사업

129) 공공필요의 개념을 규명하려는 시도가 계속되어 왔으나 아직까지도 여전히 이론적으로나 실무적으로 정설이라고 할 만한 것이 없다(김성수, 앞의 논문, 162면).

130) 재산권의 침해에 대한 민주적 정당성을 확보해야 한다는 관념이다. “한 사람의 권위나 지적 능력에 의존할 것이 아니라 전문적인 지식을 가진 보다 많은 사람의 의견을 들어서 최대다수의 이익을 위하여” 입법자가 공공필요성을 결정하여야 한다고 보는 견해도 있는데(이선영, “토지권수용 요건의 토지법적 고찰”, 토지법학 제28권 제1호, 2012. 6., 11~12면), 이는 공리주의의 입장에 서서 공공필요의 판단을 바라보는 셈이다.

131) 헌법 제23조 제3항에서는 공용수용에 관한 법률유보의 원칙을 선언하였다. 수용의 정당화 기제이자 한계인 공공필요의 본질적인 내용이 법률로 정해져야 함은 분명하다. 헌법재판소도 “공익사업의 범위는 사업시행자와 토지소유자 등의 이해가 상반되는 중요한 사항으로서, 공용수용에 대한 법률유보의 원칙에 따라 법률에서 명확히 규정되어야 한다.”라고 판시하였다[헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129·172(병합) 결정].

의 유형을 ‘큰 틀에서’ 열거한 토지보상법 제4조의 규정은 ‘개별 사업’에 대한 구체적인 공익성 통제기제로 충분히 기능할 수 없기 때문에 사업인정 제도를 둔 것이지만,¹³²⁾ 다른 한편으로 추상적인 불확정개념인 공공필요에 대한 판단을 행정청에 일임하는 것은 그 자체로 수용권의 남용 가능성을 잉태하게 된다.¹³³⁾ 여기서 공공필요의 개념분석 필요성이 부상(浮上)한다. 공공필요의 판단기준이 형성될수록 수용권의 자의적 행사 가능성은 줄어들 것이기 때문이다.

‘공공필요’의 개념을 공익성과 필요성으로 나누어 판단하든지 일체로 파악하여 과잉금지의 원칙을 수용의 제한원리로 이해하든지 간에 재산권의 강제적 박탈을 의미하는 수용권의 행사가 남용되지 않도록 재산권 보장의 관점에서 ‘공공필요’를 해석하여야 한다는 점에서는 이론(異論)이 있을 수 없다고 생각한다.¹³⁴⁾ ‘공공필요’는 재산권의 박탈을 용인케 할 수 있을 정도로 중대한 공익의 우월성이어야 한다고 전제하고서 논의의 편의상 헌법 재판소의 결정논지에 따라 공익성과 필요성을 나누어 각 개념요소를 검토해 보기로 한다.

132) 한국토지공법학회, 토지수용 대상사업의 합리적 조정 및 공익성 강화를 위한 법제도적 개선방안 연구, 국토교통부, 2017, 232면.

133) 사업인정기관은 사업인정에 관한 넓은 범위의 재량권을 확보하고자 하는 유인을 갖고, 각종 이익집단이나 사업을 시행하는 행정청은 자신들의 이익에 부합하는 사업인정을 요구하게 되며, 정치인들은 공공선택이론에 따라 정치적으로 영향력 있는 이들 집단의 요구에 부응하게 된다. 이와 같이 일치된 이해관계가 수용권의 남용 가능성을 높이게 됨은 의문의 여지가 없다.

134) 법해석론의 관점에서 체계적·목적론적 해석방법으로 접근하는 ‘공공필요’의 개념 분석을 시도하는 견해(이동훈, “헌법 제23조 제3항의 공공필요의 해석론-헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129 결정에 대한 관례평석”, 저스티스 통권 제154호, 2016. 6., 275면)나 실제적 조화의 원칙을 공공필요에 대한 해석도구로 삼는 견해(김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 토지공법연구 제24집, 2004. 12., 585면)도 이와 맥락을 같이 한다.

2. 수용의 성립요건으로서의 공익성 검증

‘공익성’은 그 의미의 추상성, 다양성으로 인하여 명확하게 판단기준을 설정할 수 없지만, 다양한 행정적 조치가 정당화되는 근거가 되기 때문에 그 의미를 개략적으로라도 규명하려는 시도는 계속되어 왔다. 그럼에도 공익성의 의미와 한계가 정설로 확립되지는 않았으나, 공익을 ‘사회의 구성원이 공통적으로 가지는 이익(common interests)’ 정도로 새길 수 있다고 본다. 개인은 사회에서 각각 다른 역할을 수행하기 때문에 서로 다른 이익을 가지지만, 동일한 상황이나 입장에 처한다고 가정할 경우에는 공통된 합의(collective agreement)를 상정할 수 있다. 공익은 필연적으로 보편성(universality)을 내재하고 있기 때문이다.¹³⁵⁾

A도시에 새로운 병원을 짓는 도시계획을 추진하려 한다고 가정해 보자.¹³⁶⁾ 모든 시민들의 의료서비스 증진을 목적으로 한다면 그 도시계획이 공익성을 충족한다는 데에는 의문이 없다. 그런데 그 도시계획이 오로지 의사 또는 간호사의 새로운 취업기회를 확대시킬 것을 목적으로 한다면, 그 도시계획에 공익성을 인정하기는 어렵다. 결국 공익은 모든 공공정책의 목적을 포괄하는 것이 아니라, 공동복지의 증진과 관련되는 목적만을 포섭하는 것이다. 누구라도 그 정책에 따라 이익을 얻을 수 있다면 공익성이 충족된다고 보아야 하므로, 공통된 이익은 전체적으로(as a whole) 그 사회의 구성원 모두의 이익으로 돌아가는지 여부를 기준으로 파악되어야 한다.¹³⁷⁾

135) Aileen McHarg, *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, 62 *Modern L. Rev.* 671 (1999), pp.675~677.

136) 이하의 예시는 Brian Barry, *Political Argument(Routledge Revivals)*, Routledge, 2011, pp.190~213을 참조한 것이다.

137) John Bell, “Public Interest: Policy of Principle?” in Roger Brownsword(ed.), *Law*

그렇다면, A도시에 의료서비스 개선을 위한 새로운 병원의 개원이 필요하지 않은데도 시민들이 단지 의사나 간호사들에게 새로운 취업의 기회를 확대 제공하고자 새로운 병원의 건설에 동의한 경우는 어떠한가? 이러한 경우 시민들은 A도시에 많은 의사나 간호사들을 충원함으로써 더 나은 의료서비스를 받을 수 있도록 하는 것을 도시계획의 목적으로 상정하게 되고, 그 공익성은 인정될 수 있다. 결국 공익은 일반 공중의 선택(people's preference)에 의존하는 셈이다. 민주적 다수결에 따른 결정이 보편적인 이익에 기여하는 이상 공적 목적을 위한 다수의 결정은 유효하게 다루어져야 한다.¹³⁸⁾

이러한 공익성의 개념에 따라 다수의 국가에서 공익성의 판단을 입법자에게 맡기고 있음은 앞서 살펴보았다. 그런데 공용수용의 정당화 기제로서의 공공필요를 구성하는 공익은 특별히 중대한 고양된 공익이어야 한다.¹³⁹⁾ 이러한 중대한 공익이 존재하는지 여부는 해당 사업의 명시적인 목적(expressed aims)뿐만 아니라 그 이면의 실질적인 목적까지도 고려하여 판단되어야 한다. 해당 사업이 표방한 목적이 일반적으로 공익성의 범주에 포섭된다고 하더라도 실질적으로 그 사업이 특정인이나 특정집단의 이익에 공여될 뿐이라면 그 사업을 위한 수용은 허용될 수 없다. 단지 세수 증대나 국가재정의 제고를 목적으로 하는 사업을 위한 수용도 허용될 수 없다.

and the Public Interest : Proceedings of the 1992 ALSP Conference, Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, 1993, p.30.

138) Ali Riza Çoban, *op. cit.*, p.98; 공용수용의 공익을 특별히 중대한 공익으로 새기지 않으면 사유재산의 자유보존적 기능이 훼손된다는 설명으로는, Hans-Bernd Schäfer, *Taking Law From an Economic Perspective with Reference to German Law in Iljoong Kim et al.(eds.), Eminent Domain : A Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2017, p.27 참조.

139) 공공필요가 국가공동체 전체의 존속을 위하여 반드시 필요한 것에서 적극적으로 국민들의 삶의 질을 개선하는 광폭적인 스펙트럼의 공익성으로 그 의미와 범위가 확장되고 있다는 설명으로는, 김성수, 앞의 논문, 163면 참조.

그러한 공익을 특별히 중대한 공익으로 포섭하기에는 간접적이고 일반적이기 때문이다.

공익성 자체를 양정할 수 없으므로 중대한 공익이라는 것도 정량적으로 파악할 수는 없다. 따라서 공익의 중대성은 심사기준을 촘촘히 설정하는 엄격한 기준에 따라 판단할 수밖에 없다. 즉, 공익의 중대성을 공익의 실제적 의미로 접근하기 보다는 판단기준의 밀도 문제로 접근하여야 한다.¹⁴⁰⁾ 이것이 공익성 판단에 사법심사가 매우 중요한 역할을 담당하게 된다고 보는 이유이기도 하다.

3. 수용의 제한원리로서의 필요성 검증

어떠한 사업이 공익성을 갖추었다더라도 수용이 그 사업의 예정된 시행 목적에 반드시 필요하고 적합한 경우에 비로소 헌법상 정당화된다.¹⁴¹⁾ 필요성에 대한 판단이 과도한 수용권의 행사를 걸러내는 과정이라고 한다면, 과잉금지의 원칙을 필요성의 심사기준으로 보는 데에 별다른 무리가 없으리라 생각한다.¹⁴²⁾ 여기서 과잉금지의 원칙은 헌법 제37조 제2항의 적용에 따른 것이라고 보는 견해도¹⁴³⁾ 있으나, 공공필요의 개념 자체에 침해의 최

140) 공익의 중대성과 관련해서는 사법심사의 역할이 중요한데도 사법부가 입법자에게 공익판단을 미루는 경향이 있어 사법심사가 역기능적이라고 평가할 수 있다는 주장도 제기되고 있는데(백승주, “수용조건으로서 공공필요 및 보상에 관한 연구-유럽연합 및 미국의 법체계상 논의를 중심으로”, 토지공법연구 제27집, 2005. 9., 129면), 이는 공익성 판단에 대한 사법심사의 역할 제고를 요구하는 것으로 읽힌다.

141) 공공필요는 공익과 사익의 이익형량을 통해 결정되어야 한다는 견해(김남진, “토지재산권의 공공적 수용수용”, 부동산연구 제2권, 1992. 12., 94면; 정남철, “공용수용의 요건 및 한계에 관한 재검토”, 법조 제54권 제5호, 2005. 5., 136면)도 이와 맥락을 같이 한다.

142) 과잉금지의 원칙은 공용수용의 성립요건이 아니라 한계 또는 허용성 요건에 해당한다는 주장(정남철, 앞의 논문, 86면)도 이와 같은 취지라고 본다.

143) 이 주장은 헌법 제37조 제2항의 문언상 모든 기본권의 제한에 대하여 이 규정이 적

소성 원칙과 법익의 균형성 원칙이 내재되어 있다고 보아야 한다.¹⁴⁴⁾ ‘필요’라는 문구가 이미 과잉금지라는 제한적 요소를 표상하고,¹⁴⁵⁾ 과잉금지의 원칙은 국가권력을 제한하여 기본권을 보호함을 목적으로 하는 법치국가원리에 터 잡고 있기 때문에 공공필요에서 과잉금지의 원칙을 도출해낼 수 있다고 본다.¹⁴⁶⁾ 이로써 재산권의 박탈을 정당화하는 엄격한 심사기준으로서의 과잉금지원칙을 도입할 법리적 근거를 마련할 수 있게 된다.

헌법 제23조 제3항에 근거한 과잉금지원칙은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지원칙에 비하여 더욱 엄격한 심사기준으로 기능한다. 일반적으로 과잉금지원칙 중 법익의 균형성은 입법재량을 존중하여 법익 간에 합리적인 비례관계가 있는지 여부만을 기준으로 판단한다.¹⁴⁷⁾ 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 공공필요에서 말하는 공익은 일반적인 공익의 범위를 넘어서는 고양된 공익을 의미하고, 공익의 정량적 측정 은 불가능하므로 엄격한 비례관계의 설정으로 공익의 우월성을 담보하여야 한다.¹⁴⁸⁾

용되어야 한다는 점, 공공필요는 공용침해의 목적을 규율하는 것이고 수단의 적정성에 대해서는 헌법 제37조 제2항이 적용되어야 하는 점 등을 논거로 한다(허영, 헌법이론과 헌법 신9판, 박영사, 2021, 458~460면; 정종섭, 헌법학원론 제8판, 박영사, 2013, 713면).

144) 같은 취지로, 김성수, 일반행정법 제8판, 홍문사, 2018, 708면; 장영수, 헌법학 제12판, 홍문사, 2020, 772면. 특히 김성수 교수는 헌법 제23조 제3항이 헌법 제37조 제2항에 대한 특별규정이라고 하는데, 이에 전적으로 동의한다.

145) 같은 취지로, 허완중, “헌법 제23조 제1항과 제3항의 구별”, 재산권 보장과 위헌심사, 헌법재판연구원, 2012, 55면.

146) 과잉금지의 원칙은 법치국가원리에 근거를 두고 있고, 그것이 문언상 표현된 것이 헌법 제37조제2항이므로 굳이 위 규정을 매개하지 않더라도 과잉금지의 원칙이 적용될 수 있다고 보는 것이 합리적이라는 설명으로, 이동훈, 앞의 논문, 285면 참조.

147) 황치연, “과잉금지원칙”, 헌법재판 주요선례연구 I, 2012, 260면.

148) 공용수용에 대한 사법심사의 문제는 심사기준의 문제가 아니라 심사강도의 문제라는 지적(김현귀, “사인을 위한 공용수용의 헌법적 정당성에 대한 비판적 검토”, 헌법재판의 새로운 지평:이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집, 박영사, 2013, 985면)도 이와 같은 취지이다.

공공필요에 근거한 과잉금지의 원칙을 검토함에 있어서는 주로 침해의 최소성과 법익의 균형성이 문제된다. 과잉금지원칙의 일반적인 구성요소 중 목적의 정당성은 이미 공익성의 검증단계에서 확인될 것이고,¹⁴⁹⁾ 수용이라는 방법 자체가 해당 사업의 원활한 시행에 기여할 것임은 재산권의 강제적 박탈이라는 본질에서 당연히 도출되는 것이므로 수단의 적합성도 특별히 문제될 것이 없다.

침해의 최소성은 수용의 여부뿐만 아니라 수용의 범위와도 직접 관련된다. 일정한 공익사업의 시행을 위하여 반드시 수용이 필요하다고 하더라도 그 수용의 범위는 사업에 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.¹⁵⁰⁾ 수용대상 또는 수용목적물의 가분성으로 인하여 필요성에 대한 심사단계에서는 수용 자체의 정당성뿐만 아니라 수용범위의 정당성과 적합성도 검토되어야 한다.

법익의 균형성은 해당 수용으로 달성하고자 하는 공익이 다른 공익과 사익보다 우월할 경우에 인정될 수 있다. 사익뿐만 아니라 다른 공익도 고려요소로 삼아야 함에 유의하여야 한다. 수용이 재산권의 강제적 박탈임에 비추어 강도 높은 비례성이 충족되어야 함은 앞서 설명하였다.

4. 공공필요 검증의 강화를 향한 헌법재판의 소명과 나아갈 방향

공공필요에 대한 1차적인 판단은 입법자에게 맡겨져 있다. 이에 따라 토지보상법 제4조에서는 토지 등을 수용할 수 있는 사업의 유형을 열거하고

149) 비례의 원칙은 기본권 제한의 방법적 한계를 심사하는 기준이므로 목적의 정당성은 비례의 원칙을 구성하는 요소에 해당될 수 없다는 주장이 유력하게 제시되고 있다 (정중섭, 앞의 책, 379면; 황치연, 앞의 논문, 253면). 위 견해에 따르면이라도 목적의 정당성은 필요성 검증에서 문제될 것이 없다.

150) 대법원 1994. 1. 11. 선고 93누8108 판결.

있다. 위 제4조와 별표 규정에 열거되지 않은 유형의 사업을 위한 수용은 허용되지 않는다.¹⁵¹⁾ 그런데 이 규정에 열거된 모든 유형의 사업이 일반적으로 공공필요성을 충족한다고 단정할 수는 없다. 경우에 따라서는 해당 유형의 사업 중 일부 시설에 대한 부분만이 공공필요성을 결할 수도 있다. 토지보상법 제4조를 통한 공공필요 검증기제를 그 검증의 주체에 따라 입법적 검증이라고 할 때,¹⁵²⁾ 헌법재판은 입법적 공공필요 검증의 실효성을 제고하는 기능을 수행한다고 볼 수 있다. 법률의 효력을 상실시킬 수 있는 헌법재판이 아니고서는 토지보상법 제4조에 열거된 사업의 유형 중 추상적·일반적으로 공공필요를 충족하지 못하는 것을 숙아낼 수 없기 때문이다.

헌법재판이 공공필요의 검증을 강화하기 위한 실효성 있는 기제로 자리매김할 수 있도록 2가지를 제안한다.

첫째, 공공필요 중 필요성의 의미와 판단기준을 정립하여야 한다. 앞서 살펴본 헌법재판소 2011헌바129·172(병합) 결정에는 ‘필요성’이 무엇인지, 어떻게 판단되는지가 분명하게 나타나있지 않다. 일반적으로 과잉금지원칙이 심사기준으로 적용되는데 ‘필요성’ 요건을 별도로 심사하는 것은 중복적 절차로 볼 수 있고, 공공필요의 ‘필요성’과 과잉금지원칙의 ‘필요성’이 서로 어떻게 다른 것인지 알 수 없어 불필요한 오해를 유발할 수도 있다는 비판이¹⁵³⁾ 제기되는 것도 헌법재판소가 ‘필요성’의 의미와 판단기준, 과잉금지원칙과의 관계 등에 대하여 뚜렷한 입장을 내지 않은 것에서 연유한다. 공공필요의 ‘필요성’은 심사의 강도나 규율의 밀도 측면에서 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙과 그 결을 달리하고, 이로써 우월한 공익 또는 고양된 공익의 검증을 위한 엄격한 심사기준이 설정될 수 있으므로,

151) 헌법재판소도 “공공의 이익에 도움이 되는 사업이라도 공익사업으로 실정법에 열거되어 있지 않은 사업은 공용수용이 허용될 수 없다.”라고 판시하였다[헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129·172(병합) 결정].

152) 정기상, 앞의 논문(주 12), 255면.

153) 김성수, 앞의 논문, 166면.

헌법재판소는 ‘필요성’의 본질과 기능에 대한 분명한 입장을 표명할 필요가 있다.

둘째, 공공필요에서 엄격한 과잉금지원칙의 심사기준을 도출해내는 이상 별도로 재산권의 침해 여부를 헌법 제37조 제2항의 일반적인 기본권 제한 기준에 따라 판단할 필요는 없다고 보아야 한다. 이는 심사절차의 중복에 다름 아니기 때문이다. 다만, 재산권 이외의 다른 기본권을 침해하는지 여부는 공공필요 충족 여부와 별도로 검토되어야 할 것임은 물론이다.

VI. 맺으며

공용수용은 사회 공동체 전체의 이익을 위하여 시행되는 사업에 필요한 토지 등을 시장에서 매매로만 취득하여야 할 경우 발생하게 되는 비효율의 문제를 해소하기 위하여 만들어진 제도이다. 그런데 공용수용은 재산권의 강제적 박탈을 수반하므로 과도한 재산권 침해의 위험을 차단하기 위하여 세계 각국의 헌법에서는 그 정당화기제를 2가지 관점에서 마련해두고 있다. 하나가 공공필요이고, 다른 하나가 정당보상이다. 법경제학에서는 공공필요를 효율(*efficiency*)의 관점에서 접근하는 것이 정설이고, 여기에다 정당보상을 공정(*fairness*)의 관점에서 연계시키는 연구가 유력하게 받아들여지고 있다.

이처럼 공공필요는 공용수용의 정당화기제로서 관련 법령의 위헌심사나 관련 처분에 대한 행정쟁송에서 주된 쟁점으로 검토될 것인데, 그 개념의 추상성, 불확정성으로 인하여 공공필요의 심사기준마저 완전히 정립되지는 못한 것으로 보인다. 많은 선행연구에서 공공필요의 의미와 심사기준을 밝히려는 시도가 이루어졌는데, 문언에 충실한 개념분석이 이루어져야 한다고 본다. 따라서 공공필요를 ‘공공(공익성)’과 ‘필요(과잉금지원칙)’의 2가지

측면에서 그 의미와 실질적인 기능을 찾고자 한다.

우선, 공익성과 관련하여 공용수용이 사인의 재산권을 박탈할 뿐만 아니라 거주·이전의 자유, 영업의 자유 등 여러 기본권을 제한하므로 그 공익은 특별히 중대한 공익 또는 고양된 공익이어야 한다. 헌법재판소 결정례와 대법원 판례에서 내세운 일반 공중의 접근·이용가능성은, 불특정 다수의 이익이라는 공익 자체의 본질에 따라 공익성을 가늠하는 데에 중요한 고려요소가 될 수 있다.

다음으로, 필요성과 관련하여 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지의 원칙과는 별개로 고양된 공익의 존부를 확인하는 엄격한 심사기준으로서 과잉금지의 원칙이 공공필요 개념에 내재되어 있다고 보아야 한다. 특히 침해의 최소성과 법익의 균형성 관점에서 수용권의 남용을 억지한다는 공공필요의 기능을 제고하는 방향으로 관련 심사가 엄격하게 이루어져야 한다고 본다.

헌법재판은 헌법해석을 통하여 헌법의 내용을 구체화하고 헌법이념을 실현하는 작용이다.¹⁵⁴⁾ 헌법재판은 ‘다수의 지배’에 문제가 있을 때 이를 시정하는 역할을 수행하여야 한다.¹⁵⁵⁾ 종래 우리 사회에서 공익사업의 신속하고 원활한 시행이라는 명목으로 공용수용이 너무 손쉽게 행해져온 것은 아닌지 생각해볼 일이다.¹⁵⁶⁾ 공공필요가 공용수용의 정당화 기제로서 그 본질적 기능을 다할 수 있도록 헌법재판이 적극적으로 나설 때이다.

154) Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 5.Aufl., Duncker & Humblot, 2016, S.37~46; Schmitt 교수는 헌법재판이 입법작용이라고 하였으나, 다수의 지지를 받지 못하는 이 결론을 차지하더라도 헌법재판이 갖는 본질적 기능과 그 중요성을 상기시킨 위 명제는 충분히 받아들일 만하다.

155) John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 103.

156) 우리 토지보상법제가 사업시행의 편의에 치우친 측면이 있다는 주장으로는, 정기상, “사업인정의제의 허와 실-사업시행의 편의와 수용의 절차적 정당성 사이에서-”, 법경제학연구 제11권 제2호, 2014. 8., 172~173면 참조.

[국문초록]

공용수용은 사회 공동체 전체의 이익을 위하여 시행되는 사업에 필요한 토지 등을 시장에서 매매로만 취득하여야 할 경우 발생하게 되는 비효율의 문제를 해소하기 위하여 만들어진 제도이다. 그런데 공용수용은 재산권의 강제적 박탈을 수반하므로 과도한 재산권 침해의 위험을 차단하기 위하여 세계 각국의 헌법에서는 그 정당화기제를 2가지 관점에서 마련해두고 있다. 하나가 공공필요이고, 다른 하나가 정당보상이다. 법경제학에서는 공공필요를 효율(efficiency)의 관점에서 접근하는 것이 정설이고, 여기에서 정당보상을 공정(fairness)의 관점에서 연계시키는 연구가 유력하게 받아들여지고 있다.

이처럼 공공필요는 공용수용의 정당화기제로서 관련 법령의 위헌심사나 관련 처분에 대한 행정쟁송에서 주된 쟁점으로 검토될 것인데, 그 개념의 추상성, 불확정성으로 인하여 공공필요의 심사기준마저 완전히 정립되지는 못한 것으로 보인다. 많은 선행연구에서 공공필요의 의미와 심사기준을 밝히려는 시도가 이루어졌는데, 문언에 충실한 개념분석이 이루어져야 한다고 본다. 따라서 공공필요를 ‘공공(공익성)’과 ‘필요(과잉금지원칙)’의 2가지 측면에서 그 의미와 실질적인 기능을 찾고자 한다.

우선, 공익성과 관련하여 공용수용이 사인의 재산권을 박탈할 뿐만 아니라 거주·이전의 자유, 영업의 자유 등 여러 기본권을 제한하므로 그 공익은 특별히 중대한 공익 또는 고양된 공익이어야 한다. 헌법재판소 결정례와 대법원 판례에서 내세운 일반 공중의 접근·이용가능성은, 불특정 다수의 이익이라는 공익 자체의 본질에 따라 공익성을 가늠하는 데에 중요한 고려요소가 될 수 있다.

다음으로, 필요성과 관련하여 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지

헌법논총 제33집(2022)

의 원칙과는 별개로 고양된 공익의 존부를 확인하는 엄격한 심사기준으로서 과잉금지의 원칙이 공공필요 개념에 내재되어 있다고 보아야 한다. 특히 침해의 최소성과 법익의 균형성 관점에서 수용권의 남용을 억지한다는 공공필요의 기능을 제고하는 방향으로 관련 심사가 엄격하게 이루어져야 한다고 본다.

주제어

공용수용, 공공필요, 효율, 공정, 과잉금지원칙, 헌법재판

[Abstract]

This Article provides a rationale for understanding and interpreting the ‘public use’ requirement within eminent domain law. The government often needs the power of eminent domain to avoid the problem of strategic holdout. Since eminent domain involves compulsory deprivation of property rights, the Constitution has justification mechanisms from two perspectives to prevent the risk of excessive property rights infringement. One is public use, the other is just compensation.

Since the concept of public use is abstract and uncertain, it is difficult to clearly establish the standard of judicial review on the public use. Public use consists of ‘public interests’ and ‘necessity(proportionality)’. Since eminent domain not only deprives property rights, but also restricts various fundamental rights such as freedom of residence and freedom of business, the public interest must be a particularly significant public interest or an elevated public interest. Apart from the principle of proportionality derived from Article 37(2) of the Constitution, it should be considered that the principle of proportionality is inherent in the concept of public use as a strict standard of judicial review for confirming the existence of an elevated public interest.

Key-words

Eminent Domain, Public Use, Efficiency, Fairness, Proportionality, Constitutional Decision

참고문헌

[국내문헌]

1. 단행본

- 김성수, 일반행정법 제8판, 홍문사, 2018.
- 김학성·최희수, 헌법학원론 전정5판, 피앤씨미디어, 2021.
- 류지태, 행정법신론 제9판, 신영사, 2005.
- 성낙인, 헌법학 제22판, 법문사, 2022.
- 장영수, 헌법학 제12판, 홍문사, 2020.
- 전광석, 한국헌법론 제16판, 집현재, 2021.
- 정종섭, 헌법학원론 제12판, 박영사, 2018.
- 한국토지공법학회, 토지수용 대상사업의 합리적 조정 및 공익성 강화를 위한
법제도적 개선방안 연구, 국토교통부, 2017.
- 한수용, 헌법학 제11판, 법문사, 2021.
- 허영, 헌법이론과 헌법 신9판, 박영사, 2021.

2. 논문

- 김남진, “토지재산권의 공공적 수용수용”, 부동산연구 제2권, 1992. 12.
- 김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 토지공법연구 제
24집, 2004. 12.
- 김성수, “사인을 위한 공용침해와 관련된 판례분석과 입법정책적 과제-공공필요
성이 인정되는 체육시설을 중심으로-”, 토지공법연구 제71집, 2015. 8.
- 김성수, “행정상 손실보상의 요건으로서 공공의 필요와 특별한 희생의 재조명”,
고시계 제41권 제7호, 1996. 7.
- 김연태, “공용수용의 요건으로서의 공공필요”, 고려법학 제48호, 2007. 4.
- 김현귀, “사인을 위한 공용수용의 헌법적 정당성에 대한 비판적 검토”, 헌법재
판의 새로운 지평:이강국 헌법재판소장 퇴임기념논문집, 박영사, 2013
- 박군성, “프랑스 행정법상 공익개념”, 서울대학교 법학 제47권 제3호, 2006.

- 박균성, “프랑스법상 수용의 요건으로서의 공공필요”, 현대행정법학이론: 우재 이명구 박사 화갑기념 논문집Ⅱ, 1996.
- 백승주, “수용조건으로서 공공필요 및 보상에 관한 연구-유럽연합 및 미국의 법체계상 논의를 중심으로”, 토지공법연구 제27집, 2005. 9.
- 송희성, “재산권의 존속보장과 공공필요의 요건”, 고시연구 제21권 제12호, 1994. 12.
- 이덕연, “보상 없는 재산권 제한의 한계에 관한 연구”, 헌법재판연구 제9권, 1997.
- 이동훈, “헌법 제23조 제3항의 공공필요의 해석론-헌법재판소 2014. 10. 30. 선고 2011헌바129 결정에 대한 판례평석-”, 저스티스 통권 제154호, 2016. 6.
- 이선영, “토지권수용 요건의 토지법적 고찰”, 토지법학 제28권 제1호, 2012. 6.
- 이인호, “역 로빈훗 방식의 수용권 행사의 위헌성-헌법 제23조 제3항 공공필요의 해석론”, 헌법실무연구 제10권, 2009. 12.
- 정기상, “공용수용에 있어 공익성 검증 강화를 위한 사법심사의 역할제고방안 연구”, 사법논집 제71집, 2020. 12.
- 정기상, “사업인정의제의 허와 실-사업시행의 편의와 수용의 절차적 정당성 사이에서-”, 법경제학연구 제11권 제2호, 2014. 8.
- 정기상, “수용권 남용에 관한 시론적 고찰”, 사법 제27호, 2014. 3.
- 정남철, “공용수용의 요건 및 한계에 관한 재검토”, 법조 제54권 제5호, 2005. 5.
- 정남철, “공용수용의 요건인 공공필요의 판단기준과 개헌과제”, 토지보상법연구 제18집, 2018.
- 정연주, “공용침해의 허용조건으로서의 공공필요-서독기본법 제14조 3항 1문의 해석을 중심으로-”, 연세 법학연구 제1호, 1990.
- 최계영, “민간기업에 의한 수용”, 행정판례연구 제16권 제1호, 2011. 6.
- 허완중, “헌법 제23조 제1항과 제3항의 구별”, 재산권 보장과 위헌심사, 헌법재판연구원, 2012.
- 황치연, “과잉금지원칙”, 헌법재판 주요선례연구 I, 2012.

[외국문헌]

- Alexander, Gregory S., *The Global Debate over Constitutional Property: Lessons for American Takings Jurisprudence*, The University of Chicago Press, 2006.
- Auby, Jean-Marie/Pierre Bon/Jean-Bernard Auby/Philippe Terneyre, *Droit administratif des biens* 7e édition, Dalloz, 2016.
- Barry, Brian, *Political Argument(Routledge Revivals)*, Routledge, 2011.
- Battis, Ulrich/Michael Krautzberger/Rolf-Peter Löhr, *BauGB-Baugesetzbuch Kommentar*, 12.Aufl., C.H. Beck, 2014.
- Bell, John, Public Interest: Policy of Principle? in Roger Brownsword(ed.), *Law and the Public Interest : Proceedings of the 1992 ALSP Conference*, Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, 1993.
- Calandrillo, Steve P., Eminent Domain Economics: Should 'Just Compensation' Be Abolished, and Would "Takings Insurance" Work Instead?, 64 *Ohio St. L. J.* 451 (2003).
- Çoban, Ali Riza, *Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights*, Ashgate, 2004.
- Code constitutionnel et des droits fondamentaux* 3e édition, Dalloz, 2014.
- Debbasch, Charles/Jacques Bourdon/Jean-Marie Pontier/Jean-Claude Ricci, *Droit administratif des biens*, puf, 1994.
- Durham, James Geoffrey, Efficient Just Compensation as a Limit on Eminent Domain, 69 *Minn. L. Rev.* 1277 (1985).
- Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.
- Epstein, Richard A., Holdouts, Externalities, and the Single Owners: One More Salute to Ronald Coase, 36 *J. L. & Econ.* 553 (1993).
- Epstein, Richard A., Physical And Regulatory Takings: One Distinction Too Many, 64 *Stan. L. Rev. Online* 99 (2012).

- Epstein, Richard A., *Takings: Private Property And The Power Of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1985.
- Fischel, William A., The Political Economy of Public Use in Poletown: How Federal Grants Encourage Excessive Use of Eminent Domain, 2004 *Mich. St. L. Rev.* 929 (2004).
- Hotting, Shaun, The Kelo Revolution, 86 *U. Det. Mercy L. Rev.* 65 (2009).
- Jackisch, Axel, *Die Zulässigkeit der Enteignung zugunsten Privater*, Peter Lang, 1996.
- Jarass, Hans D./Martin Kment/Bodo Pieroth, *GG-Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 17.Aufl., C.H. Beck, 2022.
- Kelly, Daniel B., The Public Use Requirement in Eminent Domain Law: A Rationale Based on Secret Purchases and Private Influence, 92 *Cornell L. Rev.* 1 (2006).
- Landry, Mark C., The Public Use Requirement in Eminent Domain-A Requiem, 60 *Tul. L. Rev.* 419 (1985).
- Loyne, Thomas J., Hawaii Housing Authority v. Midkiff: A Final Requiem for the Public Use Limitation on Eminent Domain?, 60 *Notre Dame L. Rev.* 388 (1985).
- McHarg, Aileen, Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, 62 *Modern L. Rev.* 671 (1999).
- Merrill, Thomas W., The Economics of Public Use, 72 *Cornell L. Rev.* 61 (1986).
- Michelman, Frank I., Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law, 80 *Harvard L. Rev.* 1165 (1967).
- Munzer, Stephen R., *A Theory of Property*, Cambridge University Press, 1990.
- Ossenbühl, Fritz/Matthias Cornils, *Staatshaftungsrecht*, 6.Aufl., C.H. Beck, 2013.

헌법논총 제33집(2022)

Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law* 7th edition, Wolters Kluwer, 2007.

Rubinfeld, Jed, Usings, 102 *Yale L. J.* 1077 (1993).

Schäfer, Hans-Bernd, Taking Law From an Economic Perspective with Reference to German Law in Iljoong Kim et al.(eds.), *Eminent Domain : A Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2017.

Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, 5.Aufl., Duncker & Humblot, 2016.

Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press, 2004.

Somin, Ilya, The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo, 93 *Minn. L. Rev.* 2100 (2009).

Sullivan, Kathleen M./Gerald Gunther, *Constitutional Law* 19th edition, Foundation Press, 2016.

Sunstein, Cass R., Lochner's Legacy, 87 *Colum. L. Rev.* 873 (1987).

Treanor, William Michael, The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment, 94 *Yale L. J.* 694 (1985).

Weisbrod, Burton A./Joel F. Handler/Neil K. Komesar, *Public Interest Law - An Economic and Institutional Analysis*, University of California Press, 1978.

Wolff, Hans J./Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, *Verwaltungsrecht I*. 13.Aufl., C.H. Beck, 2017.

芦部信喜, 憲法 第4版, 岩波書店, 2007.

佐藤幸治, 日本國憲法論 第2版, 成文堂, 2020.

今村成和, 損失補償制度の研究, 有斐閣, 2004.

成田頼明, 土地政策と法, 弘文堂, 1989.

山田幸男, “計劃行政法における若干の法律問題”, 自治論文集, 1968.

中村孝一郎, “規制的収用法理における『正統な州の利益の實質的促進』テスト”,
南山法学 第29卷 第3号, 2006.

村川泰支, “Kelo v. The City of New London 再開発における土地収用”, 用地
ジャーナル 第16卷 第3号, 2007.

福永実, “経済と収用 : 経済活性化目的での私用収用は合衆国憲法第五修正「公
共の用」要件に反しない”, 大阪経大論集 第60卷 第2号, 2009.

프랑스에서 권력분립원칙과 헌법재판*

The Principle of Separation of Power and constitutional justice in France

田 鶴 善(Jeon, Hakseon)

한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

- 목 차 -

I. 서론	195
II. 프랑스 권력분립원칙의 역사적 전개	196
III. 국가기관 간의 견제와 균형	199
1. 입법부	199
2. 대통령	210
3. 정부 - 수상	212
4. 사법부	220
IV. 헌법재판소에 의한 권력분립원칙 적용	225
1. 권력분립원칙의 특징	225
2. 권력분립원칙에 의한 헌법재판의 도입	227

* 이 논문은 헌법논총 제33집 특집주제(권력분립원칙) 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주).

헌법논총 제33집(2022)

3. 권력분립원칙의 헌법재판 적용	230
V. 결론	239
* 국문초록 및 주제어	241
* 불문초록 및 주제어	243
* 참고문헌	245

I. 서론

근대 국가 이후 권력분립은 국가의 기본이 되는 원칙으로, 모든 국가는 권력분립원칙에 근거하여 국가권력을 구성하고 있다. 국가의 권력은 그 형태에 따라 다양한 기관에 분산되어 있고, 각각의 기관이 상호 견제와 균형을 통하여 권력의 남용을 방지하고 있고 이를 통제하고 있다. 권력분립원칙은 국가권력의 집중과 남용의 위험을 방지하여 국민의 자유와 권리를 보호하고자 하는 데에 근본적인 목적이 있는바, 이를 위해서는 단순히 국가 권력을 분할하는 것만으로는 충분하지 않고 분할된 권력 상호 간의 견제와 균형을 통한 권력간 통제가 이루어져야 한다.¹⁾

권력분립원칙은 그 필요성이 대의제를 기초로 하는 것에 바탕을 두고 있다.²⁾ 국가가 대의제를 하지 않고 직접민주주의를 구현하고 있다면 권력분립의 필요성이 특별히 요구되지 않는다고 할 수 있다. 현대민주주의는 대의제가 원칙이라 할 정도로 모든 국가가 대의제를 실시하고 있으므로 모든 국가가 권력분립원칙을 적용하고 있다고 할 수 있다.

프랑스는 절대왕정을 거쳐 1789년 시민혁명을 통하여 근대국가를 건설하였고, 그 이후에 다시 왕정을 경험하기도 하면서 공화국을 수립하여 지금까지 오고 있다. 1789년 시민혁명을 통하여 근대국가를 건설하면서 이미 권력분립을 구현하고 있는데, 1789년 인권선언에서 권력분립원칙을 국가의 기초로 설정하였다.

권력분립원칙을 어떻게 구현하여 국가기관을 구성하고 국가기관에게 어떠한 권력을 부여하는가에 따라 정부형태가 구분된다고 할 수 있다. 정부형태를 흔히 의원내각제와 대통령제로 구분하면서 의원내각제와 대통령제

1) 헌재 2021. 1. 28. 2020헌마264 등.

2) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2022, 355면.

가 혼합된 정부형태로 이원정부제 혹은 혼합정부제³⁾로 구분하기도 한다.

의원내각제의 대표적인 국가가 영국이고, 대통령제의 대표적인 국가가 미국이라면 이원정부제의 대표적인 국가는 프랑스라고 할 수 있다.

프랑스의 정부형태는 의원내각제와 대통령제가 혼합된 정부형태로 동거정부(cohabitation) 상황이 나타나기도 하여, 국가의 원수인 대통령을 국민이 직접선거로 선출하고 정부의 수반인 수상을 비롯한 내각은 의회의 신임하에 구성되기 때문에 권력분립의 구현이 독특하다고 할 수 있다.

프랑스의 권력분립은 다른 국가와 달리 독특하게 구현되어 있다고 할 수 있는데, 권력분립원칙이 헌법재판⁴⁾에 어떻게 적용되어 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 1958년 제5공화국 출범과 함께 창설되어 사전적 규범통제만을 하다가 2008년 7월 헌법개정을 통하여 2010년 3월부터 사후적 규범통제도 병행하고 있다. 권력분립원칙이 구현되어 있는 프랑스의 권력구조를 살펴보고, 헌법재판소 결정에 적용된 권력분립원칙을 분석하여 현대 프랑스 헌법재판에서 권력분립원칙이 적용되는 구체적인 사례를 살펴보고자 한다.

II. 프랑스 권력분립원칙의 역사적 전개

권력분립원칙은 고대로부터 이어져 온 원칙이라 할 수 있으나, 프랑스에서 권력분립원칙에 관해서는 그 기원을 몽테스키외의 이론에서 본격적으로 출발했다고 볼 수 있다. 몽테스키외에 앞서 영국의 로크가 1690년에 ‘시민정부이론’을 출간하면서 권력분립을 이야기했는데, 몽테스키외는 1748년 ‘법의 정신(L’Esprit des lois)’을 통하여 권력분립을 이야기하였다. 몽테스키

3) 이원정부제, 혼합정부제, 반대통령제, 분권형 대통령제, 합리화된 의원내각제 등 다양한 용어로 불리고 있다.

4) 프랑스 헌법재판에 관해서는 전학선, 프랑스 헌법소송론, 한국문화사, 2022 참조.

외는 영국의 헌정사와 로크의 영향을 받아 권력분립원칙을 개념화하였다고 볼 수 있다.⁵⁾

몽테스키외는 권력을 세 가지로 구분하여, 법률을 제정하는 입법권과 입법권이 만든 법률을 일반적으로 집행하는 집행권 그리고 법률을 적용하는 사법권으로 구분하였다. 입법권과 집행권 그리고 사법권은 각각 독립된 서로 다른 기관에 부여되어야 하며 상호 구분되고 독립적이어야 한다는 것이다.

몽테스키외의 권력분립이론은 ‘견제와 균형이론(théorie des freins et des contrepoids)’으로 명명되기도 하는데, 이것은 미국에서 견제와 균형(checks and balances)으로 표현되기도 한다. 비록 몽테스키외 자신이 이러한 표현을 사용하지는 않았지만 그것은 몽테스키외의 이론을 잘 표현해 놓은 것으로 평가된다. 몽테스키외는 국가최고기관 상호 간의 권력분립뿐만 아니라 그 하부조직, 즉 오늘날에 있어서 지방자치단체와 국가기관 사이에서도 권력분립이 필요하다는 것을 적시하였다는 점에서 그것은 중간권력(pouvoirs intermédiaires)의 존재를 인정한 것으로서 몽테스키외의 이론의 특징 가운데 하나라고도 할 수 있다. 이러한 중간권력의 역할은 국가내부의 자치단체로서의 법복귀족의 역할도 인정하고 있다. 그러나 몽테스키외는 권력분립은 절대적 권력분립이 되어서는 안된다고 보았다. 몽테스키외는 권력이 상호 절단되지 않아야 한다고 보았다고 할 수 있다.⁶⁾

1789년 프랑스 혁명 이후 공화정을 수립하였으나, 다시 왕정으로 복귀하기도 하면서 권력분립원칙이 퇴색되는 경우도 있었으나 권력분립은 프랑스 헌정사에서 꾸준히 헌법적 가치를 가지는 원칙이라고 할 수 있다.

1789년 시민혁명 이후 우파에서는 무니에(Mounier)라든가 미라보(Mirabeau) 등이 영국의 정치제도를 수용하기를 원하였으나 실패로 돌아갔

5) Louis Favoreu et s, Droit constitutionnel, 23e éd., Dalloz, 2020, 436면.

6) 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 189면.

고,7) 그 후 왕정으로 복귀하는 등 다양한 정부형태를 경험하면서 권력분립 원칙이 퇴색하는 모습을 보이기도 하였다. 프랑스 혁명 이후 1791년 헌법은 양원제를 거부하고 왕에게 단지 거부권을 부여하는 것이었다. 그 다음에 제정되는 헌법들은 18세기 입헌주의에 영향을 받았고 국가기관의 독립성과 특별성을 강조하는 형식이었다. 입법, 집행, 사법이 비교적 구분되는 것이었다. 그러나 입법권은 상대적으로 우위의 권한을 가지게 되어 집행권과 사법권은 입법권에 종속되는 경향이 있었다. 특히 인민주권(*souveraineté populaire*)이라는 표현으로 나타나듯이 입법권이 우위의 지위를 차지하기도 하였다.⁸⁾ 이러한 현상은 의회주권(*souveraineté parlementaire*)이라고 할 정도로 의회의 우위가 인정되었다.⁹⁾

프랑스에서 권력에 대한 통제가 상대적으로 약했던 것은 1789년 시민혁명에 기인한다고 할 수 있다. 군주와 귀족으로 구성된 혼합정부는 시민들 사이의 평등을 보장하지 않았고, 권력에 대한 통제는 약한 것이 일종의 프랑스 헌법적 전통이라 할 수도 있다. 프랑스는 국가기관에 대한 자치를 명확하게 하면서 국가기관의 영속성을 중요시하였다.

의회의 권력이 막강하고 따라서 의회에 대한 통제도 미비하였다고 할 수 있는데, 이에 따라 헌법재판제도도 채택되기가 어려웠다. 1789년 시민혁명 당시 시이에스(Sieyès)는 법률이 헌법에 위반되는 여부를 판단하는 기관(*judge constitutionnel*)을 설치하자고 제안하였었다.¹⁰⁾ 그러나 이러한 제안은 받아들여지지 않았고, 헌법은 법관에 의하여 적용되는 법 규범으로 인식되

7) Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel*, 30e éd., Sirey, 2013, p.138.

8) Mauro Barberis, *La séparation des pouvoirs*, in “*Traité international de droit constitutionnel tome 1 ; Théorie de la Constitution*”, Dalloz, 2012, p.722.

9) 전학선, 프랑스에서 헌법재판소와 의회와의 관계, *세계헌법연구* 제11권 제1호, 2005. 6. 279면.

10) François Luchaire, *Le conseil constitutionnel*, Tome I - *Organisation et Attributions*, 2e éd., Economica, 1997, p.1 et s.

지 않았다. 이러한 사상은 제5공화국 이전까지 유지되었다고 할 수 있다.¹¹⁾

그 후 1958년 제5공화국 들어서는 행정부의 우위가 인정되는 것으로 나타났다. 사법권에 대해서는 전통적으로 불신이 있어 사법부에 대해서는 소극적으로 규정하고 있다. 정부형태와 관련해서는 1958년 제5공화국 들어서는 1962년 드골 대통령이 대통령선거를 직선제로 바꾸면서¹²⁾ 의원정부제의 형태로 나타나고 있어 다른 국가와는 다른 형태의 권력분립을 구현하고 있다.

제5공화국 헌법은 권력분립에 관하여 명문으로 규정을 두고 있지는 않고 있다. 다만 헌법재판소에 의하여 헌법적 가치가 인정되는 1789년 프랑스 인권선언 제16조에서 명문으로 규정하고 있는 것이다.

Ⅲ. 국가기관 간의 견제와 균형

1. 입법부

가. 의회의 구성

프랑스는 양원제를 채택하고 있는 국가로 하원에 해당하는 국민의회(Assemblée nationale)와 상원(Sénat)이 있다. 국민의회는 국민들의 직접선거로 선출되는 577명의 국민의회 의원(député)들로 구성되어 있으며, 상원은 간접선거로 선출되는 348명의 상원 의원(sénateur)¹³⁾들로 구성되어 있다.

11) Mauro Barberis, La séparation des pouvoirs, in “Traité international de droit constitutionnel tome 1 ; Théorie de la Constitution”, Dalloz, 2012, p.723.

12) 이에 관해서는 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정 -1962년 11월 6일 국민투표에 의한 법률(Loi référendaire)에 관한 결정을 중심으로-, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007. 3, 513면 이하 참조.

13) 상원의원 선거에 관해서는 전학선, 프랑스 지방자치단체의 국정참여, 공법학연구 제17권 제3호, 2016. 8, 12면 이하 참조.

프랑스는 의회의원 수도 헌법에서 제한하고 있다.¹⁴⁾

국민의회와 상원은 입법권에 있어서는 어느 정도 대등한 권한을 가지고 있지만, 상원과 비교하여 국민의회가 좀 더 우위 권한을 가지고 있다고 할 수 있다.

의회는 행정부를 견제할 수 있는 수단으로 수상 임명에 대한 통제와 내각불신임권을 가지고 있다.

또한 일정한 고위공직자를 임명하는 경우 소관 상임위원회에서 5분의 3 이상이 반대를 하는 경우 임명할 수 없도록 되어 있다(헌법 제13조 제5항).¹⁵⁾

나. 의회의 행정부 통제 - 내각 불신임¹⁶⁾

헌법 제49조 제1항을 근거로 수상은 의회의 신임(명시적이든 묵시적이든) 위에 임명될 수 있으며, 국민의회가 불신임하면 사퇴를 하여야 한다.

또한 국민의회는 불신임 동의안 표결을 통해 정부의 책임을 추궁할 수 있다. 불신임 동의안은 하원 재적의원의 10분의 1 이상이 서명하여야만 수리할 수 있다. 불신임 동의안이 제출되면 그로부터 48시간이 경과한 후에만 표결할 수 있다. 불신임 동의안에 찬성하는 투표만 집계되며, 국민의회 재적의원의 과반수의 찬성이 있을 경우에만 가결된다. 정부제출 예산법률안 또는 사회보장재정법률안의 경우를 제외하고 각 의원은 동일한 정기회기 중에 3개를 초과하여, 동일한 임시회기 중에 1개를 초과하여 불신임 동

14) 헌법 제24조 ③ 하원의원은 577명을 넘을 수 없고 직접선거로 선출된다.

④ 상원의원은 348명을 넘을 수 없고, 간접선거로 선출된다. 상원은 공화국의 지방자치단체를 대표한다.

15) 이에 관해 자세한 것은 전학선, 프랑스의 고위공직자에 요구되는 청렴성, 도덕성의 기준, 공법학연구 제9권 제3호, 2008. 8, 93면 이하.

16) 전학선, 프랑스 의원정부제의 실체와 현황, 헌법학연구 제21권 제3호, 2015. 9, 49면 이하.

의안에 서명할 수 없다(헌법 제49조 제2항). 불신임 동의안에 서명할 수 있는 횟수를 제한하는 것은 정부가 불신임 동의안에 의하여 제대로 기능을 못하는 경우를 방지하기 위한 것이며, 불신임동의안이 제출되면 48시간이 경과한 후에만 표결할 수 있도록 한 것은 국민의회 의원들에게 숙고의 시간을 주기 위한 것이고 정부에게는 시간적 여유를 부여하기 위한 것이다.¹⁷⁾

또한 수상은 정부제출 예산법률안 또는 사회보장재정법률안의 표결과 관련하여 국무회의의 심의를 거친 후 국민의회에 대해 책임을 진다. 정부제출법률안 제출 후 24시간 이내에 전항에서 정하는 요건에 따라 이에 대한 불신임 동의안이 가결되지 아니하는 한 그 의안은 채택된 것으로 간주한다. 또한 수상은 회기마다 다른 하나의 정부제출법률안 또는 의원발의법률안에 대해서도 이 절차를 사용할 수 있다(헌법 제49조 제3항).

국민의회가 불신임 동의안을 가결하거나 정부의 국정계획 또는 일반정책 선언을 부결하는 경우에, 총리는 대통령에게 정부의 사퇴서를 제출하여야 한다(헌법 제50조).

내각불신임과 관련하여 2015년 2월 19일 국민의회는 정부가 경제기회의 증가와 활성화 및 평등을 위한 법률안(*le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*)을 투표없이 통과시킨 책임을 물어 불신임안을 발의하였으나 재적의원 577명의 과반수를 얻지 못하고 찬성표가 234표에 불과하여 부결되었다. 이와 관련하여 2015년 6월 18일에도 불신임안에 대한 표결이 있었는데 찬성이 198표에 불과하여 부결되었다.

내각불신임안은 종종 상정되는데 최근에는 2022년 7월 6일 150명의 국민의회 의원들이 내각불신임안을 제출하였다. 2022년 5월 대통령선거에서 재임에 성공한 마크롱 대통령은 2022년 6월 국민의회 의원선거에 따라 새

17) Dominique Chagnollaude Sabouret, *La Constitution de la Ve République ; Droit constitutionnel contemporain* 2. 8e éd., Dalloz, 2017, p.325.

로운 수상(Élisabeth Borne)을 임명하였는데, 수상은 취임하면 국민의회에서 시정 연설을 하는 것이 보통이었고, 이를 통하여 신임 여부를 묻는데, 신임 수상인 Élisabeth Borne는 시정연설을 하지 않겠다고 하자 국민의회 의원들이 내각불신임안을 제출한 것이었다. 2022년 7월 11일 투표를 하였으나 찬성이 146표에 불과하여 부결되었다.¹⁸⁾

다. 법률에 대한 헌법재판소의 통제

프랑스에서는 법률은 조직법률(loi organique)과 보통법률(loi)로 구분할 수 있다.

프랑스에서 loi는 구체적인 법률을 의미한다. 프랑스에서는 의회를 통과한 규범만이 법률(loi)이 되고 나머지는 법률이라는 용어를 사용할 수 없다. 프랑스는 과거 의회주권주의에 대한 반동으로 헌법에서 법률로 정할 수 있는 것을 제한해 놓고 있다. 따라서 헌법에서 정한 것만 법률로 규정할 수 있고 나머지는 명령으로 규정해야 한다.

보통법률은 의회가 제정하는 법률로서 조직법률(loi organique)에 대한 의미로 사용된다. 헌법에서는 loi organique(조직법률)란 용어를 사용하고 있지만, loi ordinaire란 용어를 사용하고 있지는 않다. 그러나 헌법에서 법률(loi)이라는 용어를 사용하면 이는 조직법률인 경우를 제외하고는 모두 보통법률을 의미한다고 할 수 있다.¹⁹⁾

의회가 제정하는 규범으로서 법률 가운데 헌법에서 특히 조직법률로 규정하도록 요구하는 사항에 대해서는 반드시 조직법률로 정하여야 한다. 조직법률로 규정하도록 열거한 사항은 대개의 경우 공권력의 조직이라든가

18) <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/rejet-d-une-motion-de-censure> (2022. 8. 31. 검색)

19) 전학선, 프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구, 공법학연구 제12권 제1호, 2011. 2, 199면 이하.

기능에 관한 사항이다. 조직법률은 보통법률과는 다른 특별한 입법절차를 거치도록 되어 있다. 조직법률은 법률안의 심의 전에 최소한 15일의 숙고 기간을 정해놓고 있다. 또한 상원에 관계되는 조직법률의 경우를 제외하고는 최종적으로 조직법률안을 국민의회가 최종적으로 조직법률안을 채택할 수 있으며 이 경우 재적의원 과반수의 찬성을 얻도록 하고 있다. 또한 조직법률은 헌법재판소의 위헌심사를 의무적으로 받도록 되어 있다. 조직법률안이 의회에서 의결되면 대통령이 조직법률을 공포하기 전에 필수적으로 헌법재판소의 위헌심사를 거쳐야 하는 것이다. 보통법률의 경우에는 청구인들(대통령이나 수상, 양원의장 또는 60인 이상의 국민의회 의원이나 60인 이상의 상원의원)의 청구가 있는 경우에 한하여 위헌심사를 하나 조직법률의 경우에는 의무적인 것이다. 이는 조직법률 자체가 공권력의 조직 또는 권한에 관계되는 것이기 때문에 사전적 위헌심사를 하는 프랑스 위헌법률심판에서 청구인들의 청구가 없는 경우 통제가 안되고 권력분립원칙에 위배될 수 있기 때문인 것이다. 조직법률은 그 특성상 헌법과 보통법률의 사이에 위치하는 규범력을 가진다고 본다.

라. 법률사항에 대한 헌법재판소의 통제

의회의 가장 중요한 권한 가운데 하나가 입법권인데, 프랑스도 의회가 입법권을 가지고 있다. 원칙적으로 국민의회와 상원에서 동일한 조문으로 의결이 되어야 법률이 의결되는 것이다.

그러나 프랑스 헌법은 입법권에 대하여 제한을 두고 있는데, 모든 사항을 법률로 규정할 수 있는 것이 아니고 헌법에서 법률로 규정할 수 있도록 허용한 사항에 대해서만 법률로 규정할 수 있고, 그 이외의 사항은 행정입법으로 규정하여야 하는 것이다.

프랑스 헌법 제34조 제1항은 법률로 규정할 수 있는 사항에 관하여 규

정하고 있다. 법률로 규정할 수 있는 사항은 시민적 권리 및 공적 자유의 행사를 위해 시민에게 부여된 기본적 보장, 자유·다원주의 미디어의 독립, 국방을 위해 시민에게 과하여진 신체 및 재산상 의무, 국적·개인의 신분 및 법적 능력, 부부재산제, 상속 및 증여, 중죄 및 경죄의 결정과 중죄 및 경죄에 적용될 형벌, 형사소송절차, 사면, 새로운 심급의 법원 설치와 사법관의 지위에 관한 규정, 모든 조세의 과세기준·세율·징수방식, 화폐발행제도이다. 또한 헌법 제34조 제2항은 의회·지방의회·재외프랑스인의 대표부·지방자치단체의 심의회 구성원의 선거위임과 선거기능의 행사 조건, 공공기관의 설립, 국가의 일반공무원 및 군공무원의 신분보장, 기업의 국유화 및 공기업의 민영화에 관하여 법률로 규정하도록 하고 있다. 그리고 헌법 제34조 제3항은 국방조직, 지방자치단체의 자유로운 행정·권한·재원, 교육, 환경보존, 재산권·물권·민간채권·상업채권, 노동권·노동조합권·사회보장권에 관한 기본원칙을 법률로 규정하도록 하고 있다.

따라서 위에서 언급한 내용만을 법률로 규정할 수 있고, 그 이외의 사항은 행정입법을 통하여 규정하여야 한다.

만약에 의회가 헌법에서 규정한 사항 이외의 사항을 법률로 규정하는 경우에는 헌법재판소가 법률에 해당하는지 여부를 판단하도록 되어 있다(헌법 제37조).

헌법 제37조 제2항과 제41조에 근거하여 법률사항과 행정입법 사항의 구분에 관하여 심사할 권한은 헌법재판소에 있다. 프랑스 헌법은 제34조에서 법률로 정해야 할 사항들에 대하여 일괄적으로 규정을 하고 있는데, 그 가운데에는 공민권에 관한 규정들, 공적 자유의 행사를 위한 기본적 보장 규범들을 포함하고 있으므로 법률사항과 행정입법 사항 간의 구분 심사를 통해서 어떠한 사항이 헌법 제34조의 공민권 또는 공적 자유에 속하는 기본권에 해당되어 법률에 규정되어야 하는가를 헌법재판소가 판단하게 되어 있는 것이다. 따라서 의원발의 법률안이나 수정안에 대하여 수상이나 해당

의회의장이²⁰⁾ 헌법재판소에 청구하여 규범의 성격을 판단해 달라고 요청하면 헌법재판소가 이의 성격을 판단하게 되는데, 헌법재판소가 행정입법이라고 판단하면 이 사항은 행정입법으로 정하게 되는 것이다. 이러한 법률의 법규명령화를 비법률화(délégalisation, 또는 déclasserment)²¹⁾라고 부르기도 한다.

입법절차 과정에서 정부발의 법률안이나 개정안이 법률 영역이 아닌 사항에 관하여 규정하고 있는 경우에는 정부나 의회의장이 법률안 수리를 거부할 수 있다. 그러나 정부와 의회 의장의 견해가 갈리는 경우에는 정부나 의회 의장의 청구로 헌법재판소가 일주일 안에 결정을 하도록 되어 있다.

이와 더불어 2008년 7월 헌법 제39조를 개정하여 정부제출 법률안에 대하여 해당 의회 의장단이 조직법률에 위반된다고 하면 그 법률안은 회기에 등록될 수 없도록 하였는데, 의장단과 정부의 견해가 일치하지 않는 경우에는 해당 의회의장이나 수상이 헌법재판소에 청구하고 헌법재판소는 일주일 이내에 결정을 하도록 되어 있다.²²⁾

헌법 제34조 이외에도 법률로 정하도록 하는 사항들이 있다. 예를 들어 헌법 제1조는 남녀평등을 규정하고 있고, 특히 선거에서 동등한 참여 기회를 보장하도록 하고 있는데, 헌법 제4조에서는 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 헌법 제1조에 규정된 원칙을 실현하도록 하고 있다. 따라서 프랑스에서는 공직후보를 추천하는 경우 남녀동수로 하도록 하고 있다.²³⁾

20) 2008년 7월 헌법 개정 전에는 정부만이 불수리를 선언할 수 있었으나 헌법개정으로 정부 또는 의회의장이 불수리를 선언할 수 있도록 하였다.

21) Louis Favoreu, La délégalisation des textes de formes législative par le Conseil constitutionnel, in *Le juge et le droit public - Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p.429.

22) 전학선, 프랑스 헌법재판절차의 신속성에 관한 연구, *공법연구* 제43집 제1호, 2014, 81면 이하.

23) 이에 관해 자세한 것은 전학선, 프랑스 정치영역에서 남녀평등을 위한 남녀동수법과 헌법개정, *헌법학연구* 제14권 제4호, 2008. 12, 199면 이하.

의회가 법률 영역 이외의 사항에 대하여 입법을 하는 것은 결국 행정부의 행정입법권을 침해하는 것이 될 것이다. 이에 대하여 행정부는 헌법재판소에 청구하여 입법부에 의한 행정입법영역에 대한 침해를 확인받거나 아니면 법률안 제출권을 행사하는 방법을 통하여 입법부를 견제할 수 있을 것이다. 프랑스는 정부도 법률안 제출권이 있기 때문에 법률영역이 아닌 사항에 관하여 규율하고 있는 법률에 대하여 개정법률안을 제출하는 것이다.²⁴⁾

프랑스에서 법률사항 이외의 사항은 행정입법을 통하여 규정하도록 되어 있는데, 이러한 면에서는 법률사항이 아닌 사항을 규율하고 있는 행정입법은 법단계에서 법률적 가치를 가지는 것으로 볼 수도 있다.²⁵⁾ 헌법 제34조에서 규정하고 있는 법률 전속 사항 이외의 사항은 행정입법을 통하여 규율하여야 하는데, 이러한 행정입법을 독립명령(règlement autonome)이라 한다. 이 외에 법률을 집행하기 위한 혹은 법률의 위임을 받은 사항을 규정하기 위한 명령을 집행명령(règlement d'application ou d'exécution)이라 한다.

의회가 모든 사항에 대하여 법률로 규율할 수 있는 것은 아니고, 법률로 규율할 수 있는 사항은 제한된다. 그 이외의 사항에 대해서는 행정입법으로 규율하여야 한다. 따라서 행정입법은 법률 이외의 사항에 대하여 독자적으로 발하는 것이 있고, 법률을 집행하거나 법률로부터 위임받은 사항에 대하여 규율하고 있는 집행명령도 있다.

마. 의회 규칙에 대한 헌법재판소의 통제

헌법 제61조는 조직법률과 마찬가지로 의회 규칙(règlement)도 의무적으로 헌법재판소의 사전 위헌심사를 받도록 하고 있다. 이는 의회 스스로가 의회에 관한 규범을 제정하면서 의무적으로 위헌심사를 받지 않는다면 의

24) Elisabeth Zoller et Wanda Master, Droit constitutionnel, 3e éd., PUF, 2021, 355.

25) Rémy Cabrillac, Introduction générale au droit, 9e éd., Dalloz, 2011, p.108.

회에게 유리한 규칙을 남발하는 등 권력분립의 원칙이라든지 하는 헌법에 위반되는 규칙을 제정할 수 있기 때문에 의무적으로 사전통제를 받도록 하고 있다. 즉 의회 규칙 전체가 위헌심사의 대상이 되는 것이다.

프랑스 헌법재판소는 그의 첫 결정인 1959년 5월 14일 결정에서 “헌법 제61조에 근거하여 헌법재판소에게는 전체조문에서 독립하여 국민의회 규칙의 개별조항에 대하여 심사할 이유가 없다.”라고 하여 전체규칙에 대하여 심사함을 명백히 하였다.²⁶⁾ 그리고 프랑스 헌법 제46조가 “조직법률은 헌법의 적합성이 선언되지 아니하면 공포될 수 없다.”라고 하여 조직법률의 의무적 심사에 대하여 규정하고 있는데, 이 조문의 규정이 조직법률이라고 하고 있지 조직법률의 조항이라고 하고 있지 아니하므로 조직법률 전체에 대하여 심사하는 것이 될 수도 있다. 따라서 조직법률이라든가 의회의 규칙처럼 헌법재판소의 의무적 심사인 경우에는 위헌심사의 청구권자들에게 위헌심사의 대상에 있어서 어떠한 재량도 부여하고 있지 않다고 볼 수가 있다. 결국 의무적 심사에 있어서는 청구인들이 위헌에 대한 이의를 제기하는 것이 아니라 헌법에 의하여 부과된 임무를 수행하는 것이 될 수도 있는 것이다.²⁷⁾

의회 규칙이 헌법재판소의 의무적인 위헌심사의 대상이 되는 것은 의회 규칙이 의회의원들의 권한과 관계되기 때문이다. 의회의원들이 자신들의 권한에 관한 법규를 자신들 스스로 제정·개정할 수 있기 때문에 의회규칙을 헌법재판소가 의무적으로 사전심사를 하도록 한 것이다.

그러나 헌법재판소의 관례를 통하여 볼 때 제도적으로 의회 규칙을 헌법재판소의 통제에 두는 것이 의회에 불리하게 작용한 것만은 아니다.²⁸⁾

26) CC. n°59-1 DC du 14 mai 1959.

27) Thierry Di Mano, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Economica et PUAM, 1994, p.19.

28) L. Vier Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des assemblées parlementaires, RDP, 1972, p.165.

