

표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호

박 용 상

헌법재판소 사무처장

- 목 차 -

I. 서론	9
1. 성표현의 현상과 인식의 괴리	9
2. 성표현에 대한 현행법상의 규제 개관	11
3. 성표현에 대한 사법적인 취급의 경과	15
II. 성표현의 자유에 대한 제한 - 음란규제법제 개관	17
1. 성 및 음란 개념에 관한 법적 인식	17
가. 보수주의적 입장	18
나. 자유주의적 입장	19
다. 여성주의적 입장	22
라. 소결	26
2. 음란규제법제의 입법례	27
가. 서론	27
나. 공공의 도덕을 보호하는 입법례	28
다. 청소년 보호만을 목적으로 하는 입법례	30
라. 실증적인 다원적 법익을 보호하는 입법례	31
마. 종합	34

Ⅲ. 음란의 개념과 판단기준	35
1. 서	35
2. 미국 판례의 변천	36
가. 서론	36
나. 로스기준 (1957)	38
다. 밀러 기준(1973)	44
라. 음란규제 반대론의 법리적 주장	49
마. 밀러 기준 이후의 동향	54
3. 독일의 입법과 판례	57
가. 연혁	57
나. 현행법상의 음란 규제	59
다. 판례 및 학설	60
4. 일본 판례의 경향	67
가. ‘채털리부인’ 사건 기준(1957)	67
나. ‘악덕의 영광’ 사건 - 전체적 고찰방법	68
다. ‘사첩반의 도배’ 사건 기준 (1980)	69
라. ‘비닐책’ 판매 사건 (1983)	70
5. 한국의 판례	71
가. 음란 개념에 대한 대법원 판례	71
나. 헌법재판소 판례	80
다. 음란물에 관한 구체적 사례	86
6. 종합 - 음란개념의 요소와 그 판단기준	116
가. 성적 표현일 것	116
나. 호색적 흥미	121
다. 노골적인 표현	125

라. 진지한 보상적 가치의 결여	129
마. 특수한 유해성	130
바. 소위 ‘상대적 음란개념’의 극복	136
사. 음란 개념과 명확성의 원칙	139
아. 음란과 저속	142
자. 청소년 보호의 이익과의 관계	144
IV. 음란 개념의 분석적 고찰	146
1. 음란 규제 법제의 보호법익	147
가. 음란 표현에 의해 침해되는 이익	147
나. 전통적 사회적 법익론	148
다. 개인법익환원론	150
라. 새로운 사회적 법익론	151
마. 소결	152
2. 성표현물의 분류	154
가. 개관	154
나. 하드 코어 및 소프트 코어 포르노의 구별	155
다. 실증적 해악의 정도에 의한 구별론 - 미즈위원회의 분류	157
3. 결론	162
가. 전제적 입장	162
나. 보호법익 및 인과관계에 관한 입장의 정리	166
다. 헌법적 차원의 검토 - 일반적 표현 규제법리	169
라. 성인 기준 음란 개념과 청소년에 유해한 성표현의 구분	172
마. 음란의 판단기준 내지 방법	181

V. 표현의 자유와 청소년보호	182
1. 청소년보호법 개관	182
가. 기본적 규제 법리	182
나. 입법의 연혁	183
다. 청소년보호법의 제정	186
라. 청소년보호법의 합헌성 논란	191
2. 청소년보호법상 청소년유해매체물	193
가. 개념 및 적용범위	193
나. 청소년유해성의 개념	196
다. 청소년유해매체물의 심의·결정	207
라. 청소년보호법상 심의의 성격과 그 위헌 여부	213
마. 청소년유해매체물에 대한 규제	216
3. 매체별 청소년보호를 위한 규제	219
가. 개관	219
나. 영화	223
다. 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보	237
참고 문헌	263

I. 서론

1. 성표현의 현상과 인식의 괴리

전통적인 유교의 관념에 따라 오랫동안 가부장적 권위주의 사회 체제 속에서 살아 왔던 우리 사회에서 성은 개인적인 수치심과 감춤의 영역으로 간주되었고 그에 대한 논의는 금기시 되어 왔다. 그러나 오늘날 우리 사회도 개방과 개혁의 분위기가 대세를 이루는 가운데 선정적 경향을 띤 대중매체의 종류와 수가 증가함에 따라 성에 관한 금기는 힘을 잃고 성개방적 행태와 성에 관한 표현은 확대되고 있다. 이렇게 우리사회에서는 성표현의 확산이 시대적 조류로 되어감과 함께, 성을 주제로 한 논의와 성담론도 증가하고 있다. 특히, 1990년대 들어 포르노그래피, 동성애, 매춘 등 금기시 된 문제를 본격적으로 다룬 작품들이 다수 등장하고 있다. 최근에는 컴퓨터의 보급과 인터넷 등 정보통신의 발달로 성의 상품화는 더욱 촉진되고 있으며, 이렇게 다양한 매체를 활용한 각종 성표현물의 양이 증가하여 성표현물에 대한 접근은 더욱 용이해지고 음란물에 대한 수용폭이 급속히 확대되어 사회적 쟁점으로 부각되고 있다.

이러한 현실에도 불구하고 성에 대한 우리의 의식은 바뀌지 못하고 있다. 우리에게 성문제는 가려야 하는 어떤 것, 은밀한 어떤 것 이라고 하는 전통적 인식이 지배하고 있어 진지한 성찰은 포기되고 재래의 관습에 안이하게 편승하는 비문화적 자세가 지배되고 있다.¹⁾ 그러나 성을 가리고 억제하기만 하려는 사회는 성숙되지 못한

1) 김주연, '성논의, 보다 진지해야', 중앙일보 1996. 11. 14.

사회이며, 그러한 태도는 호기심만을 키우는 거짓된 인간, 사회, 문화를 만들어 낸다. 성은 생명을 개화시키며, 인격의 수준을 높여가는 데 작용할 뿐 아니라 타인과의 관계를 진지하게 하며, 나아가 후세 및 역사와도 관계되는 중요한 총체적 생명현상이라는 점이 간과되고 있는 것이다.

그럼에도 대부분의 사람들은 자신의 주관적 경험에만 바탕하여 성생활을 생각하고 성윤리를 판단한다. 성에 대한 논의를 고상하지 못하다고 간주하며 이를 외면하는 사람들도 많다. 어릴 때부터 시행된 금욕 교육 내지 도덕적 강령과 종교적 윤리의 영향이 강력히 작용하기 때문이다. 그러므로 사람들은 성 논의에 대하여 이중적으로 비판하고, 성표현의 개방은 방종을 낳는다고 비난하거나 성표현의 자유를 주창하는 자를 부도덕한 인간으로 매도하기도 한다. 그 때문에 성의 문제가 인간의 삶의 여러 조건과 결부되는 모습을 이해하는 사람은 드물고, 진정한 성에 관한 담론은 위축되고 있다.

원래 성문제는 비공식적인 사회적 통제에 의해 해결되는 것이 바람직하고, 그것이 법적인 통제보다 훨씬 효과적인 힘을 갖는다. 그러나 우리 사회에서는 경직된 윤리관으로 인해 윤리적인 차원의 비공식적인 사회통제는 이미 그 기능을 발휘하지 못하고 있다는데 문제가 있다.²⁾ 음란물의 범람과 그에 대한 접근 채널의 다양화는 음란에 대한 기존의 기준이 도전받고 있음을 의미하며, 이를 수용하는 새로운 세대의 입장에서 보면 전통적 성에 대한 관념이 변화하고 있음을 보여주는 것이다.

이러한 분위기 속에서 법적인 차원의 규제에는 상당한 어려움이

2) 김영환, '청소년유해매체 관리·규제를 위한 법적 장치', 청소년생활환경개선종합대책 - 청소년유해매체에 대한 법적·제도적 대책에 관한 연구 -, 한국청소년개발원(1996. 12.) 144면.

따른다. 급변하는 사회현실과 경직된 전통적 윤리관 사이의 엄청난 괴리 속에서 성에 대한 이중적인 태도가 강화되고 있기 때문이다. 법률가는 기성의 인습적 개념을 동원하여 모든 성표현물에 대해 반사적인 적의(적의)를 보인다.

이러한 현상에 대하여 일부 급진적인 문학자나 비평가들은 우리 사회의 유교적·가부장적·권위주의적 체제가 성표현의 자유를 억압하는 것으로 인식하여 그에 저항하는 양상을 보이고 있다. 이러한 경향 때문에 성과 음란의 관계에 관하여 인간의 자연스런 욕구를 실현하려는 현실적 상황과 법적·규제적 시도간에 엄청난 괴리를 보이며, 인터넷 등 새로운 미디어의 파도를 타고 도도한 시대의 조류를 향유하는 세대는 그에 역류하려는 기성세대의 성과도 이유도 없는 시도를 헛된 무의미한 노력으로 비웃는 상황으로 치닫고 있다.

이와 같이 성에 대한 현실과 가치기준이 괴리를 보이게 되면, 합리적인 법적 해결은 더욱 어렵게 된다. ‘건전한 성도덕’이라는 비현실적인 이상만을 고집하게 되면 성적 현상에 대한 진지하고 합리적인 해결은 추구될 수 없고, 아무 실효성 없는 억압만을 반복하게 되기 때문이다.³⁾

2. 성 표현에 대한 현행법상의 규제 개관

현행법상 성표현은 일응 표현의 자유(헌법 제21조)를 보장하는 헌법조항의 적용을 받는다. 성표현이 예술적 영역에서 이루어지는 경우에는 언론의 자유와 예술의 자유, 양 기본권이 경합되어 헌법 제21조와 제22조가 함께 적용되게 된다. 그러나 우리 헌법은 제37조

3) 김영환, 전계 논문 143면.

제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정함과 함께, 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 성표현에 관해서도 이러한 헌법조항이 적용됨은 물론이다.

헌법상 성표현을 규제하는 구체적인 법률은 일반 시민을 적용 대상으로 하는 형법과 청소년보호를 위한 법률로 대별된다. 형법상 음란죄를 처벌하는 규정으로는 제245조가 공연음란행위를 처벌하고, 제243조는 음란한 문서, 도화 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자를 처벌하도록 규정하고 있고, 제244조는 전조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자를 처벌하도록 규정하고 있다.

그 밖에 다수의 특별법에 음란한 표현행위에 대하여 규제하는 조항이 존재한다.

정기간행물의등록등에관한법률에 의하면 문화관광부장관은 정기간행물을 등록한 자가 “음란한 내용의 정기간행물을 발행하여 공중도덕이나 사회윤리를 현저하게 침해한 때”에는 6월 이하(격월간 이하 정기간행물의 경우는 6회 이하)의 기간을 정하여 당해 정기간행물의 발행정지를 명하거나 법원에 정기간행물의 등록취소의 심판을 청구할 수 있다 (동법 제12조 제2항 제3호).

출판사및인쇄소의등록에관한법률은 “음란한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”에 출판사 또는 인쇄소의 등록을 취소할 수 있도록 규정한다 (동법 제5조의 2 제5호, 1999·1·21 법률 제5659호에 의하여 1998·4·30 헌법재판소에서 위헌결정된 본조 제5호를 개정).

성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(1994. 1. 5. 법률 제4902호) 제14조(통신매체이용음란)는 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자”를, 또 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(2001. 1. 16. 공포 법률 제6360호, 이하 정보통신망법 이라 약칭함) 제65조는 “정보통신망을 통하여 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자”(동조 제1항 제2호)를 각각 처벌한다.

방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호, 신규제정) 제5조(방송의 공적 책임) 제4항은 “방송은 범죄 및 부도덕한 행위나 사행심을 조장하여서는 아니 된다”고 규정하고, 동 제5항은 “방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 나쁜 영향을 끼치는 음란·퇴폐 또는 폭력을 조장하여서는 아니 된다”고 규정한다.

2002년 개정 영화진흥법(2002. 1. 26 법률 제6632호)에 의하면 영화(예고편 및 광고영화를 포함)는 그 상영전에 영상물등급위원회로부터 상영등급을 분류 받아야 하는데(동법 제21조 제1항, 동법 제21조 제2항), ‘제한상영가’ 등급을 받은 영화는 ‘제한상영관’에서만 상영할 수 있고(동법 제21조 및 제29조의2 제1항), 청소년 및 고등학생이 관람할 수 없으며, 비디오물 등 다른 영상물로 제작하지 못한다(동법 제21조 제5항 및 제29조의2 제2항).

2002년 개정 음반·비디오물및게임물에관한법률(2002. 1. 26 법률 제6627호)에 의하면 외국의 음반·비디오물 및 게임물로서 “폭력·음란 등의 과도한 묘사로 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 것”은 그 수입과 반입이 금지되고(동법 제35조

제2항 제2호, 제36조), 위와 같은 사유에 해당하는 비디오물과 게임물에 대하여는 영상물등급위원회에서 3월 이내의 기간 동안 등급분류를 보류할 수 있다(동법 제20조 제4항).

옥외광고물 등 관리법은 “음란 또는 퇴폐적 내용 등으로 미풍양속을 해칠 우려가 있는 것”이나 “청소년의 보호·선도를 저해할 우려가 있는 것”은 광고물에 표시할 수 없도록 규정하고 있다(동법 제5조 제2항 제2, 3호).

여기서 유의할 점은 형법상의 음란 개념과 청소년보호법상 청소년유해성의 개념은 철저히 구별되어야 한다는 점이다. 청소년보호법은 ‘청소년유해매체물’을 청소년을 대상으로 판매, 대여, 배포하거나 시청, 관람, 이용에 제공하는 행위를 처벌하고 있다(동법 제17조, 제50조). 위 규정에 의하면 청소년유해매체물이라 함은 청소년에 유해한 성표현 이외에도 폭력성이나 반사회성·비윤리성이 포함된 매체물(음반 비디오물, 신문, 잡지, 전자출판물, 음성정보, 영상정보, 광고선전물 등 포함)을 의미한다. 여기서 청소년에 유해한 성표현은 ‘청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이나 음란한 것’ 및 ‘성폭력’을 포함하게 되어 일반적인 형법상의 ‘음란’ 개념보다는 훨씬 넓은 개념이다.

이들 규정이 상술한 헌법규정에 근거를 두고 있음은 물론이다. 위에서 본 바와 같이 음란에 대한 규제는 일반적인 측면에서 표현의 자유와 성에 관계되는 공동체의 법익을 조화하여야 하는 문제가 있고, 청소년에 대한 관계에 있어서는 그들의 올바른 성장에 저해되는 영향을 배제하여야 하는 특별한 목적이 추구된다. 따라서 성인을 보호하기 위한 음란규제와 청소년 보호를 위한 성표현의 규제는 그 기준과 범위나 절차가 상이함을 명확하게 인식하여야 한다.

3. 성표현에 대한 사법적인 취급의 경과

우리나라에서 성 논의가 법적인 차원에서 다루어진 것은 많지 않았다. 1960, 70년대에는 “명화(명화)도 음란물 될 수 있다”고 생각된 시대였다. 법정에서 처음 다루진 음란성 시비는 1970년 ‘성냥갑의 마야’ 사건이었다. 당시 성냥제조업자는 스페인 화가 고야의 작품 ‘나체의 마야’를 성냥갑에 인쇄해 판매한 사실로 음화제조 및 판매죄로 기소되었는데, 대법원은 “명화라도 불순한 목적으로 사용하면 음란물이 될 수 있다”며 유죄판결을 내렸다. 1969년 출간된 염재만의 소설 ‘반노’(반노)는 장기간 논란된 사건으로서 7년여의 송사 끝에 1975년 대법원에서 무죄로 결론이 났다.

우리 사회에서 문학·예술과 관련하여 음란 여부가 적극적으로 논의되기 시작한 것은 1990년대에 들어서부터였다. 급속한 성개방 풍조는 그에 대한 반작용으로서 검찰과 법원의 엄격한 조치를 초래하였다. 검찰은 1992년 소설 ‘즐거운 사라’의 작가, 1995년 연극 ‘미란다’의 연출자, 1997년 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’의 작가, 만화 ‘천국의 신화’의 작가 등을 기소하였다. 문학과 예술계에서는 이러한 수사당국의 개입을 권력이 성 문제에 개입하는 사례였다고 비난하였다. 결과적으로 여배우의 알몸 연기로 논란을 일으킨 연극 ‘미란다’의 연출자는 징역 6월 집행유예 1년의 유죄판결을 선고받았고, 1995년 ‘즐거운 사라’의 작가 마광수도 문학작품이라고 해서 무한정 표현의 자유를 누릴 수는 없다고 하여 유죄로 인정돼 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받았다. 작가 장정일씨에 대하여 법원은 징역 10월 선고와 함께 법정구속까지 단행하였다.

이러한 검찰의 단속이외에도 각종 매체를 마다 그 심의 과정에서 음란은 논란되는 테마였다.

청소년보호위원회가 1997년 작성·배포한 ‘청소년유해매체 목록표’에는 만화 1,700종, 510만권을 유해매체로 규정했는데, 여기에는 국내 최고로 꼽히는 작가들의 작품이 대거 포함되었다. 일부 언론과 예술계에서는 그로 인하여 상상력, 창의력이 살아 숨쉬어야 할 문화예술분야가 국가기관의 무분별한 간섭 속에 얼어붙었고 검경은 근거가 희박한 마녀사냥식 단죄를 기도하였다고 비판하였다.⁴⁾ 영화계에서도 공연윤리위원회(공륜)의 심의를 에워싸고 논란이 전개된 바 있다. 공륜은 1997년 동성애를 다룬 영화를 심의불가대상인 변태적 성행위로 취급하여 심의불가 처분을 내린바 있다. 또 ‘나쁜 영화’가 등급 외 판정을 받게된 데는 1997. 7. 1.부터 본격 시행에 들어간 청소년보호법을 비롯, 당시 커다란 충격을 안겨주며 사회문제화 됐던 중고생들 직접 출연 포르노비디오 사건이 큰 영향을 미친 것으로 보인다.

음란에 관한 논의와 규제는 청소년보호라는 명목을 위해 더욱 강화되었다. 이러한 논의는 1997. 7. 1. 발효된 청소년보호법에 의해 청소년보호위원회가 설치된 이후부터 더욱 고조되었다. 음란도서와 테이프 등을 제조 판매 전시하다 적발된 음란물 사범은 1996년 1,163명, 1997년 1,924명, 1998년 2,175명으로 해마다 크게 늘어나고 있는 추세이다.⁵⁾

이러한 국가권력의 움직임에 대하여 진보적 진영에서는 가부장제와 자본주의에 기초한 권력 자체가 성과 관련된 표현의 자유를 억압하는 것이라고 비판하는 한편, 법률가는 기성의 인습적 개념을 동원하여 모든 성표현물에 대해 반사적인 적의(적의)를 보이며, 더욱 엄격한 단속을 추구하기도 하였다.

성에 대한 인식이 격렬하게 다양한 분기를 보이고 있는 중에 음란의 개념과 건전한 정상적인 성표현이 혼동되고 있으며, 법률이 개

4) 한겨레신문 1997. 7. 25. 보도.

5) 동아일보 1999. 4. 20. 이수형 기자 보도.

입할 분야와 의견의 시장에서 다루어져야 할 사항이 전혀 구별되지 못하고 있고, 건전한 성표현으로서 보호받아야 할 것이 청소년을 보호한다는 미명하에 일괄적으로 매도되기도 한다. 성인을 기준으로 한 음란 규제와 청소년 유해물 규제는 구별되어야 함에도 음란물을 비롯한 청소년유해물의 배포체제에 대한 사회적·법적 통제가 전혀 기능하지 못하고 있기 때문에 청소년 보호를 빌미로 성인의 성표현에 대한 접근권은 무시되고 있다.

그러나 사법기관의 음란성 판단기준도 시대의 흐름에 따라 변화된 모습을 보이고 있다. 사회전반의 민주화 경향과 개방화 추세 역시 정치적·도덕적 잣대보다는 표현의 자유와 다양성 쪽에 무게를 주어 성표현물에 대해 보다 관대해질 수 있는 여건을 만들고 있기 때문이다. 문화예술 작품에 대한 최종 판단은 법이 아니라 시장과 소비자에게 맡겨야 한다는 생각이 점차 설득력을 얻어 가면서 이 같은 변화의 흐름을 잘 보여주고 있다.

II. 성 표현의 자유에 대한 제한 - 음란규제법제 개관

1. 성 및 음란 개념에 관한 법적 인식

성 및 성표현의 자유는 주로 사회의 가치관 및 문화적인 특성에 의해 결정된다. 성문제 일반에 대해 개방적인 자유주의적 사회에서는 성표현물에 대해 비교적 관용적인 태도를 취하는 반면, 폐쇄적이고 권위주의적인 사회일수록 사회윤리 혹은 성도덕 등을 전면에 내세워 성표현이 이러한 공적 이익을 잠식하고 질서를 문란케 하는 문화적인 타락으로 받아들이는 경향이 있다.

성표현물에 대한 법적 처리에 관하여는 법이 적극적으로 개입하여 규제하여야 한다는 보수주의적인 견해와 성표현을 개인의 자유에 맡길 것을 주장하는 자유주의적인 견해가 대립되고, 최근에는 주로 여성의 특별한 지위와 권위를 주장하는 여성해방론자들에 의한 여성학적인 입장이 주목받고 있다.

가. 보수주의적 입장

도덕론에 입각한 보수주의자들은 성은 속성상 정상적인 이성적 삶을 위반한다는 편견 아래 사회를 도덕적 관념에 따라 법적으로 정화하기 위해 성표현에 대해 법이 개입하여야 한다는 입장을 취한다. 이러한 입장을 취하는 학자들은 규제의 실질적 근거에 관하여 성표현물은 대다수의 일반인에게 혐오감과 불쾌감을 주므로 금지되어야 한다거나, 포르노그라피는 그 자체가 공동체의 도덕적인 합의를 위협하는 것이어서 금지되어야 한다는 논거를 내세운다. 나아가 포르노그라피가 사회적으로 유해한 태도나 혹은 행동을 유발시킨다는 현실적인 논거가 제시되기도 하는데, 포르노그라피는 강간을 유발시킨다거나 인간의 성행위를 동물적인 행위로 환원시킴으로서 이를 비천한 것으로 만들거나, 인간의 성적 수치심을 붕괴시킨다는 것이다.⁶⁾

또 사회병리학적 견지에서 포르노그라피는 자기만족만을 추구하는 쾌락주의적 행태를 만연하게 함으로써 사회의 많은 사람들을 도덕적으로 타락시키거나 퇴보적으로 만들고, 결국 품위있고 인간다운 성행동을 보장하는, 인간의 성생활을 지배하는 기존의 규범과 제도

6) 김영환, 이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노그라피에 대한 형사정책적 대책, 한국형사정책연구원, 1992, 37면.

가 위협받게 된다는 주장도 있다.⁷⁾

그러나 구체적인 해악의 입증이 없이 도덕적 합의만을 앞세우는 입장은 합리적인 것이 아니며, 포르노그래피와 성범죄 발생 간의 인과관계에 대해서는 아직 경험적으로 실증되지 못하고 있다. 또 개인의 주관적인 혐오감을 보호하기 위해 음란을 규제한다고 하는 경우 그것은 막연하고 개인마다 다를 뿐 아니라 이를 내세운다면 동의하는 성인에 대한 음란물의 전파를 규제할 수 없다는 결론이 된다. 결론적으로 보아 법과 도덕의 구별을 무시하는 보수주의적 견해는 개인의 성적 자기결정권을 도외시한 채 성의 문제를 성도덕만을 위한 것으로 파악하고 있으며, 포르노그래피가 개인 또는 사회에 해악을 미칠 수 있다는 입증되지 아니한 가설이나 추측만을 근거로 하고 있다는 점에서, 성표현을 사회윤리적인 차원에서 억압·규제의 대상으로 보는 ‘후견주의적’인 입장의 위선이라고 비판받고 있다.⁸⁾

나. 자유주의적 입장

그에 반하여 법과 도덕을 엄밀히 구별하고, 포르노그래피의 문제를 전적으로 개인의 자유라는 관점에서 성적 자기결정권에 따라 파악하는 자유주의자들은 실질적인 근거 없이 개인의 자유를 제한하는 것은 법치주의와 자유민주주의의 원칙에 위배되며, 성표현물에 대한 제한 혹은 검열도 바로 이러한 자유민주주의의 기본원리에 어긋나는 것이라고 주장한다.⁹⁾

자유주의적 견해 중에서도 소위 ‘급진적·개혁적(radical and

7) 김영환, 이경재, 전계 논문, 38면.

8) 김영환, 이경재, 전계 논문, 41면 이하.

9) 김영환, 이경재, 전계 논문, 43면.

transforming) 입장'은 성 그 자체는 자유로운 것이며, 포르노그래피는 인간의 생식을 위한 촉진제 내지 건전한 도피처이고, 대체적 성 경험을 제공하는 등 유익한 기능을 하는 것이기 때문에 이를 억압하기보다는 오히려 적극적으로 인정해야 한다는 입장을 취한다. 이 견해는 성해방을 극단적으로 추구한 1960년대의 세대에서 적극적인 지지자를 얻었으며, 최근에는 성적 억압을 정치적, 경제적인 권력의 문제로 환원시키는 거시적인 사회구조적 견해도 주장되고 있다.¹⁰⁾

이 관점에 의하면 성논의의 금기화는 권력현상과 관련된다고 하는데, 성개방의 주창은 억압적 질서로부터의 탈주나 지배권력에 대한 저항의 동기에서 시도된다는 것이다. 연혁적으로 보더라도 성개방은 사회의 개방을 위해 가장 선두에 서게 되는 경향이 있다. D. H. 로렌스는 1929년 '채털리부인의 사랑' 파리 출간본에서 작가적 입장을 밝히면서 결혼제도, 남녀차별, 계급대립의 문제가 성적 억압을 통해 유지된다는 사실을 통렬하게 비판한 바 있다.

이러한 사상을 바탕으로 한 성논의 개방론자들은 포르노그래피의 인식에 특수한 관점을 도입한다. 즉, 포르노그래피는 권력에 대한 섹슈얼리티의 저항으로서 권력의 억압성을 폭로하고 체제에 대한 저항의 수단인 것이다. 이들은 억압적 권력일수록 도덕성을 앞세우며 수많은 금기를 만들어 사회를 통제한다고 보고, 포르노그래피가 이 권력질서를 해체하는 방편으로 이용될 수 있다고 주장한다. 역사적으로 보더라도 포르노그래피는 계몽사상과 더불어 출현하였고, 권력과 억압에 대항하는 반권력·저항의 수단으로 사용되었으며, 포르노그래피가 민주화의 물결과 연결되어 계급의 평준화에 기

10) 김영환, 이경재, 전계 논문, 44면.

여하였다는 점을 간과할 수 없다. 성 과학사에 의하면 포르노그래피는 성의 억압에 대항하는 장르로서 정치적 풍자를 위해서 문학적 대상으로 사용된 사례도 있었다. 조르주 바타유는 무절제와 위반을 개인의 주권회복의 방법으로 보았고, 마르키 드 사드는 노골적인 성 애묘사를 통하여 절대주의 권력과 대립하였다. 이러한 입장에서는 현재 우리 사회에서 문학과 관련된 음란 시비도 권력이 가시적으로 성 문제에 개입하는 것이라고 한다.

그에 비해 성개방논자들 중에서도 ‘진보적·개량적(progressive and ameliorative) 입장’을 취하는 학자들은 포르노그래피를 바람직한 현상으로 보지는 않으면서도 포르노그래피가 개인 및 사회에 가져오는 해악성이 검증되지 않는 한 금지될 수 없다는 입장을 취한다. 1970년 미국의 존슨위원회는 이러한 입장에서 포르노그래피에 대한 법적인 규제 대신 광범위한 성교육 프로그램을 실시하여 성문제에 대한 건전한 태도를 고무하고 이를 통해 성질서를 확립할 것을 권고하면서 성인에 대해서는 포르노그래피에 대한 모든 규제를 철폐하도록 권고한 바 있다. 이러한 입장에서 보면 형법의 임무는 결코 일반인의 건전한 성도덕을 함양하는 데에 있는 것이 아니며, 포르노그래피를 금지하는 실질적인 근거로서 막연한 성적 수치심이나 건전한 성도덕 등을 내세우는 것은 헌법상의 죄형법정주의의 원칙과 어긋난다고 한다.¹¹⁾

이 자유주의적 견해 중 진보적·개량적 견해는 개방적 분위기를 반영하는 서구 제국에서 보편화되는 경향에 있다. 1973년의 제4차로 개정된 독일의 현행 형법도 기본적으로는 ‘진보적·개량적인 입장’으로 분류될 수 있는데, 동법은 청소년 보호를 위한 경우와 이를 원

11) 김영환, 이경재, 전계 논문, 45면.

치 않는 사람들에게 전파하는 경우에만 포르노그래피를 규제하고 있다.

다만, 이 견해는 성의 문제를 전적으로 개인적인 법익의 차원에서 고찰하면서 포르노그래피가 사회에 유해한 행위를 유발시킨다는 점에 대한 경험적 증거가 없어 이를 규제할 수 없다는 점을 강조하나, 사회공동체의 규범적 합의를 무시한다는 점에서 보수주의자들에 의해 비판되고 있다.

다. 여성주의적 입장

마지막으로 성관계를 권력관계로 이해하는 입장에 서면서도 페미니즘 계열의 여성주의자(feminist)들은 새로운 지평에서 음란에 대한 규제를 정당화하려고 한다.¹²⁾ 여성해방론적 입장에서 남녀평등 혹은 여권신장을 주창하는 학자들은 포르노그래피가 여성을 ‘객체화’하고 ‘착취’하는 것으로서 여성의 지위를 저하시키고 여성의 품위를 손상하기 때문에 금지되어야 한다고 본다.¹³⁾

이들은 현실이 가부장적인 성제도라는 시각에 입각하여 포르노그래피에 대하여 ‘성차별을 제도화한 것’ 혹은 ‘성차별의 실행이며 여성의 인권에 대한 침해’로 규정한다.¹⁴⁾ 즉, 포르노그래피는 바로 남성 지배권력이 여성에게 행사되는 현상이고, 포르노 자체가 가부장제 지배문화를 함축하고 동시에 이를 폭로하는 복합적인 문화적 의

12) Gordon Hawkins/Franklin E. Zimring, *Pornography in a Free Society*, 1988; Andrea Dworkin, “*Pornography. Men Possessing Women*”, 1979; Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 1987 참조.

13) Andrea Dworkin, “*Pornography. Men Possessing Women*”, 1979; Katharine MacKinnon, “*Pornography, Civil Rights and Speech*”, *Havard Civil Rights - Civil Liberties Review* 20 (1985), p. 1.

14) 김영환, 이경재, *전계 논문*, 47면.

미를 갖는다고 한다. 이 여권론자들은 음란물이 여성들을 비하하고 여성에 대한 폭력을 일으킨다고 하는 입장에서 포르노와 강간의 관계를 이론과 실천의 관계로 받아들인다. 대부분의 포르노가 여성을 비인간적으로, 성적 도구로 묘사하고 있다는 점에서 이런 형태의 포르노는 가부장적 남성중심주의 체제의 산물이자 이 체제를 강화하는 도구라고 하는 비판이다. 따라서 포르노의 개방은 여성억압의 질서를 더욱 공고화할 것이라고 우려한다. 캐더린 매키넨은 현대사회에 범람하고 있는 온갖 음란물과 여성에게 행해지는 성적 괴롭힘을 새로운 법적 인식에 따라 처벌해야 한다고 주장하면서 포르노를 여성차별과 여성학대의 근원으로 보아야 한다는 견해를 내세운다.

최근 영미에서는 종전과 다른 새로운 여성주의적 관점에서 음란물에 대한 금지의 정당성을 주장하는 입장이 상당한 반향을 불러일으키고 있다. 이러한 경향은 유럽에서도 파급적 효과를 미치고 있는데, 유럽연합(EU)의 텔레비전 지침 제22조 제2항은 남녀 양성(양성) 중 일방에 대한 증오를 부추기는 프로를 일반적으로 금지한다. 또 캐나다 대법원은 매키넨의 논리를 받아들여 여성비하의 내용을 담은 포르노가 불평등 사상을 유포시킬 위험이 있다면 금지할 수 있다는 입장을 취한다.

미국의 경우 이러한 여성해방론자들의 주장은 1983년 미네아폴리스시의 반포르노 법령(Anti-pornography Ordinance)에서 구체적으로 실현된 바 있다. 포르노그래피가 성차별을 조장한다는 이유로 이를 금지하는 이 반포르노 법령은 포르노그래피를 정의하여 “① 여성을 성적인 객체나 물건처럼 비인격적으로 표현한 것, ② 여성을 고통이나 굴욕감을 즐기는 성적 대상으로 묘사한 것, ③ 여성을 강간당하는 동안 쾌감을 느끼는 성적 대상으로 표현한 것, ④ 여성을 결박당하고 신체손상 당하는 성적 대상으로 표현한 것, ⑤ 여성을

성적으로 복종당하며 성적인 노예의 모습으로 표현한 것, ⑥ 여성의 성적 기관(성기, 가슴, 엉덩이 등)이 노출된 것, ⑦ 여성을 타고난 창녀로 표현한 것, ⑧ 여성의 성기가 물건이나 동물에 의해 관통된 것을 표현한 것, ⑨ 여성을 성적인 관계에서 비천하고 지위저하적이며 손상을 입는 모습으로 표현한 것” 등을 사진이나 그림 혹은 문자로 자세하게 묘사하여 여성을 성적으로 종속되게 만든 것이라고 규정하였다.¹⁵⁾

그러나 미국의 주법원 및 연방대법원은 남녀평등을 실현하기 위해 표현의 자유를 검열할 수는 없다는 점을 들어 이 입법안이 수정헌법 제1조에 위반된다고 선언하였다. 판례의 요지에 의하면 음란을 이러한 여성주의적 관점에서 정의하는 것은 표현내용에 대한 차별적 규제를 의미하기 때문에 위헌이라는 것이다. 미국에서는 헌법상 평등보호조항에 의해 국가가 남성과 여성, 인종 간에 행해지는 차별 행위를 규제할 수 있지만, 언론의 자유를 절대적으로 보장한 수정헌법 제1조 때문에 표현의 자유까지 제약해가며 평등권을 보장할 수 없다는 논리에서 정부가 성에 관한 사상을 표현한 ‘작품’을 검열하는 것은 출판사의 ‘표현의 권리’, 독자들의 ‘읽고 생각할 권리’를 침해하는 것이라고 보는 것이다.

[사례] 여성차별적 성표현물 규제사건 (1985)

미국 연방항소법원 American Booksellers Association v. Hudnut, 771 F.2d 323, (7th Cir. 1985), aff'd, 475 U.S. 1001 (1986)

이 사건에서 문제된 것은 포르노를 여성에 대한 차별적 관행으로 규정한 인디애너시의 포르노 규제조례(pornography ordinance)였는데, 동 조례는 포르노의 정의로서 그림 또는 언어에 의해 노골적으로 여성의 성적인 복종을 시각적으로 묘사한 것이라고 규정하였다. 소송에

15) 김영환, 이경재, 전계 논문, 48면.

서 인디애너시는 여성을 굴종적으로 묘사하는 포르노는 여성을 그렇게 다루도록 인간의 사고에 영향을 미치는 것이라는 이유를 들어 조례를 옹호하였다.

이에 대하여 미국 연방 제7항소법원은 이러한 메시지의 잠재적 영향에 근거한 언론의 규제는 바로 수정헌법 제1조가 금하는 내용근거 규제이고, 실상 인디애너시의 조례는 언론의 내용 뿐 아니라 그 견해에 따라서도 차별하는 법령이었다는 이유로 이를 결국 위헌이라고 판시하였다. 법원은 아무리 저급의 가치를 갖는 언론이라 하더라도 그것이 한 견해를 다른 견해보다 선호하는 법령에 의해 금지될 수는 없다고 하는 법리를 내세워, 위 조례에 의하면 설사 여성을 승인될 수 있는 방법으로 다루는 언론은 아무리 노골적인 것일지라도 금지하지 않는 반면 여성을 승인받을 수 없는 방법으로 다루는 언론은 금지되기 때문에 그것은 견해중립적인 것이 아니며, 따라서 위헌이라고 판시하였다.

여성해방론자들의 견해는 현재 제도화된 가부장적인 성제도에 초점을 맞춰 포르노그래피의 문제를 서술한다는 점에서 새로운 시각을 제공하고 있다. 그러나 이러한 여성주의적 관점은 성적 대결의식을 기반으로 여성의 남성에 대한 투쟁을 고취하고 있다는 점에서 기존의 남녀관이나 가족관에 대한 이반(이반)을 의미하는 것이다. 그들의 포르노그래피 개념정의는 여성주의적 관점에서 병리적인 도착성을 유발시키는 것을 그 내용으로 하고 있어 의도적이고 주관적이기 때문에 ‘여성비하적인 것’과 ‘포르노그래피’를 서로 구별할 수 없을 뿐 아니라, 다양한 성표현물을 세분화할 수 없고, 여성비하적인 것을 포르노그래피라는 개념을 빌어 형법상 처벌하려는 의도가 나타난 것이라고 하는 점에서 비판받고 있다.¹⁶⁾

그러나 이 관점은 음란을 정의함에 있어서 새로운 지평을 제시하였다는 점에서 특기할 만하다. 여성주의적 관점은 음란에 대한 보호와 금지의 근거는 품위의 침해에 있는 것이 아니라 인간존엄의 침

16) 김영환, 이경재, 전개 논문, 50면.

해에 있다고 하는 현대 유럽의 입법적 경향을 이끌어내게 되었고, 동성에 등 전통적으로 거부적인 것으로 느껴지던 특정 영역을 다루지 않을 수 없게 하였기 때문이다. 인간 자체가 무가치하다거나 인간에 대한 이유 없는 폭력을 당연한 것으로 다루거나, 인간성을 폄하하는 상황을 긍정적으로 표현하는 경우에는 해로운 영향을 미치게 된다는 명제는 부인할 수 없는 것이다.

결론적으로 보아 표현의 성적 요소를 금지의 주된 근거로 하는 태도는 받아들일 수 없으나, 피해 여성의 시각에서 보아 폭력과 섹스의 결합은 특히 위험하고 폭력적 음란물을 규제하여야 할 필요는 인정된다.

라. 소결

이상에서 성문제에 대한 여러 입장을 고찰하여 보았지만, 종전 우리의 성 표현 규제에 관한 논의는 보수주의적 입장과 자유주의적 입장으로 나누어져 이데올로기 대립의 수준을 벗어나지 못하고 있다. 성문제는 순전히 성도덕의 관점에서 파악될 수 없고, 그렇다고 전적으로 개인의 성적 자기결정권의 관점에서만 고찰될 수도 없는 것이다.

성표현의 자유에 아무 제한도 가할 수 없다는 극단적인 자유론자들의 주장 역시 수긍할 수 없고, 포르노그래피가 개인이나 사회에 유해한 영향을 미치거나 혹은 그 가능성이 부정되지 않는 한 그에 대한 법적인 규제는 불가피한 것이다. 경험적으로 보아 포르노그래피가 사회병리적인 경향을 수반하는 경우 그에 대한 규제는 인정되어야 한다. 그러한 점에서 음란에 대한 법적 규제의 문제는 포르노그래피가 지니는 특성 및 사회적 기능을 경험적으로 인식하는데서

출발해야 한다.

그럼에도 우리사회에서 음란에 대한 논란은 무질서와 혼돈을 헤어나지 못하고 있는 가운데, 우리의 법제는 주로 보수주의적 입장에서 규제 혹은 단속일변도의 사고에 의존하고 있다. 이에 대한 접근에 있어서는 어디까지나 우리 헌법이 전제하는 자유민주주의적 인간상에 입각하여 능력있는 시민이 합리적으로 사고하는 바에 따라 성표현의 문제에 대한 규제를 도모해야 할 것이다. 그 경우 법과 윤리의 개념을 서로 구별하여 법이 규제할 수도 없고 하여서는 안될 윤리의 영역에 침입하여 표현의 자유나 정보의 자유를 해하는 우를 범하여서는 안될 것이다. 나아가 입법적인 차원에서도 음란규제가 가져오는 자의성 등 여러 폐단을 차단하는 노력이 경주되어야 한다.

2. 음란규제법제의 입법례

가. 서론

각국의 음란규제에 관한 입법례를 보면 음란을 추상적으로 어떻게 정의할 것인가에 관해 일치된 관념도 없고 음란금지법의 입법취지에 관한 공통되는 확신도 없다. 윤리적 엄격성, 도덕적 관심 및 그 보호의 필요성이라든가, 형사상의 조치에 의해 청소년을 보호하여야 할 범위 등 여러 가지 문제는 각 국민 자신이 내릴 수 있고 내려야 하는 결정이다. 각 국은 상이한 문구에 의해 음란문서를 형사적으로 금지함으로써 상이한 사회적 이익의 보호를 시도하고 있을 뿐이다.

각 국의 음란규제법제를 일별 하면 가장 강력한 음란금지법을 가

진 대부분의 나라들은 공공도덕의 보호를 그 입법취지로 하는 한편, 가장 개방적인 법제에서는 오로지 청소년 보호의 목적을 위해서만 음란이 규제된다. 이러한 양극단의 사이에 중간적 규제를 시도하는 유형의 국가에서는 음란에 대한 규제가 원치 않은 성인의 성감정과 청소년보호를 위한 목적에서 이루어진다.

나. 공공의 도덕을 보호하는 입법례

(1) 이태리

대부분의 국가는 음란금지법에 의해 공공의 도덕을 보호하려고 한다. 벨기에 형법에 의하면 선량한 풍속에 반하는 물건의 배포 등이 금지되고, 이태리 형법 제529조는 “일반의 느낌으로 수치감을 침해하는 것”을 음란이라고 규정하고, 다만 예술 및 과학 작품은 교육 이외의 목적으로 18세 미만자에게 제공되는 경우를 제외하고는 음란하지 않다고 규정한다. 그러나 일반의 관념이 통계적으로 이해될 수 있는 규모의 경험적 개념인가 또는 정상인의 척도에 따른 규범적 개념인가 하는 문제에 대하여는 논란이 계속되고 있다.

이태리에서는 음란금지법이 보호하는 선량한 풍속은 파악할 수 없는 법익이고 국가는 개인의 표현의 자유를 희생시킴에 의해 이를 보호할 권한이 없다는 비판적 견해가 주장되고 있다. 그러나 이태리의 헌법재판소는 위와 같은 입장을 배척하고 음란금지법은 선량한 풍속이라는 초개인적 법익을 보호하기 위한 것이라고 하면서 그것은 인간의 존엄과 상호적인 존중의 보호라는 기초 위에서 공동의 사회생활을 위한 도덕과 성의 영역에 존재해야 한다고 판시하였다.¹⁷⁾ 그럼에도 이태리 법원은 음란물 소지를 처벌하는 형법조항을 제한적으로 해석하여 왔다. 음란문서를 매도할 목적으로 소지하는

자는 이를 공개적으로 행하는 경우에만 처벌이 가능하고, 비윤리적 물건을 관심 있는 자에게 제공하기 위해 은밀하게 보관하는 것은 허용된다. 음란물에 대한 내용을 안다는 것이 기대될 수 없는 서적상 등에 대하여는 처벌되지 않는 것이 관행이다.

(2) 영국

영국의 1959년 음란공표법(Obscene Publications Act) 제1조 제1항은 “이 법률에서는 한 물건의 효과 또는 (그 물건이 2 이상의 별개의 품목으로 구성된 때에는) 그 품목 중의 하나가 그 전체로 보아 거기에 포함되어 있거나 체현된 사항을 읽거나 보거나 듣게 될 사람을 모든 관계되는 상황에 비추어 타락·부패시킬 경향이 있는 물건은 음란한 것으로 간주된다”고 규정한다. 동법은 음란한 물건의 제시·반포 및 반포목적의 소지를 모두 처벌한다.

판례의 오랜 전통에 따른 이러한 목적지향적 정의에 의하면 음란죄는 각 국민이 간직하는 영국사회의 전체적 윤리상황을 보호법익으로 한다고 생각되어 왔다. 그러나 동법은 법문상 선량한 풍속, 그 자체가 아니라 잠재적인 소비자의 유해한 영향으로부터의 자유를 그 입법취지로 하고 있기 때문에 다음과 같이 이해되고 있다.¹⁸⁾

첫째, 영국에서 음란개념은 성적 영역의 표현에 국한되지 않고, 폭력의 사용과 약물소비의 주장도 윤리타락적으로 작용하는 것으로 음란법에 의해 규제된다. 둘째, 자극적이기보다 반감을 사는 표현은 소비자에게 충격을 주는 것이지만 타락적인 영향을 주지 않는 것이기 때문에 처벌되지 않는다.¹⁹⁾ 셋째, 음란물의 가벌성은 그 내용과

17) Corte costituzionale v. 27. 7. 1992, Giurisprudenza italiana 1993, I, Sp. 1160; Thomas Weigend, Strafrechtliche Pornographieverbote in Europa, in: Jürgen Becker (Hg.) Pornographie ohne Grenzen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994, S. 30.

18) Weigend, a.a.O. S. 31f.

표현의 방법 뿐 아니라 목표로 한 수용자 여하에 의존하기도 한다. 청소년에게 제시·반포하기 위한 공표에 관하여는 성인에게만 제공될 물건보다 엄격한 요건이 설정된다. 성인물의 반포는 성인에게만 개방된 점포에서 그 출입구에 민감한 사람이 입장 전에 볼 수 있도록 경고 표지를 해야 한다.

영국의 1955년 ‘어린이 및 청소년 유해물법’은 서적에 관하여 음란을 상회하는 특별한 금지규정을 두고 있다. 그에 의하면 어린이와 청소년에게 쉽게 입수될 수 있는 서적이나 잡지는 범죄의 실행, 폭력, 잔인성 기타 반감을 일으키는 장면을 포함할 수 없다고 한다.

그밖에 영국법에는 음란물의 전파에 대한 처벌에 2가지 예외가 있다. 전파를 위해 소지하는 물건의 음란한 내용을 알지 못하였거나 그것이 음란물이라고 하는 점을 추정할 유인이 없는 경우에는 처벌되지 아니한다. 그리고 위법성 조각사유로서 정당한 학문적 또는 예술적 목적 기타 공공의 이익을 위한 것인 때에는 공표나 전파가 공공선을 위한 것(for the public good)이라고 하는 정당화사유가 적용된다. 이에 관하여 최고법원인 영국 상원은 이 분야에서 특정한 원망과 기호를 가진 사람들의 성적 긴장의 해소도 일반의 이익에 속하므로 그러한 음란물의 반포가 정당화되어야 한다는 주장에 대해 잠재적 성범죄성향을 가진 자에 대한 심리치료를 위한 것은 예술이나 학문과 동일한 지위에 놓을 수 없다는 입장을 취한 바 있다.²⁰⁾

다. 청소년 보호만을 목적으로 하는 입법례

19) R. v. Calder and Boyars Ltd., [1969] 1 Q.B. 151 [1968] 3. All E.R. 644; R. v. Anderson, [1972] 1 Q.B. 304.

20) D.P.P v. Jordan, 64 Criminal Appeals Report 33; Weigend, a.a.O. S. 33.

덴마크와 프랑스에서 음란물의 처벌은 청소년을 보호하기 위한 경우로 국한된다. 음란물의 처벌을 가장 제한하는 나라가 덴마크인데, 덴마크 형법 제234조, 235조에 의하면 음란한 사진과 물건을 16세 미만자에게 팔거나 어린이를 시켜 영업적으로 전파하거나 이러한 목적을 위해 제작·조달하는 행위만이 처벌된다.

나폴레옹 시대에 제정된 프랑스 형법 제238조는 출판물의 제작과 전파에 의해 선량한 풍속을 해하는 모든 행위를 처벌하였는데, 1992년에 개정된 형법(1994년 시행)은 덴마크의 경우와 마찬가지로 미성년자에 대한 전파와 미성년자가 출연하는 음란물의 제작 및 전파만을 처벌한다. 청소년에 대한 반포에서 폭력적이고 인간경시적인 표현은 혐의의 음란물과 같이 취급된다. 그러므로 프랑스, 덴마크 및 네덜란드에서 음란규제법의 보호법익은 오로지 청소년 보호에 있으며, 그것은 어린이를 음란한 장면의 출연자로 하여 어린이에 대한 착취를 방지한다는 측면과 청소년의 정신적·도덕적 성장에 대한 보호라고 하는 2개의 측면을 가진다. 위 2가지 측면은 자유주의적인 사회에서 이성적으로 잘 실현될 수 있는 관심이다. 그러한 문맥에서 음란의 개념은 보호법익에 비추어 해석되며, 청소년에게 개인의 존엄의 존중에 배치되는 성적 행위를 제시하는 표현만이 금지된다.

라. 실증적인 다원적 법익을 보호하는 입법례

(1) 독일

독일과 스위스는 음란물에 대하여 자유주의적 태도를 취하여 음란규제가 실증적인 다원적 법익을 보호하는 체제를 취하며, 일반적

인 또는 개인적인 선량한 풍속을 보호하기 위한 필요성을 정당화 근거로 하지 않는다. 독일 형법 제184조와 1992년 개정된 스위스 형법 제197조는 ① 각 개인은 원치 않은 음란물의 접촉으로부터 보호되어야 하고, ② 청소년은 원하는 경우에도 음란물을 취득할 수 없어야 하며, ③ 고유한 해를 가진 일정한 종류의 음란물은 일체 금지되어야 한다는 3가지 목적을 추구한다. 이에 대하여 쉬뢰더(Schröder)는 이렇게 상이한 보호법익에 따라 상이하게 음란개념을 해석하는 목적론적 음란개념을 취한다.²¹⁾

이러한 체제에 의하면 우선 위 3가지 보호법익을 침해하지 않는 성표현물의 반포는 허용되게 되므로 성표현에 대하여 개방적 태도를 보이게 된다. 독일형법 제184d조의 제한은 이러한 개방적 원칙에 대한 합리적 예외로서 명백한 사회적 이익과 연계된다.

그러나 이러한 입법태도에 대하여도 그것이 내적인 모순과 의문을 제기한다는 비판이 있다.²²⁾ 첫째, 위 법제에서는 18세 미만의 청소년에 대하여 모든 종류의 포르노그래피를 금지하지만, 이러한 태도는 모든 성표현물이 청소년의 성적 성장을 위해한다는 입증되지 아니한 가정에 근거한다는 비판이다. 이것은 대부분의 청소년들이 국가에 의한 포르노의 금지를 피하여 이를 보거나 읽어 왔음에도 국민의 성생활의 전개에 현저한 위해를 야기한 바 없었던 경험에 비추어 납득할 수 없다는 것이다. 이에 관한 정책은 사실적으로 어떠한 종류의 표현이 어떠한 상황에서 젊은이들의 정신적·도덕적 성장에 유해한 영향을 미칠 수 있는가에 관한 정밀한 해명을 전제로 하여야 한다. 둘째, 보호법익을 이렇게 분류함으로써 일원적인 음란개념의 이해가 어려워진다는 점이다. 독일에서는 법적 정의를

21) Schröder, Das neue Sexualstrafrecht, S. 65.

22) Weigend, a.a.O. S. 33.

시도함이 없이 입법자에 의해 통일적으로 이해된 음란개념이 각개의 금지물을 의미있게 표시해 줄 수 없다는 것이다.

(2) 네덜란드

네덜란드의 형법은 음란에 대한 통일적 파악을 포기하고, 성인 및 청소년의 보호에 관하여 3개의 상이한 독자적인 규정을 둬으로써 각 보호법익에 대하여 가별적 행위의 요건을 따로 설정하는 태도를 취한다.

첫째, 일반 성인의 경우 형법 제240조는 불쾌한 성표현으로서 사진과 물건(문면은 제외)이 공개적으로 전시·제공되거나 주문하지 않은 타인에게 송부되어서는 안된다고 규정하여 이러한 물건의 접촉을 꺼리는 자를 보호할 뿐, 그 밖의 성인에 대한 성표현물의 제시는 자유에 개방되고 있다.

둘째, 청소년보호에 있어서는 성적인 해악만이 아니라 그 밖의 유해성에 대하여도 금지하는 태도를 취한다. 네덜란드 형법 제240a조는 16세 미만 청소년에 대한 유해성 여부의 기준에 따라 성적인 경과의 표현뿐 아니라 폭력을 찬양하는 제품도 미성년 관찰자에 대해 직접 가능한 해악을 갖는 것이면 규제대상으로 한다. 물론 텔레비전이나 비디오에 의한 제시는 이 규정의 적용을 받지 않는다.

셋째, 역시 청소년보호를 위한 형법 제240b조는 명시적으로 16세 미만자가 출연하는 성행동을 제시하는 영상표현물의 제조와 전파행위는 그 방법 여하를 불문하고 처벌한다. 여기서 금지의 근거는 그러한 영상과 필름의 자극적인 효과 때문이 아니라 이들 제품의 제작에 관여하거나, 그 제작에서 강요되는 어린이·청소년 출연자의 인격에 대하여 미치는 파괴적 해악 때문이다.

종합적으로 보아 네덜란드의 음란규제는 체계적인 입장에서 상이한 보호법익에 따라 그 보호를 위한 처벌규정을 따로 두고 있으며,

범죄 구성요건의 설정이 정확히 지향된 목적에 합치되고 있기 때문에 포괄적이고 비합리적으로 과도한 처벌이 피해지고 있다.

마. 종합

위에서 본 바와 같이 오늘날 음란의 개념을 통일적으로 파악하려는 생각은 법제상 반영되지 못하고 있으며, 그것이 실현될 조짐도 보이지 않는다. 윤리적 엄격성, 도덕적 관념 및 그 보호의 필요성, 청소년 보호를 위한 형사상의 조치의 방법 및 범위 등 여러 가지 문제는 각 국민 자신이 내릴 수 있고 내려야 하는 결정이기 때문에 이러한 사정은 충분히 이해될 수 있다.

그러나 유럽국가에서 음란규제법제의 경향은 대체로 다음과 같이 요약될 수 있다. 첫째, 음란을 금지하는 이유로서 선량한 풍속, 그 자체를 보호한다는 생각은 진부한 것으로 입법정책상 포기되고 있다는 점이다. 이를 위한 입법을 존치하고 있는 소수의 국가에서 그것은 기존의 보수주의적 타부적 사고의 잔재로 이해되고 있다.

둘째, 성인이 원하지 않는 성과의 접촉을 방지하려는 입법 목적도 합리적 사유가 될 수 없다는데 입장이 일치되고 있다. 대중 미디어에서 성적 표현에 관한 자유는 능력 있는 성년의 시민 자신이 스스로 판단에 따라 자기의 수치감정을 예방적으로 보호할 수 있다고 생각되기 때문이다. 보고싶지 않은 표현물에 노출되지 아니하도록 하는 규제는 음란성의 유해성을 근거로 하여서가 아니라 수용자의 소극적인 알 권리(정보의 자유)를 보호하기 위한 근거에서 이해될 수 있는 것은 별개의 문제이다.

셋째, 청소년 보호를 위한 성표현의 규제는 어느 국가에서나 공통

적으로 추구되고 있다. 그 경우 음란을 금지하는 합리적 근거로서 공통적으로 이해되는 핵심적 내용은 성이나 기타 영역에서 인간을 경멸하는 행태가 모방할 가치가 있는 것으로서 긍정적으로 묘사되는 표현물에 의해 청소년의 윤리감정이 타락되는 것을 방지하는 데 있다고 할 수 있다. 청소년을 보호하는 또 하나의 근거로서 더욱 중요한 것은 어린이포르노(child pornography)를 금지함으로써 어린이 음란물 시장을 근절하고 출연에 강제될 어린이의 성적 성장을 보호하는데 있다.

위 셋째 사유 이외에 개인적 민감성이나 선량한 취미를 침해할 수 있는 내용에 대하여 이를 형법이라고 하는 엄중한 무기로 억압하는 것은 바람직하지 않고 의견의 자유시장에서 사회적인 대결에 맡겨져야 한다는 점에 이해를 같이하고 있는 것이다.

Ⅲ. 음란의 개념과 판단기준

1. 서

음란의 개념은 사회의 역사적 변화와 발전에 대응하는 비교정적·역사적 개념이며 사회내부의 민족의식이나 감정 또는 종교·교육·풍속·습관 등을 반영하는 비포괄적·비단일적 개념이다. 우리 대법원 역시 “형법 제243조 소정의 ‘음란’이라는 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것”이라고 논한다.²³⁾

우리와 여러 점에서 사정이 다른 외국에서 논의되는 음란의 개념

과 그 판단기준을 그대로 받아들일 수는 없지만, 그 논란의 차원과 스펙트럼은 우리의 논의의 준거로 삼을 수 있다.

음란의 개념과 판단기준을 고찰함에 있어서는 헌법상 표현의 자유를 고려하여 음란규제의 이익과 간에 우열을 가리는 세심한 이익균형이 전제됨을 올바르게 인식해야 한다. 종전 형법상의 논의에 그치던 차원에서 헌법적 차원의 고려가 필요하게 되는 이유를 알 수 있다.

이하 본항에서는 각국에서 전개된 음란 판단기준을 살펴본다.

2. 미국 판례의 변천

가. 서론

(1) ‘공연한 저속성’의 개념

미국에서 음란한 출판물을 금지하는 것은 헌법상 확립된 원칙이었다. 수정헌법 제1조가 언론·출판의 자유를 보장하기 전에 보통법(common law) 상 음란 또는 명예훼손 등의 언사는 언론·출판의 자유보장에 포함되지 않는다고 생각되었고, 미국 연방대법원은 1896년 한 판결²⁴⁾에서 이러한 점을 이미 확인한 바 있었다.

스몰라교수에 의하면 현대의 음란법은 ‘공연한 저속성’(Public Indecency)을 금지하는 보통법(common law)으로부터 연원하였다고 한다.²⁵⁾ 17세기 영국의 판례는 “조잡하고 공개적인 저속성”(gross

23) 번역소설 ‘아마티스타’ 사건, 대법원 1997. 12. 26. 선고 97누11287[공1998상, 423].

24) Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 295.

25) Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer On Freedom of Speech: A Treatise on the First Amendment, Student Edition, Matthew Bender, New York, 1994, § 7.01, p 7-3.

and open indecency)을 비행으로서 처벌하였고,²⁶⁾ 보통법은 나체의 공개 그 자체를 불법화하여 비행으로 취급하였다. 미국 거의 대부분의 주는 형법에 의해 나체의 공개(public nudity)를 금지한다. 최근 미국 연방대법원도 “공개적 저속성규제법은 공개된 장소에서 낯선 사람들 면전에 나체로 된 자에 대한 도덕적 불승인을 반영하고 있다”고 판시한 바 있다.²⁷⁾

(2) 히클린 기준 (1848)

음란('obscenity')의 처벌은 실제적인 공개적 행위와 달리 나체나 성(sexuality)에 관한 묘사의 처벌을 포함하는 것이었으므로 공개적 저속성(public indecency)과는 다른 것이다. 음란에 관한 최초의 법적 정의를 시도한 것은 1848년 영국의 법원이었다. 히클린 사건²⁸⁾에서 Cockburn대법관은 “기소된 사안의 경향이 그러한 부도덕한 영향에 개방된 자들과 그러한 종류의 출판물을 입수하게 될 자들을 타락시키거나 부패시키는가의 여부”에 의하는 것이라고 설명하였다.

이 히클린기준(Hicklin Test)은 음란하다고 주장된 자료가 특히 민감한 자에 대한 효과에 의해 판단되고, 그 작품의 특정한 구절에 기하여 음란을 판단하는 것을 허용한 것이었다. 그 기준은 문제된 작품의 가장 감각적(sensuous)이고 성애적(erotic) 문장이 가장 까다롭거나 민감한 독자들에게 불러일으키는 효과에 근거하여 진지한 예술이나 문학 작품에 대한 검열을 허용하게 되었다. 이러한 엄격한 기준에 따라 D. H. Lawrence의 'Lady Chatterly's Lover', Edmund Wilson의 'Memoirs of Hecate County', Theodore Dreiser의 'An American Tragedy' 등 수많은 천재의 작품이 기소되어 음란으로

26) Winters v. New York, 333 U.S. 507 (1948).

27) Barnes v. Glen Theatres, Inc., 111 S. Ct. 2456, 115 L. Ed. 2d 504 (1991).

28) Regina v. Hicklin, L.R. 3 Q.B. 360 (1848).

판정되었다.

이러한 히클린 기준의 불합리성에 대한 비판이 제기되었음은 물론이었다. 미국에서 이 기준이 도전받은 것은 걸출한 영국 작가 James Joyce의 기념비적인 작품 ‘율리시즈(Ulysses)’의 미국 수입이 문제된 사건에서였다. 1933년 뉴욕주 연방법원은 조이스의 대작이 미국사회에서도 허용되어야 한다고 판시하면서 이를 히클린기준에 의해 판단할 것이 아니라 일반평균인에 대한 영향에 따라 판단되어야 한다고 선언하였다.²⁹⁾

나. 로스기준 (1957)

(1) 개관

미국에서 연방대법원이 음란문제에 관하여 본격적으로 다룬 최초의 사건은 1957년의 ‘로스 음란물 우송사건’³⁰⁾이었다. 이 사건에서는 ‘연방음란규제법’(federal obscenity statute, 18 U.S.C.A § 1461)과 캘리포니아주 형법의 음란처벌조항이 문제되었는데, 연방대법원은 음란개념을 정의하면서 그러한 음란은 헌법적 보호를 받지 못한다고 판시하였다. 이 판결은 미국에서 음란에 관한 현대적 법리를 언급한 최초의 판결로서 의미를 갖는다.

이 사건에서 연방대법원은 음란한 언론이 헌법상 보호를 받는가 여부에 관하여 1942년 채플린스키 도발언사 사건³¹⁾에서 전개한 논

29) United States v. One Book Called ‘Ulysses’, 5 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1933), aff’d, 72 F.2d 705 (2d Cir. 1934).

30) Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957); Alberts v. California, 354 U.S. 476(병합된 사건).

31) Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 62 S. Ct. 766, 86 L. Ed. 1031 (1942), 박용상, 표현의 자유, 헌암사(2002) 97면 이하 참조.

리를 기초로 하였다. 채플린스키 사건의 판지는 수정헌법 제1조의 보호를 정당화하기 위하여 충분한 공적 토론에 기여하지 못하는 부류의 언론은 수정헌법 제1조의 보호를 받지 못한다는 것을 확인한 것이었다. 위 사건에서는 ‘도발적 언사’(fighting words)를 처벌하는 법령이 문제되었는데, 연방대법원은 수정헌법 제1조의 보호를 받지 못하는 부류의 언론을 제시하면서 “일정한 잘 정의되고 좁은 범위를 가진 부류의 언론은 그 방지와 처벌이 헌법적 문제를 전혀 생기게 하지 않는다. 그것은 추잡과 음란, 성신모독, 명예훼손 및 모욕 또는 도발적 언사인데 (lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ‘fighting’ words), 그것들은 그 발언 자체에 의해 손해를 가하거나 절박한 평화교란을 야기하는 것이다. 그러한 발언은 의견의 설명에 중요한 부분이 아니며, 진리를 향한 전진에서 갖는 사회적 가치가 너무 미미하기 때문에 그로부터 나올 이점(이점)은 질서와 도덕이라는 사회적 이익에 의해 분명히 압도당하게 된다.”고 판시하였다.

이러한 전제에서 연방대법원이 판시한 요지에 의하면 음란한 물건이라 함은 호색적 흥미에 호소하는 방법으로 성을 취급한 물건 즉, 색욕적 감정을 흥분시키는 경향을 가진 물건을 말하며, 무엇이 음란한가를 판단하는 기준은 문서 전체를 보아서 지배적인 논제가 현사회의 평균인의 색욕적 흥미에 호소하느냐 여부에 있고, 이렇게 정치적·사회적 문제에 대한 사상의 교환에 하등 가치를 갖지 못하는 음란한 언론은 헌법이 보장하는 언론·출판의 자유에 의해 보호받지 못한다는 것이었다. 헌법적 보호를 받는 것이 아니므로 음란한 언론을 처벌함에는 명백하고 현존하는 위험이 발생하였는가 여부를 검토할 필요도 없다.

이하에서 로스기준의 여러 요건에 관하여 상술한다.

(2) 보상적 가치의 결여

연방대법원이 로스사건에서 음란을 판단함에 가장 기본적 요소로 제시한 것은 음란은 하등 사회적 가치를 갖지 못하는 언론이라는 점이었다. 이 점은 음란언론의 요소로 지적됨과 동시에 그것이 헌법의 보호를 박탈당하는 논거로서 제시된 것이다.

연방대법원은 수정헌법 제1조에 관한 언론의 자유시장이론과 민주적 자치이론에 근거하여 “언론과 출판에 부여된 보호는 국민이 소망하는 바대로 정치적·사회적 변화를 가져올 목적으로 자유로운 의견교환을 보장하기 위해 만들어진 것”인데, 음란은 의견의 자유시장이나 정치과정에 대하여 하등 기여하는 바가 없으므로 “음란은 헌법상 보호받는 언론이나 출판의 범위 내에 있지 않다”고 선언하면서 다음과 같이 판시하였다.

“모든 의견은 - 비정통적 의견, 논란되는 의견, 지배적 의견의 분위기에 비추어 혐오적인 의견 등 - 보상적인 사회적 의미(redeeming social importance)가 아무리 경미한 것이라 하더라도 그들이 보다 중요한 이익영역의 한계를 침범함으로써 제외되어야 할 것이 아닌 한, 완전한 보호를 받는다. 그러나 수정헌법 제1조의 역사에 의하면 음란은 보상적인 사회적 중요성이 없는 극단적인 것으로서 묵시적으로 제외되고 있다. 그러한 이유로 인한 배제는 50개국 이상의 국제조약, 48개 주의 음란규제법 및 1842년부터 1956년 사이에 의회가 제정한 20개의 음란규제법에 반영된 바와 같이 음란은 억제되어야 한다고 하는 판단 속에 반영되고 있다.”

이 사건에서 피고인들은 음란규제법령은 외부적인 반사회적 행동과 무관하게 표현의 내용 즉, 불순한 성적 사고의 자극을 처벌하는 것이어서 위헌이라고 주장하였으나, 법원은 음란규제법은 사상통제의 형태에 해당하지 않는다고 하여 피고측의 주장을 배척하고, 나아

가 음란을 처벌하기 위해서 음란언론과 반사회적 행동간의 연관관계에 관한 증거를 요하는 것이 아니라고 판시하였다.

그러나 로스기준의 이러한 보상적 가치의 요건은 후의 판례에서 다소 완화된 적용을 보여 주었다. 통속적으로 “Fanny Hill”이라고 불리어지는 소설이 문제된 사건³²⁾에서는 그 서적의 모든 이용가능성이 고려되어야 한다는 의미에서 보상적인 사회적 가치를 요하는 요소가 완화되어 적용되었다. 즉, 저속문학의 고전으로 생각되는 이 사건에서 문제된 소설 “Fanny Hill”이 사소한 문학적, 역사적 가치만 있다고 하더라도 그것은 보상적인 사회적 가치가 전혀 없다고 할 수는 없고, 따라서 음란하지 않은 것으로서 규제될 수 있다는 것이었다.

(3) ‘호색적 흥미’

미국 연방대법원은 이 사건에서 성적인 것이 모두 음란한 것은 아니며, 음란물이란 호색적(호색적) 흥미(‘prurient interest’)에 호소하는 모양으로 성을 다루는 자료라고 하는 점을 명백히 하였다. 법원은 “성이 인간생활의 거대하고 신비스런 원동력으로서 시대를 막론하고 인류에게 열광적 관심의 주제가 되어 온 점에 대하여는 다룰 수 없으며, 그것은 인간의 이익과 공공의 관심사로서 중 차대한 문제 중의 하나이며, “예컨대 예술, 문학 및 과학작품에서의 성묘사는 그 자체가 헌법상 언론·출판의 자유의 보호를 거부할 충분한 이유가 되지 못한다.”고 실시하고, 문제된 자료가 음란하다고 규정 짓기 위해서는 호색적 흥미에 호소하는 방법으로 성을 다루는 것이어야 한다는 점을 강조하였다.

동 법원의 정의에 의하면 ‘호색적 흥미’(prurient interest)란 “육욕

32) A Book Named “John Cleland’s Memoirs of a Woman of Pleasure” v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S. 413 (1966), 일명 ‘Memoirs’ case.

적(욕욕적) 생각을 흥분시키는 경향을 가진 자료”(material having a tendency to excite lustful thought)라고 한다. 이 정의에 관하여 법원은 “전체적으로 보아 주로 호색적 흥미, 즉 나체, 성 또는 배설에 관한 수치스럽고 병적인(morbid) 관심에 호소하는 것으로서 그것이 그러한 자료의 묘사 또는 제시에서 실질적으로 솔직성(candour)의 통상적인 한계를 넘어선 것이라면 그 소재는 음란한 것이다”라는 모범형법안의 규정³³⁾을 인용하였다.

후속 판례는 성을 상품화하려는 의도가 있는 경우 위와 같은 호색적 흥미의 기준은 쉽게 인정된다는 점을 확인하였다. 연방대법원은 1966년 판결³⁴⁾에서 이른바 성상품화(‘Pandering’) 개념에 의해 연방 음란규제법에 의한 유죄판결을 지지하면서 고객의 에로틱한 관심에 호소하는 서적들의 공개된 광고문구를 보면 거기에는 감각주의자의 추파가 스며있고, 성적인 것을 들어내놓고 장사하려는 뻔뻔스런 시도가 간취되기 때문에 이 서적들은 추잡한 투쟁이 사업의 상품으로서 제작·판매된 것이고, 따라서 음란성이 인정되는 것이라고 판시하였다. 이와 같이 이 사건에서는 그 조달자가 그 출판물의 성적으로 자극적인 국면만을 유일하게 강조한 점이 유죄로 인정됨에 결정적으로 작용하였다.

(4) 전체적 고찰에 의한 일반평균인에 대한 영향

Roth판결은 가장 민감한 사람에 대하여 미치는 영향에 따라 음란 여부를 판단하는 Hicklin기준을 배척하고, 그 대신 작품이 평균인에 대하여 갖는 영향에 비추어 전체로서 고려되어야 한다고 판시함으로써 음란의 정의를 현저히 축소하였다. 이러한 새 기준은 “현대의 사회적 기준에 의할 때 그 자료의 주된 테마가 전체적으로 보아 일

33) A.L.I Model Penal Code, § 207.12(2) (Tent. Draft No. 6, 1957).

34) Ginsburg v. United States, 383 U.S. 463 (1966).

반 평균인에게 호색적 흥미에 호소하는가의 여부”에 의하게 된다.

[사례] 음란물 우송금지법 사건 (1962)

미국 연방대법원 *Manual Enterprises Inc., v. Day, Postmaster General*, 370 U.S. 478 (1962)

상고인들이 발행한 잡지는 대체로 전라 또는 전라에 가까운 남자 모델, 사진사 및 그 주소 등을 게재하였고, 그 외에 나체사진을 제공하는 다른 사진사의 광고도 게재되어 있었다. 상고인들이 1960년 위 잡지들을 시카고로 발송하기 위하여 버지니아주 알렉산드리아(Alexandria) 우체국에 접수시키자, 체신부 법무관은 청문을 거친 후, 그 우편물 자체가 음란하며(obscene), 다른 음란한 물건의 판매 장소를 광고하고 있다는 점을 확인하고 그 우송을 보류하는 결정을 내렸다. 이러한 조치는 ‘음란하거나 음탕하거나 정욕적이거나 호색적이거나 기타 야비한 성격을 가진 출판물’은 그 우송을 금지하고, 이에 위반할 때에는 처벌한다고 규정한 연방 법률(이른바 Comstock Act)을 근거로 한 것이었다. 연방 지방법원과 항소법원은 모두 체신부 법무관의 결정을 지지하였다.

그러나 미국 연방대법원은 음란 여부의 판단은 당시 사회의 ‘평균인’의 욕정을 기준으로 해야 하므로 단지 동성연애자들을 위해 제작된 전라 또는 전라에 가까운 남자 모델, 사진사 및 그 주소 등이 기재된 잡지는 일반 평균인이 아닌 동성연애자의 색욕적 흥미만을 불러일으키는 것이므로 음란하다고 할 수 없다고 판시하였다.

로스 사건 이후 연방대법원은 로스기준을 보완하여 갔는데, 첫째로 음란의 처벌에는 의도가 입증되어야 하며,³⁵⁾ 둘째로 대법원은 문제된 자료가 헌법상 음란의 정의에 해당하는가의 여부에 관하여 상소심은 독립적인 판단을 할 수 있다고 판시하였다.³⁶⁾ 물론 이 요청은 음란관계 사건에만 고유한 것은 아니고 모든 수정헌법 제1조 사건에서 적용된다.

35) *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959).

36) *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 190 (1964).

다. 밀러 기준(1973)

(1) 배경

연방대법원이 Roth기준을 적용하기 시작하였음에도 음란의 판단 기준은 사회적·문화적 배경에 따라 달라질 수 있는 것이었기 때문에 그 기준의 구체적 적용 여하에 관하여는 대법관 간에도 합의가 이루어지지 못하였다.

대법관들이 Roth기준의 적용 여부에 있어서도 의견의 일치를 보지 못하게 되자, 연방대법원은 단지 법원의 의견으로서 음란하다고 생각되지 않는 사안에 대한 유죄판결을 파기하는 방법을 취하게 되었다. 그러한 관례가 시작된 것은 1976년³⁷⁾이었다. 그 사건에서 대법관 중 2인은 음란을 이유로 제재할 수 있는 권한 자체를 부인하였고, 1인은 제한적으로만 인정하였으며, 그 밖의 대법관들은 Roth/Memoirs기준에 따르려고 하였으나, 그 중 1인은 사회적 가치를 독립적 요건으로 보려하지 않았다.

그 후 연방대법원은 수많은 파기사례를 처리하였지만 거기엔 하등 준거할 수 있는 통일된 기준이 제시된 바 없었다. 이러한 배경하에서 1973년 연방대법원은 밀러사건³⁸⁾과 파리성인극장사건³⁹⁾에서 음란규제에 관한 법리를 재검토하고 새로운 헌법상의 기준설정을 시도하게 되었다.

[사례] 밀러 사건 (1973)

미국 연방대법원 *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973)

이 사건에서 피고인은 성인자료의 판매를 위한 광고를 위하여 대량

37) *Redrup v. New York*, 386 U.S. 767 (1976).

38) *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

39) *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973).

우송활동을 벌인 것 때문에 캘리포니아 주의 음란규제법에 의해 유죄 판결을 받았다. 광고된 4종의 서적은 '성교', '남과 여', '성의 향연 도해(도해)', '포르노의 역사도해' 등이었고, '혼중 성교'라는 영화필름도 문제되었다. 그 중에는 다양한 성행위를 하고 있는 성기를 드러낸 2인 이상 그룹의 남자와 여자를 명시적으로 묘사하는 사진과 그림이 포함되어 있었다.

법원은 이 사건에서 문제되는 것은 노골적으로 성적인 자료가 공격적인 판촉행위에 의해 그러한 자료를 받겠다고 원한 바 없는 수령인들에게 넘어진 상황이라고 지적하고, Roth사건 이래 음란에 대한 법원의 판결례를 검토한 후, 음란언론은 수정헌법 제1조에 의해 보호될 수 없다는 점을 재확인하는 동시에 음란에 관한 새로운 기준을 다음과 같이 제시하였다.

① 평균인(average person)이 현행 지역사회의 기준(contemporary community standards)을 적용함에 있어서 전체적으로 보아 호색적 흥미(prurient interest)에 호소하는가의 여부

② 해당 작품이 적용될 주법률에 의해 구체적으로 정의된 성행위 (sexual conduct)를 노골적으로 공격적인 방법(patently offensive way)으로 묘사 또는 서술하고 있는가의 여부

③ 전체적으로 보아 그 작품이 진지한(serious) 문학적, 예술적, 정치적 또는 과학적 가치를 결여하는가의 여부

(2) 호색적 흥미 - 성행위의 묘사

첫째로, 밀러 사건에서 법원은 음란 여부를 결정함에 있어서 평균인(average person)이 현행 지역사회의 기준(contemporary community standards)을 적용함에 있어서 전체적으로 보아 호색적 흥미(prurient interest)에 호소하는가의 여부를 문제삼았다. 밀러사건에서도 ‘호색적 흥미’란 “육욕적 생각을 흥분시키는 경향을 가진 자료”(material having a tendency to excite lustful thought)라고 하는 로스사건의 정의가 확인되었고, 다만 밀러사건에서 법원은 그러한 규제의 허용 범위를 성행위(sexual conduct)의 묘사에 국한하였다.

또 밀러판결은 호색적 흥미를 전국적 기준이 아닌 지역사회의 기준에 의해 판단하도록 판시하였다. 밀러사건 이전에 법원은 연방 수정헌법 제1조가 각주의 권력에 대하여 갖는 기본적 한계는 지역사회마다 달라질 수 없는 것이므로 음란의 판단기준도 전국적으로 동일하여야 한다고 생각하였다. 그러나 밀러사건에서 대법원은 수정헌법 제1조가 전국적으로 적용된다 하더라도 호색적 흥미에 호소하는가, 또는 노골적으로 공격적인가의 여부는 사실문제로서 전국적으로 통일된, 정확하게 고정된 기준이 있다거나 있어야 한다는 점을 의미하는 것은 아니라는 입장을 취하였다. 이들 문제는 사실문제이고 미국은 너무 크고 다양하여 대법원이 50개주에 적용되는 단일한 정의에 의해 규정할 수 있는 기준이 함의적으로 존재하기를 기대할 수는 없다는 것이었다.

(3) 노골적으로 공격적인 자료

둘째로, 밀러기준은 해당 작품이 적용될 주법률에 의해 구체적으로 정의된 성행위(sexual conduct)를 노골적으로 공격적인 방법(patently offensive way)으로 묘사 또는 서술함(patently offensive material)을 요구한다. 이것은 Roth기준보다 더 정확한 것으로서 그

보다 음란의 범위를 축소시킨다. 여기에는 다시 다음의 3가지 요소가 제시된다.

(가) 밀러사건에서 법원은 음란 여부에 관한 높은 불확실성을 덜기 위하여 음란규제법률은 어떠한 유형의 묘사가 금지되는지 구체적으로 정확하게 규정되어야 한다고 판시하였다. 그러므로 올바른 음란규제법은 금지되는 행위유형을 정의함에 있어서 비교적으로 솔직하고 노골적인 말을 사용하여야 한다. 이것은 법집행자에게 과도한 재량을 부여하는 부정형적이고 일반적인 기준에 의한 언론규제에 대하여 경고하려는 것이었다. 다수의견은 수정헌법 제1조가 중구적이며 최선의 정확성을 요구하는 것이 아니며, 새로운 Miller기준은 그러한 자료를 공개적으로 상업적으로 취급하는 사람들에게 무엇이 제소될 것인가에 대한 공정한 경고(fair notice)를 제시하고 있다고 생각하였으나, 그럼에도 음란을 명확하게 정의하고자 하는 대법원의 노력은 합의에 이르지 못하였다.

(나) ‘노골적 공격성’의 기준(“patently offensive” standard)은 표현이 단순히 성을 다루는 것에 불과한 것을 넘어 성행위(sexual conduct)를 묘사·서술하는 것이어야 함을 요구한다.

노골적으로 공격적인 서술이나 묘사에 해당하는 제1의 범주는 최종적 성행위(ultimate sexual acts)를 대상으로 하는 것으로서 하드 코어 포르노(“hard core” sexually explicit material)를 의미한다. 최종적이란 전회(전회) 단계를 넘어 성교나 오르가즘의 형태를 포함할 것을 요한다. 그것은 정상적이든 변태적이든, 현실적이든 가상적인(simulated) 것이든 불문하며, 따라서 현실상 시각적으로 연출될 것을 요하는 것이 아니라 가상적이어도 무방하다. 제2의 범주는 자위 행위, 배설작용 및 성기의 추잡한 노출이다. 그것이 노골적으로 공격적인 제시 또는 묘사이어야 함은 물론이다.

그러나 정상적이고 건강한 성적 욕구(normal, healthy sexual desires)를 일깨우는 것은 음란한 것으로 규정되어서는 안 된다.

[사례] 도덕방해법 사건 (1985)

미국 연방대법원 *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491 (1985)

이 판례에서 연방대법원은 ‘정상적’ 성적 서술과 노골적 공격성의 구별을 시도하고 있다. 이 사건에서는 정상적 영영의 코스로서 음탕한(lewd) 필름을 공개적으로 상영하였다고 하여 ‘도덕방해법’(moral nuisance law)에 의해 처벌된 것이 문제되었다. 그 법령은 음란의 정의에 ‘욕욕적(lust)’이라는 말을 사용하였는데, 그 말은 “나체, 성 또는 배설에 관한 수치스럽거나, 병적인 관심”(shameful or morbid interest in nudity, sex or excretion)을 자극하는 표현뿐 아니라 ‘정상적인 성적 각성의 호소’(appeals to normal sexual arousal)까지도 포괄하는 것이었다. 법원은 동법이 처벌의 대상으로 하고 있는 음란이란 정의가 너무 광범하여 그 처벌 대상으로서 ‘음탕한(lewd)’ 표현에 헌법상 음란하지 않은 성적 자극에 대한 호소를 포함시킨 범위에서 위헌이라고 판시하였다. 다만, 그 문제된 법령 부분은 헌법적으로 제한할 수 있는 음란한 자료를 처벌하는 부분과 구분할 수 있었으므로 그 사건의 해결을 위하여 필요한 범위 이상으로 법령을 무효화하여서는 안된다고 하면서 동 법령이 일부 무효임을 선언하였다.

(다) 노골적 공격성(patent offensiveness)은 전국적 기준이 아니라 지역사회마다 판단될 요건이다.

(4) 진지한 보상적 가치의 결여

밀러 판결이 제시한 세 번째 요건은 전체적으로 보아 그 작품이 진지한(serious) 문학적·예술적·정치적 또는 과학적 가치를 결여하는가의 여부였다. 밀러 사건에서 법원은 “보상적 사회적 가치가 극단적으로 결여될 것”을 요하는 *Fanny Hill*사건의 기준을 배척하고, 전반적으로 보아 진지한 문학적·예술적·정치적 또는 과학적 가치(serious redeeming value)가 없을 것을 요한다고 하여 이를 완

화하는 입장을 취하였다. 그 가치의 추구가 진지한 것이어야 하므로 원래의 핵심적으로 음란성이 있음에도 문학적 가치를 위장하려하기 위해 단순한 분식적(粉飾的) 가장(假裝)이 덧붙여진 경우에는 보상적 가치가 있다고 할 수 없다. 예컨대, “한 페이지에 볼테르의 말을 인용하였다 하여 음란한 출판물이 헌법적으로 보상될 수는 없는 것이다.” 이러한 보상적 가치는 이성적 인간을 표준으로 결정된다.

후에 명시적으로 정리된 밀러기준에 의하면 ‘호색적 흥미’나 ‘노골적 공격성’은 사실문제로서 배심(陪審)이 현행 지역사회의 기준에 의해 정하는 것이지만, 보상적 가치는 지역사회의 기준에 따라 결정될 수 없고 이성적 인간기준에 의해 결정된다고 한다.⁴⁰⁾

라. 음란규제 반대론의 법리적 주장

미국 판례를 고찰함에 있어서 간과하여서는 안 될 점은 음란표현에 대한 규제는 헌법상 표현의 자유에 관한 전통적인 판례이론에 의할 때 해결할 수 없는 여러 가지 난점을 제기한다는 주장이다. 이러한 점은 다수의 판례에서 반대의견으로 개진된 바 있다.

첫째로, 음란개념에 대하여는 시대와 문화권의 다름뿐 아니라 법을 해석·적용하는 사람 사이에도 일치된 정의가 불가능하며, 이렇게 음란 개념은 광범하고 모호하기 때문에 표현의 자유를 위축시킬 우려가 크다는 점이다. 음란개념에 대하여 이제껏 시도된 어떠한 기준에 의하더라도 또 아무리 정교한 정의를 하더라도 모호함을 벗어날 수 없고, 헌법상 허용될 수 있는 정도로 명확한 정의(requirement of definiteness)가 불가능하다는 점을 부인할 수 없

40) Pope v. Illinois, 481 U.S. 497 (1987).

다는 것이다. 그 결과 보호받는 언론과 음란하여 금지되는 언론간의 한계가 모호하여, 음란을 이유로 한 제재는 표현행위자에게 적절한 고지(adequate notice)를 줄 수 없으며, 언제나 과도한 광범성(vagueness and overbreadth) 때문에 정당한 언론에 대한 위협효과를 준다.

대법관 사이에서도 음란의 개념에 관하여는 폭넓은 견해 차이를 보여왔고, 음란을 명확하게 정의하고자 하는 대법원의 노력은 합의에 이르지 못하였다. 밀러사건과 함께 판결된 파리성인극장사건⁴¹⁾에서 Brennan대법관의 설명에 의하면 “밀러기준뿐 아니라 사용가능한 어떠한 기준도 모호성을 참을 수 있는 정도로 감소시키거나, 수정헌법 제1조와 제14조의 보호이익과 성지향적인 자료의 전파를 규제하는 주의 이익간에 납득할 수 있는 균형을 이루게 할 수는 없다고 결론짓지 않을 수 없다”고 한다.

밀러기준에 의하더라도 음란성은 “호색적 흥미”나 “중대한 문학적 가치”와 같은 불명확한 개념들에 의해 정의되어져 왔다. 그것은 이러한 개념을 정의하는 사람의 경험, 사고방식, 개성에 의존하는 것이며 또한 표현의 낱어와 표현전달의 배경에 의존하는 것이다. 그리고 그러한 밀러 기준도 미국 연방대법원의 다수의견을 지배한 적은 없었다.

Brennan대법관의 설명에 의하면 음란규제사건은 언제나 한계적 문제였고, 극도로 어려운 위헌문제를 내포하고 있었으며, 그 결정도 언제나 사례별로(case-by-cases) 또는 개개 작품을 본 결과에 따라(sight-by-sight) 적용되었다고 한다.⁴²⁾ 이렇게 특정한 작품에 대하여 그 위헌 여부를 예측할 수 있는 명확한 기준이 설정되어 있지

41) Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973).

42) 파리성인극장사건, Paris Adult Theatre v. Slaton (1973).

않기 때문에 그것이 허용되는가의 여부는 미국에서도 연방대법원의 대법관 5인이 판단하기까지 불안한 상태에 있게 된다. Roth사건 이래 Black, Douglas 양 대법관은 일관되게 성 지향적 언론에 대하여는 정부가 전혀 규제권한을 갖지 못하는 것으로 생각하여 왔으며, Harlan대법관은 연방은 hardcore pornography만을 규제할 수 있을 뿐, 그보다 완화된 자료에 대하여는 주가 규제할 수 있다고 생각하여 왔고, Stewart대법관은 연방이든 주든 hardcore pornography만을 규제할 수 있다고 주장하였다. Brennan대법관은 수정헌법 제1조와 수정헌법 제14조는 주정부나 연방정부가 성표현물을 추상적인 음란성의 기준으로 억압하는 것을 금지한다고 보았다. 다만, 그는 성적 표현물 자체를 규제하는 것이 아니라 청소년 보호 또는 동의하지 않는 성인들을 보호하기 위해 그 유포방식에 관하여 제한하는 것은 허용된다고 보았다.

둘째로, 미국에서 음란물의 규제를 반대하는 입장의 주된 논거는 그것이 표현의 내용규제(content-based regulation)임에도 연방대법원의 다수 판례는 음란을 헌법상 보호받지 못하는 것이라고 치부하여 그 위헌 여부에 관하여 그에 상응하는 고도의 위헌심사기준이 적용되지 못하고 있다는 데 있다.

1957년 로스사건⁴³⁾에서 반대의견을 개진한 Douglas와 Black 대법관에 의하면 성적 느낌 및 욕망의 환기는 일상생활에서 여러 가지 방법으로 나타나며, 여성에 대한 여론조사에서 성적으로 가장 자극적인 것은 음악, 사진, 춤, 드라마, 책 및 남자(절반 이상)이었다는 점을 지적하고 음란의 처벌은 결국 사상을 검열하는 것이라고 주장하면서 다음과 같이 실시하였다. “법관이나 배심이 사고(thought)에

43) Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).

바람직하지 않은 충격을 준다고 생각하지만, 불법적인 행동의 일부라는 증거가 없는 단순한 언론과 출판에 국가로 하여금 개입하여 처벌하도록 허용하는 것은 수정헌법 제1조를 극적으로 침해하는 것이다.” 그러한 입장에서 그들은 사회의 현존 도덕기준의 변화에 영향미치는 위험이나 독자를 충격하거나 공격하는 위험 또는 객관적인 행동과는 동떨어진 성적 사고와 욕망을 자극하는 위험은 문학적 자유에 대한 간섭에 의해 결과되는 사회의 손실을 정당화할 수 없다고 주장하였다.

이와 관련하여 위 파리성인극장 사건에서 Brennan대법관은 음란규제의 보호법익과 관련하여 괄목할 이론을 전개한 바 있다. 그는 국가에게 공동체의 도덕성을 보호하기 위해 어떤 행동을 취할 권리가 있는 것은 확실하지만, 다수의견이 말하는 국가의 이익 즉, 음란물을 억제함으로써 도덕을 보호하려는 이익은 무의미하고, 잘못 정의된 것이며, 가상적인 것이어서 근거가 없는 것임을 강조하였다. 인간행위, 도덕, 성, 종교 등에 관한 증명되지 않은 가정들에 기초를 둔 음란규제의 노력은 수정헌법 제1조의 가치를 중대하게 훼손하는 음란규제법을 유효한 것으로 만들 수 없다는 것이었다.⁴⁴⁾

이에 대하여 일부 학자는 이른바 견해중립론적 입장⁴⁵⁾에서 성적 언론에 대한 제한은 견해와 무관하게 그 주제에 대한 혐오라는 감정에 의해서 뒷받침되는 것이며, 성적 언론에 대한 감정적 반응은 그것이 표명하는 사상에서 나오는 것이 아니고 사회적 터부의 침해로부터 생겨나는 것이기 때문에 견해차별적 규제(viewpoint discrimination)인가 또는 견해중립적인 규제인가 하는 논의는 정치

44) 임지봉, ‘출판물과 연구·영화·비디오물의 음란성 판단기준에 관한 연구 - 미국 관례법상 음란성 판단기준을 중심으로 -’ 법조 2000년 6월호.

45) Young v. American Mini Theatres, Inc., 427 U.S. 50 (1976) 참조.

적 언론의 영역에서 논란되는 논점일 뿐, 성적 표현의 영역에서 주요한 논점은 아니라고 하여 위와 같은 입장을 다시 비판한다.⁴⁶⁾ 그러나 이러한 비판에 대하여는 성적 표현은 오히려 항상 견해중립적인 상태에 있는 것이므로 성적 표현의 문맥에서는 견해중립론에 의하더라도 성적 표현을 규제하는 근거가 될 수는 없다고 하는 재반론이 행해진다.

이러한 문제에 대하여 구체적인 논란이 전개된 것이 다음 사건이다.

[사례] 나체춤 규제 사건 (1991)

미국 연방대법원 *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 111 S. Ct. 2456, 115 L. Ed. 2d 504(1991)

이 사건에서는 오락시설의 댄서들은 젖꼭지와 음부를 가리도록 하는 인디애나주의 공중품위법(public decency law)의 위헌 여부가 문제되었다. 공개무대에서 배우들이 전라(전라)로 공연하기를 원했던 원고는 에로틱하고 성적이지는 하지만 음란하지 않은 메시지를 가진 표현적 행동의 방법을 제한하는 위 법령은 수정헌법 제1조 위반이라고 주장하였다. 그러나 법원은 O'Brien사건 기준(중간심사기준)에 의거하여 그 법령은 원래 표현행위와는 상관이 없는 도덕 및 사회질서 (morals and public order)를 보호하는 정부의 실질적 이익을 옹호하기 위한 것이며, 그것은 주의 일반적 규제권(police power)에 전통적으로 인정된 권한이고, 그것이 자유표현에 대하여 부수적인 제한을 하게 되었다 하더라도 그것은 위헌이 아니라고 판시하였다.

그러나 이 사건에서 그러한 누드춤의 금지는 표현과 상관이 없는 것이었는가 또는 누드 댄싱 행위에 의해 전달되는 에로틱한 메시지에 대한 도덕적 혐오감에 기한 것이 아닌가 하는 문제에 관하여 대법관들은 첨예한 견해차를 보였다. 4인의 다수의견을 대변한 Rehnquist대법원장은 미국내의 47개주에서 시행되고 있는 이른바 공개적 저속성 규제법령(public indecency statute)의 연혁을 살핀 후, 그 법률이 대상으로 한 것은 에로틱 메시지가 아니며, 인디애나주가 인식한 해악은

46) Smith, "Zoning Adult Entertainment: A Reassessment of Renton," 79 *Cali. L. Rev.* 129 주 58, 143(1991).

표현행위와는 상관함이 없이 나체의 공개였다는 입장이었다. Souter대법관은 *Renton v. Playtime Theatres, Inc.* 사건(1986)에서 피력된 제2차적 효과기준(“secondary effects” test)에 기해 다수의견에 가담하였다. 그러나 Marshall, Blackmun, Stevens 등 3인의 대법관이 가담한 반대의견에서 White 대법관은 그 전라 춤의 금지는 바로 그 메시지의 내용을 전제로 하는 것이며, 따라서 이 사건에서는 O’Brien기준이 적용될 수는 없고, 고도심사기준에 따라 위 법률은 무효로 하여야 한다는 입장이었다.

Smolla교수에 의하면 다수의견은 문제된 법령이 분명히 표현의 내용을 근거로 한 제한이었음에도 이를 표현과 무관한 것이었다고 건강부회(건강부회)하였고, 내용근거제한에 대하여 적용되는 고도심사기준에 의하지 아니하고 O’Brien기준(중간심사기준)의 적용을 허용함으로써 수정헌법 제1조의 보호를 약화시킨 반면, 반대의견이 오히려 논리적이고 수정헌법 제1조의 보호에 보다 충실하였다는 비판을 하고 있다.⁴⁷⁾ 주가 부도덕하다고 생각한 것은 성인이 라운지에 들어가 여자가 나체로 춤추는 것을 허용하는 것이었다고 하지만, 진정 문제되는 것은 그러한 춤을 보고 야기되는 성적 흥분(sexual arousal, excitement)이었다는 것이다. 고객은 성적 흥분을 사고 라운지는 그것을 파는 것이기 때문이다. 따라서 위 사건의 선례적 가치는 제한적이며, 단지 성지향적 표현에 있어서만 심사정도를 완화하려는 대법원의 취지가 담긴 사건으로 이해하여야 한다고 한다.⁴⁸⁾

마. 밀러 기준 이후의 동향

위에서 본 바와 같이 1973년 밀러판결에서 표명되어 아직까지 유지되고 있는 미국 판례의 기본입장은 우선 음란한 표현은 헌법적 보호를 받지 못하는 것이라고 하는 데 있다. 이러한 입장은 구체적인 생활이익에 대한 침해나 위해를 요함이 없이 도덕적 관점으로부 터 광범한 규제를 시인하게 된다는 점에서 학자들 사이에 비판을 받아왔다.

47) Smolla and Nimmer, id p. 3-67.

48) Smolla and Nimmer, id p. 3-68.

최근 들어 이러한 법리의 타당성에 의문을 표하고, 음란한 표현도 헌법적 보호범위에 속한다는 입장에서 그에 대한 규제는 구체적인 이익의 침해가 있는 경우로 제한해야 한다는 학자들의 주장이 힘을 얻고 있다.⁴⁹⁾ 이러한 입장에 서는 경우 표현자유에 대한 제한에 관한 일반적 판례법리에 입각하여 그에 대한 제한은 내용근거규제이기 때문에 그 합헌성에 관하여 엄격심사를 받게되고, 그 규제는 필수적인 이익을 보호하기 위해 규제대상을 명확히 하여 최소제한수단을 채택한 경우에 한하여 합헌이라고 지지될 수 있다.

위와 같은 입장에서 성표현에 대한 규제에 있어서 구체적인 규제 이익을 밝히려는 노력이 시도되었고, 이러한 생각은 성표현에 대한 실증적인 연구의 성과에 따라 이를 규제해야 한다는 기본 입장을 취하고 있다는 점에서 실증적 합리주의에 부합하는 것이다.⁵⁰⁾

앞서 본 바와 같이 여성주의적 관점에서 포르노그래피가 야기하는 해악을 규제하려는 노력도 제시된 바 있었다. 여성주의적 입장에서 포르노를 규제하려는 움직임은 1984년 미니아폴리스와 인디애나폴리스의 포르노규제조례로 나타났는데, 이들 규제조치는 앞서 본 바와 같이 연방법원에 의해 위헌판결을 받게 되었다. 다만, 캐나다의 대법원은 이를 합헌으로 보았다.⁵¹⁾

밀러판결 이후 미국에서 각급 법원의 판례 역시 일관된 태도를 보여주지 못하였고, 몇몇 주대법원은 연방대법원의 위와 같은 판시를 벗어나는 취지의 판결을 선고하는 사례도 나오게 되었다. 1987년

49) 三島聰, '性表現に對する刑事規制', 형법잡지 (일본형법학회) 제41권 제2호, 129면 이하 [136면].

50) 三島聰, 전계 논문 133면; Daniel Linz et al., *The Attorney General's Commission on Pornography: The Gaps between "Findings" and Facts*, 1987 Am. B. Found. Res. J. 713 (1987).

51) 三島聰, 전계 논문 132면.

오레곤주 대법원은 음란한 표현도 주헌법상 보호범위 내에 있음을 인정하고, 이를 규제하려면 구체적 규제이익으로서 원치 않는 자나 갇힌 청중 및 청소년을 보호하는 이익의 존재를 필요로 한다고 하였다.⁵²⁾ 하와이주 대법원도 1988년 주헌법을 해석함에 있어서 위와 같은 범위로 규제를 제한하였다.⁵³⁾

최근의 유력한 학설은 특히 인터넷의 보급과 관련하여 지역사회 배심에 의해 정해지는 밀리기준은 전세계적인 전파매체에서 가장 보수적인 표현만이 행해질 수 있고, 인터넷상의 표현은 극도로 위축될 것이란 점을 지적한다.⁵⁴⁾ 이 점은 청소년보호를 위해 밀리기준을 수정된 형태로 규정하였던 1997년의 통신품위법이 문제된 사안에서 법원은 2000년 이를 위헌으로 판결하면서 위와 같은 비판론을 취한 바 있었다.⁵⁵⁾

이러한 점에 비추어 밀리기준은 이를 부분적으로 수정함으로써 대처될 수 없고 규제의 체제 전부를 바꿀 필요가 있다고 하는 주장이 설득력을 얻고 있다. 그 중에는 원치 않는 자나 미성년자가 관계되는 경우에만 규제를 한정해야 한다는 견해가 있으며,⁵⁶⁾ 상술한 오레곤 및 하와이 주 대법원의 견해도 같은 입장을 취한다.⁵⁷⁾

내용적으로 폭력적 내용의 성표현, 출연자가 사전에 성행위를 행할 것을 동의하지 않은 경우 및 미성년자가 출연하는 경우 등 3가지 경우에만 규제를 한정해야 한다는 견해도 제시되었다.⁵⁸⁾

52) State v. Henry, 302 Or. 510, 732 P.2d 9 (1987).

53) State v. Kam, 748 P.2d 372 (Hawaii 1988).

54) 三島聰, 전계 논문 135면.

55) ACLU v. Reno, 217 F.3d 162 (3d cir. 2000).

56) Richard N. Coglianese, comment, Sex, Bytes and Community Entrapment: The Need for a New Obscenity Standard for the Twentyfirst Century, 24 Cap. U. L. Rev. 385 (1995).

57) 三島聰, 전계 논문 135면.

58) 三島聰, 전계 논문 135면, Scott A. Duvall, A Call for Obscenity Law Reform,

3. 독일의 입법과 판례

가. 연혁

중세 독일의 성형법은 교회법의 영향을 받았고, 추행죄(Unzucht)가 광범위하게 해석된 결과 성행위도 처벌하였다. 계몽주의시대에 이르러 이러한 경향은 쇠퇴하고, 혼외 성관계는 법적으로 자유롭게 되었으며, 18세기 및 19세기 초에는 행위자 이외의 타인을 해하거나 공공의 분노를 야기하는 성행위만이 처벌되게 되었다. 그러나 성형법에서 복고주의적 경향을 보였던 1871년의 독일제국 형법은 성범죄의 처벌범위를 확대하였고, 법원의 해석관례도 광범위하게 확대되어 심지어는 혼외 성관계까지 처벌하였기 때문에 그에 대한 비판과 자성의 소리가 높아지게 되었다.

현대에 이르러 독일에서는 성관계 형법에 대한 개혁의 노력으로 1962년 정부 개정안이 만들어졌고, 1965년에는 독일 형법학자회의가 성형법 개정안을 마련하였다. 1969년 독일법률가대회에서는 간통, 성인간의 동성애, 동물과의 추행, 혼외동침의 사취 등 종전까지 처벌되던 범죄를 폐지하고 성형법에 의한 처벌은 사회적으로 해로운 행위에 국한되어야 한다는 의견이 제시되기에 이르렀다.⁵⁹⁾

그러한 논의의 결과 1973. 11. 23. 제4차 개정에 의한 독일 형법은 종전에 ‘윤리에 대한 범죄’라고 규정된 형법 각칙 제13장의 표제를

1 Wm. & Mary Bill Rts. J. 75, 96-101 (1992); Linda M. Vanzi, First Amendment - The Expansion of the Obscenity Doctrine in New Mexico; Is It Tolerable? City of Farmington v. Fawcett, 24 N. M. L. Rev. 505, 514 (1994); Pamela A. Huelster, Note, Cybersex and Community Standards, 75 B.U. L. Rev. 865 (1995).

59) Jescheck, Ruß, Wilms, Strafgesetzbuch Leipziger Kommenter, 4. Band Walter de Gruyter (1988), §§80 bis 184c, Vorbemerkungen, S (4).

‘성적 자기결정에 대한 범죄’로 바꾸고, 성범죄에 관한 규정을 현저히 축소하는 개혁을 단행하게 되었다. 동법 개정에 임한 입법자의 사고에 의하면 형법은 오로지 사회적 행태의 외적 질서만을 보호하여야 한다는 전제에서 청소년의 성영역에서의 지장받지 않는 성장만이 배려되어야 할 뿐, 개인의 성의 자유는 개방되어야 한다는 생각이 지배되었다.⁶⁰⁾ 이로 인하여 독일 형법상 음란규제가 공공의 윤리감정(Sittlichkeitsempfinden der Allgemeinheit)을 보호법익으로 하는 이른바 윤리범죄(Sittlichkeitsdelikte)라고 하는 입법태도는 지양되었고, 독일형법은 성적 자유와 청소년의 성적 성장 및 개인적 법익 등 3가지의 상이한 실증적인 법익을 보호하는 체제로 변경되었다. 그 결과 종전에는 이른바 ‘추잡물’(unzüchtige Schriften)이라는 개념에 따라 광범위한 표현물이 금지되었으나, 4차 형법개정 이후에는 포르노그래피(pornographische Schriften)만이 형법적 처벌 대상으로 제한되고, 그 외의 추잡물은 질서위반범으로서 가벼운 처벌을 받게 되었다.

또 4차 형법개정 이후에는 폭력행위, 아동의 성적 남용 또는 동물과 인간의 성적 행위를 대상으로 하는 이른바 경성포르노(harte Pornographie)는 전면적으로 금지되었으나, 그밖의 이른바 단순 포르노(einfache Pornographie)는 18세 미만의 자나 원하지 아니하는 자에 대한 반포 등의 행위만 금지되고, 나머지 성인에게는 개방되게 되었다. 이것은 포르노의 해로운 영향이 과학적으로 입증되지 않았음에도 그에 대한 금지는 성인의 알 권리 내지 자기결정권을 침해한다는 인식에 따른 것이었다. 그러나 청소년에 대한 해로운 영향 역시 입증될 수 없다는 것이 밝혀졌음에도 청소년의 성적 성장에

60) Jescheck, a.a.O. § 184, Vorbemerkungen, S. 148.

지장을 주는 것으로 간주된 단순 포르노를 계속 금지하게 된 것은 법적 규제를 바라는, 기존의 완강한 기독교적 윤리감정과 사회적 자유주의 관념간의 타협이라고 생각되고 있다.

나. 현행법상의 음란 규제

독일 형법은 폭력, 어린이에 대한 성적 남용 및 수간(獸姦)을 대상으로 하는 이른바 ‘경성(硬性) 포르노’(harte Pornographie)와 ‘연성(軟性) 또는 단순 포르노’(weiche od. einfache Pornographie)를 구분하여 규정한다. 이 구분은 청소년에 대한 위해(危害)의 정도에 따른다.

단순 포르노는 그 유통이 전면적으로 금지되는 것이 아니라, 18세 이하의 청소년과 원치 않은 성인에 대한 전파만이 금지된다 (독일 형법 제184조 제1항). 다만, 성인에 대하여 허용된다고 하더라도 이를 무조건 개방하는 경우에는 청소년보호의 실익을 기할 수 없기 때문에 성인에 대한 전파도 과잉금지의 원칙을 준수하면서 청소년 보호의 이익을 위한 범위에서 제한된다.

그러나 경성포르노는 전면적으로 금지된다 (독일 형법 제184조 제3항). 이에 속하는 것으로는 폭력적 포르노, 어린이가 등장하는 포르노 및 동물과의 성행위를 대상으로 하는 포르노가 예시된다. 특히, 가학적(加虐的) 포르노와 같이 폭력이 개재된 포르노의 어린이에 대한 영향은 과학적으로 입증되지 않았지만, 그것은 일정한 상황 아래서 공격적인 행동을 유발할 가능성이 있다고 주장되고 있어 이에 대처하기 위해 금지되는 것이라고 설명되고 있다. 이 부류의 포르노에 계간(鷄姦) 및 남색(男色)을 다루는 포르노도 포함된다.

그러나 독일형법 제184조는 단지 추상적 위험범(abstraktes

Gefährdungsdelikt)이기 때문에 그 범죄의 성립에 어떠한 유해한 결과의 발생을 필요로 하지 않는다고 한다. 그러므로 그 범죄의 성립에는 개별적 피해자에 대한 위험발생의 입증을 요하지 않고, 위험하다고 하여 규정된 행태가 개별적인 위험발생 여부와 관계없이 처벌된다.⁶¹⁾

다. 판례 및 학설

규제의 대상이 되는 음란성의 개념 및 정의에 관하여는 독일에서도 명백히 입장이 정리되지 못하고 있다. 독일의 입법과 판례에 의하면 그 개념은 오랜 동안 ‘성적 수치심’ 혹은 ‘성도덕’에 근거하여 정의되어 왔으나, 그러한 개념정의는 차츰 성표현물 자체가 지향하는 개별적인 표현방식으로 변하고 규범적인 요소는 차츰 기술적(기술적)인 요소로 대체되게 되었다. 음란물죄를 ‘성적 자기결정권’에 대한 범죄로 파악한 1973년 형법개정은 ‘음란성’(Unzüchtigkeit)이라는 개념 자체를 ‘포르노그라피’라는 보다 객관적인 개념으로 대체하였고, 그 결과 ‘예술성’과 ‘음란성’은 서로 구별되는 개념이 되게 되었다.⁶²⁾

(1) 판례

첫째로, 1879년 제국법원의 판결⁶³⁾은 ‘음란성’(Unzüchtigkeit)이란 ‘성 영역에서 일반인의 성적 수치심(Schamgefühl) 내지 윤리감정(Sittlichkeitsempfinden)을 해치는 것’이라고 정의한 바 있었다. 그러나 개개인의 주관적인 심리상태를 의미하는 ‘성적 수치심’이나 규

61) Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), §184 Rdn. 3.

62) 김영환, 이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노그라피에 대한 형사정책적 대책, 한국형사정책연구원, 1992, 103면.

63) RGSt 1, 148.

법적인 개념으로서 보편적인 윤리기준과 관계되는 ‘윤리감정’은 그 개념이 모호할 뿐만 아니라, 수시로 필요에 따라 그 내용이 바뀔 수 있음에도 이 기준에 따라 ‘음란성’의 ‘허용한계’를 규정하려는 판례의 태도는 법관에게 모든 것을 일임하는 것이어서 헌법이 요구하는 ‘명확성’의 원칙에 반한다는 비판을 받았다.⁶⁴⁾

이러한 비판 때문에 독일 연방통상재판소(BGH)는 1969년의 ‘패니힐’사건⁶⁵⁾에서 “형법의 임무는 성영역에서 성인의 도덕적 기준을 관철시키는 데에 있는 것이 아니라... 오히려 공동체의 사회질서를 그에 대한 방해나 현저한 침해로부터 보호하는 데에 있다”고 전제하고, 성표현에서 ‘음란성’과 관련된 사회적 유해성을 구체적으로 찾으려는 입장에서 성에 관한 묘사가 ‘노골적으로 천박하거나 (aufdringlich vergröbernd) 혹은 호색적(anreißerisch)’ 이어서 공동 사회의 이익을 ‘침해하거나 혹은 심각하게 위태롭게 만드는’ 경우가 아닌 한 음란하지 않다고 판시하였다.

나아가 동 판결은 ‘음란성’의 개념을 세분화하여 ‘음란성’이란 “성에 관한 묘사가 과도하고(übersteigert), 다른 생활표현물과 어떤 의미연관도 갖지 않은 채 호색적인 방식으로 이루어진 것”으로서 “성행위 과정을 노골적으로 왜곡시키고(verzerrend), 비현실적으로(unrealistisch) 묘사하거나, 또는 탈선(Ausschweifung)과 변태(Perversität)를 신성화하거나, 더 나아가 음란한(obszön) 표현방식을 사용하는 것” 등이 이와 같은 ‘음란성’을 판단하는 기준이 된다고 판시하였다.

[사례] ‘패니힐’ 사건 (1969)

64) Hanack, JZ 1970, S. 42 ff.

65) BGHSt 23, S. 40.

독일연방대법원 (BGHSt 23, 40, NJW 1970, S. 72 ff.).

1749년 영국 작가 John Cleland의 소설 'Fanny Hill'은 원래 순수한 시골 처녀의 젊은 시절을 그린 것으로서 그 시대에 이른바 '색정문학'("galante Literatur")에 속하는 소설이었다. 그 이야기의 요지는 여주인공이 매춘의 환경에 빠져 육욕과 유혹에 타락하게 되었음에도 이러한 환경을 떠나 개인적인 사랑의 유대와 시민적 삶을 발견하는 과정을 그리고 있다. 물론 그 서술에는 공개적이고 상세한 성체험, 성행위 및 성적 감정의 묘사가 다수 등장하며 부분적으로는 도착적 성도 등장한다. 위 소설의 독일어 번역본이 독일 형법 제184조에서 규정하는 음란한 문서의 배포에 해당하는 것으로 기소된 것이 이 사건이었다.

독일 연방대법원은 "확립된 관례에 의하면 성적인 관계에서 정상인의 수치감과 윤리감정을 현저하게 해침에 적합한 문서는 형법 제184조의 의미에서 음란한 것으로 간주된다"고 전제하고, 그 경우 문서의 내용이 성적인 관점에서 우리 문화의 가치관념에 기초하는 사회의 기본적인 윤리관념에 반하는가의 여부가 문제되는데, 그에 해당하는가 여부에 관하여는 사실심법관만이 판단할 수 있는 것이 아니라, 법적인 판단도 본질상 음란 개념의 평가를 뒷받침하는 것이라고 지적하면서 다음과 같이 판시하였다.

"형법조항(형법 제184조)의 구성요건은 성적인 영역에서 기본적으로 존속하는 사회의 공통적인 관념을 명백하게 침해하고 그에 의해 공동체생활에 대한 지장이나 성가심을 초래하는 위반만이 충족시킬 수 있다. 이러한 의미에서 무엇이 공동체에 해롭게 작용하고 그에 따라 어디에 성관련 묘사에 대한 관용의 한계를 설정할 것인가 하는 사고는 시적으로 제한받으며 따라서 변화하기 마련이다... 그러나 최근에 이르러 일반적인 견해는 명백히 변화하였다. 영화, 잡지 및 책자속에서 원초적인 형태로 성이 점차 강도를 더하면서 빈번하게 제시되는 경우 그것이 시대적 조류를 남용하는 경향에 불과하다고 하여 법적으로 의미를 갖는 사고에서 도외시될 수 있을지 모른다. 그에 반해 다수의 진지한 설명과 교육적 노력은 성적 영역에 관한 의식의 실질화가 증가하여 왔음을 보여주는데, 그것은 성이 인간생활의 근본문제로서 공개적으로 고찰되고 실질적으로 논의되는 결과를 낳았다. 공공기관의 육성과 협조 아래 '성적 상식의 총람'('Atlas der Sexualkunde')이 청소년의 계몽을 위해 발간되었다는 점은 이 방향을 지시하는 다수의 노력 중의 하나이며, 이러한 노력은 우리의 법질서라는 공간에만 국한된 것이 아니라 자유주의적인 기본질서를 갖는 외국에서도 그 대

응물이 발견된다.

이러한 발전에 비추어 보면 성적 행위의 서술 자체는 그것이 노골적으로 천박하거나(aufdringlich vergröbernd) 혹은 호색적(anreißerisch) 이어서 공동사회의 이익을 침해하거나 혹은 심각하게 위태롭게 하지 않는다면, 그것은 이제 형법 제184조에서 말하는 ‘음란’이라고 간주될 수 없다. 왜냐하면, 형법은 성의 영역에서 성인의 도덕적 기준을 관철할 임무를 갖는 것이 아니라, 사회질서를 침해하거나 현저하게 혼란스럽게 하는 것으로부터 지킬 임무를 갖고 있기 때문이다.”

위와 같은 입장에서 법원은 문제된 소설을 다음과 같이 분석하면서 음란하지 않다고 결론지었다. 즉, 위 소설은 전체적인 표현에서 육육적 기쁨이 강하게 부각되지만, 그럼에도 성은 일반적인 생활적 기쁨의 영역에 놓여지고 있으며, 잘못된 성적 태도와 탈선은 영웅시되거나 추구될 것으로 내세워지지 않고 있다. 저자는 소설 여주인공이 순수한 인간적 사랑의 결합과 전적으로 신체적 육육의 평가를 구별하여 행위하는 것으로 인식하게 한다. 소설의 주인공 페니 힐의 본질적 징표로서 순진함이 점차 소멸하여 가는데 그 묘사에서 조야한 성적 행위의 묘사는 약화되고 자극적으로 천박한 묘사의 경향(aufreizend vergröbernde Tendenz)은 피해진다는 것이다.

연방대법원의 다른 판결에 의하면 ‘음란’이란 “여타의 인간관계를 벗어나 성적 과정을 심하게 뻔뻔스럽고 호색적인 방법으로 전면부 각시킴으로써 전적으로 또는 주로 성적 자극의 흥분을 목적으로 하는 표현”(Darstellungen, die unter Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund rücken und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielen)이라고 한다.⁶⁶⁾

독일 연방대법원의 음란에 관한 이러한 개념정의는 법치국가적인 관점에 입각해서, ‘음란성’의 기준을 성표현물 자체에서 기술적(기술적)으로 확정한 것이기 때문에, 그 결과 ‘음란성’과 ‘예술성’을 구별할 수 있을 뿐만 아니라, 성의 문제를 맹목적인 감정이 아니라 합리적인 기준에 의해 해결하였다는 점에서 긍정적으로 평가되었다. 즉,

66) BGHSt. 37, 55, 59f.

위 판례의 입장에 의하면 예술작품에서는 성이 여타의 인간 관계를 배제한 채 묘사되지 아니할 뿐 아니라 예술적 형성에서 성은 영적으로 고양되어 예술적 표현의 유용한 구성부분이 되므로 포르노그라피와는 구별된다. 그러나 ‘음란성’의 개념을 이렇게 해석한다 하더라도, 애당초 이러한 구성요건표지 자체가 갖는 위헌성 문제, 즉 이러한 ‘가치충족을 필요로 하는 개념’에 의해 어떻게 헌법상 ‘명확성 원칙’을 충족시킬 수 있는가 하는 문제에 대하여는 해결하지 못하였다는 견해도 제시되었다.⁶⁷⁾

이후의 판례는 예술작품이라 할지라도 음란의 요건을 충족할 수 있다고 보는 입장을 취한다. 예술과 포르노가 개념추상적인 정의에서는 명확하고 상호 중복될 수 없는 것처럼 보이지만, 양 영역의 정의를 위해 사용되는 징표는 판단에 대해 부분적으로 중요한 역할을 하기 때문에 구체적인 사례에서 도움을 주지 못한다는 비판도 제기되었다.

(2) 학설

대표적인 학설에 의하면 음란성은 첫째, 내용적 측면에서 절대적으로 성욕을 야기하고 성을 비인간화하는 것, 즉 성의 조야화(조야화)에 의해 인간을 생리학적인 자극과 반응의 존재로 환원하거나, 대체가능한 단순한 성욕의 대상으로 폄하하는 것을 요하고, 둘째 형식적 측면에서는 조야하게, 강박적으로, 과도하게, 유인적으로 또는 몰취미한 묘사방법에 의할 것을 요한다고 한다.⁶⁸⁾ 이러한 판단에 의하면 그 표현의 객관적 경향만이 고려될 뿐 표현행위자의 주관적 경향은 고려되지 않는다.

이렇게 음란을 정의함에 있어서는 경향에 의한 정의

67) 김영환, 이경제의 진계 논문 101면, Hanack, JZ 1970, S. 41f. 참조.

68) Lenckner, in: Schönke/Schröder, §184 Rdn. 4.

(Tendenzdefinition)의 방안이 고려되나, 이에 의하더라도 음란개념을 완벽하게 설명할 수는 없고, 단지 하나의 경향적 요소를 언급함에 불과하다. 그럼에도 그것은 포괄적 음란개념을 인정함에 도움이 되는 부분적 판단요소를 제공한다는 점에서 언급할 필요가 있다. 그 예로서 쉬뢰더는 현실주의 개념(Realismus-Konzeption)을 주장하여 성에 관한 비현실적 묘사를 음란인식의 징표로 제시하였다.⁶⁹⁾ 그러나 이러한 입장은 하나의 징표에 불과할 뿐 이를 일반화하는데는 무리가 있다. 그에 의하면 이색화, 과격화, 왜곡 등의 양식은 탈주관화와 예술적 고양을 나타낼 수 있는 특수한 스타일임에도 비현실적 묘사라고 하여 규제될 수 있는 한편, 현실적인 사진묘사는 처벌하지 못하는 불합리한 결과를 가져오기 때문이다.⁷⁰⁾

그밖에도 학자들에 따라서는 ‘의도적인 수치감의 침해’ (Rosenkranz), ‘오로지 육욕의 대상으로서의 육체’(Sigusch und Trillhaas), ‘기계적 행동’(Scheuch), ‘언어와 영상에 의한 노출주의’(Ermecke) 등 여러 가지 요소를 제시한다.⁷¹⁾

어떠한 해석에 의하는 경우에도 음란 개념의 명확성은 충분치 못하기 때문에 독일에서 음란을 규범적 구성요건요소로 파악하는 것은 불가피하다고 생각되고 있다. 음란개념을 규범적으로 파악하려는 기존의 견해에 의하면 일반적 가치관념(allgemeine Wertvorstellungen)과 성적 품위(sexuelle Anstand)를 해치는 것으로 파악한다. 다만, 음란죄의 처벌에서 헌법상 명확성의 원칙에 충실하려면 법외적 가치척도를 고려함에 있어서도 그 불명확성이 행위자를 불리하게 하여서는 안되고, 그 음란성에 대한 합리적 판단

69) Schröder, Das neue Sexualstrafrecht, S. 65.

70) Jescheck, a.a.O. S. 152.

71) Jescheck, a.a.O. S. 152.

은 일의적인 것이어야 한다.

음란적 표현의 요소로서 거시되는 예를 보면 설화(說話)에서나 있을 법한 끊임없는 향락세계로의 도피, 픽션이라 할지라도 남성의 절륜(絶倫)한 성행위능력 및 여성의 지칠줄 모르는 성적 탐닉(耽溺), 개인적 또는 사회적 생활의 현실성의 무시, 성욕의 자극만을 유일한 목표로 성적인 자극을 강렬하게 환기하는 장면을 나열함으로써 지속적으로 이를 고조하는 등 다양한 요소가 언급되고 있다.

다만, 독일에서 성기의 노출을 포함한 나체의 제시나 성교장면을 포함한 성행위의 제시 자체가 그것만으로 음란성을 구성하는 것은 아니라고 하는데 견해가 일치하고 있다. 그러한 묘사가 앞서 본 경향이나 방식을 취하는 경우에만 음란하게 되는 것이다. 성적 도착(倒錯)의 묘사는 정상과 도착의 한계가 모호하기 때문에 그것만으로 음란하다고 간주되지는 않는다. 동일한 장면의 묘사에 있어서도 언어적 기술(記述)에 의하는 경우와 영상적(映像的) 표현은 그 음란성 판단이 달라질 수 있다. 사진잡지의 경우에는 개개의 사진이 위와 같은 기준을 넘는 것이 아니라 할지라도 그것을 집합시킴으로써 음란물이 될 수 있다.

4. 일본 판례의 경향

가. ‘채털리부인’ 사건 기준(1957)

일본에서는 1957년 채털리부인 사건의 최고재판소 판결⁷²⁾이 음란 문서에 해당하기 위하여는 ① 오로지 성욕을 자극·흥분시킬 것 ② 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해할 것 ③ 선량한 성적 도의관념에 반할 것 등 3요건을 든 바 있었다. 이 판결은 일본에서 문예재판에 관하여 처음으로 최고재판소의 본격적인 태도를 밝힌 것이었고, 이 판결에서 밝힌 음란성에 대한 입장은 오늘에 이르기까지 기본적으로 유지되고 있다.

이 ‘채털리부인의 연인’ 판결에서 최고재판소의 입장은 종전 대신 원 시대 이래 전통으로 되어 온 ‘성행위비공연성의 원칙’을 기본으로 하면서 음란성 판단의 기준으로 ① 그 문서의 학술·예술·정치적 가치의 존부나 강약에 상관없이 음란성을 판단하는 ‘절대적 평가’ ② 음란한 부분이 조금이라도 있다면 전체에서의 위치, 비중에 상관없이 문서의 음란성을 판단하는 ‘부분적 고찰방법’ ③ 사회통념의 내용은 재판관이 판단하는 법률사항이라는 ‘초사회적 사회통념’의 개념 등 3기준을 제시한 것이었다.⁷³⁾

그러나 ‘부분 음란의 원칙’을 견지한 이 판결에 대하여는 음란성의 판단기준이 애매하여 자의적으로 판단될 위험이 있다는 비판이 있었고, 채털리판결 후 일본 사회에서도 성과 예술에 관한 사회의 인식에 현저한 변화가 있었기 때문에, 그러한 변화를 고려하여야 한

72) 형집 11권 3호 997면.

73) 中山研一, ‘文學とわいせつ(1) - ちゃたれ事件’, マスコミ 判例百選(第2版), 別冊ジュリスト第85號, 有斐閣 (1985), 30면.

다는 견해가 점차 세를 확대해왔다.

나. ‘악덕의 영광’ 사건 - 전체적 고찰방법

일본 최고재판소는 1969. 10. 15. ‘악덕의 영광’ 사건에 관한 대법정판결⁷⁴⁾에서 기본적으로 위 채털리부인 사건의 입장을 견지하였으나, 다만 ‘부분적 고찰방법’을 지양하여 ‘전체적 고찰방법’으로의 전환을 시도하면서 문장 중의 어느 부분이 음란인가 아닌가를 판단할 때 문서 전체에 비추어 판단하여야 한다고 판시하였다.⁷⁵⁾ 소수의견에서는 비교형량론 또는 상대적 음란문서의 개념이 등장하여 음란문서의 판단기준에 관하여 종래보다 진일보한 새로운 입장이 개진된 바 있었다. 예컨대 암전재판관은 작품의 음란성에 의하여 침해되는 법익과 예술성, 사회성 등의 가치가 사회에 기여하는 이익의 비교형량을 주장하였고, 전중재판관은 “음란개념의 상대성”을 주장하여 문제되는 문서 등을 판단함에는 그 문서가 가지는 음란성과 예술성 또는 사상성을 상호 연관 하에 판단하여야 한다고 주장하였다. 그는 문서의 음란성이 수치심을 해하는가의 여부보다 오로지 성욕을 흥분, 자극시키는지의 여부에 중점을 두어야 하며, 특정한 자를 대상으로 하는 문서에 관하여는 그 한정된 독자층을 기준으로 음란 여부를 판단하여야 한다는 것이었다.

74) 형집 23권 10호 1239면.

75) 田中久智, 文學とわいせつ(2) - ‘悪徳の榮え’事件’, マスコミ 判例百選(第2版), 別冊ジュリスト第85號, 有斐閣 (1985), 32면.

다. ‘사첩반의 도배’ 사건 기준 (1980)

1980. 11. 28. “사첩반의 도배”사건에 관한 일본 최고재판소 판결⁷⁶⁾은 ‘악덕의 영광’ 사건에서 보인 음란개념의 전체적 고찰방법을 보다 일층 구체화한 판결로 평가된다.

“문서의 음란성 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사서술의 정도와 그 수법, 위 묘사서술이 문서 전체에서 점하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 위 묘사와의 관련성, 문서의 구성과 전개, 나아가 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화정도, 이러한 관점에서 당해 문서를 전체로서 볼 때 주로 호색적 흥미를 불러일으키는 것으로 인정되는가 여부 등 여러 사정을 검토할 필요가 있고, 이러한 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 ‘오로지 성욕을 흥분 또는 자극하고 또 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하여 선량한 성적 도의 관념에 반하는 것’이라고 말할 수 있는가의 여부를 결정하여야 할 것이다”.

위 판결이 적극적으로 밝힌 외설(猥褻) 판단의 6가지 요소를 정리하면 요지가 다음과 같이 이해된다.⁷⁷⁾

① 성에 관한 묘사서술이 있고 이것이 직접적이고 노골·상세할 것. 이것은 구 대심원판례 이래 테마가 아니라 묘사를 문제시 한 ‘묘사기준주의’를 의미한다.

② 위 묘사서술이 문서 전체 중에서 큰 비중을 차지할 것. 이것은 ‘전체적 고찰방법’을 구체화하는 한 방법이고 ‘지배적 효과’라고 언급되기도 한다.

76) 형집 34권 6호 433면, 판례시보 982호 64면.

77) 江橋崇, わいせつ文書頒布禁止と表現の自由(1) - 四疊半襖の下張事件, マスコミ判例百選(第2版), 別冊ジュリスト第85號, 有斐閣(1985), 36면.

③ 이상의 2가지 점을 기초로 문서 전체가 주로 독자의 호색적 흥미에 중점을 둔 것.

통상의 예로 서적류는 이상의 세가지 점만으로 충분히 그 외설 여부를 판단할 수 있으나, 보다 섬세한 판단을 요하는 경우에는 다음과 같은 제반사항도 판단재료가 된다.

④ 문서의 사상과 성표현과의 관련성 정도. 다만, 이것은 문서에 포함된 사상이나 작자의 의도에 의한 것이 아니라 문서로부터의 객관적으로 판단되는 문서에 표현된 사상을 말한다.

⑤ 문서의 구성과 전개. 이것은 다소 이해하기 어려운 요소이지만, 예를 들면 사회적 가치가 낮은 것이라도 적절한 방법을 취하면 외설판단을 면할 수 있다는 취지라고 생각될 수 있다.

⑥ 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화 정도. 이것은 문서의 사회적 가치를 고려할 필요성을 인정한 것이다.

일반론으로서는 이상의 여섯 가지 사정을 종합적으로 고려할 필요가 있고, 그것을 근거로 그 문서가 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 외설이라고 말할 수 있는지 없는지를 판단하게 된다.

라. '비닐책' 판매 사건 (1983)

'비닐책' 판매사건⁷⁸⁾에서는 엽힌 남녀의 나체사진을 그 성기 및 주변부를 검게 칠하여 수정한 뒤 인쇄·게재한 잡지도 '음란도화'에 해당할 수 있다고 판시하였다. 다만 이등정기재판관의 보충의견에 의하면 "특히 표현의 자유를 법적으로 제한하는 경우에는 법적 규제를 받는 범위에 대하여 통상의 경우에 비하여 훨씬 명확성이 요

78) 일본 최고재판소 1983. 3. 8. 판결, 형집 37권 2호 15면.

구된다고 해석함이 상당하다”거나, “대법정판례가 실시한 [음란의] 정의는 정의로서 승인될 수 있다고 하여도 정의에 해당하는가 여부에 대한 판단기준을 한층 구체화하고 음란에 해당하는 범위를 명백히 할 필요가 있다”는 관점에서 “문서도화가 음란의 개념에 해당하는가가 문제된 경우에 소위 ‘하드코어 포르노’와 ‘그에는 해당하지 않지만 음란적 요소가 상당한 것(준하드코어포르노)’를 구별하여 고찰함이 적당하다’는 의견이 제시되었다.

위 이등재판관의 보충의견은 하드코어포르노와 준하드코어포르노를 구분하여, 후자는 성기 또는 성교를 직접 구체적으로 묘사하지 않지만 그 묘사로부터 용이하게 성기 및 성교를 연상시키며 그 지배적 효과가 오로지 또는 주로 호색적 흥미에 호소하는 것으로 사회통념상 하드코어포르노에 준하는 저속한 문서도화라고 하였는데, 그에 의하면 전자는 헌법 제21조 제1항의 보호범위 밖에 있고, 후자는 당해 성표현으로 초래되는 해악의 정도와 작품이 가지는 사회적 가치를 비교교량하여야 한다는 것이다.

5. 한국의 판례

가. 음란 개념에 대한 대법원 판례

우리 대법원이 음란성에 관하여 처음 판단을 내린 것은 명화집에 실려진 마야의 여자 나체화를 성냥갑에 붙여 유포시킨 행위가 문제된 1970년 ‘성냥갑의 마야’ 사건⁷⁹⁾이었다. 그 사건에서 대법원은 “원판시와 같이 침대 위에 비스듬히 위를 보고 누워있는 본건 천연색

79) 대법원 1970. 10. 30. 선고 70도1879 판결.

여자 나체화 카드 사진이 비록 명화집에 실려있는 그림이라 하여도 이것을 예술, 문학, 교육 등 공공의 이익을 위해서 이용하는 것이 아니고, 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 그 카드 사진을 복사 제조하거나 시중에 판매하였다고 하면 이는 그 명화를 모독하여 음화화시켰다 할 것이므로, 이러한 견지에서 이를 음화라고 본 원심판단은 정당하고, 피고인들은 본건 그림의 음란성을 인식하지 못하였다 하여도 그 음란성의 유무는 그 그림 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것이고, 그 제조자나 판매자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니라 할 것이며, 그 음화의 제조 내지 판매죄의 범의 성립에 있어서도 그러한 그림이 존재한다는 것과 이를 제조나 판매하고 있다는 것을 인식하고 있으면 되고, 그 이상 더 나가서 그 그림이 음란한 것인가 아닌가를 인식할 필요는 없다 할 것이다”라고 판시하였다.

이 판결은 도화의 음란성 판단에 있어서 도화 그 자체뿐 아니라 그 도화가 배포되는 양태, 배포된 목적 등을 감안하여 명화도 음란도화가 될 수 있음을 밝힌 판결로서 그 배포의 상업성에 중점을 두었다는 점에서 이른바 ‘상대적 음란개념’을 채용하였다고 할 수 있었으나, 음란에 관한 구체적인 정의를 내리지 않았다.

대법원이 음란성에 관하여 구체적인 정의와 판단기준을 제시한 것은 1975년 이른바 소설 ‘반노’ 사건이었다. 이 사건은 기소 후 7년에 걸쳐 하급심에서 유죄와 무죄가 엇갈리면서 언론계와 문학계에 심각한 논란을 야기하였는데, 결국 무죄로 결론이 난 사건이었다. 대법원은 이 사건에서 문학작품의 음란성 여부는 첫째, “그 표현에 있어 과도하게 성욕을 자극하거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사”인가, 둘째 “작품 중 어느 일부분만을 따로 떼어 논할 수 없고 그 작품의 전체적 내용의 흐름

을 더듬어 종합적으로 판단하여야” 한다고 하는 기준을 제시하고, 그 사건에서 문제된 소설 ‘반노’는 그 전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는 과정으로 이끌어 매듭된 점을 중시하여 이를 음란한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.

[사례] 소설 ‘반노’ 사건 (1975)

대법원 1975. 12. 9. 74도976판결

피고인은 소설가로서 “관매할 목적으로, 1969. 4. 18. 경 ‘반노’라는 소설 1,500부를 저작 인쇄한 사실 때문에 형법상 음란문서 제조죄로 기소되었다.”

항소심은 다음과 같이 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

“음란문서라함은 과도하게 성욕을 자극하고 보통 사람의 정상적인 수치심을 해치며 선량한 성적도의 관념에 반하는 문서라 할 것인바, 무릇 문학작품의 음란성의 여부는 그 작품 중 어느 일부분만을 따로 떼어 논할 수는 없고 그 작품 전체와 관련시켜 이를 판단하여야 할 것이므로 보건대 피고인은 이진 ‘반노’는 인간의 도태를 전제로 하지 않는 단순한 향락만을 위주로 한 성의 본능을 노예적인 것으로 보고 남녀간의 성교와 그 뒤에 오는 허탈감을 되풀이하여 묘사함으로써 인간의 성행위에서 향락적이고 유희적인 면을 없애고 성에 대한 권태와 허무를 깨닫게 하는 다시 말하여 위 성의 노예성을 딛고 일어나 새로운 자아를 발견케 하는 것을 주제로 한 작품이었다고 변소하고 있는 것으로 압수된 증제1호 (반노 책1권)의 기재내용을 보면 공소사실 기재와 같이 남녀간의 성교장면을 다소 실감적으로 반복하여 묘사한 대목이 있기는 하나, 그렇다고 그 표현에 있어 과도하게 성욕을 자극시키거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고도 볼 수 없으며, 더욱이 그 전체적인 내용의 흐름이 피고인의 변소와 같이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는 과정으로 이끌어 매듭된 사실을 인정할 수 있으니 이에 비추어 이진 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수는 없다.”

항소심에서 피고인이 무죄를 선고받자 검사가 상고하였는데, 대법원은 검사의 상고를 기각하면서 다음과 같이 판시하였다.

“소설 ‘반노’의 13장 내지 14장에 기재된 사실을 그 표현에 있어 과

도하게 성욕을 자극하거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고도 볼 수 없으며, 더우기 그 전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로서 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는 과정으로 이끌어 매듭된 사실을 인정할 수 있으니 이에 비추어 이권 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수 없다.”

그 후 1987년 대법원은 섹스팅이라는 물건을 판매함으로써 음란한 물건을 판매하였다는 이유로 기소된 사건에서 “형법 제243조의 음화 등의 반포 등 죄에 규정한 음란한 물건이라 함은 성욕을 자극하거나 흥분 또는 만족케 하는 물품으로서 일반인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다”고 판시하였다.⁸⁰⁾

영화를 광고하기 위해 영화장면의 일부를 포스터나 스틸사진 등으로 제작하여 배포한 것이 문제된 1990년의 영화 ‘사방지’ 광고포스터 사건⁸¹⁾에서 대법원은 “표현방법이나 태양이 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치고 건전한 성풍속이나 성도덕 관념에 반하는 것”을 ‘음화’에 해당한다고 하면서 “제작된 포스터 등 도화가 그 영화의 예술적 측면이 아닌 선정적 측면을 특히 강조하여 그 표현이 과도하게 성욕을 자극시키고 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치는 것이어서 건전한 성풍속이나 성도덕 관념에 반하는 것이라면 그 포스터 등 광고물은 음화에 해당한다고 보아야 할 것”이라고 판시하였다.

대법원이 비교적 상세하게 음란의 개념과 판단기준을 제시한 것은 1991년 ‘부부라이프’ 사건⁸²⁾이었다. 동 판결에서 대법원은 “형법

80) 대법원 1987. 12. 22. 87도2331판결, 공818.386(61).

81) 대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1485.

82) 대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1550.

제243조에 규정된 음란한 문서 또는 도화라 함은 성욕을 자극하여 흥분시키고 일반인의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 도서를 말하”는 것이라고 하여 음란에 관한 종전의 정의를 반복하고, 다만 “그 음란성의 존부는 작성자의 주관적 의도가 아니라 객관적으로 도서 자체에 의하여 판단되어야 한다”고 그 판단대상에 관한 기준을 제시하였다.

이러한 기준에 의해 대법원은 피고인이 발행한 간행물의 내용은 “성행위 등 성관계를 노골적이고 구체적으로 묘사하여 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것이어서 소론이 주장하는 성교육을 위한 성계몽 지도서의 한계를 벗어나 위 법조 소정의 음란성의 요건을 충족하고 있다고 인정된다. 소론과 같이 오늘날 잡지를 비롯한 대중매체가 민주화와 개방의 바람을 타고 자극적이고 선정적인 방향으로 흐르고 있는 것이 일반적인 추세라고 하여도 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 침해하고 타락시키는 정도의 음란물까지 허용될 수 없는 것이어서 그 한계는 분명하게 그어져야 하고 오늘날의 개방된 추세에 비추어 보아도 위 판시 각 간행물은 위 한계를 벗어나는 것이다.”라고 판시하였다.

1995년 대법원은 음란 여부가 쟁점이 된 5건을 다루게 되었다. 대법원은 먼저 1995년 판결에서 ‘음란’ 개념의 규범적 성격과 그 최종적인 판단의 주체를 다음과 같이 언급하였다. “형법 제243조 소정의 ‘음란’이라는 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로 결국 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도, 이는 법관이 일정한 가치판단에 의하여 내릴 수 있는 규범적인 개념이라 할 것이어서 그 최종적

인 판단의 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관이라 할 것이니, 음란성을 판단함에 있어 법관이 자신의 정서가 아닌 일반 보통인의 정서를 기준으로 하여 이를 판단하면 족한 것이지 법관이 일일이 일반 보통인을 상대로 과연 당해 문서나 도화 등이 그들의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하거나 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것인지의 여부를 묻는 절차를 거쳐야만 되는 것은 아니라고 할 것이다.”⁸³⁾

이어서 대법원은 1995. 6. 16. 음란 여부가 쟁점이 된 3건을 함께 선고하였는데, 여기서 대법원은 음란의 개념과 그 판단기준에 관하여 상세하게 언급하였다.

[사례] 누드사진첩 사건 (1995)

대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758판결, 공95.8.1. 997(*109)

이 사건에서 대법원은 “형법 제243조의 음화 등의 반포 등 죄 및 제244조의 음화 등의 제조 등 죄에 규정한 음란한 도화라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키고, 도화의 음란성의 판단에 있어서는 당해 도화의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도와 그 수법, 당해 도화의 구성 또는 예술성 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 도화를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등을 검토하는 것이 필요하고 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 한다.”고 판시하였다.⁸⁴⁾

[사례] ‘즐거운 사라’ 사건 (1995)

83) 대법원 1995. 2. 10. 94도2266등 공95. 3. 15. 988(54).

84) 이 판결에 관한 상세한 평석에 관하여는 김병운, ‘음란한 문서·도화의 개념과 판단기준’, 형사재판의 제문제 제1권, 형사실무연구회편, 박영사 (1996) 76면 이하 참조.

대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413

이 사건에서는 “형법 제243조의 음화등의반포등죄 및 형법 제244조의 음화등의제조등죄에 규정된 음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키고, 문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법, 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 한다.”고 판시하였다.⁸⁵⁾

[사례] ‘핑크컬러의 유혹’ 사건 (1995)

대법원 1995. 6. 16. 선고 94도434 판결(미공간)

이 사건은 피고인이 소설 ‘핑크컬러의 유혹’을 출판, 판매한 혐의로 음란문서제조및판매죄로 기소된 사안이었다. 대법원은 위 소설이 독신의 대학강사인 여주인공 ‘제니퍼’가 벌이는 자위행위, 유부남과의 성행위, 자신의 제자, 자신이 근무하는 대학 학장, 그 학장의 아들 등을 성희의 대상으로 한 섹스 행각을 묘사하고 있는 데다가, 그 묘사방법도 자극적·충동적이고 그 묘사부분이 양적·질적으로 이 사건 소설의 거의 전부를 차지하고 있을 뿐만 아니라 그 구성이나 전개에 있어서도 그 전체의 흐름에 비추어 문학적·예술적·사상적 가치가 결여되어 있어 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 밖에 인정되지 아니하는바, 위와 같은 여러 점을 종합하고 고찰하여 볼 때, 이 사건 소설이 피고인의 주장처럼 상류 직종에 종사하는 여성 이른바 ‘핑크컬러’들의 자유분방한 애정행각을 부각시켜 사회에 경종을 울리고자 하는 의도에서 쓰여졌고, 그 표현방법에 있어 남녀의 성기를 직접 표현

85) 이 판결에 관한 상세한 평석에 관하여는 김병운, ‘음란한 문서·도화의 개념과 판단기준’, 형사재판의 제문제 제1권, 형사실무연구회편 박영사 (1996) 76면 이하 및 이기호, ‘판례에 나타난 음란성’, 형사판례연구[4], 형사판례연구회편 박영사 (1996), 172면 이하 참조.

하지 않고 ‘젊음’이라는 단어를 사용하여 추상적으로 표현하였다고 하여도 음란한 문서에 해당되는 것으로 보지 않을 수 없다고 판시하였다.

1995년의 연예인누드집 출판사건(대법원 1995. 6. 29. 선고 94누 2558 판결)은 음란 도서를 출판하였다 하여 출판사의 등록을 취소한 행정처분의 취소를 구하는 행정소송사건이었는데, 대법원은 원고의 청구를 기각한 고등법원의 판결을 취소하면서 다음과 같이 판시하였다.

[사례] 연예인누드집 출판사건 (1995)

대법원 1995. 6. 29. 선고 94누2558 판결

출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 소정의 ‘음란 또는 저속한 간행물’이란 성에 관련된 의미에 있어서는 ‘음란’이란 개념으로 포괄할 수 있고, 간행물의 음란성을 판단함에 있어서는 당해 간행물의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도와 그 수법, 성에 관한 표현이 간행물 전체에서 차지하는 비중 및 그 관련성, 간행물의 구성이나 전개 또는 예술성·학문성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 간행물을 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되는지의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어서 그것이 공연히 성욕을 자극하여 흥분시키는 동시에 일반인의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 것이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 한다. “그러나, 위에서 본 음란성 판단에 관한 법리와 오늘날 세계적인 성표현 자유화 경향의 영향으로 성에 관한 우리 사회의 인식도 현저히 변화하고 있는 점에 비추어 볼 때, 위와 같은 정도의 내용을 담고 있는 이 사건 확보집이 예술성이 있거나 격조높은 것은 아니라 하더라도 이를 음란한 것이라고 단정하기는 어렵다 할 것이다”라고 판시하여 보상적 사회적 가치에 관하여 유연한 입장을 보이고 있다.

이 판결은 앞서 본 1995. 6. 16.자 판결들의 기준에 따라 문제된 출판물의 음란성을 부인하면서 그러한 출판물을 간행한 출판사의 등록 취소 처분이 재량권일탈로서 위법함을 밝히고, 특히 등록취소의 사유로서 ‘음란’ 또는 ‘저속’의 개념을 성에 관한 것인 경우에는 동일한 것

으로 보아 양자가 등록취소 사유로 될 수 있음을 인정하였다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 헌법재판소는 ‘음란’과 ‘저속’을 다른 개념으로 보아 음란을 이유로 한 등록취소는 합헌이나 저속을 이유로 한 등록취소는 위헌이라고 판단하였다.

위에서 음란의 개념에 관한 대법원 판례들을 일별하여 보았는데, 대법원은 1995. 6. 16. 선고된 3개의 판결에서 일응 음란의 개념을 정리하고 있음을 알 수 있다. 거기서 ‘음란’이란 “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”이라고 정의되었다.

그리고 위와 같은 음란 개념에 해당하는가의 여부를 판단함에 있어서는 첫째, 표현물의 문제된 일부뿐 아니라 전체적인 내용의 흐름에 비추어 판단하되(전체적 고찰방법), 당해 도화나 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도나 수법과 성에 관한 표현이 간행물 전체에서 차지하는 비중 및 그 관련성, 간행물의 구성이나 전개 등을 고려하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부를 결정하여야 한다고 한다 (묘사기준주의).

둘째, 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 여부는 일반 보통인의 정상적 반응 여하에 의하되, 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 법관이 최종적으로 판단하게 된다 (일반적 기준 및 규범적 음란 개념).

셋째, 그 표현물의 음란성은 그것이 가지는 예술성·학문성 등에 비추어 성적 자극을 완화하는 정도를 고려하여야 하는데(보상적 사회적 가치의 고려), 이 경우에는 작성자의 주관적 의도가 아니라 객관적으로 문서 자체에 의하여 판단되어야 한다는 것이다. 그 보상적 가치는 반드시 예술성이 있거나 격조높은 것은 아니라 하더라도 무

방하다.⁸⁶⁾

이러한 기준은 이후의 판례에서도 그대로 답습되고 있다. 다음 판결은 공연에 대하여도 이러한 기준을 적용한 것이다.

[사례] 연극 ‘미란다’ 사건 (1996)

대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980 판결

형법 제245조의 공연음란죄에 규정한 음란한 행위라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키는바, 연극공연행위의 음란성의 판단에 있어서는 당해 공연행위의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사·서술의 정도와 그 수법, 묘사·서술이 행위 전체에서 차지하는 비중, 공연행위에 표현된 사상 등과 묘사·서술과의 관련성, 연극작품의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 공연행위를 전체로서 보았을 때 주로 관람객들의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가 여부에 따라 결정되어야 한다.

연극공연행위의 음란성의 유무는 그 공연행위 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것이고, 그 행위자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니다.

나. 헌법재판소 판례

(1) 판시내용

헌법재판소가 음란 사건을 처음으로 다룬 것은 1998년이였다. 헌법재판소는 누드 화보집을 발간하였다는 이유로 출판사 등록의 취소가 문제된 사건에서 그 근거로서 적용된 출판사및인쇄소의등록에

86) 연예인누드집 출판사건, 대법원 1995. 6. 29. 선고 94누2558 판결 참조.

관한법률(1972. 12. 26. 법률 제2393호로 개정된 것)의 해당 조항의 위헌 여부를 다루면서 음란표현이 헌법상 보호받지 못하는 이유를 설명하고, 음란을 이유로 한 출판사 등록의 취소는 명확성의 원칙이나 비례의 원칙에 위반하지 않는다고 하여 등록취소제도가 합헌임을 확인하였다. 동 결정에서 헌법재판소는 동법 제5조의 2 제5호의 ‘음란 또는 저속한 간행물’에 관한 부분 중 ‘음란한 간행물’을 발행한 출판사에 대하여 등록취소를 할 수 있도록 규정한 부분은 헌법에 위반되지 아니하나, ‘저속한 간행물’에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다.

위 결정에서 헌법재판소가 음란개념에 관하여 언급한 것을 보면 ‘음란’이란 사상의 시장에 기여할 바 없는 것이어서 헌법적 보호의 범위 밖으로 배제되는 것임을 전제로, “‘음란’이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는” 것이라고 부연하였다.

그러면서도 헌법재판소는 대법원이 정의한 음란 개념을 부연하면서 그러한 정도의 정의로 일반인은 법적으로 보호받지 않는 음란이 무엇인가에 관하여 알 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 실시한 것이다. 그에 반하여 ‘음란’과는 달리 ‘저속’의 개념은 그 적용범위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려운 정도로 매우 추상적이기 때문에 이를 등록취소의 사유로 삼는 경우에는 출판사등록이 취소되는 성적 표현의 하한이 열려 있을 뿐만 아니라 폭력성이나

잔인성 및 천한 정도도 그 하한이 모두 열려 있기 때문에 출판을 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도록 되어 있어 명확성의 원칙 및 과도한 광범성의 원칙에 반한다고 판시하였다.

[사례] 음란물 출판사 등록취소 사건 (1998)

헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 9-2

헌법재판소는 1998년 누드 화보집을 발간하였다는 이유로 출판사 등록의 취소가 문제된 사건에서 그 근거로서 적용된 출판사및인쇄소의 등록에 관한 법률의 해당 조항의 위헌 여부를 다루면서 음란표현이 헌법상 보호받지 못하는 이유를 설명하고, 음란을 이유로 한 출판사 등록의 취소는 명확성의 원칙이나 비례의 원칙에 위반하지 않는다고 하여 등록취소제도가 합헌임을 확인하였다. 동 결정에서 헌법재판소는 동법 제5조의 2 제5호의 ‘음란 또는 저속한 간행물’에 관한 부분 중 ‘음란한 간행물’을 발행한 출판사에 대하여 등록취소를 할 수 있도록 규정한 부분은 헌법에 위반되지 아니하나, ‘저속한 간행물’에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다.

이 사건 위헌제청 신청인은 1994. ‘도서출판 정인엔터프라이즈’라는 명칭으로 스포츠, 연예, 레저, 사진, 예술을 출판분야로 한 출판사 등록을 한 뒤, ‘세미-걸(nine actress semi-girls nice photographs)’이라는 제목의 화보집을 발행하여 유통시켰다. 서울특별시 서초구청장은 위 화보집이 출판사및인쇄소의 등록에 관한 법률(1972. 12. 26. 법률 제 2393호로 개정된 것) 제5조의 2 제5호 소정의 음란·저속한 간행물에 해당한다는 이유로 같은 해 9. 30.자로 제청신청인에 대한 위 출판사 등록을 취소하는 처분을 하였다. 이에 제청신청인은 위 서초구청장을 상대로 위 취소처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하는 한편, 위 소송 계속 중 위 취소처분의 근거가 된 출판등록법 해당 조항이 헌법 제21조 제1항과 헌법 제11조에 위반된다고 주장하면서 위 규정에 대한 위헌여부 심판의 제청을 신청하였고, 위 법원은 이를 받아들여 헌법재판소에 이 사건 위헌여부의 심판을 제청하였다.

출판등록법 제5조의 2 제5호는 출판사의 등록을 취소할 수 있는 사유로서 “음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”를 들고 있었다.

헌법재판소는 먼저 음란한 표현행위가 법적 보호대상에서 배제됨을 전제로 그 이유를 다음과 같이 실시하였다.

“결국 언론·출판의 영역에서 국가는 단순히 어떤 표현이 가치없거나 유해하다는 주장만으로 그 표현에 대한 규제를 정당화시킬 수는 없다. 대립되는 다양한 의견과 사상의 경쟁메커니즘에 의하여 그 표현의 해악이 해소될 수 없을 때에만 비로소 국가의 개입은 그 필요성이 인정되는 것이다. 따라서 언론·출판의 영역에 있어서 국가의 개입은 원칙적으로 2차적인 것이다. 그러나 모든 표현이 시민사회의 자기교정기능에 의해서 해소될 수 있는 것은 아니다. 일정한 표현은 일단 표출되면 그 해악이 대립되는 사상의 자유경쟁에 의한다 하더라도 아예 처음부터 해소될 수 없는 성질의 것이거나 또는 다른 사상이나 표현을 기다려 해소되기에는 너무나 심대한 해악을 지닌 것이 있다. 바로 이러한 표현에 대하여는 국가의 개입이 1차적인 것으로 용인되고, 헌법상 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는데, 위에서 본 헌법 제21조 제4항이 바로 이러한 표현의 자유에 있어서의 한계를 설정한 것이라고 할 것이다. 이 사건 법률조항이 규율하는 음란 또는 저속한 표현 중 ‘음란’이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어렵다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 엄격한 의미의 음란표현은 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다고 할 것이다.”

위 결정에서 헌법재판소가 음란개념에 관하여 언급한 것을 보면 ‘음란’이란 사상의 시장에 기여할 바 없는 것이어서 헌법적 보호의 범위 밖으로 배제되는 것임을 전제로, “‘음란’이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는” 것이라고 부연하였다.

그러면서도 헌법재판소는 대법원이 정의한 음란 개념을 부연하면서 그러한 정도의 정의로 일반인은 법적으로 보호받지 않는 음란이 무엇인가에 관하여 알 수 있으므로 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 실시한 것이다. 그에 반하여 ‘음란’과는 달리 ‘저속’의 개념은 그 적용범

위가 매우 광범위할 뿐만 아니라 법관의 보충적인 해석에 의한다 하더라도 그 의미내용을 확정하기 어려울 정도로 매우 추상적이기 때문에 이를 등록취소의 사유로 삼는 경우에는 출판사등록이 취소되는 성적 표현의 하한이 열려 있을 뿐만 아니라 폭력성이나 잔인성 및 천한 정도도 그 하한이 모두 열려 있기 때문에 출판을 하고자 하는 자는 어느 정도로 자신의 표현내용을 조절해야 되는지를 도저히 알 수 없도록 되어 있어 명확성의 원칙 및 과도한 광범성의 원칙에 반한다고 판시하였다.

위 위헌결정으로 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의 2 제5호의 “음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등”이라고 하는 내용 중 “저속한”이라는 문구는 법률 개정에 의하여 삭제되었다(1999·1·21 법률 제5659호).

(2) 비판

위 헌법재판소의 판례는 음란개념의 정의에서 종전에는 간과되었던 인간의 존엄 사상의 시각을 도입하였다는 점에서 괄목할 만하였고, 그 결론에 있어서는 정당하다고 할 수 있다. 그렇지만, 그 논증에 있어서는 여러 각도에서 문제가 지적될 수 있다. 첫째, 동 결정은 음란한 표현행위가 헌법상 표현의 자유의 보호범위 밖에 있다고 판시하였으나, 이것은 음란한 언론에 대한 보통법상의 전통적 취급을 확인한 미국 판례의 입장을 그대로 비판 없이 받아들였다는 점에서 종전 헌법재판소가 표현의 자유의 기본권 제한에서 채용해 온 위헌심사의 법리를 도외시한 것이다. 어떠한 표현이든 정보적 내용을 가진 것이라면 일단 표현의 자유의 헌법적 보호영역에 속하는 것이며, 그에 대한 제한이 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등 기준에 따른 심사에 의해 합헌인가 여부를 결정하여 온 것이 헌법재판소의 확립된 입장이었기 때문에, 위와 같은 접근은 이러한 종전의 태도를 벗어나는 것이다. 즉, 음란한 내용 자체가 합헌성 심사의 단계에서 그 내포와 외연이 정해져야 함에도

음란이란 것을 이미 주어진 것으로 보아서 보호영역의 단계에서 배제한다면 그에 관한 합헌성 심사의 논증은 의미없게 된다.

둘째, 단순한 ‘음란한’이란 말 한마디로 음란성을 규정한 법조문에 대하여 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판시한 점에 대하여는 부단히 끈질기게 논란되고 있는 불확실성의 제거를 위한 노력은 포기한 안이한 태도라고 보지 않을 수 없다. 헌법재판소의 이러한 태도는 뒤에서 보는 바와 같이 그 보호법익이나 표현내용에 따른 해악의 발생가능성을 고려하여 이를 개별적으로 법문화하려는 노력은 차치하고, 전술한 미국 판례에서 지적된 바와 같이 솔직하고 직접적인 언어로 금지되는 성행위의 내용을 구체적으로 표현하려는 최소한의 용이한 조치도 요구하지 않았다는 점에서 비판을 받지 않을 수 없다.

셋째, 동 결정이 저속한 내용을 이유로 한 등록취소를 위헌으로 판시한 점에 대하여 그 결론에 있어서는 비난할 수 없지만, 이로 인해 저속성을 이유로 한 언론규제가 어느 경우에도 허용되지 않는 것이라고 오해를 가져올 우려가 있다는 점에 문제가 있다. ‘저속’한 내용을 방송에서 금지하는 미국 판례에 비추어 보거나, 청소년 보호를 위해서도 저속성의 규제가 필요함을 부인할 수 없다면, 저속한 내용을 구체적으로 정의하여 명확성을 기하는 경우에는 그에 의한 제한도 허용된다는 설시가 필요하였다고 생각된다.

넷째, 가정적인 것이지만 위와 같이 저속성이 구체적 문언에 의해 명확성원칙에 부합하게 규정되는 경우에도 이를 출판한 출판사에 대한 등록취소가 허용될 것인가에 관한 판단을 해볼 필요도 있지 않았는가 하는 점이 지적될 수 있다. 위 결정 당시 이미 시행중이던 청소년보호법에 의하면 성인에게는 허용되지만 청소년에게는 허용될 수 없는 성표현물을 상정할 수 있었는데, 위와 같은 종류의 성표현물은 청소년에 대한 배포와 제시만이 금지될 뿐이어서 이를 제작

한 것만으로는 위와 같은 제재를 가할 수 없음이 명백하였다. 그러나 위 결정에서는 이러한 문제에 대한 판시가 없었기 때문에 위 결정 후 그 취지에 따라 개정된 출판사및인쇄소의등록에관한법률(1999. 1. 21. 법률 제5659호)은 “아동에 유해한 만화를 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”에 출판사 또는 인쇄소의 등록을 취소할 수 있도록 하는 규정을 존치하고 있다(동법 제5조의 2 제5호). 이 사건에서 위헌제청된 것은 ‘음란 또는 저속한 간행물’에 관한 등록취소에 관계된 조항부분뿐이었으나, 헌법재판소는 동일 법조에 규정된 ‘아동에 유해한 만화’ 부분에 대하여도 위헌판단의 사유가 공통되는 것으로 보아 심판대상을 확대하여 그에 대한 위헌을 확인할 수 있었다고 생각된다.

다. 음란물에 관한 구체적 사례

음란 여부의 판단은 그 음란하다고 생각되는 표현이 사용한 매체 종류에 따라 달리 판단될 수 있다. 우선 활자매체와 영상매체의 성 표현이 그 호소력이나 영향력에 비추어 달리 판단될 수 있고, 그 배포 또는 접근성 여하에 따라 달라질 수 있는 것이다. 이하에서는 우리 판례가 음란 여부가 문제된 각종 매체에 관하여 음란성을 판단한 사례를 살펴본다.

(1) 소설 등 활자 자료

소설 등 활자 자료는 영상표현물에 비하여 성적 흥분에 호소하는 영향력이 적고, 그 수용형태에 있어서 혼자 읽는 독자가 성적 수치심을 해치면서 독서를 계속한다는 것은 생각할 수 없기 때문에 이를 음란물로 인정함에는 신중을 기하여야 한다. 네덜란드에서는 서적 등 활자매체에 대하여는 애초부터 음란성을 인정하지 않는다.

대법원은 그 판단대상이 소설책 등 문서인 경우에 음란 여부를 판단함에는 ① 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법, ② 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, ③ 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, ④ 문서의 구성이나 전개, 또는 ⑤ 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도 ⑥ 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하다고 한다.⁸⁷⁾ 소설의 경우는 일정한 주제 하에 스토리를 전개하여 나가기 때문에 소설책 전체를 기준으로 하여 음란성 유무를 판단하여야 한다.

이러한 기준에 따라 소설 ‘반노’에 대하여는 무죄가 선고되었으나, 소설 ‘즐거운 사라’, ‘핑크컬러의 유혹’, ‘핑크컬러의 유혹’, ‘내게 거짓말을 해봐’ 및 번역소설 ‘아마티스타’는 음란물로 인정되었다.

[사례] 소설 ‘반노’ 사건 (1975)

대법원 1975. 12. 9. 74도976판결

피고인은 소설가로서 “관매할 목적으로, 1969. 4. 18. 경 경기도 수원시 영화동 소재 직업재활원 인쇄공장에서 ‘반노’라는 소설 1,500부를 저작 인쇄하였다. 검찰은 그 소설 중 제13장부터 14장까지의 기술 중 남녀간의 성교장면을 직접적으로 묘사한 다음의 내용을 적시하여 피고인을 형법상 음란문서 제조죄로 기소하였다.”

“당신 사타구니좀 봅시다. 얼마나 도도한가 봅시다... 그는 날싸게 내 볼에 입맞추고 내 얼굴을 온통 핥습니다. 서방님 내 마음에 이 모진 것이 똑보 이 곰새끼 하면서 그는 미친듯이 나를 쓰러뜨립니다. 자신의 옷도 벗고 내옷도 익숙하게 벗깁니다. 서로의 나체만이 남습니다. 서로의 국부가 교면스러운 빛을 발산하면서 한껏 부조되고 그 위에 온갖 충격이 요동쳐 갑니다. ... 둘 사이에는 막막한 각고의 바다만이 있습니다. ... 그 감미로운 바다 심연 깊디 깊은 구렁텅이에 우리는

87) 김병운, ‘음란한 문서·도화의 개념과 판단기준’, 형사재판의 제문제 제1권, 형사실무연구회편, 박영사 (1996) 76면 이하.

빠져갔습니다. 좋지. 응? 여보 좋지? 그는 내 귀에 대고 흐느끼면서 속삭였습니다. 으음 좋아 숨질리듯이 나는 응답했습니다. 어느덧 기진하여 들은 넘브리겁니다.”

항소심은 다음과 같이 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.

“음란문서라함은 과도하게 성욕을 자극하고 보통 사람의 정상적인 수치심을 해치며 선량한 성적 도의 관념에 반하는 문서라 할 것인바, 무릇 문학작품의 음란성의 여부는 그 작품 중 어느 일부분만을 따로 떼어 논할 수는 없고 그 작품 전체와 관련시켜 이를 판단하여야 할 것이므로 보건대 피고인은 이견 ‘반노’는 인간의 도태를 전제로 하지 않는 단순한 향락만을 위주로 한 성의 본능을 노예적인 것으로 보고 남녀간의 성교와 그 뒤에 오는 허탈감을 되풀이하여 묘사함으로써 인간의 성행위에서 향락적이고 유희적인 면을 없애고 성에 대한 권태와 허무를 깨닫게 하는 다시 말하여 위 성의 노예성을 던지고 일어나 새로운 자아를 발견케 하는 것을 주제로 한 작품이었다고 변소하고 있는 것으로 압수된 증제1호(반노 책1권)의 기재내용을 보면 공소사실 기재와 같이 남녀간의 성교장면을 다소 실감적으로 반복하여 묘사한 대목이 있기는 하나, 그렇다고 그 표현에 있어 과도하게 성욕을 자극시키거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고도 볼 수 없으며, 더욱이 그 전체적인 내용의 흐름이 피고인의 변소와 같이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는 과정으로 이끌어 매듭된 사실을 인정할 수 있으니 이에 비추어 이견 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수는 없다.”

항소심에서 피고인이 무죄를 선고받자 검사가 상고하였는데, 대법원은 검사의 상고를 기각하면서 다음과 같이 판시하였다.

“소설 ‘반노’의 13장 내지 14장에 기재된 사실을 그 표현에 있어 과도하게 성욕을 자극하거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고도 볼 수 없으며, 더욱이 그 전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는 과정으로 이끌어 매듭된 사실을 인정할 수 있으니 이에 비추어 이견 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수 없다.”

[사례] ‘즐거운 사라’ 사건 (1995)

대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결

피고인 갑은 1991. 7. 30. 출판사 서울문화사를 통하여 소설 “즐거운

사라”를 간행, 배포하였다가 한국간행물윤리위원회의 제재를 받고 위 출판사는 위 도서를 자진 회수하였다. 그 후 위 소설 내용 중 여러 부분에 걸쳐 음란한 표현을 추가시키고 성행위의 묘사도 정도를 심하게 바꾼 다음, 출판사를 경영하던 피고인 을과 사이에 소설출판계약을 체결하였고, 피고인 을은 이를 인쇄하여 서점 등을 통하여 전국에 판매하였다.

이 사건 소설 “즐거운 사라”의 줄거리는 다음과 같다. 성충동이 강하여 중고등학교 때부터 정상의 학생과 달리 빛나간 행동을 보이던 여주인공 ‘나사라’는 고등학교 2학년 때 화실에 나가던 중 대학선배인 화실주인 미대 남학생에게 강간을 당하고도 이러한 경험을 즐겁게 여긴다. 대학에 들어가서 그녀는 가학적 심리 속에서 애정행각을 벌리기도 하고, 나이트클럽 댄서, 톱살롱 호스티스로 나가 무차별하게 성관계를 즐긴다. 이러한 행각은 모르는 남자와의 카섹스, 여중시절 동창생과 동성연애, 동창생의 기동서방과 그룹섹스, 구강성교, 항문성교, 대학에서 만나는 남자들과의 성행위, 일상화된 자위행위, 국문학과 교수와 상상적 성희와 실제 난잡한 성행위를 즐긴다. 이러한 과정에서 변태성욕자와 음탕한 인물로 등장하는 대학교수와 헤어지고, 남자친구 중 한 명은 자살한다. 그리고 서술부분에서는 성적 물신주의에 관한 묘사를 하고 그와 아울러 한국과 한국사람에 대한 멸시, 가학과 서양인의 우월성에 대한 찬미, 대학교수, 대학생, 민중운동 등에 대한 모멸적 가치판단을 가한다.⁸⁸⁾

검사는 이 사건 소설 중 성행위 등 성관계를 노골적이고 구체적으로 묘사한 부분 17개소를 지적하면서 이를 음란문서로 보고 피고인 갑, 을을 음란한 문서의 제조 및 판매죄의 공범으로 기소를 하였다.

그 중 적시된 공소사실 부분의 일부를 보면 “안주로 가져온 것은 껌질을 칸 땅콩이었다. 그냥 집어먹으려는데, 문득 어떤 에로틱한 그림 하나가 머리 속에 떠올랐다. 그래서 나는 땅콩 서너 알을 질 속에 다 집어넣고 손가락으로 휘휘 저어보았다. ... 나는 불두덩 근처가 차츰 달아오르는 것을 느꼈다. 다시금 한 주먹의 땅콩을 질 속에다가 쑤셔 넣어본다. 딱 찬 만복감, 아니 만질감 같은 느낌이 항문에서부터 머리끝까지 올라오는 것이 거참 기분이 상당히 쨌쨌다. 근사하다. 나는 다시 질 속에 꼭꼭 숨어 있는 땅콩 알갱이들을 뽀족한 손톱 끝으로 한 알 한 알 빼내어 입에다 넣고 먹어본다. 처음에는 빼내기가 쉬

88) 정종섭, “문학작품에 있어 성표현의 한계와 법적 책임 - 법과 문학간의 조화와 긴장 -”, 건국대학교 사회과학연구소 주최 1992. 11. 30. 세미나 발표 논문, 6면에서 발췌·인용.

있지만 나중에는 어려웠다. 하지만 깊숙히 박혀 있는 땅콩 알갱이를 빼내려고 손가락들을 집어넣고 휘저어 대다 보니 정말로 저릿저릿하면서 그속한 쾌감이 뼈 속 깊숙이 밀려왔다. 그래서 나는 일부러 손가락 동작을 아주 천천히 하여 질 속의 땅콩을 우아한 방법으로 수색해내기 시작했다. 얼큰한 취기와 함께, 남자 페니스에 의해서 이루어지는 싱거운 오르가즘보다 훨씬 더 유연하고 지속적인 오르가즘이 찾아왔다”(30면)라고 되어 있다.

제1심은 1992. 12. 28. 음란한 문서라 함은 “그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 성적 수치심을 해하는 것이어서 건전한 성풍속이나 선량한 성적 도의관념에 반하는 것” 이라고 전체한 다음, 이 사건 소설 ‘즐거운 사라’는 음란성이 인정된다 하여 피고인들에 대하여 징역 8월 집행유예 2년의 형을 선고하였다(서울형사지방법원 92고단10092). 이에 피고인들이 이 사건 소설에는 음란성이 없다는 이유로 항소한 후 다시 상고하였다.

대법원은 “음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키고, 문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사 서술의 정도와 그 수법, 묘사 서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사 서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성 사상 성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되는가의 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가의 여부에 따라 결정되어야 한다.”고 일반론을 전개한 후 다음과 같이 이 사건 소설의 음란성을 인정하였다.

“원심이 채용한 증거들을 기록과 대조하여 검토하여 보면, 이 사건 소설 ‘즐거운 사라’는 미대생인 여주인공 ‘사라’가 성에 대한 학습요구의 실천이라는 이름 아래 별다른 자유분방하고 괴벽스러운 섹스행각 묘사가 대부분을 차지하고 있는데, 그 성희의 대상도 미술학원 선생, 처음 만난 유흥가 손님, 여중 동창생 및 그의 기동서방, 친구의 약혼자, 동료대학생 및 대학교수 등으로 여러 유형의 남녀를 포괄하고 있고, 그 성애의 장면도 자학적인 자위행위에서부터 동성연애, 그룹섹스,

구강성교, 항문성교, 카섹스, 비디오섹스 등 아주 다양하며, 그 묘사방법도 매우 적나라하고 장황하게 구체적이고 사실적으로, 또한 자극적이고 선정적으로 묘사하고 있어서 위 소설은 위와 같이 때와 장소, 상대방을 가리지 않는 다양한 성행위를 선정적 필치로 노골적이고 자극적으로 묘사하고 있는데다가, 나아가 그러한 묘사부분이 양적, 질적으로 문서의 중추를 차지하고 있을 뿐만 아니라 그 구성이나 전개에 있어서도 문예성, 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극완화의 정도가 별로 크지 아니하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 밖에 인정되지 아니하는 바, 위와 같은 여러 점을 종합하여 고찰하여 볼 때 이 사건 소설은 작가가 주장하는 ‘성 논의의 해방과 인간의 자아확립’이라는 전체적인 주제를 고려한다고 하더라도 음란한 문서에 해당되는 것으로 보지 않을 수 없다.

소론과 같이 오늘날 각종 영상 및 활자매체 등을 통하여 성적 표현이 대담, 솔직하게 이루어지고 있고 다양한 성표현물이 방임되어 오고 있는 것이 일반적인 추세라고 하여도 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 침해하고 타락시키는 정도의 음란물까지 허용될 수는 없는 것이어서 그 한계는 분명하게 그어져야 하고 오늘날 개방된 추세에 비추어 보아도 이 사건 소설은 그 한계를 벗어나는 것임이 분명하다.”⁸⁹⁾

[사례] ‘핑크컬러의 유혹’ 사건

대법원 1995. 6. 16. 선고 94도 434 판결(미공간)

이 판결은 피고인이 소설 ‘핑크컬러의 유혹’을 출판, 판매한 혐의로 음란문서제조및판매죄로 기소된 사안이었는데, 대법원이 위 ‘즐거운 사라’ 사건과 같은 날 선고한 사건이었다. 대법원은 위 소설이 독신의 대학강사인 여주인공 ‘제니퍼’가 벌이는 자위행위, 유부남과의 성행위, 자신의 제자, 자신이 근무하는 대학 학장, 그 학장의 아들 등을 성희의 대상으로 한 섹스 행각을 묘사하고 있는 데다가, 그 묘사방법도 자극적·충동적이고 그 묘사부분이 양적·질적으로 이 사건 소설의 거의 전부를 차지하고 있을 뿐만 아니라 그 구성이나 전개에 있어서도 그 전체의 흐름에 비추어 문학적·예술적·사상적 가치가 결여되어

89) 이 판결에 관한 상세한 평석에 관하여는 김병운, ‘음란한 문서·도화의 개념과 판단기준’, 형사재판의 제문제 제1권, 형사실무연구회편 박영사 (1996) 76면 이하 및 이기호, ‘판례에 나타난 음란성’, 형사판례연구[4], 형사판례연구회편 박영사 (1996), 172면 이하 참조.

있어 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 밖에 인정되지 아니 하는바, 위와 같은 여러 점을 종합하고 고찰하여 볼 때, 이 사건 소설이 피고인의 주장처럼 상류 직종에 종사하는 여성 이른바 ‘핑크컬러’들의 자유분방한 애정행각을 부각시켜 사회에 경종을 울리고자 하는 의도에서 쓰여졌고, 그 표현방법에 있어 남녀의 성기를 직접 표현하지 않고 ‘젊음’이라는 단어를 사용하여 추상적으로 표현하였다고 하여도 음란한 문서에 해당되는 것으로 보지 않을 수 없다고 판시하였다.

[사례] 번역소설 ‘아마티스타’ 사건 (1997)

대법원 1997. 12. 26. 선고 97누11287 판결 [공1998상, 423]

이 사건에서 대법원은 종전의 소설에 관한 음란판단 기준에 따라 중남미 에로티시즘 문학의 대표작 ‘아마티스타’를 번역한 소설이 음란한 간행물에 해당한다고 판시하였다.

원고 출판사는 아르헨티나 작가 알라시아 스테임베르그의 소설 ‘아마티스타’를 번역 출판하였는데, 출판사및인쇄소의등록에관한법률 제5조의2 제5호 소정의 ‘음란 또는 저속한 간행물’을 출판했다는 이유로 그 출판사 등록이 취소되자 그 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

문제된 소설 ‘아마티스타’는 성에 대해 무지하고 부부생활의 권태기에 빠진 한 변호사에게 여주인공이 아마티스타라는 상상적 여인의 성 체험 이야기를 들려주면서 위 ‘변호사’가 서술자인 여주인공 자신과 직접 성적 실습까지 하게 함으로써 숨겨진 성의 비밀을 가르쳐 주는 교육을 통해 ‘변호사’가 온전하게 성적 쾌락에 눈뜨고 새로운 활력을 갖게 된다는 과정을 다룬 것인데, 그 전편에 걸쳐 자위행위와 혼음, 구강성교, 항문성교 등의 다양한 성행위가 자극적으로 적나라하게 묘사되고 있다. 1989년에 출판된 이 사건 소설은 중남미 에로티시즘 문학의 대표작의 하나로 평가되는 작품이며 그 분야의 가장 뛰어난 작품에 수여되는 ‘수직선의 미소’ 국제상 최종후보에까지 올랐던 작품이었다.

이에 대하여 원심인 부산고등법원은 이 사건 소설은 성에 대하여 노골적으로 묘사하고 있지만 우아하고 독창적인 예술성으로 인하여 포르노그래피와 에로티시즘의 차이를 극명하게 드러내고 있다고까지 평가받고 있는 사실을 인정한 다음, 이 사건 소설의 성에 관한 묘사는 그 예술성으로 인하여 성적 자극이 완화되고 있어, 곧바로 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 것이라고 단정하기도 어렵다고 판단하면서 피고 동래구청장의 출판사등록취소처분을 취소하였다. 이에 피고 동래구청장이 상고하였다.

대법원은 ‘음란’이란 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 것이므로 중남미의 애정선정물에 대한 긍정적 평가를 그대로 우리 사회에 적용할 수 없다는 전제 하에서 번역소설 ‘아마티스타’가 우아하고 독창적인 예술성으로 인하여 중남미 에로티시즘 문학의 대표작의 하나로 손꼽히는 작품이라고 평가받고 있고, 성적 요소를 주제로 한 실험적 시도나 성교육의 기능이 내재하여 있다고 할지라도 그 전편에 걸쳐 다양한 성행위를 반복하여 묘사하고 있을 뿐 아니라 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사서술이 전편에 흐르고 있고, 그러한 예술성 등의 사회적 가치로 인하여 성적 자극의 정도가 완화되었다고 보이지 아니하는 점 등을 종합하여 볼 때, 위 소설은 우리 시대의 건전한 사회통념에 비추어 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 ‘음란한 간행물’에 해당한다고 판시하였다.

다만, 대법원은 원고 출판사에 관한 여러 정황을 참작하여 피고의 취소처분은 재량권 남용에 해당한다고 하여 원심을 유지하고 상고를 기각하였다.⁹⁰⁾

[사례] 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’ 사건 (2000)

대법원 2000. 10. 27. 선고 98도679 판결 [공2000.12.15.(120), 2476]

피고인 작가 장정일은 1997년 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’를 저술 출판한 사실 때문에 음란문서제조 혐의로 불구속 기소되어 제1심에서 징역 10월의 실형을 선고받고 법정구속되었다가 보석으로 풀려났으며, 항소심에서 징역 6월에 집행유예 1년을 선고받았다.

