

# 방송의 자유의 보호와 그 형성

박 용 상  
헌법재판소 사무처장

## - 목 차 -

글 머리에 .....	9
I. 방송의 자유의 법적 성격 .....	11
1. 주관적 권리설 .....	11
가. 내용 .....	11
나. 주관설에 대한 비판 .....	14
2. 제도적 권리설 .....	15
가. 내용 .....	15
나. 제도적 권리설에 대한 비판 .....	20
3. 검토 .....	20
II. 방송제도의 형성 .....	23
1. 형성의 필요성 .....	23
가. 주관적 권리설 .....	23
나. 제도적 권리설 .....	24

2. 형성의 기준 및 제한 .....	28
가. 헌법상 방송의 기본질서 .....	28
나. 형성규율의 원칙 및 한계 .....	37
3. 형성법률과 제한법률의 구별 .....	38
4. 형성입법의 규율대상 .....	41
가. 개관 .....	41
나. 방송체제 .....	42
다. 방송사업자의 법적지위 - 권리와 의무 .....	49
라. 방송에 대한 국가의 감독 .....	50
마. 방송에서 경쟁법적 규율 .....	54
바. 기타 뉴미디어에 대한 규율 .....	55
Ⅲ. 방송의 자유의 보호범위 .....	58
1. 물적 보호범위 .....	58
가. 방송운영의 자유 .....	59
나. 편성의 자유 .....	61
2. 인적 보호범위 .....	64
가. 방송사업자 .....	64
나. 일반 국민과 방송의 자유 .....	68
3. 공영방송 .....	71
가. 개관 .....	71
나. 공영방송의 임무 .....	72
다. 공영방송의 조직 .....	74
라. 공영방송의 편성 및 프로그램 원칙 .....	77
마. 영업의 자유 내지 광고방송의 제한 .....	82
바. 우리의 경우 .....	82

4. 민영방송 .....	84
가. 개관 .....	84
나. 민영방송의 설립 및 허가절차 .....	86
다. 민영방송사업자의 법적 지위 .....	90
라. 민영방송사업자의 프로그램 편성의 자유 .....	92
마. 민영방송사업자의 기업의 자유 .....	95
바. 광고방송의 규율 .....	97
IV. 요약 및 결론 .....	99
1. 요약 .....	99
2. 결론 .....	109
참고문헌 .....	113

## 글 머리에

방송의 자유의 본질을 어떻게 파악하는가에 따라 방송법제의 여러 문제를 다룸에 있어서 상이한 결론을 가져오게 됨은 물론이다. 이 글은 독일에서 헌법상 방송의 자유의 본질에 관한 논의를 기초로 하여 방송의 자유가 어떻게 실정법상의 방송제도로서 구현되고, 보호받게 되는가 하는 점을 체계적·포괄적으로 설명하는데 그 목적이 있다.

헌법이 규정하는 방송의 자유의 법적 성격에 관하여는 크게 나누어 이를 개인적 권리로 보는 입장과 이를 객관적·법적인 제도적 권리로 이해하는 견해가 대립한다. 이 글에서는 우리의 경우에도 독일에서 확립된 판례가 설명하는 바와 같이 방송의 자유는 개인의 표현의 자유와는 달리 제도적 성격을 갖는 자유로서 그 보호를 위해서는 입법자에 의한 형성으로서 구체적 입법이 필요하다는 입장에 따라 논의가 전개될 것이다. 그 경우 방송의 자유는 개인의 의견형성 및 여론형성에 기여하는 헌법적 기능을 충실히 이행하도록 하기 위해 방송의 독립성 원칙 및 의견의 다양성 원칙 등 헌법상 방송에 요구되는 기본원리에 따라 형성되어야 한다.

이러한 기본적 입장에서 헌법상 방송의 자유에 관하여 형성이 요구되는 사항이 구체적으로 검토될 필요가 있다. 거기에는 방송체제의 기본적 유형에 관한 결정을 포함하여, 공·민영방송간의 관계 및 그 재정운영의 형태, 방송운영의 주체인 방송사업자의 법적 지위, 방송에 대한 국가의 감독체계, 방송에서의 경쟁법적 규율, 그리고 새로이 등장하는 뉴미디어에 대한 방송법제의 규율 여부 및 범위 등 논란되는 여러 문제가 다루어지게 될 것이다.

나아가, 헌법이 보호하는 방송의 자유의 구체적 내용 및 범위에 관

한 설명이 이 글에서 중요한 비중으로 다루어진다. 방송의 자유는 그 물적 보호의 측면에서 방송편성의 자유를 포함하는 방송운영의 자유를 보호한다. 또 그 인적 보호의 측면에서 공법상의 방송사업자 및 민영방송사업자 등 방송운영주체와 방송종사원에게 부여되는 보호가 언급된다. 이와 관련된 문제로서 일반 국민은 어떻게 방송의 자유를 향유하게 되는가 하는 문제에 관하여 시청자로서는 방송의 자유를 주장할 수 없으나, 방송운영허가를 신청하는 개인은 방송의 자유의 기본권존중청구권을 보유한다는 점이 지적될 것이다.

마지막으로 방송사업자가 갖는 방송의 자유의 구체적 보호범위에 관하여 다루어질 것이다. 공영방송이 향유하는 방송의 자유에 관하여는 그 임무, 조직, 및 프로그램편성 등에서 독립성과 다양성을 구현하는 법리가 구속적으로 적용된다는 관계가 구체적으로 다루어질 것이다. 민영방송에 관하여는 그 설립허가의 요건 및 절차, 민영방송사업자가 보유하는 법적 지위, 그리고 프로그램의 자율과 운영의 자유로서 광고를 포함하는 기업의 자유의 보호범위가 언급된다.

## I. 방송의 자유의 법적 성격

헌법 제21조 제1항은 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회결사의 자유를 가진다.” 동조 제3항은 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정한다. 방송의 자유의 법적 성격에 관하여는 크게 나누어 이를 개인적 권리로 보는 입장과 이를 객관적·법적인 제도적 권리로 이해하는 견해가 대립한다. 이러한 학설의 대립은 이미 방송뿐 아니라 신문 기타 정기간행물 등 매스 미디어의 자유의 법적 성질에 관한 논쟁에서 오래 전부터 다루어져 왔으나,<sup>1)</sup> 방송은 이들 인쇄매체와도 다른 여러 가지의 사회적·기술적 특성을 갖는다는 점에서 별도의 고찰을 요하게 된다. 방송의 자유의 본질을 어떻게 파악하는가에 따라 방송법제의 여러 문제를 다룸에 있어서 상이한 결론을 가져오게 됨은 물론이다.

### 1. 주관적 권리설

#### 가. 내용

방송의 자유를 개인적 권리로 보는 학자들은 이를 우선적으로 방송매체를 설립하고 방송을 행하는 주관적 권리라고 보아 실제상 방송의 자유는 방송의 설립 및 운영의 자유 내지는 방송기업의 자유라고 이해한다.<sup>2)</sup>

1) 박용상, 언론의 자유와 공적 과업, 교보문고(1982), 230면 이하 참조.

2) Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. 1985, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdn. 68.

이렇게 방송의 자유를 주관적 방어권으로 보는 주관적 권리설의 입장에 의하면 방송의 자유는 단지 개인적인 표현의 자유의 일부에 불과할 뿐이며, 독자적인 것이 아니다. 즉, 표현의 자유에는 표현수단(말, 글, 그림)을 선택할 자유뿐만 아니라 언론매체를 설립할 수 있는 자유와 함께 전파수단을 선택할 자유가 이미 포함되어 있기 때문에 방송의 자유는 그 일부에 불과한 것이라고 한다.<sup>3)</sup> 따라서 방송은 표현의 자유의 기본권실현을 위한 하나의 수단에 불과하고, 주관적인 의견의 자유를 위한 기초보장으로서 기여해야 한다.<sup>4)</sup> 그에 의하면 애당초 헌법에서 주관적 기본권으로서 보장되고 있는 방송의 자유는 단지 주파수의 부족이라는 기술적 여건 때문에 “억제”(verschüttet) 또는 “동결”(eingefroren)되어 왔을 뿐이고,<sup>5)</sup> 기술 발전에 의해 가용주파수가 개발되는 경우 이러한 주관적 방송의 자유는 현실화되어, 결국 사인에 의한 방송매체 설립의 권리도 인정되어야 한다는 것이다. 이들은 결국 방송의 자유를 방송운영자의 자유 내지 방송기업가의 자유라고 보고, 개인도 방송의 설립 및 운영에 대한 주관적 접근권을 갖는 것으로 이해하는 입장을 취한다.

유럽연합은 이와 같은 주관적 권리설의 입장에서 유럽헌장에 규정된 방송의 자유는 인간의 기본권에 근거를 둔 커뮤니케이션의 자유로서 주관적 방송사업자의 자유, 즉 직업의 자유와 동일시하고 있다. 따라서 유럽연합에서 방송의 주관적 자유는 인쇄매체의 자유와 같이 사업자의 자유와 노선 및 경향의 자유를 포함하게 된다.

---

3) Klein, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit, Der Staat 1981, S. 195; Schmitt Glaeser, Die Rundfunkfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 112 (1987), 216ff.

4) Scholz, Medienfreiheit und Publikumsfreiheit, in Festschrift Löffler, 1980, S. 358.

5) Kull, Verschüttung und Ausgrabung der Rundfunkfreiheit, AfP 1971 S. 98, 102; Rudolf, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, 1971 S. 21.

불링거는 주관설의 입장에 서면서도 기술발전이 비로소 방송의 자유의 “주관화”를 가능하게 하는 것이라고 보는 점에서 여타의 주관설과 다른 이론구성을 취한다. 그에 의하면 주관적 의견의 자유라는 ‘시원적 기본권’(Ausgangsgrundrecht)은 헌법상 언론조항에 의해 보호되는 그 밖의 기본권과 더불어 하나의 통일적인 커뮤니케이션의 자유라는 기본권을 성립시키는데, 그것은 기술발전에 따라 위와 같은 통일적 기본권의 하나로서 방송의 자유를 주관적 권리로 포섭하게 되는 것이라고 한다.<sup>6)</sup>

그러나 방송의 자유를 주관적 권리라고 보는 학자들도 대부분은 거기에 객관적·법적인 측면이 존재함을 인정하며, 이를 명시적으로 비판하고 있는 사람들은 소수에 불과하다.<sup>7)</sup> 그럼에도 방송의 자유를 주관적 방어권으로 간주하는 입장은 거기에 객관적·법적 내용이 인정된다 하더라도 그것은 우선적으로 개인의 의견의 자유라고 하는 주관적 권리의 보장에 기여하는 데 불과하다는 입장을 취한다.<sup>8)</sup>

방송에 있어서 다양성 원칙이 갖는 의미에 관하여 주관적 권리설 역시 실제로 다양성 있는 방송 서비스의 필요성을 인정하나, 다양성의 보장이란 방송형성을 위한 출발점이라기보다는 다수의 방송매체를 허용하는 경우 서로 경쟁하는 다수 미디어기업들의 의견경쟁에 의해 자연히 달성될 수 있는 결과일 뿐이며, 입법자가 방송법에 이러한 다양성 요청을 위해 특별히 형성적 규율을 하는 것은 이념적

---

6) Bullinger, Elektronische Medien als Marktplatz der Meinungen, AöR 108 (1983) S. 61ff.

7) Silke Ruck, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 117 (1992) S. 543 (554).

8) Klein, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit, Der Staat 1981, S. 189f; Gabriel Bräutigam, Rundfunkkompetenz und Rundfunkfreiheit, 1990, S. 29ff.



으로 반드시 필요한 것이 아니라고 하는 입장을 취한다.<sup>9)</sup> 특정 방송매체의 시장지배를 방지하기 위해 필요한 경우라면 모든 시장에 적용되는 독점규제가 가능하다는 것이다.

이러한 주관적 권리설은 원래 고전적 자유주의론자들이 취한 이론이었으나, 최근에 이르러서는 방송의 규제완화 내지 탈규제를 기도하는 자유론자들도 이러한 입장에 의존한다.

## 나. 주관설에 대한 비판

살피건대, 방송에 의한 커뮤니케이션이 개인적 표현의 자유와 다른 조건하에서 실현된다는 것은 부인할 수 없다. 즉, 개인적 표현의 자유가 단지 위법한 국가의 간섭을 배제함으로써 보장될 수 있음에 반하여, 방송의 자유는 방송매체가 갖는 기술적·사회적 특성 때문에 그 실제적 행사 및 실현을 위해서는 입법적 형성을 요하며, 그 실정법적 토대로서 실제적, 조직적 및 절차적 규율을 필요로 하는 것이다.

그럼에도 불구하고 방송의 자유를 우선적으로 주관적 권리로서 이해하는 학자들은 이러한 입법자에 의한 형성법률의 필요성과 근거를 설명할 수 없고, 이러한 형성법률의 필요성을 부인한다면 기본권 실현에 필요한 현실적 조건들을 제대로 마련하지 못하게 되어 문제된다. 그들은 방송을 규율하는 기존의 법령을 해석함에 있어서도 형성법률과 제한법률의 속성을 구별하지 않고, 이들 모두에 관하여 모두 방송의 자유에 대한 제한이라고 보아 침해의 유보에 기한 과잉 금지의 법리를 적용하려 하기 때문에 합리적인 규율을 하는데 난점

---

9) Silke Ruck, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 117 (1992) 543 (556).

을 보인다. 예를 들면, 방송질서의 형성을 위한 법률규정들에 부담적 제한이 설정되는 경우에도 그들은 그러한 규율을 방어권으로서 방송의 자유에 대한 제한적 법률로 보아 한계유보의 사상에 따라 비례성 심사에 의해 그 위헌성을 판단해야 한다고 주장한다. 그러나 이러한 태도는 뒤에서 살펴보는 바와 같이 방송에 대한 헌법적 요청을 이행함에 있어서 여러 가지 난점을 제기한다.

## 2. 제도적 권리설

### 가. 내용

그에 반해 독일의 유력 학설과 판례는 방송의 자유의 객관적·법적 측면을 중시하여 이를 기능적 기본권 내지 기여적 기본권 (funktionelle bzw. dienende Grundrechte)으로서 제도적 권리라고 이해하는 입장을 취한다.<sup>10)</sup>

그에 의하면 헌법상 방송의 자유는 개인적 표현의 자유의 일부에 불과한 것이 아니며, 국가의 간섭이 없다는 것만으로 실현될 수 없고,<sup>11)</sup> 주관적 표현의 자유와 같이 스스로 성립될 수도 없다. 제도적 권리설을 취하는 학자들은 방송의 자유가 신문의 자유와 마찬가지로 자유로운 의견형성을 위해 필수적인 기능을 행하는 것으로서 객관적·법적 성격을 함께 가지는 제도적 기본권이며, 그 실현을 위해 객관적 요소를 필요로 한다는 현실을 직시하여 방송의 자유는 그 실제적 행사와 향유를 위해 국가의 형성적 법률의 제정에 의한 실

10) Ruck, a.a.O. S. 558f; Herbert Bethge, Die Freiheit des privaten Rundfunks, Die Öffentliche Verwaltung - August 2002 - Heft 16, S. 673 (680); BVerfGE 57, 295 (320); 95, 220 (236).

11) BVerfGE 57, 295 (320).

정적 토대를 요한다고 생각한다.

이러한 제도적 방송의 자유를 실천적으로 설명하고 적용한 것은 독일의 연방헌법재판소였다. 동 재판소는 1961년 제1차 TV판결에서 방송의 객관적 자유를 논하면서, 방송은 개인의 의견형성과 여론 형성을 주도하며 그에 영향을 주는 매체 및 요인(Medium und Faktor)으로서 현대사회의 필수적 매스커뮤니케이션 수단이 되었음을 전제로 하면서 방송매체는 인쇄매체와 비교하여 기술적으로 제한된 전파를 이용하고 방송사업에 소요되는 대자본으로 인해 소수에 그칠 수밖에 없는 방송의 특수한 상황(Sondersituation)을 고려하여 이 제도를 통해 가능한 한 모든 사회계층의 프로그램 참여로 다양한 의견이 반영될 수 있도록 국민에게 봉사하는 기능(dienende Funktion)으로서 방송의 자유가 보장되어야 하고, 그러기 위해서는 국가 또는 사회 특정 집단으로부터의 자유가 보장되도록 제도적 장치가 마련되어야 한다는 점을 확인하였다.<sup>12)</sup>

여기에 정의된 방송의 객관적 자유의 본질은 헌법상 주관적 의견표현의 자유에 근거를 둔, 스스로 여론을 주도하는 요인이며 동시에 개인의 의견표현과 정보의 자유를 연결하며, 여론을 형성하는 매체로서 봉사하는 자유인 것이다. 연방헌법재판소가 의미하는 방송의 객관적 자유는 국가에 대한 방어권으로서 주관적 자유의 측면과 함께 여론을 형성하는 매스커뮤니케이션 과정 자체를 기능적으로 보장하는 자유이다. 다만, 그 주관적 자유는 매스커뮤니케이션 과정에 참여하는 기능적 관점에서 주관적 임의성을 상실하고 단지 객관적 자유를 형성하기 위한 하위 요소에 불과하여 객관적 자유에서 분리할 수 없는 불가분의 자유를 형성한다. 이와 같은 객관적 방송의 자

---

12) BVerfGE 12, 205 (246-263).

유는 입법자의 법률형성권에 의해 보장되는 입법을 전제로 하며, 이 과정에서 민주사회의 질서 창출을 위한 다양성의 원칙이 지켜져야 한다.

방송의 자유가 제도적 권리라는 점은 2가지 점에서 법적인 귀결을 가져온다. 첫째, 그 행사의 기술적 사회적 조건에 관한 점과 둘째, 법적 측면에서 그 실정법적 구체화에 관한 점이 그것이다.

첫째, 실제로 방송에 의한 커뮤니케이션이 개인적 표현의 자유와 다른 조건하에서 실현된다는 것은 부인할 수 없다. 매스 미디어로서 방송은 신문 등 여타의 매스 미디어와 다르지 않으며, 방송은 그 전송수단으로서 전파를 사용한다는 점에서 그 기술적 특성은 법적으로 특수한 평가를 요하게 된다. 공공의 소유라고 생각되는 전파는 희소성을 가지며, 그 전파에 있어서 특별한 영향력을 가진다는 점이다. 그리고 이러한 기술적 특성 때문에 방송매체는 태생적으로 과점적 매체로 출발하였고, 국가에 의해 설립된 공영매체의 운영형태를 취하게 되었다는 점이다.

방송은 이른바 매스 미디어로서 불특정다수의 수용자들을 대상으로 전문가에 의해 선별·처리된 정보를 제공하는 것이므로 그 운영에는 엄청난 고비용과 복잡한 전문조직을 요하게 되는 결과 그 운영은 통상 소수의 사회적 영향력이 큰 주체들에 의해 행사되게 되며, 방송이라는 매스커뮤니케이션수단의 파급력, 전문가에 의해 처리되는 정보가 갖는 특별한 영향력 및 대중매체를 통해 수집되는 정보에 대한 높은 의존성으로 인해 그 영향력은 더욱 더 커지고, 그 남용의 우려가 있으므로 국가는 물론 사회적 집단에 의해 방송이 장악됨으로써 그에 의해 일방적 영향력 행사를 방지하기 위한 규율이 요구된다.<sup>13)</sup>

둘째, 이러한 방송매체의 기술적 사회적 현상에 비추어 자유민주주

의적 의사결정체제를 취하는 헌법은 입법자로 하여금 다양한 의견을 반영하고 국가권력이나 사회세력으로부터 독립된 방송에 관한 실정질서의 창조를 요구하고 있다.<sup>14)</sup> 독일 연방헌법재판소의 표현과 같이 “현존하는 다양한 의견들이 방송을 통해 가급적 광범위하고 완전하게 표현되고 그럼으로써 포괄적인 정보가 제공됨”<sup>15)</sup>을 보장하기 위해 여러 실체적, 조직적 및 절차적 규율이 정해져야 하며, 방송의 자유영역은 이러한 규정들을 통해 형성되는 것이다. 이러한 형성은 무엇보다 방송의 자유가 가진 객관적·법적 내용을 구체화하는 것이며,<sup>16)</sup> 방송의 자유가 가진 기능, 즉 의견형성의 자유 내지 여론형성을 위한 기여적 기능이 현실적으로 구현되기 위한 전제조건을 창조한다.<sup>17)</sup> 그것은 방송을 통한 커뮤니케이션 형식을 비로소 가능하게 하는 전제조건인 동시에, 방송의 기능에 관한 것이다.<sup>18)</sup> 독일의 연방헌법재판소는 제3차 방송판결에서 이러한 방송의 자유의 법적 성격과 함께 그 보장을 위한 형성 필요성에 관하여 다음과 같이 판시한다.

“기본법 제5조 제1항 제2문에 헌법적으로 보장된 방송의 자유라고 하더라도 그 효력을 발하기 위해서는 법률에 의한 형성이 필요하다. 이는 방송의 자유를 보장하라는 과업과 독특한 고유의 성격으로부터 발생한다.

a) 기본법 제5조 제1항이 보장한 바가 모두 그렇듯이, 방송의 자유 역시 같은 임무에 봉사한다. 개인과 공공의 자유로운 의견형성의 보장으로서 단순

13) Ruck, a.a.O. S. 546.

14) Ruck, a.a.O. S. 546.

15) BVerfGE 57, 295 (320).

16) Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektive Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 363ff; Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974 S. 1529ff.

17) Ruck, a.a.O. S. 546.

18) Ruck, a.a.O. S. 558.

하게 뉴스보도나 정치적 견해의 중개에 국한되는 것이 아니라, 어떤 형태이든 정보제공과 의견전달이라면 모두 포함한다는 포괄적인 의미로 파악해야 한다(연방헌법재판소 판례집 12, 205 [260] - 독일 텔레비전방송 사건; 31, 314 [326] - 부가가치세 사건; 35, 202 [222f.] - 레바흐 사건 참조). 자유로운 의견형성은 커뮤니케이션 과정에서 이루어진다. 이는 한편으로 자신의 견해를 표현하며 진과할 자유를 전제로 하며, 다른 한편으로 그렇게 표현된 견해를 인식할 자유, 다시 말해서 스스로 정보를 수집할 자유를 또한 전제로 한다. 기본법 제5조 제1항은 의견표현의 자유, 의견전파의 자유, 정보의 자유를 인권으로 보장하면서, 그와 동시에 이 과정을 헌법적으로 보장하고자 노력하고 있다. 이러한 점에서 기본법 제5조 제1항은 주관적 권리에 대한 근거가 된다. 이와 관련된 맥락에서 기본법 제5조 제1항은 의견의 자유를 전체 법질서의 객관적 원리로 규범화하는데, 이 때 이 주관적 권리의 요소와 객관적 법적 요소는 서로 조건부로 제약하며 서로 근거를 주어 의존하는 관계에 있다(연방헌법재판소 판례집 7, 198 [204f.] - 뤼트 사건 참조).

헌법적으로 보장되는 자유로운 의견형성의 과정에서 방송은 그 “매체”이면서 “요인”이다(연방헌법재판소 판례집 12, 205 [260]). 이에 따르면 방송의 자유는 일차적으로 주관적 권리이며 객관적 법이라는 요소로서 의견형성의 자유에 기여하는 자유이다. 즉, 방송의 자유는 현대적 대중매체라는 여건하에서 이 자유를 보완하고 강화해야 할 필수적인 부분에 해당된다. 방송의 자유는 방송을 통해, 자유롭고 포괄적으로 의견이 형성될 수 있도록 보장해야 한다는 과업에 기여한다.

이 과업으로 말미암아 방송의 자유에 고유한 특성과 의미가 규정된다.

방송을 통하여 개인과 공공의 자유로운 의견형성을 확보하려면, 우선 국가의 지배와 영향력으로부터 방송의 자유가 요구된다. 이러한 점에서 방송의 자유는 고전적 자유권과 마찬가지로 방어적 의미를 지닌다. 그러나 이것만으로는 보장해야 할 바가 완전히 보장되었다고 할 수는 없다. 왜냐하면 단지 국가로부터 자유롭다고 해서 방송을 통한 자유롭고 포괄적인 의견형성이 가능한 것은 아니기 때문이다. 단지 부정적인 형성을 통해서만 이와 같은 과업에 부응할 수 없기 때문이다. 그 외에도 현존하는 의견의 다양성이 가능한 폭넓고 완전하게 표현되고, 이를 통해 포괄적인 정보제공이 이루어지는 것을 보장하는 적극적 질서가 필요하다. 이를 달성하기 위해서는 방송의 자유라는 과제를 지향하며, 기본법 제5조 제1항이 보장하고자 하는 바를 실현

하기에 적합하도록 실체적·조직적·절차적 측면에서 규율할 필요가 생긴다.”<sup>19)</sup>

### 나. 제도적 권리설에 대한 비판

제도적 권리설은 방송의 규제완화 내지 탈규제를 도출하려는 자유론자들로부터 비판받는다. 그에 의하면 제도적 권리설은 방송의 기능만을 중시하여 방송의 자유를 임무에 구속된 기본권에 불과하다고 보아 자유를 의무화함으로써 방송의 자유가 갖는 기본권으로서의 실질을 위축시키고, 심지어는 방송사업자의 지위를 단순한 반사적 이익으로 전락시키게 되며, 이른바 형성법률이라는 개념에 의해 방송사업자에 대한 제약을 쉽게 허용하여 방송의 자유를 충분히 보장하지 못한다는 것이다.

## 3. 검토

헌법은 방송의 자유를 자연적 자유 내지 그에 유사한 자연적 자유영역으로 보장하는 것이 아니다. 따라서 헌법은 애당초부터 전국가적(前國家的)이고 시원적(始原的)인 방송설립의 자유를 보장하고 있는 것은 아니다.<sup>20)</sup>

방송의 자유의 성격에 대한 논의는 우리 헌법이 기본으로 하는 자유민주주의 헌법상 국가의사 결정체제에 터잡아 논의되어야 한다. 국가의사형성에 있어서 방송을 포함한 신문 등 매스 미디어가 점하

---

19) BVerfGE 57, 295 (320f.) 1981. 3. 16. 제3차 방송판결, 독일방송헌법판례, 독일연방헌법재판소, 전정환·변무웅 옮김, 방송문화진흥총서40, 한울(2002), 134-135면에서 전제.

20) Bethge, a.a.O. S. 674.

는 지위 및 그 기능에 관하여는 독일 헌법 판례상 이미 다음과 같은 확립된 이론이 제시된 바 있다.

신문과 방송 등 매스 미디어는 여론형성 및 개인의 의견형성의 매체이자 요인이다.<sup>21)</sup> 방송은 자유민주적 기본질서를 위해 직접 구성적 의미를 지니고 있다.<sup>22)</sup> 그러므로 방송은 그 존재형태 여하를 불문하고 그 고유한 특성에 따라 언론매체의 공적 기능 및 통합적 작용에 참여하게 된다. 위에서 본 기능에 부응하는 임무는 사법적 및 사경제적 구조를 가진 정기간행물에도 부과되고 있으며, 그에 비추어 보면 같은 구조를 가진 민영방송에게도 같은 임무가 부과될 수 있는 것이다.<sup>23)</sup> 방송에는 여론형성에의 기여라는 헌법적으로 전제된 임무가 부여되어 있으며, 이러한 임무는 제재를 수반하는 부담을 부과하는 것이 아니라 기능의 강화에 의해 기본권에 대한 기대를 충족시키는 것이기 때문에 그로 인해 기본권의 실질이 위축되는 것이 아니다.<sup>24)</sup>

제도적 기본권으로 보는 경우에도 민영방송운영자들은 엄연히 방송의 자유의 주체가 되는 것이지 객관적 커뮤니케이션질서를 위한 단순한 이행보조자에 그치는 것은 아니며, 방송의 자유의 기여적(봉사적) 기능이 민영방송운영자의 법적 지위를 단순한 반사적 이익으로 전락시키는 것도 아니다.<sup>25)</sup> 제도적 배려가 아닌 개인적 권리보호가 우선하는 것이다. 다만, 민영방송이 누리는 자유에는 공영방송의 경우와 마찬가지로 기본권주체의 인격발현 또는 이익추구를 주된 목적으로 하는 기본권이 주어지는 것이 아니다.<sup>26)</sup> 방송의 자유가 갖

---

21) BVerfGE 12, 205 (260).

22) BVerfGE 69, 35, 202 (219).

23) BVerfGE 20, 162, (175).

24) Bethge, a.a.O. S. 677.

25) Bethge, a.a.O. S. 677.



는 기능적·민주주의적 요소들을 무시해서는 아니 된다.

한편, 방송의 자유는 국가적 간섭을 소극적으로 배제해서만 되는 것이 아니라, 규범을 통해 형성되고 법을 통해 창조되는 것이며, 그 실현을 위해서는 실체적, 조직적 및 절차법적 규정들에 의존하지 않을 수 없다. 즉, 방송의 자유는 원칙적으로 법률에 의해 결정되는 것으로서 실정법질서에 의존하며,<sup>27)</sup> 입법자는 그러한 규정들을 마련해야만 한다.

이와 같이 방송의 자유는 재산권보장과 마찬가지로 규범을 통해 형성되고 법을 통해 창조된다. 방송에 특수한 형성유보는 이론적인 면에서 볼 때 일관되게 객관적·법적 이론에 그 근거를 두고 있는데, 예전에는 제도보장론, 최근에는 조직법적 절차법적 법리론으로 논의되고 있다.<sup>28)</sup> 이 경우 방송체제의 유형을 선택하는 것은 입법자의 결정(형성)의 자유<sup>29)</sup>에 맡겨져 있다. 이것은 기본권에 관련된 본질적인 문제이기 때문에 의회유보의 원칙이 적용되는 사항이며, 그 형성의 의무를 지는 것은 입법자이다.

---

26) Bethge, a.a.O. S. 676; BVerfGE 87, 181 (197)

27) BVerfGE 57, 295(320); 90, 60 (88).

28) Bethge, a.a.O. S. 680.

29) BVerfGE 57, 295 (312f); 90, 60 (94).

## II. 방송제도의 형성

### 1. 형성의 필요성

#### 가. 주관적 권리설

방송의 자유를 주관적 권리로 보는 입장에서는 이른바 형성법률이란 개념을 인정할 여지가 없고, 입법자에 의한 방송에 대한 규율권한은 헌법적 제한을 받아야 한다는 입장을 취한다. 그들은 방송의 자유가 우선적으로 주관적 권리의 성격을 갖는 것으로 파악하는 한, 방송운영자의 권리를 제한하는 모든 규정들은 일반적인 기본권 제한의 한계라는 엄격한 제한에 구속될 뿐, 그것이 형성적이든 침해적인 것이든 구별하려고 하지 아니한다. 따라서 입법자는 방송운영자에 대한 모든 제한, 예컨대 내용상 부담적인 효과를 갖는 모든 제한을 가함에 있어 과잉금지 및 “일반법률”의 한계를 존중하여야 한다고 한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 형성과 제한을 구별하지 않고 어느 경우든 일률적으로 과잉금지에 의한 요건을 요한다고 볼 때에는 여러 가지 논증상의 어려움이 제기된다.

우선 주관적 권리설을 취하는 압도적 다수의 학자들도 확실히 방송의 자유의 기본권실현을 위해 방송법상의 특별한 질서규정이나 절차규정을 둘 필요성을 인정하고 있다. 먼저 기본권 자원인 주파수가 부족하기 때문에 방송운영에 관한 주관적 권리가 실현될 수 없으며, 운영자의 선정과 허가를 위한 방송법상의 규율은 물론 다양성보장을 위한 내용상의 요청까지도 필요하다는 점을 부인할 수는 없기 때문이다. 이 경우 이와 같은 조직 및 절차규정들은 확실히 방송의

자유 그 자체를 규율대상으로 하는 특별한 법률상의 규정들이고 헌법상 요청되는 법률에 의한 제한의 요건이라는 법리와는 조화되기 어려운 점이 있다. 그럼에도 주관적 권리설에 의하면 방송법상의 규율들은 다른 기본권제한입법, 즉 동위의 혹은 상위의 법익보호를 위해 그때그때 문제되는 기본권을 규제하는 다른 모든 기본권제한입법과 마찬가지로 취급되기 때문에 방송에 특수한 조건을 실현하는 이러한 규율을 합리적으로 설명할 수도, 해결할 수도 없다. 이상의 설명을 통해 알 수 있는 바와 같이, 입법자가 방송의 자유에 관하여 우리 헌법 제37조 제2항(독일의 경우에는 기본법 제5조 제2항)과 무관하게 포괄적인 형성권한을 가진다는 점을 부정하는 것은 상당한 이론적 난관에 봉착하게 된다. 그러한 입장과 결부되어 방송의 자유를 우선적으로 주관적 권리로서 이해하는 것은 기본권실현의 현실적 조건들을 제대로 마련하지 못하는 결과를 초래하게 된다.

방송에 의한 커뮤니케이션은 개인적 의견표현과는 다른 조건하에서 실현된다. 방송의 기능과 관련하여 방송을 통한 커뮤니케이션 형식을 가능하게 하는 전제조건이 법률로 형성되어야 하기 때문에 방송질서의 형성을 위한 법률규정들이 불가피하게 요구되며, 주관적 권리성을 강조하는 논자들도 일정한 범위에서 이러한 규율의 필요성을 부인하지 못한다.