헌법재판소는 의회기관에 대한 의회위원의 개인적인 권리 특히 소수당의 권리와 마찬가지로 정부에 대한 의회의 권리를 보호하였다. 그 일례를 보면 헌법재판소는 국민의회 의원의 과반수의 요청으로 소집된 임시회의를 그 회기의 의사일정이 끝나기 전에 정부에서 중단시키는 것을 간접적으로 지지하였다. 헌법재판소는 정치단체의 정책선언이 헌법 제4조의 규정과 일치된다고 하면서 국민의회의 권한으로 그 정치단체의 구성을 방해하는 것을 인정하지 않았는데, 그것은 정부에 대한 것과 마찬가지로 국민의회의 다수당에 대하여서도 자유를 보호하는데 적합한 조치였다.²⁹⁾ 동일한 의미에서 헌법재판소는 무소속의원들이 국민의회에서 어떠한 권리를 행사하고 정당이 없는 단체를 구성하는 것을 보장하였다.³⁰⁾ 헌법재판소는 국민의회 규칙의 합헌성 통제를 보장하면서 의회로 하여금 합리화된 의회제도 (Parlementarisme rationalisé)의 규정을 준수하도록 하는데 크게 기여한 것은 분명하다. 또한 헌법재판소에서는 의회가 이전의 제도에서 이미 보유하고 있던 권리를 회복하는 것, 즉 결의안 제의를 이용한 발의권 회복, 표결방해에 대한 항의, 질의 등 의사일정의 결정사항에 있어서의 헌법적용을 여러 차례 반대하였다.³¹⁾

1958년 헌법재판소 창설 이후 2021년 12월 31일까지 86건의 의회 규칙에 대한 위헌심사가 있었다.³²⁾

구체적인 결정을 보면, 국민의회는 2014년 11월 28일 국민의회 규칙을 개정하는 의결³³⁾을 하였는데, 제5조가 국민의회 규칙 제15조 제2항으로

29) CC. n°59-2 DC du 17 juin 1959.

30) CC. n°71-42 DC du 18 mai 1971.

31) Louis Favoreu et Loïc Philip, *Le Conseil constitutionnel*, PUF, 1991, pp.56-57.

32) <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahier-n-58/bilan-statistique-au-30-septembre-2017.150638.html> (2022. 8. 25. 검색)

33) 2014. 11. 28. Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale.

“재무(행정)담당관은 의회 보좌관(collaborateurs parlementaires) 조직과 함께 의회 보좌관 지위(statut)에 관하여 사회적 대화(dialogue social)와 협상을 결정하고 이용한다. 보좌관들은 그 임무를 담당하는 사무국에 보고한다.”를 신설하는 것이었다.³⁴⁾ 또한 국민의회 규칙 제18조에 “보좌관들은 보좌관 조직과의 협상을 통하여 재무(행정)담당관이 정하는 조건에서 지위를 향유한다.”라는 내용을 신설하는 것이었다.³⁵⁾ 헌법재판소는 2014년 12월 11일 결정에서 보좌관들은 국민의회 의원들과 사법(私法)적인 계약(contrat de droit privé)에 의하여 고용되는 것인데, 이를 재무담당관이 보좌관의 지위를 결정하도록 하는 것이라고 하면서, 이는 국민议회의 조직이나 기능에 관한 것이 아니고 입법절차나 정부에 대한 통제도 아니며 국민의회 규칙으로 정할 수 있는 사항이 아니라면서 헌법에 위반된다고 하였다.³⁶⁾

또한 2021년 4월 1일 결정³⁷⁾에서 국민의회 규칙에 대하여 위헌결정을 하였다. 국민의회는 규칙을 개정하여, 국민의회 의장이 교섭단체(groupes politiques)에게 통지를 한 후 회의 참여나 심의 또는 투표 조건과 관련하여 명백하게 영향을 미치는 예외적인 상황이 발생하는 경우에는 의장단이 임시로 국민의회 위원회나 본회의에 참석하는 형태를 결정할 수 있도록 하는 내용으로 규칙을 개정하고자 의결을 하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 아무런 제한없이 회의 참석과 투표 형태에 관하여 임시로 결정할 수 있도록 하는 것은 개별 투표의 원칙(le principe du vote personnel)과 의회 토론의 명확성과 진실성(les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire)을 준수하지 못했기 때문에 헌법에 위반된다고 하였다.

34) Art. 4. 2014. 11. 28. Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale.

35) Art. 5. 2014. 11. 28. Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale.

36) CC. n°2014-705 DC du 11 décembre 2014.

37) CC. n°2021-814 DC du 1er avril 2021.

2. 대통령

가. 대통령의 입법부 견제

(1) 외교적 보호에 관한 규정 초안

프랑스 헌법은 제10조에서 대통령의 법률안 거부권을 인정하고 있다. 대통령의 법률안 거부권은 의회의 입법권을 견제하기 위한 수단이 될 수 있는 것이다. 프랑스에서 대통령의 법률안 거부권은 토크빌(Tocqueville)의 제안으로 1984년 헌법에서 채택되었는데, 미국의 영향을 받았다고 할 수 있다.³⁸⁾

의회에서 통과된 법률안에 대해서 대통령이 공포할 권한을 가지고 있는데 정부로 이송된 법률안에 대하여 15일 안에 공포하도록 하고 있다. 그러나 이 기간이 만료하기 전에 대통령은 법률 전체 혹은 법률의 일부에 대하여 의회에 재의를 요구할 수 있고 의회는 이를 거부할 수 없도록 하고 있다. 대통령이 법률안 거부권을 행사하기 위해서는 수상의 부서가 있어야 하고, 의회는 우리나라와는 달리 일반적인 법률 의결정족수로 의결할 수 있다. 제5공화국 들어서 대통령이 법률안 거부권을 행사한 경우는 3번(1983년, 1985년, 2003년)에 불과하다.³⁹⁾

(2) 의회해산권

일반적으로 의회해산제도는 의원내각제에서 행정부가 입법부를 견제하기 위한 수단으로 인식되어지곤 하는데, 이러한 경우 의회해산권은 수상이 가지는 것이 보통이다. 그러나 의원정부제의 정부형태를 가지고 있는 프랑스

38) Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 34e éd., LGDJ, 2020, p.704.

39) 이에 대해 자세한 것은 전학선, 프랑스 대통령의 법률안거부권, *세계헌법연구* 제18권 제2호, 2012. 8, 309면 이하 참조.

에서는 수상이 아닌 대통령이 의회해산권을 가지고 있다. 해산의 대상이 되는 의회는 국민의회만이고 상원은 해산대상이 안된다. 제5공화국에서 대통령이 의회해산권을 행사한 경우는 5번(1962년, 1968년, 1981년, 1988년, 1997년)이었다.⁴⁰⁾

나. 대통령의 사법부 견제 - 사면권⁴¹⁾

프랑스에도 사면의 종류에는 일반사면과 특별사면이 있다. 대통령이 하는 사면을 ‘grâce’라고 하고 있는데 이를 특별사면이라 할 수 있고, 의회가 하는 사면을 ‘amnistie’라고 하고 있는데 이를 일반사면이라 할 수 있다.

특별사면은 대통령의 권한으로 헌법 제17조에 근거하고 있고, 일반사면은 법률로 하도록 되어 있고 헌법 제34조에 근거를 두고 있다.

일반사면의 조치가 법적이라면 특별사면의 동기는 매우 정치적일 수 있다.⁴²⁾ 그러나 사면이나 공소시효는 모두 정치적 그리고 사회적 평화를 유지하기 위한 것이라고 볼 수도 있다.⁴³⁾

헌법 제17조가 대통령의 사면권에 관하여 규정하고 있는데, 개별적으로 하도록 규정되어 있다. 그리고 헌법 제34조가 법률로 규정하여야 할 사항을 열거하고 있는데, 그 가운데 하나가 사면(Amnistie) 사항인 것이다. 따라서 우리나라의 사면제도와 비교할 때 대통령이 하는 사면은 특별사면에 해당된다고 할 수 있고, 의회가 하는 사면을 일반사면이라 할 수 있다.

사면의 효력에 관하여 형법전에서 규정하고 있는 것이 특징인데, 일반사면은 일정한 형벌을 받은 사람들에 대하여 형의 선고를 전적으로 소멸시켜 형이 선고되지 않은 것으로 간주되게 하는 것이다. 이에 반하여 특별사면

40) 전학선, 프랑스의 의회해산제도, 공법학연구 제12권 제3호, 2011. 8, 211면 이하

41) 전학선, 프랑스의 사면제도, 영남법학 제50권, 2020. 6, 1면 이하.

42) Eric Millard, Epurations, amnistie, amnésie ; un bref éclairage sur le droit, MIREHC n°3-1999.

43) CC. n°2013-319 QPC du 7 juin 2013.

은 형의 집행만을 면제하는 것이다.

프랑스에서 일반사면은 대통령 취임 후에 단행되었다. 대통령이 당선되면 취임 후에 일반사면을 단행하였는데, 2002년 시락 대통령이 재선에 성공하여 취임하면서 일반사면을 한 것이 마지막이고, 그 이후에 사르코지 대통령이나 올랑드 대통령 그리고 마크롱 대통령은 취임 후 일반사면을 단행하지 않았다.

특별사면은 개별적으로 하는데 대통령이 특별사면을 하는 경우도 매우 크게 줄어들고 있다. 대통령의 사면권 남용에 대한 비판이 있고 사면제도 자체에 대한 대통령들의 회의적인 입장 때문에 프랑스에서 사면권이 행사되는 횟수가 크게 줄어들고 있는 것이다.

프랑스에서도 사면제도 자체에 대하여 회의적인 시각이 많고 일반사면이나 특별사면 모두 그 행사가 줄어들고 있다, 이는 사면제도가 권력분립에 대한 예외로 범치주의를 훼손할 우려가 있기 때문이다.

3. 정부 - 수상

가. 수상과 장관의 임명⁴⁴⁾

프랑스 정부형태 연구에 있어서 가장 흥미로운 점 가운데 하나가 대통령과 수상의 존재이다. 각자가 서로 일정한 권한을 가지고 존재하기 때문에 둘 사이에 협력과 혹은 긴장관계가 형성될 수 있기 때문이다.

프랑스에서 대통령이 수상을 임명하도록 되어 있다(헌법 제8조 제1항). 대통령이 수상을 임명할 때에는 의회의 동의를 얻어야 한다든가 하는 제한이 전혀 없으므로 대통령의 수상임명권은 재량권이라 할 수 있다. 따라서 대통령이 수상을 임명하는 경우 정치적인 역학관계를 고려하여 임명하는

44) 전학선, 프랑스 이원정부제의 실체와 현황, 헌법학연구 제21권 제3호, 2015. 9, 49면 이하.

경우가 있다. 또한 대통령이 수상을 임명할 때 반드시 의회 다수당의 수장을 임명할 의무도 없다. 대통령은 재량을 가지고 임의대로 수상을 임명할 수가 있는 것이다. 예를 들면 1962년도에龐피두(Georges Pompidou)가 수상에 임명될 때,龐피두는 의회의원도 아니었고⁴⁵⁾ 의회 다수당의 일원도 아니었다.

따라서 일반적인 경우에는 대통령이 의회의원 다수의 지지를 받고 있는 경우에는 수상을 임명하는 경우에 크게 제약을 받지 않는다. 대통령이 거의 재량적으로 수상을 임명할 수 있다. 이러한 경우에 수상은 대통령의 권한 행사에 최대한 협력을 하게 될 것이며 대통령은 강력한 권한을 행사하게 된다. 그렇다면 이러한 모습은 강력한 대통령제의 모습을 보이게 되는 것으로 이해할 수 있다.

그러나 동거정부 하에서는 사정이 다르다. 동거정부 하에서는 현실적으로 대통령이 의회 다수파의 수장을 수상에 임명하였다. 제1차 동거정부 시기인 1986년도에는 좌파인 미테랑(François Mitterrand) 대통령이 우파인 자크 시락(Jacques Chirac)을 수상에 임명하였으며, 제2차 동거정부 시기인 1993년도에는 역시 미테랑 대통령이 우파인 발라뒤르(Edouard Balladur)를 수상에 임명하였고, 제3차 동거정부인 1997년도에도 자크 시락 대통령이 좌파인 리오넬 죠스팽(Lionel Jospin)을 수상에 임명하였다.

동거정부 하에서는 대통령이 명목상의 수상임명권을 가지고 있다고 보아도 과언이 아닌데, 이러한 경우에는 의원내각제에서 국가원수의 수상임명권과 유사하다고도 볼 수 있다.⁴⁶⁾

프랑스 헌법 제8조에 따라 대통령이 수상을 임명하도록 되어 있으며, 헌법의 명문상 다른 제한이 없는 것으로 해석된다. 그러나 헌법 제49조 제1

45) 프랑스는 의회의원과 국무위원 겸직이 금지되어 있다.

46) 성낙인, 프랑스 이원정부제(반대통령제)의 현실과 전망, 헌법학연구, 제4집 제2호, 1998. 10. 157면.

항이 “수상은 국무회의의 심의를 거친 후에 국민의회에 대하여 정부의 시정방침이나 또는 경우에 따라서는 일반정책의 선언에 관하여 책임을 진다.”라고 규정을 하고 있어, 이러한 헌법 제49조 제1항을 근거로 수상을 임명하면 국민의회에 신임을 묻도록 되어 있는 것이 아닌가 하는 논의도 있었다. 그러나 헌법조문의 해석상 반드시 국민의회에 신임을 얻어야 한다는 것으로 해석될 수 없으며, 헌법 제49조 제1항은 수상의 임명과 관련되는 것이 아니라 국민의회 앞에서의 책임에 관한 것으로 해석된다는 견해가 있으며,⁴⁷⁾ 헌법 제49조 제1항에 의한 국민의회에서의 신임은 의무가 아니라 수상의 재량이라고 보기도 한다.⁴⁸⁾ 실제로 국민의회에서의 신임여부를 묻는 것을 조각 후 며칠 후에 하는 경우가 있었으나 어떤 경우는 조각 후 몇 개월 후 혹은 몇 년 후에 하거나 아니면 아예 하지 아니하는 경우도 있었다. 예를 들면, 1997년 6월 4일의 죠스팽 정부는 며칠 후에 신임을 물었으며, 1988년 5월 10일의 미셀 로카르(Michel Rocard) 정부는 2년 8개월 후인 1991년 1월 16일 걸프전 사태 때 신임을 물었으며, 1991년 5월 15일의 에디트 크레송(Edith Cresson) 정부는 아예 국민의회에 신임을 묻지 아니하였다.

또한 대통령은 수상의 제청에 따라 국무위원을 임명하도록 되어 있다. 따라서 대통령이 순수하게 자신의 의지대로 내각을 구성할 수는 없고 반드시 수상의 제청에 의하여 장관을 임명하도록 되어 있는 것이다. 그러므로 의회 다수파와 대통령이 대립이 되는 동거정부 하에서는 내각이 결국 수상에 의하여 구성된다고 볼 수 있다. 내각은 대통령과 다수파의 대표자인 수상과의 타협의 산물로 나타난다고 볼 수 있다.⁴⁹⁾

47) Ferdinand Mélin-Soucramanien et Pierre Pactet, *Droit constitutionnel*, 36e éd., Sirey, 2017, p.470.

48) François Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel* 41e éd., LGDJ, 2020, p.628.

49) 전학선, 프랑스 정부형태, *세계헌법연구* 제12권 제1호, 2006. 6, 43-45면.

대통령과 수상이 실질적으로 권한을 행사하기 때문에 대통령과 수상의 권한이 충돌하는 경우도 발생할 수 있다. 대통령이 의회의 다수파에 의하여 지지를 받고 있는 상황에서는 대통령과 수상의 권한분배문제가 그리 크게 부각되지 않을 것이다. 왜냐하면 대통령과 수상이 상호 협력과 조정을 통하여 국정운영을 하게 되기 때문이다. 그러나 대통령이 의회의 다수파에 의하여 지지를 받지 못하고 동거부가 탄생하면 대통령과 수상의 권한문제가 크게 대두가 될 수 있는 것이다.

프랑스 헌법 제5조는 “대통령은 헌법준수를 감독한다. 대통령은 중재에 의하여 공권력의 정상적인 기능과 국가의 영속성을 보장한다. 대통령은 국가의 독립과 영토의 보존 그리고 조약 준수의 보장자이다.”라고 규정하여 대통령이 국정 전반에 대하여 지휘를 하는 것과 같이 규정하고 있다. 그러나 또한 헌법 제20조 제1항은 “행정부는 국가의 정책을 결정하고 인도한다.”라고 규정하고 있으며, 헌법 제21조 제1항에서는 “수상은 행정부의 활동을 지휘한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 헌법 제5조와 제20조 제21조를 해석·적용하는데 있어서 대통령과 수상의 권한이 어디까지인가가 명확하지 않다.

동거정부 이전에는 대통령의 우월성으로 인해 대통령이 국정을 주도하여 행정부의 국가정책결정·수행권을 규정한 헌법 제20조가 실효성을 많이 가지지 못하였으나 동거정부의 출현으로 그 실효성을 찾게 되었다고 본다. 또한 마찬가지로 동거정부가 아닌 상황에서는 대통령이 국민의회의 다수파의 지지를 확보하여 우월한 상황이므로 대통령은 중재자, 공권력의 정상적 기능의 보장자로서의 권한을 규정한 헌법 제5조를 원용할 필요가 적으나, 동거정부에서는 대통령의 권한을 방어하기 위하여 헌법 제5조에 의존할 필요가 생긴다. 또한 헌법 제5조와 제20조에 따라 그 분배를 모색하여 대통령은 국가의 독립성 등 중요한 국가이익에 관한 사항을 관할하고 행정부는 통상적인 국가사무를 관장한다고도 볼 수 있으나, 대통령은 상대적으로 중

요하지 않은 사항에 대해서도 개입할 수 있을 것이다. 이는 헌법상의 이러한 조문들이 추상적이고 구체성을 띠고 있지 않기 때문에 발생하는 문제인 것이다.⁵⁰⁾

나. 정부형태에 따른 정부와 입법부의 협력

프랑스에서 대통령은 국민의 직접선거로 선출되고 수상을 비롯한 내각은 의회의 다수당이 차지하게 되므로 수상을 비롯한 내각과 의회는 협력관계를 유지하는 것이 보통이다. 따라서 프랑스에서 입법부와 수상을 비롯한 내각이 충돌하는 경우는 발생하기 어렵다.

그러나 대통령을 지지하는 정당과 의회의 다수당이 다른 경우는 의회와 대통령이 충돌하는 경우가 발생하게 된다. 대통령을 지지하는 정당과 의회 다수당이 다른 경우를 보통 동거정부라고 부르는데, 동거정부에서는 대통령과 의회가 충돌하는 경우가 발생하게 된다. 동거정부 하에서는 대통령과 의회가 충돌하는 것 뿐만이 아니라 대통령과 수상을 비롯한 내각이 대립하는 경우도 발생하게 된다. 대통령은 국민들의 직접선거로 선출되지만 수상을 비롯한 내각은 의회 다수파가 차지하게 때문인 것이다.

따라서 동거정부에서는 대통령이 국정운영을 하는데 있어서 어려움이 많고 수상의 경우도 대통령과 정책대립이 발생하기 때문에 행정부를 이끌어 가는데 어려움이 발생하게 되는 것이다.

다. 정부조직 비법정주의⁵¹⁾

정부조직에 관하여 기본적인 사항을 헌법과 법률에서 엄격히 규정하는

50) 정재황, 프랑스 혼합정부제의 원리와 실제에 대한 고찰, 공법연구, 제27집 제3호, 1999. 6. 60면.

51) 전학선, 프랑스의 헌법 및 법률적 기반, “프랑스의 행정과 공공정책”, 박영사, 2008, 72면.

것을 정부조직 법정주의라고 한다면 정부조직에 관하여 대통령에게 폭 넓은 재량권을 부여하여 기본적인 사항을 명령으로 규율하도록 하는 것을 정부조직 비법정주의라고 할 수 있다. 우리나라는 정부조직법으로 정부조직을 규정하므로 대통령이 정부를 새롭게 조직할 때 국회가 정부조직법을 개정하여야 하므로 국회의 통제 내지 동의를 받는 것이 될 수 있다.

그러나 프랑스의 경우에는 정부 각 부처의 명칭이라든가 숫자 권한 등을 행정입법인 데크레(décret)로 정하도록 되어 있다. 법률의 영역에 관하여 규정하고 있는 헌법 제34조가 정부조직에 관하여 규정하고 있지 않기 때문에 헌법 제8조에 의하여 그 이외의 사항은 명령으로 규정할 수 있기 때문이다.

연혁적으로는 1789년 프랑스 혁명 직후인 1791년 4월 27일과 5월 25일자 입법적 성격을 가지는 데크레가 정부조직에 관하여 장관의 숫자를 6명으로 정하고 각부의 권한을 상세하게 확정하였다. 이러한 정부조직을 헌법이나 법률로 정하는 원칙은 혁명력 1년 헌법, 혁명력 3년 헌법(제150조), 집정관 시대, 1848년 헌법(제66조), 1940년 Vichy 체제하에서 제정된 1940년 7월 11일 법률 등에서 엄격한 법정주의를 채택하고 있었다. 특히 1848년 헌법 제66조는 ‘각료의 숫자 및 권한은 입법권이 정한다’라고 규정함으로써 법정주의를 명시하고 있었다. 그러나 실제로는 1849년 6월 8일 데크레에 의하여 정부조직이 행해졌다는 점에서 사실상 헌법에 규정된 법정주의는 지켜지지 않았다. 또한 제3공화국 하에서 1900년 4월 13일 재정법 제356조를 보충하는 1920년 6월 20일 법률 제8조에서는 ‘부처의 창설과 부처 간의 권한 이양은 법률로 정해야 한다’라고 규정하고 있었다. 그러나 이 규정 또한 헌정의 실제에 있어서는 지켜지지 않았으며 해방과 더불어 1945년 11월 24일 법률로 폐지되었다. 결국 프랑스에서 정부조직에 관한 기본원칙은 1789년 혁명 이후 오늘날에 이르기까지 약 10여년의 기간을 제외하고는 정부조직 비법정주의를 고수하고 있다고 볼 수 있다.⁵²⁾

52) 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 480면.

라. 정부의 입법권 견제 - 법률안 제출권

프랑스의 입법절차에서 법률안 제출권은 의회의원과 수상이 가지고 있다. 따라서 의회의원뿐만이 아니라 정부도 법률안을 제출할 수 있도록 되어 있는데, 프랑스에서도 과거에는 정부발의 법률안이 의원발의 법률안보다도 압도적으로 많은 비율을 차지하고 있었다.⁵³⁾ 그러나 최근에는 의원발의 법률안도 많아지고 있는 추세이다.⁵⁴⁾

* 법률안 발의 건수

	2021. 10. 1. - 2022. 6. 21.	15대 국민의회
정부발의 법률안	23	320
정부발의 법률안 중 조약	7	115
국민의회에 제출된 의원발의 법률안	307	2419
국민의회 의원발의 법률안	292	2226
상원의원발의 법률안	15	193

* 공포된 법률 수

	2021. 10. 1. - 2022. 6. 21.	15대 국민의회
채택된 정부발의 법률안	29	240

53) 예를 들어 2014-2015년도 회기 중에 통과된 법률을 보면 정부제출 법률안은 43개인 반면 의원제출 법률안은 9개에 불과하다. 2012년 6월 20일 이후부터인 제14대 국민의회를 보면 통과된 정부제출 법률안 196개인 반면 통과된 의원제출 법률안은 56개이다. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/seance/statistiques-14leg.asp> (2022. 6. 20. 검색)

54) 국회의원이 법률안을 발의하는 경우, 우리나라는 10인 이상의 국회의원이 동의하여야 법률안을 발의할 수 있으나, 프랑스에서는 의회의원 1인도 법률안을 발의할 수 있다. 법률안뿐만이 아니라 헌법개정안 발의도 의회의원 1인이 할 수 있다.(전학선, 프랑스의 헌법개정절차에 관한 연구, 외법논집 제45권 제3호, 2021. 8. 27면 이하.)

	2021. 10. 1. - 2022. 6. 21.	15대 국민의회
정부발의 법률안 중 조약	13	105
채택된 의원발의 법률안	40	114
국민의회 의원발의 법률안	29	81
상원의원발의 법률안	11	33
최종 채택된 법률안	69	354
긴급절차의 대상이 된 법률안	45	218
공포된 법률	71	353

이와 더불어 법률안에 대한 수정권도 의회의원과 정부에게 있다.

정부가 법률안을 발의할 때에는 아무런 제한이 없는데 반하여 의회의원이 법률안을 발의할 때에는 제한이 따른다.

의회의원이 제출한 법률안 혹은 수정안이 국고수입의 감소나 또는 국고지출의 증가 혹은 그 항목을 신설하는 것인 경우에는 수리되지 않는다. 또한 의회의원이 제출한 법률안 또는 수정안이 헌법 제38조에 따라 인정된 위임에 반하는 것이 입법절차 중에 명백하게 나타난 경우에는 정부만이 그 수리를 거부할 수 있었다. 그러나 2008년 7월 헌법개정으로 2009년 3월 1일부터는 정부뿐만 아니라 법률안이 등록된 의회의 의장도 수리를 거부할 수 있도록 하였다. 또한 심의가 개시된 이후 정부는 그 이전에 위원회에 회부되지 아니한 모든 수정안의 심사에 반대할 수 있다.

프랑스에서는 법률안 수정권이 정부에게도 있기 때문에 의원입법에 있어서도 정부가 충분히 정부의 견해를 반영할 수 있다. 이는 헌법 제44조에서 정부에게도 입법절차에서 수정권을 부여하고 있는 것으로 의회에 대한 불신에서 기인한 것이라 볼 수 있다.

의회의 의결을 거친 법률안에 대하여 대통령이 이를 공포한다. 대통령이 법률을 공포하는 것은 일종의 통치행위(acte de gouvernement)로 사법심사

의 대상(행정최고재판소의 심사)에서 제외되는 것으로 이해되고 있다.⁵⁵⁾ 프랑스 행정최고재판소(Conseil d'Etat)도 이를 통치행위로 인정하고 있다.⁵⁶⁾

4. 사법부⁵⁷⁾

프랑스는 전통적으로 사법부에 대한 불신이 있어, 사법권의 독립이 명목상으로는 불분명하다고도 할 수 있다. 이는 헌법을 통해서도 알 수 있는데, 헌법 제II장의 제목을 대통령으로 하고 있고, 제III장은 정부(Le Gouvernement), 제IV장은 의회(Le Parlement)이라고 하고 있으나, 제VIII장에서 사법권한(De l'autorité judiciaire)으로 하고 있다.

헌법재판소는 권력분립을 위하여 사법권에 정치권력이 개입하는 것을 통제하고 있으며 법관의 독립을 위한 결정도 많이 하고 있다.

가. 사법체계의 이원적 구조

프랑스에서 헌법상 사법권한은 사법법원에 부여되어 있다고 할 수 있으나, 재판을 담당하는 기관을 중심으로 보면 이원화되어 있다고 할 수 있다. 즉 프랑스의 사법권은 일반 민·형사 사건을 처리하는 사법법원(Juridiction judiciaire)과 행정사건을 담당하는 행정법원(Juridiction administrative)으로 구성되어 있다. 이 외에도 헌법재판을 담당하는 헌법재판소(Conseil constitutionnel)와 대통령의 책임을 묻는 고등재판소(La Haute Cour)⁵⁸⁾와

55) Michel Lascombe et s, Code constitutionnel et des droits fondamentaux, 11e éd., Dalloz, 2021, p.585; Thierry S. Renoux et s, Code constitutionnel, Litec, 2021, p.951.

56) CE 3 nov. 1933. Desreumeaux ; Lebon 993; S. 1934. 9, note Alibert ; D. 1933, 36, note Gros; note Jèze, RDP, 1934, p.649.

57) 전학선, 프랑스 대법원(Cour de cassation)의 구성에 관한 연구, 유럽헌법연구 제18호, 2015, 23면 이하.

58) 이에 관해서는 전학선, 프랑스 대통령의 탄핵심판제도, 헌법학연구 제6권 제4호,

정부구성원의 책임에 대하여 심판하는 공화국재판소(Cour de justice de la République) 등이 있다.

사법법원과 행정법원의 이원적 구조는 그 연원을 역사적 사실에서 찾을 수 있는데, 1789년 프랑스 혁명과 더불어 야기된 행정권과 사법권의 분립 및 사법법원에 대한 불신에 기초해 있다. 프랑스 혁명 당시의 인사들은 구 체제하에서 재판기관인 Parlement에 대하여 좋지 않은 기억을 가지고 있었고, 실제로 Parlement은 재판기관이라기 보다는 오히려 칙령등재권을 통하여 입법권에 관여하며, 이것을 통하여 왕에 대해 상소를 할 수 있고, 나아가서 왕의 행정에 개입하며, 그 구성원은 왕권의 대리인으로서 지방의 주지사에게 임명되기도 하였다. 이러한 Parlement의 활동은 바로 귀족계급이 그들의 특권을 유지하는 도구로 전략하게 되었으며, 그것은 곧 혁명가들에게 새로운 사법제도를 위한 여명으로 이어졌다.⁵⁹⁾

따라서 1790년 8월 16-24일 법률은 행정권한과 사법권한의 분립원칙을 도입하게 되었고, 1790년 11월 27일 및 12월 1일 법률은 행정재판과 사법재판의 분립을 규정하게 되었는데, 특히 혁명력 8년 frimaire 22일 헌법에서 행정최고재판소(Conseil d'Etat)를 창설하고 동 pluviouse 28일 법률에서 현 지방법원의 전신인 Conseil de Préfecture를 설치하기에 이르렀다. Conseil de Préfecture가 진정한 사법기관이라면 행정최고재판소는 사법기관이라기보다는 오히려 행정기관으로서 행정기관이 입법·행정작용을 행사함에 있어서 공력력에 대하여 자문하고 국가원수가 쟁송사안에 관해 결정하기 위해 소집하는 기관이었다고 할 수 있다. 실제로 행정최고재판소도 국가원수가 조정할 사안에 관하여 이를 결정하는 기관으로서의 역할을 수행하였으며, 1806년에는 행정최고재판소에 소송위원회가 설치됨으로써 준사법기관으로서의 기능을 수행하기 시작하였으며 유보재판(la justice

2000. 12, 305면 이하 참조.

59) 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 689면.

retenué)⁶⁰⁾의 이름으로 행하여졌다.

이러한 유보재판으로 1872년 5월 24일 법률에서 위임재판(la justice déléguée)으로 대체되었는데, 이로써 행정최고재판소는 국가원수의 서명을 받기 위한 해결방안을 준비하는데 그치는 것이 아니라 프랑스 국민의 이름으로 재판결정권을 행사하게 되었으며, 이때부터 프랑스의 재판은 1790년에 창설된 대법원(Cour de cassation)과 행정최고재판소(Conseil d'Etat)라는 두 개의 최고법원을 중심으로 분명한 체계가 갖추어지게 되었다.⁶¹⁾ 그러나 형식적인 측면에서 보면 행정최고재판소는 지금도 그 장이 수상으로 되어 있어 행정부 소속이므로 사법부라 할 수 없다.⁶²⁾

프랑스에서 사법권은 그 독립성이 보장되고 따라서 그 중립성이 철저하게 지켜지고 있으나, 이러한 독립성과 중립성이 헌법과 법률에 의하여서만 완벽하게 보장되는 것은 아니다. 헌법과 법률에서 어느 정도의 인적 물적 독립성이 보장되면 그 다음은 국민들의 사법권에 대한 중요성 인식과 사법부에 대한 존중이 머릿속에 자리잡고 있어야지만 사법권의 독립성과 중립성이 보장될 것이다.

특히 사법권은 이원화되어 있어 행정법원은 행정부에 속하고 일반법원은 사법부에 속한다고 볼 수 있는데, 행정법원과 일반법원의 분리는 법률에 의하여 시행되었다. 그러나 이러한 행정법원이 비록 행정부에 속하지만 그 독립성은 보장된다. 프랑스 헌법재판소는 행정법원이 행정재판을 하는 것이 공화국 법률에 의하여 인정되는 기본원리라고 인정하였다.⁶³⁾

60) 유보재판 또는 유보된 재판권이란 왕이 자신의 이름으로 법관이 아닌 공무원이 분쟁을 해결하는 것으로 행정부에 재판권이 유보되었다는 의미에서 유보재판으로 일컬어진다. 이에 반해 위임재판 또는 위임된 재판권은 왕의 이름으로 법관에 의한 재판을 의미한다. 따라서 법관에게 재판권이 위임되었다는 의미에서 위임재판이라 일컫는다.

61) *ibid.*

62) 프랑스 법원 구조에 대해서는 전학선, 프랑스의 사법관 선발의 다양성과 지위, 세계헌법연구 제15권 제3호, 2009. 12, 391면 이하 참조.

63) Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel* 41e éd., LGDJ, 2020, p.870.

나. 법원

(1) 행정법원

프랑스에서 행정재판을 담당하는 기관은 행정최고재판소를 최고법원으로 하는 행정법원으로, 행정법원은 지방법원에 해당하는 행정법원(le tribunal administratif)과 고등법원에 해당하는 항소행정법원(la Cour administrative d'appel) 그리고 최고법원인 행정최고재판소로 되어 있다. 프랑스에서 행정최고재판소는 기능적으로는 재판기관으로서의 성격도 가지지만 구성상의 성격은 행정기관이라고도 할 수 있는데, 그 이유는 행정최고재판소의 장이 수상(Premier ministre)으로 되어 있기 때문이다. 수상을 소장으로 하는 행정최고재판소는 사법부와 구별되어 전통적인 권력분립이론과는 일치하지 않는 면이 있는 독특한 유형이라 할 수 있으나, 수상은 행정최고재판소의 업무에 관여하지 않고 명목상의 장에 불과하여 실질적인 장은 부소장이라 할 수 있다.

프랑스 행정최고재판소의 성격과 관련하여 행정소송을 담당하는 소송국의 구성원이 행정법원의 판사에 해당하는가를 생각하면 행정최고재판소의 소속을 보면 일반 공무원이라 할 수도 있으나, 그 지위를 고려하여 볼 때, 지위의 독립성과 신분보장을 통하여 공정한 업무의 수행을 요청받고 있는 점이라든가 행정법원법전(Code de justice administrative) 제L231-3조에서 ‘사법관의 업무(leurs fonctions de magistrats)’라고 하고 있는 점 등을 고려할 때 법관의 지위를 가진다고 보아도 될 것이다.

행정최고재판소는 통상 중요한 법령안에 대하여는 자문을 하는데, 행정최고재판소에 의한 법령안의 자문은 의무적인 경우와 임의적인 경우가 있다. 법률안, 오르도낭스(Ordonnance)안, 1958년 헌법이전에 법률에 규정되었지만 1958년 헌법에 의해 명령사항이 된 규정을 개정하는 명령안 등은 행정최고재판소의 자문을 받아야 한다.

행정최고재판소의 자문을 받은 후 제정된 데크레의 개정도 행정최고재판소의 자문이 의무적인 경우에는 행정최고재판소에 자문을 받아야 하지만 행정최고재판소에의 자문이 의무적이 아닌 경우에는 행정최고재판소의 자문을 받음이 없이 단순한 데크레로도 가능하다.

프랑스 행정법원은 행정재판을 수행할 뿐만 아니라 중요한 행정문제에 대해 행정기관에 자문도 수행하는데, 지방행정법원과 항소행정법원은 자문 기능이 약하지만 행정최고재판소는 자문기능이 매우 중요한 부분을 차지한다고 할 수 있다. 행정재판에 있어서 우리나라의 고등법원에 해당하는 항소행정법원(la Cour administrative d'appel)은 '1987년 12월 31일 행정소송 개혁에 관한 법률'(Loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif)에 의하여 창설되었다. 따라서 항소행정법원이 만들어지기 전에는 프랑스에서 행정소송은 2심제였다.

2022년 8월 현재 프랑스에는 9개의 항소행정법원이 있고,⁶⁴⁾ 우리나라의 지방법원에 해당하는 행정법원(le tribunal administratif)은 42곳에 설치되어 있다.⁶⁵⁾

(2) 사법법원

프랑스에서 행정소송을 제외한 일반소송을 담당하는 법원은 대법원을 정점으로 하는 사법법원이다. 프랑스에서 사법법원은 형식적으로는 법무부 산하기관으로 되어 있으나 그 독립성이 보장되고,⁶⁶⁾ 사법권의 독립성은 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)에 의하여 헌법적 가치를 가지는 것이라 인정받고 있다.⁶⁷⁾ 행정소송을 제외한 일반재판도 3심

64) 8개의 항소행정법원은 Bordeaux, Douai, Lyon, Marseille, Nancy, Nantes, Paris, Toulouse, Versailles에 있다(Code de justice administrative, Article R221-7).

65) Code de justice administrative, Article R221-3.

66) Michel Lascombe et s, Code constitutionnel et des droits fondamentaux, 2e éd., Dalloz, 2012, p.1131.

67) CC. n°98-396 DC du 18 février 1998.

제가 원칙이라 다양한 1심 법원과 우리나라의 고등법원에 해당하는 항소법원(Cour d'appel), 그리고 최고법원인 대법원(Cour de cassation)이 있다.

2심법원인 항소법원에는 민사부, 사회부, 상사부, 형사부 등을 두고 있는데, 36곳 정도에 항소법원을 두고 있다. 그 이외에도 항소법원으로 항소중죄법원(Cour d'assises d'appel)이 있다. 1심법원은 다양한 법원으로 구성되어 있는데, 우리나라의 지방법원에 해당하는 사법법원(Tribunal judiciaire)이 있고, 상사법원(Tribunal de commerce), 노동법원(Conseil des Prud'hommes)⁶⁸⁾ 등이 있다. 지방법원으로 형사사건을 담당하는 법원으로 중죄법원(Cour d'assises)이 있고, 경죄법원(Tribunal correctionnel), 경찰법원(Tribunal de police)이 있다.

IV. 헌법재판소에 의한 권력분립원칙 적용

1. 권력분립원칙의 특징

권력분립은 전제주의나 독재국가를 방지하거나 자유와 권리를 보장하기 위하여 가장 먼저 필요한 요소라고 할 수 있다. 권력분립은 전제주의나 독재국가를 부정하는 모든 사람들에게 당연히 인정되는 헌법상의 원칙이라 할 수 있는데, 그럼에도 불구하고 권력분립의 적용 방식이나 구체적인 실현 방식은 모든 사람마다 다르다고 할 수 있다.

전통적으로 권력분립은 구별되는 두 가지 원칙을 바탕으로 구현되는 것으로 이해될 수 있다. 첫 번째는 특별성(spécialisation)이고 두 번째는 독립성(indépendance)이다.⁶⁹⁾ 특별성과 독립성이 어떻게 조화를 이루어 구현되는

68) 노동법원에 대해서는 전학선, 프랑스 노동법원 법관 임명에 관한 법률안에 대한 입법평가, 입법평가 Issue Paper, 한국법제연구원, 2014.

69) Francis Hamon et Michel Troper, Droit constitutionnel 41e éd., LGDJ, 2020, p.107.

가 하는 점이 권력분립이 제대로 실현되는가를 파악할 수 있는 요소이다.

권력분립원칙은 특별성을 요구한다. 일반적으로 국가는 세 가지 국가작용을 통하여 권력을 행사한다고 본다. 법률을 만들고, 만들어진 법률을 집행하고 이에 근거하여 분쟁을 해결하는 것이다. 이것이 입법과 집행 그리고 사법인 것이다. 이러한 국가 기능은 서로 독자적인 권한을 행사하고, 그 기능에 있어서 구별되는 것이다. 기관의 특별성은 권한을 행사하는 각각의 기관이 서로 구분되는 권한을 행사하는 것이고 하나의 기관이 다른 기관과는 구별되는 권한을 온전히 행사하는 것이다. 이러한 관점에서는 각각의 기관이 다른 기관의 권한을 행사하여서는 안되고 권한이 혼재되어서는 안 된다는 것이다.⁷⁰⁾

권력분립원칙은 독립성을 요구한다. 권력분립은 각각의 국가기관이 서로 독립적으로 권한을 행사하는 것이다. 만약에 어느 한 국가기관이 다른 국가기관의 영향하에 있거나 다른 기관에 영향력을 행사한다면 이는 독립적으로 권한을 행사하는 것이라고 보기 어렵다. 예를 들어 집행권력이 입법 권력을 지배하거나 압력을 행사하는 경우 입법권력이 집행권으로부터 독립적으로 권한을 행사한다고 볼 수 없는 것이다. 이는 집행권력이 간접적으로 입법권을 행사하는 것이 된다. 따라서 권력분립이 이루어지는 것은 국가기관 상호 간에 독립성이 보장되어야 한다는 것이다. 어느 한 국가기관이 다른 국가기관을 구성하는 구성원에 대하여 일방적으로 임명하는 권한을 가지고 있다든가 혹은 한 국가기관이 임의대로 다른 국가기관의 구성에 관여하는 것은 권력분립이 이루어지고 있다고 볼 수 없다. 이를 위하여 국가기관 상호 간에 다른 국가기관을 견제할 수 있는 권한을 가지고 있어야 하고 이러한 점이 제도적으로 보장되어야 하는 것이다.⁷¹⁾

결론적으로 권력분립의 국가기관 상호 간에 견제와 균형을 통하여 서로

70) *ibid.*

71) *ibid.*

특별한 권한을 행사하여야 하는 것이고 독립적인 국가기관으로 존립하여야 하는 것이다. ‘권력으로 권력을 억제한다’는 몽테스키외의 말처럼 국가기관 상호 간에 통제를 하여야 하는 것이다. 만약 어느 한 권력이 전권을 행사하고자 하는 경우 다른 권력이 즉각 이에 반대하여 통제를 하여야 하는 것이다. 특히 입법권과 집행권은 상호 통제를 하고 균형을 이루는 경우에 자유가 보장될 수 있다는 것이다.

2. 권력분립원칙에 의한 헌법재판의 도입

프랑스에서 권력분립원칙은 1789년 시민혁명의 결과로 나타난 1789년 인권선언을 통해서 나타났다. 1789년 인권선언 제16조는 “권리가 보장되지 않거나 권력분립이 이루어지지 않는 모든 사회는 헌법을 가지고 있다고 할 수 없다”라고 규정하였다. 따라서 프랑스에서는 절대왕정을 거쳐 입헌주의 국가로서 근대국가를 수립하면서 권력분립을 국가에 있어서 당연히 적용되는 원칙으로 하였다.

또한 프랑스에서는 1848년 헌법 제19조도 권력분립에 관하여 직접적으로 규정하였는데, “권력분립은 자유로운 정부의 첫 번째 조건이다”라고 하였다.

제5공화국 이전에 입법권에 대한 통제로 위헌법률심판을 하는 것에 대하여 이는 권력분립원칙에 위배된다는 견해와 권력분립원칙에 위배되지 않는다는 견해가 있었다. 프랑스의 Esmain이라든가 Raiga, Larnaude 같은 학자들은 사법권이 입법권을 통제하는 것은 권력분립원칙에 위배된다고 보았던 것이다.⁷²⁾ Carré de Malberg 같은 학자는 1875년 헌법에 기초하여 법률에 대한 합헌성 통제는 의회만이 할 수 있다고 하였다.⁷³⁾

72) Marie-joëlle Redor, De l'Etat légal à l'Etat de droit, L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1870-1914), Economica et PUAM, 1992, p.218.

73) Raymond Carré de Malberg, La constitutionnalité des lois et la Constitution de

반면에 다른 많은 학자들은 권력분립원칙이 위헌법률심판의 제도적 취지 등을 고려할 때 권력분립원칙에 위배되는 것은 아니라고 하였다.⁷⁴⁾

권력분립원칙이 헌법에 규정되어 있으나, 이에 대한 예외는 인정된다. 예를 들어 사면제도⁷⁵⁾는 권력분립에 대한 예외라고 할 수 있다.⁷⁶⁾ 프랑스 헌법재판소는 권력분립원칙에 대한 예외 내지 권력분립을 위반을 인정할 수 있는 경우는 헌법이 보장하는 권리와 자유를 보장하기 위한 경우라고 할 수 있다고 하였다.⁷⁷⁾

프랑스 헌법재판소는 그 동안 많은 결정에서 권력분립원칙을 심사기준으로 하였다. 1987년 1월 23일 결정⁷⁸⁾에서 헌법재판소는 권력분립원칙은 이미 오래전부터 프랑스에서 개념이 정립되어 왔다고 하였다. 1790년 8월 16·24일 법률⁷⁹⁾ 제10조⁸⁰⁾와 제13조⁸¹⁾ 그리고 공화력 3년 fructidor 16일 테크레(16 fructidor An III)는 일반적으로 행정권과 사법권을 분리하는 권력분립원칙을 적용하고 있다고 볼 수 있으나, 그 자체가 헌법적 가치를 가지는 것은 아니라고 하였다. 다만 ‘공화국 법률에 의하여 인정되는 기본원칙(principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)을 통하여 권력분립원칙이 인정된다고 하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 행정권에 의하여 행하여진 행정작용에 대하여 행정법원이 재판권을 가진다고 하였다.

1875, RDP, tome CXXXII, 10 septembre 1927, p.339.

74) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 5e éd., PUF, 2020, 170.

75) 프랑스 사면제도에 관해서는 전학선, *프랑스의 사면제도*, 영남법학, 제50호, 2020, 1면 이하.

76) CC. n°89-258 DC du 8 juillet 1989.

77) CC. n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016.

78) CC. n°86-224 DC du 23 janvier 1987.

79) Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

80) 제10조는 법원이 직·간접적으로라도 입법권을 행사할 수 없다는 것이고 테크레의 집행을 방해하거나 정지할 수 없다는 것이다.

81) 제13조는 사법기능은 항상 행정기능과 구분된다는 것과 법관은 사법기능을 이유로 행정부의 기능을 방해할 수 없다는 내용이다.

그리고 2년 후인 1989년 7월 28일 결정⁸²⁾에서 헌법재판소는 도지사의 외국인에 대한 국경인도(reconduite à la frontière) 아레테(arrêté)에 대한 재판관할을 행정법원(la juridiction administrative)이 아닌 사법법원(la juridiction judiciaire)에게 부여하는 것은 권력분립원칙에 위배된다고 하였다.

헌법재판소는 1998년 7월 29일 결정⁸³⁾에서 모든 재판은 집행력이 주어지는 것이고, 필요한 경우에는 공권력이 집행에 협력하여야 한다고 하였다. 2001년 7월 25일 결정⁸⁴⁾에서 헌법재판소는 권력분립원칙은 공권력 기관의 재정적 자치 원칙을 포함하고 있다고 하였다. 또한 2008년 2월 21일 결정⁸⁵⁾에서 헌법재판소는 사법부 기능의 특수성을 인정하면서 입법자나 정부 또는 어떠한 행정기관도 사법부의 기능을 방해할 수 없다고 하였다. 헌법재판소는 2016년 7월 22일 결정⁸⁶⁾에서 권력분립원칙에 위배되는 것은 원칙적으로 허용될 수 없으나 헌법이 보장하는 권리와 자유를 보호하기 위하여 사후적 규범통제(QPC)⁸⁷⁾를 하는 것은 허용될 수 있다고 하였다.

프랑스 헌법재판소는 권력분립원칙을 사전적 규범통제(DC)와 사후적 규범통제(QPC)에서 주로 심사기준으로 하였고, 몇몇 법률영역과 행정입법영역에 관한 분쟁으로 비법률화(L), 입법불수리(FNR) 사건에서도 심사기준으

82) CC. n°89-261 DC du 28 juillet 1989.

83) CC. n° 98-403 DC du 29 juillet 1998.

84) CC. n°2001-448 DC du 25 juillet 2001.

85) CC. n°2008-562 DC du 21 février 2008.

86) CC. n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016.

87) 프랑스 헌법재판소는 사건 유형에 따라 약어를 사용한다. ‘DC’는 사전적 규범통제(사전적 위헌법률심판) 사건이고, ‘QPC’는 2008년 헌법개정을 통하여 2010년 3월부터 시행된 사후적 규범통제(구체적 위헌법률심판) 사건이다. ‘L’은 헌법 제37조 제2항에 의하여 헌법재판소가 법률의 내용이 행정입법에 해당한다고 하는 사건이다. ‘FNR’은 헌법 제39조 제4항에 의한 의회의 입법과정에서의 의사일정 등록에 관한 결정과 헌법 제41조에 의한 의회 의장이 법률소관사항이 아니라거나 제38조의 위임에 위반된다고 판단하는 경우 수리를 거부할 수 있는데, 이 때 정부와 의장 사이에 이견이 있을 때 헌법재판소에 청구하여 헌법재판소가 판단을 한다. 이러한 결정을 ‘FNR’로 한다.

로 하였다. 따라서 헌법재판소는 주로 사전적 규범통제와 사후적 규범통제에서 권력분립원칙을 심사기준으로 하였다.⁸⁸⁾

그러나 권력분립이론의 적용에 있어서 다양한 형태가 있고 권력분립이론이 다양한 의미를 내포하고 있으므로, 헌법재판소가 권력분립원칙을 심사기준으로 하는 것에 대하여 권력분립원칙이 헌법재판에 영향을 미치는 것이 아니라 헌법재판소의 결정이 권력분립의 의미와 내용을 결정한다고 보는 견해도 있다.⁸⁹⁾

3. 권력분립원칙의 헌법재판 적용

가. 입법권과 행정권 관계

프랑스 헌법재판소가 권력분립원칙에 대하여 헌법적 가치를 인정한 첫 번째 결정은 1979년 5월 23일 결정⁹⁰⁾으로 입법부와 행정부 간의 관계에 관한 사건이었다.⁹¹⁾ 1979년에 누벨칼레도니(Nouvelle-Calédonie) 의회 의원 선거제도를 변경하는 법률안에 대하여 의회에서 의결을 하였다. 누벨칼레도니 의회 의원의 임기를 몇 개월 일찍 종료하게 하고 새로운 선거를 실시하는 것을 내용으로 하는 법률안이었던 것이다. 이에 대하여 상원의원들은 헌법재판소에 사전적 위헌법률심판을 청구하였는데, 동 법률이 입법부와 행정부의 권력분립원칙에 위배된다고 주장하였던 것이다. 청구인인 상원의원들의 주장에 따르면 동 법률은 지방의회를 해산하는 것이고 지방의회의

88) Agnès Roblot-Troizier, Un concept moderne ; Séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, Pouvoirs, n°143, 2012. 4, pp.90-91.

89) Michel Troper, A quoi sert la sparation des pouvoirs? Le point de vue de la théorie du droit, TitreVII, n°3, octobre 2019.

90) CC. n°79-104 DC du 23 mai 1979.

91) Dominique Rousseau · Pierre-Yves Gahdoun · Juilen Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, 12e éd., LGDJ, 2020, p.593.

해산은 입법부에 의해 선언될 수 없고 국무회의(Conseil des ministres)에 의하여 선언될 수 있다는 것이다.

그러나 헌법재판소는 청구인인 상원의원들의 주장을 받아들이지 않았는데, 지방의회 의원의 임기 단축은 입법자에 의한 합법적인 권한행사의 결과라고 하였다. 헌법재판소는 지방의회 의원의 임기는 입법부에게 주어진 권한에 해당한다고 하였고, 따라서 동 법률안이 권력분립원칙에 위배되지 않고 헌법에 위반되지도 않는다고 하였다.

헌법재판소는 직접적으로 권력분립원칙을 원용하지는 않았지만 많은 결정에서 권력분립원칙을 적용하였다고 할 수 있다. 특히 입법부와 행정부의 관계에서 권력분립원칙을 적용하였다고 할 수 있다.

1958년에 헌법재판소가 창설될 당시에 헌법재판소는 의회의 권력을 통제 내지 제한하는 기관으로 평가되었다. 즉 의회가 입법권을 행사하는데 있어서 헌법에 위반되는 법률을 제정·개정하는 경우 이에 대한 통제를 헌법재판소가 하는 것이므로 의회의 입법권을 통제하는 기관으로 인식되었던 것이다.

그러나 헌법재판소는 입법권의 확장·강화를 위하여 법률의 규정 사항을 제한하고 있는 헌법 제34조를 조화롭게 해석하고 있다고도 평가되기도 한다.⁹²⁾ 예를 들어 1964년 3월 19일 결정에서 헌법재판소는 라디오-텔레비전 조직에 관한 결정⁹³⁾에서 프랑스 라디오-텔레비전에 관한 오르도낭스(ordonnance du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision Française)의 내용을 입법사항으로 보았는데, 사상과 정보에 관한 통신은 공적 자유와 관련되고 이러한 공적 자유에 대한 보장은 입법사항이라고 하였다. 또한 프랑스 라디오텔레비전(RTF)의 방송 송출에 있어서의 독점권은

92) Dominique Rousseau · Pierre-Yves Gahdoun · Juilen Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, 12e éd., LGDJ, 2020, p.597.

93) CC. n°64-27 L du 17 mars 1964.

헌법 제34조에서 규정하고 있는 공공기관의 설립(*la création de catégories d'établissements publics*)에 해당한다고 하였다.

2009년 3월 프랑스 의회는 프랑스 텔레비지옹(*France Télévisions*)과 라디오프랑스(*Radio France*)의 회장을 임명하는데 있어서 임기 5년으로 시청각고등위원회(*Conseil supérieur de l'audiovisuel*)의 적합의견과 의회의 소관상임위원회의 의견을 들어 데크레로 하도록 하는 내용의 법률안에 대하여 의결하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 2009년 3월 3일 결정⁹⁴⁾에서 헌법 제13조가 일정한 공직자에 대해서는 의회의 소관상임위원회에서 5분의 3 이상의 의원들의 의견으로 반대를 하면 임명할 수 없도록 하고 있는데, 입법자가 헌법 제13조와 권력분립원칙에 위배되지 않고 통신의 자유와 회사의 독립성을 보장하면서 임명 조건을 정할 수 있다고 하였다. 그러나 시청각고등위원회의 적합의견과 의회 소관상임위원회 공개 의견을 들은 후 데크레로 회장을 사임하게 할 수 있도록 하는 것에 대해서는, 헌법 제13조는 공직 임명에만 적용되므로 권력분립원칙에 위배된다고 하였다.

1965년 2월 9일 결정⁹⁵⁾에서, 헌법재판소는 공공수용과 관련하여 법원에 공공수용에 관한 부(*chambre*)를 신설하는 것은 소유권에 관한 기본적인 사항에 해당하기 때문에 입법사항이라고 하였다.

또한 자연인이나 법인이 둘 이상의 주점(*débit de boisson*)을 소유하거나 경영하는 것을 금지하는 것은 모든 시민이 가지는 공적 자유의 행사를 위한 기본적인 사항에 해당한다고 하였고, 소유권의 기본원칙과 관련된다고 보았다.⁹⁶⁾ 2019년 8월 1일 결정에서는 근로조건을 결정하는 공무원의 지위는 국가공무원에게 부여된 기본적인 권리라 할 수 있고 지방자치단체의 자유로운 행정에 관한 기본원칙에 해당하여 입법사항이라 하였다.⁹⁷⁾

94) CC. n°2009-577 DC du 3 mars 2009.

95) CC. n°65-33 L du 9 février 1965.

96) CC. n°67-44 L du 27 février 1967.

97) CC. n° 2019-790 DC du 1 août 2019.

헌법재판소는 입법의 영역을 제한하고 있는 헌법 제34조를 해석하는데 있어서 입법부의 권한을 확대하는 방향으로 해석하고 있는데, 이는 입법권을 의회에게 부여하고 있는 헌법을 단지 문리적인 해석에만 그치는 것이 아니라 유기적으로 해석하고 있다고도 볼 수 있다. 이에 따라 의회의 입법권과 행정부의 행정입법권을 조화롭게 해석하고 있다고 할 수 있다.

즉 헌법재판소는 헌법 제34조가 규정하고 있는 ‘기본적 보장(*garanties fondamentales*)’을 확장하여 해석하고 있다고도 볼 수 있다. 헌법 제34조는 ‘공적 자유를 행사하기 위하여 시민에게 부여된 기본적 보장(*les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques*)’과 관련된 규범을 해석하는데 있어서 입법자에게 많은 입법권을 부여하고 있다고 보고 있는 것이다. 예를 들어 소송에 있어서 당사자는 재판받을 권리가 보장되는데, 재판받을 권리의 보장은 입법영역에 해당한다고 본 것이다. 특히 헌법 제34조는 형사절차에 관해서만 명문으로 규정을 두고 있어, 형사절차 이외의 소송에서는 소송 절차를 법률로 규정할 수 있는가 하는 문제가 있는데, 헌법재판소는 조세소송이라든가 민사소송, 행정소송 등에 관한 절차도 입법사항에 해당된다고 하였다.⁹⁸⁾

이외에도 케이블방송 운영자를 허가하는데 있어서 독립행정관청이나 정부에게 허가권을 부여하는 것과 관련하여, 이러한 허가권은 공적 자유 특히 방송통신의 자유와 관련되므로 이는 입법사항에 해당된다고 보았다.⁹⁹⁾

결론적으로 헌법재판소는 헌법 제34조를 해석하는데 있어서 의회의 입법권을 확장하는 경향이 있고, 이를 통하여 행정부의 행정입법권은 축소되는 경향으로 나타나고 있다.

입법권과 관련하여 1982년 헌법재판소는 몇 주 사이에 중요한 3개의 결정을 하였다.

98) CC. n°80-119 L du 2 décembre 1980.

99) CC. n°84-173 DC du 26 juillet 1984.

첫 번째는 1982년 6월 28일 결정으로,¹⁰⁰⁾ 1959년 1월 2일 오르도낭스는 공법상 또는 사법상의 법인을 위하여 경제적 또는 사회적 이익의 범위 안에서 특별징수세(taxe parafiscale)를 신설하는 것은 행정입법권으로 할 수 있도록 하는 것이었다. 이에 대하여 헌법재판소는 이러한 것이 동일한 목적으로 입법자가 조세를 신설하는 것을 금지하는 것은 아니라고 하였다.

두 번째 결정은 한 달 후인 1982년 7월 27일 결정¹⁰¹⁾으로, 국민의회 의원들은 헌법재판소에 국가계획을 개혁하는 법률에 대하여 위헌법률심판을 청구하였다. 국민의회 의원들은 국가계획은 헌법 제34조에 규정된 법률사항이 아니라고 주장하였던 것이다. 동 법률은 헌법개정 없이 입법영역을 확대하는 것이었는데, 헌법재판소는 계획(plan ou planification)이라는 용어는 헌법 제34조에 규정되어 있지 않다고 하였으나, 입법 목적에 비추어 다 년도의 국가계획은 법률 영역에 해당한다고 하면서 입법자의 권한이라고 하였다. 즉 동 결정에 의하면 헌법재판소는 헌법 제34조의 법률영역이 문언에 한정되는 것이 아니라 직간접적으로 관련된 모든 분야까지 확대될 수 있다고 한 것이라고 할 수 있다.¹⁰²⁾

세 번째는 1982년 7월 30일 결정¹⁰³⁾으로, 가격과 소득에 관한 법률(Loi sur les prix et les revenus)이 동 법률을 위반하는 회사에 대해서는 20프랑에서 50프랑의 벌금(amende)을 부과하는 것을 내용으로 하는 것이었는데, 청구인들이 국민의회 의원들이 위경죄(contravention)¹⁰⁴⁾에 해당하는 벌금은

100) CC. n°82-140 DC du 28 juin 1982.

101) CC. n°82-142 DC 27 juillet 1982.

102) Dominique Rousseau · Pierre-Yves Gahdoun · Juilen Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 12e éd., LGDJ, 2020, p.600.

103) CC. n°82-143 DC du 30 juillet 1982.

104) 프랑스에서 위경죄는 범죄의 경중에 따른 분류 중 중죄(crime), 경죄(délit) 다음의 범주에 포함되는 범죄이다. 위경죄는 자유형이 배제되어 있으며 벌금의 액수에 따라 5단계로 다시 세분된다.(프랑스 법령용어사전, 한국법제연구원, 2008, 241-242면) 위경죄는 경찰법원(tribunal de police)이 관할하고, 경죄는 경죄법원(tribunal

입법영역이 아니라고 주장하였다. 프랑스 헌법 제34는 중죄(crime)와 경죄(délit)만을 규정하고 있으므로 법률로 위경죄에 관해서 규정할 수 없다는 주장이었다. 이에 대하여 헌법재판소는 헌법 제41조가 정부에게 의회의 입법절차에서 법률의 내용에 행정입법에 해당하는 사항이 있는 경우에는 의회에서 수리를 거부할 수 있도록 하고 있는 점과 비법률화(déclassement)를 통하여 행정입법을 통하여 법률을 개정할 수 있는 점 등을 고려할 때 법률에 행정입법의 내용이 포함되어 있다고 하여 반드시 위헌은 아니라고 하였다. 그러면서도 행정입법의 영역에 해당하는 부분이 있으며, 법률이 행정입법을 침해하는 것에 대하여 권한이 있다고도 하였다.

헌법재판소는 이와 같은 태도를 1983년 7월 20일 결정¹⁰⁵⁾과 1984년 1월 19일 결정¹⁰⁶⁾에서도 나타나는데, 이에 대하여 입법자가 행정입법 사항까지 규율할 수 있다고 한다면 행정입법 영역에는 무엇이 남는가 하면서 헌법 제34조와 제37조에서 입법영역과 행정입법 영역을 구분하는 의미가 없고 입법자가 모든 사항에 대하여 입법을 할 수 있다는 비판도 있다.¹⁰⁷⁾

또한 헌법재판소는 권력분립원칙이 행정부 내부에도 적용될 수 있다고 보았다. 헌법재판소는 대통령과 정부의 권한 관계에서 권력분립원칙이 적용된다고 하였다.¹⁰⁸⁾ 이에 대하여 권력분립원칙이 행정부 내부에서도 적용된다고 보는 것은 문제가 있다는 비판이 있다.¹⁰⁹⁾

correctionnel)이 관할하고 중죄는 중죄법원(Cour d'assises)이 관할한다.

105) CC. n°83-162 DC du 20 juillet 1983.

106) CC. n°83-167 DC du 19 janvier 1984.

107) Dominique Rousseau · Pierre-Yves Gahdoun · Juilen Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 12e éd., LGDJ, 2020, p.600.

108) CC. n°2012-654 DC du 9 août 2012.

109) Olivier Beaud, *Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle (A propos de la décision du 9 août 2012)*, *Jus Politicum*, n°9, 2012.

나. 사법권의 독립과 권력분립

일반적으로 권력분립을 이야기할 때 삼권분립을 들게 되고, 삼권분립이라 하면 입법권과 행정권 그리고 사법권으로 구분하는 것이 보통이다. 그러나 프랑스에서는 엄격한 의미에서는 삼권분립이 아니라 이권분립이라 할 수 있을 수도 있다. 왜냐하면 프랑스 헌법전에는 입법권과 집행권에 관하여 주로 규정하고 있고 사법권에 관해서는 부수적으로 다루고 있기 때문이다.¹¹⁰⁾ 헌법전에서 사법부에 대해서는 제VIII장에서 사법권(De l'autorité judiciaire)이라는 제목으로 제64조부터 제66-1조까지 규정하고 있는데 그치고 있다.

프랑스에서 사법권은 그 독립성이 보장되고 따라서 그 중립성이 철저히 지켜지고 있으나, 이러한 독립성과 중립성이 헌법과 법률에 의해서만 완벽하게 보장되는 것은 아니다. 헌법과 법률에서 어느 정도의 인적 물적 독립성이 보장되면 그 다음은 국민들의 사법권에 대한 중요성 인식과 사법부에 대한 존중이 머릿속에 자리잡고 있어야지만 사법권 한 독립성과 중립성이 보장될 것이다.¹¹¹⁾

헌법재판소는 대법원과 행정최고재판소(Conseil d'Etat)를 사법질서의 최고법원으로 인정하고 있다.¹¹²⁾ 비록 헌법에는 행정최고재판소를 행정법원에서 최고법원으로 하는 명문의 규정은 없지만 행정최고재판소를 행정재판에 있어서 최고법원으로 인정하고 있는 것이다. 그러나 대통령 파면과 관련하여 헌법에 규정되어 있는 고등재판소(La Haute Cour)¹¹³⁾는 사법권독립

110) 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995, 681면.

111) 전학선, 프랑스의 사법관 선발의 다양성과 지위, 세계헌법연구 제15권 제3호, 2009, 391면 이하.

112) CC. n°2010-71 QPC du 26 novembr 2010.

113) 제5공화국 헌법 제정 당시에는 명칭이 La Haute Cour de justice였으나, 2007년 헌법개정으로 La Haute Cour로 개정되었다. 프랑스 대통령 파면제도에 관해서는 전학선, 프랑스 대통령의 탄핵심판제도, 헌법학연구 제6권제4호, 2000, 305면 이하.

의 적용을 받지 않는다고 하고 있다. 왜냐하면 고등재판소는 대통령에 대하여 재판을 하는 재판기관이 아니라 파면을 선언하는 의회의원들로 구성된 기관이기 때문이라는 것이다.¹¹⁴⁾

헌법재판소는 법관의 독립을 보장하면서 동시에 행정재판소의 법관의 독립성도 인정하고 있다.

프랑스 헌법 제64조 제1항은 대통령이 사법권의 독립을 보장하도록 되어 있다. 따라서 입법부나 행정부는 사법권의 독립을 침해할 수 없다는 것이다.

헌법재판소는 1980년 7월 22일 결정¹¹⁵⁾에서 사법권 독립과 관련하여 헌법재판에서 기초가 되는 결정을 하였다는 평가를 받고 있다.¹¹⁶⁾ 헌법재판소는 동 결정에서 사법부는 입법부나 행정부가 침해할 수 없는 특별한 성격의 기능을 한다고 하였다. 헌법재판소는 입법자가 법원의 판결을 비판하거나 판결에 대하여 간섭하거나 판결을 대체하는 것은 허용될 수 없다고 한 것이다.