대법원 역시 중전의 음란 판단기준을 적용하여 문제된 소설이 음란하다고 하면서 피고인의 상고를 기각하였다.

법원의 사실인정에 의하면 문제된 소설은 38세의 작가인 유부남 ‘제이’가 성 경험이 전혀 없던 18세의 여고생 ‘와이’와 벌이는 피엑스럽고 변태적인 섹스행각의 묘사를 그 주된 내용으로 하고 있는데, 한 달 여 동안 서울과 여러 도시들을 다니며 행해지는 위 2사람 사이의 성애 장면의 묘사는 폰섹스, 구강성교, 항문성교, 가학 및 피학적인 성

90) 이 판결에 관한 상세한 평석에 관하여는 한위수, ‘음란물의 형사적 규제에 관한 제문제’, 대구지방변호사회간 형평과 정의 제13집 42면 이하 참조.

행위, 1남 2녀간의 섹스 등 매우 다양할 뿐만 아니라 그 묘사방법도 노골적이고 아주 구체적인 것이었다. 그 소설에서 주인공인 '제이'는 여러 여자를 성적으로 탐닉하는 유부남이며, '와이'는 성 경험이 전혀 없는 상태에서 '제이'와 함께 피백스러운 섹스행각을 벌이면서도 이를 자연스럽게 받아들일 뿐만 아니라 이를 행복이라고 생각하는 정황이 기술되어 있고, 주인공 외에 위 소설에 등장하는 인물들도 학생을 성의 대상으로 보는 미술선생 및 교수, 동성에 대한 연애의 감정을 가지고 있는 듯한 여학생 등 성적으로 왜곡된 인물들을 등장시키고 있고, 그러한 묘사부분이 양적으로나 질적으로 이 사건 소설의 중추를 차지하고 있는 점을 들어 대법원은 위 소설이 음란하다는 결론을 내렸다.

나아가, 대법원은 “문학성 내지 예술성과 음란성은 차원을 달리하는 관념이므로 어느 문학작품이나 예술작품에 문학성 내지 예술성이 있다고 하여 그 작품의 음란성이 당연히 부정되는 것은 아니라 할 것이고, 다만 그 작품의 문학적·예술적 가치, 주제와 성적 표현의 관련성 정도 등에 따라서는 그 음란성이 완화되어 결국은 형법이 처벌대상으로 삼을 수 없게 되는 경우가 있을 수 있을 뿐이다”라고 하여 예술성이 있다고 하여 반드시 음란성이 없어지는 것은 아니라고 하는 점을 명백히 하였다.

그러나 이 사건에서 문제된 소설을 영화화한 '거짓말'에 관하여는 후에 검찰이 불기소처분을 내림으로써 대법원과 상이한 입장을 취하였다.⁹¹⁾

(2) 사진집 등 영상자료

음란성의 판단대상이 도화(도화)인 경우 문서보다 사회적으로 미치는 영향이 더 크므로 그 음란성의 판단기준을 달리하여 문서보다 더 용이하게 음란성을 인정하여야 한다는 견해가 일반적이다.⁹²⁾

사진첩이나 도화집의 경우에는 거기에 실린 사진이나 도화 모두가 음란성이 인정된다면 그 전체가 음란한 도화로 된다. 그러나 거기에 실린 일부의 사진이나 도화에만 음란성이 인정되는 경우에는

91) 그 상세한 내용은 후술 영화 '거짓말' 등급보류 사건(영상물등급위원회 1999. 8. 9. 결정 및 서울지검 2000. 6. 30. 결정) 참조.

92) 오진환, “음란 또는 저속한 간행물의 개념 및 그 판단방법,” 대법원관례해설 1995년 상반기, 통권 제22호, 449면 참조.

개별적으로 판단되어야 할 것이다.

[사례] 영화 ‘사방지’ 광고포스터 사건 (1990)

대법원 1990. 10. 16. 선고 90도1485 판결

피고인은 ‘사방지’라는 영화를 제작하여 공연윤리위원회의 심의를 거쳐 국내 여러 극장에서 상영한 바 있다. 그 영화는 양성을 가지고 태어난 여자인 사방지가 사대부 가문의 청상 이소자와 신분을 초월한 사랑을 하다가 탄로가 나 좌절을 겪게 되지만 결국에는 그들이 자신들의 사랑이 영면함을 말하고 죽게된다는 내용이었다. 피고인은 위 영화를 선전하기 위하여 영화에 나오는 장면을 편집, 제작한 포스터, 후로킹, 스틸사진 등을 배포한 것이 문제되어 음화제조 및 반포죄로 기소되었다.

제1심과 항소심은 여성간에 애무장면 등이 있기는 하나 여자 간의 성교장면을 노골적으로 묘사하거나 성기 등에 의하여 음란감을 고의로 과장시킨 장면이 없는데다가 앞서 본 바와 같이 여성간의 사랑을 내용으로 하는 영화의 선전을 위하여 그 영화장면 중에서 편집, 제작된 점을 고려할 때 이들 도화는 우리사회 통상의 성인이 갖는 건전한 사회통념상 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키거나 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하거나 또는 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 없다는 이유로 피고인에게 무죄를 선고하였다.

검사의 상고에 대하여 대법원은 원심판결을 파기 환송하면서 “공연윤리위원회의 심의를 마친 영화작품이라 하더라도 이것을 관람객의 범위가 제한된 영화관에서 상영하는 것이 아니고 관람객을 유치하기 위하여 영화장면의 일부를 포스터나 스틸사진 등으로 제작하였고, 제작된 포스터 등 도화가 그 영화의 예술적 측면이 아닌 선정적 측면을 특히 강조하여 그 표현이 과도하게 성욕을 자극시키고 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치는 것이어서 건전한 성풍속이나 성도덕관념에 반하는 것이라면 그 포스터 등 광고물은 음화에 해당한다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하였다.

대법원이 특히 음란하다고 판시한 부분의 판시는 다음과 같다.

“기록에 의하면 제1심판결 별지 1의 (1) 포스터, (2) 후로킹, (7) 스틸사진 등은 상반신을 드러낸 여자들이 서로 껴안은 채 한 여자가 다른 여자의 뺨이나 가슴부분을 입술로 애무하는 장면으로서 여자의 얼굴표정이 성적 감정에 도취된 듯이 노골적으로 묘사되어 있고, 같은 별지 1의(4) 스틸사진은 여자 2명이 상반신을 드러내 놓은 채 서로 부

등켜안고 누워 있는 장면인데 그 모습이 성교장면을 연상케 하고 있으며, 같은 별지 1의(5) 스틸사진은 나신으로 유두를 선명하게 노출시킨 채 물 속에 비스듬히 앉아 있는 여자의 목에 다른 여자가 손을 대고 애무하고 있는 장면이며, 같은 별지 1의(6) 스틸사진은 한 여자가 다리를 벌리고 서 있고(영상으로 보아 나신의 여자처럼 느끼게 한다) 상반신을 드러낸 다른 여자는 그 앞에 앉아서 서 있는 여자의 다리 사이를 쳐다보고 있는 장면으로서 위 포스터 등에는 ‘그들에겐 남자가 필요 없었다’, ‘여자인가 ... 남자인가 ... 하늘이 인간을 내시매 남자와 여자, 그리고 사망지가 있었다.’라는 문구가 선명하게 기재되어 있어 위 천연색 포스터 등의 내용을 더욱 선정적으로 돋보이게 하고 있으므로 이들은 모두 그 표현방법이나 태양이 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치고 건전한 성풍속이나 성도덕관념에 반하는 것으로서 음화에 해당한다고 보아야 할 것이다.”

[사례] ‘부부라이프’ 사건 (1991)

대법원 1991. 9. 10. 선고 91도1550 판결

피고인은 부부라이프사를 경영하는 자로서 1989. 10. 경부터 자극적이고 선정적인 기사가 많이 실려있는 월간 부부라이프, 월간 명랑, 월간 러브다이제스트 등을 매월 각 4만부씩을 발행, 전국에서 판매하였다. 피고인에 대한 공소사실의 요지는 피고인은 “판매할 목적으로 1990. 10. 1 경 위 부부라이프사 사무실에서 ‘성교체위 10선’이란 글과 함께 전라 또는 반라의 여자가 성교장면을 연상케하는 여러 가지 자세를 취하고 있는 사진(3-10면), ‘부부여 충만한 섹스데이트’이란 글과 함께 남자가 여자의 유두를 빨고 있는 장면과 남녀의 성행위 장면의 사진 등(14-17면)을 게재하고 ‘아들 낳는 성교체위법’, ‘화려한 성관계를 위한 콘트롤’, ‘당신도 대물이 될 수 있다’, ‘사랑을 위해 성의 노예가 되자’, ‘혼들의자에서 즐기는 일본인들의 현란한 색정놀이’ 등 제하의 각종 외설 기사를 게재하는 등 전반적으로 성관계를 노골적으로 묘사한 기사가 게재된 월간 부부라이프 10월호 1만부를 제조하여 전국에 판매한 것을 비롯하여, 1989. 10. 경부터 1990. 11. 경까지 사이에 위와 같은 내용이 게재된 월간 부부라이프, 월간 명랑, 월간 러브다이제스트 등을 매월 각 4만부씩을 발행, 전국총판을 통하여 독자에게 권당 1,500원씩에 판매하는 등 공연히 일반인으로 하여금 성적 충동감과 수치심을 불러일으키게 할 음란한 도서를 각 제조하여 판매하였다”는 것이었다. 기록에 의하면 피고인은 발행정지명령을 받고도 이에 위반하여 판시 월간 부부라이프 1990년도 10월호 1만부를 발행하였다.

원심에서 유죄판결을 받아 피고인이 상고한 사건에서 대법원은 “형법 제243조에 규정된 음란한 문서 또는 도화라 함은 성욕을 자극하여 흥분시키고 일반인의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 해칠 가능성이 있는 도서를 말하”는 것이라고 하여 음란에 관한 종전의 정의를 반복하고, 다만 “그 음란성의 존부는 작성자의 주관적 의도가 아니라 객관적으로 도서 자체에 의하여 판단되어야 한다”고 그 판단대상에 관한 기준을 제시하였다.

이러한 기준에 의해 대법원은 원심이 판단한 기재 내용은 음란에 해당함을 확인하였다. 즉, 대법원은 피고인이 발행한 간행물의 내용은 “성행위 등 성관계를 노골적이고 구체적으로 묘사하여 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것이어서 소론이 주장하는 성교육을 위한 성계몽지도서의 한계를 벗어나 위 범조 소정의 음란성의 요건을 충족하고 있다고 인정된다. 소론과 같이 오늘날 잡지를 비롯한 대중매체가 민주화와 개방의 바람을 타고 자극적이고 선정적인 방향으로 흐르고 있는 것이 일반적인 추세라고 하여도 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍속을 침해하고 타락시키는 정도의 음란물까지 허용될 수 없는 것이어서 그 한계는 분명하게 그어져야 하고 오늘날의 개방된 추세에 비추어 보아도 위 판시 각 간행물은 위 한계를 벗어난다는 것이다.”라고 판시하였다.

그러나 이 사건에서 정작 문제된 것은 검사가 이 사건에서 공소사실로서 기재한 내용이 형사소송법상 공소사실의 특정성의 요구를 충족하였는가 여부였다. 이에 관하여 대법원은 “공소장의 공소사실은 법원의 심판대상을 한정하고 피고인의 방어범위를 특정하여 그 방어권을 보장하는 의미를 갖는 것이므로 범죄의 일시·장소와 방법을 명시하여 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 특정하여 기재하여야 하는 것으로서 음란도서의 제조 및 판매에 관한 죄의 공소사실에 있어서도 행위의 객체인 당해 도서가 음란성 있는 도서에 해당하는 구체적 사실을 특정하여 기재하여야 한다”고 전제하고, “음란도서의 제조 및 판매에 관한 죄의 공소사실에 있어서 그 음란성의 요건사실을 ‘위와 같은 내용’이라고만 기재한 것이 비교적 구체적으로 음란성의 요건사실을 특정하여 기재한 전단의 음란도서의 내용과 같은 종류의 유사한 내용이라는 뜻이라면, 그 내용과 어느 정도로 유사한 것인지가 분명치 아니하여 당해 도서의 음란성 요건사실을 구체적으로 특정하여 기재한 것으로 보기 어렵다”고 판시하면서 원심판결을 파기환송하였다.

[사례] 누드사진첩 사건 (1995)

대법원 1995. 6. 16 94도1758판결, 공95.8.1. 997(*109)

서적도매상을 경영하던 피고인은, 1993. 부산 소재 피고인이 경영하는 동아일보 부산 중부 총판사무실에서 여자들의 전라 사진 등이 게재된 ‘산타페’, ‘엘르’, ‘유연실/이브의 초상’, ‘텐 스토리스 캐럿’, ‘에이스’라는 제목이 붙은 사진첩 등 5종을 보관하고 있다가, 같은 해 4월 이를 부산 시내 등지의 편의점 31개소 업주에게 판매하였다. 검사는 피고인을 음화소지 및 판매죄로 기소하였다.

제1심에서 음란성이 인정되어 유죄판결을 받은 것은 “텐 스토리스 캐럿”으로서 일본의 10대 소녀 10명을 모델로 하여 유방을 노출하고 가느다란 펜티 등으로 간신히 국소 부위만 살짝 가린 상태에서 성교 자세로 엎드려 있거나 누워 있는 사진 등으로 구성되어 있는 것이었고(음화소지죄로 벌금 40만원과 사진첩 몰수), 대법원에서 유죄로 된 것은 ‘에이스’였고 그 나머지 “유연실/이브의 초상”, “산타페” 및 “엘르”에 대하여는 음란성을 부인하였다.

대법원이 ‘에이스’의 음란성을 인정함에 있어서 판시한 내용을 보면 다음과 같다.

‘에이스’는 소피 마르소 브룩 쉘즈 마돈나 샤론 스톤 마릴린 몬로 등 외국의 유명 여배우 또는 여자 누드모델들이 옷을 입거나 벗은 상태에서 앞과 뒤 혹은 앉거나 눕는 등의 여러 가지 모습을 찍은 사진들을 모아 편집한 사진첩으로서, 그 사진첩에는 전라로 말등(마상)에 눈을 감고 누워 가슴부위를 강조하여 찍은 것으로서 얼굴에 성적 감정에 도취한 듯한 표정을 짓고 있는 사진, 전라로 양다리를 벌리고 누워 성적 감정에 도취되어 있는 듯한 모습을 머리부분에서부터 찍은 사진, 전라로 다리를 벌리고 양손을 국부에 대고 머리를 뒤로 젖히고 성적 감정에 도취한 듯이 눈을 감고 있는 사진, 전라의 모습으로 엉덩이를 높이 들고 머리를 바닥에 대고 엎드려서 유혹하는 눈빛으로 앞을 쳐다보고 있는 사진, 전라로 바닥에 누워 자위를 하며 성적 만족감을 느껴 눈을 지긋이 감고 있는 사진들이 포함되어 있는데, 그 사진들을 살펴보아도 거기에 예술성 등 성적 자극을 감소 완화시키는 요소를 발견할 수 없을 뿐더러 그 사진 전체로 보아 선정적 측면을 특히 강조하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되므로 위 사진첩은 오늘날의 사회통념상 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정된다.

또 음란성을 부인한 사진첩의 내용을 판시한 부분은 다음과 같다.

이 사건 사진첩 중 산타페(Santa Fe)에 관하여 “위 사진들은 옷을 입거나 벗은 상태에서 앞과 뒤 혹은 앉거나 눕는 등의 여러 가지 자

태를 찍은 사진들로 구성되어 있고, 그 중 일부 사진은 가슴이 노출되어 있음은 물론 전라이고 드물게는 음모부분까지 드러나 있는 것도 있지만 그렇다고 하여 그것이 난잡스레 유방이나 국소 부위를 강조하거나 성교장면을 연상케 하지 않을 뿐더러 그 사진들의 구성 등에 비추어 보면 선정성보다는 예술성이 강조된 것으로 보여져 그 예술성으로 인하여 독자로 하여금 성적표현에 의한 성적자극을 감소 완화시키고 있으며, 위 사진첩의 사진들을 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로는 인정되지 아니하므로 위 사진첩들은 오늘날의 사회통념상 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정하기 어렵다”.

다음 엘르(ELLE)에 관하여는 “미야자와 리에에 대한 사진들을 모아, ‘순결’(Innocent), ‘놀람’(Surprise), ‘특별’(Special), ‘비밀’(Secret) 등 4부분으로 나누어 편집하였는데, ‘순결’편에서는 평상복, 수영복을 입은 보통의 사진들을 모아 놓았고, ‘놀람’편에는 주로 수영복 차림으로서 있거나 엎드리거나 수영하는 모습의 사진과 야회복이나 평상복 차림으로 의자에 앉아 있거나 서있는 모습을 찍은 것을 모아 놓았으며, ‘특별’과 ‘비밀’편에는 위 산타페의 60여장의 사진 중 주요부분 20여장을 발췌 수록하여 국내에서 인쇄 출판한 것인바, 위에서 본 음란성의 판단기준에 비추어 보면 ‘순결’과 ‘놀람’편에 게재된 사진들에 대하여는 음란성이 인정되지 아니하고, ‘특별’과 ‘비밀’편에 게재된 사진들은 앞서 본 산타페에 실린 사진을 발췌하여 실은 것이므로 위에서 본 바와 같은 이유로 역시 음란성을 인정하기 어렵다고 보여진다.”

나아가 유연실/이브의 초상에 관하여 “이 사진첩은 가수 겸 여배우 유연실을 대중에게 홍보하기 위하여 발간된 것으로서 그 내용을 보면 옥내 외에서 유연실을 모델로 하여 찍은 사진 80여면으로 구성되어 있는데, 그 중 대부분은 평상복 혹은 나이트가운 차림으로 서있거나 혹은 앉아 있거나 누워 있는 모습을 찍은 사진들이고, 위 사진들 중 전라인 것(음부가 보이는 것은 없다), 반라로서 유두가 보이는 것, 속옷 또는 타월 등으로 하반신 일부를 가린 차림으로서 유두가 보이는 사진들이 약 20여면 정도되고, 침대위에 엎드려 야릇한 표정을 짓고 있거나 침대 위에서 엉덩이를 들고 엎드려 앞을 쳐다보고 있는 사진, 짧은 속옷만을 입고 침대 위에 앉아서 무엇인가를 생각하고 있는 사진, 침대 위에 엎드려 있는 모습으로 젖가슴이 보이고 하반신만 타월로 가린 사진, 전라의 모습으로 앉아서 왼손가락을 입에 물고 있는 사진, 전라의 모습 중 가슴부분을 유난히 밝은 빛으로 처리하여 이를 강

조한 사진 및 야간에 상반신을 전부 벗고 가슴부분을 밝게 찍어 가슴부분을 특히 강조한 사진 등이 게재되어 있는바, 위 사진들은 여성의 아름다움을 표현하기보다는 여성의 신체의 특정부분만을 유난히 강조하여 촬영한 것이거나 선정적인 측면을 강조한 것이어서 예술적 가치가 거의 없다고 할 것이지만 그 전체로서 보아 오늘날의 사회통념에 비추어 볼 때 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정하기 어렵다고 할 것이다.”⁹³⁾

[사례] 사진첩 ‘오렌지걸’ 사건 (1997)

대법원 1997. 8. 22. 선고 97도937 판결 [공1997하, 2968]

이 사건에서 대법원은 사진첩에 남자 모델이 전혀 등장하지 아니하고 남녀간의 정교 장면에 관한 사진이나 여자의 국부가 완전히 노출된 사진이 수록되어 있지 않다 하더라도, 그 사진들이 음란한 도화에 해당한다고 판시한다.

이 사건 사진첩들은 “여러 장소에서 전라 또는 반라의 상태로 다양한 자세를 취하고 있는 우리나라 여자 모델들을 촬영한 사진들을 수록한 사진첩으로서, 그 수록된 사진들 중에는 비키니 수영복 차림으로써서 한쪽 손을 팬티 속에 넣어 국부를 만지는 모습의 사진, 음모의 일부가 보이는 전라의 상태로 침대 위에 눈을 감고 누워있는 모습의 사진(이상 오렌지걸), 수영복 차림 또는 속이 비치는 잠옷과 끈 형태의 팬티 차림으로 침대 또는 방바닥에서 무릎을 꿇고 엎드려 있는 모습을 뒤쪽에서 촬영하여 엉덩이와 국부 부위를 유난히 강조한 사진(오렌지걸, 헬로우미스터), 전라로 엎드린 자세에서 다리를 벌리고 엉덩이를 치켜세워 얇은 천으로 국부 주변을 가리고 있는 모습을 뒤쪽에서 촬영하여 역시 천으로 가려져 있는 국부 부위를 강조한 사진(오렌지걸 2), 여자가 사무실에서 성적 감정에 도취된 표정으로 자신의 유방이나 국부를 만지면서 옷을 하나씩 벗어 나가다가 전라로 되어 책상 위에 누워 국부 위에 종이를 대고 눈을 감고서 손으로 국부를 만지는 모습의 일련의 사진들(오렌지걸 4)이 있다.”

“이들 사진들은 모델의 의상 상태, 자세, 촬영 배경, 촬영 기법이나 예술성 등에 의하여 성적 자극을 완화시키는 요소는 발견할 수 없고, 오히려 사진 전체로 보아 선정적 측면을 강조하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로서 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥

93) 이 판결에 관한 상세한 평석에 관하여는 김병운, 전계 논문 참조.

분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하는 것으로서 성적 도의관념에 반하는 것이라고 아니할 수 없고, 성에 관한 표현이 종전과 비교하여 점차 자유로워지고 있는 작금의 세태를 감안하더라도 오늘날 우리의 사회통념에 비추어 볼 때 피고인의 주장과 같이, 이 사건 사진첩에 남자 모델이 전혀 등장하지 아니하고 남녀간의 정교 장면에 관한 사진이나 여자의 국부가 완전히 노출된 사진이 수록되어 있지 않다는 것만으로 달리 볼 수는 없다 할 것이다.”

(3) 공연

공연의 경우에는 형법 제245조의 공연음란죄의 적용이 문제된다. 여기서도 구성요건으로 규정된 음란한 행위에 해당하는가 여부는 대법원이 정의한 음란 개념과 기준이 적용된다.

[사례] 연극 ‘미란다’ 사건 (1996)

대법원 1996. 6. 11. 선고 96도980 판결

이 사건에서 대법원은 종전의 음란 판단 기준을 연극 공연에 적용하여 문제된 연극의 음란성을 인정하였다.

피고인들은 그들이 공연한 ‘미란다’라는 연극이 공연음란죄에 해당한다하여 기소되었다. 위 연극에서 특히 문제가 된 부분은 위 연극 제5장으로, 피고인은 옷을 모두 벗은 채 팬티만 걸친 상태로 침대 위에 누워 있고, 여주인공은 뒤로 돌아선 자세로 입고 있던 가운을 벗고 관객들에게 온몸이 노출되는 완전 나체 상태로 침대 위의 피고인에게 다가가서 끌어안고 서로 격렬하게 뒹구는 등 그녀가 피고인을 유혹하여 성교를 갈구하는 장면을 연기하고, 제6장 마지막 부분에 이르러 피고인이 위 여주인공을 폭행하여 실신시킨 다음 침대 위에 쓰러져 있는 그녀에게 다가가서 입고 있던 옷을 모두 벗기고 관객들에게 정면으로 그녀의 전신 및 음부까지 노출된 완전나체의 상태로 만든 다음, 그녀의 양손을 끈으로 묶어 창틀에 매달아 놓고 자신은 그 나신을 유심히 내려다보면서 자위행위를 하는 장면을 7 내지 8분 동안 연기한 부분 및 위 연기들은 평균 250명에 이르는 남녀 관객이 지켜보는 가운데 그들 관람석으로부터 4-5m도 되지 않는 거리 내에 설치되어 있는 무대 위에서 위 배우들의 신체 각 부분을 충분히 관찰할 수 있을 정도의 조명 상태 하에서 행하여졌다는 점이였다.

제1심 및 항소심에서 유죄판결을 받은 피고인의 상고에 대하여 대

법원은 다음과 같이 판시하면서 상고를 기각하였다.

형법 제245조의 공연음란죄에 규정한 음란한 행위라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리키는바, 연극공연행위의 음란성의 판단에 있어서는 당해 공연행위의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사·서술의 정도와 그 수법, 묘사·서술이 행위 전체에서 차지하는 비중, 공연행위에 표현된 사상 등과 묘사·서술과의 관련성, 연극작품의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 공연행위를 전체로서 보았을 때 주로 관람객들의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐 여부 등의 여러 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는가 여부에 따라 결정되어야 한다. 또 연극공연행위의 음란성의 유무는 그 공연행위 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것이고, 그 행위자의 주관적인 의사에 따라 좌우되는 것은 아니다.

[사례] 연극 “속 마지막 시도” 사건 (1997)

1997년에는 연극 “속 마지막 시도”가 음란 연극으로서 문제된 바 있었다. 서울지방경찰청은 성행위를 노골적으로 표현했다는 이유로 극단 대표와 연출자를 구속하였는데, “음란”이라는 이유로 연극 관계자가 구속된 것은 처음 있는 일이었다. “속 마지막 시도”는 1994년 3월부터 2년반 동안 20여만명의 관객을 동원하며 10억원 이상의 순수익을 챙긴 “마지막 시도”의 후속편이었는데, 그 내용은 성기능 장애를 겪는 교수가 아내의 주선으로 여자모델과의 불륜을 통해 기능회복을 꾀한다는 줄거리를 담고 있다. 여기서 음란행위로 지적된 부분은 교수 부인이 침대에 누워있는 장면, 신음소리, 정보조기구를 통한 자위행위 등이었다.

(4) 영화

한국의 경우 영화가 음란죄에 해당하는가 여부에 대하여 판시한 법원의 판례는 없다. 음란의 논란이 예상되는 영화는 공연윤리위원회 등 기관의 사전심의에서 일단 걸러지게 되므로 법원에까지 오게

될 가능성이 적기 때문이다. 그 때문에 여기서는 공연윤리위원회 등의 결정이나 검찰의 불기소 처분으로 결정된 영화에 관한 논란에 대하여 설명하기로 한다.

원래 영화에 대한 심의는 1966년 영화법이 관할관청의 영화검열을 도입한 후, 1984년부터는 공연윤리위원회에 의한 사전심의로 전환되었다가, 1997. 3. 17. 개정 영화진흥법(1997. 4. 10. 법률 제5321호)은 공연윤리위원회를 공연예술진흥협의회로 개편하고 등급심의 제로 개선하였다. 그 후 1999년 개정 영화진흥법은 공연예술진흥협의회를 다시 영상물등급위원회로 개편하였으나, 등급외 영화 전용관의 설치 여부를 둘러싸고 논란이 계속되고 있다.

[사례] ‘나쁜 영화’ 등급외 판정 사건

공연윤리위원회 1997. 7. 21. 결정

공연윤리위원회는 1997. 7. 21. 전문심의위원회를 열어 길거리 10대가출 청소년들과 불량아들의 삶을 적나라하게 묘사한 ‘나쁜 영화’라는 제목의 신작영화에 대하여 등급외 판정을 내렸다. 그 영화에는 10대 소녀가 남자들과 오럴 섹스를 하는 장면, 여관방에서 가출 여고생 1명을 놓고 두 소년이 운간하는 대목, 포르노에 가까운 남녀 정사 장면 등 국민정서 상 받아들이기 어렵다고 판단되는 내용 이외에도 폭행, 오토바이 폭주는 물론이고 본드 흡입, 절도, 혼숙 등 충격적 장면들이 가감 없이 담겨져 있었다.

그에 대하여 영화제작에 관여한 감독은 “10대들의 성행위 장면도 흥미를 위한 표현이 아니라 오늘의 10대 현실을 깊숙이 들여다본다는 문제의식에서 출발한 것”이고, 실제 가출 청소년 10명을 뽑아 그들의 체험을 재연시켜가며 촬영했고 폭행, 오토바이 폭주는 물론이고 본드 흡입, 절도, 혼숙 등 충격적 장면들을 가감 없이 담았다고 주장하였고, 제작사 관계자도 “영화 가운데 충격적인 장면이 없는 것은 아니지만 그것은 어디까지나 연기일 뿐이고 그 수준도 시사고발 프로그램의 수위를 넘지 않는다”고 주장하였다.

이 결정을 내린 공론 측은 위와 같은 내용을 담고 있는 문제된 영화는 일반 극장에서 상영하기 어렵다고 판단하여, 상영부적합 판정을

내렸다고 밝혔다. 한 심의위원은 “아무리 진지한 문제의식에서 만들었다 해도 영화의 사회적 과급효과가 고려되지 않았다”고 말했다.

공륜의 심의규정상 등급 외 판정이 내려진 영화는 상영이 금지되기 때문에 ‘나쁜 영화’가 햇빛을 보기 위해서는 문제가 된 장면을 수정, 보완하는 등의 조치를 취한 뒤 재심의 신청을 할 수밖에 없기 때문에 검열이 아닌가 하는 점이 논란되었다.

[사례] 영화 ‘노랑머리’ 등급보류 사건 (1999)

한국공연예술진흥협의회 1999. 3. 5. 결정 및 영상물등급위원회 1999. 6. 21.결정

한국공연예술진흥협의회는 1999. 3. 5. 영화 등급보류심의위원회에서 영화사 픽션뱅크가 심의를 신청한 영화 ‘노랑머리’(감독 김유진)에 대해 등급보류 결정을 내렸다고 밝혔다. 영화 심의에서 등급보류 결정이 내려진 경우는 1997년 10월 공진협 출범 이후 처음이다.

‘노랑머리’는 여자 2명과 남자 1명의 혼음 장면에 대한 구체적 묘사, 과도한 정사장면, 과도한 비인격적 표현 등을 이유로 3개월 등급보류 판정을 받았다. 등급보류 판정이 내려질 경우 영화관 상영 및 비디오 출시는 불가능하다.

등급보류는 섹스나 폭력 묘사가 과도하다고 판단될 때 부여되는 것으로 등급보류판정을 받은 영화는 1~3개월이 지난 뒤 다시 등급신청을 할 수 있지만, 제작사측에서는 등급부여를 받아 영화를 상영하기 위해 일부 장면을 삭제할 수밖에 없다. 그래서 ‘등급보류’는 제작자 스스로 가위질을 하게 만든 사실상의 검열이라는 비판이 제기되어 왔다.

그 사이 영화진흥법이 1999년 다시 개정되면서 공진협은 한국영상물등급위원회로 개편되었고, ‘노랑머리’ 제작사는 1999. 6. 8. 영상물등급위원회가 출범한 다음날 1분 30초 가량의 분량을 삭제한 후 재심을 신청했다. 제작사는 “지난 번 심의 때 가장 문제가 됐던 혼음장면을 담은 3분은 화면을 어둡게 처리했고 성애 장면은 아니지만 인간적인 측면에서 문제가 됐던 1분30초 상당 부분은 재편집했다”고 밝혔다.

영상물등급위 영화등급소위는 1999. 6. 21. 제작사가 새로 제출한 ‘노랑머리’에 대한 심의에 들어가 ‘18세 관람가’ 등급을 부여했다. 이 사건을 계기로 언론에서는 등급보류제도의 문제점과 표현의 자유에 관한 논란이 일었고, ‘노랑머리’는 커다란 홍보효과를 얻어 개봉 뒤 서

을 관객 20만명의 흥행성과도 얻었다.

[사례] 영화 ‘거짓말’ 등급보류 사건 (1999)

영상물등급위원회 1999. 8. 9. 결정, 서울지검 2000. 6. 30. 결정
영화 ‘거짓말’은 한국영화사상 음란과 표현의 자유의 문제에 관하여 가장 격렬한 논란을 야기하였고, 그 논란과정에서 영상물에 의한 성 표현에 대하여 활발한 논의가 이루어졌다. 이 영화는 영상물등급위원회에서 2 차례 등급보류 판정을 받은 후, 필름의 수정삭제에 의해 재심의한 결과 ‘18세 이상 관람가’로 번복되어 전국 개봉관에서 상영되었으나, 시민단체의 고발로 검찰의 수사가 개시되어 상영중인 필름이 압수되는 우여곡절 끝에 검찰의 무혐의 처분으로 종결되었다.

‘거짓말’은 장정일의 판금소설 ‘내게 거짓말을 해봐’를 영화화한 작품으로 40대 조각가와 여고생의 파행적인 성관계를 다루고 있다. 1997년 발표된 원작소설은 출간 보름만에 자진 회수되고 작가와 출판사 간부가 실형선고를 받는 등 음란시비를 일으켰다. 작가 장정일은 1997년 음란문서제조 혐의로 불구속 기소돼 1심에서 징역 10월의 실형을 선고받고 법정 구속되었다가 보석으로 풀려났으며, 항소심에서 징역6월에 집행유예 1년을 선고받았다. (전술 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’ 사건, 대법원 2000. 10. 27. 선고 98도679 판결 참조).

영화 ‘거짓말’은 38세의 조각가와 18세 여고 3년생과의 변태적 애정행각을 적나라하게 그린 것이다. 영화는 “나 ×하고 싶어” 라는 여주인공의 도발적 언사로 시작해 5년 후 이별하는 장면까지 숨막히는 섹스와 폭력의 만화경(만화경)을 연출한다. ‘제이’는 38살의 조각가다. 화가인 아내는 파리에 있다. ‘와이’는 여고 3학년. 미술을 전공하려는 친구의 소개로 와이와 제이는 만난다. 둘은 만나자마자 미친 듯 성행위를 한다. 주인공들은 전체 상영시간의 70% 가량을 나체로 연기하고, 때리고 맞으며 흥분을 느끼는 가학·피학적 성행위가 그 주된 내용을 이룬다. 주인공들이 주고받은 대사는 “섹스하고 싶어”, “때려 줘” 하는 정도가 고작이고, 그 나머지 스크린의 공감각적 여백은 대부분 건조한 ‘바디 랭귀지’식 연기로 채워졌다. 가학과 피학적인 섹스와 변태행위가 끝없이 반복되는 가운데, 처음의 회초리가 나중에는 곡괭이 자루로 변한다.

영상물등급위원회는 1999. 8. 9. 영화등급분류심의위원회를 열고 장선우감독의 신작영화 ‘거짓말’이 미성년자와의 변태적인 성관계와 가학행위를 여과없이 묘사하고 있어 부정적인 영향을 미칠 것으로 우려된다는 이유로 3개월간의 등급보류 판정을 내렸다. 등급보류는 ‘노랑

머리'에 이어 두번째이지만, '거짓말'은 공연예술진흥협회가 영상물 등급위원회로 바뀐 이후 처음으로 등급보류관정을 받은 작품이었다.

위 결정이 내려지자 '거짓말'에 대한 평가는 상호 극을 이루는 상반된 입장이 대립되었다.

'노랑머리'의 섹스묘사가 관객의 시각적 쾌락을 추구하는 일반적인 성애영화의 모습을 띠고 있는 반면, '거짓말'은 섹스를 사랑의 표현으로 보고 이를 과감하게 노출시킨 점에서는 같았으나, 남녀 주인공들간의 사도마조히즘적인 섹스를 위주로 하고 있어 관객들에게 관음증을 불러일으키기보다는 기이한 생각을 들게 하는 것이었다. 장선우 감독은 "선과 악, 미와 추의 분별을 버리고 보면 그것도 삶이고 사랑"이라고 주장하였고, 제작사 측은 '거짓말'에서는 사도마조히즘 섹스가 남녀 주인공의 사랑 그 자체이고 형식과 내용의 일치를 이루는 것이므로 "등급위에서 문제삼은 사도마조히즘 섹스를 뺀다면 영화 자체가 성립되지 않게 된다"고 밝혔다.

'거짓말'에 관하여 소재는 불륜이지만 인습을 초월한 절대 사랑 이야기를 순수하게 그린 것이며, 사회로부터 도피해 둘만의 배타적 공간에서 서로에게 탐닉해 들어가는 과정을 그린 것이라고 하는 평가도 있었다. '거짓말'에서 성행위에 더해 둘이 탐닉하는 방식은 때리고 맞는 것이다. 만남이 계속되면서 때리는 주체가 남자에서 여자로 뒤바뀌고 때리는 강도도 세진다. 이와 같이 '거짓말'에서는 'SM'(Sadomasochism, 가학·피학성 변태성욕)이 영화 속 섹스 표현방식의 주조를 이루고 있다. 이에 관하여 작가는 "사도마조히즘이라는 두 남녀 주인공들의 사랑표현 수단은 인간의 욕망을 금기시하는 관습과 인습 아래서는 사회와 인간이 행복해질 수 없다는 것을 은유적으로 보여준 예"라며 "지배와 피지배 관계 아래 소통의 단절이 심화되는 현대사회에서 유아적이고 자연적인 유희로서의 인간관계를 그리고 싶었다"고 말했다. 프랑스 등 외국에서 사도마조히즘은 문학 2백년사의 소재 중 하나일 뿐만 아니라 더 나아가 문화의 한 양식이며, 특히 1960년대 말 이후의 서구에서는 포르노의 문법을 통해 정치적인 논평을 시도하는 것이 하나의 기법으로 사용되고 있다는 것이다.

어떤 관측에 의하면 '거짓말'이 기성사회의 폭력에 길들여진 한 인간의 비정상적 성행위가 바로 병들어 있는 우리 사회와 우리들 자신의 모습임을 비추주며, 다시는 사랑이나 사회적 정의라는 탈을 쓴 도착적 폭력으로 우리의 아이들과 사회를 매질하고 억압하지 말 것을 간절하게 얘기하고 있다고 한다.

그러나 '거짓말'에 대한 비판적인 견해는 통렬하다.

‘거짓말’은 너무나 단선적인 섹스행위의 반복 구조를 취한다. 10여 차례 이상 나오는 섹스행위를 보면 성적 자극에 치중한 포르노그라피라기 보다는 불구자처럼, 비정상적 성행위를 통해서가 아니면 절정에 도달할 수 없는 두 남녀의 탐닉을 그린 ‘기이한 러브스토리’일 뿐이라는 것이다. 거기에는 인간과 사회에 대한 도전적·항의적 메시지도 없고, 기성의 가치관에 대한 도전이나 전복을 노린 것도 아니며, 그 탐닉의 동기도 명료하게 표현되어 있지 않다. ‘거짓말’은 무엇을 보여주는 건지, 수준이나 완성도에서 실망스럽고, 말초적 센세이션을 유발하는 데 그쳤다는 지적도 나왔다. 다만, 어릴 때 아버지에게 매맞는 장면을 떠올리며 섹스를 “고향집에 돌아온 것 같은 기쁨”이라고 말하는 것을 보면 유아기에 고착된 변태성욕의 고뇌를 암시할 뿐이다.

더욱이 ‘거짓말’은 영화 속 여자 주인공을 미성년자로 설정하고 있으며 변태적 성행위의 나열과 거친 대사 때문에 현재 등급분류 기준으로는 수용할 수 없다는 판정을 받은 것이다. 미성년자, 그것도 교복입은 모습까지 등장하는 여학생과의 성적인 상관관계를 그리고 있다는 것은 허용될 수 없다는 것이다.

전국의 20세 이상 성인 1,290명을 대상으로 한 여론조사에 의하면 영화 ‘거짓말’을 본 관람객 5명 중 3명은 이 영화를 음란물로 규정했으나, 공권력의 개입에는 반대쪽의 목소리가 더 큰 것으로 나타났다. 즉, ‘거짓말’의 영화관 상영허가에 관하여, ‘별 문제 될 것이 없다’는 쪽(52.3%)이 ‘애초 공연윤리위원회 등이 상영하지 못하도록 했어야’ 한다는 쪽(41.3%) 보다 우세하였다. 특히, 검찰이 압수수색영장을 발부받아 필름을 수거하는 등의 조치에 관하여는 64.0%가 ‘바람직하지 않다’고 답했고, ‘바람직하다’는 30.2%에 불과했다. 그 중 20대는 84.3%가 ‘바람직하지 않다’는 반응을 나타냈다 (중앙일보 2000. 1. 14. 보도 참조).

‘거짓말’은 대외적으로도 긍정·부정의 상반된 반응을 보였다. ‘거짓말’은 1999년 9월 초 베니스영화제 경쟁부문에 초청받아 본선에 올랐는가 하면, 유엔인권위원회 고등판무관실은 한국정부에 공한을 보내 영화 ‘거짓말’의 공공영화관 상영을 즉각 중지할 것과 ‘거짓말’처럼 성인을 미성년자로 분장시키거나 미성년자를 등장시킨 포르노그라피를 범죄로 규정하는 실효성 있는 대책을 강구해줄 것을 촉구하여 왔다 (한겨레신문 2000. 4. 20. 보도 참조).

‘거짓말’을 에워싸고 이루어진 법적 논란 역시 격렬하였다.

영상물등급위의 등급분류결정은 영화진흥법에 의한 것이었다. 영화진흥법 제21조 제4항 제2호는 “폭력·음란 등의 과도한 묘사로 미풍

양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있을 때” 상영등급 부여를 보류할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 등급외 영화를 상영하는 전용관이 없는 현실에서 등급의 부여를 보류한다는 것은 사실상 상영 금지를 뜻하게 되어 검열의 효과를 가지게 되므로 위헌이라는 논란이 거세게 제기되었다. 이로써 영화계에 창작의 자유와 관객의 ‘볼 권리’, 영상물의 성표현 정도 등에 대한 논란을 거세게 불러 일으켰다.

이렇게 논란이 일자 영상물등급위는 1999. 9. 21. 감독과 제작사 대표를 참석시킨 가운데 ‘거짓말’의 제작 취지 등에 대한 소명을 들은 뒤, 기존 3개월로 정해진 등급보류 기간을 2개월로 감경하였다. 등급위의 이러한 조치는 “보류기간 결정이 당사자의 이익을 현저히 해할 수 있을 경우에는 1개월 단축시킬 수 있다”는 영화진흥법 시행규칙에 따른 것이었다.

그 후 1999. 12. 제작사인 신씨네는 전체 110분 중 여주인공 제이(김태연 분)가 고교생임을 알 수 있거나 지나친 욕설이 있는 장면 등 10여분을 삭제하고 성기 노출부분을 모자이크 처리해 재심의를 신청하였다. 이렇게 국내용 ‘거짓말’은 베니스영화제 본선 경쟁부문에서 상영될 필름과 달리 성기나 음모가 보이지 않도록 화면에 모자이크 처리를 한 필름이었고, 주요부분을 모자이크 처리한 채 아무 거리낌 없이 들을 비추지만 특정 신체부위를 강조하는 따위의 관음적인 시선은 전혀 없어 선정적 카메라 시선을 극복했다고 주장되었다.

영상물등급위는 1999. 12. 29. 영화상영등급분류 소위원회를 열어 제작사 측이 재심을 요청한 ‘거짓말’에 대해 ‘18세이상 관람가’ 등급을 부여했다. 그에 따라 ‘거짓말’은 2000. 1.부터 서울 23개관 등 전국 약 90여개 극장에서 개봉되었는데, 영화 자체의 완성도보다 등급보류를 둘러싼 파문 등 영화 외적인 센세이셔널한 반응 때문에 더 화제가 되었다.

이렇게 일단락된 듯 하던 ‘거짓말’ 논란은 시민단체의 개입으로 사법적 절차의 단계로 접어들게 되었다. ‘음란폭력성 조장매체대책 시민협의회’(공동대표 손봉호)는 영화개봉 직전인 2000. 1. 6. 장선우 감독, 제작사인 신씨네 및 단성사 등 43개 개봉관 극장주를 음란물 제조·배포 혐의로 검찰에 고발하고, ‘거짓말’의 관람거부 운동을 벌이게 되었다.

위 고발을 접수한 검찰은 2000. 1. 11. 즉각 ‘거짓말’의 수사에 착수하여 영화를 상영 중인 전국 101개 극장에 대해 압수수색 영장을 발부받아 필름을 수거키로 했다. 검찰 관계자는 “이 영화가 사실상 포르

노물인데 18세 미만의 어린 청소년들에게 제한 없이 관람이 허용되고 있는 것을 묵과할 수 없었다”고 설명했다. “극장주들이 당국으로부터 ‘18세 이상 관람가’의 조건부 허가를 받아놓고 실질적으로는 표를 구입한 청소년들을 모두 입장시키고 있는 것으로 파악됐다”는 것이다.

검찰은 또 장선우 감독과 제작사 대표 신철씨도 소환해 조사한 뒤 감독에 대해서는 음화 반포 및 제작 등 혐의로 구속영장을 청구할 방침이었다. 또 검찰은 영화 ‘거짓말’이 두 차례 등급보류 판정 뒤에 ‘18세 이상 관람가’로 번복된 과정에 외압과 로비가 있었는지를 가린다며 영상물등급위원 1명과 이 위원회 산하 영화심의 소위 위원 1명을 참고인으로 소환해 조사했다. 영화계에서는 검찰의 이번 조치로 국내외에서 제작된 수백 편의 영화에 대한 등급판정을 통해 제작자나 관객에게 ‘영화의 가이드라인’ 역할을 해온 등급위의 공신력과 권위가 땅에 떨어졌다는 반응을 보이기도 하였다.

이러한 과정 끝에 검찰은 2000. 6. 30. 영화 ‘거짓말’의 음란성에 대해 무혐의 결정을 내렸다. 한 시민단체의 고발에 대해 6개월 여 장고 끝에 내린 결론이다.

검찰은 “영화 ‘거짓말’의 내용이나 장면이 보통 사람의 성욕을 자극해 성적 흥분을 유발하거나 성적 수치심을 야기한다고 보기 어려워 음란물로 판단할 수 없으며, 설사 음란물이라 하더라도 처벌할 가치가 없다”고 결정했다. 검찰은 그 결정 이유에서 소설가 장정일 씨의 원작 소설보다 표현과 내용을 상당히 완화했고, 특정 신체부위를 강조하지 않은 채 일정한 거리를 두고 촬영하는 등 관객의 몰입을 막으려는 객관적 촬영기법을 통해 포르노 영화와 차별을 두었고, 국내에 상영된 다른 영화에 비해 표현이 더 음란하지 않다는 점 등을 들었다. 검찰은 또 제작사측이 국내 개봉에 앞서 영상물등급위원회의 적법한 심의를 거쳐 노골적인 성행위 장면 등 17분에 달하는 장면을 자진 삭제한 점도 고려했다고 말했다. 검찰은 이 영화가 미성년에 대한 성적 학대를 표현하고 있다는 주장에 대해서도 미성년으로 분장했을 뿐 실제 주인공은 성년이라며 이를 배척했다.

담당 검찰 관계자는 “우리 사회의 문화적 성숙도를 고려해도 소설이나 영화 등 문화예술 작품에 대해서는 사법기관이 형사처벌을 결정하기보다 시장의 자정기능과 소비자인 국민의 판단에 맡기는 편이 적절하다고 판단, 무혐의 결정을 내렸다”고 말했다. 검찰의 결정은 원작 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’의 작가 장정일씨가 1997년 음란문서제조 혐의로 기소돼 1심에서 법정구속되는 등 유죄판결을 받았고, 1995년 ‘즐거운 사라’의 작가 마광수 교수가 구속된 전례에 비춰볼 때 매우

이례적인 것이었다.

이와 같이 검찰이 영화 ‘거짓말’(감독 장선우)에 대해 음란물 무혐의 처분 결정을 내린 것은 성 표현에 대한 인식 변화를 반영한 결과로 보인다. 검찰은 ‘거짓말’이 우리 사회가 받아들일 수 있는 수준의 영화로서 처벌할 가치가 있을 정도의 음란성이 인정되지 않는다는 입장에서 문화상품에 대해 사법적 잣대를 들이대는 대신 표현의 자유를 인정하는 결정을 내린 것이다. “문화예술 작품에 대한 최종적인 판단은 법이 아니라 시장과 소비자에게 맡겨야 한다”는 검찰의 발표내용이 검찰의 변화된 입장을 보여 주는 것이었다. 문제는 무분별한 성 표현물이 청소년에게 미칠 수 있는 해악인데, 이에 대해서도 검찰은 표현의 자유를 인정해주면서 청소년에 대한 접근 가능성을 차단하면 크게 우려할 바가 아니라는 입장이었다.

이로써 1999년 하반기부터 근 1년간 영화계 안팎을 뜨겁게 달궜던 창작·표현의 자유와 관객의 불 권리의 관계와 음란성 여부등에 대한 논란은 검찰수사의 부당성을 끊임없이 주장해온 영화계의 판정승으로 종지부를 찍게 되었다. 제작사 측은 “영화 ‘거짓말’ 논란을 통해 영상물의 성 표현 및 음란물 시비에 대한 활발한 논의가 이뤄졌고, 영화 관객들의 문화적 성숙도에 대한 믿음이 종합적으로 반영되었다는 것이 이번 결정의 성과”라고 평가하였다.

그러나 영화계 인사들은 검찰 결정의 자유주의적 개방성을 긍정적으로 받아들이는 한편, 검찰이 영화기법과 삭제행위를 결정의 정상 내지 배경으로 판단한 것은 예술 창작과정에 대한 사법기관의 개입을 허용한 좋지 않은 선례를 남기게 되었다고 지적하였다.

등급 외 전용관이 없음으로 인해 생긴 문제도 있었다. ‘거짓말’도 영상물 등급을 따기 위해 문제 장면을 17분이나 잘라내는 등 원화의 훼손이 심했다. 이러한 폐단을 막고 진정한 성표현의 자유와 성인의 알 권리를 보장하려면 등급의 전용관을 만드는 길밖에 없다는 점이 더욱 강조되었다.

(5) 만화

오늘날 만화는 강한 풍자성을 지닌 대중예술의 총아로 각광받고 있으며, 예술표현의 자유는 창작한 예술품을 일반대중에게 보급할 수 있는 자유까지도 포함하는 것이므로 만화 잡지의 출판업자도 이러한 예술품보급의 자유의 보호를 받는 것으로 보아야 한다.⁹⁴⁾ 그

러나 만화는 동시에 청소년에게 많이 읽혀진다는 점에서 청소년에 대한 불량만화의 영향이 주목받게 된다.

우리의 경우 1997년 학원폭력과 청소년의 탈선이 사회문제가 되었던 시점에서 그 주범으로 일본 만화가 지목되고 검찰과 경찰이 대대적인 ‘음란만화’의 단속에 나서 논란이 야기된 바 있다.

1997. 7. 1. 발효된 청소년보호법에 의해 설치된 청소년보호위원회가 1997년 작성·배포한 ‘청소년유해매체 목록표’에는 만화 1,700종, 510만 권을 유해매체로 규정했는데, 여기에는 국내 최고로 꼽히는 작가들의 작품이 대거 포함되었다. 일부 언론과 예술계에서는 그로 인하여 상상력, 창의력이 살아 숨쉬어야 할 문화예술분야가 국가기관의 무분별한 간섭 속에 얼어붙었고 검경은 근거가 희박한 마녀사냥식 단죄를 기도하였다고 비판하였다.⁹⁵⁾

이어 검찰은 1997. 8. 일본의 음란·폭력만화를 불법으로 복제·판매한 출판업자를 구속하고 스포츠신문 편집국장을 기소하는 등 ‘음란·폭력만화의 전쟁’을 선포해 주목된 바 있었다.⁹⁶⁾ 대검강력부는 동년 8. 1. ‘청소년 유해만화 집중단속 지시’ 등을 통해 청소년보호위원회에서 유해매체물로 결정한 1,700여종의 청소년 유해만화에 대해 청소년 유해표시 등을 이행했는지 여부와 이들 만화를 청소년에게 판매·대여·배포하거나 진열하는 행위 등을 집중단속, 원칙적으로 구속 수사하라고 전국 검찰에 지시했다. 대검의 이번 집중단속 지시는 청소년에게 유해한 폭력적·선정적인 내용의 만화나 일본의 외설적인 만화가 아무런 제어장치 없이 시중에 유통·범람함으로써 청소년의 정서나 가치관을 크게 해치고 있는데 따른 것이다.

위와 같은 논란과정에서 만화에 대한 사법처리가 문제된 것이 만화 ‘천국의 신화’ 사건이었다. 이 사건에서 논란된 것은 구 미성년자보호법상 음란개념 여하였는데, 제1심 법원은 이를 음란물로 판단하였으나, 항소심은 제1심 판결을 취소하고 피고인에 대하여 무죄를

94) 헌법재판소 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 283 참조.

95) 한겨레신문 1997. 7. 25.

96) 법률신문 1997. 8. 7.

선고하였다.

[사례] 만화 ‘천국의 신화’ 사건 (2001)

서울지법 2000. 7. 18. 제1심 및 2001. 6. 14. 항소심(2000노 7104) 판결

이 사건 피고인 이현세는 ‘까치’와 ‘엄지’라는 사랑스런 캐릭터를 창조하였고 ‘공포의 외인구단’으로 폭넓은 독자층을 갖고 있는 우리나라의 대표적 만화가였다. 그는 동북아시아 고대 신화를 바탕으로 창세기부터 환인·환웅시대를 거쳐 발해 멸망시기까지의 역사를 100권 분량으로 펴낸다는 계획 아래, 대하 역사만화 ‘천국의 신화’를 그리기 시작하여, 1997. 7.까지 8권을 발간하였다. 그는 이를 위해 10년 이상 역사, 신화 내용뿐만 아니라 당시의 복식, 화장, 활모양, 토기, 식생 등 광범위한 소재를 수집했다고 한다.

검찰은 피고인이 만화 ‘천국의 신화’를 재판집한 뒤 청소년용 5권을 펴내자, 1998. 2. 성행위와 폭력을 묘사한 장면이 들어있어 청소년 음란물에 해당된다며 이씨를 미성년자보호법 위반죄로 약식기소하면서 벌금 300만 원의 처벌을 구하였다. 기소한 서울지검 검사는 이 작품에 대하여 “수간과 집단성교를 묘사한 하드코어 포르노”라고 규정하였다. 검찰이 문제삼은 장면은 제2권 내지 제4권의 40여 곳이다. ‘별거벗은 남녀들이 집단으로 혼음하고’(3권 138~139쪽), ‘커다란 얼룩무늬 구렁이와 여자가 교미하는’ 장면(3권 146~147쪽)들이 문제이고, ‘사람이 사람 고기를 뜯어 먹는’ 등의 폭력장면(2권 128~129쪽)도 지적되었다. 이현세씨가 “사람이 원숭이나 마찬가지로였던 신화시대의 리얼리티를 그렸다”고 주장하는데 대해서도 검찰은 ‘신화를 가장한 포르노’이거나 ‘상업적 흥행을 노린 음란물’에 지나지 않는다고 단언하였다.

이에 대해 이씨는 “처음 인류가 생겨나던 시기, 곧 동물과 인간이 구분되지 않고 인간이 원숭이나 다름없던 시기에 대한 묘사”라고 설명한다. 집단성교나 수간이 분명히 존재했던 시기를 상상력으로 복원했을 따름이라는 것이다. 검찰이 문제삼은 ‘천국의 신화’ 청소년판에는 검찰이 주장하는 성인용에 들어있던 집단 성교나 수간(수간) 장면 등이 직접적으로 표현되지 않고 암시하는 방식으로 나타나 있을 뿐이고, 실제로 만화장면을 보더라도 몇 가지 채위가 묘사했을 뿐 성기묘사는 보이지 않아, 그런 특정 장면이 성기삽입을 드러내놓고 묘사하는 ‘하드코어’ 포르노에 해당되지는 않는다는 것이었다. 검찰이 문제삼은 장면은 보수적인 간행물윤리위원회 심의에서조차 경미한 ‘주의’ 조치를

받았음에 불과하였는데, 따로 제작한 아동용에 대하여 기소까지 하였다는 것이었다.

만화계에서는 일본만화의 홍수 속에서 표절시비 없이 독자적인 영역을 개척하면서 만화영화나 만화출판에 투자하며 일본만화에 맞서왔고, 사회적으로 대접받아야 할 경쟁력있는 대표적인 만화작가를 법이 사회분위기에 편승해 무리하게 단속하려는 데 대하여 우려를 표명하였다. 특히, 1997년 학원폭력과 청소년의 탈선이 사회문제가 되었던 시점에서 그 주범으로 일본만화가 지목되고 '천국의 신화'가 표적수사 대상이 되었다는 것이었다. 상상력이 힘의 원천인 문화계에서 당국의 규제는 작가들의 '자기 검열'로 창작 의지를 꺾게 될 것이라는 우려가 제기되기도 하였다.

약식재판에서 벌금 300만 원의 약식명령을 받은 이씨는 같은 해 6월 정식재판을 청구했다. 이에 대해 서울지법은 2000. 7. 18. 이현세씨에 대한 정식재판에서 미성년자보호법 위반죄를 적용해 다시 벌금 300만원을 선고하였다. 재판부는 판결문에서 “집단성교 장면이나 사람과 동물이 성관계(수간)를 하는 장면 등은 미성년자의 성적 본능을 자극하고 잘못된 성관념을 형성하도록 할 우려가 있다”며 “이 만화는 전체적으로 미성년자에게 배포해서는 안될 음란물로 보인다”고 밝혔다. 재판부는 또 “개인의 창작물이 개인에게만 머물러 있을 때에는 예술의 창작 자유가 절대적으로 보장되지만 일반인들에게 유포되면 또 다른 가치관을 보호하기 위해 일정한 선이 그어질 수밖에 없다”고 전제하고, “어떤 작품이 음란물인가 아닌가는 하는 점은 작가 등 전문가의 관점이 아닌 보통사람의 입장에서 바라봐야 한다”고 밝혔다. 나아가 재판부는 “미성년자가 보는 작품에 대한 음란성과 잔인성, 포악성의 판단은 성인의 그것에 비해 엄격하게 판단되어야 하며, 법적인 판단 이전에 부모의 입장에서 만화를 봤을 때 자식들에게 보여줘도 괜찮은 것인가를 판단하여야 하는데, 이 사건 만화는 그렇지 않다”는 취지였다.

위 판결에 대하여는 한 작품과 한 작가를 음란물이나 음란작가로 규정하기 이전에 작품 전체를 관통하는 주제의식과 작가가 무엇을 표현하기 위해 작품을 썼나 하는 작가와 작품에 대한 깊은 이해가 먼저 있어야 할 것이나, 위 판결에 의하면, 법이 작품의 한 부분을 떼어내 작가보다 더 큰 상상력으로 확대 해석하여 음란물로 규정하였다거나, 미성년자들의 정상적 가치를 왜곡시켜 잘못된 성관념과 성행동에 빠지도록 할 '염려'를 이유로 유죄를 선고했으나, 단순히 '모방할 우려가 있다'고 하는 따위의 추상적이고도 막연한 이유를 들어 창작, 표현의 자유 및 행복추구권을 침해할 수는 없다는 지적이 제기되었다. 그렇게

본다면 성경에도 음란한 구절이 나오고 외국의 신화나 우리의 고전, 신문기사, 텔레비전뉴스에도 음란한 면이 있어 그것들도 같이 엄려대상이 될 수 있고, 위 작품의 배경이나 시대는 문명진의 인간과 동물이 한데 어울려 사는 상고사 시절인데, 그것을 다룬 작품을 두고 미성년자들이 잘못된 성관념과 성행동에 빠진다고 판단하는 것은 미성년자를 생각도 판단도 없는 존재로 착각하는 데서 나온 엄려에 불과하다는 것이었다.

피고인의 항소에 대하여 서울지방법원 형사항소 제6부는 2001. 6. 14. ‘천국의 신화’가 음란성과 잔인성을 조장해 청소년들에게 해를 끼친다는 공소사실을 인정할 수 없다고 하여 벌금 300만 원을 선고한 제1심 판결을 취소하고 피고인에게 무죄를 선고하였다.

동 판결은 만화의 특성과 음란성 및 잔인성 판단의 특이성에 관하여 다음과 같이 판시한다.

“만화는 일반적으로 ‘대상의 성격을 과장하거나 생략하여 익살스럽고 간명하게 인생이나 사회를 풍자·비판하는 그림형식’이라고 정의된다. 즉, 만화는 과장과 생략을 그 표현의 기조로 하며, 화보나 영화처럼 사실을 있는 그대로 표현하는 것과는 달리 과장된 표현이나 생략된 표현을 통해 작가가 뜻하는 바를 표현하는 장르이므로 그 음란성·잔인성을 판단함에 있어서도 이러한 특성을 고려해야 할 것이다. 즉, 화보나 영화에서는 직접적인 표현에 대한 판단만으로 음란성이나 잔인성에 대한 판단이 가능함에 반해, 만화에서는 직접적인 표현이 아니더라도 암시적으로 음란성이나 잔인성을 표현하는 것이 가능하므로 그 판단의 대상이 더 넓어진다고 보는 것이 옳을 것이다. 반면, 암시적인 표현은 주관적으로 느끼는 감정이 다양하여 보여지는 대상에 따라 음란성이나 잔인성의 느낌도 천차만별이어서 일률적으로 이를 판단하기 어려운 점이 있고, 따라서 음란성, 잔인성 판단의 기준도 화보나 영화와 같은 장르와는 달리 판단해야 할 필요가 있다 할 것이며, 한편 만화는 그 내용이 그림과 대사 혹은 서술로 구성되어 있고, 과장과 생략이라는 만화의 특성상 만화를 구독하는 사람은 만화의 그림을 찬찬히 보지 않고 대충 보면서 책장을 넘기게 되는 것이 만화를 보는 일반적인 방식인 점, 이러한 만화의 특성상 만화상의 표현을 현실에서 그대로 일어나는 것으로 받아들이지 않는다는 점 등을 함께 고려하여야 할 것이다.”

(6) 성기구

판례에 의하면 성행위에 사용되는 성기구는 음란물에 해당하지 아니한다. 성기구는 그 자체가 표현물이라고 볼 수 없기 때문이다. 대법원판례에 의하면 남자의 성기(음경)를 확대하는데 쓰려고 만든 도구인 해면체비대기(속칭 성기확대기),⁹⁷⁾ 섹스링,⁹⁸⁾ 여성용 자위기구나 돌출콘돔⁹⁹⁾ 등은 음란물이 아니다.

하급심판례 중에는 인터넷 포르노사이트 접속용 선불카드에 관하여 카드 소지자가 사이트에 접속하면 풍속을 해치는 사진과 동영상을 제공받을 수 있어 카드에 동영상 등이 담겨있는 것과 동일한 효과를 가지고 있으므로 풍속을 해치는 음란물에 준하는 수입금지품에 해당하여 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(관세)죄로 처벌한 사례가 있다.¹⁰⁰⁾

97) 대법원 1978. 11. 14. 78도2327 판결[집26(3)형100, 공1979.2.1.(601) 11533].

98) 대법원 1987. 12. 22. 87도2331 판결[공1988.2.15.(818), 386].

99) 대법원 2000. 10. 13. 2000도3346 판결 [공2000.12.1.(119), 2370].

100) 수원지법 형사합의11부 2002. 7. 29. 선고 판결.

6. 종합 - 음란개념의 요소와 그 판단기준

이상에서 각 국에 있어서 음란개념의 정의와 그 판단기준에 관하여 살펴보았다.

일본 형법과 이를 본받은 우리의 구 형법에서는 ‘외설(외설)’이라는 용어가 사용되고 있었으나 현행 형법은 이를 ‘음란’(음란)이란 용어로 바꾸어 사용하고 있다. 현행법에는 음란을 요건으로 이를 규제하는 법률이 다수 있으나, ‘음란’ 개념에 대하여는 법률에 구체적인 정의가 없고 전면적으로 해석에 맡겨져 있다. 다만, 성폭력범죄의 처벌및피해자보호등에관한법률(1994. 1. 5. 법률 제4902호) 제14조가 ‘통신매체이용음란’을 처벌하는 조항에서 “자기 또는 다른 사람의 성적 욕망을 유발하거나 만족시킬 목적으로 전화·우편·컴퓨터 기타 통신매체를 통하여 성적 수치심이나 혐오감을 일으키는 말이나 음향, 글이나 도화, 영상 또는 물건을 상대방에게 도달하게 한 자”라고 규정하고 있을 뿐이다.

본 항에서는 위에서 본 바와 같은 외국의 예를 참고로 하면서 우리 판례와 학설에 나타난 논의를 종합하여 그 개념의 요소와 판단 기준을 나누어 상술한다.

가. 성적 표현일 것

우선 음란하려면 성적인 사항을 다루는 것이고, 성적 자극을 일으키는 것이어야 한다.

성행동 및 성표현과 성행위 비공연성의 원칙

일반적으로 성행동(sexual behavior)이란 본래 인간의 번식을 위한

행위를 의미하지만, 그 이외에도 성적 자극을 일으키는 개인의 독자적 행위, 양 개인간의 혹은 집단적인 행동을 말한다. 이러한 성행위가 은밀하게 차단된 공간에서 행해지는 한 그것은 프라이버시 보호의 차원에서 국가권력이 개입할 수 없는 한계를 갖는다. 다만, 이러한 성행동을 공연히 행한 자는 형법상 공연음란죄로 처벌된다(형법 제245조).

성표현은 특히 성행위를 묘사하는 것을 요한다고 볼 수 있는데, 음란규제의 문제는 성적 자극과 만족을 위하여 위와 같은 성행동을 문자, 그림, 음향 등 일정한 매체를 통해 외부적으로 표출하는 경우에만 생긴다. 위와 같은 성행위를 표현하는 성표현(sexual representation, sexual expression)은 허용된 성행동뿐만 아니라 금지된 성행동 일반에 관한 표현을 포괄하게 된다.¹⁰¹⁾

우리가 공유하고 있다고 믿는 성의 모델로서 동년배 사이의 이성애적 결혼을 단 하나의 합법적 성으로 놓은 것은 서구에서 19세기 후반에 이루어진 것이었다.¹⁰²⁾ 그에 어긋나는 성 예컨대, 혼전성교, 혼외정사, 간통, 동거, 강간 등은 논란을 이루는 형태가 된다.

‘성행위 비공연성의 원칙’에 의하면 공개되지 아니한 성은 개인의 프라이버시에 속하는 것이어서 국가나 공공이 관여할 수 없는 내밀영역에 속하므로 그것이 간통이나, 강간 등 별개의 법익을 침해하는 경우 이외에는 위법성이 인정될 수 없다. 그러므로 음란행위가 법적 규제의 대상이 되는 것은 이러한 성행위가 개인의 프라이버시의 범위를 넘어 타인에게 공개되거나 그러한 성표현이 타인에게 전파되는 경우에 위법하게 되는 것이다. 이러한 관점에서 음란물의 제조, 유통 등의 위법성을 고찰하여 볼 필요가 있다. 음란물의 제조는 그 유통을 목적으로 하는 경우에 한하여 위법성을 갖게된다. 음란물의 공연, 상영, 전시가 바로 공연성을 가짐은 물론이다. 반포, 판매, 우송, 수출입은 음란이 바로 공연성을 띠는 것은 아니지만, 공개될 것을 전제로 유통되는 것이므로 위법성을 갖게 된다고 할 수 있다.

그러나 음란물의 입수, 소지, 사적 사용은 개인의 프라이버시에 속하는 경우 제재의 대상에서 제외된다. 음란한 자료의 개인적 소유가 위법성을 결하는 것은 그것이 개인의 프라이버시에 속하는 것일 뿐 아니라 개인의 사적 영역에서는 음란한 것이라도 이를 원하는 경우에는 얻을 수 있는 개인의 자주결정권 및 행복추구권의 일환으로 파악

101) 김영환, 이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노그래피에 대한 형사정책적 대책, 한국형사정책연구원, 1992.

102) 서동진, ‘성혁명, 초월이나 전락이나 - 20세기, 현대성 그리고 성을 초극하여’, 월간 문학사상 1999년 4월호 40[46]면.

될 수 있기 때문이다.

국가권력에 의한 음란 규제는 개인의 프라이버시의 영역에까지 미치지 못한다. 다음의 미국 판례는 이러한 사정을 잘 말해준다.

[사례] 가정내 음란물 소지 사건 (1969)

Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969)

이 사건에서 미국연방대법원은 개인이 자기의 집에서 음란한 물건을 단지 소지하였음을 이유로 처벌될 수 없음을 확인하였다. 피고인 Stanley는 마권영업혐의로 수사받게 되었는데, 그의 집에 대한 수색영장의 집행 중 침실의 책상 서랍 속에서 발견된 3개의 영화필름에 음란한 내용이 포함되어 있었고, 그 때문에 그는 Georgia주법에 의해 음란물 소지죄로 기소되어 유죄를 선고받았다.

그러나 연방대법원은 이러한 사례를 처벌한다면 가정의 프라이버시는 실질적으로 보호될 수 없음을 이유로 피고인에 대한 유죄판결을 파기하였다.

Marshall대법관이 작성한 법원의견의 요지는 다음과 같았다. “상고인은 음란한 물건을 단순히 개인이 소지하는 것까지 처벌하는 것은 부당하다고 주장하였다. 여기에 문제의 중점은 음란하다는 것을 알면서 단순히 개인이 소지하고 있는 것까지 형사처벌을 과할 수 있느냐라는 것이다. Roth v. United States, 354 U.S. 476, 485 (1957)사건에서 음란한 것은 수정헌법 제1조가 보장하는 것이 아니라 하였다. 그리고 그 후 대법원이 내린 여러 판결은 음란한 물건을 판매하거나 공개하거나 우송하는 행위에 대하여 처벌할 수 있다고 하였다. 그러나 단순한 소지, 특히 개인이 자기 집에 소지하고 있는 것에 대해서 처벌할 수 있는가 하는 문제는 본건이 처음이다. 개인이 자기가 좋아하는 책을 읽고 좋아하는 필름을 자기 집에서 감상하는 것은 개인의 권리이다. 이것은 수정헌법 제1조에 내포되어 있는 기본적 인권으로서 수정헌법 제14조에 의하여 주도 이에 간섭하지 못하는 것이다. 이런 필름을 보면 그 사람의 마음이 타락될 수 있어서 이것까지 규제할 수 있다고 한다면 이는 법이 개인의 내심까지 간섭하는 결과가 된다. 또 소지는 타인에게 공개하게 된다고 가정하여 처벌한다고 하면 공개 여부에 관한 입증 문제가 곤란한 문제로 발전한다. 그러므로 단순한 소지는 개인의 자유이며 소지 자체를 처벌하는 Georgia주법은 위헌이다.”

Stanley사건은 가정의 프라이버시보호에 대한 고도심사의 기준과 결합되어 판단된 사례였다. 즉, 개인이 가정의 프라이버시의 상태에서 정보를 수령할 권리는 개인의 프라이버시에 대한 국가의 침입으로부

터 자유로운 기본적인 권리에 의해서도 뒷받침된다. 연방대법원은 그 후의 사건(Frisby v. Schulz, 487 U.S. 474 (1988))에서 “가정의 복지, 정밀(정밀) 및 프라이버시를 보호하는 국가의 이익은 자유로운 문명사회에서 가장 높은 위계를 갖는다.” 종전에 우리의 판례들은 ‘지치고, 피곤하고 병든 자의 최후의 성체(성체)’로서 가정이 갖는 유일한 성질을 파악한 바 있고, 일상생활에서 ‘남녀가 추구하는 역할로부터 도피하여 쉴 수 있는 가정을 성역으로 지키는 것은 확실히 중요한 가치’임을 확인하였다”고 판시하였다.

그밖에도 이 사건에서 법원은 Martin v. City of Struthers, 319 U.S. 141 (1943)을 인용하면서 수정헌법 제1조는 표현행위자 뿐 아니라 정보입수권(right to receive information)도 보호한다고 판시한 점에 의의가 있다. 법원은 언론과 출판의 자유는 필연적으로 수취할 권리를 보호하며, 그 사회적 가치 여하를 막론하고 정보를 입수할 수 있는 이 권리는 우리의 자유사회에 기본적인 것이라고 판시하였다.

이 사건에서 미국 연방대법원은 개인이 자기의 집에서 음란물을 보는 것을 국가가 제재할 수 없다고 하였는데, 그 후의 판례는 음란물을 개인의 집으로 전달할 권리는 인정되지 않는다는 입장을 취하였다. 즉, 가정 내에서 음란물의 소유를 규제하는 정부의 권한과 그 배포, 운송 및 가정 밖에서의 영업적인 열람을 규제하는 권리는 별개이며(Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973)), 따라서 정부는 외국으로부터 음란물의 수입을 금지할 수 있고(United States v. 12 200-Ft. Reels of Super 8mm. Film, 413 U.S. 123 (1973); United States v. Thirty-Seven Photographs, 402 U.S. 363 (1971)), 우편에 의한 음란물의 우송을 금지할 수 있다고 한다(United States v. Reidel, 402 U.S. 351 (1971)). 개인이 사적인 사용을 위한 수송도 금지된다(United States v. Orito, 413 U.S. 139 (1973)).

음란물의 가정내 소지가 처벌될 수 없다는 이러한 법리에는 예외가 있다. Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990)에서 법원은 어린이 포르노에 대하여는 가정내의 소유를 보호하는 Stanley법리가 적용되지 아니한다고 하여 어린이 포르노의 사적 소유도 금지될 수 있음을 판시하였다.

성적인 것이 아닌 폭력성이나 천박성은 음란의 개념에 포함될 수 없다. 이와 관련하여 유의할 점은 현행 청소년보호법상 청소년 유해매체물은 청소년에 유해한 성표현뿐 아니라 폭력성 및 천박성을 가

진 내용을 포함한다는 점이다.

이에 관하여 참고되는 다음의 미국 판례는 공개적 비속성(public vulgarity)이 음란개념에 포섭되지 않음을 이유로 음란규제법에 의해 처벌할 수 없다고 판시하고 있다.

[사례] 비속어 스티커 규제 사건 (1991)

미국 조지아주 대법원 *Cunningham v. State*, 260 Ga. 827, 400 S.E. 2d 916 (1991)

이 사건에서는 정부가 가로에서 불쾌한 이야기를 없애기 위해 자동차 범퍼 스티커를 규제할 수 있는가 하는 점이 논란되었는데, 그에 대한 규제는 음란 또는 공격적 언론에 관한 수정헌법 제1조의 법리에 해당하지 않는 한 허용되지 않는다고 판단되었다.

조지아주법(bumper sticker law)은 “우리 주에서 자동차를 소유, 운행 또는 사용하는 자는 성행위, 배설 또는 신체의 일부분을 묘사하는 모독적이거나 음탕한 말(profane or lewd words)이 들어간 스티커, 무늬, 표장 기타 물건을 자동차의 어느 부분에도 부착하거나 첩부할 수 없다”고 규정하였다. 이 사건에서는 자동차 범퍼에 “SHIT HAPPENS”라는 스티커를 부착하였기 때문에 위 법령에 따라 내려진 피고인에 대한 유죄판결이 문제되었다.

법원은 코엔 징병반대 옥설사건(*Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971))사건에서 확정된 바와 같이 수정헌법 제1조는 정부에게 공개적인 대화로부터 음탕하고, 신성모독적이며 비속한 언어(lewd, profane and vulgar language)를 모두 제거할 권리를 허용하지 않는다고 하는 점을 확인하면서 그 적용범위를 무효화하고 유죄판결을 파기하였다. 이러한 코엔원칙에 대한 예외로서 처벌이 허용되는 경우는 특정인을 상대로 하여 명백하고 현존하는 폭력을 야기하는 도발적 언사(fighting words)이거나, 성적 자극을 요하는 법적인 음란에 해당하는 것이어야 하지만, 위 스티커의 표현은 그 어느 것에도 해당하지 않는다는 것이었다.

피고인의 자동차에 부착된 스티커가 어린이에게도 보여질 수 있기 때문에 어린이 보호를 위해 규제가 허용되어야 한다는 주장에 대하여 법원은 *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975)의 판시를 인용하여 그러한 사유만으로는 피고인을 처벌할 수 있는 사유가 되지 못한다고 판시하였다. 위 사건에서 미국연방대법원은 거리에서

보이는 드라이브인 극장에서 엉덩이와 가슴 또는 음모가 노출되는 영화의 상영을 금한 조례를 무효화하였는데, 그 판지에 의하면 공도를 지나치는 어린이나 성인에 대한 그러한 나체의 순간적인 노출은 법령이 정하는 일괄적인 금지를 정당화하는 사유가 될 수 없다고 판시한 바 있었다. 그 법령은 헌법상 허용되는 표현도 금지하게 될 정도로 광범위한 제한을 가하였기 때문이라는 것이다.

나. 호색적 흥미

표현물이 음란하다고 보려면 성에 관한 언급이나 묘사가 호색적 흥미를 불러일으키는 것이어야 한다. 미국의 판례에 의하면 ‘호색적 흥미’(prurient interest)란 “육욕적 생각을 흥분시키는 경향을 가진 자료”(material having a tendency to excite lustful thought)를 말하며, 표현행위에 의한 호소가 “나체, 성 또는 배설에 관한 수치스럽거나 병적인 관심”(“a shameful or morbid interest in nudity, sex or excretion”)에 관한 것임을 요한다고 한다.

따라서 정상적인 성적 각성의 환기(appeals to “normal” sexual arousal)는 이 요건을 충족시키지 못하며, 정상적이고 건강한 성적 욕구(normal, healthy sexual desires)를 일깨우는 것은 음란한 것으로 규정되어서는 안된다.¹⁰³⁾

성적인 묘사가 호색적 흥미보다는 공포와 역겨움을 야기하는 내용이었다면 그것은 음란한 것이라고 볼 수 없다.

103) 진술 도덕방해법 사건 *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491 (1985) 참조.

[사례] 공포소설 사건 (1969)

영국 고등법원 여왕좌부, R v. Calder & Boyars Ltd [1969] 1 QB 151

소설 '브루클린으로 가는 마지막 비상구(Last Exit to Brooklyn)'에 는 뉴욕에서의 동성애와 마약복용에 관한 무시무시한 내용이 들어 있어 출판사가 음란물반포법 위반으로 기소되었다. 변호인은 위 소설이 극소수 일부 광적인 독자를 제외하고는 대부분의 독자들에게 동성애와 마약복용에 대한 공포와 역겨움, 가련함만을 느끼게 해 줄 것이라고 음란물이라고 할 수 없다고 주장하였다.

제1심의 유죄판결에 대하여 피고인이 항소하였는데, 항소법원은 위 소설이 그 묘사에 의해 독자에게 공포를 느끼게 하는 동시에 역겨움과 충격과 분노를 일으키게 하였다 하더라도 그것은 독자를 동성애, 마약복용 또는 폭력으로 나아가게 한다기보다 오히려 반대의 효과를 불러일으키게 함에도 제1심 판사가 이러한 변호인의 항변을 배심원에게 설명하지 아니하였으므로 원심판결을 취소한다고 판시하였다. 이 판결은 소설의 일부 내용이 음란적 요소가 있다고 하여도 전체적으로는 그러한 부분에 대하여 역겨움을 불러일으키게 할 경우에는 음란물이라고 할 수 없다는 취지를 밝힌 것이다.

이 호색적 흥미의 유무는 당대의 일반 평균인이 생각하는 사회통념에 따라야 한다. 그러므로 미국과 일본에서의 판단과 달라질 수 있고, 우리의 전통적 성도의 관념이 고려되어야 할 것이다. 그러한 규제의 허용범위가 성행위의 묘사에 국한될 것인가는 논란될 수 있고, 판례의 입장도 일치되지 못한다.

이 요건을 판단함에 는 작품을 전체로 보았을 때 일반 평균인에 대하여 갖는 영향에 비추어 고려되어야 한다. 이러한 새 기준은 “현대의 사회적 기준에 의할 때 그 자료의 주된 테마가 전체적으로 보아 일반 평균인에게 호색적 흥미를 호소하는가의 여부”에 의하게 된다.

[사례] 음란물 우송금지법 사건 (1962)

미국 연방대법원 *Manual Enterprises Inc., v. Day, Postmaster General*, 370 U.S. 478 (1962)

상고인들이 발행한 잡지는 대체로 전라 또는 전라에 가까운 남자 모델, 사진사 및 그 주소 등을 게재하였고, 그 외에 나체사진을 제공하는 다른 사진사의 광고도 게재되어 있었다. 상고인들이 1960년 위 잡지들을 시카고로 발송하기 위하여 버지니아주 알렉산드리아(Alexandria) 우체국에 접수시키자, 체신부 법무관은 청문을 거친 후, 그 우편물 자체가 음란하며(obscene), 다른 음란한 물건의 판매 장소를 광고하고 있다는 점을 확인하고 그 우송을 보류하는 결정을 내렸다. 이러한 조치는 ‘음란하거나 음탕하거나 정욕적이거나 호색적이거나 기타 야비한 성격을 가진 출판물’은 그 우송을 금지하고, 이에 위반할 때에는 처벌한다고 규정한 연방 법률(이른바 Comstock Act)을 근거로 한 것이었다.

연방 지방법원과 항소법원은 모두 체신부 법무관의 결정을 지지하였다. 그러나 미국 연방대법원은 음란 여부의 판단은 당시 사회의 ‘평균인’의 욕정을 기준으로 해야 하므로 단지 동성연애자들을 위해 제작된 전라 또는 전라에 가까운 남자 모델, 사진사 및 그 주소 등이 게재된 잡지는 일반 평균인이 아닌 동성연애자의 색욕적 흥미만을 불러일으키는 것이므로 음란하다고 할 수 없다고 판시하였다.

그리고 이러한 호색적 흥미를 위한 것인가의 여부는 미국의 판례가 제시한 바와 같이 문제된 표현물에 성을 상품화(이른바 ‘Pandering’)하려는 의도가 있는가의 여부에 크게 의존한다고 보아야 한다. 표현물이 고객의 에로틱한 관심에 호소하는 것으로서 그 전체적인 취지로 보아 성을 대상으로 들어내 놓고 장사하려는 시도가 보이고 추잡한 포르노산업의 상품으로서 제작·판매된 것이라면 음란물로 인정되어야 한다.

여기서 호색적 흥미란 일본 판례가 말하는 수치심을 해친다는 것과 같다고 할 수 없다. 성적 수치심을 해함을 요한다고 한다면 음란의 개념을 이해하는데 혼란을 주게 되므로 이를 피하여야 할 것이다. 예를 들면 독서에 의해 수치심이 해쳐진다는 것은 드문 일이고,

성욕을 흥분·자극하여 수치심을 해하는 문서라는 것만으로 성도덕·성질서를 무시하는 행위를 유발할 위험이 있다고 생각하는 것도 불가능하기 때문이다.

성적 도착의 묘사는 정상과 도착의 한계가 모호하기 때문에 그것만으로 음란하다고 간주할 수 없다는 것이 서구에서 일반적인 관측이다.

성도착의 종류와 증상

성적(성적) 도착(도착)이란 통계적으로 보아 평균치에서 두드러지게 동떨어진 성행동을 가리킨다. 성도착증은 양적인 이상과 질적인 이상으로 구분된다고 한다.¹⁰⁴⁾ 이러한 성도착증은 거의가 후천적인 원인에서 비롯된다.

먼저 양적인 측면에서 대표적인 성도착 행위는 성욕이 과도하여 성행위를 병적으로 좋아하는 성욕항진증(성욕항진증)이다. 남녀 모두 항상 성적으로 만족하지 못해 성교 상대를 자주 바꾼다.

다음 질적인 측면에서 성적 일탈행위는 지그문트 프로이트에 따르면 두 종류로 나뉜다.

성도착증의 첫 번째 부류는 성욕을 만족시키는 방법에 문제가 있는 경우이다. 이에 는 보통의 성행동에 의하지 않고 특유의 방법으로 성욕을 만족시키는 관음증(관음증, 옷을 벗거나 성교하는 장면을 훑쳐보며 성적 만족을 추구하는 증상), 노출증(노출증, 관음증에 반대되는 성향으로서 자신의 성기를 여러 사람 앞에서 충동적으로 드러내는 증상), 접촉도착증(여성에게 비정상적으로 접촉함으로써 성적 만족을 느끼는 증상), 사디즘(sadism), 마조히즘(masochism)이 있다. 사디즘은 프랑스의 사드 후작(1740~1814)이름에서 비롯된 용어이고, 마조히즘(피학대 음란증)은 오스트리아의 레오폴드 폰자허 마조흐(1830~1895)의 소설에서 유래되었다. 사디즘은 타인에게 고통을 주거나 학대해 쾌감을 얻는 반면에 마조히즘은 타인으로부터 육체적 학대를 받는 데서 쾌감을 느낀다. 일반적으로 두가지 변태성욕은 동시에 나타나는 행동양식이므로 사드마조히즘(sado-masochism, 가학피학성 변태성욕)이라 한다. 남녀를 불문하고 대부분의 사람들은 어느 정도 가학적인 쾌감을

104) 이하 설명은 이인식, '성도착의 종류와 증상', 이코노믹 리뷰 제134호(2002. 11. 12.) 22면에 의한 것이다.

추구한다. 성교에 앞선 전희 과정에서 상대를 물거나 꼬집는 행위가 좋은 예이다.

성도착증의 두 번째 부류는 성적 만족의 대상이 비정상적인 경우이다. 이에겐 비정상적인 대상으로부터 성욕을 느끼는 절편음란증(‘페티시’(fetish)라고도 불리는데, 성적 관심의 초점을 사람보다는 팬티나 브래지어 가죽벨트 신발과 같은 물건에 맞추는 이상 성욕), 복장도착증(여자가 남장을 하고 남자가 여장을 즐기는 증상), 소아애(어린이에 대해 성욕을 느끼는 증상), 노인애(나이 많은 할머니에게서 성욕을 느끼는 증상), 시체성애(사람 시체와의 접촉으로 쾌감을 얻는 도착증), 동물애(동물과 성교를 하는 변태성욕) 따위가 있다.

다. 노골적인 표현

(1) 표현대상인 성행동의 범위

음란이 되려면 성에 관하여 노골적이고 뻔뻔스럽게 묘사 또는 서술함을 요한다. 그것은 성행위를 묘사하는 것이어야 한다.

일반적으로 성행동(sexual behavior)이란 본래 인간의 번식을 위한 행위이나 그 이외에도 성적 자극을 일으키는 개인의 독자적 행위, 양 개인간의 혹은 집단적인 행동을 말한다.¹⁰⁵⁾ 이러한 인간의 성행위는 개인이 행하는 자위(자위), 양성간의 애무(애무) 및 성교(성교, 이에겐 구강성교(oral sex) 및 항문성교(anal sex)도 포함), 동성간의 성행위, 아동과의 성행위, 혼전 성행위, 근친상간, 간통, 강간 등 여러 유형으로 나뉘어질 수 있다.¹⁰⁶⁾ 이들 가운데에는 사회윤리적으로 혹은 법적으로 용인된 것도 있는 반면, 타부시되거나 금지된 것도 있다. 어떻든 이러한 성행위가 은밀하게 차단된 공간에서 행해지는 한 그것은 프라이버시 보호의 차원에서 국가권력이 개입할 수 없는 한계를 갖는다(성행위 비공연성의 원칙).

음란 규제의 문제는 성적 자극과 만족을 위하여 위와 같은 성행위를 문자, 그림, 음향 등 일정한 매체를 통해 외부적으로 표출하는

105) The New Encyclopaedia Britanica, Vol. 27, 15th ed., Chicago: The University of Chicago, “Sex and Sexuality” by M.F.S./Ed., p. 239.

106) 김영환, 이경제, 전계 논문, 62면.

경우에만 생긴다. 위와 같은 성행위를 표현하는 성표현(sexual representation, sexual expression)은 허용된 성행위뿐만 아니라 금지된 성행위 일반에 관한 표현을 포괄하게 된다.

최종적 성행위를 대상으로 한 것이면 모두 하드 코어 포르노로 취급하여 금지하는 입장도 있다. 미국에서 ‘노골적으로 공격적인 기준’(“patently offensive” standard)은 언론이 단순히 성을 다루는 것에 불과한 것을 넘어 궁극적 성행위(ultimate sexual acts)를 묘사·서술하는 것이어야 함을 요구한다. 미국 연방대법원의 판례에 의하면 노골적으로 공격적인 서술이나 묘사에 해당하는 것은 첫째, 최종적 성행위에 관한 이른바 하드코어 포르노(hard core pornography)로서 전회(전회) 단계를 넘어 성교나 오르가즘의 형태를 포함할 것을 요하며, 둘째로 자위행위, 배설작용 및 성기의 추잡한 노출이 있을 것을 요한다. 그러나 독일에서는 성기의 노출을 포함한 나체의 제시나 성교장면을 포함한 성행위의 제시 자체가 그것만으로 음란성을 구성하는 것은 아니라고 하는데 견해가 일치하고 있다.

일본의 경우 성기 그 자체를 묘사하거나 실제 성교행위 등을 하는 것으로 알 수 있도록 묘사한 영화가 문제된 사안에서 채털리부인사건¹⁰⁷⁾의 외설개념의 정의에 입각하면서도 사회통념의 판단에 있어서 국민의 다양한 가치관, 윤리관, 성에 관한 의식, 오락에 관한 관념, 현대의 세대 등 넓게 고려해 넣어야 한다는 입장에서 그 음란성을 부인한 사례가 있다.¹⁰⁸⁾

성행위에 관한 표현이 반드시 그 자체 금지되는 것이 아니라고 보는 입장에서도 다시 여러 유형의 성행위를 묘사한 경우 그 허용되는 여부가 논란될 수 있다.

즉, 위와 같은 성행위의 유형 중에서 법적 혹은 도덕적으로 금지되어 있는 성행위를 묘사한 경우 어떤 법적 평가를 내려야 하는가가 문제된다. ① 강간 등과 같이 법적으로 금지되는 폭력적인 성행위 자체를 묘사·기술한 성표현물, 그리고 ② 근친상간·동성애·수간 등과 같이 형법상 금지되는 성행위는 아니지만 도덕적·윤리적으로 비난받는 성행동에 대하여 묘사·서술한 성표현물, 나아가 ③ 법적 혹은 도덕적으로도 비난받지 않는, 부부 또는 연인 사이의 정상적인 성교행위를 묘사·기술한 성표현물에 대하여 각각 어떤 법적 평가를 내려야

107) 일본 최고재 소화 32. 3. 13. 판결.

108) 日活 로만포르노 영화사건, 일본 동경고재 소화 55. 7. 18. 판결, 판례시보 975호 20면, 판タ 420호 79면.

하는가 하는 문제가 제기된다.¹⁰⁹⁾

이 점에 관한 논의에서 우리의 경우에는 초보적인 차원에 머물고 있다. 전술한 한국의 판례는 우리 사회에서 음란 여부의 논의가 다루는 수준을 보여준다. 궁극적 성행위의 묘사 여부는 차치하고 남녀 나체의 제시가 어떠한 정도로 허용되는가 하는 점이 논란되는 수준에 머물고 있을 뿐이다. 이것은 수입된 외국의 영화를 심의하는 과정에서 문제된 적이 적지 않았다. 과거 공연윤리위원회의 심의지침은 “성기의 노출이나 남녀의 성기, 애무를 묘사한 장면은 주의하여 판단하도록” 규정하고 있으며, 심의실무에 있어서는 종전 금기시되어 온 여성의 상반신 노출이 80년대 후반부터 허용되고 있으나, 체모의 노출은 여전히 금지되고 있다. 공연예술진흥협회의 영화등급부여 보류 규정에 따르면 남녀의 성기 및 음모(음모)의 노출, 기성(기성)·괴성(괴성)을 수반한 원색적이고 직접적인 성애, 변태적 성행위와 강간, 윤간(윤간), 혼음(혼음) 등을 사실상 음란의 기준으로 제시하고 있다. 어떠한 경우든 그 판단의 주체는 성인이 된다는 점에 유의할 필요가 있다.

[사례] 호텔 볼룸 누드 쇼 사건 (1996)

1996년에는 한 누드 쇼가 공연음란이 되는가 여부를 놓고 논란된 바 있었다. 문제의 누드쇼는 한국누드모델협회가 서울 리츠칼튼 호텔 그랜드볼룸에서 화가와 사진작가, 광고기획사와 영화사 등의 임원, 사진기자 등 1백여명을 초청한 가운데 가진 창립기념식의 한 행사였다. 30여분간 진행된 누드쇼의 포즈연출 등 일부 코너에서 모델들이 전라로 기어다니고 다리를 벌리고 엮드리는 등 야한 연기를 한 사실이 알려지면서 검찰과 경찰이 내사에 착수했다. 내사 초기 검찰과 경찰 내부에서는 “몇몇 동작에서 치모가 적나라하게 드러난 이상 명백한 음

109) 김영환, 이경제, 전계 논문, 63면.

란죄에 해당된다”는 주장과 “전체적으로 음악에 맞춰 누드로 춤을 춘 것에 불과하다”는 반론이 팽팽히 맞섰다. 그러나 검경의 내사는 3개월 여만에 무혐의로 종결되었다.

(2) 표준적 판단주체

호색적 흥미나 노골적 공격성은 사실문제로서 현행 지역사회의 기준에 의해 정해진다고 하는 것이 미국판례의 입장이다. 독일의 경우 일찍이 제국재판소의 판례는 문서의 표현의 가치를 평가함에 있어서 평균적 독자를 표준으로 하였으나,¹¹⁰⁾ 연방통상재판소는 예술적으로 개인 사람들을 표준으로 하여야 한다고 하며,¹¹¹⁾ 음란물 여부에 대한 판단의 경우에도 마찬가지로 취급된다. 하나의 문서가 음란한가의 여부를 조사함에 있어서 예술적 교양이 있는 자, 즉 전문가의 도움이 필요한 경우가 대부분이지만, 교양 있는 공중이 이해하지 못하거나 그 때문에 거부된 표현도 반드시 예술에 해당할 수 없는 것은 아니란 점에 유의해야 한다.

우리 대법원은 위와 같이 호색적 흥미의 요건과 명백히 노골적인 표현의 기준을 하나로 보아 그 판단에 있어서는 사회통념상 일반보통인의 정서를 기준으로 삼아야 한다고 한다. “형법 제243조 소정의 ‘음란’이라는 개념 자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 상대적이고도 유동적인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속, 윤리, 종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로 결국 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수밖에 없다고 할지라도, 이는 법관이 일정한 가치판단에 의하여 내릴 수 있는 규범적인 개념이라 할 것이어서 그 최종적인 판단의 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관이라 할

110) RGSt. 32, 430; 44, 178.

111) BGH GA 1961 240.

것이니, 음란성을 판단함에 있어 법관이 자신의 정서가 아닌 일반 보통인의 정서를 기준으로 하여 이를 판단하면 족한 것이지 법관이 일일이 일반 보통인을 상대로 과연 당해 문서나 도화 등이 그들의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하거나 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것인지의 여부를 묻는 절차를 거쳐야만 되는 것은 아니라고 할 것이다.”라고 판시하여 음란 여부의 판단기준을 제시한 바 있다.¹¹²⁾ 이러한 입장이 건전한 성풍속의 유지를 보호법익으로 생각하는 성에 관한 보수주의적 이해에 근거하고 있음은 물론이다. 일반 보통인의 정서를 판단 기준으로 하되, 뒤에서 보는 바와 같이 성표현물에 의한 해악의 발생이 실증적인 연구에서도 입증됨을 요하는 것으로 보아야 할 것이다.

라. 진지한 보상적 가치의 결여

음란성이 인정되는 것은 그 작품이 진지한(serious) 문학적·예술적·정치적 또는 과학적 가치를 결여하는 경우에 한한다. “보상적 사회적 가치가 극단적으로 결여될 것”을 요하는 것은 아니고, 전체적으로 보아 진지한 문학적·예술적·정치적 또는 과학적 가치가 없을 것을 요한다. 그 가치의 추구가 진지한 것이어야 하므로 단지 문학적 가치를 위장하려고 원래의 핵심적인 음란성에 단순한 분식적(분식적) 가장이 덧붙여진 경우에는 음란함을 해소하지 못한다. 이러한 보상적 가치는 작가가 주장하는 바에만 의존할 수 없고, 이성적 인간을 표준으로 결정된다. 호색적 흥미이나 노골적 공격성은 사실문제로서 현행 지역사회의 기준에 의해 정하는 것이지만, 보상

112) 대법원 1995. 2. 10. 94도2266등판결, 공95. 3. 15. 988(54).

적 가치는 지역사회의 기준에 따라 결정될 수 없고 이성적 인간기준에 의해 결정된다고 보아야 한다. 그러므로 외국에서 이미 예술성이 평가된 작품에 관하여는 이를 충분히 고려하는 것이 합당할 것이다.

마. 특수한 유해성

실증적 자유주의적 입장에 의하면 음란물을 규제하는 근거로서 음란물이 야기하는 폐해를 드는 것이 일반적인 생각이다. 그리고 일정한 경우에는 음란한 표현이 해악을 유발한다는 점이 경험상 입증되고 있다. 그 대표적인 경우가 어린이포르노물과 폭력을 수반한 음란물 및 비정상적인 변태적·병적 음란물의 경우이다. 이러한 성표현물은 하드코어 포르노그래피로 취급되어 금지되는 것이 일반적이다.

(1) 어린이포르노

시각적으로 어린이의 모습이 등장하는 포르노물(child pornography)은 그것이 상술한 음란의 정의를 충족시키지 못하는 것이라 하더라도 금지하는 것이 각국의 일반적인 경향이다.

[사례] 어린이포르노 금지사건 (1982)

미국 연방대법원 New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982)

이 사건에서는 성적 행위를 하는 아동을 묘사하는 포르노그래피, 즉 아동 포르노(child pornography)의 제작과 유통을 금지하는 뉴욕주법의 합헌성이 다투어졌다. 이 사건에서 미국 연방대법원은 시각적으로 어린이의 모습을 묘사한 포르노물은 그것이 음란의 정의를 충족시키지 못하는 것이라 하더라도 금지될 수 있다고 판시하였다. 즉, 하나의 표현물이 음란하다고 하려면 음란에 관한 밀러기준(Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973))의 세 가지 요건을 구비하여야 하는데, 위와 같은 요건은 아동포르노에는 적용되지 않는다고 한 것이다.

연방대법원은 수정헌법 제1조가 아동 학대(child abuse)를 보호하지 않는다는 입장에서, 호색적인 성적 자료에서 어린이에게 포즈나 실연

을 취하게 함으로써 어린이를 이용하는 것을 방지하기 위하여, 즉 청소년보호라고 하는 필수적인 이익을 보호하기 위해 특별히 규제되는 새로운 범주의 표현을 창출한 것이었다(Quigley, "Child Pornography and the Right to Privacy," 43 Fla. L. Rev. 347, 350 (1991)).

연방대법원은 이렇게 아동포르노가 특히 금지되는 이유를 다음과 같이 실시하였다. 아동포르노의 상업적 제작과 유포는 여러 방면에서 어린이의 성적 학대와 혹사를 부추기게 되어 그 청소년들에게 육체적·정신적으로 실질적 해악(substantial harm)을 초래하게 되므로 국가는 어린이의 심리적·육체적 복리를 보전하는 필수적인 이익을 위하여 그러한 어린이포르노물이 그러한 학대를 구성한다고 결정할 수 있다. 그러한 자료의 제작에서 이루어지는 직접적인 위험을 차치하더라도 그것은 학대의 경제적 유인을 만드는 자료시장을 조성하고, 나아가 그 어린이에 대하여는 심리적 해악을 악화시키는 영구적인 어린이 행동의 기록이 된다는 것이다.

보도에 의하면 프랑스에서도 어린이 포르노물은 성행하고 있다. 프랑스 경찰은 1997. 6. 미성년자 성 학대 및 미성년자를 출연자로 쓴 포르노 비디오 테이프 등에 대해 대대적인 단속작전을 벌인 바 있는데, 경찰의 수색 결과 미성년자가 출연하는 음란 비디오가 수천 점씩 무더기로 발견됐다고 한다. 이 중에는 미성년자를 강간하거나 성적으로 학대하는 장면을 생생하게 담고있는 비디오 테이프도 적지 않았다. 어린이들이 동물과 성행위를 하도록 강요받거나 남자 어린이 4명이 동시에 성행위의 노리개에 동원된 장면도 있었다.¹¹³⁾ 또 국제경찰(인터폴)은 1998. 9. 2. 유럽국가들과 호주, 미국, 캐나다, 브라질 및 아프리카 등 전세계 21개국에 산재해있는 '인터넷 어린이 포르노 공급조직'을 일망타진하기 위한 합동 소탕작전을 동시에 펼쳤는데, 그 단속에서 경찰은 소년, 소녀의 나체사진 10만 점 이상을 담은 데이터베이스와 컴퓨터 및 프로그램 등을 압수했다고 한다.¹¹⁴⁾ 2002. 7.에도 유럽연합의 경찰기구인 유로폴은 벨기에, 영국, 독일, 이탈리아, 네덜란드, 스페인, 스웨덴 등 50여개의 근거지를 급습해 인터넷 기반의 주요 소아성애(소아성애) 네트워크에 대한 일제 단속을 벌였다고 밝혔다. 단속대상인 '온라인 소아성애자 그룹들'은 자신의 아들, 딸을 비롯해 기타 어린이들을 학대하는 모습을 담은 사진과 비디오를 제작하여 인터넷을 통해 배포하여 왔으며, 이들은 자신들의 신원과 범죄사실을 감추기 위해 복잡하고 정교한 조직 구조를 취하고, 점점 더 정교한 컴퓨터 보

113) 조선일보 1997. 6. 21.

114) 중앙일보 1998. 9. 3. 보도.

안 시스템을 사용하고 있다는 사실이 밝혀졌다. 경찰은 조사과정에서 인터넷 채팅방을 이용하는 등 인터넷을 통해 아동 포르노를 다운로드 받거나 배포하는 사람들을 주 대상으로 이들을 골라낼 수 있는 맞춤형 소프트웨어를 이용하였다. 단속 결과 성추행을 목적으로 어린이들을 유인하는 방법에 대한 자문을 구하는 뉴스그룹을 찾아내기도 했다.¹¹⁵⁾

다만, 미국의 판례는 미성년자가 직접 출연하지 않는 가상(가상) 어린이포르노(virtual child pornography)는 금지되지 않는다고 한다.

[사례] 가상 어린이포르노 금지사건(2002)

미국 연방대법원 2002. 4. 16. 선고 Ashcroft v. Free Speech Coalition, No. 00-795

미국 의회가 1996년 제정한 아동 포르노법은 미성년자 관련 또는 미성년자가 관련됐다는 인상을 풍기는 일체의 성 관련물을 금지했다. 당시 의회는 컴퓨터를 이용해 실제 아동의 순수한 이미지를 변경하거나 성적인 행위에 노출된 가상 아동을 만들어내는 행위를 막기 위해 이 법을 마련했다. 미국 의회는 가상 어린이포르노물(virtual child pornography)이 어린이들에게 직접 해를 끼치지 않지만 이상 성욕이나 아동 추행범들을 자극할 수 있다는 이유를 내세웠다. 그러나 동법은 컴퓨터 합성으로 어린이를 성적으로 묘사하는 것뿐 아니라 르네상스 이후의 인류 유산으로 기록될 만한 명작들도 법에 저촉될 수 있는 점에 문제가 제기되었고, 영화 업계 및 인터넷 규제의 철폐를 주장해 온 시민단체들은 동법에 따르면 17세 이하 미성년자들의 성행위를 담은 고전 '로미오와 줄리엣'이나 아카데미영화상 수상작인 '타이타닉', '트래픽'을 감상하는 것도 처벌될 수 있다며 동법의 개정을 촉구해 왔다.¹¹⁶⁾

미국 대법원은 미성년자가 직접 출연한 경우는 물론, 출연자가 미성년자라고 인식될 수 있는 영상물의 제작 및 소지를 범죄 행위로 규정한 아동포르노보호법은 그 규제 대상이 지나치게 모호하고 광범위해 합법적인 표현을 금지할 수 있기 때문에 헌법상 기본권인 표현의

115) 중앙일보 2002. 7. 5. 보도.

116) 한국일보 2002. 4. 17. 최문선 기자, 경향신문 2002. 4. 17. 박성휴 기자.

자유를 위축시킬 수 있어 위헌이라고 선언하였다. 법원은 부도덕한 행위를 조장하는 모든 표현 행위를 금지할 수는 없고, 가상 아동 포르노물이 실제로 어린이 대상 성범죄를 유발하는지는 법이 판단할 부분이 아니라고 설시하였다. 이 판결에 따르면 실제 어린이의 사진을 합성해 제작한 영상물은 불법이지만 컴퓨터로 제작한 사이버 어린이가 출연하는 포르노물(computer-generated and other simulations of scenes of children engaged in sex)은 금지되지 않는다.¹¹⁷⁾

미국의 판례에 의하면 일반적인 음란물의 가정 내 소유는 프라이버시 보호를 위해 처벌될 수 없으나, 어린이포르노에 대하여는 가정 내의 소유를 보호하는 Stanley법리가 적용되지 아니한다고 하여 어린이 포르노의 사적 소유도 금지될 수 있다고 한다.¹¹⁸⁾

우리의 경우 청소년의성보호에관한법률(2000. 7. 1. 시행)은 ‘청소년이용음란물’을 제작·수입·수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고, 영리를 목적으로 청소년이용음란물을 판매·대여·배포하거나, 이를 목적으로 소지·운반하거나, 공연히 전시 또는 상영한 자는 7년 이하의 징역에 처한다(동법 제8조). 여기서 ‘청소년이용음란물’이란 청소년이 등장하여 하는 성교행위 및 청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다(동법 제2조).

우리의 헌법재판소도 청소년 이용음란물에 대한 규제를 합헌으로 판시하였는데, 미국 판례의 입장과 같이 청소년이용음란물은 실제인

117) The Associated Press contributed to this report. © 2002 The Washington Post Company.

118) 후술 어린이포르노 소유금지 사건 Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990).

물인 청소년이 등장하여야 한다는 입장을 취한다.

[사례] 청소년이용음란물 사건(2002)

헌법재판소 2002. 4. 25. 2001헌가27

당해 사건 피고인은 중학교의 미술교사로 재직 중이던 2000. 1.경 인터넷상의 한국통신 메가패스 개인홈페이지 공간에 자신의 홈페이지를 개설한 후 그곳에 자신이 제작한 미술작품, 사진 등 영상들을 게시하였는데, 위 영상들 중에는 남녀의 성기나 성행위 장면을 묘사한 그림 영상 4개와 피고인 부부의 실제 나체를 찍은 사진 영상 1개가 포함되어 있었다.

검사는 위 영상 중 만화의 주인공을 모델로 한 청소년이 성기가 발기된 채 양 주먹을 불끈 쥐고 있는 “남자라면 한번쯤 이런 삶을 꿈꾸지 않는가”라는 제하의 그림 영상 1개를 게시한 행위는 청소년의성보호에관한법률(2000. 2. 3. 법률 제6261호) 제2조 제3호 소정의 ‘청소년이용음란물’ 제작행위를 처벌하는 같은 법률 제8조 제1항에 해당한다는 이유로, 2001. 6. 13. 피고인을 2001고합54호로써 전기통신기본법위반 및 청소년의성보호에관한법률위반의 각 죄로 불구속 기소하였다. 법원(대전지방법원 홍성지원)은 2001. 10. 11. 직권으로 청소년의성보호에관한법률 제2조 제3호 및 제8조 제1항의 위헌 여부에 관하여 이 사건 위헌법률심판제청을 하였다.

이 사건에서 문제된 청소년의성보호에관한법률 제2조(정의)의 제3호는 “‘청소년이용음란물’이라 함은 청소년이 등장하여 제2호 각목의 1에 해당하는 행위를 하거나, 청소년의 수치심을 야기시키는 신체의 전부 또는 일부 등을 노골적으로 노출하여 음란한 내용을 표현한 것으로서, 필름·비디오물·게임물 또는 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 형태로 된 것을 말한다.”고 규정하고, 동조 제2호는 “‘청소년의 성을 사는 행위’라 함은 청소년, 청소년을 알선한 자 또는 청소년을 실질적으로 보호·감독하는 자 등에게 금품 기타 재산상 이익이나, 직무·편의제공 등 대가를 제공하거나 이를 약속하고 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 하는 것을 말한다. 가. 청소년과의 성교행위 나. 청소년과의 구강·항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사성교 행위.” 또 동법 제8조(청소년이용음란물의 제작·배포 등) 제1항은 “‘청소년이용음란물을 제작·수입·수출한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정한다.

이 사건에서 헌법재판소는 동법상 ‘청소년이용음란물’에는 실제인물

인 청소년이 등장하여야 한다고 보아야 함이 명백하므로 죄형법정주의에 있어서의 명확성의 원칙을 위반하였다고 볼 수 없고, 그 제한 역시 표현의 자유의 기본권제한의 요건을 충족하고 있어 헌법에 위반되지 아니한다고 하면서 다음과 같이 판시하였다.

이 사건 법률 조항이 ‘청소년이용음란물’의 제작 등 행위를 처벌하는 이유는 공중도덕이나 사회윤리의 차원에서 청소년의 성을 보호한다는 입법목적에 그 기초를 두고, “청소년의 성의 상품화, 즉 청소년의 성매매 및 이의 알선행위, 청소년을 이용하여 음란물을 제작·배포하는 행위 및 청소년에 대한 성폭력행위 등 청소년에 대한 성적 착취”로부터 “청소년을 보호·구제하여 이들의 인권을 보장하고 건전한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 한다”는 데 있고, 이러한 입법목적에 따라, “청소년에 대한 성적 착취의 대표적 사례인 청소년을 이용한 필름, 비디오테이프, 컴퓨터 기타 통신매체를 통한 영상 등의 음란물 제작행위에 대하여 처벌을 강화”하고 있다. “이는 청소년 보호라는 명목으로 일반 음란물에 대한 성인의 접근까지 전면 차단시켜 성인의 알 권리의 수준을 청소년의 수준으로 맞출 것을 국가가 강요함으로써 성인의 알 권리를 침해하거나 성인의 표현의 자유를 제한하게 되는 경우와는 달리, ‘청소년이용음란물’이라는 행위객체의 특성에 따른 규제라는 측면에서 그 입법목적의 정당성이 인정된다고 본다.”¹¹⁹⁾

(2) 폭력적 성행위

폭력적인 성표현물에 대한 임상연구와 실험연구에 의하면 폭력적인 성표현물에 대한 노출은 공격성의 가능성을 증가시킨다는 사실이 밝혀지고 있다. 미즈위원회 역시 폭력적인 성표현물에 대한 노출이 여성에 대한 공격적인 행위의 증가와 인과적인 관계를 맺고 있다고 결론지었고, 여성에 대한 공격적 행위의 증가가 성적인 폭력을 증가시킨다는 점을 확신하였다. 즉, 성적으로 폭력적인 표현물이 성폭력과 같은 반사회적 행위 또는 어떠한 집단에게는 법에 저촉되는 성폭력의 행위까지도 하게 되는 원인이 될 수 있다는 가설이 가능한 모든 증거에 의해 지지되고 있다는 것이다.¹²⁰⁾ 그러나 이러한 유

119) 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 354 참조.

120) 이명숙, ‘제2장 청소년유해매체가 청소년에 미치는 유해성’, 청소년생활환경개선

형의 성행위가 바람직한 것으로 또는 지배적인 현상으로 묘사되는 경우에 금지될 뿐 스토리 전개상 불가피하거나 있는 현상을 보고하는 표현은 금지되어서는 안될 것이다.

(3) 노골적인 성 차별적 표현

최근에 여성주의자의 관점에 의하면 여성을 남성에 의한 이용·지배 및 학대의 대상으로 묘사하는 표현물을 음란으로 정의하여 금지되어야 한다고 한다. 비록 음란 자체의 정의를 여성을 학대하는 투의 성표현물에만 국한하는 것은 거부되어야 할지라도 여성을 차별 내지 학대하는 모습으로 제시되고 이를 당연시하는 성표현물은 그 해악에 비추어 금지되는 음란물로서 쉽게 인정되어야 할 것이다.

바. 소위 ‘상대적 음란개념’의 극복

음란 개념의 이해와 관련하여 이른바 ‘상대적 음란’(relative Unzüchtigkeit) 개념에 관하여 살펴볼 필요가 있다. 일찍이 독일 학자 칼 빈딩(Karl Binding)이 주장한 ‘상대적 음란’ 개념에 의하면 문서의 음란성 유무는 문서 자체 (그 내용) 이외에 작자나 출판자의 의도, 인쇄·제본의 체제, 광고·선전·판매·전시의 방법, 실제 독자층의 상황 등을 고려하여 독자에게 주는 영향을 구체적으로 논증함으로써 상대적으로 평가하지 않으면 안 된다고 한다.¹²¹⁾ 이에 따르면 예컨대, 성교를 취급한 논문을 학술지에 발표한 것은 무방하나 일간신문에 게재하는 경우에는 처벌되며, 어떤 예술작품을 미술관에

종합대책 - 청소년유해매체에 대한 법적·제도적 대책에 관한 연구 - 1996. 12 (한국청소년개발원), 42면.

121) 한위수, ‘음란물의 형사적 규제에 관한 제 문제’, 대구지방변호사회간 형평과 정의 제13집 42 [61]면 및 田中久智, “상대적외설개념,” 별책 제83호 유비각 187면.

서 전람하는 것은 좋으나 그 복제품을 제조·반포하는 경우에는 음란성을 인정하게 된다.

오래 전의 독일 제국재판소 판례는 상대적 음란 개념을 채택하여 “성교를 취급한 학술적인 논문이지만 이것이 일반신문에 게재될 때에는 음란행위, 즉 여기의 음란이라는 개념에 해당될 수 있다”고 하거나,¹²²⁾ 또한 “어떤 예술작품일지라도 이것이 미술관에서 관람하는 사람의 범위가 제한되어 있을 때에는 이를 전람하여도 법에 저촉되지 않지만 동일한 작품일지라도 이것이 복제되어 일반에게 반포된 때에는 처벌을 받는다”고 판시한 바 있다.¹²³⁾ 그러나 독일에서 현시의 다수 학설과 판례는 이러한 입장을 포기하였다.

독일에서 시작된 위 상대적 음란개념은 일본에서 더욱 상세한 이론적 발전을 이루게 되었다. 일본의 경우에는 같은 ‘상대적 음란개념’이라도 ① 작가, 출판자의 의도를 중시하는 견해 ② 대상물이 놓여진 객관적인 상황에 따라 음란성을 판단하는 견해 ③ 독자층이 한정된 경우 그 독자층을 기준으로 하여 판단하는 견해 등 그 개념이 연관되는 바에 따라 다른 내용을 의미하는 것으로 이해되었고, 일부에서는 음란한 문서(혹은 작품)일지라도 반포, 판매 또는 전시 등의 방법에 따라서는 그 위법성이 조각된다고 하여 이를 위법성조각사유로서 채용하는 이론도 있었다. 그러나 일본에서도 상대적 음란개념은 ‘악덕의 번영’ 사건¹²⁴⁾에서 논란된 이래, 음란개념의 결함을 극복함에 있어서 상대적 음란개념에 의존하기 보다는 음란개념 자체를 구체화하거나 수정하는 방향으로 전개되고 있다.¹²⁵⁾

122) RGSt. 27, 114.

123) RGSt. 27, 315.

124) 최고재 소화 44. 10. 15. 대법정판결, 형집 23권 10호 1239면, 판례시보 569호 3면.

125) 田中久智, ‘상대적 외설개념 - 국정사건’, 유비각 형법판례백선Ⅱ 각론(제2판), 1984, 186면 이하 참조.

우리 대법원은 전술한 ‘명화 나체의 마야’ 사건에서 명화집에 실려있는 그림이라 하더라도 이것을 예술, 문학, 교육 등 공공의 이익을 위하여 이용하는 것이 아니고 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 이를 제조 판매한 경우에는 음화가 된다고 판시한 바 있어 상대적 음란개념을 채용한 결과와 같은 입장을 취한 바 있다. 또 ‘영화 사방지 포스터’ 사건에서 대법원은 ‘영화 사방지 포스터’ 사건에서 “공연윤리위원회의 심의를 마친 영화작품이라 하더라도 관람객의 범위가 제한된 영화관에서 상영하는 것이 아니고, 관람객을 유치하기 위하여 영화장면의 일부를 포스터나 스틸 사진 등으로 제작하였고, 제작된 포스터 등 도화가... 그 표현이 과도하게 성욕을 자극시키고 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치는 것이어서 건전한 성풍속이나 성도덕 관념에 반하는 것이라면 그 포스터 등 광고물은 음화에 해당한다”고 판시한 바 있었다.

그러나 위 판결들 이외에 대법원은 성표현물의 내용을 위주로 음란 개념을 정의하려는 기본 입장을 유지하여 왔고, 위 사례를 들어 대법원이 상대적 음란개념에 입각하고 있다고 볼 수는 없다.¹²⁶⁾

생각건대 ‘음란’의 개념이 시대와 장소에 따라 변천한다 하더라도 그것은 일정한 요소와 기준에 따라 판단되어야 할 것이지, 동일한 내용이 상황과 문맥에 따라 달리 판단된다면 문제가 생긴다. 상대적 음란개념은 음란을 표현물 그 자체의 특성에 의하지 않고 가변적인 상황에 의존해 판단하게 되어 예고적 기능을 다할 수 없고, 표현의 자유를 보호함에 불리하기 때문이다. 즉, ‘상대적 음란개념’이 갖는 결함은 금지된 행위의 사전 명시·예고가 충분치 않아 표현의 자유에 위축효과를 끼치게 되고, 문서의 음란성 인정이 자의적으로 될

126) 한위수, 전계 논문 65면.

우려가 있어, 학문·표현의 자유가 부당히 억압될 우려가 있다는 점이다. 뒤에서 보는 바와 같이 음란 개념은 개별적인 실질적 개념으로 대체되어야 한다는 것이 필자의 입장이다.

사. 음란 개념과 명확성의 원칙

전술한 바와 같이 밀러사건에서 미국 연방대법원은 음란 여부에 관한 불확실성을 덜기 위하여 음란 규제법률은 어떠한 유형의 묘사가 금지되는지 구체적으로 정확하게 규정되어야 한다고 판시하였다. 밀러기준은 음란을 규제하는 법률은 구체적으로 정의된 성행위(sexual conduct)를 규정하여야 하고, 금지되는 행위유형을 정의함에 있어서 비교적으로 솔직하고 노골적인 말을 사용하여야 한다고 한다. 이것은 법집행자에게 너무나 큰 재량을 부여하는 부정형적이고 일반적인 기준에 의한 언론규제에 대하여 경고하려는 것이었다. 이러한 정신이 우리 법의 해석에서도 그대로 타당함은 물론이다.

그럼에도 음란을 명확하게 정의하고자 하는 미국 연방대법원의 노력은 합의에 이르지 못하였다. 밀러사건과 함께 판결된 파리성인극장 사건¹²⁷⁾에서 다수의견은 수정헌법 제1조가 중국적인 최선의 정확성을 요구하는 것이 아니며, 새로운 Miller기준은 그러한 자료를 공개적으로 상업적으로 취급하는 사람들에게 무엇이 제소될 것인가에 대한 공정한 경고(fair notice)를 제시하고 있다고 생각하였다. 그러나 Brennan대법관의 기술에 의하면 “밀러기준뿐 아니라 사용가능한 어떠한 기준도 모호성을 참을 수 있는 정도로 감소시키거나, 수정헌법 제1조와 제14조의 보호 이익과 성지향적인 자료의 전파를 규제하는 주의 주장된 이익간에 납득할 수 있는 균형을 이루게 할 수는 없다고 결론 짓지 않을 수 없다.”는 것이었다.

127) Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973).

이에 관하여 우리 대법원 판례에 의하면 음란성의 판단은 당해 사실에 대한 사실인정의 문제가 아니라 법해석의 문제로서 법원이 주체가 되어 판단하여야 한다고 한다.¹²⁸⁾ 음란이란 구성요건요소는 규범적 구성요건요소로서 기술적(기술적)인 구성요건요소와는 다르므로 음란의 해석내용은 확정된 인정사실이 과연 이에 해당하는가에 대하여 특별한 가치판단이 필요하다는 것이다.

이에 관하여 헌법재판소는 다음 사건에서 헌법상 명확성의 원칙이 요구하는 기준을 제시하고, 음란의 정의에 관한 종전의 대법원판례를 원용하면서 그 정도의 개념규정은 명확성의 원칙에 반하는 것이 아니라고 판시한 바 있다. 헌법재판소는 명확성 원칙의 요청과 관련하여 “모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적·규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다”는 점을 인정하고 있다.¹²⁹⁾

[사례] 음란물 출판사 등록취소 사건 (1998)

헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16

이 사건에서 헌법재판소는 헌법상 요구되는 명확성 원칙에 관하여 “표현의 자유를 규제하는 법률은 그 규제에 의해 보호되는 다른 표현에 대하여 위축적 효과가 미치지 않도록 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다. 그러나 모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다. 따라서 명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것이다. 그러므로 법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치

128) 대법원 1995. 2. 10. 94도2266등 판결.

129) 상술한 III. 5. 나 (1)에서 다룬 음란물 출판사 등록취소 사건 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16 참조.

판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다 할 것이다.”라고 판시하고, 현행법상의 음란개념이 위와 같은 명확성원칙에 반하지 않는다고 하면서 다음과 같이 설시하였다.

“이 사건 법률조항은 ‘음란’에 대해서 개념규정을 하고 있지 않으며 출판등록법의 어디에도 별도의 개념규정이 존재하지 아니한다.” 그러나 이 사건 법률조항은 음란한 간행물의 출판 자체를 금지시키는 규율내용을 담고 있는 점에 비추어 여기서의 ‘음란’이란 곧 헌법상 보호되지 않는 성적 표현을 가리키는 것임을 알 수 있다.

그리고 헌법상 보호되지 않는 성적 표현이란 앞에서 제시한 바와 같이 “인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것”을 의미한다고 하겠다. 대법원도 형법 제243조 소정의 ‘음란’개념을 해석·적용하면서 대체로 위와 동일한 의미로 그 개념을 파악하여 왔고, 그 판단을 위한 구체적 기준을 거의 일관되게 제시하여 왔다. 즉, “음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, 문서의 음란성의 판단에 있어서는 당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사서술의 정도와 그 수법, 묘사서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, 문서에 표현된 사상 등과 묘사서술과의 관련성, 문서의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 모든 점을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 ‘공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것’이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 할 것이다.”고 판시하고 있다(대법원 1995. 6. 16. 선고, 94도1758 판결; 1995. 6. 16. 선고, 94도2413 판결 등).

“그렇다면 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은 적어도 수범자와 법집행자에게 적정한 지침을 제시하고 있다고 볼 수 있고 또 법적용자의 개인적 취향에 따라 그 의미가 달라질 수 있는 가능성도 희박하다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이 사건 법률조항의 ‘음란’ 개념은 그것에 애매모호하여 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.”는 것이 헌법재

판소의 결론이었다.¹³⁰⁾

처벌되는 성표현의 명확한 정의에 의해 표현의 자유를 보호하려고 하는 미국 판례가 요구하는 명확성의 요청에 비하면 우리의 판례는 너무나 안이한 태도에 머무는 것이라고 생각된다.¹³¹⁾ 이러한 문제는 뒤에서 보는 바와 같이 음란 개념의 새로운 정립에 의해 해결되어야 할 것이다.

아. 음란과 저속

‘음란’ 개념과 관련하여 문제되는 것은 ‘저속성’(indecenty)의 개념과 양자 간의 구별 한계이다. 이에 관하여 미국 판례는 방송에서 저속한 말에 대한 규제가 허용된다는 입장에서 저속성이 인정되는 것은 배설 및 성행위와 성기관에 대해 언급하는 말로서 청소년들이 듣고 있을 시간대에 반복적이고 의도적으로 사용되어 노골적으로 공격적인 성격을 가지는 것은 저속함을 이유로 연방통신위원회(FCC)가 규제할 수 있다고 결정하였다. 음란과 저속성의 차이는 전자는 호색적 흥미에 호소함을 요하나 저속성은 그것을 필요로 하지 않고 일반적으로 승인된 도덕성에 위반하는 사항을 언급하는 것이다.¹³²⁾

[사례] 저속한 방송 내용 규제사건 (1978)

미국 연방대법원 FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726

130) 이 결정에 관한 상세한 평석에 관하여는 이인호, ‘음란물출판사등록취소사건-헌재 1998. 4. 30. 95헌가16’, 헌법실무연구 제1권(2000) 헌법실무연구회편, 31면 이하 참조.

131) 전술 III. 2. 다 (3) 참조.

132) http://www.eff.org/Censorship/obscenity_and_indecency_godwin.excerpt.

(1978).

이 사건에서 법원은 방송에서는 그 특수성 때문에 음란에 이르지 아니하는 내용이더라도 저속한(indecent) 말을 규제할 수 있다고 판시하였다. 연방통신위원회의 규정에 따르면 '저속한 언어'의 개념은 배설기관이나 생식기관을 언급하는 것에 한정되고 있으며 또한 어린이들이 들을 수 있는 시간대에 한정하여 적용하고 있다.

미국 연방대법원의 판시내용은 다음과 같다.

미연방법률은 음란하거나, 저속하거나 신성모독적인 발언의 방송을 금지하고 있다. "저속한(indecent)" 언어란 승인된 도덕성의 기준에 부합하지 않음을 의미하며, 반드시 호색적 호소(prurient appeal)를 요건으로 하지 않는다. 피고인 연방통신위원회가 규제하기 위해서는 그 언어가 반드시 음란한 것이어야 하는 것은 아니다. 이 사건에서 '저속한'이란 개념은 본래 성이나 배설에 관한 행위나 기관을 묘사하는 언어로서 현대의 사회적 기준에 비추어 명백히 불쾌한(patently offensive) 것을 어린이가 들을 우려가 큰 낮 시간에 어린이들에게 노출되게 하는 것을 말한다. 위 말들이 특별한 맥락에서 사용되었다는 사실만으로 명백히 불쾌한 말에 대한 피고 위원회의 규제를 배제시킬 수는 없다.

이 사건에서 쟁점은 연방통신위원회가 어떤 경우에도 이러한 저속한 말을 방송하지 못하게 제한하는 것이 헌법상의 언론자유보장에 부합하는가 하는 점이었다. 어떤 언어가 불쾌하다고 하여 이를 검열할 수 있는 근거는 되지 못한다. 그러나 명백히 불쾌한 말은 그 자체 아무런 가치가 없기 때문에 헌법상 언론자유보장규정에 의하여 거의 보호되지 아니한다. 방송매체에 있어서는 명백히 불쾌하게 생식기관이나 배설기관을 언급하는 것은 부적절하고 헌법에 의하여 보장되지 않는다는 것이다.

Stevens대법관에 의한 상대다수의견은 방송매체의 특이성(unique qualities)에 비추어 청소년의 복지를 옹호할 이익을 위해 그러한 내용 규제는 허용된다고 판시하였다. 이 판결은 널리 파급효과가 있다는 점, 예고방송을 듣지 못했을 수도 있다는 점, 특히 어린이들도 쉽게 들을 수 있다는 점 등 방송매체의 특수성 때문에 음란에 이르지 아니한 저속한 언어를 규제할 수 있음을 밝힌 것이다.

우리의 현행 법제상 방송의 경우에는 음란뿐 아니라 저속한 표현도 금지되며(방송법 제32조, 제33조, 제100조 제1항, 제106조 제2항 제2호), 통신매체에서도 전에는 음란 및 저속한 표현이 모두 금지된

바 있었다 (전기통신기본법 제48조의 2 및 전기통신사업법 제53조). 전술한 헌법재판소의 판례¹³³⁾에 의하면 인쇄매체에 있어서는 음란만이 규제되고 저속성에 대한 규제는 광범위하여 허용되지 않는다고 되었다.

그러나 저속하다는 개념이 너무 광범위하여 무효라는 헌법재판소의 판례가 있다고 하여 저속성 규제가 불가능하다고 생각할 필요는 없다. 저속한 내용을 명확성원칙이 요구하는 바에 맞게 구체적으로 정의하고, 그러한 내용을 청소년에 대한 유통만을 금지하는 규제는 가능하기 때문이다.¹³⁴⁾ 그러므로 저속한 내용의 방송프로그램을 청소년에 대한 노출이 적은 시간대에만 허용하든가, 그러한 내용의 서적을 청소년보호법이 정하는 제한에 따라 청소년의 손에 들어가지 못하도록 규제하는 것으로 규정하면 저속성의 규제도 가능하게 될 것이다.

또 현행 청소년보호법상 청소년 유해매체물에는 청소년에 유해한 성표현뿐 아니라 폭력성 및 천박성을 가진 내용 등 저속한 표현물을 포함한다. 상술한 바와 같이 저속한 내용을 명확성 원칙에 따라 규정한다면 청소년보호를 위한 규제가 허용될 것이나, 그러한 저속한 내용의 서적을 출판한 자체 때문에 등록을 취소할 수는 없고, 단지 그러한 서적이 청소년의 손에 들어가지 않도록 유통을 규제할 수는 있게 된다.

자. 청소년 보호의 이익과의 관계

133) 음란물 출판사 등록취소 사건, 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16.

134) 전술 III. 5. 나 (2) 참조.

성표현에 대한 규제법제를 이해함에 있어서 일반적인 음란규제와 청소년 보호를 위한 성표현 규제와의 관계를 제대로 이해하지 않으면 혼란에 빠지게 된다. 우선 양자간에는 규제의 구성요건이 되는 ‘음란’과 ‘청소년유해성’의 개념에서 같을 수 없고, 그 표현과 전파에 있어서 규제의 방도를 달리하지 않으면 과잉금지라고 하는 위헌의 문제가 생기기 때문이다.

미국의 판례에 의하면 미성년자의 접근을 막는다는 이유로 성년자가 합헌적인 자료에 접근하는 것을 방해하여서는 아니된다.¹³⁵⁾ 이것은 성표현이라고 하더라도 성인에게는 음란한 것이 아니지만, 청소년에 대해서는 음란한 것으로 취급하게 되는 경우가 있음을 인정한 것이었다. 이와 같이 청소년과 성인의 음란기준을 구별하는 것은 양자에 대한 성표현 규제를 차별화하여 과잉금지에 의한 위헌논란을 제거하는 방안이 된다고 할 수 있다. 즉, 이 판결의 취지에 의하면 청소년에게 유해한 음란물을 성인과 구별하여 다루되, 청소년을 기준으로 한 음란개념에 의해 성인의 성표현이나 알 권리를 제한할 수는 없고, 청소년을 기준으로 한 음란물에 관하여 청소년에게만 그 배포가 금지된다면 성인에 대한 과잉금지라고 할 수 없다.

또 독일 형법의 예를 보면 전술한 바와 같이 포르노그래피를 경성(硬性) 포르노그래피와 연성(軟性) 포르노그래피로 나누어 규정하고, 청소년 보호에 관한 법규들도 성인규제와 청소년 보호를 위한 규제를 이원화하여 성인에게는 허용되지만 청소년에 대해 금지되는 유해매체에 관하여는 그 유통만을 금지하고 있다.

우리의 경우에는 종전 위와 같은 차이를 인식하지 못한 채, 청소년에 유해한 표현물을 전면적으로 금지하는 조치가 관행화되어 있

135) 후술 Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968) 참조.

어 성인의 성에 대한 알 권리를 침해한다는 위헌논란이 야기되어 왔다. 종전의 우리 법제를 보면 청소년을 보호하는 특별법상 성표현 관련 심의기준의 설정과 해석·적용이 성인에 대한 규제와 청소년 보호를 위한 규제를 혼동하고 있다는 점에서 심각한 문제가 있었다. 예컨대, 각종의 매체에 대한 심의에 있어서 청소년 보호를 위한 심의기준이 성인에 대한 심의기준과 같은 차원에서 병렬적으로 규정되고 있었기 때문에, 그 유해성의 정도가 낮은 청소년 보호기준에 위반되면 이미 다른 기준을 고려하지 않고도 곧바로 규제의 대상이 되기 때문에 성인에게는 허용될 수 있는 대다수의 매체물이 법적으로 금지됨으로써 헌법상 성인에게 보장되는 표현의 자유나 예술의 자유를 침해하게 되는 사례가 적지 않았다. 이와 같은 난점을 해결하기 위해서는 규제의 기준을 이원화하여 일반인 모두에게 금지되는 금지매체와 단지 그 유통구조에서 청소년에게만 금지되는 유해매체로 구분하여 관리할 필요가 있다.¹³⁶⁾

IV. 음란 개념의 분석적 고찰

이제까지는 성표현을 제한하는 음란규제법에서 그 핵심개념으로서 음란의 개념과 판단기준에 관하여 살펴보았다. 이제 새로운 음란 개념의 모색을 위해 음란규제법제의 보호법익에 관한 문제를 형법상 보호법익론에서 전개되는 새로운 경향을 살펴보고, 나아가 실증적 자유주의적 입장에서 각종 유형의 성표현물이 야기하는 보호법

136) 김영환, '청소년유해매체 관리·규제를 위한 법적 장치', 청소년생활환경개선종합대책 - 청소년유해매체에 대한 법적·제도적 대책에 관한 연구 -, 한국청소년개발원(1996. 12.) p. 165.

익에 대한 침해 내지 위해라고 하는 인과관계에 관한 이론을 살펴본 후, 새로운 음란개념을 시도하여 결론에 갈음하고자 한다.

1. 음란 규제 법제의 보호법익

가. 음란 표현에 의해 침해되는 이익

음란한 표현을 규제하려면 그것이 단지 무가치하다는 생각만으로는 정당화될 수 없고, 음란한 표현이 가져오는 해악이 구체적·실증적으로 규명되고 입증되어야 할 것이다. 표현의 자유를 제한함에 있어서 그 내용의 규제에 관하여는 엄격한 심사를 요구하는 미국의 판례법리에 의하면 우선적으로 검토되어야 하는 것은 규제를 위한 국가의 필수적 이익이 규명되고 그러한 이익이 헌법상 정당한 입법 목적이 될 수 있어야 하며, 음란한 성표현이 그러한 목적을 침해 또는 저해한다는 점에 대한 인과관계가 경험적 실증적으로 밝혀져야 한다.

우리의 경우 종래에 음란규제법제의 보호법익은 건전한 성풍속을 보전하고 일반적인 성도덕질서를 유지하기 위한 것이라고 논하여졌고, 어린이나 청소년에게는 정상적인 성장에 유해하다는 이유가 제시되었다. 또 포르노그라피는 성범죄를 유발하는 성향을 갖는다는 막연한 가정이 제시되기도 하였다.

이하에서는 음란규제의 보호법익과 관련하여 종전의 형법이론상 법익론으로 논하여져 온 논의를 고찰하고, 새로운 보호법익을 파악하려는 노력에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 전통적 사회적 법익론

형법상 음란물죄의 보호법익에 관하여 종전의 다수설은 이른바 전통적인 사회적 법익론에 따라 ‘선량한 성풍속’ 또는 ‘건전한 성질서’의 보호라고 하는 막연하고 추상적인 윤리개념에 의한 통제를 정당화하려 한다.

전통적 사회적 법익론을 취한 전형적 판결로서는 1957년 일본 최고재판소의 “채털리부인의 연인 사건”이 있다. 동 판결은 “상당 다수의 국민층의 윤리감각이 마비되어 진실로 외설인 것을 외설이라고 인정하지 않아도 재판소는 양식을 갖춘 건전한 인간의 관념인 사회통념의 규범에 따라 사회를 도덕적 퇴폐로부터 지켜야”할 것이라고 판시하여¹³⁷⁾ 국가적·사회적 보호법익을 관념화하는 전통적인 사회적 법익론을 채택하였는데, 그 점에서 동 판례는 강력한 비판을 받게 되었다. 동 법원이 의미하는 성질서란 ‘재판관이 타당하여야 한다고 생각하는’ 관념적 질서가 보호대상으로 되고 있기 때문에 여기서 성질서의 침해는 사실로서의 침해가 아니라 이를 판단하는 주체의 주관적 ‘이상으로부터의 이탈’을 의미하는 비유표현에 불과하게 되고, 그렇게 되면 결국 침해될 법익은 존재하지 아니하고 재판관의 평가만으로 위법성이 결정되어 버리게 되는 것이므로 법익론의 의미도 상실된다는 것이 그 주된 비판의 논거였다.¹³⁸⁾ 그러한 입장에서 법익침해의 핵심을 이루는 ‘문서의 외설성’도 “당해 서적에 관하여 행하여지는 사실인정의 문제가 아니라 법해석의 문제”로 되고 전면적으로 재판관의 평가에 맡겨지고 만다.

137) “채털리부인의 연인 사건” 일본 최고재판소 1957. 3. 13. 대법정판결, 형집 11권 3호 997면, 판례시보 105호 76면.

138) 梅崎進哉, ‘個人の保護と社會法益の構造’, 일본형법학회 형법잡지 제35권 제2호(1996), 175면 이하.

우리 대법원도 “우리 형법에서는 건전한 성적 풍속 내지 성도덕을 보호하기 위하여 그 제243조에서 음란한 문서를 판매한 자를, 그리고 그 제244조에서 음란한 문서를 제조한 자를 각 처벌하도록 규정하고 있으므로, 문학작품이라고 하여 무한정의 표현의 자유를 누려 어떠한 성적 표현도 가능하다고 할 수는 없고 그것이 건전한 성적 풍속이나 성도덕을 침해하는 경우에는 위 각 형법규정에 의하여 이를 처벌할 수 있다고 할 것이다”라고 판시하여¹³⁹⁾ 이와 같은 전통적 사회적 법익론을 채용하는 태도를 취한다. 이에 대하여 위 일본에서와 같은 비판이 가능함은 물론이다.

이러한 비판에 대하여 일본에서 사회적 법익론자는 관념의 산물이 아닌 ‘실재(실재)하는 사회질서’를 보호법익으로 하고 ‘사회통념’을 매개로 하여 이를 인식하려고 하는 노력을 시도한 바 있었다. 예컨대, 외설물반포죄에 있어서 전술한 1979년 ‘사첩반의 도배 사건’ 항소심판결¹⁴⁰⁾은 문서의 외설성 판단기준이 되는 ‘사회통념’을 “지적으로도 정적으로도 완고하지 않고 인간의 태도, 사고방법 등이 다종다양하다는 것도 용인하고 있는 사람들이 가지고 있는 집단 의식”이라고 하고, “이는 그 성질상 주관을 넘어 객관적인 것에 보다 가까운 것이고 또 그 변천도 그다지 급격한 것일 수 없는 것이므로 재판관과 마찬가지로 일반인도 그 포착이 가능한 것이다”라고 판시하였다. 그러나 실재(실재)하는 성풍속 환경을 보호하여야 할 사회법익으로서 파악한다면 그에 대한 침해성, 즉 외설성도 이론상은 사실인정의 대상이다. 사회환경으로서의 성풍속을 실재하는 것으로서 사실인정의 대상이 된다고 인정하는 경우에도 그것을 보호할 이유는 따로 검증되지 않으면 안된다. 있는 대로 성적 환경을 보호한다는 것은 아무 의미가 없기 때문이다.

139) 소설 ‘즐거운 사라’ 사건, 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413 판결.

140) 동경고판 소화 54. 3. 20. 판례시보 918호 17면.

다. 개인법의 환원론

이러한 사회적 법의론의 문제를 해결하기 위하여 종래에 국가법익이나 사회법익에 속하는 것으로 취급되던 것을 가능한 한 개인 또는 불특정 다수의 개인, 즉 공중에 대한 침해로서 파악하려고 하는 ‘개인법의 환원론’이 등장하게 되었다. 이에 의하면 음란죄의 ‘성 풍속’은 ‘공중의 성적 감정에 대한 침해’로 환원되게 된다. 즉, 음란죄를 ‘공중의 성적 감정의 침해’라고 파악하는 환원론은 음란물을 보지 않으려고 하는 사람의 눈에 뜨이지 않을 수 없게 한다면 그 사람들의 성적 감정이 해하여진다고 하는 점에서 음란죄의 침해성을 찾는다. 그러나 이러한 감정을 보호할 필요가 있는가는 별개의 문제이고, 개인의 취미에 기한 혐오관, 예컨대 성적이든 종교적이든 불쾌감의 야기를 특별히 보호할 가치가 있는 것으로 다루려면 결국 성적 환경 또는 종교적 환경이라는 사회적 존재를 법익으로 상정한 후에 그들이 거기에서 사는 개인에게 어떠한 중요한 의미를 갖는가를 검토하는 것으로서 요보호성이 검증되어야 한다. 또 공중의 성적 감정의 침해를 요한다고 한다면 공연성이 요건으로 되어 있는 음란죄에서는 현실로 음란물이나 음란행위에 접하는 다수의 개인이 실재하는 경우에만 처벌할 수 있게 된다. 그러나 비밀리에 행하여지는 범죄유형에 있어서는 현실로 감정이 상해되는 자가 누구인지 존재하지 않는 경우도 있고, 현실로는 누구의 감정을 상하게 하지 않았어도 인정될 수 있으므로 결국 ‘평균적 개인이라면 혐오감을 야기하게 될 것이라는 질서위반’이라고 논증할 수밖에 없어, 범죄행위에 구체적 침해대상을 부상시킴으로써 형법의 남용을 막는다는 환원론 본래의 취지도 살릴 수 없게 되는 것이다.

라. 새로운 사회적 법익론

이상에서 본 바와 같이 성풍속이나 종교질서와 같이 초개인적인 법익으로서 문화 환경의 보호를 목적으로 하는 규제의 경우에는 이들 법익을 개인법익으로 환원함에는 무리가 따름을 알 수 있다. 특히, 구체적 개인이 직접 공격되지 않는 음란죄에서 개인법익환원론은 올바른 해결을 제시할 수 없다. 이러한 문제를 직시하고 음란죄의 보호법익에 관하여 새로운 관점을 주장하는 견해가 주장되었다.¹⁴¹⁾ 그러한 사회적 존재에 대하여 직접적 공격이 행해지는 경우에는 이를 사회적 법익을 침해하는 것으로 보아야 할 것이지만, 그 사회적 법익은 종전의 전통적인 사회적 법익론에서와 같이 추상적·규범적인 것이 아니라, 인간의 성행동에 관한 인간학이나 문화인류학의 성과를 참조하여 성적 문화환경의 보호라고 하는 사회적 법익의 실재성과 구체적 내용이 명시되고, 그 보호필요성의 근거로서 그 실재적 법익에 관하여 개개인이 갖는 절실한 이익의 인과적 연관성이 검증되어야 한다고 하는 입장이 그것이다.

성적 문화환경의 요보호성을 고찰하기 위해서는 인간의 성행동에 관한 인간학이나 문화인류학의 성과를 참조하게 된다. 그러한 입장의 하나를 예로 들자면 인간의 성행동은 ① 생식 뿐 아니라 ② ‘쾌락의 획득’ ③ ‘쾌락의 공유를 통한 인간관계의 심화’라고 하는 3개의 역할을 가지는데, 인간에게 보편적으로 존재하는 에로티시즘은 이들 역할에 직접적으로 공헌하는 한편, 동시에 보편적으로 존재하는 성적 수치심은 불필요한 성신호를 피하도록 하여 성신호에 둔감

141) 梅崎進哉, ‘個人の保護と社會法益の構造’, 일본형법학회 형법잡지 제35권 제2호 (1996), 179면 이하.

해지는 것을 방지함으로써 에로티시즘의 유효이용을 돕는다는 것이다. 즉, 생활환경의 차이에 따라 다소 편차가 있더라도 모든 사회는 기본적으로는 개인이 불필요한 성신호를 피하는 것을 보장하면서 스스로 구하는 경우에는 자유로운 에로티시즘의 향유를 보장하고 있다는 것이다. 이와 같이 형법은 “성신호와의 접촉이 수동적으로는 이루어지지 않는 반면 적극적인 작위에 의하면 자유로이 획득할 수 있는 성적 환경”을 보호함으로써 그러한 환경에서 사는 개인의 활기찬 성행동의 향수를 보장하지 않으면 안된다고 한다.¹⁴²⁾

이렇게 보면 음란물의 반포방법을 고려하면서 음란성(즉 침해성)을 헤아리는 상대적 음란개념이 정당화된다. 여기서 인간 실존에 극히 절실한 이익으로서 개인의 자유로운 성행동의 기초로 되는 성적 능력의 형성·유지라고 하는 이익이 사회의 성적 문화환경에 인과적으로 의존하고 있기 때문에 사회적 법익으로서의 성적 문화환경의 보호가 정당화되는 것이라고 생각된다. 이러한 절실한 개인적 이익과의 연속성을 무시하고 ‘있는 대로 성풍속’ 그 자체를 보호한다고 하여서는 아니되고, 또 이렇게 생각하는 경우에 비로소 형법상 처벌되어야 하는 ‘성적 환경의 침해’와 처벌될 수 없는 ‘단순한 성적 환경의 변화’가 명백히 구별될 수 있다는 것이다.

마. 소결

전술한 바와 같이 현대 선진제국의 입법례를 보면 과거에 단순히 성도덕이나 성질서라고 하는 관념적·이념적 이익을 법적으로 보호함에는 무리가 있음을 인정하고, 성표현에 대한 규제는 현대의 과학

142) 梅崎進哉, 전계 논문 189면 이하.

적·실증적 연구를 바탕으로 하여 이성적·합리적 규제를 지향하고 있다.

이와 관련하여 최근에 행해진 선진 제국의 실증적 연구의 결과를 참조할 필요가 있다. 이에 관한 상세한 논의는 다음 항에서 다루기로 한다.

어쨌든 이러한 실증적 연구결과에 의거하여 성표현에 대한 규제를 합리화하려는 유럽 선진제국의 경향에 의하면 성표현이 가져오는 폐해를 그 성표현물의 유형에 따라서, 그리고 그러한 표현유형이 성인 또는 청소년에 대하여 미치는 해로운 영향을 각각 나누어 검토하고, 그러한 과학적 연구결과에 기초하여 성인과 청소년 모두에게 금지되는 경성포르노와 청소년 및 원치 않는 성인에 대하여 금지되는 연성포르노로 구분하여, 청소년 보호의 요청을 달성하는 동시에 이를 원하는 성인에 대하여는 그 알 권리와 성적 자주결정권과의 조화를 도모하려고 한다.¹⁴³⁾

이러한 경향은 성인의 성적 향락의 자유나 욕구를 백안시하고, 성인이나 청소년에 대한 영향을 구분하지 못하였을 뿐 아니라 청소년에 대한 배포관리가 지켜지지 못한 상황에서 기존의 우리 입법체제나 해석론으로는 수용하기 어려운 점이 있었으나, 입법론으로서 뿐 아니라 해석론으로서도 지향해 나아가야 할 방향이라고 생각된다.¹⁴⁴⁾

143) 독일 형법 제184조 및 이에 관한 해설로서 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Auflage, München: Verlag C.H.Beck, 1997, S. 1349 참조.

144) 이경재, '음란물에 대한 규제방식의 문제점', 형사정책연구소식 1997년 7·8월호 논단; 박상기, 형법각론, 572면 참조.

2. 성표현물의 분류

가. 개관

앞서 상세히 고찰해 본 바와 같이 음란규제 법제의 최대 난관은 시대와 장소에 따라, 그리고 사람에 따라 달라지는 성윤리 관념 때문에 음란 개념은 모호함을 벗어날 수 없고, 그에 대한 규제가 끊임 없는 위헌 논란을 불러일으키고 있다는 점이다.

이러한 논란에서 벗어나기 위해 학자들은 여러 가지 방안을 제시하면서 음란 개념의 재정립을 시도하여 왔다. 음란 개념을 상대화하여 그에 대한 규제에 융통성을 부여하려는 노력은 일찍부터 전개되었으나, 음란 개념 자체를 상대화한다면 규제와 관련하여 일관된 처리를 유지하기 어렵다. 그러므로 현대의 일반적 경향은 음란물을 개별화하여 그에 상응하는 규제를 베풀려는 입장에서 성표현물이 담고 있는 내용의 특징을 분석하여 성표현물의 유형을 나누고, 그에 대한 규제의 정도를 달리하려는 방법을 시도하고 있다. 음란개념 자체를 규정하려는 노력에 한계가 있음을 인식하자, 학자들은 음란 개념 자체가 아니라 성표현물이 담고 있는 내용에 의해 이를 구별하려는 시도를 행하게 된 것이다.

나. 하드 코어 및 소프트 코어 포르노의 구별

(1) 미국 판례

원래 하드 코어 포르노란 말은 미국 연방대법원이 사용한 용어로서 노골적으로 공격적인 서술이나 묘사에 해당하는 범주의 한 예 (“hard core” sexually explicit material)로서 제시된 것이었다.¹⁴⁵⁾ 그에 의하면 하드 코어 포르노란 전희단계를 넘어 성교나 오르가즘의 형태를 포함하는 최종적 성행위(ultimate sexual acts)에 관한 것을 의미한다. 즉, 하드코어 포르노란 ‘성기 또는 성교를 구체적으로 노골적이고 상세한 방법으로 묘사·서술하여 그 문서, 도화 전체를 본 경우에 그 지배적 효과가 오로지 대하는 쪽의 호색적 흥미에 감각적·관능적으로 호소하는 것으로 그 시대의 사회통념에 의해 음란하다고 평가되는 것’이라고 할 수 있다. 미국 판례는 이러한 범주의 성표현을 애당초 헌법적 보호를 받지 못하는 표현행위라고 취급한다.

(2) 독일형법의 입법례

독일 형법은 성표현물의 해악에 따라 이른바 경성포르노와 연성포르노를 구분한다. 그러나 그 개념과 효과는 미국의 경우와 사뭇 다르다. 이른바 ‘경성(硬性) 포르노’(harte Pornographie)는 폭력을 수반하거나, 어린이에 대한 성적 남용 및 수간(獸姦)을 대상으로 하는 것으로서 전면적으로 금지되나, ‘연성(軟性) 또는 단순 포르노’(weiche od. einfache Pornographie)는 그 유통이 전면적으로 금지되지 아니하고, 18세 이하의 청소년과 원치 않은 성인에 대한 전과만이 금지된다(독일형법 제184조 1항).

145) Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

위에서 본 바와 같이 포르노그래피에 관하여 독일에서의 분류와 미국에서 행해지는 구분은 상이함을 알 수 있다.

(3) 학설

우리나라의 학설 중에는 전면적으로 금지되어야 할 음란물을 하드 코어 포르노로 파악하고, 그에 비해 소프트코어 포르노는 한정된 장소와 절차에 따라 성인에게는 허용되되 청소년에게는 금지되는 것으로 이해하는 견해도 있다.¹⁴⁶⁾ 그에 의하면 전면적으로 금지되는 하드코어 포르노는 “폭력적인 성관계, 인간의 지위저하와 품위손상을 묘사한 성표현, 아동의 나체 또는 아동의 성행위 묘사, 그리고 수간, 근친상간, 동성애, 혼음 등 일반인들의 지배적인 성가치관과 직접적으로 배치되는 성표현물로서 오로지 성욕을 흥분·자극시킬 의도로써 현저하게 노골적인 방법으로 묘사·서술하고 어떤 예술적·사회적 가치도 가지지 않는 것”으로 정의한다. 그에 비해 소프트코어 포르노는 미성년자와 동의하지 않는 성인에게 공개하는 것이 제한되는 “하드코어 포르노에 해당하지 않는 성표현물로서 묘사·서술이 노골적이지 않은 성표현물”이다.¹⁴⁷⁾

같은 입장에서 ‘하드코어 포르노’(hard-core pornography: 금지영역의 성표현물)과 ‘소프트코어 포르노’(soft-core pornography: 관리영역의 성표현물)로 나누고, 전자에 대하여는 전면적으로 제조나 반포행위를 형법적으로 금지하는 반면, 후자에 대하여는 일반적으로 허용하지만 청소년이나 성표현물에 동의하지 않는 성인에게 반포하거나 판매·전시하는 경우에는 처벌하여야 한다는 견해도 있다.¹⁴⁸⁾

146) 김영환/이경재, ‘음란물의 법적규제와 대책에 관한 연구’, 한국형사정책연구원, 1992, 131면 참조.

147) 김영환, 이경재, 전제 논문, 131면 참조.

148) 이경재, ‘음란물에 대한 규제방식의 문제점’, 형사정책연구소식 1997년 7·8월호 논단.

그에 의하면 ‘하드코어 포르노’는 그 표현내용에 따라 예술적·과학적·학문적인 가치가 결여되고 오로지 성욕을 흥분·자극시킬 목적으로 폭력적 또는 새도매조키즘적(sado-masochism: 가학피학적 변태성욕)이거나 인간의 가치를 비하시키는 성행위를 현저하게 노골적인 방법으로 표현하거나, 미성년자 특히 아동이나 동물을 대상으로 하는 성행위 또는 근친상간을 내용으로 하는 성행위를 표현하는 것이 그에 속하고, 그 판단기준은 폭력성, 인간의 존엄성, 미성년자의 보호, 인간의 본성이나 사회윤리 등이 된다고 한다. 그에 반하여 제한된 장소에서 제한된 대상에게 공개할 수 있는 ‘소프트코어’에는 하드코어 이외의 성표현물로서 단순 누드, 비폭력적이거나 인간의 성적 가치를 손상시키지 않는 정상적인 성행위를 표현한 성표현물이 해당하게 된다.¹⁴⁹⁾

다. 실증적 해악의 정도에 의한 구별론 - 미즈위원회의 분류

실증적 연구결과를 토대로 음란물에 대한 법적 취급을 달리해야 한다고 주장하는 입장도 있다. 이 논의는 음란이란 개념이 불명확하여 표현의 자유를 해칠 우려가 있고 청소년보호라는 관점에서 볼 때 비효과적이므로 음란물의 유해성 등 사실적·객관적 기초에 의하는 것이 중요하다는 것을 근거로 한다. 이와 같이 성표현물이 가지는 유해성에 따라 이를 구분하는 경우에는 실증적으로 조사·분석한 유해성 여부에 근거할 수 있으므로 경험적 연구의 성과를 법적인 측면에서 도입할 수 있게 된다는 이점이 있다. 실증적 해악을 위주로 성표현물을 구분하자는 견해는 그러한 차별에 따라 법적인

149) 이경재, ‘성인전용영화관의 합리적 운영을 위한 제언’, 법률신문 1998. 11. 16. 15면.

규제도 달리하여야 한다는 입장을 취한다.

최근에 행해진 선진 제국의 실증적 연구의 결과에 의하면 음란한 표현이 위와 같은 보호법익을 침해하는 결과를 가져오는가 하는 인과관계의 유무에 관하여는 엇갈린 결과가 나오고 있다. 1967년 존슨 대통령 정부에 의해 설치된 ‘음란물에 대한 위원회’는 3년간의 조사 결과, “음란물에 대한 노출과 이용이 범죄, 비행, 성적 일탈 또는 심각한 정서적 장애와 같은 사회적·개인적인 해악유발에 대한 인과관계에서 중요한 의미를 지닌다는 신념을 뒷받침할만한 아무런 증거자료가 없다”고 보고한 바 있다. 그에 따라 동 보고서는 성인에 대한 음란물규제를 철폐하고, 단지 청소년에게 음란물의 접근을 제한하고 광범위하게 성교육을 시키라는 권고만을 행하였다. 또 1979년의 영국 윌리엄스위원회에서는 “노골적인 성표현물의 노출이 반사회적인 성적 행위를 촉발시킨다고 하는 어떤 강력한 증거도 보이지 않는다”고 결론지었다.

그에 비해 1985년 미국의 미즈위원회(Attorney General's Commission on Pornography의 별칭)는 성표현물의 내용을 유형별로 나누어 그 중 폭력적인 성표현물은 ‘강간의 신화(myth of rape)’를 조장하며 성범죄에 인과관계가 있다는 점을 인정하여 이것이 전체적으로는 사회에 유해하다는 결론을 내리고, 폭력적·품위손상적인 성표현물과 어린이포르노그래피에 대한 법적 규제를 권고하였다.¹⁵⁰⁾ 비록 미즈위원회가 성표현에 대하여 보수적 규제를 바라는 종교단체 등의 압력에 의해 설치되었고, 그 조사결과가 학자들의 연구결과와 어긋난다는 점에서 학자들의 격렬한 비판을 받았다고 하

150) U. S. Department of Justice, Attorney General's Commission on Pornography, Final Report, Vols. 1 & 2, Washington D.C.: U.S. Government Printing Office (1986).

더라도¹⁵¹⁾ 그것은 실증적 경험적 조사를 통하여 얻은 결과를 정리한 것이어서 참고할 만한 것이었다. 뒤에서 보는 바와 같이 미즈위원회 연구결과를 인용하는 경우 위와 같이 비판받는 보수적 입장까지 포용할 수 있는 것이어서 어느 정도 조화 있는 결론을 도출할 수 있다는 점이 지적될 수 있을 것이다.

실증적 해악의 정도에 따라 성표현물을 분류하는 대표적 견해로서는 미즈위원회의 연구결과가 있다. 이 연구는 1986년 미국에서 조직된 ‘포르노그래피에 관한 법무장관위원회’(Attorney General’s Commission on Pornography, 그 위원장이었던 법무장관의 이름을 따서 통상 미즈위원회라고 불린다)가 조사·연구·분석한 결과에 따른 것이다.¹⁵²⁾

미즈위원회는 포르노그래피를 다음과 같이 4가지로 구분하여 각 유형에 따라 해악의 영향을 다룬 바 있다.

가. 폭력적 성표현물

폭력적 성표현물(sexually violent material)이란 폭력이 포함된 성관계 또는 강제적인 성관계를 노골적으로 묘사하는 것으로서 예를 들면 강간, 집단적인 성폭행, 성적인 고문, 새도-매저키즘적인 성행위 등 힘의 행사가 강하게 묘사된 것이 이 유형에 속한다.

미즈위원회는 임상연구와 실험연구의 결과를 종합하여 폭력적인 성표현물에 노출되면 여성에 대한 공격적인 행위가 증가되어 양자간에 인과관계가 있다고 판단하였고, 여성에 대한 공격적 행위의 증가가 성적인 폭력을 증가시킨다는 점을 확신하였다. 즉, 폭력적인 성표현물이 반사회적이고 위법한 성폭력 행위까지도 유발하게 되는 원인이 될 수 있다는 가설이 증거에 의해 지지되고 있다는 것이다.¹⁵³⁾

미즈위원회는 폭력적인 포르노그래피에 자주 노출된 사람들은 성폭력에 대해서도 태도의 변화를 가져오는 사실을 지적하였는데, 그들은

151) 三島聰, 性表現に對する刑事規制, 형법잡지(일본형법학회) 제41권 제2호, 129면 [133].

152) 이에 관하여는 U. S. Department of justice, Attorney General’s Commission on Pornography, Final Report, Vols. 1 & 2 (Washington D.C.: U.S. Government Printing Office. 1986); 이 명숙, ‘제2장 청소년유해매체가 청소년에 미치는 유해성’, 청소년생활환경개선종합대책 - 청소년유해매체에 대한 법적·제도적 대책에 관한 연구 - 1996. 12 (한국청소년개발원), 35면 이하 참조.

153) 이명숙, 전계 논문 42면.

강간 등 성폭력의 피해자들이 가해자들 보다 더 사건에 책임이 있고, 강간 피해자들이 입은 신체적 손상의 정도를 훨씬 경미하게 생각하며, 강간의 경험으로 인해 피해자들이 더 폼위저하되었다고 믿지도 않는 경향이 있다. 이들은 강간자들에 대한 처벌도 더 관대해야 한다고 믿는다.

폭력적인 성표현물이 시청자(특히, 남성)에게 미치는 영향은 강간범들과 일반 남성들에게는 성적 흥분을 유발시킬 수 있고, 여성에 대한 폭력과 강간의 신화를 쉽게 수용하게 하고 성폭력에 대하여 둔감하게 한다고 한다. 이러한 경향은 피해자가 폭력적인 성행위를 즐기는 것으로 묘사되었을 때 더 심각한 영향을 초래하게 된다.¹⁵⁴⁾

나. 비폭력적·폼위손상적 성표현물

비폭력적·폼위손상적 성표현물(nonviolent materials depicting degradation, domination, subordination, or humiliation)은 비폭력적이지만 주로 여성의 지위나 폼위를 손상시키는 성표현물을 말한다. 이러한 표현물에서 여성은 근본적으로 남성의 성욕을 충족시키기 위해 존재하며, 성적 욕구에 가득 차 있고, 남성과의 성관계에 종속되어 성적으로 지배받는 것에 만족하는 일종의 동물적인 객체로 묘사된다. 이러한 성표현물에는 심한 폭력이 포함되어 있지는 않지만 성적 강제행위가 포함된다.¹⁵⁵⁾

이 유형의 표현물의 영향에 관한 실험적 연구 결과는 다소 엇갈리지만, 폭력적 성표현물의 경우와 유사한 효과가 나타남을 보이고 있다. 이러한 종류의 성표현물에 대한 미즈위원회의 결론은 비록 확신의 정도는 덜 하더라도 태도변화에 대하여 인과관계가 있음을 인정한다. 즉, 이러한 종류의 폼위손상적인 표현물에 과다하게 노출된 사람은 강간 등 유사한 형태의 성폭력에 대해 별로 심각하지 않게 생각하며, 성폭력의 피해자들이 그 사건에 더 책임이 있다고 믿고, 가해자에 대해서는 더 관대하다. 또한 이러한 성표현물에 과다노출될 경우 여성은 강요된 성행위를 즐긴다는 강간의 신화를 수용하게 만든다는 증거도 있다.¹⁵⁶⁾

다. 비폭력적·비폼위손상적 성표현물

비폭력적·비폼위손상적 성표현물(nonviolent and nondegrading materials)은 부부 또는 연인 사이의 정상적인 성행위를 묘사하는 성

154) 이명숙, 전계 논문 43면.

155) 이명숙, 전계 논문 36면.

156) 이명숙, 전계 논문 45면.

표현물로서 애정선정물(erotica)이라고도 불린다. 여기서 성행위에 참가하는 당사자들은 자의에 의해 실제, 또는 가상의 폭력이나 고통이 없는 상태에서 동등한 역할을 하며 성행위에 참여한다.

이 중에서 성기의 노출이 없는 성표현물은 성행위에 참여하는 인물들의 동의가 명백한 경우이므로 소프트코어 포르노그래피에 해당되며, 성인의 경우에는 실질적으로 어떠한 유해성도 일으키지 않는다고 본다. 그러나 성기의 노출을 수반하는 노골적인 성행위를 묘사하는 성표현물 즉, 직접 또는 간접적인 성기의 노출, 자위 행위에 관련된 성기의 노출, 성적인 애무, 성적인 배설(남성의 정액사정이나 여성분비물)이 포함될 경우에는 일반 성인에게 미치는 영향에 대하여 논란이 많았다. 미즈위원회는 비공격적이고 비폭위손상적인 성표현물은 성폭력과 사이에 인과관계의 존재를 지지하지 않았으나, 청소년에게는 해롭다는 결론에 전원 합의를 이루었다.¹⁵⁷⁾

이러한 유형의 성표현물이 청소년에게 미치는 유해한 영향으로서는 다음의 사항이 논의되었다.

첫째 혼음(promiscuity)과 같이 사회적으로 금기시되는 것을 묘사하는 경우 비록 행위 태양 자체의 묘사에는 비난할 점이 없다 하더라도, 결혼, 사랑, 서로의 동의나 애정 등 감정이 없는 상황에서 이루어지는 그러한 행위가 매체를 통해 공개되는 경우에는, 그러한 행위를 합법화하는 것을 돕거나 그러한 행위 자체를 유발할 가능성이 있다는 것이다. 따라서 그러한 성습관 자체의 유행이 유해한 것으로 생각되는 한 그러한 성표현물은 유해하다고 볼 수 있다.

둘째, 성표현물이 전달하는 메시지와 그 전달방법이 유해하지 않다고 하더라도, 성은 매우 사적이고 내밀한 사항이므로 그 행위의 공개 자체는 우려의 대상이 된다. 만약 서로 사랑하는 결혼한 부부가 서로 쾌감을 주는 정상적인 성행위를 하고 있는 장면이라 할지라도 그 행위가 스크린이나 잡지에 실릴 경우 단지 공개적으로 다른 사람들에게 보여진다는 사실만으로도 유해할 수 있다. 성이 사적인 성격을 벗어나 공개적인 성격을 갖는 순간부터 유해할 수 있다는 것이다.

셋째, 사적 행위인 성이 공개적이 되는 것은 언제나 상업적인 이득을 가져다주기 때문에 성의 공개는 언제나 성의 상업화와 공존해왔다는 것을 알 수 있다.¹⁵⁸⁾

미즈위원회에서는 성인들이 얼마나 규준에서 벗어나는 성관습을 가

157) 이명숙, 전계 논문 46면.

158) 이명숙, 전계 논문 47면.

저도 좋을 것인가에 대하여는 서로 다른 견해를 가질 수 있지만, 청소년이 성규범에 벗어나는 성표현물에 노출되는 경우에는 유해하다고 만장일치로 평가하였다. 청소년이 이러한 성표현물을 통해 성이 공개적인 것이며 성은 상업화될 수 있고, 사랑이나 애정 없이 또는 혼외의 관계에서도 성관계가 이루어질 수 있다는 메시지를 배운다는 것은 청소년 시기에 바람직하지 않다는 것이다.¹⁵⁹⁾

라. 나체표현물

인간의 나체에 대한 단순한 묘사로 성행위와 직접, 간접으로 연결되어 있지 않고 성 또는 성행위를 암시하지도 않는 나체표현물(nudity)은 포르노그래피로 보지 않는다.¹⁶⁰⁾ 인간의 신체나 그에 대한 묘사 자체가 유해하지는 않을 것이지만, 모든 나체의 묘사에 관하여 보편적인 결론을 내리는 것은 불가능하다.

미즈위원회는 나체 표현물도 청소년에게는 유해한 경우가 있음을 지적하였다. 성적인 효과를 극대화하기 위해 자세, 해설, 모델이 포즈를 취한 세팅들을 특별히 구성한 경우에는 청소년에게 유해하다고 판정된 것이다. 그러나 미즈위원회는 위의 어떠한 범주에도 들지 않는 나체의 묘사는 걱정할 만큼 유해하지는 않을 것으로 일반적으로 결론지었다. 예술작품으로서의 나체와 교육적인 목적으로 사용되는 나체는 유해하지 않다.¹⁶¹⁾

3. 결론

가. 전제적 입장

우리의 경우 표현의 자유에 관한 헌안 문제 중 가장 논란되는 것 중의 하나가 성 표현의 문제일 것이다. 성 표현에 대한 제한 개념으로서 ‘음란’은 그 모호성으로 인해 논란이 그치지 않는 사항이다. 음란규제 법제의 최대 난관은 시대와 장소에 따라, 그리고 사람에 따

159) 이명숙, 전계 논문 48면.

160) 이명숙, 전계 논문 37면.

161) 이명숙, 전계 논문 49면.

라 달라지는 성윤리 관념 때문에 음란 개념은 모호함을 벗어날 수 없고, 그에 대한 규제가 끊임없는 위헌 논란을 불러일으키고 있다는 점이다.

헌행법에는 음란을 요건으로 이를 규제하는 법률이 다수 있으나, ‘음란’ 개념에 대하여는 법률에 구체적인 정의가 없고 전면적으로 해석에 맡겨져 있다. 대법원 판례가 음란 개념의 정의를 시도하여 왔고, 헌법재판소는 이러한 대법원 판례에 비추어 음란 개념이 명확성의 원칙을 위반한 것이 아니라고 하는 입장을 취하고 있다. 대법원은 ‘음란’이란 “일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것”이라고 정의하였고,¹⁶²⁾ 헌법재판소는 “‘음란’이란 인간존엄 내지 인간성을 왜곡하는 노골적이고 적나라한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않은 것으로서, 사회의 건전한 성도덕을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁메커니즘에 의해서도 그 해악이 해소되기 어려워 언론·출판의 자유에 의한 보장을 받지 않는” 것이라고 판시하였다.¹⁶³⁾

그럼에도 불구하고 어떠한 정의에 의하든 음란 개념은 추상적일 수밖에 없고, 이렇게 막연한 개념정의를 가지고서는 어떤 표현이 음란한가 아닌가를 판단하기가 상당히 어렵다. 즉, 음란개념은 판단자의 주관적인 생각과 의도에 따라 좌우될 가능성이 크며, 객관적인 기준 없이 법이 해석되고 집행되는 경향을 피할 수 없는 것이 현실이다.

162) 누드사진첩 사건, 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758판결 및 ‘즐거운 사라’ 사건, 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413판결 참조.

163) 음란물 출판사 등록취소 사건, 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16결정.

이러한 음란규제법제의 문제를 해결하기 위해 새로운 접근방법이 필요하다. 종래 음란물의 유해성 여부 논쟁은 주로 보수주의, 자유주의, 여성해방론자 등 이데올로기적 논쟁으로 치우친 측면이 없지 않았으나, 이제는 음란물 효과에 관한 과학적·실증적 연구결과에 따라 성표현의 종류와 각 유형의 성표현이 야기하는 보호법익에 대한 해악에 근거하여 모순 없는 합리적 규제가 요청된다.

이를 위해서는 우선 음란규제법제의 보호법익의 본질과 내용을 밝히고 성표현이 그 법익을 침해 내지 위해하는가 여부에 따라 그 규제의 합리성 내지 합헌성을 가리는 노력이 요구된다. 여기에는 성표현의 내용과 표현대상의 유형을 분류하고 그러한 각 유형의 성표현이 야기하는 해악의 여부 및 정도에 관한 인과관계를 탐구하는 실증적 노력이 수반되어야 한다.

이러한 접근방법에서 전제되어야 할 점은 첫째, 성표현물은 인간의 본능인 성을 표현한 것이므로 인간의 성의식과 성행동에 대한 올바른 인식과 이해가 있어야 한다는 점이다. 종전 판례의 태도에서 보듯 법학의 형식적 논리법칙만으로 이를 다루려 한다면 공허한 사례별 비교형량론에 의존하게 되어 불확실성의 제거는 어려울 것이다. 이를 위해 성과학, 심리학, 인류학 등 인간의 인격형성의 본질에 관한 연구뿐 아니라 예술과 문학 등 다양한 표현장르에 관한 학제적(학제적) 연구가 필요함은 물론이다.

둘째, 종전 음란의 개념은 사회적 법익을 보호하는 범죄의 하나로 형법상의 차원에서 다루어져 왔기 때문에 헌법적 차원의 분석이 이루어지지 못한 점이 있었다. 형법상 음란물죄는 헌법상 표현의 자유와 긴밀한 관계를 갖는 것이므로 음란의 개념과 판단기준을 설정함에는 헌법적 관점에서 다시 검토하는 노력이 필요한 것이다.

셋째, 음란개념에 인간의 존엄이라는 헌법상 최고이념을 고려하는

새로운 관점이 도입되어야 한다는 점이다. 음란은 인간의 존엄을 무시·경시하는 성표현을 의미하는 것으로 파악되어야 하며, 이 점에서 표현의 자유와 조화를 이루도록 하여야 한다. 인간의 인격형성에 원초적 동력으로서 인간생활의 모든 국면에 반영되는 성에 관하여 이를 표현하고 그에 관하여 알 자유 역시 개인의 인격발현을 위해 중요한 이익으로 생각되므로 양자간의 이익형량이 음란개념의 토대에 놓여지고 있다는 점을 깊이 이해해야 하는 것이다.

넷째, 여기서 간과할 수 없는 점은 성인 기준의 음란 개념과 청소년에 유해한 성표현의 기준을 명확히 구분하여야 한다는 점이다. 형법상 금지되는 음란은 성년을 기준으로 판단되는 것이며 청소년에게 유해한 성표현물로서 청소년보호법상 규제대상이 되는 것 중 성인에게는 허용되는 것도 있음을 유의하여야 한다. 이 문제는 성표현의 규제에서 과잉금지의 법리와 관련하여 의미를 갖는다.

다섯째, 인간의 삶에 원초적 동력으로서 인간생활의 모든 국면에 반영되는 성의 본질을 이해한다면 자유민주주의 국가에서 공권력의 힘으로 성표현을 억제하는 데는 한계가 있다는 점을 인식해야 한다는 점이다. 성에 대한 규제는 법적 규제보다는 도덕적 윤리적 차원의 규범에 의해 이루어지는 것이 더 바람직하고 이를 위해서는 사회의 교육과 계몽의 과업이 더욱 의미를 갖는다는 점을 부인할 수 없다. 법이나 국가권력이 시민의 성행위나 성표현과 이를 향유하는 행위를 완전히 관리할 수 있다는 생각은 자유민주주의 헌법 하에서는 지지될 수 없다.

나. 보호법의 및 인과관계에 관한 입장의 정리

(1) 보호법의

위와 같은 전제에서 먼저 음란 규제에 의해 보호하려는 법익과의 관계에서 음란 규제제도의 윤곽을 정리하여 볼 필요가 있다. 보호법을 명백히 밝히는 것은 음란 개념의 이해와 관련하여 모호함을 벗어날 수 있게 하는 동시에 음란규제가 합헌성을 가질 수 있는 요건을 분석하는 요소도 된다.

앞서 각 국의 음란규제법제를 살펴본 바와 같이 가장 강력한 음란금지법을 가진 대부분의 나라들은 공공도덕의 보호를 그 입법취지로 하는 한편, 가장 개방적인 법제에서는 오로지 청소년 보호의 목적을 위해서만 음란이 규제된다. 이러한 양극단의 사이에 중간적 규제를 시도하는 국가에서는 음란에 대한 규제가 원치 않는 성인의 성감정과 청소년보호를 위한 목적에서 이루어진다.

성표현의 규제에서 도덕적 가치를 옹호하는 진부(진부)한 입법관은 퇴조하고 있으며, 서구 제국에서 일반화된 인식에 의하면 그 보호법은 실증적으로 논증되는 법익의 보호에 국한되어야 한다는 입장을 전제로 다원적 법익을 추구하는 경향이 지배적이며, 앞으로 그러한 방향으로 진전될 것을 의심할 수 없다.

위에서 본 바에 의하면 유럽국가의 음란규제법제의 경향은 대체로 다음과 같이 요약될 수 있다. 음란을 금지하는 이유는 선량한 풍속, 그 자체를 보호하려는 것은 아니며, 원치 않는 성인에 대한 노출을 방지하려는 이익을 위해 개인적 민감성이나 선량한 취미를 침해할 수 있는 내용에 대하여 이를 형법이라고 하는 엄중한 무기로 억압하는 것은 바람직하지 않고 의견의 자유시장에서 사회적인 대결에 맡겨져야 한다는 점에 이해를 같이하고 있다. 유럽 국가에서

음란을 금지하는 합리적 근거로서 공통적으로 이해되는 핵심적 내용은 청소년 보호에 있으며, 그것은 첫째 성이나 기타 영역에서 인간을 경멸하는 행태가 모방할 가치가 있는 것으로서 긍정적으로 표시되는 메시지에 의해 청소년의 윤리감정이 타락되는 것을 방지하고, 둘째, 어린이음란물 시장을 근절하는데 그 주된 목적을 두고 있다. 그리고 성인에 대하여는 일정한 한정된 유형의 성표현이 특수한 유해성을 갖는다고 실증적으로 입증된 사항만을 음란으로 규제하려는 입장이 입법상 경향으로 등장하고 있다.

그 중에서 특히 주목할 것으로는 실증적인 다원적 법익을 보호하는 독일과 스위스의 입법례가 있다. 독일 형법과 스위스 형법은 ① 각 개인은 원치 않은 음란물의 접촉으로부터 보호되어야 하고, ② 청소년은 원하는 경우에도 음란물을 취득할 수 없어야 하며, ③ 고유한 해를 가진 일정한 종류의 음란물은 일체 금지되어야 한다는 3가지 목적을 추구한다. 이러한 체제에 의하면 원치 않는 성인에 대한 노출의 방지를 포함하고 있다는 점에서 다소 절충적 태도를 보이는 것이지만(이에 대하여는 뒤에서 보는 바와 같이 수용자의 소극적 알 권리를 그 규제의 근거로 삼을 수 있다¹⁶⁴), 우선 위 3가지 보호법익을 침해하지 않는 음란물의 반포는 허용되게 되므로 음란물에 대하여 개방적 태도를 보이게 된다.

