

# 自由權의 法的 性格과 體系

金 哲 洙

서울大學校 名譽教授

## - 目 次 -

- I. 自由思想의 歷史的 展開
- II. 自由權을 保障하는 憲法規定
  - 1. 自然權的 規定
  - 2. 實定權的 自由權保障規定
  - 3. 第2次大戰後의 自由權保障規定
- III. 自由權의 法的 性格에 관한 論
  - 1. 實定權的 基本權 理解
  - 2. 自由主義的 自由權의 理解
  - 3. 制度的 合法律的 自由權 概念
- IV. 自由權의 法的 性格
  - 1. 權利性
  - 2. 自然權性
  - 3. 包括性
  - 4. 客觀的 價值秩序性 · 制度性 與否

## V. 自由權의 基本權의 體系와 分類

1. 自由權의 基本權의 體系
2. 自由權의 基本權의 여러 가지 分類
3. 自由權의 基本權의 構造 = 自由權의 基本權의 內容上 分類

## VI. 自由權의 基本權의 機能

1. 積極的 機能
2. 消極的 機能

## VII. 自由權의 基本權의 主體와 效力

1. 自由權의 基本權의 主體
2. 自由權의 基本權의 效力

## VIII. 自由權의 基本權의 制限

1. 制限可能性 與否

## IX. 結 論

## 1. 自由思想의 歷史的 展開

近代的인 意味에서의 自由는 人間이 人間임으로서 가지는 權利로 파악함으로서 成立하였다. 近代的 自由의 觀念의 成立定着에는 Renaissance, 宗教改革 등이 중요한 役割을 하였다.<sup>1)</sup>

英國의 思想家 Hobbes는 自由를 둘로 나누어 첫째로는 行動에 있어서의 物理的 外的 障害가 존재하지 않는 것을 말하는데 이는 自然狀態에 있어서의 物理的·機械的 自由를 말한다. 둘째로는 命令으로서의 法과의 關係에서 말하여지는 規範的 내지는 人爲的인 意味에서의 自由이며 그것은 法的 禁止의 欠始속에서 사람이 願하는대로 사는 것을 말한다. Hobbes는 人間에 自然權(natural rights)를 인정하고 있었다.<sup>2)</sup>

Locke는 自由를 「自然法의 範圍內에서 自己의 行動을 規律하고 自己가 적당하다고 생각하는대로 自己의 所有物과 身體를 處理하는 것」이라고 하였다. John Locke는 市民政府二論(Two Treatises of Civil Government)에서 Hobbes의 自由論을 批判하고 있다.<sup>3)</sup> Locke는 자유라는 用語를 둘로 나누어 생각하고 있다. 첫째로는 自然法

---

1) 自由思想에 대하여 言及한 학자는 많으나 여기서는 그 중요한 몇 사람에게 限하여 간단히 살펴보기로 한다. 상세한 것은 다음 諸書 참조.

Kirk, R.; The Conservative Mind, 1995, Strauss, Natural Rights and History 1963, Strauss(ed.) History of Political Philosophy, 1963. 2.ed. 1973, Schwartz, B.; The Great Rights of Mankind-A History of the American Bill of Rights, 1977, Morange, G.; Libertés publiques, 1985. Oestreich, G.; Die Idee der Menschenrechte in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 1963. Oestreich, G.; Die Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss, 2.Aufl, 1977. Oestreich, Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Die Grundrechte Bd1. S.1-124.

高柳信一, 近代國家における基本的人權, 基本的人權 I, 歷史, 基本的人權 II, III, 種谷春洋, 近代自然法學と權利宣言の成立 (1980).

2) Hobbes, Leviathan 1651, Cap.12. Art.1.

3) Locke, Two Treatises on Government, 1690, p.87.

의 範圍內에서 自己의 行動을 規律하고 自己가 適當하다고 생각하는 대로 自己의 所有物과 身體를 處理하는 狀態를 말한다고 한다. 둘째로는 特定한 行動을 행하는 것을 抑制할 것인가 않을 것인가를 選擇하여 그 行爲를 行하거나 抑制하려고 하는 能力이라고 보고 있다. Locke는 自由를 自然的 自由와 政治的 自由의 둘로 나누어 설명하고 있다. 「人間이 生來 가지고 있는 自由란 地上의 어떠한 優越한 權力으로부터의 自由라고 하는 것이며 人間の 意志나 立法權에 종속함이 없이 規範으로서의 自然法만을 가지고 있다」는 것을 말한다. 社會에 있어서의 人間の 自由란 사람들의 同意에 의하여 國家內에 確立된 立法權 이외의 어떠한 權力에도 종속하지 않는다는 뜻이다. 또 立法府도 스스로에 信託된 것이외는 制定할 수 없으며 信託을 초과한 立法에는 拘束되지 않는다고 하였다.

J.J. Rousseau는 自然狀態에서의 人間은 自己存在 이외에는 關心을 가지지 않았기 때문에 自己의 生存과 生計를 他人에 依存하지 않는다는 意味에서는 完全히 自由였다고 한다. 그러나 社會契約의 체결에 의하여 이 自由를 상실하나 人間은 共同生活에서 人格的 自由나 道德的 自由를 누리게 된다고 한다. 그는 人間이 共同生活에 參加하는 것에 의하여 自己의 自然的 衝動을 억제하고 秩序지우며 다른 意味에서 自由로 된다고 하였다. 이 단계에서 人間은 단순한 欲求의 노예로 되지 않고 自己의 理念과 良心이 수렴한 原理에 따라서 自由로이 行動할 수 있다고 하였다. 다시 말하면 ① 自由로운 個人이란 스스로를 支配하는 個人이다. ② 民主的 國家란 個人이 支配함과 함께 支配되는 國家이다. ③ 따라서 民主國家이면 個人도 自由롭다고 하였다.<sup>4)</sup>

I. Kant는 Rousseau의 社會契約論에서 전개된 市民的 自由를 완결하고 있다. Kant는 個人의 道德的 自律論에 따라 自由權을 설명

---

4) Rousseau, Contrat social, tom I, II.

하고 있다. 그는 生來의 權利와 取得한 權利로 나누고 있다. 生來의인 權利는 어떠한 法的 行爲에서 독립된 自然的으로 各自에게 귀속되는 權利라고 하고 있다. 그는 自由는 人間이기 때문에 모든 人間에게 귀속하며 自由는 다른 強要하는 恣意에서 獨立的이라고 하였다. 이러한 自由에는 平等과 名譽, 表現의 自由도 포함되는 것이라고 보았다. 그는 市民的 法秩序의 構成要素로서 取得한 權利의 重要성도 강조하고 있다.<sup>5)</sup> Kant는 「法은 外部的 行爲를 규율할 뿐이고 內部的 行動動機는 규율하지 않는다. 法의 目的은 모든 個人的 外部的 自由를 보호함에 있다.」고 하고 있다. Kant는 一般的 自由概念과 特殊的 自由概念을 구분하고 있다. Kant는 自由主義國家는 理念的으로는 自由主義的 法律과 同一하다고 하였다.

J.S. Mill은 意志의 自由와 行爲의 自由를 나누고 行爲의 自由를 강조하고 있다. 그는 社會가 個人에 대하여 行使하여도 되는 權力의 性質과 限界를 다루는 市民的 내지 社會의 自由를 重視하고 있다. 「人類가 個人的으로 또는 集團的으로 누군가의 行動의 自由에 正當히 干涉할 수 있는 唯一한 目的은 他人에 대한 危害의 防止이다. 行動의 自由에의 強制·抑制가 正當化될 수 있기 위해서는 어떤 個人的 行動中에서 社會에 따르지 아니하면 안될 部分은 他人에 關係하는 部分만이다. 自己自身에게만 關係하는 行爲에 있어서는 그의 獨立은 當然하며 絶對的이다. 그 自身の 身體와 精神에 대해서는 個人은 主權者이다」고 하고 있다.<sup>6)</sup>

Hayek는 自由(liberty)와 個別的인 諸自由(liberties)에 대해서 다음과 같이 말하고 있다. 「歷史적으로 自由에의 길을 통하여 特定한 個別的인 自由가 달성되어 왔다. 自由는 特定한 일을 해서는 안된다는 것과 兩立하나 사람이 할 수 있는 것의 大部分에 있어서 許可

5) Kant, Metaphysik der Sitten, Einleitung in Rechtslehre.

6) J.S. Mill, On Liberty in Utilitarianism, Liberty and Representative Government, 1951.

를 必要로 하는 경우에는 自由는 존재하지 않는다.<sup>7)</sup> 自由와 非自由의 差異는 一般의 規則에 의하여 禁止되어 있지 않는 限 모두 許可되어 있는 狀態와 明白히 許可되지 않는 限 모두 禁止되어 있는 狀態와의 差異와 같다고 한다.

美國의 Hohfeld는 權利를 自由(liberty) 請求權(claim) 權能(power) 免除(immunities)로 나누고 自由(liberty)와 諸自由(civil liberties)로 구분하고 있다.

## II. 自由權을 保障하는 憲法規定

### 1. 自然權의 規定

人權의 歷史는 自由伸張의 歷史라고도 할 수 있다.<sup>8)</sup> 그러나 이러한 自由가 權利로서 認定된 것은 美國의 버지니아人權宣言부터라고 하겠다. 「모든 사람은 本性的으로 自由롭고 獨立의이다. 모든 사람은 生來의 特定한 權利를 가진다. 이 權利는 社會狀態에 들어갈 때 協約에 의하여서도 그 子孫으로부터 剝奪할 수 없다. 이러한 權利는 財產을 취득하고 소유하는 수단에 의하여 生과 自由를 즐기며 幸福과 安全을 추구하고 획득하는 것이다」고 하고 있다. 매사추세츠權利宣言도 제10조에서 「社會의 各個人은 現行法에 의하여 그 生命, 自由 및 財產의 享有를 사회에 의하여 보호받을 權利를 가진다」고

---

7) Hayek, Law, Legislation and Liberty, 1973.

8) 인권선언의 역사에 대해서는 많은 書籍이 있으나 다음 것을 우선 들 수 있다. Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd I/1, I/2, 金孝全 譯, 인권선언논쟁, 1991. 宮澤俊義 II, 法律學全集, 東京大學 編, 基本的人權 제2권. 제3권. 金哲洙, 一般의行動自由權에 관한 研究, 大韓民國學術研究院論文集(人文·社會科學) 제38집, 79면 이하. 金哲洙, 比較憲法論(上) 371면 이하 참조.

선언하였다.<sup>9)</sup>

이러한 生命·自由·財産의 享有나 幸福追求權에 관한 宣言은 Locke의 영향이라고도 하겠다. 그는 사람이 社會生活에 들어가는 것은 「그들의 소유권의 享受를 확보하고, 또 共同體에 속하지 않는 者에 의한 侵害에 대하여 보다 강한 安全保障을 確立하고 그들에게 安全, 安樂한 平和的인 生活을 서로 얻을 수 있게 하기 위한 것이다」고 하였다.

그런데 Locke가 말한 生命·自由·財産(Life, Liberty and Property)이 美國獨立宣言에서 生命·自由·幸福追求로 변한 것은 Jefferson의 영향이 컸다고 한다.

美國獨立宣言이나 各州의 人權宣言에 영향을 받은 프랑스는 人權宣言 제1조에서 「人間은 權利에 있어서 자유롭고 平等하게 태어나 生存한다. 社會的 差別은 共同의 利益을 근거로 해서만 가능하다」고 하고 제2조는 「모든 政治的 結社의 目的은 人間의 自然的이고 消滅될 수 없는 權利를 보전함에 있다. 그 權利는 自由·財産·安全 그리고 壓制에 대한 抵抗이다」고 하고 있다.<sup>10)</sup>

이와 같이 美國 諸州人權宣言과 프랑스人權宣言은 國家 目的이 生命·自由·幸福追求의 保障에 있다고 한 점에서 一脈相通한다. 이 중에서 自由에 관하여 프랑스人權宣言은 제4조에서 「自由는 他人을 害치지 않는 모든 것을 할 수 있는 데에 있다. 그러므로 各自의 自然權의 行使는 社會의 다른 構成員에게 같은 權利의 享有를 보장하는 以外의 制約을 받지 아니한다. 그 制約은 法律로서만 규정될 수 있다」고 하고 있다.

---

9) B. Schwartz, The Great Rights of Mankind, A History of the American Bill of Rights, 1977.

10) 프랑스 人權宣言에 관하여는 Samwer, S.J. Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91, 1970. Morange, J. Libertés publiques, 1985 등 참조.

## 2. 實定權의 自由權保障規定

물론 France 人權宣言이나 미국의 獨立宣言 이전에도 이미 自由權은 영국의 大憲章(Magna Carta, 1215), 權利請願(Petition of Right, 1628)에 규정되고 있었으나, 이들 自由權은 天賦人權思想에 기초를 둔 것이 아니고 王에 대하여 戰取한 자유일 뿐이었다.

이에 대하여 미국의 獨立宣言이나 France 人權宣言에서는 自由權은 生來의인 것이며, 不可侵·不可讓의 영구의 권리로서 憲法制定權力者까지도 구속한다고 생각하고 있었다. 이러한 인권사상의 根柢를 이루는 것은 個人主義·自由主義였다.

France 혁명 이후의 유럽국가들의 헌법에서도 基本權이 보장되었으나 基本權이 前國家의인 자유권이라고 하는 생각이 점차 수정되어 국가에 의하여 부여되어지는 권리, 實定憲法에 의하여 보장된 권리라는 견해가 강력해졌다.

法實證主義時代의 憲法은 個別的 自由權의 보장을 중시하고 있다. 1795年 프랑스의 王政復古後 憲法은 人間의 自由保障에 대한 弱化를 가져왔다. 여기서는 基本權의 數가 줄어들었으며 權利와 義務가 對比되어 있었다. 1799年의 보나파르트憲法에서는 아예 基本權規定이 없어졌다. 1814年 부르봉憲章에서는 프랑스인의 權利로서 人身의 自由의 保障, 宗教의 自由, 表現의 自由 등 個別的인 自由만이 보장되었다. 1815年 4月 22日의 法律에서도 1799年 憲法의 基本權 規定에 약간의 追加를 함에 그쳤다.

1848年의 독일의 人權宣言은 59조에 달하는 人權條項을 두고 있었으나 포괄적인 自由權에 관해서는 규정하지 않았다. 이것은 1850年의 프로이센憲法에서도 계승되었다. 1867年의 오스트리아憲法典도 個別的인 基本權을 규정하였고 많은 憲法들이 이 條項을 따랐다.



그러나 1871년의 독일제국헌법이나 1875년의 프랑스憲法에서는 基本權에 관한 규정을 아예 두지 않았다.

1919년의 바이마르憲法에 와서 많은 基本權規定을 두었으나 이것은 個別的 基本權規定으로서 自由權의 包括性에 관해서는 규정하지 않았다. 바이마르憲法學界에서는 自由와 自由權을 구분하여 自由는 天賦의 이나 自由權은 國家에 대한 것으로 國家內的 基本權으로 주장되었다.<sup>11)</sup>

### 3. 第2次大戰後의 自由權保障規定

法實證主義的 基本權規定이 國民의 自由權을 많이 制限하였기 때문에 第2次世界大戰後의 憲法은 基本權을 自然權으로 규정하기 시작하였다.

日本에 있어서는 1946年 憲法에서 「國民은 모든 基本的人權의 享有를 妨害받지 아니한다. 이 憲法이 國民에게 보장하는 基本的人權은 侵害할 수 없는 永久의 權利로서 現在 및 將來의 國民에 부여되어진다」고 하고(제11조), 「모든 國民은 個人으로서 尊重된다. 生命·自由 및 幸福追求에 대한 國民의 權利에 대해서는 公共의 福祉에 反하지 않는 限 立法 기타의 國政上에서 最大의 尊重을 必要로 한다」(제13조)고 규정하고 있다.<sup>12)</sup>

1946년의 獨逸 Hessen憲法 제2조 1항, 1947년의 獨逸 Rheinland-Pfalz憲法 제1조 1항 등이 人格의 自由發現權에 관하여 규정하고 있으며 1949년의 獨逸基本法 제2조 1항에서도 人格의 自由發現權에 관해서 규정하고 있다.

---

11) Jung, E. Die Entwicklung der Grundrechte seit 1789, Diss. jur. Göttingen 1950, Oestreich, a.a.O. 등 참조.

12) 芦部信喜, 憲法學 II 人權總論, 40頁이하.

獨逸基本法 제2조 1항은 다음과 같다. 「모든 사람은 다른 사람의 權利를 침해하지 않고 適憲法的 秩序나 道德律에 저촉되지 않는 限에서 自己人格의 自由로운 發現에 관한 權利를 가진다」 이 規定은 一般的 行動自由權의 흐름으로 인정되고 있다.<sup>13)</sup>

우리 憲法은 1948년이후 個別的 基本權을 규정하고 있었으나 憲法 제 28조 1항에서 「國民의 모든 自由와 權利는 憲法에 列擧되지 아니한 理由로 輕視되지 아니한다」고 규정하였다. 1980年 憲法에서는 幸福追求權을 추가하였다. 「모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 個人이 가지는 不可侵의 基本의 人權을 確認하고 이를 保障할 義務를 진다」고 規定하고 制憲憲法 제28조 1항의 規定을 그대로 존속시켰다(제35조1항). 1988年의 現行憲法도 이 두 條文을 改正하지 않았다. 이 規定에 대해서도 自由權의 保障이라는 점에서는 學說의 對立이 없었다.<sup>14)</sup>

### III. 自由權의 法的 性格에 관한 論議

#### 1. 實定權의 基本權 理解

프랑스에 있어서는 1789年의 人權宣言은 自然權으로서 自由權을 보장하고 있었다. 그러나 19世紀에 들어와서는 實定法에 의하여 保障된 人權으로서의 「公的 自由(libertés publiques)」를 이야기하게 되었다. 이는 王政復古期의 傳統主義者들의 見解였다. Laferrière는 公

---

13) 상세한 것은 金哲洙, 前揭論文, 85면 이하 참조.

Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, Themen Heft 47, 1990. (韓譯 金孝全, 基本權制定 40周年에 따른 基本權解釋의 狀態, 東亞法學 제21호 (1996), 218면 이하.)

14) 상세한 것은 金哲洙, 前揭論文, 89면 이하 참조.

의 자유라는用語에서「實定法에 의하여 具體的으로 보장된 自由」를 생각하고 있었다. 물론 그는 具體的으로 保障된 自由 이외에도 그 基礎로 抽象的 自由도 고찰하고 있다.<sup>15)</sup>

19世紀末 第3共和制下에 있어서는 人權에 관한 憲法規定이 없었기 때문에「法律에 의해서 規定된 自由(libertés définies par la loi)」와「法律에 의하여 規定되어 있지 않는 自由(libertés non définies par la loi)」의 區別이 중시되었다. 法律에 의하여 規定된 自由의 規制는 原則으로서는 法律이 정하는 바에 의한다. 命令에 의하여서는 이를 制限할 수 없다. 그러나 法律이 정하는 바에 따라 法律에 反하지 않는 範圍內에서 警察命令에 의한 人權規制를 생각하고 있었다. 法律이 自由의 行使에 대하여 규정하고 있지 않는 경우 그것은「無名의 自由(libertés innommés)」라고 불리우며 단순한 許容(simple tolérances)에 불과하다고 하였다. 法律에 規定이 없는 것은 禁止를 의미하지 않는다. 禁止되어 있지 않는 것은 自由로 이 행할 수 있다.

그러나 이러한 自由는 行政權의 命令에 의하여 規制·禁止할 수 있다고 하였다. 이와같이 法律에 의하여 規定되어 있지 않는 自由는 특별한 法律의 制約없이 警察의 規制를 받는다고 생각하였다.

第3共和政時代는 自由를 保障하는 중요한 立法이 행해져「公的 自由의 黃金時代(l'âge d'or des libertés publiques)」라고도 말하여졌으나 法律에 의하여 行政權을 구속하려는 法治主義의 原理에서 보아서는 自由는 많이 制限되었다.

18世紀 獨逸에서는 自由는 法律에 의하여 制限된 市民的 政治的 自由로 인정되었다. 自由權은 自然權的 自由權이 아니라고 하였다. 이 傳統이 계속되어 19世紀 獨逸에 있어서는 實定權保障概念이 중심을 이루었다.<sup>16)</sup>

---

15) Laferrière, Louis-Firmin: Cours de droit public et administratif, 5e ed, 1860.

16) 상세한 것은 O. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte 1919 참조.

Gerber는 「自由는 權利가 아니다」고 보고 있으며 自由權은 客觀的이며 國家에 對한 禁止이고 權利는 아니므로 個人에 對한 保障은 아니라고 하였다. 그는 自由權을 法の 反射의 利益이라고 하고 있다. 公民權에 대하여 「이 權利는 언제나 國家權力 否定 및 그 限界內에서의 國家權力의 退却命令에 불과하다. 그것은 國民에서 볼 때에는 君主權의 制限에 불과하다. 그러므로 法律的 見解는 다만 이 消極性이 國家權力의 消極的 規定으로 轉化된다고 할 수 있다. 그것은 國家權力의 行使에 관한 客觀的이고 抽象的 規定이다」고 하고 있다.<sup>17)</sup>

Laband는 「自由權 또는 基本權은 그들 自體가 설정하는 國家權力에 대한 規範이며 官公所의 權限에 대한 制限을 形成하고 個人에게는 일정한 範圍에 있어서의 自然的 行動의 自由(natürliche Handlungsfreiheit)를 보장하나 國民의 主觀的 權利를 기초지우는 것은 아니다. 그것은 權利가 아니다. 왜냐하면 어떠한 客體도 가지지 않기 때문이다」고 하여 自由權은 法的 意味를 가지지 않는 「自然的 行動의 自由」 즉 事實上的 自由로만 인정하였다.<sup>18)</sup>

Kelsen은 權利를 主觀的 義務와 마찬가지로 客觀的 法에 의하여 制定된 것(statuirt)으로 보고 있다.<sup>19)</sup> Merkl은 權力支配者(國家)가 臣民에 對해서 義務를 지는 것 즉 臣民이 權利를 가지기 위하여서는 公權의 成立과 存續을 「實定法」에 依存하게 된다고 하고 있다.<sup>20)</sup>

公權의 體系論을 써서 有名한 G. Jellinek는 國民의 地位를 4個地位로 나누고 自由權을 消極的 地位에서 인정되는 것이라고 한다. Jellinek는 個人의 一定領域에는 國家가 干涉할 수 없으며 이 個人의 自由의 領域이 國家權力의 限界라고 보고 있다. 그는 自由를 侵害

---

17) Gerber, C.F.; Über öffentliche Rechte 1852.

18) Laband, P.; Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 1876.

19) Kelsen, H.; Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl, 1923.

20) Merkl, A.; Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.

하는 모든 國家行爲의 否定을 求하는 請求權이 自由權이라고 보고 있다. 바꿔 말하면 自由權이란 國家에의 不作爲請求權이며 消極的 機能을 하는 것으로 보았다. 그는 基本權의 目的은 종래까지 있었던 制限의 否定이라고 보았다. 그리하여 消極的 地位에서 派生하는 「國家에서의 自由는 그 자체가 公權을 구성하는 것이 아니며 國家에 대한 要求 즉 積極的 地位에서 派生하는 裁判保護請求權과 결합하여야만 비로소 참다운 公權으로서 性格을 가진다. 바꿔 말하면 請求權의 存在에 의하여 그 消極的 地位는 法の 단순한 反射的 效果와 區分된다」고 했다.<sup>21)</sup>

Bühler는 公權의 保護規範說의 基礎를 제공하였다. Bühler는 自由權=基本權을 一般的으로 國家에 대한 不作爲權(Unterlassungsrechte)으로 인정하고 있다. 그는 侵害의 禁止를 國家에 대하여 구할 수 있는 請求權은 個人的 領域에의 國家의 干涉의 우려가 있는 경우에 인정된다고 한다. 그는 自由權을 行政法理論으로서는 行政의 法治主義의 原則이라고 보고 있다. 基本權에 관한 實定法의 「法律의 留保」 規定을 근거로 이 不作爲 請求權을 法治主義의 문제로 置換하여 이것이 타당하는 行政領域과 그렇지 않은 領域(法律의 授權 없이도 制限될 수 있는)으로 峻別하고 있다.<sup>22)</sup>

Bachof는 Bühler의 保護規範說(Schutznormtheorie)을 2次大戰後에도 발전시키고 있다.<sup>23)</sup> Zuleeg는 消極的 地位에 있어서의 個人的 防禦權(Abweherecht)은 「一般的 行動의 自由에 그치는 것이 아니고 우리들 基本法秩序下에서는 適憲法의 秩序에 基礎되어진 負擔을 받지 않는 請求權을 포함한다」는 聯邦憲法裁判所의 결정에 따라 消極的 地位에 있어서의 個人的 地位는 基本權에서 直接 導出된다고 보

---

21) Jellinek, G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892.

22) H. Bühler, Geschichtliche Grundlagen der Lehre von subjektiven öffentlichen Recht, 1886.

23) Bachof, O.: Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, W. Jellinek Gedächtnisschrift, 1955.

고 一般法律의 保護 目的의 探究는 不必要하게 된다고 한다.<sup>24)</sup>

## 2. 自由主義的 自由權의 理解

自由權은 天賦人權으로서 前國家的인 것으로 파악되었다. 法實證主義가 支配했던 1928년에 Carl Schmitt는 自由權의 前國家性을 다음과 같이 記述하고 있다.

‘市民的 自由의 基本理念에서 두가지 結論이 나오는데 이는 現代憲法의 法治國家의 構成要素의 두 原則이다. 첫째로는 分配原則이다. 個人의 自由領域은 國家以前에 存在하는 것으로 前提되고 있다. 個人의 自由는 原則적으로 制限되지 않는 反面 이 自由의 領域에 介入하는 國家의 權力은 原則적으로 制限되고 있다. 둘째로는 이 分配原則의 執行을 위한 組織原則이다. 이는 原則적으로 制限된 權力은 일정한 權限을 포괄하는 體系로 分割되어야 한다. 「自由權은 어떠한 法律에 의해서 부여되는 것도 아니며 法律의 尺度나 法律의 限界에서가 아니라 原則적으로 統制되지 않는 個人的 自由의 領域이다.」<sup>25)</sup>고 한다.

第2次大戰後 西獨基本法의 解釋에 있어서도 自由權은 前國家的이며 自由로운 行動의 權利로서 인정되었다. Roman Schnur는 自由權은 國家에 의해서 구성되는 것이 아니고 國家의 法規範에 의하여 保障될 뿐 이라고 하였다. 여기서의 自由는 個人이 自己 마음대로 妨害없이 行動할 수 있으며 國家는 원칙적으로 이 自由의 領域에 侵入할 수 없는 것으로 인정하였다.<sup>26)</sup> 그러나 그는 絶對的 自由權을 인정하지는 않았다.

---

24) Zuleeg, M.; Hat das subjektive öffentliche Recht……DVBl, 1976, S.515f.

25) 이상은 Schmitt, C.; Verfassungslehre, 1928, S, 126ff.

26) Schnur, R.; Besprechung Häberle, DVBl, 1965, S. 489f.

Jürgen Schwabe는防禦權의 保護法益으로서의 自由는 決定되어지지 않는 自由로 인정되어야 한다. 自由의 內容은 行動의 自由를 말하는 것이라고 하면서 自由權의 前國家性을 인정하고 있다.<sup>27)</sup> Schwabe는 自由權을 基本權의 으로 보호된 領域을 侵害해서는 안될 한 묶음의 請求權으로서의 主觀的 否定的 基本權으로 보고 있다.

Bernhard Schlink는 自由를 侵害排除請求權으로 보며 이를 古典的 基本權의 機能이라고 파악하고 있다. 그는 基本權의 客觀法的 理論에 반대하며 또 基本權의 價值秩序로서의 理念도 否認하고 있다. 이 밖에도 많은 學者들이 自由權의 基本權의 古典的 防禦權의 機能을 강조하고 있다.<sup>28)</sup>

Dürig나 Scholz도 自由主義的 自由論을 주장하고 있다. Scholz에 의하면 基本權의 保障으로서의 自由는 항상 個別的이며 個人的 自由를 뜻한다. 自由權은 原則的으로 모든 生活領域에서 個人에게 自由로운 自己發現權을 보장한다고 한다.<sup>29)</sup> 自己決定의 能力과 可能性은 個人에게 生來的이다. 그러므로 自由는 國家以前の 것이며 自然的인 것이다. 基本權의 自由는 機會의 自由이다.

### 3. 制度的 合法律的 自由權 概念

自由主義的 基本權觀에 대해서는 Peter Häberle,<sup>30)</sup> Dieter Suhr,<sup>31)</sup> Eberhard Grabitz<sup>32)</sup>와 Karl Albrecht Schachtschneider<sup>33)</sup> 등이 비판하고 있다.

---

27) Schwabe, J.; Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 1, S, 72f.

28) 예를 들면 Schlink, Lübke, Wolff, Sachs 등이 있다.

29) Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S.71.

30) Häberle, P.; Wesensgehaltsgarantie. a.a.O.

31) Suhr, D. Freiheit durch Geselligkeit, EuGRZ, 1994.

32) Grabitz, E.; Freiheit und Verfassungsrecht, 1976.

33) Schachtschneider, K.; Res publica res populi, Teil V.

Peter Häberle는 自由權을 制度的으로 限定된 自由로 인정하고 있다. 基本權의 自由도 社會的 性格을 가져야 한다. 왜냐하면 權利의 本質的 要素는 社會的 機能을 가지기 때문에 社會的 利益의 觀點에서도 高찰되어야 한다. 自由의 概念도 그것이 法的 概念이 되기 위해서는 法的 社會的 機能을 함께 고려해야 한다고 하면서 Häberle는 個人的 無制限의 自由의 領域의 概念을 否定한다. 그는 個人的이고 主觀的 公權으로서의 消極的 自由는 自由의 客觀的인 側面을 看過한 것이라고 한다. 그는 自由도 組織을 필요로 한다고 하고 自由의 客觀的인 面의 概念은 制度的 概念으로 移行한다고 하고 있다.<sup>34)</sup> 이 理論은 制度的 自由權論이라고 하겠다.

Eberhard Grabitz는 消極的 自由를 否定하고 積極的 自由의 概念을 도출해내었다. 만약 自由가 個人的 恣意에 대한 國家的 介入의 不在에 있다고 한다면 自由體系는 國家의 法律을 制定할 수 없으며 個人的 恣意는 絶대로 制限될 수 없다고 한다. 그는 自由를 防禦權으로 이해된 自由權의 구성요소일뿐만 아니라 基本法의 一般的 憲法原則으로 보았다. Grabitz는 이 憲法原則은 具體化되어야 한다고 하고 基本法上 自由의 具體化를 5個面에서 高찰하고 있다. ① 消極的 自由: 個人的 自由에 대한 國家的 介入의 否定, ② 民主的 自由: 民主的 過程에의 政治的 參與權, ③ 社會的 自由: 私인에 의한 他律的 制度에서의 保護, ④ 眞正한 自由: 社會的 參與의 權利, ⑤ 權力分立: 組織的 豫防措置로서의 政治的 權力의 統制. 그는 이를 自由概念의 具體化라고 보고 있으며 이는 立法者가 法秩序의 具體化에 있어 自由秩序를 도출해내는 理念으로 보고 있다.<sup>35)</sup>

Karl Albrecht Schachtschneider는 自由를 外部的 自由와 內部的 自由로 나누고 있다. 그는 形式的 自由概念만이 이 兩者를 포섭할

---

34) Häberle, P.: a. a. o, S. 8ff.

35) Grabitz, E.: Freiheit und Verfassungsrecht, S. 243ff.



수 있다고 한다. 그는 Kant에 따라 内部的 自由와 外部的 自由는 國家의 支配와 관련되어 있다고 한다. 内部的 自由의 原則에서는 道德的 合意義務인 道德秩序나 定言命題가 추론된다고 한다. 國家創設行爲인 原契約의 締結에 따라 外部的 自由는 강제할 수 있다고 한다. 그는 恣意의 權利는 人間의 道德的 自律性 때문에 보장된다고 한다. 人間은 道德的 自律의 自由와 能力이 있기 때문에 人權을 보장하는 自由主義의 憲法을 制定할 수 있다고 한다. 法律은 自由의 實現이며 外部的 自由를 内部的 自由에서 分離할 수 있으며 法律은 이 外部的 自由의 制限이라고 보았다. 그는 이 法律은 共和制의 이어야 하며 多數決에 의하여 制定되어야 한다고 하였다.<sup>36)</sup> 그러나 多數에 의한 少數의 支配는 禁止되고 議會의 代表는 私的 代理의 모형에 따라야 한다고 한다. 立法은 基本權의 實現機能을 가지며 道德原則은 法理論에서 확고한 地位를 갖게 되었다고 한다.

Helmut Ridder는 自由權을 社會國家的 民主的 基本權觀에서 解釋하고 있다. 그는 無制限的인 個人的 自由를 否定하고 基本權保障은 市民的 自由主義의 自由權을 解體한다고 보았다.<sup>37)</sup> 社會國家的 基本權性은 國家權力의 強化를 가져오고 立法者는 基本權領域에서 보다 큰 行動領域을 확보한다고 보았다. Ridder는 立法者가 基本權에 의하여 보장되어 있는 것을 함부로 폐기할 수는 없다고 하면서 民主的 立法者에 대하여 큰 信賴를 하고 있다. 그러나 民主的 議會의 立法도 基本權을 侵害할 수 있는 面에서 市民的 法治國家信奉者에 의하여 批判되고 있다.

---

36) Schachtschneider, A.; Res publica, res populi, Teil V.

37) Ridder, H.; Soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975. S. 49.

## IV. 自由權의 法的 性格

### 1. 權利性

#### 가. 學說

##### (1) 反射的 利益說

Gerber, Laband 등 法實證主義者와 純粹法學者 Kelsen 등은 自由權의 權利性을 부인하고, 다만 法律이 규정하지 않는 까닭에 그 범위 내에서만 자유가 인정되는 國法不規定에 의한 反射的 利益(Reflex objektiven Rechtes)에 불과하다고 한다.<sup>38)</sup>

##### (2) 權利說(公權說)

自由權은 국민의 자유가 부당하게 國家權力에 의하여 침해된 경우, 그 침해의 배제를 요구할 수 있는 일종의 權利라고 본다. 法實證主義者는 憲法에 權利라고 규정되어 있기 때문에 公權이라고 한다. 公權의 性格으로서 Jellinek는 不作爲請求權(Unterlassungsanspruch)이라고 하고 現在는 防禦權(Abwehrrecht)이라고 한다.

日本 美濃部教授는 自由權은 결코 단순한 法の 반사에 그치는 것이 아니라고 하고 權利性을 주장한다. 그는 各人은 國家의 權力에 의하여 違法으로 그 自由가 침해되었을 경우에는, 그 違法임을 주장하는 힘이 주어져 있는 것으로, 國家에 대하여 자기의 利益을 위하여 어떤 일을 주장할 수 있는 것이 國法上 正當히 인정되어 있는 이상은, 그것이 명백히 權利의 性質을 가지는 것이라고 하고 있다. 日本의 通說도 이 美濃部教授의 學說에 따르고 있다.

---

38) 反射的 利益에 관해서는 和田英夫, 反射的 利益論, 法律時報 41권 1~3호 참조.

## 나. 우리 憲法의 解釋論<sup>39)</sup>

우리 憲法은 「…의 自由를 가진다」고 하고 있기 때문에 自由는 가지나 自由權을 가지지 않는다는 反論이 있을 것 같으나 모두가 權利性을 인정하고 있다.

### 다. 私見

이 基本權은 개인에게 자기가 원하는 대로 행동할 수 있는 권리를 보장한 것이다. 따라서 개인은 특정한 행위를 할 수 있으며, 특정한 행위를 하지 않을 자유를 가지고 있다. 「國家로부터의 自由」인 점에서 비록 적극적인 효과는 없고 消極的·禁止的 효과를 가진다고 하더라도 일단 自由權이 침해된 경우에는 국가에 대한 保護請求權이 따르게 된다는 점에서 권리로 인정되어야 하고, 따라서 自由權은 國家權力에 대한 防禦權(Abwehrrecht gegen den Staat)으로서 중요한 의의를 가진다. 自由權의 權利性은 우리나라 憲法學界의 通說이라고 하겠다.

## 2. 自然權性

### 가. 學說

#### (1) 實定權說

이 학설은 자유는 前國家的일 수 있으나 權利는 국가내적인 것이라는 면에서 실정법상의 권리로 보되 「自由權이라 함은 요컨대 法律 또는 憲法에 의하지 아니하고는 제한되지 않는 인간의 자유를 말하

---

39) 憲法의 解釋은 實定憲法을 떠나서는 안되며 國民의 合意(Konsens)는 憲法制定權力의 行使로 實定憲法化되어야만 解釋의 對象이 된다. 國民의 合意를 다른 方法으로 도출하는 것은 硬性憲法의 原則에 反한다.

는바, 헌법 또는 법률이 국가의 실정법인 이상 그들에 의하여서만 제한될 수 있는 자유를 의미하는 自由權 역시 실정법상의 權利일 수밖에 없다」라고 한다.<sup>40)</sup>

#### (2) 自然權說

이 학설은 自由權이란 국가와 관계 없이 존재하고 있는 개인의 자유를 법적으로 확인하고 선언하고 있는 권리라고 보는 입장이다. 즉 원칙적으로 무제한한 前國家的·超國家的인 個人的 自由의 法的確認이라고 본다. Carl Schmitt와 自由主義法學者들의 主張이다. 自由權의 絶對性 與否에 대해서는 學說이 대립되고 있다.

##### (가) 絶對的 自然權說

이는 국민의 自由權이 憲法制定權力者와 立法者를 구속하기 때문에 법률로서도 自由權을 제한할 수 없다는 說이다.

##### (나) 相對的 自然權說

이는 법률을 國民總意의 表現으로 보아 共同體留保(Gemeinschaftsvorbehalt)로서 필요한 경우에는 自由權도 法律로서 제한할 수 있다는 說이다.

## 나. 우리 憲法の 解釋論

우리 憲法은 制憲憲法에서는 제9조에서 제15조까지 自由權에 관한 規定을 두고 있었는데, 「法律에 의하지 아니하고는 … 의 自由를 제한받지 아니한다」는 規定方式을 채택하여 實定法上的 權利인양 규정하였다. 4.19이후 이러한 規定方式을 改正하여, 「自由를 制限받지 아니한다」로 변경하였다. 第4共和國 憲法에서는 제10조에서 제20조까지 自由權을 規定하면서 制憲憲法과 같이 個別的인 法律留保條項

---

40) 基本權의 自然權性에 대해서는 지식재, 基本權의 法的 性格, 世界憲法研究 第5호, 459면 이하 참조.

을 두고 있었다.

第5共和國憲法과 第6共和國憲法은 個別的 基本權에 法律留保條項을 없애고 包括的 自由權과 個別的 自由權을 규정하고 있다. 現行憲法은 自由權을 포괄적으로 규정하고 있기에 自然權이라고 볼 것이나 이에 대하여 一般的 法律留保條項이 있기에 相對的인 自然權이라고 보는 것이 多數說이다.<sup>41)</sup>

#### 다. 私見

現行憲法은 제10조 후문에서 「國家는 個人이 가지는 不可侵의 基本的人權을 확인하고 이를 保障할 義務를 진다」고 하고 있으므로 國家內的인 實定權으로 보거나 法律에 의하여 부여되는 權利라고는 볼 수 없을 것이다.

생각건대 天賦人權인 自由權이 憲法과 法律에 의하여 제한될 수 있다는 사실에서 自由權이 실정법상의 권리라고는 확정할 수 없을 것이며, 또 自然權도 實定憲法에 화체됨으로써 다소 相對化될 수 있으므로 自由權은 自然權으로 보되 相對的인 權利라고 보는 설이 타당하다. 自然權이라고 하더라도 內在的 限界가 있으며 國家安全保障이나 他人의 權利, 安寧秩序 등을 위하여서는 法律로 制限할 수 있는 憲法上根據條項이 있다. 自由權도 그것이 絶對的으로 保障되는 것은 아니기에 相對的 自然權說이 타당하다고 하겠다.<sup>42)</sup>

---

41) 基本權을 實定權으로 본 사람은 韓國에서는 朴一慶교수와 兪鎭午교수들이다. 第1共和國때부터 韓泰淵교수는 Carl Schmitt에 따라 自由權의 前國家性, 超國家性을 인정하였다.

42) 自由權의 法的性格에 관해서 學說을 잘 整理한 것으로는, 姜京根, 自由權의 基本權 50年(1) 憲法學研究 제4집 제1호, 1998, 57면 이하 참조.

### 3. 包括性

#### 가. 學說

##### (1) 個別性說

自由權을 實定權으로 보는 實定權說을 주장하는 사람은 헌법에 규정되지 않은 자유는 法律로도 함부로 제한할 수 있다고 보고, 법적으로 보장되는 자유는 憲法에 열거된 自由權들에 한정된다고 한다. Scheuner도 自由權의 個別性を 강조하고 있다.

##### (2) 包括性說

自由權을 自然權으로 보는 自然權說의 입장에서는 自由權이란 일반적인 行動自由權을 말하므로 헌법이 규정하고 있는 개별적인 自由權은 구체적인 예시에 불과하고 헌법에서 규정되지 않은 자유들도 포괄적으로 보장된다고 볼 것이다. 생각건대 自由權은 自然權으로 보아야 하며, 따라서 自由權은 포괄적인 권리로 보아야 한다. 獨逸基本法 제2조 1항은 人格의 自由發現權을 규정하고 있는데 이것을 包括的인 主自由權으로 보고 있는 것이 支配的 學說이며 獨逸聯邦憲法裁判所도 이에 따르고 있다.<sup>43)</sup> Sachs를 비롯한 많은 學者들이 自由權의 包括性を 인정하고 있다.

#### 나. 우리 헌법의 解釋論

그러나 우리 헌법의 해석론으로서서는 實定權說의 입장에서도 包括性を 갖는 것으로 보게 된다. 왜냐하면 헌법 제37조 1항은 「國民의 自由와 權利는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 輕視되지 아니한다」

---

43) 상세한 것은 金哲洙, 前掲 一般의 行動自由權에 관한 研究, 84면 이하 참조. 以下の 論述은 金哲洙, 憲法學概論의 自由權의 基本權 部分(429-437면)을 약간 보완한 것이다.

라고 규정하고 있기 때문이다. 그러나 헌법 제37조 1항의 법적 성격 내지 그 존재 필요성에 대한 해석에 있어서는 實定權論者와 自然權論者가 견해를 달리한다.

#### (1) 實定權論者의 說

實定權說의 입장에서는 헌법상의 自由權規定은 한정적·열거적인 것이므로 헌법에 열거되지 않는 自由權을 인정할 수 없으나, 헌법 제37조 1항이 있기 때문에 헌법에 列舉되지 않는 자유권도 인정할 수 있고, 따라서 헌법 제37조 1항을 自由權의 포괄성을 규정한 權利創設規範이라고 보고 있다.

#### (2) 自然權論者의 說

반면에 自然權說의 입장에서는 自由權은 원래 포괄적인 것이므로 헌법상의 個別的 自由權을 예시적인 것으로 보아야 하고, 따라서 헌법 제37조 1항이 없더라도 헌법에 列舉되지 아니한 自由權도 당연히 인정되는 것이라고 보아 헌법 제37조 1항을 하나의 注意的 規定으로서 宣言的 規定이라고 보고 있다.

### 다. 私4見

생각건대 헌법 제37조 1항의 규정의 有無에 관계없이 自由權은 前國家的 權利이며, 이에 포괄적인 一般的 行動自由權이 있고, 이에 따라 개별적인 自由權이 헌법에 例示되고 있는 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 主自由權으로서의 一般的 行動自由權은 포괄적인 권리이며, 그 派生的인 권리가 개별적인 自由權이라고 볼 수 있을 것이다. 우리 憲法裁判所判例도 이와 같다.<sup>44)</sup>

---

44) 상세한 것은 金哲洙 前掲 一般的 行動自由權에 관한 研究, 88면 이하 참조. 거기서 言及하지 않았던 것으로는 R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 309ff가 있다. Robert Alexy는 自由權은 歷史的으로 点的保障(punktueller Gewährleistung)이라는 主張(Scheuner, Ehmke, Hesse, Rüter, Fr. Müller, v. Pestalozza, Schmidt, Scholz)에 대하여 반박하고 있으며 一般的 自由權을 인정하고 있다. 그는 Dürig의 體系論에 대해서도 贊成하고 있다.

#### 4. 客觀的 價値秩序性 · 制度性 與否

##### 가. 學說

###### (1) 否定說

傳統的으로 自由權은 國家로부터의 自由를 의미하는 것으로 國家權力에 대한 抗義的 性格을 가진 것이었다 自由主義的, 自然權論者는 自由權의 基本權의 客觀的 價値秩序性과 制度性을 否定하고 있다.

###### (2) 認定說

제2차대전후 獨逸聯邦憲法裁判所는 基本權의 二重的 性格을 인정하여 主觀的 權利 外에 客觀的 價値秩序面을 강조하였다. 獨逸基本法 제1조 1항, 2항, 3항 등에 따라 客觀的 價値秩序의 性格을 아울러 가진다고 보고 있으며 獨逸에서의 多數說이라고도 하겠다.<sup>45)</sup> 이에 더 나아가 Häberle는 基本權을 制度的으로 理解하고 있다.<sup>46)</sup>

##### 나. 우리 憲法의 解釋論

우리 憲法은 獨逸基本法 제1조와 같은 規定이 없기 때문에 基本權의 二重性을 否認하고 있었다. 維新憲法後 韓泰淵교수는 學說을 변경하여 「기본권에 있어서의 그 自由는 『國家로부터의 自由』가 아니라 『國家에 있어서의 自由』로 이해하는 수 밖에 없다」고 하면서 言論의 自由를 客觀的 秩序의 구성요소로 보고 있다.<sup>47)</sup> 權寧星,<sup>48)</sup> 許營<sup>49)</sup>교수 등이 基本權의 二重的 性格을 肯定하고 있다. 그러나 制

---

45) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht 참조.

46) Häberle, Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs 2GG 참조.

47) 韓泰淵, 憲法學(1973), 263면.

48) 權寧星, 憲法學原論.

49) 許營, 憲法과 憲法理論.



度的 基本權論을 주장하는 사람은 없는 것 같다.

#### 다. 私見

우리 憲法에는 獨逸基本法 제1조와 같은 규정이 없으며 憲法 제10조 후문이 「國家는 個人이 가지는 不可侵의 基本的人權을 確認하고 保障할 義務를 진다」고 하고 있을 뿐이다. 이 條項은 基本權規定이 아니며 國家에 대한 義務規定이기 때문에 基本權保障義務는 客觀的 價値秩序일 수 있다.

그러나 基本權을 곧 客觀的 秩序라고 할 수는 없다. 參政權 등은 國家形成的·秩序形成的 機能을 가지고 있으나 이를 곧 客觀的 秩序라고 볼 수는 없다. 또 基本權의 二重的 性格을 인정하는 경우에는 自然權으로서의 自由權의 性格을 상실하게 하고 國家가 부여한다고 보는 實定權說에 가깝게 되며 基本權과 制度保障과의 區別을 불명확하게 할 우려가 있다. 自由權의 本性은 自然權이나 憲法에 규정됨으로써 憲法上 保障되는 權利로 되고 法律로 具體化되는 경우 實定法上的 權利가 되는 것이다. 基本權을 규정한 實定憲法規範이 客觀的規範으로서 國家權力을 구속하는 것이기에 權利와 秩序의 二分法에 따라 權利의 性格만을 강조하는 것이 基本權效力의 強化로 될 것이다.<sup>50)</sup>

基本權과 制度는 結付될 수 있으나 이것은 基本權과 制度保障의 문제로 볼 것이요 制度保障을 基本權과 一致시켜서는 안될 것이다.<sup>51)</sup> 이렇게 되면 法律에 의하여 形成된 實定權에 대한 自由權의 우월이 부정될 수 있기 때문이다.

50) 상세한 것은 金哲洙, 前掲 憲法學概論, 251면 이하 참조.

51) 制度的 基本權理論에 反對하는 사람으로는 Sachs, Leisner, Majewski 등이 있다. Sachs, GG Kommentar S.84f. Majewski, Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht, 1970. Sachs는 價値秩序論에 대해서도 反對하고 있다. Sachs, a.a.O.

## V. 自由權의 基本權의 體系와 分類

### 1. 自由權의 基本權의 體系<sup>52)</sup>

독일기본법은 제2조 1항에서 人格의 자유로운 發現權을 규정하여 主自由權을 인정하고 있다. 이 主自由權은 개인의 자유에 대한 포괄적인 보호(ein umfassenden Schutz der individuellen Freiheit)를 의미하는 것으로, 이러한 自由權인 一般的 行動自由權에서 헌법이 明文으로 규정하지 않은 個別的 自由權들이 派生된다.<sup>53)</sup>

一般的 行動自由權을 Dürig는 主自由權이라 하고 있으며 여기서 特殊한 自由權이 具體化된다고 한다.<sup>54)</sup> 日本에서도 憲法 제13조가 生命, 自由, 幸福追求權을 보장하고 있는데 이 自由는 一般的 行動自由權이라고 보고 있다.

우리 헌법상으로는 主自由權인 一般的 行動自由權에 관한 명문규정은 없으나, 헌법 제10조의 人間の 尊嚴과 價値·幸福追求權에서 이러한 一般的 行動自由權이 인정되어 있다고 할 것이다. 우리 憲法裁判所도 행복추구권에 一般的 行動自由權이 함축되어 있다고 본

---

52) 基本權의 體系를 넓게 理解하는 見解와 좁게 인정하는 見解가 있다. 基本權의 體系를 주장하는 사람으로는 G. Jellinek가 있다. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl, 1892, 2. Aufl, 1905. 基本權의 體系를 좁게 본 사람으로는 A. Katz가 있다. 그는 基本權의 分類와 體系를 한 節에서 다루고 있다. Katz, Staatsrecht 12. Aufl. 1994, §26, S.274-279 참조.

53) 筆者가 基本權의 體系를 發表한 것은 1968年이었다. 金哲洙, 基本權의 體系, 서울대학교 法學, 제10권1호(1968.8), 62-100면. 그때부터 現在까지 그 論旨는 계속되고 있다.

Dürig는 人間の 尊嚴을 最高價値로 보며 그 밑에 主自由權과 主平等權만을 주장하고 있어 主生存權, 主請求權, 主參政權 등을 주장하는 筆者와는 見解差異가 있다. 상세한 것은 金哲洙, 現行憲法上 基本權의 性格과 體系, 憲法論叢 제8집 5면 이하 참조.

54) Dürig, in Maunz-Dürig, GG, Art 1, Rdnr 6.

Dürig의 見解는 三段階理論이라고도 할 수 있는바 最上位의 價値로서 人間の 尊嚴을 들고 있으며 그 아래 主自由權, 그리고 特殊自由權을 들고 있다.

다.<sup>55)</sup>

一般的 行動自由權은 포괄적인 자유권이라고 할 것이다. 이러한 一般的 行動自由權은 여러 가지의 파생적인 자유권으로 분화된다. 一般的 行動自由權을 포함하는 행복추구권은 一般法과 같은 성격을 가지고 개별적인 자유권은 特別法과 같은 성격을 가진다고 볼 것이므로, 特別法優先原則에 따라 特別法인 개별적인 自由權의 규정이 없는 경우에 비로소 一般法인 幸福追求權의 규정이 적용된다고 하겠다.

## 2. 自由權의 基本權의 여러 가지 分類

自由權의 基本權은 여러 기준에 따라 분류되어질 수 있으므로 그 분류형태도 다양하게 성립될 수 있다.<sup>56)</sup>

### 가. 內容에 따른 分類

먼저 自由權의 基本權은 우리 헌법상 내용으로 보아 i) 身體의 자유= 司法作用에서의 자유권, ii) 社會的·經濟的 自由, iii) 精神的 自由, iv) 政治的 自由로 나눌 수 있을 것이다.<sup>57)</sup>

---

55) 憲裁 1991.6.3 선고, 89 헌마 204, 화재로 인한 災害補償과 保險加入에 관한 法律 제5조 1항에 대한 違憲決定. 이 결정에서 憲法裁判所는 「幸福追求權 속에 함축된 一般的 行動自由權과 개성의 자유로운 發現權은 立法 기타 최대의 존중을 필요로 하는 것」이라고 판시하고 있다. 이 밖에도 一般的 行動自由權에 관한 判例는 많기에 金哲洙, 前掲 一般的 行動自由權에 관한 研究 참조.

56) 丘秉朔교수는 自由權의 基本權을 다음과 같이 나누고 있다(新憲法原論, 1989, 386면).

- (1) 內面的 精神活動의 자유: i) 良心의 自由, ii) 宗教의 自由, iii) 學問과 藝術의 自由
- (2) 外面的 精神活動의 자유: i) 表現의 自由, ii) 매스미디어에 대한 access權, iii) 集會·社社의 자유, iv) 通信의 비밀, v) 私生活의 비밀과 情報化社會
- (3) 身體의 자유에 관한 기본권: i) 身體의 자유, ii) 住居의 자유, iii) 居住·移轉의 자유
- (4) 經濟的 自由에 관한 기본권: i) 經濟秩序에 관한 헌법구조, ii) 職業選擇의 자유, iii) 財產權의 보장과 그 限界, iv) 消費者의 權利와 보호.

57) 自由權의 基本權의 內容등에 관해서는 Steinbeiß-Winkelmann, C.; Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, 1986. Enderlein, A.; Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte, 1995, Grabitz, E.; Freiheit und Verfassungsrecht, 1976. Bleckmann, A.; Staatsrecht II. Grundrechte, 3. Aufl, 1989. Sachs, M.; Grundgesetz Kommentar, 1996, Dreier, Grundgesetz Kommentar 1997등 Kommentar 참조.

身體의 자유는 身體의 불가침에 관한 개인적인 권리이며, 이는 司法作用에서의 자유를 뜻한다. 社會的·經濟的 自由에는 i) 居住·移轉의 자유, ii) 職業選擇의 자유, iii) 住居의 자유, iv) 通信의 자유, v) 私生活의 자유와 비밀, vi) 財産權行使의 자유 등을 들 수 있을 것이다. 精神的 自由는 i) 宗教의 자유, ii) 良心의 자유, iii) 學問과 藝術의 자유, iv) 表現의 자유로 나눌 수 있다. 政治的 自由에는 i) 政治的 表現의 자유, ii) 政黨加入과 活動의 자유, iii) 投票와 公職選舉立候補 및 選舉運動의 자유 등이 있다.

自由權의 발전연혁에서 보면 身體的·精神的 自由가 먼저 확립되고 나중에 經濟的 自由權이 발달하였다. 중세 專制權力으로부터의 해방이 身體的·精神的 自由를 가져왔고, 이어 자유가 경제생활에 도입된 후 經濟的 自由放任主義·自由競爭主義가 발전하게 되어 經濟的·社會的 自由가 강조되었다. 그러나 19세기 말부터 自由放任主義의 經濟的 自由는 그 폐해를 드러내게 되어 經濟的 自由에 대해서는 그 제한이 적지 않게 가해지게 되었다.

한편 오늘날에는 精神的 自由가 가장 중요시되고 있다. 精神的 自由중에서도 良心·思想의 외부적인 표현인 言論·出版·集會·結社의 자유가 政治的 自由의 전제로서 중요시되고 있다. 즉 選舉의 자유, 政黨活動의 자유 등 정치적 자유를 누릴 수 있게 하는 기반으로 인정되고 있다. 그리하여 오늘날 自由權의 基本權의 중점은 經濟的·社會的 自由에서 精神的 自由로 옮겨지고 있다고 하겠다.<sup>58)</sup>

58) 일반적으로 精神的 自由는 絕對的이라고 한다. 그러나 大法院은 精神的 自由權도 國家安全保障 및 公共의 秩序와 善良한 風俗 또는 公共의 福利를 위하여 制限될 수 있다고 한다. 「종교·양심·학문·예술의 자유 등 인간의 정신생활에 관한 기본권은 인간의 내적·정신적인 면을 규제할 수 없는 성질에 비추어 이를 제한할 수 없으나 정신적·내적 영역을 떠나 외부적으로 나타나는 종교적 행위·종교적 집회와 결사 또는 학문·예술활동, 학술 및 예술적 집회와 결사는 인간의 내적·정신적 문제가 아니라 대외적인 것이며 다수에 의한 것이어서 종교나 학문·예술을 내세워 자유권을 보장하는 헌정질서를 파괴하여 국가의 안정과 사회질서를 위태롭게 할 수 없어 비록 이들 자유권을 제한하는 유보규정이 없다고 하더라도 이들 자유를 표방하여 국가의 안전보장 및 공공의 질서와 선량한 풍속 또는 공공의 복리를 위한 그 어떠한 법에 반하는 행위도 국민의 기본권이론에 의하여 정당화될 수 없다. (大判 1982.7.13, 82 도 1219, 집 30(2형), 141).

## 나. 성격에 의한 分類

또한 自由權의 基本權은 그 성격에 따라 i) 孤立된 개인의 권리, ii) 個人的 共同生活에 관한 권리, iii) 위 양자에서 도출되는 권리로 나눌 수 있을 것이다. 제1군에 속하는 것으로는, i) 身體의 자유, ii) 信仰과 良心의 자유, iii) 住居의 불가침, iv) 書信의 비밀, v) 私有財產權의 보장을 들 수 있을 것이다. 제2군에 속하는 것으로서는 i) 言論의 자유, ii) 出版의 자유, iii) 集會의 자유, iv) 結社의 자유를 들 수 있다. 제3군에 속하는 것으로는 情報에의 자유(情報請求權·情報公開請求權) 등을 들 수 있다. 이하에서는 내용상 분류된 自由權의 基本權들을 개관하면서 自由權의 基本權의 구조를 살펴보고자 한다.

### 3. 自由權의 基本權의 構造 = 自由權의 基本權의 內容上 分類

#### 가. 身體의 自由

身體의 自由(Freiheit der Person)는 육체적인 활동의 자유를 말한다. 이 자유는 개인이 원하는 장소로 이동하거나 체재하는 것까지도 포함하는 넓은 개념으로 파악하는 사람도 있다. 협의에 있어서는 身體의 자유는 체포·구금·압수·수색 등 司法作用에서의 자유를 말한다. 우리 헌법은 身體의 자유에 관하여 제12조 이하에서 상세히 보장하고 있다. 특히 제6공화국헌법에서는 適法節次를 명시하고 拘束適否審査制의 범위를 확대하였으며, 無罪推定權을 규정하고

자백의 證據能力을 제한하는 등 신체의 자유의 신장을 꺾하고 있다.

#### 나. 社會的·經濟的 自由

社會的·經濟的 自由는 社會生活과 經濟生活에 있어서의 자유를 말한다. 인간의 社會生活에 있어서는 私生活의 자유가 보장되어야 하는바, i) 居住·移轉의 자유, ii) 住居의 자유, iii) 通信의 불가침, iv) 私生活의 비밀 등은 인간의 社會的 活動에 있어서 필수불가결한 것이다. 이를 社會的自由라고 한다. 經濟的 自由는 經濟生活에 있어서의 자유로서 이에는 i) 職業選擇의 자유, 營業의 자유, ii) 財產權行使의 자유, 經營管理의 자유, 契約의 자유<sup>59)</sup> 등이 포함될 것이다.

#### 다. 精神的 自由

精神的 自由는 정신활동에 있어서의 자유라고도 할 수 있는데 i), 思想·良心의 자유에서 비롯하여, ii) 宗教의 자유, iii) 學問과 藝術의 자유, iv) 言論·出版·集會·結社의 자유를 포함한다. 精神的 自由는 인간의 尊嚴과 價値·幸福追求權을 보장하기 위하여서도 필수적인 만큼 오늘날 精神的 自由의 우월이 논해지기도 한다.

#### 라. 政治的 自由

政治的 自由는 인간의 政治活動에 있어서의 자유라고 하겠다. 우리 헌법은 이를 직접적으로 基本權章에서 보장하고 있지 않으나, 당연히 인정되는 것으로 보아야 한다. 政治的 自由에는 i) 政治的 表現의 자유, ii) 政黨加入과 活動의 자유, iii) 選舉와 投票의 자유 등

---

59) 우리 憲法裁判所는 契約의 자유가 일반적 행동자유권에서 派生된다고 본다(憲裁 1991.6.3 선고, 89 헌마 204, 火災로 인한 災害補償과 保險加入에 관한 法律 제5조 1항에 대한 違憲決定(前掲判例) 참조).

이 있다.

## 마. 其他의 自由

憲法上 특별한 保障規定이 없으나, 人間의 尊嚴과 價値·幸福追求權을 행사하기 위한 自由도 一般的 行動自由權의 하나로 보장되고 있다.<sup>60)</sup> 예를 들면 사랑할 自由, 잠잘 自由, 結婚할 自由, 옷을 마음대로 입을 自由, 하고 싶은 일을 할 自由 등을 들 수 있다. 이러한 自由는 憲法에 例示되어 있지 않으나 輕視되어서는 아니된다.<sup>61)</sup>

## VI. 自由權의 基本權의 機能

### 1. 積極的 機能

自由權의 基本權은 原則的으로는 自己마음대로 생각하고 行動할 수 있는 自由라고 하겠다. 이것은 自由는 人間의 本性으로부터 당연히 나오는 것이며, 人間의 尊嚴과 價値·幸福追求權에서 나오는 것이라고 하겠다. 이것을 國家權力優越的 思考에서는 法律上的 認容(Dulden)이나 許容(Erlaunis)이라고 消極的으로만 보고 있으나, 自由權은 前國家的 自然權이므로 行爲의 自由 등 積極的 機能은 당연히 가지는 것으로 보아야 한다.<sup>62)</sup> 이것을 行動自由權(Handlungsfreiheit : Verhaltensfreiheit)라고 하며 言論·出版·集會·結社의 自由 등이 이에 속한다.<sup>63)</sup>

---

60) 상세한 것은 金哲洙, 前掲 一般的 行動自由權에 관한 研究, 95면 이하 참조.

61) 自由權의 基本權의 具體的 內容에 대해서는 金哲洙, 前掲 憲法學概論, 437면~666면 참조.

62) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht, 16. Aufl. Rdnr. 363.

또, Kant를 비롯한 獨逸學者와 Locke를 비롯한 自然法論者의 學說 참조.

63) 상세한 것은 Hellermann, J.; Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993. 참조.

## 2. 消極的 機能

自由權의 基本權이란 국민이 그의 자유영역에 대해서 국가권력으로부터 침해를 받지 않을 소극적인 권리이기도 하다. 따라서 自由權은 국가가 국민의 행위 등을 간섭하지 않을 것, 즉 不作為(Unterlassen)를 요구할 수 있는 권리일 뿐 적극적으로 국가의 作為를 요청할 수 있는 권리가 아니다. 그러나 국가가 自由權을 침해하는 때에는 그 침해를 배제하여줄 것을 청구할 수는 있기 때문에 이 점에서는 對國家的인 侵害排除請求權이라고 하겠다. 이러한 侵害排除請求權을 防禦權(Abwehrrecht)이라고도 한다. 이것은 通信의 不可侵, 住居의 不可侵 등에서 잘 나타나고 있다. 防禦權은 自由權의 특성으로 行動自由權 등이 侵害되는 것을 防禦할 수 있는 權利이며 侵害된 경우에는 不作為請求權(Unterlassungsanspruch)을 行使할 수 있다.<sup>64)</sup>

## VII. 自由權的 基本權의 主體와 效力

### 1. 自由權的 基本權의 主體

自由權은 人權(Menschenrecht)이며 市民權(Bürgerrecht)이 아니다. 그러기에 人間이면 누구나 自由權의 主體가 될 수 있다. 獨逸基本

---

64) 防禦權에 대해서는 Stern, K.; Das Staatsrecht, Bd III/1. S.619.

Isensee, J.; Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Handbuch des Staatsrechts, Bd V. S. 143ff. 이하 참조.



법은 自由權의 主體를 Jeder(누구나)라고 表現하고 있는 경우가 있으며 獨逸人の 權利主義性과 구분하고 있다. 우리 헌법은 自由權의 주체 내지 享有자를 「國民」이라고 하고 있지만, 自由權은 성질상 自然權으로서 「人間」의 권리로 보아야 한다. 따라서 자유권은 外國人에게도 인정되는 것이 원칙이다. 人間中에는 未成年者나 精神障礙者 등이 있으나 그들에게도 基本權 權利能力은 인정되나 基本權 行爲能力은 制限될 수 있다. 自由權을 法人이 享有할 수 있는가에 관해서는 견해가 대립하고 있으나, 身體의 자유나 內心の 자유 등은 自然人에게만 인정되고 法人은 성질상 社會的·經濟的 自由權이나 言論·出版의 自由權 등의 주체만이 될 수 있다.<sup>65)</sup>

## 2. 自由權的 基本權의 效力

國家에 대한 防禦權(Abwehrrecht)으로서의 自由權的 基本權은 直接的 效力 規定으로서 모든 國家權力을 직접 구속한다.<sup>66)</sup> 이 점에서 生存權的 基本權과 다른 특색을 가지고 있다. 自由權은 원래 對國家의인 기본권이었으나 私人に 의한 自由權侵害가 갈수록 심해지자 對私人的 效力도 주장되게 되었다. 오늘날 일부의 자유권, 예를 들면 言論의 자유 등은 直接的 效力을 가지나 社會的·經濟的 自由權 등은 私法의 일반조항을 통하여 간접적으로 적용된다고 하겠다.<sup>67)</sup>

自由權的 基本權의 私人に 의한 侵害에 대해서는 國家는 自由權守護의 責任을 지며 私人に 의한 基本權侵害도 豫防하고 侵害된 경우에도 賠償 등을 받을 수 있게 해야 하겠다.

---

65) 상세한 것은 金哲洙, 前掲 憲法學概論, (제12판) 268면 이하 참조.

66) 상세한 것은 金哲洙, 上掲書, 280면 이하 참조.

67) 상세한 것은 金哲洙, 上掲書, 288면 이하 참조.

## VIII. 自由權의 基本權의 制限

### 1. 制限可能性 與否

#### 가. 學說

##### (1) 制限不可能說

Carl Schmitt는 自由權은 個人的 私的 領域에 대한 國家에서의 自由이며 自由는 原則的으로 制限될 수 없는 것이라고 하였다. 自由權은 그 內容이 어떠한 法律에 의해서 부여되거나 法律의 制限內에 있는 것이 아니고, 原則的으로 法律에 의한 制限에서 自由로운 것이라고 하였다.<sup>68)</sup>

##### (2) 制限可能性說

이에 대하여서는 많은 批判이 행해졌다. 前國家的 自由權은 法律에 의하여 實定權으로 되며 國家는 不可侵義務(Nichtstörungspflicht)를 지며 國民은 이에 대한 防禦權(Abwehrrecht)을 가지고 있으므로 이 國家內的인 權利는 法律로서 制限可能하다고 한다.<sup>69)</sup> 또 憲法直接的인 制限도 있으며 憲法間接的인 制限도 있다고 하였다.

#### 나. 우리 憲法の 解釋論

우리 憲法은 制憲初부터 自由權에 個別的인 法律留保條項을 두고 있

---

68) Schmitt, C.: Verfassungslehre, S.125f, S.168.

69) 예를 들면 Steiger in Schelsky(Hrsg.), Zur Theorie der Institution, 1970, S.91ff, Graf, H.L.; Die Grenzen der Freiheitsrechte ohne besondere Vorbehaltsschranke, Diss, München, 1970. S.72ff. Lerche, P.; Grundrechtliche Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, Handbuch des Staatsrechts, Bd V. S.739ff. Bettermann, K.A.; Grenzen der Grundrechte 1968. 등이 있다.

있으며 一般的 法律留保條項을 두고 있었기 때문에 法律에 의한 制限을 인정하고 있었다. 現行憲法은 個別的 留保條項을 일부 없애기는 하였으나 제37조 2항에서 「國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로서 制限할 수 있다」고 규정하고 있으므로 制限可能하다고 보겠다.

#### 다. 私見

自由權이 前國家의 基本權이라고 하더라도 他人의 自由權을 侵害할 수 없으며 共同體를 否定할 수 없으므로 法律에 의한 制限은 可能하다고 하겠다. 憲法 37條 2項은 모든 自由權을 制限할 수 있다고 하고 있으나 本質的 內容만으로 구성되어 있는 自由權은 法律로서도 制限할 수 없다고 하겠다.<sup>70)</sup>

### IX. 結 論

第2次世界大戰後 자연권사상의 팽배에도 불구하고 自由權에 대한 사회적 제약성이 강조되었다. 원래 自由權의 基本權은 휴머니즘과 合理主義에 근거하고 있으며, 자유권적 기본권의 전성시대에는 자유가 평등에 우선하였다. 그러나 社會的·經濟的 不平等이 심화되자 自由主義에 대한 비판이 나타났고, 이에 따라 民主主義에도 自由民主主義와 社會民主主義의 구별이 생겨 전자는 自由를 經濟的 平等에 우선시키고, 후자는 經濟的 平等=社會的 正義를 自由에 우선시키고 있다. 현대의 社會的·經濟的 여건 아래에서는 自由權이 18세기적일 수는 없으며, 경제적인 自由에 있어서는 오히려 현대의 사회경제

---

70) 상세한 것은 金哲洙, 前掲書, 296면 이하 참조.

상태에 비추어 보아 이에 대한 규제가 불가피하게 되었다. 이것은 특히 결핍에서의 자유를 보장하기 위한 生存權의 基本權의 대두로서 설명될 수 있을 것인데, Weimar 헌법 이후 生存權의 基本權의 보장을 위해 經濟的 自由權에 대한 社會的 制約性이 강조되고 있다.

우리 憲法도 生存權의 保障을 위하여 自由權의 基本權의 制限을 인정하고 있으나 그 調和가 요청된다.<sup>71)</sup>

獨逸基本法에는 生存權의 基本權에 관한 규정이 없기에 社會國家의 原則에서 自由權에서 生存權, 參與權을 도출하려고 하고 있으나<sup>72)</sup> 우리는 生存權에 관한 규정이 따로 있기 때문에 自由權의 生存權化를 주장해서는 안된다. 生存權의 保障이라는 名目으로 自由權의 本質을 희생해서는 안된다.<sup>73)</sup>

---

71) 상세한 것은 生存權의 基本權과 自由權의 基本權의 關係, 金哲洙, 前掲書, 674면이하 참조.

72) 獨逸聯邦憲法裁判所는 獨逸大學入學定員制를 규정한 numerus-clausus 判決에서 自由權에서 參與權(Teilhaberecht)를 도출해 내고 있다. BVerfGE 33, 303ff.

73) 이 論文은 창졸간에 쓰여진 것이기 때문에 世界各國의 基本權理論을 다 反映하지 못한 점이 있다. 美國이나 日本의 理論을 덜 反映하였으나 日本의 理論은 韓國과 大差 없다. 獨逸의 경우 많은 博士論文이 나와 있기에 전부를 섭렵하기는 어려워, 이 모든 論議過程을 충분히 소개하지 못한 것이 아쉽다. 執筆時間이 있으면 世界各國의 理論을 反映하여 補完하기로 한다. (2000.10.30)

# 選舉運動과 表現의 自由

朴 容 相

憲法裁判所 事務處長

## - 目 次 -

### I. 서론

1. 표현의 자유와 정치적 언론
2. 민주주의와 선거운동의 의의

### II. 현행법상 선거운동에 대한 규제

1. 개관
  - 가. 통합선거법 이전의 규제 상황
  - 나. 1994년 통합선거법
2. 현행법상 선거운동의 정의
3. 선거운동 주체에 관한 제한
  - 가. 개관
  - 나. 정당활동과 선거
  - 다. 선거운동기구 및 선거운동원
  - 라. 단체의 선거운동 금지와 그 문제점
  - 마. 노동조합
  - 바. 검토

- 4. 선거운동의 기간 및 장소의 제한
- 5. 선거운동 방법의 제한
  - 가. 개관
  - 나. 언론매체를 이용한 선거운동
  - 다. 집회에 의한 선거운동
  - 라. 개인용 컴퓨터·전화 등을 이용한 선거운동
  - 마. 기부행위의 제한 - 매수 및

### III. 선거와 언론매체의 표현행위

- 1. 개관
- 2. 허위 논평·보도의 금지
- 3. 공정의무
  - 가. 개관
  - 나. 방송
    - 다. 신문 기타 정기간행물
- 4. 여론조사 결과의 공표금지
- 5. 선거반론권
- 6. 선거와 방송
  - 가. 정치방송 개관
  - 나. 선거토론 방송

### IV. 선거와 일반 시민의 알 권리 및 표현의 자유

- 1. 현행법상 규제체제의 문제점
- 2. 선거와 시민의 알 권리
- 3. 집회 및 결사의 자유

V. 선거에 관한 표현내용 규제

1. 선거와 표현행위에 관한 일반법리
2. 현행법의 규정
3. 후보자 비방죄
4. 허위사실 공표죄

VI. 정치적 언론으로서 정치자금에 대한 규제

1. 서론
2. 정치자금 규제에 대한 입장의 대립 - 자유주의와 평등주의
3. 정치자금의 사용 - 현금과 지출의 구별
4. 법인의 정치자금 사용에 대한 규제
5. 한국

VII. 맺는 말

## I. 서론

### 1. 표현의 자유와 정치적 언론

표현의 자유는 원칙상 모든 생활영역을 포괄한다. 표현의 자유는 그 대상으로 하는 사항 여하와는 상관 없이 포괄적으로 자유로운 의견형성을 보장하는 것이기 때문에 의견표현이 어떠한 것을 대상으로 한 것이든 원칙적으로 그 보호 영역에 포함된다.

그러나 표현행위자가 주제로 삼는 영역마다 그 헌법적 보호의 범위와 정도는 상이하다. 특히 언론·출판의 자유는 건강한 정부를 위하여 정치적 표현이나 공적 사항에 관한 논평이 필요하고 중요한 의미를 갖는 것으로 생각된다. 즉, 헌법상 표현자유 보호에서 정치적 언론은 높은 위치를 갖는다. 언론과 출판에 부여된 보호는 국민이 바라는 바에 따라 정치적·사회적 변화가 이루어지도록 의견의 자유로운 교환을 보장하기 위한 것이기 때문이다.

미국 연방대법원은 공공의 관심사에 관한 언론은 자기표현(self-expression) 이상의 것으로서 자치(self-government)의 정수(精髓)이며, 언론의 자유를 보호하는 주요 목적은 정부의 일에 관한 자유로운 토론을 보호하는 것이라고 하는 입장을 취한다. 수정헌법 제1조는 시민이 자치의 권리를 행사하고 그것을 준비하는 커뮤니케이션 과정에 국가가 간섭하는 것을 금하며, 국가를 비판하고 그 남용을 폭로하는 자를 보호한다는 것이다.

특히 선거운동에 있어 표현의 자유는 참정권적인 의미를 가지므로 최대한으로 보장될 필요가 있다. 미국 연방대법원은 선거운동으로서 행해진 언론에 대하여 수정헌법 제1조를 가장 충실하게 적용한다.<sup>1)</sup> 정치적 언론은 수정헌법 제1조가 가장 강력하게 보호하려는 것이며,

---

1) *Eu v. San Francisco Democratic Comm.*, 489 U.S. 314 (1971)



특히 정치적 언론으로서 대표적인 것이라 할 수 있는 선거운동 중의 언론은 가장 강력하게 보호받는 것이 미국의 전통이다.

## 2. 민주주의와 선거운동의 의의

우리 헌법재판소의 판례에 의하면 “선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하다. 표현의 자유, 특히 정치적 표현의 자유는 선거과정에서의 선거운동을 통하여 국민이 정치적 의견을 자유로이 발표, 교환함으로써 비로소 그 기능을 다하게 된다 할 것이므로 선거운동의 자유는 헌법에 정한 언론, 출판, 집회, 결사의 자유 보장규정에 의한 보호를 받는다.”<sup>2)</sup> 그리고 “선거운동은 국민주권의 행사의 일환일 뿐만 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로, 선거운동의 허용범위는 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡겨진 것이 아니고 그 제한입법의 위헌 여부에 대하여는 엄격한 심사기준이 적용된다”는 것이 헌법재판소 판례의 입장이다.<sup>3)</sup>

헌법재판소는 여론조사의 공표금지의 합헌성 여부가 논란된 사건에서 민주주의와 선거에 관한 표현행위의 관계에 관하여 다음과 같이 실시하고 있다.

“민주정치체제는 사상 또는 의견의 자유로운 형성 및 그 전달을 바탕으로 하는 건전한 여론 없이는 정상적인 기능이 발휘될 수 없으므로 언론·출판의 자유는 민주주의의 기초를 이루는 핵심적인 정신적 자유권이라 할 것이며, 정보를 수집하고 처리할 수 있는 권리를 말하는 알 권리는 언론·출판의 자

2) 헌법재판소 1995. 4. 20. 92헌바29 선거인쇄물 금지사건

3) 헌법재판소 1994. 7. 29. 93헌가4,6 병합결정, 선거운동 주체 제한 사건, 헌재공보 94, 489

유의 한 내용으로 마땅히 보장되어야 하는 것이다. 특히 대의제 민주주의의 필수불가결의 전제가 되는 선거와 관련해서 볼 때, 국민대표의 공정한 선출을 위해서는 주권자인 국민이 관련정보에 광범하게 또 쉽게 접근할 수 있어야 하는 것이므로 선거관련 정보의 자유로운 전달 및 이에 대한 접근을 의미하는 언론·출판의 자유는 대표선출의 공정성과도 관련되어 있는 중요한 문제인 것이다. 이와 같이 언론·출판의 자유는 민주주의를 유지·발전시키기 위한 토대가 되므로 최대한 보장되어야 하나, 언론·출판의 자유도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률에 의하여 제한할 수 있다. 그러나 이 경우에도 헌법 제37조 제2항에서 정한 기본권제한입법의 한계인 과잉금지의 원칙은 지켜져야 할 것이다.”(헌법재판소 1995. 7. 21. 92헌마177, 199 여론조사 공표금지 사건(I) 판례집 7-2, 112 [125])

그러나 선거나 정치과정 중의 언론이라고 하여 절대적으로 자유로운 것은 아니며, 공익을 위한 규제가 일정한 요건 하에서 허용된다. 선거에서 국민의 진정한 의사를 제대로 반영하고 선거의 공정을 담보하기 위하여는 선거운동에 대한 규제가 불가피하며, 선거에 관한 규제에는 선거의 “자유와 공정”이라고 하는 두 이념이 적절히 조화되어야 한다. 그러한 규제로서 전형적인 것은 선거운동으로서 표현의 내용, 기간 및 장소, 그리고 선거운동을 할 수 있는 주체에 대한 제한이 있다. 헌법재판소는 다음 판례에서 이러한 법리를 상세히 언급하고 있다.

“대의민주제를 채택하고 있는 민주국가에 있어서 공직자의 선거는 주권자인 국민이 그 주권을 행사하는 행위이므로 국민이 선거에 참여하여 그 의사를 표현할 기회와 자유는 최대한 보장되어야 한다.

그러나 한편, 민주적 의회정치의 기초인 선거는 동시에 공정하게 행하여지지 않으면 아니 된다. 금권·관권 등으로 인한 타락선거를 막고 아무런 제한 없는 과열된 선거운동으로 인하여 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 최소화하며 국민의 진정한 의사를 제대로 반영하기 위하여는 우선 선거의 공정이

보장되어야 한다. 선거의 공정 없이는 진정한 의미에서의 선거의 자유도 보장되지 아니한다는 것은 엄연한 역사적 사실이다. 정도의 차이는 있을지언정 나라마다 선거운동에 관하여 일정한 규제를 하고 있는 이유도 바로 여기에 있으며, 이 점에서 선거의 공정성 확보를 위하여는 선거운동에 관한 어느 정도의 규제가 불가피함을 쉽사리 알 수 있다.

그렇다면, 선거에 관한 각종 입법은 선거의 “자유와 공정”의 두 이념이 적절히 조화되도록 형성되어야 할 것이나, 선거운동을 어느 정도로 허용하고 어느 정도로 제한하는 것이 적절한 조화인가에 관하여 모든 국가, 모든 사회에 공통적으로 타당한 절대적인 기준은 있을 수 없고, 각 나라마다의 사정 즉 그 나라의 역사와 정치문화, 선거풍토와 선거문화의 수준, 민주시민의식의 성숙정도 등 제반 사정에 따라 달라질 수밖에 없다. 일반적으로 말하면, 민주주의가 정치문화에 확고한 뿌리를 내리고 공명선거가 잘 보장되어 있는 정치선진국에서는 선거운동의 자유를 보다 많이 허용하여도 좋을 것이나, 민주주의의 역사가 짧고 그것이 정치문화에 확고한 뿌리를 박지 못한 채 자유롭고 공명한 선거의 경험보다는 부정·타락선거의 경험이 많은 정치후진국에서는 선거의 공정성의 확보가 정치, 사회적으로 더 절실한 요청이라 할 수 있을 것이다.

우리 헌법은, 주권재민의 원칙을 선언하고(제1조) 국민의 선거권 및 공무담임권(제24조, 제25조)과 표현의 자유(제21조) 등을 보장하면서도, 다른 한편 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 이러한 국민의 자유와 권리도 그 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 법률로써 제한할 수 있다고 규정함으로써(제37조 제2항) 선거운동의 자유도 ‘선거의 공정성의 보장’이라는 공익을 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있음을 분명히 하였고, 특히 제116조에서는 선거공영제가 선거운동의 기본방식임을 천명하면서 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리 하에 “법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”라는 특별규정을 두었는바, 이러한 헌법규정들에 의거하여 이 법은 선거운동에 관하여 그 주체·방법·기간 및 비용의 측면에서 여러 가지 규제를 하고 있다.

이러한 입법자의 의지는, 그것이 선거의 공정과 기회균등의 확보를 위한 것이고 현재 우리나라의 고유한 사정을 고려하여 선거에 있어서의 ‘자유와 공정’의 두 이념이 슬기롭게 조화될 수 있도록 배려한 것인 한, 원칙적으로

존중되어야 한다.”(헌법재판소 1995. 5. 25. 95헌마105 단체 선거운동 금지 사건, 판례집 7-1, 826 [835-837])

## II. 현행법상 선거운동에 대한 규제

### 1. 개 관

#### 가. 통합선거법 이전의 규제 상황

우리나라는 건국 이래 수많은 선거를 치러 왔지만, 대체적으로 그 때마다 금권, 관권 및 폭력에 의한 부정·타락선거가 문제되어 왔고, 자유롭고 공정한 선거분위기 속에서 국민의 진정한 의사가 제대로 반영되는 이상적인 선거풍토를 이룩하지 못하고 있다. 이러한 선거풍토를 일신하여 깨끗하고 돈 안 드는 선거를 실현함으로써 공정한 선거문화를 정착시키는 것은 헌법상 중요한 일로 간주되어 왔다.

원래 우리의 선거법은 대통령, 국회의원, 지방의회의원, 지방자치단체장 등에 관한 선거법이 별개로 제정되어 시행되어 왔었다.

그 중 선거운동에 관한 규제로서 대표적인 구 대통령선거법(제정 1987. 11. 7. 법률 제3937호, 개정 1992. 11. 11. 법률 제4495호, 폐지 1994. 3. 16. 법률 제4739호)이 그 제6장(선거운동)에서 규정했던 것을 보면 선거운동의 기간, 방법, 주체에 관하여 다음과 같은 광범한 제한들을 규정하고 있었다.

동법은 동법상 금지 및 벌칙조항의 전제가 되는 ‘선거운동’의 개념을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”라고 정의한 다음(동법 제33조), 선거운동의 기간을 제한하였고(동법 제33조), 법정 선거운동방법 외의 일체의 선거운동을 금지하여(제35조) 선거운동방법에 관한 포괄적 제한규정을 두고, 허용되는 개개의 선거운동방법에 대하여도 상세한 제한규정을 두고 있었다(제43조 내지 제78조). 그 중 동법은 여러 가지 선거운동방법을 금지하고 있었으므로

(제49조, 제52조, 제53조, 제55조 내지 제78조[제63조 제2항 제외] 등) 결국 허용되는 것은 동법이 규정하는 방법(제43조 내지 제48조[제45조 제외], 제50조 내지 제51조, 제63조 제2항)뿐이었다.

또 동법은 정당·후보자·선거사무장·선거연락소장·선거운동원·연설원(이들을 포괄하여 '선거관계자'라 한다)이 아닌 자의 선거운동을 원칙적으로 금지하고(제36조 제1항 본문), 선거관계자(이들만이 선거운동을 할 수 있다)가 될 수 없거나 되는 데 제한을 받는 사람들을 규정하였으며(제36조 제2항, 제3항, 제4항), 선거사무소 등의 설치, 선거사무장 등 선거관계자의 선거관리위원회에 대한 신고, 신분보장 등에 관하여 규정하였다(제37조 내지 제41조). 이에 따라 후보자가 아닌 일반 국민은 후보자의 가족이 아니면(같은 조 제1항 단서) 위 법률조항에 정한 선거관계자의 신분을 획득하지 아니하는 한 선거운동을 할 수 없고, 이를 위반하면 법 제162조 제1항 제1호에 의하여 처벌되었다. 즉, 위 법률조항은 일반 국민이 선거권자라는 신분만으로는 선거운동을 전혀 할 수 없도록 금지하여 선거운동의 자유를 제한하고 있었다. 이 중에서 정당·후보자·선거관계자가 아니고서도 할 수 있는 선거운동방법은 제50조에 규정된 연설회장에서의 선전물의 착용·휴대 및 제63조 제2항에 규정된 일정한 장소에서의 지지호소 정도뿐이었다. 그리고 동법 제162조와 제163조에는 위 각 법률조항에 정한 제한 및 금지의 위반행위에 대한 벌칙을 규정하고 있었다.

또 동법 제7장에서는 선거비용을 제한하였으며, 제141조 내지 제144조에서 금권의 개입을 봉쇄하는 규정을, 제147조 내지 제150조, 제154조 내지 제156조에서 권력 기타 물리적인 불법행동을 저지하는 규정을, 제159조 내지 제161조의2에서 허위사실유포 등을 처벌하는 규정을 두고 있었다.

이와 같이 구법상 선거운동에 관한 규제체계를 요약하면 선거운동의 주체, 방법, 기간에 관하여 포괄적·원칙적으로 금지한 다음, 특별히 법이 허용한 사람들만이 법정의 기간 내에 법정의 방법으로만 선거운동을 할 수 있게 한 것이었다. 동법의 위와 같은 선거운동 규제 일반에 관한 합헌 여부는 후에 헌법재판소에서 전반적인 검토가 행해졌다.<sup>4)</sup>

4) 후술 헌법재판소 1994. 7. 29 93헌가4,16병합결정, 선거운동 주체 제한 사건, 헌재공보 94.

## 나. 1994년 통합선거법

그러나 김영삼정부 출범 후 1994년 제14대 국회에서 이들 각종 선거법을 통합한 통합선거법으로서 ‘공직선거및선거부정방지법’(1994. 3. 16. 법률 제4739호)이 제정되었다. 동법은 입법형식에서 뿐 아니라 선거에 대한 규제에 있어서도 전반적인 개혁을 시도한 것이었는데, 선거운동의 규제방법에 있어서는 ‘포괄적 제한·금지’ 방식에서 ‘개별적 제한·금지’ 방식으로 전환하여 금지·제한되지 아니한 선거운동은 모두 허용되도록 하여 선거운동의 자유를 확대하였다. 여·야 합의에 따라 제정된 이 법은 선거운동의 자유를 확대함과 아울러 그에 못지 않게 공정한 선거를 향한 강한 의지를 보여 준 것이었다.

공직선거및선거부정방지법은 자유로우면서도 공정한 선거와 부정방지를 입법의 목적으로 명시하고, 그 제7조에서는 정당·후보자 등의 공정경쟁의무를, 제8조에서는 언론기관의 공정보도의무를, 제9조에서는 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자의 중립의무를 선언하고 있다. 또 동법 제10조는 그 제1항 각호에 열거되지 아니한 사회단체 등은 선거부정을 감시하는 등 공명선거추진활동을 할 수 있도록 보장하되, 그 활동이 공정한 자세를 견지하여야 하며 특정 정당이나 후보자의 선거운동에 이르러서는 아니됨을 분명히 하고 있다. 동법 제1장(총칙)에 규정된 위와 같은 원칙규정들에 상응하여 동법은 제7장(선거운동), 제8장(선거비용), 제9장(선거와 관련있는 정당활동의 규제), 제16조(벌칙) 등에서 선거의 공정성을 실현하기 위한 여러 가지 규정들을 마련해 놓고 있다.

그 구체적 내용을 보면 동법은 선거운동의 공영제를 확대하고, 돈이 적게 드는 선거풍토를 조성하기 위해 선거비용을 최소화하는 등

시에 선거비용의 수입과 지출에 대한 규제를 가하고, 일정한 선거범죄에 관하여는 기소에 관한 재정신청제도를 도입하였다. 또 동법의 선거운동에 관한 규정을 보면 종전에 허용되던 호별방문이나, 선거기간 중 선거에 관한 여론조사의 공표를 금지하고, 특히 사단, 재단 등 모든 단체에 의한 정당 후보자의 지지·반대행위를 금지하는 한편, TV토론, 방송연설회 등 미디어를 이용한 선거운동이 대폭 허용됨으로써 선거운동은 미디어를 위주로 한 체제로 변하게 되었다.

그 후 1997년 제15대 대통령선거를 계기로 개정된 공직선거및선거부정방지법(1997. 11. 14. 법률 제5412호)은 현수막 게시, 옥외 정당연설회 등 전통적 선거운동을 금지하는 한편, 미디어를 이용한 선거운동을 확대·활성화하고, 그에 따라 그 공정성을 보장하기 위한 선거방송심의회를 설치하고 선거반론권 등을 입법화하게 되었다. 고비용 정치구조를 개선하기 위해 정당·후보자가 선임·신고할 수 있는 법정 선거사무원 수를 지난 제14대 대통령선거시의 7.0%인 4,155명으로 제한하여 선거사무원의 수당 등에 지출되는 인건비를 대폭 축소함으로써 돈이 적게 드는 선거가 실현되도록 하였다.<sup>5)</sup> 위 개정 선거법에 따라 1997. 12. 18. 시행 대통령선거는 옥외연설회가 옥내연설회로 변경되고 그 횟수도 대폭 축소되었으며, 또한 소형인쇄물 및 정강·정책홍보물 등 선전인쇄물의 종류를 축소하는 등 과거 선거와는 달리 ‘미디어 선거’로 불릴 만큼 방송·신문 등 언론매체에 의한 선거운동이 활성화되었다.

## 2. 현행법상 선거운동의 정의

선거법상 규제의 대상은 선거운동이고 선거운동의 정의는 법적 규제의 전제가 된다. 공직선거및선거부정방지법 제58조 제1항은 “이

5) 제15대 대통령선거총람(1997. 12. 18.시행), 중앙선거관리위원회, 60면

법에서 ‘선거운동’이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다. 다만, 선거에 관한 단순한 의견의 개진·의사의 표시·입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동은 선거운동으로 보지 아니한다.”고 규정한다.

대법원은 “지방의회의원선거법 제38조 소정의 ‘선거운동’이란 특정한 선거에 있어서 특정한 후보자의 당선을 직접 목적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 또 유리한 모든 행위, 또는 반대로 특정한 후보의 낙선을 직접 목적으로 필요하고 불리한 모든 행위를 말하고, 특정한 후보자를 위한 득표를 목적으로 한다는 주관적 요소의 개입이 없는 단순한 선거에 관련한 의견이나 의사를 밝히는 것과 투표를 얻기 위한 목적으로 하는 것이 아니고 단순히 후보자가 되기 위한 준비행위는 제외된다.”고 판시하였다.<sup>6)</sup>

헌법재판소는 “선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있다.”고 한다.<sup>7)</sup>

이러한 정의를 종합하면 선거운동이란 ‘특정 선거’를 전제로 ‘특정한 후보자’의 당락을 위해 하는 행위이다. 그 점에서 선거에 관한 단순한 의견의 개진, 의사의 표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 정당활동은 선거운동에 포함되지 않는다.

또 헌법재판소는 금지되는 선거운동을 하여 이를 처벌하는 선거법 관계조문이 너무 광범위하여 위헌이라고 주장된 사안에서 다음과 같은 이유로 선거운동의 정의는 헌법상 명확성 요건을 충족한다고 판시하였다. “위 법률조항들의 입법목적, 법에 규정된 선거운동 규제조

6) 대법원 1992. 4. 28. 선고 92도344 판결 지방의회의원선거법위반 [공1992, 1785]

7) 헌법재판소 1994. 7. 29 93헌가46 병합결정, 선거운동 주체 제한 사건, 헌재공보 94, 489



항의 전체적 구조 등을 고려하면 선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있다. 즉, 단순한 의견개진 등과 구별되는 가별적 행위로서의 선거운동의 표지로 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다 할 것이다. 선거운동을 위와 같이 풀이한다면 법률적용자의 자의를 허용할 소지를 제거할 수 있고, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이면 누구나 그러한 표지를 갖춘 선거운동과 단순한 의견개진을 구분할 수 있을 것이므로 이른바 공정한 고지의 기능도 다할 수 있게 된다. 그렇다면 [구 대통령선거]법 제34조, 제36조 제1항 본문 및 그 별칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 각 해당 부분은 통상의 일반인에게 구체적으로 어떠한 행위들이 금지되고 있는가를 미리 알려주고 그들이 불이익한 처분을 받는 일을 하지 아니하도록 상당한 주의, 경고를 하고 있는 것으로 볼 수 있으므로 헌법 제12조 제1항이 요구하는 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.”<sup>8)</sup>

2000. 2. 16. 공포·시행된 공직선거및선거부정방지법중개정법률은 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진은 이를 선거운동으로 보지 아니하도록 하고, 후보자를 초청하여 대담·토론회를 개최할 수 있는 단체의 선거운동을 허용하였다(법 제58조 및 제87조).

8) 헌법재판소 1994. 7. 29 93헌가46 병합결정, 선거운동 주체 제한 사건, 헌재공보 94, 489; 판례집 6-2, 15

### 3. 선거운동 주체에 관한 제한

#### 가. 개 관

어떠한 개인이나 단체가 선거운동을 할 수 있는가 여부 및 허용되는 선거운동의 범위 여하에 관해서는 여러 가지 복잡한 논의가 필요하다. 선거운동이 법률로써 허용된 자 이외에는 금지된다고 하는 주체에 관한 제한은 금지되는 주체의 입장에서 보면 그 자체가 특정 후보자의 당락을 의도한 표현행위가 금지되는 것이기 때문에 크게 보아 내용근거규제에 해당한다고 할 수 있다. 그러므로 일정한 자에 대하여 선거운동을 금지하기 위하여는 이를 정당화할 이유가 엄격히 심사되어야 한다. 여기에는 선거운동이 금지되는 자의 특수한 지위가 고려되고 있다.

구 대통령선거법(제정 1987. 11. 7. 법률 제3937호, 개정 1992. 11. 11. 법률 제4495호, 폐지 1994. 3. 16. 법률 제4739호) 제36조 제1항 본문은 원칙적으로 전 국민에 대하여 선거운동을 금지한 다음 후보자의 가족, 정당이나 후보자에 의하여 선임되어 선거관리위원회에 신고된 극소수의 선거관계인들만이 선거운동을 할 수 있도록 규정하고 있었다. 이 조항의 위헌여부가 문제된 사건에서 헌법재판소는 선거권이 없는 사람과 선거의 공정을 해칠 우려가 있는 일정 범위의 사람들에 대하여 선거운동을 금지하는 것은 합헌이지만, 선거의 공정을 해칠 우려가 없는 선거권을 가진 일반 국민까지 선거운동을 금지하여 이들의 선거운동의 기회를 박탈하는 것은 헌법에 위반된다고 판시하였다

[사례] 선거운동 주체 제한 사건 (1994)

헌법재판소 1994. 7. 29 93헌가4,6 병합결정, 판례집 6-2, 15

구 대통령선거법(제정 1987. 11. 7. 법률 제3937호, 개정 1992. 11. 11. 법률 제4495호, 폐지 1994. 3. 16. 법률 제4739호) 제36조 제1항은 “정당·후보자·선거사무장·선거연락소장·선거운동원 또는 연설원이 아닌 자는 선거운동을 할 수 없다”고 규정하고, 동법 제162조 제1항 제1호는 위 금지에 대한 위반행위에 대하여 3년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다는 벌칙을 규정하고 있었다.

1993년 제청신청인 김기춘은 서울형사지방법원에서, 제청신청인 장명국은 서울지방법원 서부지원에서 각각 대통령선거법위반죄 등으로 기소되어 공판 계속 중에 각 계속 법원에 그 기소의 근거가 된 위 구 대통령선거법 제36조 제1항 본문과 그 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호에 대하여 위헌제청을 신청하였고, 동 법원 등은 신청된 동 조항에 위헌여부의 의심이 있다는 이유를 들어 헌법재판소에 위헌심판을 제청하였다.

헌법재판소는 먼저 대의제 민주주의에서 선거운동이 갖는 헌법적 의의와 그 규제의 한계에 관하여 다음과 같이 실시하였다. “선거운동에 대한 지나친 규제는 기득권자의 기득권을 옹호하는 반면, 지명도가 낮은 신참 후보자의 진출을 억제하는 부작용을 낳기 쉽고, 규제와 처벌에 치우친 선거법은 모든 유권자와 후보자를 잠재적인 범법자로 만들어 선거 후 법적 처리의 차별성을 통해 정치적으로 악용될 위험성을 지닌다. 후보자와 유권자의 접촉이 차단되면 유권자는 후보자의 면면을 잘 모르는 상태에서 투표에 임하여 국민의 진정한 대표자를 선출하는 데 지장을 주며, 무관심한 가운데 투표가 치루어지게 되어 투표율이 낮게 되는 요인이 된다.”

헌법재판소는 나아가 문제된 규제조항의 위헌 여부에 관하여 다음과 같은 요지로 판시하였다. “구 대통령선거법 제36조 제1항 본문은 원칙적으로 전 국민에 대하여 선거운동을 금지한 다음 후보자의 가족, 정당이나 후보자에 의하여 선임되어 선거관리위원회에 신고된 극소수의 선거관계인들만이 선거운동을 할 수 있도록 하고 있으므로 이는 선거의 공정성 확보라는 목적에 비추어 보다라도 필요한 정도를 넘어 국민의 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있는 것이고, 그로 인하여 선거의 공정성이 확보된다는 보장도 없으므로, 위 법 제36조 제1항 본문 및 벌칙조항인 제162조 제1항 제1호 중 제36조 제1항 본문 부분은 입법형성권의 한계를 넘어 국민의 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로써 국민의 참정권과 정치적 표현의 자유의 본질적 내

용을 침해하는 것이어서, 헌법 제21조 제1항, 제24조에 위배되고 헌법상의 국민주권주의 원칙과 자유선거의 원칙에도 위반되는 요소가 많다. 그러나 공익을 대표하는 사람, 직무의 성질상 정치적 중립성이 요청되는 사람 등에게는 선거운동이 허용되어서는 아니되고, 이러한 일부 합헌적 부분까지 위헌선언을 하게 되면, 선거권이 없는 사람과 정치활동이 금지된 공무원 등 일정 범위의 공익관련자들마저 선거운동을 할 수 있게 되어 오히려 선거의 공정성을 해칠 우려가 있다. 따라서 위 법 제36조 제1항 본문은 선거권이 없는 사람과 선거의 공정성을 해칠 우려가 있는 일정 범위의 사람들에 대하여 선거운동을 금지하는 것은 합헌이라 할 것이고, 선거의 공정성을 해칠 우려가 없는 선거권을 가진 일반국민까지 선거운동을 금지하여 이들의 선거운동의 기회를 박탈하는 것은 헌법에 위반된다. 그런데 1994. 3. 16. 법률 제4739호로 공직선거및선거부정방지법이 제정되었고, 위 법 제60조 제1항은 공무원 등 선거운동이 금지되는 사람들을 구체적·제한적으로 열거하고 있으므로, 구 대통령선거법 제36조 제1항 본문 및 제162조 제1항 제1호의 제36조 제1항 본문부분은, 입법자의 입법형성의 자유를 존중하는 뜻에서 합헌의 범위를 위 법 제60조 제1항에 열거한 자로 한정하여, 그 이외의 사람들에까지 선거운동을 금지하고 이를 위반한 자를 처벌하는 것은 헌법에 위반된다고 하겠다.” (판례집 6-2, 15 [17면~18면])

헌법재판소는 “선거운동이 금지되는 사람의 범위를 어느 정도로 정할 것인가의 문제”는 “헌법에 위반되지 아니하는 범위 안에서 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항”이어서 헌법재판소가 창설적으로 이를 판단할 수는 없다는 이유로 “단순위헌이 아닌 헌법불합치를 선언함으로써 입법자가 헌법의 가치에 적합하게 이를 개정할 것을 촉구”하는 결정을 내렸다.

현행 공직선거및선거부정방지법에 의하면 대한민국 국민이 아닌 자, 미성년자, 선거권이 없는 자, 공무원(정당의 당원이 될 수 있는 공무원은 선거운동 가능), 향토예비군 간부 및 통·리·반장, 바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹의 상근 임·직원 및 중앙회장, 지역의료보험조합의 상임대표이사·직원 또는 의료보험연합회 상임 임·직원 등은 선거운동을 할 수 없는 것으로 규정

되어 있다 (제60조, 선거운동을 할 수 없는 자). 동법에 의하면 특히 공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다 (제9조, 공무원의 중립의무 등). 이러한 규제는 종전에 관행화되어 온 관권선거의 폐해를 방지하기 위한 것이라고 할 수 있다.

그렇다면 그밖에 일반 국민은 선거운동이 허용되는 것인가? 현행법상으로는 위 선거운동이 금지된 자 이외의 일반 국민에 대하여는 선거운동을 금지하는 규정이 없으므로 일단 허용된다고 보아야 할 것이다. 그렇게 하는 것이 위 헌법재판소의 판례에도 부합하는 것이다. 그렇다면 그들은 어떠한 방법으로 선거운동을 할 수 있는가하는 점에서 의문이 생기지 않을 수 없다. 선거법이 허용하는 선거운동의 방법과 시기에는 일정한 제한이 있고, 선거법이 정하는 선거운동방법은 대부분이 정당이나 후보자 또는 그 선거관계인이 행하는 것을 위주로 규정하고 있기 때문에 실제로 일반 국민이 특정 후보자를 위해 할 수 있는 것으로 예정할 수 있는 것은 특정 정당이나 후보자를 지지 또는 반대하는 등 선거에 관한 의견의 표현이 될 것이다. 그를 위해 돈의 지출이 필요함은 물론이지만, 현행법은 그에 관하여 하등 규정하는 바가 없다. 뒤에서 보는 바와 같이 미국에서는 후보자에 대한 현금과 정치적 목적을 위한 지출을 구별하여 전자에 대하여는 일정한 규제를 가하나, 후자에 대하여는 개인의 경우 금액의 다과를 불문하고 아무 제한을 두지 않고, 다만, 단체의 경우에는 일정한 제한을 두고 있다.<sup>9)</sup>

위와 같은 법리에 비추어 보면 다음의 사례는 일반 시민의 선거에 관한 표현의 자유 및 알 권리가 위법하게 침해된 것으로 보아야 할 것이다.

---

9) 후술 VI. 3. 및 4. 참조

[사례] ‘가우디’ 지상토론 사건 (1997)

주식회사 가우디의 배모 사장은 1997년 6월 중순 ‘대선후보에 대한 국민 공개 질의서’라는 제목으로 국민이 직접 대선후보에게 물어보고 싶은 질문을 공개 모집한다는 신문광고를 12차례에 걸쳐 게재하여, 10,107명으로부터 16,600건의 질문을 받았다. 배사장은 이를 62개 항목으로 정리하여 이를 또다시 신문광고를 통해 공개하였다. 배사장이 국민 공모를 통해 정리한 질문 내용은 통일, 국방, 깨끗한 정치, 교육 개혁, 농촌부흥책, 외채상환방안, 3D업종, 근로자문제, 친인척 부패방지 및 지역감정 해소대책 등 62가지였다. 그리고 여기에 소요된 경비는 약 2억5천만원에 달하였다.

그러나 중앙선거관리위원회는 일반인이 대선과 관련해 하는 행위는 위법이라는 유권해석을 내렸고 신한국당은 이 같은 유권해석에 따라 답변서를 제출하지 않았고, 민주당이 조순후보 영입 등 변화로 시한 내 답변서를 제출하지 못해 결국 국민회의와 자민련만이 응답해 왔기 때문에 ‘지상시민토론회’를 개최하려던 당초의 뜻은 이뤄지지 못했다. 배사장은 “각 후보가 제시하는 정책을 비교해 표를 던지도록 하는 계기를 마련함으로써 과도한 선거비용 지출과 세몰이식 선거풍토를 개선해 보고자 했던 소박한 꿈은 무산됐지만 많은 국민이 성원을 보내줘 보람을 느낀다”고 말했다.

국민이 알고자하는 것을 대선후보에게 물어 국민과 후보간의 간격을 좁히고 유권자의 판단을 돕겠다는 취지에서 국민공개질의서를 모집했던 배사장은 두 당의 답변서를 신문광고를 통해 공개하려했으나, 이 도 역시 위법이라는 선관위의 유권해석에 따라 이를 포기하여야 했다. (마이더스 동아일보 1997. 9. 19.)

선거운동이 허용되는 주체와 관련하여서 논란이 되는 주요 문제는 정당, 단체, 노동조합, 기업 등의 선거운동을 허용할 것인가, 허용한다면 어떠한 범위에서 어떠한 방법으로 허용할 것인가가 문제된다.

## 나. 정당활동과 선거

선거에 즈음하여서도 통상적인 정당활동이 금지될 수는 없고, 오히려 정당활동의 핵심을 이루는 선거에서 정당의 활발한 활동이 기대되는 것은 당연하다. 그러므로 현행 선거법은 통상적인 정당활동은 선거운동의 범위에서 제외하고 있다.

판례에 의하면 정당의 어떤 행사나 집회가 정당의 통상적인 활동인지 여부는 그 활동의 실질적 내용이나 참가자가 당원들만에 의한 것인 지 여부, 행사의 규모 등을 살펴 이를 가려야 한다고 하는 입장에서 정당이 당원연수교육을 하는 것은 일반적으로 정당의 통상활동이라고 할 것이고 이 경우 정당이 연수교육에 참여하는 당원들에게 출발지와 교육장소와의 사이의 교통편의나 교육기간 동안의 식사를 제공하는 것도 당원연수교육에 있어서 상례적으로 행하는 것이라고 할 것이므로 금지되는 사전선거운동에 포함된다고 할 수 없다고 한다.<sup>10)</sup>

그러나 우리의 실정을 보면 각 정당은 선거에 즈음하여 지구당 개편대회, 후보자선출대회를 개최하면서 선거구민을 참집시켜 지지를 호소하는 등 과열·혼탁선거를 유발하는 경향이 적지 않았다. 선거에 즈음한 정당활동은 정당에 소속하지 아니한 무소속 후보자에게 차별적 불이익을 주게 되므로 이 점에서도 논란이 되어 왔다.

그 때문에 현행 선거법은 선거운동의 과열을 방지하고 선거운동을 규제하는 입법 본래의 취지를 살리기 위하여 선거기간 동안에는 통상적인 정당활동도 일정한 범위에서 제한하는 규정을 두고 있다. 현행 선거법에 의하면 정당이 행하는 것으로서 일간신문 등 정기간행물에 의한 정강·정책의 홍보, 당원·후보자망자의 모집, 당비모금,

---

10) 대법원 1995. 2. 3. 선고 94도753 판결 대통령선거법위반 [공1995, 1193]

정치자금모금 또는 선거에 있어 당해 정당이나 추천후보자가 사용할 구호·도안·정책 기타 선거에 관한 의견수집을 위한 광고는 선거가 임박한 시기에는 일정한 범위 내로 제한되고, 그 선거기간 중에는 이를 할 수 없다 (제137조, 정강·정책의 신문광고 등의 제한). 또 선거에 즈음하여 또는 선거기간 중에는 정강·정책홍보물의 배부(제138조), 정당 기관지의 발행·배부(제139조), 창당대회 등의 개최와 고지(제140조), 당원단합대회(제141조), 당직자회의(제142조), 당원교육(제143조), 정당의 당원모집(제144조) 및 당사 게시 선전물 등(제145조) 정당에 의한 홍보 기타 활동은 일정한 제한을 받는다.

헌법재판소는 기존의 국회의원직을 가진 자에게만 허용되는 의정활동 보고가 다른 후보자에 대하여 평등원칙에 반한다는 주장이 제기된 사건에서 “국회의원에게 선거운동기간 개시 전에 의정활동보고를 허용하는 것은, 국회의원이 국민의 대표로서의 지위에서 행하는 순수한 의정활동 보고일 뿐이고 의정활동보고라는 명목하에 이루어지는 형태의 선거운동이 아니며, 다만 후보자 사이의 개별적인 정치활동이나 그 홍보의 기회라는 면에서 현실적인 불균형이 생겨날 가능성이 있으나 이는 국회의원이 가지는 고유한 기능과 자유를 가능한 한 넓게 인정하고 보호하는 결과 생겨나는 사실적이고 반사적인 효과에 불과하므로 평등권 등을 침해한다고 할 수 없다”고 판시한 바 있다.<sup>11)</sup>

그럼에도 현행 공직선거및선거부정방지법은 위와 같은 논란에 대처하기 위해 “국회의원 또는 지방의회의원은 대통령선거·국회의원선거·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거의 선거기간 개시일부터 선거일까지 직무상의 행위 기타 명목 여하를 불문하고 보고회 등 집회나 보고서를 통하여 의정활동을 선거구민에게 보고할 수 없다.”고 개정하였다 (제111조, 의정활동 보고의 제한, [개정 95·1

11) 헌법재판소 1996. 3. 28. 96헌마9 등(병합), 판례집 8-1, 289



2·30, 96·2·6, 98·4·30]).

## 다. 선거운동기구 및 선거운동원

공직선거및선거부정방지법에 의하면 정당 또는 후보자는 선거운동 기타 선거에 관한 사무를 처리하기 위하여 각종 선거에 따라 법정된 선거사무소와 선거연락소를 설치할 수 있을 뿐(제61조, 선거운동기구의 설치), 선거운동을 위해 위 법정된 기구 이외의 기구는 설치할 수 없고(제89조, 유사기관의 설치금지), 명칭이나 표방하는 목적 여하를 불문하고 사조직 기타 단체 등을 이용한 선거운동은 금지된다(제89조의2, 사조직 등을 이용한 선거운동의 금지). 선거운동기구에는 법정된 선거사무장, 선거연락소장과 제한된 수의 선거사무원을 둘 수 있을 뿐이다.

헌법재판소 판례에 의하면 “정당에게만 선거대책기구를 설치할 수 있도록 허용하고 있는 것은, 정당제 민주주의에서 정당의 활동을 보호하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 그로 인하여 어느 정도의 차별이 생긴다 하더라도 그 차별은 정당의 활동을 특별히 보호함으로써 생기는 결과라고 할 것이므로 평등선거의 원칙, 선거운동의 기회균등의 원칙에 반하거나 평등권을 침해한다고 할 수 없고, 무소속 후보자의 당선기회를 봉쇄하는 것은 아니므로 공무담임권을 침해하는 것도 아니며, 그 입법목적이 정당하고 그 규제방법도 상당하므로 표현의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.”고 한다.<sup>12)</sup>

## 라. 단체의 선거운동 금지와 그 문제점

선거운동의 허용 여부와 관련하여 가장 논란이 되는 문제는 단체

---

12) 헌법재판소 1996. 3. 28. 96헌마9 등(병합), 판례집 8-1, 289

의 선거운동을 어떤 범위에서 허용할 것인가 하는 문제와 나아가 기업에게도 선거운동이 허용되는가 하는 문제이다. 후자는 정치자금의 기부나 지출과 연관되어 복잡한 논의를 불러일으키게 된다.<sup>13)</sup>

통합선거법에 의하면 단체는 사단·재단 기타 명칭의 여하를 불문하고 선거기간 중에 그 명의 또는 그 대표의 명의로 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 지지·반대할 것을 권유하는 행위를 할 수 없도록 규정되어 있다 (공직선거및선거부정방지법 제87조). 그러나 1998. 4. 30. 법개정으로 노동조합에 대해서만 선거운동이 허용되었다.

#### [사례] 경실련 공약 점수화 공표 사건(1998)

1998년 지방선거에 즈음하여 지방선거에 출마한 후보의 공약을 검증해 점수로 발표하겠다는 시민단체의 활동이 통합선거법 제87조에 위반되는가가 논란이 된 바 있었다. 경제정의실천시민연합(경실련)은 1998년 5월 서울시장 선거에 출마한 고건 국회의의 후보와 최병렬 한나라당 후보의 공약에 관하여 주로 정책의 개혁성과 구체적인 실현방안을 기준으로 재정·교육·실업·교통 등 20여개 항목으로 나눠 점수화하여 이를 발표하려 한다는 방침을 공표하면서 선거에 무관심한 유권자들의 관심을 유도하고 후보자들로 하여금 구체적이고 실현가능한 공약을 발표하도록 하기 위한 것이라고 설명하였다. 이에 대하여 선거관리위원회는 특정 후보들의 공약 점수를 비교해 발표하는 것은 지지도를 발표하는 것이나 다를 바 없고, 부문별 점수든 총점이든 마찬가지로 선거결과에 큰 영향을 미칠 수 있기 때문에 “선거기간 중에 단체나 대표인 명의로 특정 정당·후보자를 지지·반대하거나 지지·반대를 권유하는 행위를 할 수 없다”고 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제87조에 위반된다고 경고한 바 있다 (한겨레신문 1998년 5월 25일자).

다만, 통합선거법에 의하면 일정한 단체는 공명선거를 감시하고

---

13) 후술 VI. 3. 및 4. 참조

추진하기 위한 활동과 후보자들을 초청하여 대담·토론하는 활동이 허용된다. 즉, 동법 제10조(사회단체 등의 공명선거추진활동)에 의하면 일정한 사회단체 등은 선거부정을 감시하는 등 ‘공명선거추진활동’을 할 수 있는데, 사회단체 등이 공명선거 추진활동을 함에 있어서는 항상 공정한 자세를 견지하여야 하며, 특정 정당이나 후보자의 선거운동에 이르지 아니하도록 유의하여야 한다 (동조 제2항). 정당, 정치활동이 금지된 단체 및 선거와 이해관계를 갖는 단체는 이러한 활동이 금지된다 (동조 제1항). 또 법 제81조(후보자 등 초청 대담·토론회)는 선거운동 및 정치활동이 금지된 단체 이외의 단체가 후보자와 대담자 또는 토론자 1인 또는 수인을 초청하여 소속 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타 사항을 알아보기 위한 옥내의 대담·토론회를 개최할 수 있다고 규정한다. 이 경우 단체는 관할 선거관리위원회에 사전에 그 개최 사실을 신고하여야 한다. 위 대담·토론은 모든 후보자에게 공평하게 실시하여야 하며, 대담·토론회를 개최하는 단체는 대담·토론이 공정하게 진행되도록 하여야 한다. 언론기관도 이러한 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있음은 전술한 바와 같다 (법 제82조).

그러나 이와 같이 단체가 특정 정당이나 후보를 지지 또는 반대하는 행위를 전반적으로 금지하는 것이 정치적 표현의 자유를 제한하는 것임은 물론이고, 헌법상 표현의 자유의 핵심에 속하는 자유를 이렇게 전면적으로 금지하는 것이 헌법에 합치되는가 하는 점에 대하여는 의문이 있었다.

그 때문에 시민단체 등 이른바 NGO는 그들의 선거개입을 금지하는 선거법 조항의 위헌 여부를 문제삼게 되었다. 시민단체들의 주장에 의하면 개인과 단체는 정치적 표현의 자유와 선거운동의 자유를 가짐이 헌법상 원칙이며, 이러한 자유의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따른 목적과 비례에 맞는 것이어야 한다. 그런데 우리나라의 정

당들은 국민지도도가 매우 취약하며, 각종 여론조사는 정당들에 대한 국민불신도가 높은 것을 보여주고 있는데, 이러한 현실에서 정당만이 후보를 낸다는 것은 진정한 국민주권과 참정권의 실현에 도움이 되지 않으며, 법정 선거운동기간은 단기간으로 제약해 놓고 있어 입후보자가 누구인지 잘 알려지지 못하고 있으므로 시민사회단체가 특정 후보자를 지지·반대하지 못하게 하는 것은 적절치 않다. 단체의 의견표명에 선거의 공정을 해할 수 있는 면이 있다 하더라도, 그 의견표명의 형식, 방법과 내용을 세분하여 합리적이고 적절한 제한만이 규정되어야 한다는 것이었다. 바람직한 선거제도의 관건은 선거의 자유와 공정성을 확보할 수 있도록 함으로써 선거결과에 유권자의 의견이 최대한 반영되도록 하는데 있고, 따라서 유권자들은 후보자들에 대한 객관적 평가에 접할 기회와 정보에 차단되지 않아야 하며, 개인과 마찬가지로 단체에 대해서도 후보자에 대한 지지·반대의 의견표명이 가능하도록 하지 않으면 안 되고, 현재 어느 국가에서도 시민, 사회단체의 그러한 선거운동을 금지시키는 입법례를 찾아보기 어렵다는 것도 주장되었다.

이 문제를 구체적 쟁점으로 다룬 것이 다음 사건이다.

[사례] 단체 선거운동 금지 사건 (1995)

헌법재판소 1995. 5. 25. 95헌마105 판례집 7-1, 826, 835

청구인 환경운동연합은 환경운동을 위한 전국단위의 단체로서, 개인 및 단체를 그 회원으로 하고 환경보호를 위하여 필요하다고 판단되는 여러 사업을 수행하고 있는데, 1995 .6. 27.에 실시되는 4대 지방선거에 임하여, 이상(理想)을 함께 하는 지역대표들을 많이 당선되도록 하여 환경문제가 정책에 반영될 수 있게 함과 아울러 환경에 관심을 가져온 녹색정치인을 선정·발표하고 환경보호에 적극적인 후보자를 지지하는 등 제반 선거활동을 전개할 예정이었다. 그런데 대검찰청은 1995. 4. 3. 전국검사장회의에서 각종 사회단체의 선거

후보자들에게 대한 의견표명을 일체 금지하고 있는 이 사건 법률조항에 근거하여 재야단체의 선거운동개입을 엄단하기로 하는 방침을 천명하였다.

공직선거및선거부정방지법(제정 1994.3.16. 법률 제4739호, 개정 1994.12.12. 법률 제4796호, 1995.4.1. 법률 제4947호) 제87조(단체의 선거운동금지)는 “단체는 사단·재단 기타 명칭의 여하를 불문하고 선거기간 중에 그 명의 또는 그 대표자의 명의로 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 지지·반대할 것을 권유하는 행위를 할 수 없다.”고 규정하였고, 동법 제255조(부정선거운동죄) 제1항 제11호는 위규정에 위반하여 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 지지·반대할 것을 권유하는 행위를 하거나 하게 한 자를 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있었다.

청구인은 곧 위 법률조항들로 인하여 청구인들의 정치적 의사표현의 자유 등 기본권이 침해당하는 것이므로 그 조항들이 헌법에 위반된다고 주장하면서 1995. 4. 13. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

위 사건에서 헌법재판소는 선거운동에 대한 규제에 있어서 선거의 자유와 공정이라는 2가지 이익을 대비하고 단체에 선거운동을 허용하는 경우 야기되는 폐단을 설명한 후, 그에 비추어 단체에 대한 선거운동을 금지하는 위 조항이 합헌임을 확인하였다. 헌법재판소는 먼저 단체에 의한 선거운동의 문제점으로서 다음의 점을 실시하였다.

첫째로 민주정치 of 건전한 발전을 도모하려는 정당법의 입법취지가 몰각되며 정당의 요건을 갖추지 아니한 채 정당에 준하는 각종 정치 활동을 하는 단체의 난립으로 인하여 우리 정치문화의 퇴행을 가져올 우려가 있고, 둘째로 각 계층의 사람들이 조직한 다양각색의 무수한 단체들이 그 설립의 목적, 조직의 규모나 형태 및 활동의 내용 등을 불문하고 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하는 활동을 할 수 있다고 한다면, 선거는 필연적으로 과열될 것이고 금권 내지 상호비방 등에 의한 혼탁선거가 되지 않을 수 없을 것이며, 셋째로 단체이기주의나 집단이기주의를 대표하는 후보자가 당선될 가능성이 많게 될 것인바, 특히 개인적 연고를 토대로 조직된 각종 친족단체, 지역단체, 학연단체 등이 선거에 깊숙이 개입함으로써 공직선거가 건전한 정책대결이 아니라 정실과 친소관계, 지역감정 등에 의해 좌우되는 결과를 초래할 수 있으며, 넷째로 각종 단체가 그 구성원의 뜻과는 상관없이 간부 몇 사람만의 의견으로 단체의 이름을 빌려 특정 정당이나 후보자에 대한 지지 또는 반대

의 의사를 표명하는 경우 여론을 오도할 우려가 있다.

헌법재판소는 위와 같은 여러 가지 문제점들을 고려해 우리의 헌 질정 하에서는 단체에게 선거운동을 허용할 경우의 순기능 보다는 오히려 각종 역기능들이 더욱 만연할 가능성이 높다고 보아 위와 같은 규제가 입법목적상의 정당성을 가진다고 실시하였다.

나아가 헌법재판소는 법 제87조가 금지하는 것은 “단체가 특정 정당이나 후보자에 대한 명시적인 지지·반대나 그 권유행위”에 국한될 뿐, 단지 그 설립목적과 밀접한 관련이 있는 사항에 관하여 자신의 정치적·정책적 주장을 개진하거나 그러한 정책에 동조하는 정당이나 후보자를 지지한다는 일반적 논평까지 금지하고 있지 않으며, 또한 단체를 구성하는 개개의 구성원에 대하여는 얼마든지 선거운동을 허용하고 있다는 점 및 법 제81조에 의하면 그 제1항 각호에 해당하지 아니하는 단체는 후보자 및 대담·토론자를 초청하여 소속 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 등을 알아보기 위한 대담·토론회를 국내에서 개최할 수 있도록 되어 있으며, 이 법 제82조에 의하면 텔레비전방송국·라디오방송국·일반일간신문사 등 언론기관은 선거운동기간 중 후보자 또는 대담·토론자를 초청하여 소속정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 등을 알아보기 위한 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수도 있도록 되어있어 단체가 후보자들에 대한 객관적 평가에 접할 기회를 보장함으로써 그 자신의 정치적·정책적인 의견 개진 등에 있어서 참고로 할 정보수집의 기회를 주고 있다는 점을 지적하여 그 금지가 과잉적인 것이 아님을 시사하였다.

한편 헌법재판소는 단체의 선거운동을 선별적으로 허용하는 경우 입법기술상의 난점을 지적하였다. 각종 단체를 일정한 기준에 따라 선별하여 그 어느 것은 선거운동을 허용하고 그 어느 것은 이를 제한하는 것은 실제로는 각종 단체의 설립목적, 성격, 규모 및 그 구성원의 성격 등의 다양성과 복잡성에 비추어 입법기술상 용이한 문제가 아닐 뿐만 아니라, 가사 그러한 기준을 설정한다고 하더라도 ‘선거운동이 허용된 단체’와 ‘정당’ 사이에 선거운동에 관한 규제상의 균형을 어떻게 할 것인가 하는 복잡한 문제가 남고, 더구나 선별기준에 관한 입법기술에 조금이라도 흠이 있어 편파적인 법집행 가능의 소지가 남겨진 경우에는 오히려 선거에 있어서의 공정과 기회균등을 더 해칠 우려가 있다는 것이었다.

헌법재판소는 1995. 6. 29. 95헌마148 공직선거및선거부정방지법 제 87조 등 위헌확인 사건에서도 위 사건 판사와 같은 입장을 반복하였다. 이 사건에서 주민운동의 활성화 등을 통해 지방자치의 정착과 민주주의 발전에 기여하고자 결성된 청구인 지방자치참여 부산시민연대는 1995. 6. 27. 실시될 지방자치단체장 및 의회의원선거에 후보를 추천하고 후보간의 정책, 재정 등을 비교하여 지원하고자 하였는데, 공직선거및선거부정방지법 제87조, 제255조 제1항 제11호는 각종 단체의 특정 정당이나 후보자에 대한 지지 반대 등의 행위를 일체 금지하고 그 위반행위를 처벌하도록 규정하고 있어 청구인들은 위 법률조항들이 청구인들의 정치적 의사표현의 자유 등을 침해하고 있다며 1995. 5. 17. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다. 이 사건에서도 헌법재판소는 전술한 단체 선거운동 금지 사건(헌법재판소 1995. 5. 25. 95헌마105, 판례집 7-1, 826)에서와 마찬가지로의 이유로 심판청구를 기각하였다. 이어서 1997. 10. 30. 96헌마94 결정에서도 위 결정은 그대로 유지되었다 (판례집 9-2, 523, 534).

위 판례가 지적하는 바와 같이 단체의 선거운동이 일반적으로 금지된다고 하더라도 그것은 “단체가 특정 정당이나 후보자에 대한 명시적인 지지·반대나 그 권유행위”에 국한될 뿐, 단지 그 설립목적과 밀접한 관련이 있는 사항에 관하여 자신의 정치적·정책적 주장을 개진하거나 그러한 정책에 동조하는 정당이나 후보자를 지지한다는 일반적 논평까지 금지하고 있지 않”다는 점을 유의할 필요가 있다. 2000. 2. 16. 공포·시행된 공직선거및선거부정방지법중개정법률은 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진은 이를 선거운동으로 보지 아니하도록 하고, 후보자를 초청 대담·토론회를 개최할 수 있는 단체의 선거운동을 허용하였다 (법 제58조 및 제87조).

## 마. 노동조합

위와 같이 일반 단체에 대하여는 선거운동이 금지되었음에도 1998. 4. 30. 법개정으로 노동조합에 대하여 선거운동이 허용되자, 이러한 차별이 평등원칙에 위반되는 것이 아닌가 하는 점이 새로이 논란이 되게 되었다. 1996년 노동조합의 정치활동을 금지한 구 노동조합법 제12조(정치활동의 금지)는 이미 폐지되었고(1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합 및노동관련조정법), 그에 따라 노동조합은 공명선거추진활동과 후보자 등 초청 대담·토론회의 개최의 경우에는 그 제한을 받지 아니하게 되었다. 또 단체는 일반적으로 선거운동이 금지되고 있었으나, 1998년 법개정으로 노동조합만 예외적으로 그 명의 또는 그 대표의 명의로 특정 정당 또는 후보자를 위한 선거운동을 할 수 있게 되었던 것이다 (1998. 4. 30. 법률 제5537호 개정 공직선거및선거부정방지법 제87조 단서).

다음 사건에서는 노동조합에게만 선거운동을 허용하고 그 밖의 단체에 대하여는 선거운동을 금지하는 동 조항의 위헌 여부가 논란이 되었는데, 헌법재판소는 이를 합헌으로 판단하였다. 그러나 그 사건의 소수의견에서는 단체의 선거운동을 금지하는 것이 원칙적으로 위헌이라는 새로운 견해가 제시되었다. 그 반대의견은 국민의 정치적 의사형성 과정에 관한 새로운 입장에 입각한 것이어서 주목을 받게 되었다.

[사례] 노조 선거운동 허용 사건 (1999)

헌법재판소 1999. 11. 25. 98헌마141

이 사건에서는 각종 단체는 선거운동을 할 수 없게 금지하면서, 예외적으로 노동조합에만 이를 허용하도록 규정하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제87조 단서의 위헌 여부가 논란이 되었으나, 헌법재판소는 이를 합헌으로



확인하였다.

1989년 조직된 시민사회단체인 청구인 경제정의실천시민연합은 노동조합에 대하여만 선거운동을 허용하는 선거관계법 조항은 헌법이 보장하는 정치적 표현의 자유, 평등원칙, 선거운동의 균등보장(헌법 제116조 제1항), 평등선거의 원칙(제41조 제1항, 제67조 제1항) 등을 침해하는 것으로서 위헌이라고 주장하면서 1998. 5. 7. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

당시 공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호로 개정된 것) 제87조는 “단체는 사단·재단 기타 명칭의 여하를 불문하고 선거기간 중에 그 명의 또는 그 대표의 명의로 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 지지·반대할 것을 권유하는 행위를 할 수 없다. 다만, 노동조합및노동관계조정법 제2조(정의)의 규정에 의한 노동조합은 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있었다.

청구인은 이 사건 법률조항이 단체 중 유독 노동조합의 경우에만 선거운동을 허용하는 것은 청구인과 같은 시민단체에 대하여 정치적 생활영역에서 합리적 근거 없이 차별하는 것으로서 헌법 제11조의 평등원칙에 위반될 뿐만 아니라, 헌법 제21조 제1항의 정치적 의사표현의 자유 및 헌법 제116조 제1항의 선거운동과정에서 균등한 기회보장을 침해하는 것이라고 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 1995. 5. 25. 95헌마105 결정(단체 선거운동 금지 사건, 판례집 7-1, 826) 및 1997. 10. 30. 96헌마94 결정(판례집 9-2, 523, 534)을 인용하여 단체의 선거운동 금지가 합헌인 이유를 부연하고, 이 사건 법률조항의 평등원칙 위반 여부에 관하여 다음과 같은 요지로 판시하였다.

“우리 헌법은 모든 국민에게 결사의 자유(제21조)를 보장하면서 결사의 한 형태인 노동조합에 관하여는 일반 단체와는 다른 특별한 보호와 규제를 하고 있는데(제33조), 노동조합은 “근로자들이 자주적으로 근로조건 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모할 목적으로” 하는 단체이고, 또 그러한 목적수행에 필요한 조직을 갖추고 있는 반면에, 헌법 제21조에서 규정하고 있는 단체는 그 설립목적이 노동조합과는 다르고 그 조직이 헌법에 규정된 것도 아니며, 그러한 조직을 형성할 의무가 있는 것도 아니다. 따라서 공직선거에 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하거나 지지·반대할 것을 권유하는 선거운동을 함에 있어서 ‘각종 단체’를 ‘노동조합’에 비교하여 차별취급을 한다고 하더라도, 이는 헌법에 근거를 둔 합리적인 차별로 보아

야 하므로, 노동조합이 아닌 단체에 대하여 선거운동을 허용하지 아니한 것은 헌법상의 선거운동의 균등보장규정 및 평등원칙에 위반된다고 할 수 없다.”

위 결정에 대하여는 재판관 김문희, 이재화의 다음과 같은 주목할 만한 반대의견이 제시되었다. 그 요지는 “오늘날 다원적 민주주의에서는 모든 사회적 세력들이 대립과 경쟁, 조화와 타협을 통하여 공익을 추출·형성하는 민주적 정치의사형성과정의 매우 중요하다. 따라서 모든 사회단체에 선거운동을 금지하면서 노동조합에게만 예외적으로 이를 허용하는 것은 평등원칙에 위반됨은 물론, 노동조합이 일반 결사 및 단체와는 다른 법적 지위를 가지고 있다는 점만으로는 노동조합을 다른 단체와 다르게 취급할 정당한 사유가 있다고 볼 수 없다.”고 한다.

먼저 소수의견은 자유민주주의 체제에서 공익의 발견을 위한 국가의 정책결정과정을 다음과 같은 새로운 인식에서 출발하고 있음에 주목을 요한다. “헌법은 사회 내에 다양한 의견과 이익이 존재한다는 인식에서 출발하여 그러한 다양성을 정당한 것으로 인정하면서, 표현의 자유나 결사의 자유 등을 통하여 자신의 견해와 이익을 개인적으로 또는 집단적으로 표출할 것을 보장하고 있다. 공익은 그 자체로서 국가에 의하여 인식될 수 있거나 아니면 독자적·일방적으로 확정될 수 있는 고정·불변의 실체가 아니라 사회의 다양한 이익의 경쟁 속에서 합의와 타협을 통하여 비로소 추출되는 가변적인 것이다. 즉 공익이 무엇인가 하는 것은, 이미 확정된 것이거나 국가권력이 일방적으로 규정할 수 있는 것이 아니라 모든 국민의 자유로운 참여가능성이 개방된 민주적 정치의사 형성절차에서 매 경우에 따라 구체적인 사안마다 이러한 복수적 세력들의 대립과 경쟁을 통하여 나오는 조화와 타협의 산물이다. 모든 사회적 세력이 정치적 의사형성 과정에 참여함으로써 사회단체간의 세력균형과 경쟁을 통하여 비로소 사회적 이익이 적절히 조정된 공익을 추출할 수 있는 것이다.” 이것은 현대의 대중민주주의 체제하에서 국가의사의 결정과정을 다원적인 동적 과정으로 파악하였다는 점에서 독일의 판례와 학설에 일반화된 통합과정론을 피력한 것으로 보인다.

공익을 알아내기 위한 이러한 국민의 의사결정체제에서 “헌법은 표현의 자유, 집회의 자유, 결사의 자유, 정당의 자유 등 정치적 자유를 국민의 기본권으로서 규정함으로써 국민의 정치적 의사형성의 자유를 보장하고 있고, 이로

써 원칙적으로 국민 누구나가 개인으로서 또는 집단적으로 국가 공동체의 정치생활에 참여하여 공동체의 의사형성과정에 자신의 견해와 가치관을 반영시킬 수 있는 가능성을 보장하고 있다.” 그리고 “정치적 의사형성에 참여하는 국민의 헌법적 권리는 선거권과 피선거권의 행사에 제한되는 것이 아니고, 정치적 의사형성 및 여론형성의 끊임 없는 과정에 참여하여 영향을 행사하는 데 있으며, 선거운동은 국민의 의사형성과정의 절정을 이룬다는 점에서, 참정권은 선거운동을 통하여 유권자의 선거권행사에 영향을 미칠 수 있는 권리를 포함한다.”

나아가 “개인의 개별의사가 단체를 통하여 사전에 내부적으로 조정되고 하나로 집결되어 뭉쳐진 힘으로 표현될 수 있으므로, 단체의 설립과 운영을 보장하는 기본권인 결사의 자유 및 근로자의 단결권은 의사표현의 자유와 의사형성의 자유를 집단적으로 행사할 수 있는 자유를 보장하고 있다.” 이와 같이 “현대 대중사회에서 개인은 단체와 그의 조직력을 통해서만 사실상 헌법이 보장하는 정치적 자유를 효율적으로 행사할 수 있고, 단체에의 소속을 통하여 개인으로서의 사회적, 정치적 의미와 비중을 높이는 활동기반을 갖추게 된다.” (예컨대 노동단체, 사용자단체, 환경보호단체, 여성단체, 소비자단체, 농어민단체 등 각종 직종단체).

오늘날의 이러한 정치현상을 구체적으로 보면, 사실상 정치적 자유는 국민의 의사형성과정을 본질적으로 지배하고 있는 정당, 언론매체, 강력한 이익단체에 집중되어 있고, 오늘날의 국민의 정치적 의사의 형성과정은 정당과 이익단체 등 사회단체에 의하여 주도되고 좌우되고 있다고 말할 수 있다. 그 결과, 오늘날의 정치, 즉 다원적 민주주의의 특징은, 다수의 정당과 이익단체가 국민과 국가 사이에서 정치적 의사형성과정을 주도하는 세력으로서 개입하고 있다는 것이다.

오늘의 정치현실에서 정치적 자유는 —선거를 제외한다면— 개인에 의하여 행사된다기 보다는 오히려 집단적으로 행사되기 때문에, 단체의 정치활동이나 정치적 참여를 부인하는 것은 사실상 개인이 단체를 통하여 자신의 정치적 기본권을 행사하는 가능성을 막는 것이며, 이로써 헌법상 보장된 정치적 자유의 의미와 기능을 제대로 발휘할 수 없게 하는 것이다.

다수의견이 주장하는 바와 같이 “선거의 공정성을 지나치게 강조한 나머지 선거운동을 통하여 국민의 정치의사형성에 영향을 미칠 수 있는 각 사회단체

의 가능성이 전면적으로 부인된 상태에서 선거가 치루어진다면 그 선거는 국민의 정치적 의사를 제대로 반영할 수 없다. 선거의 공정을 확보하는 가장 이상적이고 효율적인 방법은, 누구나 자신의 정치적 의사를 표출할 수 있는 길을 열어놓은 가운데 균등한 조건하에서 상이한 이익과 견해의 자유로운 경쟁이 이루어지도록 하는 것이다. 즉, 선거의 자유와 개방성이다. 다수의견은 사회단체에게 선거운동을 허용하는 경우 선거운동의 과열로 인한 혼탁선거를 우려하나, 그러한 선거의 혼탁이나 과열현상은 오히려 정당을 제외한 모든 사회단체에게 선거운동을 금지함으로써 정치참여에 관한 국민의 정당한 욕구와 정치의사형성과정의 자연스러운 흐름을 막고 있기 때문에 발생하는 현상이라고 볼 수 있다. 사회단체의 선거운동이 금지됨에 따라 국민의 이러한 정치적 욕구는 친족·지연·학연 등을 통한 음성적·불법적 선거운동을 통하여 표출될 수밖에 없고, 바로 여기에 선거의 기회균등과 선거의 공정을 저해하는 혼탁선거의 원인이 있다고 볼 수 있다. 원칙적으로 모든 개인과 사회단체에게 법이 정한 테두리 안에서의 합법적인 선거운동을 허용하여 누구에게나 정치참여의 가능성을 개방하고 의사형성과정이 공개적이고 자유롭게 이루어지게 한다면, 오히려 이러한 방법이 선거의 공정을 확보하는 지름길이라고 할 수 있다.”

한편 소수의견은 단체의 선거운동을 허용하는 것은 국민의 정치적 알 권리 충족에 기여하게 된다는 점을 강조하였다. 즉, “선거가 국민의 정치적 의사를 제대로 반영하기 위하여서는, 유권자가 자유롭고 개방적인 의사형성과정에서 자신의 판단을 형성하고 내릴 수 있어야 한다. 이를 실현하기 위하여는, 유권자는 누가 자신이 지지하는 정책 방향을 표방하고 실현하고자 하는가를 알아야 하고 선택할 수 있는 여러 가지의 정책방향과 입후보자에 관한 정확한 정보를 얻을 수 있어야 한다. 선거운동의 당사자인 정당이나 입후보자를 통한 정보의 제공은 그 객관성이나 투명성에서 그 한계가 있을 수밖에 없으므로 입후보하지 않는 개인이나 단체도 다양한 시각과 정보를 바탕으로 정당과 후보자에 대한 평가를 내리고 특정정책이나 특정후보자를 지지하거나 반대할 수 있도록 유권자의 자유롭고 개방적인 의사형성 실현에 기여할 수 있다.”

“결론적으로 사회단체에 대한 선거운동의 규제는 ‘선거운동의 여부’에 대한 제한으로 할 것이 아니라 사회단체에게 선거운동에의 참여를 허용하면서 그 방법과 기간 등에 관한 규제와 같은 ‘선거운동의 방법’에 대한 제한을 통하여

서도 선거의 공정성은 충분히 확보될 수 있다고 본다. 따라서 노동조합을 제외한 사회단체에게 선거운동을 전면적으로 금지하는 이 사건 법률조항은 국민의 정치적 기본권을 비례의 원칙에 위반되게 과도하게 침해한 위헌적인 규정이다.”

또 소수의견은 다수의견이 선거운동을 통한 국민의 정치의사형성과정에의 참여를 정당에게만 독점적으로 인정한다는 기본적 인식 하에서 다른 모든 사회단체의 선거운동을 금지하면서도 노동단체에게만 예외적으로 선거운동을 허용하는 것은 평등의 원칙에 위배된다고 주장한다. 소수의견에 의하면 헌법상 정당 조항은 국가에 의한 정당의 간섭과 탄압에 대한 보호를 정한 것일 뿐 그에 국가의사형성의 독점권을 부여한 것은 아니며, 국가의사의 형성과정에 참여함에 있어서 정당이나 기타 사회단체 간에 차별은 허용될 수 없다. 그리고 노동단체 이외에 다른 사회단체의 선거운동이 봉쇄되면 그를 통하여 정당에 영향력을 행사하고 정치적 의사형성과정에 참여하는 가능성을 제한받게 되며, 그 결과, “다른 사회단체, 특히 경제인단체와의 관계에서 사회세력 간의 정당한 이익조정을 크게 저해하고 정치의사형성과정이 일방적으로 근로자에 유리하게 왜곡되어 다른 사회단체의 이익을 경시 또는 도외시한 정치의사를 형성하는 결과를 가져올 수 있다.” “다른 사회단체도 노동조합과 마찬가지로 국민의 모든 중요한 이익을 고려하는 정당한 이익조정에 이르기 위하여 다양한 사회세력간의 경쟁과 정치적 의사형성과정에 참여해야 하는 단체라는 점에서, 노동조합과 다른 단체 사이에는 선거운동의 제한에 있어서 차별을 정당화할 만한 본질적인 차이가 존재하지 아니한다.”

결론적으로 소수의견은 “이 사건 법률조항은 선거운동을 통한 국민의 정치의사형성과정에의 참여를 정당에게만 독점적으로 인정한다는 점에서 헌법상 보장된 국민의 정치적 자유와 부합할 수 없고, 선거운동에 관하여 합리적인 이유없이 노동조합과 다른 단체를 차별하는 것은 평등원칙에 위반된다”고 보아 위헌선언을 해야 한다는 의견이었다.

## 바. 검토

위 노조 선거운동 허용사건에서 다수의견은 여타의 단체에 대하여는 선거운동을 금지하고 오로지 노동조합에 대해서만 이를 허용한

선거법 조항을 합헌으로 선언하였지만, 그 소수의견이 지적하는 바와 같이 다수의견에는 여러 문제가 지적되지 않을 수 없다. 우선 다수의견은 단체의 선거운동을 원칙적으로 금지하는 입장을 고수하고 있다는 점에서 그에 대하여는 소수의견이 제시하는 비판을 면할 수 없다. 대중민주주의가 다원적 이익과 집단의 이해관계가 자유로이 표출되고 상호 절충과 타협의 과정을 거쳐 하나의 국가의사, 즉 정책결정에 이른다는 대의제 민주주의의 기본적 원리가 간과되고 있다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 위 사건에서 다수의견은 노동조합에 대하여 여타의 모든 결사나 단체와 달리 정당과 유사한 지위를 부여하였다는 점에서 이를 특권적으로 보았다. 헌법재판소는 뒤에서 보는 바와 같이 노동조합에 대하여 정치헌금을 금지하는 정치자금에 관한 규제가 위헌이라고 선언하면서, 그 이유로서 노동조합과 기업의 상호 대응적 의미를 지적하고 그 형평을 기하기 위하여 노동조합에 대하여도 정치헌금을 허용하여야 한다는 논리를 편 바 있다.<sup>14)</sup> 그 논증에 비추어 볼 때 기업 기타 단체에 대하여는 선거운동을 금지하면서 노동조합에 대하여 이를 허용한다면 논리가 일관되지 못할 것이다.

#### 4. 선거운동의 기간 및 장소의 제한

헌행법에 의하면 선거운동은 당해 후보자의 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지에 한하여 이를 할 수 있다 (제59조, 선거운동기간). 헌법재판소는 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지로 선거운동기간을 제한하였던 구 대통령선거법 제34조에 관하여 이를 합헌이라고 판시하면서 다음과 같이 그 이유를 설시하였다.

“기간의 제한 없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자 간

14) 노조정치헌금사건, 헌법재판소 1999. 11. 25. 95헌마154

의 오랜 기간 동안의 지나친 경쟁으로 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵고, 후보자 간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자 간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고, 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있으므로 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다.”<sup>15)</sup>

“구 대통령선거법 제34조가 등록이 끝난 때부터 선거일 전일까지로 선거운동기간을 제한하고 있지만, 후보자는 등록일에 따라 23일 내지 28일간 선거운동을 할 수 있고, 선거일 공고 이전에도 사전 선거작업은 할 수 있으며, 선거운동의 종기를 선거일 전일로 정하였기 때문에 선거일 전일의 경쟁 후보자 측에 의한 최후의 비난에 대하여 적절하게 대응하지 못하게 된다는 문제점이 생길 수 있지만, 선거일 당일까지 선거운동을 할 수 있다고 하더라도 시간적인 한계 때문에 여전히 그와 같은 문제는 발생할 수 있으며 오히려 선거일 당일의 끊임없는 비난과 반박으로 인하여 발생하는 혼란으로부터 유권자를 보호할 필요가 있으므로 선거일 전일까지로 선거운동기간을 제한하는 것을 나무랄 수 없다. 그러므로 위 법 제34조에서 정하는 선거운동의 기간제한은 필요하고도 합리적인 제한이고, 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없으므로 헌법에 위반되지 아니하고, 따라서 그 별칙조항 제162조 제1항 제1호 중 제34조 부분 역시 헌법에 위반되지 아니한다.”<sup>16)</sup>

그러나 미국의 판례는 선거 당일 선거운동을 금지하는 법적 규제에 관하여 이를 위헌으로 보았으나, 다만 투표 당일 투표소 부근의

15) 헌법재판소 1994. 7. 29. 93헌가46병합 결정, 선거운동 주체 제한 사건, 헌재공보 94, 489

16) 헌법재판소 1994. 7. 29. 93헌가46병합결정, 선거운동 주체 제한 사건, 헌재공보 94, 489

선거운동을 금지한 것은 합헌으로 판시하였다.

[사례] 투표 당일 선거운동 금지 사건 (1966)

미국 연방대법원 *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966)

이 사건은 선거운동기간 중 정치적 언론의 영역에 대하여 미국 연방대법원이 내린 최초의 판결이다. 이 사건에서 문제된 앨러배마 부패관행법(*Alabama Corrupt Practices Act*, Ala. Code Tit. 17, §§ 285)은 후보자나 투표사항을 결정하는 투표가 이루어지는 당일에 특정 입장에 대한 찬반을 위해 선거운동하거나 투표를 호소하는 행위를 범죄로 처벌하는 규정을 두고 있었다. 1966. 11. 6. Alabama주 Birmingham시에서는 현행의 시위원회의 통치방식을 시장회의 방식으로 바꿀 것인가의 여부를 결정하는 투표가 실시되었는데, 투표 당일 Birmingham Post-Herald지는 새로운 지방정부 형태의 채용을 강력히 주장하는 그 기자 James E. Mills의 논설을 게재하였다. 밀즈는 그로 인해 체포되고 동법 위반으로 기소되었다. Alabama최고법원은 그 제한은 합리성의 범위내에 있고 자유언론에 대한 부당한 제한이 아니라는 이유로 동법을 지지하였다.

그러나 미국 연방대법원은 위 판결을 파기하면서 다음과 같이 판시하였다. 법원은 헌법상 일간신문의 기자가 선거 당일에 독자들로 하여금 당면의 쟁점에 관하여 일정한 방향으로 투표하도록 권하는 논설을 공표하는 것을 처벌할 수 있는가 하는 것이 문제임을 전제하고, 수정헌법 제1조는 정치과정에 대한 자유로운 토론을 보장하는 것인데, 동법은 언론의 목소리가 가장 강력한 시점에 그 목소리를 침묵시켰다고 하는 이유로 어떠한 합리성의 이유로도 동법의 무효임을 구제할 수 없다고 판시하였다.

[사례] 투표소 부근 운동금지사건 (1992)

미국 연방대법원 *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992)

이 사건은 투표소 부근에서 정치행위를 금지한 법률을 합헌이라고 선언한 사례였다. Tennessee주법은 선거 당일 투표소 입구 인근 100피트 이내에서 투표의 호소나 운동자료의 게시를 금지하였다. 주 최고법원은 동법이 특정한



주제와 특정한 범주의 표현행위자를 규제한 것이므로 그것은 내용근거 규제에 해당한다고 전제하고, 투표시 간섭, 당황 및 위협으로부터 선거인을 보호하는 것은 주의 필수적인 이익에 해당하지만, 동법은 이를 위해 최소 제한적 수단으로써 제한하여야 한다는 요건을 충족하지 못하여 수정헌법 제1조를 위반한 것이라고 판시하였다. 동 법원의 판시에 의하면 주정부는 100피트의 범위에서 그 제한을 정당화할 수 있는 근거를 주장·입증하지 못하였다는 것이었고, 투표소의 출입에 번잡과 방해로 방지하기 위한 것이라면 보다 덜 제한적인 25피트의 운동금지구역(campaign-free zone)을 설정하는 것이 적절하였을 것이라고 암시하였다.

그러나 연방대법원은 위와 같은 주대법원의 판결을 파기하였다. 연방대법원은 선거운동이 수정헌법 제1조의 보호를 받는 핵심을 이루는 언론이고, 100피트라는 제한된 바운더리는 전통적으로 공적 토론에 바쳐진 상황에서 행해진 것이고, 그 규제는 내용근거 규제이기 때문에 그것은 엄격심사기준에 의해야 한다고 전제하였다. 그러나 법원은 이 사건에서는 정치적 언론의 자유와 압력없는 자유로운 선거권의 행사라고 하는 양자의 이익이 대립하는 경우였음을 인식하고 양자의 균형을 시도하였다. 식민지 시절부터 현재의 비밀선거에 이르기까지 미국에서 선거법의 개혁은 선거인에 대한 협박(voter intimidation)과 선거사기(election fraud)라고 하는 2대악과의 끊임없는 투쟁이었음에 비추어 선거인을 혼동과 부당한 영향으로부터 보호하고 그 선거절차의 완전성을 보전하는 주의 이익(Eu v. San Francisco Democratic Committee, 489 U.S. 214 (1989))을 보전하기 위하여 그 해결책으로 투표소 주위의 제한된 지역에서 지켜지는 비밀투표제는 위 2대악의 시정을 위한 필수적인 요소라고 확인하고, 100피트 이내의 범위에서 정치활동을 제한한 것은 합헌이라고 판시하였다.

## 5. 선거운동 방법의 제한

### 가. 개관

선거운동을 어느 범위에서 허용하고 금지할 것인가는 각 나라가

처한 정치·사회·경제적 사정과 국민의식구조의 특성에 따라 달라진다. 우리나라의 경우는 과거 수차례 실시된 각종 선거에서 금력, 권력, 폭력, 학연, 지연, 혈연 등에 의한 부패나 탈법과 그에 따른 민의의 왜곡을 반복적으로 경험한 바 있으므로 이를 시정할 필요성이 논의되어 왔다.

현행 공직선거및선거부정방지법은 선거운동이 허용되는 주체, 시간, 방법 등에 관하여 제한을 가하고 있다. 기존의 전통적 선거운동 방법으로는 관할 선거구선거관리위원회가 개최하는 후보자의 합동연설회(제75조), 정당·후보자 등에 의한 연설회(제77조), 공개장소에서의 연설·대담(제79조) 등이 법정되고 있으나, 통합선거법의 제정과 그 이후 선거법의 개혁에 의해 선거운동을 위한 거리행렬 및 연호행위(제105조), 호별방문(제106조), 선거운동을 위한 서명·날인(제107조), 개인용 컴퓨터나 전화 이외에 서신·전보 등에 의한 선거운동(제109조), 구내방송 등을 이용한 선거운동(제99조), 녹음기 등을 이용한 선거운동(제100조), 확장장치와 자동차 등을 이용한 선거운동 등이 금지되고 있다.

인쇄물에 의한 경우 선전벽보(법 제64조), 선거공보(법 제65조), 소형 인쇄물(법 제66조) 등 법정된 형태만이 허용되고, 그 경우에도 그 규격, 게재사항, 수량, 작성 및 배포의 주체 및 방법 등 여러 사항에 관하여 법정되고 있다.