또한 1980년 7월 17일 결정¹¹⁷⁾에서, 국민의회 의원이 청구인들은 프랑스와 독일의 사법공조 협약(convention) 비준은 프랑스 영토에서 외국의 수탁재판사무(commission rogatoire)를 할 수 있도록 허용하는 것으로 국가의 독립을 침해한다고 주장하였다. 이에 헌법재판소는 동 협약의 내용은 국민주권을 침해하는 것은 아니라고 하였고, 프랑스의 사법부는 프랑스 법률에 의하여 정의되는 것이고 프랑스에서 법률에 의하여 규정된 형태로 권한을 행사하는 것이므로 헌법에 위반되는 것은 아니라고 하였다.

114) CC. n°2014-703 DC du 19 novemvre 2014.

115) CC. n°80-119 DC 22 juillet 1980.

116) Dominique Rousseau · Pierre-Yves Gahdoun · Juilen Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, 12e éd., LGDJ, 2020, p.645.

117) CC. n°80-116 DC du 17 juillet 1980.

다. 정치세력으로부터의 독립

정치권력으로부터 사법부의 독립은 사법권의 중립성을 보장하는데 있어서 매우 중요한 요소라고 할 수 있다. 정치세력, 특히 의회로부터의 독립은 재판기능을 담당하는 사법부의 중립성을 유지하는데 필수적이라고도 할 수 있다. 입법부나 행정부는 사법부의 판결을 부정하는 입법을 하거나 집행을 해서는 안되는 것이다.

행정부에게 사법기능의 일부를 행사할 수 있도록 권한을 부여하는 법률에 대하여 헌법재판소는 권력분립원칙을 적용하여 심사를 하였다. 1789년 인권선언 제16조에서 규정된 권력분립원칙을 침해하는 것은 허용될 수 없다는 것이다. 헌법재판소는 헌법이 보장하는 자유와 권리를 권력분립원칙과 연결하여 심사하기도 하였다. 즉 권력분립원칙을 위반하는 것은 사후적 규범통제와 관련해서는 헌법이 보장하는 자유와 권리에 영향을 미친다고 하였다.¹¹⁸⁾

행정권력으로부터 사법권이 침해되는 것은 대부분이 행정기관에게 법률이 일정한 권한을 부여하는 것에서 비롯된다고 할 수 있다. 예를 들어 형벌과 관련하여 법원의 판결로 조건부 석방(*la libération conditionnelle*)을 하는 경우 행정위원회(*une commission administrative*)의 의견에 구속되도록 하는 것은 권력분립과 사법권의 독립에 위반된다고 하였다.¹¹⁹⁾ 또한 사법관 징계와 관련하여 공화국 옴부즈만(*Médiateur de la République*)¹²⁰⁾에게 너무 많은 권한을 부여하는 것은 권력분립원칙에 위배된다고 하였다.

그러나 공직자에 대하여 공직투명성최고위원회(*Haute Autorité pour la*

118) CC. n°20116192 QPC du 10 novembre 2011; CC. n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016.

119) CC. n°2008-562 DC du 21 février 2008.

120) 공화국 옴부즈만에 관해서는 전학선, 프랑스의 옴부즈만제도에 관한 연구, 헌법학 연구 제9권 제4호, 2003, 507면 이하.

transparence de la vie publique)가 검찰에 고발권을 행사할 수 있도록 하는 것은 권력분립원칙에 위배되는 것은 아니라고 하였다.¹²¹⁾ 또한 경제부 장관이 법원의 허가나 승인 없이 자연인이나 법인에 대하여 자산동결(gel des avoirs) 조치를 할 수 있도록 하는 것은, 행정법원에 자산동결 조치에 대하여 소송을 할 수 있는 절차가 마련되어 있는 점 등을 고려할 때 사법부의 권한을 침해하는 것이 아니라고 하였다.¹²²⁾

V. 결론

프랑스에서 권력분립원칙은 1789년 시민혁명으로 근대국가가 건설되면서부터 요구되어지는 헌법적 가치를 가지는 원칙이라 할 수 있다. 프랑스는 현대 국가에서 구현하고 있는 입법권, 행정권, 사법권을 분리하여 국가기관을 구성하고 있으나, 사법권과 관련하여서는 다른 국가와 다른 형태로 헌법에 규정하고 있다. 프랑스는 전통적으로 사법권에 대한 불신이 깊는데, 헌법에서 사법부에 대하여 다른 권력과 다른 형태로 ‘권한(autorité)’으로 표현하고 있다.

또한 의회와 관련해서도 의회가 법률로 규정할 수 있는 사항을 헌법에서 명시적으로 열거하고 있고, 그 이외의 사항에 대해서는 행정입법을 통하여 규정하도록 하고 있다. 따라서 행정부의 권한이 우리나라와 비교하여 더 강하다고도 할 수 있다.

프랑스 헌법재판소는 위헌법률심판과 관련하여 사전적 규범통제(DC)와 사후적 규범통제(QPC)를 병행하고 있는데, 위헌법률심판을 하는데 있어서 권력분립원칙을 심사기준으로 하고 있다. 헌법재판소가 권력분립원칙을 헌

121) CC. n°2013-676 DC du 9 octobre 2013.

122) CC. n° 2015-524 QPC du 2 mars 2016.

헌법논총 제33집(2022)

법재판에 적용하면서 경우에 따라서는 엄격하게 적용하기도 하고 어떤 경우에는 엄격하게 문언에 제한되지 않고 완화되게 적용하기도 한다.

권력분립원칙은 현대 민주주의 국가에서 헌법적 가치를 가지는 중요한 원칙으로 국가기관 간에 견제와 균형을 통하여 권력을 남용하지 못하게 함으로써 국민의 기본권을 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 권력분립원칙을 준수하는 것도 결국 국민의 기본권 보장을 효율적으로 하기 위한 것이라고 할 수 있다. 프랑스 헌법재판소도 권력분립원칙을 위반하는 것은 결국 국민의 기본권을 침해하는 것이라고 한 것은 의미있는 결정이라 할 수 있다.

[국문초록]

프랑스에서 권력분립원칙은 1789년 시민혁명으로 근대국가가 건설되면서부터 요구되어지는 헌법적 가치를 가지는 원칙이라 할 수 있다. 프랑스는 현대 국가에서 구현하고 있는 입법권, 행정권, 사법권을 분리하여 국가기관을 구성하고 있으나, 사법권과 관련하여서는 다른 국가와 다른 형태로 헌법에 규정하고 있다. 프랑스는 전통적으로 사법권에 대한 불신이 깊은데, 헌법에서 사법부에 대하여 다른 권력과 다른 형태로 ‘권한(autorité)’으로 표현하고 있다.

또한 의회와 관련해서도 의회가 법률로 규정할 수 있는 사항을 헌법에서 명시적으로 열거하고 있고, 그 이외의 사항에 대해서는 행정입법을 통하여 규정하도록 하고 있다. 따라서 행정부의 권한이 우리나라와 비교하여 더 강하다고도 할 수 있다.

프랑스 헌법재판소는 위헌법률심판과 관련하여 사전적 규범통제(DC)와 사후적 규범통제(QPC)를 병행하고 있는데, 위헌법률심판을 하는데 있어서 권력분립원칙을 심사기준으로 하고 있다. 헌법재판소가 권력분립원칙을 헌법재판에 적용하면서 경우에 따라서는 엄격하게 적용하기도 하고 어떤 경우에는 엄격하게 문언에 제한되지 않고 완화되게 적용하기도 한다.

권력분립원칙은 현대 민주주의 국가에서 헌법적 가치를 가지는 중요한 원칙으로 국가가 간에 견제와 균형을 통하여 권력을 남용하지 못하게 함으로써 국민의 기본권을 보장하기 위한 것이라고 할 수 있다. 권력분립원칙을 준수하는 것도 결국 국민의 기본권 보장을 효율적으로 하기 위한 것이라고 할 수 있다. 프랑스 헌법재판소도 권력분립원칙을 위반하는 것은 결국 국민의 기본권을 침해하는 것이라고 한 것은 의미있는 결정이라 할 수 있다.

헌법논총 제33집(2022)

주제어

권력분립원칙, 헌법재판, 프랑스, 입법권, 집행권, 사법권, 합리화된 의원내
각제

[RESUME]

Le principe de la séparation des pouvoirs et la justice constitutionnelle en France

La séparation des pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire est un principe fondamental des démocraties représentatives. Le principe de la séparation des pouvoirs a la valeur constitutionnelle, puisqu'il est consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel : "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution". Classiquement, la séparation des pouvoirs est conçue comme la première condition d'un gouvernement libre.

le Conseil constitutionnel a précisé la portée du principe de la séparation des pouvoirs. Il implique notamment: une réserve de compétence au profit du juge administratif. En effet, "conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des 'principes fondamentaux reconnus par les lois de la République' celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle"(décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987).

헌법논총 제33집(2022)

Du reste, la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit (décision n°2016-555 QPC du 22 juillet 2016).

Lorsqu'il est saisi, le Conseil constitutionnel veille au respect du principe de la séparation des pouvoirs. Par exemple, il a pu censurer une disposition législative : instituant un droit de veto du Parlement sur la révocation des présidents des sociétés de programme, ce qui empiétait sur les prérogatives du pouvoir exécutif (décision n°2009-577 DC du 3 mars 2009).

Mots-clès

Principe de la séparation des pouvoirs, Justice constitutionnelle, France, Pouvoir législatif, Pouvoir exécutif, Pouvoir judiciaire, Parlementarisme rationalisé

참고문헌

[국내문헌]

- 성낙인, 프랑스 헌법학, 법문사, 1995.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2022.
- 성낙인, 프랑스 이원정부제(반대통령제)의 현실과 전망, 헌법학연구, 제4집 제2호, 1998. 10.
- 전학선, 프랑스 대통령의 탄핵심판제도, 헌법학연구 제6권 제4호, 2000. 12.
- 전학선, 프랑스의 옴부즈만제도에 관한 연구, 헌법학연구 제9권 제4호, 2003.
- 전학선, 프랑스에서 헌법재판소와 의회와의 관계, 세계헌법연구 제11권 제1호, 2005. 6.
- 전학선, 프랑스 정부형태, 세계헌법연구 제12권 제1호, 2006. 6.
- 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정 - 1962년 11월 6일 국민투표에 의한 법률(Loi référendaire)에 관한 결정을 중심으로 -, 헌법학연구 제13권 제1호, 2007. 3.
- 전학선, 프랑스의 고위공직자에 요구되는 청렴성, 도덕성의 기준, 공법학연구 제9권 제3호, 2008. 8.
- 전학선, 프랑스의 헌법 및 법률적 기반, “프랑스의 행정과 공공정책”, 박영사, 2008.
- 전학선, 프랑스 정치영역에서 남녀평등을 위한 남녀동수법과 헌법개정, 헌법학연구 제14권 제4호, 2008. 12.
- 전학선, 프랑스의 사법관 선발의 다양성과 지위, 세계헌법연구 제15권 제3호, 2009. 12.
- 전학선, 프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구, 공법학연구 제12권 제1호, 2011. 2.
- 전학선, 프랑스의 의회해산제도, 공법학연구 제12권 제3호, 2011. 8.
- 전학선, 프랑스 대통령의 법률안거부권, 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012. 8.
- 전학선, 프랑스 헌법재판절차의 신속성에 관한 연구, 공법연구 제43집 제1호, 2014.

헌법논총 제33집(2022)

- 전학선, 프랑스 노동법원 법관 임명에 관한 법률안에 대한 입법평가, 입법평가 Issue Paper, 한국법제연구원, 2014.
- 전학선, 프랑스 이원정부제의 실체와 현황, 헌법학연구 제21권 제3호, 2015. 9.
- 전학선, 프랑스 대법원(Cour de cassation)의 구성에 관한 연구, 유럽헌법연구 제18호, 2015.
- 전학선, 프랑스 지방자치단체의 국정참여, 공법학연구 제17권 제3호, 2016. 8.
- 전학선, 프랑스의 사면제도, 영남법학 제50권, 2020. 6.
- 전학선, 프랑스의 헌법개정절차에 관한 연구, 외법논집 제45권 제3호, 2021. 8.
- 전학선, 프랑스 헌법소송론, 한국문화사, 2022.
- 정재황, 프랑스 혼합정부제의 원리와 실제에 대한 고찰, 공법연구, 제27집 제3호, 1999. 6.
- 한국법제연구원, 프랑스 법령용어사전, 한국법제연구원, 2008.

[외국문헌]

- Mauro Barberis, La séparation des pouvoirs, in “Traité international de droit constitutionnel tome 1 ; Théorie de la Constitution”, Dalloz, 2012.
- Olivier Beaud, Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle (A propos de la décision du 9 août 2012), Jus Politicum, n°9, 2012.
- Rémy Cabrillac, Introduction générale au droit, 9e éd., Dalloz, 2011.
- Raymond Carré de Malberg, La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875, RDP, tome CXXXII, 10 septembre 1927.
- Dominique Chagnollaude de Sabouret, La Constitution de la Ve République ; Droit constitutionnel contemporain 2. 8e éd., Dalloz, 2017.
- Bernard Chantebout, Droit constitutionnel, 30e éd., Sirey, 2013.
- Thierry Di Mano, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Economica et PUAM, 1994.
- Guillaume Drago, Contentieux constitutionnel français, 5e éd., PUF, 2020.
- Louis Favoreu et Loïc Philip, Le Conseil constitutionnel, PUF, 1991.

- Louis Favoreu, La délégalisation des textes de formes législative par le Conseil constitutionnel, in Le juge et le droit public - Mélanges Marcel Waline, LGDJ, 1974.
- Louis Favoreu et s, Droit constitutionnel, 23e éd., Dalloz, 2020.
- Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 34e éd., LGDJ, 2020.
- François Hamon et Michel Troper, Droit constitutionnel 41e éd., LGDJ, 2020.
- Michel Lascombe et s, Code constitutionnel et des droits fondamentaux, 11e éd., Dalloz, 2021.
- François Luchaire, Le conseil constitutionnel, Tome I - Organisation et Attributions, 2e éd., Economica, 1997.
- Ferdinand Mélin-Soucramanien et Pierre Pactet, Droit constitutionnel, 36e éd., Sirey, 2017.
- Eric Millard, Epurations, amnistie, amnésie ; un bref éclairage sur le droit, MIREHC n°3-1999.
- Marie-joëlle Redor, De l'Etat légal à l'Etat de droit, L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française(1870-1914), Economica et PUAM, 1992.
- Thierry S. Renoux et s, Code constitutionnel, Litec, 2021.
- Agnès Roblot-Troizier, Un concept moderne ; Séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, Pouvoirs, n°143, 2012. 4,
- Dominique Rousseau · Pierre-Yves Gahdoun · Juilen Bonnet, Droit du contentieux constitutionnel, 12e éd., LGDJ, 2020.
- Michel Troper, A quoi sert la sparation des pouvoirs? Le point de vue de la théorie du droit, TitreVII, n°3, octobre 2019.
- L. Vier Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des assemblées parlementaires, RDP, 1972.
- Elisabeth Zoller et Wanda Master, Droit constitutionnel, 3e éd., PUF, 2021.

탄핵심판의 당사자*

The parties concerned in the adjudication on impeachment

鄭 柱 白(Jeong, Joobae)

충남대학교 법학전문대학원 교수

- 목 차 -

I. 도입	251
II. 청구인	253
1. 판례와 학설	253
2. 검토	255
3. 소결	264
III. 피청구인	264
1. 도입	264
2. 공직설	264
3. 자연인설	272
4. 무엇이 달라지는가?	277
5. 소결	283
IV. 결론	283

* 이 논문은 헌법논총 제33집 일반주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주).

헌법논총 제33집(2022)

* 국문초록 및 주제어	285
* 영문초록 및 주제어	287
* 참고문헌	290

I. 도입¹⁾

우리 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다)가 다룬 탄핵심판은 3건 있다.²⁾ 헌재가 처음 맞닥뜨린 탄핵심판의 대상이 매우 이례적인 공직자이다 보니,³⁾ 판례도 조금은 보편적이지 않은 방향으로 발전한 것으로 보인다.

헌재 2004. 5. 14. 2004헌나14)에 붙은 사건명은 ‘대통령(노무현) 탄핵’이다. 피청구인은 ‘대통령 노무현’이라 기재되어 있다. 박근혜 탄핵 사건에도

- 1) 이 글은 2021년 헌법학회에서 주관한 헌법학자대회에서 발표된 것을 수정 보완한 것이다. 당시 토론을 해 주신 선생님들과 심사 과정에서 좋은 의견을 주신 선생님들께 감사드린다. 큰 학문을 입고도 이런 어설픈 글 밖에 못 쓰는 것은 필자의 부족 탓이다. 토론을 해 주신 선생님들을 밝히지 못하는 것은 오로지 이 부끄러움 때문이다.
- 2) 탄핵소추가 의결되지 못한 것은 8건이다. 대법원장에 대해 1건, 검찰총장과 검사에 대해 7건이다. 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 2015, 445.
- 3) 헌법 제65조 제1항과 헌재법 제48조는 대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정하는 공무원을 대상으로 한다고 정하고 있다. 위에 열거된 공직자 외에 법률은, 검사(검찰청법 제37조), 경찰청장(경찰청법 제11조), 방송통신위원회 위원장(방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제6조), 각급 선거관리위원회 위원(선거관리위원회법 제9조), 고위공직자범죄수사처의 처장, 차장, 수사처검사(고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률 제14조)을 대상으로 규정하고 있다. 숫자로 보면 상당히 많은 수의 공직자가 탄핵심판의 대상으로 되어 있음에도 불구하고, ‘국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표’(헌법 제66조 제1항)하는 대통령이 탄핵심판의 당사자로 됨으로써, 매우 보편적이지 아니한 이론이 판례로 형성되었다고 보인다. 판례가 형성되게 된 사안이 판례형성에 어떤 영향을 미치는가 하는 것은 매우 흥미로운 주제다. 물론, 대통령이 거의 유일하게 의미 있는 탄핵심판의 대상자 아닌가 하는 논의는 있을 수 있다. 다른 공직자의 경우는 탄핵심판을 거치지 아니하고도 정치적으로나 법적으로 처리될 가능성이 있기 때문이다. 최근의 법관 임포의 경우(2021헌나1)는 이 주장을 뒷받침하는 자료로 될 수도 있고, 이 주장에 반대하는 자료로도 될 수 있을 것 같다. 이미 임기가 만료되어 퇴직한 공직자에 대하여는 탄핵심판의 이익이 인정되지 않는다고 보면 전자의 주장을, 이익이 있다고 보면 후자의 주장을 뒷받침할 것이다. 헌재는 전자로 판단하였다. 이 점을 다룬 상세한 논문으로는, 김재영, “임기만료로 퇴직한 공무원에 대한 탄핵심판의 절차적 쟁점에 관한 소고”, 『헌법학연구』 제27권 제3호, 한국헌법학회, 2021, 249.
- 4) 판례집 16-2하, 1.

마찬가지로 표기되어 있다.⁵⁾ 사건의 이름이 본질을 드러내는 것은 아니지만,⁶⁾ 적절하지 아니하다. 탄핵은 ‘대통령’을 대상으로 하는 것이 아니라 대통령직에 있는 자연인을 대상으로 하는 것이다. 그러므로 사건명은 ‘노무현 탄핵’이라 하는 것이 맞고, 그가 탄핵심판의 대상자인 것을 보일 필요가 있다면 ‘노무현(대통령) 탄핵’이라 하는 것이 맞다.⁷⁾

피청구인의 표시는 사건명보다는 나은 것 같다. 필자는 ‘노무현(대통령)’이 더 타당한 것이라고 본다. 더 나아가 괄호안의 표기는 없어도 좋다고 본다. 이것은 단순한 표기만의 문제가 아니다. 탄핵의 본질을 규정하는 문제이다. 탄핵은 공무원 지위에 있는 자연인의 공무담임권을 제약한다. 그런데 현재는 이렇게 보는 듯한 판시도 그렇지 아니한 판시⁸⁾도 있다. 만약 검사인 김갑돌이 탄핵의 대상으로 되었다면 ‘김갑돌 탄핵’ 또는 ‘김갑돌(검사) 탄핵’이라 표기할 것이다.⁹⁾

여기서 다루는 또 하나의 문제는, 탄핵심판의 청구인은 과연 ‘국회’인가 하는 점이다. 현재는 이 점에 대한 아무런 논의 없이, 국회를 청구인이라 본다. 그리고 소추위원인 법제사법위원회 위원장을 국회의 대표자인 것처럼 표시하고 있다. 이것이 과연 헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 한다)과 “헌법재판소 심판규칙”(이하 ‘심판규칙’이라 한다)에 충실한 해석인가,¹⁰⁾ 충실하지 않다면 그럴 만한 사정이 있는가 하는 것을 살펴보기로 한다. 결론만을 미리 말한다면, 국회는 당사자가 아니다. 소추위원이 당사자이고,

5) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1 참고.

6) 사건부호가 규범적으로 무의미하다는 판시로는, 헌재 2010. 3. 25. 2007헌마933, 판례집 22-1상, 496, 501이 있다.

7) 정주백, "법률의 개정으로 수도 이전이 가능한가", 『법제연구』 59권, 2020, 247의 각주 2).

8) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 18.

9) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1 결정에서는 “법관 임성근(2021. 2. 28. 임기만료로 퇴직)”으로 표기하였다.

10) 물론, 2004헌나1 결정 당시(2004. 5. 14.)에는 심판규칙이 제정되지 않았다. 심판규칙은 2004헌나1 결정 후인 2007. 12. 7 규칙 제201호로 제정되었다.

청구인이다. 필자가 보기에는 현재의 입론은 법문에 어긋나고, 그럴 필요도 없다. 필자는 소추위원이 민사소송법상 소송담당에 해당된다고 이해하면 족하다고 본다.

먼저 청구인을 다루고 다음에 피청구인을 다룬다.

II. 청구인

1. 판례와 학설

현재는 ‘국회’를 탄핵심판의 청구인이라 본다.¹¹⁾ 그리고 ‘국회 법제사법위원회 위원장’을 소추위원이라 하고, 소추위원 기재 아래에 대리인을 표시하였다. 국회 법제사법위원회 위원장인 사람의 성명은 기재하지 아니하였다.¹²⁾ 노무현(대통령) 사건의 경우는 아래와 같이 표시되었다.¹³⁾ 이와 같은 입장은 2016헌나1 사건에도 이어졌다.¹⁴⁾¹⁵⁾

- 11) “청구인이 그 위반을 주장한 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다.”(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 625), “국회가 탄핵심판을 청구한 뒤 별도의 의결절차 없이 소추사유를 추가하거나 기존의 소추사유와 동일성이 인정되지 않는 정도로 소추사유를 변경하는 것은 허용되지 아니한다.”(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 17)고 실시하고 있다.
- 12) 2004헌나1 결정의 경우는 김기춘 위원장, 2016헌나1 결정의 경우는 권성동 위원장이었다.
- 13) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 620.
- 14) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 8. 여기에는 당사자를 다음과 같이 표시하고 있다.
“청 구 인 국회소추위원 국회 법제사법위원회 위원장대리인 명단은 별지와 같음
피청구인 대통령 박근혜대리인 명단은 별지와 같음”(띄어쓰기도 그대로 두었음)
위 기재를 보면 헌재가 소추위원을 청구인으로 본 것으로 이해될 여지도 있다. 그러나 위 기재는 판례집용으로 편집한 것이고, 원결정문에는 2004헌나1과 같은 양식으로 되어 있다. 헌법재판소 홈페이지 ‘최근 중요결정’에서 2016헌나1을 검색하여 ‘결정문보기’를 선택하면 원결정문의 양식으로 볼 수 있다.
- 15) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321,326도 같은 형식이다.

청구인	국회 소추위원 국회 법제사법위원회 위원장 대리인 변호사 강재섭 외 66인
-----	--

실무제요도 국회를 당사자로 본다.¹⁶⁾ 소추위원은 ‘국회를 대표하여 소송을 수행하는 자’라고 한다.¹⁷⁾ 그러면서도 아래에서 볼 심판규칙 제58조를 언급하고 있다. 나아가 탄핵심판 청구를 취하할 수 있다고 하면서도 어떤 절차에 따라 취하할 수 있는가에 대해서는 견해가 갈린다고 할 뿐이다.¹⁸⁾

김하열 교수는 현재법 제49조 제1항과 제2항을 근거로 소추위원이 청구인이라 볼 여지가 없는 것은 아니지만, 국회를 당사자로 보아야 실질적 이해관계자와 소송법적 당사자를 일치시켜야 하는 점, 탄핵소추사유의 추가, 탄핵심판청구의 취하와 같은 문제에 있어서 국회에 결정권을 부여하여야 한다는 점을 이유로 들면서 국회를 당사자로 이해한다.¹⁹⁾ 소추위원은 국회를 대표하는 자로 본다.²⁰⁾ 그는 정당해산심판청구의 경우와 그 구조가 같다고 본다.²¹⁾

정재황 교수는 법률 문언상 소추위원이 청구인으로 된다고 보면서도, 탄핵소추를 의결한 국회가 소추를 한다고 보고, 소추위원은 국회를 대표하는 것으로 보는 것이 타당하다고 한다.²²⁾

허영 교수는 소추위원을 대리인이라 본다.²³⁾ 따로 위임에 의한 대리인인

16) 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 2015, 453.

17) 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 2015, 453.

18) 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 2015, 452.

19) 헌법재판연구원, 『주석 헌법재판소법』, 2015, 672(김하열 집필 부분).

20) 헌법재판연구원, 『주석 헌법재판소법』, 2015, 672(김하열 집필 부분).

21) 헌법재판연구원, 『주석 헌법재판소법』, 2015, 672(김하열 집필 부분).

22) 정재황, 『헌법재판요론』, 박영사, 2021, 410.

23) 허영, 『헌법소송법론』, 제12판, 2017, 박영사, 275.

지, 법령에 의한 대리인인지를 언급하지는 않았으나, 법령에 의한 대리인이라 볼 수 밖에 없다. 어느 모로 보더라도 위임에 의한 대리인이라 할 수는 없다. 위임을 전제로 하는 대리인이 아니기 때문이다.

특별한 설명 없이 소추위원을 청구인이라 보는 경우도 있다.²⁴⁾ 성낙인 교수 등은 탄핵심판의 청구인이라는 표목 아래 소추위원이 소추의결서의 정본을 현재에 제출함으로써 탄핵심판을 청구한다고 한다.

김현철 교수도 특별한 설명은 없이 소추위원이 청구인이라 실시한다.²⁵⁾ 정종섭 교수는 비교적 분명하게 소추위원이 탄핵심판의 청구인이라 설명한다.²⁶⁾ 다만 소추위원은 형식적이고 절차적인 권한을 가질 뿐이라고 본다.²⁷⁾²⁸⁾

2. 검토

가. 대표자설

우선 정당해산 심판의 경우를 보자. 헌재법 제55조는 “(…전략) 정부는 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 정당해산심판을 청구할 수 있다.”고 정하고 있다. ‘정부’가 정당해산심판을 청구한다. 그래서 정부가 청구인으로 된다. 그리고 헌재법 제25조 제1항은 각종 심판절차에서 정부가 당사자인 경우에는 법무부장관이 대표한다는 점을 분명하게 밝히고 있다. 그러므

24) 성낙인·이효원·권건보·정철·박진우·허진성, 『헌법소송론』, 법문사, 2012, 356.

25) 김현철, 『판례 헌법소송법』, 제5판, 전남대학교출판문화원, 2019, 530.

26) 정종섭, 『헌법소송법』, 제6판, 박영사, 2010, 423, 425.

27) 다만, 위 책 425 중 IV. 부분은 마치 국회가 청구인인 것처럼 실시하고 있다. 즉, ‘청구인’ 국회사 ‘피청구인’과는 독립된 현재라고 말하고 있다.

28) 필자는 무의미한 말이라고 본다. 절차법 안에서 절차적인 권한이 중요하지 않을 도리가 없다. 적어도 소추위원이 소추의결서를 현재에 제출하지 아니하면 탄핵심판이 계속될 수 없다. 절차법적으로 그렇다.

로, 정부가 청구인이고, 법무부장관이 대표자인 것은 분명하다.

소추위원을 대표로 볼 법적 근거는 그리 넉넉하지 아니하다. 헌재법은 “소추위원은 헌법재판소에 소추의결서의 정보를 제출하여 탄핵심판을 청구”한다고 밝히고 있다(제49조 제2항). 심판을 청구하는 자가 청구인이라면 당연히 소추위원이 청구인이다. 그 구문의 구조가 다름에도 불구하고 양자²⁹⁾를 같다고 이해하는 입장을 이해하기는 어렵다. 법 개정론으로서는 어떨지 모르겠다.

또, 국회법 제10조는 “의장은 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독한다.”고 규정하고 있고, 제134조 제1항은 “탄핵소추가 의결되었을 때에는 의장은 지체 없이 소추의결서 정보(正本)을 법제사법위원장인 소추위원에게 송달하고, 그 등본(謄本)을 헌법재판소, 소추된 사람과 그 소속 기관의 장에게 송달한다.”고 규정하고 있다. 국회를 대표하는 국회의장이 소추의결서 등본을 현재, 피소추자와 그 소속 기관의 장에게 송달하고, 정보를 송달하는 대상으로 소추위원을 특정하고 있다. 국회를 대표하는 국회의장으로부터 소추의결서 ‘정보’³⁰⁾ 송달받는 기관인 소추위원이, 국회의 대표자로 된다는 이론구성을 받아들이기는 어렵다. 정보를 송달한다는 것은, 송달받는 기관이 송달하는 기관과 독립되어 있음을 전제로 한다. 기관 내부에 문서를 전달하면서 ‘정보를 송달한다’고 하지는 않는다.

만약 국회를 청구인으로 하고, 국회 법제사법위원회의 위원장이 이 경우 국회를 대표하는 것으로 하려면, 헌재법 제49조 제1항은 “탄핵심판에서는 국회 법제사법위원회의 위원장이 국회를 대표한다.”고 규정하였어야 할 것이다. 이 경우 굳이 소추위원이라는 직을 만들 필요가 없을 것이다.

심판규칙은 제58조 제1항은 “소추위원인 국회법제사법위원회의 위원장이 그 자격을 잃은 때에는 탄핵심판절차는 중단되고, 새로 국회법제사법위원

29) 정당해산심판과 탄핵심판.

30) 등본도 아니다. 정본이다.

회의 위원장이 된 사람이 탄핵심판절차를 수계하여야 한다.”고 규정하고 있다. 같은 조 제2항은 대리인이 있는 경우에는 중단되지 아니한다고 정하고 있다. 그런데, 대표자는 수계절차가 없다.³¹⁾ 만약 대표가 변경되었으면 이를 판결서 등에 기재하여 주면 족하다. 소송절차가 중단되지 않는다. 소추위원을 대표자로 보는 입장은 심판규칙 제58조와도 조화롭지 아니하다.³²⁾

나. 대리인설

대리인에는 위임에 의한 소송대리인과 법령에 의한 소송대리인이 있다. 탄핵심판에 관한 대리인설에서 말하는 대리인이 위임에 의한 대리인을 말하는 것 같지는 않다. 위임 계약이 존재하지 아니하기 때문이다.³³⁾ 그렇다면 법령에 의한 대리인이라는 취지로 이해하여야 할 것이다.

법령에 의한 소송대리인은 본인을 위하여 일정한 범위의 업무에 관한 일체의 재판상의 행위를 할 수 있는 것으로 법령상 규정되어 있는 자를 말한다. 여기에는 지배인(상법 제11조), 부재자가 선임한 재산관리인(민법 제22조 제2항), 선적항 외에서의 선장(상법 제749조), 공유선박의 선박관리인(상법 제 765조), 농업협동조합과 농업협동조합중앙회의 간부직원 및 수산업협동조합과 수산업협동조합중앙회의 간부직원(지배인에 관한 규정이 준용된다. 농업협동조합법 제56조 제3항, 제131조 제6항, 수산업협동조합법 제59조 제4항, 제136조 제3항)이 있다.³⁴⁾

소추위원을 법령상의 대리인이라 본다면, 소추위원이 할 수 있는 소송행

31) 사법연수원, 『민사실무 II』, 2019, 48.

32) 나아가 누가 법제사법위원회위원장인지 특정되어 있어야 수계하여야 할 상황인가를 판단할 수 있다. 현재의 청구인 부분의 표시는 심판규칙 제58조와도 조화롭지 아니하다. 현재 기재례는 위원장을 특정하지 않고 있다.

33) 만약 위임에 의한 대리인이라면 그 권한을 서면으로 증명하여야 할 것이다(민사소송법 제89조 제1항). 나아가 소송대리권은 제한하지 못한다(민사소송법 제91조 본문).

34) 이 단락은 사법연수원, 『민사실무 II』, 2019, 50의 것이다. 법령은 필자가 추가하였다.

위가 무엇인가도 법령에 규정되어 있어야 한다. 민사소송법 제92조는 법령에 의한 소송대리인에 대해서 소송대리권 증명에 관한 제89조, 소송대리권의 범위에 관한 제90조³⁵⁾의 규정을 적용하지 않는다고 하는데, 이는 법령에 의하여 대리권이 정하여져 있음을 전제로 하는 것이다. 위에서 든 각 법령상 대리인의 경우들은 일체의 소송행위를 할 수 있다고 규정하고 있는데, 소추위원은 법적인 근거 없이 그렇게 이해할 수 있을지는 의문이다.

사법연수원에서 간행한 『민사실무 II』³⁶⁾는 법령에 의한 소송대리인을 판결서에 기재할 때 본인이 법인인 경우에는 대표자의 표시 다음에(단, 소송위임에 의한 소송대리인이 있는 경우에는 그 앞에) 기재하되, 지배인의 경우에는 「지배인」으로, 선장, 선박관리인, 농협의 간부직원인 전무 등의 경우에는 「법률상대리인 선장」, 「법률상대리인 선박관리인」, 「법률상대리인 전무」 등으로, 소송수행자의 경우에는 「소송수행자」로 그 지위를 표시한 다음 성명을 기재하는 것이 관례라고 한다.

현재법 제49조가 위에서 든 각 법령상의 대리인에 관한 조문과는 매우 차이가 있음을 알 수 있다. 현재법 제49조는 당사자로 표시되어 있고, 위 각 법령상의 대리인에 관한 조항은 본인의 직무를 전제로 그에 관한 재판상의 행위를 할 수 있음을 표시하고 있다.

소추위원을 법령상의 소송대리인으로 보고 위의 『민사실무 II』의 기재례를 따른다면, 국회, 국회의 대표자를 기재하고, 그 다음에 소추위원을 기재

35) 제90조(소송대리권의 범위) ①소송대리인은 위임을 받은 사건에 대하여 반소(反訴)·참가·강제집행·가압류·가처분에 관한 소송행위 등 일체의 소송행위와 변제(辨濟)의 영수를 할 수 있다.

②소송대리인은 다음 각호의 사항에 대하여는 특별한 권한을 따로 받아야 한다.

1. 반소의 제기
2. 소의 취하, 화해, 청구의 포기·인낙 또는 제80조의 규정에 따른 탈퇴
3. 상소의 제기 또는 취하
4. 대리인의 선임

36) 2019, 50-51.

하여야 할 것이다. 나아가 그 성명도 기재되어야 할 것이다. 아래와 같은 기재가 모범적이다.

청구인 국회 국회의장 ○○○ 소추위원 국회 법제사법위원회 위원장 ○○○

그런데, 세 건의 탄핵심판 결정에서는 국회의 대표자 기재가 없을 뿐만 아니라, 소추위원의 성명도 누락되어 있다. 특히 소추위원인 사람의 성명이 기재되어 있지 않다는 것은, 수계와 관련하여 중대한 문제가 있다. 수계 절차는 수계대상자가 누구냐 하는 것이 절차법상 중요하다라는 것을 전제로 하는 것인데, 그 성명이 기재되지 아니할 수는 없다. 현재의 기재례를 두고 보면 현재가 소추위원을 법령상의 소송대리인이라 이해하는 것으로 보기도 어렵다.³⁷⁾

다. 사건(소송담당자)

다시 돌아와 법문을 보자. 위에서도 거론한 바와 같이 법문을 보면 당연히 소추위원이 당사자다. 현재법 제49조 제2항에서 “소추위원은 (…중략…) 탄핵심판을 청구”한다고 밝히고 있다. 이 조문이 문제가 있을 수는 있다. 그러나 해석이 지나치게 문리를 벗어나면 해석론이 아니다.

소추위원이 당사자라는 것은 당연히 대표자도 아니라는 것을 전제로 한다. 따라서 당사자와 대표자 사이의 의사의 괴리라는 문제는 전혀 생길 여지가 없다. 소추위원이 당사자면 그는 당연히 당사자에게 인정되는 모든 심판에 관련된 행위를 할 수 있다. 소추위원이 당사자라면 당연히 그는 법

37) 소추위원을 법정대리인이라고 주장하는 경우는 있을 것 같지 아니하여 살펴보지 않았다. 대리권을 부여하는 법률의 규정이 존재하지 않는다.

령상의 대리인도 아니다.

소추위원을 대표자 또는 대리인으로 보아야 한다는 입론은 실질적 이해관계자와 소송법적 당사자를 일치시켜야 하는 점, 탄핵소추 사유의 추가, 탄핵심판청구의 취하와 같은 문제에 있어서 국회에 결정권을 부여하여야 한다는 점을 이유로 한다.

대리인설이 따로 논거를 내세운 바는 발견되지 않지만 거의 유사할 것이라고 생각한다. 필자가 보기에 대표설이나 대리인설은 소추위원이 당사자가 아니라는 점을 말하고 있을 뿐, 대표이지 대리인이 아니라는 것, 또는 대리인이지만 대표가 아니라는 것에 관한 논증까지 한 것으로 보이지는 않는다. 나아가 소추위원이 당사자라고 하면서도 형식적인 것에 그친다는 정중섭 교수도 위와 같은 대표설의 입론 이유에 상당 부분 동조하는 것으로 보인다.

이와 같은 입론의 가장 큰 문제점은 절차법상의 당사자가 실체법상의 이해관계자와 일치되어야 한다는 전제다. 필자가 보기에는 그렇지 아니한 경우도 많다. 대표적으로 위에서 본 법령상의 소송대리인의 경우를 들 수 있다. 민사소송에서 검사가 여러 차례 당사자로 등장하는데, 그들이 실체법상의 이해관계자인 것은 아니다.³⁸⁾

나아가 소추위원을 대표라고 하든 대리인이라고 하든, 그의 절차법상의 행위를 부인할 수 없다. 예를 들어 그가 탄핵심판청구를 취하한다면 그 효력이 없는가?³⁹⁾ 없다면 그 근거는 무엇인가? 필자가 보기에는 없다. 대표가 심판을 취하하는데, 전제적으로 필요한 절차가 있을 수 없다. 물론 내부적으로 책임의 문제가 남을 수는 있다. 그러나 적어도 심판의 절차에 있어

38) 예를 들어 민법 제906조 제4항(파양 청구권자), 제924조 제3항(친권의 상실 또는 일시 정지의 선고), 제925조(대리권, 재산관리권 상실의 선고) 등.

39) 물론, 이것은 탄핵심판청구를 취하할 수 있다는 것을 전제로 한다. 취하할 수 없다면 이 논의 자체가 불가능하다. 여기서는 취하할 수 있다는 것을 전제로, 어떤 절차를 통해 취하하여야 하는가 하는 문제를 다룬다.

서 효력이 문제될 수는 없다. 극단적으로 대표설을 따를 때, 소추위원이 탄핵심판취하서를 제출하였다면, 현재가 소추위원에게 국회의 새로운 의결이 있었는가를 확인하여야 하는가, 하고 묻는다면 그렇지 않다고 대답할 수 밖에 없다.

대리인설은 또 어떤가? 위에서 본 것처럼 소추위원은 위임에 의한 대리인이 아니다. 위임에 의한 대리라면 취하에 관하여 위임을 받았는가를 확인하여 취하에 관해 위임을 받았으면 유효할 것이고, 위임을 받지 아니하였다면 그 효력을 가지지 못할 것이다. 그런데 소추위원은 어느 모로 보나 위임에 의한 대리인이 아니다. 대리인이라 하더라도 법령에 의한 대리인이다. 법령에 의한 대리인이라면 그 대리권의 범위에 관하여 법령에 정해진 바가 있어야 한다.

그런데 소추위원에 관하여 그 점에 관한 정함은 없다. 대리인설의 입론에 따른다면 탄핵심판의 취하를 할 수 있는가 없는가? 없다는 것이 전제된 것이라면 그 근거는 무엇인가? 우리 법에 있는 법령상의 대리인은 모든 소송행위를 할 수 있는 것으로 정해져 있는데, 소추위원을 법령상의 대리인이라 보더라도 법적인 근거 없이 소추위원은 탄핵심판의 취하를 할 수 없다고 이해할 수 있을까? 필자가 보기에는 어려운 입론이다.

다른 한편 국회가 탄핵소추를 취하하는 의결을 하는 경우 그 효력은 여하한가? 국회가 탄핵소추를 취하하더라도 소추위원이 이를 공식적으로 현재에 접수하지 아니하면 그 효력이 발생할 수 없다.⁴⁰⁾ 국회와 소추위원 사이에 정치적 논쟁은 있을 수 있겠지만, 소추위원을 대리인이라 모든 대표자로 모든 국회의 취하 의결로써 바로 효력이 발생하는 것은 아니다.⁴¹⁾⁴²⁾

40) 탄핵소추를 취하할 수 있다는 전제를 두고 논하는 것이다. 위의 주 참고.

41) 허완중, 『헌법소송법』, 박영사, 2019, 588은 탄핵소추 의결의 정족수가 어떠한가에 관한 논의를 하고 있으나, 불필요하다. 여기서 불필요하다는 것은 규범적으로 무의미하다는 것이다. 정치적으로야 무의미할 수 없다.

42) 그러면 소추위원인 국회 법제사법위원회 위원장이 국회의 의결 없이 탄핵심판청구를

소추위원을 국회의 대표자라고 하거나 대리인이라 하여야 하는 또 다른 이유가 탄핵심판의 법적 효과가 본인, 즉 국회에 미치게 하기 위한 것일 수도 있다. 그러나 생각해 보면 이것도 무의미하다. 아래에서 보는 것처럼 소추위원을 당사자로 보더라도 제3자의 소송담당으로 이해하면, 결정의 효력은 당연히 국회에 미친다. 민사소송법 제218조 제3항은 “다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다.”고 정하고 있다.

그러면 극단적으로 소추위원이 국회의 의사에 어긋나는 소송행위를 한다고 하였을 때 어떠한 대책도 없다고 할 것인가 하는 문제가 있을 수 있다. 필자의 입론에 따를 때 국회가 당사자 적격성을 가질 수는 없지만, 그가 참가의 형태로써 심판에 관여할 수는 있다.⁴³⁾ 이 경우 국회는 소추위원의 행위와 어긋나는 행위를 할 수 있다.⁴⁴⁾ 나아가 재심이 허용된다면, 국회는 재심을 청구할 수 있다.⁴⁵⁾

필자는 현재법이 분명하게 ‘소추위원이 탄핵심판을 청구한다’고 기재하고 있음에도 불구하고, 이를 부정하고 대표라든가 대리로 보는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 소추위원을 당사자로 보나, 대표 또는 대리로 보나 심판에 있어서 그 차이는 없는 것으로 보인다. 대표 또는 대리설은 법문에 어긋나는 해석이라는 비판을 받을 뿐 실익이 없다.

하면 그것도 유효하다는 말이나, 하는 의문을 제기하는 경우가 있을지 몰라 한 마디를 적어둔다. 그것은 무효다. 현재법은 소추위원의 심판청구서로써 심판이 개시되는 것으로 하고 있지 않다. 현재법 제49조 제2항은 국회의 ‘탄핵소추의결서正本’을 제출하여 탄핵심판을 청구하도록 정하고 있다. 국회의 탄핵소추의결서 없이 탄핵심판을 청구한다면 그것은 무효다.

43) 민사소송법 제78조 참조. “재판의 효력이 참가인에게도 미치는 경우에는 그 참가인과 피참가인에 대하여 제67조 및 제69조를 준용한다.” 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2003, 131 참조.

44) 민사소송법 제67조 준용.

45) 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2003, 761 참조.

2004헌나1 결정 중의 “소추위원의 주장요지”⁴⁶⁾⁴⁷⁾는 국회를 청구인으로 보는 입장과 어울리지 않고, 소추위원을 당사자로 보는 전제에 선 표현이다. 실수로 들어간 표현으로 보이나, 당시 소추위원을 당사자로 보는 입론이 현재 내부에 있었던 것을 보여 준다.

우리 법제에는 소송의 목적인 권리 또는 법률관계에 관한 실체법상의 주체가 아니면서도 법률의 규정에 의하여 관리권을 가지게 되어 그 자격에 의하여 당사자로 되는 경우가 얼마든지 있다. 이른바 제3자의 소송담당이 그것이다. 필자가 보기에는 소추위원을 제3자의 법정소송담당자로 보면 필요하고도 충분하게 우리 법률규정과 조화롭게 설명할 수 있다.⁴⁸⁾

위에서 본 바대로 현재법 제49조의 문면에 부합하는 것은 물론이고, 심판규칙⁴⁹⁾ 제58조와도 원만한 해석을 할 수 있다. 심판규칙 제58조는 소추위원이 민사소송법 제237조 제1항⁵⁰⁾의 ‘일정한 자격에 의하여 자기 이름으로 남을 위하여 소송당사자가 된 사람’이고, 그가 자격을 잃은 때에 소송절차는 중단되며, 같은 자격을 가진 사람이 소송절차를 수계하여야 한다는 점을 밝히고 있다.

46) 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 625.

47) 2016헌나1 결정에는 이와 같은 설시가 없다.

48) 갈음형 법정소송담당의 예로는, 정리회사의 재산에 관한 소송을 하는 관리인(회사정리법 제96조), 유언에 관한 소송에서의 유언집행자(민법 제1101조), 직무상의 당사자 예로는 대표적으로 가사소송에서 피고적격자 사망후의 검사(민법 제864조, 가사소송법 24조 제3항, 제28조, 제31조, 제33조), 해난구조료청구에 있어서의 선장(상법 제894조).

49) 심판규칙은 2004헌나1 결정 후인 2007. 12. 7 규칙 제201호로 제정되었다. 즉, 심판규칙에 따라 소추위원을 법령상의 대리인으로 규정하기 전에 2004헌나1 결정이 있었다. 2016헌나1 결정은 심판규칙이 제정된 후에 선고되었다.

50) 민사소송법 제237조(자격상실로 말미암은 중단) ①일정한 자격에 의하여 자기 이름으로 남을 위하여 소송당사자가 된 사람이 그 자격을 잃거나 죽은 때에 소송절차는 중단된다. 이 경우 같은 자격을 가진 사람이 소송절차를 수계하여야 한다.

3. 소결

판례는 특별한 논거도 없이 법문에 어긋나는 해석을 하고 있다. 대표로 보는 학설이나 대리인으로 보는 학설이 제시하는 논거는 받아들이기 어렵다. 대표로 보거나 대리인으로 본다고 하여 그 귀결이 그와 같은 것도 아니다. 법문대로 보는 것에 아무런 문제가 없다. 당연히 소추위원을 당사자로 이해하여야 한다. 이론상 제3자의 소송담당으로 이해하면 족하다. 탄핵심판 사건에 있어서의 청구인 표시는 고쳐져야 할 것으로 보인다. 표시 부분은 아래의 피청구인 부분과 함께 결론에서 본다.

Ⅲ. 피청구인

1. 도입

탄핵심판의 피청구인은 ‘공직 그 자체’인가 아니면, ‘공직에 있는 자연인’인가, 하는 문제는 탄핵과 관련하여 여러 쟁점에 영향을 미친다. 가장 큰 이슈는 재심을 청구할 수 있는가 하는 문제일 것이고, 탄핵심판 절차 중 적법절차 원칙의 적용 문제도 관련이 있을 것이다.

아래에서는 ‘공직 그 자체’를 심판대상으로 보는 듯한 판시와 ‘공직에 있는 자연인’을 대상으로 보는 듯한 판시들을 검토하기로 한다,

2. 공직설

가. 사건의 표시

현재는 2004헌나1 결정에서 ‘피청구인 대통령 노무현’으로 표시하였다.

이와 같은 입장은 2016헌나1 사건에서도 이어졌다.⁵¹⁾ 물론, 재판사항은 아니지만, 현재는 ‘대통령(노무현) 탄핵’이라는 사건명을 붙였다.⁵²⁾ 2016헌나1 결정에 있어서도 그 사건명은 ‘대통령(박근혜) 탄핵’이었다.⁵³⁾ 최근 문제되고 있는 2021헌나1 사건에서도 같은 양식으로 표시되고 있다.⁵⁴⁾

판례는 공직설의 입장에 서 있는 것으로 보인다. 그렇게 볼 수 있는 자료로는, 첫째, 피청구인의 표시를 ‘대통령 ○○○’로 하고 있다. 만약 사인설의 입장에 있다면, ‘○○○’로 또는 ‘○○○(대통령)’으로 표시되었을 것이다. 나아가 사건명을 정하는 것은 현재의 재판작용이라 하기 어렵지만, 사건명이 ‘대통령(박근혜) 탄핵’이라 기재된 것⁵⁵⁾도 공직설의 입장을 보여주는 자료이다. 아래에서 보는 적법절차 부분의 판시는 비교적 분명하게 현재의 입장을 보여준다.

이 말은 ‘대통령직에 있는 자연인’인 ‘노무현’ 또는 ‘박근혜’가 탄핵심판의 대상자가 아니라, ‘대통령직’이 탄핵심판의 대상이라는 것을 의미한다. 과연 현재가 그럴 의사를 지녔는가는 검토를 해 보아야 하겠지만, 적어도 외관상으로는 그렇게 볼 여지가 있다.

나. 적법절차 불적용

(1) 판시

노무현 탄핵 사건에서 피청구인은 국회가 탄핵소추를 의결함에 있어서 피청구인에게 혐의사실을 고지하지도 않았고 의견을 제출할 기회도 부여하지 않았으므로 적법절차원칙에 위반된다는 주장을 하였다. 이 점에 대하여

51) “피청구인 대통령 박근혜”로 표시되었다. 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 8.

52) 판례집 16-1, 609, 609.

53) 판례집 29-1, 1, 1.

54) “법관(임성근) 탄핵”이라 표시하고 있다.

55) “대통령(노무현) 탄핵”(판례집 16-1, 609, 609)

헌재가 응답하면서 다음과 같은 설시를 하였다.

헌재는 “적법절차원칙이란, 국가공권력이 국민에 대하여 불이익한 결정을 하기에 앞서 국민은 자신의 견해를 진술할 기회를 가짐으로써 절차의 진행과 그 결과에 영향을 미칠 수 있어야 한다는 법원리”⁵⁶⁾를 말한다고 본다. 여기서 중요한 것은, ‘국민에 대하여 불이익한 결정을 할 때’에만 적용되는 법원리라 보았다는 것이다.

그런데, “국회의 탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법 기관 사이의 문제이고, 국회의 탄핵소추의결에 의하여 사인으로서의 대통령의 기본권이 침해되는 것이 아니라, 국가기관으로서의 대통령의 권한행사가 정지되는 것”⁵⁷⁾이어서, “국가기관이 국민과의 관계에서 공권력을 행사함에 있어서 준수해야 할 법원칙으로서 형성된 적법절차의 원칙을 국가기관에 대하여 헌법을 수호하고자 하는 탄핵소추절차에는 직접 적용할 수 없다”⁵⁸⁾는 결론을 이끌어 내었다.⁵⁹⁾⁶⁰⁾

(2) 검토

가) 탄핵심판의 대상의 성격

사소한 문제지만, 정리하는 차원에서 언급하여 두고자 한다. 헌재는 탄핵심판을 “국가기관으로서의 대통령의 권한 행사”에 관한 문제라고 이해하고 있으나, 헌법과 법률이 정하고 있는 탄핵심판의 대상자가 전부 ‘기관’인 것은 아니다.

56) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 631.

57) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 631-632.

58) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 632.

59) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 18-19도 유사한 설시를 하였다.

60) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 346 결정에서도 이 판시는 4명 재판관의 각하 의견 중에 인용되었다. 나아가 ‘국회의 탄핵소추의결’ 절차는 ‘국가기관 사이의 권한질서에 관한 문제’의 성격을 가진다고 보았다. 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 367. 앞의 판시를 그대로 유지하는 후속적 입론이다.

기관이 아닌 탄핵대상자도 있다. 예를 들면 헌법 제65조 제1항과 현재법 제48조가 들고 있는 공무원 중 중앙선거관리위원회 위원, 감사위원 그리고 법률이 정하는 공무원 중 각급 선거관리위원회 위원⁶¹⁾의 경우는 기관이 아니다. 합의제 기관의 구성원일 뿐이다. 현재의 논리대로 한다면, 탄핵소추의 대상이 ‘기관’인지 여부에 따라 그 결론이 달려져야 한다고 보아야 할 것인데, 이를 수궁하기는 매우 어렵다.

나아가 기관이라 하더라도 전부 ‘헌법’⁶²⁾ 기관인 것은 아니다. 대표적으로 공수처장은 전혀 헌법 기관이 아니지만, 탄핵심판의 대상으로 된다.⁶³⁾

나) 적법절차에 대한 종전의 판시와의 일관성

현재는 적법절차원칙이 국가작용으로서 기본권 제한과 관련되는가 여부와 관계없이 모든 입법작용 및 행정작용에 적용된다고 보았다.⁶⁴⁾ 그래서 법률의 실제적 내용이 합리성, 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용된다고 판시하여 왔다.⁶⁵⁾ 적법절차원칙에서 도출되는 절차적 요청에는 적절한 고지, 의견 및 자료 제출 기회의 부여를 들고 있다.⁶⁶⁾

그러함에도 탄핵심판은 기본권 제한과 무관하므로 적법절차가 적용될 여지가 없다는 판시는 현재의 종전 입장과 일관되지 못한 것이라는 비판을 받을 수 밖에 없다.⁶⁷⁾

61) 선거관리위원회법 제9조.

62) 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 631-632.

63) 위에서 언급한 것처럼, 우리의 탄핵심판이론이 ‘대통령’을 대상으로 하여 논의되어 옴으로써 생긴 부작용 아닐까 한다. 대통령은 대상으로 되는 공직 중의 하나일 뿐이다.

64) 재 2001. 11. 29. 2001헌바41, 판례집 13-2, 699, 704; 현재 2011. 9. 29. 2010헌마68, 판례집 23-2상, 692, 702; 현재 2012. 12. 27. 2011헌바225, 판례집 24-2하, 467, 475; 현재 2013. 8. 29. 2011헌바253, 판례집 25-2상, 424, 436.

65) 현재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 877; 현재 1993. 7. 29. 90헌바35, 판례집 5-2, 14, 30.

66) 현재 2003. 7. 24. 2001헌가25, 판례집 15-2상, 1, 18; 현재 2007. 10. 4. 2006헌바91, 판례집 19-2, 396, 408.

67) 이승우, “대통령 노무현에 대한 탄핵심판결정의 평석”, 『헌법판례연구』 제6호, 박영

다) 공무담임권

1) 공무원과 공무담임권

현재는 “원칙적으로 국가나 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인은 공권력 행사의 주체이자 기본권의 ‘수범자’로서 기본권의 ‘소지자’인 국민의 기본권을 보호 내지 실현해야 할 책임과 의무를 지니고 있을 뿐이므로, 헌법소원을 제기할 수 있는 청구인적격이 없다.”⁶⁸⁾고 판시해 왔다.

그러나 현재는 ‘국가기관의 직무를 담당하는 자연인’에 대해 항상 기본권 주체성이 부인되는 것은 아니라고 본다. 만약 기본권 주체성이 인정되면, 현재법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구할 수 있다.

“만일 심판대상 조항이나 공권력 작용이 넓은 의미의 국가 조직영역 내에서 공적 과제를 수행하는 주체의 권한 내지 직무영역을 제약하는 성격이 강한 경우에는 그 기본권 주체성이 부정될 것이지만, 그것이 일반 국민으로서 국가에 대하여 가지는 헌법상의 기본권을 제약하는 성격이 강한 경우에는 기본권 주체성을 인정할 수 있다.”⁶⁹⁾는 판시가 위 논지를 뒷받침한다.

2) 권한행사와 공무담임권

현재는 누차에 걸쳐 공직취임 기회의 보장 외의 공무담임권의 보호 영역에 대해 실시한 바가 있다. “우리 헌법 제25조에 의하여 보장되는 공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제뿐 아니라 공무원 신분의 부당한 박탈이나 권한(직무)의 부당한 정지도 포함”⁷⁰⁾ 된다는 것이

사, 2004, 269.

68) 현재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477, 480; 현재 2001. 1. 18. 2000헌마149, 판례집 13-1, 178, 185.

69) 현재 1995. 3. 23. 95헌마53, 판례집 7-1, 463; 현재 1998. 4. 30. 97헌마100, 판례집 10-1, 480; 현재 1999. 5. 27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675; 현재 2006. 7. 27. 2003헌마758, 판례집 18-2, 190 참조.

70) 현재 2008. 6. 26. 2005헌마1275, 판례집 20-1하, 427, 436; 현재 2010. 3. 25. 2009헌마538, 공보 162, 744, 748; 현재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 공보 167, 1539, 1547.

현재의 일관된 입장이다.⁷¹⁾⁷²⁾

현재는, 공무원이 특정의 장소에서 근무하는 것 또는 특정의 보직을 받아 근무하는 것까지 공무담임권의 보호영역에 포함된다고 보기는 어렵다⁷³⁾고 보지만, 직위 해제,⁷⁴⁾ 권한 대행⁷⁵⁾에 대하여 일단 공무담임권의 제한이라 보고 본안에 나아가 기본권 침해 여부를 심사하였다.

위와 같은 판례의 입장에서 보았을 때, 국회의 탄핵소추 의결로 인하여 탄핵심판대상자의 권한행사 정지된다면⁷⁶⁾ 이것은 현재가 판시하는 바대로 공무담임권의 제한이라 봄이 상당하다.⁷⁷⁾

71) ‘부당한 박탈’ 또는 ‘부당한 정지’라는 표현은 적절하지 아니하다. 박탈이나 정지가 있으면 공무담임권 제한이 인정된다는 취지인데, 거기에 ‘부당한’이라는 관형어가 부가됨으로써, 부당하지 아니한 박탈이나 정지라면 공무담임권이 제한되지 않는다는 것이나, 하는 불필요한 오해를 불러일으킬 수 있다. 부당한지는 여부는 본안에 관련된 문제이다.

72) 현재 2002. 8. 29. 2001헌마788, 판례집 14-2, 219, 224; 현재 2003. 10. 30. 2002헌마 684, 판례집 15-2하, 211, 216; 현재 2005. 12. 22. 2004헌마947, 판례집 17-2, 774, 781; 현재 2011. 4. 28. 2010헌바232, 판례집 23-1하, 62, 71.

73) 현재 2008. 6. 26. 2005헌마1275, 판례집 20-1하, 427, 436-436.

74) 현재 2006. 5. 25. 2004헌바12, 판례집 18-1하, 58 이하 참조.

75) 현재 2005. 5. 26. 2002헌마699 등, 판례집 17-1, 734; 현재 2011. 4. 28. 2010헌바 474, 판례집 23-1하, 126(구급된 경우) ‘공소 제기된 후 구급상태에 있을 것’을 유일한 요건으로 자치단체장의 공무담임권을 제한하고 있다고 할 것이다.

76) 헌법 제65조 제3항. 정지 시점에 관해서는 논란이 있을 수 있다. 헌법 제65조 제2항은 “탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.”고 하여 탄핵소추의 의결이 있으면 바로 권한행사가 정지되는 것처럼 써어 있으나, 국회법 제134조 제2항 (“소추의결서가 송달되었을 때에는 소추된 사람의 권한행사는 정지되며, 임명권자는 소추된 사람의 사직원을 접수하거나 소추된 사람을 해임할 수 없다.”)에 따르면, 소추의결서가 ‘송달’된 때부터 권한행사가 정지된다. 그런데, 같은 조 제1항(“탄핵소추가 의결되었을 때에는 의장은 지체 없이 소추의결서 정본(正本)을 법제사법위원장인 소추위원회에 송달하고, 그 등본(謄本)을 헌법재판소, 소추된 사람과 그 소속 기관의 장에게 송달한다.”)은 여러 송달 장소가 여러 곳이어서, 소추된 사람에게 송달되면 족한 것인지의 문제도 생길 수 있다.

77) 물론, ‘권한 행사의 정지’를 기본권 제한이라 볼 것인가 하는 것은 별도로 논의하여야 할 일이다. ‘권한’과 ‘권리’는 준별되는 것이어서, ‘권한의 정지’를 ‘권리의 제한’

다만 그 타당성에는 의문이 제기될 수 밖에 없다. 가장 중요한 포인트는, 권한이 개인의 이익에 공헌하는가 하는 점이다. 기본권도 권리에 속한다. 기본권은 권리 중에서 헌법이 보장하는 것을 가리키기 때문이다. 즉 헌법이 보장하는 권리가 기본권이다.⁷⁸⁾

권리는 ‘이익을 누릴 수 있도록 법에 의하여 주어진 힘’이다.⁷⁹⁾ 권리는 권리주체의 이익에 공헌한다. 이에 비하여 권한은 ‘다른 사람을 위하여 그에게 일정한 법률효과를 발생케 하는 행위를 할 수 있는 법률상의 지위나 자격’⁸⁰⁾을 말한다. 권한은 그 주체의 이익을 위해 행사하면 안 된다. 이것은 권한은 남용하는 것이고, 범죄로 연결될 수 있다. 권한 행사를 제한하더라도 그 주체의 이익과는 무관하다. 따라서 권한 행사를 정지시킨 것이 그 주체의 ‘기본권’을 제한한다는 논리는 찬동받기 어렵다.

그래서 권성 재판관은 별개의견을 냈다. 즉, 공무담임권은 공직취임에 있어서의 균등한 기회 외에 당선 또는 임명된 공직에서의 활동이나 수행은 공무담임권에 의하여 보장되지 않는다. 공무원이 가지는 직무수행권은 국가의 객관적 권한배분 내지 조직구성권 행사의 결과로 주어진 ‘권한(Kompetenz)’ 일 뿐이고, 주관적 공권이라고 볼 수 없다. 그래서 단체장의 권한이 정지된

으로 이해하는 판례의 입장은 비판받을 소지가 크다. 당연한 말이겠지만 권한의 유무 또는 범위의 문제는 권한쟁의심판의 대상으로 될 수 있을 뿐이지 ‘기본권의 제한’을 전제로 하는 헌법소원의 대상으로는 될 수 없다.

78) 현재는 ‘헌법에 의하여 직접 보장된 개인의 주관적 공권’(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 676, 693)으로 본다. ‘직접’이라는 말은 불필요한 말인 것 같다. ‘간접’ 보장된 것이라면 기본권이 아니라는 취지인데, 과연 무엇을 의미하는가는 분명치 않다. 이것이 쟁점으로 된 경우도 없다. 헌법에는 기본권이라는 단어를 사용하고 있지 않다. 헌법 제37조 제1항, 제2항의 ‘국민의 자유와 권리’가 가장 유사한 표현이다. 헌재법 제68조 제1항은 ‘기본권이 침해된 자’라고 하여 기본권이라는 말이 나온다. 법문에는 ‘헌법상 보장된 기본권’이라 기재되어 있다. ‘驛前앞’처럼 관념의 중복이 있다. ‘헌법상 보장된’이라는 말은 불필요하다. 헌재법은 인용결정의 주문에 ‘침해된 기본권’을 특정하도록 정하고 있다(제75조 제2항).

79) 지원림, 『민법강의』, 제15판, 홍문사, 2017, 33[2-5] 참고.

80) 지원림, 『민법강의』, 제15판, 홍문사, 2017, 33[2-5].

다고 하더라도 당해 단체장이 자신의 주관적 공권인 공무담임권이 침해되었음을 이유로 위헌임을 주장할 수는 없다.⁸¹⁾ 필자는 이러한 권성 재판관의 설명이 매우 적실한 것이라고 본다.

3) 다른 관점

위에서 현재는 국회의 탄핵소추 의결이 권한행사의 정지에 관한 의결로서 기본권과 무관하므로 기본권 제한과 무관하다고 보았다는 점을 보였다. 그리고, 권한행사의 정지는 기본권 제한과 무관하다는 점도 보였다.⁸²⁾ 이 점까지는 타당하다.

그러나, 국회의 탄핵소추 의결은 ‘권한행사 정지’를 목적으로 하는 활동이 아니다. 탄핵소추 의결은 피소추자를 파면할 권한을 가진 현재에 대하여 파면을 구하는 절차의 일부를 구성한다.

그러므로, 피소추자의 파면이 피소추자의 기본권을 제한하는 성격을 가지고 있는가, 기본권을 제한하는 절차는 적법절차의 기속을 받는가 하는 것을 논의하여야 한다.⁸³⁾ 국회가 탄핵소추를 의결하였을 때 피소추자의 권한행사가 정지된다는 것은, 탄핵소추 의결의 부수적인 효과일 뿐이다. 그 부수적 효과를 탄핵소추 의결의 본질인 것처럼 이해하고 그것이 기본권 제한적 성격을 가지고 있지 아니하다고 이해하기는 어렵다.

그러면, 다시 돌아와 공직에 있는 자연인을 그 공직에서 분리하는 것이 공무담임권의 제한인가를 분석하여서 제한에 해당된다면, 당연히 그 제한

81) 현재 2005. 5. 26. 2002헌마699, 판례집 17-1, 734, 753. 윤영미, “공무담임권에 관한 소고-보호영역을 중심으로-”, 『법학논총』 제23집 제2호, 한양대학교, 2006, 129쪽 이하; 이인호, “공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례비판-결정 상호간의 모순과 부정합성 비판-”, 『법과 사회』 제30호, 법과사회이론학회, 2006, 339면 이하 각 참조.

82) 그렇다면, 권한행사 정지와 관련된 현재의 판례도 재정비될 필요가 있다.

83) ‘국가기관간의 내부적 행위’(현재 2019. 12. 27. 2017헌마359, 판례집 31-2하, 227, 231)라는 이유로 공권력 행사성이 부정될 수 있는 경우는 아니다. 충분히 외부적으로 드러났다.