#### 나. 제도적 권리설

그에 반해 방송의 자유를 우선적으로 객관적·법적으로 이해하고자 하는 시각은 이론적으로 일관성 있게 형성법률과 제한법률을 구별하고자 한다. 한편에서 형성하고 다른 한편에서 제한함은 입법자의 규율메카니즘에 해당하는 것으로서 상이한 정당화근거<sup>30)</sup>를 가지며,

따라서 양자는 구별되어야 한다는 것이다.<sup>31)</sup> 독일의 연방헌법재판소 역시 헌법상 방송의 자유 조항(기본법 제5조 제1항 제2문)으로부터 나오는 입법자의 임무로서 방송의 자유를 법적으로 형성할 임무는 일반법률에 의해 과잉금지의 원칙에 따라(독일 기본법 제5조 제2항에 의해서만) 허용되는 기본권 제한에 관한 권한과 상관이 없다는 점을 지적하고 있다.<sup>32)</sup> 이러한 지적은 독일 기본법 제5조 제2항에 따른 제한은 자유축소로서의 실체를 가진 것임에 반해, 구체적 형성은 기본권창조로서의 실체를 가진 행위라는 점을 시사하고 있다. 허용되는 기본권형성은 결코 기본권침해가 아니라는 것이다.<sup>33)</sup> 이와 같이 방송의 자유의 토대를 규율하는 형성적 법률은 자유로운 개인적 의견형성 및 여론형성을 위한 기능을 다할 수 있는 방송질서를 보장하기 위한 것이다. 이것은 개인의 주관적 발현을 위해서는 물론 민주주의가 제대로 기능하기 위한 의견전파의 영역에서도 기본조건이 된다. 그러므로 이러한 법률은 설사 방송에 대한 부담적 규율이 포함되어 있다 하더라도 이를 방송의 자유에 대한 제한이라고 볼 수 없다.<sup>34)</sup> 방송에 의해 의견을 표현·전파하고 의견을 형성할 수 있는 기본권은 애당초 그 형성의 기준이 정하는 바에 따라서만 행해질 수 있는 것이기 때문이다. 예를 들면, 방송 프로그램의 편성이 다양성원리에 따라야 한다는 방송법의 규정은 방송의 자유가 처음부터 다양성 요청의 조건하에서만 행사될 수 있다는 것을

30) Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2002, Vor Art. 1. Rn. 78.

31) Bethge, a.a.O. S. 680.

32) BVerfGE 57, 295 (321); vgl. auch BVerfGE 95, 220 (235f).

33) Peter Lerche, HStR V, 2. Aufl. 2000, §121 Rn. 4 mit Fn. 85; Bethge, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2002, Art. 5. Rn. 13a.

34) BVerfGE 73, 118 (166); Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektive Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 363ff Rdn. 8, 33.

형성·확인하는 것이지, 처음에 아무 제한이 없이 인정되는 방송의 자유가 법률에 의해 제한되는 것으로 보아서는 아니 된다.<sup>35)</sup>

이렇게 방송의 자유는 소극적 배제로만 실현될 수 있는 것이 아니다. 방송의 자유는 실체적, 조직적 및 절차법적 규정들에 의존하며, 입법자는 그러한 규정들을 마련해야만 한다.<sup>36)</sup> 재산권보장과 유사하게<sup>37)</sup> 방송의 자유도 규범을 통해 형성되고 법을 통해 창조된다.<sup>38)</sup>

이와 같이 자유의 실현에 그 형성적 입법을 필요로 하는 것은 비단 방송의 자유에 국한된 것이 아니다. 신문의 경우에도 그 기능을 보장하기 위해 입법적 형성을 필요로 하는 것은 방송의 경우와 마찬가지로이다 (헌법 제21조 제3항). 법이나 규범을 통해 구성되는 보호영역을 가진 모든 기본권은 불가피하게 입법자를 통한 형성을 전제로 한다.<sup>39)</sup> 헌법 제23조(재산권보장) 제1항의 경우에도 주관적 권리로서 개인에게 귀속될 재산권의 내용을 결정하는 것은 입법자의 과제에 속하며,<sup>40)</sup> 나아가 예컨대 헌법 제36조(혼인과 가족에 대한 국가보호)와 제33조(근로자의 단결권 등)에서도 유사한 구조를 발견할 수 있다.<sup>41)</sup>

독일 연방헌법재판소는 1986. 11. 4. 니더작센주 방송법 판결에서 방송의 자유의 실정화 필요성에 관하여 다음과 같이 판시하고 있

---

35) Ruck, a.a.O. S. 548.

36) BVerfGE 57, 295 (320); 95, 220 (236).

37) BVerfGE 92, 26 (41).

38) BVerfGE 95, 220 (237).

39) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 1991, Rdn. 303ff; Pierot-Schlink, Grundrechte, 6. Aufl. 1990 Rdn. 241f, 249.

40) BVerfGE 58, 300 (331).

41) Jarass, a.a.O. S. 390, 393; Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974 S. 1532f.

다.42)

“방송의 자유는 기본법 제5조 제1항에서 보장한 모든 것과 동일한 과업에 기여한다. 즉, 자유로운 개인적 의견형성 및 여론형성의 보장에 기여한다 (BVerfGE 57, 295 (319f.)). 이 의견형성은 방송이 “매체” 및 “요인”으로서의 과업을 떠맡는 커뮤니케이션 과정에서 이루어지게 되는데, 방송은 가능한 한 광범위하고 완전하게 정보를 제공할 의무를 지며, 개인과 사회집단에게 여론형성에 작용할 기회를 제공하고, 동시에 자신도 스스로 의견형성과정에 참여한다. 이것은 포괄적인 의미에서 이루어지는데, 의견의 형성은 뉴스 보도, 정치적 논평, 또는 과거·현재·미래의 문제에 관한 방송물에 의해서 뿐 아니라 방송극, 음악연주 또는 오락 프로그램 등을 통해서도 이루어진다 (BVerfGE 59, 231 (257f.)).

이 과업의 수행에는 우선 방송이 국가의 지배나 영향력 행사로부터 자유로울 것이 요구된다. 이 같은 요구는 오직 소극적인 질서형성을 통해서도 충족될 수 있을 것이다. 그러나 더 나아가 현존하는 다양한 의사들이 방송에서 가능한 한 폭넓고 완전하게 표현될 것을 보장하는 실질적인 질서가 필요하다.

이 같은 요구에 부응하려면 방송의 자유의 과업을 지향하는 바로서, 기본법 제5조 제1항이 보장하는 바를 실현하기 위해 적절한 실체적·조직적·절차적 규율이 필요하다. 입법자가 이 과업을 어떻게 이행할 것인가 하는 것은 그 보장조항이 설정한 한계 내에서 입법자 스스로가 판단할 사안이다 (BVerfGE 57, 295 (320f.)).

입법자가 규율해야 할 사안에는 방송질서의 기본을 결정하는 문제도 포함된다. 입법자는, 그 기본적 체제모델의 틀 안에서, 내국의 각 방송 프로그램이 제공하는 전체 내용이 현존하는 다양한 의사를 대체로 반영할 수 있도록 하며, 방송이 하나의 사회집단에 의하여 장악되는 일이 없도록 하고, 고려되어야 할 여러 사회세력이 프로그램 전체에서 발언할 수 있도록 제반조치를 취해야 한다. 이와 같은 다양성을 보장하기 위해 입법자는—1961년 2월 28일자 판결(BVerfGE 12, 205 (262))에 따라 헌법적으로 전혀 문제될 수 없는 방안으로서—개별 방송운영자의 기관을 통해, 고려해야 할 세 세력의 영향력이 내부적으로, 중개될 수 있는 조직을 갖추게 하는 방법으로 각 방송운영자가

---

42) BVerfGE 73, 118 (153f.).

“내부다원적” 구조를 갖추도록 할 수도 있다. 그러나 또한 입법자는 전체 국내 방송프로그램이 현존하는 의견의 다양성을 사실상 본질적으로 반영하도록 하는 조치를 취하는 경우라면, 다른 체제모델을 선택할 수도 있다. 그 경우 입법자가 외부적(“외부다원적”) 다양성에 의해 방송의 자유를 창출하고 이를 유지하고자 원한다면, 이런 해결방식을 채택한다고 해도 마찬가지로 방송자 자유를 확보하기 위하여 법률로 일정하게 규율하는 것은 필요불가결한 작업인 것이다.

그밖에도 입법자는 최소한의 내용적 균형, 공정성, 상호존중을 보장하는, 구속력 있는 지도원칙을 설정해야 한다. 또한 입법자는 민영방송의 설립에 관하여 규율해야 하며, 그때 모든 신청자에게 방송국 설립허가를 내줄 수 없는 한, 각 신청자에게 동등한 참여기회를 보장해주도록 선정에 관하여 규율해야 하며, 국가의 제한적인 감독권을 규정하여야 한다(BVerfGE 57, 295 (324f.)).<sup>43)</sup>

## 2. 형성의 기준 및 제한

### 가. 헌법상 방송의 기본질서

방송이 형성에 의해 실현되는 경우 그것은 헌법이 방송에 관하여 요구하는 바에 따르지 않으면 안 된다. 즉, 입법자는 형성의 유보를 행사함에 있어서 방송의 자유를 실현하여 이를 보장하는 한편, 그러한 형성을 통해 방송에 관한 헌법원칙을 침해하여서는 안 된다. 그것은 우선 방송의 헌법적 지위에 부합되게 형성되어야 한다. 그 경우 방송은 신문 기타 여론형성 매체와 마찬가지로 민주주의적 여론형성을 위해 요구되는 커뮤니케이션질서의 기본원리에 부응할 수 있도록 배려되어야 한다.<sup>44)</sup>

43) BVerfGE 73, 118 (154), 독일방송헌법판례, 독일연방헌법재판소, 진정환·변무웅 옮김, 방송문화진흥총서40, 한울 (2002), 183-184면에서 전재.

44) 박용상, 방송법제론, 교보문고 (1988), 302면 및 헌법상 방송의 기본질서(1981, 법

방송의 헌법적 지위는 방송의 여론형성기능에 터잡는 것이다. 자유민주주의 헌법질서 아래서 여론형성은 국가의 정책결정이 있기 전의 단계에서 조직되지 않은 국민의 정치적 의사형성을 의미하기 때문에 그에 관여하는 매스 미디어 중의 하나인 방송은 다원적인 국민의 각계각층의 다양한 의사가 자유롭고 공개적으로 행해질 수 있도록 설립·운영·편성될 것을 요한다.

첫째로, 방송은 국가의사가 형성되기 이전에 자유롭고 공개적으로 행해지는 여론형성을 담당하기 때문에 국가권력의 간섭과 규제로부터 독립하여야 한다는 독립성의 원칙이 귀결된다(자유주의적 요청). 둘째, 방송은 다원적 국민의 다양한 의사를 전제로 하는 자유민주주의 체제 아래서 이를 조화·통합하는 역할을 담당하는 것이기 때문에 방송의 운영 및 편성에 있어서는 일반국민 전체, 즉 공공의 다양한 이해관계를 가진 각계각층이 기회균등하게 참여할 수 있는 방도가 마련되어야 한다(민주주의적 요청). 이 다양성 및 기회균등의 원칙은 국가권력의 창설과 그 정책결정에 정당성을 부여하는 필수적 계기를 마련함과 동시에 평화적 정권교체라고 하는 사회적 변화의 요청에 부응하는 중요한 제도적 장치가 되는 것이다. 이와 같이 자유민주주의의 원칙으로부터 귀결되는 독립성의 원칙과 다양성의 원칙은 방송의 조직과 운영 및 편성에 있어서 광범위한 제도화의 필요성을 제기하는 것이다.

따라서 국가로부터 방송의 독립성(Staatsfreiheit)을 요구하는 헌법 원칙에 의하면 예컨대, 국가권력이 프로그램의 선정과 내용 및 형성에 영향력을 행사할 수 있는 법적 규율을 설정하여서는 안되고, 이를 위반한 경우 위헌으로 된다. 또 자유민주주의 헌법상 국가의사

---

통신문 제1411호 내지 1418호) 참조.



결정의 전제로서 요구되는 다양성원칙을 충분히 담보할 수 없는 방송에 대한 규율은 위헌으로 생각되지 않을 수 없다. 이것은 뒤에서 보는 바와 같이 방송체제의 결정 및 방송운영 주체의 설립이나 조직과 관련된 문제에 연관된다.

### (1) 방송의 국가독립성

방송에 대한 국가의 활동을 제한하고자 하는 근거 중의 하나는 방송의 국가독립성원칙<sup>45)</sup>으로부터 나오며, 이 원칙은 언론매체의 국가독립성이라는 포괄적 원칙으로 발전되었다.<sup>46)</sup> 이 원칙은 정기간행물의 경우에도 마찬가지로 적용된다.<sup>47)</sup>

즉, 국가권력으로부터의 자유를 의미하는 언론의 국가독립성 원칙은 방송의 경우에도 적용된다. 방송은 국가의사가 형성되기 이전에 자유롭고 공개적으로 행해지는 여론형성을 담당하기 때문에 국가권력의 간섭과 규제로부터 독립하여야 한다는 점에서 신문 등 다른 언론미디어와 다를 바 없다.

여론형성에서는 다원적 국민의 다양한 의사가 자유롭고 공개적으로 표현됨을 요하므로 방송의 편성이나 운영 역시 국가 또는 한 특정 집단이나 이익에 의해 지배되거나 영향받아서 안 된다. 이러한 이유에서 독립성의 원칙은 방송의 조직, 운영, 편성에 있어서 중요한 지표가 된다.

방송의 경우 이러한 독립성 원칙이 더욱 강조되는 것은 연혁적으로 보더라도 신문은 국가와는 무관한 사기업으로 출발하여 국가권력과 관계에 있어서는 검열로부터의 해방이 주요과제였음에 반하여, 방송은 연혁상 국영 또는 공영의 체제를 취하게 되었을 뿐 아니라, 국가

---

45) BVerfGE 31, 314 (329); 88, 25, (36); 90, 60, (88).

46) Bethge, a.a.O. S. 679.

47) BVerfGE 80, 124 (134).

권력에 의한 정치적 이용의 관행이 보다 일반적이었던 관계로 그에 대한 대책의 필요성이 강조된 때문이라고 할 수 있을 것이다.

방송의 독립성 요청은 우선 방송운영주체가 독립한 법인격을 가지고, 운영 및 편성에 있어서 자율성이 보장되어 그 직업적 활동과 영업활동 또는 재정적 운영의 자율성이 제도적으로 보장될 것을 요한다. 방송운영주체가 독립한 법인격을 갖는다는 것은 민영 방송법인의 경우에는 물론이고, 공립방송의 경우에도 비록 그 설립 및 출자가 국가에 의해 법률로써 행해진다고 하더라도 방송공사는 국가조직으로부터 독립된 공법인으로 존재하게 된다는 점에서 다를 바가 없다.

종래 방송을 국가적 독점사업이라고 하는 생각 아래 행정법상의 과업으로 보려는 견해는 방송의 기능적 독립성을 보전하기 위하여는 법원이나 국립대학의 경우와 같이 인적·물적 독립성만 보장한다면 설사 국가행정 조직의 일부가 방송사업을 담당한다 하더라도 무방하다는 견해가 없지 않았다. 그러나 이러한 편제를 취하는 경우 방송의 편성은 인사나 예산 등 운영 여하에 따라서는 국가의 간섭을 벗어날 수 없기 때문에 자유민주주의적 여론형성 개념에 배치되는 것이다.

방송의 운영 주체가 법적으로 독립한 법인격을 갖는 존재로 하는 것만으로는 독립성 원칙을 충분히 보장해주지 못한다. 우리의 경험을 보더라도 KBS가 국영으로부터 독립한 공사(공사)로 이관된 후에도 국가권력의 연속성을 벗어날 수 없었음은 부인할 수 없고, 독일의 경우에도 구 독일방송주식회사는 단지 외형적으로만 국고지원이 은폐되고 있는, 지극히 순수한 형태의 국영방송으로 전락되었다는 점이 이를 반증한다.

방송의 국가독립성원칙은 국가, 특히 행정이 방송에 대하여 조직적

및 실질적인 측면에서 지배력이나 영향력을 행사하는 것을 금지한다.<sup>48)</sup> 이 원칙으로부터 도출되는 결과의 하나는 국가가 자기의 의견을 마치 매체의 고유한 메시지인 것처럼 방송에 대해 표현하도록 강요하는 것이 금지된다는 것이다. 또 세계관적 중립성을 유지할 의무가 있는 국가는 언론매체를 상대로 내용적인 측면에서 질적 심사를 행하거나, 어떤 개별적인 내용에 대해 동조적 입장을 표현하거나, 혹은 다른 내용에 대하여는 불신하도록 하는 것이 금지된다.<sup>49)</sup> 그러한 점에서 커뮤니케이션수단의 국가독립성이라고 하는 언론매체에 특유한 관심사는 검열금지의 사상 및 매체는 국가와 동일시되어서는 안 된다는 요청(Postulat der staatlichen Nichtidentifikation)과 합치한다.<sup>50)</sup>

방송의 독립성 원칙과 관련하여 특히 문제되는 것은 국영방송의 허부(許否)에 관한 논의이다. 여론형성에 대한 국가적 간섭의 금지는 넓게 보아 국가권력에 의한 모든 매스 미디어의 예속화가 금지된다는 것을 의미하는데, 국영방송 역시 국가권력은 여론형성에 간섭할 수 없다는 헌법원칙에 배치되므로 우리 헌법상 허용되지 아니한다고 해야 할 것이다. 독일 연방헌법재판소는 1961년 제1차 방송판결에서 독일텔레비전유한회사를 설립하는 연방법률은 공적인 과업인 방송을 국가의 업무로 했다는 점에서 허용될 수 없다는 입장을 취한 바 있다.<sup>51)</sup>

여기서 국영방송의 금지란 방송이 국가기관, 특히 일반행정기구에 의해 운영되는 조직상의 국영제 뿐 아니라 방송편성내용이 직접적 또는 간접적으로 국가권력의 지시나 조종에 의존하는 경우를 포함

---

48) BVerfGE 90, 60 (88)

49) Bethge, a.a.O. S. 679.

50) Hebert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 175-178.

51) BVerfGE 12, 205f.

한다.

다만, 이 경우 금지되는 국영방송은 여론형성에 관련된 방송활동을 의미할 뿐, 교육방송이나 대외적 선전을 행하는 국제방송 등 국가기관에 부여된 기능을 수행함에 방송이 이용되는 경우에는 이러한 금지가 적용되지 아니한다.

한편, 국가는 공개정(公開政)의 원리에 따라 의회의 의사(議事) 기타 국가기관의 정책결정과정이나 이미 결정된 국가의 정책을 국민에게 알릴 의무가 있기 때문에 그러한 필요와 한계 내에서 방송을 이용하는 것은 허용될 뿐 아니라, 나아가 그 의무까지 부담하게 된다. 특히, 선거운동을 위한 방송매체의 이용 필요성 때문에 독점기업화한 방송기업에 대하여 공직선거 등의 기회에 방송시간의 배정을 요구할 국가의 권리가 인정되지 않으면 안 된다(공직선거 및 선거부정방지법 제70조 내지 제74조).<sup>52)</sup>

그러나 방송의 국가로부터 자유라는 원칙은 방송의 자유의 창출이나 존속에 기여하는 국가의 조치를 배제하는 것은 아니다. 이런 조치는 헌법이 명한 바이기도 하다.<sup>53)</sup> 그에 반해서 이 원칙은 입법자와 행정부가 방송에 대하여 이 같은 원칙의 담보라는 과업에 합치하지 않거나 혹은 기본권 제한에 의하여 정당화되지 않는 어떤 영향력이든 이를 행사하는 것을 거부한다. 이 원칙은 방송사의 프로그램의 자유에도 이 같은 제한을 가한다. 즉, 기본법 제5조 제1항 제2문은 프로그램의 선정, 내용, 편성에 대한 직접적인 영향력은 물론 프로그램의 자유를 간접적으로 훼손할 수 있는 영향력 행사로부터도 보호를 제공한다.<sup>54)</sup>

52) 박용상, 표현의 자유, 헌암사 (2002), 390면 이하 및 414면 이하 참조.

53) BVerfGE 73, 118 (183); 57, 295 (320ff.).

54) BVerfGE 73, 118 (184); 59, 23 (260).

## (2) 다양성원칙

다원적인 국민 각계각층의 다양한 의사를 표현할 수 있도록 언론계를 조직해야 한다는 자유민주주의 헌법의 요청에 의하면 언론계 역시 다양성 이론에 의존하지 않을 수 없고, 특정 이익 또는 집단의 언론계 석권(席卷)을 방지하기 위하여 언론계의 권력분립과 상호견제의 체제가 유지될 것을 요한다. 이 다양성 이론 및 권력 분립의 원칙은 민주주의의 기회균등원칙으로부터 귀결될 뿐 아니라 국민의 알 권리 및 정보의 자유를 실현하는 필수적 계기를 마련한다.

이 다양성이론은 언론 전반에 통용되는 것이지만 출판에 있어서는 활자미디어 자체가 그 설립 및 운영의 경비나 기술적으로 보아 다수의 기업이 존재할 수 있고, 그 다수 존재성 자체가 다양성을 보장하는 여건(이른바 외적 다양성모델)으로 생각될 수 있음에 비하여, 방송은 그 기술적 제한과 과다한 운영비용 때문에 방송운영주체의 수가 소수에 머물 수밖에 없다는 점에서 특수한 평가를 요하게 된다. 이러한 방송의 특성은 방송의 조직, 운영 및 편성에 관하여 다양성 원칙을 관철하기 위한 광범위한 규율을 요하게 된다.

첫째, 활자매체와 전파매체의 관계에 있어서 권력분립의 원칙은 위양 매체간에 상호 분리독립이 이루어지고, 매체종류간에 억제와 균형의 체제가 이루어져야 할 것이 요청된다. 이것은 전통적으로 언론기업의 독점에 대한 가장 기본적 대책으로서 논하여져 온 것이고, 우리의 현행 방송법도 이러한 원칙을 제도화하고 있지만(방송법 제 8조 제3항 참조), 최근에 이르러서는 미국을 중심으로 기술혁신에 의한 정보사회의 도래와 함께 언론시장에 대한 탈규제의 요청 때문에 그 유지 여부가 논란되고 있다.

둘째, 방송에 있어서 의견의 다양성을 확보하는 방안으로서는 기술의 발전과 더불어 상당한 변화가 전개되어 왔다. 독일에서 발전된

체제 모델의 유형에 의하면 ‘내적 다양성(Binnenpluralismus) 모델’과 ‘외적 다양성 모델’이 거론되어 왔다. 처음에는 사회적·기술적 이유에서 독점적 공영방송 체제를 취하는 경우에는 그 방송운영기관 내부에 다양성을 확보할 수 있는 의사결정기관을 두어야 하는 것으로 생각되었다. 즉, 과점화 된 운영을 피할 수 없는 방송의 경우 내적 다양성을 확보할 수 있는 방안이 마련되어야 하는데, 이를 위하여는 방송내용이 사회 각계각층의 이익을 균형 있게 표현하도록 편성하여야 함은 물론, 이러한 편성과 운영의 기준을 조직적으로 보장하기 위하여 방송운영 주체의 의사결정기관은 각계각층의 이익을 대변할 수 있는 자로서 구성될 것을 요한다는 것이다. 그러나 가용주파수가 개발되어 민영방송의 설립이 가능하게 되면 다수의 민영방송을 설립케 하여 경향과 논조가 다양한 다수 방송운영자의 허용에 의해 외적 다양성을 충족하는 방안이 유력시되게 된다.<sup>55)</sup>

#### 나. 형성규율의 원칙 및 한계

방송에 관한 이상과 같은 여러 사항의 형성이 입법자의 소관임은 물론이지만, 그 법률적 형성에 있어서는 목적과 수단간의 관계에 관한 실증적 진단에 의해야 한다. 이 경우 채용되는 조치는 그 규율목적에 확실하게 달성할 수 있어야 하는 것은 아니지만, 적어도 그것을 달성할 충분한 개연성은 가져야 한다.<sup>56)</sup> 따라서, 예를 들면 형성법률이 방송에 관하여 공영 또는 민영 등 체제모델을 채택하는 경우 전송기술의 발전 등 사실관계에 관하여 그러한 사정은 충분히 고려되어야 한다. 법률상의 규율이 충분하지 못한 것이라거나 잘못

55) 이에 관한 상세한 논의는 박용상, 방송법제론, 교보문고 (1988), 302면 이하 참조.

56) Ruck, a.a.O. S. 549.

된 것으로 판명되는 경우 입법자는 사후개선의 의무를 진다.<sup>57)</sup>

기술적 여건하에서 다양성을 최대한 담보할 수 있는 조치란 가용 주파수를 모두 활용하여 방송주체를 설립하게 하는 것일 것이고, 기술발전으로 가용 주파수 채널이 보다 증가하게 되면 공영독점체제에서 공·민영병존체제로 모델을 바꾸어 개인에게도 방송운영권을 허가하게 된 방송체제의 변화가 이러한 입법적 구현·발전의 변화를 보여준다.

이러한 전제에 따른다면 입법자는 형성법률에 의해 방송운영 주체의 지위(권리와 의무)를 결정하거나 제한할 수 있고, 그러한 규율의 행함에 있어서도 그 목적은 오로지 방송에 의한 커뮤니케이션의 자유를 이롭게 한다는 형성목적에만 구속된다.<sup>58)</sup> 따라서 이러한 형성법률의 위헌성 여부는 어떠한 방송체제를 취하든 그 체제하에서 방송주체가 담당하는 기능을 고려하여 그에게 부적절한 부당한 부담을 지우는가 여부가 심사의 기준이 된다. 방송주체에게 기능적으로 타당하지 않은 부담을 부과하는 경우라면 그러한 규율은 형성이 부적절한, 잘못된 경우로서 위헌이다.<sup>59)</sup> 그러므로 그러한 규율의 위헌 여부에 대한 심사는 방송의 자유에 대한 침해로서 비례성 심사에 따르는 것이 아니다. 방송주체의 활동가능성에 대한 부담이 지금까지의 상태와 비교할 때 전체적으로 보아 적어도 그와 동등한 정도의 방송의 자유보장에 미치지 못하는 경우에는 비로소 형성을 근거로 한 부적절한 부담이 존재하는 경우라고 판단될 수 있다.<sup>60)</sup> 다만, 최초의 형성법률이 아니라 이미 형성법률에 의해 주어진 구권리(舊權利)에 관하여 형성의 변경을 시도하여 구권리의 제한을 결과하는

57) Ruck, a.a.O. S. 549; BVerfGE 73, 118 (169, 203).

58) Ruck, a.a.O. S. 550.

59) Ruck, a.a.O. S. 550.

60) Ruck, a.a.O. S. 550.

법률의 경우에는 형성의 변경과 함께 침해가 행해지는 것이므로 그 위헌 여부는 신뢰보호 원칙에 따라 판단된다.<sup>61)</sup>

이들 형성적 규율은 기본권에 관련된 영역에서 행해지는 것으로서 기본권의 실현을 위해 본질적인 것이기 때문에 연방헌법재판소의 본질성이론에 따른 의회유보의 원칙이 적용된다.<sup>62)</sup>

이와 같은 입장에서 독일의 연방헌법재판소는 1981년 자를란트주 민영방송의 운영에 관한 법률이 민영방송 도입에 관한 법률적 기초를 창출하고, 방송편성에 관한 지도원칙을 규범화하며, 국가감독에 관하여 규정한 부분은 헌법상 방송조항에서 도출되는 필수적 요구사항, 즉 방송질서에 관한 기본지침은 법률로 규정해야 한다는 요청에 부응한 것이지만, 민영방송의 진입에 관한 규정에 있어서는 경합자에 관한 선정문제에 관하여 규율을 결하는 등 합헌적인 규정을 갖추고 있지 못하며, 방송운영의 의사결정기관(방송참의회)에 관해서도 사회적으로 중요한 세력들이 방송사의 기관에 충분하게 영향력을 미치며 방송물전체에서 발언할 수 있도록 보장해야 하는데, 이런 규율조항을 갖추지 못하였음을 이유로 이들 규율조항이 헌법적 요구조건을 본질적인 부분에서 충족시키지 못한 것이기 때문에 위헌이라고 판시하였다.<sup>63)</sup>

### 3. 형성법률과 제한법률의 구별

형성법률과 제한법률은 여러 가지 점에서 구별될 수 있다. 형성법률은 방송의 자유를 구체화하는 것으로서 커뮤니케이션의 자유의 이

---

61) Ruck, a.a.O. S. 551.

62) BVerfGE 47, 46 (78f); 49, 89 (126f); 57, 295 (320f) Ruck, a.a.O. S. 551.

63) BVerfGE 57, 295 (328).



익을 위해 방송 자체의 특성에서 나오는 부담을 실정화 한 것이다. 그에 반하여 제한법률은 방송의 자유를 보장하는 데 기여하는 것이 아니라, 방송이라는 매체의 자유와 충돌하는 법익, 즉 커뮤니케이션과는 무관한 다른 법익, 예컨대 개인적 법익이나 국가의 안보 등의 보호에 기여하는 법률을 의미한다.<sup>64)</sup> 그러므로 형성법률과 제한법률은 서로 상이한 법익을 보호하며, 형성의 보호법익 즉, 방송의 자유는 다른 법익을 위한 제한법률에 의해 불가피하게 제한된다.

논리적으로 보면 입법자에게 의무를 부과하는 이러한 형성유보가 실현되는 것은 차후의 단계에 해당하는 제한적 법률이 등장하기 이전이다.<sup>65)</sup> 따라서 언론매체에 특수한 미디어법상의 규범들로서 조직적 및 절차적으로 헌법 제21조 제3항의 기본권의 형성을 실현하는 규범들은 헌법 제37조에 근거한 다른 법익의 보호에 기여하는 규범들과는 엄밀하게 구별되어야 한다.

형성법률과 제한법률, 양자는 그 위헌판단에 있어서도 다른 심사기준이 적용된다. 제한법률의 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 과잉금지 및 비례의 원칙에 따라야 하지만, 형성법률의 경우에는 이러한 비례의 원칙에 따른 제한을 받지 않고, 단지 방송의 자유를 보장해야 할 목적을 그르치는 경우에만 위헌으로 판단된다.

즉, 다른 법익의 보호를 위한 방송의 자유의 제한은 그 보호하려는 법익이 표현의 자유보다 우선하는 것이어야 하고, 취해질 보호조치가 적합하고 필요하며, 나아가 비례적인 것이어서 과잉금지원칙에 부합하는 것이어야 한다. 따라서 전체적으로 볼 때 방송의 자유에 대한 모든 합헌적 제한은 의견에 대해 중립적이면서 실제적 조화(praktische Konkordanz)의 원칙이 의미하는 바에 따라 정당한 것

64) Ruck, a.a.O. S. 552; BVerfGE 57, 295 (321); 73, 118 (166)

65) Bethge, a.a.O. S. 680.

이어야만 한다.

그러나 실정 방송법질서를 형성함에 있어서 방송에 의한 커뮤니케이션의 자유를 위해 방송의 자유를 형성함에 있어서 과잉금지의 법리를 적용하는 것은 적합하지 않다. 과잉금지는 기본권 제한의 한계이며, 법률유보에 기초한 기본권침해를 통제하기 위한 목적을 지니고 있다.<sup>66)</sup> 그러나 형성에 적용되는 의회유보는 그와 달리 침해와 무관한 것으로서 침해의 사고(Eingriffsdenken)를 극복하여, 기본권에 관련된 모든 본질적인 문제들에 대한 규율을 염두에 두고 전개되는 이론이다.<sup>67)</sup>

물론 이들 형성법률에는 부담적 규정이 포함될 수 있지만, 그 자체가 방송의 자유가 실현될, 보다 큰 헌법적 목적에 부합하는 경우에는 이를 방송의 자유에 대한 제한이라고 볼 수 없다. 일설에 의하면 형성법률은 “개별적 차원에서 제한적 내지 부담적 효과”에도 불구하고, 전체적으로 보아 “객관적인 의미내용이 획득”되는 경우 즉, 부담적 효과에도 불구하고 자유로운 의견형성의 촉진이라고 하는 방송의 자유의 목적실현이 형성을 통해 전체적으로 촉진되는 경우라면, 침해를 포함하는 것이 아니다.<sup>68)</sup> 그러나 방송이라는 자유영역에 대해 처음으로 형성이 이루어져 그 내용을 부여하는 경우에만 그 형성은 그 부담적 효과에도 불구하고 침해로서의 성격이 부인된다. 그에 따르면 개인의 개개 주관적 권리는 그러한 형성을 통하여 비로소, 그리고 오로지 형성에 따른 기준에 의해서만 성립될 수 있다. 그 점에서 방송의 자유라고 하는 주관적 권리는 애당초부터 예컨대 다양성의 요청과 같은 부담의 제한을 받는 것으로서 성립될

---

66) Bethge, a.a.O. S. 681.

67) BVerfGE 49, 89 (126).

68) Jarass, a.a.O. S. 392.

뿐이다.<sup>69)</sup> 이러한 사정을 보면 형성입법의 대상이 되는 방송의 자유의 영역에서는 처음부터 기본권적으로 보호되는 주관적인 법적 지위, 특히 방송운영에 관한 권리가 존재하지 않는다는 것을 의미한다.<sup>70)</sup>

따라서 형성법률이 위헌으로 되는 것은 이러한 비례의 원칙과 상관 없이, 단지 방송의 자유를 보장해야 할 목적을 그르치는 경우에만 위헌으로 판단된다. 예를 들면, 입법자가 형성법률에 의해 국가가 프로그램의 선정과 내용 및 형성에 영향력을 행사할 수 있는 법적 규율을 설정하여 국가로부터 방송의 독립성을 침해하는 경우라든가, 공영독점의 과점적인 방송구조를 채택하면서 방송주체의 조직과 운영에 내적 다양성을 확보하는 법적 조치를 취하지 않는 경우에는 위헌으로 된다.

그러나 현실에 있어서 형성적 규범과 제한적 규범을 구분하는 것은 쉬운 문제가 아니다. 양자가 혼재하는 상황도 존재한다. 예를 들면, 청소년 보호는 헌법 제31조 제1항 및 제2항이 규정하는 부모의 교육권과 헌법 제34조 제4항에 규정된 청소년보호를 위한 국가의 배려의무에 의해 헌법적 차원의 법익이라고 간주되기 때문에 이러한 제한요소들은 방송질서를 형성하는 법률의 단계에서 이미 나타날 수 있다.