이렇게 선거운동 방법을 제한하는 선거법 규정의 합헌성이 논란이된 사건에서 대법원은 이미 합헌이라고 판시한 바 있었다. 즉, 대법원은 “누구든지 선거운동기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의한 경우 이외에 다른 어떠한 방법으로라도 현수막, 입간판, 광고탑, 화환 기타의 시설 또는 물건을 설치, 진열, 게시, 휴대하거나 표찰 등 착용물을 착용 또는 인쇄물을 제작, 배포할 수 없다”라고 규정한 구 대통령선거법 제73조에 관하여 “위와 같은 규

정의 취지는 인쇄물, 광고의 무제한적인 제작, 배포를 허용하면 선거 운동에 부당한 경쟁을 초래하여 이것이 도리어 선거의 자유와 공정을 해하고 그 공정을 보장하기 어려운 결과를 가져올 염려가 있으므로 이러한 폐해를 방지하기 위하여 선거운동기간 중에 한하여 법정외의 방법으로 인쇄물 등의 제작, 배포 등을 금지하는 것이고, 이러한 정도의 규제는 공공복리를 위하여 헌법상 허용되고 필요하고도 합리적인 제한이라고 할 것이어서” 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.<sup>17)</sup>

일본의 최고재판소는 문서, 도화에 의한 선거운동에 대해 엄한 규제를 가하는 일본 공직선거법 조항에 관하여 “공직선거에 대해 문서·도화의 무제한 배포·게시를 인정할 때에는 선거운동에 부당한 경쟁을 초래하고 이것이 선거의 자유·공정을 해하고 그 공명을 유지하기 어려운 결과를 초래할 우려가 있음을 인정하고 이 폐해를 방지하기 위해 선거운동 기간에 한해서 문서·도화의 반포·게시에 대해 일정한 규제를 한 것으로 이 정도의 규제는 공공복리를 위한 헌법상 허용된 필요하고 합리적 제한이라고 볼 수 있다”고 판시하였다 (最判 昭和 30년 4월 6일 형집 9권 4호 819면).

헌법재판소 역시 선거법 조항들에 의하여 보호되는 선거의 실질적 자유와 공정의 확보라는 공공의 이익은 과거의 폐단을 시정하기 위한 필요에 부응하는 것으로서 특히 높은 가치를 지니는 것이라고 할 것이므로, 이를 보호하기 위하여 특히 폐해가 심할 것으로 명백히 예상되는 일정 범위의 선거운동방법만을 특정하여 일률적으로 금지하였다고 하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고는 볼 수 없어 비례의 원칙 내지 균형의 원칙에도 어긋나지 아니한다고 하였다.

---

17) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93도2445 판결

[사례] 선거인쇄물 금지사건 (1995)

헌법재판소 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499

이 사건은 헌법재판소가 선거운동방법을 제한하고 있는 법령규정의 위헌 여부를 체계적으로 다룬 사건이었다. 위 사건에서 헌법소원심판 청구인은 법정의 방법 이외의 방법으로 인쇄물, 광고 등을 제작, 배부하는 방식의 선거운동을 금지한 구 지방의회의원선거법 제57조, 제67조 제1항이 헌법상 국민들에게 보장된 기본권인 선거운동의 자유 내지는 의사표현의 자유(나아가 언론의 자유)와 참정권(혹은 그 내용으로서의 선거권)을 제한하는 것으로서 위헌이라고 주장하였다.

이 사건에서 헌법재판소는 선거운동의 자유는 선거의 공정이란 공익적 요청에 의해 제한될 수 있다고 전제하고, “법은 선거운동에 금력 등에 의한 부정을 유인할 우려가 있는 행위를 억제하고 후보자간의 실질적인 기회균등을 기할 수 있도록 선거운동의 주체, 기간, 방법 등에 대하여 일정한 제한을 가하고 있는 것”임을 강조하였다. 따라서 위 조항들에 의한 선거운동의 제한은 헌법 제116조 제1항에 규정된 바 “기회균등의 보장”의 요청에 부응하여 이러한 폐해의 발생을 방지하고 선거의 자유와 공정을 확보함으로써 선거관계자를 포함한 지방주민 전체 내지는 국민 전체의 공동이익을 옹호하기 위한 조치로서 그 목적의 정당성이 인정된다고 보았다.

그러나 이러한 목적을 달성하기 위한 것이라고 하더라도 “누구든지... 이 법에 규정된 경우를 제외하고는 어떠한 방법으로라도... 게시하거나 제작·배부할 수 없다”든가, “누구든지... 이 법에 규정된 방법 이외의 방법으로 배부·상연할 수 없다”라고 규정함으로써 위 조항들에 열거된 일정범위의 선거운동방법에 대하여는 그 주체, 시간, 태양을 불문하고 일률적으로 이를 금지하는 태도를 취하고 있는 이 사건 심판대상조항들이 과잉금지의 원칙에 위반하였는가에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

“살피건대 만약 인쇄물, 광고 등에 소요되는 비용의 상한을 제한하거나 제작, 배부자의 성명을 명기토록 하는 등의 방법만으로도 예상되는 폐해를 충분히 방지할 수 있다고 한다면 위 조항들이 위와 같은 전면적 금지의 수단을 택한 것은 그 상당성의 범위를 넘는 것이라고 보여질 소지가 있다. 그러나

선거비용의 규제는 이미 위 법률이 예정하고 있는 바(법 제85조)일 뿐만 아니라 위 조항들에 열거된 인쇄물, 광고 등은 비단 후보자나 소속 선거운동원뿐만 아니라 일반 선거인들에 의하여도 손쉽게 제작, 배부될 수 있는 성질의 것들인 점을 감안하면 후보자에 대한 선거비용의 규제가 반드시 현실적으로 그 폐해를 방지하는 효과적인 수단이 될 수 있을 것으로 보이지 않고, 제작자 등의 성명을 명기하게 하는 방법 역시 허무인이나 차명을 통한 탈법적 행태에 대한 유효적절한 대처수단이 없는 한 그것만으로 폐해방지에 충분하다고 할 수도 없다고 판단된다.

그러므로 위와 같은 인쇄물, 광고 등의 제작, 배부를 방임하는 경우에 초래될 폐해의 방지를 위하여는 이를 전면적으로 금지하는 이외에 달리 효과적인 수단을 상정할 수가 없고, 결국 위 조항들이 택한 규제 수단은 그 목적의 달성을 위하여 합리적인 필요성이 인정되는 범위내의 것이라고 보지 아니할 수 없다.

나아가 그로 인하여 제한되는 자유의 범위도 예상되는 다양한 선거운동의 방법 중에서 특히 중대한 폐해를 초래함으로써 선거의 자유와 공정을 해칠 우려가 크다고 인정되는 특정의 선거운동방법과 내용에 국한되는 것으로서 그것이 폐해방지에 필요한 최소한의 정도를 넘는다고도 판단되지 아니한다. 결국 위 조항들은 기본권제한 입법으로서 그 수단의 상당성과 침해의 최소성을 갖추었다.”

## 나. 언론매체를 이용한 선거운동

### (1) 개관

언론매체는 일시에 많은 양의 정보를 다수인에게 전달할 수 있어 그 전달효과가 크고, 특히 영상매체인 텔레비전은 후보자의 이미지를 다수의 유권자들에게 직접 효과적으로 각인시킬 수 있기 때문에 현대 대중민주주의 시대에 걸맞는 선거운동 방법이다. 이들 미디어에 의한 선거운동이 가장 효과있는 선거운동 방법으로서 선호되는 이유도 이해할 수 있다. 통합선거법(1994. 3. 16. 법률 제4739호 ‘공직선거및선거부정방지법’)은 미디어를 이용한 선거운동에 관하여 이

를 보다 구체적으로 규정하게 되었다.

현행법상 언론매체를 이용한 선거운동은 법정된 방법 이외에는 제한된다. 언론매체를 이용한 선거운동 방법으로는 신문광고, 방송광고, 방송연설, 경력방송, 언론기관 초청 대담·토론회, 공영방송 텔레비전 대담·토론회가 있다. 소속 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타 홍보에 필요한 사항에 관하여 신문광고(제69조)와 방송광고(제70조) 및 방송연설(제71조)이 허용되는 회수와 기간, 규격과 방송시간 등은 법정되어 있다.

언론기관 초청 대담·토론회는 텔레비전 및 라디오방송국, 일반일간신문 등 언론기관이 선거기간 중 후보자 또는 대담·토론자에 대하여 후보자의 승낙을 받아 1인 또는 수인을 초청하여 개최하는 것이다. 1997. 12. 18. 시행 제15대 대통령선거에서 대담·토론회는 4개 언론사에 의하여 4회에 걸쳐 실시되었다.

선거법에 언론기관 초청 대담·토론회는 선거기간 중에만 실시할 수 있도록 규정하고 있어 선거기간개시일전에 개최하는 대담·토론에 대하여 위법성 시비가 있었으나, 중앙선거관리위원회가 언론기관 또는 언론단체가 취재·보도차원에서 입후보예정자를 초청하여 대담·토론을 개최·보도하는 것은 가능하다고 결정한 바 있었다.<sup>18)</sup>

위 결정에 따라 1997. 11. 14 법개정에 의해 언론기관은 선거일전 120일부터 후보자가 되고자 하는 자와 대담을 개최할 수 있도록 명문화되었다. 그러나 1997. 12. 18. 시행 대통령선거에서는 개최한 후보자 등 초청 대담·토론이 특정 입후보예정자들만을 대상으로 과도하게 중복 개최되었고, 개최내용에 관하여 공정성 시비 등 많은 논란이 있었다.

---

18) 제15대 대통령선거총람(1997. 12. 18. 시행), 중앙선거관리위원회, 73면

## (2) 언론매체의 불법이용에 대한 규제

위와 같이 법정된 방법 이외의 방법으로 언론매체를 선거운동을 위해 이용하는 것은 금지된다. 선거법에 의하면 누구든지 선거운동을 위하여 방송·신문·통신·잡지 기타 간행물 등 언론미디어를 경영·관리하는 자 또는 편집·취재·집필·보도하는 자에게 금품·향응 기타의 이익을 제공하거나 제공할 의사의 표시 또는 그 제공을 약속할 수 없고, 정당, 후보자 기타 선거에 이해를 갖는 자는 선거에 관한 보도·논평이나 대담·토론과 관련하여 위 적시 미디어 종사자에게 이익을 제공할 수 없다 (제97조, 방송·신문의 불법이용을 위한 행위 등의 제한). 특기할 점은 언론 종사자가 위와 같이 이익을 받거나, 받기로 약속한 경우에는 형사처벌된다는 점이다 (동조 제3항 및 제235조, 방송·신문 등의 불법이용을 위한 매수죄 - 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금). 또 누구든지 법에 의하지 아니하고는 그 방법의 여하를 불문하고 방송시설 (방송법에 의한 방송국·종합유선방송법에 의한 종합유선방송국 및 보도에 관한 프로그램공급업과 유선방송관리법에 의한 유선방송국을 말한다)을 이용하여 선거운동을 위한 방송을 하거나 하게 할 수 없다 (제98조, 선거운동을 위한 방송이용의 제한).

선거기간 중에는 법정된 방법 이외에 선거운동을 위한 언론 미디어에 의한 광고는 금지된다 (제94조, 방송·신문 등에 의한 광고의 금지). 선거에 관한 기사로서 후보자의 당락이나 특정 정당에 유리 또는 불리한 기사를 게재한 신문·통신·잡지 또는 기관·단체·시설의 기관지 기타 간행물을 통상방법 외의 방법으로 배부하거나 그 기사를 복사하여 배부할 수 없다 (제95조, 신문·잡지 등의 통상방법 외의 배부금지).

또 누구든지 선거기간 중에는 선거운동을 위하여 저술·연예·연극·영화 또는 사진을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 배부·공

연·상연·상영 또는 게시할 수 없다 (제92조, 영화 등을 이용한 선거운동금지). “누구든지 선거일전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당 또는 후보자를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 기타 이와 유사한 것을 배부·첩부·살포·상영 또는 게시할 수 없”고, “선거일전 90일부터 선거일까지는 정당 또는 후보자의 명의를 나타내는 저술·연예·연극·영화·사진 기타 물품을 이 법에 규정되지 아니한 방법으로 광고할 수 없으며, 후보자는 방송·신문·잡지 기타의 광고에 출연할 수 없다.” (제93조, 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지)

일본에서는 선거기간에만 선거목적으로 발행되는 이른바 포말신문을 규제하는 공직선거법의 규정이 논란이 된 바 있는데, 일본 최고재판소는 한정해석을 통해 이를 합헌으로 판시하고 있다.

[사례] ‘정경타임스’ 공선법위반사건 (1979)

일본 최고재판소 소화 54. 12. 20. 제1소법정판결 (형집33권 7호 1074면, 판례시보 52호 17면)

피고인은 신문 ‘정경타임스’의 편집·발행 및 경영을 담당하는 자인데, 1975년 4월 시행한 기옥현 의회의원 선거운동 기간 중에 동 선거에 입후보한 후보자의 득표수 예상을 동지에 신고, 후보자 A에 관하여 “A 앞에는 영광에 빛나는 당선은 없고 실의의 낙선밖에는 없다”는 등 그를 비판하는 기사를 게재한 호의 약 25,000부를 편집·인쇄하여 배포하였다.

피고인은 위와 같이 선거에 관한 보도 및 평론을 게재한 사실에 관하여 소화 50년 개정 전의 공직선거법 제235조의 2 제2호, 제148조 3항에 해당한다 하여 벌금 10,000엔에 처하여졌다. 일본 공직선거법 제148조 3항은 선거기간에만 선거목적으로 발행되는 이른바 포말신문 ① 매월 3회 이상 호를 만들어



정기적으로 유상 반포하는 정기간행물 ② 제3종 우편물의 인가 ③ 과거에서 현재까지 일정기간의 계속간행물이라는 3가지 형식적 조건을 구비하지 않은 신문·잡지)의 폐해를 방지하기 위해 그러한 간행물에 대하여는 선거에 관한 일체의 보도·논평을 금지하고 있었다. 피고인의 항소를 동경고등재판소가 기각하자 최고재판소에 상고하였다.

일본 최고재판소는 “공직선거법 제148조 3항은 이른바 선거목적의 일시적 신문·잡지가 특정 후보자와 결탁하여 선거의 공정을 해하는 폐단을 제거하기 위해 부득이 규정한 것으로 공정한 선거를 확보하기 위하여 탈법행위를 방지하는 취지의 것”이라고 하여 그 입법목적이 정당함을 인정하고, 문제된 정경타임스가 정규적 신문이 아니지만, 그에 의한 선거에 관한 보도·논평이 처벌될 수 있는 것은 “해당 선거에 관한 일체의 보도·평론을 가리키는 것이 아니라 특정 후보자의 득표에 대하여 유리 또는 불리하게 움직일 우려가 있는 보도·평론을 말하는 것으로 보는 것이 상당하고, 위 규정의 구성요건에 형식적으로 해당하는 경우라도 만약 그 신문·잡지가 진실로 공정한 보도·평론을 게재한 것이라면 그 행위의 위법성이 조각된다.”고 하여 위 규정이 합헌이라고 판시하고, 피고인의 상고를 기각하였다.

### (3) 방송을 이용한 선거운동

#### (가) 방송광고 및 방송연설

선거운동 기간 중 선거운동의 일환으로 후보자의 비용부담에 의해 방송매체를 이용하는 경우로서 방송광고를 행하는 경우(법 제70조)와 후보자와 그가 지정하는 연설원의 방송연설(법 제71조)이 있다. 이 경우 방송광고 또는 방송연설의 회수, 길이, 시간대, 내용 등은 각종 선거에 따라 법정된 제한을 받고, 광고요율은 최저요금으로 제약된다.

방송사는 방송시간대와 방송구역 등을 고려하여 모든 후보자에게 공평하게 방송시간을 제공하여야 한다. 중복신청이 있는 경우에는 선거관리위원회 규칙이 정하는 바에 따라야 하며, 방송사가 위 방송광고를 실시하는 경우에는 광고방송의 일시와 내용 등을 관할 선거

관리위원회에 통보하여야 한다. 그 비용은 후보자 각자나 정당의 부담으로 하되, 사후에 기탁금에서 보전된다. 후보자와 그가 지정하는 연설원의 방송연설(법 제71조)의 경우에는 선거관리위원회가 주관하여 방송시설 등이 지정되고, 후보자는 그 배정된 방송사와 이용계약을 체결하여야 한다.

이 경우 방송은 그 편성과 송출이 선거법상 방송사의 의무로 규정되어 있는 것으로서 방송사에게 시간의 배정과 송출의 의무가 있다. 그 방송내용에 대하여는 선거관리위원회의 심사를 거치는 것이므로 방송사로서는 그 내용에 대한 심사 또는 수정이 허용되지 아니하며, 따라서 그 내용에 대하여 방송사는 하등 법적인 책임을 지지 않는다고 볼 것이다. 독일의 연방헌법재판소는 선거광고 스파트방송의 송출을 법적인 관점에서 위법이라고 하는 이유로 거절한 방송공사에 대하여 가처분의 방식으로 선거운동 스파트의 송출을 명한 사례가 있다.

방송광고는 대통령선거에서만 허용되며, 텔레비전 및 라디오 방송 별로 각 30회 이내에 한하고, 1회 1분을 초과할 수 없다. 후보자와 연설원의 방송연설이 허용되는 회수와 시간은 각종 선거의 경우마다 달리 법정되어 있다.

1997. 12. 18. 시행 제15대 대통령선거에서는 각 정당·후보자가 ‘미디어 선거’로 일컬어질 정도로 텔레비전 및 라디오등 언론매체를 이용한 선거운동이 활발하여 대중매체를 이용한 선거운동이 점차 자리를 잡아 가는 계기가 되었다.

제16대 국회의원 선거에서 후보자 등의 방송연설은 비례대표의 경우 정당별로 비례대표 국회의원후보자 중에서 선임된 대표 2인이 각각 1회에 10분 이내에서 텔레비전과 라디오 방송별로 각 1회씩 실시할 수 있었으며, 지역구 후보자는 1회 10분이내에서 지역방송시설을 이용하여 텔레비전 및 라디오 방송별로 각 2회이내로 실시할 수 있

었다. 다만, 지역구후보자가 지상파 텔레비전 지역방송시설을 이용하여 방송연설을 할 경우에는 1회를 초과할 수 없도록 되어 있었다. 그러나 수도권 지역의 경우 방송사들이 자체 사정을 이유로 후보자가 이용할 방송시설·일시 등을 통보하지 아니하여 후보자들이 지상파 텔레비전 방송시설을 이용한 방송연설을 실시하지 못하였으며, 이는 방송시설·일시 지정 등과 관련하여 이를 주관하여 처리할 기관이 없어 방송사간 합의가 안될 경우 방송연설이 무산될 수도 있어 이러한 제도미비에 대하여 개선의 필요성이 제기되었다.<sup>19)</sup>

[사례] 기초자치단체장 선거방송 제한사건 (1999)

헌법재판소 1999. 6. 24. 98헌마153

공직선거및선거부정방지법(1998. 4. 30. 법률 제5537호)은 지역구 국회의원 선거 및 자치구·시·군의 장 선거에서 후보자는 선거운동기간 중 당해 시·도의 관할구역 안에 있는 지역방송시설을 이용하여 1회 10분 이내에서 텔레비전 및 라디오 방송별 각 2회 이내의 연설을 할 수 있다고 규정하였으나(동법 제71조 제1항 제3호), 다만 지역구 국회의원 선거 및 자치구·시·군의 장 선거에서 후보자의 방송연설은 1일 방송시간·방송시설 등을 고려하여 그 실시시기를 별도로 정할 때까지 종합유선방송법에 의한 종합유선방송(일명 CATV)만을 이용하여 실시하도록 경과조치를 정한 바 있다 (동법 부칙 제2조).

1998. 6. 4. 실시될 제2회 전국동시지방선거에서 진주시의 시장선거에 입후보하려던 청구인은 동법 부칙 제2조로 인하여 당해 지역방송시설을 이용한 연설을 하지 못하게 되어 헌법상의 정치적 의사표현의 자유 및 평등권 등을 침해받았다고 주장하면서 위 법률조항의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 다음과 같은 이유로 동법에 의한 제한이 합헌이라고 판시하였다.

---

19) 제16대 국회의원선거총람(2000. 4. 13. 시행), 중앙선거관리위원회, 87면

“방송은 기술적으로 유한한 전파를 통하여 이루어지므로 채널의 수가 한정되어 있는데 지역방송국을 이용할 후보자들의 숫자가 많은 지역구 국회의원선거와 자치구·시·군의 장 선거의 경우 선거운동기간인 17일 동안 후보자 모두에게 한정된 방송시간과 채널로 공평한 기회를 보장하는 것이 사실상 어렵다. 한편 종합유선방송은 유선전기통신시설을 이용하여 수신자에게 송신하는 다채널방송으로서 채널이나 방송시간에 여유가 있어 후보자의 수가 많은 경우에도 선거운동기간에 별 차질없이 방송연설의 기회를 공평하게 제공할 수 있으며 행정구역을 중심으로 그 방송구역이 정해지고 지역정보와 공지사항 등을 송신하는 지역채널을 운용하므로 자치구·시·군의 장 선거의 경우에는 종합유선방송을 이용하여 방송연설을 하더라도 선거운동을 하는데 지장이 있다고 할 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항이 자치구·시·군의 장 선거의 후보자의 방송연설을 1일 방송시간, 방송시설 등을 고려하여 실시시기를 별도로 정할 때까지 잠정적으로 종합유선방송만을 이용하여 실시하고 지역방송국을 이용할 수 없도록 제한한 것은 선거의 공정을 기하기 위한 필요하고 합리적인 제한이라고 할 것이다.”

1998. 6. 4. 시행된 지방선거를 계기로 지역 민영방송이나, 지역밀착형 매체인 케이블 텔레비전 종합유선방송국(SO)은 선거방송에 중요한 역할을 떠맡게 되었다. 일부 지역 민방사는 광역단체장 후보토론회를 적극 편성하였으며, 케이블 텔레비전은 기초자치단체장(자치구·시·군의 장) 선거에서 후보자의 방송연설을 담당하게 되었다. 이들 매체가 선거에 관한 방송을 떠맡게 되자 그에 대한 부작용도 만만치 않았다. 케이블 사업자들은 지상파 방송사에 비해 전문인력이나 기구가 제대로 갖춰져 있지 않아 공정성에 관한 책임의식이 미비하기 때문에 일부 케이블사는 특정 후보나 정당에 유불리한 발언 또는 장면구성이나 입후보자의 직접 방송 출연 등 특정 후보 편들기를 시도하는 사례가 적지 않았다.

이에 1998. 5. 19. 종합유선방송위원회는 6.4 지방선거와 관련해 종합유선방송국(SO)의 선거방송에 관한 일반권고를 내고, “유권자 판단에 유익한 정보를 공정하고 객관적으로 전달, 언론기관의 공적 책

임을 충실히 수행할 것”을 촉구하면서 지역민방 등 타 매체와의 역할 분담을 고려하여, 해당 방송권역에 적합한 선거방송을 실시하는 한편 후보자의 대담·토론회를 통한 정책대결을 유도할 것을 촉구한 바 있다.

#### (나) 경력방송

방송매체를 이용한 선거운동으로서 선거공영제의 일환으로 한국방송공사를 이용한 후보자 경력방송(법 제73조)이 있다. 이 경우 각 후보자에게 공평하게 해야 하며, 방송내용은 각 후보자의 제출에 따라 선거관리위원회가 방송사에 제공하게 된다. 한국방송공사는 의무적으로 이 방송을 해야 하나, 그 이외의 방송사는 임의적으로 같은 내용을 방송할 수 있다(법 제74조). 그 비용은 모두 방송사가 부담한다.

이 경우도 선거법상 방송사의 의무로 규정되어 있는 것으로서 방송사에게 시간의 배정과 송출의 의무가 있다. 그 방송내용에 대하여는 선거관리위원회의 심사를 거치는 것이므로 방송사로서는 그 내용에 대한 심사 또는 수정이 허용되지 아니하며, 따라서 그 내용에 대하여 방송사는 하등 법적인 책임을 지지 않는다.

제15대 대통령선거의 경우 후보자의 경력방송은 한국방송공사가 선거운동기간 중에 텔레비전 라디오 방송시설을 이용하여 후보자마다 매회 2분이내의 범위내에서 각 2회이상 실시하도록 되어 있었다. 2000. 4. 13. 시행 제16대 국회의원 선거에서 한국방송공사는 지방방송국별로 중앙선거관리위원회 및 시·도선거관리위원회가 취합하여 송부한 원고에 의하여 2000. 3. 30.부터 4. 12.까지 텔레비전 및 라디오별로 각 2,358회의 경력방송을 실시하였다. 또한 한국방송공사 외의 텔레비전 및 라디오 방송시설은 자체 부담으로 후보자의 경력을 방송할 수 있는데 종합유선방송에서 5,837회 등 총 5,841회를 방송하였다.<sup>20)</sup>

---

20) 제16대 국회의원선거총람(2000. 4. 13. 시행), 중앙선거관리위원회, 88면

## 다. 집회에 의한 선거운동

집회에 의한 선거운동은 유권자와의 직접 대면에 의하여 의사를 전달하는 방법으로 종전에는 가장 전형적인 선거운동방법으로서 활용되고 선호되는 방법이었다. 그러나 옥외연설회는 정당·후보자간 세과시를 위한 청중동원, 이에 따른 일당 등 금품제공, 불법선전물 살포, 폭력행위 등 불·탈법의 온상이 되어왔다. 언론매체를 이용한 선거운동이 활발해짐에 따라 유권자들이 후보자의 정견 등을 들을 수 있는 기회가 확대되게 되자, 유권자들로서는 집회에 직접 참석할 필요성을 느끼지 못하였고 그 선호도는 현저히 줄어들게 되었다.

집회에 의한 선거운동 방법으로는 정당·후보자 등에 의한 연설회, 공개장소에서의 연설·대답이 있다. 1997년 15대 대통령선거에서 연설회는 옥내연설회만이 허용되었고, 대규모 집회보다는 비교적 비용이 적게 들고 일시·장소 등의 제한이 없는 공개장소에서 연설·대답이 주로 활용되게 되었다.

### (1) 정당·후보자 연설회

1997. 12. 18. 시행 제15대 대통령선거에서는 과거 선거에서와는 달리 옥외집회는 허용되지 않고 옥내집회만이 허용되었다. 따라서 정당·후보자당 연설회는 법정개최 횟수보다 현저히 적게 개최되었는데, 그 실적은 제14대 대통령선거의 정당·후보자당 평균 개최횟수의 11%에 불과하였다. 이와 같이 개최실적이 저조한 이유는 세과시 등 외형적 가지 효과를 기대할 수 없었을 뿐 아니라 미디어선거의 경향이 두드러지게 나타났고, 돈이 적게 드는 선거를 바라는 국민들의 열망과 정치·경제적인 특수상황 때문이라고 할 수 있었다.<sup>21)</sup>

21) 제15대 대통령선거총람(1997. 12. 18. 시행), 중앙선거관리위원회, 75면

국회의원 선거의 경우에는 합동연설회와 정당·후보자 연설회가 있다.

합동연설회는 선거관리위원회가 개최하는 집회에 의한 선거운동으로서 16대 국회의원선거에서는 선거구마다 2회씩 개최하되 하나의 지역구가 2이상의 구·시·군마다 1회씩 개최하도록 되어 있었다. 합동연설회는 모든 후보자를 같은 장소에서 비교·판단할 수 있는 장점도 있으나 후보자가 지지자를 동원하여 세를 과시하는 수단으로 사용하거나 청중 동원의 대가로 금품을 제공하여 물의가 발생하기도 하여 폐지하자는 의견이 대두되기도 하였다.<sup>22)</sup>

정당·후보자 연설회의 경우 정당·후보자·선거사무장 또는 선거연락소장은 선거운동기간중 1회 3시간 이내에서 선거구마다 2회 이내의 정당 또는 후보자연설회를 개최할 수 있으며, 지역구가 2인이상의 구·시·군으로 된 경우에는 추가되는 구·시·군마다 1회씩 더하여 개최할 수 있도록 되어 있었다.<sup>23)</sup>

## (2) 공개장소에서의 연설·대담

후보자 또는 배우자나 연설회원이 도로변, 시장, 대합실, 공원 기타 다수인이 왕래하는 공개된 장소를 방문하여 지지 호소하는 연설을 하거나 청중의 질문에 답변하는 방식의 선거운동이다.

정당·후보자연설회는 청중을 일정한 장소에 모이게 하여야 하고 개최횟수를 제한하고 있는데 반하여 공개장소에서의 연설·대담은 후보자 등이 청중이 모인 곳을 직접 찾아가 횟수 제한없이 자유롭게 지지호소를 할 수 있다는 점이 서로 다르다.

22) 제16대 국회의원선거총람(2000. 4. 13. 시행), 중앙선거관리위원회, 85면

23) 제16대 국회의원선거총람(2000. 4. 13. 시행), 중앙선거관리위원회, 86면

## 라. 개인용 컴퓨터·전화 등을 이용한 선거운동

통신매체에 의한 선거운동 방법으로는 컴퓨터통신을 이용한 선거운동, 전화를 이용한 선거운동 등이 있다. 선거운동을 할 수 있는 자는 선거운동기간 중에 개인용 컴퓨터를 이용하여 컴퓨터통신의 게시판·자료실 등 정보저장장치에 선거운동을 위한 내용의 정보를 게시하여 선거구민이 열람하게 하거나 대화방·토론실 등에 참여하여 선거운동을 할 수 있다(제82조의3, 컴퓨터통신을 이용한 선거운동 제1항). 전화를 이용한 선거운동은 오전 6시부터 오후 11시까지만 허용된다.

특히 컴퓨터를 이용한 선거운동은 PC이용자의 증가 등 현대 정보화 사회에 적합하여 최근 선거에서 그 이용율이 점차 높아지고 있다. 그러나 이용자들의 선거법에 대한 이해부족으로 여러가지 불·탈법 사례가 발생하였고, 특히 게시판 등 익명의 이용자에 의한 위반사례, 자료게시의 신속·빈번성 등에 따른 단속의 어려움 등 해결되어야 할 많은 문제점을 가지는 것으로 나타났다.

이에 대처하기 위해 1997. 제15대 대통령선거 당시 중앙선거관리위원회는 직원·자원봉사자 등으로 컴퓨터 통신 전담검색반을 편성하여 선거법에 위반되는 자료가 게시되지 않도록 컴퓨터통신 이용자들에게 선거법위반사례를 안내·홍보하는 한편, 검·경찰, 컴퓨터 통신사 등 관련 기관·단체와 협력하여 위법내용의 삭제, 위법행위자의 이용자번호(ID) 사용정지, 수사의뢰 및 경고 등 조치를 취하였다. 컴퓨터 통신을 이용한 선거법위반행위 조치실적을 보면 수사의뢰 2, 경고 1, 공명선거 협조요청 2, 자료삭제 1,023 등 모두 1,028건에 달하였다.<sup>24)</sup>

24) 제15대 대통령선거총람(1997. 12. 18. 시행), 중앙선거관리위원회, 76면



## 마. 기부행위의 제한 - 매수 및 이해유도죄

선거법은 유권자에 대한 ‘기부행위’를 공명선거를 해치는 가장 나쁜 문제로 보고 엄격히 규제하고 있다. 공직선거및선거부정방지법에 의하면 ‘기부행위’라 함은 당해 선거구안에 있는 자나 기관·단체·시설 및 선거구민의 모임이나 행사 또는 당해 선거구의 밖에 있더라도 그 선거구민과 연고가 있는 자에 대하여 그 명칭의 여하를 불문하고 이익을 제공하는 행위를 말하며(제112조 제1항), 다만 의례적이거나 직무상의 행위 또는 통상적인 정당활동으로서 법정된 사항은 제외된다. 이와 같이 동법은 처벌대상이 되는 기부행위의 종류를 포괄적으로 규정한 후, 의례적이거나 직무상의 행위로서 기부행위로 보지 아니하는 경우를 제한적으로 열거하는 방식을 취하고 있다. 중앙선거관리위원회규칙 및 그 위원회의 결정은 의례적이거나 직무상 행위로서 허용되는 행위를 열거한다 (법 제112조 제2항).

금지되는 기부행위의 폭은 선심관광이나 음식물, 금품제공을 포함해 매우 넓다. 선거법은 또 연설회에서 무용이나 그 밖의 예술적·오락적 관람물을 공연할 수 없다고 규정하고 있다.

공직선거및선거부정방지법은 기부행위의 주체 및 그 주체에 따라 기부행위제한의 요건을 각기 달리 규정하고 있다 (동법 제257조 제1항). 즉, 기부행위 제한위반을 처벌하는 현행 선거법(제257조 제1항 제1호)의 범죄구성요건을 보면 ① 후보자와 후보자가 되고자 하는 자 및 그 배우자는 “당해 선거에 관한 여부를 불문하고” 기부행위가 금지되고(제113조 후보자 등의 기부행위제한), ② “정당(창당준비위원회 포함), 후보자(후보자가 되고자 하는 자 포함)나 그 배우자의 직계존비속과 형제자매, 후보자의 직계비속 및 형제자매의 배우자, 선거사무장, 선거연락소장, 선거사무원, 회계책임자, 연설회, 대담 토

론회나 후보자 또는 그 가족(가족의 범위는 제10조 제1항 제3호에 규정된 "후보자의 가족"을 준용한다)과 관계 있는 회사 기타 법인 단체 또는 그 임직원"은 "기부행위제한기간 중 선거기간 전에는 당해 선거에 관하여, 선거기간에는 당해 선거에 관한 여부를 불문하고 후보자 또는 그 소속정당을 위하여"하는 기부행위가 금지되고(제114조 정당 및 후보자의 가족 등의 기부행위제한), ③ 위 2개 항목에 해당하지 아니하는 제3자는 "당해 선거에 관하여" 기부행위가 금지된다 (제115조 제3자의 기부행위제한).

이 경우 후보자 또는 그 소속 정당의 명의를 밝혀 기부행위를 하거나 후보자 또는 그 소속 정당의 명의를 추정할 수 있는 방법으로 기부행위를 하는 것은 당해 선거에 관하여 후보자 또는 정당을 위한 기부행위로 본다.

선거공약으로서 일정한 이익의 제공을 약속하는 행위가 기부행위에 해당하는가 여부는 논란이 된다. 다음 사건들은 이에 관한 하나의 지침을 제공한다.

[사례] 선거공약 위반 사건 (1982)

미국 연방대법원 *Brown v. Hartlage*, 456 U.S. 45 (1982)

이 사건은 수정헌법 제1조가 '정치에 있어서의 진실'을 범규화하는 것을 허용하는가, 환언하면 선거공약(campaign promise)을 파기한 후보자를 처벌하는 것이 가능한가에 관하여 판단된 사건이다. Kentucky주 소재 한 군(county)의 위원직 후보자는 기자회견에서 자기가 선출되면 자기의 급료를 삭감하겠다고 공약하였으나, 그의 공약이 주법률 위반임을 통보받자, 그 공약을 철회하고 선출되면 법을 따르겠다고 공언하였다. 그럼에도 그는 위원으로 선출된 후 공약을 어겼다는 이유로 기소되었다. 하급법원은 공직 입후보자가 개인의 투표에 대한 보상으로 약속, 승인 또는 계약을 하는 것을 금하는 부패관행법(Kentucky Corrupt Practices Act) 위반사실을 확정된 후 그 선거를 무효화하였다.

그러나 연방대법원은 단지 법개정이나 사회정책의 변경 등을 약속하는 이러한 공약은 매수나 부패라고 할 수 없고 선거인들에게 이성적 선택을 가능하게 하는 근거를 주는 모든 선거운동에 내재하는 은혜적 부분에 불과하다고 하면서 이러한 선거운동의 수사적 표현과 매수(campaign rhetoric and bribery)를 구별하기 위하여는 공약의 정확한 성격, 그것이 제시된 조건, 그것이 이루어진 정황, 혜택을 입게될 집단의 성질과 규모 등을 고려하여 수정헌법 제1조가 보호하는 공약인가의 여부를 가려야 한다고 판시하였다.

### [사례] ‘DJP연대’ 선거법 위반 논란 (1998)

제15대 대통령선거에서 이른바 DJP연대의 공약이 선거법에 위반되는가에 관하여 논란이 된 바 있었다. 선거에서 승리한 김대중 대통령은 김종필씨를 총리서리로 임명하자 한나라당에서는 서리임용의 위헌성을 주장하면서 그 임명동의를 거부하였다. 국민회의 측에서는 총리서리체제의 정당성을 언급하는 과정에서 ‘김종필씨를 총리에 임명키로 한 것은 대선 당시 한 약속’이라고 한 데 대하여 한나라당 측은 대선 당시 김대중 국민회의총재와 김종필 자민련총재 간에 대통령후보직을 사퇴하는 대신 총리직이라는 공직과 일부 조각권을 제공하기로 ‘담합’한 것은 선거법 상 후보자 매수·이해유도죄에 해당한다고 비난하였다. 그러나 중앙선거관리위원회는 대선 당시 ‘DJP연대’에 대해 정당과 정당간의 연합으로 정치행위에 해당하고 공직을 약속했는지 불확실하기 때문에 매수 및 이해유도죄에 해당하지 않는다고 유권 해석하였다.

## III. 선거와 언론매체의 표현행위

### 1. 개관

선거운동 기간 중 신문·잡지나 방송이 선거에 관해 자유로이 보도할 수 있음은 물론이다. 이들 언론 미디어는 민주정치가 실현되기 위해 필요한 보도와 평론을 제공하고 국민의 판단자료를 제공한다는

공적 과업을 수행하는 것이기 때문에 이 보도와 평론의 자유를 보장하는 표현의 자유와 함께 대표민주정을 보장하는 헌법상의 요청이라고도 할 수 있다.

그러나 여기에는 언론매체 자체의 선거운동과 선거에 관한 단순한 보도·논평의 한계가 문제될 수 있다. 현행 선거법 체제에 의하면 법적으로 선거운동이 허용된 자 이외에는 선거운동이 금지되고 있으므로 언론매체라 하더라도 선거운동은 허용되지 않는다고 생각되기 때문이다.

다만, 통합선거법은 방송사 및 일반일간신문 등 언론기관은 선거운동기간 중 후보자 및 그가 지정한 자를 초청하여 소속 정당의 정강·정책 또는 후보자의 정견 기타 사항을 알아보기 위하여 대담·토론회를 개최하고 이를 보도할 수 있다고 규정한다(법 제82조). 선거운동기간 전이라도 후보자가 되려는 자를 초청하여 대담·토론회를 개최·보도할 수 있음은 물론이다. 그 경우 대담·토론의 진행은 공정하여야 하며, 그 일시, 진행방법 등에 관하여는 선거관리위원회 규칙이 정하는 바에 따라야 한다. 위와 같은 형태의 매체의 보도활동은 공정을 어길 가능성이 크므로 허용되는가 여부 자체가 논란이 될 수 있으나, 법은 선거에 관한 국민의 알 권리를 더욱 충족시키기 위해 이를 허용하되 특히 공정성에 유의하도록 하는 배려를 하고 있는 것이다.

2000. 2. 16. 개정 공직선거및선거부정방지법은 유권자의 알 권리를 확대하기 위하여 후보자정보공개대상에 현행 재산사항 외에도 병역사항과 최근 3년간 납세실적을 추가하고, 선거관리위원회는 후보자의 전과 기록을 조회·비치하여 누구든지 열람할 수 있도록 하였다(법 제49조 제4항·제10항 및 제11항). 따라서 그러한 사항이 진실인 한 그에 대한 미디어의 보도는 설사 그 결과가 특정 후보자에게 불리하게 작용한다 하더라도 허용된다.

또 정당이나 후보자의 입장에서 보아 그들이 언론매체를 이용하여 하는 선거운동은 법정된 방법 이외에는 허용되지 않기 때문에 그 한에서 언론매체의 선거에 관한 활동도 제약을 받게 됨은 물론이다. 통합선거법에 의하면 누구든지 선거운동을 위하여 방송·신문·통신·잡지 기타 간행물 등 언론미디어를 경영·관리하는 자 또는 편집·취재·집필·보도하는 자에게 금품·향응 기타의 이익을 제공하거나 제공할 의사의 표시 또는 그 제공을 약속할 수 없고, 정당, 후보자 기타 선거에 이해를 갖는 자는 선거에 관한 보도·논평이나 대담·토론과 관련하여 위 적시 미디어 종사자에게 이익을 제공할 수 없다 (제97조, 방송·신문의 불법이용을 위한 행위 등의 제한). 특기할 점은 언론 종사자가 위와 같이 이익을 받거나, 받기로 약속한 경우에는 형사처벌된다는 점이다 (동조 제3항 및 제235조, 방송·신문 등의 불법이용을 위한 매수죄 - 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금).

그 뿐 아니라 법은 선거에 관한 언론 미디어 자체의 공표행위에 관여도 여러 가지 제한을 가한다. 그 대표적인 언론 내용 규제는 선거에 관한 언론의 허위 보도·논평에 대한 제한이다.

## 2. 허위 논평·보도의 금지

언론매체 기업의 종사자가 특정 후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 허위에 의한 보도·논평을 금지하는 선거법의 조항(제96조, 허위 논평·보도의 금지)에서 금지되는 행위의 태양은 바로 언론의 허위에 의한 선거운동이라고 할 수 있다. 따라서 선거에 관한 진실한 보도·논평이 금지되는 것은 아니다. 동 조항은 허위의 언론활동에 의한 여론의 왜곡을 방지하여 선거의 공정을 도모하기 위한 것일 뿐 아니라, 선거에서 언론매체의 영향력을 남용하는

것을 방지하는 데 그 취지가 있다고 할 수 있다.

공직선거 및 선거부정방지법 제96조 (허위논평·보도의 금지)

방송·신문·통신·잡지 기타의 간행물을 경영·관리하는 자 또는 편집·취재·집필·보도하는 자는 특정 후보자를 당선되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 선거에 관하여 허위사실을 보도하거나 사실을 왜곡하여 보도 또는 논평을 할 수 없다.

[사례] 선거 허위보도 1억 배상 사건 (1998)

서울지법 남부지원 1998. 4. 17. 판결

서울지법 남부지원은 1998년 4월 17일 지난 1996년 4.11총선에서 허위보도로 인해 낙선했다며 자민련 홍천·횡성지구당 위원장 조일현 전 의원이 강원도민일보를 상대로 낸 손해배상 청구소송에서 1억원의 지급을 명하는 원고승소 판결을 내렸다. 재판부는 판결문에서 “강원도민일보가 총선 당일인 4월 11일자 1면 등 5개면에 걸쳐 ‘강원도지부장인 조후보가 자민련 전국구 18번 후보인 김모씨로부터 1천여만원의 공천현금을 받아 곧 검찰의 소환조사를 받을 것’ 이라는 등 허위보도를 해 조후보가 낙선하는 데 영향을 미치는 등 명예를 훼손한 점이 인정된다” 고 밝혔다. (중앙일보 1998년 4월 17일자 참조)

### 3. 공정 의무

#### 가. 개관

선거 때마다 편파보도나 불공정 보도 시비가 있었던 것은 사실이다. 공공연하게 특정 입후보자를 두둔하거나 또는 비난하는 기사를 실어 지역적·집단적 정서를 부추기는 폐단도 없지 않았다. 현행 공직선거및선거부정방지법 제8조는 “방송·신문·통신·잡지 기타의 간행물을 경영·관리하거나 편집·취재·집필·보도하는 자가 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타 사항에 관하여 보도·논평을

하는 경우와 정당의 대표자나 후보자 또는 그의 대리인을 참여하게 하여 대답을 하거나 토론을 행하고 이를 방송·보도하는 경우에는 공정하게 하여야 한다”고 규정하여(제8조, 언론기관의 공정보도의무), 신문이든 방송이든 막론하고 특정 정당이나 후보자를 지지 또는 반대할 수 없는 것으로 규정하고 있다.

위 규정은 언론매체의 선거에 관한 보도·논평이 허용되는 것을 전제로 하고 있으며, 이것은 언론의 자유의 관점에서 보아 당연한 것이라고 할 수 있다. 그러나 이와 같이 보도·논평의 경우에 공정성의무를 부과할 수 있는 근거가 무엇인가에 대하여는 논란이 될 수 있다. 이하 방송의 경우와 신문 기타 정간물의 경우를 나누어 살펴본다.

## 나. 방송

공공성 및 과점성을 특징으로 하는 지상파 방송의 경우 그러한 특징이 선거보도에 있어서 공정성의무가 부과되는 근거가 될 수 있다.

우리의 경우 방송위원회는 1992년 대통령선거에 즈음하여 ‘1992년도 선거방송에 관한 방송위원회 기준’을 제정·시행한 바 있다. 동 기준은 그 모두에 “방송사는 선거방송에 있어서 공정성을 최대한 유지하고 국민의 올바른 선택에 기여하며 이를 위하여 선거와 관련된 내용의 형평성, 객관성, 다양성과 방송사의 독립성을 확보하여야 한다”고 선언하였다. 나아가 동 기준은 “방송은 선거와 관련된 다양한 정보를 골고루 전달하여 국민들 각자가 올바른 선택을 할 수 있도록 하여야” 하고, “선거 보도 이외에도 정강정책, 쟁점에 대한 논평, 토론, 대답 등의 프로그램을 적극적으로 마련하여야” 하며, “방송은 유권자들에게 선거의 쟁점, 정당의 정강정책, 후보자에 관한 정보 등 투표에 유용한 판단자료를 효과적으로 제공하는 데 기여하여야 한다”고 규정하여 선거에 관한 적극적 보도의무를 확인하였다. 그리고

동 기준은 형평성을 위해 “선거방송은 정당 및 후보자에 대한 시간배분, 방송횟수 및 화면구성 등에서 양적 균형과 아울러 질적 균형도 동시에 고려하여야” 하며, “선거와 관련된 쟁점을 다룰 때에는 광범위한 견해 및 의견이 표현될 수 있도록 하여 올바른 여론의 형성에 이바지하여야 한다.”고 규정한다.

방송위원회는 위 기준을 구체화하기 위해 ‘1992년 대통령 선거방송에 관한 방송위원회 기준’과 ‘1992년 대통령선거방송에 관한 심의세칙’(1992년 11월 5일 제정 방송위원회 규칙 제73호)을 제정 시행하였다.

1997년 15대 대통령선거를 계기로 국회 정치개혁입법특별위원회에서 여야 합의로 개정된 통합선거법은 선거에 관한 방송보도의 공정성을 확보하기 위하여 선거실시 전에 방송위원회 산하에 선거방송심의위원회를 설치하여 그로 하여금 선거방송의 공정 여부를 심의하게 하고 그에 따라 방송위원회가 필요한 시정 및 제제조치를 명하도록 규정하고 있다.

#### 공직선거및선거부정방지법 제8조의2 (선거방송심의위원회)

① 방송법 제11조(설치)의 규정에 의한 방송위원회(이하 “방송위원회”라 한다)는 선거방송의 공정성을 유지하기 위하여 선거일 전 120일까지 선거방송심의위원회를 설치하여야 한다.

② 선거방송심의위원회는 방송사[제70조(방송광고) 제1항의 규정에 의한 방송시설을 말한다. 이하 이 조에서 같다]·방송학계·대한변호사협회·언론인 단체 및 시민단체 등이 추천하는 자와 국회에 교섭단체를 가지는 정당이 추천하는 각 1인을 포함하여 9인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 선거방송심의위원회의 위원은 정당에 가입할 수 없다.

④ 선거방송심의위원회는 선거방송의 정치적 중립성·형평성·객관성 및 제작기술상의 균형유지와 권리구제 기타 선거방송의 공정을 보장하기 위하여 필요한 사항을 정하여 이를 공표하여야 한다.

⑤ 선거방송심의위원회는 선거방송의 공정여부를 조사하여야 하고, 조사결



과 선거방송의 내용이 공정하지 아니하다고 인정되는 경우에는 필요한 시정 및 제재조치를 정하여 이를 방송위원회에 통보하여야 하며, 방송위원회는 불공정한 선거방송을 한 방송사에 대하여 통보받은 시정 및 제재조치를 지체없이 명하여야 한다.

⑥ 후보자 및 후보자가 되고자 하는 자는 선거일 전 120일부터 선거방송의 내용이 불공정하다고 인정되는 경우에는 선거방송심의위원회에 그 시정을 요구할 수 있고, 선거방송심의위원회는 지체없이 이를 심의·의결하여야 한다.

⑦ 선거방송심의위원회의 구성과 운영 기타 필요한 사항은 방송위원회규칙으로 정한다.[본조신설 97·11·14]

방송위원회는 이미 1997. 7.부터 대통령선거 관련 선거방송 심의를 위해 방송위원회 산하에 선거방송특별위원회를 발족시키고 활동해 왔는데, 1997. 11. 14. 개정된 통합선거법에 의해 신설하기로 규정된 선거방송심의위원회를 위 법 개정 직후부터 출범시켜, 제15대 대통령선거방송과 관련한 심의업무를 담당하게 하였다. 선거방송심의위원회는 방송위원회 안에 설치되지만 심의·의결과 관련해서는 독자적으로 운영된다. 방송위원회는 선거방송심의위원회가 결정한 시정 및 제재조치에 따라 이를 해당 방송사에 지체 없이 조치하여야 하며, 방송위원장은 그가 필요하다고 인정할 때 선거방송심의위 임시회의를 소집하는 권한을 가진다. 방송위원회는 그 규칙으로 선거방송심의 특별규정을 제정하고 이후 선거방송에 관한 심의 뿐 아니라 선거반론권에 관한 분쟁도 다루게 되었다.

방송위원회가 제정한 선거방송심의 특별규정에서 특기할 만한 것은 1998년 지방선거에 즈음하여 선거일 90일 전부터 선거일까지 지방선거 후보자와 후보 예정자의 연예오락 프로그램과 광고 출연을 금지한 것이다. 그에 따라 이 기간 동안 후보자와 후보 예정자는 통합선거법에 따른 방송광고, 방송연설, 경력방송, 대담·토론회 등과 보도·토론 프로그램을 제외한 연예오락, 교양물 등에 출연할 수 없었다. 또 후보자의 음성과 영상 등 실질적 출연효과를

주는 내용도 방송으로 내보내선 안된다. 광고방송제한 규정은 후보자와 후보 예정자가 직접 출연하는 광고 뿐 아니라 후보자의 경력, 사진, 음성 또는 상징을 이용하는 등 후보자에게 선거운동효과를 주는 광고도 못하도록 하고 있다.

#### 다. 신문 기타 정기간행물

그러나 사기업으로서 독자적인 사시와 주의의 표방이 허용되는 신문 등 정기간행물에 관하여도 이러한 공정성무를 부과하는 것이 언론의 자유와 양립될 수 있는가에 관하여는 신중한 검토를 요한다. 독립한 여론형성을 담당하는 여러 언론매체는 다양성을 전제로 여론형성에 참여하는 것이 민주주의적 국가의사형성의 요청이라고 할 것인데, 그것은 선거에 있어서도 입장과 태도가 다양한 독립적 신문 등 정간물이 여러 정당의 정책에 대한 지지 및 반대 뿐 아니라 입후보자의 선택에 있어서도 다양한 견해의 공표가 허용될 것을 요구하는 것이기 때문이다. 그러므로 신문 등 사기업에 의한 정간물에 대하여 공정성의를무를 법적으로 부과하는 것은 언론 미디어의 자유를 보장한 헌법규정에 위반될 수 있다.

그럼에도 2000. 2. 16. 공포·시행된 공직선거및선거부정방지법중개정법률은 신문 기타 간행물의 선거기사에 대한 공정성을 유지하기 위하여 언론중재위원회의에 선거기사심의위원회를 설치하여 선거일 120일 전부터 선거일 30일 후까지 운영하도록 하고 있다(법 제8조의3). 위 개정안에 대하여 언론계에서는 이미 언론중재위가 있는 상황에서 선거기사심의위가 구성될 경우 불필요한 옥상옥(屋上屋)일 뿐만 아니라 자칫 이기구가 선거기간 중 언론의 활동을 위축시킬 수 있다는 비판이 제기돼 왔다. 정당추천을 받아 임명될 선거기사심의위원이 과연 각 정당의 입장에서부터 초연하고 공정하게 신문 및 잡지의 선거 기사를 심의할 수 있을지가 논란될 것으로 보인다.

위 개정법률의 입법경위와 문제점에 관하여는 상세히 살펴볼 필요가 있다.

여야는 16대 총선을 앞둔 1999년 11월 국회 정치개혁특위 선거법 협상에서 언론, 학계, 변호사회, 국회 교섭단체 등이 각각 추천한 9인으로 구성된 선거기사심의위원회를 언론중재위원회 산하에 신설하고, 선거일 전 120일부터 선거일 후 30일까지 운영기로 합의하였다. 원래 합의된 개정안에 의하면 위 기사심의위원회는 선거기사의 공정 여부를 조사해 불공정하다고 인정될 때는 사과, 정정보도문을 게재토록 하며 해당 기사의 편집, 취재, 집필 업무에 종사하는 자 또는 책임자에 대해서는 1년 이내의 범위에서 관련 업무 종사 정지를 명할 수 있도록 했다. 여야는 또 불공정 방송 및 기사에 대해 심의위가 결정한 제재조치가 이뤄지지 않을 경우, 2년이하의 징역 또는 400만원이하의 벌금형을 부과하도록 하는 벌칙조항도 신설하기로 합의하였다.

위 개정안은 선거 때마다 각 지역에서 구시군 단위로 발행되는 특수 지역신문이나 특정 단체에서 발행하는 잡지 등의 선거기사가 특정 입후보 예정자와 유착되어 불공정 보도의 정도가 심각했고, 지역감정마저 부추기는 사례가 적지않았기 때문에 이에 대한 예방조치로서 선거관리위원회가 마련한 권고안이었는데, 국회가 ‘지역의 특수신문이나 특수잡지’의 선거 왜곡보도에 대한 제재를 권유하는 선관위의 권고안을 받아들여 전 신문에 확대 적용시키려 한 것이었다.

선거법개정 소위원회가 선거기사심의위원회를 설치하려고 하는 이유는 첫째 기존 언론중재위원회를 통한 언론피해 구제절차는 시간이 많이 걸려 실효가 없으므로 선거 전후 5개월간 심의위를 운영해 구제에 걸리는 시간을 단축하자는 것이고, 둘째는 방송은 이미 선거방송심의위원회가 법적기구로 설치운영되고 있는 만큼 신문과 잡지 등 정기간행물도 형평을 기해야 한다는 것이다.

이에 대하여 언론계가 강력히 반발하자, 정치개혁특위는 불공정 보도 언론인에 대한 ‘업무정지 1년’의 처벌조항에 관하여 이를 백지화했었다.

그러나 막상 2000. 2. 8. 개정 선거법 제8조 제3항은 대통령선거, 국회의원 총선거 등의 선거일 120일 전부터 30일 후까지 언론중재위원회 산하에 선거기사심의위원회를 두어 불공정한 보도에 대해서는 ‘사과문 또는 정정보도문 게재를 명령’할 수 있도록 하고, 명령에 불응한 발행인은 ‘2년 이하의 징역 또는 400만원 이하의 벌금’에 처하는 조항을 두게 되었다.

위 조항에 관하여는 여러 각도에서 비판이 행해지고 있다. 첫째, 방송과 균형을 맞추기 위해 신문에서도 기사심의위원회를 두어야 한다는 주장은 방송의 공공성과 신문의 자율성의 차이를 인식하지 못한 오류에 기인한다. 둘째, ‘불공정’이란 개념은 매우 포괄적이고 주관적이기 때문에 그 기준 자체가 자의적인 개념이 될 가능성이 높다. 따라서 여야의 정략적인 이해에 따라 해석 적용될 우려가 농후하다. 사이버 언론의 횡포를 막는다는 명분이지만 위원회 구성으로 이루어질 때 공정여부를 가린다는 객관성 자체가 의심스럽다. 더욱이 기사심의라는 명분으로 자당에 불리하거나 곱끄러운 기사를 봉쇄할 우려도 없지 않다. 셋째, 한시적 기구를 두어 선거보도를 심의한다는 것 자체가 매우 어려운 일이다. 넷째, 지역 군소 매체들의 불공정보도 규제가 이법의 주요 목적의 하나이지만 오히려 규모가 큰 중앙 언론사가 주된 대상이 될 것이다. 일부 사이비신문의 폐해는 기존법으로 규제가 가능한데도 옥상옥을 만들어 신문의 생명이나 다름없는 비판기능을 제한하려는 처사는 용납할 수 없다. 다섯째, 문제의 심의위는 구성과 운영의 측면에서도 시민적 대표성을 갖는 구성이 어려워 결국 정치적 구성이 예상되며, 심의기준이 모호하여 정치적 이해관계에 따라 심의위 판단이 좌우될 소지가 있고, 결국 언론보도가 정치권의 입맛에 예측되어 제 기능을 발휘할 수 없게 될 것이다.

위 개정법률에 따라 2000. 2. 25. 언론중재위원회는 제16대 국회의원 선거기간에 활동할 선거기사심의위원 9명을 위촉하게 되었다. 동월 28. 선거기사심의위원회는 회의를 열어 불공정 보도에 대해 사과문 또는 정정보도문 게재를 명령하고 이에 불응한 발행인에 대해 형사처벌을 가하도록 되어 있는 법조항은 위헌의 소지가 있다는 데 의견을 모으고, 관련조항을 최소한도로, 그리고 신중하게 적용기로 하였던 것으로 보도되었다 ([동아일보뉴스:정치] 2000/02/29 <김차수기자>).

선거기사심의위원들은 회의에서 첫째 ‘사과문’ 게재 명령은 헌법에 보장된 양심의 자유를 제약하는 것으로서 헌법재판소에서 위헌판정을 받았다는 점, 둘째 불공정 보도에 대한 별도의 사법적 판단을 거치지 않은 상태에서 심의위 결정에 불복했다는 이유로 형사적 처벌 대상으로 삼는 것은 죄형법정주의의 관점에서 위헌의 소지가 있고, 셋째 심의위원회는 후보자 등의 반론 청구가 있는 후 48시간 내에 불공정 여부를 결정 통보토록 하고 있는데, 기본적인 사실관계를 확인하는 데도 턱없이 부족한 시간이라는 점이 지적되었다.

#### 4. 여론조사 결과의 공표금지

선거에 즈음하여 언론매체가 여론조사의 결과를 공표할 수 있는가 하는 점에 관하여는 상당한 논란이 거듭되어 왔다. 언론 측에서는 국민의 알 권리를 충족시키기 위해 이를 허용해야 한다고 주장해 온 반면, 정부 측에서는 그것이 선거의 공정성에 대하여 미치는 해악 때문에 그 금지를 주장하여 왔다. 외국의 경우를 보면 각국의 실정이나 역사적·정치적 배경이 상이함에 따라 선거와 관련한 여론조사 결과의 공표에 관하여 일체의 제한을 두지 않는 나라가 있는가 하면, 선거를 앞두고 일정한 기간 동안 여론조사결과의 공표를 금지하고 있는 나라도 상당수 있고, 이 경우 그 금지기간의 장단에 대하여도 나라마다 매우 다양하게 규제하고 있다.

우리의 선거법은 1963년 국회의원선거법(1963. 6. 23. 법률 제551호) 제 68조가 “누구든지 선거에 관하여 당선 또는 낙선을 예상하는 인기투표를 할 수 없다”고 규정한 이래, 1987년 대통령선거법(1987. 11. 7. 법률 제 3937호) 제65조가 “누구든지 선거에 관하여 당선되거나 되지 아니함을 예상하는 인기투표나 모의투표를 할 수 없다”고 규정하였고, 이들 구법 규정에서는 선거기간 및 그 전후를 막론하고 당선 여부에 관한 인기투표나 모의투표 자체가 금지의 대상이 되었다.

1992년 개정된 구 대통령선거법(1992. 11. 11. 법률 제4495호)은 “누구든지 선거일 공고일부터 선거일까지에는 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(인기투표나 모의투표를 포함한다)의 경위와 그 결과를 공표하여서는 아니된다”고 규정하였다. 위 개정으로 선거에 관한 여론조사(인기투표나 모의투표를 포함한다) 자체는 금지되지 아니하고, 단지 선거에 관한 여론조사의 경위와 그 결과의 ‘공표’만이 규제 대상이 되었고, 그것도 선거

일 공고일부터 선거일까지의 선거기간 중에만 금지되게 되었다.

위 법 개정 이전에는 금지대상을 인기투표와 모의투표로만 규정하고 있었으므로 언론기관이나 국민이 선거운동의 목적 없이 객관적 보도의 목적으로 또는 순수한 표현활동으로서 행하는 여론조사는 그 적용대상이 아니라고 볼 여지가 있었으나, 개정된 규정은 여론조사가 규제의 대상이 됨을 명문으로 규정하고 있고, 위 개정법 제163조 제1항 제2호에서는 선거운동 여부를 묻지 아니하고 이 사건 법률규정의 위반행위를 처벌하도록 하고 있으므로 언론기관이나 국민은 선거기간 중에는 선거운동의 목적이 없다고 하더라도 선거에 관한 여론조사의 결과 등을 공표할 수 없음이 명백하였다.

위 개정법률에 관한 위헌 여부가 논란이 된 사건에서 헌법재판소는 이를 합헌이라고 판시하였다.

[사례] 여론조사 공표금지 사건(I) (1995)

헌법재판소 1995. 7. 21. 92헌마177, 199 판례집 7-2, 112

중앙일보사는 1992. 6. 8. 동 신문사 부설의 여론조사기관을 통하여 제14대 대통령선거(1992. 12. 18. 실시)에 출마할 것으로 예상되는 입후보예정자들에 대한 지지도를 조사하여 같은 달 19.자 중앙일보 및 월간중앙 7월호에 그 결과를 게재하였다. 중앙선거관리위원회는 1992. 7. 24. 이와 관련한 통일국민당의 법령해석에 관한 질의에 대하여 대통령선거에 있어 후보자가 되고자 하는 자나 그 소속 정당에 대한 인기순위를 알아보기 위하여 유권자의 지지성향을 조사하는 것은 “누구든지 선거에 관하여 당선되거나 되지 아니함을 예상하는 인기투표나 모의투표를 할 수 없다”고 규정하고 있는 구 대통령선거법(1992. 11. 11. 법률 제4495호로 개정되기 전의 것) 제65조에 위반된다는 유권해석을 하였다.

이에 한국신문편집인협회와 중앙일보 편집인은 위 구법 규정은 언론인의 언론·출판의 자유를 침해할 뿐만 아니라 나아가 국민의 알 권리 및 선거권을 침해하는 것이므로 헌법에 위반된다고 주장하여 1992. 8. 헌법소원심판을

청구하였다. 그 후 1992. 11. 11. 대통령선거법이 개정되자 청구인들은 같은 달 12. 심판의 대상을 위 개정법 제65조 제1항으로 변경하여 청구취지변경신청을 하였다. 청구인들은 심판청구를 하면서 이 사건 법률규정이 전 선거기간에 해당하는 선거일 공고일부터 선거일까지 선거에 관한 여론조사결과의 공표를 금지하고 있는 것은 언론·출판의 자유 및 국민의 알 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것일 뿐 아니라, 현대사회에서 참여민주주의의 근간을 이루는 선거제도에도 모순되고 헌법 제24조의 국민의 선거권을 침해하는 것이라고 주장하였다.

헌법재판소는 결국 다음과 같은 이유로 다투어진 심판대상 법률조항은 합헌이라고 판단하고, 청구인의 심판청구를 기각하였다.

대통령선거에 관한 여론조사는 그것이 공정하고 정확하게 이루어졌다 하여도 그 결과가 공표되게 되면 선거에 영향을 미쳐 국민의 진의를 왜곡하고 선거의 공정성을 저해할 우려가 있으며, 더구나 선거일에 가까워질수록 여론조사결과의 공표가 갖는 부정적 효과는 극대화되고, 특히 불공정하거나 부정확한 여론조사결과가 공표될 때에는 선거의 공정성을 결정적으로 해칠 가능성이 높지만 이를 반박하고 시정할 수 있는 가능성은 점점 희박해진다고 할 것이므로, 대통령선거의 중요성에 비추어 선거의 공정을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간동안 선거에 관한 여론조사결과의 공표를 금지하는 것 자체는 그 금지기간이 지나치게 길지 않는 한 위헌이라고 할 수 없다.

선거에 관한 여론조사결과의 공표금지기간을 어느 정도로 할 것인가는 그 나라의 입법당시의 시대적 상황과 선거문화 및 국민의식수준 등을 종합적으로 고려하여 입법부가 재량에 의하여 정책적으로 결정할 사항이라 할 것인데, 우리나라에서의 여론조사에 관한 여건이나 기타의 상황 등을 고려할 때, 대통령선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거일 공고일로부터 선거일까지의 선거기간 중에는 선거에 관한 여론조사의 결과 등의 공표를 금지하는 것은 필요하고도 합리적인 범위 내에서의 제한이라고 할 것이므로, 이 사건 법률규정이 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 한계인 과잉금지의 원칙에 위배하여 언론·출판의 자유와 알 권리 및 선거권을 침해하였다고 할 수 없다.

위 결정은 여론조사의 법적 의미 및 그 선거에서의 관계에 관하여 다음과 같은 중요한 설시를 하고 있다.

“(1) 현대민주국가에 있어서 선거는 국가권력에 대하여 민주적 정당성을

부여하고 국민을 정치적으로 통합하는 중요한 방식이라고 할 수 있다. 그런데 선거의 결과는 여론의 실체인 국민의 의사가 표명된 것이기 때문에 민주국가에서 여론의 중요성은 특별한 의미를 가진다.

민주국가에서 여론이란 국민이 그들에게 공통되고 중요한 문제에 관하여 표명하는 의견의 집합체를 말한다고 할 것인데, 이와 같은 여론을 정확히 파악하여 표출시키는 것을 목적으로 하는 여론조사는 선거와 밀접한 관련을 갖고 있다.

우선 여론조사를 통하여 국민은 정당이나 정치인의 정책에 대한 자신의 의사를 표명할 기회를 갖게 됨으로써 간접적이거나 국가정책에 참여할 수 있고, 정당이나 정치인들은 자신들이 추진하고 있는 정책에 대한 지지도를 파악하여 국민이 거부하는 정책을 시정할 수 있으므로 선거와 선거 사이의 공백이나 선거의 결과가 정책보다는 후보자의 개인적인 인기로 좌우되기 쉽다는 선거의 문제점을 어느 정도 보완할 수 있게 된다. 또한 여론조사는 선거와 관련하여 예비선거의 기능을 수행하고, 무엇보다도 국민으로 하여금 선거에 대하여 높은 관심을 갖도록 하는 구실을 한다.

(2) 이와 같이 여론조사는 민주정치의 구현수단으로서 긍정적 측면을 갖고 있지만 여러 가지 부정적인 측면도 가지고 있다.

우선 선거에 관한 여론조사는 그 결과가 공표되면, 투표자로 하여금 승산이 있는 쪽으로 가담하도록 만드는 이른바 밴드왜곤 효과(Bandwagon Effect)나 이와 반대로 불리한 편을 동정하여 열세에 놓여 있는 쪽으로 기울게 하는 이른바 열세자 효과(Underdog Effect)를 나타낼 수 있다는 것이다. 여론조사결과의 공표가 선거에 미치는 효과는 각각의 경우마다 여러 요인에 의하여 달라질 수 있다고 할 것이나, 그 공표가 유권자의 의사에 영향을 미치고 선거일에 가까워질수록 그 영향이 더욱 커진다는 사실은 부인할 수 없을 것이다. 그렇다면 가사 여론조사가 공정하고 정확하게 실시된다고 하더라도 여론조사의 결과를 공표하는 것은 유권자의 의사에 영향을 주어 국민의 진의와 다른 선거결과가 나올 수 있으므로, 선거의 본래의 취지를 살릴 수 없게 될 가능성도 없지 아니할 것이다.

또한 여론조사는 불공정·부정확하게 행하여지기가 쉽고 그러한 여론조사결과의 공표는 많은 폐해를 낳을 수 있다는 점을 들 수 있다. 여론조사의 긍정적 기능도 여론조사가 공정하고 정확하게 이루어지는 것을 전제로 한 것이



므로, 만일 여론조사가 의도적이든 그렇지 아니하든 불공정하거나 부정확하게 이루어지고 그러한 여론조사의 결과가 공표된다면 국민을 오도하는 결과가 되어 오히려 역기능을 초래하게 될 것이다. 사실상 여론조사의 결과를 그 조사자가 의도한 방향으로 조작하려 든다면 설문을 일정한 응답을 유도하는 방향으로 조작하거나 표본을 편파적으로 추출함으로써 얼마든지 조작이 가능하고, 의도적으로 그렇게 하지 아니하더라도 조사기법의 숙련도 혹은 시간과 경비의 차이에서 비롯될 수 있는 조사기간, 조사대상의 범위, 표본추출방법, 자료수집방법, 질문의 방식 등에 따라 그 결과가 각기 달리 나타나거나 정확도에서 많은 차이가 날 수도 있는 것이다. 실제로 우리나라에서 최근에 선거와 관련하여 실시된 예상투표율 등에 대한 여론조사결과를 보더라도 여론조사기관들 사이에 상당한 차이를 나타내고 있을 뿐만 아니라, 실제결과와도 적지 않은 편차를 보이고 있음을 알 수 있다.

(3) 여론조사 및 그 공표에 있어서 객관성 및 정확성을 확보하는 문제는 여론조사의 가치를 가름하는 관건이 되는 중요한 문제라 할 것이다. 이를 해결하기 위해서는 여론조사를 담당할 우수인력 및 충분한 조사비용의 확보, 세련된 조사기법의 축적 등이 필요함은 물론이지만, 법령 등을 통하여 여론조사의 공정성과 정확성을 담보하기 위한 제도적 장치를 갖추어 필요성 또한 절실하다고 할 수 있다.

외국의 경우를 살펴보면, 여론조사에 관한 법률에 의하여 선거관리위원회나 특별히 설치된 여론조사위원회로 하여금 선거관련 여론조사의 공표 등에 관하여 심사 또는 감시를 하도록 하거나, 법적으로나 관행적으로 여론조사결과를 공표할 경우 표본추출의 대상이 된 모집단의 특성, 표본의 크기, 자료수집방법, 설문지 내용 등을 비롯한 여러 사항을 조사결과와 함께 반드시 명시하도록 함으로써 선거관련 여론조사의 객관성과 정확성을 보장하고, 조사결과에 접하는 유권자로 하여금 그 결과를 올바르게 평가할 수 있도록 하고 있는 예를 흔히 찾아 볼 수 있다.

그러나 우리나라에서는 선거관련 여론조사나 그 공표 등에 관하여 준수하여야 할 사항을 규정하거나, 이를 통제·감시하는 기관의 설치에 관하여 규정하는 법령은 존재하지 아니한다. 방송위원회나 시민단체에서 1992년의 대통령선거에 즈음하여 제정한 방송기준이나 보도기준에서 여론조사보도시의 원칙이나 기준을 제시한 일이 있기는 하지만, 이는 시험적으로 활용을 해 본

수준에 불과하고, 여론조사 및 그 공표에 관한 일반적이고 체계적인 기준은 확립되어 있지 못한 실정이다.”

위 헌법재판소의 결정이 있는 후 1997. 11. 14. 개정된 통합선거법은 누구든지 선거기간 개시일부터 선거일의 투표마감시각까지 선거에 관하여 정당에 대한 지지도나 당선인을 예상하게 하는 여론조사(모의투표나 인기투표에 의한 경우 포함)의 경위와 그 결과를 공표하거나 인용하여 보도할 수 없고, 선거일전 60일부터 선거일까지 선거에 관한 여론조사를 투표용지와 유사한 모형에 의한 방법을 사용하거나 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함) 또는 정당(창당준비위원회 포함)의 명의로 선거에 관한 여론조사를 할 수 없다고 규정하고 있다 (제108조, 여론조사의 결과공표금지 등).

그리고 동법은 위와 같은 제한에 해당하지 아니하는 여론조사를 실시하는 경우에도 그 조사방법에 관하여 여러 제한을 설정하고 있다. 즉, “누구든지 공표 또는 보도를 목적으로 선거에 관한 여론조사를 하는 경우에는 피조사자에게 여론조사기관·단체의 명칭, 주소 또는 전화번호와 조사자의 신분을 밝혀야 하고, 당해 조사대상의 전계층을 대표할 수 있도록 피조사자를 선정하여야 하며”, ① 특정 정당 또는 후보자에게 편향되도록 하는 어휘나 문장을 사용하여 질문하는 행위 ② 피조사자에게 응답을 강요하거나 조사자의 의도에 따라 응답을 유도하는 방법으로 질문하거나, 피조사자의 의사를 왜곡하는 행위 ③ 오락 기타 사행성을 조장할 수 있는 방법으로 조사하는 행위 ④ 피조사자의 성명이나 성명을 유추할 수 있는 내용을 공개하는 행위 등을 하여서는 아니된다 (동법 제108조, 여론조사의 결과공표금지 등 제3항).

또 금지기간 동안이 아닌 시기에 공표가 허용되는 경우에도 “선거에 관한 여론조사의 결과를 공표 또는 보도하는 때에는 조사의뢰자

와 조사기관·단체명, 피조사자의 선정방법, 표본의 크기, 조사지역·일시·방법, 표본오차율, 응답률, 질문내용 등을 함께 공표 또는 보도하여야 하며, 선거에 관한 여론조사를 실시한 기관·단체는 조사설계서·피조사자 선정·표본추출·질문지 작성·결과분석 등 조사의 신뢰성과 객관성의 입증에 필요한 자료와 수집된 설문지 및 결과분석자료 등 당해 여론조사와 관련있는 자료일체를 당해 선거의 선거일 후 6월까지 보관하여야 한다.”(제108조, 여론조사의 결과공표금지 등 제4항).

위 개정 통합선거법상의 규정에 대하여도 다시 헌법소원이 제기된 바 있었으나, 헌법재판소는 위 1995년 결정에서 실시한 취지와 같은 이유로 이를 기각하였다. 다만, 이 결정에는 여론조사 결과의 공표를 금지하는 것이 위헌이라고 하는 소수의견이 개진된 바 있다.

[사례] 여론조사 공표 금지사건(II) (1999)

헌법재판소 1999. 1. 28. 98헌바64 [헌공 제32호]

헌법재판소는 1995. 7. 21. 92헌마177등 결정[여론조사 공표금지 사건(I)]에서 대통령선거법 제65조에 관하여, 대통령선거의 중요성에 비추어 선거의 공정성을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간 동안 선거에 관한 여론조사결과의 공표를 금지하는 것 자체는 그 금지기간이 지나치게 길지 않는 한 위헌이라고 할 수 없는바, 우리나라에서의 여론조사에 관한 여건이나 기타의 상황 등을 고려하면 대통령선거의 공정성을 확보하기 위하여 선거일 공고일부터 선거일까지의 선거기간 중 선거에 관한 여론조사결과 등의 공표를 금지하는 것은 필요하고도 합리적인 범위 내에서의 제한이므로, 이 규정이 과잉금지의 원칙에 위배하여 언론·출판의 자유와 알권리 및 선거권을 침해하였다고 할 수 없다고 판시하였는데, 위 결정이유는 공직선거및선거부정방지법 제108조 제1항에도 그대로 타당하고 위 결정 이후 그 결론을 달리할 만한 사정변경이 있는 것도 아니므로 공직선거및선거부정방지법 제108조 제1항은 헌법에 위배되지 아니한다.

다만, 이 사건에서는 이영모 재판관이 다음과 같은 반대의견을 제시하였다.

“여론조사결과의 공표를 금지하는 공직선거및선거부정방지법 제108조는 국내의 신문·방송 등 언론매체만을 대상으로 규제할 뿐, 외국의 언론매체와 인터넷 등에는 대응하지 못하는 약점을 안고 있어서 실질적인 효력면에서 의문이 있고, 민주주의는 자유로운 의견교환을 필요·불가결한 조건으로 하고 있는 점, 선거는 대의민주제의 근간(根幹)이고 여론조사결과의 공표는 선거권자들의 의견을 알 수 있는 유일한 수단이라는 점 등을 고려하면, 여론조사 결과의 공표를 금지하는 것은 국민의 알권리·표현의 자유의 핵심부분을 제한하여 여론형성을 제대로 못하게 하는 결과가 된다. 따라서 여론조사결과의 공표금지라는 알권리·표현의 자유를 제한하는 법률조항은 그 입법목적의 정당성은 수궁이 된다고 할지라도 그 목적을 달성하기 위한 수단으로서의 적절성·합리성을 갖춘 것으로 보기 어렵다.”

## 5. 선거반론권

1997. 11. 14. 개정된 공직선거및선거부정방지법(법률 제5412호)은 방송 및 신문 등 미디어에 의해 공표된 인신공격, 정책의 왜곡선전 등에 대하여도 후보자의 반론권을 규정하고 있다 (동법 제8조의3, 방송의 선거보도에 대한 반론보도청구권 및 제8조의4, 정기간행물의 선거보도에 대한 반론보도청구권). 위 개정 선거법에 의한 반론권 제도는 인신공격, 흑색선전 등이 난무하는 혼탁한 선거전에서 올바른 여론형성을 도모하고 후보자의 인격을 보호하기 위하여 정간법상의 반론권제도를 본받아 그 보다 더 신속한 구체절차를 마련한 것이라고 할 수 있고, 그러한 필요성에 부응하는 제도라고 일단 평가할 수 있다.

공직선거및선거부정방지법 제8조의3 (방송의 선거보도에 대한 반론보도청구권)

① 선거일 전 90일부터 선거일까지 방송에 의하여 공표된 인신공격, 정책

의 왜곡선전 등으로 피해를 받은 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 그 방송이 있음을 안 때부터 48시간 이내에 방송사(제70조[방송광고] 제1항의 규정에 의한 방송시설을 말한다. 이하 이 조에서 같다)의 대표에게 서면으로 반론보도의 방송을 청구할 수 있다.

② 방송사의 대표는 제1항의 반론보도청구를 받은 때에는 지체없이 후보자나 그 대리인과 반론보도의 내용 등에 관하여 협의한 후 이를 요구받은 때부터 24시간 이내에 무료로 방송하여야 한다. 다만, 후보자가 반론보도청구권의 행사에 상당한 이익을 가지지 아니하는 경우나 청구된 반론보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우 또는 상업적인 광고만을 목적으로 하는 경우에는 이의 방송을 거부할 수 있다.

③ 제2항에 의한 협의가 이루어지지 아니한 때에는 방송사의 대표는 선거방송심의위원회에 지체없이 이를 회부하고, 선거방송심의위원회는 회부받은 때부터 48시간 이내에 이를 심의·결정하여야 한다.

④ 방송법 제41조(반론보도청구권) 제2항·제4항 내지 제7항의 규정은 제1항의 반론보도청구에 이를 준용한다. [본조신설 97·11·14]

공직선거및선거부정방지법 제8조의4 (정기간행물의 선거보도에 대한 반론보도청구권)

① 선거일 전 90일부터 선거일까지 정기간행물의등록등에관한법률 제2조(용어의 정의)의 규정에 의한 정기간행물에 공표된 인신공격, 정책의 왜곡선전 등으로 피해를 받은 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)는 그 보도가 있음을 안 때부터 48시간 이내에 정기간행물을 발행하는 자(이하 "언론사"라 한다)에게 서면으로 반론보도문의 게재를 청구할 수 있다.

② 언론사의 대표는 제1항의 반론보도청구를 받은 때에는 48시간 이내에 후보자나 그 대리인과 반론보도의 내용·크기 등에 관하여 협의한 후 편집이 완료되지 아니한 같은 정기간행물의 다음 발행호에 이를 무료로 게재하여야 하되, 다음 발행호가 선거기간 종료후에 발행되는 경우에는 당해 언론사의 부담으로 일간신문에 이를 게재하여야 한다. 다만, 후보자가 반론보도청구권의 행사에 상당한 이익을 가지지 아니하는 경우나 청구된 반론보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우 또는 상업적인 광고만을 목적으로 하는 경우에는 이의 보도를 거부할 수 있다.

③ 제2항의 협의가 이루어지지 아니한 때에는 언론사의 대표는 정기간행물의등록등에관한법률 제17조(언론중재위원회)의 규정에 의한 언론중재위원회에 지체없이 이를 회부하고, 언론중재위원회는 회부를 받은 때부터 48시간 이내에 이를 심의·결정하여야 한다.

④ 정기간행물의등록등에관한법률 제16조(반론보도청구권)제2항·제4항 내지 제6항의 규정은 제1항의 반론보도청구에 이를 준용한다.[본조신설 97·11·14]

그러나 새로운 선거반론권 제도에 관하여는 여러 가지 입법상의 오류가 지적되지 않을 수 없다.

첫째, 동법은 반론권의 대상이 되는 매체의 보도내용을 “인신공격, 정책의 왜곡선전 등”이라고 규정하여 그 대상을 명백히 하지 않고 있다는 점이다. 선거전의 폐단에 관한 중전의 경험에 비추어 선거반론권의 대상이 되는 대표적인 사유로서 인신공격이나 정책의 왜곡선전을 들고 있으나, 그것이 이른바 정책논쟁을 위한 의견반론권을 일반적으로 허용하는 것이라고는 볼 수 없다. 선거반론권을 행사하는 자가 반론보도로서 행할 수 있는 사항은 오로지 “사실적 진술과 이를 명백히 전달하는 데 필요한 설명”에만 국한되고 있기 때문이다 (정간물법 제16조 4항의 준용). 그렇다면 새로이 규정된 선거반론권은 사실주장과 그에 대한 반론만을 허용하는 정간법 및 방송법상의 일반적 반론권과 그 성질이 다를 바 없고, 선거반론권을 새로이 만든 입법의 취지에 비추면 그 타당성이 논란될 수 있다. 선진 제국에서 이루어지고 있는 바와 같이 선거에서 언론매체를 통한 정책적 대결을 활성화하려면 정면으로 의견반론권을 인정하는 것이 입법론적으로 고려될 수 있을 것이다. 다만, 의견반론권으로서의 선거반론권은 공적 성격이 강한 방송에서만 인정될 수 있고, 사기업인 활자매체에 있어서는 허용하지 않는 것이 옳을 것이다.

둘째, 행사절차에 있어서 피해 후보자가 언론사에 직접 반론을 청

구하고 협의가 이루어지지 않으면 언론사가 이를 관할 위원회(선거방송심의위원회 또는 언론중재위원회)에 회부하도록 규정하고 있으나, 언론사가 회부하는 조치를 취하지 않는 경우에 반론보도청구권자가 취할 수 있는 방도가 없다는 점이다. 이 때문에 선거반론권 행사의 상대방이 아무 협의도 조치도 취함이 없이 이를 방치하는 경우에는 선거반론권은 아무 실효를 얻을 수 없고, 동법 규정은 사문화될 우려가 있다.

셋째, 방송법에 의하면 방송보도에 대한 일반적인 반론권에 관한 분쟁을 담당하는 기관은 언론중재위원회로 규정되고 있음에도 공직선거및선거부정방지법은 동법에 의해 방송위원회의 산하 기구로 신설된 선거방송심의위원회가 방송에 있어서 선거반론권에 관한 분쟁을 관장하도록 규정하고 있다. 입법자는 선거방송의 공정성 여부에 관하여 심의를 행하는 선거방송심의위원회가 선거반론권에 관해서도 관장케 하는 것이 합리적인 것으로 본 듯하나, 한시적으로 설치되어 선거방송의 공정성 여부를 심사하는 선거방송심의위원회가 복잡한 권리관계의 다툼을 적법 절차에 따라 해결하는 데 적합하다고 볼 수 없다. 오히려 반론권에 관한 일반적 분쟁처리기관으로서 경험을 쌓아온 언론중재위원회의 관장사항으로 하는 것이 보다 바람직한 것이 아니었나 생각된다. 또 동법은 선거방송심의위원회에 대한 심의결정에 대하여 이의가 있는 당사자에 대한 불복의 절차에 관하여 하등 규정하는 바가 없다. 사법적 판단이 아닌 이러한 위원회의 결정에 대한 불복에 대하여 사법심사의 길이 배제된다면 재판청구권의 침해라는 점에서 위헌의 논란도 피할 수 없게 된다.

## 6. 선거와 방송

### 가. 정치방송 개관

현대 대중민주주의 국가에서 막강한 영향력을 갖는 여론형성 매체로서 방송에 의한 정치적 의견의 표현은 정치과정론이나 헌법상의 국가의 사 결정과정에 있어서 중대한 의미를 갖는다. 실로 정치방송(political broadcasting)의 공정성 및 중립성 문제는 자유민주체제를 표방하는 현대 제국의 방송정책에 있어서 가장 논란이 되는 문제를 제기하고 있으며, 그 성취도 여부는 바로 정치적 선진성 여부를 결정하는 중요한 지표가 되고있다.

사기업 조직으로서 발행인의 정치적 입장을 자유로이 주장 옹호할 수 있는 신문 등 인쇄매체와는 달리 국민 전체의 소유로 생각되는 전파의 과점적인 채널을 통하여 여론형성의 책임이 부과되는 방송매체의 경우에 정치방송의 공정성을 위하여 특별한 규제가 행해지는 것이 어느 나라에서나 공통된 현상이다. 특히, 영상에 의해 강력한 호소력을 갖는 방송매체의 영향력을 이용한다면 대규모의 조직적인 여론조작이 가능하고 과거의 경험으로 보아 방송에 의한 여론조작은 정치과정상 심각한 폐해를 보여왔다.

방송자체가 정부조직에 편입되어 국가의 선전기관으로 활동하게 되는 공산주의 및 권위주의 체제하의 국영방송체제는 논외로 한다고 할지라도 공영이나 민영방송을 표방하는 국가에 있어서도 방송의 허가, 재정운영 및 인사 등에 있어서 정부의 영향력 때문에 방송이 집권당 또는 정부의 일방적인 정책홍보기관으로 활동하는 예는 허다하다. 공영방송체를 취하는 서구 선진제국에 있어서도 방송이 정치적 영향력으로부터 벗어나려는 노력은 힘겨운 과정을 밟아왔고, 아직까지도 방



송의 정치적 중립성·공정성에 관한 시비는 그치지 않고 있다.

서구 공영방송체제를 취하는 나라에서 정치방송의 중립성은 집권한 정치세력으로부터 방송의 조직, 인사, 재정 등에 있어서 독립성을 제도적으로 보장하려는 노력으로 시도되었다. 그에 반하여 민영상업방송체제를 취하는 미국의 경우에는 방송운영자의 자의적 편파성(偏頗性)을 시정하는 방향으로 방송이 선택 공개한 정치적 의견에 반대 입장을 갖는 개인이나 단체에게 방송을 이용할 수 있는 ‘액세스권’을 부여하는 방법으로 정치방송의 공정성 내지 형평성을 유지하려는 방법을 취하고 있다.

넓게 보아 정치방송은 경제, 사회, 문화 기타 공공의 이해나 관심사를 다루는 모든 프로그램을 포함할 수 있고, 프로그램 유형에 있어서도 보도방송 뿐 아니라 교양프로나 드라마 등 오락프로나 광고방송을 불문하고 정치방송의 성격을 가질 수 있다. 그러나 여기서 정치방송이란 국가의 정책결정에 관한 사항을 직접적인 대상으로 하는 프로그램에 국한된다. 이러한 의미에서 정치방송은 국민의 정치적 의사형성, 즉 여론형성을 기본적 목적으로 한다는 점에서 보도방송의 범주에 속하는 것이며, 따라서 보도방송의 객관성 내지 공정성원칙이 정치방송의 기본원칙으로 적용됨은 물론이다.

보도방송에 있어서 ‘포괄적 보도’의 의무는 국민의 정치적 판단에 필요한 모든 사건과 정보를 빠짐없이 보도할 방송운영자의 의무를 의미한다.<sup>25)</sup> 정치방송도 보도방송의 중요한 부분으로서 이를 위하여 방송사는 다수 시청자가 쉽게 접촉할 수 있는 시간대에 다양한 포맷으로 충분한 방송시간을 배정하여야 함은 물론이다.

정치방송의 가장 중요한 테마는 대의제민주제 하에서 국민의 주권을 행사하는 가장 큰 계기로서 선거에 관한 방송이며, 선출할 대표자의 정견이나 정책이 국가의사 결정에 기본적인 조건이 된다는 점

---

25) 박용상, 방송법제론, 교보문고(1988) 339면

에서 선거방송이 정치방송의 중요한 부분을 이룸은 물론이다. 미국에서 정치방송은 곧 선거방송을 의미하는 것으로 다루어지고 있다. 그러나 방송은 선거기간 이외에도 정치적 토론의 장으로서 대의자와 피대의자, 즉 국가기관과 국민간의 항구적 대화를 가능하게 하는 여론형성매체로서의 역할을 소홀히 할 수 없는 것이다. 다만 방송이 정치방송을 행할 의무가 있다하더라도 그것이 구체적으로 어떠한 방법을 취할 것인가에 관하여는 나라마다 상이한 정치적 배경이라든가 방송제도 여하에 따라 여러가지 방안이 제시되고 있다.

현행 선거법은 선거에 관한 보도와 방송매체를 활용하는 선거운동에 관하여 규제를 가하고 있다. 후자에 관하여는 이미 설명하였으므로 이 항목에서는 선거에 관한 방송매체의 보도에 관하여 살펴보기로 한다. 이들 경우에 공통적으로 적용되는 것은 어느 경우이나 각각의 후보자에게 공평한 대우를 하여야 한다는 점이다.

방송의 선거보도로서 선거법이 정하는 것을 보면 후보자 연설방송(법 제72조) 및 언론기관 초청 대담·토론회(법 제82조) 등을 들 수 있다. 이것은 방송사 스스로의 판단에 따라 보도의 차원에서 행해지는 경우로서 이 경우 방송사가 스스로 경비를 부담함은 물론이다.

언론기관 초청 대담·토론회는 텔레비전 및 라디오방송국, 일반일간신문 등 언론기관이 선거기간 중 후보자 또는 대담·토론자에 대하여 후보자의 승낙을 받아 1인 또는 수인을 초청하여 개최하는 것이다. 대담·토론은 후보자간의 형평성문제와 토론에 익숙하지 않은 우리의 정치문화 때문에 이를 기피하여 역대 선거에서는 개최되지 못하였다. 제14대 대통령선거시에도 후보자측의 입장 차이로 방송시설을 이용한 후보자 간 대담·토론이 성사되지 못하였으나, 1997. 12. 18. 시행 제15대 대통령선거에서는 선거법의 개정으로 그 개최가 의무화되었다. 제15대 대통령선거에서 대담·토론회는 4개 언론사에 의하여 4회에 걸쳐 실시되었다.(제15대 대통령선거총람(1997. 12. 18.

시행), 중앙선거관리위원회, 72면)

## 나. 선거토론 방송

### (1) 취지 및 의의

통합선거법에 의하면 공영방송사의 의무로서 KBS와 MBC는 공동하여 대통령 후보자의 대담·토론회를 개최하고 이를 방송하여야 한다(법 제82조의 2). 이를 주관하기 위해 각 공영방송사는 공동하여 ‘대통령선거 방송토론위원회’를 설치한다. 토론위원회는 초청 후보자와 사회자·질문자의 선정, 대담·토론의 형식, 주제와 시간의 설정 기타 대담·토론회의 진행에 관하여 필요한 사항을 결정하여 이를 공표하여야 한다.

위 선거법 개정에 따라 1997년 시행된 제15대 대통령선거에서 ‘후보 초청 대토론회’와 3차례(12월 1일, 7일, 14일) ‘후보합동토론회’ 등이 개최·방송되었다. 방송협회는 대선후보 토론회를 보다 체계적이고 공정하게 실시하기 위해 각 정당 및 단체가 추천한 11명의 토론위원을 선정하였다. 이러한 방송의 현장중계를 통해 제15대 대통령선거에서는 후보들이 함께 나와 자기의 주장을 알리고 후보자 상호간의 토론을 보여줌으로써 유권자들에게 선택의 기회 폭을 넓혀주었고, 유권자들은 비교적 공정하게 후보들의 정책 및 개인적 사항들을 알 수 있게 되었으며, 과거 선거에서 문제점으로 지적된 고비용·저효율의 대규모 군중집회 등 선거유세의 폐단이 사라졌다고 할 수 있었다. 다만, 제15대 대선후보 토론회 및 선거방송은 후보의 이미지 조작, 정치인의 텔런트화, 매달 방송된 토론회로 인한 진파낭비 등 개선해야 할 문제점들을 남겨 놓았다. 그러나 과거의 길거리 정치로 인한 폐단을 고려할 때 여러 가지 긍정적인 면과 무한한 가능성을 보여주었다는 점에서, 그리고 새로운 선거문화의 장을 열었다는 면에서 긍정적으로 생각되었다.

텔레비전을 통한 선거운동은 유세장에 유권자를 동원하는 등의 고

비용 타락선거를 막고 후보자의 품격과 자질을 제대로 평가할 수 있다는 측면에서 정당성을 얻고 있다. 헌법재판소는 방송토론회의 의의에 관하여 다음과 같이 설시한다.

“공직선거법이 공영방송사로 하여금 방송토론회를 3회 이상 개최·보도하도록 하고 있는 취지는, 과거 대통령선거에서 볼 수 있었던 대규모 옥외 연설회와 같이 비용이 많이 들고 비능률적인 이른바 ‘거리의 선거’에 비하여 텔레비전 등 방송매체를 이용한 선거운동은 후보자로 하여금 효율적이며 광범위하게 유권자들에게 접근할 수 있도록 함과 동시에 유권자 입장에서 각 후보자를 비교 선택할 적절한 기회를 가질 수 있게 하는 등 선진적이며 현대적인 선거운동이기 때문에 방송매체를 이용한 선거운동을 활성화함으로써 구시대적이며 낭비적인 선거를 지양하고 고비용의 정치구조를 개혁하고자 함에 있다고 할 것이다.

따라서, 이러한 방송토론회는 국민 일반에 대하여 매우 강력한 영향력을 행사하는 텔레비전방송을 통하여 이루어진다는 점에서 후보자의 입장에서는 별다른 비용 없이 가장 효율적으로 유권자에게 다가설 수 있는 선거운동방법이며, 후보자는 텔레비전방송을 통하여 유권자에게 직접 자신의 정견, 정책, 정치적 신념, 도덕성 등을 널리 홍보하거나 제시함으로써 자기의 자질과 정치적 능력을 드러내어 다른 후보자와의 차별화를 도모할 수 있고, 보도방송 등에서 있을 수 있는 오보 혹은 왜곡의 가능성도 줄일 수 있는 등 어떠한 선거운동방법과도 비교할 수 없는 중요한 선거운동이라 할 것이다.

한편 방송토론회가 갖는 효용은 유권자의 입장에서 볼 때에도 매우 크다. 방송토론회는 유권자들로 하여금 안방에서 편안하게 각 후보자를 비교하여 선택할 수 있는 기회를 갖게 하고, 토론과정을 통하여 후보자의 정책, 정치이념, 통치철학, 중요한 선거쟁점 등을 파악하게 하는 등 유권자들로 하여금 각 후보자들을 비교하여 올바른 선택을 하도록 도와주는 중요한 기능을 하고 있다 할 것이다.

이렇듯 방송토론회는 균중동원으로 대표되는 거리의 선거로부터 조용하고 차분하게 진행될 수 있는 안방선거로의 방향전환을 가능하게 한다는 점에서 매우 선진적인 선거운동이라고 할 수 있다.”(헌법재판소 1998. 8. 27. 97헌마372, 398, 417(병합) 방송토론회진행사항결정행위등취소).

## (2) 참가자의 제한

방송토론회를 개최함에 있어서 논란된 것은 그 토론회에 참석할 수 있는 후보의 범위를 어떻게 정할 수 있는가 하는 문제였다. 이 문제는 종종 토론회의 참여가 거부된 군소 후보의 제소에 의해 법적 분쟁이 야기되었는데, 이에 관하여는 미국과 우리나라에서 판례가 있다. 지난 1996년 미국 대통령선거에서 제3당 후보로 출마한 로스 페로는 미연방선거위원회(FEC)를 상대로 민주, 공화 양당 후보 외에 자신도 대통령후보자 토론회(Great Debate)에 참여할 수 있도록 해달라는 소송을 제기했으나 패소한 바 있었다. 이에 관하여 본격적인 법리적 논쟁이 다루어진 것은 1998. 5. 18. 미국 연방대법원이 선고한 다음 사건이었다.

### [사례] 방송토론회 배제 사건 (1998)

미국 연방대법원 1998. 5. 18. 선고 Arkansas Educational Television Commission v. Forbes, 26 Med. L. Rptr. 1673, 언론중재 1998. 가을, 144면 참조

이 사건에서는 주(州)가 소유·운영하는 공영 TV 방송국이 텔레비전 선거후보자 토론회에서 참석이 거부된 후보자가 수정헌법 제1조의 권리를 침해당하였다고 주장하였는데, 미국 연방대법원은 종전의 ‘공적 포럼’의 법리에 터잡아 텔레비전 선거후보자 토론회는 ‘비공적 포럼’(nonpublic forum)에 해당되므로, 공영방송국이 언론기관으로서 향유하는 편집적 재량권을 합리적이고 견해 중립적으로 행사하여 일부 출마자의 참석을 배제한 조치는 합헌이라고 판시하였다.

1992년 실시된 미연방하원의원 선거에서 아칸소주 선거구에 무소속으로 출마한 이 사건 원고 Forbes는 이 사건 피고인 아칸소주가 설립, 운영하는 공영텔레비전 방송기관(Arkansas Educational Television Commission, AETC)이 주최한 텔레비전 선거토론회에 참가신청하였으나, 방송사는 공화, 민주당

등 중요정당의 후보자들만을 참석시켰을 뿐, Forbes의 참석을 배제하는 결정을 내렸다. AETC에 의하면 그 배제결정의 이유는 (i) Arkansas의 유권자들은 Forbes를 중요한 출마자로 간주하지 않았다는 점, (ii) 다른 언론기관들도 그를 중요한 출마자로 간주하지 아니하였다는 점, (iii) AP 통신이나 전국적 선거결과 보도업체들도 선거 당일 밤의 선거결과 보도에서 Forbes를 언급할 계획을 세우지 않고 있었다는 점, (iv) Forbes는 선거 비용 지출 등 회계보고를 관계기관에 해야 할 만큼의 재정적 지원을 받지 못하고 있었다는 점, (v) Forbes는 자기 집 말고는 선거 운동본부나 사무실도 없었다는 점이었다.

위 배제결정에 대하여 Forbes는 이 사건 배제결정이 연방 수정헌법 제1조에 의하여 보장되는 권리를 침해하였다고 주장하면서 이 사건 소송을 제기하였다.

제1심 법원은 원고의 청구를 기각하였으나, 미연방 제8순회 항소법원은 이 사건 토론회가 모든 자격 있는 선거입후보자들이 참가할 수 있는 권리를 갖는 것으로 추정되는 ‘공적 포럼’(public forum)에 해당되므로 합리적인 이유 없이 Forbes의 참석을 배제한 조치는 수정헌법 제1조가 보장하는 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이라고 하여 위 제1심 판결을 파기하였다. 즉, 항소심 법원은 AETC가 Forbes의 정치적 활동에 대한 평가를 근거로 그를 토론회에서 배제한 조치는 그를 위한 필수적(compelling) 이익도 없고 ‘좁게 재단된’(narrowly tailored) 수단도 아니라고 보아, 이른바 ‘엄격심사’(strict scrutiny)의 기준에 따라 위 헌법 규정에 어긋나는 주의 공권력 행사에 해당된다고 보았다.

AETC는 위 항소심 판결에 불복하여 미연방대법원에 상고허가 신청을 하였고, 미연방대법원은 6:3의 합의로 이 사건 배제 결정은 연방 수정헌법 제1조의 침해가 아니라고 하면서 위 항소심 판결을 다시 파기하였다.

연방대법원의 다수의견에 의하면 공영 텔레비전 방송국에 의한 공적 선거 후보자의 토론방송에 관한 분쟁은 다른 대부분의 프로그램과는 달리 ‘공적 포럼의 법리’(public forum doctrine)에 따라 심사되어야 하는데, 연방대법원의 선례에 의하면 이 사건 토론회는 국민 각자가 수정헌법 제1조의 권리를 향유하는 공적 포럼(public forum)이 아니라, ‘비공적 포럼’(nonpublic forum)에 해당되고, 따라서 AETC는 언론기관으로서 합리적이고 견해중립적인 편

집재량권을 행사하여 특정 후보자를 그 토론회에서 배제하는 결정을 할 수 있다는 입장이었다. 즉, 이 사건에서 정부기관의 성격을 갖는 AETC가 이전에 출마한 모든 후보자들을 이 사건 토론회에 참석할 수 있도록 한 바 없었을 뿐 아니라 그 토론회를 공적 포럼으로 전환하려고 하였다든 적극적인 의도를 발견할 수 없었고, 그 대신에 AETC는 그 토론회에 참석하여 토론할 수 있는 후보자들의 자격을 개별적으로 (candidate-by-candidate) 결정하는 방식을 채택하였으므로 이러한 선별적인 참석의 허용이라고 하는 징표는 그 토론회가 지정된 공적 포럼이라기 보다는 비 공적 포럼에 해당된다고 할 수 있을 뿐이라는 것이었다.

미국 연방대법원은 이 사건 항소심 판결이 위와 같은 공적 포럼의 법리에 관한 연방대법원의 선례들을 잘못 적용하였을 뿐만 아니라, 그 판결의 결론은 토론의 자유를 위축시키게 된다는 점을 지적하였다. 즉, 군소 후보자들이 난립하는 과거 연방 선거에서의 현상에 비추어 공직선거 후보자들을 모두 텔레비전 토론회에 참석토록 하여야 한다면 그 토론회의 교육적 가치나 그 토론회의 질은 심각히 훼손될 우려가 있어 실용성의 관점에서 바람직하지 아닐 뿐 아니라, 공영 텔레비전 방송국으로서 연방 수정헌법 제1조의 책임을 이행치 않았다는 점에 대한 부담을 회피하기 위해 또는 어떤 경우 시비거리를 회피하는 것이 안전책이라 생각하여 공직선거 후보자들의 견해를 아예 방송하지 않는 결정을 할지 모르고, 그러할 경우 정보와 사상의 자유로운 유통이라고 하는 이상은 훼손되는 것이다.

이러한 점에서 공영방송국은 비공적 포럼으로 간주되는 토론회에서 언론으로서의 재량권을 가지고 일부 후보자를 배제할 수 있으나, 그렇다고 하여 AETC가 그 의도하는 바에 따라 마음대로 공직선거 후보자들을 그 토론회에서 무한정 배제할 수 있는 것은 아니다. 비 공적 포럼에서의 배제 결정이 연방 수정헌법 제1조의 법리와 조화를 이루기 위하여는 그 결정 과정에서 표현행위자의 견해 여하에 따라 차별하는 것이어서는 아니되고, 그 비공적 포럼으로서의 목적에 비추어 합리적으로 이루어져야 한다.

다수의견에 의하면 이 사건 배제 결정이 Forbes의 개인적 견해에 대한 반대에서 이루어진 것이 아니라고 판단한 배심원단의 사실인정은 옳고, 그렇다면 이 사건에서 AETC는 정치과정을 의도적으로 조작하기 위한 시도로써 이 사건 배제결정을 한 것이 아니고, 또 이 사건 배제 결정이 AETC의 내부나

외부의 정치적 압력에 의하여 영향을 받았다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 AETC의 배제 결정은 수정헌법 제1조의 법리와 조화를 이루는 합리적이고 견해중립적인 언론재량의 행사이므로 정당하고, 이와 견해를 달리하는 항소심의 결론은 잘못된 것이다.

위 다수의견에 대하여는 3인의 대법관(Stevens, Souter, Ginsberg)이 반대의견을 제시하였다.

그 소수의견의 요지는 이 사건에서 공영방송사의 토론회에 참석을 허용하는가의 여부는 공적 포럼의 법리에 의해 결정될 문제가 아니라, 표현의 자유의 중요한 핵심이라고 생각되는 선거에 관한 논의에서 개인의 표현행위에 관하여 사전허가의 방식에 의해 그 자유를 제한하는 것이기 때문에 ‘엄격하고, 객관적이며 정밀한 기준’에 의해 그 합헌성 여부를 결정해야 하고(Shuttlesworth v. Birmingham, 394 U.S. 147 (1969) 참조), 특히 공영 방송국의 텔레비전 토론 방송의 기획·관리는 민간 상업방송의 경우와는 달리 특별히 심각한 헌법적 고려를 불러일으킨다 할 것이므로 공영 텔레비전 방송국은 사전에 확립된 객관적 기준에 의해 토론회에서의 자의적이고 견해 편향적인 배제 결정을 회피하여야 하며, 만일 후보자가 난립하여 그 모두를 토론회에 참석시키지 못하는 경우에는 이미 Rosenberger 사건에서 선례로 제시된 바와 같이 “수궁할 수 있는 중립적인 원칙에 근거하여 한정된 자원을 할당하거나 분배하는 방식”에 의해야 할 것이라고 주장하였다. 이러한 입장에서 반대의견에 의하면 이 사건에서 공영 텔레비전 방송국인 AETC는 이 사건 배제결정을 함에 있어서 사전에 객관적 기준을 설정하고 이를 준수한 것이 아니므로 위 배제결정은 공직선거 입후보자인 Forbes의 연방 수정헌법 제1조에 의하여 보장되는 권리를 침해하였다는 것이다.

[사례] 제15대 대통령선거 방송토론회 배제 사건 (1998)  
헌법재판소 1998. 8. 27. 97헌마372 등(병합) [헌공 제29호]

공직선거및선거부정방지법(1997. 11. 14. 법률 제5412호 개정) 제82조의 2는 공영방송사가 대통령선거의 선거운동기간 중 3회 이상 대담·토론회를 개최하여 보도하도록 규정하고 있었다. 1997. 12. 18. 실시될 제15대 대통령선거에 즈음하여 대통령선거방송토론회위원회는 1997. 11. 24. ‘대통령후보자 초청 공영



방송 텔레비전 대담·토론회’를 기획 실시함에 있어서 3회에 걸쳐 다자간 합동방송토론회를 개최하되, 초청대상 후보자는 원내교섭단체 보유 정당의 대통령후보자와 5개 이상의 중앙종합일간지와 3개 텔레비전 방송사가 조사한 후보등록 이전 10일간의 여론조사결과 평균지지율 10% 이상인 후보자로 하며, 다만 위 기준에 해당하지 않는 후보자에 대해서도 대담·토론회의 기회를 줄 수 있다고 결정하여 공표하였다.

위 선거에서 입후보하였다가 낙선한 청구인 권영길(‘건설국민승리 21’의 공천), 청구인 신정일(‘통일한국당’ 공천), 청구인 허경영(‘공화당’ 공천)은 위 기준에 해당하지 않아 위 토론회에 참석이 거부되자 위 토론위원회의 결정 및 공표행위에 의하여 자신들의 공무담임권과 평등권 등이 침해되었다고 주장하면서 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

헌법재판소는 청구인들의 심판청구를 기각하면서 다음과 같이 판시하였다.

“방송토론회의 장점을 극대화하기 위하여서는, 대통령선거에 입후보한 모든 후보자를 참가하게 함으로써 토론이 본연의 기능을 상실하여 각 후보자의 정견발표회 수준으로 전락하게 하고, 대담·토론회의 본래 취지를 바래게 하는 것보다는, 적당한 수의 주요 후보자만을 참가하게 함으로써 대담·토론회의 기능을 충분히 발휘하게 하여야 할 것이”라고 하는 입장에서 “방송토론회에 참가할 후보자를 제한하는 것은 필연적이나, … 초청 후보자 선정기준을 정함에 있어 가장 먼저 고려하여야 할 것은 평등의 원칙이고, 각종 공식선거에 있어서 후보자들 간에는 선거운동의 기회가 균등히 보장되어야 하고 특정 후보자에게 다른 후보자에 비하여 불합리한 차별을 가하여서는 아니된다”고 전제하고, “합리적인 차별의 기준으로서 방송토론회를 실시함에 있어 일반적으로 생각할 수 있는 것이 후보자의 당선가능성, 유력한 주요 정당의 추천을 받았는지 여부 및 후보자가 전국적으로 국민의 관심의 대상인지 여부 등이”고, “그 중 당선가능성과 국민적 관심도는 공신력 있는 기관에 의하여 실시된 선거전 일정 기간의 여론조사 결과에 나타난 후보자의 지지율에 의하여 파악할 수 있으며, 주요 정당인지 여부는 당해 정당의 소속 국회의원의 수로 쉽게 가늠할 수 있다.”고 하여 피청구인인 토론위원회가 “제15대 대통령선거의 방송토론회의 진행과 관련하여, 3회에 걸쳐 다자간 합동방송토론회를 개최하되, 초청대상 후보자는 원내교섭단체 보유 정당의 대통령후보자와 5개 이상의 중앙종합일간지와 3개 텔레비전 방송사(공직선거법에 의한 공영방송

사와 같다)가 조사한 후보등록 이전 10일간의 여론조사결과 평균지지를 10% 이상인 후보자로 하며, 다만 위 기준에 해당하지 않는 후보자에 대해서도 대담토론의 기회를 줄 수 있다고 결정”한 조치는 정당하고, “그로 인하여 청구인들의 공무담임권이나 평등권이 침해되었다 할 수 없다”고 판시하였다.

헌법재판소는 이에 덧붙여 “더욱이 피청구인은 소수자 보호의 차원에서 위 기준에 못 미치는 위 4인의 후보자들만을 별도로 초청하여 방송토론회를 개최하기로 하였으므로 위 4인의 후보자들이 방송토론회를 통하여 선거운동을 할 기회가 전적으로 배제된 것은 아니다”라고 지적하였다.

나아가 헌법재판소는 “방송토론회에 참석할 후보자를 당선가능성이 있는 적당한 범위 내의 후보자로 제한하여 토론의 기능을 활성화시키는 것이 모든 후보자들을 참석케 하는 것보다 오히려 유권자들로 하여금 유력한 후보자들을 적절히 비교하여 선택하게 할 수 있는 실질적이면서도 유용한 정보를 제공하는 길이 되므로 국민의 알 권리와 후보자 선택의 자유를 침해하였다는 청구인들의 주장 역시 이유 없다”고 판시하였다.

## IV. 선거와 일반 시민의 알 권리 및 표현의 자유

### 1. 현행법상 규제체계의 문제점

현행 공직선거및선거부정방지법 제58조 제2항은 “누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다. 그러나 이 법 또는 다른 법률의 규정에 의하여 금지 또는 제한되는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하여 ‘선거운동 자유의 원칙’을 선언하고 있다. 규정형식상으로는 보면 선거운동의 자유가 원칙이고 그 제한은 법정된 경우에 한정하는 것으로 되어 있으나, 동법이 선거운동에 관하여 규정한 것을 보면 선거운동의 주체에 관하여 동법이 정하는 일정한 자 이외에는 선거운동이 금지되는 것으로 규정하고 있으며, 선거운동의 시기, 방법 등에 관하여도 법정한 방법 이외의 선거운동은 일반적·포괄적으로 금지

되고 있다.

그 한에서 일반 국민의 선거운동은 포괄적으로 금지되고, 국민의 정치적 표현의 자유는 제한되는 것이지만, 과거 우리의 현실에서 선거의 부정을 방지하기 위해 불가피한 측면이 있었다.

[사례] 선거인쇄물 금지사건 (1995)

헌법재판소 1995. 4. 20. 92헌바29 [헌공 제10호]

한국산업리스(주) 차장으로서 제2금융권의 단위노동조합 121개, 총 조합원 4만여 명으로 구성된 전국사무금융노동조합연맹의 위원장이었던 청구인은 1991. 6. 실시되었던 광역 지방자치단체의 의회의원 선거와 관련하여 위 연맹이 1991. 6. 3. 개최된 연맹중앙위원회에서 “선거에 100% 참가합시다. 민자당 후보는 찍지 맙시다. 단일화된 야권후보를 찍읍시다. 단일화가 안된 야권후보에 대해서는 반독재투쟁의 경력이 있고 민주주의에 대한 변치 않을 신념이 있는 사람을 찍읍시다. 반상회에 참여하여 민자당의 부정부패와 무능비리를 폭로하고 부정선거를 감시합시다. 주위의 동료, 가족, 친지 등과 함께 이번 선거에 관한 연맹의 입장을 토대로 분임토의 등 토론을 활발히 전개합시다.”라는 내용의 ‘광역의회선거에 임하는 조합원 활동지침’을 결의하자, 6월 4. 서울 경희대학교에서 개최된 전국업종노동조합 전국비상대회에서 위 활동지침이 기재된 ‘광역의회선거와 임금인상투쟁을 맞는 우리들의 입장’이라는 인쇄물 250여 매를 참석자들에게 나누어 주고, 같은 달 7. 위 연맹 사무실에서 위 연맹신문인 ‘사무금융노련신문’ 제25호에 위와 같은 내용의 활동지침을 광고형식으로 게재하여 전국 조합원 4만여명에게 발송하였다.

청구인은 위 사실로 인하여 제1심에서 구 지방의회의원선거법 위반죄로 징역 1년 집행유예 2년의 판결을 선고받고 항소하였으나, 서울고등법원에서 벌금 2,000,000원의 형을 선고받았다. 청구인은 대법원에 상고를 하면서 행한 위헌심판제청신청이 기각되자 헌법재판소에 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

이 사건 헌법소원심판의 대상인 구 지방의회의원선거법(제정 1990. 12.31. 법률 제4311호, 개정 1991.5.23. 법률 제4358호, 폐지 1994.3.16. 법률 제4739호) 제57조(시설물설치 등의 금지)는 “누구든지 선거운동기간 중 선거에 영향을 미치게 하기

위하여 이 법의 규정에 의한 경우를 제외하고는 어떠한 방법으로도 현수막, 입간판, 광고탑, 광고판 기타의 시설을 설치, 게시하거나 표찰 등 착용물을 착용 또는 인쇄물을 제작, 배포할 수 없다.” 동 제67조 제1항(탈법방법에 의한 저술 등의 금지)은 “누구든지 선거운동기간 중 정당 기타의 정치단체 또는 후보자를 지지, 추천하거나 반대하는 내용을 표시한 저술, 연예, 영화, 광고, 사진 기타 이와 유사한 것들이 법에 규정된 방법 이외의 방법으로 배부, 상연 또는 게시할 수 없다.”고 규정하고 있었고, 동법 제181조 제2호(각종 제한규정 위반죄)는 위 조항에 위반한 경우의 벌칙을 규정하고 있었다.

헌법재판소는 위 규정 등이 헌법에 위반되지 아니한다고 하면서 다음과 같이 판시하였다.

위 규정들은 법정의 방법 이외의 방법으로 인쇄물, 광고 등을 제작, 배부하는 방식의 선거운동을 금지함으로써 헌법상 청구인들을 포함한 국민들에게 보장된 기본권인 선거운동의 자유 내지는 의사표현의 자유와 참정권(혹은 그 내용으로서의 선거권)을 제한하는 규정이나, 이는 선거에서 부당한 과열경쟁으로 인한 사회경제적 손실을 막고 후보자 사이의 실질적인 기회균등을 보장함과 동시에 탈법적인 선거운동으로 인하여 선거의 공정과 평온이 침해되는 것을 방지하고자 하는 목적에서 특히 중대한 피해를 초래할 우려가 크다고 인정되는 특징의 선거운동방법과 내용만을 제한하는 것이므로 그 목적의 정당성과 수단의 상당성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추어 과잉금지의 원칙에 반하지 아니한다. 그리고 위 규정들에 의하여 제한되는 것은 의사표현의 자유, 그 자체가 아니라 표현의 특정한 수단·방법에 불과하고 그와 같은 방법 이외의 방법은 자유롭게 선택될 수 있는 여지를 남겨두고 있으므로, 이로써 선거운동의 자유가 전혀 무의미해지거나 형해화(刑骸化)된다고 단정할 수 없어 위 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이라 할 수 없다.

그러나 이렇게 일반시민의 선거운동을 전반적·포괄적으로 금지하는 것이 과잉금지의 원칙에 위배되지 않는가 하는 점에 대하여는 강력한 의문이 제기되었고, 이러한 논란은 위에서 본 바와 같이 단체의 선거운동을 전반적으로 금지하는 규제가 위헌의 가능성이 크다는 앞서의 논의에서 다루어진 바 있다.

어쨌든 이렇게 국민의 선거운동이 일반적으로 금지된다고 하여 선거나 후보자에 관한 자유로운 표현이나 비판이 제한되는 것으로 해석되어서는 안된다. 위에서 본 바와 같이 선거운동이란 당선 또는 낙선을 목적으로 하는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적 행위를 말하는 것이고, 선거에 관한 단순한 의견의 개진, 의사의 표시 등은 선거운동으로 보지 아니한다고 규정되고 있으나(법 제58조), 문제는 선거운동으로서 금지되는 행위와 정치적 표현행위로서 정당이나 후보자에 대한 지지 또는 반대 등 토론이나 비판행위 간의 한계가 모호하다는 데 있다. 개개의 표현행위가 불법선거운동으로서 제재되어야 할 것인가의 여부를 판단함에 있어서는 민주주의 제도에서 선거가 갖는 의미라든가, 선거 등 정치문제에 관한 표현이 표현의 자유의 핵심을 이루는 것이라는 점에 유의하여 신중하게 결정하여야 할 것이다. 특히, 당락을 목적으로 한 표현이라 하더라도 특정 후보자와 실질적인 연계 없이 독자적으로 행해지는 표현행위는 허용되는 것으로 처리되어야 할 것이다.

## 2. 선거와 시민의 알 권리

2000. 2. 16. 개정 공직선거및선거부정방지법은 유권자의 알 권리를 확대하기 위하여 후보자정보공개대상에 현행 재산사항 외에도 병역사항과 최근 3년간 납세실적을 추가하고, 선거관리위원회는 후보자의 전과 기록을 조회·비치하여 누구든지 열람할 수 있도록 하였다 (법 제49조 제4항·제10항 및 제11항).

그에 따라 2000. 4. 13. 시행 제16대 국회의원선거에서는 입후보등록 마감과 동시에 세금납부실적, 병역사항 등이 인터넷을 통하여 공개되었고, 선거중반에 후보자의 전과기록까지 인터넷 홈페이지에서 열람할 수 있게 되었으며, 시민운동단체의 활동으로 선거구별로 후

보자 자질과 관련된 자료나, 시민운동단체의 낙천·낙선대상자 관련 사항들이 전 선거기간에 걸쳐 공개되기도 하였다.

공명선거를 추진할 수 있는 단체 등과 언론기관은 후보자를 초청하여 대담·토론회를 개최할 수 있었다. 후보자 초청 대담·토론회는 1997년 실시된 제15대 대통령선거에서 활성화되었다. 16대 총선에서는 지역 언론기관과 시민·사회단체 등은 후보자간 비교 평가를 위하여 후보자 초청 대담·토론회를 집중 개최하였고, 수도권을 제외한 지방TV방송사와 종합유선방송 등에서 대담·토론회 내용 등을 방영함으로써 유권자들이 후보자를 선택하는 데 중요한 기회가 되도록 하였다.

법에서 제한하지 아니하는 단체 등은 후보자와 대담자 또는 토론자 1인이나 수인을 초청하여 소속 정당의 정강·정책이나 후보자의 정견 기타 사항을 알아보기 위하여 대담·토론회를 개최할 수 있었으나 1997. 12. 18. 시행 대통령선거에서는 개최실적이 없었다.

그밖에 제16대 국회의원 선거에서 특기할 점은 정당이 공천자를 발표 하면서부터 일부 시민·사회단체의 낙천·낙선운동이 전개되었으며, 그 위법성이 논란이 되는 가운데 그 활동은 유권자들로부터 많은 호응을 받았으며 선거에 크게 영향을 미쳤다는 것이다. 이런 영향으로 시민·사회단체의 선거운동 허용에 대한 논란이 제기되었고 결국 개정된 공선법은 후보자를 초청하여 대담·토론회를 개최할 수 있는 단체는 선거기간중에 선거운동을 할 수 있도록 하고 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시는 선거운동으로 보지 아니하도록 하는 규정을 포함하게 되었다.

### 3. 집회 및 결사의 자유

선거에 즈음하여서는 국민의 집회 및 결사의 자유도 제한된다. 누

구든지 선거기간 중 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 단합대회·향민회·야유회·종친회 또는 동창회 기타의 집회를 개최할 수 없고(제103조, 각종집회 등의 제한), 누구든지 선거에 있어서 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)를 위하여 연구소·동우회·향우회·산악회·조기축구회, 정당의 외곽단체 등 그 명칭이나 표방하는 목적 여부를 불문하고 사조직 기타 단체를 설립하거나 설치할 수 없고, 선거운동 이외의 목적으로 설립되거나 설치된 단체 기타의 조직 또는 그 대표의 명의로 선거운동을 하거나 하게 할 수 없다 (제89조의2, 사조직 등을 이용한 선거운동의 금지).

## V. 선거에 관한 표현내용 규제

### 1. 선거와 표현행위에 관한 일반법리

이상에서 본 선거에 관한 표현행위의 규제는 선거운동을 할 수 있는 주체나, 선거운동으로서 허용되는 시간, 장소 또는 방법에 관한 규제가 주된 것이었다. 이 항에서 특히 표현내용의 규제로서 논의하고자 하는 것은 선거운동이 허용된 자의 선거운동으로서의 표현행위 뿐 아니라 선거운동으로서가 아니라 일반적 시민의 입장에서 선거에 관한 표현이 그 내용에 의해 규제되는 측면을 포함한다.

선거는 헌법상의 국민주권에 입각한 대의제 민주주의의 실현과 통치권의 민주적 정당성의 확보를 위하여 불가결한 제도이며, 선거의 공정과 선거의 자유를 확보하는 것이야말로 이러한 선거제도의 성공적 실현을 위한 대원칙이다. 선거운동은 이러한 선거의 시행에 있어서 주권자인 국민에게 정당의 정책이나 후보자 선택에 필요한 정보를 제공하게 된다는 측면 이외에도 후보자의 입장에서 보면 참정권

의 행사로서 또는 정치적 의견표현의 기본권행사로써 국가의 정책에 관한 논쟁을 통하여 국민의 지지를 획득한다는 의미를 갖게된다. 이 과정에서 선거운동에 의해 정기적으로 정권쟁취를 위한 정당간의 공개적이고 자유로운 경쟁이 행해지고 그러한 정치적 토론의 계기는 헌법상 표현의 자유와 긴밀한 연관을 갖게 된다. 이와 같은 선거운동이 비용의 절감 또는 선거공영제의 원리에 따라 제한받게 됨이 당연한 것으로 인식될 수 있을지라도 그것은 어디까지나 선거운동의 방법이나 시간 등 외적인 형식적인 측면의 제한이며, 선거운동으로서 행해지는 표현의 실질내용에 관하여는 보다 강한 정도의 자유가 추정되어야 한다고 할 것이다. 이러한 테두리 안에서 선거운동을 제한하는 법률상의 제한은 그 한계를 갖게 된다.<sup>26)</sup>

정치적 영역에서의 표현행위는 보통 의견의 성격을 갖게되며, 특히 선거운동에 있어서의 표현행위는 정치적인 의견의 투쟁이 최고도로 강화되는 상황 속에서 행해지는 것이므로 보다 더 강한 자유의 원칙이 적용된다고 할 수 있으며, 후보자 상호간에는 정책논쟁과 상호비판에 의해 상대 후보자의 정견이나 과거행적의 오류와 약점을 폭로하고 상대방을 비판, 비난하는 과정에서 과장, 단순화, 비유 등 여러 가지 표현기법을 구사하여 상대방을 신랄하고 통렬하게 공격하는 것이 예사일 뿐 아니라 후보자들의 발언을 대하는 선거인 역시 그러한 사정을 이해하는 것이므로 선거운동을 즈음한 표현행위의 허부를 논함에 있어서는 그러한 현상과 관행이 충분히 고려되어야 한다.

대의제민주주의에서 선거는 국민의 대표로서 엘리트를 선출하여 국정의 집행을 위임한다는 의미가 있으므로 유권자인 국민은 선거에 있어서 후보자 개개인의 능력과 자질 및 전력 등 공직을 수행함에 필요하고 충분한 제반조건에 관하여 충분한 정보를 얻을 수 있어야

26) 공사부정의혹표시 선거인쇄물사건, 서울고등법원 1993. 10. 7. 선고 93노1519 국회의원 선거법위반 등



하고, 그에 상응하여 정치인이나 공직 후보자에 대한 비판이나 공개 등 의견표현의 범위도 특히 넓게 인정되어야 하며, 정치가나 공직후보자는 타인의 신랄한 공격에 대해서도 자신을 세워야 하는 지위에 있게 되고, 자기 인격의 부정적 측면에 관한 노출도 감수하지 않으면 안된다. 그러나 국민의 정보욕구 또는 알 권리를 충족시키기 위하여 정치인 등에 관한 정보가 폭넓게 공개되어야 한다 할지라도, 공적인 인사에게도 포기할 수 없는 사생활영역과 인격의 내밀한 국면이 있음을 유의해야 하며 이를 침해한 경우에는 위법한 것으로 되어 법적인 제재를 받게 된다. 예컨대, 남녀간의 성적인 교섭에 관한 사항은 인간적 자유의 최종적이고 불가침한 부분으로서 어느 문화권에서나 유보되고 보호받는 영역으로 간주되며, 그에 관한 무단공개와 폭로는 인격적 모멸과 성격적 파멸을 초래케 할 수 있다는 점에서 절대적인 보호를 베푸는 것이 제국의 일반적인 법적 규율이다.<sup>27)</sup>

미국의 예를 보더라도 선거운동의 열기 속에서 행해진 발언에 대하여는 명예훼손이나 프라이버시 침해 등 불법행위에 의한 책임이 일상적인 경우보다 훨씬 완화된다. 미국 연방대법원은 후보자의 과거 범죄행위에 대한 보고에 수정헌법 제1조의 강력한 보호를 확대하였다. 상원의원 입후보자가 전에 소규모 밀수업자였다고 주장한 신문기사가 문제된 사건<sup>28)</sup>과 군의 세금사정인에 입후보한 자가 위증죄로 기소된 적이 있다고 하는 신문기사가 문제된 사건<sup>29)</sup>에서 연방대법원은 후보자의 과거 범죄경력에 관한 정보는 그것이 아무리 오래 전의 것이고 먼 지역에서의 것이더라도 시민이 선거에서 지성적 결정을 함에 소중한 것이라고 전제하고, 신문을 상대로 그 범죄경력에 보도가 오보임을 주장하는 경우에는 현실적 악의를 입증하여야 한다고

27) 부산시의회의원 선거법위반 사건, 부산고등법원 1992. 6. 17. 선고 92노215

28) Monitor Patriot Company v. Roy, 401 U.S. 265 (1971)

29) Ocala Star-Banner Company v. Dameron, 401 U.S. 295 (1971)

판시하였다. 여기에는 선거운동에서는 경쟁자들 간에 불공정하고 조급하며 상스럽고 무책임한 비난이 행해지는 것이 보통이고, 이러한 비난은 선거전에서 어느 만큼 불가피하다는 인식이 작용되고 있다.

그러나 아무리 과열된 선거전이라고 할지라도 허위사실에 의한 인신 공격이나 비방은 허용되지 않는다. 다음에 드는 판례는 이러한 사정을 예시한다.

[사례] 읍장후보자 비방사건 (1983))

Silsdorf v. Levine, 59 N.Y.2d 8, 462 N.Y. 2d 822, 449 N.E.2d. 716 (1983)

피고가 공개서한에서 읍장선거에 입후보한 원고에 관하여 명예훼손적 비난을 게재한 데 대하여 법원은 의견의 특권에도 한계가 있는 것이고 선거운동 중의 공적 인물이라 할지라도 일정한 범위에서 보호를 받는 것이라는 입장에서 의견면책이론의 적용을 거부하였다. 법원은 피고의 비난이 의견으로 생각되어 헌법상 보호된다 하더라도 피고의 의견을 뒷받침하기 위해 피고에 의해 개진된 사실이 허위라고 원고가 주장하는 한 법적 책임이 귀속될 수 있다고 하면서 의견의 표현에 대해 주어지는 면책은 그 의견을 뒷받침하는 사실이 개진되고 그러한 기초사실들이 진실한 경우에 한하여 인정된다고 판시하였다. 법원은 나아가 원고는 기초사실이 허위라고 주장하였으므로 현실적 악의를 입증할 자격이 주어져야 했다고 판시하였다.

[사례] 공직부정 비방사건 (1993)

Camp v. Yeager, 601 So. 2d 924 20 Media L. Rep. 1489 (Ala. 1992), cert. denied, 113 D. Ct. 967 (1993)

공화당의 국무장관 지명자가 낸 선거광고에서 그 상대방인 원고(Billy Joe Camp)를 비난하면서 그는 공공서비스 위원회의 위원장으로 있으면서 3차례에 걸친 요금인상을 승인한 대가로 70만불의 상담료를 받았다고 주장하였다. 원고는 그 퇴직 후에 그 요금인상으로 혜택을 받은 회사로부터 실제로 70만불

이상의 상담료를 받았으나, 그는 위원장 재직시 그 요금인상안에 대해 매번 반대하였음이 기록상 나타났다. 법원은 그 광고는 원고에 대한 부정직성과 부패한 것을 공격한 것이므로 그 진술이 법적으로 면책될 수 없다고 판시하였다.

## 2. 현행법의 규정

현행 공직선거및선거부정방지법은 “누구든지 선거운동을 위하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다)의 신분·경력·인격·재산·행위 또는 그 소속 정당에 관하여 허위의 사실을 진술하거나 유포할 수 없으며, 공연히 사실을 적시하여 개인의 사생활을 비방할 수 없다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 그러하지 아니하다.”라고 규정한다 (제110조, 후보자 등의 비방금지).

그리고 위와 같은 일반규정에 상응하여 동법은 허위사실 공표죄(제250조)와 후보자 비방죄(제251조)를 별도로 규정하여 형사처벌하고 있다. 허위사실공표죄와 후보자 비방죄는 선거시 당선을 목적으로 수단방법을 가리지 아니하고 경쟁 후보자에 대한 흑색선전이나 중상모략과 인신공격 등을 자행하여 사회혼란까지 조성하였던 우리의 과거 선거현실에 대한 반성으로서 후보자에 대한 허위사실의 유포와 과도한 인신공격을 방지하여 후보자의 명예를 특별히 보호하고, 나아가 선거의 공정성을 기하려는 데 그 입법취지가 있다. 후보자비방죄가 단지 사실을 적시하여 후보자를 비방하는 것을 처벌함에 반하여 허위사실공표죄는 허위사실 등을 공표하여 인신공격을 함을 규제하고 있다. 특기할 점은 어느 경우든 사실의 적시를 요건으로 하기 때문에 후보자에 대한 비난이라 하더라도 의견의 표현이나 가치판단은 처벌되지 아니한다는 점이다.

이와 같이 후보자에 관한 비판이나 정보의 제시가 허위이거나 사생활에 관련되는 경우에는 특별한 규제를 받게 되는 것이다. 현행

선거법이 규정하는 후보자 비방금지나 허위의 보도·논평의 금지는 선거의 공정성을 위한 것일 뿐 아니라 후보자 개인의 인격권을 보호하려는 측면도 강력히 고려된다.

### 3. 후보자 비방죄

공직선거및선거부정방지법 제251조 (후보자비방죄)

당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

후보자비방죄는 당락을 목적으로 후보자 등에 관한 사실을 공개 폭로함으로써 비방하는 행위를 처벌한다. 그러나 후보자는 정치인으로서 대표적인 공적 인물에 속하는 인물이고 민주주의에서 선거가 갖는 의미에 비추어 그에 대한 약점과 과오의 지적은 가급적 허용되어야 하기 때문에 비방행위로서 위법한가의 여부를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 판례는 이에 관하여 다음과 같이 논한다.

[사례] 공사부정의혹표시 선거인쇄물사건 (1993)

서울고등법원 1993. 10. 7. 선고 93노1519 국회의원 선거법위반 등

“선거에 입후보한 경쟁자의 인적 사항에 관한 폭로와 공개가 허용되는 범위에 관하여 보면 오늘날 정치의 현실에서 선거가 정당에 대한 국민투표로 변질되어 정당국가적 경향이 심화되고 있다 하더라도 대의제의 본래적 의의에서 보아 국민의 대표로서 엘리트를 선출할 필요성이 부인되지 않는 한, 후보자 개개인의 능력과 자질 및 전력 등 공직을 수행함에 필요하고 충분한 제반조건에 관하여 유권자가 충분한 정보를 얻을 수 있어야 한다.

한편 민주주의 국가에 있어서 정치가는 국민의 대표로서 주권자인 국민으로부터 국정 수행을 위임받는 관계에 있으므로 이와 같이 정치적인 역할이 크고, 존경을 요구할 인물인 경우에는 그에 대해 허용되는 공개나 폭로의 범위도 특히 넓게 인정되어야 한다. 그리고 정치가는 상이한 정견의 지속적인 대결 속에서 자신의 견해를 실행하게 되는 것이기 때문에, 그는 타인의 신랄한 공격에 대해서도 자신을 세워야 하는 지위에 있게 되고, 자기 인격의 부정적 측면에 관한 노출도 감수하지 않으면 안된다.

그러나 국민의 정보욕구 또는 알 권리를 충족시키기 위하여 정치인 등에 관한 정보가 폭넓게 공개되어야 한다 할지라도, 공적인 인사에게도 포기할 수 없는 사생활영역과 인격의 내밀한 국면이 있음을 유의해야 하며 (예컨대 남녀 간의 성적인 교섭에 관한 사항은 인간적 자유의 최종적이고 불가침한 부분으로서 어느 문화권에서나 유보되고 보호받는 영역으로 간주되며, 그에 관한 무단공개와 폭로는 인격적 모델과 성격적 파멸을 초래할 수 있다는 점에서 절대적인 보호를 베푸는 것이 제국의 일반적인 법적 규율이다) 그를 보호하기 위한 대책이 강구되어야 함은 물론이다. 이것은 특히 선거에 이기기 위해 수단과 방법을 가리지 않는 선거운동의 무질서로부터 위 후보자 개인의 최소한의 인격영역을 방위하기 위하여, 그리고 인신공격과 흑색선전 등 부당한 선거책략에 의해 당락이 좌우되는 폐단을 방지하기 위해서도 필요한 것이다. 이러한 필요성에 의해 입법된 것이 위 범조항들이며, 위 조항의 적용에 있어서는 위와 같은 해석상의 원칙이 고려되어야 할 것이다.”

후보자비방죄는 그 구성요건에 있어서 ‘사실의 적시’를 요하므로 피고인의 발언내용이 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현인 경우에는 위 범죄의 구성요건을 충족하지 못하게 된다. 사실의 주장인가 아니면 의견표현인가의 구별기준에 관하여 대법원은 “공직선거법 제251조 본문의 ‘사실의 적시’란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며 그 표현내용이 증거에 의한 입증이 가능한 것을 말하고, 판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별함에 있어서는, 언어의

통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것”이라고 판시한다.<sup>30)</sup> 표현된 내용이 의견인 경우에는 본죄가 성립될 여지가 없으나, 표현된 의견이 사실을 전제로 한다든가 사실을 시사하는 경우에는 본죄가 성립될 수 있다.

[사례] 부산시의회의원 선거법위반 사건 (1992)

부산고등법원 1992. 6. 17. 선고 92노215

1991년 3월의 기초의회 의원 선거와 동년 6월의 광역의회 의원선거를 앞두고 부산진구 제1선거구 지역에서 민자당 공천과정에서 공소외 전XX와 민자당 부산시당 부위원장이었다던 고소인 민XX이 경합하게 되었다. 그 과정에서 위 양인은 공천을 받기 위해 과열된 경쟁을 벌였고, 급기야는 동년 3월경에 시행된 기초의회의원 선거시 위 공소외 전XX는 당시 통장 23인에게 금품을 제공하여 사전선거운동을 한 죄목으로 구속되고, 동시에 위 통장 23인은 불구속 입건되어 통장직에서 모두 해임되게 되었다. 이와 같이 위 전XX가 누군가에 의해 사전선거운동으로 고발 구속됨으로써 후보공천을 받지 못하게 되었고 동인과 과열 경쟁을 벌였던 고소인 민XX도 후보공천에서 제외되었다.

가장 유력하였던 위 양인이 배제되자 피고인이 민자당에 입당하여 후보로 공천을 받게 되었다. 그러자 고소인 민XX은 민자당을 탈당하고 무소속으로 입후보하게 되었는데, 선거운동 중 제1회 합동연설회에서 민자당을 비난하고 동당의 공천과정에서 마치 금전적 부정이 있는 것처럼 말하여 피고인을 간접적으로 비난하였다.

피고인은 위와 같은 말을 듣고 6월 16일 제2차 합동연설회에서 연설하면서 의원후보의 자질과 바람직한 의원상을 강조하는 내용과 함께 다음과 같은 취지의 연설을 하게 되었다.

“위 민XX은 민자당의 부산시 당직자로 활약해 오다가 공천에서 탈락되자 당을 배반하고 무소속으로 출마하여 당의 공천과정이 잘못됐다고 주장하나 그것은 허무맹랑한 비방이고, 정당의 공천이 지방자치체를 망가뜨린다고 주

30) 대법원 1997. 4. 25. 96도2910 및 대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결 참조

장하나 그것은 유언비어에 불과하다.”(공소사실 제1점)

“동인은 자기 목적을 위해서는 즉 당선되기 위해서는 아무데나 눈물을 흘리고, 아무데나 웃고 아무데나 비방하는 몰염치한 사람이다.”(공소사실 제2점)

“위와 같이 비양심적인 행동을 하며, 목적을 위해서 수시로 표정을 바꾸는 동인은 지방자치제나 지방발전을 위해 기여할 수 없는 사람이니 의원으로 선출하여서는 아니된다.”(공소사실 제3점)

“고소인은 선의의 공천 경쟁자 중의 한 사람인 존경받는 위 전XX를 고소하거나 문제삼아 그를 구속당하게 하여 짓밟아 버리고, 부전동 여러명의 통장이 해직당하게 하여 가정이 파괴되게 하는 등 여러 사람에게 불행을 가져오게 하였다.”(공소사실 제4점).

선거 결과 민자당 공천을 받은 피고인은 1위 득표를 하고 무소속으로 출마한 고소인 민XX은 2위 득표로 낙선하게 되었는데, 위 민XX은 1961. 6. 25. 피고인을 고소하여 이 사건이 수사되게 되었다. 검사는 위 피고인의 발언내용을 범죄사실로 기재하여 피고인을 지방의회 선거법 제177조 소정의 후보자비방죄로 기소하였고, 원심인 부산지방법원은 이를 모두 유죄로 인정하여 피고인을 벌금 30만원에 처하였다.

피고인의 항소에 의해 심리에 임한 부산고등법원은 공소사실의 4가지 점 중에서 제2점과 제3점의 표현내용은 상대 경쟁자에 대한 피고인의 주관적 감정적 평가를 내용으로 하는 것이어서 사실적시로서의 구체성을 결하며, 동인에 대한 불투표를 요청하고 있음에 불과하다는 점에서 사실적시에 의한 비방의 요건을 충족하지 못한다고 판단하였다.

나아가 제1점과 제4점에 나타난 표현내용은 위 고소인이 선거운동과정에서 또는 이전의 합동연설회에서 행한 행위를 대상으로 하고 있다는 점에서 사실로서의 구체성을 가지나, 그 중 공소사실 제1점의 표현내용은 고소인이 민자당 공천을 신청하였다가 탈락하자 곧 민자당을 탈당하고 무소속으로 출마하여 제1차 합동연설회에서 피고인이 마치 민자당의 공천을 얻기 위해 금원을 제공한 듯이 흑막이 있는 양 발언했기 때문에 피고인이 6월 16일 제2차 합동연설회에서 의원후보의 자질 및 바람직한 의원상을 강조하는 내용과 고소인이 제1차 합동연설회에서 한 공천과정의 금품관련설에 대해 해명하는 내용의 발언을 행하게 된 것이므로 위 부분의 표현 내용은 그것이 위 고소인의 이전

행위에 대한 상당한 대응을 내용으로 하는 표현행위라고 하는 점에서 위법성을 인정할 수 없다고 무죄로 판단하였다.

법원은 다만 공소사실 제4점의 표현내용은 고소인이 위 전XX를 고소한 바가 없음에도 이를 하였다고 암시적으로 주장한 것이므로 피고인의 위 소위는 경쟁후보자인 고소인을 당선되지 못하게 할 목적으로 공연히 동인이 하지도 아니한 사실을 동인이 하였다고 사실을 적시하여 동인을 비방한 경우에 해당한다고 판단하였다.

법원은 결국 이 사건 공소사실 중 제1, 2, 3의 각 점에 대하여는 무죄로, 위 공소사실 제4점만을 유죄로 인정한 후 원심판결을 파기하고 피고인에 대한 형의 선고를 유예하였다.

무죄부분에 관한 판결 요지는 다음과 같다.

“공직선거에 출마함으로써 스스로 자신을 공공의 비판대 위에 세우는 자신의 결정에 의해 의견경쟁의 조건에 굴복한 것이므로 자기의 보호받을 가치 있는 사적 영역의 일부를 포기한 것으로 간주되며, 나아가 그가 특정 정당의 공천에 탈락했음에도 불구하고 합동연설회에서 정당의 공천이 야기하고 있는 폐단과 정당이 지방자치체에 대해 미치는 해악에 관하여 정치적 견해를 밝힌 바가 있다면 그는 자기가 말한 바에 대한 상대후보자나 언론의 비판을 감수해야 하며, 그 비판이나 비난이 욕설하는 모욕적 내용이 아닌 한 아무리 격렬하고 신랄한 것이라 하더라도 이를 감수하여야 하는 것이므로 피고인이 위 상대 후보자의 정견이나 그의 행동에 대하여 비판이나 비난한 것이 위 반격권의 범리에 해당하는 경우라면 피고인의 발언행위에 위법성을 인정할 수가 없다.”

[사례] 컴퓨터 토론방 후보자 비난통신 사건 (1997)

대법원 1997. 4. 25. 96도2910 공직선거및선거부정방지법위반· 명예 훼손

제15대 국회의원 선거(선거일 1996. 4. 11.)가 다가오자 1996. 2. 7.경 컴퓨터 통신 ‘천리안’은 주제를론실에 “대선과 총선결과를 점친다”라는 주제로 토론방을 개설하였다. 천리안에 가입한 피고인은 개인용 컴퓨터를 사용하여 국민회의 소속으로 출마예정자인 공소외 박지원에 관하여 다음과 같은 내용의 통신문을 주제토론실에 올렸다. (가) “국민회의 대변인 박지원이 에세이집을



발간했다는데 나는 국민회의에서 김대중만큼 싫어하는 사람이 박지원이기 때문에 그가 책을 썼다는 기사를 읽고 속으로 이런 생각이 들었다. ‘꼴깍 땀이 있네’ … 국민회의 논평을 듣고도 눈살을 찌푸리지 않는 사람들이 솔직히 좀 이상하게 보인다. 그 사팔뜨기가 부천 어디에서 출마한다는데, 당선 여부가 전국에서 가장 궁핍한 지역 중의 하나이다. 아무튼 … 가장 많은 저질 발언을 한 박지원이 수필집을 썼다는 말을 들으니 우습다는 생각이 든다…”

이에 다른 통신가입자들이 “정치관 전체가 저질이다”, “박지원이 저질인 근거를 대라”는 등의 반박문을 게재하자 다시 이에 대응하기 위하여 (나) “정치가 저질이라기보단 박지원 개인이 저질이어요. 신한국당 손학규의원(대변인)이 박지원만큼 저질적인 발언을 하던가요? … 박지원의 수준이 꼭 자해공갈단 수준이라는 생각을 안하십니까?” (다) “박지원이 저질인 근거를 대보라구요? … 박지원이 과거 전두환 정권에게 붙어 아부했다는 사실을 들은 적이 있지만, 그때와 저질스러운 이야기를 대변인이 해도 되는 것입니까? … 그런 놈들은 5·6공정권에 빌붙어 사는 것이 훨씬 어울리는 인간이어요. …”라는 내용의 통신문을 올렸다.

피고인은 위 통신문을 게재하여 공연히 사실을 적시하여 위 박지원을 비방하였다고 하여 공직선거및선거부정방지법 제251조 위반죄로 기소되었다.

서울고등법원은 피고인은 광명시에 거주하여 박지원의 출마예정 선거구인 부천시외 주민도 아니었고, 정당과는 전혀 연관 없이 은행원으로 재직하면서 종종 컴퓨터 통신에 개설된 주제토론실에 정치문제에 관한 자신의 의견을 개진하는 통신문을 게재하여 왔는데, 국민회의를 반대하는 입장이었던 피고인은 1996. 초경 일간신문에 정당대변인으로서의 박지원의 발언에 대하여 다른 정당에서 그 발언이 자해공갈단 수준의 저질이라는 등으로 반박하였다는 내용의 기사를 읽고, 그에 대하여 반감을 가지고 있다가, 천리안에 토론방이 개설되자, 박지원이 선거에 즈음하여 수필집을 발간했다는 소식을 듣고 그의 발언과는 어울리지 않는 행태라고 생각하고 이를 비난하려는 동기에서 위 주제토론실에 이 사건 공소사실 중 (가)와 같은 내용의 통신문을 게재하였고, 이에 다른 통신가입자들이 반박하여 오자 그에 대응하기 위하여 (나), (다)와 같은 내용의 통신문을 게재한 사실 등 제반 정황에 비추어 이 사건 통신문의 내용은 전반적으로 피고인의 박지원의 발언에 대한 주관적 평가라 할 것이고 ‘사실의 적시’라고 보기 어렵고, ‘당선되지 못하게 할 목적’이 있었다고 인정

하기에도 부족하다는 이유로 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

대법원은 검사의 상고를 기각하면서 다음과 같이 판시하였다.

“공직선거법 제251조 본문의 ‘사실의 적시’란 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 대치되는 개념으로서 시간과 공간적으로 구체적인 과거 또는 현재의 사실관계에 관한 보고 내지 진술을 의미하는 것이며 그 표현내용이 증거에 의한 입증 가능한 것을 말하고, 판단할 진술이 사실인가 또는 의견인가를 구별함에 있어서는, 언어의 통상적 의미와 용법, 입증가능성, 문제된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 할 것인바(대법원 1996. 11. 22. 선고 96도1741 판결 참조), 이 사건 공소사실에 기재된 통신문의 내용은 그 대부분이 정당 대변인으로서의 박지원의 발언에 대한 피고인 자신의 경멸적 평가를 추상적으로 표현한 것이라 할 것이고, “박지원이 과거 전두환 정권에 붙어 아부했다”, “그 사팔뜨기가 부친 어디에서 출마한다는데” 등 일부분이 사실의 적시라고 볼 수 있는 것도 있으나 언어의 통상적 의미와 용법, 이 사건 통신문의 문맥, 당시의 사회상황(선거를 앞두고 각 정당 간에 치열한 공방이 있었던 상황) 등 전체적 정황을 고려하면, 그 일부분도 평가를 위한 전제로서 구체적 사실을 나열하였다기보다는 평가의 표현내용을 이루는 것이므로, 전체적으로 볼 때 사실의 적시라고 보기 어렵다 할 것이다.

한편, 공직선거법 제251조 위반의 죄(후보자비방죄)는 고의 외에 초과주관적 위법요소로서 ‘당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적’을 범죄성립요건으로 하는 목적범임은 그 범문상 명백하고, 그 목적에 대하여는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하다고 할 것이나, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 상대방의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야 할 것인바, 원심이 인정한 피고인의 직업·취미 등 개인적 요소, 피고인이 이 사건 통신문을 게재하게 된 동기(저질 발언을 하는 사람이 수필집을 발간한 것에 대한 비난), 경위(쌍방향적인 컴퓨터 통신에 있어 다른 통신가입자의 반박에 대한 대응), 그 후의 태도와 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 보면, 피고인이 이 사건 통신문을 게재한 것은 자신이 반대하는 정당의 대변인 지위에 있는

사람의 품위 없는 발언을 비난하고 정당별 의석수 등 전체 선거결과에 대한 관심을 표시한 것일 뿐, 제15대 국회의원 선거에 있어 박지원이라는 특정인을 당선되지 못하게 할 목적으로 한 것이라고 볼 수 없다 할 것이다.

이와 같은 취지에서 이 사건 통신문의 내용에 사실의 적시가 있다고 보기 어렵고 또 이 사건 통신문 게재 당시 피고인에게 박지원을 당선되지 못하게 할 목적이 있었다고 인정하기에 부족하다고 한 원심판단은 정당하고, 원심판결에 소론이 지적하는 바와 같은 공직선거법 제251조 위반의 죄(후보자비방죄)에 관한 범리오해나 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이 없다.”

그리고 후보자비방죄에서 적시되는 사실은 악사 추행뿐만 아니라 결과에 있어서 사람의 사회적 가치평가를 저하시킬 수 있는 사실로서 후보자의 당선을 방해할 염려가 있으면 족하다.

후보자비방죄에 있어서 ‘비방’한다 함은 동지가 후보자에 대한 과도한 인신공격이나 이른바 흑색선전 등 과열되고 불공정한 경쟁을 규제함으로써 후보자의 명예를 특별히 보호하고, 나아가 선거의 공정을 기하려는데 그 입법취지가 있음에 비추어 보면 정당한 이유 없이 상대방을 깎아 내리거나 헐뜯는 것을 의미한다고 할 수 있는데, 주로 합리적인 관련성이 없는 사실, 예컨대 선거와 관련이 없는, 즉 공직의 수행능력이나 자질과는 무관한, 전혀 사적이거나 개인의 내밀한 영역에 속하는 사항을 폭로 또는 공표한다거나 날조된 허구의 사실을 전달하는 등의 방법으로 행해질 수 있다.

그리고 후보자비방죄는 위와 같은 사실을 적시한다는 고의 외에 초과주관적 위법요소로서 ‘당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적’을 범죄성립요건으로 하는 목적범이다. 판례는 “그 목적에 대하여는 적극적인 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하다고 할 것이나, 그 목적이 있었는지 여부는 피고인의 사회적 지위, 피고인과 후보자 또는 경쟁 후보자와의 인적 관계, 행위의 동기 및 경위와 수단·방법, 행위의 내용과 태양, 상대방

의 성격과 범위, 행위 당시의 사회상황 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 합리적으로 판단하여야” 한다고 한다.<sup>31)</sup>

진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 위법성이 조각된다. 이에 관하여는 형법상 명예훼손에 있어서 일반적 위법성조각사유에 관한 법리가 준용되어야 할 것이다.<sup>32)</sup>

형법 제307조의 명예훼손죄와 공직선거및선거부정방지법 제251조의 후보자비방죄는 보호법익과 구성요건의 내용이 서로 다른 별개의 범죄로서 상상적 경합관계에 있다는 것이 대법원 판례이다.<sup>33)</sup>

[사례] 입후보자 전과사실 폭로사건 (1996)

대법원 1996. 6. 28. 선고 96도977 판결

1995년 동대문구의회 의원선거에 입후보한 피고인은, 상대 후보자 V를 당선되지 못하게 할 목적으로, 1995. 6. 17. 청중 300여 명이 모인 합동연설회에서 1991. 9. 11.자 일간신문을 내보이면서 “이 신문 내용을 간략하게 읽어 드리겠습니다. 자격증 빌려 의료행위, 서울 구의원 영장, 서울청량리경찰서는 고용한 한의사 자격증을 빌려 불법의료행위를 한 서울 동대문구의회 V씨에 대해 11일 보건범죄단속법위반에 관한특별조치로 구속영장 신청, 이 얼마나 칭찬벽력 같은 소리입니까? 우리가 힘을 모아 뽑아 준 현역 구의원이 그것도 사람의 생명을 담보로 불법의료행위를 한다는 것은 도저히 상상을 초월하는 일입니다. 여러분 앞으로 절대로 이런 일이 있어서도 아니 될 것이며 또한 있어서는 절대로 안되겠습니다”라고 연설했다.