의 절차를 구성하는 국회의 탄핵소추 의결도 적법절차 원칙에 부합하여야 하는 것이라는 결론에 도달하게 될 것이다. 현재는 누차에 걸쳐 자연인으로부터 공직을 박탈하는 것은 그 자연인의 공무담임권의 제한이라고 판시한 바 있다. 현재 2021. 10. 28. 2021헌나1은 “탄핵심판절차에 따른 파면결정으로 피청구인이 된 행정부나 사법부의 고위공직자는 공직을 박탈당하게 되는데, 이는 공무담임권의 제한에 해당한다.”⁸⁴⁾고 하여 비교적 분명하게 이를 밝히고 있다.

(3) 소결론

현재의 적법절차원칙에 관한 판시는, 적어도 현재가 탄핵을 공직에 있는 자연인의 기본권 제한과 무관하게, 공직 그 자체를 대상이라고 보는 것 아닌가 하는 인상을 준다. 적법절차를 종전의 판례와 같이 해석하거나, 탄핵심판을 공직에 있는 자연인의 기본권 제한의 문제로 이해한다면, 당연히 국회의 탄핵소추 의결에 있어서도 적법절차원칙이 준수되어야 한다는 결론에 이르렀을 것으로 보인다. 국회의 탄핵소추 의결은 피소추자의 권한행사를 정지시키는 것을 주된 목적으로 하는 것이 아니라, 피소추자의 파면을 목적으로 하는 일련의 활동 중 일부이기 때문이다.

3. 자연인설

가. 법익형량

(1) 도입

현재는 탄핵심판에서 법익형량을 중요한 쟁점으로 다루었다. 이것은 현재가 탄핵심판의 대상을 (공직이 아니라) 공직에 있는 자연인으로 인식하

84) 현재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 343.

고 있음을 보여준다. 만약 공직을 대상으로 한다면 객관적 법질서의 측면에 강조될 수 밖에 없고, 이 경우 법익형량은 쟁점으로 되기 어렵다. 이 점을 살펴 본다.

(2) 검토

헌법은 탄핵의 사유로 “그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때”⁸⁵⁾라고 규정하고 있다. 문면상으로는 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배하기만 하면, 파면 결정을 할 수 있는 것으로 보이지만, 현재는 그렇게 이해하지 않고, “헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란, 모든 범위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 범위반의 경우”⁸⁶⁾를 가리킨다고 본다.

이 점은 분명하다고 할 것이다. 공직자의 모든 범위반 행위가 탄핵의 사유로 될 수는 없다. 일반 징계 절차에 있어서도 징계 양정에 여러 단계가 있다. 당연히 파면이라는 법 효과를 정당화할 정도의 범위반 행위가 탄핵심판을 인용하는 데 있어서의 필요조건이 될 것이다.

그런데, 현재는 “탄핵심판절차가 헌법의 수호와 유지를 그 본질로 하고 있다는 점에서, ‘범위반의 중대성’이란 ‘헌법질서의 수호의 관점에서의 중대성’을 의미하는 것이다. 따라서 한편으로는 ‘범위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해악을 미치는지의 관점’과 다른 한편으로는 ‘피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과’를 서로 형량하여 탄핵심판청구가 이유 있는지의 여부를 결정해야 한다”⁸⁷⁾고 본다.

살피건대, 이와 같은 판시가 교량의 대상을 정당하게 지적하였는가에 대해서는 의문을 일으킨다. 우선 전자, 즉, ‘범위반이 어느 정도로 헌법질서

85) 헌법 제65조 제1항. 현재법 제48조는 “그 직무집행에서 헌법이나 법률을 위반한 경우”라고 표현하고 있으나, 그 내용은 같은 것으로 보인다.

86) 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 625, 654.

87) 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 625, 655.

에 부정적 영향이나 해악을 미치지’는 파면 이전의 상태이고, 나아가 국가 공동체가 처하고 있는 불이익이다. 거기에 비하여 ‘피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과’는 파면 이후의 상태이다. 그런데, 누구에게 부여되는 효과인지는 분명하지 아니하다. 국가공동체가 누리는 것이라면, 당연히 전자 즉 탄핵 전에 공직자의 법 위반으로 인하여 초래되었을 헌법질서예의 부정적 영향이나 해악의 해소라 할 수 있다. 이것은 비교의 대상이 될 수 없다. 예를 들어 해당 공직자의 법위반으로 30의 부정적 효과가 있었다면, 해당 공직자를 파면함으로써 30의 부정적 효과가 소멸할 것이 일응은 예상될 것이기 때문이다.⁸⁸⁾

그렇다면, ‘피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과’라는 것은 피청구인이 입게 될 불이익을 말하는 것이라 아니할 수 없다. 그 불이익이라는 것은, 헌법적으로 보장된 공무담임권의 제한이다. 따라서 해당 공직자의 공무담임권 제한을 정당화할 만큼 법위반이 중대하였는가, 하는 것이 핵심적인 교량 사항이다.⁸⁹⁾

즉 공직자를 파면함으로써 얻게 되는 이익과 그로 인하여 발생하는 불이익을 교량하는 것이 옳다. 전자는 공적인 이익이고, 후자는 파면당하는 공직자의 사적 불이익이다. 이를 파면 전의 상태로 끌고 가보면, 공직자의 법위반 행위로 인하여 국가 공동체가 입고 있는 불이익이 있는데, 이를 회복하기 위하여 공직자를 파면하는 것이다. 이렇게 함으로써 국가 공동체의 불이익은 회복되겠지만, 해당 공직자의 공무담임권은 제한될 수 밖에 없다.

이렇게 해당 공직자의 공무담임권을 제한하면서까지 국가 공동체의 불이

88) 물론, 탄핵 과정에서 발생하는 부차적인 효과가 있을 수 있다. 국가 공동체에 어느 정도의 비용이 발생하는 것은 예견될 수 있다.

89) 실무제요는 “공직자의 파면을 정당화할 정도 ‘중대한’ 법위반”이 있는가가 기준이라고 말한다. 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 2015, 449. 필자의 것과 같은 견해이다. 실무제요는 양자를 같은 것으로 이해하는 듯 하나, 과연 그러한지는 의문이다. 필자는 다르다고 본다.

의 상태를 회복할 필요가 있는가, 하는 점이 교량에 있어서 고려해야 할 점이라 할 것이다. 즉, 피청구인의 파면을 정당화할 만큼 헌법질서가 파괴되었는가, 하는 점을 교량하는 것이 탄핵심판의 본질에 부합한다고 보인다. 그런데 현재의 판시를 보면, 이 점이 분명하지 아니하다. 아마도 공직을 탄핵한다는 입장에서 논리를 전개하니, 해당 공직자의 불이익이라는 요소를 간과한 것은 아닌가하는 생각이 든다.

(3) 소결론

현재가 탄핵심판을 인용할 것인지 여부를 판단함에 있어서 법익형량을 강조하였다는 것은 탄핵심판이 공직을 담당한 자연인의 권리보호와 연계되어 있다는 점을 인식한 사실을 보여준다. 이 점은 교량의 대상을 무엇으로 할 것인가와는 별개의 문제이다.

나. 공무담임권 제한

현재의 결정문 중에도 (공직이 아니라) 자연인을 대상으로 하는 것을 전제로 한 표현들이 없지 않다. 이전 사건들과 달리 2021헌나1 결정에서 두드러진다. 이 사건에서는 ‘피청구인’이 임기만료로 퇴직하여 이미 ‘공직’에서 격리되어 있는 상황이 다루어졌다. 이 상황에서도 본안 판단을 할 것인가가 쟁점으로 되었기 때문에, ‘피청구인’과 ‘공직’이 비교적 분명하게 구별되어 논의되었다.

“탄핵심판절차에 따른 파면결정으로 피청구인이 된 행정부나 사법부의 고위공직자는 공직을 박탈당하게 되는데, 이는 공무담임권의 제한에 해당한다”⁹⁰⁾거나 “탄핵심판절차는 헌법재판소가 관장하고(헌법 제111조 제1항 제2호), 그 심리와 판단에 있어 구두변론(헌법재판소법 제30조 제1항), 형

90) 현재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 343, 4명 재판관의 각하의견.

사소송에 관한 법령의 우선적 준용(헌법재판소법 제40조) 등 ‘사법절차’에 의하며, 탄핵심판청구가 이유 있는 경우에 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고하여(헌법재판소법 제53조 제1항) 공직을 박탈함으로써 ‘개인의 공무담임권’을 직접 제한하게 된다.”⁹¹⁾는 표현은 비교적 직접적으로 공직에 있는 자연인의 기본권 제한에 관한 인식을 보여준다.

“국회의 의사절차 자율권이 작동하는 국회의 탄핵소추의결은 국가가 국가기관으로서의 공직자의 권한행사를 정지시키는 ‘국가기관 사이의 권력분립원칙에 따른 견제’의 성격을 가지는 것으로 볼 수 있다. 국회의 소추의결 이후에 헌법재판소가 담당하는 탄핵심판이 법치주의 원리에 따라 해당 공직자가 공무담임권의 제한을 받게 되는지 여부를 결정하는 ‘규범적 심판절차’인 것과 대비되는 측면이다.”⁹²⁾라는 주목을 끈다. 이 판시는 탄핵소추의결이 (자연인의 기본권을 제한하는 것이 아니므로) 적법절차원칙이 적용되지 않는다는, 앞에서 본 입론을 유지하면서, 탄핵심판이 (공직을 담당하고 있는 자연인에 대한) 기본권 제한 문제라는 점을 드러냈다. 종전의 판시를 무시하지 못하는 재판기관으로서 양자를 조화롭게 해석해 보려는 시도가 이해된다.

물론 위에서 본 각 표현들이 4명 재판관의 의견에서 제시된 것들이지만, 다른 재판관들도 ‘피청구인’과 ‘공직’ 사이의 격리를 전제로 한 판시들을 하고 있다. “피청구인이 다른 사유로 해당 공직을 상실한 경우”,⁹³⁾ “헌법이나 법률을 위반한 공직자를 공직에서 배제하여”,⁹⁴⁾ “피청구인이 해당 공직에서 퇴직”⁹⁵⁾이 거기에 해당하는 표현들이다.

91) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 347, 4명 재판관의 각하의견.

92) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 346-347, 4명 재판관의 각하의견.

93) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 372, 이미선 재판관의 각하의견.

94) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 문형배 재판관의 심판절차종료의견.

95) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1, 판례집 33-2, 321, 380, 재판관 유남석, 이석태, 김기영

다. 법령

법문에도 공익이 아니라 공직에 있는 자연인이 탄핵심판의 피청구인이라는 관념은 곳곳에 드러나 있다. 헌재법 제53조 제1항은 “탄핵심판 청구가 이유 있는 경우에는 헌법재판소는 피청구인을 해당 공직에서 파면하는 결정을 선고한다.”고 규정하고 있다. 피청구인을 해당 공직에서 파면한다는 것은, 자연인과 공직 양자의 병립을 전제로, 전자를 후자로부터 분리, 격리시키는 것을 전제로 한다. 또 헌재법 제54조 제2항은, “탄핵결정에 의하여 파면된 사람은 결정 선고가 있는 날부터 5년이 지나지 아니하면 공무원이 될 수 없다.”고 규정하고 있는데, 위 법문 중의 ‘사람’이 탄핵심판을 받은 객체다. 피청구인이다.

4. 무엇이 달라지는가?

가. 변호사강제주의·국고 사용

헌재법 제25조 제3항 본문은 “각종 심판절차에서 당사자인 사인(私人)은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판 수행을 하지 못한다.”고 정하고 있다. 만약 탄핵심판이 ‘특정 공직에 취임하고 있는 사인’을 대상으로 하는 절차라면 당연히 탄핵심판의 대상자는 변호사를 대리인으로 선임하여 심판수행을 하여야 한다.⁹⁶⁾ 그런데, 만약 탄핵심판이 자연인이 아니라 ‘공직’을 대상으로 한다면, 헌재법 제25조 제3항이 아니라 같은 조 제2항이 적용될 것이다.

김하열 교수는 탄핵심판의 대상이 사인이라 하면서도 변호사강제주의는

의 인용의견.

96) 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 경우에는 헌재법 제25조 제3항 단서에 따라 본문이 적용되지 아니한다.

적용되지 않는다고 한다.⁹⁷⁾ 그 근거로 탄핵심판의 피청구인은 단순한 사인이 아니라, 공적 직무 수행자의 지위에 있다는 점, 변호사강제주의를 정당화하는 논거들로 헌재가 제시하고 있는 재판업무의 분업화 원리, 헌법재판의 원활한 운영과 질적 개선, 재판심리 부담 경감 및 효율화와 무관하기 때문이라고 한다.⁹⁸⁾

필자로서는 이해하기 어렵다. 공직자가 공직 수행 과정에서 뇌물을 받아 탄핵심판의 대상으로 되었는데, 뇌물수수행위가 ‘공적 직무 수행자의 지위’에 있으므로 단순한 사인과 달리 규율할 필요가 있다고 볼 수는 없다. 공직자의 행위가 가지고 있는 법적 효과에 관한 것이라면 당연히 그것은 헌재법 제25조 제3항 본문의 자연인의 행위로 보기 어려울 것이다. 그러나 탄핵심판에서는 자연인의 어떤 행위가 공직자의 그것으로 적절한 것이었는가를 심사한다. 거기에는 국가가 관여할 일이 아니다. 공직자가 절취하여 형사절차에 있는 상황과 마찬가지로. 여기에 국가기관이 관여할 수 없는 것이라면 탄핵심판절차도 마찬가지로 이해되어야 한다.

변호사강제주의와 관련된 판례에서 현재는, “헌법재판소법 제 25조 제3항에 의한 변호사강제주의의 규정은 여러 가지 헌법재판의 종류 가운데 사인이 당사자로 되는 심판청구인 탄핵심판청구와 헌법소원심판청구에 있어서 적용된다고 보아야 할 것”⁹⁹⁾이라고 하여 사인성을 분명히 밝히고 있다.

물론, 탄핵심판을 고려하여 헌재법 제25조가 구성되었는가는 의문을 가질 수 있다. 탄핵심판의 소추대상자가 변호사인 대리인 없이는 심판수행을 하지 못한다면, 당연히 국선대리인에 관한 조항도 함께 규정되어야 할 것이다. 변호사인 대리인이 없다고 하여 탄핵심판에 있어서 아무런 심판수행을 할 수 없다고 할 수는 없다. 현실적으로는 문제되지 않을 것이지만, 이

97) 헌법재판연구원, 『주석 헌법재판소법』, 2015, 673(김하열 집필 부분).

98) 헌법재판연구원, 『주석 헌법재판소법』, 2015, 673(김하열 집필 부분). 이 부분을 언급한 판례는 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120, 판례집 2, 288, 293 이하.

99) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120, 판례집 2, 288, 296.

론상으로는 문제될 수 있다.

이 문제는 아래의 국고 사용과도 관련되는 문제다. 만약 탄핵심판의 대상을 공직 그 자체라고 한다면 당연히 국고로써 탄핵심판 절차에 필요한 비용을 충당할 수 있다. 탄핵심판에 대응하는 것도 공적 의무에 해당할 것이기 때문이다.

이에 비하여 자연인이 탄핵심판의 대상이라면 국고로 그 비용을 충당할 수 없다. 탄핵심판에 응하는 것이 공적 의무에 속한다고 볼 수 없기 때문이다. 예를 들자면, 탄핵심판의 피소추자가 변론기일에 출석¹⁰⁰⁾하는 행위는 공적 의무가 아니어서 관용차량을 이용할 수 없을 것이다.¹⁰¹⁾

나. 재심의 허부

(1) 일반론

헌재법 등 현행법 안에는 현재의 결정에 대한 재심의 허용 여부에 관하여 규정을 두고 있지 않다. 헌재법은 제40조 제1항은 현재의 심판절차에 관해 헌재법이 특별히 규정하지 아니한 경우 외에는 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용할 것과 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을 함께 준용하도록 정하고 있다. 또, 같은 조 제2항은 탄핵심판에 준용되는 형사소송에 관한 법령이 민사소송에 관한 법령과 저촉되는 경우 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다고 규정하고 있다.

현재는 심판의 종류에 따라 그 절차의 내용과 결정의 효과가 한결같지 아니하기 때문에 재심의 허용여부 내지 허용정도 등은 심판절차의 종류에 따라서 개별적으로 판단할 수 밖에 없다고 본다.¹⁰²⁾ 그 판단의 기준은 ‘재

100) 헌재법 제52조 제1항.

101) “각급 행정기관의 차량은 정당한 사유 없이 개인적인 용도로 사용하지 못하며, 공무용 차량임을 표시하여야 한다.”(‘공용차량 관리 규정’ 제10조 제1항 본문)

102) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 119-120.

심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익과 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익'의 교량이다.

현재는 위 교량에 있어서 결정의 효력이 미치는 범위를 중요한 요소로 본다. 그래서 헌재법 제68조 제1항의 헌법소원 중 '법령에 대한 헌법소원'의 경우에는 그 인용결정이 위헌법률심판의 경우와 마찬가지로 일반적 기속력과 대세적·법규적 효력을 가지기 때문에 그 성질상 재심을 허용할 수 없다고 하면서도,¹⁰³⁾ '행정작용에 속하는 공권력 작용을 대상으로 하는 헌법소원'의 경우에는 그 결정의 효력이 원칙적으로 소송당사자 사이에서만 미치기 때문에 재심을 허용함이 상당하다고 한다.¹⁰⁴⁾

이러한 관점은 정당해산 심판에도 이어지고 있다. 정당해산심판은 달리 원칙적으로 해당 정당에게만 그 효력이 미친다는 점, 잘못된 결정을 바로 잡지 않으면 장래 세대의 정치적 의사결정에까지 부당한 제약을 초래한다는 점을 들면서, 재심을 허용하지 아니함으로써 얻을 수 있는 법적 안정성의 이익에 비해 재심을 허용함으로써 얻을 수 있는 구체적 타당성의 이익이 더 크므로 재심이 허용되어야 한다고 본다.¹⁰⁵⁾

(2) 탄핵심판의 경우

현재의 위와 같은 기준을 탄핵심판에 대하여 적용하여 본다면, 우선 탄핵심판 결정, 특히 인용 결정이 당해 피소추자에 대하여만 미친다는 점에 대해서는 이론이 있기 어렵다. 그러나, 구체적 타당성을 파악함에 있어서 탄핵결정의 상대방이 공직 자체인가, 공직에 있는 사인인가에 따라 그 평가가 달라질 수 있다. 만약 공직 자체라 본다면, 위에서 본 바대로 '권한'의 문제로 이해될 가능성이 크고, 권한은 그 주체의 이익과 무관하다고 하

103) 헌재 1992. 6. 26. 90헌아1, 판례집 4, 378, 384; 헌재 2002. 9. 19. 2002헌아5 공보 불게재.

104) 헌재 1995. 1. 20. 93헌아1, 판례집 7-1, 113, 120.

105) 헌재 2016. 5. 26. 2015헌아20, 판례집 28-1하, 163, 166-167.

여 구체적 타당성의 요구가 저평가될 수 있다.

그런데, 탄핵 심판의 인용 결정에 의하여 피청구인은 해당 공직에서 파면된다.¹⁰⁶⁾ 탄핵결정에 의하여 파면된 사람은 결정 선고가 있는 날부터 5년이 지나지 아니하면 공무원이 될 수 없다.¹⁰⁷⁾ 그리고 탄핵결정으로 파면된 자는 5년간 변호사로 될 수 없고,¹⁰⁸⁾ 5년간 임명공증인이 될 수 없으며,¹⁰⁹⁾ 또 5년간 공인회계사가 될 수 없고,¹¹⁰⁾ 3년간 세무사로 등록할 수 없으며,¹¹¹⁾ 영구히 변리사로 될 수 없다.¹¹²⁾ 그리고 퇴직급여 및 퇴직수당의 일부를 줄여 지급받게 된다.¹¹³⁾ 이러한 불이익들은 공직에서 파면된 자연인이 입게 되는 것이다. ‘공직’이 입게 되는 것이 아니다.

(3) 소결론

탄핵심판의 피청구인은 공직이 아니라 공직에 있는 자연인¹¹⁴⁾이다.¹¹⁵⁾ 그가 탄핵심판의 인용 결정으로 입게 되는 것은 전적으로 그가 입는 것이고, 구체적이면서 개별적이다. 이 불이익은 탄핵심판의 재심이 허용되어야 할 구체적 타당성을 구성한다.

106) 헌재법 제53조 제1항. 엄밀하게 말하면, 이유 있음을 탄핵심판청구가 이유 있음을 확인하는 결정이 있고, 법령에 의하여 피청구인이 ‘파면’되는 효력을 가지는 것이 아니라, 헌재가 주문으로써 피청구인을 ‘파면’한다. 헌재법 제47조와 비교해 보면 그 구조상의 차이를 파악할 수 있다.

107) 헌재법 제54조 제2항.

108) 변호사법 제5조 제4호.

109) 공증인법 제13조 제7호.

110) 공인회계사법 제4조 제6호.

111) 세무사법 제4조 제4호.

112) 변리사법 제4조 제5호 가목.

113) 공무원연금법 제65조 제1항 제2호.

114) “피청구인은 전 대통령 박정희와 영부인 육영수의 장녀로 태어나...”, “피청구인은 대통령으로 취임한 뒤에도...”(각 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 22)

115) 손상식, “현행 헌법상 탄핵심판의 본질과 그 책임의 성격에 대한 일고찰”, 『헌법학 연구』 제26권 제1호, 한국헌법학회, 2020, 315.

필자가 보기에 탄핵심판의 피청구인을 공직 자체로 보는가, 공직에 있는 자연인이라 볼 것인가에 따라 재심의 허부에 관한 결론이 달라질 수 있다고 보인다. 필자는 당연히 공직에 있는 자연인이 당사자이고 그가 탄핵의 인용 결정으로 인해 입게 되는 불이익의 회복을 위해 재심이 허용되어야 한다고 본다.¹¹⁶⁾

이동흡 전 재판관은 탄핵결정의 효력이 피소추자에게만 미치고, 탄핵심판절차에 중대한 하자가 있어서 탄핵결정을 그대로 유지할 수 없는 경우에는 재심이 허용된다고 하면서도 대통령의 경우에는 허용되지 않는다고 한다.¹¹⁷⁾ 이와 같은 입론은 우선 그 일관성에 있어서 문제될 부분이 있다. 그리고 공직을 담당하였던 자연인이라는 점에 있어서는 대통령이라 다를 바 없다. 대통령직에 있던 자라 하더라도 당연히 재심은 허용되어야 할 것이고, 단지 사정판결의 법리¹¹⁸⁾는 원용될 가능성이 있다.¹¹⁹⁾

116) 탄핵심판이 인용된 유일한 사례인 박근혜 사건과 관련하여 재심을 청구하겠다는 의사가 그의 측근에 의해 표시되었다.

https://www.yna.co.kr/view/AKR20220325144400001?section=politics/all&site=major_news02

117) 이동흡, 『헌법소송법』 제2판, 박영사, 2018, 757-758.

118) 행정소송법 제28조(사정판결) ①원고의 청구가 이유있다고 인정하는 경우에도 처분등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 아니하다고 인정하는 때에는 법원은 원고의 청구를 기각할 수 있다. 이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다.

119) 헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1 결정문 중 28쪽은 구 탄핵심판법이 1965. 3. 17. 법률 제1686호로 개정될 당시의 논의를 소개하고 있다. 당시의 정부제출안은 재심을 인정하였는데, 법제사법위원회의 대안에서 이러한 재심 규정이 삭제되었다. 재심에서 탄핵사유가 없었던 것으로 판단되는 경우 그 직위에 당연히 복귀되어야 하는데, 그 직위에 두 사람의 공무원이 있게 되는 경우가 생기기 때문이라 한다. 살피건대, 탄핵대상자 중 하나의 직위에 하나의 공무원만 있는 경우는 드물다. 대통령의 경우는 그렇다고 할 것이지만, 법관이나 검사의 경우는 각 기천명이다. 특별한 경우를 지나치게 일반화한 것으로 보인다.

5. 소결

현재의 결정 중에는 탄핵심판의 대상을 공직 그 자체로 보는 듯한 판시들이 없지 않다. 처음 두 개의 탄핵심판 사건이 ‘대통령직에 있는 사람’을 대상으로 하였기 때문이라 보인다. 그 공직에 있는 사람이 유일하다 보니 ‘공직’과 ‘그 공직에 있는 자연인’을 구별하여 다룰 필요성이 적었을 것이다.

임○○ 사건에서는 비교적 분명하게 공직과 그 공직에 있는 자연인이 준별되어 논의된 것으로 보인다. 임○○ 사건이 가진 특수성이 반영되었다. 결정 당시 이미 공직과 자연인이 분리, 격리되어 있었기 때문이다.

위에서 살펴본 것처럼, 탄핵심판의 피청구인은 ‘공직’이 아니다. 즉, ‘대통령’이 아니고, ‘법관’이 아니다. ‘대통령직에 있는’ 자연인 ‘노무현’, ‘박근혜’와 ‘법관이었던’ ‘임○○’이 탄핵심판의 피청구인이다. 법문에 탄핵대상자를 열거하면서 공직명을 나열하고 있지만, 법리상으로는 각 ‘그 공직에 있는 자’라고 기재하는 것이 적확하다.

탄핵심판은 공직에 있는 자연인을 그 공직으로부터 분리, 격리시킬 것인가를 정하는 절차다. 그 공직 자체는 오류를 범할 수 없다. 단지 그 공직에 있는 자연인이 오류를 범할 수 있을 뿐이다.

IV. 결론

조금은 사소해 보이는 문제이지만, 탄핵심판에서의 당사자가 누구인가를 살펴보았다. 판례는 국회를 청구인으로, 소추위원을 대표자로 이해하는 것으로 보인다. 그러나 이러한 해석은 현재법 제49조나 심판규칙 제58조와 조화롭지 아니하다.

나아가 헌재가 공직 그 자체를 탄핵소추의 대상으로 보고 있는지는 분명치 아니하나 결정문에 그렇게 볼 여지가 있는 기재가 없는 것은 아니다. 마치 ‘대통령직 자체’을 탄핵심판의 대상으로 보는 듯한 설시가 그것이다. 임○○ 사건에서도 ‘법관(임○○)’라고 사건명을 표시하여, ‘자연인 임○○’보다 ‘법관’이라는 공직이 더 강조된 것처럼 보인다. 그럴 이유는 없는 것 같다. ‘대통령’이 탄핵대상으로 되었던 경험의 흔적이 남은 것이라 보인다. 공직에 있는 자연인을 탄핵대상으로 보면 족하다. 탄핵심판은 그 자연인을 공직과 격리시키는 절차이기 때문이다.

마무리 삼아 탄핵심판 사건의 당사자 표시로 온당하다고 보이는 바대로 기재하면 다음과 같다.

소추위원 ¹²⁰⁾	국회 법제사법위원회 위원장 김일돌 대리인 변호사 이삼돌
피소추인	박오돌 ¹²¹⁾ 대리인 변호사 최구돌

120) 이를 ‘청구인 소추위원 국회 법제사법위원회 위원장 김일돌’이라 하여도 문제는 없을 것이다. 그러나 필자로서는 ‘소추위원’을 탄핵심판에서의 청구인이라 이해하는 것이 간명하다고 생각한다. ‘피소추인’ 대신에 ‘피청구인’이라 기재하여도 무방하리라 본다. 다만, 소추위원과 격을 맞추기 위해서는 피소추인이라 기재하는 것이 낫다는 생각이 든다. 본질을 가를 문제는 아니다.

121) ‘박오돌(대통령)’, ‘박오돌(법관)’ 등으로 피청구인이 탄핵심판 대상자임을 보이는 공직을 괄호 안에 기재하는 것은 유익하다고 보인다.

[국문초록]

이 논문에서는 탄핵심판의 당사자가 누구인가를 검토하였다.

현재는 청구인을 국회로 본다. 소추위원인 법제사법위원회위원장을 국회의 ‘대표자’로 이해하고 있다. 그러나, 헌법재판소법은 소추위원이 탄핵심판을 청구하도록 규정되어 있다. 또, “헌법재판소 심판규칙” 제58조 제1항은 소추위원인 법제사법위원회위원장이 그 자격을 잃은 때에는 탄핵심판절차는 중단되고, 새로 위원장이 된 사람이 탄핵심판절차를 受繼한다고 규정하고 있다. 이것은 소추위원을 국회의 ‘대표자’로 보는 규율이 아니다.

연구자는 소추위원인 법제사법위원회위원장이 ‘당사자’의 지위를 가진다고 본다. 현재의 위와 같은 해석은 법문에 어긋날 뿐만 아니라 그 실익도 없다.

현재는 탄핵심판의 피청구인을 ‘공직’으로 보는 듯한 판례를 내고 있다. 현재는 2004헌나1 결정에서 “피청구인 대통령 노무현”으로 표시하였다. 이와 같은 입장은 2016헌나1 사건에서도 이어졌다. 물론, 재판사항은 아니지만, 현재는 “대통령(노무현) 탄핵”이라는 사건명을 붙였다. 2016헌나1 결정에 있어서도 그 사건명은 “대통령(박근혜) 탄핵”이었다. 최근 문제되고 있는 2021헌나1 사건에서도 같은 양식으로 표시되고 있다.

특히 국회의 탄핵소추가 ‘국회와 대통령이라는 헌법 기관 사이의 문제’이고, 피청구인의 기본권 제한과 무관하다는 판시는, 현재가 탄핵심판의 피청구인을 ‘공직을 담당하고 있는 자연인’이 아니라, ‘공직 그 자체’를 대상으로 한다고 이해하고 있음을 보여준다.

연구자는 탄핵심판은 공직으로부터 공직을 담당하고 있는 자연인을 분리, 격리해내는 절차로 본다. 공직을 담당하고 있는 자연인의 공무담임권을 제한하는 것이다.

헌법논총 제33집(2022)

그러므로, ‘공직’이 아니라 ‘공직을 담당하고 있는 자연인’이 탄핵심판의 피청구인으로 표시되어야 한다고 본다. 피청구인은 ‘노무현’이고, ‘박근혜’이다. ‘노무현(대통령)’이나 ‘박근혜(대통령)’이라 기재하는 것은 모르겠으나, 실무의 표시는 옳지 않다.

주제어

탄핵, 당사자, 소추위원, 박근혜, 노무현, 대표자, 대리

[Abstract]

This study examined who should be represented as the parties concerned in the adjudication on impeachment.

The Constitutional Court of Korea sees the National Assembly as the petitioner of the adjudication and the chairman of the Legislation and Judiciary Committee, who also serves as the impeachment commissioner, as the representative of the National Assembly. However, the Constitutional Court Act requires the impeachment bill to be filed by the impeachment commissioner. In addition, Article 58 (1) of Rules of Adjudication of the Constitutional Court stipulates that when the impeachment commissioner, that is, the chairperson of the Legislation and Judiciary Committee, becomes disqualified, the impeachment proceedings will be suspended and the succeeding chairperson will take on the impeachment proceedings. As such, this rule does not see the impeachment commissioner as the representative of the National Assembly.

The investigator of this study believes that the chairperson of the Legislation and Judiciary Committee, who is also the impeachment commissioner, shall be considered as the party concerned in the impeachment adjudication. The above interpretation of the Constitutional Court is not only against the law but also has no substantial benefit.

In its impeachment adjudication cases, the Constitutional Court sees a public office as the respondent of the case. The Constitutional Court marked "President Roh Moo-hyun, the respondent" in its 2004-heonna-1 decision and it maintained such a stance in the 2016-heonna-1 case as

well. Although it was not subject to the matters for adjudication, the Constitutional Court also named the case as the “Impeachment of the President (Roh Moo-hyun) Case.” In the 2016-heonna-1 decision, the case was also titled, the "Impeachment of the president (Park Geun-hye)." The title of the 2021-heonna-1 case, which is controversial today, also takes the same format as well.

The ruling that the impeachment proceedings petitioned by the National Assembly was a ‘matter between the National Assembly and the President, a component of the constitutional organizations’ and had nothing to do with the limitations on the basic rights of the respondent shows that the Constitutional Court understands that the respondent in the impeachment adjudication is not a ‘natural person in charge of a public office’ but rather a ‘public office’ itself.

The investigator believes that the impeachment adjudication shall be the process of separating or isolating the natural person who holds a public post from such a post. That is, the proceedings shall be the process to restrict the right to hold a public office of the natural person who is in charge of the post.

Therefore, this study considers that the ‘natural person in charge of a public office’, instead of a ‘public office’ itself, shall be represented as the respondent of the impeachment adjudication case. Based on such a reasoning, the respondents of the two preceding impeachment cases shall be "Roh Moo-hyun" and "Park Geun-hye," instead of the “President (Roh Moo-hyun)” or the “President (Park Geun-hye).”

It may be considered fine to mark "Roh Moo-hyun (President)" or "Park Geun-hye (President)," but the currently employed representation practices

탄핵심판의 당사자

should not be considered right.

Key words

impeachment, parties, Park Geun-hye, Roh Moo-hyun, impeachment
commissioner, representative of the National Assembly, attorney

참고문헌

1. 단행본

- 김현철, 『판례 헌법소송법』, 제5판, 전남대학교출판문화원, 2019.
- 사법연수원, 『민사실무 II』, 2019.
- 성낙인·이효원·권진보·정철·박진우·허진성, 『헌법소송론』, 법문사, 2012.
- 이동흡, 『헌법소송법』 제2판, 박영사, 2018.
- 이시윤, 『신민사소송법』, 박영사, 2003.
- 정재황, 『헌법재판요론』, 박영사, 2021.
- 정중섭, 『헌법소송법』, 제6판, 박영사, 2010.
- 지원림, 『민법강의』, 제15판, 홍문사, 2017.
- 허영, 『헌법소송법론』, 제12판, 2017, 박영사.
- 허완중, 『헌법소송법』, 박영사, 2019.
- 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 제2개정판, 2015.
- 헌법재판연구원, 『주석 헌법재판소법』, 2015.

2. 논문

- 김재영, “임기만료로 퇴직한 공무원에 대한 탄핵심판의 절차적 쟁점에 관한 소고”, 『헌법학연구』 제27권 제3호, 한국헌법학회, 2021.
- 손상식, “현행 헌법상 탄핵심판의 본질과 그 책임의 성격에 대한 일고찰”, 『헌법학연구』 제26권 제1호, 한국헌법학회, 2020.
- 윤영미, “공무담임권에 관한 소고-보호영역을 중심으로-”, 『법학논총』 제23집 제2호, 한양대학교, 2006.
- 이승우, “대통령 노무현에 대한 탄핵심판결정의 평석”, 『헌법판례연구』 제6호, 박영사, 2004.
- 이인호, “공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례비판-결정 상호간의 모순과 부정합성 비판-”, 『법과 사회』 제30호, 법과사회이론학회, 2006.
- 정주백, “법률의 개정으로 수도 이전이 가능한가”, 『법제연구』 59권, 2020.

종교예식관련 코로나19 감염증 방역조치에
대한 미연방대법원 재판 동향*

- 심사기준의 중첩과 과학적 불확실성의 취급에 관한 소고 -

An observation on decisions regarding Covid-19 restriction
of religious gatherings in the Supreme Court of the United States

- Comments on the overlapping of criteria and the treatment of scientific
uncertainties -

張 惠 珍(Chang, Hyejin)

헌법재판소 헌법연구원

- 목 차 -

I. 머리말	293
II. 연방대법원의 세 결정의 소개	294
1. 세 결정의 배경과 내용	294
2. 세 결정의 비교	322
III. 후속결정과 세 사건의 경과, Roman Catholic (2020)의 영향	324
1. 연방대법원의 Roman Catholic (2020) 결정 뒤 후속사건의 결정	324

* 이 논문은 2020. 12. ~2021. 12. 국외장기연수 중 작성하고, 2022. 비교헌법연구회에서
발제한 내용을 일부 수정, 발전시킨 것임.

헌법논총 제33집(2022)

2. South Bay, Calvary Chapel, Roman Catholic 세 사건의 경과	328
3. Roman Catholic (2020)의 영향: 유사소송경과 및 텍사스 주 개헌	329
IV. 우리 법제와의 차이점과 공통점, 시사점	331
1. 제도 및 법리상 차이점	331
2. 우리나라 상황과의 공통점	333
3. 시사점	339
V. 맺음말	340
* 국문초록 및 주제어	342
* 영문초록 및 주제어	343
* 참고문헌	344

I. 머리말

‘과학은 실재(實在)한다: SCIENCE IS REAL.’

21세기의 미국에서 이 문장을 수시로 맞닥뜨리리라고는 전혀 예상하지 못했다. 기사에 따르면 이 구호는 2017. 4. 22. 지구의 날(Earth Day)을 맞아 워싱턴디씨를 비롯한 미 전역에서 진행된 ‘과학을 위한 행진(March for Science)’에서 쓰였다.¹⁾ 당시 참석한 사람들은 기후변화에 대한 과학계의 경고를 진지하게 받아들일 것을 촉구하고, 과학적 증거에 기초하여 정책을 수립할 것을 요구하며, 정부가 연구예산을 삭감하는 데 반대하는 등을 주장하였다고 한다.²⁾ 몇 년 뒤, 2021년 여름 코로나19 델타 변이가 한창 유행하던 즈음에는 캘리포니아의 어느 주택가에도 이 표어가 종종 걸려 있었다.

코로나19 감염증의 대유행이 시작되고, 인류는 질병으로, 질병확산에 대응하기 위한 방역조치들로, 그로 인해 소원해진 사회적 관계들과 경제적 어려움 등으로 고통을 겪고 있다. 각 나라의 정부는 나름의 방식에 위기에 대처하였지만 그 방식이 최적인지, 필요한 또는 충분한 조치였는지 논란은 지속되었다. 방역조치들을 두고 과학적 근거가 부족하다는 비판이 있는가 하면, 방역당국의 전문적 판단과 전문가 집단의 컨센서스를 외면하는 비판이 비과학적이라는 반론도 제기된다. 찬반의 양론이 모두 상대방이 과학적이지 않다고 주장하는 것이다.

그런데, 방역조치는 과학적이어야 적법한가? 어느 정도로 과학적이어야 하는가? 누가 어떤 기준을 가지고 과학적인지를 판단하여야 하는가?

이 글에서는 이러한 의문을 품고, 미 연방대법원에서 이루어진 주 정부

1) David Willman, ‘Science is real,’ marchers in nation’s capital and worldwide declare, Los Angeles Times, 2017. 4. 22. (<https://www.latimes.com/nation/la-na-new-science-march-20170422-story.html>, 2022. 8. 19. 최종방문)

2) 위 기사 참조.

의 방역조치로 인한 종교예식 제한을 다룬 일련의 사건의 경과와 유사사건들의 동향을 소개한다. 그리고 우리 법제와의 차이점과 공통점을 살펴봄으로써, 이 사건들의 함의와 한계도 살펴보았다. 마지막으로, 이러한 사안의 사법심사에 있어 과학적 불확실성을 어떻게 법원이 다루어야 하는지에 대하여 질문을 던지고자 한다.

II. 연방대법원의 세 결정의 소개

1. 세 결정의 배경과 내용

미(美) 연방대법원은 주 정부의 코로나19 감염증 관련 방역조치로 종교예식의 제한을 받은 종교단체가 제기한 소송과 관련하여 2020년 몇 건의 결정을 내렸다. 그 중 *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* (2020) 사건³⁾에서 2020년 11월 미연방대법원이 가처분을 인용함으로써 종교예식을 제한하는 주 정부 보건조치의 집행을 잠정적으로 금지한 결정은, 미 연방대법원이 종교단체의 손을 들어준 것으로 언론과 문헌을 통해 우리나라에도 이미 소개되었다.⁴⁾ 위 결정을 전환점으로, 미 연방대법원은 그 결정취지에 따라 후속 판결을 내리고 있기도 하다.

그런데 위 사건이 미 연방대법원이 종교예식을 제한하는 코로나19 방역조치를 심사한 첫 사건은 아니다. 미 연방대법원은 그 이전에 종교기관 측

3) *Roman Catholic diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 U.S. __, 141 S. Ct. 63 (2020).

4) 남정아, 코로나19 상황 아래 행정명령에 의한 종교의 자유 제한 가능성과 그 한계에 관한 소고 -미국의 연방법원의 판례를 중심으로-, 공법연구 제50집 제3호, 2022; 최명지, 코로나19 위기대응과 미국의 행정판례동향, 외법논집 제46권 제1호, 2022; *Roman Catholic v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63 (2020) 결정의 전문번역은 조경선, 이지효, 오효정, 임기영, 세계헌법재판 조사연구보고서, 뉴욕주 예배인원제한 행정명령에 대한 집행정지 가처분 인용 결정, 2021 제4호, 31쪽 이하를 참고할 수 있다.

이 가처분을 구하는 긴급구제신청 사건에 관하여 2020년 5월과 7월에 두 건의 기각결정을 한 사실이 있다.⁵⁾ 그리고 몇 달 뒤, 앞선 두 결정을 폐기하지 않은 채로 위 *Roman Catholic v. Cuomo* (2020) 결정을 하였다. 짧은 기간 안에, 유사한 사안을 두고 미 연방대법원이 왜 이와 같은 입장변화를 보이게 되었는지, 이를 입장변화로 볼 수는 있는지는 세 사건 또는 후속 결정들의 상세 내용을 살펴으로써 그 의미를 엿볼 수 있다.

이 장에서는 미 연방대법원이 위 *Roman Catholic v. Cuomo* (2020) 결정에 이르기까지 코로나19 감염증 대유행 중 내린 종교예식 제한과 관련한 세 건의 가처분관련 결정의 배경과 내용, 절차 및 심사기준 등 고려사항, 그 뒤의 관련사건의 경과를 소개함으로써 이 사안에 관한 미연방법원의 동향을 살피고, 그 의미와 한계, 우리 법제와의 차이점, 공통된 문제의식을 드러내고자 한다.

가. *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom* (2020): 캘리포니아의 종교시설 인원제한에 대한 잠정집행중지신청에 대한 기각결정⁶⁾

(1) 사건의 개요

2020년 3월 4일 Gavin Newsom 캘리포니아 주지사는 코로나19 감염증 확산의 대비를 위한 비상사태를 선포하였다.⁷⁾ 같은 해 3월 19일, 캘리포니아주는 필수산업종사자를 제외하고 모든 사람이 자택에서 격리하도록 하는

5) *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 140 S. Ct. 1613 (2020); *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603 (2020).

6) *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 140 S. Ct. 1613 (2020).

7) 'Governor Newsom Declares State of Emergency to Help State Prepare for Broader Spread of COVID-19', Mar 04, 2020, 참조. (<https://gov.ca.gov/2020/03/04/governor-newsom-declares-state-of-emergency-to-help-state-prepare-for-broader-spread-of-covid-19/> 2022. 8. 22. 최종방문)

자택대기명령(Stay-at-home order)도 발표하였다(Executive Order N-33-20).⁸⁾ 이 때 종교 예식 등(faith-based-services)을 스트리밍 서비스 등 온라인으로 제공하는 것은 필수산업으로 허용되었다.⁹⁾

약 한 달 여간 자택대기가 지속된 뒤 4월 말경, 캘리포니아주 보건당국은 방역지침을 단계적으로 완화하는 기준과 내용에 관하여 ‘일상회복계획(California Resilience Roadmap)’을 발표하였다.¹⁰⁾ 이 계획은 코로나19 감염증의 확산 등 지역의 상황을 고려하여 일상회복의 단계를 4단계로 나누고, 위험이 적은 사업장이나 활동부터 상황이 개선되면 점차적으로 운영을 허용하는 내용이었다.¹¹⁾ 1단계에서는 필수 시설을 제외한 모든 활동을 금지하고, 약간의 활동이 허용되는 2단계에는 일부 소매점과 음식점의 영업을 허용하며, 종교적 모임(예배 등)은 영화관, 박물관, 선술집(bar)과 함께 그 다음단계인 3단계에 이르러야 허용하는 식이다.¹²⁾

캘리포니아주의 샌디에고 카운티 지방정부가 위와 같은 주 지침에 따라 아직 대면 종교모임을 허용하지 않던 2020년 5월 8일, 이곳에 소재한 사우스베이 연합 펜테코스트교회(South Bay United Pentecost Church, 다음부터 ‘사우스베이 교회’라 줄인다) 등 원고들은 Gavin Newsom 주지사를 포함한

8) ‘Governor Gavin Newsom Issues Stay at Home Order’, March 19, 2020 참조, (<https://gov.ca.gov/2020/03/19/governor-gavin-newsom-issues-stay-at-home-order/> 2022. 8. 22. 최종방문)

9) The State Public Health Officer of California, Essential Critical Infrastructure Workers, April 28, 2020, Sector 8. Article 16 참조. <https://covid19.ca.gov/img/EssentialCriticalInfrastructureWorkers.pdf/> (2022. 8. 22. 최종방문)

10) ‘Governor Newsom Releases Updated Industry Guidance’, May 07, 2020, 참조. (<https://gov.ca.gov/2020/05/07/governor-newsom-releases-updated-industry-guidance/> 2022. 8. 22. 최종방문)

11) Update on California’s Pandemic Roadmap 참조, (https://gov.ca.gov/wp-content/uploads/2020/04/28/Update-on-California_pandemic_roadmap.pdf 2022. 8. 22. 최종방문)

12) *S.Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 959 F3d 938, 940 (9th Cir. 2020) 참조.

주 공무원,¹³⁾ 그리고 기타 지방공무원을 상대로 남부캘리포니아 연방지방법원에 위 캘리포니아주의 당초 방역조치 및 위 일상회복계획과 관련된 지침 등의 위법확인(Declaratory relief)과 시행금지(Injunctive relief)를 구하는 소를 제기하였다.

원고들은 사우스베이 교회의 예배를 제한하는 주 및 지방정부의 정책에 관하여 잠정집행중지명령(temporary restraining order) 내지 집행정지가처분(preliminary injunction)도 구하였다.¹⁴⁾ 남부캘리포니아 연방지방법원은 5월 15일 원격으로 변론을 진행한 뒤 같은 날 잠정집행중지명령신청을 기각하였다.¹⁵⁾ 본소 원고이자 신청인들은 남부캘리포니아 연방지방법원에 항소심 종료 전까지의 가처분(injunction pending appeal) 신청을 하였으나, 이 또한 남부캘리포니아 연방지방법원에서 같은 달 18일 기각되었다.¹⁶⁾ 며칠 뒤인 22일에는 제9순회 연방항소법원이 판결 전 비상구제신청(emergency motion for injunctive relief pending appeal)도 기각하였다.¹⁷⁾

13) 1795년에 비준된 미 연방헌법 수정 제11조는 ‘주 정부에 대하여 다른 주의 시민 또는 외국의 시민이 제기한 관습법상 또는 형평법상의 소송은 연방 법원의 사법권에 속하지 않는다’고 규정하였다. 수정 제11조의 취지상 주민이 주를 상대로 제기한 소송에 대해서도 주가 면책된다는 것이 미 연방대법원의 입장이므로[Hans v. Louisiana, 134 U.S. 1 (1890) 참조], 주 자체가 아니라 주 공무원을 피고로 특정한 정책의 ‘집행금지’ 또는 ‘위헌확인’을 구하는 형태로 소가 제기되고 있다. 주 공무원이 연방헌법이나 연방법에 위반한 것으로 의심되는 법령 등을 집행하는 경우 권한범위를 넘어섬으로써 주권면책의 보호가 이루어지는 주의 행위의 성격을 상실한다고 의제되지만[Ex Parte Young, 209 U.S. 123, 160 (1908) 참조], 그럼에도 불구하고 주 공무원은 공권력집행자로서 연방헌법 수정 제14조 구속을 받는다고 해석되고 있다[Home Tel. & Tel. Co. v. Los Angeles, 227 U.S. 278 (1913) 참조]. 이에 관하여서는 Peter W. Low, John C. Jeffries, Jr., Curtis A. Bradley, Federal Courts and the Law of Federal-State Relations 9th Ed., Foundation Press, 2018, 1105쪽 참조.

14) 다음부터, 잠정집행금지명령 또는 집행정지가처분을 구분하지 않고 통칭하는 경우에는 ‘가처분’이라고만 한다.

15) *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 2020 WL 281436, (S.D. Cal. 2020).

16) *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, No. 20-cv-865-BAS-AHG, 2020 U.S. Dist. LEXIS 86992 (S.D. Cal. May 18, 2020).

17) *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 959 F. 3d 938 (9th Cir. 2020).

그 뒤, 2020년 5월 25일, 캘리포니아주의 방역지침의 세부 내용이 변경되었다. 종교 모임이 허용되었지만, 사회적 거리두기, 소독과 위생준칙을 준수하면서 건물의 수용인원의 25% 또는 100명 이하만 모일 수 있도록 조건을 두게 되었다.¹⁸⁾

원고들은 미 연방대법원에 변경된 새 지침의 잠정집행중지명령(temporary injunction)을 구하는 긴급구제(Emergency Relief)를 신청하였다. 이 긴급구제신청은 이 지역을 담당하는 대법관 Kagan에게 제출되었고, 대법관 Kagan이 전원재판부에 회부하여 심리가 이루어졌다. 미 연방대법원은 2020년 5월 29일 연방대법관 5대 4의 나뉜 의견으로 신청을 기각하였다.¹⁹⁾

미 연방대법원의 위 기각결정에 드러난 사실관계를 토대로 심리의 대상이 된 당시 캘리포니아주의 방역지침을 정리하면 아래 표와 같다.

	시설수용인원 25%이하 및 100명 이하 허용	인원의 제한 없이 허용
해당하는 시설이나 활동의 예시	종교적 모임(예배당, 성당, 등), 강의, 콘서트, 영화관, 운동경기, 공연장(찬성의견 중)	식료품점, 은행, 세탁소(찬성의견 중) 공장, 사무실, 슈퍼마켓, 음식점, 소매점, 약국, 쇼핑몰, 애완동물미용업소, 서점, 꽃집, 미용실과 대마초상품 판매점(반대의견 중)

(2) 결정의 내용

미 연방대법원은 2020. 5. 29. 연방대법관 5대 4로 나뉜 의견으로 이 사건 신청을 기각하였다. 즉, 실내종교예식에 관하여 시설수용가능 인원의 25% 이하 및 최대 100명까지로 인원을 제한한 캘리포니아 주의 당시 조치에 관한 잠정집행중지신청의 요건이 충족되지 않는다고 본 것이다.

18) *S. Bay United Pentecostal v. Newsom*, 985 F. 3d 1128, 1138 (9th Cir. 2021) 참조.

19) *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 140 S. Ct. 1613 (2020).

이 결정은 무기명 법정의견으로(per curiam) 이루어졌다. 이 사건은 9명의 연방대법관 중 대법관 Thomas, 대법관 Alito, 대법관 Gorsuch, 대법관 Kavanaugh 네 명이 잠정집행중지신청을 인용해야 한다고 반대견해를 밝혔으므로, 무기명 법정의견의 결론에 동의하는 대법관은 Roberts 대법원장, 대법관 Ginsburg, 대법관 Breyer, 대법관 Sotomayor, 대법관 Kagan 다섯 명이다. 무기명 법정의견은 각각의 결론만 적시하고 이유는 제시하지 않았다. Roberts 대법원장이 단독으로 찬성의견을 집필하였고, 대법관 Kavanaugh가 집필한 반대의견에는 대법관 Thomas와 대법관 Gorsuch가 합류하였다.

(가) Roberts 대법원장의 찬성의견의 주요내용²⁰⁾

Roberts 대법원장의 잠정집행중지신청 기각 취지의 찬성의견은 다음과 같은 네 가지 근거를 이유로 들었다.

첫째, 본소가 아닌 비상구제신청으로 연방대법원의 가처분을 구하는 절차에 있어서는, 이견의 여지없이 명백하게 요건이 인정될 때에만 인용을 할 수 있다. 그런데 이 사건의 방역지침의 위법성 등 본안승소가능성이 적어도 명백하지는 않다.

둘째, 문제된 코로나19 방역지침은 예외적인 보건 비상사태(extraordinary health emergency)에 대응하기 위한 임시적인 것이다.

셋째, 방역지침은 종교시설에 대해서도 제약을 부과할 수 있고, 이는 수정 제1조²¹⁾에 어긋나지 않는 것으로 보인다. 방역지침상 종교회당과 함께 시설수용인원의 제한을 받는 영화관, 강연, 관중이 있는 운동경기장 등 세속 시설은 사람들이 밀접하게 모여 오랫동안 시간을 보내는데, 방역지침이

20) 140 S. Ct. at 1613-1614.

21) 수정헌법 제1조 (종교, 언론, 출판, 집회의 자유 및 청원의 권리)

연방의회는 국교를 정하거나 또는 자유로운 신앙행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론, 출판의 자유나 국민이 평화로이 집회할 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 국민의 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다. (번역은 국회도서관 세계법제정보센터 <https://world.moleg.go.kr> 참조)

완화되어 있는 식료품점, 은행, 세탁소 등은 사람들이 집단적으로 모이거나 장시간 같이 있지 않는다는 차이가 있으므로, 방역지침이 종교시설을 차별하고 있다고 보기 어렵다.

넷째, 감염병 대유행의 사태에서의 대응조치는 상황의 판단에 따라 탄력적으로 이루어져야 한다. 사안의 의학적·과학적 불확실성을 감안할 때, 정치적 책임을 지는 기관이 가지는 광범위한 재량권 안에서 이미 내린 판단을 선출되지 않은 법관으로 구성되고 배경지식과 전문지식 등 경쟁력이 모자란 법원이 다시 문제 삼는 것은 부적절하다.

이 때, Roberts 대법원장은 ‘우리의 헌법이 사람들의 안전과 보건에 관하여서는 정치적 책임을 지는 주 공무원에게 그 보장을 믿고 맡기는 것을 원칙으로 삼았다’고 하여 천연두 백신 강제접종과 관련하여 연방대법원이 합헌판결을 한, *Jacobson v. Massachusetts* 197 U.S. 11 (1905)의 한 문장을 인용하였다.

(나) 대법관 Kavanaugh의 반대의견(대법관 Thomas, 대법관 Gorsuch 합류)의 주요 내용

이 반대의견은 캘리포니아주의 방역지침이 종교시설을 차별하고, 이 방역지침이 종교시설을 차별하는 정책이 엄격심사기준²²⁾을 충족하는지 근거를 제시하지 못하였으므로 헌법에 위반된다고 보았다. 코로나19 감염증의 전파를 막고 시민의 건강을 보호하기 위한 것은 긴요한 법익이라 볼 수 있더라도, 주 정부 측은 이에 더 나아가 왜 인원제한의 적용받지 않는 세속 시설과 종교시설을 달리 취급해야 하는지 정당화 사유를 제시하여야 한다

22) 엄격심사기준(Strict Scrutiny)은 긴요한 법익을 달성하기 위한 필요최소한의 수단일 것(narrowly tailored or least restrictive means to achieve compelling government interest)을 요구하는 심사기준이다. 미 연방대법원의 분화된 심사기준에 관하여서는, 이명웅, 미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정, 헌법논총 22집, 헌법재판소, 2011, 249 참조.

고 보았다.

이 의견은 종교모임보다 완화된 모임 제한을 받으므로 시설수용가능인원의 25%의 제한을 받지 않는 세속(secular) 시설인 공장, 사무실, 슈퍼마켓, 음식점, 소매점, 약국, 쇼핑몰, 애완동물미용업소, 서점, 꽃집, 미용실과 대마초 상품 판매점에 비하여 종교시설이 차별받았다고 보았다. 이로 인하여 신청인들은 오순절²³⁾에 예배를 보지 못함으로써 회복할 수 없는 손해를 입을 수 있다고 보아 잠정집행중지를 명하여야 한다고 보았다.

(3) 결정의 분석

먼저, 찬성의견을 쓴 Roberts 대법원장 외에 무기명 법정의견의 이유가 제시되지 아니하였으므로 나머지 네 명의 대법관이 구체적으로 어떠한 법리적 근거에서 잠정집행중지명령의 긴급구제신청을 기각하였는지 알 수 없다. 이 결정에서 긴급구제신청을 인용하고자 한다고 한 대법관 Alito도 그 이유를 제시하지 않았으므로, 신청을 인용하고자 하는 이유를 알 수 없다.

다음으로, Roberts 대법원장의 찬성의견과 대법관 Kavanaugh의 반대 의견이 가장 선명하게 대립하는 지점은 당시 문제된 캘리포니아주의 방역지침이 종교시설을 세속시설과 차별적으로 대우하고 있는지 여부이다.

이는, 미 연방대법원이 미 연방헌법 수정 제1조의 종교의 자유 침해여부를 판단할 때 종교의 자유가 침해되었다고 주장하는 모든 사건에 엄격심사 기준을 적용하는 것이 아니라, 세속적인 단체, 시설, 행위에 비하여 종교를 차별하는 경우에만 엄격심사기준을 적용하기 때문이다.²⁴⁾ 반대로 말하면, 종교 여부에 따라 달라지지 않는, 모두에게 일반적으로 적용되는 중립적인 (generally applicable and neutral) 공권력 행사에 관하여서는, 종교의 자유가 제한된다는 이유만으로 엄격심사기준이 적용되지는 않는다.²⁵⁾ 그 결과,

23) 오순절(Pentecost Sunday)은 2020년의 경우 5월 31일 일요일이다.

24) See *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

25) See *id.*

연방헌법상 종교의 자유 침해여부에 관한 쟁송의 첫 번째 쟁점은 심판대상이 된 공권력의 내용이 종교와 상관없이 일반적으로 적용되는 것인지, 종교를 차별하고 있는지가 된다.

Roberts 대법원장은 사람들 사이에 밀접한 장시간 접촉이 이루어지는지 여부를 기준으로 캘리포니아주 보건당국이 시설을 구분하였고, 캘리포니아주 방역지침이 장시간 밀접접촉이 이루어지는 종교시설을 그렇지 않은 세속시설보다 불리하게 취급한 것은 종교와 상관없는 기준으로 대상을 구분한 것이며, 종교시설과 유사한(comparable) 세속시설은 종교시설과 같거나 더 무거운 제한을 부과하고 있으므로 종교시설이 차별을 받고 있다고 보기 어렵다면, 이 사건의 사안이 엄격한 심사기준의 적용대상이 아니라고 보았다. 반면, 대법관 Kavanaugh의 반대의견은 소독 등 예방수단을 종교시설도 똑같이 준수한다는 전제 아래, 왜 식료품점은 같은 인원제한을 받지 않고도 이용할 수 있지만 종교시설은 안되는지가 해명이 되지 않는다고 하며, 캘리포니아주 방역조치는 논란의 여지없이 종교시설을 차별하고 있다고 보았다.

한편, Roberts 대법원장의 찬성의견이 *Jacobson* 선례를 인용한 의도가 무엇인지는 다소 불분명하였다. *Jacobson* 사건은 백신강제접종에 관한 미 연방대법원의 합헌결정이다. 미 북동부에 천연두가 유행하자, 메사추세츠 주 법률은 시 보건당국에게 필요한 경우 21세 이상에 관하여 무료접종을 하는 것을 전제로 천연두 백신 접종과 재접종을 강제할 수 있도록 규정 하고, 위반시 5달러의 벌금을 부과할 수 있게 규정하였다. 케임브리지 시 보건당국은 위 주 법률에 백신접종을 의무화하는 행정명령을 하였다. 피고인인 *Jacobson*은 백신접종을 거부하여 기소되었고, 백신강제접종 및 벌금부과의 근거가 된 주 법률이 연방헌법 위반인지가 문제되었다. 미 연방대법원은 이 사건에서 연방대법관 7대 2로 나뉜 의견으로 메사추세츠 주의 의무백신접종 근거법률이 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 대법관 Harlan이 쓴 다수의견은 먼저, 주가 연방에 가입할 때 주의 권한으로 유보한 경찰권한

(police power)이 백신접종의무법률의 근거라고 보았다.²⁶⁾ 다음으로, 백신의 예방효과가 없다거나 유해하다는 주장을 입증하기 위한 증거제출이 인정되지 않은 것과 관련하여, 백신에 반대하는 일반인과 전문가도 있으나, 이는 권위 있는 의학계에 의하여 뒷받침되는 일반적 인식과 차이가 있다고 하면서, 백신의 효과와 유해성 등에 대한 평가가 입법과정에서 이미 고려되었고, 공중보건과 안전에 대한 중독적 판단이 사법기관에서 이루어져야 한다고 보기 어렵다고 하였다.²⁷⁾ 그리고 공중보건 등과 관련된 사안의 사법심사에 관하여서는 입법목적과 실질적 관련성이 없거나, 명백한 헌법적 권리 침해가 인정되는 경우에만 법원이 개입할 수 있다고 설시하였다.²⁸⁾

위 *Jacobson* 다수의견의 접근은 전체적으로 보아 완화된 심사기준인 합리성 심사에 가깝다는 평가를 받는다.²⁹⁾ 또한, *Jacobson* 사건은 코로나19 사태 이전에 사람 사이의 감염병으로 인한 보건조치에 관하여 연방대법원이 심사한 유일한 사건이라고 한다.³⁰⁾ 그 결과, 미 연방대법원이 2020년 5월 이 *South Bay* (2020) 사건을 선고하기 전에도, 연방 하급심법원과 주 법원들에서는 이미 *Jacobson* 사건을 인용하면서 정부의 코로나19 방역조치에 대해 엄격심사를 하지 않은 경우가 종종 있었다.³¹⁾

이 때문에 *Roberts* 대법원장의 찬성의견에서 *Jacobson* 결정의 문구를 짧게나마 언급한 것이, 미 연방대법원이 코로나19 방역조치에 관하여 *Jacobson* 선례와 마찬가지로 완화된 심사기준에 따라야 한다고 본 것으로 이해하여

26) See *Jacobson v. Massachusetts* 197 U.S. 11, 25 (1905).

27) See *Id.*, at 30.

28) See *Id.*, at 31.

29) Erwin Chemerinsky, Michele Goodwin, *Civil Liberties in a Pandemic: The Lessons of History*, 106 Cornell L. Rev. 815 (2021), 819-820쪽 참조.

30) See *Id.*, at 827.

31) 예컨대 *Cassel v. Snyders*, 458 F.Supp.3d 981, 993 (N.D. Ill. 2020)에서 2020. 5. 3. 서부일리노이 연방지방법원은 *Jacobson*의 완화된 기준이 코로나19 감염증이 유행하는 동안 적용되어야 할 것이라고 보았다.

야 하는지가 문제였다. 그러나 Roberts 대법원장의 찬성의견을 완화된 심사 기준을 시사하는 것으로 읽더라도 Roberts 대법원장 외의 신청을 기각하고자 하는 네 대법관이 같은 견해인지는 알 수 없었다. 이와 달리, 대법관 Thomas, 대법관 Gorsuch가 합류한 대법관 Kavanaugh의 반대의견은 이 사안에서 엄격심사기준이 적용되어야 한다는 입장을 분명하게 밝혔다.

Jacobson 사건은 감염병에 대응하기 위한 정부의 방역조치가 문제된 것이라는 점에서, 주 정부의 조치에 대한 연방헌법상의 심사라는 점이 이 사건과 유사하다. 그렇지만, 무려 115년 전으로, 아직 미 연방 대법원이 엄격심사기준과 완화된 심사기준으로 분화된 현대적 심사기준의 틀을 마련하기도 전의 선례를 인용한 것이 보건위기와 관련하여 ‘완화된 심사’를 하여야 한다고 연방대법원이 구속력 있는 입장을 세운 것이라고 볼 수 있을지는 의문이었다. 현대적 심사기준이 정립되기까지 많은 굴곡을 거쳐 현재의 모습이 되었다는 점을 감안할 때 *Jacobson* 결정의 심사기준이 현재에도 타당할지, 아니면 *Jacobson*이 방역지침을 대상으로 헌법심사를 할 때 심사기준을 정하는 외에 다른 통찰을 주고 있는지가 문제였다.

나. *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak* (2020): 네바다 주의 종교시설 인원제한에 대한 잠정집행중지 기각결정³²⁾

(1) 사건의 개요

이 사건은 네바다주의 일상회복 계획(reopening plan)을 둘러싸고, 본안 사건 재판에 대한 결론이 있기 전, 잠정집행중지명령을 구하는 긴급구제신청사건에 대한 연방대법원의 기각결정이다.

네바다주의 Steve Sisolak 주지사는 2020. 3. 12. 주 긴급사태를 선언하

32) *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603 (2020).

고,³³⁾ 2020년 3월 15일 초·중·고등학교를 폐쇄하는 결정을 시작으로 같은 달 17일 경 필수업종을 제외하고 전 주민이 30일간 자택대기하도록 하는 명령을 발표하였다.³⁴⁾ 이러한 한 달여의 자택대기기간을 가진 뒤인 4월 21일 경에는 일상생활과 경제활동을 재개하기 위한 계획을 발표하였고,³⁵⁾ 점진적으로 경제활동이 다시 시작되던 5월 28일경 일상회복계획에 관한 주지사의 행정명령이 발표되었다(Directive 021).³⁶⁾ 5월 29일부터 네바다주의 방역단계는 종전 1단계에서 2단계로 나아가고, 2단계에서 종교회당은 크기를 불문하고 50명을 초과하는 모임이 금지되지만, 카지노를 비롯하여 영화관, 볼링장, 양조장 등 시설은 최대 수용인원의 50%까지 입장이 허용되었다.³⁷⁾

원고 데이튼 계곡 갈보리 채플(Calvary Chapel Dayton Valley, 다음부터 ‘갈보리 채플’이라 줄인다) 등은 Sisolak 주지사 등 공무원을 상대로 2020년 5월 22일 소를 제기하고, 같은 달 28일 청구취지를 변경하여 위 2020. 5. 28.자 행정명령(Directive 021, 이하 ‘네바다 행정명령’이라 한다)을 다투었다.³⁸⁾ 원고들은 잠정집행정지명령과 집행정지가처분도 신청하였다. 연방 지방법원에서 6월 11일 가처분신청이 기각되었고³⁹⁾ 이에 대하여 항소심 전 집행중지를 구하는 신청도 19일 기각되었으며,⁴⁰⁾ 7월 2일에는 연방 항소 제9순회법원에서도 가처분 신청이 기각되었다.⁴¹⁾

33) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 982 F. 3d 1228, 1230 (9th Cir. 2020).