우리의 경우에도 이러한 방향으로 입법과 해석이 이루어져야 한다는 것이 필자의 생각이다.

(2) 인과관계

위와 같은 보호법익에 관한 이해에 따라 성표현물이 이러한 법익을 실제로 침해 또는 위해하는가 하는 점에 관한 실증적 연구가 필

164) 음란물 수취 거부 사건, Rowan, dba American Book Service, et al. v. United States Post Office Department et al., 397 U.S. 728 (1970) 참조.

요하다. 이를 위해 성표현물의 내용을 분류하여 그러한 표현물이 가져오는 해악을 살펴보는 연구가 진행되어 왔음은 앞서 본 바와 같다. 이것은 형사적으로 보면 특정 표현행위에 대한 가벌성을 확인하는 작업인 동시에 헌법적으로 표현행위에 대한 제한이 헌법에 부합하는가를 살피는 것이 된다.

이러한 입장에서 음란 개념 자체를 규정하려는 데는 한계가 있기 때문에 음란 개념 자체가 아니라 각개의 성표현물이 담고 있는 내용에 따라 그러한 내용의 해악성 유무를 고찰할 필요가 있는 것이다. 이와 같이 음란물을 개별화하여 그에 상응하는 규제를 베풀려는 입장에서 성표현물이 담고 있는 내용의 특징을 분석하여 성표현물의 유형을 나누고 그에 대한 규제의 정도를 달리하려는 방법은 이미 선진 각국에서 행해지고 있는 일반적 경향이다.

여기서 하나의 성표현물이 음란한 것으로서 규제되어야 할 것인가의 여부는 인간의 본능인 성을 표현한 성표현물의 본질과 그것이 인간의 행동에 미치는 영향을 파악하여야 하며, 이를 위해서는 인간의 성의식과 성행동에 대한 올바른 인식과 이해가 전제로 요구된다. 그에 관한 경험적인 연구와 조사가 필요한 것은 말할 나위가 없다. 미국, 영국 및 캐나다에서는 음란에 대한 입법적인 대책을 강구하기 위하여 각각 전문가위원회가 설치되어 성표현물 실태조사와 성표현물이 미치는 영향에 대하여 광범위한 연구·조사가 행해진 바 있다. 미국에서는 1970년 존슨 위원회와 1986년 미즈 위원회가 설치된 바 있었고, 영국에서는 1979년 프레이저 위원회가 설치된 바 있었다.¹⁶⁵⁾ 그 중에서도 망라적이고 실증적 실험을 거쳐 체계적인 성과를 내어놓은 미즈위원회의 연구결과가 좋은 참고를 제시한다고 생

165) 이들 위원회의 활동내용에 관해서는 이명숙, 전계 논문, 35면 이하 참조.

각된다.

결론적으로 보면 위와 같은 실증적 연구결과에 따라, 성표현의 내용에 따라 성표현의 종류와 유형을 구분하고, 그 각 표현의 종류와 유형이 보호법익에 대해 야기하는 해악에 근거하여 모순 없는 합리적 규제가 요청된다. 앞서 살펴본 바에 의하면 해악을 야기하는 성표현물은 바로 인간의 존엄을 무시하는 경향을 갖는 것임을 알 수 있다.

그와 더불어 성표현을 전파하는 미디어의 영향을 구체적으로 상세하게 연구하는 것도 필요하다. 각 미디어가 갖는 특성에 따라 그 자극의 내용과 형태가 달라지는 관계를 참작하는 작업이 각론적으로 고찰되어야 한다.

다. 헌법적 차원의 검토 - 일반적 표현 규제법리

위와 같은 논증과 병행하여 음란규제법이 헌법상 허용될 수 있는가 여부를 헌법적 차원에서 고찰할 필요가 있다. 그것은 표현의 자유의 제한에 관하여 일반적으로 채용되는 헌법적 심사방법을 동원하는 것이다.

헌행법상 성표현은 일응 표현의 자유(헌법 제21조)를 보장하는 헌법조항의 적용을 받는다. 성표현이 예술적 영역에서 이루어지는 경우에는 언론의 자유와 예술의 자유, 양 기본권이 경합되어 헌법 제21조와 제22조가 함께 적용되게 된다. 그러나 우리 헌법은 제37조 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정함과 함께, 제21조 제4항에서 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다”

고 규정하고 있다. 성표현에 관해서도 이러한 헌법조항이 적용되는 물론이다.

표현의 자유에 관한 헌법상의 일반적인 법리적 차원에서 보면 음란을 규제하는 것은 기본적으로 표현의 내용에 대한 규제이고, 그것이 성에 대한 일정한 가치관에 입각한다는 것을 부인할 수 없다. 사람마다 시대마다 장소마다 성에 관한 태도에 있어서는 다양한 편차가 있다는 것을 부인할 수 없다면 그 중 어떤 한 입장에 기하여 성표현을 제한하려는 것은 내용근거규제 및 나아가 견해에 근거한 규제를 의미하게 된다.

이러한 내용규제 및 견해차별이 합헌이 되려면 엄격한 심사를 거쳐야 하고, 필수적인 이익을 보호하기 위해 최소제한수단을 택한 경우에만 합격될 수 있다는 것은 당연한 것이다. 앞서 본 바와 같이 일정한 악성 성표현 이외에 모든 성표현이 성년에 대하여 악영향을 미친다는 명제는 입증되지 못하였고, 단지 청소년의 성적 성장에 대하여 일정한 부정적 영향을 미친다는 점이 입증되었을 뿐이다. 그럼에도 성은 위험스런 것이라고 하는 고정관념에 사로잡힌 사회적 다수파가 과도하게 성표현을 억압하려 한다면 모든 부문에서 다양성과 의견의 자유가 보장되어야 하는 자유민주사회에서는 허용될 수 없는 것이다. 원치 않는 성인에 대한 노출을 규제하는 이익은 그 해악을 이유로 하기보다는 소극적 정보의 자유를 보호법익으로 한다는 점에서 정당성을 갖는다.

위와 같은 입장은 성표현에 대한 규제에서 보수적인 입장을 취하는 미국 연방대법원 판례와는 입장을 달리하는 것이며, 유럽에서 실증적·다원적 보호법익을 추구하는 독일이나 오스트리아의 성표현 규제제도와 유사한 것이다. 종전 우리 판례의 입장과는 다른 것은 물론이다.

위와 같은 입장을 취하는 경우에도 성표현에 대한 제한은 헌법상 명확성 원칙이 요구하는 바에 따라야 하기 때문에 뒤에서 보는 바와 같이 금지되는 성표현을 그 유형에 따라 구체적 문언을 사용하여 제한법률에 상세하게 솔직한 용어로 기술하는 조치가 요구된다.

나아가, 성표현이 전파되는 매체에 따라 특수한 사정이 고려되어야 할 뿐 아니라 그러한 해악을 배제하기 위해 사용된 수단으로서 배포 체제의 관리 및 제한 규제수단이 그러한 해악의 배제에 적합한 것인가, 그리고 필요이상의 과잉적 제한을 초래하지 않는가 하는 점에 대한 비례성심사가 이행되어야 할 것이다. 지면 관계상 이에 관하여 상세한 논의는 별도의 기회로 미룬다.

성표현에 대한 규제는 여러 차원에서 고찰될 수 있다. 그 규제의 체계를 보자면 성표현이 담기거나 전파되는 매체의 종류, 성인 또는 청소년에 대한 규제, 규제의 주체, 규제의 태양 등 여러 관점이 복합적으로 고려된다.

먼저 가장 중요한 관점은 성인에 대한 규제와 청소년에 대한 규제의 구별과 양자의 상관관계이다. 전술한 바와 같이 양자간에 성표현 규제의 기준은 같을 수 없고, 따라서 체계적인 이해가 필요하다.

규제의 체계를 이해함에 간과할 수 없는 요소는 성표현이 담기거나 전파되는 매체의 특수성에 따라 음란규제의 모습도 바뀐다는 점이다. 소셜 등 서술적 매체, 도화 및 사진 등 영상에 의한 표현과 영화나 비디오 등 동화상에 의한 표현 등 매체의 특수성은 음란성 여부 내지 그 규제의 강약에 영향을 미치는 요소가 되기도 한다. 인터넷에 의한 디지털 파일 형태의 음란물이 특히 주목을 끌게 됨은 그 메시지 및 커뮤니케이션으로서의 특성 때문이다.

규제의 주체나 태양에 있어서는 우선 사법적 규제인가, 행정적 규제인가, 아니면 자율규제 내지 시민단체에 의한 규제인가 하는 점과 그 규제수단이 사전규제의 형태를 띠는가, 사후규제의 형태를 띠는가, 아니면 행정적 수단에 의한 규제인가에 따라 그 규제의 모습과 강도가 달라지므로 이를 구별하여 논의해야 할 것이다.

그 중에서도 특히 성표현에 대한 형사처벌에 관하여는 특별한 고찰을 요한다. 형법은 개인의 자유를 보장하는데 그 일차적 임무가 있으

므로(보장적 기능), 형법적 규제에 의한 개인의 자유의 제한은 반드시 특정된 형법상의 보호법익이 있는 경우에만 허용되며(법익원칙), 경미한 법익의 침해는 형벌이라는 가혹한 수단을 써서 해결할 것이 아니라 오히려 다른 방법에 의해 해결되어야 한다 (형법의 부수성).

라. 성인 기준 음란 개념과 청소년에 유해한 성표현의 구분

간과할 수 없는 점은 해당 성표현물이 성인에게 또는 청소년에게 미치는 영향을 구별하여야 한다는 점이다. 자유주의적 선진 형법을 채택하는 나라의 예를 보면 성인 기준의 음란성과 청소년 유해성을 구별하여, 전자는 하드코어 포르노로서 전면적으로 금지하나, 후자는 소프트코어 포르노로서 청소년에 대한 유통만을 통제함이 일반적이다.

그럼에도 우리의 경우 종전에는 음란 규제에 있어서 ‘성인규제’와 ‘청소년 보호를 위한 규제’를 구별하지 못하고 혼동하였다는 점에 문제가 있었다. 즉, 성인에 대한 음란규제의 경우와는 달리 청소년 보호를 위한 성표현의 규제에 있어서는 ‘청소년유해성의 기준’에 따라 성인에게는 허용되나 청소년에게 유해한 매체를 구별해야 하고, 그러한 청소년 유해 매체물에 대하여는 청소년에게만 그 유통을 금지하여 전면적인 금지에 의해 야기될 과잉금지 상태를 피하여야 했음에도 불구하고 그러한 요청이 실제로 실현되지 못하였던 것이다.

즉, 1997년 청소년보호법이 제정되기 전 우리의 음란규제는 성인 규제와 청소년 보호를 위한 규제를 서로 구별하지 않고 단지 ‘음란물’을 단속 대상으로 삼은 결과, 음란성의 판단이 청소년 유해성과 혼동하는 양상을 띠게 되어 복잡한 문제 상황을 연출하여 왔다. 이러한 운영체제 하에서는 “청소년에게는 유해하지만 성인에게는 허용되는 성표현물”이라는 개념이 들어설 수 없었고, 음란물의 판단은

경우에 따라 편의적으로 어느 한 기준에 의하였기 때문에 한편에서는 그러한 유형에 속하는 매체물이 아무런 형법적 규제 없이 유통되어 청소년 보호의 문제를 야기하여 왔음과 동시에, 다른 한편에서는 그러한 매체물에 대한 성인의 접근이 금지되게 되어 결국 2중적인 잘못을 가져왔던 것이다. 따라서 성인의 표현의 자유와 알 권리를 주장하는 입장에서는 그렇게 설정된 음란기준이 언제나 성인의 알 권리 내지 표현의 자유를 침해한다고 주장한 반면, 청소년보호를 강조하는 입장에서는 그 음란기준이 언제나 청소년 보호를 위해 미흡하다고 주장하여 왔다.

이러한 체계적인 잘못은 1997년 청소년보호법(1997. 3. 7. 법률 제 5297호, 1997. 7. 1. 시행)이 제정되어 청소년유해성의 개념이 새로 설정되고, 동법에 따라 청소년에 유해한 매체물은 그 유통만이 규제되는 것으로 규정되어 해결될 수 있게 되었다. 동법에 의하면 청소년에게는 유해하나 성인에게는 허용되는 성표현물이라고 하는 범주의 매체물에 대한 성인의 접근이 가능하게 되었기 때문이다.

그러나 이러한 법제상의 해결이 운영상의 문제를 모두 해결한 것은 아니었다. 우선 음란 개념의 정의가 모호함을 벗어날 수 없는 필연적 이유 이외에 아직도 성인의 음란개념과 청소년에 유해한 성표현물의 개념 차이를 인식하지 못한 채, 음란규제가 청소년에 대한 영향을 기준으로 하여야 하는 것으로 파악하는 상당수의 국민이 있기 때문이다.

(1) 성인에 대한 음란 개념 - 개별화된 실질적 음란 개념의 시도

먼저 성인에 대한 음란 개념의 정의에 있어서는 인간의 존엄 존중 사상에 반하는 범주의 성표현물로서 앞서 살펴본 바와 같이 실증적 연구에서 해악이 있는 것으로 파악된 성표현물을 분류·파악

하는 개념 정의가 필요하다. 이러한 접근방법은 종전의 음란에 관한 정의가 추상적이고 공허한 공식의 반복에 불과하였던 차원을 벗어나, 개개 유형의 음란물의 실체적 내용이 갖는 실증적 해악 야기의 가능성에 따라 이를 음란 개념으로 파악하려는데 주안점이 있다. 이로써 해악의 발생 여부에 관하여 사례마다 법관의 개인적 판단에 의존하던 종전 판례에 의한 규범적 음란개념은 극복될 수 있다.

결론적으로 음란이라고 인정되기 위해서는 상술한 미즈위원회의 연구결과를 원용하여 아동포르노, 폭력적 성표현물과 ‘비폭력적이지만 품위손상적 성표현물’ 등 성인에 대하여도 해로운 것으로 판명된 것임을 요함과 동시에 전술한 음란개념의 요건을 충족하여야 한다. 이것은 종전 판례에서 거시된 음란의 요건(판단기준)을 충족하는 동시에 개별화된 실질적 해악을 갖는 것으로 유형적으로 실증된 성표현을 음란으로 규제할 수 있다는 것을 의미한다.

첫째, 어린이포르노가 그 제작에 참여한 아동에 대한 인간성 파괴 효과를 가져온다는 점에서 뿐 아니라 그 소비자에 대한 악영향도 입증되고 있으며 이를 악성 포르노로 처벌하는 것은 어느 국가에서나 공통된다.

둘째, 폭력적 성표현물은 폭력이 포함된 성관계 또는 강제적인 성관계를 노골적으로 묘사하는 유형의 것으로서 예컨대, 강간, 집단적인 성폭행, 성적인 고문, 새도매저키증적인 성행위 등이 그 자체 바람직한 것으로 묘사되는 경우에는 금지되어야 한다.

셋째, ‘비폭력적이지만 품위손상적 성표현물’에는 수간(수간)이나 근친상간(근친상간)과 같이 인간의 존엄에 반하는 성표현물이 해당한다. 또 비폭력적이지만 주로 여성의 지위나 품위를 손상시키는 성표현물로서 여성은 근본적으로 남성의 성욕을 충족시키기 위해 존재한다거나, 성적 욕구에 가득 차 있다거나, 남성과의 성관계에 중

속되어 성적으로 지배받는 것에 만족하는 일종의 동물적인 객체로 묘사되는 성표현물은 이 금지 대상에 포함된다.

위 3가지 유형의 성표현물 이외에 비폭력적 비품위손상적 성표현물은 그 다루는 주제가 어떠한 것인지 불문하고, 또 성기의 노출 여부를 불문하고 위와 같은 성인 기준의 음란 영역에 들지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 유형의 성표현물은 이른바 애정선정물(erotica)이라고 불리는데, 거기서는 성적으로 노골적인 묘사가 포함되어 있다 하더라도 평등에 기초한 상호자발적인 개인들 사이에서 성행위를 긍정적이고 애정적인 것으로 묘사하고, 어떠한 공격, 힘, 강간, 고문, 언어적 폭력 등이 나타나 있지 않으며 인간을 동물로 묘사하지도 않는다.¹⁶⁶⁾

가장 논란되는 쟁점은 이 유형의 성표현물이 성규범에 위반된다고 생각되는 경우 그 표현이 허용되는가 하는 문제이다. 이에 관하여는 성에 대한 인식이나 가치관 여하에 따라 다양한 논의가 있을 수 있기 때문에 어느 한 입장에서 다른 입장에 의한 성표현을 금지하는 것은 견해차별을 금지하는 표현의 자유의 헌법적 원리상 허용될 수 없다고 하여야 할 것이다.

역사상 인간의 존재조건에서 성이 없었던 적은 없었지만, 성은 그 모습을 드러내는 방식과 기회가 다양하고 변화 무쌍하기 때문에 현세대는 심한 혼돈과 표류를 벗어나지 못하고 있다. 오늘날 성(sexuality)의 개념은 새로이 인식되고 있으며, 이러한 변화의 흐름 속에서 성에 대한 태도 및 가치관 역시 다양한 경향이 혼재하는 양상을 보이고 있다.

성에 관한 인식은 성을 출산과 연계시키는 금욕주의와 이를 분리하는 자유주의로 대별할 수 있다.¹⁶⁷⁾

166) 김은경, “성 표현물의 법적 규제에 관한 소고.” 형사정책연구소식, 통권 제27호 (1995년 1·2월호), 42면.

167) 함인희, “20세기의 성(성), 해방의 진갈 또는 억압의 굴레”, 길(한진그룹 사보) 1997. 11. 12.자, 이하의 설명은 위 논문의 설명에 따른 것이다.

금욕주의 중에서도 ① ‘억압적 금욕주의’는 성의 목적은 오로지 출산을 위한 것임을 강조하는 전통적 태도를 고수한다. ② 그에 비하여 청교도 정신을 배경으로 하는 ‘계몽적 금욕주의’는 출산을 전제로 한 성교만을 인정하되, 금욕과 자기 절제를 보다 고양된 삶의 양식으로 본다.

성을 인간의 본성으로 규정하여 중시하는 자유주의적 성관념 중에는 ③ 성을 사랑을 동반하는, 사랑을 표현하는 행위요, 관계의 진밀성을 증진시키는 중요한 요소로 간주하는 ‘인본주의적 자유주의’와 ④ 성 관계로부터 ‘원죄 의식’이나 도덕적·윤리적 문제를 배제하고, 이를 인간의 본성에 따른 자연스러운 행위로 보아 성적 자유를 구가하려는 ‘인본주의적 급진주의’가 있다. ⑤ ‘유희의 도덕성(fun morality)’ 개념을 따르는 극단적인 성개방론은 성을 기쁨과 쾌락을 증진시키기 위한 수단으로 보면서 성을 통한 쾌락의 추구야말로 정신 건강에 적극적으로 도움이 되는 행위라고 한다. 플레이보이가 주장하는 바가 이에 속한다. ⑥ 마지막으로 만인에 대한 만인의 성 관계가 가능한 상태로, 성을 모든 종류의 사회적 규범과 가치로부터 해방시키자는 ‘성적 부정부 상태’의 주장을 들 수 있다.

위 논문에 의하면 이상의 가치관 가운데 가장 많은 사람들의 지지를 받고 있는 것은 성을 사랑의 표현이라 보는 ‘인본주의적 자유주의’이고, 다음은 성을 순수한 쾌락의 수단으로 보는 ‘유희의 도덕성’과 금욕과 절제를 이상화하는 ‘계몽적 금욕주의’가 그 뒤를 잇고 있다고 한다.

그럼에도 우리의 사회에는 이러한 성찰을 거부하고 타인이나 청소년에게는 완고한 억압적 금욕주의가 강요되는가 하면, 스스로 낭만을 구가하려 하면서도 유희의 도덕성을 숨기려는 행태를 보이기도 한다. 표방과 실제의 행동이 괴리되고 욕망과 도덕이 모순적으로 공존하고 있는 것이다. 성에 관한 이러한 가치관의 혼재는 주어진 바로서 그것이 개인의 생활영역에 머물고 타인에 대한 위법한 침해를 야기하지 않는 한 바로 민주주의적 다양성으로서 이해되고 관용되어야 할 것이다. 사회의 다수파가 어느 한 가치관을 취한다고 하여 공권력에 의해 이를 강제한다면 그것은 다수의 횡포요 전제에 다름이 아니게 된다.

성적 도착의 묘사는 정상과 도착의 한계가 모호하기 때문에 그것만으로 음란하다고 간주할 수 없다는 것이 서구에서 일반적인 관측이다. 변태적 증상을 칭송하거나 일반적인 것으로 오인하게 하는 언

급이 아닌 한, 인간의 행태에서 행해질 수 있는 성적 도착을 있는 그대로 묘사하거나, 정보적 목적에서 성적 변태의 현상을 공공에게 알리는 표현은 억제될 수 없을 것이다.

우리의 경우 일반적으로 동성애나 그에 관한 성표현물은 전통적인 성도덕에 비추어볼 때 반윤리적이고 비도덕적인 것으로 평가되어 왔고, 1991년 공륜심의규칙은 동성애를 심의불가대상인 변태적 성행위로 규정하고 있다. 그러나 동성애는 현실적으로 실정법에서 금지하지 않고, 최근 동성애자들의 권리주장이 활발히 전개되고 있으며, 동성애나 그 성표현에 대한 성인들의 의식이 과거보다 관대해졌다는 점 등을 고려할 때, 노골적인 성표현을 제외한 동성애의 성표현물은 청소년에게만 금지되는 것으로 분류하는 것이 타당하다.¹⁶⁸⁾

동성애

동성애는 서구에서 개인을 특징짓는 하나의 성유형으로 자리잡고 있다. 동성애자에 대한 법적 취급 여하는 한 나라의 인권현실을 가늠하는 척도로 받아들여지기도 한다. 덴마크가 1989년 동성애 커플의 결혼을 최초로 허용한 후, 1993년 노르웨이, 1994년 아이슬란드, 1995년 스웨덴 등 북유럽 나라들 대부분이 동성애간 결혼 허용 법안을 통과시켰다. 그와 함께 이들 나라에서는 성적 지향성을 이유로 조롱하거나 차별하는 행위가 처벌된다. 네덜란드는 2000년 동성애자끼리의 결혼은 물론이고 이들 사이에 입양도 허용하는 법률을 제정하여 세계에서 동성애자들의 권리를 가장 광범위하게 인정하고 있다. 캐나다는 동성간의 결혼을 인정하지 않지만, 2년 이상 동거 관계의 동성 커플에 대해서는 이성 부부와 마찬가지로 의료보험 등 사회복지 혜택을 주고 있다. 미국의 경우 주정부마다 다르지만 하와이주는 1996년 동성끼리의 결혼을 합법화했고, 2000년 버몬트주는 동성 커플을 실질적인 부부로 인정했다.¹⁶⁹⁾

168) 이경재, '성인전용영화관의 합리적 운영을 위한 제언', 법률신문 1998. 11. 16. 15면.

비폭력적 비품위손상적 성표현물에 성기의 노출을 어떻게 다룰 것인가는 가장 논란되는 문제이다. 영상물 등급제가 철저히 시행되고 청소년에 대한 배포가 차단된다면 비폭력적 비품위손상적 성표현물에 성기나 성행위가 묘사되는 경우에도 성인에게는 허용되는 것이라고 보아야 할 것이다.

이 유형의 성표현 중 일부는 청소년에 유해한 매체물 개념에 포섭되어야 할 것은 뒤에서 보는 바와 같다. 성인들이 얼마나 도덕기준에서 벗어나는 성행태를 가져도 좋을 것인가에 대하여는 견해가 다를 수 있지만, 청소년이 성규범에 벗어나는 성표현물에 노출되는 경우에는 유해하다고 생각되기 때문이다.

위에서 본 성표현물로서 청소년에게는 허용되지 않으나, 성인에게는 허용되는 것은 그 배포나 전시 및 상영에 있어서 청소년이 접촉되지 않도록 하는 조치가 필요하고 청소년 관계법률은 그러한 대책을 마련하고 있다. 이러한 이유 때문에 영상물등급제와 청소년에 대한 그 배포 및 열람의 제한이 철저히 시행됨이 필요한 것은 물론이다.

(2) 청소년보호법상의 유해성 개념 - 청소년에 유해한 성표현물

청소년보호법은 성표현물과 관련하여 청소년유해매체물에 해당하는 법률상 일반기준(법제10조)으로서 ‘청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것’, ‘기타 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것’을 들고 있다. 동법에 의하면 심의기준을 구체적으로 적용함에 있어서는 현재 국내 사회에서의 일반적인 통념에 따르며 그 매체물이 가지고 있는 문학적·

169) 인터넷한겨레 2002. 6. 10. 김아리 기자.

예술적·교육적·의학적·과학적 측면과 그 매체물의 특성을 동시에 고려하여야 한다(청소년보호법 제10조 제2항).

위와 같이 성인 기준 음란 개념에 해당되는 성표현물이 청소년에게도 해롭고 금지되어야함은 물론이다. 여기서 더 명백히 해야 할 것은 성인에게는 해롭지 않더라도 청소년에게 해로운 성표현물의 종류와 범위를 정하는 것이다.

위에서 본 바와 같이 성인에게는 허용되지만 청소년에게 유해하다고 생각될 수 있는 것은 비폭력적 비품위손상적 유형의 성표현물일 것이다. 이 중에서 특히 직접적 성행위를 묘사하는 표현물은 청소년에게 삼가도록 하여야 할 것이다. 나체표현물 중 성행위를 연상케 하는 유형의 표현물도 이에 해당될 것이다. 독일의 예를 보면 청소년에게 명백히 중대한 해를 가져오는 것으로 규정되었던 ‘나체 표현물’은 1973년 청소년유해물법의 개정에 의해 삭제된 바 있다.

이 유형의 성표현물 중 성규범에 위반되는 성행위를 다룬 표현물은 청소년의 정서적·정신적 성장에 유해하다고 생각되기 때문에 청소년유해매체물에 포함된다고 보아야 한다. 즉, 혼음(promiscuity) 등 사회적으로 금기시되는 주제를 다루는 성표현물이 이에 해당될 것이다. 최근 보도에 의하면 정보통신윤리위원회는 우리나라 최초의 동성애자 커뮤니티 사이트(exzone.com)를 청소년유해매체물로 지정한 바 있다.¹⁷⁰⁾

또 성이 공개적인 것이며 성은 상업화될 수 있고, 사랑이나 애정 없이 또는 혼외의 관계에서도 성관계가 이루어질 수 있다는 메시지를 배우게 할 수 있는 성표현물은 청소년에게 해로운 것으로 생각된다.¹⁷¹⁾

170) 한겨레신문 2001. 11. 19. 보도.

171) 이명숙, 전계 논문 48면.

청소년유해성과 ‘저속성’의 개념이 어떠한 관계를 갖는가 하는 점에 관하여는 현행법상의 규정을 살펴볼 필요가 있다. 청소년보호법 시행령이 규정하는 성에 관한 개별적 기준을 보면 ① 음란한 자태를 지나치게 묘사한 것 ② 성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것 ③ 수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·피학성음란증 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성관계를 조장하는 것 ④ 청소년을 대상으로 하는 성행위를 조장하거나 여성을 성적 대상으로만 기술하는 등 성윤리를 왜곡시키는 것 ⑤ 성폭력·자살·자학행위 기타 육체적·정신적 학대를 미화하거나 조장하는 것 ⑥ 청소년에게 불건전한 교제를 조장할 우려가 있거나 이를 매개하는 것 등을 들고 있다(청소년보호법 시행령 제7조). 이들 규정을 보면 저속한 내용의 상당부분이 청소년유해성 개념에 포섭되고 있음을 알 수 있다.

(3) 음란물과 청소년유해매체물간의 관계

결론적으로 보아 성표현물은 첫째 청소년에게도 허용되는 종류로서 전면적으로 허용되는 것, 둘째, 청소년에게는 금지되나 성인에게는 허용되는 종류, 셋째 성년에게도 금지되어 전면적으로 금지되는 종류가 있음을 알 수 있다. 여기서 첫째 종류와 셋째 종류의 성표현물에 관하여는 그 전과나 배포에 문제가 있을 수 없다. 다만, 둘째 종류의 성표현물은 성년에게만 전과·배포가 허용되고 청소년에게는 보여지지 않도록 전과가 제한된다는 점을 유의해야 한다. 그리고 이러한 유형의 성표현물의 전과에 있어서는 매체의 종류에 따라 다른 배려가 요구된다.

마. 음란의 판단기준 내지 방법

위와 같이 개별적으로 파악된 실질적 음란 개념에 의해 음란 여부를 판단하는 경우에 도움이 되는 것이 종전의 판례에 의해 형성된 음란의 판단방법이다.

종전 대법원 판례에 의하면 음란 여부를 판단함에 있어서는 첫째, 표현물의 문제된 일부뿐 아니라 전체적인 내용의 흐름에 비추어 판단하되(전체적 고찰방법), 당해 도화나 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 표현의 정도나 수법과 성에 관한 표현이 간행물 전체에서 차지하는 비중 및 그 관련성, 간행물의 구성이나 전개 등을 고려하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋우는 것으로 인정되느냐의 여부를 결정하여야 한다고 한다 (묘사기준주의). 둘째, 그 표현물의 음란성은 그것이 가지는 예술성·학문성 등에 비추어 성적 자극을 완화하는 정도를 고려하여야 하는데(보상적 사회적 가치의 고려), 이 경우에는 작성자의 주관적 의도가 아니라 객관적으로 문서 자체에 의하여 판단되어야 한다는 것이다.

그러나 성표현물이 성욕을 흥분 또는 자극시키는 여부나, 보상적 사회적 가치의 유무를 판단함에 있어서는 정상적인 일반 보통인을 표준으로 하되, 그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 법관이 최종적으로 판단하게 되는 종전 판례에 의한 이른바 규범적 음란 개념은 포기되어야 한다.

V. 표현의 자유와 청소년보호

1. 청소년보호법 개관

가. 기본적 규제 법리

우리 헌법은 표현의 자유에 관한 일반적 제한 사유(헌법 제37조 제2항) 이외에 개별적 제한사유(헌법 제21조 제4항)로서 공중도덕과 사회윤리를 규정할 뿐, 청소년보호의 이익을 직접 규정하고 있지 않다. 그렇다고 하여 청소년보호를 위해 표현의 자유를 규제할 수 없다고 생각하는 사람은 없다. 전술한 바와 같이 독일의 헌법에서는 청소년 보호가 표현의 자유를 제한할 수 있는 중요한 사유로 규정되고 있으며, 미국의 판례 역시 청소년보호가 필수적인 공적인 이익임을 인정한다. 우리의 경우 형법은 물론 청소년보호법 등 현행 특별법상 청소년에 유해한 행위를 제한하는 여러 규정이 존재함은 물론이고, 이러한 제한이 표현의 자유에 대하여 심각한 제한을 가하고 있음도 부인할 수 없다.

표현의 자유와 관련하여 음란물을 금지하는 형법 규정은 음란 여부가 성인을 기준으로 하는 것이지만 청소년보호에도 기여하게 됨은 물론이다. 그러나 형법은 성인에게는 허용되지만 청소년에게 해로운 표현물에 대하여는 규제하지 않는다. 위와 같은 표현물을 포함한 청소년유해매체물에 관하여는 청소년보호법이 청소년에 대한 제시를 금지함과 함께 청소년에게 보여지지 아니하도록 하기 위해 그 배포와 유통을 제한하고 있다.

이들 규제 및 제한에 대한 헌법적 평가에는 2가지 측면의 논의를 필요로 한다. 첫째, 청소년유해매체물에 대한 규제는 청소년의 알 권리 내지 행복추구권을 제한하게 되므로 그 한계가 문제된다는 점이다. 이 논의는 어린이·청소년의 헌법상 지위 및 기본권 향유능력과 관련한 논의와 관련을 가지는 것이며, 어린이·청소년이 보호·교육관계에서 받는 제한은 그 특별관계 설정의 제도적 취지에 비추어 그 제한의 한계가 설정된다.¹⁷²⁾ 둘째, 청소년보호법상 일련의 제한조치는 일반 성인에 대하여 청소년 유해행위를 하지 못하도록 함으로써 표현의 자유나 경제활동을 제한할 뿐 아니라 성인의 알 권리 내지 행복추구권을 제한하는 측면을 갖게 된다.

위 2가지 측면은 그 제한의 취지나 방법 및 정도에 있어서 같지 아니하며, 한꺼번에 논의될 수 있는 것이 아니라 별개의 전문적인 논의를 요하는 것이다. 전자에서는 청소년이 기본권의 주체로서 파악되고 거기에는 보호·교육관계의 제도적 취지가 그 제한의 근거가 되지만, 후자의 경우에는 일반 시민인 성인이 기본권의 주체로 파악되어 청소년보호의 이익이 바로 공익으로서 기본권활동의 제약 사유로 등장하게 되는 것이다. 전자에 관하여는 특별관계에서 표현의 자유의 제한 문제로 다루어지고 있으며,¹⁷³⁾ 여기서는 후자에 관하여 살펴보게 된다.

나. 입법의 연혁

우리 청소년법제의 연혁을 보면 1961년 제정된 ‘미성년자보호법’

172) 이 측면에 관한 상세한 논의는 박용상, 표현의 자유, 현암사(2002) 288면 이하 참조.

173) 박용상, 표현의 자유, 현암사(2002) 288면 이하 참조.

과 ‘아동복지법’(1981년 아동복지법으로 전면 개정)은 주로 청소년의 규제·보호를 중점으로 하였으나, 1987년 ‘청소년육성법’이 제정됨으로써 청소년에 대한 지원·육성이라는 관점이 중요시되게 되었고, 동법은 1991년 제정된 청소년기본법(1991. 12. 31. 법률 제4477호, 1993. 1. 1. 시행)으로 발전하였다. 그 후 1997년 제정된 청소년보호법(1997. 3. 7. 법률 제5297호, 1997. 7. 1. 시행)은 청소년에 대한 규제·보호에 관하여 새로운 규율을 베풀고 있다.

청소년관계법 중에서 청소년보호를 위한 표현행위에 대한 규제는 미성년자보호법(내무부 소관)과 아동복지법(보건사회부 소관)에 별도로 규정되어 왔다. 그러다가 1997년 청소년보호법이 제정됨으로써 청소년 보호를 위한 체계적 규제가 행해지게 되었고, 1998년 말 동법 개정에 의해 미성년자보호법은 동법에 흡수·폐지되게 되었다.

애초에 1961년 신규 제정된 미성년자보호법(1961. 12. 13. 법률 제834호)은 청소년에 유해한 ‘공연물’에 한하여 미성년자의 접근을 금지하였다. 동법은 선량한 풍속을 해할 염려가 있는 공연물로서 미성년자가 관람할 수 없는 공연물에 관하여 “그 내용이 역사적 사실에 어긋나거나 내용의 전부 또는 일부가 심한 성적 감정의 자극, 포악성의 조장, 범죄의 유발 기타 미성년자의 건전한 보호육성에 유해하다고 인정되는 것”이라고 규정하였었다(동법 제2조 제1항 제3호, 동법 시행령 제2조 제2항). 또 구 미성년자보호법에 의하면 공연물을 미성년자에게 관람시키기 위하여는 허가 또는 승인을 요하였고(동법 제3조), 미성년자의 관람이 금지된 공연물을 공연할 때에는 그 취지를 표시하여야 했다(동법 제4조).

그 후 1979년 개정 미성년자보호법(1979. 12. 28. 법률 제3170호)은 미성년자 보호를 위해 공연물 이외에 ‘도서’에 관하여도 이를 규제하는 조항을 신설하였다. 미성년자에 대한 음란한 도서의 영향을

방지하기 위해 신설된 동 개정법률 제2조의 2는 ‘불량만화 등의 판매금지’라는 제목 하에 “미성년자에게 음란성·포악성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화(이하 ‘불량만화’라 한다)를 미성년자에게 반포, 판매, 증여·대여하거나 관람시키는 행위와 이러한 행위를 알선하거나 이에 공할 목적으로 불량만화를 소지·제작·수입·수출하는 행위”(동법 제2조의 2 제1호)와 “미성년자에게 음란한 문서·도화·음반류 기타 물건을 반포·판매·증여·대여하거나 관람시키는 행위와 이러한 행위를 알선하거나 또는 이에 공할 목적으로 이들을 소지·제작·수입·수출하는 행위”(동법 제2조의 2 제2호)를 금지하고, 영리를 목적으로 한 위반행위를 가중처벌하는 규정을 신설하였다(동법 제6조의 2).

그와 함께 “경찰서장은 미성년자가 소유하거나 소지하는 불량만화, 음란한 문서, 도화, 음반류 기타 물건을 증명서를 교부하고 수거하여 폐기 기타 필요한 처분을 할 수 있”도록 하는 규정(동법 제5조 제6항)이 신설되었는데, 이것은 경찰관서에 의한 표현물의 규제를 규정한 것이었다. 위 미성년자보호법은 1999년 청소년보호법의 개정(1999. 2. 5. 법률 제5817호)으로 청소년보호법에 흡수·폐지되었다.

한편, 18세 미만의 자에게 적용되었던 아동복지법(전문개정 1981. 4. 13. 법률 제3438호)은 위 미성년자보호법과 별도로 아동의 인격발전에 해로운 행위를 처벌하는 조항을 담고 있었다. 즉, 동법 제18조는 공중의 오락 또는 흥행을 목적으로 14세미만의 아동으로 하여금 곡예를 시키는 행위(동조 제3호), 아동에게 유해한 흥행·영화 기타 이에 준하는 흥행물을 관람시키는 행위(동조 제7호), 아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물

을 제작하거나, 이를 아동에게 판매·반포·공여·교환·전시·공연·방송하거나 하게 하는 행위(동조 제11호)를 형사처벌하는 규정을 두고 있었다. 그러나 청소년보호법의 처벌규정과 중복되는 위 규정들은 2000년 동법 개정시 삭제되었다(2000. 1. 12. 법률 제6151호로 전문 개정된 아동복지법 제29조 참조).

다. 청소년보호법의 제정

(1) 경위

청소년보호를 위한 기존의 규제법제가 혼란을 피할 수 없었던 것은 청소년보호를 위한 법률이 각각 소관 부처가 다른 개별법률에 의해 별도로 규정되었을 뿐 아니라, 청소년이 주체가 된 알 권리 등 기본권에 대한 제한이라는 측면과 청소년 보호의 이익을 위해 일반성인의 표현의 자유를 제한한다는 측면이 구별되지 못한 채, 별개의 관점이 혼동되어 왔던 것도 그 이유 중의 하나였다.

그 예를 들면 위 각 특별법에는 심지어 ‘청소년’의 개념설정 및 그 연령기준 조차 통일되지 못하였다.

종전에 청소년의 나이와 관련해 청소년기본법은 청소년을 9세 이상 24세 이하의 자로 정의하는가 하면(동법 제3조 제1호), 청소년보호법(청소년보호법 제2조 제1호)과 풍속영업규제법, 아동복지법, 영화진흥법 등은 18세 미만으로 각각 규정하였고, 미성년자보호법은 20세 미만으로, 소년법에서는 20세 미만자를 대상으로 형사상의 특례를 규정하고 있다.

이렇게 청소년보호법은 만 18세 미만을 청소년으로 규정함에 따라 일부 고교 3학년생의 경우 마음대로 술집이나 비디오방 등 유흥업소 출입이 가능하게 돼있어 이들을 보호할 장치가 없는 반면, 미성년자보호법에 따르면 대학생이나 직장인·군인까지 만 20세가 되기까지는 음주·흡연을 할 수 없고, 이들을 출입시킨 유흥업소 주인은 처벌을

받도록 되어 있었다.

1998. 12. 24. 국회를 통과한 청소년보호법 개정안은 종래 18세 내지 20세로 들쭉날쭉 돼있는 청소년의 나이를 '19세 미만인 자'로 통일하고, 청소년 관련 사항을 규정하고 있는 미성년자보호법을 폐지·흡수함과 함께 청소년보호법에 맞추어 풍속영업규제법을 정비하였다. 청소년보호법은 "청소년 유해환경의 규제에 관한 형사처벌에 있어서 다른 법률에 우선하여 적용한다"고 하여 특별법으로서 우선 적용되게 되어 있다.

위와 같이 청소년보호법에 청소년 연령 기준이 19세 미만으로 개정된 후에도, 문화관련 법률에는 여전히 18세 미만으로 되어 있어 법령을 적용하는데 혼선이 적지 않았다. 즉, 현행 청소년보호법, 방송법, 전기통신사업법 등은 유해매체물의 접근이 금지되는 청소년 나이를 19세미만으로 정하고 있는 반면, 음반·비디오물및게임물에관한법률, 영화진흥법, 공연법 등은 연소자 나이를 18세미만으로 정하고 있다. 더욱이 청소년보호법은 청소년 나이를 19세로 정하고 있으면서 동시에 그 시행령 제19조에서 "다른 법령에서 청소년출입에 관하여 특별한 규정을 두고 있는 경우에는 당해 법령이 정하는 바에 의한다"라고 규정하고 있어 혼란을 가중시키고 있다. 각종 단속에서 적발되는 청소년 중 "18세 이상 19세미만"에 해당하는 사례가 빈발하고 있기 때문이다.

이 같은 혼선을 막기 위해 청소년보호위원회와 관련부처는 청소년보호법을 비롯한 관련 법률의 청소년 나이를 연19세로 통일키로 하고 법률개정을 추진키로 한 바 있었다. 정부가 제출한 개정안에 대해 국회는 2001. 4. 26. 청소년보호법 중 만19세가 되는 해의 1월 1일이 되면 생일이 지나지 않더라도 만19세로 간주하는 이른바 '연19세'안을 통과시켰으나, 같은 달 28. 음반·비디오물및게임물에관한법률은 문화관광위의 반대로 현행대로 '만18세'의 규정이 그대로 유지되었다.

이러한 혼란 때문에 판례는 18세 이상 19세 미만의 청소년을 비디오물감상실에 출입하게 한 행위가 청소년보호법위반죄(동법 제51조 제7호, 제24조 제2항 위반)에 해당하지만, 피고인은 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 않는 것으로 오인하였고 그 오인에 정당한 사유가 있는 경우에 해당한다고 봄이 상당하다는 이유로 무죄를 선고한 바 있다.¹⁷⁴⁾

174) 대법원 2002. 5. 14. 선고 2002도344 판결.

또 청소년유해성의 기준도 각 법률이나 이를 운영하는 기관마다 달랐다. 각 매체의 특성상 해당 매체를 규율하는 관할권은 여러 기관에 분담되고 있었는데, 예를 들면 영화, 비디오, 음반 및 새 영상물 등은 문화공보부(후에 정부직제 개편으로 문화체육부, 문화관광부)의 소관이었고, 방송, 유선방송 및 정기간행물은 공보처(후에 정부직제 개편으로 문화공보부, 문화체육부, 문화관광부 또는 방송위원회 등)의 소관으로, 그리고 전화, PC통신 및 정보통신에 관하여는 정보통신부의 소관으로 되어 있었고, 이러한 사정은 각종 매체를 사전심의하는 심의기관들에 있어서도 마찬가지였다. 그 때문에 청소년유해매체는 여러 심급을 통해 각기 다른 기준에 따라 산발적으로 규제되고 있었다.

더욱 심각한 제도상의 문제는 여러 매체들의 유통과정을 체계적·유기적으로 관리할 수 있는 통합적인 제도와 정책이 없었을 뿐 아니라 ‘청소년 보호’를 전담하는 부서가 없었다는 점이다.¹⁷⁵⁾

이와 관련하여 간과할 수 없는 또 하나의 중요한 문제점은 종전에는 음란 규제 등에 있어서 ‘성인규제’와 ‘청소년 보호를 위한 규제’를 구별하지 못하고 혼동되었다는 점이었다. 즉, 성인규제의 방식과는 달리 ‘청소년유해성의 기준’은 매체 자체의 속성으로부터 성인에게는 허용되나 청소년에게 유해한 매체를 구별해야 할 뿐만 아니라, 더 나아가 매체의 유통과정과 관련하여 청소년의 유해성을 구체화할 것이 요구되었음에도 이러한 요청이 실제로 실현되지 못하였던 것이다.¹⁷⁶⁾

진술한 바와 같이 자유주의적 선진 형법을 채택하는 나라의 예를

175) 김영환, ‘청소년유해매체 관리·규제를 위한 법적 장치’, 청소년생활환경개선종합대책 - 청소년유해매체에 대한 법적·제도적 대책에 관한 연구 -, 한국청소년개발원(1996. 12.) 145면.

176) 김영환, 전계 논문 172면.

보면 성인기준의 음란성과 청소년 유해성을 구별하여, 전자는 하드코어 포르노로서 전면적으로 금지하나, 후자는 소프트코어 포르노로서 청소년에 대한 유통만을 통제함이 일반적이다. 그에 비하여 우리 형법은 성인규제와 청소년 보호를 서로 구별하지 않고 ‘음란물’이라는 하나의 기준만을 내세운 결과, 음란성의 판단이 청소년 유해성과 혼동하는 양상을 띠게 되어 양자의 입장을 어느 것도 충족시킬 수 없는 상황을 연출하여 왔다. 그러한 운영체제하에서는 “청소년에게는 유해하지만 성인에게는 허용되는 성표현물”이라는 개념이 들어설 수 없었고, 그 때문에 그러한 부류에 속하는 매체물의 일부는 아무런 형법적 규제없이 유통되어 온 한편, 그러한 매체물의 일부는 성인에게도 접근이 금지되는 2중적인 잘못을 가져왔던 것이다. 그 결과 성인의 표현의 자유와 알 권리를 주장하는 입장에서는 그러한 관행이 언제나 그들의 권리를 침해한다고 주장하였기 때문에 법운영자로서는 음란성을 완화된 기준으로 잡을 수밖에 없었고, 다른 한편 그러한 타협적 결정은 청소년보호를 주장하는 측에서 보아 언제나 청소년 보호를 위해 미흡하다는 비난을 불렀던 것이다.

(2) 청소년보호법의 기본체제

청소년보호법은 이러한 문제를 해결하기 위해 각종 특별법에 산재되어 있는 청소년에 대한 유해성의 개념을 통일하여 청소년유해매체물의 개념과 적용범위를 확정하고, 이를 근거로 청소년보호를 위한 각종 심의기관에서 심의기준을 명확히 함과 동시에, 청소년보호위원회를 청소년보호를 위한 총괄적인 주무관청으로 신설하여 위와 같은 원칙을 추진할 수 있는 제도적 기반을 마련하였다. 이로써 모든 매체물에 대한 청소년보호를 위한 규제의 법체가 단일법으로 통일·체계화되었으며, 청소년유해성에 관하여 통일되지 못하였던 각종 심의기관들의 심의실무에 관하여 조정과 통일을 기할 수 있게

된 것이다. 청소년보호법은 청소년관계에 관한 우선적 특별법의 성격이 명확히 됨으로써 이러한 통일적 적용은 명문에 의해 확보되고 있다(동법 제6조).

그 뿐 아니라 동법은 성인규제와 청소년규제의 2원적 구별을 명백히 하여 성인에게는 허용되나 청소년에게 금지되는 매체를 구분하는 전제에서 청소년과 성인 대상의 매체를 구분해 유통구조를 관리하는 포괄적인 관리체제를 설립하고 있다.

(3) 청소년보호위원회의 설립

청소년보호법이 새로이 규정한 것 중 무엇보다 중요한 점은 청소년보호를 위한 통일적 관할기관으로서 청소년보호위원회를 신설하였다는 점이다(동법 제27조). 동법에 의하면 청소년보호위원회는 청소년보호에 관한 규제업무를 총괄하는데, 한편에서는 조정 및 보완적 기능을, 다른 한편에서는 총괄적 기능을 수행한다(동법 제8조).¹⁷⁷⁾

첫째, 청소년보호위원회의 조정 및 보완 임무는 청소년보호와 관련된 행정규제에 있어서 기존의 각종 심의기관의 기능과 활동을 전제로 그들에게 통일적인 청소년 유해성 기준을 제시한다든가 혹은 관계인의 신청에 의해 예외적으로 등급심사를 하게된다.

둘째, 청소년보호위원회의 본래적인 임무는 청소년보호에 관한 총괄적 기능을 수행함에 있는데, 그 중에는 ① 각각의 심의기관들의 심의 결과를 종합하고 ② 그 이외에 이미 반포된 매체들 중 유해성 여부가 문제되는 경우 이를 사후심사하여 청소년 유해판정을 행하며 ③ 위 단계에서 확인된 청소년 유해매체들을 청소년유해매체물 목록에 게재하여, 이를 정기적으로 공고하고 ④ 위 목록에 게재된 매체를 불법적으로 유포하는 행위를 단속하여 검찰에 형사고발하는

177) 김영환, 전계 논문 173면 이하.

등의 임무가 포함되어 있다. 또 청소년보호위원회는 청소년유해매체물의 청소년유해표시, 포장, 기타 유통상의 준수사항을 위반한 자에게 그 시정을 명하고(동법 제37조 제1항), 그 시정명령을 이행하지 아니한 자에 대하여 과태료에 처할 수 있고(동법 제56조), 동법상의 형사처벌조항에 위반한 행위로 인하여 이익을 취득한 자에 대하여 과징금을 부과·징수할 수 있다(동법 제49조).

라. 청소년보호법의 합헌성 논란

청소년보호법이 규정하는 청소년유해매체물 규제제도는 청소년뿐 아니라 성인에 대하여도 청소년유해물에 관하여 여러 가지 제한을 규정하고 있다. 청소년보호위원회와 각 심의위원회가 청소년에 유해한 매체물을 결정·고시하게 되면 그 매체물은 유통과 배포에 상당한 제한을 받게 된다. 청소년유해매체물에 관하여 청소년보호법은 청소년에 대한 제시를 금지함과 함께 청소년에게 보여지지 아니하도록 하기 위해 그 배포와 유통을 제한하고 있기 때문이다.

이러한 제한이 합헌인가는 논란의 여지가 있고, 이에 관하여는 기본권, 특히 표현의 자유의 제한에 있어서 합헌 요건에 관한 검토가 필요하다. 여기서는 앞서 본 바와 같이 청소년을 제한하는 측면 및 성인을 제한하는 측면을 나누어 살펴볼 필요가 있다.

첫째, 청소년유해매체물에 대한 규제는 청소년의 알 권리 내지 행복추구권을 제한하게 되므로 그 한계가 문제된다는 점이다. 이 논의는 청소년이 기본권의 주체로서 파악되고 어린이·청소년의 헌법상 지위 및 기본권 향유능력과 관련한 논의를 필요로 할 뿐 아니라, 어린이·청소년이 보호·교육관계에서 받는 제한은 그 특별관계 설정의 제도적 취지에 비추어 그 제한의 한계가 설정된다.¹⁷⁸⁾

둘째, 청소년보호법상 일련의 제한조치는 일반 성인에 대하여 청소년 유해행위를 하지 못하도록 함으로써 표현의 자유나 경제활동을 제한할 뿐 아니라 성인의 알 권리 내지 행복추구권을 제한하는 측면을 갖게 된다. 이 경우에는 일반 시민인 성인이 기본권의 주체로 파악되어 청소년보호의 이익이 바로 공익으로서 기본권활동의 제약사유로 등장하게 되는 것이다.

또 청소년유해매체물을 심의 판정하는 절차가 헌법상 검열금지의 원칙에 반하지 않는가 하는 점도 고찰되어야 한다.

지면 관계상 위 각 측면에서 위헌 여부에 관한 상세한 논의는 별도의 기회에 미루고 여기서는 단지 청소년보호법상의 규제 제도가 청소년보호의 정당한 목적을 실현하기 위한 필요한 규제수단을 규정한 것으로 보아야 한다는 결론만을 언급하고자 한다.

다만, 신규 제정된 우리의 청소년보호법이 강력한 규제를 마련하고 있음은 청소년 보호라는 헌법상의 필수적 이익의 보호를 위해 불가피한 것이라고 하더라도 이를 위해서 과잉금지의 원칙을 지키고, 법치주의적 법적 안정성을 도모하려면 심의기관의 구성 및 그 절차적 보장과 심의기준의 명확화 등 세심한 배려가 요청된다 할 것이다.

독일의 청소년 보호법제는 종전의 사후심의체제에서 1985년 청소년보호법의 제정으로 사전심의제로 전환하였다는 점에 주목할 필요가 있다. 독일에서는 우리와 마찬가지로 헌법상 사전검열이 금지되고 있음에도 자율규제를 공공기관이 수용하는 방법에 의해 사전검열금지의 명령에 위반하지 않으면서 사전규제의 이점을 살린다는 점에서 효율적이고 합리적인 청소년보호제도가 시도되고 있는 것이

178) 이 측면에 관한 상세한 논의는 박용상, 표현의 자유, 헌암사(2002) 288면 이하 참조.

다. 청소년유해물의 전과 이전에 그 전과를 억제하기 위해 사전규제가 불가피하였음은 우리와 사정이 다르지 않을 것이다.

이 점에서 독일의 청소년보호법제가 채용하는 정치한 기관적·절차적 고안은 청소년의 표현의 자유 및 알 권리를 제한함에 있어서 그 실질적 법치성을 보장하고, 청소년보호의 이익과 표현자유 이익간의 실천적 조화의 전형을 보여주고 있다고 할 수 있다. 우리의 청소년보호법제의 형성과 운영에 참고가 될 수 있을 것이다.

2. 청소년보호법상 청소년유해매체물

가. 개념 및 적용범위

(1) 정의 - 고시된 매체물과 간주되는 매체물

청소년보호법상 청소년유해매체물(법 제7조)에는 ① 결정·의결·확인을 거쳐 고시된 것(동법 제2조 제3호)과 ② 청소년유해매체물로 간주되는 매체물(동법 제12조 제6항)이 있다. 첫째, 고시에 의한 유해매체물로서는 청소년보호위원회 또는 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정하거나 확인하여 고시한 매체물이 있다(동법 제8조 및 제12조). 둘째, 유해매체물로 간주되는 것은 매체물의 제작·발행자, 유통행위자 또는 매체물과 관련된 단체가 자율적으로 청소년유해표시 또는 포장을 한 것으로서 청소년보호위원회 또는 각 심의기관의 최종결정이 있을 때까지 청소년유해매체물로 취급되는 것을 말한다(동법 제12조 제6항).

(2) 형식적 개념과 실질적 개념의 구별필요성

여기서 청소년유해매체물의 개념에 관하여 그 형식적 개념과 실

질적 개념을 구별하여 볼 필요가 있다. 청소년보호법은 명문으로 ‘청소년유해매체물’이라 함은 “제8조 및 제12조의 규정에 의하여 청소년보호위원회가 청소년에게 유해한 것으로 결정하거나 확인하여 고시한 매체물” 및 “제8조 제1항 단서의 규정에 의한 각 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 의결 또는 결정(이하 ‘결정’이라 한다)하여 청소년보호위원회가 고시하거나 제12조의 규정에 의하여 청소년에게 유해한 것으로 확인하여 청소년보호위원회가 고시한 매체물”(동법 제2조 제3호)이라고 정의하고 있다. 이렇게 정의된 동법상의 개념은 형식적 개념인데, 이것은 실제로 청소년 유해기준에 해당하면서 위와 같은 결정이나 확인과 고시를 거치지 아니한 청소년유해매체물을 의미하는 실체적 개념과 구별하여 사용할 필요가 있다. 그 구별의 이유 및 실익에 관하여는 후술한다.¹⁷⁹⁾

(3) 매체물의 종류

청소년보호법이 적용되는 매체물로서 동법은 다음과 같은 종류의 매체물을 들고 있다(동법 제7조).

- ① 음반·비디오물및게임물에관한법률의 규정에 의한 음반, 비디오물 및 게임물(청소년보호법 제7조 제1호)
- ② 공연법 및 영화진흥법의 규정에 의한 영화·연극·음악·무용, 기타 오락적 관람물(청소년보호법 제7조 제3호)
- ③ 전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보(청소년보호법 제7조 제4호)
- ④ 방송법의 규정에 의한 방송프로그램(단, 보도방송 프로그램은 제외)(청소년보호법 제7조 제5호)
- ⑤ 정기간행물의등록등에관한법률의 규정에 의한 일반일간신문

179) 후술 본절 II. 2. 라 참조.

이외의 각종 신문 및 잡지 기타 간행물(이들 중 정치, 경제, 산업, 과학, 시사, 종교분야는 제외된다) 및 동시행령이 규정하는 각 간행물(청소년보호법 제7조 제6호, 청소년보호법 시행령 제4조 제1항, 정기간행물의등록등에관한법률시행령 제1조의2). 여기에는 외국에서 제작·수입된 간행물이 포함된다.

⑥ 정기간행물 외의 간행물 중 만화, 사진첩, 화보류, 소설 등의 도서류, 전자출판물, 기타 대통령령이 정하는 것(청소년보호법 제7조 제6호) 여기에는 외국에서 제작·수입된 간행물이 포함된다. 여기서 ‘전자출판물’이라 함은 문자 등의 정보가 전자적 기록매체에 수록되고, 컴퓨터 등의 전자장치의 도움으로 보고 듣거나 읽을 수 있는 물체를 말한다. 다만, 음반·비디오물및게임물에관한법률의 적용을 받는 것을 제외한다(청소년보호법 시행령 제4조 제2항).

⑦ 옥외광고물등관리법의 규정에 의한 간판·입간판·벽보·전단 기타 이와 유사한 상업적 광고선전물과 상술한 각종 매체물에 수록·게재·전시, 기타 방법으로 포함된 상업적 광고 선전물(청소년보호법 제7조 제7호)

⑧ 기타 청소년의 정신적·신체적 건강을 해칠 우려가 있다고 인정되는 매체물(청소년보호법 제7조 제8호). 여기에는 매체물의 성격이 2 이상 혼합된 복합적인 매체물과 사무실·가정 등 옥내에 배포되는 광고용의 전단 및 이와 유사한 광고선전물이 해당한다(청소년보호법 시행령 제4조 제4항).

그러나 청소년보호법은 일반 일간신문이나 보도방송 프로그램 등 보도·논평 또는 여론형성을 목적으로 하는 매체물에 대하여는 설사 거기에 청소년에 유해한 내용이 등장한다고 하더라도 동법의 규제를 적용하지 아니하도록 하고 있다. 그것은 그들에 대한 심의가 현저히 어려울 뿐 아니라 거기에는 그러한 내용이 배제되는 현실상

의 실정을 고려한 것으로 볼 수 있다.

독일의 경우에도 청소년보호법(Jugendschutzgesetz in der Öffentlichkeit, JÖSchG)은 의학적, 교육학적 기타 학문적 목적으로 제작된 영상물 또는 정보제공, 교양, 정치, 연구 등 영리의 목적 없이 제작된 영상물에 대하여는 사전심의와 연령 분류심사를 면제한다(동법 제6조 제6항 및 제7조 제2항). 이러한 종류의 표현물이면 대학, 학교, 교육기관, 연구기관에 의한 것 뿐 아니라 영리회사에서 제작된 것도 이에 포함될 수 있다고 해석된다.¹⁸⁰⁾

나. 청소년유해성의 개념

(1) 연혁 및 문제점

종전에 청소년유해성의 개념은 행정적인 사전규제의 단계에서 각종 심의기관의 설치와 권한을 규정하는 법률에 산발적으로 규정되어 왔다. 그 때문에 이들 법률에서 청소년보호를 위해 규제되는 유해행위를 정의하는 조항은 여러 측면에서 문제가 있었다.

첫째로, 청소년 보호라는 목적에 따른 통일적인 해석과 적용이 불가능하였다는 점이다. 예컨대, 구 공연윤리위원회(후에 공연예술진흥협의회)의 심의기준에 관하여는 구 음반및비디오에관한법률 제18조 제2항과 구 영화진흥법 제13조 제1항이, 방송위원회의 심의기준에 관하여는 구 방송법 제20조 제2항이, 그리고 종합유선방송위원회의 심의기준에 관하여는 구 종합유선방송법 제37조가 나름대로 그 기준을 규정하고 있었는데, 그 규정은 각자가 상이하였다.

둘째로, 이들 법률에 명시되어 있는 ‘청소년 보호’ 관련 규정은 너

180) 박용상, 전제 ‘독일에서 청소년 보호를 위한 표현자유의 규제’, 292면.

무 추상적이어서 명확성의 원칙에 반하고, 결국 그 위반을 이유로 하는 처벌은 죄형법정주의에 반하지 않는가 하는 점이 논란되었다. 종전의 입법례에 의하면 청소년보호를 취지로 하는 각 특별법은 ‘아동 및 청소년의 선도에 관한 사항’이라든가 기타 추상적 문구만을 이용한 규정만을 두고, 그 구체적 내용을 시행령에 위임하여 시행령에서 이를 구체화하는 형식을 취하고 있었다. 그러나 이러한 입법형식은 표현의 자유를 제한하는 법률이 엄격한 명확성원칙을 충족하여야 한다는 기본권 제한의 일반원리를 준수하지 아니한 것일 뿐 아니라, 위 심의기준은 그에 따른 심의결과를 위반한 경우 해당 특별법 상 처벌의 구성요건이 된다는 점에서 위임입법에 의한 처벌로서 죄형법정주의에 위반된다는 비난을 피할 수 없게 된다. 특히, 형법상 음란물죄보다 형벌을 가중하고 있는 특별법의 경우에는 이렇게 시행령에 의해 세부기준을 별도로 마련하는 입법방식은 더 문제가 될 것이다.¹⁸¹⁾

셋째로, 보다 심각한 문제는 이들 특별법상 심의기준의 설정과 해석·적용이 성인규제와 청소년 보호를 위한 규제를 혼동하고 있기 때문이었는데, 이로 인하여 생기는 문제는 전술한 바와 같다.

(2) 현행 청소년보호법의 규정

현행 청소년보호법에 의하면 각종 매체물을 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정되는 매체물에 대하여는 청소년유해매체물로 결정하여야 하는데(동법 제8조), 동법 제10조는 청소년에 유해한 것으로서 각종 심의기관이 청소년유해매체물로 결정할 사항을 통일적으로 규정한다. 즉, 청소년보호위원회와 각 심의기관은 심의를 함에 있어서 당해 매체물이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 청소년유해

181) 김영환, 전거 ‘청소년유해매체 관리·규제를 위한 법적 장치’, 165면.

매체물로 결정하여야 한다 (법제10조, 법률상 일반기준).

- ① 청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것
- ② 청소년에게 포악성이나 범죄의 충동을 일으킬 수 있는 것
- ③ 성폭력을 포함한 각종 형태의 폭력행사와 약물의 남용을 자극하거나 미화하는 것
- ④ 청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적·비윤리적인 것
- ⑤ 기타 청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것

동법은 심의기준을 구체적으로 적용함에 있어서는 현재 국내사회에서의 일반적인 통념에 따르며 그 매체물이 가지고 있는 문학적·예술적·교육적·의학적·과학적 측면과 그 매체물의 특성을 동시에 고려하여야 한다고 규정한다(청소년보호법 제10조 제2항).

이로써 청소년유해성의 내용이 청소년보호법에 사항별로 열거되어 명문화되었으나, 위 규정들이 과연 명확성원칙에 부합하는가 여부가 논란되고 있다.

동법은 이러한 논란에 대처하기 위해 대통령령에 구체적인 심의기준과 그 적용에 관하여 필요한 사항을 위임하고 있는데(동법 제10조 제3항), 동법 시행령이 규정하는 구체적 기준은 다음과 같다(동법 시행령 제7조 및 동 별표 1, 청소년유해매체물의 심의기준의 2. 개별 심의기준).

- 가. 음란한 자태를 지나치게 묘사한 것
- 나. 성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것
- 다. 수간을 묘사하거나 혼음, 근친상간, 동성애, 가학·괴학성음

란중 등 변태성행위, 매춘행위 기타 사회통념상 허용되지 아니한 성 관계를 조장하는 것

라. 청소년을 대상으로 하는 성행위를 조장하거나 여성을 성적 대상으로만 기술 하는 등 성윤리를 왜곡시키는 것

마. 존속에 대한 상해·폭행·살인 등 전통적인 가족윤리를 훼손할 우려가 있는 것

바. 잔인한 살인·폭행·고문 등의 장면을 자극적으로 묘사하거나 조장하는 것

사. 성폭력·자살·자학행위 기타 육체적·정신적 학대를 미화하거나 조장하는 것

아. 범죄를 미화하거나 범죄방법을 상세히 묘사하여 범죄를 조장하는 것

자. 역사적 사실을 왜곡하거나 국가와 사회존립의 기본체제를 훼손할 우려가 있는 것

차. 저속한 언어나 대사를 지나치게 남용하는 것

카. 도박과 사행심조장 등 건전한 생활태도를 저해할 현저한 우려가 있는 것

타. 청소년유해약물 등의 효능 및 제조방법 등을 구체적으로 기술하여 그 복용·제조 및 사용을 조장하거나 이를 매개하는 것

파. 청소년유해업소에의 청소년고용과 청소년출입을 조장하거나 이를 매개하는 것

하. 청소년에게 불건전한 교제를 조장할 우려가 있거나 이를 매개하는 것

한편 동법 시행령이 규정하는 일반심의기준은 심의시의 요령으로서 ① 매체물에 관한 심의는 당해 매체물의 전체 또는 부분에 관하여 평가하되, 부분에 대하여 평가하는 경우에는 전반적 맥락을 함께

고려할 것 ② 매체물 중 연속물에 대한 심의는 개별 회분을 대상으로 할 것 ③ 심의위원 중 최소한 2인 이상이 당해 매체물의 전체 내용을 파악한 후 심의할 것 ④ 실제로 제작·발행 또는 수입이 되지 아니한 매체물에 대하여 심의하고자 하는 경우에는 구체적·개별적 매체물을 대상으로 하지 아니하고 사회통념상 매체물의 종류, 제목, 내용 등을 특정할 수 있는 포괄적인 명칭 등을 사용하여 심의할 것 등을 규정하고 있다(동법 시행령 제7조 별표 1의 1. 일반심의 기준).

(3) 검토

(가) 명확성 요건의 충족 여부

현행 청소년보호법은 청소년유해성의 내용을 사항별로 열거하여 명문화하고 있으나, 위 규정이 헌법상 기본권 제한의 일반원칙인 명확성원칙에 부합하는가 여부가 논란되고 있다.

종전 명확성 원칙에 관하여 헌법재판소는 “모든 법규범의 문언을 순수하게 기술적 개념만으로 구성하는 것은 입법기술적으로 불가능하고 또 바람직하지도 않기 때문에 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용하지 않을 수 없다”는 점을 인정하고, 그러므로 법문언이 해석을 통해서, 즉 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미내용을 확인해낼 수 있고, 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다”고 판시한 바 있다.¹⁸²⁾

다음 독일의 관례도 유사한 입장을 취한다.

[사례] 청소년유해물 심의 판결 (1994)

독일 연방헌법재판소 1994. 2. 11. 결정 BVerfGE 90, 1

182) 음란물 출판사 등록취소 사건 헌법재판소 1998. 4. 30. 95헌가16.

이 사건에서 독일 연방헌법재판소는 청소년에 유해한 문서를 금서 목록에 등재하여 그 배포와 광고를 제한하는 ‘청소년유해도서배포에 관한 법률’(Jugendgefährdungsgesetz, GjS, 1953. 1. 9. BGBl. 1 S. 377, ‘청소년유해물법’이라고도 함)을 합헌으로 판단하였다. 금서목록 등재되어 공고된 문서는 어린이와 청소년에게 배포가 금지되며(제3조), 서점 이외의 장소에서 배포가 금지되고(제4조) 광고가 금지된다(제5조).

동법에는 청소년에 유해한 문서의 정의로서 “어린이 또는 청소년을 도덕적으로 해할 수 있는 문서”라고만 규정하고, 그러한 문서의 예로서 “비윤리적이거나, 야만성을 불러일으키거나, 폭력, 파괴 또는 인종 혐오를 야기시키거나 전쟁을 찬양하는 문서”를 예시하고 있을 뿐이었다.(동법 제1조 제1항). 다만, 예외조항으로서 동조 제2항은 ① 정치적, 사회적, 종교적 또는 세계관적인 내용만을 이유로 하는 경우 ② 문서가 예술 또는 학문, 연구 또는 학습에 기여하는 경우 ③ 문서가 공공의 이익을 위한 경우(단 표현방식이 다투어질 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다)에는 금서목록에 등재하지 아니할 수 있다는 규정을 두고 있었다.

위 조항에 대하여 위헌 여부가 쟁점이 된 사안에서 독일 연방헌법재판소는 실제로 문서가 금서목록에 등재될 것인가의 여부는 동법 제1조 제1항의 문구에 의해 바로 해결될 수는 없다는 점을 인정하였다. 동법 제1조 제1항의 금서요건은 윤곽을 거의 알아보기 어렵고 계속 변하는 도덕규범을 원용하고 있으며, 비윤리적 서적이 미치는 영향력은 바로 측정되지도 아니하고, 학문적으로 다투어지고 있어 청소년 독자에 대한 위험가능성도 불명확하기 때문이다.

그럼에도 금서요건을 개념적으로 더 명확히 하기는 거의 불가능하기 때문에, 이러한 경우 일반조항을 사용하더라도 전통적인 법학방법에 의한 해석이 명확성요건을 만족시킬 수 있으면 된다고 보아야 하며(BVerfGE 17, 67 [82]; 83, 130 [145]), 이 사건 문제된 법률은 그에 해당하는 예시를 제시함으로써 도덕을 해할 위험성이 명백하고 현저한 경우에 한하여 금서요건에 해당하는 것으로 금서요건의 특징을 위한 해석근거를 제공하고 있는 한편, 동 예외조항에 의해 정치적, 사회적, 종교적 또는 세계관적인 내용만을 이유로 하여서는 금서목록에 등재할 수 없도록 배려하고 있는 점에 비추어 위 규정은 종합적으로 보아 명확성원칙에 위반하는 것이 아니라고 결론지었다.

이러한 입장에서 볼 때 심의기준을 구체화·명확화하는 데는 기

술적으로 한계가 있고, 뒤에서 보는 바와 같이 해석에 의해 보완될 수 있음을 보면 청소년보호법이 규정하는 청소년유해성 심의기준은 최소한의 명확성을 갖추었다고 볼 수 있을 것이다.

그러나 한편 헌법재판소는 불량만화 사건에서 위와 같은 기본적인 입장과 다소 어긋나는 듯한 결론을 취한 바 있다.

[사례] 불량만화 사건(2002)

헌법재판소 2002. 2. 28. 99헌가8

이 사건에서는 “미성년자에게 음란성 또는 잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화”(이른바 ‘불량만화’)를 미성년자에게 제시하는 행위 등을 금지하고 그 위반시에 처벌을 규정하는 구 미성년자보호법 관계 조항(동법 제2조의2 제1호)과 “아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서, 간행물, 광고물, 기타의 내용물을 제작하거나, 이를 아동에게 판매, 반포, 공여, 교환, 전시, 공연, 방송하거나 하게 하는 행위”를 금지하고 그 위반시에 처벌하는 구 아동복지법 관계 조항이 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반하는가 여부가 문제되었다.

이 사건에서 헌법재판소는 위 조문상 “잔인성을 조장할 우려가 있거나 기타 미성년자로 하여금 범죄의 충동을 일으킬 수 있게 하는 만화”라는 정의와 “아동의 덕성을 심히 해할 우려가 있는 도서” 등이 명확성원칙에 위반하여 위헌이라고 선언하였다.

그러나 독일의 판례에 비교하여 보면 이러한 입장은 명확성의 요청을 너무 높게 설정한 것이라 아니할 수 없고, 결정 이유가 제시하는 바에 의하더라도 입법자가 명확성을 기하기 위해 행할 수 있는 문언 작성에 관하여 아무런 지침도 주지 못한다는 점에서 비판을 면할 수 없다고 할 것이다. 필수적인 입법목적이 인정되는 사안에서 헌법재판소 자신이 법학적 해석방법을 동원하여 그 뜻을 추려내는 등 합헌적으로 해석하여 입법의 결함을 보완하고 집행에 지침을 제시하려는 시도를 하지 아니한 것이기 때문이다.

청소년보호법이 규정하는 청소년유해성 심의기준이 명확성원칙에 부합하는 것으로 보는 경우에도 시행령 상의 개별심의기준과 관계

에서 명백히 할 점이 있다. 명확성 원칙은 기본권 제한이 법률로써 명확하게 규정되어야 함을 의미하므로 위 법률의 집행에 불과한 시행령의 규정에 의해 법률의 명확성이 보완·치유된다고 생각하여서는 아니되고, 시행령의 규정은 단지 법률에 의한 기준의 설명이나 예시에 불과한 것이라고 보아야 한다. 그러므로 위 각 법률조항이 규정하는 청소년유해성 기준에 어긋나거나 그보다 더 적용범위를 확대하는 개별심의기준은 효력이 없다고 보아야 할 것이다.

(나) 심의기준의 해석 - 명확성 확보의 시도

앞서 본 헌법재판소의 명확성원칙에 관한 기본이론에 의하면 법률상의 청소년유해성 심의기준은 법질서 전체의 관점에서 법학적 해석방법을 동원하여 그 명확성을 확보할 수 있도록 해석되어야 한다. 이렇게 하는 것이 입법자의 권한을 존중하는 한편 헌법합치적 해석의 명령에 부합하게 되는 것이기 때문이다.

이하에서는 논란될 수 있는 기준에 관하여 위와 같은 입장에서 살펴보기로 한다.

첫째, “청소년에게 성적인 욕구를 자극하는 선정적인 것이거나 음란한 것”(청소년보호법 제10조 제1항 제1호)으로서는 앞서 본 바와 같이 청소년에 유해하다는 것이 실증된 내용으로 국한된다고 보아야 할 것이다.¹⁸³⁾ 즉, 여기에는 성인 기준 음란 개념에 해당되는 성표현물이 해당함은 물론이다. 그 이외에 성인에게는 해롭지 않더라도 청소년에게 해로운 성표현물 즉, 비폭력적 비품위손상적 유형의 성표현물 중에서 직접적 성행위를 묘사하는 표현물과 나체표현물 중 성행위를 연상케 하는 유형의 표현물도 위 기준에 해당될 것이다. 이 유형의 성표현물 중 성규범에 위반되는 성행위를 다룬 표현

183) 전술 IV. 3. 라 (2) 참조.

물은 청소년의 정서적·정신적 성장에 유해하다고 생각되기 때문에 청소년유해매체물에 포함된다고 보아야 한다.

이러한 실질적 내용에 해당하는 구체적인 예가 청소년보호법 시행령상의 개별 심의기준에 규정되고 있으나(청소년보호법 시행령 제7조 별표 1 제2항 각목 참조), 그 중에서 “음란한 자태를 지나치게 묘사한 것”, “성행위와 관련하여 그 방법·감정·음성 등을 지나치게 묘사한 것”, “저속한 언어나 대사를 지나치게 남용하는 것”이란 기준은 위 설명에 비추어 볼 때 오히려 모호함을 가중하는 규정이라 할 수 있고, 따라서 단지 참고적 의미만을 갖는다고 보아야 할 것이다.

둘째, “청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적·비윤리적인 것”(청소년보호법 제10조 제1항 제4호)에 관하여 시행령은 그에 상응하는 개별심의기준으로서 “역사적 사실을 왜곡하거나 국가와 사회존립의 기본체제를 훼손할 우려가 있는 것”(동시행령 제7조 별표 1 제2항 ‘자’목)를 들고 있다. 그러나 이 심의기준은 불명확성 때문에 자의적으로 해석될 여지가 있고, 특히 성과 폭력에 관련되는 심의기준을 넘는 것이어서 청소년 보호를 빙자하여 진보적 견해에 대한 청소년의 접근을 제한하게 될 우려가 있다고 하여 제정 당시부터 논란되었다.

1997. 7. 15. 청소년보호법 시행 직후 동법에 의하여 간행물에 대한 법적 심의권한을 정식으로 부여받은 한국간행물윤리위원회는 1997. 8. 19. 재야단체인 서울민주청년단체협의회(서청협)의 계간 회원지인 ‘서울청소년’ 제8호가 동법 제10조 제1항 제4호 “청소년의 건전한 인격과 시민의식의 형성을 저해하는 반사회적, 비윤리적인 것”에 해당한다는 이유로 위 ‘서울청년’에 대해 청소년유해매체물 결정을 내렸고, 이에 따라 청소년보호위원회는 이를 8. 25. 관보에 청소년유해매체물로 고시하였다. 간윤은 위 계간지가 청소년에게 해롭다는 판정을 받은 이유

로 미군철수 주장, 대선자금의 공개와 김영삼 정부의 퇴진 주장을 담고 있는 점 등을 들었으나,¹⁸⁴⁾ 간윤의 위와 같은 결정은 동법이 그 제정 취지와는 무관하게 진보적인 사회단체나 반정부 단체의 주장을 실질적으로 검열하는 장치로 기능할 수 있다는 가능성을 보여 주었다는 점이 지적되었다.

이 기준에 관하여는 불명확성을 해소하기 위해 헌법상 자유민주적 기본질서의 개념(헌법 전문 및 제8조 제4항)과 이러한 헌법상의 기본가치에 비추어 청소년의 생활능력을 키우는 포괄적 의미의 교육목표가 고려되어야 한다. 헌법상 자유민주주의적 기본질서에서는 사회와 개인간의 관계에서 사회연관성과 사회구속성을 인식하는 개인으로서 책임있는 인간상을 전제로 하고 있으며, 교육기본법 제2조는 “교육은 홍익인간의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 하여 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는데 이바지하게 함을 목적으로 한다”고 규정한다. 독일에서도 영화나 영상물은 교육의 목표에 대해 위해를 줄 수 있는 것이므로 그 위해 여부를 판단함에 있어서는 교육의 목표를 침해하는 여부를 고려하여야 하며, 정치적 영역에서는 정치체제로서 자유민주주의적 기본질서의 인정, 성적 영역에서는 성적으로 계몽된 조화 있는 만남의 긍정, 사회적 영역에서는 공동책임 있는 공동사회 및 자유 시장질서의 방어와 사회적 관용이 교육의 목표로 되어야 한다고 한다.¹⁸⁵⁾

이렇게 보면 청소년이 헌법적 관점에서 올바른 시민으로 성장함에 장애가 되는 표현이나 교육의 이념에 반하는 표현이 전혀 도외

184) 한겨레신문. 1997. 9. 11. 보도.

185) 박용상, 전게 ‘독일에서 청소년 보호를 위한 표현자유 의 규제’, 296면.

시될 수는 없다. 위에서 본 독일의 판례 역시 나치(NAZI)이념은 인종혐오, 전쟁찬양 및 민주주의에 대한 적대성을 고취시키는 것으로서 청소년의 인격발전에 해롭기 때문에 청소년보호를 위하여 나치이념을 찬양하거나, 부활시키거나 미화하는 서적의 배포를 제한할 수 있다고 보고 있다.¹⁸⁶⁾

셋째, “청소년의 정신적·신체적 건강에 명백히 해를 끼칠 우려가 있는 것”이란 기준(청소년보호법 제10조 제1항 제5호)은 심리학 및 교육학의 연구결과에 따라 이해하여야 할 것이다. 독일의 경우를 보면 심의기준에 지침으로서 “어린이와 청소년의 신체적·정신적 또는 영적 복지는 특히 신경을 자극하거나, 과도하게 심적 부담을 불러일으키거나, 당연한 듯한 망상을 일으키거나, 성격적·윤리적(종교적인 것 포함) 또는 정신적 교육을 장해·방해 또는 손상하거나, 거짓되고 해로운 생의 기대어로 유인하거나, 또는 사회적 존재로서 책임의식 있는 인간으로서의 교육을 방해하는 영화나 영상물에 의해 위해받을 수 있다.”는 예시규정을 두고 있다.¹⁸⁷⁾ 이 위해에 관한 예시는 해당 연령층의 어린이나 청소년에게 유해한 것으로 간주될 전형적 유형을 제시한 것이다. 각개의 경우 그들의 지식, 인지 및 교육의 수준을 고려하여야 함은 물론이다. 그 예로서 신체적 위해가 행해지는 것은 어린이나 청소년이 신경상의 과도한 자극에 의해 흥분되는 경우를 들 수 있다. 미성숙한 어린이나 청소년에게 심적 외상(Trauma)을 줄 수 있는 사건에 미리 노출되는 경우에는 영적 위해가 있다고 볼 수 있다. 사회적 사건의 잘못된 묘사에 의해 사회적 의식을 오도하는 것은 정신적 위해의 사례에 속한다. 과도하게 부정적으로 차려진 폭력의 묘사는 이들 모든 종류의 위해를 야기할 수

186) 청소년유해물 심의 판결, BVerfGE 90, 1.

187) 박용상, 전계 논문, 295면.

있다. 위와 같은 관계에서 영화나 영상물에 의해 적어도 그러한 영향이 없이 계속적으로 정상적이고 긍정적인 성장이 깨어진다는 정도로 어린이나 청소년에 대한 역효과의 발생이 요구된다.¹⁸⁸⁾

이러한 청소년 유해성 여부는 그들의 지식, 인지 및 교육의 수준을 고려하는 외에 평균적 미성년자에 대한 영향 뿐 아니라 극단적인 예외적 경우를 제외하고 위해받기 쉬운 성향의 미성년자에 대한 영향이 고려되어야 한다. 모든 심사관은 그 결정을 함에 있어서 자신이 청소년 보호의 책임을 진다는 의식을 가져야 한다.

다. 청소년유해매체물의 심의·결정

(1) 종전의 법률관계

종전의 법제를 보면 각종 매체에 대한 심의기관으로는 간행물윤리위원회, 영상물등급위원회, 방송위원회, 정보통신윤리위원회 등이 유해매체에 대한 심의를 담당하고 있었고, 이들 심의기관들의 설립 근거, 심의대상 매체물 및 심의기준은 상이하였다. 그리고 이들 종전의 심의는 청소년보호를 위한 목적에서가 아니라, 주로 사회전체의 윤리적 관점에서 유해성 여부를 심의하는 것이었다. 청소년보호법의 제정으로 청소년보호를 목적으로 새로이 심의가 이루어지게 된 점 및 그것이 종전의 심의 기준과 제재방법에서 다르다는 것은 전술한 바와 같다.

(2) 청소년보호법에 의한 규율 - 심의기관 및 심의대상

현행 청소년보호법은 위와 같이 각개의 특별법에 산재되어 있던 청소년보호를 위한 심의기관 및 그 심의대상 매체물을 총괄 규정하

188) 박용상, 전계 논문, 295면.

고, 나아가 청소년보호위원회에 그 총괄 조정하는 권한을 부여하고 있다. 즉, 청소년보호위원회는 각 전문 심의기관이 해당 매체에 대하여 청소년유해여부의 심의를 하지 아니할 경우 청소년보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 그 심의를 하도록 요청할 수 있다(동법 제8조 제2항). 또 청소년보호위원회는 위와 같은 전문심의 기관이 없는 매체에 대하여 스스로 심의하며, 각 심의기관의 심의 요청이 있는 매체물이나 각 심의기관의 심의를 받지 아니하고 유통되고 있는 매체물에 관하여 청소년 유해 여부를 결정한다(동법 제8조 제3항).

(3) 청소년유해매체물의 심의·결정

청소년 유해 여부의 심의는 직권 또는 신청에 의하여 착수된다.

각 심의기관은 심의한 매체물에 관하여 결정을 하게 되는데, 그 경우에는 청소년유해매체물로 심의·결정하는 경우(일반적 심의·결정, 청소년보호법 제8조 제1항)와 그렇게 하지 않고 등급구분만 행하는 경우(동법 제9조 제1항)가 있다.

청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 청소년보호법의 적용대상이 되는 매체물이 청소년에게 유해한지 여부를 심의하여 청소년에게 유해하다고 인정하는 매체물에 대해서는 청소년유해매체물로 결정하여야 한다(동법 제8조 제1항).

심의·결정시에 청소년유해매체물로 결정하지 아니한 매체물에 대하여는 청소년 유해정도, 이용 청소년의 연령, 당해 매체물의 특성, 이용시간과 장소 등을 감안하여 필요한 경우에 당해 매체물의 등급을 구분할 수 있다(동법 제9조 제1항). 등급구분의 종류에는 다음과 같은 3종류가 있다 (동법 시행령 제6조 제1항).

1. 9세 이상 가 : 9세 이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물
2. 12세 이상 가 : 12세 이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물

3. 15세 이상 가 : 15세 이상 청소년이 이용할 수 있는 매체물

위 등급구분의 기준은 청소년보호위원회 또는 각 심의기관이 정하는 바에 의한다(동법 시행령 제6조 제2항). 각 심의기관에서 소관 매체물에 대하여 별도의 등급구분을 정하고 있는 경우에는 그에 따른다(동령 제6조 제1항 단서).

청소년보호위원회는 각 심의기관이 해당 매체물에 대한 청소년유해 여부를 심의·결정하는 경우 위 규정에 의한 등급구분을 하도록 요청할 수 있다(동법 제9조 제2항).

청소년보호위원회는 청소년보호와 관련하여 각 심의기관간에 동일한 내용의 매체물에 대하여 심의한 내용이 상당한 정도로 차이가 있을 경우 그 심의내용의 조정을 요구할 수 있으며, 그 요구를 받은 각 심의기관은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다(동법 제11조).

청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 매체물 심의 결과 그 매체물의 내용이 형법 등 다른 법령에 의하여 유통이 금지되는 내용이라고 판단되는 경우 청소년유해매체물 결정을 하기 전에 관계기관에 형사처벌 또는 행정처분을 요청하여야 한다. 다만, 각 심의기관별로 해당 법령에 별도의 절차가 있는 경우에는 그 절차에 의한다(동법 제8조 제4항).

청소년보호위원회는 그가 청소년유해매체물로 결정 또는 확인한 매체물에 대하여 청소년유해매체물로 고시하여야 한다(동법 제22조 제1항). 각 심의기관은 청소년유해매체물에 대하여 심의의견서를 첨부하여 청소년보호위원회에 당해 매체물의 고시를 요청하여야 한다(동법 제22조 제2항). 고시는 고시의 사유와 효력발생시기를 명시하여 관보에 게재하는 방법에 의한다(동법 제22조 제3항). 고시는 청소년유해매체물의 효력발생 요건이다. 종전에는 청소년보호를 위하

여 필요한 경우만 고시하도록 하였으나, 고시는 청소년유해매체물의 효력발생 요건이기 때문에 필요적 사항으로 개정되었다(2001. 5. 24. 개정).

매체물의 제작·발행자, 유통행위자 또는 매체물과 관련된 단체는 자율적으로 청소년유해 여부를 결정하고 청소년보호위원회 또는 각 심의기관에 그 결정한 내용의 확인을 요청할 수 있다(동법 제12조 제1항). 위와 같이 확인요청을 받은 청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 그 심의 결과 그 결정내용이 적합한 경우에는 확인을 하여야 하며, 청소년보호위원회는 필요한 경우 이를 각 심의기관에 위탁하여 처리할 수 있다(동법 제12조 제2항). 위 확인업무는 각 심의기관에 위탁되었다(동법 시행령 제38조).

확인을 행한 심의기관 등은 표시의무자 및 포장의무자에게 그 사실을 통보하여야 한다(동법 시행령 제8조 제3항). 청소년보호위원회 또는 각 심의기관이 확인을 한 경우에는 당해 매체물의 확인을 필한 표시를 부착할 수 있다(동법 제12조 제3항).

또 매체물의 제작·발행자, 유통행위자 또는 매체물과 관련된 단체는 청소년에게 유해하다고 판단되는 매체물에 대하여 청소년보호위원회 또는 각 심의기관의 결정 없이 동법 규정에 준하는 청소년유해표시 또는 포장을 할 수 있다(동법 제12조 제4항). 청소년보호위원회 또는 각 심의기관은 위와 같이 자율적으로 청소년유해표시 및 포장을 한 매체물을 발견한 때에는 청소년유해 여부를 결정하여야 한다(동법 제12조 제5항). 이렇게 표시·포장된 매체물은 청소년보호위원회 또는 각 심의기관의 결정이 있을 때까지 동법의 규정에 의한 청소년유해매체물로 본다(동법 제12조 제6항, 제2조 제3호).

청소년보호위원회와 각 심의기관은 소관 매체물에 대하여 청소년유해매체물로 결정한 때에는 당해 매체물의 목록을 작성하여야 하

며, 각 심의기관이 작성할 경우에는 그 목록을 청소년보호위원회에 제출하여야 한다(동법 제21조 제1항). 청소년보호위원회는 청소년유해매체물의 목록을 종합한 청소년유해매체물목록표를 작성하여야 한다(동법 제21조 제2항).

청소년보호위원회는 각 심의기관, 청소년 또는 매체물과 관련이 있는 중앙행정기관, 청소년보호와 관련된 시도·단속기관, 기타 청소년보호를 위한 관련단체 등에 위 청소년유해매체물목록표를 통보하여야 하며, 필요한 경우 매체물의 유통을 업으로 하는 개인·법인·단체에게 통보할 수 있고, 요청이 있는 경우 친권자 등에게 통지할 수 있다(동법 제21조 제3항). 이 목록표는 정기간행물의 형태로 발간하여, 관련 이해단체 및 심의기관들이 이를 쉽게 구득하여 적극적으로 활용할 수 있도록 만들어야 한다.

(4) 불복구제방법 및 취소

청소년보호법상 청소년유해매체물 결정과 등급구분제도는 허가를 유보한 금지(Verbote mit Erlaubnisvorbehalt)로서의 법적 성격을 갖는다. 모든 매체물에 대한 어린이와 청소년의 접근은 일반적으로 금지되고 관계 기관에 의해 허용되거나, 일정한 연령에 달한 자에게만 허용되는 것이기 때문이다.¹⁸⁹⁾

따라서 청소년유해매체물에 해당한다는 결정과 당해 매체물의 목록표 게재에 대하여 관계자는 행정심판법이나 행정소송법에 의해 불복할 수 있다. 이 법에 의한 처분에 대하여 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 60일 이내에 그 사유를 갖추어 처분을 한 행정청에 이의신청을 할 수 있다(동법 제39조). 이 법에 의한 처분에 대하여 불복의 소를 제기하고자 할 때에는 이의신청에 대한

189) v. Hartlieb, a.a.O. S. 30.

처분의 고지를 받은 날부터 90일 이내에 이를 제기하여야 한다(동법 제40조 제1항). 위 기간은 불변기간이다(동법 제40조 제2항). 위 불복의 소는 처분을 한 행정청의 소재지를 관할하는 행정법원의 전속관할로 한다(동법 제41조).

청소년보호위원회는 청소년유해매체물이 더 이상 청소년에게 유해하지 아니하다고 인정할 경우 청소년유해매체물 결정을 취소하여야 한다(동법 제23조 제1항). 심의기관이 결정을 취소한 경우에는 청소년보호위원회에 그 사실 통보하여야 한다(동조 제2항). 청소년보호위원회는 취소결정이 있는 경우 목록표에서 삭제하고, 관계기관 등에 통보하는 한편 취소사실과 사유를 명시하여 고시한다(동조 제3항).

독일의 경우 불리한 등급을 부여하는 결정에 대한 행정소송에서 법원은 위 심의결정이 청소년에 대하여 유해한가의 여부에 관한 실체적 사항에 대한 심사권이 제한된다.¹⁹⁰⁾ 독일의 판례에 의하면 법원은 청소년보호심사기관의 적법한 구성 및 관여, 당사자에 대한 청문기회의 부여 등 절차적 적법성 여부에 관한 심사와 동 기관이 행한 사실조사가 옳고 완전한가, 그 판단범위를 지켰는가, 이유설시에 올바른 기준이 일반적으로 제기되고 구체적 사안에 적용되었는가, 형식적 요건을 지켰는가의 여부 등만을 심사할 뿐이다.¹⁹¹⁾ 독일의 경우 자율규제위원회는 전문가에 의한 다원적 구성의 형태를 취하고 독립성을 가지도록 구성되기 때문에 연방심사기관의 독자적인 판단영역을 존중하려는 것이다.

(5) 외국매체물에 대한 특례

190) 박용상, 전제 논문 301면.

191) Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 2. Auflage, C.H.Beck, München (1986), S. 390.

영리를 목적으로 외국에서 제작·발행된 매체물로서 청소년 유해 매체물 심의기준에 해당하는 매체물을 청소년에게 유통하게 하거나 (번역·번안·편집, 자막삽입 등의 방법으로 유통시키는 경우 포함) 이와 같은 목적으로 소지하는 행위는 금지되고(법 제23조의2), 그에 위반한 자는 처벌된다(법 제50조 제1호). 이것은 같은 내용의 규정을 가지고 있던 미성년자보호법이 폐지됨에 따라 그 대체입법으로서 음란·폭력적 외국매체물 등에 관한 규제의 특례를 신설한 것이다.

외국에서 제작·발행된 간행물 중 국내 청소년을 대상으로 유통시킬 목적으로 수입하는 자는 이를 국내유통예정일 10일전까지 (동일한 제호로 연1회 이상 정기적으로 발행되는 외국간행물의 경우에는 국내유통예정일 2일전까지) 청소년보호위원회에 제출하여야 한다(동법 제13조 제1항 본문, 동법 시행령 제11조). 이 납본 처리업무는 한국간행물윤리위원회에 위탁되었다(동법 시행령 제38조). 다만, 외국간행물수입·배포에 관한 법률의 규정에 의하여 수입절차를 거친 간행물은 이 납본의무가 없다(동법 제13조 제1항 단서).

납본을 받은 청소년보호위원회는 납본필증을 교부하여야 하며(동법 시행령 제11조 제2항), 납본에는 청구가 있는 경우 수입원가로 보상이 주어진다(동법 제12조). 납본보상을 받고자 하는 자는 납본필증을 교부받은 날로부터 90일 이내에 보상청구서를 청소년보호위원회(한국간행물윤리위원회)에 제출하여야 한다(동법 제12조).

라. 청소년보호법상 심의의 성격과 그 위헌 여부

1997. 7. 1.부터 시행된 청소년보호법은 출판·방송·공연 등 모든 매체물을 대상으로 청소년에게 유해한 매체물의 유통을 규제하는 것을 목적으로 하고 있다.

청소년보호법상의 심의가 사전심의인가 사후심의인가에 관하여는 논란이 있을 수 있다. 사전 또는 사후 심의를 구분하는 시점은 일응 그에 대한 공공의 접근가능성이 생긴 때를 기준으로 하여야 할 것이다.¹⁹²⁾

그런데, 현행 청소년보호법에 의하면, 청소년유해매체물을 청소년에게 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니되고(청소년보호법 제17조 제1항), 청소년유해표시나 포장을 하지 아니한 채 당해 매체물의 판매 또는 대여를 위하여 전시 또는 진열하여서는 아니되며(동법 제17조 제2, 3항), 영리를 목적으로 이를 위반한 때에는 형사처벌되는 것(동법 제51조 제3호)으로 규정되고 있다. 이들 규정에 비추어 볼 때, 모든 청소년유해매체물에 대하여는 사전심의가 전제되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.

그러나 여기서 청소년보호법상 청소년유해매체물이란 관계기관의 심의·결정이나 확인을 거쳐 고시된 매체물(법 제2조 제3호)과 청소년유해매체물로 간주되는 매체물(법 제12조 제6항)을 의미한다(이른바 형식적 개념의 청소년유해매체물). 이렇게 보면 실제로 청소년유해기준에 해당하면서 위와 같은 결정이나 확인을 거치지 아니하여 고시되기 이전에 당해 매체물(실질적 의미의 청소년유해매체물)¹⁹³⁾에 대하여는 사전심의가 아닌 사후심의가 행해진다고 볼 수 있고, 사전검열금지의 논란을 피할 수는 있다.

그렇다면 문제는 실제로 청소년 유해기준에 해당하는 실질적 의미의 청소년유해매체물이 위와 같은 결정이나 확인을 거치지 아니하여 고시되기 이전에 유통되더라도 이를 제재할 방법이 없다는 점

192) 박용상, '영화에 대한 사전검열의 금지 - 헌법재판소 1996. 10. 4. 93헌가13 등 병합결정 -', 재판의 한 길(김용준헌법재판소장 화갑기념논집), 박영사 (1998), 130[138]면.

193) 전술 본질 II. 2. 가 (3) 참조.

이다. 더욱이 복제와 전파의 기술이 고도로 발달한 현재의 기술수준에서 보아 이미 전파가 상당한 범위에서 이루어진 후에 심의를 행하고 유통을 규제하게 된다면 청소년보호법이 의도하는 목적은 달성하기 어렵고, 이러한 법적 미비는 심각한 것이다. 위헌시비 때문에 사전심의를 의한 검열논란을 기피하려는 무리한 시도가 이러한 입법을 결과하였다고 생각되나, 청소년보호라는 법의 목적을 실효성 있게 달성하려면 독립성과 자율성이 보장되는 심의기관에 의한 적법절차와 명확성 요건을 갖춘 사전심의를 허용하지 않으면 안될 것이다.

한편, 외국에서 제작·발행된 간행물의 경우 국내 청소년을 대상으로 유통시킬 목적으로 수입하는 자는 이를 국내유통예정일 10일 전까지 (동일한 제호로 연1회이상 정기적으로 발행되는 외국간행물의 경우에는 국내유통예정일 2일전까지) 청소년보호위원회에 제출하여야 하기 때문에(청소년보호법 제13조 제1항 본문, 동법 시행령 제11조) 이 경우에는 사전심의를 행해지는 것이라고 보지 않을 수 없다. 이런 경우에도 사전검열로서 헌법에 위반되는 것인가 하는 문제가 논란될 수 있다. 이 경우에도 사전심의를 허용하려면 다음과 같은 입법적 개선이 필요하다고 생각된다.

첫째, 청소년보호위원회가 그 구성 및 지위에 비추어 국가의 행정기관임을 부인할 수 없지만, 헌법재판소의 판례에 의한 사전검열 금지의 명령에 충실하려면 위와 같은 사전심의 임무를 수행하는 새로운 부속 위원회를 설치하되, 그 구성에 각 관계 자율단체의 관여도를 높이고 그 운영에서도 국가기관의 관여를 배제하고 자율적 운영을 보장하는 방안이 강구되어야 할 것이다.

둘째, 심의결정의 결과로서 등급분류는 일정한 연령층에 대한 접근을 금지하는 효과를 갖는 것이므로 기본권을 제한하는 것이지만, 이것은 일반 성인 모두에 대하여 유통을 금지하는 경우와 달리 청

소년에게만 접근 및 수용을 금지하는 조치이고, 그 성격상 사전심의 를 행하지 아니하면 그 목적을 달성하기 어려운 점을 감안하면 이 를 헌법상 금지되는 사전검열로 볼 수 없다고 생각한다. 헌법재판소 의 판례에 의하더라도 이러한 등급분류를 위해 사전의 제출의무를 부과하는 것은 위헌이 아니다.

셋째, 각종 심의기준이 법률에 명확한 문언으로 규정되고, 이를 구체화하는 심의기관의 세부 심의기준은 공공의 의견을 충분히 수렴하는 절차를 거쳐 신중하게 정하는 방안이 강구되어야 할 것이다.

마. 청소년유해매체물에 대한 규제

청소년유해매체물로 결정·고시된 모든 매체물에 대해서는 청소년보호법상 여러 가지 제한이 따른다. 청소년유해매체물은 그 취지 를 표시하고, 포장하지 않으면 유통시킬 수 없고, 청소년을 대상으 로 한 유통행위와 공개적인 광고행위가 금지되며, 방송프로그램인 경우에는 송출시간이 제한된다.

(1) 표시 및 포장의무

청소년유해매체물로 결정·고시된 모든 매체물에 대해서는 청소년에게 유해한 매체물임을 나타내는 표시를 하여야 한다(동법 제14 조). 표시의무는 매체 종류 여하를 불문하고 모든 청소년유해 매체 에 적용되며, 이 때의 표시는 육안으로 식별가능한 외형적인 표시에 의하게 된다(동법 시행령 제14조 및 별표 [3]). 청소년유해표시를 하여야 할 의무자와 표시방법은 시행령 제13조 [별표 2] 및 [별표 3] 에 규정되어 있다.

청소년유해매체물로 결정·고시된 매체물에 대해서는 그 내용물 을 열람할 수 없도록 이를 포장하여야 한다(동법 제15조, 동법 시행

령 제15조 제4항). 매체물의 특성상 포장할 수 없는 것은 포장의무가 면제되고(동법 제15조 제1항 단서), 따라서 포장의무가 적용되는 매체물은 정기간행물, 잡지, 만화, 소설 등의 도서류 등에 국한된다(동법 시행령 제15조 제1항). 청소년유해매체물을 포장하여야 할 자는 이를 발행하거나 제작·수입한 자이다(동법 시행령 제15조 제2항). 청소년유해표시가 되지 아니한 청소년유해매체물을 유통의 목적으로 소지하고 있는 자는 청소년유해표시의무자에게 지체없이 청소년유해표시를 하여 줄 것을 요구하거나 직접 청소년유해표시를 하여 유통시킬 수 있다(동법 시행령 제14조).

(2) 유통 및 전파의 제한

청소년유해매체물에 대하여는 위와 같이 표시 및 포장의무가 부과되는 동시에 그 유통에 있어서도 판매 등의 방법 및 장소나 그에 관한 광고가 제한되고, 방송할 경우에는 그 시간이 제한된다.

청소년유해매체물을 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공하고자 하는 자는 그 상대방의 연령을 확인하여야 하고, 청소년에게 이를 판매·대여·배포하거나 시청·관람·이용에 제공하여서는 아니된다(동법 제17조 제1항). 청소년유해표시를 하여야 할 매체물은 청소년유해표시가 되지 아니한 상태에서는 당해 매체물의 판매 또는 대여를 위하여 전시 또는 진열하여서는 아니된다(동법 제17조 제2항). 포장을 하여야 할 매체물은 포장이 되지 아니한 상태에서는 당해 매체물의 판매 또는 대여를 위하여 전시 또는 진열하여서는 아니된다(동법 제17조 제3항).

청소년유해매체물은 이를 청소년에게 유통이 허용된 매체물과 구분·격리하지 아니하고서는 판매 또는 대여하기 위하여 전시 또는 진열하여서는 아니된다(동법 제18조 제1항). 구분 및 격리의무의 대상이 되는 것은 유형의 물체의 형태를 띠는 표현물에 한한다. 청소

년유해매체물로서 음반·비디오물 및 게임물 또는 출판물(동법 제7조 제1호 또는 제6호에 해당하는 매체물)은 자동기계장치 또는 무인판매장치에 의하여 유통할 목적으로 전시 또는 진열하여서는 아니된다(동법 제18조 제2항). 다만, 장치를 설치하는 자가 이를 이용한 청소년의 청소년유해매체물 구입행위 등을 제지할 수 있는 경우와 청소년출입·고용금지업소안에 설치하는 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제18조 제2항 단서).

청소년유해매체물로 결정·고시된 방송프로그램과 상업적 광고선전물 중 방송을 이용하는 것은 대통령령이 정하는 방송시간(청소년시청보호시간대)에는 이를 방송하여서는 아니된다(동법 제19조, 동법 시행령 제16조의 2). 청소년시청보호시간대는 평일에는 오후 1시부터 오후 10시까지, 공휴일과 방학기간에는 오전 10시에서 오후 10시까지이다(동법 시행령 제18조). 방송법에 의한 유료방송의 경우에는 오후 6시부터 오후 10시까지이다. 청소년시청보호시간대에 방송되는 청소년유해매체물의 예외편방송에는 청소년의 감수성을 자극하는 장면을 포함하여서는 아니된다(동법 시행령 제18조 제2항).

청소년유해매체물로서 동법 제7조 제7호의 규정에 의한 간판, 입간판, 벽보, 전단, 기타 대통령령이 정하는 광고선전물은 이를 청소년출입·고용금지업소 외의 업소, 공중이 통행하는 장소 또는 청소년의 접근을 제한하는 기능이 없는 컴퓨터통신에 공공연히 설치·부착·배포하여서는 아니된다(동법 제20조 제1항). 청소년유해매체물인 광고선전물 중 다른 매체물과 기타 물건 등에 수록· 게재· 전시·기타의 방법으로 포함된 것은 당해 매체물과 기타 물건 등을 청소년을 대상으로 판매·대여·배포하거나 시청·관람 또는 이용에 제공하여서는 아니된다(동법 제20조 제2항).

(3) 조사 등 및 불이행시의 제재

위와 같은 규제에 따르지 않는 경우 행정적인 사후규제로서 관련 행정기관에 의해 시정명령의 대상이 되거나, 과태료가 부과되며, 나아가 관할 관청에 의해 관련업소의 등록취소가 행해지기도 한다. 다른 법률의 규정에 의한 행정처분 대상이 아닌 경우에도 과징금이 부과될 수 있다(청소년보호법 제49조, 동법 시행령 제40조). 각 위반시에, 특히 영리를 목적으로 이를 위반한 자에 대하여는 별도의 형사처벌 규정이 있다(동법 제50조 제1항 및 제3항, 제51조 제4호).

3. 매체별 청소년보호를 위한 규제

가. 개관

음란 및 청소년보호를 위한 규제에 있어서도 매체의 특성에 따른 규제의 개별화가 요구된다. 청소년보호를 위한 표현물의 규제는 그 표현물을 담거나 전파하는 매체의 특성에 따라 그 규제의 방법이 달라질 수밖에 없다. 각 매체는 종류마다 전파 및 수용의 방식이나 영향력의 정도 등 여러 관점에서 특수한 취급을 요하기 때문이다.

청소년보호법 제7조는 동법이 적용되는 매체물로서 모든 매체의 형태를 포괄하는 규정을 항목을 나누어 규정하고 있다. 종전의 체제를 보면 그 각 매체의 종류에 대하여는 각각 이를 규제하는 단행법이 제정되어 있었고, 그 나름대로 종전부터 윤리적 관점에서 내용에 대한 심의를 하는 기구와 심의기준이 설정되어 있었다.

그러나 여러 차례 지적된 바와 같이 종전에 위 각 매체물 규제법에는 성인을 위한 심의와 청소년 보호를 위한 심의가 구별되지 아니하고, 포괄적으로 규정되어 왔을 뿐 아니라, 전면적으로 금지되어야 할 표현물과 청소년에게만 유통이 제한되는 표현물을 구별하지

않았기 때문에 그 규제의 취지와 근거에 있어서 혼동을 피할 수 없었던 데 문제가 있었다. 청소년보호를 위한 관점에서 별도의 심의를 요구하는 청소년보호법의 제정·시행으로 이러한 문제는 체제상 일단 극복되었다고 할 수 있다.

청소년 보호를 위한 표현물에 대한 규제는 사회에 존재·생성되는 방대한 표현물 전부를 대상으로 하는 것이기 때문에 힘겹고 비싼 과업임에 틀림이 없다. 청소년 보호는 사회가 추구할 필수적인 보호법익이지만, 이를 위해 정보의 자유로운 흐름에 지장을 준다면 그만큼 표현의 자유가 갖는 가치와 기능은 저해되는 것이다. 청소년 보호와 표현의 자유의 가치에 관하여 양자간의 세심하고 신중한 이익형량이 이루어져야 할 것이다.

그 중에서 가장 유의할 점은 첫째, 청소년보호를 위한 규제는 성인에 의한 표현의 자유 및 알 권리를 과도하게 제한하는 것이어서는 안되고, 따라서 청소년유해매체는 청소년에게만 접근·이용이 금지될 뿐 성인의 접근이 제한되어서는 안된다는 점이다. 둘째, 청소년보호법에 의한 표현물의 규제는 모든 매체물에 대한 청소년유해성 여부가 검토되고, 그 결과 청소년유해표현물로 인정된 것에 대해서는 그 전파·유통에서 여러 가지 제한을 가하고 있다는 점이다. 셋째, 현행법제는 이들 검토를 위해 법정의 심의기관을 두고 있는데, 이들 심의기관의 법적 지위 및 성격이나 기능수행에 관하여는 헌법적 관점에서 평가가 요구된다.

이 항에서는 청소년보호를 위한 매체 내용의 규제가 각 매체 종류에 따라 어떻게 적용되는가를 체계적으로 살핀다. 청소년보호법은 동법의 적용을 받는 각종 매체물을 동법 제7조에 열거하고 있다. 일응 매체 종류별로 현행법의 규제를 개관한다면 활자매체나 음성매체에 있어서는 청소년 유해성 여부만이 결정되고 있지만, 영화 등 영

상표현물의 경우에는 연령별 등급제에 의한 규제가 행해지고 있다.

정보나 메시지가 유체물에 체화하여 유통되는 인쇄매체에 대한 청소년보호를 위한 규제는 청소년보호법제가 채용하는 가장 전형적이고 전통적인 방식에 의한다. 즉, 청소년 유해성 여부를 심의하여 그에 해당하는 매체물에 대하여 청소년유해표시를 행하고, 청소년이 접근하지 못하도록 구분·유통하는 방식을 취하게 된다.

그에 비해 무엇보다 청소년에게 큰 영향을 미치는 영상물의 규제는 매체의 다양성과 기술적 혁신성 때문에 어려운 논의를 필요로 한다. 어느 경우에도 성인의 접근이 제한되어서는 안되고 청소년의 접근만이 규제되어야 하기 때문에 그 방법의 선택에는 까다로운 문제가 제기된다. 영상물을 담은 비디오의 경우에는 그 유통에서 청소년유해의 표시, 구분 유통 등 청소년보호법이 규정하는 청소년유해매체물의 유통에 관한 전형적 규제조항이 전면적으로 적용된다. 같은 내용의 영상물이라 하더라도 영화의 경우에는 그 전파의 방법이 극장에서의 관람을 요한다는 점에서 극장에의 출입을 제한하는 방법에 의해 비교적 용이하게 청소년의 접근이 규제될 수 있다. 특히, 영화의 경우에는 관람비용의 부담 등 적극적 선택을 요하는 것이어서 원치 않는 청중에 대한 노출이라는 문제는 생기지 않기 때문에 간헐적 청중을 보호한다는 법리의 적용은 크게 완화된다. 한편, 같은 영화라 하더라도 안방에까지 침투하여 무차별적으로 노출되는 텔레비전에서 방송되는 경우에는 송출시간을 제한하는 등 청소년에 대한 노출을 제한하는 규제방식이 채용된다.

현행법상 영상물의 경우 비디오와 영화는 영상물등급위원회의 심의를 받지만, 텔레비전의 경우에는 방송사의 자체 등급심의에 의하되 방송위원회의 통제를 받는다. 그 심의에 있어서 청소년 유해성 여부나 등급분류에 관한 기준은 같아야 함이 원칙이지만, 특히 방송

의 경우에는 송출시간의 제한만으로는 청소년에 대한 노출을 완전히 막을 수 없는 불완전성 때문에 청소년 유해성이나 등급분류기준의 적용에 있어 보다 높은 기준이 요구된다.

전기통신 특히 인터넷에 의한 영상물의 규제는 한층 더 까다로운 문제를 제기하며 더욱 전문적 논의를 필요로 한다. 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무는 기본적으로 유체물의 형태를 갖는 매체물을 전제로 하는 것이기 때문에 인터넷에 의한 정보통신에서는 이러한 전통적인 청소년보호기제를 적용하기 곤란한 상황이 발생하게 되고, 이러한 기존의 통제방식이 예정하고 있는 접근통제방법 이외의 새로운 방법이 모색되지 않을 수 없게 된다. 그 경우 문제는 접근과 이용에 개방성, 익명성을 본질로 하는 인터넷에서 어떠한 방법으로 성인의 접근은 허용하면서 청소년의 접근은 통제하는 구체적인 수단을 마련할 것인가 하는 것이다.

그 외에 옥외광고물 등 관리법의 적용을 받는 옥외광고물에 대한 청소년 유해성 여부는 시·도 등 지방자치단체가 결정한다(청소년보호법 제7조 제7호, 옥외광고물 등 관리법 제4조). 옥외광고물 등 관리법은 “음란 또는 퇴폐적 내용 등으로 미풍양속을 해칠 우려가 있는 것”이나 “청소년의 보호·선도를 저해할 우려가 있는 것”은 광고물에 표시할 수 없도록 하고 있다(동법 제5조 제2항 제2, 3호).

청소년보호법 제7조 제1호 내지 제7호에 제기한 각종 매체물 이외에 청소년의 정신적·신체적 건강을 해칠 우려가 있다고 인정되는 매체물(동법 제7조 제8호)도 청소년유해성 여부에 관하여 심의를 받는다. 여기에는 매체물의 성격이 2이상 혼합된 복합적인 매체물과 사무실·가정 등 옥내에 배포되는 광고용의 전단 및 이와 유사한 광고선전물이 해당한다(청소년보호법 시행령 제4조 제4항).

지면 관계상 이하에서는 영화와 전기통신에 있어서 청소년보호를

위한 규제의 법적 문제에 관해서만 살핀다.

나. 영화

(1) 개관

영화에 대하여도 청소년보호의 필요가 있음은 물론이다. 청소년보호법은 영화에 대하여도 청소년 유해 여부에 관하여 심의를 받아야 하도록 규정하고 있다(청소년보호법 제7조 제3호).

영화에 대한 심의는 음반·비디오물및게임물에관한법률(2002. 1. 26 법률 제6627호)에 의해 설치된 영상물등급위원회가 담당한다(동법 제5조 및 제6조 제1호). 그러나 영상물등급위원회가 영화에 관하여 청소년 유해성 여부를 심의하지 아니하는 경우 청소년보호위원회는 그 심의를 하도록 요청할 수 있고(청소년보호법 제8조 제2항), 영상물등급위원회는 청소년보호위원회에 청소년유해 여부에 관하여 심의를 요청할 수 있다(청소년보호법 제8조 제3항 제1호). 또 청소년보호위원회는 영상물등급위원회의 심의를 받지 아니하고 유통되는 영화에 대하여 스스로 심의할 수 있다(청소년보호법 제8조 제3항 제2호).

현행법상 영상물의 경우 비디오와 영화의 경우에는 영상물등급위원회의 심의를 받지만, 청소년보호를 위한 규제의 방법에는 차이가 있다. 비디오의 경우에는 그 유통에서 청소년유해의 표시, 구분 유통 등 청소년보호법이 규정하는 전형적 규제조항이 전면적으로 적용되지만, 영화의 전파방법은 극장에서의 관람을 요한다는 점에서 극장예의 출입을 제한하는 방법에 의해 비교적 용이하게 청소년의 접근이 규제될 수 있다. 특히, 영화의 경우에는 관람비용의 부담 등 적극적 선택을 요하는 것이어서 원치 않는 청중에 대한 노출

이라는 문제는 생기지 않기 때문에 간힌 청중을 보호한다는 법리의 적용은 크게 완화된다. 한편, 같은 영화라 하더라도 안방에까지 침투하여 무차별적으로 노출되는 텔레비전에서 방송되는 경우에는 송출시간을 제한하는 등 청소년에 대한 노출을 제한하는 규제방식이 채용된다.

(2) 규제의 연혁

종전 한국의 영화관계법은 엄격한 검열 내지 심의제도를 운영하여 왔음에도 불구하고 청소년보호와 관련하여 별도의 규정을 갖고 있지 않았다. 이것은 영화심의회가 청소년 기준으로 운영되어 왔음을 반증하는 것이었다.

우리의 영화법제의 연혁을 뒤돌아보면 그것은 오랜 사전규제의 전통을 가지고 있었다. 영화에 대하여 법적인 규제를 정한 최초의 법률인 1962년 영화법(1962. 1. 20. 법률 제995호)은 영화의 상영에 공보부장관의 사전허가제를 규정하였고, 영화의 제작에 본격적인 검열규정을 도입한 1966년 개정 영화법(1966. 8. 3. 법률 제1830호)은 검열의 기준으로서 ① 헌법의 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있을 때, ② 공서양속을 해하거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있을 때 ③ 국제간의 우의를 훼손하게 할 우려가 있을 때 ④ 국민정신을 해이하게 할 우려가 있을 때 등 엄격하고 추상적인 개념을 설정하였다(동법 제13조). 그 후 1984년 개정된 영화법(1984. 12. 31. 법률 제3776호)에서 영화검열의 명칭이 영화심의회로 대체되고, 공연윤리위원회가 그 심의를 담당하는 체제로 바뀌었으나, 그 사전제한적 조치로서의 골격은 변함이 없이 유지되어 왔다.

위 검열 내지 심의기준을 보면 청소년을 보호한다는 취지의 규정은 찾아볼 수 없었지만, 공서양속을 보호한다는 문언 속에는 이미

청소년보호의 의미가 강력히 자리잡고 있었기 때문에 영화 내용에 청소년에게 유해하지만 성인에게는 허용되는 성표현물이 들어설 수 없었음은 물론이었다. 결국 영화는 청소년수준에 맞춘 내용만이 허용되어 성인의 알 권리나 표현의 자유는 제한되어 왔다.

그러다가 1996. 10. 헌법재판소가 공연윤리위원회에 의한 영화심의를 위헌이라고 선언하고, 1997년 청소년보호법이 제정·시행되자 그 때부터 일반적 윤리질서의 보호를 위한 심의와 청소년 보호를 위한 심의는 구별되어 다루어지기 시작하였고, 등급심의를 도입되게 되었다.

위 헌법재판소 결정 후 1997년 개정된 영화진흥법(1997. 4. 10. 법률 제5321호)은 종전 공연윤리위원회의 사전심의제를 폐지하고, '한국공연예술진흥협의회'(공진협)를 신설하여 그에 의한 등급분류 심의제를 도입하였다. 그 후 1999년 전문 개정된 영화진흥법(1999. 2. 8. 법률 제5929호)에 의해 공진협은 폐지되고, 신설된 영상물등급위원회가 영화에 대하여 등급분류를 행하게 되었다. 이러한 2차례의 개정에도 불구하고 존치된 등급분류제와 관련하여 위헌논란은 계속되었다. 이러한 논란을 해소하기 위해 2002년 개정된 영화진흥법은 완전등급제의 실시와 함께 제한상영관의 설치를 새로이 규정하였다. 그럼에도 제한상영관이 사실상의 이유 때문에 설립되지 못하는 상황 아래 제한상영가 등급으로 분류된 영화에 대한 위헌논란은 아직도 해소되지 못하고 있다.

(3) 2002년 개정 영화진흥법의 규정

(가) 등급제의 내용

2002년 개정 영화진흥법(2002. 1. 26 법률 제6632호)에 의하면 영화(예고편 및 광고영화를 포함)는 그 상영전에 영상물등급위원회로부터 상영등급을 분류받아야 하고(동법 제21조 제1항), 상영등급을

분류받지 아니한 영화는 이를 상영할 수 없다(동법 제21조 제2항).

분류되는 영화의 상영등급은 다음과 같은 5가지가 있다(동법 제21조 제3항).

- ① ‘전체관람가’ : 모든 연령의 자가 관람할 수 있는 영화
- ② ‘12세관람가’ : 12세 미만의 자는 관람할 수 없는 영화
- ③ ‘15세관람가’ : 15세 미만의 자는 관람할 수 없는 영화
- ④ ‘18세관람가’ : 18세 미만의 자(이하 “연소자”라 한다)는 관람할 수 없는 영화
- ⑤ ‘제한상영가’ : 상영 및 광고·선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화

연령에 따라 등급이 정해진 경우(동법 제21조 제3항 제2호 내지 제4호) 당해 영화를 관람할 수 있는 연령에 도달하지 아니한 자를 입장시켜서는 아니되며, ‘18세관람가’에 해당하는 영화의 경우에는 고등학교에 재학중인 학생을 입장시켜서는 아니된다. 다만, ‘12세관람가’ 및 ‘15세관람가’에 해당하는 영화는 부모 등 보호자를 동반하는 경우 관람이 허용된다(동법 제21조 제4항).

(나) 계속되는 위헌 논란

위에서 본 바와 같이 1997년 개정 영화진흥법은 종전 공연윤리위원회의 사전심의제를 폐지하고, 함께 개정된 구 음반및비디오물에관한법률(1997. 4. 10. 개정 법률 제5322호)에 의해 신설된 ‘한국공연예술진흥협의회’(공진협)가 등급분류 심의를 하도록 하였다. 위 개정은 1996년 공연윤리위원회의 사전심의제가 위헌이라고 선언하면서 “음란적이거나 폭력적인 영화로부터 청소년을 보호할 필요성에서 영화에 대한 등급심사를 사전에 하더라도 이는 금지되는 검열이 아니”라고 설시한 헌법재판소의 결정¹⁹⁴⁾에 따른 것이었다. 동 결정은 “영화의 상영으로 인한 실정범위반의 가능성을 사전에 막고, 청소년 등

에 대한 상영이 부적절한 경우 이를 유통단계에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 사전검열이 아니다. 설사 등급심사를 받지 아니한 영화의 상영을 금지하고 이에 위반할 때에 행정적 제재를 가하는 경우에도 검열에는 해당하지 아니한다.”고 판시한 바 있었다.

그러나 헌법재판소는 1999. 9. 16. 한국공연예술진흥협의회에 의한 비디오물의 사전심의도 사전검열에 해당한다 하여 구 음반및비디오물에관한법률(1997. 4. 10. 개정 법률 제5322호) 상의 조항들에 대해서 위헌선언을 하였다.¹⁹⁵⁾ 심의주체인 공진협이 국가에 예속적인 지위를 벗어나지 못하였다는 것이 주된 위헌사유였다.

헌법재판소에 위 사건이 계속 중 1999년 전문 개정된 영화진흥법(1999. 2. 8. 법률 제5929호)은 공진협을 폐지하고, 영상물등급위원회를 신설하여 그로 하여금 영화에 대하여 등급분류를 행하게 하였다. 등급분류제를 채용하여 2차례의 관계법 개정이 행해졌음에도 불구하고 그러한 등급분류를 위한 사전심의가 헌법상 사전검열금지의 원칙을 따랐는가 하는 점은 의문시되었다. 한국공연예술진흥협의회는 물론 명칭만 바뀌었을 뿐 신설된 영상물등급위원회는 정부에 예속성을 벗어나지 못하였고, 상영등급분류제도에 의해 실제로 상영이 금지되는 사례가 생겼기 때문에 헌법재판소가 사전검열금지의 원칙에 관하여 판시한 바가 아직 지켜지지 않고 있었던 것이다.

이러한 문제는 2001년 헌법재판소의 결정에서 다시 확인되었다. 즉, 헌법재판소는 2001. 8. 30. 영화진흥법의 상영등급 분류제도가 헌법이 금지한 행정기관에 의해 영화의 상영을 무한정 금지시킬 수 있어 위헌이라고 판시하였다.¹⁹⁶⁾

194) 헌법재판소 1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌바10(병합).

195) 헌법재판소 1999. 9. 16. 99헌가1, 판례집 11-2, 245.

나아가, 2002년 개정된 영화진흥법(2002. 1. 26 법률 제6632호)은 완전등급제의 실시와 함께 제한상영관의 설치를 새로이 규정하였으나, 다음에서 보는 바와 같이 그에 대한 위헌의 의심은 해소되지 못하고 있다.

(다) 제한상영가 등급 및 제한상영관제도

등급보류제도에 대하여 2001. 8. 헌법재판소의 위헌결정이 내려짐에 따라 2002년 개정 영진법은 모든 영화에 등급을 부여하기로 하되, 상영등급분류에 '제한상영가' 등급을 신설하고, 그 등급의 영화를 상영할 수 있는 공간으로서 '제한상영관'을 도입하여 등급분류제도의 개선을 꾀하고 있다. 즉, 종전에는 성과 폭력 등의 묘사가 지나친 영화의 경우에는 등급분류를 보류하여 상영을 할 수 없도록 하였으나, 2002년 개정 영진법은 모든 영화에 등급을 부여하도록 하되, '제한상영가' 등급을 신설하여 제한상영가 등급을 받은 영화는 제한상영관에서만 상영하도록 하였다(동법 제21조 및 제29조의2 제1항). 동시에 제한상영가 등급을 받은 영화는 청소년 및 고등학생이 관람할 수 없도록 하고, 비디오물 등 다른 영상물로도 제작하지 못하도록 하고 있다(동법 제21조 제5항 및 제29조의2 제2항).

이 제한상영가 등급의 성질과 합헌성 여부에 관하여는 논란되고 있는데, 그것도 청소년보호를 위한 제도인가와 하는 점과 관련하여 논란되고 있으므로 상세히 살펴볼 필요가 있다.

① 문제의 제기

표현의 자유와 관련하여 우리의 청소년보호제도는 19세를 기준으로(연령의 특정에 관하여는 아직 논란되고 있다) 그 이상의 연령에 있는 자이면 모두 성인으로서 완전한 기본권향유능력을 보유하는

196) 상영등급분류 보류제 위헌 결정, 헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 2000헌가9 판례집 13-2, 134.

것을 전제로 하고 있다.

그럼에도 2002년 개정 영진법에 의한 ‘제한상영 등급’은 19세 이상의 성인이 자유로이 볼 수 있는 영화와 그 중에서도 제한상영관에서만 보여질 수 있는 영화를 구분하여 그 등급으로 분류된 영상물에 대하여 성인의 자유로운 접근을 제한하는 한편, 그 제작자의 표현의 자유로서 모든 성인을 상대로 상영할 수 있는 전파의 자유를 제한한다는 것을 의미한다. 특히, 제한상영가 등급으로 분류된 영화는 제한상영관에서만 상영이 가능하고, 이를 비디오로 제작하거나 광고 선전이 금지되는 등 영화에 의한 표현의 자유가 크게 제한된다. 이 때문에 영화계에서는 이 등급을 받는 것은 “영화 마케팅에 사형선고를 내리는 행위”라고 인식되고 있다.¹⁹⁷⁾

동법이 제한상영가 등급에 대하여 그 전파에 부과하는 제한은 이렇게 무거운 것이기 때문에 이러한 표현의 자유에 대한 제한이 헌법상 허용되려면 엄격한 심사기준을 충족하여야 한다. 이를 위해서 검토할 점은 우선 그 규제의 목적이 정당한 것인가, 그렇다면 그 목적을 위해 채용된 규제의 수단이 그 목적을 달성함에 적합하고, 과잉적 제한을 피하는 최소제한수단이라고 평가될 수 있는가하는 점이 심사되어야 하는 것이다. 나아가, 그 규제가 명확성원칙을 준수한 것인가 여부도 검토되어야 한다.

이 문제를 접근함에는 우선 18세 시청가 등급과 제한상영등급을 구별할 입법 목적이나 실익이 있는가가 검토되어야 하고, 제한상영 등급물에 대한 그러한 제한이 헌법상 비례의 원칙에 따른 제한이라고 볼 수 있는가 하는 점이 분석되어야 할 것이다. 그리고 표현매체와 관련하여 그 규제의 폭이 달라지는 관계도 주목할 필요가

197) 한국일보 2001. 12. 4. 박은주 기자 보도.

있다.

② 입법취지 - 제한 목적의 정당성 여부

먼저 목적의 정당성 여부에 관하여 보려면, 우선 제한상영가 분류 제도의 입법취지가 명백히 규명되어야 할 것이다. 그것이 청소년보호를 목적으로 하는 것인가, 아니면 일반적인 사회질서를 보호하기 위한 것인가 하는 점이 입법상 명백히 표명되고 있지 않지만, 그것이 청소년보호를 목적으로 하는 것이 아니란 점은 청소년보호법에 의해 설정된 청소년보호체제의 기본을 이해하면 명백하다. 누차 설명한 바와 같이 이미 청소년보호법에 의해 19세 미만의 청소년을 보호할 조치가 완비되어 있고, 제한상영가 등급에 해당하는 것은 당연히 청소년유해매체물에 해당하여 19세 미만의 청소년에게는 시청이 금지되고 있기 때문이다. 이렇게 제한상영가 등급이 청소년보호와 무관한 것이 분명함에도 불구하고 이 제도가 청소년보호를 위해 필요하다고 주장하는 것은 우리 청소년 보호법제의 전체적 체제를 이해하지 못한 소치라고 볼 수밖에 없다. 18세 상영가의 영화에 대한 청소년 출입규제가 제대로 이행되고 있지 않다는 우려 때문에 제한상영가 등급의 필요성을 주장하는 견해는 법외적·비정상적 현상을 이유로 한 것이어서 이를 옹호하는 정당한 근거가 될 수 없다. 그런 경우 시정할 것은 출입규제에 관한 잘못된 단속의 관행이지 그것이 다른 법익인 성인의 기본권을 침해하는 구실이 될 수 없기 때문이다. 입법자의 입장에서 본다면 청소년보호법의 실효성이 확보되지 못하고 있다면 그 실효성을 확보하는 방안을 추구할 일이지, 그 때문에 성인의 표현의 자유를 제한하는 입법을 행할 수 없는 것이고, 법집행당국이 자신의 임무 태만을 이유로 성인에 대한 과잉제한을 기도하는 것은 또 다른 위헌적 조치를 감행하는 것이다.

그렇다면 이 제한상영가 등급은 19세 이상의 성인을 해로운 영향

으로부터 보호하기 위해 만들어진 것이라고 볼 수밖에 없다. 이렇게 보는 경우 음란 등 형법적으로 금지되는 영화 이외에 성인에 의한 성적 표현이나 성인이 성적 표현물을 볼 자유를 제한한다는 것은 그를 위한 정당한 사유가 제시되어야 하며, 그렇지 못한 경우에는 위헌이 추정된다고 보아야 한다. 일부 시민단체나 종교단체에서는 공서양속을 보호하기 위해 제한상영관이 필요하다고 주장할지 모른다. 그러나 앞서 본 바와 같이 음란 등 형법적으로 금지되는 표현 이외에 성적·폭력적 표현이 성인에 대하여 해로운 영향을 미친다는 점에 관하여는 실증적으로 입증된 바 없고, 설사 그러한 영향이 추정되는 예외적인 사례가 일부 있다 하더라도 그 때문에 성인 모두에 대한 알 권리를 제한하려는 것은 본말이 전도된 것이다. 성인을 보호한다는 명목으로 그들이 볼 영화의 내용을 검열한다면 그것은 필경 일부 도덕주의자들의 기준에 따라 또는 일부 엘리트주의적인 편견이나 권위주의적 보호주의 내지 가부장주의적 취향에 따라 시민들이 보거나 보지 못할 영화를 결정하겠다는 발상에 다름이 아니며, 민주주의 체제가 전제로 하는 능력있는 시민 각자를 경시·모독하는 것이다.

더욱이 영화는 안방에 침투하는 텔레비전이나 인터넷과 달리 집을 나와 표를 사고 극장에 들어가 보게 되는 적극적 선택과 비용부담을 감수하는 행위이며, 능력있는 시민은 형법이 금하지 않는 한 자신이 볼 내용을 선택할 헌법상의 권리가 있고, 그 내용에 대하여 스스로 선악을 판단할 능력을 가진다고 전제하는 것이 시민적 자치를 전제로 하는 자유민주주의 헌법의 정신이다. 시민·종교단체가 나설 일은 성인의 도덕·윤리를 촉진하고 청소년을 선도하는 적극적인 활동을 펼치는 일이지 법에 의해 그들의 관점을 강제하는 것이 그들의 할 일은 아니다.

그러나 제한상영가 등급은 음란 개념의 광범위성을 완화하여 영화제작자의 표현의 자유 및 성인의 알 권리와 도덕의 보호라는 양측의 요구를 절충하는 제도로서 의미를 갖는 다고 주장될 수 있다. 이것은 기존의 공서양속을 보호하여야 한다는 보수적 입장과 표현 및 예술의 자유를 추구하는 측 사이의 대립하는 이익 상호 간에 절충점을 찾은 것으로 볼 수도 있기 때문이다. 예를 들면, 성기가 노출되거나 성행위가 직접 묘사되는 것이라도 비폭력적·비품위저하적인 것이면 이를 음란개념에 해당한다 하여 금지할 것이 아니라 그 유통만이 제한되는 것으로 보아 제한상영관에서 허용함으로써 양자간에 충돌하는 이해를 조정하는 방안이 될 수 있는 것이다. 그러나 위와 같은 이해는 현실과 당위의 혼동에 불과할 뿐 그 규제가 목적하는 바와 규제의 수단간에 인과관계가 합리적으로 이해된 것이라고 볼 수 없다. 성인전용시설의 구역을 한정하여 이를 허가하고, 성과 폭력의 정도가 심한 X등급의 영화를 전용관에서만 상영하는 나라도 있지만, 그 경우 등급심사는 영화업계의 자율적 노력에 의할 때 가능한 일이지 국가권력에 예속된 심의기관에서 일률적으로 사전심의를 행하는 경우에는 위헌논란을 피할 수 없게 된다. 위와 같은 유형의 영화가 텔레비전에서 추방될 수 있는 것은 별개의 문제이다.

백보를 양보하여 설사 위와 같은 목적에서 정당성이 인정된다고 하더라도 위 제도는 다음에서 보는 바와 같이 그 수단의 적합성 및 비례의 요건을 충족하지 못한다.

③ 수단의 적절성 및 비례성

나아가, 동법에 의한 제한 수단의 합헌성 여부에 관하여 본다. 동법 상의 제한상영등급제도는 영상물등급위원회의 사전심의 절차에 의해 위와 같은 제한상영을 강제하는 제도이다. 이것은 우선 표현의

자유를 제한함에 있어서 사법적 규제의 원칙을 벗어나 행정적 사전 규제를 행하는 것이므로 절차적으로 엄격한 요건을 충족하지 않는 한 헌법적으로 용인받기 어렵게 된다.

그럼에도 2002년 개정 영진법상 영상물등급위원회의 구성과 활동에 관하여 위헌성이 제거되지 못한 사실은 앞서 본 바와 같다. 헌법재판소의 거듭된 사전검열 금지의 위반이라는 판단에도 불구하고 이번 개정에서도 정부와 국회는 심의기관의 구성과 지위에 관해 개선조치를 이행하지 않았다. 이것은 결국 일부 보수적 언론의 논조에 편승하여 위 심의기관에 대한 정부의 영향력을 유지하려는 배후 의도를 드러내는 것이며, 그러한 의도는 헌법적으로 허용될 수 없는 것으로 제거되어야 할 대상인 것이다. 음란에 해당하여 위법한 영화 표현물에 대하여는 사후에 검찰과 법원에 의한 사법적 사후 처벌의 길이 열려있음에도 불구하고 사전에 행정에 의한 규제체제를 고집하려는 태도는 경계되고 추방되지 않으면 안된다.

나아가, 동 개정법률이 시행된 후에도 개관된 제한상영관이 설치되지 않고 있다는 점에서 위헌논란은 새로운 쟁점을 얻게 되었다. 실제로 제한상영관이 존재하지 아니하는 현실에서 제한상영가 등급의 부여는 상영금지를 의미하게 되므로 이러한 논란은 더욱 현실성을 갖게 된 것이다. 제한상영관이 등장하지 못하는 이유는 동법에 따라 제한상영관에서는 제한상영가 등급 이외의 영화를 상영할 수 없어 상업성이 없을 뿐 아니라, 제한상영관이 외국의 포르노 전용 극장으로 전락할 것이라는 우려 때문에 이를 운영하려는 사람이 없기 때문이었다. 그에 동반하는 폐해로서 영화제작자나 수입자는 제한상영등급을 피하기 위해 부득이 영화의 일부를 가위질하지 않을 수 없게 될 것이고, 그 만큼 영화에 의한 표현의 자유와 성인이 성표현을 향유할 자유는 침해되게 된다.

이러한 논란은 다음의 사건에서 보는 바와 같이 한 영화의 심의로 곧 현실화되었다.

[사례] 영화 ‘죽어도 좋아’ 사건 (2002)

영상물등급위원회는 2002. 7. 23. 결정

영상물등급위원회는 2002. 7. 23. 영화등급분류소위를 열어 70대 노인의 사랑과 성을 솔직하게 묘사한 박진표 감독의 영화 ‘죽어도 좋아’에 대하여 제한상영가 등급을 부여하는 결정을 내렸다.

67분짜리 디지털영화인 ‘죽어도 좋아’는 70대 남자와 60대 여자의 재혼과 성(성)을 그린 영화로서 인생의 막바지에 찾아온 사랑의 환희를 기록한 영화라고 보도되었다. 이것은 외롭게 홀로 살던 한 할아버지가 한 할머니를 만나 젊은이 못지않게 적극적으로 사랑의 감정과 육체적 사랑을 나누는 일상을 다큐멘터리처럼 기록한 작품이었다. 영화 속 에피소드들은 모두 실제 있었던 일들이며, 과거의 경우 재연연기를 가미하는 방식으로 만들어졌는데, 구강성교나 실제 성행위 장면을 적나라하게 보여주는 장면이 포함되어 있었다.¹⁹⁸⁾

영상물등급위원회는 7분에 걸친 성행위 묘사 장면이 국내 정서에 맞지 않는다고 판단한 것이다. “7분간의 성교장면에서 보여지는 성기 노출이나 구강성교 등은 ‘18세 관람가’의 등급에서는 허용할 수 없는 부분이며, 준포르노에 해당한다”는 것이다.

‘죽어도 좋아’에 대해 제한상영등급을 결정하자 시민단체의 토론회에서는 위원회의 결정에 대하여 찬반 양론이 첨예한 대립을 보였다.¹⁹⁹⁾

영화인회의 한국독립영화협회 문화개혁시민연대 등 영화관련단체들은 노령화가 진전되는 사회에서 노년기의 성에 대한 사회의 새로운 인식을 일깨워준 영화에 대한 제한은 부당하다고 항의하면서 등급 철회를 요구하였다. 진보적 단체들 역시 “노인의 성생활을 거리낌없이 드러내는 것이 국민정서에 어긋난다는 주장은 부당하고, 제도의 너울을 쓰고 엄숙주의를 공고화하려는 기도”라며 강하게 비난하였다.

영화단체들은 ‘제한상영가’는 역시 현실적으로 영화상영을 불가능하게 하는 것이어서 이전의 ‘등급보류’ 결정과 다르지 않으며, 지난해 헌법재판소가 “등급보류는 위헌”이라고 판시한 법 정신에도 어긋난다고

198) 문화일보 2002. 8. 9. 오에리 기자 보도.

199) 한국i닷컴 2002. 8. 8. 보도.

주장하였다. 있지도 않은 제한상영관에서만 상영하라는 제한상영가 등급 결정은 사실상 영화에 대한 사형선고나 다름없다는 것이다.²⁰⁰⁾ 법상으로는 완전등급제가 실현되고 제한상영관이 도입되었지만 아직까지 현실적으로 제한상영관이 존재하지 않고, 따라서 제한 등급을 받으면 사실상 상영의 기회가 박탈되는 현실을 도외시할 수 없고, 더욱 문제는 당분간 제한상영관이 개관될 가능성이 희박해 보인다는 점이다.²⁰¹⁾

감독이 문제가 된 부분을 삭제하여 18세 등급판으로 편집하여 재심을 청구하지 않으면 그 영화는 사장될 수밖에 없는 노릇이다. 2002. 5. 21. 제한상영가 등급을 받은 ‘동물의 쌍불기’의 경우에도 수입사는 290분의 러닝타임 가운데 동물의 성기가 클로즈업으로 노출되는 장면을 잘라내 다시 등급분류를 신청할 계획이라고 한다.

위와 같은 논란 속에서 영상물등급위는 성교장면을 삭제하면 ‘18세 이상 관람가’ 등급을 주겠다는 태도를 보였다고 보도되었다.²⁰²⁾ 제작사인 메이필름은 2002. 8. 9. 문제가 된 부분의 필름 전체 색깔을 어둡게 처리한 수정본으로 영상물등급위원회에 재심을 신청하였다. 결국 위원회는 2002. 10. 30. 위 영화에 대하여 ‘18세 이상 관람가’ 등급 결정을 내렸다.

④ 명확성 원칙 위반 여부

다음 문제되는 것은 명확성 원칙 위반의 점이다. 이와 관련하여 동법에는 제한상영가 등급에 해당하는 영화 유형에 관한 실질적 정의가 없다는 점이 간과될 수 없다.

개정법에 의하면 새로운 상영등급으로서 제한상영가 등급은 “상영 및 광고선전에 있어서 일정한 제한이 필요한 영화”라고만 규정되었을 뿐(영화진흥법 제21조 제3항 제5호), 그에 관한 실질적 정의나 그 구체적인 판별기준은 법률상 하등 정해진 바가 없다. 보도에 의하면 위 법률 개정 후 제한상영등급 영화는 “성과 폭력의 묘사가

200) 한국i닷컴 2002. 8. 7. 보도.

201) 심재권, ‘사실상의 검열’ 제한상영제, 경향신문 2002. 9. 4.

202) 한국i닷컴 2002. 8. 8. 보도.

지나친 영화로 일반 상영관에서 상영이 곤란한 영화”, “성, 폭력묘사가 지나쳐 등급보류 판정을 받았던 영화”, ‘세미 포르노’ 또는 “성과 폭력 등의 묘사가 청소년에 유해한 수준의 영화”라고 막연히 설명되었으나, 그것이 실제로 18세 관람가 등급과 어떻게 다른지, 또 제한상영관 관람 허용기준 나이가 어떠한지에 관하여 법률에는 하등 규정하는 바가 없다. 다만, 동법은 ‘영화상영등급분류 기준 등에 관한 사항’을 영상물등급위원회의 ‘등급규정’에 정하도록 포괄적으로 위임하고 있을 뿐이다(동법 제22조).

그러나 동 개정법률에 의하면 제한상영가 등급을 부여받는 경우(설사 제한상영관이 실제로 존재한다고 하는 경우에도) 그 상영은 제한상영관에서만 가능하고, 광고 선전 등 영화에 의한 표현의 자유는 심각한 제한을 받게 된다. 동법이 제한상영가 등급에 대하여 그 전파에 부과하는 제한은 이렇게 무거운 것임에도 그 관별기준에 대해 명백한 법적인 정의가 없다면 헌법상 표현의 자유에 대한 제한에서 엄격히 요구되는 명확성 원칙에 반할 뿐 아니라, 법률에 아무런 지침을 정함도 없이 이를 영상물등급위원회의 규칙으로 제정하도록 위임한 것은 헌법이 금지하는 포괄위임에 해당한다고 보지 않을 수 없다.

⑤ 소결 - 위헌

이상과 같은 여러 가지 요건을 검토하여 본다면 현행법상의 제한상영가 등급을 규정하고 있는 영화진흥법 관계 조항은 위헌이라고 보아야 한다. 물론 성표현에 대한 제한은 반드시 합리주의적·법적 논리에 의해서만 행해질 수 없고, 각 사회의 성에 관한 인식과 윤리관이 그 규제정책의 결정에 중요한 영향을 미친다. 그러나 현대법의 합리주의적·자유주의적 경향과 지향에 입각할 때 제한상영등급은 표현물의 해로운 영향에 관한 과학적 입증도 없이 합리적 근거와

논리를 구비하지 못한 채 후견적 보호주의자의 집요한 관념과 요구가 법규정에 침전된 것이라고 보지 않을 수 없다.

이렇게 제한상영가 등급과 제한상영관 제도가 위헌임이 밝혀졌다면 새로이 영화진흥법을 개정하여 이를 폐지하는 것이 필요하다. 그러한 제도가 현실적으로 필요하다고 한다면 정부가 할 수 있는 일은 정책적 과업으로서 영화 제작·수입업자의 자율규제를 촉구·조성하는데 그쳐야 할 것이다.

다. 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보

(1) 서론

전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보(동법 제7조 제4호)도 청소년유해성 여부에 관하여 청소년보호법의 규제를 받는다. 이에 관한 내용을 심의하는 기관은 전기통신사업법 제53조의 2에 의해 설립된 정보통신윤리위원회이다. 그러나 전기통신사업법은 사전심의를 규정하고 있지 않으며, '청소년 보호'를 심의사항으로 명시하고 있지 않다.

원래 전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보는 전자파에 의해 의견과 정보를 전달하는 1 대 1의 통신수단이므로 그에 대하여는 기본적으로 통신의 비밀은 침해될 수 없다는 헌법 제18조와 함께 표현의 자유를 보호하는 헌법 제21조가 경합적으로 적용된다. 따라서 전기통신의 경우에는 통신의 비밀이 보호되는 것이 원칙이지만(헌행 통신비밀보호법 제3조), 현대에 이르러 이들 통신수단의 기능이 확장되어 1 대 불특정 다수에 대한 정보전달의 기능을 포섭하게 되었고, 특히 방송과 통신의 융합화가 더욱 진행되는 가운데 이러한 형태의

커뮤니케이션이 사회적으로 영향력을 가지게 될 경우 그 통신내용에 대한 규제 문제가 논의되게 된다.²⁰³⁾ 그 결과 각국은 전화를 이용한 음란한 상업적 메시지의 전파를 규제하는 법률을 제정하고 있다.

(2) 문제상황

전기통신을 이용한 정보전파의 방법으로 가장 보편화하고 있는 것이 인터넷이다. 인터넷은 그 매체의 특성 때문에 음란 표현의 규제와 청소년보호를 위해 특히 어려운 문제를 제기한다. 1990년대 정보사회에 접어들면서 인터넷은 이용자들에게 현실의 어떠한 속박과도 무관한 새로운 세계를 열어다 주었다. 인터넷 이용자들은 자신의 신원을 밝힘이 없이(익명성), 일정한 장비와 구좌명(ID)만을 갖추면 누구에게나 개방된 네트워크에(개방성), 국경에 구애받지 아니하고(무국경성) 인터넷에 올려진 정보에 자유로이 접근할 수 있기 때문이다.

그러나 ‘정보의 보고’(보고)라는 인터넷에는 음란 기타 유해정보가 범람하게 된 점에 문제가 있었다. 항상 새로운 매체를 적극 활용하여 대중 속에 파고드는 경향을 갖는 포르노는 인터넷이란 신매체의 출현에 따라 무차별적 확대·재생산이 가능하게 되었기 때문이다. 컴퓨터와 네트워크가 만들어낸 인터넷의 가상공간에는 무수한 포르노 사이트가 존재한다. 인터넷에 포르노가 번창하는 이유를 소비자나 이용자의 입장에서 보면 인터넷 포르노 사이트는 누구나 어디서나 간단한 조작만으로 손쉽게 접속할 수 있는 편리성과 아울러 안방이나 사무실에서 아무도 몰래 언제든지 접근할 수 있어 포르노 소비의 프라이버시가 보장되기 때문이다.

이렇게 포르노가 범람하는 인터넷에서는 이용자가 성인인지 청소년

203) 그에 대한 상세한 논의는 박용상, 표현의 자유, 헌암사(2002) 624면 이하 참조.

년인지를 구분하는 기술이 쉽지 않으므로 청소년 역시 쉽게 인터넷 포르노 사이트에 접근할 수 있다는 점이 문제가 있다.

이러한 현상 때문에 인터넷에서 청소년을 보호하려는 목적은 외면할 수 없는 사회적 과제로 대두되었다. 각국은 여러 방법을 동원하여 청소년보호를 위해 성인 정보에 대한 청소년의 접근을 제한하려는 조치를 강구하고자 하였으나, 성인의 접근을 헤치지 않으면서 청소년만의 접근을 차단하기 위한 방법을 안출하기란 기술적으로 쉽지 않기 때문에 온라인에서 청소년보호는 인터넷 법제 및 청소년 보호체제에 큰 딜레마를 안겨주고 있다.

인터넷에서 청소년보호를 위한 규제는 음란 내지 저속한 내용 또는 폭력적인 내용 등 청소년에 유해한 표현물을 가려내어 이를 청소년이 접근하지 못하도록 하는 내용규제의 문제이다. 여기서는 우선 인터넷이라고 하는 특수한 전달매체가 갖는 특성을 고려하여야 한다. 요컨대, 인터넷에 대한 내용근거 규제를 행함에 있어서는 자유가 고도로 보호되는 인쇄매체와 같이 다루어질 수도 없고, 파급성과 침투성이 커서 여러 가지 규제가 허용되는 방송의 경우와 같이 다루어질 수도 없다. 인터넷에 의한 포르노는 물리적·공개적 장소가 아닌 사이버스페이스의 영역에서 배포되는 것이므로 일반 공중의 불쾌감을 유발할 우려 및 그 배포장소의 환경 악화라는 제2차적 영향²⁰⁴⁾ 등 포르노로 인하여 야기되는 전통적인 우려는 다소 줄어들게 된다. 견해의 다양성이 확보되는 인터넷 언론에 대하여 이용자의 적극적 선택이 가능하다는 점을 고려하여 이러한 매체를 통한 표현의 자유 및 알 권리라는 이익과 청소년보호라는 필수적 이익 간에 세심한 이익의 균형이 이루어져야 하는 것이다.

204) 전술 렌튼시 성인극장 위치 규제사건 City of Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41 (1986) 참조.

(3) 온라인 상의 청소년 보호대책 일반

(가) 방법 개관

기존 매체의 경우 청소년보호를 위한 기제는 청소년유해매체물을 분류하여 이를 식별할 수 있는 표시를 행하고 그 유통 시 청소년이 그에 접근할 수 없도록 하기 위해 그 수용자의 연령을 확인하고, 성인에게만 접근을 허용하는 체제가 기본으로 되어 왔다. 그러나 이러한 체제에서 표시의무, 포장의무, 구분 및 격리의무는 기본적으로 유체물의 형태를 갖는 매체물을 전제로 하는 것이기 때문에 인터넷에 의한 정보통신에서는 이러한 전통적인 청소년보호기제를 적용하기 곤란한 상황이 발생하게 되고, 이러한 기존의 통제방식이 예정하고 있는 접근통제방법 이외의 새로운 방법이 모색되지 않을 수 없게 된다.²⁰⁵⁾

청소년 보호를 위한 인터넷 내용규제에서 유의할 점은 우선 인터넷에서 전파되는 모든 메시지에 관해 청소년 유해성 여부가 충실하게 검토되어 분류·표시되어야 하고, 그러한 청소년유해물에 대한 규제는 “청소년의 접근을 효율적으로 통제할 수 있으면서도 성인의 접근을 과도하게 통제해서는 안된다”는 점이다. 이것이 청소년보호를 위해 표현행위를 제한하는 방안으로서 요구되는 기본원리인데, 청소년보호를 위해 성인이 볼 수 있는 것까지 금지한다면, 이는 성인의 알권리를 청소년의 수준에 맞추는 것이어서 성인의 알권리를 침해하기 때문이다. 미국의 판례가 전기통신을 통하여 수신자가 18세 미만의 자임을 알면서 음란 또는 저속한 내용을 전파한 자를 처벌할 수 있게 규정한 미국의 1996년 통신품위법(CDA)을 위헌으로

205) 황성기, 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰 - 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목 등 위헌제청사건(헌재 2000. 6. 29. 선고, [99헌가16]) 등에 대한 평석을 중심으로 -, 헌법실무연구회, 2001. 2. 2. 발표논문, 7면 이하.

판결한 것도 이러한 이유였다.²⁰⁶⁾

문제는 어떠한 방법으로 성인의 접근은 허용하면서 청소년의 접근은 통제하는 구체적인 수단을 마련할 것인가 하는 것이다. 접근과 이용에 개방성, 익명성을 본질로 하는 인터넷에서 이를 이행함에는 인터넷의 장점을 상쇄하는 손해를 감수할 수밖에 없는 경우도 있다.

우선 청소년 유해 여부를 표시하는 방법에 관하여 보면 인터넷상의 정보에 관하여 이를 모두 분류하여 표시하는 내용등급 방식과 성인만이 접근할 수 있는 사이트를 별도로 지정·구획하는 방안이 생각될 수 있다. 다음 단계로서 위와 같은 성인 콘텐츠에 대한 접근의 제한은 예컨대 암호화, 이용자 그룹의 제한 또는 필터 소프트웨어 등에 의해 이루어질 수 있고, 성인 여부의 연령을 확인하는 방안이 요구된다. 성인에게만 접근하게 할 수 있는 이러한 기술적 조치는 실제적으로 신뢰성이 있고 서비스 프로바이더에게 부당한 부담을 요구하는 것이 아니어야 한다.

이하 본항에서는 위와 같은 여러 문제를 순차적으로 살펴본다.

(나) 인터넷 정보의 분류 및 선별 방식

인터넷에서 청소년을 보호하려면 우선 거기서 유통되는 정보 중 청소년에 유해한 정보를 분류해야 한다. 일반적으로 인터넷에서 정보를 선별하는 필터방식에는 키워드(Keyword) 제한 방식, URL(uniform resource locater) 제한 차단방식, 등급제 차단방식(PICS 방식), 제한된 사용자를 위한 서비스 제공 방식 등이 있는데, 청소년보호를 위한 방법으로 이러한 일반적인 기법을 채택할 수 있는가 하는 점이 우선 검토될 수 있다.

키워드(Keyword) 제한 방식에 의하면 사용자가 미리 'sex',

206) 미연방대법원 1997. 6. 26. 선고 Reno v. American Civil Liberties Union ('ACLU'), 25 Med. L. Rptr. 1833.

‘nude’, ‘porno’ 등 키워드를 사용하여 제한 요건을 입력해 놓으면, 이러한 단어가 포함된 웹페이지는 이용자가 접속할 수 없게 된다. 이 방식을 채용하는 경우에는 불건전한 정보뿐만 아니라 학술적· 시사적 문맥의 정보도 제거된다는 점에 문제가 있다.

URL 제한 차단 방식은 필터 소프트웨어를 제공한 회사로부터 주기적으로 불건전한 사이트 목록을 제공받아서 이 목록에 포함된 사이트에 접근하려는 시도를 차단하는 방식이다. 이 방법의 문제점은 기술적으로 보아도 무수한 전 세계의 웹사이트 중에서 청소년유해 정보를 담은 웹사이트를 모두 찾아 목록에 올리거나, 수시로 새로 생기는 유해사이트를 모두 등록하는 것이 사실상 불가능할 뿐 아니라, 유해 정보 여부가 소프트웨어 제공 회사의 이데올로기적 편향에 좌우될 우려가 있다는 데 난점이 있다.

위와 같은 방식보다 훨씬 진전된 방식이 인터넷내용등급제(Internet Content Rating System)이다. 이것은 정보제공자(CP, content provider 또는 IP, information provider)가 자신이 제공하는 정보 내용을 일정한 기준(폭력, 누드, 욕설 등)에 따라 등급을 부여하여 표시하면 학부모·교사 및 청소년 등 정보이용자는 표시된 내용등급을 참고하여 내용 선별 소프트웨어를 통하여 정보 내용을 취사선택할 수 있도록 하는 것이다. 이들 인터넷 내용등급방식의 기술적 고안에 의하면 정보제공자나 독자적인 권한의 주체가 인터넷 콘텐츠에 그 내용의 등급을 정하는 디지털 라벨을 삽입하여야 하고, 이용자의 소프트웨어는 그 라벨을 갖는 콘텐츠에 대하여 그것을 차단할 것인가, 액세스를 제한할 것인가, 허용할 것인가, 그밖에 다른 처리를 할 것인가를 프로세스하는 방법을 결정하게 된다.²⁰⁷⁾

207) Neil Weinstock Netanel, Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory, California Law Review, Vol. 88:395 [467].

이러한 인터넷 콘텐츠 선별기준으로서 대표적인 것이 PICS (Platform for Internet Content Selection) 방식이다. 이것은 월드와이드웹 콘소시엄과 인터넷 정보제공자들, 통신망 회사들, 소프트웨어 회사들과 학부모들이 모여 인터넷 정보에 대한 기술적 등급 기준을 설정하는 시도인데, RSACi 기준과 SafeSurf 기준이 있다. RSACi 기준은 웹등록자의 자발적이고 자율적인 등급시스템으로서 대학교수들과 컴퓨터 업계의 대표들로 구성된 독립적이고 비영리적인 RSAC(Recreational Software Advisory Council)가 내용분류 기준을 설정하고, 위 기구의 자문에 따라 인터넷 정보제공자(IP, information provider)와 인터넷서비스제공자(ISP, internet service provider)가 자발적으로 자신의 콘텐츠에 대하여 등급을 부여하는 방식을 취한다. SafeSurf 등급표준 역시 인터넷 정보제공자들에 의해 자율적으로 행해지는 것이지만, 그들이 자신들의 사이트에 부여하는 모든 등급은 SafeSurf사의 확인과 인증을 받게 되어 있다. SafeSurf사의 분류심의회(Classify Organization Review Committee)는 인터넷 정보의 범주들(categories)과 하위 범주들(sub-categories)의 인증을 심의한다.

이와 같은 인터넷 내용등급 분류제도는 이상적이기는 하나, 그에 대하여도 기술적 경제적으로 여러 난점이 제기된다. 첫째, 이 제도를 시행함에는 서비스 제공자들의 시간과 노력이 소요되어 부담이 클 뿐 아니라 이렇게 부담이 큰 일에 서비스제공자들의 자율적인 참여를 얻는 일은 쉽지 않다는 점에 문제가 있다. 둘째, 이 시스템에 의하면 분류가 행해지지 않은 사이트나 금지된 라벨을 보유하는 사이트에 대한 액세스가 차단되도록 할 수 있기 때문에 이용자의 인터넷에 대한 액세스의 범위를 현저히 침해할 수 있다

셋째, 더욱 큰 문제는 검열의 우려이다. 인터넷 필터링(filtering)

을 정부가 구사하는 경우에는 검열의 문제 때문에 헌법적으로 허용될 수 없음이 명백하다. 정부는 이러한 비난을 피하기 위해 보다 우회적인 방법으로서 콘텐츠 프로바이더로 하여금 그들의 콘텐츠를 분류하도록 효과적으로 강제할 수 있고 그 결과 이용자들의 정보접근은 현저하게 제한되게 된다. 그 뿐 아니라 사적인 필터링 자체에 대한 우려도 적지 않다. 필터링은 자유민주주의에서 기본적으로 요청되는 의견의 다양성에 지장을 주는 방향으로 이용되어서는 안되는 데, 개인이 생각한 필터링은 정보의 편식과 사상의 고립성을 가져올 수 있고, 능동적 시민으로서 요구되는 다양한 정치적·문화적 스펙트럼에 대한 접근을 방해할 우려가 야기되기 때문이다.²⁰⁸⁾

그 밖에 어린이나 청소년 등 제한된 사용자를 위한 서비스 제공 방식이 채용될 수 있다. 그것은 청소년만을 위한 통신망을 꾸며 놓고 그 안에서 합당하다고 생각되는 정보 이외에는 제공하지 않는 방법이다. 또 검색엔진에 의해 필요한 유형의 정보만을 검색되게 하는 방식도 고려될 수 있다. 이러한 방식은 부모의 결정에 의하는 한 법적인 문제가 되지 않지만, 청소년의 알 권리 제한 여부에 관하여는 별다른 관점에서 논란될 수 있다. 보다 큰 문제는 이러한 청소년 보호에 맞춘 정보만을 청소년에게 제공하고, 보다 풍부한 인터넷 콘텐츠에 대한 접근이 금지된다면 청소년이 인터넷 이용에서 얻을 수 있는 이점은 크게 상실될 것이란 점이다.

(다) 인터넷의 구획설정 방안

청소년에게 유해한 내용의 콘텐츠는 일정한 제한된 인터넷 구역에서만 취급하도록 하자는 방안이 최근 논의되고 있다. 종전의 일반 인터넷 주소관리 시스템(domain name system)에서는 웹사이트 주

208) Netanel, id. p. 467.

소를 별다른 심사없이 선착순으로 등록할 수 있도록 받아 주었고, 인터넷에서는 누구든지 어떠한 웹사이트에든지 거의 아무런 제약이 없이 접속이 가능하였기 때문에 어린이들이 음란·도박 사이트는 물론 지나치게 상업적인 목적으로 이용되는 사이트에도 쉽게 접속할 수 있었다. 인터넷의 구획설정 방안은 인터넷의 도메인 네임 시스템에서 어린이 보호구역 내지 성인전용구역을 만들기 위해 웹사이트마다 이를 식별할 수 있는 도메인 네임을 부여하자는 방안이다.

미국에서는 인터넷의 어린이 보호구역을 만드는 입법이 2002. 3. 제정되어 동년 7월부터 시행되고 있다. 이 방식은 인터넷 공간에서 어린이들이 접속할 수 있는 사이트의 도메인 네임을 별도로 정하여 접속할 수 있게 하는 것인데, 13살 이하의 어린이들이 이용할 수 있는 웹사이트의 도메인 네임(예를 들면 .kids.us)을 신설하되, 어린이 보호당국과 인터넷주소관리위원회의 엄격한 심사를 통과한 뒤에야 등록하도록 한다는 것이다.²⁰⁹⁾

그에 비해 우리의 경우에는 인터넷상에 성인전용구역인 ‘레드 존’(red zone)을 구축하는 방안으로서 청소년유해 콘텐츠를 제공하는 자는 성인전용 도메인을 의무적으로 사용토록 하여 청소년들의 접근을 차단하되, 성인들에 대해서는 표현의 자유를 보장해주는 방안을 입법하려는 움직임이 구체화되고 있다.

보도에 의하면 정보통신부는 2002년 하반기 중에 국내 인터넷 주소체계를 새로 만들어 성인정보제공사업자들은 성인전용 도메인(예를 들어, 섹스관련 정보의 경우 ‘.se.kr’)을 확보하여 그것을 통해서만 서비스하도록 의무화하는 방안을 추진하고 있다고 한다. 그렇게 되면 도메인만으로도 성인정보임을 식별할 수 있게 되고, 내용선별

209) 인터넷한겨레 2002. 3. 10. 함석진 기자 보도.

소프트웨어를 이용하거나 인터넷접속사업자(ISP) 차원에서 청소년의 접근을 손쉽게 차단할 수 있게 된다고 한다.²¹⁰⁾

(라) 필터링 소프트웨어

위와 같이 불건전 정보가 분류·표시되거나, 그러한 정보가 실린 사이트가 식별될 수 있게 된다면이라도 그에 대한 청소년의 접근을 통제하기 위해서는 그를 위한 코드 기법이 개발되어야 한다. 그것을 위한 필터링 소프트웨어(filtering software)는 개인 컴퓨터(PC), 서치 엔진(search engine), 인터넷 서비스 프로바이더(ISP), 프록시 필터 사이트(proxy filter site)를 포함하여 여러 단계의 여러 주체에 의해 채용될 수 있다. 이를 크게 분류하면 인터넷서비스제공자(ISP)에 의한 원천적 차단방식과 차단 소프트웨어를 통한 이용자의 자율 방식으로 나누어 볼 수 있다.

청소년보호를 위한 목적으로 이들 방식을 채용함에 있어서 유의할 점은 우선 헌법적 관점에서 표현의 자유의 제한 원칙에 부합해야 한다는 것이다. 그 중에서 특히 문제되는 것은 그러한 방식이 청소년보호의 목적을 효율적으로 달성하는 것으로서 적절한 수단이어야 하되, 청소년에 대한 접근통제가 성인의 접근까지 과도하게 제한하는 것이어서는 안된다는 점이다. 그 외에도 그 수단은 기술적 문제로서 기술적 신뢰성을 가져야 할 뿐 아니라 실제적 문제로서 그 조치이행자에게 과도한 경제적 부담을 주어서는 안된다.

그런데, 오늘날 청소년보호를 위해 채택될 수 있는 필터링 기술은 보통 특정한 지정된 사이트에 대한 접속을 완전히 차단하고, 단지 목록화된 사이트에의 액세스만을 허용하도록 고안되어 있다. 이것은 그 콘텐츠 프로바이더(CP)나 인터넷 서비스 프로바이더(ISP) 기타

210) 중앙일보 2002. 7. 17. (서울=연합뉴스) 보도.

매개자에 의해 만들어진 승인 또는 차단 사이트의 데이터베이스에 대한 액세스를 제공하게 된다. 이용자의 브라우저(browser)가 한 인터넷 페이지를 찾아들어가려 할 때, 그것은 먼저 그 데이터베이스 사이트로부터 허락을 요청하게 되고, 그 페이지가 그 데이터베이스에 작성된 여부 또는 내용에 따라 액세스가 허용되거나 거부되는 방식이다.

인터넷 서비스 프로바이더(ISP)에 의한 원천차단방식은 비교적 손쉬운 방법이지만 하나 인터넷 이용속도의 저하 및 이에 따른 통신비용의 증가를 초래해 인터넷산업의 발전을 저해할 우려가 있다. 그것은 부정확성 때문에 너무 많거나 적은 정보를 차단하여 온라인 정보를 감소시키며, 정보의 자유롭고 원활한 흐름을 끊기 때문에 자유언론 및 정보의 유통에 장애를 주게 된다. 특정한 지정된 사이트에 대한 접속을 완전히 차단하고, 단지 목록화된 사이트의 액세스만을 허용하도록 고안된 차단 소프트웨어에 의한 방식은 차단 소프트웨어 내에 데이터베이스화되어 있는 사이트 이외의 음란정보는 차단할 수가 없고, 합법적인 내용을 담은 사이트에 대한 접근을 차단하여 건강과 성, 사회적 이슈 등에 관한 중요한 정보에 대한 접근을 가로막는 경우가 많다. 또 정보이용자가 스스로 차단 대상 정보를 선택할 수 없어 정보이용자의 정보선택권을 제한한다는 문제가 발생한다.²¹¹⁾ 또 최근의 보도에 의하면 위와 같은 필터링 시스템을 무력화하는 소프트웨어가 개발되고 있다.

이와 같이 현재까지 개발된 필터링 방식을 종합적으로 분석하여 본다면 그들은 인터넷의 청소년유해물을 규제하는 최소제한수단이 될 수 없다는 결론에 이르게 된다. 따라서 이것을 국가가 법률에 의

211) 홍성완, '자원봉사자로 불건전정보 감시활동 펼쳐 - 청소년 보호를 위한 인터넷 내용등급제의 도입 -', 정보통신부 2000년 5월호 통권496호.

해 강제하는 경우에는 과잉금지의 원칙을 위반하게 될 수밖에 없고, 그 이유 때문에 이들 방식을 법률로 규정하는 경우에는 위헌논란을 피할 수 없다. 그러므로 이러한 필터링 방식은 사적 조직이나 개인 최종이용자들만이 채택할 수 있을 뿐, 콘텐츠 프로바이더(CP)나 부모에 대하여도 이러한 필터링을 강제할 수 없다.²¹²⁾

결국 이러한 청소년보호조치는 국가에 의해 강제될 수 없고, 그 임무는 최종 이용자, 즉 컴퓨터 소유자에게 전가될 수밖에 없다. 이용자 자신이 필터링 시스템을 채용하는 경우에도 이를 스스로 고안할 수 없는 개인 이용자는 인터넷 서비스 주체나 대학 도서관 등에게 그 고안을 위임하게 된다. 예를 들면, 부모들은 스스로 자기 집의 모니터에 나타날 수 있는 자료의 정도를 선택할 수 있고, 인터넷 서비스사업자(ISP)와의 계약으로 필터링을 행하도록 약정할 수 있다. 도서관에서도 사적인 필터링 체제를 도입할 수 있으나, 이 경우에도 필터링 소프트웨어는 어린이용 컴퓨터에만 설치될 수 있을 뿐, 성인용 컴퓨터에는 할 수 없다. 이 경우 이용자는 그러한 필터링이 이루어지는지 여부 또는 정도와 범위를 알지 못할 수도 있기 때문에 이를 알게 하기 위해 그 소프트웨어의 분류기준 및 작동원리가 공개되어야 한다.²¹³⁾

그리고 이용자가 이들 매개자에게 필터링의 권한을 위임한 경우라 하더라도, 그것이 필터링에 관한 국가의 개입을 허용하는 것은 아니다. 국가는 개인의 콘텐츠 소비에 관한 선택을 지시할 수 없기 때문이다. 다만, 국가의 개입은 보다 넓은 시민적 이익의 배양을 추구하고 개인적 선택으로 인한 고립성에 대처하는 대안을 제시하는 범위에서만 허용된다고 보아야 한다.

212) Netanel, id. p. 466.

213) Netanel, id. p. 468.

결국, 정보의 흐름에 대한 이러한 부담과 청소년 보호의 이익은 서로 비교형량되고 그 결과에 따라 그러한 청소년보호조치의 채부가 결정된다. 어쨌든 그 경우 국가가 할 수 있는 일은 이러한 일을 부모나 사적 주체로 하여금 행할 수 있는 여건을 조성하거나 권유하는 데 그치게 될 것이다. 현행 정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한법률도 이러한 생각에서 필터링 소프트웨어의 개발이나 보조를 행하는 정도로 규정하고 있다.

(마) 연령확인 방법

면대면으로 이루어지는 오프라인 상의 전파에서는 청소년 여부를 확인하기가 용이하지만, 온라인 상에서는 새로운 연령확인방법이 요구된다. 그 방안으로서는 첫째 ‘신용카드에 의한 결제방법’과 둘째 ‘성인 ID의 발급’ 방법이 있다. 그러나 신용카드에 의한 결제방법의 ‘의무화’에 있어서는 인터넷상에서 상업적 거래가 수반되지 않는 비영리적 정보제공자들은 이 방법을 이용할 수 없고, 신용카드가 없는 성인의 접근을 완전히 차단하게 된다는 문제가 있다. 자신이 성인임을 증명한 자에게만 성인 ID를 발급하여 일정한 내용의 정보에 대한 접근을 허용하는 시스템은 그에 따른 불편과 비용 문제 이외에 표현행위가 위축되거나 이용자의 개인정보 보호에 불리하다는 문제가 지적된다.

이러한 문제 역시 청소년 보호라고 하는 더 큰 공적 이익과 비교형량하여 그 채용 여부가 결정되어야 할 것이다.

(4) 한국에서 인터넷 등급제 논의와 그 입법적 전개

(가) 정부의 제안 내용

한국에서는 최근 인터넷 보급이 확산되면서 급증하고 있는 사이버 공간상의 음란물, 언어폭력 등 불건전 정보의 유통과 개인정보 유출 등의 문제가 심각한 지경에 이르렀기 때문에 정부는 인터넷 콘텐츠에 대한 규제를 강화하는 방안을 강구하게 되었다.

정보통신부는 2000. 4. 인터넷상의 불건전정보를 규제하고 사이버스페이스에서 청소년을 보호하기 위한 방안으로서 인터넷내용등급제를 도입하기로 결정하게 되었는데, 그 주된 요지는 인터넷 내용에 대하여 청소년보호법이 규정하는 청소년유해물 규제의 체제를 도입하고, 그러한 목표를 실현키 위한 제도적 기구로서 정보통신윤리위원회 산하에 등급표시기구를 설치하여 그에 심의 및 분류 표시의 권한을 준다는 것이었다. 그래서 정부는 구 '정보통신망 이용촉진에 관한 법률'에 '인터넷정보내용 자율표시제'를 도입하는 방향으로 법개정을 추진하게 되었다.

정보통신부가 애초에 발표한 등급제의 내용은 다음과 같았다.²¹⁴⁾

즉, 인터넷등급제의 적용 대상은 PC통신과 인터넷 등을 통하여 유통되는 모든 콘텐츠로 하되, 뉴스 정보와 같은 시사성 정보와 성인에게도 유통이 금지되는 아동포르노 등과 같은 형사처벌의 대상이 되는 불법정보는 적용 대상에서 제외한다.

등급기준 설정을 위하여 정보통신윤리위원회, 학계, 법조계, 시민단체, 민간사업자들이 참여하는 등급기준 심의기구를 정보통신윤리위원회에 밑에 설치한다. 이 등급기준 심의기구는 인터넷상 정보 내용을 언어(욕설 등), 누드, 폭력 등의 범주로 구분하고 그 정도에 따라 등급기준을 설정하며, 등급이 부여된 해외 콘텐츠를 국내 등급으로 전환하는 기준을 설정하거나, 정보제공자가 잘못 부여한 등급에 대하여 조정하는 등의 역할을 수행하게 된다.

국내 콘텐츠의 경우 영리를 목적으로 하는 음란·폭력물과 같은 청소년 유해 콘텐츠를 제공하는 자는 등급표시를 의무화하고, 등급 미표시 콘텐츠 중에서 필요한 경우에는 위 등급표시기구가 직접 등급을 분류하도록 하고, 정보제공자의 신청이 있는 경우에 등급표시업무를 대행할 수 있도록 한다. 해외 콘텐츠의 경우 등급이 표시된 콘텐츠는 등급전환기준에 따라 국내 등급으로 전환시키고, 등급이 표시되지 않은 해외 음란·폭력 콘텐츠는 등급표시기구에서 등급을 분류 표시하게 한다.

등급 조정 등에 관하여 분쟁이 있는 경우 해결방안에 관하여 정보이용자 및 감시단체 등에서 콘텐츠에 부여되어 있는 등급에 이의가 있는 경우 등급기준 심의기구에 이의신청을 할 수 있으며, 이에 따라 등급기준 심의기구는 등급 조정을 할 수 있고, 그 등급 조정 결과에 불복하는 정보제공자는 등급의 재조정을 신청할 수 있고, 또 법원에

214) 홍성완, 전계 논문 참조.

소송을 제기할 수 있도록 한다. 한편 등급기준 심의기구의 심의 결과 성인에게도 유통이 금지되는 불법정보라고 판단될 때에는 형사고발을 할 수 있도록 한다.

제제조치 및 감시망 구축에 관하여 등급표시 의무자가 등급을 표시하지 않거나 허위로 등급을 부여한 경우 각각 과태료 부과나 형사처벌 등 제제조치를 취할 수 있도록 한다. 아울러 인터넷서비스제공자에게도 음란물 등 불건전정보에 대한 모니터링 및 삭제 의무를 부여하고 이를 성실히 이행하지 않는 경우 제제조치를 할 수 있다.

이와 같은 내용을 주요 골자로 하는 인터넷내용등급제의 시행을 위해 우선 인터넷내용등급제에 관한 근거법령 마련을 추진하고, 내용 선별 소프트웨어 등 관련 기술을 조속히 개발하며, 자원봉사자로 사이버통신원 및 네티즌 감시단을 구성하여 범국민적 감시활동을 전개해 나갈 계획이었다.

(나) 비판의 요점과 논란의 경과

정부의 위와 같은 인터넷 내용등급제 시행 계획에 대하여 이를 찬성하는 입장에서는 그 시행과 함께 음란물 차단 소프트웨어의 보급이 활성화되면 가상공간의 음란물 문제를 해결할 수 있을 것이라고 예상하였다. 정부 역시 정보내용 등급자율표시제는 모든 콘텐츠에 대해 사전에 등급을 표시하는 '사전검열'이 아니라 청소년유해물로 지정된 콘텐츠에 대해서만 등급을 매기는 사후적인 조치라고 설명했다.

그럼에도 정부의 인터넷 내용등급제 시행 계획에 대하여는 앞서 일반론에서 제기된 바와 같이 그 기술적 불완전성으로 인한 과잉제한의 우려, 일일 팽창하는 다양하고 방대한 사이버스페이스 정보에 대한 분류·파악의 어려움과 비용, 코드기법에 의한 국가적·사적 검열의 우려 등 그 프로그램의 문제점을 들어 이를 반대하는 여론이 지배적이었다.

반대론자들의 주장에 의하면 사이버공간상의 청소년 보호를 위한 정책적 의도에 대해서는 다툼 여지가 없으나, 정부 주도의 내용등급제는 인터넷 내용을 국가가 관리하겠다는 발상에서 나온 것이고 청소년 보호 효과도 의문시된다는 것이었다. 특히, 진보적인 정보통신운동단체들과 학자들은 정부 주도의 정보통신내용등급제와 정보통신윤리위원회의 권한강화 등에 대해 강하게 반발하였다. 정부가 제시한 안에 따르면 법률에서 제시하는 '불법정보'의 개념이 지나치게 모호하고, 정보의 '불법성'을 판단하는 주체가 사실상의 정부기관인 정보통신윤리

위원회라는 점에 문제가 있다는 것이었다. 정보통신윤리위원회가 정보통신서비스제공자에게 불법정보나 청소년 유해정보를 지적하여 고지할 수 있고, 고지를 받은 정보통신서비스 제공자가 이에 따르지 않을 수 없도록 사실상 강제할 수 있게 된다면 헌법상 금지되는 검열이 행해지게 된다는 것이었다. 시민단체의 의견은 사실상 검열제와 같은 폐해의 우려가 있는 국가 주도에 의한 ‘정보내용 등급표시제’를 그만두고 자율적으로 불법·유해 정보가 걸러질 수 있도록 모든 권한을 민간기구에 맡겨야 한다는 것이었다.