검사는 피고인을 공직선거및선거부정방지법 제251조 본문의 후보자비방죄에 해당된다고 하여 선거법위반죄로 기소하였으나, 제1심 법원은 같은 법조 단서에 따라 위법성이 결여되어 범죄로 되지 아니한다고 하여 무죄를 선고하였다. 그러나 항소심법원은 공직선거법 제251조 단서에 따라 공공의 이익에 관하여 위법성이 조각된다고 하기 위하여는 후보자의 전과사실이 당해 후보

31) 대법원 1997. 4. 25. 96도2910

32) 박용상, 언론과 개인법익, 131면 이하 참조

33) 대법원 1998. 3. 24. 97도2956

자의 과거 공직 수행과정에서 저지른 범죄나 비리 등 공직과 직접 관련이 있는 전과에 해당하는 경우에 한정하여 적용하여야 할 것이라고 하여 유죄를 선고하였다.

피고인이 상고한 사건에서 대법원은 원심판결을 파기환송하면서 다음과 같이 판시하였다.

공직선거법 제251조 단서도 위법성조각사유의 하나인 이상 정당성의 일반적 원리들을 필요로 하고 그런 면에서 개인의 명예(인격권)의 보호와 헌법 제21조에 의한 표현의 자유 및 공공의 이익 사이에 이익교량의 원리가 고려되어야 한다고 할 것이지만(대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결 참조), 이익교량은 일반적으로 우월한 가치가 다른 쪽보다 중하기만 하면 되는 것이지 현저히 중하여야만 하는 것은 아니다. 이 경우도 공공의 이익의 기초가 되는 표현의 자유권 또한 헌법상 보장된 권리로서 인간의 존엄과 가치에 기초한 피해자의 명예(인격권)에 못지 아니할 정도로 보호되어야 할 중요한 권리이기 때문에 후자가 전자보다 중하기만 하면 위법성조각사유로서 정당성이 충족된다고 보는 것이 타당하므로, 위 단서 조항은 사실의 적시에 의하여 얻어지는 공공의 이익이 그로 말미암아 침해되는 인격권보다 현저히 중한 경우에만 적용된다고 하는 원심의 판시는 적절하다고 할 수 없다.

형법 제310조가 “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”라고 규정하고 공직선거법 제정 이전의 폐지된 구법 당시에 후보자비방죄의 규정들은… “진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”고 규정하고 있는 것과는 달리, 공직선거법 제251조 단서는 “오로지”라는 단어를 삭제하고 “다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 형법 제310조나 구법 하의 규정에 의하여서는 공공의 이익이 적어도 주된 동기가 되어야 하고 부수적으로 사적 이익이 포함되는 경우까지만을 이에 해당하는 것으로 해석하였으므로(대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결 참조) 적어도 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 경우에만 이에 해당하였다고 할 것이다. 그러나, 이러한 해석으로는 선거운동의 자유를 충분히 보장할 수 없고 유권자에게 후보자에 대한 충분한 정보를 제공함으로써 유능하고 적합한 인물이 공직의 담당자로 선출되도록 기여하는 데 부족하다는 반성적 고려에서 공직선거법 제251조 단서는 “오로지”라는 단어를 삭제한 것이라고 할 것이므로, 이제는 진실

한 사실의 적시에 관한 한 그것이 반드시 공공의 이익이 사적 이익보다 우월한 동기가 된 것이 아니더라도 양자가 동시에 존재하고 거기에 상당성이 인정된다면 위 단서 조항에 의하여 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이다.

그리고 적시된 사실이 공직선거법 제251조 단서에 의하여 위법성이 조각되기 위하여는 적시된 사실이 그 내용과 성질에 비추어 객관적으로 볼 때 공공의 이익에 관한 것으로서 행위자도 공공의 이익을 위하여 그 사실을 적시한다는 동기를 갖고 있어야 한다고 할 것이다(대법원 1993. 6. 22. 선고 92도3160 판결 참조).

그런데, 공직선거에 입후보한 후보자의 유죄 확정판결의 전과사실은 비록 그것이 종전의 공직 수행과정에서의 범죄나 비리와 직접적으로 관련된 것이 아니라고 하더라도 그의 사회적 활동에 대한 비판 내지 평가의 한 자료가 되어 그의 공직 후보자로서의 자질과 적격성을 판단하는 데 중요한 자료가 될 뿐만 아니라 또한 그것은 법원의 최종적 사법적 판단까지 받은 것이므로 공적 이익에 관한 사실이라고 보아야 할 것이다.

원심은 이와는 달리 공직선거법 제251조 단서에 따라 공공의 이익에 관하여 위법성이 조각된다고 하기 위하여는 후보자의 전과사실이 당해 후보자의 과거 공직 수행과정에서 저지른 범죄나 비리 등 공직과 직접 관련이 있는 전과에 해당하는 경우에 한정하여 적용되어야 한다고 판시하였지만, (1) 공직 수행과정에서 저지른 범죄 등에 관한 전과가 공개되는 것이 공공의 이익에 부합된다고 보는 이유는 그것이 유권자들에게 공개됨으로써 유권자들이 유능하고 인격이 상대적으로 훌륭한 후보를 선택하는 데 정보를 제공하기 때문이라고 할 것인데, 후보자의 다른 전과의 공개도 이와 동일한 기능을 할 것임은 명백하고, (2) 공직에 있던 후보자의 전과는 공개될 수 있지만 공직에 있지 아니하였던 후보자의 전과는 공개될 수 없다는 것도 불공평하고, (3) 무혐의처분이나 무죄판결을 받은 사실은 후보자의 자질판단의 자료로 기여할 수 없는 것이어서 이를 적시한 것은 공공의 이익에 관한 것으로 인정되기 어려울 것이고, 형의 집행유예나 선고유예의 경우 형법 등에 의하여 일정기간이 지나면 형의 선고의 효력이 없어지거나 전과가 말소되지만, 객관적으로 판결이 선고된 사실 자체가 없어지는 것은 아니고 그러한 판결도 유죄판결로서 후보자의 자질을 판단하는 데는 중요한 자료가 될 수 있는 것이어서 공공의 이익에 관한 것이 될 수 있고, (4) 전과사실이 허위가 아니고 진실한 경우에

는 그것의 적시가 반드시 인신공격적이라고만 보기도 어렵고 이의 허용과 정책대결과는 무관한 것이라고 할 것이므로, 원심의 판시는 수긍하기 어렵다.

그러므로 위의 법리에 비추어 보면 이 사건에서도 상대 후보인 공소외인이 한의사 자격이 없으면서도 한의사의 명의를 빌려 한의원을 개설하였다는 범죄사실로 보건범죄단속에관한특별조치법위반죄로 유죄확정판결을 받은 전과사실은 비록 최종적으로 선고유예의 판결이 있었더라도 위 후보자의 정직성, 준법성, 공직 적합성을 가늠하는 판단자료로 유용하다고 할 것이므로 그것은 공공의 이익에 관한 사실이라고 할 것이다.

그리고 원심이 인정한 사실과 같이 피고인이 선거관리위원회가 주체한 합동연설회장에서 판시 일간지의 신문기사를 읽는 방법으로 전과사실을 적시하였다는 점과 그 사실 적시에 있어서 과장 또는 왜곡된 것이 없는 점 및 그 표현방법 등에 비추어 볼 때 피고인이 위 사실을 적시한 것은 상대 후보의 평가를 저하시켜 스스로가 당선되려는 사적이익도 동기가 되었지만 유권자들에게 상대 후보자의 자질에 대한 자료를 제공함으로써 적절한 투표권을 행사하도록 하려는 공공의 이익도 한 동기가 되었다고 보는 것이 상당하다.

또한 위와 같은 전과사실이 공표됨으로써 상대 후보가 입는 명예(인격권)의 침해정도와 만일 이를 금지할 경우 생기는 피고인의 표현의 자유에 대한 제한과 유권자들의 올바른 선택권에 대한 장애의 정도를 교량한다면 후자가 전자보다 중하다고 보는 것이 상당하다.

따라서 피고인이 이 사건에서 상대 후보의 전과사실을 적시한 것은 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에 해당하므로 공직선거법 제251조 단서에 의하여 위법성이 조각된다고 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 원심이 피고인의 행위를 공공의 이익에 관한 때에 해당하지 아니한다고 하여 유죄판결을 선고한 조치는 공직선거법 제251조 단서의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라고 할 것이므로 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다고 할 것이다.

#### 4. 허위사실 공표죄

현행 통합선거법은 전술한 후보자비방죄(동법 제251조) 이외에 허

위사실공표죄(동법제250조)를 따로 규정하고 있다. 양자 모두가 일정한 매체 기타 방법을 사용하여 사실을 공표함으로써 성립되고, 초과주관적 위법요소를 요하는 목적범임에는 차이가 없다. 위 구성요건에 관하여는 전술한 후보자비방죄에서 논한 바가 그대로 타당하다.

공직선거및선거부정방지법 제250조 (허위사실공표죄)

① 당선되거나 되게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)에게 유리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매의 소속·신분·직업·재산·경력 등에 관하여 허위의 사실(초·중등교육법 및 고등교육법에서 인정하는 정규학력 외의 학력을 게재하는 경우와 정규학력에 준하는 외국에서 수학한 학력을 게재하는 때에는 그 교육과정명, 수학기간, 학위를 취득한 때의 취득학위명을 기재하지 아니한 경우를 포함한다)을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 5년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처한다. [개정 95·12·30, 97·1·13, 97·11·14, 98·4·30]

② 당선되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 후보자에게 불리하도록 후보자, 그의 배우자 또는 직계 존·비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 공표하게 한 자와 허위의 사실을 게재한 선전문서를 배포할 목적으로 소지한 자는 7년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다. [개정 97·1·13]

후보자비방죄에서는 당락의 목적 여부를 불문하고 허위 여부를 불문하고 어떠한 사실이든 사실을 적시하여 후보자를 비방하는 행위를 처벌함에 대하여, 본조의 허위사실공표죄는 반드시 ‘허위’ 사실을 공표함을 요한다. 다만, 본조는 당선될 목적으로 후보자 및 근친자의 일정한 사항에 관하여 유리한 허위사실을 공표하는 경우(동법 제250조 제1항)와 당선되지 못하게 할 목적으로 후보자 및 근친자에 관하



여 허위사실을 공표하는 경우(동법 제250조 제2항)를 나누어 규정하고 있다. 허위사실의 입증을 요하는 본죄의 경우 진실한 사실로서 공공의 이익을 옹호하는 위법성조각사유는 적용될 여지가 없다.

“여기서 허위의 사실이라 함은, 진실에 부합하지 않는 사실로서 선거인으로 하여금 후보자에 대한 정확한 판단을 그르치게 할 수 있을 정도로 구체성을 가진 것이면 족하고 그 사실이 시기·장소·수단 등에 걸쳐서 정밀하게 특정될 필요는 없지만, 단순히 가치판단이나 평가를 내용으로 하는 의견표현에 불과한 경우에는 이에 해당되지 아니한다.”<sup>34)</sup>

동조 제2항의 죄는 제251조의 후보자비방죄와 법조경합이 되는 경우가 적지 않을 것인데, 그 경우에는 허위사실의 공표를 요하며 법정형이 높은 제250조 제2항의 죄가 특별법으로서 우선 적용된다고 보아야 한다.

사실의 적시는 의혹 표시의 방법으로도 행해질 수 있는데, 다음의 판례는 의혹의 표시가 일정한 사실의 주장으로 평가될 수 있음을 인정하면서도 그것이 진실에 부합하기 때문에 허위사실공표죄가 성립하지 아니함을 보여주고 있다.

[사례] 공사부정 의혹표시 선거인쇄물사건 (1993)

서울고등법원 1993. 10. 7. 선고 93노1519 국회의원 선거법위반 등

피고인은 제14대 국회의원선거에서 통일국민당 공천을 받아 안산·용진선거구의 국회의원후보자로 등록한 자인데, 당시 민주자유당의 공천으로 후보자등록을 한 공소의 장○○의 건축공사관련 부정을 알리기 위하여 1992. 3. 선거운동용 소형인쇄물에 “안산시 승격 이후 최대건축공사 부정비리 의혹사건을 심판합시다”라는 제목으로 “안산판수서비리 의혹규명”, “안산시 최대공사인 고잔동 올림픽기념관, 본오동 대규모 시영아파트 공사가 민자당 장○

34) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1992 [공1998하, 2637]

○의원 처남인 김○○씨가 중역으로 있는 D건설에서 발주받은 의혹을 철저히 밝히겠습니다”, “노태우대통령은 본 사건을 즉각 수사하고 고위 부정부패자를 처벌하라!”라는 등의 문구와 함께 “본 사건 관련 건설회사인 D건설 중역 김○○ 관계도표”라는 제목으로 위 장○○가 자신이 속해 있는 민주자유당과 안산시 간의 당정협의회를 통하여 그의 처남이 상무로 있는 D건설주식회사에서 위 공사를 수주받도록 영향력을 행사한 것처럼 보이는 도표를 작성하는 등으로 소형인쇄물 약 20만장을 제작하여 위 선거구 선거인 등에 배포하였다.

검찰은 피고인이 상대당 입후보자인 위 장○○를 당선되지 못하게 할 목적으로 위 공사 수주경위에 관련된 위 장○○의 행위에 관한 사실을 왜곡하여 공표한 점에 대하여 그를 국회의원선거법 제174조의 허위사실공표죄로 기소하였다.

서울고등법원은 증거에 의하여 ① D건설주식회사는 안산시나 경기도와는 아무 연고도 없음에도 안산시에서 발주한 올림픽기념생활관 공사와 1,000세대의 대규모 임대아파트공사를 수주하였고, ② 위 D건설사는 위 공사 등을 시공함에 있어 완공을 지체하고 설계변경으로 공사대금을 증액받았음에도 하자가 발생한 사실이 그 당시 지방신문에 빈번히 보도된 사실, ③ 당시 민자당 국회의원이었던 공소의 장○○는 국회 건설분과위원으로서 위 올림픽 기념생활관이 안산에 유치된 것은 자신의 업적이라고 공언해 왔으며, 위 장○○는 안산시의 여당 책임자로서 안산시장 등 시 관계자들과 함께 수시로 안산시의 중요정책에 관하여 당정협의회를 열었던 사실, ④ 위 D건설사에는 위 장○○의 처남인 공소의 김○○이 등기부상 이사로 등재되어 있고 사실상 전무로 근무하여 온 사실, ⑤ 이러한 사실에 근거하여 당시 안산시에는 위 회사가 안산시의 대단위 공사를 거둬 수주하게 된 데에는 위 장○○의 영향력 때문일 것이라고 하는 소문이 파다하였던 사실을 인정한 후, “이렇게 객관적으로 인정되는 사실을 일반 통상인의 추리에 의해 종합해 보면 위 장○○가 위 D건설주식회사에서 위 공사를 수주받도록 모종의 영향력을 행사하였고, 나아가 그 공사수주에는 상당한 특혜가 수반되었으나 그 공사는 결과적으로 부실하였다는 일련의 의혹을 불리일으키는 당연한 것이라 할 것이”므로 “국회의원 선거에 후보자로서 등록한 피고인이 경쟁후보자인 위 장○○에 관하여 위 인정과 같은 의혹을 문제로 제기하고 이를 규명하여 앞으로는 안산시

정과 관련하여 부정을 없애보겠다는 의지를 표명한 것에 불과하다 할 것이고, 이를 가리켜 위 장○○의 행위에 관하여 허위의 사실을 공표하거나 사실을 왜곡하여 공표한 경우에 해당한다고 볼 수 없다”고 판시하면서 위 피고인의 국회의원선거범위반의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였다.

## VI. 정치적 언론으로서 정치자금에 대한 규제

### 1. 서론

정치와 선거에 비용이 소요됨은 물론이다. 미국의 판례가 확인한 바와 같이 오늘날 대중사회에서 커뮤니케이션 수단을 사용하기 위해서는 모두 돈의 지출을 요한다. “가장 감소한 배포수단인 빠라나 팜플릿도 인쇄비, 지대 및 배포비용을 발생시킨다. 연설과 집회도 일반적으로 임차와 그 행사의 홍보비용을 필요로 한다. 뉴스 기타 정보를 위한 텔레비전, 라디오 기타 매스 미디어에 대한 선거인들의 점증하는 의존성은 이들 고가의 커뮤니케이션 형태를 효과적인 정치적 언론의 불가결한 도구로 만들었다.” “효과적인 선거운동을 위하여 커뮤니케이션 매체, 정교한 대량의 우편배달 및 여론조사(mass mailing and polling operations)는 중요성을 더하여 가고 있으므로 다액의 모금은 효과적인 입후보를 위해 더욱 더 중요한 일이 되었다.”<sup>35)</sup> 이와 같이 선거를 위해 입후보자는 물론 정치적 커뮤니케이션을 하려는 개인이나 단체는 돈을 필요로 한다. 그리고 그 쓸 수 있는 돈의 액수를 제한하는 것은 토론되는 쟁점의 수, 그 설명의 깊이, 도달될 청중의 규모를 제한함으로써 표현의 양을 감소시키게 되므로 정치적 언론에 대한 제한으로서 위헌이라는 논란이 제기될 수

---

35) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)

있다.

정치자금에 관한 법적 규제에 있어서 가장 문제되는 것은 선거와 관련하여 소요되는 돈을 어떻게 마련하고 그 사용을 적절히 통제할 수 있는가 하는 점이다. 정치자금을 정치인 개인에게 전적으로 부담시키는 것은 여러 측면에서 바람직하지 못하다. 그렇게 되면 우선 재력에 따른 정치가 되어 돈 있는 자만이 정계에 진출할 수 있으며, 그 조달과정에서 부패와 정경유착의 폐단을 야기하게 된다. 정당에 대한 공적 재정지원 및 선거비용의 국가지원은 이러한 이유 때문에 모색되는 방안 중의 하나이다.

미국 연방대법원은 1976년 버클리 선거자금 규제 사건<sup>36)</sup>에서 위와 같은 정치자금에 대한 법적 규제의 합헌 여부를 다루면서 대통령 선거 운동에 대한 공적 재정지원(public financing)에 관하여 그것은 언론을 제한하는 것이 아니라 공적 자금이 공적 토론과 선거과정에 대한 참여를 확대하고 촉진하는 데 쓰여지도록 허용함으로써 수정헌법 제1조의 목적을 증진한다는 이유로 이를 지지하였다.

## 2. 정치자금 규제에 대한 입장의 대립 - 자유주의와 평등주의

민주주의를 위한 필요비용이라고 생각되는 정치자금에 관하여는 민주주의와 돈의 관계에 대한 입장의 차이 때문에 끊임없는 논쟁이 전개되고 있다. 정치자금의 사용은 정치적 언론으로 간주되지만, 그에 대한 제한의 합헌 여부를 논함에 있어서는 표현의 자유를 절대적으로 생각하는 자유주의적 입장과 1인 1표의 평등주의적 사고를 추구하는 입장 사이에 첨예한 논란이 전개되어 왔다.<sup>37)</sup>

---

36) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)

37) Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer On Freedom of Speech: A Treatise on the First Amendment, Student Edition, Matthew Bender, New York, 1994 p. 9-39 이하 참조

대중사회(populace)에서 1인, 1불, 1투표의 이상을 추구하는 ‘수평적 평준화론’(straight leveling theory)은 개인 각자의 영향력을 평준화한다는 평등주의적인 목표(egalitarian goal)를 강조한다. 그에 의하면 국민 개개인이 평등하게 인간의 존엄을 보호받아야 한다면 민주정치에의 참여, 언론 자유의 행사에 있어서도 평등하여야 하고, 정부는 정치과정에서 그들의 영향력을 평등화하여야 한다고 한다. 이러한 입장에서 수평적 평준화론자는 부자의 정치시장에서의 힘(political market power)을 치유하기 위해서는 정치자금의 지출에 대하여 한도가 설정되어야 한다고 주장한다. 즉, 정치과정에 영향미치는 부자의 목소리를 침묵시키고 모든 시민의 상대적 능력을 평등화하기 위하여 모든 정치적 지출은 그 상한이 규제되어야 한다는 것이다. 억만장자는 경제 시장에서 그 거래자의 사상과는 무관한 인연으로 돈을 벌었음에도 정치적 시장에서 그의 의견을 전파할 거대한 힘을 갖게 되는데, 그것은 본래적인 의견의 힘과 무관한 것이다. 억만장자는 그만큼 나쁜 의견을 가질 수 있는 반면 국민자는 정치적 천재일 수도 있다는 것이다.

그러나 이러한 평등주의적 사고에 반대하는 자유주의론자들은 정치적 언론에 대한 제한은 위헌이라는 입장을 취한다. 그들은 언론의 자유시장과 자본주의적인 경제시장의 연계에 관하여 민주주의 체제는 이미 누진적 소득세 제도 등에 의한 소득 재분배에 의해 정치시장에서 언론을 구매할 수 있는 시민의 상대적 능력을 간접적으로 평준화하는 제도를 마련하고 있으며, 세금을 부담한 후의 돈은 완전히 개인의 자유처분에 맡겨지게 되므로 그가 원하여 돈으로 살 수 있는 것이면 언론도 마음대로 살 수 있는 것이라고 주장한다. 그들의 견해에 의하면 미국에서 수정헌법 제1조가 보호하는 언론의 자유는 강력한 자본주의적 투쟁의 장이며, 그 자유는 원하는 바가 무엇이라도

말할 수 있을 뿐 아니라 그의 정력과 자력이 허용하는 만큼 많은 청취자를 상대로 자주 말할 수 있는 자유를 의미한다는 것이다.<sup>38)</sup>

그러나 뒤에서 보는 바와 같이 미국 연방대법원은 우선 “자유로운 정치거래(political ‘free trade’)는 반드시 정치적 시장(political market- place)에 참여하는 모든 자가 엄격히 동등한 재력으로 참여하여야 하는 것을 요구하는 것은 아니”라고 하는 생각에서 수정헌법 제1조는 부자에게 지급의 능력에 따라 정치문제에 관하여 그들이 생각하는 바의 내용을 말할 수 있는 권리를 주는 것이라고 하여 개인의 정치자금 사용을 제한하는 종류의 평준화조치는 위헌이라고 판시하였다.<sup>39)</sup> 이렇게 미국 연방대법원은 개인에 관하여는 자본주의적 태도를 고수하였으나, 법인의 경우에는 그 후의 판결에서 그 일반 자금을 임의로 정치자금에 사용할 수는 없고, 다만 그 취지에 맞게 조성된 자금만을 정치자금으로 사용할 수 있다고 하여 이른바 ‘비례적 평준화론’을 취하였다.<sup>40)</sup>

### 3. 정치자금의 사용 - 현금과 지출의 구별

국가가 재정지원하는 정치자금 이외에 정치자금은 개인이나 단체로부터의 현금이나 지출에 의존하지 않을 수 없다. 문제는 이러한 현금과 지출이 어떠한 한도에서 허용되는가, 바꾸어 말하면 그에 대한 법적 규제가 합헌으로서 취급될 수 있는가 하는 점이다.

정치자금의 사용은 특정 정치인과의 관계가 전제되는 정치헌금(political contributions)과 특정인과의 연계 없이 정치적 목적으로 사용하는 돈의 지출(expenditure)이 구별된다. 그에 따라 정치자금의

---

38) Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer On Freedom of Speech: A Treatise on the First Amendment, Student Edition, Matthew Bender, New York, 1994 p. 9-42

39) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)

40) 후술 VI. 4. 참조

규제에 있어서는 양 유형의 정치자금 사용행위에 대하여 어떠한 규제를 할 것인가 하는 문제와 개인 이외에 법인이나 단체, 특히 기업이나 노동단체 등의 정치자금 현금이나 사용이 허용되는가 하는 문제가 논의되게 된다.

먼저 문제되는 것은 개인이 정치에 관하여 돈을 쓰는 경우 그것은 개인의 정치적 언론으로 간주되므로 이를 제한할 수 있는가 하는 것이다. 이에 관하여 미국에서는 현금(political contributions)과 지출(expenditure)을 구별하여 그 규율을 달리하는 입장이 취해지고 있다. 개인이 자기의 돈을 정치적인 목적으로 사용함에는 특정 정치인에 대한 현금과 그밖에 특정 정치적 신조의 표현·전파를 목적으로 정치적인 커뮤니케이션에 돈을 쓰는 행위를 포함하게 되는데, 뒤에서 보는 바와 같이 정치적 현금은 부패의 소지 때문에 그에 대한 법적 규제가 허용된다고 할 수 있지만, 개인이 선거나 정치적 쟁점에 관하여 의견광고 등에 돈을 쓰는 경우 이를 제한할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 그리고 이 문제는 기업이나 단체가 그의 일반자금으로 정치적 지출을 할 수 있는가 하는 문제를 논함에 있어 제시되는 찬반의 논거와 궤를 같이하게 된다.

미국의 예를 보면 선거와 관련한 자금의 사용은 바로 정치적 언론에 해당한다는 입장에서 선거자금에 대한 규제가 심사되어 왔다. 미국 연방의회는 선거운동 비용의 모금과 지출에 관한 규제를 위해 여러 법령을 제정하였는데, 그 요지는 연방 공직 선거운동에서 그 경비를 제한하고, 선거운동자금의 공개를 강제함으로써 그 남용을 억제하려는 조치를 강구함과 함께 연방선거에 대하여 부유층과 특정 이익단체의 불공정한 영향력을 제한하는 것이었다.

워터게이트 사건(Watergate scandal) 이후 정치자금에 관한 개혁의 결과 1971년 제정된 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act of 1971, 86

Stat. 3, as amended by Federal Election Campaign Act of 1974, 88 Stat. 1263)은 ① 공개요건 ② 선거 현금의 한도 ③ 선거를 위한 정치적 지출의 한계 ④ 선거에 대한 공적 재정지원 등을 규정하게 되었다.

그 중에서 특기할 것은 개인 또는 단체의 정치헌금(political contributions)과 정치적 지출(expenditure)을 구별하여 그 규제의 한도를 달리한 것이었다. 우선 현금은 정치 후보자나 선거운동 기금(campaign fund)에 지급되었거나 후보자의 선거운동조직과 협의하에 사용되는 돈을 말한다. 그에 비해 지출은 정치적 주장(political cause)을 촉진하기 위하여 후보자나, 개인 또는 법인 등 특정인에 의해 직접적으로 사용되는 돈을 말하며, 예컨대 후보자가 자기의 선거를 위하여 자신의 돈을 사용하거나, 그밖의 개인이나 법인이 후보자나 그 선거운동조직의 동의 없이 특정 후보를 돕거나 지게 하기 위하여 독자적으로 광고하는 경우 등이 포함된다.

먼저 정치헌금에 관한 규제로서 연방선거운동법은 한 개인이나 단체가 연방선거직 후보에 대해 할 수 있는 정치헌금의 상한으로서 1,000불을, 정치모임(political committee)이 선거당 단일 후보에 대해 할 수 있는 현금의 상한으로서 5,000불을 설정하였다. 나아가 모든 개인 현금자는 연간 25,000불 이상을 현금할 수 없도록 한도가 설정되었다.

동법은 나아가 개인 또는 단체의 정치적 지출에 관하여 다음과 같이 규정하였다. 즉, 동법은 개인 또는 단체가 특정한 후보를 위해 단일 선거의 후보자 당 지출할 수 있는 한도를 1,000불로 정하였고, 후보자 개인이 또는 그 가족의 자금에서 지출할 수 있는 연간 액수에 관하여 입후보하려는 연방직위에 따라 여러 항목에 관하여 그 한도를 정하였다.

정치모임은 10불 이상을 현금한 개인의 성명 및 주소와 100불 이상 현금자의 직업 및 사업장 소재지의 기록을 포함하여 현금과 지출의 상세한 기록을 보유하도록 의무화되었다. 정치모임은 연방선거관리위원회(FEC, Federal Election Commission)에 매 4분기 마다 100불 이상 지출에 대한 재원과 그러한 각 현금의 수령인 및 목적을 밝히는 보고서를 제출하여야 한다. 후보자나 정치모임이 아닌 개인이나 단체로서 100불을 초과하는 현금이나 지출을 행한 자는 역시 선거관리위원회에 진술서를 제출하여야 한다.

미국 연방대법원은 1976년 버클리 선거자금 규제 사건에서 위와



같은 정치자금에 대한 법적 규제의 합헌 여부를 본격적으로 다루게 되었다. 이 사건에서 법원은 대가적 외관 때문에 부패를 가져올 소지가 있는 현금(political contributions)에 대한 액수를 제한하는 규제는 지지하는 한편, 한 선거에서 개인이 쓸 수 있는 돈의 지출(expenditure)을 제한하는 규제는 무효화하였다.

[사례] 버클리 선거자금 규제 사건 (1976)

미국 연방대법원 Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)

이 사건에서 법원은 대가적 외관 때문에 부패를 가져올 소지가 있는 현금(political contributions)에 대한 액수를 제한하는 규제는 지지하는 한편, 한 선거에서 개인이 쓸 수 있는 돈(expenditure)을 제한하는 규제는 무효화하였다. 법원은 개인이 선거운동에 관하여 쓸 수 있는 돈의 액수를 제한하는 것은 정치적 언론이 구매될 수 있는 한도를 설정함으로써 바로 언론을 제약하는 것이므로 수정헌법 제1조에 위반된다고 판시하였다.

판시에 의하면 현금은 재정적 부패라는 특수한 문제가 있고 다액의 현금은 부패의 외관을 만들 수 있다고 생각하였기 때문에 제한될 수 있다는 것이었다. “현재 및 장래의 공직자에 대하여 ‘정치적 주고 받기’(political quid pro quo)를 담보하기 위하여 다액의 현금이 주어진다면 우리의 대의제적 민주주의의 청렴성(integrity)은 잠식되고 만다. 개인이 거액을 현금함으로써 정치권력이 남용될 수 있다는 점을 공공이 알게 됨으로써 야기되는 부패현상의 충격은 현실적인 주고 받기라는 폐단에 관한 관심과 같다.”

그러나 법원은 개인이 선거운동에 관하여 쓸 수 있는 돈의 액수를 제한하는 것은 정치적 언론이 구매될 수 있는 한도를 설정함으로써 바로 언론을 제약하는 것이므로 수정헌법 제1조에 위반된다고 판시하였다. 특정한 정치후보자를 지지하기 위하여 자금을 사용하는 것은 ‘언론’이고, 선거운동을 위한 개인의 독자적 지출은 우리 선거제도와 수정헌법 제1조의 자유의 핵심에 속하는 정치적 표현행위라는 것이다. “선거운동 기간중 개인이나 단체가 정치적 커뮤니케이션에 쓸 수 있는 돈의 액수를 제한하는 것은 토론되는 쟁점의 수, 그 설명의 깊이, 도달될 청중의 규모를 제한함으로써 표현의 양을 감소시킨

다”는 것이 그 이유였다.

Buckley사건 이후 연방과 주는 수정헌법 제1조에 위반하지 않는 범위에서 미국 정치의 마당을 개선하기 위한 노력을 계속하였다. 버클리 사건에서 연방대법원은 평준화이론(‘leveling’ theory)을 논거로 한 개혁을 외면하였으나, 돈에 의한 언론, 특히 법인에 의한 언론이 민주주의 과정을 잠식할 것이라는 주장이 강력히 거론되어 왔기 때문에 연방대법원 역시 평등주의의 평준화하려는 끈질긴 주장을 외면할 수 없었다. 이러한 논란은 법인의 정치자금 지출이 문제된 사건에서 구체적으로 다루어지게 되었다.

#### 4. 법인의 정치자금 사용에 대한 규제

앞서 본 정치자금에 관한 기본입장의 대립은 법인 기타 단체의 정치자금 사용을 허용할 것인가 하는 쟁점에 관하여 더욱 격렬한 논쟁을 유발하게 되었다.

이에 관하여 일설은 국민주권원리에서 주권자의 지위에 있는 자는 자연인일 뿐이고, 법인이나 단체는 포함되지 않는다는 논리를 전제로 법인이나 단체에게 선거권이 인정되지 않는 것과 같이 기업의 정치자금 기부는 허용될 수 없다는 입장을 취한다. 기업에 의한 정치자금 기부의 허용은 “자본주의 경제질서를 악용하여 민주주의를 금권정치(金權政治, plutocracy)로 변질시키는 것이며, 국민의 지배를 자본의 지배 또는 자본가의 지배로 변질시키는 것”이라고 한다.<sup>41)</sup> 기업의 정치헌금을 인정하는 것은 국민주권주의와 정치적 평등원칙이 요청하는 1인 1표의 원칙을 실질적으로 깨는 것이고, “기업이 자연인과 마찬가지로 정치적 발언권을 갖고, 나아가 자연인보다 훨씬

---

41) 정종섭, ‘기업의 정치자금 기부의 문제점과 위한 여부’ 헌법연구(2), 국가개혁과 헌법정책, 철학과현실사 (1996), 205면 이하

강한 발언권을 지니는 것은 정치적 평등원리와 부합되기 힘들다”고 주장하는 견해도 제시된다.<sup>42)</sup>

미국에서는 법인의 정치자금 사용을 허용할 수 없다는 논거로서 실제적인 문제가 제시되었다. 즉, 법인은 법률상 유한책임 등의 특혜를 받고 성립되는 것으로서 그 재력의 규모는 그 법인의 정치적 의제(議題)에 관하여 그 주주들이 갖는 지지도에 부응하는 것이 아니므로 법인이 그 자산을 정치적 언론을 위해 사용한다면 법인은 정치적 시장에서 불공정한 우위를 향유하게 될 것이고, 또 법인의 일반회계 자금은 투자자와 고객들의 정치적 선택에 의한 것이 아니라 경제적 선택에 의한 것이므로 비정치적 자금을 정치적 목적으로 사용하는 것을 금하는 것은 타당하다는 것이었다.

이 문제는 미국에서 주로 법인이 선거에 관한 입장을 표명하는 데 그 자신의 재원을 사용할 수 있는가 하는 점에서 논란이 되었다. 미국 연방대법원은 정치 후보자를 지지하기 위한 자금사용은 명백히 언론행위이며 독자적인 운동을 위한 지출은 미국의 선거제도와 수정헌법 제1조의 자유의 핵심에 있는 정치적 표현의 자유에 해당하므로 표현행위자가 법인이라는 이유만으로 수정헌법 제1조의 보호를 벗어나는 것이라고 하는 점을 인정한다. 1978년 미국 연방대법원은 법인이 찬반투표(referendum)의 문제에 관하여 그 쟁점이 그들의 영업적 이익과 직접적으로 관계된 것이 아니라 하더라도 자기의 견해를 표현하기 위하여 돈 쓰는 것을 추가 금지할 수 없다고 판시한 바 있었고<sup>43)</sup>, 정치운동모임(political action committee) 또는 특수한 이익단체(interest groups) 등과 같은 정치적 주장집단(political advocacy groups)도 단지 그들이 법인화되었다는 이유만으로 수정헌법 제1조의 권리를 상실하는 것은 아니라고 판시하였다.<sup>44)</sup>

---

42) 양건, 헌법연구, 법문사, 1995, 548면

43) First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978)

44) Federal Election Commission v. National Conservative Political Action Commission, 470 U.S. 480 (1985)

그러나 문제는 선거와 관련하여 법인의 자금 지출을 제한하는 미국 연방선거운동법 규정의 위헌 여부였다. 동법은 연방선거와 관련하여 법인이 그 자금을 지출하는 것을 금하고, 그러한 목적을 위한 지출은 자율적인 헌금에 의해 조성되고 분리된 별도의 기금에 의하여야 한다고 규정하였다 (동법 제316조).

이 점에 관하여 미국 연방대법원은 비영리법인인 경우에 위와 같은 제한은 위헌임을 확인하는 반면,<sup>45)</sup> 영리법인인 경우에는 위와 같은 제한이 합헌이라고 판시하였다.<sup>46)</sup>

위 제한의 합헌 여부를 판단함에는 먼저 자본주의체제를 취하는 헌법 체제하에서 정치적 자유시장에서 언론매체를 이용할 능력을 제한하는 것이 합헌인가 하는 점이 논란되었다. 미국 연방대법원은 우선 “자유로운 정치거래(political ‘free trade’)는 반드시 정치적 시장(political marketplace)에 참여하는 모든 자가 엄격히 동등한 재력으로 참여하여야 하는 것을 요구하는 것은 아니다”라고 진제하면서도 경제적 재력에 의한 언론시장의 석권을 방지하고, 경제시장에서 모은 부가 정치시장에서 불공정한 이점을 가져서는 안 된다는 주장을 상대적으로 받아들였다.

그 과정에서 법원은 언론의 자유시장이 자본주의적인 경제시장의 사고와 얼마나 연계되는가하는 문제에 대한 검토를 하지 않으면 안되었다. 즉, 비영리법인의 경우 그 단체가 모은 기금은 그의 주의·주장에 대한 공공의 지지의 표현이므로 그러한 기금을 사용하여 언론을 통해 정치적 견해를 표현할 수 있는 것은 당연하다. 그러므로 정치적 주의·주장의 촉진을 주목적으로 조직된 비영리법인의 지출

---

45) 낙태반대단체 선거개입사건, *Federal Election Commission v. MCFE*, 479 U.S. 238 (1986)

46) 미시간 상공회의소 선거관여 사건, *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 651 (1990)

을 특별히 제한할 수는 없다. 그러나 영리법인의 경우에 법인의 일반 재산은 투자자와 고객의 경제적 동기에 기한 결정의 반영일 뿐, 그 법인의 정치적 입장에 대한 대중적 지지의 표지가 아니므로 그에 대한 위와 같은 제한은 합헌이라는 것이다.

다음의 사건들은 법인의 선거관여의 허부에 관한 문제를 다루고 있는데, 자본주의 경제체제 하에서 정치적 평등권을 추구하고 선거에 대한 돈의 영향력을 평등화하는 것이 헌법적으로 타당한가 하는 문제가 쟁점으로 부각되고 있다.

[사례] 낙태반대 단체 선거개입사건 (1986)

미국 연방대법원 Federal Election Commission v. MCFL, 479 U.S. 238 (1986)

이 사건에서 법원은 정치적 주의·주장의 촉진을 주목적으로 조직된 비영리법인의 지출에 관하여 특별한 제한을 할 수 없다고 판시하였다.

연방선거관리위원회는 연방선거운동법(Federal Election Campaign Act)에 의해 임박한 예비선거에서 낙태를 반대하고 이른바 ‘생의 권리’(Right to Life)의 철학을 실천하기 위해 설립된 한 비영리법인(Massachusetts Citizens for Life, Inc., MCFL)이 생의 찬성자(pro-life)에 대하여 투표하라고 요구하는 뉴스레터를 발행한 책임을 추궁하기 위하여 그를 상대로 소송을 제기하였다. MCFL은 임박한 주 및 연방의 선거 후보자 중 MCFL의 견해를 지지하는 자와 반대하는 자의 명단을 게재한 “선거특별호”라는 전단을 준비하였다. 그 전단은 MCFL의 일반예산에 의해 제작되었고 일반 공중에게 배포되었다. 연방선거운동법 제316조는 법인이 연방선거와 관련하여 그 자금을 써서 지출하는 것을 금하였고, 그러한 목적을 위한 지출은 자율적인 헌금에 의해 조성되고 분리된 별도의 기금에 의할 것을 규정하고 있었다.

연방대법원은 동 법인에 의한 전단의 발행과 배포는 동법 규정을 위반하였다고 인정하였으나, MCFL은 영리적 기업이라기 보다는 자발적 정치결사에 가까운 특성을 가진 단체이므로 그것이 단지 법인화된 지위를 갖는다고 하여 특별히 불리하게 취급되어서는 안된다는 이유로 MCFL에 적용된 제한을 무

효화하였다.

법원의 견해를 대변한 Brennan대법관은 “자유로운 정치거래 (political ‘free trade’)는 반드시 정치적 시장(political marketplace)에 참여하는 모든 자가 엄격히 동등한 재력으로 참여하여야 하는 것을 요구하는 것은 아니다.”라고 전제하고, 단체가 기금을 모을 수 있는 능력은 그의 주의·주장에 대한 공공의 지지의 바로미터가 된다고 할 것이므로 자기의 견해에 대해 재정적 지원을 받을 수 있는 단체는 그 기금이 구매할 수 있는 언론을 동원하여 정치적 견해의 시장도 석권할 수 있다고 하는 것이 적절하다고 판시하였다.

그러나 이러한 원리는 일상적인 영리법인에 대하여 적용될 수 없는 데, 영리법인의 자산은 그 법인의 정치적 입장에 대한 대중적 지지의 표지가 아니기 때문이라고 논한다. 즉, 법인의 일반 재산은 투자자와 고객의 경제적 동기에 기한 결정의 반영이다. 법인의 힘이 그 견해의 힘의 반영이라고 할 수 없을지라도 이러한 재원의 가용성은 정치적 현실에서 법인을 만만찮은 존재로 만들게 할 것이다. “정치적 활동에 관한 법인의 직접적 지출은 경제적 시장(economic marketplace)에서 모아진 재원이 정치적 시장에서 불공정한 이점을 얻기 위해 사용될 수 있다는 예측을 갖게 한다.”

이 사건에서 법원은 정치적 주의·주장의 촉진을 주목적으로 조직된 비영리법인의 지출에 관하여 특별한 제한을 할 수 없다고 한 반면, 기타 영리법인의 금고가 정치적 병기로서 가질 수 있는 영향력을 억제하려는 제한은 허용된다고 본 것이다. 이러한 판시는 적어도 법인의 재력에 관한 한 평준화이론(leveling theory)을 채용한 것으로 평가된다.

[사례] 미시간 상공회의소 선거관여 사건 (1990)

미국 연방대법원 *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 651 (1990)

이 사건에서 법원은 미시간 상공회의소를 영리법인으로 보고 그가 자체 재산을 정치적 언론에 사용할 수 없다고 금지한 법률을 합헌이라고 판시하였다.

미시간 상공회의소는 8,000여 회원으로 구성된 법인으로서 그 회원의 4분의 3은 영리법인이었고, 그 설립목적은 사기업에 유리한 경제적 조건의 조성, 기업사회에 관계된 입법에 관한 정보제공, 회원의 훈련 및 교육과 정치적 목

적을 위한 현금의 수령 및 지출 등이었다. 1985년 동 회의소는 미시간주 의회의 보궐선거에서 Richard Bandstra라는 특정 후보의 지지를 표명하는 광고를 지방신문에 게재하기 위하여 그 일반회계 자금을 사용하려고 하였다. 그러나 ‘미시간주 선거운동자금법’(Michigan Campaign Finance Act, Mich. Comp. Laws Ann. § 169.254의 § 54(1))은 영리법인 및 비영리법인이 주 선거 후보자의 지지 또는 반대를 위하여 법인자금을 사용하는 것을 금지하고, 다만 정치적 목적을 위해서만 모금되고 사용되는 분리된 기금의 지출은 허용하였다. 또 동법은 비법인인 노동조합과 신문 방송 등 미디어 법인에 대하여는 예외규정을 두었는데, 특히 선거직 후보자에 대한 지지 또는 반대의 뉴스 기사, 해설 또는 사실의 보도와 방송의 정규적 과정에서 발생하는 방송국, 신문, 잡지 기타 정기간행물 또는 출판물의 지출은 동법상 제한되는 지출에서 제외하였다.

동 회의소는 연방지방법원에 그러한 자금의 사용을 처벌하는 동법의 집행을 금하여 달라는 인정선소송을 제기하면서 미시간 상공회의소는 전술한 MCFL사건(낙태반대단체 선거개입사건) 판결을 인용하여 동 회의소는 비영리적 단체이므로 동법상의 지출제한은 수정헌법 제1조 및 제14조에 위반된다고 주장하였다. 지방법원은 동법을 지지하고 동 회의소의 청구를 기각하였으나, 제6순회 항소법원은 이를 번복하고 동법상의 제한은 수정헌법 제1조에 위반된다고 판시하였다.

상고를 수리한 미국 연방대법원은 정치 후보자를 지지하기 위한 자금사용은 명백히 언론행위이며 독자적인 운동을 위한 지출은 우리의 선거제도와 수정헌법 제1조의 자유의 핵심에 있는 정치적 표현의 자유에 해당하므로 표현행위자가 법인이라는 이유만으로 수정헌법 제1조의 보호를 벗어나는 것은 아니라고 하는 점을 인정하면서도 MCFL 사건(낙태반대단체 선거개입사건, 479 U.S. 238 (1986))이나 Bellotti 사건(First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978))에서와는 달리 미시간 상공회의소는 영리법인에 해당한다는 이유를 들어 그에 대한 정치자금의 지출을 제한한 동법은 합헌이라고 판시하였다.

즉, 법원은 미시간 상공회의소의 성격에 관하여 그가 기업에 의한, 기업을 위한, 기업의 조직으로서 정치적으로 중립적인 기업과 경제에 관한 이슈를 다룰 뿐, 정치적 단체가 아니고, 동 회의소의 자금은 그 회원들의 정치적 신

조를 반영하는 것도 아니란 점에서 영리법인과 유사하다고 판시하였다. 따라서 경제시장에서 모은 부가 정치시장에서 불공정한 이점을 가져서는 안된다는 이치가 MCFL(낙태반대 단체)에 대해서는 적용될 수 없지만, 이 사건의 미시간 상공회의소에 대하여는 적용되어야 한다는 것이었다. 만약 선거에서 일반자금의 지출에 의한 영향력행사가 금지되는 General Motors가 상공회의소에 그 현금을 집중한다면 영리법인에게 선거운동 지출을 금하는 조항은 무의미하게 된다는 점도 지적되었다.

상공회의소는 그밖에도 그 법률이 비법인인 노동조합과 신문, 방송 등 미디어 법인에 대하여는 예외규정을 둠으로써 이러한 규제에서 평등원칙을 위반하였다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은, 미디어 기업은 제도언론으로서 특수한 감시자의 역할을 수행하므로 예외가 될 수 있고, 노조는 법인이 아니므로 예외취급이 정당하다고 실시하였다. 노조원이 협약관리, 단체교섭 또는 불만처리에 관련이 없는 노조의 정치활동에 찬성하지 않는 경우에는 그러한 노조활동을 억제하는 권리가 인정되므로 노조의 정치자금은 노조의 정치적 입장에 대한 그 구성원의 지지를 벗어나지 않게 된다는 점이 지적되었다.

그러나 Kennedy 대법관의 반대의견에 의하면 다수의견은 미시간주의 법률과 여러 유형의 표현행위자를 가치적으로 구별함에 의해 대법원 자체에 의한 검열을 인정한 것이라고 비판한다. 또 Scalia대법관의 반대의견은 다수의견에 대하여 “너무 많은 언론은 민주주의적 다수가 금지할 수 있는 악이다”라고 하는 원리에 근거하는 것으로서 오웰식 사고에 기한 것이라고 통렬히 비판한다. 그에 의하면 다수의견은 정부가 검열에 의해 정치토론의 공정성을 확보할 권한을 갖지 못한다고 하는 수정헌법 제1조의 절대적이고 핵심적 진리에 맞지 않는 것이었다.

스몰라교수에 의하면 미국 연방대법원은 낙태반대단체 선거개입사건<sup>47)</sup>과 미시간 상공회의소 선거관여 사건<sup>48)</sup>에서 이른바 ‘비례적 평준화’ 이론(proportional leveling theory)을 채용한 것이라고 논한다. 앞서 본 바와 같이 버클리 선거자금 규제 사건<sup>49)</sup>에서 미국 연방대법

47) Federal Election Commission v. MCFL, 479 U.S. 238 (1986)

48) Austin v. Michigan Chamber of Commerce, 494 U.S. 651 (1990)



원이 취한 기본적 입장은 ‘수평적 평준화’ 이론(straight leveling theory)을 배척한 것이며, MCFL사건과 미시간 상공회의소 사건에서는 위와 같은 기본적 입장을 유지하면서 ‘비례적 평준화’ 이론(proportional leveling theory)을 채용함으로써 ‘수평적 평준화’ 이론과의 절충을 도모한 것이라는 것이다.<sup>50)</sup>

‘수평적 평준화’(straight leveling theory) 이론은 정치과정에 영향미치는 부자의 목소리를 침묵시키고 모든 시민의 상대적 능력을 평등화하기 위하여 모든 정치적 지출은 억만장자 개인의 독립적 지출이라고 하더라도 그 상한을 규제할 수 있다는 입장이지만, 비례적 평준화의 이론은 정치자금이 그 기금에 현금한 자의 견해에 맞게 비례적으로 사용되어야 함을 요구하는 정부의 규제를 허용한다. 비례적 평준화 이론은 돈이 말할 수 있는 것이라면 그 자체를 위해 말해야 한다고 한다. 특정 주체는 정치적 언론에 관하여 그 자신이 원하는 만큼 자신의 돈을 쓸 수 있을 뿐 타인의 돈을 쓸 수는 없고, 정치적 언론에 타인의 돈을 쓰기 위하여는 그들이 그러한 목적으로 권한을 주었다는 점을 입증할 수 있어야 한다.

위와 같은 미국 연방대법원의 결론을 종합하면 정치적 목적을 추구하는 비영리적인 법인이 그 취지에 따라 제공받은 자금은 임의로 사용할 수 있으나, 정치적 활동과 상관이 없는 영리법인이 영업적 거래에서 얻은 돈은 정치적 목적으로 사용함에 규제가 허용된다는 것이다. 이러한 단체가 정치자금을 사용하려면 법인·단체 내에 처음부터 특정 정치인이나 정당에 정치자금으로 기부하는 목적을 분명히 하고 구성원들의 자발적인 의사에 따라 별도의 기금을 모은 경우에 한하여 그 사용이 허용된다는 것이다.

예컨대, 미국의 정치행동모임(PAC, Political Action Committee)은

---

49) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976)

50) Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer On Freedom of Speech: A Treatise on the First Amendment, Student Edition, Matthew Bender, New York, 1994 p. 9-32

이런 유형에 해당한다고 볼 수 있다. PAC는 기업이나, 노동조합은 물론, 각종의 사회단체에 설치될 수도 있으며, 또 활발하게 활동하고 있다.<sup>51)</sup>

## 5. 한국

한국에서 정치자금에 관한 최초의 규율은 1965년 제정된 정치자금에 관한법률(1965. 2. 9. 법률 제1685호)이었다. 당시 정치자금은 “정치활동을 위하여 소요되는 금전이나 유가증권 기타 물건”으로 정의되었고, 이를 중앙선거관리위원회가 기탁받아 기탁 당시의 정당 소속 국회의원의 수의 비율에 의해 배분·인도하였다(동법 제3조 제1항, 제4조 제1항).

정치자금제도를 보다 체계화시킨 1980년 개정 법률(1980. 12. 31. 법률 제3302호)은 정치자금을 “당비, 후원금, 기탁금, 보조금, 후원회의 모집 금품과 정당의 당헌·당규 등에서 정한 부수 수입 기타 정치활동을 위하여 제공되는 금전이나 유가증권 기타 물건”으로 보다 넓게 정의하고, 정당에 대한 국고보조금제도를 처음 규정하였다(동법 제3조). 동 개정법률의 특징은 노동단체의 정치자금 기부를 금지한 것이었다(동법 제12조). 1989년 개정(1989. 12. 30. 법률 제4186호)에 의해 국고보조금제도와 후원회 제도에 대한 일부 개선이 있었다.

단체의 정치자금 기부에 관하여 정치자금에관한법률은 1965년 제정 당시부터 이를 허용하고 있었고(동법 제1조), 1991년 개정법률(1991. 12. 31. 법률 제4463호)은 기부의 주체로 규정하고 있던 종전의 “개인, 후원회 기타 단체”를 “개인·법인, 후원회 기타 단체”라고

---

51) 정종섭, ‘기업의 정치자금 기부의 문제점과 위헌 여부’ 헌법연구(2), 국가개혁과 헌법정책, 철학과현실사 (1996), 214면

하여 법인도 기부의 주체가 됨을 분명히 하였다. 그러나 1980년 개정 법률에 의해 노동단체의 정치자금 기부는 금지되고 있었다 (동법 제12조).

현행 정치자금법은 정치자금으로서 국가에 의한 자금지원으로서 ‘보조금’과 그 외에 ‘당비, 후원금, 기탁금’ 등 개인이나 단체로부터 제공된 금품을 들고 있다.

동법이 규정하는 바에 의하면 ‘기탁금’은 “정치자금을 정당에 기부하고자 하는 개인·법인 또는 단체가 동법의 규정에 의하여 선거관리위원회에 기탁한 금전이나 유가증권 기타 물건을 말한다”(법 제3조 제6호). 종래 기탁금에는 특정 정당을 지정하지 않는 일반기탁금제도와 특정 정당을 지정해서 기탁하는 지정기탁금제도가 있었는데, 지정기탁금제도는 1997년의 법률개정으로 폐지되었다.

정치자금법은 개인 또는 단체의 정치자금의 기탁에 관하여 선거관리위원회에 기명으로 기탁해야 하며(타인의 명이나 익명으로 하는 기탁은 금지), 1회에 기탁할 수 있는 금액의 하한과 연간 기탁할 수 있는 기탁금의 상한을 정한다 (동법 제11조).

정당은 매년 12월 31일 정치자금의 수입금액과 정치자금의 지출에 관한 내역을 선거관리위원회에 보고해야 하며(동법 제24조), 관할 선거관리위원회는 정당의 회계보고를 사무소에 비치하고 공고일로부터 3개월 동안 누구든지 볼 수 있도록 해야 하며(동법 제24조의2 제1항), 기탁금을 정당에 지급한 경우에는 지급액과 기탁자의 성명 등을 공고해야 한다(동법 제15조, 제26조)고 규정함으로써, 기탁금에 관하여 원칙적으로 공개할 의무를 부과하고 있다.

정치자금을 논의함에 있어서는 우선 그 수요자(정치인)와 공급자(시민으로서 개인 또는 단체), 누구의 입장에서 이를 다룰 것인가 하는 문제가 있다. 우리의 경우 정치자금은 그 수요자인 정치인의 입장에서 이를 조달하는 방안과 그에 대한 부패의 소지를 막으려는 관점에서 논의되어 왔다. 그러나 일반론으로 볼 때 정치자금은 이를

제공하거나 사용하는 개인이나 단체의 입장에서 이를 다루는 태도가 보다 바람직하다고 할 수 있다. 미국의 정치자금 규제를 보면 개인이나 단체에 의한 정치자금의 현금이나 사용은 이를 정치적 언론의 행사로 보아 최대한 허용하되, 그로 인한 부패의 폐단을 방지하고, 1인1표를 지향하는 정치적 언론시장에서 돈의 힘이 우월하게 작용하는 것을 시정하려는 노력이 행해지고 있다.

우리 법제상 정치자금 규제의 문제를 검토해 보면 첫째, 개인 또는 단체의 정치자금 기부를 중심으로 하여 그 한도를 규제하는 데 주안점을 두고 있을 뿐이어서 정치헌금과 정치적 커뮤니케이션을 위한 돈의 사용에 관한 개념상의 구분이 없고, 후자에 관하여는 아무 규정이 없다는 점이다. 개인이나 단체의 정치적 지출에 대한 규제가 존재하지 않는 이유는 중전 선거법상 허용된 일정한 자 이외의 선거운동이 일반적으로 금지되어 왔기 때문이라고 할 수 있다. 그러나 시민단체나 노동조합 등의 선거관여가 새로이 허용되는 마당에 그에 대한 규제 여부가 새로운 쟁점으로 검토되지 않을 수 없을 것이다.

둘째, 후보자 개인의 선거운동 자금 사용이 일률적으로 규제되고 있는 점에 대한 헌법적 평가가 음미될 필요가 있다는 점이다. 이것은 우리의 선거법이 앞서 본 바와 같이 수평적 평준화론을 채용한 것이라고 볼 것이지만, 우리나라에서 이 점에 관한 위헌 논란은 거의 이루어지지 않고 있다. 부패 금권선거의 폐해만이 부각되었던 우리의 실정에서 선거비용의 제한이 당연시된 측면이 있다고 볼 것이지만, 미국 판례의 입장을 보면 후보자 개인의 정치적 표현의 자유의 하나로서 정치적 커뮤니케이션 수단을 이용할 권리를 제한하는 선거비용의 한도규제는 위헌이라고 판단되고 있음에 유의할 필요가 있다.

셋째, 아울러 법인 등 단체의 정치자금 지출에 대한 규율 여부가 논의되어야 한다. 여기에는 언론매체기업의 선거운동 허부, 노조의

선거운동 허부 등과 관련하여 그밖의 단체나 법인이 자체의 자금을 정치적 목적으로 사용할 수 있는가 여부 내지 그 한도 설정의 가부가 논의되어야 한다. 이미 미국에서 논의된 바와 같이 여기에는 경제적 시장에서 획득된 부가 정치적 언론시장에서 불공정한 우위를 누리는 점에 대한 평가와 적정한 규율을 요한다고 생각된다. 그에 관한 새로운 규율이 논의된다면 미국 연방대법원이 판시한 바와 같이 법인의 정치자금 사용은 비영리법인의 경우 일반 자금의 사용을 제한할 수 없으나, 영리법인은 임의로 그 일반자금을 정치목적으로 사용할 수 없고, 단지 명시적으로 제시된 취지에 따라 모금된 기금만을 정치적 목적으로 사용할 수 있다고 함이 합리적일 것이다.

앞서 본 바와 같이 우리의 정치자금에 관한 법률은 제정 이래 현재에 이르기까지 단체의 정치자금 헌금을 금지하지 않으면서 1980년의 개정 법률은 노동단체의 정치헌금만을 금지하였다. 이에 대하여 노동조합 조합원 개인의 정치적 기본권 행사와 저촉되는 노동조합의 활동은 규제될 수 있다고 하더라도 사용자단체에 대해서는 정치자금의 기부를 허용하면서 노동단체에 대해서 기부 행위를 금지한 것은 헌법의 평등 조항에 위반한다는 논란이 제기되어 왔다. 헌법재판소는 1999년 노동단체의 정치자금 기부를 금지하고 있는 1980년 개정 정치자금에 관한 법률 제12조에 대한 위헌 여부를 다루게 되었다.

[사례] 노조 정치헌금 사건 (1999)  
헌법재판소 1999. 11. 25. 95헌마154

이 사건에서 헌법재판소는 노동단체에 대하여 정치자금을 기부할 수 없도록 규정한 정치자금에 관한 법률 제12조가 청구인의 결사의 자유 및 표현의 자유의 본질적 내용을 침해할 뿐 아니라 평등원칙에도 위반되는 위헌적인 규정이라고 판시하였다.

청구인은 청구의 한성종합산업 주식회사에 종사하는 근로자들로 구성되어

1995. 4. 6. 설립된 신설 노동조합인데, 노동조합의 정치활동을 금지한 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것) 제12조, 노동조합을 포함한 모든 단체의 선거운동을 금지한 동법 제87조 및 노동단체의 정치자금 기부를 금지한 정치자금에관한법률(1980. 12. 31. 법률 제3302호로 제정된 것) 제12조 제5호가 청구인의 표현의 자유, 정치활동의 자유, 단결권, 평등권 등을 침해한다는 이유로 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 위 법률조항들에 대하여 1995. 5. 23. 헌법소원을 청구하였다. 이 사건 결정선고 당시에는 위 논란이된 조항 중 노동조합의 선거운동을 금지하는 조항은 모두 개정되어 노동조합의 선거운동은 허용되어 있었기 때문에 헌법재판소는 노동단체가 정치자금을 기부할 수 없다고 규정한 정치자금에 관한 법률 제12조 제5호의 위헌 여부만을 심사하게 되었다.

헌법재판소는 먼저 “노동조합이 근로자의 근로조건과 경제조건의 개선이라는 목적을 위하여 활동하는 한, 헌법 제33조의 단결권의 보호를 받지만, 단결권에 의하여 보호받는 고유한 활동영역을 떠나서 개인이나 다른 사회단체와 마찬가지로 정치적 의사를 표명하거나 정치적으로 활동하는 경우에는 모든 개인과 단체를 똑같이 보호하는 일반적인 기본권인 의사표현의 자유 등의 보호를 받”게 됨을 확인하고, 모든 중요한 정치적 결정이 정당에 의하여 준비되고 그에 의하여 내려지는 오늘날의 정당정치체제 하에서 정당을 통하지 않고서는 어떠한 사회단체도 자신의 정치적 영향력을 효율적으로 행사할 수 없고 의회와 정부 등 국가기관의 결정에 큰 영향력을 행사할 수 없는데, 정당과 의회·정부에 대하여 단체 구성원의 이익을 대변하고 관철하려는 모든 이익단체가 정당에 영향력을 행사하는 중요한 방법의 하나인 정치자금의 기부를 통하여 정당에 영향력을 행사하려고 시도하는 것은 당연하고도 자연스러운 현상으로서 노동단체에 대하여 정치자금을 기부할 수 없도록 규정한 이 사건 법률조항은 노동단체의 표현의 자유와 결사의 자유를 제한하고 있다는 점을 인정하였다.

따라서 “다양한 사회세력의 자유경쟁을 통하여 정당한 이익조정에 이르기 위해서는, 사회의 중요한 세력과 이익이 정치적 의사형성과정에서 자유롭게 참여할 수 있어야 하고, … 정당한 이익조정에서 이르는 정치적 의사형성과정에서 있어서의 사회단체의 의미와 사회단체 간의 세력균형의 중요성을 가장 대표적으로 표현하는 예가 바로 노동자단체와 사용자 또는 사용자단체간의 관계

이다. 그런데 이 사건 법률조항이 다른 사회단체, 특히 사용자단체에게는 정치자금의 기부를 허용하면서 노동단체에게만 정치자금의 기부를 금지하는 것은 정당에 대한 기부를 통하여 정당에 영향력을 행사하고, 정치적 의사형성과정에 참여하고자 하는 노동단체의 영향력을 제한하는 것이며, 이는 특히 사용자나 사용자단체와의 관계에서 사회세력 간의 정당한 이익조정을 크게 저해하고, 근로자에 불리하게 정치의사를 형성하는 결과를 가져올 수 있다.”

정부는 이 사건 법률조항의 입법목적으로서 노동단체의 정치활동을 제한함으로써 노동운동이 정치운동으로 변질되는 것을 방지하여 노동단체가 본연의 헌법적 과제 수행에 충실하도록 하고, 한편 노동단체가 정당에 정치자금을 기부함으로써 발생할 수 있는 단체재정의 부실과 단체 구성원(조합원)의 권익 훼손을 방지하며, 정당으로부터 노동단체의 자주성을 보호하고자 하는 데에 있다고 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 이 사건 법률조항의 입법목적인 ‘노동단체의 정치화 방지’나 ‘노동단체 재정의 부실 우려’는 헌법상 보장된 정치적 자유의 의미에 비추어 입법자가 헌법상 추구할 수 있는 정당한 입법목적의 범위를 벗어난 것이며, 설사 이러한 입법목적 중 일부가 정당하다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 사회세력 누구나가 자유롭게 참여해야 할 정치의사형성과정과 정당한 이익조정과정을 근로자에게 불리하게 왜곡시키는 결과를 가져온다는 점에서 이러한 기본권 침해의 효과는 매우 중대함에 반하여, 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려는 공익인 ‘노동단체 재정의 부실 우려’의 비중은 상당히 작다고 판단된다는 이유로 이 사건 법률조항은 노동단체인 청구인의 표현의 자유 및 결사의 자유의 본질적 내용을 침해하는 위헌적인 규정이라고 판단하였다.

나아가 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 다른 이익단체, 특히 사용자의 이익을 대변하는 기업이나 사용자단체의 정치헌금을 허용하면서 유독 노동단체에게만 정치자금의 기부를 금지한 것은 노동단체로 하여금 정당에 영향력을 행사할 수 있는 정치활동의 영역을 다른 사회단체와 달리 차별대우하고 있기 때문에 평등원칙에도 위반된다고 부언하였다.

위 결정 이후 2000. 2. 16. 개정된 정치자금에관한법률은 사업 또는 사업장별로 조직된 단위노동조합에 대하여는 여전히 정치자금의

기부를 금지하였으나, 단위노동조합의 연합조직에 대하여는 이를 허용하되 이들이 정치자금을 기부하고자 하는 경우에는 “정치자금의 기부를 위한 별도의 기금을 설치·관리하여야 한다”고 규정하여 별도의 기금조성을 통하여 정치자금을 기부하도록 하였다.

## Ⅶ. 맺는 말

이 글에서 본 바와 같이 우리의 선거법제를 개관하면 선거운동의 폐해에만 집착한 나머지 세계에 유례 없는 규제와 제한이 실정화되어 있음을 알 수 있다. 그 원인은 멀리 보아 우리의 선거법제가 일본의 영향을 벗어나지 못한 데에 있는 것이라고 할 수 있다. 사전선거운동을 금지한다거나 선거운동방법 및 선거운동의 주체 등 포괄적인 금지의 체제는 일본의 통치체제가 군주제에서 의회민주주의로 전환하는 과정에서 국민의 직접적 정치참여를 가급적 억제하려는 특수한 사정이 반영된 것이었고, 이를 우리의 선거법제가 답습하였다는 점을 간과할 수 없는 것이다.

물론 우리의 선거문화가 후진성을 벗어나지 못하여 선거에 관한 정부의 후견적 간섭이 정당화되는 측면이 없지 않지만, 그럼에도 유권자의 의식은 깨어가고 있으며, 선거법상 규제를 위반하여 감행되는 선거운동이 시민들에 의해 배척되고 있음을 볼 때 과도한 규제체제는 오히려 정당성을 잃고 있다고 볼 수 있다.

헌법재판소가 지적한 바와 같이 “선거운동에 대한 지나친 규제는 기득권자의 기득권을 옹호하는 반면, 지명도가 낮은 신참 후보자의 진출을 억제하는 부작용을 낳기 쉽고, 규제와 처벌에 치우친 선거법은 모든 유권자와 후보자를 잠재적인 범법자로 만들어 선거 후 법적 처리의 차별성을 통해 정치적으로 악용될 위험성을 지닌다. 후보자



와 유권자의 접촉이 차단되면 유권자는 후보자의 면면을 잘 모르는 상태에서 투표에 임하여 국민의 진정한 대표자를 선출하는 데 지장을 주며, 무관심한 가운데 투표가 치루어지게 되어 투표율이 낮게 되는 요인이 된다.”<sup>52)</sup>

1994년 통합선거법의 제정으로 상당한 개선이 이루어졌다고는 하나, 그 이후에도 단체의 선거운동 금지나, 사전선거운동 금지의 위헌성을 주장하는 사례가 빈번히 제기되고 있다. 그리고 이러한 선거운동이나 정치활동의 전반적 제한은 개인 또는 이익단체의 자발적인 정치참여를 제한하여 하의상달이라는 민주적 의사형성을 방해하는 중요한 원인이 된다고 볼 수도 있고, 사회의 다원적 세력이 정당이나 선거에 올바르게 영향력을 행사할 기회가 봉쇄된 결과 연고주의나 금권에 의한 선거가 불식되지 못하는 원인의 하나로 생각될 수도 있다.

위와 같은 입장에서 헌법재판소의 판례를 검토하여 보면 아직도 전반적인 규제주의의 틀을 벗어나지 못하고 있다. 여론조사의 객관성을 담보할 여건을 규제하는 이외에 선거기간 중 여론조사의 공표를 금지하고 있으며, 단체의 선거운동을 전반적으로 금지함으로써 시민 개인이 단체의 힘을 통하여 정치과정에 참여하는 가능성이 상당 부분 제약되고 있는 것이다.

---

52) 선거운동 주체 제한 사건, 헌법재판소 1994. 7. 29 93헌가46병합결정, 판례집 6-2, 15

# 相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致 決定의 문제점\*

- 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -

尹 貞 秀

서울大學校 法科大學 助教授

- 目 次 -

- I. 序 論
- II. 이 사건 決定에 이르게 된 背景
- III. 審判의 對象에 대한 疑問
- IV. 違憲決定 理由의 分析
  - 1. 憲法裁判所의 違憲決定 理由 要旨
  - 2. 문제되는 基本權
    - 가. 財產權
    - 나. 幸福追求權
    - 다. 기타의 基本權

---

\* 이 글은 서울대학교 BK21 21세기 세계속의 한국법 발전 교육연구단의 지원을 받아 작성된 것이다.

### 3. 比例의 原則 위반 여부

#### V. 不合致決定의 當否

1. 문제의 소재
2. 獨逸에서의 不合致決定
  - 가. 독일연방헌법재판소의 판례
  - 나. 학설상의 논의
3. 우리나라에서의 논의
  - 가. 판례
  - 나. 학설
4. 私見
  - 가. 違憲法律의 效力과 憲法不合致決定
  - 나. 憲法不合致決定이 허용될 수 있는 범위
  - 다. 기타의 반론에 대하여
5. 이 사건에서의 不合致決定의 當否

#### VI. 이 사건 不合致決定의 遡及效

1. 문제의 소재
2. 憲法裁判所의 判例
  - 가. 헌법재판소 1995. 7. 27. 선고  
93헌바1·3·8·13·15·19·22·37·38·39·52·53 결정
  - 나. 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고, 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌바12·17 결정
  - 다. 헌법재판소 2000. 1. 27. 선고 96헌바95, 97헌바1·36·64 결정
3. 學說
4. 私見
  - 가. 違憲決定의 원칙적인 遡及效

나. 憲法不合致決定의 原則的 遡及效

5. 法務部の 親族相續法 改正案에 대하여

가. 제1차 改正案 및 그 문제점

나. 제2차 改正案 및 그 문제점

VII. 結 論

## 1. 序 論

헌법재판소 1998. 8. 27. 선고 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25 결정<sup>1)</sup>은, 상속인이 민법 제1019조 제1항의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때에는 상속인이 단순승인을 한 것으로 본다고 규정하고 있는 민법 제1026조 제2호에 대하여, 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 위의 기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 못한 경우에도 위 조항이 단순승인을 한 것으로 본 것은 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적자치권을 보장한 헌법 제10조 제1항에 위반된다고 하면서, 위 법률조항은 입법자가 1999. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2000. 1. 1.부터 그 효력을 상실하며, 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다는 이른바 헌법불합치결정을 선고하였다.

이 결정이 있기 전까지는 상속재산 중 적극재산을 초과하는 액수의 상속채무가 있다는 사실을 알지 못하여 민법 제1019조 제1항의 이른바 考慮期間 내에 아무런 조치를 취하지 않고 있다가, 뒤늦게서야 이를 알게 된 경우에, 그러한 상속인을 어떻게 보호할 것인가 하는 점에 관하여 주로 민법 해석론의 차원에서 여러 논의가 있었다.<sup>2)</sup> 그런데 위 결정이 선고됨으로써 이 문제는 이제 새로운 양상을 보이게 되었다.

얼핏 생각하기에는 위 결정이 선고됨으로써 이 문제에 대한 논란

---

1) 관례집 10-2, 339

2) 이에 대하여는 尹貞秀, 相續債務를 뒤늦게 발견한 相續人의 保護, 서울대학교 法學 제38권 3·4호, 1997, 185면 이하 참조.

은 종료되었고 더 이상의 논의는 필요없는 것으로 여겨질 수도 있다. 그러나 자세히 살펴보면 위 결정은 이 문제를 해결한 것이라기 보다는 또 다른 새로운 쟁점을 제기하는 결과를 가져왔다. 우선 위 결정은 종래의 제1026조 제2호를 대체하는 새로운 입법을 할 의무를 입법자에게 부과하였는데, 과연 입법자가 어떠한 내용의 입법을 하여야 하는 것인가가 문제된다. 이는 뒤에서 보는 것처럼 위 결정이 그 심판 대상을 제1026조 제2호로 잡은 것이 적절한가 하는 문제와 관련이 있다. 나아가 그러한 새로운 내용의 법률이 제정되면 그 입법은 예컨대 위헌결정을 가져오게 한 사건 등 위 입법이 있기 전에 상속이 개시된 사건에도 소급 적용될 수 있는가 하는 점도 문제로 된다.

다른 한편으로 위 결정은 위 법률조항은 입법자가 1999. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2000. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다고 하였는데, 위 기간이 경과한 현재까지도 그러한 개정은 이루어지지 않고 있다. 그러므로 지금 현재의 법률관계는 어떻게 되는 것인가 하는 점도 문제로 된다.

보다 근본적으로는 위 결정에서 헌법재판소가 통상적인 단순위헌 결정이 아니라 헌법불합치결정을 선고한 것은 과연 타당한 것인가, 헌법불합치결정에는 어떠한 효력이 인정되는가 하는 점을 살펴보아야 할 것이다. 위 결정 자체에도 헌법불합치결정은 우리나라에서는 허용되지 않는다는 반대의견이 있으므로, 과연 우리나라에서 헌법불합치결정은 가능한 것인가, 가능하다면 어느 경우에 인정될 수 있는가 하는 점을 따져 보아야 한다. 또한 위의 문제들 중 상당 부분은 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하였기 때문에 생긴 것이므로, 일반적으로 헌법불합치결정의 효력을 논하지 않을 수 없다.

이하에서는 위 결정에 이르게 된 배경을 살펴보고, 이어서 위 결정이 심판 대상을 민법 제1026조 제2호로 잡은 것이 과연 적절하였

는가 하는 점에 관하여 언급한다. 그리고 헌법재판소가 위 조항을 위헌으로 본 이유를 고찰하여 본 다음, 이 사건에서 헌법재판소가 불합치결정을 선고한 것이 타당한 것인가, 그리고 위 불합치결정에 따른 개선입법은 과연 소급적용되어야 할 것인가를 주로 법무부의 개정안을 중심으로 살펴본다.

## II. 이 사건 決定에 이르게 된 背景

민법 제1019조는 상속인이 상속개시 있음을 안 날로부터 3월 내에 단순승인이나 한정승인 또는 포기를 할 수 있고(제1항), 가정법원은 이해관계인이나 검사의 신청에 의하여 그 기간을 연장할 수 있도록 하고 있다(제2항). 그런데 위 3월의 考慮期間 내지 熟慮期間의 기산점인, 상속개시 있음을 안 날의 의미에 관하여, 종래의 대법원 판례는 일관하여, 이는 상속개시의 원인되는 사실의 발생을 알고 또 이로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날을 말하고, 상속재산 또는 상속채무 있음을 안 날 또는 상속포기제도를 안 날을 의미하는 것은 아니라고 한다.<sup>3)</sup> 따라서 자신이 상속인이 되었음은 알았으나 피상속인에게 적극재산을 초과하는 채무가 있음은 알지 못하여 상속의 한정승인이나 포기 등의 조치를 취하지 않고서 위 고려기간을 경과하여 버린 사람은, 나중에 상속채무가 있음을 알게 된 때에도, 상속채권자에 대하여 그 채무의 이행을 거부할 수 없게 된다. 그리하여 극단적인 경우에는 상속인이 자신의 재산 전부를 가지고서도 상속채무를 이행하기에 부족하게 되는 사례도 생길 수 있다.

---

3) 대법원 1969. 4. 22 선고 69다232 판결(集 17권 2집 민54면); 84. 8. 23자 84스17-25 결정(公 1984, 1723); 86. 4. 22자 86스10 결정(公 1986, 872); 88. 8. 25자 86스10, 11, 12, 13 결정(公 1988, 1240); 91. 6. 11자 91스1 결정(公 1991, 1925) 등.

그리하여 해석론으로서 이러한 문제점을 해결하기 위한 주장이 여러 가지로 제기되었다. 그 하나는, 상속승인 또는 포기를 위한 고려기간은 상속인이 상속개시사실과 자기가 상속인인 사실을 아는 외에 적극재산 또는 소극재산의 존재를 안 때로부터 기산한다고 해석하여야 한다는 견해이다.<sup>4)</sup>

이 문제에 관하여 필자가 주장한 견해는, 상속인이 상속재산 중 적극 재산을 초과하는 상속채무가 있음을 알지 못하여 고려기간 내에 상속의 포기 등을 하지 못하였고, 그로 인하여 민법 제1026조 제2호에 의하여 법정단순승인의 효과가 발생한 후에 뒤늦게 상속채무가 있음을 알게 된 때에는, 錯誤를 이유로 위 법정단순승인을 취소하고, 상속의 한정승인이나 포기를 할 수 있고, 그렇게 함으로써 자기의 고유재산으로 상속채무를 변제하는 부담을 벗어날 수 있다고 보아야 한다는 것이었다.<sup>5)</sup>

그러나 이러한 견해는 아직 일반적으로 받아들여지지 못한 상태에 있었다. 이러한 상황에서 상속채권자가 상속인에 대하여 상속채무의 이행을 청구한 사건에서 각급 법원이 위 민법 제1026조 제2호가 헌법에 위반된다고 하여 헌법재판소에 위헌제청 신청을 하였거나, 또는 당사자가 법원에 위헌제청신청을 하였다가 기각되자 헌법재판소에 헌법소원을 제기하였고,<sup>6)</sup> 그에 대하여 헌법재판소가 위와

---

4) 孫智烈, 民法 第1019條 1項의 考慮期間의 起算點, 民事判例研究 X, 1988, 237면. 이 견해는 그 근거로서, 우리나라의 일반국민의 법의식에 비추어 볼 때 피상속인의 사망 당시 적극재산도 채무도 없는 것으로 인식되는 상황에서 장차 채권자가 나타날 경우에 대비하여 미리 한정승인이나 포기의 신고를 할 것을 기대하기는 대단히 어렵고, 상속인이 상속재산을 없다고 믿고 있는 동안에는 승인·포기를 위한 고려를 한다는 것 자체가 무의미하기 때문이라고 하는 점을 들고 있다. 그리고 위와 같은 해석이 상속인을 보호하기 위한 것인 이상, 상속재산의 존재를 안다는 것은 엄격하게 해석할 것이며, 재산의 존재를 추측하는 정도로는 부족하고 그 존재를 확인하는 정도의 인식이 필요하고, 또 상속재산의 사소한 일부(예컨대 衣服이나 身邊雜物)의 존재를 안 것으로는 부족하고 적어도 승인·포기를 위한 고려를 필요하게 하는 정도의 적극·소극재산의 존재를 안 때에 비로소 고려기간이 기산되는 것으로 보아야 한다고 한다. 이를 지지하는 것으로는 郭潤直, 相續法, 1997, 298면 등이 있다. 이러한 견해에 영향을 준 것으로 보이는 일본의 판례와 학설에 대하여는 尹眞秀(註2), 194면 이하 참조.

5) 尹眞秀(註2), 210면 이하 참조.

6) 위 사건에서는 4개의 법원이 위헌제청을 하였고, 3개의 법원은 위헌제청신청을 기각하여 당사자들이 헌법소원을 제기하였다.



같이 위 조항에 대하여 헌법불합치결정을 한 것이다.

### III. 審判의 對象에 대한 疑問

위 결정에서 위헌제청을 한 각급 법원이나 헌법소원을 제기한 청구인들은 모두 민법 제1026조 제2호를 그 대상으로 하였고, 헌법재판소도 바로 위 조항이 위헌이라고 하였다. 그러나 위 조항이 바로 심판의 대상으로 될 수 있는가 하는 점에는 의문이 있다.

다른 말로 한다면 상속채권자가 상속인을 상대로 하여 상속채무의 이행을 청구하는 소송에서 위 조항의 위헌 여부는 재판의 전제<sup>7)</sup>가 될 수 없는 것이다. 즉 고려기간을 도과한 상속인이 상속채무를 이행하여야 하는 것은 위 조항 때문이 아니라, 민법 제1019조 제1항에 있고, 따라서 문제는 위 제1019조 제1항이 상속의 포기나 한정승인을 할 수 있는 기간을 지나치게 짧게 잡은 것이 아닌가 하는 점에 있는 것이지, 제1026조 제2호가 위 고려기간에 아무런 조치를 취하지 않은 당사자에 대하여 단순승인을 한 것으로 의제한 것 자체에 문제가 있는 것은 아니기 때문이다.

원래 상속인이 피상속인의 채무를 승계하는 것은, 상속인이 상속을 승인하였기 때문은 아니다. 상속이 개시되면 상속인은 당연히 피상속인의 권리와 의무를 승계하고(민법 제1005조), 다만 상속인이 제1019조 제1항의 기간 내에 상속을 포기하면 상속채무를 면하게 되며, 상속의 한정승인을 하게 되면 상속재산을 한도로 하는 유한책임을 지게 되지만, 민법 제1019조 제1항의 기간이 경과하여 버리면 상

---

7) 헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조 제1항.

속인은 더 이상 상속의 한정승인이나 포기를 할 수 없게 되어 상속채무를 면할 수 없게 되는 것이다. 그러므로 상속인의 단순승인은 그 자체가 채무의 승계라는 법률효과를 가져오는 것이라기보다는, 다만 더 이상 포기나 한정승인을 할 수 없게 된다는 의미를 가질 뿐이다.<sup>8)</sup> 민법 제1025조가, “相續人이 單純承認을 한 때에는 制限없이 被相續人의 權利義務를 承繼한다”고 규정하고 있는 것도, 제1005조와 대비하여 볼 때에는 결국 한정승인이나 포기의 가능성이 있어서 잠정적이었던 상속의 효과가 확정적으로 된다는 의미라고 해석된다.

그렇다면 상속인이 상속채무를 확정적으로 승계하게 되는 것은, 민법 제1019조 제1항에 의하여 상속의 포기 내지 한정승인을 할 수 있는 기간이 경과하여 버린 때문이지, 민법 제1026조 제2호에 의하여 단순승인을 한 것으로 의제되는 때문이라고는 할 수 없다. 그러므로 민법 제1026조 제2호가 위헌으로 결정된다고 하여도, 고려기간이 경과함으로써 채무를 확정적으로 승계하게 된 상속인의 지위에는 어떤 변화가 있을 수 없는 것이다. 이렇게 본다면, 위 제1026조 제2호가 위헌인지의 여부는 상속채권자가 상속인을 상대로 하여 상속채무의 이행을 구하는 소송에서 재판의 전제가 될 여지가 별로 없다.<sup>9)</sup>

다른 말로 설명한다면, 상속인 보호의 문제는 상속인이 상속재산 중 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하였고, 또 알 수도 없었는데 고려기간이 경과하여 더 이상 한정승인이나 포기를 할 수 없게 되는 데서 기인한 것이고, 만일 고려기간이 상속인의 주관적 사정을 고려하여 규정되었다면 제1026조 제2호와 같이 그러한 고려기간 경과에 대하여 단순승인 의제의 효과를 부여하는 것 자체가 부당하다고는 할 수 없는 것이다.

---

8) MünchKomm/Leipold, §1943 RdNr. 8; Staudinger/ Otte · Marotzke, § 1943 Rz. 1.

9) 이 사건 결정이 있기 전에 尹眞秀(註2), 206면 이하에서 이 사건에 관한 부산지방법원 1996.

12. 26. 자 96카기3213 결정에 관하여 이 점을 지적한 바 있다.

이 사건 결정은, 위 제1026조 제2호가 상속인이 아무런 귀책사유없이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에 구제받을 수 있는 아무런 수단도 마련하지 아니한 채 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 아니하면 그 이유여하를 묻지 않고 일률적으로 단순승인을 한 것으로 보아 그 의사와 관계없이 상속채무를 전부 부담하게 한 것은 적정한 기본권제한의 방법이라고 볼 수 없다고 하고 있다.<sup>10)</sup> 이 표현 자체로 볼 때에는 헌법재판소는 제1026조 제2호 자체에 위헌의 소지가 있다고 파악하고 있는 것으로 보이지만, 상속인이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 데 대하여 귀책사유가 없는 경우를 상정하고 있는 점에 비추어 보면 결국 문제는 제1019조의 고려기간을 어떻게 규정하는가 하는 점에 있다는 것을 알 수 있다.<sup>11)</sup>

이 점은, 다음과 같은 점을 생각해 보면 쉽게 이해할 수 있다. 즉 이 사건 결정은, 위 제1026조 제2호는 입법자가 1999. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2000. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다고 선고하였는데, 입법자가 1999. 12. 31.까지 위 조항을 개정하지 않았으므로 효력을 상실하게 되었다. 그러면 그 효력상실 전과 후 사이에 어떠한 법률적인 변화가 있었는가? 다시 말하여 1999. 12. 31. 이전에 위 조항에 의하여 상속을 단순승인한 것으로 의제되었던 사람의 법적 지위에 변화가 생겨서, 더 이상 상속채권자에 대하여 자신의 재산으로 채무를 이행하지 않아도 될 수 있는 길이 열렸는가 하는 점인데, 전혀 그렇지 못한 것이다. 상속인이 자기의 재산으로 상속채무를 이행

10) 이유 3. 다. (2) (나).

11) 이 사건 결정은 다른 곳에서는 이러한 문제는 대법원 관례와 같이 제1019조 제1항의 고려기간의 기산점인 '상속개시 있음을 안 날'의 의미를 상속인이 상속개시의 원인이 된 사실의 발생(피상속인의 사망)을 알고 이로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날을 말하고 상속재산의 유무를 안 날을 뜻하는 것이 아니라고 해석하는 것을 전제로 하여서만 생기는 것으로 설시하고 있어서(이유 3. 나. (2), 및 (3)), 위헌의 소지가 제1026조 제2호 자체에 있다는 것인지, 아니면 제1019조 제1항에 있다는 것인지 분명하지 않다.

하지 않을 수 있게 되려면 별도로 한정승인이나 포기를 할 수 있어야 할 것인데, 제1019조가 한정승인이나 취소를 할 수 있는 기간을 고려기간 내로 제한하고 있으므로, 제1026조 제2호가 실효된 것만으로 새로이 한정승인이나 포기를 할 수 있게 된 것은 아니다. 실제로 현재 법원에 위와 같은 상속채무의 승계가 문제된 사건들이 많이 계속되어 있는데, 위 헌법재판소의 결정 때문에 2000. 1. 1. 이후에도 법원이 어떻게 재판을 하여야 할 지를 알 수 없어서 재판이 진행되지 않고 있다고 한다.

다른 한편으로 법무부가 마련한 개정안과 대조하여 보아도 이 점은 분명하게 드러난다. 법무부가 2000. 10. 16. 국회에 제출한 민법중개정법률안<sup>12)</sup><sup>13)</sup>은 이 사건 결정을 고려한 것으로서 말하자면 이 사건 결정이 명한 개선입법에 해당하는데, 여기서는 제1026조 제2호 자체는 전혀 개정하지 않고, 다만 제1019조에 제3항을 신설하여, 상속인이 상속되는 채무가 그 재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 속령기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조 제1호 및 제2호에 의하여 단순승인한 것으로 의제되는 경우 포함)한 경우에는 그 안 날로부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다고 하는 것이다. 다시 말하여 이 개정안에 따르면 헌법재판소가 위헌이라고 한 제1026조 제2호는 그대로 존치하고, 제1019조 제3항을 신설함으로써 실질적으로 제1019조 제1항을 개정한 것이다. 만일 제1026조 제2호 자체가 위헌이라면 이러한 개정안은 허용될 수 없고, 그 자체가 위헌의 문제를 내포하고 있다고 볼 수 있으나, 이러한 주장이 부당함은 명백하다.

결국 이 사건에서는 법원이 위헌제청을 함에 있어서 그 대상을 제

---

12) 이는 인터넷 상의 대한민국 국회 홈페이지의 입법자료 정보실에서 찾아볼 수 있다.

([http://na6500.assembly.go.kr/cgi-bin/sublist?BILL\\_No=160214](http://na6500.assembly.go.kr/cgi-bin/sublist?BILL_No=160214) 최종방문일 2000.11.23)

13) 이는 법무부가 1998. 11. 13. 국회에 제출하였던 민법중개정법률안이 2000. 5. 29. 第15代 國會 임기만으로 폐기됨에 따라 새로이 마련된 것으로서 종전의 개정안과 큰 차이는 없다.

1026조 제2호로 할 것이 아니라 제1019조 제1항으로 하였어야 할 것이다. 따라서 헌법재판소로서는 각 병합사건 중 위헌제청된 사건에 있어서는 각 제청법원에 이 점을 지적하여, 종전의 제청결정을 취소하고 제1019조 제1항에 대하여 새로이 위헌제청결정을 하도록 유도하였어야 할 것이다.<sup>14)</sup>

그렇다면 헌법소원 사건의 경우에는 어떻게 하여야 할 것인가? 이 점에 관하여는 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고 93헌바12 결정<sup>15)</sup>이 참고가 된다. 이 사건에서는 등기부상 청구인들의 소유로 등기되어 있는 토지가 하천의 堤外地에 해당한다고 하여 국유화된 데 대하여 국가 등을 상대로 하여 소유권확인청구 소송을 제기하고, 제외지를 하천구역에 편입시키고 있는 하천법 제2조 제1항 제2호 다목이 위헌이라고 하여 위헌심판제청신청을 하였으나 법원이 이를 기각하자 헌법재판소법 제68조 제2항에 의하여 위 하천법 조항에 대하여 헌법소원을 제기하였다. 그런데 헌법재판소는, 위 사건의 재판에 보다 직접적으로 관련을 맺고 있는, 다시 말해서 그 위헌여부에 따라 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 법률조항은 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목이라기 보다 오히려 하천구역을 포함하여 하천을 국유로 한다고 규정함으로써 직접 제외지의 소유권귀속을 정하고 있는 동법 제3조이므로 청구인들의 심판청구이유, 위 91카105256 위헌여부심판제청신청사건의 경과, 당해사건재판과의 관련성의 정도, 이해관계기관의 의견 등 여러 가지 사정을 종합하여 직권으로 이 사건 심판의 대상을 위 하천법 제2조 제1항 제2호 다목에서 동법 제3조로 변경하기로 한다고 판시하여 위 제3조에 대하여만 합헌 여부를 판단하였다. 위와 같은 판례는 이 사건에도 대체로 적용될 수 있다고 생각된다.

---

14) Ulsamer in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1993, §80 Rdnr. 325(8. Lieferung, 1985) 참조.

15) 판례집 10-1, 226면 이하.

이처럼 이 사건 결정은 원초적으로 그 심판의 대상을 잘못 잡았다고 하지 않을 수 없다. 그리고 이러한 관점을 밀고 나간다면, 결국 이 사건 결정 자체가 별다른 의미가 없는 것이고, 그 효력에 대한 더 이상의 논의도 불필요한 것이라고 할 수도 있다.

그러나 이 사건 결정의 진의는, 뒤에서 보는 것처럼, 상속인이 귀책사유 없이 고려기간을 도과한 경우에도 상속의 단순승인을 한 것으로 간주되어 상속채무로부터 벗어나지 못하게 되는 것은 헌법에 위반된다고 하는 데 있다고 보여지고, 이는 이 사건 결정을 뒷받침하는 주된 이유(tragende Gründe)에 해당한다고 하겠다. 우리 법상 헌법재판소 결정의 主文 이외에 이러한 주된 이유에 대하여도 기속력을 인정할 수 있는가에 대하여는 논란이 없지 않으나, 이 사건과 같은 경우를 고려한다면 위와 같은 결정의 주된 이유에 대하여도 의미를 부여하지 않으면 안 된다고 생각된다. 이하에서는 이를 전제로 하여 논의를 진행하기로 한다.

#### IV. 違憲決定 理由의 分析

##### 1. 憲法裁判所의 違憲決定 理由 要旨

헌법재판소가 제1026조 제2호가 헌법에 위반된다고 본 근거는 대체로 다음과 같다.

가. 제1019조 제1항의 고려기간의 기산점인 '상속인이 상속개시 있음을 안 날'을 대법원 판례와 같이 상속인이 상속개시의 원인이 된 사실의 발생(피상속인의 사망)을 알고 이로써 자기가 상속인이 되었음을 안 날을 말하고 상속재산의 유무를 안 날을 뜻하는 것이 아니라고 해석한다면, 상속인이 아무런 귀책사유없이 상속재산 중

소극재산이 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간내에 한정승인이나 포기를 하지 아니한 경우에도 제1026조 제2호에 의하여 상속인이 단순승인을 한 것으로 보아 상속인의 의사와 관계없이 무조건 피상속인의 채무를 전부 부담하게 된다는 점에서, 이 사건 법률조항은 헌법의 기본원리인 사적 자치의 원칙과 과실책임의 원칙에 대한 예외적 규정으로서 헌법상 보장된 상속인의 재산권과 사적 자치권 등을 제한하고 있다. 그러므로 이러한 제한이 헌법 제37조 제2항에서 요구하고 있는 입법목적의 정당성과 그 목적달성을 위한 방법의 적정성, 피해의 최소성, 그리고 그 입법에 의해 보호하려는 공공의 필요와 침해되는 기본권 사이의 균형성을 모두 갖추지 못하였으면 위 조항은 헌법에 위반되게 된다.

나. 이 사건 법률조항은 상속으로 인한 법률관계를 신속히 확정하여 상속에 관한 이해관계인, 특히 상속채권자를 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적은 이를 수긍할 수 있다.

다. 그러나 상속인이 피상속인의 사망 당시 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 아무런 귀책사유없이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우도 얼마든지 있을 수 있는데, 위 조항이 상속인이 아무런 귀책사유없이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에 구제받을 수 있는 아무런 수단도 마련하지 아니한 채 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 아니하면 그 이유 여부를 묻지 않고 일률적으로 단순승인을 한 것으로 보아 그 의사와 관계없이 상속채무를 전부 부담하게 한 것은 적정한 기본권제한의 방법이라고 볼 수 없다.

라. 그리고 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과하는 경우에는 위 조항으로 인하여 상속채권자는 이익을 얻는 반면 상속인만 불이익을 받게 되는데, 상속채권자는 일반적으로 피상속인을 신뢰하여 그의 일반 재산을 담보로 보고서 거래한 것이지, 그의 사망후 상속인

이 채무를 승계할 것까지를 기대하고서 거래한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에도 이 사건 법률조항이 상속인으로 하여금 피상속인의 채무를 전부 부담하게 하여 상속채권자만을 보호한 것은 입법목적 달성에 필요한 정도 이상으로 상속인의 기본권을 제한한 것으로서 기본권제한의 입법한계인 피해의 최소성, 공공필요와 침해되는 상속인의 기본권 사이의 균형성을 갖추었다고 볼 수 없다.

마. 그러므로 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간 내에 한정승인 또는 포기를 하지 못한 경우에도 이 사건 법률조항이 단순승인을 한 것으로 본 것은 기본권제한의 입법한계를 일탈한 것으로 재산권을 보장한 헌법 제23조 제1항, 사적 자치권을 보장한 헌법 제10조 제1항에 위반된다.

## 2. 문제되는 基本權

이 사건 결정은 별다른 설명 없이, 위 제1026조 제2항에 의하여 상속인의 헌법 제23조 제1항의 재산권 및 헌법 제10조 제1항의 사적 자치권이 제한된다고 보았다. 그런데 이 점은 반드시 명백한 것은 아니다.

### 가. 財產權

우선 재산권이 제한되었는가에 관하여 살펴본다. 상속권도 헌법 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권의 일종임은 물론이다.<sup>16)</sup> 그

---

16) 丁泰鎬, 民法 제1026조 제2호에 대한 憲法不合致決定에 대한 評釋 및 위 法律規定의 改正方向, 人權과 正義 1998. 11, 107면; 尹眞秀, 相續制度의 憲法的 根據, 憲法論叢 제10집, 1999, 173면 이하.



러나 여기서는 본래의 의미의 상속권 제한이 문제되는 것은 아니다. 상속인은 상속에 의하여 피상속인의 권리와 의무를 포괄적으로 승계하였기 때문이다.<sup>17)</sup> 문제는 상속인이 피상속인의 채무를 아무런 제한 없이 승계하게 됨으로써 상속인이 상속과는 관계없이 가지고 있던 자신의 재산을 상실할 위험이 있다는 것이다. 이처럼 과도한 급부의무를 부과함으로써 상속인이 상속인 자신의 재산을 잃을 위험에 처하게 된 것을 그러한 상속인 자신의 재산 자체에 대한 제한이라고 볼 수 있는가? 이는 이른바 재산권에 의한 재산 자체의 보호문제로서 논해지는 것으로서, 특히 독일에서는 재산에 대한 조세의 부과가 어느 정도까지 허용되는가와 관련하여 논란이 있다.<sup>18)</sup>

독일연방헌법재판소는, 전체로서의 재산 그 자체는 원칙적으로 재산권의 보호 대상은 아니지만, 조세의 부과가 과중하여 사실상 재산을 몰수하는 것이 되거나,<sup>19)</sup> 납세의무자의 재산관계를 근본적으로 침해하는 경우<sup>20)</sup>에는 조세의 부과가 재산권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 하였으나, 실제로는 세율이 높다는 이유로 위헌이라고 한 예는 거의 없었다. 그러나 근래의 독일연방헌법재판소 판례<sup>21)</sup>는, 재산세의 경우에 그 재산세가 재산으로부터 얻는 수익의 50% 정도에 머물러야 한다고 판시하였고,<sup>22)</sup> 상속세에 관하여는 일정한 비율에 의하여 한정하지 않고, 상속인이 누구인가에 따라 상속세의 부과가 달라져야 한다고 보고 있다.<sup>23)</sup>

그러나 전체로서의 재산은 원칙적으로는 재산권의 내용이 아니지

17) 丁泰鎬(註16), 107 - 108면 참조.

18) 丁泰鎬(註16), 108면 이하 참조.

19) BVerfGE 23, 288 등.

20) 이른바 絞殺的 효과(Erdrosselungswirkung). BVerfGE 30, 250 등.

21) BVerfGE 93, 121 ff.

22) 이에 대하여는 매우 논란이 많다. 예컨대 H. P. Bull, Vom Eigentumsschutz zum Vermögensschutz - ein Irrweg, NJW 1996, 281 ff. 등.

23) BVerfGE 93, 165, 174. 이에 대하여는 尹眞秀(註16), 206면 참조.

만 예외적으로 그 내용이 될 수 있다는 것이 반드시 설득력이 있는지는 의심스럽다.<sup>24)</sup>

## 나. 幸福追求權

따라서 이 사건에서 헌법재판소로서는 구태여 재산권의 침해를 문제삼을 필요 없이 바로 헌법 제10조 소정의 행복추구권이 침해되었는지만을 따지는 것이 보다 적절하였다고 생각된다. 이 사건 결정은 헌법 제10조가 사적 자치권을 보장하고 있고, 민법 제1026조 제2호는 이를 제한하는 것이라고 보았다.

그런데 이처럼 헌법 제10조가 사적 자치권을 보장하는 것인가에 대하여는 헌법재판소의 관례가 반드시 일관되어 있지 않다. 이 사건 결정 이후에 선고된 헌법재판소 1999. 7. 22. 선고 98헌가3 결정<sup>25)</sup>에서의 재판관 5인의 의견은, 헌법 제119조 제1항은 사유재산제도와 사적 자치의 원칙 및 과실책임의 원칙을 기초로 하는 자유시장경제질서를 기본으로 하고 있음을 선언하고, 헌법 제10조는 국민의 행복추구권과 여기서 파생된 일반적 행동자유권 및 사적 자치권을 보장하고 있다고 하면서 이 사건 결정을 인용하고 있다.

반면 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 96헌바55 결정<sup>26)</sup>은, 사유재산제도 및 사적 자치의 원칙은 헌법 제23조 제1항 및 제119조 제1항에 근거한 것이라고 하면서, 사유재산제도 및 사적 자치의 원칙은 헌법상 보장된 주관적 권리가 아니라 제도보장의 일종으로서 입법자의 형성의 자유가 광범위하게 인정되는 분야이므로, 그 위헌 여부의 판단에 있어서는 입법의 한계를 일탈하였는지 여부가 문제된다고 하고 있다. 이 이외에도 사적 자치의 원칙에 대하여 언급하면서 그 근

24) 丁泰鎬(註16), 110면. 다만 111면에서는 결론에 있어서 이 사건 결정을 지지하고 있다.

25) 판례집 11-2, 1면 이하.

26) 판례집 11-1, 468면.

거를 헌법 제119조 제1항에서 찾고 있는 판례들이 여러 개 있다.<sup>27)</sup>

이처럼 판례에 혼선이 있으나, 한편으로 헌법재판소의 판례가 헌법 제10조가 보장하고 있는 행복추구권 속에는 일반적 행동자유권이 들어 있고, 이 일반적 행동자유권으로부터 계약의 자유가 파생된다고 하고 있는 점<sup>28)</sup>에 비추어 볼 때, 계약의 자유를 포괄하는 개념인 사적 자치의 원칙 또한 헌법 제10조의 행복추구권에서 도출된다고 보아도 무리는 없다고 생각된다.<sup>29)</sup>

나아가 민법 제1019조 제1항은 역시 사적 자치의 발현인 단독행위로서의 상속의 승인이나 포기를 할 수 있는 기간을 제한하고 있고, 제1026조 제2호는 제1019조 제1항의 고려기간이 도과된 때에는 단순승인을 한 것으로 의제하고 있으므로, 이러한 규정들은 헌법상 보장된 사적 자치의 권리를 제한하고 있다고 보아도 좋을 것이다. 위 규정들에 의하여 자신의 의사와는 관계없이 피상속인의 채무를 승계하는 것이 되기 때문이다.

#### 다. 기타의 기본권

다른 한편 이 사건 결정에 대한 평석 가운데에는, 위 제1026조 제2항은 상속인의 평등권을 침해하고, 또 무능력자의 일반적 인격권도 침해한다고 주장하는 것이 있다.<sup>30)</sup> 그러나 이 점은 다소 수긍하기 어렵다.

---

27) 헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정(판례집 1, 357면 이하, 368, 369면); 1997. 8. 21. 선고 94헌바19, 95헌바34, 97헌가11 결정(판례집 9-2, 243면 이하, 258-259면); 1998. 5. 28. 선고 96헌가4, 97헌가6·7, 95헌바58 결정(판례집 10-1, 522면 이하, 533-534면)

28) 헌법재판소 1991. 6. 3. 선고 89헌마204 결정(판례집 3, 268면 이하, 276-277면); 1998. 5. 28. 선고 96헌가5 결정(판례집 10-1, 541면 이하, 549면); 1998. 10. 29. 선고 97헌마345 결정(판례집 10-2, 621면 이하, 633면); 1999. 5. 27. 선고 97헌바66, 98헌바11·48 결정(판례집 11-1, 589면 이하, 602면); 1999. 7. 22. 선고 98헌가3 결정(판례집 11-2, 1면 이하) 등.

29) 같은 취지, 丁泰鎬(註16), 111면.

30) 丁泰鎬(註16), 112 - 113면.

우선 위 조항이 평등권을 침해한다는 것은, 위 조항에 의하여 상속을 단순승인한 것으로 의제된 상속인은 고려기간 동안에 승인 여부의 적극적인 의사표시를 한 상속인이 그 의사표시에 하자가 있었던 경우에는 이를 일정 기간 내에 취소할 수 있는 것(민법 제1024조 제2항)과는 달리 위 단순승인의 법적 효과를 여하한 경우에도 반복할 수 없고, 이처럼 상속승인 여부에 관한 적극적 의사표시를 한 상속인과 이를 하지 아니한 채 고려기간을 지난 상속인을 차별취급하는 것은 헌법적으로 정당화될 수 없다는 것이다. 이 주장은 민법 제1026조 제2호에 의한 단순승인 의제의 효과가 발생하면 이를 뒤집을 수 있는 아무런 방법이 없음을 전제로 하고 있다. 이 사건 결정도 “이 사건 법률조항이 상속인이 아무런 귀책사유없이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에 구제받을 수 있는 아무런 수단도 마련하지 아니한 채 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 아니하면 그 이유 여하를 묻지 않고 일률적으로 단순승인을 한 것으로 보아 그 의사와 관계없이 상속채무를 전부 부담하게 한 것은 적정한 기본권제한의 방법이라고 볼 수 없다”고 하여<sup>31)</sup> 같은 취지이다.

그러나 제1026조 제2호에 의한 단순승인 의제의 효과를 뒤집을 수 있는 아무런 방법이 없다고 단정할 수 있는지는 의심스럽다. 실제로 필자는 제1026조 제2호에 의하여 단순승인 의제의 효과가 발생한 경우에도, 상속인은 착오를 이유로 이를 취소할 수 있다고 주장한 바 있으며,<sup>32)</sup> 이것이 해석론으로서 불가능하다고 단정할 수는 없는 것이다. 대법원의 판례도 아직까지는 이에 대하여 어떠한 견해를 밝힌 바가 없다. 오히려 위의 견해가 지적하는 평등권 침해의 점은 이러한 착오를 이유로 하는 단순승인 의제의 취소가 허용되어야 한다는 헌법합치적 해석의 근거가 될 수 있는 것이다.<sup>33)</sup>

31) 판례집 10-2, 358면.

32) 尹眞秀(註2), 210면 이하, 위 註 5)의 본문 참조.

33) 尹眞秀(註2), 216 - 217면의 설명 참조.

그리고 무능력자의 일반적 인격권을 침해한다는 것은, 민법 제1026조 제2호가 무능력자에 대한 예외를 인정하지 않고 법정대리인이 고려기간을 경과하면 그 이유를 막론하고 모두 단순승인으로 의제하여 결과적으로 본인인 무능력자의 삶의 기초가 되는 물질적 생존조건을 파괴한다는 것이다. 이 점이 문제되는 것은, 법정대리인에게는 고려기간을 도과한데 귀책사유가 있으나, 무능력자 본인에게는 그러한 귀책사유가 없는 경우일 것인데,<sup>34)</sup> 이는 제1026조 자체 내지 제1019조 제1항의 문제는 아니고, 상속인이 무능력자인 때에는 제1019조 제1항의 기간은 그 법정대리인이 상속개시 있음을 안 날로부터 기산한다는 제1020조의 문제라고 하여야 할 것이다.

### 3. 比例의 原則 위반 여부

이 사건 결정은, 제1026조 제2호는 상속으로 인한 법률관계를 신속히 확정하여 상속에 관한 이해관계인, 특히 상속채권자를 보호하기 위한 것으로서 그 입법목적은 수긍할 수 있지만, 상속인이 피상속인의 사망당시 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 아무런 귀책사유없이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우도 얼마든지 있을 수 있는데, 위 조항이 상속인이 아무런 귀책사유없이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에 구제받을 수 있는 아무런 수단도 마련하지 아니한 채 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 아니하면 그 이유 여하를 묻지 않고 일률적으로 단순승인을 한 것으로 보아 그 의사와 관계없이 상속채무를 전부 부담하게 한 것은 적정한 기본권제한의 방법이라고 볼 수 없고, 또 상속채권자는 일반적으로 피상속인을 신뢰하여 그의 일반채

---

34) 법정대리인에게 귀책사유가 없는 경우에는 상속인 자신이 능력자인 경우와 다를 것이 없다.

산을 담보로 보고서 거래한 것이지, 그의 사망후 상속인이 채무를 승계할 것까지를 기대하고서 거래한 것으로 볼 수는 없으므로 상속인이 귀책사유 없이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에도 상속인으로 하여금 피상속인의 채무를 전부 부담하게 하여 상속채권자만을 보호한 것은 입법목적 달성에 필요한 정도 이상으로 상속인의 기본권을 제한한 것으로서 피해의 최소성, 공공필요와 침해되는 상속인의 기본권 사이의 균형을 갖추었다고 볼 수 없다고 한다.

일견하여서는 이러한 설시가 상당한 설득력이 있는 것처럼 생각된다.<sup>35)</sup> 그러나 자세히 살펴보면 이러한 설시 내용에도 문제점이 없다고 할 수 없다.

우선 이 사건 결정은 상속인이 아무런 귀책사유 없이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 경우에 구제받을 수 있는 아무런 수단도 없음을 전제로 하고 있다. 그러나 앞서서도 살펴본 것처럼 그와 같이 단정하기는 어렵다. 이론상 상속인이 그와 같은 단순승인 의제의 효과를 착오를 이유로 취소할 수 있는 가능성을 배제할 수는 없기 때문이다.

물론 이러한 주장은 종래 거의 제기된 바 없었기 때문에,<sup>36)</sup> 헌법재판소로서는 이러한 착오 취소의 가능성을 고려하기가 어려웠을 것으로 보이는 한다. 그렇지만 헌법재판소가 적극적으로 그러한 가능성을 부정할 것도 또한 반드시 적절하다고 보기는 어렵다.

다른 한편으로 이 사건 결정은 상속인이 고려기간 내에 한정승인이나 포기를 하지 못한 데 아무런 귀책사유가 없는 경우에만 단순승인으로 의제된다는 점을 강조하고 있을 뿐, 그 고려기간이 어느

---

35) 尹貞秀(註2), 208면 참조.

36) 尹貞秀(註2) 외에 金疇洙, 親族·相續法, 第5全訂版, 1998, 582면 註125)가 이를 지지하고 있는 정도이다.

정도가 되는가에 대하여는 아무런 주의를 기울이지 않고 있다. 그러나 실제에 있어서는 이처럼 위헌 문제까지 대두되게 된 것은, 민법 제 1019조 제1항의 고려기간이 원칙적으로 3개월이라는 단기간이라는 사정이 중요하게 작용한 것이라고 생각된다. 3개월이라는 기간은, 특히 상속인이 피상속인의 채무가 존재한다는 사실을 알지 못하고 있었던 경우에는 상속인이 피상속인의 채무 존재를 확인하고 상속의 승인이나 포기 여부를 결정하기에는 지나치게 단기간이라고 하지 않을 수 없기 때문이다. 만일 위 고려기간이 그보다 더 장기, 예컨대 1년 또는 2년<sup>37)</sup>이라고 하는 경우에도 이를 위헌이라고 할 수 있을지는 더 생각해 볼 문제이다.<sup>38)</sup> 그럼에도 불구하고 이 사건 결정은 이러한 고려기간의 길이에 대하여는 전혀 고려하지 않고 있다.<sup>39)</sup>

## V. 不合致決定의 當否

### 1. 문제의 소재

헌법재판소가 어느 법률 또는 법률의 규정이 헌법에 위반된다고 판단되면 헌법재판소는 이를 위헌으로 선고하여야 하고, 이때에는 그 법률 또는 법률조항은 그 위헌결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다.<sup>40)</sup> 그런데 헌법재판소는 법률 또는 법률조항이 헌법에 위반된

37) 단순승인 의제의 효과를 착오를 이유로 취소할 수 있게 한다면 이는 사실상 고려기간을 1년 3개월로 하는 것과 마찬가지로 된다. 이 경우에 생기는 문제점에 관하여는 尹眞秀(註2), 224 - 225면 참조.

38) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가 14, 96헌가7(병합) 결정(헌법재판소공보 제21호, 297면)은 민법 제847조 제1항 중 親生否認의 訴의 제척기간을 “그 출생을 안 날로부터 1년”이라고 규정한 부분이 지나치게 단기간이어서 위헌이라고 하면서도, 다른 한편으로는 출생 후 5년이 경과한 경우에는 친생부인의 소를 제기하지 못하게 하는 것은 자의 이익을 위하여 신분관계의 조기확정을 도모하고 있는 것으로서 허용된다는 취지로 실시하고 있다.

39) 이 점에 대하여 확정적으로 말하기는 어렵다. 尹眞秀(註2), 209면 참조.

40) 헌법재판소법 제47조 제2항.

다고 하는 경우에 반드시 이러한 단순위헌결정만을 선고하는 것이 아니라 이 사건에 있어서처럼 이른바 헌법불합치결정을 선고하기도 한다. 이러한 헌법불합치결정이 있으면 그 대상 법률 또는 법률의 조항은 단순위헌결정의 경우와는 달리 그대로 존속하고, 효력을 상실하지 않는다. 그러나 그러한 법률이 계속 적용될 수 있는가는 경우에 따라 다르다. 원칙적으로는 국가기관 등은 이처럼 존속하는 법률 또는 법률 조항을 적용하여서는 안 되지만, 때로는 헌법재판소가 그 법률 또는 법률조항을 계속 적용할 것을 명하기도 한다.

그런데 이 사건 결정에서 조승형 재판관의 반대의견은, 헌법재판소는 헌법불합치결정을 할 수는 없고 언제나 단순위헌선언을 하여야 한다고 주장하였다. 그 이유는 대체로 다음과 같다.

첫째, 헌법불합치결정은 헌법 제111조 제1항 제1호 및 제5호, 헌법재판소법 제45조, 제47조 제2항의 각 명문규정에 반한다.

둘째, 헌법불합치결정을 인정하는 판례는 독일헌법재판소의 판례를 수용하여 헌법불합치결정의 판례를 정립하려 하나, 독일과 우리의 법제는 서로 다르므로 이를 그대로 수용할 수는 없다. 특히 독일은 헌법재판소의 결정에 따른 법률 또는 법률조항의 실효에 대하여 원칙적으로 소급효를 인정하고 특정의 경우에만 그 예외를 인정하고 있으므로 법률의 무효선언으로 인하여 법률이 실효될 때에 올 수 있는 법규범의 공백상태가 우리의 경우보다는 훨씬 심각한 데 반하여, 우리나라에서는 법률 또는 법률조항의 실효가 장래효에 그치므로 독일의 판례를 수용할 필요가 전혀 없다.

셋째, 독일의 판례확립과정과 입법과정을 보면 판례의 확립이, 헌법이나 헌법재판소법의 명문규정에 반함이 없고, 헌법재판소의 결정이 원칙적으로 소급효를 가지고 있음으로 인하여 발생하는 심각한 법규범의 공백상태를 해소하기 위한 방편으로 위와 같은 판례가 확



립되고 그후에 입법적으로 해결하였는데, 헌법 또는 헌법재판소법 기타 법률상 근거를 찾을 수 없고 위와 같은 과정을 거칠 사정이 없는 우리의 경우는 독일의 경우와는 판이하다.

넷째, 우리의 헌법재판소법 제45조, 제47조의 입법취지는 과거 권위주의시대의 위헌법률 또는 법률조항의 잠정적 적용으로 인하여 권위주의를 정당화시키는 어떠한 결정도 배제하고자 하는 뜻에서 헌법재판소가 "위헌"이면 위헌, "합헌"이면 합헌의 심판만을 할 수 있으며 그 이외의 여하한 결정도 할 수 없게 하는 데 그 취지가 있었고, 범규범의 공백상태로 인하여 오히려 헌법상의 각 원칙과 원리에 반하는 결과가 초래하는 등의 충격을 완화하기 위하여 독일의 경우와는 반대로 실효된 법률 또는 법률조항의 장래효만을 규정하였으므로 이와 같은 입법취지에 비추어 보면 헌법불합치라는 변형결정은 결코 허용될 수 없다.

이러한 조승형 재판관의 반대의견은 새로운 것은 아니고, 그 반대의견에서 언급하고 있는 것처럼 이전의 결정에서도 이미 주장되었던 것이다.<sup>41)</sup> 나아가 이러한 반대의견은 이전에 변정수 재판관에 의하여도 주장된 바 있었다.<sup>42)</sup>

---

41) 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고, 92헌가11, 93헌가8·9·10 결정(판례집 7-2, 264면 이하, 287 - 296면); 1995. 11. 30. 선고, 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌바12·17 결정(판례집 7-2, 562면 이하, 595면); 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7(병합) 결정(판례집 9-1 193면 이하, 212 - 218면) 에서의 조승형 재판관의 반대의견 참조.

뿐만 아니라 조승형 재판관은 이 사건 결정 이후에도 계속하여 불합치결정의 주문에 대하여 반대의견을 내고 있다. 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78 결정(판례집 10-2, 927면 이하, 961 - 964면); 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정(판례월보 1999. 12, 79면 이하, 91 - 93면).

42) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정(판례집 1, 199면 이하, 265 - 269면); 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정(판례집 3, 91면 이하, 117 - 122면); 1993. 3. 11. 선고 88헌마5 결정(판례집 5-1, 59면 이하, 85 - 91면).

## 2. 獨逸에서의 不合致決定

이러한 불합치결정이라는 주문 형태는 반대의견에서도 지적하고 있는 것처럼 독일연방헌법재판소 판례의 영향을 많이 받은 것이므로 독일에서의 논의를 살펴본다.<sup>43)</sup>

### 가. 독일연방헌법재판소의 판례

독일연방헌법재판소가 불합치선언을 하는 이유는 여러 가지가 있으나<sup>44)</sup> 그 중 다음의 몇 가지 경우가 특히 중요하다.

그 첫째는 법률이 평등원칙에 위반하여 특정인에게 이익을 부여하는 경우이다. 즉 어느 법률이 특정인에게 이익을 부여하는 그 자체는 문제가 없으나, 그러한 이익을 받지 못하게 된 제3자와의 관계에서는 평등원칙에 위반되는 경우에 입법자가 평등원칙을 준수하기 위하여는 두 가지의 선택 가능성이 있다. 그 하나는 그 제3자에게도 이익을 부여하는 것이고 다른 하나는 아무에게도 이익을 부여하지 않는 것이다.

예컨대 소득세법이 공휴일 및 야간근무에 대한 법률상 및 단체협약상의 수당만을 비과세대상으로 하는 것은 다른 개별계약에 의한

---

43) 이에 대하여는 J. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 107 ff.; P. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, 1988; R. Seer, Die Unvereinbarerklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht, NJW 1996, S. 285 ff; 尹眞秀, 違憲法律의 效力, 憲法論叢 제1집, 298 - 300면; 全光錫, 憲法裁判에 있어서의 決定主文의 類型과 效力, 憲法裁判研究 제2권, 1991, 148면 이하; 南福鉉, 法律의 違憲決定의 效力에 관한 研究, 한양대학교 법학박사 학위논문, 1994, 139면 이하; 韓秀雄, 憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力, 憲法論叢 제6집, 1995, 486면 이하; 全元培, 憲法不合致決定의 意義와 效力, 立法調查研究 1997. 12, 187면 이하 등 참조.

44) 상세한 것은 C. Pestalozza, "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd.1, 1976, S. 519 ff. 참조.

수당을 비과세대상에서 제외하는 점에서 평등원칙에 어긋난다.<sup>45)</sup> 이 경우 불평등을 제거하기 위하여는 다른 모든 수당을 비과세대상으로 하거나 아니면 반대로 모든 수당을 비과세대상에서 제외하여야 한다. 그 선택은 권력분립의 원칙상 입법자에게 맡겨져야 하고 연방헌법재판소가 무효선언을 통하여 그 중 한 가지 방법을 택하는 것은 입법자의 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)을 침해하는 것으로서 허용되어서는 아니되므로 연방헌법재판소로서는 소득세법이 헌법에 불합치한다는 선언에 그쳐야 한다는 것이다.<sup>46)</sup>

두 번째는 이러한 평등원칙 위반이 아닌 자유권과 같은 다른 기본권 침해의 경우에도 입법자의 형성의 자유(Gestaltungsfreiheit)를 근거로 하여 불합치선언을 하는 것이다. 예컨대 독일연방헌법재판소는, 인쇄물의 출판업자의 납본의무를 명한 법규정은, 많은 제작비용이 소요되고 발행부수가 작은 경우에도 비용상환을 인정하지 않는 한에서는 재산권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 하면서도, 이 경우에 입법자로서는 납본제도를 어떻게 규율할 것인가에 관하여 여러 가지의 가능성을 가지므로, 헌법재판소로서는 문제의 법규정을 전부 또는 부분적으로 무효로 선언할 수는 없고, 단지 그 위헌성을 확인하는 데 그친다고 하였다.<sup>47)</sup>

세 번째는 무효선언으로 말미암아 법률의 공백 내지 혼란이 일어나는 경우이다. 가령 공무원의 봉급에 관한 법률(Beamtenbesoldungsgesetz)이 직업공무원제도에 관한 기본법 제33조 제5항에 위배되는 때에도 연방헌법재판소는 무효선언을 회피하였는 바, 왜냐하면 위 조항 자체가 공무원의 봉급에 관한 사항은 법률로 규율될 것을 요구하고 있으므로 종래의 법률의 무효선언은 그러한 법률을 전혀 존재하지 않

---

45) BVerfGE 25, 101 참조.

46) 그밖의 예로서는 BVerfGE 8, 28; 31, 1; 37, 154; 52, 369 등.

47) BVerfGE 58, 137, 149 ff.

게 하여 헌법합치적인 질서에 더욱 부합하지 않는 상태를 초래할 것이기 때문이다.<sup>48)</sup>

또 다른 사례로는 함부르크 대학법(hamburgisches Universitätsgesetz)에 관한 1972. 7. 18.의 判決<sup>49)</sup>을 들 수 있다. 이 판결에서 연방헌법재판소는 대학입학의 허가에 관한 규정을 대학의 위원회(akademischer Senat)에서 결정하도록 한 위 법 제17조는 법률에 의하여야 할 사항을 포괄적으로 위임한 것으로서 위헌이라고 하면서도 이를 무효로 선언하면 대학이 아무런 법적 근거 없이 입학허가를 처리하여야 할 긴급권한(Notkompetenz)을 가져야 하게 되어 종래의 입학규정이 헌법합치적으로 적용될 수 있는 현재의 상태보다 더욱 헌법합치적인 질서에서 멀어지게 되므로 입법자에게 위헌상태의 제거를 위하여 상당한 기간을 부여하여야 한다고 하여 “...대학법 제17조는 기본법과 합치되지 아니한다... 그렇지만 이 규정은 새로운 법률적 규율이 있을 때까지, 늦어도 1973년 여름학기가 시작할 때까지 적용될 수 있다.”라고 선고하였다.

그리고 헌법불합치로 선고된 법률 또는 법률의 조항은 원칙적으로 더 이상 적용될 수 없는 것(Anwendungssperre)이 원칙이다. 그러나 연방헌법재판소는 경우에 따라서는 위와 같은 법률조항의 계속 적용을 명하기도 한다.<sup>50)</sup>

## 나. 학설상의 논의

판례가 들고 있는 위와 같은 불합치선언의 근거 가운데 첫째의 점은 대체로 학설상으로도 받아들여지고 있으나, 둘째와 셋째의 점에

---

48) BVerfGE 8, 1, 19f.

49) BVerfGE 33, 303.

50) BVerfGE 37, 217 ff.; 61, 319 ff.; 87, 153 ff. 특히 마지막 것은 불합치결정의 소급효를 배제하고 있다. 이에 대하여는 Seer(註43) 참조.

대하여는 학설상 비판이 많다. 우선 입법자의 형성의 자유에 관하여는, 입법자의 자유권의 침해는 평등의 원칙의 경우와 같이 상대적인 것이 아니라 절대적인 것이므로, 이는 무효선언에 의하여만 제거될 수밖에 없다는 것이다.<sup>51)</sup> 그리고 무효선언으로 말미암아 법적 공백 내지 혼란이 생긴다고 하는 점에 대하여는, 위헌인 법률은 그 자체 무효이므로 무효선언에 의하여 법적 공백 내지 혼란이 생기는 것은 아니며, 법률이 위헌으로서 무효이면 그 이전의 법이 계속 적용되므로 혼란은 막을 수 있다는 것이다.<sup>52)</sup>

### 3. 우리나라에서의 논의

#### 가. 판례

우리 헌법재판소는 그 창립 이래 2000. 7. 20.까지 사건 결정을 포함하여 모두 16번에 걸쳐 단순위헌 아닌 헌법불합치결정을 하였다.<sup>53)</sup> 그런데 그와 같이 불합치결정을 하는 이유로서 특정인에게 이익을 부여하는 것이 평등원칙에 위반되는 것이라고 한 경우는 없었고, 주로 입법자의 형성의 자유를 존중하여야 한다는 점을 근거로

51) Hein(註43), S. 114 ff. 참조. 또한 Ipsen(註43), S. 215 ff.도 참조할 것.

52) Hein(註43), S. 117 ff. 참조.

53) 이 사건 결정 이외에 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정(판례집 1, 199면 이하); 1991. 3. 11. 선고 91헌마21 결정(판례집 3, 91면 이하); 1993. 3. 11. 선고 88헌마5 결정(판례집 5-1, 59면 이하); 1994. 7. 29. 선고 92헌바49, 52 결정 (판례집 6-2, 64면 이하); 1995. 9. 28. 선고 92헌가11, 93헌가8·9·10 결정 (판례집 7-2, 264면 이하); 1995. 11. 30. 선고 91헌마1·2·3·4, 92헌마17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌마12·17 결정(판례집 7-2, 562면 이하); 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 결정(판례집 9-1, 193면 이하); 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 결정 (판례집 9-2, 1면 이하); 1997. 8. 21. 선고 94헌바19, 95헌바34, 97헌가11결정 (판례집 9-2, 243면 이하); 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78 결정(판례집 10-2, 927면 이하); 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 결정(판례집 11-1, 633면 이하); 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정(판례월보 1999. 12, 79면 이하); 1999. 12. 23. 선고 99헌가2 결정(판례집 11-2, 686면 이하); 2000. 1. 27. 선고 96헌바95, 97헌바1·36·64 결정(헌법재판소공보 42, 123면 이하); 2000. 7. 20. 선고 99헌가7 결정(헌법재판소공보 48, 643면 이하).

한 경우가 많았으며, 그 이외에 근래에는 법적 혼란 내지 공백을 막아야 한다는 점<sup>54)</sup> 내지 위헌결정으로 인한 충격과 혼란의 방지<sup>55)</sup>도 아울러 들고 있는 경우가 있다. 또한 특히 세법의 경우에는 과세의 근거 법률에 대하여 바로 단순위헌결정을 선고한다면 그 효력이 미치게 되는 이른바 당해사건(當該事件) 관계자들과 세금을 전부 납부하고도 아무런 이의를 제기하지 아니한 다수의 납세자에 대한 관계에 있어서 형평의 문제를 심화시키는 결과를 초래한다는 점을 들기도 한다.<sup>56)</sup>

그리고 헌법재판소는 입법자가 법률을 개정할 시한을 명시하지 않은 경우도 있으나, 때로는 입법자가 법률을 개정할 시한을 명시하고 그때 까지만 헌법불합치로 선고된 법률이 효력을 지속한다고 선언하기도 한다.<sup>57)</sup>

나아가 헌법재판소는 경우에 따라서는 이처럼 헌법불합치로 선고된 법률 또는 법률조항의 계속 적용을 명하기도 하였다.<sup>58)</sup>

- 
- 54) 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49, 52 결정(판례집 6-2, 264면 이하, 118 - 122면); 1995. 11. 30. 선고 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌바12·17 결정(판례집 7-2, 562면 이하, 595면); 1997. 3. 27. 선고 95헌가14, 96헌가7 결정(판례집 9-1, 193면 이하, 205 - 206면); 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정(판례월보 1999. 12, 79면 이하, 90 - 91면); 1999. 12. 23. 선고 99헌가2 결정(판례월보 2000. 2, 82면 이하, 88면); 2000. 1. 27. 선고 96헌바95, 97헌바1·36·64 결정(헌법재판소공보 42, 123면 이하, 129면); 2000. 7. 20. 선고 99헌가7 결정(헌법재판소공보 48, 643면 이하, 648면) 등. 이 사건 결정도 마찬가지이다. 그리고 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 결정(판례집 11-1, 633면 이하, 647면 이하)도 같은 취지라고 여겨진다.
- 55) 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 92헌가11, 93헌가8·9·10 결정(판례집 7-2, 264면 이하, 283 - 287면).
- 56) 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49, 52 결정(판례집 6-2, 264면 이하, 120면); 1995. 11. 30. 선고 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌바12·17 결정(판례집 7-2, 562면 이하, 595면); 1999. 12. 23. 선고 99헌가2 결정(판례월보 2000. 2, 80면 이하, 88면); 2000. 1. 27. 선고 96헌바95, 97헌바1·36·64 결정(헌법재판소공보 42, 123면 이하, 129면).
- 57) 이 사건 결정을 비롯하여 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정(판례집 1, 199면 이하); 1991. 3. 11. 선고 91헌바21 결정(판례집 3, 91면 이하); 1993. 3. 11. 선고 88헌바5 결정(판례집 5-1, 59면 이하); 1997. 7. 16. 선고 95헌가6내지13 결정(판례집 9-2, 1면 이하); 1997. 8. 21. 선고 94헌바19, 95헌바34, 97헌가11 결정(판례집 9-2, 243면 이하); 1999. 5. 27. 선고 98헌바70 결정(판례집 11-1, 633면 이하); 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정(판례집 11-2, 383면 이하); 1999. 12. 23. 선고 99헌가2 결정(판례집 11-2, 686면 이하).
- 58) 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 92헌가11, 93헌가8·9·10 결정(판례집 7-2, 264면 이하); 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정(판례집 11-2, 383면 이하); 2000. 7. 20. 선고 99헌가7 결정(헌법재판소공보 48, 643면 이하). 위 각 결정은 주문에서 불합치된 조항의 계속 적용을 명한 데 반하여, 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정(판례집 1, 199면 이하)에서는 그 이유에서만 불합치된 조항이 계속 적용된다고 밝히고 있다. 한편 金學成, 憲法 不合致決定에 관한 研究, 憲法規範과 憲法現實(權寧星 教授 停年記念論文集), 1999, 476-477면은, 불합치선언된 법률은 행정청이나 법원에서 계속 적용되어야 한다고 주장한다.

## 나. 학설

학설상으로는 우리나라에서 헌법불합치결정은 전혀 인정될 수 없다고 하는 견해는 찾아보기 어렵고, 대체로 이를 인정하는 견해가 지배적이다. 그러나 이를 인정할 수 있는 근거로서 헌법재판소가 입법자의 형성의 자유를 내세우는 데에는 비판적이다.<sup>59)</sup>

## 4. 私見

### 가. 違憲法律의 效力과 憲法不合致決定

우리나라에서 헌법불합치결정이 허용되는가 하는 점을 살펴보기 위하여는 우선 위헌인 법률이 당연무효인가, 아니면 위헌인 법률이라도 당연무효는 아니고 다만 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 비로소 효력을 상실하게 되는 것인가 하는 점을 명확히 하여 둘 필요가 있다. 이 점을 어떻게 보는가에 따라 헌법불합치결정이 인정될 수 있는 범위가 달라지기 때문이다.

위헌인 법률은 당연무효라고 보는 독일의 학자들은, 헌법불합치의 주문은 평등원칙에 반하는 이익부여의 경우에만 인정될 수 있을 뿐,<sup>60)</sup> 법적 공백 내지 혼란의 방지를 위하여 헌법불합치를 선고할

---

59) 全光錫, 不合致決定에 대한 憲法裁判所 決定 分析, 司法行政 1992. 7, 48면 이하 ; 韓秀雄(註 43), 504면 이하 등.

60) J. Ipsen(註43), S. 213 f.는 이러한 경우에는 規範 그 자체가 아니라 規範들의 關係(Normenrelation)가 違憲이라는 점에서 법이 예정하고 있는 다른 경우와는 구별된다고 한다.

수는 없다고 한다. 왜냐하면 위헌인 법률은 무효이므로, 법적 공백은 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 비로소 생기는 것이 아니라는 것이다.<sup>61)</sup>

그러나 우리 헌법의 해석상 위헌인 법률이라고 하여 당연히 무효라고 보아야 할 필연적인 이유는 존재하지 않는다. 이 문제를 여기서 상세하게 논하기는 어렵고,<sup>62)</sup> 다만 이 글의 주제인 헌법불합치결정의 당부와 관련하여 설명한다면 다음과 같다.

즉 위헌인 법률이 당연무효인가 아닌가 하는 점은, 단순히 헌법의 개별 조문의 해석에 의하여서는 결정될 수 없는 문제이고, 이는 어떤 견해가 헌법 전체와 더 잘 조화되는가 하는 관점에서 결정하여야 한다고 생각한다. 좀더 구체적으로 말한다면, 이른바 헌법불합치결정, 즉 법률이 위헌임은 확인하면서도 바로 그 효력을 상실시키지는 않는 결정의 근거는, 위헌법률은 당연무효라고하는 이른바 당연무효설로서는 충분히 설명하기 어렵고, 위헌법률도 당연무효는 아니고 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 비로소 효력을 상실한다고 하는 이른바 취소설에 의하여서만 무리없는 설명이 가능하다는 것이다. 헌법불합치결정이 허용될 수 있는 근거의 하나는, 법률이 위헌이라 하여도 그 효력을 잠정적으로 유지함으로써 위헌적인 상태를 감수하는 것이, 그 법률의 효력을 상실시킴으로써 법적 공백 내지 혼란이 생기는 것보다는 더 헌법에 가깝다고 하는 데 있다는 점은 앞에서 본 바와 같다.<sup>63)</sup>

그런데 당연무효설에 따른다면 왜 법률이 위헌인데도 당연무효가 아니고 그 효력이 존속되며, 나아가 경우에 따라서는 그 법률의 계

61) Hein(註43), S, 120 f. 또한 Ipsen(註43), S. 214 ff.도 참조할 것.

62) 尹眞秀, 憲法裁判所 違憲決定의 遡及效, 憲法問題와 裁判(上), 裁判資料 제75집, 665면 이하 참조. 또한 丁泰鎬, 法律에 대한 違憲決定의 遡及效問題에 대한 비판적 고찰, 法律行政論叢 제19집, 1999, 211면 이하도 비슷한 취지이다.

63) 위 2. 가. 참조.



속 적용이 허용되는가를 설명하기가 어렵다. 이를 다른 말로 표현한다면, 위헌법률은 당연무효라는 명제를 관철할 때에는, 헌법적으로 용인할 수 없는 상태가 일어날 수 있으므로 헌법적으로도 위헌법률은 당연무효라고 보아서는 안 된다는 것이다.<sup>64)</sup> 독일의 취소설이, 당연무효설은 법률이 개별 헌법규범에 위반된다는 점에만 집착할 뿐 헌법이 하나의 체계라는 점은 간과하고 있는바, 즉 법률이 헌법의 한 조문에 위배되면 당연히 무효라고 하는 것은 오히려 헌법의 다른 규정과의 관계에서 더 헌법에 합치하지 않는 결과를 가져올 수 있으므로 위헌인 법률도 연방헌법재판소의 위헌판결이 있기까지는 유효하고 위헌판결에 의하여 비로소 효력을 상실하며, 법률의 효력을 상실시키는 것이 법적 혼란을 가져오거나 헌법적인 제도를 위태하게 할 때와 같은 경우에는 비록 위헌이라 하더라도 법률의 효력을 상실시켜서는 안 된다고 하는 것<sup>65)</sup>은 바로 이러한 의미인 것이다.

#### 나. 憲法不合致決定이 허용될 수 있는 범위

이러한 설명으로부터 헌법불합치결정이 어느 경우에 허용될 수 있는지도 어느 정도 뚜렷해졌다고 생각된다. 즉 독일에서 일반적으로 인정되고 있는, 평등원칙에 반하는 이익부여의 경우 외에, 위헌결정

64) 이 점에 관하여 위헌법률은 당연무효라고 주장하는 南福鉉 교수는, 헌법재판소가 법률에 관해 헌법불합치로 결정하였다 할지라도 그것은 당해 법률을 위헌으로 결정한 것이 아니고, 단지 그 법률에 위헌성이 내재해 있음을 확인하고 그 위헌성을 입법권자로 하여금 개선토록 조치하는 것이며, 불합치선언된 법률의 법적 성격은 위헌이지만 유효한 법률도 아니고, 처음부터 당연무효인 법률도 아니어서 위헌성이 내재하여 있지만 위헌으로 확인되지는 아니한 법률이라고 설명하나(憲法裁判所 決定의 效力에 관한 爭點 및 解決案, 憲法裁判所 決定의 效力에 관한 研究(憲法裁判所, 憲法裁判研究 제7권), 1996, 362 - 363면) 받아들이기 어렵다. 헌법불합치결정은 헌법재판소 자신이 판시하고 있듯이(헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49, 52 결정, 판례집 6-2, 64면 이하, 118면 등) 위헌결정임에 다를 아닌 것이다. 위와 같은 주장은 위헌인 법률과 합헌인 법률 이외에, 위헌성이 내재되어 있지만 위헌으로 확인되지 아니한 법률이라는 또 다른 범주를 인정할 수 있다는 것에 귀착되지만, 논리적으로는 법률은 위헌 아니면 합헌인 것이고, 위헌성이 내재되어 있지만 헌법재판소가 위헌으로 확인하지 않은 법률이라는 제3의 존재론적인 범주는 있을 수 없는 것이다.

65) Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1976, S. 160 ff. 참조.

을 통하여 법률조항을 법질서에서 제거하는 것이 법적 공백이나 혼란을 초래할 우려가 있는 경우에는 위헌조항의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 할 수 있다고 보아야 할 것이다.<sup>66)</sup>

다만 문제는 입법자의 형성의 자유가 일반적으로 불합치결정의 근거가 될 수 있는가 하는 점인데, 이는 의문이라고 여겨진다. 법률이 위헌인 상태를 입법자가 제거함에 있어서는 여러 가지의 방법이 있을 수 있고, 오히려 이것이 보통이라고 할 것이다. 그런데 이러한 형성의 자유를 강조한다면 헌법재판소로서는 거의 대부분의 경우에 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정을 선고하여야 한다는 결과가 될 것이나, 이는 헌법이나 헌법재판소법이 예정한 상황은 아닌 것이다. 헌법재판소로서는 단순위헌결정에 의하여 법적인 혼란이 오지 않는 한, 위헌결정에 의하여 위헌인 법률조항만을 제거하면 충분하고, 그 이외에 입법적으로 여러 가지 방법이 있다는 등의 사정은 특별히 고려할 필요가 없다고 생각된다.

그리고 헌법재판소가 세법의 경우에는 과세의 근거법률에 대하여 바로 단순위헌결정을 선고한다면 그 효력이 미치게 되는 이른바 당해사건(當該事件) 관계자들과 세금을 전부 납부하고도 아무런 이의를 제기하지 아니한 다수의 납세자에 대한 관계에 있어서 형평의 문제를 심화시키는 결과를 초래한다는 점을 들고 있는 점은 받아들이기 어렵다. 이러한 형평의 문제는 헌법불합치결정이건 단순위헌결정이건 차이가 없기 때문이다.<sup>67)</sup>

---

66) 헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌바26 결정(판례월보 1999. 12, 79면 이하, 91면)은, 위헌적인 법률조항을 잠정적으로 적용하는 위헌적인 상태가 위헌결정으로 말미암아 발생하는 법이 없어 규율없는 합헌적인 상태보다 오히려 헌법적으로 더욱 바람직하다고 판단되는 경우에는, 헌법재판소는 법적 안정성의 관점에서 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여 입법자가 합헌적인 방향으로 법률을 개선할 때까지 일정 기간 동안 위헌적인 법규정을 존속케 하고 또한 잠정적으로 적용하게 할 필요가 있다고 실시하고 있다.

67) 南福鉉, 法律에 관한 變形決定의 類型과 效力, 憲法論叢 제9집, 1998, 860면 참조.

## 다. 기타의 반론에 대하여

이 이외에 과거의 변정수 재판관이나 이 사건에서의 조승형 재판관은, 헌법불합치결정은 헌법이나 헌법재판소법에 아무런 근거가 없으므로 허용될 수 없다고 하나, 이는 그다지 설득력이 없다. 헌법재판소법이 헌법불합치결정이 필요한 경우를 미리 예견하지 못하여 그에 관한 규정을 두지 않은 것은 사실이나, 이러한 입법적인 공백은 헌법재판소가 자신의 관례를 통하여 창조적으로 메꿀 수 있는 것이다.

또 다른 반론은, 독일에서는 헌법재판소의 위헌재판이 소급효를 가지므로 심각한 법규범의 공백상태가 생길 수 있어 헌법불합치선언을 이용할 필요가 있지만, 우리나라는 장래효가 원칙이므로 헌법불합치결정을 인정할 필요가 없다는 것이다. 그러나 이 또한 적절하다고 할 수 없다. 우선 우리나라에서도 위헌결정은 원칙적으로 소급효를 가진다고 보아야 할 뿐만 아니라,<sup>68)</sup> 설사 장래효 원칙을 채택한다고 하여 헌법불합치 결정의 필요성이 전혀 없다고는 볼 수 없다. 물론 위헌결정의 원칙적 소급효를 인정하지 않는다면 헌법불합치결정을 이용할 필요성이 감소될 것은 분명하다. 그러나 그렇다고 하더라도 위헌결정이 있는 즉시 입법부에서 개선입법을 할 수는 없으므로 위헌결정으로 인하여 법규범의 공백상태가 생긴다는 점은 장래효 원칙 하에서도 배제할 수는 없는 것이다.

## 5. 이 사건에서의 不適合決定의 當부

그러면 이 사건에서 헌법재판소가 불합치결정을 선고한 것은 타당한가? 이는 의문이다.

헌법재판소는 헌법불합치결정을 선고하는 이유로서 다음의 두 가

---

68) 이에 대하여는 아래 VI. 4. 참조.

지를 들고 있다. 첫째, 단순위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 경우에는 고려기간 내에 승인이나 포기를 하지 아니한 경우 상속으로 인한 법률관계를 확정할 수 있는 법률근거가 없어지는 법적 공백상태가 되고, 이로 말미암아 특히 상속채무가 적극재산을 초과하지 아니하는 경우나 상속인이 그 귀책사유로 인하여 고려기간을 도과한 경우에도 상속으로 인한 법률관계를 확정할 수 없게 되는 법적 혼란을 초래할 우려가 있다.

둘째, 이 사건 법률조항의 위헌성을 어떤 방법으로 제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안이 있을 수 있고, 그 중에서 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자가 우리의 상속제도, 상속인과 상속채권자 등 이해관계인들의 이익, 법적 안정성 등 여러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이다.

우선 첫째의 이유에 대하여 본다면, 위헌결정으로 인하여 헌법재판소가 우려하는 바와 같이 상속채무가 적극재산을 초과하지 않거나 상속인이 귀책사유로 인하여 고려기간을 도과한 경우에도 상속으로 인한 법률관계를 확정할 수 없게 되는 법적 혼란이 초래되어서는 안 될 것임은 당연하다. 그러나 그러한 문제는 반드시 헌법불합치선언에 의하여만 해결될 수 있는 것은 아니다. 오히려 이 경우에는 이른바 限定違憲 내지 質的 一部違憲의 주문형태를 활용함으로써 그러한 문제를 방지하는 것이 좋았을 것이다. 즉 헌법재판소로서는 민법 제1019조 제1항이 고려기간을 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월로 정하고 있는 것은 상속인이 아무런 귀책사유없이 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못한 경우에는 헌법에 어긋난다고 하는 형식의 주문을 선고하였어야 할 것이다.<sup>69)</sup> 헌법재판소가 이처럼 선고하였다면 위와 같은 법적 혼란의 문제는 생기지 않

---

69) 다만 이 경우에는 그 고려기간이 언제부터 진행되는가 하는 점이 문제로 남게 되나, 이는 당사자가 이를 알거나 알 수 있었을 때로 보아야 할 것이다.

으며, 또 뒤에서 보는 바와 같이 개선입법에 소급효를 인정할 것인가 하는 논란도 피할 수 있었을 것이다.

그런데 헌법재판소는 왜 이러한 주문을 택하지 않았을까? 우선 헌법재판소가 이 사건 심판의 대상을 민법 제1019조 제1항이 아니라 제1026조 제2호로 삼은 것이 기본적인 원인이지만 그 외에도 다음과 같은 이유가 작용한 것이 아닌가 추측된다. 첫째, 대법원은 이러한 헌법재판소의 한정위헌결정에는 기속력이 없다고 하였는데,<sup>70)</sup> 헌법재판소는 이러한 대법원 판결이 국민의 권리를 침해한다고 하여 이를 취소하기는 하였으나,<sup>71)</sup> 이러한 대법원의 태도 때문에 헌법재판소로서는 한정위헌결정을 하기에 주저를 느꼈을 수도 있다.

둘째, 헌법재판소가 이 사건 결정을 하기 전에 이미 법무부에서는 1998. 7. 20. 민법중개정법률안에 대하여 입법예고를 하였는데,<sup>72)</sup> 여기서는 민법 제1019조에 제3항을 신설하여, 상속인이 상속되는 채무가 그 재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 속력기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조 제1호 및 제2호에 의하여 단순승인한 것으로 의제되는 경우 포함)한 경우에는 그 안 날로부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다고 하였다. 헌법재판소는 이러한 법무부의 개정안을 염두에 두고,<sup>73)</sup> 그와 같이 민법이 개정되면 이것이 헌법불합치 결정에서 명하는 개선입법이 될 수 있다고 보아 헌법불합치결정의 주문을 택한 것이 아닌가 한다.

그러나 이와 같은 사정들이 한정위헌의 결정을 하기에 결정적인 장애라고는 할 수 없으므로 이러한 사정들을 고려하여 한정위헌 아

70) 대판 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결(公 1996상, 1442).

71) 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌마172, 173 결정(판례집 9-2, 842면 이하).

72) 法律新聞 제2713호(1998. 7. 27. 자), 15면. 이에 대하여는 尹眞秀, 相續法 改正案의 課題와 問題點. 人權과 正義 1998. 9. 5면 이하 참조.

73) 헌법재판소는 이 사건 결정에서 입법자가 고려할 수 있는 방안의 한 예로서 상속인이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간을 도과한 때에는 상속인이 그 사실을 안 날로부터 일정한 기간내에 다시 상속의 승인이나 포기, 또는 한정승인을 할 수 있도록 하는 방안을 들고 있다. 판례집 10-2, 359면.

닌 헌법불합치결정을 하였다면 문제라고 하지 않을 수 없다.

그리고 헌법재판소가 들고 있는 두 번째의 사유, 즉 입법자의 형성의 자유라는 것도 설득력이 없다. 헌법재판소는 이 사건 법률조항의 위헌성을 어떤 방법으로 제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안<sup>74)</sup>이 있을 수 있고, 그 중에서 어떤 방안을 채택할 것인가는 입법자가 우리의 상속제도, 상속인과 상속채권자 등 이해관계인들의 이익, 법적 안정성 등 여러 가지 사정을 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이라고 하고 있으나, 것처럼 여러 가지 방안이 있다는 것이 위헌결정을 하여서는 안 될 사유는 될 수 없는 것이다.

## VI. 이 사건 不合法決定의 遡及效

### 1. 문제의 소재

헌법재판소가 이처럼 헌법불합치결정을 하였고, 그에 따라 입법자가 개선입법을 하였다면, 이 사건 결정 이전에 상속이 개시되어 제1019조 제1항의 3월의 고려기간이 이미 경과한 사람도 위 개선입법에 의한 혜택을 받을 수 있는가? 이는 헌법불합치결정에 소급효가 인정되는가 하는 문제이다. 좀더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

즉 헌법불합치결정에 따른 개선입법 자체에서 소급효를 인정하고 있으면 당사자들이 소급적으로 구제를 받을 수 있다. 그러나 이때에

---

74) 고려기간의 도과에 관하여 상속인이 책임질 사유가 없는 때에는 단순승인이 아닌 한정승인을 한 것으로 보는 방안, 스위스 민법 제566조 제2항의 규정과 같이 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과함이 객관적으로 명백한 때에는 고려기간의 도과로써 상속을 포기한 것으로 추정하는 방안, 상속인이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간을 도과한 때에는 상속인이 그 사실을 안 날로부터 일정한 기간내에 다시 상속의 승인이거나 포기, 또는 한정승인을 할 수 있도록 하는 방안 등을 나열하고 있다.

는 소급입법의 금지에 어긋나지 않는가 하는 의문이 생긴다. 반면 개선입법에서 소급효를 인정하고 있지 않거나, 또는 이에 대하여 침묵을 지키고 있으면 어떻게 되는가? 이때에는 당연히 개선입법이 소급적용될 수 있는가, 아니면 소급효를 인정하고 있지 않은 개선입법이 위헌으로 되어 또다시 위헌법률심사의 대상이 되는가 하는 문제가 생긴다.

## 2. 憲法裁判所의 判例

헌법재판소는 이러한 헌법불합치결정에는 당연히 소급효가 인정되어, 개선입법이 이에 대하여 특별히 규정을 두지 않더라도 개선입법은 당연히 소급적용된다고 보고 있다.

### 가. 헌법재판소 1995. 7. 27. 선고 93헌바1·3·8·13·15·19·22·37·38·39·52·53 결정<sup>75)</sup>

위 결정에서는, 다음과 같은 점이 문제로 되었다. 즉 헌법재판소 1994. 7. 29. 선고 92헌바49, 52 결정<sup>76)</sup>에서는 당시의 토지초과이득세법 전체가 헌법에 합치되지 않는다고 선고하였다. 그러자 국회는 1994. 12. 22. 법률 제4807호로 위 토지초과이득세법을 개정하면서 구 토지초과이득세법 조항들 가운데 위 사건의 결정이유에서 위헌성이 있음이 구체적으로 지적된 조항들을 모두 개정하였다. 그러나 위 개정법률은 그 부칙에서 개정법률 시행전에 종료하는 과세기간의 토지초과세이득분에 대하여는 개정법률의 적용을 배제하고 있다. 그리하여 위 개정법률 시행 전에 종료하는 과세기간의 토지초과이득세분

---

75) 판례집 7-2, 221면 이하.

76) 판례집 6-2, 64면 이하.

에 대하여는 개정전 법률이 적용될 것인가, 아니면 개정된 법률이 적용될 것인가가 문제되었다.

이에 대하여 헌법재판소의 다수의견은, 다음과 같이 실시하여 이 경우에는 개정된 법률이 적용되어야 한다는 이유로 개정 전 법률조항에 대한 헌법소원청구를 각하하였다. 즉 헌법재판소가 위 사건의 주문으로서 그 각 개별조항에 대한 결정이유에서 밝힌 바대로 단순위헌선언 또는 개정입법촉구 등을 선고하지 아니하고, 굳이 헌법불합치라는 변형결정주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 이상 그 당연한 논리적 결과로, 위 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 소위 “당해 사건” 또는 “병행 사건”에 관하여는 위 결정 이후 입법자에 의하여 개정된 법률조항이 적용되어야 할 것인바, 이는 헌법불합치결정이 의도하는 효력의 본질적인 부분의 하나이기도 한데, 왜냐하면 헌법불합치결정은 그 결정에 따라 구법 조항들 중 무효로 될 부분의 구체적인 범위의 획정을 입법자의 형성의 자유에 맡겨 두는 결과, 입법자가 당재판소의 결정취지에 맞추어 해당 조항을 개정할 때에야 비로소 그 결정에 의하여 무효로 될 부분을 구체적으로 확정할 수 있는 것이므로, 소위 “당해 사건” 등에 관하여는 구법 조항들 중의 위헌부분이 제거된 것으로 보아야 할 개정법률조항들을 적용할 수밖에 없기 때문이라는 것이다.<sup>77)</sup>

---

77) 판례집 7-2, 246 - 247면. 반면 김진우, 김문희, 황도연, 이재화 4인의 별개의견 및 반대의견은, 헌법불합치결정에는 소급효가 인정되므로, 구 토지초과이익세법 중 헌법재판소가 구체적으로 위헌성을 지적한 부분뿐만 아니라, 그렇지 않은 부분도 개정된 부분은 전체적으로 개정된 조항이 적용되고 따라서 개정되기 전 조문 전체에 대한 헌법소원 심판청구를 모두 각하하여야 한다고 주장하였다.



나. 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고, 91헌바1·2·3·4, 92헌바1  
7·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌바12·17 결정<sup>78)</sup>

위 결정에서는 구 소득세법 제60조(1978. 12. 5. 법률 제3098호로 개정된 후 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것)는 양도소득세의 과세표준 산정의 기준이 되는 기준시가의 결정을 대통령령에 위임한 것이 조세법률주의 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 취지에 반한다고 하여 헌법불합치결정을 하면서, 이 사건의 경우에는 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 헌법에 합치하는 내용의 개정입법이 이미 행하여져 위헌조항이 합헌적으로 개정되어 시행되고 있으므로 헌법재판소는 단순위헌결정을 하지 아니하고 이 사건 위임조항을 적용하여 행한 양도소득세 부과처분 중 확정되지 아니한 모든 사건과 앞으로 향할 양도소득세 부과처분 모두에 대하여 위 개정법률을 적용할 것을 내용으로 하는 헌법불합치결정을 하기로 한다고 판시하여, 헌법불합치결정을 하면서 동시에 이미 개정된 법률을 소급적용하도록 하였다.