이와 같이 청소년 보호를 위한 미디어법의 규정들은 형성법률과 함께 제한법률로서 동시에 규율되는 대표적인 경우에 해당한다.<sup>71)</sup> 그러므로 청소년보호는 방송에 요구되는 실정법질서의 한 부분이다. 청소년보호를 사후제한적인 미디어질서법으로 성격규정하거나 그

---

69) Hoffmann-Riem, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1991, S. 73

70) Ruck, a.a.O. S. 548.

71) Bethge, a.a.O. S. 681.

실현이라고 보아, 위험방지만을 염두에 둔 언론경찰법에 대한 수권의 근거라고 보는 것은 적절치 못하다. 오히려 방송의 자유와 청소년보호라고 하는 두 개의 헌법적 가치를 적절히 조화시키는 입법적 규율작업이 필요하며, 조직과 절차를 통한 자유의 보장과 청소년보호가 이루어져야 하는 것이다. 따라서 공동체의 중요한 관심사를 의미하는 청소년보호<sup>72)</sup>는 처음부터 이러한 실정법질서 내에 편입되어야 하는데, 이것은 사후제한적인 위험방지에 있어서 뿐 아니라 예방적 차원에서의 청소년보호 역시 고려된다.

#### 4. 형성입법의 규율대상

##### 가. 개관

앞서 본 바와 같이 개인적 권리설의 대부분은 방송에 대한 형성을 독자적인 법률범주로 보는 것을 거부하고 있다. 그러나 방송을 제도적 권리로 보는 경우 형성법률의 개념을 인정하는 것은 불가피하다. 독일연방헌법재판소는 일관되게 형성법률의 개념을 인정하여, 제한법률과 구별하는 입장을 취한다.<sup>73)</sup>

이제 판례와 제도적 권리론에 의할 경우 형성입법은 어떠한 사항을 규율 대상으로 하는가를 살펴볼 필요가 있다. 입법자는 헌법적 목적에 기여하는 바를 규정함에 있어 광범위한 평가 및 형성의 재량을 가진다. 이 형성에 우선 방송체제에 관한 결정이 포함됨은 물론이고, 그밖에 여러 국면에서 방송의 조직과 활동이 그 규율 대상이 된다.

72) BVerfGE 30, 336 (348); 77, 346 (356); 83, 130 (139).

73) BVerfGE 57, 295 (321); vgl. auch BVerfGE 95, 220 (235f).

다만, 방송의 자유의 기본권이 전체로 보아 규범형성의 대상이고 법률중속성을 갖는다고 하더라도 그 핵심이라 할 수 있는 프로그램 자율성(편성의 자유)에 관하여는 뒤에서 보는 바와 같이 별도의 고찰을 요한다.<sup>74)</sup> 다양성과 독립성 등 헌법상 방송의 기본원리를 실현하기 위해 편성에 관하여 요구되는 기준을 법률로 정하는 것은 형성적 법률로 볼 것이되, 내용규제에 관한 법리와와의 조화를 요한다.

## 나. 방송체제

### (1) 체제 모델의 선택

방송의 자유에 대한 객관적·법적 이해에 따른다면 헌법은 방송체제에 관하여 원칙적으로 그 어떤 모델도 예정하고 있지 않으며, 입법자의 형성권한은 미디어(매체)질서의 기본유형에 대한 결정권까지도 포함한다고 보아야 한다.<sup>75)</sup> 다양한 모델들 가운데 어떤 것을 선택할 것인지 혹은 이들 모델 가운데서 어떤 요소들을 결합할 것인지는 입법자의 책임에 속한다.<sup>76)</sup> 그 경우 결정의 기준이 되는 것은 그 어떤 모델이 자유로운 의견 및 여론형성을 위하여 방송의 자유의 보장에 기여하는지 여부이다. 그 다음에 구체적인 규정들은 일단 선택된 모델과 합치하는지에 대하여 심사되어야 한다.<sup>77)</sup>

이와 같이 방송질서의 기본지침에 관한 결정은 본질적인 사항으로서 입법자가 반드시 규율해야 할 사안이고, 따라서 민영방송의 도입은 법률적인 근거와 의회의 결정이 필요하게 된다.<sup>78)</sup> 이러한 입장

74) Fritz Ossenbühl, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 62 Rn. 66 mit Fn. 177; Bethge, (Anm.), S. 33f; Josef Isensee, HStR V., 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 51.

75) BVerfGE 57, 295 (321, 324f); 73, 118 (153); 83, 238 (296, 316, 326).

76) BVerfGE 83, 238 (308).

77) Ruck, a.a.O. 561.

에서 독일 연방헌법재판소는 공영독점형태를 취하고 있던 독일의 방송체제에 관하여 그것이 국가로부터 뿐만 아니라 특정 사회세력으로부터 자유롭도록 보장하는 제도적 장치가 사회 각계각층 대표가 참여하여 프로그램의 다양성이 보장되도록 공영방송 내에서 내적 다원주의(Binnenpluralismus)를 충족시키는 운영기구에 의해 이행되는 한, 합헌임을 선언한 바 있었다.<sup>79)</sup>

그러나 기술적 발전에 따라 가용 방송전파가 확대되었음에도 불구하고, 방송법이 이렇게 공영방송 이외에 민영방송의 설립을 허용치 않는 경우 위헌인가 하는 문제가 다시 논란되게 되었다. 헌법상 방송의 자유로부터 시원적, 자생적 민영방송의 자유권을 도출해내는 주관적 권리설의 학자들은 공영방송의 법형식만을 인정하거나 민영화를 금지하는 것을 위헌으로 간주한다.<sup>80)</sup>

그러나 제도적 권리론자에 의하면 헌법은 애당초부터 전국가적이며 또한 시원적인 방송설립의 자유를 보장하고 있는 것은 아니며, 어쨌든 입법자는 형성법률에 의해 방송설립의 자유를 제한할 수 있다고 한다. 그에 의하면 헌법상 민영방송을 허용하는 것이 가능하지만 그것이 강요되는 것은 아니며, 방송법상 민영방송의 가능성을 규정하지 않고 있다하더라도 그 자체가 위헌이 되는 것은 아니다. 따라서 언론매체질서에 관한 구상에 따른 방송질서는 어떠한 형태를 취하든 일반법률에 그 기원을 두고 있을 뿐 헌법적 차원의 것이 아니다.<sup>81)</sup>

이와 같이 제도설을 취하는 경우 헌법상 민영방송은 허용될 수도 있고, 금지될 수도 있는 것이지만, 기술적 여건이 진전되고 복수의

78) BVerfGE 54, 174 (202).

79) BVerfGE 12, 205 - 제1차 방송판결.

80) Bethge, a.a.O. S. 674.

81) Bethge, a.a.O. S. 678.

전송채널이 이용가능해지는 경우 민영방송의 설립을 요구하는 방송 운영을 희망하는 개인들의 목소리는 법적 뒷받침을 얻을 수 있다. 헌법상 방송조항이 적어도 부분적으로는 자유권적 요소를 내포하고 있기 때문에, 그에 근거하면 헌법소원에 의해 입법자의 부작위 또는 해태를 다룰 수 있고, 결국에는 헌법재판소의 촉구결정(Appell-Entscheidung)을 받아낼 수 있게 될 것이다. 유럽인권협약 제10조에 의하면 민영방송은 국제법적 차원에서 그 도입이 강제되고 있다.<sup>82)</sup> 방송질서의 기본에 관한 결정은 본질적인 사항으로서 입법자가 반드시 규율해야 할 사안이지만, 입법자가 이 같은 기본적인 결정을 내리는 것만으로 만족할 수는 없다.<sup>83)</sup> 기초적인 질서모형의 틀 안에서 방송이 하나 또는 소수의 사회집단에 장악되지 않게 하며, 고려의 대상이 되는 여러 세력이 제공된 방송물 전체에서 자신의 의사를 발언할 수 있도록 확실하게 보장하기 위하여 그 밖의 사항에 관해서도 법률로 규정하는 것이 필요하다.<sup>84)</sup> 입법자가 이렇게 방송사의 “내부 다원적” 구조를 채택했다면, 나아가 사실에 부합하며 현존하는 다양성을 원칙적으로 고려하여 중요한 사회세력들을 확정하고 비중을 부여하는 작업과 이들 사회세력이 참가한 기관의 효과적인 영향력을 행사하도록 보장하는 것이 필요하다.<sup>85)</sup>

한편, 입법자는 적합한 보장조치를 통해 내국 프로그램 전체에서 보아 현존하는 의견의 다양성이 사실상 기본적으로 반영되도록 보장한다면 다른 형성적 형태를 선택할 수도 있다. 그러므로 입법자가 외부적(“외부다원적”) 다양성을 통하여 방송의 자유를 창출하고 보존하려고 할 경우에도 규율 자체를 포기해서는 안 된다. 그 경우에

---

82) Bethge, a.a.O. S. 675.

83) BVerfGE 54, 174 (202).

84) BVerfGE 57, 295 (326).

85) BVerfGE 57, 295 (326).

도 자유의 보장은 여전히 입법자가 책임져야 할 사항이다. 충분한 수의 주파수가 확보되지 못한 경우에는 다수의 의견주체들이 동일한 주파수를 각각 시간적인 제한하에 사용하도록 규정함으로써 이 같은 책임에 부응할 수도 있을 것이다.<sup>86)</sup>

그 외에도 입법자는 반드시 방송물 전체의 내용에 대하여 구속력 있는 기본원칙을 정립하여 최소한의 내용적 균형성, 객관성, 상호존중성을 보장해야 한다.<sup>87)</sup> 방송사의 “내부다원적” 구조에서 이런 요구는 각 방송사의 프로그램 전체에 효력을 미친다. 그에 반해 “외부다원적” 모형 아래에서 각 방송사는 엄격한 균형의무를 지지 않는다. 그렇지만 각 방송사는 사실에 부합하고, 포괄적이며, 진실에 부합하는 정보를 제공하며, 상호 존중해야 할 의무의 최소한도를 지켜야 한다는 점에는 변함이 없다. 그밖에도 모든 방송사는 헌법상 표현의 자유에 대한 제한에 기속된다. 특히, 방송법률은 청소년보호에 관한 조치를 간과해서는 안 된다.<sup>88)</sup>

## (2) 공·민영간의 관계

공·민영 병존체제를 취하는 경우 공영방송과 민영방송간의 관계에 관한 규율 역시 형성법률이 다룰 중요한 사항에 속한다. 이원적 방송질서 하에서 방송에 대한 규제와 가능성과 한계는 주로 공영방송과 민영방송간의 관계를 통해 결정된다. 양자 중에서 어느 하나에 우월적 지위를 인정할 것인가, 아니면 양자를 동등하게 취급할 것인가에 따라 논란이 되고 있는 일련의 구체적인 문제들, 예컨대 자원 조달이나 주파수배분 및 새로운 송신방식에의 참여 등 여러 문제에

---

86) BVerfGE 57, 295 (326).

87) BVerfGE 12, 205 (263); 57, 295 (326).

88) BVerfGE 57, 295 (326).



있어서 상이한 결론에 이르게 된다.<sup>89)</sup> 즉, 공영방송과 민영방송의 기본적인 지위를 확정함으로써 이상의 개별적인 문제들을 결정할 수 있는 전제들이 도출될 수 있다.

이에 관하여 독일의 판례는 우리 방송법제의 이해에 시사를 준다. 독일 연방헌법재판소의 판례에 의할 경우 이원적 방송질서는 원칙적으로 합헌적인 모델이다.<sup>90)</sup> 독일의 방송법제는 공영방송에게 기본적인 방송서비스의 임무(Grundversorgungsaufgabe)를 부여하고 이 임무 수행을 위한 공영방송의 기능 보장을 위해 시청료에 의한 재정확보를 보장하고 있다. 기본적인 방송서비스란 국가의 전면 지원이 요구되는 독일식 보편적 서비스 개념으로서 전국을 수신권으로 하는 전파, 포괄적 내용의 프로그램, 민주질서와 문화생활을 위한 기능 등 3가지 요소를 내용으로 한다. 이에 관하여 판례는 다음과 같이 언급한다. “이원적 방송체제 하에서 필수불가결한 기본적인 방송서비스는 이를 수행할 능력을 갖추고 있는 공영방송의 관할업무이다. 이는 한편으로 공영방송의 지상파 프로그램은 거의 모든 주민이 수신할 수 있기 때문이며, 다른 한편 민영방송과는 달리 시청료에 의존하지 않기 때문에 내용적 측면에서 포괄적 프로그램을 제공할 수 있기 때문이다. 이와 함께 부과된 과업에는 방송이 독일공화국내 민주주의적 질서에 대해서, 그리고 문화생활에 대해서 말아야 할 필수적인 기능 또한 포함되어 있다.”<sup>91)</sup>

시청료에 의한 재정수입이 확보되고 구조적으로 내적 다원주의를 지향하는 공영방송만이 국민에 대한 이러한 기본적인 방송서비스(Grundversorgung)를 이행할 능력이 있다는 것이다.<sup>92)</sup> 여기서 기본

---

89) Ruck, a.a.O. S. 559.

90) BVerfGE 57, 295; 73, 118; 74, 297.

91) BVerfGE 73, 118 (158).

92) BVerfGE 73, 118 (158f).

적 방송서비스에 포함되는 프로그램으로서는 정치 정보적인 내용뿐만 아니라 오락, 교양, 문화까지 모든 분야가 해당되는 것으로 이해된다.<sup>93)</sup> 공영방송 및 특히 시청료로 재원을 조달한다는 특성은 이 기능의 측면에서, 그리고 만인을 위한 기본적 방송공급의 보장이라는 측면에서 그 정당성을 갖는다. 공영방송은 바로 이러한 과업을 부여받고 있기 때문에 이러한 과업을 이행하기 위한 기술, 조직, 인사, 재원 등에 관한 전제요건을 확실히 확보하지 않으면 안 된다.

독일의 경우 이와 같이 이원적 방송질서를 통해 창조되는 모델을 기초로 하는 방송에 대한 형성은 먼저 공영방송이 그 과제를 이행할 수 있음을 보장하여야 한다. 민영방송의 합헌성은 공영방송이 제대로 기능할 수 있음에 달려 있고, 그러한 한에서 민영방송은 공영방송보다 하위에 선다. 광고를 통해 재원을 조달하는 경쟁적 민영방송은 무엇보다 대중의 인기를 끌고 광고에 유리한 프로그램에 의존하기 때문에 기본적 방송서비스가 요구하는 기능을 수행할 수 없다.<sup>94)</sup> 따라서 기본적 방송서비스가 이루어지는 영역에서 민영방송의 과제는 공영방송의 서비스를 보완하는 데 국한된다.<sup>95)</sup>

공영방송이 중심이 되는 독일의 경우 공영방송의 특별한 역할은 기본적 방송서비스라는 테두리 안에서 지상파 방송서비스에만 국한되지 않으며, 입법자는 이러한 기술영역을 벗어나서도, 예컨대 아침텔레비전방송이나 지역프로그램 등 프로그램의 확장이나 위성 등 새로운 전송기술의 이용에 있어서 공영방송의 활동가능성을 배제할 수 없다고 이해되고 있다.<sup>96)</sup> 이러한 영역에서 공영방송은 민영방송과 대등한 경쟁자로 나타난다.<sup>97)</sup> 다시 말해 이러한 영역의 경우 공

93) BVerfGE 74, 297.

94) BVerfGE 73, 118 (157f); 83, 238 (297).

95) BVerfGE 74, 297 (335).

96) Ruck, a.a.O S. 562.

영방송에 대해 결코 우월적 지위가 보장되지는 않지만, 그렇다고 공영방송이 민영방송보다 더 열악한 지위에 놓여서도 아니 된다는 것이 독일 판례의 입장이다.<sup>98)</sup>

### (3) 방송의 재원조달

방송의 운영을 위해 어떤 종류의 재원조달 형태를 채택하는가 하는 것도 원칙적으로 입법자가 정책적으로 결정할 사항이다. 방송질서를 결정하는 경우와 마찬가지로 이 경우에도 입법자는 자유로운 여론형성에 기여하는 방송의 기능이 위협받지 않도록 하여야 한다는 제한을 받는다. 개별적인 재원조달의 형태는 이 같은 위협으로부터 자유롭지 못하다. 수신료 또는 정부예산으로 재원을 조달하는 경우에는 프로그램 형성에 정치적 영향력이 행사될 가능성을 열어주게 되는 반면에, 광고에 의한 재원조달은 상업적 이해관계가 프로그램에 영향력을 미치게 한다. 그에 비해서 혼합형 재원조달은 일방적인 종속성을 완화시키며, 방송사가 보유한 프로그램 형성의 자유를 강화시키는 데 적합한 형태를 취할 수 있다.<sup>99)</sup>

이원적 방송질서를 채택하는 경우에도 마찬가지이다. 이원적 방송체제에서는 공영방송이 기본적 방송공급이라는 과업의 수행에 지장을 주거나, 민영방송 자체를 어렵게 하거나 더 나아가 불가능하게 하는 조건을 제시하는 경우가 아니라면 입법자는 방송의 재원조달과 관련하여 형성의 자유를 갖는다. 현재의 이원적 방송체제하에서는 기본적 방송공급이라는 과업을 담당하고 있는 공영방송이 주로 광고에 재원을 의존하도록 한다면, 이는 그 과업과 합치하지 않는다. 이는 재원조달의 형태가 프로그램에 대하여 미치는 부정적 효과로부

97) BVerfGE 74, 297 (327ff, 333, 345).

98) BVerfGE 74, 297 (340).

99) BVerfGE 83, 238 (311)

터 도출되는 결론이다. 광고를 내는 기업의 시각에서 보면 방송프로그램은 일차적으로 광고방송의 주변영역으로 파악된다. 기업의 시각에서 볼 때 광고방송이 수용자에게 도달되는 여부 및 정도는 프로그램이 얼마나 매력적인지에 따라 달라진다. 한마디로 이는 시청률에 의해 측정된다. 광고수입에 의존하는 방송사는 시청률에 대하여 배려하지 않을 수 없으며, 프로그램을 계획할 때에도 시청률을 우선적으로 고려하는 방향으로 세우게 된다. 그러나 이로써 공영방송의 기본적 방송공급이라는 과제에서 도출되고, 수신료로 재원조달하는 체제의 기반을 이루는 프로그램적 임무는 위협받게 된다.<sup>100)</sup>

#### 다. 방송사업자의 법적 지위 - 권리와 의무

방송의 자유에 대한 객관적·법적 이해에 따른다면 입법자의 형성은 방송체제에 관하여 기본유형의 결정권까지도 가진다. 우리의 경우와 마찬가지로 독일도 공영독점체제에서 공·민영 이원방송체제로 전환하였다. 그리고 독일의 입법자는 이러한 이원방송체제에서 공영방송은 기본적 방송서비스(Grundversorgung)의 임무를, 민영방송은 그를 보완하는 임무를 부여하는 방식으로 방송주체의 지위와 임무를 부과하였으며, 이러한 입법적 형성은 연방헌법재판소에 의해 지지되었다.<sup>101)</sup>

독일에서는 이와 같이 이원적 방송질서 모델을 기초로 공영방송이 우선적 과제를 이행할 수 있도록 보장하여야 하며, 그러한 한에서 민영방송은 하위에 선다고 이해되고 있다.<sup>102)</sup> 그러나 이원체제를 선

100) BVerfGE 73, 118 (155f.); 83, 238 (312).

101) BVerfGE 57, 295; 73, 118; 74, 297.

102) Ruck, a.a.O. S. 562.

택한 입법자는 민영방송을 허가하는 경우 민영방송이 독자적으로 방송운영을 거의 할 수 없거나 또는 이를 고도로 어렵게 하는 조건이나 구조를 형성하여서는 아니 된다.<sup>103)</sup> 이러한 고려하에서 민영방송 운영자는 이원체제에서 기대되는 방송의 기능을 보호받으며, 형성법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적 권리를 갖고 그 범위 내에서 헌법적 보호를 받게 된다.<sup>104)</sup> 방송에 대한 형성은 일차적으로 이윤극대화를 목적으로 하는 경제기업으로서의 방송을 위한 것이 아니므로 입법자는 민영운영자의 이익추구를 제한하는 규율을 정할 수 있으며, 다만 이러한 제한은 “민영방송운영에 대해 전혀 수익성이 없게 만들 정도로” 광범위하게 가해지는 것이어서는 아니 된다.<sup>105)</sup> 이 경우 “제한에도 불구하고 기업이 재정적으로 유지될 수 있을 정도로 가격과 비용을 산출”하는 것은 방송운영자에게 위임되어야 한다.<sup>106)</sup>

#### 라. 방송에 대한 국가의 감독

방송과 관련하여 요구되는 법률적 규율사항에는 국가감독권을 일정하게 한정하여 규범화하는 것도 포함되는데, 이런 국가의 감독권은 오직 방송의 자유를 보장하기 위해 정립된 규정들이 준수되도록 확보하는 과업에만 기여해야 한다.<sup>107)</sup>

방송에 대한 국가감독은 크게 보아 기술적 사항에 관한 것과 방송에 특수한 규율사항으로 대별된다. 방송에 있어서도 공공의 이익은

---

103) BVerfGE 73, 118 (157); 83, 238 (317).

104) Ruck, a.a.O. S. 562.

105) BVerfGE 73, 118 (157); 83, 238 (297).

106) Ruck, a.a.O. S. 562.

107) BVerfGE 12, 205 (262); 57, 295 (327).

효과적으로 수행될 수 있는 무선교류의 질서를 요구한다. 무선송출자의 주파수 대역 분배 및 획정, 무선기술적 관점에서 송출기의 소재지와 출력강도의 지정, 전송기술, 무선교류의 감독, 광역적 및 지역적 통신장애로부터 무선교류의 보호, 그리고 국제적인 합의사항의 이행에 있어서 무선교류에서 혼선이 야기되지 않도록 오직 통일적인 규율이 필수적이기 때문이다. 방송과 관련한 통신(telecommunication)에 관한 권한은 전송기술상의 사항 범위로 제한되므로 전파관리관할 관청이 무선국의 허가 여부를 결정함에는 전송기술적 측면만이 고려되어야 한다.

방송의 운영과 프로그램 편성에 관한 사항의 감독에는 특수한 체제가 요구된다. 이에 관한 국가의 감독권은 법규감독으로서 오직 법적 조항을 준수했는지 여부만을 기준으로 삼는다. 따라서 방송에 대한 통제는 법적 규정이 있는 경우에 한하여 행사될 수 있고, 그 때문에 법률규정이 존재하지 않으면 국가의 감독권도 유명무실해질 수 있다.

어느 경우든 사전검열로 작용하는 감독조치는 허용될 수 없다. 즉, 정신적인 작품을 제작하거나 전파하기 이전에 가해지는 제한적 조치, 특히 그 내용에 관하여 관청이 사전에 심사하고 허가하도록 종속시키는 것이 여기에 속한다.<sup>108)</sup> 외부 통제기관은 프로그램형성에 관하여 적극적으로 관여할 권한을 갖고 있지 않음은 물론이다. 이들 기능은 프로그램 통제에 관한 한 원칙적으로 법을 위반한 경우에만 비로소 투입이 가능한 사후적 조치에 국한되며, 그에 반해 사전 단계에서 영향력을 행사할 가능성은 전혀 배제되고 있다.

독일의 경우 이 외적 통제는 공법상 영조물로 설립된 주미디어청의

---

108) BVerfGE 33, 52 (71f.).

관할하에 두고 있으며, 헌법재판소는 1986년 니더작센주 방송법 사건에서 국가에 대하여 법적으로 독립적 위치에 있어, 국가에 종속되지 아니한 조직체가 이 통제의 업무를 담당하고 있는, 이러한 외적 통제방식에 관하여 다음과 같이 합헌임을 확인한 바 있다.<sup>109)</sup>

“주방송위원회는 법인격을 갖춘 공법상 영조물이다. 그는 법률적으로 제한된 범위 안에서 독립적으로, 그리고 자기책임성을 갖고 활동한다. 국가적 업무가 지시에 의해 주방송위원회에 전가되어 실행되도록 해서는 안 된다(니더작센주 방송법 제27조 제1항). 통제의 권한을 보유한 기관, 즉 총회(주방송법 제32조 제1항 제5호)의 구성원은 자신의 업무를 수행할 때 공공의 이익을 대변해야 한다. 이들은 어떤 위임이나 지시에도 기속되지 아니한다(주방송법 제34조 제1항). 따라서 합의제조직체는 국가의 직접적 행정을 맡은 기관도 아니며, 법률로 규정되어 있는 업무를 수행하는 방식에 있어서도 결코 국가의 영향력하에 있지 아니하다……

적어도 26명에 이르게 될 주방송위원회 총회 내에서도 국가는 결코 상당한 영향력을 행사할 수는 없다. 하지만 주방송법 제30조 제1항 제1호와 제2호에 따르면, 중요한 사회조직과 세력이라는 범위에는 주의회에 진출한 정당도 포함되어 있다. 이들의 영향력은 “이들보다 더욱 국가적인” 형태로 나타나는 다수당의 영향력과 거의 구분되지 않으며, 이들 중 5명은 주의회에 의해 선출된다. 하지만 기본법 제5조가 방송의 중립적인 운영자들로 구성된 기관에서 국가의 대표자에게 적절한 지분을 허용하는 것을 저지하지 않는다면(BVerfGE 12, 205 [263]), 정당의 대표자가 주방송위원회에 참여한다고 해서 국가로부터의 영향력이 우려되는 것은 아니다. 다수당의 대표자 수가 3명을 넘지 않는다면 더욱더 우려할 바는 없을 것이다. 따라서 프로그램 통제와 관련한 니더작센주의 해결책은 방송의 국가로부터 자유라는 기본원칙과 합치한다.”<sup>110)</sup>

109) BVerfGE 73, 118 (165).

110) BVerfGE 73, 118 (166), 독일방송헌법판례, 독일연방헌법재판소, 전정환·변무웅 옮김, 방송문화진흥회총서40, 한울 (2002), 195-196면에서 전제.

독일 판례가 요구하는 바에 의하면 프로그램에 관한 형성적 규율로서 방송프로그램이 다양성 및 공정성 의무를 지켰는지 여부의 판단 및 그에 대한 제재는 국가로부터 독립한 독자적인 기구에 의해 판단 행사되어야 한다.<sup>111)</sup>

다양성 및 균형 의무를 준수하였는가를 판단함에는 개별 프로그램 자체가 그 판단기준이 되어야 하며, 전체 프로그램도 간접적으로 그 판단대상이 된다. 여기서 논의되는 균형성 기준은 사실상 고도로 불확정적인 것이지만, 이를 더 이상 구체화할 수도 없다. 균형을 실현한 정도에 대하여는 그 유무와 경중 등의 상황에 따라 정확하게 측정할 수는 없지만, 여기서는 기준치 및 접근치에 의해 관할기관에게 감독권한의 발동 여부를 정하는 것이 문제된다. 그와 같은 척도가 방송법 규정상 개별적 위반사항을 명료하게 지적하거나 저지하는 데는 적절하지 못하다고 하더라도, 위와 같은 기준에 따른 균형 있는 다양성이 기본적으로 존재하고 있는지 여부, 또는 균형 있는 다양성이 구체적으로, 그리고 심각한 위협에 빠져 방송의 자유를 위한 보호조치를 강구해야 한다고 명할 정도에 이른 것인지 여부 등을 심사하고 판단하는 것은 가능하다.<sup>112)</sup>

이러한 통제를 위한 전제로서 방송사의 녹화기록 및 고지의무뿐 아니라 통제의 수단으로서, 특히 매우 심각하게 의견의 균형성이 깨어진 경우에는 이에 대한 지적과 이의를 공개하는 제도적 통제수단이 강구될 수 있다.<sup>113)</sup>

나아가, 이러한 위반사항에 대한 제재가 반복되었음에도 시정되지 않는 경우에는 허가의 철회라는 극단적 제재수단도 가능하다. 이는

---

111) BVerfGE 73, 118 (167).

112) BVerfGE 73, 118 (169).

113) BVerfGE 73, 118 (169).



가장 전형적이며 효과적인 법규감독의 수단이지만, 그 행사는 비례의 원칙에 따라 계고를 낸 뒤에, 그리고 반복하여 위반한 경우에만 내려질 수 있다.

#### 마. 방송에서 경쟁법적 규율

공영방송사업자와 민영방송사업자간의 경쟁관계에 관한 문제는 특히 논란되고 있다. 이 경우 간과해서 안될 점이 있다면 방송사업자간에는 단순한 경제적 측면에서의 경쟁이 아니라 문화적 관점에서 다양성 등 요청을 보존하는 문제가 우선적으로 고려되어야 하는 점이다.

방송법에 의한 규율이 방송의 기능에 비준 다양성 보장의 요청을 경제적 경쟁과 연계시킬 것인가의 여부 및 정도를 결정하는 것은 방송입법자의 형성위임에 맡겨진 일이다. 만약 방송입법자가 경제적 경쟁 모델에 의존하기로 결정한 경우, 그는 경쟁법률의 조장적(助長的) 기능을 신뢰하여 방송사업자에게도 묵시적으로 그 규정을 적용하도록 할 수도 있고, 혹은 명시적으로 방송에 대한 경쟁법률의 효력을 제한하는 규율을 정할 수도 있다.<sup>114)</sup> 그러나 이들 규정만으로는 방송질서의 다양성을 보장하기에 충분하지 않은 경우, 방송입법자는 지배적 언론권력이 탄생하는 것을 막기 위해 시장에 관한 조치 또는 그 밖의 방식으로 적합한 예방조치를 취할 의무를 진다.<sup>115)</sup> 공·민영 병존체제를 취하는 우리의 현행 방송법제에는 다양성 확보라는 관점에서 방송사업자 상호간의 경쟁관계를 규율하는 법률조항은 존재하지 않으며, 임무범위와 활동이 상이함에도 불구하고

---

114) Ruck, a.a.O. S. 564.

115) Ruck, a.a.O. S. 564.

공·민영 각 사업자간에는 과도한 시청률경쟁이 문제되고 있다.

어떻든 방송법제상 특별한 규율이 존재하지 않는 한, 방송사업자 간의 경쟁관계에 관하여는 경쟁법, 즉 독점규제및공정거래에관한법률이나, 부정경쟁방지법이 적용된다. 따라서 이들 경제적 입법이 경쟁의 자유를 보호하기 위해 방송의 자유를 제한하게 될 수도 있으나, 이들 경제법률이 일반법률로서 자동적으로 우위를 가지는 것은 아니다. 이들 경제법률을 적용함에 있어서는 그가 정한 한계를 해석함에 있어서도 방송의 자유를 존중하여야 한다. 가령 기본적 방송서비스를 이행하게 되어 있는 공영방송에 대해 방송법상 부여된 특혜는 시장지배적 지위의 남용으로 간주되어서는 아니 된다.<sup>116)</sup>

#### 바. 기타 뉴미디어에 대한 규율

커뮤니케이션 기술의 발전에 따라 방송법제는 그 자신의 규율법리를 새로이 등장한 커뮤니케이션 수단에 적용할 범위와 정도에 관한 결정을 필요로 하게 된다.

신매체 중에는 방송과 개인커뮤니케이션 양자간의 중간 영역에 속하는 특수한 수단이 다양하게 발전하고 있어 그 구별과 합리적 규율은 지극히 어렵다. 종전에 개인간 커뮤니케이션으로 간주되던 전송수단이 불특정 다수인을 상대로 메시지를 전달할 수 있게 되고, 방송채널의 일부가 선택이나 주문에 의해 개인간 정보제공의 수단으로 활용되게 되어 방송과 통신의 융합현상이 일상화하고, 소위 인터넷 등 신 매체에 의해 다양한 용도의 전송이 가능해진 결과 이렇게 다양한 기능과 용도의 전송수단에 대한 규율을 어떻게 행할 것

---

116) Ruck, a.a.O. S. 565.

인가가 방송법제의 새로운 과제로 떠오르게 된 것이다.

주지하는 바와 같이 이제까지 전기통신(telecommunication) 분야에서 행해지는 개별적 커뮤니케이션과 대중적 커뮤니케이션은 기본적으로 상이한 기능원리에 의해 규율되었다. 개별적 커뮤니케이션은 국가 및 사회세력으로부터의 내용적 독립을 그 특징으로 하는 것이고, 그 자유의 전통적인 본질요소는 커뮤니케이션 내용에 대한 국가적 간섭으로부터의 자유였다. 그에 비해 신문 등 매스 미디어에 의한 '대중적 커뮤니케이션'은 언론매체의 게이트키퍼(gatekeeper) 기능에 의해 생산된 규격화된 정보를 제공하는 것이었고, 그 사회적 영향력 때문에 그에 대한 여러 가지 법적인 내용 규제가 수반되게 되었다. 특히, 방송에 의해 대표되는 매스 커뮤니케이션 형태의 원거리통신은 공적인 커뮤니케이션 서비스로 이해되었고, 그 수행에 있어서는 공정성, 다양성 등 그 내용 형성에 여러 법적인 규제가 행해졌다.<sup>117)</sup>

이 때문에 방송법제의 규율은 상세하고 엄격한 규율을 포함하게 된 것이다. 그렇다면 방송법적 규율을 요하는 것은 새로운 커뮤니케이션 수단 중 이러한 엄격한 규율을 요하는 매체의 범위에 한정되어야 할 것이고, 그것은 방송의 정확한 정의에 의해 행해질 수 있다. 그렇지 아니한 매체에 대하여는 이러한 경직된 규율로부터 해방하여 자유의 영역을 확대할 필요가 있는 것이다. 산업적 측면에서도 시장원리에 의한 활성화 및 탈규제의 요구를 충분히 반영할 필요성을 간과할 수 없다면 이러한 필요성은 더욱 진지하게 검토되어야 하는 것이다.