실제로 인터넷 등급제에 반대하는 진보적 운동단체들은 법 개정안에 대하여 ‘인터넷 검열’을 시도하는 ‘인터넷 국가보안법’이라며 반발하면서, 반대사이트를 개설하여 온라인 시위를 벌이는 등 네티즌들을 상대로 조직적인 반대운동에 들어갔다. 그들은 2000. 8. 26. 정보통신부 홈페이지에 대해 서비스 거부 공격을 벌여, 정통부 홈페이지 서버를 10시간 동안 다운시켰고, 이어 8. 28. 정보통신부 인터넷홈페이지 자유게시판에 ‘검열반대’라는 제목의 글을 집중적으로 올리는 사이버 시위를 벌여 정통부의 홈페이지 이용건수가 평소보다 3~5배 증가해 서비스 지연 현상이 초래되는 사태가 야기되었다. 정통부는 이러한 서비스 거부 공격으로 인해 홈페이지 접속불능사태를 야기한 행위에 대해서 이를 ‘사이버 테러’로 규정하고, 경찰청에 수사를 의뢰하게 되었다.²¹⁵⁾

이러한 비판과 여론에 따라 정부는 애초 내용은 개정안에 불명확한 점이 있어 시민단체들이 이를 지나친 규제나 검열로 인식하는 등 오해의 소지가 많다는 점을 인정하고 제안된 법 개정안을 일부 수정하기로 하였다. 정보내용등급 자율표시제(인터넷내용 등급제)의 적용대상을 명확히 하기 위해 이를 청소년보호법 시행령의 청소년유해매체물 심의기준에 따른 음란·폭력적인 내용으로 제한하기로 하였다. 등급기준의 제정에 있어서도 정보통신윤리위원회가 청소년보호단체, 시민단체 등 각계 전문가의 의견을 들어 등급기준을 마련하도록 수정키로 했다.

또 애초 “청소년유해정보를 제공하려는 자”에게 정보내용등급표시 의무를 부과하도록 한 원안이 자율적 제도가 아닌 강제등급제가 된다는 지적에 따라, 청소년보호법상 청소년유해정보로 지정된 것에 한해 사후에 그 표시를 의무화하도록 하여 이를 현저히 완화하는 방안으로 수정하게 되었다. 그에 따라 “청소년유해정보를 제공하려는 자”라는

215) 조선일보 2000. 8. 27. 조형래 기자, 한겨레 2000. 8. 28. 이정내 기자 보도.

조항은 “청소년보호법상의 청소년유해매체물로 지정된 정보를 제공하는 자”로 수정되었다.

그 이외에도 개정안 중 정보제공자에게 불법정보처리 담당자를 지정토록 한 조항, 불량정보 이용자의 개인정보를 사업자간 공유해 정보통신이용을 제한할 수 있도록 한 조항, 정보통신서비스제공자가 이용자의 접속기록을 일정기간 보관하고 수사기관이 요청할 경우 접속기록을 제공할 수 있도록 한 조항 등을 삭제키로 하였다.²¹⁶⁾

이러한 논란 속에 2000. 12. 8. 국회 과학기술정보통신위원회는 정보통신부가 개정 발의한 ‘정보통신망 이용촉진 등에 관한 법률개정안’ 중 ‘인터넷 내용등급제’에 관한 조항을 전면 삭제하여 통과시켰다. 그 대신 통과된 법안에는 유해한 정보로부터 청소년을 보호하기 위한 근거조항은 마련되었고, “정통부 장관이 음란·폭력정보 등의 유해한 정보로부터 청소년을 보호하기 위해 내용선별 소프트웨어의 개발 및 보급, 청소년보호를 위한 기술의 개발·보급 등의 시책을 마련해야한다”는 조항이 추가되었다.

(5) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 상의 청소년 보호조치

(가) 개관 및 연혁

1997년 제정 청소년보호법은 전기통신사업법 및 전기통신기본법의 규정에 의한 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보(동법 제7조 제4호)에 대하여도 동법상의 청소년 보호를 위한 규제를 적용하게 되어 있었으나, 당시의 전기통신사업법은 불법정보 내지 불건전정보 일반에 대한 심의를 위해 정보통신윤리위원회에 의한 통제를 규정하고 있었을 뿐, ‘청소년 보호’를 심의사항으로 명시하고 있지 않았고, 구 정보통신망이용촉진등에관한법률(1999. 2. 8. 공포 법률 제5835호)에도 청소년보호에 관한 규정이 별도로 존재하지 않았다.

그러나 인터넷을 위시한 전기통신에서 청소년보호가 더욱 현실적

216) 한겨레 2000. 8. 28. 이경내 기자 보도.

인 문제로 제기되자 정부는 2001년 초 ‘정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률’(2001. 1. 16. 공포 법률 제6360호, 이하 ‘정보통신망법’이라고 약칭함)을 제정하여 이에 대한 새로운 규정을 두게 되었다. 그 주된 내용은 전기통신을 통한 음성정보·영상정보 및 문자정보(동법 제7조 제4호)에 대하여도 그것이 청소년 유해 매체물인 경우에는 이를 표시하여야 하는 것으로 하되, 입법과정상 논란된 인터넷 내용등급제는 채용하지 않고 있다.

2001년 개정된 정보통신망법에는 원래 제안된 인터넷 내용등급제에 관한 규정이 모두 삭제되는 대신 “정보통신부장관은 정보통신망을 통하여 유통되는 음란·폭력정보 등의 유해한 정보로부터 청소년을 보호하기 위하여” 내용선별소프트웨어의 개발 및 보급, 청소년 보호를 위한 기술의 개발 및 보급 등 청소년 보호를 위한 시책을 마련할 수 있게 되었다(동법 제41조). 그 밖에 동법 시행령에 의하면 정보통신부 장관은 ① 청소년에게 유익한 정보의 개발 및 보급 촉진 ② 정보통신망을 통하여 유통되는 음란·폭력정보 등의 유해한 정보로부터 청소년을 보호하기 위한 청소년의 자발적 참여활동의 촉진 및 지원 ③ 청소년 보호를 위한 학부모·교사 또는 민간단체 등의 자율적인 감시·상담·피해구제활동의 촉진 및 지원 ④ 청소년보호활동을 위한 정보통신서비스제공자간의 협력체계 구축 지원 등의 시책을 행할 수 있다(정보통신망법 시행령 2001. 8. 25. 공포 대통령령 제17344호 제20조)

(나) 규정 내용

① 청소년유해매체물 표시 의무

2001년 개정 정보통신망법은 정보제공자(CP 또는 IP)가 일반에게 공개를 목적으로 청소년보호법에 의한 청소년유해매체물을 제공하는 경우에는 이를 표시할 의무를 부과하고(동법 제42조), 이를 위반

하여 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하지 아니하고 영리를 목적으로 제공한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(동법 제64조). 여기서 청소년유해매체물이란 형식적 의미의 것으로서 청소년보호법에 의하여 관할 심의기관이 청소년에게 유해한 것으로 인정하여 청소년보호위원회가 청소년유해매체물로서 고시한 것을 말한다(청소년보호법 제7조 제4호 및 제2조 제3호). 청소년유해매체물로서 심의 고시된 것, 즉 형식적 의미의 청소년유해매체물에 대해서만 그 표시의무가 부과되므로 그 표시의무는 사전심의를 전제로 하는 것이 아니다.

전기통신을 통한 음성정보·영상정보·문자정보에 대하여 청소년유해성 여부를 심의하는 기관은 전기통신사업법 제53조의 2에 의해 설립된 정보통신윤리위원회이다. 청소년보호위원회는 정보통신윤리위원회가 청소년보호법상 청소년에 유해한 내용을 심의하지 않는 경우 그 심의를 요청하거나 청소년보호위원회 자신이 그에 대한 청소년유해성 여부를 심의·결정할 수 있다(청소년보호법 제8조 제2항 및 제3항). 정보통신윤리위원회의 심의는 정보통신서비스 제공자에 의해 온라인상에 제공된 내용에 관하여 심의하는 것이므로 사전심의가 아니다.

② 청소년유해매체물의 표시방법

정보통신망법 시행령(2001. 8. 25. 공포 대통령령 제17344호)에 의하면 청소년유해매체물의 표시방법으로서 “청소년유해매체물을 제공하는 자는 당해 매체물에 19세 미만의 자는 이용할 수 없다는 취지의 내용을 누구나 쉽게 확인할 수 있도록 음성·문자 또는 영상으로 표시하여야” 하며, “인터넷을 이용하여 정보를 제공하는 자의 경우에는 기호·부호·문자 또는 숫자를 사용하여 청소년유해매체물임을 나타낼 수 있는 전자적 표시도 함께 하여야 한다.”(동령 제

21조).

정보통신망법 시행령 제21조 3항의 위임에 의해 정보통신부장관은 청소년유해매체물의 표시방법에 관한 고시(청소년유해매체물의 표시방법, 2001. 10. 12. 정보통신부 고시 제2001-89호)를 제정하여 2001. 11. 1.부터 시행하였다. 그에 의하면 “전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 일반에게 공개를 목적으로 정보를 제공하는 자 중 청소년보호법 제7조 제4호의 규정에 의한 매체물로서 동법 제2조 제3호의 규정에 의한 청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자”(청소년유해매체물 표시자)는 ① 음성매체물의 경우 청소년유해매체물 제공전에 <이 정보내용은 청소년유해매체물로서 정보통신망 이용촉진 및 정보보호등에 관한 법률 및 청소년보호법의 규정에 의하여 19세 미만의 청소년이 이용할 수 없습니다>라고 하는 내용을 음성으로 제공해야 하며, ② 문자·영상 매체물의 경우 상기 내용을 해당 프로그램 시작전에 자막으로 표시하여 제공하고, 해당 프로그램 시작 후에는 19 로고를 이용자가 쉽게 인식할 수 있는 크기로 화면에 표시하여야 한다. ③ 또한, 인터넷을 통하여 청소년유해매체물을 제공하는 경우에는 사용자의 PC에서 이를 인식할 수 있도록 PICS(Platform for Internet Content Selection) 기술표준에 의한 전자적 표시도 병행하여야 한다. 여기서 전자표시를 행하는 것은 청소년유해매체물을 포함하는 인터넷사이트나 디렉토리 또는 인터넷페이지에 청소년유해매체임을 나타내는 이른바 ‘메타태그’(meta tag)를 게재하는 것인데, 이를 설치하지 않을 경우 음란물 등 유해매체 차단 프로그램에 의해 자동 차단되지 않는다.

위 고시의 시행과 함께 공표된 정보통신부의 보도자료에 의하면 정보통신윤리위원회가 시장에 보급할 예정인 내용선별 소프트웨어를 설치하면, 일반적인 인터넷내용등급 서비스와 함께 청소년유해매

체물 차단도 가능하고, 이 고시의 시행으로 학부모·교사 및 청소년들이 인터넷상에서 쉽게 청소년유해매체물을 인식할 수 있게되어, 향후 사이버상의 유해정보를 효과적으로 차단할 수 있을 것으로 기대된다고 밝혔다. 즉, PC사용자는 정보통신윤리위원회에서 제공하는 세이프넷 홈페이지(<http://www.safenet.ne.kr>)에 접속하여 필터 소프트웨어인 youth.rat 화일을 다운받아 웹브라우저에 설치함으로써 청소년유해매체물을 전자적으로 차단할 수 있게 된다는 것이다.

③ 제공정보 보관의무

전기통신회선을 통하여 정보를 유통시키는 자 중 방송법의 적용을 받지 아니하는 자로서 위와 같은 청소년유해매체물을 이용자의 컴퓨터에 저장 또는 기록되지 아니하는 방식으로 제공하는 것을 영업으로 하는 경우에는 당해 정보를 이용에 제공한 때부터 6월간 보관하여야 한다(정보통신망법 제43조, 동 시행령 제22조, 제23조). 이를 위반한 경우에는 500만원 이하의 과태료가 부과된다(동법 제67조 제1항 제12호).

(다) 정보통신망법의 시행 경과

정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(2001. 1. 16. 공포 법률 제6360호) 시행 후 정부는 인터넷내용등급서비스가 민간부문에서 자율적으로 시행·정착될 수 있도록 환경조성을 위한 노력을 계속하였다.

정보통신부와 정보통신윤리위원회는 2001. 3. 6. 10만건에 달하는 인터넷 불건전 사이트에 대한 데이터베이스와 PC통신 불건전 정보 검색시스템을 구축하여 청소년들을 유해정보로부터 보호할 수 있는 기틀을 마련하고, 2001. 7. 27.에는 인터넷 정보에 표시된 등급을 인식해 학부모 등 이용자가 청소년 수준에 적합한 정보를 선택할 수 있도록 하는 '내용선별 소프트웨어'를 개발하였다. 인터넷상의 청소년유해매체물을 선별·차단하는 소프트웨어(youth.rat)는 정보통신윤리위원회 홈페이지(icec.or.kr)에서 무료로 전송받을 수 있도록 했다. PC 사용자가 이 파일을 내려받아 웹브라우저에 설치하면 인터넷 콘텐츠에 표시된 등급을 인식해 유해한 정보를 모니터에 뜨지 않게 해주어 청소년유해매체물을 사전에 차단할 수 있게 된다.

정보통신윤리위원회는 위원회 자체 모니터링을 행함과 함께 불건전 정보신고센터를 운영하면서 전화, PC통신, 인터넷, 모바일 등 전기통신회선을 통하여 일반에게 공개적으로 유통되고 있는 정보를 심의하여 왔다. 2002. 4. 10.에는 인터넷 자율정화활동을 지원하기 위하여 불법 유해정보에 대하여 적극적 모니터링을 실시하게 될 '사이버패트론투네티즌'이 정보통신윤리위원회에서 발대식을 갖고 활동을 시작하였다.²¹⁷⁾ 또 정보통신윤리위원회에서는 건전하고 유익한 사이트 발굴을 통해 유해 정보로부터 청소년을 보호하고 청소년들이 건전하게 인터넷을 이용할 수 있는 공간을 마련하기 위하여 '청소년권장사이트'를 운영하여 왔다.

정부의 이러한 노력은 2001. 11. 1. 청소년유해매체물의 표시방법에 관한 정보통신부 고시의 시행을 계기로 더욱 적극화되었는데, 정부는 청소년유해매체물을 제공하는 사업자를 대상으로 유해매체물 표시 여부를 집중 단속하여 왔다. 정보통신윤리위원회는 2001. 12. 3. PC통신 1,470건, 인터넷 사이트 320건, 인터넷성인물 판매사이트 459건 등 총 2,248건을 대상으로 청소년유해 표시를 행할 것을 고시한 바 있다.²¹⁸⁾

청소년유해매체물로서 제일 먼저 단속의 대상이 된 것은 성인인터넷방송이었다. 1999. 10.초 처음 개설된 성인인터넷방송은 검찰의 단속에 도 불구하고 지속적으로 증가해 2001년 말 현재 60개가 서비스 중이었다. 정보통신윤리위원회는 성인인터넷방송에 대해 전담 심의위원회를 운영하여 이미 2001. 4. 27. 국내 30개 성인영화사이트 모두를 청소년유해매체물로 지정한 바 있었고, 2001년 통틀어 총 40개의 성인인터넷 방송에 대해 경고(33건), 내용삭제(9건), 이용정지(4건), 이용해지(6건) 등의 시정요구 및 청소년유해매체물 결정(34건)을 내렸다.²¹⁹⁾ 2002. 7. 24.에도 정보통신윤리위원회는 선정적인 내용을 담은 영화, 만화, 웹캐스팅 사이트 66곳을 청소년유해매체물로 지정하고, 이들에 대해 초기화면 정화와 청소년 보호장치 강화 등을 유도키로 했다. 이들 사이트들은 자율적으로 청소년유해매체물 표시를 해왔으나 선정적인 장면과 용어로 초기화면을 장식하고 있고 청소년 유해매체물 필터링 소프트웨어가 인식할 수 있는 전자적 표시를 하지 않고 있었다.²²⁰⁾

일반 사이트에서 선정적인 배너광고를 싣거나 선정적 스팸메일을 발송한 사이트 운영자에 대해서도 단속이 행해졌다. 정보통신윤리위원

217) 전자신문 2002. 4. 11. 정동수 기자 보도.

218) 전자신문 2001. 12. 4. 서동규 기자 보도.

219) 중앙일보 2001. 12. 6. 류현성 기자 보도.

220) 디지틀조선일보 2002. 7. 24 (서울=연합뉴스 이정내 기자).

회는 2002. 2. 5. 선정적인 배너광고를 부착하고 있는 3개 스포츠신문 인터넷사이트와 1개 포털사이트에 대해 해당 배너광고의 삭제를 요구하여 내용삭제 조치를 내리고, 라이코스·네이버·야후·심마니 등 4개 검색포털사이트에 대해서는 ‘성인방송’과 ‘성인용품’ 등 메뉴를 청소년유해매체물로 결정하였다. 또 정보통신윤리위원회는 2002. 2. 5. 선정적 스팸메일을 발송한 총 35개 사이트 운영자에 대해 경고 조치를 내렸다.²²¹⁾

정보통신부는 2002. 4. 5. 서울시내 총 658개 학교 홈페이지의 게시판에 대한 모니터링을 실시한 결과 음란, 폭력, 사행성 조장 등 청소년유해정보 217건을 적발하고 해당 학교에 시정토록 권고하였다. 서울시내에 있는 초·중·고 및 대학교 중 홈페이지를 구축한 658개교에 대한 집중 모니터링 결과 전체 조사대상 학교 중 12%에 해당하는 76개 학교에 불건전정보가 유통되고 있었는데, 게시된 불건전정보는 게시판이나 방명록 등의 메뉴에서 제공된 것으로 나타났다.²²²⁾

재정경제부와 소비자보호원은 2001. 11. 말 민간단체와 개인의 참여하에 진행된 ‘전국민 인터넷 대청소’ 행사 결과 모두 2,800여 유해사이트를 적발하고, 이중 1,270여건의 불건전사이트 및 스팸메일에 대해 관계기관에 조사 및 시정조치를 의뢰하였다. 이와 함께 소비자보호원 내에 인터넷 상시감시센터를 개설하여 연중 감시체계를 구축하기로 하였다.²²³⁾

한편, 위와 같은 행정적 조치 이외에 경찰과 검찰 등 사정기관의 단속과 처벌도 적극화되었다. 경찰청 사이버테러 대응센터는 2001. 12. 4. 정보통신윤리위원회가 청소년 유해물로 지정한 300여개의 사이트를 대상으로 조사한 결과 청소년유해매체물 표시의무를 지키지 않은 혐의(청소년보호법 위반)로 인터넷 성인방송과 도박 사이트 등 22개 인터넷업체를 불구속 입건했다. 경찰은 또 청소년 유해매체 표시는 했지만 접속차단 프로그램 등을 제대로 갖추지 않은 35개 인터넷업체에 대해 시정조치를 통보했다.²²⁴⁾

경찰은 유명 인터넷 업체가 네티즌들이 올린 음란물을 묵인하는 등 포털사이트를 불법 운영한 혐의를 포착하고 수사에 나선 일도 있었다. 서울 강남경찰서는 2002. 3. 31. 청소년들이 음란물을 등록하거나 다운

221) 한겨레신문 2002. 2. 5. 보도.

222) 인터넷한겨레 2002. 4. 5. 보도.

223) 조선일보 2002. 1. 13. 김종수 기자 보도.

224) 한겨레신문 2001.12. 4. 조성근 기자 보도.

받을 수 있도록 인터넷 게시판 관리를 소홀히 한 혐의(전기통신사업법 위반 등)로 대표적인 국내 포털사이트 업체에 대해 그 본사와 서버 호스팅 업체에 대한 압수수색영장을 발부받아 압수수색을 벌렸다. 그로 인하여 동사의 데이터베이스 프로그램과 서버운영 소프트웨어 등이 모두 압수되어 포털사이트의 운영에 잠정적인 차질이 빚어지기도 하였다.²²⁵⁾

또 경찰청은 2002. 2.부터 청부살인, 해결사, 도박, 음란 등 인터넷 유해사이트에 대한 집중단속을 벌여 2002. 4. 8. 모두 1,234건을 적발하고, 유해사이트 관련 사범 219명을 형사 입건해 이중 38명을 구속하고, 1,060개 사이트에 대해서는 정보통신윤리위원회 등을 통해 폐쇄하도록 조치하였다. 적발된 유해사이트는 음란사이트가 667개로 가장 많았고, 청부살인·해결사 사이트가 100개, 도박 사이트가 19개였다.²²⁶⁾

검찰도 2001. 11월 청소년유해매체 표시방법에 대한 정보통신부 고시 제정 이후 처음으로 정통부와 함께 일제단속을 벌였으며, 600여개 청소년유해매체 사이트에 대해 지속적인 단속을 펴기로 한 바 있다.²²⁷⁾ 서울지검 소년부는 2002. 2. 6. 성인을 대상으로 한 사이트를 운영하면서 청소년유해매체임을 알리는 전자표시(일명 ‘메타태그’)와 자막, 로고 등을 표시하지 않은 업체 37곳을 적발하고, 이들 업체 관계자 37명을 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반 혐의로 약식기소하면서 벌금 50만원 내지 300만원을 구형하였다. 적발된 업체는 게임사이트 운영업체 7곳과 성인방송 및 성인영화 업체 5곳, 성기구판매업체 25곳이었다.²²⁸⁾

이와 같은 정부의 노력과 함께 2001년 들어 인터넷에서 불건전 정보를 차단하기 위한 민간기업인 닷컴과 소프트웨어(SW)업체들의 활동도 본격화되었다. 사회적으로 문제가 되기 전에 스스로 인터넷 공간을 정화시킬 목적으로 주요 닷컴 기업들은 모니터링제도의 도입, 신고센터 설치 등을 통해 불건전 정보를 원천적으로 차단하려고 나선 것이다. 불건전 정보를 차단하는 소프트웨어도 등장하였다. 불건전 정보를 올린 사람을 찾아낼 수 있는 시스템 역추적 소프트웨어도 개발되었다.²²⁹⁾

인터넷 업체가 행한 실례를 들면 대화방 등 인터넷에서 불건전 정

225) 중앙일보 2002. 3. 31. 보도.

226) 인터넷한겨레 2002. 4. 8. 이종규 기자 보도.

227) 한겨레신문 2002. 2. 6. 보도

228) 한겨레신문 2002. 2. 6. 보도.

229) 중앙일보 2001.10.17. 김종윤 기자 보도.

보가 유포되는 것을 막기 위해 ‘카페파수꾼’을 선발해 모니터링을 강화하는가 하면, 의심스런 네티즌들의 ID를 모아 ‘블랙리스트’를 만들고, 상습적으로 불건정 정보를 유포할 경우 경찰청 사이버테러대응센터 등 수사기관에 신고하는 사이트도 등장하였다. 네티즌 권리침해센터를 ‘카페’에 개설하고, 네티즌의 신고를 접수하는 사이트도 생겼다. 음란물 사이트에 관한 데이터베이스를 구축하여 음란사이트가 온라인 상에 등록되는 것을 원천 방지하는 사이트도 있고, 이를 위해 ‘키워드 검색’ 방식을 통해 특정 단어가 들어가는 대화방이나 사이트 등록을 못하도록 하는 경우도 있다. 신고센터를 운영하는 한편 ‘인터넷 보안관’들을 동원, 가상공간의 불건정정보를 검색하고 커뮤니티를 강제 폐쇄하거나 ID삭제를 단행하는 사이트로 있다.²³⁰⁾

(라) 정보통신망법 시행 후의 문제점

제정 경과에서 살펴본 바와 같이 인터넷 내용등급제는 여러 가지 측면에서 인터넷상의 표현의 자유를 제한할 우려가 있다는 이유로 비판받아왔고, 그 때문에 법으로 채택되지 못하였다. 그럼에도 정보통신부는 이러한 제도를 자율규제에 의해 시행하도록 하는 노력을 기울여 오다가, 2001. 10. 청소년유해매체물의 표시방법을 정함에 있어서 고시(청소년유해매체물의 표시방법, 2001. 10. 12. 정보통신부 고시 제2001-89호)에 의해 실제로 인터넷내용등급시스템을 도입하고, 그에 따른 인터넷 콘텐츠의 분류 표시를 이행하도록 각 정보제공사업자(콘텐츠 프로바이더)에게 요구하게 되었다. 더욱이, 위와 같은 분류방식에 의해 표시를 이행하지 아니한 경우에는 정보통신망법상 처벌되는 조항(동법 제64조 및 제42조)에 따라 제재를 받게 되어 새로운 문제를 제기하게 되었다. 문제가 있다고 생각되어 법률에 규정되지 못한 사항이 장관의 고시로 정해졌을 뿐 아니라, 앞에서 본 바와 같이 위와 같은 내용등급제에 의한 분류와 접근의 제한이 국가에 의해 시행되는 경우에는 그 기술상의 불완전성뿐 아니라 분

230) 중앙일보 2001.10.17. 김종윤 기자 보도.

류에 과도한 부담을 가져오기 때문에 성인에 의한 표현 및 정보의 자유가 과도하게 제한되고 사적인 검열의 폐단이 초래된다는 점을 고려한다면 이러한 정부의 조치는 위헌적인 것으로 재검토되어야 한다.

실제로 위 법 시행 후 시민단체들도 등급제 폐지를 주장하며 반대운동이 계속 확대되고 있고, 이에 대한 법적 다툼이 현실화되고 있다.

한편, 인터넷 상의 월드와이드웹 뿐 아니라 기타 커뮤니케이션 수단에 의한 불건전 정보의 유포도 성행하게 되어 그에 대한 대책도 논의되었다. 인터넷 이메일이나 인터넷 채팅뿐 아니라, 휴대폰 문자 메시지나 개인휴대단말기(PDA) 등에 의해서도 음란·폭력물을 청소년에게 보내는 사례가 빈번하여 지고 있기 때문이다.

이에 대한 대책으로서 국회에서는 2002. 2. 5. 스팸메일의 범위를 전송이 가능한 모든 매체로 확대하고, 음란·폭력물을 청소년에게 보낼 경우는 형사 처벌하도록 하는 내용의 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 중 개정법률안이 발의되었다.²³¹⁾

231) 한겨레신문 2002. 2. 5 김재섭, 이태희 기자 보도.

【참고문헌】

- 권영성, '청소년보호법에 의한 유해매체물의 유통규제', 고시연구 1997년 11호 110면
- 김병운, '음란한 문서·도화의 개념과 판단기준', 형사재판의 제문제 <제1권>, 형사실무연구회편, 박영사 1996
- 김영환, '청소년유해매체 관리·규제를 위한 법적 장치', 청소년생활 환경개선종합대책 - 청소년 유해매체에 대한 법적·제도적 대책에 관한 연구 -, 한국청소년개발원(1996. 12.)
- 김영환, 이경재, 음란물의 법적 규제 및 대책에 관한 연구 - 포르노 그라피에 대한 형사정책적 대책, 한국형사정책연구원, 1992
- 김은경, "성 표현물의 법적 규제에 관한 소고." 형사정책연구소식, 통권 제27호(1995년 1·2월호), 42면
- 김준호, '포르노물의 범람과 청소년 비행', 시민과 변호사(1998/10) 대한변호사협회, '인권보고서', 1997년도 제12집, 표현의 자유
- 박용상, 표현의 자유, 현암사(2002)
- 박용상, 언론과 개인법익 - 명예, 신용, 프라이버시 침해의 구제제도, 조선일보사(1997)
- 박용상, '표현의 자유의 제한에 관한 일반이론', 재판자료(제77집); 헌법문제와 재판(하) 법원도서관(1997), 7면 이하
- 박용상, '독일에서 청소년 보호를 위한 표현자유 규제', 헌법규범과 헌법현실(권영성 교수 정년기념논문집), 법문사 1999, 290면 이하
- 박용상, '영화에 대한 사전검열의 금지 - 헌법재판소 1996. 10. 4. 93헌가13 등 병합결정 -', 재판의 한 길(김용준헌법재판소장 화갑

- 기념논집), 박영사 (1998), 130면 이하
- 오진환, “음란 또는 저속한 간행물의 개념 및 그 판단방법,” 대법원 판례해설 1995년 상반기, 통권 제22호, 449면
- 이경재, ‘음란물에 대한 규제방식의 문제점’, 형사정책연구소식 1997년 7·8월호 논단
- 이경재, “성과 법, 자유와 규제 : 성표현물을 둘러싼 문제점”, ‘형사정책연구소식’ 통권 제39호, 1997년 1·2월호, 12면 이하
- 이경재, ‘음란물에 대한 규제방식의 문제점’, 형사정책연구소식 1997년 7·8월호 논단
- 이경재, ‘성인전용영화관의 합리적 운영을 위한 제언’, 법률신문 1998. 11. 16. 15면
- 이기호, ‘판례에 나타난 음란성’, 형사판례연구[4], 형사판례연구회편 박영사(1996), 172면 이하
- 이명숙, ‘제2장 청소년유해매체가 청소년에 미치는 유해성’, 청소년 생활환경개선종합대책 - 청소년유해매체에 대한 법적·제도적 대책에 관한 연구 - 1996. 12 (한국청소년개발원) 12면 이하
- 이인식, ‘성도착의 종류와 증상’, 이코노믹 리뷰 제134호(2002. 11. 12.) 22면
- 이인호, ‘음란물출판사등록취소사건 - 현재 1998. 4. 30. 95헌가16’, 헌법실무연구 제1권(2000) 헌법실무연구회편, 31면 이하
- 임지봉, ‘출판물과 연극·영화·비디오물의 음란성 판단기준에 관한 연구 - 미국판례법상 음란성 판단기준을 중심으로 -’ 법조 2000년 6월호
- 정중섭, “문학작품에 있어 성표현의 한계와 법적 책임 - 법과 문학간의 조화와 긴장 -”, 건국대학교 사회과학연구소 주최 1992. 11. 30. 세미나 발표 논문

- 하태환, '포르노 문학', 민음사간 세계의 문학(1997년 봄호 83), 351면
- 한위수, '음란물의 형사적 규제에 관한 제문제', 대구지방변호사회
간행 형평과 정의 제13집 42면 이하
- 함인희, '20세기의 성(성), 해방의 전갈 또는 억압의 굴레', 길(한진
그룹 사보) 1997. 11. 12.자
- 홍성완, '자원봉사자로 불건전정보 감시활동 펼쳐 - 청소년 보호를
위한 인터넷내용등급제의 도입 -', 정보통신부 2000년 5월호 통
권496호
- 황성기, 청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰 - 구
청소년보호법 제2조 제3호 가목 등 위헌제청사건(헌재 2000. 6.
29. 선고, [99헌가16]) 등에 대한 평석을 중심으로-, 헌법실무연
구회, 2001. 2. 2.발표논문, 7면 이하
- 황승흠, "사이버공간에 대한 형법 제243조의 적용 여부 - 대법원
1999. 2. 24. 선고 98도3140 판결의 평석 -", '인권과 정의' 1999년
12월호, 47-58면
- 황승흠, "사이버 포르노그래피에 관한 법적 통제의 문제점 - 전기통
신기본법 제48조의 2[전기통신역무이용음란죄]를 중심으로 -",
'정보와 법연구' 창간호, 국민대학교 정보와 법 연구소, 길안사
(1999), 127-168면
- Andrea Dworkin, "Pornography. Men Possessing Women", 1979
- Catharine A. MacKinnon, Feminism Unmodified, 1987
- Catharine A. MacKinnon, "Pornography, Civil Rights and
Speech", Havard Civil Rights - Civil Liberties Review 20
(1985), p. 1
- Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer On Freedom of Speech:

- A Treatise on the First Amendment, Student Edition,
Matthew Bender, New York, 1994
- Rodney A. Smolla, Smolla and Nimmer on Freedom of Speech,
Volume 1 & 2, Clark Boardman Callaghan (1996)
- Smith, "Zoning Adult Entertainment: A Reassessment of Renton,"
79 Cali. L. Rev. 129 주 58, 143(1991)
- Richard N. Coglianesse, comment, Sex, Bytes and Community
Entrapment: The Need for a New Obscenity Standard for the
Twentyfirst Century, 24 Cap. U. L. Rev. 385 (1995)
- Linda M. Vanzi, First Amendment - The Expansion of the
Obscenity Doctrine in New Mexico; Is It Tolerable? City of
Farmington v. Fawcett, 24 N. M. L. Rev. 505, 514 (1994)
- Pamela A. Huelster, Note, Cybersex and Community Standards,
75 B. U. L. Rev. 865 (1995)
- The New Encyclopaedia Britannica, Vol. 27, 15th ed., Chicago: The
University of Chicago, "Sex and Sexuality" by M.F.S./Ed, p.
239
- U. S. Department of justice, Attorney General's Commission on
Pornography, Final Report, Vols. 1 & 2 (Washington D.C.:
U.S. Government Printing Office. 1986)
- Note, Restricting Adult Access to Material Obscene as Juvenile,
85 Mich. L. Rev. 1681 (1987)
- Neil Weinstock Netanel, Cyberspace Self-Governance: A Skeptical
View from Liberal Democratic Theory, California Law
Review, Vol. 88:395

- Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz Kommentar, Verlag C.H.Beck, Art, 5
- Horst v. Hartlieb, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 3. Auflage, C.H.Beck München (1991)
- Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 2. Auflage, C.H.Beck, München (1986)
- Thomas Weigend, Strafrechtliche Pornographieverbote in Europa, in: Jürgen Becker (Hg.) Pornographie ohne Grenzen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994
- Ulrich Scheuner, Pressefreiheit, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 22, Berlin 1965, S. 10
- Wenzel, Das Recht der Wort-und Bildberichterstattung, Handbuch des Äußerungsrechts, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln (1986)
- Jescheck, Ruß, Willms, Strafgesetzbuch Leipziger Kommenter, 4. Band Walter de Gruyter (1988), §§80 bis 184c, Vorbemerkungen Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), §184
- Hanack, JZ 1970, S. 42 ff
- Schröder, Das neue Sexualstrafrecht
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Auflage, München: Verlag C.H.Beck, 1997, S. 1349
- 中山研一, ‘文學とわいせつ(1) - ちゃたれ事件’, マスコミ 判例百選 (第2版), 別冊ジュリスト 第85號, 有斐閣 (1985), 30면
- 江橋崇, わいせつ文書頒布禁止と表現の自由(1) - 四疊半襖の下張事

件, マスコミ 判例百選(第2版), 別冊ジュリスト 第85號, 有斐閣 (1985), 36면

田中久智, “相對的猥褻概念,” 別冊ジュリスト 第83號, 有斐閣, 187면

田中久智, ‘相對的 猥褻概念 - 國貞事件’, 有斐閣 刑法判例百選II 各論(第2版), 1984, 186면 이하

田中久智, 文學とわいせつ(2) - ‘惡徳の榮え’事件’, マスコミ 判例百選(第2版), 別冊ジュリスト 第85號, 有斐閣 (1985), 32면

梅崎進哉, ‘個人の保護と社會法益の構造’, 日本刑法學會 刑法雜誌 第35卷 第2号 (1996), 175면 이하

三島聰, 性表現に對する刑事規制, 刑法雜誌(日本刑法學會) 제41권 제2호, 129면 이하

국가기능으로서의 입법권

계 회 열

고려대학교 법과대학 명예교수

- 목 차 -

I. 입법의 개념	271
1. 이원적 (이중적) 법률개념	272
가. 실질적 의미의 법률	272
나. 형식적 의미의 법률	273
다. 양자의 관계	274
라. 이원적 법률개념의 유래	274
2. 일원적(민주적) 법률개념	276
가. 민주적 헌법질서에서의 입법	277
나. 법치국가적 및 사회국가적 헌법질서에서의 입법	278
다. 소 결	279
라. 민주적 법률개념에서 제기되는 문제점	279
3. 여 론	281
II. 입법권의 범위	282
1. 국회입법의 원칙과 입법권의 이양금지	282
가. 국회입법의 원칙	282

나. 입법권의 이양금지	283
2. 입법권의 이양금지와 법정립권한의 위임	284
가. 법정립권한의 위임	284
나. 위임의 필요성	285
다. 입법권의 이양금지에 반하는지의 여부	286
라. 입법권과 법정립권한의 분할과 그 전제	287
3. 국회가 갖는 입법권의 구체적 내용과 범위	288
가. 법률의 제정권	290
나. 헌법개정의 심의·의결권	297
다. 조약의 체결·비준에 대한 동의권	298
Ⅲ. 입법권의 한계	299
1. 헌법상의 한계	299
2. 국제법상의 한계	300
3. 법원리상의 한계	300
4. 기타의 한계	301

민주국가는 오늘날 그 권력을 권력분립의 원리에 따라 구성하는 것이 일반적이다. 우리 헌법도 국가권력을 그 기능에 따라 입법, 집행(통치와 행정) 및 사법으로 구별하고 이들을 각기 특별한 국가기관에 배정하여 이를 행사하도록 하고 있다. 국가기능으로서의 입법은 다른 국가기능, 즉 집행(통치와 행정)과 사법에 우선하는 지위를 갖는다. 집행과 사법은 유효한 법률에 구속되기 때문이다. 우리 헌법에 따르면 “입법권은 국회에 속한다”(제40조). 그런데 헌법 제40조의 입법권이 무엇을 의미하며 그 범위와 한계는 어디까지인가 등에 관하여는 아직도 많은 논란이 되고 있다. 여기서는 입법의 개념을 중심으로 입법권의 범위와 한계를 고찰해 보려고 한다.

I. 입법의 개념

입법이란 의식적이고 계획적인 법률의 제정(정립)을 말한다.²³²⁾ 즉 입법이란 법률의 제정에 이르는 단순한 절차와 방법으로 이해되는 것이 아니라 절차의 결과, 즉 제정된 법률이 중요하다.²³³⁾ 따라서 입법기능의 파악을 위하여는 법률이 무엇인지를 먼저 알아야 한다. 헌법은 법률과 관련하여 절차적 및 권한적 요소에 관하여는 많은 규정을 하고 있으나 법률의 개념에 관하여는 아무런 규정도 하고 있지 않고 단지 전제하고 있다.²³⁴⁾

232) Ch. Starck, Die Funktion der parlamentarischen Gesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat. (크리스찬 슈타르크, 계획열 역, 민주적 헌법국가에 있어서 의회입회의 기능), 고려대 법대 법학논집 제26집, 1991, 339(342)쪽 참조.

233) Ch. Starck, 앞의 논문 (주 1), 342쪽 참조.

234) Ch. Starck, 앞의 논문 (주 1), 339쪽; N. Achterberg, Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz, DöV 1973, S.289(291) 등 참조.

1. 이원적 (이중적) 법률개념

법률의 개념은 오랫동안 이원적으로 분리되어 이해되었다. 즉 실질적 의미의 법률과 형식적 의미의 법률이 그것이다. 오늘날에도 이러한 이원(이중)적 법률개념은 극복되지 못한 채 널리 퍼져 있으며 우리 학계도 이러한 이해의 테두리에서 벗어나지 못하고 있다.²³⁵⁾

가. 실질적 의미의 법률

실질적 의미의 법률이란 모든 일반적이고 추상적인 법규범의²³⁶⁾ 구속적 명령(Anordnung)을 말한다.²³⁷⁾ 즉 그 규범이 누구에 의해 어떻게 제정되든, 그것이 어디에서 유래하든 또한 그것이 어떤 형태(Gewand)를 갖고 있는 상관없다.²³⁸⁾ 여기서는 내용이 중요하다. 따라

235) 권영성교수는 실질설의 입장을 취하고 있고 (헌법학원론, 법문사, 2002, 740쪽 이하) 김철수교수는 형식설의 입장을 취하고 있다 (헌법학개론, 박영사, 2002, 1024쪽 이하). 또한 구병삭교수는 절충설을 시도하고 있으며 (신헌법원론, 박영사, 1995, 836쪽) 허영교수는 형식설과 실질설의 논쟁을 지양할 것을 주장하고 있다. (한국헌법론, 박영사, 2002, 855 주 2).

236) P. Laband에 따르면 원래 실질적 의미의 법률이란 『‘법규’(Rechtssatz)의 구속적 명령이라고 한다.』 그러나 관습법의 문제와 관련하여 법률이나 관습법이 모두 법규칙(Rechtsregel)이라는 공통의 개념요소를 갖고 있기 때문에 법률은 ‘법규범’(Rechtsnorm)과 동일하게 사용할 수 있다고 한다. 즉 ‘법규’와 ‘법규범’을 동일시하고 있다. P.Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.II, 5.Aufl. 1911, S.2 그리고 Anm.1 참조. 이 문제와 관련하여 특히 H. Schneider, Gesetzgebung, 2.Aufl. 1991, Rdnr.14ff. 참조.

237) P. Laband, 앞의 책 (주 5), S.2; Ch. Starck, 앞의 논문 (주 1), 340쪽. 또한 G. Roellecke, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, 1969, S.158; U. Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971, S.30ff.; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II 1980, §37 I, S.564; F. Ossenbühl, Gesetz und Recht - Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.III 1988, §61 Rdnr.9; H. Maurer, Staatsrecht, 1999, §17 Rdnr.10 등 참조.

238) H. Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL Heft 4, 1928, S.98. 또한 K. Stern, 앞의 책 (주 6), S.564 참조.

서 의회가 제정한 법률, (법규)명령, (자율적 내부)규칙은 말할 것도 없고, 일반적으로 승인된 국제법규나 조약, 관습법²³⁹⁾, 정관 (statutarische Satzung) 등도 모두 실질적 의미의 법률에 포함된다.²⁴⁰⁾

나. 형식적 의미의 법률

형식적 의미의 법률이란 그 내용과 상관없이 헌법에 규정된 입법 절차에 따라 성립된 모든 입법자의 의사행위를 말한다.²⁴¹⁾ 즉 법규범의 정립이 아닌 것도 상관없다. 여기서는 형식이 중요하다. 따라서 의회가 제정한 법률은 말할 것도 없고, 예산안의 확정, 국제조약에 대한 동의 (가령 독일 기본법 제59조 제2항 제1문), 일정한 조직법 등도 모두 형식적 의미의 법률에 포함된다.²⁴²⁾

239) 국내학자들 중에는 관습법을 실질적 의미의 법률에서 제외시키고 있다. 가령 명시적으로 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002, 1024쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002, 740쪽(… 성문의 법규범을 정립하는 작용). 그러나 P. Laband (앞의 책 <주 5>, S.2, Anm. 1 참조), H. Heller (앞의 논문 <주 7>, S.99), K. Stern (앞의 책 <주 6>, S.565), F. Ossenbühl (앞의 글 <주 6>, Rdnr.15, Ch. Starck (앞의 논문 <주 1>, 340쪽), U. Karpen (뒤의 논문 <주 13>, S.137ff.<140>) 등은 모두 이를 포함시키고 있다. 그 근거에 관하여 자세한 것은 특히 P. Laband, 앞의 책 (주 5), S.2 Anm.1 또한 ders., Deutsches Reichsstaatsrecht, 3.Aufl. 1907, S.106 Anm.1, S.108f. 참조.

240) H. Heller, 앞의 논문 (주 7), S.99 참조.

241) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rdnr.502 (콘라드 헷세 저, 계획열 역, 독일헌법원론, 박영사, 2001, 단락번호 502); Ch. Starck, 앞의 논문 (주 1), 340쪽; K. Stern, 앞의 책 (주 6), S.564; F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.9; H. Maurer, 앞의 책 (주 6), §17 Rdnr.10; W. Krawietz, Zur Kritik am Begriff des Maßnahmegesetzes, DöV 1969, S.127 등 참조.

라만트(P. Laband)는 형식적 의미의 법률을 “일정한 절차에 따라 (in einer bestimmten feierlichen Weise) 성립되고 선언된 국가의 의사행위”라고 한다. 즉 “국가적 의사가 선언되는 형식을 말하며 그 의사의 내용이 무엇이든 상관없다”고 한다 (P. Laband, 앞의 책 <주 5>, S.63f. 자세한 것은 S.61ff. 또한 G. Roellecke, 앞의 책 <주 6>, S.158ff. 참조).

다. 양자의 관계

형식적 의미의 법률이 ‘형식’에 정향(定向)하고 있는데 반해 실질적 의미의 법률은 ‘내용’에 정향하고 있다.²⁴³⁾ 실질적 의미의 법률과 형식적 의미의 법률은 많은 경우 서로 겹치지만 완전히 일치하지는 않는다. 가령 의회가 제정한 법률은 형식적 의미의 법률인 동시에 실질적 의미의 법률이지만 법규명령이나 자율적 규칙은 실질적 의미의 법률일 뿐이다. 또한 확정된 예산안이나 조약에 대한 동의법률은 형식적 의미의 법률일 뿐이다.²⁴⁴⁾

라. 이원적 법률개념의 유래²⁴⁵⁾

이러한 이원적 법률개념은 19세기 입헌주의시대의 헌법이론에서 유래한다.²⁴⁶⁾ 17, 18세기의 절대군주국가에 있어서 입법권은 전적으로

242) 가령 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.502; W. Krawietz, 앞의 논문 (주 10), S.127; Ch. Starck, 앞의 논문 (주 1), 340쪽; H. Maurer, 앞의 책 (주 6), Rdnr.11; E.-W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S.229 등 참조.

243) K. Stern, 앞의 책 (주 6), S.364.

244) K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.502; K. Stern, 앞의 책 (주 6), S.565f.; F.Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.9; H. Maurer, 앞의 책 (주 6), §17 Rdnr.11 등 참조.

245) 자세한 것은 H. Maurer, 앞의 책 (주 6), §17 Rdnr.7ff.; K. Stern, 앞의 책 (주 6), S.561ff.; E.-W. Böckenförde, 앞의 책 (주 11), S.226ff.; F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.6f.; U. Karpen, Verfassungsgeschichtliche Entwicklung des Gesetzesbegriffs in Deutschland, in: Gedächtnisschrift für W. Martens, 1987, 137ff. 등 참조.

246) 실질적 의미의 법률과 형식적 의미의 법률을 구별하는 이원적 이론은 1836년 P. A. Pfizer의 논문(Das Recht der Steuerverwilligung nach den Grundsätzen der württembergischen Verfassung, mit Rücksicht auf entgegenstehende Bestimmungen des deutschen Bundes)에서 시작되었다고 K. Stern 등은 보고 있다. (K. Stern, 앞의 책 <주 6>, S.565 또한 H. Maurer, 앞의 책 <주 6>, §17 Rdnr.8, 10 참조.) 다른 한편 E.-W. Böckenförde는 1867년 E. A. Chr. von

로 군주에게 있었다.²⁴⁷⁾ 19세기의 입헌군주국가시대에 이르러 입법은 더 이상 군주에 의해서만 행해지는 것이 아니라 국민의 대표기관인 의회의 동의를 얻어야만 했다.²⁴⁸⁾ 어떤 법률에 대해 의회가 동의권을 갖느냐의 문제는 의회의 권한의 문제였다. 즉 국민의 대표기관인 의회(또는 부분적으로 아직도 등족회의)가 입법에 참여하는 것은 의회의 권한의 문제였기 때문에 법률의 개념은 동시에 권한개념(Kompetenzbegriff)이었다.²⁴⁹⁾ 즉 군주와 의회의 세력관계에 따라 입법에의 참여범위가 결정되었다.

그런데 어떤 규정들이 법률로서 의회의 동의를 얻어야 하며 어떤 규정들이 법률의 개념에 포함되지 않고 따라서 - 법규명령처럼 - 여전히 군주에 의해 선포될 수 있는지는 중대한 문제였다.²⁵⁰⁾ 그 기준으로 시대에 따라 다음과 같은 것들이 이론적으로 주장되었다. 즉 의회의 동의를 받아야 하는 법률은 i) 개인의 자유와 재산을 침해하는 모든 규정들, ii) 권리영역의 한계를 확정하는, 즉 독자적 권리주체간의 한계를 확정하는 모든 규정들,²⁵¹⁾ iii) 일반적이고 추상

Stockmar의 논문 (Studien über das preußische Staatsrecht, Aegidi's Zeitschrift 1867, S.179ff.)에서 시작되었다고 보고 있다. (E.-W. Böckenförde, 앞의 책 <주 11>, S.226 참조). 그러나 이러한 이원적 법률개념을 분명하게 법적 개념화하여 전파한 것은 프로이센예산분쟁과 관련하여 P. Laband에 의해서였다 (P. Laband, Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des nordeutschen Bundes, 1871, <Neudruck 1971>, 참조). Laband 이후 이 이론은 널리 확산되어 오늘날까지 지속되고 있다. K. Stern, 앞의 책, (주 6), S.561; 자세한 것은 E.-W. Böckenförde, 앞의 책, (주 11), S.226 이하 참조.

247) 가령 등족(등족)의 권리와 직접 관련되는 문제에 한하여 등족의 참여가 인정되는 경우가 있었다. U. Karpen, 앞의 논문 (주 14), S.141f. 참조.

248) 자세한 것은 U. Karpen, 앞의 논문 (주 14), S.142ff. 참조.

249) H. Maurer, 앞의 책 (주 6), Rdnr.7; F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.7; 자세한 것은 U. Karpen, 앞의 책 (주 14), S.142ff. 등 참조.

250) 이상 특히 H. Maurer, 앞의 책 (주 6), §17 Rdnr.7 참조.

251) 특히 이에 관해 자세한 것은 G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1867, (Neudruck 1964), S.214ff., 240ff.; 또한 그의 책 System der subjektiven

적인, 일반적 구속력을 가진 모든 법규범 등이다.²⁵²⁾

이러한 이원적 법률개념은 입헌군주국가에 있어서 군주와 의회가 입법권을 나누어 갖는 데서 탄생한 이론이다.²⁵³⁾ 이 이원적 법률개념은 - 비판이 있긴 했으나²⁵⁴⁾ - 입헌군주주의가 지속되는 동안(가령 독일의 경우 1918년까지, 즉 바이마르헌법시대 이전까지) 지배적 이론이었다.²⁵⁵⁾ 그러나 이러한 이분법은 오늘날의 민주국가에는 더 이상 부합할 수 없게 되었다.²⁵⁶⁾

2. 일원적 (민주적) 법률개념

입헌군주국가의 몰락과 함께 국민주권이 관철되고 민주주의가 확립됨에 따라 법률을 이원적으로 구별하여 이해할 근거가 사라지고 말았다.²⁵⁷⁾ 즉 입법에 있어서 오랫동안 그 본래의 주체였던 (즉 가장 큰 권한을 갖고 있던) 군주가 사라지고 의회만이 입법권자로 남게 됨에 따라 더 이상 법률을 이원적으로 분리하여 이해할 근거가

öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S.193ff. 참조.

252) H. Maurer, 앞의 책 (주 6), §17 Rdnr.7f.; 이 문제는 법규(Rechtssatz)의 본질을 나타내는 기준이 무엇인가의 문제이기도 하다. 이에 관해 자세한 것은 E.-W. Böckenförde, 앞의 책 (주 11), S.226ff.; K. Stern, 앞의 책 (주 6), S.565 참조.

253) 즉 입헌주의시대의 법률은 군주와 의회에 의해 공동으로 의결되어야 했고 이는 당시의 국가와 사회의 이원주의를 반영하는 것이었다. H. Maurer, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43, 1985, S.142 참조.

254) 가령 이중적 법률개념의 방법론적 기초에 대한 비판으로는 O. von Gierke, Labands Staatsrecht und die Deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch 1883, S.1097ff., (Neudruck 1961), S.1ff.; 이밖에 특히 이중적 법률개념에 내재하는 모순, 오류 등에 대한 상세한 비판으로는 A. Haenel, Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, 1888, S.99ff. 또한 바이마르시대에 들어와 이에 대한 날카로운 비판으로는 H. Heller, 앞의 논문 (주 7), S.98ff. 참조.

255) K. Stern, 앞의 책 (주 6), S.563 참조.

256) F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.10.

257) 특히 U. Karpen, 앞의 논문 (주 14), S.150f. 참조.

없어졌다.²⁵⁸⁾ 입헌군주국가의 헌법외적인 정치적 상황에서 비롯된 이러한 이원적 법률개념은 오늘날의 민주적 헌법질서와 부합하지도 않는다.²⁵⁹⁾ 따라서 이처럼 변화된 상황에서, 즉 민주국가에서 법률이 어떻게 제정되는지가 중요한 문제이다. 이 문제는 민주적 헌법질서의 테두리 내에서 또한 법치국가적 및 사회국가적 헌법질서를 고려하면서 살펴보아야 한다.

가. 민주적 헌법질서에서의 입법

민주국가에서의 법률은 국민의 뜻에 기초하여, 즉 국민의 의사에 따라 제정되어야 한다. 따라서 오늘날의 민주적 헌법질서에 있어서 입법은 정치적 의사형성의 형식이다.²⁶⁰⁾ 즉 헌법이 확정하지 않은 채로 두고 있고 규범화를 필요로 하는 공동체생활의 기본적인 문제들은 일반적 규정으로 또는 보다 구체적 사회형성을 지향하는 명령으로 규정되어야 한다. 이러한 규정들은 민주적으로 정당화되어야 하며 민주적 절차에 따라 결정되어야 한다.

민주적 정당성은 민주적으로 선출된 의회가 결정을 할 때 가장

258) P. Badura에 따르면 형식적 의미의 법률과 실질적 의미의 법률을 구별하는 것은 입헌주의적 헌법에 고유한 것이며 이는 민주적 헌법국가에서는 시대에 맞지 않는 것(überholt)이라고 한다. Staatsrecht, 1986, F, Rdnr.5, S.363 참조.
Stern에 따르면 오늘날 이원적 법률개념에 반대하는 이론이 승리했다고 한다. 그의 책 (주 6), S.564. 오늘날 이원적 법률개념에 반대하는 학자로는 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.502; Ch. Starck, Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes, 1970, S.166ff., 172ff., 185ff.; U. Karpen, 앞의 논문 (주 14), S.151; W. Krawietz, 앞의 논문 (주 10), S.127f. 또한 D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S.23 등 다수이다. 원칙적으로 이원적 법률개념에 반대하는 이론이 옳지만 부분적인 유용성을 인정하는 학자로는 F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.13; H. Maurer, 앞의 책 (주 6), §17 Rdnr.11 등 참조.

259) K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.502 참조.

260) 이하 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.503.

잘 확보될 수 있다. 또한 이러한 결정에 이르는 민주적 절차는 완전히 공개된 것이어야 하고 다양한 이해관계에 대한 최적의 고려와 아울러 최적의 조정을 보장하는 것이어야 하며 자유로운 정치의사형성과정을 보장하는 것이어야 한다. 구조적으로 이러한 요청에 부합하는 기관은 의회이다. 따라서 민주적 헌법질서에 있어서 입법은 의회와 불가분하게 결합되어 있다.²⁶¹⁾

나. 법치국가적 및 사회국가적 헌법질서에서의 입법

헌법질서에 있어서 입법은 민주적 정당성을 얻고 민주적으로 결정된다는 것만이 중요한 것은 아니다. 더 나아가 결정된 것을 명백하고 확정된 그리고 파악하기 쉬운 형태로 만드는 것과 법치국가적 질서의 특성을 나타내는 합리화, 안정화 그리고 부담경감을 실현하도록 그것에 - 상대적인 - 지속성과 구속성을 확보해 주는 것도 중요하다. 이러한 방식으로 부담적 국가행위의 요건과 한계를 확정하고, 마찬가지로 사회적 부조와 생존배려에 형식과 확고한 기준이 주어짐으로써, 입법은 동시에 법치국가적 자유를 보장하는 한 형식이 된다. 이러한 기능에서 볼 때 현대사회국가에 있어서 입법의 중요성은 더욱 더 크다. 왜냐하면 자유의 기본전제가 되는, 명백하게 규정된 그리고 범위가 확정된 개개인의 법적 지위는 국가의 급부적·형성적 작용에 크게 의존하는 상황에서 법률에 의하여 비로소 창설될 수 있기 때문이다.²⁶²⁾

261) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.504.

262) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.505.

다. 소결

민주적 헌법질서에 있어서 입법은 직접적인 민주적 정당성에 기초하고, 의회에 의한 자유로운 의사형성, 완전한 공개과정 그리고 다양한 이해관계에 대한 최적의 고려와 최적의 조정을 통하여, 또한 행정부의 광범한 참여하에서 ‘기본적인 문제’들을 결정하는 것이다. 이렇게 결정된 것은 합리화 및 안정화 작용 그리고 자유보장 작용을 한다. 이러한 민주적·법치국가적 질서의 요소에서 헌법이 전제하고 있는 입법기능은 그 윤곽을 얻게 된다.²⁶³⁾

일원(민주)적 법률의 개념 - 이런 관점에서 볼 때 법률이란 요컨대 입법절차를 통하여 그리고 법률의 형식으로 입법기관(=의회)이 정립한 모든 명령(Anordnung)을 말한다.²⁶⁴⁾ 외견상 형식적인 이 개념은 종래의 형식적 의미의 법률개념처럼 보이나 그와는 다르다. 왜냐하면 오늘날의 민주적 헌법질서에 있어서 ‘단지 형식적 의미의 법률’ 혹은 ‘단지 실질적 의미의 법률’은 존재하지 않기 때문이다. 즉 법률의 개념은 오늘날의 민주국가에서 이처럼 나누어질 수 없기 때문이다.²⁶⁵⁾

라. 민주적 법률개념에서 제기되는 문제점

법률의 개념을 이처럼 이해하는 경우 종래의 ‘단지 형식적 의미의

263) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.506.

264) K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.506; 동지: Ch. Starck, 앞의 논문 (주 1), 341 쪽; ders., 앞의 책 (주 27), S.241, 269; N. Achterberg, 앞의 논문 (주 3), S.289(297); F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.13; H. Maurer, 앞의 책 (주 6), Rdnr.13 등 참조.

265) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.506 참조.

법률'이나 '단지 실질적 의미의 법률'이 모두 법률의 개념에 포함되는가의 문제가 제기된다.

(1) '단지 형식적 의미의 법률'의 문제 - 입법자가 입법절차에 따라 정립한 모든 규범이 법률의 개념에 포함되는 것은 당연하다. 그러나 예산안의 확정(예산법)이나 동의법률 등과 같이 일반적 구속력을 가진 규범의 정립이 아닌 것도 여기에 포함되느냐가 문제된다.

우선 단지 형식적 의미의 법률인 예산안의 확정²⁶⁶⁾ 확실히 국민을 구속하는 법적 질서를 만들어 내지는 않는다. 그러나 예산안의 확정은 민주적 정당성에 따라, 민주적 절차를 통하여 그리고 행정부의 광범한 참여 하에서 공동체의 가장 중요한 문제들을 결정한다. 즉 차(차)회계년도의 국가활동의 방향, 특히 경제·사회·국방·문화정책의 방향이 결정되고, 국가작용을 합리화하고 안정화하는 요소들이 예산의 확정²⁶⁷⁾에 의하여 만들어진다. 이러한 예산안의 확정²⁶⁸⁾이 갖는 법(실질)적 의의를 부인할 수는 없을 것이다.

또한 단지 형식적인 의미의 법률의 또 다른 예(예)인 동의법률의 경우, 즉 중요조약들의 지속적 효력을 갖는 규정을 민주적으로 승인하고 정당화하는 동의법률의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 이들을 법률의 범주에 포함시킨다고 하여 문제될 것은 없다. 오히려 이들을 법률의 범주에서 제외시킨다면 그것은 현실과 동떨어진, 추상적 고찰이라고 하지 않을 수 없다.²⁶⁸⁾

(2) '단지 실질적 의미의 법률'의 문제 - 이에 반해 과거 단지 실질적 의미의 법률이라 부르는 법규명령이나 자율적 내부규칙은 '기본적인 문제'가 아닌 것만을 규율하도록 한정되어 있고, 따라서 이

266) 독일기본법은 예산을 법률의 형식으로 확정하도록 규정하고 있다. 독일기본법 제110조 제2항 참조.

267) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.506 참조.

268) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.506 참조.

들은 의회에 의하여 의결될 필요가 없으며 단지 허용되기만 하면 되기 때문에 이들을 ‘법률’이라 표현할 아무런 이유나 정당성(Berechtigung)이 없다.²⁶⁹⁾ 소위 단지 실질적인 의미의 법률은 법규 명령, 규칙 등과 같이 그 이름대로 불려질 수 있을 뿐이다.²⁷⁰⁾

3. 여 론

이처럼 이원적 법률개념이 이론적으로는 극복되었으나 실제로는 우리나라에서는 말할 것도 없고 독일 같은 나라에서도 문헌이나 심지어 법규정에서 아직도 사용되고 있는 것을 발견할 수 있다.²⁷¹⁾ 가령 독일의 기본법에는 이원적 법률개념을 전제로 하고 있는 것처럼 보이는 규정들이 있는가 하면²⁷²⁾ 또한 기본법에서는 법률(Gesetz)의 개념을 넓게 이해하여 법(Recht)과 동일시하는 경우가 있다.²⁷³⁾ 이

269) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.506 참조.

270) Ch. Starck, 앞의 논문 (주 1), 341쪽.

271) 오늘날에도 이러한 이원적 법률개념의 부분적 유용성을 여전히 인정하는 학자들이 있다. 그 논거도 다양하다. 가령 F. Ossenbühl에 따르면 이원적 법률개념은 오늘날 헌법구조의 변화로 그 정치적·헌법적 의미를 상실하였으나 현재의 상황(아직도 널리 사용되고 있는 상황 - 필자)에서 의사소통의 기능을 상당히 충족시킬 수 있다고 한다 (앞의 글 <주 6>, Rdnr. 10). 또한 H. Maurer에 따르면 이원적 법률개념에 대한 이론적 비판이 원칙적으로 옳으나 현실적으로 크게 변화된 것은 없다고 하면서 이원적 법률개념의 부분적인 타당성을 인정하고 있다. 그 이유는 형식과 내용의 구별이 존속한다는 데 있다고 한다. 즉 형식이 없는 내용은 있을 수 없으나 내용은 다양한 형식으로 나타날 수 있으며 형식은 상이한 내용을 수용할 수 있다는 것이다. 이는 일상생활에서와 다를 바 없이 법영역에도 해당된다는 것이다. 앞의 책 (주 6), Rdnr.11; 또한 그의 책, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 1995, §4 II 참조.

272) 가령 기본법 제104조 제1항 제1문 (신체의 자유는 ‘형식적 법률’에 근거해서만 제한될 수 있다), 제59조 제2항 제1문 (조약에 대한 동의와 관련하여 ‘연방법률의 형식’으로) 등과 같은 규정들이 있다. 이에 관해 자세한 것은 K. Stern, 앞의 책 (주 6), 567 참조.

273) 가령 기본법 제97조 제1항에 따르면 “법관은 독립이며 법률에만 따른다(unterworfen)”라고 규정되어 있다. 여기서 ‘법률’은 ‘법’과 같은 뜻으로 사용되고 있음을 볼 수 있다. 즉 법관은 법률만이 아니라 법규명령이나 관습법에도 구속

런 규정들이 있다고 하여 그것들이 법률에 대한 민주적 이해에 반하는 것은 아니다. 기본법의 용어들이 항상 명백하고 일의적으로 규정된 것은 아니며 조문의 문구만이 중요한 것은 아니기 때문에 더욱 그러하다.²⁷⁴⁾

II. 입법권의 범위

헌법 제40조는 권력분립의 원리에 따라 『입법권은 국회에 속한다』라고 규정하고 있다. 이는 입법권은 국회가 갖는다는 국회입법의 원칙과 더불어 입법권을 타국가기관, 특히 집행권을 담당하고 있는 기관에 양도하는 것을 금지하는 입법권의 이양금지를 선언한 것이다.

1. 국회입법의 원칙과 입법권의 이양금지

가. 국회입법의 원칙

국회가 입법권을 갖는다고 할 때 우선 입법권이란 무엇을 의미하느냐의 문제가 중요하다. 민주국가에서의 입법이란 이미 살펴 본 바

되기 때문에 여기서 말하는 법률에는 법규명령이나 관습법도 당연히 포함된다. 그러나 법규명령은 그것이 법률에 근거하고 있기 때문에 또한 그러한 한도내에서만 구속력을 가질 수 있다. 관습법도 그것이 상위(상위)의 또는 동위(동위)의 성문법에 모순되지 않는 한 구속력을 갖는다. 따라서 여기서 중요한 것은 사실상 법률에의 구속이다. 어떤 행위의 가벌성은 '법률'로 규정되어야 하지만(독일기본법 제103조 제2항) 엄격한 한도내에서 법규명령에 의하여도 구체화 될 수 있다. 물론 이는 법률의 수권에 근거하여서만 그리고 그 범위내에서만 가능하다. 따라서 어느 경우에는 위임된 법 또는 관습법과 법률간의 긴밀한 관계는 유지된다. 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.507 참조.

274) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.507 참조.

와 같이²⁷⁵⁾ 의회가 공동체의 ‘기본적인 문제’들을 헌법이 정한 민주적 절차에 따라 정립한 모든 명령을 말한다. 이렇게 입법을 이해 할 때 입법권이란 법률의 제정과 마찬가지로 절차에 따라 의회에서 결정되어야 하는 모든 기본적인 중요사항은 그 내용이 무엇이든 의회의 입법권에 속한다고 할 것이다. 따라서 국회입법의 원칙이란 법률의 제정과 같이 공동체의 기본적인 중요한 사항의 결정은 국민의 대표기관인 국회만이 갖는 권한이라는 말이다.

나. 입법권의 이양금지

민주적 헌법질서에 있어서 입법기능은 권력분립의 원리에 따라 이처럼 국민의 대표기관인 국회에 속하며 이 원리는 입법권을 다른 기관, 특히 집행권을 담당하고 있는 기관에 이양하는 것을 금지한다. 의회는 헌법에 의하여 의회에 배정된 이 입법기능을 타 국가기관에, 특히 (행)정부에 법률 혹은 법률적 효력을 가지는 법규명령을 제정할 권한을 법률로 수권함으로써 양도할 수 없다. 그러한 수권이 헌법개정에 필요한 특별다수로써 의결되었다 할지라도 허용되지 않는다.²⁷⁶⁾

275) 앞 I. 2. 다 참조.

276) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.521 참조.

2. 입법권의 이양금지과 법정립권한의 위임

가. 법정립권한의 위임

입법권은 의회에 속하지만 법률보다 하위법규범인 세부적인 시행 규칙 등에 대한 법정립권한은 집행권 또는 타 국가기관에 위임하는 것이 오늘날 일반적이다. 우리 헌법도 명령, 규칙, 자치법규(조례와 규칙) 등의 법정립권한을 광범하게 타 국가기관에, 즉 행정부와 사법부 및 지방자치단체 등에 위임하고 있다. 가령 대통령·국무총리·행정각부의 장에게 명령을 발할 권한(제75조, 제95조), 특히 대통령에게는 긴급명령권 및 긴급재정·경제명령권(제76조) 또한 이밖에 조약체결권(제73조), 국회(제64조 제1항), 대법원(제108조), 헌법재판소(제113조 제2항), 선거관리위원회(제114조 제6항)에 규칙을 제정할 권한, 각급 지방자치단체에 자치법규(제117조 제1항) 제정권을 부여하고 있다.

이처럼 위임에 따른 법정립도 입법이라 부르는 것이 일반화되어 있고 기능적으로 볼 때에도 비록 법률에 비해 하위법규범이긴 하지만 의식적이고 계획적인 법규범의 정립이란 점에서 입법과 유사하다. 그러나 이러한 위임에 따른 법정립은 의회의 입법과는 구별되어야 한다. 입법을 이미 살펴 본 바와 같이 공동체의 기본적인 사항에 대해 의회가 헌법이 정한 민주적 절차에 따라 정립한 모든 명령이라고 이해 할 때 위임에 의한 법정립은 입법과 분명히 구별된다. 위임에 의한 입법(=법정립)을 국민의 대표기관인 의회의 입법과 구별하기 위하여 이러한 법정립을 위임된 기관(=법제정주체)에 따라 행정입법, 사법입법, 자치입법 등으로 부르는 것이 옳다.²⁷⁷⁾ 우리 헌법에 따르면 이러한 법정립권한은 헌법이나 법률에 의한 위임이 있어

야 할 뿐만 아니라 국회가 제정한 법률에 반하거나 국회의 승인을 받지 못한 명령이나 규칙 또는 자치법규 등은 효력을 갖지 못한다.

나. 위임의 필요성

현대국가에 있어서 이러한 법정립권한의 위임은 불가피하며 필요하다.²⁷⁸⁾ 무엇보다도 이러한 위임은 의회의 입법부담을 덜어 주고 입법권에 부여된 본래의 임무를 충실히 수행할 수 있게 하는 필요한 수단이 되기 때문이다. 복잡 다양하고 끊임없이 변천하는 사회에서, 특히 오늘날의 사회국가 또는 복지국가에 있어서 날로 늘어나는 새로운 과제의 수행을 위하여는 많은 구체적이고 세부적인 전문적·기술적 규정을 필요로 한다.²⁷⁹⁾ 이러한 규정들은 현장의 사정에 정통한 해당 국가기관(집행권)에 의해 제정되는 것이 불가피하며 효율적이다. 해당 (집행)기관에 위임하는 것만이 그런 규정들을 상황의 변천에 보다 신속하게 적용시킬 수 있는 가능성을 마련해 주기 때문이다.²⁸⁰⁾

277) 좀더 정확히 표현하자면 입법권은 국회만이 갖기 때문에 타 국가기관에 위임된 법정립권은 명령, 규칙 또는 자치법규제정권 등으로 부르는 것이 바람직하다고 하겠으나 이미 행정입법, 사법입법, 자치입법 등으로 부르는 것이 일반화되어 있으므로 이렇게 부른다고 하여 문제될 것은 없다. 입법의 개념을 제정주체와 분리하여 중립적으로 이해하는 경우 (가령 허영, 한국헌법론, 박영사, 2002, 855, 856쪽) 법정립에 관한 한 행정부나 사법부도 입법기관이라고 할 수밖에 없고 그렇게 되면 권력분립의 원리에 따른 입법, 행정 및 사법의 구별이 상당부분 무의미하게 될 것이다.

278) 법정립의 위임필요성에 관하여 특히 F. Ossenbühl, Rechtsverordnung, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.III 1988, §64, Rdnr.2ff. 참조. 또한 위임입법의 필요성에 관하여 헌재결 1995. 11. 30. 94헌바40(병합), 헌판집7-2, 616(632-633); 헌재결 1996. 6. 26. 93헌바2, 헌판집 8-1, 525(532-533); 헌재결 1998. 7. 16. 96헌바52등, 헌판집 10-2, 172(196) 참조.

279) 이에 관하여 F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.32; 또한 F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 48), Rdnr.3 참조.

280) 이상 자세한 것은 K. Hesse, 위의 책 (주 10). Rdnr.526 참조.

이처럼 법정립권한을 위임함으로써 의회는 세부규정에 관한 입법의 부담을 덜게 되고 기본적 사항을 세심하게 심의하고 결정하는, 본래의 과제에 전념할 수 있게 된다.²⁸¹⁾ 또한 이러한 법정립권한의 위임은 법률을 너무 빈번히 개정할 필요성을 제거해 준다. 그리하여 이 권한위임은 의회에 보다 더 나은 법률을 의결할 가능성을 부여해 주고 또한 법률이 가지는 안정화 작용 때문에 헌법에 있어 중시되는 보다 큰 지속성을 법률에 마련해 준다.²⁸²⁾

다. 입법권의 이양금지에 반하는지의 여부

이러한 법정립권한의 위임은 입법권의 이양금지에 반하는 것이 아닌가의 문제가 제기된다. 적어도 이러한 법정립권한의 위임은 의회가 아닌 타 국가기관에 의한 법정립(입법)을 의미하며 따라서 이는 권력분립의 원리에 대한 심각한 침해(침해)로 간주된다. 또한 이러한 위임은 - 특히 오늘날 날로 범위가 확대되고 그 중요성이 커지고 있는, 이른바 법규명령의 제정권의 경우 - 외견상으로만 보면 그러한 금지에 반한다고 볼 수 있다.

그러나 위임되는 법정립권한은 명령이나 규칙 등 세부적이고 구체적인 시행규칙 등이다. 즉 위임되는 명령이나 규칙 등은 법률(즉 국회에 속하는 입법)과 비교할 때 그 민주적 정당성의 정도가 약하고 그 제정절차에는 법률제정절차가 가지는 공개성이 결여되어 있으며 야당의 비판도 별로 미치지 못한다. 뿐만 아니라 법률제정절차에서와 같은 최적의 이익조정은 보장되지 않는다.²⁸³⁾

281) F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 48), Rdnr.2 또한 3 참조.

282) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.526 참조.

283) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.525 참조. 물론 자치법규의 경우는 이에 해당되지 않는다. 그러나 자치법규는 그 효력의 범위나 중요성 등에 있어서 법

이러한 법정립권한의 위임은 법정립에 있어서 기본문제를 의회가 결정한다는 원칙에 아무런 변경도 가져오지 않는다. 기본적인 것은 의회 스스로가 결정하고²⁸⁴⁾ 세부적인 시행규칙은 집행권(=타 국가기관)에 위임하는 경우에도 의회는 헌법에 의하여 자신에게 배정된 기능을 양도하는 것은 아니다. 이 점은 의회가 언제든지 집행권(타 국가기관)에 위임된 권한의 행사에 대하여 통제할 수 있으며, 또한 언제든지 집행권에 의해 정립된 법을 법률의 우위에 힘입어 폐지하는 결정을 할 수 있기 때문에 더욱 그러하다.²⁸⁵⁾

라. 입법권과 법정립권한의 분할과 그 전제

이처럼 법정립을 입법권과 집행권, 즉 의회와 타국가기관에 분할하는 데 있어서 전제가 되는 것은 기본적인 사항을 제정하는 것은 입법권의 수중에 남아 있어야 하고 집행권은 세부시행규정에 국한되어야 하며 집행권이 그러한 규정을 하기 위하여는 법률의 수권을 필요로 한다는 것 등이다.²⁸⁶⁾ 특히 우리 헌법상의 위임명령이나 집행명령과 같은 법규명령의 제정은 법률의 수권과 함께 법률에 의해 구체적으로 정해진 범위 내에서만 가능하다(제75조).²⁸⁷⁾ 따라서 입법자에 의한 포괄적 수권은 배제되며²⁸⁸⁾ 해당명령의 기본지침은 입

률과 다르다.

284) 이와 관련하여 특히 BVerfGE 47, 46(78f.); 49, 89(126ff.); 58, 257(268); 83, 130(152) 등 참조. 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)에 관하여 자세한 것은 F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.41ff. 참조.

285) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.525 참조.

286) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.527 참조.

287) 재수권(재수권)은 가능하지만 여기에는 법규명령이 필요하다. K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.529 참조. 또한 현재결 1996. 2. 29. 94헌마213, 헌판집 8-1, 147(163) 참조. 재수권의 문제에 관해 자세한 것은 F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 48), Rdnr.30ff. 참조.

법자 스스로에 의해 규정되어야 한다. 이러한 수권규정은 법치국가적 명확성만이 아니라, 권력분립의 테두리 내에서 기능들간의 정서(정서)를 확보하는 데에도 기여한다.²⁸⁹⁾

3. 국회가 갖는 입법권의 구체적 내용과 범위

헌법 제40조는 『입법권은 국회에 속한다』라고 규정함으로써 국회입법의 원칙을 선언하고 있다. 민주국가에서의 입법이란 이미 살펴 본 바와 같이²⁹⁰⁾ 의회가 공동체의 ‘기본적인 문제’들을 민주적 절차에 따라 결정하는 것을 의미한다. 따라서 입법권이란 법률의 제정과 마찬가지로 절차에 따라 의회에서 결정되어야 하는 모든 기본적인 중요사항은 그 내용이 무엇이든 의회의 입법권에 속한다고 할 것이다.

이렇게 입법권을 이해할 때 우리 헌법상 입법권에 속하는 가장 중요한 것은 우선 법률의 제정(제53조)이다. 이밖에 헌법개정안의 의결권(제128조 제1항, 제130조 제1항)과 중요조약의 체결·비준에 대한 동의권(제60조)도 입법권의 범위에 포함된다. 여기서 예산안의 확정과 국회의 규칙 제정권도 입법권의 범위에 포함되는가의 문제가 제기된다.

이미 살펴 본 바와 같이²⁹¹⁾ 예산안의 확정(제54조 제1항)을 입법권의 범위(법률의 개념)에 포함시킨다고 하여 문제될 것은 없다. 왜

288) 포괄적 위임입법의 금지에 관한 우리 헌재의 판결에 관하여는 헌재결 1995. 7. 21. 94헌마125, 헌판집 7-2, 155(165-166); 헌재결 1995. 11. 30. 91헌바1(병합), 헌판집 7-2, 562(590-591); 헌재결 1995. 11. 30. 94헌바40(병합), 헌판집 7-2, 61(634); 헌재결 1996. 10. 31. 93헌바14, 헌판집 8-2, 422(432); 헌재결 1998. 7. 16. 96헌바52(병합), 헌판집 10-2, 172(196-197); 헌재결 1998. 11. 26. 97헌바31, 헌판집 10-2, 650(660-661) 등 참조.

289) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.527 참조.

290) 앞 I. 2. 다 참조.

291) 앞 I. 2. 라 (1) 참조.

냐하면 예산안은 국가의 기본적인 중요사항으로서 국회에 의해 민주적 절차에 따라 확정되기 때문이다. 다만 우리 헌법은 독일기본법(제110조 제2항)을 비롯한 외국헌법들처럼 예산안을 법률의 형식으로 확정하도록 규정하고 있지 않기 때문에 굳이 예산안의 확정을 입법권에 포함시킬 필요는 없고 예산안의 확정을 국내의 다수견해처럼 또 다른 국회의 권한으로 보는 것이 적절하다.

국회의 규칙 제정권(제64조 제1항)도 국회의 입법권에 포함되는지가 문제된다.²⁹²⁾ 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이²⁹³⁾ 법률보다 하위법규범인 세부적인 시행규칙 등에 대한 법정립권한은 위임에 의한 것이다. 이처럼 위임에 의한 법정립도 입법이라 부르는 것이 일반화되어 있으며 이러한 법정립이 기능적으로 볼 때 입법과 유사하지만, 이러한 법정립은 국민의 대표기관인 의회의 입법과 구별된다. 즉 민주국가에서 입법이란 공동체의 기본적인 문제를 의회가 민주적 절차에 따라 결정하는 것을 말한다. 따라서 규칙을 비롯한 하위법규범의 정립은 위임된 해당기관의 자율적 권한일 뿐이고 의회의 입법권에 속하는 것은 아니다. 국회의 규칙 제정권도 비록 국회가 그 제정주체인긴 하지만 국회의 의사나 내부규율에 관하여 법률에 저촉하지 않는 범위 내에서 자율적으로 규칙을 제정할 수 있는 권한일 뿐이다.

292) 국내학계에서는 아직도 대체로 규칙의 제정도 입법권에 속하는 것으로 보고 있다. 가령 권영성 교수는 자율적 내부규칙도 실질적 의미의 법률로 보면서 규칙의 제정도 입법권에 속한다고 본다. 헌법학원론, 법문사, 2002, 744쪽 참조. 또한 허영 교수는 규칙의 제정도 기능적으로 볼 때 넓은 의미에서 입법기능으로 볼 수 있기 때문에 규칙의 제정도 입법권에 속한다고 본다. 한국헌법론, 박영사, 2002, 856쪽. 김철수 교수도 국회의 규칙제정을 입법부의 작용에 포함시키는 것으로 보아 - 다소 불분명하지만 - 입법권에 포함되는 것으로 보는 것 같다. 헌법학개론, 박영사, 2002, 1086-1088쪽 참조.

293) 앞 II. 2. 참조.

가. 법률의 제정권

국회가 갖는 입법권 중 가장 중요한 것은 법률의 제정권이다. 오늘날 국회가 제정하는 법률은 과거와는 달리 매우 다양하며 이들이 갖는 의의도 다양하다. 따라서 이들의 유형과 의의를 간략히 살펴볼 필요가 있다.

(1) 법률의 개념과 유형

(가) 법률의 개념

법률의 개념을 실질적으로 확정하려는 많은 노력이 전개되었으나²⁹⁴⁾ 그러한 노력들은 실패할 수밖에 없음을 보여주고 있다.²⁹⁵⁾ 즉 법률의 개념을 시·공을 초월하여 헌법과 무관하게 정의하려는 모든 시도는 실패할 수밖에 없다는 것을 증명해 주고 있다. 따라서 법률의 개념은 시간과 공간의 제약하에서 효력을 갖는 헌법질서와 밀접한 전·후관계에서만 확정될 수 있다.

입헌주의헌법질서에서의 법률개념 - 19세기 입헌주의시대의 헌법질서에서 법률의 개념은 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이²⁹⁶⁾ 형식적 의미의 법률과 실질적 의미의 법률로 분리되어 이원적으로 이해되었다. 즉 형식적 의미의 법률이란 그 내용과 상관없이 헌법에 규정된 입법절차에 따라 성립된 모든 입법자의 의사행위를 말하고 실질적 의미의 법률이란 모든 일반적이고 추상적인 법규범의 구속적 명령(Anordnung)을 말한다.

민주적 헌법질서에서의 법률개념 - 그러나 입법권의 주체였던 군

294) 가령 대표적으로 E.-W. Böckenförde, 앞의 책 (주 11); G. Roellecke, 앞의 책 (주 6); Ch. Starck, 앞의 책 (주 6) 등 참조.

295) 이하 F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.5; 또한 N. Achterberg, 앞의 논문 (주 3), S 289f. 참조.

296) 앞 I. 1. 가 나 참조. 또한 F. Ossenbühl, 앞의 글 (주 6), Rdnr.6ff. 참조.

주가 사라지고 국민주권이 확립된 오늘날의 민주적 헌법질서에서는 국민의 대표기관인 의회만이 입법권을 갖게 됨에 따라 더 이상 법률의 개념을 이원적으로 구별하여 이해할 근거가 살아지고 말았다. 오늘날의 민주적 헌법질서에서 법률이란 헌법이 정한 입법절차에 따라 그리고 법률의 형식으로 국회(=입법기관)가 정립한 모든 명령(Anordnung)을 말한다.

법률의 우위와 유보 - 이처럼 국민의 대표기관에 의해 민주적으로 제정된 법률은 헌법에 다음 가는 강한 규범적 효력을 가지며 헌법과 함께 명령, 조례, 규칙, 처분 등의 효력근거가 된다. 즉 민주적 및 법치국가적 질서의 테두리 내에서 입법기능을 고찰할 때 '법률의 우위와 유보'라는 제도의 근거와 중요성이 보다 명확히 나타난다. 법률이 다른 모든 국가행위보다 우위에 서는 것은 법률이 직접적인 민주적 정당성에 기초하여 그리고 정치적 의사형성의 민주적 형식에 의해 성립하고, 법률의 우위가 법률을 합리화하는 그리고 자유를 보장하는 작용의 전제이기 때문이다. (일반적) 법률유보는 입법절차에서 규범화할 수 있는 기본적 문제에 대한 입법자의 결정의 유보이다.²⁹⁷⁾

(나) 법률의 유형

법률은 전통적으로 일반적이고 추상적인 법규범의 형태를 갖는 것이 일반적이었지만 오늘날에는 그 형태가 다양해지고 있다. 즉 일반적이고 추상적인 법규범을 그 내용으로 하는 일반적 법률 이외에 처분적 법률(Maßnahmegesetz), 동의법률(Zustimmungsgesetz), 계획법률(Plangesetz), 조직법률(Organisationsgesetz) 등 다양한 형태의 법률들이 있다.²⁹⁸⁾ 이러한 법률들을 여러 가지로 분류해 볼 수

297) 이상 K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.508 참조.

298) 이에 관하여는 R. Herzog in Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art.19 I, Rdnr.5;

있겠으나 여기서는 크게 일반적 법률과 처분적 법률로 나누어 살펴 보기로 한다.

1) 일반적 법률

일반적 법률(allgemeines Gesetz)은 규범적 법률(Normgesetz) 혹은 고전적 법률(klassisches Gesetz)이라고도 한다. 일반적 법률이란 그 내용을 일반적이고 추상적으로 규정한 법률을 말한다. 여기서 일반적이란 (일정범위의) 모든 사람에게 평등하게 적용될 수 있도록 규정하는 것을 말하고²⁹⁹⁾ 추상적이란 규율하고자 하는 사항을 모든 구체적인 개별적 사건에 적용할 수 있도록 지나치게 구체적으로 규정하지 않는 것을 말한다.³⁰⁰⁾ 이러한 일반적 법률은 그 규범의 일반성 및 추상성 때문에 곧 바로 구체적 사건에 적용할 수 없고 사법권 또는 집행권의 매개를 필요로 한다.

2) 처분적 법률

개념 - 처분적 법률(Maßnahmegesetz)이란 특별한 상황에서 특정의 목적을 실현하기 위하여 개별적·구체적 사항을 규율하는 법률로서 사법 또는 행정을 매개로 하지 않고 직접 일정한 범위의 사람에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법률을 말한다.³⁰¹⁾ 즉 처분적 법

K. Hesse, 앞의 책 (주 10), Rdnr.506 등 참조.

299) 법률의 일반성에 관하여 자세한 것은 Ch. Starck, 앞의 책 (주 27), S.109ff., 49ff.; ders., 앞의 논문 (주 1), 341-342쪽; K. Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963, S.133ff.; H. Schneider, 앞의 책 (주 5), Rdnr. 31ff.; 정하중, 법률의 개념, 공법연구 제24집 제2호, 181쪽 이하 참조.

300) H. Schneider, 앞의 책 (주 5), Rdnr.37; H. Dreier, in: H. Dreier(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I 1996, Art. 19 Abs. I, Rdnr.2 Anm.2; 또한 N. Achterberg, 앞의 논문 (주 3), S.293f. 참조.

301) 처분적 법률의 개념에 관하여 자세한 것은 E. Forsthoff, Über Maßnahmegesetz, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S.211ff. 이 논문은 그의 논문모음집 Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976, 105쪽 이하에 수록되어 있다 (여기서는 이 책을 참조 하였다). 또한 Ch.-F. Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S.3ff. 특히 S.8 참조. 앞의 논문들을 요약하여 소개한 Ch. Starck, 앞의 책 (주 27), S.49-52; K. Huber, 앞의 책 (주 68),

률은 특별한 구체적 상황에서 특정의 목적을 달성하고자 하는 법률이기 때문에 그 규율대상이 개별적·구체적 사항에 국한되고 그 규율범위는 특정한 범위의 사람에게만 한정된다.³⁰²⁾ 대체로 일반적 법률이 정의롭고 합리적인 질서를 장기적인 관점에서 형성하려는 데 반해 처분적 법률은 목적지향적이고 목적의 실현을 위한 기술적 해결의 수단을 그 내용으로 규정하는 것이 보통이다.³⁰³⁾

이러한 처분적 법률은 오늘날의 복잡한 정치·사회·경제적 상황에서 발생하는 위기, 장애, 위험 등 다양한 문제들을 해결하기 위하여 불가피 하다. 특히 현대사회국가에서 일반적 법률만으로는 사회적 약자의 생존보장과 복지를 향상시키기 어렵고 또한 급변하는 경제적 상황에서 이에 효율적으로 대처하기도 어렵다. 이런 필요성 때문에 처분적 법률의 수는 날로 증가하고 있다.³⁰⁴⁾

S.9-15; K. M. Meessen, Maßnahmegesetze, Individualgesetz und Vollziehungsgesetze, DöV 1970, S.315f.; 정하중, 앞의 논문 (주 68), 188-192쪽 참조. 이밖에 H. Wehrhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, VVDStRL 15, 1957, S.35ff.; K. Zeidler, Maßnahmegesetz und klassisches Gesetz, 1961 등 참조.

302) 이에 관하여는 특히 K. Zeidler, 앞의 책 (주 70), S.60ff. 참조. 또한 BVerfGE 4, 7(18); 15, 126(146); 24, 33(52); 25, 1(14), 371(396f.) 등 참조.

303) E. Forsthoff, 앞의 논문 (주 70), S.110; Ch.-F. Menger, 앞의 논문 (주 70), S.5ff. 특히 S.7f.; 그밖에 주 70에서 인용한 문헌 참조. 고전적 법률이 정의지향적이고 처분적 법률이 목적지향적이란 대체로 그렇다는 말이다. 가령 전형적인 고전적 법률에 속하는 사회보장법, 노동법, 전쟁희생자보호법과 같은 법률들도 특별한 계기와 일정한 목적추구의 관점에서 제정된다. 다른 한편 특별한 상황에 의하여 제정된 긴급재해복구법, 투자보조법, 주택건설법 등 처분적 법률도 정의의 이념을 추구하고 있으며 오히려 구체적인 문제의 해결을 위하여 제정되기 때문에 더 정의실현에 접근되어 있다고 볼 수 있다. 정하중, 앞의 논문 (주 68), 193쪽 또한 거기서 인용한 문헌 참조. 또한 W. Krawietz, 앞의 논문 (주 10), 특히 S.135 참조.

304) 독일에서는 이미 1949년에서 1961년 사이에 제정된 법률중 약 절반이 처분적 법률이라고 한다. 이에 관하여는 K. Huber, 앞의 논문 (주 68), S.128, 특히 Anm.6 참조. Hesse에 따르면 오늘날의 사회국가에서 처분적 법률은 그 수와 중요성에 있어서 고전적 법률을 이미 훨씬 능가하고 있다고 한다. 그의 책 (주 10), Rdnr.211.

유형 - 처분적 법률에는 개인 또는 분명히 한정된 범위의 사람에게만 적용되는 개별인법률(Einzelpersonengesetz), 개별사건 또는 분명히 한정된 범위의 사건에만 해당되는 개별사건법률(Einzelfallgesetz), 일정한 기간내의 사건에만 적용되는 한시법률(Zeitgesetz)의 유형으로 나누어 볼 수 있다.³⁰⁵⁾

비판과 문제점 - 처분적 법률에 대하여는 여러 가지 관점에서 많은 비판이 제기되었고 헌법이론적으로 여러 가지 문제점들이 지적되기도 하였다.³⁰⁶⁾ 그 중에서도 특히 권력분립의 원리와 평등의 원칙에 위배된다는 것이다.

우선 권력분립의 원리에 따라 개별적인 구체적 처분작용은 집행권에 속하기 때문에 입법자가 법률의 형식으로 직접 개별적·구체적 처분을 하는 것은 이 원리에 위배된다는 것이다. 그러나 입법자가 특별한 상황에서 일정한 목적을 추구하는 법률을 제정하는 것은, 즉 처분적 법률을 제정하는 것은 권력분립의 원리에 위배되지도 금지되지도 않는다는 것이다. 입법권과 집행권은 헌법규정상으로 보아도 서로 복잡하게 얽혀 있고 상호 간섭(침해)하고 있다는 것이다. 따라서 하나의 권력이 다른 권력의 핵심영역을 침해하지 않는 한 아무런 문제가 되지 않는다는 것이다.³⁰⁷⁾ 더욱이 구체적이고 목적지향적인 처분적 법률의 제정은 현대사회국가에서 다양한 많은 문제들의 해결을 위해 불가피하다는 것이다. 그렇기 때문에 처분적 법률을 법치국가적 법률의 '사회국가적 형태'라고 말하기도 한다.

다음으로 처분적 법률은 개별적·구체적 사항과 일정한 범위의

305) 가령 Ch.-F. Menger, 앞의 논문 (주 71), S.18f. 참조.

306) 이에 관하여는 1956년 독일국법학자대회에서의 발표와 토론 참조. VVDStRL 15, 1957, S.3ff., 특히 S.66 이하 참조. 또한 W. Krawietz, 앞의 논문 (주 10), S.129ff.; 정하중, 앞의 논문 (주 68), 192쪽 이하 등 참조.

307) 가령 K. M. Meessen, 앞의 논문 (주 70), S.318f. 참조.

사람만을 대상으로 하기 때문에 평등의 원칙에 위배된다는 것이다. 그러나 가령 일정범위의 사람에 대한 생존을 배려할 필요가 있는 경우 이들을 위한 구체적 조치를 내용으로 하는 처분적 법률은 구체적 형평성을 가질 뿐만 아니라 사회국가적 이념에도 부합하는 합리적인 것이기 때문에 평등의 원칙에 위배되는 것이 아니라 오히려 더 평등의 원칙에 부합한다고 할 수 있다.³⁰⁸⁾

처분적 법률에 대한 학계의 논의가 시작되던 초기에는 많은 비판과 문제점들이 지적되면서 처분적 법률에 대하여 부정적 시각으로 보는 경향이 많았으나 점차 이를 불가피한 것으로 받아들였고 오늘날에는 당연한 것으로 보게 되었다. 그러나 입법자가 처분적 법률의 형식으로 타 권력의 핵심영역을 침해하는 것은 허용되지 않는다. 가령 법률의 형식으로 대통령의 고유권한을 행사한다든가 사법권에 속하는 권한을 행사하는 것은 허용되지 않는다.

(2) 법률제정의 절차

법률은 법률안의 제안, 법률안의 심의와 의결, 법률안에 대한 서명과 공포 등의 절차를 거쳐 제정된다. 우리 헌법과 국회법은 법률제정의 절차에 관하여 자세하게 규정하고 있다.³⁰⁹⁾

(3) 법률의 필수적 규율사항

우리 헌법질서의 기초를 이루는 법치국가에서는 원칙적으로 공동체의 모든 생활영역이 법에 의해 규율된다. 물론 법치국가에 있어서

308) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002, 748쪽. 헌법재판소에 따르면 「개별사건법률은 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적 규정이라는 강한 의심을 불러 일으키지만, 개별법률금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에 특정규범이 개별사건법률에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니며, 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다」라고 한다. 헌재결 1996. 2. 16. 96헌가2 등, 헌관집 8-1, 51쪽 - 5·18민주화운동등에관한특별법 제2조 위헌제청 등.

309) 여기서는 법률제정의 절차에 관하여 자세한 기술을 생략한다.

도 법적으로 규정되지 않거나 부분적으로만 규정되는 광범위한 생활영역이 존재한다. 그러면 법치국가에서는 어떤 사항이 국민의 대표기관인 의회가 제정하는 법률에 의해 규율되어야 하는가의 문제가 제기된다. 이에 대하여 우리 학계에서는 (의회가 제정하는) 법률에 의해 규율되어야 하는 사항으로 법규사항 또는 법률사항(입법사항)을 들고 있다.³¹⁰⁾

법규사항 - 법규사항이란 국민의 권리와 의무에 관련되는 사항은 반드시 의회가 제정하는 법률로 규정되어야 한다는 것을 말한다(권리·의무설). 우리 헌법은 국민의 기본적 권리와 의무에 관한 규정 중 많은 사항을 국민의 대표기관인 국회가 법률로써 규정하도록 하고 있다.³¹¹⁾ 즉 법규사항으로 되어 있다는 것이다.

법률사항(입법사항) - 법률사항이란 헌법이 반드시 국회가 제정하는 법률로써 규정하도록 하고 있는 사항을 말한다. 입법사항이라고 부르기도 하는 법률사항에는 국민의 권리와 의무에 관련되는 이른바 법규사항만이 아니라 법규사항과 관련이 없는 사항도 포함된다. 즉 국가기관의 구성에 관한 사항, 국가중요정책사항 및 기타 중요사항도 법률사항에 포함된다는 것이다.³¹²⁾

310) 가령 김철수, 헌법학개론, 2002, 1029쪽; 권영성, 헌법학원론, 2002, 749쪽; 허영, 한국헌법론, 2002, 857쪽 등 비교참조.

311) 가령 죄형법정주의(제12조 제1항), 국선번호인선입권(제12조제4항), 재산권의 내용과 한계 및 보상의 기준(제23조), 선거권(제24조), 공무담임권(제25조), 재판청구권(제27조), 국가배상청구권(제29조), 범죄피해자구조청구권(제30조), 사회보장수급권(제34조 제5항), 기본권제한입법(제32조 제2항), 납세의무(제38조), 국방의무(제39조) 등에 관하여는 법률로써 규정하도록 되어 있다. 이상 김철수, 헌법학개론, 2002, 1029쪽; 권영성, 헌법학원론, 2002, 749쪽 비교참조.

312) 가령 i) 국가기관의 구성에 관한 사항으로 대통령선거(제67조), 국회의원선거(제41조), 국군의 조직·편성(제74조 제2항), 행정각부(제96조), 감사원(제100조), 법원(제102조 제3항), 헌법재판소(제113조 제3항), 선거관리위원회(제114조 제7항), 기타 등이 있고 ii) 국가중요정책사항으로 국적(제2조 제1항), 정당제도(제8조), 계엄(제77조), 사면(제79조), 국토의 이용·개발·보존(제120조), 소비자보호(제124조), 기타 등이 있다. iii) 기타 중요사항이란 국회가 스스로 법률로써 규정하

결어(사건) - 법률이 규율해야 할 사항을 법규사항과 법률(입법)사항으로 나누어 그 범위를 정하려는 것은 오늘날 무의미하다. 국민의 권리와 의무에 관련되는 사항은 법률로 규정되어야 한다는 이른바 법규사항은 입헌주의시대의 주장이다. 즉 개인의 자유와 재산에 관한 사항은 국민의 대표기관인 의회에 의해 법률로 규정되어야 한다는 데서 유래하며 이는 이원적 법률개념을 전제로 하고 있는 주장이다. 물론 오늘날에도 국민의 기본적 권리와 의무에 관한 많은 사항은 - 제한적 또는 형성적 - 법률유보하에 있다. 이들의 실현을 위하여는 법률에 의한 구체화가 불가피하기 때문이다. 법률이 규율해야 할 사항은 헌법이 위임한 사항에만 국한되지 않으며 입법사항이 확정되어 있는 것도 아니다. 결국 법률이 규율해야 할 사항은 헌법이 위임한 사항은 말할 것도 없고 헷세(K. Hesse)의 지적처럼³¹³⁾ 공동체의 기본적이고 중요한 사항은 법률로 규정되어야 한다.

나. 헌법개정의 심의 · 의결권

국회가 행사하는 입법권에는 헌법개정에 관한 권한도 포함된다. 국회는 재적의원 과반수의 찬성으로 헌법의 개정을 발의할 수 있고(제128조 제1항) 20일 이상의 공고기간을 거쳐(제129조) 공고된 날로부터 60일 이내에 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어 의결할 권한을 갖는다(제130조 제1항). 국회의 의결을 거친 개헌안은 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻는 경우 헌법개정은 확정된다(제

는 것이 필요하다고 판단하는 사항을 말한다. 이상 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2002, 1030쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002, 749쪽 비교참조.
313) 그의 책 (주 10), Rdnr.506 참조.

130조 제2항).

국회는 비록 개헌안의 최종확정권을 갖지는 못하지만 헌법개정절차에 있어서 결정적으로 중요한 역할을 한다. 헌법개정의 발의권과 심의·의결권은 헌법개정에 있어서 사실상 그 핵심이기 때문이다.

다. 조약의 체결·비준에 대한 동의권

국회의 입법권에는 또한 조약의 체결·비준에 대한 동의권도 포함된다. 헌법 제60조 제1항은 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대하여는 국회의 동의를 얻도록 규정하고 있다. 따라서 이런 조약들은 체결·비준만으로 조약으로서의 (국내법적) 효력을 갖는 것이 아니라 국회의 동의를 얻어야 효력을 갖게 된다. 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의는 - 조약이 국가와 국민에게 매우 큰 영향을 줄 수 있기 때문에 - 국민의 대표기관인 국회가 조약에 관한 대통령의 권한을 통제하기 위한 것이고, 다른 한편 대통령의 조약에 대한 비준행위를 정당화 시켜 주기 위한 것이다.

Ⅲ. 입법권의 한계

입법자는 법률을 제정함에 있어 광범한 형성의 자유를 갖지만 동시에 여러 가지 제한을 받는다. 즉 국회의 입법권에는 다양한 한계가 있다. 이 다양한 한계들 가운데 특히 중요한 것으로는 헌법상의 한계, 국제법상의 한계, 법원리상의 한계 등을 들 수 있다. 입법자는 이러한 여러 가지 한계의 테두리 안에서 법률을 제정할 수 있다.

1. 헌법상의 한계

입법자는 최고법인 헌법에 위배되는 법률을 제정할 수 없다. 즉 헌법은 입법권의 한계이다. 따라서 입법자는 헌법에 위배되지 않는 범위 안에서 입법형성의 자유를 가진다.

입법자는 헌법이 명시적으로 금지하는 법률을 제정할 수 없을 뿐만 아니라 헌법규정에 위배되는 어떤 법률도 제정할 수 없다. 가령 입법자는 소급입법으로 참정권을 제한하거나 재산권을 박탈할 수 없을 뿐만 아니라(제13조 제2항) 예를 들어 평등의 원칙(제11조)에 반하거나 언론의 자유를(제21조) 침해하는 법률을 제정할 수 없다. 물론 입법자는 제37조 제2항에 따라 기본권을 제한하는 법률을 제정할 수 있으나 그 법률은 국가안전보장, 질서유지 및 공공복리라는 기본권제한의 요건에 부합해야만 가능하고 필요한 최소한의 제한만 할 수 있으며 그 제한이 기본권의 본질적 내용까지를 제한할 수는 없다.

입법자는 명시적 헌법규정에 반하는 법률을 제정할 수 없을 뿐만 아니라 비록 구체적·명시적으로 규정되지는 않았으나 헌법규정들 가운데 내포되어 있는 또한 전체적 헌법규정에 나타나는 헌법의 정

신, 헌법의 기본이념, 헌법이 추구하는 근본가치 등에 반하는 법률도 제정할 수 없다.

2. 국제법상의 한계

우리 헌법질서는 국제평화주의를 그 기초로 삼고 있다(헌법전문, 제5조 제1항, 제6조). 특히 제6조 제1항은 「헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다」라고 규정하고 있다. 그런데 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법적 효력은 대체로 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 상위라고 보고 있다.³¹⁴⁾ 왜냐하면 세계의 대다수 국가가 승인한 외교사절의 법적 지위나 국제연합헌장과 같은 국제법규를 - 우리 헌법이 국제평화주의를 헌법의 기본원리로 삼고 있으면서 - 국내법률로 부인할 수는 없기 때문이다. 따라서 입법자는 이러한 국제법규에 반하는 법률을 제정할 수는 없다. 즉 이러한 국제법규는 입법권의 한계가 된다.

3. 법원리상의 한계

입법권의 행사는 곧 법 창조를 의미하기 때문에 법률을 제정함에 있어 입법자는 법적 이성(Rechtsvernunft), 정의, 법적 안정성 등과 같은 법내재적 기본원리에 구속되지 않을 수 없다. 즉 이들은 입법권의 한계가 된다. 입법자는 이밖에도 비례의 원칙, 과잉금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙 등과 같은 다양한 법원칙 들을 그때 그때 존중

314) 가령 K. Hesse, 앞의 책 (주), Rdnr.103 참조.

하면서 입법을 해야 하기 때문에 이들은 모두 입법권의 한계가 된다.

4. 기타의 한계

입법권의 한계는 이상의 한계들 이외에도 여러 가지가 있을 수 있다. 가령 자연법론자들은 자연법을 그 한계로 볼 것이다. 또한 특정시대를 지배하는 정치적 이념이나 오랜 역사 속에서 형성된 특별한 법문화, 즉 법관념, 법감정 또는 국민의 가치관 등도 입법권의 한계로 작용할 수 있을 것이다.

성차별에 관한 미국연방대법원 판례

김 현 철
헌법연구관

- 목 차 -

I. 서론	305
II. 성차별에 관한 연방대법원의 판례	307
1. 초기판례의 태도와 변화과정	307
가. 여성보호적인 입장	307
나. 변화의 바람	312
2. 성차별에 관한 심사기준	321
가. 중간심사기준의 확립	321
나. 위헌 선언된 사례	322
다. 합헌 선언된 사례	326
3. 임신차별금지법	328
4. 여성에게 혜택을 주는 성차별과 적극적 평등실현조치	330
가. 여성에 대한 특별대우조치	330
나. 여성우선취업조치	332
5. 정리	334
가. 심사기준은 중립적이다	334

나. 사실상의(결과적) 차별의 경우는 주의를 요한다	334
다. 고정관념은 금지된다	337
라. 매우 설득력 있는 정당성의 제시를 요한다	338
Ⅲ. 결 론	341

I. 서론

1787년의 미합중국 제헌헌법에는 평등에 관한 일반규정이 없었고 지금도 우리나라 헌법 제11조³¹⁵⁾ 제1항처럼 성에 근거한 차별을 금지하는 규정이 없다. 평등보호조항이 처음으로 규정된 1868년의 수정헌법 제14조³¹⁶⁾에서도 성을 근거로 한 차별금지가 규정되지 않았고, 수정헌법 제14조의 기초자들이 평등보호조항이 여성들에게 부과된 법적인 장애를 탄핵하는 수단으로 사용될 것이라고 예상했는지는 의문이다.³¹⁷⁾ 수정헌법 제14조가 채택되었을 당시 여성의 참정권은 인정되지 않았고 많은 주에서는 결혼한 부인은 계약을 할 능력이 부인되었고, 자신 명의로 재산을 소유하거나 소송을 제기할 수도 없었으며 심지어 자신의 소득에 대해서도 관리능력이 부인되고 있었다.³¹⁸⁾

315) 한국헌법 제11조 : ①모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

316) 수정헌법 제14조 : ①합중국에서 출생하고 또는 귀화하고 합중국의 지배권에 복종하는 모든 사람은 합중국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면제를 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 적법절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며 그 지배권내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등보호를 거부하지 못한다. [원문 : All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.]

317) Jerome Barron / Thomas Dienes, *Constitutional Law* 4th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1999), p. 287.

318) 이러한 입장은 Blackstone의 영향이 있었다는 평가이다. Blackstone은 그의 저서인 *Commentaries*에서 여성은 혼인을 하면 그 법적 identity는 남편의 그것에

그리하여 예컨대 1872년의 *The Slaughter-House Cases*³¹⁹⁾ 사건에서 연방대법원은, 평등보호조항은 오직 인종적 소수자를 보호하기 위한 것이며 그 범위를 이보다 확장할 수는 없다고 하였다.³²⁰⁾ 또한 1874년의 *Minor v. Happerset*³²¹⁾ 사건에서 연방대법원은 여성의 투표권을 인정하지 않은 조치의 합헌성을 지지하였다. 연방대법원은, 비록 여성을 연방헌법하의 시민으로 인정하였지만, 투표는 미합중국 시민의 “특권 또는 면책권”이 아니므로 여성의 투표권을 부인하는 것은 허용된다고 판시하였다.³²²⁾ 이에 따라 1920. 8. 26. 수정헌법 제19조³²³⁾가 공포되기 이전까지 여성의 투표권은 인정되지 않았다. 즉, 수정헌법 제19조는 *Minor v. Happerset* 판결을 뒤집은 것이다.³²⁴⁾

동화, 흡수되고 그녀의 시민법적 독자성은 사라진다고 하였다. W.W. Williams, *The Equality Crisis: Some Reflection on Culture, Courts, and Feminism*, 7 *Women's Rights Law Reporter* 175, 176f (1982). 김문현, 남녀평등에 관한 미연방대법원 판례의 분석, 「헌법학연구 제3집」(한국헌법학회, 1997. 10), 228면에서 재인용.

319) 83 U.S. 36, 81 (1872).

320) Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, (New York: Aspen Law & Business 1997), p. 23의 footnote 43.

321) 88 U.S. 162 (1874).

322) 이 사건에서 연방대법원은, 여성은 수정헌법 제14조가 규정하는 “persons”나 “citizens”에 포함되나, 선거권은 미국시민의 특권이 아니므로 여성의 참정권은 부인될 수 있다고 판시하였다. 김문현(1997), 230면.

323) 수정헌법 제19조 : 합중국 시민의 투표권은 성별에 의하여 합중국(연방) 또는 어느 주에 의하여도 거부되거나 제한되지 아니한다. 합중국의회는 적당한 입법에 의하여 본조를 시행할 권한을 가진다. [원문 : The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.]

324) E. Chemerinsky (1997), p. 600.

II. 성차별에 관한 연방대법원의 판례

1. 초기판례의 태도와 변화과정

가. 여성보호적인 입장

(1) 어느 나라에서나 마찬가지로 미국도 한동안은 여성에 대한 보호주의적 사고가 지배하고 있었다. 그리하여 수정헌법 제14조가 제정된 후에도 연방대법원은 여성평등 문제에 대하여 평등보호조항을 적용하지 아니하고 동조 내에 있는 “특권과 면책 조항”을 적용하였다. 예컨대 연방대법원은 1873년의 *Bradwell v. Illinois*³²⁵⁾ 사건에서 최초로 성차별에 관한 문제를 언급하였는데, 이 사건에서 연방대법원은 여성이 변호사업무를 수행하도록 자격을 부여하는 것을 금지한 Illinois 주법을 합헌이라고 판결하였다(8:1).³²⁶⁾ 연방대법원(다수의견, majority)은 이 사건에서 수정헌법 제14조 소정의 평등보호조항을 적용한 것이 아니고 특권과 면책조항을 적용했다. 법정의견을 집필한 Miller 재판관은, 변호사업무의 수행은 수정헌법 제14조 소정의 특권과 면책조항 하에서 보호되는 시민의 특권이라는 원고의 주장을 배척하였다.³²⁷⁾ 그러나 동조의견을 집필한 Bradley 재판관은 성차별 주장에 대해 직접 언급했는데, 일리노이 주가 여성의 변호사업무 수행을 배제한 것은 다음과 같은 이유로 정당화된다는 의견을 밝혔다. 즉, “여성의 최고의 목적과 사명은 ‘아내’와 ‘어머니’라는 숭

325) 83 U.S. 130 (1873).

326) E. Chemerinsky (1997), p. 559.

327) 83 U.S. at 134-137.

고하고 자비로운 직무를 수행하는 것이다. 이것은 창조주의 법칙이다. 시민사회의 법칙은 사물의 일반적인 본질 내에서 채택되어야 하고, 예외적인 사례에 근거하여 채택되어서는 안 된다.”³²⁸⁾고 하였다. 그는 이어서, “여성의 독특한 특성, 목적과 사명의 견지에서 볼 때, 어떤 직책·지위·직장이 남성으로 채워지고 수행되어야 하는지를 결정하는 것은 입법자의 권한 내에 있는 것”³²⁹⁾이라고 결론지었다.³³⁰⁾ 유일한 반대자인 연방대법원장 Chase 재판관은 아무런 이유설시 없이 다수의견 및 동조의견에 반대하였다.³³¹⁾ 연방대법원은 1894년의 *In re*³³²⁾ *Lockwood*³³³⁾ 사건에서 *Bradwell* 사건의 판시내용을 재확인하였다. 즉, Virginia 주는 비록 연방대법원과 Columbia 지구에서 변호사업무 수행이 인정된 여성이라 하더라도 버지니아 주에서는 변호사업무를 수행하지 못하도록 막을 수 있다고 판결하였다.³³⁴⁾

(2) 미국헌정사 가운데 “Lochner 시대”라고 불리는 20세기의 첫 1/3 기간(30여년) 동안 연방대법원은 명백하게 성에 근거하여 차별하는 법률을 합헌이라고 판결하였다. 이 기간 동안 연방대법원은 공격적으로 계약의 자유를 보호하였고, 이 권리의 침해를 이유로 많은

328) *Id.* at 141 (Bradley, J., concurring).

329) *Id.* at 142.

330) 이에 대하여 김문현 교수는, 남녀간의 사회적·기능적 차이를 인정하고 가정과 가족은 여성의 영역이며 여성이 남성의 영역인 사회·직업의 영역에 전면적으로 참여하는 것은 여성의 역할과 상용될 수 없는 것이라는 영역분리이데올로기(the separate sphere ideology)를 극명하게 보여주는 것이라고 평가한다. 김문현 (1997), 230면.

331) 83 U.S. at 142 (Chase, J., dissenting).

332) “in the matter of” 라는 뜻의 라틴어로서, 사법절차에서 공식적인 반대당사자를 갖지 않는 사건을 일컫는 용어이다. *Black’s Law Dictionary* 7th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1999), p. 796.

333) 154 U.S. 116 (1894).

334) E. Chemerinsky (1997), p. 600.

경제규제 법률을 무효화시켰다. 그러나, 연방대법원은 여성에 관하여 규율하고 있는 그러한 법률에 대하여는 기꺼이 합헌이라고 지지했다. 예를 들어, 1905년의 *Lochner v. New York*³³⁵⁾ 사건에서 제빵근로자의 최대근로시간 규정(일주일에 60시간, 하루 10시간)을 계약의 자유에 대한 침해라고 하여 위헌이라고 선언하였지만(5:4),³³⁶⁾ 3년 후인 1908년의 *Muller v. Oregon*³³⁷⁾ 사건에서는 공장에 고용되어 있는 여성들의 최대근로시간 규정³³⁸⁾에 대하여 여성은 “생존경쟁에서 약자”에 속하므로 특별한 보호를 필요로 한다는 이유로 합헌이라고 판결했다.³³⁹⁾ 이 사건에서 연방대법원은, “여성들의 신체 구조와 어머니로서의 역할을 수행하는 기능으로 말미암아 생계를 위한 투쟁에 있어 여성들이 불리한 위치에 놓여 있다는 것은 명백하다. ... 이러한 점 때문에 여성은 남성과 구별되고 ... 여성들을 보호하고자 하는 법률은, 비록 그와 같은 법률이 남성에게는 불필요하고 유지될 수 없는(위헌인) 것이라고 하여도, 합헌으로 지지될 수 있다.”³⁴⁰⁾고 판시하였다.³⁴¹⁾ 연방대법원은 이러한 논거에 따라서

335) 198 U.S. 45 (1905).

336) 주정부는 이 규정이 근로자의 건강과 안전을 보호하기 위한 노동법으로서 합헌이라고 주장하였으나 연방대법원은 이를 배척하고 다음과 같은 이유로 위헌임을 선언하였다. 첫째, 주정부는 공공복지를 위하여 경찰권을 행사할 수 있다. 그러나 제빵주인과 근로자 사이의 계약권을 조정하는 것은 충분한 공적 관심사가 아니다. 둘째, 제빵근로자는 특별히 위험한 근로자에 해당하지 아니한다. 좋은 빵을 생산하도록 하는 것은 계약의 자유를 덜 제한하는 시설검사나 화장실 설치요구 등에 의하여서도 가능하다. 셋째, 입법자의 입법의도가 근로자의 안전과 건강을 보호하는 것이라기보다는 근로조건을 규제하기 위한 것으로 보인다. 넷째, 따라서 위 규정은 수정헌법 제14조가 보장하는 고용자와 피고용자 사이의 계약체결의 자유를 자의적이고 불필요하게 간섭하는 것으로서 주정부의 부적절한 규제권의 행사에 해당하여 위헌이다. 「미국헌법」(사법연수원 2002), 24면.

337) 208 U.S. 412 (1908).

338) 1903년 2월 19일, Oregon 주의회는 “주내의 기계시설물이나 공장 또는 세탁소에 고용되어 있는 여성들은 어떤 날이라도 하루 24시간 중 10시간 이상을 일해서는 안 된다”는 내용의 법률을 통과시켰다. 208 U.S. at 417.

339) 「미국헌법」(사법연수원 2002), 66면.

1924년의 *Radice v. New York*³⁴²⁾ 사건에서, 여성이 레스토랑에서 밤 10시부터 아침 6시까지의 사이에 고용되는 것을 금지한 뉴욕주 법률을 합헌이라고 판결했다.³⁴³⁾

(3) 연방대법원은 심지어 제2차 세계대전 이후 많은 여성들이 노동시장영역에 진입한 이후에도 계속하여 고정관념(stereotypes)에 기초한 성차별을 허용하였다. 1948년의 *Goesaert v. Cleary*³⁴⁴⁾ 사건에서 연방대법원은, 여성이 자신이 일하고자 하는 술집 소유주의 부인이거나 딸이 아닌 경우에는 바텐더로서의 자격을 부여하지 못하도록 하는 Michigan 주 법률에 대하여 합헌판결을 하였다. 법정의견을 집필한 Frankfurter 재판관은, “의문의 여지없이 Michigan 주는 모든 여성들이 술집에서 일하지 못하도록 금지할 수 있다.”³⁴⁵⁾고 판시하였다. 그는 또한 “여성의 사회적·법적 지위에 있어서의 큰 변화가 ... 주로 하여금 주류판매의 규제와 같은 문제에 있어 성별을 구분하는 경계선을 긋지 못하도록 하는 것은 분명히 아니다.”³⁴⁶⁾라

340) 208 U.S. at 421-422.

341) 다만 1923년의 *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923) 사건에서는 여성을 위한 최저임금에 관한 법률을 계약자유에 대한 침해라고 하여 위헌판결을 했다. 이 사건과 Muller 사건과의 차이에 대하여, Muller 사건에서는 최저임금규정이 여성의 건강증진이라는 입법목적에 부합하기 때문이고, Adkins 사건에서는 입법목적이 오직 경제적인 불평등을 줄이는 것이라고 보았기 때문에 이해된다는 견해로는 「미국헌법」(사법연수원 2002), 66-67면.

342) 264 U.S. 292 (1924).

343) 연방대법원은 후에 *West Coast Hotel v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937) 사건에서 - 이 사건은 Lochner 시대의 종말을 알린 중요한 사건이다 - Radice 판결을 번복하였다. 이 판결에서 연방대법원은 “어떤 것이 부정직하고 탐욕스러운 고용주로부터 여성의 건강을 보호하는 것보다 공공의 이익에 가까울 수 있을까? 만일 여성을 보호하는 것이 주의 권한을 행사하는 정당한 목적이라면, 생존에 필요한 물품을 충족시키기 위해 공정하게 정하여진 최저임금지급의 요구가 어떻게 그 목적을 달성하기 위해 허용되는 수단이 아니라고 할 수 있는가?”(300 U.S. at 398) 라고 설시하였다. E. Chemerinsky (1997), pp. 600-601.

344) 335 U.S. 464 (1948).

345) Id. at 465.

346) Id. at 465-466.

고 하였다. 연방대법원은, 여성들에 대한 이 법률의 차별은 허용될 수 있는데 그 이유는 “그들이 그은 경계선은 합리성이 없는 것이 아니기”³⁴⁷⁾ 때문이며 “술집에서 일하는 여종업원의 남편이나 아버지가 술집주인으로서 행하는 감독작용은 그러한 보호감독이 없는 경우에 술집여종업원이 직면할지도 모르는 위험을 최소화할 것”³⁴⁸⁾ 이라고 하였다.³⁴⁹⁾ 연방대법원은 1961년의 *Hoyt v. Florida*³⁵⁰⁾ 사건에서도, 남자들은 그들이 예외를 요청하고 그 요청이 받아들여진 경우가 아니면 배심원으로 봉사해야 하나, 여자들은 그러한 요청을 하지 않아도 배심원단에 포함되기를 명시적으로 표명하지 않는 한 자동적으로 배심원의 임무에서 면제되도록 하는 플로리다 주법률을 합리적 기준심사³⁵¹⁾를 적용하여 합헌이라고 지지하였다. 연방대법원은 “여성들이 지난 역사의 제한과 보호로부터 계몽적으로 해방되었고 여성들이 이전에는 남성들이 차지해야 할 것으로 생각되었던 사회공동체의 많은 영역에 진출하였음에도 불구하고, 여성들은 여전히 가정과 가족생활의 중심으로 간주된다.”³⁵²⁾고 하면서,³⁵³⁾ “따라서 주는 여성 스스로 그러한 배심원의 직무가 그녀 자신의 특별한 책임과 조화된다고 결정하지 않는 한 시민의 의무인 배심원 직무로부터 여성들을 면제시킬 수 있다.”³⁵⁴⁾고 판시하였다.³⁵⁵⁾

347) Id. at 467.

348) Id. at 466.

349) E. Chemerinsky (1997), p. 601.

350) 365 U.S. 57 (1961).

351) 합리적 심사기준을 포함하여, 평등보호에 관한 연방대법원의 심사기준에 대하여는 좋고, 미국연방대법원의 평등보호에 관한 판례와 위헌심사기준, 「헌법논총 제11집」(헌법재판소 2000), 349면이하 및 임지봉, 미국연방대법원의 평등심사기준, 「법조 550호」(법조협회 2002.7), 135면이하 참조.

352) 365 U.S. at 61-62.

353) 여기에서도 ‘영역분리’ 이데올로기의 흔적을 볼 수 있다.

354) 365 U.S. at 62.

355) 그러나 이 *Hoyt* 사건은 14년 후 *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522 (1975) 사

(4) 이와 같이 1970년대 이전까지는 성에 기한 차별이라는 이유로 제기된 위헌주장에 대하여는 입법자를 존중하는 합리성 심사기준을 적용하여 합헌을 선언하였다. 위헌이라고 주장된 법률들은 더 약한 성(the weaker sex)인 여성을 보호해야 할 필요성과 여성이 사회에서 차지할 알맞은 위치라는 가설과 관련된 여성보호적인 태도(paternalistic attitude)를 반영하고 있었다.³⁵⁶⁾ 이러한 영역분리이데올로기에 의해 영역분리이데올로기에 맞는 전통적 삶의 방식에 따라 사는 사람은 혜택을 받는 반면, 전통에 어긋나게 다른 성의 영역에 종사하는 사람은 불이익을 받게 되었다.³⁵⁷⁾ C.A. Littleton의 주장에 의하면 영역분리이데올로기가 흑인과 여성 양자에 불이익을 주었지만 그 불이익의 본질과 부과방법이 실질적으로 차이가 있다고 한다. 즉, 흑인은 집단으로서 백인사회에서 배제되었지만 여성은 개별적으로 분리되었으며 또한 이론상 이를 거부하는 것은 흑인의 경우 인종간의 자연적 차이의 존재를 거부하는 것을 의미하는 반면, 여성의 경우 단지 성간의 일부 자연적 차이를 부정하는 것을 의미하고 그런 점에서 일정 사회생활 부분에서의 여성의 배제는 정당화되고 있다고 한다.³⁵⁸⁾

나. 변화의 바람

남녀평등에 관한 연방대법원의 판례에 중대한 변화를 가져온 것

건에서 번복되었다. E. Chemerinsky (1997), p. 601.

356) Barron/Dienes (1999), p. 287.

357) A.E. Freedman, Sex Equality, Sex Difference, and the Supreme Court, 92 The Yale Law Journal 913, 919 (1983).

358) C.A. Littleton, Reconstructing Sexual Equality, 75 California Law Review 1279, 1290-1291. 김문현(1997), 231면.

은 자유주의적이고 진보적인 워렌법원(Warren Court, 1953~1969)이 아니라 기이하게도 보수적이었다고 할 수 있는 버거법원(Burger Court, 1969~1986)에 와서였으며, 획기적 전기가 된 것은 1971년의 Reed v. Reed³⁵⁹⁾ 판결이었다. 즉, 경제적 입법의 경우와 동일한 심사기준의 적용을 받았던 남녀차별이 보다 엄격한 심사를 받기 시작한 것이다.

(1) Reed v. Reed 사건 (1971)

1967. 3. 29. Idaho주 Ada County에서 미성년자인 Richard Lynn Reed는 유언 없이 재산 \$1,000 미만을 남기고 죽었다. 당시 그의 양부모는 별거 중이었다. 리처드가 죽은 지 7개월 후에 양어머니 Sally Reed³⁶⁰⁾는 아다카운티의 유언검인법원(probate court)에 자신을 그녀의 아들의 유산관리인으로 임명해 달라는 신청을 하였다. 그녀의 신청에 대하여 청문(hearing)이 열리기 몇 일 전에 양아버지인 Cecil Reed도 역시 유산관리인 임명신청을 하였다. 동 법원은 두 사람의 신청에 대한 청문을 병합하여 열고 아버지인 Cecil Reed에게 유산관리증서를 발부하였다. 동 법원은 아이다호주 유언검인법 Section 15-312와 Section 15-314는 강행규정이고, 남자인 Cecil Reed에게 우선권이 있는 것이라고 판시하였다. Section 15-312는 유언 없이 사망한 자의 재산관리인으로 임명될 수 있는 상속인의 순위를 11단계로 정해놓고 있었다. 즉, 1순위: 고인의 남편이나 아내 또는 그와 상당한 지위에 있는 자, 2순위: 자녀, 3순위: ‘아버지 또는 어머니’, 4순위: 남자형제, 5순위: 여자형제, 6순위: 손자녀 ... 라고 규정하였고, Section 15-314는 “위 규정에 의한 신청자 중에서 동

359) 404 U.S. 71 (1971).

360) 이 사건의 원고인 Sally Reed를 위한 변호인단의 일원이었던 Ruth Bader Ginsberg(뉴욕주, 민주당)는 1993년 클린턴 대통령에 의해 연방대법원의 재판관으로 임명되었다.

순위의 사람이 복수 있을 때에는 남자는 여자보다 우선한다”고 규정하고 있었다. 어머니인 Sally Reed는 위 법원의 결정에 대하여 위 Section 15-314는 위헌이라고 주장하며 아이다호주 지방법원에 항소하였고, 동 지방법원은 Section 15-314는 연방수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위반되어 무효라고 판결하였다. 이에 아버지인 Cecil Reed는 주대법원에 상고하였는데, 주대법원은 지방법원의 판결을 뒤집고 원래의 결정대로 Cecil Reed가 유산관리인이 되어야 한다고 판결하였다. 그러자 Sally Reed가 연방대법원에 상고한 것이다.³⁶¹⁾

아이다호주는 그 법이 채택한 수단은 분쟁을 피하고 유언검인법원의 업무량을 줄인다는 공익에 합리적으로 기여하는 적절한 방법이라고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 전원일치의 판결로, 유언 없이 사망한 자녀의 유산관리에 관하여 동 순위의 권리를 가지는 자가 복수인 경우 남성이 우선한다고 규정한 Idaho주 법률은 성차별로서 평등보호조항에 위배된다며 위헌선언을 하였다. 법정의견을 집필한 연방대법원장 Burger 재판관은, 이러한 남성선호는 “평등보호조항에 의하여 금지되는 자의적인 입법”이라고 하였다.³⁶²⁾ 법정의견은 ‘합리성’(rationality)이라는 낱말을 사용하였지만, 그 심사의 수준은 더 엄중하고 까다로운 것이었다.³⁶³⁾ 이 사건에서 연방대법원은, 성에 기초한 분류(차별)는 정당한 주의 목적에 공정하고 실질적인 관련을 가지는(fair and substantial relationship to legitimate state ends) 경우에 합헌이 된다고 하였다.³⁶⁴⁾

이 판결은 처음으로 남녀평등의 문제를 수정헌법 제14조의 평등

361) 404 U.S. at 71-74.

362) Id. at 76.

363) Barron/Dienes (1999), p. 287.

364) 김문현(1997), 247면.

보호조항에 근거하여 판단함으로써 헌법이 “성에 대한 빈 찬장”³⁶⁵⁾이라는 이론에서 벗어났다는 점, 비로소 영역분리이데올로기에서 벗어나기 시작했다는 점, 그리고 다른 부류의 사람은 다르게 처우할 수 있지만 유사한 상황에 있는 사람은 동일하게 처우하여야 한다는 “같은 것은 같게, 같지 아니한 것은 같지 아니하게(sameness/difference framework)의 원칙”에 입각하였다는 점에서 획기적 판결이었다.³⁶⁶⁾ 그러나 이 판결은 여성이 남성처럼 다른 중요한 자연적 차이는 없다는 인식을 완전히 수용한 것은 아니었으며 사법심사기준에 관해서도 명확한 입장을 보이지는 않았다.³⁶⁷⁾

(2) Frontiero v. Richardson 사건(1973)

여군의 경우 남편 부양수당을 받기 위하여는 부인이 남편을 부양한다는 사실상의 부양관계를 입증할 것을 요구하고, 남자 군인이 부인 부양수당을 받기 위하여는 그런 입증을 요구하지 않는 법률은

365) “빈 찬장 이론”(empty cupboard theory)은 수정헌법 제14조(1874년)와 제19조(1920)에도 불구하고, 헌법제정자는 애초에 성적 차별문제는 헌법에서 제외하였다고 보는 이론으로, 따라서 성적 차별에 대한 헌법적 보호를 인정하지 않는 근거로 제시되었다. 이 이론은 연방대법원이 Slaughter House Cases, 83 U.S. 36 (1872) 사건에서 수정헌법 제14조의 평등보호조항을 흑백인종차별금지에 국한하는 극히 좁은 해석을 한 것에 따른 것이다. 이에 따라 Fay v. People of State of New York, 332 U.S. 261 (1947) 사건에서는, 여성도 배심에 참여하여야 한다 면 그것은 헌법에 기초한 것이 아니라 공적 생활에 있어 여성의 권리와 책임에 대한 견해의 변화에 기초한 것이라고 하였다. 김문현(1997), 233면.

366) 그런데 이러한 연방대법원의 sameness/difference framework에 대해서는 학계의 비판이 많았다. 예컨대 C. MacKinnon은, 이러한 입장이 여성이 남성과 구별되지 않는 경우에만 평등할 수 있는 결과를 초래하여 예컨대 임신과 같이 그에 관한 남성의 기준이 없을 경우 여성에게만 필요한 것을 주는 것은 성적 차별이 되고 여성에게만 필요로 하는 것을 주지 않는 경우 차별이 되지 않는 결과를 초래한다고 지적하고, 이러한 기준이 남녀간의 차이가 어떻게 창조되거나 정의되었으며 누가 이를 규정하느냐에 대한 문제제기가 없었다고 하면서, 이러한 입장은 남성우위에 의해 부과된 사회적 불평등 사실을 간과하였다고 비판하였다. C.A. MacKinnon, Reflections on Sex Equality under Law, 100 The Yale Law Journal, 1281, 1287ff (1991).

367) C.A. Littleton, Reconstructing Sexual Equality, 75 California Law Review 1279, 1290. 김문현(1997), 233-234면.

위헌이라고 판결한 1973년의 *Frontiero v. Richardson*³⁶⁸⁾ 사건에서, 상대다수의견(plurality opinion)³⁶⁹⁾을 집필한 Brennan 재판관은 성에 기한 차별에도 엄격심사기준을 적용할 것을 주장하였고 이 의견에는 Douglas · White · Marshall 재판관이 가담하였다.³⁷⁰⁾

Stewart 재판관은 법원(다수의견)의 결론에 동조하면서 *Reed v. Reed* 사건에서 사용된 논거에 기초하여도 그 법률이 위헌임을 확인할 수 있다고 하였다.³⁷¹⁾ Powell · Burger · Blackmun 재판관도 법원의 결론에 동조하였으나 성별에 기초한 차별에 대한 엄격심사기

368) 411 U.S. 677 (1973).

369) 과반수(majority)를 구성하는데 필요한 재판관의 표를 확보하지는 못하였으나 다른 의견보다는 상대적으로 다수인 의견을 말한다. Black's Law Dictionary (1999), p. 1119. "plurality opinion"이라는 용어는 Whittaker 재판관이 *United States v. Kaiser*, 363 U.S. 299 (1960) 사건의 반대의견(Whittaker, J., dissenting; Id. at 328, 335)에서 처음으로 사용했다고 한다. Bryan A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2nd ed. (Oxford, N.Y.: Oxford University Press 1995), p. 668. 연방대법원은 이러한 상대다수의견이 형성된 판결에서는 "Justice A announced the judgment of the Court and an opinion in which Justice B and Justice C join."이라는 형식으로 판결문을 기재한다. 상대다수의견이 형성된 판결은 그 판결에서의 어떤 의견도 선례로서의 구속력을 가지지 못한다. William A. Reynolds, *Judicial Process*, 2nd ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1991), pp. 24 · 26. "plurality opinion"을 "복수의견"으로 번역한 예로 있으나(안경환, 평등권, 「기본권의 개념과 범위에 관한 연구 (헌법재판연구 제6권)」, (헌법재판소 1995), 130 · 131 · 132 · 136면 등), 이 논문에서는 "상대다수의견"으로 번역하기로 한다.

370) 현 재판부 구성원 중에는 Ginsberg 재판관이 이러한 입장이다. 즉 Ginsberg 재판관은, 성이란 인종과 같이 당사자가 변경할 수 없는 선천적인 것임에도 종래의 지배적 문화가 여성을 열등하다고 낙인찍고 여성에게 사회적 · 법적 · 경제적 · 정치적 영역에서 불이익을 주는 것을 정당화해 왔으므로, 성에 근거한 구분을 의심스러운 차별로 보아 엄격한 심사기준을 적용할 것을 계속 주장해 왔다. Merry B. Cavanaugh, *Toward A New Equal Protection : Two Kinds of Equality*, 12 *Law & Ineq.* 381. 김문현(1997), 249면에서 재인용.

371) 언론인 Bob Woodward와 Scott Armstrong에 따르면, Stewart 재판관은 성별에 기초한 차별은 엄격심사기준에 의해 심사되어야 한다고 믿었으나 그는 평등권에 관한 수정조항(the Equal Rights Amendment : ERA)이 비준될 것이고 따라서 법원은 성차별에 관한 엄격심사를 그 시점까지 기다려 적용해야 한다고 생각했다고 한다. Bob Woodward & Scott Armstrong, *The Brethren- Inside the Supreme Court* (New York: Simon & Schuster 1979), p. 302.

준의 적용에 대하여는 별도의 반대의견을 피력하였다. 이들도 법원은 평등권수정조항(ERA)³⁷²⁾이 비준될 때까지 기다려야 한다고 하였다.³⁷³⁾ 성차별에 관하여도 엄격심사기준을 적용하는데 강력한 근거가 될 수 있었을³⁷⁴⁾ 평등권수정조항 운동은 비준을 위한 38개 주의 찬성에 3개 주가 부족하여 비준에 실패하였다. 이 사건에서 Rehnquist 재판관은 위 법률을 위한 선언하는 데 유일한 반대자였다.³⁷⁵⁾

이 사건의 다수의견³⁷⁶⁾ 중 4인의 재판관(Brennan · Douglas · White · Marshall)은 성을 인종 · 혈통과 같은 의심스러운 구분이라고 주장했다. 즉 여성은 역사적으로 의도적인 불평등 대우를 받아왔고, 정치적으로 무력한 지위에 있다는 것이다.³⁷⁷⁾ 그러나 다수의견에 가담한 재판관 중 3인(Power · Burger · Blackmun)은 남녀차별을 의심스러운 구분의 수준까지 올릴 필요는 없다고 주장했고, 나머지 1인(Stewart)은 특별한 의견을 제시하지 않았다. 따라서 선례로

372) ERA의 내용은 “언방이나 주는 성을 근거로 법 앞의 평등한 권리를 거부하거나 침해받지 못한다”는 것이었다. 즉 성은 남성과 여성의 법적 권리를 결정하는 요소가 되어서는 안 된다는 취지이다. ERA를 제안한 목적은 문언 상으로도 명백한 것처럼 성을 인종과 같이 의심스러운 차별의 분류(suspect classification)로 취급하려는 것이었다. 안경환(1995), 91면.

373) Powell 재판관은 후에 Regents of University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978) 사건에서, 인종에 기한 차별이 본질적으로 혐오스럽다는 것은 오랜 비극적인 역사에서 비롯된 것인데 여성의 경우에는 그렇지 않다고 하였다. Barron/Dienes (1999), p. 288.

374) ERA의 영향에 관한 자세한 내용은, Brown/Emerson/Falk/Freedman, The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women, 80 Yale Law Journal 871 (1971). Note, “Sex Discrimination and Equal Protection : Do We Need A Constitutional Amendment ?” 84 Harvard Law Review 1499 (1971) 참조. 이에 관한 국내문헌으로는 권영준, 미국헌법에서의 남녀평등의 발전 - 판례와 ERA를 중심으로 -, 석사학위논문(서울대학교대학원 1985), 71-117면 및 이상돈, 「미국의 헌법과 연방대법원」 (학연사 1983) 184-191면 참조.

375) E. Chemerinsky (1997), p. 603.

376) 이 사건은 8:1로 위헌판결이 났는데, Rehnquist 재판관만이 합헌의견을 냈다.

377) Jeffrey M. Shaman, Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny, 45 Ohio State Law Journal 161, 175-176 (1984).

서의 구속이 있는 majority를 형성하지 못하였고, 결과적으로 성에 관한 차별에 있어 엄격심사가 연방대법원의 공식의견으로 채택되지 못하였다.

(3) Khan v. Shevin 사건, Geduldig v. Aiello 사건 (1974) 및 Schlesinger v. Ballard 사건 (1975)

Frontiero 사건 1년 후인 1974년의 Khan v. Shevin³⁷⁸⁾ 사건에서 연방대법원은 미망인에게는 재산세를 면제해 주면서 상처한 남자에게는 이를 면제해 주지 않는 주법을 합헌으로 판시하였다. 왜냐하면 “명백한 차별에 기인하거나 남성지배문화의 사회화 과정에서 비롯된 것이거나 노동시장은 임금수준이 가장 낮은 일자리를 제외하고는 여성에게 호의적이지 않기 때문이다.”³⁷⁹⁾

또한 같은 해의 Geduldig v. Aiello³⁸⁰⁾ 사건에서 연방대법원은, 정상적인 임신으로 인한 장애를 사기업의 근로자에게 보험금 급부가 인정되는 “근로할 수 없는 장애”에서 제외한 것은, 그러한 보험제도 하에서는 남성은 보호되고 여성은 보호되지 못하는 위험이나 여성은 보호받고 남성은 보호받지 못하는 위험은 없기 때문에 평등보호 위반이 아니라고 판시하였다. 동 판결에서 연방대법원은, 평등보호 조항이 정상적 임신이나 출산으로 인한 장애에 대한 보험금 지급을 위해 보험요율이나 보험사고, 보험금액 등에 관한 정책을 희생 또는 조정할 것을 명하는 것은 아니며, 정상적 임신을 보험대상에서 제외시킨다고 평등보호위반이라고 한다면 보험가입자의 단기간의 신체 장애에 대하여 모두 보험금을 지급해야 하는 결과가 될 것이라고 하였다.³⁸¹⁾ 결국 동 판결은 여성만이 임신하는 것은 사실이나 그렇

378) 416 U.S. 351 (1974).

379) Id. at 353.

380) 417 U.S. 484 (1974).

381) Id. at 494-495, 501.

다고 임신에 관한 모든 입법적 구분이 성에 기한 차별이라고 할 수 없고, 입법에서 임신을 포함하든 제외하든 헌법적으로 자유라는 입장을 보였다.³⁸²⁾

한편 1975년의 Schlesinger v. Ballard³⁸³⁾ 사건에서는, 해군에서 남자사관의 경우 2회의 승진기회를 넘기면 퇴역해야 하는데 반해 여자사관의 경우 최고 13년 간의 승진기간을 인정한 입법은 위헌이라는 주장에 대해 이는 지나치게 일반화되고 낡은 관념에 의해 남녀를 차별한 경우가 아니라 여자사관의 경우 주로 전투임무 외의 일을 담당하므로 승진의 기회가 적어 계급정년을 길게 한 것으로 이는 합헌이라고 판결하였다.³⁸⁴⁾

(4) Taylor v. Louisiana 사건, Weinberger v. Wiesenfeld 사건 및 Stanton v. Stanton 사건 (1975)

1975년의 Taylor v. Louisiana³⁸⁵⁾ 사건에서 연방대법원은 Hoyt v. Florida 사건 판례를 확실히 번복하면서 판시하기를, 배심원의 임무에서 여성을 배제하는 것은 공동체의 단면(단면, cross-section)에서 뽑혀진 편파적이지 않은 배심원이 존재하는 공정한 재판을 받을 피고인의 권리를 침해한다고 하였다.³⁸⁶⁾ 연방대법원은 수정헌법 제6조³⁸⁷⁾를 강조하였고 “온전히 배심원이 될 권리는 단순한 논리적 근

382) 그러나 Douglas·Marshall 재판관이 동참한 반대의견에서 Brennan 재판관은, 여성에 특유한 임신을 보험대상에서 제외한 것은 주가 장애보험에 있어 이중기준을 적용하여 남녀를 다르게 처우한 것이므로 성적 차별에 해당한다고 하였다. 김문현(1997), 237면.

383) 419 U.S. 498 (1975).

384) 김문현(1997), 243면.

385) 419 U.S. 522 (1975).

386) Id. at 531.

387) 수정헌법 제6조 : 모든 형사소추에 있어서 피고인은 범죄가 행하여진 주와 지구 - 지구는 법률로 미리 규정되어 있어야 한다 - 의 공정한 배심에 의하여 신속한 공개재판을 받을 권리, 피고사건의 성질과 이유를 고지 받을 권리, 불리한 증인과 대심할 권리, 자기에 유리한 증인을 강제절차로 확보할 수 있는 권리,

거로 부정되어서는 안 된다.”고 하였다.³⁸⁸⁾

같은 해의 *Weinberger v. Wiesenfeld*³⁸⁹⁾ 사건에서는 사회보장법(Social Security Act)의 한 조항이 위헌으로 선언되었다. 그 법 조항은 여성의 경우에는 그의 남편이 죽은 경우 남편의 수입에 기초하여 급여를 받을 수 있는 데 반하여 남자의 경우에는 아내의 수입을 기초로 하여 급여를 받을 수 없도록 하였었다.³⁹⁰⁾ 이 사건에서 연방대법원은, 여성소득자의 가계에의 중요성을 무시하는 낡고 지나치게 넓은 일반화는 헌법과 일치할 수 없다고 보고 남녀 모두 가계의 주된 소득자가 될 수 있는 유사한 위치에 있음에도 다르게 처우하였으므로 평등보호조항에 위배된다고 판시하였다.³⁹¹⁾

역시 같은 해의 *Stanton v. Stanton*³⁹²⁾ 사건에서 연방대법원은 부모가 아들은 21세까지 후원해야 하는데 반하여 딸들은 18세까지만 후원하도록 한 Utah 주의 법률에 대하여 위헌을 선언하였다. 연방대법원은 그 법률이 사회적 역할에 관한 “낡은 사고”에 기초하고 있다고 하면서, “여성은 더 이상 가정과 가족을 돌보는 일에만 운명 지워지지 않는다. 그리고 사상의 세계(the world of ideas)와 시장

방어를 위해 변호인의 도움을 받을 권리가 있다. [원문 : In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.]

388) 419 U.S. at 534. 연방대법원은 *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127 (1994) 사건에서, 배심원거부절차(preemptory challenges) 실행중의 성차별에는 평등보호가 적용되지 않는다고 판시하여 *Hoyt v. Florida* 사건의 판례를 폐기한 *Taylor v. Louisiana* 판례를 따랐다. E. Chemerinsky (1997), p. 603.

389) 420 U.S. 636 (1975)

390) E. Chemerinsky (1997), p. 604의 footnote 40.

391) 김문현(1997), 239면.

392) 421 U.S. 7 (1975).

(the market place)이 더 이상 남성의 전유물이 아니다. 여성의 활동과 책임은 증가되고 확대되고 있다.”고 실시하였다.³⁹³⁾ 연방대법원은 이 사건에서 심사기준에 대하여는 판시하지 않았는데, 그 이유는 그 법이 “어떠한 심사기준 - 긴절한 정부이익(compelling state interest), 합리적 근거(rational basis), 또는 그 사이의 어떤 것(something in between)” - 에 의하여도 그 법률은 위헌이기 때문이라고 하였다.³⁹⁴⁾

2. 성차별에 관한 심사기준

가. 중간심사기준의 확립

1975년의 Taylor v. Louisiana 판결 및 Weinberger v. Wiesenfeld 판결, 그리고 Stanton v. Stanton 판결에 이르기까지 명시적인 선언 없이 실질적인 내용상으로는 강화된 심사기준을 적용해 오던 연방대법원이 성에 기한 차별에 대하여 중간심사기준을 확립한 것은 1976년의 Craig v. Boren³⁹⁵⁾ 사건에서였다.

이 사건에서 연방대법원은, 18세에서 20세까지의 남성이 동일 연령의 여성보다 음주운전과 사고의 위험성이 많다는 통계적 자료를 근거로 알코올농도 3.2%의 맥주를 남자는 21세 이상, 여자는 18세 이상에게만 판매할 수 있도록 한 Idaho 주법을 위헌으로 판결하였다. 다수의견을 집필한 Brennan 재판관은, “위헌이라는 주장을 배척하기 위하여 이전의 판례들은 성에 기한 구분(차별)은 중요한 정부

393) Id. at 14-15.

394) Id. at 17. E. Chemerinsky (1997), p. 604.

395) 429 U.S. 190 (1976).

목적에 이바지해야 하고, 그 수단은 정부목적에 실질적으로 관련이 있어야 한다는 점을 확립하고 있는 것”³⁹⁶⁾이라고 판시하고, 주가 교통안전에 대하여 중요한 이익을 갖고 있는 것은 사실이나, 남자와 여자의 음주운전사고에 관한 통계는, 그와 같은 입법목적과 이 법률이 규정하는 남녀차별이 밀접하게 관련되어 있지 않다는 것을 보여 준다고 선언하였다.³⁹⁷⁾

한편, 반대의견을 집필한 Rehnquist 재판관은 성에 근거한 차별 입법에 대하여 새로운 심사기준(중간심사)을 적용하는 것을 반대하면서, “중요한 목적”(important objectives)이라든지 “실질적인 관련”(substantially related)이라는 문구는 모두 애매 모호하고 고무줄 같은 것이어서 주관적인 선호나 편견에 이끌릴 수 있다³⁹⁸⁾고 비판하였다.³⁹⁹⁾ 또한 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 지적한다.⁴⁰⁰⁾

나. 위헌 선언된 사례

Craig 판결이 정립한 중간심사기준은 후속판결들의 기본적인 지침이 되었다. Craig 판결 1년 후인 1977년의 Nashville Gas Co. v. Satty⁴⁰¹⁾ 사건에서 연방대법원은, 출산휴가를 마치고 직장에 복귀한

396) Id. at 197.

397) Barron/Dienes (1999), p. 289.

398) 429 U.S. at 217 (Rehnquist, J., dissenting).

399) Barron/Dienes (1999), p. 289.

400) Rotunda & Nowak, Treatise on Constitutional Law Vol. 3 (St. Paul, Minn.: West Publishing Co. 1992), pp. 286-287.

401) 434 U.S. 136 (1977)

여성에 대해 그 휴가 전에 취득했던 선임권(seniority)을 박탈하는 회사규칙은 현재(직장복귀 후)는 임신한 상태에 있지 않다는 점과 남성이 부담하지 않는 불이익을 당한다는 점을 들어 남녀평등에 위배된다고 하였고,⁴⁰²⁾ 이혼위자료와 관련해 내려진 1979년의 *Orr v. Orr*⁴⁰³⁾ 사건에서는 이혼하는 경우 남편이 아내에게만 위자료를 지급할 수 있고 아내가 남편에게는 줄 수 없도록 규정한 Alabama 주법을 위헌이라고 선언하였다. 이 사건에서 연방대법원은, 입법목적이 성 중립적 분류(구분)에 의해서도 달성될 수 있음에도 불구하고 성에 따라 분류하여 여성과 남성의 역할과 특별보호 필요에 대한 고정관념과 지나친 일반화에 기초한 것으로 위헌이라고 본 것이다.⁴⁰⁴⁾

1979년의 *Caban v. Mohammed*⁴⁰⁵⁾ 사건에서는 미혼모에게만 자녀의 입양을 거부할 수 있는 권리를 주고 미혼부에게는 주지 않는 법률은 위헌이라고 판결하였고,⁴⁰⁶⁾ 역시 같은 해에 내려진 *Califano v. Westcott*⁴⁰⁷⁾ 사건에서는 부모의 재정적 지원을 받지 못하는 자녀에게 지급하는 연금혜택을 부가 실직한 경우에만 지급하도록 하고 모가 실직한 것을 이유로는 지급할 수 없도록 규정하고 있었던 문제의 법률을 위헌이라고 판결하였다.⁴⁰⁸⁾

한편, 1980년의 *Wengler v. Druggists Mutual Insurance Co.*⁴⁰⁹⁾ 사건에서는 남자 노동자가 사망한 경우에는 미망인에게 자동적으로

402) 김문현(1997), 237면.

403) 440 U.S. 268 (1979)

404) 김문현(1997), 243면.

405) 441 U.S. 380 (1979)

406) 김용균, 미국연방헌법과 헌법판례 개관, 「헌법논총 제5집」(헌법재판소 1994), 61면.

407) 443 U.S. 76 (1979)

408) E. Chemerinsky (1997), p. 604.

409) 446 U.S. 142 (1980).

산재보상연금을 지급하나 여자 노동자가 사망했을 경우에는 남편이 아내의 부양을 받고 있다는 사실을 입증해야만 지급할 수 있도록 규정한 Missouri주의 산재보상법을 위헌 선언하였고, 1981년의 Kirchberg v. Feenstra⁴¹⁰⁾ 사건에서는 가장인 남편이 부부공동소유인 재산을 아내의 동의 없이 일방적으로 처분할 수 있도록 한 Louisiana 주법을 위헌 선언하였다.⁴¹¹⁾

또한 1982년 Mississippi University for Women v. Hogan⁴¹²⁾ 사건에서 미시시피의 4년제 대학 간호학과에 단지 남자이기 때문에 입학이 거절된 Hogan이 제기한 평등보호위반 주장에 대해 연방대법원은, “적법하고 중요한 주의 입법목적에 확인했다면 다음으로 목적과 수단간에 직접적이고 실질적인 관련이 존재하는지를 판단해야 한다”고 하여 중간심사기준을 적용함을 명시하고 “여자에게만 입학을 허가한 주의 정책은 과거에 여자에게 행해졌던 차별을 보상하기 위한 것이라기보다는 오히려 간호사는 여자의 배타적인 직업이라는 성적 고정관념을 영구화할 뿐”이라는 이유로 이 정책에 대하여 위헌판결을 하였다(5:4).⁴¹³⁾

1994년의 J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.,⁴¹⁴⁾ 사건에서는 J.E.B.에 대한 친부확인 및 부양금청구소송에서 모인 T.B.를 대리하여 추가 제소한 이 사건에서 배심원에 대한 기피제도를 이용하여 남성 배심

410) 450 U.S. 455 (1981).

411) 안경환(1995), 87면.

412) 458 U.S. 718 (1982).

413) Powell·Rehnquist 재판관은 반대의견에서 “이 사건은 성차별 관련사건이라고 하기 힘들 정도로 지극히 개인적인 소송이다. ... 남녀학생간의 분리는 여성에게 전통적으로 존중되어 왔던 교육환경을 제공해 주려는 주의 정책에 기한 구분일 뿐, 차별은 아니다. ... 다수의견은 중간심사기준을 적용함으로써 평등보호조항의 자유정신을 왜곡시켰고 여학생들부터 자신이 선호하는 교육을 받을 수 있는 기회를 박탈했다.”고 주장했다. 안경환(1995), 88면.

414) 511 U.S. 127 (1994).

원을 전부 배제함으로써 결국 여성만으로 배심원이 구성되게 된 데 대해 연방대법원은, 성은 인종과 마찬가지로 배심원의 능력이나 공정성에 대한 합헌적 근거가 되지 않으며, 주가 성을 근거로 의도적 차별을 하는 것은 이 사건처럼 차별이 남성과 여성의 상대적 능력에 관해 불쾌하고 낡고 지나치게 넓은 고정관념을 인정하고 항구화시키는 데 이바지하는 경우 평등보호조항 위반이라고 하였다.⁴¹⁵⁾

최근의 1996년 *United States v. Virginia*⁴¹⁶⁾ 사건에서 연방대법원은 버지니아 군사학교(Virginia Military Institute, VMI)가 남성에게만 입학시키는 정책을 취하고 있는 것은⁴¹⁷⁾ 헌법의 평등보호조항에 위배되는 것이라는 버지니아 주법원의 판결을 지지하며, 이러한 성에 근거한 구분은 중간심사를 만족할 수 없다고 판시하였다(6:3).⁴¹⁸⁾ 즉, 버지니아주가 군사훈련과 시민 리더십 개발을 위해 제공하는 VMI의 특별한 교육기회로부터 여성을 배제한 것은 VMI 사관 후보생으로서 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 설립안)은 평등보호 목적을 위해 필요한 매우 설득력 있는 정당성(exceedingly persuasive justification)이 되지 못한다고 하였다.⁴¹⁹⁾

415) 김문현(1997), 244면.

416) 518 U.S. 515 (1996).

417) 이는 버지니아 주의 견해에 의하면 남성만이 “시민군대”(citizen soldiers)를 양성하기 위한 이 학교의 힘든 군사적인 방법을 견딜 수 있다고 보았기 때문이다. Steven L. Emanuel, *Constitutional Law Capsule Summary* (Larchmont, N.Y.: Emanuel Publishing Corp. 2000), p. 296.

[Online available] <http://lawschool.lexis.com/emanuel/web/conlaw/index.html>

418) [<http://laws.findlaw.com/us/000/u20026.html>]

419) 문홍주, 최근 미연방대법원 기본권판례, 「미국헌법연구(제8호)」 (미국헌법학회,

다. 합헌 선언된 사례

그러나 중간심사기준의 외형으로 엄격한 심사의 적용만을 고집한 것은 아니었다. 연방대법원은, 제한된 부분에서는 사실상 남녀의 역할의 차이를 인정하였는데, 교도관채용·징집·의제강간 등의 문제가 그 예이다.

Craig 판결이 내려진 다음 해인 1977년의 *Dothard v. Rawlinson*⁴²⁰⁾ 사건에서 연방대법원은, 교도관채용에 있어 일정 이상의 몸무게와 신장을 요구하는 것은 그에 미치지 못하는 여성이 대부분이므로 위헌이나, 성범죄 자를 수감한 교도소의 교도관에 여성을 배정하지 않도록 한 교도소운영규칙은 남녀평등에 부합한다고 판결하였고,⁴²¹⁾ 1979년의 *Parham v. Hughes*⁴²²⁾ 사건에서는, 미혼모와 달리 미혼의 부가 그 아들의 사망에 대한 손해배상청구소송을 하기 위하여는 반드시 그 아들을 인지하지 않으면 안되도록 한 법률은 부자관계의 입증책임을 정부가 피하도록 해주는 중요한 이익이 있으므로 합헌이라고 하였다.⁴²³⁾

또한 1981년에 내려진 두 판결은 중간심사기준을 적용하고서도 합리적인 차별로 인정되는 경우가 있음을 보여주었다. 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 성에 기한

1997), 519-521면.

420) 433 U.S. 347 (1977).

421) 김문현(1997), 239면.

422) 441 U.S. 347 (1979).

423) 김용균(1994), 62면.

차별이 아닌가 하는 것이 문제된 Michael M. v. Superior Court⁴²⁴⁾ 사건에서 연방대법원은 “10대 여성의 임신이라는, 간음으로 인한 가시적이고 유해한 결과는 여성에게만 초래되는 부담”이라는 이유로 10대의 혼외임신(illegitimate pregnancy)을 규제하려는 정부의 입법 목적과 남녀의 차별취급 사이에 실질적인 관련성을 인정하였다.⁴²⁵⁾

또한 남성만의 병역등록제도와 관련된 Rostker v. Goldberg⁴²⁶⁾ 사건에서 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.⁴²⁷⁾

이와 같이 여성을 남성과 다르게 처우하는 것을 인정하는 Michael M. 판결과 Rostker 판결에 대해서는 자유주의적 페미니스트로서 평등처우방식(equal treatment approach)을 주장하는 학자들에 의해서 비판을 받았다. 예컨대 W. Williams는 Michael M. 판결에 대하여, 남성이 성행위에 있어 주도적 책임이 있고 여성은 언제

424) 450 U.S. 464 (1981). 이 사건의 피고인 Michael M.은 당시 17세의 소년이었다.

425) 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(1995), 87면.

426) 453 U.S. 57 (1981).

427) 이 판결에서도 역시 Brennan·White·Marshall이 반대했다. 안경환(1995), 88면. 참고로 이 판결 후에 여성도 전투에 참가하게 되었다. George Alexander, Constitutional Law Outline, Handout of the “Introduction to US Law”(1999), Santa Clara University School of Law, p. 6.

나 성적 공격에 대해 보호받아야 할 대상이라는 정형화된 가정에 기초하고 있다는 이유로 비판하였고, Rostker 판결에 대하여는 남성의 여성과 구별되는 문화적 체험, 즉 남성다움의 단적 표현이 전쟁이라는 관점에 기초하고 있다고 비판하였다. 이러한 판결은 여성의 보호라는 명목 하에 여성의 사회적 위험에 대한 책임을 면제하여 여성의 사회에 대한 보다 큰 권리의 주장을 막고 이러한 문제에 있어 여성의 남성에 대한 차이를 강조하게 되면 매우 중요하고 복잡한 문제에 대해 여성이 남성과 동일한 상황에 있지 않다는 이유로 남녀의 2분 법을 강화시키는 결과를 초래한다고 하면서 이러한 판결은 결국 여성의 지위를 훼손할 것이라고 주장하였다.⁴²⁸⁾

3. 임신차별금지법

한편, 헌법상 평등보호조항 위반 여부와는 별도로 민권법 제7장의 위반 여부도 성차별 문제로 다루어졌다. 예컨대 연방대법원은 1976년의 *General Electric Co. v. Gilbert*⁴²⁹⁾ 사건에서, G.E.의 질병에 의한 장애에 대해 보험급부를 하는 프로그램에서 임신에 의한 장애를 제외한 것은 민권법 제7편의 위반이 아니라고 보았다.⁴³⁰⁾

그런데 1978년 민권법 제7편의 개정법인 임신차별금지법(the Pregnancy Discrimination Act)은 여성의 임신, 출산 및 관련된 의학적 조건을 이유로 한 근로상의 차별대우는 성차별이 된다고 규정

428) W.W. Williams, *The Equality Crisis: Some Reflection on Culture, Courts, and Feminism*, 7 *Women's Rights Law Reporter* 181ff (1982). 김문현(1997), 240-241면에서 재인용.

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

430) E. Chemerinsky (1997), p. 608.

하였다. 이는 1974년의 위 *Geduldig v. Aiello*⁴³¹⁾ 판결이래 연방대법원이 임신을 여성에 특유한 문제이며 임신을 이유로 한 차별은 성적 차별이 아니라고 본 것에 비하여 동법은, 임신은 적어도 직장에서는 근로자에게 영향을 미치는 다른 신체적 조건과 동일한 것으로 고용주는 임신을 다른 일시적 장애와 다르게 불리하게 처우해서는 안 된다는 개념에 입각한 것이었다.⁴³²⁾

이 입법에 따라 1983년의 *Newport News Shipbuilding & Dry Dock Co. v. EEOC*(Equal Employment Opportunity Commission)⁴³³⁾ 사건에서 연방대법원은, 회사의 건강보험제도가 여사원의 임신·출산에 따르는 입원비는 다른 질병에 따른 입원비와 같이 전액 지급하면서 남자사원의 부인의 임신·출산에 따르는 입원비는 지급하지 않는 것은 남성에 대한 성차별이라고 판시하였다. 이 판결은 고용부문에 있어 임신에 의한 차별금지는 여성에 대해서만이 아니라 남성에 대해서도 적용됨을 인정하였다. 그러나 한편, 1987년의 *California Federal Savings & Loan Association v. Guerra*⁴³⁴⁾ 사건에서는, 여사원에 대해서 최장 4개월의 무급의 출산휴가를 인정하고 휴가 후 동일 직장에의 복귀를 보장하는 주법은 임신을 고려하여 남자사원에게는 인정하지 않는 보장을 여성사원에게 인정하여 1978년의 민권법 제7편 개정규정 위반이 아닌가 여부가 문제되었는데, 연방대법원은 동 주법이 여성의 평등한 고용기회의 촉진을 위한 것으로 민권법 규정에 위배되는 것은 아니라고 판결하였다.⁴³⁵⁾ 반면에 1991년의 *Automobile Workers v. Johnson Controls, Inc.*⁴³⁶⁾ 사건에

431) 417 U.S. 484 (1974).

432) 김문현(1997), 238면.

433) 462 U.S. 669 (1983).

434) 479 U.S. 272 (1987).

435) 김문현(1997), 238면.

서는, 의학적으로 불임이 확인된 여성을 제외하고는 모든 여성이 실제적 또는 잠재적으로 ‘직업안전 및 건강청’(the Occupational Safety and Health Administration, OSHA)이 설정한 납 노출 허용 기준을 초과하는 작업에 종사하지 못하도록 하는 정책은 1964년에 수정된 민권법 제7장을 위배되는 것이라고 판단하였다.⁴³⁷⁾

4. 여성에게 혜택을 주는 성차별과 적극적 평등실현조치

가. 여성에 대한 특별대우조치

연방대법원은 여성에게 혜택을 주는 성차별이 과거의 차별이나 기회에 있어서의 차이를 구제하기 위해서 고안된 경우에는 허용된다고 판시하여 왔다. 예를 들면 성차별에 대하여 중간심사기준이 확립되기 전의 판결인 1975년 Schlesinger v. Ballard⁴³⁸⁾ 사건에서 연방대법원은, 남자장교에게는 9년 동안 승진하지 못할 경우 해임되도록 하는데 반하여 여자장교에 대해서는 13년의 기간을 규정한 해군 규칙을 합헌이라고 판단하였다. Stewart 재판관은 법정의견에서, “여자함대장교는 그들의 남자 경쟁자보다 승진기회를 적게 가지고 있고 따라서 여자장교의 좀더 긴 임기는 여자장교에 대하여 공정·공평한 경력발전 프로그램을 제공하려는 목표와 일치된다고 연방의회가 믿었을 것으로 보는 것은 지극히 합리적이다.”⁴³⁹⁾ 라고 실시하였다.⁴⁴⁰⁾

436) 499 U.S. 187 (1991).

437) 안경환(1995), 89면. [<http://laws.findlaw.com/us/499/187.html>]

438) 419 U.S. 498 (1975).

439) Id. at 508.

440) E. Chemerinsky (1997), p. 614.

그러나 1977년의 *Califano v. Goldfarb*⁴⁴¹⁾ 사건에서 연방대법원은 중간심사기준을 적용하여, 남편 사망시 미망인에게는 당연히 연금을 지급하는 반면, 부인이 사망한 남편에 대해서는 부인 생전에 부인의 소득으로부터 그의 생활비의 1/2 이상을 받았음을 증명토록 한 연방 노인, 유족급부금 및 장애 보험혜택 프로그램(the Federal Old-Age, Survivors and Disability Program)은 과거의 낡은 개념과 역할 구분에 기한 고정관념에 근거한 것으로 평등보호에 위배된다고 판결하였다. 법정의견인 상대다수의견을 집필한 Brennan 재판관은, “이 프로그램은 최소한 부분적으로는 부인들은 보통 남편에 의존적이라는 가정에 근거하고 있고, 그러한 가정은 고용관련 혜택의 분배에 있어 성에 근거한 차별을 정당화하기에 충분하지 않다”고 판시하였다.⁴⁴²⁾ 한편, 같은 해의 *Califano v. Webster*⁴⁴³⁾ 사건에서는, 역시 중간심사기준을 적용하였으나 사회보장정책에 있어서 여성의 연금액을 동일한 근무기간의 남성보다 높게 책정한 것은 과거 여성근로자의 상대적 저임금에 대한 보상이므로 합헌이라고 판결하였다.⁴⁴⁴⁾

나. 여성우선취업조치

한편, 여성에 우호적인 적극적 평등실현조치(affirmative action)의 하나인 여성우선취업조치에 관한 사건인 1987년의 *Johnson v. Transportation Agency*⁴⁴⁵⁾ 사건이 주목을 끌고 있다.⁴⁴⁶⁾

441) 430 U.S. 199 (1977).

442) *Id.* at 217.

443) 430 U.S. 313 (1977).

444) *Id.* at 316-317.

445) 480 U.S. 616 (1987).

4년 동안 California주 Santa Clara County 교통국 산하의 도로건설현장에서 노동을 하던 여성 Diane Joyce는 1980년 덜 힘든 사무직종인 발차담당관(road dispatcher)직에 응시하였다. 한편 Paul Johnson은 같은 교통국 산하에서 13년 동안 일한 백인남성인데 역시 발차담당관직에 응시하였다. 두 사람은 구두시험에서 70점이상을 받아 자격이 있다고 인정된 7명의 후보자 군에 속했다. 그런데 Joyce는 73점을 받았고, Johnson은 75점을 받았다. 2차 면접에서 3명의 감독관은 Johnson을 추천하였으나 Santa Clara County에서는 교통국 산하 숙련직에 여성이 한 명도 없어 2년 전부터 여성을 위한 적극적 평등실현조치⁴⁴⁷⁾를 시행하고 있었기 때문에 교통국장은 동 정책에 따라 Joyce를 승진·선발하였다. 이에 Johnson은 이러한 조치가 1964년 민권법 제7장⁴⁴⁸⁾에 위배되는 성차별이라고 주장하며 소송을 제기하였다.

법정의견인 다수의견을 집필한 Brenann 재판관은, 이 사건에서 문제된 승진은 1979년의 United Steel Workers of America v. Weber⁴⁴⁹⁾ 판례의 요건을 충족시킨 것이기 때문에 산타클라라 교통국이 Joyce를 발차담당관으로 승진시키는 결정을 내리는 과정에서 성별을 한 요소로 고려한 것은 적절한 것이었다고 판시하였다.⁴⁵⁰⁾ 뿐만 아니라 과거의 차별에 대한 입증이 없이도 문제된 직군에 있

446) 김영희·박현미, 「할당제의 합헌성에 관한 연구」(한국여성개발원 1997), 59면 이하.

447) 숙련직의 36%를 여성을 채용하려는 목표를 세우고 있는 산타클라라 프로그램은 “주된 직업 군에서 지역노동시장에서의 여성의 비율을 반영하는 노동력을 확보하려는” 시도였다.

448) 여기에서는 개인의 인종, 피부색, 종교, 성별 또는 출신국(혈통)을 이유로 그 개인의 고용기회를 박탈하거나 그의 근로자로서의 지위에 불이익을 주는 사용자의 행위를 불법으로 규정하고 있었다.

449) 443 U.S. 193 (1979).

450) 480 U.S. at 634.

어서 전통적으로 여성과 소수집단의 “현저한 통계적 불균형”이 존재한다는 증거만으로도 적극적 평등실현조치가 허용된다고 하였다.⁴⁵¹⁾

이 판결은 연방대법원이 처음으로 흑인이나 다른 소수집단과 마찬가지로 여성들도 우대적인 조치의 수혜자가 될 수 있다고 명시적으로 판시하였다는 점에서 큰 의의를 갖는다. 또 이 판결은 과거의 차별에 대한 입증에 없이는 경우에 있어서도 “현저한 통계적 불균형”이 존재하는 영역에서는 적극적 평등실현조치를 인정할 수 있다고 한 점에서 중요하다. 그리고 민권법 제7장을 인종·피부색·종교·성별 또는 출신국을 이유로 차별대우할 수 없는 차별금지규정으로만 해석하지 않고, 현실 사회에서의 실제적인 고용차별의 효과를 철폐하려는 위 프로그램의 ‘목적’을 여성을 위한 적극적 평등실현조치의 합헌성 판단의 기준으로 삼았다는 점도 주목할 만한 부분이라고 하겠다.⁴⁵²⁾

다만, 지금까지는 연방대법원이 여성에게 혜택을 주기 위하여 고안된 적극적 평등실현조치에 대하여 수정헌법 제14조상의 평등보호 조항 위배여부에 대한 주장을 심리하지 않았다.⁴⁵³⁾

5. 정리

가. 심사기준은 중립적이다

성차별에 대한 심사기준으로서의 중간심사는 성에 근거한 구분이

451) 480 U.S. at 629.

452) 김영희·박현미(1997), 61-62면.

453) E. Chemerinsky (1997), p. 614.

“invidious”한(여성에게 해를 끼치려고 의도된) 경우뿐만 아니라 “benign”한(여성에게 혜택을 주려고 의도된) 경우에도, 나아가 여성에 대한 과거의 차별을 보상하기 위한 경우에도 적용된다.⁴⁵⁴⁾

이는 성에 근거한 구분에 대하여는 남성에 의해서나 여성에 의해서나 모두 공격의 대상이 될 수 있다는 것을 의미한다. 그리고 남성 이든 여성이든 어느 쪽도 중간심사의 혜택을 누릴 수 있다는 것을 의미한다. 예를 들어 성에 기한 차별에 대하여 중간심사기준을 확립했다는 1976년의 *Craig v. Boren*⁴⁵⁵⁾사건에서, Oklahoma주는 낮은 알코올 도수의 맥주를 남자에게는 21세미만, 여성에게는 18세미만의 경우 판매를 못하도록 하였다. 이 규정은 18세부터 20세까지의 남성의 평등보호를 위반했다는 판결을 받았다. 왜냐하면 이 조치는 주의 중요한 행정목적은 달성하는데 실질적으로 관련되지 못했기 때문이다.⁴⁵⁶⁾

나. 사실상의(결과적) 차별의 경우는 주의를 요한다

성에 근거한 구분은 입법자가 한 쪽 성을 다른 성에 비하여 의도적으로 차별하기 위하여 행한 것이라면 중간수준의 심사만을 받게 된다. 이는 인종에 근거한 구분이 곧 엄격심사를 받게 되는 것과 같은 것이다. 그런데, 어떤 정부의 조치의 결과로서 어떤 성이 우연히 의도되지 않은 부담을 받게 되었을 때는 반드시 중간심사를 받는 것은 아니다.

예를 들어 *Personnel Administration of Massachusetts v. Feene*

454) S. Emanuel, (2000), p. 240.

455) 429 U.S. 190 (1976).

456) S. Emanuel, (2000), pp. 292-293.

y⁴⁵⁷⁾ 사건을 보자. Massachusetts 주는 공무원 채용에 있어서 참전용사들(veterans)에게 우선권을 주고 있었다. 먼저 여기에서 말하는 “veteran”이란 남성이든 여성이든 관계없이 미군에서 불명예제대환자가 아닌 한, 그가 최소한 90일 이상을 복무하였고 그 중 하루이상은 ‘전시(wartime)’에 복무한 자가 해당되었다.⁴⁵⁸⁾ 매사추세츠주의 경우 이러한 ‘참전용사’ 우대제도가 적용되는 공직은 60% 정도였다. 그리고 어떤 사람이 참전용사에 해당하는 경우 헛수에 관계없이 어느 때가 우선권을 받게 되었다.⁴⁵⁹⁾ 이 소송이 시작되었을 당시(1975년) 매사추세츠주 인구의 1/4이 넘는 사람이 참전용사였는데, 그 중 남자가 98.2%, 여자는 1.8%였다. 1963-1973년 사이에 매사추세츠주에서는 47,005명이 공직에 새로 채용되었는데, 그 중 여자는 43%였고 남자는 57%였다. 한편, 여자 채용자 중 1.8%가 참전용사이었고, 남자 채용자 중 54%가 참전용사였다.⁴⁶⁰⁾ 그리고 특이하게도 이 제도 때문에 피해를 보는 사람(비참전용사)은 남자가 1,867,000명이었고 여자가 2,954,000명이었다.⁴⁶¹⁾ 연방대법원은 이러한 조치는 반드시 중간수준의 심사기준을 만족해야 하는 것은 아니라고 판결하였다. 왜냐하면 여성에 대한 이러한 비우호적인 영향은 입법자에 의해 의도된

457) 442 U.S. 256 (1979).

458) 여기에는 스페인전쟁, 제1차세계대전, 제2차세계대전, 한국전쟁, 베트남전쟁 등이 포함된다. 442 U.S. at 262의 footnote 8. [“Wartime service” is defined as service performed by a “Spanish War veteran,” a “World War I veteran,” a “World War II veteran,” a “Korean veteran,” a “Vietnam veteran,” or a member of the “WAAC.” Mass. Gen. Laws Ann., ch. 4, 7.]

459) 442 U.S. at 262. 이에 대하여 다수의견은 이 제도를 “절대적 평생우대(absolute lifetime preference)”라고 표현하는 것은 부정확한 것이며 이것은 가장 관대한 것에 속한다고 평했다. Id. at 261.

460) 참전용사의 남녀성비에 비하여 매사추세츠주의 공직채용의 남녀성비가 차이가 나는 것은 여자들의 경우 남자들이 전통적으로 지원하지 않는 낮은 급료의 직위에 많이 지원하기 때문이었다. Id. at 270.

461) Id. at 281. 이는 미국의 “모병제도” 때문인 것으로 보인다.

것이 아니었기 때문이었다. 그리고 이 조치는 단순한 합리성심사 요건을 충족하였기 때문에 평등보호를 위반한 것이 아니라는 판단을 받았다.⁴⁶²⁾

Stewart 재판관이 작성한 법정의견(다수의견)에서 연방대법원은, “이 법에서 말하는 ‘veterans’의 정의가 언제나 성중립적이었고 매사추세츠주가 항상 참전용사의 지위를 군복무를 한 여자를 포함하는 것으로 해석·적용해 왔다는 사실은 차치하고라도, 이 법이 오로지 성에 근거한 차별법률이라고 설명하는 것은 그럴듯하지도 합리적이지도 않다. 비참전용사의 상당수는 남자이며, 남자이든 여자이든 모든 참전용사는 똑같이 불이익을 받는 위치에 있다. 이 법률은 단순히 참전용사와 비참전용사간의 구분이지 남자와 여자의 구분이 아니다.” 라고 판시하였다.⁴⁶³⁾ 이 판결에 의하면 입법자가 그 법률이 여성에게 불리할 수 있다는 점을 입법당시 알고 있었다고 하더라도 그것만으로 차별적인 목적이 입증되는 것은 아니다. 입법자가 여성에게 단지 차별적인 효과가 발생하는 것을 무릅쓴 경우가 아니라, ‘차별적인 효과가 발생하도록 하기 위해’ 입법한 경우에 한하여 의

462) S. Emanuel, (2000), pp. 294-295. 뿐만 아니라 이 사건에서 연방대법원은, 공직에 취업할 권리는 헌법상의 권리가 아니어서 주는 공직취임에 필요한 자격을 설정하는데 있어 광범한 재량권을 갖는다고 보았는데(… public employment is not a constitutional right and the States have wide discretion in framing employee qualifications …, 442 U.S. 256, 273) 이 점도 합헌판단의 한 이유로 작용했을 것으로 판단된다.

463) 442 U.S. at 274-275. [원문 : Apart from the facts that the definition of “veterans” in the statute has always been neutral as to gender and that Massachusetts has consistently defined veteran status in a way that has been inclusive of women who have served in the military, this is not a law that can plausibly, or even rationally, be explained only as a gender-based classification. Significant numbers of nonveterans are men, and all nonveterans - male as well as female - are placed at a disadvantage. The distinction made by the Massachusetts statute is, as it seems to be, quite simply between veterans and nonveterans, not between men and women.]

도적인 차별이 인정되는 것이다. 이 법률규정으로 인한 불공정한 효과는 입법자가 참전용사에게 혜택을 주고자 하는 기본적인 결정의 부산물로서 ‘예견가능하지만 원하지 아니하는 것’ 이상은 아니므로 평등보호조항을 위배한 것이 아니다.⁴⁶⁴⁾

그러나 Brennan 재판관이 가담한 반대의견에서 Marshall 재판관은, “매사추세츠주의 ‘절대적 참전용사 우선제도’는 성에 근거한 의도적인 차별을 보여주고 있으며, 따라서 평등보호조항이 남녀차별의 영역에서 요구하는 심사기준 즉 정당한 정부목적에 실질적인 연관성이 없기 때문에” 위헌이라고 주장하였다.⁴⁶⁵⁾ 즉, 이 제도는 남녀를 차별하는 것이고 따라서 중간심사기준이 적용되어야 한다고 본 것이다.