그러나 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결<sup>79)</sup> 등 일련의 대법원 판결은, 헌법재판소의 위 결정 이유 전단에서는 종래의 법령의 계속 적용이 가능하다고 하면서도 후단에서는 개정법률이 위헌성이 제거되었다는 이유로 이를 당해 사건 등에 소급하여 적용할 것을 실시하고 있으나, 이를 소급적용할 법리상 근거도 없을 뿐만 아니라 개별공시지가 시행 이전에 이미 양도가 이루어진 사건에 있어서는 위 개정법률은 양도 당시의 과세시가표준액 등에 의한 기준시가를 위 개정법률이 정하고 있는 개별공시지가로 환산하는 규정을 결하고

---

78) 판례집 7-2, 562면 이하.

79) 공 1997상, 1282.

이므로, 위와 같은 사례에 있어서는 그 처분이 전부 취소될 수밖에 없어 위 결정 이유 판단에서 헌법불합치결정을 채택하는 근거로 내세운 법적 공백의 회피, 국가의 재정차질 방지 및 납세자 사이의 형평 유지에 정면으로 모순되는 결과가 발생하게 되고, 그렇다면 결국 이 사건 헌법불합치결정은 당해 조항의 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 이전까지는 종전 구 소득세법 제60조를 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 이해할 수밖에 없다고 하여, 종전의 헌법불합치로 선언된 법률을 적용한 과세처분의 효력을 인정하였다.

이러한 판례들에 대하여 당사자들이 헌법소원을 제기하였으나, 헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 96헌마61, 97헌마154 결정<sup>80)</sup>의 다수의견은, 위 결정의 취지는 기준시가에 의하여 양도가액이나 취득가액을 산정함에 있어서 원칙적으로 구 소득세법 제60조의 위헌적 요소를 제거한 개정 소득세법 제99조를 적용하여야 할 것이나, 다만 개정 소득세법 제99조를 적용하여서는 기준시가에 의하여 양도가액이나 취득가액을 산정할 수 없어 그 양도차익의 산정이 불가능하게 되는 예외적인 사정이 있는 경우에는 구 소득세법 제60조의 위헌적 요소를 제거하는 개정법률이 시행되기 전까지는 위 법률조항의 잠정적인 적용을 허용하는 취지라고 하여, 결과적으로 헌법소원심판청구를 받아들이지 않았다.

#### **다. 헌법재판소 2000. 1. 27. 선고 96헌바95, 97헌바1·36·64 결정<sup>81)</sup>**

이 결정은 구 법인세법(1978. 12. 5. 법률 제3099호로 개정되어

---

80) 판례월보 1999. 12, 105면 이하.

81) 헌법재판소공보 제42호, 123면 이하.

1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되기 전의 것) 제59조의2 제1항과 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되어 1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것) 제59조의2 제1항이 과세대상이 되는 토지 등의 범위를 대통령령이 정하도록 위임하고 있는 것은 헌법에 합치되지 아니한다고 하여 불합치결정을 하면서, 그 이유에서 헌법재판소가 헌법불합치라는 변형결정주문을 선택하여 위헌적 요소가 있는 조항들을 합헌적으로 개정 혹은 폐지하는 임무를 입법자의 형성재량에 맡긴 경우에는, 이 결정의 효력이 소급적으로 미치게 되는 모든 사건이나 앞으로 위 법률조항을 적용하여 행할 부과처분에 대하여는 법리상 이 결정 이후 입법자에 의하여 위헌성이 제거된 새로운 법률조항을 적용하여야 한다고 밝히고 있다.

### 3. 學說

학설상으로는 이 문제가 그다지 많이 논의되지는 않고 있으나, 헌법재판소의 결정과 같이 불합치결정에는 당연히 소급효가 인정된다고 하는 견해가 있다.<sup>82)</sup> 이 견해는 그 근거를 다음과 같이 설명하고 있다.

즉 불합치결정의 위헌결정과 가장 본질적인 차이는, 위헌법률의 잠정적 적용에 있는 것이 아니라, 바로 적용금지로 인한 절차의 정지에 있고, 이는 입법자가 최종적으로 적용할 수 있는 합헌적인 법률을 만들거나, 또는 법을 폐지할 때까지 법원의 결정이 보류되어야 하며, 법원이 개정법률에 따라 판단을 함으로써 당사자가 개정법률의 결과에 따라 혜택을 받을 수 있도록 그 때까지 기회를 열어 놓아야 한다는 것을 의미한다고 한다. 위헌결정에 있어서는 헌법재판소가 법원에게 최종적이고 확정적인 판단근거를 제공하지만, 불합치결

---

82) 韓秀雄(註43), 524 - 525면.

정의 경우에는 헌법재판소 스스로가 위헌적 상태의 제거에 대한 최종적 결정을 입법자에게 미루고 있기 때문에 법원은 당연히 입법자의 최종 결정을 기다려 그에 따라 판단을 하여야 하는 것이므로, 개정법률의 소급효력은 이러한 불합치결정에 내재되어 있는 본질적인 요소라는 것이다.

또 다른 견해는 헌법불합치결정의 경우에는 입법자는 위헌법률을 조속히 개정할 입법개선 의무를 지며, 원칙적으로 헌법재판소가 위헌으로 확인한 시점까지 합헌적인 개정법률을 소급적용할 경과규정을 두어야 한다고 하면서, 위헌법률의 적용금지와 절차의 정지를 명하는 경우에 헌법재판소는 법적 명확성을 위하여 법 적용기관에 대하여 주문이나 이유에서 독자적인 경과규정(Übergangsregelung)을 제시할 수 있다고 한다. 그리하여 위 헌법재판소 1995. 11. 30. 결정(위 2. 나.)이 개정법률의 소급적용을 명한 것은 독자적 경과규정으로 볼 수 있다고 한다.<sup>83)</sup>

#### 4. 私見

사건으로는 단순위헌결정에 소급효가 인정되어야 하는 것과 마찬가지로, 헌법불합치결정에도 원칙적으로 소급효가 인정되어야 하지만, 이는 입법자에게 그러한 소급입법을 하여야 할 의무를 부과하는 것일 뿐, 입법자가 개선입법을 하기는 하였으나 그러한 소급입법을 하고 있지 않을 때에도 당연히 개선입법이 소급적용되거나, 또는 헌법재판소가 개선입법의 소급적용을 명할 수는 없다고 생각한다.<sup>84)</sup>

---

83) 方勝柱, 구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력, 人權과正義 2000. 3, 162면 이하. 한편 이 견해는 韓秀雄(註43), 525면 등이 개정법률의 소급적용이 헌법불합치결정의 “본질적인 요소”라고 하는 데 대하여는, 개정법률의 소급적용이 제한되어야 할 예외적인 경우가 있을 수 있다는 이유로 비판하고 있다. 위 글 163면 註9) 참조.

84) 이 점에 대하여는 尹眞秀(註62), 673면 이하, 특히 不尙致決定의 遡及效에 관하여는 676 - 679면 참조.

## 가. 違憲決定의 원칙적인 溯及效

위헌결정은 소급효를 가져야 한다는 것은 헌법의 해석에서 당연히 도출된다.<sup>85)</sup> 그 근거로서는 법관은 헌법과 법률에 의하여 재판하도록 규정하고 있는 헌법 제103조, “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하고 있는 헌법 제27조 제1항, “국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 가진다”라고 규정하고 있는 헌법 제10조 후단, 헌법상 평등의 원칙을 규정하는 헌법 제11조 제1항 등을 들 수 있다.

헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 96헌마61, 97헌마154·171 결정의 다수 의견이 헌법불합치결정의 소급효 문제와 관련하여, 위헌법률의 적용금지 법치국가적 요청의 당연한 귀결로서, 헌법재판소가 어떠한 결정유형으로 규범의 위헌성을 확인하였든 간에 그와 관계없이 모든 국가기관은 위헌적 법률의 적용과 집행을 통하여 스스로 위헌적인 국가행위를 하여서는 안된다고 한 것<sup>86)</sup>도, 이와 같은 취지라고 여겨진다.

그러므로 법원이 위헌으로 결정된 법률을 적용하여서는 안 된다는 것은 헌법상의 요청이고 이와 달리 위헌결정된 법률에 대하여 소급효를 부정하여 위헌결정 이전의 법률관계에 대하여는 계속 적용하도록 하기 위하여는 헌법에 그와 같은 근거가 있어야 하며, 그러한 헌법상의 근거가 없는 이상 위헌결정의 소급효가 원칙적으로 인정된다고 보는 것이 헌법상 당연한 해석이다.

85) 이에 대하여는 尹眞秀(註43), 312면 이하; 尹眞秀(註62), 673면 이하 외에 尹眞秀, 交通事故處理特例法 제4조 제1항 및 그에 근거한 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 適法性, 判例月報 2000. 1. 11면 이하 참조.

86) 판례월보 1999. 12. 105면 이하, 114면. 재판관 김용준, 신창언의 반대의견(117면)도 이 점에 관하여는 같은 취지이다.

뿐만 아니라 오늘날 헌법이 법률보다 상위에 있는 법규범으로서 헌법과 법률이 충돌할 때에는 헌법이 우선한다고 하는 憲法の 優位(Vorrang der Verfassung)에 대하여는 아무도 의문을 제기하는 사람이 없다. 違憲法律審査制度라는 것도 기본적으로는 이러한 헌법의 우위를 확보하기 위한 제도적 장치라고 이해될 수 있으며, 앞에서 살펴본 헌법 제103조 제1항, 제27조 제1항, 제10조 후단 등도 이와 같은 헌법의 우위라는 원칙을 나타내고 있는 것이라고 할 수 있다.

이러한 관점에서 볼 때 어느 법률이 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 위헌이라고 확정되었다면 법원으로서 위헌으로 확정된 법률을 더 이상 적용하여서는 안 된다는 것은 헌법의 우위라는 명제에서 나오는 논리적인 결론이라고 하지 않을 수 없다. 그러므로 앞에서 열거한 헌법의 개별조문이 존재하지 않는다 하더라도, 위헌결정의 소급효는 이를 부정하는 명백한 헌법상의 근거가 없는 한 원칙적으로 인정되어야 한다.

다만 이처럼 위헌결정의 소급효를 원칙적으로 인정한다고 하더라도 그로 인하여 법적 안정성이 지나치게 희생되는 것은 막아야 할 것이다. 법적 안정성 자체도 법치국가의 원리에 근거를 둔 것으로서 헌법적 근거를 가지기 때문이다.<sup>87)</sup> 그러나 이러한 법적 안정성의 추구라는 목적을, 위헌결정의 소급효 그 자체를 부정함으로써 달성하려고 하는 것은 그 방법에 있어서 바람직하지 않다. 위와 같이 확실적인 기준에 의하여 위헌결정의 소급효 여부를 결정하는 것은, 법적 안정성의 이름 아래 구체적 타당성을 희생시키는 것으로서, 위헌결정의 소급효를 인정함으로써 구체적 타당성을 추구하면서도 아울러 법적 안정성을 고려할 수 있는 방법이 있다면 그러한 방법을 모색하여야 하는 것이다. 그러면 과연 구체적 타당성과 법적 안정성을 아울러 고려할 수 있는 방법은 어떤 것이 있겠는가? 이는, 위헌인 법

---

87) 尹貞秀(註43, 317면 및 그곳의 註57)에서 인용하고 있는 문헌 참조.

률에 근거하여 이루어진 법률관계에 대하여 어떠한 법률효과를 인정할 것인가 하는 문제로 바꾸어 생각하면 된다. 다시 말하여 위헌결정의 소급효로 인한 법적 안정성의 침해의 문제는 法律的變更(change of law)이라는 관점에서 소급효를 부정함으로써 해결할 것이 아니라, 救濟의 틀(remedial framework)의 문맥에서 검토하여야 적절한 결과를 얻을 수 있는 것이다.<sup>88)</sup>

다시 말하여 위헌인 법률에 의하여 권리를 침해당한 자의 권리를 보호함에 있어서는 그 구제수단이 단지 名目的인 것이어서는 안 되지만, 그렇다고 하여 권리침해를 받은 자에게 무제한적인 권리구제가 주어져야 한다는 것이 반드시 헌법상의 요청이라고는 할 수 없고, 그에게 법적 안정성을 고려하여 實效的인 권리구제의 수단이 인정되기만 하면 그로써 충분하다고 보아야 할 것이다. 구체적으로는 확정판결의 기판력이라든지, 행정처분의 확정력, 또는 민법상의 신의성실의 원칙 등의 적용 등에 의하여 이러한 법적 안정성은 충분히 고려될 수 있다.<sup>89)</sup>

그런데 이에 반대하는 견해에서는, 헌법으로부터는 직접 위헌결정의 소급효 원칙은 도출될 수 없으며, 이 문제는 입법자가 입법형성의 여지의 범위 내에서 결정하여야 할 입법정책적 결정의 문제라고 한다.<sup>90)</sup> 그러나 이 견해는 받아들이기 어렵다. 예컨대 이 견해는 재판청구권이나 국가의 기본권 보장 의무 모두 절대적인 것은 아니며, 헌법 제37조 제2항의 법률유보하에 있음은 의문의 여지가 없으므로 이러한 것들이 원칙적 소급효의 근거가 될 수 없다고 한다.<sup>91)</sup>

---

88) R. H. Fallon, Jr. and D. J. Meltzer, New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies, 104 Harvard Law Review, 1991, 1764 ff. 또한 American Trucking Associations, Inc. v. Smith, 496 US 167, 110 L Ed 2d 148, 110 S Ct 2323 (1990)에서의 Stevens 대법관의 별개의견도 이러한 취지이다. 尹眞秀, 美國法上 判例의 遡及效, 저스티스 제28권 제1호, 1995, 119면 참조.

89) 좀더 자세한 것은 尹眞秀(註62), 693면 이하 참조.

90) 丁泰鏞(註62), 224면 이하, 특히 227면 이하.

91) 丁泰鏞(註62), 238면.

그러나 이러한 견해는 매우 불합리하다. 우선 헌법 제37조 제2항에 의하여 재판청구권 등이 제약되려면, 개별 사례에 있어서 그러한 재판청구권 등이 제약되지 않으면 안 될 충분한 사유가 존재하지 않으면 안 된다. 그런데 헌법재판소법 제47조 제2항이 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 법률유보에 해당한다면, 이는 개별 사례에서 그와 같은 충분한 사유가 있는지 여부에 관계없이 재판청구권 등을 제약할 수 있는 포괄적인 유보라고 하지 않을 수 없다. 법적 안정성이라는 것이 국민의 기본권을 제한하기 위하여 언제나 동원될 수 있는 만능의 공식은 아닌 것이다. 이 견해에서도 구체적 타당성의 요청은 큰 반면 위헌결정의 소급효를 인정하더라도 법적 안정성이 크게 흔들리지 않는 경우에 한하여 소급효를 인정할 수 있다(이른바 선택적 소급효론)고 한다.<sup>92)</sup> 그러나 기본권 보호의 측면에서는 이는 本末이 전도된 이론이다. 국민의 기본권은 원칙적으로 보호되어야 하고, 다만 이를 제한하여야 할 충분한 사유가 있는 경우에 한하여 제한할 수 있는 것이기 때문이다. 국민의 기본권은 예외적으로만 보호될 수 있는 施惠的인 권리가 아닌 것이다.<sup>93)</sup>

뿐만 아니라 그러한 논리를 받아들여더라도 불합리한 결론은 피할 수 없다. 가령 어떤 법률이 기본권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 한다면, 이는 그러한 법률이 헌법 제37조 제2항에서 요구하는 비례

---

92) 丁泰鎬(註62), 234 - 235면.

93) 미국에서 이러한 선택적 소급효 내지 선택적 장래효(selective prospectivity)의 이론이 연방 대법원의 판례상 극복되는 과정에 대하여는 尹眞秀(註88), 91면 이하 참조. 현재 미국에서는 위헌 판결의 소급효는 원칙적으로 인정되어야 한다는 점에 대하여는 의견의 합치가 존재하고, 다만 예외적으로 순수한 장래효(pure prospectivity)가 인정될 수 있을 것인가, 인정된다면 어느 경우에 인정될 수 있을 것인가 하는 점에 관하여 논의의 초점이 모아지고 있는 것으로 보인다. 이에 대한 최근의 논의에 관하여는 Fallon and Meltzer(註88) 이외에 Jill E. Fisch, *Retroactivity and Legal Change: an Equilibrium Approach*, 110 Harv. L. Rev., 1055 ff.(1997); Pamela J. Stephens, *The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis*, 48 Syracuse Law Review 1515 ff.(1998); Kermit Roosevelt III, *A Little Theory is a Dangerous Thing: The Myth of Adjudicative Retroactivity*, 31 Connecticut Law Review 1075 ff.(1999) 등 참조.



의 원칙을 충족시키지 못하였기 때문이라는 의미를 동시에 내포하고 있는 것이다. 그런데 일단 어떤 법률이 위헌이라고 하고서, 그럼에도 불구하고 이러한 법률을 다시 적용할 수 있는 근거를 헌법 제37조 제2항에서 찾는다면 이는 앞뒤가 맞지 않는 것이다. 백보를 양보하더라도 이는 헌법 제37조 제2항의 차별적 적용을 인정하지 않는 한 성립할 수 없는 논리이다. 즉 동일한 위헌법률에 의하여 다같이 기본권을 침해당한 사람들 가운데 특정한 사람들에 대하여는 헌법 제37조 제2항이 문제됨이 없이 위헌결정에 의하여 구제를 받을 수 있는 반면, 그 이외의 사람들은 위헌결정에도 불구하고 헌법 제37조 제2항 때문에 기본권이 실현될 수 없기 때문이다. 바꾸어 말한다면 위헌법률에 의하여 기본권을 침해당한 사람이 구제받는 과정에서 어떤 사람은 한 단계, 즉 그 법률이 위헌인지 여부의 판단 단계에서만 헌법 제37조 제2항의 적용을 받는 반면, 그외의 다른 사람에 대한 관계에 있어서는 다시 그 위헌결정이 소급적으로 적용될 것인가를 심사하는 단계에서 또다시 헌법 제37조 제2항의 적용 여부가 문제되는 것이다.

#### 나. 憲法不合致決定의 原則的 遡及效

그러므로 헌법불합치결정도 그것이 위헌결정의 일종인 한에서는 원칙적으로 소급효가 인정되어야 하고, 다만 그러한 소급효를 인정하는 것이 공익의 중대한 침해를 가져오는 경우에만 예외적으로 소급효가 제한되어야 할 것이다.<sup>94)</sup> 다만 단순위헌결정은 그 자체로서 소급효를 가지므로 따로 입법자의 개선입법을 기다릴 필요가 없으나, 헌법불합치결정은 그 자체로서 소급효가 있다기보다는 입법자에

94) 그러나 Seer(註43), S. 289 ff.는 헌법불합치결정에 의하여 장래효만을 인정하려고 하는 것은 헌법우위의 원칙을 무시하고, 주관적 권리보호를 경시한다고 비판한다.

게 개선입법이 소급적으로 이루어지도록 하는 의무를 부과하는 점에서 특성이 있을 뿐이다.

반대로 헌법재판소의 위헌결정에 원칙적인 소급효를 인정하지 않는다면, 헌법불합치결정에 대하여 원칙적으로 소급효를 인정할 수 있는지 이론적으로 설명하기가 어렵다. 즉 위헌결정의 소급효가 법적 안정성을 고려하여 원칙적으로 인정되어서는 안 된다면, 왜 법적 안정성이 더욱 중시되어 단순위헌결정이 아닌 헌법불합치결정이 선고된 때에는 역으로 더 넓은 범위에서 소급효가 인정되는지를 이해하기 어려운 것이다.<sup>95)</sup>

그런데 헌법불합치결정의 원칙적인 소급효, 즉 개선입법의 원칙적인 소급효를 인정한다면 이것이 헌법상의 소급입법 금지에 저촉되는 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있으나, 소급입법의 금지는 반드시 절대적인 것은 아니며, 보호할 가치가 있는 신뢰가 존재하지 않거나, 보호할 가치가 있는 신뢰가 존재하더라도 긴급한 공공의 이익을 위하여 양보하여야 하는 경우에는 소급입법이 인정될 수 있다. 그리고 이처럼 보호할 가치가 있는 신뢰가 존재하지 않는 경우의 한 예로서, 법률관계가 불분명하고 착종된 경우에는 어떤 것이 타당한지를 알 수 없으므로 보호할 가치가 있는 신뢰가 존재하지 않아 소급입법이 허용된다고 한다. 따라서 법률이 부당하여 소급적으로 제거되고 다른 법률로 대체되는 경우에는 소급입법이 허용되며, 따라서 법률의 헌법불합치결정에 의하여 법률의 흠이 밝혀진 경우에 그 흠을 제거하는 새로운 입법은 허용될 수 있는 것이다.<sup>96)</sup>

그런데 입법자가 개선입법을 하기는 하였으나 그것이 소급한다는 규정을 두지 않은 경우에는 헌법재판소의 견해와 같이 당연히 그러

---

95) 尹眞秀(註62), 679면 참조.

96) H. Maurer, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1988, S. 228 ff. 또한 黃祐呂, 遡及立法, 考試研究 1989. 11, 92면 이하 참조.

한 개선입법이 소급적용될 것인가? 그와 같이 볼 수는 없다. 헌법불합치결정은, 입법자에 대하여 소급효가 있는 개선입법의 의무를 부담시키는 것일 뿐이며, 만일 입법자가 이러한 소급적인 개선입법의 의무를 이행하지 아니하였으면 위 개선입법 자체가 위헌성을 띠게 되어 위헌으로 선언되어야 하거나<sup>97)</sup>, 경우에 따라서는 舊法이 소급적으로 폐지된 것으로 이해할 수는 있을지언정 헌법재판소의 결정이 입법을 대신할 수 있는 것은 아니기 때문이다.<sup>98)</sup>

## 5. 法務部の 親族相續法 改正案에 대하여

### 가. 제1차 改正案 및 그 문제점

법무부가 1998. 11. 13. 국회에 제출하였던 민법중개정법률안은, 앞

97) 이를 명시한 것으로 독일연방헌법재판소 1980.10.8.결정(BVerfGE 55, 100 f.)이 있다. 이 사건의 내용은 다음과 같다. 즉 독일연방헌법재판소는 이 사건 이전인 1975. 5. 6. 결정(BVerfGE 39, 316 ff.)에서, 共濟組合 年金法이 과부양아동이 있는 연금수급권자에 대하여는 그 아동에 대한 추가지급(Kinderzuschuß)을 인정하면서도, 연금수급권자의 孫子에 대한 추가지급은, 그 손자가 보험사고(즉 연금청구권의 발생) 이전에 부양자의 가계에 편입된 경우에 한한다고 규정한 것은, 보험사고 전에 손자가 가계에 편입된 祖父母를 실질적인 이유 없이 보험사고 후에 편입된 조부모와 달리 취급하는 것이어서 평등원칙에 위반된다고 하면서 불합치선언을 하였다.

그러자 입법자는 1976. 6. 3. 위 법률을 개정하면서 아예 손자에 대하여는 추가지급을 인정하지 않는 것으로 하고, 이 법률은 1976. 7. 1.부터 시행한다고 하였고, 그 결과 1976.6.30까지는 종전의 상태가 그대로 유지되게 되었다. 그러자 각 법원에서 위 신법이 위 신법시행 전의 사건에 대하여는 종전과 마찬가지로 처리하도록 한 것이 위헌이라는 이유로 위헌제정을 하였다.

연방헌법재판소는, 그 주문에서 위 개정법률은 1976. 6. 30.까지는 보험사고 전에 가계에 편입되어야 한다는 결과를 가져오는 한 헌법에 위반되어 무효라고 선언하였다. 그리고 그 이유에서는, 연방헌법재판소의 불합치선언이 있으면 무효선언과 마찬가지로 법원과 행정부가 불합치선언된 법규범을 더 이상 적용할 수 없게 되는 효과를 가져오고, 입법자로서는 헌법에 부합하는 법률상태를 만들 의무를 부과하는 것인데, 그 불합치선언이 평등권 위반이라고 하는 경우에는 입법자는 그 불합치선언 전의 기간에 대하여도 이러한 평등권에 합치하여야 한다는 요구를 충족하여야 한다고 하면서, 위 개정법률은 1976. 6. 30. 이전의 기간에 관한 한 위 불합치선언된 조항과 마찬가지로 평등권에 위반되고, 이 사건에 있어서는 불합치선언을 할 이유도 없다고 하여 그 부분에 한하여 무효선언을 하였다.

98) Hein(註43), S. 176 ff.; 南福鉉, 憲法裁判所 決定의 效力에 관한 爭點 및 解決方案, 憲法裁判所決定의 效力에 관한 研究(憲法裁判所, 憲法裁判研究 제7권), 1996, 362-363면 참조.

에서도 언급하였던 것처럼 제1019조에 제3항을 신설하여, 상속인이 상속되는 채무가 그 재산을 초과하는 사실을 증대한 과실없이 제1항의 숙려기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조 제1호 및 제2호에 의하여 단순승인한 것으로 의제되는 경우 포함)한 경우에는 그 안 날로부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다고 하면서, 그 부칙에서는 위 제1019조 제3항이 소급적용될 수 있다는 경과규정을 두지 않고, 오히려 제1조 본문이 “이 법은 1999년 1월 1일부터 시행한다”고 규정하고, 제2조는 “이 법은 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다”고 규정함으로써 개정법률이 소급하지 않는다는 不遡及의 원칙을 명문으로 규정하고 있었다.

이처럼 개정안의 소급적용을 인정하지 않은 이유는 소급적용할 경우 상속인은 보호가 될 것이나 기존의 법률에 의하여 이미 상속채무의 상속인 승계가 확정된 상속채권자의 경우에도 변제를 받을 수 없게 될 뿐만 아니라 이미 변제를 받은 경우에도 부당이득으로 반환의 여지가 남게 되는 등 법적 안정성을 심히 해칠 우려가 있는데 이는 소급입법에 의하여 상속채권자의 권리를 해하게 되므로 “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다”는 헌법 제13조 제2항에 정면으로 위배되고, 일부 변제가 된 경우에도 이미 변제된 채무나 변제되지 않은 나머지 채무를 어떻게 처리할 것이냐라는 문제가 생기게 되므로 법적 안정성을 해칠 우려가 있으며, 소급적용을 한다고 하더라도 소급효 인정의 적용 범위와 대상을 정할 기준이 없으며 적용기준을 어떻게 잡든 여기서 제외되는 사람은 형평성 문제를 제기할 수 있고 이는 다시 위헌적인 입법이 될 소지가 있으므로, 개정안에 경과규정을 두어 소급적용을 하는 것보다는 개개의 재판을 통하여 구체적 타당성을 살려 구제해 주는 것이 바람직하다는 것이다.<sup>99)</sup>

99) 1999. 3. 12. 국회법제사법위원회 주최 민법중개정법률안에 대한 공청회에서의 秋吳卿 당시 법무부 법무심의관의 발언. 第202回國會 法制司法委員會會議錄 第 2 號, 國會事務處, 7 - 8면 참조.

그러나 이에 대하여는 소급효를 인정하는 경과규정을 두어야 한다는 반대의견이 많았다.<sup>100)</sup>

## 나. 제2차 改正案 및 그 문제점

법무부가 2000. 10. 16. 국회에 제출한 민법중개정법률안에서는 이와 같은 비판을 고려하여서, 부칙 제4조에서, “1998年 5月 27日부터 이 法 施行前까지 相續開始가 있음을 안 者 中 相續債務가 相續財産을 초과하는 사실을 중대한 過失없이 第1019條 第1項의 기간 내에 알지 못하다가 이 法 施行 前에 그 사실을 알고도 한정승인 신고를 하지 않은 자는 이 法 施行日로부터 3月 내에 第1019條 第3項의 改正規定에 의한 限定承認을 할 수 있다.”고 규정하여, 이 사건 결정이 있는 1998. 8. 27.부터 제 1019조의 3월의 고려기간을 소급하여 상속개시가 있음을 안 자에 대하여는 개정 조항이 소급적용되는 것으로 하였다.<sup>101)</sup>

위 제2차 개정안이 어느 정도 소급적용을 인정하려는 것은 긍정적이라고 할 수 있으나, 구체적으로는 이러한 개정안 또한 문제가 많다. 우선 그 소급범위를 이 사건 결정 선고일로부터 3개월 전으로 한정할 근거가 없다. 아마도 이처럼 한정하려는 근거는, 채무초과의 사실을 뒤늦게 안 상속인들이 모두 한정승인을 할 수 있게 됨으로써 법적 안정성을 해칠 우려가 있다는 데 있는 것으로 보인다. 그러나

---

100) 위 공청회에서의 鄭長吾, 朴相勳, 韓瑋熙 각 발언 참조. 위 會議錄(註87), 11 - 15면; 16 - 20면; 28면 등 또한 丁泰鎬(註16), 115면; 尹眞秀, 特別限定承認制度의 適及適用에 관한 小考, 법률신문 1999. 2. 18. 자(제2766호), 14면; 황도수, 민법 제1026조 제2호에 대한 헌법 불합치결정의 효력, 법률 신문 1999. 12. 16. 자(제2845호), 15면도 같은 취지이다.

101) 이는 실제로는 국회법제사법위원회에서 제1차 개정을 심의하여 본회의에 심사보고하였던 내용을 그대로 받아들인 것이다. 법원행정처에서도 그와 같은 제안을 하였다고 한다. 金鍾斗, 憲法裁判所의 憲法不合法決定의 適及效國會의 立法審査事例, 立法學 研究 創刊號, 2000, 245면 이하 참조.

그러한 우려는 그다지 크지 않다.<sup>102)</sup>

즉 상속인이 이미 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 알거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 채 3월을 경과함으로써 단순 승인을 한 것으로 간주되는 경우는 당연히 위 개정법의 적용대상에서 제외되고, 상속채무에 관해서 이미 법원의 확정 판결이 있다면 판결의 기판력에 의해서 더 이상 다툴 수 없게 되며, 상속채무에 관해서 소멸시효가 완성된 경우에도 아무런 문제가 없다.

다만 변제나 강제집행에 의해서 상속채무의 전부 또는 일부가 소멸한 경우 부당이득 반환의 문제가 제기될 수 있다. 그러나 한정승인이라고 하는 것은 상속인의 채무 자체를 제한하는 것이 아니라 채무는 그대로 승계하고 책임만을 제한한다는 것이고 채무 자체를 승계한다는 것은 민법 제1005조의 원칙규정에 의한 것이므로 부당이득 반환은 문제되지 않을 것이다.

다만 상속인이 상속채무의 일부를 변제하거나 기타 상속재산을 처분한 경우에는 어떠한가 하는 문제가 있는데, 이 경우에도 한정승인을 할 수 있다고 보는 것은 상속채권자들 사이의 불평등을 조장하는 것이 되므로 원칙적으로는 인정되지 않아야 할 것이다.<sup>103)</sup>

다음 또 다른 문제점은, 이 사건 결정은 상속인이 귀책사유 없이 상속재산 중 채무가 적극재산을 초과하는 경우만을 헌법적으로 문제삼고 있는데, 위 개정안은 중대한 과실없이 상속채무가 상속재산을 초과하는 것을 모른 경우까지 소급적용을 인정하고 있다는 점이다.<sup>104)</sup> 이 사건 결정도 이 점에 관하여는 다소 불분명하다. 즉 한편에 있어서는 상속인에게 아무런 귀책사유가 없었던 경우에만 단순승인으로 의제하는 것이 위헌인 것처럼 실시하면서도, 다른 한편으로

---

102) 會議錄(註87), 18 - 19면에서의 朴相勳 발언 참조.

103) 尹眞秀(註100) 참조.

104) 尹眞秀(註100) 참조.

는 위 결정은 헌법불합치결정이 있을 경우에 입법자가 위헌성을 어떤 방법으로 제거하여 새로운 입법을 할 것인가에 관하여는 여러 가지 방안이 있을 수 있다고 하면서, 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과함이 객관적으로 명백한 때에는 고려기간의 도과로서 상속을 포기한 것으로 추정하는 방안, 상속인이 상속채무가 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못하여 고려기간을 도과한 때에는 상속인이 그 사실을 안 날로부터 일정한 기간 내에 다시 상속의 승인이나 포기, 또는 한정승인을 할 수 있도록 하는 방안 등을 제시하고 있어, 개정안과 같이 상속인에게 귀책사유가 있는 경우에도, 중대한 과실이 없는 때에는 다시 한정승인을 할 수 있도록 하는 것도 예정하고 있는 것으로 보인다.

결국 이 문제는, 과실 있는 채무자의 이익을 어느 정도 보호하여야 할 것인가 하는 점에 귀착되는데, 그러한 채무자의 이익을 보호하는 것이 입법자의 形成裁量에 속한다고 할 수는 있어도, 그것이 헌법상 당연히 요청되는 것까지는 아니라고 본다면, 이 경우에까지 소급적용을 명할 것은 아니라고 생각된다.

## VII. 結 論

종래에는 민법과 같은 私法 분야는 헌법과 그다지 관련이 없는 것으로 생각되었고, 현재에도 이러한 관념이 아직 완전히 불식된 것 같지는 않다. 그러나 민법도 헌법을 정점으로 하는 국가 법질서의 일부로서, 그 내용도 헌법에 부합하여야 함은 두말할 필요가 없다. 이 사건 결정은 민법 중 상속법 분야에 관한 최초의 위헌결정으로서 그 의의가 매우 크다고 하겠다.<sup>105)</sup> 그러나 다른 한편으로는 헌법재

---

105) 한편 상속법에 대한 또 다른 사건으로서 2000. 8. 현재 헌법재판소에 상속회복청구권의 제척기간을 규정한 민법 제999조에 대하여 헌법소원이 제기되어 있고, 개정된 민법 제999조가 준용하는 제982조 제2항에 대하여 위헌제청이 제기되어 있는데(헌법재판소에 계속중인 사건은 헌법재판소 홈페이지([www.ccourt.go.kr](http://www.ccourt.go.kr))의 세소식란을 통하여 검색할 수 있다), 이에 대하여 헌법재판소가 어떠한 판단을 보일지 주목된다.

판소도 이러한 상속법과 같은 사법 규정에 대한 판단의 경험이 많지 않아서인지 그 결정 내용이 반드시 만족스럽지 못하다. 세부적으로는 이 사건 결정은 그 심판의 대상을 잘못 잡았고, 주문 형식도 불합치결정이어서 또 다른 실제상의 문제를 야기하였다.

이와 같은 실제적인 문제의 해결도 큰 의미를 가지지만, 헌법재판소의 위헌결정은 국민들에게 매우 큰 영향을 주는 중요한 문제인만큼 보다 신중하게 치밀한 검토를 거쳐서 결론이 내려지기를 기대한다.

### <追記>

이 원고가 탈고된 후인 2000. 8. 31. 헌법재판소는 국적법(1997.12.13 법률 제5431호로 전문개정된 것) 부칙 제1항 중 “...10년 동안에” 부분에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 그 계속 적용을 명하였다(97헌가 12 결정, 헌법재판소공보 제49호, 720면 이하). 이 결정은 직접적으로 개정 법률의 소급 적용에 관한 것이지만, 다른 한편으로는 이 글에서 다루고 있는 위헌결정의 소급 적용에 관한 것이지만, 다른 한편으로는 이 글에서 다루고 있는 위헌결정의 소급효 내지 헌법불합치결정의 소급효에 관하여도 참고가 될 수 있다.

위 결정에서는, 구 국적법 제2조 제1항이 이른바 父系血統主義에 따라 출생한 당시에 父가 대한민국의 양계혈통주의를 채택하여, 출생한 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자가 대한민국의 국적을 취득한다고 바꾸면서도, 그 부칙 제7조에서는 이 법 시행 전 10년동안에 대한민국의 국민을 모로 하여 출생한 자에 한하여 소급 적용하도록 규정하고 있는 것이 위헌인가가 문제되었다.

헌법재판소는 위 결정에서 먼저, 부계혈통주의 원칙을 채택한 구



법조항은 부계혈통주의를 채택함으로써 헌법 제11조 제1항의 평등원칙과 헌법 제36조 제1항의 가족생활에 있어서의 양성의 평등원칙에 위배되는 조항이고, 그와 같은 차별로 인하여 그 자녀의 기본권에 중대한 제한을 초래한 것이므로 헌법에 위반되는 규정이라고 보았다.

그런데 입법자는 1997. 12. 13 법률 제5431호로 구법을 전문개정하면서 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 부모양계혈통주의로 바꾸었고, 이로써 구법조항의 위헌성은 제거되었으나 부칙조항은 신법 시행 전 10년 동안에 출생한 자녀에게는 대한민국 국적을 부여한 반면, 신법 시행 10년 이전에 출생한 자에게는 국적을 부여하지 아니하였는데, 그 적용범위를 구법조항의 모든 피해자에게 확대하는 것은 소급입법으로 인한 법적 안정성을 해칠 우려가 있는 것도 아니고, 구법조항의 위헌적인 차별로 인하여 불이익을 받은 자를 구제하는 데 신법 시행 당시의 연령이 10세 되는지 여부는 헌법상 적정한 기준이 아닌 또 다른 차별취급이므로 부칙조항은 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위배된다고 하여 위 부칙조항에 대하여 헌법불합치결정을 하였다.

요컨대 위 결정의 취지는, 입법자가 위헌적인 법률상태를 개정하여 합헌적인 상태로 바꾸면서 그 소급효를 제한하는 것은, 원칙적으로 허용되지 않는다는 것으로 이해할 수 있다.

그렇다면 이와 같은 논리는 입법자의 입법이 아닌 헌법재판소의 위헌 결정 내지 헌법불합치결정에 의하여 위헌적인 법률상태가 해소된 경우에도 그대로 적용되어야 할 것이다.

# 政策國民投票의 性格과 效力

金善擇

高麗大學校 法科大學 教授

## - 目次 -

### I. 문제의 제기

### II. 정책국민투표의 성격

1. 국민투표의 유형
2. 자문적 레퍼런덤(konsultatives Referendum)으로서의 정책국민투표
3. 헌법개정국민투표와의 구별 및 정책국민투표의 대의제적 해석

### III. 정책국민투표의 대상

1. 헌법규정의 포괄성과 정책국민투표의 대상요건
2. '외교·국방·통일 기타' '국가안위에 관한' '중요' 정책  
가. '외교·국방·통일 기타'  
나. '국가안위'와의 관련성 - 국가비상사태와의 관계  
다. '중요'한 정책 - 정책의 중요성 판단
3. '대통령이 국민투표에 붙이는 것이 필요하다고 인정하는' 국가안위에 관한 중요정책

4. 정책국민투표의 대상성 여하가 문제되는 개별적 사안

가. 헌법 제72조에 의한 법률안국민투표의 가능성

나. 헌법 제72조에 의한 헌법개정안국민투표의 가능성

다. 국회해산 국민투표?

라. 선택적 국민투표의 가능성

마. 신임연계 국민투표의 가능성

IV. 정책국민투표의 부의

1. 정책국민투표부의권자

2. 국민투표 부의 여부에 관한 재량

3. 국민투표 부의의 시점

4. 국민투표 부의의 효과

V. 정책국민투표 결과의 효력(기속력)

1. 국민투표 정족수

2. 정책국민투표결과의 기속의 성질 - 법적 기속 또는 사실적·정치적 기속?

3. 국회 - 다른 내용의 입법 가능성

가. 정책국민투표결과에 반하는 내용의 법률제정 가능성

나. 법률안에 대한 국민투표가 인정될 경우의 문제점

4. 재부의금지

VI. 맺음말

## 1. 문제의 제기

현행헌법은 대의제를 원칙으로 하면서도 직접민주제에 해당하는 국민투표제를 예외적·보충적으로 채택하고 있다. 헌법 제72조의 정책국민투표<sup>1)</sup>와 헌법 제130조 제2항의 헌법개정국민투표가 그것이다. 전통적 해석론은 이 두 조항으로부터 대의제를 부분적으로 수정·대체하는 직접민주제의 제도화를 바라보고 있다. 그러나 과연 이 두 조항이 우리 헌법의 원칙인 대의제와 대립되는 하나의 카테고리라 묶어서 판단할 수 있을 정도로 동일한 성질의 것인지, 특히 헌법 제72조의 정책국민투표에 관한 종래의 해석론이 헌정질서의 기본적 사정이 변경된 오늘날에 있어서도 과거의 틀을 그대로 유지할 수 있는 것인지에 대하여는 의문이 있다.<sup>2)</sup>

첫째로, 헌법 제130조 제2항의 헌법개정국민투표는 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안된 후 국회에서 재적의원 3분의 2이상의 찬성으로 의결된 헌법개정을 최종적으로 국민의사에 의하여

- 
- 1) 남북정상은 2000년 6월 15일 남북공동선언문을 통하여 “남과 북은 나라의 통일을 위한 남측의 연합제안과 북측의 낮은 단계의 연방제안이 서로 공통성이 있다고 인정하고 앞으로 이 방향에서 통일을 지향시켜 나가기로 하였다.”고 선언하였고, 김대중대통령은 남북문제의 진전에 따라 통일정책과 관련한 국민투표가 필요할지도 모르겠다는 의견을 피력한 바 있다. 대통령의 이와 같은 의견표명은 그 자체로서는 헌법 제72조에 규정된 가능성을 지극한 데 지나지 않는 것일 수 있는데도 국민투표와 관련된 과거의 부정적 경험으로 인하여 상당한 논란을 불러 일으킨 바 있다. 헌법 제72조의 정책국민투표를 집권자의 정치적 무기로만 이해해 온 종래의 해석론으로는 동조항의 역기능만을 드러낼 수밖에 없고 결국 국민투표가 거론될 때마다 정치적 혐의와 오해가 결부되는 것을 피할 수 없을 것이라는 점이 이번 사건에서도 분명히 나타났다. 정책국민투표는, 그 자체 헌법개정을 통하여 삭제되지 아니하는 한, 언제든지 실시될 수 있다는 점을 고려할 때 종래의 해석론으로는 충분치 않음을 보여 준 사건이라고 하겠다.
  - 2) 무엇보다도 헌법 제130조 제2항의 헌법개정국민투표이든 헌법 제72조의 정책국민투표이든 국민의사를 직접 확인하는 국민표결(Referendum)을 그 수단으로 하고 있다는 점에서 당연히 국민적 정당성 부여의 직접민주제적 요소로서 대의제와 대립되는 것으로 해석되어 온 것은 아닌지 의심이 있다.

확정하는 것을 내용으로 한다. 이는 전형적인 국민표결(Referendum)에 해당하는 것으로서, 대통령과 국회와 같은 대의기관의 의사결정을 경료한 후, 국민이 그러한 의사결정을 승인함으로써 헌법개정에 관한 국가의사를 확정하는 제도이다. 반면에 헌법 제72조의 정책국민투표는 대통령이든 국회의든 대의기관의 의사결정을 구태여 전제로 함이 없이 특정 정책의 수립·추진에 관한 국민의 현실적 의사를 문의하는 제도이다. 최종단계에서 국민이 결단을 내려주는 것이 아니라, 대의기관에서의 정책에 관한 의사결정 전후에 국민적 지지를 확보해 주는 수단이다. 즉 정책방향에 관한 결정에 앞서서 또는 정책추진 중 국론이 분열되어 그 통일을 기할 필요가 있을 때 시도될 수 있는 수단이다. 따라서 정책국민투표는 국민에 의한 직접적인 국가의사결정이란 보다는 대의기관의 의사결정의 정당성을 확보해 주는 메커니즘으로 이해하는 것이 옳을 것이다. 헌법개정국민투표가 전형적인 직접민주제적 요소로서 대의기관의 의사와 더불어 국민의 현실적 의사가 국가의사결정의 중추적 부분을 맡고 있음에 반하여, 정책국민투표는 직접 국민의사를 물어보기는 하나 그것이 결정적 효력을 갖는다고 보기 어려워 헌법개정국민투표의 경우와는 다르게 그 실질이 규정되어야 할 것이다.

둘째로, 국민투표제도는 국민의 편에서 보면 국민주권을 구체화하는(체현하는) 하나의 정치적 기본권, 즉 국민투표권으로 나타나고, 대통령의 편에서 보면 대통령의 현행헌법상의 우월적 지위를 상징적으로 보여주는 하나의 중대한 권한, 즉 국민투표부인권(한)으로 나타난다. 오늘날 국민투표부제의도에 관한 논의상황을 살펴 볼 때, 이 두 측면 가운데서도 대통령의 중대권한이라는 측면이 거의 일방적으로 강조되고 있음을 쉽게 확인할 수 있다.<sup>3)</sup> 이러한 경향은 현행헌법

3) 현행헌법해설서만 살펴 보아도 편제라든가 집필의 비중, 서술내용 등에서 이러한 사실을 분명히 알 수 있다. 예컨대, 권영성, 헌법학원론, 2000, 545, 929~931쪽; 김철수, 헌법학개론, 2000, 652, 899, 1046~1047쪽; 허영, 한국헌법론, 2000, 504~505, 914~915쪽 등 참조.

제72조의 정책국민투표가 1972년 유신헌법에 처음 규정되었던 내용을 계승하고 있다는 데서<sup>4)</sup> 연유하고 있는 것으로 보인다. 그러나 유신헌법상의 정부형태가 입헌주의적 정부형태라기 보다는 전제정체에 가까운 것이었다는 점을 고려한다면, 대통령의 절대적 권한의 하나로 상정하여 규정되기 시작하였다고 해서 국민투표부의권한에 관한 종래의 해석론을 입헌주의적 질서가 회복되었다고 인정되는 오늘날의 헌법질서하에서도 그대로 답습하고 있는 것은 문제가 아닐 수 없다.<sup>5)</sup> 종래의 해석론이 국민투표부의권한을 대통령이 국회와의 갈등이 예상될 때라든가 국회와 실제로 갈등을 빚고 있는 사안에서 국회의사를 극복하거나 우회하는 수단으로 이해하고 있는 것은<sup>6)</sup> 대통령의 3권초월적인 위상을 전제로 한 유신헌법하에서나 가능했던 이론구성으로<sup>7)</sup> 보아야 할 것이다. 정책국민투표를 집권자가 가진 하나의

- 
- 4) 1972년 이른바 유신헌법 제49조에서 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 국가의 중요한 정책을 국민투표에 붙일 수 있다”고 처음 규정하였고, 1980년 헌법에서는 국민투표부의대상을 제한하기 위하여 제47조에 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 규정하였으며, 현행헌법 제72조는 이 조항을 문구 그대로 수용하고 있다.
  - 5) 이 문제는 오늘날 한국헌법학계의 당면문제라고 볼 수 있는 근본적인 성질의 것이다. 헌법해석의 사실적 배경인 정치체제에 근본적인 변경이 초래되었을 때, 즉 우리의 경우 권위주의체제에서 입헌주의체제로 변경이 이루어졌을 때, 헌법이해 내지 헌법해석의 패러다임의 전환도 함께 요구된다고 보지 않을 수 없다. 기존의 헌법텍스트가 유지되고 있다고 해서 종래의 해석 역시 그대로 유지될 수밖에 없는 것이라고 한다면, 헌법개정 없이는 헌법의 발전은 허용되지 않는다는 이야기와 다를 바가 없다. 이 문제에 관한 상론은 후일로 미룬다.
  - 6) 권영성, 위의 책, 930쪽(“국민투표제는 대통령이 국회의 의사 여하에 개의치 아니하고 국민의 의사에 따라 국가적 중대사안을 결정하는 제도이므로… 국회에 대한 대통령의 우월적 지위를 보장하여 주는 제도”); 김철수, 위의 책, 1046쪽(“대통령이 국회와 국민대표기관의 의결에 구속되지 아니하고 직접 주권행사기관인 국민의 신임에 호소하기 위한 방법”) 등 참조.
  - 7) 유신헌법제정에 헌법이론적 기틀을 제공한 것으로 알려진 한태원은 1972년 유신헌법 제49조의 정책국민투표조항은 프랑스 제5공화국헌법 제11조를 모델로 한 것으로(한태원, 헌법학, 1973, 465쪽), 유신헌법 제59조의 대통령의 국회해산권과 더불어 국회에 대한 대통령의 지위의 결정적 우위를 보장케 하는 두 개의 무기를 의미한다(464쪽)고 해석하고 있고, 이러한 해석경향이 오늘날까지도 알게 모르게 큰 영향을 미치고 있음을 부인할 수 없다.

정치적 무기로만 이해하려고 할 것이 아니라 하나의 헌법적 제도로서 이해하여 우리 헌법의 전체적 틀과의 조화 속에서 의미를 찾는 새로운 해석론이 요청된다고 하겠다.

셋째로, 정책국민투표에 관하여 헌법은 제72조(“大統領은 필요하다고 인정할 때에는 外交·國防·統一 기타 國家安危에 관한 重要政策을 國民投票에 붙일 수 있다.”), 제89조 제3호(국민투표안을 국무회의의 필요적 심의사항으로 열거)만을 두고 있을 뿐이어서 국민투표에 붙일 권한, 즉 국민투표의 발의권한이 대통령에게 있음만을 분명히 하고 있지, 국민이 가지는 국민투표의 권리<sup>8)</sup>, 국민투표의 대상<sup>9)</sup>, 국민투표의 시행절차, 국민투표의 정족수, 국민투표의 효력, 국민투표에 대한 통제 등 구체적인 규정이 없을 뿐만 아니라, 이에 관한 입법위임규정도 헌법상에서는 찾아 볼 수 없다. 결국 현행헌법상의 국민투표제도의 성질과 내용, 효력 등은 헌법의 전체체계와의 유기적 관련, 국민투표제도의 역사적 경험, 한국의 정치문화적 전통 등을 고려하는 해석론을 통하여 규명되어야 할 과제라 하겠다.

## II. 정책국민투표의 성격

### 1. 국민투표의 유형

헌법 제72조의 정책국민투표가 어떠한 성격의 제도에 속하는지를

---

8) 헌법 제24조에 규정된 선거권과는 달리 국민투표권을 국민의 헌법상 주관적 권리로 명시한 조항은 없다. 국민투표의 공정한 관리를 위한 국민투표사무담당기관으로서 선거관리위원회를 규정하고 있을 뿐이다(헌법 제114조 제1항).

9) “外交·國防·統一 기타 國家安危에 관한 重要政策”이라는 표현이 국민투표부의대상을 명확히 하고 있는 것으로는 볼 수 없을 것이다.

판단하기 위한 전제로서 국민투표(Volksabstimmung)의 유형을 살펴보면, 국민투표에는 인물에 대한 투표와 사항에 대한 투표가 있다.<sup>10)</sup>

우선, 인물에 대한 국민투표에는 국민직선제(국회의원, 국가원수, 법관 등에 대한 국민직선)와 국민소환제(Abberufung, recall)가 속한다.

다음, 사항에 대한 국민투표에는 첫째로 항구적·상시적인 헌법적 제도인 레퍼런덤(Referendum, 국민표결제)과 국민발안제(Initiative)가 있는 바, 전자에는 다시 법적 구속력이 인정되는 결정적 레퍼런덤과 법적 구속력이 인정되지 아니하는 자문적 레퍼런덤, 그 실시가 필요적으로 요구되는 의무적·필수적(obligatorisch) 레퍼런덤과 실시여부가 실시기관의 재량에 맡겨지는 임의적(fakultativ) 레퍼런덤으로 나누어지고, 후자의 국민발안제도 결정적 국민발안제와 자문적 국민발안제로 나눌 수 있다. 둘째로 사항에 대한 국민투표로서 임시적(ad hoc, optional)인 것으로 플레비시트(Plebiszit)를 들 수 있는데 이것도 결정적인 것과 자문적인 것으로 나눌 수 있다. 플레비시트는 임시적, 편의적으로 국가기관에 의하여 (위로부터) 발해진다. 레퍼런덤은 항구적·상시적인 헌법상의 제도이고 아래로부터 또는 위로부터 정확히 정해진 절차에 따라 발해진다. 국민발안(이니셔티브)은 유권자에 의하여 발해진다. 결정적인가 자문적인가의 구분은 투표결과가 국가기관들에 대해서 구속적인가, 비구속적인가에 의존한다.

이와 같이 헌법상의 상시제도화 여부에 따라 레퍼런덤과 플레비시트를 구분하기도 하지만, 경우에 따라서는 특정인, 주로 집권자의 계속집권에 대한 국민의 신임여하를 묻는 식으로 국민표결제(레퍼런덤)가 발해질 경우를 특히 플레비시트라 부르는 관용이 있음은 주지하는 바와 같다. 따라서 특정사항에 대한 찬반과 특정인에 대한 신

10) 아래의 분류는 Silvano Möckli, Direkte Demokratie: ein Vergleich der Einrichtungen und Verfahren in der Schweiz und Kalifornien unter Berücksichtigung von Frankreich, Italien, Dänemark, Irland, Österreich, Liechtenstein und Australien, 1994, S.87~93을 참고한 것임.



임여부가 결부되어 국민투표가 행해질 때에는 레퍼런덤-플레비시트라고 붙여 부르기도 한다.

## 2. 자문적 레퍼런덤(자문적 국민표결, konsultatives Referendum)으로서의 정책국민투표

그렇다면 헌법 제72조의 정책국민투표는 어느 유형에 속하는 제도일까? 레퍼런덤인가 아니면 플레비시트인가? 국가기관에 대한 법적 구속력이 있는 결정적인 것인가 아니면 자문적인 것에 불과한가? 이는 헌법 제72조의 정책국민투표가 헌법상 제도화되어 있는 것인가, 국민투표의 대상이 특정인의 신임 여부를 묻는 내용의 것인가, 그 투표결과가 모든 국가기관을 구속하는 확정력을 가지는가 여부에 달려 있다.

학설은 보통 국민투표가 정책의 결정이나 법률안의 의결을 대상으로 할 때에는 레퍼런덤의 성격을, 영토의 변경이나 주권의 제약 또는 정권의 정통성 내지 신임여부를 대상으로 할 때에는 플레비시트의 성격을 가지는 것으로 보고 있다.<sup>11)</sup> 그리고 국민투표결과의 국가기관 구속력에 대하여는 학설이 갈리고 있다.<sup>12)</sup> “법률의 제정을 대상으로 할 때에는 認准的 국민투표를 의미하지만 개별적 사항을 대상으로 할 때에는 相議的 국민투표를 의미한다”는 견해도 있다.<sup>13)</sup>

---

11) 권영성, 위의 책, 931쪽; 김철수, 위의 책, 1047쪽.

12) 구속력을 인정하는 견해로는 허영, 위의 책, 915쪽; 구속력을 부정하는 견해로는 김철수, 위의 책, 1047쪽.

13) 한태연, 레퍼런덤과 플레비시트, 동인저, 헌법과 국민, 1995, 241쪽; 허진, 현행헌법상의 국민투표제, 충북대학교 법학연구소, 법학연구 창간호, 1989, 234쪽. 여기에서 ‘상의적(相議的)’이라고 표현된 용어는 이 글에서 ‘자문적’이라고 표현한 용어와 동일한 의미로 보인다.

우선 헌법상의 제도화 여부를 가지고 판단해 본다면, 우리 헌법은 제 130조 제2항에서 헌법안에 대한 국민표결제(헌법안에 대한 레퍼런덤 Verfassungsreferendum)를 규정하고, 헌법 제72조에서 중요정책에 대한 국민투표제를 규정한 외에, 별도로 법률안에 대한 국민표결제(Gesetzesreferendum)를 명시적으로 규정하고 있지 아니하다. 헌법 제 72조에서 법률안에 대한 국민표결제가 도출될 가능성이 논의되고 있으나 국민투표제도의 예외적 성격을 고려한다면 일단 부정적으로 보지 않을 수 없다. 헌법 제72조의 국민투표제도는 헌법상의 제도로서 인정되고 있다는 점에서 일단 레퍼런덤의 일종으로 이해할 수 있으리라고 본다.

다음으로 국민투표의 대상이 특정인의 신임 여부를 묻는 내용의 것인가를 기준으로 판단해보건대, 헌법 제72조의 정책국민투표조항을 근거로 하여 대통령이 신임을 묻는 국민투표를 실시할 수 있겠는가 하는 문제가 있을 수 있겠으나, 헌법문구상 아무런 정책제시 없이 오로지 자신의 신임 여부만을 대상으로 하는 것은 헌법 제72조에 제도화된 국민투표의 범위내에 들어 있다고 해석하기는 어려울 것이다. 그리하여 어떤 정책과 결부하여 자신의 신임 여부를 묻는 국민투표만이 가능할 것인데, 이는 형식상으로는 헌법상 제도화된 레퍼런덤을 내세워 실질적으로는 비제도적인 임시적 수단으로서의 플레비시트를 실시하는 형태가 될 것이다.<sup>14)</sup> 이는 레퍼런덤의 테두리내에서 플레비시트적 요소가 첨가되는 형식이므로 전형적인 플레비시트라고 부르기보다는 플레비시트-레퍼런덤이라고 부르거나 형식상의 레퍼런덤으로 부를 수밖에 없을 것이다.<sup>15)</sup>

14) 주의할 것은 여기의 플레비시트는 헌법외적 수단으로서 그 구속력을 법적으로 판단하기 어려울 것이므로 역시 자문적 성격을 벗어나기 곤란하다는 점이다.

15) 헌법 제72조의 정책국민투표를 전형적인 플레비시트로 보는 견해도 있다. 구병삭/강경근, 국민투표, 민음사, 1991, 211쪽(“정책국민투표가 부결될 경우 대통령이 그 제안시에 부결되면 물러가겠다는 신임연계약속을 했다면 문제가 없을 것이고, 그에 관한 아무런 언급이 없었던 경우라도 적어도 그 제안자에 대한 책임은 물을 수 있어야 국민의사의 실효성이 있게 된다. 그렇지 않다면 정책국민투표는 단순한 여론조사에 불과한 것으로 전락한다. 따라서 제72조의 정책국민투표는 전형적인 plebiscite로 보아야만 하고, 특히 국민소환제도가 규정되어 있지 않은 우리 헌법상 이 제도를 국민적 정당성을 부여받지 못한 대통령을 그 임기만료전에 불신임시켜 사임케 할 수 있는 수단으로 기능토록 하여야 하다.”); 또한 한태연, 레퍼런덤과 플레비시트, 동인지, 헌법과 국민, 1995, 241쪽도 참조(전형적인 플레비시트로 보는 견해).

마지막으로 그 투표결과가 모든 국가기관을 구속하는 확정력을 가지는가 여부를 기준으로 판단해보면 헌법 제72조의 규정내용만으로는 그 구속력 여부가 분명하지 아니하다고 하겠다. 대통령의 중요정책에 대한 의사결정과정에서 다른 주체가 참여하는 방식을 규정한 여타의 헌법조항을 보면, 명목상 심의기관이라고 규정되어 있지만 실질에 있어서는 자문적 성격을 가지는 국무회의 심의(제89조)외에도 국가안전보장에 관련되는 대외정책·군사정책과 국내정책의 수립에 관하여 국무회의의 심의에 앞서 대통령의 자문에 응하기 위하여 국가안전보장회의를 두고(헌법 제91조), 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일자문회의를 둘 수 있고(헌법 제92조 제1항), 국민경제의 발전을 위한 중요정책의 수립에 관하여 대통령의 자문에 응하기 위하여 국민경제자문회의를 둘 수 있다(헌법 제93조 제1항)고 하고 있다. 물론 국민의 확인된 현실적 의사를 위 규정들의 자문기관이 행하도록 되어 있는 자문과 동렬에 두고 바라보기는 어색한 점이 있다. 그러나 헌법 제72조의 정책국민투표가 부의된 정책에 관한 최종적 결정이라기 보다는 대통령이라는 대의기관이 국가의사를 결정함에 있어서 가장 강력한 참고자료가 되는 것으로 볼 수 있다면 - 물론 사실상 그 구속을 피하기 어려운 것이라고 할지라도 - 그 법적 구속력을 바로 인정하기는 어려울 것이다.

결국 헌법 제72조의 정책국민투표는 자문적 레퍼런덤(konsultatives Referendum)으로 보아야 한다.

### 3. 헌법개정국민투표<sup>16)</sup>와의 구별 및 정책국민투표의 대의제적 해석

헌법 제72조의 정책국민투표는 헌법 제130조 제2항의 헌법개정국민투표와 성질상 다른 것으로 파악해야 할 것이다.

헌법개정국민투표에서의 투표주체로서의 국민은 투표인단으로서 국가기관을 구성하고, 국민에게 헌법상 부여된 헌법개정권력을 행사하여 헌법개정을 확정한다. 대의기관인 대통령 내지 국회에서 제안하고, 국회에서 의결된 헌법개정에 관한 국가의사를 최종적으로 확정한다는 의미에서 직접민주제적인 결정국민투표이고, 헌법개정에 관한 법적 창설적 효력을 가진다(결정적 국민표결). 따라서 헌법개정국민투표는 전형적인 헌법국민표결제(헌법레퍼런덤)로서 대의제원리를 보충(대의기관이 제안·의결한 안건에 대한 표결을 한다는 의미에서) 내지 대체(대의기관이 국가의사를 확정하지 못하고 국민표결에 의하여 채택 여부가 결정된다는 의미에서)하는 기능을 한다.

정책국민투표에서의 투표주체로서의 국민은 투표인단을 구성하기는 하지만 국가기관이라기 보다는 현실적 국민으로서 현실적 국민의사를 확인함으로써 그에 기하여 대통령이 자신의 권한을 행사하는 메커니즘으로 이해된다. 따라서 이는 대의제의 테두리 내에서 대의제적 결정에 조력하는 것이며, 그 표결의 결과도 법적인 것이 아니라 사실적·정치적 효력을 가지는데 그친다(자문적 국민표결). 정책국민투표는 국가기관의 국가의사결정과정에서의 국민참여를 확보해주는데 그치며, (국가의사를 확정한다는 취지로) 결정적이라는 의미를

---

16) 헌법개정국민투표는 헌법전문("... 憲法을 이제 國會의 議決을 거쳐 國民投票에 의하여 改正한다")과 헌법 제130조 제2항(憲法改正案은 國會가 議決한 후 30日이내에 國民投票에 붙여 國會議員選舉權者 過半數의 投票과 投票者 過半數의 贊成을 얻어야 한다), 제3항(憲法改正案이 第2項의 贊成을 얻은 때에는 憲法改正은 확정되며, 大統領은 즉시 이를 公布하여야 한다)을 근거로 한다.

가지지 않는다는 점에서 대의제원리와 대립하기 보다는 대의제의 테두리내에 있는 것으로 해석될 수 있는 제도이다. 헌법개정국민투표를 그 자체 직접민주제적 제도로 볼 수 있는데 반하여 정책국민투표는 대의제적 요소와 직접민주제적 요소의 결합 내지는 대의제적 요소의 보완으로 볼 수 있다는 점에서 양자간에 중요한 제도적 의의상의 차이가 있다고 본다.

### III. 정책국민투표의 대상

#### 1. 헌법규정의 포괄성과 정책국민투표의 대상요건

헌법 제72조는 “大統領은 필요하다고 인정할 때에는 外交·國防·統一 기타 國家安危에 관한 重要정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 규정함으로써, 정책국민투표의 대상범위를 포괄적으로 규정하고 있다.

연혁적으로 볼 때 현행헌법과 같은 형태의 정책국민투표제도를 최초로 도입한<sup>17)</sup> 1972년 이른바 유신헌법 제49조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 국가의 중요한 정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 규정함으로써, “국민투표의 대상에는 제한이 없다. 따라서 국

17) 물론 헌법사적으로 보면, 1954년 제2차개정헌법 제7조의 2에 “① 대한민국의 주권의 제약 또는 영토의 변경을 가져올 국가안위에 관한 중대사항은 국회의 가결을 거친 후에 국민투표에 부하여 민의원의원선거권자 3분의 2 이상의 투표와 투표자 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다. ② 전항의 국민투표의 발의는 국회의 가결이 있은 후 1개월 이내에 민의원의원선거권자 50만인 이상의 찬성으로써 한다. ③ 국민투표의 찬성을 얻지 못한 때에는 제1항의 국회의 가결사항은 소급하여 효력을 상실한다. ④ 국민투표의 절차에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하여 국회에서 가결된 특정 중대사항에 대하여 국민발의에 기한 국민투표가 규정되어 있었다. 이 국민투표제도는 ‘주권의 제약 또는 영토의 변경을 가져올’ 사항이라는 비교적 분명한 대상적 제약이 있었을 뿐만 아니라 국회결정에 대한 국민의 사후 승인으로서 국민에게 이니셔티브가 있었다는 점에서 현행헌법 제72조의 정책국민투표제도와는 그 실질이 구별되는 것이었다.

가의 중요한 정책이면 그 필요에 따라 무엇이든지 국민투표에 붙일 수 있다.”<sup>18)</sup>는 해석론을 가능케 했다. 그리하여 1980년 헌법 제47조에 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한’ 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”(헌법헌법 제72조와 동일)고 하여 중요정책을 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한’ 것으로 규정한 것은 국민투표의 대상범위를 제한하기 위한 것이었다.

헌법 제72조를 분석해보면 국민투표의 대상에 관한 요건들을 끄집어낼 수 있다. 첫째, ‘정책’일 것, 둘째, ‘중요한’ 정책일 것, 셋째, ‘국가안위에 관한’ 중요정책일 것, 넷째, ‘외교·국방·통일 기타’ 국가안위에 관한 중요정책일 것, 다섯째, ‘대통령이 국민투표에 붙이는 것이 필요하다고 인정하는’ 국가안위에 관한 중요정책일 것이 그것이다. 아래에서는 앞의 네 항목을 하나로 하고 마지막 다섯 번째 항목을 다른 하나로 분설한다.

## 2. ‘외교·국방·통일 기타’ ‘국가안위에 관한’ ‘중요’ 정책

### 가. ‘외교·국방·통일 기타’

이 표현은 끝에 첨가된 ‘기타’라는 문구로 인하여 포괄규정의 형식을 갖게 되고 따라서 ‘외교·국방·통일’은 국가안위에 관한 중요정책의 영역 내지 분야를 예시한 것으로 볼 수 있다. 그러나 외교·국방·통일이 예시적 규정이라 하여 아무런 의미를 갖지 못하는 것은 아니다. 이와 같은 정책영역이 특히 예시된 것은 그러한 외교·국방·통일과 같은 정책영역의 특수성을 고려하여 국가안위에 관한 중요정책의 범위를 결정하라는 헌법입법자의 의도가 담긴 것으로 볼

---

18) 한태연, 헌법학, 1973, 465쪽.

수 있다. 외교·국방의 경우 국가전체의 운명이라는 차원이, 통일의 경우 전민족적 운명이라는 차원이 관련된다. 따라서 ‘기타’ 정책도 그것이 외교·국방·통일분야 외의 것이라 하더라도 그 비중이 외교·국방·통일정책의 비중과 동등 이상의 것이어야 한다. 이렇게 보면 ‘기타’라는 문구에도 불구하고 ‘외교·국방·통일’의 예시는 실질적 기준의 일단을 나타내는 것임을 알 수 있다.

#### 나. ‘국가안위’와의 관련성 - 국가비상사태와의 관계

‘안위(安危)’의 사전적 의미는 ‘안전함과 위태함’ 또는 ‘편안함과 위태함’이다. 따라서 국가의 안위가 문제된다 함은 국가가 평상시와 같은 안전함을 누리지 못하고 있음을 일컫는 것이다. 우리 헌법이 ‘국가의 안위에 관계된’이라는 문구를 사용하고 있는 것은 헌법 제76조 제2항의 긴급명령권규정에서 다시 발견된다: “大統領은 國家의 安危에 관계되는 중대한 交戰狀態에 있어서 國家를 保衛하기 위하여 긴급한 措置가 필요하고 國會의 집회가 불가능한 때에 한하여 法律의 效力을 가지는 命을 발할 수 있다.” 즉 國家의 安危라는 표현은 “內憂·外患·天災·地變 또는 중대한 財政·經濟上의 危機”(헌법 제76조 제1항), “戰時·事變 또는 이에 準하는 國家非常事態”(헌법 제77조 제1항)라는 표현과 더불어 헌법상 국가긴급권발동의 상황요건을 규정하는 데서 발견된다. 이로 부터 국가의 안위가 문제된다는 것은 국가비상사태가 발생했다거나 최소한도 그에 준하는 비상한 위기적 상황이 발생했을 것을 요한다는 헌법입법자의 의도를 읽어낼 수 있다.

정책국민투표제도와 국가긴급권을 별도로 규정하고 있는 것으로 보아 정책국민투표의 부의전제로서 오로지 국가비상사태를 예상하고 있는 것이 아님은 분명하다. 혹자는 “대체로 국가안위의 문제는 비

상사태를 전제로 한 개념을 의미한다. 그러나 비상사태일 경우에는 국민투표가 배제되는 것을 원칙으로 하는 까닭에 여기에 있어서의 「국가안위」는 다만 「중요정책」을 강조하기 위한 하나의 형용사를 의미하는데 불과하다고 할 수 있다.”<sup>19)</sup>고 말한다. 그러나 국가안위에 관한 비상사태시 대통령이 국민투표부의와 동시에 국가긴급권을 발동하는 것이 가능한가 하는 문제는 그렇게 이론상의 원칙을 들어서 간단히 처리할 수 있는 문제가 아니다. 국가긴급권을 발동하지 않을 수 없는 국가비상사태하에서라면 국민투표부의의 가능성과 더불어 국민투표의 자유와 공정성을 침해하지 않는다는 조건하에서 헌법수호의 목적으로 국가긴급권을 발동할 가능성을 대통령에게 인정하지 않을 도리가 없기 때문이다. 특히 일정한 정책의 추진과정에서 국론이 극도로 분열되고 국가의 안전과 치안질서가 심각하게 위협받는 상황이 발생하여 국민투표와 국가긴급권이 동시에 요구되는 상황이 있을 수 있을 것이다.

어쨌든 ‘국가안위에 관한’이라는 표현은 정책국민투표의 대상이 되는 정책의 수립·추진과 관련하여 국가비상사태에 국한할 수는 없지만 그에 상응하는 국가적 ‘위기’가 이미 발생하거나 최소한 객관적으로 명백히 예상되는 경우를 가리키는 것이라고 하겠다. 예컨대 국가의 영토의 보전이나 주권의 제약 뿐만 아니라 국가통합, 국민통합의 위기도 문제될 수 있을 것이다. 따라서 외교·국방·통일정책에 속하는 것은 무엇이든지, 또는 국가안위에 관한 정책은 무엇이든지 정책국민투표의 대상이 되는 것이 아니다. 양자가 함께 고려되어 외교·국방·통일과 같이 전국가적 문제사항으로서 국가의 안정과 직접 관련되는 정책만을 국민투표의 대상으로 고려할 수 있는 것으로 보아야 한다.

19) 한태연, 레퍼런덤과 블레비시트, 동아법학 제5호, 1987, 112쪽.



## 다. ‘중요’한 정책 - 정책의 중요성 판단

정책국민투표의 대상으로서의 「중요정책」의 내용에 대해서는 아무런 제한이 없다는 견해도 있으나<sup>20)</sup>, 외교·국방·통일이라는 예시에서 드러나는 것이라든지, 국가안위와의 직접관련성이 인정되어야 한다든지 하는 실질적 기준이 있으므로 그 제한가능성을 인정하여야 할 것이다.

무엇보다도 정책국민투표는 현실적 국민의 현실적 국민의사를 문의하여 대의기관에 의한 국가의사결정에 중요한 참고자료를 얻기 위한 것으로 파악되므로, 대의기관에 의해 추구되는 추정적 국민의사와는 별도로 현실적 국민의사를 확인할 만한 가치가 있는 사항이어야 할 것이다. 이러한 기준을 고려하여 정책국민투표의 대상으로서의 중요정책에 해당할 사항의 내용을 지적한다면 주로 다음과 같을 것이다.

첫째, 국가의 장래, 민족전체의 운명이 걸린 문제, 국기(國基)에 관한 사항, 외국과의 통합, 국제기구 가입, 남북통일방안 등의 사항;

둘째, 국론분열현상이 나타나거나 국민통합의 위기를 초래하는 사항;

셋째, 국민전체가 직접 이해관계가 있다고 느껴서 전국민의 관심과 주목을 받는 사항 등이다.

### 3. ‘대통령이 국민투표에 붙이는 것이 필요하다고 인정하는’ 국가 안위에 관한 중요정책

위와 같이 정책국민투표의 부의대상을 제한하는 해석이 가능함에

---

20) 예컨대, 허진, 위의 글, 235쪽.

도 불구하고, “대통령은… 스스로 ‘국가안위에 관계된다고 판단하는 정책’은 그 사안의 제한을 받지 않고 언제든지 국민투표에 붙여 국민의 뜻을 물을 수 있다.”<sup>21)</sup>고 하거나, “남용을 막기 위하여 그 대상을 한정할 필요가 있다…면서도, 다만 대통령은 자신이 필요하다고 인정할 때에 국민투표에 붙일 수 있으므로 어떠한 사항이 이와 같은 중요정책에 속하느냐의 여부 판단은 대통령의 재량에 속한 것으로서 정치적 결단의 문제이기에 실제 그 한정지의 실효성은 적다.”<sup>22)</sup>고 하는 견해가 있다. 우선, 이러한 견해는 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한’이라는 제한적 문구를 추가함으로써 정책국민투표의 대상범위를 제한적으로만 인정하려는 헌법개정자의 의사를 무시한 해석으로 보지 않을 수 없다.

또한 ‘대통령이 필요하다고 인정할 때’라는 문구를 부의대상에 관한 것으로 볼 것인지, 아니면 부의 여부 내지 부의시점에 관한 것으로 볼 것인지, 아니면 양자 모두에 관한 것으로 볼 것인지 의문이 있다. 헌법 제 72조를 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는/ 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을/ 국민투표에 붙일 수 있다.”고 읽을 수 있다면, 대상에 관한 헌법입법자의 의사는 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’으로 표현되어 있는 것이고, 그밖의 부분은 대통령의 부의권한행사와 관련한 재량을 표현한 것으로 보는 것이 옳을 것이다. 즉 대통령은 정책국민투표의 대상을 자신이 임의로 ‘필요한 것’, ‘필요하지 않은 것’으로 재단하여 부의할 수는 없다. 그는 다른 기준에 의하여 정책국민투표의 대상이 되는 정책을 실제로 국민투표에 부의할 지 여부 및 그 시기를 조정함에 있어서 국민투표 ‘실시의 필요 여부’를 스스로 판단할 수 있을 뿐이다.

21) 허영, 위의 책, 915쪽.

22) 구병석/강경근, 위의 책, 212쪽.

#### 4. 정책국민투표의 대상성 여하가 문제되는 개별적 사안

##### 가. 헌법 제72조에 의한 법률안국민투표의 가능성

학설은 보통 대의기관에서 성안한 법률안에 대한 가부결정권이라는 의미의 법률안레퍼런덤(Gesetzesreferendum)은 인정하지만, 국민이 구체적이고 세부적인 입법까지도 국민투표로써 결정하는 국민투표제를 국민입법이라 부르면서 이에 관하여는 대의제원리와 모순되고 기술적으로도 불가능하다고 하여 부정한다.<sup>23)</sup> 일부 학설은 국민투표에 의한 입법을 포괄적으로 인정하기도 하고,<sup>24)</sup> 불분명하긴 하나 국민투표에 의한 입법 자체가 불가능하다고 주장하는 견해도 있다.<sup>25)</sup>

대의제를 원칙으로 하는 헌법질서하에서 대의기관을 대체하여 국민이 투표에 의하여 직접 국가의사를 결정하거나, 대의기관에서의 의사결정의 최종적 통과여부를 국민이 최종적으로 확정하는 것은 예외에 속하는 것이다. 따라서 헌법이 이를 명문으로 인정하여 제도화하지 않는 한 - 헌법규범과 무관하게 정치현실적으로 플레비시트가 행해지는 것은 별도로 하고 - 헌법상의 제도로서 논의될 수는 없다. 우리 헌법이 명문으로 인정하는 것은 제130조 제2항의 헌법레퍼

23) 권영성, 위의 책, 931쪽; 허영, 위의 책, 915쪽.

24) 한태연의 입장은 유신헌법 때나 그 이후나 변화가 없다: 동인, 헌법학, 1983, 161쪽; 구병식, 신헌법원론, 1993, 915쪽; 구병식/강경근, 위의 책, 212쪽(“물론 대의제의 원칙상 입법권은 국회에 속하고[헌법 제41조] 국민투표법에 입법을 위한 투표절차가 없는 것은 사실이다. 그러나 우리의 국민주권이론에 의할 때 국민대중에게 실질적이고도 실효성있는 결정권을 주어야 한다는 점, 그리고 국민발안권이 인정되지 않고 있기에 비록 대통령이 부의하지만 국민은 국가권력보유자로서 그 인민대중을 통한 입법이 가능하다는 점 등으로 볼 때 법률국민투표는 가능하고 또 필요하다. 다만 여기에 모든 법률안이나 조약안이 포함된다고 볼 것은 아니며, 국민의 주권이나 국가권력과 직접 관계되는 사안으로 한정시킬 필요가 있다. 대통령이 거부하는 법률안도 국회의 재의외에 직접 국민투표에 부의하여 국회와 대통령간의 다툼을 직접 국민이 결정할 수 있도록 하는 것도 바람직하고 타당할 것이다.”); 허진, 위의 글, 235쪽.

25) 김철수, 위의 책, 1047쪽.

렌덤과 제72조의 정책레퍼렌덤(혹은 경우에 따라서는 플래비시트-레퍼렌덤의 형태를 사실상 띌 수 있다) 두 가지 경우뿐이다. 따라서 결정적 국민투표를 뜻하는 법률안레퍼렌덤으로 헌법 제72조를 확대해석해서는 안 될 것이다.

물론 헌법 제72조에 의한 정책국민투표의 결과 가결된 정책사항을 내용으로 하는 법률안이 정부발의로 국회에서 사후에 제정될 수는 있을 것이나, 국회에서 의결된 법률안을 - 대통령에 의해서 거부된 법률안이 국회에서 재의결된 경우의 법률안을 포함하여 - 국민투표에 붙여 부결 시킴으로써 국회에 의한 법률제·개정을 봉쇄한다거나, 국회의결을 거치기 이전에 정부에서 성안한 법률안을 직접 국민투표에 붙여 법률로 확정함으로써 국회입법권을 잠탈하는 것은 허용되지 아니한다. 입법권, 특히 형식적 의미의 법률제정권을 국회에 전속시키고 있는 헌법하에서(헌법 제40조, 제52조, 제53조) 그러한 예외는 헌법이 명문으로 인정하지 않는 한 받아들일 수 없는 것이다. 헌법 제72조의 정책국민투표의 텍스트하에서 이러한 예외를 인정하는 것은 해석의 한계를 넘는 일이 될 것이다.

#### 나. 헌법 제72조에 의한 헌법개정안국민투표의 가능성

나아가 헌법 제130조 제2항에 국회의 의결을 경유할 것을 전제조건으로 한 헌법개정국민투표가 규정되어 있음에도 불구하고, 헌법 제72조의 정책국민투표를 통하여 대통령발의의 헌법개정을 국회의 관여를 배제한 채 확정하려고 하는 시도는 헌법에 명백히 위배된다고 할 것이다.<sup>26)</sup>

26) 同旨: 구병삭/강경근, 위의 책, 213쪽(“국민투표의 대상에 헌법개정안은 포함될 수 없다고 본다. 이는 헌법 제130조 제2항에서 별개 절차로 규정하고 있을 뿐만 아니라 이를 인정한다면 명문상 규정된 개별적인 국회권능을 잠탈하여 신입투표적 결단으로 국민을 몰고 갈 우려가 크기 때문이다.”).

물론 궁극적으로 헌법개정을 요하는 사항에 대하여 헌법개정안 성안 혹은 제출 이전에 국민의 현실적 의사를 문의하는 내용의 자문적 국민투표는 헌법 제72조에 의하여 실시할 수 있으리라고 본다. 특히 헌법 제72조의 정책국민투표의 부의대상인 전국가적·전국민적 사항 내지 국민적 통합을 요구하는 사항의 경우 헌법개정이 문제되는 사항일 개연성이 있다.

#### 다. 국회해산 국민투표?

심지어는 헌법 제72조에 의하여 국회를 해산할 수 있는 국민투표도 가능하고 만일 가결되면 국회해산과 총선거를 실시할 수 있다고 보는 입장도 있으나<sup>27)</sup>, 이는 헌법 제72조의 정책국민투표제도를 대통령의 국회에 대한 절대적 우위를 확보하는 수단으로 보던 유신헌법하의 이론구성에 여전히 충실한 해석에 지나지 아니한다. 권력분립에 기초한 민주적 법치국가와 더불어 대통령제정부형태를 채택하고 있는 현행헌법하에서 생각할 수도 없는 주장이다.

#### 라. 선택적 국민투표의 가능성

1986년 9월 정기국회에서 야당이었던 신민당 이민우총재가 정부형태를 둘러싼 논란에 대하여 당시헌법(1980년 헌법 제47조)상의 정책국민투표 조항에 의거하여 대통령제나 내각제나 양자택일을 묻는 양식으로 국민투표를 실시하자는 제안을 하였다. 당시 여당이었던 민정당은 이 제안을 거부하였다. 당시 정부여당의 입장은 다음과 같았다: “현행헌법상 국민투표를 할 수 있는 경우는 헌법 제47조에 따라 외교·국방·통일 등 국가안위에 관한 중요정책에 대하여 국민의 의

---

27) 구병석/강경근, 위의 책, 212쪽.

사를 직접 묻거나 개헌절차를 규정한 헌법 제131조에 따라 국회에서 심의·의결한 후 실시하는 것 두 가지 뿐인데, 야당이 주장하는 선택적 국민투표는 헌법 제131조에 따른 국민투표로 봐야 하기 때문에 국회에서 심의·의결한 후가 아니면 실시할 수 없다는 것이 공식입장이다.”(당시 법원행정처장이 국회 법사위에서 행한 답변)

당시 논란이 되었던 것은 국민투표 부의대상이 헌법개정과 관련된 문제로서 정책국민투표조항(당시 헌법 제47조)이 아니라 헌법개정 국민투표조항(당시 헌법 제131조 제2항)에 의하여야 할 것이고 따라서 헌법개정안이 성안·제출되고 국회에서 의결된 후에야 비로소 국민투표가 논의될 수 있다는 점이었다. 그러나 헌법개정안을 직접 대상으로 하는 것이 아니고, 국가의 조직과 관련하여 어떠한 정부형태를 국민이 선호하느냐를 둘러싸고 국론분열의 위기적 현상이 나타났을 때 이에 관한 현실적 국민의사를 확인하는 차원에서 정책국민투표를 실시하는 것은 가능하다고 보아야 할 것이다. 대통령 또는 국회 재적의원 과반수는 그러한 확인된 국민의사를 기초로 하여 헌법개정안을 사후에 성안·제출할 수 있을 것이다.

일정한 정책에 대한 찬반의사를 묻는 것이 아니라 여러 정책 가운데 하나를 택일하게 하는 방식의 국민투표가 과연 가능한가의 문제가 있다. 대립되는 정책방향 가운데 어느 하나를 선택하도록 요구하는 정책 국민투표는<sup>28)</sup> 정책국민투표의 실시방식에 관한 절차적 문제로서 일반적인 국민투표질문양식인 Yes/No 중에서 선택하게 하는 것과 다를 바가 없는 것으로 도대체 문제될 것이 없다 하겠다. 예를 들면 뉴질랜드에서 1992년 9월 19일 실시된 1차 국민투표에서 소선

---

28) 同旨: 허진, 위의 글, 238쪽(“생각건대 선택적 국민투표는 당시 헌법 제47조에 포섭될 수 있을 뿐만 아니라 제131조에도 위반되지 않는다고 하겠다. 즉 개헌절차에서 최종적으로 국민투표에 붙이는 것은 국회가 의결한 것을 주권자인 국민이 최종적으로 확인하는 인준적 국민투표라는 것이지만, 선택적 국민투표는 대립되는 정치적 의견을 해결하기 위한 조정적 성격을 띠기 때문에 전혀 모순될 것이 없다 할 것이다”).

거구제를 유지할 것인가 아니면 선거제도를 근본적으로 개혁할 것인가를 물어 55%참가 84.7%찬성으로 선거제도를 바꾸자고 하고, 선거제도에 관하여는 독일식 혼합선거제도에 70.5%, 단순히양비례대표제에 17.4%, 호주와 같은 우선투표제에 6.5%, 단순히 의원수만 확대하자는데 5.6%가 찬성하였는바, 장기간의 비교토론시간을 둔 후인 1993년 11월 6일 2차 국민투표에서 독일식선거제도로 확정한 예가 있다.

#### 마. 신임연계 국민투표의 가능성

한국헌법사에서 순수한 신임투표(플레비시트)는 1975년 2월 12일 당시 박정희대통령에 의하여 실시된 정책국민투표이다. ‘유신헌법을 계속 수호해야 한다는 당시 대통령의 국가중요정책에 관한 국민투표’로 규정된 이 국민투표의 실시에 앞서 박정희대통령은 대국민특별담화를 통하여 “이번 국민투표를 비단 현행헌법에 대한 찬반투표일 뿐 아니라 나 대통령에 대한 신임투표로 간주하고자 합니다… 만일 우리 국민이 유신체제의 역사적 당위성을 인정하지 않고 현행헌법의 철폐를 원한다면 나는 그것을 대통령에 대한 불신임으로 간주하고 즉각 대통령직에서 물러날 것입니다.”라고 선언하였다.<sup>29)</sup> 79.8%의 투표율과 73.1%의 찬성율을 기록한 이 국민투표는 가결되었음에도 불구하고 전혀 자유롭지 못한 상황에서 투표가 이루어진

29) 박정희대통령은 1969년 10월 17일 자신의 3선을 위한 헌법개정국민투표를 앞두고도 비슷한 특별담화를 발표한 전력이 있다. 즉 “개헌안이 국민투표에서 통과될 때에는 나와 정부에 대한 신임으로 간주한다. 국민투표에서 부결될 때에는 나와 정부에 대한 불신임으로 간주하고 즉시 물러난다”고 선언하였었다. 그러나 당시 헌법에는 헌법개정국민투표만이 레퍼런덤으로서 규정되어 있을 뿐이었으므로 이러한 박대통령의 플레비시트적인 국민투표운영은 위헌적인 것으로서 오로지 집권연장을 위하여 국민의 이름으로 정치권력의 정당화를 도모한 데 불과한 것으로 비판받고 있다. 이에 관하여는 구병삭/강경근, 위의 책, 184~187쪽 참조; 김대현, 국민투표의 이론과 그 실시사례, 입법조사월보 176, 1989.1., 50~53쪽도 참조.

까닭에, 국민적 지지는 커녕 긴급조치 제9호를 선포할 수밖에 없을 정도로 불안상태가 고조되었다는 점을 보더라도 국민투표가 플레비시트적 독재에 악용된 사례에 해당한다.<sup>30)</sup>

현행헌법하에서 신임연계 국민투표의 가능성에 대한 논란은 1987년 12월의 대통령선거에서 노태우후보가 내건 중간평가공약을 이행하기 위하여 헌법 제72조의 정책국민투표조항을 원용할 수 있겠는가 하는 문제를 둘러싸고 벌어졌다. 이에 관하여 1989년 3월 대한변호사협회는 「국민투표실시에 관한 성명」을 낸 바 있는데, 이 속에서 “...국가안위에 관한 중요정책이 아니라 대통령 자신의 입후보자로서의 선거공약에 따른 그 정치윤리를 지키고자 지난 날의 성과에 대한 국민의 평가를 받기 위하여 국민투표의 방법을 선택한다고 하니 이는 분명히 헌법에 위배되는 일임을 밝히고자 한다. 이른바 중간평가가 과거의 정책평가에 그치든 또는 국민에게 신임을 묻는 일이든 또 장래를 위한 중요정책을 내걸든 간에 적어도 그 실체가 지난 날의 정치적 성과에 대한 국민의 평가를 받는 일이라면 명목여하를 막론하고 그 국민투표는 위헌임에는 아무 변함도 없는 것이다.” 라고 주장하여 반대의사를 분명히 하였다.

현행헌법 제72조는 특정 중요정책에 대한 국민투표를 규정하고 있을 따름이지만, 그 부의권자인 대통령이 자신의 정책방향에 대한 국민의 불승인이 바로 자신에 대한 불신임을 의미한다고 해석하는 것은 법적 문제라기 보다는 자신의 정치적 사고와 정세판단에 달린 문제이다. 미확정의 정책방향에 대한 결정을 위하여 국민의사를 묻는 것이라면 신임여부는 전혀 문제되지 않을 것이다. 다만 자신의 정치적 노선과 신념, 그리고 국정운영의 기본방향과 관련되는, 확정되거나 시행중인 중요정책에 대하여 국민의사를 묻는 것이라면 그 가

---

30) 이에 관하여 자세한 것은 구병삭/강경근, 위의 책, 187~190쪽 참조; 김대현, 위의 글, 53~55쪽도 참조.



결·부결 여부는 그의 정치적 생명과 직결될 것이고, 대통령으로서는 자신의 신임문제를 명시적으로 내걸거나 혹은 그렇게까지 모험을 하지 않았다 하더라도 부결의 경우 사후적으로 사임을 진지하게 고려할 수밖에 없는 사정에 처할 것이다. 어쨌든 정책국민투표실시에 있어서 대통령이 신임 여부를 반드시 결부시켜야 되는 것도 아니고, 그의 의사와 상관없이 당연히 신임 여부가 묻어지는 것도 아니며, 혹 부결되더라도 5년 임기가 보장된 대통령제 정부형태하의 대통령으로서는 당연히 대통령직에서 물러나야 하는 것은 더욱 아니다. 실제로 프랑스에서 1969년 4월 27일 실시된 국민투표가 80.6% 참가, 46.8% 찬성으로 부결되자 드골대통령이 퇴진한 예가 있는 반면에, 칠레에서 1988년 10월 5일 실시된 (1989년 3월 10일 끝나는 피노체트의 대통령임기를 1997년 3월 10일까지 연장할 것인가의 여부) 국민투표가 54.7% 참가 43% 찬성, 54.7% 반대로 부결되자, 야당의 헌법개정 및 사임요구에도 불구하고 피노체트대통령이 사임하지 않은 전례가 있다. 이 예에서 알 수 있듯이 피신임연계라든가 사임 여부는 정치문화적 전통이라든가 실제의 헌정상황(민주적이냐 독재적이냐)에 의존하는 바가 크다고 하겠다.

#### IV. 정책국민투표의 부의

##### 1. 정책국민투표부의권자

헌법 제72조에서 분명한 것은 국민투표(안)의 발의권자가 대통령이라는 점이다.

## 2. 국민투표 부의 여부에 관한 재량

헌법 제72조의 대통령이 ‘필요하다고 인정할 때에는 … 국민투표에 붙일 수 있다.’는 규정은 국민투표에의 부의 여부를 대통령이 재량에 의하여 결정한다는 것을 의미한다. 물론 헌법 제89조 제3호에서 국민투표안에 대한 국무회의의 필수적 심의가 요구되고 있기는 하지만 이는 절차상의 경유를 요구하는 것일 뿐이다. 결국 대통령은 단독으로 현실적 국민의사의 확인 필요성을 결정할 수 있다. 따라서 대통령은 자신의 권한을 행사함에 있어서 의사를 확정하기 어렵거나 자신이 결정한 정책의 계속수행에 관하여 결정하기 어려운 경우에 국민의사를 문의하게 될 것이다. 예컨대 정부의 법률안제출권 행사시 법률안의 요점에 대하여, 또는 헌법개정 제안권 행사시 헌법개정안의 요점에 대하여 국민의사의 사전 확인을 위하여 국민투표에 붙일 수 있을 것이다.

대통령의 국민투표부의 여부의 재량권에 관하여 “국민투표에 붙일 것인가의 결정은 전적으로 대통령의 재량에 속하는가? 그렇지 않다고 본다. 특정한 국가중요정책이나 개별적 문제를 둘러싸고 객관적으로 국민의 의사가 나뉘어 있으나 의회가 이를 해결할 의사나 능력이 없을 경우에 국민 다수는 국민투표를 요구할 수 있으며, 이 경우 대통령은 이에 좇아 국민투표에 붙여야 할 것이다. 즉 국민투표에 붙일 것인가의 여부는 대통령의 주관적 재량에 달려 있는 것이 아니라 객관적 상황에 의하여 결정되어야 할 것이다. 그렇지 않을 경우 좁게는 대통령의 책임회피로 인한 정치적 책임추궁과 넓게는 국민의 국가에 대한 신뢰상실로 전면적인 저항에 직면하게 될 것이다.” 라고 보는 견해가 있다.<sup>31)</sup>

---

31) 허전, 위의 글, 236쪽.

그러나 국민투표안발의권자가 대통령으로 국한되어 있는 현행헌법 제 72조하에서는, 국민투표에의 부의가 객관적으로 요청되는 사정이 있다고 하더라도 이러한 사정에 대한 판단을 대통령 이외에 누가 할 것인가 및 그러한 판단이 가능하다 하더라도 대통령의 국민투표부의부작위에 대하여 통제할 법적 수단이 과연 있겠는가 하는 의문이 있다. 정책국민투표제를 대통령이 자신의 권한행사 또는 직무수행에 있어서 중요한 참고자료로 국민의사를 확인하는 제도로 파악하는 우리의 입장에서는 이것이 다른 국가기관의 권한을 바로 현실적으로 침해한다거나 또는 국민의 자유와 권리를 직접적으로 침해하는 것으로 나타날 가능성을 찾기 어렵다. 또한 국민의 국민투표권은 헌법상의 기본권으로 규정되어 있지도 아니하다.<sup>32)</sup> 위 견해에서 국민다수가 국민투표를 요구할 수 있다고 하는 것은 사실적·정치적 차원에서라면 몰라도 국민발안제도가 규정되어 있지 아니한 현행헌법하에서는 어떠한 법적 의미도 갖지 못할 것이다. 결국 대통령에게 국민투표 부의를 강제할 법적 근거는 없는 것으로 보인다.

### 3. 국민투표 부의의 시점

대통령이 정책국민투표실시의 필요성을 인정하고 있다면 이를 정책결정 전에 즉, 정책수립·추진에 국민적 지지가 필요하다고 판단될 때에 하든, 또는 이미 결정된 정책의 추진 중에, 즉 정책에 대한 국론 통일이 필요하다고 판단될 때에 하든 상관 없을 것이다.

---

32) 국민투표법 제7조에 “20세이상의 국민은 투표권이 있다.”고 규정하고 있다.

#### 4. 국민투표 부의의 효과

대통령이 일단 국무회의 심의를 거쳐 특정 중요정책에 대한 국민투표를 발의하면, 이에 대하여 그 발의된 문제의 범위 내에서는 국가기관의 일체의 결정을 유보시키는 효력을 인정하여야 한다. 따라서 국민투표부의주체인 대통령 자신은 관련정책의 결정이나 집행을 유예하고 국민투표의 결과를 기다려야 하며, 국회 역시 국민투표부의대상이 된 정책관련 법률안의 제출 내지 의결을 유예하였다가 국민투표의 결과를 보고 추진하여야 할 것이다. 주의할 것은 이러한 결정유보효과가 사후적으로 국민투표결과에 기속된다는 것까지를 의미하는 것은 아니라는 점이다. 결정유보는 현실적으로 국민이 가지고 있는 국민의사와 대의기관이 추구하여야 하는 추정적 국민의사의 거리를 좁히기 위한 대의기관의 노력에 대한 요청일 뿐, 대의기관이 비결정적인(자문적인) 현실적 국민의사에 무조건 기속되는 효과를 포함하는 것으로는 볼 수 없다(국민투표결과의 기속력의 문제는 아래 V.에서 다룬다).

### V. 정책국민투표 결과의 효력(기속력)

#### 1. 국민투표 정족수

헌법 제130조 제2항이 헌법개정국민투표에 관하여 그 의결정족수를 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 하는 것으로 규정하고 있음에 반하여, 헌법 제72조의 정책국민투표는 정족수에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하다.

국민의사의 확인이라는 점에서는 헌법 제72조의 정책국민투표나

헌법 제130조의 헌법개정국민투표나 마찬가지로, 따라서 국민의사의 확인에 필요한 정족수가 달라질 이유가 없다. 또한 국민투표법은 헌법 제72조의 정책국민투표와 헌법 제130조의 헌법개정국민투표를 구별하지 아니하고 동일하게 투표권자(제7조~제9조), 결과확정을 위한 집계방법(제84조~제91조)을 규정하고 있는바, 이는 정책국민투표의 경우와 헌법 개정국민투표의 경우 정족수를 달리 보지 않고 있음을 시사해주고 있는 것이다. 따라서 헌법 제72조의 정책국민투표의 경우에도 헌법 제130조 제2항의 헌법개정국민투표의 의결정족수규정을 유추하여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성으로 가결되는 것으로 볼 수 있을 것이다.

## 2. 정책국민투표결과의 기속의 성질 - 법적 기속 또는 사실적·정치적 기속?

대통령이 정책국민투표를 실시하여 가결 또는 부결된 경우 대통령을 비롯한 국가기관은 그러한 현실적 국민의사에 기속되는가? “일단 국민투표에 붙인 사안에 대해서는 다수결로 나타나는 국민의 의사가 모든 국가기관을 기속하기 때문에 국민의사와 배치되는 정책결정은 할 수 없다.”고 보는 견해가 있다.<sup>33)</sup> 그러나 정책국민투표의 성격을 외교· 국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요한 정책에 대한 찬반투표<sup>34)</sup>, 즉 자문적 국민투표의 성격을 갖는데 불과한 것으로 본다면, 정책국민투표결과에 법적 의미의 구속력을 인정하기는 어려울 것이다.

반면, 그렇다고 해서 정책국민투표결과에 아무런 구속력도 인정되지 않아서 국민주권의 행사로서의 국민투표를 형해화하는 결과를 낳

33) 허영, 위의 책, 915쪽.

34) 김철수, 위의 책, 1047쪽.

는다고 볼 것만은 아니다. 국민적 관심이 집중되어 있는 국가안위에 관한 중요정책에 대한 현실적인 국민의사가 확인되었는데도 불구하고 이에 반하는 정책을 수립·강행한다는 것이 대통령에게 얼마나 큰 정치적 모험이 될 것인가는 두말할 필요도 없다. 따라서 자문적 국민투표의 성격을 가지는 정책국민투표의 결과에 대하여 법적 기속력이 인정되지 아니한다 하더라도 사실적·정치적 기속을 부인할 수 없고, 이러한 의미의 기속이 가지는 현실적 효과는 민주주의국가에서 결코 작지 않다고 할 것이다.

### 3. 국회 - 다른 내용의 입법 가능성

#### 가. 정책국민투표결과에 반하는 내용의 법률제정 가능성

대통령이 실시한 정책국민투표의 결과 확인된 국민의사에 반하는 내용의 입법을 국회에서 할 수 있는가? 헌법 제7조 제1항, 제45조, 제46조 등에서 확인되는 자유위임의 원칙에 따르면, 국민대표기관으로서의 국회를 구성하는 국회의원은 국민의 현실적 의사에 기속됨이 없이 국가이익에 지향되어야 할 국민의 진정한 의사, 즉 추정적 국민의사를 추구하여야 할 의무가 있다. 이러한 자유위임의 원칙은 우리 헌법이 채택하고 있는 대의제의 근간이 되는 요소이기도 하다. 그렇다면, 현실적 국민의사에 국민대표기관으로서의 국회의 의사를 법적으로 즉 강제적으로 기속시키는 것은 대의제의 원리에 반하는 것이 될 수 있다.

또한 주권을 가진 개개 국민에 의한 결정이 가지는 정당성이 국회에 의한 결정이 가지는 정당성 보다 절대적으로 우위에 있다고 볼 수도 없다. 국가의사를 대의기관에 의해 결정하느냐 국민이 직접 결정하느냐 하는 것은 국가조직의 구체화, 즉 시스템에 관한 문제로서

어떠한 결정이 다른 결정보다 언제나 반드시 우위에 있다고 단정할 수는 없다.

더욱이나 헌법 제72조의 정책국민투표는 국가의사의 최종확정이라는 의미의 결정적 국민투표제라기 보다는 국가중요정책에 관한 국민의 현실적 의사를 확인하는 자문적 성격의 것이다.

따라서 국회가 사실상 정치적 기속을 받는 이외에 정책국민투표결과에 법적·강제적으로 기속되어 입법에 장애를 받는다고 볼 수는 없다. 그러나 국회 역시 국민으로부터 선거를 통하여 선출된 국회의원들로 구성된 기관이므로, 국민이 본래 지향하였어야 할 추정적 국민의사를 앞서 워 현실로 확인된 국민의사에 반하는 입법을 하는 것이 얼마나 큰 정치적 모험인지 잘 알 것이기 때문에 국민투표결과의 사실적·정치적 기속을 과소평가할 수 없을 것이다.

#### 나. 법률안에 대한 국민투표가 인정될 경우의 문제점

이 글에서는 헌법 제72조의 정책국민투표의 대상영역에서 법률안에 대한 국민투표를 인정하지 아니하였다. 따라서 그러한 법률안에 대한 국민투표가 헌법상 인정될 경우, 국민투표로 제·개정된 법률을 국회에서 다시 개정하는 것이 가능한가 아니면 오로지 또 한 번의 국민투표를 통해서만 개정가능할 뿐인가, 그리고 법률안에 대한 국민투표가 인정될 경우 그렇게 확정된 법률에 헌법위반의 의심이 있을 경우 헌법재판소에 의한 규범통제대상이 되는가 하는 문제는 입헌론적 의미에서만 검토대상이 될 수 있을 것이다.

이 문제는 대의제적 결정의 민주적 정당성과 직접민주제적 결정의 민주적 정당성에 차이가 있는가 하는 문제로부터 그 해결의 단서를 찾을 수 있다. 양자의 차이를 인정할 경우 국민투표를 통한 법률안에 국회통과법률안에 비하여 프리미엄이 부가되어 특별한 지위가 인

정될 여지가 있다. 예컨대 프랑스의 드골대통령이 1962년 10월 28일 대통령직선제법률안을 국민투표에 붙여 77.2% 참가, 61.7% 찬성으로 가결되었을 때 헌법개정절차를 거치지 않은 것이 위헌으로 지적되어 헌법평의회에 제소되었던바, 헌법평의회는 국회가 제정한 법률에 대하여는 위헌심사가 가능하나 국민투표를 통해 결정된 법률에 대하여는 헌법평의회가 위헌심사를 할 수 없다고 결정한 사례가 있다. 또 심지어 국민투표에 의해 제정되는 법률은 국회에서 제정된 법률보다 효력이 우위에 있어야 하며 국회에 의한 입법과는 달리 위헌심사의 대상이 되지 않을 뿐만 아니라 그 법률의 내용이 헌법에 어긋나는 경우 이는 사실상 헌법의 개정을 의미한다고 하는 주장까지 발견된다.<sup>35)</sup>

그러나 국가의사를 대의기관에 의해 결정하느냐 국민이 직접 결정하느냐 하는 것은 국가조직의 구체화, 즉 시스템에 관한 문제로서 양 결정 모두 결국 국민에게로 소급되어 정당화된다는 점에서는 다를 바 없으므로 어떠한 결정이 다른 결정보다 정당성에 있어서 반드시 우위에 있다고 단정할 수는 없을 것으로 보는 우리의 입장에서는, 입헌론으로 법률 국민투표를 도입한다 하더라도 이에 대하여 국회의 입법권을 기속하는 효력을 인정할 수는 없고, 국회는 그러한 국민투표로 제정된 법률을 언제든 개정할 권한을 유지한다고 보며, 헌법위반의 의심이 있을 경우 국회통과법률과 마찬가지로 헌법재판소의 위헌심사의 대상이 되어야 할 것으로 본다.

#### 4. 재부의 금지

헌법 제72조의 정책국민투표는 국가안위와 관련되는 중요정책을 둘러싼 국론의 통일을 통하여 국가의 안정을 기할 목적으로 실시될

---

35) 한태연, 헌법학, 1983, 161쪽.



개연성이 높다. 따라서 한 번 국민투표에 붙여 부결된 정책사항에 대하여 재차 국민투표에 붙이는 것은, 재부의를 불가피하게 하는 중대한 사정변경이 있지 않는 한, 일사부재의원칙에 반하여 허용되지 아니하는 것으로 보아야 한다.

## VI. 맺음말

정책국민투표제도는 그동안, 유신헌법에서 프랑스헌법의 국민투표조항을 모델로 하여 도입되었다는 점, 실제로 정책국민투표가 집권자에 의해 자신의 신임을 획득하기 위한 정치적 무기로 악용되었다는 점 때문에 프랑스적 색채의 플레비시트적인 것으로 이해되어 왔다. 그러나 헌정질서가 근본적으로 변경된 상황하에서 하나의 헌법상의 제도로서 정책국민투표제도를 이해할 것이 과제로 요청되고 있다.

이 글에서는 헌법 제72조의 정책국민투표를 헌법 제130조 제2항의 결정적인, 즉 국가기관을 법적으로 구속하는, 국민표결제와 비교하여 국가기관에 대하여 법적 구속력은 없는, 그러나 사실적·정치적 기속이 인정되는 자문적 성격의 국민표결제로 이해하였다.

마지막으로, 이 글에서 논의하고자 한 것은 현행헌법이 규정하고 있는 국민투표제도에 관한 것이지 국민투표제도 일반에 관한 것이 아니라는 점을 주의적으로 부언하고자 한다. 오늘날 대의제의 폐해가 적지 많이 나타나고 있다는 점, 국민이 주권자로서 국가의사결정에 보다 적극적으로 참여하기 위하여 국민표결제 뿐만 아니라 국민발안제, 국민소환제 등등의 직접민주제적 요소의 도입에 대한 요청이 증대하고 있다는 점, 프랑스식의 신임투표(플레비시트)제가 오히려 예외적인 것이고 스위스나 미국의 캘리포니아주를 비롯한 여러

주에서 국민투표제가 성공적으로 수행되고 있다는 점, 통일 이후 독일의 거의 모든 주에서 국민발의제와 국민표결제를 광범하게 도입하였다는 점 등에 비추어 우리 헌법에도 현행 헌법이 규정한 것과는 다른 시각에서 다양한 직접민주제적 요소들의 도입이 필요하리라는 입헌론적 논의는 별도의 지평에서 이루어질 수 있을 것이다. 그러나 이러한 입헌론적 논의가능성에 앞서 현행헌법상의 국민투표제도에 대한 적절한 해석에 우선 관심을 가져야 할 것이다.

# 明確性の原則에 관한 研究

洪起台

憲法研究官

서울高等法院 判事

## - 目次 -

### I. 머리말

### II. 명확성의 원칙의 연혁

### III. 명확성의 원칙의 기능과 헌법상의 근거

#### 1. 명확성의 원칙의 기능

#### 2. 명확성의 원칙의 헌법상 근거

##### 가. 법치주의

##### 나. 죄형법정주의

##### 다. 조세법률주의

##### 라. 적법절차의 원칙

##### 마. 권력분립의 원칙

### IV. 불명확의 유형과 명확의 정도에 따른 분류

#### 1. 불명확의 유형

##### 가. 의미불명의 경우

- 나. 다의성을 가진 경우
- 다. 광의성을 가진 경우
- 2. 명확의 정도에 따른 분류

#### V. 명확성 판단의 기준

- 1. 기준설정의 어려움
- 2. 명확성 요구 수준의 다양성
- 가. 형벌법규인지 여부
  - 나. 자연범적 행위를 대상으로 하는지 여부
  - 다. 규제대상이 되는 권리의 보호정도
- 라. 사전억제적 규제인지 여부
- 마. 완결적 법규인지 여부
  - 3. 기준의 구체적인 내용
- 가. 공정한 고지 또는 예견가능성
- 나. 자의적 적용의 배제
- 다. 입법기술적 개선가능성

#### VI. 맺음말

## 1. 머리말

우리나라 헌법은 제12조 제1항 후문에서 “누구든지 … 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 위 규정은 죄형법정주의의 원칙을 선언한 규정으로서, 학자들은 ‘명확성의 원칙’을 죄형법정주의의 내용의 하나로, 또는 죄형법정주의로부터 파생된 원칙의 하나로 파악하고 있다. 또한 명확성의 원칙은 헌법재판소나 대법원의 판례를 통하여 법령에 대한 위헌심사의 중요한 기준으로 확립되었다. 나아가 명확성의 원칙은 법치주의 원리를 근거로 하여 형벌법규 뿐만 아니라 모든 법률에서 합헌성을 담보하기 위한 일반원칙으로 이해되고 있다.

그런데 구체적인 법률조항에 접하여 그 조항이 명확하게 규정되어 있어 합헌으로서 유효한 것인지, 아니면 불명확하게 규정되어 있어 위헌으로서 무효인 것인지를 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그야말로 명확성의 원칙에 있어서 ‘명확’과 ‘불명확’의 경계는 불분명한 것이다. 더구나 명확성이 문제되는 법률조항들은 대부분 명확과 불명확의 경계선상에 있으므로 구체적인 조항이 문제되었을 때 그것이 어느 쪽에 속하는지 결론을 내리는 것은 매우 힘들다.

사실 ‘명확하다’ 혹은 ‘불명확하다’라는 말은 상대적이고 주관적인 개념이므로 누구에게나 똑같은 결론에 이르게 할 기준을 만든다는 자체가 원천적으로 불가능할지 모른다. 라페이브의 표현처럼 형사법률이 애매하여 무효인지 여부를 결정하여줄 간편한 리트머스 시험지는 있을 수 없다.<sup>1)</sup> 그러나 어차피 명확성의 원칙에 따라 어떤 법령

---

1) LaFave & Scott, JR., Substantive Criminal Law, Vol.1, 1986, p.128.

이 유효인지, 무효인지를 판단해야 한다면 가능한 한 정밀한 기준을 세워 보아야 할 것이다. 명확성의 원칙을 관철하여야 할 가장 큰 이유가 법령의 수범자인 국민에게 예측불허의 불이익을 주지 않도록 하는 것에 있다면, 명확성의 판단기준 또한 예측가능하고 일관성이 있어야 하는 것이다.

이 글에서 명확성의 원칙에 따른 심사의 대상이 될 법령과 심사의 기준 등을 유형화·定式化하여 봄으로써, 명확성의 원칙에 대하여 보다 구체적인 기준을 제시해 보고자 한다.

## II. 명확성의 원칙의 연혁

‘uni jus incertum, ibi jus nullum’ (법률이 명확하지 않는 곳에서는 법률은 무효이다)라는 라틴어의 법언이 있으나 실제로 명확성의 원칙이라는 법리가 로마법까지 거슬러 올라가는 것은 아니다. 로마제국에서 정치권력자는 권력남용을 합법화하는 수단으로 법률을 제정하여 이용하였고, 명확성의 원칙은 지켜지지 않았다.

명확성의 원칙은 영국 보통법(common law)의 실무에서 엄격해석의 원칙을 지키기 위하여 불명확한 법령의 적용을 거부하는 과정에서 비롯되었다고 한다.<sup>2)</sup> 영국에서는 법률을 무효로 선언하는 것이 불가능하여 개개 사건에서 적용거부의 형태로 명확성의 원칙의 실체가 나타나게 되었고, 미국에서도 International Harvester Co. 사건<sup>3)</sup> 이전에는 그와 같은 태도를 취하였다.<sup>4)</sup> 당시에는 입법권을 존중하기 위하여 법령의 무효를 가능한 한 피한다는 것이 일반적인 생각이었

---

2) 佐藤文哉, “法文の不明確による法令の無効”, 司法研修所論集, 1967- I, 69면.

3) International Harvester Co. v. Kentucky, 234 U.S. 216.

4) Collings, “Unconstitutional Uncertainty”, 40 Cornell L. Q., 1955, p.205.

고, 법령의 무효라는 것도 일반적·대세적 효력이 없다고 여겨졌으며, 적용거부의 형태로도 목적달성이 가능하므로 무효라고 하는 강한 수단을 채택할 필요가 없다고 생각하였다.<sup>5)</sup>

그러나 적용거부를 넘어 법령을 무효로 선언할 이론상 근거와 필요성이 생기면서 사법부는 법령에 대하여 명확성이 없다는 이유로 무효선언을 하기 시작하였다. 미국의 판례상 ‘명확성(definiteness)의 이론’ 또는 ‘애매하여 무효의 원칙(void-for-vagueness doctrine)’이라고 불리는 원칙이 세워지면서 불명확한 법령에 대하여 무효를 선언하는 판결이 잇달았다.

판례에서 나타나는 명확성의 원칙의 맹아는 1815년 미국의 연방항소심의 Sharp 사건 판결의 방론에서이다.<sup>6)</sup> 위 사건에서 피고인은 ‘선상에서 반란을 일으킨(make a revolt in the ship)’죄에 대하여 처벌하는 법률의 적용을 받아 1심에서 유죄판결을 받았는데, 항소심은 “범죄를 창설하는 법은 그 형벌을 받게 될 모든 사람에게 대하여 어떤 행위를 피하여야 할 의무가 있는지를 알게 할 정도로 그 자체 또는 다른 기준에 의하여 명백하지 않으면 안된다. … 재판관이 자신의 머리 속에 반역이 무엇을 의미하는 지에 대하여 상당히 확실한 개념을 가지고 있다는 것은 선례에 의하여도 뒷받침될 수가 없다. 언어학자가 제시하는 정의를 빌려도 위 개념은 매우 다양하며 그 중 어느 하나를 채택하면 피고인 등이 어떤 범죄도 저지르지 않는 것이 되고, 다른 하나를 채택하면 피고인 등에게 범죄, 그것도 사형 여부가 문제되는 범죄에 대한 책임을 묻게 되는 것은 상당하지 않다는 생각이 든다”고 하여 원심판결의 일부를 파기하고 위 법률에 기한 공소를 기각하였다.

주 판결 중 가장 처음 불명확하여 무효라는 이론이 제시된 것은

---

5) 佐藤文哉(註2), 69면.

6) U.S. v. Sharp, 27 Fed. Cas. 1041.

1833년 노스캐롤라이나주의 Drake v. Drake 사건<sup>7)</sup>인데, 위 사건의 판결에서는 “법률은 공법이건 사법이건 법률 중의 문언이 애매하게 (vague) 의무이행을 강제하여 사람들에게 명확한 의미를 전달할 수 없는 것이라면 당연무효가 된다”라고 실시하였다. 그후 1884년 Partlaw 사건에서 “법률은 논리구성이나 해석이 가능한 것이 되지 않으면 안된다. 그것이 가능하지 않을 때에는 무효가 된다. 법원은 인정될 수 있는 여러 수단을 이용하여 법률에 대하여 받아들여질 수 있는 의미를 부여하지 않으면 안되지만 그러한 노력을 다하여도 의문을 해결할 수 없고, 또한 애매함을 해결할 수 없어서 그 의미에 대하여 어떤 사법적인 확실성을 설정할 수 없을 때에는 법원이 마음대로 그 의미를 창출해 내어서는 안된다”고 실시하여<sup>8)</sup> 명확성의 원칙을 다시 한번 확인하였다. 1890년대 이후 미국에서는 독점금지에 관한 법률에서 불명확하여 무효라는 주장이 정면으로 다루어지게 되었다.

독일에서는 나치시대 이전의 제국재판소가 불확정한 형벌법규를 적용한 피고인에 대하여 무죄를 선고한 사례가 있으나, 나치체제하에서는 판결의 법창조적 기능을 인정한다는 구실 아래 “법률에 의하여 가벌성이 인정되거나 형법의 기본사상과 건전한 국민감정에 의하여 처벌받아 마땅하다고 인정되는 범행을 한 자는 처벌된다. 그 범행에 대해 직접 적용될 확정된 법률이 발견되지 않을 때에는 그 범행에 가장 잘 어울리는 기본사상을 지닌 법률에 따라 처벌된다”고 하여 확정되지 않은 일반조항을 가지고 가벌성을 인정하기도 하였다.<sup>9)</sup> 이에 대한 반성으로 2차 세계대전 이후 기본법<sup>10)</sup> 하에서 명확성의 원칙

7) 15 N.C. 110.

8) State v. Partlaw, 91 N.C. 550.

9) 김일수, 보정판 형법학원론, 1992, 145면 참조.

10) 독일 기본법 제103조 제2항은 “행위 전에 일정한 행위에 대한 가벌성이 법률로써 규정된 경우에 한하여 그 행위는 벌할 수 있다(Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich war, bevor die Tat begangen wurde)”고 규정하고 있다.



(Bestimmtheitsgrundsatz) 내지 구성요건의 명확성(Tatbestandsbestimmtheit)에 관한 논의가 활발해졌고 판례에 의하여도 위 원칙이 확립되었다.

### III. 명확성의 원칙의 기능과 헌법상의 근거

#### 1. 명확성의 원칙의 기능

언혁적으로 볼 때 불명확한 법령에 대하여 적용을 부정하는 단계에서 이를 무효화하는 단계로 변화한 데에는 법령을 무효화함으로써 얻을 수 있는 중요한 역할과 기능이 있었기 때문이다. 구체적인 형사사건에서 명확하지 않은 법령에 대하여 적용을 거부한다면 당해 피고인을 구제한다는 점에서는 법령의 무효와 다름이 없고, 또 적용거부의 이유를 판결문 중에서 밝히고 적용거부의 판결을 계속한다면 입법부는 통상 그 조항에 대하여 개정 등의 조치를 취하게 될 것이므로, 당해 법령은 법원과 피고인의 입장에서는 사실상 무효로 선언되는 것과 거의 같은 결과가 될 것이다.

그러나 법원에서의 구체적 재판이라는 측면을 넘어 시야를 넓혀 보면, 법령의 적용거부와 무효에는 큰 차이가 있음을 알 수 있다. 예를 들어 헌법상 보장된 정당한 행위까지 포함하여 광범위한 행위를 금지할 소지가 있는 애매한 법령이 존재함에도 그 법령에 대한 무효가 선언되지 않고 계속 유효한 상태로 남아 있다면, 일반국민은 중국적으로 무죄가 될 법령을 위반하였다는 이유로 항상 기소될 수 있는 위협에 처해 있게 된다. 그러한 경우에 대다수 국민들은 헌법상 보장되는 권리행사를 하지 못하고 위축될 수밖에 없으므로 헌법상의 권리는 형식적인 것에 불과하게 될 염려가 있다. 만일 어떤 국민이

그러한 권리를 제대로 찾아 누리려고 한다면, 먼저 매우 불안정하고 위험한 상태를 감수하면서 헌법상 보장되는 행위와 보장될 수 없는 행위를 적절히 파악하여 행동을 취하여야 하고, 그럼에도 그 행위로 인하여 기소가 된다면 상당한 노력을 기울여 당해 법령이 그 행위에는 적용될 수 없다는 것을 밝혀야 할 것이다. 법원도 매 사건마다 불명확한 법령을 앞에 두고 그 법령이 적용되어야 하는 것인지를 밝히는데 힘을 쏟아야 할 것이고, 그러한 계속되는 노력에도 불구하고 입법부가 적용거부된 법령에 대하여 개정을 할지 여부는 여전히 불확실한 상태로 남아 있게 된다.

따라서 불명확한 법령을 무효로 선언하여 원천적으로 이를 제거하는 것이 그 적용을 배제하는 것보다 국민의 권리를 보다 신속하고 확실하게, 그리고 궁극적으로 확보하여 주는 길이 된다.<sup>11)</sup> 특히 형사법에서 명확성의 원칙을 엄격히 요구하는 것은 형사법이 범인처벌에 의한 사회의 보호기능도 가지고 있지만 동시에 형벌법규의 한계를 명시함으로써 국민에게 행동의 자유를 보장하는 보장기능도 중요하기 때문이다.<sup>12)</sup>

## 2. 명확성의 원칙의 헌법상 근거

### 가. 법치주의

형벌법규에 대한 명확성의 원칙은 일반적으로 죄형법정주의의 원칙에서 비롯되는 것이라고 보고 있지만, 형벌법규 이외의 법령에서의 명확성의 원칙은 법치주의 내지 법치국가의 원리에서 비롯된다고

---

11) 연혁적으로는 입법부의 권한을 존중한다는 의미에서 불명확한 법령에 대하여 무효를 선언하지 않았다고 보이지만, 불명확을 이유로 한 무효선언은 당해 법령의 입법목적이나 내용 자체가 잘못되었다고 지적하는 것이 아니라 그 형식이 불명확하게 되었다는 것을 지적하는 것이므로 입법권에 대하여 심각한 타격을 주는 것도 아니다. (佐藤文哉(註2), 70면 참조)

12) 田宮裕, “刑罰法規の明確性”, 藤木英雄 編, 刑法 I, 1977, 16면.

본다. 죄형법정주의의 원칙은 법치주의의 한 내용이라고 할 것이므로<sup>13)</sup> 형벌법규에 관한 명확성의 원칙은 법치주의와 죄형법정주의 모두에 포섭되는 구체적 원칙이라고 할 것이다. 그러나 형벌법규가 아닌 한 죄형법정주의가 적용될 수는 없으므로 그 경우의 명확성의 원칙은 법치주의 원리에서 도출되는 것이다.

헌법재판소는 “법치국가원리의 한 표현인 명확성의 원칙은 기본적으로 모든 기본권제한입법에 대하여 요구된다. 규범의 의미내용으로부터 무엇이 금지되는 행위이고 무엇이 허용되는 행위인지를 수범자가 알 수 없다면 법적 안정성과 예측가능성은 확보될 수 없게 될 것이고, 또한 법집행 당국에 의한 자의적 집행을 가능하게 할 것이기 때문이다”고 판시하였다.<sup>14)</sup>

## 나. 죄형법정주의

죄형법정주의의 연원은 1215년 영국의 마그나 카르타(Magna Carta) 제39조에서 비롯되었다고 한다. 이 규정이 1628년 권리청원(Petition of Rights)이나 1689년 권리장전(Bills of Rights)에 영향을 미쳤고, 나아가 미국법에도 영향을 주어 ‘due process 이론’의 형성으로 발전하게 된 것이다. 한편 대륙법에 있어서는 마그나 카르타 이후 약 500년이 지나 죄형법정주의가 명시적으로 나타나게 되었다. 프랑스혁명에 즈음하여 1789년 인권선언이 채택되었고 그 제8조에서

---

13) 법치주의와 형사법규의 관계에 관하여 헌법재판소는 “우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있고 그 법치국가의 개념에는 헌법이나 법률에 의하여 명시된 죄형법정주의와 소급효의 금지 및 이에 유래하는 유추해석금지의 원칙 등이 적용되는 일반적인 형식적 법치국가의 이념뿐만 아니라 법정형벌은 행위의 무거움과 행위자의 부책에 상응하는 정당한 비례성이 지켜져야 하며, 적법절차를 무시한 가혹한 형벌을 배제하여야 한다는 자의금지 및 과잉금지의 원칙이 도출되는 실질적 법치국가의 실현이라는 이념도 포함되는 것이다”라고 실시하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230).

14) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 341 등.

는 “누구도 범죄보다 이전에 제정, 공포되고 또 적법하게 적용된 법률에 의하지 않고 처벌되지 않는다”고 하여 죄형법정주의를 명기하고 있었다.<sup>15)</sup>

이론적으로 죄형법정주의를 직접 언급한 사람으로는 Feuerbach가 꼽힌다. 그는 형법의 목적에 관하여, 이성을 가진 국민에게 범죄와 형벌을 제정법규로서 예고·명시함으로써 국민으로 하여금 이성에 의하여 스스로 범행을 멀리하게 하는 데에 있다고 하였고, 그 파생적 요청으로서 죄형법정주의의 필요성을 주장하였다. 그가 주장한 ‘법률 없으면 형벌 없다(nulla poena sine lege)’라는 명제는 죄형법정주의의 표어로서 자리 잡았고 근대 법치국가의 형법상 지도이념으로서 확고한 위치를 차지하게 되었다.<sup>16)</sup>

죄형법정주의는 그 사상의 당연한 귀결로서 관습형법금지의 원칙, 유추해석금지의 원칙, 형벌불소급의 원칙, 절대적 부정기형금지의 원칙이 엄격하게 지켜질 것을 요구하였고, 점차 적정성의 원칙과 명확성의 원칙까지 포함하게 되었다.<sup>17)</sup> 그리고 현재는 명확성의 원칙이 죄형법정주의의 원칙에서 가장 큰 문제로 대두되어 있다.<sup>18)</sup>

헌법재판소는 “죄형법정주의는 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌의 내용을 국민의 대표로 구성된 입법부가 성문의 법률로 정하도록 함으로써 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형벌의 기본원칙으로서, 형벌법규의 ‘보장적 기능’을 수행하는 것이다. 따라서 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 형식적 의미의 법률로 명확하게 규정되어야 하며, 만약 범죄

---

15) 죄형법정주의의 연혁과 입법례에 관하여는 손해목, 형법총론, 1996, 48-50면 참조.

16) 大野眞義, 罪刑法定主義, 1982, 8-17면 참조.

17) 日高義博, “罪刑法定主義の現代的意義”, 現代刑法論爭 I, 1989, 19면.

18) Welzel은 “법률이 없으면 형벌이 없다(nulla poena sine lege)는 원칙은 유추에 의해서가 아니라 오로지 불명확한 형법에 의하여 위협받고 있다”고 하였고, Nauke는 “형법은 항상 더 불명확해지고 있다”고 하였으며, Schünemann은 명확성의 원칙에 대하여 “죄형법정주의의 최저점(Tiefpunkt)”이라고 진단하였다. (Roxin, Strafrecht AT Bd.1, 1992, S.120)

의 구성요건에 관한 규정이 지나치게 추상적이거나 모호하여 그 내용과 적용범위가 과도하게 광범위하거나 불명확한 경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의의 원칙에 위배된다.”고 판시하고 있다.<sup>19)</sup>

## 다. 조세법률주의

“조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 한 우리 헌법 제59조는 조세법률주의를 규정한 조항이다. 조세법률주의에는 조세요건법정주의, 조세요건명확주의, 조세불소급의 원칙, 엄격해석의 원칙 등의 내용이 포함된다. 따라서 조세관련 법령의 과세요건이나 부과·징수절차에서 불확정개념이나 개괄조항을 함부로 사용하여 일의적이지 못하다면 이는 불명확한 것으로서 조세법률주의에 반하여 무효가 된다.

그러나 세법의 규율대상은 특히 다른 어느 법령에 비하여 끊임없이 변하고 다양한 경제현상을 규율하는 것이기 때문에 어느 정도의 일반적, 추상적 개념을 사용하지 않을 수는 없다는 어려움이 있다.

## 라. 적법절차의 원칙

우리 헌법에서의 적법절차의 원칙은 제12조 제1항에서 “적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분·강제노역을 받지 아니한다”고 규정한 부분과 동조 제3항에서 영장주의와 관련하여 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정한 부분에 의하여 명문화되어 있다. 적법절차의 원칙은 형식적인 절차뿐만 아

---

19) 헌재 1995. 9. 28. 93헌바50, 판례집 7-2, 297, 307.

나라 실제적 법률내용이 합리성과 정당성을 가진 것이어야 한다는 의미로 이해되고 있다.<sup>20)</sup>

그러나 헌법 제12조 제1항의 “법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 … 에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분·강제노역을 받지 아니한다”고 규정한 부분에서 죄형법정주의를 명시하고 있으므로 형벌법규에 관한 한 명확성의 원칙을 굳이 적법절차의 원칙에서 도출된다고 볼 필요는 없을 것이다.

이에 반하여 영미법에서는 적법절차의 보장이 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 넓게 적용되고 있고 명확성의 원칙도 그러한 적법절차의 원칙에서 비롯된다고 보고 있다.

## 마. 권력분립의 원칙

권력분립의 원칙에 따르면 사법부는 입법부가 정한 법률에 의해서만 재판을 할 수 있다. 만일 사법부가 불명확한 법률에 대한 해석을 통하여 의미부여를 함으로써 사실상 법을 창조하는 기능을 하게 된다면 이는 입법권을 침해하는 것이 될 수 있다.

헌법재판소도 “법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적 안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다. 특히 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 것으

---

20) 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 877 등.

로 되기 때문에 권력분립의 원칙에도 반하는 것으로 되기 때문이다.”  
라고 판시하였다.<sup>21)</sup>

## IV. 불명확의 유형과 명확의 정도에 따른 분류

### 1. 불명확의 유형

논리학 내지 의미론에서는 불명확을 3가지로 분류하고 있다.<sup>22)</sup>

#### 가. 의미불명의 경우

완전 의미가 없거나(무의미) 또는 법문 중 또는 법문 상호간에 모순이 있어 완전히 취지가 불명인 경우이다. 그러한 법조문은 더 이상의 해석의 여지없이 일률적으로 무효가 된다. 이것은 대부분 입법실수의 결과인 경우가 많다. 예를 들어 Cardiff 사건에서 도박용구업자는 ‘앞에서 적시한 지역에서’ 이름, 주소, 내용 등을 검찰총장에게 신고하도록 되어 있었으나 그 ‘지역’이 규정되지 않은 경우와 같은 예이다.<sup>23)</sup> 또 전문가들 사이에서도 쉽게 알 수 없고 확립되지 않은 용어를 쓰는 것도 의미불명에 속한다고 할 것이다.

#### 나. 다의성을 가진 경우

이는 영어로 ambiguity에 해당하는 것으로서 vagueness와 구별된다. 다의성이라는 것은 언어학상 “일반적인 용어가 어떤 대상에 관

---

21) 현재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255, 269.

22) 佐藤文哉(註2), 56-62면 참조.

23) U.S. v. Cardiff, 344 U.S.174.

하여 명백히 진실이면서 동시에 같은 대상에 관하여 진실이 아니기도 한 상태를 가리키는 개념”이라고 한다. 어떤 용어와 관련하여 이를 독립하여 보더라도 많은 의미를 가지는 경우가 있기도 하지만, 그렇지 않더라도 전체적인 문맥이나 맥락에서 볼 때 다의적인 경우가 있다. 전자를 잠재적 다의성(potential ambiguity), 후자를 현실적 다의성(actual ambiguity)이라고 한다.<sup>24)</sup>

명확성의 원칙이 문제되는 법령에서는 후자의 다의성에 보다 주의하여야 한다. 따라서 어떤 법조항의 자구 또는 법조항 전체가 현실에서 사용되는 맥락에 비추어 볼 때에도 비슷할 정도의 비중을 가지는 여러 가지 다른 의미를 내포한다거나 여러 가지 법률상의 효과를 가져오는 때에는 다의성이 있다고 할 것이다. 이는 법문에서 사용되는 개개의 언어나 자구가 다양한 의미를 가져서 그런 경우 외에도, 구나 절의 결합 상태, 수식·접속관계, 구두점의 유무나 그 위치 등으로 인하여 문장의 어떤 부분 또는 전체가 어느 부분을 수식하느냐에 따라 여러 가지로 해석되는 때에 발생하기도 한다.

#### 다. 광의성을 가진 경우

영어로 vagueness에 해당하고, 색을 가리키는 단어와 같이 언어학상으로는 “끝없는 의미구조를 가지는 개념”이라고 한다. 한계가 불명확하다는 점에서 한계는 명확하나 여러 가지 의미를 가지는 다의성과 차이가 있다. 그 예로서는 Cohen Grocery Co. 사건의 ‘부당 또는 불합리한 요금 또는 수수료’<sup>25)</sup>라는 문언이나 International Harvester Co.사건에서 ‘실제적 가치’, Cline 사건에서 ‘합리적인 이윤’<sup>26)</sup> 등을 들 수 있다.

---

24) J. L. Montrose, “Ambiguous Words in the Statute”, 76 L.Q. Rev., 1960, p.361; 佐藤文哉(註 2), 58면.

25) U.S. v. L. Cohen Grocery Co., 225 U.S. 81.

26) Cline v. Frink Dairy Co., 274 U.S. 445.



이는 미국 판례에서 나타난 과도한 광범성과는 구별하여 볼 필요가 있다. 이른바 ‘광범하여(overbreadth) 무효라는 원칙’은 표현의 자유와 관련되어 확립된 원칙으로서, 어떤 법률이 헌법상 보호되지 않는 활동을 규제하거나 처벌하고자 만들어졌으나 그 범위 내에 수정헌법 제1조에 의하여 보호되는 활동을 포함하는 경우에는 위헌무효라는 이론이다. 따라서 어떠한 법률이 규정 자체로는 명확할지라도 광범위한 법률로서 무효가 될 수도 있다. 그러나 통상 양자는 함께 나타나는 경우가 많다.<sup>27)</sup>

## 2. 명확의 정도에 따른 분류

어떤 법령의 범문 또는 자구를 명확성의 정도에 의하여 분류하는 것이 완벽하게 가능하다면 법령이 명확한지 여부를 바로 알 수 있을 것이지만, 그것은 불가능하다. 다만 큰 범주라도 분류할 수 있다면 명확성 여부를 판단하는 데 있어서 어느 정도 세밀한 심사를 해야 하는지 판단하는 데에 도움을 줄 것이다.

법령에 사용된 어떤 용어나 문구의 명확의 정도에 따라 확정적 개념, 보통의 명확성을 가지는 개념, 가치판단의 보충을 요하는 개념으로 나누어 볼 수 있을 것이다.<sup>28)</sup>

확정적 개념은 언어적으로도 분명한 정의가 확립되어 있고 누구의 해석에 의하더라도 동일한 대상을 그 개념에 포함시키게 되는 것을 말한다. 예를 들어 주류에 관하여 규제하는 법령에서 알코올의 도수를 숫자로 규정한다거나 안전기준이나 위생조건 등을 객관적인 측정

---

27) 남궁호경, “미국에서의 애매성무효의 이론과 광범성무효의 이론”, 법학(서울대학교) 제28권 3·4호, 1987, 259-278면 참조.

28) ‘정확하게 계량되는 용어’ ‘보통의 명확성을 가지는 추상적 개념’ ‘판단 또는 정도의 문제를 포함하는 용어’로 나누는 것도 이와 유사한 분류이다. (E. Freund, “The Use of Indefinite Terms In Statutes”, 30 Yale L. J. 437, 1921, p.90 ff; 佐藤文哉(註2), 62-64면 참조)

치로 규정하는 것, 도로교통법에서 속도에 따라 일정 기준을 정한 것, 그리고 형벌의 구체적 상하한 등이 이에 속하며, 헌법재판소는 공무원 연금법상의 급여제한에 관한 규정상의 ‘재직중의 사유’라는 문구도 “해석의 가능성이 다양한 불확정개념이 아니라 오히려 재직기간 중에 발생한 것이면 그것의 직무와의 관련 여부를 묻지 아니한다는 취지로 해석하여야 하는 확정적 개념”이라고 하였다.<sup>29)</sup>

보통의 명확성을 가진 개념이란 대부분의 일상적인 용어를 말하며, 특별한 가치판단을 개입하여야 의미를 파악할 수 있는 것은 아니지만 다의성이나 광의성을 가져 어느 것을 가리키는지 판단을 필요로 하는 경우가 있다. 예를 들어 헌법재판소에서 합헌으로 판시한 변호사법 제 90조 제2호의 ‘일반의 법률사무’,<sup>30)</sup> 도로교통법 제20조의 2 제2호 ‘도로의 구부러진 곳’<sup>31)</sup>과 같은 개념이다.

가치판단의 보충을 요하는 개념이란 ‘합리적인, 적절한, 충분한, 정당한, 불공정한, 부정한’과 같이 가치적 판단이 개입되어야 그 개념의 내포와 외연을 확정할 수 있는 경우이다. 이러한 개념에 대하여는 많은 사례의 축적, 입법목적이나 유사한 용어의 사용례 등을 통하여 명확성의 원칙에 반하는지 여부를 결정할 수밖에 없다.

## V. 명확성 판단의 기준

### 1. 기준설정의 어려움

불명확한 법령이란 “법령에서 사용된 언어나 자구, 문장이 그 법

29) 헌재 1995. 7. 21. 94헌바27등, 판례집 7-2, 82, 92-93.

30) 헌재 2000. 4. 27. 98헌바95등, 판례집 12-1, 508.

31) 헌재 2000. 2. 24. 99헌가4, 판례집 12-1, 98.

령상의 문맥에서 언어학상의 용법에 관한 오해 없이 그 언어에 관하여 바른 지식을 가지고 보았을 때 실질적으로 독자에게 서로 다른 의미를 전하거나 서로 다른 범위의 의미를 전달할 때”라고 개괄적으로 정의해 볼 수도 있다.<sup>32)</sup>

그러나 언어는 그것이 내포하고 있는 의미나 포섭영역이 분명치 않은 경우가 많고, 또 법령의 성질상 모든 사태를 예상하여 완전히 敍述적이고 記述적인 방식으로만 법령의 내용을 규정하는 것도 불가능하다. 특히 경제적 활동과 관련된 입법인 경우에는 상황의 변화가 심하고 탈법적 행위도 입법목적의 달성에 큰 지장을 주므로 어느 정도 추상적, 포괄적 규정을 두는 것이 부득이하다. 형사법의 경우에도 규범적 구성요소나 개방적 구성요건을 완전히 배제한 상태에서 국가형벌권행사의 목적을 달성할 수 있는 입법을 하는 것은 불가능하다.

이와 같이 언어적인 한계와 법령이 규제하는 대상이나 규제방법의 다양성으로 인하여 법령의 불명확성을 판단하는 확실하고도 보편적인 기준을 세운다는 것은 가능한 일이 아니다. Frankfurter판사는 Winters 사건의 소수의견에서 “불명확하다는 것은 양적인 개념도 아니고, 분명한 구성요소를 가진 기술적인 개념도 아니다. 언어에 의하여 표현되는 구성요건이 충족되었는지 여부를 확인하는 수단으로 사용될 수 있는 ‘불명확한’이라는 말은 추상적으로는 존재하지 않는다”고 하였다.<sup>33)</sup>

우리나라와 외국의 판례를 보아도, 법문의 불명확은 단지 단어나 자구, 문장이 언어학, 논리학상 어느 정도 명확한가라는 추상적인 문제로 해결되지 않고, 개개 법령의 입법목적, 규제대상, 규제방법 등 법령 자체에서 나타나는 면을 평가하는 외에 당해 법령이 가지는 위험 내지 폐해의 유무와 정도, 즉 그 법령이 현실적으로 국민의 정당

---

32) 佐藤文哉(註2), 55-56면.

33) Winters v. New York 333 U.S. 507.

한 이익이나 권리를 침해하고 있는지 또는 그럴 가능성이 어느 정도인지, 그로 인하여 발생하는 정당한 이익추구 또는 권리행사에 대한 억제적 효과가 큰지 아닌지, 차별적 또는 자의적 적용 등 적용상의 불규칙성 또는 그 가능성의 유무와 정도, 그와 함께 사법적 구제의 가능성 및 실효성 등의 제반요소 등을 구체적인 사건을 전제로 하여 종합적으로 파악하고 있음을 알 수 있다.

어쨌든 위와 같은 여러 가지 이유로 모든 법령에서 불명확함이 절대적으로 없도록 하는 것은 불가능하므로, 결국 필요한 것은 허용되는 불명확-이는 결국 명확하다고 판단되는 것이다-과 허용되지 않는 불명확을 어떻게 구별해 내느냐이다. 법령의 명확성을 판단할 단선적인 기준을 설정하기는 어렵다고 하더라도, 명확성 판단의 기준이 보편성과 일관성을 확보하기 위해서는 규제대상이나 규제방법 등에 따라 다층적인 유형화를 시도하고, 이를 전제로 명확성 판단의 기준이 될 여러 요소들을 추출하는 방식을 취하여야 할 것이다.

## 2. 명확성 요구 수준의 다양성

### 가. 형벌법규인지 여부

명확성의 원칙이 형벌법규에 한정되어 적용되어야 한다는 근거는 없다. 앞서 보았듯이 명확성의 원칙은 죄형법정주의의 원칙에서 뿐만 아니라 법치주의에서도 비롯되는 것이므로 형벌법규가 아닌 민사법규나 기타의 법규에서도 법문이 명확하여야 한다. 영미법에서도 적법절차조항에 의하여 보호받는 대상은 형벌에 의한 생명, 자유, 재산의 박탈 이상의 범위에까지 미친다고 보고 있으므로 명확성의 원칙의 적용범위가 형벌법규에 한정되어서는 안된다고 주장되기도 한다.<sup>34)</sup>

---

34) Collings(註4), p.208.

어쨌든 어떤 법령이 불명확하여 무효인지 아닌지의 판단을 하여야 할 경우에 당해 조문이 형벌을 과하는 것인지, 혹은 그보다 정도가 낮은 불이익을 과하는 것인지, 혹은 간단한 준칙이나 권리나 의무의 분배 등을 정하는 것에 불과한지는 결론을 좌우하는 중요한 요소가 된다.<sup>35)</sup>

형벌법규와 민사법규는 법규의 성격에서 차이가 있는데, 양자는 모두 재판규범이면서 동시에 행위규범이지만 형벌법규는 재판규범이기 이전에 행위규범인 측면이 강조되는데 비하여 민사법규는 기본적으로 재판규범의 측면이 훨씬 강조된다.<sup>36)</sup> 따라서 민사법규는 형벌법규에 비하여 법원에서 적용되기에 적합한 언어적 표현을 가지고 있는가가 보다 중요한 문제로 되고, 사회현실에 나타나는 여러 가지 현상에 관하여 일반적으로 흠결 없이 적용될 수 있도록 보다 추상적인 표현을 사용하는 것이 상대적으로 더 가능하다고 생각한다. 형사소송절차에서 형벌법규의 불명확은 피고인에게 무죄 등의 유리한 결과를 낳을 것이지만, 민사소송절차에서는 민사법령의 불명확을 이유로 바로 재판을 거부할 수 없기 때문에 법원은 유추해석이나 관습법 또는 조리와 같이 명문화되지 않은 法源에 근거하여 재판할 수밖에 없고, 따라서 차라리 불명확하게라도 명제화된 제정법에 의거하여 재판을 하는 것이 당사자를 위하여 보다 유리할 수도 있기 때문이다. 그러므로 민법상의 ‘신의성실’ ‘선량한 풍속’ ‘불공정한’ ‘정당한 사유’ 등의 표현은 일반적으로 민사법규로서의 효력에는 별 문제가

---

35) 이와 관련하여 헌법재판소는 “명확성의 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다고 할 것이다. 일반론으로는 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구된다고 할 것이고 따라서 형사법이나 국민의 이해관계가 첨예하게 대립되는 법률에 있어서는 불명확한 내용의 법률용어가 허용될 수 없”다고 지적한 바 있다(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78).

36) 佐藤文哉(註2), 50면 참조.

없다고 보지만, 만일 형벌법규에서 그와 같은 표현을 사용하였다면 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌지 곧바로 문제될 수 있다.

또한 형벌법규는 그 내용과 효력이 개인의 생명과 신체에 바로 영향을 미치기 때문에, 대부분 재산상의 효력에 그치는 민사법규에 비하여 보다 명확하여야 한다고 보아야 한다. 생명과 신체에 대하여 어떤 위험을 초래할지를 법령을 통하여 분명히 알려 주지 않은 상태에서 초래되는 결과는 원상회복하기 어려운 경우가 많고, 당사자에게 주는 불안정과 위험은 일반적으로 재산에 대한 것보다 훨씬 크므로 형벌법규에 대한 명확성의 여부는 보다 엄격한 기준에 따라 판단되어야 한다.

한편 형벌법규가 아니더라도 일반국민에 대하여 형벌에 가까운 성질의 불이익을 과하고 있는 경우, 반대급부 없이 또는 강제적으로 재산상 급부를 요구하는 경우 등에는 형벌법규와 같은 정도의 명확성이 요구된다고 할 것이다. 과태료와 같은 행정벌이라든가 국외추방, 선박 등의 몰취, 변호사·의사 등과 같이 직업에 반드시 필요한 자격·면허 등의 취소 또는 정지, 공직자 당선 무효, 정신병원이나 수용소 등의 강제입원 등을 정한 법령이나 조세 및 수용절차를 정하는 법령이 그 예라고 할 수 있다.<sup>37)</sup>

반면 국가가 개인에게 이익을 부여하는 법령은 그 문언이 불명확하다고 하여 무효가 되는 것은 아니다. 예를 들어 국가배상, 사회보장, 보조금지급 등에 관한 법률에서, 그 문언이 불명확한 경우에 개인의 이익이 되도록 해석을 하면 족할 것이므로 명확성의 원칙이 적

---

37) 헌법재판소는 위임입법의 명확성이 문제된 사건에서 “위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다”고 판시하고 있다 (헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 판례집 7-2, 562, 591).

용될 여지는 거의 없다고 보인다. 다만 위와 같은 법률에서도 개인간의 이익이 충돌되는 부분에는 명확성의 원칙을 배제할 수는 없다. 왜냐하면 그 경우에는 상대적으로 불이익을 받는 쪽이 생기므로 당해법령이 일방적으로 이익만을 부여한다고 볼 수는 없기 때문이다.

한편 행정조직법 등 국가기관의 조직이나 사무분배, 권한부여 등을 정한 법령도 법문이 불명확하다고 하여 바로 무효로 되는 경우는 많지 않을 것이다. 그러한 법령이 불명확하다면 기관간의 분쟁이 발생하거나 권한의 자의적인 행사 등을 초래하여 정치적인 비판을 받을지는 모르나 곧바로 법령을 무효라고 할 것은 아니며 잘못된 해석에 기한 권한행사가 무효로 되는 정도에 그친다.<sup>38)</sup>

그러나 그 법령의 내용에 따른 사무분배나 권한부여 등이 직접적으로 국민에 대한 불이익으로 이어지는 경우에는 달리 보아야 할 것이다.

또한 헌법에 대하여는 그 성격상 명확성의 원칙이 적용되지 않는다고 보아야 한다. 헌법에는 그 어느 법률보다 불명확하고 추상적인 조항이 많지만 헌법은 한 나라의 최고법규로서의 그 내용이 구체적인 권리의무를 정한다기보다 국가의 기본질서와 원칙, 그리고 일반적인 국민의 권리와 의무를 정하여 놓은 장전이고, 그 구체적인 실현은 법률을 통하여 이루어지는 것이므로 불명확하여도 그 효력에 영향이 없다. 뿐만 아니라 명확성의 원칙이 헌법에서 도출되는 원칙으로 보는 이상 거꾸로 그 원칙에 의하여 헌법의 효력이 좌우될 수는 없는 것이다. 따라서 어떠한 법령이 헌법에서 사용되는 것과 같은 문언을 사용하였다거나 같은 정도의 명확성을 가졌다는 이유로 불명확하지 않다고 말할 수는 없다.<sup>39)</sup>

---

38) 佐藤文哉(註2), 51면.

39) 따라서 미국 연방대법원의 판결 중 “문제된 조항이 수정헌법 제5조의 정당한 보상의 기준과 같은 정도로 명확하여 헌법적 요청을 충족하므로 명확하다”는 취지로 실시한 것(Levy Leasing Co. v. Siegle, 258 U.S. 242.)은 잘못된 것이다.

## 나. 자연법적 행위를 대상으로 하는지 여부

형벌법규인 경우에도 그 대상이 되는 범죄의 성질에 따라 나누어 보면 자연법적 행위를 대상으로 하는 법규와 행정법적 행위를 대상으로 하는 법규가 있을 수 있다. 자연범이란 행위 그 자체가 법규범의 설정을 기다리지 않고 이미 반사회적·반도덕적인 범죄를 말하는 것이고, 행정범이란 행정목적에 위하여 설정된 법규에 위반한 행위로서 그 행위 자체는 반사회성·반도덕성을 가지는 것은 아니나 법규에 정해진 명령이나 금지에 위반되기 때문에 비로소 위법성을 가지게 되는 범죄를 일컫는 것이다.

명확성과 관련하여서는 후자에 관하여 보다 고도의 명확성을 요구한다고 보아야 한다. 자연법적 행위에 관하여는 사회 평균인도 윤리관념을 포함한 상식으로 어떠한 행위가 허용되는지 아니면 금지되는지 알 수 있기 때문에 법문 자체의 명확성이 상대적으로 덜 명확하여도 개인의 권리를 침해한다거나 법적 불안정성을 가져올 위험이 크지 않다. 이에 비하여 행정법적 행위에 관하여는 원래는 반윤리적이거나 행위를 별하는 것이어서 금지되는 내용을 정확하고도 충분히 예고하지 않으면 안된다. 특히 전통적인 국민감정이나 의식에 상응하지 않는 새로운 경제정책을 수행하기 위하여 법규를 제정하는 경우 등에는 그 형벌규정이 더욱 명확하지 않으면 안될 것이다.

한편 행정법적 행위를 대상으로 한 것이라도 반복하여 처벌이 행하여지면 그 행위는 반윤리성이 있는 자연법적인 성격을 띠게 될 수도 있다. 또 장기간에 걸친 반복적용은 당해법령이 시행 당초부터 문제가 없었다는 추정을 하게 만들 수도 있고 혹은 나중의 시점에서 요구되는 명확성의 기준을 낮추는 작용을 하게 될 수 있다고 보인다.<sup>40)</sup>

---

40) 佐藤文哉(註2), 90면.



#### 다. 규제대상이 되는 권리의 보호정도

규제대상이 되거나 제한되는 권리가 헌법상 어느 정도 보호되는 권리인가에 따라 요구되는 명확성의 정도에 차이가 있을 수 있다. 미국 판례상 애매하여 무효라는 원칙은 많은 경우 표현의 자유와 관련하여 문제되어 왔다. 미국연방대법원은 “언론에 대하여 억제적 효과를 낼 가능성이 있는 법률에 관하여는 허용된 법령의 애매한 기준에 관하여 보다 엄격한 기준이 적용된다”고 실시한 바 있고,<sup>41)</sup> 일본 최고재판소는 이른바 공안조례사건의 소수의견에서 “표현의 자유의 제한은 공공의 복지를 위하여라는 추상적인 척도로서는 안된다. 합리적인 명확한 기준에 의하여야 한다”고 실시하였다.<sup>42)</sup> 제한받는 실체적인 권리가 표현의 자유처럼 보다 우월한 보장을 받아야 하는 권리라면 이를 규제하는 법령도 보다 명확하여야 하는 것이다.

우리 헌법재판소는 불변기간과 관련하여 “제소기간과 같은 불변기간은 늘릴 수도 줄일 수도 없는 기간이며, 국민의 기본권의 하나인 재판을 받을 권리의 행사와 직접 관련되는 사항인 것이다. 그러므로 제소기간에 관한 규정을 일반국민들이 알아보기 쉽고 명확하게 규정하여야 한다는 요청은 그것이 바로 재판을 받을 권리의 기본권 행사에 있어서 예측가능성의 보장일 뿐 아니라 재판을 받을 권리의 실질적인 존중이며 나아가 법치주의의 이상을 실현시키는 길이기도 한 것”이라고 하여<sup>43)</sup> 그 제한되는 권리의 중요성과 명확성을 연결하여 실시하였다.

---

41) Smith v. California, 361 U.S. 147.

42) 最高裁 昭和 50. 9. 10. 刑集 29卷 8號 489頁.

43) 헌재 1993. 12. 23. 92헌가12, 판례집 5-2, 567, 573.

## 라. 사전억제적 규제인지 여부

법령이 사전억제를 하기 위한 기준을 설정하는 것인가 아니면 사후처벌을 위한 구성요건을 규정하고 있는 것인가에 따라 명확성 요구의 정도에 차이가 있을 수 있다.