34) <https://nvhealthresponse.nv.gov/state-information/press-releases/> 참조(2022. 8. 22. 최종 방문).

35) 위 웹사이트 참조.

36) Declaration of Emergency Directive 021 - Phase Two Reopening Plan([https://gov.nv.gov/News/Emergency_Orders/2020/2020-05-28_-_Declaration_of_Emergency_Directive_021_-_Phase_Two_Reopening_Plan_\(Attachments\)/](https://gov.nv.gov/News/Emergency_Orders/2020/2020-05-28_-_Declaration_of_Emergency_Directive_021_-_Phase_Two_Reopening_Plan_(Attachments)/) 2022. 8. 22. 최종방문).

37) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603, 2606 (2020).

38) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 2020 WL 4260438 (D. Nev. 2020) at 2.

39) *Id.*

40) See *Valley v. Sisolak* 2020 WL 3404700 (D. Nev. 2020).

41) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 2020 WL 4274910 (9th Cir. 2020).

갈보리 채플 측은 연방대법원의 대법관 Kagan에게 항소심판결 선고 전 집행정지를 구하는 긴급구제신청을 하여,⁴²⁾ 대법관 Kagan이 이를 전원재판부에 회부하여 결정이 이루어졌다.⁴³⁾ 갈보리 채플 측은, 유사한 세속시설과 마찬가지로 50% 수용인원까지 실내모임을 허용해 달라고, 네바다 행정명령의 항소심판결 전 집행정지명령을 구하는 신청을 하였다. 그리고 미 연방대법원은 *South Bay* (2020) 사건에서와 같이, 5대 4의 대법관 분포로 그 신청을 기각하였다. 이 결정은 무기명 법정의견(per curiam)으로 이루어졌다. *South Bay* (2020) 사건에서와 신청에 대한 기각의견과 인용의견을 취한 대법관의 구성이 같다.

이 사건에서는 반대의견만 그 이유를 제시하였다. 대법관 Alito가 작성하고 대법관 Thomas와 대법관 Kavanaugh가 합류한 반대의견, 대법관 Gorsuch의 반대의견, 대법관 Kavanaugh가 작성한 대법관 Alito의 반대의견에 대한 보충의견으로 세 건의 반대의견이 작성되었다.

(2) 신청을 인용하고자 하는 세 건의 반대의견의 이유

(가) 대법관 Alito의 반대의견(대법관 Thomas, 대법관 Kavanaugh 합류) 주요 내용⁴⁴⁾

이 의견은 네바다주의 조치가 수정 헌법 제1조의 종교의 자유 규정을 위반할 가능성이 높고, 이로 인하여 신청인들이 회복불가능한 손해를 입을 수 있으며, 신청을 인용하지 않더라도 심각한 공중보건위험이 발생할 것임을 네바다주가 보이지 못했다고 보았다.

특히, 결정 당시인 2020년 7월 경은 코로나19 감염증의 대유행이 시작된 뒤로부터 이미 4개월여가 지났다고 지적하면서, 초기와 달리 사태의 불

42) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 982 F. 3d 1228, 1231 (9th Cir. 2020).

43) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603 (2020).

44) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603, 2603-2609 (2020).

확실성이 어느 정도 해소되었으므로 더 이상 긴급조치를 용인할 것이 아니라 통상적인 헌법질서에 따른 심사가 이루어져야 한다고 강조하였다. 즉, 네바다주가 현재 종교적 모임을 제한하는 것에 관하여, 통상의 종교의 자유 제한에 대한 심사기준에 따라 심사하여야 한다는 것이다. 그리고 문제된 네바다 주의 조치는 위험성이 유사한 카지노 등과 종교시설을 차별하고 있으므로 엄격심사를 하여야 하는데, 엄격심사기준상의 정당화사유를 충족하지 못한다고 보았다.

네바다주의 조치가 종교의 자유 뿐 아니라 표현의 자유도 침해한다고 보았는데, 세속적 모임과 달리 종교적 목적의 모임을 제한함으로써 견해(viewpoint)의 하나로 이해될 수 있는 ‘종교’를 사유로 표현의 자유를 제한하였다고 보았기 때문이다.

마지막으로 이 의견은 *Jacobson* 선례를 언급하면서, *Jacobson* 사건은 수정헌법 제1조 위반여부가 아니라 단지 수정헌법 제14조의 실질적 적법절차위반여부가 문제된 사건이었으므로 이 사건에 적용될 수 없다고 실시하였다.

한편, 이 반대의견은 *South Bay* (2020) 에서 문제된 캘리포니아주 지침보다 이 사건 네바다주 조치가 더 종교에 관하여 차별적이라고 보았다. 즉, 캘리포니아에서 제한이 완화되었던 세속시설들은 적어도 장시간 사람들이 머무르면서 모이는 시설은 아니었지만, 이 사건에서 완화된 기준 적용을 받는 카지노는 사람들이 밀접하게 장시간 머무르고, 나아가 술이나 음료 등을 제공받을 수도 있기 때문이다.

(나) 대법관 Gorsuch의 반대의견의 주요 내용⁴⁵⁾

이 반대의견은, 네바다주 주지사의 조치에 따르면 10개의 상영관을 가진 영화관은 한 번에 500명까지도 수용할 수 있고, 카지노도 수백 명까지 음식을 제공하여 사람들이 옹기종기 테이블에 앉아 도박을 할 수 있음에도,

45) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603, 2609 (2020).

종교회당은 아무리 커도, 사람들이 마스크를 쓰고 충분한 거리를 두고 떨어져 앉더라도 50명 이상의 신자가 모여서는 안된다면서, 네바다주는 오락을 종교보다 중시하고, 이는 수정헌법 제1조가 금지하는 종교에 대한 차별이라고 지적하였다.

(다) 대법관 Kavanaugh의 대법관 Alito의 반대의견에 대한 보충의견의 주요내용⁴⁶⁾

이 반대의견도 50명으로 종교모임을 제한한 것이 종교회당에서 기도하는 것을 음식점에서 식사하는 활동, 바에서 술을 마시는 활동, 카지노에서 도박하는 활동, 헬스장에서 자전거를 타는 운동보다도 못한 취급을 함으로써 차별한 것이라고 지적하였다.

(3) 결정의 분석

대법관 Alito의 반대의견은 *Jacobson*을 이 사안에 적용하는 데에 의문을 제기하였다. 그런데 *Jacobson* 결정이 이루어진 당시에 아직 심사기준이 미분화된 사정을 언급하거나, 헌법적 권리 침해여부를 심사하는 기준으로 *Jacobson*이 충분치 못하다고 지적하는 대신, 연방헌법 수정 제1조가 보장하는 ‘종교의 자유’는 연방헌법 수정 제14조가 보장하는 권리에 관하여 실질적 적법절차원칙의 위배여부를 심사하는 경우와 다르다고 사안의 범주를 구별하고 있다. 즉, *Jacobson*에서는 백신을 맞지 않을 자유와 같이 수정 제14조의 삶, 자유, 재산(life, liberty, and property)의 침해여부가 문제되었다면, 이 사안에서는 수정 제1조 상의 종교의 자유 제한이 문제되었고, 수정 제14조에 근거한 실질적 적법절차원칙 위반여부에 관하여서는 *Jacobson*에서 취한 완화된 심사기준이 적정할지도 모르지만, 종교의 자유 침해여부가 문제되는 경우에는 엄격심사기준이 적용되어야 한다고 선을 그은 것이다.

46) See *id.*, at 2609-2615 (2020).

이 반대의견에 두 대법관이 합류하였으므로, 세 명의 대법관이 이러한 입장이다. 이 입장은 연방헌법 수정 제14조에서 보장되는 권리보다 수정 제1조의 권리의 보장을 더 강하게 하여야 한다는 견해를 암시하는 것일 수 있다.

**다. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo* (2020):
뉴욕주의 종교시설 인원제한에 대한 잠정집행중지신청 인용⁴⁷⁾**

(1) 사건의 개요

뉴욕시를 중심으로 뉴욕주는 코로나19 대유행 초기인 2020년 3월과 4월 미 전역에서 감염증 확산으로 미국에서 가장 큰 피해를 받은 지역이다. 당시 급격하게 사망자가 늘어나자, 시신을 안치하거나 장례를 치를 수 없어 뉴욕주는 임시로 시신을 냉동하는 방안을 마련하기까지 하였다.⁴⁸⁾ 2020년 여름에는 미 전역에 유행이 번졌지만, 뉴욕주는 상대적으로 상황이 안정되었다.⁴⁹⁾ 그리고 2020년 가을에는 코로나19 대응 백신의 임상시험도 이루어졌다.⁵⁰⁾ 백신 배포 등으로 감염병 확산 사태의 종식이 있을 것이라는 희망적인 전망도 있었다. 반면, 아직 백신의 승인이나 배포가 되기 전 다가오는 겨울, 전국적인 유행이 있을 것이라는 비관적인 예측도 있었다. 확진자수는

47) *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63 (2020).

48) Anna Sanders, *NYC to temporarily freeze bodies of coronavirus victims instead of burying them on Hart Island*, New York Daily News, 2022. 4. 22. 참조 (<https://nydailynews.com/coronavirus/ny-coronavirus-nyc-freeze-bodies-victimes-hart-island-burying-20200421-e6aotqvsqja3hg6nkerlukl6rm-story.html> 2022. 8. 22. 최종방문).

49) *Coronavirus in the U.S.: Latest Map and Case Count*, The New York Times 참조 (<https://nytimes.com/interactive/2021/us/covid-cases.html> 2022. 8. 22. 최종방문).

50) 미국에서 2020년 코로나19 감염증 관련하여 일어난 사건의 시간순 정리는 AJMC Staff, *A Timeline of Covid-19 Developments in 2020*, January 1, 2021.에 상세히 정리되어 있다. (<https://www.ajmc.com/view/a-timeline-of-covid19-developments-in-2020>, 2021. 12. 20. 최종방문)

전국적으로 증가 중인 상황으로, 이는 뉴욕주도 마찬가지였다.⁵¹⁾

Andrew Cuomo 뉴욕주 주지사는 이러한 상황에서 2020년 10월 6일자로 긴급 행정명령(Executive order 202.68)을 공포하였다.⁵²⁾ 공포 전날에는 행정명령의 취지와 내용을 설명하는 자리도 가졌다.⁵³⁾ 이 브리핑에서 Cuomo 주지사는 감염병 확산이 빠른 구역을 핫스팟으로 지정하여 학교대면수업 등 활동을 중지하는 것 등, 뉴욕주가 새로이 도입하는 거리두기 등 조치의 제반내용을 설명하고 설득하였다. Cuomo 주지사는 그동안 종교적 모임에서 방역조치 준수가 잘 되지 않았고 슈퍼 전파 사례가 많이 발생하였다고도 언급하였다. 종교모임을 당장 전면 금지하지는 않겠지만, 주의 보건조치를 성실하게 이행하지 않는 위반사태가 계속된다면 시설 폐쇄도 불사하겠다고 경고하였다.

2020년 10월 6일자 행정명령 중 관련 부분을 정리하면 다음과 같다.⁵⁴⁾

	일반모임	종교시설	학교	기타 업종
레드존	전면금지	10명 또는 25%	비대면수업	필수시설만 영업, 음식점 포장만 가능
오렌지존	10명까지	25명 또는 33%	비대면수업	음식점은 야외취식 4인이하 가능, 미용실, 헬스장 등 고위험 업종 은 금지
옐로우존	25인까지	50%까지	매주검사, 대면수업	음식점은 실내외 4인까지 허용

51) *Coronavirus in the U.S.: Latest Map and Case Count*, The New York Times 참조 (<https://nytimes.com/interactive/2021/us/covid-cases.html> 2022. 8. 22. 최종방문).

52) <https://governor.ny.gov/sites/default/files/atoms/files/EO202.68.pdf> 참조.

53) <https://www.governor.ny.gov/news/video-audio-photos-rush-transcript-governor-cuomo-updates-new-yorkers-states-progress-during-1> 참조.

54) <https://governor.ny.gov/sites/default/files/atoms/files/EO202.68.pdf> 참조.

위 표와 같이 뉴욕주는 코로나19 감염증의 확산 정도 등에 따라, 가장 위험한 구역부터 레드존, 오렌지존, 옐로우존으로 구역을 나누고 모임 등을 제한하였다.

로마 카톨릭 브루클린 교구(Roman Catholic Diocese of Brooklyn, 다음부터 ‘브루클린 교구’라 줄인다) 관할의 26개의 성당 중 대부분이 레드존과 오렌지존에 해당하였다.⁵⁵⁾ 10월 8일, 브루클린 교구는 동부뉴욕 연방지방법원에 잠정집행중지명령과 본안판결 전 집행정지가처분을 구하는 신청을 하였는데, 특히 10월 11일 일요일에 있을 주일미사를 대면하여 할 수 있도록 뉴욕주 지침의 집행을 잠정집행중지 등을 하여 달라고 긴급구제신청 등을 하였다. 10월 9일 긴급 구두변론이 있었고 긴급구제신청은 기각되었다.⁵⁶⁾ 또한 브루클린 교구가 한 동부뉴욕 연방지방법원이 가처분신청도 10월 16일 기각되었는데, 법원은 회복할 수 없는 원고 측의 피해가 예측되지만, 그럼에도 본안승소가능성은 크지 않다고 기각이유를 들었다.⁵⁷⁾

그 뒤, 제2순회 연방항소법원에서도 11월 9일, 무기명 법정의견으로 원고 측의 가처분신청이 기각되었다.⁵⁸⁾ 이 때, Park 연방순회법원 판사가 반대의견을 썼다. 반대의견은 종교회당에만 적용되는 인원제한의 요건을 정한 뉴욕주 방역조치에 대해서는 엄격한 심사기준이 적용되어야 하고, *Jacobson* 선례는 미 연방대법원이 수정 헌법 제1조의 종교의 자유 보장 조항이 주 정부도 구속한다는 수용 법리(incorporation)을 확립하기도 이전에 선고된 것이라면서, 뉴욕주의 방역조치가 필요최소한의 제한(narrowly tailored)이라 볼 수 없어 가처분이 인용되어야 한다는 의견을 개진하였다.⁵⁹⁾

55) See *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63, 67 (2020).

56) *Roman Cath. Diocese of Brooklyn, New York v. Cuomo*, 493 F. Supp. 3d 168 (E.D.N.Y. 2020).

57) See *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Cuomo*, 495 F. Supp. 3d 118, 124-125 (E.D.N.Y. 2020).

58) *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 900 F. 3d 222 (2nd Cir. 2020).

59) See *id.*, at 224-23.

신청인들은 미 연방대법원의 대법관 Breyer에게 긴급구제신청을 하였고 사건이 전원재판부에 회부되었다. 미연방대법원은 2020년 11월 25일⁶⁰⁾ Cuomo 주지사 등 피신청인 주 공무원들에 대하여, 행정명령 중 레드존에 관하여 적용되는 10인 및 25인의 인원 정수 제한에 관한 부분을 제2순회 연방항소법원의 판결확정 내지 연방대법원의 심사(certiorari)가 있기 전까지 잠정집행중지를 명하는 이 사건 인용 결정을 하였다.⁶¹⁾ 이 결정은 5대 4로 나뉜 무기명 법정의견으로 이루어졌다.

이 사건은 두 건의 사건을 병합하여 선고되었다.⁶²⁾ 연방대법원에 신청을 할 당시, 두 사건의 신청인들 관련 종교시설은 대체로 레드존과 오렌지존에 분포하여, 레드존과 오렌지존의 종교시설에 부과되는 10인 및 25인의 인원 정수제한을 다투는 취지로 신청이 이루어졌다. 그런데 신청이 연방대법원에 접수된 뒤인 11월 18일 해당 지역들이 옐로우존으로 변경된다고 발표되었고, 이는 11월 20일부터 시행되었다.⁶³⁾ 그러므로, 연방대법원의 심리 중 레드존과 오렌지존의 규제를 신청인들이 더 이상 받지 않게 된 상황이었다. 연방대법원에서는 신청의 심리에 나아가야 할 것인지, 소송요건(justiciability)으로서 신청의 이익 상실여부(mootness)가 심리의 선결문제가 되었다.

이 사건에서 미 연방대법원은 5대 4로 나뉘어져, 무기명 법정의견이 레드존과 오렌지존에서의 10인, 25인 인원 정수 제한에 관하여 피고 뉴욕주 주지사 등에 잠정집행중지를 명하였다. 대법관 Gorsuch와 대법관 Kavanaugh가

60) 추수감사절 전날이다.

61) *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63 (2020)

62) 병합선고된 사건의 사건명은 *Agudath Isr. of Am. v. Cuomo*, 141 S. Ct. 889 (2020) 임.

63) Letter of respondent Andrew M. Cuomo, Governnor of New York 참조 (<https://scotusblog.com/case-files/cases/roman-catholic-Diocese-of-brooklyn-new-york-v-cuomo/> 2022. 7. 27. 최종방문).

각각 찬성의견을 집필하였다. 반대의견의 입장인 대법관은 네 명으로, 그 중 Roberts 대법원장은 신청의 이익이 없다는 이유로 각하취지의 반대의견을 썼고, 대법관 Sotomayor과 대법관 Kagan이 참여한 대법관 Breyer의 반대의견은 위헌성이 명백하지 않고 본안승소가능성이 높지 않아, 잠정집행 중지의 요건이 인정되지 않으므로 기각하여야 한다고 보았다.

(2) 결정의 내용

(가) 긴급구제신청을 인용한 무기명 법정의견의 주요내용⁶⁴⁾

무기명 법정의견은 제2순회 연방항소법원의 본안재판절차가 끝날 때까지 피고 공무원들이 레드존과 오렌지존에 적용되는 10인, 25인의 인원제한 조치의 집행을 중지하도록 명하였다.

먼저, 이 의견은 뉴욕주의 이 사건 긴급행정명령이 종교에 대하여 차별적이라고 보았다. 행정명령 발효 전날 Cuomo 뉴욕주지사가 브리핑에서 종교시설을 언급한 점을 차치하고서도, 행정명령 자체가 종교시설을 하나의 범주로 명시하는 등, 완화된 기준을 적용받는 필수시설에 비하여 종교시설을 차별하였다고 보았다. 레드존에서 필수시설로 분류됨으로써 제한이 완화된 업종으로는 침술원, 캠프시설, 주차시설 등이 포함되어 있는데, 이들은 종교시설과 유사한데도 더 유리한 취급을 받았다고 보았다. 오렌지존 규제도 광범위한 업종을 종교시설보다 완화된 기준으로 규율한다고 지적하였다. 이에 따라, 법원은 엄격심사기준을 적용하여 판단에 나아가야 하는데, 코로나19 감염증 확산을 막고자 하는 심판대상 방역조치의 목적이 ‘긴절한 공익(compelling interest)’에 해당하지는 않지만, 그 내용이 필요최소한의 수단(narrowly tailored)에 해당하지는 않는다고 판단하였다. 덧붙여, 신청인들의 종교시설에서 집단감염이 발생했다거나 신청인들의 교회가 기

64) See *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63, 65-69 (2020).

타 방역지침을 위반해 왔다는 증거가 없다면, 시설규모에 비례하는 인원 수 제한과 같은 자유제한 정도가 덜한 방식이 있음에도 지침이 10명, 25명으로 절대적을 제한한 것이 획일적이고 과도하다고 보았다. 결국, (i) 본소에서 이 사건 행정명령이 신청인들의 종교자유를 침해한다는 결론에 이를 가능성이 우세하고, (ii) 이로 인하여 브루클린 교구 등이 회복불가능한 손해를 입을 것이며, (iii) 행정명령을 일시적으로 금지하더라도 공익적 해악이 발생할 것이라는 사정을 뉴욕주 주지사 측이 보여주지 못했다고 보았다.

마지막으로, 신청인 교회들이 있는 구역이 레드존과 오렌지존에 해당하지 않게 되었더라도 언제든지 다시 그 지정이 이루어질 수 있는 이상, 신청을 각하하지 않고 법원이 심리할 수 있다고 설명하였다.

(나) 대법관 Gorsuch의 찬성의견의 주요내용⁶⁵⁾

이 의견은 특히 병합심리된 *Agudath Israel* 사건의 신청인 측인 유대정교회 공동체(Orthodox Jewish Community)의 피해를 강조하였다. 유대정교회의 교리는 남성 10명의 참석이 있어야만 예배를 할 수 있게 예배정족수(minyan)를 정하고 있다고 지적하였다. 그러므로 종교시설 참석인원을 10명으로 제한한 레드존 지침은 유대정교회에 관하여 여성신도가 전혀 참석할 수 없게 만든다는 것이다.

이 의견은 뉴욕주의 레드존 관련 제한이 와인을 한 병 사거나, 새 자전거를 사거나, 혈자리와 경락(distal points and meridians)을 찾으려는 침술원에서 오후를 보내는 것을 필수업무라 규정하여 종교모임과는 다르다고 본 것이, 공중보건이 아니라 세속적 편의를 중시한 것일 뿐이라고 비판하였다.

한편, 이 의견은 이 뉴욕주의 사건과 2020년 5월 가처분이 기각된 *South Bay (2020)* 사건의 사실관계가 구별된다고 하였다.⁶⁶⁾ *South Bay (2020)* 사

65) See *id.* at 69-72.

66) *South Bay (2020)*에서도 대법관 Gorsuch는 신청을 인용하고자 하는 입장이었다.

건은 코로나19 감염증 대유행의 초기사건이지만, 이제는 대유행이 한 해를 넘기려 하는 때이므로 긴급조치로서의 성격을 더 이상 강조할 수는 없다는 것이다.

South Bay (2020) 사건에서 Roberts 대법원장의 찬성의견이 *Jacobson* 선례를 인용한 것도 상세하게 비판하였다. 즉, *Jacobson*은 미연방대법원이 엄격심사와 완화된 심사로 분화된 근대적 심사기준(modern tiers of scrutiny)을 전개시키기도 전에 있었던 판결이고, 수정 헌법 제1조 위반이 문제된 이 사건과 달리 수정 헌법 제14조의 위반 문제라는 차이가 있으므로, 긴급보건조치에 관한 심사라는 공통점을 가진다는 이유로 이 사안에까지 법원이 정부의 재량을 존중해야한다는 법리로 확장해석되어서는 안된다고 하였다. 덧붙여, 법관은 헌법의 반영(反映, penumbra)으로부터 도출되는 권리에 대해서는 긴급보건정책의 재량을 존중할 수 있지만, 헌법 문언이 명시하는 종교적 권리를 이와 마찬가지로 보아서는 안된다고 둘을 구별하였다.

(다) 대법관 Kavanaugh의 찬성의견의 주요내용⁶⁷⁾

이 찬성의견은 무기명 법정의견의 결론에 동의하고, 이 사건은 본안의 판단이 아니라 보전처분의 요건에 관한 판단일 뿐이라고 하였다. 즉, 이 사건의 집행정지를 인용하는 취지는 ‘본소의 승소가능성’ 및 ‘회복불가능한 손해’의 요건이 인정된다는 것이지, 본안에 관하여 뉴욕주 조치가 위헌이라는 종국적인 판단을 연방대법원이 하는 것은 아니라는 것이다. 절차에 관하여, 본소는 그 재판에서 변론을 거쳐 기록에 따라 충분히 심리된 뒤에야 결론을 내릴 수 있는 것이라고 강조하였다.

또한, 이 사건 뉴욕주 조치는 *South Bay* (2020) 사건의 캘리포니아주의 지침보다 더 종교를 세속시설에 비해 차별한다고 보았다.

신청인들의 종교시설이 레드존 및 오렌지존에서 벗어나게 되었다는 소송

67) See *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63, 72-75 (2020).

요건적 쟁점에 관하여는, 차후에 언제든지 다시 레드존이나 오렌지존으로 지정될 수 있는 이상 법원이 다시 그 구역지정이 되기를 기다려 판단을 할 필요는 없다면서, 이 사건에서 바로 집행금지를 하는 것이 타당하다고 보았다.

(라) Roberts 대법원장의 신청의 이익이 없어졌다는 취지(dismissing for mootness)의 반대의견의 주요내용⁶⁸⁾

Roberts 대법원장은 이 사건에서 뉴욕주의 10인, 25인의 인원제한조치가 과도하다는 데 법정의견과 견해를 같이 하였다. 즉, 이 사건에서는 본소의 승소가능성이 높다고 보아, 종전 *South Bay* (2020) 사건과는 다른 입장을 취하였다. 그러나 이미 신청인들의 종교시설이 소재한 곳의 레드존 및 오렌지존 구역지정이 해제된 이상, 이 사건 신청을 인용할 실익이 없다고 보았다.

한편, Roberts 대법원장은 이 사건에서 본소의 승소가능성이 없다는 입장에서 신청을 기각하여야 한다고 하는 다른 반대의견 재판관들의 의도를 짐작하여 비판하는 것을 자제하여 줄 것을 요청하였다. 정부의 공중보건조치에 관한 재량을 법원이 존중해야 한다는 반대의견들이, 종교의 자유 보장과 같은 헌법가치를 소홀히 여긴 것이라고 넘겨짚어서는 안된다는 것이다. 반대의견에 선 다른 재판관들을 위기의 순간에 물러났다거나, 헌법이 공격을 당할 때 법원이 피신하였다고 비판하여서는 안되며, 반대의견들을 법리적 분석 결과 다른 결론에 이른 것으로 이해하여야 한다고 하였다.

마지막으로, Roberts 대법원장은 *South Bay* (2020) 사건에서 본인의 찬성의견이 *Jacobson*을 인용한 취지를 이 반대의견에서 해명하였다. 대법관 Gorsuch가 3장의 분량을 할애하면서까지 *South Bay* (2020)의 Roberts 대법원장의 찬성의견이 *Jacobson*을 잘못 인용하였다고 비판한 것은 지나치다고 암시하며, 위 *South Bay* (2020)의 본인의 찬성의견은 *Jacobson*의 실시 중

68) See *id.* at 75-76.

‘헌법이 보건조치에 관하여 정치적 책임을 지는 주 공무원을 신임하였다’라는 한 문장만 인용한 것인데, *Jacobson*의 기준을 관련사건의 지배적인 심사기준으로 삼고자 한 것도 아니었다는 것이다.

(마) 대법관 Breyer 작성(대법관 Sotomayor, 대법관 Kagan 합류) 반대의견의 주요내용⁶⁹⁾

이 반대의견은 먼저 과학적 근거가 뉴욕주 정책의 분류를 뒷받침하고 있다고 보았다. 즉, 연방지방법원에서 인정된 사실을 인용하면서, 뉴욕주 규제가 과학적 근거와 감염병 예방목적에 부합한다고 보았고, 오히려 종교적 모임은 그 높은 위험성을 감안한다면 오히려 규제를 완화해준 것이라 평가하였다. 즉, 비슷한 위험성을 가지는 시설인 공공강연, 콘서트, 연극공연 등이 종교모임보다 더 강한 기준의 규제를 받는 반면 종교모임보다 완화된 기준의 시설은 종교적 모임에 비하여 위험성이 낮은 시설이라는 것이다.

절차적으로도 현재 진행 중인 본사건 절차의 변론에서, 증거를 검토한 뒤 평가가 이루어지는 것이 타당하다며, 연방항소법원에서 약 3주 뒤인 12월 18일에 변론이 예정되어 있다는 점을 들어, 연방대법원이 그 전에 긴급 규제명령을 하는 것은 부적절하다 하였다.

그리고 뉴욕주 규제가 발령된 때는 코로나19 감염증으로 뉴욕주에서 2만 6천 명이, 그 중 뉴욕 시에서만 만 6천 명이 사망한 뒤에 다시 확진자가 증가하는 추세를 배경으로 하고 있다면서, 뉴욕주의 조치가 과도하고 위헌인지 여부는 명백하지 않다고 보았다.

(바) 대법관 Sotomayor 작성(대법관 Kagan 합류) 반대의견의 주요내용⁷⁰⁾

이 반대의견은 연방지방법원에서의 인정사실을 인용하면서, 교회의 종교

69) *See id.* at 76-79.

70) *Id.* at 79-81.

모임이 완화된 기준의 시설들과 같은 정도의 코로나19 확산 위험성을 가지는 게 아니라 더 큰 위험성을 가진다고 지적하였다. 특히, 의료전문가들이 코로나19 감염증의 전파조건으로 드는 다수의 사람의 모임, 말하는 경우, 노래하는 경우, 가까이 모여 장시간 있는 경우에 종교모임은 모두 해당되는데도, 대법관 Gorsuch의 찬성의견은 이러한 전문가의 의견을 언급조차 하지 않은 채 위험성이 동일하다고 평가한다고 비판하였다.

특히, *South Bay* (2020) 사건이나 *Calvary Chapel* (2020) 사건에서 문제된 방역조치가 위험성의 비슷한 강의실, 공연장과 종교시설을 같이 취급한 반면, 이 사건은 위험성이 비슷한 강의실, 공연장에 비하여 종교시설은 모임인원제한을 완화해주어 종교활동을 우대해주고 있으므로 오히려 더 쉽게 합헌성이 인정된다고 보았다.

(3) 결정의 분석

이 사건에서 제시된 의견들 사이에 드러나게 견해가 갈리는 부분은 세 가지이다. 신청이 적법한지 여부, 신청이 적법할 경우에 엄격심사를 하여야 할 것인지 여부, 심사기준상의 요건이 충족되었는지 여부이다.

첫째, 신청에 대하여 심리에 나아갈지 여부에 관하여 견해가 갈린다. Roberts 대법원장의 반대의견은 이미 신청인 종교시설들이 속한 구역에 관하여 레드존, 오렌지존의 구역이 해제되어 신청인 종교시설들이 다투는 레드존, 오렌지존 조치에 관하여 다툴 실익이 없어졌다는 이유로 긴급구제신청에 대하여 판단할 수 없다는 견해이다.⁷¹⁾ 대법관 Breyer의 반대의견(대법관 Sotomayor, 대법관 Kagan 합류)도 이미 신청인 종교시설에 대하여 레드존 및 오렌지존 지정이 해제되어 그로 인한 제한을 받지 않는 상황에서 당장 임시구제를 할 필요는 없다고 하였다.⁷²⁾ 다만 이 반대의견은 신청의

71) See *id.*, at 75-76.

72) See *id.*, at 76-79.

이익이 소멸하여 부적법해졌다고 보다는, 연방대법원이 결정을 미루고 있다가 다시 신청인 종교기관이 레드존이나 오렌지존에 해당하게 되었다고 서면(Letter Brief)을 제출하여 알려오면 심리하면 된다고 하는 견해이다(대법관 Gorsuch의 의견 참조).⁷³⁾

이와 달리, 무기명 법정의견과, 대법관 Gorsuch의 찬성의견, 대법관 Kavanaugh의 찬성의견은 뉴욕주가 구역지정을 해제하였더라도, 방역지침 자체는 존속하고 있고 상황에 따라 신청인 종교시설들이 있는 지역이 다시 레드존 또는 오렌지존으로 지정될 수 있으므로, 비록 이 사건이 현재의 ‘집행정지 가처분’을 구하는 것이더라도 연방대법원이 심리하고 바로 결정할 수 있으며, 나중에 신청인들 교회에 다시 레드존이나 오렌지존이 지정 되어야만 비로소 신청인들이 다시 가처분을 구하여야 하는 것은 아니라고 보았다.⁷⁴⁾

다음으로, 이 사건 뉴욕주 조치에 대한 위헌 심사강도의 문제이다. 무기명 법정의견 및 대법관 Gorsuch의 찬성의견은 엄격심사를 직접 언급하고, 대법관 Kavanaugh의 찬성의견은 뉴욕주 조치가 종교를 차별하였다고 판단했으나,⁷⁵⁾ Roberts 대법원장은 방역조치의 제약이 심대하다고 지적하면서 ‘수정1조 위반 가능성이 높다’고 하면서도 심사기준이나 차별여부에 대한 언급을 직접적으로는 하지 않았다.⁷⁶⁾

반대로, 대법관 Breyer 집필의 반대의견(대법관 Sotomayor, 대법관 Kagan 합류)은 연방지방법원이 변론 및 증거조사를 토대로, 종교시설이 유사성이 있는 다른 세속시설보다 오히려 방역조치가 완화되어 있다고 보았다고 그 결정을 인용하였다.⁷⁷⁾ 이 의견은 ‘차별여부’에 관하여서도 연방지방법원의

73) See *id.*, at 77.

74) See *id.*, at 68-69, 71-72, 74.

75) See *id.*, at 67, 70, 73.

76) See *id.*, at 75.

77) See *id.*, at 76-78.

본안소송 판단을 인용하고 있을 뿐인데, 이는 긴급구제신청 심리의 특성상 본안에 대한 판단을 본 소송의 변론 등 공방 절차에 의한 사실인정 이전에 선취하는 것을 우려하였기 때문으로 사료된다. 이 의견은 연방지방법원에서 이루어진 관련 소송의 사실인정을 인용하면서, 현재 제2순회 연방항소 법원에 항소심이 계류 중이라는 것을 지적한다.⁷⁸⁾ 이 반대의견은 일단 어떠한 심사기준이 적용되어야 할 것인지, 차별이 존재하는지 여부에 대한 판단을 유보하면서, 차후 모든 변론 및 증거조사 절차가 있어야 이 부분에 대하여 판단할 수 있다는 입장으로 보아야 정확할 것이다. 그렇다면 연방지방법원의 사실인정이 틀리지 않다면 완화된 심사를 할 수 있다는 것을 대법관 Breyer의 반대의견은 시사하고 있다고 보인다.

대법관 Sotomayor의 반대의견(대법관 Kagan 합류)은 명시적으로 뉴욕주 조치가 유사한 세속기관에 비하여 종교기관을 ‘유리하거나 동등하게’ 대우하고 있다고 판단하였다.⁷⁹⁾ 또한, 연방지방법원 기록상 제시된 의학 전문가인 뉴욕 보건국 감염병 지부장의 의견이 실내에 모여서 가까운 거리에서 말하고, 노래를 부르는 경우의 전파위험이 높다고 하였는데도 불구하고 대법관 Gorsuch의 찬성의견이 종교행사와 마찬가지로 ‘말하고, 노래하는’ 시설이 아닌 자전거 수리점이나 주류판매점이 종교시설과 유사함에도 더 방역조치가 완화되었다고 평가한 것이 잘못되었다고 지적하였다.⁸⁰⁾ 오히려 의학 전문가가 제시한 기준에 따르면 유사성이 있는 실내에서 다수가 모여 말을 하는 등의 시설인 영화관, 콘서트장, 스포츠경기장은 뉴욕주 지침에 따르면 아예 닫아야 하여 종교시설보다 불리한 취급을 받는다고 보았다. 뉴욕주가 종교시설을 따로 언급하여 10인 또는 25인 등을 조건으로 행사를 허용한 것은 종교시설을 차별 취급한 게 아니라 우대한 것이라고 보아

78) *See id.*, at 77.

79) *See id.*, at 79.

80) *See id.*

야 한다는 것이다.⁸¹⁾

그러므로 무기명 법정의견과 대법관 Gorsuch의 찬성의견, 대법관 Kavanaugh의 찬성의견이 엄격심사를 요구하였고, 이와 달리 대법관 Sotomayor의 반대의견은 완화심사가 적절하다고 보았다. Roberts 대법원장의 반대의견은 심사기준에 대한 언급은 없이 위헌일 가능성이 높다고만 보았고, 대법관 Breyer의 반대의견은 심사기준에 대한 판단을 유보하면서 합리성 심사가 적절할 수도 있다고 인정한 것으로 정리된다.

마지막으로, 심사기준상의 세부요건 충족여부에 대하여는 판단에 나아간 의견은 무기명 법정의견, 대법관 Gorsuch의 찬성의견, 대법관 Kavanaugh의 찬성의견이다. Roberts 대법원장의 반대의견, 대법관 Breyer의 반대의견, 대법관 Sotomayor의 반대의견은 세부적 논증에 나아가지는 않았다.

무기명 법정의견은 엄격심사를 하면서, 코로나19 감염증 전파를 막는 것이 긴요한 주정부의 이익임에는 의문의 여지가 없지만, 뉴욕주 조치가 최소한의 제약을 가져오는 수단이라고는 보기 어렵다고 보았다.⁸²⁾ 대법관 Gorsuch의 찬성의견은 두 요건에 관한 판단을 명시적으로 하고 있지는 않으나 종교시설이 더 완화된 제한을 받는 세속시설과 달리 취급받은 이유가 위협성이 있기 때문이 아니라 단지 ‘필수적이지 않다’는 평가를 하였기 때문이라고 주장하고 있어,⁸³⁾ 이 부분은 뉴욕주의 조치가 명목상으로만 코로나 전파위험을 막기 위한 것이라고 비판한 것으로 읽히므로 뉴욕주 조치가 실질적으로 긴요한 주의 이익을 추구하지 않는 것이라고 본 것으로 볼 여지가 있다. 대법관 Kavanaugh의 찬성의견은 본안에 대한 종교적 판단이 본소 절차를 통해서 이루어져야 한다는 입장이므로, 엄격심사를 하는 전제로 종교기관의 차별을 정당화하는 이유가 있음을 입증해야만 한다는 판단

81) *See id.*, at 80.

82) *See id.*, at 67.

83) *See id.* at 69.

기준을 제시하고, 뉴욕주 조치보다 가벼운 방역수단을 동원했던 다른 주들과 비교하면서 뉴욕주 조치가 특별히 종교기관에 관하여 제약적이어서 최소침해성을 충족하지 못한다고 보았다.⁸⁴⁾

Roberts 대법원장의 반대의견은 개별요건의 심사에 나아가지 않았고, 대법관 Breyer의 반대의견은 판단을 본소에 미루고 단지 위헌여부가 불분명하다고 보았으며, 대법관 Sotomayor의 반대의견은 합리성심사의 구체적 논증에 나아가지는 않되, 정부가 생명을 구하기 위한 방역조치를 시행할 권한이 있고 오히려 종교기관을 우대할 이상 헌법이 이와 같은 방역조치를 금지한다고 보기 어렵다고 결론내렸다.

2. 세 결정의 비교

South Bay (2020)와 *Calvary Chapel* (2020)에서는 가치분신청을 기각하였다가, 몇 달 뒤 반대의 결론을 낸 *Roman Catholic* (2020) 결정은 명시적으로 앞선 두 결정을 번복하지 않았다. 그러므로 종교예식 제한과 관련한 주정부의 방역조치에 관하여 미 연방대법원이 어떠한 지침을 주는 것이냐가 문제이다.

한 가지 해석은, 앞선 두 결정에서 문제된 캘리포니아 주, 네바다 주의 방역조치보다 뉴욕주 조치가 헌법적 허용한계를 넘는 과도한 것이라는 시각이다.⁸⁵⁾ 예컨대, 앞선 캘리포니아 주와 네바다 주 조치와 달리 뉴욕주는

84) *See id.* at 74.

85) Michael W. McConnell and Max Raskin, *The Supreme Court Was Right to Block Cuomo's Religious Restrictions - The balance between Covid-19 precautions and civil liberties doesn't need to be a partisan issue.*, *The New York Times*, Dec. 1, 2020은 앞선 두 결정보다 *Roman Catholic* (2020) 사건의 지침이 훨씬 강도높다고 보았다. (<https://www.nytimes.com/2020/12/01/opinion/supreme-court-Covid-19-religion.html> 2022. 8. 1. 최종방문)

‘종교시설’⁸⁶⁾을 하나의 범주로 명시하면서 종교시설에만 해당하는 지침을 따로 주었다. 그러므로 지침이 명시적 종교시설 차별로 읽힐 가능성이 있다.

또한, 앞 두 결정에서 각 캘리포니아 주 정부와 네바다 주 정부가 부과한 인원제한은 대체로 시설수용규모에 비례하도록 하는 상대적인 것이었는데, *Roman Catholic* (2020) 사건에서는 10인과 25인으로 비교적 적은 수의 절대적 인원제한을 한 것만이 문제되었다.⁸⁷⁾

그리고 앞선 두 결정은 비교적 대유행 초기이지만, *Roman Catholic* 사건은 코로나19 감염증에 관하여도 종전보다 많은 사실이 알려졌고, 거의 백신개발도 완료되어가는 때라는 시기적 차이도 있다. 대법관 Alito가 *Calvary Chapel* (2020) 에서 대유행이 4개월이 넘어간다고 언급한 것과,⁸⁸⁾ *Roman Catholic* (2020) 사건에서 대법관 Gorsuch의 찬성의견이 *South Bay* (2020) 사건의 경우와 구분지으면서 대유행(pandemic)이 시작된 지 1년이다 되어간다는 지적을 한 것 등,⁸⁹⁾ 보건긴급사태의 초기대응인지여부도 고려사항이었을 수 있다.⁹⁰⁾ 이와 같은 사실관계의 차이가 앞선 두 사건과 *Roman Catholic* 결정 사이의 변화를 가져왔을 수 있다.

그러나 의견분포를 살펴보면 세 결정에 모두 참여한 연방대법관들은 각각의 입장이 특별히 변경되었다고 보기는 어렵고, 대법관 Ginsburg가 사망한 뒤 대법관 Barrett이 임명되는 법원 구성의 변화가 더 눈에 띈다. 즉, 세 사건에서 대법관 Breyer, 대법관 Sotomayor, 대법관 Kagan과 Roberts 대법원장이 가처분을 인용하여서는 안된다는 입장을 유지하고 있고, 마찬가지로

86) 종교행사장소(houses of worship)를 하나의 범주로 언급하였다. 원문은 <https://governor.ny.gov/sites/default/files/atoms/files/EO202.68.pdf> 참조.

87) 가처분 신청취지가 이에 한정되었다.

88) See *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 140 S. Ct. 2603, 2603-2609 (2020).

89) 다만 대법관 Gorsuch는 *South Bay* (2020)에서도 긴급구제인용하고자 하는 입장이었다.

90) 위 Michael W. McConnell and Max Raskin의 사설도 대유행 초기에 연방대법원이 어떤 조치가 유효할지 앞서 판단하기 어려웠을 것이라고 하였다.

헌법논총 제33집(2022)

대법관 Thomas, 대법관 Alito, 대법관 Gorsuch, 대법관 Kavanaugh는 세 사건 모두에서 가치분을 인용하고자 하는 입장을 유지하고 있다. 다만, 가치분을 기각해야 한다는 입장의 대법관 Ginsburg가 사망한 뒤 임명된 대법관 Barrett이 가치분을 인용하는 입장을 취하면서 다수가 뒤집혔다.

Ⅲ. 후속결정과 세 사건의 경과, *Roman Catholic* (2020)의 영향

1. 연방대법원의 *Roman Catholic* (2020) 결정 뒤 후속사건의 결정

Roman Catholic (2020) 사건이 연방대법원이 종교예식제한 방역조치에 관하여 견해를 밝힌 마지막 사건은 아니므로, 후속 결정들을 통해서도 연방대법원의 입장을 좀 더 상세히 엿볼 수 있다. 2020. 12. 3. 연방대법원은 *Harvest Rock Church, Inc. v. Newsom* (2020)⁹¹⁾ 사건에서 감염확산이 있는 카운티에서 야외종교행사는 인원 제한 없이 허용하되, 실내 종교행사의 경우 그 주최를 금지하는 내용의 캘리포니아주의 방역지침에 대해 가치분을 기각한 연방지방법원 기각결정의 당부에 관하여, 연방지방법원 가치분기각 결정을 파기하면서, 연방항소법원에 연방대법원의 *Roman Catholic* (2020) 결정에 따라 결정하라고 주문하였다. 같은 달 15.에도 뉴저지주⁹²⁾와 콜로

91) *Harvest Rock Church, Inc. v. Newsom*, 141 S. Ct. 889 (2020).

92) 수정헌법 제1조 종교의 자유와 관련하여 뉴저지 연방지방법원이 2020. 10. 2. 가치분 신청에 관하여 뉴저지주 조치(25%이하 또는 150명 중 적은 수의 예배인원제한 및 마스크 착용 의무를 부과하되 예식 중 필요한 경우 벗을 수 있도록 한 조치)에 관하여 *South Bay* (2020) 및 *Jacobson*을 인용하고, 해당 지침이 중립적으로 보아 합리성 심사가 적용될 것이라고 보면서 가치분 신청을 기각하였는데[*Kevin Robinson. v.*

라도주⁹³⁾ 방역조치가 문제된 사건에서도, 미연방대법원은 종교기관 측에 불리하게 내려진 하급심 결론을 번복하는 결정을 내렸다.

그런데, 2021. 2. 5. 미 연방대법원은 위 사우스베이 교회가 다시 변경된 캘리포니아주의 방역지침을 다투면서 긴급구제신청을 한 것과 관련하여서는 그 신청의 일부만 인용⁹⁴⁾하였는데, 감염병 전파 단계가 1단계일 때 실내종교행사를 금지하는 부분의 지침에 대해서는 그 집행을 하지 못하도록 가처분을 인용했지만, 1단계 상황에서 실내 예식 인원을 25%로 제한하는 부분과 노래 등(singing and chanting)을 금지하는 부분에 대한 가처분은 기각하였다.⁹⁵⁾ 대법관 Thomas와 대법관 Gorsuch는 전체 신청을 인용하여야 한다고 하였다. 대법관 Alito는 신청을 기각하는 부분에 관하여는 주 정부에 30일간의 유예기간을 주고, 필수시설 전파도와 동일하게 종교행사의 코로나19 전파도가 유지되는데 주정부가 취한 노래금지 및 25% 인원제한 조치가 필수적이며 그보다 경미한 수단이 없다는 것을 이 30일동안 주정부가 입증하지 못하면 집행이 정지되어야 한다고 보았다.⁹⁶⁾ Roberts 대법원장은 법정의견의 일부인용 결론에 동의하는 찬성의견을 작성했다. 다시금 *South Bay* (2020)에서의 본인의 찬성의견 중 ‘연방 헌법은 원칙적으로 보건과 안

Philip D. MURPHY, 2020 WL 5884801(D.N.J. 2020)], 이에 연방대법원이 2020. 12. 15. 이를 로마카톨릭 결정의 취지에 따르라는 간략한 이유를 적시하면서 파기하는 내용의 결정[*Kevin Robinson, v. Phil Murphy*, 141 S. Ct. 972 (2020)]을 하였다.

93) 조지 플로이드의 사망 이후 전개된 집회에 대하여 콜로라도 주 정부가 허용적인 반면 종교기관은 방역지침의 준수를 요구받는다고 주장하면서 종교기관에 부과되는 실내 인원제한, 마스크 착용의무, 사회적 거리두기 등을 모두 해제해달라는 취지의 가처분 신청에 관하여 2020. 8. 10. 이루어진 콜로라도 연방지방법원의 기각결정 [*High Plains Harvest Church v. Polis*, 2020 WL 4582720 (D.Colo. 2020)]을 연방대법원이 파기한 사례임[*High Plains Harvest Church v. Polis*, 141 S. Ct. 527 (2020)].

94) *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 141 S. Ct. 716 (2021).

95) *See id.* 이 *South Bay* 141 S. Ct. 527 (2021) 결정의 상세한 소개는 조정선, 이지효, 오효정, 임기영, 세계헌법재판 조사연구보고서, 캘리포니아주 실내예배금지 행정명령에 대한 집행정지 가처분 인용 결정, 2021 제4호, 50쪽 이하를 참고할 수 있다.

96) *See South Bay*, 141 S. Ct. at 716 (2021).

전 문제에 관하여 정치적 책임을 지는 주 공무원에게 신임을 주었다’는 *Jacobson* 설시의 문구를 인용하고, 그럼에도 권리문제에 관하여서는 사법부를 신임하였다면서, 주 정부의 재량에는 한계가 있다고 언급했다.⁹⁷⁾ 대법관 Barrett도 일부인용 결론에 대한 찬성의견을 작성했는데 캘리포니아주의 실내 노래금지 조치 부분이 종교예식만 금지하는지가 심판당시까지 기록상 불분명하여 이것이 중립적인 조치일 가능성이 있다고 보았기 때문이다.⁹⁸⁾ 이 의견에는 대법관 Kavanaugh가 참여하였다.

대법관 Gorsuch의 성명(statement)(대법관 Thomas, 대법관 Alito 합류)은 미용실이나 네일샵도 장시간 밀접접촉이 이루어진다면 종교시설이 차별대우를 받았다고 비판하였고, 종교예식 중 노래금지 조치 부분에 대해서도 할리우드 등 연예사업은 노래가 허용된다면서 이 부분 조치도 차별적이라 지적하였다.⁹⁹⁾

반면, 대법관 Kagan의 반대의견(대법관 Breyer, 대법관 Sotomayor 합류)은 ‘대법관은 과학자가 아니다. 공중 보건 정책에 대해서도 별로 알지 못한다.’라는 문장으로 시작하면서 가치분 일부인용결정을 비판하였다.¹⁰⁰⁾ 정리하면, 두 명의 대법관이 전부인용 취지, 한 명의 대법관이 조건부 전부인용 취지, 세 명의 대법관이 일부인용 취지로서 총 여섯 명이 적어도 일부의 가치분 신청을 인용해야 한다고 보았고, 나머지 세 명의 대법관은 신청을 전부 기각해야 한다는 입장이다.

같은 날, 연방대법원은 *Harvest Rock* 사건과 관련한 가치분 신청도 마찬가지로 일부인용하였다.¹⁰¹⁾

그 뒤, 2021. 4. 9. 가정에서의 종교모임을 할 때 세 가구까지만 모이도

97) *See id.*, at 717.

98) *See id.*

99) *See id.*, at 717-720.

100) *See id.*, at 720.

101) *Harvest Rock Church v. Newsom*, 141 S. Ct. 1289 (2021).

록 제한하는 캘리포니아주 방역지침이 문제가 된 사례¹⁰²⁾에서 연방대법원은 유사한 여러 세속 활동에 방역지침이 예외를 허용한다면 해당 지침이 종교에 차별적이라면 엄격심사가 이루어져야 한다고 보고, 긴급구제신청을 인용했다. 이 결정도 5대 4로 대법관의 의견이 갈렸다. 특히 무기명 법정 의견은 유사한 세속시설이 하나라도 더 우호적인 취급을 받는 경우, 종교의 자유 침해여부는 엄격심사를 해야 한다고 실시하였다.¹⁰³⁾ 이 사건에서 Roberts 대법원장, 대법관 Kagan, 대법관 Breyer, 대법관 Sotomayor 네 명이 신청을 기각해야 한다는 입장에 섰다. 무기명 법정 의견은 캘리포니아주가 세 가구를 초과하여 한 집에 모이는 것을 금지하였는데, 미용실, 소매점, 재가요양서비스(personal care services), 영화관, 스포츠나 콘서트의 특별관람석(private suite)과 실내 음식점은 세 가구를 넘는 사람도 모이도록 허용하고 있으므로 가정 종교모임을 이들과 달리 차별하였다고 보았다.¹⁰⁴⁾ 대법관 Kagan이 작성하고, 대법관 Breyer와 대법관 Sotomayor이 합류한 반대 의견은 캘리포니아주가 모든 종류의 ‘가정 모임’을 세 가구만 모이도록 제한했고 이는 종교 모임이거나 세속 모임인지를 불문한다면, 무기명 법정 의견이 이러한 사실을 외면하고 유사하다고 볼 수 없는 공구점이나 미용실과 모든 종류의 가정 모임을 달리 취급한 것을 ‘종교에 대한 차별’이라고 보았다고 비판하였다.¹⁰⁵⁾ 제9순회 연방항소법원이 적법한 절차를 통하여, 다툼 없는 캘리포니아주 공중보건 전문가 진술에 기초하여 가정 모임이 상업시설의 경우보다 모인 사람들 사이에 오래 상호작용이 이루어지고, 더 좁고 환기가 안되고, 사회적 거리두기와 마스크 착용 규제를 관철하기가 어렵다고 인정했는데도 이를 법정 의견이 무시하여, ‘법리’와 ‘사실관계’를 모두 도외시켰다고 비판하였다.

102) *Tandon v. Newsom*, 141 S. Ct. 1294 (2021).

103) *See id.*, at 1296.

104) *See id.*, at 1296-1298.

105) *See id.*, at 1298-1299.

이 사건에서 Roberts 대법원장은 신청을 기각하고자 하는 결론에 대한 이유 제시를 하지 않았다.

2. *South Bay, Calvary Chapel, Roman Catholic* 세 사건의 경과

가. *South Bay* 사건의 경과

이 사건은 본사건 중 여러 신청사건이 제기되고 이에 대한 법적 공방이 이루어진 가운데, 연방 대법원에서 가처분 관련 사건이 세 번이나 심리되었다. 앞선 두 결정은 위에 정리한 바와 같다. 2021. 4. 26. 이루어진 세 번째 결정은 단지 항소심 결정을 파기하면서 *Tandon v. Newsom* (2021)의 취지에 따르라는 내용이 실시되었다.¹⁰⁶⁾ 그 뒤 이 사건의 본사건은 2021. 6. 1. 남부캘리포니아 연방지방법원에서 피고 Newsom 주지사 등에게 종교모임에 관한 인원제한을 영구적으로 금지하고, Newsom 주지사가 소송비용으로 원고에게 160만 달러를 지급하는 내용으로 화해가 성립되어 종결되었다.¹⁰⁷⁾¹⁰⁸⁾

나. *Calvary Chapel* 사건의 경과

Roman Catholic (2020) 결정이 연방대법원에서 이루어진 뒤 2020. 12. 15. 제9순회 연방항소법원은 네바다주의 종교시설 인원제한 조치에 대해서 가처분신청을 기각한 연방지방법원 판결을 파기하였다.¹⁰⁹⁾ 그 뒤, 네바다주

106) *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 141 S. Ct. 2563 (2021).

107) Associated Press, *California to Pay \$2M church legal fees over virus closures*, Spectrum News 1, 2021. 6. 2. (<https://spectrumnews1.com/ca/la-west/politics/2021/06/03/califoran-to-pay-2m-church-legal-fees-over-virus-closures>, 2021. 8. 18. 최종방문)

108) *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 2021WL 2250818 (S.D. Cal, 2021).

109) *Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 982 F. 3d. 1228 (2020).

는 2021년 6월, 17만 5천 달러를 교회 측에 지급하기로 합의하였다.¹¹⁰⁾

다. *Roman Catholic*등 사건의 경과

2020. 11. 25. 미연방대법원이 *Roman Catholic*등 사건에서 뉴욕주의 10인 및 25인 종교예식 인원제한에 대한 긴급구제를 인용한 뒤, 제2순회 연방항소법원은 12. 28. 10인 및 25인 인원제한 뿐 아니라 레드존 및 오렌지존에서의 25%, 33% 제한에 관하여까지 연방지방법원의 가치분기각결정을 파기했다.¹¹¹⁾ 파기환송심인 2021. 2. 9. 동부뉴욕 연방지방법원의 재판절차에서 뉴욕주는 25%, 33% 인원제한을 금지해 달라는 청구를 인낙하였고, 법원은 피고 뉴욕주 공무원에 대하여 10인, 25인, 그리고 25%, 33%의 종교예식 인원제한 지침의 영구적인 집행정지를 명하였다.¹¹²⁾ 한편, 이 사건의 소송비용 지급 등에 대하여 협상이 지연되자, 결국 2021. 12. 6. 연방지방법원이 Cuomo 주지사가 사임한 뒤 뉴욕주 주지사로서 피고가 된 캐시 호컬(Kathy Hochul)에게 원고 측에 대리인 비용 등으로 약 44만 7천 달러를 지급하라는 명령을 하였다.¹¹³⁾

3. *Roman Catholic* (2020)의 영향: 유사소송경과 및 텍사스 주 개헌

코로나19 감염증에 대한 주정부의 방역조치를 대상으로 하여 수많은 소

110) 2News, *Nevada, Calvary Chapel Dayton Valley Reach Settlement over Mandated Capacity Limits* 참조(https://2news.com/townnews/law/nevada-calvary-dayton-valley-reach-settlement-over-mandated-capacity-limits/article_21629478-5fab-5bab-5b3b-8bc9-8d7b10176eee.html(2022. 8. 18. 최종방문))

111) *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 983 F. 3d 620 (2d Cir. 2020).

112) *Agudath Israel of America v. Cuomo*, 2021 WL 804717, (E.D.N.Y. 2021).

113) *Agudath Israel of America v. Hochul*, 2021 WL 5771841, (E.D.N.Y. 2021).

송이 제기되었다. 일부는 주 법원에, 나머지 일부는 연방 법원에 소가 제기되었다.¹¹⁴⁾ 위에 소개한 *Roman Catholic* (2020) 이후에는 많은 소송이 원고 종교기관 측이 소 취하를 하는 조건으로 주 정부가 소송비용을 지급하기로 하는 등의 합의를 하여 종결되었다고 한다.¹¹⁵⁾ 물론 법원의 중독적인 위헌확인결정을 이끌어내기 위하여 소가 새로 제기되거나 지속된 경우도 있다.¹¹⁶⁾

한편, 텍사스 주는 2021년 11월 3일 주민투표를 통하여 보건비상사태가 발생하더라도 주 정부가 종교모임의 인원제한을 하지 못하게 주 헌법을 개정하였다. 텍사스 주 유권자 중 9%가 투표하였고, 그 중 63%가 찬성하여 개정안이 가결되었다.¹¹⁷⁾

114) *Lawsuits about state actions and policies in response to the coronavirus (COVID-19) pandemic* 참조 ([https://ballotpedia.org/Lawsuits_about_state_actions_and_policies_in_response_to_the_coronavirus_\(COVID-10\)_pandemic](https://ballotpedia.org/Lawsuits_about_state_actions_and_policies_in_response_to_the_coronavirus_(COVID-10)_pandemic) 2022. 8. 27. 최종방문).

115) Michelle Boorstein, *District and Catholic Archdiocese reach settlement on attendance caps*, The Washington Post, 2020. 12. 22. 참조 (https://washingtonpost.com/local/social-issues/district-and-catholic-archdiocese-reach-settlement-on-attendance-caps/2020/12/22/61ff019a-44ae-11eb-b0e4-0f1/2923a025_story.html 2022. 8. 27. 최종방문); Rian Charter, *LA County to pay \$400,000 to settle with San Fernando Valley church that defied coronavirus orders*, Los Angeles Daily News, 2021. 8. 31. (<https://dailynews.com/2021/08/31/la-county-to-pay-400000-to-settle-with-san-fernando-valley-church-that-defied-coronavirus-orders/> 2022. 8. 27. 최종방문) 등 참조.

116) Scott Sonner, *One Nevada church settles, other pressing COVID-19 lawsuit*, AP News, 2021. 6. 24. 참조 (<https://apnews.com/article-nv-state-wire-navada-lawsuits-coronavirus-pandemic-healthdbb850a7147f11aba939>, 2022. 8. 27. 최종방문).

117) Kalley Huang, Carla Astudillo and Andrew Zhang, *Texas 2021 constitutional amendment election results*, The Texas Tribune, Nov. 3. 2021 참조 (<https://apps.texastribune.org/features/2021/texas-election-results-2021-constitutional-amendments/> 2022. 8. 27. 최종방문).

IV. 우리 법제와의 차이점과 공통점, 시사점

1. 제도 및 법리상 차이점

가. 종교의 자유 침해여부 심사기준의 차이

앞서 살핀 바와 같이 미연방대법원에서 법리적으로 가장 치열하게 다투어진 부분은 각 주의 심판대상이 된 방역지침이 종교를 사유로 차별을 하고 있는지이다. 이는 미연방헌법상 종교의 자유 침해여부의 심사기준이 종교를 차별했는지 여부를 기준으로 달라지기 때문이다. 종교예식의 참여가 전면 금지되더라도 모든 세속적 활동 또한 마찬가지로의 대우를 받는 한, 현재의 연방대법원의 판례에 따르면 완화된 기준 즉 합리성 심사가 적용된다. 그로 인하여, 종교의 자유가 얼마나 심대하게 제약을 받는지 보다 세속 활동보다 불리하게 대우 받았는지 여부가 더 당면한 판단의 문제가 되었고, 이러한 심사기준은 우리 헌법상 종교의 자유 침해여부를 심사하는 기준과는 그 요건상의 차이가 있다.

나. 헌법 문언 및 법제와 역사의 차이

미연방헌법의 권리보장체계는 구조적으로도 우리의 헌법해석과 상당한 차이가 있다. 미연방헌법은 일견 그 문언 자체로 보아서는 다양한 권리를 헌법적으로 포섭하여 보장할 수 있도록 열린 구조를 가지고 있어 우리 헌법과 유사한 것처럼 보인다. 예컨대 수정헌법 제9조가 ‘본 헌법에 특정 권리들을 열거한 사실이 국민이 보유하는 그 밖의 여러 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 아니된다.’¹¹⁸⁾고 규정하는 등 우리 헌법에서

118) 번역은 국회도서관에 따름(세계법제정보센터, <https://world.moleg.go.kr> 참조).

열거되지 않은 자유와 권리를 보장하는 것(제37조 제1항)과 유사한 문언을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고, 미연방대법원의 그간의 선례들은 헌법상 권리를 확장하는 데 있어서 위와 같은 규정들을 활용하는 데 소극적이었다.¹¹⁹⁾

또 판례법제(case law jurisprudence)의 속성상 개별적 권리마다 심사기준을 각기 달리 발전시켜 온 점도 우리와 다르다. 이 글에서 다른 의견들에서는 종교의 자유와 같이 헌법에 명시된 권리와 그렇지 않은 해석상 도출된 권리를 구분하면서 그 보장의 정도나 위헌심사의 방식을 달리할 가능성을 시사한 점도 있다.¹²⁰⁾

이로 인하여 미연방대법원의 종교모임 제한에 대한 결정들은 다른 연방 헌법상의 권리에 관하여도 일반화하기 어렵고, 헌법상의 권리의 목록을 폭넓게 인정하면서 원칙적으로 공통적으로 과잉금지원칙을 적용하는 우리 법제와도 그 전제가 크게 다르다.

다. 연방주의 여부의 차이

국가형태의 차이에 기인한 고려사항도 있다. 이 글에서 소개한 결정들은 모두 연방법원이 주 정부 행위를 심사한 상황을 바탕으로 한다. 전통적으로 보건(health)의 영역은 주에 유보된 권한으로 이해되어 왔으므로, *Jacobson (1905)*이 헌법이 ‘주 공무원’을 신임하였다고 한 표현도 주에 유보된 보건영역의 행위에 관하여 연방주의(federalism)를 근거로 연방법원이 심사를 관용적으로 해야 한다는 의미를 담은 것으로 볼 가능성도 있다. 그런데 연방주의와 관련한 부분은 국가 구조가 다른 우리 법제에 있어서는 의미를 가지기 어렵다.

119) 안경환, 미국 연방헌법 수정 제9조의 의미, 법학 제38권 제2호, 1997, 52쪽 참고.

120) *Calvary Chapel, 140 S. Ct. at 2608* (2020) 대법관 Alito 반대의견 참조, *Roman Catholic, 141 S. Ct. at 70* (2020), 대법관 Gorsuch의 찬성의견 참조.

라. 입증책임의 분배 문제의 차이

분산형 헌법심사제도를 취하는 미연방법원에 있어서는, 정부 공무원 등을 피고로 하여 정부 행위의 헌법위반을 다투는 소가 제기되었을 때 해당 소송은 원고와 피고 당사자 사이의 것에 불과하므로 사실인정이 문제되는 부분은 입증책임을 분배함으로써 해결의 실마리를 가질 수 있다. 예컨대, *Roman Catholic (2020)* 결정의 무기명 법정의견이 브루클린 교구 등 신청인들 종교시설에서 집단감염이 발생했다거나 신청인들의 종교시설이 방역 지침을 위반해 왔다는 증거가 없다고 한 것, 이 사건 대법관 Kavanaugh의 찬성의견이 정부 측에 종교기관의 차별을 정당화하는 이유가 있음을 입증하여야 한다고 한 것, *South Bay (2021)* 결정에서 대법관 Alito가 필수시설에서 코로나가 전파되는 정도로 종교행사의 코로나 전파도를 유지하는데 주정부가 취한 노래금지 및 25% 인원제한 조치가 필수적이고 그보다 경미한 수단이 없음을 주정부가 30일 안에 입증하여야 한다고 한 것 등은 실내 종교활동의 코로나19 감염증 전파위험성과 관련한 위험평가(risk assessment)를 정부 측에 입증책임을 지움으로써 해결하려 한 방식으로 볼 수 있다. 다만, 이러한 접근방식은 헌법소송의 심판대상에 대한 위헌결정의 효과가 당사자 외에도 모든 국가기관을 기속하고, 심리에 있어서 직권조사가 이루어지는 우리 헌법재판절차에서는 취하기 어렵다.

2. 우리나라 상황과의 공통점

가. 긴급조치성

2020년 5월의 *South Bay (2020)* 결정에서의 Roberts 대법원장의 찬성의견이 예외적인 보건 비상사태(extraordinary health emergency)에 대응하기 위한 ‘일시적인’ 제한이라고 주 지침을 평가한 것, 그 뒤 2020년 7월의

Calvary Chapel (2020) 사건에서 대법관 Alito의 반대의견이 더 이상 긴급 조치를 용인할 것이 아니라 통상적인 헌법질서에 따른 심사가 이루어져야 한다고 한 것¹²¹⁾은 코로나19 감염증 대유행 초기에 이루어진 조치들을 긴급조치라고 평가하면서, 이러한 긴급조치성이 헌법심사에 고려됨을 시사하고 있다.