다. 고정관념은 금지된다

한편, “정형화”된 고정관념(stereotyping)에 대하여는 주의를 요한다. 만약 입법자가 성에 근거한 구분을 하였고, 그 구분이 “여성의 적절한 위치”(proper place of women)에 대한 정형화된 고정관념을 강화하는 것으로 보이는 경우에 그러한 조치는 중간심사를 통과하지 못할 것이다. 연방대법원의 현재의 성차별 분석은 위헌적 성차별을 배제하는 수단으로 정형화금지에 의존하고 있다. 입법의 목적이 어떤 성이 본래적으로 불리한 조건에 있거나 열등하기 때문에 특정성을 배제 또는 보호하는 것이라면 그 목적 자체가 불법이라고 보는 것이다. 그리하여 연방대법원은 입법이 여성과 남성간의 유사성을 인정하지 않음으로써, 즉 유사한 상황에 있는 남녀를 다르게 처

464) 「미국헌법」(사법연수원 2002), 114면.

465) 442 U.S. at 281-282. (Marshall, J., dissenting).

우한 경우에만 정형화에 기초한 것으로 평등위반이라고 판단하고 있다.

예컨대 1975년의 *Schlesinger v. Ballard*⁴⁶⁶⁾ 사건에서는, 해군에서 남자의 경우 진급 없이 9년이 지나면 제대하여야 하는데 비하여 여자의 경우는 13년 동안 진급이 없는 경우에만 제대해야 하는 것은 허용될 수 있다고 판시하였으나, 위에서 본 1975년의 *Weinberger v. Wiesenfeld*, *Stanton v. Stanton* 사건, 1976년의 *Craig v. Boren* 사건, 1979년의 *Orr v. Orr* 사건, 1982년의 *Mississippi University for Women v. Hogan*, 그리고 1992년의 *Planned Parenthood v. Casey*⁴⁶⁷⁾ 사건, 1994년의 *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*⁴⁶⁸⁾ 사건과 *United States v. Virginia*⁴⁶⁹⁾ 사건에서는 위헌결정을 하였다.

라. 매우 설득력 있는 정당성의 제시를 요한다

요컨대 중요한 정부의 목적에 실질적인 관련 있는 수단을 요하는 중간심사기준은, 비록 일관되지는 않았지만 연방대법원이 성차별과 관련한 판결을 다루는 원칙적 기준으로 자리잡고 있다.

466) 419 U.S. 498 (1975).

467) 505 U.S. 833 (1992). 이 사건에서 연방대법원은 여성의 출산과 낙태의 자유의 헌법적 보장을 다시 확인하면서, 문제가 된 낙태에 있어 남편의 고지규정이 여성의 출산 여부에 대한 선택권을 부당하게 제한하는 것으로 고정관념에 기초한 것이기 때문에 위헌이라고 하였다. 김문현(1997), 244면.

468) 511 U.S. 127 (1994).

469) 518 U.S. 515 (1996). Virginia 주는 버지니아군사학교(Virginia Military Institute, VMI)를 남성만의 학교로 운영하고 있었는데, 이러한 조치는 여성의 역할에 대한 전통적인 사고방식에서 유래하였기 때문이라는 것이었다. 여성 중에는 이 학교의 교육·훈련 과정에 응할 수 있는 자격을 가진 사람들이 있고 이러한 여성들이 VMI에 다니고자 하는 기회가 박탈되어서는 안되기 때문이다. S. Emanuel, (2000), pp. 296-297.

그러나 중간심사기준에 있어 적용되는 “important” governmental interest와 엄격심사에서의 “compelling” governmental interest 간의 구별이 모호하다는 비판이 있고,⁴⁷⁰⁾ 이러한 중간심사기준은 개별사건에서 거의 구체적인 지침을 제공해 주지 못한다는 비판도 있다.⁴⁷¹⁾ 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.⁴⁷²⁾

한편, 앞에서 본 1973년의 *Frontiero v. Richardson*⁴⁷³⁾ 사건의 다수의견⁴⁷⁴⁾ 중 4인의 재판관(Brennan · Douglas · White · Marshall)은 성을 인종, 국적, 종교와 같은 의심스러운 기준을 이룬다고 보았다.⁴⁷⁵⁾ 즉 성은 차별을 쉽게 할 수 있는 가시적 특성이라는 점, 성은 인종과 같이 불변적 속성이라는 점, 성이 미국에 있어 역사적 억압의 기초가 되어 왔다는 점, 여성은 그 수에도 불구하고 정치적 영역에서 분리되고 고립된 소수로 존재해 왔으며, 모든 정부 부서에 엄청나게 과소 대표되어 왔다는 이유에서였다.⁴⁷⁶⁾ 또한 Ginsberg

470) H. Dryer, Comment - Gender-based Affirmative Action: Where does it fit in the tiered Scheme of Equal Protection Scrutiny -, 41 Univ. of Kansas Law Review, 591.

471) Note, A Madisonian Interpretation of Equal Protection Doctrine, 91 The Yale Law Journal 1403, 1412 (1982). 김문현(1997), 249면.

472) Rotunda & Nowak, Treatise on Constitutional Law (1992), Vol 3. pp. 286-287.

473) 411 U.S. 677 (1973).

474) 이 사건은 8:1로 위험판결이 났는데, Renquist 재판관만이 합헌의견을 냈다.

475) 다수의견에 가담한 재판관 중 3인(Power · Burger · Blackmun)은 남녀차별을 의심스러운 구분의 수준까지 올릴 필요는 없다고 주장했고, 나머지 1인(Stewart)은 특별한 의견을 제시하지 않았다. 따라서 선례로서의 구속이 있는 majority를 형성하지 못하였고, 결과적으로 성에 관한 차별에 있어 엄격심사가 연방대법원의 공식의견으로 채택되지 못하였다.

476) 김문현(1997), 248면.

재판관 같은 사람은, 성이 인종과 같이 변경할 수 없는 타고난 것임에도 종래의 지배적 문화가 여성을 열등의 표시로 낙인찍고 사회·법·경제·정치적 맥락에서의 불이익을 정당화해 왔으므로, 성을 의심스러운 구분으로 보아 엄격심사기준을 적용할 것을 계속 주장해 왔다.⁴⁷⁷⁾

그리하여 비록 연방 대법원이 성에 근거한 구분에 대하여 엄격심사가 아닌 중간심사를 적용하기는 하지만, 최근에 대법원은 이러한 심사를 매우 강한 수준으로 적용하고 있다. 그리하여 대법원은 성에 기한 구분에 대하여는 “매우 설득력 있는 정당성”(exceedingly persuasive justification)을 요구하고 있다. 즉, 연방대법원은 1979년의 Personnel Administration of Massachusetts v. Feeney 사건에서, 공직임용에 있어서 명시적이든 묵시적이든 여성보다 남성을 우대하기 위하여 고안된 주의 법률은 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 따른 헌법심사를 견디려면 매우 설득력 있는 정당성을 요구한다고 하였고,⁴⁷⁸⁾ 1982년 Mississippi University for Women v. Hogan 사건에서도 성에 근거한 정부행위를 방어하는 측에서는 그 행위에 대한 매우 설득력 있는 정당성을 제시해야 한다고 판시하였다.⁴⁷⁹⁾ 나아가 1996년 United States v. Virginia 사건에서는, 차별취급 또는 구제를 구하는 신청을 거부하는데 초점을 맞추어 심리를 하는 법원은 제시된 정당성이 “매우 설득력이 있는” 것인지를 판단해야 한다.

477) M.B. Cavanaugh, *Toward A New Equal Protection: Two Kinds of Equality*, 12 *Law & Ineq.* 381. 김문현(1997), 249면에서 재인용.

478) 442 U.S. 256, 273. [“... any state law overtly or covertly designed to prefer males over females in public employment would require an exceedingly persuasive justification to withstand a constitutional challenge under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment.”]

479) 458 U.S. 718, 724. [“Parties who seek to defend gender-based government action must demonstrate an ‘exceedingly persuasive justification’ for that action.”]

그 입증책임은 전적으로 주정부에 있다고 하였다.⁴⁸⁰⁾

그러므로 “매우 설득력 있는 정당성”이란 엄격한 심사기준과 동일한 것은 아니지만 중간심사기준보다는 엄격하다고 할 수 있다. VMI 판결에 의하면, 대부분의 여자는 대부분의 남자와 다르다는 사실을 과학적으로 입증할 수 있다고 하더라도 일부 여성이 그와 다르다고 한다면 그 여성을 기준으로 평등권의 심사기준을 적용하여야 한다.⁴⁸¹⁾

III. 결 론

미합중국은 건국과 뒤이은 산업의 발전과정에서 필요한 노동력을 위해 많은 흑인들을 들여와 노예로 활용하였고, 그 업보는 인종간의 갈등으로 이어졌다. 그것이 헌법소송으로 이어져 연방대법원에 의한 소수인종(흑인) 보호판결에 있어 앞에서 본 것과 같은 변천과 발전이 이루어졌던 것이다. 이러한 인종간의 갈등 내지는 이민자의 혈통의 강도에 비하면, 미국에서 남녀의 차별문제는 상대적으로 비중이 적을 수밖에 없었고, 따라서 평등보호에 있어 심사강도가 이른바 “중간심사”의 영역에 머무르게 된 것이라 생각된다. 그러나 연방대법원의 일부 재판관들은 남녀의 성에 기한 차별에 대하여 인종에 의한 것과 마찬가지로 엄격한 심사를 할 것을 주장하는 등 미국에서도 남녀차별 문제는 아직도 해결되어야 할 부분으로 남아 있다고

480) 518 U.S. 515, 532-533. [“Focusing on the differential treatment or denial of opportunity for which relief is sought, the reviewing court must determine whether the proffered justification is ‘exceedingly persuasive.’ The burden of justification is demanding and it rests entirely on the State.”]

481) 「미국헌법」(사법연수원 2002), 113면.

할 수 있다.

미국에 비하여 볼 때 우리나라의 경우는 남녀 성별에 구분한 차별의 문제가 상대적으로 가장 문제가 많이 제기된다. 이는 우리나라에서 여성들이 전통적으로 남성에 비해 법적·사실적으로 많은 불이익을 받아왔기 때문이며, 이 때문에 우리 헌법은 이미 제헌헌법(제8조)부터 “모든 국민은 법률 앞에 평등이며 성별, 신앙 또는 사회적 신분에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하였던 것이다. 그런데 분명히 남녀간에는 생물학적인 차이가 있기 때문에 이에 따른 차별대우(주로 여성에 대한 혜택이 문제가 될 것이다)는 헌법상 정당화된다고 할 것이다. 독일연방헌법재판소도 “객관적인 생물학적인 차이”에 의해 남성과 여성을 차별하는 규율에 대하여, 그와 같은 규율이 성질상 전적으로 남성 아니면 여성에게 택일적으로 출현하는 문제들을 해결하여 준다는 논증을 통하여 남성과 여성을 차별하는 규율을 정당화하였다.⁴⁸²⁾

Rutgers 대학의 Ann E. Freedman 교수의 견해에 따르면, 페미니스트들의 영웅적인 노력에도 불구하고 미국과 기타 산업화된 국가에서 여성의 지위는 심한 불평등과 억압이라는 말로 특징지을 수 있다고 한다. 즉, 여성들은 낮은 임금, 낮은 지위의 직장일, 정치적인 제도와 과정에서 제대로 대표되지 못하고 있으며, 가정에서는 그 가치가 제대로 평가받지 못하는 가사 일에 얽매어 있고, 유아기부터 성인이 되어서도 불리한 고정관념의 틀 속에 갇혀 있다는 것이

482) BVerfGE 85, 191, 207. 다만, 객관적 생물학적 차이보다 제6조 제4항(어머니는 누구든지 공동체의 보호와 부조를 청구할 권리를 가진다) 및 동 조항에 의하여 국가에게 부과된 의무, 즉 “모성보호”의 의무에 착안하는 것이 보다 설득력이 있다는 견해도 있다. B. Pieroth / B. Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II (1999) (정태호 옮김) 「기본권개론, 헌법 II, 제15판」(헌법재판소 2000), 144면.

다.⁴⁸³⁾ 한편 Freedman 교수는 남녀평등의 의미에 관한 미국 연방대법원의 노력은 다음 3가지의 문제로 유형화할 수 있다고 하였다. 즉 첫째, 남녀간의 성적 차이와 그로 인한 사회적 결과는 자연적인가(따라서 불가피한가) 아니면 문화적인가(따라서 변할 수 있는 것인가)? 둘째, 만일 특정한 성적 차이나 그로 인한 사회적 결과가 원래 문화적인 것이라면 그것은 바람직한 것인가 아니면 해로운 것인가? 셋째, 만일 해악이 존재한다고 가정하더라도 그러한 해악은 여러 유형의 성적 차이의 정도와 그 결과를 줄이기 위한 주요한 사회적 투자를 정당화할 정도로 충분히 중요한 것인가? 하는 것이 바로 그것이다.⁴⁸⁴⁾

이와 같은 견해는 우리나라에서의 여성의 역사적·사회적인 지위와 그에 따른 남녀평등에 관한 문제를 다루는 헌법재판소의 입장에서도 경청할 만한 시사점을 제공한다. 우리 헌법상 남녀간의 차별은 원칙적으로 금지되는 영역이다. 그러나 남녀의 생물학적인 차이에 기인한 차별대우(여성에 대한 우대조치)는 일반적으로 허용될 것이다. 그동안 여성에 차별적인 여러 법적 조치들이 헌법재판소에 의해 위헌선언을 받아왔으며, 현재에도 헌법재판소의 결정을 기다리는 사건들이 있다. 미국의 역사책에는 연방대법원의 판례가 소개되고 있다고 한다. 우리나라의 헌법재판소도 평등의 시대가 될 21세기를 선도하는 결정, 그리하여 역사에 기록될 만한 훌륭한 결정들을 남기게 되기를 바란다.

483) Ann E. Freeman, Sex Equality, Sex Differences, and the Supreme Court, 92 the Yale Law Journal 913, 914 (1983).

484) A.E. Freeman (1983), p. 917.

헌법적극주의(Constitutional Activism)

명 재 진

충남대 법과대학 교수

- 목 차 -

I. 서	347
II. 법치국가(Rechtsstaat)에서 헌법국가(Verfassungsstaat)로의 전이	348
1. 헌법국가의 현상	348
2. 헌법의 우위 (Vorrang der Verfassung)	349
3. 입법작용과 헌법재판관	350
4. 법치국가와 헌법국가	351
5. 정치영역의 조정요소로서의 헌법재판	352
6. 정치적 자율영역의 보호문제	354
7. 헌법국가와 민주주의원리	355
III. 헌법적극주의의 이론적 토대	356
1. 통합과정론적 헌법관	356
2. 기본권의 사인간 효력	357
3. 비례의 원칙	358

4. 헌법충성정신(Verfassungspatriotismus)	360
IV. 우리 헌법재판소와 헌법적극주의	361
1. 헌법적극주의 전개방향	361
2. 독일과 미국의 헌법적극주의 이론의 도입	362
가. 비례의 원칙과 헌법적극주의	362
나. 기본권효력의 확대이론	363
다. 평등권과 엄격심사의 이론	364
3. 표현의 자유에 대한 적극적 보장	365
가. 정보청구권으로서의 ‘알’권리	365
나. 사전검열의 금지	366
다. 명확성의 원칙	367
4. 권한쟁의심판을 통한 정치영역의 헌법적합성 심사	368
5. ‘헌바사건’의 헌법적극주의 기여도	369
6. 행복추구권과 이를 통한 타기본권의 도출	372
V. 헌법적극주의의 한계	373
1. 국가기관간의 균형문제(Equilibrium)	373
2. 법선언작용으로서의 헌법재판의 한계	373
3. 헌법소원의 보충성의 원칙에 대한 존중	375
VI. 결어	376

I. 서

우리 헌법재판소는 작년 10월 선거구 획정에 있어 인구편차에 관한 새로운 견해를 제시하며 기존의 공직선거및선거부정방지법 [별표 1] ‘국회의원지역선거구구역표’에 대해 헌법불합치를 결정하는 헌법적극주의적 모습을 보여 주었다. 이는 그 동안 견지했던 선거구 인구편차에 대한 입장을 버리는 새로운 시대변화에 부합하고 국민적 공감대를 따르는 결단이었다.⁴⁸⁵⁾

이러한 정치영역에 대한 헌법재판소의 적극적인 심사태도는 그 동안의 법치국가이념으로 설명하기에는 부족한 헌법의 근본 패러다임의 변화라 평가할 수 있다. 헌법재판소는 이제 제3자의 청구를 통한 헌법규정의 해석적용이라는 태도를 넘어서서 적극적으로 헌법합치적인 입법의 방향성까지 제시하는 새로운 변화를 보여준 것이라 볼 수 있다. 이러한 현상은 이미 오래 전에 헌법재판소의 출범과 함께 시작되었는데, 이를 설명하는 논리개발이 그 동안 미흡하였다. 필자는 이 현상을 헌법국가에서 나타나는 헌법적극주의라고 본다.

그 동안 사법적극주의(Judicial Activism)라고 불리는 정치적 영역에 대한 사법적 심사는 미국의 이론과 개념을 차용하여 사용하여 왔는데, 이는 우리 실정과는 다른 것이어서 필자는 헌법적극주의(Constitutional Activism)라는 용어를 권하고 싶다. 현행 우리 사법구조는 대법원과 헌법재판소가 독립되고, 균등한 관계에 있기 때문에 대법원의 사법적극주의라는 용어는 헌법재판의 독자성과 특성을 살리고 있지 못하다고 본다. 나아가서 헌법적극주의는 재판영역에서

485) 공직선거및선거부정방지법 [별표1] ‘국회의원지역선거구구역표’ 위헌확인: 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합). 참조.

의 적극주의를 넘어 모든 국가와 국민생활에 있어 헌법의 규범력을 지켜 나가자는 의미이므로 사법적극주의와도 다소 다른 개념이다. 이러한 헌법적극주의는 앞으로 헌법학과 법학에서 중요 용어로 활용되어야 한다고 생각한다.

본 논문은 우리 사법체계에 헌법재판이 도입됨으로써 헌법적극주의의 현상이 나타나고 있는데, 이에 대한 체계적인 분석과 그 이론적 토대를 제공하려는데 그 목적이 있다. 우선 현상적인 면에서 헌법적극주의와 관련되는 헌법국가현상에 대해 알아보고(II장), 이론적 배경과 근거를 설명하고자 한다(III장).

II. 법치국가(Rechtsstaat)에서 헌법국가(Verfassungsstaat)

로의 전이

1. 헌법국가의 현상

법을 정립하기 위한 국가권력기관의 노력은 자주 헌법적 실수를 범하게 된다. 입법자는 처음 출발하는 법의 목적을 세우고 그 목적에 맞는 규정들을 정하지만, 헌법의 명령을 제대로 반영하지 못하고, 행정부의 행정명령으로 정해지는 세부내용도 기본권의 침해를 유발하며, 또한 민사·형사 등의 법원에서 기본권적 가치를 제대로 반영하지 못하는 재판을 하는 경우가 발생한다. 또한 국가의 최고기관간의 헌법상 권한침해에 대한 다툼을 해결하지 못하여 국가기능의 마비를 가져오는 경우가 자주 나타난다. 그러므로 국가의 세 가지 권력인 입법부, 행정부, 사법부의 법정립과 집행 및 권한행사의 모습들이

중국에는 많은 경우 헌법재판소의 심사 대상으로 전락된다.

헌법재판소의 권한행사를 통해 나타나는 기능 중 중요한 것이 정치적 안정화 기능이다. 과거의 법치국가의 이념이 국가기관의 침해로부터 헌법상의 기본권을 지키는 것이었다면, 헌법재판소를 통한 새로이 나타나는 사범영역의 엄청난 패러다임의 변화는 기본권보호를 포함한 헌법보호를 통해 정치생활의 안정과 헌법화를 꾀하는 것이다. 이러한 헌법국가화 현상은 종래의 행정부에 대한 법률우위의 법치국가원리에서 더 나아가 입법부의 입법작용과 그 밖의 행위에 있어서의 헌법합치적 행위를 하도록 명령한다.⁴⁸⁶⁾

이를 통해 행정부에 대한 법률우위가 입법부에 대한 헌법우위의 원리에 의해 보충되고, 헌법규정 속에 표현되어 있는 국가의사는 다른 국가기관에 의해 형성되는 국가적 의사표현보다 앞선다.

2. 헌법의 우위(Vorrang der Verfassung)

우리 헌법은 제10조에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 이는 모든 공권력의 행사에 있어 헌법의 기속성을 의미하며, 특히 대표적인 공권력인 입법권의 행사에 있어 헌법합치적 법률제정의 명령이 나온다고 본다. 입법권은 항상 헌법상의 명령인 과잉금지원칙, 위임 입법의 한계, 명확성의 원칙 등의 법치국가 원리를 준수하여야 한다. 그렇지 않을 경우 헌법재판소를 통한 제재를 받을 것이고, 경우에 따라 입법권행사의 결과인 법률에 대해 헌법재판소가 무효선언을 내리게 될 것이다.

486) Hans H. Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur, in: Festschrift F.Klein(1994), S.511f.

우리 헌법은 헌법재판소에 광범위한 헌법수호의 권한을 부여하고 있다. 구체적 규범통제(제107조 제1항), 탄핵심판제도(제65조), 위헌 정당해산제도(제8조 제4항), 권한쟁의제도(제111조 제1항 제4호), 헌법소원제도(제111조 제1항 제5호)는 헌법재판소로 하여금 헌법의 규범력을 지키고 자유 및 정치적 평화를 보장하기 위한 구체적 수단으로서 기능한다.

이러한 헌법재판제도를 통해 헌법 제10조 제2문의 국가공권력의 헌법기속성은 단순한 선언으로 그치는 것이 아니라 규범적 명령으로 그리고 국가의 의무로 간주된다.

3. 입법작용과 헌법재판관

헌법재판이 허용되는 헌법국가에서 입법자는 헌법이 허용하는 범위 내에서 결정재량을 갖는다. 헌법의 내용은 헌법재판소 재판관이 추상적·일반적인 모습이 아닌 구체적 사안을 통해 결정한다. 헌법재판소 재판관은 법률의 내용을 헌법합치적 해석을 통해 확정하고, 경우에 따라 위헌결정을 한다. 이때에 헌법재판관은 헌법해석을 위헌법률심사 등의 결정의 전제로서 우선적으로 수행한다. 이러한 해석은 학문적 연구와 상호관련이 있다. 학문수준의 해석이 요구되는 헌법해석은 법률의 적용대상자를 조정하게 되어 이는 결국 입법을 보충하는 역할을 하게 된다. 특히 헌법재판관이 동일하게 지속적으로 결정에서 해석의 결과를 유지한다면, 이는 입법적 효과를 가져온다. 헌법국가의 특징으로서 이러한 헌법재판의 입법적 효과는 앞서 설명한 우리 헌법 제10조 제2문의 국가기관의 헌법기속성으로 인해 입법자에게 헌법재판소가 해석하고 도출시키는 헌법의 구체화된 내용에 대해서 항상 주목하고 이를 따르는 의무를 부과한다고 볼 수

있다. 일부학자들은 이를 권력분립의 파괴라고 비판할 지 모르지만 이는 헌법질서의 유지와 헌법우위의 헌법국가현상의 불가피한 긍정적 효과라 볼 수 있다.

4. 법치국가와 헌법국가

우리 헌법 제27조 제1항은 국민에게 재판청구권을 부여하고 있다. 이는 과거에는 단지 민사나 형사재판 등을 의미하였으나, 이제는 헌법재판을 포함하게 되었다. 이러한 재판청구권의 영역의 확대와 전개는 헌법국가를 창조해낸 토대가 되었다.

법치국가는 행정의 법률적합성과 사법권의 독립을 주 내용으로 하고, 헌법국가는 입법권, 행정권, 사법권의 헌법적합성을 보장한다. 법치국가에서 법원이 사건에 따라 법률의 내용을 확정하는 것과 같이 헌법국가에서 헌법은 헌법재판을 통해 법치국가와 같은 방법으로 해석된다.

법률과 같이 헌법도 해석의 대상이 된다. 해석의 과정은 세밀화와 구체화이다. 법률의 일반적 개념들이나 불명확한 단어들과 발전에 대해 열려있는 개념들은 향후 점차 법원에 의해 세밀화 되어지고 구체화되어진다. 헌법의 경우 이러한 현상은 특히 눈에 띄게 자주 나타난다. 일반규정이나 간결한 규정이 다른 법률보다 매우 많은 헌법은 이러한 문장구조덕분에 긍정적인 효과도 나타나는데, 헌법이 국민생활을 규제하기도 하지만 이와 더불어 모든 사람들이 그 내용을 이해할 수 있게 되었다.

헌법에 대한 해석의 필요 때문에 헌법학에 있어 도그마, 즉 헌법이론의 중요성이 크고, 이는 실제로 헌법재판에서 많은 경우 헌법이론을 통한 결정으로 나타나게 되었다.

5. 정치영역의 조정요소로서의 헌법재판

국가운영 즉 정치적 영역의 담당자는 행정부와 입법부에서 끝나는 것이 아니라 오늘날 헌법재판소가 중요한 역할을 하고 있다.⁴⁸⁷⁾ 헌법재판은 정치영역의 틀과 그 한계와 경우에 따라 그 목적도 제시해주는 역할을 하고 있다. 헌법재판소가 이렇게 정치적 영역에서의 분쟁을 해결해주고 헌법이 허용하는 범위 내에서 적극적으로 정의와 형평을 실현하는 경우 정치적 영역의 중요한 조정기구로서 작용한다고 볼 수 있다.

민주주의적 헌법국가의 구조면에서의 본질들은 모든 국가권력이 국민으로부터 나온다는 민주주의적 정당성 원리에서 도출될 뿐만 아니라, 민주주의적 헌법국가의 결정들이 이성적이고 효율적이며 법적으로 관철될 수 있다는 정당성에서 나온다. 이러한 헌법국가의 결정들에 참여하는 국가기관들의 모습은 다층구조를 갖고 있고, 경우에 따라 권한이 중복되는 경우도 있지만 이들이 국가가 만들어 놓은 안

487) 그 동안 우리 헌법재판소는 선거제도와 국회운영 등 정치영역에 관한 많은 위헌결정을 통해 정치를 조정하고 순화하는 역할을 해 오고 있다.

공직선거및선거부정방지법 [별표1] '국회의원지역선거구구역표' 위헌확인: 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92·240(병합) [헌법불합치]; 공직선거및선거부정방지법 제146조 제2항 위헌확인, 공직선거및선거부정방지법 제56조 등 위헌확인, 공직선거및선거부정방지법 제189조 위헌확인: 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) [위헌·한정위헌]; 공직선거및선거부정방지법 제53조 제3항 등 위헌확인: 헌재 1999. 5. 27. 98헌마214 [위헌·기각]; 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의: 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 [권한침해·기각]; 공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 「국회의원지역선거구구역표」 위헌확인: 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224·239·285·373(병합) [위헌·기각]; 구 대통령선거법 제36조 제1항 위헌제청, 구 대통령선거법 제34조 등 위헌제청: 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4,6(병합) [위헌·합헌]; 국회의원선거법 제55조의3 등에 대한 헌법소원: 헌재 1992. 3. 13. 92헌마37,39(병합) [한정위헌·기각]; 지방의회의원선거법 제36조 제1항에 대한 헌법소원: 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21 [각하·헌법불합치]; 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판: 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6 [헌법불합치].

전 속에 국민에게 자유를 제공하고 있다는 사실만큼은 동일하게 분명하다.

그러나 이러한 복잡한 구조의 국가기관들의 권한들 때문에 경우에 따라 국가기관들이 자신의 의무인 권한행사를 해태 하거나 책임을 회피하는 위험이 존재한다. 헌법재판소는 이러한 위험에 대해 사건화 되는 경우 헌법해석을 통해 조정하고 해결한다. 헌법해석은 그러나 입법권과 행정권의 정치적 결정의 능력을 박탈해서는 안 된다. 이는 정치적 방향성결정을 의회와 정부에 우선적으로 부여하고 있는 헌법의 원리에 배치되고, 정치적 효율성을 침해하고, 국가의 민주적 정당성을 해하는 일이 되기 때문이다. 헌법재판은 헌법이 정하여 준 범위 내에 헌법심사의 권한을 가진다.

헌법재판은 정치가 헌법의 기속에서 벗어나는 것을 막는 역할을 한다. 헌법재판소도 역시 헌법의 기속 하에 있기 때문에 헌법이 부여하는 의무를 회피할 수 없다. 헌법은 종종 헌법재판소의 해석을 통해 정치적 목적확정과 정치권의 행위지침을 이끌어 내도록 한다. 이 경우 헌법재판소는 자신의 헌법적 권한을 ‘사법적 자제’나, ‘해석의 다양성’을 이유로 거부해서는 안 된다.

그러나 헌법에 경우에 따라 헌법재판소에게 입법부와 행정부의 정치적 책임을 존중하고 이들의 결정능력을 유지하라는 규정을 두고 있는 경우도 있다.⁴⁸⁸⁾ 이런 경우에는 헌법재판소의 심사밀도가 약화된다고 볼 수 있다. 정치영역이 너무 심할 정도의 헌법재판을 통한 심사를 받는 경우 헌법이 보호하는 미묘한 권력의 균형이 깨지기 쉽

488) 대통령의 국가안위에 관한 중요정책에 대한 국민투표부인권(제72조), 대통령의 법률안에 대한 재의 요구권(제53조), 대통령의 일반외교에 관한 행위(제73조), 국회의장에 주어진 회의를 비공개로 할 권한(제50조), 국회가 갖는 국회의원의 자격 심사권 및 징계권(제64조) 등은 행정과 입법의 고유한 권한으로 헌법심사가 배제된다고 본다.

기 때문에 항상 헌법재판소는 헌법재판의 권위가 손상되지 않도록 주의할 필요가 있다.

6. 정치적 자율영역의 보호문제

헌법재판소는 헌법의 적용을 통한 헌법사건의 해결이라는 주어진 의무를 다하여야 하지만 다른 국가기관들의 결정권한인 정치적 자율영역을 또한 존중하여야 한다. 헌법재판소는 헌법규범의 해석에 있어서 헌법이 과연 어느 범위 내에서 특별한 결정에 대해 헌법재판소에 그 권한을 부여했는지, 아니면 다른 국가기관들에 의해 특히 국가운영을 위해 의회와 정부에게 맡겼는지 검토해야 한다.

헌법해석에 있어서는 민주주의 원리나 권력분립의 원리에서 유발되는 이중적인 고려가 요구된다. 즉 이미 고정된 부분과 열려져 있는 것에 대해 해석이 요구된다. 헌법해석에 있어서 한편으로는 헌법과 헌법재판의 권위를 보호하고 또 한편으로는 다른 국가기관의 결정재량인 정치적 자율영역을 유지하는 균형감이 중요하기 때문에 헌법내용의 극대화를 어느 정도 지양하는 해석적 자제가 필요하다. 또한 어느 법률이 위헌으로 판단되는 경우 헌법재판소는 입법부가 새로운 법률을 제정할 때까지 헌법재판소 스스로 일정기간 동안 적용되는 경과·대체규정들을 제시하여 법률의 효력을 보호할 필요가 있다.

헌법해석에 관한 올바른 방법에 관해 공감대가 형성되어 있지 못하다. 헌법의 간결하고 추상적인 규정 때문에 이를 구체화해야 되는데 이는 헌법재판소의 단독업무가 아니라 다른 국가기관과의 공동업무이기도 하다. 또한 헌법규정의 특징은 국가기관들에게는 단지 법령정립의 한계 또는 틀로 작용하지만 헌법재판소에게는 헌법해석을

위한 인식작용의 유일한 규범으로 기능한다는 것이 다른 점이다.

7. 헌법국가와 민주주의원리

독일의 전연방헌법재판소장 벤다(Ernst. Benda)는 독일연방헌법재판소가 이제 정치생활의 중요한 요소로 성장했다⁴⁸⁹⁾고 말한바 있다. 이러한 평가는 지극히 현상적으로나 헌법규범적 특성으로 보나 올바르다. 정치적 국가작용과 헌법재판제도는 함께 헌법국가를 구성한다고 볼 수 있다. 법구조적 측면에서 헌법의 우위는 다른 모든 국가기관을 기속하는 헌법재판의 우위에 기인한다.

극단적인 민주주의 관점에서는 어느 법원이든 국민의 다수의사를 가로막을 수는 없다는 견해가 존재한다. 이는 또한 헌법의 법률에 대한 우위를 인정하지 않는다. 헌법의 내용도 다수가 결정해야 하기 때문에 의회의 다수결이 결정한 법률에 대해 헌법보다 우위를 인정한다.

그러나 새로운 헌법도그마의 발전은 이러한 극단적 민주주의 입장을 극복하였다. 오늘날 민주주의는 헌법적 기속을 받는 순화된 민주주의로 이해된다. 민주적 헌법국가에 있어서는 헌법기관들의 기능 중심적 권력균형이 매우 중요하다. 이러한 균형은 의회와 행정부의 정치적 결정권한이 민주국가의 원칙으로 우선적으로 존중되는 것과, 헌법해석과 관련하여 심판대상이 제한되고, 제3자의 청구에 의존되어 있는 헌법재판소의 최종적인 결정이 다른 국가기관들에 의해 준수되느냐에 달려 있다. 이들 상호간의 균형이 깨어지지 않고, 조화를 이루는 경우 민주적 헌법국가의 구조는 위협받지 않을 것이다.

489) E. Benda, in : Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991, RN9.

Ⅲ. 헌법적극주의의 이론적 토대

1. 통합과정론적 헌법관

헌법적극주의의 이론적 토대는 통합과정론적 헌법관에서 찾을 수 있다. 통합과정론에 있어서 헌법은 국가의 근본질서일 뿐만 아니라 사회영역의 생활규범으로 확대된다. 통합과정론에서 헌법은 일체감 내지 연대의식을 조장·유지시키는 기능을 가지게 되고, 사회공동체가 내포하고 있는 다양한 이해관계, 그 구성원의 행동방식, 그 구성원의 행동목표 등을 일정한 가치세계를 바탕으로 한 일체감 내지 연대의식에 의해 하나로 동화·통합시킴으로써 정치적인 일원체 내지 국가를 조직하기 위한 수단으로 기능한다.⁴⁹⁰⁾

헌법을 해석하는 경우에도 일체감 내지 연대의식의 구성에 필요한 가치의 세계와 동화·통합의 관점이 중요시되게 된다. 헌법해석에 있어서는 따라서 규범주의에서처럼 지나치게 경직성이나 규범성을 고집해서도 아니 되고, 결단주의에서처럼 헌법제정권자의 의지적인 측면만을 강조해서도 아니 된다. 통합과정론에서 보는 헌법해석은 국가현상이나 헌법의 규제대상을 있는 그대로 경험적으로 관찰하는 것을 토대로 하는 존재론적 내지는 현상학적 접근방법을 사용하여 헌법의 가치와 사회현실의 모습을 일치시키려는 노력을 의미한다. 이러한 경우 헌법의 사회영역에 있어서의 의미와 기능이 특히 강조된다고 본다. 사회학적 접근에 의한 헌법해석이 중요하게 여겨지며 헌법은 사회영역에 대해 열려있고, 유동적 내용을 가지게 된다.

통합과정론적 헌법관에 있어서 국민의 기본권이란 국가에 대한 방

490) 허영, 헌법이론과 헌법, RN 19이하 참조.

어권 뿐만 아니라, 동화적 통합을 촉진시키기 위한 사회구성원의 ‘행동규범’을 뜻하기 때문에 기본권실현의 개인적 의무가 강조되고, 국가는 이러한 기본권에 기속되어 국가존립의 가치질서인 기본권을 보호하는 수범자의 역할을 지닌다. 또한 더 나아가 기본권은 주관적 권리성 뿐만 아니라 객관적 질서성이 있음이 강조된다.⁴⁹¹⁾ 즉 국가는 동화적 통합의 가치질서인 기본권을 형성하고 구체화시킬 의무를 지닌 것이다. 국가가 이러한 의무를 이행하지 않는 부작위가 있는 경우 국민은 이에 대해 입법부작위를 이유로 헌법소원을 제기하여 이를 통해 침해된 기본권을 회복시킬 수 있다. 통합과정론적 헌법관에 의한 헌법과 기본권이론의 새로운 확장은 헌법적극주의의 중요한 기초적 이론토대를 제공하는 것이고, 특히 국가의 기본권보호의무의 도출로 기본권의 헌법상 양면성을 보편적으로 인정케 하였다. 기본권의 이중성을 인정하는 통합과정론적 헌법관으로 인해 헌법재판에 있어서 그 심사대상이 확대된다.

2. 기본권의 사인간 효력

기본권은 원칙적으로 대국가적 방어권이지만, 그 적용의 범위가 여기에 그치는 것이 아니라 사법(사법)의 영역에까지 확대된다는 학설은 오늘날 보편적으로 인정되기 시작했다. 사인간의 법률관계는 원칙적으로 사적 자치의 원칙으로 해결하고 그밖에 사적 자치의 한

491) 기본권의 객관적 질서성에서 도출될 수 있는 내용으로 기본권의 방사효, 국가의 기본권보호의무 이외에 독일에서는 기관과 절차에 대한 권리도 인정하고 있다. 독일연방헌법재판소도 이러한 기관과 절차를 통해서 기본권이 실현되고 강화됨을 인정하고 있다. 기본권 실현을 위해 법률을 통한 절차형성이 중요하며 이를 흠결하는 경우에 헌법적 문제점이 발생한다고 보는 경향이 일반적 견해이다. BVerfGE 12, 205(261ff); 31,314(325); 60,53(65); 61,210(240ff); 73, 118(153f); 74, 297(324f).

계로 신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙, 공서양속의 원칙 등이 적용되고 있다.

그러나 사적 자치의 영역에도 헌법이 원하는 가치체계가 이루어져야 하고, 동화적 통합이 요구되므로 사인간의 행위에도 헌법적 제약이 요구된다고 본다. 특히 독일에 있어서의 판결들이 이러한 변화를 주도하고 있는데 이는 우리 헌법재판에도 영향을 주리라 생각된다. 독일에서 사인간의 효력에 영향을 준 대표적인 판결은 Lüth판결이다. 독일연방헌법재판소는 나치의 반유대주의적 사상을 유포하는 연극에 대해 보이코트운동을 한 Lüth의 행동에 대해 민사법원의 손해배상결정이 잘못되었고, 민법상의 해석에 있어 기본권적 가치가 관련되어야 한다고 판시했다.⁴⁹²⁾

기본권의 사범영역에의 방사효과(방사효과)와 기본권의 근본규범성을 인정한 독일의 계속되는 판결들은 헌법적극주의의 중요한 기초가 되고 있다.

3. 비례의 원칙

헌법재판소를 통한 위헌법률심사에 있어 법률 등에 의한 국민의 자유권침해에 있어 그 위헌 심사의 중요한 척도로 비례의 원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip)이 사용되고 있다. 비례의 원칙은 국가공권력의 행사를 통하여 이루고자 하는 목적과 그 목적을 이루기 위하여 선택하는 수단 사이의 비례관계가 유지되어야 한다는 것을 뜻한다.

일반적으로 과잉금지의 원칙으로 불리는 비례의 원칙은 우리 헌법

492) BVerfGE 7, 198ff.

재판소의 중요한 심사도구로 활용되어 왔다.⁴⁹³⁾ 우리 헌법재판소는 과잉금지 원칙에 대해 “과잉금지 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그래야만 수인(수인)의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것”이라고 판시하고, 독일의 과잉금지원칙(Übermaßverbot)⁴⁹⁴⁾을 수용하고⁴⁹⁵⁾ 있다.

이러한 비례의 원칙은 헌법재판소로 하여금 그 위헌법률심사를 통해 적극적인 위헌심사를 가능하게 한다. 그 이유는 첫째, 헌법재판소는 비례의 원칙이 요구하는 이익형량을 통해 규범적 측면만이 아니라 사실상의 합리성과 국민의 공감대를 반영하여 헌법현실과 규범간의 괴리를 좁히고, 규범이 비현실적인 경우에 위헌선언을 함으로써 적극적인 헌법심사를 가능하게 한다.

둘째, 비례의 원칙을 통해 헌법재판소는 실질적으로 우리 사회의 올바른 정의를 담은 법률의 내용이 어떠한 것이 되어야 하는지 그 방향성을 제시할 수 있다. 이러한 기능을 통해 헌법재판소는 시대에 맞는 정당하고 정의로운 법을 입법자가 만들도록 요구함으로써 입법자의 입법형성권을 합리적인 틀로 제한하여 헌법의 가치와 정신을 적극적으로 실현하는 것을 가능하게 한다.

493) 헌재 1989.7.14. 88헌가5; 1989.11.20. 89헌가102; 1989.9.8. 88헌가6; 1990.9.3. 89헌마120; 1991.3.11. 91헌마21; 1995.6.12. 95헌마172; 1996.4.25. 92헌마47; 1997.1.16. 92헌마6; 1997.3.27. 95헌가14; 1997.7.16. 95헌가6; 1997.8.21. 94헌마19; 1998.8.27. 96헌가22; 1998.12.24. 89헌마214; 1999.10.21. 97헌마26; 2001.6.28. 99헌마516; 2002.6.27. 99헌마480; 2002.7.18. 2000헌마327 참조.

494) 과잉금지의 원칙의 근거를 법치국가의 원리에서 도출시키는 것이 일반적이다. 그러나 한편 소수견해로 인간의 존엄성, 국가의 기본권기속성, 평등권, 본질적 내용의 침해금지, 기본권자체의 본질에서 구하는 견해들이 있다. 독일의 과잉금지의 원칙에 관해서는 양삼승, 과잉금지의 원칙: 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로, 헌법논총 1집(90.12) 111면 이하 참조.

495) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13.

이러한 근거를 통해 헌법재판소는 헌법적극주의를 실현하기 위해 중요한 도구로 비례의 원칙을 활용하고 있다고 볼 수 있고, 이를 통해 우리 사회와 실생활에 헌법의 가치가 실현되고 있는 것이다.

4. 헌법충성정신(Verfassungspatriotismus)

독일에 있어 헌법적극주의의 토대가 되고 있는 것은 헌법충성정신이다. 국가에 대한 충성이 자칫 나치적 오류를 범할 수 있으므로 이에 대한 대안으로 민주주의적 헌법에 대한 충성을 강조하는 이념이다. 독일의 Sternberger에 의해 주장된 헌법충성정신⁴⁹⁶⁾은 헌법질서를 국민의 생활영역 전반에 있어 실현하자는 의미이고, 이는 헌법의 생활규범성을 강조하는 동화적 통합이론의 이념과도 일맥 상통할 수 있다고 본다. 또한 Sternberger는 헌법충성주의를 통해 헌법의 친구와 헌법의 적을 구별하여 민주주의 현대적 의미를 더하고 있다.⁴⁹⁷⁾

이러한 독일의 헌법충성정신 논의는 우리에게 시사하는 바가 매우 크다고 본다. 오랫동안 군사정권의 영향아래 있어온 우리 국민은 왜곡된 군사주의와 국가주의로 말미암아 인권의식이 높지 못하다. 나아가서 일반국민이 알고 있는 헌법의 내용은 극히 적으며, 민주화된 이후에도 국민적 공감대가 형성되지 못하고 갈등과 혼란이 계속되고 있다.

496) 슈테른베르거는 독일 기본법 제정 30주년을 기념하여 “국가정신은 사라졌고(나치에 의해) 우리는 통일되지 못한 분단된 국가에 살고 있다. 그러나 우리는 단일한 헌법안에 살고 있으며, 이 헌법은 다름 아닌 우리 조국이다”라고 주장하며 헌법에 대한 충성심을 강조하였다. 헌법충성정신의 개념에 관해 다음 글 참조. D. Sternberger, Verfassungspatriotismus, S.10ff.

497) 이러한 헌법충성정신은 헌법적 개념이기보다는 정치적 개념으로 보아야 하며, 헌법충실의무(Verfassungstreue)를 대체개념으로 보자는 견해가 있다. Jong-Soo Lee, Verfassungstreue, 1999, S. 29.

이제 우리도 헌법의 국민생활 통합력에 대한 인식을 재고할 때라고 생각한다. 국민에 대한 헌법홍보와 교육을 통해 국민 스스로 자유민주적 인권국가의 국민으로서 알아야 할 기본권적 가치를 습득하도록 하여야 하겠다. 이러한 국가적 운동으로 국민의 헌법충성정신이 충만해 질 때 진정한 현대적인 민주적 법치주의가 정착될 수 있다고 본다.

IV. 우리 헌법재판소와 헌법적극주의

1. 헌법적극주의 전개방향

1987년 6월 민주화운동의 열기가 새로운 헌법을 낳았고, 이러한 헌정사의 변혁 속에서 탄생한 것이 헌법재판소이다. 비록 그 출범이 유가 여당국회의원들이 대법원을 통한 사법심사를 두려워해서 타협안으로 헌법재판소를 헌법에 규정하였다고 하지만, 지난 10여년 동안 한국 헌법재판의 역사는 매우 큰 성과를 보여주었다.⁴⁹⁸⁾

498) <표 2002년 7월 20일 통계> 1988. 9. 1-2002. 6. 30 현재

구분	처리 접 수	처리 결 정											미 취 하 체	
		합 계	위 계	헌 법 불 합 치 위헌	헌 정 위헌	헌 정 합헌	인 용	합 기 각 기				취 하		
								헌 현	합 헌	기 각	기 하			기 타
합 계	7922	7430	7099	224	66	32	28	162	654	2376	3553	4	331	492
위헌법률	430	398	300	72	24	8	7		171		18		98	32
헌법소원 (\$68①)	6474	6136	5934	25	10	6		160	3	2373	3354	3	202	338
헌법소원 (\$68②)	1001	883	854	127	32	18	21		480		175	1	29	118
권한쟁의	17	13	11					2		3	6		2	4

이는 헌법재판관들의 헌법수호의 의지와 헌법적극주의의 덕분인 것으로 평가된다. 통계에 의하면 1988년 이후 현재까지 접수된 사건이 7922건이고 이중 처리된 사건이 7430건이고 헌법재판소의 적극적인 심사를 통해 위헌, 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌, 인용결정을 받은 사건이 512건이나 된다. 특히 법원을 통한 위헌법률심사에 있어 취하를 제외하고, 재판소에 의해 처리된 사건 300건 중 위헌, 헌법불합치, 한정위헌결정과 같은 위헌유형에 속하는 결정이 무려 111건으로 37%를 차지하고 있다. 이는 법원을 통한 위헌법률심사가 활성화되어 있음을 나타내며, 위헌법률에 대한 헌법재판관들의 철저하고 적극적인 심사의지를 다시 한번 확인해 준다고 본다.

2. 독일과 미국의 헌법적극주의 이론의 도입

가. 비례의 원칙과 헌법적극주의

우리 헌법재판소는 독일에 있어서의 헌법적극주의 경향의 대표적인 이론적 근거인 비례의 원칙을 도입하여 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성이라는 헌법심사에 있어 단계적인 척도를 만들고 있다. 헌법재판소는 이러한 비례의 원칙을 법치 국가의 원리에서 도출하고 있으며, 특히 자유권침해에 있어서 매우 정밀하고 체계적인 위헌심사의 수단으로 활용하고 있다. 이러한 단계적인 심사에 있어 하나의 요건이라도 충족하지 못하는 법률 등의 공권력작용은 위헌으로 선언된다.

헌법재판소는 신체의 자유, 직업의 자유 등과 관련하여 많은 사건에서 과잉금지의 원칙위반을 위헌선고의 근거로 사용하고 있다⁴⁹⁹).

나. 기본권효력의 확대이론

헌법재판소는 국제그룹이 주거래은행인 제일은행의 국제그룹해체 조치와 관련하여 그 조치에 따라 행한 주식의 양도행위는 재무부장관등의 사실적 권력행위에 의한 것으로서 헌법에 위반된다고 주장

499) 헌법재판소는 “피고인이 무죄, 면소등의 판결이 선고된 때에 구속영장은 당연히 효력을 상실하였는데, 검사가 사형, 무기 또는 10년 이상의 구형을 하는 경우에는 예외적으로 구속영장의 효력이 상실되지 않는다고 하여 석방을 할 수 없도록 규정한 형사소송법 제331조에 대하여 구속의 여부 및 구속의 유지 여부를 사법부의 판단에 맡긴 영장주의원칙(헌법 제12조 제3항)에 위반되고 신체의 자유를 과도하게 침해한다”는 이유로 위헌으로 선언하였다. 헌재 1992. 12. 24. 92헌가8.

헌법재판소는 “법원의 보석허가결정에 대한 검사의 즉시항고권을 인정한 형사소송법 제97조제3항에 대하여 헌법재판소는, 구속집행을 계속할 필요가 없다는 법원의 판단보다 보석허가결정이 부당하다는 검사의 불복을 우선시킨 것으로서 구속의 여부와 구속의 계속여부에 대한 판단을 법관의 결정에 맡기고 있는 영장주의에 위반되고 또한 그 내용에 있어서 필연적인 공익상의 이유없이 피고인의 신체의 자유를 과잉으로 침해한다”는 이유로 위헌으로 선언하였다.헌재 1993. 12. 23. 93헌가2.

헌법재판소는 “과실로 사람을 치상하게 한 자가 구호행위를 하지 아니하고 도주하거나 고의로 유기함으로써 치사의 결과에 이르게 한 경우에 살인죄와 비교하여 그 법정형을 더 무겁게 규정한 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제2항 제1호에 대하여 형벌체계상의 정당성과 균형을 상실한 것으로서 헌법 제10조의 인간의 존엄성, 헌법 제11조의 평등의 원칙 및 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지의 원칙에 반한다”는 이유로 위헌결정을 하였다. 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24.

헌법재판소는 “주류판매업자로 하여금 소주의 총구입액의 절반 이상을 자도소주를 구입하도록 규정함으로써 지방소주업체를 경쟁으로부터 보호하는 주세법조항(소위 자도소주 구입명령제도)에 대한 위헌제청사건에서, 이 사건 조항이 소주판매업자의 직업의 자유, 소주제조업자의 경쟁 및 기업의 자유, 소비자의 자기결정권을 지나치게 침해하는 규정이다”라는 이유로 위헌선언을 하였다. 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18.

헌법재판소는 “학원의설립·운영에관한법률 제3조는 원칙적으로 허용되고 기본권적으로 보장되는 행위에 대하여 원칙적으로 금지하고 예외적으로 허용하는 방식의 ‘원칙과 예외’가 전도된 규율형식을 취한데다가, 그 내용상으로도 규제의 편의성만을 강조하여 입법목적달성의 측면에서 보더라도 금지범위에 포함시킬 불가피성이 없는 행위의 유형을 광범위하게 포함시키고 있다는 점에서, 입법자가 선택한 규제수단은 입법목적의 달성을 위한 최소한의 불가피한 수단이라고 볼 수 없다”고 판시하여 비례의 원칙을 위헌심사의 척도로 삼고 있다. 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16.

하면서 청구한 헌법소원심판사건에서, 일련의 행위를 총체적으로 평가하여 국제그룹의 해체조치는 재무부장관 주도의 공권력행사 과정에서 당시 관치금융하에서 자율성이 형해화된 제일은행이 그에 순응한 것이라는 이유로 권력적 사실행위에 대한 헌법소원의 가능성을 인정하는 결정을 하였다.⁵⁰⁰⁾

이는 미국 헌법상의 기본권효력의 확대이론인 국가의제이론(State Action Theory)의 영향⁵⁰¹⁾으로 보인다. 제일은행이 행위의 주체로서 행한 주식의 양도행위는 재무부장관 등의 압력에 의한 것이어서 제일은행의 행위를 국가행위로 의제한 것으로 볼 수 있다. 이러한 사실적 국가공권력작용에 대해서도 헌법재판소가 적극적으로 헌법 심사를 하여 위헌결정을 내린 것은 이론적으로 올바른 현상이며 앞으로 많은 결정에 영향을 줄 것으로 생각된다.

다. 평등권과 엄격심사의 이론

헌법재판소는 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인 사건에서 최초로 평등권에 관한 미국의 엄격심사의 이론을 도입하였다. 헌법재판소의 견해에 의하면 평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는

500) 헌법재판소는 “본안판단에서 공권력이 아무리 명분이 좋아도 국민의 권리를 제한하는 경우에는 법률에 근거를 두어야 할 것이므로 법률상 아무런 근거가 없는 국제그룹의 해체조치는 헌법상 법치국가원리를 위반했고, 그 밖에 제119조 제1항의 시장경제의 원리, 제126조의 경영권 불간섭의 원칙, 제11조의 평등권의 각 규정을 직접적으로 침해한 것으로서 헌법에 위반된다”고 판시하였다. 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31 결정.

501) 대기업이나 노동조합 등 사적 단체의 기능과 구조는 국가의 그것과 유사하다는 것을 근거로, 미국에서는 특정의 사인 또는 사적 단체에 의한 행위를 여러 가지 해석기술로써 국가행위화(의제)하여 헌법의 규제를 받게 하는 관례이론이 형성되고 있다, 권영성, 헌법학원론, 2002, 315면 이하 참조.

입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다고 한다⁵⁰²).

평등권 분야에 있어 이러한 엄격한 심사의 기준은 입법자의 입법형성권에 대한 위헌여부를 심사하는데 중요한 척도로 작용할 수 있어 향후 우리 헌법재판소가 적극적인 헌법심사를 위하여 사용하는 중요한 도구가 될 것으로 예상된다.

3. 표현의 자유에 대한 적극적 보장

가. 정보청구권으로서의 ‘알’권리

헌법재판소의 판시에 의하면 우리 헌법 제21조에 언론출판의 자유가 규정되어 있는데, 이 자유는 개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수 불가결한 것으로 자유로운 의사의 형성을 전제로 하는데, 이 경우에 자유

502) 헌법재판소는 “가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 ‘근로’ 내지 ‘고용’의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다”고 판시하고, 헌법재판소는 그 결과 가산점제도는 “불과 영점 몇 점 차이로 당락이 좌우되고 있는 현실에서 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5퍼센트 또는 3퍼센트를 가산함으로써 합격 여부에 결정적 영향을 미쳐 가산점을 받지 못하는 사람들을 6급 이하의 공무원 채용에 있어서 실질적으로 거의 배제하는 것과 마찬가지로의 결과를 초래하고 있고, 제대군인에 대한 이러한 혜택을 몇 번이고 아무런 제한 없이 부여함으로써 한 사람의 제대군인을 위하여 몇 사람의 비(비)제대군인의 기회가 박탈당할 수 있게 하는 등 차별취급을 통하여 달성하려는 입법목적의 비중에 비하여 차별로 인한 불평등의 효과가 극심하므로 차별취급의 비례성을 상실하여” 위헌이라는 입장을 보였다. 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 참조.

로운 의사의 형성은 충분한 정보에의 접근이 보장됨으로써 비로소 가능한 것이다. ‘알’권리는 이러한 정보에의 접근·수집·처리의 자유를 의미하며 ‘알’권리의 생성기반을 살펴볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알권리 즉, 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리(청구권적 기본권)라고 할 것이며, 또한 자유 민주적 기본질서를 천명하고 있는 헌법 전문과 제1조 및 제4조의 해석으로 도출된다.⁵⁰³⁾

이 결정의 의의는 알권리라는 청구권적 기본권을 언론출판의 자유의 중요내용으로 헌법재판소가 확인하여 준 것이다. 헌법재판소가 표현의 자유에 대한 보호의지를 널리 알린 결정이고, 이는 그 후의 결정에서 다시 확인되었다.⁵⁰⁴⁾

나. 사전검열의 금지

우리 헌법이 제21조 제2항에서 ‘언론·출판에 대한 검열은 인정되지 아니한다’고 명시적으로 규정하고 있음에도 불구하고, 표현매체에 대한 국가의 검열은 줄곧 계속되었다. 이러한 예술인의 창작활동과 예술진흥을 가로막는 장애요소로 작용하였던 관례에 대하여 헌법재판소는 지속적으로 위헌 결정하였다.⁵⁰⁵⁾ 헌법재판소는 그 동안

503) 헌법재판소는 “군수관리의 임야조사서·토지조사서에 대한 이해관계인인 청구인의 열람·복사신청에 아무런 조치를 취하지 않은 것은 알권리를 침해한 것”이라고 확인하였다. 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22.

504) 헌법재판소는 확립한 알권리의 이론을 적용하여 “피고인이었던 자가 자신의 형사피고사건이 확정된 후 그 소송기록에 대하여 열람·복사를 요구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 허용되어야 한다고 판시함으로써 형사확정기록의 복사신청에 대한 거부행위는 알권리를 침해하는 위헌적인 행위”임을 확인하였다. 헌재 1991. 5. 13. 90헌마133.

505) 헌법재판소는 “영화에 대한 심의제의 내용은 심의기관인 공연윤리위원회가 영화의 상영에 앞서 그 내용을 심사하여 심의기준에 적합하지 아니한 영화에 대하여는 상영을 금지할 수 있고, 심의를 받지 아니하고 영화를 상영할 경우에는 형

민간인이 참여한 공연윤리위원회와 한국공연예술진흥협회의 성격에 대해서 이들 독립위원회의 행위도 국가공권력작용과 동일시하여야 한다고 판시하였다.⁵⁰⁶⁾ 이러한 헌법재판소의 태도는 앞으로도 자주 발생할 수 있는 국가작용의 민간영역으로의 이전과 관련하여 중요한 시사점을 제시해 준다고 본다.

다. 명확성의 원칙

헌법재판소는 인터넷상의 불온통신 등을 사후검열하는 전기통신사업법 제53조에 대해 그 규정의 불명확성을 이유로 들어 위헌으로 결정하였다⁵⁰⁷⁾. 헌법재판소는 공공의 안녕 질서 또는 미풍양속을 해하는 통신에 대하여는 정보통신부장관은 전기통신사업자로 하여금 그 취급을 거부 정지 또는 제한하도록 명할 수 있도록 규정한 전기통신사업법 제53조 제3항에 대해 ‘공공의 안녕질서’, ‘미풍양속’은 매우 추상적인 개념이어서 어떠한 표현행위가 과연 ‘공공의 안녕질서’나 ‘미풍양속’을 해하는 것인지, 아닌지에 관한 판단은 사람마다의

사치벌까지 가능하도록 한 것이 그 핵심이므로 이는 명백히 헌법 제21조 제1항이 금지한 사전검열제도를 채택한 것이다”라며 위헌결정하여, 공연윤리위원회에 의한 영화의 사전검열의를 규정한 영화법 제12조 제1항, 제2항 및 제13조 제1항 규정을 무효선언 선언함으로써 표현의 자유에 관한 그 동안의 제도에 대해 커다란 변화를 주는 중요한 결정을 하였다. 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13. 이러한 헌법재판소의 판시는 그 후의 결정들에도 그대로 이어진다. 헌재 1997. 3. 27. 97헌가1; 1998. 12. 24. 96헌가23; 1999. 9. 16. 99헌가1; 2000. 2. 24. 99헌가17 참조.

506) 헌법재판소는 “검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회에서 행한다고 하더라도 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하고 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미칠 수 있는 경우라면 실질적으로 보아 검열기관은 행정기관이라고 보아야 한다. 왜냐하면 그렇게 해석하지 아니한다면 검열기관의 구성은 입법기술의 문제이므로 정부에게 행정관청이 아닌 독립된 위원회의 구성을 통하여 사실상 검열을 하면서도 헌법상 검열금지원칙을 위반하였다는 비난을 면할 수 있는 길을 열어주기 때문이다”고 판시하고 있다. 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13, 91헌마10(병합).

507) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480 참조.

가치관, 윤리관에 따라 크게 달라질 수밖에 없고, 법집행자의 통상적 해석을 통하여 그 의미내용을 객관적으로 확정하기도 어렵다고 판시하였다. 헌법재판소는 새로운 통신망인 인터넷상의 표현의 자유를 철저히 보호하기 위해 헌법불합치가 아닌 단순위헌을 선언하는 적극적인 모습을 보였다.

4. 권한쟁의심판을 통한 정치영역의 헌법적합성 심사

헌법재판소는 1995년 2월 최초로 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의심판에서 “국회의 구성원이나 국회내의 일부기관인 국회의원 및 교섭단체 등은 권한쟁의심판을 청구할 당사자적격이 없다”고 하며 법실증주의적 태도를 견지하였다.⁵⁰⁸⁾

이러한 헌법재판소의 태도는 변하여, 1997년 헌법재판소는 종래의 판례를 변경하여 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 당사자의 범위를 확대함으로써 권한쟁의심판제도의 정치적 조정기능을 새롭게 확립하였다.⁵⁰⁹⁾ 헌법재판소는 이 판결에서 국회는 국민의 대표기관,

508) 헌법재판소는 “헌법 제111조 제1항 제4호 및 헌법재판소법 제62조 제1항 제1호는 헌법재판소가 관장하는 국가기관 상호간의 권한쟁의심판을 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회 상호간의 권한쟁의심판으로 한정하고 있으므로, 그에 열거되지 아니한 기관이나 또는 열거된 국가기관 내의 각급 기관은 비록 그들이 공권적 처분을 할 수 있는 지위에 있을지라도 권한쟁의심판의 당사자가 될 수 없으며 또 위에 열거된 국가기관 내부의 권한에 관한 다툼은 권한쟁의심판의 대상이 되지 않는다”고 판시하여 권한쟁의심판의 당사자의 범위에 대해 열거설을 취하였다. 헌재 1995. 2. 23. 90헌라1 참조.

509) 헌법재판소는 여당소속 의원들만이 출석한 가운데 노동관계법개정법률 등을 가결시킨 국회의장의 가결선평행위에 대하여 야당의원들이 그의 위헌확인을 구하는 권한쟁의심판사건에서 “권한쟁의심판의 당사자가 될 수 있는 국가기관의 범위를 권한쟁의심판의 권한을 부여한 헌법규범(헌법 제111조 제1항 제4호)의 해석을 통하여 확정해야 한다”고 밝힘으로써, 당사자의 범위를 국회의원과 국회의장에까지 확대하여 국회의원의 심판청구를 적법한 것으로 인정하였고, 더 나아가 본안판단에서는 국회의장에 의한 국회의원의 헌법상 권한(법률안 심의·표결권)의 침해를 확인하였다. 헌재 1997. 7. 16. 96헌라2 참조.

입법기관으로서 폭넓은 자율권을 가지고 있고, 그 자율권은 권력분립의 원칙이나 국회의 지위, 기능에 비추어 존중되어야 하는 것이지만, 한편 법치주의의 원리상 모든 국가기관은 헌법과 법률에 의하여 기속을 받는 것이므로 국회의 자율권도 헌법이나 법률을 위반하지 않는 범위 내에서 허용되어야 하고 따라서 국회의 의사절차나 입법절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에도 국회가 자율권을 가진다고는 할 수 없다는 입장을 분명히 하였다. 이러한 결정의 의의는 자칫 국회의 자율영역으로 보고 헌법심사를 배제하거나 사법자제이론을 동원하여 심사를 기피할 수도 있었을 사항에 대해 헌법재판소가 헌법에서 부여한 헌법수호의 의무를 적극적으로 실현하여 위헌으로 선언함으로써 정치적인 통제와 안정을 가져왔다는 데 있다.

5. ‘헌바사건’의 헌법적극주의 기여도

‘헌바사건’은 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판으로 구체적 규범통제를 목적으로 하는 헌법소원심판이다. 헌법재판소법 제41조 제1항의 규정에 의한 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 법원에 의하여 기각된 때에 그 신청을 한 당사자가 헌법재판소에 제청신청이 기각된 법률의 위헌여부를 가리기 위해 헌법소원심판을 청구하는 것이다.

‘헌바사건’은 우리 나라에만 존재하는 헌법재판에 있어서의 특수한 심판제도이다. ‘헌바사건’을 통한 헌법재판은 우리 나라에서 지금까지 헌법적극주의 현상을 만드는데 중요한 기능을 했다. 크게 나누어 다음과 같은 공헌을 하였다.

첫째, ‘헌바사건’은 법조계의 법실증주의 문화를 개선하고 있다고 보여진다. 법관들이 그 동안 국회의 입법재량권으로 당연히 여기고 있었던 세법분야에 대한 위헌심판이 사건 당사자들에 의해 ‘헌바사건’으로 제기되었다. 헌법재판소는 토지초과이득세에 대해서 그 제도는 합헌이지만, 미실현이득에 대한 계측이나 단일비례세 규정 때문에 위헌이며 이로 인해 법전체의 운용이 어려워지므로 법전체가 위헌이라는 결정을 내렸다.⁵¹⁰⁾ 또한 헌법재판소는 과세기간 중 청구인에게 불리하게 개정된 조세감면규제법 규정에 대하여 경과규정의 불비의 이유로 위헌으로 결정하였다.⁵¹¹⁾

둘째, 우리 헌법재판제도에 없는 재판에 대한 위헌심사를 ‘헌바사건’을 통해 일부 간접적으로 실현할 수 있다고 본다. ‘헌바사건’은 재판을 전제로 하고 사건당사자에 의해 제기되는 것이기 때문에 사건당사자는 종종 법률에 대해 한정위헌을 구하여 재판과 관련된 위헌적인 요소를 제거하려 한다. 이 경우에 헌법재판소는 법률적용에 있어서의 위헌문제도 관심을 가질 수밖에 없다. 결국 이를 통해 해

510) 헌법재판소는 전원일치의 의견으로 “미실현이득에 대한 과세로서의 토지초과이득세제도 자체는 지가의 상승으로 인하여 그 소유자가 얻는 토지초과이득을 조세로 환수함으로써 조세부담의 형평과 지가의 안정 및 토지의 효율적인 이용에 이바지 한다는 입법목적에 비추어 헌법적으로 하자가 없으나, 미실현이득에 대한 과세제도인 토지초과이득세법에 있어서는 무엇보다도 그 과세대상이득의 공평하고도 정확한 계측 여부가 제일의 과제가 되어야 할 것인데 토지초과이득세 법상의 과세요건으로서의 지가의 평가 내지 미실현이득의 계측이나 단일비례세로서의 세율에 위헌적인 요소가 있다”고 판시하고, 나아가 위헌결정의 대상이 되는 규정들이 모두 토지초과이득세의 기본요소로서 그 중 한 조항이라도 위헌 결정으로 인하여 그 효력을 상실한다면 토지초과이득세법 전부를 시행할 수 없게 되어 법전체에 대하여 불합치결정을 하였다. 현재 1994. 7. 29. 92헌바49.

511) 헌법재판소는 “청구인이 법률개정을 예견할 사정도 없었고 구법이 기업의 증가를 유도하기 위하여 제정된 것이며 구법을 신뢰한 국민의 신뢰이익을 압도할 만큼의 공익의 필요성도 간절한 것이 아니다”라고 하여 신뢰보호의 필요성과 개정법률로 달성하려는 공익을 서로 비교형량하는 과정에서 국민의 신뢰이익에 우위를 부여하고 신법에 일정 기간 구법을 계속 적용하는 경과규정을 두어야 하는데 그러한 경과규정이 결여되었으므로 위헌”이라고 결정하였다. 현재 1995. 10. 26. 94헌바12.

당사건에 있어서의 기본권적 문제에 대해 헌법재판소가 최종적인 견해를 제시할 수 있게 된다. 사건당사자는 이러한 헌법재판소의 기본권문제에 대한 결정으로 그 동안 일반재판에서 고려되지 않고 그냥 지나쳐버린 기본권 침해에 관해 적극적인 보호를 받게 된다.

헌법재판소는 국가배상법 제2조 제1항을 대상으로 하는 ‘헌바사건’에서 동 규정의 군인에 관련되는 부분을, 일반국민이 직무집행 중인 군인과의 공동불법행위로 직무집행 중인 다른 군인에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자인 군인의 부담부분에 관하여 국가에 대하여 구상권을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, 이는 위 단서 규정의 헌법상 근거규정인 헌법 제29조가 구상권의 행사를 배제하지 아니하는데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 평등권, 기본권을 제한할 때 요구되는 비례의 원칙에 위배된다고 결정하였다⁵¹²⁾. 이 결정에서 보면 그 형식은 위헌법률심판이지만 결론에 있어서는 해당사건에 있어 기본권문제에 대한 헌법재판소의 견해를 표시한 것으로 볼 수 있다.

헌법재판소는 또 구 음반에관한법률 제3조 제1항에 관한 ‘헌바사건’에서 각호에 규정한 시설은 임차 또는 리스 등에 의하여도 갖추 수 있으므로, 동법의 별칙조항은 동법 제3조 제1항 각호에 규정한 시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한, 헌법상 금지된 허가제의 수단으로 남용될 우려가 있으므로 예술의 자유 등을 침해한다고 판시하였다⁵¹³⁾. 이 사건의 경우도 헌법재판소가 매우 구체적으로 동 법률의 적용에 있어서의 위헌문제를 판시하여 해당사건에 있

512) 헌재 1994. 12. 29. 93헌바21.

513) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17.

어 기본권침해 여부에 관한 헌법재판소의 최종적인 견해를 표시한 것으로 볼 수 있다.

6. 행복추구권과 이를 통한 타기본권의 도출

헌법재판소는 그 동안 행복추구권을 포괄적 권리로 이해하고 ‘자기결정권’⁵¹⁴⁾, ‘일반적 행동자유권’⁵¹⁵⁾, ‘개성의 자유로운 발현권’⁵¹⁶⁾ 등을 도출할 수 있다고 본다. 이러한 헌법재판소의 태도는 우리 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 권리를 인정하는 규정과 더불어 자연법상의 기초적 자유권을 인정하는 근거규정으로서 행복추구권의 기능을 인정하고 있다고 보여진다.⁵¹⁷⁾

헌법재판소의 이러한 포괄적 기본권의 인정으로 행복추구권은 헌법규정에 한정되지 않고, 향후 해석을 통해 새로운 국민의 인권들을 적극적으로 보장할 수 있게 되었으며, 이는 국민들의 공감대에 근거한 헌법현실에 맞는 헌법재판이 가능하게 하여 헌법적극주의의 토대가 된다.

514) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82.

515) 헌재 1998. 10. 15. 98헌마168.

516) 헌재 1991. 6. 3. 89헌마204.

517) 헌법재판소는 “결혼식 등의 당사자가 자신을 축하하러 온 하객들에게 주류와 음식물을 접대하는 행위는 인류의 오래된 보편적 사회생활의 한 모습으로서 개인의 일반적인 행동의 자유영역에 속하는 행위이므로, 이는 헌법 제37조 제1항에 의하여 경시되지 아니하는 기본권이며, 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에 포함되는 일반적 행동자유권으로서 보호되어야 할 기본권이다”라고 판시하여 일반적 행동자유권을 헌법 제37조 제1항과 행복추구권에서 도출하고 있다. 헌법재판소는 이 결정을 통해 두 헌법조문과의 관계를 명백히 했다. 헌재 1998. 10. 15. 98헌마168.

V. 헌법적극주의의 한계

1. 국가기관간의 균형문제(Equilibrium)

헌법재판소는 많은 경우 민주주의적 요소와 법치국가적 요소의 긴장관계 속에서 결정을 내리게 된다. 민주주의 원리가 지배하는 국회와 대통령과 법치국가적 원리가 지배하는 헌법재판소의 상호관계의 균형이 헌법적극주의 실현의 한계로 작용한다.

법률은 의회 - 대통령 - 헌법재판소의 경쟁하는 관계 속에 존재한다. 각 국가기관들은 자신의 목적을 위해 독립적으로 활동하기 때문에 다른 기관들의 목적을 고려하지 않는 경우가 많다. 형식적인 면에서 볼 때 법원은 법선언기관으로, 입법기관은 법제정기관으로, 행정기관은 법집행기관으로 볼 수 있다. 그러나 실질적으로 볼 때 법원의 판결도 실질적 법으로 기능하며, 대통령의 정책공약도 하나의 불문법적 법으로 존재한다. 이러한 면에서 볼 때 국가기관 모두는 법제도에 있어 공동의 관련자이다.

그러나 국가기관들의 행위들이 헌법적 가치를 고려하지 않을 때 균형은 깨어지고 헌법재판소는 이러한 행위들에 대해 적극적인 사법심사를 행하여야 한다.⁵¹⁸⁾

2. 법선언작용으로서의 헌법재판의 한계

518) William N. Eskridge, Jr., Philip P. Frickey, Law as Equilibrium, Harvard Law Review(11.1994), 76면 이하 참조.

헌법재판도 제3자의 청구에 의해 독립적인 기구로서 헌법에 기속되어 법을 선언하는 기관이다. 헌법재판소가 행하는 위헌법률심판이 사건해결이 아니라 법률의 헌법적합성을 심사하는 것일지라도 그 법선언적 성격이 변하는 것은 아니다. 위헌법률심판을 통해 법률의 상위 규범인 헌법에 대한 합치여부를 선언하는 것이고, 법규정의 새로운 정립을 뜻하는 것은 아니다. 헌법재판소의 결정이 법규적 효력을 가진다는 의미는 재판의 효력이 일반적이고 추상적이어서 발생하는 것이고 이를 법정립작용으로 부를 수는 없다.⁵¹⁹⁾

이러한 법선언작용인 헌법재판은 권력분립적인 한계를 지켜야 하며 특히 입법과 행정의 고유영역에 대한 침해를 유발하여서는 안 된다. 그러므로 헌법불합치결정이 더욱 활성화되어야 하겠다. 단순 위헌을 통해 급박한 기본권침해를 구제하는 기능도 중요하지만, 위헌법률심사시 헌법재판소는 가능한 위헌상황의 제거와 시기를 입법자에게 맡기는 태도가 바람직하다고 본다.

현재 우리 헌법재판소법 중 권한쟁의 심판에 관한 규정인 제66조 제2항과 헌법소원의 인용결정을 규정하고 있는 제75조 제3항에서 헌법재판소가 직접 공권력작용을 취소할 수 있도록 한 것은 권력분립적인 측면에서 문제가 있다고 본다. 헌법재판은 일반 행정소송 등과는 달리 그 효과가 일반적이고 그 기관력의 범위가 넓기 때문에 헌법합치여부만 판단하고 그 구체적인 위헌제거의 방법은 공권력에 맡겨 두는 것이 바람직하고, 이는 또한 헌법재판의 특수성을 살리는 방법이기도 하다.

519) Detlef Mertens, Demokratischer Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl, Heft.19, S. 778ff.

3. 헌법소원의 보충성의 원칙에 대한 존중

헌법소원은 그 본질상 헌법상 보장된 기본권 침해에 대한 예비적이고 보충적인 최후의 구제수단이므로 공권력작용으로 말미암아 기본권의 침해가 있는 경우에는 먼저 다른 법률이 정한 절차에 따라 침해된 기본권의 구제를 받기 위한 모든 수단을 다하였음에도 불구하고 그 구제를 받지 못한 경우에 비로소 헌법소원심판을 청구할 수 있다.⁵²⁰⁾

헌법소원의 보충성이 요구되는 이유는 국민생활에 있어서 문제되는 공권력의 성격이 매우 다르고, 헌법상의 기본권보호의 모습이 각 하위 법규에 구체화되어 있기 때문에 헌법재판소가 아닌 각 전문법원 등에 의해 구제 받을 수 있는 경우에는 이들 법원이 보다 더 전문적인 사실판단과 법적용을 통해 신속하게 기본권을 회복시킬 수 있기 때문이다. 특히 행정소송과 헌법재판과의 관계에서 헌법재판소는 보충성의 예외를 인정하여 행정소송으로 처리될 수도 있었던 사건을 헌법재판으로 해결하고 있는데⁵²¹⁾, 이는 앞으로 신중하게 검토해 보아야 될 사항이라고 생각된다.

520) 헌재 1993. 12. 23. 92헌마247.

521) 헌법재판소는 형사확정소송기록사신청에 대한 헌법소원심판에서 정부공문서규정이 있음에도 불구하고 그 처분성을 부인하여 헌법소원의 요건을 충족한 것으로 보고 있다. 헌재 1998. 2. 27. 94헌마77.

또한 헌법재판소는 전기통신사업법 상의 정보통신부장관의 불온통신에 대한 제한명령 권등이 전기통신망 이용자를 대상자로 하지 않고 전기통신사업자에게만 부과하는 것이어서 이용자는 행정소송의 당사자가 될 수 없다고 보고 있다. 2002. 6. 27. 99헌마480. 위와 같은 결정은 행정소송의 전문성을 존중하지 못하고 있어 문제점으로 생각된다.

VI. 결 어

현대의 법치국가는 헌법재판제도가 중심이 되는 헌법적극주의의 모습을 나타낸다. 이미 2차 대전이후 독일을 중심으로 활성화된 헌법재판제도는 이제 우리에게도 낯선 모습이 아니다. 한국 헌정사에서 지난 14년간의 헌법적극주의는 우리 사법제도의 모습을 바꿔놓고 있다. 특히 법관들에 의한 위헌법률제청이 증가하고, 많은 경우 헌법재판소에 의해 법률의 위헌성이 확인되는 모습은 이제 법원에서 일상화되고 있다.

이러한 헌법적극주의는 이론적으로 통합과정론적 헌법관에 바탕을 두고 있고, 기본권의 양면성과, 민사 등의 영역에서의 기본권 방사효과, 비례의 원칙, 헌법충성정신 등이 토대를 이룬다고 볼 수 있다.

헌법재판을 토대로 삼는 헌법적극주의는 그 동안 사법심사의 대상에서 제외되었던 영역에 대한 헌법심사를 가능케 함으로써 헌법의 최고규범성과 헌법의 우위를 실질적으로 확보하게 했다. 이를 통해 헌법국가현상이라는 새로운 시대를 열고 있으며, 이는 지난 시기의 사법소극주의를 극복하고 헌법적 가치가 중심이 되어 국민을 통합하여 대한민국이라는 국가통일체를 만들어 내고 있다. 이제 민족국가와 이념의 시대가 지나고 헌법상의 기본권적 가치가 국민들의 생활규범이 되는 시대가 도래한 것이다.

이러한 헌법적극주의도 그 내재적 한계를 가지고 있다. 헌법재판소는 다른 국가기관과의 관계에서 균형을 유지하고, 법선언작용으로서의 한계를 지키며, 다른 사법작용의 영역을 침해하지 말도록 항상 스스로에 대해 엄격한 반성이 있어야 할 것이다.

미국헌법상의 국교설립금지 원칙

박 홍 우

서울지방법원 북부지원 부장판사

- 목 차 -

I. 서론	383
II. 종교의 개념	385
III. 정부와 종교의 관계	390
1. 정부와 종교 관계에 대한 견해	391
가. 엄격분리설	391
나. 수용설	393
다. 중립설	395
2. 국교설립금지 규정 위배여부의 심사기준	397
IV. 국가의 종교적 관행과 국교설립금지 원칙	400
1. 주 의회에서의 기도	400
2. 일요일휴무 제도	401

V. 공립학교와 국교설립금지 원칙	401
1. 기도와 성경 읽기	401
2. 교과과정	406
3. 종교적인 과외활동	407
4. 학생종교단체에 대한 재정지원	409
5. 종교단체의 학교시설 이용	409
VI. 종교단체에 대한 지원과 국교설립금지 원칙	411
1. 교구 초·중등학교	411
가. 학생에 대한 지원	411
나. 학교에 대한 지원	413
다. 학부모에 대한 지원	417
2. 종립 대학	419
가. 대학에 대한 지원	419
나. 대학생에 대한 지원	422
3. 학교 외의 종교단체	423
4. 과세문제	424
VII. 정부재산상의 종교적 장식과 국교설립금지 원칙	426
1. 예수의 탄생장면과 촛대 장식	426
2. 십자가 설치	428
VIII. 한국에서의 적용문제	430
1. 헌법규정의 해석	430
가. 종교의 개념	430
나. 정부와 종교의 관계	431

다. 국교설립금지 원칙의 적용을 위한 위헌심사기준	432
2. 구체적 현실 문제	434
가. 의식 문제	434
나. 공립학교와 국가기관	435
다. 중립학교에 대한 지원	437
라. 종교기념일	438
마. 민영교도소 설치문제	439
 IX. 맺는말	 441

I. 서론

1. 17세기에 유럽의 많은 국가에서는 국교가 있었다. 즉 England에는 성공회(Church of England)가, Scotland에는 장로파(Presbyterianism)가, 이탈리아와 스페인에는 카톨릭이 국교로 되어 있었다. 이러한 나라에서는 국교도가 아닌 사람은 차별과 박해의 대상이었다. 많은 유럽인들은 대개 국교로 인한 종교적 차별과 박해를 피하여 신대륙으로 이주하였고, 이들은 신대륙에서 종교의 자유를 원하였다.

그런데 대부분의 신대륙 식민지에서도 유럽에서와 마찬가지로 공적인 종교를 설립하여 그 신자가 아닌 사람을 차별하고 박해하였다.⁵²²⁾ 예를 들어 Virginia의 경우 독립을 위한 혁명전쟁 전에는 성공회의 안수를 받지 아니한 목사가 설교하면 형사처벌의 대상이 되었고, 공적인 종교 집회에 참석하지 아니하면 구속될 수 있었다. 하지만 당시에도 식민지에서의 그와 같은 제도에 대한 반대가 없지 않았고, 혁명전쟁 기간 중에는 종교의 자유 및 정부와 교회의 분리에 대하여 많은 변화가 있었다. 왜냐하면 혁명전쟁은 양심의 자유, 대표 없이 과세할 수 없다는 원칙에 근거하여 수행되었고, 공적인 종교의 설립은 이러한 원칙과 모순되기 때문이었다. 이리하여 1789

⁵²²⁾ Virginia, Maryland, Georgia, South Carolina, North Carolina에서는 영국 성공회를 국교로 정하였고, Massachusetts, Connecticut, New Hampshire는 국교를 별도로 정하지 아니한 채 각 지역마다 목사를 선출하고 정부의 세금으로 이들을 재정적으로 지원하도록 하는 일반적인 규정을 두고 있었으며, New York은 보다 일반적인 국교제도를 두고 있었으며, Rhode Island, Pennsylvania, Delaware, New Jersey는 국교에 관한 아무런 제도가 없었다(Thomas R. Hensley/Christopher E. Smith/Joyce A. Baugh, *The Changing Supreme Court*, West Publishing(1997), p. 133).

년 헌법을 제정할 당시에는 13개 주중에서 6개의 주에서만 법률로 국교를 설립하고 있었다. 나아가 이들 6개 주도 교회를 형성할 만큼 신자가 있는 모든 교파를 포함하는 복수의 국교를 설립하고 있었다.⁵²³⁾

2. 1787년에 제정된 연방헌법에는 권리장전에 관한 규정을 두지 않았지만, 제6조 제3항 단서는, “합중국의 어떠한 관직 또는 신탁에 의한 공직에 있어서도 그 자격과 관련하여 종교상의 심사(religious test)를 할 수 없다.”고 규정하고 있었다.⁵²⁴⁾ 이 규정이 일반인의 종교의 자유를 보호하기 위한 것은 아니지만, 정부가 연방공무원이 되는 조건의 하나로 국교를 설립할 수 없다거나 연방공무원이 되려는 자의 종교의 자유를 침해하지 못하는 것을 보장하였다.⁵²⁵⁾ 그 후 1791년 “연방의회는 국교를 설립하거나 종교의 자유로운 행위를 금지하는 ... 법률을 제정하지 못한다.”고 규정한 연방헌법 수정 제1조가 제정됨으로써 비로소 국교설립금지인 종교행위의 자유와 함께 헌법상 명시적으로 보장되었다. “연방의회가 국교를 설립하지 못한

523) Thomas R. Hensley 외 2인, *ibid.*, pp. 132-133.

524) 연방헌법 제6조 제3항 단서규정이 주에 처음으로 적용된 것은 1961년의 *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488 (1961) 사건이다. 이 사건의 개요는 다음과 같다. 상고인은 Maryland 주 지사에 의하여 공증인으로 지명되었다. 그런데 주헌법은 공직취임자는 신의 존재를 믿는다고 선서를 해야 한다고 규정하고 있었고, 상고인은 그 선서를 거부하였다. 이리하여 상고인은 임명장(commission)을 교부받지 못하였다. 이에 상고인은 주헌법은 연방헌법 수정 제1조, 제14조에 위배되어 위헌이라고 주장하면서 임명장 교부를 구하는 소송을 주법원에 제소하였으나 패소하여 연방대법원에 상고하였다. 연방대법원은 다음과 같이 판결하였다. 주 정부와 연방정부 모두 개인이 어떤 종교를 믿거나 믿지 아니한다고 고백하도록 강요할 수 없다. Maryland 주의 공직취임에 대한 종교적인 심사는 상고인의 신앙과 종교의 자유를 위협적으로 침해하는 것이기 때문에 상고인에게 강제될 수는 없다.

525) Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law-Principles and Politics*, Aspen Law & Business(2002), p. 1143.

다”는 규정에 의한 국교설립금지 원칙은 연방정부에 적용되는 것이었다. 이 원칙은 남북전쟁 후 추가된 연방헌법 수정 제14조의 적법절차 규정에 의하여 주 정부에도 적용되는지 여부가 문제되었는데, 1947년의 *Everson v. Board of Education*⁵²⁶⁾ 사건에서 최초로 연방헌법 수정 제14조상의 국교설립금지 원칙은 연방헌법 수정 제14조에 의하여 주 정부에도 적용된다고 판시되었다.⁵²⁷⁾

3. 이하에서는 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 하여, 국교설립금지 원칙과 관련한 종교의 개념, 정부와 종교의 관계 및 국교설립금지 원칙이 문제된 구체적 사례를 국가의 종교적 관행, 공립학교, 종교단체에 대한 지원, 정부재산상의 종교적 장식의 영역으로 나누어 살펴본 다음, 미국 법리의 한국에서의 적용문제도 검토하기로 한다.

II. 종교의 개념

1. 국교설립금지 원칙의 해석, 적용에 있어서 먼저 종교를 어떻게 개념지을 수 있을 것인가가 문제된다. 현재 미국에 있는 수많은 정신적인 믿음과 활동을 모두 포함하는 종교의 개념을 정의하는 것은 불가능해 보인다. 나아가 국교설립금지 원칙의 적용과 관련하여서는 정부에 의한 강제를 제한하기 위하여 종교의 개념을 좁게 해석하고, 종교행위의 자유 규정의 적용과 관련하여서는 종교적 행위를 최대

526) 330 U.S. 1 (1947).

527) 연방헌법 수정 제14조상의 종교행위의 자유 조항이 주정부에 대하여 최초로 적용된 것은 1940년의 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) 사건이다.

한으로 보장하기 위하여 종교의 개념을 넓게 해석하고자 하는 견해도 있지만, 연방대법원은 이러한 태도를 받아들이지 않고 있다. 즉 Rutledge 대법관은 1947년의 *Everson v. Board of Education* 사건에서, “종교는 연방헌법 수정조항에서 한번만 표현되고 있다. 그러나 종교라는 단어는 두 개의 금지를 규율하고 이를 똑같이 규율한다. 이는 국교설립금지에 있어서는 그 의미가 좁고, 종교행위의 자유 보장에 있어서는 그 의미가 훨씬 넓은 것으로 두 가지 의미를 갖고 있는 것이 아니다.”고 판시한 바 있다.⁵²⁸⁾ 지금까지 연방대법원이 이해하는 종교 개념을 살펴보면 다음과 같다.⁵²⁹⁾

2. 연방대법원이 종교의 개념을 최초로 정의하려고 시도한 것은 중혼자와 일부다처자의 투표권행사를 금지한 Idaho 주법의 위헌여부가 문제된 1890년의 *Davis v. Beason*⁵³⁰⁾ 사건이다. 이 사건에서 연방대법원은, 서구의 전통적인 유신론적 종교개념에 입각하여, “종교라는 용어는 창조주와의 관계에 대한 개인의 견해, 그에 따른 신의 존재와 특성에 대한 경외 및 신의 뜻에 복종할 의무와 관련이 있다.”고 판시하였다.⁵³¹⁾ 이러한 견해는, 귀화신청인이 헌법과 미국을 수호할 의사가 있는지 여부를 판단함에 있어서, 신청인이 미국을 방어하기 위한 참전과 관련하여 개인의 종교적 양심에 근거하여 참전에 대한 답변을 보류한 것이 문제된 1931년의 *United States v. Macintosh*⁵³²⁾ 사건에서도 유지되었다. 즉 법정의견은, “우리는 종교

528) 330 U.S. 1, 32 (1947) (Rutledge 대법관의 반대의견).

529) 연방헌법 수정 제1조상의 종교의 개념에 대한 자세한 내용은, Jesse H. Choper, “Defining Religion in the first Amendment”, 1982 U. of Ill. Law Review 579 (1982) 참조.

530) 133 U.S. 333. (1890).

531) *ibid.* at 342.

532) 283 U.S. 605 (1931).

의 자유에 대한 상호 평등권 및 신의 뜻에 대한 복종의무를 경의롭게 인정하고 있으므로 기독교인이다.” 고 판시하였고,⁵³³⁾ 소수의견을 집필한 Hughes 대법관도 “종교의 본질은 인간관계에서 발생하는 것보다도 훨씬 숭고한 의무를 수반하는 신에 대한 관계의 믿음이다.”고 판시하였던 것이다.⁵³⁴⁾ 그러나 1961년 *Torcaso v. Watkins* 사건에서 연방대법원은, “국교설립금지 규정에 의하여 연방정부나 주정부가 무 종교인에 반하여 모든 종교를 원조하거나 신의 존재를 믿지 않는 종교에 반하여 신을 믿는 종교를 원조할 수는 없다.”고 판시함으로써,⁵³⁵⁾ 전통적 종교개념에서 탈피하여 종교를 폭넓게 이해하려고 노력하였다.

이후 종교에 대한 보다 관대한 정의는 법률상의 종교개념을 해석하기 위한 노력에 의하여 이루어졌다. 이는 일반군사훈련과 병역에 관한 법률(*Universal Military Training and Selective Service Act*) 제6조 j항이, “종교상의 훈련이나 신앙을 이유로 하여 어떤 형태의 전쟁에도 참가하는 것을 양심적으로 거부하는 자”에 대하여는 군대에서의 전투훈련과 복무를 면제시키도록 규정하고 있었는데, 위 규정의 해석과 관련된다. 즉 1965년의 *United States v. Seeger*⁵³⁶⁾ 사건에서 연방대법원은 다음과 같이 판결하였다. “‘종교상의 훈련이나 신앙’은 인간관계에서 발생하는 의무보다 우월한 의무와 관련되는 절대적인 존재(Supreme Being)와 관련을 갖는 개인의 신앙을 의미하며, 본질적으로 정치적이거나 사회적이거나 철학적인 견해 또는 단순한 개인적인 도덕률은 포함하지 않는다. ... ‘절대적인 존재와

533) *ibid.* at 626.

534) *ibid.* at 633-634.

535) 367 U.S. 488, 495 (1961). 그리고 위 판시에 따른 “신을 믿지 아니하는 종교”를 각주 11에서 불교, 도교, 도덕적 문화(Ethical Culture), 세속적 휴머니즘 등으로 설명하고 있다.

536) 380 U.S. 163 (1965).

관련을 갖는' 신앙의 심사는 성실하고 의미 깊은 믿음이 명백히 병역면제가 인정되는 자의 신에 대한 정통과 신앙에 필적할 정도로 그의 인생에서 일정한 영역을 차지하고 있는지 여부에 의한다.”⁵³⁷⁾ 그러나 이러한 정의도 어떠한 견해가 종교적인지 여부를 판단함에 있어서 명확한 기준을 제시한 것으로는 볼 수 없을 것이다. 연방대법원은 1970년 이와 유사한 *Welsh v. United States*⁵³⁸⁾ 사건에서도 위와 같은 견해를 유지하였다. 즉 이 사건에서 연방대법원은, “고금을 통하여 대부분의 위대한 종교는 인간과 의사를 교환하는 절대적인 존재(Supreme Being)나 절대적인 실재(Supreme Reality)인 신의 개념을, 무엇이 선이고 무엇을 행하여야 하며 무엇이 악이고 무엇을 행하여서는 안 되는가 하는 의식 가운데 구체화시키고 있다. 만약 어느 개인이 깊이 있고도 성실하게 믿음을 갖고 있다면 그 근거와 내용이 순수하게 윤리적이거나 도덕적이라고 하더라도 그에게 어느 때나 전쟁에 참가하지 못하도록 양심상 의무를 부과하는 것이라면, 그러한 믿음은 전통적으로 신에 의하여 종교적인 사람에게 채워지는 것과 필적하게 개인의 생활을 확실하게 차지할 것이다.”고 판시하였다.⁵³⁹⁾

위 두 사건에서 연방대법원은 법률 규정의 해석을 하였을 뿐, 연방헌법 수정 제1조를 해석한 것은 아니지만, 그 해석은 국교설립금지 규정상의 종교를 해석하는데 하나의 출발점이 될 것이다. 이에 의하면 종교는 반드시 절대자의 존재를 전제로 하는 것이 아니고 성실한 믿음이 중요한 기준으로 될 수 있을 것이다.

537) *ibid.* at 165-166.

538) 398 U.S. 333 (1970).

539) *ibid.* at 340.

3. 그러면 나아가 법원이 종교적인 믿음을 판단함에 있어서 그 믿음의 성실성 외에 진실성을 판단하여야 하는지 여부가 문제된다. 이에 대하여 연방대법원은 질병 치료를 제의하는 대가로 기부금품을 보내도록 한 “I am”이라는 종교단체의 지도자들이 우편사기죄로 기소된 *United States v. Ballard*⁵⁴⁰⁾ 사건에서 이미, “진실성 여부는 법원의 관심사가 아니고 배심원의 관심사도 아니다”고 판시함으로써, 법원이 그 진실성을 판단할 필요는 없다고 하였다. 다만 문제는 종교적인 믿음의 진실성 여부를 살펴보지 아니하고 성실성을 판단할 수 있는가 하는 점이다. 성실성을 판단하는 기준도 없기 때문에, 만약 질병을 치료하는 능력과 같은 종교적인 견해가 허위로 밝혀질 경우에는 배심원이 성실성에 의심을 갖게 될 것이고 이를 경제적인 이익을 위한 것으로 생각할 수 있을 것이다.⁵⁴¹⁾

한편 개인의 종교적인 믿음이 그 종교의 지배적인 견해와 다른 믿음에 성실하지 않다고 할 것인지가 문제된다. 이에 대하여 연방대법원은 1981년 *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*⁵⁴²⁾ 사건에서, 개인은 자신의 종교적인 믿음이 그 종교의 교리와 어긋나더라도 이를 자신의 종교적인 믿음이라고 주장할 수 있다고 판결하였다. 이는 1989년의 *Frazee v. Illinois*

540) 322 U.S. 78, 81 (1944).

541) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1148.

542) 450 U.S. 707 (1981). 이 사건의 개요는 다음과 같다. 여호와의 증인 신도인 상고인은 무기를 생산하는 것은 자신의 종교적인 믿음에 반한다는 이유로 군용 탱크의 포탑을 생산하는 부서로 옮기는 것을 거부하고 사직하였다. 상고인이 주정부에 대하여 실업수당의 지급을 청구하였으나 주정부는 상고인이 자발적으로 사직하였다는 이유로 이를 거부하였다. 상고인은 종교적인 이유로 사직한 경우에는 주정부가 실업수당의 지급을 거부할 수 없다고 주장하면서 소송을 제기하였다. 이에 대하여 주정부는 여호와의 증인은 신도들이 군수공장에서 일하는 것을 금지하지 않으며 실제로 그 신도중에는 포탑을 생산하는 작업을 하고 있는 자들도 있다는 점을 지적하였다. 그러나 연방대법원은 이 경우에도 실업수당을 지급하지 아니하면 종교의 자유를 침해하는 것이라고 판시하였다.

Employment Security Department⁵⁴³⁾ 사건에서도 유지되었다.

Ⅲ. 정부와 종교의 관계

국교설립금지 규정에 따른 정부와 종교의 관계에 대한 견해는 크게 세 가지로 나뉘고 있다. 첫째는 엄격분리설(Strict Separation Theory)이고, 둘째는 수용설(Accommodation)이고, 셋째는 중립설(Neutrality Theory)이다. 이하에서는 위 각 주장을 차례로 살펴본 다음, 국교설립금지 규정 위배여부의 심사기준을 살펴보기로 한다.⁵⁴⁴⁾

543) 489 U.S. 829 (1989).

544) 미국 연방대법원의 판례를 이해하기 위하여서는 현재 미국 연방대법원 대법관의 임기개시년도, 임명한 대통령 및 전임자를 알 필요가 있다. 그 내용은 다음과 같다.

대법관 이름	임기개시년도	임명한 대통령	전임 대법관
Rehnquist대법원장	1986(1971)	Reagan(Nixon)	Burger(Harlan)
Stevens	1975	Ford	Douglas
O'Connor	1981	Reagan	Stewart
Scalia	1986	Reagan	Rehnquist
Kennedy	1988	Reagan	Powell
Souter	1990	Bush	Brennan
Thomas	1991	Bush	Marshall
Ginsburg	1993	Clinton	White
Breyer	1994	Clinton	Blackmun

* Rehnquist 대법원장은 1971년에 대법관으로 임명되고, 1986년 대법원장으로 임명됨

* 위 표는 Lawrence Baum, The Supreme Court, A Division of Congressional Quarterly Inc.(2001), p. 33의 내용을 재구성한 것임.

1. 정부와 종교 관계에 대한 견해

가. 엄격분리설

엄격분리설은 정부와 종교는 최대한으로 분리되어야 한다고 주장한다. 즉 정부는 가능한 한 세속적이고, 종교는 완전히 사적인 사회 영역에 머물러야 한다는 것이다.⁵⁴⁵⁾ 이 이론을 주장하는 자들은 역사적으로 연방헌법 수정 제1조를 제정할 무렵에 활동한 James Madison과 Thomas Jefferson의 주장에 많은 근거를 두고 있다. 즉 Madison은 제1회 연방의회에서 연방헌법 수정을 위한 선정위원회(Select Committee on Constitutional Amendments)의 위원으로서 수정조항을 입안하는데 중요한 역할을 하였다. 그는 1785년 기독교 교사를 후원하기 위하여 공적 기금을 마련하기 위한 일반부과법안(General Assessment Bill)이 Virginia 주의회에 상정되었을 때에 이에 반대하는 청원과 항의서(Memorial and Remonstrance against religious Assessments)에서, 그와 같은 형태로 정부가 종교와 관련을 갖는 것을 강력하게 반대하였다. 그의 정부와 교회의 확고한 분리 주장은 연방헌법 수정 제1조를 제정함에 있어서도 중요한 역할을 하였다. 한편 Jefferson도 정부와 교회의 분리를 강력하게 주장하였는데 1802년 Danbury의 침례교 연합에 보낸 편지에서 교회와 정부를 분리시키는 벽(wall)이 있어야 한다고 주장하였던 것이다.⁵⁴⁶⁾

545) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1149.

546) Thomas R. Hensley 외 2인, *ibid.*, p. 134. Jefferson은 1801년 미국 제3대 대통령으로 취임하였다. 대통령 선거과정에서는 Jefferson의 종교의 자유에 대한 확고한 생각 때문에 종교가 중요한 쟁점의 하나가 되기도 하였다. 한편 Connecticut 주에서는 당시 조합교회주의(Congregationalism)가 국교로 설립되어 있었고 Danbury 침례교회는 소수교파에 속하였지만, Jefferson이 종교의 자유를

이 이론을 지지하는 연방대법관들은, 정부가 종교와 관련을 갖는다는 것은 종교의 자유에 대한 가장 큰 위협이 되고, 정부가 종교를 지지하게 되면 정부가 종교를 형식적이거나 의식주의로 흐르게 할 수 있으며, 정부와 종교가 결합하면 시민들 사이의 종교로 인한 분쟁과 폭력이 격화될 가능성이 있으므로, 이러한 위협성을 제거하기 위하여 정부와 종교는 엄격하게 분리되어야 한다고 주장한다.⁵⁴⁷⁾ 연방대법원은 1947년 *Everson v. Board of Education* 사건에서 “연방헌법 수정 제1조는 교회와 정부 사이에 벽을 세웠다. 그 벽은 높아야 하고 침해될 수 없어야 한다”고 판시하였는바,⁵⁴⁸⁾ 이는 바로 엄격분리설에 따른 판시라고 하겠다. 위 사건에서 Rutledge 대법관은, “연방헌법 수정 제1조의 목적은 특정한 종파, 교의 또는 종교를 공식적으로 설립하는 것을 금지하거나 영국과 일부 식민지 주에서 만연하였던 바와 같은 공식적인 관계를 불법으로 하기 위한 것만은 아니다. 이는 모든 그와 같은 관계를 반드시 근절하기 위한 것이다. 그 목적은 이와 같은 좁은 의미에서의 교회와 국가를 분리시키는 것보다는 더 넓다. 그 목적은 종교에 대한 모든 형태의 공적인 원조나 옹호를 광범위하게 금지함으로써 종교적인 활동과 정부의 각 영역을 완전하고도 영구히 분리시키기 위한 것이다.”고 설명하였다.⁵⁴⁹⁾

지지한다는 이유로 선거중에는 Jefferson을 지지하였다. 이리하여 Jefferson이 대통령에 취임하자 Danbury 침례교 연합에서 대통령 취임을 축하하는 편지를 보내자, 그에 대한 답신을 보내었다. 그 내용중에 교회와 정부를 분리시키는 벽이 있어야 한다고 주장하였던 것이다. 그 편지와 그 의미에 대한 자세한 내용은, Daniel L. Dreisbach, “What the Wall separates: a Debate on Thomas Jefferson’s ‘Wall of Separation’ Metaphor”, 16 *Constitutional Commentary* 627 (1999) 참조.

547) Thomas R. Hensley 외 2인, *ibid.*, p. 136.

548) 330 U.S. 1, 18 (1947).

549) *ibid.* at 31-32.

다만 이 이론에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 정부의 종교에 대한 모든 조력을 완전히 금지시키면 종교행위의 자유가 위협받게 될 것이다. 예를 들어 정부가 경찰, 소방 또는 위생활동을 하지 않으면 이는 명백하게 종교행위의 자유를 침해할 것이다. 그러므로 교회와 국가를 분리시키는 완전한 벽은 불가능하므로 문제는 양자 사이에 어떻게 적절한 선을 그을 것인가 하는 점이다. 더구나 동전에 새겨진 “우리는 신을 믿는다(In God We Trust)”는 문구부터, 연방대법원의 회기가 시작할 때 “신이여 이 고귀한 법원을 구하소서 (God save this honorable Court)”라고 기도하는 것에 이르기까지, 종교는 전통적으로 많은 정부활동의 일부분이다.⁵⁵⁰⁾

이 이론은 1947년 이후 1980년까지에는 국교설립금지 규정의 해석과 관련하여 지배적인 이론이었지만 Reagan-Bush 시대에 사법적 극주의가 퇴조함에 따라 이 이론도 약화되었다.⁵⁵¹⁾

나. 수용설

수용설은 사회에서의 종교의 중요성을 인정하고 정부도 이를 수용할 것을 주장한다. 특히 정부가 문자 그대로 국교를 설립하거나 종교적 행사에 참여할 것을 강요하거나 특정 종교를 편애(preference)하는 때에 한하여 국교설립금지 원칙에 위배된다고 주장한다.⁵⁵²⁾ 이 이론을 주장하는 자들은, James Madison의 글에 대하여, Madison은 국교설립금지 규정을 단지 국교회 또는 정부의 교회에 대한 편애적인 조치만을 금지한다고 보았거나, Madison이 엄격한 분리론자였지만

550) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1150.

551) Ira C. Lupu, “The Lingering Death of Separationism”, 62 *Geo. Wash. Law Review* 230 (1994). p. 233, 237 면 이하 참조.

552) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1153.

그는 연방헌법 수정 제1조의 초안을 작성하는데 참여한 자 중 비 전형적인 자에 해당한다고 주장하고, 한편 Jefferson의 글에 대하여는 그는 연방헌법 수정 제1조를 제정할 무렵 프랑스 대사였으므로 그의 견해는 연방헌법 수정 제1조 제정자들의 의도와 무관하다고 주장한다.⁵⁵³⁾ 이 이론을 지지하는 자들은 이 이론이 미국사회에서의 종교의 중요성과 종교가 넓게 퍼져있는 사정을 가장 잘 반영한 것이라고 주장한다.⁵⁵⁴⁾

이 이론을 지지하는 연방대법관들은, 미국인들은 정부가 절대적인 존재를 전제로 하는 매우 종교적인 사람이라는 사실을 강조한다. 이들은 엄격분리설에 대하여 오히려 정부의 종교에 대한 지원은 종교 행위를 고양시킬 것이므로 종교행위의 자유를 저해하기보다는 향상시킬 것이고, 미국은 종교적인 관용의 오랜 전통을 갖고 있으므로 정부의 종교에 대한 지원계획이 시민들 사이에 심각한 분쟁을 야기할 적이 거의 없다는 점을 강조한다.⁵⁵⁵⁾ 1992년 Lee v. Weisman 사건에서 Kennedy 대법관은, “국교설립금지 규정은 ... 정부가 개인으로 하여금 종교나 종교적인 활동을 옹호하거나 이에 참가하도록 강요하거나 정부가 국교나 국교적인 믿음을 설립하거나 설립하려고 해서는 안 되는 것을 최소한으로 보장하는 것이다.”고 판시한 바 있는데,⁵⁵⁶⁾ 이는 이 이론에 근거한 것이다. 2000년의 Mitchell v. Helms⁵⁵⁷⁾ 사건에서도 Thomas, Rehnquist, Scalia, Kennedy 대법관은 이 이론에 따라, 정부가 종교단체와 비 종교단체를 평등하게 취급하는 한 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다고 판시하였다.

553) Thomas R. Hensley 외 2인, *ibid.*, pp. 134-135.

554) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1154.

555) Thomas R. Hensley 외 2인, *ibid.*, p. 137.

556) 505 U.S. 577, 587 (1992).

557) 530 U.S. 793 (2000).

이 이론에 대하여는 정부의 어떠한 행위를 “강요”로 볼 것인가가 문제된다. 공립학교의 졸업식에서 성직자가 인도하는 기도를 하는 것을 위헌이라고 판시한 위 Lee v. Weisman 사건에서 이 문제가 논의되었다. 이 사건에서 Kennedy 대법관은 학생들에 대하여 졸업 행사에 참가하고 기도 중에 이탈하지 못하도록 하는 강한 압력이 있으므로 그러한 기도는 원래부터 강요적이라고 판시하였다.⁵⁵⁸⁾ 그러나 수용설을 지지하는 Scalia, Rehnquist, White, Thomas 대법관은 강요를 Kennedy 대법관보다 협의로 이해하면서, 법률이 종교적인 정설(orthodoxy)과 재정적인 지원을 강제하고 이에 위반하면 처벌한다고 위협했을 때 강요에 해당한다고 판시하였다.⁵⁵⁹⁾

이 이론에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다. 국교설립금지 규정은 수용설이 주장하는 것 이외에, 정부가 다른 종교를 가진 자들이 환영받지 못한다는 느낌을 갖게 하는 것도 방지하고 정부가 종교일 반이나 특정한 종교를 발전시키기 위하여 힘과 영향력을 행사하는 것도 금지시키고 있다고 주장한다.⁵⁶⁰⁾ Mitchell v. Helms 사건에서 O'Connor 대법관도 이러한 주장을 지지하면서 강요만이 국교설립금지 규정의 판단기준이 되는 것은 아니라고 판시하였다.⁵⁶¹⁾

다. 중립설

중립설은 정부가 종교에 대하여 중립적이어야 하므로, 정부는 세속에 비하여 종교를 어느 종교에 대하여 다른 종교를 더 편애하여

558) 505 U.S. at 593-595.

559) *ibid.*, at 640 (Scalia 대법관의 반대의견).

560) Mark Tushnet, “The Emerging Principle of Accommodation of Religion,” 76 *Georgetown Law Journal* 1691 (1988) 참조.

561) 530 U.S. at 836.

서는 안 된다고 주장한다.⁵⁶²⁾ Laycock 교수는, 실질적인 중립은 종교규정이 정부에 대하여 종교적인 믿음이나 신앙의 거부, 종교적인 실천이나 비실천, 준수나 위반을 장려하거나 저지하는 범위를 최소화할 것을 요구한다고 설명한다.⁵⁶³⁾ 이 이론은 역사적 근거에 의한 것이 아니고, 엄격분리설이 미국 역사의 종교적 전통과 관행을 무시할 수 있는 문제가 있고, 수용설이 종교적 소수파나 무종교인을 무시하는 프로그램을 지지할 수 있는 문제가 있으므로 이를 극복하기 위하여 제안되었다.⁵⁶⁴⁾

이 이론을 지지하는 연방대법관들은 국교설립금지 규정의 위배 여부를 판단하는 기준으로서 1960년대에 개발되고 1971년 *Lemon v. Kurtzman*⁵⁶⁵⁾ 사건에서 확립된 세 가지 심사기준을 적용하는 경향이 있다.⁵⁶⁶⁾ 즉, ① 입법목적이 세속적이어야 하고, ② 중요하거나 우선적인 효과가 종교를 발전시키거나 금지하는 것이어서는 안되며, ③ 정부가 종교에 지나치게 연루되는 것(excessive gov't entanglement)을 조장하여서는 안 된다는 것이다.⁵⁶⁷⁾ 이 심사기준은, 간접적으로 종교

562) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1151.

563) Douglas Laycock, "Formal, Substantive and Disaggregated Neutrality Toward Religion", 39 *DePaul Law Review*, 993, 1001(1990).

564) Thomas R. Hensley 외 2인, *ibid.*, p. 137.

565) 403 U.S. 602 (1970).

566) Thomas R. Hensley 외 2인, *ibid.*, p. 137.

567) 위 사건에서는 사립학교 교사의 봉급, 교재, 특별한 세속과목의 교재재료 비용을 변상하여 주고, 교사봉급의 15%를 초과하지 않는 범위내에서 주정부가 보조금을 지급하도록 규정하고 있던 Pennsylvania 주법이 문제되었다. 위 법률에 의하여 수혜를 받는 사립학교는 대부분 카톨릭의 교구학교였다. 이리하여 그와 같은 재정적인 지원이 국교설립금지 규정에 위배되는지 여부가 문제되었다. 위 사건에서는 학교 교사의 3분의 2가 수녀들이므로 종교단체에 의하여 고용되고 그 지시를 받을 뿐 아니라 자신의 신앙을 갖도록 가르칠 개연성이 있고 교구학교 자체가 카톨릭의 종교적 임무수행과 밀접한 관계에 있으므로 위의 요건에 반하고, 학교에 직접 재정적인 지원을 한 것이므로 *Everson v. Board of Education* 사건이나 *Board of Education v. Allen* 사건에 적용된 아동혜택이론(child benefit theory)은 적용될 수 없으므로 위헌이라고 판시되었다.

를 발전시키는 정부의 조치를 허용하고 정부와 종교의 연루가 지나치지 않으면 이를 허용하므로 엄격분리설과 구별되고, 입법목적이 세속적이지 아니한 것을 허용하지 않으므로 수용설과 구별된다.

중립설은 1970년대에는 많은 대법관들이 지지하였으나 1980년대에는 다소 지지가 줄어들었고, 1990년대의 Rehnquist 대법원에서는 수용설 지지자들이 늘어가고 있으며 확고한 중립설 지지자는 Stevens, Ginsburg 대법관 정도이다.

위 Lemon test는 아직까지 명백하게 번복되거나 폐기되지는 않았고, 최근에도 이 이론이 적용되고는 있다.⁵⁶⁸⁾ 그러나 다수의 대법관은 현재 이 이론에 불만을 표시하고 있고, 정부의 행위가 상징적으로 종교를 승인하는지 여부 또는 정부가 국교를 설립하거나 종교적인 참여를 강요하지 않는 한 합헌이라는 대안을 지지하고 있다. 최근의 국교설립금지 규정이 문제된 Santa Fe Independent School District v. Doe, 530 U.S. 290 (2000), Mitchell v. Helms, 530 U.S. 793 (2000), Good News Club v. Milford, 533 U.S. 98 (2001) 사건에서는 Lemon test를 언급하지 않고 결정되었다. 다만 상징적 승인 이론에 대하여는 그 내용이 모호하고 불확실하다는 비판이 있다.⁵⁶⁹⁾

2. 국교설립금지 규정 위배여부의 심사기준

1982년에 선고된 Larson v. Valente⁵⁷⁰⁾ 사건에서 특정 종파나 교파에 대한 차별적인 편애가 문제되었다. 위 사건에서는, 자선단체는

568) Agostini v. Felton, 521 U.S. 203, 218, 232 (1997); Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District, 508 U.S. 384 (1993).

569) 이에 대한 자세한 내용은, Steven D. Smith, "Symbols, Perceptions and Doctrinal Illusions: Establishment Neutrality and the 'No Endorsement' Test", 86 Michigan Law Review, 266 (1987) 참조.

570) 456 U.S. 228 (1982).

등록을 하고 매년 모든 수입과 경비, 자산과 기금의 주 밖으로의 이전과 이전 받는 자 및 이전목적 등을 주 정부에 보고할 의무가 있고, 다만 재정의 반 이상을 신자들의 기부금으로 충당하는 종교단체에 대하여는 이를 면제하는 Minnesota 주법이 문제되었다. 이 법률에 의하면 카톨릭과 같이 그 기준에 적합한 종교단체는 그로 인하여 아무런 부담을 받지 않지만 그렇지 못한 통일교 같은 경우에는 부담을 지게 되었다. 주 정부는 사기적인 방법에 의한 기부권유를 방지하기 위한 것이 입법목적이라고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 그와 같이 종교단체를 차별할 만한 필요 불가결한 이익(compelling interest)이 없으며, 50% 원칙은 연방헌법 수정 제1조를 제정한 헌법의 아버지들이 금지한 공적인 교파에 대한 편애에 해당하므로 위헌이라고 판시하였다. 위 사건은 정부가 종교를 차별하는 경우 엄격한 심사기준⁵⁷¹⁾을 적용하게 된다고 판시한 최초의 사건이라고

571) 미국의 위헌심사기준은 엄격한 심사기준, 합리성의 심사기준 및 엄격한 합리성의 심사기준으로 나뉜다. ① 엄격한 심사기준이 적용되는 경우에는 입법상의 차별기준이 필요불가결한 정부의 이익(compelling state interest)을 달성하기 위하여 필요한(necessary) 것이어야 하고, 입법수단은 그 목적달성에 필요하여야(necessary) 한다. 이 기준은 평등권과 관련하여 기본적 권익(fundamental interests)이나 의심스러운 차별(suspect classification)에 해당하는 법률, 표현의 자유(어떤 경우에는 간접적 규제도 포함됨), 자유로운 종교활동, 거주이전의 자유, 형사절차에 관한 권리 및 실체적 적법절차가 다시 적용된 영역 - 특히 결혼, 가족관계, 낙태 및 임신, 보다 일반적으로 말하자면 친밀한 관계의 자유(freedom of intimate association)와 관련되는 자유의 보호를 위하여 - 에서도 적용되었다. ② 합리성의 심사기준은 경제문제에 적용되고, 이에 의하면 입법목적은 정당하고(legitimate) 입법수단이 입법목적 달성과 최소한으로 합리적인 관계에 있으면 합헌이 된다. ③ 양자의 중간에 해당하는 기준이 엄격한 합리성의 심사기준(strict rationality test)이고, 중간적 심사기준(intermediate standard, middle-level scrutiny)이라고 할 수 있다. 이 기준은 평등보호영역에서 사용되고 있지만, 판례에 의하면, 차별은 “중요한 정부의 목적(important government purpose)을 달성하기 위한 것이고, 또 그 수단은 목적과 실질적으로 관련되어 있지(substantially related)” 않으면 위헌이라는 것이다. 이는 “합리성의 심사기준” 보다는 엄하게 “엄격한 심사기준” 보다는 완화하여 입법목적, 입법목적과 수단과의 관련성을 심사하는 방식이다. 이 기준은 성, 적출생 등 “준 의심스러운 차별(semi-suspect classification)”로 생각되는 부류에 적용된다(미국의 위헌심

할 수 있다.

그 후 1989년 연방대법원은 *Hernandez v. Commissioner* 사건에서, “특정 교과에 대한 편애가 존재한다는 주장이 있으면 먼저 당해 법률이 외견상 다른 종교에 비하여 그 특정 교과를 차별하는지 여부를 심사하고, 그러한 외견상의 차별이 없으면 관례에 따라 *Lemon v. Kurtzman* 사건에서 유래하는 국교설립금지 규정의 위헌 여부에 관한 세 가지 심사기준을 적용하게 된다” 고 판시하여⁵⁷²⁾ 위 판지를 재확인하였다. 최근에는 1994년의 *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*⁵⁷³⁾ 사건에서도 이와 같은 기준이 적용되었다. 이 사건의 내용은 다음과 같다. 8,500명 정도의 유대교인들이 뉴욕시에서 Monroe지역으로 이주를 하였고, New York 주는 그들이 328에이커가 되는 지역에 독자적인 도시(Village of Kiryas Joel)를 건설할 수 있도록 하였다. 이 도시의 어린이들은 장애아를 제외하고는 모두 사립 유대인 학교에 다녔다. New York 주와 연방법률은 장애아동에 대하여 특별히 공적으로 지원되는 교육을 받을 수 있도록 규정하고 있어서 이들은 장애아동을 이웃 지역의 공립학교로 보내지 아니한 채 특별한 교육을 받기를 원하였다. 이리하여 New York 주 의회는 그 지역에 특별한 교육구를 두는 법률을 제정하였고 이에 따라 그 지역에 장애아를 위한 공립학교가 설립되었다. 이에 대하여 Souter 대법관이 집필하고 Blackmun, Stevens, O'Connor, Ginsburg 대법관이 전부 또는 일부 참여한 법정외견과 Kennedy 대법관의 동조의견은, 기본적으로 위 특별한 교육구는 종교적인 기준에 따라 구역이 설정되었고, 그 교육구의 신설

사기준에 대한 자세한 내용은, 사법연수원, 미국헌법(2002), 22-29면 참조.

572) 490 U.S. 680, 695 (1989).

573) 512 U.S. 687 (1994).

은 특별한 중과를 위한 것이라는 이유로 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다.

그 외의 경우에 대하여는 위 Hernandez v. Commissioner 사건에서 판시된 바와 같이 Lemon v. Kurtzen 사건에서 판시된 세 단계의 심사기준이 적용되겠지만, 오늘날 연방대법관들이 위 심사기준을 만족스럽게 생각하지 않고 있음은 앞서 언급한 바와 같다.

IV. 국가의 종교적 관행과 국교설립금지 원칙

1. 주 의회에서의 기도

Marsh v. Chambers⁵⁷⁴⁾ 사건에서는 Nebraska 주 의회가 1965년부터 18년 간 목사를 고용하여 매 회기의 개회일에 기도를 하고 일과를 시작한 것이 문제되었다. 그러나 Burger 대법원장이 집필한 법정의견은, 의회와 다른 공공기관이 개회일에 기도를 하는 것은 식민지 시대와 제헌의회 이래로 면면히 내려오는 전통이라는 사실에 비추어 볼 때 이는 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다고 판시하였다.

이 판결은 단지 종교를 지지하는 관행만으로 Lemon test도 적용하지 않았지만, 주 의회에서의 기도는 현실적으로 분명히 종교를 발전시키고 국가와 교회를 연루시킨다고 하겠다.⁵⁷⁵⁾

574) 463 U.S. 783 (1983).

575) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1182.

2. 일요휴무 제도

McGowan v. Maryland⁵⁷⁶⁾ 사건에서는 일요일을 휴무일로 정한 Maryland 주법이 문제되었다. 이에 대하여 연방대법원은 이 법률이 강한 종교적인 연원을 두고 있기는 하지만 현재의 목적과 효과는 모든 시민이 확일적으로 휴식을 취할 수 있도록 하기 위한 것이고, 비록 일요일이 기독교 교인에게 중요한 의미를 갖지만 그로 인하여 정부의 세속적인 목적 달성이 방해받는 것은 아니라는 이유로 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다고 판시하였다.

V. 공립학교와 국교설립금지 원칙

공립학교에서는 학생들의 기도와 성경 읽기, 교과과정, 학생들의 종교적인 과외활동, 학생종교단체에 대한 재정지원, 종교단체의 학교시설이용 등이 국교설립금지 원칙에 위배되는지 여부가 문제되어 왔다. 이하에서는 이러한 문제에 관한 연방대법원의 판례를 살펴보기로 한다.

1. 기도와 성경 읽기

가. 공립학교에서의 기도가 위헌이라고 판시된 최초의 사건은 1962년의 Engel v. Vitale⁵⁷⁷⁾ 사건이다. 이 사건에서 연방대법원은 공립학교인 초등학교에서 일과시작 전에 교사의 입회 하에 기도문

576) 366 U.S. 420 (1961).

577) 370 U.S. 421 (1962).

을 낭독하게 한 것은, 그것이 비강제적이고 비종교적이라 하더라도 공금에서 급여를 지급 받는 교사가 작성한 기도문을 낭독하는 것으로서 주 정부의 재정이 관여하는 것이고 약소종교에 대한 간접적인 탄압을 초래하므로 국교설립금지 규정에 위배되어 위헌이라고 판시하였다.⁵⁷⁸⁾ 1963년 *Abington School District v. Schempp*⁵⁷⁹⁾ 사건에서는 수업이 시작되기 전에 학생들이 일제히 성경구절과 주기도문을 읽도록 하는 주 법률과 시 규정이 문제되었다. 이에 대하여 연방대법원은 비록 학생들이 읽는 내용이 주에서 만든 것은 아니지만 이는 종교적인 활동이라는 이유로 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다. 그러나 세속적인 교육 프로그램의 한 내용으로서 성경이나 종교를 객관적으로 공부하는 것은 허용된다.⁵⁸⁰⁾ 그러면 공립학교에서 자발적으로 명상 또는 기도를 하기 위하여 침묵을 하도록 하는 것은 허용되는지가 문제된다. 이와 같은 내용의 Alabama 주법이 문제된 1985년의 *Wallace, Gov't of Alabama v. Jaffree*⁵⁸¹⁾ 사건에서 연방대법원은, 입법목적이 종교를 승인하고 공립학교에서 기도를 할 수 있도록 하기 위한 것이므로 *Lemon test*의 첫 번째 심사기준에 위배되어 위헌이라고 판시하였다.

578) 당시 기도내용은 다음과 같다. “전지전능하신 하나님, 우리는 당신에게 의존하고 있음을 알고 있습니다. 우리는 당신이 우리와 우리 부모와 우리 선생님 그리고 우리 나라에 축복을 내려주시기를 바랍니다.”(ibid. at 422).

이 판결은 미국의 주류세력을 형성하고 있는 다수파에 의한 기독교 문화와 저촉되었다. 이리하여 이 판결이 선고되자 이를 번복하기 위하여 연방상원에는 5개의 헌법개정안이, 연방하원에는 29개의 헌법개정안이 제출되었고, 언론도 찬반으로 나뉘었다(자세한 내용은 Michal R. Belknap, “God and the Warren Court: The Quest for a wholesome neutrality,” 9 *Seton Hall Const. L.J.* 401 (1999) pp. 430-433 참조.

579) 374 U.S. 203 (1963).

580) ibid. at 225. 당시 여론의 70%는 이 판결에 반대하였다고 한다. Engel 사건과 이 사건에 따른 헌법개정운동의 전말은, Michal R. Belknap, ibid., p. 442 이하 참조.

581) 472 U.S. 38 (1985).

나. 이상은 모두 교실에서 일어나는 행위이다. 그러면 학생들이 교실 밖에서 특별한 행사를 하면서 기도를 하는 것은 허용되는지가 문제된다. 이 문제는 1992년에 선고된 Lee v. Weisman⁵⁸²⁾ 사건에서 다루어졌다. 구체적인 사건의 내용은 다음과 같다. Rhode Island 주의 Providence 시에서는 공립 중고등학교 교장이 졸업식에 목사를 초청하여 기도를 부탁하는 것이 허용되어 있었다. 이리하여 Weisman이 다니는 중학교의 교장이 졸업식장에 유대교 목사를 초청하여 초 교파적인 기도를 하여줄 것을 요청하였고, 초청된 목사는 비 교파적이고 주로 신에게 감사하는 내용의 기도를 하였던 것이다. 이에 Weisman은 장차 자기가 고등학교를 졸업할 때에도 목사가 졸업식장에서 기도를 할 수 있으므로 이를 배제하기 위하여 중학교 교장 및 그 지역 학교 책임자를 상대로 졸업식에 목사를 초청하여 기도하는 것을 금지하는 소송을 제기하였다. 그 소송에서 교육위원회는 졸업식에 참석하는 것이 자발적이었으므로 합헌이라고 주장하였다. 그러나 Kennedy 대법관이 집필하고 Blackmun, Stevens, O'Connor, Souter 대법관이 참여한 법정의견은 다음과 같은 이유로 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다. 즉 헌법은 정부가 고등학교 졸업식에 참석하는 대가로 종교적인 순응을 강요하는 것을 금하고 있다. 미국사회의 문화에 있어서 고등학교 졸업식은 인생에 있어서 가장 중요한 행사 중의 하나이고, 학교의 감독과 친구들의 압력으로 인하여 졸업식에 참석하거나 적어도 기도 중에 침묵하도록 요구되었고, 이는 종교행사에 참가할 것을 요구한 것과 마찬가지로 이에 대하여 Scalia, Rehnquist, White, Thomas 대법관은 기도에 참가하는 것이 강요된 바 없었다고 판단한 다음 공적인 행사에서 기

582) 505 U.S. 577 (1992).

도하는 것은 미국의 오랜 관행이라는 이유로 반대의견을 개진하였다.

다. 학생의 기도가 문제된 가장 최근의 사건은 2000년에 선고된 Santa Fe Independent School District v. Doe⁵⁸³⁾ 사건이다. 사건의 내용은 다음과 같다. Texas주의 Santa Fe 교육위원회는 매년 고등학교 학생회에서 학교 대항 축구시합을 하기 전에 기도를 할 학생을 선출하도록 하였다. 그러나 이 제도의 국교설립금지 규정 위배가 문제되자 교육위원회에서는 방침을 바꾸었다. 즉 축구시합을 엄숙하게 하기 위하여(solemnize the event) 연설이나 기도를 할 것인지 여부를 각 반에서 비밀투표로 정하도록 하고, 만약 그렇게 하는 것으로 결정되면 다음으로는 연설이나 기도를 할 학생을 선출하기 위한 투표를 하고, 그 선출된 학생은 그 축구시합을 엄숙하게 하기 위한 학교의 정책에 부합하는 범위 내에서 그 내용을 결정할 수 있도록 하였다. 이 사건에서는 그 선출된 학생이 축구시합 전에 기도를 하여 문제되었다.

이 사건에서 Stevens 대법관이 집필하고 O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg, Breyer 대법관이 참여한 법정의견은 다음과 같다. 학교는 공식적인 학교행사에서 축구시합을 엄숙하게 하기 위한 연설이나 기도를 하도록 함으로써 기도를 고무하거나 촉진하였고, 이는 실질적으로 정부가 종교를 승인하는 것에 해당한다. 나아가 학교는 축구선수, 음악대, 응원단 등에 속한 학생들로 하여금 학점을 따거나 과외활동에 참가함으로써 발생하는 혜택을 받기 위하여 축구시합에 참가하는 것을 강요한 측면이 있고, 이는 학생들에 대하여 축구시합에 참가하는 것과 종교 자체를 회피하는 것을 선택하도록

583) 530 U.S. 290 (2000).

강요하는 것이다. 그러므로 위 기도는 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다. 이에 대하여 Rehnquist, Scalia, Thomas 대법관은, 선출된 학생이 연설을 할 것인지 아니면 기도를 할 것인지 임의로 결정하는 것이므로 그 학생이 기도하기로 결정하고 기도를 하였다고 하더라도 이는 사적인 연설에 불과하다고 반대의견을 개진하였다.⁵⁸⁴⁾

라. 이상의 판례를 종합하면, 교실에서 수업시간에 앞서 기도나 묵상 또는 성경 읽기를 하는 것은 비록 자발적인 것이고 비 교파적인 것이라고 하더라도 허용되지 아니하며, 교실 밖에서 일어나는 학교행사 중에도 학교가 기도를 권장하거나 장려한다면 기도는 허용되지 않는다고 하겠다. 그러면 학생들이 졸업식장에서 자발적으로 기도할 사람을 지정하여 기도한다면 이는 허용될 것인지가 문제되는데, 항소심에서는 판례가 나뉘고 있다.⁵⁸⁵⁾⁵⁸⁶⁾

584) 위 사건에서 정부는 기도를 금지하는 것은 학생들의 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 주장하였다. 그러나 Stevens 대법관은 학교는 학생들로 하여금 무엇이든 그들이 원하는 것을 말할 수 있는 공공장소(public forum)를 만든 것이 아니고 반대로 학교가 다른 형태의 표현은 금지하면서 기도를 장려하고 촉진하고 있어서 기도를 금지하는 것이 연방헌법 수정 제1조상의 표현의 자유를 침해하는 것은 아니라고 판시하였다.

585) Adler v. Duval County School Bd., 250 F.3d 1330(11th Cir. 2001) 사건에서는 허용된다고 판시하였다. 그러나 Cole v. Oroville Union High School Dist., 228 F.3d 1092 (2000) 사건에서는 교육위원회가 이를 거절한 것은 합헌이라고 판시하였다.

586) 2002. 6. 26. 제9항소법원에서 선고된 Newdow v. U.S. Congress 사건에서는, 연방법률에 의하여 규정된 국기에 대한 맹세 중 1954년에 추가된 “신의 가호하에 (under God)”라는 부분이 국교설립금지 원칙에 위배되는지 여부가 문제되었다. 즉 California 주에서는 학생들에게 애국심을 고취시키기 위하여 초등학교에서 매일 학생들이 국기에 대한 맹세를 제창하도록 하였다. 그런데 “나는 미합중국의 국기와 모든 사람의 자유와 정의를 지키고 신의 가호하에 분리될 수 없는 하나의 국가로서, 국기가 나타내는 공화국에 충성할 것을 맹세합니다”라는 국기에 대한 맹세 중 “신의 가호하에”라는 글귀가 문제된 것이다. 이에 대하여 법관 2인의 다수의견은 위 글귀가 역사적으로 볼 때 공산주의국가와 미국을 구분하기

2. 교과과정

연방대법원은 정부가 종교적인 목적에 의하여 교과과정을 결정하는 것은 위헌이라고 판시하고 있다. 최초로 문제된 것은 1968년에 선고된 *Epperson v. Arkansas*⁵⁸⁷⁾ 사건이다. 이 사건에서는 공립학교에서 교사들이 진화론을 가르치지 못하도록 하는 Arkansas 주법이 문제되었는데, 연방대법원은 종교적인 동기에 의하여 입법되었다는 이유로 국교설립금지 규정에 위배되어 위헌이라고 판시하였다.

또한 1987년에 선고된 *Edwards v. Aguillard*⁵⁸⁸⁾ 사건에서는, 공립학교에서는 세계가 신에 의하여 창조되었다고 하는 창조설을 가르치지 않는 한 진화설을 가르칠 수 없도록 하는 Louisiana 주법이 문제되었다. 이 사건에서도 연방대법원은, 위 법률이 초자연적인 존재에 의하여 인간이 창조되었다고 하는 종교적인 관점을 장려하기 위한 것이고 종교를 승인하는 것이어서 국교설립금지 규정에 위배되어 위헌이라고 판시하였다.

위하여 종교를 발전시키고자 입법된 것이어서 Lemon test에 비추어 볼 때 위헌일 뿐만 아니라 국가가 종교적 믿음을 승인하는 것이고 학생들에게 이를 강요하는 것이어서 국교설립금지 원칙에 위배된다고 판시하였다. 그러나 나머지 법관 1인은 합헌이라고 판시하였다(판결 원문은 <http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/9th/0016423p.pdf>, -2002.11.19. 검색).

587) 393 U.S. 97 (1968).

588) 482 U.S. 578 (1987).

3. 종교적인 과외활동

가. 1948년의 *McCollum v. Board of Education*⁵⁸⁹⁾ 사건에서는, 공립학교가 부모로부터 동의를 받은 학생으로 하여금 다른 학생들은 정규수업을 받고 있는 중에 학교내에서 사적으로 고용된 외부의 종교교사에 의한 종교교육을 받을 수 있도록 한 조치가 문제되었다. 이에 대하여 연방대법원은, 이는 종교단체가 정부의 공립학교 체도를 통하여 학생을 모집하는데 도움을 주는 것이어서 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다. 그러나 1952년의 *Zorach v. Clauson*⁵⁹⁰⁾ 사건에서는, 공립학교가 다른 학생들은 정규수업을 받고 있는 중에 학교 밖에서 종교단체의 비용으로 하는 종교행사에 참석할 수 있도록 원하는 학생들을 하교시키는 것이 문제되었다. 이에 대하여 연방대법원은, 이는 단지 종교를 수용하는 것에 불과하고, 정부기금이나 시설을 이용하는 것이 아니므로 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다고 판시하였다.

나. 그러면 학생들의 종교단체가 학교시설을 이용하는 것은 허용될 것인가. 1981년의 *Widmer v. Vincent*⁵⁹¹⁾ 사건에서 연방대법원은, 주립대학이 비종교적인 학생단체에 대하여는 대학시설의 이용을 허용하면서 종교적인 학생단체에 대하여는 이를 금지한 주립대학의 조치에 대하여 표현의 자유를 침해한다는 이유로 위헌이라고 판시하였다. 다만 모든 학생단체가 학교시설을 이용할 수 있도록 하더라도 그 결과 종교적인 학생단체가 학교시설의 이용을 지배하게 되면

589) 333 U.S. 203 (1948).

590) 343 U.S. 306 (1952).

591) 454 U.S. 263 (1981).

그러한 정책의 주된 효과가 종교를 발전시키는 것이 되어 위헌이 될 수 있을 것이다.⁵⁹²⁾

1990년 Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens⁵⁹³⁾ 사건에서는 연방정부로부터 재정적 지원을 받는 모든 공립학교에 적용되는 연방 평등접근법(Equal Access Act)의 합헌성 여부가 문제되었다. 동법은 연방정부로부터 재정적 지원을 받는 공립학교로서 교과과정에 의하지 아니한 학생단체(noncurricular student groups)에 대하여 학교시설을 개방하는 모든 학교는 종교적, 정치적, 철학적 또는 표현내용을 이유로 하여 학생단체의 학교 시설에 대한 평등한 접근을 금지하여서는 안 된다고 규정하고 있다. 이에 대하여 법정의견을 집필한 O'Connor 대법관은 Lemon test를 적용하면서, ① 입법목적이 세속적이고, ② 종교단체가 학교시설을 이용하도록 허용하는 것은 정부가 종교를 상징적으로 승인하는 것으로 받아들여지지 않으므로 입법효과가 종교를 발전시키는 것도 아니며, ③ 종교단체의 모임에 교수 후원자(faculty sponsors)가 참가하는 것이 허용되어 있지 않으므로 종교와 지나치게 연루되는 것도 아니어서 합헌이라고 판시하였다. 그러나 이 경우에도 만약 공립학교에서의 종교적인 모임에 참가하는 것이 자발적이지 않거나, 학교직원이 적극적으로 그 모임에 참가하면 정부가 종교적인 모임을 후원하는 것이 되어 국교설립금지 규정에 위배될 수 있을 것이다.⁵⁹⁴⁾

592) Steven L. Emanuel, Constitutional Law, Emanuel Publishing Corp.(2000), p. 601.

593) 496 U.S. 226 (1990).

594) Steven L. Emanuel, *ibid.*, p. 602.

4. 학생종교단체에 대한 재정지원

1995년에 선고된 *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*⁵⁹⁵⁾ 사건에서는 Virginia 주립대학이 학생단체의 활동을 보조하기 위한 기금을 지급하면서 기독교학생단체가 종교적인 잡지를 발간하는데 대하여는 보조금을 지급하지 아니한 것이 문제되었다. Kennedy 대법관이 집필하고 Rehnquist, O'Connor, Scalia, Thomas 대법관이 참여한 법정의견은, 학생종교단체에 대하여 기금을 지급하지 아니하는 것은 종교적 표현에 대하여 내용에 의하여 차별하는 것이므로 허용되지 아니하고, 주립대학의 정책은 대학에서의 다양한 학생활동을 돕고 장려하기 위한 것이어서 종교에 대하여도 중립적인 것이므로, 표현의 자유를 보장하기 위하여 학생종교단체에 보조금을 지급하더라도 국교설립금지 규정에 위배되지 아니한다고 판시하였다. 이에 대하여 Souter, Stevens, Ginsburg, Breyer 대법관은, 공적 기금으로 선교활동을 직접적으로 보조하는 것은 국교설립금지 규정에 의하여 허용되지 아니한다는 이유로 학생종교단체에 보조금을 지급하는 것은 위헌이라고 판시하였다.

5. 종교단체의 학교시설 이용

1993년의 *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*⁵⁹⁶⁾ 사건에서는, 일반 종교단체가 학교시설을 이용하는 것이 문제되었다. 즉 교육위원회가 야간과 주말에 지역사회와 시민단체에

595) 515 U.S. 819 (1995).

596) 508 U.S. 384 (1993).

게 학교를 개방하도록 하면서 국교설립금지 규정을 준수한다는 이유로 학교시설을 종교적인 목적을 가진 단체에 대하여는 사용을 금지하는 규정을 제정하였고, 종교단체가 일반인을 위하여 가정과 자녀양육에 관한 영화를 상영하기 위하여 학교시설의 이용을 신청하였지만 위 규정에 따라 허용되지 않았다. 이에 대하여 연방대법원은, 이는 종교적 표현을 이유로 한 차별에 해당하므로 엄격한 심사 기준을 통과하지 못하면 위헌이 되는데, Widmer 사건에서 판시한 바와 같이 Lemon test에 의할 때 공공시설을 종교단체가 사용하도록 하는 것만으로는 국교설립금지 규정에 위배되는 것도 아니므로 그와 같은 차별을 할 만한 필요 불가결한 이익이 없어서 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 판시하였다.

최근의 Good News Club v. Milford⁵⁹⁷⁾ 사건에서는, 초등학교가 학생들의 방과후에 학교시설을 지역사회단체에 개방하면서 종교단체에 대하여는 이를 금지한 것이 다투어졌다. 이 사건에서 Thomas 대법관이 집필하고 Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy 대법관이 참여한 법정의견은, 학교가 학교시설을 지역사회에 개방함으로써 학교가 제한적인 공공장소(public forum)⁵⁹⁸⁾가 되었으므로 학교는 표현내용에 대하여는 중립적이어야 하는데, 종교단체에 대하여 학교를 개방하지 않는 것은 종교단체의 표현의 자유를 침해하는 것이고, 중

597) 533 U.S. 98 (2001).

598) 미국 헌법상의 표현의 자유와 관련하여 공공장소가 논의된다. 공공장소는, 도로, 거리, 공원 등 모든 사람에게 개방된 진정한 공공장소와 주된 목적은 표현행위를 위한 것이 아니지만 사상의 교환과 밀접한 관련이 있는 학교, 도서관 등의 반공공장소 및 공항, 교도소 등 기타의 제한된 공공장소로 나뉜다. 공공장소에서의 표현행위를 제한하기 위하여서는 그 규제방법이 내용 중립적이어야 하고, 만약 그 언론이 진정한 공공장소에서 행하여지는 경우 그에 대한 제한은 정부의 중요한 이익을 달성하기 위하여 필요한 사정을 입증할 수 있는 정도로 한정적인 경우에만 가능하다. 그러나 반공공장소에서는 좀 더 많은 제한이 가능하고, 기타의 제한된 공공장소에서는 표현의 자유가 최소한으로 보장된다(사법연수원, 미국헌법(2002), 159-160면 참조).

립적인 입장에서 종교단체에 대하여 학교시설을 개방한다고 하여 국교설립금지 규정에 위배되지도 않는다고 판시하였다. 이 판지에 의하더라도, 만약 학교가 수업시간 중에 학생들의 종교활동에의 참여를 권장하거나 종교적인 활동을 하는 등 종교단체의 활동을 강요하는 측면이 인정되는 경우에는 결론이 달라질 수 있을 것이다.

VI. 종교단체에 대한 지원과 국교설립금지 원칙

1. 교구 초·중등학교

가. 학생에 대한 지원

(1) 1947년의 *Everson v. Board of Education*⁵⁹⁹⁾ 사건에서는 New Jersey 주법에 따라 공립학교와 교구학교(parochial school)⁶⁰⁰⁾에 다니는 학생의 부모에게 버스통학비용을 환급한 지역교육위원회의 조치가 문제되었다. 이에 대하여 연방대법원은 그와 같은 환급혜택은 “교구학교를 지원하기 위한 것이 아니라, 종교에 관계없이 학생이 안전하고도 신속하게 통학할 수 있도록 그 부모를 돕기 위한 일반적인 조치에 불과하므로,”⁶⁰¹⁾ 국교설립금지 규정에 위배되지 않

599) 330 U.S. 1 (1947).

600) 미국 사립학교의 대부분은 카톨릭에서 운영하는 교구학교이다. 그러므로 본 논문의 [VI. 1. 교구 초·중등학교]에서 논하는 사건은, 특별히 종교단체에서 운영하는 학교에만 제한적으로 지원하는 경우라고 설명하는 경우 외에는 모두 공립학교와 사립학교에 대하여 지원하는 것인데, 사립학교 중에서 교구학교에 대한 지원이 국교설립금지 규정의 위배여부가 문제되므로, 이하에서 교구학교를 대상으로 하는 경우 특별한 설명이 없으면 교구학교를 포함한 모든 사립학교도 그 대상으로 한다는 점을 밝힌다.

601) *ibid.* at 18.

는다고 판시하였다.

한편 1977년의 *Wolman v. Walter*⁶⁰²⁾ 사건에서는 공립학교에 지원되는 정도로 교구학교도 지원하도록 하는 Ohio 주법이 문제되었다. 여러 지원 중 교구학교 학생들이 현장학습여행(field trip)을 가는데 드는 교통비용을 정부가 부담하도록 하는 부분에 대한 법정의견은 다음과 같다. 현장학습여행이 세속적인 과목을 공부하기 위한 것이라고 하더라도 이는 교구학교가 시기와 장소를 결정하기 때문에 수혜자는 학생이 아니라 학교이고, 그 현장학습여행은 교사의 지도내용에 의하여 보다 많은 의미를 갖게 되는데 교사들이 종교단체를 위하여 일하므로 현장학습여행이 교사의 종교적 견해에 따른 지도에 의하여 종교를 발전시키는 결과를 가져올 것이고, 공공기관으로 하여금 교구학교가 정부의 부담금을 세속적인 목적으로 이용하는지 철저히 감독할 필요가 있지만 이는 국가와 종교가 지나치게 연루되는 결과를 초래할 것이므로, 교구학교 학생들의 현장학습여행 비용을 정부가 부담하는 것은 국교설립금지 규정에 위배된다.⁶⁰³⁾

(2) 교구학교 학생들에게 세속과목 교재를 정부가 지원하는 것에 대하여는 연방대법원이 1968년 *Board of Education v. Allen*⁶⁰⁴⁾ 사건에서 공립학교 학생들에게도 동일하게 지원된다는 이유로 합헌으로 판시하였다.⁶⁰⁵⁾

602) 433 U.S. 229 (1977).

603) *ibid.* at 252-256.

604) 392 U.S. 236 (1968).

605) 다만 *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455 (1973) 사건에서는 Mississippi 주에서 실시하고 있던 공사립학교 모두에 대하여 교과서를 무상으로 대여하는 제도에 대하여 이는 흑백분리 교육을 돕는 것이라는 이유로 위헌으로 선고되었다. 즉 1954년의 *Brown* 사건으로 흑백분리교육이 위헌으로 선고되자 흑백통합교육을 회피하기 위하여 백인전용 사립학교가 1963-1964학년에는 17개뿐이었는데 1970년에는 192개로 늘어났다. 이러한 상황에서 교과서를 무상으로 대여하는 것은 결과적으로 통합교육을 방해한다고 보았던 것이다.

나. 학교에 대한 지원

(1) 자금지원

정부가 교구학교에서 세속적인 과목을 가르치는 교사의 봉급을 보조하는 것이 허용되는지 여부는 앞서 살펴본 *Lemon v. Kurtzman* 사건에서 문제되었는데, 연방대법원은 종교를 발전시키는 것으로서 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다.

1973년의 *Committee for Public Education v. Nyquist*⁶⁰⁶⁾ 사건에서 연방대법원은 주정부가 교구학교 학생의 건강과 복지 및 안전을 위하여 학교 시설과 자재를 유지 보수하기 위한 자금을 지원하는 것은 국교설립금지 규정에 위배되어 위헌이라고 판시하였다. 또한 같은 해에 선고된 *Levitt v. Committee for Public Education*⁶⁰⁷⁾ 사건에서는 교구학교에 대하여 주 정부의 요구에 따라 실시되는 학생들의 시험과 기록보존 등을 위하여 지출되는 비용을 보상하기 위하여 학생당 일정한 금액을 지급하도록 한 New York 주법이 문제되었다. 이 사건에서 연방대법원은 그러한 보상금이 종교교육을 위한 시험비용으로 지출되는 것을 방지하기 위한 보장책이 없다는 이유로 위헌이라고 판시하였다. 이상의 판례에 의하면 직접 수혜자가 교구학교인 경우에는 허용되지 않을 것으로 보인다.

그런데 1980년에 선고된 *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*⁶⁰⁸⁾ 사건에서는, 주정부가 교구학교에 대하여, 주정부가 실시하는 시험뿐만 아니라 전통적으로 학교교사의 주관 하에 실시하는 시험에 대한 실시, 평가, 자료보관 및 결과의

606) 413 U.S. 756 (1973).

607) 413 U.S. 472 (1973).

608) 444 U.S. 646 (1980).

주 정부에 대한 보고 등에 소요되는 비용을 직접 보상하는 New York 주법이 문제되었다. 이에 대하여 White 대법관이 집필한 법정 의견은 시험과목이 세속적인 것에 국한되고 있어서 입법목적이 세속적이며, 따라서 이 제도가 종교를 발전시키는 것도 아니고, 비용을 보상받고자 하는 교구학교는 정부로부터 보상금을 받는 부분에 대하여는 회계장부를 별도로 만들어 관리하면서 이를 정부에도 제출하여야 하고 정부가 수시로 교구학교의 회계를 검사한 결과 실비용을 초과하는 보상을 청구한 경우에는 지급한 비용을 회수할 수 있도록 되어 있어서 정부와 종교가 지나치게 연루되지도 않으므로, 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다고 판시하였다. 그러나 Blackmun, Brennan, Marshall 대법관은 교구학교에 대한 직접적인 지원에 대하여 위헌이라고 주장하였고, Stevens 대법관은 교구학교에 대한 여하한 지원도 허용되어서는 안 된다고 주장하면서 반대 의견을 개진하였다. 이 판례에 의하여 학교에 대한 직접적인 자금지원의 제한은 다소 완화된 것으로 이해된다.

(2) 교육용 기자재 대역

정부가 공립학교뿐만 아니라 교구학교에 대하여도 교육용 기자재를 대역하는 것에 대하여 1975년의 *Meek v. Pittenger*⁶⁰⁹⁾ 사건에서는 위헌이라고 판시하였지만, 2000년의 *Mitchell v. Helms*⁶¹⁰⁾ 사건에서는 이를 번복하여 합헌으로 판시하였다. 즉 *Meek* 사건에서는 교구학교가 그러한 기자재를 용이하게 종교교육에 사용할 수 있으므로 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다.⁶¹¹⁾ 그러나 *Mitchell* 사건에서 Thomas 대법관이 집필하고 Rehnquist, Scalia,

609) 421 U.S. 349 (1975).

610) 530 U.S. 793 (2000).

611) 421 U.S. 349, 366 (1975).

Kennedy 대법관이 참여한 법정의견은, 비록 종교적인 교육을 위한 것이라고 하더라도 다른 종교를 차별하지 않는 것이므로 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다고 판시하였다. 결론에 있어서는 법정의견과 견해를 같이 한 O'Connor, Breyer 대법관의 별개의견은, 종교에 대한 평등대우가 국교설립금지 규정에 위배되는지 여부를 판단하는 유일한 기준은 아니라고 법정의견을 비판하면서, 정부가 교구학교에 제공된 교육용 기자재가 사실상 종교교육에 이용되고 있는지 여부에 따라서 국교설립금지 규정에 위배되는지 여부를 결정하여야 하는데, 이 사건에서는 종교교육에 이용되고 있다고 인정할 만한 증거가 없기 때문에 국교설립금지 규정에 위배되지 아니한다고 판시하였다. 그러나 Stevens, Souter, Ginsburg 대법관은 국교설립금지 규정에 위배되는지 여부의 기준에 대하여 O'Connor 대법관과 같이 법정의견을 비판하면서 선례에 따라 종교교육을 위하여 이용될 수 있는 교육용 기자재를 교구학교에 대여하여서는 안 된다고 주장하였다. 이 영역에서는 앞으로 O'Connor, Breyer 대법관이 결정권을 갖게 될 것이므로, 교육용 기자재가 사실상 종교교육에 이용될 것인지, 정부가 상징적으로 종교를 승인하는 것으로 인식되어질 것인가 하는 문제를 포함하여 프로그램의 구체적인 내용에 따라서 최종결론이 달라질 것으로 예상된다.

(3) 교사의 파견

1985년의 *Aguilar v. Felton*⁶¹²⁾ 사건에서는 뉴욕시가 교육지진아를 지도하기 위하여 연방정부의 재원으로 공립학교 교사를 교구학교에 파견하여 특별교육을 하도록 한 프로그램이 문제되었다. 이 사건에서 연방대법원은 정부가 그로 인하여 종교를 발전시키는 일이 없도록 공무원을 교구학교에 파견하여 교육내용을 감시하도록 한

612) 473 U.S. 402 (1985).

조치내용이 효과적인지 여부를 판단하지는 않고 다만 그러한 조치로 인하여 정부와 종교가 지나치게 연루되어 위헌이라고 판시하였다.⁶¹³⁾ 그러나 이 판결은 1997년의 *Agostini v. Felton*⁶¹⁴⁾ 사건에서 반복되었다. *Agostini* 사건에서도 *Aguilar* 사건에서와 마찬가지로 교육지진아를 지도하기 위하여 연방정부의 재원으로 공립학교 교사를 교구학교에 파견하여 특별교육을 하는 것이 문제되었다. O'Connor 대법관이 집필하고 Rehnquist, Scalia, Kennedy, Thomas 대법관이 참여한 법정의견은, ① 공립학교의 교육기능을 직접적으로 돕는 모든 정부 지원이 무효인 것은 아니고, ② 공립학교 교사가 교구학교 교실에 있다고 하여 교회와 정부가 상징적으로 합쳐져 있다고 하는 인상을 남기지도 않으며, ③ 교육 프로그램은 교구학교에 수화교사를 보내는 것과 다를 바 없고,⁶¹⁵⁾ ④ 매달 한번씩 사전 예고 없이 공무원이 교구학교에 가서 감독을 하는 것만으로 종교적인 교육을 하지 않도록 감시하는 것으로서 충분하고 그로 인하여 정부와 종교가 지나치게 연루되는 것도 아니므로, 국교설립금지 규정에 위배되지 아니한다고 판시하였다. 그러나 Ginsburg, Stevens, Souter, Breyer 대법관은 반대의견에서, 이 프로그램에 의하여 교구

613) 같은 해에 선고된 *School District of Grand Rapids v. Ball*, 473 U.S. 373 (1985) 사건에서는, 공립학교 교사가 정규수업일에 교구학교에 가서 그 학교 학생의 수화보충수업을 위한 지역사회 프로그램에 참여하는 것이 문제되었다. 이 사건에서 연방대법원은 당해 교사가 당해 학교의 종교적인 교리에 따라 교육함으로써 학생들에게 종교적 교육을 강화할 우려가 있고 학생들에게 정부와 종교가 공생적 관계에 있다는 인상을 심어줄 수 있으며 또한 공립학교를 보조하는 결과가 되므로 국교설립금지 원칙에 위배된다고 판시하였다.

614) 521 U.S. 203 (1997).

615) 이는 *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993) 사건에서 연방대법원이 정부가 교구학교 학생을 위하여 수화교사를 제공하는 것을 합헌이라고 판시한 것을 염두에 둔 표현이다. 이 사건 이전에도 1977년의 *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 사건에서, 학생들의 건강과 교육문제를 검사하기 위하여 교구학교로 그 직원을 보내어 진료하도록 하는 것을 합헌이라고 판시한 바 있다.

학교가 지진아를 지도하기 위하여 지출해야만 하는 비용을 종교적인 교육을 위하여 활용할 수 있도록 하는 것이어서 이는 교구학교에 대한 재정적 보조에 해당하고, 교구학교 내에서 가르치는 것은 종교를 공적으로 승인하는 인상을 줄 수 있다고 주장하면서 국교설립금지 규정에 위배된다고 주장하였다.

이 판례는, 정부가 교구학교의 교사에게 봉급을 지급할 수 없는 법리에 대하여 아주 제한적인 예외에 해당하는지 아니면 정부가 종교단체를 지원하는데 대한 전통적인 제한을 완화하는 새로운 시작을 의미하는지 여부가 분명하지는 않다. O'Connor 대법관이 법정의견 말미에서 ① 교구학교에 대한 지원이 종교를 가르치는데 사용되어지거나, ② 지원에 있어서 종교에 따라 수혜자를 제한함으로써 일부 종교를 편애하거나, ③ 지원에 의하여 정부와 종교가 지나치게 연루되는 경우에만 허용되지 않는다고 판시하였다.⁶¹⁶⁾ 이는 정부의 종교에 대한 지원의 허용여부를 판단함에 있어서 새로운 심사기준이 될 수도 있을 것이다.

다. 학부모에 대한 지원

1973년에 선고된 *Committee for Public Education v. Nyquist*⁶¹⁷⁾ 사건과 *Sloan v. Lemon*⁶¹⁸⁾ 사건에서는, 교구학교를 포함한 사립 초·중등학교에 다니는 학생들에 한하여 일부 수업료를 환급하고 학부모에게 감세 혜택을 주는 제도가 문제되었다. 즉 *Nyquist* 사건에서는 연간 소득이 15,000달러 이하인 학부모에게는 등록금의 반까

616) 521 U.S. 203, 234 (1997).

617) 413 U.S. 756 (1973).

618) 413 U.S. 825 (1973).

지 환급하고 연간 소득이 25,000달러 이하인 학부모에게는 감세 혜택을 주도록 한 New York 주법이 문제되었고, Solan 사건에서는 모든 학부모들에게 등록금의 일부를 환급하도록 하는 Pennsylvania 주법이 문제되었다. 연방대법원은 위 두 사건에서 각 법률에 따른 혜택이 비록 교구학교가 아닌 학부모에게 직접 제공되는 것이기는 하지만 그러한 지원이 교구학교를 포함한 사립학교 학생의 부모에게만 제공되는 것이므로, 주된 효과가 종교를 발전시키는 것이어서 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다.

그러나 1983년의 *Mueller v. Allen*⁶¹⁹⁾ 사건에서는 공립학교와 교구학교에 다니는 모든 학생들의 부모에 대하여 등록금, 교과서대금, 교통비용 등 교육비를 유치원에서 6학년까지는 500달러 이하를, 7학년부터 12학년까지는 700달러 이하를 감면해주는 Minnesota 주법이 문제되었다. 법정의견은 Lemon test를 적용하여 합헌이라고 판결하였다. 즉, 첫째 공사립학교를 불문하고 모든 학부모에 대하여 적용되고 이는 지역사회의 정치적, 경제적 건강을 위하여 훌륭하게 교육 받은 시민을 키우기 위한 것이므로 입법목적이 세속적이고, 둘째 세금감면은 많은 공제사항 중의 하나이고 그 금액이 제한적이며 모든 공사립학교 학부모에게 적용되므로 그 효과가 종교를 발전시키는 것도 아니고, 셋째 정부가 교구학교를 감독하도록 되어 있지 않아서 정부와 종교가 지나치게 연루되지도 않는다. 그러나 Marshall, Brennan, Blackmun, Stevens 대법관은, 국교설립금지 규정은 직접적이든 간접적이든 종교교육을 보조하는 것을 금지하고, 세금공제를 포함한 모든 세금혜택이 교구학교 학생의 부모 뿐만 아니라 공립학교 학생의 부모에게도 동일한 혜택을 준다고 하더라도 이는 국교설립금지 규정에 위배된다고 반대의견을 개진하였다.

619) 463 U.S. 388 (1983).

이상의 판례를 종합하면 공립학교 학생의 부모를 제외한 교구학교 학생의 부모에게만 세제상의 혜택을 준다면 이는 국교설립금지 규정에 위배되어 허용되지 않는다고 하겠다. 그러나 공립학교뿐만 아니라 사립학교 학생의 부모에게도 동일하게 세제상의 혜택을 준다면 적어도 위 Mueller 사건의 법정의견에 의할 때, 다른 기준에 위배되지 않는 한 허용될 것으로 보인다.

2. 종립 대학

가. 대학에 대한 지원

Tilton v. Richardson⁶²⁰⁾ 사건에서는 종교적인 활동이나 교육 이외에 이용될 대학시설을 건축하기 위하여 종립대학(일반 사립대학 포함)에 연방기금을 보조하거나 대여해주는 1963년의 고등교육시설법(Higher Education Facilities Act)이 문제되었다. 이 사건에서 법정의견은 Lemon test를 적용하여 그러한 지원 자체는 합헌이라고 판시하였다. 즉 첫째 이 법은 고등교육을 받고자 하는 학생수가 급격히 증가함에 대처하기 위하여 대학시설을 확장하기 위한 것이므로 입법목적이 세속적이고, 둘째 이 법은 기금이 종교적인 목적으로 이용되지 못하도록 엄격하게 제한을 하고 있으므로 종교를 발전시키는 것이 아니고, 셋째 다툼이 되고 있는 대학의 종교적 색채가 강하지 않으며,⁶²¹⁾ 기금 보조는 1회에 국한되고, 정부가 보조를 받는

620) 403 U.S. 672 (1971).

621) 이 사건에서 문제가 된 4개의 대학은 모두 카톨릭 대학이었다. 그러나 비카톨릭 학생도 입학할 수 있고, 비카톨릭도 교수로 임용될 수 있었다. 또한 대학내에서 카톨릭 종교행사가 거행되지만 학생들의 참여가 강제되지도 않았을 뿐만 아니라, 신학과목을 이수하도록 되어 있기는 하지만 이는 학문적인 관점에서 이수를 요하는 것이었으며, 그 내용은 다양한 인간의 종교적인 체험이 포함되어 있

대학을 매년 회계감사를 하거나 종교적인 활동이 아닌 세속적인 활동을 위한 지출을 분석하는 것도 아니므로 정부와 교회의 접촉은 최소한으로 유지될 수 있어서 정부와 종교가 지나치게 연루되지 않으므로 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다. 다만 위 법이 20년 후에는 대학측에서 건물을 종교적 목적에 사용하더라도 정부의 반환청구권이 소멸한다는 규정에 의하여 그 기간 후에는 종교를 발전시키는 효과를 가져올 수 있으므로 위 규정은 위헌이다. 그러나 Douglas, Black, Marshall, Brennan 대법관은, 종립대학의 경우에도 정부가 대학에 직접 재정적인 지원을 하는 것은 국교설립금지 규정에 위배된다고 반대의견을 개진하였다.

주 정부에서 종립대학(일반 사립대학 포함)이 비종교적인 목적으로 사용하기 위한 건물을 신축하는 것을 재정적으로 지원하기 위하여 그러한 대학이 세입담보증서(revenue bond)를 이용하고 그 후 그 대학의 재원으로 채무를 변제하도록 한 주 법률이 문제된 1973년의 Hunt v. McNair⁶²²⁾ 사건에서도 위 판지는 유지되었다.

이상의 사건은 모두 정부의 지원이 1회적인 경우이다. 그런데 1976년의 Roemer v. Board of Public Works⁶²³⁾ 사건에서는 정부가 종립대학(일반 사립대학 포함)을 매년 지원하는 것이 문제되었다. 즉 Maryland 주 정부는 신학이나 이념적인 과정에 등록한 학생 수를 제외한 모든 사립대학에 등록한 학생 수에 따라 정부가 공립대학의 학생에게 지출하는 비용의 15%를 보조하였다. 이에 대하여 Blackmun 대법관이 집필하고 Burger, Powell 대법관이 참여한 법정 의견은, 첫째 혜택을 받는 종립대학이 종교적 색채를 많이 띠지

었고 카톨릭에 대하여만 국한되어 있는 것도 아니었다(403 U.S. 672, 686-687 (1971)).

622) 413 U.S. 734 (1973).

623) 426 U.S. 736 (1976).

않고 있으며⁶²⁴⁾ 본질적으로 세속적인 교육기능을 담당하고 있어서 입법목적은 사립고등교육기관을 지원하는 것으로서 세속적이고, 둘째 주법은 보조금이 종교적인 활동을 지원하기 위하여 사용되어져서는 안 된다고 규정하고 있어서 그 효과도 종교를 발전시키는 것이 아니며, 셋째 정부의 감독은 매년 종립대학이 기금을 세속적으로 지출하였다는 사실을 밝히기 위한 지출내역서 및 소명자료를 정부에 제출하고 정부는 이를 검토하여 필요한 경우에 한하여 하루 이내에 회계감사를 하는 것에 불과하여 정부와 종교가 지나치게 연루되지도 않으므로 합헌이라고 판시하였다. 그리고 White, Rehnquist 대법관의 동조의견은, 법정의견이 Lemon test를 적용한 것에 대하여 반대하면서도 법률이 종교적 목적으로 제정된 것이 아니고 주된 효과가 종교를 발전시키는 것도 아니므로 합헌이라고 판시하였다. 그러나 Brennan, Marshall, Stewart, Stevens 대법관은 위 법률은 위헌이라고 반대의견을 개진하였다.

이상의 판결을 종합하면 종립대학의 경우에는 교구 초·중등학교의 경우보다 더 많은 재정적 지원이 가능할 것으로 보인다. 대법원의 다수의견은 종립대학과 교구 초·중등학교는 종교적 색채의 정도가 아주 다르다는 사실을 전제로 하고 있지만, 현실적으로 교구 초·중등학교의 경우에 종교적 색채가 적은 학교가 있는가 하면 종립대학의 경우 종교적 색채가 짙은 대학도 있는 사실이 고려되어야 할 것이다.⁶²⁵⁾

624) 이 사건에서 문제가 된 종립대학은 모두 카톨릭 대학이었다. 연방지방법원은 다음과 같은 사정을 종합하여 대학이 종교적 색채가 강하지 않다고 판단하였고, 연방대법원도 이를 받아들였다. 즉 각 대학의 이사회에 카톨릭 교단이 관여하고 있지만 상당한 정도로 대학의 자치가 보장되어 있고, 대학내에서 카톨릭 종교행사가 거행되지만 그 참여가 강제되어 있는 것은 아니며, 학생들에게 종교나 신학과목의 이수를 요구하고 있지만 수업은 학문의 자유가 보장되는 분위기 속에서 진행되며, 일부 강의에서는 수업전에 기도를 하고 진행하지만 수업은 학문적으로 진행되고 있었다(426 U.S. 736, 755-759 (1976)).

나. 대학생에 대한 지원

1986년의 *Witters v. Washington Department of Services for the Blinds*⁶²⁶⁾ 사건에서는, Washington 주가 맹인에 대한 직업훈련을 지원하는 프로그램을 만들었는데 목사, 전도사 또는 청년지도자가 되기 위하여 기독교 대학에 재학중인 맹인학생이 그 프로그램에 따라 주 정부에 보조금신청을 하였으나 주 정부는 신청인의 직업훈련은 종교교육을 받는 것이라는 이유로 이를 거절하여 문제되었다. 연방대법원은 전원일치로 그 맹인학생에게도 보조금을 지급하여야 한다고 판시하였다. 즉 첫째 입법목적은 직업훈련을 통하여 시력 장애가 있는 자들의 복지를 증진시키기 위한 것으로서 세속적이고, 둘째 공·사립, 종립·비종립을 불문하고 모든 대학생이 혜택을 받을 수 있고, 정부는 신청인에게 보조금을 지급할 뿐이고 그 보조금을 종교단체에 지급하는지 여부는 신청인의 선택에 달려있는 것이고, 따라서 신청인이 그 보조금을 종교단체에 지급하더라도 그로 인하여 정부가 종교를 승인하는 메시지를 전하는 것도 아니므로 그 효과가 종교를 발전시키지도 않는다. 그러므로 정부가 신청인에게 보조금을 지급하더라도 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다.⁶²⁷⁾

625) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1197.

626) 474 U.S. 481 (1986).

627) 정부가 보조금의 지출과 관련하여 종교단체를 감독하기 위한 제도가 마련되어 있지는 않았다. 법정의견은 정부와 종교의 지나친 연루문제가 당사자 사이에 쟁점이 되어 있지 않아서 판시한 바가 없지만, 별개의견을 개진한 Powell, Burger, Rehnquist 대법관은 정부와 종교가 지나치게 연루되지 않는다고 언급하였다.

3. 학교 외의 종교단체

1988년의 *Bowen v. Kendrick*⁶²⁸⁾ 사건에서는 청소년의 혼전 성교와 임신으로 인하여 발생하는 제반문제에 대처하기 위하여 제정된 연방 청소년가족생활법(*Adolescent Family Life Act*)이 문제되었다. 이 법은 청소년의 혼전 성관계와 임신으로 인한 문제 해결에 도움을 주거나 그러한 문제를 연구하는 공공기관, 비영리 사설조직이나 기관에 연방기금을 지급하되, 그러한 기금을 지급받기 위하여서는 당해 단체가 가족생활과 청소년의 혼전 성관계 문제와 관련되는 여러 가지 형태의 상담과 교육을 할 수 있는 조직을 갖추고 있을 것을 규정하고 있었다. 청소년의 혼전 성관계 문제가 복잡하여 정부조직뿐만 아니라 종교나 자선단체 등의 참여가 필요하였고, 그 기금은 가족계획이나 낙태를 위하여 사용될 수는 없도록 규정되어 있었다. 이리하여 실제 그 기금을 지급받는 단체의 대다수는 종교단체였기 때문에 종교단체에게 그 기금을 지급하는 것이 과연 국교설립금지 규정에 합치되는지 여부가 문제되었다.⁶²⁹⁾

이에 대하여 Rehnquist 대법원장이 집필하고 White, O'Connor, Scalia, Kennedy 대법관이 참여한 법정의견은 Lemon test를 적용하여 다음과 같은 이유로 합헌으로 판시하였다. 첫째 위 법률은 청소년의 성관계와 임신 및 출산으로 인한 사회경제적인 문제를 없애거나 줄이기 위한 세속적인 목적으로 제정되었고, 둘째 비록 종교단체가 일정한 역할을 담당하는 것을 허용하기는 하지만 종교단체를 다

628) 487 U.S. 589 (1988).

629) *Bradfield v. Roberts*, 175 U.S. 291 (1899) 사건에서는 종교단체가 관계하는 병원 건물을 정부가 신축해주는 것을 합헌이라고 판시한 바 있다.

른 단체에 비하여 우대하는 것이 아니므로 종교를 발전시키는 것도 아니고, 셋째 기금을 받는 종교단체가 교구 초·중등학교처럼 종교적인 색채가 진하지 않고, 정부가 종교단체를 감독하지도 않으므로 정부와 종교가 지나치게 연루되는 것도 아니어서 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다. 그러나 Blackmun, Brennan, Marshall, Stevens 대법관은, 이 법률이 종교단체에 대하여 종교적인 활동에 의한 참여를 제한하지 아니한 채 중요한 교육과 상담활동을 하도록 하고 있어서 그 기금을 종교적인 교육을 위하여 사용하는 것을 장려하고 있으므로 종교를 발전시키는 효과가 있다는 이유로 반대의견을 개진하였다.

이 판결에 의하면 자선활동을 하는 종교단체가 정부기금을 받더라도 합헌이 될 것이다.

4. 과세문제

1970년의 Walz v. Tax Commission⁶³⁰⁾ 사건에서는 종교단체에 대하여 재산세를 면제해주는 New York 주법이 문제되었다. 이 법률은 종교단체의 재산세만 면제한 것이 아니라 종교, 교육, 자선의 목적으로만 사용되는 재산에 대하여 재산세를 면제하였다. 상고인은 종교적인 예배만을 목적으로 하는 종교재산에 대하여도 면세를 하는 것은 국교설립금지 규정에 위배된다고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 다음과 같은 이유로 합헌으로 판시하였다. 이 법률은 병원, 도서관, 사설 보육원, 과학적·전문적·역사적·애국적 단체를 포함하는 모든 비영리적이고 準公的인 기관에 의하여 소유되는 종교적 예배를 위한 가옥에 대하여서도 재산세를 면제하고 있다. 그러

630) 397 U.S. 664 (1970).

므로 이 법률의 입법목적은 지역사회에 중요한 비영리 기관을 지원하기 위한 것이고, 종교를 발전시키지도 않으며, 정부와 종교가 지나치게 연루되게 하는 것도 아니고 만약 면세하지 않으면 오히려 정부가 교회재산을 평가하고 그 과정에서 교회와 대립하거나 분쟁이 생길 수 있어서 정부와 종교가 과도하게 연루될 수 있어서 이 법률은 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다. 이 사건에서 Douglas 대법관은 유일하게 반대의견을 개진하였다.

그러나 1989년 *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*⁶³¹⁾ 사건에서는, Texas 주법이 종교적 신앙에 근거하여 신앙 전도만을 목적으로 하여 출간되고 판매되는 정기간행물이나 서적에 대하여 소비세(sales and use tax)를 면세하여 문체되었다. Brennan, Marshall, Stevens 대법관의 법정외의견은 Walz 사건에서는 종교단체 뿐만 아니라 다른 비영리단체도 수혜자였음을 지적하면서, 정부가 종교단체에 한하여 직접 보조금을 지급하는 것은 연방헌법 수정 제1조상의 종교활동의 자유를 보장하기 위하여서도 필요한 것이 아닐 뿐만 아니라 이는 부당하게 정부가 종교를 지원하는 것으로서 정부가 종교를 승인하는 메시지를 나타내는 것이므로 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다. Blackmun, O'Connor 대법관의 동조의견은, 종교적인 출판물에 한하여 면세를 하는 것은 종교를 우대하는 것이어서 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다. 이에 대하여 Scalia, Rehnquist, Kennedy 대법관은 이는 허용되는 정부의 종교에 대한 수용이고, 종교를 발전시키기 위한 것도 아니고 그러한 효과도 없으며 정부와 종교를 지나치게 연루시키지도 않는다고 반대의견을 개진하였다.

위 각 판례를 종합할 때, 정부가 종교단체에 대하여서만 세금혜택

631) 489 U.S. 1 (1989).

을 주는 것은 국교설립금지 규정에 위배되어 허용되지 않지만, 비종교적인 자선단체에 대하여 세금혜택을 주면서 종교단체에 대하여도 동일한 세금혜택을 준다면 이는 허용될 것이다.⁶³²⁾

VII. 정부재산상의 종교적 장식과 국교설립금지 원칙

1. 예수의 탄생장면과 촛대 장식

1984년의 Lynch v. Donnelly⁶³³⁾ 사건에서는 정부가 크리스마스를 축하하기 위하여 비영리단체가 소유하는 공원에 마구간 속의 아기 예수상을 설치한 것이 문제되었다. Burger 대법관이 집필하고 White, Powell, Rehnquist, O'Connor 대법관이 참여한 법정의견은 다음과 같은 이유로 합헌이라고 판시하였다. 즉 초대 대통령 George Washington이 자연의 혜택을 신에 의한 선물로 생각하고 이에 대하여 감사하기 위한 종교적 기념일로 추수감사절 (Thanksgiving Day)을 공포한 것에서부터 동전에 새겨진 “In God We Trust”에 이르기까지 종교는 전통적으로 정부의 일부였다. 그러므로 위와 같은 장식은 크리스마스를 축하하고 그 淵源을 설명하기 위한 세속적인 목적에 의한 것으로 이해할 수 있고, 일반인이 그 장면을 볼 때 정부가 종교를 승인하는 것으로 생각하지 않을 것이므로 실질적으로 종교를 이롭게 하지도 않을 것이며, 따라서 정부와 종교가 지나치게 연루되지도 않는다. 그러나 Brennan, Marshall,

632) Jimmy Swaggart Ministries v. California Board of Equalization, 493 U.S. 378 (1990) 사건에서는, 종교 단체는 종교적인 용품과 인쇄물을 판매하는데 대한 일반적인 소비세(sales and use tax) 지급을 거절할 헌법상 권리가 없다고 판시하였다.

633) 465 U.S. 668 (1984).

Blackmun, Stevens 대법관은, 위 장식은 마구간 속의 아기 예수상이 전하는 종교적 상징과 신학적 소식(theological tidings)을 지원하기 위하여 공공의 재원을 지출한 것이므로 종교적 편애를 한 것에 해당하여 국교설립금지 규정에 위배된다고 반대의견을 개진하였다.

이 판결의 범정의견에 대하여는 마구간 속의 아기 예수상은 기독교인에게는 기본적인 종교적 상징이고 비기독교도들에게도 그와 같이 인식될 것이라는 점을 지적하는 비판이 있다.⁶³⁴⁾ 위 판례는 그 후 1989년의 *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*⁶³⁵⁾ 사건에서 번복되었다. 이 사건에서는 두 개의 장식이 문제되었다. 하나는 크리스마스 철에 Allegheny County 법원의 Grand Staircase에 카톨릭 단체가 마구간 속의 아기 예수상과 촛대를 설치하고 그것을 “Holy Name Society”가 장식했다는 표시를 하여 둔 것이고, 다른 하나는 시청과 County 건물의 입구에 유대교 단체가 크리스마스 나무 옆에 18피트 높이의 촛대를 설치하고 주위에 “Salute to Liberty” 라는 표시를 하여 둔 것이다. 이 사건에서는 연방대법관 사이의 견해가 다양하게 나뉘었다. Brennan, Marshall, Stevens 대법관은 Lemon test를 적용하여 위 장식 모두 허용될 수 없는 종교에 대한 지원으로서 국교설립금지 규정에 위배된다고 판시하였다. 그러나 Kennedy, Rehnquist, Scalia, Marshall 대법관은 정부가 종교에 직접적인 이익을 주거나 종교적 믿음을 강제하지 않는 한 종교는 허용되는데, 위 각 장식은 그 어느 경우에도 해당하지 아니하므로 국교설립금지 규정에 위배되지 아니한다고 판시하였다. 이리하여 결정권은 Blackmun, O'Connor 대법관이 갖게 되었다. 이들은 전자의 장식에 대하여는 세속적인 정부의 장식이라고는 볼 수 없는

634) Erwin Chemerinsky, *ibid.*, p. 1179.

635) 492 U.S. 573 (1989).

종교적 메시지를 전달하기 때문에 국교설립금지 규정에 위배되고, 후자의 장식물인 촛대에 대하여는 세속적인 면과 종교적인 면을 모두 갖추고 있지만 그 메시지는 기본적으로 자유의 가치를 승인하는 세속적인 것이고, 촛대와 크리스마스 나무 및 표시는 전체적으로 볼 때 그 목적은 허용될 수 있고, 종교를 지원하는 것도 아니며, 정부와 종교를 지나치게 연루시키는 것도 아니어서 국교설립금지 규정에 위배되지 아니한다고 판시하였다. 결국 전자의 장식은 위헌이고, 후자의 장식은 합헌으로 선고되었다.