통상의 사후처벌은 어떤 행위가 이미 행하여져 그로 인한 결과와 그 해악의 유무 및 정도가 확정된 후 소송절차에 따라 주장과 변명을 충분히 개진하고 법적 전문가인 법관이 이를 판단하게 되는 절차를 거치게 된다. 이에 대하여 사전억제는 어떤 행위가 행하여지기 이전에, 즉 법령이 방지하려는 해악이 발생하기 이전에 이를 직접적으로 금지하는 절차를 거치는 것으로 허가제와 같은 형태로 나타나게 된다. 사전억제의 경우에는 시간적으로 신속을 요하며 신청자의 설명을 충분히 듣기 곤란하면서도 그 관문을 통과하지 못한 자는 일반적으로 그 행위를 하지 못하게 된다. 왜냐하면 그러한 사전억제절차를 거치지 않고 행위를 하였다는 이유로 제재가 가하여지기 때문에 보통의 사람이라면 그러한 제재의 위험을 감수하면서 그 행위를 하지는 않을 것이고 결과적으로 사법적인 구제절차에까지 이르는 경우도 드물게 된다. 이와 같은 이유로 표현의 자유에 대하여는 헌법에서 특별히 사전억제를 할 수 없도록 규정하고 있는 것이다(헌법 제21조 제2항).

이러한 특질을 감안할 때 사전억제는 사후처벌보다 더 높은 정도의 명확성이 요구된다고 생각된다. 즉 사전억제의 기준에 대한 명확한 규정을 통하여 담당기관의 주관적 재량이 개입할 여지가 없도록 하여야 하며, 국민의 권리가 원천적으로 봉쇄되는 일이 없도록 하여야 한다.<sup>44)</sup>

---

44) 일본의 공안조례사건(註43)의 소수의견에서 “오전 0시부터 4시까지는 안전을 위하여 집단행동을 금지하고, 전폭이 몇 미터 이하의 보도·차도 구별이 없는 도로에서는 폭 몇 미터의 대열이나 집단적인 행진, 차를 이용한 이동을 할 수 없으며, 하중능력 얼마 이하의 다리에서는 일정수의 자동차의 집중행렬을 금지하고, 역·부두·비행장 및 기타 교통, 통신시설, 발전·송전시설 등 특정의 인근광장·도로에서는 예를 들어 4시간 이상 출입교통을 막는 다수의 사람이나 차에 의한 독점적 집단행동, 차도 전폭을 막는 40분 이상의 스크럽을 하는 집단행진과 같은 것을 법률로 금지하는 것은 헌법에 위반되지 않는다”고 실시한 것은 위와 같이 상세한 금지규정을 두면 이에 해당되는 이외의 집단행동에 대하여는 허가신청은 무조건 허가를 하여야 하며, 주최자는 규제요건을 피하면서 계획을 세우는 것을 기대할 수 있는 효과가 있다는 점을 지적한 것이다.

사전억제에 관하여 위와 같은 정도의 명확성의 요건을 충족할 수 없다  
면 사후처벌의 형태로서 입법의 목적을 달성할 수밖에 없다.

## 마. 완결적 범규인지 여부

법령이 그 자체 완결적인 것으로서 실효성을 갖춘 것인지, 아니면 미  
완성으로 다른 입법행위 등에 의한 보완을 필요로 하는 것인지에 따라  
명확성의 요구의 정도가 달라진다.

예를 들어 어떠한 법률에서 구성요건의 범위와 기준만을 정하고 보다  
구체적인 내용을 하위 명령에 위임한 경우 그 법률규정이 규율대상으로  
하는 구성요건의 명확성은 하위의 명령까지 고려하여 판단하지 않으면  
안된다. 이러한 법률상의 위임규정은 그 자체로서 완결적인 명확성을  
갖추어야 하는 것은 아니라 할지라도 그 위임의 범위나 기준이 명확하  
여 어떤 행위가 하위법령에서 처벌대상으로 될 수 있는지, 그 형벌은  
어느 정도가 될 지를 분명히 하여야 하고, 그렇지 않다면 이는 포괄위  
임 내지 불명확을 이유로 헌법에 위반될 수 있다.<sup>45)</sup> 한편 상위 법률에  
서 위와 같은 명확성이 지켜진 경우라도 하

---

45) 헌법재판소는 “형벌법규는 원칙적으로 형식적인 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 예  
외적으로 법규명령 등에 위임을 허용한다 하더라도 그 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나  
미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 그 경  
우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 행위일 것이라고 이를 예측  
할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야  
한다”고 실시하였고(헌재 1991. 7. 8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341), 공직선거및선거부정방지  
법상의 ‘기부행위’에 관하여 “... 법 제112조제1항과 제2항이 기부행위에 해당하는 행위의  
유형과 기부행위로 보지 아니하는 행위의 유형에 관하여 구체적으로 열거하고 나서, 위 제2  
항 제6호에서 기타 의례적이거나 직무상의 행위로서 중앙선거관리위원회의 규칙으로 정하  
는 행위라고 규정함으로써 법률 그 자체에 이미 중앙선거관리위원회의 규칙으로 규정될 내  
용 및 범위의 기본적 사항을 구체적이고도 명확하게 하고 있어, 누구라도 당해 법률 그 자  
체에서 중앙선거관리위원회의 규칙에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으므로, 법 제113  
조, 법 제112조나 위 법률조항의 위반행위를 처벌하는 법 제257조 제1항 제1호가 백지형법  
으로서 죄형법정주의의 원칙에 위배된다고 할 수 없다”고 판시하였다(헌재 1997. 11. 27. 96  
헌바60, 판례집 9-2, 629, 647-648).

위법령에서 불명확한 용어 등을 사용하여 예측가능성을 주고 있지 않다면 그 하위법령은 명확성의 원칙에 반하게 될 것이다.

### 3. 기준의 구체적인 내용

#### 가. 공정한 고지 또는 예견가능성

불명확한 법령을 무효로 하지 않으면 안되는 가장 중요하고도 전통적인 근거는 불명확한 법령이 그 수범자에 대하여 ‘공정한 고지(fair notice)’ 또는 ‘공정한 경고(fair warning)’를 흠결한 데에 있다는 것이다. 이는 다시 말하자면 수범자가 어떠한 행위를 하기 이전에 그 행위가 어떠한 법령의 금지나 제재 대상에 포함되는지를 예견할 수 있는 가능성이 있어야 한다는 것이다.

법령은 재판규범과 행위규범의 두가지 기능을 가지고 있는데, 명확성의 원칙과 관련하여 우선 행위규범의 면이 직접적으로 심사대상이 되어 수범자에 대하여 금지되는 행위를 충분히 예고하고 있는가 아닌가를 기준으로 판단하여야 한다는 것이다. 물론 재판규범으로서의 명확한 기준을 제공하지 못하는 것도 불명확한 법령을 무효로 하는 근거가 되겠지만 재판규범의 수범자는 법률전문가로서 행위규범의 수범자인 일반국민보다 법률지식의 점에서 우위에 있기 때문에 일반적으로 행위규범으로서 적격인 것은 재판규범으로도 적격이 된다.

따라서 행위규범으로서 명확하지만 과형권의 종류, 범위 등이 불명확하여 재판규범으로서 부적격인 경우를 제외하고는 일반적으로 명확성 판단의 기준으로서 당해 법령이 행위규범으로서 적합한지를 판단하면 될 것이다.

1926년이래 미국 판례에서는 “보통 교양정도의 사람이 그 의미를 고찰하지 않으면 안되고 또한 그 적용에 관하여 견해를 달리하게 되는” 법령은 불명확하다는 기준을 세워왔고, 우리 헌법재판소도 “건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다”<sup>46)</sup>고 거듭 확인하고 있다.

그러나 행위규범으로서의 법령이 명확하여야 한다는 것은 일반국민 누구나 그 뜻을 명확히 알게 하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 평균인보다 무지하고 교양이 없는 사람이 읽어서 알 수 있을 정도로 명확하여야 한다는 뜻은 아니며, 사회의 평균인이 그 뜻을 이해하고 위반에 대한 위험을 고지받을 수 있을 정도이면 충분하다. 또 법령 중에 일정한 신분 내지 직업 또는 지역에 거주하는 사람들에게만 적용되는 법령이 있는데, 이러한 경우에는 그 사람들 중의 평균인이 기준이 된다.<sup>47)</sup>

한편 사회일반의 평균인이라고 할 때 그 사회일반이란 가상 위반자(the would-be violator) 일반을 말하는 것이 아니라 준법정신을 가진 일반(those who would be law-abiding)이라고 해석해야 한다.<sup>48)</sup> 불명확하여 무효라고 하는 법리는 처음부터 법을 무시하고 행동하는 자에게 법망을 잠탈하려는 수단을 주려는 것이 아니라 성실

46) 헌재 1998. 5. 28. 97헌바68, 판례집 10-1, 640, 655 등.

47) 무단이탈을 규정한 군형법 제79조에 대하여 “위 조항의 피적용자는 일반국민이 아니라 군인 또는 준군인으로서 이들은 군조직의 일원으로서 구체적인 상황에서 과연 자신의 행위가 무단이탈행위에 해당하는지 여부를 잘 인식할 수 있는 위치에 있으므로 건전한 상식과 통상적인 법상식을 가진 군인이라면 위 조항에 의하여 금지된 행위가 무엇인지 예측할 수 없는 것도 아니라고 할 것이다”고 한 헌법재판소 판례(헌재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122, 138)나 “주공무원에 대하여 적용되는 법률은 일반국민에 적용되는 법률과는 별도로 예매함을 고찰할 수 있다”고 한 미국연방대법원의 판례(*Screws v. U.S.*, 325 U.S. 91)는 그러한 예에 속한다.

48) *Musser v. Utah*, 335 U.S. 95.

하계 법을 준수하는 사람들에게 예상 외의 타격을 주지 않도록 예고 하여야 한다는 요청에서 비롯된 것이기 때문이다.

준법정신을 가진 평균인은 애매한 법문을 전제로 어떤 행위를 하여야 할 때 그 행위가 법에 저촉되는지 아닌지 판단하기 어렵거나 혹은 해당 가능성이 있는 관계법규의 의미를 확실히 이해할 수 없다면 무작정 애매한 한계선상의 행위를 한다고 볼 수는 없다. 이러한 경우 법률전문가나 당해법령에 보다 정통한 지식을 가진 사람 등의 의견이나 조언을 직접, 간접적으로 듣거나 참조하여 자신의 행동여부를 결정하는 것이 일반적이라고 보아야 할 것이다. 더구나 과거보다 직업의 전문화가 추진되었고 전문지식의 입수가 용이한 현재에는 위와 같은 행동양식이 특별한 경우라고 생각되지는 않는다. 물론 법률전문가도 항상 구체적 사례에서 그 행위가 당해 법령에 해당하는지 여부를 확정적으로 해답을 주기는 어렵고, 그것은 명확한 법령에 관하여도 어느 정도 마찬가지이다. 다만 평균인의 입장에서 전문가의 조언이나 전문서적 등을 참고하여 자기의 책임 하에 행동을 결정할 수 있는 방향을 잡을 수 있고 그러한 결론이 보편성을 띠어 대부분이 같은 결론에 도달할 수 있다면 명확성을 인정하여도 좋을 것이고, 법률전문가 등의 조언을 구할 각오가 되어 있는 사람이 그러한 조언을 구하여도 자신의 행위가 금지되는 것인지 아닌지 정확히 예측할 수 없다면, 그 법령은 불명확하여 무효가 될 수밖에 없다.<sup>49)</sup>

미국의 판례에서 “보통법상의 확립된 의미를 가지는 문언은 불명확하다고 할 수 없다”<sup>50)</sup>라고 하는 것도 결국 사회 평균인에게 법률전문가의 의견을 직접, 간접적으로 구할 것을 요구하는 것이라고 보인다. 법률전문가의 평균인은 보통법에 대한 소양을 가지고 있으므로, 보통법상 확정된 의미를 가지는 법문은 법률전문가를 통하여 일

---

49) LaFave & Scott JR(註1), p.129 참조.

50) Connally v. General Construction Co. 269 U.S. 385; Winters v. New York 333 U.S. 507.

반 평균인에게 알려질 수 있기 때문이다. 어떠한 전문적인 판례라고 하여도 오랫동안 되풀이되면서 그 법조문의 의미가 거듭 확인되고 그것이 일반인에게까지 널리 알려지는 사례가 있다면 이는 이미 사회의 평균인이 명확히 그 뜻을 아는 것이 된다고 보아야 한다.

이와 같은 법적 자문의 가능성은 해당 법령의 유형에 따라 차이가 날 것이라는 점에 유의하여야 한다. 해당 법령이 보다 전문적이고 특수하며, 그에 적용될 행위가 비일상적인 것일수록 법적 자문을 받을 가능성은 높아진다고 보아야 할 것이고, 그만큼 사회일반의 평균인이 가질 수 있는 지식의 수준도 높아진다고 생각된다.

그러나 한편 법률전문가만이 알 수 있고 일반시민들에게 일상적으로 전혀 이해가 가능하지 않은 법령은, 일반시민들에게 법을 이해하여 그것을 충실히 지킬 수 있는 내면적 동기를 부여하거나 이로써 규범안정성에 대한 사회교육적 학습효과도 올릴 수 없으므로 일반예방의 목적을 실현할 수도 없고, 행위자에게 아무런 비난을 가할 수 없으므로 책임원칙을 관철시킬 수도 없다는 지적<sup>51)</sup>에도 귀를 기울여야 한다.

그러므로 법령, 특히 형벌법규는 일반인에게 공정한 고지를 하여야 한다고 볼 것이되, 다만 당해 법령의 특성에 맞추어 그 일반인이 어떤 행위를 결정할 때 통상 어느 정도 법적 전문지식에 의한 보완을 받게 된다는 점을 감안하여 명확성 여부를 판단하여야 할 것이다. 그리고 행위규범의 측면에서 공정한 고지를 하여야 하고 법령에서 적용될 사안과 그 결과를 미리 예견할 수 있게 하여야 한다는 것이 법관의 해석에 의한 보충을 배제한다는 뜻으로 이해되어서는 안된다. 어떠한 법령에 대하여 보충적인 해석을 포함한 법관의 통상적인 해석을 일반인이 예측하고 이해할 수 있다면 이는 평균인에게 명확한 법령이라고 보아야 한다.

---

51) 김일수(註10), 146면.

이와 같이 본다면 행위규범의 측면을 강조하여 명확성을 판단하는 주체를 일반 평균인으로 할 것이냐, 아니면 재판규범의 측면을 강조하여 그 주체를 법률전문가로 할 것이냐의 차이는 결과적으로 아주 큰 것은 아니다.

## 나. 자의적 적용의 배제

명확성의 원칙은 어떠한 법령이 그 문구가 확실하지 않음으로 인하여 자의적(arbitrary)이고 차별적(discriminatory)으로 적용될 수 있다는 의심을 가져오는지에 의하여도 판별될 수 있다.<sup>52)</sup>

형벌법규의 경우 법의 집행에 있어서 이러한 자의적 적용의 위험은 두가지 측면에서 나타난다. 법률이 경찰이나 검찰에 의하여 자의적으로 적용될 수 있다는 점에 관하여는 미국 연방대법원이 최근 들어 “명확성의 원칙의 더욱 중요한 측면”이라고 지적하였다.<sup>53)</sup> 연방대법원은 경찰에게 무제한의 재량을 주는 법령을 무효라고 하였으며, 검사에 의하여 차별적으로 적용되기에 유용한 도구로 제공되는 법에 대하여도 같은 입장을 취하였다.<sup>54)</sup> 또한 어떠한 법령이 법적으로 확정된 기준이 없이 구체적인 사건에서 금지되는 것과 그렇지 않은 것을 결정할 자유를 법관과 배심원에게 준다면 이는 위헌으로서 무효가 된다고 판시하였다.<sup>55)</sup>

---

52) 법령의 성격에 따라서는 공정한 고지의 측면보다 자의적 집행이 더 문제될 수 있는데, 단체협약에 위반한 자를 처벌하는 구 노동조합법 제46조의 3에 대한 위헌제청사건도 그러한 예에 속한다고 보인다. 위 사건에서 헌법재판소는 “단체협약에 ... 위반한 행위라 하더라도 그 경중과 가벌성의 정도는 현저히 다를 수 있는 것인데도, 이를 가리지 아니하고 일률적으로 처벌하는 이 사건 법률조항은 국가형벌권 행사의 정당성과 형평성을 획득하기 어렵다. 또한 법원, 검찰 등의 법집행기관으로 하여금 처벌대상행위나 처벌대상행위자를 자의적으로 선별하여 법을 집행할 수 있는 여지를 제공하기 때문에 법집행상의 공정성마저 해칠 우려가 있는 것이다.”고 판시하면서 위 조항을 위헌이라고 하였다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20, 판례집 10-1, 213, 223).

53) *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352.

54) *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88.

55) *Giaccio v. Pennsylvania*, 382 U.S. 399.



그러나 어떠한 법령이 이를 집행하는 사람에게 어느 정도의 재량을 부여한다는 이유만으로 바로 무효가 된다고 할 것은 아니다. 가장 명확해야 할 형벌법규 조차 그 법규가 구체적으로 적용될 범위를 정할 권한을 집행자에게 위임하고 있는 경우가 대부분이고 법원의 구체적 해석과 판단을 기다리고 있기 때문이다. 앞서 보았듯이 법령은 모두 해석의 여지가 없는 기술적 용어로만 구성될 수 없고 어느 정도 일반적, 추상적, 규범적 용어를 사용할 수밖에 없기 때문에 그 적용에 있어서 일정 범위 내의 재량은 주어져야 한다.

다만 법령이 적용자나 집행자에 대하여 신뢰할 수 있는 확고한 기초를 제시하여 그 법령이 원래 의미하고 목적하는 바 이상의 자의적인 적용을 방지할 수 있어야 한다. 따라서 구체적인 보호법익이나 목적 자체를 법집행자나 해석자에게 위임한 때에는 명확성의 원칙에 반한다고 하여야 한다. 따라서 보호의 요소(*Elemente des Schutzes*), 규범의 목표(*Zielrichtung der Norm*) 또는 형법적 결단(*strafrechtliche Entscheidung*)이 결여된 법령은 불명확하다고 보지 않을 수 없다.<sup>56)</sup>

## 다. 입법기술적 개선가능성

당해 법령의 성질 및 규제대상 등에 비추어 어떤 법령이 입법기술상 최고의 상태로 작성되었는지가 명확성 판단의 또 하나의 중요한 기준이 된다.<sup>57)</sup>

56) 이재상, 신정관 형법총론, 1996, 20면 참조.

57) 입법적 개선가능성을 명확성 판단의 주된 기준으로 보는 견해도 있다. 이 견해 따르면 입법자가 보다 더 구체적인 입법이 가능함에도 이를 하지 않고 가치 보완적 개념을 그대로 사용하였다면 헌법에 위반된다고 주장한다. (Leckner, "Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz 'nullum crimen sine lege'", Jus, 1968, S.395.) 그러나 일반적으로서 예측가능성이 있는 범위 내에 있는 법규정도 입법상의 개선 가능성이 있는 경우가 있으므로, 단지 보다 구체적이고 명확한 입법이 가능하다고 하여 법령을 무효라고 할 수는 없다. (헌재 2000. 2. 24. 99헌가4, 판례집 12-1, 98, 105-106 참조)

모든 법문이 기술적인 표현으로 서술되고, 분명한 언어를 사용하여 특정 또는 열거된다면 가장 이상적이다. 그러나 수학적 기호와는 달리 언어는 대부분 그 자체로 다양하고 불분명한 내용을 내포하고 있고, 복잡다양하게 변화하는 사회현상이나 경제관계에 관하여 모든 예상을 하여 하나도 빠짐 없이 구체적이고 기술적인 언어를 사용하여 규율을 하는 법령을 만드는 것도 사실상 불가능하므로, 사회상황의 변천이나 인간생활의 복잡화에 대응할 수 있도록 법령이 유연성을 가져야만 법의 실효성은 확보될 수 있을 것이고,<sup>58)</sup> 따라서 어느 정도의 범위 내에서는 법령의 완벽한 명확성을 기대하기 어려운 것도 사실이다.

그렇지만 앞서 보았듯이 형벌법규에 관한 한 상대적으로 엄격한 기준을 가지고 판단하여야 할 것이다. 사회상황의 변천 등에 따라 새로운 처벌이 필요한 경우에는 새로운 입법이나 기존법령의 개정 등을 통하여 문제를 해결하여야 할 것이며 형벌법규를 덜 명확하게 함으로써 법의 유연성을 확보할 것은 아니다.

그렇다고 하더라도 명백하게 예상되는 탈법행위, 또는 동일한 사항에 대한 처벌의 누락을 막기 위하여 최소한의 범위 내에서는 가치판단을 수반하는 추상적 개념을 사용할 수밖에 없는 경우는 항상 존재하게 된다.<sup>59)</sup> 이렇게 일반적, 추상적 표현을 사용할 필요가 있는 경우라도 다음의 여러 가지 방법을 사용하여 최대한 명확성을 확보하여야 함은 물론이다.<sup>60)</sup>

58) 따라서 어떠한 형벌법규에서 지시하는 일반적 유형의 범죄가 그 법령의 문구 내에 모두 쉽게 포함될 수 있다면, 가설적이고 한계적인 범죄가 포함되는지 애매하다고 하여 바로 무효라고 할 것은 아니다. (U.S. v. National Dairy Products Corp., 372 U.S. 29; U.S. v. Harriss, 347 U.S. 612)

59) “일정행위를 명하는 경우 ‘머칠 이내’라고 하는 확정기한을 들지 ‘즉시’ ‘신속하게’와 같은 방식으로 정할지는 그 법령의 입법취지, 요구되는 행위의 직접 목적, 성질, 방식 등에 따라 합목적적, 합리적으로 고찰하여야 하며, 작위 또는 부작위를 명하는 경우에 확정기한을 정하는 방법으로 대처하는 것은 복잡다기한 사회현상에 비추어 현실적으로 불가능, 부적절하다”고 관시한 일본판례가 한 예이다(大阪地裁 昭和 37. 7. 14. 高裁集 15卷 649頁).

60) 佐藤文哉(註2), 98-103면 참조.

첫째, 예시의 방법이다. 법조항에서 먼저 전형적인 예를 열거한 다음 ‘기타 이와 유사한 행위’, ‘이에 준하는 방법’ 등의 표현을 사용하여 일반적 문구가 의미하는 내용과 범위가 어느 정도 인식가능하도록 하는 방법이다.<sup>61)</sup> 그리고 가능하면 그 범위 내에서 하위법령에 구체적인 내용을 담음으로써 사회상황의 변화에 적응하면서 명확성을 담보하는 방법을 취하여야 한다.

둘째, 정의규정을 별도로 두는 방법이다. 정의규정은 그 법령 중에서 어떤 단어나 어구의 의의를 확정하고 그 정의 이외의 의미에는 적용되지 않는다는 취지를 명백히 하는 것이다. 그러나 이러한 정의를 할 때에도 어떤 단어나 어구가 일상적인 용법과 너무 유리되어 있거나 동일한 어구가 개개의 법률에서 서로 무관하게 다른 의미로 사용되어서는 안된다.<sup>62)</sup> 또한 정의규정과 반대 형식에 의하여, 혼동될 수 있는 의미를 상세하게 제외하는 규정도 규제대상의 성질에 따라 동일한 효과를 거둘 수 있다.

셋째, 주관적 요소를 가중하는 방법이다. 통상 범죄가 성립하기 위하여 필요한 고의의 내용은 구성요건에 해당하는 사실의 표상과 인용으로 충분하지만, 구성요건 내에 개괄적, 추상적 표현을 사용하고 있는 부분의 요건사실에 관하여는 그 표상하는 사실이 어떠한 법령에 따라 처벌된다는 것을 행위자가 알고 있어야 한다고 범죄성립의

---

61) 헌법재판소는 예시적 입법의 필요성에 관하여 “복잡·다기하게 변화하는 사회에서 입법자가 앞으로 일어날 수 있는 다종·다양한 모든 법률사건과 모든 법률사무를 일일이 구체적이고 서술적으로 열거한다는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다고 할 것이고, 법규범의 흠결을 보완하고 변화하는 사회에 대한 법규범의 적응력을 확보하기 위하여 예시적 입법형식이 요청된다”고 하면서, 다만 “예시적 입법형식에 있어서 구성요건의 일반조항이 지나치게 포괄적이어서 법관의 재량이 광범위하게 인정되어 자의적인 해석을 통하여 그 적용범위를 확장할 가능성이 있는 경우라면, 죄형법정주의 원칙에 위배된다. 따라서 예시적 입법형식이 법률명확성의 원칙에 위배되지 않으려면 예시한 구체적인 사례(개개 구성요건)들이 그 자체로 일반조항의 해석을 위한 판단지침을 내포하고 있어야 할 뿐 아니라, 그 일반조항 자체가 그러한 구체적인 예시들을 포괄할 수 있는 의미를 담고 있는 개념이어야 한다.”고 지적하였다(헌재 2000. 4. 27. 98헌바95등, 판례집 12-1, 508, 534).

62) 磯崎辰五郎, 立法技術上の用意について、公法雜誌 7卷 9號, 9면.

요건에 부가하는 것이다. 이는 이른바 위법의 인식을 요건의 일부로 더하는 것이다. 법문상의 표현으로는 ‘의식적으로’ ‘알면서’ ‘인식하면서’ 등의 어구를 추가하는 형식이 된다.<sup>63)</sup>

넷째, 수개의 요건을 중첩하여 요건사실을 보다 명확하게 하는 방법이다. 개괄적·추상적인 용어라도 수개를 중첩하여 규정함으로써 상세한 1개의 기술적 용어보다 더욱 정확하게 개념을 파악할 수 있도록 도와 줄 수 있다. 이 방법의 장점은 개괄적·추상적 용어의 필요성, 즉 시대상황의 변화에 따라 규제를 누락시켜서는 안된다는 요청에 부응하면서 당해 법령을 위하여 언어가 가지는 일상적인 의미를 특별히 왜곡시키는 폐해를 방지할 수 있다는 점이다.

끝으로, 이미 동종의 사항에 관하여 법률이 있을 때 다시 별도의 법률을 두어 보다 상세히 규정하는 방법이다. 즉 일반법에 대한 특별법을 둬으로써 보다 명확성을 확보하는 입법기술을 사용하는 것이다. 다른 규제사항과 함께 하나의 법령에서 규정할 때에는 법령의 체계상 당해 규제사항을 특히 상세하게 규정하여 명확성을 담보하기가 곤란한 때도 많다. 별도의 단행법에서는 입법 목적을 보다 구체화하고 보다 명확하고 기술적인 언어를 사용할 수 있게 된다. 다만 별도의 법률로 규정할 때에 도리어 일반적 법률과의 사이에서 개념의 혼동이 일어나지 않도록 주의하여야 할 것이다.

---

63) 영문으로는 ‘willfully’ 또는 ‘intentionally’라는 말을 사용하게 된다. 미국 연방대법원은 “의식적으로 침해한다는 특별한 의사(specific intent)의 요건은 그것이 없으면 애매하거나 불명확한 법률이 무효로 되는 결과를 피하게 하여 준다. 즉 그 요건은 모든 목적을 위하여 명확하게 할 수는 없지만 피고인에게 경고 없이 벌하였다는 이의로부터 법률을 구제하여 준다”고 판시하였다. (Screws v. U.S., 325 U.S. 91) 그러나 이에 대하여는 특별한 의사라는 것은 행위로 인한 결과를 인식하였다는 것일 뿐 그것이 처벌대상이 되는지를 아는 것은 아니기 때문에 명확성을 확보하여 주는 것은 아니라는 비판도 있다. (LaFave & Scott JR(註1), p.131)

## VI. 맺 음 말

이상에서 본 바와 같이 명확성이 문제되는 법령이 있을 때, 그 법령의 성격이나 규제대상에서 나타나는 특질을 파악하여 그에 따라 요구되는 명확성의 정도를 개략적으로 설정한 다음, 일반 평균인의 입장에서 공정한 고지를 하고 있는지를 판단해 보아 명확성의 원칙이 지켜지고 있는지를 결정하여야 한다. 그리고 자의적인 적용의 가능성이나 입법적인 개선의 가능성을 보충적인 기준으로 사용할 수 있을 것이다. 헌법재판소도 다음과 같이 일반적인 기준에 대하여 언급하고 있다.<sup>64)</sup>

“법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 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. 특히 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 하는 가를 결정하는 입법권을 법관에게 위임하는 것으로 되기 때문에 권력분립의 원칙에도 반하는 것으로 되기 때문이다.

그러나 일반적으로 법률은 그 규율대상이 복잡 다양하며 변화가

---

64) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 268-270.

많은 반면 그 문장은 되도록 간결하게 표현하여야 한다는 요청이 따르기 때문에 법률의 구성요건은 필연적으로 일반적·포괄적으로 규정될 수밖에 없다. 따라서 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그것만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다. 그렇지 않으면, 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다. 다만, 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 보통의 상식을 갖춘 사람이라면 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 하는 것이다. 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다”

그러나 이러한 일반적인 설명만으로는 변화하는 시대와 상황 속에서 구체적인 법령의 특정 조문이 문제되었을 때 직접적인 해답을 주기 어려운 것도 사실이다. 이를 극복하기 위하여는 판례에서 나타난 여러 사례들과 구체적 법령에서 나타난 사례들을 개별적으로 분석하여 일관적이고 보편적인 기준을 구체화하는 작업이 필요할 것이지만 이 글에서는 다루지 못하였다. 또한 불명확하여 보이는 법령이 있을 때 한정적인 해석의 전제하에 합헌을 선언할 수 있는지, 아니면 단순히 위헌을 선언할 수밖에 없는지의 문제<sup>65)</sup>도 중요하므로 명확성의 원칙과 관련되어 계속 연구되어야 할 것이다.

65) 헌법재판소는 국가보안법의 여러 규정에 관한 사건 등에서 명확성에 의문이 있다고 하면서도 한정합헌결정을 한 바 있다. (헌재 1992. 4. 14. 90헌바23, 판례집 4, 162 등)

# 憲法 제23조의 構造

李明雄  
憲法研究官

## - 目次 -

### I. 머리말

### II. 제1항 2문 ‘재산권의 내용은 법률로 정한다’의 의미

### III. 제1항 2문의 ‘내용과 한계’ 규정과 제2항의 공공복리적합성

1. 내용과 한계 규정의 의의
2. 재산권행사의 공공복리적합성 규정의 기능

### IV. 제3항의 구조 및 제1항과의 관계

#### 1. 독일 기본법 제14조의 構造 論議의 배경

##### 가. 조문의 연혁과 판례

##### 나. 소위 “보상의무있는 재산권 내용규정”의 문제점

##### 다. 독일 연방헌재 판례의 구조적 의미

#### 2. 제3항의 구조: 概論

- ##### 가. 독일 기본법 제14조 제3항의 ‘수용’ 개념과 우리 헌법 제23조 제3항의 “수용, 사용, 제한” 개념의 차이

나. 제23조 제3항은 불가분조항인가?

다. ‘공공필요’의 의미

3. 제3항과 제1항의 관계

V. 맺음말



## 1. 머리말

### 헌법 제23조

- ① 모든 국민의 財産權은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- ② 財産權의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.
- ③ 공공필요에 의한 財産權의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

최근 헌법재판소의 도시계획법 제21조(개발제한구역지정) 결정과 택지소유상한법 결정 등을 통하여 헌법 제23조의 재산권 조항이 어떤 의미를 가지며, 어떤 구조를 택한 것인지의 문제는 이제 판례로서 상당 부분 확립되었다고 보인다. 헌법재판소의 해당 판시는 학계의 다수의견을 받아들인 것이며, 이는 또한 독일 연방헌법재판소 판례와 독일의 주류 학설을 대부분 참조한 것이다. 즉 헌법재판소 판례는, 제23조의 법적 성격에 관하여 명시적인 판시를 한 바는 없으나, 제23조 제3항과 제23조 제1,2항을 분리하여 해석하는 것을 전제하고 있다. 이에 의하면, 특정 사안이 제23조 제1,2항상의 재산권의 내용과 한계 혹은 사회적 기속성에 관한 것이라면 원칙적으로 제23조 제3항은 적용될 여지가 없다는 것이다.<sup>1)</sup>

---

1) 이는 독일 연방헌법재판소가 재산권의 내용과 한계를 규정하는 것과 공공필요에 의한 재산권 침해를 엄격히 구분하는 판례(소위 斷絶理論Trennungstheorie의 채택)를 참조한 것이다. 정하중, “독일 Born 기본법 제14조상의 附帶條項(Junktimklausel)의 의미와 한국헌법 23조 3항의 해석” (上, 下), 사법행정, 1992. 9-10.; 정연주, “재산권보장과 수용유사침해 -독일의 관련판례와 학설을 중심으로-”, 고시연구, 1991. 5.; 김성수, 행정법 I -행정법이론의 헌법적 원리-, 제2판(법문사, 2000), 676, 684; 이덕연, “보상없는 재산권제한의 한계에 관한 연구”, 헌법재판연구 제9권(헌법재판소 간행, 1997), 32-4; 정하중, “헌법재판소의 판례에 있어서 재산권보장”, 헌법논총 제9집(1998); 한수웅, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제” -소위 그린벨트 결정’에 관한 판례평석을 겸하여-, 저스티스, 제32권 2호(1999. 6.). 한편 이러한 독일식의 논의를 우리에게 적용하는 것은, 독일에서는(기본법 제14조 제3항) ‘수용’만 규정된 것과 달리 우리 헌법 제23조 제3항이 “수용·사용 또는 제한”이라고 넓게 공용침해의 대상을 설정하고 있는 점에서 부적절하다는 비판이 있다. 홍준형, 행정구제법(한울, 1997), 137-8.

헌법재판소는 도시계획법 제21조상의 개발제한구역의 지정을 “재산권의 내용과 한계를 정하는 재산권을 형성하는 규정인 동시에 공익적 요청에 따른 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정”이라고 보았다.<sup>2)</sup> 또 도시계획결정으로써 학교시설용지로 지정되고도 장기간 사업시행이 되지 않고 있음에도 불구하고 재산의 이용을 제한하고 있는 도시계획법 제4조(행위 등의 제한)의 행위 제한을 “토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는, 재산권의 내용과 한계에 관한 규정이자 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정”이라고 하였다.<sup>3)</sup> 한편 택지소유상환에관한법률 규정들은 “헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정함으로써 재산권의 내용과 한계를 정하는 규정이라고 보아야 한다”는 것이다.<sup>4)</sup> 이 사건들에서 제23조 제3항에 대하여는 전혀 언급된 바 없다. 다만 재산권의 내용과 한계에 관한 것이라 하더라도 비례의 원칙의 한계 내에서 이루어져야 한다고 판시하였다.

그런데 헌법 제23조에 관한 그러한 학설 및 판례상의 견해는 헌법재판에 계류되었던 중요하고도 시급한 사건들의 알기 쉬운 해결에는 기여하였으나, 지나치게 형식적이고 기교적인 것이며, 독일 기본법 제14조의 해석에 관한 독일의 주류 판례와 학설을 가감없이 받아들인 것인데, 우리 헌법상 재산권의 보장에 대한 규범구조를 전체 헌법의 틀 안에서 제대로 반영하지 못한 것이라는 의문이 있다.

여기서 그러한 견해를, 뒤에서 자세히 살펴보겠지만, 規範構造의 측면에서 짧게 정리하여 보면 다음과 같다. 우선 헌법 제23조 제1항

2) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 947.

3) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 407.

4) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등, 판례집 11-1, 289, 306.

과 제2항을 하나로 결합시켜 재산권의 사회적 기속성에 대한 규정이라고 보며, 비록 제1항 1문이 재산권은 보장된다고 하고 있지만, 이는 사유재산제도의 인정과 관계되는 정도의 것이고, 재산권은 입법자에 의한 형성을 필요로 하므로 그 내용이 법률로 구체화 됨으로써 비로소 권리화 한다고 본다. 한편 재산권의 ‘내용과 한계’는 전혀 구분하지 않고 포괄적으로 ‘재산권의 사회적 제약’과 같은 용어로 표현한다. 그리고 제3항은 보상을 반드시 수반하여야 하는 공용침해 규정으로서, 그 요건에 해당함에도 보상을 정하지 않거나 미흡하게 정할 때는 이는 바로 위헌이라고 하며(독일의 ‘불가분 조항’ 혹은 ‘附帶條項’論), 제1,2항과는 완전히 독립되고 분리된 조항이라고 본다(독일의 ‘분리이론’). 즉 제1,2항의 재산권의 사회적 제약이 과도하다고 해서 제3항으로 넘어가는 것이 아니고, 재산권의 사회적 제약 규정(제1,2항)은 어디까지나 사회적 제약 규정일 뿐이라고 보는 것이다. 여기서 제1,2항과 제3항의 구분의 징표는(재산권 제한의 효과가 아니라) 입법의 형식과 내용이라고 보는데, 즉 전자는 재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정함에 비하여, 후자는 구체적인 공적 과제를 위하여 개별적·의도적인 재산권적 지위의 박탈로 본다. 제1,2항과 제3항을 엄격히 구분함으로써 나타나는 과생문제, 즉 경계선상의 문제의 하나로서, 재산권의 사회적 제약 규정이지만 지나친 경우를 다루는 방법은, 이를 여전히 제1,2항에 국한시키면서 ‘보상의무없는 재산권의 내용규정’이라는 명제로서, 비례의 원칙 등에 위반되므로 보상이 이루어져야 합헌이라는 법리를 도입한다.<sup>5)</sup> 한편 재산권 보장은 存續保障이 원칙이라며 제1,2항은 재산권의 존속보장을, 제3항은 2차적으로 價値保障을 전제한 것이라 한다. 이러한 견해는 기본적으로 보상입법 없는(혹은 부족한) 공용침해 법률에 대해서는, 그에 따른 행정행위가 이루어지면 그 행정행위를 우선적으

5) 현재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 948 이하 참조.

로 다루면서(위헌법률심판 포함) 문제를 해결하여야 하며, 법원에 바로 손실보상 청구를 하는 것을 금지하는 전제하에 있다(소위 ‘직접효력설’의 부인6)).

그런데 이러한 견해는 나름대로 사리에 합당하고 합헌적인 문제해결에 기여할 수 있으나, 지나치게 기교적인 느낌이 들며, 우리 헌법 제23조를 보다 문리적으로 충실하게 해석할 수 있는 방법이 있다고 본다. 이 글은 그러한 시도이며, 이를 위해 위 견해에 참고되었던 독일 판례의 형성 경과와 문제점, 우리 헌법의 전체적 구조와의 비교를 행하고, 제23조 각 조항의 상관관계를 고찰한다. 따라서 이 글의 내용은 개별조항의 구체적 의미보다는 전체적인 구조 상호간의 관계설정을 모색하는 것이며, 그런 점에서 기본적으로는 理論的인 것이다. 이 글을 통해, 어떻게 제23조를 해석하고 이해하는가는 우리 헌법의 문제이며, 단순히 독일식의 논거를 전적으로 차용해서는 곤란하다는 점을 밝히려 하였다. 우선 제1항 2문의 “재산권의 내용을 법률로 정한다”는 규정의 의미에 대하여 먼저 살펴볼 필요가 있다.

## II. 제1항 2문 ‘재산권의 내용은 법률로 정한다’의 의미

이 규정은 바이마르헌법을 모방한 제헌헌법에서부터 있어 왔다. 유진오 박사는 다음과 같이 말한다.

“20세기에 들어와서는 경제적·사회적 민주주의의 급격한 대두로 말미암아 재산권 절대불가침의 사상도 국민에게 인간다운 생활을 보

---

6) 그러나 헌법재판소 판례가 명시적으로 직접효력설을 부인하였다는 것은 아니다. 헌법재판소는 그러한 판시를 할 심판대상을 가지기 어렵다. 보상청구 문제는 일반법원의 관할일 것이며, 헌법재판소는 기껏해야 행정부의 보상불이행에 대한 행정부작위 청구가 있을 수 있을 것이다. 직접효력설을 택하는 학설의 예로는, 김동희, 행정법 I, 제6판(박영사, 2000), 510-2; 홍준형, 행정구제법, 제2판(한울, 1996), 140-3; 박근성, 행정구제법(박영사, 2000), 117 참조.

장하기 위하여서는 이를 수정하지 않으면 안되게 되었으며 20세기 초두의 대표적 헌법이라 할 수 있는 독일 바이마르헌법은 제153조에 「소유권은 헌법에 의하여 보장된다. 그 내용과 한계는 법률에 의하여 정한다」고 규정하고 다시 동조 제3항에서는 「소유권은 의무를 포함한다. 소유권의 행사는 동시에 공공의 복리를 위함을 요한다」고 규정하여 소유권은 절대불가침한 것이 아니고 그 내용과 한계는 법률로 정해지는 것이며 또 소유권을 가진 자는 공공복리를 위하여 그를 이용할 의무가 있는 것을 천명하였다. 이는 19세기의 소유권 신성불가침의 사상으로 볼 때에는 획기적 변천이라 할 수 있으며 우리나라 헌법의 규정은 바이마르헌법 제153조에 유사한 내용을 가진 것이라 할 것이다.”<sup>7)</sup>

일반적으로 재산권의 ‘한계’를 법률로 정하는 것은 그 한계가 헌법의 다른 규정에 의한 조화가 이루어지는 한도에서 마땅히 그럴 수 있고, 또 그렇게 하여야 한다. 한편 재산권의 ‘내용’을 법률로 정하도록 하는 것은, 오늘날의 재산권이 私的인 물적 재산권만을 뜻하는 것이 아니라, 無體재산권을 포함하여 국가에 의한 계획과 조정, 분배가 이루어져야 하는 재산권을 포함하는 것이라고 한다면, 입법자에 의한 재산권의 내용 형성 규정으로서 의미가 있다. 그러나 이 ‘내용’ 규정을 들어, ‘내용’을 정한 법률이 형성되어 있을 때에만 재산권이 비로소 권리가 된다고 보는, 말하자면 매우 實定權적인 입장은 이해하기 어렵다.

무엇보다도 제1항 1문은 먼저 “모든 국민의 재산권은 보장된다”는 문장으로 시작되고 있다. 헌법의 통일성의 관점에서 볼 때, 우리 헌법이 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 하고 있고, 제37조

7) 유진오, 憲法解義(명세당, 단기4282), 46-7(홍준형, 행정구제법, 129에서 재인용).

제2항은 법률로써 자유와 권리를 제한하는 경우에도 “자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고<sup>8)</sup> 있으며, 또 제119조 제1항이 “대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 권리를 존중함을 기본으로 한다”고 기본적으로 선언하고 있는 것을 참조할 때, 또한 재산권이 근대 자유민주주의 헌법이 탄생한 배경이 된 自然法적인 기본 권리, 즉 생명, 자유, 재산에 관한 불가침의 권리<sup>9)</sup>에 포함되고 있는 것을 볼 때, 우리 헌법은 헌법 이전에 존재하는 일종의 자연권인 재산권을 전제하고, 이를 보장한다는 것을 명백히 하고, 다만 입법에 의하여 재산권의 내용과 한계가 새로이 광범위하게 규정될 수 있다는 법률유보조항을 둔 것이라고 해석함이 타당하다.

만약 법률로써 규정된 것만 재산권이라면, 상식적으로 생각해 볼 때, 현실적으로 얼마나 많은 법률이 얼마나 많은 재산권의 ‘내용’을 정할 수 있을 것인가? 현대의 복지국가헌법 이전에 수천년 동안 관례적으로 인정된, 자신의 노동 혹은 상호간의 계약 등에 의하여 私人이나 집단이 자신의 재산을 사용, 수익, 처분할 수 있는 그러한 권리를 현대 헌법의 제정 이후의 법률들이 모두 포섭할 수 있을까? 민법을 비롯한 많은 현대의 법률들이 재산권의 내용 자체를 정하고 있는 것도 사실이지만, 한편으로는 다른 많은 재산권들의 내용이 법률 규정 자체와는 상관없이 인정되어 왔고 인정될 수 있는 것이다. 특히 계약의 자유와 私的自治의 原則에 입각하여 형성된 많은 재산권

---

8) 이러한 규정들은 자유와 권리는 국가가 법으로서 확정할 때만 보호되는 것이 아니라, 국가 이전의 고유한 개인의 자유와 권리가 있고 국가는 이를 보호할 의무가 있다는 자연법론적인 전제하에 있는 것이다. 권영성, 헌법학원론, 1995, 273-4 참조.

9) 버지니아 권리장전(1776) 제1조 참조. 또 프랑스 인권선언(1789) 제17조는 “재산권은 신성하고 불가침한 권리가므로, 합법적으로 확인된 공공필요가 이를 명백히 요구하고 정당한 사전 보상이 전제되지 않는다면, 어느 누구도 이를 박탈당하지 않는다”고 규정하였다. 이 조항을 포함한 프랑스인권선언은 현재도 살아있는 헌법임이 헌법평의회의 판결에 의하여 확인되고 있다. 전학선, “프랑스 공용수용에 있어서 보상액 산정”, 토지공법연구 제9집(2000. 2), 134 참조.

의 내용은 합헌적인 법률로써 금지되거나 제한되지 아니하는 한 재산권으로서 인정되지 않으면 안될 것이다. 그러한 재산권의 내용이 입법에 의하여 모두 포섭되기를 기대하는 것은 현실적으로 무리라고 할 것이다.<sup>10)</sup>

재산권은 “경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리”를 포함하는 것으로 볼 것인데, 예를 들어, 약사의 한약조제권, 공무원의 퇴역연금수급권이나, 퇴직급여청구권, 기타 국가보상적 수급권 등은<sup>11)</sup> 단순히 법률에 규정되어 있다고 해서 재산권이 되는 것이 아니며,<sup>12)</sup> (법률로 정한 것으로서가 아니라) 헌법해석에 의해서 재산권이 될 수도 안될 수도 있는 것이다. 마찬가지로 相續權과 같은 것이 재산권으로 되는 것도 우리나라의 경우 법률이 상속권을 명확하게 직접적으로 재산권으로 규정하기 때문이 아니라, 단지 법률행위자유의 원칙, 사적자치의 원칙에 따라 때, 또 상속이 헌법상의 재산권의 한 속성(재산의 처분)이라는 점에서 그러한 것으로 이해된다. 한편 법률에 규정이 없는 경우에도 헌법에 의하여 직접 재산권으로 인정될 수 있는 권리도 있으니, 일반적인 환매권이 그러하다.<sup>13)</sup> 또한 재산권의 내용은 형식적 의미의 법률 뿐만 아니라, 긴급명령(헌법 제76조), 위임을 받은 법규명령과 조례, 조약에 의해서도 규정될 수 있으며, 관습법에 의해서도(예, 관습법상의 법정지상권) 인정될 수 있는 것이다.

---

10) 헌법 제23조 제1항 2문을 받아, 예를 들어 민법은 제211조(소유권의 내용)에서 “소유자는 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 규정한다. 그런데 법률이 모든 사용, 수익, 처분권을 일일이 규정할 수는 없을 것이다. 또 그렇게 규정된 것만 소유권이라면 헌법상의 재산권 보장이란 완전히 입법자에 종속되어 버리므로 바람직하지 않다. 또한 1문의 재산권은 보장된다는 취지를 살리지 못하게 된다. 이 조항은 “법률의 한계 내에서 소유권을 가진다” 내지 “소유권은 절대적인 것이 아니고 법률로 제한된다”는 취지로 이해하는 것이 자연스럽다.

11) 헌법재판소 발행, 헌법재판소판례요지집(1999), 361-2 참조.

12) 물론 그 법률이 “……는 재산권의 내용이다”는 식으로 규정한다면 다르겠지만 통상 그러한 방식의 규정은 있기 어렵다.

13) 현재 1994. 2. 24. 92헌가15등, 판례집 6-1, 38.

제23조 제1항의 ‘내용’ 규정을, 이제부터는(즉 헌법제정 이후에는) 재산권의 내용은 모두 법률로서만 정하겠다는 취지라고 본다면, 그러한 취지의 배경은 천부인권적인 재산권思潮가 지나친 부익부 빈익빈의 사회적 해악을 발생시킨 것이고 따라서 재산권을 實定權으로 못박아 이를 방지하겠다는 의도가 있는 것이라 할 수 있다. 그러나 그러한 인식은 재산권에 대한 올바른 역사적 본성을 제대로 반영하는 것으로 볼 수 없다. 재산권에 대한 그러한 천부인권적 思潮가 시작될 때부터도 재산권 자체는 한계를 지닌 것으로 인정되었고<sup>14)</sup> 많은 법률들이 재산권의 제한을 규정하고 있었고,<sup>15)</sup> 또 정당하게 혹은 합헌적으로 재산권이 규율될 수도 있었기 때문에<sup>16)</sup>, 그러한 사조는

- 
- 14) 일례로 John Locke의 재산권 사상을 살펴보면, 원래 Locke가 재산권을 설명했을 때 이는 원리적으로 매우 평등주의적인 것이었다. 그는 재산은 노동으로서 얻어지는 것이며, 그렇다고 독점해서는 안되고, 적어도 다른사람에게 얻어질 것이 충분히 남겨져 있어야 할 것을 전제하였다. J. Locke, *Two Treatise of Government* (Mentor, 1966 repr.) 중 *The Second Treatise of Government*, 제5장, 27절 참조. Locke에게 있어서, 노동은 자연이 이루어 놓은 것에 무엇인가를 첨가하는 것이고, 그래서 결과된 산물은 노동자의 사적 권리물이 되는 것인데, 이성의 법칙에 의해서, 그는 그것을 얻기 위해 고통을 겪었기 때문이다(28-9절). 그러나 또한 만일 노동에 의해 그의 소유가 된 자연의 과실(과일이나 사슴고기)을 먹기 전에 상해버리게 했다면, 그는 자연의 보통법에 위반하였으므로 처벌을 받아야 하는 것이다. 이 경우 그는 이웃의 몫을 침해한 것인데, 왜냐하면 그는 그의 사용을 위해서 요구되는 것을 넘어서 권리는 없기 때문이다(제37절). 따라서 로크의 재산론은 노동의 신성함, 자연법적인 공동지분의 침해금지, 얻어진 재산의 효율적 사용 등이 전제되고 있는 것이다. 이렇게 전제되고 있는 재산 개념에서, 공동체를 만들고 정부의 지배하에 놓이는 인간들의 위대한 주된 목적이 생명, 자유 및 재산 - 이들을 일반적 이름으로 재산이라고 부를 수 있는데 - 의 보전이라고(제9장 123-4절) 말하게 된 것이다. 그러므로 로크의 재산은 매우 중요한 가치를 가진 것이며, 이는 신성한 노동의 성실한 대가이며, 그 대가는 때로는 땅의 경작으로 많은 사람을 먹일 수 있는 양식이 되기 때문이다. 따라서 단순한 불로소득, 상속재산, 특혜, 투기로 인한 재산이 로크가 말하는 정치체도의 목적으로서 보호되어야 할 재산인지는 의심스러운 것이다. 나아가 빈곤한 자 등에게 최소한의 고용기회가 주어지지 않는 것도 받아들이지 않을 수 없는 것이다.
- 15) 이미 프랑스인권선언에서도 제4조는 여타의 인권과 같이 재산권의 경우에도 사회의 다른 구성원에게 같은 권리의 향유를 보장한다고 하여 제한을 가하고 있으며, 이에 기초한 프랑스 민법 제545조는 “소유권은 법령에 반하지 않는 한 가장 절대적 방법으로 물건을 사용, 처분하는 권리를 의미한다”고 하였다. 崔在健, 헌법상의 재산권 개념과 정당보상의 내용, 헌법논총 제4집(1993), 374에서 재인용. 한편 흔히 절대적이라고 표현되었던 토지소유권의 제약에 해당하는 상원관계에 관한 규정은 적어도 로마법에서부터(예로서, 12표법 중 제7表 2. 최병조, 로마법연구(I)(서울대출판부, 1995, 18-9 참조) 현대의 민법전에 계속해서 계승되고 있는 것이다.
- 16) 미국의 경우, 재산권의 ‘내용’ 규율 규정이 헌법에 없으며, 자연법적 권리성을 인정하고 있지만 주지하듯이 사법적극주의가 팽배했던 Lochner 시대 이후 지금까지 재산권 내지 사회-경제적 자유에 대한 규제 입법에 대해서는 수용적 조치(Taking)가 아닌 한 의회의 입법형성권을 존중하는 완화된 사법심사를 받아오고 있다. 역사적으로도, 재산권의 천부인권설과 사상적으로 결합된 경제에 대한 자유방임주의의 원조로 알려진 Adam Smith 역시, 실은 단순한 자유방임론을 주장한 것이 아니며, 자유스럽고 공정한 경쟁시장의 메카니즘의 작동을 전제



본래 재산권의 절대화를 초래하는 결과를 가지고 있던 것은 결코 아니었다. 천부인권적 권리개념 혹은 고전적 자유주의가 권리(재산권)의 절대성을 옹호하는 것이었다는 주장은, 이론과 현실이 잘못 이해된 것으로서, 부분적인 사회 현실의 병폐에 대한 공격을 일반적인, 역사발전에 있어서 필요한 抗議的 이데올로기였던 이론 자체에 대한 공격으로 비약시킨, 지나치게 포괄적인(over-inclusive) 修辭學이었다고 생각된다.<sup>17)</sup>

따라서 모든 재산권을 법률로서 정하는 범위 내에 국한시키겠다는 또 다른 思潮는 근대 입헌주의 헌법이 기반으로 하고 있는 자유권의 한 핵으로서의 재산권을 너무 쉬운 규율대상으로 보는, 일종의 도달할 수 없는 목표를 설정한 것이며, 입법자의 능력과 과제를 너무 믿어버리는 오류에 빠질 위험을 가지고 있다.

그러나 이러한 견해가 재산권의 남용을 방치하거나 조장하는 것은 결코 아니다. 오늘날 재산권은 단순한 개인의 자유의 보장장치를 넘어서서 사회적 관련성을 긴밀하게 갖고 있으며, 때로는 사회적 권력의 주된 요소로서 다른 개인들의 생활에 깊이 관여한다. 또한 금전적 기부와 선거비용의 지출 등을 통하여 정치적인 의사형성을 비민주적인 방식으로 왜곡시킬 수 있는 잠재력까지 지니고 있는 것이다. 그런데 그러한 현상을 복지국가이념 내지 사회적 법치국가이념에 따

---

로 한 방임을 주장하였고, 자유롭고 공정한 경쟁이 제한되고 방해되는 제 현실을 있는 그대로 인정하는 불공평한 방임론은 아니었다. 그는, “상인들은 언제나 공익보다는 자기자신의 이익추구에 여념이 없으므로, 경쟁을 제한하는 것은 언제나 상인들에게 이익이 된다. 그러나 그것은 언제나 공익에 반한다. 이윤을 자연적 수준이상으로 올려 결국 동료시민들에게 불합리한 조세를 과함과 같다”라고 하였던 것이다. A. Smith, *The Wealth of Nations* (Penguin Books, 1986 repr.), 358.

17) 이에 대해서는 拙稿, 한국헌법의 ‘자유주의’ 이념, 서울대 법학박사학위논문(1996), 제1장 참조.

라 교정하고 규제하고 향도하려고 할 때, 우리는 입법자의 불완전한 지식과 잘못된 가부장주의(paternalism)에 따른 적지 않은 부작용을 주의하지 않으면 안되는 것이다. 명백한 공익적 입법목적과 효과적인 달성수단이 밝혀지지 않은 상태에서는 입법자는 오히려 근대 자유주의의 기본이념에 따라 규제하지 않는 방법으로, 즉 개인의 자율과 시장에 맡기는 방법으로 재산권을 유지해 나가는 것이 바람직하다. 즉 규제의 필요성이 없다는 것이 아니라(오히려 규제의 필요성은 점점 더 강해지고 있다), 규제의 방법이 어렵다는 전제에서 출발하여 차선책을 찾아야 하는 것이다.

대부분의 학설과 판례의 견해는, “재산권은 보장된다”는 규정이 사유재산제도를 보장하는 취지로 우선 이해한다. 그러나 왜 기본권에 관한 규정 형식이 制度的 保障에 관한 규정으로 이해되어야 하는지에 관하여 자세한 설명이 없다. 재산권을 실정권으로 격하시키는 입장에서, 그러나 입법이 존중해야 할 최소한의 제도적 보장 내용을 전제하기 위한 것으로 사유재산제도의 보장을 운운하는 것이라면, 이는 “재산권은 보장된다”는 명문규정을 해석으로 바꾸는 것은 아닌지 의문이다. 또한 굳이 제도적 보장론이 아니어도 우리 헌법의 통일성, 즉 헌법상 재산권 외의 다른 규정과의 상관관계, 특히 비례의 원칙과 본질적 침해금지 규정, 국유화의 제한 규정 등을 볼 때 사유재산제도의 근간은 보장될 수밖에 없다는 헌법해석이 가능하다. 제23조의 재산권 규정은 어디까지나 ‘기본권’에 관한 규정이므로 기본권의 관점에서 이해되어야 할 것이며, 제도적 보장론까지 굳이 문리적 해석의 범위를 넘어가며 인정할 근거로 볼 필요는 없는 것이다. ‘재산권은 보장된다’는 규정 자체만의 의미는 재산권을 자연법적인 절대적 권리로 일단 상정하고 있다고 봄이 자연스러운 역사적 해석일 것이다. 그런 다음 ‘재산권의 제한’에 관한 규정이 이어지고 있어 그 절대적 권리성이 제37조 제2항 이외에도 제23조 자체에서 강하게

제약되고 있는 것이다. 그러므로 제1항 1문에 관한 한 다음과 같은 Carl Schmitt의 바이마르헌법 제153조(후술)에 관한 해석은 우리의 경우에도 타당하다고 할 것이다.

“개인의 자유가 前提되고 국가의 제한이 例外로서 나타난다는 것은 市民的 法治國家의 기본적인 배분원리에 속하고 있다. …제153조 제1항의 제2명제는 제1명제의 기본권과는 모순된다. …그러므로 바이말헌법상 사소유권의 내용을 법률적으로 전통적인 사유재산개념에 내포되어 있는 「처분의 자유」(M. Wolff)를 列擧된 개개권리의 총계로 전화시키도록 규정하는 것은 허용될 수 없을 것이다. 제1명제에서는 사유재산의 보장은 아주 내용이 없는 이름만의 헌법률적 보장으로서가 아니라, 하나의 원리의 승인으로서 계획되고 있다. 그 이유는 사소유권의 보장이 없는 시민적 법치국가라는 것은 존재할 수 없고 또 바이말헌법은 시민적 법치국가적 헌법이 되기를 의도하고 있기 때문이다.”<sup>18)</sup>

우리 헌법은 자유민주주의와 입헌주의의 바탕위에서 국민의 기본권을 기본적으로 자연법적 인권으로 보는 전제하에 있고<sup>19)</sup>, 재산권의 역사와 사회계약으로서의 입헌 민주주의헌법의 목적에 비추어 볼 때, 재산권의 내용과 한계 규정, 재산권행사의 공공복리적합성 규정이 있다고 해서 (역으로, 오히려 그와 같은 규정이 있으므로) “재산권은 보장된다”는 규정 자체가 가지는 재산권의 자연법적 속성이 몰각되어서는 안될 것이다.<sup>20)</sup> 오늘날 범세계적으로 국내법적 규범력을

18) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1927, 김기법 역, 헌법이론(교문사, 1976), 187, 193-4. 여기서 제1명제는 “재산권은 보장된다”는 규정을, 제2명제는 “재산권의 내용과 한계는 법률로써 정한다”는 규정을 뜻한다.

19) 헌법 제10조, 제37조 제1항, 제37조 제2항의 본질적 내용 침해 금지 규정 등의 의미는 자유와 권리는 국가가 법으로서 확정할 때만 보호되는 것이 아니라, 국가 이전의 고유한 개인의 자유와 권리가 있고 국가는 이를 보호할 의무가 있다는 자연법론적인 전제하에 있는 것이다. 권영성, 헌법학원론, 1995, 273-4 참조.

20) 만일 재산권의 내용과 한계 규정이 재산권을 권리화하기 위해서는 그러한 규정의 필수적 존재를 요구하는 것이라면, 재산권의 내용을 정한 법률이 없거나 잘못 규정된 법률이 있으면 어떻게 될 것인가. 학설과 판례는 재산권의 내용과 한계 규정은 헌법의 다른 조항, 특히 비례의 원칙에 합치되어야 한다고 한다. 그런데 특정 법률이 기존의 재산권 내용에 대한 법률을 개폐하는 경우라면 비례의 원칙이 쉽게 적용되었지만, 만약 어떤 법률이 새롭게 재산권의 내용을 형성하는 법률이라면 그 법률에 대하여 비례의 원칙이 제대로 적용될 수 있을 것인가? 비례의 원칙은 통상 기본권의 제한 상황에서, 그 제한의 목적과 달성 수단 간의 비례성, 침해된 법익과 공익과의 비례성, 달리 될 제약적인 제한방법이 있는지의 여부를 심사하는 것이다. 즉 비례의 원칙이 적용되기 위해서는 통상 ‘재산권의 제한’이 전제되는 것이다. 그런데 새롭게 재산권의 내용을 정하는 입법이 어떠한 재산권의 제한을 초래한다는 것인가? 결국 이 경우 비례의 원칙이 적용되기 위해서는 해당 분야에 대한 하나의 일반적인 혹은 자연법적인 재산권 개념을 先在하고, 새로운 내용 규정이 그러한 개념을 ‘제한’

가진 국제조약에서도 개인이나 법인은 원칙적으로 자신의 재산을 향유할 권리를 가지며, 다만 법률의 규정에 의하여 공공복리를 목적으로 제한당할 수 있다고 규정되고 있는 것이다.<sup>21)</sup>

또한 재산권의 보장은 개인의 자유보장과 밀접한 연관성을 가진다. 재산권보장은 재산에 관한 자유를 보장함으로써 이를 통해 개인의 삶의 자기책임적인 형성을 가능케한다.<sup>22)</sup> “재산권은 기본권의 주체로서의 국민이 각자의 인간다운 생활을 자기 책임하에 자주적으로 형성하는 데 필요한 경제적 조건을 보장해 주는 기능을 한다. 그러므로 재산권의 보장은 곧 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕을 의미한다고 할 수 있고, 따라서 자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계에 있다.”<sup>23)</sup> 종래 이러한 재산권의 속성에 대한 설명은, 소위 ‘사회적 기속성’을 중요시하는 관점에서조차 항상 개선되고 있는데, 이는 ‘제한’을 강조하는 ‘사회적 기속성’의 논리구조상 일관성이 없으며, 오히려 재산권은 입법자가 법률을 제정하기 이전에도 국가에 의하여 보장되어야 하는 자연법적 권리성을 뜻하며, 따라서 재산권을 전적으로 입법자의 형성에만 맡길 수는 없다는 것을 반영

---

하는 형식으로 새롭게 내용 규정을 마련하였다는 前提가 필요하지 않을까? 그렇지 않다면 비례의 원칙 심사는 그 경우 적용되기 어렵다고 생각한다. 이러한 논의는 재산권이 실정권으로서만 국한될 수 없다는 사실을 반영하는 것이다.

21) Papier 著, Maunz/Durig 外 共著, Grundgesetz Kommentar, Bd II(이하 ‘GG’) (Verlag C. H. Beck, 1999), Art. 14, 단락번호(이하 ‘단락’) 280-1 참조.

22) Papier, GG, §14, 단락 1.

23) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945.

하는 것으로 보아야 할 것이다.<sup>24)</sup>

결론적으로 입법자는 제1항 2문에 따른 재산권의 내용과 한계를 정함에 있어서 제1항 1문의 재산권은 보장된다는 규정을 단순한 사유재산제도의 보장이라고 최소한의 인식을 하여서는 아니되며, 하나의 자연법적인 자유권으로서 실질적으로 고려하여야 한다.<sup>25)</sup> 따라서 1문은 2문의 내용을 제약하는 법원리가 되어야 한다. 그러므로 재산권에 대한 제한과 재산권 주체에 대한 부담의 強度는 그 재산권이 지니는 사회적 연관성과 비례하도록 하여야 하며, 이를 초과하여서는 안되는 것이다.<sup>26)</sup>

### III. 제1항 2문 ‘내용과 한계’ 규정과 제2항의 공공복리적합성

#### 1. 내용과 한계 규정의 의의

대부분의 학설과 판례는 기본권의 내용과 한계는 서로 구분할 수 없고, 기본권의 사회적 기속성을 포괄하는 통합적 개념으로 이해하여야 한다고 한다.<sup>27)</sup> 이는 같은 규정을 두고 있는 독일 기본법의 해

---

24) BGHZ 6, 270 [276] 참조: “자유민주적 헌법의 지도형상에 속하는 것은 특히 재산권과 인격적 자유와의 결합이다. 국가에 존재하는 개인은 각각 개인간에는 인격으로서 즉 자유로운 자기책임적으로 생존하기 위하여 또 강대한 국가권력의 단순한 객체로 되지 않기 위하여, 따라서 자유와 존엄을 위하여 재산이라고 하는 법적으로도 엄격하게 보장된 영역을 필요로 한다.” 최재건, “헌법상의 재산권 개념과 정당보상의 내용”(주 15), 380에서 재인용.

25) 또한 “The restriction upon the use of this property cannot, of course, be lawfully imposed, unless its purpose is to protect the public.”라는 브렌다이즈 대법관의 표현을 상기하고자 한다(Pensilvania coal Co. v. Mahan, 260 U.S 393, 417 (1922) 참조).

26) E 58, 137 [147-8] 참조. 일반적으로 개인의 인격적 자유의 보장에 필수적인 재산권이 아닐수록, 토지재산권과 같이 사회적 연관성이 클수록, 그 제한은 강하게 나타날 수 있을 것이다.

27) 일레로, 한수용, 위의 논문(주 1), 30 참조.

석에서도 같다.<sup>28)</sup>

그러나 내용과 한계는 엄연히 다른 용어이다. 물론 구체적인 입법내용에 있어서 그 구분이 어렵고 굳이 구분할 필요도 없을 수 있으나, 내용을 형성하는 법률은 원칙적으로 기본권형성에 관한 것이고, 한계에 관한 법률은 기본권제한에 관한 것이므로, 사법심사에 있어서는 그 강도가 달라질 수 있다는 점을 고려하면, 이를 항상 구분하지 않는 것은 적절하지 않다.

내용(Inhalt)과 한계(Schranken)를 구분하지 않는 견해는 양자가 하나의 포괄적인 재산권의 한계지움, 즉 광의의 의미에서의 제한(Beschränkungen)을 뜻한다고 보는 것이다.<sup>29)</sup> 그런데 ‘내용’ 규정이 기본권의 ‘제한’을 뜻한다면 이는 논리적으로 주관적 공권으로서의 재산권이 해당 입법 이전에도 추상적인 보호범위를 지니고 있을 때 가능한 논리구성이다. 즉 재산권은 국가의 입법 이전에도 자연법적으로 존재하며 다만 국가의 입법에 의하여 합헌적으로 제한될 수 있다는 관점이다. 그러므로 없던 재산권을 새로이 형성하는 입법은 내용 규정이며, 한계 규정과는 달리 좀더 완화된 사법심사가 이루어져야 할 것이다. 그러나 기존의 재산권(자연법적인 재산권 혹은 입법에 의하여 형성된 재산권)에 대해 새로운 내용을 정하는 재산권 규정은, 재산권의 한계 규정과 굳이 구분하지 않고 포괄적으로 기본권을 ‘제한’하는 입법이라고 보아 그 정당성을 판단할 수 있을 것이다. 그러므로 ‘내용’과 ‘한계’는 원칙적으로 구분되는 것이라 볼 것이다. 또한 그것이 헌법제정자의 의도라고 추정되는 것이다.

내용과 한계를 입법자가 정할 수 있다는 규정 형식은 제2항의 공공복리적합성과 함께 고찰하면, 재산권이 다른 자유권에 비하여 매우 강한 제한을 수반할 수 있다는 입법의도를 드러내는 것이다. 헌

---

28) Papier, GG, §14, 단락 298 참조.

29) Papier, GG, Art. 14, 단락 27 참조.

법의 경제조항에서도 매우 구체적으로 토지재산권 등에 대한 제한사유를 열거하고 있으며, 헌법재판소의 판례도 재산권이 입법자의 폭넓은 형성의 대상이 될 수 있음을 누차 강조하고 있다.

그런데 헌법재판소의 판례가 토지공개념 등에 관한 공공복리를 향한 입법들에 대하여 적지않게 위헌 결정을 내리고 있는 것은 그러한 재산권의 제한가능성이 구체적인 심사적도, 특히 비례의 원칙 심사에서 적절히 반영되지 못하고 있기 때문이라고 할 수 있다. 미국식의 엄격한 심사/완화된 심사와 같은 위헌심사의 기준의 法理가 우리의 경우 원용되지 못하면서, 한편 비례의 원칙 심사에서는 무차별적으로 강화된 심사를 하는 경향이 있다. 그것은 비례의 원칙의 하부원칙 중 “필요성의 원칙”이 재산권 분야에서 어떻게 완화될 수 있는지에 관한 이론적 정립이 되어있지 않기 때문이다. 앞으로 “최소한의 수단, 달리 덜 제약적이 없는 수단의 채택”이라는 그 하부원칙의 취지는 재산권의 제한법률에 대한 심사에 있어서는 “합리적인 범위내에 있는 수단”이라면 충족된 것으로 보는 것이 바람직하다. 판례가 재산권에 관한 심사에서 위와 같이 총론(재산권의 사회적 제약성 강조)과 각론(다른 자유권과 같은 차원의 비례원칙 심사)이 불일치를 이루게 되는 결과를 극복하기 위해서는 헌법 제23조 제1항 1,2문, 제2항의 구조에 관한 보다 체계적 인식이 바탕이 되어야 한다고 생각된다.

## 2. 재산권행사의 공공복리적합성 규정의 기능

제2항은 재산권행사의 공공복리적합성을 규정하고 있다. 이 규정의 직접적인 受範者는 일반 국민이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 규정형식 자체가 재산권행사에 대한 것이며, 재산권을 행사하는 주체는 대체로 일반 국민이기 때문이다. 그러므로 국민들은 재산권행사를 공공복

리에 적합하게 하여야 한다라는 要求規範이 이 조항에 의하여 발생한다.

그런데 이 조항은 국민과는 관련이 없으며 입법자가 그 수범자로서 입법자에 대한 지침을 제공할 뿐이라는 견해가 있다.<sup>30)</sup> 그러나 헌법규정의 명문내용을 무시하는 그러한 해석만이 가능한지 혹은 필요한 것인지의 의문이다. 물론 이 규정은, 일반적으로 헌법은 국가권력을 구성하고 제약하며 기본권의 침해를 방지하는 법이라는 측면에서, 그 일차적 수범자는 국민이 아닌 국가기관이고, 따라서 입법자로 하여금 제1항의 내용과 한계를 규정하는 입법을 할 때, 그 입법에 있어서 입법형성권을 넓혀주는 기능을 한다. 그러나 동시에 재산권행사의 주체에 대한 공공복리적합성의 의무를 부과하고 있다고 이해하여야 할 것이다.<sup>31)</sup>

한편 참고로 독일에서는 기본법 제14조 제2항이 “재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 봉사하여야 한다”고 규정하고 있다. 학설과 판례는 이 조항과 제14조 제1항 2문의 내용, 한계 조항을 합쳐서 “재산권의 사회적 기속(Sozialbindung)”이라고 표현하며, 이는 재산권의 형성과 제한에 대한 근거이면서, 다른 한편 재산권이 사회적 관련성(soziale Bezug)과 사회적 기능(soziale Funktion)에 긴밀하게 연관되면 연관될수록 제한을 많이 받게 된다는 의미에서 역으로 재산권 제한의 한계로서도 기능한다고 한다.<sup>32)</sup> 독일에서

---

30) Papier, GG, §14, 단락 299.

31) 실제로 제한헌법 이후의 문헌에서는, 만일 자기소유의 농지라 하여 작농도 하지 않고 황폐케 하는 경우에는 공공복리적합성을 위반한 것이라는 주장이 발견된다. 박천일, 헌법개론, 1953, 112 이하(정연주, “우리 헌법상 재산권이론의 형성과 발전”, 허영박사화갑기념논문집(박영사, 1997), 342에서 재인용). 한편 이 조항과 제1항의 관계에 대하여는 제2항은 제1항 2문에 의하여 법률로 정해진 재산권을 다시 그 행사과정에서 추가적으로 제한하고 의무를 부과하는 것이라는 견해도 발견된다. 정연주, 같은 글, 344의 각주 28의 문헌 참조. 그러나 재산권의 내용과 한계는 항상 입법형성권에 개방되어 있다는 점에서 양조항을 선후관계로 인식함은 적절치 못한 것으로 생각된다.

32) BVerfGE(이하 'E') 37, 132 [140-1]; 42, 263 [294]; 50, 290 [340-1]; 52, 1 [32]; 58, 137 [148].



‘사회적’이란 용어는, 사회적 법치국가, 사회적 기본권, 재산권의 사회적 기속성 등에서 사용되고 있으며, 그 나라의 憲法史에서 그렇게 정립되게 된 매우 특별한 의미가 있다고 할 것이다. 이에 대한 논의는 여기서 다룰 수 없으나, 적어도 우리나라에서 그러한 개념을 무차별적, 무비판적으로 사용하는 것은 문제가 있다. 현재 우리 헌법 제2항의 의미에 대해서 사회적 기속성이라는 용어가 일반적으로 사용되고 있으나,<sup>33)</sup> 우선 제2항에서는 “재산권은 의무를 수반한다”는 것과 같은 강한 제약을 내포하는 독일식의 규정형태가 존재하지 않으므로, 실정헌법의 규정형식이 우리와는 다른 독일식의 개념을 손쉽게 차용하는 것은 검토를 요한다.

“재산권의 행사는 공공복리에 적합하여야 한다”는 제2항의 규정은 제1항 2문을 보충하는 기능뿐만 아니라, 다른 한편 제3항의 공용침해(공용수용 등) 조항의 간접적 근거로도 작용한다고 생각한다. 일반적으로 이해되고 있는 바와 같이 제2항은 제1항 2문의 내용과 한계 규정과 결합하여 일체를 이루고, 제3항과는 단절되어 있다고 보는 견해는 옳지 않다는 것이다. 왜 재산권행사의 공공복리성이 공공필요에 의한, 보상을 전제한 재산권의 수용, 사용, 제한 개념과 단절되어 있을 필요가 있는가? 독일의 경우 후술하듯이 소위 ‘단절이론’을 채택하기 위해서는 기본법 제14조 제1,2항을 제3항과 완전히 서로 다른 법제도로 구분시킬 필요가 있었고, 이에 따라 제14조 제2항을 제1항의 근거 내지 한계로서만 위치시키고 제3항과는 단절된 것으로 보게 된 것이다. 그러나 재산권행사의 공공복리성 때문에 제3항의 수용 등의 법제가 보다 쉽게 가능하게 된다고 봄이 자연스러운 해석이 아닐 수 없다. 즉 제2항은 제3항과 내용적으로 긴밀한 관계를 유지한다고 보아야 하는 것이다. 제2항의 key word는 ‘공공복리적합성’이며, 공공복리를 위해서는 보상을 요건으로 수용 등이 가능하게

---

33) 일례로, 허영, 헌법이론과 헌법, 신정3판(박영사, 1998), 603쪽.

되는 것이다. 이렇게 이해하는 것이 입법의도에도 부합되는 것이다. 헌법제정자가 제2항을 제1항에만 부합시키기 위하여 제정하였다고 단정하는 것은 지나치게 비현실적인 기교적인 해석인 것이다.

그렇다고 이것이 제2항의 공공복리성을 “초과할 때” 자동적으로 제3항으로 넘어간다는 후술할 독일식의 소위 ‘문턱이론’을 내포하는 것은 아니다. 오히려 제3항의 “공공필요”의 개념은 공공복리의 한 특수한 경우로 봄이 상당하다.<sup>34)</sup>

#### IV. 제3항의 구조 및 제1항과의 관계

제3항의 법적 효력에 관하여 다수의 학설은<sup>35)</sup>(헌법재판소의 최근의 판례도 그러한 배경하에 있다), 이 조항은 독일식의 ‘불가분조항’ (Junctim-Klausel)을 뜻하며 따라서 제1,2항과는 완전히 단절되어 있고, 따라서 내용과 한계 규정이 다른 헌법조항(비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 평등의 원칙 등)에 위배하더라도 제3항으로 넘어가는 것은 아니며, 그 결과 해당 행정행위에 대한 항고소송의 형식으로 권리구제를 받으며(위헌법률심사 포함), 이와는 달리 법원에 직접 손실보상을 청구할 수는 없다고 본다(제1,2항 위반이 보상을 요하는 제3항과는 무관하기 때문이라는 것이다). 또한 제1,2항이 존속보호를 재산권 보장의 원칙으로 하며, 제3항은 2차적으로 재산권에 대한 가치보호를

34) 한편 독일의 경우 기본법 제14조 제2항은, 연방헌재의 판례에 의하면, 제1항의 내용과 한계를 정하는 근거일 뿐만 아니라, 동시에 한계원리로서도 작용된다고 하나, 제2항은 어디까지나, “재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공공복리에 봉사하여야 한다.”는 것이므로, 이 조문내용 자체가 그 어느 “한계원칙”을 뜻하는 것이라는 문리해석은 나오기 곤란하다. 이를 ‘사회적 기속성’이라고 이름붙여 특정한 재산권의 내용과 한계 규정이 그 재산권이 가지는 사회적 상관관계(soziale Bezug), 사회적 기능(soziale Funktion)의 정도를 넘어서는 재산권 내용, 한계 규정을 방지하는 법리로서 작용한다고 하는 것은(예를 들어, E 58, 137 [147-8]), 적어도 제2항의 문언 자체에서 나오는 것은 아닌 것이다.

35) 주 1의 문헌 참조.

추구한다고 한다.

우선 왜 독일에서는 그러한 말하자면 ‘엄격한 분리형’의 구조, 즉 매우 인위적으로 보이는 그러한 구조가 탄생되게 되었는지를 분석해 보아야만 한다.

## 1. 독일 기본법 제14조의 構造 論議의 배경

### 가. 조문의 연혁과 판례

1919년의 바이마르헌법 제153조는 다음과 같이 규정하고 있었다.

“재산권은 헌법에 의하여 보장된다. 그 내용과 한계는 법률에서 밝혀진다(ergeben sich aus den Gesetzen).

수용은 공공복리를 위해서만 그리고 법률적 기초 위에서만 수행된다. 수용은, 제국법률(Reichgesetz)이 달리 정하지 않는 한 상당한 보상을 통하여 이루어진다. 그 보상액에 대해서는, 제국법률이 달리 정하지 않는 한, 일반 법원에서의 소송절차에서 다룰 수 있다. 제국에 의한 支邦, 지방자치단체, 공익조합에 대한 수용은 보상을 통해서만 이루어진다.

재산권은 의무를 수반한다. 그 행사는 동시에 공동선(Gemeinde Beste)을 위하여 봉사하여야 한다.”

이 조항의 특징은, 수용과 보상이 완전히 결합되지 않았고, 보상 여부 및 액수에 대하여서도 법률로써 달리 정할 수 있었다는 점이다.

이 조항의 해석에 있어서 제국법원은 수용(Enteignung)의 개념을, 이미 경찰국가 시절부터 관습법상으로 혹은 실정법상으로 인정되어 온 희생(Aufopferung)의 법리, 즉 “수인하라, 그러나 보상을 청구하

라”(Dulde, aber liquidiere)는 법리의 연장선상에서, 넓게 보았다. 즉 수용은 재산권의 전반적 혹은 부분적 박탈뿐만 아니라 널리 재산권의 단순한 제한까지 포함하는 것으로 보았다.<sup>36)</sup> 또한 제국법원은 폭넓은 수용개념에 걸맞게 수용보상청구권을 때로는 당사자에게 넓게 인정하여 온 것으로 보인다.

독일 기본법은 바이마르헌법상의 수용과 보상의 느슨한 관계를 헌법적으로 개선하고, 보상을 불공정하게 정하는 법률의 입법을 불식시키기 위하여, 불가분조항의 원칙, 즉 수용은 보상과 결합되어야 하며, 따라서 보상은 미해결인 채로 두거나 다른 법률로 규정할 수는 없다는 원칙을 명시적으로 채택하였다(제14조 제3항). 기본법 제14조는 다음과 같다.

기본법 제14조(재산권, 상속권 및 수용)

- ① 재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- ② 재산권은 의무를 진다. 그 행사는 동시에 공공복리에 봉사하여야 한다.
- ③ 수용은 공공복리를 위해서만 허용된다. 수용은 보상의 종류와 범위를 정한 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여서만 행해진다. 보상은 공공의 이익과 관계자의 이익을 공정하게 형량하여 정해져야 한다. 보상액에 대해서는 일반 법원에서 소송으로 다툴 수 있다.

그런데 기본법이 제정된 이후에 만들어진 법률을 해석함에 있어서도 독일의 일반 법원(BGH)은 여전히 재산권 제한을 포함하는 수용 개념과 폭넓은 수용보상청구권을 인정하여 왔다. 즉 “적법한 공권력에 의한 모든 재산권의 침해의 경우에는 의도적이었던 비의도적이었

---

36) Papier, GG, §14, 단락 22, 531-2 참조.

든, 예견할 수 있었든 없었든 간에 그 침해가 재산권의 사회기속성의 한계를 넘는 손실을 가져오는 경우 전적으로 收用補償請求權을 적용하였다.”<sup>37)</sup> 이러한 태도는 불가분조항의 의미와 입법사적인 중요성을 희석시키는 것이었다. 그러나 다른 한편 법원은 ‘收用類似침해’나 ‘收用的 침해’의 법리를 적용시켜 국민의 보상청구를 충족시켜 온 긍정적인 측면이 있었다.

연방헌법재판소는 1981. 7. 15.의 판결(BVerfGE 58, 300. 소위 ‘자갈채취판결’)에서 특히 위와 같은 일반 법원의 판시태도에 제동을 걸면서, 제3항의 불가분조항의 의미를 재확립하는 데 역점을 두었다. 다음과 같은 내용의 판시가 새롭게 혹은 기존의 연방헌법재판소 판례를 토대로 이루어졌다.

1) 우선 재산권보장은 개개의 재산권자의 수중에 있는 구체적인 존속물을 보호하는 존속보장이고, 수용의 요건이 갖춰졌을 때 보상을 요하는 가치보장으로 전환된다고 한다. 따라서 “헌법이 예정하는 위헌적인 수용의 결과는 그 개별적 국가행위의 취소”<sup>38)</sup>라고 한다.

2) 제14조 제3항 제4문, 즉 일반 법원의 보상청구 관할권의 의미에 대한 해석에서는, 사안이 수용이라고 다투는 당사자는 법률상의 보상청구 근거가 있을 때에만 법원에 보상을 청구할 수 있고, 그러한 보상근거규정이 없는 경우에는 행정법원에 침해행위의 취소를 청구할 수 있을 뿐이다(구제절차의 선택권 부인). 즉 법률상의 근거가 없을 경우 법원은 보상판결을 할 수 없다. 당사자에게 보상법률이 없을 경우 행정소송으로 다투라는 것은, 보상소송의 제기보다 더 어려운 것이 아니기 때문에, 기대할 수 없는 부담을 지우는 것은 아니다.<sup>39)</sup> 또한 행정법원이 위헌적인 수용법률이 관련된 사안을 위헌제

---

37) 정하중, 위 논문(上)(각주 1), 41.

38) E 58, 323.

39) E 58, 324.

청하지 않을 경우에는 최후의 수단으로서 헌법소원이 있는 것이다.<sup>40)</sup>

3) ‘수용’ 개념을 재산권 박탈로 한정하고, 제14조 제1,2항과 제3항을 엄격히 분리하여 보는 관점을 채택하였다(소위 斷絶理論 Trennungstheorie의 채택). 그 분리의 기준은, 전자는 재산권의 내용과 한계를 재산권의 사회적 기속성에 따라 형성하는, 즉 일반적이고 추상적으로(generell und abstrakt) 재산권 소유자의 권리와 의무를 확정하는 규정인 반면, 후자는 특정한 혹은 특정될 수 있는 개인의 집단으로부터 제1,2항에 의하여 얻어진 구체적 재산권을 박탈하는 것으로 보았다.<sup>41)</sup> 따라서 문제된 사안이 수용이나 아니냐의 심사기준은 재산의 수용 당시의 당사자가 수용가능한 법적 지위(enteignungsfähige Rechtsposition)를 가지고 있느냐에 달려있다.<sup>42)</sup>

#### 나. 소위 “보상의무있는 재산권 내용규정”의 문제점

한편 현재 독일의 다수 학자의 견해는, 연방헌재는 이러한 단절이론 법리의 결과로서 제1,2항상의 위헌 문제, 즉 비례의 원칙 등에 위배되는 위헌적인 내용·한계 규정을 (소위 ‘문턱이론’에 따라 제3항으로 넘어가는 것이 아니라) 때에 따라서는 “보상의무있는 재산권 내용규정(Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)”이란 法理로서 다루며, 이로써 단절이론의 엄격성을 완화할 수 있는 길을 텃다고 한다. 그러나 法理가 하나의 정당한 法理로서 판례상 판시된 것인지, 헌법재판상 이론적으로 과연 존재할 수 있는지에 대하여는 의문이 있다.

위 자갈채취판결의 바로 전날인 1981. 7. 14.의 판결(BVerfGE 58,

---

40) E 58, 323.

41) E 58, 330-1.

42) E 58, 332.

137)은 출판물의 의무적인 무상 납본을 규정한 헤센州(支邦) 법률을 한정위헌으로 선고하였다. 출판물의 의무적인 납본은 공공복리를 위한 것으로서, 출판물의 발간 당시에 이미 납본의무가 주어져 있다는 점에서, 제14조 제3항과는 구분되는, 제14조 제1,2항에 해당되는 재산권의 내용·한계 규정에 속하는데, 다만 통상적인 다량 발간의 소액의 출간물과는 달리 소량 발행의 고액, 즉 정가가 비싼 출간물에 대해서까지 무상으로 납본을 요구하는 것은 비례의 원칙에 위배된다는 것이다. 그 판결의 주문은 “헤센주 출판의 자유와 권리에 관한 법률(1958. 11. 20.(GVBl. S.183) 개정된 것) 제9조는, 헤센주의 문화장관으로 하여금,<sup>43)</sup> 출판물의 납본 의무를 그 법률의 적용대상이 되는 모든 출판물에 대하여 예외없이 무상으로(ohne Kosteners-tattung) 규정하도록 허용하는 한, 기본법 제14조 제1항 제1문에 합치되지 않는다.”는 것이었다.

이 판례를 인용한 후속 판례로는 BVerfGE 79, 174를 들 수 있는데, 이 판결은 재판에 대한 헌법소원을 기각하면서, 그 이유의 시작 부분에서 제14조 제1항의 내용 및 한계 규정과 제3항의 수용 규정이 구분된다는 설시를 하면서, 다음을 추가하고 있다. 즉 “내용 규정이 권리주체에게 과도한 부담을 주고 있어서, 그 부담이 보상청구권의 도입으로 완화되어야만(wenn sie durch die Einführung eines Ausgleichsanspruchs abgemildertt würde(vgl. BVerfGE 58, 137 [145, 147, 149f.])), 헌법에 합치될 경우에도 양 조항의 구분은 여전히 존속한다.” 이는 보상규정이 필요한 내용규정이, 위헌임을 예방하기 위하여 있을 수 있음을 표현한 것이고, 이런 경우에도 내용·한계규정이 수용규정으로 전환되는 것이 아님을 강조한 것이다.

그런데 ‘보상의무있는 재산권 내용규정’의 법리가 과연 연방헌재에 의하여 채택된 것인지는 의문이 있다. 이 법리와 관련된 연방헌재

---

43) 이 법률은 위임입법과 관련되어 문제되었다.

판결은 위 2건이 최근까지(1999년까지) 전부인데,<sup>44)</sup> 첫 번째 판결인 출간물 납본 판결에서 연방헌재는 보상규정이 있어야만 그 법률이 합헌적인 내용규정으로 되는 것이라는 취지의 판시를 한 바 없다. 연방헌재는 그 법률은 소량을 찍은 고액의 출간물에 대해서도 무조건 무보상으로 납본을 시키는 것은 위헌이라는 취지이며, 그 결론 부분에서 “州입법자는 그 납본규정을 새로이 정하거나 혹은 재산권보장의 고려하에 그 납본규정을 그로 인한 법익상태의 고통과 연관시켜 재조정할 일련의 가능성을 갖는다”고 하면서, 주문과 같이 결정한다고 하였다. 따라서 연방헌재는 반드시 보상규정만 있으면 합헌이라고 구체적으로 판시한 것은 아니며, 입법형성권에 맡기되 다만 보상이 있으면 합헌적일 수 있음을 내비친 것에 불과하다. 이는 우리나라 헌법재판의 경우에도 불합치결정을 하면서, 그 위헌성을 보정하는 예시를 하고 있는 것과 같은 맥락이다. 거기서 더 나아가 보상규정을 두면 합헌이라고 단언하거나, 보상규정을 두어야만 한다고 판단한다면, 이는 헌법재판소가 실질적인 입법작용을 하게 되는 것이고, 입법자의 입법형성권을 침해할 우려가 있다. 그러므로 독일 연방헌법재판소 역시 학설이 말하는 “보상의무있는 재산권 내용규정”이란 용어도 쓰고 있지 않을뿐더러 그러한 판시를 구체적으로 한 적도 없는 것이다. 이론적으로도 헌법재판 실무상으로 그러한 법리를 구체적으로 전개하기는 어려운 것이다.

한편 두 번째 판결에서는 보다 구체적으로 “부담이 보상청구권의 도입으로 완화되어야”라는 표현을 쓰고 있기는 하지만, 이 판시는 제1항과 제3항을 구분하면서 심지어는 이런 경우에도 그 구분은 유지된다는 의미에서 그 표현이 등장한 것이며 사안에 직접 관련된 것이 아니었고, 또 이것이 반드시 “보상의무있는 재산권 내용규정”과 같은 의미인지도 명확하지 않다.<sup>45)</sup> 학설 중에는 제14조 제1항 2문의

44) H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12판 (Verlag C.H.Beck, 1999), 710 참조.

45) 참고로 양 판결은 모두 제1부 재판부 판결이었으며, 양 판결에 모두 참여한 재판관은 Niemeyer 한사람뿐이었다.



내용과 한계 규정은 보상의무 없는 재산권의 내용과 한계를 형성할 수 있는 근거를 준 것이며, 이는 재산권의 사용뿐만 아니라 가치에 대한 제한도 가능하게 하는 것이므로, 이 조항 자체는 ‘보상의무 있는 재산권 내용’이란 개념을 알지 못하며, 따라서 보상의 필요없는 사회적 기속성과 보상있는 사회적 기속성 개념은 구분되어야 한다고 본다.<sup>46)</sup> 물론 이 견해는 보상을 두는 재산권 내용 규정을 채택함으로써 내용규정이 좀더 합헌적으로 허용될 여지가 있다는 것을 부정하지는 않는다.<sup>47)</sup>

한편 다른 다수의 견해는 “보상의무없는 재산권 내용규정”의 법리를 긍정하며, 행정재판소와 연방최고법원(BGH)의 판례는 그러한 법리를 실제로 판시하고 있다.<sup>48)</sup> 그러나 엄밀히 말해 이들 법원들의 판시는 내용을 정한 법률 자체가 합헌이기 위한 조건으로서 보상규정 운운 하는 것에 관한 것이 아니라, 이미 주어진 보상법률의 해석 내지 救濟의 補償規律(salvatorische Entschädigungsregelung)<sup>49)</sup> 방식의 규정의 해석을 놓고 논의한 경우였다.

그러므로 결국 과연 연방헌법재판소가 그러한 법리를 확립한 것인지의 여부는 매우 불확실하다.

46) Papier, GG, 제14조 단락 338-40.

47) 같은 책, 단락번호 341. 한편 “보상의무없는 재산권내용규정” 법리에 이의를 제기하는 학자들은 J. Ipsen, Schmitt-Kammler, Breuer, Schrödter가 있다. Maurer, 위의 책, 711의 문헌 참조. 또 부분적으로만 인정하는 경우는, F. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 4판 (München: C. H. Beck), 1991, 153-4.

48) Maurer, 위의 책, 711 참조. 판례로서 BVerwGE 77, 295, 297f.와 BGHZ 110, 12, 16 등을 언급하고 있다.

49) 입법자가 공용수용에 관한 내용을 입법하는 것인지에 대한 불확실성을 스스로 보완하기 위하여 “이 법률에 근거한 행정처분이 공용수용을 의미한다면 보상은 금전으로 지급한다”와 같은, 보상을 법관에게 위임하는 형식의 입법을 말한다. 그것의 합헌성 여부가 독일에서 확실상 논란이 되며 이에 관한 판결은 아직 없다고 한다. 정하중, 위 논문(상)(주 1), 42 참조.

## 다. 독일 연방헌재 판례의 구조적 의미

연방헌재는 기본법이 불가분조항을 채택하고 있음에도 일반 법원이, 1) 수용 개념을 권리의 박탈뿐만 아니라 제한까지 넓게 인정하고, 2) 내용과 한계에 대한 규정도 기본권에 대한 제한이 지나친 경우 수용규정에 관련된 것으로 전환하여 보며(위 ‘단절이론’에 대구되는 소위 ‘문턱이론’ 혹은 ‘경계이론’<sup>50)</sup>), 3) 그 결과 수용적 침해, 수용유사적 침해 등에 해당하는 경우까지 판례로서 보상이 필요한 경우로 보고, 법원이 직접 법률적 근거가 없어도 보상판결을 행하며, 4) 따라서 불가분조항을 무력화시키며, 5) 결과적으로 보상규정 없는 법률도 법원이 직접 보상을 해 줌으로써 그 위헌성을 다루지 않고 넘어감으로써 연방헌재의 위헌법률심판권을 왜곡시키는 것<sup>51)</sup>, 제어하려고 했던 것으로 보여진다.

연방헌재는 그 이론적 전략으로서, 1) 수용 개념을 권리의 전면적 혹은 부분적 박탈만을 의미하는 것으로 보았고(소위 ‘고전적 수용개념으로의 복귀’), 따라서 불가분조항의 엄격성을 완화시킬 수 있는 여지를 주고, 2) 제1,2항과 제3항을 엄격히 구분하기 위하여 단절이론 및 존속보장 우선의 원칙을 채택하였으며, 3) 제3항 4문의 해석에서, 법원은 보상법률 없이 보상판결을 할 수 없으며, 당사자는 행정소송을 통하여만 다투어야 한다는(즉 행정소송과 보상청구 민사소송의 선택권 불인정) 법리를 확정하고, 4) 불가분조항을 엄격히 재확인하였고(해당 A법률에 규정 되어야만 하고 다른 B법률에 그 부분에 해당하는 보상규정을 두어서도 아니됨), 5) 이로써 연방헌재의 위헌심판권(관할권)을 실질화하고 연방 최고사법기관으로서의 권위를 재확보하였다.

50) 이덕연, 위 논문(주 1); 한수용, 위 논문(주 1), 30-2 참조.

51) 법원이 제청않고, 보상을 받은 당사자도 더 이상 다루지 않는다면 헌법재판소가 해당 법률을 심판할 방법은 거의 없게 된다.

그런데 이론상의 문제점들이 제기된다. 우선 위 2)에서 단절이론을 채택함으로써 제14조 제2항의 사회적 기속 규정을 제1항에만 통합시킬 수밖에 없었는데, 왜 수용규정은 재산권의 사회적 기속과 무관한가 라는 근본적 의문을 제기할 수 있다. 수용 규정 역시 재산권의 사회적 기속성 아래에서 공공복리를 위하여 보상을 전제로 재산권의 부분적 혹은 전반적 박탈을 하는 것이라고 봄이 자연스럽기 때문이다(前述). 또한 재산권이 현대에 와서도 여전히 존속보장이 우선이라며 가치보장과 구분하는 것이 現狀에 적합한 것인지 의문이다.

오늘날의 자본주의 하의 상업적 유통질서에서 모든 재산권은 대부분 금전적 가치로 환산될 수 있으며, 재산권의 ‘가치’를 보호한다고 해서 바로 재산권과 자유보장의 관계, 생활의 형성의 자유가 제약된다고 보기 어렵다. 그러므로 존속보장과 가치보장을 엄격히 구분시키는 논리가 현대 사회에 적실성이 있는지 의문이며, 단절이론을 받아들이는 간접적 논거를 보충하는 차원에서 借用된 것이 아닌지 의문이다. 한편 위 3)에서, 법원으로 하여금 보상법률 없이는 보상판결을 할 수 없다고 함은, 관습법의 존중 여부 및 법률의 유추해석방법의 채택 여부에 관한 일반 법원의 자율성을 너무 제약한 것이 아닌지, 또한 때로는 직접적 보상판결을 통한 기본권 주체에 대한 사실상의 권리구제가 효과있는 것이란 점을 과소평가한 것이 아닌지 의문이다.

## 2. 제3항의 구조: 概論

### 가. 독일 기본법 제14조 제3항의 ‘수용’ 개념과 우리 헌법 제23조 제3항의 “수용, 사용, 제한” 개념의 차이

독일의 판례법을 참조함에 있어서 결정적으로 우리와 차이가 나는

것은 기본법 제14조 제3항이 수용만을 규정한 데 대하여 헌법 제23조 제3항은 수용뿐만 아니라 사용, 제한까지 포함시키고 있는 것이다.

이미 바이마르헌법에서도 수용 개념만 규정되었으나 제국법원은 수용 개념을 점점 넓혀 재산권의 박탈뿐만 아니라 사회적 기속을 넘는 중대한 제한을 포함하는 것으로 판례를 형성하였는데,<sup>52)</sup> 그러한 배경에는 18세기 이후 희생보상의 법리, 즉 특별한 희생을 국가가 요구하면서 보상을 해주는 관행을 유지하는 것이 포함되었다. 즉 이 경우 무엇이 특별희생인가를 판단함에 있어서는 재산권의 제한과 수용은 엄격히 단절된 것이 아니고, 상대적인 것에 불과했던 것이다. 그런 상태에서 법원은 보상을 정한 법률이 없는 상태에서도 직접 보상을 판단하였던 것이다.

우리 제헌헌법의 수용, 사용, 제한 개념은 바로 독일의 판례법과 학설을 받아들여 수용에만 한정하지 않고 더 넓게 공용수용조항을 마련한 것이라 볼 수 있다.

그런데 기본법하에서 이제 연방헌재는 수용 개념을 “국가가 구체적인 공적 과제를 이행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산권적 지위를 의도적으로 전면적으로 또는 부분적으로 박탈하려고 하는 것”이라고 한정하였다.<sup>53)</sup> 이렇게 한정함으로써 불가분조항이 적용될 가능성을 가능한 축소시킴으로써, 그 조항이 가지는 위력, 즉 수용에 해당되면 반드시 보상규정을, 다른 법률이 아닌 당해 법률에 규정하여야 한다는 엄격한 요구를 완화시킬 수 있는 효과가 있다. 또 개별적 구체적이고 의도적인 재산권 박탈만을 수용으로 봄으로써 입법자가 예상할 수 없었던 사정으로 인한 불가분조항의 적용을 배제하게 됨으로써, 입법자의 위험부담을 덜어주는 효과가 있다.

어쨌든 우리 헌법 제23조 제3항의 수용, 사용, 제한은 매우 넓고,

52) 정하중, 위 논문(상)(주 1), 37-41.

53) E 58, 300 [330-1]. 한수용, 위의 글(주 1), 33에서 재인용.

이를 연방헌재의 수용개념에 한정시키는 것은 가능하지 않다. 견해에 따라서는 우리 헌법은 독일 기본법상의 수용 개념과 별로 다르지 않다고 하나,<sup>54)</sup> 이는 수용 개념에 관한 독일의 역사적 변천을 충분히 고려하지 않은 것이다.

독일에서 수용제도는 이전의 경찰국가 시대부터 승인되었던 희생의 법제도(Rechtinstitut der Aufopferung)에서 근원을 발견할 수 있다. 이 법제도는 1794년의 프로이센의 법률에서 입법화되기도 하였다. 19세기 동안 도로와 철도의 건설을 위한 수용법제가 발달되었고, 여기서 소위 ‘고전적 수용개념’이 형성되었는데, 수용은 공공목적의 사업을 위하여 법률에 근거한 행정행위에 의한 보상의무없는 토지소유권의 양도(Übertragung)를 말하였다.<sup>55)</sup> 즉 ‘고전적 수용개념’은 침해되는 법익보다 더 큰 공공복리 사업을 위하여 소유권 혹은 제한물권의 박탈(Entzug) 혹은 부분적 박탈을 의미하였다.

19세기의 이러한 토지획득과정으로서의 수용은 바이마르 시대에는 더 확장되었고 이러한 변경은 기본법 제14조의 해석에까지 이어졌었다. 재산권 개념 자체가 고전적인 재산권 개념에서 점차 확장됨에 따라, 수용개념도 이제 소유권이나 제한물권에 대한 공권력의 압류(Zugriff) 뿐만 아니라, 모든 재산가치 있는 私權 및 재산적 가치있는 주관적 공권에 대한 압류에까지 미치게 되었다.<sup>56)</sup> 또한 행정에 의한 것뿐만 아니라, 법률에 의한 직접적인 수용도 포함하는 것으로 보게 되었다. 무엇보다도 바이마르 시대에 발전된 수용의 개념은, “공공복리 사업을 위한 재산권의 전반적 혹은 부분적 박탈(Entzug)

---

54) 이 견해는 우리 헌법은 “수용’의 여러 형태를 구체적으로 열거하였을 뿐이다. . . . ‘수용’을 ‘토지재산권을 전면적으로 박탈하여 다른 소유권자에게 이전하는 경우’, ‘사용’을 ‘토지재산권 중 사용권의 부분적 박탈’, ‘제한’을 ‘토지재산권 중 분리될 수 있는 다른 부분적 권리의 박탈이나 그외의 제한’이라고 해석한다면, 독일 기본법과 한국헌법상의 법문의 차이는 分離理論의 수용을 가로막는 요인이 될 수 없다고 본다.”고 하고 있다. 한수용, 위의 글(주 1), 35-6.

55) Papier, GG, 제14조, 단락 531.

56) 단락 5321.

뿐만 아니라, 공권력에 의한 재산권의 제한(Beschränkung)까지” 의미하게 되었다.<sup>57)</sup>

이러한 관점에서 기본법 제14조에 대한 판례와 학설은 제3항의 수용개념을 재산권의 전반적 혹은 부분적 박탈(Entziehung)이거나 혹은 단순한 재산권의 사회적 기속성을 넘어서는 모든 재산권제한(Eigentumsbeschränkung)이라고 보았다.<sup>58)</sup> 따라서 수용인지 여부는 사회적 기속성 조항의 해석, 특별희생 여부, 침해의 강도 등을 기준으로 판단하게 되었다.<sup>59)</sup>

연방헌법재판소는 연방최고법원과 다수설이 채택해 온 그러한 확대된 수용개념을 축소하였다. 더 이상 사회적 기속성을 초과하는 재산권제한은 제14조 제3항의 수용이 아니며, 오직 재산권의 전면적 혹은 부분적 박탈만이 수용으로 해석되었다.<sup>60)</sup> 말하자면 고전적 수용개념으로 회귀한 것이다.<sup>61)</sup> 고전적 수용개념과 다른 점은, 고전적 수용개념은 “토지(재산)의 양도”가 대상이 된 데 대하여, 새로운 판례상의 수용개념은 근본적으로 “권리(재산권)의 박탈”이 대상이 되었다는 것이다.<sup>62)</sup>

이상과 같은 독일의 수용개념의 변천과정을 보면, 현재의 연방헌법재판소의 수용개념에는 우리 헌법 제23조 제3항의 수용, 사용, 제한개념을 도저히 모두 포섭시킬 수 없다고 볼 것이다. 이러한 결론은 아래에서 보듯이 헌법 제23조의 구조논의에 있어 여러 가지 측면에서 독일과는 다른 방식의 접근이 요청됨을 뜻한다.

---

57) 단락 522, 348.

58) 단락 533.

59) 같은 곳.

60) Papier, 단락 535. E 38, 175 [180]; 45, 297 [326]; 52, 1 [27]; 58, 300 [330-1]; 74, 264 [280]; 83, 201 [211].

61) Papier, 단락 345.

62) 같은 곳.

## 나. 제23조 제3항은 불가분조항인가?

헌법 제23조 제3항의 규정형식은 “공공필요에 의한 財産權의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”라고 되어있고, 이러한 형식은 제23조의 입법연혁을 아울러 살펴볼 때,<sup>63)</sup> 보상까지 법률로 정한 경우에만 수용 등이 가능하다고 해석하는 것이 타당하다. 따라서 원칙적으로 불가분조항이라고 할 수 있다(말하자면 “한정적 불가분조항”<sup>64)</sup>).

따라서 보상을 정하지 않고 하는 제3항의 수용 등은 있을 수 없고, 바이마르 헌법에서처럼 법률로써 예외적으로 보상액을 정당보상 보다도 더 낮게 규정할 수도 없다.

그런데 문제는 수용 등을 정한 같은 법률에서 보상규정까지 반드시 정하여야 하는지 여부이다. 독일 연방헌재의 불가분조항개념은 같은 법률에서 정하여야 할 것까지 요구하고 있다.<sup>65)</sup> 또 우리나라 헌법 제23조 제3항도 같은 방식으로 해석되어야 한다는 견해가 있다.<sup>66)</sup> 그러나 그렇게까지 볼 수는 없고, 다른 법률에서 수용 등이 규정된 법률의 보상에 해당하는 일반 혹은 개별적 보상조항을 두는 것도 제23조의 요건에 위배되지 않는다고 본다. 왜냐하면 그러한 요구는 입법자에게 기대하기 어려운 요구를 하게되는 때가 많을 것이기 때문이다.

입법자는 어느 경우가 보상에 해당되는 수용 등인지 입법단계에서 구체적으로 확정하기가 어렵다. 특히 수용 등이 때로는 재산권의 제한까지 포함하는 개념이라는 점에서 그러하다. 재산권의 박탈에 한정되고 있는 독일의 수용법제에서도 입법자는 소위 ‘救濟的 報償規

63) 정하중, 위 논문(하)(주 1), 34.

64) 위에서 보듯이 반드시 같은 법률에서 보상을 규정하여야 하는 것은 아니라는 점에서 ‘한정적’이란 용어를 쓴 것이다.

65) E 46, 268 [287].

66) 정연주, “공용침해와 불가분조항”, 고시연구, 1992. 4., 118-9.

定<sup>67)</sup>만을 두고 있는 경우가 많은 실정이다. 그러한 구체적 보상규정은 우리 헌법 제23조 제3항의 불가분조항성에 위반되지 않는 것이라 하더라도, 보상 여부를 모두 입법자가 아닌 사법부나 행정부에 귀속시킴으로서 여러 가지 문제를 초래한다. 그렇다고 입법자가 단순한 재산권 제한 사항에 불과한 경우에도 무차별적으로 보상 규정을 둔다면 국가재정의 곤란을 초래할 수도 있다. 따라서 우리의 경우 입법자가 제3항의 수용 등이 규정된 법률 이전에 일반보상법률을 제정하여 두었거나, 그 법률 후에 교정적으로 입법사정상 다른 법률규정에서 해당 보상규정을 마련하고 있다면, 이는 헌법이 요구하는 수용 등-보상 간의 불가분성을 충족시켰다고 볼 것이다.

한편 이와 같이 한정적으로 불가분조항성을 긍정한다고 하더라도 여전히 어려운 문제가 발생한다. 그 문제를 살펴보기 전에 다음 문제를 볼 필요가 있다. 독일의 경우 기본법 제14조 제3항의 수용조항에 해당되는 입법은 일반적, 추상적인 것이 아닌, 개별적이고 의도적인 재산권의 전반적 혹은 부분적 박탈이라고 한정시킴으로써 불가분조항의 엄격성이 갖는 측면을 완화시키고 있다. 그러나 논리적으로 언제나 수용이 “개별적, 의도적”이며 재산권의 내용과 한계 규정이 “일반적, 추상적”이라는 전제가 서는 것은 아니다. “개별적이고 의도적인” 구성요건표지를 제14조 제3항의 해석에 개입시키는 것은 연방헌법재판소의 편의적인, 말하자면 자의적이 구분기준일 수 있으며, 제1항(및 제2항)과 제3항을 구분 짓기 위한 인위적인 설정으로 보인다. 이러한 구분은 현실적으로 대부분의 재산권의 부분 박탈 사례도 제3항이 아닌 제1항으로 轉移시켜 버리는, 즉 제3항의 해당 가능성을 심히 축소해 버리는 결과가 될 수 있다. 설사 학설상, 혹은 판례상 “보상의무 있는 내용규정”이론이 타당하다고 하더라도, 그 이론

---

67) 일례로 “이 법률에 근거한 행정처분이 공용수용을 의미한다면 보상은 금전으로 지급한다”는 것 같은 백지취임 형태의 규정.



역시 객관적 기준 내지는 적용가능성이 명확하지 않으므로, 결국 이는 보상없는 수용 등으로부터의 재산권 보장을 너무 축소시킬 위험성도 없다고 할 수 없다.

그러므로 제23조 제1항과 제3항을 일반성, 추상성과 개별성, 의도성과 같은 기준으로 분리하는 것은 부적절하다.

그러나 어쨌든 양 조항의 구성요건이 전자는 원칙적으로 보상 없는 재산권 제한(내용·한계), 후자는 보상의무 있는 재산권제한(박탈 포함)으로서 서로 다르므로, 구분을 시켜야 한다.<sup>68)</sup>

여기서 구체적인 구분기준에 있어서는 단순한 학설 내지 이론을 일반적으로 전개하기 보다는 제3항의 구성요건에 있어서 “공공필요”라는 법문상의 요건에 초점을 맞춰야 한다고 본다. 즉 공공필요에 의한 수용 등이나 그렇지 않느냐 라는 요인이, 보상이 필요없는 단순한 재산권의 내용과 한계를 정한 것이냐 아니면 보상을 요하는 재산권의 박탈과 제한이냐를 가르는 핵심적인 key word가 된다고 보는 것이다.

#### 다. ‘공공필요’의 의미

어떠한 경우가 제3항의 공공필요인가에 대하여는 개별적이고 구체적인 사안에서 판명될 것이지만, 일반론으로는 특별한 희생론 내지 보상이 필요한 수용 등에 관한 실질적 표준을 정하는 종래의 학설들(보호가치설, 수인한도설, 사적유용성설, 상황구속성설 등<sup>69)</sup>)을 ‘공공필요’의 요건에 연결시켜 원용할 수도 있을 것이다. 또 구체적 사안에서의 개별적 법익형량을 통하는 방법도 있다(후술할 미국 판례).

68) 이는 ‘분리론’과 같은 이론적 구분론이 아니라 각 조항의 구성요건 해당성을 각각 판단한다는 의미에서의 구분을 뜻한다. 말하자면 헌법 규정들 중 어느 조항을 적용할 것인지에 관한 일반적 해석작용을 뜻하는 것이다.

69) 이에 대해서는, 예를 들어, 박윤훈, 행정법강의(상), 26판(박영사, 2000), 732-5 참조.

일반적으로 말해 제3항에서 요구되는 ‘공공필요의 원칙(요건)’은 1) 확인되거나 구체적으로 예측가능한 공익을 위하여, 2) 침해되는 사익을 최소화하는 경우에 인정되는 것이라고 할 것이다. 그러므로 추상적인 공익을 위한, 즉 입법자가 불확실한 상태에 있거나 심각한 부수적 해악(side effect)이 초래될 수 있는 경우에는 충족되었다고 할 수 없으며, 그렇지 않은 경우에도 후술할 비례의 원칙이 엄격하게 적용되는 경우이어야 한다.

‘공공필요’에 관하여 보다 구체적으로는 다음 항목(제3항과 제1항의 관계)에서 살펴보겠지만, 우선 공공필요의 개념의 일반적 범위는, 수용 등이 이루어 질 경우 재산권의 박탈 내지는 특별한 제한이 가능하다는 점에서, 되도록 좁게 이해함이 상당하다. 학설상으로 제3항의 공공필요가 제37조 제2항의 기본권 제한사유(공공복리 등)보다 더 넓게 보아야 할 것이냐, 더 좁게 보아야 할 것이냐가 논의된다.<sup>70)</sup> 물론 제3항의 경우 ‘보상이 이루어지게 되는’ 재산권의 사용, 제한이라는 측면에서 상대적으로 ‘공공필요’를 넓게 보는 견해도 나름대로의 논거를 가지고 있다. 그러나 제37조 제2항이 사실 지나치게 넓은 기본권 제한 사유를 규정하고 있다는 점에서<sup>71)</sup>, 또 아무리 보상을 전제하더라도 제23조 제3항의 공공필요가 인정되면 자신의 의사와 상관없이 재산권의 박탈 등이 이루어지고, 생활의 경제적 조건 내지 환경이 바뀌게 된다는 점에서는 더 좁은 범위로 이해하여야 할 것이다. 즉 ‘공공필요’의 개념에 대한 해석은 엄격하고 제한적이어야 하며, 그럴 때에만 비로소 부당하고 자의적인 공권력작용으로부터 본래 자연법적 속성을 지닌 국민의 재산권을 보호할 수 있는 것이다.<sup>72)</sup>

70) 그에 대한 개략적인 것에 관해서는, 박홍우, “재산권 제도의 법리와 그 적용한계”, 사법연수원 간행, 헌법문제와 재판(하), 1996, 670-1 참조.

71) 이에 대해서는 拙著, “비례의 원칙과 관례의 논증방법”, 헌법논총 제9집(1998), 694-7 참조.

72) 정연주, “우리 헌법상 재산권이론의 형성과 발전”(주 27), 379.

그러므로 공공필요란 단순히 국가가 자신의 재산권을 확대하기 위하여나, 조세증감의 목적만으로 국민의 재산권을 수용 등 하는 것과 같은 경우는 해당되지 않을 뿐만 아니라, 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이므로<sup>73)</sup>, 수용 등을 요하는 공공필요는 사익보다도 더 중요한 공익을 실현시키기 위한 목적에서만 가능하고, 또 그 목적을 달성하기 위한 수단은 그 목적달성에 적합할 것이 요구되며, 또 수용 등은 그 특정의 공익목적 달성을 위한 최후의 수단으로서 고려되어야 할 것이다.<sup>74)</sup>

또한 공공필요는 수용 등이 이루어지는 공용침해시뿐만 아니라 그 후에도 계속해서 존재하여야만 ‘공공필요의 원칙’이 충족되었다고 보아야 할 것이다. 헌법재판소는, “공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용수용(公用收用)은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다. 즉 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 한다. 따라서 일단 공용수용의 요건을 갖추어 수용절차가 종료하였다고 하더라도 그 후에 수용의 목적인 공공사업이 수행되지 아니하거나 또는 수용된 재산권이 당해 공공사업에 필요없게 되거나 이용되지 아니하였다고 한다면, 수용의 헌법상 정당성과 공공사업시행자에 의한 재산권 취득의 근거가 장래를 향하여 소멸한다고 보아야 한다.”고 하였는데,<sup>75)</sup> 이는 공공필요의 개념의 지속성을 강조하는 것이다.

그러므로 입법자는 공공필요에 관한 그러한 요건이 갖추어진 경

73) Papier, GG, 제14조, 단락번호 596-7 참조. 기본법 제14조 제3항의 공공복리 개념은 비례의 원칙에 의하여 보완되어야 한다고 한다.

74) Papier, GG, §14, 단락번호 596-7 참조. 또한 후술할 미국의 Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825 (1987); Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994) 참조.

75) 헌재 1994. 2. 24. 92헌가15, 판례집 6-1, 38, 56

우, 보상을 필수적으로 수반하면서 재산권을 수용, 사용, 제한할 수 있으며, 법원은 그러한 요건 여부를 심사하여 구체적으로 제3항에 따른 보상판결(보상규정이 있거나 유추적용될 수 있는 경우)을 할 것이며, 보상규정이 없거나 미흡한 경우 헌법재판소에 의한 위헌법률심판으로 연결되어야 할 것이다.

### 3. 제3항과 제1항의 관계

이제 제23조 제3항이 재산권의 박탈뿐만 아니라 널리 제한까지 보상을 요하는 재산권 침해의 대상으로 보고 있기 때문에, 독일 연방헌재의 판례와는 달리 우리 헌법 제23조 제1항과 제3항과의 관계는 엄격히 분리된 것으로는 볼 수 없지 않느냐의 문제가 검토되어야 한다.<sup>76)</sup>

참고로 헌법규정의 형식은 다르지만, 미국 연방헌법의 해석에 있어서는 “재산권은 어느 정도까지 규제가 가능하지만, 만약 규제가 지나치면 수용(taking)으로 인정될 것이다”<sup>77)</sup>는 법리가 확립되어 있다. 수정헌법 제5조는 적법절차에 의하지 아니하고는 재산권을 박탈당하지 아니하며, 정당한 보상 없이는 공적 목적을 위하여 재산권이 수용되지 않는다고 규정한다. 어떠한 경우에 보상을 요하는 수용이며, 어떠한 경우에 보상의 필요성이 없는 국가의 일반적 규제권한(the police power)에 의한 제한인지에 관하여 연방대법원은 시대별로 조금씩 다른 기준을 적용하여 왔다.<sup>78)</sup> 최근에는 공용수용이 되기

---

76) 홍준형, 행정규제법(주 1), 137-8은, 독일식의 분리이론을 우리에게 적용하는 것은, 독일에서는 ‘수용’만 규정된 것과 달리 우리 헌법 제23조 제3항이 “수용·사용 또는 제한”이라고 넓게 공용침해의 대상을 설정하고 있는 점에서 부적절하다고 비판한다.

77) *Pensilvania coal Co. v. Mahan*, 260 U.S. 393, 415 (1922). “The general rule at least is that while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking.”

78) 김문현, “미국연방헌법상 공용수용과 경찰권에 의한 규제의 구별기준”, 미국헌법연구, 제11호(2000), 309 이하 참조.

위해서는 1)재산권에 대한 규제가 원고에 미치는 경제적 효과, 2)재산권에 관한 규제가 명백히 투자가 뒷받침되는 기대(distinct investment-backed expectations)를 침해하는 정도, 3)정부행위의 성격이라는 3가지 요소가 중요하다고 보고 있다.<sup>79)</sup> 한편 최근의 수용에 관한 판결은, 건축허가와 관련하여, 건축허가의 조건으로 대지안에 공공용도로를 확보하게 하거나, 소유지의 일부를 홍수방지와 교통원활을 위하여 기증하게 하는 것은, 그러한 조건이 정당한 공익에 본질적으로 연관되어야 하고, 그 조건이 있어야만 해당 공익이 달성될 것이란 비례성을 충족시켜야만, 보상 없는 재산권 제한이 된다고 한다.<sup>80)</sup>

독일 연방헌재가 분리이론을 채택한 것은, 종래 독일 민사법원이 비분리이론(경계이론)을 채택하여 재산권의 제한이 심할 때 제3항의 수용문제가 된다고 보면서 보상을 정한 법률이 없는 경우에도 직접 보상청구를 판결하였기 때문에, 기본법상의 불가분조항의 취지를 살리기 위한 것이 주된 이유였음은 위에서 보았다.

그런데 우리나라 법원이 현행 헌법 이후에 제23조 제3항의 불가분조항의 취지를 희석시킬 만큼의 독자적인 법리, 즉 보상규정이 없는 경우에도 판결로써 보상을 정하는(말하자면 직접청구권을 인정하는) 법리를 채택한 적은 없다고 보여진다. 우선 독일의 판례법상의 수용유사적 침해나 수용적 침해이론을 대법원은 채택한 바 없다. 다만 법원의 판례는 수용 등으로 인한 간접적인 재산권침해의 경우 다른 법률의 보상규정을 유추적용한 경우가 있다. 그 예로는, 대법원 1999. 6. 11. 97다56150 판결<sup>81)</sup>, 1999. 12. 24. 98다57419등<sup>82)</sup>, 대법원

79) 김문현, 위 논문, 323; Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U.S. 124 (1977) 참조.

80) Nollan v. California Coastal Commission, 483 U.S. 825 (1987); Dolan v. City of Tigard, 512 U.S. 374 (1994); Barron/Dienes, *Constitutional Law in a Nutshell*, 3판 (West Publishing Co., 1995), 164-6 참조.

81) “간접손실에 관하여 그 피해자와 사업시행자 사이에 협의가 이루어지지 아니하고, 그 보상에 관한 명문의 근거 법령이 없는 경우라고 하더라도, 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.”고 규정하고 있고, 이에 따라 국민의 재산권을 침해하는 행위 그 자체는 반드시 형식적 법률에 근거하여야 하며, 토지수용법 등의 개별 법률에서 공익사업에 필요한 재산권 침해의 근거와 아울러 그로 인한 손실보상 규정을 두고 있는 점, 공특법 제3조 제1항은 “공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다.”고 규정하고, 그 시행규칙 제23조의2 내지 7에서 공공사업시행지구 밖에 위치한 영업과 공작물 등에 대한 간접손실에 대하여도 일정한 조건하에서 이를 보상하도록 규정하고 있는 점에 비추어, 공공사업의 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고, 그 손실의 범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면, 그 손실의 보상에 관하여 공특법시행

1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결<sup>83)</sup>, 대법원 2000. 5. 26. 선고 99다 37382 판결<sup>84)</sup>을 들 수 있다. 이러한 법원의 유추적용은 해당 사안이

- 
- 규칙의 관련 규정 등을 유추적용할 수 있다고 해석함이 상당하다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94다 38038 판결, 1998. 1. 20. 선고 95다29161 판결 등 참조)."
- 82) "특례법 제3조 제1항이 "공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다."고 규정하고, 특례법시행규칙 제23조의5에서 공공사업시행지구 밖에 위치한 영업에 대한 간접손실에 대하여도 일정한 요건을 갖춘 경우 이를 보상하도록 규정하고 있는 점에 비추어, 공공사업의 시행으로 인하여 그러한 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고 그 손실의 범위도 구체적으로 특정할 수 있는 경우라면 그 손실의 보상에 관하여 특례법시행규칙의 간접보상 규정을 유추적용할 수 있는 것이다(대법원 1999. 6. 11. 선고 97다56150 판결 참조)."
- 83) "수산업법이 1990. 8. 1. 개정되기 이전까지는 어업허가의 취소·제한·정지 등의 경우에 이를 보상하는 규정을 두고 있지 않았지만, 피고가 이 사건 공유수면매립공사에 본격적으로 착수하기 이전인 1988. 4. 25. 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙이 개정되면서 그 제25조의2에 허가어업의 폐지·휴업 또는 피해에 대한 손실의 평가규정이 마련되었고, 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 관한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다는 헌법 제23조 제3항, 면허어업권자 내지는 입어자에 관한 손실 보상을 규정한 공유수면매립법 제16조, 공공사업을 위한 토지 등의 취득 또는 사용으로 인하여 토지 등의 소유자가 입은 손실은 사업시행자가 이를 보상하여야 한다는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법 제3조 제1항의 각 규정 취지를 종합하여 보면, 적법한 어업허가를 받고 허가어업에 종사하던중 공유수면매립사업의 시행으로 피해를 입게되는 어민들이 있는 경우 그 공유수면매립사업의 시행자로서는 위 구 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행 규칙(1991. 10. 28. 건설부령 제493호로 개정되기 전의 것) 제25조의2의 규정을 유추적용하여 위와 같은 어민들에게 손실보상을 하여 줄 의무가 있다고 할 것이다(대법원 1995. 7. 14. 선고 94다38038 판결 참조)."
- 84) "개정 수산업법 제81조 제1항 제1호는 "동법 제34조 제1항 제1호 내지 제5호와 제35조 제8호(제34조 제1항 제1호 내지 제5호에 해당하는 경우에 한한다.)의 규정에 해당하는 사유로 인하여 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 처분을 받았거나 당해 사유로 인하여 제14조의 규정에 의한 어업면허의 유효기간의 연장이 허가되지 아니함으로써 손실을 입은 자는 그 처분을 행한 행정관청에 대하여 보상을 청구할 수 있다."라고 규정하고 있으므로, 면허·허가 또는 신고한 어업에 대한 위와 같은 처분으로 인하여 손실을 입은 자는 처분을 행한 행정관청 또는 그 처분을 요청한 행정관청이 속한 권리주체인 지방자치단체 또는 국가를 상대로 민사소송으로 손실보상금지급청구를 할 수 있고, 이러한 법리는 농어촌진흥공사가 농업을 목적으로 하는 매립 또는 간척사업을 시행함으로써 인하여 개정 수산업법 제44조의 규정에 의한 어업의 신고를 한 자가 더 이상 신고한 어업에 종사하지 못하게 되어 손실을 입은 경우에도 같이 보아야 할 것이며(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다46450 판결 참조), 한편 이와 같이 적법하게 어업의 신고를 하고 공유수면매립사업지구 내에서 신고한 어업에 종사하고 있던 어민들에 대하여 손실보상을 할 의무가 있는 사업시행자가 손실보상의무를 이행하지 아니한 채 공유수면매립공사를 시행함으로써 실질적이고 현실적인 피해를 가하였다면 이는 불법행위를 구성하고, 이 경우 어업의 신고를 한 자가 입게 되는 손해는 그 손실보상금 상당액이라고 할 것이다(대법원 1999. 11. 23. 선고 98다11529 판결 등 참조)."

다른 법률의 규정에 의한 손실보상이 적용되는 사례에 해당된다고 보는 것이며, 말하자면 해당 법률에 의한 수용 등은 다른 법률에 의할 때 그에 대한 보상이 전제되고 있다고 판단하는 것과 다름아니다. 이러한 유추적용은 제3항의 불가분조항의 의미를 퇴색시키는 것은 아니다.<sup>85)</sup> 또 제3항의 구성요건에 해당하는 사안으로서 보상규정이 없는 경우에, 보상규정의 유추적용마저 불가능할 경우에는, 불가분조항의 취지에 비추어 볼 때, 법원은 그러한 보상 없는 수용 등을 가능케 하는 법률에 대한 위헌심판제청을 하여 위헌법률심판제도에 의하여 문제를 해결하여야 할 것이다.<sup>86)</sup>

이 경우 법원은 헌법 제23조 제3항에서 직접 손실보상청구권이 도출된다고 보아 바로 손실보상판결을 행할 수는 없다고 본다. 왜냐하면 그러한 경우 제3항의 불가분조항의 의미가 퇴색되고 위헌적인 법률이 방치되는 결과가 될 수 있으며, 법적 안정성과 예측가능성을 저해하고, 남소 등으로 인해 법적 생활에 혼란이 초래될 수 있고, 입법자가 예상 못한 국가재정에 대한 불확실성도 나타날 수 있기 때문이다. 그런데 이러한 논의, 즉 직접효력설의 부인은 독일과는 달리 헌법재판소의 판례에 의하여서는 확립되기 어렵다. 독일의 경우 자갈채취판결에서 연방헌재는 법원은 제14조 제3항을 직접 근거로 하여 법원이 보상규정이 없는 경우에도 스스로 보상판결을 하는 것을 금지하였는데, 이러한 판시는 불가분조항에 근거한 것이기도 하지만,

---

85) 위에서 불가분조항의 의미가 수용 등을 규정한 당해 법률에서 보상까지 정하라는 취지는 아니라고 한 바 있다.

86) 이 점에서는 확실상의 '유추적용설'이 '위헌무효설'과 충돌되는 것은 아니라고 생각된다.

제14조 제3항이 제4문에서 보상에 관한 분쟁처리에 관하여 일반법원의 관할을 규정하고 있기 때문에, 연방헌재가 그 부분을 (헌법)해석하면서 그와 같은 판시가 이루어진 것으로 이해할 수 있다. 이에 반하여 우리 헌법에는 위 제4문과 같은 규정이 없고, 재판소원제도도 채택되지 않고 있는 현실을 감안하면, 그와 같이 판시가 헌법재판소에 의하여 이루어질 기회는 거의 없는 것으로 보여진다.

한편 직접효력설을 주장하는 학설은, 권리보장의 실효성을 이유로 든다.<sup>87)</sup> 말하자면 위헌무효설은 권리구제가 불확실하다는 것이다. 그러나 헌법재판소가 보상규정이 없는 제3항상의 수용 등을 규정한 법률을 위헌심판한 결과는, 헌법불합치결정이 나올 경우 입법부가 보상규정과 경과규정을 마련하여 권리구제가 이루어질 수 있고, 단순 위헌결정이 나올 경우에도 입법자는 공공필요성이 존재하는 한 보상규정을 마련할 것이므로 장래의 해당 당사자는 문제가 없을 것이다. 다만 단순위헌결정시 현재의 당사자가 어떠한 권리구제를 받을 수 있을 것이냐가 문제된다. 당사자가 당해소송에서 행정행위의 취소를 구하는 소송을 제기하였던 것이라면, 단순위헌결정시 당해사건 혹은 병행사건에 이 결정의 효력이 소급됨으로써 그 행정처분이 취소 혹은 무효로 됨으로써 권리구제가 이루어질 수 있다. 그런데 당해사건이 보상을 청구하는 민사소송이었을 경우, 위헌결정이 내려지더라도 법원이 바로 보상결정을 할 수 없기 때문에 당사자의 권리구제가 소홀해지는 문제가 있다. 즉 달리 말하면 국가를 상대로 한 손해배상이 따로 이루어질지 여부는 불확실하다.<sup>88)</sup> 한편 당사자가 바로 입법부작위 위헌심판을 헌법소원으로서 청구한 경우 위헌결정시에는 국가를 상대로 한 손해배상 청구가 다시 가능할 것이므로, 이 경우는

---

87) 각주 6의 문헌 참조.

88) 이러한 관점이 배경이 되어 독일의 경우 연방헌재는 당사자는 보상청구가 아닌 행정소송으로 권리침해를 다투어야 한다고 판시하고 있다. 즉 당사자의 양자간의 선택권은 인정되지 아니한다는 것이다.



큰 문제가 없다. 그러므로 결국 당사자가 민사소송으로 보상청구를 하였을 경우에만 실질적인 권리구제상의 문제가 나타나는 것인데, 그 경우에도 손해배상이 가능할 여지가 있으며, 한편 뒤에 위헌으로 선언된 법률에 기인하였던 행정처분이 때로는 무효로 볼 수 있는 여지가 있는 것이므로,<sup>89)</sup> 청구기간의 제한이 없는 무효확인의 행정소송을 다시 제기하여 권리구제를 받을 수 있는 것이다.

논의가 제3항의 법적 성질에 관한 학설의 검토쪽으로 흘렀지만, 다시 본래의 문제, 즉 제1항과 제3항의 관계설정에 대하여 보면, 결국 우리 제23조에 있어서는 독일과 같은 엄격한 분리이론을 택할 필요성은 없으며, 다만 제1항의 요건과 제3항의 요건을 각각의 구성요건대로 별도로 검토하면 족한 것이고, 그 경우 제3항의 ‘공공필요’라는 개념의 해석이 중요하다고 생각한다. 그러므로 엄격한 분리설이나 경계이론과 같은 논의의 필요성이 우리 헌법 제23조의 해석상 전제될 필요는 없다는 것이 되는 것이다. 즉 제1항은 원칙적으로 보상의 필요없이 수인가능한 범위 내에서 재산권을 보장 내지 제한하는 규정이라면 제3항은 공공필요에 의하여 보상이 필요한 재산권의 제한규정이 된다고 봄으로써 족한 것이지 양자가 엄격히 구분되는지, 서로 연결되는지를 별도로 구체적으로 논할 실익이 없다고 판단된다.

한편 제1항이 재산권의 존속을 보장하고, 제3항은 예외적으로 재산권의 가치를 보장한다고 볼 필요가 있는지를 살펴본다. 독일의 경우 제14조 제1,2항과 제3항을 분리시키는 관점에서 존속보장/가치보장은 하나의 간접적인 지원논리가 되고 있다.

그런데 앞서 보았듯이 현대의 자본주의사회에서는 대부분의 재산권은 화폐가치로 측정이 가능한 것이고, 당사자에게 있어서도 그 가치만 보장된다면 얼마든지 양도, 사용, 제한을 용인할 준비가 되어있

---

89) 이에 관하여는, 이상규, “위헌법률에 의거한 처분의 효력”, 판례연구(서울지방변호사회) 제9집.

는 경우가 다반사라고 할 수 있다. 무체재산권이나 공법상의 재산가치 있는 권리(재산권)뿐만 아니라 사법상의 권리에 있어서도 대부분 교환가치의 보장이 중요한 경우가 많다. 물론 수세대를 특정 토지에서 생활한 경우 등 재산권의 존속 자체가 당사자에게 매우 가치있는 것일 수 있지만, 오늘날 그러한 경우는 오히려 예외적인 것이라 할 수 있다.

한편 제1항이 재산권의 존속을 항상 보장하는 것이 아니라 그 내용과 한계에 관한 규제는 존속을 제한하는 방식으로도 정해질 수 있다. 또한 존속보장과 가치보장은 서로 대립되는 개념이 아니다. 나아가 재산권을 자유보장의 측면과 연결시킨다고 하더라도 이것이 존속보장만이 일차적이라고 할 논거가 될 수는 없다. 재산권의 가치를 보장한다고 해서 자유보장이 등한시된다는 논리는 현대의 자유시장경제 제도하에서는 설득력이 약할 것이다. 그러므로 헌법 제23조 제1항을 존속보장을 정하는 것으로만 보는 것은 타당하지 않고, 굳이 말하자면 존속보장과 가치보장을 모두 포함하는 취지라고 보아야 할 것이다.<sup>90)</sup>

또한 비록 제3항의 보상을 의무적으로 요하는 수용 등이 아니더라도 입법자는 내용과 한계 규정을 정하면서 보상을 수반하는 입법을 할 수 있고, 또 그것이 바람직한 경우가 많다. 협의에 의하여, 예산이 허락하는 한, 또한 평등의 원칙에 위배되지 않는 한, 재산권을 규제하면서 그에 대한 응분의 보상을 마련하는 방법이 있을 수 있다. 이 경우 사전에 협의가 되지 않는다면, 당해 규제를 하지 않거나 제3항의 요건을 다시 갖추어 수용 등을 행할 수 있는 것이다. 그러므로 존속을 보장 내지 규제하면서 동시에 가치를 보장하는 방법으로 입법이 이루어질 수 있는 것이므로, 양자를 뚜렷이 대립시키는 것은 부자연스럽다.

---

90) 박균성, “손실보상에 관한 입법의 불비와 권리구제방법”, 토지공법연구 제2집, 135-6.

결국 존속보장/가치보장의 구분론은, 비록 역사적인 연혁은 있을지라도, 독일 연방헌재에 의하여 종래 법원이 직접적으로 손실보상판결을 해은 것에 대하여 존속보장의 우위성을 내세움으로써 이를 방지하려고 하기 위한 전술적 차원에서 지나치게 부각되어버린 것이라고 이해된다.

따라서 우리 헌법 제23조의 해석에서 제1항은 존속보장을, 제3항은 가치보장을 전제한 것이라고 굳이 나눌 필요가 없으며, 어느 것이 우선이냐도 따로 논할 필요성은 적다고 생각된다. 그러한 도그마틱이 없어도 재산권의 보장과 합헌적인 내용·한계 규정, 공공필요에 의한 재산권 수용 등의 문제를 다룰 수 있다면, 되도록 특정한 재산권에 대한 관점을 사법기관이 내세울 필요는 없는 것이다.

## V. 맺 음 말

이상의 논의를 종합하면, 제23조 제1항 1문 “재산권은 보장된다”는 규정은 재산권의 자연법적 성격을 반영한 것이고, 2문의 내용과 한계 규정 없이도 보장되어야 할 재산권의 일반적 내용을 확인한 것이다. 따라서 재산권은 그 내용을 정한 법률이 있어야만 비로소 기본권으로 인정된다는 식의 해석은 받아들일 수 없다. 한편 2문의 내용과 한계 규정은 비록 다른 자유권에 비해서 재산권이 더 제약적일 수 있음을 보여주고 있지만 어디까지나 1문의 재산권 보장의 취지에 맞게 정립되어야 하며, 비례의 원칙 등 헌법의 다른 규정과 조화되도록 입법화되어야 할 것이다.

제2항 재산권행사의 공공복리성은 재산권이 공동체의 조화를 지향하는 국가법 체계내에서 가지는 한계성을 명백히 선언한 것이며, 이 조항은 제1항의 내용과 한계 규정에 따른 구체적 입법의 지침으로서

작용하게 되고, 한편으로 이 조항은 제3항의 수용 등에 대한 간접적 근거 내지 지침으로서도 작용하게 된다. 그러므로 제2항은 제1항, 제3항과 서로 깊은 관련성을 가진다.

제3항은 수용 등과 보상을 반드시 연관시키는 불가분성을 규정한 것이지만, 양자가 반드시 같은 법률에서 규정될 필요는 없다. 그러므로 법원은 보상규정 없이 직접 보상관결을 할 수는 없지만 보상규정을 유추적용할 수 있으며, 이는 불가분조항으로서의 제3항에 위배되지 않는다. 법원이 유추적용 방식으로 구제할 수도 없는 보상규정 없는 제3항의 수용 등은 위헌법률심판 혹은 입법부작위 헌법소원으로 다투어야 할 것이다.

제3항과 제1항의 관계는 엄격히 분리된다거나 서로 연결된다고 따로 논할 필요는 없으며 각 항의 요건을 입법자나 사법부는 각 구성요건에 맞게 판단하면 족하며, 특히 제3항의 ‘공공필요’ 개념을 제대로 인식하고 한계지우기 위한 노력이 요청된다고 하겠다. 나아가 재산권을 존속보장과 가치보장으로 분리시키는 논의는 불필요하다.

제23조의 구조와 의미에 관한 종래의 대부분의 논의와 헌법재판소 판례는 명료하기는 하나 지나치게 독일 편중적이며, 독일의 그러한 논의가 정착되게 된 배경에 대한 고찰을 생략하고 너무 쉽게 우리의 재산권 규정에 연결시켜버린 문제점이 있다. 그러한 논의를 국내에서 접하면서 뭔가 우리 몸에 안맞는 옷을 걸친 느낌을 받아 왔다. 이 글은 필자 나름대로의 새로운 시도이나 불완전한 부분이 적지 않을 것으로 생각된다. 그러나 헌법의 규정형식이 독일과 한국이 비슷하더라도 그에 관한 해석은 달라야만 할 것이라는 점에는 변함이 없다.

# 美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와違憲審査基準

金顯哲

憲法研究官

- 目次 -

## I. 서론

## II. Equal Protection에 관한 심사기준

1. 위헌심사의 “기준”
2. 합리성심사(rationality review)
3. 엄격심사(strict scrutiny)
4. 중간심사(intermediate scrutiny)

## III. Equal Protection의 구체적 적용영역

1. 人種 : 엄격심사
  - 가. 초기 판례 : “separate but equal” principle
  - 나. Brown 판결
  - 다. Busing 판결
2. 國籍
  - 가. 원칙 : 엄격심사

나. Dougall Exceptions : 합리성심사

다. 연방정부의 규제 : 합리성심사

### 3. 性

가. 중간심사

나. 위헌선언된 사례

다. 합헌선언된 사례

### 4. 부자·빈자의 차별

가. 엄격심사 : 기본적 권익의 영역

나. 합리성심사

### 5. 기타 영역

가. 사생아(nonmarital children) : 중간심사

나. 정신지체장애인 : 합리성심사

다. 연령 : 합리성심사

## IV. 한국헌법재판소의 평등권 심사기준

### 1. 평등원칙의 의의

가. 입법권의 羈束

나. 입법형성권의 한계

### 2. 심사기준

가. 합리성(자의금지) 심사

나. 비례성(과잉금지) 심사

다. 최근의 판례

### 3. 평가 및 문제점

## V. 결 론

## 1. 서론

미국은 노예제도의 전통위에서 세워진 나라이다. 즉, 컬럼버스의 아메리카대륙 발견과 유럽백인의 신대륙 이주 후에 경제를 발전시키는 과정에서 부족한 노동력을 보충하기 위해 아프리카에서 흑인들을 노예로 데려와 일을 시켰고, 흑인노예는 사회적으로 인정된 제도였다. 미국 건국의 아버지 Thomas Jefferson조차 흑인노예를 소유하고 있었음은 잘 알려진 사실이다.

그러므로 미국역사상 평등을 논함에 있어 우리는 주의를 요한다. 비록 건국 초부터 평등의 관념은 미국을 지배하는 중요한 헌법적 이념이었고<sup>1)</sup> 1776년 독립선언서(Declaration of Independence)에서 이미 “우리는, 모든 사람은 평등하게 창조되었으며 창조주에 의해 불가양의 기본권을 부여받았다는 사실, 또 그 중에 생명과 자유와 행복을 추구할 수 있는 권리가 포함되어 있음을 자명한 진리로 간주하는 바이다(We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal,…)”라고 선언함으로써 평등을 건국의 이념으로 삼았던<sup>2)</sup> 것은 사실이나 이때 사람(all men)의 개념에 흑인노예도 포함되었다고는 볼 수 없다.

남북전쟁 전인 1845년 New Jersey 州대법원 판결인 States v. Post 사건에서 주대법원은 시대정신에 법적인 기속력을 부여하는 것은 법원의 임무가 아니며 법원이 자연법적 헌법해석방법을 반드시 채택해야 하는 것은 아니라고 판시하였다.<sup>3)</sup> 연방차원에서 노예문제

---

1) 미국 연방헌법은 자유주의, 민주주의 및 평등주의를 이념적 기반으로 하고 있다. 李相潤, 「英美法」(박영사, 1996. 7), 26면.

2) 安京煥, 평등권, 「기본권의 개념과 범위에 관한 연구(헌법재판연구 제6권)」(헌법재판소, 1995), 38-39면.

3) 당시 New Jersey 州헌법(1844년)은 노예제도를 인정하고 있었다.

를 다룬 최초의 판례인 1857년의 Dred Scott v. Sandford 사건<sup>4)</sup>에서 도 노예를 시민으로 인정하지 않았던 것이다.<sup>5)</sup>

헌법에 평등이라는 단어가 명시적으로 제시된 것은 수정헌법 제14조<sup>6)</sup>부터이다. 동조 제1항은 “... 어떠한 州도 그 관할 안에 있는 사람에게 법에 의한 평등한 보호(equal protection of the laws)를 거부하지 못한다”고 하여 법에 의한 평등보호를 규정하고 있다. 이 조항은 1886년 Yick Wo v. Hopkins 판결<sup>7)</sup>에서 연방대법원의 Matthews 재판관<sup>8)</sup>이 법 아래에서의 평등보호가 아니라 “평등한 법에 의한 보호의 서약”(a pledge of the protection of equal laws)이라고 해석한 이래 평등보호는 평등한 법에 의해 이루어져야 하는 것으로 받아들여졌다.<sup>9)</sup> 그러나, 평등보호이론이 미국헌법해석의 핵심적 도구로 사용되기 시작한 것은 실제적 적법절차 이론이 중언을 고하게 된 1937년 이후였다. 수많은 경제개혁입법을 계약자유의 원칙으로 좌절시켜 온 이른바 Lochner시대<sup>10)</sup>에 평등보호조항은 헌법적 권리를 보호하는 데 있어서 보충적인 위치밖에 차지하지 못하고 있었으나, 이후로는 실제적 적법절차 이론을 대신하여 개인의 기본권을 제약하는

---

4) 19 Howard 393 (1857)

5) 이 판결은 당시에 사회적으로 문제되었던 흑인문제를 해결하기는 커녕 기름을 부은 결과를 가져와 1861년에 발발한 남북전쟁의 한 원인으로 인정되고 있다. 보통 미국 연방대법원의 역사상 최악의 판결 중 하나로 꼽힌다.

6) 1866. 6. 13. 제안되어 1868. 7. 28. 효력이 발생한 수정헌법 제14조 제1항은 크게 4부분으로 구성되어 있다. 흑인의 시민권을 통일적으로 규정한 부분, 특권과 면책조항, 적법절차조항, 평등보호조항이 그것이다.

7) 118 U.S. 356 (1886)

8) 미국의 연방대법원은 사실상 헌법재판소의 역할을 하고 있다. 따라서 연방대법원의 판사(대법관)를 우리 헌법재판소의 경우와 같이 “재판관”으로 칭하기로 한다.

9) 徐柱實, 평등보호를 위한 사법심사기준, 「미국헌법연구(제8호)」(미국헌법학회, 1997), 1-2면.

10) 미국연방대법원의 역사상, 1905년의 Lochner v. New York, 198 U.S. 45 사건에서 빵공장에서 일하는 노동자의 근로시간을 규제한 뉴욕주의 법률에 대하여 계약자유의 침해라고 하여 위헌으로 판정한 이래 1937년의 West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 판결에서 부인 및 소년노동에 관한 워싱턴주의 최저임금법을 합헌판결할 때까지의 시기를 말한다.



법률의 합헌성을 판단하는 해석도구로 사용되게 되었다.<sup>11)</sup> 1954년에 Bolling v. Sharpe 판결<sup>12)</sup>에서 대법원장인 Warren 재판관은 수정헌법 제14조 평등보호조항의 구속력을 수정헌법 제5조의 적법절차조항에 접목시켜 양자를 결합 적용케 함으로써 평등권문제에 대하여 연방행위도 제약이 가능한 원리를 확립하였다.<sup>13)</sup>

이하에서는 미국헌법상 평등보호조항에 대한 연방대법원의 판례의 변천과 연방대법원이 적용해 온 심사기준을 대표적인 영역에 한정하여 살펴보고, 우리나라 헌법재판소의 평등권 심사기준에 대하여 본다.

## II. Equal Protection에 관한 심사기준

### 1. 위헌심사의 “기준”

위헌심사의 “기준”이란 말은 합헌성 문제에 관한 ‘실체적 판단기준’을 지칭하는 의미로 사용되기도 하고(예컨대, 표현의 자유의 문제에 관한 “명백·현존하는 위협의 원칙” 등), ‘절차적·방법론적’인 차원의 것으로 사용되기도 한다. 후자는 헌법판단의 주체(연방대법원이나 헌법재판소)가 “어떻게” 일정한 실체적 기준을 설정하거나 적용하고 있으며 또는 설정하거나 적용하여야 하는가 하는 문제에 관한 것으로<sup>14)</sup>, 본고에서 다루는 평등보호에 있어서의 위헌심

11) “어느 주(State)도 정당한 법적 절차에 의하지 아니하고 국민의 생명·자유·재산을 박탈해서는 아니될”(due process clause) 뿐만 아니라 “누구도 사법절차에서 법에 의한 평등한 보호를 받아야 된다”(equal protection clause)는 내용의 이들 규정은 수정헌법에 의해서 보장된 모든 기본권에 실질적인 의미를 부여해 주는 ‘실체적인 기본권’으로 간주되고 있다. 許營, 「한국헌법론」(박영사, 1999), 251면.

12) 347 U.S. 497

13) 尹厚淨, 평등권, 「미국헌법과 한국헌법」(한국공법학회, 1989), 83면.

14) 梁建, 법률의 위헌심사의 기준, 「법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상(헌법재판연구 제1권)」(헌법재판소, 1989), 79면.

사의 기준 문제도 바로 여기에 해당한다.

미국 연방대법원의 평등보호에 관한 위헌심사기준으로는 보통 합리성 심사(rationality review), 엄격심사(strict scrutiny), 그리고 중간심사(intermediate scrutiny)가 있고, 그밖에 심사기준을 좀더 다양화하려는 시도<sup>15)</sup>가 있다.

## 2. 합리성심사(rationality review)

합리성심사 또는 합리적 근거 심사(rational basis test)란 법률이 추구하려는 적법한 목적(legitimate ends)을 이루는 데 사용된 차별이 합리적인 관련이 있는 것이라면(rationally-related means) 합헌으로 인정된다는 것이 그 주요내용이다.<sup>16)</sup>

연방대법원은 1897년 *Gulf, C. & S.F.R. Co v. Ellis* 사건<sup>17)</sup>에서 차별이 자의적이 아닌 합리적인 근거(reasonable ground)가 있어야 한다는 “합리적 차별”(reasonable classification)이라는 기준을 처음으로 제시하였다. 이 합리적 차별이라는 합리성심사 기준은 1911년의 *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.* 사건<sup>18)</sup>을 거쳐 1920년의 *Royster Guano Co. v. Virginia* 사건<sup>19)</sup>에서 판례상 확립되었다.<sup>20)</sup>

이러한 합리성심사 기준은 의심스러운 또는 이에 준하는 구분영역

---

15) 이에 는 Tussmar · tenBroek의 “차별판단의 기본적 다섯 유형”, Thurgood Marshall 재판관이 *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471 (1970) 판결과 *San Antonio School Distric v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973) 판결의 반대의견에서 주장한 “유동적 접근법”(Sliding Scale Approach) 등이 있는바, 본고에서는 이에 대하여 상론하지 아니한다. 전자에 관하여는 Tussmar · tenBroek, *The Equal Protection of the Laws*, 37 Calif. L. Rev. (1949), 341면이하 및 서주실, 전계논문 27면이하를 참조하고, 후자에 관하여는 위 판결들과 안경환, 전계논문, 50-51면 참조.

16) 안경환, 전계논문, 48면.

17) 165 U.S. 150 (1897)

18) 220 U.S. 61 (1911)

19) 253 U.S. 412 (1920)

20) 서주실, 전계논문, 3면.

(suspect or quasi-suspect classes)이나 기본적(근본적) 권리영역(fundamental rights)<sup>21)</sup>에서의 차별 이외의 모든 영역에서 원칙적으로 적용된다고 한다.<sup>22)</sup> 그리하여 어떤 법률이 입법자의 입법형성권을 존중해야 할 영역 내에 있다면 정부는 최소한의 논증부담만을 부담하게 된다.<sup>23)</sup> 다시 말하면, 이러한 영역을 규율하는 법률에 대하여 법원으로서 는 일반적으로 합헌성을 추정해야 한다고 한다.<sup>24)</sup>

연방대법원이 이 합리성심사 기준마저 지키지 못하였다 하여 위헌판결을 한 예로는 1973년의 *United States Department of Agriculture v. Moreno* 사건,<sup>25)</sup> 1982년의 *Zobel v. Williams* 사건,<sup>26)</sup> 1985년의 *City of Cleburne v. Cleburne Living Center Inc.* 사건,<sup>27)</sup> 그리고 최근 1996년의 *Romer v. Evans* 사건<sup>28)</sup> 등이 있다.<sup>29)</sup>

### 3. 엄격심사(strict scrutiny)

엄격심사기준은 입법목적이 차별을 정당화시키기에 충분한 정도에 그치지 않고 불가피하고(compelling) 우월한(overriding) 목적일 것을 요하며, 그 목적을 이루기 위한 수단은 필수적(necessary)인 것이어

---

21) fundamental rights 또는 fundamental interests라 함은 수정헌법 제14조의 '자유(liberty)'의 중요한 구성요소로서 그 침해에 대하여는 법원에 의하여 엄격한 심사를 받는 영역을 말한다. 연방대법원의 관례에 의하면, 투표권(voting), 州間통행권(interstate travel), 그리고 프라이버시의 여러 측면(예컨대 결혼이나 피임권 등)이 이에 해당한다. Black's Law Dictionary 7ed. (1999), 683면.

22) George Alexander, *Constitutional Law Outline*, Santa Clara University School of Law의 「미국법입문」(Introduction to US Law) 강좌(1999년 여름학기)의 Handout, 1면.

23) Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Aspen Law & Business (1997), 414면.

24) Chemerinsky, 전게서, 415면.

25) 413 U.S. 528 (1973)

26) 457 U.S. 55 (1982)

27) 473 U.S. 432 (1985)

28) 517 U.S. 620 (1996)

29) Chemerinsky, 전게서, 415면.