방송의 규제완화 내지 탈규제를 도출하려는 자유론자들 역시 매스

---

117) 박용상, 표현의 자유, 현암사 (2002), 624면 이하 참조.

커뮤니케이션 과정에 참여하는 여론형성적 서비스는 방송개념으로 분류하여 계속 엄격한 규제를 적용하고, 여론형성과 무관한 개인적 커뮤니케이션에 가까운 서비스는 주관적 자유로 파악하여 규제로부터 해방하여 이를 산업적으로 육성하자고 주장한다.

독일의 경우 방송보다 현저히 낮지만 다소의 여론형성적 요소를 부인할 수 없는 대부분의 새로운 미디어 서비스에 대하여는 방송과 개인커뮤니케이션의 중간영역에 해당하는 서비스로 방송보다 완화된 규제를 적용하는 체제를 취하게 되었다. 1997년에 제정된 바덴뷔르템베르크주의 멀티미디어법은 우선 다양성 구현의 정도를 민영방송에 한해서 평가할 것이 아니라 뉴미디어 전체를 놓고 평가해야 된다는 기본 취지 하에 뉴미디어도 서비스 속성에 따라 차별화된 개념에 의해 규제를 차별화하는 체제를 도입하고 있다. 이 법률은 여론형성적 방송개념, 여론형성과 무관한 비방송, 중간영역적 유사방송 서비스로 개념과 규제를 차별화하여 방송의 경제성과 산업육성을 강조하여 새로운 서비스의 규제완화와 탈규제체제를 도입하고 있다.

어쨌든, 방송법의 적용범위를 정하는 경우 유의할 점은 새로운 커뮤니케이션 수단이 여론형성과 사회적 영향력에 있어서 규제할 필요성을 제기하는가 여부에 의할 수밖에 없다. 방송의 규제를 그와 다른 특질을 갖는 다른 새 미디어에 적용하는 것은 헌법상 과잉규제의 문제를 제기하게 될 것이고, 산업적 조성이라고 하는 국가정책적 차원에서 보더라도 시장원리에 의해 자유로이 발전을 추구하는 세계적 흐름에 비추어 자국 커뮤니케이션 산업에 도움이 될 수 없다는 점이다. 새로운 매체가 갖는 특성에 따라 차별화된 규제를 법제화할 필요가 있을 것이다.

### Ⅲ. 방송의 자유의 보호범위

#### 1. 물적 보호범위

방송의 국가로부터 자유라는 원칙은 방송의 자유의 창출이나 존속에 기여하는 국가의 조치를 배제하는 것이 아니며, 그러한 조치들은 헌법이 명한 바이기도 하다.<sup>118)</sup> 그에 반해서 이 원칙은 입법자와 행정부가 방송에 대하여 이 같은 원칙의 담보라는 과업에 합치하지 않거나 혹은 기본권 제한에 의하여 정당화되지 않는 어떤 영향력이든 이를 행사하는 것을 거부한다. 이 원칙은 방송사의 프로그램의 자유에도 이 같은 제한을 가한다.<sup>119)</sup> 즉, 헌법상 방송의 자유는 프로그램의 선정, 내용, 편성에 대한 직접적인 영향력은 물론 프로그램의 자유를 간접적으로 훼손할 수 있는 영향력 행사로부터도 보호를 제공한다.<sup>120)</sup>

그러나 헌법이 방송의 자유를 보장한다고 하더라도, 그 주체에게 이를 임의로 사용할 권한을 부여한 것은 아니다. 방송의 자유는 기여하는 자유로서, 일차적으로 방송사업자의 이해관계를 위한 것이 아니라, 개인과 공공의 자유로운 의견형성이라는 이익을 확보하기 위해 보장될 뿐이다. 그런 까닭에 입법자는 이 목적의 달성을 담보하는 방식으로, 방송질서를 형성할 의무를 부담한다. 프로그램법상의 관점에서는 전체 프로그램의 차원에서 대상의 다양성은 물론 의견의 다양성이 적절하게 표출되어야 한다는 결론이 나온다. 전체 프로

---

118) BVerfGE 57, 295 (320ff.)

119) BVerfGE 73, 118 (183).

120) BVerfGE 59, 23 (260).

그램에 대한 이들 요구사항은 입법자가 공영방송 체제를 선택하든 민영방송체제를 선택하든 무관하게 여전히 그 효력을 미친다.<sup>121)</sup>

### 가. 방송운영의 자유

독일 연방헌법재판소의 판례에 의하면 방송의 자유는 정보의 수집으로부터 시작하여 뉴스 및 사상의 전파에까지 미치며, 각 방송매체가 각기 필요로 하는 특수한 방송준비행위에까지 미친다.<sup>122)</sup> 즉, 방송의 자유는 방송의 운영(Rundfunkveranstaltung)<sup>123)</sup>을 중심으로 그 핵심적 요소로서의 프로그램자율성(Programmautonomie, 편성의 자율)<sup>124)</sup>을 포함하는 포괄적인(global) 자유권을 그 내용으로 한다. 방송운영의 자유는 방송에 고유한 취재 및 전송장비를 투입한 정보의 제공으로부터 방송의 송출 및 이용에까지 미치며,<sup>125)</sup> 부분적으로는 전송활동을 넘어서까지 미친다. 방송운영자의 직원 선발에 관한 권리도 이에 해당한다.

신문 등 정기간행물의 자유(Pressefreiheit)가 발행의 자유에만 국한되는 것이 아닌 것과 마찬가지로 방송의 자유는 대 국가적 방어권이라는 의미에서 방송운영자나 방송기업인 그 자신에게만 적용되는 것은 아니다. 기본권주체의 범위는 방송운영자의 개념을 넘어서까지 확대된다.

주의할 점은 방송의 자유에 있어서는 그 기본권주체의 인격발현 또는 이익추구를 주된 목적으로 하는 기본권이 주어지는 것이 아니란

---

121) BVerfGE 83, 238 (315)

122) BVerfGE 91, 125 (134f.).

123) BVerfGE 95, 220 (234); 97, 228 (268); 97, 298 (310).

124) BVerfGE 87, 191(201); 90, 60 (87); 95, 220 (234); 97, 298 (310).

125) BVerfGE 91, 125 (134f); 103, 44 (59).

점이다.<sup>126)</sup> 방송사업자는 방송의 자유를 보장하는 방송의 자유의 주체이며, 프로그램 분야에 종사하는 방송사 직원도 방송의 자유의 주체가 되지만, 자기개발이나 자기발전을 위해서가 아니라 어디까지나 봉사하는 자유의 주체로서 방송의 자유가 보장되기 때문에 방송사업자는 자사의 임의적 목적을 위해 채널을 확대할 수 없다. 즉, 방송의 자유의 주체는 제3자를 위해 봉사하는 자유를 향유하는 것이기 때문에 이 자유를 수행하기 위한 목적이 주관적 자유와 결부될 수 없는 것이다.

프로그램의 제작은 방송의 자유를 행사할 때 필수적인 전제조건을 이루는 것으로서 방송의 자유의 주요 보호영역에 속한다. 여기에는 방송운영자 자신의 제작물은 물론이고, 외주 제작물이나 협력 제작물(합작물)을 포함하며, 프로그램 제작기업에의 참여도 보호된다. 방송운영자가 자체 제작한 방송물에 관하여 그 저작권을 이용한다든지, 그와 같은 목적으로 제3의 기업과 협력하거나 그 기업에 참가하는 것도 보호된다. 이러한 사항은 방송의 보도와 직접 관계되는 것은 아니지만, 방송의 자유의 헌법상 전제된 기능이 실제로 실현될 수 있는 재원조달에 관한 기본적 조건에 속하는 것이다. 그러므로 입법자는 이 조건의 기본사항을 형성해야 할 의무를 부담한다.<sup>127)</sup>

독일의 연방헌법재판소는 공영방송은 국민 전체를 통합하는 공적 과업을 수행하며 방송은 궁극적으로 ‘일반의 사항’(Sache der Allgemeinheit)이므로 상업적, 직업적 행위로 볼 수 없고, 따라서 시청료에 대하여는 부가가치세가 면제된다고 본다.<sup>128)</sup>

---

126) Bethge, a.a.O. S. 676; BVerfGE 87, 181 (197).

127) BVerfGE 74, 297 (324f., 342, 347); 83, 238 (304).

128) BVerfGE 90, 60.

## 나. 편성의 자유

방송의 자유는 그 핵심내용으로 프로그램의 자유(Programmfreiheit)를 보장한다. 이것은 방송주체가 외부의 압력으로부터 자유롭게 자신의 언론적 과제를 어떤 방식으로 이행할 것인가를 결정할 수 있는 자유<sup>129)</sup>를 보장한다.

이 경우 “보도의 자유”는 신문 기타 정기간행물의 경우와 그 범위가 같으며, “정보와 의견은 뉴스나 정치해설은 물론 텔레비전 드라마나 음악방송을 통해서도 매개될 수 있다.”<sup>130)</sup> “단순한” 오락방송도 방송의 자유의 기본권에 의해 보호된다.<sup>131)</sup> 연방헌법재판소가 오락과 “인포테인먼트”(Infotainment)[정보와 오락의 합성어]에 대한 기본권적 보호를 일응 중요한 사회적 기능과 연계시키고자 시도<sup>132)</sup>하고 있는 것 역시 이를 뒷받침하고 있다. 광고방송 역시 편성의 자유에 포함하는 것이 고려될 수 있으나, 그 시간, 양 등 형식적 사항에 관하여는 뒤에서 보는 바와 같이 영업의 자유에 대한 제한으로서 허용된다.

편성의 자유가 다른 법익을 보호하는 일반법률에 의해 제한될 수 있음은 물론이다. 일반적으로 인간의 존엄성을 침해하거나, 포르노적 내용을 내포하거나, 폭력을 묘사하거나, 인종차별을 조장하는 것이거나, 청소년보호의 규정에 위반한 내용과 광고에 관한

---

129) BVerfGE 97, 298 (310).

130) BVerfGE 35, 202 (222).

131) BVerfGE 35, 202 (222f).

132) BVerfGE 101, 361 (390f).



개별금지에 위반되는 내용은 금지될 수 있다. 이 경우 과잉금지의 원칙에 의해 위헌 여부가 심사되어야 하는 것은 물론이다.

프로그램운영과 프로그램형성은 자유영역에 속하며, 이 자유에 의해 비로소 창조성과 자발성이 가능해지므로 그것은 포괄적인 법률적 규율 내지 규제에 적대적인 성격을 띤다는 것을 이유로 프로그램자율성(편성의 자유)은 일반적으로 보아 규범형성의 대상도 아니고 법률종속성을 갖는 것도 아니라고 보는 학설도 있다.<sup>133)</sup>

그러나 독일의 판례는 프로그램의 운영 및 형성에 관해서도 형성가능성을 인정하며, 실제로 형성사항으로서 구체적 규율을 요구한다. 그에 따르면 방송프로그램의 지침에 해당되는 법률조항은 형성적 규율로서 방송의 자유를 확실하게 담보하는 데 기여하는 것이며, 오직 그에 기여하는 한에서만 허용될 수 있을 뿐이다. 이들 조항은 기본권을 침해하는 내용을 지닐 수 없으며, 그에 따라 더 이상 헌법적으로 정당화할 필요도 없다. 이에 반해서 어떤 규율이 방송의 자유에 제한을 가하는 것이라면, 그 규율은 오직 헌법의 방송 조항에 근거해서만, 또는 방송의 자유에 대한 제한일 경우 직접 헌법에 의해서만 허용된다.<sup>134)</sup>

방송운영자의 프로그램에 관련된 활동에 관하여 허용되는 형성과 허용되지 않는 포괄적 규율간의 구별은 명확하지 못하다.<sup>135)</sup> 판례에 의하면 프로그램에 관한 형성적인 규율로서는 방송이 진실

---

133) Fritz Ossenbühl, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 62 Rn. 66 mit Fn. 177; Bethge, (Anm.), S. 33f; Josef Isensee, HStR V., 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 51.

134) BVerfGE 57, 295 (321).

135) Bethge, a.a.O. S. 681.

에 부합하고, 사실에 기초한 포괄적인 정보제공을 임무로 한다고 하는 조항(니더작센주 방송법 제13조)과 존재하는 의견의 다양성을 방송에 가능한 한 폭넓게, 그리고 완전하게 반영해야 한다는 요구를 구체화하는 조항(동법 제15조) 등이 있다.<sup>136)</sup> 물론 이러한 프로그램 원칙을 지켰는지 여부 및 그 위반에 대한 제재는 독립성을 가진 기구에 의해 담당되어야 한다.

연방헌법재판소 판례에 따르면 입법자는 국내에 진파되는 전체 프로그램의 내용에 대하여 지도원칙을 세우고 구속력을 갖추도록 해야 하는데, 이때 그 지도원칙은 최소한의 내용적 균형성, 객관성, 상호존중성을 보장하는 것이어야 한다.<sup>137)</sup> “외부다원”적 모델의 경우 각개 방송사는 균형성에 관한 의무를 부담하지 않지만, 이들은 사실에 부합하며, 포괄적이고도 진실에 기초한 정보를 제공하며, 최소한의 상호존중성을 지켜야 하는 의무를 진다.<sup>138)</sup> 이러한 의무는 내국 방송사 프로그램뿐 아니라, 국외에서 송출된 프로그램으로서 선별·수신한 프로그램을 케이블시설에 인수·중계되는 프로그램의 경우에도 부과된다. 그러므로 입법자는 이 프로그램의 경우에도 사실에 부합하고 포괄적이며 진실에 기초한 정보의 제공과 최소한의 상호존중성을 보장해야 한다. 다만, 국외에서 송출되며 직접 수신 가능한 프로그램은 여기서 제외된다.<sup>139)</sup>

---

136) BVerfGE 73, 118 (167).

137) BVerfGE 12, 205 (263); 57, 295 (325).

138) BVerfGE 57, 295 (326).

139) BVerfGE 73, 118 (200).

## 2. 인적 보호범위

### 가. 방송사업자

방송의 자유는 우선 방송운영의 권한이 부여된 주체에 부여된다. 여기에는 공법인의 형태를 취하는 공영방송과 사법상 형태를 취하는 민영방송운영자가 해당한다.

#### (1) 공법상의 방송사업자

독일의 판례는 전통적으로 공법인의 기본권능력을 원칙적으로 부인하여 왔으나, “예외적으로 관련 공법인이 기본권의 보호를 받는 생활영역에 직접적으로 배속되어 있는 경우에는”<sup>140)</sup> 예외를 인정한다. 이러한 입장에 따라 공법상 법인의 형식을 취하는 공영방송에 대하여도 방송의 자유의 기본권 능력은 인정되어왔다. 헌법상 방송의 자유 조항으로부터 도출되는 명령, 즉 방송은 국가로부터 자유로워야 한다는 명령이 그러한 방송운영자들에 대하여도 적용되기 때문에 방송의 자유의 기본권을 주장할 수 있다는 것이다.<sup>141)</sup> 그에 의하면 공법적 성격의 방송운영자는 방송의 자유의 기본권 주체인 동시에 방송의 기능을 집행하는 공권력의 이행자로서 국민의 기본권을 보호할 의무를 가지는 자로서 이중적(二重的) 지위를 갖는다. 연방헌법재판소는 선거운동을 위한 방송시간을 정당에게 배정하는 문제와 관련하여 명시적으로 이 점을 인정하였다.<sup>142)</sup>

어쨌든, 방송의 자유의 경우에는 기본권주체의 인격발현 또는 이익 추구를 주된 목적으로 하는 기본권이 주어지는 것이 아니다. 특히,

---

140) BVerfGE 31, 314 (322).

141) BVerfGE 83, 238 (322).

142) BVerfGE 7, 99 (103f.); 14, 121 (133).

공영방송의 경우에는 이러한 특징이 더 현저하게 나타난다. 국가에 의해 설립된 공영방송은 방송의 자유가 방송공사 등 공영방송운영주체에게 준신탁적으로(quasi treuhänderisch), 신임에 기초하여(fiduziarisch), 이타적(altruistisch)·타익추구적으로(fremdnützlich) 넘겨져 있다고 논해진다.<sup>143)</sup> 공영방송은 위와 같은 제약하에서 헌법 제21조에 의한 방송의 자유의 기본권 주체가 되는 것이다.<sup>144)</sup> 그 때문에 공영방송에서 방송의 자유는 의무적 기본권으로서 그 기본권의 포기나 소극적 자유행사가 배제된다.<sup>145)</sup>

그렇다고 하여 방송의 자유의 기여적(봉사적) 기능이 민영방송운영자의 법적 지위를 단순한 반사적 이익으로 전락시키는 것은 아니다.<sup>146)</sup> 뒤에서 보는 바와 같이 공영방송에 근무하는 소속원들은 이 방송의 자유에 의해 헌법상 행복추구권 내지 인격의 자유발현권을 원용할 수 없다.

## (2) 민영방송사업자

방송의 자유는 이미 허가되어 있는, 즉 기존의 방송법에 근거하여 활동하고 있는 방송운영자들에게도 적용된다.<sup>147)</sup> 민영방송의 자유는 그 보유자, 즉 민영방송사업자에게 그 고유의 기본권으로서 부여된다. 헌법적으로 의미 있는 방송운영자 개념에는 일반법률상의 직업상(傷)이나 추상적 정의가 기준이 되는 것이 아니라, 프로그램형성의 핵심기능을 사실상 보유하고 있는지 여부가 기준이 된다.<sup>148)</sup> 따라서 이러한 개념을 갖추는 주체라면 그가 자연인이든 법인이든 불

143) Fritz Ossenbühl, DÖV, 1977 S. 381ff; Rupert Scholz, JZ, 1981, S. 564; Friedrich Kübler, Medienverflechtung, 1982, S. 85 mit Fn. 75.

144) BVerfGE 59, 231 (254); 78, 101 (102f.); 83, 238, (312).

145) Bethge, a.a.O. S. 677.

146) Bethge, a.a.O. S. 677.

147) BVerfGE 95, 220 (234); 97, 298 (310); vgl. auch BVerfGE 103, 44 (59).

148) Bethge, a.a.O. S. 674.

문하고 방송사업자라고 간주된다.

### (3) 방송종사원 등

나아가, 신문 등 정기간행물의 자유(Pressefreiheit)가 발행의 자유에만 국한되는 것이 아닌 것과 마찬가지로<sup>149)</sup> 헌법상 방송의 자유의 기본권은 대 국가적 방어권이라는 의미에서 법인인 방송운영자나 방송기업인 등 그 운영자 개념을 넘어 확대된다.<sup>150)</sup> 따라서 방송프로그램 제작에 참여하는 기자, MC, PD 등 보조인력들이 방송의 자유의 기본권을 향유하는 것은 물론, 제작자와 일반인 사이에 중개기능을 담당하고 있는 모든 법주체들(예컨대 케이블방송 사업자, 전자적 프로그램 제공자)도 방송의 자유의 기본권보호의 범위 내로 편입될 수 있다.<sup>151)</sup>

그러나 여기서 이들 사인이 방송의 자유의 주체가 될 수 있다는 의미는 프로그램 분야에 종사하는 방송사 직원도 방송의 자유 주체가 되지만, 자기개발이나 자기발전을 위해서가 아니라 어디까지나 봉사하는 자유의 주체로서 자유가 보장됨을 의미한다. 즉, 방송의 자유의 주체는 제3자를 위해 봉사하는 자유를 향유하기 때문에 이 자유를 수행하기 위한 목적이 주관적 자유와 결부될 수 없는 것이다.

기자 등 편성에 관여하는 방송사 소속 직원의 방송책임자에 대한 관계에서 논의되고 있는 이른바 방송의 ‘내적 자유’는 국가로부터의 자유가 아닌 별개의 차원에서 논의되는 개념이다.<sup>152)</sup> 기자, 피디 등 직접 프로그램 형성에 관여하는 직원들이 방송책임자의 지시에 구속받지 않고 방송의 과업을 독립적으로 이행할 권리로서 주장되는 방송의 내적 자유를 인정할 것인가의 여부

149) BVerfGE 17, 346 (354).

150) Bethge, a.a.O. S. 674.

151) Bethge, a.a.O. S. 674.

152) 박용상, 표현의 자유, 헌암사 (2002), 835면 이하 참조

및 범위에 관해서는 오랫동안 논란이 되어 왔다. 이 논의에서 전제될 점은 위에서 본 바와 같이 방송편성을 포함하는 방송운영의 자유의 기본권은 방송운영주체인 방송사업자 자체에 귀속되는 것이고, 그 현실적 운영은 그 의사결정의 책임을 위탁받은 기관(사장 및 이사회 등)에 의해 이루어지게 되며, 방송 종사원으로서 편성에 관여하는 직원들은 방송의 자유의 주체로서가 아니라 방송운영기관이 행사하는 방송의 자유를 보조하는 입장에서 서게 된다는 점이다. 따라서 방송사의 기자나 피디는 방송내용을 형성하는 작업을 수행함에 있어서 자신들의 입장이나 경향을 추구할 수 없음은 물론이고, 특히 공영방송의 경우에는 오로지 다양성 및 중립성 원리를 지켜야 한다. 결국 공영방송에서 사장이나 기자는 누구나 편성 및 보도와 관련된 모든 작업과 활동에서 이러한 다양성과 중립성 원칙에 따라야 할 의무가 있고, 사장을 정점으로 한 편성간부의 지시권은 이러한 원칙에 따라 이를 실현하는 방향을 취하는 경우에만 정당성을 갖게 된다. 민영방송의 경우에도 다소 완화된 수준의 편성기준이 준수되어야 함은 물론이다. 이 경우 준거될 프로그램 편성에 관한 여러 원칙은 방송법의 규정과 방송위원회의 규칙 및 방송사의 편성지침 등으로 구체화되어 있다.

방송사 집행간부와 편성직원이 프로그램의 편성 및 제작에 있어서 위와 같은 편성규범의 적용에 관하여 이견이 생기는 경우 편성간부의 일방적인 지시권을 제한하고, 편집 담당 직원의 양심과 소신을 어떠한 범위에서 어떠한 방법으로 보호할 것인가 하는 것이 내적 자유에서 중심으로 논의되는 문제라고 할 수 있다. 2000. 1. 12. 개정된 통합방송법(법률 제6139호)은 프로그램 형성에 있어서 양 집단간의 분쟁을 해결하고, 편성규범을 실천적

으로 준수하기 위한 제도로서 내적 자유의 핵심이라고 할 수 있는 편성규약제도를 명문화하게 되었다.<sup>153)</sup>

## 나. 일반 국민과 방송의 자유

일반 국민 개개인에게도 방송의 자유가 보장되는가? 이 문제는 오랫동안 논란의 대상이 되어왔으며, 독일의 판례도 최근까지 이 문제를 확정하지 않았었다.<sup>154)</sup> 그러나 연방헌법재판소는 마침내 방송의 자유는 공·사의 법형식과 무관하게, 그리고 방송활동의 상업성 여부와도 무관하게 방송을 운영하고 있거나 장차 방송을 운영하려는 모든 자, 그리고 방송허가를 얻고자 하는 모든 자들에게 귀속된다고 확인하였다.<sup>155)</sup> 그러나 시청자나 청취자 또는 방청객 등 방송참여자는 이 기본권의 주체가 되지 못한다.<sup>156)</sup> 이 논의는 개인이 방송을 설립할 자유를 갖는가 하는 논란으로 이어지는 것으로서 다음에 상술한다.

### (1) 시청자로서의 국민

먼저 일반 시청자는 방송의 자유의 주체가 될 수 없다. 시청자는 방송서비스의 소비자이면서 또는 수용자로서 일반적으로 접근할 수 있는 정보원(情報員)인 방송으로부터 정보를 획득할 권리(정보의 자유)만을 향유한다.<sup>157)</sup> 단순 공급행위(수요의 충족)는 헌법상 직업의 자유 내지 인격의 자유발현권의 문제라고 보아야 할 것이다.<sup>158)</sup>

---

153) 박용상, 편집권의 법적 조망, 헌법논총 제12집 (2001, 헌법재판소), 192면 이하 및 박용상, 표현의 자유, 현암사 (2002), 835면 이하 참조

154) vgl. Bullinger, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, 1980; Böckenförde/Wieland, AfP 1982, 77

155) BVerfGE 95, 220 (234); 97, 298 (311f.).

156) BVerfG, NJW 1990, 311.

157) Bethge, a.a.O. S. 674.

## (2) 방송설립의 자유?

그러면 방송의 운영을 원하는 국민에게 방송의 자유는 어떠한 의미를 갖는가, 그들에게도 방송의 설립을 위한 허가를 받을 권리가 헌법상 인정되는가 하는 문제가 제기된다.

방송의 자유의 본질에 관하여 주관적 권리설을 취하는 경우 애당초 헌법에서 주관적 기본권으로서 보장되고 있는 방송의 자유는 단지 주파수의 부족이라는 기술적 여건 때문에 “억제” 또는 “동결”되어 왔을 뿐이고,<sup>159)</sup> 기술발전에 의해 가용주파수가 개발되는 경우 이러한 주관적 방송의 자유는 현실화되어, 결국 사인에 의한 방송매체설립의 권리도 인정되어야 한다고 한다. 이들은 결국 방송의 자유를 방송운영자의 자유 내지 방송기업가의 자유로서, 방송의 설립 및 운영에 대한 주관적 접근권으로 보는 입장을 취한다. 이러한 주관적 권리설의 이론구성은 방송의 자유를 우선적으로 주관적 권리인 주관적인 의견의 자유에 근접시킴으로써 운영자의 자유 내지 방송기업가의 자유라는 형식으로 방송에 대한 주관적 접근권을 뒷받침하는 데 그 목적을 두고 있다.

이미 살펴 본 바와 같이, 주관적 권리성에 기초하여 독자적인 범주로서 입법자의 형성권한을 반대하는 논자들의 입장에 따를 경우 사경제적으로 조직된 신문기업의 경우와 마찬가지로 방송기업설립의 자유는 헌법으로부터 직접 도출된다고 한다.<sup>160)</sup> 따라서 이들 논자들은 외적 다원주의에 입각한 경쟁모델(außenpluralistisches Konkurrenzmodell)을 자연적 방송질서로 간주하며, 방송기업가만이 자기 방송의 경향, 즉 내용적 지향성을 결정하게 된다고 한다. 이들

158) Bethge, a.a.O. S. 674.

159) Kull, Verschüttung und Ausgrabung der Rundfunkfreiheit, AfP 1971 S. 98, 102, Rudolf, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, 1971 S. 21.

160) Ruck, a.a.O. S. 560.



견해에 따를 경우 오로지 공법상의 조직형태만을 인정하는 것은 입법자가 방송주파수 부족을 근거로 보정적(補整的)으로 활동할 수밖에 없었던 한에 있어서만 적법한 것이었고, 그 경우 기본권은 “사회화”될 수밖에 없었던 것이다. 그러나 주파수 부족현상이 사라짐에 따라 모든 이해관계인은 전송채널의 분배청구권을 가지게 된다.<sup>161)</sup> 그러나 제도적 권리설에 의할 때 방송설립의 자유는 부인된다. 우선 전자미디어에 대한 접근은 법적으로 규율되고 있으며, 이 경우에도 두 단계가 구별될 수 있다. 민영방송 운영에 대한 허가만이 법률적 근거를 필요로 하는 것은 아니다. 무엇보다 민영방송을 도입할 것인가의 여부를 결정하는 것도 입법자의 몫이다. 제도설을 취하는 경우 헌법상 민영방송이 도입될 수는 있지만 반드시 도입되어야 하는 것은 아니다.

그러나 기술적 여건이 진전되고 복수의 전송채널이 이용가능해지는 경우 민영방송의 설립을 요구하는 지원자의 목소리는 법적 지원을 얻을 수 있다. 헌법상 방송조항은 적어도 자유권적 요소를 내포하고 있기 때문에, 이를 근거로 개인은 헌법소원을 통해 입법자의 부작위 또는 해태를 다룰 수 있고, 결과적으로 연방헌법재판소의 촉구결정(Appell-Entscheidung)을 받아낼 수 있을 것이다. 유럽인권협약 제 10조에 의하면 민영방송의 도입이 강제되고 있다.<sup>162)</sup>

어쨌든, 방송의 자유는 민영방송운영 허가를 얻기 위한 신청단계에 있는 이해관계인들에게도 적용된다.<sup>163)</sup> 독일 판례에 의하면 공법인 주체에게만 방송운영이 유보되어 있는 바이에른주의 방송체제 하에서도 방송을 경영하려고 원하여 허가를 신청하고 있는 프로그램제

---

161) Ruck, a.a.O. S. 560.

162) Bethge, a.a.O. S. 675.

163) BVerfGE 97, 228 (313), Bethge, a.a.O. S. 674.

공자들은 헌법상 방송의 자유 조항으로부터 나오는 “기본권존중청구권”(Grundrechtsbeachtungsanspruch)을 향유한다고 한다.<sup>164)</sup> 그러므로 민영방송을 허가하는 법률은 균등한 접근을 요구할 개인적 권리를 인정하여야 한다.<sup>165)</sup> 이에 관하여 허가권을 행사하는 당국에 재량을 부여하는 것은 헌법의 방송조항에 의해 보장되는 운영자의 편성의 자유와 합치될 수 없다.<sup>166)</sup>

### 3. 공영방송

#### 가. 개관

방송체제의 결정과 나아가 공영방송의 운영, 특히 그 조직 및 프로그램원칙은 방송법제가 간과할 수 없는 규율사항이다. 우선 공영독점제를 취하는 경우뿐 아니라 공·민영 이원주의를 취하는 경우에도 공영방송의 임무에 관한 규율뿐 아니라 그 조직과 운영이 방송의 독립성원칙과 다양성원칙에 부응하도록 규율하는 것이 문제된다.

공영방송은 법률에 의해 설립되는 영조물 형태의 공익적 법인이며, 그 임무와 활동범위가 법률에 의해 정해진다. 그 임무범위는 우선 방송의 운영과 그에 필요한 부수적 영역에 한정되며, 그 외의 영업적 활동이나 자본투자 등 활동에는 법률의 근거가 없는 한 허용되지 않음에 유의할 필요가 있다. 이하에서 공영방송의 임무, 조직, 편성원칙 및 활동범위 등에 관하여 살핀다.

---

164) Bethge, a.a.O. S. 674.

165) BVerfGE 73, 118 (153f); Bethge, a.a.O. S. 677.

166) Bethge, a.a.O. S. 677.

## 나. 공영방송의 임무

위에서 본 바와 같이 공영방송은 기본적 방송서비스를 이행하도록 규율되어야 한다. 이것은 현대 헌법에 있어서 국민의 모든 생활영역에 관하여 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현을 목표로 하는 이른바 사회복지주의(社會福祉主義)의 원리가 방송영역에서 국가의 기본적 의무로 개념된 것이라고 할 수 있다. 우리의 구 헌법은 “국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위 안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다”고 규정하여(구 헌법 제120조 제2항) 사회복지주의를 헌법상 기본원리의 하나로 채택하였으며, 현행 헌법 역시 이러한 정신을 담고 있다 (현행 헌법 제119조 참조). 이 사회복지주의의 헌법원리는 비록 경제헌법상의 기본원리로 발생한 것이기는 하나, 인간의 기초적 본능인 알고 싶은 욕망을 충족시키기 위해서 뿐 아니라, 산업사회·정보화사회로 발전된 현대의 국가·사회생활에 있어서 기본적 정보의 획득은 인간다운 삶을 영위하기 위하여 불가결한 것으로 되었기 때문에 국가가 국민의 정보수요의 기본적 수준을 제공할 수 있도록 배려할 의무는 의심 없는 것으로 되었다.

방송의 경우, 특히 이 사회국가의 원리가 강조되는 것은 우선 연혁상의 이유에서 국가가 전파관리를 독점하게 되었다는 이유와 기술상의 이유에서 방송은 유한한 전파를 매체로 한다는 점에 있다. 즉, 기술적 제한 때문에 과점적 성격을 갖지 않을 수 없는 방송의 경우, 특히 그것이 국영 또는 공영방송의 체제를 취하는 경우 국민은 이 사회국가의 원리에 따라 모든 국민 각계각층에 대하여 경제, 사회, 문화 등 제반 사항에 관해 적정 수준의 생활능력을 갖추는데 필요

한 정보의 제공을 방송서비스를 통하여 요청할 수 있어야 하며, 그 결과 국가로서는 국민의 기본적 생존을 위하여 필요한 제도로서 이를 충분히 이행할 수 있는 방송기관의 설립과 그에 의한 기본적 방송서비스의 의무를 부담하게 되는 것이다. 방송에 대한 이러한 사회국가원리의 요청은 특히, 현대 복지국가 및 교육국가의 이념에 비추어 방송프로편성에 있어서 일정 수준의 정보제공뿐 아니라 교양 및 오락 등 프로그램의 적정한 편성을 요한다.

이러한 기본적 방송서비스의 임무를 이행하는 공영방송은 헌법상 존속 및 발전을 보장받는다(Bestands- und Entwicklungsgarantie).<sup>167)</sup> 이원적 방송체제에서 민영방송은 방송에 관한 헌법적 요청에서 도출되는 고전적인 방송의 임무를 완전하게 충족시키지 못하며, 그 때문에 오히려 공영방송의 존속 및 발전의 보장은 헌법상 요청되는 것이다.<sup>168)</sup> 이와 같은 여건 하에서 주민에 대한 포괄적인 기본적 방송공급은 공영방송의 의무이다. 이 경우 존속 및 발전의 보장은 바로 주민에 대한 기본적 방송공급을 가능하게 하는 여러 전제조건을 확보한다는 의미를 갖는다. 기본적 방송공급은 지상파에 의한, 현존하는 기술적 여건하의 서비스에 국한되는 것이 아니라 발전에 따라 이용가능한 전송기술에 의한 서비스 공급도 포함하는 것으로 이해된다. 공영방송의 프로그램 공급은 수용자들의 새로운 관심사나 새로운 형태 및 내용에 대하여 개방적이어야 하는 것이다. 다만, 공영방송이 어떤 새로운 기술을 스스로 활용할 수 있는 것은 자유로운 의견형성의 매체와 요인으로서 방송의 기능이 촉진된다는 점을 전제로 한다.