2. 십자가 설치

1995년에 선고된 *Capitol Square Review Board v. Pinette*⁶³⁶ 사건에서는 KKK 단원이, 다양한 단체가 자신의 의사를 표현하는 활동장소로 사용되던 Ohio 주 의회 앞에 있는 주 소유 공원에 십자가를 세우는 것이 문제되었다. 국교설립금지 규정에 위배되지 않는다고 판결되었지만 그 논거가 일치되지는 않았다. Scalia 대법관이 집필하고 Rehnquist, Kennedy, Thomas 대법관이 참여한 법정의견은 다음과 같이 주장하였다. 표현행위가 정부에 의한 것이 아니라 개인에 의한 경우에는 합리적인 관찰자(reasonable observer)라고 하는 심사기준을 적용하여서는 안 된다. 정부가 의도적으로 종교를 승인한다고 하는 믿음을 촉진시키거나 강화시키는 경우에만 국교설립금지 규정에 위배된다. 이 사건에서 정부는 공원에서의 장식물 설치에 관하여 항상 종교단체나 비종교단체에 대하여 동등한 정책을 펴왔으므로 그 정책은 종교와 비종교에 대하여 중립적이었다. 따라서 합리적인 관찰자가 정부는 종교를 승인한다고 믿든 그렇지 않든, 주

636) 515 U.S. 753 (1995).

소유 공원에 십자가를 세우는 행위를 허가한다고 하더라도 국교설립금지 원칙에 위배되지 아니한다.

한편 O'Connor, Souter, Breyer 대법관 등 3인의 동조의견은 다음과 같다. 국교설립금지 규정의 위배 여부는 합리적인 관찰자를 기준으로 판단하여야 한다. 공공장소에서의 정부의 행위가, 의도적이지 않거나 실제적으로 장려하는 것이 아니라고 하더라도 종교를 승인하는 효과를 가져온다면 국교설립금지 원칙에 위배된다. 그런데 합리적인 관찰자는 종교적인 시설물이 설치되는 지역사회와 장소의 역사와 내용을 아는 자이어야만 하지 우연히 지나가는 사람이어서는 안 된다. 전자와 같은 사람은 위 공원이 내용 중립적으로 모든 개인에게 표현물을 전시할 수 있도록 개방되어 있음을 알 것이므로, 이는 국교설립금지 원칙에 위배되지 않는다.

그러나 Stevens 대법관은 “국교설립금지 규정은 공공 재산상에 종교적인 상징물을 설치해두는 것을 강력하게 반대한다고 해석되어야 한다”는 점을 지적하면서 O'Connor 대법관의 합리적인 관찰자에 대한 해석을 비판하고, 주의회 의사당 앞에 설치해둔 어떠한 상징물에 대하여도 합리적인 관찰자는 정부가 그 메시지를 지지하고 돕는다고 생각할 것이므로 국교설립금지 규정에 위배된다고 반대의견을 개진하였고, Ginsburg 대법관은 십자가가 KKK단원에 의하여 설치되고 정부가 그 의미를 승인하는 것이 아니라고 하는 표시가 전혀 없다는 사정을 지적하면서 반대의견을 개진하였다.

결국 정부재산상의 종교적 상징물 설치에 위 Pinette 사건에서 결정권을 행사한 O'Connor, Souter, Breyer 대법관의 주장에 따라 특정한 상황에서 특별한 상징물에 의하여 정부가 종교를 승인하는 것으로 인식될 것 같은지 여부에 따라서 결정될 것이다. 그러나 상징적으로 승인한다는 심사(symbolic endorsement test) 자체가 분명하

지는 않기 때문에 어떠한 상징이 어떠한 상황 하에서 허용되거나 금지되는지 예견하기가 용이하지는 않을 것 같다.⁶³⁷⁾

VIII. 한국에서의 적용문제

1. 헌법규정의 해석

가 종교의 개념

우리 헌법 제20조는 제1항에서 “모든 국민은 종교의 자유를 가진다”고 규정하여 종교행위의 자유를 보장하면서, 제2항에서 “국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다”고 규정하여 국교설립 금지 원칙과 정교분리원칙을 규정하고 있고, 이는 제헌헌법 이래 헌법에 규정되어 왔다.⁶³⁸⁾

헌법 제20조상의 종교의 개념에 대하여, 김철수 교수는 특별한 설명 없이 다만 신앙의 자유를 설명하면서 “신앙이라 함은 신과 피안에 대한 인간의 내적 확신을 말한다”고 설명하고 있고,⁶³⁹⁾ 권영성 교수는 “인간의 상념의 세계에서만 존재할 수 있는 신이나 절대자 등 초월적 존재를 신봉하고 그것에 귀의하는 것”이라고 정의하고 있으며,⁶⁴⁰⁾ 허영 교수는 “신과 피안에 대한 우주관적인 확신”으로 설명하고 있고,⁶⁴¹⁾ 성낙인 교수는 “신이나 절대자를 인정하여 일정

637) Alabama 주대법원장이 Montgomery에 있는 주대법원 청사에 십계명을 새긴 기념물을 설치한 것에 대하여 관할 연방지방법원 판사는 2002. 11. 18. 이는 국교설립금지 원칙에 위배되므로 이를 치우도록 하는 판결을 선고한 바 있다 (New York Times internet 판 2002. 11. 18.자).

638) 제헌헌법 제12조 제2항 : 국교는 존재하지 아니하며 종교는 정치로부터 분리된다.

639) 김철수, 헌법학개론, 박영사(2002), 617면.

640) 권영성, 헌법학원론, 법문사(2002), 458면.

한 양식 아래 그것을 믿고, 숭배하고 받들음으로써 마음의 평안과 행복을 얻고자 하는 정신문화의 한 체계”라고⁶⁴²⁾ 설명하고 있다.

생각건대, 미국의 경우에는 건국 당시부터 기독교가 미국민의 생활의 일부를 차지하고 있었지만, 우리의 경우 헌법제정 당시 비록 유교가 우리 국민의 일상생활 속에 깊은 뿌리를 내리고 있었지만 그 외 신의 존재를 전제로 하는 종교가 전체 국민생활의 일부가 되지는 않았고, 현재도 마찬가지이다. 그러므로 우리 헌법의 해석상 종교는 미국 연방대법원이 초기에 판시한 바와 같이 절대적인 존재로서의 신을 전제로 하여 정의할 수는 없을 것이다. 세계적으로 다양한 형태의 종교가 존재하고 있을 뿐만 아니라 우리나라에도 다양한 형태의 종교가 존재하고 있는 이상, 모든 종교를 포섭하는 종교의 개념을 법률적으로 정의하는 것은 사실상 불가능에 가깝다고 하겠다. 미국 연방대법원이 신앙을 이유로 한 병역거부가 다루어진 Seeger 사건과 Welsh 사건에서 개인의 성실한 믿음을 중시하였다. 그렇다면 종교적 가르침 역시 성실한 믿음을 유발할 수 있어야 할 것이다. 그런 점에서 종교의 개념은, 세계 4대 종교에 해당하는 유교, 불교, 기독교, 이슬람교의 가르침 및 이에 필적할 만한 교리로서 마음의 평안과 행복을 줄 수 있는 가르침으로 정의하면 어떨까 한다.

나. 정부와 종교의 관계

건국초기부터 기독교적인 문화와 종교가 뿌리를 내리고 있었던 미국에서도 엄격분리설, 수용설, 중립설이 다투어지고 있고, 연방대법원 판례도 시대에 따라서 일정하지 아니한 사실은 앞서 본 바와

641) 허영, 한국헌법론, 박영사(2002), 388면.

642) 성낙인, 헌법학, 법문사(2001), 359면.

같다. 우리나라에는 과거 조선시대까지 불교 또는 유교가 국교로 인정되었지만, 제헌헌법 제정 당시에는 미국의 국교설립금지 규정과 일본 헌법 제20조의 종교의 자유 규정을 참조하여 국교설립금지 규정을 헌법에 명문화한 것으로 짐작된다.⁶⁴³⁾ 대통령의 성향에 따라서 정부의 종교간 차별이나 특정 종교에 대한 편애가 문제되고 있는 우리 사회에 있어서 과연 어떠한 입장을 취하는 것이 바람직할 것인지 문제된다. 미국사회가 보수화 되어 가면서 수용설을 지지하는 대법관이 늘어나 현재는 Rehnquist 대법원장을 비롯하여 Scalia, Kennedy, Thomas 대법관이 수용설을 지지하는 것으로 보이지만, 아직 연방대법원의 다수를 차지하지는 못하고 있다.⁶⁴⁴⁾ 우리의 경우 다종교사회에서 종교간의 분쟁을 방지하여 국민통합을 이루기 위해서는 수용설 보다는 엄격분리설이나 적어도 중립설의 측면에서 국가와 종교의 관계를 정립하는 것이 바람직하다고 하겠다.

다. 국교설립금지 원칙의 적용을 위한 위헌심사기준

(1) 먼저 정부가 특정종교를 편애하는 경우를 살펴보기로 한다.

643) 학자들은 헌법의 물리에 따라서 국교설립금지와 정교분리원칙을 분리하여 설명하면서도 그 내용은 이를 합하여 설명하고 있으나(김철수, 앞의 책, 621면 이하; 권영성, 앞의 책, 462면 이하; 허영, 앞의 책, 394면; 성낙인, 앞의 책, 365면), 그 내용의 대부분이 미국의 국교설립금지 규정의 해석에 포함되어 있기 때문에 이하의 본 논문에서는 편의상 이를 합하여 국교설립금지 원칙으로 표현하기로 한다.

644) 미국에서 1953년부터 1994년까지 대법원장의 시대별로 국교설립금지 규정에 대한 진보적인 판례와 보수적인 판례 건수는 다음과 같다. Warren 대법원장시절(1953-1968)에는 진보적인 판례가 4건, 보수적인 판례가 4건이었고, Burger 대법원장시절(1969-1985)에는 진보적인 판례가 15건, 보수적인 판례가 12건이었으며, Rehnquist 대법원장시절 중 1986년부터 1994년까지의 중간통계에 의하면 진보적인 판례가 5건, 보수적인 판례가 10건이다. 결국 현 Rehnquist 대법원장 체제는 상당히 보수적인 경향이 있다고 하겠다(Thomas R. Hensley 외 2인 *ibid.*, p. 167 도표 참조).

헌법 제37조 제2항은 “모든 국민의 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 기본권을 제한하는 법률의 위헌여부를 판단하는 기준이 된다. 위 규정의 “필요한 경우”의 적용과 관련하여 헌법재판소는 합헌성 여부를 결정하는 기준으로서 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 들고 그 중의 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다고 판시하고 있다.⁶⁴⁵⁾ 그런데 위헌심사의 기준으로서 표현의 자유, 종교의 자유 등을 제한하는 법률에 대하여는 엄격하게 심사하고, 경제적 자유를 제한하는 법률에 대하여는 합리성의 기준에 의하여 심사한다고 하는 소위 이중심사의 기준을 받아들인다면,⁶⁴⁶⁾ 미국 연방대법원이 Larson 사건, Hernandez 사건 및 Grumet 사건에서 판시한 바와 같이 엄격한 심사기준을 적용하여야 할 것이다. 왜냐하면 정부의 특정 종교에 대한 편애는 차별 받는 자의 정신적 자유를 침해하고 나아가 종교간의 분쟁뿐만 아니라 정부와 종교간의 분쟁을 야기하여 국민통합을 저해할 것이기 때문이다. 그렇다면 헌법재판소가 판시한 합헌성 여부를 결정하는 기준은, 비록 동일한 용어를 사용하여 표현한다고 하더라도, 정부가 특정 종교를 편애하는 정책에 대하여는 그 강도를 높여 위헌여부를 엄격하게 심사하여야 할 것이다.

645) 헌법재판소 1990. 9. 3. 89헌가95 결정 등.

646) 1990. 6. 25. 89헌가98 내지 101 결정(금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제7조의 3에 관한 위헌법률심판사건)의 한병채 재판관의 반대의견 및 1991. 6. 3. 89헌마204 결정(화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 제5조 제1항에 관한 헌법소원사건) 및 1992. 10. 1. 92헌가6·7(병합) 결정(지방재정법 제74조 2항에 대한 헌법소원사건)의 변정수, 김양균 재판관의 반대의견은 위헌심사의 이중기준론을 적용하여 위 각 법조항의 합헌을 주장하였다. 학자들도 대부분 위헌심사의 이중기준론을 받아들이고 있는 것 같다(김철수, 앞의 책, 329-330면; 권영성, 앞의 책, 341면; 성낙인, 앞의 책, 383-384면).

(2) 그 외 정부가 종교를 재정적으로 지원하거나 개인의 종교행사 참여를 강요하거나 종교를 승인하는 조치에 대하여는 미국의 Lemon test나 O'Connor 대법관이 주장하는 승인이론을 적용할 수 있을 것이다.

2. 구체적 현실 문제

가. 의식 문제

(1) 대통령은 취임에 즈음하여 헌법 제69조에 따른 취임선서를 하여야 한다. 미국의 경우 대통령이 성경에 손을 얹고 취임선서를 하고 있다. 그러면 우리의 경우에도 대통령 당선자가 신봉하는 종교의 경전에 손을 얹고 취임선서를 하는 것이 국교설립금지 원칙에 비추어 볼 때 허용되는지 여부가 문제된다. 이는 법정에서 증인의 위증을 방지하기 위하여 증인의 종교적 신앙을 담보로 하여 위증을 하지 않겠다는 선서를 하도록 하는 경우에도 같은 문제가 발생한다.

미국의 대통령이 성경에 손을 얹고 취임선서를 하는 것은 법리상 정부가 종교를 승인하고 종교를 발전시키는 것에 해당하여 국교설립금지 규정에 위배되는 것으로 보인다. 그러나 Marsh 사건에서의 판결에 비추어 볼 때 연방대법원은 종교적 관행에 해당한다는 이유로 합헌으로 판단할 가능성이 있어 보인다. 그러나 우리의 경우에는 그러한 관행이 없고, 이는 정부가 종교를 승인하고 종교를 발전시키는 것에 해당하므로 국교설립금지 원칙에 위배되어 허용되지 않는다고 하겠다. 증인의 종교적 신앙을 담보하여 위증을 하지 않겠다는 선서를 하도록 하는 경우도 동일하게 판단할 수 있을 것이다.

(2) 대통령이나 주요 국가기관장이 신년사에서 “신의 가호가 있기

를 빈다”는 식의 종교적 표현을 할 수 있을 것인지 문제된다. 이는 정부가 종교를 승인하고 종교를 발전시키는 것이므로 국교설립금지 원칙에 위배되어 허용되지 않는다고 할 것이다. 다만 대통령이 유엔 장병에게 크리스마스 축하메시지를 전할 때에는 그런 표현을 할 수 있을 것으로 생각된다. 왜냐하면 우리나라에 주둔해 있는 외국군을 대상으로 한 것이고 외국군의 대부분이 미군이므로 이들의 문화에 맞추어 외교적 표현을 한 것으로 이해할 수 있을 것이기 때문이다.

나. 공립학교와 국가기관

(1) 교육기본법 제6조 제2항은 “국가 및 지방자치단체가 설립한 학교에서는 특정한 종교를 위한 종교교육을 하여서는 안된다”고 규정하고 있다. 그러나 교육현장에서는 학생들에서 특정 종교를 교육 내지 강요하는 경우가 있는 것 같다. 초·중등학생들은 감수성이 예민하여 교사의 종교적 가르침이 종교적으로 많은 영향을 미칠 수 있다. 그런 사정으로 인하여 미국 연방대법원은 종립대학에 비하여 교구 초·중등학교에 대한 정부의 지원에 대하여 국교설립금지 규정을 보다 엄격하게 적용하기까지 하고 있는 것이다. 초·중등학교의 교육현장에서 교사들이 학생에게 특정종교를 교육 내지 강요하는 것은 교육기본법 제6조 제2항에 위배될 뿐만 아니라 헌법상의 국교설립금지 원칙에도 위배되므로, 그러한 일이 발생하지 않도록 특별히 교육준칙이나 지침을 제정하여 엄정하게 실시할 필요가 있다고 하겠다.

(2) 공립 초·중등학교가 졸업식을 거행할 때 졸업식을 거행할 만한 강당이 없다는 이유로 인근의 종교시설을 이용하여 졸업식을 할 수 있을 것인지가 문제된다. 미국의 Lee 사건에서는 공립 중등학교

의 졸업식에서 목사가 기도하는 것이 다투어졌기 때문에 그 내용이 동일하지는 않다. 그러나 종교시설내의 종교적 상징물 등이 형성하는 종교적 분위기는 학생들에게 종교를 전파하는 효과가 있을 것이다. 더구나 학생들의 종교도 다양한 것이 현실이고 특정 종교의 분위기를 싫어하는 학생의 경우 졸업식장에 참석할 것인지 아니면 참석하여 싫어하는 분위기에 대하여 침묵할 것인지 선택하도록 강요당하는 것과 같다. 그러므로 이는 결과적으로 학생들에게 특정 종교 행사에 참가할 것을 강요한 것과 마찬가지로 효과가 발생하므로 허용되지 않는다고 할 것이다.

(3) 그러면 선거관리위원회가 국가적인 선거를 실시함에 있어서 종교시설을 투표장소로 지정하는 것은 국교설립금지 원칙에 위배될 것인지가 문제된다. 투표를 하는 사람은 성인이고 성인이 1회적으로 종교시설을 찾아가서 짧은 시간에 투표를 하는 것만으로는 종교적 영향을 거의 받지 않을 것이라는 점에서, 원만한 선거실시를 위하여 다른 대체적인 투표시설이 없는 부득이한 경우에는 국교설립금지 원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다. 그러나 가능한 한 종교시설을 이용하는 것은 피하는 것이 바람직하다고 하겠다.

(4) 과거 어느 장관이 국가 자격시험을 일요일에 치르도록 되어 있었으나 일부 종교인들이 자신들의 종교의 자유를 침해한다는 이유로 항의를 하자 시험일자를 석가탄신일로 변경한 예가 있었다. 미국의 McGowan 사건을 예로 들지 않더라도 일요일은 특정 종교인을 위한 것이 아니고, 더구나 독일에서는 총선거를 일요일에 실시하도록 법률에 규정까지 하고 있는 사실에 비추어 보더라도, 위와 같은 정부 조치는 일요일을 종교적인 날로 공인하고 특정종교를 편애하는 위헌적인 행정처분이라고 하겠다. 그런 점에서 헌법재판소가 일요일에 사법시험 1차 시험을 시행하는데 대하여 이를 합헌으로

판단한 것은,⁶⁴⁷⁾ 비록 종교의 자유 측면에서 논의되기는 하였지만, 만약 이를 인정하게 되면 오히려 일요일이 특정 종교를 위한 종교적인 날로 변질될 우려가 있는 점에 비추어 볼 때 극히 타당하다고 하겠다.

다. 종립학교에 대한 지원

사립학교법 제43조는 정부나 지방자치단체가 사립학교를 재정적으로 지원할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 종립학교의 경우 만약 그 지원금이 종교교육을 지원하기 위한 것이거나 종교교육을 위하여 지출된다면 이는 국교설립금지 원칙에 위배될 것이다. 그렇지 않다고 하더라도 미국의 Nyquist 사건과 Levitt 사건에 의하면 초·중등학교의 경우 종교단체를 지원하는 것으로서 위헌이 될 수 있을 것이고, Roemer 사건에 의하면 종립대학의 경우 합헌이 될 수도 있을 것이다. 다만 우리의 경우 종립 중등학교는 평준화시책에 따라 학생이 강제 배분되어 공교육기관화되어서 미국 연방대법원의 법리를 그대로 적용하는 것이 용이하지는 않은 면이 있다.⁶⁴⁸⁾ 그렇다고 하더라도 적어도 그 지원금이 종교교육을 위하여 지출되지 않았는지 여부를 확인할 수 있도록 별도로 회계장부를 만들어 사후에 정부가 회계감사를 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

647) 헌법재판소 2001. 9. 27. 2000헌마159 결정.

648) 이러한 사정으로 인하여, 한국의 종립학교의 경우 학생에 대한 종교교육이 학생의 개종을 사실상 종용하거나 특정 종교를 믿도록 유도하는 정도에 이르러서는 안될 것이다.

라. 종교기념일

현재 크리스마스와 석가탄신일이 공휴일로 지정되어 있다. 이에 대하여 권영성 교수는 추석이나 설날처럼 특별한 종교적 의미가 없는 하나의 습속으로 인식되고 있기 때문에 무방하다고 주장한다.⁶⁴⁹⁾ 그러나 과연 이러한 공휴일이 종교적 의미가 없는 하나의 습속으로 인식되고 있다고 할 것인가. 먼저 크리스마스를 본다면, 이는 건국 후 우리나라가 미국의 영향력 하에 있었고, 이승만 대통령이 미국에서 생활한 기독교인이었기 때문에 미국과 같이 공휴일로 지정한 것으로 짐작된다. 그렇다면 이는 명백히 국가가 종교를 승인하고 종교적 목적으로 종교를 적극적으로 발전시키기 위한 조치이고, 뿐만 아니라 현실적으로도 종교적 의미가 없는 하나의 습속으로 인식되고 있다고 볼 수 없으므로 국교설립금지 원칙에 위배된다고 할 것이다. 한편 석가탄신일은 오히려 역사적으로 볼 때 국가적 기념일이었기 때문에 하나의 습속으로 인식은 되고 있다. 그러나 역시 종교적 의미가 없다고는 할 수 없다. 그렇기 때문에 크리스마스와 석가탄신일만 공휴일로 하는 것은 다른 종교와 비교할 때 정부가 기독교와 불교를 편애하는 것일 뿐만 아니라 특정종교를 승인하고 발전시키는 것이므로 국교설립금지 원칙에 위배된다고 하겠다.⁶⁵⁰⁾

649) 권영성, 앞의 책, 463면.

650) 최용기 교수도, 이는 “특정 외래종교에 대한 특혜이고 민족종교들을 배려하지 못하고 있으므로 공휴일은 폐지해야 한다”고 주장한다(동 교수, “종교의 자유와 개정의 방향”, 고시연구 1994. 11., 83면).

마. 민영교도소 설치문제

2000. 1. 28. 자로 민영교도소등의 설치·운영에 관한 법률이 제정되어, 교정법인 등으로 하여금 교도소를 설치하여 운영할 수 있도록 하였다. 국가 공권력의 가장 강력한 행사중의 하나가 범죄자에게 형벌을 과하는 것이라고 할 수 있다. 그런 점에서 민영교도소 제도의 도입은 국가 공권력의 민간기관에의 위임이므로 필요 불가결한 입법목적이 있어야 할 것이다. 동법은 제1조에서 교도소 운영의 효율성을 높이고 수용자의 처우개선과 사회복귀를 촉진하는 것을 입법목적으로 규정하고 있지만, 현시점에서 민간인이 교도소를 운영하도록 할 만한 필요 불가결한 사정이 있는가 하는 점 및 민간인이 교도소를 운영할 때 과연 입법목적을 달성할 수 있다고 하는 보장책이 있는가 하는 점 등은 심도있게 검토되어야 할 것이다.

더구나 이 법률은, 한국기독교총연합회에서 1995. 10.부터 한국기독교교도소 설립을 추진하면서 대통령선거기간 중 후보자들에게 기독교교도소를 설립할 수 있는 법률적 뒷받침을 요구함으로써 현정부가 이를 적극적으로 검토하기 시작하여 입법되었으며, 현재 민영교도소 설립을 신청한 곳도 한국기독교총연합회의 한국기독교설립추진위원회의 추진결과를 이어받아 설립된 재단법인 아카데미뿐이라고 한다.⁶⁵¹⁾ 그렇다면 민영교도소 제도는 사실상 신체의 자유가 제한되어 외부의 물질적, 정신적 도움을 가장 많이 필요로 하는 수용자의 취약한 상태를 이용하여 이들을 대상으로 가장 효과적으로 선교활동을 할 수 있도록 하기 위한 목적으로 입법이 추진되었다고 보는 것이 타당할 것이다. 다만 동법 시행령 제15조 제1항은 “민영

651) 유병철, “민영교도소의 추진상황과 효율적 운영방안”, 법조 2002. 9., 187면.

교도소등의 장 및 직원은 수용자에게 특정종교의 교리·교의에 의한 교육·교화·의식 기타 행사에의 참가를 강요하여서는 아니 된다”고 규정하고, 제2항은 “민영교도소등의 장 및 직원은 수용자에 대하여 특정종교를 신봉하지 아니한다는 이유로 처우상 불이익을 주어서는 아니 된다”고 규정하고 있는바, 이는 위에서 지적한 바와 같이 선교활동을 용이하게 하도록 함으로써 발생할 수 있는 국교설립금지 원칙에의 위배라고 하는 문제를 회피하기 위한 것으로 이해된다. 특정 종교단체에서 민영교도소를 운영하는 경우 우선 그 내부 시설이 특정 종교의 분위기를 강하게 풍길 것이고, 재소자에 대한 교화활동이 지극히 종교적일 것으로 예상된다. 이는 종교가 없는 재소자에 대하여는 종교적 믿음을 강요하는 결과를 초래할 것이다.⁶⁵²⁾ 정부는 민영교도소가 국교설립금지 원칙에 위배되지 않도록 운영하는 것을 감독하여야 하겠지만 수용자는 24시간 교도소 내에서 생활하고 있고 종교교육은 다양한 형태로 이루어질 수 있는 것이므로 정부가 철저히 이를 감독하는 것은 용이하지 않을 것이다. 따라서 종교단체가 민영교도소를 운영하는 한, 이 법률은 국가가 종교를 사실상 승인하고, 무종교인에 대하여는 종교적 믿음을 강요하는 것에 해당될 것이며, 나아가 이 법률의 실질적인 입법목적이 세속적이지 아니하고 종교의 발전을 촉진시킬 뿐만 아니라 정부와 종교가 지나치게 연류되는 결과를 초래할 것이어서 소위 Lemon test에도 반하여 국교설립금지 원칙에 위배된다고 하겠다. 또한 종교단체가 민영

652) 종교교도소에 해당하는 브라질의 휴마이타 교도소와 1997년 Texas주의 당시 주지사였던 Bush 현 대통령의 지원하에 운영된 제2체스터 교도소 모두 입소절차의 자발성과 특정 종교강요의 배제성을 표방하고 있지만, 실행 프로그램은 철저히 ‘하나님의 능력’을 실현하는 정책들로 구성되어 있어서 특정 종교 편향성을 가지고 있다고 한다(이승호, “기대반 우려반의 민영교도소”, 시민과 변호사 2001. 7. 20면 이하 참조). 만약 국가가 특정 종교인만 종교단체가 운영하는 교도소에 입소시킨다면 이는 정부가 종교를 승인하는 것에 해당하여 국교설립금지 원칙에 위배될 것이다.

교도소를 운영하기 위하여서는 초기에 막대한 자금이 필요할 것이고, 재력이 부족한 종교단체는 민영교도소를 운영하는 것이 사실상 불가능할 것이다. 그런 점에서 이 법률은 종교단체를 재력에 따라 사실상 차별하는 것이므로 엄격하게 위헌여부를 심사하여야 할 것이고, 앞서 살펴본 위헌적인 입법동기에 비추어 볼 때 이 법률은 평등권을 침해한다고 할 것이다.

IX. 맺는 말

한국의 국교설립금지 원칙은 정부와 종교의 분리를 위한 것이지만 그 분리의 정도는 미국과 같이 시대의 상황에 따라서 변할 수 있을 것이다. 현실적으로 정치인은 개인의 종교적 성향과 어떠한 견해를 취하는 것이 정치적으로 자신에게 유리한지 또는 불리한지에 따라서 정부와 종교의 관계에 대한 입장이 달라질 수도 있을 것이다. 또한 종교는 개인의 삶에 있어서 아주 중요하고 일상 생활에도 많은 영향을 끼치므로 법률을 집행하는 공무원도 자신의 종교적 성향에 따라 국교설립금지 원칙의 준수 정도가 달라질 수도 있을 것이다. 이는 종교적 신념이 강할수록 더욱 그러할 가능성이 있다는 점에서 항상 경계하여야 할 부분이라고 생각된다.

국교설립금지 원칙과 관련된 분쟁이 발생하면 결국 헌법재판소나 법원이 그 분쟁을 최종적으로 해결하여야 할 것이다. 그런 점에서 헌법재판관이나 법관은 개인적인 종교적 성향에 관계없이 객관적이고도 중립적으로 종교에 관한 분쟁을 이해하고 재판할 수 있는 자질을 함양하기 위하여 노력하여야 할 것이다. 그러나 가장 중요한 것은 정부와 종교가 각자의 영역에서 각자의 몫을 충실히 이행하고,

건전한 지식인과 종교인들이 자신의 종교를 앞세우기보다는 평등심을 바탕으로 하여 국교설립금지 원칙이 이 땅에 뿌리를 내릴 수 있도록 노력하는 것이라고 하겠다.

브렌넨(Brennan)의 헌법관

- 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -

성 선 제

카톨릭대학교 법학과 교수

- 목 차 -

I. 서론	445
II. 낭만적 자유주의 정치사상	447
1. 정치사상가로서 법관	447
2. 자유주의적 정치사상	448
III. 낭만적 자유주의의 구체화	449
1. 낭만적 헌법관과 사회 해방	449
2. 인간성	450
3. 사회적 논쟁에 대한 기본적 법의 해석	451
4. 법원의 무시에 대한 관용	455
5. 선동자와 질서교란자에 대한 엄려	457
6. 관료주의에 대한 비난	462
IV. 결론	468

I. 서론

한 개인이 정치적 문제에 대해서 수십 년 동안 글을 쓴다면 그의 집적된 작품은 그의 정치적 견해에 대하여 일반적이며 선도하는 사상을 수집하고 분석하는 데 가장 적절한 모델이 될 수 있을 것이다. 하지만 그가 34년간(1956-1990년) 미국 연방대법원의 대법관을 지낸 William J. Brennan, Jr.⁶⁵³)이며 그의 작품의 거의 대부분이 사법적 의견(judicial opinion)이라면 어떠하겠는가?

Brennan은 미국 민권운동사에서 격랑의 시대로 표현되는 60년대

653) William J. Brennan, Jr.는 1906년 미국 뉴저지주 Newark에서 태어났으며 1956년 연방대법원 대법관에 임명되어 34년간 봉직하고 1990년 은퇴하였으며 1997년 92세의 나이에 죽었다. Harvard Law School 재학 시절 아버지의 갑작스런 죽음으로 그는 학교를 거의 포기할 뻔 했다. 다행히 학교 당국의 장학금으로 학교를 마칠 수 있었다. 그는 Harvard 재학 시절 Felix Frankfurter 교수(후에 Frankfurter는 Roosevelt 대통령에 의하여 연방대법원 대법관에 임명되었으며 주로 New Deal 정책을 옹호하며 사법의 정당성과 사법자체의 관점에서 판결했다) 밑에서 공부를 하였다. 졸업 후 그는 고향의 법무법인에서 노동법 전문변호사로 법조 경력을 시작하였다. 그는 매우 가정적이었기 때문에 업무량의 과다에 싫증을 느껴 뉴저지주 지방법원의 판사직을 수락했으며 그는 곧 능력 있고 공정한 법관이라는 평판과 함께 1952년 뉴저지주 대법관으로 승진되었다.

그는 민주당 당원임에도 불구하고 1956년 공화당 출신의 Eisenhower 대통령에 의하여 연방대법원의 대법관으로 임명되었다. 그의 대법관 임명은 Eisenhower 대통령이 재선을 앞둔 시점에서 카톨릭 계통의 민주당 출신을 임명함으로써 ‘정치적’이라는 이유로 많은 비판을 받았다. 하지만 그는 대법관에 일단 임명되자 대통령과 무관하게 자유주의의 기수로서 임지를 확고히 하였다. 자유주의적 관점에서 그는 34년간 1,350편 이상의 판결문을 작성했다.

Frankfurter 대법관은 Brennan이 자유주의 진영의 선두에 선 것을 보고 “나는 항상 학생들에게 스스로 생각하라고 독려했다. 하지만 Brennan은 너무 많이 나갔다”고 Harvard Law School 교수시절의 Brennan을 평가했다. “The Great Dissenter”로 불리는 Oliver Wendell Holmes의 반대의견도 그의 생전에는 커다란 영향력을 발휘하지 못했다고 평가되지만 판결의 결정과정에서 Brennan의 역할과 반대의견은 생전에도 막대한 영향력을 미쳤다. Brennan의 영향력이 너무나 컸기 때문에 Economist지는 그의 은퇴를 두고 “입법자가 사라지다(A lawgiver goes)”라고 타이틀을 달았다. 어떤 이는 당시를 “Warren Court”가 아니고 “Brennan Court”라고 불러야 한다고 주장했을 정도이다.

와 70년대에 연방대법원의 대법관을 지냈으며 많은 학자와 언론에 의하여 The Greatest Supreme Court Justices의 한 명으로 일컬어지고 있다.⁶⁵⁴⁾ 그의 판결은 미국 사회에 적지 않은 파장을 일으켰고 엄청난 사회 변화를 초래하기도 하였다. 그는 개인의 자유와 약자의 인권 보장을 위한 의견을 많이 제시했다. New York Times v. Sullivan⁶⁵⁵⁾사건을 비롯하여 때때로 다수의견을 집필하기도 했지만 압도적 다수는 역시 반대의견에 있다고 할 수 있다. 반대의견을 통하여 개인의 자유와 약자의 인권 보호에 앞장섰고, 특히 정부의 기능에 비판적이었으며 권력 남용에 반대하였다. 그는 낭만적 자유주의라는 독특하면서도 일관된 정치적 사상을 가지고 반대의견을 제시했으며 반대의견의 가치를 역설했다. 현재의 다수의견이 항상 정당한 것일 수는 없으며 그것은 내일의 소수의견이 될 수도 있고, 현재의 반대의견은 내일의 다수의견을 이끄는 예언자적 기능을 할 수 있다고 보고 있다.

이하에서는 정치사상가로서의 Brennan 대법관의 낭만적 자유주의 헌법관을 살펴볼 것이다. 그 이후에 인간성, 사회적 논쟁에 대한 기본법 해석, 법원의 무시에 대한 관용, 질서교란자에 대한 염려, 관료주의에 대한 비난 등으로 대별되는 그의 정치적 사상이 개개의 사건에서 어떻게 판단되고 어떤 논거에 의하고 있는지 고찰해볼 것이다. 우리 헌법재판에서도 반대의견의 가치와 의의를 다시 한번 살펴보는 계기가 될 수 있을 것이다.

654) Book of Legal Lists: the Bests and Worst in American Law에 의하면 위대한 법관 10인 중에서 5위를 기록하고 있다.

655) 376 U.S. 254 (1964); Sullivan 사건에서 Brennan의 자세한 법정의견에 관하여는 성 선제, 명예훼손법의 헌법화 - 미국의 판례를 중심으로 -, 안암법학 제 14호 1면 이하 참조.

II. 낭만적 자유주의 정치사상

1. 정치사상가로서 법관

법관의 사법적 의견에 대해서 정치적 비전을 밝혀내려는 시도를 할 경우에 주의해야 할 점이 있다. 일반적으로 법관과 법관지명자는 법을 발견하고 적용하는 일에 있어서 그 자신의 정치적 사상은 개인적으로 무관하다고 주장하며, 일단의 사람들은 이것을 의심의 여지없이 받아들이고 있다. 하지만 Brennan은 다르게 생각하고 있다. 그는 헌법을 도덕적으로 이해하고, 지적이며 도덕적으로 타당한 헌법해석은 선한 정치의 본질적 이론의 결과물을 의식적으로 적용하는 것이라고 보고 있다. 그는 형식적 원칙의 추구는 당해 사건의 이슈의 중요성과 본질을 불완전하게 포섭할 뿐이라고 하였다. 그는 우리에게 요구되는 결정은 우리 자신을 형성하는 사회에서 정부의 적절한 역할에 관한 표현으로 여겨지는 국교설립금지 조항의 중요한 기능을 설명하는 것이라고 한다.⁶⁵⁶⁾

하지만 Brennan이 법을 도덕적으로 해석하였고 그 자신이 그렇게 알고 있었다는 사실 자체가 그가 판결문 안에서 정치적 사상을 정기적으로 표현하였다는 것을 의미하지는 않는다. 사실 그는 때때로 정치적 사상을 표현하였지만 대부분의 경우는 그렇지 않았다. 미국 연방대법원의 대법관도 다른 법관처럼 동료의 일부로서 사법의 전통적 자제 속에서 그들의 판결이 이루어지고 그들의 확신이 전파되어야 한다는 요구에 어느 정도 강박관념을 가지고 있다. Brennan도 역시 그러한 사람 중의 한명으로 널리 알려져 있다.⁶⁵⁷⁾ 그의 사

656) Marsh v. Chambers, 463 U.S. 783, 801 (1983) (Brennan, J., dissenting).

657) Brennan의 판결 경향에 대한 자세한 설명은 Anthony Lewis, "In Memoriam -

법적 의견 중에서 가장 주목할 점은 사법적 구조와 동료 대법관과의 관계의 다층구조 속에서 전체로서 그의 독특한 정치적 견해가 어떻게 형성되었느냐이다.

2. 자유주의적 정치사상

전체로서 Brennan의 사법적 의견은 잘 정리된 정치적 견해를 가지고 있다. 그것은 용어의 합리적 이해의 범위 내에서 정치적 자유주의라고 할 수 있을 것이다. 그는 자유 민주주의자였으며 인간의 약속, 공동체, 가족, 그리고 신념의 가치에 특별한 관심을 가지고 있었다. 그를 집단주의자, 공동체주의자, 또는 그룹 권리의 신봉자라고 명명하는 것은 적절하지 못할 것이다.⁶⁵⁸⁾ Brennan의 판결문을 읽는다면 그의 핵심 사상은 자유적 개인주의라는 것을 쉽게 파악할 수 있다. 그것은 틀림없이 Brennan으로 하여금 법관의 임무와 정부의 행위를 심사하는 헌법적 이유의 개념 확대를 재촉하는 강력한 추진력이었다.

오늘날 자유주의라는 용어는 다양하게 사용되고 있기 때문에 이 자리에서 Brennan이 의미하는 자유주의를 살펴보는 것이 그를 이해하는 데 좋으리라 생각한다. 자유주의란 자유, 개인의 권리, 법, 제한된 정부, 공공의 합리성 등의 중요성을 강조하는 정치적 생활을 직접 구성하는 하나의 방법이다. 그러므로 자유주의는 정의와 권리 그리고 권력분립 및 사법심사 등의 제도적 장치의 헌법적 언어들을 선호한다.⁶⁵⁹⁾ 쉽게 말해서 자유주의자란 “개인의 권리” - 자발적 결

William J. Brennan, Jr., 111 Harv. L. Rev. 29-37(1997) 참조.

658) Brennan의 견해를 집단주의자, 공동체주의자라고 분류하는 입장에 대해서는 Charles Fried, *Metro Broadcasting Inc. v. FCC: Two Concepts of Equality*, 104 Harv. L. Rev. 107(1990) 참조.

659) Stephen Macedo, *Liberal Virtues* 4-5, 12, 207, 274-75 (1990).

사, 다원주의, 관용, 분리, 프라이버시, 자유로운 언론, 재능에 따른 직업 등 - 라는 언어는 필수불가결하다고 주장하는 사람이다.

Ⅲ. 낭만적 자유주의의 구체화

1. 낭만적 헌법관과 사회 해방

Brennan 대법관의 판결에서 낭만적 헌법관의 두 가지 핵심은 첫째, 일정한 낭만적 개념 하에 개인의 인간성(personality)의 존중이고, 다른 하나는 사회 내에서 개인의 해방된 상태를 추구하는 것을 수행하는 것이다. 인간성의 낭만적 개념 하에서 개인의 존엄 또는 무한 가치는 자기 발견 또는 자아 초월의 능력 그리고 재탄생이 되는 능력이다.⁶⁶⁰ 하지만 이 능력은 타인으로부터 고립되어 아무나 사용할 수 있는 것이 아니다. 우리는 일반적 문화, 사회적·가족적 관계, 일상의 생활 같은 형성적 범주(formative contexts) 안에서 항상 우리자신을 발견할 수 있다. 이 모든 요소는 부분적으로 우리 자신의 경험과 이해를 형성한다. 자아 수정 능력은 그것을 형성하는 제한된 사회를 영원히 초월하는 자아의 힘을 반드시 포함하고 있다. 이에 부합하는 헌법적 이념은 전통적 사고를 초월하고, 그들 자신을 변화시키고 개선시키며, 그리고 타인과 사회에 영향을 미치는 개인의 능력에 커다란 가치를 부여하는 정치적·사회적 제도이다.

⁶⁶⁰ Roberto Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 22-23 (1986).

2. 인간성

Brennan의 주목할 만한 헌법 영역은 사형에 대한 변함 없는 반대라고 할 수 있다.⁶⁶¹⁾ 그는 이것이 미국 연방헌법 수정 제8조의 잔인하고 비정상적인 형벌의 금지로부터 영감을 얻은 정치적 윤리의 기본 원칙으로부터 유래한다고 말하고 있다. 즉 그는 국가는 인간으로서의 본질적 가치와 부합하게 국민을 대우하여야 한다고 주장한다.⁶⁶²⁾ 형벌은 인간 존엄의 본질을 전적으로 그리고 돌이킬 수 없을 정도로 제거해서는 안 된다고 주장한다.⁶⁶³⁾ 분명히 개인의 본질적 존엄은 형벌을 수반하는 범죄의 수행보다 우월하다. 가장 잔인한 살인도 국가가 인간의 존엄을 파괴하는 것으로부터 헌법적 자제를 면제시켜 주지는 않는다.⁶⁶⁴⁾ 도덕적으로 이해할 때 헌법은 우월적 존재인 모든 개인의 능력에 대하여 확고한 존중을 명령하고 있다. Brennan의 판결을 추적해서 쉽게 인식할 수 있는 낭만적 헌법관의 백미는 수형자의 본질적 존엄이라고 할 수 있다. 이것들은 모든 사회 규범적 자제에 대한 끝없는 투쟁, 그리고 소동이나 혼란에 대한 관용, 다른 법관들은 쉽게 허용하지 않았던 선동자와 질서교란자에 대한 염려, 질서와 통제를 위한 관료주의의 추구에 대한 냉정함, 권력의 정당한 사용과 도덕적 이유에 기초한 정열과 동정의 불가피성에 대한 독특한 고집 등을 포함하고 있다.

661) Brennan은 이것을 돈키호테 같은 행위라고 스스로 말하고 있다; William J. Brennan, Jr., *In Defense of Dissents*, 37 *Hastings. L.J.* 427, 432 (1986).

662) *Id.*, at 435-36.

663) *Id.*

664) *Id.*

3. 사회적 논쟁에 대한 기본적 법의 해석

Brennan은 사법적 의견과 저서에서 만약 법이 법적 이슈에 구체적 의미를 제공하는 사회생활의 변화하는 쟁점에 제대로 대답하지 못한다면 헌법에 대한 공적인 존중이라는 이념은 실패하고 말 것이라고 주장하고 있다.⁶⁶⁵⁾ 그는 법은 본질적으로 유동적이며 다룰 수 있는 성격을 가지고 있다고 생각했으며 이것은 대법관으로서 비교적 초기인 1963년의 NAACP v. Button⁶⁶⁶⁾ 사건에 잘 나타나 있다. 이 사건은 버지니아주의 학교통합 소송의 과정에서 장애를 제거하려는 주 당국의 시도에서 비롯되었다. 다른 주와 마찬가지로 버지니아주도 의뢰인이 자발적으로 의뢰하는 것을 제외하고는 변호사가 적극적으로 소송을 위하여 원고를 모집하는 것을 금지하고 있었으며, 또한 법정에서 일방을 대리할 목적으로 있으면서 타인이나 단체를 지휘하는 것을 금지하고 있었다. 이 법의 보편적 이념은 사회에 대한 비용과 부담을 법원에 소송을 끌고 오는 자에게 지우면서 엄격히 말해서 불법에 의해서 손해를 입었다고 생각하는 자의 요청으로 불법행위자로부터 법적으로 보장된 구제를 확실하게 해 줄 목적으로 사회가 소송의 장을 제공하는 것이다. 그러므로 변호사는 스스로 이 사회에서 무엇인가가 잘못되었으며 개선이 필요하다고 판단해서 소송을 시작할 수는 없으며 그의 의뢰인이 아닌 타인의 목적이나 희망을 추구하기 위한 방편으로서 소송을 선택하고 수행해서는 안 된다.

Button 사건에 이르는 과정에서 버지니아주는 이러한 문제를 다루는데 다소 비정상적이고 복잡한 규칙을 발하였고 NAACP

665) Brennan, *Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader in the Constitution of the United States : Contemporary Ratification* 13-24 (Sanford Levinson and Steven Mailloux eds., 1988).

666) 371 U.S. 416 (1963).

(National Association for Advancement of Colored People)는 연방법원의 명령에 의하여 주의 공립학교에서 통합교육의 법적 주장의 선동자 또는 조정자로 행동하는 것을 금지 당하였다. Brennan의 의견은 버지니아주가 이것을 금지하지 못하도록 했다. 많은 법률가들은 이것을 예측했다. 아마도 그들은 대부분 버지니아주가 그의 헌법적 임무를 회피하려는 구체적이고 묵시적 목적을 가졌다고 의심 받는 규정을 고안하고 적용하였고 대법원이 이것을 발견했다고 예측하는 자들이거나 기초 지방정부의 사람들이거나, 인종 차별의 역사를 바로잡으려는 자들일 것이다.

하지만 Brennan의 의견은 전적으로 다른 점을 시사하고 있다. 그는 헌법 소송은 수정 헌법 제1 조가 보장하는 정치적 언론과 결사의 자유의 보호에 해당하는 정치적 행동이라고 이유를 밝히며 다음과 같이 주장했다.

NAACP는 전통적 의미의 정당은 아닐지 모르지만, 그들이 돕고 있는 소송은 미국 흑인 사회 구성원의 법적 권리를 증명하는 데 봉사하고 동시에 또한 아마도 제일 중요한 것으로 사회적 약자가 우리 사회의 사상과 신념의 형성에 특징적인 기여를 가능하게 하는 것이라고 주장한다. 이러한 단체에게는 소송을 위한 결사가 정치적 결사의 가장 효과적인 형태일 수 있다.⁶⁶⁷⁾

이러한 논거는 주목할만한 함의를 내포하고 있다. 정치는 선재하는, 고정된, 그리고 의심의 여지가 없는 정의의 규칙 하에서 권리의 보호를 위하여 국가의 도움을 요청함으로써 본질적으로 비공격적이며 정치적으로 정적인 행위로서의 전통적이며 보수적인 소송의 정당화를 배제한다. 이것은 법은 정치로부터 분리하여 그리고 그 위에 중립적으로 불편 부당하게 존재한다는 것을 직접적으로 비판하는

667) *Id.*, at 431: Brennan, *The Equality Principle: A Foundation of American Law*, 20 U.C. Davis. L. Rev. 673 (1987).

것이다. Brennan은 헌법적으로 보호되는 정치적 표현으로서 NAACP가 소송을 조직하는 활동을 다루는 것은 그의 법정이 공적인 참여과정 - 정의의 규정 자체를 다루고, 재고하고, 수정하는 공적 토론 - 을 민주적으로 정당화시켜주는 장소라고 선언하는 것과 다름없다고 한다.

소송의 과정과 사법적 의견에 대한 Brennan의 생각은 1986년의 반대의 변호(*In Defense of Dissents*)⁶⁶⁸⁾에서 이와 유사하게 잘 나타나고 있다. 그는 반대의견은 법의 공평한 목적과 결정의 신념을 위협하므로 위험한 행위라는 제안에 대해 문제를 제기한다. 정부의 정당성은 국가가 헌법을 도덕적으로 이해함으로써 헌법적 의미의 다룰 수 있는 해결책을 언제든지 따를 준비가 되어 있느냐에 달려 있다. 더욱 중요한 것은 이러한 결정을 하는 법관도 살과 피가 흐르는 인간이라는 것이다.⁶⁶⁹⁾ 그들은 정부의 근본 원칙을 진정으로 해석하는 확실한 안내자가 될 수 없다.

그의 견해에 의하면 반대를 억제하고 나온 의견의 일치는 최종적으로는 법원의 정당성을 획득할 수 없다는 것을 법관들은 알지 못하며 반대로 국민은 이것을 알고 있기 때문이라고 한다. 국민들이 사법부와 다른 공적인 결정기구의 결정과 규칙을 존중하는 적극적인 자세의 이면에는 이러한 기구들이 그러한 결과의 지혜에 대해서 도전할 것을 계속하려는 모든 사람들의 권리를 인정한다는 확신이 배어 있다고 할 수 있다.⁶⁷⁰⁾ 즉 국민은 의원과 법관에 의하여 결정이 내려졌으므로 더 이상의 의사소통을 차단 당하는 것이 아니라 무한정의 토론을 격려하는 진정한 의미의 정치적 자치체로서 자신들을 유지할 수 있다는 것이다.⁶⁷¹⁾

668) Brennan, *In Defense of Dissents*, 37 *Hastings. L.J.* 427-38 (1986).

669) Brennan, *Reason, Passion, and the Progress of the Law*, 42 *Record of the Association of the Bar of the City of New York* 948, 953 (1988).

670) Brennan, *In Defense of Dissents*, 437.

Brennan은 당연히 그리고 낭만적으로 가장 위대한 반대자들은 장래의 수확을 위하여 씨를 뿌리는 예언자라고 생각했다.⁶⁷²⁾ 예언적 반대의 가장 좋은 모델은 1896년의 Harlan의 Plessy v. Ferguson⁶⁷³⁾ 사건에서 분리되었지만 평등하다는(separate-but-equal) 법원의 결정에 반대한 것을 들고 있다. 혹자는 Brennan이 선택한 Harlan의 사법적 예언은 우연이 아니라고 믿는다. 인종을 고려하는(race-conscious) 어떠한 그리고 모든 정부행위에 확고하게 반대한 인종에 구애받지 않는(color-blind) 헌법이라는 Harlan의 예언은 Brennan 자신의 성숙한 견해가 쓰러린 경험의 시기에 존중되어야 할 오산(to be an honorable miscalculation)임이 입증되었음을 나타내는 것이었다. 그는 그 스스로를 인종에 구애받지 않는 헌법의 챔피언으로 끝내지 않았다. 그와 반대로 그는 대학 입학, 정부계약, 기타 이와 상응하는 제도에서 정부에 의한 사회적 약자 우선의 정책(minority preference)에 대한 확고한 보호자였다. 그는 만약 헌법이 계급 없는 사회 caste-free society⁶⁷⁴⁾의 달성을 명령하는 것으로 읽혀진다면 그것이 예외 없이 인종에 구애받지 않는 입법을 명령하는 것으로 읽혀져서는 안 된다고 믿는 사람 중의 하나였다.

671) *Id.*, at 434.

672) *Id.*, at 431.

673) 163 U.S. 537 (1896).

674) *Id.*, at 559.

4. 법원의 무시에 대한 관용

유명한 Walker v. City of Birmingham⁶⁷⁵ 사건에서 King 목사와 그의 일행은 자신들이 계획하는 항의 집회에 대하여 악명 높은 주 법원의 금지 명령이 내려지고 있음을 알았다. 그들은 상급 법원에 항소하려는 시도를 하지 않고 금지명령을 무시하기로 결정하고 행진을 했다. 결과적으로 그들은 형사 법정 모독으로 수감되었다. 세 명의 동료와 함께 Brennan은 이 처벌의 합헌을 주장하는 다수의견에 대하여 반대하였다. Warren 대법원장⁶⁷⁶과 Douglas 대법관⁶⁷⁷이 반대의견에 동조했다. 여기에서 Brennan은 그 자신의 반대의견을 별도로 제시했다.⁶⁷⁸

Warren의 반대의견은 법적으로 아무리 잘못되었더라도 개인은 사법적 명령을 그 자신이 스스로 거부할 수 없다는 광범위하고 강력한 규칙에 대하여 그 자신을 형사 법정 모독으로 처벌함이 없이 실제로 독특한 예외인 국외자로서 사건을 묘사하는 것을 명백하게 고안했다. 형사법 위반으로 기소된 사람은 항상 그 기소에 대한 완전한 방어수단으로 그 법률의 위헌성을 다툴 수 있다는 것은 아홉 명의 대법관 모두의 생각이다. 법률 위반 행위를 하기 전에 위헌의 사법 심사를 받아야 한다는 필요조건은 없다. Warren과 다수의 대법관은 분명히 사법적 명령은 형사법과 기타의 규제법보다 높은 차원의 법과 질서의 성스러운 지위를 차지하고 있어야 한다고 믿었다. 그 이유는 사법적 명령이야말로 통제되지 않는 무질서에 대한 사회

675) 388 U.S. 307 (1967).

676) *Id.*, at 329.

677) *Id.*, at 334.

678) *Id.*, at 338.

의 최후의 해결책이기 때문이다. 다수의견과 Warren의 다른 입장은 그 규칙을 증명하는 것의 예외로서 이 사건을 처리한다는 것이다. Warren은 행진을 금지하는 명령은 사법 절차의 중대한 남용이며 이는 사법 절차와 법원에 대한 확고한 존중의 관행을 강화시켜 주는 것을 위협하는 법적 상태로 만드는 것이라고 생각했다.⁶⁷⁹⁾

Brennan의 별도의 반대의견은 다수의견 그리고 심지어 Warren의 의견과도 매우 달랐다. 그는 공적인 선동(agitation) 문제의 사회적 이익보다 법관 자신이 부과하는 명령이 실제로 그리고 당연히 우월한 사회적 이익을 제공한다는 Warren과 다수의견은 틀렸다고 주장했다. 그는 그것은 우리 사회가 형성하고 형성하여야 하는 가치의 계층구조에서 왜곡이며 그 결과로 우리 사회의 유지에 필수불가결한 자유를 억제하는 가공할만한 파괴무기를 제공하는 것이라고 말한다.⁶⁸⁰⁾ Brennan이 전도되었다고 생각했던 자유와 가치는 명백하고 거세게 밀려오는 정치적 행동의 자유와 가치였다. 그가 비판하는 탄압의 무기는 자의(arbitrary)라는 전가의 보도(Excalibur)였으며 자기 스스로 정당화하는 사법적 명령(judicial decree)이었다.

Walker 사건에서 Brennan의 반대의견은 분명히 사법부의 질서유지 기능을 축소했고, 그것을 그가 주장하는 선동의 자유와 함께 정부의 다른 분야의 질서 유지 기능과 함께 사회의 중요성에 있어서 같은 반열에 놓았다. 보호받는(preserved) 질서의 가치는 방해받는(disrupted) 질서의 가치를 존중해야 한다. 사법부의 명령에 확고한 복종을 유지하는 국가의 이익은 다른 것과 그리고 좀 더 활동성 있는 이익들과의 충돌을 허용하는 것이라고 주장한다.⁶⁸¹⁾ 그가 다른 의견에서 다수의견을 비난하며 참을 수 없다고 하는 것은 사법부

679) *Id.*, at 330-31(Warren, C. J., dissenting).

680) *Id.*, at 338 (Brennan, J., dissenting).

681) *Id.*, at 344.

우위에 대한 종교적 존중(religious deference)이었다.⁶⁸²⁾

5. 선동자와 질서교란자에 대한 염려

Walker 사건에서 Brennan이 선동의 이익에 대하여 높은 가치를 부여한 것은 결코 우연이 아니다. 그는 계속해서 개인의 자유와 민주적 사회질서에 본질적으로 중요한 요소의 하나로서 선동과 유별한 행동에 대하여 때로는 공중 질서라는 사회적 비용을 희생하면서까지 예외적으로 존중을 하였다. 1989년의 Texas v. Johnson⁶⁸³⁾ 사건은 이를 상징적으로 대변한다. 정치적 항의의 표시로 성조기를 불태우는 것에 대하여 수정 헌법 제 1 조의 보호를 부여한 Johnson 사건에서 Brennan의 의견의 위대한 영웅은 자치적인, 반란적인 항의자도 아니다. 그것은 시민의 자아 존중과 반대의 구조적 가치를 위하여 항의 행위를 보호하는 정치적 사회라고 말할 수 있다. 그는 화자의 의견이 정부의 감정을 화나게 한다면 그것이야말로 헌법이 보호할 만한 가치가 있는 이유라고 말하고 있다.⁶⁸⁴⁾ 왜냐하면 우리의 정부 시스템 하에서 언론의 자유는 선동이 불안의 조건을 유발하고 현재의 상태에 불만을 야기하고 심지어 시민들로 하여금 화를 치밀게 할 때 그 목적을 최고도로 발휘하기 때문이다.⁶⁸⁵⁾ 법원은 다음과 같이 재확인하고 있다.

국기가 상징하는 자유의 원칙이란 우리의 힘의 표시이자 원천은 바로 우리의 관용이라는 확신이다. 그것은 국가의 탄력성을 의미하

682) *Id.*, at 347.

683) 491 U.S. 397 (1989).

684) *Id.*, at 406.

685) *Id.*

며 Texas가 국기에서 반영하고자 했던 완고함이 아니다. 그것이 우리가 오늘날 다시 확인하는 탄력성이다.⁶⁸⁶⁾

질서를 교란하는 자의 개인적 심리상태와 사회적 가치에 대한 낭만적 존중은 정치적 보이코트를 옹호한 *FTC v. Superior Court Trial Lawyers' Association*⁶⁸⁷⁾사건에서 보다 더 잘 표현되고 있다. 이 사건은 그들의 업무범위가 워싱턴시의 형사법정에서 지방정부로부터 보수를 받고 그의 대가로 가난한 피고인을 대표하는 것을 포함하는 일련의 사적인 변호사 그룹과 관련된 것이다. 변호사 조사 기관에 의하면 이 사건의 중요 쟁점에 이르는 수년 동안 지방정부는 변호사들이 제공한 서비스의 수준과 질에 비교하여 볼 때 상당히 낮은 보수를 그들에게 지급하고 있었다. 지방정부의 공무원들은 이를 부인하지 않았다. 하지만 그들은 지급할 재원이 없다고 말했다. 그들은 변호사들의 비용을 위하여 시의 예산 중에서 기금을 마련하든지 또는 지방세를 인상함으로써 예산을 증액하는 것은 정치적으로 불가능하다고 말했다.

결국 일단의 변호사들은 보수가 인상될 때까지 더 이상 사건의 변론을 맡지 않겠다는 의견을 공유하고 워싱턴시에서의 형사변론에 대한 보이코트를 공개적으로 선언하였다. 그들은 그들의 보이코트는 워싱턴시의 유권자를 향하여 높은 보수를 위해 정치적 지지를 모으는 정치적 시위라고 주장하였다. 물론 보이코트는 형사 법정을 마비 시킴으로써 직접적으로 지방 정부에 압력을 가하는 결과를 초래하였다. 이 보이코트는 사실상 지방정부가 보수 인상을 동의함으로써 종료되었다. 그 이후에 연방무역위원회(Federal Trade Commission)는 변호사들이 반독점법을 위반하여 가격 담합의 음모(price-fixing

686) *Id.*, at 419.

687) 493 U.S. 411, 436 (1990) (Brennan, J., concurring in part and dissenting in part).

conspiracy)에 가담하였음을 주장했다.

변호사들은 연방대법원에 상고를 구하였다. 그들은 연방무역위원회 명령은 정치적 표현에 관한 그들의 수정 헌법 제1조에 의하여 보호되는 권리를 침해한다고 주장했다. 연방무역위원회의 명령을 지지하는 법원의 의견에 반대하면서 Brennan은 보이코트를 하는 자들의 행동은 최소한 보이코트를 하는 자들이 그들의 시장 대항자 즉 워싱턴시 정부에게 양보를 강요하는 상황을 만들 만한 충분한 시장 지배력을 갖고 있다는 어떤 구체적인 증거가 없는 이상 수정 헌법 제1조의 보호를 받을 만한 헌법적으로 우선시되는 정치적 표현의 내용임에 충분하다고 다음과 같이 주장했다.

표현적인 보이코트(expressive boycott)는 미국의 건국 이래로 정치적 표현의 주된 수단이었다. 식민지 시대의 인지세법에 대한 항거에서부터 Montgomery 버스 보이코트와 평등 조항 비준을 독려하기 위한 전국여성연맹의 캠페인에 이르기까지 보이코트는 정치적 표현에서 중추적 역할을 수행해 왔다. 정치적 보이코트는 시민들 사이의 사상을 전달하고 공적인 문제를 토론하는 전통적인 수단이다.

그들이 실제로 바라던 수입을 희생하고 시 정부 뿐만 아니라 그들 자신도 고난을 겪으며, 변호사들은 그들 주장의 심각성과 감정의 순수성을 표시했다. 킹 목사와 간디의 수동적인 비폭력운동은 고통의 결연한 감내야말로 단순히 말로 할 수 있는 것보다 보다 웅장하게 헌신과 정의를 대변해줄 수 있다는 것을 증명하고 있다. 단식투쟁과 같은 보이코트는 편집자에게 보내는 편지, 시장과의 대화, 또는 항의 행진 등이 없는 상황에서 감정적인 메시지를 전달할 수 있다. 이러한 관점에서 표현적 보이코트는 정치적 표현의 특별한 형태라고 말 할 수 있다.

의사소통의 수단으로서 표현적 보이코트가 제거될 수 없는 또 다른 이유는 그것은 경제적으로 가난한 이들에게 본질적이기 때문이

다. 미국의 식민지인들이 그들의 민권 주장에 억제를 받던 시기에 영국의 굴레를 벗어 던지고자 보이코트를 사용하였다는 것은 결코 우연이 아니었다. 그들은 그들의 정치적 이익을 증진하기 위하여 확립된 구조적인 방법들을 사용할 수 없었다. 보이코트만이 그들에게 가능하며 유일한 효과적인 방법이었다.⁶⁸⁸⁾

결과적으로 유사한 결론이 내려졌지만 더욱 더 이례적인 것은 수업 중에 학생의 표현에 관한 공립학교의 규제의 위헌성을 다루는 사건에 잘 나타나 있다. 우리가 교육자에게 부과하는 사회적 임무의 중요성과 미묘함 때문에 이 주제는 매우 어렵다. 교육자는 민주적 정치시스템의 유지에 필요한 근본적 가치의 중요성을 반복해서 가르쳐야 하고, 민주사회에서 생존하고 봉사하는 데 요구되는 지식과 수단을 우리의 젊은이에게 전달하고, 학생들에게 공동체 가치의 공식적 원칙을 전달함으로써 학생들의 사회적, 도덕적 발전을 제공하여야 한다고 Brennan은 말했다.⁶⁸⁹⁾

두 판결 이상에서 우리는 이러한 목표들 중에서 갈등이 어떻게 헌법적으로 해결되는지에 관하여 그의 생각이 변화하였음을 발견할 수 있다. 1986년의 Fraser⁶⁹⁰⁾사건은 학교의 집회에서 고등학생들이 음란한 발언을 하였고 이에 대하여 학교의 제재가 있었다. 그는 이 제재의 합헌에 동조하였다. 그는 고등학교 학생들에게 예의적이며 효과적인 공적 토론의 방법 및 교육적 행위의 파괴 금지를 가르치기 위하여 학교 당국은 권한을 가지고 있다는 관점에서 합헌의 대열에 합류했다.⁶⁹¹⁾ 이것은 규칙 위반과 무례(incivility)함에 단호함을 말해준다. 그것은 교육적 행위의 파괴와 함께 예의범절 위반이

688) *Id.*, at 447-48, 450-51.

689) *Hazelwood School Dist. v. Kuhlmeier*, 484 U.S. 260, 277-78 (1988).

690) *Bethel School Dist. v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986).

691) *Id.*, at 687 (Brennan, J., concurring in the judgment).

다.

하지만 1988년의 *Kuhlmeier* 사건에서 그는 그의 입장을 수정했다. 이 사건은 학교 당국이 가정 내 불화 문제나 십대의 성문제 같은 예민한 문제가 학교신문에 게재될 시 기사에 대한 검열을 할 수 있는지의 문제이다. 그는 이러한 검열에 항의하며, 무례함과 파괴(disruption)를 엄격히 구분하였다. 이 분야에 대한 그의 최근의 견해에 의하면 학교에서 학생의 발언은 그것이 실질적으로 구체적 교육행위를 방해하거나 현실적으로 무질서를 위협하거나 법적인 권리를 위반했을 경우에만 검열이 가능하다고 한다.⁶⁹²⁾ Fraser가 학생자치기구의 후보 지지를 위하여 음란한 연설을 한 것은 그것이 교육의 본래의 기능을 간섭하여 예민한 고등학생들을 심각하게 분열시킬 경우에만 검열이 가능하다고 한다.⁶⁹³⁾ 하지만 Brennan은 학교에서의 연설이 그 내용이나 문체가 학교에 비우호적인 도덕률을 포함하고 있거나 감수성을 위협하거나⁶⁹⁴⁾ 심지어는 문명화된 사회 질서의 공유된 가치를 위반하는 것을 이유로 검열할 수 없다고 주장하였다.⁶⁹⁵⁾ 그러한 이유로 검열을 하기 위해서는 개인의 권리에 대한 모독 즉, 우리의 헌법이 보장하는 찬란한 자유민주주의의 중요성을 젊은이에게 반복하여 교육시킬 임무가 있는 공중의 신뢰를 부분적으로 기만하는 것을 보여줄 수 있어야 한다고 그는 주장한다.⁶⁹⁶⁾

692) *Kuhlmeier*, 484 U.S. 279, 289-90 (Brennan, J., dissenting).

693) *Id.*, at 279.

694) *Id.*, at 277.

695) *Id.*, at 286.

696) *Id.*, at 290.

6. 관료주의에 대한 비난

선동자와 질서교란자에 대한 Brennan의 보호주의는 질서, 교육, 그리고 통제의 관리 이익의 상대적 무시와 함께 그의 낭만적 자유주의의 또 다른 특징을 나타내고 있다. 그는 관료주의의 야망, 자동화, 고착, 일상 등에 갇혀 있는 이들을 위하여 정력적으로 법적 보호를 확대해 나갔다. 그는 연방차원에서 경찰과 검찰에 대항하는 개인에 대한 보호의 설계자⁶⁹⁷⁾이자 옹호자⁶⁹⁸⁾였으며, 흑인차별의 유산에 반대하며 적극적 구제를 제공하는 선봉자였으며,⁶⁹⁹⁾ 공무원의 냉혹함,⁷⁰⁰⁾ 거만함,⁷⁰¹⁾ 후견적인 지배⁷⁰²⁾에 반대하는 아동 권리의 보호자였으며, 일반적으로 정부의 불법에 반대하며 효과적인 법적 구제를 부여하는 챔피언이었다.⁷⁰³⁾

또 다른 측면은 비록 부분적으로 성공했지만 정부조직 또는 공무원이 국민의 헌법적 권리를 침해하여 손해를 발생케 한 경우 쉽게 그리고 직접적으로 배상이 가능하도록 주장한 것이다. 그는 정부와 공무원이 그들의 불법행위가 국민들에게 침해를 끼치고도 배상책임을 차단하려는 것을 일련의 판결들을 통하여 적극적으로 반대하였다. 예를 들면, 수정 헌법 제 11 조의 범위⁷⁰⁴⁾와 법정 면책조항

697) *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

698) Brennan, *State Constitution and the Protection of Individual Rights*, 90 Harv. L. Rev. 489, 492 (1977).

699) *Green v. County School Bd.*, 391 U.S. 430 (1968).

700) *DeShaney v. Dept. of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989).

701) *New Jersey v. T.L.O.*, 415 U.S. 651 (1974).

702) *Kuhlmeier*, 484 U.S. 279.

703) *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

704) *Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651 (1974).

(statutory immunities)⁷⁰⁵⁾을 결정함에 있어서, 어느 레벨과 어떤 유형의 정부가 연방민권법(federal civil rights laws)에 의하여 책임을 지는 자인가의 결정,⁷⁰⁶⁾ 언제 헌법이 공무원으로 하여금 명예훼손과 재물파괴와 같은 불법행위에 대한 책임을 지게 하는지의 결정,⁷⁰⁷⁾ 권리장전의 어느 규정(영장 없는 압수와 수색의 금지를 보장하는 수정 헌법 제 4 조 뿐만 아니라 정당한 보상 없는 수용의 금지를 보장하는 수정 헌법 제 5 조 등)이 직접적으로 불법행위자에게 금전 배상을 명하는지의 여부에 대한 결정⁷⁰⁸⁾ 등 현기증이 날 정도로 많다. 쉽게 말해서 그는 그러한 책임이 정부의 효율성을 방해하고, 정부의 작동을 억제하고, 정부의 재정을 위태롭게 하고, 공공의 서비스에 가장 적합한 소질을 유인하는 정부의 능력을 방해한다는 것을 인정하는 최후의 대법관이라고 할 수 있다.

법적인 노출의 위험성에 반대하여 특별한 면책을 요구하는 관료주의는 일반 국민은 단순히 법적인 노출의 위험성을 참아야 한다면 자신의 권리의 정당화를 주장하는 국민과 비대칭적으로 보인다. 충분히 심사숙고한 정부는 일반시민의 희생 위에 특별한 사법적 우선 없이도 그들의 요구를 이루어 갈 충분한 힘이 있다는 견해는 Trial Lawyer 사건에서도 잘 나타나 있다. 변호사들의 보이코트는 워싱턴 시 정부로 하여금 그들의 보수 인상 요구에 응하게 함으로써 워싱턴시의 형사 법정에 위기를 초래하는 협박의 미수라는 원고의 주장에 대해서 Brennan은 정부는 지방변호사회로 하여금 공익 봉사(pro bono)의 규정을 삽입함으로써 서비스 제공을 강제할 권한이 있다고 응답했다.⁷⁰⁹⁾

705) Owen v. City of Independence, 445 U.S. 662 (1980).

706) Monell v. Dept. of Social Services, 436 U.S. 658 (1978).

707) Paul v. Davis, 424 U.S. 693 (1976).

708) San Diego Gas Co. v. San Diego, 450 U.S. 621 (1981).

709) *Trial Lawyers*, 493 U.S. 451, 452.

Brennan의 사법적 의견에서 반복하여 우리가 명심할 것은 선동과 이에 대한 통제는 친적관계라는 것이다. 1963년의 *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*⁷¹⁰사건에서 그는 통상의 사용료를 기꺼이 지불하고자 하는 정치 광고회사에 의한 방송에의 무제한의 접근보다 방송사의 편집 권한에 비중을 두는 방향으로 수정 헌법 제1조를 해석한 법원의 의견에 합류하기를 반대했다. 그는 균형을 잡는 법원의 해결 방법은 공중에게 다양하고 때로는 적대적인 정보의 가능한 한 광범위한 배포를 요구하는 다수에 응답하는 상업적 이윤 추구의 방송사의 자질(또는 의지)을 심각하게 과대 평가했다고 주장한다.⁷¹¹ 1966년에 그는 부동산의 소유자로서 국가가 교도소의 본질적 기능을 방해하지는 않지만 진입로를 차단하는 - 반대 의견에 의하면 민권 항의자들이 퇴거를 요청 받았을 때 물러났는지 여부는 분명하지 않다 - 민권 항의자 그룹을 교도소 진입로로부터 강제 퇴각시키는 국가의 권리를 인정하는 결정에 반대하는 Douglas의 결정에 합류했다.⁷¹² 1976년에는 군사 기지의 소유자로서 군 당국이 기지 내에서 어떤 종류의 정치적 연설이나 이벤트를 전적이며 절대적으로 금지하는 권리를 지지하는 결정에서 Marshall과 함께 반대했다. Brennan의 견해에 의하면 정확한 헌법의 심사는 토지 소유자의 우월적 권리가 아니라 그 연설 또는 행위가 일어난 당해 현장이 정부에 의하여 원칙적으로 봉사되도록 인정된 행위와 기본적으로 일치하는 행위인지 여부일 것이라고 주장한다.⁷¹³ 그는 상당한 사용료를 지불해야만 획득할 수 있는 허가장소를 제외하고는 박람회장의 어느 곳에서도 유인물 배포를 금지

710) 412 U.S. 94 (1973).

711) *Id.*, at 187.

712) *Adderley v. Florida*, 385 U.S. 39, 48, 51-52 (Douglas, J., dissenting).

713) *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828, 860-61 (1976) (Brennan, J., dissenting).

하는 미네소타의 박람회 규정을 지지하는 결정에도 반대했다. 그는 이 금지는 무질서에 대한 일반적이며 사변적인(speculative) 위협의 부적절한 바탕 위에서 표현의 자유 권리의 실현에 헌법적으로 위반하는 제한이라고 생각했다.⁷¹⁴⁾

1983년의 *Connick v. Myers*⁷¹⁵⁾ 사건은 특별한 의미가 있는 경우이다. 이슈는 직무정책, 직업윤리, 고충위원회의 필요, 감독자에 대한 신뢰, 업무 외의 특정 정당에 치우치는 임무의 부과가 존재하는지에 관해 동료 직원들의 견해를 요청하는 설문지를 배포한 주정부 검찰에 근무하는 주정부의 정책에 불만이 많은 변호사인 Myers에게 수정 헌법 제1 조의 권리가 있느냐 여부이다. 네 명의 반대자를 위하여 반대의견을 집필하면서 Brennan은 Myers의 설문지가 제기한 이슈와 관련된 공적 관심의 정도에 대해 다수 의견과 심각하게 대립하였다. 그는 공무원이 그들이 근무하는 기관의 작동에 관하여 비판적인 견해를 갖고 있을 때는 고용주의 판단에 대한 사법적 존중은 더 이상 기능을 할 수 없다고 주장한다.⁷¹⁶⁾ 하지만 Myers 사건으로부터 공적 이익의 비중을 강조하는 것을 뛰어넘어, 그는 또한 정부와 법원의 다수의견은 작업장에서 발생하는 불평불만의 사변적인 위협에 대해서 과잉행위를 하고 있으며, 성가신 비판의 수용에 신경질적인 반응을 보이면서 사소한 걱정을 하고 있다고 비판하면서 반대의익을 옹호하였다.⁷¹⁷⁾ 그는 수업 중에 학생이 베트남 전쟁에 대한 반대의 의사표시로 검은 완장을 착용하는 것을 보호한 사건으로부터 직장에서 일을 함에 있어 적절한 규제의 필요와 실질적이고 본질적으로 관련이 없는 규제를 정당화시켜 줄 수 있는 것은

714) *Heffron v. International Society for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640, 662 (Brennan, J., concurring in part and dissenting in part).

715) 461 U.S. 138, 156 (1983).

716) *Id.*, at 163-66, 168.

717) *Id.*, at 169.

아무것도 없다는 교훈을 도출했다.⁷¹⁸⁾

*Brown v. Glines*⁷¹⁹⁾사건에서 그는 군사 기지 내에서 기지 사령관의 사전 검열을 받은 경우에만 유인물이 배포될 수 있다는 규정의 합헌성에 대해서 유일하게 반대했다.⁷²⁰⁾ 여기에서 그는 이른바 기지 사령관이 주장하는 전문적 지식(*expertise*)은 표현을 통제하는 권한을 행사하는 것에 불가피하게 영향을 미치는 자연적인 이기심에 오염되기 쉽고, 규칙 또는 군사 작전상의 효율성의 이익은 상급자의 개인적 또는 관료주의적 선호에 흐르기 쉬운 경향이 있으며 이러한 이익이 모호하게 정의됐다고 주장한다.⁷²¹⁾ *Goldman v. Weinberger*⁷²²⁾사건에서도 그는 복장의 통일에 의하여 군사 정신의 압도적 이익을 유지하려고 의사인 유태계 장교가 근무 중에 유태인 특유의 모자(*yarmulke*)를 착용하는 것을 금지한 공군 규칙을 허용한 것에 대해서 유사한 논거로 반대했다.⁷²³⁾

이러한 사건들에서 Brennan은 인간성에 대한 낭만적 존중과 사회 해방적 목표를 잘 연계시키고 있다. *Glines* 사건에서 그는 기지 사령관이 규칙과 윤리에 위협을 가하는 것으로 인식한 것은 종종 사령관 개인의 개인적 그리고 정치적 편견과 관련되어 있다고 관찰했다.⁷²⁴⁾ *Goldman* 사건에서 필요의 개념 정의는 경험과 가치에 의하여 영향을 받는다는 것을 우리에게 상기시키며 단합과 절대적 복종의 강한 윤리가 요구되는 군대는 부분적으로 소수자의 요구와 가치에 둔감할 수 있다고 경고했다. 그는 종교 조항의 가장 핵심적 기

718) *Id.*

719) 444 U.S. 348 (1980).

720) *Id.* at 361 (Brennan, J., dissenting).

721) *Id.* at 370.

722) 475 U.S. 503 (1986).

723) *Id.* at 513 (Brennan, J., dissenting).

724) *Glines*, at 365.

능은 주류에게 익숙하지 않다는 이유로 중요하지 않다고 결정하는 비난으로부터 소수 종교를 보호하는 것이라고 말하고 있다.⁷²⁵⁾ Brennan의 의견 중 가장 인상적인 것은 George Carlin이 라디오 방송 중에 불특정다수인을 향하여 저속한 언어를 마구 사용하도록 방치한 방송사를 처벌하는 연방통신위원회(Federal Communication Commission)의 권한을 인정하는 결정에 대하여 반대한 *Pacifica*⁷²⁶⁾ 사건이라고 할 수 있다.

Marshall과 함께 한 반대의견에서 그는 다음과 같이 주장했다.

법원은 법관들도 서로 다르게 생각할 수 있고, 다르게 행동할 수 있고, 그리고 다르게 말할 수 있다는 문화적 다원주의를 이해하기에는 억압적인 무력함을 보여준다. 이 법원의 구성원들은 예민한 감수성을 공유하지 못하고 다수의 전통을 경멸하는 의식적인 결정을 포함하여 다양한 이유로써 다른 사회·경제적 배경을 가지고 있는 사람에 의하여 공격적이라고 여겨지는 그러한 말들을 그들 스스로 사용함으로써 그들 자신을 표현한다. 이러한 관점에서 법원의 결정은 생각하고, 행동하고, 그리고 말하는 방식을 다수의 그것에 따르지 않는 그룹에게 지배 문화의 필수 불가결의 노력을 강요하는 또 다른 모습이라고 할 수 있다.

Goldman 사건에서 그는 소수의 요구와 가치를 염려와 존중의 대상으로 다루었다. *Pacifica* 사건에서는 그는 문화와 그룹 사이에서 차이와 갈등에 주목했다.

725) *Goldman*, at 518, 524.

726) *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 762 (1978).

IV. 결 론

Brennan은 미국 민권 운동사의 격동의 시기에 34년간 연방대법원의 대법관을 지냈으며 진보적 판결로 유명하다. 그는 개인의 자유와 사회적 약자의 인권 보장을 위한 의견을 많이 제시했다. 때때로 다수의견을 집필하기도 했지만 압도적 다수는 역시 반대의견에 있다고 할 수 있다. 반대의견을 통하여 개인의 자유와 사회적 약자의 인권 보호에 앞장섰고, 특히 정부의 작동에 비판적이었으며 권력 남용에 반대하였다. 그는 자유주의라는 일관된 정치적 사상을 가지고 반대의견을 제시했으며 반대의견의 가치를 역설했다. 현재의 다수의견이 항상 정당한 것일 수는 없으며 그것은 내일의 소수의견이 될 수도 있고, 현재의 반대의견은 내일의 다수의견을 이끄는 예언자적 기능을 하고 있다고 말한다.

Brennan은 낭만적 자유 민주주의자였으며 인간의 약속, 공동체, 가족, 그리고 신념의 가치에 특별한 관심을 가지고 있었다. 그가 말하는 자유주의란 자유, 개인의 권리, 법, 제한된 정부, 공공의 합리성 등의 중요성을 강조하는 등 정치적 생활을 직접 구성하는 하나의 방법이다. 그러므로 자유주의는 정의와 권리 그리고 권력분립 및 사법심사 등의 제도적 장치의 헌법적 언어들을 선호한다. 쉽게 말해서 자유주의자란 “개인의 권리” - 자발적 결사, 다원주의, 관용, 분리, 프라이버시, 자유로운 언론, 재능에 따른 직업 등 - 라는 언어는 필수불가결하다고 주장하는 사람이다.

Brennan의 낭만적 헌법관의 두 가지 핵심은 첫째, 일정한 낭만적 개념 하에 개인의 인간성의 존중이고, 다른 하나는 사회 내에서 개인의 해방된 상태를 추구하는 것을 수행하는 것이다. 그는 국가는 인간으로서의 본질적 가치와 부합하게 국민을 대우하여야 한다고

주장한다. 인간성의 존중은 모든 사회 규범적 자제에 대한 끝없는 투쟁, 그리고 선동이나 혼란에 대한 관용, 다른 법관들은 쉽게 허용하지 않았던 선동자와 질서교란자에 대한 엄려, 질서와 통제를 위한 관료주의의 추구에 대한 냉정함, 권력의 정당한 사용과 도덕적 이유에 기초한 정열과 동정의 불가피성에 대한 독특한 고집 등을 포함하고 있다.

그는 반대의견은 법의 공평한 목적과 결정의 신념을 위협하므로 위험한 행위라는 제안에 대해 문제를 제기하고 정부의 정당성은 국가가 헌법을 도덕적으로 이해함으로써 헌법적 의미의 다룰 수 있는 해결책을 언제든지 따를 준비가 되어 있느냐에 달려있다고 보았다. 그는 반대를 억제하고 나온 의견의 일치는 최종적으로는 법원의 정당성을 획득할 수 없다는 것을 법관들은 알지 못하며 반대로 국민은 이것을 알고 있다고 한다. 국민들이 사법부와 다른 공적인 결정 기구의 결정과 규칙을 존중하는 적극적인 자세의 이면에는 이러한 기구들이 그러한 결과의 지혜에 대해서 도전을 계속하려는 모든 사람들의 권리를 인정한다는 확신이 베어 있다고 할 수 있다.

Brennan은 당연히 그리고 낭만적으로 가장 위대한 반대자들은 장래의 수확을 위하여 씨를 뿌리는 예언자라고 생각했다. 그는 공적인 선동 문제의 사회적 이익보다 법관 자신이 부과하는 명령이 실제로 그리고 당연히 우월한 사회적 이익을 제공한다는 다수의견의 부당성을 주장했다. 그는 분명히 사법부의 질서유지 기능을 축소했고, 그것을 그가 주장하는 선동의 자유와 함께 정부의 다른 분야의 질서 유지 기능과 함께 사회의 중요성에 있어서 같은 반열에 놓았다. 사법부의 명령에 확고한 복종을 유지하는 국가의 이익은 다른 것과 그리고 좀 더 활동성 있는 이익들과의 충돌을 허용하는 것이라고 주장했다. 그가 다른 의견에서 다수의견을 비난하며 참을 수 없다고 하는 것은 사법부 우위에 대한 종교적 존중이었다.

그는 수정 헌법 제1 조의 영웅은 시민의 자아 존중과 반대의 구조적 가치를 위하여 정치적 항의 행위를 보호하는 정치적 사회라고 말하고 있다. 그는 화자의 의견이 정부의 감정을 화나게 한다면 그것이야말로 헌법이 보호할 만한 가치가 있는 이유라고 말하고 있다. 왜냐하면 정부 시스템 하에서 언론의 자유는 선동이 불안의 조건을 유발하고 현재의 상태에 불만을 야기하고 심지어 시민들로 하여금 화를 치밀게 할 때 그 목적을 최고도로 발휘하기 때문이다.

그는 관료주의의 야망, 자동화, 고착, 일상 등에 갇혀 있는 이들을 위하여 정력적으로 법적 보호를 확대해 나갔다. 정부조직 또는 공무원이 국민의 헌법적 권리를 침해하여 손해를 발생케 한 경우 쉽게 그리고 직접적으로 배상이 가능하도록 주장한 것이다. 그는 정부와 공무원이 그들의 불법행위가 국민들에게 침해를 끼치고도 배상책임을 차단하려는 것을 일련의 판결들을 통하여 적극적으로 반대하였다.

위에서 정치사상가로서의 Brennan 대법관의 낭만적 자유주의 헌법관을 고찰해보았다. 그 이후에 인간성, 사회적 논쟁에 대한 기본적인 법의 해석, 법원의 무시에 대한 관용, 질서교란자에 대한 엄려, 관료주의에 대한 비난 등으로 대별되는 그의 정치 철학이 개개의 사건에서 어떻게 판단되고 어떤 논거에 의하고 있는지 살펴보았다.

우리 헌법재판에서도 반대의견의 가치와 의의는 작다고 할 수 없는데 좀 더 많은 반대의견의 출현과 좀 더 일관되고 자유주의 정치 철학에 바탕을 둔 결정을 기대한다.

헌법 제8조(정당조항)의 양면성

이 명 응
헌법연구관

- 목 차 -

I. 머리말	473
II. 정당조항의 의의: “당근과 채찍”	474
1. 연혁	474
2. 전통적 헌법질서와 정당국가의 갈등관계	477
3. 정당의 “민주성” 요청	483
가. 이유	483
나. 정당의 “민주성”의 의미	490
III. 당내민주주의의 제고 방법	493
1. 법적 규제와 그 한계	493
2. 제언	494
IV. 정당조항에 관한 헌법재판소의 접근방법 문제	504
V. 맺음말	509

I. 머리말

우리나라의 정당의 현실은 헌법이 원래 상정한 제8조(정당조항)의 목적⁷²⁷⁾에서 매우 벗어나 있다. “민주적”인 조직과 활동에서 멀리 떨어져 있으며(소위 당내민주주의의 미흡), 무엇보다도 아직까지 명사정당(명망가만을 위한 정당)적 성격을 떨쳐버리지 못하고 있다고 보인다.⁷²⁸⁾ 그렇다면 과연 제대로 “국민의 정치적 의사형성”을 대변하고 있는지 의문인 그러한 현실 정당들에 대하여 과연 어느 정도까지 국가가 보호와 우대를 해 주어야 하는지가 이 글에서 문제의 출발점이 된다.

이 글은 헌법 제8조가 단순한 정당의 보호조항이 아니라, 정당의 “민주화”를 추구하기 위한 규정이며, 오히려 이 부분이 정당의 헌법 내 수용에 있어서 헌법의 주된 관심사에 해당되는 것이라고 보고자 한다. 이러한 논의의 논거를 위해서 정당조항의 연혁을, 우리의 모델이 된 독일 기본법 제정시의 논의를 참고하여 살펴본다. 또한 오늘날 정당의 헌법적 용인이 전통적인 자유주의헌법과 대의제민주주의를 훼손할 수도 있다는 점을 재확인하고, 그럼에도 불구하고 그러

727) 이에 대해서는 다음과 같은 헌법재판소 판시가 있다. “정당의 설립과 활동의 자유를 보장하고 있는 것은 선거제도의 민주화와 국민주권을 실질적으로 현실화하고 정치적으로 자유민주주의의 구현에 기여하는데 그 목적이 있는 것이지...”(헌재 1992. 3. 13. 92헌마37등, 판례집 4, 137, 144).

728) 우리의 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 민주적 정당이 아니라, 오히려 그것은 “명사정당이며 그것도 명사정치인의 뜻을 만드는 조직에 불과한 것이 아닌가하는 의문이 제기된다. 더구나 당총제가 당의 재정과 조직은 물론 공천까지 좌우하고 있으며 당의결기관은 총제의 뜻을 확인하는 기구로 머물러 정당이 과연 민주적이며 국민의 정치적 의사형성을 돕는 조직일 수 있는가의 의문이 제기된다.” 최대권, “정치개혁을 위한 몇 가지 생각(1)”, 법학, 제33권 제1호(1999), 175쪽; 정만희, “헌법 선거법제의 문제점과 개선방안”, 저스티스, 통권 제66호(2002. 4.), 47쪽도 같은 취지임.

한 정당을 보호하기 위해서는, “당내민주주의”를 반드시 전제하지 않으면 안 된다는 점을 강조한다(이상 II).

다음으로 당내민주주의의 확보를 위한 법적 규제의 범위와 한계를 살펴보고, 특히 정당의 공직후보자 공천과정에 대한 법적 내지 사법적 통제방법을 검토한다(III). 마지막으로 헌법재판소가 정당조항 관련 사건의 심판에 있어서 정당조항(당위)과 정당현실(존재)을 어떻게 연관시켜야 할 것인지를, 법실증주의와 구분되는 통합론적 헌법해석방법론을 통하여 모색해본다(IV).

이러한 제 논의를 통하여 이 글은 정당의 민주화가 헌법의 중심 과제이며, 그에 필요한 법적 내지 사법적 통제수단이 제대로 마련되어야 하고, 정당의 보호에 관련된 헌법재판에 있어서도 반드시 고려되어야 할 사항이라는 점을 강조하고자 한다.

II. 정당조항의 의의: “당근과 채찍”

1. 연혁

헌법 제8조는 정당에 관한 다음 규정을 두고 있다(소위 “정당조항”).

제8조 ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.

② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.

③ 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.

④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

이 조항에 관한 연혁을 살펴보면, 제헌헌법에는 정당에 관한 규정이 없었으며, 4·19혁명 후의 제2공화국 헌법은 자유당하에서의 야당탄압 경험을 토대로 제13조 제2항에서, “정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다. 단, 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부가 대통령의 승인을 얻어 소추하고 헌법재판소가 판결로써 그 정당의 해산을 명한다.”고 하였다. 뒤이어 5.16 쿠데타 후의 1962년 헌법 제7조는 현행 규정과 유사한 내용의 규정을 두었다.⁷²⁹⁾ 그 조항은 독일 기본법상의 정당조항⁷³⁰⁾과 유사한 것이었으나, 헌법상의 다른 규정을 같이 참조할 때 그 도입 배경은 매우 달랐다.⁷³¹⁾

729) 제7조 ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.

② 정당은 그 조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직을 가져야 한다.

③ 정당은 국가의 보호를 받는다. 다만, 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 대법원에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 대법원의 판결에 의하여 해산된다.

730) 독일 기본법 제21조는 정당에 관하여 다음과 같은 규정을 두고 있다.

① 정당은 국민의 정치적 의사형성에 참여한다. 정당의 설립은 자유이다. 정당의 내부질서는 민주적 원칙에 부합해야 한다. 정당은 그 자금의 출처와 사용에 관하여 공개적으로 보고해야 한다.

② 그 목적이나 추종자의 행태에 있어 자유 민주적 기본질서를 침해 또는 폐지하려 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 하는 정당은 위헌이다. 위헌성의 문제에 관하여는 연방헌법재판소가 정한다.

③ 상세한 것은 법률로 정한다.

731) 당시 헌법은 다른 조항에서 “대통령과 국회의원에 입후보하려 할 때에는 소속 정당의 추천이 있어야 한다.”고 하여 무소속 출마를 금지하고, “국회의원은 임기 중 당적을 이탈하거나 변경할 때 또는 소속정당이 해산한 때에는 그 자격이 상실된다”고 규정하였는데(제36조 제3항, 제38조, 제64조 제3항), 이는 군사정권이 관변조직을 동원하여 전국적 규모의 정당을 만들 경우, 또 일반적으로 정당설립요건을 엄격히 할 경우(당시 정당법은 그러하였다), 그들에게 유리하게 작용할 내용이었다. 이러한 정당의 정치독점 규정은 세계적으로 그 입법례를 찾기 어려운 것

헌법 제8조(“정당조항”)는 정당에 대하여 한편으로 특권을 부여하면서, 다른 한편 의무를 부과하는 “양면성”을 지니고 있다.⁷³²⁾ 먼저 동 조항은 오늘날 정당은 민주적 정치생활에서 필수적인 요소이므로, 헌법이 그 설립과 활동을 보호하고 행정부에 의하여 쉽게 해산되어서는 안 된다는 점을 선언하고 있다. 그러나 정당이 민주정치에 끼치는 막대한 영향력을 감안할 때, 정당은 무엇보다도 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하고, 국가의 민주적 기본질서를 벗어난 것이어서는 안 된다는 것을 동 조항은 강조하고 있는 것이다.

일찍이(1930년) 독일의 Triepel은 정당에 대한 국법의 태도는, “적대시 ⇨ 무관심 내지 무시 ⇨ 승인 내지 합법화 ⇨ 헌법예외의 편입”이라는 단계로 진화되어 왔다고 설명하였다. 이에 따르면 독일의 정당조항의 양면성은 헌법이 어쩔 수 없이 정당의 존재를 인정하고 편입한 것을 뜻한다.⁷³³⁾

전통적인 자유주의와 대의민주주의에 바탕을 둔⁷³⁴⁾ 헌법이라면

인데, 당시 중앙정보부에서 마련되어 여론의 추이나 헌법전문가의 의견에 상관없이 관철되었던 것으로 보인다(송석윤, “독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식”, 법학 제41권 3호(2000), 138-140쪽 참조). 이를 종합하면, 후술하듯이 당시 정당조항(제7조)의 도입은, 정당의 존재가 정치환경에 미치는 현실적 위상을 감안하여 헌법적으로 승인하고 특권과 함께 의무를 부과하려 한 것이라기보다는, 뒤이은 5.16 정치군인들의 집권과 권력독점을 용이하게 하기 위한 배경에서 비롯된 것이라 생각된다.

732) 독일 기본법도 마찬가지이다. 나아가 거기서는 정당의 자금에 대한 보고의무가 추가되고 있다.

733) 우리 헌법의 경우 그러한 역사적(단계적) 설명은 타당할 수 없다. 제헌헌법 전에는 정당의 역사를 찾기가 어렵고, 또 구미식의 자유주의적 대의민주주의의 전통이 없었기 때문이다.

734) 전통적 자유주의는 재산과 교양을 지닌 유산가들이 귀족적 봉건제도와 절대주의 왕권에 대항하여 개인의 자유를 실현하기 위한 이념을 뜻하는 것이었는데, 국민의 “명망가” 즉 정신, 예지, 교양이 뛰어난 인물이 선거(제한선거에서 보통선거로 발전하였다)에 의하여 대표자로 선출되어 의회를 구성하고, 이들이 공개된 장소에서 토론과 타협을 통하여 민의를 대변하는 입법과 정책결정을 하게 하는

그러한 대의제도를 근본적으로 왜곡시킬 수 있는 “정당”의 인정에 소극적일 수밖에 없었다. 자유주의적-대의제적 민주정치와 소위 정당민주주의가 야기할 수 있는 갈등상황을 살펴본다.

2. 전통적 헌법질서와 정당국가의 갈등관계

가. 국회의원에 대한 무기속 위임의 원칙은 대의제도의 한 본질적 요소이다. 의원은 일단 국회의원으로 선출된 이상 특정의 선거인단 혹은 특정의 선거구의 대표자로 머무를 수 없으며 “전 국민의 대표자”가 아니면 안 된다. 일찍이(1783) Blackstone은 “의원은 누구나 비록 특정의 지구에 의해서 선택되었다 할지라도 당선된 경우에는 전 왕국을 위해서 봉사하는 것이다.”고 하였다. 국회의원은 일단 선출된 이상 국민일반을 위해서 가장 좋다고 생각하는 대로 완전히 자유롭게 행동하여야 하며, 특정 선거구민의 의견을 들을 수는 있으나 국가의 일반이익과 양립하지 않을 경우 그것에 따라서는 안 되는 것이다. 즉 명령적 위임은 금지된다. 우리 헌법 제46조 제2항은 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.”고 하였으며, 제45조는 “국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 대하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다.”고 규정한다, 이러한 조항들은 무기속 위임(자유위임)의 원칙에 연관된 것이다.⁷³⁵⁾

그런데 정당정치 하에서는 이러한 원칙은 유명무실해질 수 있다.

대의제적 의회주의와 결합하여 근대 자유주의헌법의 기본 체제를 구성하였다. 한편으로 자유주의는 또한 권력분립주의와 법치국가 이념을 본질적으로 내포하게 되며, 후에 인구증가와 보통선거제도의 채택으로 인해 (대중)민주주의 이념과 결합되어, 오늘날의 “자유민주주의”에 이르게 된 것이라 볼 수 있다.

735) 헌재 1994. 4. 28. 92헌마153(전국구국회의원 의석계승 미결정 위헌확인), 판례집 6-1, 415 참조.

의원은 자주적 결정권이 박탈되어 정당의 심부름꾼으로 전락하게 된다. 의원은 더 이상 자기의 인격을 기울여서 전체국민을 위하여 자기의 정치적 제 결정을 내리는 대표자라고 공언될 수 없는 것이다.⁷³⁶⁾ 그에게는 당의 다수의사 형성에 영향력을 미칠 수 있을 뿐인 것이다. 나아가 당내민주주의가 미흡하고 정당의 의사결정이 위로부터 주어지고, 나아가 공직선거후보자의 공천이 비민주적으로 이루어지는 정당이라면, 소속 의원의 소신이 정당의 정책에 반영된다거나 소속 의원의 자율성이 쉽게 유지될 것이라고 단정하기 어렵다. 의원은 사실상 정당의 비민주적 의사결정에 “기속”될 것이며, 이는 무기속 위임의 원칙을 형해화하게 될 것이다. Leibholz는 독일 기본법 제38조 제1항⁷³⁷⁾의 무기속위임과 정당국가적 민주정치는 서로 모순되며, 그 모순은 결국 제거될 수 없다고 보았다.⁷³⁸⁾ 그러나 무기속 위임이 정당내부의 의사결정 과정에 영향을 줄 수 있어 서로 조화될 수 있다는 견해도 존재한다.⁷³⁹⁾

736) G. Leibholz, *Strukturproblem der modernen Demokratie*(1958), 주수만 역, 현대민주정치론(서문당, 1977), 148쪽 참조(“현대민주정치의 구조변화” 중). 이하 이 역서를 “Leibholz”로 표기함.

737) “독일 연방의회의 의원은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다. 그들은 국민전체의 대표자이고 명령과 지시에 구속되지 않으며 자신의 양심에만 따른다.”

738) Leibholz, 173쪽. 그러나 그는 이 딜레마를 방지하지는 않았다. 즉 무기속위임이 법적인 의무인 반면, 정당국가의 논리에서 나오는 교섭단체의 강제는 헌법상 정당성이 없는 것이므로, 의원의 개인적 확신은 보장되어야 한다고 한다. 따라서 그러한 이유로 정당에서의 제명이나, 다른 정당 또는 교섭단체로의 이전이 의석의 상실을 초래하지는 않으며, 나아가 백지 사퇴선언이나 약정은 법적 구속력을 갖지 않는다고 한다. 따라서 개개의 국회의원은 제한된 적용범위와 경감된 의의를 가지는 의회정적-대의제적 테두리 안에서 오늘날에도 헌법상 보장된 고유의 지위를 어느 정도 가지며, 또한 헌법소송에서 이러한 지위를 옹호할 수 있도록 당사자능력을 가져야 한다고 본다. 그러므로 기본법 제38조 제1항의 의미에 있어서의 자유주의적-대의제적 의회주의의 근본 제원칙을 신봉한다는 공언은 정당국가의 어떤 극단적인 제 결과를 방지한다는 의의를 가진다는 것이다. 176-181쪽.

739) 무기속위임의 원칙이 한편으로는 정당으로 하여금 정책결정에 앞서 소속 의원들의 참여와 토론과 설득을 유도하는 기능을 수행하며, 만약 그러한 원칙 내지

나. 헌법상의 선거원칙은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거를 요청한다(헌법 제41조 제1항, 제67조 제1항). 또한 자유선거의 원칙도 이에 추가된다.

민주주의는 공정하고 자유로운 선거에 의하여 통치자가 피치자에 의하여 선택되는 제도라고 할 수 있다. 이러한 선거의 구조원리에 관하여 법학자들은 18세기적인 철학에 의거하여 국민대표제(représentation)의 이론을 발전시켰다. 즉, 국민대표제는 선거인이 피선거인에게 그 자신의 이름으로 발언하고 행동하는 권한위임(un mandat)을 행하는 것이다. 이렇게 하여 국민의 수입자인 의회는 국가의 주권을 행사한다. 그러나 국민대표의 신조로서의 선거라는 사실은 정당에 의하여 심히 변형되었다. 선거인과 피선거인사이의 대화, 국민과 의회와의 대화는 더 이상 문제되지 아니한다. 즉 제3의 존재가 이들 사이에 개입하여 그들 관계의 성질을 급진적으로 변화시켰다. 그들 선거인에 의하여 선택되기 전에 의원은 정당에 의하여 선정된다. 즉 선거인들은 이의 선정에 대한 인준만을 하게 된다.⁷⁴⁰⁾

오늘날의 의회선거는 이제는 진정한 선거가 아니다. 그것은 오히려, 정당들을 통해서 규합된 적극적 시민층, 즉 소위 선거인단이 그의 정치적 의사를, 정당들에 의해서 지명된 의석후보자들과 그리고 선거입후보자들에게 의해서 지지된 정당강령들을 위해서 통지하는 일반투표행위로 되는 경향을 더욱 더 가진다.⁷⁴¹⁾

해당 헌법규정이 없다면 정당의 정책결정은 더 자의적으로 이루어질 수 있게 된다는 점을 지적하는 의견으로는, Wolfgang Lower, "Idee und Wirklichkeit der repräsentativen Demokratie und des Parteienstaates", 이원우 역, "대의 민주주의와 정당국가의 이상과 현실: 정당국가에 있어서 자유위임", 법학논집(이화여대 법학연구소) 제4권 3호(1999. 10) 참조.

740) Maurice Duverger, *Les Partis Politiques* (1976), 중앙선거관리위원회 역, 정당론, 1980, 433쪽.

한편 비례대표제 선거제도는 자유주의적-대의제적 민주주의에 입각한 것이라기보다는 대중민주적 정당국가의 귀결에 해당하는 새로운 선거제도이다.⁷⁴²⁾

나아가 만일 정당이 “명망가(명사)정당”의 수준에 머물러 있고 정당지도자들의 밀실에서 공천권을 행사한다면, 그러한 후보자에 대한 국민의 선거는 이미 선거원칙의 상당 부분이 훼손된 상태에서 출발한 것이 된다.⁷⁴³⁾ 즉 비민주적인 후보추천과정은 선거 자체를 비민주적인 것으로 만들 수 있다.⁷⁴⁴⁾ 따라서 정당민주주의는 이러한 선거원칙을 훼손할 수 있는 잠재력을 강하게 지니고 있다.⁷⁴⁵⁾

또한 선거제도도 정당의 개입으로 말미암아 정당에게 유리한 선거방법이 제정됨으로써, 평등의 원칙(헌법 제11조)과 선거운동의 기회균등(헌법 제116조 제1항)이 저해되고,⁷⁴⁶⁾ 선거원칙이 훼손될 수 있는 결과⁷⁴⁷⁾가 쉽게 발생하는 것이다.

741) Leibholz(주10), 160쪽.

742) 우리 헌법 제41조 제3항도 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.”고 하여 비례대표제에 관하여 규정하고 있다. 다만 이 조항이 비례대표제를 헌법상 필수적인 제도로 본 것인가에 대해서는 논란이 있으나, 이 조항만으로는 그렇게 단정하기는 어렵다고 생각된다.

743) 우리 정당법은 제29조(정당의 기구) 제1항에서 “정당은 민주적인 내부절서를 유지하기 위하여 당원의 총의를 반영할 수 있는 대의기관 및 집행기관과 소속국회의원이 있는 경우에는 의원총회를 가져야 한다.”고 규정하고, 제31조(공직선거후보자의 추천)는 “정당의 공직선거후보자의 추천은 민주적이어야 한다. 정당의 공직선거후보자 추천에는 후보자를 추천할 공직선거의 선거구를 관할하는 해당 당부 대의기관의 의사가 반영되도록 하여야 하며, 그 구체적 절차는 당헌으로 정한다.”고 규정하지만, 규정형식 자체가 매우 불완전하고, 현실에서 그 규범력을 발휘하지 못하여, 항상 비민주적인 공천의 문제점이 늘상 지적되어 왔다.

744) 김선택, “정당의 공천제도의 문제점과 개선방안 -국회의원선거 후보자추천을 중심으로-”, 아·태공법연구 제7집(2000), 42쪽.

745) 이에 대한 Leibholz의 경고(주79 부분)를 참조.

746) 예를 들어, 정당에 유리한 차별적 기탁금제도(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 19), 정당추천후보자 연설회수, 소형인쇄물 제작 우대(헌재 1992. 3. 13. 92헌마37, 판례집 4, 137), 무소속후보에 대한 공동연설회 기회 배제(헌재 1997. 10. 30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523), 투표용지상의 후보자 기재순서의 차별성(헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289).

다. 의회의 공개(헌법 제50조)의 이념 및 토론(토의)과 타협의 이념은 정당민주주의 하에서 퇴색되어 버렸다.

자유주의적-대의민주주의 하에서는, 다양한 의견이 자유롭게 교환되고, 서로간에 논증과 반증을 통하여, 또한 그러한 과정의 공개를 통하여 결정된 결의(법률)는, 의회가 협력해서 한 “보다 높은 이성”의 빛을 가진 것으로 인식되었다. 따라서 그러한 의결의 결과물로서의 법률은 어느 특정 이익에 봉사하는 것이 아니라는 점에서 일반성(보편성), 추상성을 지니며, 다른 모든 국가적 결의(발표)보다도 우위를 지니게 되는 것이다.⁷⁴⁸⁾

그러나 오늘날 의회는 그 고유한 원래의 성격을 상실하여, 다른 장소에서 이미 내려진 제 결정을 등록시키기 위하여 기속된 정당수임자들이 회합하는 장소로 변화된다. 또한 만일 국회의원들이 철두철미 정당에 복종한다면 그들은 의회에서 정당의 지도자들에 의해서 조종된 투표기로 변화된다. 토의 역시 종전의 창조적 성격을 상실한다. 의회에서 행해지는 변설은 이제는 의견을 달리하는 국회의원들을 설득시키기 위해서 존재하는 것이 아니고, 미리 정해진 각본에 따른 것이며, 다른 의견을 가진 의원들을 상대로 하는 것이라기 보다는 선거인단의 동정과 동의를 얻기 위한 성격을 지니게 되었다. 의원은 정당에 따르는 허다한 구속에 예속되며 이것들이 의회에 있어서의 심의와 의결에 즈음해서 그의 변설과 투표에 결정적인 영향을 끼친다.⁷⁴⁹⁾

747) 예를 들어, 정당명부식 비례대표제(단, 비례대표제 여부는 논란이 있다)를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않아 평등선거, 직접선거, 자유선거의 원칙을 위배하는 경우(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77).

748) Leibholz(주10), 131쪽.

749) Leibholz, 150쪽.

또한 자유로운 토의와 의견교환, 그리고 자율적 결정을 위하여 존재하는 국회의원의 면책특권(헌법 제45조) 역시 오늘날의 정당정치 하에서는 자신이 속한 정당의 이익을 위하여 일방적으로 변호하는데 사용되는 경향이 있다.

라. 정당제도 하에서 권력분립의 원칙은 오늘날 더 이상 의회와 정부간이 아니라, 정부여당과 야당간의 견제와 균형을 문제로 변천하였다.⁷⁵⁰⁾ 우리나라의 경우 역대 대통령은 여당의 총재로서 여대야소의 경우 사실상 국회를 장악함으로써 입법권을 의회가 아닌 행정부가 좌지우지하게 되었던 바, 의회와 정부는 권력분립이 아니라 권력통합이라는 반입헌주의적인 현실을 낳았던 것이다. 또한 이러한 상황에서 의회의 입법권은 행정부에 의하여 잠식당하였으며, 덧붙여 과도한 위임입법으로 사실상 국민의 자유와 권리에 관한 사항이 행정입법으로 결정되는 상황이 만연해 왔던 것이다.

마. 이러한 상황에서 국민주권주의도 그 의미가 퇴색될 위기에 처했다. 헌법 제1조 제2항 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 하였지만, 오늘날 “모든 국가권력은 정당으로부터 나온다.”⁷⁵¹⁾고까지 말하여진다. 현대민주국가의 현

750) 방승주, “권력구조와 민주화와 정당 - 야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로 -”, 한국헌법학회 제21회 학술대회(입헌민주주의 실현과 정당) 발표문 (2002. 4. 20.), 11쪽.

751) Wolfgang Lower, 위 “대의 민주주의와 정당국가의 이상과 현실”(주13), 286쪽. 또한 그는 다음과 같이 말한다. “간과할 수 없는 것은 정당들이 국가를 노획물로 여기는 듯한 행태를 보인다는 점이다. ... 엄관제가 그동안 아주 광범위하게 퍼졌다는 것이 일반적인 인식이다. ... 정당이 헌법상 그들에게 부여된 참여권을 넘어서 국가권력을 지속적으로 점차 ‘정복’해 나가는 것은 다른 현상들 속에서도 나타난다. ... 종래에 비해 의사형성이 의회와 내각으로부터 정당으로 옮겨지는 현상이 두드러졌다.”(287-288쪽)

실에 있어서 국민의사는 정치적 행동통일체로서의 정당들 속에서 제대로 나타날 수 있을 것이다. 정당이라는 중간연결이 없다면 국민은 국사에 정치적 영향을 미치기 어려우며, 자신을 정치적으로 실현시키기 어렵다는 것이 인정된다. 즉 정당들이야말로 비로소 국민을 정치적 영역에서 현실적으로 행동하는 통일체로 나타나게 하는 것이 될 수 있다.

그러나 역으로 정당이 제대로 된 민주적 의사형성 기능을 못하고, 정당의 조직과 활동이 민주적이지 못할 경우 국민의 의사는 왜곡되고 정당의 의사가 이를 압도해버리게 된다. 또한 그때 그때의 다수당의 의사가 국민의 일반의사로 동일시되는 위험이 있다.

3. 정당의 “민주성” 요청

가. 이유

정당은 위에서 본 것과 같이 전통적 대의민주주의 내지 입헌주의 헌법질서를 왜곡시킬 수 있다. 정당의 그러한 문제점을 예견하고 많은 학자들이 정당의 제도화에 의문을 표시하였던 것이다. Erich Kaufmann은 정당에 관하여 말하기를, 이것은 “엄청난 사회적 세력으로서 ... 스스로 그 행동의 규범을 제정하고, 그의 법칙을 헌법생활에 강요하며, 전적으로 비합리적인 힘 때문에 국가가 규정한 추상적 규범에 의하여 규율될 수 없는 것”이라 하였고, C. Schmitt는 정당을 법적인 조직체로 승인함으로써 오늘날의 정당의 문제점과 폐해를 제거하려는 것은 불가능하다는 것을 지적했다. 또한 G. Radbruch도 헌법생활의 어떤 영역도 정당처럼, 법률의 규범의지에 반하여 그렇게 강력한 고유법칙성을 보여 주는 것은 없다는 것을

강조하였다.⁷⁵²⁾

그러나 그럼에도 불구하고 독일 기본법은 정당에 관한 조항을 두게 되었다. 나치의 지배를 경험한 이후의 독일에서는 새로이 건설되는 민주주의가 가치 중립적인 민주주의가 될 수 없다는 견해가 널리 확산되어 있었고, 일차적으로는 나치당과 같은 극우 반민주적인 정당이 형성되고 확산되는 것을 막을 필요가 있었고, 냉전의 발생과 더불어 좌파적 전체주의에 대한 경계가 점증하는 상황이었다. 이러한 배경 하에서 민주주의의 재건에 불가결한 자유로운 정당활동을 보장하고 또한 정당활동에 대한 적절한 통제를 가할 목적으로 정당에 대한 헌법적 지위를 언급할 필요성이 제기되었던 것이다.⁷⁵³⁾ 오늘날 유럽의 여러 나라 헌법에서 유사한 정당조항을 발견할 수 있으나, 한편으로는 그러한 조항을 두지 않은 나라도 많고 영국법이나 미국헌법에서 정당조항을 발견할 수 없는 것을 보면, 결국 독일이 그러한 정당조항을 도입하게 된 것은 정당자유에 대한 전면적인 억압의 경험이 연관되고 있기 때문이다.⁷⁵⁴⁾

그러나 정당은 아무리 국민의 정치적 의사형성에 참여한다고 해도, 연혁상 한 명 혹은 소수의 엘리트들이 권력을 획득하기 위한 목적으로 조직한 명사정당의 성격을 오랫동안 지녀왔으며, 그렇지 않더라도 쉽게 과두화⁷⁵⁵⁾ 될 수 있는 경향을 띄는 것이다.

752) Konrad Hesse, "Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat" (1959), 계획열 역, 헌법의 기초이론(삼영사, 1983), 98-99쪽에서 재인용.

753) 송석윤, 위 "독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식"(주5), 126쪽.

754) 같은 곳 참조.

755) Robert Michels는 1925년의 저술(Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie)에서 다음과 같이 말한바 있다. 즉 복잡한 정치적 과제와 이와 함께 필요하게 되는 조직적 측면에서의 분업과 전문화의 필요성 및 심리학적 요인들은 조직이 없이는 민주주의를 생각할 수 없게 만드며, 또한 조직은 항상 과두화경향을 띠게 되고 그리하여 점차적으로 조직은 민주주의를 파괴하게 된다는 것이다. 방승주, 위의 논문(주23), 26-7쪽에서 재인용.

명사정당(Honoratiorenpartei) 혹은 인물정당(혹은 사당)이라고 비하되는 비민주적 성격의 정당은, 상명하달의 비민주적인 의사결정구조와 공직후보자공천권의 독점이 이루어지기 쉬우며 당원의 자발적 참여가 미흡하고 이념, 정강과 무관하게 정당지도자의 이해관계에 따라 쉽게 이합집산을 거듭하는 경향이 있다.⁷⁵⁶⁾

역사적으로 정당은 밑으로부터 조직된 것이 아니라 위에서부터 조직된 결합체가 발전한 것이다. 영국의 정당사를 보면 정당에 해당되는 조직은 이미 17세기부터 발견할 수 있으나 19세기에 들어서 50여 년 간 3회에 걸친(1832년, 1867년, 1884년) 선거법 개정의 계기로 인하여 비로소 명망가정당에서 근대적 정당, 간부정당에서 대중정당으로 획기적인 전환을 보게 되었던 것이다.⁷⁵⁷⁾ 이는 하나의 정당이 대중적이 되고 민주적인 조직을 갖추기가 얼마나 어려운 일인지를 보여주는 것이다.

그러므로 독일 기본법 제정자들이 정당조항을 헌법에 두고자 하였을 때는, 단지 현존하는 혹은 미래의 정당이 어떠한 성격을 갖더라도 상관없이 “특권”을 부여하려고 의도한 것은 아니었을 것이다. 헤렌히제 헌법초안의 정당조항은⁷⁵⁸⁾ 기본법에 규정된 내용과는 다

756) 한국정당의 성격도 그러하다. 이념, 정강과 무관하게 인물(보스)따라 움직이는 인물정당, 간부정당(명사정당)으로서 그러한 지도자 중심의 인물정당적 속성은 당내민주주의를 저해하는 근본적인 원인이다. 역대 정당들은 정당을 통한 정권 창출이 아니라 권력에 의존하여 정당이 형성되거나(여당의 경우), 권력접근에 대한 봉쇄의 반발로 만들어져(야당의 경우), 일반 대중에 뿌리내린 대중정당이 되지 못하였다. 김수갑, “정당의 역사적 발달”, 심천계회열박사화갑기념논문집 정당과 헌법질서(박영사, 1995), 111-113쪽 참조.

757) 김영수, “영국에 있어서의 정당조직의 역사적 발전”, 부산대 법학연구 제11권1호(1969. 5.), 226쪽. 정당은 그것이 발생하는 요람기에 있어서는 영국뿐만 아니라 거의 어떤 국가에 있어서도 소수의 적극적인 유력정치가 지배하는 거의 순수한 명망가의 집단에 불과한 것이었다. 먼저 소수의 명망이 있고 유력한 활동적인 정치가들의 사적인 비밀그룹에서 회합이 행하여지고 거기서 결정된 방침에 따라서 의회 내에 있어서의 다수확보의 목적으로 개개의 의원들에 대한 포섭공작이 행하여졌다. 동 231쪽.

소 차이가 있지만 기본 골격은 같다고 볼 수 있는데, 정당형성의 자유를 인정하고 정당에게 독점적인 후보추천권을 주면서(그러나 심의과정에서 이 부분은 삭제되었다), 과거를 교훈 삼아 정당에 대한 법적인 규제에 비중을 두었다. 그 규제의 내용은, 1) 정당간의 블록이 형성되는 것을 법으로 막고(제2항 제2문),⁷⁵⁹⁾ 2) 후보자추천과정에 대한 당원들의 민주적 참여에 관한 규정의 근거를 두고(제3항 제2문), 자유 민주적 기본질서에 위배되는 경우 해산되도록 하였으며(제4항. 그러나 한편으로 그러한 요건에 해당되지 않는 한 (행정부에 의한) 해산을 금지한다는 점에서 보호규정이기도 하다), 3) 5% 의석저지조항을 두었다(그러나 심의과정에서 삭제됨).

그 초안의 심의과정에서 일부 내용이 삭제되었고, “정당의 설립은 자유이다. 정당의 내부질서는 민주적 원칙에 부합해야 한다. 정당은 그 자금의 출처와 사용에 관하여 공개적으로 보고해야 한다.”는 규정이 삽입되었다. 자금 공개에 관한 규정은 과거 나치에 대한 정치

758) 이하 기본법상 정당조항의 제정경위 및 관련조항 번역은, 송석윤, 위 “독일헌법상 정당조항과 그 한국적 이식”(주5), 129-130쪽을 참조 내지 인용함.

헤렌히제 헌법초안의 정당조항은 연방하원 선거와 관련된 부분에서(제47조) 규정되었다.

제47조 ① 정당에 대한 법규정에 기속되는 유권자그룹만이 후보자추천을 할 수 있다.

② 정당의 형성은 자유이다. 정당들간의 협정에 의하여 의원들이 표결에서 결속하여 마치 선출되어 구성되는 기관에서 단일정당만이 대표되는 것처럼 하는 것은 금지된다.

③ 정당의 법적 문제와 정치적 의사형성에서의 정당의 역할은 연방법률로 자세히 정한다. 법률은, 특히 정당의 후보자추천은 사전선거를 통하여 당원들에 의하여 결의되어야 함을 규정할 수 있다.

④ 그 활동의 양태에 있어 자유롭고 민주적인 기본질서를 배제함을 목적으로 하는 정당들은 헌법에 위반된다. 위헌성의 확정은 ... 연방헌법재판소가 내린다. ...

⑤ 연방선거법은 모든 유효투표의 5% 이상을 얻지 못한 정당은 의석을 얻지 못하고, 한 정당은 합산된 잉여투표에 의하여 그 정당이 선거구에서 직접 획득한 것보다 많은 의석을 분배받을 수 없다고 규정할 수 있다.

759) 이러한 내용은 나치독재를 경험하였고 동독의 일당지배체제와 경쟁해야 하는 당시의 역사적 상황을 반영한 것이었다.

자금 지원을 제대로 통제하지 못한 것이 반영되었다.

헌법의회(Parlamentarischer Rat)의 본회의에서 기본법 제정을 주도하였던 Carlo Schmid는 정당조항에 대하여, “... 정당은 우리의 국가생활에 결정적인 요소이고 그것이 어떻게 조직되는가에 따라서 우리의 국가기관들은 상이한 정치적 가치를 지니게 됩니다. 따라서 정당법을 제정하는 것과 이 기본법에 제정될 정당법의 최소규정, 즉 정당에게 일정한 민주적 최소기준을 부여하는 규정을 도입하는 것이 옳다고 생각합니다... 정당에 유입되는 자금을 대해서 정기적으로 정산서를 제출해야 한다거나 정당이 그 후보자를 예비선거를 통하여 추천해야 한다거나 일년에 한 번 정당대회에서 활동을 보고해야 한다는 것 등은 규정할 수 있다고 생각합니다. 이러한 방식으로 진정한 민주주의를 위하여 몇 가지를 개선할 수 있다고 봅니다.”고 설명하였다.

그러므로 기본법상의 정당조항은 한편으로 민주주의의 재건에 불가결한 자유로운 정당활동을 제도적으로 보장하면서, 다른 한편으로는 정당활동에 대한 적절한 통제를 가할 목적으로 제정된 것이다.⁷⁶⁰⁾ 따라서 정당조항은 정당이라는 정치적, 사회적 현실에 대하여 법이 굴복하거나 단순히 반영한 것이 아니라, 그 이상의 것이라는 점이 명백해졌다. 헌법규범의 효력주장(Geltungsanspruch)의 힘으로 법적 헌법은 자기편에서 그 정치적, 사회적 현실을 규율하고 형성하려고 하는 것이다.⁷⁶¹⁾

그러므로 독일 기본법과 우리나라의 정당조항의 존재의의는 정당의 자유로운 설립과 활동을 헌법적으로 보장하면서, 한편으로는 정당이 “민주적”일 것을 요구하는데 있다. 헌법이 기존의 대의민주주

760) 동지 송석윤, 위의 논문, 126쪽.

761) K. Hesse, 위의 논문(주25), 101쪽 참조.

의 내지 헌법질서에 해악이 될 수도 있는 정당의 활동을 헌법적으로 용인하고 보호하는 이면에는, 그러한 정당이 반드시 민주적일 것을 전제로 하는 것이며, 그러한 경우에만 이러한 정당조항은 그 존재가치를 가지게 될 것이다. 물론 헌법에서 정당에 관한 규정을 두는 모든 국가에서 정당의 “민주성”과 같은 의무를 부여하고 있는 것은 아니지만,⁷⁶²⁾ 그러한 의무를 부여했을 때만이 헌법상 정당조항의 존재이유 내지 정당성이 제대로 설명될 수 있을 것이다. 그렇지 않을 경우 정당조항은 단순히 범규범으로서의 헌법이 사실적, 정치적 현실로서의 정당의 지위를 헌법에 “반영”한 것에 불과하기 때문이다. 그러한 헌법이란 단순한 “존재”를 “당위”에 일치시킨 것에 불과하다.⁷⁶³⁾

우리 헌법 역시 1962년도에 정당조항을 신설하면서 “정당은 그 목적, 조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.”고 하여 정당에게 “민주적”이어야 할 의무를 부여하고 있다.

다만 당시에 그러한 정당조항이 삽입되게 된 배경은 앞서 언급했듯이, 정당의 활동을 진정으로 보호하고, 정당의 민주성을 강화하려는 것이라기보다는, 군사정권의 필요에 의한 관제정당의 조직을 염두에 두면서 한편으로 다른 정당의 설립과 활동을 제한하려는 의도

762) 유사하게 정당의 의무를 부여한 입법례로서는, 프랑스 헌법은 제4조에서 “정당 및 정치단체는 선거인의 선거권 행사에 협력한다. 정당과 정치단체는 자유로이 결성되며, 자유로이 그 활동을 행한다. 정당 및 정치단체는 국민주권과 민주주의의 제원칙을 존중하여야 한다”고 규정하며, 포르투갈 헌법 제10조 제2항은 “정당은 국민적 조직체를 가지고 국민의 의지를 표현하도록 협력하며, 국가의 독립과 정치적 민주주의원칙을 존중한다.”고 규정하고 있다.

763) 더구나 현행 헌법 제8조 제3항은 정당에 대한 국가의 특별한 보호와 함께 정당 운영자금까지 보조할 수 있도록 하고 있으므로, 이러한 특혜는 정당이 “민주적”일 것을 조건으로 해서 부과될 수 있다고 보는 것이 전체 헌법질서에 부합되는 해석일 것이다.

에서 비롯된 것으로 보인다. 이를 좀더 살펴보자.

당시 헌법은 국회의원 또는 대통령후보가 되려는 자는 소속정당의 추천을 받아야 한다고 규정하였다(제36조 제3항, 제64조 제3항). 한편 나아가 헌법 제38조는 합당과 제명의 경우를 제외하고 국회의원이 임기 중 당적을 이탈, 변경하거나 소속정당이 해산된 때에는 의원직을 상실한다고 하여 지역구위원의 경우에도 정당 기속성을 극도로 강조한 것인데, 이러한 정당의 정치독점은 우리가 모델로 하였던 독일 기본법의 정당조항에서 전혀 찾아볼 수 없는 “독창적”인, “무기속 위임의 이념”에 반하는 것이었는데, 왜 당시 그러한 “독창성”이 필요하였는지는 그 후의 정치과정을 보면 명확해진다.

1962. 12. 31. 국가재건최고회의에 의해 제정된 정당법은, 헌법이 위와 같이 정당을 통하지 않은 정치활동이 불가능하도록 하였음에도 불구하고, 매우 엄격한 정당설립요건을 규정하였는데, 이에 의하면 정당은 국회의원선거법에 의한 지역선거구총수의 3분의 1 이상의 지구당을 가져야 하며, 각 지구당은 50인 이상의 당원을 가져야 하고, 창당발기인과 당원이 될 수 없는 자의 범위를 “공무원, 국영기업체 및 정부가 주식의 과반수를 소유하는 기업체 임원과 다른 법률에 의해서 정치활동이 금지된 자”라고 하였는데, 이 규정에 따라 정당활동이 금지된 대상은 공무원과 국영기업체 임원 뿐만 아니라 모든 교원과 언론인이 포함되었다. 이러한 광범위한 정당설립 및 창립발기인과 당원의 제한은 5.16주체세력이 민주공화당을 창당하여 “관제정당”을 중심으로 권위주의적 정치체제를 유지하려는 의도에서 비롯된 것이며,⁷⁶⁴⁾ 따라서 헌법상 정당조항의 채택은 그러한 국동원정당만을 보호하고 다른 정당은 제한하겠다는 의도에서 이루

764) 송석윤, 위의 논문(주5), 142-144쪽 참조.

어진 것으로 보인다. 또한 그러한 의도는 독일 기본법상의 정당조항 내용 중에서 정당자금의 공개에 관한 규정을 도외시한 것에서도 찾아볼 수 있을 것이다.

그러므로 유감스럽게도 우리나라의 정당조항은 진정으로 정당의 자유를 보호하거나, 당의 민주성을 강조하기 위하여 제정된 것이 아니고, 특정 정치집단의 이해관계를 극대화시키기 위하여 제정된 것이다.

그러나 그럼에도 불구하고, 현행 헌법의 정당조항은, 1962년 헌법상의 “정당의 정치독점” 규정이 사라진 이상, 또한 오늘날 국민의 정치의사 형성에 정당이 더욱더 영향력이 커진 이상, 한편으로 정당의 자유와 보호를 도모하면서, 다른 한편으로 “민주적일 것”의 의무를 부과하고 있는 것이라고 이해되어야 할 것이다. 즉 헌법상 정당조항은 정당에게 “당근과 채찍”을 동시에 주고 있는 것이다.

그런데 정당조항이 없어도 결사의 자유 보호조항에 의하여 정당설립이 보장되고, 그 해산의 제한도 제37조 제2항의 기본권 제한 한계 규정으로 인해 가능할 수 있다는 점을 고려하면, 또한 우리나라 현실에서 정당들이 보여온 비민주적인 공천과정과 당내민주주의의 미흡성을 고려하면, 헌법상 정당조항의 취지는 “당근”보다는 “채찍” 쪽에 좀더 무게를 두어야 할 것이다.

나. 정당의 “민주성”의 의미

헌법 제8조 제2항에서 말하는 “민주적”의 의미에 대해서는 다음과 같이 말할 수 있을 것이다. 즉 동 조항의 “정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며”에서 “민주적”이라고 하는 말의 의미는, 우선 “목적”에 있어서 “민주적”이란 제4항의 “민주적 기본질서”

와 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 즉 대한민국의 자유 민주적 헌법 질서에 위배되지 않는 목적을 지닐 것을 요구한다.

한편 “조직과 활동”에서 “민주적”이란, 위에서 논의한 바를 종합할 때 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉, 국민주권의 원리(헌법 제1조 제2항), 민주선거의 원칙(제41조 제1항, 제67조 제1항), 다수결의 원칙(제49조, 제130조 제2항) 등의 민주주의와 관련한 헌법의 제반 규정을 고려하여 볼 때, 정당의 집행기관과 대의기관 등 당의 조직 구성에 있어서는 물론, 당내의 정치적 의사결정을 함에 있어서는 원칙적으로 당원에 의한 선거와 투표를 통하여 당원들의 신임을 물어야 할 것을 요구하는 것이라고 볼 수 있다.⁷⁶⁵⁾ 정당의 “조직과 활동”에서의 이러한 요구를 이 글에서는 “당내민주주의”의 요구라고 부르기로 한다.⁷⁶⁶⁾

한편 제8조 제4항은 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는”이라고 하여 “민주적”이라는 용어를 사용하고 있으나, 이 조항은 정당의 목적이나 그 활동이 민주적 기본질서를 적극적으로 파괴하고자 하는 극단적인 경우 그에 대한 방어를 위하여 마련된 것이며, 통상적인 정당내부의 민주성을 요구하는 조항은 아니라고 할 것이다. 그렇다면 이는 제2항에서의 “조직과 활동”에 있어서의 “민주적”과는 차원을 달리 하는 것이라고 봄이 상당하다.⁷⁶⁷⁾

765) 방승주, 위 “권력구조의 민주화와 정당”(주23), 29-30쪽. 다만 이러한 정의에서 “목적”에서의 “민주성”은 앞서 본대로 따로 검토하여야 할 것이다. 참고로 독일 기본법은 “정당의 내부질서는 민주적 원칙에 부합해야 한다.”고 규정하여 당내 민주주의의 관점에서만 검토할 수 있으나, 우리 헌법 제8조 제2항은 “목적”이 민주적일 것을 동시에 요구하고 있는 것이다.

766) “활동”은 내부적 및 외부적 활동을 포함하는 의미일 것이나, 우리 정당조항의 모형이 된 독일 기본법 조항의 입법과정을 고려할 때, 이는 정당의 후보자추천 과정 등 내부질서에 관련된 활동이라고 봄이 상당하다.

767) 비슷한 취지로, 제4항이 “정당의 조직”을 제외하고 있는 점등을 고려할 때, 이 조항이 당내민주주의를 강제할 수 있는 근거로 작용하기 어렵다는 견해로는, 장영수, “한국 헌법의 장래와 정당민주화의 의미”, 공법연구 제30집 제3호(2002).

또한 제4항은 독일의 경우 자유민주주의 헌법질서를 침해하는 나치와 같은 극단적 정당을 방지하기 위한 것인데, 비록 1950년대에 독일에서 KPD와 SPD에 대한 위헌결정례가 있었으나, 오늘날 이러한 조항은 단지 상징적인 의미가 강한 것이라 볼 것이므로⁷⁶⁸⁾, 그 적용에 있어서는 매우 강한 사법적 자제가 요청된다.⁷⁶⁹⁾

3.), 20쪽; 방승주, 위의 논문(주23), 49쪽 참조.

768) 1950년대는 몰라도 오늘날의 독일 민주주의 수준에서 극단적인 극우 정당이나, 투쟁적인 공산주의정당이 국민의 지지를 받을 것이라 상정하기 어렵다(현재 독일에서는 공산당이 존재하며 별 국민적 지지를 못 받고 있다). 또한 헌법이 가치중립적이지 아니라 자유민주주의 가치질서를 우위에 두는 가치지향성을 지닐 수 있고 또 그것이 바람직하지만, 왜 그러한 질서에 도전하는 다른 질서를 “탄압”하여야 하는지에 대하여는 논리적 비약이 있다(“투쟁적 민주주의론”의 문제점). 진정한 자유민주주의적 다원주의 헌법질서하에서라면 그러한 비민주적, 전투적 이데올로기를 지닌 집단을 관용하더라도 이들이 제대로 국민적 지지를 받기 어려울 것이며, 만일 그들이 나아가 반사회적 행동을 한다면 실정 형사법으로 충분히 규율할 수 있을 것이다.

769) 다만 독일 기본법이 “그 목적이나 추종자의 행태에 있어 자유 민주적 기본질서를 침해 또는 폐지하려 하거나 또는 독일연방공화국의 존립을 위태롭게 하려고 하는 정당은 위헌이다.”라고 구체적으로 규정하고 있는 것과는 달리, 우리 헌법은 “정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는”이라고 개괄적으로 정하고 있는바, 이는 전체 헌법질서와의 통일적 연관성에서 보다 제약적으로 해석되어야 할 것이다.

Ⅲ. 당내민주주의의 제고 방법

1. 법적 규제와 그 한계

비록 헌법이 정당이 “민주적”일 것을 요구하고 있지만, 또 현실 정당들이 그러한 요구에 부응하지 못하고 있지만, 그렇다 하더라도 헌법에 근거한 그에 관한 규제 내지 향도가 쉽게 법제화 될 수 있는 성질의 것은 아니다.

헌법이 정당을 법적 제도권 안으로 포섭시켰다 하더라도 정당은 결코 국가기관이 아니며 그럴 수도 없다. 정당이 자유로운 의사형성 과정의 담당자 및 중개자로서 기능하기 위해서는 외부의 영향으로부터 자유를 전제로 한다. 그러므로 정당에 관한 법적 규제는 헌법이 상정한 정당의 지위와 기능에 부합하는 한도 내에서 최소한으로 이루어져야 할 것이다.

“정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다”(제8조 제2항). 정당이 아닌 일반 결사의 경우 그 조직과 활동이 민주적인지, 그 내부질서가 자유로운지 여부는 헌법생활에 있어 중요하지 않다. 그러나 정당의 경우 조직과 활동이 비민주적일 경우, 정당이 현실 정치, 사회적 관계에 끼치는 심대한 영향력을 볼 때, 또 헌법이 그러한 정당에 대한 “특권”을 부여하고 있는 것은, 헌법이 전체 헌법 질서를 해칠 수 있는 호랑이를 스스로 키우는 것과 같다.

그러나 전술했듯이 이와 관련된 설부른 규제는 정당의 자발성을 해치고, 규제의 악순환을 일으킬 수 있다. 당내민주주의에 대한 헌법적 관심은 정당을 국가가 통제하려는 데 있는 것이 아니라, 정당의 그러한 잠재력에 걸맞은 민주성을 갖출 것을 통하여 정당이 “자

유로운 정치적 의사형성”을 제대로 수행할 수 있도록 하기 위함이다. 그러므로 이 문제의 접근에는 “민주적” 통제의 시각이 아닌 정치적 의사형성을 가능케 하기 위한 “정당내부의 자유 보장”이라는 시각이 중요하다.⁷⁷⁰⁾ 이러한 관점에서 K. Hesse는 “정당 내부의 민주적 질서를 규정하는 헌법상 정당조항의 목적은 자유로운 정치적 의사형성과정을 불가능하게 할지도 모르는 발전경향에 대한 방어이며, 특히 후보자공천과 당간부직의 보직(배정)에 있어서 당원의 공동결정(참여)을 보장하는 것과 당지도기관의 정기적인 개편을 보장하는 것 그리고 당원의 지위를 보장하는 것 등이다.”고 말한다.⁷⁷¹⁾ 이러한 논지는 유사한 당내민주주의 관련 규정을 둔 우리의 경우에도 타당할 것이다. 다만 정당의 내부적 자유의 그와 같은 여러 보장의 규범력은, 그러한 보장규정 자체만으로는 정당의 구조와 조직에 필요한 자발성과 창의성을 창출해내지 못하므로, 입법자가 자제하면 할수록 더욱 증대한다.⁷⁷²⁾ 궁극적으로는 국회의원의 자유(무기속)위임 제도, 즉 정당에 대한 국회의원의 독립성을 보장함으로써, 또한 성숙한 선거인(국민)의 판단에 의해서 정당의 내부질서의 자유가 담보될 수 있을 것이다.⁷⁷³⁾

2. 제언

당내민주주의를 강화하기 위해서는 우선 정당원의 수가 많아야 할 것이고 당의 재정에서 당비에 의한 충당비율이 높아야 할 것이다. 또한 정당간의 경쟁이 촉진되어야 할 것이다. 나아가 정당의 공

770) K. Hesse, 위의 논문(주25), 121쪽 참조.

771) 같은 논문, 122쪽.

772) 같은 곳.

773) 같은 곳.

직후보자 공천과정의 민주성을 담보할 최소한의 법적 규제가 요청된다. 한편 당지도부의 비민주적 권한행사의 계기가 되는 정치자금 문제에 있어서 투명성을 제고하고, 특히 선거비용의 최저화를 도모하기 위한 법적 장치가 필요할 것이다.⁷⁷⁴⁾

가. 우선 우리 정당법은 당원자격을 너무 폭넓게 제한하고 있어 문제이다. 발기인 및 당원 자격의 제외대상으로, 대부분의 공무원 및 법령에 의하여 공무원 신분을 가진 자, 사립학교 교사가 포함된다(제6조). 이는 헌법상 정당조항이 처음 채택된 1962년도 헌법에 따른 정당법상의 자격제한보다는 완화된 것이지만, 여전히 너무 넓다.

오늘날의 대중민주주의 상황 하에서는, “오직 정당들만이 선거인들을 정치적으로 행동할 수 있는 집단으로 결합할 가능성을 가지며, 정당이 사실상 국민들의 대변자”라고 한다면,⁷⁷⁵⁾ 또, 대의제민주주의에 없어서는 안될 중요한 공적기능을 수행하고 있다면,⁷⁷⁶⁾ 공무원도 참정권(선거권)을 지니고 있는 한 왜 대다수의 공무원들은 자신을 대변할 정당에 참여할 수 없는지가 의문이다. 공무원의 정치적 중립성은 정당가입의 자유와 양립되어야 한다. 공무원이 특정 정당에 소속되었다고 해서 바로 공직의 정치적 중립성이 훼손될 것이라고 단정할 수 없고, 설사 그럴 가능성이 존재하더라도 이를 다른 메커니즘으로 통제하는 것이어야 한다. 대부분의 민주주의 국가에서

774) 그 밖에 당원의 법적 지위, 언론의 자유, 다수결 원칙, 당원의 비밀투표제도, 당간부의 선출제도, 집행기관과 의결기관의 관할 문제, 당대회의 구조 등이 당내민주주의와 관련된 문제라고 할 수 있다. 여기서는 그 구체적인 검토는 생략한다.

775) BVerfGE 1, 223, 224.

776) “정당은 정치적 결사로서 국민의 정치적 의사를 적극적으로 형성하고 각계각층의 이익을 대변하며, 정부를 비판하고 정책적 대안을 제시할 뿐 아니라, 국민 일반이 정치나 국가작용에 영향력을 행사하는 매개체의 역할을 수행하고 있는 등 현대의 대의제민주주의에 없어서는 안될 중요한 공적기능을 수행하고 있다.” 헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 207.

양자가 병립하고 있다. 헌법에는 하나의 단일한 가치만 존재하는 것이 아니라 여러 개의, 때로는 상호 모순되는 듯한 가치들이 존재하며, 이들 상호간의 규범 조화적 관계를 모색하는 것이 계속적으로 요청된다.

공무원도 참정권(기본권)의 주체이며, 공무원이란 신분만으로 소위 특별권력관계론에 따라 인권의 포기를 강요한다면 그것은 정당한 헌법질서라 할 수 없다. 또한 공무원들이야말로 사회적, 정치적, 행정적 문제가 무엇인지, 어떻게 해결되어야 할 것인지 잘 알 수 있는 지위에 있어, 이들의 정당활동에 따라서는 많은 (정치적) 발전이 기대된다. 나아가 공무원들의 정당가입이 금지된 결과 공무원들 자신은 정당인인 일반 시민들을 편견을 가지고 보는 경향이 있다. 이 모든 상황들이 우리나라에서 정당에 대한 국민적 인식을 저하시키고, 정당의 헌법적 지위에 따른 기능에 장애를 초래하고 있다. 그러므로 정당설립 내지 가입의 주체는 이를 제약할만한 매우 강한 논거가 있기 전에는 모든 선거권자에게 허용되어야 할 것이다. 이것이 소위 “정당국가”를 논하는 첫걸음이 될 것이다.

나. 또한 정당의 설립이 자유롭다고 보기 어렵다. 정당은 등록만으로 설립되나(정당법 제4조). 등록요건으로 국회의원지역선거구 총수의 10분의 1 이상에 해당하는 수의 지구당을 가져야 하고, 지구당은 각지에 분산되어야 하며, 각 30인 이상의 당원을 가져야 한다(제25조-제27조). 이러한 요건은 1962년도 헌법에 따른 정당법보다도 완화된 것이지만, 현재 국회의원지역선거구총수가 227개이므로(총의석 273에서 전국구 46석을 뺀 것) 약 23개의 전국적 지구당을 가져야만 정당을 설립할 수 있다고 하는 것은 조직상, 재정상 적지 않은 부담을 의미하는 것이다.

이러한 지구당 요건은 헌법 제8조 제2항이 “정당은 … 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.”고 해서 마련된 것으로 보이나, 그러한 고려보다도 더 근본적인 것은 “정당의 설립은 자유”라는 제8조 제1항의 정신이므로 정당설립의 자유를 강화하는 측면에서 좀더 완화된 기준이 규정되어야 할 것이다.⁷⁷⁷⁾ 정당의 설립이 어려울수록 이러한 진입장벽은 기존 정당에게 유리하게 작용할 것이며, 정당간의 경쟁을 저해하고 기존 정당의 비민주적 조직, 활동에 대한 개선의 유인책이 상실되는 것이다.

다. 한편 선거자금의 한계 및 투명성 문제는 정당의 조직 및 활동에 있어서의 민주성 문제와 연관되고 있다. 특히 우리나라에서는 금권을 동원한 부패선거 양상이 선거자금과 정치자금의 과다한 수요를 유발하고, 이를 충족키 위해 정당간부에 의한 음성적 자금 모금이 있게 되며, 이는 때로는 공천헌금 문제를 가져오고, 그 결과 공천 및 정당활동에 있어서의 투명하지 못하고 비민주적인 모습을 보여왔다.⁷⁷⁸⁾ 선거법은 선거비용제한을 규정하고, 정치자금에 관한 법률은 정치자금의 범위와 기부한도를 정하고 회계장부의 기재와 회계보고의무를 정하였지만, 실효성이 없었다.⁷⁷⁹⁾

이러한 현실을 타개하기 위해서는, 무엇보다도 엄정한 법집행과 사법심사가 있어야 할 것이다.⁷⁸⁰⁾ 또한 선거공영제를 확대하고 후보자들이 저 비용으로 선거를 치를 수 있도록 하여야 한다.⁷⁸¹⁾ 한편

777) 더구나 오늘날의 인터넷 시스템 하에서 공간적인 off-line 사무소들의 설치가 예전만큼의 의미가 없게 되었다.

778) 김수갑, 위 “정당의 역사적 발전”(주29), 114-115쪽 참조.

779) 정만희, 위 “현행 선거법제의 문제점과 개선방안”(주2), 52-54쪽 참조.

780) 1997년 3월 이전에는 선거비용제한규정 위반으로 처벌받은 후보자가 하나도 없었다는 것은 선거비용 제한제도가 유명무실했다는 것을 보여주는 것이다. 정만희, 위의 논문, 53쪽.

음성적인 정치자금을 줄이기 위해서는 당의 재정에서 당비가 차지하는 비율이 높아지도록 법적인 보완이 이루어져야 할 것이다.⁷⁸²⁾ 또한 정당의 정치자금에 대한 공개를 강화하여야 한다.⁷⁸³⁾

라. 정당의 조직과 활동의 민주성을 보장하는 데 있어서, 법적인 최소한의, 양보할 수 없는 규제영역은 공직후보자 공천에 관한 것이다. 공천과정이 비민주적이고, 정당지도자나 몇 사람이 은밀하게 결정하는 것이라면, 그 정당이 과연 “국민의 정치적 의사형성에 참여하는”조직인지 여부가 근본적으로 의문시되며, 이는 오늘날 민주주의의 성패 자체를 좌우하는 중요한 문제이다. 따라서 정당의 후보자 공천과정에 대해서는 엄격한 절차적 통제가 법적으로 마련될 것이 요청된다.

그런데 우리 정당법은 “정당의 공직선거후보자의 추천은 민주적

781) 다만, 국고에 의한 선거비용보전은 신인 후보자에게 불리하게 작용하지 않도록 모든 후보자에게 평등하게 적용하는 것이 타당하다. 정만희, 위의 논문, 68쪽. 현재 중앙선거관리위원회가 선거공영제의 확대 실시를 추진하는 법개정 시안을 마련하고 있으나, 기탁금은 오히려 높이고 있는 것은 문제이다. 일정 득표율 이하의 경우 선거비용을 상환케 한다고 하더라도, 이는 기탁금을 담보로 하여 이루어져서는 안 된다. 기탁금 액수 자체가 참정권을 애초부터 제한하는 것이므로, 선거비용의 상환은 해당 후보자의 일반 재산에 대한 집행방법을 택하여야 할 것이다.

782) 정당법 제22조의23 제1항은 “정당은 당원의 정예화와 당의 재정자립을 도모하기 위하여 당비납부제도를 설정, 운영하여야 한다.”고 하지만, 2000년을 기준으로 당비납부상황을 보면, 당원 1000명당 당비 납부자수는 한나라당과 민주당의 경우 4.1명, 자민련의 경우 2.9명에 지나지 않는다고 한다. 중앙선거관리위원회, 2000년도 정당의 활동개황 및 회계보고, 2001, 31쪽. 방승주, 위의 논문(주23), 46쪽에서 재인용.

783) 헌법재판소는, “사인이 정당에 정치자금을 기부하는 것 그 자체를 막을 필요는 없으나, 누가 정당에 대하여 영향력을 행사하려고 하는지, 즉 정치적 이익과 경제적 이익의 연계는 원칙적으로 공개되어야 한다. 유권자는 정당의 정책을 결정하는 세력에 관하여 알아야 하고, 정치자금의 제공을 통하여 정당에 영향력을 행사하려는 사회적 세력의 실체가 정당의 방향이나 정책과 일치하는가를 스스로 판단할 수 있는 기회를 가져야 한다”고 하였다. 헌재 1999. 11. 25. 95헌마154, 판례집 11-2, 555, 575-576.

이어야 한다”고 하고 “정당의 공직선거후보자 추천에는 후보자를 추천할 공직선거의 선거구를 관할하는 해당 당부 대의기관의 의사가 반영되도록 하며, 그 구체적 절차는 당헌으로 정한다”고만 규정하고 있다(제31조 제1,2항). 또한 공직선거및선거부정방지법 제47조(정당의 후보자추천) 제2항은 “정당이 …후보자를 추천함에 있어서는 정당법 제31조(공직선거후보자의 추천)의 규정에 따라 민주적인 절차에 의하여야 한다.”고 규정한다. 그러나 이들 규정 위반에 대한 제재조항은 없다. 정당의 공천과정의 민주성에 관한 이러한 수준의 규정은 헌법상 정당조항의 입법취지를 반영하는 것이라 할 수 없다.

독일의 경우, 정당법은 의원후보자의 추천이 “비밀투표”로 하도록 구체적으로 규정하고 있으며, 선거법은 공천과정에 대한 상세한 자료를 제출하도록 요구하고 이를 토대로 민주적 절차에 의하여 공천이 이루어졌는지를 실질적으로 심사하며, 만일 민주주의적 방법으로 공천이 이루어지지 아니했다고 선거관리위원회(사회적 자치조직기구라 할 수 있다)가 판단하는 경우에는 “공직선거후보자추천 자체를 거부”할 수 있도록 강력한 법적 규제를 마련하고 있다.⁷⁸⁴⁾

한편 정당의 후보자공천과정의 민주성은 선거무효소송의 대상이 되었다. 독일 함부르크주 헌법재판소는 1993. 4. 4. 정당명부선거에

784) 독일 정당법 제17조는 “의회선거후보자의 추천은 비밀투표로 이루어져야 한다.”고 규정한다. 또한 이를 사실상으로 관철하기 위하여 독일연방선거법 제21조 제6항에서는 후보자선출을 위한 집회가 어디에서 언제 이루어졌는지, 선출참가자는 어떠한 형식으로 소집했는지, 실제 참가한 당원들은 몇 명인지, 투표결과는 어떠한지를 기재한 서면을 추천장과 함께 제출하도록 요구하고 있을 뿐만 아니라, 비밀투표를 보다 확실히 보장하기 위하여 후보자선출집회의장과 그에 의하여 지명된 두 사람의 참가자가 해당선거구 선거관리위원장에 대하여 후보자선출이 비밀투표로 선출되었음을 선서 하에 확인하도록 하고 있다. 나아가 동법 제26조 제1항은 선거구선거관리위원회로 하여금 연방선거법규정을 준수하지 않은 후보자추천을 수리하지 말도록 하고 있다. 김선택, 위 “정당의 공천제도의 문제점과 개선방안 -국회의원선거 후보자추천을 중심으로-”(주18), 64쪽; 방승주, 위 “권력구조의 민주화와 정당”(주23), 50-51쪽 참조.

서 기민당(CDU)이 당지도부에 의하여 작성된 시의원후보 명단에 대하여 일괄적으로 투표하게 함으로써 당원대회에서 대체후보의 추천가능성을 사실상 배제하였고, 따라서 선거의 사실상의 과정이 민주적 선거원칙에 위반했다는 이유로 1991년의 함부르크시 시의원선거 전체를 무효로 선언하고 재선거를 명하였다.⁷⁸⁵⁾ 이는 당내 공천 절차의 비민주성이 선거결과를 왜곡할 만큼 중요한 하자에 해당한다는 것을 확인해주고 있는 것이다.⁷⁸⁶⁾ 연방헌법재판소 역시 1993. 10. 20. 결정에서 “선거원칙의 핵심부분”의 준수가 없이는 정당 공천은 민주적 선거의 기초가 될 수 없다고 판단하였다.⁷⁸⁷⁾

그러므로 우리 정당법과 선거법은 정당의 공직후보자공천에 관하여 좀더 세밀하고 실효성 있는 통제를 할 수 있도록 마련되어야 한다.

또한 공천과정의 하자에 대하여는 사법적 통제가 가능하도록 하여야 할 것이다. 현행 선거소송으로도 이를 다룰 수 있는지에 대해서는, 공직선거법 규정이⁷⁸⁸⁾ “선거의 효력에 관하여”라고 하였고(제

785) 이 판결에 관해서는, 방승주, 위의 논문, 51-52쪽; 김선택, 위의 논문, 61쪽; NVwz 1993, 1083 참조.

786) 김선택, 위의 논문(주18), 61쪽.

787) 다만, 당해사안은 연방의회선거를 위한 기민당의 공천과정에 관한 것이었는데, 여기서는 그러한 원칙이 위반된 것이 아니라고 보았다. 방승주, 위의 논문 52-53쪽; BVerfGE 89, 243 참조.

788) 공직선거법은 “선거소송”과 “당선소송”에 대해 규정하고 있다. 이 중 당선소송은 그 청구사유가 한정되어 있으므로(정당공천과정에 대한 것은 제외됨) 논외로 한다.

제222조 (선거소송) ①대통령선거 및 국회의원선거에 있어서 선거의 효력에 관하여 리의가 있는 선거인·정당(후보자를 추천한 정당에 한한다) 또는 후보자는 선거일부터 30일이내에 당해 선거구선거관리위원회위원장을 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다.

②지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 ...

제223조 (당선소송) ①대통령선거 및 국회의원선거에 있어서 당선의 효력에 리의가 있는 정당(후보자를 추천한 정당에 한한다) 또는 후보자는 당선인결정일부터 30일이내에 제52조(등록무효)제1항·제2항 또는 제192조(피선거권상실로 인한 당선무효등)제1항 내지 제3항의 사유에 해당함을 이유로 하는 때에는 당선인을, 제187조(대통령당선인의 결정·공고·통지) 제1항·제2항, 제188조(지역구국회의원 당선인의 결정·공고·통지)제1항 내지 제4항, 제189조(비례 대표국회의원의석의

222조), 선거무효 판결이 내려지기 위해서는 “선거에 관한 규정에 위반된 사실이 있는 때라도 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때”라고 하고 있으므로(제224조), 정당의 공천과정의 비민주성 내지 하자가 이러한 요건에 해당될 것인지 의문의 여지가 있으나, 위에서 본 헌법 제8조 제2항의 취지, 정당법 및 공직선거법에서 공천과정이 민주적일 것을 요구하고 있는 규정을 볼 때, 공천과정의 비민주성은 공직선거에 있어서 중요한 하자에 해당하는 것이라고 보아 선거소송의 대상이 될 수 있다고 해석하는 것이 바람직하다.⁷⁸⁹⁾ 입법론으로는 정당의 공천과정의 민주성을 사후적으로 담보할 수 있는 쟁송수단을 명확히 하는 것이 바람직하다.

한편 정당 내부의 비민주적 공천과정에 대하여 일반 민사소송으로 다룰 수 있을 것인지가 문제될 수 있는데, 법원은 정당의 법률관계를 공법적 측면과 사법적 측면으로 나누고 후자에 대해서는 민사소송으로 다룰 수 있다는 입장이다. 즉, 정당에의 가입과 탈퇴, 정당간의 합당행위 등 수평적인 사법적 법률관계에 대하여는 사법적인 관계로 보아 정당법의 관계 조문과 일반 사법이 적용되고, 정당의

배분과 당선인의 결정·공고·통지) 또는 제194조(당선인의 재결정과 비례대표국회의원의석 및 비례대표시·도의원의석의 재배분)제4항의 규정에 의한 결정의 위법을 이유로 하는 때에는 대통령선거에 있어서는 그 당선인을 결정한 중앙선거관리위원회 위원장 또는 국회의장을, 국회의원선거에 있어서는 당해 선거구선거관리위원회 위원장을 각각 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다. <개정 2000.2.16, 2002.3.7>

②지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 ...

제224조 (선거무효의 판결등) 소청이나 소상을 접수한 선거관리위원회 또는 대법원이나 고등법원은 선거쟁송에 있어 선거에 관한 규정에 위반된 사실이 있는 때라도 선거의 결과에 영향을 미쳤다고 인정하는 때에 한하여 선거의 전부나 일부의 무효 또는 당선의 무효를 결정하거나 판결한다.

789) 김선택, 위의 논문(주18), 61-63쪽도 같은 의견이다.; 한편, 방승주, 위의 논문(주23), 54쪽은, 민주선거원칙에 위반된 공천을 이유로 선거 전체를 무효로 선언하게 되면 공천절차에 문제와 하자가 없는 다른 정당의 의석획득도 무효로 처리되는 문제가 있고, 그 심사기준도 문제이지만, 대통령선거가 아닌 선거에는 그러한 적용을 검토할 수 있다고 한다.

강제해산 등 공법적인 법률관계에 대하여는 헌법 제8조, 정당법, 헌법재판소법이 적용된다는 것이다.⁷⁹⁰⁾

이에 따르면 정당의 공천과정의 민주성 문제는 헌법 제8조 및 정당법의 적용 사안이므로 민사소송으로 다투기 어려운 것으로 보인다.

그렇다면 이 문제에 대해서는 헌법소원으로 다룰 수 있는지가 문제된다. 앞서본 선거소송과는 별도로, 그 전 단계에서도 정당의 후

790) 1979. 9. 8 서울민사지방법원은(79카21709) 정당을 사법상 사단으로 보고 내부적 의사결정의 하자를 다룰 수 있다며 김영삼 총재단의 직무집행정지가처분을 인용한 바 있으나, 1984. 11. 26. 같은 법원은(84카23849) 지구당활동상황 판정을 다투는 소에서, 이러한 사안은 정당의 내부적 자율권에 속하며 그것이 개인의 특정 권리 내지 시민적 권리의 침해를 가져오지 않는 한 사법적 심사의 대상이 될 수 없다고 하였다. 나아가 1987. 7. 30 같은 법원은(87카30864), “정당대표의 선출이나 중임 또는 개임 등은 정당내부에서의 대화·토론·설득·조정·타협 내지 대결 등의 과정을 거쳐 정당의 자치규범인 당헌에 따라, 정치활동을 목적으로 하는 정치단체로서의 정당이 자치적이고 자율적으로 결정하여야 할 사항이므로, 법원으로 하여금 정당의 내부문제에 개입하여 정당대표의 당무행사를 정지시켜 달라는 가처분신청이나 때로는 나아가서 정당대표의 당무대행자를 선임하여 달라는 가처분신청은 법원의 사법심사의 대상에 속한다고 볼 수 없다”고 판단하였다. 그러다가 1995. 6. 13. 서울지방법원 서부지원은(95카합1683 정당합당등록금지 가처분), “정당은 선거, 국회운영, 행정부의 조직 및 정책결정, 헌법재판소의 구성 등 광범위한 국정분야에서 공적인 역할을 수행하고 있는 반면에 국가기관과는 달리 설립의 자유가 있고 국민의 정치적 의사형성을 주도함과 아울러 국민과 국가를 연결하는 중개기관의 역할을 수행하고 있으며, 헌법 제21조는 일반 결사에 관하여, 헌법 제8조는 정당에 관하여 규정하고 있는데 이는 일반 규정과 특별 규정의 관계에 있다고 해석되어, 정당의 법률관계에 대하여 헌법 제8조와 정당법이 규율되고 있는 점을 제외하고는 헌법 제21조, 민법, 민사소송법 등 민사법이 적용되므로, 정당에 관한 법률관계 중 정당에의 가입과 탈퇴, 정당간의 합당행위 등 수평적인 사법적 법률관계에 대하여는 사법적인 관계로 보아 정당법의 관계 조문과 일반 사법이 적용되고, 정당의 강제해산 등 공법적인 법률관계에 대하여는 헌법 제8조, 정당법, 헌법재판소법이 적용된다고 보아야 한다.”고 판단하였다. 나아가 구 자민련과 신민당의 합당결의 및 위 합당결의에 기한 집행행위는 유효하다고 보았으며, 동 가처분을 일부 각하, 나머지 기각하였다. 이 결정에 대하여 원고측은 상소하였으나 항소심은 1심과 같은 이유에서 기각되었고(서울고법 1996. 2. 29. 선고 95나25635 판결), 상고심(대법원 1997. 7. 25. 선고 96다15916 판결) 역시 심리 기각되었다. 비록 상고심에서 위 1심법원 결정의 인용부분은 다투어지지 않았으나, 정당의 법률관계에 관한 2중성(공법관계와 사법관계)은 법원의 주류적 입장일 것으로 보인다.

보자결정행위 자체를 다투는 헌법소원이 가능할 수 있다고 본다.

정당은 국가기관은 아니지만 오늘날 국가에 의하여 제도화되고 매우 중요한 공적기능을 담당하고,⁷⁹¹⁾ 정당에 독특한 공공적 지위를 가진다고 보아야 하며,⁷⁹²⁾ 국가기관 구성을 위한 선거에 관련해서는 사실상 국가기관과 유사한 차원에서 존재한다고 볼 여지가 있고,⁷⁹³⁾ 한편 헌법 제8조 제2항은 정당의 민주화를 선언하고 있고 이는 단순한 훈시규정이 아니라 할 것이다.⁷⁹⁴⁾ 따라서 정당의 후보자공천행위는 헌법소원의 대상이 되는 공권력작용으로 보아, 정당내부에서 선거권을 지닌 당원이 평등권 혹은 참정권 위반을 이유로 정당을 상대로 공천의 비민주성을 다투는 헌법소원을 제기한다면 적법한 것으로 검토될 여지가 있다.

791) 정당은 대의민주주의에 없어서는 안될 중요한 공적기능을 수행하고 있다. 헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 207.

792) 정당의 헌법상 지위는 단순한 사단이 아니라, 정당에 고유한 공공적 지위라고 보아야 할 것이다. K. Hesse, 위 “현대국가에 있어서 정당의 헌법상 지위”(주 25), 140-141쪽. “정당의 헌법상 지위는 다른 사물영역에 속하는 개념을 통하여 달리 표현될 수도 없고, 될 필요도 없다.”고 한다.

793) 정태호, “국가기관 상호간의 권한쟁의와 정당”, 심천계회열박사화갑기념논문집 정당과 헌법질서(박영사, 1995), 442쪽 참조. 특히 비례대표제선거에 있어서 의원 후보자 목록은 정당들만이 제출할 수 있도록 되어 있다.

794) 만일 정당이 비민주적 공천 권을 행사하였다면 이는 동 조항 위반이 될 것이다.

IV. 정당조항에 관한 헌법재판소의 접근방법 문제

정당조항은 정당의 공적기능에 바탕을 두고 정당에게 특권을 부여하는 한편 엄격한 민주성을 요구하고 있다. 헌법재판소 역시 이러한 관점에서 초기에 “현대국가에서는 정당정치가 바로 민주정치라고 인정하게 되었으나 그 정당은 국민 각자의 선거의 자유와 기회균등을 보장하는 민주사회의 기반 위에서 존립하는 것이므로 당내 민주주의가 확립되고 민의에 따라 정당이 구성되고 공천되는 것을 전제로 하고 있다.”고 판시하였다.⁷⁹⁵⁾

그러나 헌법재판소는 정당과 무소속후보자, 정당과 일반 단체와의 차별성을 인정하는데 있어 정당의 보호라는 추상적 이념에 기반하고 있으며, 현실적으로 정당조항의 규율 하에 있는 우리 정당들이 과연 “당내 민주주의가 확립되고 민의에 따라 정당이 구성되고 공천”되고 있는 것인 지의 문제, 즉 위에서 판시한 “전제”의 구비 여부의 문제를 도외시해온 경향이 있다.

즉 헌법이 정당에 대하여 일반결사와는 다른 특별한 보호와 규제를 하고 있는 이유는, 정당이 국민의 이익을 위하여 책임 있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로하여 조직된 단체이고 또 그러한 목적수행에 필요한 조직을 갖추고 있기 때문인 것으로 이해되고(정당법 제1조, 제2조 참조) 반대로 일반결사에 대하여 정당의 경우와 같은 헌법상의 보호와 규제가 없는 것은 그러한 단체는 각기 자기고유의 설립목적이 따로 있고 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 직접 목적으로 하여 조직된 것이 아니며 또

795) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 211.

그러한 의사형성에 참여하는 데 필요한 조직도 갖추고 있지 않기 때문인 것이라고 하였다.⁷⁹⁶⁾

또 무소속후보자에 대한 선거대책기구의 설치금지 사건에서, 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 보았다.⁷⁹⁷⁾

한편 선거기간개시일전 정당의 당원교육 허용에 관하여는, “정당은 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 고유한 기능과 통상적인 활동은 선거에 있어서도 보장되어야 하며 따라서 그로 인하여 무소속 후보자와 정당후보자 간에 차별이 생긴다 하더라도 그것은 불합리한 차별이라고 할 수 없다. 정당의 당원교육은 정당이 그 목적을 달성하기 위하여 행하는 정당내부의 기본적·통상적 활동이며 헌법재판소가 위 조항에 관하여 선거운동의 공정이라는 선거법의 목적을 달성하기 위하여 정당이 가지는 권능과 자유를 어느 정도로 제한할 것인가 하는 것은 입법자의 광범위한 형성의 재량에 속하는 사항이라 할 것”이라고 하였다.⁷⁹⁸⁾

이러한 판시는 현실적으로 정당이 민주적 성격을 지녔는지 여부를 불문하고, 헌법이 부여한 정당의 보호이념만을 추상적으로 강조하여 일반 결사나 무소속후보자에 비하여 결과적으로 유리한 처우를 합리화 한 것이다.

그러나 한편으로 헌법재판소는 기초의회의원선거 후보자에게 정

796) 헌재 1995. 5. 25. 95헌마105, 판례집 7-1, 826, 842.

797) 헌재 1996. 3. 28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289, 307.

798) 헌재 1996. 8. 29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199, 208-209.

당표방을 금지하는 규정이 위헌인지 여부를 판단하면서, 정당의 보호와 아울러 헌법은 지방자치도 제도적으로 보호하고 있다고 하면서 정당운영의 비민주성이라는 현실을 고려한 바 있다.

즉, 헌법재판소는 “우리가 특히 고려하지 않으면 안될 사정은 지역적 한계를 극복하지 못하고 있는 우리나라의 정치현실 및 정당운영의 비민주성, 지연·혈연·학연이 좌우하는 선거풍토와 그 위에 지방자치를 실시한 경험이 일천(日淺)하다는 것을 유의할 필요가 있다는 점이다. 이러한 사정을 감안하지 않고 그 밖의 공직선거와 마찬가지로 기초의회의원선거에도 정당추천후보자의 참여를 허용한다면, 정당은 그 후보자의 당락 뿐만 아니라 선출된 의원의 의정활동 전반에 걸쳐 직·간접으로 영향을 미치게 된다. 이것은 지역의 특성에 따라 자율적으로 운영되어야 할 기초의회의 결정이 정당의 의사에 따라 그 결론이 바뀌게 되는 것을 뜻한다. 기초의회가 정당의 의사에 따라 움직인다면, 기초의회는 본래의 목적과 기능을 상실하여 형骸화(形骸化)한 모습으로 남게 된다. 기초의회의 제도적 기능의 제고에는 정당의 영향을 벗어나는 것만이 지역주민의 의사에 따른 자치의 실질화와 적극적인 참여 분위기를 이끌어 낼 수 있는 유일한 길인 것이다.”고 하였다.⁷⁹⁹⁾

이러한 판시는 정당이 비민주적인 현실을 고려한 것으로, 정당에 대한 추상적 수준의 국가의 보호법리와는 서로 배치되는 것이라 할 수 있다.

그러므로 과연 어느 정도 수준에서 정당조항을 해석, 적용할 것인지에 관한 법학방법론이 문제된다.

만일 헌법상의 정당보호조항이 있다고 해서, 정당의 현실이 어떠

799) 헌재 1999. 11. 25. 99헌바28, 판례집 11-2, 543, 552.

하든지, 정당이 국민의 정치적 의사를 대변하지 못하고 특정 정당지도자들의 의사만을 대변하더라도, 헌법이 정당보호를 규정하고 있다는 이유만으로, 정당의 우월적 지위를 가감 없이 인정한다면, 이는 현실과 유리된 법학이고 지나친 법실증주의적인 접근법이다.

“헌법규범은 현실로부터 독립한 고유한 존재를 갖고 있는 것은 아니다. 헌법규범의 본질은 헌법규범이 효력을 발하려는 데 있다. 즉, 그에 의하여 규정된 상태를 현실 속에서 실현시키려는 데 있다. 이러한 효력주장(Geltungsanspruch)은 그 실현의 역사적 조건들로부터 분리될 수 없다. 이 조건들은 다양하게 상호의존하면서 특별한 법칙성을 만들어 내며 효력주장은 이들을 회피할 수가 없다. 여기에는 그때 그때의 자연적, 기술적, 사회적, 정치적 조건들이 속하며, 법규범의 효력주장은 이러한 조건들을 고려할 때에만 실현될 수 있다.”⁸⁰⁰⁾

이 같은 현실관련성과 규범성의 관련에 대한 통찰에서부터 헌법학의 과제와 한계가 드러난다. 헌법학은 사회학 또는 정치학과 같은 좁은 의미의 현실과학은 아니다. 그것은 또한 형식주의적 실증주의가 의미하는 것 같은 단순한 규범과학은 물론 아니다. 그것은 오히려 양자를 다 포함하는데, 다음과 같은 점에서 제약된다. 즉, 다른 법학의 분야보다 높은 정도로 그 대상이 정치적, 사회적 현실에 크게 의존한다는 점에서, 그리고 헌법규범의 관철을 위한 외부적 보장이 결여되었다는 점에서이다.⁸⁰¹⁾

헌법의 규범력은 곧바로 확보되는 것이 아니라 과제로 부과된 것이다. 헌법의 해석은 헌법의 규범적 의미를 가장 잘 실현하라는 요청 하에 있게 된다. 논리적 포섭 또는 개념적 구성의 방법으로는 이

800) K. Hesse, 위 “현대국가에 있어서 정당의 헌법상 지위”(주25), 100-101쪽.

801) 같은 논문, 102-103쪽.

러한 요청에 부응하지 못한다는 것이 자명하다. 법, 특히 헌법은 그 작용력에 있어서 구체적 생활관계에 의하여 제약된다. 헌법학은 이런 생활관계를 파악해야 하며 그것을 헌법규정의 규범적 내용과 연관시켜야 하는 것이다. 바로 이와 같은 해석이, 주어진 상황의 구체적인 조건하에서 규범적 규정의 의미를 가장 잘 실현시키는, 요청되는 해석인 것이다.⁸⁰²⁾

이러한 접근방법론에 따를 때, 헌법상 정당의 특권(보호)은 헌법의 규범적 의미를 가장 잘 실현하라는 측면에서 해석되어야 하며, 이를 위해서는 헌법이 특권을 주면서 동시에 부여한 “의무”와 연관지어서 보아야 하고, 또한 현실적인 정당의 “구체적 생활관계”를 파악하여 그에 연관시켜 헌법해석을 하여야 한다.

그러므로 적어도 정당보호조항에 관한 접근에 있어서는 다음과 같은 점이 중요하다. 정당들에 대하여 다른 결사체보다, 혹은 무소속입후보자보다 결과적으로 우대 적인 선거(정치) 활동을 부여하게 되는 문제⁸⁰³⁾에 있어서는, 1) 정당들의 당내민주주의 수준을 고려하여야 하고, 2) 다른 단체 혹은 무소속입후보자가 충분한 표현의 자유, 선거운동의 자유를 행사하고 있는지⁸⁰⁴⁾를 고려하여야 한다. 이러한 조건들이 구비되지 않았음에도 단지 규범 논리적으로 정당의 활동에 대하여 차별적인 보호를 인정한다면, 이는 사실상 정당의 정치적 독점을 허용하는 것이 되고, 국민의 정치적 의사의 형성을 (정

802) 같은 논문, 103쪽.

803) 이러한 문제는 평등원칙에 관련된 것인데, 실은 다른 결사체 및 무소속입후보자의 선거의 운동 및 표현의 자유의 관점에서 문제를 바라보는 것이 필요하다 (여기서는 이 점 생략함)는 점을 부연하고자 한다.

804) 참고로, 현행 공직선거법 및 헌법재판소 판례는 선거의 공정과 자유 중 “공정”에 치우치고 있어 표현의 자유와 선거운동의 자유를 지나치게 제한하는 것을 방지한다는 지적을 염두에 둘 필요가 있다. 이성환, “선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점”, 헌법실무연구 제1권(2000), 박영사, 321-339쪽; 정만희, 위 “현행 선거법제의 문제점과 개선방안”(주2), 49-52쪽 참조.

당조항의 입법목적과는 달리) 오히려 가로막고, 당내민주주의 문제를 후퇴시키는(즉 현상의 고착) 결과가 초래될 수 있는 것이다.⁸⁰⁵⁾

V. 맺음말

이 글은 정당조항은 정당의 자유와 특권을 부여하는 조항일 뿐 아니라 그에 걸맞게 정당의 민주화를 요구하는 조항이라는 것을 강조하였다. 정당의 헌법적 용인 내지 보호가 초래할 수 있는 전통적인 헌법질서의 잠재적 훼손가능성에도 불구하고, 그러한 정당조항을 두게 된 것은 규범논리적으로 볼 때 정당의 당내민주주의를 고양시키기 위한 것이라고 하여야 할 것이다.

일찍이 정당국가론을 체계화 시켰던 G. Leibholz도 정당의 내부 질서가 민주적이지 못할 경우 나타나는 폐해 및 그 예방책에 대하여 다음과 같이 말하였다.

805) 다음과 같은 헌법재판소의 초기 판례를 염두에 두어야 할 것이다.

“현대국가에서는 정당정치가 바로 민주정치라고 인정하게 되었으나 그 정당은 국민 각자의 선거의 자유와 기회균등을 보장하는 민주사회의 기반 위에서 존립하는 것이므로 당내 민주주의가 확립되고 민의에 따라 정당이 구성되고 공천되는 것을 전제로 하고 있다. 이러한 민주정당이 육성되고 발전하는 것 역시 국민의 주권이 실질적으로 행사되도록 현실적으로 보장하는 데 있으며 정당정치를 우리 헌법이 보호(헌법 제8조)하는 이유도 여기에 있기 때문에 정당의 보호는 선거제도의 민주화와 함께 국민주권을 실질적으로 현실화하는 데 있는 것이 정치의 정당독점을 의미하는 것은 아니다. 정당만이 의석을 독점할 수 있도록 선거법을 협상하고 선거제도를 만드는 법의 제정이나 개정은 선거의 자유와 입후보자의 기회균등을 부정하는 것으로 민주국가에서는 원칙적으로 있을 수 없다.”(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 211-212)

정당의 설립과 활동의 자유를 보장하고 있는 것은 선거제도의 민주화와 국민주권을 실질적으로 현실화하고 정치적으로 자유민주주의 구현에 기여하는데 그 목적이 있는 것이 정치의 독점이나 무소속후보자의 진출을 봉쇄하는 정당의 특권을 설정할 수 있는 것을 의미하는 것이 아니다(헌재 1992. 3. 13. 92헌마37 등, 판례집 4, 137, 144).

“오늘날 민주정치의 구조법칙상의 제 필연성을 올바르게 평가하고자 하는 자는 현대의 정당국가를 기능할 수 있게 만들기 위하여 전력을 다할 임무를 가지는 것이다. 즉 그는 새로운 민주정치의 불가결의 도구로서의 정당들이 동시에 그의 잠재적 파괴자로, 또 따라서 자유의 파괴자로 되는 것을 저지하기에 노력하지 않으면 안 된다. 이 목적을 달성하기 위해서는, 그리고 정당들이 중앙집권적 및 권위주의적으로 지도된 독재적 조직체로 나타나지 않도록 하기 위해서는, 무엇보다도 … 이는 의회주의적-대의제적인 자유주의의 전통적 제 수단에 의해서가 아니라 국가제도를 민주적 방식으로 민주화하는 정당들의 민주화에 의해서 그렇게 꼬여야 하는 것이다. … 그러므로 정당국가를 내부로부터 부드럽게 하여 개개인으로 하여금 정당들의 중요한 제 결정에 참여할 수 있게 하는 시도가 행하여지지 않으면 아니 된다. 이 목적을 위해서는, 관료 정치적 정당장치 내부에서 언제나 되풀이해서 형성되며 특히 로오벨트 미헬스(Robert Michels)가 정당제도의 사회학에 관한 그의 유명한 저서 속에서 인상적으로 서술하였던 과두정적-권위주의적인 지배 제 경향이 무엇보다도 먼저 제거되지 않으면 안 된다. … 이러한 민주화는 정당들 내부에 있어서의 의사형성이 “아래로부터 위로 향하여” 이루어질 것을, 다시 말해서 “정당간부들의 권위가 다수결원리에 의해서 아래로부터의 신임으로 정당화될 것을 무엇보다도 요구한다.”⁸⁰⁶⁾

특히 정당의 공천은 현대의 정당정치에 있어서 사실상 후보자의 당선을 위한 전제조건을 의미하게 되며,⁸⁰⁷⁾ 전체 선거의 결과에 영향을 미치므로, 결국 현대 민주주의의 성패가 좌우되는 문제이므로,

806) Leibholz(주10), 190-191쪽.

807) 정만희, 위의 논문(주2), 47쪽.

특별한 법적 규율을 필요로 한다. 그런데 이에 대한 현행법의 규정과 사법심사제도는 불충분하므로 개선이 필요하다.

한편 정당조항은 특혜와 의무라는 양면성을 부여하는 것이므로, 양자가 조화될 수 있는 해석론이 필요하며, 이러한 해석은 규범논리와 구체적 현실관계를 통합적으로 고찰하는 방법에 의하여 좀더 헌법의 본뜻에 가깝게 갈 수 있다. 그러므로 단순히 현실과 유리된 채 규범의 형식내용에만 주의를 기울이거나, 단순히 현실만 반영하는 것은 둘 다 불충분한 것이다. 이에 대한 헌법해석방법론에 좀더 주의를 기울일 필요가 있다.