야 하고 엄밀히 고안되어야(narrowly tailored) 한다는 기준이다.<sup>30)</sup>

이러한 엄격한 심사기준은 차별의 방법만이 아니라 목적까지도 심사하게 되며, 차별하는 방법이 입법목적과의 관련성에 있어서 절대적으로 필수적이어야 한다(absolute necessity)는 것까지는 요구하지 않지만 밀접한 적합성(close fit)이 있어야 하고, 입법목적 자체도 아주 중요한 이익의 증진을 위한 것이라는 것도 정당화해야 하는 고도의 까다로운 심사기준이다.<sup>31)</sup>

이 기준은 인종이나 국적 등 의심스러운 차별영역이나 기본적인 권익 영역<sup>32)</sup>에서의 차별행위에 대하여 적용되었는데, 이러한 영역의 법률일 경우 정부는 무거운 논증부담을 지게 된다.<sup>33)</sup>

#### 4. 중간심사(intermediate scrutiny)

이것은 전통적인 합리성심사 기준보다는 좀더 엄격하나 엄격심사 기준에 의하여 해결하기에는 정도가 약한 영역에 적용되는 중간적 심사기준인데, 중요한(important) 입법목적, 그리고 그 목적과 실질적인 관련이 있는(substantially related) 차별일 것을 요구한다.<sup>34)</sup> 따라서 이 기준은 입법목적 자체의 중요성과 그 목적과 수단(차별)과의 간에 공정하고 실질적인 관련이 있어야 한다는, 즉 목적과 수단의 양자에 초점을 두고 있다는 것이 전통적인 합리성심사 기준과 다

---

30) 안경환, 전계논문, 49면.

31) 서주실, 전계논문, 9면.

32) 예컨대, 인종차별로 보이는 선거구획정은 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위배된다고 판시한 1995년의 *Ruth O. Shaw v. James B. Hunt, Jr., Governor of North Carolina* [<http://laws.findlaw.com/us/000/u20013.html>] 및 *George W. Bush, Governor of Texas et al. v. Vera et al.* [<http://laws.findlaw.com/us/000/94-805.html>] 참조. 文鴻柱, 최근 미연방대법원 기본권판례, 「미국헌법연구(제8호)」(미국헌법학회, 1997), 518-519면.

33) Chemerinsky, 전게서, 414면.

34) 안경환, 전계논문, 50면.

른 특성을 가지고 있다.<sup>35)</sup>

그러므로 어떤 법률이 중요한 정부의 (입법)목적에 실질적으로 관련이 있다면 그 법률은 합헌이 될 것이다. 다시 말하면 정부의 목적은 단지 “정당한” 목적(legitimate goal for government to pursue)에 그쳐서는 안되고 법원이 “중요한”(important) 것으로 인정할 수 있어야 하며, 또한 그 법률(에 의한 차별수단)이 정부의 목적을 달성하는 데 실질적으로 관련이 있음을 (법원이) 믿을 수 있어야 한다.<sup>36)</sup>

### III. Equal Protection의 구체적 적용영역

#### 1. 人種 : 엄격심사

#### 가. 초기 판례 : “separate but equal” principle

남북전쟁의 결과로 탄생한 3개의 수정조항<sup>37)</sup>의 목적이 노예제도를 폐지하고 흑인들에게 미국 시민으로서의 완전한 혜택을 부여하며 선거권을 행사할 수 있도록 하는 것이었음에도 불구하고, 남부의 백인들은 진정한 자유를 흑인에게 허용하지 않았으며 예전처럼 흑인에 대한 차별이 여전히 행해지고 있었다. 연방대법원도 ‘남북전쟁 수정조항’을 해석한 최초의 판례인<sup>38)</sup> 1872년의 Slaughter House Cases 사건<sup>39)</sup>에서 “흑인들을 하나의 계급(신분) 또는 인종에 기해 차별하

---

35) 서주실, 전계논문, 16면.

36) Chemerinsky, 전게서, 415면.

37) 수정헌법 제13·14·15조가 남북전쟁 이후에 연속적으로 규정되었고 이 내용들이 남북전쟁 기간 중에 해방되었던 노예들을 포함한 흑인의 권리를 보장하기 위해서 제정되었으므로 이 3조항을 ‘남북전쟁 수정조항’이라고 부른다.

38) Lockhart/Kamisar/Choper/Shiffrin/Fallon Jr., *Constitutional Law*, 8th edition (1996), 1147면.

39) 83 U.S. 36 (1872). 다음의 3사건이 병합된 판결(5:4)이다. : ① THE BUTCHERS’ BENEVOLENT ASSOCIATION OF NEW ORLEANS v. THE CRESCENT CITY LIVE-STOCK LANDING AND SLAUGHTER-HOUSE COMPANY, ② PAUL ESTEBEN, L. RUCH, J. P. ROUEDE, W. MAYLIE, S. FIRMBERG, B. BEAUBAY, WILLIAM FAGAN, J. D. BRODERICK, N. SEIBEL, M. LANNES, J. GITZINGER, J. P. AYCOCK, D. VERGES, THE LIVE-STOCK DEALERS’ AND BUTCHERS’ ASSOCIATION OF NEW ORLEANS, AND CHARLES CAVAROC v. THE STATE OF LOUISIANA, ex rel. S. BELDEN, ATTORNEY-GENERAL, ③ THE BUTCHERS’ BENEVOLENT ASSOCIATION OF NEW ORLEANS v. THE CRESCENT CITY LIVE-STOCK LANDING AND SLAUGHTER-HOUSE COMPANY. [<http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>]

는 방법으로 의도되지 않은 주의 행위는 수정헌법 제14조에 위반되지 않는다”고 판결하였다.<sup>40)</sup> 이러한 경향은 1882년의 *United States v. Harris* 사건<sup>41)</sup> 및 1883년의 *Civil Rights Cases* 사건<sup>42)</sup>에서도 계

- 
- 40) ‘이중시민권(dual citizenship)’ 사건으로 불리기도 하는 이 사건들은 권리장전의 소국가적 적용이론에 대한 두 번째 KO 편치였다. 첫 번째의 것은 40년 전의 *Barron v. Baltimore*, 7 Peters 243 (1833) 사건이었다. *Barron* 사건에서 연방대법원은 권리장전은 명시적이건 묵시적이건 각 주에 적용될 수 없다고 만장일치로 판결했었는데, *Slaughter House Cases*에서는 *Barron* 사건의 판결을 재확인했을 뿐만 아니라 수정헌법 제14조의 특권과 면책(Privileges or Immunities) 조항은 州的 시민권을 보호하는 것이 아니며, 단지 聯邦의 시민권만을 보호한 것이라고 판결함으로써 그러한 입장을 더욱 확고히 하였다. Henry J. Abraham, *Freedom and the Court : Civil Rights and Liberties in the United States* (1982) 윤후정(譯), 「기본적 인권과 재판」(이화여자대학교출판부, 1992), 59면.
- 41) 106 U.S. 629 (1882) : 이 사건에서 연방대법원은 KKK단 규제법률(Ku Klux Klan Act of 1871)의 한 조항에 대하여 “사적인 개인행위에 적용할 수 없는 것”이라며 위헌이라고 판결하였다. Henry J. Abraham, 전게서, 405면.
- 42) 109 U.S. 3 (1883). 다음의 5사건이 병합된 판결(8:1)이다. : ① UNITED STATES v. STANLEY. [On a Certificate of Division in Opinion between the Judges of the Circuit Court of the United States for the District of Kansas.], ② UNITED STATES v. RYAN. [In Error to the Circuit Court of the United States for the District of California.], ③ UNITED STATES v. NICHOLS. [On a Certificate of Division in Opinion between the Judges of the Circuit Court of the United States for the Western District of Missouri.], ④ UNITED STATES v. SINGLETON. [On a Certificate of Division in Opinion between the Judges of the Circuit Court of the United States for the Southern District of New York.], ⑤ ROBINSON and wife v. MEMPHIS & CHARLESTON R. CO. [In Error to the Circuit Court of the United States for the Western District of Tennessee.]
- [<http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>] ; 연방의회가 흑인을 지원하려는 노력의 일환으로 특히 호텔, 공공 운송기관, 혹은 극장의 소유주나 경영자는 누구를 막론하고 인종 또는 피부색을 이유로 그러한 시설을 충분히 이용할 수 없게 하는 것을 연방차원의 범죄로서 규정한 민권법(Civil Rights Act of 1875)을 통과시켰으나, 많은 흑인들은 여전히 이러한 시설의 이용을 거부당하였으며 따라서 일련의 5개의 소송이 제기되었다. 이 사건에서 연방대법원은 “수정헌법 제14조는 州的 행위에만 적용되고 사적인 개인의 차별행위를 금지하는 권한을 의회에 부여한 것이 아니”라며 동법을 위헌이라고 판결하였다. Henry J. Abraham, 전게서, 405면.

속되었다.<sup>43)</sup>

그런 가운데 기차 내에서 흑인과 백인을 분리하여 앉도록 한 주법을 “분리하되 평등한(separate but equal)”의 논리로 인정해 준 1896년의 Plessy v. Ferguson 판결<sup>44)</sup>이 내려졌다.<sup>45)</sup> 이것은 기존에 행해져 오던 흑백인 분리시설(학교를 포함)에 대해 헌법적 근거를 제공해 준 것이나 마찬가지였다.<sup>46)</sup>

## 나. Brown 판결

이러한 원칙은 1954년에 가서야 폐기되었다. 그 유명한 1954년의 Brown v. Board of Education 판결<sup>47)</sup>은 Harlan 재판관이 위 Plessy 판결의 반대의견에서 밝힌 “우리(미국) 헌법은 색맹(color - blind)”이라는 견해에 따라 분리된 교육시설 그 자체가 불평등한 것이라고 선언했다. 전원일치의 법정의견을 대표하여 Warren 재판관은 현대사회에 있어서 교육의 중요성을 강조한 후 “단지 인종을 이유로 공립학교에서 아동을 분리하는 것은 설령 물리적 시설 기타 유형적 제요소가 평등하다고 하더라도 무형적 요소도 매우 중요하므로 소수집단의 아동에 대하여 평등한 교육상의 기회를 박탈하는 것이 된다.

---

43) 이 사건에서 John Harlan 재판관의 반대의견은 매우 유명하다. 그는 다수의견이 수정 헌법의 정신과 실제적 의미를 무시하고 좁게 기교적 차구해석에 주력하고 있다고 지적한 후, 연방의회는 동조 제5항에 의하여 동조에 관계되는 적극적, 소극적 모든 권리의 보장을 구체화하기 위하여 필요적절한 입법을 할 수 있다고 갈파하였다. 윤후정, 전계논문, 89면.

44) 163 U.S. 537 (1896) : 열차의 시설이 동일하면 백인 칸과 유색인 칸이 분리되어 있어도 위헌이 아니라는 판결이다.

45) 결국 Civil Rights Cases 판결(1883)은 주행위(state action)와 사적 행위(private action, non-state action) 관념을 성립시켜 私分野에서의 인종차별을 묵인하였고, Plessy 판결(1896)은 “분리하되 평등한” 원칙을 성립시켜 공적 영역에서의 격리정책을 용인함으로써 수정헌법 제14조의 평등보호를 공허하게 만들었다. 윤후정, 전계논문, 90-91면.

46) 안경환, 전계논문, 64면.

47) 347 U.S. 483 (1954)

… 따라서 Plessy 판결에서 확립된 ‘separate but equal’의 원칙은 적용의 여지가 없는 것이다. … 분리된 교육시설은 본질적으로 불평등한 것이다.” 라고 하였다.<sup>48)</sup>

Brown 판결을 통하여 인종간의 평등이 헌법적으로 확인되었지만 사실상의 인종차별은 계속 남아 있었다. Brown 판결이 선언한 법리를 구체적으로 실현하기 위하여 1955년 이행판결(Brown II, The Implementation Decision)<sup>49)</sup>이 뒤따랐지만 오히려 더 심한 반항을 불러 일으켰다. 하지만 연방대법원의 입장 또한 Brown 판결의 이행에 대해 단호했다. 일반국민의 극심한 반감을 우려하여 Brown 판결의 이행을 연기해 달라고 요구한 1958년의 Cooper v. Aaron 사건<sup>50)</sup>에서 연방대법원은 “헌법상 보장된 권리가 정부의 조치 뒤에 따를지도 모르는 폭력과 무질서의 위협 때문에 양보될 수는 없다”고 하면서 만장일치로 연기요구를 거부했다.<sup>51)</sup>

그 후에도 인종분리학제 철폐를 회피하기 위하여 백인학생을 재정보조 형식으로 사립학교에 재학케 하고 공립학교를 폐쇄한 사례를 다룬 1964년의 Griffin v. County School Board of Prince Edward County 사건,<sup>52)</sup> 자유선택 방식으로 분리폐지의 효과를 기피하려고 한 사례를 다룬 1968년의 Green v. County School Board 사건<sup>53)</sup> 등을 통하여 연방대법원은, 통합된 공립학교 교육이 종국적 목표이며 이 경우 선택적 자유제도는 허용될 수 없다고 판시함으로써 zoning을 기반으로 근린학교원칙을 고안해 낼 수 있는 모든 방법의 도피책

---

48) 윤후정, 전계논문, 93면.

49) Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1955). 그 요지는 각급위원회는 인종분리학제를 폐지할 의무가 있으며, 가급적 신속히(with all deliberate speed) 시행하여야 한다는 것이었다.

50) 358 U.S. 1 (1958) : 흑인학생을 백인 고등학교에 입학시키라는 연방지방법원 판결의 집행을 저지하기 위하여 주지사가 주방위군까지 파견한 사건이다.

51) 안경환, 전계논문, 66면.

52) 377 U.S. 218 (1964)

53) 391 U.S. 430 (1968)



을 판결로써 물리쳤다.<sup>54)</sup>

## 다. Busing 판결

이러한 조치에도 불구하고 도시에서는 흑·백인 주거지역의 특이성 때문에 단순한 지역적 학군제로서는 불충분하므로 학생들을 상호 교류시킬 수 있는 학교버스 통학제가 제기되었다. 이 문제의 해결을 위한 정점이 된 사건이 1971년의 *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* 판결<sup>55)</sup>이다. 전원일치의 법정의견을 대표하여 대법원장인 Burger 재판관은 “교육당국이 *Brown* 판결이 명하는 적극적 의무를 실행하지 못하면 사법적 명령<sup>56)</sup>이 발동될 것”이라고 선언한 다음, “탄력성을 요하기는 하나 백·흑 학생의 인종구성비(이 경우 79:21)의 타당성을 승인하며 dual school system을 폐지하는 방법으로서 Bus 통학제는 헌법에 합치한다”고 판시하였다. 이것이 유명한 ‘Busing’ 판결이며, 이 *Swann* 판결은 흑백학생 통합사에 기록될 만한 사례라고 한다.<sup>57)</sup>

이후로 연방대법원은 일관되게 인종을 기준으로 한 차별 그 자체가 합헌성을 의심받는(suspect) 사유로 보았으므로 이것이 정당화하려면 정부측에서 불가피한 이익(compelling interest)이 있는 목적을 달성하기 위해 필수적인(necessary) 수단임을 증명해야 했다.

다만, 1995년의 *Missouri v. Kalima Jenkins* 판결<sup>58)</sup>에서는 인종분

---

54) 윤후정, 전계논문, 94-95면.

55) 402 U.S. 1 (1971)

56) 이와 같이 미국의 법원이 적극적 執行命令 판결을 할 수 있는 것은 법원이 가지고 있는 衡平法상의 권한을 행사할 수 있기 때문이다.

57) Fiss, *The Charlotte-Mecklenburg Case: Its Significance for Northern School Desegregating*, 38 U. Chi. L. Rev. (1971), 691면이하.; Powe, *The Road to Swann: Mobile County Crawls to the Bus*, 51 Tex. L. Rev. (1973) 505면이하.; 윤후정, 전계논문, 95면.

58) <http://laws.findlaw.com/us/000/u10251.html>

리교육을 시정하기 위하여 흑인이 다수인 교육구에 대하여 보충수업을 하고 성적향상을 위하여 그 지구의 교육관계자의 봉급을 인상하고 이런 교육을 위하여 필요한 예산수립을 법원이 명하는 것은 인종차별 분리교육 금지를 명하는 것으로는 법원의 권한을 유월하는 것이라고 하였다.<sup>59)</sup>

## 2. 國 籍

### 가. 원칙 : 엄격심사

국적에 기한 차별을 다룬 판결들은 차별이라는 점보다는 주로 “聯邦과 州간의 권한분배”의 관점에서 언급되고 있다. 즉, 연방정부는 미국시민의 특권(certain privileges)에 관하여 주정부보다 우선하여 규율할 수 있다는 논거이다(Alienage area is preempted by federal government).<sup>60)</sup>

Burger 법원(1969~1986)은 1971년의 *Graham v. Richardson* 판결<sup>61)</sup>에서 외국인에 대한 차별에 엄격심사 기준을 적용하였는데, ‘분리되고 고립된’ 집단이므로 인종과 같이 의심스러운(suspect) 차별이라고 판단했다. 이러한 입장은 변호사 자격의 면에서 외국인을 제한한 Connecticut주의 법률(1973년 *In Re Griffiths*),<sup>62)</sup> 공무원공채대상(competetive classified civil service)을 미국시민으로만 제한한 New York 州법률을 위헌선언한 판결(1973년 *Sugarman v. Dougall*)<sup>63)</sup>에서 그대로 적용되었다.

---

59) 文鴻柱, 최근 미연방대법원 기본권판례, 「미국헌법연구(제7호)」(미국헌법학회, 1996), 371면.

60) George Alexander, 전계 Handout, 7면.

61) 403 U.S. 365 (1971)

62) 413 U.S. 717 (1973).

63) 413 U.S. 634 (1973).

## 나. Dougall Exceptions : 합리성심사

위 Sugarman v. Dougall 판결에서 연방대법원은 하나의 예외를 탄생시켰다. 소위 ‘Dougall 예외’라고 불리는 이 규칙은 州는 “공공에 관련되는 정책을 형성·실행·검토하며, 대의민주주의의 핵심과 직접적으로 관련되는 정치적 기능을 행사하는, 비선거직의 입법·행정·사법의 요직”에 대해서는 외국인을 차별할 수 있다는 내용으로서 정치적 영역에서의 외국인 차별을 예외적으로 허용하는 결과를 낳았다. 이 ‘Dougall 예외’를 적용하여 연방대법원은 州의 기동경찰(state troopers)을 고용하는 경우(1978년 *Foley v. Connelie*),<sup>64</sup> 초·중등학교 교사를 채용하는 경우(1979년 *Ambach v. Norwick*),<sup>65</sup> 보호관찰관(probation officers)을 다룬 1982년의 *Cabell v. Chavez-Salido* 사건<sup>66</sup>에서 외국인을 차별한 주법을 지지하였다. 그러나 이 원칙에도 한계는 있었다. ‘정책형성의 책임’이나 ‘시민들에게 중요한 영향을 미치는 공공정책을 행사하는 데 있어서 광범위한 재량’을 갖는 직책이 아니라면 이 예외에 해당하지 않는다고 후속판결(1984년 *Bernal v. Painter*)<sup>67</sup>에서 밝혔기 때문이다.<sup>68</sup>

## 다. 연방정부의 규제 : 합리성심사

국적에 관하여 州가 가하는 규제가 아니라 연방의회나 이민(국적)에 관한 권한을 가지는 연방정부가 가하는 규제(차별)를 다루는 경

---

64) 435 U.S. 291 (1978).

65) 441 U.S. 68 (1979) : 초·중등학교 교사는 학생의 정치적·사회적 책임감 형성에 중요한 역할을 담당하므로 공적 기능에 해당한다는 논리로, 시민권을 신청할 자격은 있으나 귀화하기를 거절한(eligible for citizenship but refused to seek naturalization) 외국인을 차별한 사건이었다.

66) 454 U.S. 432 (1982)

67) 467 U.S. 216 (1984). 여기서는 공증인(notaries public) 직책이 문제되었다.

68) 안경환, 전계논문, 116-117면.

우에는 위와 같은 근거에 의하여 합리성심사를 한다.<sup>69)</sup>

연방공무원 공개경쟁시험에 미국거주 외국인을 배제한 공무원인사위원회(Civil Service Commission, CSC)의 규칙을 다룬 1976년의 Hampton v. Mow Sun Wong 사건<sup>70)</sup>에서 연방대법원은, 연방정부가 州보다 더 넓은 재량을 갖고 있는 점을 인정하였으나(합리성심사) 그럼에도 불구하고 위 규칙은 위헌판결을 받았다.<sup>71)</sup> 이 판결에서는 적법절차 위반의 점도 논증되었다(Used due process argument). 즉 연방공무원 자격에 관한 권한은 CSC가 아니라 연방의회나 대통령이 갖는다는 것이다.<sup>72)</sup>

### 3. 性

#### 가. 중간심사

어느 나라에서나 마찬가지로 미국도 한동안은 여성에 대한 보호주의적 사고가 지배하고 있었다. 그리하여 수정헌법 제14조가 제정된 후에도 연방대법원은 여성평등 문제에 대하여 평등보호조항을 적용하지 아니하고 同條 내에 있는 특권과 면제 조항을 적용하였다. 예컨대, 여성에 대한 차별이 헌법적으로 문제된 최초의 사건인 1873년의 Bradwell v. Illinois 판결<sup>73)</sup>에서 연방대법원은 변호사의 자격을 여성에게는 부여하지 않았던 Illinois 州의 법률이 위헌이라는 원고의 주장을 배척하면서, “여성의 가장 중요한 사명이자 운명은 아내와 어머니라는 숭고하고도 아름다운 역할을 충실히 수행하는 것”이라고 판시한 바 있고,<sup>74)</sup> 남자의 경우는 특별한 경우를 제외하고는 배심원

---

69) George Alexander, 전계 Handout, 9면.

70) 426 U.S. 88 (1976)

71) G. Gunther/K. Sullivan, *Constitutional Law*, 13th ed. (1997), 724면.

72) George Alexander, 전계 Handout, 9·10면.

73) 83 U.S. 130 (1873)

74) 그후 1875년의 Minor v. Happersett, 88 U.S. 162 사건도 같은 맥락의 판결이다. 윌후정, 전계논문, 109면.

의 자격이 있는 것이 원칙이나 여자의 경우는 원칙적으로 자격이 없는 것으로 규정한 Florida 州法이 문제된 1961년의 Hoyt v. Florida 판결<sup>75)</sup>에서도 이러한 차별은 평등보호위반이 아니라고 판시하면서 명시적으로 “...여성은 아직도 가정 및 가족의 중심역할을 담당한다”라고 하였다.<sup>76)</sup>

경제적 입법의 경우와 동일한 심사기준의 적용을 받았던 남녀차별이 보다 엄격한 심사를 받기 시작한 것은 1971년의 Reed v. Reed 판결<sup>77)</sup>에서부터였다. 이 판결에서 연방대법원은 유언집행인으로 선임되기 위해 배우자와 친족이 동시에 신청하는 경우 동순위에 있는 신청인이 결합할 경우에는 남자가 여자보다 우선한다는 내용의 Idaho州 법률에 대해서, 목적은 적법하나 수단이 자의적(arbitrary) 이라고 하여 위헌선언을 하였다.<sup>78)</sup>

1975년의 Taylor v. Louisiana 판결<sup>79)</sup> 및 Weinberger v. Wiesenfeld 판결,<sup>80)</sup> 그리고 Stanton v. Stanton 판결<sup>81)</sup>에 이르기까지 명시적인 선언없이 실질적인 내용상으로는 고도화된 심사기준을 적용해 오던 연방대법원은 1976년의 Craig v. Boren 판결<sup>82)</sup>에서 마

---

75) 368 U.S. 57 (1961)

76) 안경환, 전계논문, 82면.

77) 404 U.S. 71 (1971)

78) 안경환, 전계논문, 83면.

79) 419 U.S. 522 (1975) : 배심원 구성에서의 남녀차별을 인정한 Hoyt 판결을 뒤집은 판결. 서면으로 된 신청서로 배심원이 되려는 생각을 명백히 한 사람이 아니면 여성은 배심원이 될 수 없도록 제외시킨 루이지애나 주법률과 주헌법 조항에 대하여 수정헌법 제14조의 평등보호 위반으로 위헌판결을 내림. Henry J. Abraham, 전게서, 502면.

80) 420 U.S. 636 (1975) : 남편이나 아버지가 사망한 경우의 유산은 亡婦 혹은 亡母와 자녀들에게 지급하는 데 반해 아내나 어머니가 사망한 경우에는 자녀들에게만 지급하도록 한 법률은 평등보호조항 위반이라고 판결.

81) 421 U.S. 7 (1975) : 부양료를 지급하지 않아도 되는 성년의 나이가 남자의 경우는 21세인데 반해 여자의 경우는 18세밖에 되지 않게 한 법률은 평등보호조항 위반이라고 판결.

82) 429 U.S. 190 (1976)

침내 성차별에 적용될 새로운 심사기준으로 이른바 “중간심사기준”을 정립하게 되었다. 18세에서 20세까지의 남성이 동일 연령의 여성보다 음주운전과 사고의 위험성이 많다는 통계적 자료를 근거로 알콜농도 3.2%의 맥주를 남자는 21세 이상, 여자는 18세 이상에게만 판매할 수 있도록 한 Idaho 州法을 위헌으로 판정한 이 판결에서 다수의견을 대표한 Brennan 재판관은 “성차별의 경우 입법목적은 중요한(important)것이어야 하고 이를 달성하기 위한 수단은 이러한 목적과 실질적인 관련(substantially related)이 있어야 한다”<sup>83)</sup>고 하는 중간심사 기준을 적용했다. Craig 판결에서 선언된 이러한 중간심사기준은 그 이후 성차별을 판단하는 원칙적인 기준으로 여러 판례를 통하여 적용되어 왔다.

## 나. 위헌선언된 사례

Craig판결이 정립한 중간심사기준은 후속판결들의 기본적인 지침이 되었다. 이혼위자료와 관련해 내려진 1979년의 Orr v. Orr 판결<sup>84)</sup>에서 연방대법원은 중간심사기준을 적용하여 남편이 아내에게만 위자료를 지급할 수 있고 아내가 남편에게는 줄 수 없도록 규정한 Alabama 주법을 위헌이라고 선언하였다. 또 같은 해에 내려진 가족에 관한 복지수혜금의 차별적 지급 문제를 심사한 1979년의 California v. Westcott 판결<sup>85)</sup>에도 역시 중간심사기준을 사용했으며, 남자 노동자가 사망한 경우에는 미망인에게 자동적으로 산재보상연금을 지급하나 여자 노동자가 사망했을 경우에는 남편이 아내의 부양을 받고 있다는 사실을 입증해야만 지급할 수 있도록 규정한

83) 이 법이 선택한 수단은 ‘교통사고 예방’이라는 목적과 실질적인 관련이 없다는 것이다.

84) 440 U.S. 268 (1979)

85) 443 U.S. 76 (1979) : 위헌으로 판정된 문제의 법률은 부모의 재정적 지원을 받지 못하는 자녀에게 지급하는 연금혜택을父가 실직한 경우에만 지급하도록 하였고 母가 실직한 것을 이유로는 지급할 수 없도록 규정하고 있었다.

Missouri州의 산재보상법을 위헌선언한 1980년의 *Wengler v. Druggists Mutual Insurance Co.* 판결<sup>86)</sup>에서, 그리고 가장인 남편이 부부공동소유인 재산을 아내의 동의없이 일방적으로 처분할 수 있도록 한 Louisiana 州法을 위헌선언한 1981년의 *Kirchberg v. Feenstra* 판결<sup>87)</sup>에서도 중간심사기준을 적용하였다.<sup>88)</sup>

1982년 *Mississippi University for Women v. Hogan* 판결(5:4)<sup>89)</sup>에서 미시시피의 4년제 대학 간호학과에 단지 남자이기 때문에 입학이 거절된 Hogan이 제기한 평등보호위반 주장에 대해 연방대법원은, “적법하고 중요한 주의 입법목적을 확인했다면 다음으로 목적과 수단 간에 직접적이고 실질적인 관련이 존재하는지를 판단해야 한다”고 하여 중간심사기준을 적용함을 명시하고 “여자에게만 입학할 수 있는 州의 정책은 과거에 여자에게 행해졌던 차별을 보상하기 위한 것이라기보다는 오히려 간호사는 여자의 배타적인 직업이라는 성적 고정관념을 영구화할 뿐”이라는 이유로 이 정책에 대하여 위헌판결을 하였다.<sup>90)</sup>

1996년 *U.S. v. Virginia* 판결(6:3)<sup>91)</sup>에서 연방대법원은 버지니아 군사학교(Virginia Military Institute, VMI)가 남성에게만 입학시키는 정책을 취하고 있는 것은 헌법의 평등보호조항에 위배되는 것이라는 버지니아 주법원의 판결을 지지하였다. 즉, 버지니아주가 군사훈련과 시민 리더십 개발을 위해 제공하는 VMI의 특별한 교육기회

---

86) 446 U.S. 142 (1980)

87) 450 U.S. 455 (1981)

88) 안경환, 전계논문, 87면.

89) 458 U.S. 718 (1982)

90) Powell, Rehnquist 재판관은 반대의견에서 “이 사건은 성차별 관련사건이라고 하기 힘들 정도로 지극히 개인적인 소송이다. ... 남녀학생 간의 분리는 여성에게 전통적으로 존중되어 왔던 교육환경을 제공해 주려는 州의 정책에 기한 구분일 뿐, 차별은 아니다. ... 다수의견은 중간심사기준을 적용함으로써 평등보호조항의 자유정신을 왜곡시켰고 여학생들부터 자신이 선호하는 교육을 받을 수 있는 기회를 박탈했다.”고 주장했다. 안경환, 전계논문, 88면.

91) <http://laws.findlaw.com/us/000/u20026.html>

로부터 여성을 배제한 것은 VMI 사관후보생으로서 요구되는 개인적 활동을 모두 감당할 수 있는 여성에게는 첫째, VMI의 남성만 입학시키는 정책이 다양성 있는 정책을 촉진하는 것이라는 설득력 있는 증거가 없다는 점, 둘째, VMI가 제공하는 이익을 여성들은 이용할 수 없다거나 변경해야 한다는 버지니아주의 주장(사립여자대학교에서 분리된 여자사관학교의 설립案)은 평등보호 목적을 위해 필요한 매우 설득력 있는 정당성이 되지 못한다고 하였다.<sup>92)</sup>

#### 다. 합헌선언된 사례

그러나 중간심사기준의 외형으로 엄격한 심사의 적용만을 고집한 것은 아니었다. 1981년에 내려진 두 판결은 중간심사기준을 적용하고서도 합리적인 차별로 인정되는 경우가 있음을 보여 주었다.

캘리포니아주 의제강간법은 ‘남자가 자신의 배우자 아닌 18세 이하의 여자와 간음한 경우’를 처벌하고 있는데 이 경우 남자와 같이 간음한 18세 이하의 미성년 여자는 처벌하고 있지 않았으므로 이것이性に 기한 차별이 아닌가 하는 것이 문제된 Michael M. v. Superior Court 판결<sup>93)</sup>에서 연방대법원은 “10대 여성의 임신이라는, 간음으로 인한 가지적이고 유해한 결과는 여성에게만 초래되는 부담”이라는 이유로 10대의 혼외임신(illegitimate pregnancy)을 규제하려는 정부의 입법목적과 남녀의 차별취급 사이에 실질적인 관련성을 인정하였다.<sup>94)</sup>

또한 남성만의 병역등록제도와 관련된 Rostker v. Goldberg 판

92) 문홍주, 최근 미연방대법원 기본권판례, 「미국헌법연구(제8호)」(미국헌법학회, 1997), 519-521면.

93) 450 U.S. 464 (1981)

94) 이에 Brennan, White, Marshall 재판관이 반대했다. 10대 여자가 남자보다 더 보호받아야 된다는 필요성은 분명치 않으며 오히려 이 법률은 성적 고정관념에 기초한 것으로 보아야 한다는 이유에서였다. 안경환, 전계논문, 87면.



결95)에서 연방대법원은, 우선 병역제도에 관해서는 입법부의 의견을 존중해야 한다는 입장을 전제한 후, 더 나아가 중간심사기준을 적용하더라도 위헌이 아니라고 판결하였다. 즉 “남자만이 전투에 참가할 수 있음을 고려한다면 전투병력을 구성하기 위한 등록 역시 이러한 취지에 맞춰서 남성에게만 허용되어야 함이 타당하고 여성이 필요한 경우에는 지원군을 모집하면 될 것이라고 입법부가 알아서 고려했을 것”이라고 하면서 “전투와 관련하여서는 여자와 남자가 유사한 상황에 있지 않다”고 판시하여 차별적인 징병등록제도를 합헌으로 보았다.<sup>96)</sup>

요컨대 중요한 정부의 목적에 실질적인 관련있는 수단을 요하는 중간심사기준은, 비록 일관되지는 않았지만<sup>97)</sup> 연방대법원이 성차별과 관련한 판결을 다루는 원칙적 기준으로 자리잡고 있다.

#### 4. 부자·빈자의 차별

미국헌법은 우리 헌법에서와 같이 생존권조항이 없기 때문에 경제적 불평등 분야의 해석에 있어 사회적 기본권이라든가 빈곤자의 사회적 수요라는 개념에 의한 해석보다는 “실체적 평등보호의 사법이론”(judicial doctrine of substantive equal protection)이라는 광의의 평등권론을 기반으로 이 과제를 취급하는 경향이 있다.<sup>98)</sup>

95) 453 U.S. 57 (1981)

96) 이 판결에서도 역시 Brennan, White, Marshall이 반대했다. 안경환, 전게논문, 88면. 참고로 이 판결 후에 여성도 전투에 참가하게 되었다. George Alexander, 전게 Handout, 6면.

97) 그래서 Rotunda, Nowak은 중간심사기준이 합헌추정을 주로 하는 합리성심사 기준과, 일단은 합헌성을 의심하고 보는 엄격심사 기준 사이에서 ‘개별적 심사의 원칙(ad hoc)’이 되어 버린 감이 있다고 지적했다. Rotunda & Nowak, *Treatise on Constitutional Law* (1992), Vol 3. 286-287면.

98) Arther Winter, *The Changing Parameters of Substantive Equal Protection: From the Warren to the Burger Era*, 23 Emory L. Jour. (1974), 657면이하.; 윤후정, 전게 논문, 114면.

## 가. 엄격심사 : 기본적 권익의 영역

Warren 법원(1953~1969) 시절인 1956년의 Griffin v. Illinois 사건<sup>99)</sup>은 무장강도를 이유로 州법원에서 유죄선고를 받은 피고인들이 빈곤하여 상소에 필요한 소송기록등본 신청의 수수료를 지불하지 못함으로써 상소심의 기회가 부정된 사례에 대한 것이었다. 법정의견을 대표한 Black 재판관은, 주법원의 판결은 수정헌법 제14조의 적법절차조항과 평등보호조항에 위반된다고 하면서, “특정인이 받는 심리의 종류가 그 사람이 가지고 있는 금액에 따라 좌우되는 곳에서는 평등한 정의는 존재할 수 없다. 빈곤자에게 적절한 심리의 제공이 부인된다면 그들의 생명·자유·재산은 상실될 우려가 있으며, 공평한 재판·상소심이 빈곤을 이유로 부인된다면 피고인들의 기본적 이해관계(fundamental interest)는 부유한 자와 사실상의 차별행위가 성립된다.”고 판시하여 그 요금을 면제하도록 하였다.<sup>100)</sup>

한편, 주 선거에 적용되었던 Virginia州 인두세(poll tax)의 합헌성에 관한 1966년의 Harper v. Virginia Bd. of Elections 판결<sup>101)</sup>에서 연방대법원은, “부나 재산에 기한 구분은, 인종에 의한 것과 같이, 전통적으로 불리하게 그어져 왔다”고 하여 富를 인종과 마찬가지로 의심스러운(suspect) 차별로 봄으로써 富에 기한 차별에 대하여 엄격한 심사를 했다.

현행의 Renquist 법원(1986~)도 소송서류비용의 선납을 요구하고 있는 미시시피州法을 다룬 1996년의 M.L.B. v. S.L.J. 사건<sup>102)</sup>에서 자신의 친권을 종결시킨 민사판결에 대한 생모의 항소권에 대하여

---

99) 351 U.S. 12 (1956)

100) 그밖에 1963년의 Douglas v. California, 372 U.S. 353 판결에서는 빈곤자에 대한 무상 등본제공의무에서 일보 전진하여 사실심에서 유죄판결을 받은 빈곤자의 상소심에 있어 州에게 변호사 제공의무를 부과하였다. 윌후정, 전제논문, 115면.

101) 383 U.S. 663 (1966).

102) 519 U.S. 102 (1996)

소송서류준비비용(record preparation fees)을 선납하도록 조건을 부과한 미미시피주 법률은 수정헌법 제14조의 적법절차와 평등보호조항에 위배된다며 위헌선언을 하였다.<sup>103)</sup>

## 나. 합리성심사

Burger 법원(1969~1986) 시절인 1971년의 James v. Valtierra 판결<sup>104)</sup>에서 “저임대료 주택공급정책(low rent housing project)을 실현하기 위해서는 미리 지역주민들에게 찬반투표를 붙여야 한다는 California州헌법은 인종과 관련된 차별이 아니고 민주주의의 실천의지를 나타낸 것이므로” 합리적인 근거가 있는 차별이라고 함으로써 엄격심사가 거부당했다.<sup>105)</sup>

## 5. 기타 영역

### 가. 사생아(nonmarital children) : 중간심사

嫡庶차별 분야만큼 연방대법원이 어느 정도의 사법심사를 할 것인지, 그리고 그 근거는 무엇인지에 관해 유동적이었던 분야는 없었다.<sup>106)</sup> 연방대법원은 嫡庶의 문제를 의심스러운 구별영역(suspect class)으로 분류한 적은 결코 없으나 사생아를 차별하는 법률을 위헌선언하기 위하여 강화된 심사기준(중간심사)을 사용하였다.<sup>107)</sup>

---

103) 文鴻柱, 최근 미연방대법원 기본권판례, 「미국헌법연구(제9호)」(미국헌법학회, 1998), 222면.

104) 402 U.S. 137 (1971) : 한 지역사회의 대다수의 투표자들이 빈민을 위한 저렴한 가격의 주택 건설을 막는 것을 허용하는 캘리포니아州 국민투표법의 합헌성 여부가 쟁점이 된 사건(당시 많은 주가 이와 유사한 법을 가지고 있었다). Henry J. Abraham, 전게서, 478면.

105) 안경환, 전게논문, 121면.

106) Gerald Gunther, *Individual Rights in Constitutional Law* (1992), 359면.

107) George Alexander, 전게 Handout, 10면.

예컨대, Warren 법원(1953~1969) 말기인 1968년의 *Levy v. Louisiana* 사건<sup>108)</sup>에서 인지받지 못한 婚外子(nonmarital children)는 어머니의 부당한 죽음에 대해 다룰 수 없다고 한 법률을 평등보호위반이라고 함으로써 엄격한 심사를 했으나, 1971년의 *Labine v. Vincent* 판결<sup>109)</sup>에서는 유언없이 죽은 경우에 인지한 婚外子를 부모의 친척보다 상속의 후순위로 한 법률을 지지함으로써 의회에 대한 사법자제의 태도를 보였다. 한편, 1972년의 *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.* 판결<sup>110)</sup>에서 혼외자에게 산재보상청구의 주체성을 인정했는가 하면 1976년의 *Mathews v. Lucas* 판결<sup>111)</sup>에서는 혼외자에게 불리한 사회보장법을 지지함으로써 후퇴하는 경향을 보였다. 판결에 확실히 나타난 것이라고는 *Mathews* 판결에서 법원이 명시적으로 엄격심사를 거부했다는 것뿐이었다.<sup>112)</sup>

1980년대에 들어와서는 조금 강화된 심사기준(rationality review with bite)<sup>113)</sup>을 도입하기 시작하였다. 1982년 *Mills v. Habluetzel* 사건<sup>114)</sup>에서 연방대법원은 生父를 상대로 한 친자확인소송은 아기(비적출자)가 태어난 지 1년 이내에 제기하도록 규정한 Texas 州法<sup>115)</sup>을 위헌 선언하였고, 같은 경우에 비적출자가 태어난 지 2년 이내에 친자확인소송을 제기하도록 규정한 Tennessee 州法을 다룬 1983년의 *Pickett v. Brown* 사건<sup>116)</sup>에서도 동법을 위헌선언하였다.<sup>117)</sup>

---

108) 391 U.S. 68 (1968).

109) 401 U.S. 532 (1971)

110) 406 U.S. 164 (1972)

111) 427 U.S. 495 (1976)

112) 문제의 사회보장법에 의하면 부양해 주어야 할 만한 아이들만 이 사회보장의 혜택을 받을 수 있었는데, 適子의 경우는 부양의 대상이라는 것이 법률상의 추정을 받았고 庶子의 경우는 입증책임은 지게 하였다. 안경환, 전계논문, 119면.

113) George Alexander, 전계 Handout, 11면.

114) 456 U.S. 91 (1982)

115) 동법은 適子의 경우에는 소송제기의 기한이 없었다.

116) 462 U.S. 1 (1983)

117) G. Gunther/K. Sullivan, 전계서, 729-730면.

유동적 입장을 보여왔던 연방대법원은 1988년에 이르러서야 드디어 적서차별에 대한 평등보호 판단기준으로 중간심사기준을 적용함을 명확히 하였다. Clark v. Jeter 판결<sup>118)</sup>에서 연방대법원은 부양청구를 하기 위해 제기하는 부자관계 확인소송은 아기가 태어난 지 6년 이내에 제기해야 한다는 Pennsylvania 州의 법률을 위헌이라고 선언하면서, 적서에 의한 차별은 “중요한(important) 목적을 달성하기 위한 실질적인 관련있는 (substantially related) 차별이어야 한다”고 하였다.<sup>119)</sup>

#### 나. 정신지체장애인 : 합리성심사

장애인의 경우 역시 합리적 근거 심사기준을 적용하는 선에 그치고 있다.

어떤 정신병(mental illness) 수용시설의 수용자들을 ‘comfort payments’의 수혜대상에서 제외한 연방복지프로그램(federal welfare program)의 규정을 합헌으로 판단한 1981년의 Schweiker v. Wilson 사건<sup>120)</sup>에서 연방대법원은 5:4의 판결로 강화된 심사기준을 거부하고,<sup>121)</sup> “만일 어떤 규정이 본질적으로 불공평하거나(inherently invidious) 법원이 민주주의적인 과정에 대하여 간섭할 권한을 갖는 ‘근본적인 권익’을 침해하는 것이 아닌 한, 우리 연방대법원은 대중(the public)이 사회적 또는 경제적인 영역에서 선택가능한 대안 중에서 민주적인 절차를 통하여 결정하게 되는 합당한 대표기구(의회)에 대하여는 오직 제한적인 심사권만 가진다”고 판시하였다.<sup>122)</sup>

精神遲滯兒들에 대한 시설입대를 거절한 것이 문제된 1985년의

---

118) 486 U.S. 456 (1988)

119) 안경환, 전계논문, 119면.

120) 450 U.S. 221 (1981)

121) G. Gunther/K. Sullivan, 전계서, 728면.

122) Chemerinsky, 전계서, 535면.

Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc. 판결<sup>123</sup>)에서 연방대법원은 상세한 이유를 들어 좀더 강도 높은 심사기준(중간심사)의 적용을 거부했다. “첫째, 정신지체(mental retardation)의 취급은 전문적인 입법부가 해야지 사법부가 나서서 하는 것은 바람직하지 않다. 둘째, 적당한 처우, 시설 및 주거환경 제공 등을 보장받을 장애인들의 권리는 융통성과 선택의 자유를 가지고 있는 정부가 담당해야 하며 그 대응책 마련 및 한계 설정에 사법부가 간섭해서는 안 된다. 셋째, 정치적인 소수라고 무조건 엄격심사를 받아야 한다면 경제 및 사회복지와 관련된 분야에서도 엄격심사를 적용해야 할 경우가 생길 것이다. 넷째, 정신지체아들의 경우가 의심스러운 차별에 준하는(quasi-suspect) 취급을 받는다면, 다른 사람들과 구별되는 고질적인 무능력사유(immutable disabilities)가 있고 입법에 대한 접근권이 크게 보장되어 있지 못한 사람들의 경우라면 다 그런 취급을 받을 수 있는 것이 되어 그 범위가 부당히 확대될 우려가 있다.”는 것이다.<sup>124</sup> 연방대법원은 또한 이 사건에서 많은 법률들이 정신지체아들을 도와주기 위하여 만들어지는 것이기 때문에 강화된 심사(중간심사)를 채택하는 것은 바람직하지 않다고 하였으나, 이 판결에 대하여는 합리성심사를 한 것이 아니라는 평가도 있다.<sup>125</sup>)

#### 다. 연령 : 합리성심사

연령에 기한 차별에는 엄격한 심사가 거부되었다. 1976년의 Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia 판결<sup>126</sup>)은 州무장경관

---

123) 473 U.S. 432 (1985)

124) 그러나 문언상으로 강도 높은 사법심사를 채택하지는 않았지만 이 판결에서는 장애아들을 차별한 Texas市の 조치를 부당한 차별이라고 하여 위헌으로 선언하였다. 안경환, 전계논문, 120-121면.

125) George Alexander, 전계 Handout, 12면.

126) 427 U.S. 307 (1976)

의 정년을 50세로 한 것이 평등보호위반이라며 제기된 사건에 대한 것이었다. 이 사건에서 대법원은 일정한 나이 제한으로 인해 피해를 보는 사람들은 “역사적으로 불평등한 취급을 받아 온 것도 아니고 그들의 능력과는 상관없는 고정관념에 의해 독특한 취급을 받아 오지도 않았기 때문에” 의심스런 차별의 대상이 아니라고 하였다.<sup>127)</sup>

그리고 1979년에 연방대법원은 Vance v. Bradley 사건<sup>128)</sup>에서 다시 외무공무원의 정년문제를 다루게 되었는데, 여기에서도 역시 합헌추정의 자세를 보였다. 합리적 근거가 있다고 본 이유는 특정 직업의 원활한 기능과 관련하여 전문적 직업역량을 보장하기 위해서는 정년의 제한이 바람직하기 때문이라는 것이다.

Murgia 판결의 판지(holding)는 州법원 판사의 정년을 70세로 정한 것이 문제된 1991년의 Gregory v. Ashcroft 판결<sup>129)</sup>에서도 유지되었다. 이 사건에서 연방대법원은, 州법관의 정년제를 규정하고 있는 주헌법을 연방법률(정년연령차별금지법)로 간섭할 수 없으며, 더구나 법관은 연방법률에서 예외로 규정하고 있는 “정책결정 공무원”으로서, 州는 자기의 고급공무원에 대하여 그 적합성 여부를 결정할 수 있는 고유의 권한을 가지고 있으며, 이것은 연방정부가 관여할 수 없는 고유의 권한에 속하는 것이라고 판시하였다.<sup>130)</sup>

---

127) 안경환, 전게논문, 120면.

128) 440 U.S. 93 (1979)

129) 501 U.S. 452 (1991)

130) 文鴻柱, 최근 미연방대법원 기본권판례, 「미국헌법연구(제3호)」(미국헌법학회, 1992), 361-362면.

## IV. 한국헌법재판소의 평등권 심사기준

### 1. 평등원칙의 의의

#### 가. 입법권의 羈束

우리 헌법재판소는 일찍이 평등원칙의 일반적 의미에 대하여 “평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권”이라고 하였다(헌재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1, 1, 2).

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 하여 평등원칙을 선언하고 있다. 헌법 제11조 제1항이 규정하고 있는 평등원칙은 법치국가질서의 근본요청으로서 모든 국가기관에게 법을 적용함에 있어서 정당한 근거 없이 개인이나 일정한 인적 집단을 불평등하게 대우하는 것을 금지한다. 따라서 모든 사람은 평등하게 법규범을 통해서 의무를 부담하고 권리를 부여받으며, 반대로 모든 공권력주체에 대해서는 일정한 사람들에게 유리하거나 불리하게 법을 적용하거나 적용하지 않는 것이 금지된다. 그러나 헌법 제11조 제1항의 규범적 의미는 이와 같은 ‘법 적용의 평등’에서 끝나지 않고, 더 나아가 입법자에 대해서도 그가 입법을 통해서 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하는 ‘법 제정의



평등'을 포함한다. 따라서 평등원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 법적 효과를 달리 부여하기 위하여 선택한 차별의 기준이 객관적으로 정당화될 수 없을 때에는 그 기준을 법적 차별의 근거로 삼는 것을 금지한다. 이때 입법자가 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 어느 정도로 구속되는가는 그 규율대상과 차별기준의 특성을 고려하여 구체적으로 결정된다(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 공보 49, 720, 724).

## 나. 입법형성권의 한계

평등권(평등원칙)이 요구하는 평등은 절대적 평등이 아니고 상대적 평등을 뜻하기 때문에 '같은 것'과 '같지 않은 것', '같이 취급할 사항'과 '다르게 취급할 사항'을 결정할 수 있는 넓은 형성의 자유가 입법권자에게 허용된다. 그러나 입법권자의 형성의 자유가 무제한한 것은 아니기 때문에 정의의 관점에서 자의적이라고 평가될 수 있는 경우까지 형성의 자유에 의해서 정당화되는 것은 아니다. 바로 이곳에 입법권자에게 주어진 형성의 자유의 한계가 있고, 평등권을 침해하는 법률에 대한 헌법재판소의 위헌심사는 그와 같은 입법형성권의 한계가 지켜졌는지를 판단해야 하는 어려운 과제를 안고 있다.<sup>131)</sup> 그리고 이와 같은 입법형성권의 한계에 대한 판단을 위하여 헌법재판소가 사용하는 잣대가 바로 "심사기준"이라고 할 수 있다.

## 2. 심사기준

### 가. 합리성(자의금지) 심사

합리성심사, 즉 관대한 심사는 우리 헌법이 예정하고 있는 원칙적

---

131) 허영, 전게서, 326면.

기본질서에 충실히 부합하는 심사기준이라고 한다. 따라서 관대한 심사는 평등위반이 문제된 경우의 ‘원칙적인 심사기준’이라고 한다.<sup>132)</sup>

헌법재판소는 “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니”라고 하였고(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75),<sup>133)</sup> “평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 ‘객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게’ 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다. 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 ‘자의적인 입법의 금지’만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다.”고 하였다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 115).<sup>134)</sup>

---

132) 黃道洙, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등, 박사학위논문, 서울대학교대학원(1996. 8), 104면.

133) 그러나 이 결정에서는 이어서 “합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적에 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다”고 함으로써 결과적으로 후술하는 과잉금지심사를 하였다고 평가된다. 韓秀雄, 평등권의 구조와 심사기준, 「헌법논총 제9집」(헌법재판소, 1998), 81면.

134) 그밖에 헌재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1, 1, 2; 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 22; 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31, 37; 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24; 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 622, 640; 1996. 8. 29. 93헌마57, 판례집 8-2, 46, 56; 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 1997. 8. 21. 94헌바2, 판례집 9-2, 223, 234; 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 318; 1998. 4. 30. 96헌마7, 판례집 10-1, 465, 477; 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 461, 476 등 참조.

## 나. 비례성(과잉금지) 심사

헌법 제37조 제2항은 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있다. 즉 “국민의 모든 자유와 권리를 제한할 경우에” 입법은 “국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여”야 한다고 규정하여, 헌법 제37조 제2항에 의한 입법적 한계가 평등심사의 원칙적 심사기준인 관대한 심사(합리성심사) 기준에 비하여 엄격한 것임은 문언상 명백하다.<sup>135)</sup>

헌법재판소는 “헌법 제37조 제2항의 규정에 미루어 이러한 기본권에 대한 제한이나 차별적인 대우를 하고자 하는 때에는, 첫째 제한 또는 차별의 목적이 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 정당한 것이어야 하고, 둘째 그 수단, 방법이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만아니라 그 정도 또한 적정한 것이어야 한다”고 하였다(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54-55).<sup>136)</sup>

그러나 입법자의 불평등대우는 헌법이 그것을 명시적으로 금지하지 않는 한 그가 헌법적으로 허용되는 일정한 목적을 달성하기 위하여 객관적 생활관계를 법률로써 규율하는 경우에 언제나 발생하게 되는 필연적인 현상이며, 따라서 입법자에 의한 규율대상의 선택과 이를 위한 차별기준의 선택은 자유권에 있어서 침해유보(Eingriffsvorbehalt)에 근거한 제한권능의 행사와 전적으로 동일시될 수는 없다는 견해가 있다. 왜냐하면 헌법 제11조 제1항의 평등원칙은 입법자의 형성의 자유의 행사 그 자체로부터 발생하는 필연적인

---

135) 황도수, 진계논문, 118면.

136) 그밖에 헌재 1990. 6. 25. 89헌가98, 판례집 2, 132, 143; 1990. 10. 8. 89헌마89, 판례집 2, 332, 342; 1990. 8. 27. 89헌가118, 판례집 2, 222, 236; 1991. 3. 11. 90헌바28, 판례집 3, 63, 81; 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 279; 1991. 9. 16. 89헌마231, 판례집 3, 542, 551; 1992. 2. 25. 90헌가69등, 판례집 4, 114, 122; 1995. 5. 25. 91헌마67, 판례집 7-1, 722, 749 등 참조.

현상인 불평등대우에 대한 한계(Schranken)로서 입법자에게 그와 같은 불평등대우를 객관적으로 정당화할 것을 요구하며, 그러한 한 평등권은 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 근거하여 제한될 수 있는 ‘국민의 모든 자유와 권리’에는 해당되지 않는다고 보아야 하기 때문이라는 것이다.<sup>137)</sup>

## 다. 최근의 판례

헌법재판소는 최근 제대군인이 공무원채용시험 등에 응시한 때에 5% 이내의 범위 내에서 가점을 주도록 한 舊국가유공자예우등에관한법률<sup>138)</sup> 및 제대군인지원에관한법률<sup>139)</sup>의 위헌여부에 관한 헌법소원사건에서, “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다. 그런데 가산점제도는 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이다. 따라서 가산점제도에 대하여는 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는데, 엄격한 심사를 한다는 것은 ‘자의금지’원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 ‘비례성’원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”고 하여(헌재 1999. 12. 23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732, 749 ; 1999. 12. 23. 98헌마 363, 판례집 11-2, 770, 787) 평등위반의 문제에 있어서 엄격한 심사를 할 수 있는 경우가

137) 金周換, 일반적 평등원칙의 해석과 적용, 「法曹 제531호」(2000. 12), 165-166면.

138) 헌재 1999. 12. 23. 98헌바33 사건 : 청구인은 ‘장애인’이다.

139) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 사건 : 청구인들은 여성(5명) 및 장애인(1명)이다.

있음을 밝혔다. 그리고 엄격한 심사를 하게 되는 경우는 첫째, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우<sup>140)</sup>와 둘째, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우를 들 수 있는바, 이 사건은 실질적으로 남성에 비하여 여성을 차별하는 제도이고<sup>141)</sup> 가산점제도를 규정한 이 사건 규정은 능력주의에 기초하지 아니하는 불합리한 기준으로 (장애인 및 여성의) 공무담임권을 제한하고 있으므로<sup>142)</sup> 엄격심사의 대상이 된다고 하였다.<sup>143)</sup>

### 3. 평가 및 문제점

지금까지 평등권에 관한 헌법재판소의 심사기준은 합리성에 대한 심사에 의하여 자의의 확인에 그치는 ‘자의금지원칙’에 의한 심사와 ‘과잉금지원칙’을 적용하여 보다 체계적으로 엄격히 심사하려는 과잉금지심사로 크게 나누어 볼 수 있다. 그러나 헌법재판소가 어떠한 경우에 자의금지원칙을 기준으로 하여 심사하며, 어떠한 경우에 과잉금지심사를 하는지에 관하여는 헌법재판소 스스로 밝힌 바 없다. 또한 헌법재판소 결정에서 비례성 심사가 행해진 경우, 헌법재판소는 “입법목적이 정당하고 차별이 입법목적 달성을 위하여 적정한 수단이라면 그 차별은 합리적인 차별이다” 라는 방식의 심사를 해 온 것을 알 수 있다. 즉 비례원칙에 의한 평등심사에서 차별목적의 정당성과 차별이란 수단의 적정성만을 심사할 뿐, 사실상 엄격심

140) 예컨대, 헌법 제11조 제1항 후문의 성별·종교 또는 사회적 신분에 의한 차별이 이에 해당할 것이다. 그러나 헌법재판소 종래의 판례는 학계의 통설을 따라 헌법 제11조 제1항 후문을 단지 전문의 평등조항의 예시적 표현에 불과할 뿐 특별한 법적 의미가 없다는 견해를 취하여 왔다. 한수웅, 전계논문, 92면.

141) 판례집 11-2, 785면.

142) 판례집 11-2, 799면.

143) 결국 헌법재판소는 이 규정들이 엄격심사를 요구하는 두 가지 경우에 모두 해당한다고 보았다.

사의 본질을 이루는 나머지 단계인 ‘필요성’의 심사와 ‘법익의 균형성(협익의 비례성)’ 심사는 하지 않고 있다.<sup>144)</sup>

한편, 헌법재판소가 과잉금지심사를 한다고 하여 평등심사의 결과와 심판대상의 위헌을 결과로 가져오는 것이 아니고, 자의금지원칙에 의한 심사를 한다고 하여 그 심사결과가 규범의 합헌성으로 나타난 것도 아니다.<sup>145)</sup> 즉 자의금지심사를 하였으나 위헌의 결과에 이른 것으로는, 사인과 달리 국가가 피고인 경우에는 가집행의 신고를 붙일 수 없도록 규정한 소송촉진등에관한특별법 규정에 대한 위헌제청사건(헌재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1, 1), 주류판매업자로 하여금 소주의 총구입액의 절반이상을 自道소주를 구입하도록 규정함으로써 지방소주업체를 경쟁으로부터 보호하는 주세법 조항에 대한 위헌제청사건(헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680) 등을 들 수 있고, 과잉금지심사를 하였지만 합헌의 결과에 이른 것으로도 교통사고를 일으킨 운전자에게 신고의무를 부담시키고 있는 도로교통법 규정에 대한 위헌제청사건(헌재 1990. 8. 27. 89헌가118, 판례집 2, 222), 약사나 의사와는 달리 한약업사에게만 영업지를 제한하는 약사법 규정에 대한 헌법소원사건(헌재 1991. 9. 16. 89헌마231, 판례집 3, 542) 등을 들 수 있다.

형식이론적으로 보면 평등권도 기본권인만큼 다른 기본권과 마찬가지로 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해서 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다(헌법 제37조 제2항)고 말할 수 있

---

144) 그리하여 차별목적이 정당한가는 대부분의 경우 예외없이 인정되고, 차별의 적정성도 차별이 입법목적의 실현에 조금이라도 기여한다면 인정되므로, 이 단계까지의 비례심사는 자의금지원칙에 의한 심사와 크게 다르지 않다. 한수웅, 전계논문, 85면.

145) 한수웅, 전계논문, 84면. 한편 이에 대하여는 “우리 헌법재판소는 관대한 심사로서 ‘자의금지의 원칙’을 적용하면서도 종종 위헌선언을 하며, 엄격한 심사로서 ‘과잉금지의 원칙’을 적용하면서도 합헌선언을 많이 하고 있음을 볼 수 있다. … 우리 헌법상의 이중기준의 원칙은 미국의 이중기준의 원칙과는 다른 내용을 가지는 것이라고 하겠다. 따라서 미연방대법원 관례에서 발생하였던 문제가 바로 우리 이론에 바로 발생한다고는 보기 어렵다.”고 하여 긍정적으로 평가하는 견해도 있다. 황도수, 전계논문, 98면.

다. 그러나 평등권은 “기본권 실현의 방법적 기초”로서의 성격과 기능을 갖고 있기 때문에 그 제한의 의미와 효과가 다른 기본권에서와는 다르다.<sup>146)</sup> 따라서 평등권을 침해하는 법률의 위헌심사를 하는 경우에 헌법재판소는 다른 기본권에 대한 경우와는 다른 차원에서 접근해야 할 것이다.

그러한 의미에서 헌법재판소가 최근의 관례에서 평등위반의 문제에 있어서 엄격한 심사를 할 수 있는 경우로 밝힌 두 가지 경우, 즉 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우의 심사기준과 종전의 과잉금지심사와는 어떤 관계 내지는 차이가 있는지에 대하여도 정리해야 할 부분이라 하겠다.

## V. 결론

사실 어떠한 법률도 모든 사람에게 예외없이 적용되고 모든 사람을 평등하게 취급하는 법률은 없다. 모든 법률은 특별한 부담을 부과하거나(또는 그러한 부담을 면제해 주거나) 또는 어떤 사람에게는 특별한 혜택을 주면서 다른 사람에게는 주지 않음으로써 ‘차별’하는 것이기 때문이다.<sup>147)</sup>

독일 등 대륙법계 국가에서는 평등권의 경우는 그 자체가 어떤 보호영역을 가지고 있는 것이 아니라고 보았다.<sup>148)</sup> 즉, 평등권 또는 평등원칙은 비교되는 두 집단 사이에 ‘차별’이 있는 경우에 어떠한 기

---

146) 허영, 전게서, 331-332면.

147) Lockhart/Kamisar/Choper/Shiffrin/Fallon, Jr. 전게서, 1147면.

148) 이에 대하여, ‘평등권의 보호범위가 있는가’ 하는 질문은, 실제적인 보호범위개념(일정한 생활영역이나 행위 등)에서 출발한다면 부정되어야 하고, 반면에 법현실에 존재하지 않는 단지 관념적인 보호범위(정의에 따른 대우)를 전제로 한다면 긍정될 수 있다는 견해로는 한수웅, 전계논문, 102면.

준에 따라 그 차별이 헌법적으로 용인될 수 있는 것인가 하는 문제로 본 것이다.

그리하여 독일에서는 평등원칙의 해석과 적용에 있어서 전통적인 ‘자의금지’ 定式과 이에 대한 비판 및 수정을 거쳐 ‘비례성심사’를 도입하기에 이르렀고, 최근에는 다시 평등심사기준의 세분화에 대한 논의가 진행중이라 한다.<sup>149)</sup>

미국의 경우 평등의 문제는 역사적인 관점에서 먼저 평가하였다. 즉, 미국사회가 노예제도를 바탕으로 한 경제를 일구어 왔고 노예를 시민으로 인정하지 않았던 전통에서 탈피하는 과정에서 생긴 평등보호 문제는 앞에서 본 바와 같이 남북전쟁후 수정헌법 제13조의 채택(1865년), 민권법의 제정(1866년), 수정헌법 제14조의 채택(1868년), 그리고 수정헌법 제15조의 채택(1870년) 이후에 ‘남북전쟁 수정조항’을 해석한 최초의 판례인 1872년의 Slaughter House Cases 사건에 이르러 “비교집단”의 개념이 도입되기 시작하였다.

연방대법원은 차별의 기준이 무엇인가에 따라 심사강도를 달리해 왔다. 예컨대, 인종 또는 성을 기준으로 한 차별은 자의의 개연성이 높은 분류(suspect classification 또는 quasi-suspect classification)이기 때문에 엄격심사 또는 중간심사를 하는 것이다.<sup>150)</sup> 또한 ‘차별의 정도’가 커도 심사의 강도가 높아진다. 예컨대, 차별이 기본권(근본적 권리·이익 : fundamental rights 또는 fundamental interests)의 보호 및 제한을 통해 이루어질 경우에는 엄격심사가 이루어져 왔다.

그러나 우리나라의 경우 헌법재판소 설치 이전의 대법원<sup>151)</sup>은 물론, 현행 헌법재판소에서도 평등심사의 기준이 아직 정립되지 아니

149) 이에 대하여는 김주환, 전게논문, 168면이하 참조.

150) *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973)

151) 대법원 1954. 9. 7. 4287민상50; 1966. 3. 29. 65누69; 1968. 11. 14. 68마1127; 1973. 2. 13. 72도2917; 1983. 4. 12. 93도420 등 참조.



한 상태에 있고, 다양한 기준이 구체적 사안의 성질에 따라 그때 그때 적용되고 있는 수준에 머물고 있다고 할 수 있다.<sup>152)</sup>

따라서 이제 우리 헌법재판소는 평등위반이 문제되는 경우 어떤 사안(분야)에서 어떤 심사기준을 적용할 것인지에 대하여 판례를 통하여 확립할 때가 되었다고 생각한다. 그리고 이를 위하여 일찍부터 평등보호에 관한 판례를 쌓아온 미국연방대법원의 경험으로부터 많은 시사점을 얻을 수 있을 것이다.

---

152) 황도수, 전제논문, 39-42면.

# 公法人·私法人의 區別에 대한 管見

咸仁善  
憲法裁判所研究員, 法學博士

## - 目次 -

- I. 문제의 제기
  
- II. 公法人·私法人의 意義
  - 1. 法人관념의 성립과 그 유형
    - 가. 法人의 의의와 존재이유
    - 나. 法人의 유형
  - 2. 公法人·私法人 區別에 대한 종래의 논의
    - 가. 논의의 전개
    - 나. 논의의 실익
    - 다. 소결
  
- III. 公法人·私法人 區別의 논리구조
  - 1. 「公法」·「私法」의 이원론
    - 가. 공법·사법이원론의 성립배경
    - 나. 공법·사법의 구별을 둘러싼 논의
    - 다. 소결
  - 2. 「행정주체」·「사인」의 이원론

- 가. 행정주체·사인의 성립배경 및 그 기능
- 나. 한계와 가능성
- 다. 소결

#### IV. 구체적 검토 - 法人의 基本權主體性을 소재로 하여

1. 사례의 설정(2000. 6. 1. 99헌마553)

2. 결정

3. 검토

가. 법인의 기본권주체성 인정 여부

나. 인정되는 기본권의 범위

#### V. 結 語

## 1. 문제의 제기

(1) 어떤 事象을 이론적으로 체계화하기 위하여는 그것을 일정한 기준에 따라 유형화할 것이 필요하게 된다. 그럼으로써 그 事象의 아우트라인을 용이하게 파악할 수 있게 되며, 그렇게 하여 축적된 ‘지식’을 전달하기 쉽게 된다. 이러한 지식의 체계를 우리들은 흔히 ‘이론’이라고 부르고 있으나, 이같은 이론화를 위하여서는 분류·유형화가 필요하게 됨을 알 수 있다.

이러한 유형화의 기초는 둘로 나누는 것, 즉 二元論(또는 二分論)이라고 할 수 있다. 이원론은 크게 두가지의 특성을 가지고 있는 것으로 생각된다. 즉, 첫째는, 사고절약의 경제성·효율성을 꾀함으로써 인간의 지식을 보급하기 쉽게 하며, 또한 양 극단의 事象을 想定해서 극명하게 對比시킴으로써 강한 논리적 설득력을 지닌다는 점이다. 둘째는, 이원론은 이론화의 초보이며, 사고발달의 가장 원시적인 형태라는 점이다. 즉, 그것은 인간지식 또는 인간사고의 단순성을 단적으로 대변해 주는 셈이다. 법이론에 있어서의 이와같은 이원론적 파악방법의 대표적인 예의 하나로서 「공법인·사법인」의 구별을 들 수 있을 것이다.

(2) 가령, 우리 헌법재판소는 일련의 결정에서 다음과 같은 견해를 밝히고 있다.

「(축산업협동조합은) 그 목적이나 설립·관리면에서 자주적인 단체로서 **공법인**이라고 하기보다는 **사법인**이라고 할 것이다.」(1996. 4. 25. 92헌바47)

「직장의료보험조합은 **공법인**으로서 기본권의 주체가 될 수 없을 뿐만 아니라(이하 생략)」(2000. 6. 29. 99헌마289)

「헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 **사법인**에 한하는 것이고 **공법인**은 헌법의 수범자이지 기본권의 주체가 될 수 없다.」(2000. 6. 1. 99헌마553)

「헌법 제21조가 규정하는 결사의 자유에서의 결사란 자연인 또는 법인이 공동목적을 위하여 자유의사에 기하여 결합한 단체를 말하는 것으로 공적 책무의 수행을 목적으로 하는 공법상의 결사는 이에 포함되지 아니한다고 할 것인바, 앞에서 살핀 바와 같이 농조를 **공법인**으로 보는 이상, 농조는 헌법상 결사의 자유가 뜻하는 헌법상 보호법익의 대상이 되는 단체로 볼 수 없다.」(2000. 11. 30. 99헌마190)

이상의 결정례에서 보는 바와 같이 우리 헌법재판소는 기본권의 주체가 될 수 있는지의 여부를 당해 법인의 법적 성격이 「公法人」인지 「私法人」인지에 근거하고 있음을 알 수 있다.

그 뿐만 아니라 법인의 기본권주체성과 관련한 논의에서 학설도 당해 법인이 公法人인지 私법인인지에 따라서, 그 인정 여부 또는 인정범위를 결정하고자 하는 경향에 있다<sup>1)</sup>.

이처럼 公法人·私法人의 구별은 우리 재판과 학설의 모두에 걸쳐서 대단히 중요한 역할을 수행하고 있음에도 불구하고, 그에 관한 연구는 충분히 이루어져 왔다고만은 할 수 없다<sup>2)</sup>.

(3) 따라서, 본고에서는 이상과 같은 문제의식에 입각하여, 먼저 公法人·私法人의 의의를 서론적으로 고찰한 다음(Ⅱ), 公法人·私法人의 구별이 어떠한 논리구조 위에서 성립하고 있는지를 살펴보고

---

1) 계희열, 헌법학(중), 박영사, 2000, 63쪽 이하 ; 허영, 한국헌법론(新訂10版), 박영사, 1998, 238쪽 이하 참조.

2) 이에 관한 대표적인 연구를 열거하여 보면, 계희열, 「공법인의 기본권주체성」(『공법이론의 현대적 과제』, 박영사, 1991 所收), 1-32쪽 ; 권영성, 「『법인의 기본권주체성』에 관한 한 試論」, 서울대학교 법학 제30권 3·4호(1989), 94-109쪽 ; 김선택, 「공법인의 기본권주체성과 기본권제한의 특수문제로서 기본권중립의 法理」, 관례연구(고려대학교 법학연구소) 제7집(1995), 65-92쪽 등이 있다. 그러나, 이들 연구도 공법인·사법인의 구별 자체의 문제를 다루기 보다는 그 구별을 전제로 하여 기본권주체성을 논하고 있다.

(Ⅲ), 그러한 고찰 위에 다시 法人의 기본권주체성에 관한 논의를 소재로 하여 그에 대한 구체적 검토를 하여 보도록 한다(Ⅳ).

## II. 公法人·私法人의 意義

### 1. 法人관념의 성립과 그 유형

#### 가. 法人의 의의와 존재이유

(1) 사람은 「생존한 동안 권리와 의무의 주체」(민법 제3조)가 되므로 생존하기 시작한 때, 즉 출생한 때로부터 모든 사람은 당연히 권리능력을 취득한다.

그러나, 이러한 자연인 이외에도 그 사회적 실체를 인정하여 일정한 단체에 대해서도 권리의무의 귀속주체가 될 수 있게 하였는바, 이를 法人이라 한다. 이러한 법인제도는 일정한 단체가 사회적으로 중요한 기능을 수행하고 있다는 점에 착안하여 일정한 경우에 그 권리능력을 인정하여 주는 것이나, 그 성립에는 「법률의 규정에 의함」(민법 제31조)을 요한다.

법인의 설립에 대해서는 결국 각국의 입법정책에 의하는 셈이 되지만, 법인에 대한 일반적 규정을 두고 있는 우리 민법은 영리아닌 사업을 목적으로 할 것을 요구할 뿐만 아니라, 또한 주무관청의 허가를 필요로 하도록 규정하고 있다(동법 제32조).

그밖에 민법 이외에도 각 개별법에 근거한 법인의 설립을 인정하고 있는바, 어떠한 설립주의를 취하는가는 각 개별법에 따라서 다르다. 즉, ①일정한 조직을 갖춘 단체에 대해서 신청이 있는 경우에는 반드시 인가를 하여야 하는 認可主義(예컨대, 법무법인, 농업협동조

합, 상공회의소 등), ②법률이 규정한 일정한 조직을 갖춤으로써 성립이 인정되는 準則主義(예컨대, 주식회사, 노동조합 등), ③국가가 설립을 강제하는 強制主義(예컨대, 변호사회, 약사회 등), ④설립을 하기 위해서는 특별법의 제정을 필요로 하는 特許主義(예컨대, 한국은행, 한국방송광고공사, 한국토지공사 등), ⑤법률상 당연히 법인으로 되는 當然主義(예컨대, 지방자치단체 등)가 있다<sup>3)</sup>.

(2) 자연인은 각 개인을 단위로 권리능력을 인정하고자 하는 개인주의가 그 기초에 놓여 있다고 할 수 있다. 그러나, 동서고금을 통하여 개인만으로 구성된 사회란 존재하지 않았다고 하여도 과언이 아닐 정도로 사람의 사회생활은 각종의 단체 속에서 영위되고 있다고 할 수 있다. 이러한 단체는 일정한 목적과 조직하에 결합한 사람의 집합과 재산의 집합으로 관념될 수 있는바, 이들 단체들이 차지하는 사회적 기능이 강대한 점에 비추어 법적 규율의 대상으로 할 것이 필요하게 된다. 즉, 각종의 단체가 자연발생적으로 형성된다고 할지라도 법은 단체들이 가지는 사회적 작용을 비판하고, 그의 생성에 대하여 억제·방임·조장·강제 등의 대책을 강구한다는 것이 필요하다. 또한 단체의 내부조직의 통제력이 강대하므로, 지나치게 개인의 자유를 제한하거나 억제하는 것을 막기 위하여 법은 이에 간섭하여 일정한 기준을 정하여 단체에 관한 법률관계를 명확하게 할 필요가 있게 된다. 이러한 점들이 법인제도의 존재이유라고 할 수 있을 것이다<sup>4)5)</sup>.

3) 박윤직, 民法總則(新訂版), 박영사, 234-235쪽 참조; 近江幸治, 民法講義 I, 成文堂, 1992, 80쪽 이하 참조.

4) 박윤직, 民法總則(新訂版), 208-209쪽 참조.

5) 그러나, 오늘날의 법인제도에 대해서는 사회적 실체가 별로 없는 것에 대해서도 법인으로 인정하여 주는 경우가 있는 반면에, 사회적 실체가 갖추어져 있는 단체가 법인이 아닌 경우도 있는 점이 문제이다. 즉, 전자의 예로서는, 세금회피 등의 목적으로 설립되는 一人會社·親子會社 등을 들 수 있고, 후자의 예로서는 사회적으로는 법인과 동일한 실체를 가지고 있지만, 여러 가지 이유로 법인격을 취득하지 않은 단체, 즉 법인격 없는 사단·재단 등을 들 수 있는 바, 이들 단체들을 이론적으로 어떻게 파악하고, 법적 규율의 대상으로 할 것인지가 문제된다. 近江幸治, 民法講義 I, 76쪽 참조.

## 나. 法인의 유형

법인은 법률의 규정에 의하여서만 성립하도록 되어 있는바, 그에 대해서는 민법을 비롯하여 다수의 각 개별법에서 규정하고 있다. 따라서 법인의 형태나 법적 성격에 있어서도 여러 가지의 유형의 법인이 존재한다고 할 수 있다. 그러나, 이들 법인은 다음과 같은 유형으로 나누는 것이 일반적이다.

### (1) 영리법인·비영리법인

당해 법인의 사업목적이 영리적인 것이냐의 여부에 의한 구별이다. 우리 민법은 구성원의 사익을 도모하고 구성원 개인에게 분배하여 경제적 이익을 주는 것을 목적으로 하는 영리‘사단’법인만을 인정하고 있다. 이에 해당하는 것으로는 상행위를 행하는 것을 업으로 하는 상법상의 각종의 「회사」(동법 제169조)가 있다.

비영리법인이란 「學術, 宗教, 慈善, 技藝, 社交 其他 營利아닌 事業을 目的으로 하는 社團 또는 財團」(민법 제32조)을 말한다. 우리민법의 법인에 관한 규정은 주로 비영리법인이 그 적용대상이 된다. 그러나, 그밖에도 각 개별법에 의해서 설립되는 특수비영리법인이 있다.

또한 비영리법인 중 일정한 공익사업을 목적으로 하는 법인을 특히 「公益法人」이라고 하는 경우가 있다<sup>6)</sup>. 즉, 「공익법인의설립·운영에 관한법률」에서는 「財團法人 또는 社團法人으로서 社會一般의 利益에 供與하기 위하여 學資金·獎學金 또는 研究費의 補助나

---

6) 구 민법하에서는 현행 민법과는 달리 공익법인과 영리법인의 이분법을 채택하였다. 그로 인해 비영리·비공익의 단체는 법인이 될 수 없는 문제점이 있었다.



支給, 學術, 慈善에 관한 事業을 目的으로 하는 法人」(동법 제2조)을 「공익법인」이라고 한다.

## (2) 사단법인 · 재단법인

사단법인이란 사람의 단체(즉, 社團)에 권리능력이 부여된 것을 말하고, 재단법인이란 재산의 집합(즉, 財團)에 대해서 권리능력이 부여된 것을 말한다. 우리 민법은 이 양자의 중간적인 형태의 법인을 인정하고 있지 않으므로 그 실체에 있어서 인적 요소와 물적 요소를 겸유하는 단체가 있다고 하더라도 사단법인 · 재단법인의 양자 중의 어느 하나로서 설립하여야만 한다<sup>7)</sup>. 그러나, 각 개별법에서는 사단적인 측면과 재단적인 측면을 겸유하는 법인의 설립을 인정하고 있는 예가 적지 않다. 예컨대, 학교법인 · 종교법인 · 의료법인 등이 그것이다. 이들에 대해서는 中間法人이라고 불리기도 한다<sup>8)</sup>.

## (3) 내국법인 · 외국법인

무엇을 기준으로 하여 구별할 것인가를 둘러싸고 여러 가지 견해가 있다. 예컨대, 법인의 사실상의 본사의 소재지를 중심으로 결정하여야 한다는 설, 대표자의 국적에 의해 결정하여야 한다는 설, 본사를 외국에 두는 경우에도 내국에서 승인된 법인은 내국법인으로 본다는 설 등이 있으나, 소재지설이 다수설로 평가된다<sup>9)</sup>. 독일 기본법 제19조 3항은 「내국법인」만을 명문의 규정으로 기본권의 주체가 될 수 있음을 인정하고 있다.

7) 박윤직, 民法總則(新訂版), 223쪽 참조.

8) 內田 貴, 民法 I, 東京大學出版會, 1994, 175쪽 참조. 중간법인이라는 개념에는 사단적 측면과 재단적 측면의 兼有뿐만 아니라, 공익적 측면과 영리적 측면의 兼有를 내포하는 경우도 있다.

9) 계희열, 公法人의 基本權主體性, 6쪽 참조.

#### (4) 공법인·사법인

공법인이란 그 활동목적이 국가로부터 부여된 법인인데 대하여, 사법인은 그 목적이 사인으로부터 부여된 법인, 즉 사적 목적을 위하여 존재하는 법인을 말한다. 이러한 의미의 공법인은 광의로는 국가·지방자치단체를 포함하여 公社·公團 등의 공공단체를 의미하나, 협의로는 국가·지방자치단체를 제외한 개념으로 사용된다.

이들 양자를 구별하는 표준에 대해서는 수많은 견해가 제기되었는바, 가령 몇가지의 예를 들자면, 법인의 준거법이 공법이나 사법이나, 법인의 설립방법이 강제적이냐 임의적이냐, 향유하는 권리가 공권이나 사권이냐, 법인의 목적이 공익추구에 있느냐 사익추구에 있느냐 등이 그것이다<sup>10)</sup>.

실정법상으로는 「공법인」이라는 용어가 사용되는 예<sup>11)</sup>도 있지만, 그 밖에도 「공공법인」이 사용되는 경우<sup>12)</sup>, 「특수법인」이라는 용어가 사용되는 경우<sup>13)</sup> 등 다양한 유사용어가 사용되고 있다. 그러나, 이들 용어 간에는 각 개별법령에 따라서 그 개념이 반드시 동일하지

- 
- 10) 박윤직, 民法總則(新訂版), 219쪽 참조. 우리 헌법재판소는 이에 대해 다음과 같이 판단한 바 있다. 「공법인과 사법인의 구별은 전통적인 것으로, “설립형식”을 강조하여 공법인은 공법상 설립행위 또는 법률에 근거하고, 사법인은 설립계약 등 법률행위에 근거한다고 하기도 하고, 그 “준법목적”을 강조하여 공법인은 국가적 목적 내지 공공목적을 위하여 존재하는 것인 반면, 사법인은 그 구성원의 공동이익을 위하여 존재한다고 하여 왔다. 그런데 오늘날 사회복지국가의 등장으로 국가가 국민의 모든 생활영역에 간섭하고 활발한 경제활동을 하게 되자, 위와 같은 기준만으로는 구별이 어려운 중간적 영역의 법인도 많이 생겨나고 있다.」(2000. 6. 1. 99헌마553)
  - 11) 예컨대, 상법 제2조, 공증인법 제66조의2, 도시저소득주민의주거환경개선을위한임시조치법 제7조제2항, 지방재정법시행령 제73조제2항 등이 있다.
  - 12) 예컨대, 지방세법 제290조 이하, 관광진흥법 제52조제1항, 사료의수집및보존등에관한법률 제15조, 유통산업발전법 제22조, 문화재보호법시행령 제33조의2제1항, 수도권경비계획법시행령 제11조 등이 있다.
  - 13) 예컨대, 금융감독기구의설치등에관한법률 제2조2항, 비송사건절차법 제67조, 예금자보호법 제4조제1항, 학술진흥법 제27조제3항, 한국은행법 제2조, 한국방송광고공사법 제2조, 공공기관정보공개에관한법률시행령 제2조제2호, 남녀차별금지및구제에관한법률시행령 제2조제2호, 민법법인및특수법인등기처리규칙 등이 있다.

아니한 점에 주의를 요한다. 즉, 동일한 「공법인」이라는 용어를 사용한 경우라 하더라도 각 개별법령에 따라서는 국가·지방자치단체를 포함한 광의의 개념으로 사용되는 경우가 있는가 하면, 국가나 지방자치단체를 제외한 법인만을 공법인으로 파악하는 경우(협의의 개념)가 있다(이 경우가 일반적이다). 또 「공공법인」은 대개 협의의 공법인의 의미로 사용되고 있으며, 「특수법인」은 특별법에 의해 설립된 공법인만을 지칭하여 사용되고 있는 것이 일반적이다.

공법인·사법인의 분류는 본 논문의 테마와 직접 관련되기 때문에 항을 바꿔서 보다 상세히 고찰하기로 한다.

## 2. 公法人·私法人의 구별에 대한 종래의 논의

### 가. 논의의 전개

공법인·사법인의 구별은 일정한 역사적 지반 위에 생성·발전되어 온 역사적 개념으로서 시대의 진전과 더불어 양자의 구별에 대한 태도에도 그 변화를 보여 왔다.

(1) 초기의 견해로서, 公法人은 公法에 의하여 규율되는 法人인데 반하여, 私法人은 私法에 의하여 규율되는 法人이라는 입장으로, 따라서 공법인에 관한 모든 법률관계는 공법적 성질을 가지는데 반하여, 사법인에 관한 법률관계는 사법적 성질을 가진다고 해석한다<sup>14)</sup>(절대적 구별설). 이러한 견해에서는 당해 법률관계의 법주체가 공법인인지 사법인인지를 사전에 論定하여, 그에 따라서 모든 구체적인 법률문제에 대해 일률적인 결론을 도출하려고 하는 경향을 보인다.

---

14) 穂積八束, 「公法人」(穂積八束博士論文集 所收, 1912), 654쪽 참조.

(2) 공법인과 사법인과의 구별의 표준은 반드시 명확한 것은 아니며, 설령 공법인이라는 것이 결정되었다 하더라도 그에 따라서 구체적 법률관계에서 당연히 일정한 법적 성질이 결정되는 것도 아니라고 한다. 오히려 공법인이라 하더라도 단지 경제적 활동에 대해서만 권리능력이 부여되는 것이 보통이며, 그 社員 또는 제3자와의 법률관계는 특별한 규정이 없는 한 私法關係인 것이 원칙이라고 하여, 공법인·사법인의 구별의 相對性을 주장한다<sup>15)</sup>(상대적 구별설).

(3) 공법인·사법인의 개념은 공법과 사법이 별개 독립의 범영역으로서 존재하는 경우에, 그 각 범영역에서 존재하는 법인이라고 파악하여, 사법인은 국가로부터 독립해서 자율적으로 활동하는 경제사회의 법주체인데 반하여, 공법인은 자율적인 경제를 외부로부터 支持하여 주며 장애를 제거함을 목적으로 하는 국가권력의 담당자라는 점에서 양자는 확연히 구별된다고 한다.

그러나, 국가와 경제와의 융합에 의해 공법과 사법의 대립을 약화시켰으며, 이로 인해 또한 공법인과 사법인의 한계가 불명료하게 되었다고 본다. 따라서 모든 법인을 억지로 공법인과 사법인으로 분류하는 것은 이론적으로 뿐만아니라, 법운영의 실제적 측면에 있어서도 무의미한 것으로 되었다고 본다<sup>16)</sup>(구별부정설). 이러한 견해는 종래의 공법인적 성격과 사법인적 성격을 兼有한 이른바 중간법인 또는 특수법인의 활발한 등장과 더불어 주장된 것이다.

## 나. 논의의 실의

(1) 사법인과 구별되는 공법인은 다음과 같은 법적 특색을 가지고

15) 美濃部達吉, 公法判例大系 上卷, 209쪽 참조.

16) 川島武宣, 「營團の性格について」, 法律時報 13卷9号, 8쪽 참조.

있는 것으로 이해되었다<sup>17)</sup>. 즉, ①공법인의 목적은 법률에 의해 정하여진다는 점, ②그 설립이 공법인의 의사에 의한다는 점, ③그 구성원의 가입이 강제된다는 점, ④일정한 범위의 공법적 권능이 부여된다는 점, ⑤그 목적사업 등을 수행할 의무를 부담하며 해산의 자유가 없다는 점, ⑥국가의 특별한 감독을 받는다는 점 등이 그것이다.

(2) 이와 같은 공법인의 법적 특색으로부터 공법인·사법인의 구별에 대해서는 종래에 다음과 같은 실익이 있다고 한다<sup>18)</sup>.

즉, ①공법인에 관한 쟁송은 민사소송이 아니라 행정소송이고, ②공법인은 그 구성원으로부터 각종의 부담을 징수하는데 민사소송상의 강제집행절차에 의하지 아니하고 행정상의 강제징수절차에 의하여 집행할 수 있고, ③공법인은 민법상의 불법행위책임이 아니라 국가배상법상의 손해배상책임을 부담하며, ④공법인의 기관이나 구성원에 대해서는 직무에 관한 죄가 성립하고, ⑤공법인의 문서위조는 사문서위조가 아니라 공문서위조가 된다는 것 등이다.

(3) 그러나, 이러한 논의의 실익에 대해서는 上記의 공법인·사법인의 구별에 대한 견해에 따라서 각각 다른 입장을 보이고 있음을 알 수 있다. 즉, ①절대적 구별설의 입장에서는 문제가 되는 법률관계에 대해서는 당해 법주체가 공법인인지 사법인인지를 먼저 확인한 다음, 그에 따라서 당해 적용법조 등이 일률적으로 도출되는 데 반하여, ②상대적 구별설에서는 어떤 법주체가 공법인인지 사법인인지의 문제는 구체적인 법률관계의 성질 및 그 적용법규를 결정하는 결정적인 기준으로 반드시 될 수 없다고 하고, 공법인에 관한 법률

17) 美濃部達吉, 日本行政法 上卷, 有斐閣, 1936, 462-478쪽 참조.

18) 곽윤직, 民法總則(新訂版), 219쪽 참조; 田中二郎, 「公法人論の吟味」(『公法と私法』, 有斐閣, 1955 所收), 115-116쪽 참조.

관계가 어떠한 성질을 가지고 여기에 어떠한 법규가 적용되는가의 문제는 공법인인지의 여부에 따라서 일도양단적으로 결정되는 것이 아니라, 개별구체적인 문제에 대해서 실정법 전체의 취지 및 구체적인 제규정의 종합적인 해석에 의하지 않으면 안된다고 한다<sup>19)</sup>. 그에 대해서, ③ 구별부정설에서는 이른바 중간법인의 등장으로 인해 공법인·사법인의 구별을 가능하게 한 역사적 기반이 상실되었다는 관점에서 공법인인지 사법인인지의 구별이 아니라 당해 법주체의 全法體系에서의 지위 여하가 중요하다고 한다<sup>20)</sup>.

#### 다. 소결

공법인·사법인의 구별문제는 크게 두가지의 요소로 구성되어 있음을 알 수 있다. 즉, 공법과 사법의 구별문제와 법인제도의 성립이 그것이다. 오늘날 국가행정과 일반 사회생활을 막론하고 각종 단체가 수행하는 기능과 역할은 개인의 그것을 압도할 정도로 막대한 것이다. 이로 인해, 단체의 설립·활동을 보호·보장하여 주는 한편, 그러한 단체 내부에서의 또는 단체와의 관계에서 개인들의 권익과 자유가 침해받는 일이 없게 통제할 수 있도록 하기 위하여 법적 규율이 필요하게 되며, 그 일환으로 법인제도가 등장한 것이라고 할 수 있다.

이러한 법인제도는 시대적 산물이기도 한 공법·사법의 구별관념과 결합하여, 공법인·사법인의 유형을 낳게 하였다. 이러한 점은 공법인·사법인의 구별에 대한 논의의 변천과정에서도 확인할 수 있다. 즉, 전술한 바와 같이, 공법인·사법인의 구별에 관한 초기의 주장은 공법인과 사법인을 상호단절된 독립된 것으로 파악하여, 공법

19) 田中二郎, 新版 行政法 中卷(全訂第2版), 弘文堂, 214쪽 참조.

20) 川島武宜, 「營團の性格について」, 8쪽 참조.

인의 법률관계에는 공법만이, 사법인의 그것에는 사법만이 적용된다  
고 보았던 것이나, 공법·사법의 구별에 관한 다양한 견해의 등장과 때  
를 같이 하여, 공법인·사법인 구별의 상대화 또는 구별부정론이 등장  
한 것이 그러한 사정을 말하여 주는 것이다.

이처럼 공법인·사법인의 구별문제에는 각 시대의 사회적 상황과 법  
률관을 반영하는 역사성·사회성이 배어있다고 할 수 있다. 따라서, 공  
법인·사법인의 구별문제를 근본적으로 이해하기 위해서는 이것이 내재  
하고 있는 논리구조를 살펴보는 것이 필요하게 된다.

### III. 公法人·私法人 區別의 논리구조

공법인·사법인의 구별론은 먼저 그 논의의 출발점이 당해 법인이 담  
당하는 업무의 성격에 중심을 둔 것인가, 또는 적용받는 법규범의 특성  
(즉 구체적으로 말하면 공법과 사법)에 의한 것인지를 명확히 할 필요  
가 있다. 즉, 공법인·사법인의 구별론에서 말하는 공법인·사법인은  
「公法」人·「私法」人을 의미하는지, 또는 「公」法人·「私」法人을  
의미하는지가 문제된다. 이처럼 공법인·사법인구별론은 이들 양 개념  
의 함축적 의미를 분석함으로써 그러한 구별론이 지니는 논리구조를 명  
백히 할 수 있을 것이다.

따라서 이하에서는 공법인·사법인을, 먼저, 「公法」人·「私法」人으  
로 파악되는 경우로, 다음으로, 「公」法人·「私」法人으로 파악되는 경  
우로 나누어서 살펴보기로 한다.

## 1. 「公法」·「私法」의 이원론

공법인·사법인의 관념을 「公法」人·「私法」人으로 파악하는 경우에, 여기에는 무엇보다도 공법·사법구별론이 전제되어 있음을 알 수 있을 것이다. 따라서, 이하에서는 이를 고찰함으로써 공법인·사법인 이원론의 논리구조의 일단을 검토해 보도록 한다.

### 가. 공법·사법이원론의 성립배경<sup>21)</sup>

(1) 법치주의의 성립 이전의 대륙법계 국가는 절대군주제하에 있었기 때문에 군주가 절대권력(공권력)을 행사하여 시민의 자유와 재산을 제약하거나 침해할 수 있었다(人的 지배, 경찰국가). 그러나, 당시에도 공권력의 주체로서가 아니라 경제적 거래관계에 있어서는 일반시민과 마찬가지로 市民法(私法)의 규율에 따랐다. 즉, 법치주의의 성립 이전부터, 경제적 거래관계의 주체로서의 국가는 공권력의 주체로서의 국가와 구별하여 「國庫(Fiskus)」라고 하여, 국고로서의 활동은 一般私法의 규율을 받고 민사재판권의 심판대상이 되었다.

(2) 그러나, 시민들의 경제적·사회적 세력이 증대됨에 따라서 자의적인 공권력의 행사를 방지하기 위하여 자신들의 대표로서 구성된 의회가 제정한 법률에 의하도록 함으로써 자신들의 자유와 권리를 보호·보장하고자 하는 법치주의가 성립되었다. 여기에서 공권력의 행사와 관련된 여러 법률이 제정되게 되었고, 이들을 ‘公法’으로서 관념하게 되었다. 따라서, 공법은 시민에 대한 우월적인 공권력성·공익우선성을 아프리오리한 전제로 하여 이를 제약한다라는 성격을

21) 이하의 기술은 대륙법계 국가의 공법·사법구별론을 중심으로 한다. 영미법계 국가에서의 그것에 대한 깊이 있는 연구로서는, 최송화, 「행정법학에 있어서 公·私法 區別論의 사상사적 검토」(『한국공법의 이론』 <김우창박사 고회기념>, 1993 所收), 240쪽 이하 참조.



가지는 것이었으며, 이 점에서 일반사법과는 구별되는 독자적인 법체계를 성립시킨 것이다.

(3) 이같은 공법·사법관념의 구별과 더불어, 공법상의 분쟁은 행정의 자율과 특권을 옹호하기 위하여 행정권의 내부에 사법권과는 계통을 달리하는 행정재판소를 설치하여 거기에서 다루도록 하였다. 따라서, 司法裁判所는 民刑事事件만을 다루고, 공법상의 분쟁은 행정재판소에서 私法原理와는 독자적인 公法原理에 입각하여 심판하였던 것이다. 즉, 시민 상호간의 대등관계에서 발생하는 분쟁은 물론, 국가와 시민 간의 분쟁이라하더라도 양자가 대등관계의 성격에서 발생하는 분쟁은 司法裁判所의 관할로서 私法의 적용대상이 되었으나, 경찰·조세·토지수용 등과 같은 공권력의 발동으로 인해 발생한 공법상의 분쟁은 행정재판소의 관할로 되었다. 이같은 재판권의 이원주의가 공법·사법이원론을 성립시킨 제도적 기초를 이루었던 셈이다<sup>22)</sup>.

#### 나. 공법·사법의 구별을 둘러싼 논의

위에서 살펴본 것과 같은 역사적 배경하에서 공법관념이 성립하였으나, 공법·사법의 구별을 둘러싸고는 일찍부터 구별의 인정 여부에 대한 논란이 있었다<sup>23)</sup>.

##### (1) 구별긍정설

공법·사법이원론은 국가법체계가 공법과 사법으로 구별될 수 있고, 또한 구별되어야 한다고 본다. 이러한 견해에도 또한 절대적 구

22) 原田尙彦, 行政法要論(全訂第4版), 學陽書房, 20쪽 이하 참조.

23) 서원우, 「現代行政法과 公·私法區別論」(『轉換期の 行政法理論』, 박영사, 1997 所收), 174쪽 이하; 崔靈圭, 「公·私法區別論의 再檢討(I)」, 경남법학 제14집(1998), 94쪽 이하; 芝池義一, 行政法總論講義(第3版), 有斐閣, 22쪽 이하 참조.

별설과 상대적 구별설로 나뉜다.

### 1) 절대적 구별설

초기의 견해로서, 공법과 사법의 구별을 엄격히 하여서, 공법관계에는 공법만을, 또한 사법관계에는 사법만의 적용을 주장하는 것이다. 이러한 견해에서는 공법관계를 폭넓게 파악하여 공법관계에 적용될 공법에 대해서 독자적인 완결성을 전제로 하는 것이었다. 따라서 공법관계에의 사법규정의 적용을 인정하지 않고<sup>24)</sup>, 공법의 공권력성·우월성을 강조하는 입장이다.

### 2) 상대적 구별설

이 견해에서는 공법관계에서도 사법규정의 적용가능성을 인정한다는 점에서 前說과 구별되며, 절대적 구별설이 취하는 과도한 공권력성의 인정을 완화하고자 하는 것이었다. 즉, 이 설은 공법관계를 본래적 공법관계(또는 지배관계, 권력관계)와 전래적 공법관계(또는 관리관계)로 나누고, 전자는 국가·공공단체가 공권력의 주체, 우월적인 의사의 주체로서 국민에 대한 관계인데 대하여, 후자는 국가·공공단체가 공공사업 또는 재산관리의 주체로서 국민에 대한 관계이며 원래는 사법관계와 본질적인 차이는 없지만 공공복리와 밀접한 관련을 가지므로 특별한 법적 규율을 받고, 이 점에서 사법관계와 구별된다고 한다<sup>25)</sup>.

따라서, 본래적 공법관계는 그 본질에 있어서 사법적 규율과 친하지 않는 특수한 영역이며, 명문규정의 유무를 불문하고 특수한 공법

24) 이와 관련하여서는, 일본민법의 시행을 앞두고, 「余ハ公用物ノ上ニ『此ノ所民法入ルヘカラス』ト云フ標札ヲ掲ゲ新法典ノ實施ヲ迎ヘントス」(「나는 공용물 위에 『이곳에 민법은 들어올 수 없다』라는 표찰을 내걸고 신법전의 실시를 맞이하고자 한다」)라고 한 말은 이 견해를 대표하여 자주 인용된다 (穂積八東, 「公用物及民法」<穂積八東博士論文集 所收, 1912>, 412쪽 이하).

25) 이러한 전래적 공법관계(관리관계)의 관념은, 급부행정의 증대와 더불어 종래 공법관계로 간주되던 법관계에서 사법관계가 증가하는 경향 - 이른바 「공행정의 사법에의 도피」- 에 대처하여, 공법관계로 파악할 수 있게 함으로써 공법학의 고찰대상이 되게 한 문제의식은 시의적절할 것이었다는 평가가 있다. 小早川光郎, 行政法 上, 弘文堂, 1999, 170쪽 참조.

적 규율 또는 공법원리가 타당하지만, 다만 사법규정이라 할지라도 신의성실의 원칙이나 권리남용금지의 원칙과 같은 법의 일반원칙이나, 기간의 계산방법과 같은 법기술적인 규정은 공법관계에도 적용 또는 유추적용될 수 있다고 한다. 그리고, 전래적 공법관계(또는 관리관계)에서는 본질에 있어서 사법관계와 다르지 않지만, 공익성과 관련이 있어서 특별한 규정이 존재하는 경우에 한하여 사법규정의 적용 또는 유추적용을 부정한다<sup>26)27)</sup>.

## (2) 구별부정설

종래의 통설적 지위를 차지한 구별긍정설에 대해서는 다음과 같은 비판과 더불어 공법·사법의 구별을 부정하는 견해가 유력하게 주장되었다<sup>28)</sup>.

1) 구별설은 공법관계(특히 본래적 공법관계)에 있어서 명문규정의 유무를 불문하고 당연히 아프리오리하게 국민에 대한 공권력의 우월성·공익우선성을 일반적으로 인정한다. 그러나, 이러한 관념은 공권력의 우월성을 전제로 하였던 공법관념 성립초의 절대군주제 아래에서라면 별개로 하고, 국민주권주의·법치주의가 지배하는 오늘날에는 명문규정의 유무를 불문하고 공법관계에서 공권력의 우월성이 일반적으로 인정되는 것이 아니라, 국민의 대표기관인 의회가 제정한 법률이 개별적·구체적으로 수권한 한도내에서 국민에 대해 우월적 지위를 가지는 데 불과하다고 한다<sup>29)</sup>.

26) 田中二郎, 新版 行政法 上卷(全訂第2版), 弘文堂, 78쪽 이하 참조.

27) 이러한 상대적 구별설의 법해석론상의 실익에 대해서, 「어떤 문제에 대한 적용법규가 공법이라고 판단된 경우에는 민법·상법등의 私法規定은 그대로는 적용되지 아니한다」는 정도의 소극적인 기능만을 갖는다는 지적이 있다. 박윤훈, 개정판 최신 행정법 강의(上), 박영사, 2000, 112쪽 참조.

28) 이러한 견해는 우리나라에서는 극히 소수설(천병태, 행정법총론, 삼영사, 1998, 64쪽 이하)에 속하지만, 오늘날 일본에서는 다수설을 차지하고 있다고 할 수 있다. 鹽野 宏, 行政法 I (第2版), 有斐閣, 1994, 35쪽 ; 原田尙彦, 行政法要論(全訂第4版), 25쪽 ; 芝池義一, 行政法總論講義(第3版), 18쪽 ; 小早川光郎, 行政法 上, 172쪽 ; 廣岡 隆, 行政法總論(3版), ミネルウ"ァ書房, 1995, 35쪽 등 참조.

29) 原田尙彦, 行政法要論(全訂第4版), 25쪽 참조.

2) 구별공정설은 포괄적인 법관계의 관념을 전제로 하지만, 이는 적용법규의 문제에 관해서는 의미가 없다고 본다. 구별공정설은 공법관계와 사법관계의 구별을 전제로 하여, 그러한 법관계의 성질결정으로부터 스트레이트로 공법관계에의 사법규정 또는 사법원칙의 적용 여부를 결정하고자 한다. 그러나, 실제에 있어서는 포괄적인 법관계의 설정에 의한 적용법규 또는 법원칙의 기계적인 결정이 이루어지기 보다는 개개의 행위(또는 그로부터 발생하는 법관계)의 성질에 따라서 개별적·구체적으로 적용법규 또는 법원칙이 결정된다고 한다.

3) 구별공정설의 가장 중요한 제도적 기초는 행정재판소제도로서, 거기에는 행정사건에 관한 司法權排除의 원칙이 지배하였지만, 행정재판소제도가 존재하지 않고 행정사건도 민사사건도 같은 사법재판소에서 다루는 이른바 사법국가제도하에서는 구별공정설이 갖는 가장 중요한 제도적 기초를 상실하게 되었음을 의미한다고 한다<sup>30)</sup>.

### (3) 판례의 입장

1) 우리 헌법재판소는 공법과 사법의 구별을 인정하고 있다. 다음에서 그 대표적인 예를 살펴보도록 한다.

① 국민건강보험법 제33조제2항 등 위헌확인사건에서, 「공법상의 권리인 사회보험법상의 권리가 재산권보장의 보호를 받기 위해서는 법적 지위가 사적 이익을 위하여 유용한 것으로서 권리주체에게 귀속될 수 있는 성질의 것이어야 하는데, 적립금에는 사법상의 재산권과 비교될 만한 최소한의 재산권적 특성이 결여되어 있다.」(2000.6.29, 99헌마289)라고 하는 등 공법과 사법의 구별개념을 사용하고 있다. 또한 동 사건에서는 「국가가 의료보장이라는

30) 小早川光郎, 行政法 上, 171쪽 참조. 구별공정설의 입장에서도 이러한 점들로 인해 공법과 사법의 구별의 의의가 감소되었음을 인정한다. 석종현, 일반행정법(上) [제7판], 삼영사, 1997, 109쪽; 참조.

공적 과제를 직접 관리운영의 주체가 되어 수행하는 방법도 있으나, 우리의 사회보험식 의료보장제도에서는 국가가 의료보험조합과 같은 공법상의 법인을 설립하여 그로 하여금 어느 정도 자치적으로 의료보험사업을 이행하도록 위임하는 것이다。」라고 하여, 의료보험조합을 공법상의 법인으로 간주하고 있는바, 여기에서는 公法人을 「公法」人の 개념으로 파악하고 있음을 알 수 있다.

② 국유재산법 제5조 제2항의 위헌심판사건에서, 「이와 같이 물건이 갖는 공공성의 목적과 그 기능을 수행하기 위하여 필요한 한도 내에서 그 물건을 공법적 규율의 대상으로 할 필요가 있는 경우에만 국가는 공법인으로서 특수한 지위를 가지는 것이고, 그렇지 않은 경우에는 사법인과 대등한 권리주체로서 권리의 객체인 물건을 소유·관리·처분하는 것이라는 점에서 민사법(民事法)이 적용되는 것이다。」(1991. 5. 13. 89헌가97)라고 하여, 공법인과 사법인의 구별을 인정하고 있으며, 「공법적 규율의 대상으로 할 필요가 있는 경우에만 국가는 공법인으로서 특수한 지위를 가지는 것이고」라고 하여, 여기에서의 公法人·私法人은 다른 「公法」人·「私法」人을 의미하고 있음을 알 수 있겠다.

이상에서, 공법·사법의 구별과 관련된 헌법재판소의 대표적인 결정례를 살펴보았지만, 국유재산법 제5조 제2항의 위헌심판사건에서, 「국유재산에 대한 공법적 규율의 적용범위와 사법적 규율의 적용범위에 관하여는 확일적인 원칙이 있는 것은 아니라 할지라도 그 기본원리는 헌법에 기초하여야 하며」라고 하여, 공법·사법의 구별에 의해 당해 법률관계를 포괄적·확일적으로 파악하여서는 안된다는 입장을 명확히 하고 있으며, 이것으로 볼 때에 헌법재판소의 입장은 이른바 상대적 구별설에 입각해 있는 것으로 판단된다.

또한 공법·사법구별의 기준으로서, 공권력의 주체로서의 법률관계인가 사경제적 법인의 권리주체로서의 법률관계인가(1991. 5. 13. 89헌가97), 공권력(예컨대, 토지구획정리사업을 수행할 권한 등)에 관한 규정을 두었는가, 행정쟁송방법에 의하도록 하는가 또는 민

사소송에 의하도록 하는가(1991. 3. 11. 90헌마28) 등을 들고 있다.

2) 우리 대법원도 원칙적으로 공법·사법의 구별개념을 인정하고 있다. 다음에서 관련 판례를 예시하여 살펴보도록 한다.

「구 도시계획법 제83조 제2항의 규정은 사업시행자가 그 공공시설에 필요한 토지를 사법상의 계약이나 공법상의 절차에 따르는 방법 등으로 취득하여 여기에 공공시설을 설치하고 사업을 완료한 경우에 한하여 적용되는 것이지, 사업시행자가 공공의 시설에 필요한 토지를 적법하게 취득하지 아니한 채 여기에 공공시설을 설치하여 국가 또는 지방자치단체가 이를 점유사용하고 있는 경우에까지 적용되는 것은 아니며」(대법원 2000. 8. 22. 선고 98다55161 판결), 「수출보험제도가 보험이라는 기술적인 형태를 채용하고 있는 이상, 수출보험법상의 행정적인 규제, 감독관계가 아닌 수출보험계약에 따른 보험자와 보험계약자 사이의 법률관계는 그 성질상 공법상의 권리의무관계라 할 수는 없고, 통상의 보험에 있어서와 마찬가지로 보험계약관계라고 하는 사법상의 권리의무관계로 파악하여야 할 것이고」(대법원 1993. 11. 23. 선고 93누1664 판결)라는 예에서 알 수 있듯이, 공법·사법의 구별을 채용하고 있다.

#### 다. 소결

(1) 공법·사법이원론은 법치주의의 등장을 그 배경으로 하는 시대의 산물임을 위에서 살펴보았다. 다시 말하면, 19세기 프랑스·독일 등의 대륙법계 국가에 있어서 군주의 자의적인 절대권력(공권력)의 행사를 제약하고자 시민의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 의하도록 하고(법치주의의 등장), 그러한 공권력의 행사 및 통제와 관련한 일련의 법률체계 내지는 법원리를 일컬어 「公法」이라고 관념짓게 한 것이다. 이러한 공법관념은 따라서 제정법제도상의 근거를 갖는 것으로서, 그것을 단적으로 나타낸 것이 다음아닌 행정재판소

제도라 하겠다. 이처럼 공법관념은 이념적·제도적 배경을 가지고 있는 것이다.

그러나, 문제는 오늘날 국민주권주의와 법치주의가 보편화되고, 특히 우리나라나 일본과 같이 행정재판소제도를 갖지 않는 국가에서도 공법·사법개념의 구별을 인정할 것인가이다. 이와 관련하여서는 부정설의 입장에서부터 이원론 성립의 제도적 기초를 상실하였다고 주장하고 있는바<sup>31)</sup>, 이는 공법·사법구별의 성립배경으로부터 볼 때에 설득력있는 지적이라 할 것이다.

(2) 그러나, 그렇다고 하여 공법·사법 구별의 문제가 완전히 해결된 것은 아니다. 즉, 우리 실정법상으로 공법이라는 용어를 사용하는 경우가 소수이지만 존재하고<sup>32)</sup>, 또한 공법개념을 사용하고 있지 않으나 일반민법의 규정과는 다른 특별한 명문의 규정을 둔 경우에 있어서 그들 규정의 특징을 체계지위 「公法」이라는 개념을 인정할 실익은 존재하지 않겠는가이다. 또한 명문의 규정이 없는 경우에도 이와 같이 성립한 공법원리에 비추어 공법·사법구별을 인정할 필요성이 있는지 여부이다.

1) 먼저, 공법개념을 실정법이 사용하고 있는 경우에 구별긍정설의 입장에서는 이것이야말로 실정법체도가 공법·사법 구별의 입장에 선 것이라는 근거라고 주장하는 데 반하여, 구별부정설의 입장에서는 용어의 해석과 관련하여 문제가 될 수 있으나, 그 규정의 의미를 완화하여 해석하고자 한다.

2) 일반민법의 규정과는 다른 명문의 규정을 두고 있는 경우에는 당해 법규정이 적용된다는 점에 양설의 차이는 없다. 그러나, 구별긍정설의 입장에서는 그러한 법규정의 체계를 공법개념으로서 파악하

31) 今村成和, 行政法入門(第6版), 有斐閣, 1995, 24쪽 참조.

32) 행정소송법 제3조제2호, 주민등록법 제17조의7 등 참조.

고자 하는데 반하여, 구별부정설에서는 구체적으로 당해 법규정을 적용할 것인가의 적용범위등의 문제는 어디까지나 당해 법규정의 해석문제에 불과하지 공법·사법구별의 문제가 아니라고 한다<sup>33)</sup>.

3) 명문의 규정이 존재하지 않는 경우에, 구별부정설의 입장에서는 명문의 규정 및 해석상 도출된 공법체계 및 공법원리의 적용 또는 유추적용을 인정하는 데 반하여, 구별부정설에서는 민법을 적용할 것인가 민법 이외의 법을 적용할 것인가의 문제이지 그러한 법관계를 특별히 별도의 공법이라는 개념을 사용하여 파악할 필요는 없다고 본다.

(3) 생각건대, 이상의 공법·사법 구별에 관한 논의는, ①법률의 명문의 규정의 유무를 불문하고 공권력의 우월성을 인정하는 공법체계 또는 공법원리를 인정할 것인가, ②공법개념을 인정한다 할지라도 그것은 어떤 법관계가 공법관계라는 이유로 포괄적으로 당해 법관계에 있어서는 공법이 적용되어야 할 것인가, ③실정법제도상 공법을 인정할 실익이 있는가의 문제로 요약해 볼 수 있다.

①과 관련하여서는, 오늘날 국민주권주의·법치주의가 보편화·실질화되어 있는 점을 감안하여 볼 때, 법률이 인정하는 이상의 과잉된 공권력성을 전제하는 것은 타당하지 않다고 본다. ②에 관하여서는 ①의 연장선상에서 검토하여 볼 때, 어떤 법관계의 파악은 그에 관한 개별적·구체적인 법규정과 관련하여 해석되어야지, 선형적으로 당해 법관계의 성격을 공법관계인지 사법관계인지를 결정하여 놓고, 이에 입각하여 획일적·포괄적으로 법규정 및 법원리의 적용 또는 유추적용을 결정하고자 하는 것은 적절치 않다고 본다<sup>34)</sup>. ③에

33) 芝池義一, 行政法總論講義(第3版), 26쪽 참조.

34) 구별부정설에서도 공법의 「권력적·공익적 특수성 인정여부는 개개의 실정법규의 해석의 문제이며, 특수한 법적 규율이 없으면 일반적으로 사법적 규율의 대상이 된다」라는 견해가 있다. 김도창, 일반행정법론(上), 청운사, 1992, 208쪽 참조.



대해서는, 실정법이 「公法」이라는 용어를 소수이지만 사용하고 있다는 점이 우리 법체계가 공법·사법의 구별에 입각하여 체계화되었다는 주장에 설득력을 더해주고 있는 점을 부인할 수 없을 것이다. 그러나, 이 점은 종래 공법·사법의 구별에 입각하여 파악하였던 시대의 잔재로 보고, 그러한 용어에 지나치게 과잉된 의미를 부여할 필요는 없다고 본다. 즉, 실정법이 「公法」개념을 사용하고 있다 할지라도, 그것은 각 개별법·개별규정에 따라 그 내포와 외연은 반드시 일치하는 것은 아니므로 각 규정의 문맥과 입법취지에 비추어 해석·적용을 하면 그만이지 그로 인해 우리 법체계가 공법사법이원론을 채용하고 있다는 결정적 근거로 하는 것은 지나친 확대해석이라고 할 것이다.

## 2. 「행정주체」·「사인」의 이원론

공법인·사법인의 개념을 「公」法人·「私」法人으로 파악하는 경우, 다시 말하면 공적 사무를 수행하는 법인과 사적 임무를 수행하는 법인으로서 파악하는 경우가 문제된다.

종래부터 공법학(특히 행정법학)에서는 공적 사무를 수행하는 법인을 ‘行政主體’, 사적 임무를 수행하는 법인을 ‘私人’(또는 사적 법주체)이라는 도구개념을 사용하여 파악하는 것이 일반적이다<sup>35)</sup>. 이러한 ‘행정주체’에는 국가·지방자치단체를 비롯하여, 그밖에도 각종의 公社, 公團, 공공조합 등 공적 사무를 수행하는 법인도 포함되는 것

35) 「행정주체」라는 개념은 강학상의 것으로 실정법상 이에 관한 용어를 사용하고 있는 법령은 존재하지 않는다. 그러나, 「사인」은 실정법상 사용되고 있는 경우가 적지않게 존재한다. 예컨대, 광업법 제80조는 “제79조의 규정에 의한 법인에 대하여는 대한민국 국민(대한민국의 법률에 의하여 설립된 법인을 포함한다. 이하 “**사인**”이라 한다)의 출자를 허용한다.”라고 하여, 강학상의 「사인」과 동일한 의미로 사용하고 있음을 알 수 있다. 그밖에, 교육기본법 제11조제2항, 국가를당사자로서하는소송에관한법률 제2조의2, 국민의료보험법 제4조제4호, 도로법 제33조 등 참조.

으로 되어 있다<sup>36)</sup>.

이처럼 「행정주체」 개념이 ‘공적 사무를 행하는 자’라는 의미에 있어서 「私人(사적 법주체)」과 구별된다고 한다면, 그것은 즉 ‘공적 임무를 띤 법주체’라는 의미에 있어서 「公」法人 개념과 그 본질적 내용을 같이 한다. 따라서, 「公」法人·「私」法人의 논리구조를 파악하기 위하여서는 행정주체·사인의 이원론을 고찰할 필요가 있다.

## 가. 행정주체·사인의 성립배경 및 그 기능

### (1) 성립배경

1) 행정주체와 사인의 성립도 법치주의(특히 법률에 의한 행정의 원리)와 밀접한 관련을 가지고 있다. 즉, 법치주의의 성립 이전에는 군주의 자의적인 공권력의 행사가 가능하였고, 또한 거기에서는 군주의 시민에 대한 관계는 지배-복종의 (권력적)사실관계에 불과하였다. 따라서, 시민들은 부당하게 그들의 자유와 권리가 침해당한 경우에도 그를 구제받을 법적 장치나 권리를 갖지 못하였다.

그러나, 법치주의의 등장으로 인해 시민의 자유와 권리의 침해는 자신들의 대표기관인 의회가 제정한 법률에 의하지 않으면 안되게 되었고, 국가의 시민에 대한 공권력의 행사도 원칙적으로 법률관계(공법관계, 권력관계)의 하나로서 파악하게 되었다. 이는 공법학(특히 행정법학) 성립에 있어서의 私法理論의 借用에 의하여 그 이론적 체계화를 이루게 된 것이었다. 즉, 사법상의 법률관계에 있어서와 마찬가지로 국가 등의 시민에 대한 행정작용 등으로 인해 발생하는 법률관계도 양 법주체를 상정함으로써 종래의 국가의 시민에 대한 일방적인 지배·통치와 시민의 국가에 대한 일방적인 복종·被治의 사실관계에서 탈피하여, 국가-시민 간에도 쌍방적인 권리의무관계로

36) 藤田宙晴, 行政法 I (第3版), 青林書院, 2000, 15쪽 이하 참조.

파악하게 된 것이다. 따라서, 시민의 법주체성은 물론, 국가 등의 공권력의 주체도 법주체로서 간주하게 되었다(국가법인설). 이러한 공권력의 주체로서는 국가와 지방자치단체가 물론 가장 대표적인 것이었으나, 그밖에도 정부관계기업 및 공공조합 등 ‘공적인 사무’를 수행하는 여러 조직들이 존재하였으며, 그들을 총칭하여 ‘공공단체’로 파악하였다. 이와 같이 다양한 공권력의 주체들을 하나의 개념으로서 파악하고자 하는 시도로서 ‘행정주체’개념이 성립하였으며, 그 對概念으로서 ‘사인(사적 법주체)’개념이 아울러 성립하게 된 것이다.

2) 또한, 행정주체·사인개념은 「국가」·「사회」의 이원론의 성립과 그 궤를 같이 하고 있다. 즉, 국가·사회의 이원론은 공적 영역과 사적 영역을 구별하여, 사적 영역을 원칙적으로 개인의 자유에 방임하는 한편, 다른 한편으로, 정치공동체로서의 국가를 공적 영역의 유지·보장 - 즉, 시민 개개인의 생명·자유·재산 등의 보호·보장, 질서의 유지 - 에 전담시킨다라는 입장이다. 이러한 「국가」 개념은 원래는 정치적 공동체를 의미하는 것이 아니라 이념적 공동체, 즉 순전히 관념적인 것에 지나지 않았다. 즉, 「국가」는 객관적·정신적·법적 질서로서 전제되어 인간의 의지를 초월한 존재인 「이념」·「유기체」로서 간주되었던 것이다<sup>37)</sup>. 그리고, 국가와 관계가 없는 개인 상호간의 관계 - 즉, 「사회」 - 는 헌법 등 이른바 공법적 규율의 대상에서 배제되게 된다. 또한, 이러한 사적 영역(즉, 사회)에 개입하는 국가권력에는 한계를 지니게 된다. 이와 같은 「국가」·「사회」의 구별에 근거하여, 국가에 적용되는 법과 사회에 적용되는 법은 자연히 구별하게 되었으며, 이로 인해 공법·사법의 구별이 이루어지게 되었다.

37) 工藤達郎, 「憲法學における『國家』と『社會』」, 法學新報第91卷8・9・10号合併号(1985), 241쪽 참조.

## (2) 기능

1) 종래의 전통적 견해가 「행정주체」·「사인」이라는 도구개념을 사용하여 전개하고자 한 목적은 무엇일까? 다시 말하면, 양 개념의 기능의 문제로도 파악할 수 있을 것이다.

다음과 같은 대표적 견해의 인용으로부터 그것의 일단을 엿볼 수 있다.

“...법률에 의한 행정의 원리가 근대법치국가에 있어서의 기본원칙으로서 인정되게 되었다. 그러나, 이 경우에 있어서도 국가 기타 행정주체를 사인과 대등한 권리주체로 함이 없이, 법률상 행정주체에게 공권력의 주체로서의 우월적 지위를 인정하고, 그 지위에 서서 법률에 기해 그 규정에 따라서 인민에 대해 명령·강제하는 권능을 부여했다. 국가 기타의 행정주체와 인민과의 사이에 법률 스스로가 권력 지배의 관계를 승인했다. 그리고, 이러한 의미에서의 공권력의 주체로서의 국가 기타 행정주체가 그 공권력의 발동으로서 행하는 행위에 대해서는 일면에서 법률에 의한 엄중한 기속을 이룸과 동시에, 타면에서 법률에 기해 그 규정에 따라서 이루어진 행위이기 때문에 여기에 일반사법의 적용을 배제하고 특수한 성질과 효력을 인정하게 되었다<sup>38)</sup>.”

이러한 견해는 다음의 세가지의 논리구조로 이루어져 있음을 알 수 있다<sup>39)</sup>. 즉, ①법치행정의 원리의 채용으로 인해 국가 기타의 행정주체도 법에 복종하게 되었다는 점, ②그러나, 법률은 행정주체에게 공권력의 주체로서의 우월적 지위를 인정하여, 이러한 지위에 서서 인민에 대해 명령·강제하는 권능을 부여하였다는 점, ③이와 같은 행정주체의 공권력의 발동으로서의 행위는 법률에 기해 그 규정에 따라서 이루어지는 행위이기 때문에 사법의 적용이 배제되고 특수한 성질과 효력이 인정된다는 점 등이 그것이다.

38) 田中二郎, 行政法總論, 1975, 262쪽.

39) 岡田雅夫, 「行政主体論-行政權, 行政權の主体, 行政主体-」(現代行政法大系7, 有斐閣, 1985 所收), 24쪽 이하 참조.

이러한 견해의 의도는 특히 ②③에서 단적으로 나타나 있다고 할 수 있다. 즉, ②에서 행정주체에게는 ‘법률에 의해’라는 단서가 붙기는하지만, ‘공권력의 주체’로서 사인에 대해 ‘우월적 지위’가 인정되고, 이러한 지위에 기해 명령·강제권한을 행사하게 된다. 이로부터 행정주체는 동일한 법주체이기는 하나, 대등한 법주체는 아니다라는 귀결을 얻는다. 이로 인해 국가·지방자치단체 등의 公法人의 이원적 파악을 불가피하게 한다. 즉, 공권력의 주체로서의 국가·지방자치단체 등과 私的 법주체로서의 국가·지방자치단체 등이 그것이다.

또한 ③의 논리에서, ②의 논리를 전제로 하여 행정주체는 이미 ‘공권력의 주체’로서 간주되어, 그러한 지위에서 한 행정주체의 행위는 ‘공권력의 발동’인 행위로서 사법의 적용이 배제되게 된다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 행정주체개념은 국가·지방자치단체 등의 公法人을 지칭하는 도구개념으로서 등장하여, ‘법률에 의해’라는 단서가 붙는다고는 하지만, ‘공권력의 주체’로서의 지위와 결부되어 행정주체의 행위에 대해서는 일반사법의 적용이 배제되고, 특수한 성질과 효력이 인정된다는 결론을 도출하는 도구개념으로서의 기능을 훌륭히 수행하고 있음을 알게 되는 것이다.

2) 행정주체와 사인의 이원론은 또한 행정의 「내부관계」와 「외부관계」의 이원론을 도출하는 전제가 되었다<sup>40)</sup>. 행정주체·사인의 이원론은 근대법치주의의 등장과 밀접한 관련이 있다는 점을 위에서 살펴보았지만, 그것은 다름아닌 행정을 수행하는 주체인 행정주체와, 그 외부에 있어서 행정주체와 대립관계에 서는 사적 법주체(=사인)와의 사이의 법관계를 파악하고자 하는 도구개념에 다름아니었다. 그로 인해 행정주체와 그 외부에 있는 사인과의 관계인 「외부관계」와는 구별되는 행정주체의 「내부관계」에 속하는 문제에 대해서는

40) 藤田宙晴, 行政法 I (第3版), 16쪽 이하 참조.

서로 다른 법원리가 지배하는 것으로 관념되었다. 그러한 구체적인 표현이 일반권력관계와 특별권력관계의 구별, 법규명령과 행정규칙의 구별, 항고소송과 기관소송의 구별 등이라고 할 수 있을 것이다.

## 나. 한계와 가능성

### (1) 한계

1) 행정주체·사인의 이원론은 원래 19세기의 비교적 단순한 국가제도, 즉 국가와 시민사회의 역할분담이 비교적 명확하였던 시대의 국가제도를 전제로 하여 성립하였던 「국가」·「사회」의 이원론을 그 배경으로 하고 있다. 그러나, 복지국가이념의 등장과 더불어 이러한 이원론 자체의 상대화가 진행되고, 현대행정에 있어서도 급격한 양적·질적 변화를 초래하게 된 것이다. 이러한 현대행정의 양적·질적 변화는 종래의 행정주체·사인의 구별에도 영향을 미쳐, 종래 국가·지방자치단체·공공단체 등의 행정주체만에 의해서는 국가적 책무를 온전히 수행할 수 없게 되었다. 즉, 종래의 행정주체·사인의 이분법으로는 파악할 수 없는 여러 가지 형태의 법형식의 조직·단체가 공행정의 수행주체로 등장하고 있다. 그것들은 직접 개별법에 근거를 가지는 이른바 ‘特殊法人’에 속하는 것이지만, 구체적으로 살펴보면, 公社·公團과 같이 대단히 공적 색채가 강한 것으로부터公私 혼합의 주식회사와 같이 私的 會社와 거의 구별할 수 없는 것에 이르기 까지 다양하게 존재하고, 이것들을 단일의 법적 기준에 의해 통일적으로 파악한다는 것은 대단히 곤란하게 되었다는 점이다<sup>41)</sup>.

2) 행정주체·사인의 이원론은 행정주체의 내부구성·내부조직에 관한 문제인가 양자 간의 법관계에 관한 문제인가에 따라서 「내부

41) 岡田雅夫, 「行政主体論-行政權, 行政權の主体, 行政主体-」, 17-18쪽 참조.

문제」·「외부문제」의 구별과 관련된다. 즉, 이러한 구별에 입각하여 각각에 적용되는 법원리가 다르다는 결론에 이른다. 가령 예컨대, 행정주체의 내부관계에 관한 법으로서의 「행정조직법」과, 행정주체·사인간의 외부관계에 관한 법인 「행정작용법」으로 구별한 다음, 전자에 대해서는 각 행정주체가 행정목적에 따라서 그 기능을 합리적·능률적으로 발휘할 수 있도록 합목적적 견지에 서서 만들어진 것이며, 상호의 연락·조정이나 권한·지휘·감독과 같은 것은 행정조직의 내부문제로서 자주적 처리에 맡겨져야 하기 때문에 그 권한의 행사나 이에 관한 지휘·감독에 대하여 기관상호간에 해석상 견해의 대립이나 분쟁이 발생한 경우에 있어서도 그것은 행정조직의 내부문제로서 원칙적으로 상급행정청의 판단과 결정에 의하여야 하며, 사법권의 개입이 허용되지 않는다고 한다. 그러나, 후자에 대해서는, 행정주체가 행하는 행정작용을 규제하고 국민의 권리의무에 관한 규율을 하는 것을 본체로 하는 것으로 기본권보장의 견지로부터 법치주의의 원리가 적용되고, 이에 관한 일체의 법률상의 쟁송은 사법심사의 대상이 된다고 한다<sup>42)</sup>.

따라서, 이러한 관점으로부터는, 행정주체·사인의 이원론이 내부관계·외부관계론과 결합하여, 행정주체의 내부관계에서의 문제에 대해서는 법치주의의 적용이 없고, 따라서 사법심사의 대상에서도 배제된다는 결론을 얻게 된다. 이처럼 법치주의의 적용 여부 및 사법 심사의 가능성 유무라는 관점으로부터는 행정주체 상호간의 법률관계가 특히 문제가 된다.

## (2) 가능성

무수히 존재하는 全法主体가 「행정주체」의 그룹과 「사인(사적 법주체)」의 그룹으로 2분되어 양 그룹이 상호 대립한다 라는 것과

42) 田中二郎, 新版 行政法 中卷(全訂第2版), 14쪽 이하 참조.

같은 단순한 사고는 그 필연적 귀결이 아니라는 것은 명백하다. 그러나, 여기서 「국가」도 「사회」도 ‘집단’을 의미하는 것이 아니라, 결국 ‘관점’을 의미하는 것으로 보는 것은 가능하며, 그렇다면 어떤 법주체는 그 법적 측면에 응해서 어떤 경우에는 「행정주체」로 되고, 어떤 경우에는 「사인(사적 법주체)」으로 되는 것은 가능한 것이다. 이와 같이, 무수한 법주체에 대해서, 거기에 어떠한 강제적 요소가 존재할까, 즉 사인의 자율·자유는 어느 정도 제약되어 있을까를 명백히 하는 ‘관점’으로부터 「행정주체」와 「사적 법주체」를 구별하는 것은 가능하며, 또한 유의미한 것으로 될 것이다. 다만, 그러한 경우에도 이같은 유형화가 이들 법주체를 속성으로서 위와같은 2개의 카테고리로 완전히 분류할 수 있다는 것을 의미하는 것이 아니라, 무수히 존재하는 법주체를 단지 ‘강제적 요소의 存否’라는 ‘관점’으로부터 본 경우의 상대적인 분류기준의 하나일 뿐이라는 점을 명확히 할 필요가 있다. 따라서, 별도의 ‘관점’(예컨대, 국가·지방자치단체의 자본참여의 유무·정도 등)으로 한다면, 별개의 의미에서의 「행정주체」와 「사인(사적 법주체)」과의 구별이 ‘유형적’으로 세워질 수는 있을 것이다<sup>43)</sup>.

## 다. 소결

(1) 법치주의의 성립과 私法理論의 借用으로 인해, 국가-사인 간의 관계도 지배-복종의 사실관계로부터 권리-의무의 법률관계로 파악하게 되었다. 따라서 양 법주체를 상정하게 되었고, 그것은 다름아닌 공법인=행정주체, 사법인=사인(사적 법주체)이 되었다. 그러나, 이들 법주체는 對等한 법주체가 아니라 不對等한 법주체로서 파악되

43) 藤田宙晴, 「行政主体の概念について」(『行政法學の思考形式』, 木鐸社, 1978 所收), 100-102쪽 참조.



있다. 비록 ‘법률에 의해서’라고는 하지만, 행정주체에게는 ‘공권력의 주체’로서의 우월적 지위가 일반적으로 인정되었고, 私人은 사익만을 추구하는 열등한 법주체로 관념지위진 것이다.

(2) 그러나, 오늘날 종래의 公·私領域의 구별은 무의미해질 정도로 상호 혼합·융화되고 있다. 그러한 경향의 하나로서 종래의 공법인=행정주체, 사법인=사인로 파악되는 법주체 이외에도 그 사이에는 연속적인 스펙트럼을 갖는 각종의 법인들이 설립되어 활동하고 있는 것이 현실이다<sup>44)</sup>. 또한, 공기업의 민영화가 오늘날 행정개혁의 하나의 테마로서 초미의 관심사인 것도 주지하는 바와 같다. 이것은 곧 이른바 公·私領域의 상대화·유동화를 의미한다고 하겠다.

따라서, 이들 법인들을 종래와 같은 이원론으로써 파악하고자 하는 것은 불가능하거나 무의미해지고 있는 것이다. 즉, 당해 법주체가 공법인=행정주체인지 사법인=사인인지를 사전에 결정하여 놓고, 연역적으로 법관계의 성격이나 법원리를 적용 또는 유추적용하고자 하는 시도는 ‘관념’적으로 양자의 구별이 가능하다고 할지라도, 개별적·구체적 법률관계의 해석·적용과 관련하여서는 그러한 구별이 부당한 또는 무의한 것으로 되는 경우가 발생하는 것이다.

이상과 같은 점에 비추어 볼 때, 「公」法人=행정주체, 「私」法人=사인의 구별로부터 당해 법관계의 성격이나 법원리 등을 사전에 결정하여 놓고 그에 따라 일정한 결론을 도출하고자 하는 시도는 의문이라고 하지 않을 수 없다.

---

44) 최근의 우리 헌법재판소가 비록 공법인·사법인의 구별에 입각하고는 있으나, 「오늘날 사회복지국가의 등장으로 국가가 국민의 모든 생활영역에 간섭하고 활발한 경제활동을 하게 되자, 위와 같은 기준만으로는 구별이 어려운 중간적 영역의 법인도 많이 생겨나고 있다.」라는 인식하에, 「축협중앙회 및 축협(지역별·업종별 축협)의 특성들에 의하면, 이들은 공법인적 성격과 사법인적 성격을 함께 구비하고 있는 중간적 성격의 단체」(2000. 6. 1. 99헌마553)로서 파악하고 있는 점은 주목을 요한다.

#### IV. 구체적 검토 - 法人의 基本權主體性을 소재로 하여

##### 1. 사례의 설정(2000. 6. 1. 99헌마553)

청구인인 축산업협동조합중앙회, 업종별·지역별 축협, 그 조합원 및 임원 등(이하 '축협중앙회등'이라고 한다)은 1999. 8. 13. 국회에서 의결되고 같은 해 9. 7. 공포된 농업협동조합법<sup>45)</sup>(이하 '신법'이라고 한다)에 의하여 그들의 의사에 반하여 축협중앙회가 해산되고 신설농협중앙회로 합병되게 되었을 뿐만 아니라, 축협중앙회의 재산이 모두 신설농협중앙회로 이전되고, 직원들의 소속이 변경되었다는 등 헌법상 특별히 두텁게 보호되는 자조조직으로서의 축협의 결사의 자유 및 재산권, 직업선택의 자유 등을 침해당하게 되었다고 주장하여 헌법소원심판을 제기하였다.

##### 2. 결정

이에 대해서 우리 헌법재판소는 다음과 같은 요지의 결정을 내린 바 있다<sup>46)</sup>.

(1) 법인 등 결사체도 그 조직과 의사형성에 있어서, 그리고 업무

---

45) 신법에 의하면, ①기존의 축협중앙회 및 농업협동조합중앙회와 인삼협동조합중앙회는 각 해산되어 새로 설립되는 농협중앙회에 합병되는 것으로 보며, ②기존의 지역별 농협과 축협은 신법에 의한 지역농협 및 지역축협으로, 업종별 축협과 전문농협 및 삼협은 신법에 의한 품목별·업종별 협동조합으로 각 변경되어 존속하고, ③기존의 각 중앙회의 직원들은 신설중앙회의 직원으로 간주되며, ④기존의 각 중앙회들의 재산 등 권리와 의무는 신설중앙회가 포괄승계하도록 되어있다.

46) 본 사례에는 여러 가지의 논점을 포함하고 있으나, 공법인·사법인의 구별과 관련된 것을 중심으로 하여 고찰하도록 한다.

수행에 있어서 자기결정권을 가지고 있어 결사의 자유의 주체가 된다  
고 봄이 상당하므로, 축협중앙회는 그 회원조합들과 별도로 결사의 자  
유의 주체가 된다.

(2) 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 사법인에  
한하는 것이고 공법인은 헌법의 수범자이지 기본권의 주체가 될 수 없  
다. 축협중앙회는 지역별·업종별 축협과 비교할 때, 회원의 임의탈퇴나  
임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크다고 할 것이  
지만, 이로써 공법인이라고 단정할 수는 없을 것이고, 이 역시 그 존립  
목적 및 설립형식에서의 자주적 성격에 비추어 사법인적 성격을 부인할  
수 없으므로, 축협중앙회는 공법인성과 사법인성을 겸유한 특수한 법인  
으로서 이 사건에서 기본권의 주체가 될 수 있다.

(3) 기존의 축협중앙회를 해산하여 신설되는 농협중앙회에 통합하도  
록 하는 신법에 의하면 신설농협중앙회 안에서 상당한 자율성을 갖는  
축산경제대표이사를 정점으로 한 양축인들의 자조조직이 유지될 뿐만  
아니라(제128조 제3항, 제132조), 기존의 축협중앙회 사업도 신설농협중  
앙회가 그대로 이어받으며(제134조), 지역별·업종별 축협은 그대로 존  
속하므로(부칙 제11조), 축협중앙회의 회원 조합이나 축협조합원들의 입  
장에서 보면, 그들의 단체는 신설농협중앙회 안에 형태를 바꾸어 여전히  
유지· 존속하고 있어, 이를 형식적으로만 보아 양축인들의 자율적 단체가  
해산되어 소멸하였다거나, 향후 그들의 단체결성이 금지되었다고 볼 것은  
아니고, 나아가 이는 헌법 제123조 제5항의 국가의 자조조직 육성 의무 이  
행의 한 형태로서 결과된 것이므로, 청구인들에게 수인을 요구할 수 있는  
범위를 넘어서 그들의 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 할  
것은 못된다.

(4) 기존의 축협중앙회를 해산하여 신설되는 농협중앙회에 합병토록 하고 신설 농협중앙회가 기존축협중앙회의 자산·조직 및 직원을 승계하도록 규정한 위 농업협동조합법 부칙 제2조 제2호, 제6조, 제7조 제1항·제2항, 제10조, 제11조는, 일선 조합의 부실, 조직의 비대화, 신용사업의 경쟁력상실 등 축협중앙회의 어려운 상황을 극복하기 위한 효과적이고도 불가피한 선택으로, 위 법률에서 축산부분의 자율성도 배려하고 있는 점 등을 고려하면, 그것이 비록 청구인들의 결사의 자유, 직업의 자유, 재산권 등 기본권을 제한한다고 하더라도, 그 정도가 과도하여 기본권제한의 목적·수단 간의 비례성을 현저히 상실하였다고 보기 어렵고, 그 입법목적 및 통합이 지니는 고도의 공익성 등에 비추어 입법재량권의 범위를 현저히 일탈한 것이라고 할 수 없다.

### 3. 검토

#### 가. 법인의 기본권주체성 인정 여부

독일기본법 제19조제3항과 같이 법인의 기본권주체성을 긍정한 명문의 규정이 없는 우리 헌법상 법인의 기본권주체성이 인정되는지 여부와 관련하여 견해가 갈린다<sup>47)</sup>.

이에 대해서는, 우리의 학설은 법인을 공법인과 사법인으로 나누어, 사법인의 경우에 오늘날 기본권의 주체가 될 수 있다는 점을 부정하는 견해는 거의 찾아볼 수 없으나<sup>48)</sup>, 공법인에 대해서는 견해가 엇갈린다. 이들 견해를 정리하면, 크게 (원칙적)부정설과 (제한적)긍

47) 그러나, 법인의 기본권주체성에 대한 명문의 규정을 두는 경우에도, 그 적용 여부 또는 적용범위를 둘러싸고 견해의 대립이 발생할 수 있다.

48) 다만 일본의 경우에는 인권이 자연권사상으로부터 유래한 연혁적 이유와 인간의 존엄이라는 관념에 기하고 있다는 점으로부터 법인의 기본권주체성을 부정하는 견해도 존재한다. 覺道豊治, 憲法(改訂版), ミネルウ"ァ書房, 1977, 202쪽 참조.

정설로 나누어 볼 수 있다.

### (1) 원칙적 부정설

기본권은 사인의 국가에 대한 권리라는 성격을 가지므로 공법인은 원칙적으로 기본권의 주체가 될 수 없고, 다만 예외적으로, 공법인에 따라서는 국가가 일정한 기본권의 실현에 이바지하기 위하여 이를 설치하는 경우에는 그 범위 안에서 제한적으로 기본권주체성을 인정할 수 있다고 한다<sup>49)</sup>.

### (2) 제한적 긍정설

‘법인’을 개개의 인간이 동화되고 통합되어가는 과정에서 형성될 수 있는 동화적 통합의 형식인 동시에 수단이라고 보는 관점에서는 ‘자연인’은 물론, ‘법인’(공법인·사법인을 불문)에게도 모두 기본권주체성을 긍정한다. 다만, 이러한 견해에서도 ‘공법인’에 대해서는 ‘기본권적 가치 질서’를 실현시켜야 되는 통치기능적 책임 내지 의무와 조화될 수 있는 범위 내에서만 기본권주체성을 인정한다<sup>50)</sup>.

### (3) 사례의 경우

본사례에 대한 헌법재판소의 결정은 「살피건대 헌법상 기본권의 주체가 될 수 있는 법인은 원칙적으로 사법인에 한하는 것이고, 공법인은 헌법의 수범자이지 기본권의 주체가 될 수 없다. 또 예외적으로 공법인적 성질을 가지는 법인이 기본권의 주체가 되는 경우에도 그 공법인적 성격으로 인한 제한을 받지 않을 수 없다」고 한 것으로 판단하여 보건대, 원칙적 부정설의 입장에 선 것으로 보인다<sup>51)</sup>.

49) 권영성, 헌법학원론, 293-294쪽; 강경근, 헌법학, 382쪽 등 참조.

50) 허영, 한국헌법론(신정 제10판), 242쪽 참조.

51) 그밖에도 우리 헌법재판소는 「기본권 보장규정인 헌법 제2장의 제목이 “국민의 권리와 의무”이고 그 제10조 내지 제39조에서 “모든 국민은 권리를 가진다”고 규정하고 있는 점에 비추어 원칙적으로 국민만이 헌법상 기본권의 주체이고, 공권력의 행사자인 국가, 지방자치단체나 그 기관 또는 국가조직의 일부나 공법인이나 그 기관은 헌법상 기본권의 주체가 될 수 없으므로 국가기관 또는 국가조직의 일부나 공법인이나 그 기관은 헌법소원심판을 청구할 수 없다.」(1994. 12. 29. 선고, 93헌마120 결정; 1995. 2. 23. 선고, 90헌마125 결정; 1995. 9. 28. 선고, 92헌마23·86 결정; 1996. 3. 28. 96헌마50; 1996. 8. 29. 93헌마61; 1996. 8. 29. 93헌마61; 1997. 12. 24. 96헌마36; 1998. 3. 26. 96헌마34; 2000. 6. 29. 99헌마28 참조)라고 하여, 국회노동위원회·국회의원·지방교육위원회의 교육위원·구청장·지방의회의원·도지사·지방의회·직장의료보험조합 등의 청구인적격성을 부정하고 있다.

그러나, 본사례에서 주목을 끄는 점은 청구인인 축협중앙회 등의 법적 성격을 공법인성과 사법인성을 아울러 가진 특수법인 또는 중간적 단체로 파악하고 있는 점이다. 이는 기존의 학설이 당해 법인의 성격이 공법인인지 사법인인지만을 관심의 대상으로 하여왔던 것과는 구별이 되며, 또한 헌법재판소가 종전에 축협의 법적 성격에 대해서 「그 목적이나 설립·관리면에서 자주적인 단체로서 공법인이라고 하기보다는 사법인」(1996. 4. 25. 92헌바47)이라고 한 입장과의 차이를 보이는 점이라고 할 것이다.

#### (4) 소결

우리 헌법재판소는 법인을 공법인과 사법인으로 분류하여, 공법인에 대해서는 원칙적으로 기본권주체성을 부정하는 견해를 취하여 왔으며(1991. 3. 11. 90헌마28; 1994.12.29. 93헌마120; 1995.2.23. 90헌마125; 1995. 9. 28. 92헌마23 등), 본 결정도 그러한 연장선상에 위치하고 있다고 볼 수 있다. 따라서, 본 사례에 있어서는 우선 청구인인 축협중앙회 등의 성격이 공법인인지 사법인인지를 판단하여, 주장하는 기본권의 주체성을 인정하는 여부의 기준으로 삼고자 하는 것이다.

그렇다면, 우선 어떤 법인을 공법인인지 사법인인지를 판단하는 기준이 명확하여야 할 것이다<sup>52)</sup>. 이에 대해서, 본 결정은 「공법인과 사법인의 구별은 전통적인 것으로, "설립형식"을 강조하여 공법인은 공법상 설립행위 또는 법률에 근거하고, 사법인은 설립계약 등 법률

---

52) 이에 대해서 우리 헌법학 교과서는 침묵을 하고 있으며, 공법인·사법인의 구별을 既知의 사실로 전제하여 기술하는 것이 일반적이다.

행위에 근거한다고 하기도 하고, 그 "존립목적"을 강조하여 공법인은 국가적 목적 내지 공공목적을 위하여 존재하는 것인 반면, 사법인은 그 구성원의 공동이익을 위하여 존재한다고 하여 왔다.»라는 입장을 취하고 있다.

그러나, 이와같은 공법인·사법인의 구별에 대해서는 다음과 같은 의문이 제기 될 수 있다. 즉, 당해 법인의 성격을 공법인인지 사법인인지를 결정하고자 하는 것은 당해 법인의 모든 법률관계에 있어서 타당한 것인가, 그렇지 않으면 개별적·구체적 법률관계에 있어서만이 타당한 것인가가 그것이다. 다시 말하면, 예컨대, 공법인의 대표적 존재로 간주되는 국가나 지방자치단체를 공법인이라고 성격지우면, 국가나 지방자치단체의 모든 법률관계에서 권리능력(기본권능력)이 부정될 것인가 그것이다. 공법인의 기본권주체성을 원칙적으로 부정하는 견해에서도 공법인이 공무를 수행하는 경우에도 해당 공법인이 「기본권에 의해 보장된 생활영역에 직접 배치」된 경우에는 기본권의 주체가 될 수 있다고 하여, 국공립대학의 학문의 자유, 공영방송의 언론의 자유의 주체가 될 수 있음을 인정한다<sup>53)</sup>. 또한 우리 헌법재판소가 적절히 지적하였듯이 「지방자치단체가 소유주체인 공유재산의 경우에도 공유재산이 갖는 공공성의 목적과 그 기능을 수행하기 위하여 필요한 한도 내에서 그 공유재산을 공법적 규율의 대상으로 할 필요가 있는 경우에만 지방자치단체는 공법인으로서 특수한 지위를 가지는 것이고, 그렇지 않은 경우에는 사법인과 대등한 권리주체로서 권리의 객체인 물건을 소유·관리·처분하는 것이라는 점에서 원칙적으로 민사법이 적용되는 것이다.»(1992. 10. 1. 92헌가6등) 다시 말하면, 국가나 지방자치단체라 할지라도 그들의 잠중재산에 대한 관리 및 처분 등의 행위는 공권력의 주체로서 처분행위를 하는 행정처분이 아니라 사경제적인 법인의 주체로서 하는 私法上の

---

53) 계획열, 헌법학(중), 68쪽; 권영성, 헌법학원론, 294쪽 참조

법률행위로서 일반사인에게 인정되는 것과 마찬가지로 재산권의 향유 주체가 되며, 그 재산권을 침해당한 경우에는 재판에 의한 구제를 받을 수 있는 것이다. 이러한 경우에 그렇다면, 국가 또는 지방자치단체는 공법인일까 사법인일까? 이와 같이 국가 또는 지방자치단체가 이른바 사경제적 작용을 하는 경우에는 사인과 대등한 권리주체가 될 수 있고, 이러한 경우에도 국가 등을 사법인으로 파악하는 견해는 우선 없을 것이다. 이것은 무엇을 말하는가? 당해 법인이 공법인인지 사법인인지를 먼저 성격지운 다음, 그로부터 연역적으로 일정한 권리주체성을 도출하고자 하는 시도가 얼마나 무모한 것인지를 잘 대변해주고 있다.

실제로 본 결정에 있어서도 「오늘날 사회복지국가의 등장으로 국가가 국민의 모든 생활영역에 간섭하고 활발한 경제활동을 하게 되자, 위와 같은 기준만으로는 구별이 어려운 중간적 영역의 법인도 많이 생겨나고 있다」라는 관점에서, 축협중앙회 등을 「공법인적 성격과 사법인적 성격을 함께 구비하고 있는 중간적 성격의 단체」라고 성격짓고 있다. 그러나, 하나의 법인에 공법인성과 사법인성이 공존하여, 당해법인이 공법인이면서 사법인일 수도 있다는 것은, 공법인·사법인의 준별론의 입장에서부터는 이는 자기부정의 태도라고 할 것이다.

이러한 자기모순은 기본권의 주체성이라는 것도 결국 개별구체적인 법률관계에 근거하여 판단하여야 한다는 점을 도외시하고 당해 법인이 공법인인지 사법인인지를 사전에 결정하여 그로부터 일정한 결론을 도출하려는 태도에서 비롯한 것으로 생각된다.

본 사례의 경우에도 구체적인 개별법규정으로부터 축협중앙회 등의 성격을 결정하고자 하였으나, 헌법재판소도 인정한 바와 같이 「구별이 어려운 중간적 법인」의 등장으로 인해 「"지역별·업종별 축협"은 그 "존립목적" 및 "설립형식"에서의 자주성에 비추어 볼 때,



오로지 국가의 목적을 위하여 존재하고 국가에 의하여 설립되는 공법인이라기 보다는 사법인」에 가까우나, 그러나 「"축협중앙회"는 지역별·업종별 축협과 비교할 때, 회원의 임의탈퇴나 임의해산이 불가능한 점 등 그 공법인성이 상대적으로 크다」라는 애매한 입장을 취하게 된 것으로 보인다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 공법인·사법인의 구별로부터 기본권주체성의 인정 여부를 결정하고자 하는 태도는 지양되어야 한다고 본다.

## 나. 인정되는 기본권의 범위

(1) 법인의 기본권주체성이 인정된다고 하더라도 어떠한 기본권의 카타로그에 대해서 어느 정도로 인정할 것인지의 문제가 남는다. 이에 대한 학설의 경향은 대체로 다음과 같이 정리해 볼 수 있을 것이다.

첫째로, 법인을 중심으로 하여 판단하고자 하는 것으로서, 법인을 공법인인지 사법인인지 또는 내국법인인지 외국법인인지를 분류하여 파악하고자하는 경향이다. 전술한 바와 같이 공법인의 기본권주체성은 원칙적으로 부정되고 예외적으로 인정되나, 사법인은 그 성질상 허용되는 한 원칙적으로 기본권의 주체성이 인정된다는 것이다<sup>54)</sup>. 공법인에게 예외적으로 인정되는 기본권으로서는 국공립대학과 공법인인 언론기관의 학문의 자유와 언론의 자유가 들어진다<sup>55)</sup>. 또한 사법인에게 인정되는 기본권은 그 성질과 내용에 따라 결정된다고 본다. 그러나, 사법인일지라도 외국사법인에 대해서는 상호주의원칙에 따라 해결되어야 한다고 본다<sup>56)</sup>.

54) 계획열, 헌법학(중), 65쪽 이하; 김철수, 헌법학개론(제7전정판), 252쪽 이하; 강경근, 헌법학, 382쪽; 허영, 한국헌법론(신정10판), 242쪽 등 참조.

55) 다만, 이 경우에도 공법인이 기본권의 주체가 되는 경우에도 절대로 사인을 상대로 그 효력을 주장할 수 없고, '공법인 대 공법인'의 관계에만 그 효력이 국한되어야 한다고 보는 견해도 있다. 허영, 한국헌법론(신정10판), 241-242쪽 참조.

56) 계획열, 헌법학(중), 66쪽 참조.

둘째로, 개별기본권의 ‘성질’과 ‘내용’을 기준으로 하여 파악하고자 하는 경향이다. 즉, 기본권의 구체적 내용이 인간의 신체와 불가분의 관계를 가진 자연인전속적인 기본권은 법인에 적용될 수 없다고 본다. 그러한 기본권의 예로서는, 인간의 존엄권, 人身의 자유, 양심의 자유, 신앙의 자유, 남녀의 평등, 참정권, 형사보상청구권, 인간다운 생활을 할 권리, 근로의 권리, 보건권 등을 들고 있다<sup>57)</sup>.

(2) 생각건대, 법인의 기본권주체성의 문제는 자연인 이외의 법인이라는 실체가 「법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다」(민법 제 31조)는 사실에 주목할 필요가 있다. 즉, 법인이란 본래 사회적으로 활동하는 단체의 거래상의 편의를 도모하여, 단체를 재산법상의 권리·의무의 주체로 하기 위한 법기술적 산물이라는 관점에서부터 한다면, 법인에게 어떠한 권리를 부여할지는 당해 법인의 존립목적과 관련한 입법정책의 문제라는 결론에 이르게 된다<sup>58)</sup>. 이러한 관점에서부터 한다면 어떤 법인에게 어떠한 기본권을 인정할 것인가는 그 법인의 설립목적 등과 관련하여 개별구체적으로 결정되게 될 것이다. 물론 성질상 당연히 법인에게 인정될 수 없는 기본권이 존재함은 인정되지만, ‘법인’은 그 수행하는 기능이 다양할 뿐만 아니라 그 설립목적에 따라 구체적으로 그 주체가 되는 기본권의 종류가 다르기 때문에 기본권의 종류를 획일적으로 열거하는 것은 무의미하고 불필요하다고 본다<sup>59)</sup>.