공영방송의 존속 및 발전의 보장은 기본적 방송공급이라는 과업에

---

167) BVerfGE 83, 238 (299f).

168) BVerfGE 73, 118 (155f.).

구속되며, 바로 이 과업에 의해 정당화되고 그 한계가 설정된다. 이 개념에 의해 공영방송이 주어진 권한을 실제로 행사할 때 준수해야 할 기능적 측면의 기속성이 확정되는 것이다. 그러므로 공영방송은 그 핵심에 있어 오로지 경제적 목적만 추구하며 이원적 방송질서를 벗어나 민간의 대기업에 준하는 존재로 발전할 수는 없다.<sup>169)</sup> 위와 같은 범위를 벗어나 공영방송이 다른 영리기업에 투자하거나 참여하는 것은 금지되기 때문에 공영방송이 거대한 복합기업으로 성장하거나, 멀티미디어적 기업집중과 기업연합으로 진전되는 것은 방지된다.<sup>170)</sup>

공영방송은 자기목적적인 의미에서 경제적 활동을 행할 수 없으며, 방송에 부과된 임무에 의해 제약된다. 따라서 공영방송은 프로그램의 제작에 있어서도 경제적 이용목적만을 우선시키거나 경제적 이익만을 추구할 수 없다.<sup>171)</sup>

#### 다. 공영방송의 조직

국가로부터 독립되고 다양한 이익을 반영할 수 있는 공영방송의 조직은 그 운영주체의 의사결정을 국민 각계각층의 대표들이 모여 독자적인 운영을 할 수 있도록 구성하는 것이다. 이른바 방송의 조직에서 내적 다원주의를 실현하는 것이 이러한 요청을 실현하는 구체적 방도가 된다.

이렇게 방송의 운영권을 국민의 대표로 구성되는 합의제기관에 맡기는 경우에도 실제 그 기관의 구성 및 선출방법, 다시 말하면 어떠

---

169) BVerfGE 83, 238 (302).

170) BVerfGE 83, 238 (305).

171) BVerfGE 83, 238 (304).

한 기준과 척도에 따라 대표될 이익집단을 선택하여야 하는가, 또는 그 집단 중에서 누구를 대표자로 선출하는가 하는 문제는 쉽지 아니한 일이다.

여기서 가장 중요한 원칙은 헌법상 기회균등의 원리에 따라 각계각층의 이익이 대표될 수 있는 방안이 추구되어야 한다는 점이다. 이를 위하여는 ① 일반적으로 대의(代議)의 이론에서 논의되는 바와 같이 시청자 일반, 즉 일반적인 공동사회의 전체적 이익을 대표할 수 있는 자를 선출하는 방법과 ② 조직된 이익, 예컨대 노동조합, 경제인 단체, 종교단체 등으로부터 선출된 이익대표의 방법에 의하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 결정이 입법자에게 맡겨진 일임은 물론이다.

유럽대륙에서 가장 보편화된 공영방송의 조직형태는 영국적 모델의 경영위원회(Board of Governors)제도이다. 이것은 방송의 운영을 국민의 대표로 구성되는 합의제기관에 맡겨 그에게 방송주체의 최고 의사결정권을 부여한 것으로서, 이를 이익대표의 방법에 의해 제도적으로 완성한 것은 독일 각주 방송법상의 방송참의회(放送參議會, Rundfunkrat) 제도라고 할 수 있다.<sup>172)</sup>

독일의 경우 공영방송 운영기관(Rundfunkrat)의 구성은 사회 각 분야의 대표성을 갖는 16~77명의 위원으로 구성되는데, 그 구체적 내용은 주마다 상이하지만, 대체적으로 보아 경제, 문화, 교육, 종교, 학계, 스포츠를 대표하는 그룹을 우선 의회가 결정하게 되어 있으며, 국가를 대표하는 위원은 행정부와 의회에서 전체구성 위원 수에 비해 '적정한 수준'에서 과견하도록 되어 있다. 다만, 바이에른주만은 전체 위원수의 1/3을 국가와 정치계 대표로 확정하고 있어서 국

---

172) 박용상, 방송법제론, 교보문고 (1988) 51면 참조.

가적 영향력이 더욱 강화되어 있다.

독일 연방헌법재판소는 1991년 제6차 방송판결<sup>173)</sup>에서 사회 각계계층을 대표하는 집단의 비율제 구성은 국가 또는 특정 그룹으로부터의 자유를 보장하기 위해서 가능한 한 모든 집단의 의견이 반영되어 여론을 형성하는 사회통합적 목적을 갖는다고 해석하고 있다. 따라서 사회체계의 통합성은 각 사회 분야를 포괄하는 대표성의 구성 비율에 초점이 맞춰져 있는 것이기 때문에 방송직업 계층을 의미하는 방송사의 고용주와 근로자 계층을 이에 참여시킬 것이 요구되는 것은 아니다.

독일의 방송법상의 방송참의회(Rundfunkrat)는 방송분야에서 일반인의 이익을 대변하는 공영방송의 최고기관이며, 거의 모든 공영방송에서 방송사 사장의 선출, 선출의 추인, 프로그램에 부과된 기본 원칙이나 지침의 준수 여부에 대한 감독, 예산안의 승인 등 기본적인 중요한 권한을 갖는다. 그밖에도 방송참의회는 방송사의 기본적인 중요문제를 논의하고 법률 위반 여부를 감시하며 프로그램 편성에 관하여 의견을 제시한다. 방송참의회 구성원은 일반공중을 대표하여 방송사와 수용자의 전체적인 이익을 고려해야 하며, 어떠한 위임이나 지시에도 구속되지 아니한다(자르란트 방송법 제46b조 참조).

그러나 이러한 조직원리의 실정화에 대하여는 국가적 영향력의 배제와 다양한 기반에서 여론형성을 요하는 취지에 충분히 부응할 수 없다는 비판이 제기되고 있다. 특히, 여론형성에 국가와 정치계의 의견이 사회 세력의 일부분으로서 반영되고 기여하도록 하려는 취지에서 방송운영에 파견되는 국가 대표는 집권 여당의 간섭을 초래

---

173) BVerfGE 83, 238f., Nordrhein-Westfalen-Urteil.

하는 폐단을 가져왔다는 것이다. 나아가, 이러한 체제는 법에 의한 국가의 간접적 통제를 가능하게 하여 국가의 의지에 의해 조직된 의견의 기획경제(Meinungsplanwirtschaft)를 뒷받침하여 왔다는 점에서 전과개방을 원하는 자유주의자들에 의해 강력한 비판을 받아 왔다.

#### 라. 공영방송의 편성 및 프로그램 원칙

시청료를 통한 재원조달이 보장되어 있는 공영방송의 경우에는 국민에 대한 기본적 방송서비스(Grundversorgung)의 임무가 부과된다. 그 임무로서 법령상 규정되고 있는 것을 보면 공영방송은 우선 자유로운 의견형성과정의 매체 및 요인으로서, 그리고 공공의 일로서 방송을 운영하고 전파할 임무를 부담한다. 공영방송의 주된 임무는 정보제공에 있고, 그에 따라 방송에 의해 국내외의 모든 주요한 생활사에 관하여 포괄적으로 알 수 있도록 하여야 한다. 그러한 임무는 정보에 국한되는 것이 아니라 교육 및 오락 등을 포함하며, 문화·예술·토론 분야의 기사를 제공해야 한다. 그리고 이러한 임무의 이행에 있어서는 방송구역의 지역적 특성과 문화적 다양성을 고려해야 한다(서부독일방송법 제4조 참조). 그리고 이 방송은 수신지역 전역을 동등하게 배려하여야 한다(동법 제3조 제1항 참조). 공영방송이 수입을 증대하거나 민영방송과 경쟁하기 위해 특정한 프로그램 분야에서 후퇴하거나, 몇몇 개별적인 분야를 소홀히 하거나, 우대하는 것은 위와 같은 요구에 부합하지 않는다.

앞서 언급한 바와 같이 방송운영주체가 갖는 방송의 자유는 국민 전체로부터 신탁받은 자유로서 올바른 여론형성을 위해 행사되어야



할 자유를 의미한다. 따라서 공법상의 공익적 공영방송에서 프로그램의 자유영역은 객관성(Objektivität), 형평성(Ausgewogenheit), 중립성(Neutralität) 및 탈경향성(Tendenzlosigkeit)에 구속받으며, 이를 위해 이를 실현할 수 있는 조직 및 편성원리가 부과된다.<sup>174)</sup>

여기서 중요한 개념으로 등장하는 중립성이란 방송주체가 전체 공동사회에 존재하는 모든 의견과 문화적 흐름을 왜곡 또는 조작함이 없이 그 실제상의 비중에 따라 표현시킬 의무를 의미한다. 중립성의무는 양적인 측면에서 사회에 존재하는 실제상의 비중에 따라 의견과 사상의 흐름을 비례적으로 표현할 기회를 부여해야 한다는 점과 질적인 측면에서 특정 의견이나 문화적 사조의 내용을 왜곡 또는 조작됨이 없이 전달해야 한다는 면을 포함한다.

이러한 이유에서 방송의 중립성 원칙은 불편부당성(不偏不黨性)을 의미하며, 방송운영권은 국가권력이나 특정 사회집단 또는 이익에 장악시킬 수 없고, 그 편성에 있어서도 특정한 사상이나 이익을 옹호할 수 없다는 원칙이 귀결된다. 이것은 신문 및 출판이 다수의 사기업(私企業)에 의해서 운영되고 발행인의 세계관적 입장에 따라 자유로이 사시(社是)와 주의(主義)가 표방될 수 있음으로 인하여 외부적으로 경향(傾向)의 다양성이 충족됨에 반하여 방송은 이미 과점화(寡占化)된 언론을 의미하기 때문에 공공의 모든 의견에 대하여 치우침 없이 호오(好惡)를 불문하고 평등한 발표의 기회가 주어지도록 운영·편성되어야 함을 의미한다.

이 중립성의무는 방송운영 주체, 즉 방송사업자에 부과된 의무이며, 그 대상은 전체 편성프로그램을 기준으로 한다. 전체 프로그램의 편성이 중립성의무의 기준이 되는 것이므로 예컨대 정당의 선거방송

---

174) BVerfGE 59, 231 (258); 73, 118 (158f).

또는 광고방송 등에 있어서는 중립성이 유지될 수 없는 경우도 있으나, 기타의 개별 프로그램, 예컨대 토론회, 공청회 등의 프로에 있어서는 준수되어야 한다.

방송사업자 소속 직원은 방송사와의 고용계약관계에 따라 방송사업자에 부과된 중립성의무를 준수할 의무를 진다. 노르트라인·베스트팔렌주 방송법 제13조에 따르면 편집부문의 종사자는 자신이 계약한 바에 따른 권리와 의무의 범주 안에서 방송법에 규정된 과업을 수행하는데 협력하며, 방송사의 책임 범위 안에서 자신에게 부과된 프로그램과업을 고유한 저널리즘 책임에 따라 수행한다. 이 경우 상급자의 지시권과 고용계약에 의한 합의사항은 이에 관계없이 유지된다.

중립성의 원칙은 앞서 본 독립성의 원칙과 밀접한 연관을 갖는 것이지만, 후자는 방송에 대한 외부적 영향으로부터의 차단을 의미함에 반하여 전자는 방송주체 자신의 태도에 관한 요청을 의미한다. 즉, 독립성이 보장되는 방송이 국민이나 국가의 여망(興望)을 배반하여 그 자체가 막강한 힘을 구사하는 세력으로서 전단화(專斷化)한다면 심각한 사회적·정치적 문제를 야기하게 될 것이다. 이러한 의미에서 보면 중립성의 원칙은 독립성의 원칙을 제한하는 의미를 갖게 되며, 방송의 조직과 운영 및 편성에 관한 법적 규제와 방송에 대한 통제 및 감독의 필요성에 대하여 근거를 제공하는 원리가 된다.

방송의 편성에 관하여 중립성의 원칙이 요구하는 바는 특정 이익이나 집단을 편애(偏愛)함이 없이 모든 국민의 소리가 적정한 비율로 반영될 수 있도록 방송내용을 편성하여야 한다는 것이다. 학자에 따라서는 방송국이 자신의 의사를 표현할 수 있는 권한은 부인된다는

입장을 취하기도 한다. 방송국은 언제나 불편부당(不偏不黨)한 입장에서 특정 문제에 관하여 보도 논평하는 경우 찬반(贊反)의 입장에 대하여 균형 있는 발표의 기회를 제공하여야 하며, 전반적인 프로그램 형성에 있어서도 기회균등의 원칙에 따라 관계된 제 이익에 대해 균형 있는 시간배정이 요청되는 것이라고 보아야 할 것이다.

방송이 중립성의 원칙으로 제한받는 결과 방송의 보도와 논평에 있어서 공정성 및 객관성의 의무는 법적 의무로 고양된다. 물론 신문의 경우에 있어서도 공정성의무가 심각히 논의되고 있으나, 그것은 윤리적 차원이상을 넘어설 수 없음에 비하여 방송에 있어서는 법적으로 확인된 법적 의무를 의미하게 된다. 제국의 방송법이 사회정의의 전파, 국민의 기본권옹호, 국제친선의 증진 등 윤리강령상 일련의 의무를 법적 의무로 규정하고 있는 것을 보면 이러한 사정을 쉽게 알 수 있는 것이다.

참고로 공영방송의 과업과 관련하여 다양한 활동가능성을 열어놓고 있는 서부독일방송법의 프로그램에 관한 원칙조항을 보면 다음과 같다.

서부독일방송법 제5조 프로그램의 원칙

1. 서부독일방송이 공급하는 프로그램과 새로운 서비스는 헌법에 적합한 질서를 준수해야 한다. 일반법률의 조항과 청소년 및 개인의 명예권을 보호하는 법률의 제 규정도 준수해야 한다.
2. 서부독일방송은 자신의 방송물에서 인간의 존엄성을 존중하고 보호해야 한다. 또한 서부독일방송은 생명, 자유 및 신체의 안전을 존중하며, 다른 사람의 신앙과 의사를 존중해야 한다는 의식을 더욱 강화시키는 데 기여해야 한다. 주민의 윤리적 신념과 종교적 신념을 존중해야 한다.
3. 서부독일방송은 국제적인 상호이해를 증진시켜야 하며, 평화와 사회적

정의를 위하여 경고하며, 민주주의적 자유를 수호하며, 남성과 여성의 동등한 권리를 실현하도록 기여해야 하며, 진실에 대한 의무를 져야 할 것이다.

4. 서부독일방송은 다음 사항을 보장한다.

가. 현존하는 견해의 다양성은 물론 세계관, 정치, 학문, 예술 제 분야의 각 방향을 이루는 다양성이 공영방송의 프로그램 전체에서 가능한 한 폭넓고 완전하게 나타날 수 있게 함

나. 그 방송구역 내의 중요한 사회세력이 공영방송의 프로그램 전체에서 발언할 수 있게 함

다. 프로그램 전체가 특정 정당이나 집단, 이익단체, 신앙공동체나 세계관적 공동체에게 편파적으로 봉사하지 않도록 함

서부독일방송은 보도 부문에서 일반적인 중요성을 지닌 논쟁적 문제를 다루는 데 적절한 시간을 배정해야 한다. 평가 및 분석을 행하는 개별기사는 저널리즘적 공정성에 부합해야 한다. 보도의 목적은 포괄적으로 정보를 제공하는 것이다.

5. 뉴스를 보도할 때에는 반드시 일반적이고, 독립적이며, 객관적이어야 한다. 뉴스는 전과하기 전에 내용, 출처, 진실 등에 관하여 상황에 따라 요구되는 주의로써 심사해야 한다. 평론은 뉴스와 분명하게 구분해야 하며, 작성자를 밝히고 논평임을 표시해야 한다.

6. 방송에서 행해지는 여론조사에 있어서는 의견을 대변하도록 이행된 여부 및 실제로 상응하는 의견상황이 반영된 것인지 여부를 명백히 하여야 한다.

한편, 일차적으로 시청료를 재원으로 하는 공영방송의 경우에 불가피하게 인정될 수밖에 없는 기본적 배려의무에 비추어 보면 공영방송에서는 프로그램의 임의적 세속화 내지 “자기상업화”는 그러한 임무에 배치되는 것이어서 제한되게 된다.<sup>175)</sup> 그런 이유 때문에 세속적 또는 시청률지향적 프로그램운영에 대하여는 상황에 따라 감독기관의 시정조치를 결과하게 할 수 있다.<sup>176)</sup>

---

175) Bethge, a.a.O. S. 678.

176) Bethge, a.a.O. S. 678.

#### 마. 영업의 자유 내지 광고방송의 제한

공공기관이 원칙적으로 기본권의 주체가 될 수 없듯이 공법상의 공영방송의 경우에도 자유권적으로 보장되는 영업의 자유는 인정될 수 없다. 따라서 공영방송은 광고에 관하여 헌법상 직업의 자유에 의한 보호를 향유할 수 없다. 공법상의 영조물에 의한 공영방송의 경우 상업광고의 허부(許否)는 입법자의 재량에 속한다. 물론 공영방송의 광고방송을 금지하는 것도 가능하지만, 입법자는 그 형성에 있어서 공영방송의 재정적 운영가능성을 존중하여야 할 것이다.<sup>177)</sup> 공영방송에 상업광고가 허용되는 경우 그것은 공공기관의 경제적 행위라는 형식으로서 행해지는 것이다.

#### 바. 우리의 경우

앞서 본 바와 같이 공영방송은 기본적 방송서비스의 임무를 부여받으며, 이를 뒷받침하기 위해 수신료의 강제징수의 권한이 부여되고 있다. 공·민영 이원체제를 취하는 경우에도 이러한 공영방송의 과업과 기본적 지위에는 변화가 없으며, 따라서 그 조직, 운영 및 편성에 있어서 독일에서 논의되는 바와 같은 헌법상 방송의 기본원리를 충족시키는 규율이 배풀어지지 않으면 안 된다.

우리의 경우에도 공영방송은 기본적 방송서비스의 임무를 부담한다고 볼 수 있다. 그것은 시청료에 의해 운영재원이 보장되고 있으며, 연혁상 그러한 임무를 이행하여 왔다.

---

177) BVerfGE 74, 297 (342).

그럼에도 우리의 경우 공영방송의 지위와 역할에 비추어 그 실제운영이 이에 충실한가에 관하여는 여러 문제가 제기되고 있다. 이러한 문제는 과거 시청료거부운동에서 보여주듯이 공영방송의 편파성이 심각하게 논란된 적이 있었고, 정권 교체 후에도 역시 야당 기타 집단의 격렬한 비판을 받고 있는 것에 비추어보면 아직도 해결되지 않은 문제라고 할 수 있다.

그 주된 이유로서는 첫째, 조직에 있어서 국가로부터의 독립성이나 내적 다원성을 구현할 필요 충분한 조치가 강구되어 있지 못하다는 점이 지적되지 않을 수 없다. 독일의 경우에는 민영방송의 경우에도 방송참여회가 국가권력으로부터 독립하여 공공의 다원적 이익을 대변할 체제를 갖추지 아니하고, 그들의 권한이 충분히 반영될 수 있도록 권한 및 절차 규정이 결여한 경우 위헌이라고 생각되고 있다.<sup>178)</sup> 하물며 공영방송이 이러한 요건을 이행치 아니한 경우 위헌의 의심은 더욱 분명해진다.

우리의 경우 KBS 및 MBC 등 공영방송이 헌법상 요청되는 다양성 및 독립성의 요청에 부응할 수 있는 조직과 절차를 구비하였는가는 의문시된다. 그 독점성에 비하여 그 운영기관의 내적 다양성이 충분히 이루어지지 못하고 있기 때문이다. 현행 방송법상 KBS의 이사회는 그 구성과 권한에서 이러한 요청에 부응할 체제를 갖추지 못하고 있으며, 각 방송사에 설치·운영되고 있는 시청자위원회 역시 그 구성이나 임면의 요건, 절차에 있어서 뿐 아니라 그 권한 및 기능에 있어서도 방송의 운영을 결정하는 실질적 기관으로 볼 수 없고, 단지 그러한 요청을 호도(糊塗)하는 장식적 기구에 불과한 것으로 규정되고 운영되어 왔기 때문이다.

---

178) BVerfGE 57, 295 (331f.).

둘째, 프로그램 편성에 있어서도 헌법상 요구되는 기준이나 그 실현을 위한 필요한 제도적 장치가 법률에 규율되고 있지 않다. 독일의 사례를 보면 이러한 프로그램 원칙은 공영방송의 조직과 절차의 형성에 의해 담보되어 왔다. 우리의 경우에도 기본적 방송서비스를 이행하는 공영방송에서 편성의 자유는 객관성, 형평성, 중립성 및 탈경향성에 구속받는다고 보아야 할 것임에도 불구하고, 이러한 요청이 법률에 명시되지 못하였고, 그 결과 그에 대한 법규감독도 제대로 이행될 수 없었다.

#### 4. 민영방송

##### 가. 개관

앞서 본 바와 같이 방송체제와 관련하여 다수의 민영방송사업자를 허가하고 그에 의해 견해의 다양성을 확보할 것인지(외적 다원성), 아니면 방송주체에 조직적 내용적 요건을 부과함으로써 견해의 다양성을 확보할 것인지(내적 다원성)는 원칙적으로 입법자의 재량에 맡겨진 일이다.

우리는 독일의 경우와 마찬가지로 공·민영 병존체제를 취하여 민영방송을 허용하고 있다. 독일의 연방헌법재판소가 민영방송에 관하여 요구되는 다양성 요건을 충족키 위해 언급한 바에 의하면 민영방송이 공영방송의 경우와 같은 프로그램 편성기준을 따라야 할 필요는 없지만, 그렇다고 반드시 그 보다 수준이 낮아야 하는 것도 아니며,<sup>179)</sup> 여론형성과 관련하여 독주세력이 형성되는 것을 방지하기

---

179) BVerfGE 83, 238 (316).

위해 민영방송에 요구되는 최소한의 요건에 관하여 입법자가 다음과 같은 규율을 할 것을 요구하고 있다.<sup>180)</sup>

- 정보의 독점을 방지할 것
  - 최소한도의 내용적 균형성, 전문성 및 상호존중의 태도를 보장할 것
  - 민간인과 국가의 합동방송국과 관련해서는 프로그램에 관한 공적 요구가 공동화되는 것을 방지할 것
- 국가감독의 범위를 제한할 것
- 민영방송의 설립에 대한 균등한 기회를 보장할 것

방송의 자유에는 내용적인 면에서 상이한 범위를 갖는 다양한 모습들이 존재하며, 어느 기본권주체의 경우이나 그 중점과 적용범위가 같을 수는 없다. 경향의 보호를 받는 민영방송의 보호범위는 경향중립성 또는 탈경향성의 의무를 지고 있는 공영방송의 그것과는 달리 평가되어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 두 범주에 속하는 방송운영자들의 자유는 헌법이론상, 즉 기본권적으로 볼 때 그 가치나 서열에 있어서 동등하다. 왜냐하면 모든 기본권적 자유의 제공은 효력근거나 적용의무 및 국법적 비중이라는 측면에서 볼 때 그 가치나 서열에 있어 동등하기 때문이다.<sup>181)</sup>

이와 같이 민영방송이 사적 회사의 형식이나 사경제적 동기에 의해 운영된다고 하더라도 그에게 보장되는 방송의 자유가 질적으로 낮은 것은 아니다. 사법에 의해 설립되며 사경제적 구조를 가지고 있는 신문 기타 정기간행물 등 활자매체가 공익매체에 비해 그 위상에 있어 뒤진다고 볼 수 없는 것과 마찬가지로 민영방송에 관해서도 같이 말할 수 있다. 활자매체의 경향보호<sup>182)</sup>는 자유보장의 본질

180) BVerfGE 83, 238 (296f.); 97, 228 (257f.).

181) Bethge, a.a.O. S. 678.



적 내용에 속하며, 민영방송도 그와 유사성이 존재한다고 보는 학설도 있다.<sup>183)</sup>

#### 나. 민영방송의 설립 및 허가절차

방송체제에 관한 결정이 입법자의 재량범위에 속한다함은 전술한 바와 같지만, 입법자의 역할이 거기서 끝나는 것은 아니다. 민영방송의 설립을 허용하는 경우에도 그에 의해 방송의 자유가 실제로 이행·행사될 수 있는 모든 규율을 정해야 하는 것이다. 방송운영에 관하여 법원이 필수적인 것이라고 보는 것을 살펴보면, 입법자가 방송진출에 관한 규율을 마련하고, 이에 관하여 심사하고 결정함에 있어서 지켜야 할 법치국가적 절차를 규정해야 한다는 것이다.<sup>184)</sup>

특히, 입법자가 방송조직에 관하여 민영방송도 허용하기로 결정하였을 경우, 그 설립 및 운영에 관한 규율 역시 입법적 형성의 영역에 속함은 물론이다. 독일 연방헌법재판소에 따르면, 모든 형태의 방송법규에서는 민영방송의 운영을 새로 허가하는 경우 헌법상 방송의 자유가 요구하는 바를 충족시키고 있는지의 여부를 사전에 심사하는 것은 불가피하다.<sup>185)</sup> 그리고 입법자가 방송법에서 라디오 및 텔레비전 방송사업에 대하여 허가제를 규정하는 것이 합헌임은 물론이고,<sup>186)</sup> 허가의 관할, 절차, 허가의 발급·취소·철회의 요건에 관하여 규율하고, 선정원칙 및 방송시간 배정에 관한 원칙 등을 정하는 방송법상의 규율은 헌법상 요구된 것이라고 한다.<sup>187)</sup> 하지만 이

---

182) BVerfGE 52, 283, (296).

183) Bethge, a.a.O. S. 679.

184) BVerfGE 57, 295 (326); 73, 118 (199).

185) BVerfGE 57, 295 (326); 73, 118 (199).

186) BVerfGE 57, 295 (326f.); 73, 118 (182).

로부터 중계·전송되는 프로그램에 대해서도 형식을 갖춘 허가가 필수적으로 요구된다는 결론이 도출되는 것은 아니다.<sup>188)</sup>

허가의 발급이나 거부에 대한 요건이 법률로써 확정되어야 하며, 이러한 허가의 요건과 절차는 신청자의 사업능력이나 신뢰도와 같은 일반적인 요건 이외에는 헌법상 명해지는 바와 같이 오직 방송의 자유를 보장하는 데만 기여하는 것이어야 한다.<sup>189)</sup> 허가를 철회할 경우도 이와 마찬가지로이다.<sup>190)</sup>

독일의 판례는 처음에 의회유보의 원칙상 민영방송의 허가에 관한 결정권을 행정부에 위임하는 것은 허용되지 않는다는 입장을 취하였다. 의회유보의 원칙과 권력분립의 원리는 입법자로 하여금 국가가 조치할 수 있는 범영역에 대해 스스로 테두리를 정할 것을 명하는 것이기 때문에, 법률은 행정부의 활동을 반드시 내용적으로 규범화해야 하며, 일반적인 원칙만을 제시하는 정도로 제한을 가해서는 안 된다는 것이 그 이유였다.<sup>191)</sup>

그러나 그 후 판례는 이러한 권한이 국가기관에 위임될 수 있음을 천명하고, 다만 그러기 위해서는 필요한 특별한 조건을 제시하게 되었다.<sup>192)</sup> 즉, 허가의 신청, 선정 및 허가의 취소·철회에 관한 결정이나 이들 결정을 내리는 데 결정적인 참여의 권한이 국가의 행정관청에 부여되는 경우, 민영방송사의 프로그램의 자유를 효과적으로 보장하려면 엄격한 법적 요구조건이 요구된다. 우선 국가기관에 행동·판단의 재량권이 주어져서 의견의 다양성을 침해하는 불공정한

---

187) BVerfGE 57, 295 (326f.); BVerfGE 73, 118 (182).

188) BVerfGE 73, 118 (199).

189) BVerfGE 57, 295 (327).

190) BVerfGE 57, 295 (327).

191) BVerfGE 52, 1 (41) - 작은 농장 사건.

192) BVerfGE 73, 118 (184).

고려사항들이 민간기업의 방송진출 결정을 내리는 데 영향을 미치도록 해서는 안 된다. 그와 같은 평가재량권은 구체적 판단에만 영향을 주는 것이 아니라, 사전에 압력수단 또는 “자기검열”로 방송진출에 관심이 있는 자나 기존의 방송사에 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 따라서 프로그램의 내용에 관한 중요한 결정이라면 원칙적으로 국가의 행정관청에 어떤 재량권도 부여해서는 안 된다. 불확정 법개념을 사용하여 국가의 행정관청에 프로그램의 내용적 평가를 수반하거나 프로그램 내용에 간접적 영향을 미칠 수 있는 평가재량권을 부여하는 규정들은 위헌이다.<sup>193)</sup>

에당초부터 방송운영에 적합하지 않은 자들이 있을 수 있다. 예를 들면, 지방자치단체는 비록 자치행정의 권리를 보장받고 있긴 하지만, 공권력의 보유자로서 그 자체 “국가”의 일부라고 할 수 있기 때문에 방송을 운영할 수 없고,<sup>194)</sup> 정당과 정당에 종속적인 기업, 인사, 단체 등은 방송운영자로서 적격성을 갖지 못한다.<sup>195)</sup> 공법상 법인도 원칙적으로 허가 대상에서 배제되며, 사법상 법인에게만 허가를 부여하는 것이 방송의 국가로부터의 자유의 원칙에서 보아 타당한 규율이다. 다만, 종교단체에 종교방송을 허용하는 경우는 다르다. 허가시 유의할 점은 방송진출에 기회균등의 원칙을 지켜야 한다는 점이다. 신문에 대해 방송운영 허가 시 우선권을 부여하는 것은 불평등한 조치로 정당화 근거를 갖지 못하는 위헌적 규정이다.<sup>196)</sup> 신문 기타 정기간행물 기업은 오직 방송법이 모든 사람에게 보장한 동등한 방송진출권만을 주장할 수 있을 뿐이다.<sup>197)</sup> 여기에 다양성

---

193) BVerfGE 73, 118 (184f.).

194) BVerfGE 73, 118 (192).

195) BVerfGE 73, 118 (191).

196) BVerfGE 73, 118 (193).

197) BVerfGE 73, 118 (194).

내지 독점규제의 관점은 별도로 고찰되어야 한다.

판례는 다양성 원칙에 충실하려는 관점에서 입법자는 민영방송에서도 가능한 한 높은 수준의 균형 있는 다양성에 도달하고, 이를 확보하도록 규정해야하며, 바로 이 목적에 적합한 사전예방적 조치를 취해야 한다고 한다. 따라서 민영방송에서도 소수자의 의견을 포함하여 모든 경향의 의견이 표현될 수 있는 가능성을 확보해 주어야하며, 개별 방송사나 프로그램들이 여론의 형성에 대하여 과도하게 균형을 깨뜨리는 일방적인 영향력을 행사하지 못하도록 이를 배제하여 특정 의견을 대변하는 지배적 세력의 발생을 방지하여야 한다.<sup>198)</sup>

가용(可用)의 전파수단이 모든 허가 신청자에게 민영방송의 진입을 허용할 수 없는 경우 이 진입규정은 평등원칙이 명하는 바에 따라 신청자의 선정에 관한 규율도 포함하여야 한다.<sup>199)</sup> 따라서 제한된 방송운영의 가능성을 부여할 우선순위를 결정하는 문제가 우연적으로 각 세력의 임의적 협상에 맡겨져서는 안 된다. 이러한 결정권한을 행정부의 비기속적인 재량에 위임하는 것은 법률유보의 원칙에 배치되므로 합당한 조치가 아니다.<sup>200)</sup> 입법자는 진입의 허용 또는 거부와 관련한 전제조건을 규정하여야 하며, 나아가 입법자는 이것을 결정할 때 거쳐야 할 법치국가적 절차를 반드시 마련해야 한다. 이들 신청자를 평등하게 처우하기 위해서라면 방송시간을 배분할 수 있는 시스템과 긴급한 경우 이미 배분된 방송시간을 각 지분에 따른 비율로 줄일 수 있는 체계가 채택될 수 있는 것이다. 그렇게 한 경우에도 충분치 아니한 경우라거나 입법자가 각 방송사에 종합

198) BVerfGE 73, 118 니더작센주 방송법 판결 요지.

199) BVerfGE 57, 295 (328).

200) BVerfGE 33, 303 (345f.) - 정원제한 사건; BVerfGE 57, 295 (328).

프로그램에 관한 허가만을 부여하는 체계를 채택하였을 경우에는 입법자는 신청자들에게 반드시 동등한 기회를 보장하는 선정원칙을 확정해야 한다.<sup>201)</sup> 이런 기회 현실화 정도는 객관적으로 사실에 부합하며 개별적으로 보아도 기대가능한 기준에 의해 결정되어야 한다.<sup>202)</sup>

#### 다. 민영방송사업자의 법적 지위

위와 같은 요건을 갖추어 합법적으로 허가받은 민영방송의 운영자는 그 자신이 고유의 기본권으로서 방송의 자유를 향유하게 된다.