1인 1표 국회의원선거제도의 위헌성

- 헌재 2001. 7. 19, 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -

정 연 주

동국대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

I. 머리말	515
II. 현행 비례대표 국회의원선출방식의 내용과 문제점	517
1. 현행제도의 내용	517
2. 현행제도의 문제점	518
III. 헌법재판소의 결정요지	520
1. 사건의 개요와 심판의 대상	521
가. 사건의 개요	521
나. 심판의 대상	522
2. 결정요지	522
IV. 비례대표제의 본질과 기능	524
1. 선거제도의 유형	524
가. 다수대표제	524

나. 비례대표제	526
2. 선거제도의 이념과 비례대표제	527
V. 1인 1표제 및 비례대표국회의원 의석배분방식의 위헌성	529
1. 민주주의원리와 관련하여	529
2. 직접선거의 원칙과 관련하여	531
가. 직접선거의 원칙 위반	531
나. 고정명부제의 문제와 관련하여	533
3. 평등선거의 원칙과 관련하여	536
가. 1인 1표제와 평등선거의 원칙	536
나. 저지조항의 문제	537
4. 소결	539
VI. 헌법재판소 결정내용의 문제점	539
1. 현행 헌법상 비례대표제는 선택사항인가?	540
가. 헌법재판소의 입장	540
나. 비례대표제의 실시는 의무사항	540
2. 비례대표후보자 결정절차와 관련하여	544
3. 저지조항과 관련하여	547
가. 문제의 제기	547
나. 저지조항의 의의와 기능	548
다. 저지선의 문제	550
4. 부수적 위헌선언의 문제	551
5. 침해된 기본권과 관련하여	557
VII. 맺는 말	558

I. 머리말

이 글은 현행 공직선거및선거부정방지법(이하 ‘선거법’이라 함)상의 국회의원선거제도에 있어서 비례대표의원 선출방식의 문제를 다룬 것이다. 즉 현행제도에 따르면 비례대표의원선거는 지역구의원선거와는 달리 별도의 선거과정이 없이 단순히 지역구선거의 결과 각 정당이 획득한 득표율에 따라 각 정당에 의석을 배분하는 형식을 취하고 있다. 이는 현행 국회의원선거제도가 이른바 1인 1표제를 취하는 결과 발생하는 현상인데, 이러한 비례대표의원의 선출방식에 대하여 그동안 많은 문제제기가 있어 왔다. 예컨대 1인 1표제에 의한 비례대표의원의 선출방식은 비례대표선거제도의 특성상 바람직하지 아니하다는 입법 정책적인 문제제기에서부터 헌법상의 선거원칙에 위반되어 위헌이라는 견해에 이르기까지 다양한 문제제기가 그것이다.⁸⁰⁸⁾

그런데 이와 관련하여 헌법재판소는 2001. 7. 19, 2000헌마91·112·134(병합) 사건에서 선거법 제146조 제2항 중 ‘1인 1표로 한다’ 부분은 국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 범위에서 헌법에 위반된다고 결정했다. 이러한 1인 1표제에 대한 헌법재판소의 한정위헌결정의 취지에 따라 최근 선거법 제146조 제2항 후단이 신설되어 시·도의원선거에 1인 2표제를 도입했다.⁸⁰⁹⁾

808) 이러한 문제제기에 대하여 정연주, 현행 선거제도의 문제점, 고시계 1994. 8, 84쪽 이하 참조.

809) 신설된 선거법 제146조 제2항 후단은 “이 경우 시·도의원선거에 있어서는 지역구시·도의원선거 및 비례대표시·도의원선거마다 1인 1표로 한다.”라고 규정함으로써 시·도의원선거에서 지역구후보자와 비례대표후보자에게 각각 1표씩을

그러나 아직까지 국회의원선거에서의 정당투표제 내지 1인 2표제는 도입되지 않았다.

주지하는 바와 같이 선거제도는 한 국가의 통치구조의 기본적 구성원리의 하나로서 국가제도의 근간을 이루고 있으며, 대의제도 등 다른 구성원리와 밀접 불가분의 관련성을 가지면서 그 전제조건을 이루고 있다. 따라서 헌법의 근본이념과 기본원리의 실현을 위해서 합리적이고 헌법원리에 부합하는 선거제도를 마련하는 것이어야 말로 한 국가의 민주주의와 기본권실현의 전제조건이라고 할 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 그동안 우리 선거제도에 많은 문제점이 있었고, 이에 대하여 상당한 지적이 있었는데, 그 중 하나가 바로 이 글에서 다루고자 하는 비례대표의원의 선출방식이고, 이에 대하여 헌법재판소가 한정위헌결정을 내린 것은 늦은 감은 있지만 중요한 통치구조의 구성원리이자 민주주의와 기본권실현의 초석인 선거제

투표하는 1인 2표제를 도입했다. 이에 따라 비례대표 광역의회의원석배분방식을 규정한 동법 제190조 제4항은 “비례대표시·도의원선거에 있어서는 시·도선거관리위원회가 유효투표총수의 100분의 5 이상을 득표한 각 정당(이하 이 조에서 ‘의석할당정당’이라 한다)에 대하여 당해 선거에서 얻은 득표비율에 비례대표시·도의원정수를 곱하여 산출된 수의 정수의 의석을 그 정당에 먼저 배분하고 잔여의석은 단수가 큰 순으로 각 의석할당정당에 1석씩 배분하되, 같은 단수가 있는 때에는 그 득표수가 많은 정당에 배분하고 그 득표수가 같은 때에는 당해 정당 사이의 추첨에 의한다. 이 경우 득표비율은 각 의석할당정당의 득표수를 모든 의석할당정당의 득표수의 합계로 나누고 소수점 이하 제5위를 반올림하여 산출한다.”라고 개정되었고, 제5항은 “제4항의 경우 하나의 정당에 의석정수의 3분의 2이상의 의석이 배분될 때에는 그 정당에 3분의 2에 해당하는 수의 정수의 의석을 먼저 배분하고, 잔여의석은 나머지 의석할당정당간의 득표비율에 잔여의석을 곱하여 산출된 수의 정수의 의석을 각 나머지 의석할당정당에 배분한 다음 잔여의석이 있는 때에는 그 단수가 큰 순위에 따라 각 나머지 의석할당정당에 1석씩 배분한다. 이 경우 득표비율의 산출 및 같은 단수가 있는 경우의 의석배분은 제4항의 규정을 준용한다. 다만, 의석정수의 3분의 2에 해당하는 수의 정수에 해당하는 의석을 배분받은 정당외에 의석할당정당이 없는 경우에는 의석할당정당이 아닌 정당간의 득표비율에 잔여의석을 곱하여 산출된 수의 정수의 의석을 먼저 그 정당에 배분하고 잔여의석이 있을 경우 단수가 큰 순으로 각 정당에 1석씩 배분한다.”라고 개정되었다.

도에 대하여 근본적인 검토를 했다는 점에서 자못 그 의의가 크다고 할 것이다. 그러나 그 논증과정과 결론에 있어서 동의하기 어려운 문제점도 상당부분 있어 보인다. 따라서 이 글에서는 현행제도의 내용과 문제점 및 그에 대한 헌법재판소의 결정내용과 그 문제점을 선거의 기본원칙 등 헌법상의 제 원리의 측면에서 검토하고자 한다.

II. 현행 비례대표 국회의원선출방식의 내용과 문제점

1. 현행제도의 내용

현행 선거법에 따르면 비례대표제의 선거구는 전국구이며(제20조), 정당명부식 비례대표제를 택하고 있고, 지역구 다수대표제와 비례대표제를 병행하고 있다. 그런데 1인 1표제를 채택하여(제146조 제2항) 지역구선거에서만 투표를 시행하며 별도의 정당투표는 실시하지 않고, 정당이 지역구선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표 국회의원의 의석을 배분하도록 하고 있다(제189조 제1항).⁸¹⁰⁾

810) 비례대표국회의원선출방식과 관련하여 구 국회의원선거법 제133조 제1항은 “중앙선거관리위원회는 지역구총선거에서 5석 이상의 의석을 차지한 각 정당의 지역구 의석비율에 따라 전국구의석을 배분한다. 다만 지역구총선거에서 의석을 얻지 못하였거나 5석 미만을 차지한 정당으로서 그 득표수가 유효투표총수의 100분의 3 이상인 정당이 있는 때에는 그 정당에 대하여 우선 1석씩을 배분한다.”라고 규정함으로써 지역구의석비율에 따른 전국구의석배분방식을 취하고 있었다. 이는 전국구의원의석배분을 단순히 다수대표제의 선거결과 각 정당이 획득한 지역구의석수에 비례하도록 함으로써 투표의 산술적 계산가치의 평등뿐 아니라 그 성과가치의 평등을 아울러 요구하는 평등선거의 원칙을 이념으로 하는 진정한 비례대표제와는 거리가 먼 일종의 ‘중복된 다수대표제’라고 할 수 있고, 결국 비례대표제가 가지고 있는 장점을 결여하고 다수대표제가 가지고 있는 단점을 증폭시킨 매우 불합리한 제도라고 할 수 있었다.

이에 반하여 현행 선거법 제189조 제1항은 “비례대표국회의원선거에 있어서는 중앙선거관리위원회가 지역구국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나

2. 현행제도의 문제점

이러한 비례대표국회의원 의석배분방식의 문제점을 예를 들어 설명하면 다음과 같다. A지역구에 B정당 소속의 C후보가 출마했다고 가정하자. 유권자 갑은 C후보에게 투표를 하고 싶은데 그가 속한 B정당은 싫어한다. 그러나 선거법 146조 2항의 1인 1표제에 따라 갑은 선거에서 이 두 가지 의사를 다 반영할 수 없으며 C후보를 찍든지, 안 찍든지 한 가지만 선택해야 한다. 결국 갑이 C후보의 인물됨을 생각해 C후보를 찍었다고 하자. 이렇게 해서 지역구 국회의원 227명이 뽑힌다. 다음은 46석의 비례대표의석 배분. 앞서 언급했듯이 선거법 제189조 제1항은 각 정당이 지역구에서 얻은 득표비율을 기준으로 비례대표의석을 배분하도록 하고 있다. 여기에서 심각한 문제는 비례대표의석의 배분에서 유권자 갑의 의사가 정반대로 나타난다는 점이다. B정당이 싫은데도 C후보를 선택했기 때문에 갑도 B정당의 비례대표의석을 늘리는 데 기여한 결과가 된 것이다. 이런 선거방식은 유권자의 의사를 절반밖에 반영할 수 없어 ‘절반의 선택권’을 빼앗기는 셈이 된다.

또한 1인 1표제는 우리 정치권의 가장 큰 병폐인 지역정당구도를 고착화하는데 기여한다는 비판을 받는다. 유권자가 특정지역에 기반을 둔 A정당을 지지할 경우 다른 정당의 후보가 마음에 들더라도 일방적으로 A정당 후보를 지지할 수밖에 없는 풍토이기 때문이다.

유효투표총수의 100분의 5 이상을 득표한 각 정당에 대하여 지역구국회의원총선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원의석을 배분한다. 다만, 지역구국회의원총선거에서 유효투표총수의 100분의 3 이상 100분의 5 미만을 득표한 각 정당에 대하여는 비례대표국회의원의석 1석씩을 배분한다.”라고 규정함으로써 지역구국회의원총선거에서 각 정당이 차지한 득표비율에 따라 비례대표국회의원의석을 배분하도록 개정했다.

아울러 이러한 현행제도는 지역구에서 5석 이상 또는 유효투표의 5% 이상을 득표한 경우에만 비례대표의석을 배분하도록 하고 있는 이른바 저지조항과 결합하여 소수·신생정당의 출현을 막는다는 지적도 있다.

실제로 정당이나 인물의 참신성보다는 거물이나 지역유지⁸¹¹⁾ 등 당선될 가능성이 있는 사람에게 투표하는 경향이 있고, 그 결과 소수대표나 신인이 선출되거나 소수·신생정당이 의회에 진출하는 것을 어렵게 하며, 이를 그동안의 선거결과가 입증하고 있다.⁸¹²⁾ 이는 결과적으로 비례대표제의 이념과 본질에 반한다.

아울러 이는 각 정당의 득표율과 실제 의석수가 비례적이지 못하는 결과를 초래하고,⁸¹³⁾ 이 역시 투표의 성과가치의 평등을 이념으

811) 지역유지에 대하여 투표하는 것은 자칫 전국적 이익보다는 지역의 이해에만 너무 치우치는 경향을 야기할 수 있고 국회의원의 전국대표성 보다는 지역대표성을 강조하는 결과를 초래할 수도 있는데, 이는 대의제도의 본질 및 기능과 관련하여 문제가 있다. 국회의원의 전국대표성과 관련하여 헌재 1994. 4. 28, 92헌마153; 정연주, 대의제도와 정당기속, 인권과 정의, 1999. 8, 82쪽 이하 참조.

812) 아래 각주 6) 참조.

813) 실제 우리의 경우 역대 총선에서는 정당별 득표율과 의석배분의 불일치 현상이 자주 발생해 유권자의 뜻이 왜곡됐다는 비판이 적지 않았다. 이는 현행 선거법이 비례대표 의석을 전국을 단위로 해당 정당이 얻은 득표율에 따라 배분도록 하고, 득표율 5% 미만 정당은 배분대상에서 제외하도록 하고 있기 때문이라는 지적이 많다. 아래의 표에서 보듯이 16대 총선에서 39%의 득표율을 보인 한나라당은 전체 273석 가운데 48.7%에 해당하는 133석을 차지했고, 36%를 득표한 민주당은 42.1%에 해당하는 115석을 차지했다. 반면 9.8%의 득표율을 보인 자민련은 전체 의석수의 6.2%에 불과한 17석을 갖게 됐고, 3.7%를 득표한 민국당은 0.7%에 불과한 2석밖에 확보하지 못했다. 15대 총선에서도 신한국당은 득표율에서 34.5%를 얻고도 의석수는 전체 299석 가운데 46.5%나 되는 139석을 차지했고, 새정치국민회의도 25.3%의 득표율을 갖고 의석 수는 26.42%인 79석을 가져갔다. 16.2%를 득표한 자민련은 의석수도 이와 비슷한 16.72%(50석)를 확보했으나, 통합민주당은 11.2%를 득표하고서도 의석수는 5%에 불과한 15석을 확보하는 데 그쳤다. 현행 소선거구제가 처음으로 실시된 13대 총선에서도 이 같은 득표율과 의석수의 불일치는 어김없이 나타났다. 당시 34%를 득표한 민정당은 전체 299석 가운데 41%에 이르는 125석이나 차지한 반면 23.8%를 득표한 통일민주당은 19.75%에 불과한 59석을 가져갔다. 19.3%의 득표율을 보인 평화민주당은 전체의석수의 23.41%인 70석을 확보한 반면 15.6%를 득표한 신민주공화당의 의석 수는 전체

로 하는 비례대표제에 반한다.

결국 현행 비례대표제의 경우에는 이처럼 비례대표제 본래의 이념을 실현하지 못하는 결과 직능대표 내지 전문가대표의 이념이 실현되기 어렵고, 참신하고 진보적인 정책과 강령을 가진 신생정당이나 소수정당의 의회진출도 어려우며, 다양한 정치적 세력과 견해의 반영 내지 대표가 어렵게 되어 헌법상의 복수정당제와 정당민주주의를 바탕으로 하는 다원적 민주주의의 이념과 조화되기 어렵고, 다수대표제의 단점을 보완하는 기능을 가지지 못한다는 등의 문제점을 지니고 있다고 할 수 있다.

Ⅲ. 헌법재판소의 결정요지

이번 결정내용에는 비례대표의원 선출방식문제 이외에도 기탁금제도 등 다른 사안에 대하여도 판단을 했으나, 여기서는 비례대표의원 선출방식문제에 관한 부분만을 다루고자 한다.

의석수의 11.7%에 불과한 35석이었다.

▼15·16대 총선 주요정당 득표율과 의석배분(동아일보 2001. 7. 20. A4쪽) ▼
[15대]

구 분	신한국당	새정치국민회의	자유민주연합	통합민주당
득표율(%)	34.5	25.3	16.2	11.2
총의석(299석)	139	79	50	15
지역구의석(253석)	121	66	41	9
전국구의석(46석)	18	13	9	6

[16대]

구 분	한나라당	새천년민주당	자유민주연합	민주국민당	희망의한국신당
득표율(%)	39.0	35.9	9.8	3.7	0.4
총의석(273석)	133	115	17	2	1
지역구의석(227석)	112	96	12	1	1
전국구의석(46석)	21	19	5	1	0

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

(1) 2000헌마91 사건

청구인들은 가칭 ‘청렴정치 국민연합’을 결성하여 신생정당 창당을 준비중인 33인의 발기인들 중의 일부로서, 공직선거의 투표에 관하여 1인 1표제를 규정하고 있는 선거법 제146조 제2항이 청구인들의 헌법상 보장된 선거권, 공무담임권, 평등권을 침해하는 위헌규정이라고 하면서 2000. 2. 10. 이 헌법소원을 청구하였다.

(2) 2000헌마112 사건

청구인 A는 2000. 4. 13. 실시될 제16대 국회의원 선거에서 선거권을 행사할 유권자로서, 청구인 B는 같은 유권자이자 서울 노원구에서 국회의원 후보가 되고자 준비중인 자로서, 청구인 민주노동당 창당준비위원회는 민주노동당을 창당하여 위 선거에 소속당원을 후보자로 추천하고자 하는 단체로서, 선거법 제56조, 제57조, 제189조로 인하여 자신들의 평등권, 피선거권이 침해된다는 등의 이유로 2000. 2. 16. 이 헌법소원을 청구하였다.

(3) 2000헌마134 사건

청구인 C외 25인은 2000. 4. 13. 실시될 제16대 국회의원 선거에서 선거권을 행사할 유권자들이고, 청구인 D, E는 새천년민주당 소속의 국회의원으로서 위 선거에서 위 정당의 지역구후보로 공천이 확정된 자들이며, 청구인 F는 위 같은 정당의 당원으로서 위 정당의 전국구비례대표후보자로 출마예정인 자인 바, 선거법 제189조가 자신들의 선거권, 피선거권 등을 침해한다면서 2000. 2. 22. 이 헌법소원을 청구하였다.

나. 심판의 대상

이 글에서 논의되는 사안과 관련되는 부분은 선거법 제189조 제1항 내지 제7항 및 제146조 제2항 중 ‘1인 1표로 한다’ 부분이다.

2. 결정요지

가. 선거법은 이른바 1인 1표제를 채택하여(제146조 제2항) 유권자에게 별도의 정당투표를 인정하지 않고 있으며, 지역구선거에서 표출된 유권자의 의사를 그대로 정당에 대한 지지의사로 의제하여 비례대표의석을 배분토록 하고 있는바(제189조 제1항), 이러한 비례대표제 방식에 의하면, 유권자가 지역구후보자나 그가 속한 정당 중 어느 일방만을 지지할 경우 지역구후보자 개인을 기준으로 투표하든, 정당을 기준으로 투표하든 어느 경우에도 자신의 진정한 의사는 반영시킬 수 없으며, 후보자든 정당이든 절반의 선택권을 박탈당할 수밖에 없을 뿐만 아니라, 신생정당에 대한 국민의 지지도를 제대로 반영할 수 없어 기존의 세력정당에 대한 국민의 실제 지지도를 초과하여 그 세력정당에 의석을 배분하여 주게 되는바, 이는 선거에 있어 국민의 의사를 제대로 반영하고, 국민의 자유로운 선택권을 보장할 것 등을 요구하는 민주주의원리에 부합하지 않는다.

나. 비례대표제를 채택하는 경우 직접선거의 원칙은 의원의 선출뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는바, 비례대표의원의 선거는 지역구의원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사

표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 함에도 현행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 결국 비례대표의원의 선출에 있어서는 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적인 의의를 지니게 되고, 선거권자들의 투표행위로서 비례대표의원의 선출을 직접·결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배된다.

다. 현행 1인 1표제 하에서의 비례대표의석배분방식에서, 지역구 후보자에 대한 투표는 지역구위원의 선출에 기여함과 아울러 그가 속한 정당의 비례대표의원의 선출에도 기여하는 2중의 가치를 지니게 되는데 반하여, 무소속후보자에 대한 투표는 그 무소속후보자의 선출에만 기여할 뿐 비례대표의원의 선출에는 전혀 기여하지 못하므로 투표가치의 불평등이 발생하는바, 자신이 지지하는 정당이 자신의 지역구에 후보자를 추천하지 않아 어쩔 수 없이 무소속후보자에게 투표하는 유권자들로서는 자신의 의사에 반하여 투표가치의 불평등을 강요당하게 되는바, 이는 합리적 이유 없이 무소속 후보자에게 투표하는 유권자를 차별하는 것이라 할 것이므로 평등선거의 원칙에 위배된다.

라. 선거법 제189조 제1항은 위와 같은 이유로 헌법에 위반되며, 선거법 제146조 제2항 중 '1인 1표로 한다'부분은 국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 범위에서 헌법에 위반된다 할 것인바, 그로 인하여 유권자인 국민들의 비례대표국회의원에 대한 선거권, 무소속후보자에 대하여 투표하는 유권자들의 평등권 등의 기본권이 침해된다.

마. 비례대표국회의원선거의 근간이 되는 선거법 제189조 제1항이 위헌이라면 그에 부수되는 동조 제2항 내지 제7항은 독자적인 규범적 존재로서의 의미를 잃게 되는바, 그렇다면 이 조항들이 비록 심판대상이 아니지만 함께 위헌선언을 함으로써 법적 명확성을 기하는 것이 상당하므로 그에 대하여도 아울러 위헌선언을 한다.

IV. 비례대표제의 본질과 기능

여기서는 먼저 선거제도의 기본적 유형에 관하여 간단히 언급하면서 비례대표제의 본질과 기능을 살펴보고자 한다.

1. 선거제도의 유형

선거제도에는 여러 가지 유형이 있으나 일반적으로 크게 다수대표선거제와 비례대표선거제의 두 가지로 대별할 수 있다. 국가마다 각기 상이한 선거제도를 가지고 있는데 대체로 이 두 가지 제도 중 어느 하나 또는 그 혼합형 내지는 변형제도를 택하고 있다.

가. 다수대표제

다수대표선거제는 선거제도유형 중 가장 보편적이고 오랜 역사를 가진 선거제도인데, 이는 다수결원리의 선거제도상의 실현형태로서 후보자 중에서 다수 표를 획득한 사람을 당선자로 결정하는 가장 단순한 형태의 선거제도를 말한다. 이 제도는 다시 유효투표수의 과

반수 이상의 득표자만을 당선자로 하는 절대다수대표제와 후보자 중 단순히 가장 많은 득표를 한 사람을 당선자로 하는 상대다수대표제로 나눌 수 있다.

다수대표제는 특정 후보자에 대한 인물본위의 선거제도로서 당선자와 대의기관의 가장 직접적인 민주적 정당성의 확보를 가능하게 하며, 의회내의 다수세력의 형성과 이를 통한 양당제도의 확립을 용이하게 하여, 정부의 정책집행을 뒷받침 해주기 위한 안정되고 원활한 의회기능의 확보와 유지를 가능케 한다는 제도적인 장점을 가지고 있다. 그러나 반면에 다수대표제에서는 낙선된 후보자들에게 주어진 표는 사표로 전락되어 의회의 구성에서 완전히 무시되기 때문에 의회의 의사결정과정에서 정치적 소수세력의 의사를 충분히 반영시킬 수 없어 소수자보호에 미흡하다는 제도상의 단점과, 특히 상대다수대표제에서는 각 정당의 득표율과 그 확보된 의석수 사이에 반드시 정비례관계가 성립되는 것은 아니기 때문에 타 정당에 비하여 득표수에서는 앞섰지만 의석 수에서는 뒤지는 소위 Bias현상이라고 하는 불합리한 결과가 초래될 수도 있어서, 결국 이 선거제도는 투표의 산술적 계산가치의 평등뿐만 아니라 그 성과가치의 평등도 아울러 실현하고자 하는 선거제도에 있어서의 대원칙인 평등선거의 원칙⁸¹⁴⁾에 비추어 볼 때 문제점이 있다고 하겠다.

814) 평등선거의 원칙에 관하여 정연주, 선거구획정과 인구편차, 인권과 정의, 2002. 5, 127쪽 이하; Maunz, in : Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 38, Rdnr. 48f.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, Art. 38, Rdnr. 8 참조.

나. 비례대표제

비례대표선거제는 소수보호의 정신과 정치세력의 지지도에 상응한 비례적인 대의의 실현형태로서 각 정치세력의 득표율에 비례한 정치적 대표기능을 각 해당 정치세력에게 배분하는 선거제도를 말한다. 이는 각 정당의 득표율에 비례하는 의석수를 각 해당 정당에 부여함으로써 가능한 한 모든 정당이 의회에 진출할 수 있도록 하려는 선거제도로서 사회의 다양한 이해관계나 정치적 의사가 그대로 의회의 구성에 반영되도록 하려는 것이다.⁸¹⁵⁾

따라서 비례대표선거제에서는 소수에게도 의회진출의 기회를 부여함으로써 소수자보호의 민주정치원리에도 합치되고, 앞서 언급한 투표의 산술적 계산가치의 평등과 성과가치의 평등을 실현하고자 하는 평등선거의 원칙과 그리고 이 원칙에서 도출된 선거에 있어서 각 정당간의 기회균등의 원칙⁸¹⁶⁾에도 충실한 것이며, 아울러 현대적 민주정치의 본질인 정당정치제도에 적합하여 정책과 강령을 위주한 정당본위의 선거제도를 확립·발전시킬 수 있는 등 정당민주주의원리에도 합치된다는 제도적 장점을 가지고 있다.

그러나 반면에 비례대표선거제에서는 지나친 소수정당보호로 인해 의회내의 군소 정당의 난립과 국민의사의 분열을 초래하고 의회내의 안정된 다수세력의 형성을 저해할 우려가 있어 결국 정국주도를 위한 안정되고 원활한 의회의 기능확보를 어렵게 할 수도 있으며, 아울러 선거절차와 과정이 정당의 일방적인 정치적 영향과 주도하에서 행해지기 때문에 일반대중이 정치에서 소외당하기 쉽고, 후

815) Vgl. BVerfGE 51, 222(253).

816) Vgl. BVerfGE 47, 198(227f.); Badura, Staatsrecht, S. 293f.; Stein, Staatsrecht, S. 82.

보자의 선정과 그 순위결정권 등 후보자명부의 작성이 정당의 간부들에게 독점되고 선거인은 후보자의 선정에 거의 영향을 미치지 못하는 등의 문제점이 제기된다.

2. 선거제도의 이념과 비례대표제

선거는 일정한 절차에 따라 대표자를 선출하는 행위로서 대의기관을 구성하는 민주주의의 실현수단이다. 따라서 선거제도는 대의기관구성과 국가의 정책결정·집행과정에 국민의 의사가 가능한 한 굴절 없이 정확하게 반영될 수 있도록 마련되어야 한다. 이러한 관점에서 볼 때 선거제도가 갖추어야 할 제1차적 요소는 대표형성의 정확성이라고 할 수 있다. 물론 그 외에 안정된 다수형성과 정국안정 등도 선거제도가 고려해야 할 중요한 요소이지만, 이는 선거제도 그 자체 이외에도 그 나라의 정치적·역사적 상황, 정당제도 등 매우 다양하고 복잡한 여러 요소들에 의하여 결과되는 것이지, 선거제도만의 문제는 아닌 것이다. 이러한 맥락에서 볼 때 선거제도의 양대 축인 다수대표제와 비례대표제 중 이론과 경험측상 일단 비례대표제가 선거제도의 이념에 보다 더 잘 부합된다고 볼 수 있다. 즉 다수대표제 보다는 투표와 대표(의석)간의 균형을 특성으로 하는 비례대표제가 국민의사의 정확한 반영과 정확한 대표형성 및 비례적인 대의의 실현에 보다 적합하다고 할 수 있다. 더욱이 정권교체가 - 연립정부의 파트너를 교체하는 형태까지 포함한다면 - 다수대표제에서 보다는 비례대표제 하에서 보다 용이하게 - 물론 영국이나 미국 처럼 다수대표제하에서도 원활한 정권교체가 이루어지기는 하지만 - 실현될 수 있다고 일반적으로 평가된다. 물론 이러한 전제가 절대적인 것은 아니고 선거구분할, 투표·의석산출방식, 저지조항, 정당

실태, 그 나라의 정치적·역사적 상황 등 여러 가지 요소들에 따라 그 결과는 달라질 수 있겠지만, 이론적·경험적으로 볼 때 비례대표제의 이러한 특성을 부인할 수는 없을 것이다. 이에 따라 비례대표제가 다양한 이해와 견해를 비례적으로 대의기관의 구성에 투영함으로써 현대의 다원적 민주주의의 실현과 복수정당제 내지 정당민주주의의 이념에 적합하고, 소수 및 신진세력의 의회진출을 용이하게 하고, 선거구분할의 불균형을 시정하고, 지역적 갈등해소와 사회적 통합에 이바지하며, 사표방지 및 표의 등가성제고 등 투표의 산술적 계산가치의 평등뿐 아니라 성과가치의 평등도 아울러 요구하는 평등선거의 원칙과 잘 조화된다고 할 수 있고, 이로써 다수대표제의 문제점을 보완할 수 있다고 평가된다. 아울러 특정지역대표를 위한 선거라기보다는 직능대표선거로서의 성격이 강하기 때문에 대의제도가 요구하는 엘리트·전문가정치의 실현을 보다 용이하게 할 수 있고, 선거구관리의 부담이 줄어들거나 사라지고, 합리적으로 운영된다면 선거비용도 줄어들 수 있고, 지역이익이 아닌 국익과 전국적 대표의 실현을 보다 용이하게 하여 대의제도의 기초인 통치권의 자유위임의 이념에도 잘 부합된다고 평가될 수 있을 것이다. 또한 비례대표제는 유권자의 투표참여율을 높인다는 평가도 있다.⁸¹⁷⁾ 이러한 관점에서 볼 때 비례대표제는 일단 이론적으로는 매우 긍정적으로 평가될 수 있을 것이다. 특히 우리의 경우에는 망국적인 지역감정으로 인한 국민상호간의 갈등과 분열,⁸¹⁸⁾ 선거구분할의 극심한

817) 실제로 스위스의 몇몇 주(Kanton)에서 비례대표제를 도입했을 때, 30-40%에 불과했던 투표참여율이 두배로 증가된 적도 있었다.

818) 일반적으로 다수대표선거체도가 성공하기 위한 전제조건으로서 첫째, 균등한 생활환경과 사회적 동질성, 둘째, 다수결원칙에 대한 시민의 정치적 기본합의, 셋째, 소수가 다수가 될 수 있고 정권이 교체될 수 있는 가능성 등 세 가지가 거론되고 있다. 이러한 전제조건이 충족되기 어려운 우리의 경우 다수대표제는 개인과 집단들 사이의 정치·경제·사회·문화적 대립을 첨예화시킬 가능성이 높다.

불균형, 지나치게 지역구에 종속적인 국회의원선거 및 의정활동, 타락·불법 및 금권선거, 투표와 대표간의 불균형성, 일부 다수정당의 독점적 지배와 소수 및 신진정당의 의회진출의 어려움⁸¹⁹⁾ 등 제반 상황을 고려해 볼 때 다원적 민주주의의 실현과 사회통합을 위하여 비례대표제의 실시는 일응 절실하다고 볼 수 있을 것이다.

V. 1인 1표제 및 비례대표국회의원 의석배분방식의 위헌성

여기서는 현행 1인 1표제 및 비례대표국회의원 의석배분방식의 위헌여부를 헌법재판소의 판단기준인 민주주의원리 및 선거의 헌법상 기본원칙의 측면에서 고찰해보고자 한다.

1. 민주주의원리와 관련하여

민주주의원리는 헌법상의 기본원리로서 이를 실현하기 위한 가장 중요한 제도의 하나가 바로 선거제도이다. 따라서 선거제도의 구체적 내용이 이러한 민주주의원리에 부합되어야 하는 것은 당연하다. 주지하는 바와 같이 오늘날의 민주주의는 정당정치와 정당분위의 선거 및 복수정당제를 바탕으로 하는 정당민주주의와 다원적 민주

819) 참고로 최근 실시된 6·13지방선거의 경우 광역의회선거에서는 처음 도입된 정당투표의 결과 군소 정당이라고 할 수 있는 민주노동당이 지역구에서는 단 2석에 그쳤으나 정당투표에서 전국평균 8.1%의 득표율로 무려 9석의 비례대표의석을 차지했으며, 역시 신생·소수정당인 미래연합은 지역구에서는 단 1석도 얻지 못했으나 비례대표의 경우 2석을 차지하여 비례대표의석 총 73석 중 소수정당이 11석을 차지하게 되었다(중앙일보 2002. 6. 15. 8쪽 참조).

주의를 특징으로 하고 있다. 따라서 오늘날 정당을 통하지 않는 정치와 선거는 상상하기 어렵다. 이를 위해 헌법 제8조 제1항도 복수 정당제를 보장하고 있다. 이를 실천하기 위해서는 정당이 진정한 차별적 정책과 강령으로 무장되고, 정당내부의 민주화가 이루어져야 하며, 정당의 다양한 특권이 보장되어야 한다. 이러한 복수정당제를 통한 정당민주주의와 다원적 민주주의를 활성화시킬 수 있는 제도의 하나가 바로 비례대표제라고 할 수 있다. 왜냐하면 비례대표제는 각 정당의 득표율에 비례하는 정치적 대의기능을 각 정당에 부여함으로써 가능한 한 다양한 정치적 견해나 이해가 대의기관의 구성에 투영될 수 있도록 하고, 이를 위해 이러한 다양한 견해를 대표하는 가능한 한 다양한 정당이 원내에 진출할 수 있도록 하는 제도이기 때문이다. 이에 따라 비례대표제를 통해 다양한 각 정당의 특성을 대표하는 후보자가 의석을 차지하여야 하는데 이는 국민 내지 선거인에 의한 직접적인 정당선택이 전제되어야 하며, 따라서 반드시 정당투표제가 실시되어야 한다. 즉 선거인이 정당에 직접 투표를 함으로써 정당의 정책과 강령을 선택할 수 있어야 하는데, 현행제도는 이러한 정당선택의 기회를 박탈하고 있기 때문에 민주주의원리 및 복수정당제를 보장하는 헌법의 이념과 조화되기 어렵다.

주지하는 바와 같이 민주주의원리란 통치권의 창설과 구성 및 행사의 최후적 정당성을 국민의 의사에 귀착시키는 원리로서 선거의 경우 선거인의 의사가 굴절 없이 대의기관의 구성에 반영될 것을 요구한다. 그런데 헌법재판소가 적절히 지적하고 있듯이, 현행제도에 따르면 유권자가 지역구후보자나 그가 속한 정당 중 어느 일방만을 지지할 경우 지역구후보자 개인을 기준으로 투표하든, 정당을 기준으로 투표하든 어느 경우이나 자신의 진정한 의사는 반영시킬 수 없으며, 후보자든 정당이든 절반의 선택권을 박탈당할 수밖에 없

을 뿐만 아니라, 신생·소수정당에 대한 국민의 지지도를 제대로 반영할 수 없어 기존의 세력정당에 대한 국민의 실제 지지도를 초과하여 그 세력정당에 의석을 배분하여 주게 되고, 또한 자신의 지역에 자신이 지지하는 정당소속 후보자가 출마하지 않은 경우에 그 유권자에게는 그 정당에 대한 자신의 지지를 나타낼 기회를 박탈당하게 된다. 이는 결국 국민의 의사와 정치적 견해를 왜곡시키는 것으로서 선거에 있어 국민의 의사를 제대로 반영하고, 국민의 자유로운 선택권을 보장할 것 등을 요구하는 민주주의원리에 반하는 것이다.

2. 직접선거의 원칙과 관련하여

가. 직접선거의 원칙 위반

선거의 헌법상 기본원칙 중 하나가 직접선거의 원칙으로서 선거법상 이 원칙이 준수되어야 함은 물론이다. 직접선거의 원칙은 선거인 스스로가 직접 대의기관을 선출하는 것을 말한다. 직접선거에서는 간접선거에서처럼 선거인과 대의기관 사이에 중간선거인이 없기 때문에 선거인과 대의기관 사이에 직접적인 신임과 위임관계가 성립한다. 이처럼 직접선거의 경우 선거인과 대의기관의 선출 사이에 직접성이 존재하여야 하며, 따라서 선거인의 투표가 바로 후보자의 당선 여부에 직결되어야 한다. 즉 첫째, 선거인의 투표와 후보자 또는 비례대표의원 후보자명부 사이에 직접성이 존재하여야 하고, 따라서 선거인의 투표가 후보자 또는 비례대표의원후보의 선출에 직접적인 영향력을 행사하여야 하며, 둘째, 선거인이 미리 후보자나 비례대표의원 후보자명부를 알고 있어야 하고, 선거 이전에 이미 그

후보자 또는 특정비례대표명부의 득표에 영향을 미칠 수 있는 모든 법적·정치적 행위가 완결되어 있어야 한다.

그런데 이러한 직접선거의 원칙에 비추어 볼 때 현행 1인 1표제에 의한 비례대표의원선출방식은 위헌이다. 왜냐하면 현행제도 하에서는 선거인의 지역구후보자에 대한 투표의 결과 우연히 해당 정당이 획득한 득표율에 따라 비례대표의원이 선출되는 것에 불과하고 선거인의 해당 정당에 대한 투표가 생략되어 선거인의 투표와 비례대표의원 후보자명부 사이의 직접성이 결여되어 있고, 따라서 선거인의 투표가 비례대표의원후보의 선출에 직접적인 영향력을 행사할 수 없기 때문이다.

이와 관련하여 헌법재판소는 “... 1인 1표제 하에서의 비례대표후보자명부에 대한 별도의 투표 없이 지역구후보자에 대한 투표를 정당에 대한 투표로 의제하여 비례대표의석을 배분하는 것은 직접선거의 원칙에 반한다고 하지 않을 수 없다. 비례대표의원의 선거는 지역구의원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 한다. 확정된 정당명부를 보고 유권자들이 그 선호에 따라 투표할 수 있는 한 ‘선거권자의 투표로 최종적으로 결정한다’는 직접선거의 최소한의 요구는 충족된다. 그러나 현행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 유권자들에게 비례대표의원에 대한 직접적인 결정권이 전혀 없는 것이나 마찬가지이다. 지역구후보자에 대한 투표를 통하여 간접적으로 또 - 지역구후보자에 대한 지지와 정당에 대한 지지가 일치할 경우에 한하여 - 우연적으로만 비례대표의원의 선출에 간여할 수 있을 뿐이다. 정당명부에 대한 직접적인 투표가 인정되지 않기 때문에 비례대표의원의 선출에 있어서는 유권자의 투표행위가 아니라 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적인 의의를 지니게 된

다. ... 지역구선거는 본질적으로 ‘인물선거’이지, ‘정당선거’는 아니라고 할 것이다. 지역구선거는 입후보자의 자질, 지역적 관심사항, 지역적 연고, 후보자의 지역구관리 등에 보다 많은 관심이 쏠리게 마련이지만, 정당선거는 국가적 사안, 사회적·경제적 이슈, 정당의 이념·정책 등을 기준으로 한 선거인 것이다. ... 결론적으로 현행 비례대표의석배분방식은 선거권자들의 투표행위로써 정당의 의석배분, 즉 비례대표국회의원의 선출을 직접, 결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배된다고 할 것이다.”라고 판시하고 있는데, 이러한 내용은 위에서 언급한 직접선거의 원칙에 비추어 볼 때 - 지역구선거의 본질을 지나치게 인물선거로만 파악하고 정당선거적 성격을 전혀 도외시한 부분 등을 제외한다면⁸²⁰⁾ - 대체로 타당하다고 볼 수 있다.

나. 고정명부제의 문제와 관련하여

(1) 고정명부제와 직접선거의 원칙

한편 헌법재판소도 언급하고 있듯이 이러한 직접선거의 원칙과 관련하여 고정명부식 정당명부 자체의 정당성이 문제될 수 있다. 즉 정당투표제가 도입된다 하더라도 정당명부상의 후보자와 순위가 선거인의 의사와 관계없이 정당이 일방적으로 정하는 결과 선거인이 후보자 개인을 직접 선택하지 못하기 때문에 직접선거의 원칙위반

820) 우리의 정치현실에서 비례대표의원 뿐 아니라 지역구위원의 경우에도 그 공천 과정에서 뿐 아니라 선거구민에 의한 선거과정에서도 실제로 인물본위선거만에 의해서라기 보다는 상당부분 그 소속정당을 기준으로 선거되고 당선된다는 사실을 감안할 때 현재의 견해는 타당하다고 보기 어렵다. 이러한 지역구의원 및 비례대표의원선거와 정당과의 관계에 대하여는 정연주, 대의제도와 정당기속, 인권과 정의, 1999. 8, 91쪽 이하 참조.

이라는 비판이 그것이다. 결론적으로 말하면 고정명부식 정당명부가 직접선거의 원칙에 위반된다고는 볼 수 없다. 왜냐하면 정당명부가 이미 선거인의 투표 이전에 작성·확정된 것이고, 선거인이 정당명부의 내용을 알고 있으며, 선거전에 특정정당의 득표와 비례대표의 원선출에 영향을 미치는 모든 법적·정치적 행위가 완결되어 있고, 선거인의 투표와 비례대표의원선출 사이에 어떠한 중간선거인이 매개되지 아니하기 때문에 고정명부제의 경우에도 정당투표제가 실시된다면 선거인의 투표와 명부 사이에 직접성이 인정되고, 따라서 선거인의 투표가 비례대표의원선출에 직접적인 영향력을 행사하기 때문이다. 따라서 고정명부제의 경우에도 선거인 스스로가 정당투표를 통해 직접 대의기관을 선출하는 것이라고 말할 수 있다. 그러므로 지역구선거에서와는 달리 고정명부식 비례대표제의 경우에는 선거인이 직접 개개의 후보자에게 투표하는 것이 아니고 정당 내지 명부 자체에 투표를 하는 것이며, 따라서 실질적으로는 정당이 직접 후보자명부를 작성하는 것이기 때문에 정당이 일종의 중간매개자 내지 중간선거인의 역할을 한 것이므로 이는 직접선거의 원칙에 위배된다는 주장은 타당성이 없다. 만일 그렇지 않다면 지역구의원선거의 경우에도 당해 후보자 역시 이미 해당 정당에 의해서 공천을 통해 후보자로 결정된 것이므로 이 경우에도 정당이 일종의 중간선거인의 역할을 한 것이므로 직접선거의 원칙에 위배된 것으로 보아야 한다는 모순에 빠지게 될 것이다. 헌법재판소도 “비례대표후보자 명단과 그 순위, 의석배분방식은 선거시에 이미 확정되어 있고, 투표 후 후보자명부의 순위를 변경하는 것과 같은 사후개입은 허용되지 않는다. 그러므로 비록 후보자 각자에 대한 것은 아니지만 선거권자가 종국적인 결정권을 가지고 있으며, 선거결과가 선거행위로 표출된 선거권자의 의사표시에만 달려 있다고 할 수 있다. 따라서

고정명부식을 채택한 것 자체가 직접선거원칙에 위반된다고는 할 수 없다.”라고 판시하고 있다.

(2) 고정명부제의 개선방안

한편 고정명부제가 가지는 문제점을 해소하고 민주성을 제고하기 위하여, 그리고 선거인의 투표와 비례대표의원후보자명부 사이의 직접성을 더욱 강화하기 위하여 다음의 두 가지 장치가 고려될 수는 있을 것이다.

(가) 첫째, 명부작성과정의 민주성을 제고하는 것이다. 즉 비례대표후보자의 선정과 순위확정이 당원총회나 대의원대회 등을 통하여 민주적 절차를 거쳐 이루어지도록 하는 것이다. 예컨대 정당명부작성을 상향식으로 정당의 대의원이나 당원들에 의해 민주적으로 작성·결정되거나 또는 정당집행부에 의해 작성되더라도 정당의 대의원이나 당원들에 의하여 개별적으로 동의를 받고 순위가 결정되도록 하는 것이다. 그럴 경우 정당수뇌부나 1인 Boss에 의해 일방적으로 명부가 작성·결정되는 것을 억제할 수 있고, 명부작성과정의 객관성과 투명성이 제고되어 그동안 제기되어 왔던 고정명부제의 문제점이 줄어들 수 있으며, 정당내부민주화에 기여하면서 결국 비례대표제의 본래 취지와 기능이 제고될 수 있을 것이다.⁸²¹⁾

(나) 둘째, 고정명부제를 비고정명부제로 바꾸는 것이다. 예컨대 선거인이 정당명부 자체에 대한 투표 외에 명부상 후보자 개인 및 그 순위에 대하여도 선택할 수 있도록 하여, 즉 인물선택권을 부여함으로써 비례대표선거제도에 지역구선거의 특성 중의 하나인 인물분위 선거적 요소를 가미하고, 선거인의 의사를 좀더 구체적이고 직접적으로 반영하여 직접성과 민주성을 제고할 수 있으며, 정당에 의

821) 정당명부작성의 방식과 절차의 민주화에 대하여 정연주, 국회의원선거제도의 개혁방안, 공법연구 제27집 제3호, 1999. 6, 185쪽 참조.

한 일방적인 명부의 작성과 결정이 야기하는 앞서 언급한 문제점도 줄어들 수 있을 것이다.⁸²²⁾

그러나 다른 한편 이러한 비고정명부제의 경우에 그 시행상의 기술적인 어려움이 있다는 점, 그리고 비례대표선거제도의 특성 및 기능 중의 하나가 직능 및 전문가대표 내지 엘리트에 의한 전문정치의 실현을 용이하게 하는 것이라는 점에 비추어 후보자명부상의 인물선택 및 순위 등을 정당이 아닌 일반 유권자가 직접 결정하는 것이 반드시 바람직하다고 볼 수만도 없을 것이다. 왜냐하면 비례대표 후보자의 정치적 역량이나 전문성 등에 대하여는 정치전문가들로 구성된, 그리고 다양한 자료와 정보를 가진 정당이 일반 선거인보다 더욱 잘 판단할 수 있을 것이고, 아울러 정치적 역량과 전문성이 풍부한 후보자나 정당이 꼭 필요로 하는 후보자보다는 이와 관계없이 단순히 지명도가 높거나 인기가 있는 후보자가 당선될 가능성도 있기 때문이다.

3. 평등선거의 원칙과 관련하여

가. 1인 1표제와 평등선거의 원칙

현행 1인 1표제 비례대표제는 평등선거의 원칙, 특히 투표의 성과 가치의 평등에 위배된다. 헌법재판소도 적시하고 있듯이 현행제도 하에서는 지역구후보자에 대한 투표는 지역구위원의 선출에 기여함과 아울러 그가 속한 정당의 비례대표위원의 선출에도 기여하는 2종의 가치를 지니게 되는데 반하여, 무소속후보자에 대한 투표는 그

822) 고정명부제의 문제점에 대하여 정연주, 전계논문, 184쪽 참조.

무소속후보자의 선출에만 기여할 뿐 비례대표의원의 선출에는 전혀 기여하지 못하므로 투표가치의 불평등이 발생하는바, 자신이 지지하는 정당이 자신의 지역구에 후보자를 추천하지 않아 어쩔 수 없이 무소속후보자에게 투표하는 유권자들로서는 자신의 의사에 반하여 투표가치의 불평등을 강요당하게 되고, 결국 이는 합리적 이유 없이 무소속 후보자에게 투표하는 유권자를 차별하는 것이라 할 것이므로 평등선거의 원칙에 위배된다. 즉 무소속후보자에 대한 투표는 비례대표후보자의 선출과 국회의석배분에 영향력을 전혀 행사하지 못하기 때문에 무소속후보자에게 투표한 자와 정당소속후보자에게 투표한 자 사이에 합리적 차별사유가 없이 차별의 결과를 초래하므로 현행 1인 1표제는 평등의 원칙에 대한 위반이자, 투표의 성과가치의 평등에 반하는 것이다.

나. 저지조항의 문제

한편 이른바 저지조항의 평등선거의 원칙위반 여부가 문제될 수 있다. 저지조항이란 득표와 관련하여 일정한 기준에 도달한 정당에게만 비례대표의석을 배분하도록 제한하는 조항인데, 현행 선거법 제189조 제1항은 지역구국회의원선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100분의 5 이상을 득표한 정당에 한하여 지역구선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표의석을 배분하고, 지역구선거에서 유효투표총수의 100분의 3 이상 100분의 5 미만을 득표한 정당에 대하여는 비례대표의석 1석을 배분하도록 하고 있다. 이러한 저지조항과 관련하여 일정한 지지선을 넘지 못한 정당의 경우 비례대표의석배분에 참여하지 못하므로 그 해당 정당에 대한 투

표의 성과가치를 차별하게 되는 결과 평등선거의 원칙위반이 문제될 수 있는 것이다. 이와 관련하여 헌법재판소는 “... 현행 저지조항은 지역구의원선거의 유효투표총수를 기준으로 한다는 점에서 현행 의석배분방식이 지닌 문제점을 공유하고 있다. 일정한 저지선을 두고 이를 하회하는 정당에게 의회참여의 기회를 제한하겠다는 제도는 본질적으로 정당에 대한 국민의 지지도를 정확하게 반영할 것을 전제로 한다. 그런데 현행 1인 1표제 하에서의 비례대표제 의석배분 방식은 위에서 본 바와 같이 국민의 정당에 대한 지지도를 정확하게 반영하지 못하며 오히려 적극적으로 이를 왜곡하고 있다. 지역구 후보자에 대한 지지는 정당에 대한 지지로 의제할 수 없는데도 이를 의제 하는 것이기 때문이다. ... 이와 같이 국민의 정당지지의 정도를 계산함에 있어 불합리한 잣대를 사용하는 한 현행의 저지조항은 그 저지선을 어느 선에서 설정하건 간에 평등원칙에 위반될 수밖에 없다.”라고 판시하고 있다.

현행 1인 1표제 하에서는 각 정당이 획득한 득표는 앞서 언급한 바와 같이 해당 정당에 대한 투표의 결과가 아니라 단순히 지역구 선거의 결과 우연히 그 정당이 획득한 득표이므로 이를 선거인의 그 정당에 대한 정확한 지지라고는 볼 수 없고, 따라서 저지선을 넘은 정당과 그렇지 못한 정당 사이에 실질적인 지지도와 관련한 합리적 차별사유가 존재한다고 보기가 어렵거나 불명확한데 결과적으로 그 저지선을 넘지 못한 정당이 부당하게 차별 받게 되므로 이는 평등선거의 원칙에 위반된다고 볼 수 있고, 이 점에서 헌법재판소의 판단은 타당하다.

4. 소결

결국 헌법재판소도 적절히 지적한 바와 같이 현행 1인 1표제 및 비례대표국회의원 의석배분방식은 위에서 언급한 이유로 민주주의 원리, 직접선거의 원칙, 평등선거의 원칙에 위반되고, 따라서 선거법 제146조 제2항 중 ‘1인 1표로 한다’ 부분과 동법 제189조는 위헌이라고 보아야 할 것이다.

VI. 헌법재판소 결정내용의 문제점

지금까지 살펴보았듯이 헌법재판소의 결정은 대체로 타당하고, 그 의의는 매우 크다고 볼 수 있다. 그런데 주지하는 바와 같이 판례에 있어서는 그 결론 뿐 아니라, 그 결론에 도달하기까지의 과정도 매우 중요하다. 따라서 헌법재판소는 논리 정연하고 명확한 헌법적 근거를 제시하여야 한다. 그래야 결정의 설득력이 확보될 수 있고, 판례 및 헌법이론의 발전에 기여할 수 있으며, 유사한 다른 사안에서도 그 일관된 헌법이론과 논거의 적용을 가능케 한다. 그러나 이 사건 결정에는 그 논증과정에 적지 않은 문제점도 있어 보인다. 이에 대하여 몇 가지만 적시하면 다음과 같다.

1. 현행 헌법상 비례대표제는 선택사항인가?

가. 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 “선거법 제146조 제2항 중 ‘1인 1표로 한다’ 부분은 비례대표제를 실시하지 않고 단순히 지역구 다수대표제 선거방식만을 채택한다면 그 자체 아무런 위헌성이 없으나, 그것과 병행하여 비례대표제를 실시할 경우에는 선거법 제189조 제1항과 결합하여 위에서 본 바와 같은 여러 위헌적 효과를 불러일으킨다. 따라서 선거법 제146조 제2항 중 ‘1인 1표로 한다’ 부분은 국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 범위에서 헌법에 위반된다.”라고 판시함으로써 비례대표제를 실시하는 경우에 한해서 현행 1인 1표제가 위헌이라고 하는 한정위헌결정을 내리고 있다. 이는 만일 비례대표제를 실시하지 아니하는 경우에는 당연히 1인 1표제가 합헌이고, 이는 비례대표제를 실시하지 않아도 무방하다는, 즉 현행 헌법상 비례대표제 자체를 실시하지 않아도 위헌이 아니라는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 입법자는 현행 1인 1표제를 고수하고자 한다면 비례대표제를 폐지하면 되고, 그렇지 아니하는 경우에는 1인 2표제 등 정당투표제를 도입하여야 하며, 따라서 입법자에게는 양자 사이의 선택권이 부여되어 있다는 것을 전제로 하고 있다.

나. 비례대표제의 실시는 의무사항

(1) 그러나 이러한 헌법재판소의 입장은 타당하지 못하다. 왜냐하면 헌법의 규정 또는 해석상, 그리고 연혁상 비례대표제는 반드시

실시해야 하는, 따라서 그 실시여부에 대한 입법자의 재량의 여지가 없는 사항으로 보아야 하기 때문이다.

헌법 제41조 제3항은 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 비례대표제의 실시는 이미 헌법제정자 내지 헌법개정자의 결단이고, 그 실시에 관한 세부적인 사항(예컨대 명부작성방식, 저지조항 등)만 법률에 위임한 것으로 보아야 할 것이다. 사실 연혁적으로 이러한 비례대표제에 관하여는 과거의 헌법에는 명문으로 규정된 적이 없다가 1980년 헌법에서 제8차 개헌을 통해 제77조 제3항에 처음으로 규정되었고, 이 규정이 현행 헌법 제41조 제3항에 같은 내용으로 이어져 오고 있는 것이다. 이는 비례대표제의 실시 자체는 - 그 이전의 헌법 하에서와는 달리 - 이미 헌법에 의하여 명령된 것이고, 다만 그 구체적인 내용에 대해서만 입법자에게 위임한다는 헌법개정자의 의지를 말해주고 있다고 하겠다. 즉 비례대표제의 실시여부 자체는 이미 헌법상 정해진 것이므로 입법자에게는 그 실시 여부에 대한 재량의 여지가 없다. 만일 그렇지 않다면 굳이 헌법에 비례대표제에 대한 언급을 할 필요가 없었을 것이다. 다시 말해 비례대표제의 실시여부 자체가 입법자의 입법재량에 맡겨진 것이라면 헌법 제41조 제3항에서 비례대표제에 대한 언급 없이 단지 “국회의원의 선거구와 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.”는 식으로 규정했었을 것이고, 또한 그것으로 충분했다고 볼 수 있을 것이다.

이는 예컨대 헌법 제61조가 “① 국회는 국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다. ② 국정감사 및 조사에 관한 절차 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.”라고 규정하고 있는데, 이 경우 시행법률이 국정감사에 대하여만 규정

하고 국정조사는 배제시킬 수는 없는 것과 같은 이치이다.

(2) 이러한 논리는 헌법재판소의 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원사건(1990. 10. 15, 89헌마178)⁸²³)에서도 간접적으로 확인될 수 있다. 이 사건은 상위법인 법무사법이 모든 국민에게 부여한 법무사 자격취득의 기회를 하위법인 시행규칙이 박탈했다는 이유로 동시행규칙에 대하여 위헌결정을 내린 사건이다. 즉 법무사법 제4조가 “① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 법무사의 자격이 있다. 1. 생략 2. 법무사시험에 합격한 자 ② … 동항 제2호의 규정에 의한 법무사시험의 실시에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.”라고 규정함으로써 - 명문으로 또는 적어도 입법취지 내지 해석상 - 반드시 법무사시험을 실시하는 것을 전제로 이에 합격한 자에게 법무사의 자격을 부여하도록 하고 있고, 다만 그 시험실시에 관한 세부사항만을 대법원규칙에 위임하고 있는데, 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 “법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시험을 실시할 수 있다…”라고 규정함으로써 법원행정처장이 법무사를 보충할 필요가 없다고 인정되는 경우에는 법무사시험을 실시하지 아니할 수 있고, 이에 따라 법무사시험을 통한 법무사 자격취득의 기회를 봉쇄하는 결과를 낳은 것이다. 즉 상위법에서는 반드시 법무사시험을 실시할 것을 전제로 하고 있고, 다만 그 시험실시에 관한 구체적 사항만을 시행규칙에 위임하고 있음에도 불구하고 시행규칙은 그 시험실시여부 자체를 법원행정처장의 재량에 의하여 결정할 수 있도록 함으로써 상위법에 위반하고 있는 것이다.

헌법재판소도 이에 대하여 “그러므로 법무사법 제4조 제1항 제2

823) 이 결정에 대한 평석은 정연주, 헌법판례연구II, 박영사, 2002, 58쪽 이하 참조.

호에서 법무사시험에 합격한 자에게 법무사의 자격을 인정하는 것은 법무사시험이 합리적인 방법으로 반드시 실시되어야 함을 전제로 하는 것이고, 따라서 법무사법 제4조 제2항이 대법원규칙으로 정하도록 위임한 이른바 ‘법무사시험의 실시에 관하여 필요한 사항’이란 시험과목·합격기준·시험실시방법·시험실시시기·실시횟수 등 시험실시에 관한 구체적인 방법과 절차를 말하는 것이지 시험의 실시여부까지도 대법원규칙으로 정하라는 말은 아니다. 그럼에도 불구하고 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 ‘법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시험을 실시할 수 있다’라고 규정하였는 바, 이는 법원행정처장이 법무사를 보충할 필요가 없다고 인정하면 법무사시험을 실시하지 아니해도 된다는 것으로서 상위법인 법무사법 제4조 제1항에 의하여 청구인을 비롯한 모든 국민에게 부여된 법무사자격 취득의 기회를 하위법인 시행규칙으로 박탈하고 … 결국 대법원이 규칙제정권을 행사함에 있어 위임입법권의 한계를 일탈하여 청구인이나 기타 법무사자격을 취득하고자 하는 모든 국민의 헌법 제11조 제1항의 평등권과 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해한 것이다.”라고 판시함으로써 이 점을 분명히 하고 있다.

(3) 따라서 결론적으로 비례대표제 실시여부에 관한 헌법재판소의 입장은 잘못된 것이다. 이에 따라 헌법재판소결정의 주문도 달라져야 할 것이다. 즉 “같은 법 제146조 제2항 중 ‘1인 1표로 한다’ 부분은 국회의원선거에 있어 지역구국회의원선거와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하면서도 별도의 정당투표를 허용하지 않는 범위에서 헌법에 위반된다.”는 한정위헌결정이 아니라 “같은 법 제146조 제2항 중 ‘1인 1표로 한다’ 부분은 헌법에 위반된다”는 단순 위헌결정이나 헌법불합치결정을 내렸어야 했다. 왜냐하면 비례대표

선거실시는 의무적 사항이고, 또한 누차 언급한 바와 같이 비례대표 선거를 실시할 경우 현실적으로 지역구후보자에 대한 투표 외에 적어도 정당투표는 반드시 실시되어야 하므로 이를 배제한 1인 1표제는 바로 아무 조건 없이 위헌이 된다고 해야 했기 때문이다.⁸²⁴⁾

그런데 앞서 소개한 헌법재판소 결정에 따른 경우 비례대표제를 실시하려면 2004년 총선 전에 현행 1인 1표제 대신 정당투표를 허용하는 1인 2표제 등을 도입하고 비례대표 의석배분도 다른 방식으로 규정해야 한다. 그러나 만일 정치권의 이해충돌로 법개정이 좌절된다면 결국 비례대표선거 없이 지역구선거만 실시될 수밖에 없는데 이는 헌법정책적으로 바람직하지 아닐까 뿐만 아니라, 더 나아가 위헌이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

2. 비례대표후보자 결정절차와 관련하여

가. 헌법재판소는 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제의 위헌여부의 판단기준으로 제시한 민주주의원리와 관련하여 정당의 공식선거후보자의 결정과정에 대하여 언급하고 있다. 즉 “헌법 제8조 제2항은, 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다고 규정함으로써 민주주의원리를 정당제도에서도 관철하려 하고 있다. 정당은 선거에 있어 후보자를 추천·지지하는 것이 주요 목적이자 활동의 하나인바, 그렇다면 비례대표국회의원선거에 있어서는 비례

824) 이와 관련하여 현재결정 이후 일각에서는 차제에 문제 많은 비례대표제를 없애야 한다는 주장까지 나온바 있지만, 대체로 비례대표제를 소수자 배려와 직능대표성 확보 등의 이유로 비례대표제를 존속시켜야 한다는 의견이 대다수인 것 같은데(동아일보 2001. 7. 20. A3쪽 참조), 이는 모두 헌법상의 비례대표제에 관한 조항을 비례대표제를 실시할 수도 있고, 그렇지 아닐 수도 있다는 입법자의 재량의 문제로 이해하기 때문이며, 이것이 잘못된 견해라는 것은 앞서 언급한 바와 같다.

대표후보자의 선정과 그 순위의 확정이 민주적 절차에 따라 이루어져야 한다. 헌법이 요구하는 정당민주주의의 요청을 충족시키려면, 비례대표후보자의 선정과 순위확정이 당원총회나 대의원대회 등을 통하여 민주적 절차를 거쳐 이루어져야 한다. 그런데 현행 선거법은 그러한 제도적·절차적 규율을 충분히 하고 있지 않다. 선거법 제47조 제2항은 정당이 선거에 있어 후보자를 추천함에 있어서는 정당법 제31조에 따라 민주적인 절차에 의하여야 한다고 천명하고 있으나, 정당법 제31조는 ‘정당의 공직선거후보자는 후보자를 추천할 공직선거의 선거구를 관할하는 해당 당부 대의기관의 의사가 반영되도록 하여야 하며, 그 구체적 절차는 당헌으로 정한다’고 규정하고 있을 뿐이다. 이와 같이 ‘대의기관의 의사를 반영’할 구체적 절차를 당헌에 일임해서는 민주적 절차에 의한 비례대표후보자의 결정이라는 헌법적 요청이 충족되리라고 기대하기 어려운 점이 있다. 비례대표후보자가 민주적 절차에 따라 결정되지 않고 당 지도부의 영향력에 따라 일방적으로 결정된다면 그러한 비례대표국회의원의 민주적 정당성은 대단히 취약할 수밖에 없다.”라고 한 판시가 그것이다.

이러한 헌법재판소의 견해는 그 내용만을 놓고 볼 때에는 타당하지만 이를 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제의 위헌여부의 판단기준과 관련해서 볼 때에는 문제가 있다. 즉 “정당의 공직선거후보자의 결정과정이 민주적이어야 하며, 그렇지 않으면 민주주의원리 나아가 국민주권의 원리에 부합한다고 볼 수 없다.”라고 한 헌법재판소의 언급에 비추어 볼 때 정당법 제31조의 규정에서처럼 비례대표후보자가 민주적 절차에 따라 결정되지 않기 때문에 현행 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제가 민주주의원리에 위배되어 위헌이라는 견해인 것으로 보이는데 이는 적절한 판시라고 보기 어렵다. 왜냐하면 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표

제의 위헌여부가 그 후보자추천과정의 민주화여부와 직결되는 것은 아니기 때문이다. 즉 현행제도는 설사 당내 후보자추천과정이 민주적이라 할지라도 위헌이며, 반대로 당내 후보자추천과정이 비민주적일지라도 정당투표제를 도입한다면 비례대표국회의원 의석배분방식은 그 자체로서 별도로 합헌이 되는 것이기 때문이다. 따라서 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제의 위헌여부와 관련한 헌법재판소의 공직선거후보자의 결정과정의 민주성에 대한 언급은 - 그 내용 자체의 타당성은 별론으로 한다면 - 적절치 못했다고 여겨진다.

나. 그러나 - 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제의 위헌여부의 판단기준과 관계없이 - 정당민주주의 및 당내민주화는 그 자체 선거제도의 개선책을 모색한다는 점에서는 나름대로의 상당한 의미가 있음은 물론이다. 앞서 언급한 바와 같이 현대 민주주의는 복수정당제를 바탕으로 한 정당민주주의와 다원적 민주주의를 특색으로 하고 있다. 따라서 오늘날 정당을 매개하지 않는 정치 또는 민주주의의 실현 및 선거는 상상하기 어렵다. 이러한 정당민주주의는 정당 자체의 민주화를 전제로 하고 있다. 이에 따라 헌법 제8조 제2항도 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다고 규정하고 있다. 이러한 정당내부의 민주화의 조건 중의 하나가 바로 선거에 있어서 후보자선출과정의 민주화라고 할 수 있다.⁸²⁵⁾ 이에 대한 헌법재판소의 위에서 소개된 견해는 지극히 타당하다고 하겠다.

후보자를 추천하고 결정하는 방법과 절차는 통치기관의 조직과 작용에 관한 기본적인 사항이고, 선거권과 피선거권 등의 기본권에

825) 정당내에서의 민주적인 후보자선출과정과 관련하여 정연주, 국회의원선거제도의 개혁방안, 공법연구 제27집 제3호, 1999. 6, 185쪽 참조.

관한 본질적 사항이므로 법치주의원리상 당연히 선거법이나 정당법 등의 법률에 - 적어도 그 기본적인 사항을 - 정해야 하며, 이를 당헌에 위임해서는 안될 것이다. 따라서 정당법 제31조는 법치주의원리상 민주적인 후보자추천절차의 기본적인 내용을 정할 것을 전제로 위임한 것으로 해석되어야 하는 선거법 제47조 제2항과 상호 조화되기 어려워 이른바 체계정당성⁸²⁶⁾에 반하며, 법률유보의 원칙을 한 내용으로 하고 있는 법치주의원리에 대한 위반의 소지마저 있다고 하겠다.

3. 저지조항과 관련하여

가. 문제의 제기

헌법재판소는 “현행 1인 1표제 하에서의 비례대표제 의석배분방식은 ... 국민의 정당에 대한 지지도를 정확하게 반영하지 못하며 오히려 적극적으로 이를 왜곡하고 있다.”는 이유로 현행 1인 1표제 하에서의 저지조항이 평등선거의 원칙위반이라고 하였다. 앞서도 언급했듯이 이는 타당한 결론이다. 그런데 헌법재판소는 “저지조항의 인정여부, 그 정당성여부는 각 나라의 전체 헌정상황에 비추어 의석배분에서의 정당간 차별이 불가피한가에 따라 판단되어야 하는바, 현행 저지조항에서 설정하고 있는 기준이 지나치게 과도한 것인 지

826) 체계정당성의 원리에 대하여 자세한 것은 Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; Kischel, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124(1999), S. 174ff.; Zippelius, Der Gleichheitssatz, VVDStRL 47(1989), S. 29ff.; Rupp, Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle, in: Starck(hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, 1976, S. 380ff.; Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, S. 941ff. 참조.

의 판단은 별론으로 하더라도, 현행 저지조항은 지역구의원선거의 유효투표총수를 기준으로 한다는 점에서 현행 의석배분방식이 지닌 문제점을 공유하고 있다.”라고 판시함으로써 저지조항 자체에 대한 위헌여부 및 그 기준의 적정성에 대하여는 판단하지 않았다. 이는 헌법소원제도의 본질과 기능 및 특성, 특히 직권심리주의⁸²⁷⁾ 등에 비추어 볼 때 적절치 못하다. 왜냐하면 이 문제는 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제의 위헌여부 등 비례대표선거제도와 관련한 중요한 헌법적 해명에 해당하는 사안이기 때문이다. 또한 저지조항 자체가 위헌이거나 그 기준이 적정하지 못할 경우에는 현행 선거법상의 저지조항 및 비례대표국회의원 의석배분방식이 위헌이 되기 때문에 이 저지조항은 1인 1표제와의 관련성, 즉 지지도의 왜곡에 따른 평등원칙에 대한 위반여부에 관계없이 바로 위헌이 된다. 따라서 헌법재판소는 이 문제에 대하여 당사자의 주장⁸²⁸⁾과 관계없이 직권으로 판단할 수 있고, 또 했어야 했다. 이에 대해서 간단히 살펴보면 다음과 같다.

나. 저지조항의 의의와 기능

주지하는 바와 같이 비례대표제는 소수자보호와 평등선거의 원칙의 관철을 그 특징으로 하기 때문에 다수대표제와 비례대표제의 아무런 제한 없는 단순한 혼합형은 의회내의 군소 정당의 난립과 국

827) 헌법소원제도와 직권심리주의에 대하여는 후술함.

828) 실제로 2000헌마112 사건에서 청구인은 “위 선거법 조항은 지역구국회의원선거에서 5석 이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100분의 5 이상을 득표한 각 정당에 대하여만 비례대표국회의원의석을 배분하고, 다만 유효투표총수의 득표비율이 100분의 3 이상 100분의 5 미만인 각 정당에 대하여는 1석씩을 배분하는 소위 ‘봉쇄규정’을 두고 있는데, 이는 지나치게 과도한 것이어서 평등선거의 원칙에 위반된다.”라고 주장함으로써 현행법상의 저지선이 너무 높다고 보고 있다.

민의사의 분열을 초래하여, 의회내의 안정된 다수세력의 형성을 저해해 결국 안정된 정국주도를 위한 원활한 의회기능의 확보를 어렵게 할 수 있다. 이는 비례대표선거제를 택했던 과거 독일의 바이마르공화국 시절에 의회내의 지나친 군소 정당의 난립과 극도의 분열로 인해 의회내의 안정된 다수세력의 확보가 어려웠고, 결국 원활한 의회기능과 전국주도의 능력이 있는 내각의 구성과 유지가 불가능했던 역사적 경험 속에서 잘 드러나고 있다.

독일의 현행 연방의회선거법은 이러한 쓰라린 과거에 대한 반성으로, 선거에서 일정 수 이상의 득표율을 올렸거나 당선자를 낸 정당에게만 의석배분에 참여케 함으로써 의회내의 군소 정당의 난립을 막고 다수세력의 형성을 촉진시키려고 고안된 제도인 이른바 저지조항(Sperrklausel)을 규정하고 있다. 이에 따르면 각 후보자명부에 대한 제2투표의 경우, 선거결과에 따른 각 정당에 대한 비례대표 의석의 배분에 있어서는 제2투표의 결과 전국을 단위로 전체 유효 득표수의 5% 이상을 획득했거나 또는 제1투표의 결과 지역에서 적어도 3명 이상의 당선자를 낸 정당만이 참여할 수 있다.⁸²⁹⁾ 결국 이 저지조항은 의회내의 군소 정당의 난립과 분열을 방지하고 안정된 다수세력의 형성을 통해 정국주도능력이 있는 의회와 정부내각의 구성과 기능을 확립시켜 준다는 목적을 위하여 평등선거의 원칙, 특히 투표의 성과가치평등의 원칙에 대한 제한을 가하는 것이다. 이 조항은 바로 이러한 제도상의 목적 때문에 헌법상 정당화되어질 수 있으며, 연방헌법재판소도 이 저지조항이 초래하는 평등선거의 원칙에 대한 제한을 위에서 언급한 같은 이유에서 정당화되어질 수 있다고 보고 이 조항을 일관되게 합헌으로 결정하고 있다.⁸³⁰⁾ 그 동안

829) §6 Abs. 6 S. 1 BWG.

830) BVerfGE 1, 206(247f.); 4, 31(40); 6, 84(92ff.); 51, 222(236).

의 연방의회선거결과를 살펴보면 이 저지조항은 독일에서의 정당제도와 의회제도의 안정화와 이를 통한 의원내각제의 토착화에 상당한 기여를 했다고 일응 평가할 수 있을 것이다.⁸³¹⁾⁸³²⁾

결국 우리의 현행 선거법상의 저지조항 자체의 의의와 기능은 정당투표제가 실시된다는 전제 하에서는 헌법상 정당화될 수 있고, 따라서 일정한 저지선을 넘는 정당과 그렇지 못한 정당 사이에 유권자의 지지도와 관련한 합리적 차별사유가 존재한다고 볼 수 있어 평등선거의 원칙에 위반된다고 볼 수는 없을 것이다.

다. 저지선의 문제

한편 저지조항 자체는 정당화된다고 하더라도 현행법상의 저지선인 5석 이상의 지역구국회의원의의석 또는 유효투표총수의 100분의 5 이상의 기준이 너무 과도하지 않는가 하는 그 기준의 적정성이 문제될 수 있다.

앞서도 언급했듯이 독일의 경우에는 저지조항 5% 등의 기준이 정당화되고 있는데, 우리의 정치현실과 정당실태 및 그동안의 선거결과에 비추어 볼 때 이는 너무 과도한 것이 아닌가 여겨진다. 이는 앞에서 소개된 그동안의 우리의 선거현황을 보더라도 알 수 있듯이 특히 소수정당이나 신생정당이 이 저지선을 극복하기란 매우 어렵다. 예컨대 우리의 경우 지역대립이 정치와 선거에서 매우 커다란 영향력을 행사해 왔다고 평가할 수 있는데, 만일 이 저지조항으로 인해 소수의 대정당 들만 - 그것도 배타적인 지역적 기반 위에서 -

831) Dazu auch Badura, Staatsrecht, S. 294.

832) 이러한 독일의 저지조항과 관련하여 자세한 것은 정연주, 독일의 선거제도와 우리 선거제도의 문제점, 인권과 정의, 1991. 5, 25쪽 이하 참조.

의식배분에 참여하게 된다면 이는 비례대표제의 도입취지를 형해화시키는 것으로 오히려 지역대립을 증폭시키고 사회통합을 저해하는 결과를 초래할 것이다. 물론 독일의 녹색당의 경우 최초로 선거에 참가한 1980년의 연방의회선거에서는 1.5%의 득표율에 그쳤지만, 곧바로 1983년의 선거에서는 5.6%의 득표율을 얻어 의회에 진출할 수 있었다. 그러나 이러한 현상이 우리에게 적용되기는 쉽지 않다고 본다. 적어도 현재로서는 현행 저지선의 기준이 너무 높아 이 제도의 목적을 달성하기 위한 수단으로서 과도하여 비례의 원칙 위반의 문제를 야기할 수도 있다는 생각마저 든다. 독일의 경우에도 1990년의 통일독일의 연방의회선거에서 동독지역의 정당들이 서독지역의 정당들과 경쟁하여 전국을 단위로 5% 저지조항을 극복하는 것은 불가능하다고 보고, 이 조항에 대한 연방헌법재판소의 한정위헌결정에 따라 한시적이거나 저지조항을 동독과 서독을 분리하여 각각 적용시킨 바 있다.⁸³³⁾ 이는 상황에 따라서는 5% 저지조항 자체와 그 5% 저지선의 기준이 상당한 문제점을 야기할 수 있다는 것을 보여주는 것이라고 하겠다. 따라서 이 저지선의 기준을 낮출 필요가 있는데, 어느 정도까지 낮출 것이냐는 여러 가지 사항 - 예컨대 정당의 실패, 그동안의 소수정당들의 득표율 등 - 을 고려해서 정해야 할 것이다.⁸³⁴⁾

4. 부수적 위헌선언의 문제

가. 헌법재판소는 선거법 제189조에 대한 위헌선언과 관련하여

833) 이에 대하여 자세한 것은 정연주, 전제논문, 25쪽 이하 참조.

834) 참고로 일본은 지역구 5석 이상 또는 2% 이상의 득표율, 스페인의 경우는 3%, 이스라엘의 경우는 1%, 스리랑카의 경우는 12.5%의 봉쇄조항을 두고 있다.

“비례대표국회의원선거의 근간이 되는 선거법 제189조 제1항이 위헌이라면 그에 부수되는 동조 제2항 내지 제7항은 독자적인 규범적 존재로서의 의미를 잃게 되는바, 그렇다면 이 조항들이 비록 심판대상이 아니지만 함께 위헌선언을 함으로써 법적 명확성을 기하는 것이 상당하므로 그에 대하여도 아울러 위헌선언을 한다.”라고 판시함으로써 청구인들이 실제로 그 위헌성을 다투는 제189조 중 제1항 외에 나머지 조항들에 대하여도 위헌선언을 하였다. 여기서 헌법재판소법(이하 ‘헌재법’이라 함) 제68조 제1항에 따른 권리구제형 헌법소원심판의 경우에 청구인들이 위헌이라고 주장한 조항 이외에 대하여도 위헌선언을 할 수 있는지, 그리고 그 근거는 무엇인지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 “헌법심판의 대상이 된 법률조항 중 일정한 법률조항이 위헌 선언되는 경우 같은 법률의 그렇지 아니한 다른 법률조항들은 효력을 그대로 유지하는 것이 원칙이나, 합헌으로 남아 있는 어떤 법률조항이 위헌 선언되는 법률조항과 밀접한 관계에 있어 그 조항만으로는 법적으로 독립된 의미를 가지지 못하는 경우에는 예외적으로 그 법률조항에 대하여 위헌선언을 할 수 있다(헌재 1989. 11. 20. 89헌가102; 헌재 1991. 11. 25. 91헌가6; 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1). 선거법 제189조 제1항은 요컨대, 저지조항의 기준을 넘는 의석할당정당이 지역구국회의원선거에서 얻은 ‘득표비율’에 따라 비례대표국회의원의석을 배분한다는 것으로서, 비례대표국회의원선거제도의 근간을 이루는 핵심적 요소이다. 동조 제2항은 그 ‘득표비율’을 어떻게 산출할 것인지에 관하여, 동조 제3항, 제4항은 그렇게 산출된 ‘득표비율’을 기초로 하여 의석을 각 정당에 어떻게 배분할 것인지에 관하여 상세한 방법을 보충한 규정에 불과하며, 동조 제5항, 제6항은 그와 같이 결정된 의석배분을 전제로 당선을 결정하거나 공식 처리한다는 규정이고, 동조 제

7항은 일정한 사유가 있어 국회의원지역구의 선거가 모두 종결되지 아니한 경우에도 역시 위 제1항 내지 제6항의 규정에 따라 비례대표국회의원의 의석을 배분하고 당선인을 결정할 수 있도록 하기 위한 조항이다. 따라서 비례대표국회의원선거의 근간이 되는 공선법 제189조 제1항이 위헌이라면 그에 부수되는 동조 제2항 내지 제7항은 독자적인 규범적 존재로서의 의미를 잃게 된다. 그렇다면 이 조항들이 비록 심판대상이 아니지만 함께 위헌선언을 함으로써 법적 명확성을 기하는 것이 상당하므로 그에 대하여도 아울러 위헌선언을 하는 것이다.”라고 판시함으로써 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원사건인 이 사건에서 부수적 위헌선언을 하면서 그 논거로서 단순히 위헌법률심판사건 또는 헌재법 제68조 제2항에 의한 헌법소원사건에서의 판례를 들고 있다.⁸³⁵⁾ 물론 결과적으로 헌법재판소는 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원사건에서도 부수적 위헌선언을 할 수 있고, 이 사건이 바로 그러한 경우라는 점에는 동의한다. 그러나 위헌법률심판과 헌법소원, 즉 헌재법 제68조 제1항에 의한 본래의 권리구제형 헌법소원심판은 일응 구별된다는 점에서 위헌법률심판에서의 논거를 헌법소원심판에 바로 적용하는 것에는 의문이

835) 헌법재판소가 위헌법률심판사건에서 부수적 위헌선언을 할 수 있는 근거는 “헌법재판소는 제정된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.”라고 규정한 헌법재판소법 제45조의 단서조항이라고 할 수 있다. 물론 단서조항에는 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때 당해 ‘법률 전부’에 대하여 위헌결정을 할 수 있다고 규정되어 있지만, 당해 법률 전부에 대하여도 위헌결정을 할 수 있는 마당에 위헌 선언되는 법률조항과 밀접한 관계에 있어 그 조항만으로는 법적으로 독립된 의미를 가지지 못하는 ‘일부 법률조항’에 대하여 위헌선언을 할 수 있는 것은 당연하다고 하겠다. 헌법재판소도 1991. 11. 25, 91헌가6 사건에서 “... 이라는 부분은 같은 법 ... 이라는 부분이 헌법에 위반된다고 인정되는 마당에 독립하여 존속될 수 없으므로 ‘헌법재판소법 제45조 단서에 의하여’ 아울러 심판의 대상에 포함시켜 위헌결정을 하는 것이다.”라고 판시함으로써 이 점을 분명히 하고 있다.

제기될 수 있다.

나. 생각건대 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원사건에서도 부수적 위헌선언을 할 수 있는 논거로서 다음의 두 가지를 들 수 있을 것이다.

첫째, 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원 중 법률에 대한 헌법소원이 가지는 헌재법 제41조의 위헌법률심판 또는 헌재법 제68조 제2항에 의한 헌법소원과의 유사성이다. 주지하는 바와 같이 헌재법 제45조는 “헌법재판소는 제청된 법률 또는 법률조항의 위헌여부만을 결정한다. 다만, 법률조항의 위헌결정으로 인하여 당해 법률 전부를 시행할 수 없다고 인정될 때에는 그 전부에 대하여 위헌의 결정을 할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 헌재법 제75조 제6항은 “... 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 ... 의 규정을 준용한다.”라고 규정함으로써 위헌법률심판에서 뿐 아니라 헌재법 제68조 제2항의 위헌법률심사형 헌법소원의 경우에도 부수적 위헌선언을 할 수 있도록 하고 있다. 이는 헌재법 제68조 제2항에 의한 헌법소원이 헌재법 제41조 제1항에 의한 위헌법률심판 제청을 신청했다가 기각된 경우에 이루어지는 것이므로 실질적으로는 위헌법률심사에 해당하고 따라서 위헌법률심판에 관한 규정인 헌재법 제45조가 준용되는 것이라고 할 수 있다. 그런 점에서 헌재법 제68조 제1항에 따른 헌법소원은 본래의 권리구제형 헌법소원으로서 일응 헌재법 제68조 제2항에 의한 위헌법률심사형 헌법소원과 구별되고, 따라서 헌재법 제45조가 준용될 수 없고, 결국 부수적 위헌선언을 할 수 없는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 이러한 권리구제형 헌법소원의 경우에도 이 사건에서처럼 법률에 대한 헌법소원의 경우에는 그 실질이 위헌법률심사형 헌법소원과 비교해 볼 때 - 그 목적이나 헌법소원의 제기요건 등 다양한 차이점이 있지만 - 법률

의 위헌여부를 심사하고 결과적으로 규범통제의 성질을 가진다는 점⁸³⁶⁾에서는 동일 내지 유사하므로 해석 및 그 실질상 헌재법 제75조 제6항의 규정이 준용될 수 있다고 여겨진다. 따라서 이 사건의 경우에도 부수적 위헌선언을 할 수 있다고 본다.⁸³⁷⁾

둘째, 헌법소원제도가 가지는 객관적 소송으로서의 성격과 직권심리주의가 근거가 될 수 있을 것이다.⁸³⁸⁾ 즉 헌법소원제도가 가지는 공익추구의 성격 등의 특성과 직권심리주의에 비추어 헌법재판소는 헌법소원사건에서도 직접 문제가 된 법률조항 이외에 다른 조항에 대하여도 정당한 이유가 존재할 때에는 직권으로 위헌선언을 할 수 있다고 본다. 주지하는 바와 같이 오늘날 헌법소원제도는 개인의 주관적 권리구제의 기능 뿐 아니라, 중요한 헌법적 해명, 헌법질서유지, 권력통제 등 객관적·공적 이익추구의 기능도 가지고 있으며, 따라서 오늘날 헌법소원제도는 주관적 소송의 성격 뿐 아니라 사실상 객관적 소송⁸³⁹⁾의 성격도 아울러 가지게 되었다고 볼 수 있다.

836) 헌재법 제75조 제5항이 “제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.”라고 규정하고 있는 것도 권리구제형 헌법소원의 경우에도 규범통제의 기능을 부수적으로 가진다는 점을 시사하는 것이라고 하겠다.

837) 추측컨대 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 목적이 본래 국민의 기본권 구제에 있고 위헌법률심판이나 위헌법률심사형 헌법소원에서처럼 규범통제가 아니기 때문에 그리고 법제정 당시 법률에 대한 헌법소원에 관한 입법자의 인식부족 등으로 인해 헌재법 제75조 제6항에서 동법 제68조 제2항에 의한 헌법소원의 경우에만 동법 제45조를 준용하도록 규정한 것으로 보인다. 차제에 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 경우에도 법률에 대한 헌법소원의 경우에는 동법 제45조가 준용되도록 규정하는 것이 필요하다고 하겠다.

838) 헌법소원제도의 객관적 소송화 현상과 직권심리주의에 대하여 자세한 것은 정연주, 헌법소원심판청구취하의 효과, 공법연구 제28집 제4호 제2권, 2000. 6, 201쪽 이하 참조.

839) 여기서 말하는 헌법소원의 객관적 소송화가 물론 헌법소원이 곧 바로 권한쟁의심판 또는 행정소송법 제45조에서 규정하고 있는 민중소송 및 기관소송과 같은 순수한 객관적 소송이나 독일 바이에른주 헌법 제98조 제4문이 규정하고 있는 소위 Popularklge를 의미한다는 것은 아니다(Vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig,

이러한 헌법소원의 기능 및 목적의 확대와 더불어 헌법소원을 비롯한 헌법재판에는 직권심리주의가 매우 강하게 투영되게 되었다. 이는 헌법소원제도의 기능이 단순히 개인의 기본권구제에 그치는 것이 아니라, 헌법수호와 권력통제 및 정치적 평화보장 등의 다양한 공익추구의 기능을 가지기 때문이다. 따라서 헌법재판소는 공익상 직권으로 당사자가 주장하지 아니한 사안에 대하여도 판단할 수 있고, 또한 판단해야 할 의무를 지는 것이다.⁸⁴⁰⁾ 그리고 이는 당사자가 위헌이라고 주장하지 아니한 법률조항에 대하여도 적용되어야 할 것이다.⁸⁴¹⁾ 따라서 헌재법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 경우에도 합헌으로 남아 있는 어떤 법률조항이 위헌 선언되는 법률조항과 밀접한 관계에 있어 그 조항만으로는 법적으로 독립된 의미를 가지지 못하는 경우에는 그 법률조항에 대하여도 직권으로 위헌 선언을 할 수 있는 것이다.

Grundgesetz Kommentar, Art. 93, Rdnr. 67; Gusy, aaO, Rdnr. 62; Pestalozza, aaO, S.441ff.). 왜냐하면 민중소송 등의 순수한 객관적 소송은 특정 개인의 기본권침해와 그 구제를 전제로 하지 아니하고 행정통제나 행정의 적법성확보 등 오로지 객관적 공익추구만을 목적으로 하지만, 헌법소원의 경우에는 기본적으로는 공권력작용에 의한 청구인 개인의 기본권침해와 그 구제를 전제로 하면서 동시에 객관적 공익추구도 목적으로 한다는 점에서 양자는 구별된다고 하겠다. 객관적 소송과 주관적 소송의 구별과 관련하여 정연주, 민중소송과 선거소송, 고시연 구 1998. 2, 116쪽 이하 참조.

840) 실제로 헌법재판소가 직권심리주의에 따른 판단을 한 사례에 대하여는 정연주, 헌법소원심판청구취하의 효과, 201쪽 이하 참조.

841) 헌재법 제75조 제5항은 “제2항의 경우에 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률 또는 법률의 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해 법률 또는 법률의 조항이 위헌임을 선고할 수 있다.”라고 규정함으로써 당사자가 주장한 문제된 공권력의 행사 이외에 위헌인 법률 또는 법률조항에 대하여도 헌법재판소가 직권으로 위헌임을 선고할 수 있도록 하고 있는데, 이 역시 헌법소원제도가 가지는 공익소송으로서의 성격과 직권심리주의를 나타내는 것이라고 하겠다.

5. 침해된 기본권과 관련하여

가. 헌재법 제75조 제2항은 “제68조 제1항의 규정에 의한 헌법소원을 인용할 때에는 인용결정서의 주문에서 침해된 기본권과 침해의 원인이 된 공권력의 행사 또는 불 행사를 특정하여야 한다.”라고 규정함으로써 주문에서 반드시 침해된 기본권을 적시하여야 하는데, 이 사건 결정주문에서는 침해의 원인이 된 위헌 조항들에 대해서만 특정하고 있지 침해된 기본권을 적시하고 있지 않다. 이는 잘못된 것으로 동법 제75조 제2항 위반이라고 하겠다.

나. 한편 침해된 기본권으로서 헌법재판소는 결정내용에서 선거권과 피선거권 및 평등권 등을 적시하고 있는데, 기본권에 대한 보다 명확한 구체화와 헌법적 근거조항에 대한 언급이 필요하다고 본다. 예컨대 헌법상의 (피)선거권도 직접(피)선거권, 평등(피)선거권, 보통(피)선거권, 비밀(피)선거권, 자유(피)선거권 등으로 구체화될 수 있고, 이는 - 평등권을 규정한 제11조 제1항, 선거권 및 피선거권을 규정한 제24조 및 제25조와 연계하여 - “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다”라고 규정한 헌법 제41조 제1항에서 직접적으로 도출될 수 있다. 아울러 누차 언급했듯이 1인 1표제 하에서는 선거인의 투표를 통한 정치적 의사표현이 왜곡될 수 있어 선거인의 의사표현의 자유도 침해당하는 것이라고 할 수 있다. 그리고 이에 대한 근거조항은 - 헌법 제24조와 연계하여 - 언론·출판의 자유를 규정한 헌법 제21조 제1항이 될 것이다.

VII. 맺는 말

지금까지 현행 1인 1표제 국회의원선거제도의 내용과 문제점, 이에 대한 헌법재판소의 결정내용과 그 의의 및 그에 대한 문제점 등을 살펴보았다. 결론적으로 헌법재판소의 결정과는 달리 현행 헌법상 비례대표국회의원선거는 반드시 실시되어야 하고, 이 경우 현실적으로 별도의 정당투표는 필수적이므로 현행 선거법은 1인 2표제 등을 통한 정당투표제를 실시하도록 규정하여야 하며, 그 실시여부에 대한 입법자의 재량은 없다고 보아야 한다.

앞서도 언급한 바와 같이 선거제도는 한 국가의 통치구조의 기본적인 구성원리의 하나로서 민주주의와 기본권실현의 요체이다. 이러한 관점에서 볼 때 우리 선거제도에는 많은 문제점이 있는데 그 중 하나가 바로 이 글에서 다룬 비례대표국회의원의 선출방식이고, 이에 대하여 헌법재판소가 위헌결정을 내린 것은 늦은 감은 있지만 중요한 통치구조의 구성원리이자 민주주의와 기본권실현의 초석인 선거제도에 대하여 근본적인 검토를 했다는 점에서 그 의의가 크다고 할 것이다. 그러나 다른 한편 위에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소의 결정에는 그 내용과 논증과정에 적지 않은 문제점도 있다. 판례는, 특히 헌법적·정치적으로 광범위한 파급효과를 야기하는 헌법재판소결정은 그 결론 뿐 아니라, 그 결론에 도달하기까지의 과정도 매우 중요하다. 따라서 헌법재판소는 논리 정연하고 명확한 헌법적 근거와 이론을 제시하여야 한다. 그래야 그 결정의 설득력이 확보될

수 있고, 판례 및 헌법이론의 발전에 기여할 수 있으며, 유사한 다른 사안에서도 그 일관된 헌법이론과 논거의 적용을 가능케 한다. 이러한 점에 비추어 볼 때 이번 헌법재판소결정의 문제점은 반드시 해소되어야 할 것이다.

자유권적 기본권의 “제한”에 관한 고찰

- 이른바 사실상의 기본권제약
(faktische Grundrechtsbeeinträchtigung)을 중심으로 -

정 태 호

전남대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

I. 문제의 제기	565
II. 이른바 고전적 기본권제한 개념과 그 기능	569
1. “고전적” 제한의 개념과 그 표지	569
2. 기본권제한과 기본권의 구체적 형성(Ausgestaltung)과의 구분	573
3. 침익적·한계적 사고(Eingriffs-und Schrankendenken)에 대한 비판과 기본권 제한개념의 실용성	575
4. 기본권제한개념의 기능	578
5. 기본권제한과 권리보호와의 관계	579
III. 기본권에 대한 여타의 제약행위의 유형	581
1. 양극관계	582
가. 사실행위를 통한 제약(Realbeeinträchtigung)	582

나. 이익의 부여 또는 불이익 부과를 통한 행태의 자유에 대한 제약	586
2. 삼각관계	589
가. 사인인 제3자를 통한 제약	589
나. 타국에 의한 기본권 제약	593
IV. 기본권제한개념의 확장필요성	594
1. 확장의 필요성	594
2. 과도한 확장의 위험성	597
V. 기본권제한개념과 새로운 기본권기능	598
1. 기본권관의 변화와 그 결과	599
2. 새로운 기본권기능	600
VI. 기본권제한과 보호영역의 관계	602
1. 기본권행사의 가능성	602
2. 보호영역의 윤곽이 불명료한 기본권들의 문제	603
3. 기본권의 남용과 보호영역	606
VII. 확장된 기본권제한개념의 표지	607
1. 논의대상이 되고 있는 주요 표지들	607
가. 준강제성(Zwangähnlichkeit)	608
나. 기본권제약의 심각성(Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung)	608
다. 개별적인 구체적 관련성(individuell konkrete Betroffenheit)	610

라. 의도(목적)성과 직접성	610
2. 의도성과 예측가능성이라는 표지의 의미	612
VIII. 제한의 헌법적 정당성	615
1. 법률유보	616
2. 공익과 비례성	619
IX. 요약	620

I. 문제의 제기

헌법재판소는 최근 기본권 관련 사건에서 기본권 침해여부를 심사할 때 명시적으로 또는 묵시적으로 먼저 문제의 공권력조치와 관련된 기본권을 확정하고(기본권보호영역의 확정), 이어서 그 기본권에 대한 제한, 즉 공권력에 의한 특정 자유에 대한 축소가 존재하는지 여부를 판단한 다음(기본권제한의 존부 확인), 이 기본권을 제한하는 조치의 위헌여부, 헌법적 정당성여부(기본권제한의 정당성)를 심사하는 3단계 심사구조를 취하는 경향을 보이고 있다.⁸⁴²⁾ 이러한 심사절차는 이른바 자유권 제한의 허용성 판단이론(Eingriffsdogmatik, Eingriffsschema)과 유사성을 갖고 있다. 이 이론은 독일의 법학교육과 실무는 물론 유럽재판소에서 자유권의 침해여부를 판단할 때 널리 응용되고 있다.⁸⁴³⁾ 본고에서도 별도의 언급이 없는 한 ‘기본권’은 자유권적 기본권의 의미로 사용된다.

이 심사기법의 대표적인 특징은⁸⁴⁴⁾ 기본권의 보호영역(Schutzbereich)과 실제적 보장영역(effektiver Garantiebereich)을 구분한다는 점이다. 여기서 보호영역이란 기본권이 그 보호기능 일반을 발휘하는 영역, 즉 그 영역에의 침투, 즉 해당 기본권의 제한⁸⁴⁵⁾이

842) 가령 헌재 2002.4.25. 98헌마425, 판례집 11-2, 800, 809 이하(경찰청장의 퇴임후의 정당활동 등의 제한). 헌재 2002.4.25. 98헌마425 등 (준법서약제) - 이 사건에서 헌법재판소는 먼저 청구인들이 침해되었다고 주장하고 있는 양심의 자유가 이 사건과 관련성이 있는지, 즉 준법서약서제출제도가 양심의 자유의 보호영역을 침투해 들어가고 있는지(제한의 존부)에 대한 판단을 하면서 법정의견인 합헌의견은 이를 부정하고, 소수의견인 위헌의견은 이를 긍정하고 있다.

843) 보호영역이라는 독일적인 관념의 유해성을 지적하면서 이를 보호범의 개념을 대체할 것을 주장하는 견해도 있다. 가령 Rauschnig, 토론, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 113-114쪽.

844) 이에 대해서 자세한 것은 G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 25쪽 이하 참조.

정당화되려면 헌법이 제한과 관련하여 요구하는 형식적·실질적 요건이 충족되어야 하는 영역을 말한다. 실제적 보장영역이란 더 이상의 합헌적 제한이 불가능하여 침투 자체가 불가능한 영역을 말한다. 보호영역의 크기가 고정되어 있는 것과는 달리, 실제적 보장영역의 크기는 제한의 정당성여부가 특히 비례성, 따라서 가변적 상황에 달려 있기 때문에 가변성을 띤다. 보호영역과 실제적 보장영역의 구분은 기본권의 형식적 보호작용(법률적 근거가 없는 제한에 대한 방어작용)과 실질적 보호작용(비례의 원칙 등 실질적 요건을 충족하지 못하는 제한에 대한 방어작용)의 구분으로 이어진다. 양 보호작용은 제한개념을 통해서 기본권보호영역에 설정되는 울타리에서부터 발휘되기 시작한다. 즉 두 보호작용은 제한개념을 매개로 연계된다.⁸⁴⁶⁾

845) 여기서 제한이라는 용어는 독일어의 Eingriff에 상당하는 말이다. 원래 Eingriff는 보호영역(Schutzbereich)라는 개념과 쌍을 이루고 있는 것으로 국가에 의하여 감행되는 개인의 기본권에 대한 공격적 작용을 구상화하기 위하여 사용되는 용어이다. 그렇기 때문에 기본권의 보호영역에 '침투하다(eingreifen)'라는 말이 보다 원래의 의미를 잘 전달할 수도 있으나, 침투라는 말이 법적 용어로 사용되고 있지 않기 때문에 본고에서는 실정헌법의 용어로도 사용되고 있는 제한이라는 용어를 사용하기로 한다. 그러나, 문맥에 따라서는 오해를 피하기 위하여 '보호영역에의 침투'(Eingriff in den Schutzbereich) 또는 '침익' 등과 같은 표현을 사용하기도 할 것이다. 그러나, 침해라는 말은 위법한 제한을 의미하는 것으로, 즉 독일어의 Verletzung에 해당하는 것으로 사용한다.

846) 이에 비하여 독일의 지배설에 의하면 기본권보호청구권이나 급부권과 같은 권리의 침해여부를 가리는 심사구조는 단일의 단계로 이루어진다. 즉 국가의 조치(보호조치나 급부)가 테마상 관련 있는 기본권에 의거하여 요구될 수 있는 것인지를 묻게 된다. 다시 말하면 이러한 법적 효과가 기본권규범에 내포된 청구권에 포함되어 있는지 여부만을 묻게 된다. 이에 대해서는 Pieroth/Schlink, Die Grundrechte. Staatsrecht II, 15 판, 1999, 단락번호 11 참조. - 보호청구권이나 급부권을 이른바 원리로 이해하지 않는 한 - 보호청구권이나 급부권은 개인이 국가에 대하여 확정적으로 요구할 수 있는 것만을 포함하고 있을 뿐, 자유권적 기본권처럼 정당화요건을 충족하면서 제한할 수 있는 부분이 없다. 그에 따르면 그러한 기본권들은 보장영역이 구체적 상황의 변화와는 무관하게 처음부터 특정되어 있게 된다.

독일의 지배설에 의하면 평등권의 침해여부에 대한 심사도 자유권이 침해여부에 대한 심사와는 달리 2단계로 이루어진다. 즉, 차별의 존부 확정, 이 차별의 정당성 확정의 2단계로 이루어진다(Pieroth/Schlink, 앞의 책, 단락번호, 10 참조). 그 이유는 평등권은 법률을 통해 합리적인 차별을 위하여 "제한"될 수 있는 추상

그런데, 자유권적 기본권과 관련된 사례해결 이론의 핵심고리인 기본권제한의 개념 문제는 현대 사회에서 국가가 그 목적의 달성을 위하여 다양한 수단들을 사용하면서 심각한 도전에 직면하고 있다. 마침내 1970년 Hans-Ulich Gallwas는 「Faktische Beeinträchtigung im Bereich der Grundrechte」(기본권영역에서의 사실적 제약)이라는 책을 통하여 기본권제한의 형식이 아닌 국가의 조치가 기본권에 대해 미치는 실질적 효과가 결정적인 의미를 갖는다는 논거를 기초로 어떤 규율의 간접적 효과(Folgewirkungen)나 기본권에 대한 사실상의 제약⁸⁴⁷⁾을 기본권제한으로 파악하여야 한다는 주장을 제기하였다. 그 후 국가나 국가의 지원을 받은 사회단체가 사이버종교들의 위험성을 경고하거나 그 위험성을 홍보하는 활동,⁸⁴⁸⁾ 제품의 위험성이나 하자를 경고하거나 홍보하는 조치 또는 제품의 사용을 권고하는 조치의 합법성문제에 대한 판례들⁸⁴⁹⁾이 있

적·도식적 평등을 보장하는 것이 아니라, 애초부터 합리성 없는 차별의 배제를 의미하는 평등대우만을 보장하고 있기 때문이다. 이에 대해서는 졸고, 일반적 평등권의 침해여부에 대한 심사, 고시계 2002, 9월호 17쪽 이하도 참조.

847) 본고에서는 기본권제약(Grundrechtsbeeinträchtigung)은 기본권에 대한 일체의 불리한 국가작용을 의미하는 용어로 사용한다. 이 불리한 작용 중에서 기본권제한개념의 표지를 충족하는 것은 기본권제한(Grundrechtseingriff)으로 평가되게 된다. 물론 기본권제약과 기본권제한을 동의어로 사용하는 사람도 있다(가령 Pieroth/Schlink, 앞의 책, 단락번호 207). Sachs는 기본권제약이라는 용어를 과거 좁은 개념범위에서 사용되었던 제한이라는 용어를 대신하여 사용하고 있다(M. Sachs, Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, 75쪽 이하(이하 '앞의 글'로 인용), 78쪽 이하.

848) BVerwGE 82, 76; BVerfG, NJW 1989, 3269; Bad.-Württ. VGH NVwZ 1989, 279 및 878. 독일 판례에 대해서는 Discher, Mittelbarer Eingriff, Gesetzesvorbehalt, Verwaltungskompetenz: Die Jugendsekten-Entscheidungen, JuS 1993, S. 463.

849) 가령 독일 연방보건부가 글리코젠을 함유하고 있어서 유해한 포도주의 목록 발표(BVerwGE 87, 37; OVG Münster, NJW 1986, 2783); 슈트트가르트 현청(Regierungspräsidium; 지방 내의 시, 군 위에 있는 행정구역이 Regierungsbezirk이며 관청이 현청)이 부패한 것으로 주장되었던 밀가루제품에 대하여 경고(OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690; LG Stuttgart, NJW 1989, 2257).

달아 형성되면서 이 테마는 활발한 논의의 대상이 되었다. 그리하여 1980년대 말부터 기본권에 대한 사실상의 제약의 문제들을 부분적으로⁸⁵⁰⁾ 또는 전반적으로⁸⁵¹⁾ 다룬 심도 있는 연구서들이 출간되었으나 여전히 해명되지 아니한 사항들이 적지 아니한 가운데 1997년 독일 공법학회의 테마⁸⁵²⁾로 선정되기도 했다.

기본권제한의 개념은 법률유보나 손실보상 내지 국가배상, 헌법소송이나 행정소송을 비롯하여 헌법에 등장하는 “불가침”(제10조 제2문) “침해”(제16, 17조), “한계”(제23조 제2항), “경시”(제37조 제1항), “제한”(제37조 제2항) 등의 개념을 해명하는 데에도 큰 의미가 있다. 우리 헌법재판소는 사실상의 기본권제약⁸⁵³⁾을 기본권제한으로 본 사례가 적지 아니하다.⁸⁵⁴⁾ 그러나 아직까지 기본권제한의 명확한

850) 정보제공을 통한 국민들의 행태조종의 문제에 대하여 가령 Di Fabio, Grundrechte im präzeptoralen Staat, JZ 1993, 689쪽 이하(이하 ‘앞의 글’로 인용).

851) 무엇보다도 Lübke-Wolff, 앞의 책; A. Roth, Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt, 1991(이하 ‘앞의 책’으로 인용); R. Eckhoff, Der Grundrechtseingriff, 1992(이하 ‘앞의 책’으로 인용); W. Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum, 1994(이하 ‘앞의 책’으로 인용); M. Sachs, 앞의 글.

852) H. Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 7쪽 이하(이하 ‘앞의 글’로 인용); B. Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 57쪽 이하(이하 ‘앞의 글’로 인용).

853) 이에 관하여 명시적 언급을 하고 있는 것으로는 헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 464, 513 - 대한선주소건에 대한 재판관 한병채, 김양균, 이재화의 소수의견: “오늘날 기본권은 의도적이고 직접적인 침해에 대해서 뿐만 아니라 사실적이고 간접적인 침해에 대하여도 보호기능을 발휘할 수 있다는 것을 주목하여야 할 것이며 따라서 이러한 기본권의 충실한 보장이 바람직하다 ...”.

854) 여기서는 이해를 돕기 위해 몇 가지 예만을 들어보겠다. 국제그룹해체사건(헌재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87); 유치장내 화장실설치 및 관리의 부실로 인한 인격권 등의 침해(2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103); 구치소내 미결구금자가 구독하는 신문의 기사일부 삭제행위(1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637) 등. 그 밖에도 각종 세금이나 특별부담금의 부과를 직업의 자유나 거주·이전의 자유의 제한으로 파악하고 있는 판례들도 사실상의 기본권제한을 인정하고 있는 사례들이다. 가령 대도시내의 부동산등기시의 종과세(헌재 1996. 3. 28. 94헌마42, 판례집 8-1, 199, 207); 먹는샘물업자에 대한 고율의 수질개선부담금 부과(헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 835-840) 등.

개념이나 기본권제한의 준부를 판단하는 데 적용되는 기준들을 판례를 통해 얻어내기는 힘든 상황이다.⁸⁵⁵⁾ 이 문제에 대한 국내의 헌법학계의 연구 역시 미흡한 실정이다.⁸⁵⁶⁾ 행정법학계에서는 행정상의 사실행위에 관한 관심이 높아지고 있으나,⁸⁵⁷⁾ 기본권과의 연관성이 충분히 조명되지 못하고 있다.

이하에서는 기본권제한에 관한 독일에서 진행된 논의의 성과에 기대어 사실상의 기본권제약을 헌법적으로 정당화되어야 할 기본권제한으로 인정할 수 있는 범위를 확정하는 문제를 다룬다. 이를 위하여 먼저 고전적 기본권제한 개념을 검토하고, 이를 바탕으로 여타의, 즉 사실상의 기본권제약의 유형을 정리한다. 이어서 기본권제한개념의 확대를 뒷받침하는 논거와 이 개념을 확대할 경우 제기되는 주요 문제들을 점검한 뒤에 기본권제한 개념의 표지를 제시하여 본다.

II. 이른바 고전적 기본권제한 개념과 그 기능

1. “고전적” 제한의 개념과 그 표지

가. 기본권제한 개념을 확장하기 위한 모든 시도들은 종종 “고전적”이라는 수식어가 붙여진 기본권제한 개념을 기초로 하고 있

855) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등 (대한민국과일본국간의어업에관한협정); 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383(제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법); 2002. 4. 25. 98헌마425 등 (준법서약제)은 헌법재판소가 기본권제한의 개념의 윤곽을 뚜렷하게 제시하지 못하고 있다는 것을 잘 보여주는 사례들이다.

856) 이에 대한 언급을 하고 있는 것으로는 계획열, 헌법학(중), 2000, 196 쪽 및 주 17; 최갑선, 자유권적 기본권의 침해여부의 판단구조 및 판단기준, 헌법논총 제 10집, 1999, 383 (407쪽 이하).

857) 가령 김남진, 행정법 I, 2002, 351쪽 이하; 유지태, 행정법신론, 2002, 229쪽 이하 참조.

다.⁸⁵⁸⁾ 그러한 수식어가 붙지 않는 경우에도 기본권제한이라는 개념이 마치 뚜렷한 윤곽을 얻어⁸⁵⁹⁾ 기본권사례해결이론이 그 개념을 현실성 있게 보완하는 작업에 논란의 여지가 별로 없는 확고한 증거를 제시할 수 있는 것처럼 다루어지기도 한다. 그렇지만 고전적 기본권제한과 관련하여 현재 제시되고 있는 개념요소들은 기본적인 점에서는 견해의 일치가 있기도 하지만 논자들마다 매우 다르다.

의도(목적)성(Finalität; 기본권에 대한 제약이 그 기본권보장내용의 축소를 목표로 하는 내지는 의도하는 조치의 효과일 것), 직접성(Unmittelbarkeit; 공권력의 조치가 관련 기본권의 보장내용을 기본권의 구속을 받지 아니하는 자의 행위나 결정에 매개되지 않고 직접 축소시킬 것),⁸⁶⁰⁾ 법적 행위(Rechtsakt; 공권력의 조치가 기본권 보장내용을 단순히 사실상이 아니라 법적으로 제약할 것. 즉 작위, 부작위 등의 의무를 부과하는 것일 것), 명령성(Imperativität; 기본권에 대한 제약을 가하는 작용이 하명과 강제를 통하여 관철될 수 있는 구속력 있는 고권적 명령일 것)이라는 4 가지 표지를 요구하는 견해(제한이란 명령과 강제로 발해지거나 관철되며 관련 개인의 법적 지위를 직접적·의도적으로 [부담을 지우면서] 규율하는 법적 고권조치로 정의하는 견해)가 있는가 하면,⁸⁶¹⁾ 직접성(Unmittelbarkeit)

858) 가령 Piroth/Schlink, 앞의 책, 단락번호 238; R. Eckhoff, 앞의 책, 175쪽 이하. 이에 대한 상세한 문헌고증은 Sachs, 앞의 글, 82쪽 주 28 참조.

859) 전통적인 제한개념이라는 표현을 사용하는 이로는 Lübke-Wolff, 앞의 글, 42쪽 이하; R. Wendt, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, 317쪽.

860) 여기서 괄호 안에 제시된 목적(의도)성과 직접성이라는 표지에 대한 정의는 이념형을 전제로 한 것이며, 이 표지들은 여타 유형의 기본권제약과 관련하여 수정되고 있음에 유의하여야 한다. 이에 대하여는 후에 다시 언급한다.

861) Piroth/Schlink, 앞의 책, 단락번호 238; J. Isensee, HdbStR V, 1992, § 111 단락번호 61; A. Bleckmann, Staatsrecht II, Grundrechte, 3판, 1989, 336-337 및 Eckhoff, 앞의 책, 176쪽(이들은 조치가 실질적인 의미에서 기본권주체에게 향하고 있을 것, 즉 국가와 관련 기본권주체 사이의 법적 관계를 규율하고 있을 것

과 목적성(Zielgerichtetheit)이라는 두 가지 표지를 요구하고 있는 설⁸⁶²⁾도 있고, 명령성이라는 요소만을 고전적 기본권제한 개념의 본질적 표지라고 보아야 한다는 견해도 있다.⁸⁶³⁾

나. 이 문제에 대한 올바른 판단을 위해서는 무엇보다도 명령성이라는 개념 표지가 의미하는 바를 명확히 할 필요가 있다. 명령성이란 기본권에 대한 제약을 가하는 작용이 하명과 강제를 통하여 관철될 수 있는 구속력 있는 고권적 지시의 형태를 띠는 것을 요구한다. 이를 좀더 부연하면 다음과 같다.⁸⁶⁴⁾

① 먼저 개인에 대한 국가의 하명은 개인에게 일정한 작위 또는 부작위 의무를 부과하는 작위요구(Gebot)와 금지(Verbot), 즉 그때 그때의 수범자에 대하여 국가가 ‘일방적으로’ 발하는 ‘구속력 있는’ 행태지시(Verhaltensanordnung)를 의미한다. 국가는 개별적 또는 일반적 하명(Befehl)을 통하여 개인의 행태의 자유에 영향을 미친다. 하명은 행태의 자유가 아닌 생명이나 신체의 온전성 등과 같은 종류의 법익들에 대해서는 간접적으로만 작용한다.⁸⁶⁵⁾ 두 가지 경우 모두 기본권에 의하여 보호되는 법익이 받는 타격의 정도는 규율의 내용을 통해서 확인할 수 있다. ② 하명이 구속력을 갖는다는 것은,

을 추가적으로 요구하고 있다).

862) W. Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, 103쪽; P. Lerche, Übermaßverbot und Verfassungsrecht, 1961, S. 114 등.

863) Sachs, 앞의 글, 104쪽 이하 및 127쪽; H.-U. Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit I, 3판, 1982, 57쪽; U. Ramsauer, Die faktische Beeinträchtigung des Eigentums, 1980 28쪽 이하; R. Wendt, 앞의 책, 317쪽; Lübke-Wolff, 앞의 책, 43쪽 이하; A. Scherzberg, Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”, 1989, 152쪽; B. Weber-Dürler, 앞의 글, 60-61쪽.

864) 이에 대하여 상세한 것은 Sachs, 앞의 글, 104쪽 이하 참조.

865) 즉 하명은 먼저 기본권주체에게 자신의 기본권적 보호법익에 스스로 조치를 취하도록 하는 계기를 부여할 수 있다(가령 두발 내지 수염을 자르도록 하거나 재산권의 대상을 양도하거나 파괴하도록 할 수 있다).

‘법적 행위’, 즉 국가의 법체계에서 법적 효과를, 좀더 구체적으로 말하면 행태의무를 발생시킬 수 있는 능력을 갖고 있는 행위만이 하명이 될 수 있다는 것을 의미한다. 구체적·개별적 하명인 개별조치만이 아니라 개인들의 행태에 대한 추상적·일반적 법규범들도 이 구속력을 가질 수 있다. ③ 하명은 그에 담긴 지시를 준수하여야 할 의무를 부담하는 수명자(수범자)가 지정되거나 특정될 수 있을 때에만 의미가 있다. 그에 따라 하명은 행태지시를 통해 의무를 진 자들의 기본권을 명령적으로 제한하게 된다. ④ 명령성이라는 표지를 정의할 때 하명과 더불어 ‘강제’의 요소가 제시되곤 한다. 이 경우 ‘강제’(Zwang)는, 하명과 같은 의미를 갖는 불필요한 쉼언으로 사용되는 경우를 논의로 하면, 하명의 대안으로서의 의미를 갖거나 하명에 의하여 개인에게 부과된 의무의 관철수단으로, 즉 “하명”에 필연적으로 수반되는 표지로 사용되고 있다. 강제가 하명의 대안으로 사용되는 경우는 관련 개인의 행위를 매개하지 않고 곧바로 그의 법적 지위를 변경시키는 형성적 규율의 경우(가령 고전적 의미의 공용수용)나 국가작용이 수명자의 행태를 조정하는 것이 아니라 관련 개인의 영역에서 사실변경을 목표로 하는 경우이다(가령 주거에 대한 압수수색, 개인에 대한 예방접종). 후자의 경우 묵시적으로 개인에게 수인의무가 부과되지만 국가작용의 중점은 오히려 강제적인 사실상태의 실현에 놓여 있다. 하명이나 강제의 특성상 기본권의 구속을 받지 아니하는 제3자의 행위나 의사결정에 의한 매개를 통해서 행태의 자유가 제한되는 것이 아니라 수명자의 행태의 자유를 직접적으로 제약하게 되며, 그 제약은 명령권자의 의도한 것일 수밖에 없다. 따라서 명령이란 결국 기본권에 대한 제약을 ‘직접적으로’ 야기하는 ‘의도적인 법적 행위’를 의미하게 된다.⁸⁶⁶⁾

다. 그러므로 고전적 기본권제한개념의 다른 표지들은 명령이 발해지는 경우에는 수반되어 나타날 수밖에 없고 따라서 별도의 심사를 할 필요도 없다. 즉 다른 표지들은 명령성이라는 표지 안에 모두 담기게 된다.⁸⁶⁷⁾ 따라서 명령성이라는 개념표지만이 본질적인 의미를 갖는다고 보는 견해가 타당하다. 물론 다른 표지들도 고전적 기본권제한을 여타의 제약행위와 대비시켜서 이 여타의 제약행위에는 존재하지 않는 이런 저런 표지들을 드러낼 수 있다는 점에서 의미를 가질 수 있다.⁸⁶⁸⁾ 즉 목적(의도)성, 직접성 및 법적 효과의 지향이라는 표지는 명령에 의한 기본권제약에 자명하게 수반되는 특성들이지만,⁸⁶⁹⁾ 기본권에 대한 여타의 제약행위의 경우에는 존재할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있는 표지들이다.

2. 기본권제한과 기본권의 구체적 형성 (Ausgestaltung)과의 구분

입법자가 기본권의 보장내용을 축소하는 활동만을 하는 것은 아니다. 입법자는 개인이 기본권의 행사가능성을 비로소 열어주기도 한다. 이른바 법 또는 규범에 의하여 구성되는 보호영역(rechts- oder normgeprägter Schutzbereich)을 갖는 기본권은 그것이 사회

866) Lübbe-Wolff, 앞의 책, 42쪽 이하; Sachs, 앞의 글, 117 이하; W. Roth, 앞의 책, 7-8쪽; Weber-Dürler, 앞의 글, 61쪽.

867) 해당 기본권주체가 공권력의 기본권에 대한 제한에 헌법적으로 허용되는 동의할 경우 일설에 의하면 해당 공권력조치의 기본권제한적 성격이 조각된다는 설과 기본권제한은 존재하지만 그것이 정당화될 뿐이라는 설이 존재하지만 결과에 있어서는 차이가 없다.

868) Weber-Dürler, 앞의 글, 60, 61쪽.

869) Sachs, 앞의 글, 117, 124, 126-127쪽; Weber-Dürler, 61쪽.

적으로 실효성을 발휘하려면 입법자의 구체적 형성을 필요로 한다. 이러한 기본권에서 개인은 인간의 천성이나 사회성을 통해서가 아니라 법질서를 통해서 비로소 기본권을 의미 있게 행사할 수 있게 된다. 결사의 자유나 계약의 자유와 같은 기본권의 경우는 입법자가 다양한 회사의 형태나 계약의 종류 등 기본권행사의 여러 가지 방식들을 제시할 수도 있다. 이를 기본권의 구체화(Konkretisierung)라고 한다. 물론 이 경우 기본권주체는 입법자가 제시한 회사형태나 계약유형의 이용이 강제되는 것이 아니며 그와는 다른 형태의 회사를 설립하거나 다른 내용의 계약을 체결할 수 있는 길이 열려 있다. 이와 같은 형성이나 구체화는 기본권의 제한이 아니다.⁸⁷⁰⁾

그런데 입법자에 의한 구체적 형성을 요하지만 그에 대한 제한도 가능한 자유권의 경우에는 제한과 형성 내지 구체화를 구분하는 것이 쉽지 않다. 재산권이 그 대표적인 예이다.⁸⁷¹⁾ 재산권의 내용과 한계는 법률에 의하여 정해진다(헌법 제23조 제1항 제2문). 재산권은 법에 의하여 만들어진다. 이 기본권의 보호영역은 입법자에 의하여 구체적으로 형성된다. 이는 제한이 아니다.⁸⁷²⁾ 그러나 입법자의 형성활동은 재산권의 제도적 보장(제23조 제1항 제1문)을 존중하여야 한다. 입법자가 재산권의 객체의 사적 유용성을 부인함으로써 이 제도보장을 무시하는 경우에는 그러한 입법은 제한으로 변질되게 되고⁸⁷³⁾ - 헌법의 정당화요건을 충족하지 못하면 - 제23조 제1항의 재산권보장에 반하게 된다. 또한 입법자의 형성활동에 의하여 일단 재산권주체에게 부여된 재산권적 권능을 사후적인 개혁입법에 의하여 제거하는 것은 재산권제한으로서의 성격을 띠게 된다.⁸⁷⁴⁾

870) Pieroth/Schlink, 앞의 책, 단락번호 209 이하; 계획열, 앞의 책, 125쪽 이하.

871) 이에 대하여 상세한 것은 계획열, 앞의 책, 487쪽 이하 참조.

872) 가령 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20, 판례집 5-2, 36(부동산취득시효제도).

873) BVerfGE 20, 351 ff.; Bethge, 앞의 글, 30쪽.

3. 침익적·한계적 사고(Eingriffs- und Schrankendenken)에 대한 비판과 기본권제한개념의 실용성

기본권 제한 개념 내지 제한의 허용성 판단이론은 독일의 지배설에 의하면 자유권적 기본권에만 적용된다.⁸⁷⁵⁾ 물론 최근에 이 이론을 급부권과 같은 방어권 이외의 기본권기능에 대한 침해여부를 가리는 기법으로도 응용하려는 시도가 행해지고 있으나⁸⁷⁶⁾ 아직까지 폭넓은 지지를 얻지 못하고 있다. 그러나, 우리 헌법에 다수 포함되어 있는 사회적 기본권에도 그와 같은 심사기법을 응용할 수 있는지에 대해서는 별도의 깊이 있는 고찰이 필요하다. 이에 대한 검토는 다음 기회로 미룬다.

한편, 헤벌레(P. Häberle)는 1962년에 발표된 그의 유명한 박사학위 청구논문인 “기본법 제19조의 본질적 내용의 보장”에서 방어권중심의 전통적인 기본권관 및 기본권영역에서의 입법의 의미에 대한 전통적인 이해의 특징인 침익적·한계적 사고의 부당성을 지적하고 있다. 이 비판은 제한의 허용성 판단이론에 대한 비판으로도 받아들여질 소지가 있다. 그러나, 헤벌레의 논문, 따라서 침익적·한계적 사고에 대한 비판의 의미는, 그의 논문을 기본권관련 사례를 해결하는 규칙과 개념의 체계인 기본권사례해결이론(Grundrechtsdogmatik)

874) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 947 이하 - 개발제한구역의 지정을 통해 종전에 가능했던 토지이용권의 일부를 박탈당하는 경우에는 재산권에 대한 제한이 존재하게 된다.

875) Pieroth/Schlink, 앞의 책, 단락번호 9 이하; G. Jellinek, System der öffentlichen Rechte, 제2판, 1905, 95쪽; E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1530쪽; Bethge, 앞의 글, 12-13쪽 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조.

876) Lübbe-Wolff, 앞의 책, 75쪽 이하 참조.

에 관한 논문이 아닌 기본권의 본질에 대한 이해를 다루는 기본권 이론(Grundrechtstheorie) 내지 기본권관(Grundrechtsanschauung)에 관한 논문으로 이해할 때 제대로 드러난다.

헤벌레의 비판의 대상이 되었던 것은, 바이마르 시대로부터 유래하는 다음과 같은 견해, 즉 법률유보영역에서 이루어지는 입법을 기본권에 유해한 것으로 부정적인 측면에서만 보고,⁸⁷⁷⁾ 기본권적 법률유보에 의거하여 만들어진 법률들을 주로 헌법적인 기본권보장을 약화시키는 것으로 부정적으로만 이해⁸⁷⁸⁾하는 견해였다. 헤벌레의 의도는 자유란 자연적 주체의 무한계적인 자의로서가 아니라 이 자의에 한계를 설정하는 국가 안에서만 현실성을 가질 수 있다는⁸⁷⁹⁾ 견해를 관철하는 것이다. 그의 자유관에 의하면 자유는, 따라서 기본권에 의하여 보호되는 자유도 “법에 의하여 경계가 설정된 자유”⁸⁸⁰⁾로서만 현실성을 가지고, 이러한 의미에서 그에게 있어서 자유란 자연적 자유가 아니라⁸⁸¹⁾ 법에 의한 조성을 필요로 하는 자유, 즉 법적 자유인 것이다. 이와 같은 제도적 자유관 내지 기본권관⁸⁸²⁾에 의하면 기본권의 경계를 설정하고 기본권을 구체적으로 형성하는 입법은 기본권적 자유를 약화시키는 것이 아니라 기본권적 자유가 가능하기 위한 조건이다. 그와 같은 기본권관 때문에 헤벌레는 기본권사례해결이론의 개념도구로 사용되고 있으나 부정적 뉘앙스를 갖고 있는 개념들, 즉 기본권제한(Grundrechtseingriff; Grundrechtseinschränkung), 기본권한계(Grundrechtsranken)라는 용어를 비판하고 있는 것이다. 이 개

877) Häberle, Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 163쪽.

878) Häberle, 앞의 책, 163쪽.

879) Häberle, 앞의 책, 98, 152 쪽 등 책 전반에 산재.

880) Häberle, 앞의 책, 152쪽.

881) Häberle, 앞의 책, 145쪽 이하.

882) 이에 대하여 상세히 소개하고 있는 국내문헌으로는 계획열, 헌법학(중), 2000, 46쪽 이하.

념들은 잘못된 기본권관, 즉 입법자를 기본권적 자유의 적으로만 이해하는 침익적·한계적 사고의 유산이라는 것이다.⁸⁸³⁾

문제는, 침익적·한계적 사고에 대한 이와 같은 비판이 기본권제한의 허용성 판단이론의 구조도 함께 겨누고 있는 것인지 여부이다. 결론부터 말하면, 헤벌레의 비판은 전술한 특징을 갖고 있는 제한개념의 기능이 아닌, 그 개념에 내포된 부정적 뉘앙스에 관한 것이다. 즉 Eingriff(제한 내지 침익)라는 말이 부당성 내지 침해(Verletzung; 위법적 제한)라는 부정적 의미를 상기시키고 있는 것에 대한 비판이다. 다시 말하면 법학적인 제한개념이 아니라 침해나 불법을 연상시키는 일상언어적 의미의 제한과 관련된 것이다.⁸⁸⁴⁾ 그러나, 제한의 허용성 판단이론에서 제한개념이 수행하는 기능은, 헤벌레가 그 말의 사용을 회피하게 된 원인이 된 그 말의 부정적 뉘앙스와는 무관하다. 일상언어적으로 볼 때 침투 또는 침익을 의미하는 Eingriff는 “침범”(Übergriff)이라는 부정적 의미로 들린다. 그러나 법적으로 볼 때 제한의 허용성 판단이론에서 사용되는 제한개념의 특징은 기본권제한과 기본권침해가 동일하지 않다는 것이다. 이점을 명확히 하면 제한 내지 침익이라는 말이 일상언어적으로 사용될 때 풍기는 부정적 뉘앙스도 곧 해소될 것이다. 헤벌레가 그 말의 법학적 기능을 비판한 것이 아니라는 것은, 그가 “기본권제한”, “기본권축소”와 같은 용어 대신에 그것이 풍기는 부정적 뉘앙스를 떨쳐버리는 한편, 그 용어가 수행했던 기능을 승계하는 것으로 생각되는 기본권들의 “경계설정(Begrenzung)”, “효력범위한정(Determinierung)”이라는 말을 사용할 것을 제안하고 있을 뿐⁸⁸⁵⁾, 기본권사건을 해결하는 데 적용할 수 있는 다른 이론은 제시하지 않고 있다는 사실로부터 밝혀진다.

883) Häberle, 앞의 책, 163쪽.

884) 이에 대해서는 Lübke-Wolff, 앞의 글, 65쪽 이하.

885) Häberle, 앞의 책, 179쪽 및 그외 많은 곳.

요컨대, 헤벌레의 비판은 기본권에 관한 입법의 본질과 기능에 대한 종래의 잘못된 이해에 대한 것이지 기본권관련 사건을 해결하는 기법에 대한 비판은 아니다. 따라서 통합론적 기본권관을 취하면서 기본권 제한(Grundrechtseingriff)의 개념, 그 제한의 허용성 판단이론을 사용하는 것 자체가 법리적 모순을 범하는 것은 아니라고 보아야 한다.

4. 기본권제한개념의 기능

기본권제한은 원칙적으로 허용되지 아니한다. 기본권제한이 허용되려면 헌법이 요구하는 여러 형식적·실질적 요건을 충족하여야 한다. 우리 헌법(제37조 제2항)에 의하면 무엇보다도 법률적 근거, 제한의 목적(국가안전보장, 질서유지, 공공복리의 실현을 목적으로 할 것), 과잉금지(“필요한 경우에 한하여”) 등의 요건이 충족되어야 한다. 제한의 정당성(허용성) 여부에 대한 심사가 이루어진 뒤에야 비로소 기본권의 실제적 보장영역이 드러나게 된다.⁸⁸⁶⁾ 그러므로 기본권제한이라는 개념은 국가권력으로부터 개인의 자유권을 보장하고 국가에 대하여 정당화의 부담을 부과하는 기능을 수행한다.⁸⁸⁷⁾

우리 헌법이 직·간접적으로 밝히고 있고(제10조 제2문, 제37조 제1항, 제107조 제1, 2항 등) 또 헌법의 명시적인 규정이 없더라도 ‘헌법의 우위’라는 법치국가원리의 기본적 요소로부터 도출되는 것처럼 모든 국가기관들은 기본권에 대하여 허용되지 않는 제한을 가하여서는 안 된다.⁸⁸⁸⁾ 기본권은 개인의 방어권으로서 정당성이 없

886) Lübke-Wolff, 앞의 책, 25-26쪽. 이러한 심사도식이 평등심사에도 적용되는지에 대해서는 견해의 다툼이 있으나, 독일의 지배설은 이를 부정하고 있다. 대표적인 견해로는 Pieroth/Schlink, 앞의 책, 단락번호 10; G. Müller, VVDStRL 47, 40-41쪽 참조.

887) Bethge, 앞의 글, 10-11쪽.

888) 기본권은 일차적으로는 존중 및 준수를 요구할 수 있는 권리이다. 이에 대해서는 K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988,

는, 즉 허용되지 않는 제한이 임박하거나 지속되는 경우 이를 중단할 것을 요구하거나 그러한 제한조치를 제거할 것을 요구할 수 있는 소극적 청구권을 포함하고 있다.⁸⁸⁹⁾ 기본권은 또한 그러한 제한으로 인하여 지속적인 위법상태가 조성된 경우 결과제거청구권을 발생시킨다.⁸⁹⁰⁾ 결과제거청구권은 경우에 따라서는 배상청구권으로 이어질 수도 있다.⁸⁹¹⁾ 물론 고전적 기본권제한의 경우 결과제거청구권은 실제적 의미를 거의 갖지 않는다. 위법한 기본권제한 조치를 쟁송을 통하여 다룰 수 있고, 그것을 감수하지 않으려면 경우에 따라서는 쟁송을 통하여 그러한 제한을 방어해야 하기 때문이다.⁸⁹²⁾

5. 기본권제한과 권리보호와의 관계

기본권제한 개념은 권리보호에도 영향을 미친다. 헌법재판소의 확립된 판례는 헌법소원의 적법요건으로 3중적 관련성(Betroffenheit), 자기·현재·직접 관련성을 요구하고 있다. 이 판례를 곧바로 기본권제한이라는 실체법적 문제를 해결하는 데 적용할 수는 없지만, 소원적격의 요소로서의 이 관련성에서 헌법소송법과 실체헌법 사이의

558쪽 이하, 특히 565-566 그리고 620쪽 이하, 특히 671쪽.

889) 이 제2차적 청구권들은 일차적 권리를 보장하기 위한 보조적 청구권들이다. 이에 대해서는 K. Stern, 앞의 책, 588, 671쪽 이하.

890) BVerwGE 82, 76 (94); Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1994, § 29 단락번호 1 이하.

891) 물론 배상청구권의 근거를 각 기본권에서 직접 찾을 수 있는지에 대해서는 다툼이 있다. 소극적인 견해로는 K. Stern, 앞의 책, 683쪽. 그는 배상청구권을 인정하기 위해서는 그러한 법적 효과를 방어권에 대한 가해행위와 연계시키는 별도의 규율이 필요하다고 본다. 조심스럽게 기본권 자체에 배상청구권이 포함되어 있음을 긍정하는 입장으로는 D. Ehlers, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51(1992), S. 243. 이를 명확하게 긍정하는 입장으로는 W. Roth, 앞의 책, 72 및 86쪽 이하.

892) 재산권에 대한 내용·한계규정과 공용수용의 구분에 관한 분리이론의 효과와 관련하여 D. Ehlers, 앞의 글, 213 그리고 244 쪽.

밀접한 관련이 드러난다는 점을 부인할 수는 없다.⁸⁹³⁾ 왜냐하면 헌법소원은 실체법인 헌법에 의하여 보장된 국민의 권리인 기본권의 관철수단, 특히 방어권을 그 침해로부터 보호하는 수단이기 때문이다. 가령 ‘사실상, 간접적 또는 경제적 불이익을 받는 관계에 있는 것’에 불과하여 자기관련성이 없다는 헌법재판소의 판시들⁸⁹⁴⁾은 양자의 관련성을 뚜렷하게 보여준다. 헌법재판소법은 제68조 제1항에서 소원의 대상과 관련하여 “공권력의 행사 또는 불행사”로 포괄적으로 규정함으로써 기본권의 구속력 관철에만 초점을 맞추고 있어서 스위스의 소원제도가 칸톤의 법률과 칸톤의 행정행위나 처분(Entscheidung)만을 대상으로 하여 명백히 고전적 제한개념을 기초로 하고 있는 것⁸⁹⁵⁾과 대조를 이루고 있다.

어쨌든 자기·현재·직접 관련성이라는 요건은 권리구제의 1차 관문으로서 항상 용이하게 열리는 것만은 아니다. 물론 헌법재판소는 상당히 광범위한 예외를 형성하고 있다. 특히 현재관련성요건은 이른바 상황성숙이론에 의하여 현저하게 완화되었으며,⁸⁹⁶⁾ 헌법소원이 부분적으로 객관화되는 현상⁸⁹⁷⁾이 출현하였다. 기본권보호의 실효성을 높이기 위하여 헌법소원이 객관소송에 접근하는 것을 감수하는 것이다.

893) Sachs, 앞의 글, 125쪽.

894) 가령 현재 1993. 3. 11. 91헌마233, 판례집 5-1, 104, 111; 1993. 7. 29. 89헌마123, 판례집 5-2, 127, 134; 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462, 493; 1994. 6. 30. 92헌마61, 판례집 6-1, 680, 684; 1998. 11. 26. 94헌마207, 판례집 10-2, 716, 725-726 등 참조.

895) 물론 실무에서는 그럼에도 불구하고 고전적 기본권제한 이외의 기본권제한에 대해서도 적법성을 인정한 사례가 적지 않다. 이에 대해서는 Weber-Dürler, 앞의 책, 62-63쪽.

896) 가령 현재 1992. 10. 1. 92헌마68 등, 판례집 4, 659, 669; 1996. 8. 29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167, 175; 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 935 등 참조.

897) 이에 대하여는 줄고, 헌법소원심판절차에 있어서의 청구취하의 효력의 제한에 관한 고찰, 「공법연구」 제24집 제2호, 1996, 301 (316쪽 이하) 참조.

Ⅲ. 기본권에 대한 여타의 제약행위의 유형

기본권에 대한 고전적 제한 이외의 제약들(이하에서는 간단히 ‘여타의 제약’으로 칭한다)은 다양한 관점에서 분류될 수 있다. 여기서는 다양한 여타의 제약들을 4가지로 분류해서 여타의 제약들에 대한 개관을 돕고자 한다.⁸⁹⁸⁾ 이하의 분류는 실질적 기준들에 의한 것이지만 형식적 기준들과 어렵지 않게 연계할 수 있을 것이다. 어떤 국가행위가 기본권을 제약하고 있다는 것을 확인하였다고 해서 기본권제한이 존재하는지 그리고 그것이 허용되는 것인지의 문제가 곧바로 해결되는 것은 아니다. 그러나, 문제에 대한 사법적 판단의 방향을 예측할 수 있는 경우가 종종 있지만 말이다. 어쨌든 그러한 성격규정 자체는 그 문제를 해결하는 것이 아니라 제기하는 것이라는 점에 유의하여야 한다.

이하에서는 여타의 제약행위의 유형을 기본권주체와 공권력주체(이하에서 간단히 국가로 약칭하기도 한다)⁸⁹⁹⁾가 대립하는 양극관계와 여기에 제3자 그리고 경우에 따라서는 그 밖의 다른 사람이 관여하고 있는 삼각관계로 크게 나누어 고찰한다.

898) 이는 Sachs, 앞의 글, 164쪽 이하와 W. Roth, 앞의 책, 280쪽 이하의 분류기준들을 종합한 Weber-Dürler, 앞의 글, 66쪽 이하에서 전개된 분류기준에 따른 것이다. 그렇다고 여기서 제시된 유형들이 모든 여타의 기본권제약을 포괄할 수 있다는 주장을 하는 것은 아니다.

899) 공무수탁사인은 공권력에 해당하지만 보조금수령자는 그렇지 않다. Sachs, 앞의 글, 165-166쪽; Di Fabio, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, JuS 1997, S. 2-3(그는 조금이라도 국고에서 경제적 지원을 받는 단체는 공무수탁사인처럼 다루어야 하는 것은 아닌지의 의문을 제기하고 있다).

1. 양극관계

양극관계에서는 국가가 다양한 방식으로 기본권에 의하여 보호되는 법익들에 대하여 타격을 가한다.

가. 사실행위를 통한 제약(Realbeeinträchtigung)

사실행위를 통한 제약은 국가가 사실행위(Realakte)를 통하여 기본권의 보호법익에 대한 사실상의 침익효과를 유발시키는 경우이다. 이를 사실상의 기본권제약으로 지칭하는 것은 적절하기는 하지만, 이 표현은 다른 의미로도 사용되기 때문에(가령 간접적 기본권제약 등의 경우) 사실행위를 통한 제약으로 지칭하기로 한다. 규범적 명령은 인간의 행태를 통해서 매개될 때에만 존재의 세계에 그 효과를 유발할 수 있기 때문에 공권력의 사실행위만이 이 유형의 기본권제약을 유발할 수 있다.

신체를 훼손당하지 아니할 권리의 보호법익인 신체의 온전성은 의료검진, 강제예방접종, 알차레 등과 같은 사실행위를 통해서 침익된다. 생명권의 보호법익인 '생명 내지 삶'은 가령 인질을 구하기 위한 경찰관의 총기사용 등에 의하여 침익될 수 있다. 인격권의 일부 영역은 가령 명예훼손적 언사나 사찰, 주거나 통신과 같은 사생활영역은 주거감청, 전화도청과 같은 전형적인 사실행위를 통한 제약의 대상이 된다.⁹⁰⁰⁾ 그 밖에도 변호인과의 접견을 감시하는 것,⁹⁰¹⁾ 미결구금자가 변호사에게 보내는 서신의 검열,⁹⁰²⁾ 미결구금자가 구독

900) H. Dreier, in: H. Dreier(Hrsg.), GG-Kommentar, 제2조 제1항 단락번호 57; Weber-Dürler, 앞의 글, 67쪽.

901) 현재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 61.

902) 현재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 108 참조.

하는 신문의 기사 일부를 삭제하는 것,⁹⁰³⁾ 미결구금자의 행동을 용이하게 감시할 수 있도록 충분치 못한 칸막이만을 갖춘 화장실을 갖춘 유치장에 구금하는 것,⁹⁰⁴⁾ 현행범으로 체포된 여성들을 유치장에 수용하는 과정에서의 신체를 과잉정밀수색하는 것⁹⁰⁵⁾ 등이 사실행위에 의한 기본권제한으로 인정되었다.

국내의 통설처럼 정보의 자결권(자기정보통제권)을 기본권으로 인정하면 이 영역에서는 사실상의 제약을 기본권제한으로 보지 않을 수 없게 된다. ‘정보의 자결권’이란 정보의 조사·취급의 형태, 정보의 내용, 정보처리의 형태를 불문하고 자신에 관해서 무엇인가를 말해주는 정보를 조사·처리해도 되는지 여부, 그 범위 및 목적에 대하여 그 정보의 주체가 스스로 결정할 수 있는 개인의 권능을 말한다.⁹⁰⁶⁾ 언제 누구에게 무엇을 통지할 것인지를 자유롭게 결정할 수 있는 자유뿐만 아니라 그 후 자신과 관련된 정보의 운명을 추적하여 통제할 수 있는 권리도 정보의 자결권에 의하여 보호된다. 따라서 개인의 신상정보를 조사하고 집적하고 처리하는 등의 사실행위가 정보의 자결권에 대한 제한인지 등의 문제에 대하여 고전적 제한개념을 고수할 경우 부정적인 답변을 줄 수밖에 없게 된다. 그 경우 현대적 정보처리기술의 위험성에 대처하기 위하여 인정된 이 권리의 의미가 거의 사라지게 된다. 그렇기 때문에 정보의 자결권의 존재를 인정한 독일 연방헌법재판소의 인구조사판결도 명시적이지는 않지만 관련개인이 알지 못하는 가운데 이루어지는 정보조사도

903) 헌재 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637, 646-648.

904) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103.

905) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327.

906) 그 밖에도 정보의 자결권에 대한 다양한 이론구성에 대해서 자세한 것은 줄고, 현행인구주택총조사의 위헌성 - 독일의 인구조사판결(BVerfGE 65, 1)의 법리분석과 우리의 관련법제에 대한 반성, 전남대 법률행정논총 제20집, 2000, 199쪽 이하; K. Vogelgesang, Grundrecht auf informationelles Selbstbestimmungsrecht?, 1987, 112쪽 이하.

정보의 자결권에 대한 제한으로 이해하는 등⁹⁰⁷⁾ 전자적 정보처리에 내재하는 위험성만이 존재할 경우에도 정보의 자결권에 대한 제한의 성격을 인정하는 것으로 분석되고 있다. 따라서 동 판결은 단순한 고전적인 기본권제한의 개념을 넘어서고 있다고 보아야 한다.⁹⁰⁸⁾

한편, 언론의 자유의 한 내용인 의사표현의 자유는 의사의 표현과 관련된 행태방식만이 아니라 내면의 자유인 의사의 결정과 관련된 사유의 자유, 즉 의사형성의 자유도 보호한다. 이 내면적 자유는 고전적 제한 개념을 고집하는 경우에는 외적 자유에 가려지게 되고, 따라서 제대로 보호받을 수 없게 된다. 종교의 자유나 양심의 자유와 관련해서도 과거에는 국가의 강제는 외적 행태만을 대상으로 할 수 있을 뿐이라는 주장이 상당히 폭넓게 주장되었다.⁹⁰⁹⁾ 그러나, 인간의 내면은 국가의 사실적 제약의 대상이 될 수 있다. 가령 개인들은 국가가 교묘하게 체계적으로 주입하는 이데오르기에 의하여 세뇌당할 수도 있다. 시위전력자에 대한 군부대의 녹화사업의 예에서 볼 수 있는 것처럼, 특별신분관계에서는 일반인들에 비하여 내면의 자유가 사실행위를 통해서 제한당할 수 있다.

최근 독일에서 내려진 공립학교교실에 십자가게시 위헌확인 결정을 둘러싸고 벌어진 논쟁은 이 문제에 대한 시각을 더욱 예리하게 만들고 있다. 이는 작위요구나 금지가 아닌 상징(교실벽에 게시된 십자가나 십자고상)을 통해서도 다른 신앙을 갖고 있거나 신앙을 갖고 있지 아니한 학생 또는 그 부모의 (소극적) 신앙의 자유가 침

907) BVerfGE 65, 1 (43).

908) Scholz/Pitchas, aaO, 82 ff.

909) Weber-Dürler, 앞의 글, 68쪽. 그러한 논증의 유산은 국내 학계에서도 찾아 볼 수 있다. 가령 양심의 자유의 보호영역에 양심실현의 자유를 포함시켜야 한다는 주장을 뒷받침하는 논거로 인간의 내심의 영역은 “성질상 어차피 국가권력의 영향권 밖에” 있으며, 따라서 양심형성의 자유만을 그 보호영역에 포함시키는 것은 별로 의미가 없다고 논증하는 것이 그것이다. 가령 계획열, 헌법학(중), 2000, 297쪽.

해될 수 있는지의 문제였다.⁹¹⁰⁾ 독일 연방헌법재판소는 국립학교의 교실에 십자가를 게시할 것을 명하고 있는 바이에른 학교법 규정을 위헌으로 선언하였다.⁹¹¹⁾ 신앙의 자유가 이질적인 종교의 의식이나 종교적 상징과의 대면으로부터의 자유를 개인에게 보장하는 것은 아니지만, 개인이 피할 수 있는 가능성도 없는 가운데 특정 신앙의 영향의 영향, 보다 구체적으로 말하면 이 신앙이 표출되는 행위 또는 이 신앙을 나타내는 상징에 직면할 수밖에 없는 상황을 국가가 조성한 경우에는 신앙의 자유가 침해된다는 것이다. 교실내의 십자가게시가 - 어쨌든 지속성을 띠고 또 학생들이 십자가와의 대면을 피할 수 없는 이상 - 소극적 신앙의 자유의 보호영역을 건드리고 또 상징이 발휘하는 호소적 기능도 - 그러한 교실에서 공부하는 학생들이 아직 충분한 비판능력이 없고 또 그에 따라 정신적으로 쉽게 영향을 받을 수 있는 한 - 그러한 자유에 대한 제한으로 평가하기에 족하다는 것이다.⁹¹²⁾ 그러나 독일 학계의 다수설인 비판적인 견해에 의하면 소극적 신앙의 자유가 신앙활동에 장애가 되는 모든 환경적 자극에 대하여 방어권을 부여하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 교실에 게시된 십자가는 단순히 호소적 기능을 갖고 있을 뿐 이 상징을 통하여 자신들에게 다가오는 호소에 따를 것인지 아니면 무시할 것인지 여부는 학생들의 자유에 맡겨져 있기 때문에 그들의 신앙의 자유에 대한 제한이 아니라고 본다.⁹¹³⁾ 즉 고전적 제한에 유사한 강제적 효과가 없는 이상 신앙의 자유에 대한 제한이 아니라는 것이다.

910) 이에 대하여 자세한 것은 D. Marten, Der "Kreuzfix-Beschluß" des Bundesverfassungsgerichts, FS Klaus Stern, 1997, 987쪽 이하; J. Ipsen, Glaubensfreiheit als Beeinflussungsfreiheit? - Anmerkungen zum "Kreuzfix-Beschluß" des Bundesverfassungsgerichts - FS Martin Kriele, 1997, 301쪽 이하 참조.

911) BVerfGE 93, 1 이하.

912) BVerfGE 93, 1 (16, 20-21).

913) H. Bethge, 앞의 글, 26-27쪽; J. Isensee, ZRP 1996, 12쪽; P. Badura, BayVBl. 1996, 39쪽; J. Ipsen, 앞의 글, 312-313쪽.

나. 이익의 부여 또는 불이익 부과를 통한 행태의 자유에 대한 제약

기본권적 양극관계에서의 여타의 기본권제약의 제2유형은 행태의 자유를 이익의 부여나 불이익부과를 통하여 제약하는 것이다. 국가는 어떤 행태를 금지하거나 요구하는 대신 개인의 일정한 작위 또는 부작위에 일정한 불이익을 결부시킴으로써 국민의 행태를 일정한 방향으로 조종할 수 있다.⁹¹⁴⁾

행태를 조종하는 불이익의 부과 예로는 무엇보다도 먼저 각종 공과금의 부과를 들 수 있다.⁹¹⁵⁾ 종교의식에 참여하지 않는 병사에게 성가신 일을 시키는 것과 같은 공과금 이외의 의무부과도 있을 수 있다.⁹¹⁶⁾ 수형자와 같이 청원권을 행사하는 특별신분관계에 있는 사람의 경우에는 가령 수형조건을 까다롭게 만드는 등 그 지위를 보다 악화시킬 수 있다.⁹¹⁷⁾ 또한 국가가 넓은 의미의 급부를 거부하는 것도 기본권주체에 대한 불이익부과라고 볼 수 있다. 행태의 자유를 특정한 방식으로 행사하려는 자나 이미 행사한 자가 국가로부터 보조금을 받지 못하거나 위임을 받지 못하게 되거나, 영조물인 대학교에의 입학이 거부되거나 퇴학당한 경우 또는 공무원임용이 거부된 경우가 그에 해당한다.⁹¹⁸⁾ 반대로 일정한 행위를 할 경우 세 금감경이나 보조금 지급과 같은 혜택을 부여하겠다는 약속을 통해

914) Sachs, 앞의 글, 133쪽 이하.

915) Lübke-Wolff, 앞의 책, 264쪽 이하; Sachs, 앞의 글, 134쪽.

916) Griffel, Der Grundrechtsschutz in der Armee, 1991, 119-120쪽; 그에 동의하면서 Weber-Dürler, 앞의 글, 69쪽.

917) J.P. Müller, Kommentar BV, Art. 57 단락번호 6을 원용하고 있는 Weber-Dürler, 앞의 글, 69쪽.

918) 구체적인 예는 Weber-Dürler, 앞의 책, 67-68쪽 참조.

서 일정한 행위를 하도록 유도하는 것도 같은 차원에서 이해할 수 있다.⁹¹⁹⁾ 직업활동을 직접 규제하지는 않지만 그에 대하여 불리한 영향을 미치는 법규정들이 다수 존재한다. 세법, 보조금에 관한 규율, 도로교통법규 등을 그 예로 들 수 있다. 헌법재판소는 대도시 내에 법인이 취득한 부동산을 등기할 경우 중과세하는 것은 직업의 자유나 거주이전의 자유에 대한 제한으로,⁹²⁰⁾ 먹는샘물업자에 대한 고율의 수질개선부담금을 부과하는 것은⁹²¹⁾ 직업의 자유에 대한 제한으로 평가한 바 있다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 사례들에서 문제의 법률적 규율이 직업활동과의 밀접한 연관이 있고 또 객관적으로 직업규율적 경향을 가지고 있는 경우에 직업의 자유를 제한하는 것으로 본다.⁹²²⁾

이렇게 볼 때 최근의 준법서약서제도에 대한 헌법재판소의 기각결정⁹²³⁾의 논거의 타당성은 매우 의심스럽다. 법정의견인 기각의견은 가석방의 조건으로 준법서약서를 제출하도록 하는 제도가 양심의 자유를 애초부터 제한하지 않는다고 보았다. 법정의견은 그 논거로서 “실정법이 특정의 행위를 금지하거나 명령하는 것이 아니라 단지 특별한 혜택을 부여하거나 권고 내지 허용하고 있는 데에 불과하다면, 수범자는 수혜를 스스로 포기하거나 권고를 거부함으로써 범질서와 충돌하지 아니한 채 자신의 양심을 유지, 보존할 수 있으므로 양심의 자유에 대한 침해(필자: 여기서 말하는 침해는 Verletzung이 아니라 제한, 즉 Eingriff를 의미한다)가 된다 할 수 없다”고 주장한다. 헌법재판소는 유독 이 사건에서 고전적 제한개념을 고수하고 있다. 그러나, 준법서약서제도는 사상범들의 내심의 세계를 가석방이라는

919) Sachs, 앞의 글, 137쪽 이하.

920) 헌재 1996. 3. 28. 94헌마42, 판례집 8-1, 199, 207.

921) 헌재 1998. 12. 24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 835-840.

922) 가령 BVerfGE 13, 181 (185 ff.); 52, 42 (53 f.); 61, 68 (72); 82, 209 (223 f.).

923) 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425 등.

혜택의 부여를 통해서 확인하고 조종하려는 의도로 채택된 것이며, 자유가 박탈된 개인들에게 자유를 회복시켜주는 가석방은 실제로 자신들의 양심을 은폐하거나 양심에 따른 행태를 포기하게 할 수 있을 정도의 강력한 행태조종적 효과를 발휘할 것이기 때문에 양심의 자유에 대한 제한이 존재한다고 보아야 한다.⁹²⁴⁾

한편, 이익을 주거나 불이익을 부과함으로써 기본권주체에게 국가가 원하는 행위를 하도록 유도하는 경우, 그러한 유도조치는 국가가 “의도적” 행태조종의 하나에 불과하다는 인상을 준다. 그러나 - 국가의 그와 같은 의도가 존재하는지 여부와는 무관하게 - 일반적으로 행태조종적 효과 때문에 기본권제약이라고 평가하는 것이다.

이와 같은 유형의 기본권적 양극관계는 고전적 기본권제한에서 나타나는 통상적인 형식적 기준들에 의하여 평가될 수 없다. 앞서서 먼저 살펴본 사실행위를 통한 기본권제약의 유형과는 달리 이 유형의 기본권제약은 보통 법적 행위를 통해서 이루어진다. 그러나 두 번째 유형의 기본권제약은 사실행위를 통해서도 발생할 수 있다. 가령 행정부가 일정한 행위를 권유함으로써 개인의 행태를 조종할 수도 있다. 혹은 경찰이 시위참여자들을 촬영하는 것처럼 관련 개인들이 인지할 수 있는 방식으로 정보를 조사하는 것은 자유행사에 대한 위축효과를 발휘할 수 있다. 이 유형들을 간접적인 기본권제약이라고 부를 수도 있을 것이다.⁹²⁵⁾ 즉 공권력이 관련 개인이 자신에게

924) 2인의 인용의견도 양심의 자유에 대한 제한이 존재한다고 보았다. 미국 연방대법원도 *Speiser v. Randall* (357 U.S. 513 (1958))에서 퇴역군인이 재산세 감면 혜택을 받기 위해서는 미국정부를 폭력적으로 전복하는 것이 옳지 않다고 믿는다는 서약서에 서명하도록 규정한 캘리포니아주 법률을 이른바 ‘위헌적 조건의 법리(unconstitutional conditions doctrine)’에 따라 위헌으로 선언하였다. 이 법리에 입각한 미 연방대법원의 판례들에 대해서는 박종보, 양심의 자유의 보호범위와 논리구조 - 준법서약제 사건을 중심으로 -, 헌법실무연구회 제29회 월례발표회 발표문 참조.

925) Weber-Dürler, 앞의 글, 71쪽. Sachs, 앞의 글, 169쪽 이하를 이를 자기제약이라는 유형으로 분류하고 있다.

해가 되는 행태를 하도록 원인을 제공하는 경우이다. 그러므로 그러한 행태가 관련 개인의 의사에 기초를 두고 있어야 한다. 만일 국가가 불가항력적인 힘을 가하였기 때문에 그와 같은 행태를 취하게 되었다면, 그것은 국가의 사실행위에 의한 기본권제한의 유형으로 분류하여야 한다.

2. 삼각관계

삼각관계에서는 국가가 매개자를 통하여 기본권적 보호법익에 대하여 영향을 미치는 경우이다.⁹²⁶⁾ 이 유형에서는 간접적 기본권제약이라는 표현을 진정 에누리없이 사용할 수 있다.

가. 사인인 제3자를 통한 제약

삼각관계 유형에 속하는 대표적인 유형은 이른바 국가의 영향을 받는 제3의 사인에 의하여 기본권적 보호법익이 타격을 받는 경우이다.⁹²⁷⁾ 제품의 하자나 위험성에 대한 경고 또는 제품사용의 권고 등을 통해서 생산자의 경제적 자유를 제약하는 경우나 국가가 대중에 대하여 특정 종교단체의 위험성을 알림으로써 그 종교단체의 종교의 자유를 제약하는 경우이다. 이 경우 국가는 정보제공(가령 유아에게 예방접종을 실시하도록 부모나 소아과 의사에게 권고하는 경우), 명령(가령 케이블 TV 업자에 대하여 특정 프로그램을 배포하지 못하도록 하는 것은 간접적으로 방송송출자에게 타격을 가한다), 혜택의 부여, 불이익의 부과(일정 신문의 우송 지체) 등 어떤 방식

926) W. Roth, 앞의 책, 298쪽 이하.

927) Sachs, 앞의 글, 171 및 192쪽 이하.

으로든 사인인 제3자의 의사형성에 영향력을 행사한다.

주택소유자에게 전기난방시설의 가설 및 사용을 금지함으로써 간접적으로 그 생산자, 판매상, 설비가설업자에게 타격을 가하는 법규정은 명령을 통한 제3자 제약의 유형에 속한다. 국가는 보조금지급을 통해서 가령 파괴적인 신흥종교의 위험성을 경고하는 사설단체나 유권자의 의사에 영향력을 행사하려는 선거단체와 같은 사인의 정보제공활동을 유도하거나 장려할 수 있다. 예상되는 불이익은 의료보험체계에서 중요한 결정요인이다. 가령 의료보험가입자들은 의료보험이 부담하지 않는 진료나 의약품을 포기하는 경우가 적지 않으며, 결과적으로 그와 같은 진료나 의약품을 제공하는 자들은 고객을 잃고 경제활동에 타격을 입을 수 있다.

우리 헌법재판소의 판례에서도 사인인 제3자에 의하여 매개되는 기본권제한을 인정한 사례를 적지 않게 찾아 볼 수 있다. 가령 당구장에 18세 미만자의 출입금지를 표시할 법적 의무를 부과하는 경우 설사 그것이 “게시(게시)의무에 그치고 출입 그 자체를 제한하는 규정은 아니라고 할지라도 게시된 그 표시에 의하여 18세 미만자에 대한 당구장 출입을 저지하는 사실상의 규제력을 가지게 되는 것”⁹²⁸⁾ 이므로 당구장영업자의 직업의 자유에 대한 제한이 존재할 뿐만 아니라,⁹²⁸⁾ 18세 미만 청소년의 일반적 행동의 자유에 대한 간접적 제한이기도 하다. 자도소주구입명령제⁹²⁹⁾에서 그러한 법적 명령의 직접적인 수범자는 주류판매업자이지만 소주생산업자나 소비자는 그로 인하여 자신의 직업의 자유나 일반적 행동의 자유의 한 내용인 상품선택의 자유를 간접적으로 제약받게 된다.⁹³⁰⁾ 법무사가 그 사무

928) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 375.

929) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680.

930) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 690. 유사한 기본권제한의 문제는 가령 탁주공급규역을 제한하는 경우에도 발생한다. 헌재 1999. 7. 22. 98헌가5, 판례집 11-2. 참조. 이 경우에는 그 명령의 직접 수범자는 탁주생산업자이지

실에 고용할 수 있는 사무원의 수를 제한하는 규율도 그 법적 의무의 주체인 법무사의 직업수행의 자유만이 아니라 그 사무원들의 직업선택의 자유에 대해서도 간접적으로 제약을 가하는 것이다.⁹³¹⁾ 전기통신사업법에 의한 인터넷상의 불온통신 규제는 그 규제의 법적 구조가 정보통신부장관 - 전기통신사업자 - 전기통신이용자의 삼각구조로 짜여져 있어, 명령 및 처벌의 대상자는 전기통신사업자이지만, 그로 인하여 실질적으로 표현의 자유를 제한받는 자는 이용자가 된다.⁹³²⁾ 그 밖에도 국제그룹해체사건에서 헌법재판소는, 재무부장관이 국제그룹의 주거래은행인 제일은행장에 대하여 행정지도의 외관을 빌어 국제그룹의 해체준비착수 및 언론발표를 지시하고 국제그룹을 제3자에게 인수시킨 것을 권력적 사실행위에 의한 재산권침해로 보았다. 이 사건에서 제일은행의 영업의 자유에 대한 제한은 국제그룹의 해체를 목표로 하는 것이었다.

한편, 헌법재판소는 선거기간중 여론조사결과를 공표하는 것을 금지하는 경우 언론사의 언론의 자유만이 아니라 국민의 알권리도 제한하는 것이라고 보았다.⁹³³⁾ 청소년보호를 위하여 저속한 간행물의 출판을 금지하고 그러한 간행물을 출판하는 출판사를 등록취소하는 것은 성인의 '알권리'도 침해하는 것이라고 판단하였다.⁹³⁴⁾ 요컨대 언론의 자유에 대한 제한은 곧 알권리에 대한 제한을 의미한다는 것이다. 그러나 이러한 판례의 타당성에 대해서는 의문이 제기된다. 알권리가 제한되었는지를 판단하려면 먼저 알권리의 보호영역이 확정되어야 한다. 문제는 알권리는 헌법에 명시되어 있는 권리가 아니

만 소비자의 상품선택권도 간접적으로 제약받게 된다.

931) 헌재 1996. 4. 25. 95헌마331, 판례집 8-1, 465.

932) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480.

933) 헌재 1999. 1. 28. 98헌바64, 판례집 11-1, 33; 1998. 5. 28. 97헌마362등, 판례집 10-1, 712; 1995. 7. 21. 92헌마177등, 판례집 7-2, 112, 129-130.

934) 헌재 1999. 1. 28. 98헌바64, 판례집 11-1, 33, 39-40.

며, 따라서 그 구성요건이 불분명하다는 것이다. 헌법재판소 역시 그 구성요건을 명확히 확정하지 않았다. 헌법재판소는 일반적으로 접근가능한 정보원으로부터 정보를 자유롭게 수집할 수 있는 자유권은 물론 정보청구권까지도 기본권으로서의 알권리의 내용에 포함시켰다.⁹³⁵⁾ 어쨌든 알권리의 자유권적 측면을 독일 기본법처럼 ‘일반적으로 접근가능한 정보원으로부터 정보를 수집할 수 있는 자유’로 본다면 앞에서 예로 든 사건에서 과연 알권리가 제한되었는지는 의문이다. 왜냐하면 여론조사결과가 신문에 실리거나 방송을 타기 전까지는 일반적으로 접근가능한 정보원에 담겨 있는 정보가 아니기 때문이다. 일반적으로 접근가능한 정보원의 수가 적거나 그에 담겨 있는 정보의 양이 적으면 알권리의 대상도 그만큼 반사적으로 축소된다. 그러나, 그것이 과연 ‘알권리’의 객관법적 측면이 아닌 주관적 권리의 측면에 대한 제한으로 평가될 수 있을지는 의문이다.

국가가 경쟁관계에 있는 자에게 보조금을 지급함으로써 경쟁에서 유리한 지위를 마련해 주는 경우의 연관관계는 보다 복잡성을 띤다.⁹³⁶⁾ 즉 보조금을 받지 못한 자의 경제적 활동가능성은, 보조금을 수령하는 자들이 그 만큼 생산비용을 절약하게 된다는 점을 고려하여 시장에서 활동하게 됨으로써 간접적으로 축소되게 된다. 한편, 헌법재판소는 군필자가산점제⁹³⁷⁾나 국가유공자 등에 대한 가산점제⁹³⁸⁾ 사건에서 경쟁관계에 있는 제3자인 군필자나 국가유공자 등에게 공무원선발시험에서 가산점을 부여하는 것은 여성이나 비유공

935) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 176-177의 요지 3-임야조사서 등; 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234, 245 이하 - 확정된 형사소송기록. 그러나 이 판례에서 청구권성을 인정하는 다수의견에 대하여는 비판적인 2인의 소수의견이 있다(각각 254, 261).

936) Lübbe-Wolff, 앞의 책, 281쪽 이하; W. Roth, 앞의 책, 336쪽 이하.

937) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마33, 판례집 11-2, 732; 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770.

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

자 등의 직업의 자유나 공무담임권 등에 대한 제한을 가하는 것으로 보았다. 법률로 공산무장유격대원들의 명예를 회복시켜주는 경우 동인들로부터 가족이 피살된 사람들, 그 무장유격대원들을 진압하였던 군인들의 명예가 훼손되고, 명예권의 근원인 인격권이 침해된다는 헌법재판소의 소수의견도 있다.⁹³⁹⁾

국가가 제3자의 행태를 단순히 가능하게 하는 경우의 제3자를 통한 기본권제약을 기본권제한으로 볼 수 있는지는 경계선상에 놓여 있는 문제이다. 가령 특정 장소에서의 시위가 빈번히 열려 인근의 상점들이 고객을 잃는 경우가 그와 같은 예이다. 건축법 또는 환경법에 의한 인허가가 그 상대방에게 인근주민들의 재산권이나 건강에 유해한 건물, 공장 등의 건설을 허용하여 주는 경우도 마찬가지이다. 더욱 까다로운 사례들은 교도소에 수감된 재소자가 교도소 안에서 다른 재소자를 살해한 경우나 귀휴(행형법 제44조 제3항)를 받은 재소자가 그 휴가기간 중 범죄를 저지른 경우처럼 국가가 범죄행위로 끝나는 인과관계의 한 고리를 형성하고는 있는 경우이다.

나. 타국에 의한 기본권제약

삼각관계의 한 유형인 타국에 의한 제약은 사인이 아닌 외국이 제3자로서 기본권에 대한 제약에 관여하는 경우이다.⁹⁴⁰⁾ 가령 사형이나 비인간적 형벌이 기다리고 있는 외국으로 그 국가의 국민을 인도하는 것이 그 대표적인 예이다. 독일의 판례는⁹⁴¹⁾ 이러한 기본권제약을 이미 오래 전부터 기본권제한으로 파악하였다.

939) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 419 이하(재판관 권성, 주선회의 소수의견) - 제주4·3사건진상규명및희생자명예회복에관한특별법.

940) Sachs, 앞의 글, 172, 196쪽 이하; W. Roth, 앞의 책, 325쪽 이하.

941) 이에 대해서는 Sachs, 앞의 글, 200-201쪽; D. Lorenz, in: HdbStR VI, § 128 Rndr. 27.

IV. 기본권제한개념의 확장필요성

1. 확장의 필요성

가. 독일의 최근 연구성과들은 기본법 시행 이전에 통일적인, 일반적으로 승인된 “고전적 제한개념”은 존재하지 않았다는 사실을 보여주고 있다.⁹⁴²⁾ 오히려 고전적 제한개념은 기본권을 자유주의적 법치국가의 자유원리의 표현으로 이해하면서 그것을 국가에 대한 방어권과 동일시하던 독일의 19세기 “고전적” 기본권관, 법률유보의 적용범위와 관련하여 당시에 통용되던 침해유보론(즉 자유와 재산에 대한 침해를 위해서는 법률의 수권이 필요하다는 설), 행정행위의 개념 및 기본법 시행 이전에는 행정작용에 대한 사법적 통제가 행정행위에 국한되어 있었다는 사정, 이른바 고전적 공용수용개념 등의 영향 속에 후에 이론적으로 개발되어 절대화되고 과거로 투사된 것에 불과하다.⁹⁴³⁾ 결국 이른바 기본권제한의 “고전성”은 기본권 제한으로 볼 수 있는 사례들을 이념형으로 하여 추출되어진 것이다. 그러므로 고전적 제한개념은 기본권관련사건을 해결하기 위한 도구 개념들(dogmatische Begriffe)에 특유하게 나타나는 현상인 “스스로 조성한 복잡성의 환원(Reduktion selbsterzeugter Komplexität)”인 것이다.⁹⁴⁴⁾ 그에 따라 이제까지 확고한 것으로 간주되어 온 고전적 제한개념의 토대가 무너지고 있으며, 독일 기본법 자체도 다른 유형의 기본권제한을 배제하지 않고 있다는 주장이 제기되고 있다.

942) Sachs, 앞의 글, 85쪽 이하, 특히 103-104쪽.

943) A. Roth, 앞의 책, 134쪽 이하, 특히 137쪽; Sachs, 88쪽; W. Roth, 앞의 책, 29쪽; H. Bethge, 앞의 글, 38쪽; Merten, 토론, VVDStRL 57 (1997), 112-113쪽.

944) H. Bethge, 앞의 글, 38쪽.

우리 헌법의 기본권규정들도 고전적 제한의 유형과는 다른 유형의 제한 가능성을 시사하고 있다. 가령 신체의 자유(제12조)는 사실 행위인 체포, 구속, 압수, 수색, 심문, 고문 등으로부터, 주거의 자유(제16조)도 사실행위인 압수, 수색으로부터 개인을 보호하고자 한다. 반면 현행 헌법이 고전적 제한개념을 토대로 하고 있다는 특별한 근거를 확인할 수는 없다. 오히려 헌법에 등장하는 “불가침”(제10조 제2문) “침해”(제16, 17조), “한계”(제23조 제2항), “경시”(제37조 제1항), “제한”(제37조 제2항) 등은 확고한 개념적 윤곽을 갖고 있지 않다. 그 이유로 여러 가지를 들 수 있다. 먼저 기본권규범의 구조적 개방성을 들 수 있다. 기본권의 보장영역들마다 그 테마, 기체(Substanz), 차원이 다르다. 보호영역과 제한의 관계가 기본권에 따라 다르다.⁹⁴⁵⁾ 자유권들은 간접적인 방식으로도 영향력을 행사하는 국가와 대립하고 있다. 그렇기 때문에 기본권제한은 하나의 논거일 뿐 절대적인 것일 수 없는 것이다. 평가에 대하여 열려 있는 개념의 윤곽을 선명하게 그려내는 것은 매우 힘든 일이다.⁹⁴⁶⁾ 이러한 배경에서 영역마다 특별한 기준을 형성하여야 한다는 주장이 제기되는 것이다.⁹⁴⁷⁾

나. 헌법의 변천도 기본권제한에 사실행위에 의한 제한도 포함시켜야 할 필요성을 뒷받침한다. 인격권의 영역에서 새롭게 인정되고 있는 기본권적 내용들, 특히 앞서서도 설명한 바와 같이 정보의 자결권은 제한개념과 관련한 사고의 전환을 촉구하고 있다. 사실상의 제약에 대한 보호 없는 신상정보의 보호는 상상하기 힘들다. 사생활과 신상정보는 현대 기술 및 생명과학의 발전으로 인하여 과거에

945) Di Fabio, JZ 1993, 695쪽.

946) H. Bethge, 앞의 글, 38쪽.

947) Albers, DVBl. 1996, 241쪽 참조.

예견할 수 없었던 유형의 사실적 제약의 위협 앞에 노출되어 있으며 새로운 기본권을 통한 보호의 필요성을 제기하고 있다. 새로운 기본권적 내용들과 새로운 유형의 사실상의 제약들은 상호작용을 통해서 헌법의 변천을 촉진하고 있다. 통신의 자유, 언론의 자유를 포함하는 의사소통의 자유의 영역에서도 새로운 기술적 발전으로 인해 국가가 개인의 의사형성에 영향을 미칠 수 있는 가능성이 높아지고 있으며 그에 따라 그에 대한 기본권보호의 필요성도 분명해지고 있다.

다. 또한 급부행정의 팽창은 국가활동에 대한 개인의 의존성을 증대시키고 있으며, 이는 다시 국가가 개인을 조종할 수 있는 수단들의 증대로 이어진다. 집중하고 있는 국가의 정보제공활동을 비롯한 여타의 새로운 활동형식들도 국가가 개인에 대하여 영향력을 행사하고 조종하는 수단으로 사용될 수 있다.

라. 그러므로 기본권에 의하여 보호된 개인의 지위에 대한 새로운 위협요인들에 대한 대처 방법의 하나로 기본권제한 개념을 확장할 필요가 있다. 물론 기본권이론과 기본권실무는 새로운 상황에 대하여 새로운 기본권기능을 통해서 대처할 수도 있다. 기본권의 방어권적 기능을 강화하는 것은 새로운 위협에 대한 여러 대처 방법들 중의 하나일 뿐이다. 물론, 방어기능을 강화하지 않을 경우 국가가 기본권구속을 용이하게 피할 수 있다면, 기본권의 방어권적 기능을 강화하는 것은 불가피하다. 그리고 규율형식이나 행위형식이 기본권의 구속력을 좌우해야 할 이유도 없다. 오히려 명령형식의 기본권제약과 여타 유형의 기본권제약을 동등하게 다룰 때만 법적 평가에 있어서 생길 수 있는 모순을 피할 수 있다.⁹⁴⁸⁾ 기본권주체에게는 기본

권제약의 양식이나 형식이 아니라 오로지 기본권제약의 효과만이 중요한 의미를 가질 뿐이다.⁹⁴⁹⁾

요컨대 기본권적 법익을 실효적으로 보장하려면 제한개념을 확장하는 것이 불가피하다.

2. 과도한 확장의 위험성

기본권제한 개념이 여타 유형의 기본권제약에까지 무제한적으로 확대될 경우 먼저 제한개념의 운곽의 명료성이 상실된다. 이미 개별적으로 확장적으로 이해되고 있는 고전적 제한개념의 여러 표지들을 임의로 동원하고 또 필요에 따라 바꿔치기 할 수 있다. 이는 법의 예측가능성의 상실로 이어지게 된다. 무엇보다도 고전적 제한개념이 발휘했던 형식을 통한 보장기능이 무력화되게 된다. - 일반조항으로 도피하지 않는 한 - 기본권에 대한 사실행위를 통한 제한이나 의도적인 제한의 경우에만 법률유보의 요건을 충족시킬 것을 요구할 수 있으며, 의외의 제한의 경우 법률유보의 요건을 요구할 수 없음은 사리에 비추어 볼 때 명백하다.⁹⁵⁰⁾ 확장된 제한개념도 보상을 포함한 기본권제한의 특별한 정당화요건을 충족하여야 한다. 결국 제한개념의 확장은 국가가 자신의 활동을 정당화하여야 하는 부담을 증대시킨다. 이는 다시 국가의 활동가능성을 축소시키고 또 국가가 자신의 활동으로 인한 책임의 정도와 범위를 사전에 예견할 수 없게 함으로써 궁극적으로는 국가기능을 부분적으로 마비시킬

948) Gallwas, 앞의 책, 49쪽; Weber-Dürler, 앞의 글, 76쪽.

949) Gallwas, 앞의 책, 45쪽 이하; W. Roth, 앞의 책, 261쪽 이하; Weber-Dürler, 앞의 글, 76쪽; Bethge, 앞의 글, 40쪽.

950) J. Isensee, 앞의 글, § 111 단락번호 64, 70; 그를 인용하면서 Bethge, 앞의 글, 41쪽.

위험이 있다.⁹⁵¹⁾ 국가론적으로는 제한의 존부 및 그에 따른 법적 효과를 구속력 있게 확정하는 사법권으로 권력의 중심추가 이동하여 사법국가를 초래할 수 있는 위험이 있다.⁹⁵²⁾

이 때문에 헌법적 정당화를 필요로 하는 자유영역에 대한 축소인 기본권제한을 헌법적 정당화를 필요로 하지 않는 여타의 제약과 구분할 필요가 있다. 달리 말하면 확장된 제한개념을 적정한 범위로 축소할 필요가 있다. 그에 따라 최근 제한의 표지를 무엇으로 확정할 것인가 하는 문제가 기본권제한의 문제를 둘러싼 논의의 주된 테마로 등장하고 있다.

V. 기본권제한개념과 새로운 기본권기능

기본권을 방어적·소극적 기능만을 가지고 있는 것으로 이해했던 자유주의적 기본권관은 R. Smend 이래 점증하는 비판에 직면하였다. 그 결과 오늘날 기본권이 다른 기능들도 갖고 있다는 견해가 관철되었다.⁹⁵³⁾ 그에 따라 본래 자유주의적 기본권관에 뿌리를 두고 발전해 왔던 침익적·한계적 사고가 비판을 받고는 있지만, 전술한 바와 같이 제한이라는 체계적 요소의 유용성과 필요성은 아직 근본적인 의문에 직면하지는 않고 있다. 어쨌든 그 개념의 유용성은 새로운 도전을 받고 있다.

951) Gallwas, 앞의 책, 75쪽; Stern, 앞의 책, § 72, 1207쪽; Weber-Dürler, 앞의 글, 76쪽.

952) A. Roth, 앞의 책, 164-165쪽.

953) 많은 것 대신에 Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2판, 1972, 특히 163쪽 이하, 222쪽 이하; 그러한 비판이 제한의 도그마에 대하여 미치는 영향에 대해서는 Lübke-Wolff, 앞의 책, 63쪽 이하. 국내 문헌으로는 계희열, 앞의 책, 43쪽 이하 참조.

1. 기본권관의 변화와 그 결과

기본권관의 변천으로 인하여 기본권은 방어적 기능만이 아니라 객관적 원칙규범(objektive Grundsatznormen) 내지 객관적 가치질서의 요소로서의 의미도 갖게 되었다. 기본권은 급부행정, 특별신분관계, 법적용자의 결정의 여지를 비롯한 법질서의 구석구석까지 방사효를 미친다.⁹⁵⁴⁾ 급부행정과 특별신분관계에서는 고전적 제한 유형과는 다른 유형의 기본권제약이 출현하고 있다. 앞의 기본권제약의 유형에서 살펴본 것처럼 사회국가적 현실에서 - 평등에 반하여 - 급부를 거부하는 것은 고전적 제한에 못지 않게 국가의 급부에 의존하고 있는 개인의 자유를 위협하고 있다. 실제적인 관점에서 볼 때 객관법적으로 이해된 기본권은 고전적 기본권제한 이외의 기본권제약의 문제를 탄력적으로 해결할 수 있는 장점이 있지만, 그 구속력이 미치는 정도나 범위가 방어권이나 제한 내지 침익적 사고의 엄격성에 비해서는 모호하다. 이러한 이유 때문에도 기본권의 객관법적 기능은 방어적 기능에 대하여 보충적인 의미를 갖는다고 보아야 한다.⁹⁵⁵⁾ 다시 말하면 자유권의 제1의 기능은 여전히 방어권으로서의 기능이며,⁹⁵⁶⁾ 새로운 기능들은 방어권이라는 기성 건물에 추가된 증축건물(Anbauten) 것이다.