(3) 법인의 기본권주체성의 인정 여부 및 그 인정범위의 문제는 당해법인이 공법인이나 사법인이나에 의해서 결정될 것이 아니라, 문제

57) 계획열, 헌법학(중), 65쪽 주)28 ; 김철수, 헌법학개론(제7전정신판), 254쪽 참조.

58) 小泉良幸, 「法人と人権」(『憲法の争点(第3版)』, 有斐閣, 1999 所收), 68쪽 참조.

59) 허영, 한국헌법론(신정10판), 242쪽 참조.

되는 개별기본권의 성질과 내용에 따라 결정된다고 본다. 가령 예컨대, 평등권의 경우에 일반적으로 법인도 그 주체가 될 수 있으나 남녀평등의 주체는 될 수 없는 것과 같다. 또한 이러한 점에 있어서는 문제되는 기본권의 규정의 형식(예컨대, 「모든 국민」·「누구든지」라는 형태로 규정된다 할지라도)과 관계없이 타당하다고 본다<sup>60</sup>).

그러나, 본 결정에서는 청구인인 축협중앙회 등이 공법인인지 사법인인지를 판단한 다음, 그에 근거하여 기본권주체성을 인정하고자 하는 逆順을 밟고 있음을 알 수 있다. 이는 지금까지의 우리 헌법재판소의 논리전개와 일치하는 것으로서, 먼저 문제되는 법인의 법적 성격이 공법인인지 사법인인지를 미리 결정한 다음, 그에 따라서 당해 법인의 기본권주체성을 판단하고자 하는 단순간명한 논리구조인 것이다. 그러나, 전술한 바와 같이, 법인의 기본권주체성은 사전에 미리 결정되는 것이 아니라, 개별구체적 법률관계에 따라서 그 기본권의 향유 여부 및 그 정도를 결정하게 되는 것이다.

## V. 結 語

(1) 이상에서 살펴본 바와 같이, 공법인·사법인의 이원론적 접근방법은 그 간명성으로 인해 이론의 체계화에는 성공할 수 있을지 모르나, 현대의 복잡다양화된 법현상을 적절히 파악하는 도구개념으로서는 더 이상 유용성을 가지지 못하다는 점을 지적할 수 있을 것이다.

현대사회에 있어서도 이러한 전통적인 공법인·사법인의 이원론을 유지하는 것이 반드시 불가능하지는 않다 하더라도 대단히 많은 법현상이 그 고찰의 대상에서 제외되거나 왜곡될 우려를 불식할 수 없게 된다. 따라서 현실의 복잡다양한 법현상을 이원론이라는 단순한 방

---

60) 계획열, 公法人의 基本權主體性, 3-4쪽 참조.

법론 위에 체계화하려는 시도보다는 각 구체적·개별적인 법현상에 즉응한 파악이 필요하다 하겠다.

(2) 또한 현대의 복잡다양한 법현상을 공법인·사법인의 이원론에 의해 파악하고자하는 시도는 양자의 경계의 불명확성으로 인해 오히려 많은 혼란을 초래하고 있다. 왜냐하면, 이원론이란 양 극단의 事象을 想定해서 체계화된 것이기 때문에 그 사이에 존재하는 무수한 법현상을 파악할 수 없게 되거나, 그 구별기준을 둘러싸고 恣意的인 해석·적용의 가능성을 배제하기 어렵기 때문이다.

(3) 생각건대, 공법인·사법인의 구별은 개별·구체적인 법현상을 해석·적용하는 데 있어서 더 이상 유의미한 도구로서의 기능을 수행하고 있지 못한다고 할 수 있다. 따라서, 앞으로는 공법인·사법인의 구별로부터 연역적으로 일정한 결론을 도출하고자 하는 시도는 포기되어야 한다. 그 대신에 당해 법인의 설립취지나 목적을 규정한 법률이나 정관의 규정과 당해 법률관계에서 문제되는 권리의 성질 및 내용을 개별적·구체적으로 파악하여 권리주체성의 인정 여부를 결정하여야 하리라고 본다. 이를 위하여서는 종래의 체계분위의 사고로부터 문제분위의 사고에로의 전환, 또는 아날로그적 사고로부터 디지털적 사고에로의 전환이 무엇보다도 요청된다고 할 것이다.

# 立法者の 平等에의 拘束과 그에 대한 統制

金 周 換  
憲法裁判所 研究員, 法學博士

## - 目 次 -

- I. 서 론
- II. 일반적 평등원칙에의 구속과 그에 대한 통제
  - 1. 법적 개념으로서의 '평등'
  - 2. '법적용의 평등'과 '법제정의 평등'
  - 3. 입법자의 구속과 '차별'의 문제
- III. 구체화절차에 있어서의 '실제적 조화'
  - 1. 헌법의 통일성과 실제적 조화
  - 2. 일반적 평등원칙과 입법자의 형성의 자유
  - 3. 실제적 조화절차에 있어서 구체화의 척도
- IV. 전통적인 '자의금지' 해석과 그에 대한 비판
  - 1. 전통적인 '자의금지' 정식의 내용
  - 2. 자의금지의 실체법적 차원과 기능법적 차원
  - 3. 자의금지 정식에 대한 비판

V. 일반적 평등원칙의 세분화된 심사모형

1. 자의금지 정식의 실제적 보완과 실용적 재해석
2. 자의금지 정식의 신축적 적용?
3. ‘비례성 심사’의 도입: ‘새로운 정식’
4. 세분화된 평등심사의 모델

VI. 일반적 평등원칙의 보호정도와 통제강도

1. 평등구속, 통제 그리고 구체화
2. 헌법 제11조 제1항 제1문의 효력영역의 규범지형적 구조

VII. 결 론

## 1. 서론

“모든 국민은 법 앞에 평등하다.” 현행 헌법 제11조 제1항 제1문에 규정된 이 간결한 규범텍스트(Normtext)는<sup>1)</sup> “대한민국의 인민은 남녀, 귀천 급(及) 빈부의 계급이 무(無)하고 일체 평등임”을 천명한 1919년 4월 11일의 대한민국 임시헌장 제3조와 “모든 국민은 법률 앞에 평등이며 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정한 건국헌법 제8조 전단의 헌법적 전통에 따라 헌법의 차원에서 일반적 평등사상을 실정화하고 있는 매우 중요한 헌법규정이다.<sup>2)</sup> 이와 같은 실정헌법상의 제도화를 이해함에 있어서 혹자는 그의 선이해(先理解, Vorverständnis)와 ‘이해의 지평’ 속에서 여전히 인류사의 신기원적 혁명의 원동력을 이룬 파토스(Pathos)와 자연법사상 및 계몽주의사상의 숨결을 역력히 느낄 수 있을지도 모른다.<sup>3)</sup> 사실 “이 국민평등의 원칙은 불란서 대혁명 이래 각국에서 거의 당연한 사실로 생각되는 정도에 이르렀으며, 우리 나라에 있어서도 이미 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 법률상의 차별을 받지 아니하는 원칙은 거의 확립되어” 있었다.<sup>4)</sup> 그러나 이 일반적 평등사상의 실정화는 지

---

1) 본고에서는 김주환, 일반적 평등원칙의 해석과 적용, 법조 2000. 12, 156쪽 이하에서의 논의를 계속해서 전개하기로 한다. 여기에서 사용되고 있는 ‘규범텍스트(Normtext)’, ‘규범프로그램(Normprogramm)’, ‘규범영역(Normbereich)’, ‘구체화(Konkretisierung)’ 등의 개념은 법규범의 정태적 구조모델과 동태적 구체화모델을 그 내용으로 하는 뮐러(F. Müller)의 탈(脫)실증주의적 ‘구조화 법이론 및 방법론’의 기본개념이다. 이에 관해서는 계획열, 헌법학(상), 박영사 2000, 66쪽 이하; 계획열(편역), 헌법의 해석, 고려대학교 출판부 1993, 66쪽 이하, 252쪽 이하, 270쪽 이하 참조.

2) 일반적 평등사상의 실정화가 갖는 의미에 관해서는 김주환 (각주 1), 157쪽 참조.

3) 현행 헌법 제11조 제1항 제1문의 ‘법 앞의 평등’과 건국헌법 제8조 전단의 ‘법률 앞에서의 평등’이란 표현은 비교법적 관점에서 볼 때 1793년의 프랑스헌법 제3조로부터 유래한다. 그러나 이와 같은 평등사상은 이미 1776년의 버지니아 권리장전 제1조(“모든 인간은 태어날 때부터 똑같이 자유롭다.”)나 1789년의 프랑스 인권선언 제1조(“인간은 태어날 때부터 자유롭고 평등한 권리를 갖는다.”)와 같은 인권조항을 통해서 표출된 바 있다.

4) 유진오, 헌법해의, 일조각 1959, 65쪽.

나치게 간결한 그 규범텍스트로 인해서 헌법학과 헌법실무에 있어서, 특히 위헌법률심판을 비롯한 포괄적인 헌법재판의 실무에 있어서 다른 기본권들의 경우와는 달리 그 ‘구체화(Konkretisierung)’ 과정을 거의 개관할 수 없을 정도로 복잡하게 만들고 있다. 게다가 이와 같은 구체화 과정의 복잡성은 특히 헌법 제11조 제1항 제1문의 규범적 의미를 ‘자의금지(恣意禁止, Willkürverbot)’로 이해하면서도, 그에 따른 헌법재판소의 통제기준으로서의 자의금지 정식과 과잉금지 내지 비례의 원칙을 무분별하게 혼용하고 있는 전통적인 해석론을 통해서<sup>5)</sup> 더욱 더 가중되고 있다. 따라서 이와 같은 상황에서 최근의 학설과<sup>6)</sup> 판례가<sup>7)</sup> 일반적 평등원칙의 구체화적도로서 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도를 구체적인 사건의 유형에 따라서 세분화하여 적용하려는 시도는 확실히 ‘기본권해석론의 변화’를 초래하기에 충분한 것으로 이해된다. 그러나 일반적 평등원칙의 이와 같은 ‘르네상스’는 오랫동안 평등심사의 영역에서 기본권논증을 지배해 왔던 전통적인 자의금지의 실체법적 및 기능법적 차원을 보다 명확하게 해명할 것을 요구하고 있을 뿐만 아니라, 그 동안 자유권의 침해여부를 판단하기 위한 전형적인 심사도식에서 적용된 비례의 원칙이 과연 일반적 평등원칙에 근거한 국가행위의 통제에 있어서도 적용될 수 있는 것인가 여부 및 만약 적용될 수 있다면 그것은 어떠한 근거에서 또 어떠한 전제조건하에서 어느 정도로 가능한 것인가의 문제

5) 예컨대 헌법재판소판례집 1, 1 (22); 1, 199 (253 이하); 권영성, 헌법학원론, 법문사 2000, 367, 370쪽; 김철수, 헌법학신론, 박영사 1999, 267쪽 이하; 허영, 한국헌법론, 박영사 1999, 327쪽; 홍성방, 헌법II, 현암사 2000, 단락번호 67 이하 참조.

6) 예컨대 이욱한, 공무원임용에 있어서 제대군인에 대한 가산점제도의 문제점, 사법행정 1999, 3, 15쪽 이하; 이욱한, 평등권에 대한 헌법재판소의 통제, 사법행정 1999, 4, 25쪽 이하; 한수웅, 평등권의 구조와 심사기준, 헌법논총 제9집 1998, 41쪽 이하 (88쪽 이하); 황도수, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등, 서울대학교 박사학위논문 1996, 86쪽 이하, 117쪽 이하 참조.

7) 이에 관해서는 헌법재판소판례집 11-2, 732 (748 이하); 11-2, 770 (785 이하) 참조.



를 이론적 해명의 과제로 남겨 놓고 있다. 이러한 이유에서, 본고에서는 ‘평등’이나 ‘정의(正義)’에 관한 추상적인 법철학적 사변이나 평등권의 법적 성격에 관한 일반이론적 논의의 차원을 벗어나, 우선 기존의 자의금지 정칙과 이를 보다 구체화하거나 혹은 이를 일반적 형량이론을 통해서 해체하려는 학설의 시도를 비판적으로 검토하고, 이어서 평등심사의 구조를 보다 합리화하기 위한 방안으로서 독일 연방헌법재판소 제1재판부가 제시한 ‘최신의 정칙(die neueste Formel)’과 이를 명시적으로 채택하고 있는 1999년 12월 23일의 헌법재판소의 결정을 분석해 보기로 한다. 이와 같은 분석을 통해서 필자는 끝으로 헌법 제11조 제1항 제1문의 다양한 ‘보호지대(Schutzzone)’와 그에 상응하는 헌법재판소의 통제강도 및 합리적 평등심사를 위한 보조적 관점들을 제시해 보고자 한다.

## II. 일반적 평등원칙에의 구속과 그에 대한 통제

### 1. 법적 개념으로서의 ‘평등’

실정헌법의 중심적인 법적 개념에 해당하는 ‘평등(Gleichheit)’은 논리학의 근본개념으로서의 ‘평등’과 마찬가지로 일반적으로 “A는 B와 같다” 또는 “A와 B는 (서로) 같다” 라는 명제로 표현된다. 그러나 엄격히 말해서 ‘평등’이라는 개념은 (a) 둘 이상의 객체들이 (b) 일정한 비교의 관점에서 볼 때 (c) 비록 여전히 서로 구별되는 표지들을 가지고 있긴 하지만, (d) 그 비교의 관점을 구성하는 표지들에 있어서 서로 일치하는 관계를 표현하기 위해서 사용되는 관계개념이다.<sup>8)</sup> 따라서 일반적인 평등개념과 법학적 평등개념은 그 논리적 근

8) 계획열, 헌법학(중), 박영사 2000, 202쪽 이하 참조.

본구조에 있어서 ‘비교대상의 다양성’, ‘비교의 관점’ 및 ‘비교와 일치’라는 공통된 개념요소들을 가지고 있으며, 각각의 일정한 표지들에 있어서만 비교의 대상들이 서로 일치하고 그 밖의 표지들에 있어서는 서로 구별된다는 점에서 그 자체로서 이미 ‘상대적 평등’, ‘비례적 평등’ 또는 ‘부분적 평등’의 성격을 띠게 된다.<sup>9)</sup>

그러나 헌법적 개념으로서의 ‘평등’은 그것이 이미 법적 당위명제인 헌법 제11조 제1항 제1문의 규범적 구성요소를 이루고 있는 것이기 때문에 그 규범적 의미내용은 특히 헌법적 의미연관 속에서 파악되지 않으면 안 된다. 헌법적 의미에서의 ‘평등’, 즉 ‘법적 평등’에 있어서는 대체로 일정한 사람들이나 인적 집단에 대해 일정한 행동방식을 취하도록 의무를 부과하거나 또는 권리를 부여해 주는 법규정의 효력명령이 문제된다. 다시 말해서 헌법 제11조 제1항 제1문이 요구하는 법적 평등은 전술한 바와 같은 평등의 개념요소들에 비추어 보아 비교의 대상들이 본질적으로 같은 때에는 같게, 본질적으로 다른 때에는 그 특성에 따라서 각각 서로 다르게 취급하는 데에 있다. 따라서 평등원칙은 본질적으로 같은 것을 불평등하게 대우하거나 본질적으로 다른 것을 평등하게 대우하는 것을 금지할 뿐, 본질적으로 같은 것을 평등하게 대우하거나 본질적으로 다른 것을 그 특성에 따라 서로 다르게 불평등 대우하는 것을 금지하지는 않는다.<sup>10)</sup> 그렇게 볼 때, 헌법 제11조 제1항 제1문의 의미에서의 법적 평등은 문제되는 비교의 대상들을 서로 비교하고 그에 대한 법적 효과로서의 평등대우 또는 불평등대우에 대하여 그것이 각각 헌법적으로 허용되는 것인가 여부를 판단할 것을 요청한다.

---

9) 계획열 (각주 8), 203, 207쪽 이하 참조.

10) 헌법재판소판례집 8-2, 680 (701).

## 2. ‘법적용의 평등’과 ‘법제정의 평등’

이와 같은 평등원칙의 규범적 의미내용은 주지하다시피 전통적으로 형식적인 법치국가적 의미에서의 ‘법적용의 평등’으로 이해되었다. 이에 따르면 일반적 평등원칙은 법치국가질서의 근본요청으로서 모든 국가기관에게 법을 적용함에 있어서 일정한 시민들이나 집단을 불평등하게 대우하는 것을 금지하는 ‘법 앞의 평등’을 의미한다.<sup>11)</sup> 이러한 의미에서의 ‘법 앞의 평등’은 가령 개인의 명망을 고려하지 않고 예외 없이 법을 적용하고 실현할 것을 요청한다. 따라서 모든 사람은 평등하게 법규범을 통해서 의무를 부담하고 권리를 부여받으며, 역으로 모든 공권력에 대해서는 일정한 사람들에게 유리하거나 불리하게 법을 적용하거나 적용하지 않는 것이 금지된다.<sup>12)</sup> 이와 같은 ‘법적용의 평등’으로서의 형식적 평등의 요청은 현행 헌법의 효력 하에서도 여전히, 비록 전적인 것은 아니지만, 중요한 의미를 갖는다.

그러나 법 ‘앞의’ 평등은 ‘법의’ 평등이 준수될 때에 비로소 의미 있게 실현될 수 있다. 이제 헌법 제11조 제1항 제1문의 의미에서의 ‘법’을 모든 법규범으로 이해한다면, 법적 평등은 인간의 모든 현상들을 법규범을 통해서 평등하게 가치평가하는 것으로 파악될 수 있다.<sup>13)</sup> 그렇다면 결국 ‘법을 통한 평등’은 입법자에 대해서 그가 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구한다. 사실 입법자가 선택한 비교의 관점은 그 편에서 볼 때 비교대상들의 평등 또는 불평등을 정당화하는 동시에, 이와 결합된 평등대우 또는 불평등대우를 정당화한다. 따라서 입법자가 선택한

---

11) 헌법재판소공보 49, 720 (724).

12) 헌법재판소공보 49, 720 (724).

13) G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., München [u. a.] 1959, S. 35.

이 비교의 관점이 더 이상 객관적으로 정당화될 수 없는 한, 그것을 법적 평등 또는 법적 차별의 근거로 삼아서는 안 된다.<sup>14)</sup> 이러한 맥락에서 볼 때 일반적 평등원칙의 규범적 의미내용은 단지 형식적인 법 적용의 평등에서 끝나는 것이 아니다. 오히려 법 적용의 평등은 실질적인 ‘법제정의 평등’을 통해서 내용적으로 보완되어야 한다. 다시 말해서 평등은 더 이상 법률에 선형적으로 내재하는 것으로 간주될 수 없다. 따라서 헌법 제11조 제1항 제1문의 ‘법 앞에’ 라는 오도적인 문구에도 불구하고, 헌법 제10조 제2문, 제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호 및 제5호 등을 고려해 볼 때 입법자 자신도 역시 평등원칙에 직접적으로 구속되는 것으로 이해된다.<sup>15)</sup>

### 3. 입법자의 구속과 ‘차별’의 문제

전술한 바와 같은 입법자의 평등원칙에의 구속은 결국 입법자가 법률을 제정함에 있어서 어떠한 사태들에 대해서 그 법률에 표현된 법적 효과를 귀속시킬 것인가, 즉 어떠한 사태들이 그 법률의 의미에서 ‘같은 것들’이고 따라서 동일한 법적 효과가 귀속되는 구성요건으로 채택되어야 하는가를 결정함에 있어서 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙에 구속됨을 의미한다. 그러나 입법자는 그가 규율하고자 하는 생활영역에 있어서 규율대상의 평등 여부를 판단함에 있어서 전적으로 논리적인 사유에만 의존하는 것이 아니라, 거의 항상 가치판단을 통해서 그 평등 여부를 판단으로 이르기 때문에, 여기에서는 항상 ‘차별의 문제(Differenzierungsfrage)’, 즉 입법자 자신이 스스로의 판단에 의해서 일정한 비교의 대상들을 평등 대우 또는 불평등 대우함에 있어서 어떠한 근거와 표지를 원용할 수 있는가

---

14) 헌법재판소공보 49, 720 (724).

15) 계획열 (각주 8), 209쪽 이하 참조.

또는 그와 같은 근거와 표지의 선택이 과연 정당한가의 문제가 발생한다.<sup>16)</sup> 그러나 이와 관련하여 어떠한 대상들이 서로 같은 것이며 따라서 입법자가 이를 불평등하게 규율해서는 안 되는가, 또는 입법자는 구체적인 경우에 어떠한 방식으로 또 어느 정도로 평등원칙에 구속되는가의 문제는 결코 어떠한 일반적인 추상적 기준을 통해서 확일적으로 해결될 수 없다. 오히려 그 구속의 정도는 구체적인 경우에 비로소 각각 확인될 수밖에 없다.<sup>17)</sup> 따라서 평등원칙에 관한 논의의 초점은 이제 국민의 선거를 통해서 직접적으로 민주적 정당성을 획득한 입법자가 헌법의 민주적 법치국가질서의 테두리 내에서 그의 폭넓은 형성의 자유를 행사함에 있어서 어느 정도로 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙에 구속되는가를 판단하기 위한 합리적인 심사기준이 무엇인가를 탐구하는 문제로 이전된다.

### III. 구체화절차에 있어서의 '실제적 조화'

#### 1. 헌법의 통일성과 실제적 조화

그러나 입법자가 일정한 국가과제의 실현을 위하여 그의 형성의 자유를 행사함에 있어서 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙에 어느 정도로 구속되는가를 확인하는 구체화절차에 있어서 해석자는 '헌법의 통일성(Einheit der Verfassung)'을 존중하지 않으면 안 된다.<sup>18)</sup> 입법자가 국민으로부터 직접적인 민주적 정당성을 획득한 국민의 대표기관으로서 그의 자유로운 선택과 결정에 따라서 광범하

16) F. Hufen, Gleichheitssatz und Bildungsplanung, Baden-Baden 1975, S. 33 Fn. 70 참조.

17) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, § 12 Rn. 432.

18) '헌법의 통일성'에 관해서는 계획열 (각주 1), 75쪽; 허영 (각주 5), 74쪽 이하 참조.

게 형성의 자유를 행사할 수 있다고 해서 그와 같은 입법자의 행위가 무조건 헌법적으로 허용되거나, 또는 모든 국가권력이 헌법상의 일반적 평등원칙에 구속된다는 점만을 강조하여 입법자의 행위를 무조건 금지되는 것으로 이해한다면, 그와 같은 해석과 적용은 필연적으로 헌법규범과 평등원칙, 또는 평등원칙과 그 밖의 다른 기본권규범 간의 모순과 충돌을 야기할 수밖에 없을 것이다. 따라서 일반적 평등원칙과 다른 헌법규범과의 관계에 있어서 그 어느 하나의 규범을 완전히 희생시키는 방식으로 이루어지는 일반적인 추상적 가치형량이나 이익형량의 기술에 의존하는 구체화절차는 헌법의 통일성이라는 목적을 달성하기에는 부적합하다. 헌법의 통일성은 오히려 실천적인 사건해결에 있어서 일반적 평등원칙과 다른 헌법규범이 모두 최적의 실현상태에 도달할 수 있도록 양자의 법익을 비례적으로 상호 정서(整序)하는 ‘실제적 조화(Praktische Konkordanz)’의 절차를 통해서만 창출될 수 있다.<sup>19)</sup> 따라서 양 법익 간의 경계는 각각의 구체적인 사건에 있어서 ‘비례적으로’ 설정되어야 하며, 양 법익 간의 조화를 위하여 반드시 필요한 정도를 초과하여 그 이상으로 설정되어서는 안 된다. 그러나 여기에서 의미하는 ‘비례성(Verhältnismäßigkeit)’은 변수로서 주어지는 양 법익 간의 관계, 즉 전술한 바와 같은 최적화(Optimierung)의 과제를 가장 잘 실현할 수 있는 관계를 의미하는 것이지, 하나의 고정된 ‘목적’과 하나 또는 그 이상의 가변적 ‘수단’ 간의 관계를 의미하는 것은 아니다. 이와 같은 사실은 예컨대 먹는샘물제조업자에 대한 수질개선부담금의 부과 및 징수에 있어서<sup>20)</sup> ‘환경보전’(헌법 제35조 제1항 후단)의 이익과 ‘평등권’(헌법 제11조 제1항 제1문)의 이익이 목적과 수단의 관계로 처리될 수 없는, 상호 등위(等位)의 관계에 있는 헌법상의 보호법익들이라는 점을

19) ‘실제적 조화’에 관해서는 계획열(각주 1), 75쪽 이하 참조.

20) 헌법재판소판례집 10-2, 819 (831 이하) 참조.

통해서 명확히 알 수 있다. 그러나 실제적 조화의 원리는 헌법해석의 과제로서 양 법익 간의 비례적 정서 내지 최적화를 요청하고 있을 뿐, 구체적인 사건에 있어서 최적화의 과제를 실현할 수 있는 어떤 구체화의 척도를 제시해 주는 것은 아니다.<sup>21)</sup>

## 2. 일반적 평등원칙과 입법자의 형성의 자유

전술한 바와 같이 실제적 조화의 원리가 상호 충돌하는 헌법상의 보호법익들을 최적의 실현상태에 도달할 수 있도록 비례적으로 정서할 것을 요청하는 한, 그것은 ‘목적’과 ‘수단’의 관계를 전제로 하는 ‘비례의 원칙(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)’ 내지 ‘과잉금지(Übermaßverbot)’의 원칙과는 구별된다.<sup>22)</sup> 그러나 판례와 학설에 있어서 자유권과 이를 제한하는 헌법규범, 또는 자유권과 - 적어도 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 근거하여 - 이를 제한하는 유보법률(留保法律, Vorbehaltsgesetz) 간의 실제적 조화가 비례의 원칙에 의거한 구체화절차를 통해서 추구되고 있듯이, 양자는 결코 상호 대립의 관계로 파악될 수 없다.<sup>23)</sup> 오히려 기본권의 해석과 적용에 있어서 ‘헌법의 통일성’, ‘실제적 조화’ 및 ‘기능적 정당성’의 과제는 비례의 원칙을 포함한 구체화절차를 통해서만 그 실현이 가능하다.<sup>24)</sup> 그렇다면 이제 이와 같은 인식은 자유권의 해석론과는 달리 비례의 원칙을 고려하지 않은 채 소극적인 형태로 전개되어 온 전통적인 평등권해석론의 타당성과 그 수정가능성에 대한 반성을 요구하게 된다. 사실 독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙이 법률

21) 이에 관해서는 F. Müller, Juristische Methodik, 5. Aufl., Berlin 1993, S. 222 참조.

22) ‘비례의 원칙’에 관해서는 예컨대 황치연, 헌법재판의 심사척도로서의 과잉금지원칙에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문 1995 참조.

23) 이에 관해서는 가령 최갑선, 자유권적 기본권의 침해 여부 판단구조 및 판단기준, 헌법논총 제10집 1999, 383쪽 이하 (415쪽 이하) 참조.

24) ‘기능적 정당성’의 원리에 관해서는 계획열 (각주 1), 76쪽 이하 참조.

유보없이 보장되고 있음에 반하여, 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙은 헌법의 조문구조상 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항의 적용을 받는 것으로 이해될 수 있다. 만약 그렇다면, 헌법 제11조 제1항 제1문을 통해서 보장되고 있는 일반적 평등권도 역시 자유권의 경우와 마찬가지로 전통적인 ‘침해 및 한계의 사고(Eingriffs- und Schrankendenken)’와 비례의 원칙을 통해서만 그 제한이 가능하게 될 것이다.<sup>25)</sup> 그러나 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙으로부터 도출되는 일반적 평등권은 ‘직접 각인의 자유를 내용으로 하는 권리’가 아니라, ‘자유와 권리의 전제가 되는 권리’이다.<sup>26)</sup> 즉 그것은 자유와 그 밖의 권리의 실현을 위한 ‘방법적 기초로서의 성격과 기능’을 갖는다.<sup>27)</sup> 따라서 일반적 평등원칙은 이를 전제로 하여 보장되는 자유 및 그 밖의 권리와 동일하게 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항을 통해서 법률로써 제한되는 것이 아니라, 오히려 자유와 권리의 불평등한 제한에 대하여 일정한 한계를 설정하는 것이다.<sup>28)</sup> 게다가 입법자의 불평등대우는, 헌법이 그것을 명시적으로 금지하지 않는 한, 그가 헌법적으로 허용되는 일정한 목적을 달성하기 위하여 객관적 생활관계를 법률로써 규율하는 경우에 언제나 발생하게 되는 필연적인 현상이다. 따라서 입법자에 의한 규율대상의 선택과 이를 위한 차별기준의 선택은 자유권에 있어서 침해유보(Eingriffsvorbehalt)에 근거한 제한권능의 행사와 전적으로 동일시될

25) 독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙이 유보(留保)없는 보장의 형식을 취하고 있음에도 불구하고, 학설에 있어서는 이를 전통적인 ‘침해 및 한계의 사고’에 따라서 자유권보장의 구조와 동일하게 ‘기본권의 구성요건(Grundrechtstatbestand)’, ‘기본권의 한계(Grundrechtsschranken)’ 및 ‘한계의 한계(Schranken-Schranken)’로 구조화하려는 견해가 제시되고 있다. 이에 따르면 입법자의 불평등대우는 일반적 평등원칙의 ‘내재적 한계’를 의미하며, 이에 대해서는 다시 ‘한계의 한계’로서 비례의 원칙이 적용되기 때문에, 입법자에 대한 헌법재판소의 통제는 전반적으로 강화되게 된다. 이에 대해서는 예컨대 M. Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980, S. 54 ff. 참조.

26) 유진오 (각주 4), 65쪽.

27) 허영 (각주 5), 331쪽 이하.

28) 이에 관해서는 예컨대 헌법재판소판례집 8-1, 51 (69) 참조.



수는 없다. 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙은 오히려 입법자의 형성의 자유의 행사 그 자체로부터 발생하는 필연적 현상인 불평등대우에 대한 한계(Schranken)로서 입법자에게 그와 같은 불평등대우를 객관적으로 정당화할 것을 요구한다. 그러한 한, 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권은 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 근거하여 제한될 수 있는 ‘국민의 모든 자유와 권리’에는 해당되지 않는다.<sup>29)</sup> 따라서 일반적 평등원칙의 구체화절차에 있어서 요청되는 실제적 조화는 자유권의 경우와 같이 ‘침해 및 한계의 사고’를 근거로 한 과잉금지 내지 비례의 원칙의 도식적 적용을 통해서만 달성될 수 없다.

### 3. 실제적 조화절차에 있어서 구체화의 척도

그렇다면 이제 문제는 입법자가 그의 불평등대우를 통해서 실현하고자 하는 헌법적 과제와 헌법 제11조 제1항 제1문을 통해서 보장되는 평등과의 관계에서 양자를 모두 최적의 실현상태에 도달할 수 있도록 하는 구체화의 척도가 과연 무엇인가를 확정하는 데에 있다. 학설에서는 이른바 ‘원리모델(Prinzipienmodell)’에 근거하여 입법자의 차별을 정당화할 수 있는 충분한 근거가 존재하는가 여부의 논증을 비례의 원칙에 따라 구조화함으로써 자유권과 평등권의 구체화척도를 비례의 원칙으로 단일화하려는 시도가 행해지고 있다.<sup>30)</sup> 이에 따르면 비례의 원칙은 일반적 평등원칙의 ‘원리’로서의 성격으로부터

29) 한수용 (각주 6), 100쪽 이하; 허영 (각주 5), 331쪽 이하 참조. - 그러나 헌법재판소판례집 4, 114 (122)에 따르면 “물론 (헌법 제11조 제1항 제1문의) 평등권(…)도 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 권리의 본질적 내용을 침해하지 아니하는 한도에서 법률로써 제한될 수(…) 있는 것”이라고 한다 (괄호 안의 보충과 생략은 필자에 의한 것임). 이에 관해서는 또한 헌법재판소판례집 2, 222 (236 이하); 3, 63 (81) 참조.

30) 예컨대 이준일, 평등원칙, 안암법학 제8호 1999, 1쪽 이하 (20쪽 이하) 참조.

논리적 연역의 방식으로 도출되는 것으로서,<sup>31)</sup> 전술한 바와 같은 최적화의 과정은 바로 이 비례의 원칙을 구성하는 개별원칙들, 즉 적합성, 필요성 및 좁은 의미에서의 비례의 원칙의 획일적 적용을 통해서만 실현될 수 있게 된다.<sup>32)</sup> 그러나 일반적 평등원칙의 구체화절차에 있어서 비례의 원칙, 특히 목적달성에 적합한 수단들 중에서 가장 경미한 수단을 사용하도록 강제하는 필요성의 원칙을 무차별적으로 엄격히 적용하게 되면 입법자의 형성의 자유는 그야말로 ‘하나의 짐’으로 축소되고 만다.<sup>33)</sup> 이와 같이 일반적 평등원칙의 효력내용과 그에 따른 헌법재판소의 통제를 획일적으로 강화하려는 시도는 헌법 제11조 제1항 제1문이 - 헌법 제10조의 행복추구권이 자유보장의 영역에서 그러한 것처럼 - 평등권의 일반조항, 즉 평등보호의 흠결을 보완하는 기본권(Auffanggrundrecht)으로서의 기능을 수행한다는 사실을 간과하고 있는 것으로서, 입법자의 형성의 자유의 폭이 그 규율대상과 차별기준의 특성에 따라서 각각 달라질 수 있음을 충분히 고려할 수 없게 된다. 따라서 일반적 평등원칙의 구체화절차에 있어서 실제적 조화를 달성하기 위한 구체화의 척도는 헌법 제11조 제1항 제1문에 의거하여 통제되는 법률규정, 즉 입법자의 불평등대우를 통해서 규율되는 사항영역의 특성을 신중하게 고려하여 결정되지 않으면 안 된다.<sup>34)</sup>

31) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1994, S. 100.

32) R. Alexy (각주 31), S. 123 f., 390 Fn. 91.

33) P. Lerche, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 197 ff. (208 f.) 참조.

34) 헌법재판소공보 49, 720 (724); K. Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit, in: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121 ff. (131) 참조.

## IV. 전통적인 ‘자의금지’ 해석과 그에 대한 비판

### 1. 전통적인 ‘자의금지’ 정식의 내용

일반적 평등원칙의 해석과 적용에 있어서 종래의 판례와 학설은 이미 독일의 학설과 연방헌법재판소의 판례를 통해서 확립된 이른바 ‘자의금지(Willkürverbot)’ 정식을 통해서 입법자의 평등구속의 범위를 해명하고자 시도하였다.<sup>35)</sup> 그러나 이와 같은 논증에도 불구하고 ‘자의금지’가 구체적으로 무엇을 의미하는가, 또한 ‘자의적인 차별’과 ‘비자의적인 차별’은 어떠한 방식으로 확인될 수 있는가의 문제에 관해서는 충분히 해명되지 않았다. 이에 반해서 1951년 10월 23일의 ‘남서국(南西國, Südweststaat)’ 판결에서 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 이미 학설을 통해서 전개된 자의금지 정식을 평등심사의 기준으로 도입하면서,

“법률적 차별이나 평등대우를 위한 합리적인, 사물의 본성으로부터 나오는, 또는 그 밖에 객관적으로 명백한 근거를 발견할 수 없을 때, (즉 법률규정과 입법자가 규율하려는 영역 사이에 아무런 내적 관련성이 존재하지 않을 때, 또는 그와 같은 내적 관련성이 존재하긴 하지만 완전히 불충분한 관계에 있음이 명백할 때),<sup>36)</sup> 간단히 말해서 그 규정을 자의적인 것이라고 할 수 밖에 없을 때”

평등원칙은 침해되었다고 한다.<sup>37)</sup> 그리고 이 경우에 ‘자의적’이라는 개념은 주관적인 책임비난을 의미하는 것이 아니라, 객관적으로 명백한 근거가 결여되어 있음을 의미한다고 한다.<sup>38)</sup> 따라서 자의금

---

35) 각주 5 참조.

36) G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, in: DVBl. 1951, S. 193 ff. (195).

37) BVerfGE 1, 14 (52). - 괄호 안의 보충은 필자에 의한 것임.

38) 가령 BVerfGE 2, 266 (281) 참조.

지 정식에 따라서 일반적 평등원칙을 다시 표현하면 다음과 같다: 어떤 구체적인 비교의 척도를 기준으로 일정한 특성이나 표지들을 통해서 같은 것으로 파악될 수 있는 개인들이나 집단을 객관적으로 명백한 근거 없이 입법자가 서로 다르게 대우하는 것은 금지된다. 이 정식이 확립됨에 따라서 독일 연방헌법재판소는 그 이후의 판례에서도 계속해서 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙의 핵심을 ‘자의금지’로 보았고,<sup>39)</sup> 이에 대해서는 학설에서도 역시 오랫동안 일치된 견해를 보였다.

## 2. 자의금지의 실체법적 차원과 기능법적 차원

### 가. 자의금지의 실체법적 차원

그러나 여기에서 주목해야 할 것은 전술한 바와 같이 ‘자의금지’를 일반적 평등원칙의 구체화척도로서 이해할 때 그것은 어디까지나 헌법 제11조 제1항 제1문의 규범프로그램 중에서 ‘법제정의 평등’을 구체화하는 척도로서 기능한다는 점이다. 즉 그것은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 ‘본질적으로 같은 것을 다르게, 또는 본질적으로 다른 것을 같게’ 다루는 것을 금지하는 ‘일반적 평등대우의 원칙’을 구체화하기 위한 보조적 관점인 것이다. 따라서 ‘자의금지’의 원칙을 일반적 평등원칙의 핵심으로 이해하게 되면, 헌법 제11조 제1항 제1문의 규범프로그램인 ‘일반적 평등대우의 원칙’은 구체화척도로서의 ‘자의금지’와 결합하여 ‘본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 또는 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게’ 다루는 것을 금지하는 원칙으로 이해된다.<sup>40)</sup> 이제 이와 같이 일반적 평등대우의 원칙과 자

39) 가령 BVerfGE 1, 208 (247); 3, 58 (135 f.); 8, 174 (183); 10, 234 (246); 18, 121 (124); 23, 258 (263); 48, 227 (237) 참조.

40) 헌법재판소판례집 8-2, 680 (701).

의금지의 원칙이 결합된 형태의 규범프로그램을 ‘고전적 자의금지(das klassische Willkürverbot)’라고 표현한다면,<sup>41)</sup> 헌법재판소는 특히 검사(檢事)의 불기소처분에 대한 일련의 헌법소원심판사건에서 - 비록 의식적인 것은 아닐지라도 - 헌법 제11조 제1항 제1문으로부터 이른바 ‘일반적 자의금지(das allgemeine Willkürverbot)’라고 불리는 또 다른 형태의 규범프로그램을 도출해 내고 있다.<sup>42)</sup> 전자가 구체적인 비교의 대상을 이루는 일정한 인적 집단이나 객관적 생활관계의 평등대우 내지 불평등대우를 전제로 하는 것이라면, 후자는 더 나아가 ‘구체적인’ 비교의 대상들이 문제되지 않는 경우에도 실질적 정의를 관철하고 유해(有害) 법률규정으로부터 공동체를 방어하는 데에 기여하는 근본적인 법원리로서의 기능을 수행한다.<sup>43)</sup> 사실 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원심판사건에 있어서 당해 사건의 고소인과 피고소인은 상호 비교 가능한 인적 집단을 이루고 있는 것도 아니고, 또한 검사의 불기소처분이 일정한 표지를 근거로 하여 선별된 특정 사건에 있어서 당해 고소인을 가상의 고소인과는 달리 범죄에 대한 보호로부터 차별적으로 배제할 것을 목적으로 하는 것도 아니다. 검사의 불기소처분은 오히려 형사소송법 제247조 제1항의 기소편의주의에 근거하여 형법 제51조에 규정된 양형의 조건들, 즉 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등을 참작하여 행해지는 것으로서 그와 같은 처분이 행해질 가능성은 모든 형사사건에 있어서 모든 형사피해자와의 관계에서 평등하게 존재한다. 그러한 한, 검사의 불기소처분으로 인하여 침해된 ‘헌법상 보장된 기본권’(헌법재판소법 제

41) ‘고전적 자의금지’ 내지 ‘고전적 평등원칙’의 개념에 관해서는 예컨대 *M. Gubelt*, in: I. v. Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 4. Aufl., München 1992, Art. 3 Rn. 12 참조.

42) 한수웅 (각주 6), 79쪽 참조.

43) BVerfGE 55, 72 (89 f.); 65, 141 (148); 78, 232 (248). 또한 BayVerfGH, in: NJW 1986, S. 1096 f.; *M. Gubelt* (각주 41), Art. 3 Rn. 12 참조.

68조 제1항)은 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등대우의 원칙으로부터 도출되는 기본권이 아니다.<sup>44)</sup> 그러나 검사의 불기소처분에 대해서는 검사가 그의 수사지휘권과 공소제기권을 행사함에 있어서 사건의 진상규명에 필요한 수사를 소홀히 하였거나,<sup>45)</sup> 사실확인<sup>46)</sup> 또는 증거판단에 있어서<sup>47)</sup> 중대한 오류를 범하였거나, 또는 법률의 해석과 적용에 있어서 법리(法理)를 오해함으로써<sup>48)</sup> 당해 사건과의 관계에서 더 이상 납득할 수 없는 ‘사리에 반하는(sachfremd)’ 처분을 행하였다는 비판이 가해질 수 있다. 그런데, 문제는 이와 같은 공권력의 행사에 대해서는 - 헌법 제10조 제1문 후단의 행복추구권으로부터 ‘일반적 행동의 자유’를 도출해 냄으로써 헌법재판소의 통제권한이 확장되었다고 할지라도<sup>49)</sup> - 당해 사건의 고소인은 헌법상의 어떠한 기본권규정을 통해서도 자신의 기본권이 침해되었음을 주장할 수 없다는 데에 있다. 바로 이와 같은 상황에서 헌법 제11조 제1항 제1문의 ‘일반적 자의금지’는 법치국가의 본질, 즉 일반적 정의의 원리로부터 도출되는 공권력의 행사에 대한 최후의 한계로서 자의적인 공권력의 행사로부터 개인의 지위를 기본권으로서 보호하는 기능을 수행한다.<sup>50)</sup> 따라서 헌법 제11조 제1항 제1문으로부터 도출되는 규범프로그램은 그 효력영역에 있어서 다음과 같이 ‘일반적 평등대우의 원칙’과 ‘일반적 자의금지’의 원칙으로 구별된다.

44) 그러나 헌법재판소의 관례에 따르면 검사의 불기소처분은 “고소인을 차별대우하여 헌법 제11조 제1항에서 보장된 그의 평등권을 침해”한 것으로서 이해된다. 이에 대해서는 예컨대 헌법재판소판례집 2, 491 (502) 참조.

45) 헌법재판소판례집 2, 405 (410, 425); 2, 491 (502); 9-2, 395 (404 이하); 9-2, 430 (433 이하); 9-2, 794 (801 이하) 참조.

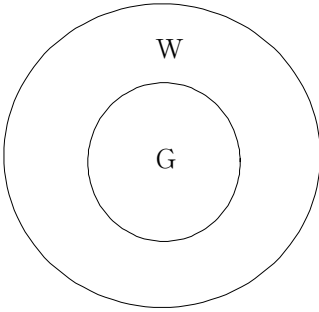
46) 헌법재판소판례집 8-1, 44 (48); 9-2, 376 (380 이하); 10-2, 798 (804 이하) 참조.

47) 헌법재판소판례집 2, 433 (470 이하); 6-2, 433 (449); 8-1, 273 (285); 9-1, 499 (503 이하); 9-2, 376 (382 이하) 참조.

48) 헌법재판소판례집 7-2, 697 (699 이하); 9-2, 872 (877, 879) 참조.

49) 예컨대 헌법재판소판례집 3, 268 (275); 10-1, 541 (549); 10-2, 621 (633) 참조.

50) BVerfGE 91, 118 (122 ff.); BayVerfGHE 25, 129 (138); 38, 198 (204). - 이에 관해서는 J.-H. Kim, Zur Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG, Frankfurt am Main [u. a.] 2000, S. 134 ff. 참조.



헌법 제11조 제1항 제1문의 효력영역

G = 일반적 평등대우의 원칙

W = 일반적 자의금지의 원칙

## 나. 자의금지의 기능법적 차원

전술한 바와 같이 헌법 제11조 제1항 제1문의 실체법적 차원을 ‘일반적 평등대우의 원칙’과 ‘일반적 자의금지의 원칙’으로 구별하는 경우에도 전자의 규범프로그램이 ‘자의금지’와 결합되어 있는 한, 헌법 제11조 제1항 제1문에 근거한 헌법재판소의 통제는 원칙적으로 당해 공권력의 행사 또는 불행사에 있어서 ‘객관적으로 명백한 근거’가 존재하는가 여부를 심사하는 데에 국한된다. 그러한 한, 일반적 평등대우의 원칙과 일반적 자의금지의 원칙에 따른 헌법재판소의 심사는 단순한 명백성의 통제(Evidenzkontrolle)로 제한된다.<sup>51)</sup> 왜냐하면 여기에서 의미하는 ‘자의’는 공권력의 주체에게 다른 방식의 행위를 취할 수 있는 가능성이 남아 있었다거나 혹은 그가 취한 행위방식보다는 다른 방식의 행위를 취하는 것이 보다 나은 것으로 판단된다고 해서 곧 바로 인정되는 것이 아니라, 당해 공권력의 행사 또는 불행사가 어떠한 관점에서든 정당화될 수 없음이 ‘명백한(evident)’ 경우에만 인정되는 것이기 때문이다. 그렇게 본다면, 헌법 제11조 제1항 제1문의 구체화척도로서의 ‘자의금지’ 정식은 일반적 평등원칙의 해석과 적용에 있어서 헌법재판소가 입법자에 대한 통제를 자제하기

51) ‘명백성의 통제’에 관해서는 방승주, 독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도, 헌법논총 제7집 1996, 299쪽 이하 (308쪽 이하) 참조.

위한 기능법적 형식으로 이해될 수 있다.<sup>52)</sup> 사실 전통적인 판례와 학설이 일반적 평등원칙을 이와 같이 제한된 모습으로, 즉 자의금지로 축소하여 이해한 데에는 다음과 같은 이유가 있다.

헌법의 법치국가원리를 형식적 합법성의 의미를 넘어서 실질적 정당성의 의미로 이해할 때, 그것은 실질적 정의이념의 실현을 지향한다. 마찬가지로 일반적 평등원칙의 규범적 의미내용을 형식적 의미에서의 법 적용의 평등을 넘어서 실질적 의미에서의 법제정의 평등으로 이해하는 한, 입법자는 항상 정의사상에 입각하여 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 다루어야 할 헌법적 과제를 부담하게 된다. 이를 통해서 일반적 평등원칙은 정의의 가치와 밀접하게 결합되고, 또 그에 상응하여 점차 정의의 원리와 동일시됨으로써, 헌법 제11조 제1항 제1문의 기본권은 점차 ‘정의의 기본권(Grundrecht auf Gerechtigkeit)’으로<sup>53)</sup> 변모하게 된다. 그 결과, 입법자는 단순히 자의적인 법률을 제정해서는 아니 될 의무만을 부담하는 것이 아니라, 더 나아가 법률을 제정함에 있어서 ‘각자에게 그의 몫을(jedem das Seine)’이라는 고전적인 정의의 원리에 따라서 항상 ‘정의로운’ 기준을 모색해야 할 의무를 부담하게 된다. 이와 같이 일반적 평등원칙을 정의의 원리와 동일시하게 되면, 입법자는 결국 법률을 제정함에 있어서 가장 합목적적인, 가장 합리적인, 가장 올바른, 그리고 가장 효과적인 해결책을 모색해야 할 의무를 부담하게 되는 것이다.<sup>54)</sup> 그러나 ‘정의’에 관해서는 아직 그 개념적 실체가 명확하게 규명되지도 않았을 뿐만 아니라, “무엇이 정의인가?” 또는 “무엇이 정당한가?”

---

52) 이와 같은 기능법적 사고는 검사의 불기소처분에 대한 헌법재판소의 통제에서도 발견된다. 예컨대 헌법재판소판례집 2, 491 (504): “검사가 어느 한쪽에 지나치게 치우쳐 자의적으로 수사를 한 경우와 같이 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다고 볼 수 있는 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 단순한 수사소홀에 대하여는 헌법소원제도를 통하여 헌법재판소가 관여할 일은 아니다.” - 재판관 한병채, 최광률, 김문희의 반대이견.

53) M. Kloepfer (각주 25), S. 31.

54) G. Robbers, Der Gleichheitssatz, in: DÖV 1988, S. 749 ff. (755).



라는 물음에 대해서도 일의적인 대답을 제시하는 것은 불가능하다.<sup>55)</sup>

이러한 맥락에서 학설과 판례에서는 입법자의 행위를 구속하는 규범 프로그램으로서의 일반적 평등원칙의 ‘실체법적 차원’, 즉 행위규범 (Handlungsnorm)과 헌법재판소가 권력분립의 관점에서 입법자의 형성의 자유를 침해함이 없이 입법자의 평등구속을 통제할 수 있는 ‘기능법적 차원’, 즉 통제규범(Kontrollnorm)을 분리하려는 시도가 행해졌다.<sup>56)</sup> 이에 따르면 ‘자의금지’ 정식은 다음과 같은 두 가지 기능을 갖는다고 한다. 우선, ‘정의’의 개념정의를 불가능하고 또 정의에 관한 통일적 법의식이 존재하지 않는 상황에서, ‘자의’의 개념은 ‘정의’에 반한다고 생각되는 중대한 불법만을 배제함으로써 평등심사를 위한 명확한 기준을 제시한다고 한다. 그럼으로써 ‘자의’ 개념은 또한 사법자제의 수단으로서 헌법재판소가 입법자의 결정을 수인(受忍)할 수 있는 최후의 기능법적 한계를 의미한다고 한다.<sup>57)</sup> 따라서 입법자가 법률을 제정함에 있어서 선택가능한 다양한 해결책들 중에서 가장 합목적적인, 가장 합리적인, 또는 가장 정의로운 해결책을 선택하지 않았다고 해서 곧 바로 그의 행위가 자의적인 것으로 판단되는 것이 아니라, 당해 법률규정을 위한 합리적 근거를 전혀 발견할 수 없을 때에만 자의적인 것으로 판단된다고 한다.<sup>58)</sup>

### 3. 자의금지 정식에 대한 비판

그러나 이와 같은 기능법적 분리테제에 따르면 헌법재판소의 평등

55) 허영 (각주 5), 327쪽 참조.

56) 헌법재판소판례집 9-1, 90 (115); K. Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, in: AöR 109 (1984), S. 174 ff. (185); G. Robbers (각주 54), S. 755; F. Schoch, Der Gleichheitssatz, in: DVBl. 1988, S. 863 ff. (876).

57) K. Hesse (각주 56), S. 186 f.

58) BVerfGE 55, 72 (89 f.); 65, 141 (148); 78, 232 (248) 참조.

심사에 있어서 결정적인 기준으로 작용하는 것은 결국 ‘통제규범’으로서의 ‘자의금지’이기 때문에, 헌법재판소는 입법자의 불평등대우가 내용적으로는 부당하지만 현실적으로는 자의금지에 반하지 않으므로 그것을 ‘합헌’이라고 선언해야 하는 납득할 수 없는 결론에 이르게 된다. 이와 같이 헌법재판소가 입법자의 행위를 통제함에 있어서 자의금지에 따른 명백성통제의 범위를 넘어서 어떠한 통제도 할 수 없고 또한 해서도 안 된다면, 도대체 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙은 어떠한 ‘효력’을 지니고 있는 것인지 진지하게 묻지 않을 수 없다. 이러한 의미에서 학설에서는 행위규범으로서의 평등원칙은 그 내용이 공허한 것으로서, 헌법적 명령으로서의 효력이 없는 단순한 이상향적 목표에 불과하다거나,<sup>59)</sup> 또는 더 나아가 ‘이빨 없는 법’에 불과하다는<sup>60)</sup> 비판이 행해지고 있다. 사실 입법자와 헌법재판소 사이의 이와 같은 역할분배는 - 즉 입법자는 ‘정의’를 직접적인 논거로서 주장하고, 이에 반해서 헌법재판소는 ‘자의’의 명백성통제로 후퇴하는 것은 - 일상적인 국가생활에 있어서 그 실천적 결과를 일관되게 유지할 수 없을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 전혀 터무니없는 결과를 야기할 수도 있다. 왜냐하면 입법자가 자신의 행위를 정당화할 수 없을 정도로 그렇게 명백하게 객관적 근거를 결여하고 있는 법률은 거의 존재하지 않으며, 또한 입법자가 교묘한 입법형식을 취하면 취할수록, 입법자의 평등위반을 확인할 수 있는 가능성은 그만큼 더 줄어들 것이기 때문이다. 이와 같은 상황에서는, 헌법재판소가 자의심사를 명목으로 하고 실제로는 입법자의 행위를 엄격하게 통제하지 않는 한, 자의금지의 명백성통제는 필연적으로 일반적 평등원칙의 규범적 의미를 공동화(空洞化)시키고 말 것이다. 게

---

59) W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1992, S. 50; W. Rüfner, in: R. Dolzer (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg 1996, Art. 3 Abs. 1 Rn. 105.

60) W. Heun (각주 59), S. 48.

다가 헌법재판소의 판례를 통해서 자유권의 규범적 의미내용이 계속 해서 확장되고 세분화됨으로써 자유보호의 정도가 강화되었다는 사실을 고려한다면, 헌법재판의 실무에 있어서 자유권과 평등권의 보호강도 (Schutzintensität)에 있어서의 괴리를 극복하기 위해서는 ‘자의금지 정식’을 전적으로 포기하거나, 아니면 적어도 수정해야 할 필요성이 제기 된다.<sup>61)</sup> 그러나 자의금지 정식은 명백성의 통제만으로도 정의의 근본조건이 충분히 보장될 수 있는 경우에 국민의 선거를 통해서 직접적인 민주적 정당성을 획득한 입법자에게 폭넓은 형성의 자유를 허용해 줄 수 있다는 장점을 가지므로, 일반적 평등원칙의 구체화척도로서 이를 완전히 포기할 필요는 없다.<sup>62)</sup> 그렇다면 문제는 이제 이와 같은 상황에서 일반적 평등원칙의 행위규범으로서의 차원과 통제규범으로서의 차원을 통일적인 상응관계로 파악할 수 있는 해석론적 가교를 어떠한 방식으로 마련할 것인가에 있다.

## V. 일반적 평등원칙의 세분화된 심사모형

### 1. 자의금지 정식의 실제적 보완과 실용적 재해석

전술한 바와 같은 비판이 제기되자 학설과 판례에서는 전통적인 자의금지 정식을 내용적으로 보완하거나 또는 이를 ‘논증부담규칙

61) 자의금지 정식에 대한 비판에 대해서는 가령 *E. Forsthoff*, Die Rechtsprechung, in: dems., Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl., München 1971, S. 126 ff. (136); *M. Kloepfer* (각주 25), S. 62 ff.; *H. Kreussler*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen, Berlin 1972, S. 88 ff.; *H. Scholler*, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969, S. 33 ff. 참조.

62) *K. Hesse* (각주 34), S. 129 f.

(Argumentationslastregel)'으로 대체하려는 시도가 행해졌다. 자의금지  
 를 실제적으로 보완하려는 시도는 입법자에 의한 차별대우의 자의성  
 여부를 판단함에 있어서 '사물의 본성', '사항적 적합성', '체계적 일관성',  
 '사물의 법칙성' 등과 같은 현실관련적 요소들을 주요논거로서 제시하거  
 나, '헌법의 가치질서' 또는 '일반적 정의의 원리'와 같은 규범적 관련점  
 들을 그 논거로서 제시하기도 한다. 그러나 이와 같은 다양한 논증형식  
 들에 의해서도 '자의'의 개념 그 자체는 실제적으로 명확하게 규정될 수  
 없고, 또 무엇이 객관적으로 명백한 근거인가의 문제도 해결될 수 없으  
 며, 오히려 그와 같은 논증방식들에 대해서는 그 자체가 또 다른 문제  
 를 제기하게 된다는 비판이 가해질 수 있다. 사실 전통적인 자의금지  
 정식에 따를 때에도 평등심사의 실질적 기준은 언제나 '각각의 생활관  
 계에 대한 삶의 경험과 직접적으로 모순되지 않는 평가', '규율하고자  
 하는 생활영역의 특수한 표지들', '규율영역의 특성에 근거한 객관적 고  
 려', '현실에 입각한 관점들', '규율대상의 특성으로부터 나오는 합리적  
 근거' 등으로 소급되기 때문에, 전술한 바와 같은 보완형식들은 평등심  
 사의 현실관련성을 강조하는 것에 불과할 뿐, 전통적인 자의금지 정식  
 을 근본적으로 수정하는 의미는 없다.

이와 같은 논증방식들과는 달리 일반적 평등원칙의 내용을 의미론적  
 차원이 아닌, 실용적 차원에서 '논증부담규칙'으로 파악하려는 시도는<sup>63)</sup>  
 일반적 평등원칙의 구조를 그 밖의 기본권규정들과 구별함으로써, 전자  
 는 후자와는 달리 그 규범적 의미내용에 부합하는 것이 무엇인가를 명  
 시하는 것이 아니라, 오히려 그와 같은 판단을 위한 일정한 절차만을  
 규정하고 있는 것이라고 주장한다.<sup>64)</sup> 이에 따르면

---

63) N. Luhmann, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 169 ff.; A. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971, S. 87 f.

64) A. Podlech (각주 63), S. 85 f.

일반적 평등원칙은 법적 차별의 헌법적 허용성을 부인하는 자에게 유리하게 논증책임을 분배하며, ‘기본권논증을 위한 충분한 설득력’없이 주장되는 법적 차별은 언제나 허용되지 않는다고 한다.<sup>65)</sup> 그러나 일반적 평등원칙의 기능을 불평등대우의 논증을 소극적으로 배제하는 논증 부담규칙으로 파악하는 한, 그와 같은 기능은 전통적인 자의금지 정식에 있어서 ‘객관적으로 명백한 근거를 발견할 수 없을 때’ 라는 소극적 구성요건표지에 이미 내포되어 있는 것이다. 따라서 일반적 평등원칙을 논증부담규칙으로 해석하는 것은 전통적인 자의금지 정식을 전적으로 탈피한 것이 아니라, 오히려 그로부터 파생된 하나의 변형에 불과한 것으로 이해된다.<sup>66)</sup>

## 2. 자의금지 정식의 신축적 적용?

헌법 제11조 제1항 제1문을 근거로 한 헌법재판소의 통제가 보다 구체화된 합리적 평등심사의 모델로 이를 수 있기 위해서는, 전통적인 자의금지 정식과는 달리 일반적 평등원칙의 행위규범으로서의 차원과 통제규범으로서의 차원은 양자 모두 ‘구속과 통제의 비례성’을 특징으로 하는 통일적 상응관계 속에서 이해되어야 한다.<sup>67)</sup> 이러한 맥락에서 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 최근의 판례에서 일반적 평등원칙의 구체화적도로서 전통적인 자의금지 정식을 계속 고수하면서도 이를 규율 대상이나 사항영역의 특성에 따라서 각각 신축적으

65) A. Podlech (각주 63), S. 87.

66) G. Dürig, in: T. Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1994, Art. 3 Abs. 1 Rn. 316 ff.; M. Gubelt (각주 41), Art. 3 Rn. 32.

67) 행위규범과 통제규범의 상응관계에 관해서는 헌법재판소판례집 9-1, 90 (132 이하) - 재판관 김진우, 이재화, 조승형의 반대의견; K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981), S. 7 ff. (27); K. Schlaich (정태호 역), 독일연방헌법재판소 - 지위·절차·재판 -, 헌법재판소 1999, 단락번호 491 이하 참조.

로 적용하려는 시도를 행하고 있다.<sup>68)</sup> 이와 같은 시도의 특징은 자의금지 정식에 있어서 ‘객관적으로 명백한 근거’라는 표지를 ‘충분한 객관적 근거’라는 표지로 수정함으로써 평등심사의 강도를 더 이상 명백성의 통제로 제한하지 않고, 이미 과거에도 그러했던 것처럼 규율대상의 특성에 따라서는 적극적으로 보다 강한 평등심사를 행할 수 있는 가능성을 명시적으로 열어 두고 있다는 데에 있다. 이에 따르면 헌법재판소의 통제의 강도는 자의심사의 내부에서 신축적으로 변모할 수 있으며, 따라서 형식적으로는 자의금지 정식과 비례의 원칙의 구별을 유지하면서도 실질적으로는 비례의 원칙을 자의심사의 한 유형으로 적용함으로써 전통적인 자의심사로부터 벗어나 비례의 원칙에 따른 엄격한 심사를 행할 수 있게 된다. 그러나 전술한 바와 같이 헌법 제11조 제1항 제1문으로부터 ‘일반적 자의금지’의 실체법적 차원이 도출되고 또 이에 근거한 헌법재판소의 통제가 “현저히 정의와 형평에 반하는(가)” 여부의 심사에 국한되는 한,<sup>69)</sup> 이와 같은 방식으로 일반적 평등원칙의 구체화척도를 자의금지 정식으로 통일하고 그 내부에서 헌법재판소의 심사강도를 구조화하는 것은 일반적 자의금지의 영역에 있어서도 보다 강화된 심사로 이행하게 될 위험성을 내포한다. 게다가 자의금지의 신축적 적용이 상호주관적 통제가능성, 추수행가능성, 법적 확실성 및 예측가능성과 같은 법치국가적 합리성의 요청들을 충족시킬 수 있기 위해서는, 결국 어떠한 전제조건하에서 어느 정도로 평등심사의 정도가 강화되어야 하는가의 문제가 해명되지 않으면 안 된다.

68) 예컨대 BVerfGE 76, 256 (329 f.); 93, 386 (397, 400 f.) 참조.

69) 헌법재판소판례집 2, 491 (504).

### 3. '비례성 심사'의 도입: '새로운 정식'

#### 가. '새로운 정식'의 내용

이에 반해서 독일 연방헌법재판소 제1재판부는 1980년 10월 7일의 결정에서<sup>70)</sup> 일반적 평등원칙의 구체화척도로서 전통적인 자의금지 정식 외에 보다 엄격한 비례성(Verhältnismäßigkeit)의 심사기준을 적용하는, 이른바 '새로운 정식(die neue Formel)'이라 불리는 다음과 같은 구체화 모델을 제시한 바 있다.

“이 헌법규범(=일반적 평등원칙)은 법률 앞에서 모든 인간을 평등하게 대우할 것을 요구한다. 이에 따르면 이 기본권은 특히 일단의 규범수범자들이 다른 규범수범자들과 비교해서 양 집단 사이에 불평등대우를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비중을 지니는 차이점들이 존재하지 않음에도 불구하고 달리 대우받을 때에 침해된다(…). 기본법 제3조 제1항의 이와 같은 규율내용을 연방헌법재판소는 특히 법률로부터 입법자를 구속하는 사항법칙(Sachgesetzlichkeit)을 도출해 내고 체계위반(Systemwidrigkeit)을 평등원칙의 침해로서 다루려는 시도들과 관련하여 강조한 바 있다(…)”.<sup>71)</sup> “정당화되지 못한 다수의 인적 집단의 차별을 금지하는 것 이외의 영역에서 평등원칙은 입법자에게 생활사태 및 사람의 행동을 규율맥락에 따라서 각각 서로 다르게 취급할 수 있는 광범한 자유를 허용한다. 그렇다면 이와 같은 규정에 맞추어 자신의 행동으로 불리한 영향을 피하는 것은 원칙적으로 당사자의 사항이다. 물론 연방헌법재판소의 판례에 따르면 평등원칙은 정당화되지 못한 규범수범자들의 불평등대우를 금지하는 것으로 끝나지 않는다. 오히려 평등원칙에는 사법(司法)뿐만 아니라 입법에 대해서도 일정한 최외곽의 한계를 설정하는 근본적 법원리로서의 자의금지가 표현되고 있다.”<sup>72)</sup> “이 기준들은 바로 사태를 규율함에 있어서 발생하는 법률적 차별을 판단하는 데에도 적용된다. 따라서 여기에서 입법자의 활동여지는

70) BVerfGE 55, 72 ff.

71) BVerfGE 55, 72 (88) - 괄호 안의 보충과 생략은 필자에 의한 것임.

72) BVerfGE 55, 72 (89).

규율된 사태들을 불평등 대우하는 것이 더 이상 정의사상에 입각한 고찰방식과 합치될 수 없는 경우에, 즉 법률적 차별을 위한 명백한 근거가 결여되어 있는 경우에 비로소 끝난다 (...). 그러나 법률규정에 대한 이와 같은 자의의 비난은 계속된 판례에 따라 때 그 규정의 비객관성이 명백할 때에만 가능하다 (...).”<sup>73)</sup>

일반적 평등원칙에 근거한 기존의 심사모델이 구조화되지 않은 단순한 자의금지 정식에 의존하고 있었던 반면에, 이 새로운 정식은 규율대상에 따라서 각각 다른 심사기준을 적용하고 있다. 이에 따르면 입법자에 의한 불평등대우에 있어서 비교의 대상이 규범수범자들인 경우, 즉 ‘인적 평등’의 영역에 있어서는 보다 엄격한 비례성의 심사기준이 적용되고, 그 밖의 경우에는 여전히 전통적인 자의금지 정식이 적용되게 된다. 따라서 인적 평등의 영역에서 행해지는 입법자의 불평등대우는 비교의 대상인 규범수범자들 사이에 그와 같은 불평등대우를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비중을 지니는 차이점들이 존재하는 경우에만 헌법적으로 허용된다. 전통적인 자의금지 정식이 입법자에 의한 불평등대우와 비교의 대상들 사이에 존재하는 차이점을 상호 매개함이 없이 각각 분리하여 심사하는 듯한 인상을 주는 반면에, 이 새로운 정식은 적어도 인적 평등의 영역에 있어서는 양자 사이에 비례적인 내적 관련성이 존재하여야 함을 강조하고 있다.<sup>74)</sup> 따라서 인적 평등의 영역에 있어서 일반적 평등원칙은 비교의 대상들 사이에 존재하는 사실적인 차이점과 이에 상응하는 불평등대우의 관계가 비례성의 관계를 유지하고 있는가를 형량(Abwägung)함으로써 구체화된다. 그렇다면 이 새로운 정식에 따라서 보다 엄격한 비례성의 심사기준이 적용되는 한, 입법자의 형성의 자유는 그만큼 축소되게 된다.

73) BVerfGE 55, 72 (90) - 괄호 안의 생략은 필자에 의한 것임.

74) W. Rießner (각주 59), Art. 3 Abs. 1 Rn. 25.



## 나. '새로운 정식'에 대한 비판

'새로운 정식'을 통해서 변화된 해석론은 사실 그 동안 자유권의 영역에서 전개된 다음과 같은 인적 관련성의 정도에 따른 실체법적 보호강도와 기능법적 통제강도의 세분화를 고려한 것으로서,<sup>75)</sup> 입법자의 불평등대우로부터 일반적 평등권을 보다 효과적으로 보호하려는 의도에서 전개된 것이다.

“헌법재판소에서 다루어지는 공권력의 행위가 이 보호이익들과의 관련성의 정도가 크면 클수록, 즉 규정이나 처분이 기본권의 개인적 핵심을 침해하는 정도가 강하면 강할수록, 연방헌법재판소에 의한 보호의 필요성과 비중은 그만큼 더 커지며, 재판소는 그만큼 더 포괄적으로 그 규정이나 결정이 기본법과 합치될 수 있는가 여부를 심사할 의무를 진다.”<sup>76)</sup>

사실 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙을 '법(률) 앞에서는 누구든지 동등한 인격을 가진다는 원칙'으로 이해하고,<sup>77)</sup> 통설과 같이 그 규범텍스트에 명시된 '모든 국민'의 의미를 일정한 전제조건하에서 '모든 인간'으로 확장해서 이해한다면,<sup>78)</sup> 인적 관련성이 인정되는 경우에 평등권의 보호를 보다 강화하려는 이 새로운 정식은 확실히 일반적 평등원칙의 규범적 의미를 충실하게 반영하고 있는 것으로 이해된다. 그렇다면 문제는 이제 이 새로운 정식에 따라

---

75) 예컨대 BVerfGE 7, 377 (397 ff.); 50, 290 (340 f.) 참조.

76) K. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 266; W. Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg 1984, S. 101; P. Lerche, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Deutschland, in: K. Vogel (Gesamtred.), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, Wien [u. a.] 1979, S. 24 ff. (40 ff.).

77) 유진오 (각주 4), 65쪽.

78) 사실 1948년 국회헌법기초위원회에 상정된 유진오 박사의 헌법초안은 일반적 평등권의 주체로서 '모든 국민'이라는 표현대신에 '모든 인민(人民)'이라는 표현을 채택하고 있었다. 그에 따르면 “「국민」은 국가의 구성원으로서의 인민을 의미하므로, 국가우월의 법세를 풍기어, 국가라 할지라도 함부로 침범할 수 없는 자유와 권리의 주체로서의 사함을 표현하기에는 반드시 적절하지 못하다”고 한다. 이에 대해서는 유진오, 헌법기초 회고록, 일조각 1981, 65쪽 각주 10, 114쪽 참조.

서 일반적 평등원칙의 구체화척도를 선택함에 있어서 입법자의 불평등대우가 ‘인적 평등’ 내지 ‘인적 집단의 평등’과 관련된 것인지, 아니면 ‘물적 평등’ 내지 ‘생활사태의 평등’과 관련된 것인지를 명확하게 구별하는 데에 있다.<sup>79)</sup>

그러나 법이란 것은 그 본질상 인간의 공동생활을 규율하는 것으로서 생활사태를 포함하여 법적으로 규율되는 모든 구성요건에는 항상 인간이 관계되어 있기 때문에, 물적 평등의 침해는 동시에 그 불평등대우의 법적 효과가 귀속되는 규범수범자의 차별, 즉 인적 평등의 침해를 의미하게 되므로, 인적 평등과 물적 평등을 명확하게 서로 구별하는 것은 불가능하다.<sup>80)</sup> 게다가 물적 평등과 관련된 불평등대우에 있어서 그 법적 효과로서 발생하는 불이익을 당사자가 자력으로 회피할 수 없는 경우에도, 이를 물적 평등의 문제로 간주하여 자의금지를 평등심사의 기준으로 적용하는 것은 전술한 바와 같은 인적 관련성의 정도에 따른 통제강도의 세분화와 부합하지 않는다. 더 나아가 새로운 정식에서 요구되고 있는 비례성의 관계는 그 표현의 정태적 성격으로 인해서 마치 비교의 대상들 사이에 본질적인 차이점들이 ‘실제로’ 존재하는 경우에만 입법자의 불평등대우가 정당화될 수 있는 듯한 인상을 준다.<sup>81)</sup> 그러나 입법자는 비교의 대상들 사이에 이미 존재하는 사실상의 차이점들을 인식한 경우에만 이들을 불평등 대우하는 방식으로 그렇게 소극적인 반응만을 보이는 것은 아니다. 입법자는 오히려, 헌법적으로 금지되지 않는 한, 일정한 목적달성을 위하여 의도적으로 비교의 대상들을 형성하고 이들 사이의

79) 가령 BVerfGE 78, 104 (121) 참조.

80) 계획열 (각주 8), 212쪽 이하; 한수웅 (각주 6), 63쪽 이하; G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz - Ein Nachwort zur Auslegung des Art. 109 Abs. 1 RV (AöR NF 12 [1927], S. 1 ff.), in: dems. (각주 13), S. 163 ff. (176 f.); H. Triepel, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 3 (1927), S. 51 f.; K. Hesse (각주 34), S. 128 f.

81) G. Manssen, Staatsrecht I. Grundrechtsdogmatik, München 1995, S. 208 Rn. 704; B. Pieroth/Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 13. Aufl., Heidelberg 1997, § 11 Rn. 482.

차이점을 강조함으로써 적극적인 차별화정책을 수행하기도 한다. 따라서 입법자에 의한 불평등대우는 비교의 대상들 사이에 존재하는 사실상의 차이점 그 자체를 통해서 내재적으로 정당화되기도 하지만 ('내재적 목적에 의한 정당화'), 대부분의 경우에는 입법자가 추구하는 목적과 불평등대우의 수단 사이에 존재하는 비례성을 통해서 정당화되기도 한다 ('외재적 목적에 의한 정당화').<sup>82)</sup> 이러한 맥락에서 볼 때, 입법자의 불평등대우와 관련하여 새로운 정식이 요구하는 비례성의 요청은 구조적으로 서로 다른 두 가지의 정당화방식을 통해서 충족될 수 있다.

아무튼 새로운 정식은 일반적 평등원칙에 근거한 평등심사에 있어서 전통적인 자의금지 정식을 기본적인 통제수단으로 채택하는 한편,<sup>83)</sup> '인적 평등'의 영역에 있어서는 엄격한 비례성의 요청을 도입함으로써 자유권에 상응하는 보다 강한 실체법적 및 기능법적 보호를 추구한다는 점에서, 일반적 평등원칙의 구체화과정을 합리적으로 구조화할 수 있는 출발점을 제공한다. 그러나 전술한 바와 같은 비판들을 고려해 볼 때, 엄격한 비례성의 요청과 관대한 자의심사기준의 적용영역은 재조정되어야 하며, 동시에 '비례성' 심사의 방식도 역시 보다 명확하게 세분화되지 않으면 안 된다.

#### 4. 세분화된 평등심사의 모델

##### 가. '새로운 정식'의 수정

이러한 맥락에서 볼 때, 독일 연방헌법재판소 제1재판부가 1992년

---

82) 이에 관해서는 S. Huster, Rechte und Ziele - Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993, S. 165 ff. 참조.

83) M. Bender, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, Heidelberg 1991, S. 400.

12월 2일의 결정에서<sup>84)</sup> 제시하고 있는 다음과 같은 정식은 확실히 새로운 정식의 수정이라는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

“일반적 평등원칙으로부터는 규율대상과 차별근거에 따라서 각각 법률 규정에 대한 다양한 요청들이 도출된다. 입법자의 형성의 자유는 그가 생활사태들을 서로 다르게 취급하고 또 당사자들이 스스로 다른 규정에 맞추어 자신의 행동을 조정할 수 있을 때 가장 폭넓게 미친다 (...). 이에 반해서 불평등대우가 헌법적으로 보장된 자유에 대해 미치는 영향이 강하면 강할수록 (...) 그리고 개인이 자신의 행동을 통해서 불리한 영향을 피할 수 있는 가능성이 적으면 적을수록, 입법자에게는 그만큼 더 좁은 한계가 설정된다. 기본법 제3조 제1항으로부터 나오는 한계는 특히 일단의 규범수범자들이 다른 규범수범자들과 비교해서 양 집단 사이에 불평등대우를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비중을 지니는 차이점들이 존재하지 않음에도 불구하고 달리 대우받을 때에 유월된다 (...).”<sup>85)</sup>

이 수정된 정식은 불평등대우의 규범영역, 즉 각각의 ‘규율대상과 차별근거’의 특성에 관한 신중한 분석을 통해서 일반적 평등원칙의 효력내용을 세분화하고 있고, 그에 따라서 입법자의 불평등대우에 대한 헌법적 정당화도 다양한 강도로 요청하고 있다. 물론 이 수정된 정식에서도 독일 연방헌법재판소 제1재판부는 새로운 정식에서와 마찬가지로 일반적 평등원칙의 효력영역을 불평등대우의 직접적인 차별근거에 따라서 각각 인적 평등의 지대와 물적 평등의 지대로 구별하고 있다. 그러나 여기에서는, 새로운 정식에서와는 달리, 생활사태의 불평등대우라 할지라도 당사자가 자신의 행동을 통해서 불평등대우의 법적 효과를 회피할 수 없을 때에는 인적 평등의 문제와 마찬가지로 엄격한 비례성의 심사기준이 적용되고 있다. 이와 같은 사실을 주목한다면, 입법자에 대한 헌법재판소의 통제는 이제 물적 평등의 영역에서도 사건의 유형에 따라서, 즉 규범영역의 구조적 특성에 따라서 계속적으로 세분화될 수 있음을 인식할 수 있다.

---

84) BVerfGE 88, 5 ff.

85) BVerfGE 88, 5 (12) - 괄호 안의 생략은 필자에 의한 것임.

## 나. ‘최신의 정식’에 따른 구체화모델

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 1993년 1월 26일의 제2차 ‘성전환자(Transsexuellen)’ 결정에서<sup>86)</sup> 새로운 정식의 수정을 통해서 확립된 일반적 평등원칙의 구체화모델을 다음과 같은 방식으로 보다 엄밀하게 세분화하고 있다.

“일반적 평등원칙으로부터는 규율대상과 차별기준에 따라서 각각 단순한 자의금지로부터 비례성의 요청에의 엄격한 구속에 이르기까지 입법자에 대한 다양한 한계가 도출된다. 이와 같은 요청들의 단계화는 기본법 제3조 제1항의 문구와 의미, 그리고 동 조항과 다른 헌법규범들과의 관계로부터 나온다.

모든 인간은 법률 앞에 평등하다는 원칙은 무엇보다도 우선 정당화되지 못한 인적 차별을 금지한다 할 것이므로, 입법자는 인적 집단을 불평등 대우함에 있어서 원칙적으로 엄격한 구속을 받는다 (...). 이와 같은 구속은 인적관련 표지들이 기본법 제3조 제3항에 언급된 표지들에 수렴하면 할수록, 따라서 이에 근거한 불평등대우가 소수의 차별로 이르게 될 위험성이 크면 클수록 그만큼 더 강해진다. 그러나 보다 강한 구속은 인적관련 차별들에 국한되지 않는다. 그것은 오히려 사태의 불평등대우가 간접적으로 인적 집단의 불평등대우를 초래하는 경우에도 역시 적용된다. 단지 행위관련적 차별의 경우에는 그 구속의 정도는 당사자가 어느 정도로 자신의 행동을 통해서 그 차별표지의 실현에 영향을 미칠 수 있는가에 따라서 좌우된다 (...). 더 나아가 사람이나 사태의 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정된다 (...).

입법자의 형성의 여지의 폭이 다양함에 따라서 헌법재판소의 심사에 있어서 통제의 강도도 단계화된다. 심사기준으로서 자의금지만이 고려된다면, 기본법 제3조 제1항의 위반은 차별의 비객관성(Unsachlichkeit)이 명백할 때에만 확인될 수 있다 (...). 이에 반해서 인적 집단을 차별 대우하거나 기본권행사에 불리한 영향을 미치는 규정들의 경우에 연방헌법재판소는 그 규정된 차별을 위하여 불평등한 법적 효과를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비증을 지니는 근거들

86) BVerfGE 88, 87 ff.

이 존재하는가 여부를 구체적으로 심사한다 (...).

이와 같은 단계화의 기초를 이루는 생각들은 입법자가 규율을 행할 당시의 출발상황과 그 규율로 인해서 발생하는 영향들을 판단함에 있어서 입법자에게 어느 정도로 평가의 우선권(Einschätzungsprärogative)이 인정되는가의 문제와 관련해서도 중요한 의미를 갖는다. 그와 같은 예측들을 심사함에 있어서도 단순한 명백성의 통제로부터 엄격한 내용적 통제에 이르는 세분화된 기준들이 적용된다. 이와 같은 경우에는 특히 각각의 사안의 특성과 문제되는 법익들의 의미를 고려하여야 한다. 그 밖에도 예측의 여지(Prognosespielraum)는 입법자가 결정을 내릴 당시에 충분히 확실한 판단을 행할 수 있는 가능성에 의해서도 좌우된다 (...).”<sup>87)</sup>

‘최신의 정식(die neueste Formel)’이라고 불리는 이 정식은 사실 전술한 바와 같은 새로운 정식의 수정을 통해서 얻어진 해석론적 결론을 본질적으로 넘어서는 새로운 인식을 제공하고 있는 것은 아니다. 그러나 이 정식은 기존의 정식들과는 달리 일반적 평등원칙의 효력영역 내부에 존재하는 다양한 유형의 규범영역들을 보다 정확하게 포착함으로써 법실무에 적합한 심사기준들을 보다 명확하게 제시하고 있다. 이에 따르면 입법자의 평등구속의 정도와 그에 상응하는 헌법재판소의 통제강도는 원칙적으로 헌법 제11조 제1항 제1문의 규범프로그램에 의해서 조종되는 규범영역의 분석을 통해서 결정된다. 그렇다면 이 ‘최신의 정식’을 헌법 제11조 제1항 제1문의 구체화적도로서 도입하는 한, 헌법재판소의 평등심사는 무엇보다도 우선 당해 사건의 규범영역을 분석하고 그에 해당하는 평등보호의 정도를 해명하는 작업으로부터 출발해야 한다. 이어서 헌법재판소는 당해 사건에서 요청되는 평등보호의 정도에 따라서 각각 엄격하게 비례성의 통제를 행할 것인지, 아니면 단순한 자의심사 내지 명백성의 통제로 만족할 것인지를 결정해야 한다.

---

87) BVerfGE 88, 87 (96 f.) - 괄호 안의 생략은 필자에 의한 것임.

## VI. 일반적 평등원칙의 보호정도와 통제강도

### 1. 평등구속, 통제 그리고 구체화

#### 가. 입법자의 형성의 자유와 그에 대한 헌법재판소의 통제

이러한 맥락에서 볼 때, 헌법재판소가 1999년 12월 23일의 결정에서 제시하고 있는 다음과 같은 정식은 확실히 전술한 바와 같은 ‘최신의 정식’을 수용함으로써 일반적 평등원칙의 세분화된 구체화모형을 수립하려는 시도로 이해된다.

“평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”<sup>88)</sup>

헌법재판소가 채택한 이 ‘최신의 정식’은 불평등대우의 규범영역, 즉 ‘규율대상과 차별근거’의 특성에 따라서 각각 평등보호의 정도가 달라질 수 있으며, 그에 따라서 입법자의 불평등대우에 대한 헌법재판소의 통제도 역시 엄격한 심사 또는 완화된 심사의 방식으로 구별되어 행해질 수 있음을 표현하고 있다. 이에 따르면 평등심사의 기준은 헌법의 조문 구조를 신중하게 고려하여 선택되어야 하는데, 무

---

88) 헌법재판소판례집 11-2, 770 (787); 11-2, 732 (749); 헌법재판소공보 49, 720 (724) 참조.

엇보다도 우선 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 예컨대 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지와 같이 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나, 또는 헌법 제32조 제4항과 같이 여자의 근로를 보호함에 있어서 특히 차별을 금지하고 있는 영역을 제시하고 있는 개별적 평등원칙의 경우에는 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다고 한다. 그러나 개별적 평등원칙의 효력영역을 넘어섬으로써 일반적 평등원칙이 적용되는 경우에도 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래된다면 입법자의 형성의 자유는 축소되고 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이라고 한다.<sup>89)</sup> 사실 인간의 존엄과 가치를 최상의 헌법원리로서 규정하고 있는 현행 헌법의 정신을 고려해 볼 때, 혈통, 인종, 언어, 본적, 고향, 학벌, 정치적 신조, 성적 지향 등과 같은 인적 표지만을 근거로 한 인적 집단의 불평등대우는 소수의 차별을 야기할 위험성이 매우 크다. 그러나 객관적 생활사태의 불평등대우라 할지라도 당사자가 자신의 행동을 통해서 불평등대우의 법적 효과를 회피할 수 없을 때에는 인적표지에 따른 불평등대우와 마찬가지로 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다. 여기에서 “엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”<sup>90)</sup>

89) 황도수 (각주 6), 86쪽 이하, 117쪽 이하에서는 이른바 ‘이중기준의 원칙’을 통해서 평등 심사의 기준을 과잉금지 내지 비례의 원칙과 전통적인 자의금지의 원칙으로 이원화할 것을 제안하고 있다. 그러나 헌법 제11조 제1항 ‘제1문’의 일반적 평등원칙의 구체화과정에 있어서도 그와 같은 이중기준의 원칙이 적용될 수 있는가 여부 및 만약 적용될 수 있다면 어떠한 방식으로 양자의 구별이 가능한가의 문제에 관해서는 언급이 없다.

90) 헌법재판소판례집 11-2, 732 (749); 11-2, 770 (787 이하).



## 나. 평등심사기준의 세분화가능성

이와 같은 헌법재판소의 평등심사모델은 헌법 제11조 제1항 제1문의 효력영역 내부에 그 실체법적 보호의 정도를 달리하는 다양한 ‘보호지대들’과 그에 상응하는 세분화된 심사기준들이 존재하고 있음을 보여준다. 그러나 문제는 이제 이와 같은 유형론적 엄밀화의 작업방식에 있어서 재판관의 자의적 결정의 여지를 축소하고, 또 이를 통해서 일반적 평등원칙을 영역적으로 특수하게(bereichsspezifisch) 적용할 수 있도록 해주는 ‘세분화된 통제기준들’이란 과연 어떠한 것들인가를 해명하는 데에 있다. 이와 같은 문제는 사실 ‘최신의 정식’에 의해서도 아직 명쾌하게 해결되지 않았다. 왜냐하면 여기에서는 단지 규범영역의 유형에 따라서 전통적인 자의심사와 엄격한 ‘비례성심사(Verhältnismäßigkeitsprüfung)’의 양자택일만이 제안되고 있을 뿐, 후자의 심사방식이 구체적으로 어떻게 행해져야 하는가의 문제는 아직 해명되지 않았기 때문이다. 물론 헌법재판소는 명시적으로 여기에서 “엄격한 심사를 한다는 것은 (...) 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다”고 한다.<sup>91)</sup> 그러나 독일 연방헌법재판소는 그와 같은 ‘비례성의 심사’를 단지 “그 규정된 차별을 위하여 불평등한 법적 효과를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비중을 지니는 근거들이 존재하는가 여부를 구체적으로 심사한다” 라고만 표현함으로써, 여기에서 의미하는 비례성의 심사기준이 자유

---

91) 헌법재판소판례집 11-2, 732 (749); 11-2, 770 (787 이하) - 괄호 안의 생략은 필자에 의한 것임. 이와 관련하여 헌법재판소판례집 8-2, 46 (56)에서는 이미 다음과 같은 차별입법의 합헌적 요건이 제시되고 있다: “차별을 두는 입법은 그 차별에 의하여 달성하려고 하는 목적과 그 목적을 달성하기 위한 차별을 두기 마련인데, 국민의 기본권에 관한 차별이 있어서 합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위하여서는 우선 그 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적절한 것이어야 한다.”

권의 구체화척도로서의 과잉금지 내지 비례의 원칙과 동일시될 수 있는 것인가, 아니면 양자가 서로 구별되는 개념임에도 불구하고 전자가 후자의 도입가능성을 열어놓고 있는 것인가의 문제는 여전히 해결되어야 할 문제로 남겨놓고 있다. 헌법해석의 과제가 단순히 헌법적으로 ‘올바른’ 결론을 찾아냄으로써 해결되는 것이 아니라, 바로 이 결론을 합리적인, 상호주관적으로 통제가능한 절차 속에서 찾아내고 또 이를 합리적으로 통제가능하게 논증함으로써 법적 확실성과 예측가능성 및 추수가능성을 마련하는 데에서 해결될 수 있다는 사실을 염두에 둔다면,<sup>92)</sup> 이제 헌법학의 과제는 ‘비례성의 요청’이라는 이 일반적이고 추상적인 통제기준을 개별적인 요소들로 세분화하고 구조화함으로써 헌법 제11조 제1항 제1문의 실천적 구체화과정에 있어서 ‘세분화된 심사기준들’이 어떠한 방식으로 적용되어야 하는가를 해명하는 데에 있다.

## 2. 헌법 제11조 제1항 제1문의 효력영역의 규범지형적 구조

### 가. ‘일반적 자의금지’와 ‘일반적 평등대우원칙’의 구별가능성

전술한 바와 같이, 헌법 제11조 제1항 제1문의 규범프로그램은 무엇보다도 우선 ‘일반적 자의금지의 원칙’과 ‘일반적 평등대우의 원칙’으로 구별된다. 따라서 헌법재판소에 의한 심판의 대상이 법률규정인 경우에 그 규정 자체가 어떠한 차별의 표지도 포함하고 있지 않거나 또는 그 효력방식에 있어서도 차별을 의도하고 있지 않는 한, 이 규정의 위헌성 여부를 심사함에 있어서 일반적 평등대우의 원칙을 심사기준으로 채택할 수는 없다.<sup>93)</sup> 오히려 이 규정에 대한 비난

92) 계획열 (각주 1), 67쪽.

93) BVerfGE 91, 118 (123) 참조.

이 입법자의 부당한 권한행사를 겨냥하고 있는 한, 그 위헌성 여부는 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 자의금지, 즉 사법(司法)에 있어서 뿐만 아니라<sup>94)</sup> 입법에 있어서도 그 권한행사에 대하여 최후의 한계를 설정하는 규범프로그램에 의거하여 판단되어야 한다. 따라서 이와 같은 경우에 헌법재판소의 심사는 이 법률규정이 합리적 근거를 결여하고 있음이 명백한가 여부만을 판단하는 단순한 명백성의 통제에 제한된다. 그러나 이와 같은 명백성통제를 위해서는 당해 법률규정의 내용이 그 규율대상의 특성과 관련하여 현저하게 사리에 반하는 것은 아닌가, 또는 입법자가 그 법률규정을 통해서 실현하고자 하는 과제와 이 과제를 실현하기 위하여 선택한 수단이 적합한 관계에 있는가 여부를 설명하지 않으면 안 된다. 그러나 전술한 바와 같이 자의금지에 따른 명백성의 통제는 당해 법률규정이 목적달성을 위한 가장 합목적적인, 가장 합리적인, 가장 올바른, 그리고 가장 효과적인 해결책인가 여부를 심사하는 것이 아니므로, 여기에서는 과잉금지 내지 비례의 원칙에서 요구되는 필요성의 심사는 고려되지 않는다. 따라서 일반적 자의금지에 근거한 헌법재판소의 통제는 일반적으로 당해 법률규정이 입법자가 추구하는 목적을 달성하기에 적합한(geeignet) 것인가 여부를 확인하는 것으로 만족하게 된다.

## 나. 일반적 평등대우원칙의 동심원적 구조

일반적 자의금지의 원칙이 당해 법률규정 그 자체의 헌법적 정당화를 요구하고 있는 것과는 달리, 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반

94) 헌법재판소법 제68조 제1항을 통해서 '법원의 재판'이 헌법소원심판청구의 대상으로부터 제외되고 있는 것과는 달리, 이에 대해서도 헌법소원심판청구가 가능한 독일에 있어서 이 일반적 자의금지는 법원의 재판에 대한 통제수단으로서 매우 중요한 기능을 수행하고 있다. 이에 관해서는 예컨대 M. Düwel, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen, Baden-Baden 2000, S. 160 ff. 참조.

적 평등대우원칙은 당해 법률규정을 통해서 행해지는 비교대상들 간의 불평등대우를 그 규율대상으로 한다. 그러나 이 일반적 평등대우의 원칙은 그 효력영역에 있어서 다시 규범영역의 특성에 따라 그 실제법적 보호의 정도를 달리하는 다양한 보호지대들로 유형화될 수 있다. 물론 이와 같은 유형화가 헌법적으로 허용되는 것인가 여부에 관해서는 의심이 있을 수 있다. 그러나 헌법 제11조 제1항 제1문의 규범텍스트로부터 이를 금지하는 어떠한 내용도 도출되지 않는 한, 그 구조에 따른 보호지대의 세분화와 유형화는 자유권의 경우와 마찬가지로 얼마든지 허용된다. 게다가 이와 같은 구조화의 가능성은 헌법 제11조 제1항 제1문의 문구와 의미, 그리고 다른 헌법규범들과의 관계에서도 충분히 확인된다.<sup>95)</sup> 즉, “모든 국민은 법 앞에 평등하다”라는 규범텍스트에서 ‘국민’의 개념이 국가의 구성원으로서의 ‘인민(人民)’<sup>96)</sup> 또는 ‘인간’을 그 구성요건의 제일차적 관련점으로 지시하고 있는 한, 일반적 평등대우원칙은 무엇보다도 우선 모든 인간이 그의 인간존재(Menschsein)로서의 실존과 존엄성, 그리고 그 인격에 있어서 동등한 지위를 향유할 것을 요구한다. 따라서 일반적 평등대우의 원칙은 이와 같은 지위의 평등(Statusgleichheit), 즉 인간의 존엄성과 인격에 있어서의 평등을 보장하는 한편,<sup>97)</sup> 각 개인에게 ‘직접 각인의 자유를 내용으로 하는 권리는 아니나, 자유의 전제가 되는 권리’를 보호해 줌으로써,<sup>98)</sup> 보편적인 자유의 보장과 행사를 위한 법적 출발점을 이룬다. 그러나 이를 기초로 한 각 개인의 인격발현과 자유의 행사는 동일한 방식으로 또 동일한 정도로 실현되지 않으므로, 이것은 다시 다양성과 차별성을 초래하며 그에 따른 불평

95) BVerfGE 88, 87 (96 f.); P. Martini, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, Köln [u. a.] 1997, S. 115 ff. 참조.

96) 유진오 (각주 78), 65쪽 각주 10, 114쪽.

97) 유진오 (각주 4), 65쪽.

98) 유진오 (각주 4), 65쪽.

등대우의 관련점을 제공하게 된다. 그러한 한, 일반적 평등대우의 원칙은 그 효력영역에 있어서 인간의 존엄성과 인격의 평등을 내용으로 하는 ‘핵심영역(Kernbereich)’, 즉 ‘기초적 평등의 영역(Egalitätsbereich)’과 이에 내재하는 정적 요소가 개인의 자유발현이라는 동적 요소를 통해서 점차 사회적 관련성을 강하게 띠는 ‘주변영역(Randbereich)’의 동심원적 구조를 나타낸다.<sup>99)</sup> ‘기초적 평등’의 영역이 ‘출발기회의 평등’을 보장하는 영역으로서 입법자에 의해서 절대적으로 존중되어야 한다면, 이를 중심으로 한 ‘주변영역’에서는 사회적 관련성의 정도에 따라서 입법자의 형성의 자유도 그만큼 더 넓어지게 된다. 따라서 이 주변영역에는 다시 공동체관련성의 정도와 입법자의 형성의 자유의 폭에 따라서 각각 서로 다른 강도의 보호지대들이 존재하게 되는데, 여기에서는 일단 논의의 편의를 위하여 이 보호지대들을 각각 ‘작용영역(Auswirkbereich)’과 ‘자의영역(Willkürbereich)’으로 구별하여 그 구조적 특성을 살펴보기로 한다.<sup>100)</sup>

#### 다. 일반적 평등대우원칙에 따른 통제의 강도

##### (1) 기초적 평등영역: 인적 표지만을 근거로 한 불평등대우의 금지

이른바 ‘기초적 평등영역’에 있어서 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등대우원칙은 인간의 존엄성 및 인격 그 자체와 긴밀한 내적 관련성을 가지는 일체의 인적 차별을 금지한다. 따라서 입법자가 헌법 제11조 제1항 제2문에서 언급되고 있는 ‘성별’, ‘종교’ 또는 ‘사회적 신분’과 같은 차별기준들과 유사한 인적관련 표지들만을 근거로

99) 이에 관해서는 G. Dürig (각주 66), Art. 3 Abs. 1 Rn. 40; P. Kirchhof, Die Verschiedenheit der Menschen und die Gleichheit vor dem Gesetz, München 1996, S. 18 참조.

100) 여기에서 사용되고 있는 ‘기초적 평등의 영역’, ‘작용영역’ 및 ‘자의영역’의 개념은 논의의 편의를 위해 필자가 제안한 것으로서 아직 학문적 개념으로 확립된 것은 아니다.

일정한 인적 집단을 법률적으로 차별하는 경우에는 매우 엄격한 헌법적 구속을 받지 않을 수 없다. 왜냐하면 이 영역에서 행해지는 인적 표지에 따른 차별은 동시에 그 차별이 행해진 생활영역에 있어서 당사자에게 보장된 그 밖의 다른 기본권, 특히 자유권의 보호영역을 침해(Eingriff)하거나, 아니면 적어도 이 기본권의 행사에 현저한 불이익을 초래하기 때문이다. 예컨대 동성애자(同性愛者)라는 ‘성적 지향’만을 이유로 한 단종시술의 강제, 사생활의 공개 또는 일반적인 취업금지를 내용으로 하는 법률규정은 이성애자(異性愛者)와의 관계에 있어서 동성애자의 차별을 초래하는 동시에, 헌법 제10조 제1문 전단의 인간으로서의 존엄과 가치의 보장, 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유의 보장을 통해서 헌법적으로 보호되는 개인의 사생활영역(Privatsphäre), 특히 사생활의 비밀과 성(性)의 영역(Geheim und Sexualbereich), 또는 헌법 제15조를 통해서 보호되는 직업선택의 자유 등을 침해하게 된다. 이와 같이 인적관련 표지만을 근거로 한 불평등대우가 소수의 집단에게 특히 불리한 ‘삶의 기회의 분배’로 작용하고, 그럼으로써 동시에 자유권의 보호영역에 대한 ‘침해상황(Eingriffskonstellation)’을 초래하거나, 또는 자유권의 행사에 현저한 불이익을 초래함으로써 ‘침해와 유사한 상황(eingriffsnahe Konstellation)’을 야기하는 경우에, 입법자의 형성의 자유는 - 일반적 평등원칙과 경합하는 자유권의 보호정도 및 통제강도에 상응하여 - 결국 과잉금지 내지 비례의 원칙을 엄격히 준수하는 범위 내에서만 인정될 수 있을 것이다. 따라서 기초적 평등의 영역에서 행해지는 헌법재판소의 통제는 매우 엄격한 ‘비례성의 심사’로서 결국 과잉금지 내지 비례의 원칙을 구성하는 개별원칙들, 즉 적합성의 원칙, 필요성의 원칙 및 좁은 의미에서의 비례의 원칙을 모두 강하게 적용하는 모습으로 나타난다.<sup>101)</sup> 그러므로 이와 같이 엄격한 심사기준을

---

101) M. Kloepfer (각주 25), S. 62 ff.; P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: J. Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, Heidelberg 1992, § 124 Rn. 290. 참조.

적용하게 되면, 인적 표지만을 근거로 한 법률적 차별은 ‘심히 중대한 공익’의 실현을 목적으로 하는 경우에만 예외적으로 허용되게 된다.

(2) 작용영역: 객관적 생활관계의 불평등대우와 개인이 스스로 극복할 수 없는 불이익의 발생

(a) 그러나 이와 같은 엄격한 ‘비례성의 요청’은 전술한 바와 같은 기초적 평등의 영역에 국한되지 않는다. 그것은 ‘인적’ 표지만을 근거로 한 인적 집단의 차별이 문제되지 않는 경우에도, 예컨대 객관적 생활관계의 불평등대우로 인하여 ‘간접적인’ 인적 집단의 차별이 발생하고, 그로 인해서 발생하는 차별의 법적 효과가 당사자의 기본권행사에 중대한 불이익을 초래하는 한편, 당사자가 자신의 행위지배를 통해서 스스로 그와 같은 불이익을 회피할 수 없는 경우에는 전술한 바와 같은 엄격한 ‘비례성의 심사’가 요구되기 때문이다.<sup>102)</sup> 가령 2000년 6월 29일의 ‘변호사징계’ 결정에서<sup>103)</sup> 위헌법률심판의 대상인 변호사법 제81조 제4항 내지 제6항의 규정들은 변호사징계와 관련하여 변호사는 그 밖의 다른 전문직 종사자들과는 달리 대한변호사협회징계위원회의 징계결정에 대한 불복절차로서 법무부변호사징계위원회의 이의절차를 거친 후에 곧 바로 대법원에 즉시항고를 할 수 있도록 규정함으로써, 징계결정에 대한 권리구제절차에 있어서 변호사와 그 밖의 다른 전문직 종사자들을 불평등하게 대우하고 있다. 이와 같이 변호사에 대해서만 “행정법원 및 고등법원에 의한 사실심리의 기회를 배제”하는 차별대우는 그 성격상 단순히 인적 표지만을 근거로 한 인적 집단의 차별이 아니라, 변호사단체의 자치성

102) BVerfGE 55, 72 (89) 참조.

103) 헌법재판소판례집 12-1, 753 이하 참조.

및 자율적 정화기능 등과 같은 생활영역의 특성들을 고려하여 행한 객관적 생활관계의 불평등대우에 해당한다. 그러나 이와 같은 객관적 생활관계의 불평등대우로 인하여 변호사는 헌법 제27조 제1항을 통해서 보장된 ‘법관에 의한 재판을 받을 권리’를 행사함에 있어서 중대한 불이익을 받게 되며, 이와 같은 불이익은 당사자의 자력에 의해서도 극복될 수 없는 ‘제약’ 내지 ‘장벽’의 성격을 띠게 된다.<sup>104)</sup> 따라서 이와 같은 불평등대우의 헌법적 허용성 여부를 판단함에 있어서 헌법재판소가 - 비록 명시적으로 엄격한 ‘비례성’의 심사기준을 적용하고 있는 것은 아니지만 - 차별목적의 정당성 그 자체를 부인하고 있는 것은 결코 우연이 아니다.

이와 같이 엄격한 ‘비례성’의 심사기준이 적용되는 ‘작용영역’의 예로서는 더 나아가 1999년 12월 23일의 ‘제대군인가산점’ 결정을<sup>105)</sup> 들 수 있다. 여기에서 헌법재판소는 제대군인에 대한 일종의 ‘적극적 보상조치’로서<sup>106)</sup> 일정한 취업보호실시기관의 채용시험에 제대군인이 응시하는 경우에 필기시험의 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5% 또는 3%의 가산점을 부여하는 제도가 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙에 부합하는가 여부의 문제를 엄격한 심사척도에 의거하여 판단하고 있다. 사실 가산점제도의 주된 목적은 군복무자의 경우에 “군복무 중에는 취업할 기회와 취업을 준비하는 기회를 상실하게 되므로 이러한 불이익을 보전해 줌으로써 제대군인이 군복무를 마친 후 빠른 기간 내에 일반사회로 복귀할 수 있도록 해 주는 데에” 있으므로, 이와 같은 입법목적이 헌법을 통해서 명문으로 금지되고 있지 않는 한 목적의 정당성 그 자체를 의심할 수는 없다.<sup>107)</sup> 그러나 이와 같은 목적을 달성하기 위한 수단으로서 제대군

104) 헌법재판소판례집 12-1, 753 (763).

105) 헌법재판소판례집 11-2, 770 이하 참조.

106) 헌법재판소판례집 11-2, 770 (784).

107) 헌법재판소판례집 11-2, 770 (788).



인에게 고도의 가산점을 부여하는 것은 그 만큼 비제대군인의 취업기회를 ‘박탈’하거나 ‘잠식’하는 것으로서, 헌법 제25조를 통해서 보장되고 있는 비제대군인의 공무담임권행사에 대한 중대한 제약으로 작용하게 된다.<sup>108)</sup> 그러한 한, 가산점제도의 헌법적 허용성 여부에 대한 헌법재판소의 통제는 차별수단의 적합성, 필요성 및 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중과 차별로 인한 불평등의 효과가 비례성을 유지하고 있는가 여부를 엄격하게 심사하는 방식으로 이루어진다.

(b) 그러나 여기에서 특히 주목해야 할 것은 입법자의 불평등대우가 ‘작용영역’에 해당하는 경우에도 그것이 ‘사회정책적 지원’을 목적으로 하는 때에는, 이에 대한 헌법재판소의 통제가 항상 전술한 바와 같은 엄격한 비례성의 심사로 일관하는 것이 아니라, 사안에 따라서는 특수한 방식의 비례성심사가 행해진다는 점이다. 여기에서 행해지는 ‘특수한 방식의 비례성심사’는 단순한 자의심사와 엄격한 비례성심사의 중간단계에 해당하는 통제방식을 의미한다. 이와 같은 방식의 비례성심사는 특히 입법자가 사회정책적 지원을 목적으로 일정한 사항을 규율하는 경우에 그로 인하여 간접적인 인적 차별이 발생하긴 하지만, 그와 같은 규율목적의 달성을 위해서는 충분한 시간과 경험의 축적을 필요로 하며, 또한 그 규율대상의 복잡성으로 인하여 불가피하게 시행착오를 통한 단계적 실현방식에 의존할 수밖에 없을 때에 행해진다.<sup>109)</sup> 왜냐하면 이와 같은 상황에서는 당해 규율수단 외에도 그와 같은 사회정책적 목적을 달성할 수 있는 수단으로서 매우 많은 가능성들이 존재하게 되는데, 이 중에서 당해 규율수단이 기본권침해의 가능성을 최소화하는 가장 신중한 대안(代案)임

108) 헌법재판소판례집 11-2, 770 (789 이하) 참조.

109) BVerfGE 85, 80 (91); 87, 1 (41); 89, 365 (379 f.) 참조.

을 증명하는 것은 거의 불가능하기 때문이다. 따라서 입법자의 사회정책적 지원이 간접적인 인적 차별을 초래하고, 또 그와 같은 차별로 인하여 당사자의 기본권행사에 어느 정도의 불이익이 초래된다 할지라도, 헌법재판소의 통제는 더 이상 전술한 바와 같은 엄격한 비례성의 심사기준, 특히 필요성의 원칙을 무차별적으로 적용하는 방식이 아니라, 오히려 좁은 의미에서의 비례성을 집중적으로 심사하는 방식으로 행해지게 된다.<sup>110)</sup> 그러한 한, 헌법재판소가 1991년 2월 11일의 ‘중학교의무교육’ 결정에서<sup>111)</sup> 다음과 같은 인식으로부터 출발하고 있는 것은 타당하다.

“헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 (...) 개인의 기본권신장이나 제도의 개혁에 있어 법적 가치의 상향적 실현을 보편화하기 위한 것이지, 불균등의 제거만을 목적으로 한 나머지 하향적 균등까지 수용하고자 하는 것은 결코 아니다.

헌법이 규정한 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지는 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 이러한 점은 그 제도의 개선에 과다한 재원이 소요되거나 이 사건에서와 같이 전제되는 여러 제도적 여건을 동시에 갖추는 데에는 기술적인 어려움이 따르는 경우에 더욱 두드러진다. 그것이 허용되지 않는다면, 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적 경우를 제외하고는 어떠한 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치와도 어긋나기 때문이다.”<sup>112)</sup>

“따라서 국가가 종전의 상황을 개선함에 있어서 그 개선의 효과가 일부의 사람에게만 미치고 동일한 상황하에 있는 다른 사람에게에는 미치지 않아 그들 사

110) B. Pieroth/Schlink (각주 81), § 11 Rn. 443; BVerfGE 85, 238 (246) 참조.

111) 헌법재판소판례집 3, 11 이하 참조.

112) 헌법재판소판례집 2, 178 (196 이하) - 괄호 안의 생략은 필자에 의한 것임; 3, 11 (25); 10-2, 819 (834).

이에 일견 차별이 생기게 된다고 하더라도 그것만으로는 평등의 원칙을 위반한 것이라고는 할 수 없다.”<sup>113)</sup>

그러므로 ‘비례성의 요청’에 따른 일반적 평등원칙의 구체화척도로서 과잉금지 내지 비례의 원칙을 도입하는 경우에도 필요성의 원칙이 갖는 의미는 그것이 자유권의 구체화척도로서 수행하는 역할보다 더 약할 수밖에 없다.<sup>114)</sup> 그러한 한, 평등심사에 있어서 필요성의 원칙을 어느 정도로 강하게 적용하는가의 문제는 결국 입법자의 불평등대우로 인해서 초래되는 당사자의 불이익이 당해 기본권의 핵심영역, 즉 본질내용의 침해로 인하여 발생한 것인가, 아니면 단순한 주변영역의 경미한 침해에 불과한 것인가 여부에 따라서 각각 달리 결정된다.

(3) 자의영역: 입법자의 불평등대우와 당사자의 자력에 의한 회피가능성

끝으로 헌법 제11조 제1항 제1문으로부터 도출되는 일반적 평등대우 원칙의 효력영역에는 이른바 ‘자의영역’이라는 보호지대가 포함된다. 여기에서 의미하는 자의영역은 입법자에 의한 객관적 생활관계의 적극적 변경이나 형성으로 인하여 인적 차별이 초래되긴 하지만, 당사자 스스로가 자신의 행위지배를 통해서 기본권행사의 불이익을 회피할 수 있는 규범영역으로서 입법자의 형성의 자유가 일반적으로 폭넓게 인정되는 영역을 말한다. 따라서 당사자의 자력에 의한 회피가능성이 인정되기 때문에, 이 영역에서는 입법자의 불평등대우로 인하여 헌법상 보장된 당사자의 자유권행사가 제약되는 불이익은 초

113) 헌법재판소판례집 3, 11 (25).

114) G. Manssen (각주 81), Rn. 707; B. Pieroth/Schlink (각주 81), § 11 Rn. 442 f.; R. Wendt, Der Gleichheitssatz, in: NVwZ 1988, S. 778 ff. (785); BVerfGE 89, 365 (378); 91, 389 (402) 참조.

래되지 않는다. 이와 같은 상황은 동일한 목적을 추구하는 당사자의 행위에 대해서 일정한 입법목적의 실현을 위하여 그 행위방식에 따른 법적 효과를 서로 달리 부여함으로써 당사자의 행위를 일정한 방향으로 유도하는 법률규정의 경우에도 역시 인정된다.<sup>115)</sup> 따라서 입법정책의 목적이 헌법의 가치질서와 모순되지 않는 한, 헌법재판소는 권력분립 및 기능적 정당성의 관점에서 입법자의 정책적 판단을 최대한으로 존중하여야 한다. 그러한 한, 이에 대한 헌법재판소의 통제는 원칙적으로 ‘자의금지 정칙’에 따른 명백성의 통제로 제한된다. 따라서 입법자의 불평등대우가 본래의 입법목적의 달성하기에 ‘적합하고’, 또한 이를 정당화할 수 있는 객관적 근거가 명백하게 결여되어 있지 않는 한, 헌법재판소는 그와 같은 차별수단을 필요성의 원칙에 의거하여 그것이 입법목적의 달성하기 위한 많은 수단들 중에서 법익침해의 가능성을 최소화하는 ‘가장 경미한’ 수단인가 여부를 심사해서는 안 된다.

## Ⅶ. 결 론

이상의 고찰을 통해서 밝혀진 바와 같이, 헌법 제11조 제1항 제1문의 구체화는 규율대상과 차별기준의 사항적 특성과 의미에 따라서 그 보호의 정도를 달리하는 일반적 평등원칙의 실체법적 차원을 무시하고 일방적으로 그 강도를 고정시켜 파악함으로써 결국 행위규범과 통제규범의 엄격한 분리와 괴리로 이르는 경직된 심사모델에 의존할 수는 없다. 일반적 평등원칙의 실체법적 차원과 기능법적 차원은 각각의 규범영역의 구조적 특성에 따라서 그 보호와 통제의 강도에 있어서 가변적일 수밖에 없으며, 이 때에도 양자는 항상 통일적

---

115) BVerfGE 55, 72 (89).

인 상응관계 속에서 파악되어야 한다. 따라서 일반조항의 성격을 지니는 일반적 평등원칙의 규범텍스트가 그 의미론적 및 구조적 개방성을 통해서 매우 광범하고 복잡한 규율영역을 지시하고 있는 한, 평등구속의 규범적 내용은 규율될 사항영역의 특성과 관련하여 각각 계속해서 세분화되고 엄밀화되지 않으면 안 된다.<sup>116)</sup> 이와 같은 세분화된 구체화의 가능성을 고려해 볼 때 그 자체로서 더 이상 단계화될 수 없는 전통적인 자의금지 정식을 통일적인 기준으로 삼아 그 내부에서 통제의 강도를 구조화하려는 시도는 실천적인 사건해결에 있어서 필연적으로 비례성의 심사기준과 혼동되고 결국 평등심사의 강도를 비합리적인 결론에 일임하게 되는 결과를 초래할 것이다.<sup>117)</sup> 마찬가지로 입법자의 평등구속을 강화하고 효율화하기 위한 방안으로서 전통적인 자의금지를 전적으로 일반적인 형량이론을 통해서 과잉금지 내지 비례의 원칙으로 해체하려는 시도도<sup>118)</sup> - 그것이 ‘내재적 한계유보’로부터 출발하는 ‘침해 및 한계의 사고’에 근거하고 있건,<sup>119)</sup> 아니면 ‘최적화’를 지향하는 ‘원리모델’에 따른 일반적인 형량이론에 근거하고 있건 간에<sup>120)</sup> - 결국은 필요성의 원칙을 무차별적으로 적용함으로써 입법자를 ‘하나의 점’으로, 즉 적합한 수단들 중에서 각각 가장 경미한 수단을 취하도록 강제하고, 그럼으로써 특히 헌법재판소의 통제를 지나치게 확장하고 입법자의 형성의 자유를 지나치게 강하게 제한하게 되는 결론에 이를 것이다. 결국 일반적 평등원칙을 해석하고 적용함에 있어서 ‘헌법의 통일성’이라는 관점에서 요구되는 ‘실제적 조화’는 자의금지와 엄격한 비례성의 요청을 사례

---

116) 이와 같은 구체화전략에 관해서는 *F. Müller*, Normstruktur und Normativität, Berlin 1966, S. 121, 201 f.; *ders.*, Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1968, S. 14; *ders.* (각주 21), S. 282 f. 참조.

117) *K. Hesse* (각주 34), S. 129 f.

118) 가령 *F. Schoch* (각주 56), S. 874 참조.

119) *M. Kloepfer* (각주 25), S. 54 ff. 참조.

120) 이와 같은 입장으로서는 예컨대 이준일 (각주 30), 20쪽 이하 참조.

유형론적으로 분석된 사건의 유형에 따라서 각각 선택적으로 적용하는 데에서 달성될 수 있을 것이다. 이러한 이유에서 헌법재판소가 채택한 독일 연방헌법재판소의 ‘최신의 정식’과 그에 따른 통제방식들은 일단 헌법 제11조 제1항 제1문의 합리적 구체화를 위한 보조적 관점에서 유용하게 활용될 수 있을 것이다. 그러나 이와 같은 관점은 여전히 각각의 구체적 사건과 관련하여 규범적으로 중요한 의미를 지니는 사항 영역의 특성들을 신중하게 고려함으로써 앞으로도 계속해서 세분화되고 보완되지 않으면 안 된다.

# 獨逸의 憲法訴願制度\*,\*\*

Peter Häberle

獨逸 Bayreuth大學校 教授

桂 禧 悅 翻譯

高麗大學校 法科大學 教授

## - 目 次 -

### 서 론

#### 제1부 : 헌법적·헌법이론적 관점에서 살펴 본 독일연방헌법재판소의 지위와 기능

I. 헌법상의 지위, 구성과 선출 - 두 개의 재판부

II. 주요 권한

1. 개관

2. 구체적 권한들

3. 중간결론 : 연방헌법재판소의 중요한 업적들에 대한 평가

III. 헌법재판소, 즉 고유한 유형의 “사회법원”으로서의 독일연방헌법재판소, 사회계약(특히 세대 간 계약)의 保障과 發展에 있어서의 그 역할

---

\* 譯者註: 이 글은 Peter Häberle 教授의 論文, “Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit”(in : JöR n.F. 45(1997), S. 89ff.)를 번역한 것이다

\*\* 이 논문은 1997년 Lima와 Madrid의 Dr. G. Belaunde, F.F. Segado 교수에 의해 간행된 要論書인 “La Jurisdiccion constitutional en Iberoamerica”에 스페인어로 발표되었다.

1. “헌법재판소”, 즉 고유한 유형의 “사회법원”으로서의 연방헌법재판소

2. 사회계약 “내에서의” 헌법재판 : 사회계약으로서 헌법의 保障과 發展이라는 지속적인 과정의 조정자로서의 연방헌법재판소

3. 연방헌법재판소의 활동능력에 있어 그 가능성과 한계 - 기본법상 자유민주적 기본질서라는 정치적 문화의 틀 속에서의 연방헌법재판소

#### IV. 절차원칙 - 헌법소송법의 “독자성”

1. 절차원칙

2. 헌법소송법의 “獨自性”

V. 詳論 : 支邦의 헌법재판, 특히 5개의 새로운 支邦에 대한 연방헌법재판소의 모델적 성격

1. 개관

2. “기존의” 11개 支邦의 헌법재판

3. “새로운” 5개 支邦의 헌법재판

4. 동일한 연방국가에 소속된 모든 헌법재판소가 참여하는 공동작업 - 선례형성기능

## 제2부 : 법률의 합헌성통제

I. 역사적 기초와 규범적 규율

II. 통제의 유형

1. 법원의 결정에 대한 통제

2. 집행권에 대한 통제

3. 입법행위에 대한 통제

4. 헌법기관 상호간의 쟁송에 대한 결정

III. 법률의 합헌성에 대한 통제권의 분배 - 연방헌법재판소와 이른바 “전문법원”



#### IV. 소송적격(Prozessuale Legitimation)

1. 개관
2. 대표적인 사례

### 제3부 : 헌법소원(기본법 제93조 제1항 제4a호)

- I. 헌법소원의 역사
- II. 헌법소원의 오늘날의 역할과 기능 - “시민법정”으로서의 연방헌법재판소
- III. 기본법의 다양한 “권리구제절차들”의 전체맥락 속에서의 헌법소원
- IV. 적법요건(“본안판단을 위한 요건”)
  1. 請求能力(소원능력)
  2. 節次遂行能力(소송능력)
  3. 訴願對象
  4. 訴願適格 : 기본권침해의 주장
  5. 청구형식과 청구기간
  6. 권리구제절차의 사전경유 및 헌법소원의 보충성
  7. 일반적 권리보호이익
- V. 헌법소원의 심판회부(연방헌법재판소법 제93a조 이하)
  1. 헌법소원의 심판회부의무
  2. 지정재판부에 의한 심판불회부결정
  3. 지정재판부에 의한 인용결정
  4. 재판부에 의한 심판회부
- VI. 심사기준과 심사범위 및 결정내용, 특히 재판소원에 있어
  1. 개관
  2. 특히 : 재판헌법소원에 있어 연방헌법재판소의 심사범위
- VII. 결정선고의 효력

1. 기관쟁송절차에서의 결정선고
2. 규범통제절차에서의 결정선고
- VIII. 연방헌법재판소결정의 實效性에 대한 보장
  1. 假處分과 執行命令(연방헌법재판소법 제32조, 제35조)
  2. 연방헌법재판소결정의 기속력 (특히 연방헌법재판소법 제31조)
- IX. 緊急事態 하에서의 연방헌법재판소

#### **제4부 : 유럽차원의 초국가적 기본권보호체계에 있어 독일의 헌법소원**

- I. 개관 : “유럽차원의 입헌국가”, “전유럽헌법”
- II. 연방헌법재판소와 양대 유럽헌법재판소인 유럽법원 및 유럽인권법원의 관계
  1. 연방헌법재판소와 유럽법원
  2. 연방헌법재판소와 유럽인권법원

#### 參考文獻

## 서론

1951년 칼스루에(Karlsruhe)에서 연방헌법재판소가 창설된 이후 발전을 거듭해 온 것은 독일의 법문화가 이룩해낸 업적이며, 이미 전통의 하나로 자리잡고 있다. 연방헌법재판소라는 “헌법기관”은 독일 내에서는 이미 오래 전부터, 그리고 1990년의 축복 받은 독일통일 이후에도 여전히, 더할 나위 없이 높은 권위와 명성을 자랑하고 있다. “최고재판소”에 거는 국민의 신뢰는 점점 더 확고해지고 있다 — 이것은 때로 민주적-정치적 과정을 희생하면서 이루어지기도 하였다. 하지만 독일을 벗어나서도, 특히 동유럽 국가들이 부분적으로 고통스런 변화의 과정을 겪으면서 입헌국가를 수립하기 위한 투쟁을 시작한 이후에는, 유럽에서도 독일연방헌법재판소의 조직과 절차, 기능 및 판례는 전체적으로든 부분적으로든 하나의 모범으로 받아들여지고 있다. 나아가 “라틴아메리카 헌법재판 要論”(Handbuch über die Verfassungsrechtsprechung in Iberoamerika)이라는 책자에까지 독일의 한 견해가 소개되고 있는 현상 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있으리라. 그와 같은 현상은 필자로서는 영광이자 동시에 기쁨이다. 최초로 남아메리카와 가교를 맺은 것은 스페인과 포르투갈이 누릴 수 있는 특권이라 할 수 있을 것이다. 하지만 “비교법학의 습奏”를 통해 모든 유럽의 견해들이 가치 있는 기여를 할 수 있을 것이다. 이점은 오늘날 특히 그러하다 할 것이다. 왜냐하면 1989년의 “기적의 해”(annus mirabilis) 이래로 비교법학(Rechtsvergleichung)과 법사학(Rechtsgeschichte)은 특수한 기회를 맞고 있기 때문이다. 즉 이들 두 분과는 상호협력을 통해 “입헌국가”(Verfassungsstaat)라는 유형에 대해 공간적 측면과 시간적 측면을 동시에 비교고찰하는 작업을 진행하고 있다. 입헌국가라는 유형은 궁극적으로는 협의의 의

미의 법적인 것을 넘어 문화과학적으로만 이해될 수 있는 것으로, 오랜 발전과정을 거쳐 “형성되어온” 것이다. 즉 立憲國家라는 국가유형은 1689·1776·1789·1849, 또한 1945·1966년과 같은 중요한 역사적 사실들에서 문서화됨으로써, (넓은 의미에서 헌법문헌이라 할 수 있는) Aristoteles(평등과 정의의 관계), J. Locke(사회계약론), Montesquieu(권력분립론) 나아가 I. Kant(인간의 존엄)를 거쳐 J. Rawls(공정으로서의 정의)와 H. Jonas(책임원리)의 고전들에서 객관화됨으로써, 종종 문학가들이 지닌 “놀라운 전파력을 지닌 표현물”(예컨대 F. Schiller의 “빌헬름 텔”)을 통해 혹은 호소력있는 화가들의 그림(예컨대 1789년의 Delacroix)을 통해 보편적 문화현상으로 “전환”되어 왔던 것이다.

개별국가들이 보이고 있는 입헌국가의 형태는 각국이 지닌 그 각각의 구체적인 정치사 및 문화사 만큼이나 다양하다. 헌법재판은 (오스트리아 혹은 스위스에서 볼 수 있는 半直接民主主義 또는 聯邦國家성과 유사하게) 독일에 특수하게 형성된 제도에 해당한다. 이것은 기본법의 정치적 문화나 독일국가법론이 지닌 학문적 歷史와 떼놓고 생각할 수 없으며, 비록 헌법재판소의 주도적 역할이나 그 결정들이 보여준 강력한 영향史가 때론 헌법학의 “독자적 지위”를 위협하는 것처럼 보이거나 더욱이 “法律家法”(Juristenrecht)에 대한 가능성을 제한하는 것임에도 불구하고, 헌법학의 학문적 역할은 독일헌법재판의 확립과 발전 및 헌법재판소에 의한 “法官法”(Richterrecht)의 형성에 중요한 몫을 담당하고 있다. 이러한 역할은 예컨대 원칙적인 문제들에 대한 사전준비작업을 통해, “헌법재판에 대한 주석”이라는 의미에서 헌법재판소판례에 대한 評釋을 통해, 또한 다행스런 (드물기는 하지만) “인적 결합”(가령 교수로 재직하면서 동시에 연방헌법재판소 재판관을 겸직하였던 E. Friesenhahn, G. Leibholz, K. Hesse 등의 경우에 볼 수 있다)을 통해 이루어져 왔다.<sup>1)</sup>

1) 훌륭한 재판관이었던 G. Leibholz의 인격을 알 수 있는 문헌으로는 H. J. Rinck, in JöR 35 (1986), S.133ff.의 “법관상”, 나아가 M. H. Wiegandt, Norm und Wirklichkeit, G. Leibholz (1901-1982), 1995 및 das Colloquium zu seinem 80.Geburtstag: C. Link(Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, 1982 참조. 설명이 풍부한 것으로는 E. G. Mahrenholz, Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht, in: Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, K. Hesse zum 70.Geburtstag, 1990, S.53ff. (Mahrenholz는 연방헌법재판소의 부소장이었다).

이 글은 “국가에 관한 보고서”(Länderbericht)이다. 하지만 “要論”의 “총론”부분에 위치한 덕분에 이 글은 단순한 정보제공의 차원을 넘어 여기 저기에서 역사적-비교법적<sup>2)</sup> 고찰을 행할 뿐만 아니라 자료들을 통한 헌법이론적 고찰을 시도하는 것이 허락되어 있다. 독일의 시각에서 볼 때, 헌법재판을 확대하고 의도적으로 이를 추구하는 것은 법문화로서의 입헌국가라는 유형에서 나타나는 특수한 발전단계를 의미한다. 독일연방헌법재판소는 독일의 憲法史에서 볼 때 하나의 “행운”으로 간주될 수 있다. 사실상 獨逸聯邦憲法裁判所를 흔히들 말하고 있는 바와 같이 “헌법의 守護者”라 할 수는 없다. 왜냐하면 헌법의 최종적 “수호자”면서 동시에 일차적 “수호자”는 모든 국민 전체이기 때문이다. 하지만 헌법재판소는 무엇보다 “시민법정”(Bürgergericht)이라 할 것이며, 그것은 무엇보다 憲法訴願이 존재하기 때문이다. 더욱이 헌법재판소는 독일연방공화국의 자기이해의 본질적 부분이라 할 수 있는 전체 권력분립체계 내에서 일정한 정치적 기능을 행사하고 있기도 하다.

한편 이 글은 헌법재판의 문제에 있어 전유럽 또는 전유럽/라틴아메리카의 모든 공동체과제들에 관한 “자료들”도 제공하고자 한다. 각국의 “헌법재판”모델에 관한 법정책적 시도를 위한 것이든, 아니면 이미 존재하는 기존의 법을 적용하기 위한 것이든, 오늘날 비교법적 고찰은 과거와는 비교할 수 없을 정도로 큰 도움이 된다. 세계적 차원에서 진행되는 “세계시민의 관점”에서 시도되는 비교법학은

---

2) 비교법적 관점에서, H.-R. Horn/A. Weber (Hrsg.), Richterlicher Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal, 1989

실제로 헌법에 있어 - F. C. von Savigny(1840)가 제시한 4가지 전통적인 해석방법론에 이은 - “제5의” 해석방법론이라 할 수 있다. 각국의 헌법규범들이 갖는 문화적 맥락은 극히 다양하며, 그에 따라 비교법학은 공간과 시간적 측면에서 새로운 해석가능성을 열어준다. 그리고 무엇보다 각국의 헌법재판소는 이미 오래 전부터 - 그 언급에 있어 정도의 차이는 있지만 - 이러한 규범적 지평의 확대를 이용하고 있다.

유럽 역시 라틴아메리카로부터 교훈을 얻을 수 있다는 사실은 헌법재판의 구체적 제도들을 통해 확인할 수 있을 것이다. 그러한 한에서 이 논문은 “일방통행로”일 것을 원하지 않으며, 오히려 국가간·대륙간에 있어 상호적 生産과정 및 受容과정에 이르는 길을 열고자 하는 목적을 지닌 것이다.<sup>3)</sup>

## 제1부 : 헌법적·헌법이론적 관점에서 살펴 본 독일연방헌법재판소의 지위와 기능

### I. 헌법상의 지위, 구성과 선출 - 두 개의 재판부

연방헌법재판소법 제1조에 따를 경우 연방헌법재판소는 다른 모든 헌법기관과의 관계에서 독자적이고 독립적인 연방법원이다. 연방헌법재판소가 독립적인 법원이라는 것은 특히 연방헌법재판소 재판관의 법적 지위가 다른 법관들과는 별개의 규정에 의해 규율되고 있다

---

3) 주목할 만한 가치가 있는 것으로는 C. Starck가 편집한 시리즈잡지 “Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit”(1973년 이후)와 매우 중요한 저작들인 R. Dreier/F. Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976; C. Moench, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, 1977; C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung, 1990 이 있다.

는 점(연방헌법재판소법 제3조 이하, 제98조 이하 참조), 연방예산안에 있어 연방헌법재판소가 독자적인 예산편성권을 가진다는 점에서 알 수 있다.<sup>4)</sup>

연방헌법재판소의 구성은 기본법 제94조와 연방헌법재판소법에 의해 규율된다. 이에 따르면 연방헌법재판소는 두 개의 裁判部(Senat)로 나누어지며, 각 재판부는 8명의 裁判官으로 구성된다. 양 재판부는 그 지위가 동등하고 상호 독립적으로 존속하기 때문에 흔히 “쌍둥이재판소”(Zwillingsgericht)라 불린다. 각 재판부의 3명의 재판관은 연방최고법원들(예컨대 연방법원이나 연방사회법원)에 소속된 법관들 가운데서 선임된다. 재판관의 임기는 12년이며 連任은 금지된다. 재판관이 되기 위해서는 만40세가 되어야 한다. 연방헌법재판소 재판관은 독일내의 대학에서 법학교수로서 활동하는 것 이외에는 자신의 재판관으로서의 활동과 다른 직업적 활동을 겸할 수 없다 - 이와 같이 법학교수직의 兼職을 가능하게 하는 규정은 필자가 보기에 헌법학과 헌법재판을 훌륭하게 결합시키고 있음을 보여주는 것이라 생각되며, 연방헌법재판소의 재판관 다수가 과거 교수였거나 현재 교수로 재직하고 있다는 점에서 이 규정은 잘 활용되고 있다.

재판관은 聯邦議會와 聯邦參事院이 2/3의 다수로써 각 절반씩 선출하며, 이것은 政黨간의 타협을 불가피하게 강제한다. 연방의회는 동의회에 의해 구성된 선출위원회를 통해 재판관을 선출하는 간선방식을 채택하고 있으며, 연방참사원은 직접선출의 방식을 채택하고 있다. 연방헌법재판소장과 그 대리인은 연방의회와 연방참사원에 의해 교대로 선출된다. 예컨대 과거 바덴-뷔르템베르크支邦 수상이었던 Gebhart Müller 혹은 과거 연방내무장관이었던 Ernst Benda가

---

4) 연방헌법재판소의 地位에 대해서는, 특히 연방헌법재판소의 지위에 관한 覺書: JöR NF 6 (1957), S.110ff., 및 연방헌법재판소 전원합의체에서 행한 보고서 G. Leibholz의 報告書: JöR NF 6 (1957), S.120ff.; 이에 대해서는 또한 E. Benda/E. Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991, S.27ff.

연방헌법재판소장이 되기도 하였다. 이들 두 사람은 그들의 극히 개인적인 - 대표로서의 - 직무스타일을 발휘하였고, 일단 공직에 취임하자 자신들을 지지해 준 정당들과의 관계에서 상당한 대내외적 독립성을 보여준 바 있다.

하지만 연방헌법재판소 재판관의 선출문제는 “개혁논의의 주제”가 되고 있다. 정당의 영향력이 지나치게 크다. 정당들은 노골적으로 헌법재판소 재판관선출에 있어 자파인사를 위한 “자신들의” 몫을 주장하고 있다. 이에 따라 사민당(SPD) 또는 기민당(CDU)에 “배정된” 일정 수의 몫이 존재하고 있으며, 때로 자민당(FDP)을 위해 한 자리가 배정되기도 하나 아직 “녹색당”(Bündnis90-Die Grünen)을 위한 몫은 존재하지 않는다. 다행스럽게도 “중립적인” 후보가 선출되는 경우도 있다(예컨대 1975년의 K. Hesse). 하지만 지금까지의 헌법재판소 역사에 비추어 볼 때 일단 선출된 후에는 모든 재판관이 자신들의 後見政黨과의 관계에서 가능한 한 독립성을 유지해왔다는 사실을 간과해서는 아니된다. 그럼에도 불구하고 재판관의 선출절차는 개혁이 필요하다. 전체적으로 볼 때 연방의회에서 대표되고 있는 모든 정당들의 다원적 대표성과 참여가 실현될 수 있는 방안이 강구되어야 한다. 재판관의 資格여부는 미국에서 볼 수 있는 바와 같은 “法哲學”에 관한 공개청문회를 통해 확인되어야 할 것이다. 또한 일부 재판관의 임명권을 大統領에게 위임하고 있는 이탈리아모델도 고려해 볼 수 있을 것이다.



## II. 주요 권한 - 1951년 이후 연방헌법재판소가 행한 중요한 결정들 및 권한확장을 위한 노력 - 少數意見의 중요성

### 1. 개 관

독일연방헌법재판소의 권한은 사실상 확정적으로 열거되어 있다. 그럼에도 불구하고 연방헌법재판소의 권한은 1989년에 이르기까지 아마도 세계에서 그 유례를 보기 힘든 독특한 방식으로 확장되어 왔다. “기적의 해”가 지난 후에는 연방헌법재판소의 권한목록들이 새로운 입헌국가들, 특히 동유럽과 많은 개발도상국들에 의해 집중적으로 수용되기 시작하였다(이것은 동독지역의 支邦들의 경우에도 마찬가지이다). 연방헌법재판소의 중요한 결정들이 강력한 영향력을 미쳐온 그간의 역사는 오랜 세월을 통해 연방헌법재판소가 높은 권위를 획득하는 데 도움이 되어 왔다.

少數意見(Sondervotum)의 예가 그러한 경우에 속한다. 소수의견은 (1971년 이후부터) 연방헌법재판소법 제30조 제2항(1986/89의 연방헌법재판소 職務規則 제56조와 결합하여)에 따라 허용되어 왔으며, 학문적 논의에 있어서 뿐만 아니라 연방헌법재판소 내부에서조차 점점 더 많은 주목을 받고 있다. 소수의견이었던 것이 후에 재판부내에서 - 변화된 - 多數意見으로 받아들여졌던 다수의 실례들을 볼 수 있다(예컨대 Rupp-von Brünneck의 소수의견, BVerfGE 32, 129 [141 이하] 및 BVerfGE 53, 257 [289]). 또한 조직과 절차를 통한 기본권보호의 문제 및 P. Häberle의 의미에 따른 “能動的 節次的 地位”(status activus processualis)의 문제에 관한 재판관 H. Simon/Heußner의 소수의견(BVerfGE 53, 69)도 유명한 것이 되었다. 소수의견은 그것이 신중하게 이용될 경우 지속적으로 발전하고 있는

“헌법의 개방성”(Öffentlichkeit der Verfassung)의 한 부분을 형성하게 된다. 또한 소수의견은 통시적인 측면에서 憲法解釋의 과정을 개방시켜 두는 데 기여하며, 나아가 패배한 측의 견해를 Hegel적 의미에서 “止揚”(aufheben)시켜 준다는 점에서 平和促進的 작용을 할 수 있다. 또한 소수의견은 “유일하게 정당한” 결정의 이데올로기를 방지하기도 한다. 소수의견은 헌법을 “다원주의의 헌법”으로 이해하는 정신에 부합한다. 소수의견이 어떠한 영향을 미쳐왔는가에 대한 연구가 지난 15년간 점점 더 증가해 오고 있으며, 이것은 소수의견의 구조에 관해서도 마찬가지이다. 少數意見의 경우 정당성을 입증하기 위한 보다 강화된 압력을 받기 때문에 다수의견의 경우보다 그 논증에 있어 비교법적 고찰을 행하는 것이 보다 큰 역할을 한다. W. Geiger와 같은 일부 재판관들은 정당하게도 “反對意見”을 후에 독립된 책자로 편찬(1989)하기도 하였다.<sup>5)</sup>

## 2. 구체적 권한들

독일연방헌법재판소는 (때로는 批判的 의미에서) 헌법의 “수호자” 혹은 오히려 헌법의 “지배자”로, “제4부” 혹은 오히려 “제1의 권력”, “은밀한 주권자” 등으로 불리어지고 있다. 모든 종합적인 평가 이전에 연방헌법재판소의 “주요” 권한들과 1951년 이후 기본법의 개정을 초래하게 된 “중요결정들”을 정리해 볼 필요가 있다.

a) 먼저 헌법소원을 들 수 있다(기본법 제93조 제1항 4a호). 헌법소원은 연방헌법재판소를 “시민법정”이 되게 한다. “비용부담 없이

5) 또한 W. Rupp-v. Brünneck, Verfassung und Verantwortung, Gesammelte Schriften und Sondervoten, hrsg. von H.-P. Schneider, 1983; R. Lamprecht, Richter kontra Richter, 1992를 볼 것.

또한 변호사의 관여 없이” 모든 국민에 대해 헌법재판소에 접근 (Rupp-v. Brünneck)할 수 있도록 하는 헌법소원은 헌법재판소를 다른 공권력에 비해 국민의 의식 속에 깊이 각인시켜 왔다. 순수하게 수치상으로 살펴 볼 경우 認容率이 상대적으로 낮음에도 불구하고(접수된 36,000건 가운데 400건, 즉 1.11%만이 인용됨), 헌법소원이 갖는 국가교육적, 시민민주주의적 효과는 매우 크다. 누구나 公權力에 의해 자신의 基本權 또는 基本權類似的 權利가 침해되었다는 주장으로 - 權利救濟의 방법을 모두 거친 후에 - 憲法訴願을 제기할 수 있다. 유명한 뤼트 (Lüth)판결(BVerfGE 7, 198)은 - 극히 정치적인 - 헌법소원을 통해 내려진 판결이며, 사실상 기본법의 지위를 획득하고 있는 지도적 결정으로서, 레바하(Lebach)판결(BVerfGE 35, 202)에 이르기까지 그 영향을 미치고 있다. 레바하판결에서 행해진 利益衡量的 方法은 기본법 제5조를 넘어서까지 광범위하게 영향을 미치고 있다. 나아가 藥局 (Apotheken)판결(BVerfGE 7, 377)과 제1차 大學入學定員制限 (Numerus-clausus)판결(BVerfGE 33, 303) 및 法的 聽聞과 공정한 節次에 관한 결정들(BVerfGE 47, 182 [187] 및 BVerfGE 46, 325 [334 이하]), 끝으로 特殊身分關係(Sonderstatus)의 법제화에 관한 결정 (BVerfGE 33, 1), 최근의 예컨대 “마스트리히트(Masstricht)판결”(BVerfGE 89, 157) 등도 들 수 있다.

b) 추상적 규범통제와 구체적 규범통제는 정치적, 실천적인 측면에서 매우 중요하다. 예컨대 연방정부 또는 연방의회 재적의원 1/3(少數保護!)의 제청이 있을 경우 연방법이 기본법에 합치되는지 여부가 연방헌법재판소의 심사대상이 될 수 있다. 이와 같은 추상적 규범통제(기본법 제93조 제1항 제2호)의 절차를 통해 제1차 政黨國庫補助判決(BVerfGE 20, 56)과 같은 “기본적인 판결들”(Aufbauurteile)이 내려져 왔다. - “法官訴訟”이라고도 불리는 - 이른바 구체적 규범

통제(기본법 제100조)의 경우 연방헌법재판소에 대한 제청은 예컨대 地方法院(Amtsgericht)과 같은 법원에 의해 행해진다(실례: 男女平等에 관한 결정들, 終身刑의 합헌성에 관한 결정들[BVerfGE 3, 225; 45, 187] 또는 원자력법 제7조에 관한 결정 [BVerfGE 47, 146 및 49, 89 참조]).

c) 機關爭訟(기본법 제93조 제1항 제1호)의 경우, 이 절차를 통해 選舉運動判決과 豫算에 관한 決定(BVerfGE 44, 125 및 45, 1) 및 發言時間判決(BVerfGE 10, 4)이 내려진 바 있다. 기관쟁송의 경우 연방헌법재판소는 “연방최고기관의 권리나 의무 혹은 기본법이나 연방최고기관의 직무규칙을 통해 독자적인 권리를 부여받고 있는 그 밖의 관계자의 권리나 의무의 범위에 관한 분쟁이 계기가 된 기본법의 해석”(기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호, 제63조 이하)<sup>6)</sup>에 관한 권한을 가진다. 個別議員(BVerfGE 60, 374 [379]; 62, 1 [31 이하])과 연방의회의 交渉團體(BVerfGE 1, 372 [378]; 68, 1 [63]), 政黨(BVerfGE 44, 125 [136 이하]; 74, 44 [48 이하]) 등이 위와 같은 의미에서의 機關으로 간주되고 있다. 최근에 와서 기관쟁송의 빈도가 증가하고 있다. 政黨國庫補助에 관한 최근의 결정(BVerfGE 85, 264), 軍備增強에 관한 결정(BVerfGE 62, 1) 혹은 政黨附設財團에 대한 국고지원에 관한 결정(BVerfGE 73, 1) 등이 유명하다. 기관쟁송은 개별의원이나 교섭단체가 이 제도를 이용할 수 있기 때문에 무엇보다 소수보호에 기여한다. 기관쟁송은 “多元主義의 보장장치”(Pluralismus-Garantie)로서의 역할을 수행하고 있으며, 연방헌법재판소가 기본법이 예정하고 있는 권력 간의 균형 유지에 얼마나 강력하게 개입하고 있는가를 확인시켜 주고 있다.

---

6) 문헌들 중에서 D. Lorenz, Der Organstreit vor dem BVerfG, in: C. Starck (Hrsg.), Festgabe BVerfG, 1.Band 1976, S.225ff.

#### d) 聯邦國家的 爭訟

연방국가적 쟁송은 독일에 있어 헌법재판의 역사적 뿌리라고 할 수 있는 제도이다(1932년 독일 국사재판소에 제소된 이른바 “프로이센 공세”(Preußenschlag)사건은 유명하다). 기본법 제93조 제1항 제3호, 연방헌법재판소법 제13조 제7호 및 제68조 이하의 규정에 따라 연방헌법재판소는 聯邦과 支邦의 권리와 의무에 관한 견해차이로 인해 발생하는 聯邦과 支邦 간의, 혹은 支邦상호간의 憲法的 爭訟에 대해 결정한다. 이와 같은 쟁송수단을 통해 내려진 중요한 결정들은 특히 연방헌법재판소가 활동하기 시작한 최초의 10년 이내에 내려졌으며, 예컨대 라이히교條約에 관한 결정(BVerfGE 6, 309), 핵무장에 관한 輿論調査에 대한 결정(BVerfGE 8, 122) 및 제1차 텔레비전放送판결(판례집 12, 205) 등이 그것이다. 특히 제1차 텔레비전放送판결은 언론매체의 다원주의적 구조 및 “연방에 대한 충성”(Bundestreue)의 문제에 있어 憲法史에 길이 남을 판례로 기억되고 있다. 하지만 그 이후에는 다수의 聯邦國家的 爭訟들이 抽象的 規範統制(기본법 제93조 제1항 제2호)라는 방식을 통해 해결되었는데, 그 이유는 後者의 경우 청구기간의 제한이 없고 意見陳述權者의 범위도 더 넓기 때문이다. 예컨대 BVerfGE 37, 363의 결정이 그러한 경우이다. 그럼에도 불구하고 聯邦-支邦 간의 쟁송은 여전히 독일의 연방주의와 헌법재판을 위한 초석으로 남아 있다. 이 제도는 연방헌법재판소가 국가권력들 간의 협력에 있어 수행하는 역할, 권력통제 및 (연방차원의) 자유보호를 위한 연방헌법재판소의 기능 및 “최고국가 경영에 대한 제한적 참여”(K. Hesse)<sup>7)</sup>를 입증해주는 전거라 할 것이다.

---

7) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland, 20.Aufl. 1995, Rd.Nr.669: “begrenzter Anteil an der obersten Staatsleitung”.

e) 그 밖의 권한들

연방헌법재판소가 가진 그 밖의 “다양한” 권한들 중에서 우선 언급되어야 할 것은 이른바 “헌법보호절차”로 분류되는 연방대통령에 대한彈劾訴追(기본법 제61조), 法官彈劾(기본법 제98조 제2항) 및 基本權失效節次(기본법 제18조) 등인데, 이들 제도들은 아직까지 실제로 적용된 예가 없다. 하지만 기본법 제21조 제2항 제2문에 따른 위헌정당해산절차의 경우에는 다르다. 이 규정에 따라 政黨은 “組織化된 憲法敵對性”(K. Stern)을 이유로 헌법적 차원에서 금지될 수 있다. 이것은 - 극단주의적인 정당들이 존재했던 바이마르時代의 경험에 따라 - 기본법의 제정자들이 마련해 둔 예비적 조치에 해당하며, 기본법이 “防禦的 民主主義”(wehrhafte Demokratie)에 입각하고 있음을 보여준다. 지금까지 이 절차는 사회주의제국당(BVerfGE 2, 1)과 독일공산당(BVerfGE 5, 85)에 대해 두 차례 관철된 바 있다.

기본법 제41조 제2항, 연방헌법재판소법 제13조 제3호, 제48조 이하의 규정들은 또 다른 유형의 헌법쟁송절차를 규정하고 있다. 즉 연방의회의 선거심사결정을 상대로 연방헌법재판소에 訴願이 청구될 수 있다. 헌법소원과는 반대로 이 경우에는 “객관적 소송”(objektives Verfahren)이 허용된다. 최근에 이 절차를 통해 몇몇 중요한 결정들이 내려지기도 했다(예컨대 BVerfGE 66, 311; 79, 47 [48]; 85, 148).

### 3. 중간결론: 연방헌법재판소의 중요한 업적들에 대한 평가

지금까지 독일연방헌법재판소 관례의 “歷史”를 형성하는 데 기초가 된 중요한 관점들을 제공해 온 결정들을 들면 다음과 같다.

基本權 및 法治國家에 관한 결정들(예컨대 “뤼트(Lüth)”, “블링크튀어

(Blinkführer)” 결정(BVerfGE 7, 198; 25, 256)), 사법적 기본권(기본법 제101조 내지 제104조) 특히 공정한 절차에 관한 결정들(예컨대 BVerfGE 46, 202 [209 이하], 325 [334 이하]);

聯邦主義 및 權力分立에 관한 결정들(예컨대 BVerfGE 12, 205의 텔레비전 방송판결), 연방주의 및 권력분립에 관한 결정은 다원주의가 표출되는 두 가지 형식이라 할 것이다;

野黨 및 少數保護에 관한 (간접민주주의에 관한) 판례, 즉 여호와의 증인에 관한 사건(BVerfGE 23, 127, 191); 또한 少數意見制度를 두게 된 것도 같은 맥락에 속한다. 관용에 관한 판례(국가교회법에 관한 것으로 BVerfGE 41, 65 [78], 65 [83], 88 [108 이하], 또한 BVerfGE 47, 46 [76 이하])도 마찬가지다.

이제 연방헌법재판소 자신이 “상호균형을 이루고 있는 권력들”의 전체 구조 내로 충분히 중립적인 입장을 견지하면서 편입될 수 있는가 라는 문제(구조적 기능적 권력균형)가 제기됨은 물론이다.

전체적으로 볼 때 이상의 모든 결정들은 궁극적으로 정치적 다원주의에 유리한 방향으로 기여하였다. 즉 헌법재판은 “多元主義的 司法”(Pluralismus-Rechtsprechung)으로서의 역할을 수행하고 있다. 연방헌법재판소는 법적 권력이면서 동시에 정치적 권력이다. 중간결론은 원칙적으로 긍정적이라 할 것이며, 손실은 극히 미미하다(후자의 경우는 “메피스토(Mephisto)”판결(BVerfGE 30, 173) 및 BVerfGE 44, 197에서 볼 수 있다).

연방헌법재판소의 중요한 권한들에 기초해 내려진 주요 결정들이 미친 정치적 영향사에 대해 한 마디 덧붙이고자 한다. 정치적으로 볼 때 연방헌법재판소는 제1차 텔레비전방송판결에서 “首相민주주의”(Kanzler-Demokratie)에 대해 限界를 설정하고 野黨의 地位를 강화하였으며, 또한 聯邦主義와 基本權的 自由의 강화에 기여하였다. 이전에 K. A. Zinn이 이끌었던 헤센支邦이 성공적으로 “Bonn”에 대항하였던 것처럼(실례: 정당국고보조에 대한 판례[BVerfGE 20, 56];

도청판결[BVerfGE 30, 1] 등), “Bayern의 주장자들”은 여러 차례 연방 주의를 확립하는 데 기여해 왔다(예컨대 BVerfGE 37, 363). 다시 말해 聯邦과 支邦, 多數와 少數(야당), 個人과 集團 또는 확립된 團體(교회!) 상호간의 권력균형이 헌법재판을 통해 실현되고 있다(BVerfGE 23, 127 [191]; 32, 98; 33, 23; 35, 366; 44, 37 참조). 헌법재판은 “다원주의의 보장장치”가 되고 있다!

“정치적”이라는 표현은 여기에서는 광의의 의미로 이해된 것이다. 이 표현은 공동체 전체(ganze res publica)에 대한 잠재적 또는 현실적 관련성을 그 특징으로 하며, 이 경우 정치에 관한 서로 상이한 개념들, 예컨대 권력적 요소를 강조하거나 복지 혹은 행복의 요소를 강조하거나, 아니면 비합리성과 역동성의 측면을 강조하는 다양한 개념들은 지금까지 정치의 부분적 개별요소들을 절대화시킨 것에 다름 아니다. 그러한 의미에서 볼 때 국가의 모든 기능들은 정치적 기능이다. 정치적 기능(politische Funktion)은 共和制의 分業의 테두리 내에서 그것이 작용하는 방식을 통해 구별되는 것일 뿐, 가령 법(Recht)과 “대립”되는 그 어떤 것은 아니다. 民主的 立法者의 경우에도 헌법을 해석하며, (예컨대 노동투쟁에 관한 법과 관련해 연방노동법원의 경우에서 분명히 볼 수 있는 바와 같이) 法官 또한 “정치적 권력”의 일부인 것이다. 민주주의적 입헌국가에서 法과 政治는 서로 구별되는 것이 아니다. 다시 말해 양자는 공동체 전체의 부분적 측면들 내지 부분적 기능들인 것이다.

많은 논자들이 정치적 관점에서 연방헌법재판소의 “限界逾越”(Grenzüberschreitungen)에 대해 지적하고 있지만, 지금까지 어느 누구도 法과 政治에 대한 분명한 區別基準을 제시하지는 못했다. 이것은 놀라운 일이 아닌데, 왜냐하면 그러한 구별기준을 발견하는 것 자체가 불가능하기 때문이다. 기본권의 효과적 보장에 기여한 훌륭한 판결들 역시 정치적인 것, 다시 말해 “기본권정책”인 것이다. 따



라서 정책(정치)을 수행함에 있어 헌법재판소와 입법자 간에는 양적인 측면에서의 차이 내지 기능법적으로 서로 상이한 작용방식만이 문제될 뿐이며, 양자간에 어떤 질적인 차이가 존재하고 있음을 인식하기란 거의 불가능하다.