방송은 공영이든 민영이든 그 존재 형태를 막론하고, 여론 형성 및 개인의 의견형성의 매체이자 요인이다.<sup>203)</sup> 방송은 자유민주적 기본 질서를 위해 직접 구성적 의미를 지니고 있다.<sup>204)</sup> 그러므로 사인에 의해 운영되는 방송주체라 할지라도 그 고유한 특성에 따라 언론매체의 공적 기능 및 통합적 작용에 참여하게 된다. 민영방송에게도 사법적 및 사경제적 구조라는 측면에서 그와 유사한 상황에 있는 신문 기타 정간물과 마찬가지로 공적 과업이 부여될 수 있으며,<sup>205)</sup> 여론형성에의 기여라는 헌법적으로 전제된 과업이 부여되어 있다. 그러나 그렇다고 하여 개인적 권리보호가 제도적 배려에 후퇴하는 것은 아니다.<sup>206)</sup> 민영방송운영자들은 헌법상 방송의 자유를 보장받

---

201) BVerfGE 33, 303 (345); 57, 295 (328).

202) BVerfGE 43, 291 (316f.).

203) BVerfGE 12, 205 (260).

204) BVerfGE 69, 35, 202 (219).

205) BVerfGE 20, 162, (175).

으며, 그들은 객관적 커뮤니케이션질서를 위한 단순한 이행보조자에 불과한 것은 아니고, 방송의 자유의 기여적(봉사적) 기능이 민영방송운영자의 법적 지위를 단순한 반사적 이익으로 전락시키는 것도 아니다.<sup>207)</sup>

이와 같이 민영방송의 자유와 공영방송의 자유 상호간에는 기본적으로 의미 있는 내용상의 차이가 존재하지 않는다.<sup>208)</sup> 민영방송 프로그램운동을 통해 표현되고 실현되는 방송의 자유는 질적인 면에서 더 낮은 성질의 것이거나 혹은 보다 간접적인 성질을 띠는 것이 아니다. 기본권의 질에 있어서 민영운영자의 방송프로그램이 공영방송운영자의 프로그램에 비해 낮은 것도 아니다.<sup>209)</sup>

그러나 민영방송이 누리는 방송의 자유, 특히 방송운영은 이를 허용하는 형성법률에 의해 입법자에 의해 결정된다. 그럼에도 입법자는 민영방송을 일단 허용한 이상 한편에서 그로부터 사익성의 요소를 박탈하여서는 아니 되지만,<sup>210)</sup> 다른 한편으로는 그것이 완전히 사적인 목적에만 기여하는 것이어서도 아니 된다.<sup>211)</sup> 그러한 양쪽의 한계를 벗어나는 것은 형성재량을 넘어선 것이어서 위헌이 될 수 있지만, 그 테두리 안에서 구체적 형성은 입법자에게 맡겨지는 것이다. 독일 연방헌법재판소의 판례도 입법자는 사적인 방송운영 주체로부터 사적 자치에 의한 형성이나 결정의 기본적 요소, 즉 그 고유한 실체를 박탈할 수 없다고 명언한다.<sup>212)</sup>

---

206) Bethge, a.a.O. S. 677.

207) Bethge, a.a.O. S. 677.

208) Bethge, a.a.O. S. 678.

209) Bethge, a.a.O. S. 678.

210) BVerfGE 73, 118 (157).

211) BVerfGE 95, 220 (234); Bethge, a.a.O. S. 680.

212) BVerfGE 73, 118 (157, 171); 83, 238 (318, 329); 97, 228 (268).

따라서 이원체제를 선택한 입법자는 민영방송을 허가하는 경우 민영방송이 독자적으로 방송운영을 거의 할 수 없거나 또는 이를 고도로 어렵게 하는 조건이나 구조를 형성하여서는 아니 된다.<sup>213)</sup> 이러한 고려하에서 민영방송 운영자는 이원체제에서 기대되는 방송의 기능을 보호받으며, 형성법률에 의해 주어진 범위 내에서 주관적 권리를 갖고 그 범위 내에서 헌법적 보호를 받게 된다.<sup>214)</sup> 방송에 대한 형성은 일차적으로 이윤극대화를 목적으로 하는 경제기업으로서의 방송을 위한 것이 아니므로 입법자는 민영운영자의 이익추구를 제한하는 규율을 정할 수 있으며, 다만 이러한 제한은 “민영방송운영에 대해 전혀 수익성이 없게 만들 정도로” 광범위하게 가해지는 것이어서는 아니 된다. 이 경우 “제한에도 불구하고 기업이 재정적으로 유지될 수 있을 정도로 가격과 비용을 산출”하는 것은 방송운영자에게 위임되어야 한다.<sup>215)</sup>

#### 라. 민영방송사업자의 프로그램 편성의 자유

공·민영 병존체제를 취하는 우리의 경우 공영방송이 기본적 방송서비스의 임무를 부여받는 것이라고 하더라도, 민영방송에 있어서 편성이 신문의 경우와 같이 방입될 수는 없다. 탈규제의 흐름이 강력하다고 하더라도 진정 순수한 “시장”이 전망가능한 기간 안에 실현되리라는 기대의 정도가 크지 않는 한, 민영방송에 대한 규율을 포기하는 것은 헌법적 요청에 부응하는 것이 아니다.<sup>216)</sup>

213) BVerfGE 73, 118 (157); 83, 238 (317).

214) Ruck, a.a.O. S. 562.

215) Ruck, a.a.O. S. 562.

216) BVerfGE 57, 295 (323).

독일에서 이해되고 있는 바에 의하면 상업적 방송운영자가 누리는 프로그램의 자유영역은 공영방송의 경우보다 더 넓다.<sup>217)</sup> 공법상의 공익적 방송운영자들은 객관성(Objektivität), 형평성(Ausgewogenheit), 중립성(Neutralität) 및 탈경향성(경향중립성, Tendenzlosigkeit)의 원리에 구속되지만, 민영방송운영자들에게는 이들 기준이 동일한 강도의 구속력을 발휘하지 못하며,<sup>218)</sup> 다만 균형 있는 다양성이라는 기본적인 기준만이 적용되고,<sup>219)</sup> 나아가 일정한 경향보호(Tendenzschutz)가 인정된다.<sup>220)</sup> 이와 같이 경향의 보호를 받는 민영방송의 보호범위는 경향 중립성 또는 탈경향성의 의무<sup>221)</sup>를 지고 있는 공영방송의 그것과는 달리 평가되어야 한다.<sup>222)</sup> 민영방송의 편성에 있어서는 최소한의 균형성(Ausgewogenheit)을 준수하여야 한다는 요청<sup>223)</sup>에 구속될 뿐이다.

중요한 것은 입법자가 취해야 하는 예방조치가 민영방송에 있어서 가능한 한 균형적 다양성을 달성하고, 이를 확보하기에 적합하도록 규정하는 것이다.<sup>224)</sup> 그러나 이 방향제시적 가치는 균형적 다양성의 기본적 표준치가 될 수 있을 뿐이고,<sup>225)</sup> 이 같은 척도는 예컨대 법적 명령으로써 어떤 보상조치와 같은 산술적으로 의견의 균형을 창출할 의무가 발생하는 것도 아니며, 별로 중요하지 않는 개별적 불균형의 경우까지 개입하라고 요구하는 것도 아니다. 그러나 이 척도

217) Bethge, a.a.O. S. 674.

218) BVerfGE 83, 238 (297); 90, 60 (90).

219) BVerfGE 73, 118(159f); 83, 238 (316f).

220) Bethge, a.a.O. S. 674.

221) BVerfGE 59, 231 (258); 73, 118 (158f).

222) Bethge, a.a.O. S. 678.

223) BVerfGE 73, 118 (159f)

224) BVerfGE 57, 295 (320).

225) BVerfGE 73, 118 (160).



는 예나 지금이나 변함 없이 구체적이고 심각한 위협으로부터 반드시 보전되어야 하는, 바로 그 의견의 다양성에 관하여 본질적인 제 요건을 포함하고 있다. 즉, 독일 연방헌법재판소가 의견의 다양성에 관한 본질적 요건으로서 요구하는 것은 소수견해를 포함하여 모든 방향의 의견이 민영방송에서 표현될 수 있는 가능성을 확보하는 한편, 개별 방송사나 개별 프로그램에서 심한 불균형에 빠졌거나 여론 형성에 편파적인 영향력을 행사할 여지를 배제하고, 특히 의견에 대한 지배적 세력의 형성을 저지하는 것이라고 한다.<sup>226)</sup>

이들 요구사항이 준수되지 않는다면, 어떤 경우이든 헌법상 방송의 자유에 위배되는 것이다. 그리하여 입법자의 과업은 실질적인, 조직적인, 절차적인 규율을 통해서 이 표준적 기본치를 엄격하게 관철시키도록 담보하는데 있다.<sup>227)</sup> 특히, 입법자는 기업집중의 경향에 대하여 적기에, 가능한 한 효과적으로 대처해야 할 의무를 진다. 이는 자칫 잘못하여 한번 잘못된 방향으로 진전되면 원상회복하기가 너무나 힘들어지기 때문이다.<sup>228)</sup>

위와 같은 기본 취지에 따라 독일의 연방헌법재판소는 1986년 니더작센주 방송법 사건에서 다음과 같은 주방송법 조항을 합헌이라고 판시하였다.<sup>229)</sup>

니더작센주 방송법 제13조 프로그램의 편성

1. 모든 방송사는 자신의 방송물에 관하여 진실 의무를 진다.
2. 모든 방송사는 자신의 뉴스 보도에서 주요하게 관련되는 사람, 집단 또

226) BVerfGE 73, 118 (160).

227) BVerfGE 57, 295 (320); BVerfGE 73, 118 (161) 참조.

228) BVerfGE 57, 295 (323).

229) BVerfGE 73, 118 (162).

는 기관 등의 견해가 적절하고 공정하게 배려되도록 담보해야 한다. 평가적·분석적 개별 기사는 저널리즘적 공정성에 부합해야 한다. 모든 정보 프로그램의 목적은 객관적이고 포괄적으로 알림으로써 그에 의해 시민이 독립해서 판단을 형성할 수 있도록 기여하는데 있다.

3. 정보나 의견형성에 의미가 있는 모든 방송물은 양심적으로 철저하게 조사해야 한다. 사실의 주장에 관해서도 심사해야 한다. 평론은 뉴스와 분명하게 분리하고, 그 저작자의 성명을 밝혀 평론임을 표시해야 한다.

#### 제15조 균형성

독일연방공화국의 기본법이 적용되는 영역 내에서 허가받은 방송운영자로서 제1조 제1항이 규정하는 방송사의 프로그램 및 제44조에 따라 민영방송사의 신고의무가 있는 프로그램은 반드시 중요한 정치적·세계관적·사회적 세력과 집단이 이들 프로그램 전체로 보아 적절한 비중으로 발언할 수 있게 하여야 한다. 이들 프로그램은 전체적으로 어떤 정당 또는 집단이나 이익단체, 또는 종교적 신앙이나 세계관에 일방적으로 봉사하여서는 안 된다. 제2조에 따라 허가받은 모든 프로그램은 각자 위 제1문과 제2문의 요구사항을 충족시켜야 하는데, 단 균형성이 그 밖의 다른 프로그램과 결합하여 보장되는 경우에는 예외로 한다.<sup>230)</sup>

### 마. 민영방송 사업자의 기업의 자유

민영방송의 경제적 측면을 보면 그것은 저널리즘활동일 뿐 아니라 동시에 경제활동이라는 양면적 성격이 주목된다.<sup>231)</sup> 그러므로 민영방송사업자는 방송의 자유와 기업의 자유를 경합적으로 향유하며, 그에 대하여는 헌법상 직업의 자유가 보충적으로 적용된다. 이 점이 공영방송의 경우와 다른 점이다. 이러한 관점에서 보면 민영방송은

230) 이상 전제 독일방송헌법판례, 165-166면 참조.

231) Bethge, S. 675.

사경제논리에 따라 운영되며 또한 경제의 일부분이다. 따라서 민영 방송은 하나의 기업으로서 이윤을 추구하며, 이러한 활동은 헌법에 의해 보호된다. 경제적으로 개인적 이익을 추구한다는 점이 커뮤니케이션 기본권의 적용을 배제할 수 있는 근거가 될 수 없고, 상업방송은 헌법에 의해 부정적인 것으로 간주되지 않는다.<sup>232)</sup>

민영방송은 사경제의 주체로서 사익을 추구함에 있어 기본권 보호를 향유하므로 프로그램의 형성이 이윤획득의 의도에서 또는 수익성의 관점에서 운용될 수도 있는 것이다. 이와 같은 경제적 요소들은 방송의 자유의 객관적 보장영역의 불가분의 구성요소를 이루는 것이고, 이 경우 그 영역은 공익적 상황에 한정되는 것이 아니다.

헌법에 의해 보호받는 민영방송의 기업적 요소는 헌법에 따라 민영 방송운영자들에게 적용되는 언론매체에 고유한 구속에서 그 한계를 발견할 수 있다. 또 균등한 다양성(gleichgewichtige Vielfalt)이라는 기본적 기준도 민영방송운영자들을 구속한다.<sup>233)</sup> 지배적 언론권력이나 멀티미디어적 언론권력의 성립 또는 정보독점의 형성은 부정되며,<sup>234)</sup> 이것은 운영자 차원의 권력집중을 방지하기 위한 입법적 보호조치를 가져오게 된다.<sup>235)</sup> 이상과 같은 구속의 효력을 무력화시키는 민영방송의 경제화 또는 상업화는 허용되지 아니한다. 언론의 다양성의 보증자는 시장이 아니라 국가이다.<sup>236)</sup>

---

232) Bethge, a.a.O. S. 675.

233) BVerfGE 73, 118 (159f).

234) BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (160); 95, 163 (172); 97, 228 (258).

235) BVerfGE 97, 228 (258).

236) Bethge, a.a.O. S. 677.

## 바. 광고방송의 규율

민영방송사업자들은 주로 광고를 통해 재원을 조달하며, 광고수입에 의한 재원조달은 민영방송의 운영을 경제적으로 보장하는 합헌적 방식이다. 그러므로 상업광고는 민영방송에 불가결한 재원조달수단으로서 헌법상 방송의 객관적·법적 제도보장(objektiv-rechtlichen Institutsgarantie)을 향유하며,<sup>237)</sup> 민영방송의 경우 광고를 금지한다거나 그 재정적 기반을 위협하는 정도로 광고를 제한한다면 방송운영의 자유는 물론 기업의 자유의 본질내용보장에 위반되어 위헌이 된다. 위와 같이 민영방송운영자의 광고의 자유가 기본권으로 보호된다 할지라도 그들이 향유하는 방송의 자유가 기여적(봉사적) 기능을 수행한다는 점을 벗어날 수는 없다.<sup>238)</sup> 민영방송에서 광고방송은 오로지 이윤획득만을 목적으로 허용되는 것이 아니라(물론 민영방송의 투자자에게는 동종산업에서 일반적으로 이루어지는 적정한 이윤 추구가 보장되어야 할 것이다), 제1차적으로 커뮤니케이션활동의 재정적 기반을 위해 허용되는 것이다. 그러므로 방송광고가 그 내용에서 광고 일반에 적용되는 모든 법적 제한을 받아야 함은 물론이고, 광고가 부당하게 편성부분에 미치는 영향은 차단되어야 한다(프로그램과 광고의 형식적 분리). 즉, 방송매체는 광고매체로서 1차적으로 방송의 여론형성기능에 대한 광고의 영향을 배제하는 조치가 요구된다. 이것은 신문의 경우와 마찬가지로 편집에 대한 광고주의 영향을 배제하기 위해 프로그램과 광고는 형식적인 면에서 구분되어야 하며, 공공매체로서 민영방송은 그 이외에도 광고에 대한 제한이 불가피함을 알 수 있다.

237) Bethge, a.a.O. S. 676 (신문의 경우 BVerfGE 20, 162 (174); 80, 124 (133)).

238) Bethge, a.a.O. S. 676.

나아가, 사상의 시장에서 역할하는 각종 매체의 균형 있는 존속 및 발전을 도모해야 할 필요성에 비추어 광고시장 전반에서 접하는 광고거래의 양적 조정이 필요함은 물론, 각종 매체간에 광고수주를 위한 공정한 경쟁을 위해서 뿐 아니라 광고를 시청하는 수용자들이 받는 불편과 부담을 고려한 규율을 받지 않으면 안 된다. 이러한 규율이 입법자의 결정에 의한 형성법률에 담겨져야 할 사항임은 물론이다.

아무리 가용 주파수가 개발 이용되고 있다 하더라도 아직까지 지상파 방송은 독과점성을 벗어나지 못하고 있으며, 지상파 민영방송 역시 이러한 여건하에서 애당초부터 공공성을 유지하는 여러 조건하에서 허가되고 운영되어야 한다. 따라서 활자매체의 광고영업활동에 비하여 방송매체의 광고활동에는 더 큰 규제가 불가피한 것이다. 민영방송의 광고와 관련해 방송법이 요구하는 제한은 직업의 자유 조항에 기초해 이루어지는 것으로서 직업행사에 대한 정당한 규제이다. 또 직업의 자유라 할지라도 민영방송의 법률종속성을 뛰어 넘을 수는 없다.<sup>239)</sup>

광고가 정보를 포함하는 측면을 간과할 수 없다는 의미에서 그것은 표현의 자유로서도 보호받아야 함은 물론이다. 독일의 판례도 신문 광고의 경우 광고주는 헌법에 의해 표현의 자유를 보호받는다고 하며,<sup>240)</sup> 광고방송에 있어서도 그러한 사정은 다름이 없다.<sup>241)</sup> 그러나 그것은 그 광고 메시지를 작성 전파하는 광고주의 입장을 주로 고려한 것이지, 광고매체로서 민영방송이 향유하는 방송의 자유의 일부로서 보호는 아니다. 광고매체로서 민영방송이 행하는 광고는 여

---

239) Bethge, a.a.O. S. 677.

240) BVerfGE 102, 347 (359).

241) BVerfGE 95, 173 (182) Bethge, a.a.O. S. 676.

론형성에 기여할 본래의 기여적 역할을 뒷받침하기 위한 재정적 기반을 마련하는데 중점이 있을 뿐, 민영방송에 있어서는 오로지 사기업으로서 무제한적 영리추구가 보호될 수는 없다.

## IV. 요약 및 결론

### 1. 요약

1. 방송의 자유를 개인적 권리로 보는 학자들은 이를 우선적으로 방송매체를 설립하고 방송을 행하는 주관적 권리라고 보아 실제상 방송의 자유는 방송의 설립 및 운영의 자유 내지는 방송기업의 자유라고 이해한다.

그러나 방송은 우선 한정된 자원인 전파를 사용하여 그 운영에 과다한 비용과 거대한 인원을 요한다는 점에서 기술적·사회적 특성을 가지며, 그 때문에 과점적 매체의 속성을 벗어날 수 없음에도 민주주의를 가능하게 하는 여론형성 기능을 수행하는 매체라는 특성을 갖는다. 그 때문에 방송의 자유는 국가적 간섭을 소극적으로 배제해서만 되는 것이 아니라, 그것이 제대로 실현·행사될 수 있는 실정법적 토대를 필요로 한다.

이러한 방송의 특수성을 고려하여 독일의 유력 학설과 판례는 방송의 자유의 객관적·법적 측면을 중시하여 이를 기능적 기본권 내지 기여적 기본권으로서 제도적 권리라고 이해하는 입장을 취한다. 방송의 자유에 대한 객관적·법적 이해에 따르면 방송의 자유는 규범을 통해 형성되고 법을 통해 창조되는 것이며, 그 실현을 위해서는 실체적, 조직적 및 절차법적 규정들에 의존하지 않을 수 없다.

즉, 방송의 자유는 원칙적으로 법률에 의해 결정되는 것으로서 실정법질서에 의존하며, 입법자는 그러한 규정들을 마련해야만 한다. 그 경우 방송의 자유의 토대를 규율하는 형성적 법률은 방송이 자유로운 개인적 의견형성 및 여론형성을 위한 기능을 충실히 이행할 수 있도록 필요한 모든 제도를 법정하여야 한다.

2. 방송의 자유가 형성에 의해 실현되는 경우 그것은 헌법이 방송에 관하여 요구하는 바에 따르지 않으면 안된다. 즉, 입법자는 형성의 유보를 행사함에 있어서 방송의 자유를 실현하여 이를 보장하는 한편, 그러한 형성을 통해 방송에 관한 헌법원칙을 침해하여서는 안된다. 그 경우 방송은 신문 기타 여론형성 매체와 마찬가지로 헌법상 민주주의적 여론형성을 위해 요구되는 커뮤니케이션질서의 기본원리에 부응할 수 있도록 배려되어야 한다.

첫째, 방송은 국가의사가 형성되기 이전에 자유롭고 공개적으로 행해지는 여론형성을 담당하기 때문에 국가권력의 간섭과 규제로부터 독립하여야 한다는 독립성의 원칙이 귀결된다(자유주의적 요청). 둘째, 방송은 다원적 국민의 다양한 의사를 전제로 하는 자유민주주의 체제 아래서 국가의 정책결정에 뒷받침이 되는 여론형성과정에서 이를 조화·통합하는 역할을 담당하는 것이기 때문에 방송의 운영 및 편성에 있어서는 일반국민 전체, 즉 공공의 다양한 이해관계를 가진 각계각층이 기회균등하게 참여할 수 있도록 다양성원칙에 따라야 한다(민주주의적 요청). 이와 같이 자유민주주의의 원칙으로부터 귀결되는 독립성의 원칙과 다양성의 원칙은 방송의 조직과 운영 및 편성에 있어서 광범위한 제도화의 필요성을 제기하게 된다.

3. 방송의 자유에 관한 법률에 의한 형성이 입법자의 소관임은 물론이다. 그 경우 입법자는 헌법적 목적에 기여하는 바를 규정함에 있어 광범위한 평가 및 형성의 재량을 갖지만, 그 법률적 형성에 있어

서는 여론형성에 기여한다는 목적과 이를 실현하는 규율수단간의 관계에 관하여 실증적 진단에 의해야 한다. 즉, 입법자는 형성법률에 의해 방송운영 주체의 지위(권리와 의무)를 결정하거나 제한할 수 있는데, 그러한 규율을 행함에 있어서도 그 목적은 오로지 방송에 의한 커뮤니케이션의 자유를 이롭게 한다는 형성목적에만 구속된다.

방송의 자유에 대한 객관적·법적 이해에 따른다면 방송에 관한 형성법률은 제한법률과 구별되어야 한다. 형성법률은 방송의 자유를 구체화하는 것으로서 커뮤니케이션의 자유의 이익을 위해 방송 자체의 특성에서 나오는 부담을 실정화한 것이다. 그에 반하여 제한법률은 방송의 자유를 보장하는 데 기여하는 것이 아니라, 방송이라는 매체의 자유와 충돌하는 법익, 즉 커뮤니케이션과는 무관한 다른 법익, 예컨대 개인적 법익이나 국가의 안보 등의 보호에 기여하는 법률을 의미한다. 이렇게 형성법률과 제한법률은 서로 상이한 법익을 보호하며, 그 근거와 합헌성 판단에 다른 기준이 적용된다. 제한법률은 헌법 제37조 제2항에 따라 과잉금지 및 비례의 원칙에 따라야 하지만, 형성법률의 경우에는 이러한 비례의 원칙에 따른 제한을 받지 않고, 단지 방송의 자유를 보장해야 할 목적을 그르치는 경우에만 위헌으로 판단된다.

4. 방송의 자유를 제도적 권리로 보는 경우 형성입법은 어떠한 사항을 규율 대상으로 하는가를 살펴볼 필요가 있다. 이 형성에 우선 방송체제에 관한 결정이 포함됨은 물론이고, 그밖에 여러 국면에서 방송의 조직과 활동이 그 규율 대상이 된다.

우선 방송의 자유에 대한 객관적·법적 이해에 따른다면 입법자의 형성권은 방송체제에 관하여 기본유형의 결정권을 가진다. 다양한 모델들 가운데 어떤 것을 선택할 것인지 혹은 이들 모델 가운데서



어떤 요소들을 결합할 것인지는 입법자의 책임에 속한다. 방송체제와 관련하여 공영체제를 채용하되 독점적 방송주체에 조직적·내용적 요건을 부과함으로써 견해의 다양성을 확보할 것인지(내적 다원성), 아니면 다수의 민영방송사업자를 허가하고 그에 의해 견해의 다양성을 확보할 것인지(외적 다원성)는 원칙적으로 입법자의 재량에 맡겨진 일이다. 그 경우 결정의 기준이 되는 것은 그 어떤 모델이 자유로운 의견 및 여론형성을 위하여 방송의 자유의 보장에 기여하는지 여부이다. 그 다음에 구체적인 규정들은 일단 선택된 모델과 합치하는지에 대하여 심사되어야 한다.

공·민영 병존체제를 취하는 경우 공영방송과 민영방송간의 관계에 관한 규율 역시 형성법률이 다룰 중요한 사항에 속한다. 이원적 방송질서 하에서 양자 중에서 어느 하나에 우월적 지위를 인정할 것인가, 아니면 양자를 동등하게 취급할 것인가에 따라 논란이 되고 있는 일련의 구체적인 문제들, 예컨대 재원조달이나 주파수배분 및 새로운 송신방식에의 참여 등 여러 문제에 있어서 상이한 결론에 이르게 된다.

독일의 경우와 마찬가지로 우리도 공영독점체제에서 공·민영 이원방송체제로 전환하였다. 그리고 독일의 입법자는 이러한 이원방송체제에서 공영방송은 기본적 방송서비스(Grundversorgung)의 임무를, 민영방송은 그를 보완하는 임무를 부여하는 방식으로 방송주체의 지위와 임무를 부과하였으며, 이러한 입법적 형성은 우리의 경우에도 원용될 수 있다.

방송의 운영을 위해 어떤 종류의 재원조달 형태를 채택하는가 하는 것도 원칙적으로 입법자가 정책적으로 결정할 사항이다. 방송질서를 결정하는 경우와 마찬가지로 이 경우에도 입법자는 자유로운 여론형성에 기여하는 방송의 기능이 위협받지 않도록 하여야 한다. 그에

의하면 기본적 방송서비스의 임무가 부여되는 공영방송은 수신료에 의해 재원이 보장되는 한편, 민영방송의 운영을 위해 광고에 의한 재원조달이 허용되는 것이 원칙이지만, 입법자는 이러한 원칙적 결정과 달리 복합적 재원조달 형태를 채용할 수도 있다.

방송과 관련하여 요구되는 법률적 규율사항에는 국가감독권을 일정하게 한정하여 규범화하는 것도 포함되는데, 이런 국가의 감독권은 오직 방송의 자유를 보장하기 위해 정립된 규정들이 준수되도록 확보하는 과업에만 기여해야 한다. 이 경우에도 방송의 독립성과 다양성의 요청이 지도원리로 적용되는데, 그 감독권을 행사하는 주체는 국가로부터 독립된 다양한 의견을 대변하는 자들에 의해 구성될 것을 요하며, 방송에 대한 감독은 법규감독을 원칙으로 한다.

공영방송사업자와 민영방송사업자간의 경쟁관계에 관한 문제는 특히 논란되고 있다. 이 경우 방송사업자간에는 단순한 경제적 측면에서의 경쟁이 아니라 문화적 관점에서 다양성 등 요청을 보존하는 문제가 우선적으로 고려되어야 한다.

커뮤니케이션 기술의 발전에 따라 방송법제는 그 자신의 규율법리를 새로이 등장한 커뮤니케이션 수단에 적용할 범위와 정도에 관한 결정을 필요로 하게 된다. 새로운 커뮤니케이션 수단 중 이렇게 엄격한 규율을 요하는 매체는 방송과 같은 특성을 공유하는 종류의 매체에 한정되어야 할 것이고, 그것은 방송의 정확한 정의에 의해 행해질 수 있다. 그렇지 아니한 매체에 대하여는 방송법제의 경직된 규율로부터 해방하여 자유의 영역을 확대할 필요가 있다. 산업적 측면에서도 시장원리에 의한 활성화 및 탈규제의 요구를 반영할 필요성이 고려되어야 한다.

5. 독일 판례가 확인한 바와 같이 방송의 자유는 그 핵심적 요소로서 프로그램자율(편성의 자유)을 포함하여 방송운영의 자유라고 하

는 포괄적인(global) 자유권을 보장한다. 방송운영의 자유는 방송에 고유한 취재 및 전송장비를 투입한 정보의 제공으로부터 방송의 송출 및 이용에까지 미치며, 각 방송매체가 필요로 하는 특수한 방송 준비행위에까지 미친다.

방송의 자유의 핵심내용인 프로그램의 자유(Programm-freiheit)는 방송주체가 자신의 언론적 과제를 어떤 방식으로 이행할 것인가를 외부의 압력으로부터 자유롭게 결정할 수 있는 자유를 보장한다. 편성의 자유가 다른 법익을 보호하는 일반법률에 의해 제한될 수 있음은 물론이고, 이 경우에는 헌법 제37조에 의한 과잉금지 요건이 지켜져야 한다. 그 밖에 제도적 권리론에 의하면 프로그램의 편성 및 제작에 관해서도 형성가능성이 인정되며, 실제로 프로그램에 관한 구체적 규율이 방송법에 규정되고 있다. 그에 따르면 방송프로그램의 원칙 및 지침에 해당되는 법률조항은 형성적 규율로서 방송의 자유를 확실하게 담보하는 데 기여하는 것이며, 오직 그에 기여하는 한에서만 허용된다. 예를 들면, 방송이 진실에 부합하고, 사실에 기초한 포괄적인 정보제공의 임무를 부여하는 방송법의 규정과 존재하는 의견의 다양성을 방송에 가능한 한 폭넓게, 그리고 완전하게 반영해야 한다는 요구를 구체화하는 조항 등이 그에 해당한다. 물론 이러한 프로그램 원칙을 지켰는지 여부 및 그 위반에 대한 제재는 국가에 종속되지 아니한 독립성을 가진 기구에 의해 담당되어야 한다.

6. 방송의 자유의 주체에 관하여 보면, 방송의 자유는 우선 방송운영의 권한이 부여된 방송사업자에게 부여된다. 이에는 공법인의 형태를 취하는 공영방송과 사법상 형태를 취하는 민영방송운영자가 있다.

공법적 성격의 방송운영자는 방송의 자유의 기본권 주체인 동시에

방송의 기능을 집행하는 공권력의 이행자로서 국민의 기본권을 보호할 의무를 가지는 자라고 하는 2중적 지위를 갖는다. 공영방송사업자는 신탁적 성격의 방송의 자유를 향유한다는데 특징이 있다.

민영방송사업자는 그 고유의 기본권으로서 방송의 자유를 향유한다. 프로그램 분야에 종사하는 방송사 직원도 방송의 자유의 주체가 되지만, 자기개발이나 자기발전을 위해서가 아니라 어디까지나 봉사하는 자유의 주체로서 자유가 보장될 뿐이다. 즉, 방송의 자유의 주체는 제3자를 위해 봉사하는 자유를 향유하는 것이기 때문에 이 자유를 수행하기 위한 목적이 주관적 자유와 결부될 수 없는 것이다.

일반 시청자는 방송의 자유의 주체가 될 수 없다. 시청자는 방송서비스의 소비자이면서 또는 수용자로서 일반적으로 접근할 수 있는 정보원(정보원)인 방송으로부터 정보를 획득할 권리(정보의 자유)만을 향유한다.

제도적 권리설에 의할 때 사인의 방송설립의 자유는 부인된다. 제도설을 취하는 경우 헌법상 민영방송이 도입될 수는 있지만 반드시 도입되어야 하는 것은 아니다. 민영방송을 도입할 것인가의 여부를 결정하는 것은 입법자의 몫이며, 이를 허용하기로 결정한 경우 민영방송 운영에 대한 허가는 법률적 규율을 필요로 한다. 이 경우 방송 운영을 위하여 허가를 신청한 개인은 방송의 자유의 기본권 존중청구권을 가지며, 기회균등한 요건과 절차에 따라 허가를 내주도록 요청할 권리를 갖는다.

7. 공영방송의 운영, 특히 그 조직 및 프로그램원칙은 방송법제가 간과할 수 없는 규율사항이다. 우선 공영독점제를 취하는 경우뿐 아니라 공·민영 이원주의를 취하는 경우에도 공영방송의 임무에 관한 규율뿐 아니라 그 조직과 운영이 방송의 독립성원칙과 다양성원칙에 부응하도록 규율하는 것이 요구된다.

공영방송은 법률에 의해 설립되는 영조물 형태의 공익적 법인이며, 그 임무와 활동범위가 법률에 의해 정해진다. 그 임무범위는 우선 방송의 운영과 그에 필요한 부수적 영역에 한정되며, 그 외의 영업적 활동이나 자본투자 등 활동에는 법률의 근거가 없는 한 허용되지 않는다.

우선 공영방송은 기본적 방송서비스(Grundversorgung)의 임무를 이행할 책임이 있고, 그 한에서 공영방송은 헌법상 존속 및 발전을 보장받는다. 시청료를 통한 재원조달이 보장되어 있는 공영방송에 부과되는 국민에 대한 기본적 방송서비스의 임무는 우선 자유로운 의견형성과정의 매체 및 요인으로서, 그리고 공공의 일로서 방송을 운영하고 전파할 임무를 부담한다는 데 있다.

공영방송은 국가로부터 독립되고 다양한 이익을 반영할 수 있는 조직을 갖추어야 하며, 따라서 그 운영주체의 의사결정은 국민 각계각층의 대표들이 모여 독자적인 운영을 할 수 있도록 배려되어야 한다. 방송의 조직에서 이른바 내적 다원주의를 실현하는 구체적 제도로서는 영국의 경영위원회 제도와 독일의 방송참의회 제도가 대표적이다.

공법상의 공익적 공영방송에서 프로그램의 자유영역은 객관성, 형평성, 중립성 및 탈경향성에 구속받으며, 이를 위해 이를 실현할 수 있는 조직 및 편성원리가 부과된다.