954) P. Saladin, Grundrechte im Wandel, 1판, 1970, 320쪽 이하.

955) A. Roth, 앞의 책, 158쪽 이하; Sachs, 앞의 글, 128, 224쪽.

956) BVerfGE 7, 193 (205); 68, 193 (204-205); Berhge, 앞의 글, 14쪽; E. Klein, NJW 1989, 1633쪽.

2. 새로운 기본권기능

가. 기본권제한 개념의 확장은 개인의 자유 실현을 저해하는 국가 활동을 광범위하게 방지하고 또 그에 대응하는 데 기여한다.⁹⁵⁷⁾ 이 점에서 방어권은 국가에게 일정한 행위를 하도록 동기를 부여하거나 의무를 부과하는 새로운 기본권기능들과 구분된다. 여기서 소극적 의무와 적극적 의무를 구분하는 것은 그것을 통해 제한(침익)과 급부라는 문제성 있는 이분법에 의거하려는 것이 아니라 확장된 제한개념을 통하여 급부행정의 영역에서 발생하는 새로운 유형의 기본권제한사례들을 해결하려는 것이다. 국가의 작위와 부작위의 구분에 대해서는 이제까지 근본적인 비판은 제기되지 않았다. 그러나 때로는 양자를 구분하기 어려운 경우가 있을 수 있다. 유럽인권재판소는 적극적 의무와 소극적 의무 사이의 경계가 명확하지 않다고 판시한 바 있다.⁹⁵⁸⁾ 자신의 혈통을 확인하기 위하여 공문서 열람을 청구한 사례가 바로 그러한 사례이다. 이러한 문제에 대한 비교법적 검토는 흥미로운 차이를 보여주고 있다. 자유권을 행사하기 위해 필요한 공물의 특별이용신청에 대한 거부와 관련하여 스위스에서는 명확히 자유권에 대한 제한으로 보는데 비하여,⁹⁵⁹⁾ 독일의 다수설은 여전히 이를 단순한 수인의무의 문제가 아닌 참여권(Teilhaberecht) 내지 급부권의 문제로 본다.⁹⁶⁰⁾

나. 독일에서는 자유권으로부터 국가의 기본권보호의무가 도출된

957) Lübbe-Wolff, 앞의 책, 33-34쪽; Sachs, 앞의 글, 163쪽; A. Roth, 앞의 책, 142쪽; Weber-Dürler, 앞의 글, 78쪽.

958) EuGRZ 1995, 113 (114, 요지와 119).

959) Weber-Dürler, 앞의 글, 78-79쪽 및 주 139에서 인용된 문헌 참조.

960) Murswiek, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HdbStR V, § 112 단락번호 66-67, 81.

다는 것과, 경우에 따라서는 국가의 객관적 보호의무에 상응하는 개인의 보호청구권까지 발생할 수도 있다는 것이 판례에 의하여 인정되고 있다.⁹⁶¹⁾ 우리 헌법재판소도 교통사고처리특례법 사건에서 독일의 보호의무론의 토대 위에서 결정을 내린 바 있다.⁹⁶²⁾ 보호의무는 국가에 대하여 제3자가 기본권에 의하여 보호되는 법익에 가해를 가하지 못하도록 제지할 것을, 필요한 경우에는 가해자의 기본권을 제한함으로써 피해자의 기본권을 보호하여 줄 것을 요구하는 반면, 강화된 방어기능은 국가가 제3자를 통해서 간접적으로 기본권적 보호법익에 가해를 가하는 것을 금지하는 것이다. 두 기능은 서로 매우 근접해 있으나, 아직 두 기능의 관계는 충분히 해명되지 못하고 있다. 경계선에 놓여 있는 문제가, 제3자를 통한 기본권제한 유형 중 국가가 제3자의 행위를 단순히 가능하게 하는 경우이다. 이 문제와 관련하여 구체적으로 건축법이나 환경법에 의한 인허가가 인근주민의 기본권에 대한 제한을 의미하는지에 대한 열띤 논쟁이 벌어지고 있다. 국가가 제3자의 사업계획의 실행을 저지하지 않은 경우는 방어권이 아니라 보호의무가 적용된다고 보아야 한다.⁹⁶³⁾ 제3자가 기본권의 보호법익에 가해하는 것을 단순히 방관할 뿐인 경우에는, 기본권주체의 입장에서 보면 그것이 미치는 기본권에 대한 영향이 국가가 스스로 기본권에 제한을 가하는 것과 같다고 하더라도, 방어권이 아닌 기본권보호의무가 적용된다.

961) 이에 대해서 상세한 것은 정태호, 기본권보호의무, 「인권과 정의」, 1997년 8월호, 83쪽 이하 참조. 보호청구권의 문제에 대해서는 특히 100쪽 이하 참조. 보호청구권의 가능성을 인정하고 있는 판례로는 BVerfGE 77, 170 (215); 79, 174 (201-202); 85, 101 (212) 등.

962) 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 9-1, 90 (119 이하) - 법정외인 4인의 합헌의견. 위헌의견인 3인의 반대외견도 보호의무를 논거로 하고 있다(같은 판례 126쪽 이하)

963) 동지: Stern, 앞의 책, § 67 729쪽 이하; Sachs, 앞의 글, 212쪽; Isensee, 앞의 책, 단락번호 118쪽 이하; Weber-Dürler, 81쪽. 반대설로는 Murswieck, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 61쪽 이하, 88쪽 이하, 102쪽 이하; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, 219쪽 이하.

VI. 기본권제한과 보호영역의 관계

기본권제한을 확인하기 위해서는 먼저 기본권의 보호영역이 확정되어야 한다. 기본권제한과 기본권보호영역은 다양하게 관련되어 있다. 하나의 동일한 국가조치라도 보호영역을 넓게 잡느냐 아니면 좁게 잡느냐에 따라 고전적 기본권제한으로 평가될 수도 있고 여타의 기본권제약으로 평가될 수도 있다.⁹⁶⁴⁾ 가령 개인의 기본권행사를 위한 준비행위를 방해하는 국가의 법적 행위에 대한 평가가 그와 같이 달라질 수 있다. 어쨌든 가령 신문에 게재할 사진의 압류조치나 재소자의 혼인신청을 전달하지 않는 것은 각기 언론의 자유와 혼인의 자유에 대한 제한으로 논증하는 것이 가능하다.

1. 기본권행사의 가능성

행태의 자유에서 제한개념의 확대는 보호영역의 새로운 측면들과 결부되어 있다.⁹⁶⁵⁾ 삼각관계에서의 기본권제약은 종종 사인인 제3자를 기본권주체로부터 멀어지게 하는 형태로 이루어진다. 위에서도 이미 살펴본 바와 같이 국가의 홍보활동으로 기존의 또는 잠재적 고객들이 상품공급자로부터 등을 돌리거나 기존의 또는 잠재적 추종자들이 종교단체로부터 발길을 돌리게 되면 상품공급자는 그 만큼 판매의 기회가 줄며, 종교단체는 포교활동이 어려워질 뿐만 아니라 기존의 신도를 놓칠 수 있다. 국가가 발한 금지나 작위명령이 일

964) Bleckmann/Eckhoff, Der "mittelbare" Grundrechtseingriff, DVBl. 1988, 373쪽 이하, 특히 379쪽 참조.

965) Albers, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, DVBl. 1996, 237쪽 이하.

정한 행위가능성을 억제한다면, 3각관계에서의 기본권제약의 경우에는 행위의 가능성은 여전히 열려 있다. 다만, 고객이나 추종자들의 이익이나 관심이 사라지게 되기 때문에 그러한 가능성이 줄어들게 된다. 그러나, 이와 같은 기본권의 사실상의 행사가능성까지도 보호 영역에 포함시키는 새로운 관점은 행태의 자유를 보장하는 기본권의 경우에만 의미가 있다. 국가가 특정인의 신체의 온전성을 침해하도록 제3자에게 동기를 부여하는 경우에는 그러한 변화된 관점은 의미가 없다.

2. 보호영역의 윤곽이 불명료한 기본권들의 문제

가. 무엇보다도 넓은 보호영역을 갖고 있는 기본권들과 관련하여 제한개념을 확장하는 것에 대하여 심각한 우려가 제기되고 있다. 특히 일반적 행동의 자유는 빈틈없이 자유를 보호하는 효과를 낳고 있다.⁹⁶⁶⁾ 그리하여 가령 음주운전자 적발을 위한 교통통제로 교통체증이 발생하여 노상에 상당 시간 발이 묶인 운전자들은 그로 인하여 거주이전의 자유나 적어도 일반적 행동의 자유에 대한 사실상의 제한을 받은 것으로 평가될 소지도 있다. 고속도로에서의 속도제한의 문제도 마찬가지이다.⁹⁶⁷⁾

966) 헌법재판소는 가령 당구치기(헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 383-384), 기부금품의 모집(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 552-553), 하객들에 대한 음식집대(헌재 1998. 10. 15. 98헌마168, 판례집 10-2, 586, 596-598; 이 판례에서는 헌법 제37조 제1항도 함께 그 근거로 제시되고 있다), 무상 또는 일시적 교습행위(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 456), 소유권이 전등기를 하지 않을 자유(헌재 1998. 5. 28. 96헌마83, 판례집 10-1, 624, 634-637)와 같은 부작위의 자유(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 276) 등을 일반적 행동의 자유의 일종으로 파악하고 있다.

967) 이 문제를 자유권의 문제가 아닌 급부권 내지 참여권의 문제로 보는 견해로는 Erichsen, HdbStR VI, 1989, § 152 단락번호 66 및 그 곳에서 인용된 문헌.

나. 그에 따라 일각에서는 일반적 행동의 자유의 경우에는 확장된 제한개념이 아닌 고전적 제한개념을 고수하자는 견해도 주장되고 있다.⁹⁶⁸⁾ 즉 이 기본권의 경우에만 (제3자가 아닌) 관련 개인을 직접적인 대상으로 발해진 법적 조치에 의한 제약만을 기본권제한으로 인정할 수 있다는 것이다. 그러나 이 교육책은 아직 광범위한 지지를 얻지는 못하고 있다.

다. 다음으로 기본권행사를 다소 불편하게 만드는 것 (Grundrechts- belästigung)은 기본권행사를 불가능하게 하거나 심히 어렵게 만드는 제한은 아니라고 보는 견해도⁹⁶⁹⁾ 이 문제와 관련하여 그다지 유용한 해결방안을 제공하지는 못한다고 본다. 기본권 제한과 그것이 아닌 기본권에 대한 사소한 제약을 구분할 수 있는 명확한 기준을 제시하기 어렵거니와 사소한 제약을 보호영역에서 제외시켜야 할 근거를 헌법에서 찾을 수 없기 때문이다. 사소한 제약의 문제는 보호영역의 문제가 아니라 제한의 허용성 내지 정당성의 문제로서 다뤄야 할 것이다.

라. 그렇지만, 개별 기본권규범의 목적을 고려하여 기본권, 특히 직업의 자유와 재산권 등 경제적 자유의 보호영역을 한정하는 것은 필요하고 또 정당하다.⁹⁷⁰⁾ 경제적 활동의 가능성은 국가가 직업의 자유를 제한하지 않고도 영향을 미칠 수 있는 수많은 조건들에 의존하고 있다.⁹⁷¹⁾ 경제적 자유가 가령 기존 고객관계의 존속을 보장

968) Pietzcker, "Grundrechtsbetroffenheit" in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, in: FS O. Bachof, 1984, 146쪽 이하; Spaeth, 앞의 글, 166쪽.

969) 찬성하는 견해로는 Kloepfer, BVerfG und GG II, 1976, 407쪽; Pieroth/Schlink, 앞의 책, 단락번호 248; Heintzen, DVBl. 1988, 626쪽; Pietzcker, FS Dürig, 1990, 357쪽. 반대하는 견해로는 Murswieck, 앞의 책, 193쪽; Isensee, 앞의 글, § 111 단락번호 66, 107. 이에 비하여 일괄적 해결을 거부하는 입장으로는 Sachs, 앞의 글, 205쪽 이하. 그는 무엇보다도 의도된 제약은 그것이 사소하더라도 제한으로 이해되어야 한다고 본다. Sachs, in: Sachs(편저), Grundgesetz. Kommentar, 1996, Vorb. Art. 1 단락번호 69.

970) Weber-Dürler, 앞의 글, 84쪽.

하지 않는다. 고객의 도래는 가령 유류에 대한 세금인상으로 영향을 받을 수 있지만, 그것이 일반영업체의 경제적 자유에 대한 제한을 의미하는 것은 아니다. 반면, 국가가 고객이 차를 타고 호텔이나 주유소에 접근하는 것을 불가능하게 하거나 지나치게 곤란하게 만드는 경우에는 경제적 자유에 대한 제한을 가하는 것이다. 재산권의 보호영역의 경계 역시 유사한 방식으로 확정되어야 한다. 재산권이, 국가가 야기한 일체의 환경변화로부터 재산권을 보호하지는 않는다.⁹⁷²⁾ 재산권의 보호영역 역시 모든 경제적 환경에까지 미치지 않는다.⁹⁷³⁾ 따라서 가령 중앙은행이 주식시세를 떨어뜨리는 효과를 갖는 이자율의 인상을 시도하는 경우에도 재산권침해를 주장할 수 없다.

971) Philipp, *Arzneimittellisten und Grundrecht*, 1995, 120쪽 이하; Albers, 앞의 글, 239-240.

972) Lübke-Wolff, 앞의 책, 192쪽; W. Roth, 앞의 책, 333-334쪽. 우리 판례도 단순한 기회나 영리획득의 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건은 재산권 보호의 대상이 아님을 밝히고 있다. 가령 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651.

973) Weber-Dürler, 앞의 글, 84쪽.

3. 기본권의 남용과 보호영역

독일 기본법은 비교법적으로 볼 때 유례를 찾기 힘들 정도로 복잡한 기본권한계체계를 가지고 있다.⁹⁷⁴⁾ 이러한 사정 때문에, 특히 법률유보 없이 보장된 기본권과 관련하여 독일에서는 보호영역을 둘러싼 기본적 의미를 갖는 논의들이 전개되고 있다. 유보 없이 보장된 기본권들도 경우에 따라서는 다른 기본권이나 헌법적 지위를 갖는 다른 법익의 보호를 위하여 후퇴하여야 하기 때문에 그러한 기본권들의 보호영역을 애초부터 주의 깊게 그리고 좁게 설정하여야 한다는 주장이 제기된다. 일각에서는 기본권의 남용, 즉 제3자, 일반, 또는 국가의 보호받아야 할 이익을 무시하는 자유의 남용은 애당초 그 기본권의 보호영역에 의하여 포착되지 않는다는 견해가 제기된다.⁹⁷⁵⁾ 그에 따르면 경찰법이나 형법의 규율들에 의한 자유제한은 이미 보호영역 밖에 놓이게 되고, 따라서 기본권제한이 아니며 그 법률적 규율은 기본권의 관점에서 볼 때 불필요한 것이다.⁹⁷⁶⁾

우리 헌법학계에서도 기본권충돌의 문제에서 유사충돌 내지는 보호영역 분석에 관한 독일의 논의의 결과를 그대로 수용하는 경향이 있다.⁹⁷⁷⁾ 그러나 우리 헌법과 같은 비교적 단순한 기본권한계체계를

974) 이에 대한 개관은 계획열, 앞의 책, 112쪽 이하 참조.

975) Burmeister, "Dienende" Freiheitsgewährleistungen - Struktur und Gehalt eines besonderen Grundrechtsstypus, FS K. Stern, 1997, 840쪽 이하; J. Isensee, 앞의 글, § 111 단락번호 176 이하(물론 그는 이러한 논리의 타당범위를 명백한 공격행위, 특히 물리력의 직접적 적용에 대해서만 국한시키고 있다); W. Roth, 앞의 책, 482쪽 이하, 512쪽 이하 참조. 이처럼 제한을 염두에 두고 보호영역을 미리 좁게 설정하는 견해에 대하여 단호히 거부하는 견해로는 Bethge, 앞의 글, 20쪽. 비판적인 견해는 제한의 정당화단계에서 헌법내재적 한계나 제한에 대한 지지력의 약화라는 대가를 지불하여야 한다.

976) 이에 대하여 비판적인 견해로는 특히 Lübbe-Wolff, 앞의 책, 87쪽 이하; Di Fabio, 앞의 글, 691-692, 696-697쪽.

977) 가령 계획열, 헌법학(중), 2000, 103-104쪽 참조.

갖고 있는 스위스에서는 그와 같은 혼란스런 이론구성은 지지를 얻지 못하고 있다.⁹⁷⁸⁾ 우리의 경우에도 독일에서와 같은 복잡하고 또 법리적으로 이상한 결과를 낳을 수 있는 논의가 필요한지 의문이다.

VII. 확장된 기본권제한개념의 표지

1. 논의대상이 되고 있는 주요 표지들

독일 학계에서 제한의 개념범위를 적정한 범위로 조정하기 위하여 많이 활용되는 일련의 표지들은 해명을 요하거나 그 윤곽이 매우 흐린 것들이다. 적절하게 확장된 제한개념을 제시하려는 대부분의 견해들은 단일의 표지가 아니라 여러 표지들을 다소 복잡하게 결합하고 있다. 이것이 이 문제와 관련하여 개관하기 힘들 정도로 다양한 견해들이 존재하는 이유이다.

어쨌든 기본권제약의 의도(목적)성, 직접성, 심각성(Intensität) 등의 3가지 표지들이 현재 논의의 중점을 형성하고 있다. 국가의 대중계몽 내지 홍보 활동(Informationstätigkeit)의 기본권적 문제점을 다루고 있는 근자의 논문들은, 독일 연방행정법원의 판례에 의거하면서 ‘의도된’ 국가적 조치에 대해서는 항상 기본권제한성을 인정하면서도 ‘직접성’과 ‘제약의 심각성’ 등과 같은 여타의 기본권제약의 표지도 보조적인 표지로 수용하고 있다.⁹⁷⁹⁾ 기본권제약의 문제를 다루면서 독일 연방행정법원의 영향을 별로 받지 않고 있는 논문들도

978) 이에 대해서는 Weber-Dürler, 앞의 글, 85쪽 및 주 185에서 인용된 문헌 참조.

979) Bleckmann/Eckhoff, 앞의 글, 377, 380쪽; Di Fabio, 앞의 글, 659쪽; Albers, 앞의 글, 235쪽.

‘의도성’을 기본권제한의 존재를 인정하기에 충분한 표지로 본다는 점에서는 견해를 같이 하지만 그 밖의 점에 있어서는 다양한 길을 가고 있다.⁹⁸⁰⁾

가. 준강제성(Zwangsähnlichkeit)

고전적 기본권제한 이외의 유형의 기본권제약이 강제와 같은 효력을 발휘하면, 그러한 제약은 명령적 조치에 접근하여 고전적 제한과 동일시할 수밖에 없다.⁹⁸¹⁾ 강제와 유사하다는 것은 행태조종의 정도가 저항하기 힘들다는 것을 의미한다. 그러나, 이 기준은 명확하게 적용하기 힘든 기준일 뿐만 아니라 다른 이유 때문에도 구분기능을 수행하기 어렵다고 본다.⁹⁸²⁾ 즉 이 기준은 기본권주체의 자유행사의 가능성이 줄어들 뿐인 삼각관계에는 들어맞지 아니하고 또 자유행사가 과거의 시점에 이루어진 양극관계에도 적용될 수 없다는 문제점이 있다.

나. 기본권제약의 심각성(Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung)

기본권제약의 심각성을 확대된 제한개념의 표지로 보는 견해⁹⁸³⁾

980) Sachs, 앞의 글, 179쪽 이하; W. Roth, 앞의 책, 225쪽 이하, 298쪽 이하(그는 확장된 제한개념을 다시 한정하기 위한 일체의 표지를 거부하면서 독자적인 귀속이론에 의거하여 폭넓은 제한개념을 논증하고 있다).

981) 이러한 견해를 취하는 이로는 Lübke-Wolff, 앞의 책, 267쪽 이하; W. Roth, 앞의 책, 183쪽.

982) Sachs, 앞의 글, 130쪽; Weber-Dürler, 앞의 글, 86쪽.

983) Stern, 앞의 책, § 72 1207쪽; Lübke-Wolff, 앞의 책, 191쪽; Bleckmann/Eckhoff, 앞의 글, 380-381쪽(공권력의 조치와 기본권제약적인 결과 발생 사이의 연관성이 약한 경우의 보조표지); Isensee, 앞의 글, § 111 단락번호 66; Di Fabio, 앞의 글, 695쪽(의도성이 없는 기본권제약의 경우).

는 준강제성이라는 표지를 제시하는 견해와 마찬가지로 기본권주체에게 미치는 기본권제약의 효과에 주목하고 있다.⁹⁸⁴⁾ 즉 이 표지는 형식적 기준이 아닌 양적 기준이기 때문에 구체화하기 어렵고,⁹⁸⁵⁾ 무엇보다도 기본권제약의 심각성여부를 논증하기 어렵다는 취약점을 가지고 있다.⁹⁸⁶⁾ 또한 심각성의 표지에 의하여 사안을 판단하는 경우 전도된 이상한 논증구조가 나타나게 된다. 가령 독일 연방행정법원은 행정관청이 법률적 근거도 없이 상품검사의 결과를 공표한 사건에서 그 결과발표로 인하여 구체적인 경우 현저한 판매감소가 초래되었기 때문에 기본권제한을 인정한다는 취지로 판시하였다.⁹⁸⁷⁾ 요컨대, 기본권의 방어적 기능이 발휘되려면 중대한 기본권침해가 있어야 한다는 것이다. 그러나 기본권의 방어적 기능이 발휘되려면 기본권에 의하여 보호되는 법익이 건드러지기만 하면 족한 것이지 중대한 침해가 있어야만 하는 것은 아니다.

어쨌든 고전적 제한의 경우에는 기본권제약의 강도가 심각해야 한다는 요건은 요구되지 않는다. 기본권제약의 심각성은 기본권에 따라서는 보호영역의 확정단계에서부터 의미를 가질 수도 있다.⁹⁸⁸⁾ 다음으로 제약의 심각성은 비례성심사의 중점을 형성한다. 물론 심각성이 기본권의 본질적 내용에 대한 침해를 의미하지 않는 한, 제약의 심각성은 절대적인 표지로서가 아니라 추구되는 공익과의 관계에서 상대적 의미를 가질 뿐이다. 앞서서도 언급한 바와 같이 사소한 기본권제약도 그것이 공익의 달성을 위하여 필요한 것이 아니

984) Di Fabio, 앞의 글, 695쪽.

985) Discher, 앞의 글, 466쪽.

986) Sachs, 앞의 글, 157-158쪽; Discher, 앞의 글, 466쪽.

987) NJW 1996, 3161쪽.

988) 가령 인간의 존엄권의 보호영역을 확정할 때나 고문금지를 인격권이나 신체를 훼손당하지 않을 권리 또는 인간존엄권에 대한 제한의 한계가 아닌 독자적인 권리로 이해할 경우.

라면 위헌성을 띤다. 생존을 위협하는 보조금 지급만이 경업의 자유를 침해한다는 주장은, 제한의 목표를 고려하고 있지 않아 지나치게 경직되어 있고 따라서 타당하지 않다.⁹⁸⁹⁾ 마찬가지로 생존을 위협하는 보조금 지급만이 경업의 자유를 제한한다는 추론도 부당하다.⁹⁹⁰⁾

다. 개별적인 구체적 관련성(individuell konkrete Betroffenheit)

일부 견해는 제한개념의 요소로 개인적으로 구체적으로 관련되었을 것을 요구하기도 한다.⁹⁹¹⁾ 그러나, 고전적 기본권제한이 추상적·일반적 범규에 의하여서도 이루어질 수 있다는 사실에 비추어 볼 때 이 견해는 타당성이 없다고 본다.⁹⁹²⁾

라. 의도(목적)성과 직접성

의도성과 직접성이라는 표지는 다수의 학자들에 의하여 고전적 제한개념의 본질적 표지로 평가되어 왔다. 바로 이러한 이유 때문에도 이 표지들은 여타 유형의 기본권제약과도 관계가 있다.

여타의 기본권제약에서 의도성이라는 표지가 갖는 의미는 아직 명쾌하게 해명되지 못했다.⁹⁹³⁾ 행정관청이 경고적 또는 권고적 의미

989) Weber-Dürler, 앞의 글, 87쪽.
990) 그러나 그와 같은 견해를 취하는 이로는 Di Fabio, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, JuS 1997, 4쪽. 그러나, 이에 대하여 비판적인 견해로는 Lübke-Wolff, 앞의 책, 294쪽 이하, 304쪽 이하.
991) Heckmann, Eingriff durch Symbole? JZ 1996, S. 885쪽 주 57 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조.
992) Weber-Dürler, 앞의 글, 85-86쪽.
993) Sachs, 앞의 글, 140쪽 이하; A. Roth, 앞의 책, 214-215쪽 - 추구된 목표의 실현을 위한 필연적 전제; Di Fabio, JZ 1993, 695쪽 - 계획적으로 투입된 수단; Disher, 앞의 글, 465쪽 - 제약행위의 목표지향성; Albers, 앞의 글, 235-236쪽 - 인과성과 유사.

를 갖는 정보를 제공한 경우, 그것이 기본권제한으로서 평가되기 위해서는 정보수령자의 행태만이 의도적인 영향력행사의 대상이 되어서는 안되고, 간접적으로 타격을 받는 기본권주체에 대한 제약도 의도되거나 적어도 감수되어야⁹⁹⁴⁾ 한다.

직접성이라는 개념은 형식적인 개념으로서 ‘의도성’보다도 정의하기 어려우며, 특히 고전적 제한유형 이외의 여타의 기본권제약과 관련되는 경우에는 다양한 의미를 갖는다.⁹⁹⁵⁾ 사실행위를 통한 제약의 경우에 직접성은 국가배상법에서처럼 밀접한 인과관계의 존재를 의미한다.⁹⁹⁶⁾ 그러나 직접성요건은 행태의 자유에 대한 제약의 경우에는 다른 의미를 갖는다.⁹⁹⁷⁾ 직접성이라는 표지가 제3자를 매개로 국가가 영향력을 행사하는 삼각관계에서의 기본권제한의 가능성을 전반적으로 배제해서는 안 된다.⁹⁹⁸⁾ 이 유형에서 직접성은 오히려 국가작용의 예측할 수 없는 효과나 비전형적 리스크를 배제하는 기능을 수행한다.⁹⁹⁹⁾ 따라서 예측가능성이라는 용어가 직접성이라는 말보다 적합하다.¹⁰⁰⁰⁾ 다만 예측가능성이라는 표지가 행위주체인 국가기관의 주관적 예측능력이나¹⁰⁰¹⁾ 행위의 결과가 정확하게 예견될 수 있는지를 요구하는 것이 아니라 점¹⁰⁰²⁾에 유의하여야 한다. 종종 - 객관적 - 예측가능성이라는 개념 대신에 상당인과관계라는 개념

994) 여기서 감수하였다는 것(in Kauf nehmen)은 기본권제약이 발생할지 아닐지 모르지만 그러한 결과가 발생하더라도 어쩔 수 없다고 본 것을 의미한다.

995) Weber-Dürler, 앞의 글, 88쪽; Sachs, 앞의 글, 143쪽 이하; W. Roth, 앞의 책, 35쪽 이하.

996) Gallwas, 앞의 책, 14쪽 및 23쪽 이하.

997) Weber-Dürler, 앞의 글, 88쪽.

998) Di Fabio, JuS 1997, 4쪽.

999) Sachs, 앞의 글, 195, 202쪽; Discher, 앞의 글, 465쪽.

1000) Weber-Dürler, 앞의 글, 88쪽; Di Fabio, 앞의 글, 495쪽. 그는 직접성과 예측 불가능성을 결합하고 있다.

1001) Discher, 앞의 글, 465쪽; Di Fabio, 앞의 글, 695쪽.

1002) Weber-Dürler, 앞의 글, 89쪽.

이 사용되기도 한다.¹⁰⁰³⁾

2. 의도성과 예측가능성이라는 표지의 의미

의도성과 예측가능성이라는 표지는 그 개념의 불명확성에도 불구하고 기본권제한의 표지로 가장 많이 인용되고 있다. 그렇지만 이 두 개념이 제한의 개념표지로서 유용한지에 대해서는 여전히 의문이 남아 있다. 국가가 사실행위를 통하여 홀로 유발한 기본권제한의 경우에는 기본권제한을 인정하기 위하여 의도성이나 예측가능성이 존재할 필요가 없으며, 결과의 발생이 행위당시에 예측할 수 없었거나 완전히 비정상적인 것인 경우에도 결과의 발생과 국가의 작용 사이에 객관적으로 확인할 수 있는 인과관계가 있으면 족하다고 보는 견해도 있기 때문이다.¹⁰⁰⁴⁾

가. 실용성 있는 이론이 되려면 이 표지들의 실제적 의미를 법적으로 논증해야 한다. 그러나 고전적 제한 이외의 기본권제한들의 특정 유형에까지 제한개념을 확장하는 것의 당위성이 논증되어야 하는 것인지, 아니면 제한개념의 확대가 원칙이고 그 예외를 논증하여야 하는지의 문제 자체가 논쟁의 대상이 되고 있다. 후자의 견해를 취하는 대표적인 학자가 갈바스(Gallwas)이다.¹⁰⁰⁵⁾ 이 견해는 기본권침해적 효과를 유일한 기준으로 삼는다.¹⁰⁰⁶⁾ 기본권주체의 관점이 결정적이라는 말이다. 그런데 문제는 기본권은 국가기관, 특히 입법자 및 행정에 대한 행태명령이기도 하다는 것이다. 그렇다면 갈바스

1003) Sachs, 앞의 글, 191쪽; W. Roth, 앞의 책, 40쪽 이하.

1004) Sachs, 앞의 글, 182-183쪽.

1005) Gallwas, 앞의 책, 46쪽 이하 및 62쪽. 이러한 급진적 견해에 대한 비판은 A. Roth, 앞의 책, 161쪽.

1006) 그러나 그는 가령 법률유보의 요건이나 제한되는 기본권을 적시하여야 할 요건과 관련해서는 후퇴하고 있다. 앞의 그의 책, 94쪽 이하, 116쪽 이하 참조.

의 자유주의적인 입장을, 그것이 실무에서 적용될 때 가져올 여파에도 불구하고, 과연 일관성 있게 견지할 수 있을지는 의문이다.¹⁰⁰⁷⁾

나. 기본권제약의 ‘의도성’이라는 개념은 기본권제한의 문제에서 특별한 지위를 점한다. 의도적인 기본권제약의 경우에는 ‘기본권의 구속력이 국가작용의 형식에 좌우되어서는 안 된다’는 논거를 비롯한 제한개념의 확장을 뒷받침하는 모든 근거들이 타당성을 가질 수 있다. 반면에 제한개념의 무제한적 확장은 국가기관들을 부분적으로 마비시킬 위험이 있다는 등의 비판은 별로 설득력을 발휘하지 못한다. 요컨대, 기본권제약이 의도된 것이라는 사실 자체가 기본권제한을 인정할 만한 충분한 근거가 된다고 보아야 한다.

다. 그렇지만 의도성이라는 표지는 기본권제한으로 볼 수 있는 제약행위를 한정하기에 적합하지 않다고 본다. 먼저, 기본권적 법익에 대한 의도된 제약과 단순히 감수한 제약 사이의 경계선이 유동적이라는 문제점을 안고 있다.¹⁰⁰⁸⁾ 또한 국가기관의 주관적인 의도가 기본권제한여부의 판단에 결정적인 의미를 가져서도 안 된다.¹⁰⁰⁹⁾ 의도하지는 않았지만 예측할 수 있었던 기본권제약도 기본권제한으로 보아야 할 유력한 근거들이 존재하기 때문이다. 실무상 모든 국가기관은 어떤 조치를 취하기에 앞서 그 조치가 기본권보호법익에 미치는 영향을 고려하여야 할 것이다.¹⁰¹⁰⁾ 그와 같은 고려 때문에 국가기관들의 행위의 여지가 축소되더라도 그것은 국가가 감내할 수 있을 정도의 수준이다.¹⁰¹¹⁾

1007) Weber-Dürler, 89쪽.

1008) Gallwas, 앞의 책, 23쪽(의도성의 객관적 측면); Sachs, 179쪽 이하; Weber-Dürler, 앞의 글, 179쪽 이하.

1009) Sachs, 앞의 글, 141-142쪽; Weber-Dürler, 앞의 글, 90쪽.

1010) Gallwas, 앞의 글, 92-93쪽.

1011) 물론 예측가능성이란 표지에 대해서도 그것이 충분한 정도의 명확성을 확보할 수 있는 기준이 아니고 모호한 사례들을 남길 수밖에 없다는 비판이 제기될 수 있다.

라. 예측할 수 없는 기본권제약까지 기본권제한에 포함시킬 경우 실무상 여러 가지 심각한 문제들이 발생할 것이다. 물론 기본권주체에게 미치는 효과의 면에서는 예측가능한 기본권제약과 그렇지 아니한 기본권제약 사이에 아무런 차이가 없다. 그렇기 때문에 결과불법은 예측할 수 없는 기본권제약도 기본권제한에 포함시켜야 한다는 주장의 유력한 논거가 될 수 있다. 그러한 견해를 따를 경우 인과관계는 사건 발생 후에 법관에 의하여 판단되어야 하며, 국가기관이 행위시에 결과를 예견할 수 있었느냐의 문제는 중요하지 않다는 것이 된다. 그럼에도 불구하고 예측할 수 없었던 기본권제약도 기본권제한으로 보아야 한다는 견해가 주장되고 있다.¹⁰¹²⁾ 물론 그것을 기본권에 대한 중대한 제한의 경우로 국한시키는 견해도 있다.¹⁰¹³⁾ 한편, 진술한 바와 같이 국가가 사실행위를 통하여 단독으로 야기한 기본권제약은 기본권제한으로 보지만, 국가가 제3자를 통해서 기본권의 보호법익에 영향을 미치는 경우에는 의도성이나 상당인과관계의 존재를 요구하는 견해도 있다.¹⁰¹⁴⁾

예측할 수 없는 기본권제약의 경우 제한개념을 재산권, 신체의 온전성, 생명 등과 같이 절대성을 띠는 보호법익을 국가가 단독으로 침해한 경우까지 확대하는 것은 - 국가가 단독으로 야기한 경우에 국한시키는 이유의 타당성에 대한 논증이 필요하기는 하지만 - 일단 검토할 가치가 있다. 그러나, 그와 같은 확장의 실제적 효과에 비추어 볼 때 이 문제는 그다지 큰 의미를 갖지 않는다.¹⁰¹⁵⁾ 그 이유는 다음과 같다. 먼저 이 유형의 기본권제약에서 부작위청구권과 같은 소극적인 방어청구권은 애초부터 고려될 수 없다. 행위자도 예

1012) 이에 대해서 자세한 것은 W. Roth, 앞의 책, 145쪽 이하.

1013) Bleckmann/Eckhoff, 앞의 글, 381쪽.

1014) Sachs, 앞의 글, 189, 191쪽, 194쪽 이하, 202쪽.

1015) Weber-Dürler, 앞의 책, 91쪽.

측할 수 없는 결과의 발생이 문제되기 때문이다. 다음으로 결과제거 청구권은 재산권에 대한 제한의 경우에는 이론적으로는 생각할 수 있지만, 그 실례를¹⁰¹⁶⁾ 찾기 어렵다. 그 밖에도 특히 신체를 훼손당하지 않을 권리에 대한 제약의 경우에는 기껏해야 금전배상만이 가능할 것이다.¹⁰¹⁷⁾

VIII. 제한의 헌법적 정당성

확장된 제한개념에 따라서 기본권제한으로 평가된 여타의 기본권 제약이 헌법적인 정당성을 띠기 위해서는 어떠한 요건을 충족시켜야 하는가? 여기서는 그 중 핵심적인 요건만을 언급하기로 한다.

독일의 정교한 기본권한계체계는 최적의 기본권보장을 지향한다. 그러나, 그 체계는 고전적 제한개념에 의거하는 경우에도 여러 가지 난제들을 발생시켰다. 법률유보 없이 보장된 기본권들도 결국 복잡한 이론적 조작을 거쳐 제한될 수밖에 없었다. 그러한 체계는 고전적 제한이 아닌 여타의 제약의 경우에는 더 많은 문제에 직면하게 된다.¹⁰¹⁸⁾ 가령 기본권제한을 특정 목적이나 제한에 결부시키는 가중적 법률유보는 그 제한사유나 목적이 너무 좁아 비현실적인 것으로 드러나게 된다. 입법자가 자신의 제정하는 법률로 제한되는 기본권을 그 법률에 적시하여야 하는 이른바 적시의무(Zitiergebot)도 고전적 기본권제한에서조차 많은 예외로 구멍이 크게 뚫리고 말았다. 여타의 기본권제약의 경우에는 그 제도는 더욱더 적용되기 어렵다.

1016) 이와 관련하여 일부 독일 문헌은 운행중의 탱크가 낙뢰를 맞아 사유지로 굴러 떨어지게 된 경우를 들고 있다. Sachs, 앞의 글, 183쪽 참조.

1017) W. Roth, 앞의 책, 87-88쪽.

1018) Isensee, 앞의 글, § 111 단락번호 68.

그러나, 우리 헌법처럼 단순화된 기본권제한의 체계에서는 확장된 제한개념은 헌법적 정당화체계를 수정하지 않고도 비교적 용이하게 적용될 수 있다.

1. 법률유보

고전적 기본권제한과는 다른 유형의 기본권제한도 형식적 법률에 근거가 있어야 한다(제37조 제2항). 기본권제한의 전제를 사전에 실정법에 확정할 것을 요구하는 것은 방어권인 기본권을 보호하는 1차적 방어선이다.¹⁰¹⁹⁾ 기본권제한권한은 집행부에 일임되어 있는 것이 아니다. 그 권한은 먼저 법률에 의하여 그 범위가 한정되고 확정되어야 한다. 의회는 법률을 통하여 명확한 기준을 만들어 내고 법적 확실성을 만들어 낸다. 이를 통하여 집행권이 개별사건마다 아무런 기준도 없이 형량을 통해 임의로 사건을 규율하는 것이 방지된다. 집행권에 대한 사법적 통제만으로는 그와 같은 효과를 거둘 수 없다. 일반적·추상적으로 규율되는 법률유보가 개별적·구체적인 사법적 판단유보에 비하여 법적 안정성과 확실성을 보다 실효성 있게 만들어 낼 수 있으며, 법률의 구성요건을 통하여 이루어지는 유형화는 사법권의 자의까지도 예방할 수 있다. 따라서 기본권제한을 위한 법률적 수권이 없는 경우에는 기본권에 대한 제한은 정당화되지 않는다. 그러한 제한은 기본권에 대한 침해이다.

그럼에도 불구하고 헌법적 차원에서 보다 탄력적인 문제해결 메카니즘을 확보하기 위해서 독일에서 제한의 수권, 즉 법률유보와 제한 사이의 이와 같은 엄격한 연계요건을 의도적인 기본권제약의 경우에도 포기한 판례들이 형성되고 있어 논란의 대상이 되고 있

1019) Di Fabio, JZ 1993, 691쪽.

다.¹⁰²⁰⁾ 그 판례들은 모두에서 예로 들었던 신홍사이비종교와 제품의 위험성에 대한 국가의 홍보활동의 합법성에 관한 것이었다.¹⁰²¹⁾ 국민의 행태를 조종하는 정보제공은 기본권제한적 성격을 갖는 것으로 판단되었으나, 그러한 활동을 위한 명시적인 법률적 근거가 없었다. 그 판례들은 가령 과제배정에 관한 헌법규정, 권한규정 등과 같은 다른 헌법적 정당화근거들을 끌어들이므로써, 부분적으로는 그러한 근거들의 기능을 기본권제한을 위한 수권규범으로 전환함으로써 그와 같은 하자를 치유하려 하였다. 그러나, 법률유보가 방어권인 기본권을 보호하기 위한 최전선이라는 점을 고려할 때 그와 같은 정당화시도는 타당성이 없다고 보아야 한다.

한편, 중대한 기본권제한의 경우에는 본질사항유보설¹⁰²²⁾에 따라

1020) 이에 대하여 비판적인 것으로는 Bethge, 앞의 글, 45쪽 이하 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조.

1021) 감사원(Rechnungshof)이 - 법률에 의하여 허용된 - 의사들에 대한 통제활동의 일환으로 환자진료기록을 검토한 사건도 마찬가지이다. 이에 대해서는 NJW 1997, 1633에 수록된 독일 연방헌법재판소의 제1재판부의 제2지정재판부(Kammer)의 판례를 인용하고 있는 Heintzen, NJW 1997, 1601쪽 이하; Bethge, 앞의 글, 46쪽 주 262 참조.

1022) 헌법재판소는 텔레비전방송수신료를 한국방송공사가 자체적으로 확정하도록 한 한국방송공사법 제35조 등에 대한 위헌소원사건에서 “헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국가가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요하고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙)”고 판시하였다(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 644; 강조표시는 필자가 한 것임).

그 밖에도 최근에 농업기반공사및농지기금관리법 부칙 제6조 단서 위헌확인사건에서도 “법률이 자치적인 사항을 정관에 위임할 경우 원칙적으로 헌법상의 포괄위임입법금지 원칙이 적용되지 않는다 하더라도, 그 사항이 국민의 권리 의무에 관련되는 것일 경우에는, 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는(헌재 1998. 5. 28. 96헌가1, 판례집 10-1, 509, 515-516) 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야” 한다고 판시하여 다시

형식적 의미의 법률 자체에서 그 요건의 요체가 규율되어야 한다. 이와 같은 형식적 법률에 의한 제한이라는 요건은 의도적이거나 적어도 예측가능한 중대한 기본권제한의 경우에는 정당한 것이고 또 입법자에 의하여 충족될 수 있는 것이다.

다음으로 법률유보가 급부행정에 적용되는지 여부 및 그 적용범위는 여전히 논란의 대상이 되고 있다. 그러나, 대부분의 급부행정의 영역들이 이미 법률에 의하여 규율되고 있기 때문에 실제적인 의미를 갖는 것은 보조금행정의 영역이다. 독일 연방행정법원의 판례에 의하면 보조금지급이 제3자의 기본권을 제한하지 않는 한 예산에 필요한 재원이 확보되어 있는 것으로 족하다고 한다.¹⁰²³⁾ 그러나, 경제정책적·사회정책적 목표를 달성하기 위하여 지급되는 보조금은, 관할 행정청에게 폭넓은 재량의 여지가 인정될 수는 있지만, 입법자에 의하여 법률로 확정되어야 하는 것이 원칙이다.¹⁰²⁴⁾ 특히 기본권에 중대한 영향을 미치는 보조금지급은 그와 관련한 상당히 구체적인 근거를 명시한 형식적인 법률에 근거가 있어야 가능하다.

적용법규의 구체성의 정도는 기본권제한의 강도에 비례하여야 한다.¹⁰²⁵⁾ 규율대상인 사태의 예측가능성의 정도에 따라 명확성요건을

한번 본질성이론에 의거한 의회유보원칙을 확인한 바 있다(헌재 2001. 4. 26. 2000헌마122).

이 이론과 관련된 독일 판례에 대한 입증은 Ch. Seiler, Der einheitliche Parlamentsvorbehalt, 2000, 64쪽 이하 참조. 이에 관한 국내문헌으로는 무엇보다도 고영훈, 법률유보원칙의 이론과 실제, 상, 중, 하, 판례월보271~273호(1993년 4~6월) 1993, 각호 10, 9, 47쪽 이하 참조.

1023) BVerwGE 90, 112 (126).

1024) 스위스의 경우 이미 20여년 전에 실무상 이와 같은 입장이 관철되었다고 한다. 이에 대해서는 Weber-Dürler, 앞의 글, 93쪽; BGE 118 Ia 46 (61) 참조.

1025) 헌법재판소의 판례도 같은 취지이다. 가령 “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 없으며, 만일 불명확한 용어의 사용이 불가피한 경우라면 용어의 개념정의, 한정적 수식어의 사용, 적용한계조항의 설정 등 제반방법을 강구하여 동 법규가

강화하거나 완화하는 것은 정당화된다. 기본권제약의 심각성과 예측 가능성은 고전적 기본권제한 이외의 다른 유형의 기본권제약을 적절하게 파악하기 위해서 제시되는 기준이다. 기본권에 대한 제약을 예측하기 어려운 한계 사례인 경우에는 명확성에 대한 요건은 어쨌든 매우 낮을 수밖에 없다.

2. 공익과 비례성

우리 헌법 제37조 제2항에 의하면 기본권제한이 정당화하려면 일반적으로 그 제한의 목적이 “국가안전보장, 질서유지, 공공복리”를 위한 것이어야 한다. 이 개념들은 불확정법개념들로서 사실적 상황 및 가치관의 변화에 따른 탄력적 해석을 가능하게 한다. 이는 고전적 유형 이외의 기본권제한의 경우에도 급부행정이나 특별신분관계 등의 특성들을 고려하는 것을 가능하게 한다.

끝으로 과잉금지의 원칙은 여타 유형의 기본권제약과 관련하여 별로 문제를 야기하지 않는다. 비례의 원칙으로도 지칭되는 과잉금지의 원칙은 법치국가원리의 주요 구성요소들 중의 하나이다. 이 원칙은 경찰법 영역에서 자유와 재산권에 대한 제한의 한계원리로 탄생하여 그 적용영역이 계속 확장되어 왔다. 즉 이 원칙은 행정은 물론 입법을 비롯한 모든 국가권력의 행사에, 경찰법의 영역에 한하지 않고 모든 법영역에, 나아가 자유와 재산권에 대한 제한의 경우만이 아니라 국가가 제공하는 급부에 대한 규율 그리고 국가기관과 행정

자의적으로 해석될 수 있는 소지를 봉쇄해야 하는 것이다”(헌재 1992. 2. 25. 89헌가104, 판례집 4, 64, 78-79). “기본권제한입법이라 하더라도 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이어서 입법기술상 일의적으로 규정할 수 없는 경우에는 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다”(헌재 2000. 2. 24. 98헌바37, 판례집 12-1, 169, 169).

주체들의 권한에 대한 규율에까지 적용되고 있다.¹⁰²⁶⁾ 국가의 침익적 활동이 이 원칙의 본래의 적용영역임은 물론이다.

IX. 요약

위와 같은 고찰을 기초로 고전적 기본권제한 이외의 유형의 기본권제약이 기본권제한으로 평가될 수 있는 범위를 간단히 요약한다.

먼저, 국가와 기본권주체로 이루어지는 양극관계에서 기본권의 보호법익에 직접적으로 타격을 가하는 사실행위는 제한개념에 포함시켜야 한다. 그렇지만, 국가의 사실행위와 인과관계가 있는 모든 결과를 - 그것이 매우 비정상적인 것이라 하더라도 - 기본권제한으로 보아야 하는지는 의문이다. 물론 총기사용과 같은 매우 위험한 활동의 경우에는 일반적으로 법률적 근거가 필요할 것이다.

명령성이 없으면서도 행태의 자유를 제약하는 조치들도 원칙적으로 기본권에 구속된다고 보아야 한다. 무엇보다도 현대 국가는 이와 같은 간접조종의 수단들을 점점 많이 사용하고 있기 때문이다. 그러나, 제한개념의 확장을 뒷받침하는 논거들이 이 유형의 기본권제약의 모든 경우에 항상 같은 의미를 갖는 것이 아닐 뿐만 아니라 국가작용의 가능성을 과도하게 좁히는 결과를 초래해서도 안 된다. 따라서 이 유형의 기본권제약을 모두 기본권제한으로 평가할 수는 없다. 즉 원칙적으로 의도성이 있거나 적어도 객관적으로 예측가능한

1026) 그러나 최근 과잉금지원칙의 적용영역을 이와 같이 확대하는 경향에 대하여 비판이 제기되고 그 적용영역을 적정하게 축소하여야 한다는 주장이 유력하게 제기되고 있다. 이에 대해서 자세한 것은 W. Krebs, Zur verfassungsrechtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes, Jura 2001, 228쪽 이하; F. Ossenbühl, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: FS P. Lerche, 1993, 151쪽 이하 참조.

기본권제약의 경우에만 기본권제한으로 평가하여야 한다. 이러한 기본권제약이 헌법적으로 정당화되려면 기본권제한의 합헌성요건을 충족하여야 함은 물론이다.

헌법상의 인격권

- 특히 헌법 제10조의 행복추구권, 일반적 인격권 및
헌법 제17조의 사생활의 보호에 관하여 -

한 수 응

헌법연구원

- 목 차 -

I. 머리말	625
II. 행복추구권의 법적 성격 및 헌법적 의미	626
1. 헌법적 가치이자 기본권으로서의 행복추구권	626
가. 헌법적 개념으로서의 행복추구권	626
나. 행복추구권의 인권사적 유래 및 그 내용	627
다. 자유 원칙의 헌법적 표현	629
2. 헌법에 열거되지 아니한 자유권의 실정법적 근거	630
가. 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무 (헌법 제10조 후문)의 헌법적 의미	631
나. 일반적 자유권으로서 행복추구권	633
다. 보충적 자유권	634
3. 헌법 제10조와 제37조 제1항의 관계	635
III. 기본권으로서의 인격권	636

1. 일반적 인격권	637
가. 행복추구권의 보장내용으로서 일반적 행동자유권과 일반적 인격권	637
나. 일반적 인격권의 보장내용	641
2. 개별적 인격권	648
가. 사생활의 보호에 관한 특별규정으로서 헌법 제16, 제17, 제18조	648
나. 개별적 인격권의 내용 및 기능	650
IV. 국가에 의한 인격권의 침해	652
1. 사생활의 보호	653
가. 사생활의 비밀	653
나. 사생활의 자유	657
2. 사회적 인격상에 관한 자기결정권	660
가. 국가의 개인정보 수집·처리행위	660
나. 범죄행위의 공개	666
V. 맺는 말	674

I. 머리말

헌법은 제10조 전문에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. “행복을 추구할 권리”는 1980년 헌법에 삽입된 이래, 그의 법적 성격과 보장내용에 관하여 많은 논란을 가져 온 기본권 조항이며, 아직도 그 내용이 완전히 해명되지 않은 헌법규정에 속한다. 헌법재판소는 이미 초기의 판례에서 행복추구권의 내용을 ‘일반적 행동자유권’과 ‘일반적 인격권’을 포함하는 것으로 해석하였으나, 행복추구권의 2가지 측면의 구체적 내용이 무엇인지, 특히 일반적 인격권의 보장내용이 무엇인지에 관하여는 충분히 규명되지 않은 상태이다.

종래 인격권에 관한 많은 연구가 있어 왔으나, 이는 주로 사법상의 인격권에 관한 것이었고, 특히 ‘언론보도에 의한 인격권(명예)의 침해와 그에 대한 보호나 구제’의 관점에서 다루어졌다. 이에 대하여 헌법상의 인격권에 관하여는 체계적인 연구가 거의 없는 것으로 보인다. 헌법상의 인격권은 주로 헌법 제10조에서 도출되는 일반적 인격권의 범주에서 논의되고 있으나, 헌법 제17조의 ‘사생활의 비밀과 자유’를 비롯하여 사생활을 보호하는 개별적 기본권을 두고 있는 우리 헌법에서 개별적 기본권과 일반적 인격권의 보호범위는 무엇인지, 사생활을 보호하는 개별적 기본권의 존재에 비추어 헌법해석을 통하여 일반적 인격권을 인정할 필요가 있는지, 일반적 인격권과 사생활을 보호하는 개별 기본권과의 관계는 어떠한지에 관하여 충분히 조명되지 않았다.

이 글에서는 우선 행복추구권의 헌법적 의미와 법적 성격을 살펴 보고(아래 II.), 이어서 일반적 인격권의 헌법적 근거, 의미 및 보장

내용, 일반적 인격권에 대한 특별규정으로서 사생활의 보호에 관한 개별적 기본권의 의미와 내용을 확인한 다음(아래 III.), 국가에 의한 인격권의 침해 가능성을 다루어보기로 한다(아래 IV.). 인격권이 국가 및 사인에 의하여 침해될 수 있기 때문에, 인격권의 문제는 국가 및 사인간의 관계에서 파악되어야 하나, 사인에 의한 인격권 침해의 헌법적 문제가 원래 방대하여 여기서는 이를 제외하고, 단지 국가의 침해에 의한 인격권의 문제를 크게 ‘사생활의 보호’와 ‘사회적 인격상에 관한 자기결정권’의 관점으로 나누어 살펴보기로 한다. 마지막으로 ‘사회적 인격상에 관한 자기결정권’의 한 내용인 ‘사회에 복귀할 범죄인의 권리’와 관련하여 현행 성범죄자 신상공개제도의 위헌성여부를 간략하게 검토하는 것으로 이 글을 마치기로 한다.

II. 행복추구권의 법적 성격 및 헌법적 의미

1. 헌법적 가치이자 기본권으로서의 행복추구권

가. 헌법적 개념으로서의 행복추구권

‘행복’이란 지극히 주관적, 상대적인 개념으로서, 무엇이 행복이고 어떠한 방법으로 행복을 추구할 수 있는가에 관하여는 개인의 가치관과 인생관에 따라 그 대답을 달리한다. 행복추구의 문제는 궁극적으로 자기만족과 자기실현의 문제이다. 그러나 “행복을 추구할 권리”가 헌법에 실정법적으로 규정됨으로써 ‘행복의 추구’는 더 이상 일상적 개념이나 형이상학적, 철학적, 종교적 범주의 개념이 아니라

헌법적 개념으로 전환되었고, 이로써 헌법의 구성부분이자 헌법적 가치가 되었다.¹⁰²⁷⁾ 즉 “행복추구”란 그 자체로서 비 규범적 용어가 헌법에 수용됨으로써 고유한 가치질서를 담고 있는 헌법적 질서의 통일체 내에 위치하게 되었고, 이와 동시에 모든 기본권의 규정이 인간존엄성의 실현을 위하여 존재한다는 의미에서 ‘목적상의 변환’¹⁰²⁸⁾이 이루어진 것이다.

헌법이 다른 개별기본권에 관한 규정에 앞서, 제10조 전문에서 최고의 헌법적 가치이자 국가와 인간의 관계에 관한 헌법의 기본결정인 ‘인간의 존엄성’ 조항에 이어서 ‘행복추구권’을 규정하였고, 같은 조 후문에서 국가에게 ‘기본적 인권을 확인하고 보장할 의무’를 부과하고 있다면, 이와 같은 헌법규정은 헌법의 중대한 가치결정이자, 국가 내에서의 개인의 지위에 관한 근본적인 헌법적 결정이며 또한 중요한 기본권이라는 해석 외에는 달리 파악될 수 없는 것이다.

나. 행복추구권의 인권사적 유래 및 그 내용

인권을 실정법화하는 과정을 역사적으로 보더라도, 이미 세계 각국의 다수 헌법이 개인의 일반적 자유를 보장하는 규정을 수용하고 명문화하였다는 사실을 확인할 수 있다.¹⁰²⁹⁾ 1776년의 버지니아 권

1027) 타 학문의 용어나 일상 용어가 법적으로 규범화됨으로써 개념의 의미전환이 이루어지는 것이다. 따라서 ‘행복추구는 그 상대성과 세속성 때문에 규범적 가치로서의 성격을 인정하기 어렵고, 처음부터 규범화의 대상이 되기 어렵다’는 주장으로 행복추구권의 기본권성은 물론 규범적 성격마저도 부인하는 견해(허영, 한국헌법론, 2001, 319면)는, 비규범적인 표현도 헌법에 규범화된 이상, 헌법규정의 규범적 내용을 밝히는 작업이 헌법학자의 과제라는 것을 간과하고 있다.

1028) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S.220.

1029) Vgl. Ipsen, Staatsrecht II, 1997, S.226; Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR Bd.6, 1989, §152 Rn.15, 한국문헌으로는 김선택, 헌법제판소판례에 비추어 본 행복추구권, 헌법논총 제9집, 13면 이하.

리장전이 제1조에서 ‘행복과 안전을 추구할 권리’를 개인의 천부적 인권으로 선언하였고, 1789년의 프랑스 인권선언은 제4조에서, 자유란 ‘타인을 해하지 않는 한 모든 것을 할 수 있는 권리’로 규정하였다. 1794년의 프로이센의 일반법전 서장(Allgemeines Landrecht Einleitung) 제83조는 ‘타인의 권리를 침해함이 없이 자신의 행복을 찾고 추구할 수 있는 자유에 인간의 일반적인 권리가 기초하고 있다’고 규정하였다. 독일 기본법 제2조 제1항은 최종적으로는 ‘인격의 자유로운 발현권’의 형태로 규정되었지만, 원래 헌법제정회의(Parlamentarischer Rat)에서 ‘행복을 추구할 권리’와 유사한 표현인 ‘하고 싶은 대로하거나 하지 않을 권리’라는 형태의 초안을 고려하였다가 그 표현이 너무 통속적이고 비 규범적이라고 하여 현재와 같은 법문의 형태를 갖추게 되었다.

위와 같이 인권을 규범화한 역사를 보더라도, 독일 헌법상의 ‘인격의 자유로운 발현권’은 결국 버지니아 권리장전에 규정된 ‘행복추구권’의 독일적 표현이라고 볼 수 있으며, 미국의 ‘행복추구권’이든 독일의 ‘인격발현권’이든 간에 모두 이러한 헌법적 규정을 통하여 ‘개인적 자유가 국가권력에 대하여 우선한다’는 원칙을 표현하고자 시도한 것이다. 이러한 관점에서 ‘행복의 추구’를 규범적인 개념으로 전환하여 표현하자면, 이는 ‘각자의 개성과 인생관에 따른 자유롭고 독자적인 인격발현’을 의미하는 것이다. 따라서 행복추구권이란, ‘개인이 자신의 인격을 자유롭게 발현할 수 있는 권리’를 보장하는 포괄적인 기본권이다.¹⁰³⁰⁾

1030) 행복추구권의 개념으로, ‘모든 국민의 당위적인 삶의 지표를 분명히 밝혀놓은 것’이라는 견해(허영, 한국헌법론, 2001, 319면), ‘안락하고 만족스러운 삶을 추구할 수 있는 권리’라는 견해(권영성, 헌법학원론, 2000, 361면)가 있다. 허영 교수를 제외하고는(허영, 한국헌법론, 2001, 319면) 대부분의 학자가 행복추구권의 독자적인 기본권성을 인정하고 있다(예컨대 권영성, 헌법학원론, 2000, 361-362면; 김철수, 헌법학개론 2002, 375면). 헌법재판소는 초기의 결정부터 행복추구권의 기본

다. 자유 원칙의 헌법적 표현

행복추구권이 ‘누구나 자신의 인격을 자유롭게 발현할 수 있고 자신의 삶을 스스로 결정할 수 있는 권리, 특히 누구나 자기가 원하는 대로 행동할 수 있는 권리’를 보장한다는 것은, 자유가 원칙이고 이에 대한 제한이 예외라는 헌법적 결정의 중대한 표현이다.¹⁰³¹⁾ 행복추구권은 ‘국가권력과 개인의 자유’의 관계 및 ‘국가와 개인 중 자신의 행위를 정당화해야 하는 책임이 누구에게 있는가’에 관한 핵심적인 헌법적 표현이다.¹⁰³²⁾

헌법이 행복추구권을 통하여 표현하고자 하는 바는, ‘인간의 행동가능성을 제한하는 모든 국가행위는 정당화되어야 한다’는 것이다. 즉 개인은 자유의 행사를 국가에 대하여 정당화해야 할 필요가 없는 반면, 국가는 자유의 제한을 언제나 정당화해야 한다. 원칙적으로 무제한한 개인의 자유와 원칙적으로 제한적인 국가권력이라는 사고를 바탕으로,¹⁰³³⁾ 국가권력은 원칙적으로 제한적이기 때문에, 국가권력에 의한 자유의 침해는 그를 위한 합리적인 이유가 있어야 하며, 특별한 정당성을 필요로 한다. 자신의 행위를 정당화해야 하는 책임이 국가에 있기 때문에, 국가가 자신의 행위를 정당화할 수 없다면, 이는 국가의 위험부담으로 돌아가고, 공권력행사의 위헌성을 결과로 가져온다.

만일 자유가 예외이고 그에 대한 제한이 원칙이라면, 자유를 구체

권성을 일관되게 인정하고 있다. 행복추구권에 관한 헌법재판소의 결정례에 관하여 김선택, 헌법재판소 판례에 비추어 본 행복추구권, 헌법논총 제9집, 7면 이하.

1031) Vgl. Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd.VI. §129 Rn.22; Ipsen, Staatsrecht II, 1997, S.227;

1032) Vgl. Gallwas, Grundrechte, 1995, S.54 f.

1033) Vgl. Schmitt, Verfassungslehre, 1965, S.126 f.

적으로 규정하는 실정법적 규정이 헌법적 근거로서 존재해야만, 개인은 자유를 행사할 수 있을 것이나, 헌법은 행복추구권을 통하여 인간의 모든 행동의 자유를 포괄적으로 보장할 뿐이 아니라, 제37조 제1항에서도 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 하여, 개인은 자유를 행사하기 위하여 이를 구체적으로 규정한 실정법적 근거를 필요로 하지 않는다는 것을 밝히고 있다.

2. 헌법에 열거되지 아니한 자유권의 실정법적 근거

헌법은 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정하여, 헌법에 명시적으로 규정된 기본권 외에도 헌법적으로 보장되는 기본권이 있음을 밝히고 있다. ‘인간의 존엄과 가치’가 헌법을 구성하는 최고의 원칙으로서 모든 헌법규범, 특히 기본권과 기본국가원리는 인간의 존엄성을 실현하기 위한 구체적 수단이며 한편 인간의 존엄성은 기본권과 기본국가원리의 궁극적 목적이라는 점에서, 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리로서 경시되어서는 아니 될 자유와 권리라 함은, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위하여 불가결한 수단으로서 국가가 실정법화했는가와 관계없이 헌법적으로 보장되어야 할 국민의 자유와 권리를 말한다.¹⁰³⁴⁾

1034) 같은 취지로 허영, 한국헌법론, 2001, 317면.

가. 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제10조 후문)의 헌법적 의미

헌법은 제10조 후문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 규정하여, 국가에게 ‘기본적 인권을 확인할 의무’ 및 ‘이를 보장할 의무’를 부과하고 있다. 헌법은 ‘인권의 확인’이란 표현을 통하여 인권, 즉 개인의 자유는 헌법에 의하여 비로소 창설된 것이 아니라 선국가적, 초실정법적 질서의 구성부분이라는 것을 밝히고 있다.¹⁰³⁵⁾ 헌법 제10조 후문은 같은 조 전문의 ‘인간의 존엄과 가치’, ‘행복추구권’과 함께 우리 헌법상 자연법 사상, 천부인권 사상의 실정법적 표현이다. 또한 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”고 규정한 헌법 제37조 제1항 및 “자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다”는 헌법 제37조 제2항 후단의 규정도, 국가 이전에 존재하는 자유, 국가에 의하여 마음대로 처분될 수 없는 자유의 존재를 전제로 하고 있다.

즉 인권의 ‘확인’이란, 인권(개인의 자유)이 국가에 의하여 부여되는 것이 아니라 국가 이전에 이미 존재하는 것으로서 단지 인간이 인간이기 때문에 누리는 천부적 또는 생래적 권리이며, 국가는 선국가적 인권을 단지 인정하고 다시 확인함으로써 헌법적 권리로 전환하고 헌법질서의 구성부분으로 수용한다는 것을 뜻한다. 인권(개인의 자유)은 인간이 만든 어떠한 질서나 심급에 의하여 부여되는 것이 아니라, 단지 인간으로 태어남으로써 모든 개인에게 귀속되는 것이다. 인권이 인간에 의하여 부여된 것이 아니기 때문에, 인권은 인

1035) 같은 취지로 김철수, 헌법학개론, 2002, 376-377면; 권영성, 헌법학원론, 2000, 347면.

간에 의하여, 즉 법질서에 의하여 박탈될 수도 실효 될 수도 없으며, 개인이 이를 스스로 포기할 수도 없다.¹⁰³⁶⁾ 그러나 인권이 실정법적으로 규범화되지 않는 이상, 인권은 단순히 소망이나 이상, 정치적 요구에 불과하다. 인권이 국가 내에서 관철되기 위해서는 법적 인 보장을 필요로 한다.¹⁰³⁷⁾ 따라서 ‘인권을 확인할 국가의 의무’란 국가가 기본적 인권을 헌법상 기본권, 즉 자유권으로 실정법화하여 헌법적으로 규정해야 할 의무를 말한다. 이로써 인권의 근본적 부분은 헌법개정을 통해서도 제거될 수 없다는 의미에서, 헌법제정권자나 헌법개정권자가 넘어서는 안 되는 한계가 동시에 설정되었다.

‘인권을 보장할 의무’란, 일차적으로 국가가 스스로 개인의 자유를 존중하고 침해하지 않음으로써 자유를 보장해야 한다는 것을 뜻한다. 그러나 국가가 개인에게 단지 자유공간을 보장하는 것만으로는 개인의 자유가 충분히 보장되지 않으며, 이를 넘어서 국가는 변화하는 상황에 따라 새로이 발생하는 인권에 대한 위협에 대하여 적극적으로 대처하여 개인의 자유를 보장해야 할 의무를 진다. 오늘날 인권이 국가뿐이 아니라 사회에 의하여도 위협을 받는다는 것을 고려할 때, ‘인권을 보장할 의무’란 소극적으로 국가의 부작위를 요청하는 것에 그치지 아니하고, 사인에 의한 침해에 대해서도 개인의 인권을 적극적으로 보호해야 할 의무를 함께 포함한다.¹⁰³⁸⁾ 따라서 ‘인권을 보장할 의무’는 인권을 국가와 사회로부터 보호해야 할 의

1036) Vgl. Stern, Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: FS für Scupin, 1983, S.628.

1037) Vgl. Stern, Das Staatsrecht der BRD, Bd.III/1, 1988, S.38.

1038) 헌법재판소는 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 관례집 9-1, 119-120에서 “우리 헌법은 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 규정함으로써, 소극적으로 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하고 있다.”고 판시한 바 있다, 또한 같은 취지로 권영성, 헌법학원론, 2000, 347면.

무, 즉 국가가 인권을 침해하는 행위를 해서도 안될 뿐이 아니라, 사인이나 사회적 세력으로부터의 발생하는 인권침해나 위협에 대하여도 개인을 보호해야 할 국가의 의무가 있다는 것을 뜻한다.

나. 일반적 자유권으로서 행복추구권

헌법은 제10조 후문에서 모든 인간에게 귀속되는 천부적 또는 생래적 권리를 실정법화하여 헌법적으로 규정하고 보장해야 할 국가의 의무를 부과하는 한편, 제37조 제1항에서 국가가 기본적 인권을 실정헌법의 체계에 수용하지 않은 경우에도 개인의 기본적 인권을 헌법적으로 보장되어야 한다는 것을 밝히고 있다. 헌법 제10조 후문과 제37조 제1항의 관계에서 볼 때, 헌법에 열거되지 아니함에도 불구하고 헌법적으로 보장되는 국민의 자유와 권리란, 선국가적 권리가기 때문에 국가가 헌법에 수용하였는가와 관계없이 보장되어야 하는 권리, 즉 인간이 인간이기 때문에 당연히 누린다고 생각되는 인간의 생래적·천부적 권리에 국한되는 것이지, 국가에 의하여 비로소 부여되고 형성되는 참정권이나 사회적 기본권, 청구권적 기본권을 포함하는 것이 아니다. 따라서 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되어서는 안 되는 국민의 자유와 권리는 단지 자유권만을 의미한다고 보는 것이 타당하다.

행복추구권은 헌법에 구체적으로 규정된 자유권에 의하여 보호될 수 없는 인간의 행위나 법익에 대하여 보충적으로 기본권적 보호를 제공하는 일반적 자유권으로서, 헌법에 열거되지 아니한 자유권을 도출하는 실정법적 근거이다.¹⁰³⁹⁾ 즉 행복추구권에 의하여 헌법적으

1039) 헌법재판소도 ‘헌법 제10조의 행복추구권은, 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이

로 기본권적 자유가 빈틈없이 보장되는 것이다.

다. 보충적 자유권

행복추구권은 다른 자유권에 의하여 보호되지 않는 자유영역을 그 보호범위로 하는 보충적 자유권이다.¹⁰⁴⁰⁾ 공권력행위의 합헌성 심사의 경우, 행복추구권은 다른 기본권과의 관계에서 단지 보충적으로만 기능한다. 즉 다른 개별자유권의 보호범위가 제한되는 경우, 다른 개별자유권을 심사기준으로 판단하여 그 결과 공권력의 침해가 위헌인 경우뿐이 아니라 합헌인 경우에도, 행복추구권은 더 이상 적용되지 않는다. 국가가 다른 개별 자유권에 의하여 보호되지 않는 자유영역을 침해하는 경우, 비로소 행복추구권은 헌법적으로 기능한다.

행복추구권의 보호범위는 ‘인격의 자유로운 발현’을 위하여 필요한 인간의 모든 행위와 상태에 대한 보장이다. 개별 기본권의 보장 내용을 보완하는 보충적 기본권의 본질은 바로 보호범위의 광범위함, 불확정성 및 개방성에 있다. 행복추구권의 보장내용인 일반적

아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권이다’고 판시함으로써, 자유권에 관한 일반조항임을 밝혔다(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32). 학계에서는 행복추구권을 자유권뿐이 아니라 사회적 기본권에 관한 일반조항으로 보는 견해가 있으나, 행복추구권을 선국가적 자연법상의 권리라고 이해하면서, 한편으로는 국가에 의하여 비로소 부여되고 형성되는 사회적 기본권에 관한 일반조항으로 파악하는 것은(예컨대 권영성, 헌법학원론, 2000, 362-363면) 그 자체로서 논리적 모순이다. 헌법은 제34조에 “인간다운 생활을 할 권리”를 사회적 기본권에 관한 일반조항으로서 명시적으로 규정하고 있다.

1040) 헌법재판소는 일반적 행동자유권의 보충적 성격에 대한 인식이 불분명하여 다른 개별적 자유권과 행복추구권을 함께 심사기준으로 언급하는 것을 자주 확인할 수 있다, 예컨대 헌재 1997. 11. 27. 95헌바14등, 판례집 9-2, 575, 587, 직업의 자유와 행복추구권을 제한된 기본권으로서 함께 언급하고 있다.

행동자유권과 일반적 인격권의 보호범위는 변화하는 사회상황에 대처하고 자유를 위협하는 새로운 위협상황에 대한 보호를 제공하기 위하여 새로운 현상과 발전에 대하여 개방적·유동적이어야 한다.

3. 헌법 제10조와 제37조 제1항의 관계

헌법 제10조의 행복추구권과 제37조 제1항 사이의 관계에 관하여, 위 두 조항 모두를 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 도출하는 근거조항으로 보고자 하는 일부 견해도 있으나,¹⁰⁴¹⁾ 헌법에 열거되지 아니한 자유권을 국민의 주관적 권리로서 보장하는 헌법규정은 단지 헌법 제10조의 행복추구권이며, 반면에 헌법 제37조 제1항은 국민의 권리를 직접적으로 보장하는 기본권 조항이 아니다. 헌법 제37조 제1항의 기본권체계 내에서의 위치, 객관적인 성격의 법문, 개인의 자유를 제한하는 국가권력을 다시금 제한하는 ‘자유제한의 조건’(법률유보·비례의 원칙·본질적 내용의 침해금지)을 규정한 헌법 제37조 제2항과의 관계에서 볼 때, 헌법 제37조 제1항은 ‘헌법에 명시적으로 규정되지 아니한 자유도 헌법해석을 통하여 보장되어야 한다’는 내용의, 국가에 대한 헌법해석의 지침을 담고 있는 객관적인 규정으로 이해하는 것이 타당하다고 본다.¹⁰⁴²⁾

헌법상 자유권의 보장이란, 역사적으로 발생한 자유의 위협과 침해에 대한 헌법적 대답이다. 헌법에 열거된 기본권이 역사상 경험적으로 국가공권력에 의한 침해의 위험이 있는 자유영역을 보호하고자 하는 헌법제정자의 의지의 표현이라면, 헌법해석을 통하여 새로

1041) 예컨대 박일경, 제6공화국 신헌법, 1990, 220면; 김선택, 헌법논총 제9집, 12, 33면, 헌법 제10조와 제37조 제1항의 관계에 관한 학계의 견해에 관하여 성낙인, 기본권의 개념과 범위에 관한 연구, 헌법재판연구 제6권, 1995, 24면 이하.

1042) 이와 유사한 견해로 김철수, 헌법학개론, 2002, 377면.

운 기본권을 인정한다는 것은 사회현상의 변화에 따라 자유에 대하여 새로이 발생하는 위협적 상황에 적절하게 대처하고자 하는 시도이다. 즉 헌법에 열거되지 아니한 기본권은 새로운 상황에 대한 헌법 해석적 반응, 특히 헌법재판의 결과이다.¹⁰⁴³⁾ 이렇게 본다면, 헌법 제37조 제1항은 국가, 특히 헌법재판소에 대하여 헌법해석을 통하여 개인의 자유를 위협하는 새로운 상황에 대처할 의무를 부과하는 규정이라고 할 수 있으며, 헌법재판소의 헌법해석을 통한 헌법의 변천을 허용할 뿐이 아니라 이를 국가의 의무로서 부과하는 규정이다.

Ⅲ. 기본권으로서의 인격권¹⁰⁴⁴⁾

아래에서는 인격권을 일반적 인격권과 개별적 인격권으로 나누어 살펴보기로 한다. 개별적 인격권이란 헌법상의 명시적인 규정에 의하여 보호되는 인격권이고, 일반적 인격권이란 헌법해석을 통하여

1043) Vgl. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1994, S.335.

1044) ‘사법상 보호되는 인격권’과 ‘기본권으로서의 인격권’은 구분되어야 한다. 사법상 보호되는 인격권은 법률상의 제도이자 법률상의 권리인 반면, 기본권으로서의 인격권은 헌법상의 권리이다. 이에 따라 사법상의 인격권이 사인간의 관계에서만 적용되는데 반하여, 헌법상의 인격권은 사인간의 관계에서 뿐이 아니라, 일차적으로 국가와 개인과의 관계에서 중요한 역할을 한다. 헌법상의 인격권은 어떠한 방법으로 인격권을 실현할 것인가에 관하여 입법자에게 위임하고 있으므로, 입법자는 사법상의 인격권 보호뿐이 아니라 형법상의 인격권 보호와 같이 다양한 방법으로 헌법상의 인격권을 실현할 수 있다. 따라서 사법상의 인격권은 단지 헌법상 인격권을 실현하기 위한 헌법적으로 가능한 여러 가능성 중의 하나인 것이다, 비록 헌법상의 인격권과 사법상의 인격권의 보호범위가 결과적으로 거의 일치함에도 불구하고, 마치 헌법상의 재산권과 사법상의 재산권이 서로 다른 것과 마찬가지로, 서로 혼동되어서는 안 된다. 이에 관하여 vgl. Jarass, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz*, NJW 1989, S.858; 특히 사법상의 인격권에 관하여 Ehmann, *Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, JuS 1997, S.193ff.

인정되고 보호되는 포괄적인 의미의 인격권을 말한다. 개별적 인격권은 일반적 인격권의 한 내용이며, 구체적인 사건에 적용함에 있어서 일반적 인격권과 개별적 인격권은 일반·특별관계에 있다.

1. 일반적 인격권

가. 행복추구권의 보장내용으로서 일반적 행동자유권과 일반적 인격권

모든 기본권은 인간존엄성의 실현과 자유로운 인격발현을 위하여 보장되는 것이며, 이러한 목적을 위하여 헌법은 특정한 인적, 물적 영역을 국가의 침해로부터 차단함으로써 독자적인 인격형성에 필요한 상태나 법적 지위를 보장하는 기본권(예컨대 사생활의 보호, 재산권의 존속보장, 주거의 자유와 통신의 비밀의 보장 등)과 인격의 발현을 위한 적극적인 행위를 보호하는 기본권(예컨대 재산권의 이용과 처분, 언론, 집회의 자유, 직업의 자유 등)을 함께 보장하고 있다.¹⁰⁴⁵⁾

마찬가지로 인격발현에 관한 일반적인 자유권으로서의 행복추구권도, 적극적인 행위를 통하여 인격을 발현할 수 있는 자유인 일반적 행동자유권과 개인이 인격을 자유롭게 발현하고 유지할 수 있는 조건이나 상태를 보장하는 일반적 인격권을 그 구성요소로 한다.¹⁰⁴⁶⁾ 즉 인격의 자유로운 발현은 그의 기본조건으로서, 인간의

1045) Vgl. Degenhart, Die allgemeine Handlungsfreiheit der Art. 2 I, JuS 1990, S.161; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S.330ff.

1046) 독일 인격발현권의 이중적 구조에 관하여, Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR Bd.VI., 1989, §129 Rn.17; Degenhart, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JuS 1990, S.161; ders. Das

행위에 대한 보호와 인간의 사실적·법적 존재 또는 상태에 대한 보호라는 이중적인 보호를 필요로 하는 것이다. 따라서 행복추구권은 인격발현의 적극적인 요소인 ‘일반적 행동의 자유’와 인격발현의 소극적 요소로서 ‘일반적 인격권’을 그 보장내용으로 하고 있다.¹⁰⁴⁷⁾

인간이 인격을 자유롭게 발현하기 위해서는, 국가권력의 방해나 간섭을 받지 않고 자유롭게 자신이 원하는 대로 행동하고 원치 않는 것은 하지 않을 자유인 ‘일반적 행동의 자유’가 보장되어야 함은 물론이고, 한편으로는 외부로부터 은거하여 자기를 발견하고 자신의 고유한 개성을 유지하고 발전시킬 수 있는 개인적 생활영역, 국가나 외부세계의 간섭·관찰로부터 차단된 사적 생활영역을 필요로 한다. 또한 개인의 인격은 외부세계의 영향을 배제하는 사생활 영역뿐 아니라 사회 내에서 외부세계와의 접촉과 교류를 통하여 형성되고 발현되므로, 개인을 외부와의 관계, 즉 사회적 또는 공적 영역에서도 보호하는 다른 요소가 부가적으로 보장되어야 한다. 다시 말하자면, 인격의 자유로운 발현이 가능한 상태가 확보되기 위해서는, 개인이 자신의 사생활 영역을 외부에 공개할 것인지에 관하여 결정할

allgemeine Persönlichkeitsrecht, JuS 1992, S.361; Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S.857; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, 330ff.; Stein, Staatsrecht, 14.Auflage, 1993, S.252; BVerfGE 35, 202, 220.

1047) 헌법재판소는 종래 다수의 결정(헌재 1991. 6. 3. 89헌마204, 판례집 3, 268, 275 및 그 이후의 다수 결정)에서 행복추구권의 구체적인 내용으로서 ‘일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권’을 언급하면서, 한편으로는 일부 결정(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310; 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 16; 1997. 3. 27. 95헌가14등, 판례집 9-1, 193, 204)에서는 ‘개인의 인격권 및 행복추구권’이라고 표현하여 인격권과 행복추구권을 병렬적으로 언급함으로써 ‘행복추구권’, ‘일반적 행동자유권’, ‘개성의 자유로운 발현권’, ‘인격권’이 서로 어떠한 관계에 있는지 명확히 하고 있지 않다. 행복추구권의 규범적 내용이 바로 ‘개성의 자유로운 발현권’이며, 이러한 권리로부터 ‘일반적 행동자유권’과 ‘인격권’이 구체적인 내용으로 도출된다는 의미로, 위 개념들 사이의 상호관계가 법리적으로 정리될 것이 요청된다.

권리뿐만 아니라, 외부세계에 묘사되는 자신의 사회적 인격상에 관하여 스스로 결정할 권리가 함께 보장되어야 하는 것이다.¹⁰⁴⁸⁾

일반적 인격권의 보호범위를 정하는 결정적인 기준은, 누구나 각자의 삶을 스스로 자주적으로 결정할 수 있어야 한다는 의미에서 개인의 자율성과 자기결정의 사고이다. 일반적 인격권은 좁은 개인적 생활공간인 사생활의 보호를 비롯하여 ‘인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건’을 포괄적으로 보호하고자 하는 것이므로,¹⁰⁴⁹⁾ 자신의 삶을 스스로 결정할 수 있는 생존의 가능성이 박탈당하는 경우, 즉 자유로운 인격발현의 기본조건이 위협받는 경우에는 일반적 인격권에 의한 헌법적 보호가 필요하다.¹⁰⁵⁰⁾ 이러한 의미에서 일반적 인격권이란, 개인의 사생활 영역을 비롯하여 독자적인 생활형성을 위하여 필요한 기본조건을 보장하는 기본권이다.¹⁰⁵¹⁾ 따라서 일반적 인격권은 국가에 의한 사생활의 침해나 사인의 인격 침해적 발언에 대한 헌법적 보호에 그치는 것이 아니라, 사회현상의 발전에 따라 발생하는 새로운 위협에 대하여 대처할 수 있도록 그 보호범위에 있어서 변화하는 개방적 기본권이다. 일반적 인격권의 구체적 보호법익으로는, 사생활영역, 개인

1048) 이에 관하여 자세하게 아래 III. 1. 나. 참조.

1049) 마찬가지로 권영성, 헌법학원론, 2000, 424면, ‘인격권이란 권리주체와 분리될 수 없는 인격적 이익, 즉 명예, 성명, 정조, 초상, 사생활의 비밀과 자유 등의 향유를 내용으로 하는 권리를 말한다’고 하여, ‘사생활의 비밀과 자유’를 인격권의 일종으로 파악하고 있다. 또한 허영, 한국헌법론, 2001, 367면, ‘사생활의 비밀과 자유’를 인격권의 한 내용으로 이해하고 있다. 마찬가지로 김철수, 헌법학개론, 2002, 381면 및 564-565면 참조. 헌법재판소는 1991. 9. 16. 89헌마165 결정에서 ‘인격권을 침해당한 피해자에게 반론의 기회를 부여하는 정정보도청구권은 헌법상 보장된 인격권과 사생활의 비밀과 자유에 그 바탕을 둔 것이다’고 판시하여, 비록 ‘일반적 인격권’과 ‘사생활의 비밀과 자유’의 관계를 밝히고 있지는 않지만, ‘사생활의 비밀과 자유’도 인격권의 보호에 관한 규정임을 분명히 하고 있다(판례집 3, 518, 529-530).

1050) Vgl. Degenhart, JuS 1992, S.366, 368.

1051) Vgl. BVerfGE 54, 148, 153; 72, 155, 170.

의 명예, 사회적 상의 형성에 관한 결정권, 초상권, 성명권 및 자기가 한 말에 관한 권리, 개인관련 정보의 공개와 사용에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리인 정보자결권을 들 수 있다.¹⁰⁵²⁾

개인에게 독자적인 인격형성을 위한 자율적 영역이 보장되지 않는다면, 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성은 실현될 수 없다는 점에서, 일반적 인격권이 실현하고자 하는 것은 궁극적으로 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성이며, 이에 따라 일반적 인격권은 인격의 자유로운 발현을 보장하는 ‘행복추구권’과 ‘인간의 존엄과 가치’에 그 헌법적 기초를 두고 있다.¹⁰⁵³⁾

‘헌법상 인격권’의 보호와 관련하여 일반적 인격권은 헌법에 규정된 개별적 인격권에 대하여 보충적으로 적용되는 기본권이다. 헌법은 제16, 제17, 제18조를 통하여 자유로운 인격발현의 기본조건인 ‘사생활 영역’을 보호하는 개별 기본권을 두고 있으나, 일반적 인격권에 대하여 특별규정인 위 개별 기본권들은 인격발현의 모든 요건을 포괄하는 것이 아니라 ‘사생활의 보호’라는 부분적인 측면만을 보호하고 있으므로, 인격권의 포괄적인 보호는 헌법에 명시적으로 규정되지 아니한 자유권을 보장하는 일반적 인격권에 의하여 이루어지는 것이다.¹⁰⁵⁴⁾

1052) Vgl. BVerfGE 54, 148, 154.

1053) 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160, 판례집 3, 149, 158에서는 ‘인격의 자유로운 발현을 위하여 보호받아야 할 인격권’, ‘인간의 존엄과 가치를 바탕으로 하는 인격권’이라고 판시하여, 인격권의 근거조항이 인격의 자유로운 발현권 및 인간의 존엄성임을 시사하고 있다.

1054) 우리 헌법상의 기본권체계에서 일반적 인격권이 존재하는가에 대하여 진지한 의문을 제기한 논문으로는 김일환, 한국헌법상 “일반적 인격권” 존재여부에 관한 비판적 고찰, 공법연구 제28집 제4호 제2권, 113면 이하 참조. 김일환 교수가 주장하는 바와 같이, 헌법 제17조의 “사생활의 비밀과 자유”의 보호범위를 인격권의 모든 요소를 포함하는 포괄적인 기본권으로 이해한다면, 우리 헌법체계에서 일반조항으로서의 ‘일반적 인격권’을 인정할 여지가 없을 것이다. 그러나 필자는 아래에서 서술하는 바와 같이 헌법상 인격권의 내용을 크게 ‘사생활의 보

나. 일반적 인격권의 보장내용

(1) 사생활의 보호(사생활의 비밀과 자유)

개인의 사생활영역이 외부로부터 차단되어 보호됨으로써 비로소 개성의 독자적인 형성이 가능하다. 개인은 개체의 고유성을 근거로 각자 다양한 방법으로 사회적 활동을 함으로써 공동체의 형성에 참여하게 하고, 이는 결국 살아있는 민주주의의 근간이 된다. 개별성·고유성·다양성으로 표현되는 문화는 사회의 자율영역이나 자유공간이 없이는 생길 수 없고, 사회의 자유공간은 무엇보다도 바로 개인의 사생활영역으로부터 출발한다. 사생활영역의 보호는 견해와 사상의 다양성을 그 본질로 하는 문화국가를 실현하기 위한 필수적인 조건이다.

사생활의 보호란, 인간이 독자적인 개성을 자율적으로 형성할 수 있는 개인적 생활영역으로서의 사생활영역의 보호에 관한 것이다. 사생활의 보호는, 사생활 영역을 외부로부터 차단하는 ‘사생활의 비밀’과 자유로운 사생활 형성의 권리로서 ‘사생활의 자유’로 구성된다.¹⁰⁵⁵⁾

“사생활의 비밀”이란, 개인의 사생활 영역이 당사자의 의사에 반

호’와 ‘사회적 인격상에 관한 자기결정권’이란 2가지 요소로 구분하여, 이 중에서 ‘사생활의 보호’에 관한 부분은 헌법 제17조에 의하여 명시적으로 규정된 반면, ‘사회적 인격상에 관한 자기결정권’의 부분에 관하여는 헌법에 명시적인 규정이 없으므로, 일반적 인격권에 의하여 보호되는 것으로 이해한다.

1055) 학계에서도 일반적으로 ‘사생활의 비밀과 자유’를 그 내용에 있어서 크게 ‘사생활의 비밀’과 ‘사생활의 자유’로 구분하고 있다. 예컨대 허영, 한국헌법론, 2001, 368면, ‘사생활의 비밀이란, 사생활과 관련된 사사로운 나만의 영역이 본인의 의사에 반해서 타인에게 알려지지 않도록 나만이 간직할 수 있는 권리이며, 사생활의 자유는 사생활의 설계 및 그 내용에 있어서 외부로부터의 간섭을 받지 아니할 권리’라고 설명하고 있다, 또한 권영성, 헌법학원론, 2000, 426-427면, ‘사생활의 비밀’을 사생활을 공개 당하지 아니할 권리로, ‘사생활의 자유’를 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 아니할 권리로 이해하고 있다.

하여 공개되지 아니 할 권리, 즉 사생활영역으로부터 당사자의 의사에 반하여 정보를 수집하는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권(사생활정보에 관한 자기결정권)이다.¹⁰⁵⁶⁾ ‘사생활의 비밀’의 특징적 요소는 외부에 대한 사생활영역의 차단과 가족·친구·친척과의 관계에서의 상호행위의 내밀성이다. 외부의 방해·간섭·관찰을 받지 않고 ‘혼자 있을 개인의 권리’, ‘그냥 내버려 둘 것을 요구할 수 있는 권리’는 현대 산업사회에서 정신적·육체적 측면에서 개인의 생존을 위한 기본조건이다. 어느 누구도 외부 세계로부터 자신만의 세계로 은거하는 기회나 외부의 방해를 받지 않고 자신과 혼자 있을 수 있는 기회 없이는, 사회가 그에게 요구하는 바를 끊임없이 이행할 수 없다. 이러한 의미에서 사생활의 보호는 기본적인 물질적 생존에 관한 권리와 마찬가지로 중요하다.¹⁰⁵⁷⁾ 우리 헌법은 제16조, 제17조 및 제18조에서 ‘주거의 자유’와 ‘사생활의 비밀’, ‘통신의 비밀’을 보장함으로써 일반적 인격권에 대한 특별규정으로서 사생활영역을 차단하는 과제를 이행하는 개별기본권을 두고 있다.

이에 대하여 “사생활의 자유”란 ‘사생활 정보에 관한 자기결정권’이 아니라 ‘사생활의 형성 그 자체에 관한 자기결정권’을 보장하고자 하는 기본권으로서, 개인의 인격발현의 기본조건에 관하여 독자적으로 결정하고 이로써 사생활을 스스로 형성할 자유를 말하는 데,¹⁰⁵⁸⁾ 사생활의 자유도 일반적 인격권에 대하여 특별조항인 헌법 제17조에 구체적으로 규정되었다.

1056) Vgl. Schmitt Glaeser, HdbStR Bd.VI., §129 Rn.30.

1057) Vgl. Benda, HdbVerfR, §6 Rn.27.

1058) Vgl. Kunig, in: Münch/Kunig, GGK, 1999, Art.2, Rn.33.

(2) 사회적 인격상에 관한 자기결정권

인격권은 주로 국가의 사생활침해나 사인의 인격 침해적 발언에 대하여 개인의 사생활 영역을 보호하기 위한 헌법적 근거로 이해되어 왔지만, 인격권과 사생활의 보호가 일치하는 것은 아니다. 인격권의 침해는 사생활영역에 대한 침해 없이도 가능하다.

개인의 인격은 사회 내에서, 즉 외부세계와의 접촉과 상호작용을 통하여 형성되고 발현된다. 이 경우 개인과 관련된 어떠한 정보가 어떠한 연관관계에서 사회적으로 공개되는가 하는 것은 매우 중요하다. 사회는 개인에 관한 정보로부터 그에 대한 사회적 상을 형성하게 되고, 상대방은 그의 기대와 행동에 있어서 이러한 상을 기준으로 삼게 된다. 즉 개인은 자신에 대한 외부세계의 기대와 행동에서 ‘어느 정도로 사회에 대한 자기묘사가 성공적이었는가’ 하는 것을 인식하게 된다.¹⁰⁵⁹⁾ 그런데 개인과 관련하여 허위사실이 주장되는 경우, 예컨대 자신이 하지도 않은 이야기나 행동을 했다고 제3자가 주장하거나,¹⁰⁶⁰⁾ 언론사가 하지도 않은 인터뷰를 허구로 조작하여 보도하거나,¹⁰⁶¹⁾ 자신이 한 이야기가 부정확하게 인용되거나,¹⁰⁶²⁾ 자신의 작품이 왜곡되어 묘사되는 경우, 외부사회에 대하여 개인의 인격상이 왜곡되고 이로써 자신의 삶을 스스로 결정하고 형성하는 가능성이 제한될 수 있다.¹⁰⁶³⁾ 이 경우, 허위사실의 주장이 사생활의 비밀에 속하는 것인지 또는 명예훼손적 내용의 것인지 하는 것은 중요하지 않다.

1059) Schlink, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 1986, S.243.

1060) Vgl. BVerfGE 54, 148, 153f.(Eppler).

1061) BGH, NJW 1965, 685, 687; BVerfGE 34, 269, 282f.(Soraya).

1062) BVerfGE 54, 208, 217f.(Böll).

1063) Vgl. Ehmann, Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, S.198f.

예컨대 특정 정치인이 하지도 않은 정치적 발언을 하였다고 언론이 그러한 내용의 보도를 하는 경우, 보도의 내용이 개인의 사생활에 관한 보도나 명예훼손적 내용이 아니기 때문에 비록 정치인의 사생활이나 명예에 대한 침해는 없다 하더라도, 그럼에도 불구하고 잘못된 보도로 인하여 사회적으로 그에 관한 왜곡된 상이 형성되기 때문에 정치인은 ‘외부세계에 대하여 자신의 사회적 인격상을 스스로 결정하는 권리’를 침해받게 되고, 이로써 일반적 인격권이 침해된다.¹⁰⁶⁴⁾ 또는, 유명인의 사진을 본인의 동의 없이 ‘남성정력제’를 선전하는 상업적 광고에 사용하는 경우, 일반대중에 널리 알려진 유명인의 사진은 사생활관련 정보는 아니나, 그의 사진이 특정 광고의

1064) Vgl. BVerfGE 54, 148, 153 ff.(Eppler), Baden-Württemberg 주의 SPD 정당 당수인 “Eppler”가 “기업이 어느 정도로 (조세)부담을 감당할 수 있는지 재검토해야 한다”는 발언을 하였다고, CDU 정당이 주장하였다. 재판과정에서 발언의 진위여부는 밝혀지지 않았다. 법원은 ‘그가 이미 다른 기회에 유사한 발언을 했으므로, 설사 하지 않은 발언을 했다고 주장했더라도, 그의 인격상이 왜곡되지 않는다’라는 이유로, 장래의 계속적인 침해를 방지해달라는 취지의 Eppler의 예방적 부작위청구를 기각하였다. 연방헌법재판소는 Eppler의 헌법소원을 다른 이유에서 기각하였지만, 법원의 판결이유가 타당하지 않음을 다음과 같이 지적하였다(E 54, 148, 155 f.).

개인이 하지 않은 발언을 했다고 주장함으로써 그에 의하여 스스로 정의된 사회상을 침해한다면, ‘자기결정의 사고에 그 바탕을 두고 있는 일반적 인격권이 침해된다. 청구인이 했다고 주장하는 발언이 그의 인격상을 왜곡하는가를 판단함에 있어서, 법원은 청구인에 대하여 법원 스스로가 설정한 인격상을 기준으로 삼아 이에 따라 판단함으로써, 청구인의 사회적 인격상이 청구인 자신에 의해서가 아니라 법원에 의하여 결정되었는데, 이는 인격권과 합치하지 않는다.’

이에 따라 허위사실의 주장이나 잘못된 인용의 경우, 발언이 당사자의 명예를 훼손하였는가와 관계없이, 외부에 전달하려는 자신의 모습이 타인에 의하여 방해를 받음으로써 외부세계에 대한 자기표사의 결정권이 침해되는 경우에도 인격권이 침해된다는 것을 인정하였다. 다양한 가치관이 존재하는 다원적 사회에서, 특정한 내용의 발언을 했다고 하는 주장이나 특정 집회에 참여했다고 하는 주장 또는 특정인을 만났다고 하는 주장이 당사자의 명예를 손상시키는가를 확정하는 것은, 사회적으로 객관적인 기준이 없기 때문에 더 이상 법원의 과제가 아니며, 그 대신 개인 각자에 의하여 정의된 사회상에 관한 결정권이 기준이 된다는 것이다, vgl. Kübler, Öffentlichkeit als Tribunal? – Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrenschutz –, JZ 1984, S.544.

내용과 관련하여 유포됨으로써 그에 관한 사회적 인격상이 그의 의사와 관계없이 형성되고, 이로써 인격의 자유로운 발현이 저해된다.¹⁰⁶⁵⁾

뿐만 아니라, 정치적 집회나 시민운동단체에 참여하는 행위가 국가에 의하여 빠짐없이 자료로써 등록되고 이로써 자신에 관한 사회적 상이 일방적으로 국가에 의하여 형성됨으로써 불이익이나 위험이 발생할 수 있다고 예상하는 자는 자신의 기본권인 집회의 자유나 결사의 자유를 행사하는 것을 포기할 수도 있다. 이러한 점에서 국가가 보유하는 정보나 자료를 무제한적으로 활용하여 개인에 대한 사회적 인격상을 형성하는 경우, 자기결정에 따라 계획하고 행동하는 자유, 즉 인격의 자유로운 발현이 현저하게 저해될 수 있다.¹⁰⁶⁶⁾ 또는 국가가 범죄인의 사진, 성명, 주소 등을 사용하여 범죄 사실을 공적으로 공개하는 것도 자신에 관하여 무엇이 어떠한 관계에서 사회적으로 공개되어야 할 것인지에 관하여 스스로 결정할 권리를 침해하는 것으로서, 일반적 인격권에 대한 침해에 해당한다.¹⁰⁶⁷⁾ 뿐만 아니라, 국가기관이 ‘알코올 중독으로 인한 금치산선고의 공고’와 같이 개인의 인격을 비하하는 정보를 일반에 공개함으로써 개인의 인격권을 침해할 수 있다.¹⁰⁶⁸⁾

따라서 자유로운 인격발현을 위해서는 ‘사생활의 비밀과 자유’ 외에도 개인을 외부와의 관계, 즉 사회적 또는 공적 영역에서 보호하는 다른 요소가 부가적으로 보장되어야 한다. 일반적 인격권의 보호 범위는 단지 사생활영역을 외부로부터 차단하는 것에 제한되는 것이 아니라, 타인의 눈에 비칠 자신의 모습(인격상)을 형성할 수 있

1065) Vgl. BGHZ 26, 349, 354(Herrenreiter Fall).

1066) 이에 관하여 자세하게 아래 IV. 2. 가. 참조.

1067) 이에 관하여 자세하게 아래 IV. 2. 나. 참조.

1068) Vgl. BVerfGE 78, 77, 84ff.(알코올 중독으로 인한 금치산 선고의 공개).

는 정보에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리를 포함해야 한다.¹⁰⁶⁹⁾ 인격은 타인에 대하여 차단되어 보호받는 사생활영역과 타인 앞에서의 자기묘사를 통하여 발현되므로, 인격발현의 자유로서 인격권은 차단된 사생활영역의 보호 뿐이 아니라 자기묘사가 이루어지는 사회적 무대에 등장할 것인 지의 여부에 관하여 스스로 결정하는 권리를 의미한다. 즉 개인은 ‘그 정보가 사생활에 관한 것인가 또는 아닌가’와 관계없이, 국가나 제3자가 자신에 대하여 어떠한 상을 가질지 또는 자신을 사회적으로 어떻게 평가할 지에 관하여 스스로 결정할 수 있어야 한다. 사회적 인격상에 관한 자기결정권에 속하는 것으로서, 초상권, 성명권 및 자기가 한 말에 대한 권리, 언론보도에 의한 인격상의 왜곡에 대하여 방어할 수 있는 반론보도청구권,¹⁰⁷⁰⁾ 명예의 보호,¹⁰⁷¹⁾ 사회에 복귀할 전과자의 권리 등을 들

1069) Vgl. Jarass, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S.859; Degenhart, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, JuS 1992, S.365; Schmitt Glaeser, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR Bd.VI., 1989, §129 Rn.42 ff.; Schlink, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 1986, S.245; Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, S.599.

1070) 반론권은 ‘사회적 인격상에 관한 자기결정권’에서 파생되는 권리로서, 언론보도에 의하여 개인의 사회적 인격상이 왜곡되는 것에 대하여 보호를 제공하고자 하는 것이다. 반론권은 헌법에 직접 보장된 것은 아니지만, 헌법 제10조의 행복추구권과 인간의 존엄성에 헌법적 근거를 둔 일반적 인격권에 포함되는 권리로서, 사회적 인격상에 관하여 스스로 결정할 권리의 보호에 기여하는 것이다. 개인은 자신의 인격에 관한 결정권을 가진 주체로서 언론의 보도나 공적 토론의 단순한 객체로 전락해서는 아니 되고, 언론 보도를 통하여 인격권을 침해당한 자가 자기의 표현을 통하여 그 보도 내용에 대처할 수 있는 법적 가능성을 가져야만, 인격권에 부합한다. 반론권의 헌법상 보장은 인격의 주체적 성격의 필연적 결과라고 할 수 있다. vgl. BVerfGE 63, 131, 142.

1071) 개인의 명예는 그 자체로서 독립적으로 존재하는 법익이 아니라, 사회적 접촉을 통하여 타인과의 관계에서 형성되는 것이고, 자신의 인격에 대한 타인의 평가 및 그 표현을 통하여 존재하는 것이다. 명예란 자신의 인격에 대한 사회적 평가라고 말할 수 있고, 명예훼손이란 사회적 평가를 저하시키는 행위를 말한다. 개인의 명예는 능동적으로 행사하는 것이 아니라 침해되고 보호받는 법익이기 때문에, 자신의 명예를 주장하는 자는 필연적으로 수동적·방어적 위치에 있게 된다. 따라서 명예는 타인의 기본권행사에 의하여 침해되거나 위협받는 경우에

수 있다.¹⁰⁷²⁾

(3) 2가지 보장내용의 차이

‘사생활의 비밀’의 경우, 개인의 사생활 영역에 관하여 무엇이 공개되어도 되는가에 관하여 결정할 권리에 관한 것이고 당사자의 의사에 반하여 사생활에 관한 정보를 수집하는 것에 그 전형적인 침해행위가 있다면, ‘사회적 인격상에 관한 결정권’의 경우, 정보의 수집이 아니라 정보를 처리하는 방법에 의하여 인격권이 침해된다. ‘세상에 자신이 어떻게 묘사되고 소개되는가’의 문제는 이미 사생활 영역을 외부로부터 차단하는 것의 문제가 아니라, 개인이 외부세계와의 관계에서 사회적으로 활동하면서 자신의 인격을 발현하기 위한 기본조건의 보장에 관한 것이다.

‘사생활의 비밀’이 일회적이고 유일무이한 개체로서의 개성의 형성과 개인적 정체성의 보호를 주안점으로 삼는다면, ‘사회적 인격상에 관한 결정권’은 국가나 제3자가 개인과의 상호관계에서 형성하는 사회적 인격상, 즉 개인의 사회적 정체성에 관한 것이다.¹⁰⁷³⁾ 즉 전자의 경우, 수집한 정보를 가지고 무엇을 하는가와 관계없이, 국가

비로소 법적으로 문제되고 의미를 가지게 된다. 국가가 직접 공권력의 행사를 통하여 개인의 명예를 침해하는 경우는 지극히 예외적이므로, 개인의 명예에 대한 침해는 일반적으로 사인에 의한 침해이다. 표현의 자유의 행사에 의하여 타인의 명예가 침해되는 경우, 개인의 제한되는 자유와 기본권의 제한을 통하여 달성하려는 국가 공익과의 비교형량의 문제가 아니라, 기본권 주체간의 분쟁이며 기본권 충돌의 문제이다, vgl. Isensee, Grundrecht auf Ehre, in: Festschrift für Kriele, 1997, S.16ff.

1072) 권영성, 헌법학원론, 2000, 426면 이하, ‘사생활의 비밀’의 내용으로서 사사의 공개, 명예나 신용을 훼손하는 공표, 타인에 의한 인격적 징표의 도용을 들고 있으나, ‘허구의 사실을 공표 하거나 사실을 과장·왜곡하여 공표 함으로써 세인으로 하여금 특정인을 오해하도록 해서는 아니 된다’는 내용의 ‘명예나 신용의 불가침’의 측면이나, ‘성명, 초상 등 본인의 고유한 속성인 인격적 징표는 도용 되서는 아니 된다’는 내용의 ‘인격적 징표의 불가침’의 측면은 그 자체로서 ‘사생활의 비밀’에 속하는 것이 아니다.

1073) Vgl. Jarass, NJW 1989, S.859.

나 제3자가 사생활영역을 들여다보고 사생활정보를 수집함으로써 사생활을 침해하는 것이 특징이라면, 후자의 경우, 개인관련 정보를 어떠한 방법으로 수집하였는가와는 관계없이, 얻은 정보를 처리하는 방법에 의하여 인격권이 침해된다는 데 그 특징이 있다.¹⁰⁷⁴⁾ ‘사회적 인격상에 관한 결정권’은 인격권의 보호에 있어서 ‘사생활의 비밀’에 대하여 독자적인 권리이자, ‘사생활의 비밀’을 보완하는 권리이다.

2. 개별적 인격권

가. 사생활의 보호에 관한 특별규정으로서는 헌법 제16, 제17, 제18조

우리 헌법은 자유로운 인격발현을 위한 요소 중에서 ‘사생활의 보호’에 관한 부분에 관하여는 사생활 영역을 보호하는 개별적 기본권인 ‘주거의 자유’(제16조), ‘사생활의 비밀과 자유’(제17조), ‘통신의 비밀’(제18조)을 통하여 직접 구체적으로 규범화하였다.¹⁰⁷⁵⁾ 따라서 일반적 인격권의 보호범위 중에서 ‘사생활의 보호’에 관한 부분은 헌법 제10조의 행복추구권에 대하여 특별규정인 개별적 기본권에 의하여 규율되었다.¹⁰⁷⁶⁾

1074) Vgl. Schmitt Glaeser, HdbStR Bd.VI., §129 Rn.31, 44.

1075) 같은 취지로 권영성, 헌법학원론, 2000, 421-422면; 허영, 한국헌법론, 2001, 363면.

1076) 헌법재판소는 종래 결정에서 ‘친생자관계를 확인할 권리’, ‘성적 자기결정권’ 등을 인간의 존엄성 및(또는) 행복추구권과의 연관관계에서 도출된 ‘인격권’에 의하여 보호된다고 판시하고 있다. 그러나 사생활의 보호에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않는 독일의 기본법과는 달리, 제17조에 ‘사생활의 비밀과 자유’를 명시적으로 규정하고 있는 우리 헌법에서는 ‘일반적 인격권’과 ‘사생활의 자유’가 일반·특별의 관계에 있으므로, 헌법 제17조가 ‘자율적으로 사생활을 형성할 권리’의 우선적 근거조항이다.

‘주거의 자유’는 ‘주거’란 사적 영역의 공간적 보호를 통하여 개인의 인간존엄성과 인격발현을 위하여 불가결한 생활공간을 확보해 주고자 하는 기본권이고,¹⁰⁷⁷⁾ ‘통신의 비밀’은 사적 영역에 속하는 개인간의 의사소통을 사생활의 일부로서 보장하고자 하는 기본권이다.¹⁰⁷⁸⁾ ‘주거의 자유’, ‘통신의 비밀’, ‘사생활의 비밀과 자유’와 같은 사생활의 보호에 관한 기본권의 보장기능은 우선적으로 사생활 영역을 외부로부터 차단하고자 하는 것이며, 사생활 영역으로부터 정보를 수집하는 것에 대하여 보호하고자 하는 것이다. 이러한 점에서 사생활 영역의 보호는 사생활에 관한 정보의 보호로 그 성격을 규정할 수 있다.¹⁰⁷⁹⁾ ‘주거의 자유’와 ‘통신의 비밀’이 그 보호범위에 있어서 제한적이기 때문에 단지 사생활 영역에 대한 부분적인 보호를 제공하는 반면, ‘사생활의 비밀과 자유’는 사회현상의 변화와 그와 결부된 새로운 위협에 대처할 수 있도록 그 보장내용이 변화하는 기본권으로서 위의 전통적인 기본권으로는 보호되지 않는 사생활 영역을 포괄적으로 보호하는 기본권이다.

1077) 연립주택 등에 대한 재건축의 결의가 있는 때에는 재건축에 반대하는 주민에 대하여 소유권을 매도할 것을 청구할 수 있도록 한 법규정의 위헌여부가 문제된 사건(헌재 1999. 9. 16. 97헌바73등, 판례집 11-2, 285, 303-304)에서, 헌법재판소는 위 규정에 의하여 침해된 (재건축에 반대하는) 청구인들의 기본권으로서 ‘주거의 자유’도 함께 판단하였는데, 주거의 자유는 주민 다수결에 의하여 재건축을 허용하는 국가의 법규정에 의하여 침해될 수 있는 성격의 기본권이 아니므로, 위 결정은 주거의 자유의 보호범위를 오해한 것이다.

1078) 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652, 658, “사생활의 비밀과 자유에 포섭될 수 있는 사적 영역에 속하는 통신의 자유를 헌법이 별개의 조항을 통해서 기본권으로 보호하고 있는 이유는, 국가에 의한 침해가능성이 여타의 사적 영역보다 크기 때문이다”고 언급하고 있다.

1079) Vgl. Schmitt Glaeser, HdbStR VI. §129 Rn.4.

나. 개별적 인격권의 내용 및 기능

(1) 사생활영역이란, ‘주거’와 같이 보호대상에 있어서 그 범위가 공간적으로 제한된 개념이 아니라는 것에 유의해야 한다. 역사적으로 보면, 사생활영역이란 일반적으로 가족, 친척, 친구 등 가까운 사람과의 관계에서 가정적 범위에서 이루어지는 사적 생활을 의미하였다. 따라서 ‘주거’라는 보호범위가 이웃의 호기심이나 세상의 관심으로부터 사생활영역을 보호하는데 충분하였고, 이러한 의미에서 적어도 19세기까지는 ‘주거의 자유’가 사생활보호의 기능을 충분히 담당하고 있었다.

그러나 과학기술의 발달에 따라 출판기술이 발전하고 새로운 통신기술이 출현함에 따라, 사생활영역에 대한 침해가능성이 양과 질에서 증가함으로써 사생활의 보호는 새로운 국면을 맞게 되었다. 전화, 마이크를 이용한 도청가능성, 녹음기, 사진기 등의 출현은, 모든 장소에서 사적인 대화를 도청할 수 있고 또는 인물의 사진을 촬영하여 동의 없이 유포할 수 있는 등, 종래에 알지 못하였던 완전히 새로운 침해의 가능성을 열어 놓았다. 이미 이러한 형태의 침해는 ‘공간적으로 제한된 영역’에 대한 침해라는 차원에서는 더 이상 파악될 수 없는 성질의 것이었다. 이러한 변화로 인하여, 사생활의 공간적인 보호로서 ‘주거의 보호’가 불필요해진 것이 아니라, 이에 대한 보호는 예나 지금이나 불가결하고 중대하지만, ‘주거의 자유’와 ‘통신의 비밀’은 오늘날의 변화한 현실에 비추어 사생활의 단지 부분적인 측면만을 보호할 수 있게 되었다.

(2) 사회국가의 생존적 배려의 의무, 일반 국민의 알리고 하는 욕구의 증대, 정보가 다른 재화나 에너지와 같은 중요한 재원으로 간주되는 정보기능의 변화, 정보관련기술의 발전, 국가와 사회의 정보

화로 인하여 개인의 사생활은 새로운 형태의 위협에 처하게 되었다.

현대 산업사회는 국가의 생존적 배려, 국가에 의한 계획과 조정을 필요로 한다. 국민에 대한 생존배려의 의무가 있는 국가는 미래에 대하여 계획적으로 대처해야 한다. 따라서 오늘날의 국가행위는 얻을 수 있는 모든 정보를 바탕으로 합리적인 질서를 체계적으로 수립한 안, 즉 계획에 따라 추진된다. 국가는 국민의 복지와 생존을 확보하기 위하여 계획을 세워야 하고, 이를 위해서는 필연적으로 국민의 사생활영역과 관계되는 정보와 자료를 수집하고 분석해야 한다.¹⁰⁸⁰⁾ 통계조사, 호구조사, 국세조사 등은 국가행위의 바탕이 되는 계획을 수립하기 위한 기본조건이다. 특히 사회급부의 영역, 전기·가스·수도의 공급 및 하수처리, 병원, 학교 등과 같은 국민보건시설 및 교육시설의 설치 등은 장기적인 계획에 근거해야 하고, 계획은 개인생활에 대한 파악을 전제로 한다. 이러한 점에서 본다면, 국가가 국민의 복지와 생존을 성공적으로 확보할수록, 개인의 사생활영역이 더욱 위협을 받게 되었다.

뿐만 아니라, 국가에 의한 생존적 배려의 과제는 점점 더 행정의 현대화·기술화, 특히 자료처리의 전산화를 통하여 이행되고 있다. 현대 산업사회의 기술의 발전은 복지향상의 기회를 제공하면서도, 동시에 국가가 생존배려의 과제수행을 위하여 전산화된 자료처리의 방법을 사용함으로써 점점 더 개인의 사적 영역에 깊숙이 파고드는 위협을 내포하고 있다.¹⁰⁸¹⁾

이에 따라 사생활영역에 대한 침해의 가능성은 전면적으로 확대

1080) Vgl. Benda, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR(1), 1995, §6, Rn.27.

1081) Vgl. 국가의 생존배려 의무와 사생활과의 관계에 관하여 Benda, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, 1995, §6 Rn.17, 24, 27, 44 f.

되었고, 국민이 기본권을 주장함으로써 이를 방어할 수 있는 가능성도 전면적으로 확대되어야 한다. 헌법은 사생활을 위협하는 새로운 현상에 대하여 적절한 보호를 제공할 수 있도록, 제17조에서 ‘사생활의 비밀과 자유’를 규정함으로써 사생활영역을 포괄적으로 보장하고자 하는 것이다.

IV. 국가에 의한 인격권의 침해

일반적 인격권은 자신의 인생과 운명을 독자적인 책임 하에서 스스로 형성할 권리, 즉 자기결정의 사고에 그 바탕을 둔 권리로서, ‘언제, 어느 범위에서 개인적인 생활관계가 공개되는가’에 관하여 원칙적으로 스스로 결정할 권리, 즉 자기에 관한 정보를 통제할 수 있는 권리를 보장한다.

국가와의 관계에서 인격권보호의 핵심을 이루는 것은, ‘자신의 개인정보의 공개와 사용에 관하여 스스로 결정할 권리, 즉 ‘정보자기 결정권’이다.¹⁰⁸²⁾ 공권력에 의한 개인정보의 수집 및 처리는 개인의 기본권인 정보자결권에 대한 제한을 의미하므로, 단지 당사자가 개인정보의 수집과 처리에 대하여 동의하거나 또는 이를 허용하는 법적 근거가 있는 경우에만, 국가는 개인정보를 구하고 사용할 수 있다.¹⁰⁸³⁾

1082) Vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff.; 한국문헌으로는 박용상, 정보법제의 체계와 내용, 법조 1998. 7., 12면.

1083) 개인정보보호법상의 개인정보는 원칙적으로 정보주체 이외의 자에게는 공개되어서는 안 된다. 다른 법률에 의하여 허용되는 것이 아닌 한, 개인정보를 보유하는 국가기관은 개인정보의 보유목적 외의 목적으로 정보처리를 이용하거나 다른 기관에 제공하여서는 안된다(법 제10조 제1항). 법 제10조 제2항은 보유목적 외의 목적으로 처리정보를 이용하거나 다른 기관에게 제공할 수 있는 경우를 열거

1. 사생활의 보호

가. 사생활의 비밀

사생활의 비밀은, 국가가 사생활영역을 들여다보는 것에 대한 보호를 제공하는 기본권으로서, 국가가 당사자의 의사에 반하여 사생활 정보를 수집하는 것에 대한 보호에 관한 것이다. 예컨대 국가기관이 당사자 몰래 대화내용을 녹취하는 행위,¹⁰⁸⁴⁾ 공무원의 징계절차에서 이혼소송기록을 참조하거나¹⁰⁸⁵⁾ 피고인의 사사로운 일기를 형사소송절차에서 증거로 사용하는 것,¹⁰⁸⁶⁾ 환자의 진료기록을 열람하는 것,¹⁰⁸⁷⁾ 국가가 개인에게 법률로써 사생활의 공개의무를 부과하고 강제적으로 사생활관련 정보를 수집하는 경우¹⁰⁸⁸⁾ 등이 국가에 의한 침해에 해당한다. 이 경우의 헌법적 이해관계로서, 개인에

하고 있다. 개인정보보호에 관하여 성낙인, 표현의 자유, 헌법재판연구 제6권(기본권의 개념과 범위에 관한 연구), 1995, 302면 이하, 독일의 개인정보보호에 관하여 vgl. Gallwas, Der Allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit, NJW 1992, S.2787.

1084) 헌법재판소는 헌재 1995. 12. 28. 91헌마114 결정에서 ‘자기의 말을 누가 녹음할 것인지에 관하여 스스로 결정할 권리’를 헌법 제17조의 ‘사생활의 비밀과 자유’에 의하여 보호되는 권리로서 인정하였다. 또한 독일의 연방헌법재판소도 ‘누가 자신의 말을 녹음해야 하는지, 누구 앞에서 녹음된 내용이 다시 재생되어도 되는지의 여부에 관하여 스스로 결정할 수 있어야 한다. 이로써 인간이 아무런 구애나 심리적 장애를 받지 않고 대화할 수 있는 것, 사적인 대화의 비밀이 보호된다’고 판시하였다(BVerfGE 34, 238, 246f.).

1085) BVerfGE 27, 344, 351(Scheidungsakten).

1086) BVerfGE 80, 367(Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnung).

1087) BVerfGE 32, 373, 379(Arztkartei); 44, 353(Suchtkranke).

1088) BVerfGE 27, 1, 6f.(Mikrozensus), ‘자유롭고 독자적인 인격발현을 위하여 개인에게 내적인 공간이 남아 있어야 하기 때문에, 인간을 그 인격에 있어서 총체적으로 등록하고 목록화하는 형태로 개인적 생활관계를 포괄적으로 들여다보는 것은 인간의 존엄성에 부합하지 않는다. 국가는 경우에 따라 개인적 생활관계를 들여다 보는 것 그 자체만으로도, 공권력이 관심을 가지고 관찰하고 있다는 심리적 압박을 행사함으로써 인격의 자유로운 발현을 저해할 수 있다.’고 판시하였다.

관한 정보를 얻고자 하는 국가의 이익과 사생활영역을 외부로부터 차단함으로써 사적인 생활관계에 관한 사실을 비밀로 유지하려는 개인의 이익, 즉 사생활 정보에 관한 개인의 자기결정권이 서로 대립하는 관계에 있게 된다.

모든 기본권과 마찬가지로, 사생활 정보에 관한 개인의 자기결정권도 무제한으로 보장되는 것이 아니라, 중대한 공익상의 이유로 그에 대한 제한이 정당화될 수 있다. 사생활정보에 대한 국가의 침해행위가 존재하는 경우, 국가의 개인 정보를 얻으려는 이익과 개인의 사생활정보에 관한 자기결정권은 법익형량 과정을 통하여 균형과 조화의 상태로 이끌어져야 한다.¹⁰⁸⁹⁾ 국가의 사생활에 대한 침해행위가 중대한 공익(예컨대 중범죄의 해명)의 달성을 위하여 필요할수록 사생활영역에 대한 보다 광범위한 제한을 정당화하며, 국가의 행위에 의하여 발생하는 사생활영역의 침해가 민감할수록 그러한 제한은 보다 중대한 공익에 의하여 정당화되어야 한다.

국가 이익 또는 사인과의 관계에서 언론의 보도이익과 개인의 이익이 서로 충돌하는 경우, 보호되는 사생활영역을 영역별로 구분하여 그 보호의 정도를 달리하는 소위 ‘영역이론’이 법익형량의 중요한 지침으로서 고려될 수 있다.¹⁰⁹⁰⁾ 영역이론이란, ‘보호되는 생활

1089) 국세조사에 관한 법률과 같이, 법률이 사생활정보의 수집을 명령함으로써 개인의 기본권을 직접 제한하는 경우, 그 법률에 기초된 법익형량의 타당성을 심사해야 하고, 이와는 달리 법률이 직접 개인의 기본권을 침해하는 것이 아니라 기본권의 침해가 법의 적용과 집행을 통하여 비로소 나타나는 경우에는, 법 적용 기관의 구체적인 결정(예컨대 형사소송절차에서 개인적 일기를 증거로 사용할 것인가에 관한 결정)에 기초된 법익형량이 타당한가를 심사해야 한다.

1090) 독일의 연방통상법원(BGH)의 민사판례가 최초로 영역이론을 전개하여 절대적인 보호를 받는 내밀 영역을 구성하였고, 연방헌법재판소(BVerfG)도 일찍이 위의 견해에 합류하여[BVerfGE 6, 32, 41(Elfes); 6, 389, 433(Homosexualität)] 국가가 침해할 수 없는 핵심영역을 인정하였다. 그러나 연방통상법원의 형사판례는 영역에 따라 구분하지 않고 처음부터 개인의 인격권과 국가의 형벌소추의 이익을 법익형량의 문제로 다루고 있다(BGHSt 19, 325 ff; 34, 397ff). 영역이론의

관계가 자기결정의 핵심적 영역 또는 인격적 핵심과의 어느 정도로 밀접한 관계에 있는가'에 따라 침해된 사생활영역의 비중을 판단하려는 시도이다.¹⁰⁹¹⁾ 영역이론은 원칙적으로 사생활비밀의 보호가 존재하지 않는 '공적 영역'에 대하여, 사생활 영역을 보호의 정도에 따라 또는 역으로 제한의 허용 정도에 따라 내밀 영역(Intimsphäre), 사사적 영역(Privatsphäre), 사회적 영역(Sozialsphäre)이란 3가지 영역으로 구분한다. '내밀 영역'이란, 인간 존엄성의 핵심과 일치하는 본질적 내용으로서 사적 생활형성의 침해될 수 없는 절대적 영역을 의미하며, '사사적 영역'의 경우 비례원칙의 엄격한 적용 하에서 중대한 공익상의 이유로 또는 언론의 보도이익이 우위를 차지하는 경우에 그에 대한 제한이 정당화되며, '사회적 영역'에서는, 직업상의 활동이나 공적 활동과 같이 개인이 외부세계와의 관계에서 처음부터 타인과의 접촉을 통하여 인격을 발현한다는 점에서 국가의 제한에 대하여 덜 엄격한 기준이 적용되며 언론보도가 일반적으로 허용된다. '영역이론'의 요지는 다른 법익과의 교량을 통하여 상대화될 수 없고 침해될 수 없는 '인격의 핵심적 영역'과 그 외의 '사적 영역'을 구분하는데 있다. 절대적으로 보호되는 핵심 영역의 구성은 인간의 존엄성보장과 밀접한 관계에 있다. 법익형량의 대상이 될 수 없고 침해될 수 없는 '인간의 존엄성'이 절대적으로 보호되는 '내밀 영역'의 불가침성을 정당화하는 헌법

내용에 관하여 또는 그 비판으로는 Ameling, Die zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG, NJW 1990, 1753ff.; Geis, Der Kern des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, S.112ff.; Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, S.602; Schlink, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 1986, S.241; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S.327ff.; Degenhart, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, JuS 1992 S.363f.; Schmitt Glaeser, HdbStR Bd. VI., §129 Rn.35ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 1994, Rn.415.

1091) Vgl. Scholz/Konrad, Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht, AöR 123(1998), S.64.

적 근거이다.¹⁰⁹²⁾

그러나 사생활의 어떠한 부분이 침해될 수 없는 핵심영역에 속하는가 하는 것은 매우 불확실하다.¹⁰⁹³⁾ 또한, 인간의 인격을 ‘내밀 영

1092) Vgl. BVerfGE 6, 32, 41; 27, 1, 6; 35, 202, 220, ‘각자가 외부로부터 분리되어 자기만의 세계에 은거할 수 있고, 아무런 방해받지 않고 그냥 내버려 둘 것을 요구할 수 있고, 고독할 권리를 누릴 수 있는 내적 공간의 절대적인 보호가 없이는, 인간의 존엄성이 실현될 수 없다. 따라서 개인이 원하지 않는 외부의 영향을 받지 않고 자유롭게 개성을 유지하고, 발전시키고, 복원할 수 있는 상태가, 인격형성과 자유행사의 기본조건이자 근원으로서 그 핵심에 있어서 보장되어야만 한다. 이와 같이 절대적으로 보호된 사생활의 핵심영역에 대한 침해는 중대한 공익에 의해서도 정당화될 수 없다.’는 취지로 판시하였다.

1093) 연방헌법재판소는 ‘핵심영역’을 판단하는 기준으로서, ‘생활관계를 비밀로 유지하고자 하는 당사자의 의사’와 이에 부가적으로 ‘그 생활관계가 고도의 개인적 성격을 가지고 있는가’에 따라 판단하려고 하나(BVerfGE 80, 367, 373), 이 기준을 가지고 핵심영역과 그 외의 사생활 영역을 구분하는 것은 매우 어렵다. 특히 ‘핵심영역에 속하는 생활관계는 고도의 개인적 성격을 가져야 한다’는 내용적 기준은 그 자체로서 동어반복에 지나지 않는다. 독일의 연방헌법재판소는 개인의 사생활 영역 중 불가침의 핵심영역을 이론적으로 인정하면서도, 무엇이 그에 해당하는지 구체적인 예를 든 적이 없으며, 현재까지 그의 결정에서 인격적 핵심의 침해를 한번도 인정한 적이 없다.

‘형사절차에서 일기장의 내용을 증거로 사용할 수 있는가’의 문제에 관하여, 연방통상법원은 첫 번째 일기장 판결(BGHSt 19, 325)의 경우 ‘위증죄 사건에서 일기장을 증거로 사용하는 것은 허용되지 않는다’고 판단하였고, 위 판결은 연방헌법재판소에 의하여 지지를 받았다(BVerfGE 18, 146). 두 번째 일기장 판결(BGHSt 34, 397)의 경우 연방통상법원은 살인 사건에서 일기장을 증거로 사용하는 것을 허용하였고, 위 판결에 대하여 제기된 헌법소원사건에서 연방헌법재판소도 마찬가지로 살인 사건과 관련하여 일기장을 증거로 사용하는 것을 허용하였다(BVerfGE 80, 367, 373ff.). 연방통상법원은 일기장을 증거로 사용하는 문제를 처음부터 피고인의 인격권과 국가의 형벌소추권과의 범익형량의 문제로 보았으나, 연방헌법재판소는 영역이론을 적용하여 ‘국가가 침해할 수 없는 핵심영역이 아닌 한, 인격권에 대한 침해가 가능하다’는 전제에서 출발하였고, 영역이론을 구체적 사건에 적용한 결과, 재판관 4인은 ‘일기장 내용의 고도의 개인적 성격 때문에 일기장은 인격의 핵심영역에 속한다’고 보았으나, 다른 재판관 4인은 ‘피고인의 일기장 내용이 나중에 범한 구체적인 살인행위와 직접적인 연관성이 있기 때문에 핵심영역에 속하지 않는다’고 판단하였다. 결국 합헌의견과 위헌의견이 동수인 경우 합헌으로 판단된다는 연방헌법재판소법 규정으로 인하여 위 판결에 대한 헌법소원은 기각되었다. 연방헌법재판소가 고도의 사적인 성격을 보이는 일기장의 내용조차도 나중에 범한 중범죄와의 관계 때문에 핵심영역에 속하지 않는 것으로 판단한 이상, 무엇이 핵심영역에 속하는가, 인간의 내심 영역만이 핵심영역에 속하는가 하는 의문이 제기된다.

역'을 핵으로 하여 그를 둘러싸는 '사적 영역', '사회적 영역'으로 도식화하는 것이 구체적인 문제의 해결에 어느 정도로 기여하는지 그 실효성이 의문시되고, 각 영역을 납득할만하게 구분하는 것이 불가능하다는 점에서, 영역이론은 단지 상충하는 법익의 형량과정에 하나의 지침을 제공하려는 시도로 이해되어야 한다.

인간은 또한 인격의 핵심에서도 필연적으로 사회적 관계에서 존재하며, '사적인 것'의 의미는 사회적 접촉과 타인과의 상호관계에 따라 변화한다는 점에서, 개인의 행위나 정보 중에서 무엇이 사적 또는 사회적인가 하는 판단은 상대적일 수밖에 없고, 이에 따라 인격의 보호도 법익형량에 따른 상대적인 보호일 수밖에 없다. 따라서 사생활영역에 대한 침해가 어느 정도로 허용되는가의 문제는 '사생활영역의 보호를 주장하는 개인이 자신의 행위나 존재에 의하여 타인에게 어느 정도로 작용하고 이로써 타인의 자유영역 및 공동체의 이익과 어느 정도로 접촉·충돌하는가' 하는 '사회적 연관성'의 정도와 한편으로 '개인의 행위나 존재가 어느 정도로 고도의 개인적 성격을 지니고 있는가'의 인격적 핵심에의 근접성에 달려 있다.¹⁰⁹⁴⁾

나. 사생활의 자유

사생활의 자유도 개인의 인격발현 및 개인적 생존의 근본조건의 보장에 관한 것이다. 사생활의 자유는, 국가가 사생활영역을 들여다보고 사생활 정보를 수집하는 것에 대하여 사생활영역을 보호하고자 하는 것이 아니라, 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대한 보호에 관한 것이다.

1094) Vgl. BVerfGE 27, 344, 351f.; 35, 202, 220(Lebach).

‘자기결정에 따라 사생활을 형성할 권리’로서 사생활의 자유가 일반적 행동자유권에 의하여 보호되는 것으로 볼 수도 있으나, 사생활의 자유가 보호하고자 하는 것은, 포괄적인 행동의 자유 중 하나의 개별적 측면인 특정한 ‘행동의 자유’가 아니라 개인의 전체적 인격과 생존에 관계되는 ‘사생활의 기본조건에 대한 자기결정’이라는 점에서, 사생활의 자유는 ‘일반적 인격권’의 한 내용인 것이며, 이에 따라 일반적 행동자유권으로서의 행복추구권이 보호하고자 하는 측면과 차이가 있는 것이다.¹⁰⁹⁵⁾ 사생활의 자유는, 성적 영역, 부모와 자식의 관계, 혼인 및 부부관계 등과 같이 인격권의 핵심영역에 속하는 사생활을 스스로 형성할 권리를 보호한다.

사생활의 자유에는 ‘자신의 태생에 관하여 알 권리’ 또는 ‘친생자관계를 확인할 권리’, ‘부모와 자식의 관계를 스스로 결정할 권리’가 포함된다. 자신의 태생에 관하여 안다는 것은 자신에 관한 확실한 정체성의 바탕 위에서 개성을 발전시킨다는 면에서 인격의 자유로운 발현에 대하여 대단히 중요한 의미를 가진다. 따라서 ‘친자확인’의 소¹⁰⁹⁶⁾나 ‘인지청구의 소’의 제기 가능성을 제한하는 민법규정은 일반적 인격권에 대한 중대한 제한을 의미한다.¹⁰⁹⁶⁾ 자신의 태생을 아

1095) Vgl. Degenhart, JuS 1992, S.367, 이와는 달리 권영성, 헌법학원론, 2000, 427면, ‘사생활의 자유’에 대한 제한의 예로서, 호텔에 무단 침입하는 행위, 옆방의 전화를 도청하는 행위, 주거지역의 가옥형태를 일정한 규격으로 강제하는 행위, 취미생활을 간섭·방해하는 행위 등을 열거하고 있는데, 이러한 예는 사생활을 보호하는 다른 기본권(주거나 통신의 불가침)이나 재산권보장, 일반적 행동의 자유의 보호범위에 속하는 것이다. 더욱이 ‘사생활의 자유는 일반적 행동의 자유를 보장하는 것이다’고 서술하여, 사생활의 자유와 일반적 행동의 자유와의 관계가 불분명하다.

1096) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등(친생부인의 소의 제소기간 제한), 판례집 9-1, 193, 204, ‘모든 국민은 그의 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지는 것이다. . . 그런데 이 사건 조항은 자유로운 의사에 따라 친자관계를 부인하고자 하는 부의 가정생활과 신분관계에서 누려야 할 인격권 및 행복추구권을 침해하는 것이다’, 헌재 98헌바9(부모의 사망시 인지청구의 소의 제소기간을 1년으로 제한하는 민법 제864조의 위헌여

는 것과 같이 인격발현에 있어서 대단히 중요한 문제의 경우, 개인의 인격권은 원칙적으로 가정의 평화나 모의 명예 등, 소의 제한을 정당화하는 법익에 대하여 우위를 차지한다. ‘낙태의 자유’ 또는 ‘부모가 되기를 거부할 자유’도, 개인의 인격발현과 생존의 기본조건에 속하는 것으로서 인격권에 의하여 보호된다.¹⁰⁹⁷⁾

성적 자기결정권도 자주적 인격발현의 기본조건으로서 사생활의 자유에 의하여 보호된다.¹⁰⁹⁸⁾ 인격권은 개인에게 자신의 성적 관을 스스로 결정하고 이에 따라 성적 영역에서의 생활을 독자적으로 형성할 권리를 보장한다. ‘누구와 성관계를 가질 것인가’에 관하여 스스로 결정할 권리는 자신의 삶을 스스로 결정하는 생존의 기본조건에 속하는 것이다. 성적 자기결정권은 혼인 중의 성관계뿐만 아니라 혼인 외의 성관계도 보호한다. 또한 ‘자신이 선택한 배우자와 혼인을 할 자유’도 자주적인 인격발현의 근본조건에 속하는 것으로서 인격권에 의하여 보호를 받는다.¹⁰⁹⁹⁾ 자신이 결정한 성에 따라 성전환 수술을 할 권리, 자신이 결정한 성에 따라 생활할 권리, 여기서 도출되는 호적공부상 성별정정청구권도 성적인 자기결정의 문제로서 인격권의 핵심영역에 속하는 것이다.¹¹⁰⁰⁾ 국가가 학교교육의 범주 내에서 성교육을 실시하는 경우, 학교의 성교육으로 인하여 성교육

부); BVerfGE 79, 256, 270 ff.

1097) Vgl. BVerfGE 39, 1, 43(Fristenlösung)

1098) 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310(간통죄 결정), ‘개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되어 있으며, 이 자기운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있다.’

1099) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 16-17(동성동분금혼제 결정), ‘개인의 인격권·행복추구권에는 성적 자기결정권, 특히 혼인의 자유와 혼인에 있어서 상대방을 결정할 수 있는 자유가 포함되어 있다.’, 허영, 한국헌법론, 2001, 368면, ‘혼인여부, 배우자선택, 자녀의 수와 같은 사생활형성에 관한 사항’을 ‘사생활의 자유’의 예로 들고 있다.

1100) Vgl. BVerfGE 49, 286, 298 f.; 60, 123, 134(Transsexuelle).

을 받는 청소년의 성적 자기결정권, 즉 자신의 성적 관을 스스로 결정하고 자신의 성적 관에 대한 외부의 영향을 어느 정도로 수인 할 것인가를 결정할 권리가 제한된다.¹¹⁰¹⁾

2. 사회적 인격상에 관한 자기결정권

가. 국가의 개인정보 수집·처리행위

(1) 기본권적 보호의 필요성 및 정보자기결정권

(가) ‘사회적 상에 관한 자기결정권’의 경우, 국가가 주거에 대한 압수나 수색, 전화통화의 도청 등의 형태로 사생활 영역에 침입하는 것이 아니라, 개인관련 정보에 관한 처분권한을 장악하고 마음대로 개인에 관한 사회적 상을 형성하는 방법으로 개인의 인격권을 침해하게 된다.¹¹⁰²⁾

비록 국가가 개인의 사생활영역을 침해하는 것은 아니라 하더라도 개인의 행위를 단지 관찰하고 그에 관한 정보를 수집·처리하는 행위가 개인의 자유와 무관한 것은 아니다. 국가가 관심을 가지고 개인의 행동을 관찰, 파악한다는 그 자체가 심리적 압박을 행사하여 자유를 행사하려는 개인의 의사에 영향을 미치고, 이러한 방법으로 개인의 자유로운 기본권의 행사를 저해하거나 심지어 마비시킬 수 있다.¹¹⁰³⁾ 또한, 자신과 관련된 정보 중에서 어떠한 것이 외부에 알려져 있는지 제대로 파악할 수 없고 상대방이 자신에 관하여 무엇

1101) Vgl. BVerfGE 47, 46, 73, 학교의 성교육으로 인하여 자녀의 인격권 외에도 부모의 교육권이 제한된다.

1102) Vgl. Schmitt Glaeser, HdbStR Bd.VI., §129 Rn.43.

1103) Vgl. Gallwas, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Der Staat 1979, S.510f.

을 알고 있는지 전혀 예측할 수 없는 자는 자신의 결정을 근거로 계획하고 행동하는 자유에 있어서 크게 제약을 받게 된다. 예컨대 집회나 시민운동단체에 참여하는 것이 국가기관에 의하여 등록되고 이로 인하여 불이익이나 위협이 발생할 수 있다고 예상하는 자는 집회나 결사의 자유와 같은 자신의 기본권을 행사하는 것을 포기할 수 있다.¹¹⁰⁴⁾ 뿐만 아니라, 타인과 다른 행동이 기록·등록되고 정보로서 장기적으로 저장·사용·전달되는지에 관하여 불확실한 자는 눈에 띄는 행동을 하지 않으려고 할 것이므로, 자유행사에 대한 저해효과는 위에서 예를 든 집회나 결사의 자유에 국한되는 것이 아니라, 정당활동, 재산권의 행사, 직업활동, 표현의 자유 등 모든 기본권의 행사에 있어서 나타날 수 있다.

(나) 더욱이 국가의 자동화된 자료처리는 개인관련 개별 자료가 서로 결합될 수 있다는 새로운 가능성을 열어 놓았다.¹¹⁰⁵⁾ 흩어진 상태에서는 그 자체로서 특별한 의미가 있는 것도 아니고 특별히 보호될 필요성도 없는 개별 자료도 그의 결합을 통하여 개인의 전체적 또는 부분적인 인격상을 형성할 수 있게 되었고, 이로써 개인의 행위를 예측하고 조종할 수 있는 기준을 얻게 되었다. 수작업에 의하여 자료목록이나 기록을 처리하였던 과거와는 달리, 오늘날 자료의 전산처리과정으로 인하여 개인관련 정보가 무제한적으로 저장될 수 있고, 언제든지 다시 불러 낼 수 있으며, 개인관련 자료들은

1104) BVerfGE 65, 1, 43(Volkszählung).

1105) '자료'란, 자료의 형태로서 저장, 변경, 삭제, 전달될 수 있는 모든 개별 정보를 말한다. 단순한 정보와는 달리, 자료는 어떠한 방법에 의하는 간에 정보로서의 영속성을 지니며, 이에 따라 매 경우마다 정보를 인식해야 하는 주체를 필요로 하지 않는다. 또한 자료는, 개별 정보가 수집, 취합될 수 있고 일정한 기준에 따라 정리되어 평가될 수 있으며, 다른 기준에 의하여 재정리되고 다시 그 결과의 평가가 가능하다는 속성, 즉 자료상으로 처리될 수 있다는 속성을 지니고 있다, vgl. Schmitt Glaeser, HdbStR Bd.VI., §129 Rn.76 f.

수집된 다른 자료들과 함께 취합되어 개인에 관한 거의 완벽한 인격상을 형성하도록 결합될 수 있는 반면, 당사자는 그의 타당성이나 사용을 충분히 통제할 수 없게 되었다.¹¹⁰⁶⁾

자료의 처리기술이 점점 더 완벽하게 발전할수록, 국가에 의한 개인관련 자료의 자동화된 처리가 개인의 '사회적 상에 관한 자기결정권'에 대하여 특별한 위협을 수반하게 되어 개인의 행동의 자유는 외부에 의하여 영향과 제약을 받을 우려가 있으며, 이에 따라 자료 보호의 필요성은 더욱 크다.

(다) 결국, 이와 같이 변화한 현대의 상황에 비추어 인격의 자유로운 발현은 개인관련 자료를 무제한적으로 수집·저장·사용·전달하는 국가행위에 대한 보호를 요청하고 있다. 국가에 의한 정보의 수집 및 사용에 대한 보호는 특정한 개별기본권의 보호범위에 귀속시킬 수 있는 문제가 아니라, 인격 전체의 자유로운 발현에 관한 문제이며, 자주적 인격의 자유로운 생존과 인격발현의 근본조건에 관한 문제이다.¹¹⁰⁷⁾ 따라서 보충적 기본권으로서 일반적 인격권은 국가의 정보 수집 및 처리행위에 의하여, 특히 정보가 전산화된 자료로써 처리됨으로써 개인의 '사회적 상에 관한 자기결정권'에 대하여 발생할 위협에 대하여 보호를 제공할 필요가 있다.

여기서 기본권 보호의 주안점은, 인격의 자유로운 발현의 관점에서 자유의 실질적 행사를 위협하는 국가의 정보 수집·처리로부터의 보호이다. '무엇을 하고, 하지 않을 것인가'를 결정할 자유뿐이 아니라 이러한 결정에 따라 실질적으로 행동할 수 있는 가능성이

1106) Vgl. BVerfGE 65, 1, 41ff.

1107) Vgl. Schmitt Glaeser, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 113(1988), S.62f., 이 경우, 개인이 사적 영역을 자율적으로 형성함에 있어서 국가의 방해가 가능하면 적게 받고자 하는 것이 아니라, 자신의 인격영역에서 타인(국가)의 활동, 즉 국가가 수집한 정보를 근거로 마음대로 개인의 사회적 상을 형성하는 것을 막고자 하는 것이다.

개인에게 주어져야만, 개인의 자기결정권은 그 현실적인 의미를 가진다는 점에서 자유의 행사를 실질적으로 가능하게 하는 상황의 유지라고 할 수 있다.¹¹⁰⁸⁾

(라) 그러므로 국가에 의한 정보의 수집과 처리는 인격권에 바탕을 둔 정보자기결정권에 대한 제한을 의미한다. 개인은 원칙적으로 자기관련 정보의 수집과 사용에 관하여 스스로 결정할 권리를 가지고 있으며, 이를 통하여 결국 ‘누가 자신에 관하여 어떠한 사회적 상을 형성해도 되는가’에 관하여 결정할 수 있어야 한다. 물론, 정보자결권은 법률에 의하여 제한될 수 있으며, 그 제한이 헌법적으로 허용되는가의 문제는 국가의 정보 수집·처리에 관한 이익과 개인의 정보자결권 중에서 어떠한 법익이 우위를 차지하는가를 판단하는 법익교량의 문제이다.

여기서 기본권보장의 중심적 내용은 정보의 저장, 전달, 변경, 삭제의 형태로 개인관련 정보를 처리하는 문제에 관한 것이다. 즉 국가가 어떠한 방법으로 정보를 얻는가의 ‘정보수집’의 관점보다는 ‘정보처리’의 효과가 결정적인 의미를 가진다.¹¹⁰⁹⁾ 사회적 상에 관한 자기결정권에서, 정보가 어떠한 방법으로 얻어졌는지, 그 정보가 어떠한 종류의 것인지 하는 것은 중요하지 않으며, 결정적인 것은 ‘정보가 개인의 사회적 상을 형성함에 있어서 유용하고 이용가능한가’의 문제이다.¹¹¹⁰⁾ 따라서 국가가 처리하는 개인관련 정보 중 사생활

1108) Vgl. Gallwas, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Der Staat 1979, S.514.

1109) 개인정보의 사용과 처리로 인하여 개인의 사생활침해 등이 우려됨에 따라, 우리나라도 1995년 1월부터 ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법’이 시행되어, 공공기관, 개인 또는 단체가 개인정보를 컴퓨터를 사용하여 처리함에 있어서 개인정보의 보호를 위한 조치를 취하고 있다.

1110) Vgl. Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, S.602; Glaeser, HdbStR Bd.VI., §129 Rn.44.

관련 정보는 사생활영역에 대한 침해 없이도(예컨대 당사자 또는 친지가 외부에 사생활에 관한 정보를 스스로 공개하고 국가가 이를 단지 인지하는 경우) 얻을 수 있으며, 인격권에 의하여 보호되어야 할 정보는 반드시 사생활에 속하는 정보일 필요는 없고 단지 개인 관련 정보인 것으로 충분하다. 그 자체로서 사생활과 특별한 연관성이 없는 정보라 하더라도, 정보의 전산처리가능성으로 인하여 광범위하게 개인 정보와 연결·결합되어 개인의 사회적 상을 형성할 수 있기 때문에, 사생활관련 정보인가와 관계없이 그 자체로서 무의미한 정보는 없다. 따라서 모든 개인관련 정보가 '사회적 상에 관한 자기결정권'의 보호대상이 된다.¹¹¹¹⁾

국가가 개인관련 정보를 처리하는 경우, 개인의 인격권은 헌법 제 17조의 '사생활의 비밀'에 의해서는 보호될 수 없고, 단지 일반적 인격권의 한 요소인 '사회적 상에 관한 자기결정권'에 의해서만 보장될 수 있다.

(2) 자기정보공개 청구권¹¹¹²⁾

개인은 자기관련 정보의 공개와 사용에 관하여 스스로 결정할 권리인 정보자결권을 가지고 있다. 한편, 자신에 관하여 어떠한 국가기관이 무엇을 언제 어떠한 기회에 알고 있는지를 당사자가 원칙적으로 알 수 있어야만, 개인은 정보자결권을 현실적으로 행사할 수 있다.¹¹¹³⁾ 방어권으로서의 정보자결권은 그의 실질적인 보장을 위하여 '자기관련 정보에 접근할 수 있는 권리', 즉 자기정보공개 청구권에 의한 보완을 필요로 하며, 이로써 청구권적 요소를 포함하는 것

1111) Vgl. BVerfGE 65, 1, 42 ff. (Volkszählung).

1112) 박용상, 법조 1988. 6., 21, 23면; 권영성, 헌법학원론, 1995, 405면, '자기정보 관리통제권' 또는 '자기정보 접근권'으로 표현하고 있다.

1113) Vgl. Kunig, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, S.601; Gallwas, NJW 1992, S.2789.

이다.¹¹¹⁴⁾ 즉 정보자결권에는 스스로를 관찰하기 위한 조건으로서 절차형성적 요소가 내재되어 있는 것이다.¹¹¹⁵⁾ 따라서 입법자는 정보자결권의 실질적인 행사가 가능하기 위한 전제조건으로서, 자기관련 자료에 관한 정보를 청구할 수 있도록 절차를 법률로써 형성해야 한다.¹¹¹⁶⁾

정보자결권이 제한될 수 있는 것과 마찬가지로, 자기정보공개청구권도 공익이나 제3자의 이익을 이유로 제한될 수 있으나, 개인은 원칙적으로 국가기관이 보유하는 자기에 관한 모든 기록을 열람할 권리가 있다.¹¹¹⁷⁾ 물론 정보의 공개가 국가과제의 원활한 수행을 저해하거나 또는 국가이익에 해가 되거나, 정보가 제3자의 정당한 이익을 위하여 비밀로 취급되어야 하는 경우, 열람권의 제한이 가능하지만, 열람권을 제한하는 법규정의 합헌성여부는 당사자의 자기관련 정보에 접근하려는 이익과 국가의 정보제공을 거부하려는 이익을 서로 교량 하여 판단하여야 한다. 국가가 개인의 자기관련 정보의 열람을 정당하게 제한하는 경우에는, 당사자의 정보자결권을 보호하기 위한 절차상·조직상의 안전조치(예컨대 자료보호를 담당하는 전권위원의 임명 등)를 취하는 것이 필요하다. 국가는 자신이 보유하는 자료로 인하여 개인에 대한 잘못된 상이 형성되지 않도록 노력해야 하며, 개인에 관하여 왜곡된 상이 형성된 경우, 이를 정정 또는 삭제해야 할 의무가 있고, 개인은 이에 상응하여 자신에 관한 정보를 열람한 결과 정보내용이 잘못된 경우 그의 정정 또는 삭제

1114) 정보자결권의 청구권적 성격을 언급한 한국문헌으로는 홍준형, 정보공개청구권과 정보의 자유, 김철수 교수 화갑기념논문집, 557면 이하; 박용상, 정보법제의 체계와 내용, 법조 1988. 6., 21, 23면; 권영성, 헌법학원론, 1995, 405면.

1115) Vgl. Kunig, Jura 1993, S.601.

1116) '공공기관의 개인정보보호에 관한 법률' 제12조는 개인의 자기정보열람청구권을, 제14조는 자기정보정정청구권을 규정하고 있다.

1117) Vgl. Gallwas, NJW 1992, S.2789.

를 요구할 수 있는 권리를 자기정보공개청구권의 부수적 권리로서 가지고 있다.¹¹¹⁸⁾

나. 범죄행위의 공개

(1) 사회에 복귀할 범죄인의 권리

개인이 외부세계와의 관계에서 사회적으로 활동하면서 자신의 인격을 발현하기 위한 기본조건에 속하는 것이 바로 ‘사회에 복귀할 전과자의 권리’이다. 형을 선고받은 범죄인에게도 개인적·사회적 생존의 기본요건은 유지되어야 하며, 형을 치른 후에는 다시 사회에 복귀할 수 있는 기회가 보장되어야 한다.¹¹¹⁹⁾ 한 번 실수를 범한 사람도 적정한 기간이 지난 후에는 다시 처음부터 시작할 수 있는 기회가 보장되어야 하는데, 이러한 요청은 인간의 존엄성을 헌법상 가치질서의 정점으로 삼는 공동체에서 당연한 것이다.

국가기관이 개인의 사생활과 관련된 정보는 아니라 하더라도 범죄사실과 같이 개인의 사회적 인격상 형성에 중대한 영향을 주는 정보를 공적으로 공개하는 행위는 개인의 범죄사실을 공적인 논의나 관심의 대상으로 삼음으로써 범죄인의 사회적 인격상을 임의로 형성함으로써 자신이 사회적으로 어떻게 묘사되어야 하는가에 관하여 스스로 결정할 권리를 침해하는 것이다. 국가기관이 개인의 성명, 사진 등을 이용하여 범죄사실을 일반에 공개하는 경우, 이로 인하여 개인의 긍정적인 성격을 포함하여 전반적인 인격이 묘사되는 것이 아니라 그의 부정적인 성격상만이 일반에 부각됨으로써 일반

1118) Vgl. Gallwas, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Der Staat 1979, S.519.

1119) Vgl. BVerfGE 35, 202, 235f.; 45, 187, 239; 64, 261, 276f.

국민은 그에 관하여 부정적인 측면에 국한된 사회적 인격상을 일방적으로 형성하게 된다. 따라서 국가의 범죄사실 공개행위는 범죄인의 인격을 세인의 시각에 부정적으로 규정한다는 점에서, 인격권에 대한 현저한 침해를 의미한다.¹¹²⁰⁾

(2) 현행 성범죄자 신상공개제도의 위헌성 여부

2000년 7월 1일부터 시행된 청소년의성보호에관한법률 제20조 제2항에 의하면, 청소년보호위원회는 청소년의 성을 사는 행위 등의 죄를 범한 자의 성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지를 형이 확정된 후 공개할 수 있고, 법시행령 제3조 제2항에서는 한 보 더 나아가 범죄자의 주소(시, 군, 구) 및 생년월일도 공개하도록 규정하고 있다. 성범죄자의 신상은 관보를 비롯하여 청소년보호위원회의 인터넷 홈페이지에 6월간, 정부중앙청사 및 16개의 시·도의 게시관에 1월간 공개된다(위 법 제20조 제1항 및 법시행령 제5조 제1항).

1120) 독일 연방헌법재판소는 Lebach 결정에서 ‘사회에 복귀할 범죄인의 권리’를 역설하였다(BVerfGE 35, 202, 226ff.). 독일 Lebach에서 여러 명의 군인이 살해된 사건에 관하여 공영TV 방송에서 위 사건의 공범인 헌법소원 청구인의 사진과 실명을 사용하여 청구인에게 형이 선고되고 2년이 지난 후 실화 드라마를 제작·방영할 것을 계획하였는데, 연방헌법재판소는 ‘언론이 범죄인의 실명과 사진을 사용하여 범죄사실을 보도하는 것은 범죄인의 인격권에 대한 중대한 침해이나, 한편으로는 일반 국민이 발생한 범죄사실에 대하여 알아야 할 이익과 이를 보도해야 할 언론의 공적 과제가 있기 때문에, 위 2가지 법익을 비교형량하는 경우 중범에 관한 사실을 보도해야 할 이익 및 국민의 알고자 하는 이익이 범죄인의 인격권에 대하여 원칙적인 우위를 차지한다(이에 대하여 경범의 경우에는 범죄인의 인격권이 우선한다).’고 확인한 후, ‘그러나 범죄행위 후 시간이 경과할수록 범죄사실에 관하여 보도해야 할 이익이 감소하는 반면, 범죄인이 형을 치르고 출소의 시기에 접근할수록 범죄인 인격권의 비중이 커진다. 범죄행위가 발생한 후 몇 년이 경과하여 알고자 하는 국민의 이익이나 이에 관한 보도의 이익이 존재하지 않음에도 다시 반복적으로 범죄행위에 관하여 보도하는 것은 범죄인의 사회복귀의 가능성을 위협하기 때문에 허용되지 않는다. 이 경우 사회에 복귀하고자 하는 범죄인의 이익과 범죄인의 사회복귀를 가능하게 하고자 하는 국가공동체의 이익이 범죄행위를 다시 상기시키고자 하는 이익에 대하여 원칙적인 우위를 차지한다.’고 판시하였다.

(가) 신상공개제도가 공개의 대상이 된 성범죄자에 미치는 효과

신상공개가 성범죄자에 미치는 효과를 보자면, 성명, 생년월일, 직업, 대강의 주소가 공개되는 경우, 성범죄자를 평소에 알지 못하던 일반 국민은 위의 자료를 근거로 그의 신상을 파악하는 것이 사실상 불가능하다. 그러나 한편으로는 비록 정확한 주소나 직장, 사진, 직책 등 상세한 자료가 공개의 대상에서 제외된다 하더라도 공개되는 “성명, 생년월일, 직업, 대강의 주소”를 통하여 평소 그를 알았던 사람은, 즉 알만한 사람은 전부 그의 신상을 파악하기에 충분하다. 대부분의 사람들이 두려워하는 것은 바로 평소 그를 알았던 사람들이 자신의 성매매 사실에 관하여 알게 되는 것이라고 할 수 있다.

혹자는 현행 공개제도가 ‘본인식별이 불가능할 정도’의 성매매 사례의 공개에 지나지 않는다고 주장하나, 문제는 바로 사회생활을 하면서 아는 사람들이 본인이 밝히고 싶지 않은 은밀한 수치스러운 사생활의 비밀을 알 수 있게 된다는 데에 있으며, 이로써 사회생활의 기반을 박탈당하는데 있다. 주변의 사람들이 자신을 경멸하는 것으로부터 시작하여 직장 생활을 그만 두거나 삶의 근거지를 옮기거나 이혼 등 가정파탄을 겪거나 아니면 자녀들이 상처를 받고 가족들이 심한 정신적 고통을 겪는 등 한 인간이 사회적으로 매장되고 지금까지 조성해온 사회적 주변환경을 하루 아침 사이에 박탈당하는 결과가 발생할 수 있다. 또한 신상공개제도에서 간과할 수 없는 중요한 요소는 성범죄자 본인의 인격권에 대한 침해뿐만 아니라 신상공개의 사실적 효과로서 그의 가족의 사회생활 기반이 동시에 손상된다는 것이다. 개인주의가 발달한 서구사회와는 달리, 우리 사회는 아직도 운명공동체, 가치공동체로서의 가족관의 사고에 기초하고 있고, 이에 따라 신상공개로 인하여 가족이 입는 피해는 매우 심각하다.

(나) 신상공개제도의 입법목적

헌행법상의 신상공개제도의 개괄적인 목적은 ‘성범죄의 방지를 통한 청소년의 보호’에 있다. 그러나 입법 목적을 보다 구체적으로 살펴보면, 재범의 위험성이 있는 성범죄자로부터 청소년을 구체적으로 보호하기 위한 것이 아니라 성범죄자를 공개하는 방법을 통하여 일반국민에게 위협적 효과를 주고자 하는 것, 즉 경고를 통한 국민계도와 범죄예방에 주된 목적이 있다고 할 것이다.

1) 만일 입법목적이 청소년을 대상으로 하는 성범죄를 저지를 구체적 위험성이 있는 자로부터 청소년을 보호하고자 하는 것이라면, 신상공개제도가 선택한 공개의 방법이 입법목적의 달성을 위하여 적합하다고 볼 수 없다. 미국의 ‘메간 법’에서 의도하는 바와 같이, 청소년 상대 변태성욕자와 같이 상습적 성범죄자에 의한 재범의 우려가 크기 때문에 청소년의 생명, 건강, 성적 자결권 등 중요한 보호법익에 대한 고도의 구체적 위험성이 있는 경우에는 보호법익의 중요성과 법익침해의 고도의 개연성에 비추어 범죄인의 신상공개가 잠재적 피해자의 경각심을 높이고 이로써 범죄방지를 위한 적합하고도 필요한 수단으로서 고려될 수 있다. 물론 이 경우에도 이와 같은 조치 이전에 범죄인의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 수단으로도 입법 목적을 달성할 수 있는지, 예컨대 관할관청에서 일정 범위의 인근주민에게 단지 성범죄자의 주거사실, 성향, 범죄양식 등을 고지하는 방법을 통하여 범죄인의 신상을 공개하지 않으면서도 청소년을 보호할 수 있는지 그 가능성을 살펴보아야 한다.

그러나 청소년성보호법상의 신상공개제도는 성범죄 발생의 구체적 개연성이나 재범의 위험과 관계없이 단지 일회적으로 청소년의 성을 사는 행위를 한 자도 공개대상자에 포함시킨 점, 신상공개의 방법에 있어서도 구체적으로 위협받는 청소년 및 그 보호자(또는

국가의 보호기관)에 대하여 범죄인의 공개가 이루어지는 것이 아니라 일반 국민을 향하고 있다는 점, 신상공개의 내용에서도 범죄인의 주거지 공개가 시·군·구에 그치고 있어 구체적인 성범죄의 방지를 위하여 적합하지 않은 점 등을 감안할 때, 그 입법목적이 미국의 ‘메간 법’과는 달리 구체적인 성범죄의 방지에 있는 것이 아니라고 보아야 한다.

2) 이러한 관점에서 본다면, 신상공개제도의 입법목적은, 청소년의 성을 사는 자는 신상공개를 통하여 그 신상이 친지들에게 파악될 수 있고 이로써 사회적으로 경멸과 조롱, 망신을 당할 수 있다는 것을 경고함으로써 “청소년 성매매”라는 잘못된 사회현상을 개선하고자 하는 것이다. 신상공개제도의 주된 목적은 이미 성범죄를 저질러 형이 확정된 자를 그 처벌이 미흡하기 때문에 다시 처벌하고자 하는 것이라기 보다는 ‘청소년 성매매를 하는 경우 이렇게 망신을 당한다’고 하는 대한민국 전체 남성에게 대한 위협적 효과에 있다.

(다) 인격권의 침해 여부

그렇다면 청소년 성매매 행위를 예방하기 위하여 성범죄자를 일반에 공개하는 것이 헌법적으로 정당화되는가 하는 문제가 제기된다.

1) 성인이 청소년의 성을 사는 경우 그 신상이 공개될 수 있고 그 결과 사회적으로 매장될 수 있다는 것을 경고하는 것은 일반 국민을 위협하여 성매매를 예방하는 효과가 있음을 부인할 수 없다는 점에서 신상공개제도는 입법목적의 달성에 조금이라도 기여하는 적합한 수단이라고 할 수 있다. 또한 국가가 성범죄자의 신상을 공개하지 않고서는, 다시 말하자면 성범죄자의 기본권을 보다 적게 침해하는 다른 방법으로는 ‘원조교제’와 같은 우리 사회의 병리적 현상이 확산되는 것을 효율적으로 막을 수 없다고 볼 여지도 있으므로,

최소침해의 원칙에 부합한다고 볼 수도 있다.¹¹²¹⁾ 그럼에도 여기서 근본적으로 제기되는 문제는, 현대의 법치국가가 잘못된 사회현상을 개선하기 위하여 ‘적합하고 효율적인 방법이라면 어떠한 방법도 택할 수 있는가’ 하는 것이다.

청소년 성매매에 관한 범죄뿐이 아니라 다른 범죄의 사실도 공개하고 범죄자의 신상을 밝히는 방법으로 ‘한번 범죄를 저지르면 대단히 망신당하고 사회적으로 매장될 수도 있다’고 경고함으로써 일반국민에 대한 범죄예방의 효과를 거둘 수도 있다는 점에서, 국가가 입법목적은 효율적으로 달성할 수 있다는 이유로 모든 수단을 택할 수 있다면, 사회적으로 유해한 행위를 범한 자에 대하여 전반적으로 신상공개를 하는 것이 법치국가적으로 용인된다는 결론에 도달할 수 있다.

2) 그러나 형벌을 비롯한 모든 국가공권력 조치의 본질과 한계는 최고의 헌법적 가치인 인간존엄성에 의하여 결정되며, 우선 인간존엄성의 관점에서 볼 때 신상공개제도의 합헌성에 대하여 강한 의문이 제기된다.¹¹²²⁾

1121) 물론, 이 경우 개인의 ‘사회적 생존의 기본조건’이란 법익은 개인의 핵심적인 자유영역에 속하는 것이기 때문에, 국가가 법률로써 이와 같은 핵심적 자유영역을 침해하는 경우, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적인 위협이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적은 효율적으로 달성될 수 있다고 하는 구체적인 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 판단하여 ‘침해의 최소성요건’ 단계에서 기본권에 대한 과도한 침해를 확인할 수도 있다.

1122) 독일 연방헌법재판소는, 낭비벽이나 알코올 중독으로 인하여 금지산선고를 하는 경우 법원이 이러한 사실을 공고하도록 규정한 민사소송법 제687조에 대하여 개인의 인격권을 과도하게 침해한다는 이유로 위헌으로 선언하였다(BVerfGE 78, 77, 86f.). 위 규정은 금지산선고의 내용을 공고함으로써 금지산자와 법률행위를 하는 제3자를 보호하고 사전에 경고할 목적으로 제정된 것인데, 연방헌법재판소는 ‘낭비벽이나 알코올 중독으로 인하여 금지산선고를 받았다는 공고의 내용이 당사자를 사회적으로 낙인찍을 위험이 있고 당사자가 자신의 중독증을 치유하고 사회에 복귀하는 것을 어렵게 한다’는 이유로 위 규정을 위헌으로 선언하였다.

인간존엄성의 요청이란, 자신의 ‘인간으로서의 존엄성’을 의식하고 있는가 또는 인간존엄성을 유지할 능력이 있는가와 관계없이, 인간이면 누구나가 독자적 인격체로서 사회적으로 존중받을 권리를 가지고 있음을 말한다. 인간의 존엄성은 그에 반하는 극악한 범죄행위를 통해서도 상실되지 않으므로, 국가는 범죄인에 대해서도 인간존엄성에 반하는 행위를 해서는 안 된다. 따라서 인간의 존엄성의 관점에서 볼 때 범죄인에게 잔인하거나 비인간적인 또는 인격비하적 형벌이 가해져서도 안될 뿐 아니라, 범죄인은 국가에 의하여 독자적 인격체로서의 주체성을 박탈당한 채 범죄퇴치의 단순한 수단이 되어서는 안 된다.

그러나 ‘신상공개제도’는 청소년 성매매를 한 자를 범죄퇴치의 단순한 대상으로 격하시키는 공권력의 조치라 할 수 있으며, 이로써 인간의 존엄성에 반하는 국가의 행위이다. 국가가 개인을 공적으로 망신을 주어 사회적으로 격리시키는 것은 사회적 존재로서의 인간 생존을 위하여 필요한 기본조건을 침해하는 것이며, 오늘날 문화국가에서 금기시하는 잔혹한 형벌이나 인종적·종교적 박해에 버금가는 가혹성과 사회적 박해의 성격을 지니고 있는 것이다.

성범죄자의 신상공개는 그로부터 발생하는 구체적 위협에 대처하기 위하여 필요한 최종적인 수단에 해당하는 경우에 한하여 법치국가적으로 용인될 수 있는 공권력의 조치이다. 그러나 그러한 구체적인 위협이 존재하지 않음에도, 국가가 단지 사회의 잘못된 사회현상을 시정하기 위하여, 즉 국민의 도덕성을 회복하기 위하여 성매매를 한 자를 공개하여 사회적으로 매장하는 것은 일벌백계의 효과를 노려 당사자를 범죄퇴치의 수단으로 삼는다는 점에서 사실상 현대판 “주홍글씨”이며, 고대에서 행한 “십자가 형”과 그 본질상 다를 바가 없다.

결국, 범죄인으로부터 나오는 구체적 위협성이 없이, 단지 범죄예방을 위한 제3자에 대한 위협적 효과 때문에 범죄인의 신상을 공개하는 국가의 행위는 인간의 존엄성에 반하는 조치이다. 인간존엄성의 존중을 모든 국가행위의 최고원칙으로 삼는 우리 헌법의 가치체계에서, 국가가 병적인 사회현상을 치유하고 국민의 도덕성을 회복하기 위하여 일부 사회구성원을 세인의 조롱거리로 만들고 사회로부터 소외시키려는 조치는 정당화될 수 없다.

3) 헌법상의 행복추구권과 인간의 존엄성에서 파생되는 인격권은 인간의 존엄성과 밀접한 관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건을 보호하고자 하는 것이므로, 자유로운 인격발현의 기본조건이 위협받는 경우 헌법적인 보호를 제공한다. 개인이 자신의 인격을 자유롭게 발현하기 위해서는 인간 누구에게나 부여되는 사회적 생존의 기본조건이 보장되어야 하는데, 이에 속하는 것이 범죄인의 사회복귀의 가능성이다. 범죄인에게는 형의 집행이 종료된 후 다시 사회에 복귀할 수 있는 가능성이 주어져야 하는데, 신상공개제도는 범죄인의 신상을 공개함으로써 범죄인의 사회적 생존을 위하여 절대적으로 필요한 기회인 사회로 복귀할 가능성을 차단하고 있다. 신상공개제도가 범죄예방에만 관심을 둔 채 범죄인의 사회복귀를 전혀 고려하고 있지 않다는 것은, 이 제도가 범죄인을 독자적 인격의 주체가 아니라 단지 범죄퇴치의 수단으로 간주하고 있다는 사실을 다시 한 번 확인시켜 주고 있다.

신상공개제도는 이를 통하여 달성하려는 공익의 비중 및 법익침해의 위협성이 작을 뿐 아니라 공익실현의 효과도 불확실한 반면에 기본권침해의 효과가 심대하다는 점에서, 범죄인의 인격권을 과도하게 침해하는 국가행위이다.

청소년 대상 변태성욕자나 흉악범에 의한 침해의 경우와는 달리

단순한 성매매의 경우에는 위협받는 법익이 청소년의 생명이나 건강이 아닌 단지 성적 자기결정권이라는 점에서 보호법익의 비중이 작다. 더욱이 신상공개제도를 통하여 보호하고자 하는 대상이 비록 미성년자이기는 하나 17, 18세 이상의 청소년이 자신의 자유의사에 의하여 성관계를 가지는 경우 그들의 인식·판단능력의 정도에 비추어 상당히 자력으로 성적 자결권을 행사할 수 있다는 점에서 보호법익인 성적 자기결정권의 침해의 정도도 미약하다. 법익침해의 위험성의 관점에서 보더라도 신상공개제도가 방지하고자 하는 것이 법익침해의 구체적 위험성이 아니라 막연히 추상적으로 사회적으로 유해한 현상(소위 “원조교제”)의 확산에 지나지 않으며, 신상공개제도를 통한 범죄예방의 효과나 사회적 병리현상의 치유효과도 사실상 매우 불확실하다. 성범죄자의 신상공개를 시행한 후에도 범죄율이 감소하는 징후가 없다는 사실도 이를 뒷받침하고 있다.

이에 대하여 이미 위에서 언급한 바와 같이, 신상공개제도로 인하여 개인의 사회적 생존기반이 박탈되고 그의 가족이 막대한 정신적 고통을 입는다는 점 등을 고려한다면, 기본권침해의 효과는 심대한 반면, 기본권침해를 통한 실현하려는 공익의 비중이나 공익적 효과는 상당히 작다고 판단되므로, 제한을 통하여 얻는 공익의 비중 및 공익적 성과와 기본권제한이 초래하는 효과 사이의 적정한 비례관계를 현저하게 상실하고 있다고 보아야 한다.

V. 맺는 말

헌법 제10조의 행복추구권은 개인이 자신의 인격을 자유롭게 발현할 수 있고 자신의 삶을 스스로 독자적으로 형성할 수 있는 권리

를 보장하는 포괄적인 기본권이다. 행복추구권은 자유가 원칙이고 이에 대한 제한이 예외라는 헌법적 결정의 중대한 표현이며, 이로써 개인은 자유의 행사를 국가에 대하여 정당화해야 할 필요가 없는 반면, 국가는 자유에 대한 제한을 언제나 정당화해야 한다는 것을 의미한다. 행복추구권은 헌법에 구체적으로 규정된 자유권에 의하여 보호될 수 없는 인간의 행위, 법익 또는 상태에 대하여 보충적으로 기본권적 보호를 제공하는 일반적·보충적 자유권이다.

인간이 인격을 자유롭게 발현하기 위해서는 자신이 원하는 대로 행동할 자유가 보장되어야 할 뿐이 아니라 개인이 인격을 자유롭게 발현할 수 있는 상태가 보장되어야 하므로, 행복추구권은 인격발현의 적극적 요소로서 ‘일반적 행동자유권’과 인격발현의 소극적 요소로서 ‘일반적 인격권’을 그 보장내용으로 하고 있다. 즉 인격의 자유로운 발현은 그의 기본조건으로서, 인간의 행위에 대한 보호와 인간의 사실적·법적 존재 또는 상태에 대한 보호라는 이중적인 보호를 필요로 하는 것이다. 일반적 인격권이 실현하고자 하는 것은 궁극적으로 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성이며, 이에 따라 일반적 인격권은 인격의 자유로운 발현을 보장하는 ‘행복추구권’ 및 ‘인간의 존엄과 가치’에 그 헌법적 기초를 두고 있다.

일반적 인격권은 자신의 인생과 운명을 독자적인 책임 하에서 스스로 형성할 권리, 즉 자기결정의 사고에 그 바탕을 둔 권리로서, 그 보호범위를 정하는 결정적인 기준도 마찬가지로 ‘누구나 각자의 삶을 스스로 자주적으로 결정할 수 있어야 한다’는 의미에서 개인의 자율성과 자기결정의 사고이다. 일반적 인격권은 좁은 개인적 생활공간인 사생활의 보호를 비롯하여 ‘인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건’을 포괄적으로 보호하고자 하는 것이므로, 자신의 삶을 스스로 결정할 수 있는 개인적 생존

의 가능성이 박탈당하는 경우, 즉 자유로운 인격발현의 기본조건이 위협받는 경우에는 일반적 인격권에 의한 헌법적 보호가 필요하다. 이러한 의미에서 일반적 인격권이란, 개인의 사생활 영역을 비롯하여 독자적인 생활형성을 위하여 필요한 기본조건을 보장하는 기본권이다. 따라서 일반적 인격권은 국가에 의한 사생활의 침해나 사인의 인격 침해적 발언에 대한 헌법적 보호에 그치는 것이 아니라, 사회현상의 발전에 따라 발생하는 새로운 위협에 대하여 대처할 수 있도록 그 보호범위에 있어서 변화하는 개방적 기본권이다.

일반적 인격권의 보장내용은 ‘사생활의 보호’와 ‘사회적 인격상에 관한 자기결정권’으로 나누어 볼 수 있다. 인격의 자유로운 발현이 가능한 상태가 확보되기 위해서는, 한편으로는 인간이 독자적인 개성을 자율적으로 형성할 수 있는 개인적 생활영역인 ‘사생활의 보호’를 필요로 한다. 사생활의 보호는 개인의 사생활영역이 당사자의 의사에 반하여 공개되지 아니할 권리, 즉 사생활영역으로부터 당사자의 의사에 반하여 정보를 수집하는 것에 대한 보호를 제공하는 ‘사생활의 비밀’과 사생활의 기본조건(예컨대 성적 영역, 부모와 자식의 관계, 혼인 및 부부관계 등)에 관하여 독자적으로 결정하고 이로써 사생활을 스스로 형성할 자유, 즉 국가가 사생활의 자유로운 형성을 방해하거나 금지하는 것에 대하여 보호하는 ‘사생활의 자유’를 포함한다. 다른 한편으로는, 개인의 인격은 외부세계의 영향을 배제하는 사생활 영역뿐이 아니라 사회 내에서 외부세계와의 접촉과 교류를 통하여 형성되고 발현되므로, 자유로운 인격발현을 위해서는 ‘사생활의 보호’ 외에도 개인을 외부와의 관계, 즉 사회적 또는 공적 영역에서도 보호하는 다른 요소가 부가적으로 보장되어야 한다.

개인이 사회적 활동을 통하여 인격을 자유롭게 발현하기 위해서

는, 개인에 관한 어떠한 정보가 어떠한 연관관계에서 사회적으로 공개되는가 하는 것은 매우 중요하다. 국가 및 사회는 개인에 관한 정보로부터 그에 대한 사회적 인격상을 형성하고 이를 기준으로 개인을 평가하고 예측하게 되므로, ‘자신에 관하여 무엇이 어떠한 연관관계에서 사회적으로 공개되어야 할 것인지에 관하여 스스로 결정할 권리’가 보장되어야 한다. 세상에 자신이 어떻게 묘사되고 국가나 제3자가 자신을 어떻게 평가할 지에 관하여 결정할 권리는 사생활영역을 외부로부터 차단하고자 하는 것이 아니라, 개인이 외부 세계와의 관계에서 사회적으로 활동하면서 자신의 인격을 발현하기 위한 기본조건의 보장에 관한 것이다.

따라서 일반적 인격권은 단지 사생활영역을 외부로부터 차단하는 것에 제한되는 것이 아니라, 외부세계에 묘사되는 자신의 사회적 인격상을 형성하는 정보에 관하여 스스로 결정할 수 있는 권리를 포함해야 한다. ‘사생활의 비밀’의 경우, 수집한 정보를 가지고 무엇을 하는가와 관계없이 사생활정보를 수집함으로써 사생활을 침해하는 것이 특징이라면, ‘사회적 인격상에 관한 자기결정권’의 경우 개인정보를 어떠한 방법으로 수집하였는가와는 관계없이 정보를 처리하는 방법에 의하여 인격권이 침해된다는 데 그 특징이 있다. 결국 인격권보호의 핵심을 이루는 것은 ‘개인정보의 공개와 사용에 관하여 스스로 결정할 권리’, 즉 정보자기결정권이라고 할 수 있다.

‘헌법상 인격권’의 보호와 관련하여 일반적 인격권은 헌법에 규정된 개별적 인격권에 대하여 보충적으로 적용되는 기본권이다. 우리 헌법은 일반적 인격권의 보호범위 중에서 ‘사생활의 보호’에 관한 부분에 관하여는 사생활 영역을 보호하는 개별적 기본권인 ‘주거의 자유’(제16조), ‘사생활의 비밀과 자유’(제17조), ‘통신의 비밀’(제18조)을 통하여 직접 구체적으로 규범화하였다. 따라서 ‘사생활의 보

호'에 관한 한, 일반적 인격권이 아니라 그에 대하여 일반·특별관계에 있는 개별적 기본권이 적용되어야 한다. 그러나 위 개별 기본권들은 인격발현의 모든 요소를 포괄하는 것이 아니라 '사생활의 보호'라는 부분적인 측면만을 보호하는 것이므로, 인격권의 포괄적인 보호, 특히 '사회적 인격상에 관한 자기결정권'의 보호는 헌법에 명시적으로 규정되지 아니한 인격권을 보장하는 '일반적 인격권'에 의하여 이루어지는 것이다. 그러므로 헌법이 별도로 개별기본권을 통하여 인격권을 명시적으로 규정하고 있다 하더라도, 헌법해석을 통하여 일반적 인격권을 인정할 필요가 있다.