세계보건기구(WHO)는 2020. 1. 30. 코로나19 감염증에 관하여 국제보건 비상사태(a public health emergency of international concern)를 선포하였다. 2020. 2. 3. 트럼프 대통령이 공중보건비상사태를, 2020. 3. 4. Gavin Newsom 캘리포니아 주지사가 주 비상사태를, 2020. 3. 7. Andrew Cuomo 뉴욕주지사가 주 비상사태를 선포하였다. 2020. 3. 11.에는 세계보건기구(WHO)가 코로나19 감염증의 세계적 대유행(global pandemic)을 선언하고 각국에 긴급하고 적극적인 조치(urgent and aggressive action)를 취할 것을 요청하였다.¹²²⁾ 2020. 3. 12. Steve Sisolak 네바다 주지사도 주 비상사태를 선포하였다.¹²³⁾ 이와 같이 이 글에서 다룬 조치들과, 그 외 각국의 정부의 방역지침은 위와 같이 국경을 넘나드는 감염병 위기에 긴급히 대응하는 과정에서 이루어진 것이다.

이러한 긴급조치적인 속성을 어떻게 사법심사에 반영하여야 할 것인지에 대한 고민은 우리 법제에도 통용된다. 미연방대법원에서 제시된 다양한 의

121) *Roman Catholic*, 141 S. Ct. at 70 (2020) 대법관 Gorsuch의 찬성의견도 마찬가지로 시기를 언급한다.

122) *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, March 11, 2020., 참조 (<https://who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> 최종 방문 2022. 8. 22).

123) Geoff Dornan, *Gov. Sisolak declares State of Emergency over virus expresses frustration with feds*, Tahoe Daily Tribune, March 13, 2020. 참조 (<https://tahoedailytribune.com/news/gov-sisolak-declares-state-of-emergency-over-virus-expresses-frustration-with-feds/> 최종 방문 2022. 8. 22.)

견들 중 긴급조치라는 사유로 헌법심사를 감면하여야 한다고 한 경우는 보이지 않으나,¹²⁴⁾ 긴급조치성이 있음이 언급되어 심리의 고려사항이 되었고, 이 속성은 법제를 넘어 코로나19에 대한 각국이 처한 공통된 문제상황이라 할 것이다.

나. 규제기관의 민주적 정당성에 대한 사법기관의 존중 필요성

Roberts 대법원장은 반복적으로 *Jacobson* (1905)의 문구를 인용하기를 고수하고 있다. ‘정치적 책임을 지는’ 주 공무원에게 보건에 관한 문제를 헌법이 맡겼다는 것이다.¹²⁵⁾ 연방주의의 문제를 제외하고 보면, 이는 ‘정치적 책임을 지는’ 공무원 즉, 의회나 행정부의 결정을 법원이 존중해야 한다는 의미를 담은 것으로 파악된다. 정책의 수립과 집행과 관련한 의사결정에 관하여, 선출 공무원으로 구성되지 않았고 따라서 정치적 책임을 지지 않는 사법기관이 선거를 통해 구성되는 국가기관의 정책적 결단을 대체하여서는 안된다는 뜻일 것이다. 한편, 정책적 재량이 인정되더라도 헌법상 권리의 침해여부가 문제되는 경우에 행해지는 사법적 판단이 감면되는 것은 아니다. 이 점은 Roberts 대법원장도 분명히 하였다. 즉, Roberts 대법원장도 2021년의 *South Bay* 사건에서 보건과 안전 문제에 관하여 헌법이 주 공무원을 신임하였다는 의견을 다시 피력하면서, 권리침해여부의 문제는 연방헌법이 사법부를 신임하였다고 하고, 캘리포니아주 방역조치 중 1단계 위기상황에서 실내종교행사를 전면 금지하는 부분에 대한 가치분을 인용하

124) 관련하여, 베니스위원회는 2020년 긴급상황에서의 민주주의와 인권, 법치주의 존중에 관하여 보고서를 발간하였다. See Nicos Alivizatos, Veronika Bilkova, Iain Cameron, Oliver Kask, Kaarlo Tuori, *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – reflections*, CDL-PI(2020)005rev, Strasbourg, May 26, 2020.

125) *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 140 S. Ct. 1613, 1613 (2020); *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. 63, 75 (2021).

도록 한 법정의견에 동의하였다.¹²⁶⁾ 이와 같이, 사법심사에 있어서 선출기관의 정책적 재량을 존중할 필요성은 민주국가에 공통되는 속성이다.

다. 사안의 과학적 불확실성

2020년의 세 사건에서 반복적으로 등장하였던 문제는 종교기관보다 완화된 인원제한을 받는 세속시설들이 종교기관과 ‘유사한 비교대상인가’(comparable) 여부이다. 이 유사성에 어느 범위까지의 고려사항을 넣을지는 규범적 문제이나, 대체로 연방대법관들은 ‘코로나19 감염증의 전파위험성’이 유사한지가 그 기준이 된다는데 공통된 인식을 가지고 있는 것으로 보인다. 그런데 신종감염병인 코로나19 감염증의 대응 초기에는 전파경로가 무엇인지(비말전파인지 공기전파도 가능한지, 무증상 감염자의 존재여부, 무증상 감염자로부터 전파가 가능한지 여부), 재감염이 가능한지, 잠복기간, 치명률, 후유증 등 정책적 판단에 필요한 정보와 지식이 충분하지 못한 상태에서 정책이 수립되고 집행되어야 하였다. 코로나19 바이러스의 잦은 변이가 발생하고 있으므로, 대응 초기가 지난 뒤에도 그 불확실성은 완전히 해소되었다고 단정할 수 없다. 그래서 이 글의 사건들에서 문제된, 종교시설이나 세속시설에서의 ‘전파위험성’도 불확실한 부분이 있었다.

통상 법적 쟁송에 있어서, 과학적 판단은 규범적 내지 법적 판단과는 구분되고 이를 쟁송의 대상으로 삼을 수는 없다고 이해된다. 그렇지만, 현실적으로 많은 사안에서 법적 분쟁의 쟁점은 전제된 과학적 사실로부터 완전히 격리되기가 어렵다. 이 글에서 문제된 연방대법원 사건들에서도 ‘종교행사의 코로나19 전파위험성’이 어느 정도인가 하는 문제는 과학적 사실이면서도 회피하기 어려운 쟁점이었다. 연방대법관들은 이 문제의 처리방식에 관하여 합의된 일관된 기준을 보여주지는 못하였다. *Roman Catholic v.*

126) See 141 S. Ct. at 717.

Cuomo (2020)의 무기명 법정의견은 신청인들 종교시설에서 집단감염이 발생하지 않았으므로 신청인들 종교시설의 종교예식의 위험성이 입증되지 못하였다는 취지로 설시하고 있는데 이에 따르면 정부 측이 입증을 하여야 하는 사실문제처럼 다루어진 것으로 보인다. 이와 달리 대법관 *Sotomayor*의 반대의견은 사람들이 대규모로 모이거나, 장시간 다른 사람들과 근접해서 머무르는 행위들의 전파위험성에 대한 감염병학자들의 합의가 있다고 하여 그것으로 종교예식의 전파위험성이 소명된 것으로 암시하였다. 대법관 *Breyer*의 위 사건의 반대의견과 *Roberts* 대법원장의 *South Bay* (2020)에서의 찬성의견은 ‘의료 및 과학적 불확실성’을 언급하며 선출직 공무원에게 ‘넓은 재량’을 주어야 한다면서, 주와 정부 관리들이 그 과학전문지식을 통해 정책을 입안할 수 있는 것이라 하였다. 이는 선출기관의 우선적 판단재량을 인정한 것처럼 읽힌다. 이와 같이 이 글에서 소개한 사건들에서 연방대법관들의 견해들은 과학적 전제사실에 대한 다양한 접근방식 내지 관점이 있을 수 있다는 가능성을 보여준다.

라. 고려사항의 중첩성

마지막으로 이 글에서 살핀 연방대법원 결정들은 심사기준에 영향을 줄 수 있는 여러 가지 관점이 중첩되는 경우의 이론 정립의 필요성도 보여준다. 우리 법제와 다른 것이어서 소거시킬 수 있는 고려사항들을 제외하고서도 이 사안에서는 종교의 자유 제한에 대한 심사기준과 보건문제에 대한 행정부의 규제 재량 내지 민주적 정당성, 코로나19 규제의 긴급조치성, 과학적 불확실성과 관련한 전문성과 과학적 권위의 문제와 같이 다수의 관점 내지 고려사항이 이 문제를 둘러싸고 있다. 연방대법원은 결국 종교예식 인원제한에 대한 헌법심사 문제에 있어서 종교의 자유 제한의 통상의 심사기준이 그 원칙이 되어야 한다는 결론에 도달한 것으로 보인다. 그러므로

규제의 긴급조치성, 민주적 국가기관의 규제재량, 그리고 관련된 과학적 불확실성을 다루는 법원의 접근방식과 같은 고려사항은 헌법적 심사기준의 틀 자체를 바꿀 수는 없는 부가적 고려사항이 된다. 헌법심사에 있어서 권리침해여부의 주된 심사기준이 중심이 되어야 한다는 의견은 타당하다. 그럼에도 불구하고 *Roman Catholic v. Cuomo* (2020)의 법정의견과 반대의견은 주된 심사기준이 아니라 부가적 고려사항이었던 문제들의 영향으로 그의견이 나뉜 측면이 없지 않다. 즉, 법정의견이나 반대의견이나 종교의 자유가 헌법적 권리로서 보장되어야 하고, 그 침해여부가 문제되면 종전에 확립된 심사기준에 의하여 정당화되는지 살펴야 하며, 코로나19 방역조치라고 하여 이러한 심사가 면제되지 않는다는데 별다른 이견이 없다. 의견이 갈린 부분은 구체적으로 종교시설과 방역조치가 완화되어 있는 세속시설사이에 코로나19 감염증의 전파위험도가 같은지 여부인데, 이 문제는 순수한 규범적 판단의 문제를 벗어나 신종감염증의 특성과 사람들의 행동양식에 대한 통계와 같은 과학적, 의학적, 사회적 지식을 요구하는 문제이다. 다른 한편, 이 문제는 온전한 과학적 질문이라고도 볼 수 없는데 종교시설의 전파위험성이 불분명하면 어떠한 정책을 시행하지 말아야 하는지, 혹은 불분명한데도 불구하고 어떠한 정책을 시행해야 하는지는 정책적 결단의 문제도 내포하고 있기 때문이다.

이렇게 법적, 정책적, 자연과학적 그리고 사회과학적 문제가 결합한 상황에서는 고려사항을 심리에 반영하는 작은 차이도 중요해질 수 있다. *South Bay* (2020)에서 Roberts 대법원장은 불분명한 상황을 전제로 ‘정치적 책임을 지는’ 기관의 판단을 우선하는 시각을 보여주고 있고, *Roman Catholic* (2020)의 대법관 Sotomayor의 반대의견(대법관 Kagan 합류)은 전문가 의견에 더 힘을 싣고 있다.¹²⁷⁾ 이 글에서 다룬 사건들에서는 대체로

127) See 141 S. Ct. at 79.

기록상 방역당국과 전문가 집단의 의견이 일치한 것으로 나타나지만, 현실의 사건에서 방역당국이 전문가 집단의 의견과 다른 정책을 추진할 때도 있을 것이다. 이렇게 다양한 관점이 다른 방향을 지시할 경우에 사법심사에 고려사항들의 관계를 어떻게 설정하여야 할지도 더 논의가 필요한 부분이다.

3. 시사점

이 글의 연방대법원의 세 결정은 종교 예식 인원을 제한하는 조치에 관한 가처분신청에 관하여 가처분의 요건이나, 종교의 자유 침해주장에 대한 심사기준에 대한 주된 심사 틀의 합의가 있음에도 불구하고 어떻게 연방대법관 사이에서 논증과 결론이 달라질 수 있는지를 보여주고 있다. 일견 이 사안은 코로나19 감염증이라는 미지의 혹은 신종의 문제에 관하여 과학적 전문성이 심리에 필요한 사안으로 보인다. 이런 시각에서라면, 연방대법관의 의견 중 더 과학적 진실에 가까운 것을 가려낼 수 있는 것은 아닌지의구심이 들 수 있다. 종교시설의 모임이 식료품점에서의 활동보다 코로나19 감염증의 전파 확률이 높은지는 실험이나 역학조사, 통계분석을 통하여 판명될 수 있는 문제처럼 보인다. 그러나 자세히 들여다보면, 연방대법관 사이에서 답이 필요한 과학적 질문을 설정하는 것부터 미묘한 견해의 차이가 있다. *Roman Catholic* (2020)의 법정의견이 ‘1000석의 자리를 가진 성당과 400석 규모의 유대교 사원(synagogue)에 10명을 넘게 수용하면 뉴욕주가 이보다 많은 인원을 허용하는 다른 활동보다 더 위험하다는 것은 믿기 어렵다.’¹²⁸⁾고 하거나,¹²⁸⁾ 신청인 종교시설에서 코로나19 감염증의 집단전파사례가 발생하였다는 증거가 없다고 한 것¹²⁹⁾은 신청인의 당해 종교시설

128) See 141 S. Ct. at 67.

129) See *id.*

이 위험성을 가지는가를 중심으로 위험성을 평가하고 있는 것을 볼 수 있다. 이와 달리, 대법관 Breyer의 반대의견(대법관 Sotomayor와 대법관 Kagan의 합류)는 과학계와 의학계에서 바이러스가 말하거나, 노래하고, 기침하거나 가까이에서 숨 쉴 때 전파된다고 하였고, 장시간 실내에서 밀접 접촉을 하면 위험도가 높다고 평가하였다고 하였는데,¹³⁰⁾ 이는 특정 종교 시설이 아니라 종교시설의 일반적 속성이 위험도가 높은 경우에 해당하는가를 위험도 평가의 기준으로 삼고 있음을 시사한다. 이와 같이, 질문이 다르다면, 그 답도 다를 수 있으며, 서로 다른 질문에 대하여 양 측이 모두 과학적인 답을 하였을지도 모른다. 그렇다면, 질문을 설정하는 것은 과학적 문제인가, 정책적 문제인가, 아니면 법적 문제인가, 누가 질문을 설정하여야 하는가, 누가 질문을 현실적으로 설정하게 되는가와 같은 문제가 이러한 사건의 향방을 좌우할 수 있다.

V. 맺음말

기후위기, 유해물질, 우주산업, 그리고 신종 감염병 등 최신의 현대적 쟁송이 가지는 과학적 논쟁의 복잡성은 문제를 다루게 되는 사법기관의 역량이 충분한지 의구심을 가지게 한다. 미연방대법원의 코로나19 감염증 관련 종교모임 제한 사건들에 관하여, 그래서 과학적인 관점에서 정답이 있었는지는 결론을 내리지 못하였다. 오히려 확실한 점은 이들 사건에 과학적 정답보다는 과학적 불확실성이 있었고, 이 불확실성이 심사에 일정한 영향을 주었다는 것이다. 한편, 과학적 불확실성은 이들 사건을 규정하는 유일하거나, 우선하는 형량요소도 아니다.

미 연방대법원은 해당 문제에 대하여 전문성이 부족할 수 있음을 인정

130) See *id.*, at 78.

하고 신중하게 접근하고 있다. 다만, 이러한 접근방식만으로 충분히 사법심사에서의 불확실성이 해소되기가 어려웠다. 사안의 긴급성에 대한 배려, 선출기관에 대한 정책재량의 존중, 전문성이 부족한 분야에 대한 신중한 접근, 그리고 유형별로 발전한 세부적 사법심사기준과 같은 기존의 잣대는 여전히 타당함에도, 이 모든 것이 한꺼번에 문제되었을 때 다수의 형량요소들을 어떻게 종합적으로 판단해야 할 것인지에 대해서는 논의의 공백이 있어 확실한 지침을 주지는 못하였다. 그리고 이 빈틈은 사법심사의 예측가능성을 흔들고 있음을 부인하기 어렵다.

이 글에서는 코로나19 대유행 이후 미연방대법원에서 결정된 일련의 사건을 상세하게 관찰하려고 노력하였다. 제시된 다양한 의견들 중 어떤 것이 법리적으로 더 타당한지는 필자의 껌냥으로 헤아리기 어려웠으나, 의견들 사이의 차이점이 어디에서 시작되었는지를 보이고자 하였다. 그리고 조심스레, 이와 같이 심사관점이 중첩되는 문제에 관하여 더 활발한 연구와 논의가 이루어지기를 기대하면서 이 글을 마친다.

[국문초록]

이 글에서는 코로나19 감염증의 대유행에 대응하기 위하여 각 주정부가 도입하였던 종교행사 관련의 모임제한 조치에 관하여 제기된 사건들에 관하여 미연방대법원이 내린 일련의 결정들의 내용 및 경과를 소개하였다. 이들 사건에서는 종교의 자유 제한과 전염병 전파 방지의 목적이라는 핵심적 고려사항 외에도, 방역조치가 행해진 시기, 주 정부의 정책재량, 코로나19 감염증에 관한 지식의 불완전성 등 다양한 고려사항이 연방대법관들이 의견에서 어떻게 다루어졌는지 살펴보았다. 다양한 관점은 사법심사를 온전하고 풍부하게 만들며 현실과 괴리되지 않도록 도와주지만, 사법심사의 내용과 결론의 예측가능성을 저해할 수 있어, 여러 고려사항을 기존의 헌법심사 틀 안에 어떻게 배치시켜 정리해야 할 것인지가 규명될 필요가 있다.

주제어

코로나19 감염증, 종교, 인원제한, 미연방대법원, 사법심사의 고려사항, 정책 재량, 과학적 문제, 심사기준의 중첩

[Abstract]

This article analyzes a series of decisions of the United States Supreme Court regarding Covid-19 restrictions on religious gatherings. Aside from religious freedom and states' interest preventing the spread of the disease, opinions in these cases referred to the urgent situation of Covid-19 epidemic, states' officials' discretion and expertise, and the scientific uncertainties surrounding Covid-19 disease, etc. This essay suggests that the difference in dealing with these multiple considerations may had split the federal justices' opinions. Proper and clear guidance to organize these criteria into traditional standards of review is necessary to enhance the predictability of the law in these complex contemporary controversies.

Key-words

Covid-19, religious gathering, Scientific uncertainties, multiple criteria

참고문헌

[국내문헌]

- 남정아, 「코로나19 상황 아래 행정명령에 의한 종교의 자유 제한 가능성과 그 한계에 관한 소고 -미국의 연방법원의 판례를 중심으로-」, 『공법연구』 제50집 제3호, 2022.
- 안경환, 「미국 연방헌법 수정 제9조의 의미」, 『법학』 제38권 제2호, 1997.
- 이명웅, 「미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정」, 『헌법논총 22집』, 헌법재판소, 2011.
- 조경선, 이지효, 오효정, 임기영, 「뉴욕주 예배인원제한 행정명령에 대한 집행정지 가처분 인용 결정」, 『세계헌법재판 조사연구보고서』 2021년 제4호, 헌법재판연구원, 2021.
- 조경선, 이지효, 오효정, 임기영, 「캘리포니아주 실내예배금지 행정명령에 대한 집행정지 가처분 인용 결정」, 『세계헌법재판 조사연구보고서』 2021년 제4호, 헌법재판연구원, 2021.
- 최명지, 「코로나19 위기대응과 미국의 행정판례동향」, 『외법논집』 제46권 제1호, 2022.

[외국문헌]

- Erwin Chemerinsky, Michele Goodwint, *Civil Liberties in a Pandemic: The Lessons of History*, 106 *Cornell L. Rev.* 815, 2021.
- Peter W. Low, John C. Jeffries, Jr., Curtis A. Bradley, *Federal Courts and the Law of Federal-State Relations* 9th Ed., Foundation Press, 2018.
- Nicos Alivizatos, Veronika Bilkova, Iain Cameron, Oliver Kask, Kaarlo Tuori, *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency - reflections*, CDL-PI(2020)005rev, Strasbourg, May 26. 2020.

[기타 참고자료]

세계법제정보센터, <https://world.moleg.go.kr>.

2News, Nevada, Calvary Chapel Dayton Valley Reach Settlement over Mandated Capacity Limits (https://2news.com/townnews/law/nevada-calvary-dayton-valley-reach-settlement-over-mandated-capacity-limits/article_21629478-5fab-5bab-5b3b-8bc9-8d7b10176eee.html 2022. 8. 18. 최종방문).

AJMC Staff, A Timeline of Covid-19 Developments in 2020, January 1, 2021 (<https://www.ajmc.com/view/a-timeline-of-covid19-developments-in-2020>, 2021. 12. 20. 최종방문).

Anna Sanders, NYC to temporarily freeze bodies of coronavirus victims instead of burying them on Hart Island, New York Daily News, 2022. 4. 22. 참조 (<https://nydailynews.com/coronavirus/ny-coronavirus-nyc-freeze-bodies-victimes-hart-island-burying-20200421-e6aotqvsqja3hg6nkerlukl6rm-story.html> 2022. 8. 22. 최종방문).

Associated Press, California to Pay \$2M church legal fees over virus closures, Spectrum News 1, 2021. 6. 2. (<https://spectrumnews1.com/ca/la-west-politics/2021/06/03/califoran-to-pay-2m-church-legal-fees-over-virus-closures>, 2021. 8. 18. 최종방문).

Coronavirus in the U.S.: Latest Map and Case Count, The New York Times 참조 (<https://nytimes.com/interactive/2021/us/covid-cases.html> 2022. 8. 22. 최종방문).

David Willman, ‘Science is real,’ marchers in nation’s capital and worldwide declare, Los Angeles Times, 2017. 4. 22. (<https://www.latimes.com/nation/la-na-new-science-march-20170422-story.html>, 2022. 8. 19. 최종방문).

Declaration of Emergency Directive 021 - Phase Two Reopening Plan ([https://gov.nv.gov/News/Emergency_Orders/2020/2020-05-28_-_Declaration_of_Emergency_Directive_021_-_Phase_Two_Reopening_Plan_\(Attachments\)/](https://gov.nv.gov/News/Emergency_Orders/2020/2020-05-28_-_Declaration_of_Emergency_Directive_021_-_Phase_Two_Reopening_Plan_(Attachments)/)

헌법논총 제33집(2022)

2022. 8. 22. 최종방문).

Geoff Dorman, Gov. Sisolak declares State of Emergency over virus expresses frustration with feds, Tahoe Daily Tribune, March 13, 2020. 참조 (<https://tahoedailytribune.com/news/gov-sisolak-declares-state-of-emergency-over-virus-expresses-frustration-with-feds/> 2022. 8. 22. 최종방문).

Governor Gavin Newsom Issues Stay at Home Order, March 19, 2020 (<https://gov.ca.gov/2020/03/19/governor-gavin-newsom-issues-stay-at-home-order/> 2022. 8. 22. 최종방문).

Governor Newsom Declares State of Emergency to Help State Prepare for Broader Spread of COVID-19, Mar 04, 2020 (<https://gov.ca.gov/2020/03/04/governor-newsom-declares-state-of-emergency-to-help-state-prepare-for-broader-spread-of-covid-19/> 2022. 8. 22. 최종방문).

Governor Newsom Releases Updated Industry Guidance, May 07, 2020 (<https://gov.ca.gov/2020/05/07/governor-newsom-releases-updated-industry-guidance/> 2022. 8. 22. 최종방문).

<https://governor.ny.gov/sites/default/files/atoms/files/EO202.68.pdf>.

<https://www.governor.ny.gov/news/video-audio-photos-rush-transcript-governor-cuomo-updates-new-yorkers-states-progress-during-1>.

<https://nvhealthresponse.nv.gov/state-information/press-releases/> (2022. 8. 22. 최종방문).

Kalley Huang, Carla Astudillo and Andrew Zhang, Texas 2021 constitutional amendment election results, The Texas Tribune, Nov. 3. 2021 참조 (<https://apps.texastribune.org/features/2021/texas-election-results-2021-constitutional-amendments/> 2022. 8. 27. 최종방문).

Lawsuits about state actions and policies in response to the coronavirus (COVID-19) pandemic ([https://ballotpedia.org/Lawsuits_about_state_actions_and_policies_in_response_to_the_coronavirus_\(COVID-10\)_pandemic](https://ballotpedia.org/Lawsuits_about_state_actions_and_policies_in_response_to_the_coronavirus_(COVID-10)_pandemic) 최종방문 2022. 8. 27.).

- Letter of respondent Andrew M. Cuomo, Governor of New York (<https://scotusblog.com/case-files/cases/roman-catholic-Diocese-of-brooklyn-new-york-v-cuomo/> 2022. 7. 27. 최종방문).
- Michelle Boorstein, District and Catholic Archdiocese reach settlement on attendance caps, The Washington Post, 2020. 12. 22. (https://washingtonpost.com/loc/social-issues/district-and-catholic-archdiocese-reach-settlement-on-attendance-caps/2020/12/22/61ff019a-44ae-11eb-b0e4-0f1/2923a025_story.html 최종방문 2022. 8. 27.).
- Michael W. McConnell and Max Raskin, The Supreme Court Was Right to Block Cuomo's Religious Restrictions - The balance between Covid-19 precautions and civil liberties doesn't need to be a partisan issue. The New York Times, Dec. 1, 2020 (<https://www.nytimes.com/2020/12/01/opinion/supreme-court-Covid-19-religion.html> 2022. 8. 1. 최종방문).
- Rian Charter, LA County to pay \$400,000 to settle with San Fernando Valley church that defied coronavirus orders, Los Angeles Daily News, 2021. 8. 31. (<https://dailynews.com/2021/08/31/la-county-to-pay-400000-to-settle-with-san-fernando-valley-church-that-defied-coronavirus-orders/> 최종방문 2022. 8. 27.).
- Scott Sonner, One Nevada church settles, other pressing COVID-19 lawsuit, AP News, 2021. 6. 24. 참조 (<https://apnews.com/article-nv-state-wire-navada-lawsuits-coronavirus-pandemic-healthdbb850a7147f11aba939>, 최종방문 2022. 8. 27.).
- The State Public Health Officer of California, Essential Critical Infrastructure Workers, April 28, 2020, Sector 8. Article 16 (<https://covid19.ca.gov/img/EssentialCriticalInfrastructureWorkers.pdf/> 2022. 8. 22. 최종방문).
- Update on California's Pandemic Roadmap 참조, (https://gov.ca.gov/wp-content/uploads/2020/04/28/Update-on-California_pandemic_roadmap.pdf 2022. 8. 22. 최종방문)

헌법논총 제33집(2022)

WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, March 11, 2020. 참조 (<https://who.int/derector-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> 2022. 8. 22 최종방문).

블록체인 기술 및 블록체인 관련
미국의 규제 개관*

- 블록체인 관련 헌법소원 사건들을 대비하여 -

Blockchain Technology and an introduction of
U.S. regulations on Blockchain

- In preparation for constitutional complaints -

宋 昌 盛(Song, Chang Sung)

헌법재판소 헌법연구관

- 목 차 -

I. 서론	351
II. 비트코인 기술 개관	351
1. 비트코인 기술 발달 과정	351
2. 비트코인 기술 개관	355
3. 비트코인 네트워크 참여 형태	364
III. 블록체인 기술의 응용과 블록체인 기술의 문제점	368
1. 블록체인 기술의 응용 - 비트코인을 넘어서	368
2. 블록체인의 한계 및 문제점	380

* 이 논문은 2018. 8. ~ 2019. 8. 국외장기연수 중 작성한 내용을 일부 수정한 것임.

헌법논총 제33집(2022)

IV. 미국의 가상화폐 규제	392
1. 미국의 가상화폐 규제 현황	392
2. 판례	407
3. 가상화폐 규제와 관련한 미국 금융당국 정책 입장	412
V. 결론(관련 헌법적 쟁점)	416
* 국문초록 및 주제어	418
* 영문초록 및 주제어	420
* 참고문헌	421

I. 서론

블록체인 기술이 우리 사회에 소개된 후 혁신과 신기술의 하나로 주목을 받으면서, 우리 사회에 여러 가지 긍정적인 또는 부정적인 영향이 있었다. 정부도 새로운 기술에 대한 지원과 동시에 규제를 해야 할 상황에 놓이게 되었고, 정부 정책에 대한 옹호와 비판도 다양하게 나타났다. 결국 정부 규제에 대한 헌법소원 사건들도 제기되면서, 헌법재판소도 블록체인 기술에 대한 이해가 필요하게 되었고, 4차 산업혁명 시대를 맞이하여 이러한 신기술들에 대한 접근 태도를 갖추어야 할 상황이 되었다.

이 글은 암호화폐 내지 블록체인 기술에 관한 헌법소원 사건들을 대비하기 위한 배경 자료를 수집하고, 이를 통해 관련 사건들을 효율적으로 분석해 나가기 위한 발판을 마련하기 위하여 작성되었다. 이러한 맥락에서 우선 블록체인 기술을 전반적으로 개관하고자 한다. 곧, 블록체인의 핵심을 이루는 비트코인 기술을 알아보고, 그 기술이 어떻게 응용되고 있는지, 한계 내지 문제점은 무엇인지를 살펴본다. 이후에는 관련 헌법소원 사건들이 주로 암호화폐 내지 블록체인 기술에 대한 규제 조치들에 대하여 제기되고 있는 점을 고려하여, 특별히 미국에서의 가상화폐 규제가 어떻게 이루어지고 있는지에 대한 조사를 추가하였고, 결론 부분에서는 블록체인 관련 헌법적 문제들에 대해서도 간략히 언급하였다.

II. 비트코인 기술 개관

1. 비트코인 기술 발달 과정¹⁾

1) Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Blockchain and the Law - the Rule of Code*, Harvard University Press (2018), 14-21면 참조.

가. 공개키-개인키 암호체계 및 디지털 서명

인터넷상에서 메시지를 주고받을 때, 주고받는 사람들 외에는 그 메시지를 비밀로 하는 것이 필요하였다. 그런데 암호화를 하기 위해서는 암호해독 ‘키’를 주고받는 사람들이 미리 서로 알고 있어야 하는 단점이 있었다. 그런데 공개키-개인키 암호체계는 1976년경 발명된 것으로, 이를 통해 미리 암호를 서로 교환하지 않더라도, 비밀 메시지를 전할 수 있게 되었다.²⁾ 또한, 1978년 발명된 RSA 알고리즘으로부터,³⁾ 공개키가 다른 사람들에게 알려지더라도 그로부터 개인키를 발견하는 것이 거의 불가능해졌다.

디지털 서명은 위 기술들이 접목된 것으로, 송신자의 개인키를 통해 디지털 서명을 메시지에 생성시키면, 공개키를 통해 그것이 송신자가 보낸 메시지임(송신자가 개인키를 사용했음)을 확인할 수 있는 것이다.⁴⁾

나. 인터넷의 발달과 P2P 네트워크

1990년 중반부터 인터넷이 폭발적으로 발달하였고, 초기부터 현재까지 ‘서버 모델’이 대부분이었다. 곧, 이용자들은 중앙집중적인 서버를 통해 서로 연결되어 있다. 이후 P2P 네트워크(peer to peer network)가 주목을 받게 되었다.⁵⁾ 음악 등을 불법 다운로드 받을 수 있던 플랫폼(platform)들이 그것이었는데, 저작권 등의 문제로 차츰 사라졌다.

다. 디지털 화폐(가상화폐)

-
- 2) 각자 개인키를 가지고, 공개키만 공유한 후, 공개키와 개인키의 결합으로 암호화 및 암호해독이 가능하도록 한 것이다.
 - 3) 매우 큰 두 소수(prime number)의 곱으로부터 그 인수인 각각의 소수를 찾는 것이 거의 불가능한 것을 이용하는 것이다.
 - 4) RSA algorithm으로부터 송신자의 개인키 자체를 알 수는 없다.
 - 5) 이때 각 개체를 peer 또는 node로 부른다.

분산화된 P2P 네트워크 구현(사이버펑크⁶⁾)의 일환으로 1994년 DigiCash 라는 디지털 화폐가 나타났다. 이를 개발한 Chaum이라는 회사는 익명의 화폐, 추적 불가능한 지불 시스템 구축을 위해 이러한 사업을 시작했고, 암호화 및 익명성 구축에는 성공하였으나, 비트코인과 달리 중앙집중식 서버를 통해서 밸런스(balance, 계좌내역)를 체크해야 하는 기술적 한계가 있었고,⁷⁾ 1998년 파산했다.⁸⁾

라. 비트코인

2008년말 사토시 나카모토(Satoshi Nakamoto)라는 익명의 사람 내지 그룹을 통해 탄생한 분산화된 디지털 화폐(가상화폐)이다. 그는 그동안 발달해온 개인키-공개키 암호체계, 디지털 서명과 P2P 네트워크 기술의 바탕 위에, 블록체인으로 알려진, 새로운 분산화된 디지털 화폐 네트워크를 구축하였다(위와 같은 기존의 가상화폐와 구별하기 위해 이 글에서는 ‘암호화폐’라는 명칭을 사용하기로 한다).⁹⁾

비트코인은 (마치 이메일 계정처럼) P2P 네트워크를 바탕으로 하므로,

- 6) Cypherpunks 문화 또는 Crypto-anarchists. 과학 소설의 장르적 특징으로서 사이버펑크는 과학과 기술에 대해 무정부주의적이며 급진적, 반항적인 분위기가 풍기는 것이 보통이다(인터넷 위키피디아 ‘사이버펑크’ 참조).
(<https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%82%AC%EC%9D%B4%EB%B2%84%ED%8E%91%ED%81%AC>) 2019. 2. 20. 접속.
- 7) 중앙집중식이므로 해킹당할 경우 화폐가 늘어나거나 줄어드는 것이 너무나 쉽게 이루어질 수 있다.
- 8) Blockchain at Berkele(미국 버클리 대학교 블록체인 아카데미) 2018. 6. 온라인 강좌 (https://dreampius.io/academy/blockchain/berkeley_curriculum, 2019. 2. 19. 접속) 제2강에서는 HashCash라는 디지털 화폐도 있었다고 설명한다(비중앙집중, 그러나 CPU time 등 자원을 사용해야 함).
- 9) 2008년 말 발표된 그의 9쪽 가량의 논문 제목은 “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”이다. 이후 하우트 페닝이라는 지지자와 함께 개발에 착수하여, 2개월 후 2009.1.3. 첫 비트코인이 마이닝 되었고, 제네시스 블록이 생성되었다(이때 영국중앙은행 권한남용 비판글귀를 넣음). Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제2강 참조.

그 어떠한 하나의 개체가 전체를 컨트롤할 수 없다. 비트코인은 (누구도 추적할 수 없는) 익명의 비트코인 계좌를 생성하기 위해 공개키-개인키 암호체계를 이용한다.¹⁰⁾ 비트코인은 개인키를 통한 디지털 서명을 함으로써, 세계의 누구에게든지 비트코인을 거래할 수 있다.¹¹⁾ 거래가 이루어지면, 비트코인 네트워크 참여자들은 거래의 유효성을 체크하고, 유효한 거래들이 순차적으로 기록된다(블록체인). 대표적인 P2P 네트워크인 이메일에도 여러 서비스제공 프로그램들이 있듯이 비트코인에서는 ‘지갑’이 그와 같은 역할을 한다.¹²⁾ 비트코인 지갑들은 사람들이 손쉽게 비트코인 계좌를 이용할 수 있도록 돕는다.¹³⁾

10) 거래 자체는 모두 블록체인 장부에 기록되어 공개되므로, 비밀이 아니지만 각 계좌 소유가 비밀이므로 결국 비밀 거래로 볼 수 있다.

11) 블록체인 방식 하에서의 거래는 암호화폐의 공개키를 지배하는 사람이 암호화폐에 대한 권리를 양도받을 사람의 공개키로 권리를 이전하겠다는 의사를 표시하고, 암호화폐의 공개키에 대한 개인키를 넣고 디지털 서명을 하는 방식으로 이루어진다. 이나래, “가상통화의 법적 성격에 대한 연구 - 가상통화 보유자가 가지는 권리를 중심으로”, 서울대학교 법학과 석사학위논문 (2018), 10면 [Arvind Narayanan, Joseph Bonneau, Edward Felten, Andrew Miller, and Steven Goldfeder, Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction, Princeton University Press (2016), 52 면] 재인용.

12) 비트코인 지갑에 대한 자세한 내용을 후술한다.

13) ※ 비트코인의 특징

(가) 한정성 (2100만 개 존재): 금융위기 때마다 화폐를 마음껏 발행함으로써, 은행들의 잘못을 개인들에게 돌리는 모습에 분개한 사토시는 비트코인의 총량을 한정하였다. 한 번 투표(마이닝)할 때마다, 초기에는 50비트코인, 2년 후에는 25비트코인, 그다음에는 12.5 비트코인, 그 다음엔 6.25 비트코인을 보상(reward)하여, 거의 0에 도달될 때까지 계속되도록 하였다. 이를 다 더하면 2100만개가 된다. 2018. 6. 기준 대략 75%의 비트코인이 채굴(마이닝)되었다. 채굴 보상이 적어지더라도, 채굴하면 거래를 무료로 진행할 수 있고, 다른 사람들의 거래를 수수료를 받고 유효화시켜줄 수 있으므로 인센티브는 유지된다.

(나) 대체가능성: 각 비트코인은 동등한 가치를 가지고 있다.

(다) 분할가능: 거래가 가능하도록 하기 위해 1BTC는 0.00000001 사토시로 나눌 수 있다.

(라) 영구성: 비트코인 파괴는 합의를 통해서만 가능하다.

마. 블록체인

블록체인이란 정보 묶음(블록)의 순차적인 연결(체인)을 이용한 데이터 저장시스템이다.¹⁴⁾ 새로운 정보 블록을 기존 정보 블록들에 차례로 연결할 때마다 (그 새롭게 추가된 블록을 포함한 전체 블록들을) 온라인 P2P 네트워크상 참여자들의 컴퓨터에 분산 저장하는 것으로, 분산 데이터 저장 기술의 한 형태이다.¹⁵⁾

암호화폐, 특별히 위에서 소개한 비트코인 거래에 처음 사용되면서, ‘분산원장(distributed ledger)’으로도 불린다. 일련의 거래 정보를 온라인 P2P 네트워크에 분산 저장하고, 새로운 거래가 이루어질 때마다 공동분산원장에 기록·보관하는 것이다.¹⁶⁾

2. 비트코인 기술 개관

가. 비트코인의 혁신(블록체인 핵심 기술) – 합의 방식¹⁷⁾

비트코인 네트워크 참여자들은 어떻게 합의하는가? 중앙 컨트롤타워가 없는 서로 다른 장군들이 같은 날 같은 시간에 성을 공격한다고 했을 때, (P2P 방식으로 메시지를 주고받을 수밖에 없고, 누가 거짓말을 하는지 알

(마) 양도성: 거래가 매우 쉽다.

이상은 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제1강 등 참조.

14) Kevin Werbach, The Blockchain and the New Architecture of Trust, The MIR press (2018), 14면.

15) 인터넷 위키피디아 ‘블록체인’ 참조.

(<https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B8%94%EB%A1%9D%EC%B2%B4%EC%9D%B8> 2019. 2. 19. 접속)

16) 맹수석, “블록체인방식의 가상화폐에 대한 합리적 규제 방안 (비트코인을 중심으로)”, 『상사법연구』 제35권 제4호, 한국상사법학회 (2017), 140면 참조.

17) Kevin Werbach, The Blockchain and the New Architecture of Trust, The MIR press (2018), 42-7면 참조.

수 없는 상황에서) 어떻게 서로 합의에 이를 수 있는가? (컴퓨터공학계에 서의 **비잔틴 장군 문제**¹⁸⁾ 비트코인 네트워크에서 어떻게 보고 있는 장부 (블록체인)가 다수가 인정한 장부임을 증명할 수 있는가?

이중지급 문제를 일으키거나 실제 가지고 있는 비트코인보다 많은 양을 가지고 있다고 하면서, 네트워크 전체를 속이려 할 때, 가장 문제 되는 것은 노드의 무한복제이다. 무한 복제된 노드들이 합의에 대한 투표에 참여 하는 문제를 **시빌 공격**(sybil¹⁹⁾ attack)이라고도 한다.²⁰⁾

비트코인의 개발자 사토시는 암호학과 게임이론을 접목해 이 문제를 해결하였다. 곧, 투표에 ‘마이닝(mining)’을 결부시켰다. 마이닝은 일정 분량의 비트코인 거래를 유효화하기 위해(블록을 추가하기 위해), 참여자들이 서로 경쟁을 하는 것으로, 경쟁에서 이길 가능성은 랜덤하게 배정된다. 마이닝된, 곧 새로운 거래를 기록한 블록은 쉽게²¹⁾ 다른 참여자들에 의해 검증되고, 다수의 동의를 받을 경우 블록체인에 추가된다.

그런데 이렇게 블록을 추가할 가능성이 랜덤하게 배정되면, 노드를 무한 복제할 경우 자신이 새로운 블록을 추가할 가능성이 높아진다. 이를 방지 하기 위한 기술이 작업증명(proof of work)이다. 곧, 해시함수로 알려진 어려운 연산문제를²²⁾ 전기와 시간을 들여 풀어야지만(작업증명, 자원을 소비

18) 이에 대한 해답 알고리즘들(BFT protocol)이 비트코인 개발 전에 여럿 개발되었지만, 학문적 관심에 따른 것이었을 뿐, 주목받지 못했다.

19) 여러 인격을 가진 여성(Sybil이라는 이름)을 다룬 1970년대 영화에서 유래한 용어이다.

20) 장부에 대한 합의를 위하여 투표를 하게 되면, 다수의 득표를 얻은 장부가 최종적인 장부로 인정받게 될 것인데, 특정인이 노드를 무한 복제할 경우 투표에 무한히 참여 할 수 있어 자신에게 유리한 장부를 최종 장부로 만들 위험이 있다.

21) 해시 함수의 특징으로 인한 것이다. 해시 함수에 대한 자세한 내용은 후술한다.

22) 새로운 블록이 생성될 때마다 알고리즘적으로 새로운 연산문제가 생성되도록 하였다. 이 연산문제는 무작위 숫자를 넣어 비밀번호를 맞추는 것과 유사하다. 해시함수 결과값의 시작 부분이 특정 개수 이상의 0이 나타나도록 수많은 입력값을 넣어 보는 것이다. Mohit Mamoria, “WTF is the blockchain? – understanding the problem it solves before defining it”, Crypto Canon (2017).

하는 방식으로 투표를 진행), 마이닝을 완료할 수 있다(블록을 만들 수 있다). 따라서 한 개의 컴퓨터를 가진 참여자가 노드만 복제했다고 하여, 다수의 블록을 혼자 추가할 수 없다.²³⁾ 이로써 시빌 공격을 해결할 수 있다. 한편, 이 연산문제의 난이도가 컴퓨터의 성능 등에 맞추어 변경되도록 하여, 성능 좋은 컴퓨터를 가지고 있는지와 무관하게, 10분 어간에 추가 블록을 생성할 수 있도록 하였다.²⁴⁾

거의 동시에 서로 다른 노드들이 마이닝에 성공하거나, 누군가 거짓 행위를 하고자 할 경우, 두 개의 서로 다른 체인이 생성될 수 있는데(fork), 결국 가장 긴 체인이 네트워크에서 인정받는다(Longest Chain Rule).²⁵⁾ 왜냐하면 가장 길다는 것은 가장 강한 해시파워를 가지고 있는 것이고, 그것은 다수일 수밖에 없기 때문이다. 이로 인해 네트워크 참여자들은 하나의 블록체인에 합의할 수 있게 된다.

또한 이와 같은 원장이 분산되어 있고, 마이닝과 해시파워²⁶⁾ 구조로 인

(<https://hackernoon.com/wtf-is-the-blockchain-1da89ba19348>) 및 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제3장 참조.

23) 비트코인 네트워크는 특정 node가 블록을 발견했을 때, 그다음 블록도 그가 발견하는 것을 피하도록 설계되었다.

24) (일종의 영지식증명과 같이) 실제 node들의 실체는 알 수 없으나, 이 상당한 시간이 걸릴 수밖에 없는 어려운 연산문제가 10분마다 해결되고 있다는 것으로부터, 네트워크상에 '다수'가 존재한다는 것이 증명되고, 이 작업증명에는 상당한 자원이 소비되므로, 그로부터 위 '다수'가 서로 '다른' 존재임이 증명된다. (<https://steemit.com/kr/@twinbraid/1npff> 참조 2019. 2. 15. 접속)

25) 작업증명을 수행할 때에는 어떠한 블록에 대하여 작업증명을 할 것인지를 정할 수 있는데, 일반적으로 유효한 체인 중 가장 긴 체인에 대하여 작업증명을 하게 되고, 이를 최장체인규칙(Longest Chain Rule)이라고 한다. 이나래, 위의 논문, 11면[Arvind Narayanan 외 4인, 위의 책, 131면 및 Satoshi Nakamoto, "Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system" (2008), 3면 "Nodes always consider the longest chain to be the correct one and will keep working on extending it." (<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, 2017. 9. 16. 방문)] 재인용.

26) 작업증명을 위한 연산능력을 해시파워(hash power)로 부른다. The Economist지에 따르면, 세계의 500개의 가장 뛰어난 슈퍼컴퓨터들의 연산능력의 무려 13,000배에 해

해, 한 번 블록체인에 기록된 정보는 되돌리기가 거의 불가능하다. 곧, 블록체인은 시간적으로 비가역적이고, 기존 내역을 변경하기가 사실상 불가능하다(tamper-resistant).

그런데 네트워크 참여자들은 왜 굳이 전기료 등이 많이 드는 마이닝을 하는가? 여기에 또 사토시의 혁신이 있다. 바로 마이닝을 해낼 경우 일정량의 비트코인을 주는 것이다(인센티브 설계). 그리고 사토시는 블록 보상은 차츰 줄여주고 이는 거래를 수행한 사람들의 자발적인 수수료로 점차 대체되도록 시스템을 설계하였다.²⁷⁾

당하는 해시파워가 비트코인 마이닝에 참여하고 있다고 한다. “How Bitcoin Mining Works,” The Economist (2015. 1. 20.).

(<https://www.economist.com/the-economist-explains/2015/01/20/how-bitcoin-mining-works>, 2019. 2. 20. 접속)

27) ※ 암호경제(cryptoeconomic)

공개 블록체인이 허가된 원장과 다른 점은 경제적 인센티브(블록보상) 시스템이 있다는 점이다. 과거 전통적인 신뢰 체계들은 제재(sanction)라는 방법으로 신뢰를 유지한 반면, 블록체인은 블록보상이라는 방안을 채택했다. 기회주의적 행동이나 신뢰 파괴 행위에 대해 제재를 가하는 것은 또 다른 비용을 발생시킨다. 이에 사토시는 기회주의적 행동이나 신뢰 파괴 행위를 할 경우 제재(비용 지불)를 가하는 방안이 아니라, 오히려 정직하게 행동하기 위해서는 고비용이 드는 시스템을 만드는 역발상을 해냈다.

또한 당해 암호화폐가 더 신뢰를 받을수록 암호화폐의 가격이 올라가기 때문에, 네트워크 참여자는 51% 공격을 비롯한, 네트워크의 신뢰가 무너질 행위들을 하지 않을 인센티브도 갖게 된다. 나아가 블록보상이 랜덤하게 이루어지도록 설계한 것도 매우 중요했다. 이로 인해 마이너들은 투자 대비 수익을 수학적으로 계산해낼 수 있고, 그에 따라 (안정적인) 투자를 진행할 수 있게 되었다. 마지막으로 블록체인은 비잔틴 장군 문제의 불확실성(uncertainty)을 확률계산이 가능한 위험(risk)의 범주로 포섭시켰다. 여전히 블록체인도 일정한 리스크를 가지고 있지만, 이는 측정이 가능하고, 더 이상 불확실한 상태에 있는 것은 아니다. 현재까지의 블록체인의 성공을 보면, 이와 같은 사토시의 암호경제적 해안은 어느 정도 현실성이 있었다는 것이 증명되었다고 볼 수 있다.

이상은 Kevin Werbach, 위의 책, 98-101면 참조.

나. 여타 기술 보충 설명

(1) 해시 함수(cryptographic hash functions)²⁸⁾

해시 함수는 변조방지의 역할을 하는데, 다음과 같은 특징을 가지는 함수를 말한다.

- 1) 같은 입력값에 대해 항상 같은 출력값이 나온다.
- 2) preimage resistance: 출력으로부터 입력을 계산하는 것이 어렵다.²⁹⁾
- 3) second preimage resistance: 어떤 입력값에 대한 출력값이 있을 때, 누군가 다른 입력값을 넣어서 같은 출력값을 만들기 어렵다.³⁰⁾
- 4) collision resistance: 같은 출력값을 만드는 서로 다른 입력값을 찾는 것이 어렵다.³¹⁾
- 5) avalanche effect: 입력값의 작은 변화는 출력값의 현격한 변화를 가져온다. 이는 입력값에 비추어 출력값을 예측할 수 없도록 하는 것으로, 그렇지 않으면 특정 출력값을 얻기 위해 입력값을 조금씩 바꿔가며 원하는 출력값을 얻으려고 노력하게 된다.

비트코인의 경우에는 미국 국가안보국 NSA가 만든 SHA-256이라는 함수(알고리즘)를 두 번 적용하여 해시함수로 사용한다. 입력값에 대해 항상 256비트에 해당하는 값을 출력하고, 해시함수의 특징으로 인해 블록체인의 어떤 작은 변화라도 쉽게 감지된다.³²⁾

28) 이하 (가) 내지 (다) 부분은 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제3강 참조.

29) 예를 들어 사람을 넣으면 지문이 나오는 함수에 비유할 경우, 지문을 보고 사람을 추적하기는 어렵다는 것에 비유해볼 수 있다.

30) 누군가 내 지문을 생성해서 내 행세를 하고 다니기 어렵다.

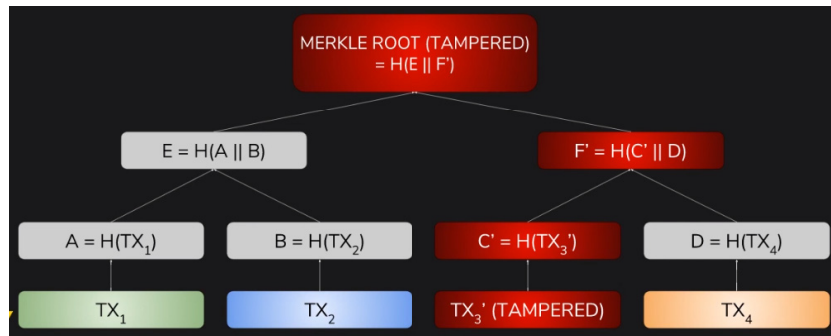
31) 그래도 해시함수는 출력값보다 입력값이 더 많기 때문에, 동일한 출력값을 생성하는 입력값들이 존재하는 것은 사실이다.

32) 해시함수의 입력값, 출력값의 사례는 아래와 같다.

러한 해시값 구조를 머클나무(Merkle tree)라고 부른다.³⁴⁾

거래를 조작해 도출된 머클루트값 또는 머클나무는 다수 참여자의 값과 다르므로, 네트워크에 받아들여지지 않는다. 참고로 머클나무에서는 일부 정보만을 가지고도 전체 거래들을 증명할 수 있고, 이를 포함증명(Proof of Inclusion)이라고 한다. 곧, 특정 거래가 2N개의 거래에서 생성된 머클루트에 포함되었는지를 확인하려면 N개의 정보만으로도 가능하다. 이는 저장의 효율성을 위한 방안이다.³⁵⁾

머클나무를 추상적으로 표현하면 아래와 같다.



(나) 이전 블록의 해시값

이전 블록의 해시값은 H (그 이전 블록의 해시값 | 이전 블록의 머클루트 | 이전 블록의 논스) 이다. 곧, 이전 블록의 블록 헤더의 위 3가지 값을 해시해서 얻은 것이다. 이는 블록 아이디(block ID)로도 불린다. 따라서 머클루트에 변조가 발생하면, 다음 블록의 아이디도 크게 달라지고, 연속적으

34) 머클나무를 통해 블록체인은 거대한 거래 정보를 효율적으로 저장하고, 확인(증명)할 수 있다. 1979년 개발되서 2002년에 특허가 만료되고, 2008년에 비트코인에 적용되었다. Kevin Werbach, 위의 책, 14면.

35) 거래가 매우 많지만, Batching이라는 방법으로 모든 내용을 저장하지 않고도 해당 거래 내용을 축적하고 이전 거래 내역을 추적할 수 있도록 하였다. Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제1강 참조.

로 값이 크게 달라져, 금방 감지된다(변조방지).

(다) 논스(임의값)

작업증명에 쓰이는 것으로, 마이너(miner)는 특정 nonce 곧 무작위값을 찾아내야 하는데, 블록의 해시값(블록 아이디), 곧 H (prevblockhash | merkleroot | nonce) 값이 특정 값보다 작은(앞에 몇 개 이상의 0이 나타나) 조건을 만족시키는 무작위값을 찾으면, 그것이 논스가 된다. 논스를 찾는 것을 ‘partial’ preimage hash puzzle이라고 부르는 이유는 특정한 출력값을 만드는 preimage(역상, 입력값)를 찾는 것이 아니라, 어떤 ‘범위’의 출력값을 내는 입력값을 찾는 것이기 때문이다. 한편, 이 puzzle은 채굴속도(hash rate, 컴퓨터의 능력)에 따라 난이도가 조절되며,³⁶⁾ 해시 함수의 특성상 그 결과를 검증하는 것은 매우 쉽다.

(3) 디지털 서명(개인키와 공개키)

한 사람이 다른 사람에게 공개키, 메시지, 서명(그 개인키로부터 나올 수 있는 유일한 서명)을 보내면, 받는 사람은 제공받은 공개키를 통해 메시지를 읽을 수 있고, 서명을 통해 그 사람이 보낸 것을 증명할 수 있다. 그러나 공개키로부터 개인키를 찾기는 어렵다. 이러한 디지털 서명 체계는 받는 사람이 메시지 원본을 확인할 수 있어야 하고, 보낸 사람도 한 번 보내면 이를 바꾸거나 되돌릴 수 없으며, 메시지는 중간에서 변조될 수 없어야 하는 특징을 충족시켜야 한다.

비트코인은 디지털 서명을 위해, 타원 곡선 디지털 서명 알고리즘(ECDSA)을 통해 개인키 및 공개키를 생성한다. 위 타원 곡선은 교차하는 trapdoor function을 반복적으로 적용하는 방안을 사용하는데, **개인키**는 엄

36) 채굴은 결국 눈을 가리고 다트를 던지는 게임과 같다. 빠르게 다트를 던질 수 있다면, 유효한 다트의 원이 점점 작아지는 것으로 (난이도 조절을) 이해할 수 있다. 빠른 컴퓨터 가진 사람이 독점하지 못하도록 하는 것이다.

청나게 큰 무작위 숫자 m 이고, **공개키**는 m 만큼 위 타원곡선 함수를 반복적으로 적용하여 나온 결과값이다. 결국 개인키로부터 공개키를 구하는 것은 매우 쉽지만, 반대는 매우 어렵게 된다.

한편, 비트코인 거래를 할 때 표시되는 비트코인 주소(Bitcoin Address)는 공개키를 두 번 해시한 후(첫 번째는 SHA256 함수로, 두 번째는 RIPEMD160이라는 함수로),³⁷⁾ 그 값을 Base58Check encode 방안을 이용해서, 우리가 볼 수 있는 형태로 나타난 값이다.³⁸⁾ 이 주소값은 매우 쉽게 체크가 가능해서, 주소를 잘못 입력하면 유효하지 않다고 금방 고지된다.

비트코인은 **다중서명(multisignature)** 기능도 제공한다. 곧, 3명 중 2명의 동의로 거래를 유효화시키는 기능을 말한다.

(4) 계좌 형태³⁹⁾

비트코인 계좌는 UTXO (Unspent Transaction Output, 미사용 출력값)라는 모델을 사용한다.⁴⁰⁾ 비트코인 블록체인에 기록되는 정보는 결국 누가 어떤 UTXO를 누구에게 보냈는지에 관한 정보이다. 비트코인 거래에서 출력값이란 누구에게 얼마만큼의 비트코인을 보내는지에 관한 정보이고, 따라서 미사용 출력값, UTXO는 결국 ‘받은 이가 아직 다른 이에게 보내지 않은 채 남겨둔 비트코인 뭉치’이며, 이것이 나의 계좌를 구성한다. 곧, 수많은 UTXO 조각들 가운데, 나에게 보내진 UTXO를 모으면 그것이 나의

37) 이와 같이 할 경우 양자컴퓨터를 사용하더라도 결과값으로부터 입력값을 찾기가 매우 어렵다.

38) 이는 사람이 보기에 친숙하도록 표시된 것으로, o와 0, 1과 l이 헷갈릴 수 있어서 사용되지 않는다.

39) 김홍록, “비트코인 세상의 지폐 ‘UTXO’”, 서울경제 인터넷기사 (2018. 5. 15) 참조. (<https://decenter.sedaily.com/NewsView/1RZJK9SEOA>, 2019. 2. 20. 접속).

40) 1만원 지폐는 반으로 찢을 수는 없다. 1만원 지폐는 내 잔고 1만 7,200원을 구성하는 하나의 기본 단위다. 5,000원 1,000원, 100원짜리 지폐나 동전도 마찬가지다. 이 각각의 지폐 또는 동전은 비트코인 네트워크로 치면 UTXO(Unspent Transaction Output · 미사용 출력값)라는 개념에 근접한다.

잔고가 되는 것이다.⁴¹⁾

이에 지갑업체는 자동으로 잔고를 모아 보여주고 송금을 할 때도 금액이나 상대방 주소 등 몇 가지 사항만 넣으면 자동으로 이를 네트워크가 이해하는 언어(스크립트)로 대신 명령을 보내주는 역할을 한다.⁴²⁾

3. 비트코인 네트워크 참여 형태⁴³⁾

가. 비트코인 지갑

비트코인에서의 각 개인은 개인키(private key)로 고유하게 식별되고, 개인키는 ECDSA (타원곡선디지털서명 알고리즘) 등을 통해 공개키를 생성하며, 공개키를 해시하면 주소가 나타나게 된다. 그런데 모든 풀노드(full node)들은 전체 블록체인을 다운받아야 하고, 현재는 그 용량이 140기가바이트에 이른다. 따라서 일반 사용자들은 지갑 서비스와 같은 방식으로 네트워크에 참여하고 있다.⁴⁴⁾

지갑의 가장 기본적인 기능은 개인키를 기록하는 것이고, 그 외 저장, 송신, 수신 거래 등의 서비스를 제공한다. hot wallet은 언제나 인터넷에 연

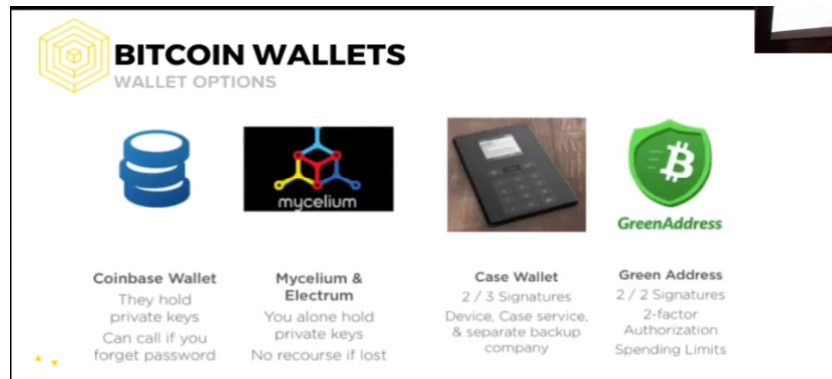
41) 예를 들어 보면 다음과 같다. 입력값으로 10BTC와 5BTC짜리 UTXO를 설정한다. 다음은 출력값으로 받는 사람인 B의 주소와 보낼 금액 12BTC를 입력한다. 여기서 잔돈 3BTC가 남는다. 이 잔돈 BTC는 다시 나에게 보내는 출력값으로 지정해야 한다. 그렇지 않다면 이 돈은 모두 거래를 처리해주는 채굴자에게 주는 수수료로 네트워크에서는 인식하게 된다. 채굴자에 주는 수수료는 따로 입력하지 않아도 된다. 입력값에서 출력값을 뺀 차액이 자동으로 수수료가 된다. 이번 거래에서는 입력값이 총 15BTC (10BTC + 5BTC)이며 출력값도 총 15BTC (12BTC + 3BTC)이기 때문에 수수료는 '0'이다. 이 경우 채굴자들이 처리를 꺼려할 것이기 때문에 처리가 상당히 지연될 가능성이 높다.

42) 지갑 프로그램은 받는 이의 주소와 금액, 수수료 정도만 적어넣으면 가장 적당한 UTXO의 조합을 찾아준다. 수수료도 직접 입력하지 않고 자동으로 적당한 액수를 주도록 프로그램에 위임할 수도 있다.

43) Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제4강 참조.

44) Kevin Werbach, 위의 책, 47면.

결되어 있는 것이고,⁴⁵⁾ cold wallet은 그렇지 않은 경우이다.⁴⁶⁾ 또한 지갑에는 다중서명, 추가키 등의 추가기능들도 존재한다.⁴⁷⁾



(위 그림은 다양한 지갑들 예시)

※ 비트코인 소유 방법

(가) 마이닝

(나) ATM (스마트폰지갑의 QR코드를 스캔하고 달러를 입금하면 비트코

45) (예) 스마트폰 앱: Mycelium, ari-bitz, 온라인-웹 지갑: blockchain.info, coinbase.com (온라인 지갑은 개인키가 제3자가 소유한 클라우드 서버 등에 저장되므로, 그것이 해킹되면 돈이 해킹된다)

46) (예) paper 지갑: Bitcoinpaperwallet.com, Bitaddress.org 종이에 개인키를 적어서 안전한 곳에 두는 것, 하드웨어 지갑: Ledger, Trezor, Case, KeepKey, 브레인 지갑: 일종의 연상기호(니모닉), 영문자 등으로 구성, 내가 기억하기 좋은 것을 골라 함수처리하면 개인키가 나온다. 그러나 이것은 무차별대입공격에 취약하다.

47) 현재 비트코인 네트워크상의 full node는 140 기가바이트에 달하는 거대한 블록체인 전체를 다운 받아야 하지만, 비트코인 앱 지갑 같은 경우 메가 바이트로도 충분하다. 이는 simple payment verification이라는 기술 덕분이다. 곧, 풀노드에 문의를 하면 풀노드가 머클루트를 알려주고, 머클나무를 통해 이전 블록 가운데 자신과 관련한 거래가 포함되어 있는지의 유효성을 쉽게 검증할 수 있는 기술이다. 이와 관련한 지갑을 Lightweight (SPV) Wallet or Thin Client라고도 부른다. 보통 지갑은 JBOK(Just a bunch of keys) Wallets인데, 많은 거래를 하려면 수많은 주소가 있어야 하는 불편함이 있다. 그래서 거래소는 HD(Hierarchical Deterministic) wallets을 사용한다. 이는 마스터키로 보다 많은 개인키를 다룰 수 있도록 한 것이다.

인이 들어온다)

(다) 인터넷거래소들

- 1) 중앙집중형 거래소⁴⁸⁾
- 2) 비중앙집중형 거래소 (P2P 방식으로 거래, 내 자금을 관리하는 개체가 없음): Bitsquare, Bitshares, Openledger, NXT, CounterParty 등

나. 풀노드 및 비트코인 네트워크 (마이닝 인센티브)

(1) 풀노드(a full-fledged bitcoin miner)의 역할

- 1) 모든 블록체인을 다운받아 모든 거래를 (메인 풀이라는 곳에) 보관해야 한다.
- 2) 들어오는 새로운 거래들을 서명 확인을 통해 증명하고, 유효한 비트코인의 존재를 확인해야 한다.
- 3) 유효한 거래들을 모아 블록을 만들어야 한다(거래내역을 머클제너레이터 및 머클루트에 해시한다).
- 4) 유효한 nonce를 찾아(작업증명을 의미한다) 유효한 블록 헤더를 만들어야 한다(the 'mining' part).
- 5) 만든 블록(이전 블록의 해시, 머클루트, nonce)이 다른 노드들에게 받아들여지고, 경쟁 블록에게 뒤지지 않기를 희망해야 한다(가장 긴 블록과 연결될 때까지 기다린다).
- 6) 다른 노드들에게 받아들여지면 이윤이 발생한다.

(2) 풀노드의 이윤과 비용은 아래와 같다.

채굴 이윤 = 블록 보상⁴⁹⁾ + 거래 수수료⁵⁰⁾

48) 대형거래소인 Bitfenix는 2016. 8. 120만 비트코인을 잃었다. 이처럼 중앙집중형 거래소는 해킹의 위험이 크다.

49) 현재(2018. 6.)는 받아들여진 블록마다 12.5 비트코인을 받고 있다.

50) 비트코인 거래 전송자는 추가 비트코인 일부를 거래수수료로 입력하고 자신의 거래

채굴 비용 = 고정 비용⁵¹⁾ + 변동 비용(운영 비용)⁵²⁾

다. 비트코인 소프트웨어 및 그 개발자들

비트코인 소프트웨어는 풀노드의 실행을 위해 컴퓨터에 다운받는 소프트웨어를 말한다. 이 소프트웨어는 거래 및 지갑을 점검하고, 이들 프로토콜의 업데이트는 fork를 통해서 진행된다.

fork에는 주로 2가지 종류가 있다.

① **hard fork**: 일부 노드가 업그레이드되어 더 이상 나머지 노드들의 정보를 받을 수 없게 되는 경우를 말한다. 오래된 노드는 새로운 노드를 거부하게 된다. 예를 들어, 비트코인의 블록 크기를 2메가 바이트로 늘리고 싶어서, 비트코인과 비트코인 캐시 사이에서 하드포크가 일어났다.

② **soft fork**: 기존 노드들이 새 노드 버전이 제공하는 서비스를 받지 못할 수는 있어도, 여전히 네트워크 원장 저장에는 참여하는 경우를 말한다. 모든 새로운 노드는 유효하지만, 기존 노드는 새로운 노드와 상호작용할 수 없다. (모두 업그레이드를 하도록 유도한다)⁵³⁾

가 승인되기를 기다린다. 나중에 비트코인이 더 이상 채굴되지 않을 경우, 풀노드는 그 수수료 등을 감안해 마이닝을 할 것이다.

51) 하드웨어 비용을 말한다.