여기서 중요한 개념으로 등장하는 중립성이란 방송주체가 전체 공동사회에 존재하는 모든 의견과 문화적 흐름을 왜곡 또는 조작함이 없이 그 실제상의 비중에 따라 표현시킬 의무를 의미한다. 중립성 의무는 양적인 측면에서 사회에 존재하는 실제상의 비중에 따라 의견과 사상의 흐름을 비례적으로 표현할 기회를 부여해야 한다는 점과 질적인 측면에서 특정 의견이나 문화적 사조의 내용을 왜곡 또

는 조작됨이 없이 전달해야 한다는 면을 포함한다.

공법상의 공영방송의 경우 상업광고의 허부는 입법자의 재량에 속하는 것이며, 법률에 의해 허용되는 경우에도 공영방송은 광고에 관하여 헌법상 직업의 자유에 의한 보호를 향유하는 것이 아니다.

8. 민영방송에 관한 규율은 방송법제에서 중요한 부분이다. 입법자는 민영방송의 설립을 허용하는 경우에도 그에 의해 방송의 자유가 실제로 이행·행사될 수 있는 모든 규율을 정해야 한다.

입법자가 방송조직에 관하여 민영방송도 허용하기로 결정하였을 경우, 그 설립 및 운영에 관한 규율 역시 입법적 형성의 영역에 속함은 물론이다. 이에 관하여 입법자는 방송진출에 관한 규율을 마련하고, 이에 관하여 심사하고 결정함에 있어서 지켜야 할 법치국가적 절차를 규정해야 한다. 독일 판례에 따르면, 민영방송을 새로 허가하는 경우 그에 관한 법률이 헌법상 방송의 자유가 요구하는 바를 충족시키고 있는지의 여부는 위헌심사의 대상이 된다. 입법자가 방송법에서 방송운영에 대하여 허가제를 규정하는 것이 합헌임은 물론이고, 허가의 관할, 절차, 허가의 발급·취소·철회의 요건에 관하여 규율하고, 선정원칙 및 방송시간 배정에 관한 원칙 등을 정하는 방송법상의 규율은 헌법상 요구된 것이다. 허가시 유의할 점은 방송진출에 기회균등의 원칙을 지켜야 한다는 점이다.

민영방송이 누리는 방송의 자유, 특히 방송운영은 이를 허용하는 형성법률에 의해 입법자에 의해 결정된다. 그럼에도 입법자는 민영방송을 일단 허용한 이상 한편에서 그로부터 사익성의 요소를 박탈하여서는 아니 되지만, 다른 한편으로는 그것이 완전히 사적인 목적에만 기여하는 것이어서도 아니된다. 따라서 이원체제를 선택한 입법자는 민영방송을 허가하는 경우 민영방송이 독자적으로 방송운영을 거의 할 수 없거나 또는 이를 고도로 어렵게 하는 조건이나 구조를

형성하여서는 아니된다. 이러한 고려하에서 민영방송 운영자는 이원 체제에서 기대되는 방송의 기능을 보호받으며, 형성법률에 의해 주어진 범위내에서 주관적 권리를 갖고 그 범위내에서 헌법적 보호를 받게된다.

사업적 방송운영자가 누리는 프로그램의 자유영역은 공영방송의 경우보다 더 넓다. 민영방송운영자들에게는 공영방송에서 요구되는 객관성, 형평성, 중립성 및 탈경향성(경향중립성)의 기준이 동일한 강도의 구속력을 발휘하지 못하며, 다만 균형 있는 다양성이라는 기본적인 기준만이 적용되고, 나아가 일정한 경향보호가 인정된다. 따라서 민영방송은 공영방송의 경우와 같은 프로그램 편성기준을 따라야 할 필요는 없지만, 그렇다고 반드시 그보다 수준이 낮아야 하는 것도 아니며, 여론형성과 관련하여 독주세력이 형성되는 것을 방지하기 위해 민영방송에 요구되는 최소한의 요건이 규정되어야 한다. 즉, 다양성 원칙에 충실하려는 관점에서 입법자는 민영방송에서도 가능한 한 높은 수준의 균형 있는 다양성에 도달하고, 이를 확보하도록 규정해야하며, 바로 이 목적에 적합한 사전예방적 조치를 취해야 한다. 따라서 민영방송에서도 소수자의 의견을 포함하여 모든 경향의 의견이 표현될 수 있는 가능성을 확보해 주어야하며, 개별 방송사나 프로그램들이 여론의 형성에 대하여 과도하게 균형을 깨뜨리는 일방적인 영향력을 행사하지 못하도록 이를 배제하여 특정 의견을 대변하는 지배적 세력의 발생을 방지하여야 한다.

민영방송의 경제적 측면을 보면 그것은 저널리즘활동일 뿐 아니라 동시에 경제활동이라는 양면적 성격이 주목된다. 그러므로 민영방송 사업자는 방송의 자유와 기업의 자유를 경합적으로 향유하며, 그에 대하여는 헌법상 직업의 자유가 보충적으로 적용된다. 따라서 민영방송은 하나의 기업으로서 이윤을 추구하며, 이러한 활동은 헌법에

의해 보호된다.

민영방송사업자들은 주로 광고를 통해 재원을 조달하며, 광고수입에 의한 재원조달은 민영방송의 운영을 경제적으로 보장하는 합헌적 방식이다. 그러므로 상업광고는 민영방송에 불가결한 재원조달수단으로서 헌법상 방송의 객관적·법적 제도보장을 향유하며, 민영방송의 경우 광고를 금지한다거나 그 재정적 기반을 위협하는 정도로 광고를 제한한다면 방송운영의 자유는 물론 기업의 자유의 본질내용보장에 위반되어 위헌이 된다.

그러나 민영방송에서 광고방송은 오로지 이윤획득만을 목적으로 허용되는 것이 아니라, 제1차적으로 커뮤니케이션활동의 재정적 기반을 위해 허용되는 것이다. 그러므로 방송광고가 그 내용에서 광고일반에 적용되는 모든 법적 제한을 받아야 함은 물론이고, 광고가 부당하게 편성부분에 미치는 영향은 차단되어야 한다.

## 2. 결론

인쇄매체에 비하여 비교적 새로운 매체로서 방송에 관한 규율에 관하여는 그 본질적·체계적 논의가 이루어지지 못한 것이 우리 학계의 실정이었다. 이 글에서는 독일에서 전개되는 학설과 판례의 이론을 중심으로 방송의 자유의 본질과 그 보호범위에 관한 논의를 상술하였다.

그에 비추어 보면 우리의 방송법제는 여러 가지 면에서 새로운 검토가 요구됨을 알 수 있다. 우리의 경우 매체기술의 발전과 정치상황의 민주화에 따라 방송체제의 개편을 거듭하여 왔으나, 수차례 정권이 교체되었음에도 불구하고 방송의 공정성 시비가 끊이지 않고 있는 것을 보면 올바른 방송질서의 제도화는 아직도 미해결의 문제



임을 시사하고 있다.

이 글에서 살펴본 바에 의하면 방송의 기본적 기능과 지위에 관한 본질상의 이해에 따른 제도화가 입법론적으로 절실하게 요구됨을 알 수 있다.

첫째, 지적되어야 할 점은 공영방송과 민영방송은 그 기본적 임무와 법적 지위에서 상이함에도 불구하고 우리의 경우 공영과 민영의 조직, 운영 및 편성에 관하여 아무런 차별적 규율이 법제화되어 있지 못하고 있다는 점이다.

둘째, 이와 관련하여 먼저 우리의 방송법제에서 공영방송에 관하여는 방송헌법상 요구되는 조직과 운영의 법리가 충분히 법제화되어 있지 못하다는 점이 지적될 수 있다. KBS에 대하여는 국가 기간방송이라는 구호만이 표방되고 있을 뿐, 그가 담당해야 할 기본적 방송서비스의 임무나, 그에 걸맞게 국민참여를 담보하는 다원적인 내적 조직과 의사결정 절차가 충분히 법제화되어 있지 않다. 이것이 정권이 바뀔 때마다 반대파로부터 극심한 편파성 시비를 벗어나지 못하는 중요한 이유라고 생각될 수 있다. 본문에서 언급한 바와 같이 방송의 국가로부터의 독립성을 지킬 뿐 아니라 국민 각계각층의 다양한 의사가 방송의 운영에 참여할 수 있도록 자율적인 내적 의사결정기관을 설치하고 그 권한이 실제적으로 기능할 수 있는 구체적 규정을 만드는 것이 필요하다. 2000년 방송법 개정에 의해 KBS 이사회의 구성과 권한에 다소 개선이 있었으나, 아직까지도 국민참여에 의한 다원적 구성과 운영에는 미흡하다고 할 수 있다. 나아가, 민영방송에서는 등한시될 수 있는 기본적 방송서비스를 이행하는 방송주체로서 엄격한 중립성과 객관성 및 포괄적 보도의 원칙이 실효성 있는 구속적 규범으로 적용될 수 있는 조치가 입법적으로 강구되어야 한다. 시청료를 지불하는 국민은 이러한 공영방송의 창출

과 그에 걸맞는 정보서비스를 요구할 수 있으며, 이러한 방송헌법상의 요구를 충족하지 못하는 공영방송에 관한 방송법 조항은 헌법소원에 의해서도 위헌으로 판정될 수 있을 것이다.

셋째, 현행 방송체제에서 법적 정체성이 모호한 MBC에 대한 정체성의 확립 및 그에 걸맞는 규율은 우리 방송법제에서 간과할 수 없는 중대한 입법적 과제이다. 주식회사 형태의 민영방송으로 출발하였으나, 정치적 상황의 변화에 따라 공법인이 소유하는 기형적 형태의 지배구조를 갖게 된 MBC는 우리 방송법제의 기형아로서 그 정체성 여하에 관해 오랫동안 논란되어 왔다.

그러한 법적 존재형태는 올바르게 운영되는 경우 긍정적 결과를 가져올 수도 있다. 이러한 형태는 개인이 주식을 소유하는 경우 방송의 운영에서 야기될 수 있는 영리추구의 경향을 벗어날 수 있고, 나아가 시청률지상주의의 폐해를 배제할 수 있는 법적 토대를 갖추었기 때문이다. 그러나 과거 운영의 현실은 그와 달랐다. MBC의 기형성은 여러 면에서 역기능으로 나타나고 있다.

MBC가 광고방송에 의해 운영되는 것은 불가피한 것이지만, 광고방송을 행하는 한 이윤을 추구하려는 욕구를 벗어날 수 없고, 이러한 경향은 그 외견적 민영성에 가탁하여 시청률을 목적인 선정주의적 편성의 경향을 결과하고 있다. 나아가, 운영의 실제에 있어서 실질적인 방송법인에 대한 지배(corporate governance)가 방송문화진흥회라는 명목상의 형식적인 지배주주 대신에 노동조합을 중심으로 한 방송사 소속원에 귀속되고 있어 그로 인한 폐단이 논란되고 있다. 방송운영의 현실적 주도권이 이들에게 이전된 결과 그 편성은 진보 일변도의 편파적 경향성을 보여왔고, 공영방송으로서의 중립성은 방기되어온 것 역시 부인할 수 없는 사실이다.

MBC의 공영방송으로서의 정체성을 확립하는 길은 그 조직 및 운영에 있어서 공영의 정신이 구속력을 가질 수 있도록 방송문화진흥회법 등 법률에 구체적으로 규정하는 방안이 요청된다. 위에서 KBS에 관하여 논의된 바와 같이 MBC의 경우에도 그 내부 조직에서 참여적·다원적인 의사결정기관이 방송의 실질적 운영을 결정할 수 있도록 규정되어야 할 뿐 아니라, 상술한 바와 같은 KBS에 적용되어야 할 프로그램 원칙이 적용되도록 하여야 할 것이다.

넷째, 민영방송이 향유하는 편성 및 광고의 자유에 관하여는 이 글에서 다소 해명되고 있지만, 현행 방송법은 제2의 민방 또는 케이블이나 위성 등 뉴 미디어에 대한 관계에서는 속출하는 이해의 충돌을 충분히 해결할 방도를 마련하지 못하고 있다. 이 글이 전체적인 전기통신 미디어 법제의 관점에서 모든 문제를 다루지는 않았다. 그러나 여기서 논의된 방송법제의 기본법리는 여타 미디어에 대한 법적 규율에 있어서 그 특성에 따른 차별적인 규제를 요하는 기준이 될 것이다.

다섯째, 이상과 같은 법적 규율이 실효성을 가지려면 이를 충분히 감독·통제할 수 있는 체제를 충실히 할 필요가 있다. 현행법상 방송에 관한 감독·통제기관으로서 설립된 방송위원회는 그 지위 및 권한과 기능에 있어서 여러 차례의 법개정을 통해 개선되어 왔지만, 아직도 그 구성과 절차 및 기능에 있어서 충분한 법규감독을 행사할 수 있는 체제가 미흡하다고 할 수 있다.

**【참고문헌】**

- 독일방송헌법판례, 독일연방헌법재판소, 전정환·변무웅 옮김, 방송  
문화진흥총서40, 한울 (2002)
- 고수자, 독일 연방헌법재판소의 방송 헌법판례에 관한 연구
- 박용상, 언론의 자유와 공적 과업, 교보문고(1982)
- 박용상, 방송법제론, 교보문고 (1988)
- 박용상, 표현의 자유, 현암사 (2002)
- 박용상, 헌법상 방송의 기본질서(1981, 법률신문 제1411호 내지  
1418호)
- 박용상, 편집권의 법적 조명, 헌법논총 제12집(2001, 헌법재판소), 5  
면 이하
- 박용상, 방송자문위원회의 제도적 개선방안(1982, 방송위원회 토론  
회 주제논문)
- 박용상, 방송위원회의 법제론적 고찰(1990, 방송위원회)
- 박용상, 방송위원회의 법적 지위 및 권한(1995. 2. 한국공법학회 발  
표논문)
- Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3.  
Aufl. 1985, Art. 5
- Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2002, Vor Art. 1.
- K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik  
Deutschland, 17. Aufl. 1991, Rdn. 303ff; Pierot-Schlink,  
Grundrechte, 6. Aufl. 1990 Rdn. 241f, 249
- Hebert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 175-178
- Silke Ruck, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und  
Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR 117

(1992) 543

Herbert Bethge, Die Freiheit des privaten Rundfunks, Die  
Öffentliche Verwaltung - August 2002 - Heft 16, S. 673

Bethge, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2002, Art. 5. Rn. 13a

Klein, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit, Der Staat 1981, S.  
195

Schmitt Glaeser, Die Rundfunkfreiheit in der Rechtsprechung des  
Bundesverfassungsgerichts, AöR 112 (1987), 216f.

Rupert Scholz, Medienfreiheit und Publikumsfreiheit, in  
Festschrift Löffler, 1980, S. 358

Rupert Scholz, JZ, 1981, S. 564

Kull, Verschüttung und Ausgrabung der Rundfunkfreiheit, AfP  
1971 S. 98, 102

Rudolf, Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, 1971 S. 21

Bullinger, Elektronische Medien als Marktplatz der Meinungen,  
AöR 108 (1983) S. 61ff

Bullinger, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der  
Telekommunikation, 1980

Klein, Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit, Der Staat 1981, S.  
189f

Gabriel Bräutigam, Rundfunkkompetenz und Rundfunkfreiheit, 1990,  
S. 29ff

Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektive Prinzipien  
in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR  
110 (1985), S. 363ff

Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation,

NJW 1974 S. 1529ff

Böckenförde/Wieland, AfP 1982, 77

Hoffmann-Riem, Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1991, S.  
73

Fritz Ossenbühl, HStR III, 2. Aufl. 1996, § 62

Fritz Ossenbühl, DÖV, 1977 S. 381ff

Josef Isensee, HStR V., 2. Aufl. 2000, § 111

Friedrich Kübler, Medienverflechtung, 1982, S. 85

Peter Lerche, HStR V, 2. Aufl. 2000, §121 Rn. 4 mit Fn. 85



# 독일에서의 환경보호

- 기본법 제20a조를 중심으로 -

고 문 현

헌법연구원

- 목 차 -

I. 서론	119
II. 국가목표조항으로서의 환경보호	123
1. 국가목표조항의 의의	123
2. 국가목표조항의 수범자	125
가. 사인이 아닌 국가	125
나. 모든 국가권력	126
3. 국가목표조항의 내용	137
가. 자연적 생활기반	137
나. 인간중심적 환경보호 : 생태계중심적 환경보호	141
다. 보호	144
라. 미래세대보호	146
III. 기본법 제20a조의 혁신적 잠재력	149



1. 법질서의 생태화(Ökologisierung der Rechtsordnung) .....	149
2. 정치적 자체추진력(Politische Eigendynamik) .....	150
3. 총괄규정(Querschnittsklausel) .....	151
4. 자극효과(Impulswirkung) .....	151
5. 환경보호의 평가절상(Aufwertung des Umweltschutzes) .....	152
IV. 기본법 제20a조에 관한 판례 .....	153
1. 개관 .....	153
2. 1995. 4. 13.자 연방행정법원결정 .....	154
가. 사건개요 .....	154
나. 결정내용 .....	155
다. 평석 .....	157
3. 1995. 9. 21.자 연방행정법원 결정 .....	159
가. 사건개요 .....	159
나. 결정요지 .....	159
다. 결정이유 .....	160
4. 사건 .....	161
V. 결 론 .....	162

## I. 서론

서구의 근대과학기술의 발달에 의하여 산업혁명 이후 인류는 일찌기 볼 수 없었던 물질문명을 구가할 수 있게 되었지만 그에 따르는 환경파괴의 문제가 19세기 말 내지 20세기 중반까지는 공업화와 도시화에 따른 불가피한 부산물로서 생각되어 어느 정도는 인간이 문명의 수혜자로서 감수해야 할 것으로 생각하는 정도였다.<sup>242)</sup> 그러나 오늘날 하천 및 해양의 오염, 지구온난화현상, 대기오존층의 파괴 등 인간에 의한 지구환경의 침해에 대한 우려의 목소리가 그 어느 때 보다 고조되고 있다. 자연환경 및 생태계의 파괴는 우리 현시대 뿐만 아니라 우리의 장래 및 후세대의 생존환경에 심각한 영향을 가져올 수 있으며, 자칫 인류의 종말을 가져올지도 모른다는 점에서 그 보호의 중요성은 아무리 강조하여도 지나치지 아니하다.<sup>243)</sup>

독일의 경우 전후 복구의 시기가 지나고 1960년대 이른바 라인강의 기적이라는 경제성장을 이룩하면서 환경문제가 점차 국민적 관심사로 등장하게 되었다. 그리하여 1961년 독일 총선에서 사회민주당(Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD)은 ‘루르지방에 푸른 하늘을’(blauen Himmel über der Ruhr)이라는 캐치프레이즈(Catch Phrase)를 선거구호<sup>244)</sup>로 내세웠는데 이것은 “현대국가의

242) 이경희, “과학기술법 연구의 필요성과 과제 -환경문제와 법의 역할-”, 「과학기술법연구」, 창간호, 한남대학교 과학기술법연구소, 1995. 12, 5-10쪽; 한상범, “인권으로서의 환경권의 법리”, 「고시연구」, 1981. 1, 55쪽; 박홍우, “환경권의 법적 성질”, 「환경법의 제문제(상)」, 재판자료 제94집, 법원도서관, 2002, 11쪽.

243) 이경희·이재곤·정상기, 「생물다양성의 환경법적 보호-자연환경 및 멸종위기종의 보호를 위한 국내의 입법동향과 향후과제-」, 길안사, 1998, 19쪽.

244) Hansjörg Dellman, “Zur Problematik eines “Grundrechts auf menschenwürdige Umwelt””, DÖV, 1975, 588쪽.

숙명적 과제”<sup>245)</sup>인 환경문제의 심각성을 정치적 이슈로 제기한 최초의 선거구호로 볼 수 있다. 그러나 독일에서 환경보호를 기본법에 명시적으로 규정하려는 노력은 1971년 가을 프라이부르크(Freiburg) 자유민주당 전당대회에서 “인간의 존엄에 적합한 환경권”을 헌법에 규정하라는 요청<sup>246)</sup>에서부터 시작되었다고 할 수 있다. 그 이후 환경보호를 둘러싸고 행해진 정당정책적 논의<sup>247)</sup>와 학계의 논의를 거쳐,<sup>248)</sup> 1994. 10. 27. 제42차 기본법 개정<sup>249)</sup>으로 일단락 되었다. 더

---

245) R. Breuer, “Umweltschutzrecht”, in: I. v. Münch/E. Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1992, 396쪽; H. Hofmann, “Technik und Umwelt”, in: E. Benda/W. Maihofer/H. J. Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., Berlin, New York: de Gruyter, 1994, 1005쪽 Rn. 1; R. Schmidt, Einführung in das Umweltrecht, 4. Aufl., C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1995, XXVI; U. Dempfle/H. J. Müggendorf, “Die Umwelt, ein Rechtsbegriff?”, NuR, 1987, 301쪽.

246) K. H. Flach/W. Maihofer/W. Schell(Hrsg.), Die Freiburger Thesen der Liberalen, robor aktuell, Nr. 1545A, 1972, 109쪽 이하; Wolfgang Maus, “Individualrecht oder Staatsziel -Zum Grundrecht auf Umweltschutz”, JA, 1979, 288쪽.

247) 여기에 관하여는 L. H. Michel, “Umweltschutz als Staatsziel? Zur Problematik der Aufnahme einer Umweltstaatszielbestimmung in das Grundgesetz”, NuR, 1988, 272쪽 이하; L. H. Michel, Staatszwecke, Staatsziele und Grundrechtsinterpretation unter besonderer Berücksichtigung der Positivierung des Umweltschutzes im Grundgesetz, PETER LANG, Frankfurt am Main u. a., 1986, 269쪽 이하; 홍성방, “독일의 헌법과 행정법에 있어서의 환경보호”, 「안암법학」, 제4집, 안암법학회, 1996, 52-64쪽; 홍성방, 「환경보호의 법적 문제-독일의 헌법과 행정법에 있어서 환경보호를 중심으로-」, 서강대학교 출판부, 1999, 117-131쪽 참조.

248) Rolf Stöber, “Umweltschutzprinzip und Umweltgrundrecht-Zum gegenwärtigen Diskussionsstand aus auch ökonomischer Sicht-”, JZ, 1988, 428쪽; 홍성방, “독일의 헌법과 행정법에 있어서의 환경보호”, 64-76쪽.

249) 독일의 제42차 기본법 개정은 1994년 10월 27일에 이루어지고 1994년 11월 15일에 효력이 발생하였다. BGBI. I 3246쪽. 이전의 1987년 10월 14일 독일연방하원 법사위원회에서 개최된 환경보호를 기본법에 명문화하는 문제에 대한 전문가 공청회에서도 사회민주당(SPD)의 안 “자연적 생활기반은 국가의 특별한 보호를 받는다.”의 자연적 생활기반과 관련하여 자연에게 권리를 인정할 것인가에 대하여 전문가 사이에 찬·반 의견교환이 있었다. 또한 학계에서도 이 공청회를 진후하여 자연에게 권리를 인정할 것인가에 대하여 논쟁이 있었다. 이 과정에서

나아가 독일 연방의회는 2002. 7. 26. 제50차 기본법 개정에서 종전의 “자연적 생활기반”의 보호에서 “자연적 생활기반과 ‘동물’”의 보호라고 함으로써 ‘동물’ 보호를 명문화하기에 이르렀다.<sup>250)</sup>

여기에서는 쾌적한 환경 속에서 삶의 질을 추구하는 것이 중요한 문제로 부각되고 있는 현상황에서 환경국가<sup>251)</sup>의 출현에 직면하여

---

자연에게 권리를 인정해야 한다는 주장의 필요성을 요약하면 다음과 같다. 인간 중심주의는 자연을 객체화시켜 그 권리를 부정한 결과 오늘과 같은 환경파괴가 올 수밖에 없었다. 그에 반하여 자연 중심주의는 자연의 주체성을 회복시켜 그 권리를 인정함으로써 그 파괴를 막고자 한다. 즉 자연의 권리를 인정하는 것만이 현재의 환경위기를 극복할 수 있는 유일한 길이라는 것이다. 이 공청회에서 H.-P. Schneider, Frank, Schmidt와 Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschlands e. V. 등이 찬성을 하였고, DAV, DRB, Badura, Dellbrück, Hoppe, Leisner, Lerche, Randelzhofer, Rauschnig, H. Schneider 등은 반대를 하였다. 그리고 Stern은 중간적 견해를 표명하였다. K. Bosselmann, “Eigenrechte für die Natur?”, KJ, 1986, 2쪽; H. Frh. v. Lersner, Gibt es Eigenrechte der Natur?, 2. Aufl, 1993, 43쪽; J. Leimbacher, Die Rechte der Natur, 1988, 40쪽; P. Saladin/C. Zenger, Rechte künftiger Generation, 1988, 693쪽; H. Kuhlmann, “Aufnahme der Mitgeschöpflichkeit ins Grundgesetz?”, JZ, 1990, 162쪽 등은 찬성을, K. Karin, “Eigene Rechte für die Natur? - Eine kontroverse -”, KJ, 1986, 339쪽; H. G. Henneck, “Abkehr von der Anthropozentrik im Umwelt-und Planungsrecht”, AgraR, 1986, 192쪽; H. Hofmann, “Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts”, JZ, 1988, 255쪽; K. Heinz, “Eigenrechte der Natur”, Der Staat, 1990, 415쪽; M. Kloepfer, “Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats”, DVBl., 1994, 12쪽 등은 반대의 뜻을 표시하고 있다. 홍성방, “자연의 권리주체성”, 「한림법학」, FORUM 제4권, 한림대학교 법학연구소, 1994/1995; 홍성방, 앞의 책, 6-35쪽.

250) Axel Tschentscher, The Basic Law(Grundgesetz): The Constitution of the Federal Republic of Germany(May 23rd, 1949), Würzburg/bern: Jurisprudentia Verlag, 2003, 15쪽, 28쪽; BGBl. 1 S. 2862.

251) 환경국가로서의 국가는 환경의 완전성을 국가결정의 중요한 목표와 척도로 삼는 국가이다. M. Kloepfer, “Auf dem Weg zum Umweltstaat”, in: Umweltstaat, M. Kloepfer(Hrsg.), Springer-Verlag, Berlin u. a., 1989, 39쪽, 43-44쪽; M. Kloepfer, “Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats”, DVBl., 1994, 12쪽; M. Kloepfer, “Entwicklung und Instrumente des deutschen Umweltrechts”, 김연태 역, “독일환경법의 발전과 수단”, 「공법연구」, 제25집 제2호, 1997. 6, 60쪽, 101쪽. 다시 말하면 환경국가란 국가환경의 신성불가침을 국가의 과제로 하고, 국가의사결정의 척도이자 행위의 목적으로 삼는 국가를 의미한다고 할 수 있다. 박수혁, “환경국가로 가는 길”, 환경문제연구총서(VI), 대한변호사협회, 1996, 16쪽. 환경국가는 첫째, 현실적으로 나타난 명백한 환경위험에 대처하기 보다 오히려 장래에 생겨날 환경위기를 미리 예견하여 감소시키려

지난 20여 년 동안의 환경보호 수용 논의를 통하여 국가목표조항의 형태로 기본법 제20a조에 명시적으로 자리잡게 된 독일의 환경보호 조항을 고찰함으로써<sup>252)</sup> 우리나라 헌법에 규정되어 있는 환경권과 관련하여 논의되고 있는 문제들을 명확히 하고<sup>253)</sup> 머지않아 실현될 남·북한 통일헌법의 제정<sup>254)</sup>시 환경보호의 바람직한 규정형태에

는데 주안점을 두기 때문에 법치국가나 사회국가와는 달리 예방국가(Präventionsstaat) 또는 사전배려국가(Vorsorgestaat)임을 그 특색으로 하고, 둘째, 법치국가나 사회국가와 관련된 법익이 개인적 재화인 것과는 달리 환경국가와 관련된 법익은 공적 재화라는 점에서 그 특색이 있다. 홍성방, 앞의 책, 100쪽 각주66), 155-157쪽.

252) 여기에서는 환경보호에 관하여 국가목표조항으로 규정한 기본법 제20a조를 중심으로 고찰해 보기로 한다. 따라서 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄에 관한 규정, 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현에 관한 규정, 제2조 제2항의 생명·신체의 불가침에 관한 규정, 제75조 제1항 제3호, 제4호의 자연보호 등에 관한 규정의 고찰은 제외하기로 한다; 일반적으로 Staatszielbestimmung을 국가목표 규정이라고 표현하기도 하지만 기본권'조항'과의 대칭관계를 고려하여 이하에서는 편의상 국가목표조항으로 표현하기로 한다.

253) 1970년대에 독일 기본법에 환경권을 추가하려 하였으나 독일 기본법상 기본권은 “직접적으로 효력을 갖는 법으로서 입법, 집행 및 사법을 구속”하는 것이므로(제1조 제3항) 환경보호를 기본권의 형태로 명문화할 때 생길 수 있는 문제들을 고려하지 않을 수 없다는 등의 반론이 제기되어 기본권조항의 형태로 규정하는 것을 단념하고, 국가목표조항의 형태로 환경보호에 관한 규정을 두자는 데 합의가 이루어짐으로써 20여 년 이상 동안의 환경보호에 관한 논의를 일단락 지었다. 우리 헌법이 일찍부터 환경권을 기본권목록에 포함시켜 온 것은 일견 긍정적으로 평가될 수 있을 것이지만 환경권이 그 사회의 현실적 맥락에서 어떻게 실현·행사되고 있는지를 도외시하고 단순히 환경권을 헌법에 명문화했다는 사실만으로 그 헌법의 선진성을 추론하는 것은 잘못이라는 지적이 있다. R. Breuer, “Umweltschutzrecht”, Rn. 34, 410쪽; 홍준형, 「환경법」, 박영사, 2001, 39-40쪽; 고영훈, 「환경법」, 개정판, 법문사, 2002, 43-44쪽 참조.

254) 국순옥, “통일국가의 헌법과 기본법분야의 체계”, 「공법연구」, 제21집, 1993, 53-71쪽; 김철수, “동북아시아의 평화와 한반도의 통일”, 「세계헌법연구」, 제2호, 1997. 9, 35-49쪽; 김철수, “통일헌법의 제정방향”, 「고시계」, 1997. 12; 김승대, 「동서독 통일과정에서의 헌법적 문제에 대한 이론적 고찰 -남북한 통일에 대비한 헌법이론의 모색-」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1996. 8, 254쪽; 박수혁, “통일한국의 기본질서”, 「세계헌법연구」, 제2호, 1997. 9, 232-233쪽; 장명봉, “독일의 규범적 통일성취와 헌법개혁문제-우리의 통일문제에의 헌법적 접근을 위하여-”, 「헌대법의 이론과 실제」, 금강김철수교수화갑기념논문집, 1993, 214-241쪽; 장명봉, “남북한통일과 통일헌법의 구성원리”, 「아·태공법연구」, 제2집, 1993. 11, 115-120쪽; 장명봉, “통일상황전개와 헌법적 대응”, 「법제연구」, 제12호, 1997. 6, 6-29쪽; 장명봉, 「분단국가의 통일과 헌법 : 독일과

대한 중요한 참고자료로 삼는데 기여하고자 한다.

## II. 국가목표조향으로서의 환경보호

### 1. 국가목표조향의 의의

국가목표조향에 대한 정의는 여러 가지로 갈리고 있다.<sup>255)</sup> 국가목표조향이라는 개념은 입센(Hans Peter Ipsen)에까지 거슬러 올라가는데<sup>256)</sup> 그 이론적 기초를 확립한 것은 쇼이너(U. Scheuner)이다.<sup>257)</sup> 국가목표조향의 개념과 효력에 관하여 포괄적인 정리를 시도한 쇼이너는 “일반적이거나 제한된 형태로 국가작용에 원칙과 지침을 제시하고 국가작용에 명령과 지시를 통하여 방향을 설정하고 객관적 과제를 부여하는 규정”이라고 정의하면서 국가목표조향은 헌법원리의 목록에 속한다고 한다.<sup>258)</sup> 페터스(H. J. Peters)는 “국가활동에 일정한 과제의 지속적 준수와 이행을 규정하는 구속력을 가진 헌법

---

예멘의 통일사례와 헌법자료」, 국민대학교출판부, 2001 참조.

255) 국가목표조향에 대하여 자세한 것은 이종영, “개정된 독일 기본법상 국가목표규정으로서의 환경보호”, 「독일통일관련 연방헌법재판소의 판례 및 기본법개정에 관한 연구」, 헌법재판소, 1996. 12, 390-396쪽; 권영설, “헌법전의 재구성논의와 개정논의”, 「저스티스」, 제29권 제1호, 1996. 6, 19쪽; Karl-Peter Sommermann, “Staatsziel »Umweltschutz« mit Gesetzesvorbehalt?”, DVBl., 1991; Karl-Peter Sommermann, “Die Diskussion Über Die Normierung Von Staatszielen”, Der Staat, 1993; Karl-Peter Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, 355-376쪽 참조.

256) Hans Peter Ipsen, Über das Grundgesetz, 1950, 14쪽; J. Lücke, “Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge”, AöR, Bd. 107, H. 1, 1982, 21쪽.

257) U. Scheuner, “Staatszielbestimmungen”, in: Festschrift für Forsthoff, 1972, 325쪽, 335쪽 이하; J. Lücke, 앞의 글, 21쪽.

258) U. Scheuner, 앞의 글, 335쪽; J. Lücke, 앞의 글, 21쪽.

규범”으로 국가목표조항을 정의하고 있다.<sup>259)</sup> 국가목표조항에 대해서 가장 일반적이고 권위를 부여받고 있는 정의인 국가목표조항·입법위임규정에 대한 전문가 보고서<sup>260)</sup>에 따르면, “국가에 대하여 구체적 목표를 계속적으로 고려하거나 충족시킬 것을 규정하고 있는 법적 구속력을 가진 헌법규범”이라고 정의하고 있다.