### Ⅲ. 헌법재판소, 즉 고유한 유형의 “사회법원”으로서의 독일연방 헌법재판소, 사회계약(특히 세대 간 계약)의 保障과 發展에 있어서의 그 역할

#### 1. “헌법재판소”, 즉 고유한 유형의 “사회법원”으로서의 연방헌법 재판소

연방헌법재판소는 형식적으로 볼 때 - 연방헌법재판소 스스로가 사용하는 용어로 표현하자면 - “국가적”(staatlich) 법원이 갖추고 있는 모든 속성을 지니고 있다(이에 대해서는 BVerfGE 18, 241). 즉 연방헌법재판소는 국가적 법률에 기초해 창설되었고, 국가는 재판관의 임명을 규율하고 그에 영향을 미친다. 하지만 연방헌법재판소는 훨씬 더 나아가 명시적으로 열거된 실질적 헌법분쟁에 대한 권한을 행사하는 헌법재판소이다. 헌법재판소라는 표현이 얼마나 중요한 의미를 가지는 것인지는 헌법개념에 대한 해명을 통해 비로소 밝혀질 수 있다. “헌법”은 국가와 사회(Staat und Gesellschaft)의 법적 기본질서이다. 또한 헌법은 국가권력에 대한 制限일 뿐만 아니라 국가권력에 대한 授權이기도 하다. 헌법은 국가와 사회를 포괄하며, 정치적 권력으로서의 헌법재판은 그 작용에서 처음부터 국가·사회 이원론을 초월해 있다.<sup>8)</sup>

---

8) 이상 언급한 내용에 대해서는 이미 P. Häberle, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S.435ff.

독일연방헌법재판소가 공동체 전체를 위한 “헌법재판소”라는 사실은 세부적인 문제, 예컨대 裁判官에 대한 忌避(이에 대해서는 BVerfGE 35, 171 [246]; 89, 28)와 같은 문제에 대해 구체적인 영향을 미친다. 나아가 이 사실은 연방헌법재판소가 하나의 이론이나 “학설”에 입각해서는 아니되며, 이론들이 지닌 제 요소들을 실천적으로 통합하기 위해 노력하여야 한다는 것을 보여 준다.

헌법재판이 갖는 이와 같은 실체적 헌법관련성(materielle Verfassungsbezug)은 실체적·소송적 의미를 함축하고 있다. 즉 헌법재판은 다원주의 모델을 실현할 의무를 띠고 있다는 점, 또한 헌법소송법을 제정함에 있어서도 다원적인 정보를 받아들이고 참여를 보장하기 위한 수단들을 고려하여야 한다는 요청이 제기된다는 점에서 그러하다.

연방헌법재판소가 多元的인 情報를 받아들이기 위해 더 많은 노력을 기울이는 것은 이러한 맥락에서 이해될 수 있다. 또한 헌법재판관의 선출과 관련해서도, 모든 정당들을 고려하고 훨씬 더 나아가 장래에 政黨들의 영향력으로부터 벗어날 수 있다면, 다원주의가 보다 효과적으로 헌법소송에서 실현될 수 있을 것이다(그러므로 헌법재판관선출이 다원주의에 영향을 미치게 될 것이다). 이것은 헌법재판소를 통해 사회의 조정이 이루어지기 위한 전제조건이자 “헌법재판소의” 권리이기도 하다. 이를 통해 상호작용이 가능하게 된다. 즉 연방헌법재판소가 사회의 조정과정에 더 많이 개입하면 할수록 사회는 점점 더 헌법재판소를 지향하게 된다. 왜냐하면 “칼스루에의 헌법재판소”야말로 사회의 주장에 귀 기울여주기 때문이다. 이러한 경우가 과연 어떻게 실현되는가에 대해서는 공동결정(Mitbestimmung) 사건에 대한 심리과정에서 나타난 바 있다. 이 사건에서 우리는 사회여론의 주된 경향들이 공식적으로 심판정에서 표출되고 있음을 감지할 수 있었다(BVerfGE 50, 290).

이러한 출발점으로부터 더 이상의 “단계”로 나아가게 된다. 연방헌법 재판소는 전체사회와 보다 강력한 연관성을 갖게 된다. 즉 헌법재판소는 광의의 의미에서, 고유한 유형의 “사회법원”이다. 헌법재판소는 그 관례를 통하여 이념과 이익의 다양성에 문을 열어 두며 - 다양성을 수용하며 -, 역으로 헌법재판소가 사회를 조정하게 된다. 裁判官의 選出과 憲法訴訟法의 運用, 해석이 갖는 實質的인 效果(예컨대 기본권의 “제3차 효”)를 통해 사회의 부분적 측면들의 기본구조가 형성되는 것) 등의 관점에서 볼 때 헌법재판소는 “국가적” 법원이라기 보다는 오히려 全體社會를 위한 法院이다. 이것은 보다 고차원적인 영역에서 뿐만 아니라 헌법재판소의 일상적 업무에 있어서도(!) 중요한 결과를 미치게 된다.

연방헌법재판소와 그 절차법은 독특한 사회관련성(Gesellschaftsbezogenheit)을 갖추고 있다. 헌법재판소가 - 국가와 사회를 포괄하는 - 활동을 행하는 것은 일반적 의미에서 볼 때 헌법재판소는 다음아닌 헌법을 위한 법원이라는 점, 그리고 基本法은 국가뿐만 아니라 그 기본구조에서 - 기본법을 통해 “조직화된 사회”(verfaßte Gesellschaft)로 형성되는 - 사회까지도 규율한다는 점으로부터 나오는 결과이다. 연방헌법재판소는 더 나아가 매우 전문적이고 의도적이며, 강력하고 포괄적인 특수한 방식으로 “국가”와 - 우리가 “사회” 혹은 (다원적인) 公衆의 영역이라 부를 수 있는 - “사적인 영역” 간에 존재하는 공동체영역에 개입한다. 이러한 사실은 節次的 側面에서 기본권을 강화시켰던 판례들(이에 대해서는 BVerfGE 46, 325 [333]; 53, 30)에서 뿐만 아니라 헌법재판소가 情報를 수집하고 參與를 보장하기 위한 憲法訴訟法上의 手段들을 점점 더 많이 사용하고 있는 訴訟實務를 통해서도 확인할 수 있다. 연방헌법재판소는 예컨대 독일노동조합총연맹(DGB)이나 사용자단체, 교회 등과 같이 다원적인 집단이나 조직이 관계된 경우 다양한 의견청취절차나 단계적인

참여방식을 통하여 정보를 수집한다(예컨대 BVerfGE 50, 57 [69이하]; 51, 115 [119 이하]). 이로써 연방헌법재판소는 사회적 영역으로 “진입”하게 되며, 그로부터 이념과 이해관계들을 수용하고 “청취”하며, 개방적 헌법해석의 방법으로 그러한 이념이나 이해관계를 소화해 낸다. 이 과정에서 헌법재판소는 학문적 영역으로부터 지원 받을 수 있다. 헌법소송법은 “헌법해석자들의 개방사회”(offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten)에 대해 열려져 있다. 즉 헌법소송법은, 무엇보다 의회가 제 역할을 다하지 못하는 경우, 헌법해석자들의 주장을 전달해주는 “매체”(Medium)로서의 역할을 한다.

의회의 입법과정이 사회적인 것을 국가적인 것으로 “전환”하기 위한 시도라면, 오늘날 헌법재판절차의 경우에도 - 제한적이긴 하지만 - 그와 유사한 현상이 나타나고 있다.

달리 표현하자면, 연방헌법재판소는 두 가지 방법으로 사회에 접근한다. 즉 헌법재판소는 그 돋보이는 판례를 통해(예컨대 기본권의 “3자효” 및 객관화의 방법으로) 사회에 대한 조정력을 높여가며, 또한 사회를 구조화하고, 자신만의 독특한 방법을 통해, 사회를 하나의 “조직된 사회”로 형성한다. 헌법재판소가 절차법적 측면에서 사회를 헌법재판의 광장으로 불러낼 필요성에 직면하고 있는 것은 바로 이와 같은 “사회관련성” 때문이다. 이 점은 특히 (대학입학정원제한(Numerus-clausus)사건(BVerfGE 33, 303 [318 이하])과 같은) “대형사건”의 경우에 다원적인 정보수집 및 참여보장의 재판실무를 통해 입증된 바 있지만, 소형사건의 경우에도 마찬가지라 할 것이다. 단적으로 표현해서, 연방헌법재판소는 일종의 고유한 유형의 “(전체)사회를 위한 재판소”로서의 성격을 획득하고 있다. 연방헌법재판소는 사회를 조직화하는 과정에서 하나의 요소로 작용하고 있는 정도만큼 그 자신의 전통적인 國家性을 상실하고 있다. 연방헌법재판소는 국가와 사회, 국가적 법원과 “사회적 법원”의 二元的 분리를 초월해

있는 “헌법재판소”이다. 연방헌법재판소는 “憲法解釋者들의 개방사회”에 대해서도 진지하게 고려한다 - 연방헌법재판소는 연방정부의 주장(예컨대 정부선언문)이나 교회의 자기판단(BVerfGE 42, 312 [331] 및 46, 73 [95]), “학문의 자유” 동맹과 같은 결사 또는 학문발전위원회와 같은 기관이 주장하는 논거(판례집 47, 327 [384 이하])를 수용함으로써, 절차적 내지 헌법소송적 측면에서 뿐만 아니라 헌법해석의 내용적 측면에서도 이들의 입장을 진지하게 고려하고 있다.

## 2. 사회계약 “내에서의” 헌법재판 : 사회계약으로서 헌법의 保障과 發展이라는 지속적인 과정의 조정자로서의 연방헌법재판소

이 항의 테제는 다음과 같다: 연방헌법재판소는 사회계약으로서의 헌법을 保障(Garantie)하고 發展(Fortschreibung)하도록 함에 있어 특수한 포괄적(gesamthänderisch) 책임을 지고 있을 뿐만 아니라, 동시에 그러한 부단한 과정을 조정하게 되며, 그러한 경우에 연방헌법재판소는 多元主義原理를 존중할 의무를 진다.

- 전통적인 유럽 공동의 유산인 - 사회계약의 모델은, 이 글에서 사용된 의미에 따를 경우 하나의 사유모델(Denkmodell), 즉 개인적 자유와 공적 정의의 보장을 목적으로 하는 일종의 발견술적 원리(heuristisches Prinzip)에 해당한다. 물론 社會契約모델이 개방적(öffentlich) 과정으로서의 헌법이 가지는 현실의 모든 측면에 대해 동일하게 적용될 수 있는 “획일적 기준”(Leisten)일 수는 없다. 그러나 이 모델은 - 일방적인 “設定이데올로기”(Setzungsideologie)로부터 벗어나 - 다수의 정치적 내지 헌법적 基本問題들을 적절하게 해결하는 데 도움을 줄 수는 있다. 이 모델을 헌법재판소에까지 확대적용하는 것은 많은 사람들에게 용감한 것으로 비쳐질 수도 있을 것

이다. 왜냐하면 - 필자가 아는 한 - 지금까지 그런 시도가 감행된 바 없기 때문이다. 契約모델의 歷史가 비교적 오래된 것이라면, (독립적인) 憲法裁判은 상대적으로 그 역사가 짧다. (아마도 바로 그런 이유 때문에) 아직까지 양자간의 關係設定이 시도된 바 없다. 그것은 하나의 기회일 수 있고, 이런 기회가 이용되어야 할 것이다. 傳統的인 社會契約論은 역사가 진행됨에 따라 극히 다양한 맥락을 통해 설명모델 내지 정당화모델로 기여해왔다(Locke로부터 Rousseau, 나아가 Kant로부터 기본적인 합의에 관한 오늘날의 논의에 이르기까지). 왜 그것이 오늘날 우리들의 문제인 헌법재판의 문제들, 즉 헌법의 계속발전을 설명하는 데 기여할 수 없다는 말인가?

### 3. 연방헌법재판소의 활동능력에 있어 그 가능성과 한계 - 기본법상 자유민주적 기본질서라는 정치적 문화의 틀 속에서의 연방헌법재판소

기본법의 자유민주적 기본질서라는 정치적 문화의 틀 속에서 연방헌법재판소의 가능성과 한계에 대해 물음을 던지는 것은 출발점으로 되돌아가는 것이다. 연방헌법재판소가 상대적으로 짧은 역사에도 불구하고 법률가들을 위해, 또 법률가들을 통해 법적으로 이룩해 낸 업적은 높이 평가될 수 있다. 동시에 연방헌법재판소가 - 부분적으로 시작단계에 불과하고, 부분적으로 “권고적”(“정책의 기본지침을 제시하는”) 단계이지만 - 정치적 과정에 대해 미친 영향 또한 그에 못지 않다. 다만, 연방헌법재판소가 스스로에 대해서는 물론 전체체계에 대해서도 계속해서 더 많은 것을 요구할 것인가의 여부 및 어느 정도로 그럴 것인가, 아니면 연방헌법재판소가 그 활동초기 10년간 基本權이나 聯邦國家와 관련해 정치적으로 중요한 결정들을 내렸으므로, 이제는 법치국가적-법적 관점에서 민주주의적-정치적 문화

를 지나치게 속박하거나 그 “힘을 약하게” 하지 않기 위해, 무엇보다 民主的 立法者와의 관계에서, 이제는 좀더 강력한 自制的 태도를 취해야 하는가(자제해도 된다는 것인가)의 여부만이 문제될 뿐이다.

헌법재판은 생활보장(Lebensversicherung)이란 측면에서 볼 때 궁극적으로 법적인 것도 정치적인 것도 아니다! 헌법재판에 대한 보다 발전된 다원주의적·정치적 이해가 가능하려면 독일공화국의 全體文化를 통한 것이어야 한다. 이를 통해 헌법재판이 가진 肯定的 機能이 밝혀질 것이며, 동시에 그 限界도 確定할 수 있을 것이다(헌법재판이 가진 또 하나의 한계는 헌법재판이 직권에 의해서가 아니라 청구가 있을 경우에만 개시된다는 점으로부터 나온다. 헌법재판은 국민이나 정치적 세력에 의한 “接近”이 있어야 한다). 이에 관해 몇 가지 고찰을 행하고자 한다.

발전된 헌법재판은 (연방주의와 마찬가지로) 政治文化의 일부인데, 이것은 특히 미국의 경우가 그러하며, 오늘날 독일의 경우에도 마찬가지이다. “政治文化”라는 표현은 여기에서는 복합적인 (經驗的이면서 동시에 規範的인) 概念으로 이해된 것이며, 결코 價値로부터 자유로운 양식이 아니다. 이 개념은 여론조사와 같은 연구방법을 통해서는 극히 부분적으로만 해명될 수 있을 뿐이다. 확실히 “政治文化”는 당해 문화체계에 속한 각종 제도들과 관련된 국민의 주관적 관념이나 체험 및 경험을 포괄한다(그러한 한에서 한 국민의 “內面構造”(innere Verfassung)를 의미한다). 하지만 당해 文化體系의 객관화된 樣態도 역시 政治文化에 속하는 것이다. 즉 정치적 책임자들의 행동이나 의회운영의 실제 및 법원의 기능, 나아가 개인적 자유나 체험된 다원주의의 現實化정도는 물론이고, 讀者投稿로부터 國民發案에 이르기까지, 또한 노동조합에 가입하는 것으로부터 교회의 신도가 되거나 예술가단체를 결성하는 데 이르기까지, 더 나아가 서적의 구독이나 대학생의 행동에 이르기까지, 이들 일련의 과정에서 표

출되는 각종 주제들과 객관화된 모습 등도 체험된 헌법문화(Verfassungskultur)의 요소로서 政治文化의 일부에 해당하는 것이다. 연방헌법 재판소는 “基本權政策的” 측면에서는 물론이고, “聯邦主義的” 관점에서 도 헌법기관들에 대해 행위의 기준을 제시함으로써(이를 단적으로 표현하는 용어가 “연방에 대한 충성”, 즉 헌법기관 상호간의 배려의무이다. BVerfGE 12, 205 [254 이하]; 35, 193 [199]; 36, 1 [15]; 45, 1 [38 이하]; 특히 최근의 BVerfGE 81, 310 [337] 참조) “정치적 교육기능”(politische Erziehungs- und Bildungsarbeit)의 일부를 훌륭하게 수행해 왔다(“헌법교육”(Verfassungspädagogik), 교육목적“으로서의” 헌법 조문들). (문화국가와 마찬가지로) 政治文化란 것이 하루아침에 “심어질 수 있는” 것이 아니라면, 이와 같이 느리게 진행되는 政治文化의 성장과정에서 - 이는 곧 헌법의 성장과정이다 - 헌법재판이 그 중심적 역할을 부여받고 있는 것이다.

다만, 헌법재판 특히 헌법소원이 국민의 윤리의식이나 여론 속에 강하게 뿌리내리고, 국민과 헌법의 관계에서 정체성을 부여하는 역할(Identifizierungsleistung)을 수행하며, 이와 함께 헌법재판이 정치문화를 형성하는 데 기여하는 긍정적 측면의 이면에는 부정적 측면도 내재해 있다. 즉 기본법상의 헌법재판은 민주주의에 대한 反정치적(unpolitisch) 不信은 물론 사법에 대한 지나치게 높은 신뢰를 암시하는 것일 수도 있다. 헌법재판에 대한 독일인의 신뢰가 민주주의에 대한 불신으로 바뀌어서는 아니된다. 즉, 헌법재판에 대한 오늘날의 긍정적 태도가 절대화되어서는 아니되며, 나아가 이러한 태도가 정반대로 이해관계의 다양성이나 제한적인 - 불가피한 - 갈등상황 내지 개방된 민주적-정치적 과정이 갖는 고유한 역할에 대한 부정적 태도로 나타나거나, 혹은 “문학”에서 흔히 볼 수 있는 바와 같이 무관심으로 나아가서도 아니된다. 이상과 같은 고찰은 정치가나 공무원, 교육자, 국가적 문제를 다루는 저술가, 국민, 즉 우리 모두에게



여전히 우리의 자유로운 질서와 관련해 많은 과제가 부여되어 있음을 보여준다 - 그렇다고 헌법재판에 내재한 명성의 일부가 손상되는 것은 아니다. “헌법의 -정치적인- 수호자”는 헌법재판소만이 아니며, 오히려 우리 모두인 것이다!

필자는 1979년 전술한 바와 같은 입장을 전개한 바 있다. I. Ebsen은 1985년(“사회의 자기규율의 요소로서의 연방헌법재판소”, 192면) 필자의 이러한 입장을 발전시켜, 헌법재판의 機能確定<sup>9)</sup>과 正當化는 정치적 과정의 외부에 존재하는 - 정치적 과정으로부터 그 안전성을 확보할 수 있게 하는 - 아르키메데스의 점이라는 사고로부터 벗어나야 한다는 테제로 정리하였다. 연방헌법재판소는 상대적으로 자율적인 조절기관(Steuerungsinstanz)으로 이해되어야 한다는 것이다. 또한 A. v. Brünneck은 위의 견해와 아주 유사하게(“서구민주주의하에서의 헌법재판”, 1992, 146면), 헌법재판은 先在하는 합의를 發見하는 것이 아니라, 多數決原理가 포괄적으로 적용되는 가운데 社會國家에서 객관적이며 지속적으로 문제되고 있는 헌법적 合意(Verfassungskonsens)를 언제나 새롭게 形成하는 데 기여하는 것이라고 생각한다.

요약하자면 다음과 같다: 헌법재판의 기능은 국가적 및 사회적 권력을 제한하고 합리화하며 또 통제한다. 그것은 기본적 합의에 관한 내용적(공동)작업이며, 그 본질은 소수와 약자에 대해 언제나 새로운 보호를 행한다는 점, 인간의 존엄성에 대한 새로운 위협에 탄력적이며 시의적절하게 대처한다는 점, 또한 조정을 행하고 해결책을 제시하는 특성 즉 비정치적이라 할 수 없는 특성을 지닌다는 점에 있다.<sup>10)</sup>

---

9) 문헌들 가운데서 또한 D. Grimm, Verfassungsgerichtsbarkeit, Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd.2, 1977, S.83ff.

10) 이미 VVDStRL 39 (1981), S.202 에서 밝혔던 필자의 견해 참조. 문헌들 중에서 일반적인 서술로는 G. Roellecke, Aufgaben und Stellung des BVerfG im Verfassungsgefüge, HdBStR Bd. II, 1987, S.665ff.; K. Korinek/J. P. Müller/K. Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S.7ff.

#### IV. 절차원칙 - 헌법소송법의 “독자성”

이미 전술한 고찰을 통해 실정법의 해석이 어떻게 일정한 헌법이론적 전제를 필요로 하는 것인가를 알 수 있었다. 실정법의 해석은 개방되어 있어야 하며, 학문적 논의에 기초를 두어야 하고, 또한 그것은 이른바 “지배적 견해”가 흔히 그러한 바와 같이 은폐된 방식으로 진행되어서는 아니된다. “先이해와 방법선택”(J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl)은 다른 그 어떤 범영역 보다도 입헌국가라는 유형의 헌법에서 특히 문제되는 것이다. 이것은 헌법소송법의 원칙적 문제들의 경우에도 마찬가지이다.

##### 1. 절차원칙

민사법원이 민사소송법에 따라 구두변론이나 공개주의, 자유심증주의 등과 같은 기본원칙에 구속되는 것과 마찬가지로, 연방헌법재판소 역시 법원으로서 일정한 절차원칙들을 준수하여야 한다. 연방헌법재판소법은 제26조 제1항 제1문에서 명시적으로 진실발견의 의무를 부과하고 있다 (“연방헌법재판소는 眞實의 探知를 위해 필요한 證據調査를 행한다”). 진실에 관한 극히 다양한 이론들 가운데서 연방헌법재판소에 적합한 이론을 발견한다는 것은 구체적인 경우에 매우 어렵다. 확실한 것은 연방헌법재판소가 갖는 지위로 인해 증거조사나 증거에 대한 평가 및 법발견(A. Arndt가 의미하는 “법적 대화”(Rechtsgespräch))에 있어 특별한 요청이 제기된다는 점이다. “다

원주의의 헌법”하에서 연방헌법재판소는 충돌하는 이익들을 “다각적으로” 고려(erwägen)하고 형량(abwägen)하여야 하며, 이러한 측면은 예컨대 다원적 집단들에 대한 청문절차 등과 같이 참여를 보장하는 제도나 헌법재판소의 소송실무를 통해 반영된다.

연방헌법재판소는 일찍이 스스로를 “절차의 지배자”로 선언해 왔으며(BVerfGE 13, 54 [94]; 36, 342 [357]), 그 “절차를 광범위하게 자유로이 형성”할 수 있음을 천명하고 있다(BVerfGE 1, 396 [408]). 연방헌법재판소는 그러한 한에서 “제도적 헌법재판소”이며, 정규의 민사법원이나 형사법원의 경우와 동일한 기준에 따라 평가될 수 없다고 한다(BVerfGE 2, 79 [86]). 하지만 통설에 따르면, 독일의 경우에 그와 같은 “절차의 자율성”(Verfahrensautonomie)은 “법률이 의식적으로 규정을 흠결하고 있는 경우에만 허용된다”고 한다. 이러한 결과는 “절차의 司法形式主義”(Justizförmigkeit des Verfahrens)로부터 도출된다. “헌법소송법을 일반소송법에 편입”할 것을 주장하면서, “흠결”이 존재할 경우 다른 소송법규정을 준용하여야 한다는 견해가 주장되기도 한다. 어쨌든 헌법소송법이 “고유성”(Eigenart)을 띠고 있다는 견해는 동의를 얻고 있다.

## 2. 헌법소송법의 “獨自性”

그에 비해 고유성을 인정하는 입장에 찬성하는 필자는 1973년부터 헌법소송법의 獨自性테제(These von der Eigenständigkeit)를 전개해왔다.<sup>11)</sup> 이 테제는 헌법소송법이 그 밖의 다른 소송법으로부터

---

11) 헌법소송법의 “독자성” 내지 “고유성”에 관한 논쟁에 대해서는, P. Häberle, Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts, JZ 1973, S.451ff.; ders., Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, JZ 1976, S.377ff.; 한편의 주장으로, K. Engelmann, Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozeßrecht, 1977; 다른 한편의 주장으로, E. Benda/E. Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991, S.62ff.; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3.Aufl 1994, S.42.

“해방”되어야 하며, 널리 주장되고 있는 바와 같은 흠결이테올로기에 빠져들어서는 아니된다는 입장을 취하고 있다. 연방헌법재판소법상의 규범이나 헌법소송법상의 원칙들은 특수한 헌법적 해석(spezifisch verfassungsrechtliche Auslegung)을 통해 획득되어야 한다. 이들 규범이나 원칙은 “구체화된 헌법”(konkretisiertes Verfassungsrecht)이다. 아무튼 이러한 결론은 이 논문에서 취하고 있는 입장, 즉 헌법을 “개방적(öffentlich) 과정으로서의 헌법” 내지 “다원주의의 헌법”으로 이해하는 입장으로부터 나온다. 헌법소송법의 구조는 - “헌법해석자들의 개방사회”에 내재하는 패러다임의 표현인 - 헌법의 개방성에 열려져 있어야 한다. 또한 形式的 헌법소송법과 實體的 헌법의 機能的 聯關性은 연방헌법재판소가 이중적 성격을 가진다는 점, 즉 법원이면서 동시에 “헌법기관”이라는 사실로부터 도출되는 결론이기도 하다. 헌법소송법이라는 특수한 절차를 통해 이루어지는 헌법의 해석과 구체화는 개방적 과정으로서의 헌법의 일부이며, 이러한 성격은 합리성(Rationalität)이나 수용가능성(Akzeptanz)이라는 측면에서 특수한 요청을 제기하는 것이다. 전통적인 절차규정들이 수많은 법적 지혜와 경험적 가치를 담고 있는 것은 사실이지만, 연방헌법재판소는 자신의 지위에 상응해서 이를 수정할 수 있을 뿐만 아니라, 최근의 일련의 결정에서도 연방헌법재판소가 헌법소송법의 “특수한 측면”을 인식하고자 노력하고 있음을 분명하게 알 수 있다(예컨대 BVerfGE 90, 286 [339 이하] 참조). 헌법재판소가 보다 실제적인 태도를 취하는 것은 당연하다고 할 수 있겠지만, 필자의 생각으로는 원칙적인 문제가 논쟁의 대상이 되는 경우 학문으로부터의 저항에 직면할 것이며, 경우에 따라서는 극단적인 대립이 초래될 수도 있는데, 이는 바로 이를 통해 문제의 핵심이 보다 잘 파악될 수 있기 때문이다. 헌법학은 - 타협없는 - 진리추구를 그 생명으로 하지만, 헌법재판소는 이론이 지닌 제요소를 실제적으로 통합하는

것을 그 생명으로 한다.

## V. 詳論：支邦의 헌법재판, 특히 5개의 새로운 支邦에 대한 연방헌법재판소의 모델적 성격

### 1. 개 관

기본법의 연방국가질서에 따르면, 독일의 16개 支邦은 독자적인 헌법을 통해 구성되는 고유한 국가성(Staatlichkeit)을 갖추고 있다. 독자적인 헌법재판소를 설치할 수 있는 권한 역시 이와 같은 支邦의 “헌법적 자율성”에 속한다. 일찍부터 대부분의 支邦들이 이 권한을 행사해 오고 있지만, 그 구체적인 내용에는 물론 많은 차이가 있다. 연방헌법재판소가 支邦과 聯邦의 헌법재판을 “원칙적으로 분리된 영역”(grundsätzlich getrennte Räume)으로 간주(BVerfGE 36, 342 [357]; 60, 175 [209])하고 있음에도 불구하고, 실제로 많은 경우 그 권한이나 기준이 경합되고 있다. 그러나 聯邦헌법재판소는 支邦헌법재판소의 “종속성”을 “불가피한 경우”에 국한하고자 한다. 이러한 태도는 독자적인 헌법재판에 있어 헌법적 자율성이라는 “大權”(Krönung)을 행사하기를 원하는 支邦의 입장 과도 부합한다.

### 2. “기존의” 11개 支邦의 헌법재판

“기존의 11개 支邦, 즉 1990년 독일통일 이전의 독일연방공화국에 소속되어 있었던 支邦들은 이미 그들 대부분이 독자적인 “헌법재판소” 내지 “국사재판소”(Staatsgerichtshof)를 가지고 있었다.<sup>12)</sup> 특히

---

12) 문헌들 중에서, C. Starck/K. Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband I-III, 1983; 支邦헌법재판소에 관한 구체적 내용(물론 아직 동독지역의 새로운 支邦들에 대한 설명은 없다)에 대해서는, C. Pestalozza, aaO., S.372ff. 연방헌법재판소와 支邦헌법재판소 상호간의 권한획정에 대해서는, 같은 제목으로 E. Friesenhahn, in: C. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe, 1.Band 1976, S.748ff.

바이에른의 헌법재판소나 바덴-뷔르템부르크 국사재판소 및 노르트라인-베스트팔렌 헌법재판소는 오랜 기간을 거쳐 支邦憲法裁判의 문제들에 관련된 고유한 法文化를 형성해오고 있었으며, 때로 이러한 범문화는 당해 支邦을 넘어서까지 영향을 미치거나 “모방”되기도 하였으며, 심지어 연방헌법재판소에 대해서까지 영향을 미치기도 하였다. 전부 다 열거할 수는 없지만, 支邦헌법재판소들이 가진 몇몇 권한들을 예시하면 다음과 같다. 바이에른은 이미 1946년 헌법에서 제120조의 “憲法訴願”(“행정청에 의해 자신의 헌법적 권리가 침해당했다고 느끼는 바이에른의 모든 주민은 바이에른 헌법재판소에 그 보호를 요청할 수 있다”) 외에 - 독일에서는 유일한 - 이른바 民衆訴訟(Popularklage; 바이에른 헌법 제98조 제4문, 동 헌법재판소법 제55조)을 두고 있었다. 그에 의하면 바이에른의 모든 주민은 바이에른 支邦法상의 어떤 규정이 “헌법에 의해 보장된 기본권을 위헌적으로” 제한하는 것임을 주장할 수 있다. 이러한 “민중소송”이 존재한 덕분에 바이에른 支邦헌법재판소는 기본권에 관한 독자적이고 풍부한 판례를 발전시킬 수 있었으며, 이들 판례는 특히 1946년 직후의 “초창기”에 선도적 역할을 훌륭히 수행하였다. 그밖에 명시적으로 열거된 바이에른 支邦헌법재판소의 권한으로는 機關爭訟(바이에른 헌법 제64조)과 “具體的 規範統制”(동법 제65조), 長官 및 議員彈劾(제61조) 혹은 選舉訴訟(제62조 이하) 등을 들 수 있다.

연방국가적 同質性を 확인하기 위해서는 노르트라인-베스트팔렌을 고찰할 필요가 있다. 1950년의 노르트라인-베스트팔렌 支邦憲法은 헌법재판소를 위한 다양한 권한목록(또한 1989년의 支邦헌법재판소법 제12조도 참조할 것)을 두었는데, 기관쟁송(支邦헌법 제75조 제

2호)과 추상적·구체적 규범통제(支邦헌법재판소법 제12조 제6호, 제7호)는 물론 심지어 地方自治團體헌법소원(동법 제12조 제8호)에 대한 권한까지도 규정하고 있다. 그 밖의 다른 支邦들과 비교해 볼 때(1949년의 슬레스비히-홀슈타인 支邦憲法만이 예외라 할 것인데, 동헌법은 聯邦憲法裁判所를 “支邦憲法裁判所”로 지정하고 있는바(제44조), 이러한 방식은 기본법 제99조에 따라 허용된다), 支邦憲法裁判소에서 볼 수 있는 다양한 변수에도 불구하고 그 권한에 있어 “독일에 공통된 모습”이 존재하고 있음을 알 수 있다. 이러한 사정이 예컨대 기본권이나 지방자치단체의 자치행정 등의 문제에서 “최선의” 헌법재판에 이르기 위한 유익한 競爭이 이루어지는 것을 방해하지는 않는다. 오히려 그와 같은 경쟁만이 살아있는 연방제도에 기여할 수 있다.

### 3. “새로운” 5개 支邦의 헌법재판

1989년 이후 구 동독지역에 속했던 5개의 새로운 支邦 및 이들 支邦에서 제정된 新헌법들은 강력한 헌법재판제도를 도입하였는데, 그것은 두 가지 이유 때문이다. 먼저, 마르크스-레닌주의에 입각한 전체주의체제하에서의 부정적 체험의 결과로서 이제 헌법재판이 법치국가와 민주주의를 보장하기 위한 포기할 수 없는 수단으로 간주되었다는 점 때문이었고, 다른 한편으로는 연방헌법재판소나 서독지역의 支邦憲法裁判所들이 모방할 가치있는 모델을 형성하고 있었다는 점 때문이었다. 이에 따라 브란덴부르크(1992), 작센(1992), 작센-안할트(1992), 튀링엔(1993) 및 메클렌부르크-포어폼메른(1993)의 5개 新支邦은 헌법을 통해 일부는 서독식 헌법재판의 모델을 수용하였고, 일부는 창조적인 새로운 내용을 도입함으로써 헌법재판을 통한 헌법의 계속적 발전에 기여하였다. 이에 관한 몇 가지 사례를 소개

하고자 한다. 基本權編은 물론이고 民主主義나 議會에 관련된 법적 문제들에 있어서도 특히 개혁에 주저함이 없었던 브란덴부르크는 기관장 송이나 추상적·구체적 규범통제 및 헌법소원과 같은 헌법재판유형을 수용하였지만(브란덴부르크 헌법 제113조), 재판관선출에 있어서는 전혀 새로운 방법을 도입하고 있다. 제112조 제4항 제2문에 따라 경우 支邦議會를 통한 재판관선출에 있어 “支邦의 정치적 세력들에게 제청권을 통한 적절한 참여가 보장”되도록 노력할 것을 규정하고 있다. 더 나아가 제4문은 재판관선출에 앞서 “支邦議會에 의해 구성된 위원회에서의 聽聞”을 요구하고 있다. 연방차원의 헌법재판관선출이 - 흔히 비판되고 있는 바와 같이 - 광범위하게 정당정치적 세력들간의 비밀협상을 통해 이루어지고 있음에도 지금까지 그에 관한 개혁이 실현되지 않고 있는 반면, 브란덴부르크의 규정은 美연방대법원판사 후보들에 대해 연방상원이 청문회를 행하는 방식을 도입하고자 하는 주목할만한 시도라 할 것이다. 우리는 이러한 선출방식이 실제로 제대로 시행될 것인지를 지켜보아야 할 것이다.

작센-안할트 헌법은 그 권한목록(支邦憲法 제75조)에서, “국민발안·국민청원·국민표결의 시행과 관련된 분쟁과 관련해 청구권자인 支邦議會 재적의원 1/4 또는 支邦政府의 청구가 있을 경우”와 “조사위원회의 조사목적의 합헌성 여부”에 대한 분쟁과 관련해 “법원이 제청”하는 경우를 支邦憲法裁判所의 권한으로 규정하고 있다. 튀링엔헌법 제80조는 支邦憲法裁判所가 행사하는 광범위한 권한목록 중의 하나로 憲法訴願을 규정하면서, 聯邦 및 支邦헌법소원의 정신을 반영하고 있는 독일 공통의 표현을 사용하고 있는데, 이는 헌법소원의 권리가 그 구성요건이라는 측면에서 발전하고 있는 것에 다름아니라는 사실을 알 수 있다. 즉 동조 제1호는 누구든지 공권력에 의해 “자신의 基本權이나 基本權에 準하는 權利 혹은 國民의 權利가 침해되었다”는 주장으로 헌법소원을 제기할 수 있음을 규정하고 있다.



#### 4. 동일한 연방국가에 소속된 모든 헌법재판소가 참여하는 공동 작업 - 선례형성기능

이상의 부분적 고찰은 이미 하나의 특정한 영역이라 할지라도 독일연방국가 내에 다양한 법규정이 존재할 수 있음을 보여주고 있다. 이를 통해 독일의 연방주의가 법문화적 다양성이 실현될 수 있는 가능성을 열어두고자 하는 특징을 지니고 있음을 알 수 있다. 극히 보편적인 관점에서 문화의 다양성이 독일의 연방국가성을 상징하는 것이라면, 법문화의 다원성 또한 독일의 장점 가운데 하나일 것이다. 독일적 자유는 연방국가적 자유이며, 모든 국민은 “다원주의의 헌법”하에서 그로부터 이익을 향유한다. 연방국가로서의 기본골격의 유지와 그 동질성의 요청(기본법 제28조 제1항 참조)은 支邦에게 허용되어 있는 다양성을 통해 균형을 이루게 되며, 이것은 헌법과 일반법률의 영역에서도 마찬가지이다. 독일의 “문화연방주의”(Kulturföderalismus)는 법문화의 영역에서 구체적으로 구현되고 있다. 전체적으로 볼 때 支邦들 상호간에 선의의 경쟁이 이루어지고 있다. 법정책의 문제에서 독일연방공화국은 거대한 “作業場”(Werkstatt)으로 나타나고 있다. 독일연방공화국은 - 보다 강력한 연방제를 채택하고 있는 스위스와 마찬가지로 - “시행착오”(K. Popper)의 가능성이 내재되어 있는 “實驗의 舞臺”(Experimentierbühne)와 흡사하다. 헌법재판은 그러한 가능성을 타진하기 위한 부분영역인 것이다.

짐작컨대, 오늘날 우리의 푸른 行星인 “地球”라는 하나의 세계에서 “입헌국가 가족들”로 구성된 공동체에 대해 이상과 같은 결론을 신중하게 적용해 보는 것도 가능할 것이다. 헌법재판의 영역에서 개별 입헌국가들 간에 만족할 정도로 충분한 교류가 있기를 기대하기는 어렵다. 헌법재판소의 지위, 조직과 절차, 소송법 및 판례의 구체

적 내용의 경우에도 마찬가지이다. 그러나 적어도 연방국가 내에서 서로 상이한 헌법재판 상호간에 이루어지는 내부적 교류나 경쟁은 모든 지역적으로 인접한 헌법문화들 상호간의 관계에 있어서도 하나의 모델이 될 수 있다. 구체적으로 말해, “라틴아메리카 국가들”과의 특수한 문화적 연관성이 스페인 헌법(1978) 제11조 제3항에 대해 영향을 미치고 있는 것(또한 포르투갈 헌법[1976] 제15조 제3항 참조)과 마찬가지로, 라틴아메리카의 국가들 상호간에도 법문화적 연관성이 존재하고 있고, 이러한 연관성은 支邦- 및 聯邦헌법재판에 관련된 문제들에 있어서 상호 긴밀한 교류가능성을 제시하고 있다. 이 책은 무엇보다 이러한 가능성에 기여하기 위한 것이 아닌가!

## 제2부 : 법률의 합헌성통제

### I. 역사적 기초와 규범적 규율

오늘날 독일의 헌법재판은 이미 “독일민족의 神聖로마제국”하의 라이히법원들(라이히宮廷裁判所와 라이히宮廷參事院)에서 어느 정도 역사적 뿌리를 두고 있는 것이라 할 수 있다.<sup>13)</sup> 19세기에 독일동맹과 몇몇 支邦에서는 헌법분쟁을 위한 특별한 절차(화해절차와 연방중재법원, 몇몇 支邦의 國事裁判所<sup>14)</sup>)를 두고 있었다. 그러나 이러한 국사재판은 거의 실행되지 못했는데, 그것은 영주들의 주권이 지나치게 강력하였을 뿐만 아니라, 새로 구성된 의회가 국민의 권리구제의 일정부분을 담당하고자 했기 때문이다. 1871년의 비스마르크憲法

13) 이에 대해서는 M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. I., 1988, S.134ff.

14) 역사에 대해서는, U. Scheuner, Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20.Jahrhundert, in: C. Starck (Hrsg.), Festgabe BVerfG, 1.Band 1976, S.1ff.

의 경우에도 국사재판소를 두지 않았으며, 1879년 라이프찌히에 설치된 라이히法院도 헌법재판권을 행사하지 않았다.

시행이 되지 못했던 (하지만 草案만으로도 후에 강력한 영향을 미쳤던) 1849년의 라이히헌법(“파울스키르헤헌법”)은 그러나 - 놀라울 정도로 미리 앞서서 - 라이히法院이 관장하는 광범위한 헌법재판을 예상하고 있었다. 즉 동 헌법은 후대의 헌법소원절차와 연방국가적 쟁송 및 기관쟁송의 전신이 되는 절차를 두고 있었다(제5장 제125조 내지 제129조). 1919년의 바이마르공화국헌법은 라이히國事裁判所(제108조)를 설치하였으며, 동재판소의 판례는 1929년부터 전6권에 걸쳐 간행되었다. 동재판소는 특히 支邦 내부에서 발생하는 기관쟁송과 라이히와 支邦 사이에 발생하는 연방국가적 쟁송을 그 권한으로 하고 있었다. 바이마르공화국헌법은 라이히法律에 대한 고유한 헌법재판적 統制나 라이히의 헌법기관 상호간에 발생하는 機關爭訟에 대해서는 알지 못했다. 하지만 라이히法院은 1921년 4월 판례(라이히법원 민사BVerfGE 102, 161)와 1925년 2월 판례(라이히법원 민사BVerfGE 111, 320) 이후로 구체적 사건에서 부수적으로(inzident) 라이히法律에 대한 법관의 實質的 審査權을 긍정하였다.

한 나라의 학문공동체가 그때 그때 헌법재판에 기여하기 위하여 어느 정도까지 준비작업을 할 수 있고 또 “同行”할 수 있는지는 헌법재판이라는 주제와 관련해 바이마르공화국하의 憲法理論이 행했던 역할<sup>15)</sup>을 통해 알 수 있다. 국가 및 헌법이론이 어떤 것인가에 따라, 또한 바이마르의 “方法論爭”하에서 어떤 관점을 따르는가에 따라 각각의 논자들은 서로 상이한 입장을 전개하였다. 즉 “새로운” 反실증

---

15) 그에 관해서는 A. Rinke, Vorbemerkung RdNr.35ff. vor Art.93, in: Alternativkommentar zum GG, 2.Aufl. 1989. 헌법재판에 관한 고전적 문헌들이 이미 P. Häberle (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976을 통해 간행되었다. 여기에는 특히 H. Triepel(1929), H. Kelsen(1929), C. Schmitt(1929), E. Kaufmann(1952), J. M. Wintrich(1956) 및 R. Smend(1963)의 글이 실려있다; 같은 책 S.463 내지 S.475는 1976년 현재까지의 논문을 선별해서 실고 있다.

주의적 경향은 司法(Justiz)이 중요한 정치적 갈등을 규율할 능력이 있는지에 대해 보다 회의적으로 판단하거나(H. Triepel, R. Smend), 혹은 라이히大統領의 “독재권력”을 신뢰한 나머지 그러한 능력을 부정하고 있다(C. Schmitt). 이 경향은 구체적 규범통제의 방식으로 일반적인 규범통제가 행해지는 것에 대해 대개 적극적으로 반대하는 태도를 취한다. H. Kelsen은 특수한 입장을 취하고 있다(그 자신의 “실증주의”에도 불구하고 그런 것인지 아니면 바로 그런 이유 때문에 그런 것인지?). 확신에 찬 민주주의자였던 H. Kelsen은 강력한 헌법재판을 지지하였는데, 한편으로는 法論理的 이유(憲法の 優位の 확보)에서 다른 한편으로는 法政策的 이유(민주주의에서의 少數保護)에서 였다.<sup>16)</sup>

바이마르공화국의 (자기)붕괴는 제3의 권력에 의해서도 막을 수 없었다. 국가사회주의는 국가재판을 “自由主義的(liberalistisch) 민주주의의 표현” 또는 “議會主義憲法の 道具”라는 이유로 부정하였고, 이것은 법관의 審査權에 대해서도 마찬가지로었는데 그것은 다음과 같은 논거에 기초하고 있었다: “指導者法律은 그것이 어떠한 형태로 나타나든 法官을 무조건적으로 拘束한다.”

하지만 이러한 사정이 1949년의 기본법을 통해 포괄적인 헌법재판이 마련될 수 있는 기초가 되었다. 全體主義의 지배에 대한 부정적 체험, 少數保護의 의무를 지는 다원적 민주주의의 구축, “憲法の 優位”에 대한 신뢰 및 다양한 自然法的 사고들, 이 모든 것이 聯邦 및 基本法에서 (서독의 支邦들에서는 이미 그 이전에) 헌법재판의 성립과 발전을 촉진시키는 역할을 하였다. 판례와 학설을 통해 규범적 규율과 그 계속발전이 이루어지고 있음은 말할 필요도 없다.

---

16) H. Triepel/H.Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), S.1ff. 및 30ff.; C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* (1929), in: ders, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2.Aufl. 1973, S.63ff. 참조.

## II. 통제의 유형

국가행위에 대한 합헌성의 통제는 이미 앞에서 언급했던 바와 같은 다양한 헌법재판절차에 상응해 구체적으로 다양한 형태를 띠고 있다.<sup>17)</sup>

### 1. 법원의 결정에 대한 통제

이것은 헌법소원절차를 통해 이루어진다(기본법 제93조 제1항 제4a호). 연방헌법재판소는 국민 개인 또는 일정한 인적 집단(예컨대 기본법 제19조 제3항에 따라 단체 혹은 노동조합)의 청구가 있을 경우, 법원이 재판절차를 통해 또는 일반법의 해석과 적용을 통해 基本權 또는 基本權類似的 權利를 침해하였는지 여부 및 이를 불법적으로 방지하였는지의 여부에 대해 심사한다(이른바 “재판소원”). 따라서 5개의 專門法院(民事 및 刑事재판, 行政재판, 勞動재판, 財政재판 및 社會재판)의 판결 모두가 심사대상이 된다. 이 경우 연방헌법재판소는 또 하나의 보충적 上級法院이 되는 것은 아니다(“超上告審이 아님”). 연방헌법재판소는 권리구제절차를 확정하는 최종심의 법원재판을 오로지 헌법이라는 특별한 심사기준에 의해서만 심사한다. 법원은 그 결정이 헌법재판소에 의해 폐지될 경우 새로이 심리를 진행하여야 한다(연방헌법재판소법 제95조 제2항 참조).

---

17) 이하의 설명에 대해서는 예컨대, Schlaich, aaO., S.4ff. 참조. 연방헌법재판소의 절차유형에 대해서는, W. Löwer, Zuständigkeiten und Verfahrensarten des BVerfG, in: HdBSTr Bd. II, 1987, S.737 (744ff.); A. Rinke, Kommentierung von Art.93 GG, in: Alternativkommentar zum GG, 2.Aufl. 1989, S.1028ff.

## 2. 집행권에 대한 통제

연방헌법재판소는 국민이나 다른 기본권주체의 청구가 있을 경우 執行權(즉 통치권이나 행정권)이 作爲를 통해 (경우에 따라서는 不作爲를 통해) 기본권을 침해하였는지 여부 및 이를 방지하였는지의 여부에 대해 심사한다. 일반적으로 헌법소원의 방법을 거치기 이전에 기본법 제 19조 제4항이 정한 절차를 경유하여야 한다. 즉 권리구제의 절차를 모두 거쳐야 한다. 이 경우 권리구제절차를 통해 내려진 最終審級의 재판에 대해서는 “재판헌법소원”이 가능하다. 따라서 집행권의 決定(Exekutiventscheidung)을 직접 대상으로 하는 헌법소원은 例外的인 경우에만 허용된다.

## 3. 입법행위에 대한 통제

이와 같은 “立法裁判”(K. Schlaich)은 기본법에 대해 특히 중요하다. 이것은 형식적 입법자(의회입법자) 및 실질적 입법자로부터 “憲法の 最高性”을 보장한다. 다음과 같은 경우들이 헌법재판소에 의한 規範統制의 대상이 된다.

- 基本權主體에 의한 헌법소원을 통해(법률 그 자체를 직접대상으로 하거나 혹은 간접적으로 판결소원의 방법을 통해)
- 당해규범이 合憲的인 것이라면 이를 구체적인 사건에 적용해야 할 의무가 있는 법원의 제청을 통해(기본법 제100조에 따른 법관의 제청)
- 聯邦政府나 支邦政府 혹은 聯邦議會議員의 신청에 따라(좀더 자세히 말해 기본법 제93조 제1항 제2호에 따른 추상적 규범통제의 방법

에 의하거나 혹은 간접적으로 동 제1호의 기관쟁송의 방법을 통해)

— 基本法 제93조 제1항 제3호 및 현재의 (새로운) 제2a호에 따른 연방국가적 쟁송을 통해

#### 4. 헌법기관 상호간의 쟁송에 대한 결정

연방헌법재판소는 機關爭訟절차를 통해서도 기본법이라는 우월적 기준에 따라 국가행위를 심사하게 된다(기본법 제93조 제1항 제1호 및 연방국가적 쟁의에 대해서는 기본법 제93조 제1항 제3호). 헌법기관의 기본법구속성은 이들 기관에 대한 직접적인 사법적 통제가 이루어짐으로써 그 실효성이 담보될 수 있다. 쟁송의 당사자로서는 예컨대 聯邦議會, 聯邦參事院, 議員 個人 또는 政黨 등이 될 수 있다. 그에 따라 연방헌법재판소는 연방대통령이 행한 의회의 조기해산이 합헌적인 것이었는가의 문제에 대해 결정한 바 있다(BVerfGE 62, 1 참조). 聯邦과 支邦간의 연방국가적 쟁송도 같은 목적을 띠고 있다.<sup>18)</sup> 연방헌법재판소는 양 절차가 매우 상이한 것임에도 불구하고 45년간의 재판실무를 통해 양자를 서로 접근시켜 왔다. 따라서 오늘날 헌법재판은 “헌법적 의문들에 대한 독립적인 사법작용”(E. Friesenhahn) 또는 “직접적으로 헌법문제를 다루는 司法”으로 정의될 수 있다.

### Ⅲ. 법률의 합헌성에 대한 통제권의 분배 - 연방헌법재판소와 이른바 “전문법원”

기본법은 합헌성에 대한 통제권을 분할하고 있다. 즉 “專門法

---

18) 연방대통령에 대한 탄핵, 위헌정당해산 및 선거심사절차와 같은 여타의 절차들에 대해서는 제1부 II 2 e 참조.

院”(Fachgerichte)<sup>19)</sup> 역시 헌법에 구속되고(기본법 제1조 제3항, 제20조 제3항), 헌법을 적용한다. 이에 따라 기본법제정 이후의 형식적 법률(즉 의회제정법률)이 기본법과 모순된다는 결론에 이를 경우, 전문법원은 - 결국 法官의 審査權을 消極的으로 행사한 결과로서 - 기본법 제100조 제1항에 따라 연방헌법재판소(“具體的 규범통제”)에 제청하여야 한다(연방헌법재판소의 廢止獨占權). 그 밖의 경우에 법원은 부수적으로(inzidenter) 스스로 심사를 행하는데, 예컨대 법규명령(Rechtsverordnungen)과 자치법규(Satzungen)의 합헌성에 대해, 또한 기본법이 효력을 발생하기 이전에 제정된 모든 법률, 즉 기본법제정 이전의 모든 의회제정법률(vorkonstitutionelle Parlamentsgesetze)에 대해 決定權을 가진다(BVerfGE 2, 124 [128 이하]; 70, 126 [129] 참조).<sup>20)</sup> 추상적 규범통제의 경우에는 연방헌법재판소만이 권한을 가진다(기본법 제93조 제1항 제2호). 연방헌법재판소는 聯邦政府나 支邦政府 또는 聯邦議會 在籍議員 1/3 이상의 신청이 있을 경우 聯邦法(법규명령이나 자치법규의 경우에도 같다)이나 支邦法이 基本法과 형식적으로 및 실질적으로 합치되는지의 여부에 대해, 또는 支邦法이 그 밖의 聯邦法과 합치되는지의 여부에 대해 심사한다. 법률에 대한 憲法合致的 解釋(BVerfGE 2, 266 [282]; 48, 40 [45 이하] 참조)<sup>21)</sup>은 모든 법원에 대해 스스로의 책임하에 해석권한을 행사할 수 있는 일정한 보충적 여지를 열어두고 있다.

---

19) 이에 대해서는, W.-R. Schenke, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987. “전문법원” 개념을 비판하는 데 대한 필자의 견해, in: Abwägung im Recht, Symp. für W. Hoppe, 1996, S.43f.

20) 支邦헌법재판소도 기본법의 해석에 관해 견해를 달리하는 경우에는 당연히 연방헌법재판소의 결정을 구할 수 있는 독자적인 권한을 가지고 있다(기본법 제100조 제3항).

21) 문헌들 가운데서 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1995, Rd.Nr. 79ff.



## IV. 소송적격(Prozessuale Legitimation)

### 1. 개 관

이 문제는 節次類型에 따라 달리 고찰하여야 한다. 헌법소원(이에 대해서는 제3부를 참조할 것)의 경우에만 연방헌법재판소에 청구할 수 있는 권리가 “모든 사람의 權利”로 보장되고 있을 뿐이다. 그 밖의 절차에서는 언제나 일정한 “關係者”(Beteiligte), 즉 연방헌법재판소에 대해 청구할 수 있는 권한을 가진 “特權을 부여받은 자”(Privilegierte)가 존재한다. 헌법소송법이 무엇보다 “參與法”(Partizipationsrecht)으로서의 성격을 가진다는 것을 다시 한번 알 수 있다. 또한 헌법재판소에서 소송절차가 開始되도록 하거나 소송진행 중에 參加할 수 있는 가능성은 헌법재판소가 행하는 憲法解釋에 대해 영향을 미칠 수 있는 길을 열어두는 것이기도 하다. 역으로 訴訟適格과 訴訟參加의 문제에 대한 基本法の 태도나 연방헌법재판소법 제정자의 태도에는 實體法的 思考, 즉 일정한 憲法機關이나 集團 및 個人이 협의의 (종래의 형식화된) 의미에서는 물론 “개방적 과정으로서의 헌법”이라는 광의의 의미에 있어서도 헌법소송을 위해 중요한 존재라는 사상이 그 기초를 이루고 있다.

헌법재판소는 연방헌법재판소법 제26조 제1항 제1문의 調查原則에 따라 “진실의 探知에 필요한 證據調查”를 행할 수 있으므로, 좀더 專門的 知識을 얻기 위한 목적에서, 절차의 진행 중에 명시적으로 열거된 “關係者”의 범위를 넘어, 예컨대 다른 법원이나 단체 또는 헌법기관의 입장이나 그 정보를 수집할 수 있다. 연방헌법재판소가 다수의 기관이나 세력 또는 집단을 편입시킨 실례는 수없이 많다. 구체적 규범통제절차(기본법 제100조)의 경우에는 이미 實定 헌법소

송법이 “意見陳述權者”의 범위를 매우 넓게 설정하고 있다(연방헌법재판소법 제82조, 실무의 예로서는 최근의 BVerfGE 91, 1 이하, 특히 이 결정은 12개 의료기관에 대한 “設問調查”를 행하고 있다(같은 판례 22면 이하)).

## 2. 대표적인 실례

a) 추상적 규범통제절차의 경우에는 연방정부, 支邦정부 또는 연방의회 재적의원 1/3 이상만이 제청권을 가진다(기본법 제93조 제1항 제2호, 연방헌법재판소법 제13조 제6호, 제76조). 일정한 헌법기관에게만 부여되는 이러한 특권은 타당한 의미를 지니고 있다. 즉 抽象的 規範統制는 그 목적이 연방헌법재판소에게 (무엇보다 聯邦法이나 支邦法에 대한) 광범위한 통제권을 부여하는 데 있다. 또한 그 영향에 있어 매우 광범위한 효과를 미칠 수 있다(연방헌법재판소법 제78조에 따라 통제대상이 된 規範이 無效宣言되는 경우). 따라서 관련된 聯邦 및 支邦機關들에 대해 意見陳述權을 부여(연방헌법재판소법 제77조)하는 것 역시 당연한 결과라 할 것이다.

b) 기관쟁송절차는 확정적으로 열거된 일정범위의 請求權者에 의해서만 개시될 수 있다. 기본법 제93조 제1항 제1호, 연방헌법재판소법 제13조 제5호, 제63조에 따르면, 연방대통령과 연방의회, 연방참사원, 연방정부 및 기본법 혹은 연방의회와 연방참사원의 職務規則을 통해 “固有한 權利가 부여된 이들 기관들의 部分”이 청구권자가 된다. 기관쟁송은 청구인이 “청구인 또는 그가 소속된 기관이, 피청구인의 處分 또는 不作爲로 인해, 기본법에 의해 청구인 또는 그가 소속된 기관에게 부여된 權利와 義務를 침해받았다거나 직접적으로 위태롭게 되었다”(연방헌법재판소법 제64조 제1항)고 주장하는 경우

에만 허용된다. 연방헌법재판소법 제63조에 열거된 다른 청구권자는 동법 제65조에 따라 “그 결정이 자신들의 권한범위를 확정하는 데 중요한 의미를 지니는 경우” 소송절차에 “參加”할 수 있다. 기관쟁송을 통해 연방헌법재판소는 매우 영향력이 큰 권한을 획득하게 되었다. 즉 헌법기관 상호간의 많은 관계들이 “法的 規律”의 대상이 되고 있는 것이다. 연방헌법재판소는 정치적 과정에 - 균형유지적 측면에서 - 깊이 관여하고 있다. 기관쟁송은 지금까지의 재판실무에서 그 존재를 입증하고 있다.

c) 연방과 支邦간의 쟁의(기본법 제93조 제1항 제3호, 제84조 제4항 제2문, 연방헌법재판소법 제13조 제7호, 제68조)의 경우 聯邦政府를 위해서는 聯邦만이, 支邦政府를 위해서는 支邦만이 청구인이나 피청구인이 될 수 있다. 이 경우 연방헌법재판소는 垂直的 및 水平的 권력분립의 수단인 聯邦制度의 발전에 직접적으로 관여하게 된다.

### 제3부 : 헌법소원 (기본법 제93조 제1항 제4a호)

#### I. 헌법소원의 역사

헌법재판의 “꽃”이라 할 수 있는 主觀的 헌법소원(Individual-Verfassungsbeschwerde)은 독일의 법치국가사상의 발전과 밀접히 연관되어 있다. “파울스키르헤” 헌법초안(1849) 제126g조 및 제126h조와 1919년 바이에른 헌법 제93조에서 初期的 형태의 헌법소원을 발견할 수 있다. 1949년의 基本法制定者들은 헌법소원에 대해 논의를 하기는 하였으나 이를 도입하지는 않았다. 1951년 연방헌법재판소법이 비로소 헌법소원을 도입하였고, 그후 효과적인 제도로 정착된 헌법소원은 1969년에 와서야 緊急事態憲法에 대한 상쇄조치의 일

환으로, 새로운 조항인 기본법 제93조 제1항 제4a호(및 제4b호)를 통해 基本法 次元에서도 규정되게 되었다. 물론 입법자에게는 동시에 “사건에 권리구제절차를 모두 경유할 것을 헌법소원의 요건으로 할 수 있고 특별한 審判回附節次(Annahmeverfahren)를 규정”할 수 있는 권한이 부여되었다. 그간에 기본법상의 헌법소원은 광범위하게 모범적인 제도로 정착되었고, 이에 따라 이탈리아와 프랑스에서 이 제도에 대한 논의가 이루어지고 있고, 라틴아메리카 諸國의 “암파로節次”(Amparo-Verfahren)는 헌법소원의 “姉妹”라 할 수 있을 뿐만 아니라, 나아가 1989년 이후 舊東獨지역의 새로운 支邦憲法들도 예외없이 헌법소원을 도입하고 있다(예컨대 1993년의 튀링엔헌법 제80조 제1항 제1호). 기본법 제93조 제1항 제4a호는 다음과 같이 규정하고 있다:

연방헌법재판소는…“누구나 공권력을 통해 자신의 기본권 또는 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 포함된 권리가 침해되었다는 주장으로 제기할 수 있는 헌법소원에 대해” 결정한다.

請求要件(Zugangserfordernisse)이 엄격하지 않은 덕분에 매년 약 3000-4000건의 헌법소원이 제기되고 있으나, 그 중에서 약 1.11%만이 인용되고 있다. 하지만 그와 같이 낮은 “認容率”이 제도로서의 憲法訴願이 발휘해 온 주목할 만한 성과를 훼손하는 것은 결코 아니다. 헌법소원은 기본법의 입헌국가를 “기본권국가”로, 기본법의 공동체를 “기본권공동체”가 되도록 하고 있으며, 기본법 제93조 제1항 제4a호의 헌법소원을 통해 종종 원칙적인 문제들에 대한 결정이 중요한 결정들을 통해 내려져 왔고, 그 결과 헌법소원은 국민의 의식 속에 깊이 뿌리내리고 있다.

## II. 헌법소원의 오늘날의 역할과 기능 - “시민법정”으로서의 연방헌법재판소

누구나 변호사 없이도 제기할 수 있는 헌법소원은 기본권이 갖는 (기본법 제1조 제1항의 人間의 尊嚴性의 보호로부터 시작되는) 고도의 상징적 의미가 실질적으로도 효과적인 것이 되도록 하고 있다. 자주 거론되는 “기본권의 本質的 意義”가 실천적으로 완수되고 유지되는 것이다. 기본법의 憲法史는 그 많은 부분이 기본권역사이며, 그리고 연방헌법재판소는 기본권에 대해 언제나 새로운 영역을 개척해 왔고 지속적으로 基本權思想의 완성도를 높여 왔다. 다양한 학문적 노력들 - “基本權理論들” - 이 모자이크 조각들처럼 연방헌법재판소의 基本權實務에 흡수되어 왔다. 반대로 헌법재판의 實務는 이론으로 하여금 언제나 새롭게 차별화하고자 하는 노력을 다하도록 자극해 왔다. 憲法訴願이 열어 놓은 가능성이 없었더라면 기본권에 관한 學問과 憲法裁判實務 간의 참으로 유익한 - 유럽의 다른 국가들에서도 인정되고 있는 - 對話는 불가능했을 것이다.<sup>22)</sup>

학자들과 일반여론의 지지 속에, 연방헌법재판소로 하여금 基本權을 가능한 한 實效적으로, 包括적으로 보장하고 이를 통해 憲法 및 基本權의 優位를 실천하도록 하는 계기가 된 것은 다름 아닌 國家社會主義의 전체주의적 국가체제에 대한 체험 때문이었다(기본법 제1조 제3항, 제20조 제3항 참조). 기본권은 “二重的 性格”, 즉 主觀的 權利이면서 동시에 客觀的 秩序의 要素로서의 성격을 띠게 된다. 예

---

22) 문헌은 개관할 수 없을 정도로 많다. 예컨대, K. Hesse, Grundzüge, aaO.; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd.III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1994; J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd.V, Allgemeine Grundrechtslehren, 1992; P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 GG, 3.Aufl. 1983; ders, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) S.43ff.

컨대 기본법 제5조 제1항의 意思表現의 自由와 新聞의 自由는 자유민주주의에 구성적인 것으로 나타나며, 자유민주주의의 기능적 기초를 이룬다(이에 대해서는 BVerfGE 7, 198). 또한 婚姻과 家族(기본법 제6조, BVerfGE 6, 55 참조), 財產權과 相續權(기본법 제14조)은 私法질서의 기초를 보장한다. 또한 藝術과 學問(기본법 제5조 제3항, BVerfGE 77, 240 및 BVerfGE 35, 79 참조), 家族(기본법 제6조 제1항) 및 社會的 集團形成(기본법 제9조 제1항, BVerfGE 84, 372 [378] 참조)의 기본권들은 공동체 전체를 위해 중요한 사회적 생활영역의 부분영역들을 조직화한다. 끝으로 연방헌법재판소에 의해 언제나 새롭게 시도되는 노력의 결과로서, 모든 基本權은 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성보장과 일정한 聯關性(예컨대 BVerfGE 7, 198 [205])을 맺게 된다. 이를 통해 “개인의 共同體關聯성과 共同體羈束性”이라는 의미에서의 基本法에 內在하는 개인과 공동체 간의 緊張關係가 해소된다(BVerfGE 65, 1 [44]).

一般的 자유권(기본법 제2조 제1항, BVerfGE 6, 32 참조)과 個別的 자유권(예컨대 기본법 제8조의 집회의 자유, BVerfGE 69, 315 참조), 一般的 평등권(BVerfGE 1, 14 [52]; 76, 256 [329])과 個別的 평등권(기본법 제3조 제1항 및 제6조 제5항: 혼인중의子和 혼인 외의 자간의 평등 취급)의 복합구조, 기본법 제104조의 인신보호규정, 基本權限界體系의 차별화 및 기본법 제19조 제2항의 절대적 기본권보호(“本質內容”의 보호)에 대해서는 여기에서 자세히 다룰 수 없다. 헌법소원은 포괄적인 實體的 및 節次的 基本權保護를 위한 “門”을 열어두고 있다는 점, 국민들 또한 그렇게 이해하고 있다는 점을 지적하는 것으로 만족할 수밖에 없다. 곧 기본권은 - 몇 안 되는 다른 헌법원리와 마찬가지로 - 국민의 정신 속에 “內面化”되어 왔다. 憲法訴願은 고도의 국민통합적 (및 소수보호적) 기능을 수행하고 있을 뿐만 아니라 기본법에 대한 국민의 긍정적 태도를 고양시켜 왔다.

나아가 모든 사람의 권리라는 형태로 구성된 헌법소원은 연방헌법재판소법 제31조가 규정하고 있는 羈束力을 통해 국가기관에 대한 “일반적 敎育效果”(K. Zweigert)를 완성하게 된다. 국가기관은 憲法尊重을 위한 “교육”을 받게 되며, 또한 매일의 일상에서 헌법합치적 및 기본권합치적 행위를 실천하게 된다(기본법 제1조 제3항 참조).

따라서 개인적(주관적) 기본권보호라는 측면에서의 헌법기능은 헌법소원이 가진 하나의 측면에 불과하다. 헌법소원은 “이중적 기능”, 즉 主觀的 機能 이외에 “객관적 헌법을 수호하고 그 해석과 계속형성(!)에 기여”한다는 客觀的 機能도 지니고 있다. 그것은 “동시에 객관적 헌법을 보호하기 위한 특수한 權利保護手段”이라 부를 수 있다(BVerfGE 33, 247 [258 이하], 또한 BVerfGE 85, 109 [113] 참조). 그럼에도 불구하고 헌법소원은 여전히 국민이 공권력에 의한 기본권침해를 방어할 수 있는 “例外的” 수단, 즉 “최후의 보충적인 권리보호수단”이다(BVerfGE 18, 315 [325]). 국민에게는 모든 가능한 수단을 거친 이후에야 “최후의 避難處”로서 연방헌법재판소에 이르는 길이 남아 있다(W. Böhmer). 하지만 그것은 “訴訟즐기기”란 비난을 들을 정도로 빈번하게 행사되고 있다. 연방헌법재판소는 “시민법정”으로 체험되고 있다.

### 詳論 : 연방헌법재판소의 판례에 비추어 본 기본권의 構造(次元, 機能) - 개괄적 고찰

대부분 학설의 지지를 받는 가운데, 憲法裁判所가 기본권문제를 해결함에 있어 그 기초를 이루고 있는 “精神”이 어떤 것인가에 대해서 몇 가지 사례를 통해 밝혀보고자 한다. 왜냐하면 이러한 실체적 배경에 입각할 경우에만 헌법소송법, 특히 헌법소원의 구체적 문제들이 이해될 수 있기 때문이다. 먼저 기본법 제1조 제1항의 인간의

존엄성은 기본법의 “最上の 價値”이다(BVerfGE 32, 98 [108]). 여기에는 Hegel哲學이나 全體主義에서 볼 수 있는 바와 같이 國家를 形而上學的으로 지나치게 강조하는 사고로부터 벗어나고자 하는 사상이 내재되어 있다. 인간은 手段으로 이용될 수 없고(I. Kant), “국가 내의 단순한 客體”로 취급될 수 없다(BVerfGE 45, 187 [228]). 따라서 인간에게는 공권력의 간섭으로부터 벗어나 있는 “사적 생활형성을 위한 不可侵의 領域”이 보장되어 있다(BVerfGE 27, 1 [6]; 최근 판례로는 BVerfGE 90, 145 [171]). 연방헌법재판소의 일관된 판례에 따를 경우, 기본권보장규정들은 공권력에 대한 개인의 主觀的 防禦權을 포함할 뿐만 아니라, 그와 동시에 “헌법의 客觀法的 價値決斷”을 의미한다(BVerfGE 49, 89 [141]). 따라서 연방헌법재판소는 기본권이 법의 모든 영역에 대해 미치는 “放射效果 또는 間接的 第3者效”가 (예컨대 입법자 혹은 법관에 의해) 존중되었는지의 여부에 대해 심사한다(BVerfGE 73, 261 [268] 참조). 間接的 “第3者效”란 기본권이 民法의 일반조항을 통하여 私人까지도 구속하게 되는 것을 의미한다(BVerfGE 7, 198). 예컨대 대형출판사에 의한 잡지의 불매운동이 문제된 사건에서 기본법 제5조의 신문의 자유가 갖는 간접적 “제3자효”를 인정한 바 있다(BVerfGE 25, 256 [263 이하]). 특히 라디오 및 텔레비전방송의 자유는 현재 8개의 결정을 통해 강화되어 왔으며, 다원주의적 관점에서 이해되고 있다(BVerfGE 12, 205의 판례로부터, 최근의 BVerfGE 91, 125; 90, 60 까지). 정보의 자유의 경우에도 마찬가지이다(예컨대 BVerfGE 90, 27 [31 이하]). 공정한 소송절차에 대한 청구권이라는 “일반적 訴訟基本權”(예컨대 BVerfGE 38, 105 [111]; 78, 123 [126])도 같은 맥락에 속하며, “법치국가적 公正의 要請”(BVerfGE 91, 176 [183])의 경우도 같다. 끝으로, 무엇보다 생명권 및 신체적 불가침성의 권리와 관련되어 전개되고 있는 국가의 保護義務理論(BVerfGE 39, 1 [42 이하]; 79, 174 [201])도 언급



되어야 할 것이다.

이와 같이 基本權內容의 實效性을 보장하고자 하는 시도는 기본권의 - 허용된 - 한계를 설정하는 경우에도 나타나고 있다. 기본권의 한계는 오로지 헌법으로부터만 도출된다. 基本權과 이를 제한하는 法益(예컨대 청소년보호 對 신문의 자유, 신문의 자유 對 인격권보호)은 實際的 調和(K. Hesse)라는 의미에서 상호 比例的으로 整序되어야 한다. 이 경우 비례성의 원칙이 적용된다(BVerfGE 19, 342 [348 이하]; 65, 1 [44]). 예컨대 特殊身分關係(예를 들어 수형자관계)에 있어 기본권은 “기본법의 가치질서에 의해 지지되는 共同體關聯目的의 달성을 위해 불가피”할 경우에만 제한될 수 있다(BVerfGE 33, 1 [9 이하]).

연방헌법재판소가 실무를 통해 기본권의 실효성을 제고하기 위해 노력하고 있음을 입증하는 실례로서는, 개별기본권 중에서 특히 기본법 제6조(혼인과 가족)를 들 수 있다. 1957년에 내려진 한 原則判決(BVerfGE 6, 55)은 다음과 같이 판시하고 있다: “기본법 제6조 제1항은 혼인과 가족이라는 특정한 사적 영역을 보호하기 위한 “傳統的 基本權” 및 制度保障일 뿐만 아니라, 이를 넘어서 婚姻과 家族에 관한 사법 및 공법의 쟁영역에 대해 구속력 있는 가치결단을 의미하는 原則規範이기도 하다”(또한 BVerfGE 80, 81 [92 이하]를 볼 것). 이 판례에서 연방헌법재판소는 하나의 기본권으로부터 무려 세 개의 次元을 이끌어 내고 있다. 이와 유사하게 기본법 제3조(평등조항)의 효력 역시 多面的이다. 차별취급을 위해 “사물의 본성으로부터 도출되는 혹은 그 밖의 객관적으로 자명한 합리적 근거를 발견할 수 없는 경우, 즉 정의사상에 입각하여 고찰할 때 당해규정을 자의적인 것으로 볼 수밖에 없는 경우”에는 一般的 平等原則이 침해된 것으로 본다(BVerfGE 1, 14 [52] 이후로 일관된 판례; 76, 256 [329]). 나아가 그와 같은 일반적 恣意禁止를 넘어서, 연방헌법재판소는 다양한

차별사유들을 유형화와 일반화를 통해 승인해 왔다(예컨대 BVerfGE 51, 115 [122 이하]; 87, 234 [255 이하]; 91, 93 [115]). 또한 연방헌법재판소는 개별적 平等權(예컨대 기본법 제38조의 선거권의 평등)에 관해서도 다수의 판례를 통해 그 내용을 형성해 왔다(예컨대 BVerfGE 79, 161 [166]; 78, 350 [358]). 마스트리히트(Maastricht)판결(BVerfGE 89, 155)은 특히 기본법 제38조를 근거로 한 헌법소원의 결과이다. 私有財產權(기본법 제14조)은 수많은 결정을 통해 구체화되고 또 그 실효성이 제고되었다(예컨대 BVerfGE 91, 294 [306]). 이에 관한 한 指導的 判決(1968년의 함부르크 堤防(Deich)판결: BVerfGE 24, 367 [389])은 다음과 같이 판시하고 있다: “財産權은 인간의 자유와 內的으로 연관되어 있는 본질적 基本權이다.”

이상의 개관을 통해 기본권의 내용을 이루는 많은 부분들이, 헌법소원 절차를 통해, 헌법소원의 척도로서 보호되고 있음을 알 수 있다.

### Ⅲ. 기본법의 다양한 “권리구제절차들”의 전체맥락 속에서의 헌법소원

기본법에 의해 구성된 공동체는 흔히 “권리구제절차의 국가”(Rechtswegestaat)라고까지 표현될 정도이며, 때론 비판의 대상이 되기도 한다. 실제로 독립된 제3의 권력(司法府)은 전체 國家機能體系 중에서 특히 중요한 취급을 받아왔다. 이 점은 무려 5개의 재판권, 즉 正規 재판(ordentliche Gerichtsbarkeit)·行政 재판·財政 재판·勞動 재판 및 社會 재판, 따라서 그에 상응한 5개의 聯邦“最高法院”(기본법 제95조 제1항 참조)이 설치되어 있다는 점 외에도, 무엇보다 흔히 범치국가의 “제왕”으로 칭송되고 있는 기본법 제19조 제4항의 一般的 權利救濟保障 (“누구나 公權力에 의해 자신의 권리가 침해된 경우, 그에게는 권리구제의 길이 열려있다. 다른 관할권이 입증되지

않는 한, 정규의 권리구제가 인정된다”)에서 볼 수 있다. 여기에서 “公權力”은 고권적 행위를 수행하는 執行權만을 의미한다. 기본법 제19조 제4항은 기존의 모든 審級(Instanz)을 통해 효과적인 법원의 통제를 청구할 수 있다는 의미에서 권리보호의 실효성을 보장한다(BVerfGE 49, 320 [340 이하]; 84, 34 [49]). 기본법 제19조 제4항의 덕분에 기본법은 권리보호의 “무흠결성”을 갖추고 있다. 제3의 권력에 대한 신뢰가 높은 것은 당연하며, 독일의 法官들은 1949년 이래로 聯邦과 支邦에서 그 존재를 입증해 왔다.

물론 기본법 제93조 제1항 제4a호에 따른 헌법소원은 기본법 제19조 제4항과는 별개로 존재하는 獨自의인 制度이다. 왜냐하면 후자의 규정은 기본권침해를 이유로 연방헌법재판소에 제소할 수 있는 길을 열어놓고 있는 규정은 아니기 때문이다. 헌법소원은 한정적으로 열거된 기본권이 침해된 경우에만 인정되는 것이므로, 그러한 한에서 기본법 제93조 제1항 제4a호는 기본법 제19조 제4항보다 그 適用範圍가 좁다. 헌법소원은 (변호사강제주의가 적용되지 않고 소송비용이 요구되지 않는) “모든 사람의 권리”로서 사실상 “최후의”, “보충적인”, “예외적인 권리구제수단”임에도 불구하고, 실제로 그것은 높은 “人氣”를 누리고 있다. 그럼에도 불구하고 혹은 바로 그런 이유 때문에 헌법소원의 개별적인 適法要件들은 마치 “學則”과도 같이 엄격하게 통제된다.

#### IV. 적법요건(“본안판단을 위한 요건”)

헌법소원의 適法要件(Zulässigkeitsvoraussetzung)은 기본법 제93조 제1항 제4a호 및 연방헌법재판소법 제90조가 정한 개별적인 요건표지들로부터 나온다. 적법요건은 자체목적만을 위한 것이 아니라 “헌법소원”이라는 기본법상의 제도에 봉사하기 위한 것이며 궁극적으로

정의를 위한 것이다. 다른 “권리구제수단들” 및 일반 소송법이론상의 原則이나 技術들과의 유사성이 존재하는 것은 사실이지만, 구체적인 문제들에서는 특수하게 헌법적인 맥락, 즉 헌법소원은 국민과 기본법 (Bürger und GG)에 봉사한다는 점에서 主觀的 기능 및 客觀的 기능의 二重의 性格을 가진다는 측면이 또한 언제나 존중되어야 한다.

## 1. 請求能力(소원능력)

연방헌법재판소법 제90조에 따르면 基本權 혹은 基本權類似的 權利의 주체가 될 수 있는 능력을 가진 “모든 사람”은 헌법소원청구능력이 있다. 外國人의 경우에는 외국인도 향유할 수 있는 기본권을 주장하는 한 청구능력이 인정된다. 예컨대 기본법 제16조(亡命者庇護權)의 경우가 그런 경우이다(BVerfGE 63, 197 [205] 참조). 기본법은 “독일국민의 권리”, 즉 독일국민(기본법 제116조 제1항 참조)에게만 귀속되는 기본권(예컨대 제11조 : 移轉의 자유, 제12조 : 職業선택의 자유)과 모든 사람의 기본권, 즉 모든 인간에게 귀속되는 人權(예컨대 제1조 제1항의 人間의 尊嚴性 혹은 제2조 제1항의 一般的 行動自由權)을 구별한다. 유럽연합의 시민은 점차 독일인과 동일하게 취급되고 있다(유럽공동체조약 제6조, 제8조 내지 제8e조). 기본법의 기본권을 벗어나는 유럽人權協約(EMRK) 혹은 유엔人權協約상의 人權規定들은 헌법소원의 방법으로 다 투여될 수 없다(BVerfGE 41, 88 [105 이하]).

법인의 경우에는 경우를 나누어 살펴보아야 한다. 기본법 제19조 제3항에 따를 경우 기본권은 “그 본질상 內國法人에게도 적용 가능한 것인 한” 內國法人에게도 적용된다. 법인의 설립과 활동이 자연인의 자유로운 인격발현의 표현인 경우, 특히 법인의 설립과 활동이

법인의 배후에 존재하는 인간으로 “환원”(Durchgriff)시킴으로써 의미 있는 것으로 간주될 수 있는 경우(BVerfGE 21, 362 [369])가 곧 그러한 경우이다. 私法상의 법인 대부분이 이에 해당한다(BVerfGE 68, 193 [206]). 公法상의 법인의 경우에는 사정이 다르다. 公法상의 法人이 공적 과제를 수행하는 것은 “일반적으로 시원적·근원적 자유의 행사가 아니라”, 오히려 권한에 기초한 것이기 때문이다. 따라서 地方自治團體 (Gemeinde)는 기본법 제14조의 財產權을 향유할 수 없다 - 지방자치단체가 기본법 제93조 제1항 제4b호에 따라 행사할 수 있는 권리는 이 문제와는 별개의 것이다. 공법상의 법인은 단지 예외적으로만 基本權能力 또는 訴願能力을 가진다. 예컨대 종합대학이나 단과대학의 경우 기본법 제5조 제3항(BVerfGE 15, 256 [262]), 혹은 放送局의 경우 기본법 제5조 제1항(BVerfGE 31, 314 [322]; 64, 256 [259])이 그러하다. 하지만 공법상의 법인이라 할지라도 “法律이 정한 法官”(기본법 제101조 제1항 제2문) 혹은 “法的 聽聞權”(기본법 제103조 제1항) 등과 같은 訴訟節次的 基本權을 주장하는 것은 가능하다. 왜냐하면 이들 기본권은 그 내용상 “기본법 제1조 내지 제17조에서 정한 主觀的 權利”를 포함하는 것이 아니라 “客觀的 節次原則”(objektive Verfahrensgrundsätze)을 담고 있기 때문이다. 권리능력 없는 社團의 경우에도 기본권의 주체가 될 수 있는 한 소원능력을 가진다(BVerfGE 3, 383 [391 이하]). 政黨은 (독일에서는 대개 민법상의 권리능력 없는 결사의 형태를 취하고 있지만, 기본법 제21조가 존재하는 덕분에 일정한 公的 지위를 가진 것으로 간주되고 있다) 基本權을 주장하는 것이 아니라 그 특수한 憲法的 地位(예컨대 선거와 관련하여)를 주장하는 한(BVerfGE 4, 27; 24, 300 [329]), 機關爭訟을 제기할 수도 있다(기본법 제93조 제1항 제1호). 이것은 의원이 議員으로서의 權利를 주장하는 경우에도 마찬가지이다(BVerfGE 64, 301 [312]).

## 2. 節次遂行能力(소송능력)

기본권행사능력자(Grundrechtsmündige)는 소송수행능력(Verfahrensfähigkeit), 즉 스스로 혹은 소송대리인(연방헌법재판소법 제22조)을 통하여 소송상의 행위를 법적으로 유효하게 수행할 수 있는 능력을 가진다. 基本權行使能力者인지의 여부는 각 기본권에 따라 또 구체적인 사정을 감안하여 판단되어야 한다(아동의 “주체로서의 지위”에 대해서는 BVerfGE 72, 122 [134]). 이 경우 “分別力”이 중요한 기준이 된다(BVerfGE 28, 243 [255 이하] - 未成年의 軍人事件). 그러나 정신질환을 이유로 禁治産宣告를 받은 소원제기인의 경우 그 정신상태를 이유로 취해진 당해 조치를 다루는 헌법소원에서는 訴訟能力을 가진다고 한다(BVerfGE 65, 317 [321]). 그러한 한에서 연방헌법재판소는 “현행법질서의 一般的原則”(BVerfGE 10, 302 [306])을 정당하게 선언하고 있는 것이며, 필자가 보기에 이 원칙은 궁극적으로 人間の 尊嚴性(기본법 제1조 제1항), 효과적인 基本權保護 및 그와 동시에 客觀的 憲法의 保護라는 헌법소원의 목적으로부터 도출되는 것이다.

## 3. 訴願對象

연방헌법재판소법 제90조 제1항에 따르면 소원제기인은 “공권력”을 통해 기본권 또는 기본권유사적 권리가 침해되었음을 주장하여야 한다. 이것은 독일의 직·간접적 국가권력에 의한 행위, 보다 자세히 말해 법률은 물론 법규명령이나 자치법규, 집행권에 의한 조치 및 법원의 재판에 이르기까지 모든 國家權力에 의한 행위를 포괄하는 개념이다(BVerfGE 84, 90 [113]; 62, 117 [153]; 65, 325 [326] 참조).

심지어 假權利救濟의 거부도 헌법소원의 대상이 된다(BVerfGE 79, 69 [73]). 순수하게 教會內部的 措置(BVerfGE 18, 385 [386 이하])나 國際間 또는 超國家的 조직, 예컨대 유럽공동체법에 기한 행위(BVerfGE 22, 293 [295 이하]; 58, 1 [27] : 유럽항공로통제 사건)는 연방헌법재판소법 제90조 제1항 제1문이 의미하는 “공권력”에 해당하지 아니한다. 國際條約의 締結에 대한 연방정부의 參與 역시 “헌법소원에 적합한 대상이 아니며”(BVerfGE 77, 170 [209 이하]), 단지 國內法으로의 적용을 위한 수단이 되는 同意法律만이 헌법소원의 대상이 될 뿐이다(BVerfGE 84, 90 [113] 참조).

#### 4. 訴願適格 : 기본권침해의 주장

연방헌법재판소법 제90조의 구체적 요건표지들이 “여과기능”(Filterfunktion)을 수행한다는 사실은 특히 “자신의 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 포함된 권리들이 침해되었다는…주장”이라는 부분에서 분명하게 선언되고 있다. 조문을 摘示하여 열거되고 있는 기본권들은 기본법상의 (“전통적”) 基本權編(제1조 내지 제17조)을 벗어나 있는 것들이다. 이들은 이른바 “基本權類似的 權利”에 해당하는 것들로서, 즉 抵抗權(제20조 제4항), 모든 독일인의 국민으로서의 平等한 地位(제33조), 선거권 및 피선거권(제38조), 特別法院의 금지 및 법률이 정한 法官에 의한 裁判을 받을 권리(제101조), 피고인의 기본권과 法的 聽聞權 및 “一事不再理(ne bis in dem)”(제103조), 자유박탈의 경우의 권리보장(제104조)이 그것이다. 헌법소원의 대상이 되는 행위는 “소원청구인 그 자신에 대해, 직접 그리고 현재 그의(!) 기본권적으로 보호된 법적 지위를 침해”(BVerfGE 53, 30 [48]; 60, 360 [370])하기에 적합한 것이어야 한다. 헌법소원은 “民衆 訴訟”으로 형성되어진 것이

아니다. 따라서 소원청구인은 “자신의” 기본권이 침해당했음을 주장하여야 한다.

연방헌법재판소는 “엘페스(Elfes)판결”(BVerfGE 6, 32) 이래로 헌법소원이 갖는 그와 같은 “주관적 권리구제수단으로서의 관념”(subjektiv-rechtliche Konzeption)을 포기하고 있다. 즉 연방헌법재판소는 기본법 제2조 제1항의 “인격의 자유로운 발현권”을 (“일반적 行動自由權”의 의미로) 확대해석하고 있으며, 마찬가지로 한계로서의 “憲法的 秩序”를 形式的·實體的으로 헌법에 합치되는 規範의 總體로 해석하고 있다. 따라서 실제로는 기본법 제2조 제1항에 대한 위반, 즉 법치국가원리에 반한다는 것을 이유로 모든 客觀法的 非難을 제기할 수 있다(BVerfGE 42, 20 [27]; 65, 196 [210]). 기본법 제2조 제1항은 “包括的 기본권”(Auffanggrundrecht)으로 된다. “이로 인해 일정한 제한된 영역의 인격발현만이 보호되는 것이 아니라, 인격발현을 위한 활동이 어느 정도의 비중을 가지는가에 대한 고려 없이 모든 형태의 인간행위가 보호되게 된다”(BVerfGE 80, 137 [152], 그러나 Grimm의 반대의견에서 제시되고 있는 反論을 참고할 것. 같은 BVerfGE 164면 이하). 연방헌법재판소는 또한 그때 그때 제한법률을 比例性原則이라는 법치국가적 기준에 따라 심사하기도 한다(같은 BVerfGE 153면).

“法官法을 통해 형성된 3개의 適法要件”(A. Rinke), 즉 헌법소원청구인은 “자신이”, “현재” 그리고 “직접적으로” 관련되어야 한다는 요건에 따라 기본권침해의 가능성에 대한 주장이 충분할 정도로 명백한 (“구체성을 띠는”[substantiiert]) 것인지의 여부에 대한 선별이 행해지게 된다. 이 요건은 연방헌법재판소가 권리보호라는 관점에서 “불필요한” 헌법소원을 방지하고자 하는 목적을 띠고 있다. “자기관련성”은 규범이나 법원의 재판 및 구체적 처분(Einzelakt)이 법적으로 소원청구인을 향한 것이어야 함을 의미한다(BVerfGE 51, 386)



[395] 참조). 예컨대 외국인에 대해 출국을 강제하는 것은 체류권한이 부여된 - 그 외국인의 - 가족구성원에 대해 自己關聯性을 가진다. 이 경우에는 기본법 제6조(혼인과 가족의 보호)의 人的 保護領域이 헌법소송법에 放射效果를 미치게 된다(BVerfGE 76, 1 [37] 참조). “현재관련성”이란 미래에 있을 침해와 구별하기 위한 기준이다. 소원청구인은 “현실적으로”(aktuell) 관련되어야 하며, 미래에 언젠가 “잠재적으로”(virtuell) 관련될 것이어서는 아니된다. 이와 같은 여과기능은 헌법소원이 民衆訴訟이 되는 것을 막아준다. 왜냐하면 規範의 경우 잠재적 관련성은 거의 언제나 긍정할 수 있는 것이기 때문이다(법률헌법소원에 대해서는 BVerfGE 60, 360 [370], 재판소원에 대해서는 BVerfGE 72, 1 [5 이하] 참조). 실무상 제3의 적법요건으로 발전된 “직접관련성”은 규범을 직접 대상으로 하는 헌법소원의 경우에 연방헌법재판소가 개별사례와 관련하여 탄력적으로 연방헌법재판소에 대한 接近을 적절히 조정하기 위한 수단으로 사용되고 있다. 소원청구인이 규범을 통해 직접적으로 관련되는 경우란, “法律命令”(Gesetzesbefehl)이 法規命令(BVerfGE 53, 366 [389])이나 自治法規(BVerfGE 61, 260 [274]) 또는 집행권의 執行行爲로 전환될 필요 없이(BVerfGE 58, 81 [104 이하]; 68, 319 [325]; 85, 360 [317]), 당해규범이 소원청구인의 기본권적으로 보호된 지위를 침해하는 경우를 의미한다. 이 요건을 통해 연방헌법재판소는 우선적으로 “전문법원”에 대해 제소가 이루어지고, 이들 법원을 통해 權利侵害의 주장(Beschwerdevorbringen)에 대한 포괄적 심사가 先行되도록 한다(BVerfGE 72, 39 [43] 참조). 전문법원은 사안이나 전문성에 있어 보다 정통할 뿐만 아니라 기능법적으로 볼 때 (기본권보호는 물론) 권리보호를 위한 제1차 기관인 것이다. 결국 헌법소원의 “補充性” 원칙이 문제되는 것이다. 연방헌법재판소는 “그 결정에 앞서 통상 여러 심급을 거쳐 검증된 사실관계 관련자료들을 제출받고, 사안에 대

한 법원 특히 연방최고법원들의 견해를 전달받게 된다”(BVerfGE 72, 39 [43]).

이와 같이 전문법원의 통제능력을 이용하고 이를 통해 연방헌법재판소 자신의 부담을 경감시키고자 하는 현명한 “전략”에도 불구하고 예외는 인정된다. 특수한 사정이 존재하는 경 연방헌법재판소의 權利保護機能을 고려하여 直接性的의 缺如에도 불구하고 헌법소원의 適法性이 인정되는 경우가 있다. 예컨대 아직 권리침해의 결과가 발생하지 않아 訴願提起人에게 執行行爲를 다룰 수 있는 수단이 존재하지 아니하는 경우 (BVerfGE 30, 1 [16 이하]-Abhör[도청]판결), 또는 전문법원에 의존하는 것이 事前解明을 위해서도 연방헌법재판소의 부담경감을 위해서도 도움이 되지 않는 경우(BVerfGE 65, 1 [37 이하]-인구조사법 사건)가 그러하다.

## 5. 청구형식과 청구기간

헌법소원이 소송상 모든 사람의 기본권으로서 수행하는 특수한 기능을 고려해 請求形式上的의 要件은 거의 존재하지 않는다. 헌법소원은 1월 이내에 청구되어야 하고 또 청구이유가 제시되어야 한다(연방헌법재판소법 제93조 제1항 제1문). 헌법소원이 법률을 대상으로 하거나 혹은 권리구제의 방법이 존재하지 아니하는 여타의 고권행위를 대상으로 하는 경우에는, 법률시행 후 또는 고권행위 발령 후 1년 이내에 제기하여야 한다(동조 제3항). 1993년부터 연방헌법재판소법 제93조 제2항이 정한 엄격한 요건하에서 訴訟行爲의 追完이 인정되고 있다.

## 6. 권리구제절차의 사전경유 및 헌법소원의 보충성

연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문과 연계된 기본법 제94조 제

2항 제2문에 따르면, 헌법소원은 “權利救濟節次를 모두 거칠 경우에만 제기”할 수 있다. 따라서 헌법소원은 대개 최종심의 既判力 있는 법원 재판을 그 대상으로 하게 된다. 헌법소원의 보충성원칙에 따라 법원이 먼저 재판권을 행사한다. 基本權保護의 기능은 일차적으로 또한 우선적으로 법원의 재판에 부여된 과제이다(BVerfGE 77, 381 [401]). 헌법소원은 “국민의 기본권을 방어하기 위하여, 정비된 권리보호체계에 더하여 보충적으로 보장되고 있는 例外的인 權利救濟手段이므로, 法的 安定性이란 이유 때문에 단지 예외적으로만 既判力 있는 法院裁判을 그 대상으로 할 수 있다”(BVerfGE 68, 376 [380]). 이로써 헌법소원의 제기가능성에는 중대한 제약이 따르게 된다. 권리구제절차의 사전경유원칙에 대한 例外는 엄격하게 제한되고 있다(BVerfGE 70, 180 [186]). 연방헌법재판소법 제90조 제2항 제2문이 명문으로 인정하고 있는 “緊急決定”(Vorabentscheidung, 헌법소원이 “一般的 意味를 가진 경우 또는 소원청구인이 먼저 권리구제절차를 밟을 경우 그에게 重大하고도 不可避한 損害가 발생할 우려가 있는 경우”(BVerfGE 63, 230 [242] 참조)에 권리구제절차를 거치지 않은 헌법소원에 대해 행해지는 즉시결정) 이외에, 연방헌법재판소는 法官法상 예외사유로서 “기대불가능성”이란 논거를 발전시켜 왔다. 이에 따르면, 확립된 최근의 일관된 판례가 부정적 태도를 견지하고 있는 경우에는 예외적으로 권리구제절차의 사전경유라는 요건이 요구되지 않을 수도 있다(BVerfGE 9, 3 [7]; 68, 376 [380]).

연방헌법재판소법 제90조 제2항은 직접 法律을 대상으로 하는 憲法訴願의 경우에는 적용되지 않는다(법률의 경우에는 “權利救濟節次”가 존재하지 않기 때문이다). 그 대신에 이미 위에서 설명하였던 요건, 즉 소원제기인의 直接關聯性 요건이 적용된다. 그러나 이 경우, 즉 법규헌법소원의 경우에도, 일반원칙으로서의 補充性原則은 전문법원에 의한 가능한 모든 권리보호수단들을 모두 거칠 것을 요구

한다(BVerfGE 69, 122 [125 이하]). 그것은 연방헌법재판소가 그 “기능을 다할 수 있도록 하기 위한 것”일 뿐만 아니라 궁극적으로 기본법 그 자체로부터 도출되는 결론이다.

## 7. 일반적 권리보호이익

다른 모든 재판절차에서와 마찬가지로 헌법소원의 경우에도 논쟁의 대상이 되고 있는 문제를 해결하기 위해 “保護할 價値 있는 利益”, 즉 권리보호의 이익이 요구된다(BVerfGE 9, 89 [92]). 대부분의 경우 이 요건을 명시적으로 긍정할 필요는 없는데, 왜냐하면 소원적격이나 권리구제절차의 사전경유 등의 요건을 통해 이미 權利保護의 利益이란 관점이 특수한 방식으로 具體化되고 있기 때문이다. 하지만 다투어지고 있는 基本權侵害가 이미 終了되어 버린 경우에는 별도로 권리보호이익이 긍정될 수 있다. 예컨대 기본권침해가 반복될 위험성이 존재하는 경우(BVerfGE 69, 257 [266]) 또는 원칙적 의미를 지닌 헌법적 문제에 대한 해명이 이루어지지 않고 있고 다투어지고 있는 침해가 특히 重大한 基本權에 관련된 경우(BVerfGE 49, 24 [52] : 접촉방해(Kontaktsperre)사건; BVerfGE 69, 315 [341] : 브록도르프(Brokdorf)결정, “민주주의적 공동체에 불가결한 기능요소”로서 기본법 제8조의 집회의 자유; BVerfGE 76, 1 [38] : 배우자초청(Ehegattennachzug)사건) 등이 그러하다. 이들 판례들에서는 전술한 바와 같이 헌법소원이 갖는 客觀法的 功能이 표현되고 있음을 볼 수 있다.

## V. 헌법소원의 심판회부(연방헌법재판소법 제93a조 이하)

연방헌법재판소는 그 출범초기부터 헌법소원사건의 폭주에 시달려

왔고, 이러한 사정은 “접근장애물” 또는 “閘門시스템”을 설치해야 한다는 개정논의를 불러일으켰다. 연방헌법재판소의 과중한 業務負擔을 줄이기 위해 입법자는 1956년부터 지속적으로 選別審査메카니즘을 구축하고자 시도해 왔고, 그 일환으로 예컨대 연방헌법재판소 내에 事前審査委員會(Vorprüfungsausschüsse)를 설치하기도 하였다. 1985년에는 “지정재판부”(Kammer)가 설치되었고, 1993년의 연방헌법재판소법 개정법률은 지정재판부에 대해 새로운 광범위한 권한들을 부여하였다. 연방헌법재판소법 제15a조 제1항 제1문에 따를 경우 각 裁判部(Senat)는 매 業務年度를 단위로 복수의 指定裁判部를 설치한다. 같은 제2문에 따라 각 지정재판부는 3인의 재판관으로 구성된다. 하나의 지정재판부가 3년을 초과하여 변경 없이 유지되어서는 아니된다(같은 제3문). 신설된 연방헌법재판소법 제93a조 내지 제93d조는 헌법소원을 審判에 回附하기 위한 사유, 즉 지정재판부 또는 재판부가 결정권을 행사할 수 기준을 확정하고 있다. (연방헌법재판소의 職務規則상 인정되는 先行節次(Vorverfahren)는 헌법소원이 부적법하거나 명백히 승소할 가망이 없는 경우 “일반등록부”에 등재하고 설명서(Belehrungsschreiben)를 발부함으로써, 사법행정절차를 통해 부적법하거나 명백히 승소가능성이 없는 헌법소원사건들을 가려내기 위한 절차이다. 그러나 소원청구인은 재판관에 의한 심판을 청구할 수 있다).

## 1. 헌법소원의 심판회부의무

연방헌법재판소법 제93a조 제2항 a호에 따라 “헌법소원이 원칙적으로 憲法的 意味를 가지는 한” 憲法訴願審判에 回附되어야 한다(첫 번째 심판회부사유, 이에 대해서는 BVerfGE 90, 22 [24 이하]). 미합중국의 이른바 “사건이송명령(certiorari)” 절차에서 볼 수 있는 바와

같은 裁量은 연방헌법재판소의 경우에는 인정되지 아니한다. 전술한 審判回附事由에는 헌법소원이 헌법의 수호와 계속발전에 기여하는 客觀的機能을 가진다는 점이 표현되고 있다.

같은 제b호는 두 번째 審判回附事由로서 “연방헌법재판소법 제90조 제1항에서 열거된 권리의 관철을 위해” 적절한(angezeigt) 경우라는 표현을 사용하고 있다. 또한 “審判不回附決定으로 인하여 憲法訴願請求인에게 중대한 不利益이 발생하게 되는 경우도 그러한 경우에 해당할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이와 같은 요건은 (모든 개정시도의 시발점이 되는) 딜레마, 즉 효과적인 基本權保護의 보장과 헌법재판에 대한 接近統制를 통한 연방헌법재판소의 부담완화 사이에 존재하는 딜레마를 반영한다. 제b호 역시 헌법소원이 주관적 기능 뿐만 아니라 객관적 기능까지도 가진다는 사실을 보여준다. 우리는 연방헌법재판소가 “적절함”(angezeigt)이란 표현에 해당할 수 있는 事例群의 형성을 통해 심판에 있어서의 재량여지를 가질 수 있는지, 혹은 어느 정도까지 그럴 수 있는지를 기다려 보아야 할 것이다. 새로운 改正論議를 전개하기 이전에 1993년의 개정법률에 대한 시험이 요구된다.

## 2. 지정재판부에 의한 심판불회부결정

3인의 재판관으로 구성된 指定裁判部는 연방헌법재판소법 제93a조 제2항의 요건이 충족되지 않은 경우 全員一致의 결정으로 헌법소원을 심판에 회부하지 않을 수 있다. 이와 같은 지정재판부의 결정(이 결정에 대해서는 다룰 수 없다)에는 理由를 제시할 필요가 없다(연방헌법재판소법 제93d조 제1항 제3문). 통계에 의할 경우, 헌법소원의 약 97%가 指定裁判부에 의해 해결되고 있다. 이와 같은 사실은 기본권보호에 있어 지정재판부가 중요한 역할을 행하고 있음을 보여준다.

### 3. 지정재판부에 의한 인용결정

指定裁判部는, 헌법소원이 기본권의 관철을 위해 “적절한” 것이고 명백히 理由있는 경우, “헌법소원에 대한 판단을 위해 결정적으로 중요한 문제가 이미 이전에 연방헌법재판소에 의해서 결정이 내려졌던 경우”라면 헌법소원을 인용할 수 있다. 그러한 한에서 指定裁判部는 독자적인 裁判機構로 격상되고 있지만, 그러나 그 역할은 기존에 이미 내려진 연방헌법재판소의 판례를 “事後執行”하는 데 국한(E. G. Mahrenholz)된다. 헌법의 계속발전에 대한 기본적 결정권은 여전히 양 재판부에 留保되어 있다.

### 4. 재판부에 의한 심판회부

指定裁判部가 심판회부를 거부하지 않은 경우에는 재판부가 審判回附與否에 대해 결정한다(연방헌법재판소법 제93b조 제2문). 재판부는 연방헌법재판소법 제93a조 제2항의 요건이 충족된 경우 헌법소원을 심판에 회부한다. 재판부의 결정에 의해 審判不回附決定이 내려지는 경우에도 理由를 제시할 필요가 없다(연방헌법재판소법 제93d조 제1항 제2문과 연계된 제93b조 제2문). 제93b조 및 제93c조에 따른 결정은 辯論없이 진행된다(연방헌법재판소법 제93d조 제1항 제1문).

## VI. 심사기준과 심사범위 및 결정내용, 특히 재판소원에 있어

### 1. 개 관

모든 유형의 헌법소원에 대해 적용되는 審査基準은 기본법 제93조 제1항 제4a호에서 확정적으로 열거되고 있는 基本權 및 基本權類似的 權利들이다. 연방헌법재판소는 “엘페스(Elfes)판결”(BVerfGE 6, 32 : 이에 대해서는 위 IV 4 참조) 이후로 기본법 제2조 제1항의 기본권보호규정을 확대해석함으로써 客觀法的 原理들 및 法治國家理念의 지향이라는 관점에서 자신의 권한을 확장시켜 왔다. 연방헌법재판소가 헌법소원을 통해 비난되고 있는 기본권침해가 존재하는지 여부에 대한 심사를 행하는 데 그치지 않고, 오히려 심판대상이 된 결정에 대해 “고려할 수 있는 모든 헌법적 관점에서 그 妥當性 여부를 심사”할 수 있다(BVerfGE 70, 138 [162])고 보는 것도 그러한 경향과 맥락을 같이 한다. 이에 대해 학설상 제기되고 있는 비판은, 정당하게도, 헌법소원청구인의 主張으로부터 독립된 기본권적 심사에 대한 일정한 制限을 요구하고 있다. 그렇지 않을 경우 基本法이 구분하고 있는 權限秩序가 무시되기 때문이라는 것이 그 이유이다. — 연방헌법재판소법 제95조 제1항에 따라 연방헌법재판소는 헌법소원을 認容하는 경우에 기본법상의 어떤 規定이 어떠한 作爲 또는 不作爲를 통해 침해되었는가는 確認하여야 한다. 일정한 決定을 상대로 한 헌법소원-보충성의 원칙으로 인해 대부분의 경우가 法院裁判에 대한 헌법소원이다-이 認容되는 경우, 연방헌법재판소는 당해 결정을 취소하며, 裁判訴願의 경우에는 사건을 (실질적) 관할법원으로 還送하게 된다(연방헌법재판소법 제95조 제2항). 法律에 대한 憲法訴願



이 認容되는 경우 당해 법률은 無效로 선언된다(연방헌법재판소법 제95조 제3항; 실무상 나타나고 있는 다양한 類型의 主文에 대해서는 아래 VII을 참조할 것).

## 2. 특히 : 재판헌법소원에 있어 연방헌법재판소의 심사범위

a) 연방헌법재판소는 “超上告審”도 “超事實審”도 아님  
“전문법원”에 대한 審査範圍는 연방헌법재판소가 “超上告審”(Super-revisionsgericht)도 “超事實審”(Supertatsacheninstanz)도 아니라는 명제를 통해 결정된다. “절차의 형성, 구성요건에 대한 확인과 평가, 헌법하위법의 해석 및 구체적 사건에 대한 적용은 그를 위해 일반적 권한을 부여받고 있는 법원의 專屬權限이며 연방헌법재판소의 심사대상이 아니다”(BVerfGE 18, 85 [92]; 68, 361 [372]). 연방헌법재판소는 裁判이 일반법에 따라 “정당하게” 내려진 것인지에 대해서는 심사하지 않으며, 단지 “特殊한 憲法”(spezifisches Verfassungsrecht)이 침해되었는지의 여부만을 심사한다(판례집 1, 418 [420]; 87, 48 [63]). 이 공식은 專門法院과 통제적 憲法裁判所 상호간의 기능법적 업무분배의 문제를 해결하기 위한 시도에 해당한다. 한편에서 “전문법원”은 특수한 專門知識과 事案近接性을 기초로 일반법에 대한 해석권한을 행사하며, 다른 한편에서 연방헌법재판소는 실체헌법이 곧 그 “放射效果”를 통해 일반법에 대해서도 관철되도록 해야하는 과제를 부담한다. 특히 기본권은 전체법질서에 대해 영향을 미친다(BVerfGE 7, 198 [205] 참조) : “사회공동체 내에서 자유롭게 발현되는 인격과 그 존엄성의 중심을 형성하고 있는 이러한 가치체계(즉 기본권의 가치체계)는 헌법적 기본결단으로서 법의 모든 영역에 대해 관철되어야 한다; 입법, 행정 및 사법은 그로부터 指針과 推進力

을 얻게 된다.” 연방헌법재판소와 학설은 오늘날까지 “特殊한 憲法”<sup>23)</sup>이라는 공식을 전문영역별로 구체화하기 위한 노력을 기울여 오고 있다. 이에 대해 몇 가지 점을 지적하면 다음과 같다.

(1) 연방헌법재판소는 사법절차에 대한 통제를 특별히 강도 높게 행사하고 있다. 審査基準이 되는 것은 무엇보다 기본법 제101조 제1항 제2문(법률이 정한 법관의 재판을 받을 권리) 및 기본법 제103조 제1항(法的 聽聞權) 등과 같은 “司法節次的 基本權”(Justizgrundrechte)이다(예컨대 BVerfGE 42, 364; 64, 224). 헌법소원의 거의 절반이 절차적 기본권에 관한 것이다. 한편으로 절차적 기본권과 관련해 연방헌법재판소가 統制強度(Kontrolldichte)를 강화시키고 있는 것은 (公正한) 節次야말로 국민에게 보다 많은 正義를 사전에 擔保할 수 있다는 측면에서 당연하다고 할 수 있으며, 다른 한편, 그로 인해 연방헌법재판소가 또 다른 業務過重에 직면할 위험성이 증대되고 있는데, 이는 節次와 관련해 연방헌법재판소가 개별사례에 대한 보다 상세한 研究를 진행시켜야 하기 때문이다(가령 BVerfGE 81, 123 참조). 따라서 연방헌법재판소는 헌법소원을 통한 “迂廻路”를 거치지 않도록 하기 위해 전문법원이 “소송절차 규정들을 基本權에 適合하도록 運用”할 것을 촉구하고 있다(BVerfGE 49, 252 [259]). 또한 연방헌법재판소는 일차적으로 立法者에 대해 “공정한 절차적 권리”를 구체화할 것을 요구한다(BVerfGE 63, 45 [61]; 또한 BVerfGE 66, 313 [318] 참조 : “기본법의 법치국가사상에 따른 경우 被疑者는 절차의 단순한 客體이어서는 아니된다”).

(2) 연방헌법재판소는 법관의 법계속형성의 헌법적 한계에 대해

---

23) A. Rincken, AK-GG, 2.Aufl. 1989, vor Art. 93 Rd.Nr. 15ff.; K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3.Aufl. 1994, S.180ff.의 설명을 참조.

강도 높은 통제를 행한다. 지도적 판례로서 BVerfGE 34, 269의 “소라야(Soraya)”결정을 들 수 있다. 이 판례의 취지는, 一般的人格權이 중대하게 침해될 경우 民法 제253조의 규정에 반해 非物質的인 損害에 대해서도 金錢賠償을 청구할 수 있도록 한 민사법원의 판결은 法官法의 헌법적 限界를 유월한 것이 아니라는 것이었다. 연방헌법재판소는 “기본권의 가치체계는 사회공동체 내에서 자유롭게 발현되는 인격 및 그 존엄성에 중점”을 두고 있다는 입장을 거듭 표명해 오고 있다. 또한 연방헌법재판소는 “인간의 私的 領域”의 보호를 강조하고 있을 뿐만 아니라, 법관은 “實踐的 理性的 기준에 따라” 또한 보편적으로 확립된 “공동체 내에서의 정의관념에 따라” 법률의 欠缺을 보완할 수 있다는 명제를 과감하게 제시하고 있다(또한 BVerfGE 82, 6 [12]를 볼 것). 또 다른 사례에서 연방헌법재판소는 “법 및 법률구속이라는 헌법보호적 관점을 고려할 때 창조적 법발견에 있어 설정된 한계를 명백히 일탈”하였다는 이유로 연방노동법원의 판결을 취소하였다(BVerfGE 65, 182 [194 이하]).

(3) 연방헌법재판소는, 이른바 “해석에 대한 헌법소원”의 테두리 내에서, 법관이 그에게 부여된 결정상의 裁量餘地(예컨대 一般條項이나 不確定法概念)를 기본권에 적합하게 충족시켰는가에 대해 심사한다(대표적인 사례 : BVerfGE 32, 373 [383 이하]). 따라서 正規法院은 “그 재판에 있어 기본권이 민법규정들에 대해 영향을 미치도록” 하여야 한다(BVerfGE 62, 230 [242], 이 판례는 뢰트(Lüth)판결(BVerfGE 7, 198 [204 이하])이래 일관된 판례임을 지적하고 있다).

(4) “형량에 대한 헌법소원”의 경우 통제의 強度(Kontrolldichte)는 보다 미약하다고 할 수 있는데, 이는 연방헌법재판소가 형량에 대해 그 상세한 부분들까지 심사할 수는 없기 때문이다(BVerfGE 30, 173

[197]; 85, 1[16]). 그러나 이 경우에도 “일반법에 대한 기본권의 價値設定的 意義가 법적용단계에서도 실현될 수 있도록 하기 위해, 기본권을 제한하는 일반법규정들은 다시금 制限되는 基本權의 意義를 고려하여 해석되어야 한다”(같은 16면)는 원칙이 적용된다.

b) 강력한 결과통제를 행한 사례들

연방헌법재판소는 두 가지 관점에서 이상과 같은 다양한 통제밀도의 단계를 변형시켜 적용하고 있다:

(1) “강도이론”(Intensitätstheorie)에 따를 경우, 연방헌법재판소는 구체적인 사례에서 기본권침해가 보다 강력하면 할수록 법원의 재판에 대해 보다 자세하게 심사한다(BVerfGE 35, 202 [219]; 83, 130 [145] 참조). 예컨대 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다(BVerfGE 76, 1 [51]) : “관련된 기본권적 범익으로서의 혼인과 가족이 보여주고 있는 인적 관련성 및 그 높은 서열은…헌법재판소에 의한 統制強度의 강화를 정당화한다.”

(2) “자의이론”(Willkürtheorie)에 따르면, 기본법을 지배하고 있는 사상을 합리적으로 평가할 때 하자있는 法適用을 더 이상 납득하기 어렵고 따라서 그러한 法適用이 사안과는 무관한 고려에 기초하고 있다는 결론을 피할 수 없는 경우, 연방헌법재판소는 실체법과 절차법을 불문하고 전문법원에 의해 이루어진 일반법에 대한 解釋上的 誤謬까지도 교정할 수 있다(BVerfGE 4, 1 [7]; 42, 64 [73 이하], 일관된 판례). 이 경우 審査基準이 되는 것은 기본법 제3조 제1항의 恣意禁止이다(가령 BVerfGE 70, 93 [97] 참조). 연방헌법재판소는 근본적으로 볼 때 여기에서 보편적 正義에 대한 권한을 주장하고 있는데, 물론 이러한 입장에는 기본법상의 개별 자유권과 평등권의 保

護領域 및 상이하게 규율되고 있는 限界規定들이 무시될 위험성이 내재해 있다. 어쨌든 이 경우에 연방헌법재판소는, 비록 개별사례에서는 “正當한” 결론에 도달하고 있다 할지라도, 일종의 上告裁判(Revision-scheidung)에 위험스럽게 근접해있다 할 것이다. 독일의 법생활에 있어 연방헌법재판소가 우월적 지위를 가진다는 점을 다시 한번 분명하게 확인할 수 있다.

## VII. 결정선고의 효력

연방헌법재판소법은 適法要件과 마찬가지로 決定宣告에 대해서도 각 절차마다 달리 규율하고 있다. 결정선고의 내용은 그때 그때의 결정목적에 따라 달라진다. 여기에서 문제되는 중요한 것들로는 헌법기관 상호간의 쟁송, 규범통제 및 법원재판에 대한 헌법소원의 경우를 들 수 있다.

### 1. 기관쟁송절차에서의 결정선고

연방헌법재판소법 제67조 제1문에 따라 연방헌법재판소는 “다투어지고 있는 피청구인의 處分 또는 不作爲가 기본법의 규정에 위반되는지 여부”에 대해 確認한다. 이것은 聯邦國家的 爭訟의 경우에도 적용된다(연방헌법재판소법 제69조 참조). 가령 연방헌법재판소는 헌법기관에 대해 의무를 부과하는 선고를 행하지는 않는다. 法律은 헌법기관들이, 연방헌법재판소가 행한 단순한 確認을 존중하여, 요구되는 바를 행하거나 혹은 행하지 않을 것을 기대하고 있는 것이다. 이를 통해 헌법재판소의 권위가 매우 특수한 방식으로 文書化되어 있음을 알 수 있다. 헌법재판 제도를 구비하고 있는 헌법으로서 기본법은 헌법기관들이 헌법재판소의 선고에 순응하여 장래 憲法合致의으

로 행동하리란 것을 期待할 수 있는 것이다. (이 문제는 논란의 대상이 된 1995년 5월의 “십자가결기(Kruzifix)결정”에서 일반적인 형태로 현실화된다).

## 2. 규범통제절차에서의 결정선고

추상적·구체적 규범통제 및 법률에 대한 헌법소원을 규율하고 있는 개별규정들에 따르면 연방헌법재판소는 기본법에 반하는 규범을 無效로 宣言하여야 한다(연방헌법재판소법 제78조 제1문, 제82조 제1항, 제95조 제3항 제1문). 규범통제에 관한 결정은 연방법률공보(BGBl.)에 공표하여야 하며, 일반적으로 羈束力 및 法律的 效力을 가지게 된다(연방헌법재판소법 제31조). 연방헌법재판소는 시간이 흐르는 동안에 規範의 憲法違反狀況에 대처하기 위한 다양한 수단들을 발전시켜 왔다.

a) 위헌법률은 소급적으로 당연히 무효(ex tunc-u. ipso iure-Nichtigkeit)가 됨이 원칙이다.<sup>24)</sup> 하지만 部分無效(Teilnichtigkeit)가 선고될 수도 있다. 이러한 무효선언의 효과는 연방헌법재판소법 제79조가 규정하고 있다(예컨대 형사소송에 대한 再審이 가능할 수 있다).

b) 연방헌법재판소에 의해 창조된 變形決定, 즉 “위헌적 규범에 대한 단순한 불합치선언”은 無效宣言으로 인해 초래되는 가혹한 결과를 완화하기 위한 목적을 띠고 있다. “평등원칙에 반하는 受惠排除”에 관한 사례들(BVerfGE 33, 303 [349]), 經過期間(Übergangsfrist)을 승인한 사례들(예컨대 BVerfGE 73, 40), 立法不作爲에 대한 위헌선언

---

24) 문헌들 가운데서 K. Schlaich, aaO., S.219ff.

사례들(예컨대 BVerfGE 68, 155; 79, 256 [274])에서, 연방헌법재판소는 다투어지고 있는 규범이 기본법과 不尙致한다는 점만을 선언하고 있을 뿐이다. 한편 불합치선언의 效果는 다양하게 나타난다. 즉 연방헌법재판소는 當該事件 및 並行事件에 대한 절차를 中止시키거나(예컨대 BVerfGE 52, 369 [379]), 위헌규범에 대한 適用中止命令 또는 暫定適用命令을 내리기도 하며(예컨대 BVerfGE 33, 303 [395]; 83, 130), 혹은 立法者에 대해 위헌적 상태를 제거할 義務를 부과하기도 한다(예컨대 BVerfGE 32, 189 [221]; 86, 369 [379 이하]). 이 모든 점에 비추어 볼 때 연방헌법재판소는 가능한 한 혁신적이고자 했고, 또 적극적인 형성의 역할을 다해왔다. 어쨌든 法的 安定性의 관점에서 볼 때 이와 같은 판례의 태도에는 法的 根據가 마련되어야만 할 것이다.

c) 변형결정의 하나로서 “아직은 합헌인 법률”(“촉구결정”)

연방헌법재판소가 無效宣言을 회피하기 위해 실무를 통해 발전시켜 온 또 하나의 형식은 법률이 “아직은” 합헌(noch verfassungsmäßig)이라고 확인하는 결정유형이다. 이러한 결정유형은 입법자로 하여금 완전히 합헌적인 상태를 회복하기 위하여 혹은 장애에 닥쳐올 위헌상태를 예방하기 위하여 활동을 개시하도록 促求하는 의미를 담고 있다. 이러한 유형의 판례에 해당하는 대표적인 사례로는 1955년의 자아르協約(Saarstatut)판결(BVerfGE 4, 157)과 1963년의 選舉區획정결정(BVerfGE 16, 130)을 들 수 있다. 연방헌법재판소는 그와 같은 “촉구(Appell)결정들”(W. Rupp-von-Brünneck)에서 “立法改善義務”(Nachbesserungsvorbehalt)를 명시하기도 한다. 즉 입법자는 “아직은” 합헌인 법률을 “지속적으로 관찰하고 필요한 경우 사후개선”작업을 행하여야 한다(BVerfGE 87, 348 [358]; 또한 BVerfGE 65, 1 [55]를 볼 것)고 판시하고 있다. 이와 같은 유형의 결정에서는 기

본적으로 시간적 흐름을 고려하는 입장이 등장함을 볼 수 있으며, 또한 고유한 司法的 決定이 지닌 政治的 效果를 함께 고려하라는 요청이 내재되어 있다.

d) 연방헌법재판소가 법률의 무효선언 또는 불합치선언이 가져올 엄격한 결과를 회피하고, (민주적 정당성을 갖춘) 입법자에 대해 機能法的 측면에서 “優先權”(Vorhand)을 인정하는 것을 가능하게 하는 마지막 방법으로 법률의 “헌법합치적 해석”(verfassungskonforme Auslegung)이 있다. 憲法合致的 해석은 스위스 연방법원은 물론 미합중국에서도 알려져 있으며, 이미 연방헌법재판소 출범초기의 개척시대부터 등장하고 있는 해석방법으로(BVerfGE 2, 266 [282] 참조), 후에 다음과 같은 命題로 정착되었다(BVerfGE 64, 229 [242]; 또한 74, 297 [344 이하] 참조) : “하나의 규범에 대해 部分的으로는 違憲, 部分的으로는 合憲인 결과에 이르게 되는 복수의 해석이 가능한 경우에는, 그 규범은 합헌적인 것으로서 헌법합치적으로 해석되어야 한다.”

## VIII. 연방헌법재판소결정의 實效성에 대한 보장

### 1. 假處分과 執行命令 (연방헌법재판소법 제32조, 제35조)

연방헌법재판소법 제32조 제1항에 따라 연방헌법재판소는 “爭訟事件에 있어 중대한 불이익을 방지하기 위해, 임박한 폭력을 저지하기 위해 또는 공공복리를 위한 또 다른 사유로부터 긴급히 요청되는 경우에는 假處分(einstweilige Anordnung)을 통해 사태를 暫定的으로 規律할 수 있다.” 이 규정은 공공복리를 가처분의 요건으로 규정한 것이며, 따라서 이러한 요건은 그 핵심에 있어 “一般的 法原則”을



의미하는 것이므로, 명문의 규정유무를 불문하고 모든 헌법재판소에 대해 적용될 수 있는 원칙이다.<sup>25)</sup> 확립된 판례에 따른 경우, 연방헌법재판소는 “假處分을 명하지 않았지만, 그럼에도 불구하고 다투어지고 있는 조치가 이후의 절차에서 위헌으로 선언될 경우에 발생하게 될 結果와 다투어지고 있는 규정에 대해 잠정적으로 그 적용을 중지시킴으로써 발생하게 될 不利益”을 衡量한다(BVerfGE 12, 276 [279]; 64, 67 [70]). 연방헌법재판소는, 事案別로 충분한 고려를 거쳐, 假處分이 가능한 영역을 매우 넓게 인정하고 있다(최근의 BVerfGE 91, 70). 예컨대 가처분은 落胎에 관한 改正법률규정의 효력을 暫定的으로 停止시키는 것(BVerfGE 37, 324)에서부터 支邦議會에서 의석을 갖지 못한 政黨의 제1순위 후보자를 텔레비전방송에 參與하도록 하는 것(BVerfGE 82, 54)에까지 이르고 있다.

연방헌법재판소법 제35조에 따라 연방헌법재판소는 “그 결정에서 결정을 執行할 者를 결정할 수 있고, 구체적인 경우에 執行의 方法까지도 정할 수 있다.” 이러한 권한 역시 헌법재판소의 決定權能을 보장하기 위한 것이다. 이를 통해 연방헌법재판소는 사실상 “執行의 주재자”가 되어 왔다. 연방헌법재판소는 스스로를 “헌법의 守護者로 임명된 최고 재판소”라 천명하고 있다(BVerfGE 6, 300 [304]). 실무의 구체적인 예는 BVerfGE 48, 127 [184] 또는 BVerfGE 39, 1(낙태판례)에서 볼 수 있다.

## 2. 연방헌법재판소결정의 기속력 (특히 연방헌법재판소법 제31조)

이 테마는 일견 보기에 오로지 法技術的인 의미만을 지니는 것처럼

---

25) 최근의 예로서 das Türkische Verfassungsgericht, EuGRZ 1994, S.602ff. 참조.

럼 보인다. 그러나 이론적으로 볼 때 이 테마의 배후에는 헌법재판에 있어서의 原則的인 問題들, 예컨대 헌법재판소의 권위 및 조정능력, 헌법해석의 영향력, “시간의 흐름 속에서” 헌법을 실현함에 있어 헌법재판소가 수행하는 역할, 나아가 헌법재판과 다른 헌법기관간의 관계 등과 같은 원칙적 문제들이 잠복해 있다.

a) 형식적 既判力과 실질적 既判力

연방헌법재판소의 결정은 그 선고와 더불어 形式的 既判力(formelle Rechtskraft), 즉 재판소 자신에 대한 不可變力과 不可爭力을 갖추게 된다. 또한 (당사자 사이에) 實質的 既判力(materielle Rechtskraft)도 발생하게 되며, 이것은 법적 안정성을 확보하는 데 기여한다. 결정의 전제가 된 사실관계가 결정시점과 비교해 變化되었을 경우에는 既判力도 종료된다(BVerfGE 33, 199 [203] 참조). 예컨대 사실관계의 변화가 초래된 경우 正規法院은 기본법 제100조 제1항에 따른 提請을 새롭게 할 수 있다(BVerfGE 82, 198 [205]). 헌법을 開放的 過程으로 이해하는 기초에 입각할 경우 일반적 법관념이 변화된 경우에도 같은 결과를 인정하여야 한다.

b) 연방헌법재판소법 제31조 제1항, 제2항에 따른 기속력

연방헌법재판소법 제31조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다: “연방헌법재판소의 결정은 聯邦과 支邦의 헌법기관 및 모든 법원과 행정기관을 羈束한다.” 이 규정은 既判力의 人的 範圍를 확장시키고 있으며, “헌법기관”으로서 연방헌법재판소가 가지는 높은 지위를 표현하는 것이기도 하다. 한편 연방헌법재판소의 양 재판부 상호간에는 법규범에 대한 무효선언이 내려질 경우에 입법자에 대해 이른바 “規範反復禁止”원칙이 적용되는지를 두고 見解의 不一致를 보이고 있다(BVerfGE 69, 112 [115]; 77, 84 [103 이하] 참조). 國家와 社會

내에서 볼 수 있는 오늘날의 변화를 감안할 때 입법자의 形成力에 일정한 여지를 인정하여야 할 것이며, 결과적으로 입법자가 새로운 規律을 행하는 것은 許容된다 할 것이다. 이는 특히 헌법재판소 역시 이러한 방법을 통해 스스로를 교정할 수 있는 기회를 가지게 되기 때문이기도 하다. — 연방헌법재판소법 제31조 제1항의 羈束力이 決定主文(Tenor)에만 미치는가 아니면 “主要한 理由”(tragende Gründe)에까지도 미치는가에 대한 논쟁 역시 위와 동일한 開放性사고에 따라 결정되어야 할 것이다. 연방헌법재판소는 의식적으로 자신의 機能이 “헌법의 규준적 解釋者이자 守護者”로서 행하는 것임을 지적함으로써 後者의 입장을 따르고 있다(BVerfGE 40, 88 [93]). 이 글에서 주장되고 있는 節次的, 動態的 憲法觀에 비추어 볼 때 그와 같이 主要한 理由를 “規範化”하려는 태도는 거부되어야 한다. 기속력을 主要한 理由에까지 확대시킨다면, “법적 대화”에 장애가 초래되고, 다른 법원들로 하여금 다른 헌법해석에 이를 수 있도록 하는 용기를 상실시키는 결과가 초래될 것이며, 나아가 少數意見이 가지는 改革的 힘도 멈추게 될 것이다. 헌법해석자들의 개방사회는 적어도 부분적으로는 “폐쇄”되어 버릴 것이다.<sup>26)</sup>

연방헌법재판소법 제31조 제2항 제1문에 따라 추상적·구체적 規範統制절차, 國際法確認절차(기본법 제100조 제2항) 및 憲法訴願절차에서 내려진 연방헌법재판소의 결정(헌법재판소가 “법률을 기본법과 합치 혹은 불합치하는 것으로 선언하거나 무효로 선언하는 경우”)은 “法律的效力”(Gesetzeskraft)을 가진다. 따라서 그와 같이 법률적 효력을 갖는 결정은 연방법무장관에 의해 연방법률공보에 공표되어야 한다(같은 제3문). 이를 통해 이제 羈束力은 모든 국가기관을 넘어서 모든 국민에게까지(對世的으로) 확장된다. 연방헌법재판소가 부분적

26) 논쟁의 현황에 대해서는, K. Schlaich, aaO., S.277ff. 및 E. Benda/E. Klein, aaO., S.513ff.; A. Rincken, AK GG, Art. 94 Rd.Nr. 66-71.

으로나마 “消極的 立法者”로서 행하는 역할이 이미 여기에서 그 形式을 갖추고 있음을 알 수 있다.

### 詳論：地方自治團體헌법소원

기본법 제93조 제1항 제4b호, 연방헌법재판소법 제13조 제8a호, 제91조에 따라 지방자치단체 또는 지방자치단체組合은 聯邦 또는 支邦의 법률(또는 법규명령)이 기본법 제28조에서 보장하고 있는 自治行政權을 침해하고 있다는 주장으로 이른바 “地方自治團體憲法訴願”을 제기할 수 있다(최근의 BVerfGE 91, 228). 이와 같은 소송유형을 통해 지방자치단체들은 예컨대 計劃高權에 대한 법률적 제한(BVerfGE 56, 298), 자의적인 名稱變更(BVerfGE 59, 216)을 상대로 효과적인 방어에 성공하기도 하였다. 그러나 區域改編에 반대하는 소송에서는 지방자치단체들이 승소하지 못하고 있는데, BVerfGE 50, 50에 따를 경우 地方自治團體는 “主觀的으로가 아니라 制度的으로만” 보장되는 것이라고 한다.

학설상 지방자치단체헌법소원은 부분적으로 憲法訴願이고, 부분적으로 抽象的 規範統制이며, 또한 부분적으로는 獨自的인 制度로 간주되고 있다. 기본법은 이를 “헌법소원”이라 지칭하고 있다. 역사적으로도 많은 사실들이 이를 입증하고 있다. 프랑크푸르트 파울스키르헤憲法(1849)은 지방자치단체의 보호를 제6장 “독일국민의 基本權”編에 규정하고 있었다. 즉 제184조는 모든 지방자치단체에 대해 특히 “지방자치단체의 조직을 위한 基本權”으로서 “대표자 및 대리인의 選出”, “지방자치단체 所管事務에 대한 自治行政” 및 “원칙으로서 審議의 公開性”을 보장하고 있다. 오늘날 지방자치행정의 보장은, 지역차원에서, 조직된 시민자유의 본질적 요소를 이루고 있다. 최근에 自治行政을 강화하는 방향에서 기본법이 개정되었다(제28조 제2

항 제3문 : “자치행정의 보장은 財政에 관한 자기책임적 기반까지도 포함한다”). 유럽 차원에서 유럽지방자치憲章(1985)을 통해 시민의 자유나 민주주의에 있어 자치행정이 갖는 중요성이 소유권에 대해 널리 알려진 바 있다. 곧잘 인용되는 “시민의 유럽”은 자치단체와 지역분권의 유럽을 그 생명으로 한다. 地方自治團體 憲法訴訟은 그 형식이나 실질에 비추어 독일의 憲法訴訟法에서 충분히 평가받을 만한 가치를 지니고 있다.

## IX. 緊急事態 하에서의 연방헌법재판소

1949년 제정된 기본법은 1968년에 이르러 마침내 緊急事態에 관한 광범위한 규정들을 도입하였다. 1919년 바이마르공화국憲法 제48조와 같이 “라이히大統領의 독재권한”에 관한 一般條項과는 반대로, 기본법 전반에 걸쳐 다수의 구체적 규정들이 도입되었다. 그에 따르면 대외적 긴급사태(예컨대 기본법 제115a조의 “防衛事態” 및 제80a조 제1항의 “緊張사태”)와 국내적 긴급사태(기본법 제35조 제2항 및 제3항, 제91조)가 구별된다. 緊急事態의 濫用을 방지하기 위한 제도에는 법률이 정한 기관에 의한 政治的 統制 외에도 연방헌법재판소에 의한 사법적 統制도 존재한다. 기본법 제115g조 제1문은 다음과 같이 규정하고 있다 : “연방헌법재판소 및 그 재판관의 헌법적 地位와 헌법적 課題의 履行은 침해되어서는 아니된다.” 따라서 예컨대 연방헌법재판소가 防衛事態시에 소집되는 共同委員會(기본법 제53a조)가 제정하는 법률에 의해 변경되는 경우라 할지라도 그것은 연방헌법재판소의 見解와 一致할 경우에만 허용된다(기본법 제115g조 제2문). 사실 방위사태에 관한 규정들은 아주 광범위한 것들이어서 비상사태가 발생한 경우 헌법재판소에 의한 統制가 어느 정도로 강력할 것인가는 불확실하다. 그럼에도 불구하고 기본법 제115g조에는 聯

邦憲法裁判所가 전체 基本法體系 내에서 얼마나 優越的 地位를 점하고 있는지가 다시 한번 표현되고 있다. 이 규정에 따르면 헌법재판소를 “헌법의 수호자”라 부르는 것도 정당화될 수 있을 것이다. 이 경우 比例性原則이 “最終的” 통제기준이자 최우선적 통제기준이다.

## 餘論：改革에 관한 논의

### 1. 개 관

“多元主義憲法”의 발전과정이 언제나 그리하듯이 헌법재판소 또한 개혁의 능력을 갖추고 있어야만 한다. 현재와 같은 입헌국가의 발전단계에서 볼 때 개혁에 대한 능력은 입헌국가가 “시험”에 견디어 나갈 수 있는 조건에 해당한다. 立憲國家는 “守護”되어야 하는 것이지만, - 필요하다면 - 改革의 必要性에 현명하게 대처할 수도 있어야 한다. 환경보호라는 측면에서 國家目的條項의 進歩的 記述(예컨대 기본법 제20a조), 개별국가들에서 볼 수 있는 바와 같이 효과적인 地方分權主義를 감행해야 할 필요성(예컨대 이탈리아와 프랑스), 基本權分野에서 새롭게 전개되고 있는 주제와 차원들, 예컨대 장애자의 보호(작센-안할트헌법 제38조, 기본법 제3조 제3항 제2문), 尊嚴死(예컨대 브란덴부르크헌법 제8조 제1항) 및 “能動的 節次의 地位”<sup>27)</sup>라는 의미에서 조직과 절차를 통한 基本權保護의 擴大 등에서 이를 알 수 있다. 독일연방헌법재판소는 이미 수 차례에 걸쳐 改革의 대상이 된 바 있으며, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

헌법재판관 定數의 축소(각 裁判部당 12인에서 8명으로 축소,

---

27) 이에 대해서는 P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43 (86ff., 121ff.); 이 견해가 채택된 판례로서, BVerfGE 53, 69 (80) Simon/Heußner의 소수의견; 문헌들 가운데서 또한 K. Hesse, Grundzüge, aaO., Rd.Nr. 358ff.

1956년 제1차 연방헌법재판소법개정법률),

중진의 연방헌법재판소가 행사하던 諮問權限의 폐지(폐지된 규정인 舊 연방헌법재판소법 제97조),

少數意見制의 명시적 도입(연방헌법재판소법 제30조 제2항),

헌법次元에서 헌법소원제도의 정착(기본법 제93조 제1항 제4a호),

審判回附節次의 도입(연방헌법재판소법 제93a조 내지 제93d조)

재판관의 선출에 대한 개혁논의는 이미 여러 차례 제기된 바 있다.<sup>28)</sup> 헌법재판이 전체 체계 내에서 政治的 過程의 부분절차로서 정치적 기능 까지도 수행한다는 점에서부터 출발한다면,<sup>29)</sup> 裁判官의 選出은 “최선의 사회적(多元的) 參與와 代表性的 保障”에 기여하는 것이어야 한다. 연방헌법재판소의 결정이 갖는 정치적 比重을 고려할 때 어쨌든 “다원주의 헌법”의 전체체계 내에서 일정한 “정치적 연계”가 불가피하게 요구된다. 이것은 현재 사실상으로 행해지고 있는 바와 같은 현상, 즉 政黨이 “당연한 것으로 요구하고 있는 재판관선출에 있어서의 몫”을 주장할 수 있는 權利를 부정하는 것을 의미한다. 바로 이런 이유 때문에 改革이 요구되는 것이다.

改革論議가 전개되고 있는 또 하나의 主題는 포괄적인 추상적 규범통제(기본법 제93조 제1항)의 폐지에 관한 문제이다.<sup>30)</sup> 이러한 문제가 제기되는 이유는 추상적 규범통제의 경우 헌법재판소가 전문법원의 事前 解明이라는 하등의 濾過過程도 거치지 아니한 상태의 立法爭訟을 “중간 단계나 일정한 거리를 두지 아니한 상태에서” 직접 취급하게 된다는 점 때문이다. 하지만 일련의 중요한 決定들, 즉 基本權(BVerfGE 69, 1 - 기본법 제4조 제3항에 따른 병역거부)은 물론 聯邦制度(BVerfGE 86, 148 - 기본법 제107조 제2항에 따른 支邦間

28) 이에 대해서는 K. Schlaich, aaO., S.32ff; Benda/Klein, aaO., S.41f.

29) 가령 P. Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S.4, 24.

30) 예컨대 A. Rinke, Alternativ-Kommentar GG, aaO., vor Art. 93, Rd.Nr. 132 참조.

재정조정)에 관한 일련의 결정들이 곧 제93조 제1항 제2호의 절차유형을 통해 내려졌기 때문에, 많은 사람들이 抽象的 規範統制의 존속에 대해 찬성하고 있다. 그러나 연방헌법재판소는 “상설 代替立法者”가 되지 않기 위해 이러한 권한을 예컨대 헌법합치적 해석(BVerfGE 69, 1 [55] 참조)의 방법을 통해 “自制的으로”(restraint) 행사하거나 혹은 자신의 권한의 機能法的 한계를 고려할 수는 있다.

## 2. 특히 헌법소원영역에 있어서의 改革

이에 대해서는 이미 일련의 “개혁의 역사”가 존재하고 있으며, 무엇보다 연방헌법재판소를 溺死시킬 정도로 헌법소원사건이 폭주하고 있는 상황 때문에 지속적으로 개혁에 대한 주장이 제기되어 왔다. 연방헌법재판소를 업무과중으로부터 보호하고, 사건의 지나친 폭주를 “選別裝置”를 통해 통제하기 위해서 헌법소원절차는 지속적으로 개혁의 대상이 되어왔다(예컨대 1956년, 최근의 1993년). 또한 때때로 지나치게 長期에 걸친 審理期間이나 節次的 透明性の 缺如 등도 비판되고 있으며, 辯論의 확대가 요구되기도 한다(연방헌법재판소법 제94조 제5항 제2문 참조). 때로는 미합중국 연방대법원의 “廢棄리스트”(Dead Liste)에 의한 이송명령제도와 같은 自由로운 審判回附節次的 導入을 요구하거나 혹은 특정한 訴訟非難(Prozeßbrüge)의 폐지 내지 憲法訴願 一般의 폐지가 거론되기도 한다. 그러나 진술한 바와 같이 헌법소원이 갖는 통합기능 내지 교육기능을 고려할 때, 또한 “시민법정”으로서 연방헌법재판소가 행사하는 法繼續形成의 과제를 위해서도, 미합중국법에 접근하라고 지나치게 재촉해서는 아니 될 것이다. 現行憲法에 의할 경우 憲法訴願은 기본권에 準하는(grundrechtsgleich) 訴訟上的 權利이며, 따라서 이 권리는 기본법 제94조 제2항에 따라 임의로 부여하거나 혹은 부정할 수 있는 권리



가 아니다. 더욱이 독일의 경우 헌법소원은 입헌국가의 현재적 발전단계에서 나타나고 있는 핵심적 제도(essentielle Institut)인 것이다. 그것은 法治國家의 民主主義를 추구하는 獨逸 聯邦共和國이 결코 포기할 수 없는 자명한 제도에 속하는 것이다.

## 제4부 : 유럽차원의 초국가적 기본권보호체계에 있어 독일의 헌법소원

### I. 개관 : “유럽차원의 입헌국가”, “전유럽헌법”

유럽의 통합은 “그 속도에 있어 다양하게” 진행되고 있으며, 통합의 “진지성”(Intensität) 또한 상이하다. 협의의 의미에 있어서의 유럽법인 유럽연합 내지 유럽공동체의 “헌법” 및 광의의 의미에 있어서의 유럽法, 즉 유럽평의회의 유럽인권협약(EMRK)에서부터 보다 느슨한 단계의 유럽안전협력기구(OSZE-Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa)에까지 이르고 있는 유럽法은 복잡한 權利保護體系를 형성해 왔으며, 이러한 체계는 양대 “유럽 헌법재판소”에 해당하는 룩셈부르크의 유럽법원(EuGH)과 슈트라스부르크의 유럽인권법원(EGMR)의 커다란 영향을 받으면서 그 절정을 맞고 있다. 이 모든 裁判作用을 내용적, 기능적으로 상호 調整하는 것 역시 마찬가지로 어렵다. 무엇보다 “國家的 헌법과 헌법재판소의 유럽화”가 진행되고 있는 상황에서, “평가적” 法比較를 통해 획득된 유럽공통의<sup>31)</sup> 法思想을 創造하고 繼受하는 복잡한 과정이 전개되고 있다. 예컨대 基本權은 “회원국가들 공동의 헌법전통”으로부터 “유럽공동체법의 一般原則”으로 발전하였으며(유럽법원의 일관된 판례,

31) 이에 대해서는, P. Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, S.261ff.; 또한, in: Revista de Estudios Politicos 79 (1993), S.67ff.

또한 1992년의 마스트리히트(Maastricht)조약 제F조 제2항 참조), “유럽 공법”(ordre public européen)이 긍정되기도 하며(유럽인권법원이 그러하다), 또한 國家的 헌법재판소들은 비록 같은 유럽권내에 속한 것이기는 하지만 “他國의” 헌법조문이나 헌법재판소의 관례 및 “중요한” 문헌들을 - 나아가 다른 재판소의 少數意見에 이르기까지 - 인용·계수하고 있다. 이와 같이 유럽공통의 혹은 국가적인 法原則이나 法執行이 복잡하게 상호 연계되고 있는 현상은 오늘날 유럽이 보이고 있는 분주한 法形成過程에 해당한다. 이것은 특히 1989년 이후에 동유럽이 “뒤늦은 혁명”(J. Habermas)을 통해, 단순히 계수적-수동적 태도에 그치고 있는 것이 아니라 적극적으로 그러한 과정에 편입되고 있기 때문에 더욱 그러하다. 유럽의 “學問共同體”와 더불어 국가적 및 초국가적 憲法裁判所들은 그와 같은 현상을 촉진하는 역할을 담당하고 있다.

유럽의 경우 國家的 헌법재판은 결코 더 이상 “단순히 국가적인” 것으로만 이해될 수 없으며, 그것은 처음부터 “유럽적인” 것이다. 그에 따라 그 책임도 커지고 있다. 특히 독일연방헌법재판소는 이미 憲法次元에서 유럽人權協約을 인용해 왔으며(BVerfGE 31, 58 [67 이하]; 71, 206 [216 이하]; 74, 358 [370]), 유럽人權法院의 결정을 참조하거나 比較法的 研究를 진행시켜 오고 있다. 스위스는 - 주지하다시피 유럽연합의 회원국이 아니고, 더욱이 유럽인권협약의 체결국이 아님에도 불구하고! - 유럽인권협약을 이미 처음부터 헌법차원의 것으로 보고 있다. “유럽法律家”는 점차 피할 수 없는 것이 되고 있다. 넓은 의미에서 (심급을 불문하고) 모든 國家的 法院은 또한 “유럽法院”이기도 하다.

## II. 연방헌법재판소와 양대 유럽헌법재판소인 유럽법원 및 유럽 인권법원의 관계

### 1. 연방헌법재판소와 유럽법원

연방헌법재판소는 독일영역 내에서 “최고의 국가적 法院”이다. 그러나 유럽공동체법의 문제들에 있어서는, 유럽法院이 유럽共同體法の 解釋과 效力에 관해 결정하는 한에 있어서는, 다른 모든 법원과 마찬가지로 유럽法院에 從屬된다.<sup>32)</sup> 두 법원의 管轄權 상호간의 관계는 명확하다. 즉 국가적 법원의 提請이 있을 경우 유럽共同體設立條約 제177조에 의한 事前節次(Vorabentscheidungsverfahren)에 따라 (유럽연합에 있어 司法的 統一性を 보장할 임무를 띠고 있는) 유럽法院이 심판한다. 연방헌법재판소 또한 이러한 기능을 수행하는 유럽법원을 기본법 제101조 제1항 제2문이 의미하는 “法律이 정한 法官”으로 인정하고 있다(BVerfGE 73, 339 [366]; 82, 159). 事前節次를 통해 유럽法院이 내린 판결의 羈束力도 긍정되고 있다(BVerfGE 45, 142 [162]; 75, 223 [234]).

하지만 연방헌법재판소가 유럽共同體法 규정에 대한 유럽法院의 解釋을 어느 정도까지 기본법에 따라 판단할 수 있는가의 문제는 어려운 문제로서 또한 다투어지고 있는 문제이기도 하다. 이 문제는 이미 이 논문에서는 다 설명하기 어려운 오랜 “變遷史”를 지니고 있다. 변천의 역사는 1974년의 “제1차 조건부결정”(Solange I - Beschluß, BVerfGE 37, 271)의 단계를 거쳐 1986년의 “제2차 조건부결정”(Solange II - Beschluß, 판례집 73, 339)의 단계로 진행하였다. 前

32) 연방헌법재판소와 유럽법원의 관계에 대해서는, K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3.Aufl. 1994, S.22ff.

者에 따를 경우, 연방헌법재판소가 기본법 제100조 제1항의 절차에 따라 2차적인 유럽공동체법에 대한 통제를 행할 수 있는 경우는 “유럽共同體 내에서 충분한 기본권보호가 보장되고 있지 아니하는 한(solange)”에서만 그러하다고 한다. 後者에 따르면, 유럽法院이 基本法상 불가결한 것으로 요청되고 있는 기본권보호와 본질적으로 同一視될 수 있는 효과적 기본권보호를 一般的으로 保障하는 “한” (solange), 연방헌법재판소는 파생적 유럽共同體法(abgeleitetes Gemeinschaftsrecht)의 적용가능성에 대해 더 이상 裁判權을 행사하지 아니한다. 그후로 독일의 학설은 거의 일치된 견해로서 다음과 같은 合意, 즉 연방헌법재판소는 이제 그 어떤 절차에 의해서도 유럽聯合의 개별규범이나 유럽法院의 결정을 獨逸基本權을 그 기준으로 하여 심사할 權限을 보유하지 아니한다는 합의에 도달하였다. 그에 반해 1993년의 마스트리히트(Maastricht)판결(BVerfGE 89, 155)은 특히 聯邦憲法裁判所와 유럽法院의 “협력관계”, 즉 “유럽법원은 기본권보호를 구체적인 모든 경우에 유럽공동체의 全영역을 위해 보장하고”, 그에 따라 연방헌법재판소는 “불가결한 표준적 기본권의 일반적 보장에 국한할 수 있다”는 양자간의 협력관계를 拒否함으로써 논란을 야기하였다. 이와 같이 유럽法에 非友好的인 연방헌법재판소의 判決에 대해서는 독일 내에서 격렬한 批判이 제기되었을 뿐만 아니라 미합중국으로부터도 “國家를 모든 것의 優位에 두는 것”(“Der Staat über alles”, J. Weiler)<sup>33)</sup>이라는 비난을 받았다. 다행히 연방헌법재판소의 결정들이란 단지 形式的으로만 “최종적 결론”(letztes Wort)이라는 점이다. 실질적으로 볼 때 學問이나 일반여론은, 특히 오늘날의 유럽에서는, “다수의 최종결론들”(letzte Worte), 따라서 차라리 결코 “최종결론이라 할 수 없는 최종결론들”을 곧잘 내린다. 헌법은 開放的

33) J. Weiler, Der Staat “über alles”. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: JöR 44 (1996), S. 91ff.

過程이며, 그것은 연방헌법재판소의 決定들을 중간에 교정할 수 있다는 점에서도 그러하다. “진통적인 국민국가”의 현재적 발전단계로서의 “유럽 입헌국가”는, 국가적 헌법재판소가 유럽연합을 단순한 “국가연맹”(Staatenverbund)으로 이해함으로써 回顧的 국가법이론만을 추구하고자 하는 경우에, 국가적 헌법재판소를 상대화시키는 역할을 한다.

## 2. 연방헌법재판소와 유럽인권법원

연방헌법재판소가 유럽人權協約상의 원칙들을 자신의 憲法解釋에 반영시키고 있는 것은 바람직한 현상이다(특히 64, 135 [157]; 74, 102 [128]; 358 [370] 참조). 연방헌법재판소와 유럽인권협약상의 권리보호체계 간의 形式的 關係가 문제되는 경우, 여기에서 그 基準으로 다음과 같은 점이 언급되어야 할 것이다. 즉 연방헌법재판소 역시 이제는 “자신 위에” 또 다른 審級들이 존재하고 있음을 자각하고 또 이를 受認하여야 한다는 점이다. 현재까지 유럽인권협약의 침해를 이유로 제소할 수 있는 세 개의 審級이 있다. 즉 유럽人權委員會와 유럽人權法院 및 유럽評議會 閣僚委員會(Minister komitee des Europarates)가 그것이다.<sup>34)</sup> 하지만 이러한 권리체계에 대해서는 현재 개혁을 위한 논의가 진행되고 있으므로 그 구체적인 문제들에 대해서는 다룰 수 없다. 다만 지금까지 개별 訴願請求人이 처해왔던 상대적으로 약한 지위를 보다 강화해야 한다는 주장에는 동의할 수 있다. 자기비판이라는 측면에서, 독일이 여러 차례 유럽人權協約을 침해한 것에 대한 責任이 있었다는 사실(Buchholz 사건, Wemhoff 사건<sup>35)</sup>)에 대해서도 침묵할 수 없다.

34) 유럽인권협약에 의한 절차에 대해서는, C. Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 3.Aufl. 1991, S.662ff.

35) 유럽인권협약 제6조 제1항의 침해사례들 : Buchholz 사건(1981, EuGRZ [1981] S.490ff.) 및 Wemhoff 사건(1968, Entscheidungen des EGMR Bd.1 [1970] S.108ff.).

모든 國家的 憲法裁判所와 유럽 憲法裁判所 상호간에 모든 면에서 유익한 協力關係가 이루어지고, 또 그 노력이 지속되어야 할 것이다. “유럽의 입헌국가”는 憲法裁判所와 유럽法院이라는 두 類型의 사법기관에 동일하게 의존하고 있다. 그러한 점에서 유럽은 세계의 다른 지역에 대한 모델로서의 성격을 지닌다 할 것이다. 라틴아메리카의 헌법재판소들은 장래 유럽과 유사하게 “그들 공통의 것을 함께 발전시켜 나갈 수 있을 것이다.” 일견 멀리 떨어져 있는 유럽의 시각에서 보더라도, 이 책 (“要論”)에서 볼 수 있는 바와 같이, 學問共同體들이 內的 類似性을 통해 여기 저기에서 서로 근접해가고 있는 현상을 볼 수 있다.

## 參考文獻

- Benda, Ernst/Klein, Eckhardt, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991
- Brünneck von, Alexander, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, 1992
- Cardoso da Costa, José Manuel, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen - Generalbericht für die VII. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, EuGRZ 1988, S.236ff.
- Chryssogonos, Kostas, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, 1987
- Ebsen, Ingwer, Das Bundesverfassungsrecht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985
- Geck, Wilhelm Karl, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, 1986
- Gusy, Christoph, Die Verfassungsbeschwerde, Voraussetzungen und Verfahren, 1988
- Häberle, Peter (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976
- , Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979
  - , Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978 (2. Aufl. 1996)
  - , Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, DÖV 1986, S.830ff.
  - , Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982
- Hesse, Konrad, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Hans Huber, 1981, S.261ff.
- , Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, FS

- E.G.Mahrenholz, 1994, S. 541ff.
- , Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl. 1995
- Kaufmann, Erich/Drath, Martin, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1952), S.1ff. und 17ff.
- Korinek, Karl/Müller, Jörg Paul/Schlaich, Klaus, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981) S.7ff.
- Lauer, Heinz, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968
- Leibholz, Gerhard, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S.80ff.
- Löwer, Wolfgang, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, HdBStR Bd.II 1987, S.737ff.
- Pestalozza, Christian, Verfassungsprozeßrecht, 3.Aufl. 1991
- Rinken, Alfred, Vorbemerkung zu Art. 93 und 94, in: Alternativ-Kommentar Grundgesetz, Bd.2, 2.Aufl. 1989
- Roellecke, Gerd, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, HdBStR Bd.II, 1987, S.665ff.
- Roth, Wolfgang, Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, JöR 121 (1996), S. 544ff.
- Schlaich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht, 3.Aufl. 1994
- Schneider, Hans-Peter, Richter oder Schlichter?, Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor, Festschrift für W.



- Zeidler, 1987, S. 293ff.
- Simon, Helmut, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: HdbVerfR, 2.Aufl. 1994, S. 1637ff.
- Starck, Christian (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1. und 2. Band, 1976
- Starck, Christian/Stern, Klaus (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, 1983
- Starck, Christian/Weber, Albrecht (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 2 Bände 1986
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II 1980, S.330ff.
- , Der Status des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957) S.109ff.
- Triepel, Heinrich/Kelsen, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S.2ff. und 30ff.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas (Hrsg.), Bundesverfassungsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1992
- Würkner, Joachim, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, 1994
- Zuck, Rüdiger, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2.Aufl. 1988