CPU는 한 블록 만드는데 760만년이 걸리고, GPU는 한 블록 만드는데 70만년이 걸린다. GPU는 이더리움 등에 여전히 유효하지만 마이닝과 상관 없는 사양들이 많아 적합지 않은 경우가 많다.

FPGA(Field Programmable Gate Arrays)라는 하드웨어는 한 블록을 만드는데 15만년이 걸린다. 비트코인 전용 하드웨어와 일반 하드웨어를 절충한 모델이다.

ASIC(Application-Specific Integrated Circuit)라는 하드웨어는 한 블록을 만드는데 10년이 걸린다. FPGA를 이것으로 바꾸는 것은 쉬운 일인데, 현재 가격은 300만원 정도한다.

52) 운영 비용은 채굴에 들어가는 전기와 같은 에너지, 창고와 같은 인프라 등을 말한다. 이렇게 에너지가 낭비되는 것은 그만큼 투표(마이닝)가 가치 있다는 것을 보여준다.

53) 그 외에도 BIP (bitcoin improvement proposal)의 방법이 존재하는데, 이는 또 다른 업데이트 형식이다.

이러한 소프트웨어를 개발한 개발자 그룹이 존재하고 이러한 개발자들 역시 네트워크에서 중요한 역할을 수행한다.

Ⅲ. 블록체인의 기술의 응용과 블록체인의 기술의 문제점

1. 블록체인의 기술의 응용 - 비트코인을 넘어서

가. 비트코인 탄생 이후의 블록체인의 흐름(역사)⁵⁴⁾

(1) 2008년 금융위기 및 비트코인의 출발

비트코인이 크게 주목받을 수 있었던 요인 중 하나는 비트코인이 나타난 시점이 2008년 미국의 금융위기 때이고, 당시는 거대 중개인에 대한 신뢰가 크게 무너졌던 시기였다는 것이다.⁵⁵⁾

2008년 말 사토시 나카모토의 논문이 발표되고, 2009. 1. 3. 첫 비트코인이 마인딩되었으며, 2010. 5. 21. 라슬로라는 사람이 첫 비트코인을 현물과 거래하였다(10,000BTC로 피자 한판을 샀다). 한편, 2013년경 마약 등 불법물을 비트코인으로 거래한 ‘실크로드’라는 인터넷 사이트가 폐쇄되고 운영자가 처벌되는 사건이 있었고, 2014년경에는 비트코인 거래소 마운트 곱스에서 3천500억원 상당의 해킹 사건이 발생하는 등 비트코인과 관련한 위법행위들이 발생하였다.⁵⁶⁾

54) Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제2강 내용을 기초로 여타 자료들을 추가·보완하였다.

55) Kevin Werbach, 위의 책, 4면. 2008년 금융위기는 거대 금융기관의 잘못이었을 뿐인데, 국가에서는 확장정책을 쓰고, 그로 인한 피해는 일반 국민들이 지게 되는 모순된 사회현상에 대하여 많은 비판이 있었다.

56) ※ 마운트 곱스 사건 및 실크로드 사건

이는 암호화폐 세계의 두 가지 큰 문제점인 ‘해킹’과 ‘불법성’을 대표하는 사건들이다. 2010년 마크 카펠레스가 마운트 곱스(Mt. Gox)라는 회사를 세우고, 비트코인 거래소를 운영하였다. 2014년경에는 전세계 비트코인 거래의 70% 정도가 이곳에서 이

(2) 비트코인 가격 상승 및 다양한 암호화폐들의 탄생

2013. 11. 한 달 안에 비트코인은 200달러에서 1000달러가 되었다. 이즈음 유사 암호화폐도 늘어나기 시작하였다. Litecoin, Zcash, Ripple, Dash 등이 그것이다. Peercoin은 지분증명(Proof of Stake)을 사용하는 최초의 가상화폐(마이닝 시에 자원을 많이 사용하지 않도록 하기 위함⁵⁷)였고, 2014년페이팔, 마이크로소프트, overstock.com, 포르노 업계 등이 비트코인을 받아들였으며, 이즈음 비트코인 스타트업도 많이 생겼다. Coinbase(온라인 전자지갑관리 및 화폐거래 서비스)도 나타나고, Andreessen Horowitz의 a16z라는 회사도 다양한 블록체인 관련 사업에 공격적 투자를 해서 크게 성공하였다. ICO (initial coin offerings), 곧 가상화폐공개가 수많이 이루어지고,⁵⁸ 거대 펀드들이 개입하기 시작했으며 본격적인 투기도 시작되었다.

(3) 확장성 문제와 비트코인 커뮤니티

2015년 비트코인은 용량이 무척 커지면서 블록 공간이 부족해지기 시작하였다. 비트코인 블록은 10분마다 생성되는데, 블록은 1MB의 거래만 저장할 수 있을 뿐이고, 세금을 줄이려고 블록 크기를 작게 유지하고 있었다. 이러한

루어졌는데, 앞에서 언급한 바와 같이 거래소는 사용자들의 개인키를 다루기 때문에, 거래소가 해킹되면 개인들이 돈을 크게 잃을 위험이 있었다. 실제로 2014년에 이 거래소에서 70만개 이상의 비트코인이 해킹되고(3천500억원 상당), 결국 마운트곡스는 파산하였다(Mt. Gox가 보관하던 비트코인 개인키들이 해킹된 것이다. 해커는 추후 그리스에서 검거되었다).

2011년경 실크로드라는 사이트는 비트코인을 통해 마약 등 불법물을 거래하였고, 이러한 불법거래들이 비트코인을 유명하게 만드는 계기가 되기도 하였다. 그러나 2013년 이러한 대표적인 불법 사이트였던 실크로드는 미국 수사당국에 의해 폐쇄되고 운영자는 종신형에 처해졌다. 이때 FBI가 많은 양의 비트코인을 압류하였다.

57) 에너지 낭비, 환경 문제 등을 고려한 것이다.

58) ICOs(initial coin offerings)는 IPO와 같이 비트코인, 이더리움 등 블록체인 기반 스타트업에 (매우 쉽게) 투자하는 것을 말한다. 투자자는 관련 암호화폐를 지급받는다. 단, 초기에는 규제가 전혀 없어, 준 돈을 다 날려도 구제받을 방법이 없었다. 예를 들어 Bancor, Tezos, Filecoin(2천3백억원 모집) 등 매우 많은 사례가 있다.

블록크기를 확장할지에 관한 논의가 시작되었으며, 아직까지 진행 중이다.

현재(2018년) 비트코인 등의 커뮤니티는 slack이라는 곳에서 활동하고 있고,⁵⁹⁾ 트위터에서도 활동하고 있다.⁶⁰⁾

(4) 이더리움⁶¹⁾

비트코인은 화폐로 기능하기 위해 만들어졌다. 그러나 이더리움은 이더를 연료로 사용하는 Turing-complete protocol로서, 분산원장에 스마트 계약(smart contract)를 사용할 수 있는 기능이 추가되었다. 2013년 하반기 Vitalik Buterin이 180억을 투자받아 1조 이상의 가치로 확장시킨 사업이다.

비트코인을 통해 분산원장이 개발되면서, 이제는 중개인 없이 분산화된 형식을 취하여 컴퓨터가 할 수 있는 어떤 일이든 개발될 수 있는 시대가 열렸고, 스마트계약도 그러한 개발의 일환일 뿐이다.⁶²⁾

※ The DAO 사건⁶³⁾

The DAO는 이더리움에 기반하여, 독일 스타트업 Slock.it이 개발한 스마트 계약 서비스 회사(distributed crowdfunding system)로 2016년 중반에 만들어졌다. 11,000여명이 참여하고 1천6백억원이 넘는 돈으로, 노동자도, 사용자도, 법적 실체도 없는 스마트계약 기반의 회사를 운영했다.

그런데 스마트 계약의 허점을 파악한 해커들이 The DAO로부터 위 펀드의 15%에 해당하는 막대한 금액을 훔쳤고, 이는 스마트 계약의 관점에서는 아무런 하자가 없는 행위였지만, 현실에서는 명백한 절도 행위였다. 비록 법원이 그 돈을 돌려놓으라고 명령했지만, 이를 실행할 방법은 없었다. 이

59) 슬랙은 스투어트 버터필드가 만든 클라우드 기반 팀 협업 도구이다.

60) 참고로 지난 컨퍼런스의 예시로 <http://cesc.io> 를 들 수 있다.

61) 이더리움과 스마트 계약에 대해서는 보다 자세한 설명이 필요하므로 여기서는 간단히 언급한 다음 뒤에서 보충하기로 한다.

62) Kevin Werbach, 위의 책, 64면 참조.

63) Kevin Werbach, 위의 책, 67-9면 참조.

에 Buterin을 비롯한 이더리움 소프트웨어 개발자들이 hard fork를 진행해, 위 해커의 돈을 돌려놓았고, 이를 통해 블록체인 기술도 완벽히 불가역적이지 않음을 보여주었다. 물론 위 Buterin의 행위에 반대한 노드들은 기존 이더리움 블록체인에 남음으로써, Ethereum Classic(ETC)으로 유통되었고, 새로운 이더리움은 ETH로 유통됨으로써, 두 가지 체인이 분리되게 되었다.

(5) 허가된 원장(permissioned ledger)⁶⁴⁾

비트코인이 위협하려 했던 대상인 기존 은행들과 기존 기업들은 허가된 원장(permissioned ledger) 또는 사설 블록체인(private blockchain)을 개발하기 시작하였다. 공개되어 있지 않고, 서로 신뢰할 수 있는 참여자들로 구성되어 있으며, 마이닝과 같은 인센티브 경제가 작동하지 않는(not open, not trustless, no economic incentives like in bitcoin) 등의 특성을 지니고 있다.

예를 들면 RCEV라는 50여개 은행 그룹이 투자한 사업이 있었는데,⁶⁵⁾ 이후 사업이 분열되었다. 또한 JP Morgan (Dimon 대표)은 2014년 블록체인 사업인 주노 프로젝트를 시작했다가 실패한 후, Quorum이라는 프로젝트를 진행하고 있다. 개인정보보호 거래에 블록체인 기술을 추가하였고, 이는 개인 자산 운용 시에 사용되는 기법과 유사하다.⁶⁶⁾ 한편, IBM의 하이퍼레저 프로젝트(hyperledger fabric)도 이러한 사업의 하나이다. 이처럼 대형 기업들도 블록체인 기술에 엄청난 투자를 하기 시작하였다.

나. 이더리움과 스마트 계약

(1) 스마트 계약의 의미

1996년 Nick Szabo가 만든 용어로, 계약 내용을 컴퓨터 코드화하여, 알

64) 허가된 원장에 대해서도 보다 자세한 설명이 필요하므로 뒤에서 보충하기로 한다.

65) 공개 블록체인과 사설 블록체인의 적절한 혼합의 형태였다.

66) JP 모건의 Dimon 대표는 블록체인 기술에 대해 처음에는 전혀 이해하지 못하다가, 2016년경에는 그 기술을 자신들의 업무에도 적용되서 비용을 줄일 수 있다고 발언하였다.

고리증상에서 자동으로 실행할 수 있도록 함으로써, 계약 상대방(이나 제3자)에 대한 신뢰 여부와 무관하게, 계약을 체결하고 실현할 수 있도록 하는 계약 형태를 말한다.⁶⁷⁾

제3자의 도움 없이도, 계약을 실행한 후 이를 어길 수 없고,⁶⁸⁾ 반드시 계약이 스스로 완료되도록 디자인된 디지털 계약이다. 계약상 권리와 의무가 네트워크상에 기록되고, 계약의 실행(execution)도 플랫폼상에서 자동적으로 이루어진다. 기존의 계약은 계약의 실행(clearing and settlement)이 계약 자체와는 별개의 단계였다는 점에서, 스마트 계약과 구별된다. 보험계약, 대출, 유언, 소프트웨어 라이선스 등 많은 계약들이 현재는 중개인이 필요하다. 하지만, 이제 그런 중개인 없이 자동적으로 실행될 수 있는 스마트 계약이 가능하게 되었다.⁶⁹⁾

(2) 이더리움⁷⁰⁾

(가) 의의

이더리움은 분산형 네트워크상에서 스마트 계약을 진행할 수 있도록 하기 위한 암호화폐 시스템이다.⁷¹⁾ 비트코인과 크게 다르지 않은데, 비트코인은 거래를 블록에 저장하는 데 반해, 이더리움은 보다 복잡한 형태의 계약들을 저장할 수 있도록 한다.⁷²⁾ 비트코인은 UTXO를 기반으로 작업증명을 통해 투표를 진행하는데, 이더리움은 계좌(account)를 기반으로 지분증

67) Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제5강 참조.

68) 조건 만족 시 돈을 보내기로 했다면, 어길 수 없게 된다.

69) Kevin Werbach, 위의 책, 64-5면 참조.

70) Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제5강 참조.

71) 특정 조건이 만족되면 외부 세계에 반응하도록 되어 있다. 예를 들어 특정 금액을 보내면 계약 상태가 변하거나 다른 계좌의 잔액을 변경한 후 그것을 블록체인상에 자동으로 기록한다.

72) Bitcoin은 단순하고, 원시적인 프로그래밍 언어를 사용하지만, 이더리움은 복잡하고 다양한 기능이 있으며, Turing-complete scripting language를 사용한다.

명(proof of stake)을 통해 투표를 진행한다. 그리고 이더리움은 블록을 만들거나(마이닝하거나), 스마트계약을 실행하면 이더를 보상한다. 스마트계약을 작성하면 다른 계좌로 쉽게 이더를 전송할 수 있다. 한편, 이더리움의 블록타임은 12초로 비트코인의 10분보다 매우 빠르다.

(나) 이더리움 계좌 형태

비트코인에서는 돈을 주고받는 기본 요소가 UTXO이지만 모든 블록체인이 UTXO를 기반으로 거래하지는 않는다. 이더리움의 경우 계좌(Account)라는 또 다른 방식을 사용한다. 이는 각 블록체인이 구현하고자 하는 목표가 무엇인지에 따라 생기는 차이이다. 예를 들어 비트코인이나 라이트코인 등 가치를 주고받는데 사용되는 블록체인이라면 UTXO 방식이 유용하다. 이 돈이 어디서 왔는지 쉽게 추적할 수 있으며, 이를 통해 이미 사용한 후 UTXO가 아닌 입력값을 쓰는 것은 아닌지 여부도 쉽게 확인할 수 있다. 그러나 UTXO는 그 상태의 구분이 ‘썼느냐, 쓰지 않았느냐’ 두 가지로 한정된다. 이더리움이 구현하고자 하는 스마트 계약의 경우 지금 돈을 쓰지는 않았지만 조건이 맞으면 사용되어야 하는 일종의 중간 상태가 필요하다. 이 경우 UTXO는 적합하지 않을 수 있다. 이에 계좌(Account)라는 방법을 통해 자금의 흐름을 파악하고 관리하도록 하였다.⁷³⁾⁷⁴⁾

73) 김홍륙, 위의 기사 참조.

(<https://decenter.sedaily.com/NewsView/1RZJK9SEOA>, 2019. 2. 20. 접속)

윤석구 소브린월렛 네트워크 대표는 “이더리움의 계좌 방식과 비트코인의 UTXO 방식을 볼 때 어느 것이 기술적으로 더 낫다고 말할 수는 없다”며 “UTXO의 경우 정확히 어떤 거래를 토대로 새로운 거래를 만드는지 확인하고 검증할 수 있다는 특징이 있는 것이며, 이더리움에서는 잔액만 확인하면 되는 어카운트 모델이 프로그래밍을 하는데 더 적합한 것”이라고 설명했다.

74) 이더리움에는 2가지의 계좌 종류가 있다. 기본 계좌[EOA (externally owned accounts)]와 스마트 계약에 따른 계약 계좌(Contract Accounts)가 그것이다.

1) EOA (externally owned accounts): 기본 계좌

사람, 회사가 보유하는 계좌. 이더 거래를 보내거나 계약 코드를 trigger할 수 있다.

(다) 이더리움 서비스

- 1) 데이터를 저장하고 유지한다. 어떤 정보(기관의 멤버십), 돈 또는 계약 내용 등을 저장하고 유지할 수 있다.
- 2) 비신뢰당사자 사이의 계약 또는 관계를 관리한다. 금융 계약, 에스스로, 보험 등 다양한 계약이 가능하다.
- 3) 다양한 계약을 위한 함수를 제공한다.⁷⁵⁾
- 4) 복잡 다양한 인증들을 진행할 수 있다. ‘m to n Multisignature access’ 등의 서비스를 제공한다.

(라) 이더리움 스크립트: Solidity 라는 스크립팅 언어로 계약이 진행된다.⁷⁶⁾

예시는 아래와 같다.

```
contract Betting {
    address public owner;
    address public gamblerA, gamblerB, oracle;
    uint[] outcomes;

    struct Bet {
        uint outcome;
        uint amount;
        bool initialized;
    }

    mapping (address => Bet) bets;
    mapping (address => uint) winnings;
    ...

    function makeBet(uint _outcome) payable returns (bool) { - }
    function makeDecision(uint _outcome) oracleOnly() { - }
    function withdraw(uint withdrawAmount) returns (uint remainingBal) { - }
}
```

주소와 이더 밸런스(balance)를 보유한다(비트코인이 다수의 UTXO를 보유하는 것과 반대로 보유금액이 잔액으로 표시됨).

2) Contract Accounts

스마트 계약을 작성하면 스마트 계약은 그 고유의 계좌를 가지게 된다. transactions 또는 function calls (msg)에 의해 코드가 실행된다. 주소와 관련된 계약 코드와 그 자체의 밸런스 등을 보유한다.

75) 소프트웨어 도서관 같은 역할을 말한다.

76) 예를 들어 A는 트럼프, B는 힐러리에 베팅한 후, 서로 신뢰하지 않는 상대방이더라도, 자동으로 계약 조건 완성 시 돈이 한쪽에서 다른 쪽으로 이동하도록 하는 계약을 체결할 수 있다.

(마) 이더리움 가상머신(Ethereum Virtual Machine)

계약 코드를 실행시키는 것인데, 모든 스마트 계약을 결정적이고 단순하며 정답을 줄 수 있는 형태의 계약으로 만들어 준다.⁷⁷⁾ 그런데 만일 무한루프 계약을 누군가 작성해 올리게 되면, 전체 시스템에 부하가 걸리는 문제가 발생한다. 이를 막기 위해 스마트계약을 위해서는 EVM에 가스 연료(이더)를 주입하도록 하였다(계약 단계마다 수수료를 지급해야 함).⁷⁸⁾

(3) 지분증명⁷⁹⁾

(가) 의의

지분증명은 네트워크의 경제적 지분에 따라 투표권이 주어지는 것으로, 비트코인의 작업증명을 대체한 것이다.⁸⁰⁾

(나) 장점

전력 소모가 없어서, 친환경적이다. 또 비트코인의 작업증명의 경우, 만

77) “블록 상태, 가스(이더), 메모리, 거래, 메시지, 코드, 스택, 피씨 등 정보 → EVM → 새로운 블록상태와 가스(이더)”의 형태를 띤다.

78) 스마트 계약 계산에 비용을 투입하지 않게 할 경우, 너무 많은 계약들로 시스템 전체의 스케일이 지나치게 확대될 수 있고, 잘못된 버그나 무한루프가 걸릴 경우 시스템이 무너질 수 있으므로, 이와 같은 가스(이더) 시스템을 도입했다. Kevin Werbach, 위의 책, 66-7면 참조.

79) Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제7강 참조.

80) 지분증명에서는 minting을 진행하는데, 2가지 방식이 있다. 1) Byzantine Fault Tolerance POS (BFT based), 2) Chain Based POS Algorithm for Chain-based POS 가 그것이다. BFT 기반의 경우 검증자가 블록을 제안하고, 체인 기반의 경우 검증자가 블록을 생성한다.

우선 위 2) 체인 기반의 예를 들면 다음과 같다. 검증자 그룹에서 랜덤하게 하나의 검증자를 선택한다(단, 선택 시 투자한 만큼의 가중치가 반영됨). 검증자는 새로운 블록을 생성 - 이때 악의적 거래 등을 모두 검증하여 블록을 만든다. 선택된 검증자는 블록 보상과 거래 수수료를 받는다.

위 1) BFT 기반의 예를 들면 다음과 같다. 투자금에 따른 가중치가 반영된 검증자를 랜덤으로 선택한다. 검증자가 블록을 제안한다. 이에 대해 네트워크 참여자 모두가 투표를 진행하여, 2/3 이상을 받으면 블록체인에 추가되고, 안되면 다시 처음부터 반복한다. 블록체인에 추가되면 검증자는 보상 및 거래수수료를 받는다.

일 누군가 51% 공격을 개시해서 이익을 챙긴 후 비트코인 네트워크가 붕괴되더라도, 작업증명에 사용하던 하드웨어를 다른 코인에 사용함으로써 손실을 커버할 수 있다. 반면, 지분증명은 51% 공격을 감행하면, 이익은 좀 챙기지만, 그 얻는 이익과 투자금은 이더일 뿐이어서, 다른 코인으로 갈아탈 수 없고, 매우 큰 손실이 발생하므로, 51% 공격을 감행할 가능성이 더 줄어든다.

또한 작업증명은 하드웨어에 투자하는 정도에 따라 기하급수적으로 (exponentially) 이익이 생기지만, 지분증명은 투자금에 단순비례할 뿐이다. 나아가 작업증명은 하드웨어 능력에 따라 불공평한 결과가 나오나, 지분증명은 하드웨어 능력과 무관하다(cpu나 asic이나 동일).

(다) 단점

부자가 더 부유해진다. 51% 해시파워가 생기면, 하드포크 외에는 이를 제거할 방안이 없다. 투자금을 쉽게 회수하기 어렵다. 작업증명은 기존의 채굴자가 더 이상 네트워크에 참여하지 않으면, 다른 채굴자가 그 ASIC를 사서 참여할 수 있는데, 지분증명은 지분을 가진 초기 투자자들이 더 이상 네트워크에 열심히 참여하지 않으면, 네트워크는 일부 사람들에게 넘어가게 되고 중앙화가 발생하기 쉽다. 큰 지분을 가진 사람이 개인키를 팔면 블록체인 기록을 다시 작성할 수 있다.

※ 대체 합의 메커니즘

지분증명과 같은 작업증명을 대체하는 합의 메커니즘을 대체 합의 메커니즘이라고 부른다. 다양한 방식들이 다양한 암호화폐를 통해 소개되었다.⁸¹⁾

(4) 이더리움 관련 사업

마이크로소프트, JP Morgan, 인텔, Cisco, Mastercard, 인도정부, Enterprise

81) 이에 대한 자세한 내용은 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제8강 참조.

Ethereum Alliance의 멤버들 등 200여개가 넘는 기관들이 이더리움 연계 사업들에 투자하고 이들을 운용하고 있다.⁸²⁾

Openlaw, Consensus, Clause.io, Agrello, R3 consortium, Common Accord and Legalese projects 등은 기본 계약 템플릿들을 만들어서, 이용자들이 더 효과적으로 스마트 계약을 이용할 수 있도록 한다. 어떤 사업들은 계약서 내용을 보다 효과적으로 코드화하는 것에 집중하는 반면, 어떤 사업들은 스마트 계약이 현실에서 더 잘 실행, 적용될 수 있는 방법에 집중하고 있다.⁸³⁾

(5) 일반 계약과 스마트 계약의 비교·분석(사후 해결적 일반 계약 v. 사전 해결적 스마트계약)⁸⁴⁾

현실의 법과 블록체인에 의한 ‘강제’의 가장 큰 차이는, 현실의 법률은 그 강제력을 법원이나 행정력과 같은 외부의 자원에 의존하지만, 블록체인은 강제력이 자동화되어 있다는 것에 있다. 곧, 외부의 자원에 의존하기보다 분쟁상황의 ‘예방’을 목적으로 한다.

스마트 계약은 스스로 실행되지만, 자동으로 (강제)집행될 수는 없다. 그리고 아무리 자동으로 실행되더라도, 그 결과로 예상치 못한 피해를 입게 되는 당사자는 결국 법원의 도움을 받지 않을 수 없다. 그리고 사건을 받게 되는 판사는 그것이 스마트 계약으로 이루어진 것이라고 하여, 정의 관념에 어긋나는 결과를 용납하지 않을 것이다. 물론 익명의 소송 상대방을 찾는 것이 어려울 수 있고, 또 만일 상대가 외국에 있다면 해결이 더 어려울 수는 있다.⁸⁵⁾

82) Stan Higgins, “Enterprise Ethereum Alliance Adds 48 New Members”, CoinDesk (2017. 10. 18.) (<https://www.coindesk.com/enterprise-ethereum-alliance-adds-48-new-members>, 2019. 2. 25. 접속)

83) Kevin Werbach, 위의 책, 206-7면 참조.

84) Kevin Werbach, 위의 책, 160-3면 참조.

85) 하지만, 대부분의 경우에 (성공 여부는 모르지만) 적어도 소송을 제기할 수 있는 상

스마트 계약상의 소송은 기존 소송과 차이가 생긴다. 기존 소송은 계약 위반에 대하여 이를 이행시키기 위해 많이 제기된다면, 스마트 계약에 관한 소송은 이미 실행된 결과를 되돌리기 위해 소가 제기될 가능성이 크다. 쟁점이 되는 부분도 주로 과거에는 행동의 근거, 증명책임 등이 문제 되었다면, 이제는 ‘과연 현상황이 예측할 수 없는 결과인가’와 같은 실행된 결과를 되돌릴지에 관한 문제들이 될 것이다. 결국 원고는 피고가 스마트 계약을 되돌리도록 개인키를 넘길 것을 법원에 청구하게 될 것이다.

계약관계라는 것은 상당수 시간이 흐르면서 성숙되는 측면이 있다. 곧, 계속된 관계로서, 서로 접촉을 유지하면서 상황과 사정에 따라 계약을 변경할 수 있다. 그런데 스마트 계약에서는 이와 같은 일들이 매우 어렵다.⁸⁶⁾ 사전적으로 모든 것을 해결하려는 계약관계인 스마트 계약은 사후적인 해결을 허용하는 현실의 계약의 장점을 놓칠 수 있다.

다. 허가된 원장(Permissioned Ledger)⁸⁷⁾

허가된 원장은 신분이 확인된 소수의 참여자들에 의해 운용되는 분산원장으로, 허가된 자만 참여할 수 있는 구조를 취하고 있다. Hyperledger, R3

대방은 찾을 수 있다. 예를 들어 The DAO 사태에서, 피해 당사자들은 Slock.it 및 이더리움 파운데이션을 상대로 소를 제기했다. 그리고 사건의 국제성 문제도, 이미 대기업들은 국제 관계에서의 소송을 많이 겪고 있다.

블록체인 시스템에서 문제가 생겼을 때 책임을 져야 할 대상은 누구인가? 중개자를 없앤 블록체인 개념상 이제 개발자들에 대한 직접적 소송 가능성이 높아졌다고 볼 수 있다. 그러나 또 다른 면에서는 개발자들도 이를 좌지우지할 수 없다는 점에서 책임이 한계가 있을 수도 있다. 그래도 ‘정보’의 불균형이라는 관점에서 보면, 개발자들에게 더 큰 책임이 있다고 볼 수 있고, 이러한 관점에서 정보 ‘수탁자’로 판단될 수 있는 개발자들에게 일정한 법적 책임이 지워질 수 있다(Kevin Werbach, 위의 책, 210-11).

86) 모순적이게도, 대표적인 블록체인 사업들인 리플과 R3 간의 계약도 스마트 계약이 아닌 일반 계약으로 이루어졌다. 사정 변경이 쉽게 반영될 수 있는 일반 계약의 방법을 택하는 것이 급변하는 암호화폐 시장에 대하여 보다 효과 있는 대응을 할 수 있기 때문이다.

87) Kevin Werbach, 위의 책, 59-63, 96면 참조.

등을 예로 들 수 있다. 네트워크 참여자들이 공개되어 있으므로, 작업증명이 필요하지 않을 수 있고, 굳이 암호화폐가 필요하지 않은 경우도 있다. 단, 암호화폐 가운데 하나인 Ripple은 허가된 원장(은행 간 거래를 위한 것)과 암호화폐를 절충한 형태이다.

비트코인과 이더리움 입장에서는 허가된 원장은 본질적으로 분산 데이터 베이스에 불과하다고 본다. 그러나 허가된 원장 측에서는 그들의 시스템은 누구에 의해서도 통제될 수 없다는 점에서, 기존 데이터베이스와 분명히 구별된다고 주장한다. 그러나 허가된 원장의 참여자들은 각자의 부분에 대해서는 스스로 정보를 변경할 권한을 가진다.

한편, 허가된 원장과 공개 블록체인 간의 결합도 이뤄지고 있다. JP Morgan의 Quorum은 이더리움에서 fork되었지만, 사적이고 허가된 접속만을 허용하는 형태를 취한다. Bitfury의 Exonum도 허가된 원장이지만, 비트코인 장부를 이용한다. 공공 블록체인과 허가된 원장 중에 어느 것이 더 우월하다고 볼 수 없지만, 공공 블록체인의 보안이 더 강화될수록 공공 블록체인이 더 유용해질 가능성은 있다. 그러나 비트코인 가격이 떨어질 때, 현실의 투자금은 암호화폐로부터 허가된 원장 쪽으로 이동했다.⁸⁸⁾

허가된 원장이라 하여 블록체인의 비신뢰적 특성이 없는 것이 아니다. Symbiont의 신디케이트 론이나 월마트의 제품 안전 체인 등을 보면, 그들은 서로를 신뢰한다기보다 그들이 공유하는 원장을 훨씬 신뢰하는 구조를 취하고 있다.

88) 이 두 가지 다른 블록체인 형식은 시간이 지나면서 서로를 통해 더욱 성숙할 것이고, 최선의 길을 각자 찾아 나갈 것으로 예상된다. 그러나 이를 위해서는 거버넌스(governance)가 반드시 필요할 것으로 보인다.

2. 블록체인의 한계 및 문제점

가. 분산화 문제⁸⁹⁾

비트코인의 분산화는 한계가 있다. 우선 비트코인에 대한 소유 자체가 상당히 집중화되어 있다. 1000여개의 계좌가 전체 비트코인의 40% 가량을 보유하고 있고, 100여개의 계좌가 17%의 비트코인을 소유하고 있다.⁹⁰⁾ ICO에 따른 여타 토큰들은 더욱 집중화되어 있다. Brave 토큰의 경우 380 억원 가량을 모으면서, 24명이 무려 2/3의 토큰을 가져갔다.⁹¹⁾

마이닝 풀도 집중화되어 있다.⁹²⁾ 최초 비트코인이 나타났을 때는 마이닝

89) Kevin Werbach, 위의 책, 119-22면 및 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제4강 참조.

90) Olga Kharif, “The Bitcoin Whales: 1,000 People Who Own 40 Percent of the Market”, Bloomberg Businessweek (2017. 12. 8.).

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-12-08/the-bitcoin-whales-1-000-people-who-own-40-percent-of-the-market> 2019. 2. 27. 접속.

91) Jon Russell, “Former Mozilla CEO raises \$35M in under 30 seconds for his browser startup Brave”, TechCrunch (2017. 6. 1.).

<https://techcrunch.com/2017/06/01/brave-ico-35-million-30-seconds-brendan-eich/> 2019. 2. 27. 접속.

92) ASIC라는 채굴에 최적화된 하드웨어를 사용한다 하더라도, 1대가 블록을 발견하려면 10년이 걸린다. 결국 작은 해시파워(연산능력)를 보유한 사람들이 모여서 같은 블록에 대하여 마이닝을 진행하는 형태의 **채굴장(mining pool)**이 나타나게 되었다.

개인도 채굴장에 참여할 수 있으며, 개인은 채굴 소프트웨어만 다운받으면 되고, 채굴 퍼즐을 받은 후 셰어라는 것을 제출하면 된다.

채굴장에 참여하고 있다는 것을 증명하기 위해서는 near-valid block이라고 불리는 셰어를 제출해야 한다. 자신의 컴퓨터가 논즈를 발견했다 해도 채굴장 관리자에게 제출하지 않으면 새로이 퍼즐을 풀도록 설계되어 있어 혼자 빠져나갈 수 없도록 되어 있다.

2가지 채굴장 방식이 있다.

1) PPS(pay-per-share): 셰어를 제출할 때마다 지불금을 받는 것으로 참여자에게 유리하다(채굴장이 블록을 발견하지 못해도 돈을 받으므로).

2) Proportional : 논즈를 찾아 블록을 발견할 때마다 비례적으로 돈 지급하는 형태인데, 채굴자에게 불리하고 채굴장을 유지하기도 어려워져 실제로는 사용되지 않

이 그렇게 이윤이 남는 일이 아니었기 때문에, 일반인들도 참여를 하였다. 그런데 비트코인 가격이 급상승하면서, 많은 거대자본들이 ASIC이라는 컴퓨터를 개발하는 등 마이닝을 매우 규모화시켰고(ASIC의 생산부터가 매우 집중화되어 있다),⁹³⁾ 마이닝이 일부 마이닝 풀에 집중화되는 결과를 낳았다.⁹⁴⁾ 결국 2017년 기준 10여 개의 마이닝 풀이 비트코인 마이닝을 지배하고 있고, 대부분 중국에 위치하고 있다.⁹⁵⁾ 이더리움의 지분증명은 위 문제를 해결하기 위해 도입된 것이지만, 이 역시 더 큰 투자자가 더 많은 지분을 가지게 된다는, 결국 또 다른 집중화의 문제를 낳는다. 실제 이더리움도 ASIC가 작동하기 어려운 구조를 취했음에도 마이닝이 상당히 집중화되어 있다.⁹⁶⁾ 이러한 마이닝의 집중화는 블록체인의 분산화에 의문을 갖게 한다. 더 큰 문제는 이와 같은 마이닝풀들은 분산화를 할 경우 이윤이 떨어지므로, 이를 반대하는 쪽으로 움직일 것이라는 점이다.

또 다른 문제로 해시 세탁의 문제가 있다. 만일 bitmain과 거대 마이닝 회사가 자신의 해시 파워를 숨기고 시장을 좌지우지하고 싶다면, 하나의 채굴장을 만드는 것이 아니라, 수많은 채굴장에 각각 50%이상의 쉐어를 제출할 것이다. 그러면 실질적으로 몰래 전체 네트워크를 지배할 수 있다.

블록체인의 집중화에 또 다른 문제를 일으키는 것은 개발자(developers) 들이다. 예를 들어, 미국의 최대 암호화폐 교환소 Coinbase는 2017년 중반

는다.

93) 중국의 bitmain이라는 기업이 ASIC을 생산하는데, 이들이 원하면 전세계 해시 파워(작업증명 해결능력)의 70%를 순식하게 폐쇄할 수 있다는 단점이 있다.

94) 2014년 Ghosh.io라는 채굴장이 있었는데, 50%에 가까운 능력을 보유하자 이는 비트코인이 지향하는 바(분산화)에 역행하므로, 많은 풀노드들이 스스로 이 채굴장을 떠났다.

95) “해시율 분포”, Blockchain.info (<https://www.blockchain.com/pools?timespan=4days> 2019. 2. 27. 접속)

96) “Ethereum Top 25 Miners by BLOCKS”, Etherscan. <https://etherscan.io/stat/miner?range=7&blocktype=blocks> 2019. 2. 27. 접속

시작되면서, 비트코인과 이더리움에 각각 15명의 개발자만을 투입했다.⁹⁷⁾ 이더리움을 움직이고 있는 개발자 그룹인 이더리움 파운데이션도 대표적인 예이다.

마지막으로 이러한 분산시스템은 네트워크 자체에 대한 소유자가 없다. 따라서 공유지의 비극의 문제가 발생할 수 있다.⁹⁸⁾

결국 비트코인 등의 암호화폐가 정식으로 화폐로 인정받거나 증권의 하나로써 거래가 되지 못하고 있는 이유 중 큰 부분이 이와 같은 분산화의 미흡함에 있다.⁹⁹⁾

마이닝 풀 또는 해시 파워의 집중 문제는 아래의 이중 지출 문제, 네트워크 배제의 문제와도 연결된다.

※ 이중 지출 문제¹⁰⁰⁾

앞에서 기술한 바와 같이 블록체인은 기본적인 이중 지출 문제를 해결하도록 고안된 시스템이다. 하지만, 조건에 따라 이중지급이 가능한 경우가 존재한다. 예를 들어 갑이 을에게는 비트코인을 전달했다는 정보를 주면서 상품을 받고는, 네트워크의 다른 사람들에게는 그 즉시 돈을 전달하지 않았다고 알린 후 (수수료를 더 주면서) 그러한 블록이 생성되도록 할 수 있다.

따라서 을은 바로 상품을 넘기면 안 되고, 생성된 블록에 대한 네트워크의 컨펌(confirm)을 살펴야 한다. 그런데 을이 예를 들어, 2개의 블록이 생성되는 것을 기다린 후 상품을 넘겼다고 하자. 그러면 갑은 비밀리에 가지고 있던 강한 자신의 해시파워를 사용해, 3개가 넘는 다른 블록체인을 형

97) Fred Ehrsam, "Funding the Evolution of Blockchains", Medium (2017. 8. 24.).
<https://medium.com/@FEhrsam/funding-the-evolution-of-blockchains-87d160988481>
2019. 2. 27. 접속.

98) Kevin Werbach, 위의 책, 122면. 예를 들어 확장성 문제나, 시스템 업그레이드 등에서 이러한 문제를 찾아볼 수 있다.

99) Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제6강 참조.

100) 아래 '※ 네트워크 배제'와 함께 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제6강 참조.

성시킨 후 이중지급을 성공시킬 수 있다. 이러한 문제는 정직한 네트워크 참여자가 50%를 넘어도 발생할 수 있다. 따라서 일반적으로 8개 정도의 블록이 형성되는지를 확인한 후 거래를 진행하게 되는데, 그 이유는 간단한 상품 하나 때문에 이중지급을 피하는 사람이 30% 정도에 이르는 큰 해시파워를 사용할 이유는 없기 때문이다. 그러나 군수품 등 단위가 큰 거래를 한다면, 더 많은 수의 블록 컨펌을 기다려야 할 것이다.

논리적으로는 50%보다 큰 해시파워를 가지면, 언제든지 임의로 긴 블록을 작성할 수 있다. 이를 방지할 수 있는 대안이 있다. 이러한 이중지급을 성공시키려면, “비밀리에” 길이가 긴 블록을 만들었다가 네트워크에 공개해야 하므로, 네트워크 참여자들이 합의된 것을 제외하고, 두 시간 이상된 긴 블록은 채택하지 않는다는 **규칙**을 세우면 된다. 이를 통해 누군가 비밀리에 긴 블록을 만드는 것을 막을 수 있다.

그러나 논리적으로 누군가 거대한 자본을 투자하고 비트코인 네트워크 파괴 자체를 목적으로 공격해 온다면 막을 방법이 없다는 것은 사실이다. 어쨌든 일반적으로 지나친 공격은 결국 비트코인 가격 하락을 가져오고 네트워크에 대한 신뢰도를 떨어뜨리므로, 그러한 공격적 투자는 하지 않을 것이라는 기대 하에서 네트워크가 유지되고 있다.

※ 네트워크 배제(blacklisting)

이는 분산화가 잘 이루어지지 않을 경우 발생하는 또 다른 문제이다.

만일 중국 정부가 중국 내의 모든 마이닝 풀을 통제해 특정인을 blacklist에 두고 그의 거래를 승인하지 않겠다고 선언하더라도, 100% 해시파워를 가지지 않는 한, 거래가 좀 늦어질 뿐 그 blacklist에 있는 사람의 거래도 블록에 들어가게 된다. 그러나 51%의 해시파워를 가진다면, blacklist에 있는 사람의 거래가 발생하면 바로 fork를 진행해서, 그 거래보다 긴 체인을 만든다면, 그의 거래를 영원히 블록에서 제외할 수 있다. 이것을 이름하여

차별적 F2F(fork to fork)라고 부른다. 한편, 51%가 아닌 20% 정도만 가지더라도, 거래 수수료를 좀 더 지급하면, 이런 악의적 blacklist 차별이 가능할 수 있다.

※ 채굴장으로 인한 중앙집중화 문제의 해결 노력¹⁰¹⁾

Dogecoin과 Litecoin은 메모리 바운드 퍼즐 및 메모리 바운드 해시 함수인 스크립트 해시 함수를 사용해서, ASIC 덕분에 더 유리한 조건에 놓이는 것을 방지하였다. Ess crypt(Scrypt)는 hash function의 종류인데, 마이닝 집중화 문제를 해결하기 위해 고안된 것 중 하나이다. Brute force (무차별 대입공격)를 사용하기 어렵도록 만들었다.¹⁰²⁾ 그러나 이들도 메모리 수용 능력 등에 의해 또 다른 차별의 문제가 발생하였고, 결국에는 이들을 위한 ASIC도 개발되었다. 그 외에도 chain 11, chain 13과 같은 다양한 해시 함수 조합이 있다. 이들을 위한 ASIC를 개발하는 것은 매우 복잡하다. 이것은 DASH라는 암호화폐가 사용한 방법이다. 그러나 이를 위한 ASIC도 결국에는 개발되었다.¹⁰³⁾ Filecoin은 non-outsourcable puzzles 분산형 저장 시스템으로 개발되었다. 분산된 서버에 정보를 저장하고, 무작위로 구성된 임의의 정보를 묻는 질문을 받게 된다. 어떤 질문을 받게 될지 모르므로 모든 정보를 저장해야 하고, 계속해서 묻는 질문에 답을 해야 한다.

결론적으로, 확신할 수는 없지만 적어도 현재 ASIC 내성 알고리즘이 존

101) Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제4강 참조.

102) 거대한 버퍼를 채워 넣어야 하고 의사 논스 방식으로 정보에 접근하도록 하였다. 다시 말해 대규모 정보를 저장하고 해당 메모리에서 정보를 불러오는 방식이다. 즉 시 해당 정보를 계산하는 것은 메모리 저장보다 훨씬 비싸다. 따라서 메모리 저장이 훨씬 유리하다. 결국 보유 메모리 양과 메모리 프로세스 속도에 의해 해시파워가 조절되도록 되어 있다.

103) 주기적으로 해시 퍼즐을 변경하여 같은 퍼즐에서 같은 ASIC를 사용하지 못하게 하는 방법이지만, 누군가 그 시기에 그에 맞는 ASIC를 개발하면, 결국 동일한 문제가 발생하게 된다. 현재로서는 누군가 ASIC를 사용하는 것을 막을 방법은 없는 것으로 보인다.

재하지는 않는 것으로 보인다. ASIC을 사용하는 것을 완전히 막지는 못하더라도, 이러한 현 상황에서 해결책을 찾아 나갈 수 있을 것이다. 예를 들어 사람들 사이의 편차를 최대한 줄이기 위해 해시 파워(작업증명 해결능력)가 약한 누군가에게 좀 더 높은 이익을 줄 수도 있다. ASIC-resistance라는 개념은 이와 같이 특별한 컴퓨터를 사용해 해시파워를 많이 가져가는 것을 방지하고자 하는 운동으로, 분산화의 가치를 따르고자 하는 것이다. 그러나 이러한 ASIC 저항에 반대하는 측은 사실 돈을 들여 ASIC을 구매한, 엄청난 투자를 한 사람들이다. 만일 탈중앙화쪽으로 가게 되면, 이들은 투자금을 잃을 수 있으므로, 마이닝의 분산화는 쉽게 달성되기 어렵다.¹⁰⁴⁾

나. 익명성으로 인한 문제

공공 블록체인은 익명성으로 인하여, 범죄, 테러 등 위법행위에 사용될 위험이 있다. 실제 마약 등 금지 물품의 거래에 비트코인이 사용되다가 폐쇄된 사례가 있음은 살펴본 바와 같다(실크로드 홈페이지 사건).

현재와 같이 일반인이 풀노드를 운영하기 어려운 시스템 하에서는 거래소에서 실명 공개 시스템을 도입하고, 익명성의 정도를 통제함으로써, 범죄 행위 등을 방지할 수 있을 것이다. 비록 그것이 공공 블록체인 기술이 본래 추구했던 바에 역행할 우려가 있다 하더라도, 위법 행위를 그대로 방지하는 것은 각 국가에서 허용하기 어려운 영역이다.

다. 불변성으로 인한 문제

블록체인의 불변성 및 불가역성의 특성은 블록체인의 장점으로 이야기되

104) 한편, 왜 유용한 문제를 푸는 데 힘을 사용하지 못하고, 무의미한 문제를 푸는데 에너지를 낭비하는가? 무한한 문제 풀(pool)을 구성하기 위해서는 어쩔 수 없는 측면이 있다. 만일 유용한 문제를 푸는 것으로 제한한다면, 문제 풀이 언젠가 떨어질 것이고 그것은 네트워크 유지에 더 큰 문제를 일으킨다. 또한 유용한 문제 풀은 그것을 출제할 또 다른 중앙기관을 필요로 하게 된다.

지만, 때로는 단점이 될 수 있다. QuadrigaCX라는 캐나다의 암호화폐 교환소는 2017. 5. 당시 시가로 150억원 가량의 암호화폐를 갑작스레 움직이지 못하는 상황에 처했다. 결국 이를 복구하지 못했는데, 이는 암호화폐 네트워크의 ‘불변성’의 단점을 보여준다.¹⁰⁵⁾ 또한 스마트계약을 체결할 경우, 계약 변경이 매우 어려워지는 등의 문제가 있다. 이에 대한 자세한 내용은 후술한다.

라. 확장성 문제

2018년 현재 비트코인의 용량은 200GB 정도이고, 메모리가 너무 크다는 것도 우려할 점이다. 확장성 문제는 비트코인이 증가하는 거래량을 처리할 시스템 능력을 어떻게 확장할지에 관한 문제이다.¹⁰⁶⁾ 연구에 따르면, 일반적으로 탈중앙화(분산화), 보안, 확장성 이 3가지 중의 2가지만 확보할 수 있다고 한다. 따라서 확장성 문제가 해결이 어려운 측면이 있다.

확장성 문제는 여타 거래 시스템과의 비교에서도 드러난다. 일반적으로 비트코인은 초당 3거래, paypal은 초당 150거래, visa는 초당 2000거래를 처리한다. 특히 최대 처리 능력으로 비교해 보았을 때, 비트코인은 초당 3.2거래, paypal은 초당 450거래, visa는 초당 56,000거래까지 처리가 가능하다. 이와 같은 비트코인의 문제점을 해결하기 위해, ① 수직 확장: cpu 성능 높이기 등, ② 수평 확장: 컴퓨터 대수 늘리기 등, ③ 대각선 확장: 두 가지 결합의 방법이 논의되고 있고, 그 외에도 블록 크기를 늘리거나 거래 사이즈를 줄이거나 Segregated witness 등의 방안들이 논의되고 있다.

한편 블록 크기 확장을 위한 하드포크를 진행할 경우 수수료가 낮아지

105) Kevin Werbach, 위의 책, 117면 참조.

106) 원래 비트코인의 목적은 어디서든, 낮은 가격으로 빠르게 국제적인 거래를 할 수 있는 화폐를 만드는 것이었다. 그러나 그 꿈은 이제 많이 멀어진 측면이 있다. 확장성 문제가 대두되면서, 거래 속도는 매우 느려졌고, 거래 수수료는 크게 증가하였다. 이에 작은 금액의 거래는 어려워졌다. Kevin Werbach, 위의 책, 145면 참조.

게 되므로 채굴자들이 잘 동의해주지 않는다는 문제도 있다. 또 사이즈를 늘리면 용량도 커져 아무나 블록체인을 저장하기 어려워지는 문제도 있고, 이는 탈중앙화(분산화)에 역행하게 된다. 또한 블록이 커질수록 블록확신 (confirmation) 및 거래 유효화 시간이 길어지는 문제들도 있다.¹⁰⁷⁾

마. 스마트 계약의 문제¹⁰⁸⁾

이상의 내용은 블록체인 기술 자체와 관련한 문제들이지만, 더 큰 문제는 그 위에 구축된 소프트웨어들과 서비스들의 문제들이다. 이들은 수학적으로 해결하기 어려운 많은 본질적인 문제들을 가지고 있다. 우선 이더리움의 스마트 계약은 어느 수많은 일반 컴퓨터 소프트웨어들과 마찬가지로, 다양한 **에러, 버그, 보안상의 흠결들**을 가질 수밖에 없다. The DAO 사태, QuadrigaCX 사태 등이 이를 말해준다.

또한 **인간의 언어를 컴퓨터의 언어로 바꾸는 것은 여러 한계점들이 있다.** 예를 들어 우리가 계약서에 사용하는 ‘Best effort’라는 의미를 코드화하기는 어렵다. 또한 The DAO 사태에서 보듯이 인간의 눈으로 보면 잘못된 거래를 컴퓨터는 바로 확인하지 못한다. 비록, 기계학습이 발달하고 있다고는 하지만, 아직 컴퓨터는 문맥의 의미, 특정 분야에서의 전문용어, 애매한 계약상의 용어를 해석할 능력 등은 갖추고 있지 못하다. 더 큰 문제는 AI나 기계학습에 따른 해결은 그 과정을 우리가 이해할 수 없다는 점이다. 벌써 일반 컨설팅 회사처럼 스마트 계약 컨설팅 회사들이 생기고 있다고는 하지만, 이들이 모든 문제를 해결해줄 수는 없다.

또한 계약 체결 후의 사정 변경이나 법체제의 변동 등으로 계약 내용을 수정해야 할 일도 자주 생긴다. 이와 같은 **계약 변경**의 경우, 기존의 계약 체계에서는 아무 문제가 되지 않지만, 스마트 계약에서는 문제를 일으킬

107) 이상의 확장성 문제에 관한 내용은 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제10강 참조.

108) Kevin Werbach, 위의 책, 123-7면 참조.

수 있다. 물론 모든 내용을 변경할 수 있다는 식의 ‘신의 조항’ 같은 것을 넣는다고는 하지만, 이 또한 불명확한 표현으로 코드화가 쉽지 않다. 어떤 경우에 변경을 허용할지 등을 코드화하려면 매우 복잡한 절차가 필요하다.

마지막으로 스마트 계약은 **남용 가능성**이 있다. 현실의 민법 체계는 결국 공정한 결과를 추구하기 위한 도구이다. 이러한 사법 체계 내지 법원을 대체하고자 하는 스마트 계약에서는 우월한 당사자가 상대방을 억압할 여지가 더 커진다. 저작권을 법의 요건보다 더 강하게 보호하거나 법이 허락하지 않는 제한을 걸거나 하는 경우들이 생길 수 있다. 인터넷이 아마존, 구글, 페이스북과 같은 거대 중앙집중적 기업을 만든 것처럼 블록체인도 사적인 힘을 강화하는 수단이 될 수 있음을 잊어서는 안 된다.

※ 스마트 계약의 문제 해결방안으로 논의되는 스마트 계약과 일반 계약의 짝짓기(pairing)

스마트 계약은 예상되는 결과를 그대로 발생시키는 데 유리하고, 현실의 계약은 그 결과가 매우 이상할 경우에 이를 새롭게 변경하는데 유리하다. 그런데 이 둘은 반드시 따로 있어야 하는 것이 아니고 함께 존재할 수 있다. 곧, 스마트 계약과 현실의 계약을 쌍을 이루도록 하는 것이다. 그러면 스마트 계약만으로 불명확할 때, 현실의 계약서를 보고 그 의미를 찾을 수 있다(Ricardian contract).¹⁰⁹⁾ 쌍을 이루는 스마트 계약과 현실의 계약을 각각 서로 해석하는 기술도 존재한다. 이러한 방안을 R3, Monax Burrow, Openlaw 등에서 추진하고 있다. 이러한 기술은 현실의 계약서를 통해 법원의 판사 등이 스마트 계약 내용을 잘 파악하도록 도울 수 있다.¹¹⁰⁾

109) Ian Grigg, “The Ricardian contract,” First IEEE International Workshop on Electronic Contracting, San Diego, CA (2004).
https://www.researchgate.net/publication/4085229_The_Ricardian_contract 2019. 3. 4. 접속.

110) Kevin Werbach, 위의 책, 212-3면 참조.

바. ICO와 관련한 문제¹¹¹⁾

초기 ICO의 세계는 어떠한 규제도 보호도 없어서, 매우 위험한 사업 및 투자가 이루어졌다.¹¹²⁾ 예를 들어, Polybius는 2017. 7. 에스토니아에서 은행을 대체하는 온전한 블록체인식 은행을 만들겠다고 하여 ICO를 통해 약 330억원 가량의 투자를 받았다. 투자 당시 세계 4대 투자자문 회사 Ernst and Young에 근무하던 직원 몇 명이 위 사업이 성공적일 것이라고 자문한 것에 대해 많은 사람들이 믿었지만, 이후 에스토니아 정부는 위 사업이 자국 내에서 은행으로 기능할 근거가 없다고 하였고, EY에서도 위 사람들은 더 이상 직원이 아니며 위 내용은 우리와 무관하다고 발표하였다. 추후 Polybius가 성공할지는 모르지만, 결국 사람들은 블록체인의 개발자, 자문 회사 등을 신뢰하면서 투자를 진행하게 되는 것이고, 그 결과는 결국 본인이 부담해야 한다. 여전히 많은 ICO 투자에서 사람들은 단편적인 정보나 사람들을 의지하여 투자할 뿐, 그 내용을 제대로 이해하고 있지도 못하다.

결국 ICO에 대해서도 각국은 서로 다른 대응을 하게 될 것이고, 이와 같은 과정은 법이 새로운 상황에 대응하는 보편적인 현상이기도 하다. 블록체인이 아무리 첨단 산업이라 하더라도, 그 속에 내재된 인간 본연의 행태를 바꿀 수는 없다.

사. 블록체인 네트워크에 참여하는 ‘개인들’과 관련한 문제¹¹³⁾

현재 일반 개인은 풀노드로 네트워크에 참여할 수 없다. 그런데 암호화폐를 얻는 방법은 현실의 돈과 교환을 하거나, 마이닝을 하는 방법밖에는 없으므로, 개인은 결국 암호화폐 거래소에서 거래를 할 수밖에 없다. 그런

111) Kevin Werbach, 위의 책, 127-8면 참조.

112) 단, 한국은 이를 금지하고 있다.

113) Kevin Werbach, 위의 책, 129-31면 참조.

데 암호화폐 거래소인 Coinbase, Blockchain.info, Xapo 등은 결국 집중화된 시스템이고, 사용자들의 개인키를 가지고 있으므로 해킹될 경우 수많은 암호화폐를 잃을 수밖에 없다.¹¹⁴⁾ 지금까지 ICO된 암호화폐들의 10%가 해킹되었다는 통계도 있다.¹¹⁵⁾ 이러한 문제로 정부는 거래소를 규율하려고 하고 있으나, 국제적인 사업 형태상 규율이 쉽지 않은 측면도 있다. 거래소와 마찬가지로 암호화폐 지갑도 같은 보안상의 문제가 있다. 차츰 여러 방안으로 개선되어 가고 있지만 여전히 한계는 있다.

다른 한편으로 이와 같이 거래소와 지갑 시스템 등 블록체인 네트워크의 가장자리가 집중화되고 있고, 취약하다는 점은 블록체인 시스템에 법률적 규율이 필요하다는 방증이 되기도 한다. 이때 그 규제의 정도, 보안의 정도는 그것이 어떤 내용의 블록체인인지, 의료기록에 관한 것인지, 다이아몬드 거래를 위한 것인지 등에 따라 달라져야 할 것이다.

아. 그 외 문제점들로 논의되는 것들¹¹⁶⁾

114) Mt. Gox는 파산했고, Bitfinex도 약 770억원을 해킹당했다.

2017년 5월에 Kraken이라는 암호화폐 거래소에 가격 급락 사태가 발생했고, 이때 디도스 공격을 받은 Kraken는 거래가 정지됨으로써, 많은 투자자들이 큰 피해를 입었다. 이에 그 암호화폐 소유자들이 Kraken을 상대로 집단소송을 했다(Kevin Werbach, 위의 책, 208-9).

115) “The Rise of Cybercrime on Ethereum”, Chainalysis Blog (2017. 8. 7.).

<https://blog.chainalysis.com/reports/the-rise-of-cybercrime-on-ethereum> 2019. 2. 27. 접속.

116) 본문의 내용들 외에도 아래와 같은 문제들이 있다.

- ① 직접적 거래 관계에 한하여 보면, 블록체인상에 암호화폐가 존재할 경우라야 계약 내지 거래가 체결될 수 있는 것이므로, 디폴트 등의 위험요소가 없는 반면, 대출, 채권 등을 사용하기 어렵다는 단점이 있다. Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제5강 참조.
- ② 암호화폐만 소유하고 네트워크의 투표 등에 적극적으로 참여하지 않는 사람들로 인해 해당 Dapps가 제대로 기능하지 못할 우려도 있다. Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제5강 참조.
- ③ 기술적인 문제의 하나로 이기적인 채굴의 문제가 있고 그에 대한 방어 방법도

(1) 외부 데이터 입력에 관한 문제

외부 데이터를 비신뢰적 방식으로(인간의 도움 없이) 블록체인에 가져오는 방식은 존재하지 않는다. 미래 예측 시장 사례처럼 oracle(외부 데이터 입력)에 의존해야 한다. 이에 대한 해결책으로 proven execution 등이 있지만, 구현하기 매우 까다롭다. 또 다른 해결책으로는 oracle들의 투표에 의존하는 방법이 있다(오라클 네트워크를 보유하고 있을 경우). 세 번째 해결책으로는 SGX 또는 ARM 등 신뢰할만한 실행 환경을 사용하는 방안이 있다.¹¹⁷⁾

(2) 채굴장 공격

해시파워를 제공하지 않고 다른 풀에다가 몰래 사용함으로써, 기여는 하지 않으면서 보상은 받아가는 정직하지 않은 채굴자들이 있을 수 있다(잠식 풀, Cannibalizing pools). 물론 채굴장들끼리 서로 이렇게 공격하면 그 결과는 균형을 이루게 될 것이다. 하지만 서로 공격을 하지 않을 때보다는 수익이 떨어지게 된다. 그렇지만 상대방이 공격을 할지 하지 않을지 알 수 없는 상황에서는 어쨌든 상대방 채굴장을 공격하지 않을 수 없다는 논리적 문제로 귀결된다.¹¹⁸⁾

존재한다. 자세한 내용은 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제6강 참조.

117) 전문적인 내용은 생략하였는데, 자세한 내용은 Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제5강 참조.

118) Blockchain at Berkeley, 위의 강의, 제6강 참조.

IV. 미국의 가상화폐 규제¹¹⁹⁾

1. 미국의 가상화폐 규제 현황¹²⁰⁾

가. 연방 차원의 규제

(1) 금융범죄단속국 FinCEN (The Financial Crimes Enforcement Network)

미국 재무부 산하의 FinCEN은 가상화폐가 자금세탁, 범죄자금, 테러자금 등에 사용되는 것을 막기 위하여, 2013. 3. 가상화폐를 중개인으로서 수취하고 이를 전송하거나, 금전적 대가를 받으면서 (발행한) 가상화폐를 사고팔 경우 ‘금전이체업’을 하는 것으로 취급하고, Bank Secrecy Act (BSA)에 따른 의무를 부담하는 금전서비스업(MSB: Money Service Businesses)으로서 규율하겠다고 밝혔다.¹²¹⁾

금전서비스업자에 해당하면 대표적으로 ① 고객의 신분을 파악해야 하고, ② 각종 보고서를 작성하고, ③ 거래기록을 작성, 보관하며, ④ BSA법에 따른 조치에 따라야 한다. 곧, 금전서비스업자는 FinCEN에 사전 등록을 해야 하고, 고객에게 제공하는 서비스의 성격 등을 고려한 위협의 정도

119) 이하에서는 암호화폐를 통칭하는 가상화폐라는 용어를 사용하기로 한다.

120) 이하 내용은 Rosario Girasa, Regulation of Cryptocurrencies and Blockchain Technologies National and International Perspectives, Palgrave Macmillan, 2018, 71면 이하의 내용을 중심으로 여타 자료를 참조하여 작성하였다.

121) Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN), “Application of FinCEN’s Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies” (March 18, 2013), FIN-2013-G001.

다만, FinCEN에서는 채굴 등을 통해 발행한 가상화폐를 금전이 아닌 재화나 서비스를 취득하는데 사용하는 경우에는 가상화폐를 이체한 것이 아니라 단순히 가상화폐를 이용한 것이기 때문에 ‘금전이체업’에 해당하지 않고 MSB에도 해당하지 않는다고 밝혔다.

에 따라 내부통제 절차를 시행하는 자금세탁방지 프로그램을 시행하여야 하며, 3,000달러 이상의 거래기록을 보관하고, 10,000달러 이상의 거래 중 의심할 만한 충분한 사유가 있는 거래를 FinCEN에 보고하여야 하는 등의 Bank Secrecy Act에 따른 의무를 부담해야 한다.

(2) 증권거래위원회 SEC (Securities Exchange Commission)

SEC의 규제 대상이 될 경우, 등록을 한 후 증권을 발행하여야 하고, 사기적인 방법으로 증권거래를 할 경우 SEC로부터 기소가 될 수 있다.

SEC는 2013. 7. 비트코인을 이용한 투자상품을 만들어 폰지 사기(Ponzi Scheme) 행위를 한 사업자를 기소하였고 법원에서 이를 인용한 사례가 있다.¹²²⁾ 곧, 비트코인을 이용한 투자상품도 Howey Test 만족 시 미국 연방 증권법상 증권에 해당하여 연방증권법(Securities Acts of 1933 and 1934 등)의 규제 대상이 된다고 하였다.

SEC는 2017. 3. 비트코인 기반의 ETF에 대해 승인을 거절하였고, 현재 비트코인 ETF에 대해 재심 중에 있다.¹²³⁾ 또한 2017. 3. 28. NYSE(뉴욕증권거래소)가 비트코인 관련 주식 상품의 거래를 허용하기 위하여 자체 규정을 변경하려는 것에 대해 이를 허가하지 않았다. 비트코인 자체가 충분히 규제되지 못하고 있고, 투자자와 대중의 이익을 보호하기 위한 사기 및 조작 방지가 충분히 이루어질 수 있을지 의문이라는 점이 그 근거였다.¹²⁴⁾

122) SEC. & Exch. Comm'n v. Shavers, No. 4:13-CV-416, 2014 WL 4652121, E.D. Tex. 18 Sept. 2014. (아래 판례 목록 참조)

123) SEC, "Release No. 34-80206; File No. SR-BatsBZX-2016-30", Mar 10, 2017.

124) SEC, Release No. 34-80319; File No. SR-NYSEArca-2016-101, March 28, 2017. §6(b)(5) of the Securities Exchange Act of 1934를 만족하지 못한다고 본 것이다. §6(b)(5) states: "(5) The rules of the exchange are designed to prevent fraudulent and manipulative acts and practices, to promote just and equitable principles of trade, to foster cooperation and coordination with persons engaged in regulating, clearing, settling, processing information with respect to, and facilitating transactions in securities, to remove impediments to and perfect the mechanism of

SEC는 2017. 7. 비영리기구 The DAO가 이더리움을 투자받고 가상화폐인 DAO 토큰을 발행한 것에 대해 DAO 토큰은 투자계약증권에 해당하여 증권법의 적용대상이 된다고 보았다.¹²⁵⁾ 이에 SEC에 등록을 해야 하고,¹²⁶⁾ The DAO에서 이루어지는 증권거래에 대해서는 증권거래소의 성격을 가지므로 역시 등록을 해야 한다는 의견을 밝혔다.

SEC는 2017. 12. 11. 유틸리티 토큰을 발행한 Munchee Inc.에 대해서도 ICO를 진행할 때 연방증권법을 따라야 한다고 하여, 유틸리티 토큰이라고 하여 모두 증권법상 규율에서 벗어나는 것이 아님도 밝혔다.¹²⁷⁾

한편, SEC는 2017. 11. 가상화폐 투자에 연예인을 이용하는 등 미디어에서 잘못된 광고를 할 경우 Investment Advisers Act of 1940 등 규제 법률 위반이 될 수 있음도 경고하였다.¹²⁸⁾

a free and open market and a national market system, and, in general, to protect investors and the public interest; and are not designed to permit unfair discrimination between customers, issuers, brokers, or dealers, or to regulate by virtue of any authority conferred by this title matters not related to the purposes of this title or the administration of the exchange.”

125) SEC, 『Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO』, Release No. 81207, (2017. 7. 25.).

(<https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf>.)

126) §7~§8A of Securities Act of 1933 참조.

127) Munchee Inc., SEC Adm. Proc. No. 3-18304 (2017)

그 외 SEC는 2017. 12. PlexCoin Token을 증권거래법 위반 혐의로 기소하였다. [SEC, Press Release, “SEC Emergency Action Halts, ICO Scam”, 2017-219, Dec. 4, 2017, (<https://www.sec.gov/news/press-release/2017-219>) 및 SEC complaint, Case 1: 17-cv-07007-DLI-RML, Dec.1, 2017] 곧, 사기적인 방법으로 증권 거래를 한 혐의 [미국 증권법 제17(a)(1)조 및 제17(a)(3)조, 미국 증권거래법 제10(b), 규칙 10b-5 위반] 및 등록신고서를 등록하지 않고 증권에 대한 청약을 권유하고 매매한 혐의 [미국증권법 제5(a)조 및 제5(c)조]로 기소되었다. 현재 위 사건은 관할위반에 관한 피고측 주장을 거절한 법원의 판단이 있다.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, Plaintiff, v. PLEXCORPS (a/k/a and d/b/a PlexCoin and Sidepay.ca), Dominic Lacroix, and Sabrina Paradis-Royer, Defendants. 17-CV-7007 (CBA) (RML), Signed 08/08/2018, 2018 WL 4299983

128) 15 U.S.C. §80b-1 through 15 U.S.C. §80b-21

SEC는 2018. 3. 연방증권법상 증권(투자계약증권)에 해당하는 디지털자산을 사고파는 플랫폼을 운영하는 자는 연방증권법상 거래소(exchange)에 해당하기 때문에 관련 규정에 따라 등록(registered)을 하여야 하고 거래소 관련 규제를 받을 수 있다고 공표하였다.¹²⁹⁾

(3) 상품선물거래위원회 CFTC (Commodity Futures Trading Commission)

(가) 규제 관련 사항

CFTC는 2015. 9. 가상화폐가 상품거래법[the Commodity Exchange Act (CEA)] §1a(9) 상품(commodity)¹³⁰⁾에 포섭된다는 의견을 밝히면서, Coinflip 회사와 그 대표이사 Riodan에 대해 상품거래법 위반으로 행정조치를 취하였다.¹³¹⁾ 비트코인을 비롯한 가상화폐는 상품거래법상 상품(commodity)의 범위에 포섭되는데, 위 회사는 상품거래법상 법률 및 규칙 등을 준수하여 상품옵션거래의 청약의 유인을 하지 않았으므로, 상품거래법을 위반하였다

SEC, Div. of Enforcement, “Statement on Potentially of Unlawful Initial Coin Offerings and Other Investments by Celebrities and Others”, Public Statement, Nov. 1, 2017.

<https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-potentially-unlawful-promotion-icos>

129) SEC, “Statement on Potentially Unlawful Online Platforms for Trading Digital Assets”, March 7, 2018.

130) not only wheat, corn, other crops, livestock, and the like but also includes “all services, rights, and interests…in which contracts for Federal Regulation of Virtual Currencies future delivery are presently or in the future dealt in.”

131) United States of America before the Commodity Futures Trading Commission (CFTC), “In the matter of Coinflip, Inc., d/b/a/ Derivabit, and Francisco Riodan, Ordering instituting proceedings pursuant to sections 6(c) and 6(d) of the Commodity Exchange Act, making findings and imposing remedial sanctions”, CFTC Docket No.15-29,

<http://www.cftc.gov/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enfcoinfliporder09172015.pdf>

고 하였다.¹³²⁾

이와 같은 CFTC의 의견에 따라, 가상화폐 상품을 기초로 한 파생거래와 가상화폐 현물 거래에서 주(state) 사이의 상거래에서 발생하는 가상화폐의 사기(fraud) 및 시세조종(manipulation) 행위에 대해서는 CFTC가 감독권을 행사하게 되었다.¹³³⁾ 따라서 가상화폐를 기초로 한 선물, 옵션, 스왑 거래에 대해서는 CFTC에 등록을 하여야 한다.¹³⁴⁾ CFTC는 사기와 조작을 방지하기 위하여 옵션 및 선물거래뿐만 아니라 그 기초자산도 CFTC의 규제 대상에 포함시키므로, 가상화폐가 옵션 및 선물거래의 기초자산이 되는 경우, 그 가상화폐도 사기 및 조작 방지 등에 대해 CFTC로부터 규제를 받는다.¹³⁵⁾

CFTC는 2016. 6. 2. 홍콩 기업인 Bitfinex에 대해 비트코인에 기반한 레버리지, 마진 등 금융상품 거래를 등록없이 행하였다는 이유로 행위금지 및 \$75,000의 벌금 등의 조치를 취하였다.¹³⁶⁾

한편, 가상화폐가 CFTC의 규율 대상인 ‘상품’에 해당한다는 의견은

132) CFTC Release: pr7231-15, “CFTC Orders Bitcoin Options Trading Platform Operator and its CEO to Cease Illegally Offering Bitcoin Options and to Cease Operating a Facility for Trading or Processing of Swaps without Registering”, Sep 17, 2015.

133) CFTC, “CFTC Primer on Virtual Currencies” (2017.10.17.).

다만, CFTC의 감독권한은 사기 및 시세조종의 경우에 한정되기 때문에 마진, 레버리지 및 자금조달을 수반하지 않는 통상적인 가상화폐 현물 또는 대금거래(spot or cash transactions)는 CFTC의 감독대상이 아니다. (Skadden, “Frequently Asked Questionson Virtual Currency and CFTC Jurisdiction”, 2017.11.15.)

134) 가상화폐 관련 CFTC의 규제 대상은 Rosario Girasa, 위의 책, 84면 참조.

135) Sullivan& Cromwell LLP, “LabCFTC releases primer on virtual currencies”, October 19, 2017.

https://www.sullcrom.com/siteFiles/Publications/SC_Publication_LabCFTC_Releases_Primer_on_Virtual_Currencies.pdf

136) In re BFXNA Inc. d/b/a BITFINEX, CFTC Docket 16-19, June 2, 2016.

<http://www.cftc.gov/idc/groups/public/@lrenforcementactions/documents/legalpleading/enbfxnaorder060216.pdf>

2018. 3. 6. 뉴욕연방지방법원에 의해 지지되었다.¹³⁷⁾

(나) 거래 허용 관련 사항

CFTC 산하 기관인 LabCFTC는 2017. 10. 17. ① CFTC에 스왑실행기구 (Swap Execution Facility)로 등록하여 이용자들이 비트코인 스왑 거래를 할 수 있도록 하고, 거래할 수 있는 사람을 전문투자자, 금융기구, 최소자산요건을 갖춘 개인 등 일정한 요건을 갖춘 참여자로 제한하는 경우(예를 들어 TeraExchange LLC. 회사), ② CFTC에 스왑실행기구와 파생청산기구 (Derivative Clearing Organization)로 등록하고 가상화폐옵션을 거래하는 경우(예를 들어 Ledger X LLC. 회사)는 허용된다는 입장을 밝혔다.¹³⁸⁾

이후 CFTC는 2017. 12. 시카고 상품 거래소(Chicago Mercantile Exchange Inc.)와 시카고 옵션 선물 거래소(CBOE Futures Exchange)는 비트코인을 기초상품으로 하는 선물 상품 계약의 상장 및 거래를 허용하였다.¹³⁹⁾

(4) 국세청 IRS (Internal Revenue Service)

IRS는 2014. 3. 가상화폐를 연방 세법상 재화(property)로 보고 재화에 대한 과세와 동일하게 가상화폐에 대한 과세를 하겠다고 밝혔고, 과세에 관한 구체적인 가이드라인을 제시하였으며, 가상화폐 교환거래 시 손익계산의 증빙을 요구하고 있다.¹⁴⁰⁾ 가상화폐업자가 IRS 규정을 준수하기 위해

137) *Commodity Futures Trading Commission v. McDonnell*
United States District Court, E.D. New York. March 6, 2018, 287 F.Supp.3d 213
Comm. Fut. L. Rep. P 34, 222

138) LabCFTC, “A CFTC Primer on Virtual Currencies”, October 17, 2017, 11면 참조.
http://www.cftc.gov/idc/groups/public/documents/file/labcftc_primercryptocurrencies100417.pdf

139) CFTC, “CFTC statement on self-certification of Bitcoin products by CME, CFE and Cantor Exchange”, Release: pr7654-17, December 1, 2017.
<http://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/pr7654-17>

140) Internal Revenue Service, “IRS Virtual Currency Guidance: Virtual Currency Is

서는 모든 가상화폐 거래의 손익을 기록하여야 한다.¹⁴¹⁾

한편, IRS는 가상화폐 지갑의 소유자를 확인하기 위하여, Chainalysis Inc. 라는 스위스 회사와 계약을 맺었다. 위 스위스 회사는 25%의 비트코인 주소와 50%의 비트코인 거래를 추적할 기술을 가지고 있다.¹⁴²⁾

부가가치세와 관련해서는 미국 연방법에서는 소비세를 규정하지 않고, 주정부 차원에서 판매세에 대한 과세기준을 제시하고 있다. 미네소타주는 비트코인 거래를 현금으로 인식하여 판매세를 부과한다. 한편, 뉴욕주, 워싱턴주의 경우에는 비트코인을 무형자산으로 간주, 재화와 서비스와 비트코인의 거래를 기본적으로 물물교환으로 인식을 하여 판매세를 부과하여야 하지만, 무형자산을 부과하고 있어 비트코인에 대한 판매세를 부과하지 않고 있다.¹⁴³⁾

(5) 통화감독국 OCC (Office of the Comptroller of the Currency)

미국 은행시스템 연방규제기관인 통화감독국(Office of the Comptroller of the Currency, 이하 OCC)은 2017. 3. 핀테크기업이 가상화폐 은행을 만들 수 있는 특별목적은행업 허가(special purpose national bank)에 관한 규정의 초안을 발표하였다.¹⁴⁴⁾ 그 후 현재까지 100여 개의 공개의견을 받은 후 규정시행을 준비 중에 있다. 하지만 은행감독자협의회(CSBS)와 뉴욕주

Treated as Property for U.S. Federal Tax Purposes; General Rules for Property Transactions Apply”, Notice 2014-21, 25 Mar. 2014.

141) Jose Pagliery, “New IRS rules make using Bitcoins a fiasco”, CNN Money, 31 March 2014.

142) Rosario Girasa, 위의 책, 190면 참조.

143) 최인석, 가상통화 이용위험에 대한 법적 규제에 관한 연구, 연세대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2018, 178면 참조.

144) OCC, “Exploring Special Purpose National Bank Charters for Fintech Companies”, Dec, 2016.

금융감독국(NYDFS)은 OCC의 특별목적은행업 허가규정이 기존의 잘 정비된 주법의 규정체계를 무너뜨리는 불법적이고 불안정한 규정이며 이용자 보호에 문제가 생길 수 있음을 이유로, 이를 철회할 것을 구하는 소를 연방법원에 신청하였으나 각하되었다.¹⁴⁵⁾

(6) 연방준비제도 Fed (Federal Reserve Board)

현재 연방준비제도에 의한 가상화폐 규제가 진행되고 있지는 않지만, 향후 가상화폐가 지급수단으로서 중요 위치를 차지하게 되면, 미국 금융시장 안정을 위해 규제가 필요해질 수 있다는 Fed 감사국 부의장(Vice-Chair for Supervision)의 의견이 있었다.¹⁴⁶⁾

Fed 전 의장 Janet Yellen은 Fed가 가상화폐를 규율할 수 있는 법적 근거를 의회에서 법률로 제정해 줄 것을 주장하기도 하였다.¹⁴⁷⁾

(7) 소비자금융보호국 CFPB (Consumer Financial Protection Bureau)

CFPB는 Dodd-Frank Act에 따라 기업들로 하여금 소비자들이 재정적인

145) Lexology, “CSBS Sues OCC Over Fintech National Bank Charter”, Apr 28, 2017; Ballard Spahr, “New York DFS files lawsuit challenging OCC special purpose national bank charter for fintech companies”, May 16, 2017.

그러나 위 소들에 대해서는 OCC의 각하 주장이 받아들여졌다(Conference of State Bank Supervisors v. Office of Comptroller of Currency, United States District Court, District of Columbia. April 30, 2018 313 F.Supp.3d 285 2018 WL 2023507 및 Vullo v. Office of Comptroller of the Currency, United States District Court, S.D. New York. December 12, 2017 Not Reported in Fed. Supp. 2017 WL 6512245 참조).

146) Randal K. Quarles, Thoughts on Prudent Innovation in the Payment System (Nov. 30, 2017), Speech, U.S. Board of Governors of the Federal Reserve. <https://www.federalreserve.gov/newsevents/speech/quarles20171130a.htm>

147) Katie Little, Fed lacks authority to regulate Bitcoin: Janet Yellen, CNBC, Feb. 27, 2014. <https://www.cnbc.com/2014/02/27/fed-chain-janet-yellen-discusses-Bitcoin-regulation.html?view=story&%24DEVICE%24=native-android-tablet>

판단을 하기 전에 가격, 위험, 계약 조건 등을 충분히 인지할 수 있는 조치를 할 것을 요구한다. CFPB는 2014. 8. 가상화폐에 대하여 소비자들에게 조언하는 내용의 보도자료를 발표하기도 하였다.¹⁴⁸⁾

(8) 가상화폐 규제 관련 형사처벌 규정¹⁴⁹⁾

위반행위	법률	형량
허가 없이 화폐 서비스업을 할 경우	18 U.S.C. §1960	5년 이하의 징역
자금세탁모의	18 U.S.C. §1956(h)	20년 이하의 징역 또는 벌금 \$500,000 또는 2배의 관련 자금
자금세탁행위	18 U.S.C. §1956(a)(1)	상동
위법한 자금거래	18 U.S.C. §1957	10년 이하의 징역 또는 벌금 \$500,000 또는 2배의 관련 자금
자금거래업으로의 등록 위반	31 U.S.C. §5330	\$5000 과징금
증권법 위반	15 U.S.C. §§77a et. seq. and 78a et. seq	최대 20년 징역, 벌금, 몰수 등
송금 사기	18 U.S.C. §1343	최대 30년 징역, \$1,000,000 벌금
메일 사기	18 U.S.C. §1341	최대 5년 징역 (금융기관 연계 시 30년 이하 징역), \$250,000 or \$1million 벌금

148) U.S. Consumer Financial Protection Bureau, Risks to consumers posed by virtual currencies consumer advocacy, Aug. 2014.
http://files.consumerfinance.gov/f/201408_cfpb_consumer-advisory_virtual-currencies.pdf

149) Rosario Girasa, 위의 책, 139-40면 참조.

나. 주 차원의 규제¹⁵⁰⁾

(1) 뉴욕주

뉴욕주는 2015. 6. 가상화폐업자에 대한 규제를 위한 별도의 법령을 제정하였다.¹⁵¹⁾ 위 법률 §200.3에 따르면, 가상화폐업을 하고자 하는 자는 면허(License)를 받아야 한다.¹⁵²⁾ 가상화폐업자가 면허 요건 일부를 충족시키지 못하더라도 감독기관이 조건부로 면허를 발급할 수 있는 제도를 두었다

150) 주별 규제에 대한 상세한 설명이 담긴 글로는 Matthew E. Kohen 외 1, “State Regulations on Virtual Currency and Blockchain Technologies, Blockchain and Digital Currency”, 2019. 4. 19. 참조.

151) 이 법에 따른 가상화폐란 교환의 수단 또는 디지털의 형태로 저장된 가치로써 디지털 단위의 형태를 의미한다. 아울러 가상화폐는 넓은 의미에서 다음의 디지털 교환 단위도 포함하는데 이에는 (i) 중앙집중형 저장소 또는 관리자를 가지고 있는 디지털 단위, (ii) 분산형 디지털 단위이거나 중앙집중형 저장소 또는 관리자가 없는 디지털 단위, (iii) 컴퓨팅 또는 노력을 통해 생산될 수 있는 디지털 단위가 그것이다. 다만 다음 세 가지 경우에는 가상화폐로 보지 아니한다. 이에는 ① 디지털 단위가 (i) 온라인 게임 플랫폼에서만 사용이 가능하거나, (ii) 게임 플랫폼 밖에서 사용가능한 시장이 없거나, (iii) 법화나 다른 가상화폐로 교환 또는 환불이 불가능한 경우, (iv) 현실세계의 물품, 서비스, 할인 또는 구매로 환불할 수 있는지 확실하지 않은 경우, ② 디지털 단위가 발행자나 다른 상인의 이용자친화정책 또는 보상프로그램의 일부로써 물품, 서비스, 할인 또는 구매로 환불할 수 있지만, 법화나 가상화폐로 교환이 불가능한 경우, ③ 디지털 단위가 선불카드의 일부로서 사용되는 경우”가 이에 해당한다[§200.2(p)].

이 법에 따른 가상화폐업이란 뉴욕거주자 또는 뉴욕시민에게 다음 유형의 사업 중 하나를 하는 행위를 의미한다. ① 가상화폐의 송금 또는 수신을 위하여 가상화폐를 받는 행위(다만 금융거래 이외의 목적으로 가상화폐를 거래하거나 명목상의 가상화폐 이상을 거래하지 않는 것은 가상화폐업에 포함되지 아니한다), ② 다른 사람을 대신하여 가상화폐의 저장, 보유, 유지관리, 통제하는 행위, ③ 사업자로서 가상화폐 매매를 업으로 하는 행위, ④ 사업자로서 가상화폐를 교환하는 것을 업으로 하는 행위, ⑤ 가상화폐를 통제, 관리, 발행하는 행위가 해당된다. 다만 소프트웨어의 개발이나 보급을 목적으로 하는 것은 가상화폐업에 해당하지 아니한다 [§200.2(q)].

152) License 신청 시 신청인, 이사, 업무집행자, 주요주주, 신청인의 주요수익자 전부, 신청인에 의해 고용된 자 중에 고객의 자금(법화 또는 가상화폐)에 접근권한이 있는 모든 자의 지문과 증명사진을 요구하고 있다[§200.4(a)].

[§200.4(c)]. 면허 신청이 있으면 감독기관은 해당 신청인의 재정상태, 책임 능력, 사업경험, 특성과 일반적인 적합성을 조사한다[§200.6(a)]. 한편 면허가 나오더라도 감독기관은 가상화폐업자가 (원본 면허의 발급을 거절할 수 있는 규정을 위반하는 것과 같은) 일정한 사유가 있으면, 면허를 정지하거나 취소할 수 있고[§200.6(c)],¹⁵³⁾ 공공의 이익을 위해 필요하다고 판단 될 때, 이 규정, 금융법, 은행법 및 보험법의 규정을 위반하는 행위를 금지하기 위하여 예비적 금지명령을 내릴 수 있다[§200.6(e)].

세부사항으로는 규정 준수 및 준법감시인 선임(§200.7), 최저자본금 규제 (§200.8), 거래기록의 생성·보존(§200.12),¹⁵⁴⁾ 감독기관의 검사(§200.13), 재무보고 및 공시(§200.14), 자금세탁방지 프로그램(§200.15), 사이버 보안 프로그램(§200.16), 비즈니스 연속성 및 재해 복구(§200.17), 광고 및 마케팅 제한(§200.18), 고객 보호(§200.19), 분쟁조정 절차 수립(§200.20) 등의 규정이 있다.

※ 가상화폐업 통일규제법(uniform state Regulation of Virtual Currency Businesses Act)

미국 주법 간의 통일을 위하여 모델법을 제안하고 각 주에서 모델법에 따른 입법을 하도록 활동하는 통일법 위원회(Uniform Law Commission)는

153) 일정한 사유 중 하나인 “정당한 사유”는 가상화폐업자가 채무불이행을 하였거나 재무적인 계약의무에 대해 불법, 부정직, 부당, 불공정한 행위, 공공에 해를 끼치는 관행이 존재하는 경우이다[§200.6(c)].

154) 가상화폐업자는 가상화폐사업과 관련하여 작성한 모든 장부 및 거래기록을 작성한 날로부터 최소 7년 동안 원래 형식 또는 원시 파일형식으로 작성, 보관 및 보존해야 한다. 또한 감독기관이 요구할 경우에는 모든 법률, 규칙 및 규정을 가상화폐업자가 준수하는지 여부를 감독기관이 판단할 수 있는 상태로 모든 장부 및 거래기록을 제공해야 한다[§200.12(a)]. 가상화폐업자가 보유한 장부 및 거래기록에는 제한이 없으며 거래금액, 날짜 및 정확한 시간, 지급지시, 가상화폐업자가 수령하고 지급한 총 수수료 및 요금, 그리고 가상화폐업자의 이름, 계좌번호 등과 같은 일정사항들이 포함된다[§200.12(a)].

2017년 가상화폐업 통일규제법을 최종 제안하였다. 아직 위 법을 채택한 주는 없으나, 가상화폐업 통일규제법은 뉴욕금융당국의 영향을 받아 위에서 소개한 뉴욕주의 가상화폐 규제법과 유사하게 구성되어 있다. 2019. 5. 현재 캘리포니아주, 오클라호마주, 로드아일랜드주, 네바다주, 하와이주에서 가상화폐업 통일규제법 법률안이 주의회에 계류 중에 있다.¹⁵⁵⁾

가상화폐업 통일규제법은 제2장에서 허가(License)의 신청 및 갱신에 대하여 규정하고,¹⁵⁶⁾ 제3장에서는 거래기록 유지의무, 감독기관의 검사 등과 같은 가상화폐업자의 의무에 대하여 규정하고 있으며, 제4장에서는 업무 정지, 금지명령, 과징금과 같은 규제 당국의 조치 수단들을 규정하고 있다. 제5장에서는 정보공개 의무 등 고객 보호 규정들이 있고, 제6장에서는 가상화폐업자의 내부통제 및 준법감시 프로그램 등에 대하여 규정하고 있다. 제7장

155) <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=e104aaa8-c10f-45a7-a34a-0423c2106778> 2019. 3. 1. 접속.

156) 가상화폐업을 영위하기 위해서는 주 정부로부터 허가(License)를 받도록 하고(§201), 뉴욕주의 가상화폐규제법률 소위 Bitlicense처럼 최저자본금 규제도 있다(§204).

가상화폐업 통일규제법상 가상화폐란 교환의 수단, 가치의 척도, 가치보장수단을 가지고 있고 법화로 표시되는 것과는 상관없이 법화가 아닌 디지털표시가치를 말한다. 다만 다음 세 가지 경우에는 가상화폐로 보지 아니한다. 첫째, 디지털표시 가치의 전송을 관리하는 소프트웨어 또는 프로토콜, 둘째, 상인의 이용자친화정책 또는 보상프로그램의 일부로써 사용되거나 상거래에서 법화, 은행신용장, 쌍방향 가상화폐로 교환이 불가능한 경우, 셋째, 온라인 게임, 게임 플랫폼 또는 이들이 제공하는 게임 내에서만 사용이 가능한 디지털표시가치”[§102(22)]가 이에 해당한다. 가상화폐업이란 “(i) 본인 스스로 또는 가상화폐통제서비스벤더 공급업체와의 계약을 통해 거주자를 대신하여 가상화폐를 교환, 이전 또는 저장하거나 가상화폐를 관리하는 행위. (ii) 다른 사람을 대신하여 전자적 귀금속 또는 귀금속의 전자적 증명서를 보유하거나, 귀금속의 이익을 대표하는 전자적 증명서 또는 주식을 발행하는 행위, (iii) 비쌍방향 디지털 단위를 하나 이상의 쌍방향 가상화폐, 법화, 은행신용장으로 온라인게임플랫폼 외부에서 교환해 주는 행위”[§102(24)]를 의미한다. 또한 가상화폐통제서비스벤더란, “계약에 의해서 다른 사람을 대신하여 가상화폐를 관리 및 통제할 수 있는 자”[§102(25)]를 의미한다. 가상화폐관리업이란 “법화, 은행신용장, 다른 가상화폐로 상환할 수 있는 권한을 가진 가상화폐를 발행하는 행위”[§102(23)]를 의미한다.

에서는 다른 법률과의 관계와 같은 그 밖의 사항에 대하여 규정하고 있다.

(2) 캘리포니아주

캘리포니아주 의회는 2014년 미국의 법정화폐 외의 어떤 화폐도 발행하거나 유통하지 못하도록 하는 회사법(Corporation Code) 조항(§107)을 폐기함으로써, 비트코인 등 가상화폐가 유통되도록 허용하였다.

가상화폐업을 하기 위해서는 주의 허가를 받도록 하는 등의 가상화폐법도 현재 주의회에 계류 중에 있다.

(3) 워싱턴주

워싱턴주 금융국(Washington State Department of Financial Institutions, DFI)은 가상화폐를 기존의 통일자금서비스법(Uniform Money Service Act)상 자금송금(Money Transmission)의 개념 중 “자금과 동등한 가치”(equivalent value)에 포섭시켜 가상화폐업자를 자금송금업자와 동일하게 규제하였다.¹⁵⁷⁾ 이 법에 따르면 가상화폐업자는 DFI로부터 자금송금업 면허(license)를 받아야 하며,¹⁵⁸⁾ 해당시스템에 대한 제3기관의 감사도 받아야 한다. 또한 고객예치금과 동일한 규모의 가상화폐준비금을 유지해야 하고 1만~55만 달러 사이의 보증채권(surety bonds)도 준비해야 한다.

(4) 코네티컷주

코네티컷주에서는 2015년 6월 19일 코네티컷자금이체법(the Connecticut Money Transmission Act)을 개정하였는데, 위 법은 코네티컷주에서 가상화

157) DFI, “Bitcoin and Virtual Currency Regulation”, July, 2017.

158) 2018. 4. 3. 기준 면허를 받은 회사는 bitFlyer USA, BitPay, Bittrex, Coinbase, Coinme, Gemini, Moon, POSaBit, Square, Tomatosolution, Uphold HQ, Xapo로 총 12개 사이다(<https://dfi.wa.gov/sites/default/files/documents/virtual-currency-licensee-list.pdf>).

폐업을 영위하기 위해서 허가가 필요하다는 내용을 규정하였다. 가상화폐업자는 환전, 자금송금과 같은 자금서비스업에 부과된 요구사항을 준수하여야 할 뿐만 아니라, 가상화폐업을 위한 추가적인 기준을 설립하여야 한다. 가상화폐업은 가상화폐의 잠재적인 변동성을 보충하는 보증증서를 보유하여야 하며, 코네티컷 은행감독국장은 가상화폐면허를 부여할 때 조건을 부가할 수 있는 광범위한 권한을 가지고 있고, 면허를 발급하는 것이 소비자에게 재정적 손실의 위험을 발생시킬 우려가 있는 때에는 신청을 불승인할 수 있다.¹⁵⁹⁾

(5) 앨라배마주, 조지아주 및 아이다호주

앨라배마주는 2017년 자금거래법을 개정해서 가상화폐업을 하기 위해서

159) Congressional Research Service (Edward V. Murphy, M. Maureen Murphy, Michael V. Seitzinger), 『Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues』, 2015. 10, 16-7면.

가상화폐를 교환의 매개로 사용되는 디지털단위의 형태, 전자적으로 저장된 가치의 형태로 정의하면서, 온라인 게임에서만 사용되거나 고객 보상 프로그램의 일환으로서 제공되는 가상화폐로서 법정통화와 환전이 되지 않는 것을 정의에서 제외하고 있다.

곧, 가상화폐란 교환수단 또는 디지털 방식의 저장된 가치 형태로 사용되거나 지급결제시스템 기술에 통합되는 모든 유형의 디지털단위를 의미한다. 가상화폐는 다음의 디지털 방식의 교환단위를 포함한다. (A) 중앙관리기관 또는 관리자가 있는 디지털단위, (B) 분산방식으로 중앙관리기관 또는 관리자가 없는 디지털 단위, (C) 계산 또는 제조 노력에 의해 생성되거나 획득 될 수 있는 디지털 단위이다. 다만 다음의 경우에는 가상화폐에 포함되지 않는다. (i) 해당 게임 플랫폼 외부에 시장이나 응용 프로그램이 없이 온라인 게임 플랫폼에서만 사용될 수 있거나, (ii) 소비자 선호도 또는 보상 프로그램의 일부로 독점적으로 사용되는 디지털 단위인 경우, (iii) 발행자 또는 다른 지정된 상인과의 구매에 대한 지불로만 사용할 수 있지만 화폐로 환전하거나 상환 할 수 없는 경우

위의 내용은 코네티컷주법 Conn. Pub. Act 15-53, An act Concerning Mortgage Correspondent Lenders, The Small Act, Virtual Currencies and Security Freezes on Consumer Credit Reports, Sec. 7(7)(c)(d) 참조.

<https://www.cga.ct.gov/2015/ACT/PA/2015PA-00053-R00HB-06800-PA.htm> 참조 (2019. 3. 1. 접속).

는 허가를 받도록 하였다.¹⁶⁰⁾

조지아주는 2016년 법을 개정해, 주정부의 ‘은행 및 금융’ 부서에, 가상 화폐를 포함한 화폐거래업에 대해 규칙 등을 제정해 규제를 할 수 있도록 하는 권한을 부여하였고, 화폐거래업은 모두 허가를 받도록 하였다.¹⁶¹⁾

아이다호주 및 노스캐롤라이나주도 가상화폐거래를 포함한 화폐거래업을 위해서는 주의 허가가 필요하도록 하였다.¹⁶²⁾

(6) 네바다주

네바다주는 블록체인을 전자기록으로 인식하여 그 사업 시 확인 또는 허가 등을 받도록 하였고, 특별히 주에 의한 과세를 면제하여 블록체인 사업을 육성하려 하고 있다.¹⁶³⁾

(7) 텍사스주

텍사스주는 2014년 이후 가상화폐를 사는 것을 화폐교환업으로서 규율하지 아니하여, 규제에서 자유로운 상태이지만, 현재 규제 관련 법률들이 주의회에서 계류 중에 있다.¹⁶⁴⁾

(8) 일리노이주

일리노이주의 2017. 6. 가상화폐규제지침에 따르면, 가상화폐 ‘화폐’가 아니므로 그 교환업에 대해 자금거래 허가가 필요하지는 않다고 하였다.

160) Alabama Money Transmission Act, H.B. 215, 2017 Leg., Reg. Sess. (Ala. 2017) §8-7A-2(8).

161) Ga. Code Ann. §7-1-680(26)

162) Rosario Girasa, 위의 책, 117면 참조.

The North Carolina Money Transmitters Act, N.C. Gen. Stat. §53- 208.1, et seq. §53-208.43 and §53-208.47.

<https://www.nccob.org/Public/financialinstitutions/mt/mtrules.aspx> 2019. 2. 20. 접속

163) Rosario Girasa, 위의 책, 118면 참조.

164) Rosario Girasa, 위의 책, 120-1면 참조.

일반적으로 가상화폐와 법정통화를 제3의 거래소를 통하거나 자동화기기를 통하여 환전하는 것은 송금으로 간주되고, 양 당사자 간에 직접적으로 가상화폐와 법정통화를 환전하는 것은 물품판매에 불과하여 송금이 아니라고 설명하고 있다. 그리고 가상화폐와 다른 가상화폐의 교환 역시 송금이 아니고, 디지털 화폐 자체의 전송 역시 송금이 아니라고 적시하고 있다.¹⁶⁵⁾

(9) 매사추세츠주

매사추세츠주는 2017. 12. 가상화폐는 증권으로서의 성질이 있으므로, ICO나 그 판매 시에 주 금융국에 등록을 해야 한다는 의견을 밝혔고, 이를 위반한 ICO에 대해 행정조치를 취하기도 하였다.¹⁶⁶⁾

(10) 그 외

그 외 주들도 가상화폐업을 위해 허가를 요구하거나, 일정한 규제가 있는 경우들도 있고, 아직 블록체인 관련 규제 법률을 만들지 않은 주들도 있지만, 아직 규제가 없는 주들에서도 대부분 관련 규제 법률들이 주의회에 계류 중에 있거나 검토 중에 있다.¹⁶⁷⁾

2. 판례

가. 연방항소심

(1) US v. Lord (2019. 2. 15. 선고)

FinCEN 관련 사건으로, 피고인의 가상화폐업이 MSB (Money Service

165) <https://www.idfpr.com/Forms/DFI/CCD/IDFPR-Digital Currency Regulatory Guidance.pdf>

166) Rosario Girasa, 위의 책, 125면 참조.

167) Rosario Girasa, 위의 책, 127면 참조.

Businesses)에 해당함에도 관련 면허를 받거나 BSA (Bank Secrecy Act)에 따른 의무를 부담하지 않은 것으로 인하여 유죄 판결을 받은 형사 사건이다.¹⁶⁸⁾

(2) *United States v. Ulbricht* (2017. 5. 31. 선고)

가상화폐를 이용한 위법물 거래로 기소된 실크로드 운영자에 대한 형사 사건으로 피고인의 종신형을 선고한 하급심 판결을 유지한 판례이다.¹⁶⁹⁾

위 실크로드 홈페이지 사건과 관련하여, FinCEN의 자금거래규제를 따르지 않은 것에 대한 형사사건 1심으로는 *U.S. v. Faiella*가 있다.¹⁷⁰⁾

나. 연방지방법원

(1) *SEC. & Exch. Comm' n v. Shavers*

SEC 관련 사건으로 SEC가 비트코인을 이용한 투자상품을 만들어 폰지 사기(Ponzi Scheme) 행위를 한 사업자를 기소하고 법원이 이를 인용한 사례이다.¹⁷¹⁾

(2) *SEC v. Blockvest, LLC*

SEC 관련 사건으로 SEC가 가상화폐업을 하면서 연방증권법을 위반한 회사에 대해 자산동결 등 임시조치를 청구하여, 법원이 인용한 사례이다.¹⁷²⁾

168) 915 F.3d 1009

위 사건 1심은 *US v. Lord* (2017. 4. 20. 선고) (Criminal Action No. 15-00240-01/02, 2017 WL 1424806)

169) *United States Court of Appeals, Second Circuit*, 858 F.3d 71, 2017 WL 2346566
위 사건 1심은 *United States v. Ulbricht* (2014. 10. 10. 선고) (*United States District Court, S.D. New York.*, 2014 WL 5090039)

170) (2014. 8. 19. 선고) *United States District Court, S.D. New York*, 39 F.Supp.3d 544

171) (2014. 9. 18. 선고) No. 4:13-CV-416, 2014 WL 4652121, E.D. Tex.

172) (2018. 10. 5. 선고) *United States District Court, S.D. California*, 2018 WL 4955837

(3) Balestra v. ATBCOIN LLC

가상화폐 ICO 투자자들이 연방증권법 위반을 이유로 ICO를 한 회사를 상대로 집단소송을 하였고, 피고측의 각하 주장을 배척한 사례이다.¹⁷³⁾

(4) Federal Trade Commission v. BF Labs, Inc.

미국 연방 규제기관 중 하나인 FTC가 비트코인 마이닝 기계를 파는 등의 서비스를 했던 회사에 대해 사기 행위 등을 이유로 법원에 금지명령 및 배상청구 등을 한 사례이다.¹⁷⁴⁾

(5) United States v. Murgio

FinCEN 관련 사건으로 피고인이 자금세탁 방지 의무 등 자금거래 관련 규정을 위반한 이유로 유죄판결을 받은 사례이다.¹⁷⁵⁾

(6) United States v. Stetkiw

FinCEN 관련 사건으로 피고인이 자금거래 관련 규정을 위반하여 허가 없이 가상화폐업을 한 이유로 기소되었고, 피고인의 각하 주장을 배척한 사례이다.¹⁷⁶⁾

(7) United States v. Zaslavskiy

관련 사건들: SEC v. Blockvest, LLC (2018. 11. 27. 선고) United States District Court, S.D. California, 2018 WL 6181408 및 SEC v. Blockvest, LLC (2019. 2. 14. 선고) United States District Court, S.D. California, 2019 WL 625163 등이 있다.
173) (2019. 3. 31. 선고) United States District Court, S.D. New York, F.Supp.3d, 2019 WL 1437160
174) (2014. 9. 14. 선고) No. 4:14-cv-00815-BCW
175) (2016. 9. 19. 선고) United States District Court, S.D. New York, 209 F.Supp.3d 698, 2016 WL 5107128
176) (2019. 2. 1. 선고) United States District Court, E.D. Michigan, Southern Division, 2019 WL 417404

SEC 관련 사건으로 Zaslavskiy는 ICO를 통해 가상화폐를 발생하였는데, 그 가상화폐가 Howey test를 만족하여 연방증권법의 규제 대상이 됨에도, 법의 규제를 따르지 않은 Zaslavskiy에 대한 형사사건이다.¹⁷⁷⁾

관련 사건으로 **SEC v. REcoin Group Foundation, LLC**, 사건이 있다. Zaslavskiy가 운영한 REcoin Group Foundation과 DRC World, Inc.를 상대로 한 SEC의 제소 사건이다.¹⁷⁸⁾

(8) United States v. Coinbase, Inc.

IRS는 가상화폐 관련 세금신고가 과소신고된 것으로 판단하여 Coinbase에 매년 20,000달러 이상의 거래를 한 이용자들을 특정할 수 있는 정보 제공을 요청하였고, Coinbase가 이를 제공하지 않자 소를 제기하였다. 캘리포니아 북부 연방지방법원은 2017. 11. 28. Coinbase로 하여금 IRS가 요청한 정보 가운데 납세자를 특정하는데 필요하지 않은 정보를 제외한 나머지 정보를 IRS에 제공하도록 명하였다.¹⁷⁹⁾

(9) Commodity Futures Trading Commission v. McDonnell

CFTC 관련 사건으로 가상화폐들을 이용한 사기적 펀드 모집행위에 대해, CFTC에서 민사적 구제청구 등을 한 사례. 위 관례는 관할 위반 여부에 관하여 위반이 없다는 판단을 하였다.¹⁸⁰⁾

유사한 관례로 **Commodity Futures Trading Commission v. My Big Coin Pay, Inc.**가 있다.¹⁸¹⁾

177) (2018. 9. 11. 선고) 17 CR 647 (RJD)

178) No. 17 Civ 0725 (E.D.N.Y. 2017. 9. 29. 제기)

179) (2017. 11. 28. 선고) United States District Court Northern District of California, Case No.17-cv-01431-JSC

180) (2018. 3. 6. 선고) United States District Court, E.D. New York, 287 F.Supp.3d 213 Comm. Fut. L. Rep. P 34, 222

181) (2018. 9. 26. 선고) United States District Court, D. Massachusetts, 334 F.Supp.3d

(10) Commodity Futures Trading Commission v. Gelfman
Blueprint, Inc.

CFTC 관련 사건으로 연방 상품거래법을 위반하여 가상화폐업을 한 혐의로 피고에 대해 민사적 구제청구 등을 한 사례이다.¹⁸²⁾

다. 주대법원

(1) 뉴욕주의 Chino v. New York Department of Financial
Services

가상화폐업을 하고자 하는 자가 가상화폐업 허가와 관련한 주의 규제를 다투었지만, 패소한 사례이다.¹⁸³⁾

라. 주법원 판결

(1) 플로리다주 항소법원의 State v. Espinoza

이 사건의 원심 플로리다주 1심법원은 가상화폐 거래행위를 하면서 자
금세탁방지 의무 등에 위반하였다는 이유로 기소된 피고인에 대해, 비트코
인은 ‘화폐’로 볼 수 없어, 피고인이 위법행위를 했다고 볼 수 없다고 판단
하였으나, 이를 파기 환송한 사건이다.¹⁸⁴⁾

492 Comm. Fut. L. Rep. P 34, 345

182) (2018. 10. 2. 선고) United States District Court, S.D. New York, 2018 WL 6320653

183) (2019. 4. 23. 선고) Supreme Court, Appellate Division, First Department, New
York. - N.Y.S.3d - 171 A.D.3d 610, 2019 WL 1768481

184) (2019. 1. 30. 선고) District Court of Appeal of Florida, Third District, 264 So.3d
105544 Fla. L. Weekly D317

1심: the Circuit Court for Miami-Dade County, Teresa Mary Pooler, Judge. Lower
Tribunal No. 14-2923

3. 가상화폐 규제와 관련한 미국 금융당국 정책 입장

미국 연방정부에는 금융산업에 관하여 통일적인 규제기관이 존재하는 것이 아니라, 아래와 같이 다양한 기관들이 각자의 규율 범위에서 금융산업에 대한 규제를 가한다. 따라서 여러 기관의 규제 정책을 종합적으로 파악해야 전체적인 상황을 이해할 수 있다.

가. FinCEN

FinCEN은 가상화폐교환을 자금이체행위로 보고 이에 관한 규제를 하고 있는바, 2019. 5. 9. 기존의 가상화폐규제에 대한 내용을 총괄한 가이드문서를 발표하였다. 이에 따르면 가상화폐업자는 자금거래 행위를 하는 것이므로, 자금세탁방지 등의 연방은행기밀법(Bank Secrecy Act)상의 의무를 준수해야 한다고 한다.

FinCEN은 같은 날 금융기관들이 (익명성으로 인한) 가상화폐 관련 범죄 행위를 방지할 수 있도록 금융기관들에 대한 가이드문서도 발표하였다.¹⁸⁵⁾

나. SEC

증권에 관한 규제는 SEC에서 담당하는데, 가상화폐 역시 증권과 유사한 역할을 하는 경우에 대해서는 SEC의 규제를 받게 된다.

최근 2019. 6. 6. SEC 의장 Jay Clayton은 가상화폐를 기반으로 한 ETF 승인 등을 위해 자체적인 노력을 하고 있지만, 아직 가상화폐에 대한 시장의 보호 조치가 불충분한 상황이라는 취지의 발언을 하였다.¹⁸⁶⁾

185) <https://www.fincen.gov/news/news-releases/new-fincen-guidance-affirms-its-longstanding-regulatory-framework-virtual> 2019. 2. 26. 접속.

186) <https://cointelegraph.com/news/sec-chairman-other-market-protections-needed-before-bitcoin-etf-approval> 2019. 2. 26. 접속.

또한 최근 SEC는 2019. 5. 31. ICO에 관해서 이를 총괄적으로 설명하는 내용을 발표하였다. 자금을 모으고 투자를 진행하는 방식이 되는 ICO를 허용하면서도, 일반 증권투자보다 큰 위험성 등에 대해서 경고하고 있으며, ICO 투자 시 주의점, 전문가들에 대한 조언 등 ICO에 대한 자세한 내용을 담았다.¹⁸⁷⁾

2018. 1. 25.에는 SEC 의장 Jay Clayton과 CFTC 의장 J. Christopher Giancarlo가 함께 규제주체로서의 가상화폐에 대한 입장을 발표하였다. 가상화폐 산업은 산업혁명에 비견될 만큼 금융산업의 효율을 높여줄 중요한 기술 산업인바, 관련 기술이 잘 발달할 수 있도록 자신들은 규제자로서의 역할에 충실하겠다고 하면서, ICO 및 파생상품 등의 투자에 관해서는 자신들이 규율하지만, 가상화폐거래 등에 대해서는 주별 규제가 이루어지고 있으며, 여러 가지 범죄행위들에 대해서는 규제자들의 통합적인 노력이 필요하다는 등의 내용을 발표하였다.¹⁸⁸⁾

SEC 의장 Jay Clayton은 2017. 12. 11. 가상화폐 및 그 ICO 사업에 대해 의견을 발표하였다. 이러한 Fintech 시장의 발달은 자본시장의 구조를 더 용이하게 하고, 투자자들에게 더 많은 기회를 제공할 것으로 확신한다고 하였다. 그러나 투자자들은 투자를 하기 전에 적절한 질문과 명확한 답변을 받고, 상식에 맞는 투자를 할 것을, 그리고 조언자들과 상품 개발자들은 SEC의 규제 법률을 매우 심도 있게 파악하고 따를 것을 요구하였다.¹⁸⁹⁾ 그리고 SEC의 Fintech 사업부가 항상 열려 있으니 사업을 진행할

187) <https://www.sec.gov/ICO> 2019. 2. 26. 접속.

188) <https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-clayton-giancarlo-012518> 2019. 2. 26. 접속.

189) 특별히 ICO와 관련하여, 지금까지 보아온 대부분의 ICO가 증권발행에 포함되었는 바, ICO를 하려고 할 경우에는 반드시 SEC의 절차와 규율을 따를 것을 주문하였다. Mauricio 외 1, “The current environment of U.S. cryptocurrency regulation”, 2018. 10.

때 조언을 받고 진행할 것을 권유하였다.¹⁹⁰⁾

SEC는 또한 온라인상의 가상화폐거래소는 증권거래소로서 SEC에 등록하고 관련 규제에 따를 것을 권고하는 내용도 발표하였다.¹⁹¹⁾

다. CFTC

CFTC도 가상화폐를 미래 신기술의 하나로 인식하면서도, 고객을 보고하고 사기적인 행위를 방지하기 위해 규제에 적극 나설 것임을 밝히고 있다.¹⁹²⁾

CFTC는 앞으로도 가상화폐 투자 고객에 대한 교육 및 가상화폐 관련 파생상품들에 대한 모니터링 강화, 위법행위에 대한 적극적인 조치, 가상화폐 규제를 위한 국제공조 등을 강화하겠다는 입장을 밝혔다.

라. IRS

IRS 홈페이지에 따르면, 2014년에 만들어진 가이드라인을 현재까지 그대로 적용하고 있는 것으로 보인다.¹⁹³⁾ 이에 따르면 가상화폐를 판매하거나 중개거래를 하거나, 상품 또는 서비스에 가상화폐를 지불하거나 투자

190) Jay Clayton, Statement on Cryptocurrencies and Initial Coin Offerings, Public Statement, Dec. 11, 2017.

<https://www.sec.gov/news/public-statement/statement-clayton-2017-12-11>

191) Sec. & Exch. Comm'n, Statement on Potentially Unlawful Online Platforms for Trading Digital Assets: Joint Public Statement of Divisions of Enforcement and Trading and Markets (Mar. 7, 2018).

위 내용에서 SEC는 단순한 디지털 지갑이나 가상화폐간 거래만 이루어지는 서비스도 증권 브로커나 증권 에이전트 또는 클리어링 에이전트로서의 요건을 갖추어야 한다고 하였다.

192) 가상화폐에 대한 CFTC의 입장, 고객에 대한 조언, 접근 방법 등에 대한 모든 자료를 모아놓은 공식 링크로는 <https://www.cftc.gov/Bitcoin/index.htm> 참조. 2019. 2. 25. 접속.

193) <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/virtual-currencies> 2019. 2. 25. 접속.

목적으로 가상화폐를 가지고 있는 경우들에 세금 의무가 발생할 수 있으니 주의할 것을 권고하고 있다.

마. NASAA (North American Securities Administrators Association)

주 증권 규제기관들의 자율기구인 NASAA에서도 현재 가상화폐에 대한 규제가 충분히 이뤄지고 있지 못하므로 투자 시 주의할 점에 대하여 경고하는 글을 발표하였다.¹⁹⁴⁾

또한 2018. 4.부터는 Operation Crypto-Sweep이라는 프로젝트를 통해, 40개가 넘는 주별 증권 규제당국들이 참여하여, 가상화폐업자들에 대한 다양한 규제 조치들을 취하고 있다.

바. FINRA (Financial Industry Regulatory Authority)

자율기구인 FINRA에서도 회원들에게 가상화폐업에 관여하고 있는지를 알려달라는 취지의 공고를 하였고, 이를 통해 앞으로 가상화폐 관련 규제를 시행할 것으로 예상된다.¹⁹⁵⁾

사. 수사당국 입장

자금세탁방지 의무나 고객 파악 의무 등이 잘 시행되지 않는 나라들도 많아, 가상화폐 관련 위법행위에 대한 수사에 어려움이 있을 수 있지만, 미국 수사당국은 범죄행위는 결국 추적될 수 있다 입장을 표명하였다.¹⁹⁶⁾

194) North American Securities Administrators Association, “NASAA Reminds Investors to Approach Cryptocurrencies, Initial Coin Offerings and Other Cryptocurrency-Related Investment Products with Caution”, Jan. 4, 2018.

195) Fin. Indus. Regulatory Auth., “Digital Assets: FINRA Encourages Firms to Notify FINRA if They Engage in Activities Related to Digital Assets”, Regulatory Notice 18-20 (July 6, 2018).

196) Bret Nigh and C. Alden Pelker, “Virtual Currency - Investigative Challenges and

V. 결론(관련 헌법적 쟁점)

이상에서 비트코인 기술을 개관하고 그것이 어떻게 응용되고 있는지, 한계 내지 문제점은 무엇인지를 알아보았다. 그리고 여러 관련 헌법소원 사건들에서 문제되는 암호화폐 규제조치들과 관련하여, 미국에서의 가상화폐 규제도 전반적으로 살펴보았다.

중개인 없이도 동일한 시각에 서로 합의에 이를 수 있는 혁신 기술을 통해, 블록체인은 암호화폐뿐만 아니라 새로운 계약 체계(스마트 계약) 및 다양한 사업 형태를 이끌어 내었다. 또한 공공 블록체인뿐만 아니라 허가된 원장 시스템을 통해 기존에 존재하던 사업체들에게도 효율과 혁신의 기회를 제공하였다.

물론 현재 블록체인 기술은 한계와 문제점들도 있다. 이러한 한계점은 블록체인으로 하여금 현실의 법과 적절한 관계를 맺고 규제와 규율에 순응할 필요성을 제기하기도 한다. 비록 블록체인 기술이 국가나 거대기업의 통제를 벗어난 자유를 추구하고자 하는 목표가 있는 것도 사실이지만, 자율 규제를 비롯한 적절한 규율이 있을 때라야 진정한 성공을 이룰 수 있으므로, 이를 적절히 균형 있게 추구해야 할 필요가 있다. 블록체인을 비롯한 신기술에 대한 법률적 규제에 있어서는 이러한 점을 감안해야 할 것이다.

블록체인과 관련한 헌법적 문제들을 살펴보면, 일차적으로 경제적 기본권, 곧, 재산권,¹⁹⁷⁾ 직업의 자유(영업의 자유),¹⁹⁸⁾ 계약의 자유와 관련한 문

Opportunities, U.S. Bureau Of Investigation”, Sept. 8, 2015 참조.

197) 암호화폐가 헌법상 재산적 가치가 있는 권리, 곧 재산권의 보호대상이 됨에는 큰 이견이 없을 것이다. 따라서 이에 대한 과세 등의 규율이 있을 경우 재산권 제한의 문제를 야기한다.

198) ICO 전면 금지 등 암호화폐 관련 영업 내지 사업 제한은 직업의 자유 제한의 문제를 가져온다.

제들을 생각해 볼 수 있고, 그 외에도 사생활의 비밀과 자유,¹⁹⁹⁾ 선거,²⁰⁰⁾ 언론²⁰¹⁾ 등의 표현의 자유, 개인정보자기결정권²⁰²⁾ 등 다양한 쟁점들이 문제될 수 있다. 헌법재판과 관련하여 이러한 문제들이 제기될 경우에는 본 보고서에 작성된 블록체인 기술 자체에 대한 깊은 이해와 함께, 블록체인과 같은 신기술에 대한 규율이 어떠해야 하는지에 대한 기본적인 시각(신기술을 대하는 태도)도 고려되어야 한다. 블록체인과 같은 4차 산업혁명 시대의 신기술에서 일부 기존의 규제와 규율의 범위를 뛰어넘는 문제가 발생할 때에는 최대한 자율 규제를 유도하고, 신기술의 특성을 최대한 보장하면서도, 국가의 정책 목표와 조화될 수 있는 법률적 규제가 이루어지고 있는지 살펴보아야 할 것이다.

199) 익명성을 추구하고자 하는 블록체인 기술과 실명 거래를 유도하는 정부 정책 사이에 충돌이 발생할 경우, 이는 결국 개인의 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 형식이 될 것이다. 2017헌마1384 사건도 이와 관련이 있다.

200) 블록체인 기술을 활용한 온라인 전자투표 제도는 선거제 또는 직접민주주의 제도의 획기적 발전을 가져올 수 있다.

201) 분산화된 언론이 등장할 경우 기존의 집중화된 언론 권력에 대한 획기적인 변화를 가져올 수 있다.

202) 블록체인의 불변성은 개인정보삭제청구권 등과의 충돌을 야기할 수 있다.

[국문초록]

중개인 없이도 동일한 시각에 서로 합의에 이를 수 있는 혁신 기술을 통해, 블록체인은 암호화폐뿐만 아니라 새로운 계약 체계(스마트 계약) 및 다양한 사업 형태를 이끌어 내었다. 또한 공공 블록체인뿐만 아니라 허가된 원장 시스템을 통해 기존에 존재하던 사업체들에게도 효율과 혁신의 기회를 제공하였다.

그러나 블록체인 기술 역시 분산화의 한계나 익명성으로 인한 문제와 불변성으로 인한 문제, 확장성 문제 등 자체적으로 해결해 나가야 할 문제들이 있다.

미국 연방법에는 가상화폐를 직접 규제하는 단일법이 없다. 따라서 각 규제기관이 기존 법률에 근거해 다면적인 규제를 하고 있다. ① 연방 금융범죄단속국 FinCEN은 자금세탁방지의 차원에서 가상화폐를 규제한다. ② 연방 증권거래위원회 SEC는 ICO를 비롯한 증권거래와 관련한 가상화폐 사업을 규제한다. ③ 연방 상품선물거래위원회 CFTC는 가상화폐를 상품(commodity)으로 보고 이와 관련한 파생거래, 선물거래 등을 규제한다. ④ 연방 국세청(IRS)은 가상화폐를 재물로 보고 과세대상으로 규율한다. ⑤ 주별 금융 규제기관들은 주별 자금거래법률 등을 통해 가상화폐업을 규제하고 있다. 단, 뉴욕주의 경우 가상화폐규제법률을 별도로 제정하였다.

블록체인과 관련한 헌법적 문제들을 살펴보면, 일차적으로 경제적 기본권, 곧, 재산권, 직업의 자유(영업의 자유), 계약의 자유와 관련한 문제들을 생각해 볼 수 있고, 그 외에도 사생활의 비밀과 자유, 선거(직접 민주주의), 언론 등의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 등 다양한 쟁점들이 문제될 수 있다.

블록체인 기술 및 블록체인 관련 미국의 규제 개관

주제어

블록체인, 암호화폐, 비트코인, 스마트 계약, 가상화폐, 자금세탁방지, 증권·
선물 거래

[Abstract]

Through the innovative technology that can reach consensus at the same time without intermediaries, Blockchain has led to new contract systems (smart contracts) and various business forms as well as cryptocurrencies. However, Blockchain technology also has problems that need to be solved on its own, such as limitations of decentralization, problems due to anonymity, problems due to immutability, and scalability problems. There is no single law directly regulating cryptocurrencies in US federal law. Therefore, each regulatory body is implementing multi-faceted regulations based on existing laws. If we look at the constitutional issues related to Blockchain, we can first think about issues related to economic rights, that is, property rights, freedom of occupation (freedom of business), and freedom of contract. In addition, various issues such as privacy, elections (direct democracy), freedom of expression such as the press, and the right to self-determination of personal information can be problematic.

key-words

Blockchain, cryptocurrency, bitcoin, smart contract, Anti-money laundering, constitutional issue

참고문헌

[국내문헌]

- 김홍록, “비트코인 세상의 지폐 ‘UTXO’”, 서울경제 인터넷기사 (2018. 5. 15).
- 맹수석, “블록체인방식의 가상화폐에 대한 합리적 규제 방안 (비트코인을 중심으로)”, 『상사법연구』 제35권 제4호 (2017), 한국상사법학회.
- 이나래, “가상통화의 법적 성격에 대한 연구 - 가상통화 보유자가 가지는 권리를 중심으로”, 서울대학교 법학과 석사학위논문 (2018).
- 최인석, 가상통화 이용위험에 대한 법적 규제에 관한 연구, 연세대학교 법학전문대학원 박사학위논문 (2018).

[외국문헌]

1. 단행본

- Arvind Narayanan, Joseph Bonneau, Edward Felten, Andrew Miller, and Steven Goldfeder, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction*, Princeton University Press (2016).
- Kevin Werbach, *The Blockchain and the New Architecture of Trust*, The MIT Press (2018).
- Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Blockchain and the Law - the Rule of Code*, Harvard University Press (2018).

2. 논문 등

- Edward V. Murphy, M. Maureen Murphy, Michael V. Seitzinger, “Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues”, Congressional Research Service, (2015. 10.).
- Fred Ehrsam, “Funding the Evolution of Blockchains”, Medium (2017. 8. 24.).
- Ian Grigg, “The Ricardian contract”, First IEEE International Workshop on Electronic Contracting, San Diego, CA (2004).

헌법논총 제33집(2022)

Jay Clayton, “Statement on Cryptocurrencies and Initial Coin Offerings”, Public Statement (2017. 12. 11.).

Jon Russell, “Former Mozilla CEO raises \$35M in under 30 seconds for his browser startup Brave”, TechCrunch (2017. 6. 1.).

Jose Pagliery, “New IRS rules make using Bitcoins a fiasco”, CNN Money (2014. 3. 31.).

Mauricio 외 1, “The current environment of U.S. cryptocurrency regulation” (2018. 10.).

Mohit Mamoria, “WTF is the blockchain? – understanding the problem it solves before defining it”, Crypto Canon (2017).

Olga Kharif, “The Bitcoin Whales: 1,000 People Who Own 40 Percent of the Market”, Bloomberg Businessweek (2017. 12. 8.).

Sergio Demian Lerner, “Rootstock Platform: Bitcoin Powered Smart Contracts” (2015. 11. 19.).

Stan Higgins, “Enterprise Ethereum Alliance Adds 48 New Members”, CoinDesk (2017. 10. 18.).

Sullivan& Cromwell LLP, “LabCFTC releases primer on virtual currencies” (2017. 10. 19.).

3. 미국 정부자료

CFTC Release: pr7231-15, “CFTC Orders Bitcoin Options Trading Platform Operator and its CEO to Cease Illegally Offering Bitcoin Options and to Cease Operating a Facility for Trading or Processing of Swaps without Registering” (2015. 9. 17.).

CFTC, “CFTC Primer on Virtual Currencies” (2017. 10. 17.).

CFTC, “CFTC statement on self-certification of Bitcoin products by CME, CFE and Cantor Exchange”, Release: pr7654-17 (2017. 12. 1.).

Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN),

- “Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies”, FIN-2013-G001 (2013. 3. 18.).
- DFI, “Bitcoin and Virtual Currency Regulation” (2017. 7.).
- Fin. Indus. Regulatory Auth., “Digital Assets: FINRA Encourages Firms to Notify FINRA if They Engage in Activities Related to Digital Assets”, Regulatory Notice 18-20 (2018. 7. 6.).
- Internal Revenue Service, “IRS Virtual Currency Guidance: Virtual Currency Is Treated as Property for U.S. Federal Tax Purposes; General Rules for Property Transactions Apply”, Notice 2014-21, (2014. 3. 25.).
- LabCFTC, “A CFTC Primer on Virtual Currencies” (2017. 10. 17.).
- North American Securities Administrators Association, “NASAA Reminds Investors to Approach Cryptocurrencies, Initial Coin Offerings and Other Cryptocurrency-Related Investment Products with Caution” (2018. 1. 4.).
- OCC, “Exploring Special Purpose National Bank Charters for Fintech Companies” (2016. 12.).
- SEC, “Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO”, Release No. 81207, (2017. 7. 25.).
- Sec. & Exch. Comm'n, “Statement on Potentially Unlawful Online Platforms for Trading Digital Assets: Joint Public Statement of Divisions of Enforcement and Trading and Markets” (2018. 3. 7.).
- SEC, Div. of Enforcement, “Statement on Potentially of Unlawful Initial Coin Offerings and Other Investments by Celebrities and Others”, Public Statement (2017. 11. 1.).
- SEC, “Statement on Potentially Unlawful Online Platforms for Trading Digital Assets” (2018. 3. 7.).

헌법논총 제33집(2022)

U.S. Consumer Financial Protection Bureau, “Risks to consumers posed by virtual currencies consumer advocacy” (2014. 8.).

4. 온라인 강의 및 외국 자료

Blockchain at Berkele(미국 버클리 대학교 블록체인 아카데미) 2018. 6. 온라인 강좌.

“Ethereum Top 25 Miners by BLOCKS”, Etherscan.

“How Bitcoin Mining Works”, The Economist (2015. 1. 20.).

“The Rise of Cybercrime on Ethereum”, Chainalysis Blog (2017. 8. 7.).

“해시율 분포”, Blockchain.info.

헌법논총 수록 논문색인

제 1 집(1990년)

논 제	필 자	수록면수
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓炳宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李時潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊精一	83
過剩禁止의 原則 - 특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁三承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金鍾彬	159
스페인 憲法の 發展過程	金泳哲	189
美國 憲法裁判所制度和 裁判에 관한 根本理論	孫容根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹眞秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭宗燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李石淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李宰鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金顯哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛奉起	483

제 2 집(1991년)

논 제	필 자	수록면수
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓炳宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李時潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘秉朔	135

헌법논총 제33집(2022)

논 제	필 자	수록면수
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

제 3 집(1992년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 案	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

논 제	필 자	수록면수
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

제 4 집(1993년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判의 請求人	韓炳索	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
檢事の 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

제 5 집(1994년)

논 제	필 자	수록면수
미국연방 헌법과 헌법관례 개관	金容均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐元宇	99

헌법논총 제33집(2022)

논 제	필 자	수록면수
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裊俊相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓相範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭宗燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴洪佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜潤遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛奉起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅仁均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金鍾書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳虎澤	537

제 6 집(1995년)

논 제	필 자	수록면수
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘秉朔	5
環境權考	金哲洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李康懾	121
憲法學論 및 憲法學 教育	崔大權	153
原處分에 대한 憲法訴願	黃道洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁泰鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金顯哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛奉起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅仁均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓秀雄	481

제 7 집(1996년)

논 제	필 자	수록면수
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의 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

제 8 집(1997년)

논 제	필 자	수록면수
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金哲洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權寧星	43
憲法上 宗教의 自由	桂禧悅	61
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -	金善擇	77
裁判의 前提性에 관한 考察	金柱賢	105
憲法裁判의 限界 및 審査基準 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로 -	韓秀雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 評決방식을 기초로 -	崔甲先	243

헌법논총 제33집(2022)

논 제	필 자	수록면수
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

제 9 집(1998년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 10 집(1999년)

논 제	필 자	수록면수
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

논 제	필 자	수록면수
相續制度의 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.

제 11 집(2000년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 12 집(2001년)

논 제	필 자	수록면수
‘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

제 13 집(2002년)

논 제	필 자	수록면수
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

논 제	필 자	수록면수
憲法上의 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌법 제17조의 私生活의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

제 14 집(2003년)

논 제	필 자	수록면수
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 觀點 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杓	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단에의 그 응용 -	丁 泰 鎬	401
憲法 第36條 第1項에 의한 婚姻과 家族生活의 保障	崔 甲 先	497
規範統制決定의 既判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

제 15 집(2004년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 16 집(2005년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 17 집(2006년)

논 제	필 자	수록면수
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

헌법논총 제33집(2022)

논 제	필 자	수록면수
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

제 18 집(2007년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 19 집(2008년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 20 집(2009년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 21 집(2010년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 22 집(2011년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 23 집(2012년)

논 제	필 자	수록면수
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

헌법논총 제33집(2022)

논 제	필 자	수록면수
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

제 24 집(2013년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 25 집(2014년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 26 집(2015년)

논 제	필 자	수록면수
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

헌법논총 제33집(2022)

논 제	필 자	수록면수
헌법재판소 결정의 효력 -기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로-	鄭 鎬 庚	345
유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토	朴 眞 完	381

제 27 집(2016년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 28 집(2017년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 29 집(2018년)

논 제	필 자	수록면수
<특별기고논문> 헌법재판소의 도전(挑戰)과 과제(課題)	李 康 國	9

논 제	필 자	수록면수
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

제 30 집(2019년)

논 제	필 자	수록면수
기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석	許 完 重	5
입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석 -유신헌법 제53조 제4항의 해석론을 곁하여-	李 煌 熙	61
개인정보자기결정권에 관한 검토	盧 賢 淑	109
혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰 -국제조약상 입법화 의무를 중심으로-	韓 渭 洙	141
다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법 해석의 당위성	朴 燦 柱	201

헌법논총 제33집(2022)

제 31 집(2020년)

논 제	필 자	수록면수
한국정치와 헌법재판	朴 漢 徹	5
국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 등 사회보 상법과 헌법재판	全 光 錫	69
중국의 인격권과 개인정보권 검토	申 侑 眞	131
숨겨진 빈곤과 공공부조에서의 보충성원칙	李 恩 宣	175
단순고권작용에 의한 기본권침해와 헌법소원의 위 헌심사기준	鄭 南 哲	219

제 32 집(2021년)

논 제	필 자	수록면수
남북한 특수관계론에서 정상관계론으로 변화가능성 연구	權 殷 玫	7
여성의 재생산권에 대한 고찰	申 玉 株	51
혼인과 가족의 의미에 관한 헌법적 연구	許 眞 誠	99
재외국민 보호의무에 관한 비교법적 연구	成 王	149
오스트리아 헌법과 헌법재판소의 발전 및 오스트리아 근현대사 연구	鄭 致 彦	183

헌법논총 제33집 수록논문 공모 안내

헌법재판소는 헌법과 헌법재판에 대한 연구를 활성화하고 헌법재판제도의 발전을 도모하기 위해 1990년에 『헌법논총』을 창간하여 매년 발간하고 있습니다. 2022년 제33집에 수록할 논문을 아래와 같이 모집하오니 많은 관심과 참여를 부탁드립니다.

1. 논제

- (일반주제) 헌법논총이나 타 학술지에 게재되지 아니한 헌법 및 헌법재판 관련 독창적 주제(특정 결정에 대한 판례평석은 제외)
- (특집주제) ① 언론·출판의 자유의 보장과 한계
② 권력분립원칙

2. 응모자격

- 박사학위 소지자 또는 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람
- 법학 관련 석사학위 소지자
- 판사, 검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람
- 전·현직 재판관·사무처장·사무차장, 헌법재판소 소속 각 위원회의 위원, 헌법재판소 공무원, 헌법재판소의 전직 헌법연구관·헌법연구관보·헌법연구원·4급 이상 공무원
- 편집위원회에서 투고를 요청하거나 허락한 사람

3. 논문 제출

- 논문 제출 기한 : 2022. 8. 31.(수)
- 제출방법 : 이메일(judmaterial@court.go.kr)
※ 문의사항 ☎ 02-708-3864(헌법재판소 심판지원실 자료편찬과 헌법논총 담당자)

4. 논문 분량

- 200자 원고지 150매 내외(A4용지 30매 내외, 분량 준수 요망)

5. 논문 심사결과 통지

- 2022년 11월 중 이메일로 개인별 통지

6. 표창 및 원고료

- 게재논문 중 최우수논문, 우수논문 등으로 선정 시 표창 수여 예정
- 게재논문 등급에 따라 원고료를 차등 지급

7. 유의 사항

- 논문은 일반주제 또는 특집주제 중 1인 1편 제출하며, 개인 기본사항과 논문 연구윤리 준수 확인서를 함께 제출하여야 함.
- 논문의 작성은 원고작성 방법 및 논문작성 형식에 의거하여야 함.
- 논문 저자는 제출된 논문의 홈페이지 게재 등 공익 목적 사용에 동의한 것으로 봄.

版 權
所 有

헌 법 논 총 (제33집)

2022년 11월 28일 인쇄

2022년 11월 30일 발행

발행처 : 헌법재판소

주 소 : 서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화 : (代) 708-3456

인 쇄 : 성문인쇄사 02)2272-7553

(비매품)