국가목표조항은 입법자에게 일차적으로 향하고 있다. 그러나 국가목표조항은 또한 집행부와 사법부의 해석지침이 되기도 한다. 국가목표조항에 의하여 부과된 국가과제를 실현하는 방법과 시기는 입법자의 결정에 일임되어 있으나, 국가목표조항에 반하는 법률은 위헌이 된다. 국가목표조항은 한편으로는 법적 구속력을 가지기 때문에 규범적 성격을 결여하고 있는 입법강령과 구별되며<sup>261)</sup>, 다른 한편으로는 모든 국가기관을 구속할 뿐만 아니라 또한 입법의 시기와 방법을 입법자에게 일임하고 있다는 점에서 입법기관에게 구체적 규율정립의 의무를 부과하고 있는 입법위임규정과 구별된다.<sup>262)</sup> 그리고 국가목표조항은 개별적 국민에게 주관적 권리를 부여하지 않는다는 점에서 기본권과도 구별된다.<sup>263)</sup>

259) Heinz-Joachim Peters, “Praktische Auswirkungen eines im Grundgesetz verankerten Staatszieles Umweltschutz”, NuR, 1987, 293쪽; Heinz-Joachim Peters, Umweltverwaltungsrecht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1996, 1쪽, Rn. 2.

260) Bericht der Sachverständigen Kommission “Staatszielbestimmung /Gesetzgebungsaufträge, Hrsg. von den Bundesministerien der Innern und der Justiz”, 1983, Rn. 7, 21쪽.

261) Simone Westphal, “Art. 20a GG-Staatsziel ‘Umweltschutz’”, JuS 2000, Heft 4, 339쪽; Hans Schulte, Umweltrecht, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999, 139쪽.

262) 입법위임규정이란 “입법적으로 행해져야 할 여러가지 내용의 것으로서 헌법에 포함되어 있는 그러한 입법부에 대한 지시(Anweisungen)” 내지 “입법자에게 구체적 규율정립의 의무를 부과하고 있는 헌법규정”을 말한다. Bericht der Sachverständigen Kommission, 5쪽, Rn. 8; H. H. Klein, “Staatsziele im Verfassungsgesetz, Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?” DVBl., 1991, 733쪽.

263) D. Rauschnig, “Aufnahme einer Staatszielsbestimmung über Umweltschutz in das Grundgesetz?”, DöV, 1986, 491쪽.

## 2. 국가목표조항의 수범자

### 가. 사인이 아닌 국가

기본법 제20a조의 본문은 이 규정이 국가목표조항으로서의 성격에 상응하게 국가에 초점이 맞추어져 있다는 점을 명시하고 있다. 따라서 기본법 제20a조는 개개인에게는 책임을 지우거나 권한을 부여하지 않는다. 그러므로 사인을 통한 환경보호는 기본법 제20a조에 의한 직접적인 주체가 아니고 기껏해야 간접적으로 드러날 뿐이다. 그 이유는 기본법 제20a조에 의하여 법질서의 형성, 특히 환경법이나 사인의 환경에 관련된 권리와 의무를 형성하는 경우에 일차적으로 책임이 있는 입법자가 기초를 다질 수 있기 때문이다.<sup>264)</sup> 국민은 기본법 제20a조 자체를 통해서도 직접적으로 자신의 독자적인 권리와 연관되어 있지 않다. 역으로 추론해 보자면 그러한 점은 입법부가 행위의무와 보호의무를 자의적으로 경시하는 일이 드러날 때 기본법 제20a조에 근거하여 국민들이 소송을 제기할 수 없다는 것을 의미하는 것이기도 하다.<sup>265)</sup>

기본법 제20a조가 “국가”를 환경보호의무를 지닌 존재로 간주한다고 할 때, 이 때의 국가라는 개념은 포괄적인 의미를 갖는다. 독일 연방공화국, 각주, 지방자치단체(Gemeinde), 그리고 기타 모든 공법상의 법인, 그밖에 모든 독일 고권을 행사하는 주체들이 국가라는 개념에 포함된다. 국가가 공행정임무를 사법상의 형태로 행하는 한

264) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, in: Bonner Kommentar, 77. Lfg. 1997. 3, 16쪽; R. Scholz, “Art. 20a GG”, in: Maunz/Dürig Kommentar, 32. Lfg., 1996. 10, 30쪽.

265) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 16쪽.



에서는 사법상으로 행하는 국가도 여기에 포함된다.

## 나. 모든 국가권력

### (1) 입법부

#### (가) 입법자의 구체화권한

국가목표조항은 우선적으로 입법부에 대한 행위위임(Handlungsauftrag)이자 그러한 행위위임의 수행을 위한 규범적 방침(normative Richtlinie)이다.<sup>266)</sup> 이러한 국가목표조항을 통해 입법부가 환경정치적 정당성을 지니고 있음이 드러난다.<sup>267)</sup> 기본법 제20a조에 규정되어 있는 헌법상의 환경보호원리가 비교적 불명확하기 때문에 이 규정에 의하여 우선 그러한 원리를 충분히 구체화시킬 임무는 입법부에 부여된다. 기본법 제20a조는 사법부, 집행부에 대해서 형량기준과 해석기준을 제공한다.<sup>268)</sup> 그럼에도 불구하고 입법부가 환경보호라는 국가목표의 제1차적으로 중요한 수범자이다.

국가목표조항은 객관법적(objektiv-rechtlich)인 성격에 기반하여 비교적 구체적으로 파악되는 입법위임이나 기본권보다도 더 큰 형성의 특권을 입법부에게 부여한다.<sup>269)</sup> 이는 입법부의 내용적 형성이, 제시된 국가목표조항의 형태와 마찬가지로 개방적이고 유동적일 때 더욱 더 효과를 갖는다. 그러나 입법부의 의무를 총괄적으로 살펴본다면, 새로운 국가목표조항이나 국가임무규정 모두 입법부의 행동반경을 축소시키게 된다. 그것은 차후에 입법부가 결정을 할 때는 그

266) Bericht der Sachverständigenkommission, Rn. 161.

267) M. Kloepfer, "Art. 20a GG", 19쪽.

268) H. J. Peters, 앞의 글, 295쪽.

269) Karl-Peter Sommermann, "Staatsziel »Umweltschutz« mit Gesetzesvorbehalt?", DVBl., 1991, 19쪽.

처럼 확고해진 관점을 더 이상 간과할 수 없게 되기 때문이다.<sup>270)</sup> 개별적인 행위위임의 실현은 입법부가 지닌 정치적 형성의 자유에 종속된다. 국가목표를 적용하는 방법을 고려할 때, 입법자 개개인은 국가의 보호위임에 대한 가시적인 위반사례가 생기지 않는 한 아무 것도 하지 않고 있을 수 있다. 환경상태의 상대적 또는 절대적 악화는 이러한 점과 연관해서 볼 때 이미 측정 불가능하게 되어 버린 것이다. 전체로서의 자연적 생활기반이 입법부에 의하여 공공연하게 무시된다면 오히려 기본법 제20a조에 대한 위반이 된다. 그 경우 “자연적 생활기반”이라는 개념은 법률상 형성을 필요로 하고 있다는 점에 주목해야 한다. 또 그러한 형성의 한계가 다시 자연적 생활에 필수적인 것의 핵심영역이 되는 것이다. 자연적 생활기반에 단지 간접적으로만 관여하는 다른 영역들을 규정할 때 입법부는 더 이상 기본법 제20a조에 따른 보호위임을 간과할 수 없다. 입법부는 환경보호의 요구사항과 다른 헌법적 법익들의 요구사이에서 구체적인 이익형량을 할 의무가 있다.<sup>271)</sup> 입법기술상 입법부는 집행부나 사법부에게 해석의 여지와 재량의 여지를 부여할 수 있다.

#### (나) 한계

집행부나 사법부를 통해서 뿐만이 아니라, 입법자 자체를 통하여 달갑지 않은 당혹스런 요소를 피하기 위하여 헌법개정에 관여한 입법자들은 기본법 제20a조의 확정시, 새로운 헌법조문<sup>272)</sup>에서 국가권력으로 하여금 그들의 한계를 각인시키기 위한 모든 시도를 했다. 이때 기본법 제20a조 안에 마련된 헌법적 질서의 범위는 기본법 제20조 제3항<sup>273)</sup>으로 인하여 입법자에게 불필요한 것으로 작용한다. 법

270) F. Ossenbühl, “Probleme der Verfassungsreform in der Bundesrepublik Deutschland”, DVBl., 1992, 475쪽.

271) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, Rn. 28, 20쪽.

272) 여기서는 기본법 제20a조를 지칭함.

과 법률을 통한 집행권의 한계설정이나 법과 법률을 통한 재판의 경우에도 이와 마찬가지로이다. 입법과 관련된 기본법 제20a조의 이와 같은 구절이 없다고 한다면 환경보호원리를 구체화할 때에 다른 헌법상 법익들과의 충돌이 불가피했을 것이다. 지금은 환경보호도 여러 다른 헌법상 목표들 중의 하나에 불과하며 그 여러 목표들 사이에는 종속은 없고 같은 지위를 가진다는 사실이 명시적으로 확정되어 있는 것이다.<sup>274)</sup>

환경보호라는 국가목표를 적용함에 있어 입법자의 수행능력에 대해서 너무 많은 기대를 해서는 안될 것이다. 한편으로 환경보호실현의 자연적 한계는 동등한 여타 헌법원칙들에서 생기는 것이며, 다른 한편으로 더욱 중요한 것은 기본법 제20a조의 도입 이전에 이미 입법자가 보다 효과적인 환경보호를 독일에서 실현하기 위한 거의 모든 가능성들을 지니고 있었다는 사실이다. 그런데 입법자는 그러한 가능성을 바로 기본법 제20a조로부터 유도해 낼 수 있는 것이다. 이것은 환경보호라는 국가목표를 규정한 데 대한 반대가 아니다. 그렇지만 장차 기대되는 입법자의 주도권(Initiative)을 현실적으로 보는 데에는 기여할 것이다.

그밖에도 가령 일자리나 교통계획과 같은 다른 이해관계를 가지고 환경보호와 관련되는 것을 평가하거나 또는 서로 충돌하는 이해관계 사이에서 최적화를 추구한다면, 그것은 입법자 특유의 정치적 형성기능에 상응하는 것이다. 헌법상 법익들 사이에서 예상되는 충돌 사례는 개별적 검토 과정에서 “신중한 조정의 원리”<sup>275)</sup>(Prinzip des

273) 입법은 헌법질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 구속된다.

274) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, Rn. 30, 21쪽.

275) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, Rn. 32, 21쪽; P. Lerche, “Grundrechtsschranken”, in: J. Isensee/P. Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992; 명재진교수는 이를 ‘보호하는 규범조화’라고 새기고

schonenden Ausgleichs)나 “실제적 조화의 원리”(Prinzip der praktischen Konkordanz)에 의거하여 해결될 수 있을 것이다. 입법자가 다른 헌법상 법익들을 고려하면서 얼마나 신중하게 구체화시킬 것인지는 우선적으로 입법자의 정치적인 결단과 나아가 입법자의 용통성이나 행위가능성에 위임되어 있다. 또한 더 나아가서 점증하는 법익형량은 다른 법익과 현저하게 충돌하는 경우에만 환경보호라는 국가목표는 유효하게 사법적으로 해결될 수 있다.<sup>276)</sup>

기본법 제20a조에 나오는 “헌법적 질서”라는 개념은 기본법 제20조 제3항에 나오는 개념과 일치하지만, 반면 연방헌법재판소의 해석에서 나타난 바와 같이 기본법 제2조 제1항의 전체법질서와는 일치하지 않는다.<sup>277)</sup> 즉 국가목표라는 의무는 여타 헌법규정이나 헌법상의 법익들에 의해서는 제약을 받게 되지만 입법에 의해서는 제한되지 않는 것이다.<sup>278)</sup>

전체적으로 볼 때 민주주의적 법치국가 내에서는 환경보호에 대한 입법자의 형성이야말로 결정적인 중요성을 지닌다. 바로 이러한 점이 기본법 제20a조 소정의 “법률과 법에 따라”라는 규정의 핵심적 내용이라 할 수 있다. 그런데 그러한 처분유보는 법률유보라는 명령(Gebot)하에서는 사법상 어차피 따르게 마련이다. 환경입법의 결정적인 정치적 정당성은 환경보호와 환경부하(Umweltbelastung)의 경계에 대한 이해관계의 조정이라는 임무에서 나오는 것으로 그러한 조정은 필수적이며 환경법에도 본질적인 것이다. 환경부하와 환경보

있다. 명재진, “기본권의 한계”, 허 영(편역), 「법치국가의 기초이론」, 박영사, 1996, 58-59쪽.

276) Arnd Uhle, “Das Staatsziel „Umweltschutz“ im System der grundgesetzlichen Ordnung—Zu dem von der Verfassungskommission empfohlenen neuen Art. 20aGG—”, DÖV, 1993, 952쪽.

277) BVerfGE 6, 32, (37).

278) 양원합동헌법위원회 최종보고서도 동일하게 새긴다. BT-Drucks. 12/6000, 67쪽.

호 사이에서 발생하는 긴장의 해결은 집단과 개인간의 이익충돌로 까지 이어질 수 있다. 그러나 한편으로 정치적 로비활동에서 그것은 집단간의 상호이익충돌로까지 변질 수 있고, 또한 개개인 상호간의 이익충돌로까지 확산될 수 있는 것이다. 하지만 환경입법은 이해관계의 조정이라는 주영역에만 국한되어 있는 것은 아니다. 환경법을 통한 환경보호의 실현이라는 기능 또한 중요한 것으로, 법치국가에서 그러한 환경법은 개입권한이나 행위권한을 마련함으로써 국가차원의 환경보호를 비로소 가능하게 한다.<sup>279)</sup>

(다) 퇴보금지(Rückschrittsverbot)와 핵심적 내용

환경국가적 형성위임을 실현하기 위해서 헌법적 질서의 범위 내에서 포괄적인 입법자의 형성의 자유가 필요하다. 그러한 형성의 자유가 주어진다면 기본법 제20a조에서 현행 환경법을 위한 현상유지보장(Status-quo-garantie)을 소홀히 하게 될 것이다. 전반적으로 보아 입법자는 기본법 제20a조로부터 생태계의 퇴보는 원칙적으로 금지된다는 내용을 추론할 수 있을 것이다. 역으로 기본법 제20a조가 독일 환경법의 확장과 독립을 고려하여 마련되었다는 사실도 물론 염두에 두어야 한다. 이런 점으로부터 이미 형성된 법에 대한 보호의 측면을 기본법 제20a조에서 발견할 수 있다는 점을 상기할 수 있다. 그와 동시에 환경법의 핵심적 내용만이 헌법에 준하는 효력(Verfassungskraft)을 가질 수 있을 것이다. 기본법 제20a조의 보호목적(Schutzzweck)이라는 내용을 보다 성공적으로 달성할 수 있으려면 이러한 핵심내용을 변경하는 것을 허용하는 편이 더 타당할 것이다. 독일 환경법의 관점에서 보았을 때 국가목표조항으로서의 환경보호에 대한 다음과 같은 해석이 드러난다. 기본법 제20a

---

279) M. Kloepfer, "Art. 20a GG", Rn. 34, 22쪽.

조는 환경법상의 핵심내용 즉 생태적 최저수준(ökologischen Minimalstandard)을 보장한다. 즉 환경보호를 위해서는 이러한 수준을 벗어날 수 있지만 환경에 부담을 주기 위해서는 이러한 수준을 벗어날 수 없다. 물론 이러한 핵심내용은 대단히 신중하게 정해야 한다.

독일환경법의 환경정책상 3대 기본원칙, 즉 사전배려의 원칙(Vorsorgeprinzip), 원인자책임의 원칙(Verursacherprinzip), 협력(협동)의 원칙(Kooperationsprinzip)은, 이러한 핵심내용 안에 포함될 수 있다. 사전배려의 원칙은 환경행정의 가장 근본이 되는 원칙으로서 사전예방의 원칙 또는 사전대비의 원칙이라고도 하는바, 환경이 일단 침해된 경우에는 그 원상회복이 불가능하거나 많은 시간과 비용이 들기 때문에 사전에 미래를 예측하고 계획성 있는 행위를 함으로써 환경오염으로 인한 위해를 예방하고 자연생태계와 자연자원의 보전을 위해 사전에 배려해야 한다는 원칙을 말한다.<sup>280)</sup> 원인자책임의 원칙이란 자신 또는 자신의 보호·감독하에 있는 자의 행위 또는 물건으로 인하여 환경오염의 원인을 제공한 자가 환경오염의 방지·제거 및 피해구제에 관하여 책임을 지도록 해야 한다는 것으로 이는 주로 환경비용을 누가 부담할 것인가의 문제에 관한 것이지만, 그밖에 행위규제에 관한 것도 포함하는 것으로서 실질적인 책임귀속에 관한 것이다. 그런데 원인자책임의 원칙을 그대로 적용하는 경우에 환경오염원인자의 확정, 환경손실의 예측, 환경개선비용의 계산, 누적된 개별오염행위의 영향측정 등에 있어서 어려움이 많

280) 고영훈, 앞의 책 65-67쪽; 사전배려의 원칙이란 미래예측적이고 형성적인 계획적 조치들을 통하여 모든 사회적·국가적 행위주체들이 환경보호적으로 행동하고 이들이 결정을 내림에 있어 가능한 환경영향을 고려하도록 함으로써 생태계의 기초를 보호해야 한다는 원칙이다. 홍준형, 「환경법」, 한울아카데미, 1994, 44쪽; 한귀현, 「환경법의 기본원리」, 세종출판사, 1997, 61-277쪽.

기 때문에 곤란한 경우가 많다. 따라서 이 원칙을 보충하는 조치가 필요하게 되는바, 그것이 바로 공동부담의 원칙(Gemeinlastprinzip)이다. 공동부담의 원칙은 환경비용을 원인자가 부담하는 것이 원칙이기는 하지만 그것이 곤란한 경우 또는 정책상 필요에 의해서 예외적으로 국가가 부담하는 것으로서, 이는 결국 납세자가 공동으로 비용을 부담하게 하는 것을 말한다.<sup>281)</sup> 협력(협동)의 원칙이란 환경보전은 국가만이 아닌 모든 사회구성원이 협력하도록 하여야 한다는 것으로서, 특히 환경행정이야말로 사회구성원 모두의 협력이 절실하게 필요한 분야로서 국민의 적극적이고 실천적인 협력이 없이는 환경보호는 불가능하다고 하여도 과언이 아닐 것이다.<sup>282)</sup> 이러한 제원칙들은 피상적으로 실현되는 것도 아니며 순수하게 이념형 그대로 실현되는 것도 아니다. 이는 특별히 원인자책임의 원칙에 적용되는 내용으로 이 원칙은 독일 환경법에서 제한적으로만 실현되고 있다.<sup>283)</sup>

비용부담원칙인 원인자책임원칙의 실현은 기본법 제20a조에서 필연적인 결과로 나타나는 것은 아니다.<sup>284)</sup> 기본법 제20a조에 따르면 국가는 더 이상의 환경침해를 방지하고 즉각 그러한 침해를 중지시키

---

281) 고영훈, 앞의 책 67-68쪽; 원인자책임의 원칙이란 환경침해의 방지·제거 및 손실전보에 관한 단순한 비용부담(Kostenzurechnung)에 관한 원칙이 아니라 실질적 책임의 원칙이다. M. Kloepfer, Umweltrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, Rn. 673, 592쪽.

282) 고영훈, 앞의 책 68-69쪽.

283) M. Kloepfer, "Art. 20a GG", Rn. 36, 23쪽.

284) M. Kloepfer, "Art. 20a GG", Rn. 37, 23쪽; 제20a조가 비용부담원칙으로서 원인자책임원칙의 철저한 실행을 요구하게 된다. 이른바 공동부담의 원칙(Gemeinlastprinzip)은 환경오염의 비용부담원칙으로서 원칙적으로 헌법위반이다. 공동부담의 원칙은 단지 원인자책임원칙의 실행이 실제적인 이유에서 불가능하거나 현실성이 없을 때에만 정당화될 수 있다. D. Murswiek, "Art. 20a GG", in: M. Sachs(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, Rn. 35, 661쪽.

는 노력을 해야 한다. 국가에게 환경보호의 임무가 있는 한, 다양한 형태의 부담, 특히 비용부담형식이 고려될 수 있다. 그러한 부담형식은 입법자에 의해 발전되고 더욱 명확하게 규정될 수 있다. 기본법 제20a조는 무엇보다도 국가에 의하여 조직되고 납세자 공동체에 의해 재정적으로 뒷받침되는 환경보호를 가능하게 해준다. 국가가 환경보호에 있어 독자적으로 실행을 하는 경우 종종 그러한 예를 볼 수 있다. 특히 증가된 임미시온(Immission)의 경우, 환경오염의 영향이 복합적으로 상승작용(synergetischer Wirkungen)을 일으키거나 장기간에 걸쳐 나타나는 등의 경우에, 국가는 원인자책임의 원칙 외에 또 다른 형태의 환경보호원칙에 의지해야 한다. 기본법 제20a조는 원인자책임의 원칙과 공동부담의 원칙 사이에 또 다른 환경보호수단, 예컨대 비용을 충당하지 못하는 원인자공과금<sup>285)</sup>(nichtkostendeckende Verursacherabgaben)과 같은 방법이 존재한다는 것을 배제하지는 않는다.

기본법 제20a조에 의해 보장된 독일환경법의 핵심내용 외에 다음과 같은 것들을 생각할 수 있다. 즉 환경오염행위에 대한 통제필요성과 개입권한, 공간적으로 중요한 계획을 결정할 경우에 환경에 대한 고려를 할 것, 심각한 환경범죄에 대한 형벌부과, 허가절차에 있어 최소한 참여를 허락할 것 등을 생각해 볼 수 있다.

기술의 진보적 발전에 따른 입법자의 사후개선 의무(Nachbesserungspflicht)도 이와 관련된다. 기본법 제20a조를 확대 해석해 보면 입법자는 미래세대에 대한 보호위임에 근거하여 다음과 같은 의무를 지게 된다. 현행 환경보호법을 최신 과학기술지식에 맞추어 균형 있게 조정하고 그로써 집행부와 사법부에게 새로운 활동여지를 열

285) M. Kloepfer, Umweltrecht, Rn. 39, 89쪽.



어 줄 의무가 입법자에게 주어진다.

## (2) 집행권

집행부와 사법부도 또한 국가목표조항인 환경보호의 수범자가 된다. 집행기관이란 법률의 집행에 그 본질적 임무가 있는 전체 국가기관을 의미한다. 집행기관은 행정각부(Ministerien)와 정부(Regierungen)에서부터 최하위 공공행정기관에까지 이른다. 간접적인 국가행정과 자치행정, 그리고 사법적 형태의 행정행위까지 포함되는 것이다.<sup>286)</sup>

집행권은 법률규정의 적용시 기본법 제20a조를 일반조항과 불확정법개념의 해석에 이용할 수 있다. 또한 재량수권의 행사나 계획확정에도 기본법 제20a조를 원용할 수 있다. 여기서 특히 환경법과 그 밖의 다른 법들을 고려해 볼 때, 해석지침적 및 재량지침적 기능이 기본법 제20a조에서 가능해지는 것이다.<sup>287)</sup> 국가목표의 실현을 위한 중요한 추진력이 특히 행정에서 생긴다는 점을 그 근거로 삼을 수 있을 것이다. 왜냐하면 행정이야말로 결정의 대상이 되는 세부항목과 비교적 대규모의 계획과제에 가장 가까이 직면해 있기 때문이며, 또한 환경에 관련된 결정들은 여기에서 이루어지기 때문이다.

집행부와 관련하여 국가목표조항은 두 가지 측면에서 해석될 수 있다. 부정적인 면에서 볼 때, 국가목표조항은 환경을 “법률과 법”에 근거하여 보호하도록 함으로써(Maßgabevorbehalt), 입법자의 정치적 우위를 존중하는 것을 연상시킨다. 그러나 긍정적인 측면에서 보

---

286) Peters, 앞의 글, 294쪽.

287) Ekkerhard Wienholtz, “Arbeit, Kultur Und Umwelt als Gegenstände Verfassungsrechtlicher Staatszielbestimmungen”, AöR, 1984, 549쪽; Karl-Peter Sommermann, “Staatsziel »Umweltschutz« mit Gesetzesvorbehalt?”, DVBl., 1991, 35쪽; M. Klopfer, “Umweltschutz und Verfassungsrecht”, DVBl., 1988, 316쪽.

면, 집행부가 헌법 본문 내에 직접적으로 언급되었다는 사실을 통해서 집행부도 국가목표를 실현하도록 명시적으로 요청받게 된다.<sup>288)</sup> 기본법 제20a조에 나오는 법률우위(Gesetzesvorrang)라는 기본법상의 표현은 불필요한 헌법상의 반복을 나타내는 것이다. 왜냐하면 이러한 구절이 없더라도 집행부는 현행법의 구속을 받고 있고 그러한 사항은 이미 기본법 제20조 제3항에서 드러나는 것이기 때문이다. 오히려 중요한 것은 표현에 대한 타협(Formelkompromiß)이다. 남는 것이라고는 어쨌든 헌법상으로는 불필요한 국가권력기구를 위한 “정보제공의 기능”(Informationsfunktion)일 것이다. 처분형식을 가지고서, 입법자의 사전행위를 수반하지 않은 집행부의 환경보호를 배제하려는 의도를 가지고 있는 한, 이러한 계획은 이제까지 추구했던 표현으로는 달성되지 않는다. 기본법 제20a조가 지니는 총괄조항(Querschnittsklausel)<sup>289)</sup>으로서의 성격은 이러한 한계설정의 범위 내에서 환경보호의 중요성이 고려될 수 있도록 현행법에 따라 현재의 행위에 대한 수권이 생태적으로 풍부하게 되어야 한다는 사실에서 생기는 것이다. 법치국가상의 법률유보라는 근거에서 볼 때 입법자의 수권이 필수적인 것이 아닌 한, 집행부는 사전의 법률이 없이도 예컨대 집행부 독자적인 실행이나 환경보호보조금 등을 통해서 환경보호활동을 수행할 수 있다. 특별한 경우에는 사전에 법적 결정이 없이도 환경보호를 위해서 활동해야 할 의무를 집행부가 지고 있다는 사실이 기본법 제20a조로부터 드러나는 것이다. 즉, 기본법 제20a조는 집행부와 사법부를 직접적으로 구속한다. 그렇지 않다면

288) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, Bonner Kommentar, 77. Lfg. 1996. 10, 25쪽.

289) 여기에서 Querschnitt의 해석으로 사전의 뜻 그대로 ‘횡단면’으로 보는 견해(성수제, 환경범죄의 형법적 규제에 관한 연구, 「육사논문집」, 인문사회과학 편, 제48집, 1995. 6, 254쪽 각주13번), ‘종합적’으로 보는 견해(홍성방, 환경보호의 법적 문제, 90쪽), ‘단편적’으로 보는 견해(홍준형, 환경법, 26쪽) 등이 있는 데 본 논문에서는 ‘총괄’ 내지 ‘통합’의 의미로 새기기로 한다.

환경보호라는 국가목표는 단지 입법위임에 지나지 않게 된다.<sup>290)</sup> 기본법 제20a조의 보호위임을 구체화할 의무를 일차적으로 지고 있는 것이 입법자라는 사실에는 변함이 없다. 그럼에도 불구하고 환경보호 국가목표조항은 직·간접적으로 행정행위를 조정하게 된다. 재량권을 행사하거나 불확정 법개념을 해석할 때 환경보호를 고려한다는 것은 기본법 제20a조가 있음으로 인해 더 큰 의미를 갖게 될 것이다. 법률상 해석여지와 결정여지를 충전(Ausfüllung)할 경우에 환경보호를 무시한다는 것은 기본법 제20a조를 근거로 해 볼 때 더 이상 용납되지 않는다. 기본법 제20a조가 지니는 광범위한 영향력은 법률 영역, 특히 계획행정, 질서행정, 급부행정의 영역에서도 기대될 수 있다.<sup>291)</sup>

### (3) 사법권

기본법 제20a조는 사법권도 직접적으로 구속한다. 집행권의 경우에 법률우위에 대해서 이야기 한 바가 마찬가지로 적용된다. 그 밖에도 법원이 가진 환경과 관련된 결정가능성은 입법자가 그 자신에 의하여 제정된 법을 통해 규범해석과 규범구체화를 위한 여지를 어느 정도 제시하는가에 따라 확대된다. 기본법 제20a조를 직접적으로 사법부에서 원용하는 것은 특히 법률의 흠결을 보충하는 경우에 중요한 의미를 가진다. 즉 입법자가 입법해태시 사법부가 이를 구체화시킬 수 있다. 이와 같은 사실은 특히 행정법원의 경우에 해당된다. 왜냐하면 기본법 제20a조는 국민의 새로운 주관적 권리를 창설하지는 않기 때문에 어떠한 경우에도 행정법원의 부담은 늘어나지 않는다.<sup>292)</sup>

290) M. Kloepfer, "Art. 20a GG", Rn. 43, 25쪽.

291) H. G. Henneke, "Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen in Art. 20a GG", NuR, 1995, 333쪽 이하; M. Kloepfer, "Art. 20a GG", Rn. 44, 26쪽.

292) H. G. Henneke, 앞의 글, 334쪽.

입법이 환경법의 규정에서 해석여지를 열어 놓음으로써 입법은 기본법 제20a조의 해석을 위해 사법권을 끌어들일 수 있다. 이것은 헌법입법자에 의해 명백히 요구되어 있지 않더라도 가능할 뿐만 아니라 그렇게 해야 한다. 다른 한편 어떤 법률이 기본법 제20a조에 비추어 결합이 있는지 제20a조에 필수적인 법률이 빠진 경우 원칙적으로는 사법부가 직접 입법자를 대신하지 못하도록 되어 있다. 이 경우에는 오로지 기본법 제100조 제1항에 따라서 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다.

국가목표조항을 전혀 이행하지 않거나 상당부분 무시한 때에는 헌법재판에 있어서 규범통제절차 혹은 연방-주 권한쟁의가 생겨날 수 있는데, 그렇게 되면 이것은 연방헌법재판소에게 기본법 제20a조에 대한 해석가능성을 열어 줄 수 있다. 물론 정책적인 중요지침을 내리는 입법자의 권리가 파괴되어서는 아니 된다.

### 3. 국가목표조항의 내용

#### 가. 자연적 생활기반

기본법 제20a조는 국가로 하여금 자연적 생활기반을 보호하도록 권한을 부여함과 동시에 이것을 의무 지우고 있다.<sup>293)</sup> 이미 1972년의 기본법 제30차 개정을 위한 법률이<sup>294)</sup> “환경보호”라는 표제(Titel)를 갖고 있었음에도 불구하고 1994년의 헌법제정자는 명백히 이 개념에 대해 일종의 공포증을 가졌다.<sup>295)</sup> 환경보호를 명시적으로 국가

293) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 1쪽, 27쪽.

294) 이 개정으로 쓰레기제거, 대기정화 및 소음방지를 위한 연방의 입법권한이 기본법 제74조(경합적 입법사항)에 마련되었다. 30. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes(Art. 74 GG -Umweltschutz) v. 12. 4. 1972(BGBl. I 593쪽).

목표로 삼는 것은 확실히 국민에게 더욱더 친근하게 느껴졌을 것이다.<sup>296)</sup> 그러는 사이에 주헌법에서도 빈번히 나타난 자연적 생활기반이라는 환경보호유사개념(umweltschutzverwandte Begriff)은 전문용어상으로는 단지 차선의 해결책이지만, 이 해결책은 그 동안 논의되고 종교적인 특성을 지닌 창조물(Schöpfung)이라는 개념보다는 그래도 훨씬 더 나은 것으로 보인다.<sup>297)</sup>

### (1) 정의

“자연적 생활기반”의 정의에 대하여 지금까지 이론적<sup>298)</sup>인 기술은 어느 정도 이루어져 있다고도 볼 수 있으나,<sup>299)</sup> 실제적으로 적용할 수 있는 내용과 범위(Reichweite)의 기술은 부족하다. 이러한 사실은 “환경”이라는 용어의 경우에서나 헌법제정자에 의해 선택된 개념(자연적 생활기반)에 있어서도 마찬가지다.<sup>300)</sup> 양원합동 헌법위원회는 이후의 헌법개정입법자와 마찬가지로 “자연적 생활기반”의 개념을 “환경”의 개념과 동의어로 사용했다.<sup>301)</sup> 즉 “자연적 생활기반

295) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 27쪽.

296) 이것은 또한 비교법적으로도 더 선호되었을 것이다.

297) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 1쪽, 28쪽; D. Murswiek, “Umweltschutz -Staatszielbestimmung oder Grundsatznorm?-", ZRP, 1988, 16쪽; M. Kloepfer, “Umweltschutz und Verfassungsrecht”, DVBl., 1988, 312쪽; H. H. Rupp, “Ergänzung des Grundgesetzes um eine Vorschrift über den Umweltschutz?”, DVBl., 1985, 991쪽.

298) 자연적 생활기반이란 그것이 없으면 인간의 생활이 장기간 유지될 수 없는 보호가치 있는 법익(Güter)이다. Nicolai Müller-Bromley, Staatszielbestimmung Umweltschutz im Grundgesetz, 1990, 104쪽; M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 28쪽.

299) 자연적 생활기반의 일반적으로 인정되고 구속력있는 정의는 존재하지 않는다. 그것은 널리 또한 앞으로 형성이 개방되어 있는 개념이다. Rupert Scholz, “Art. 20a”, Rn. 36, 23쪽.

300) 여기에 관하여는 Arnd Uhle, “Das Staatsziel „Umweltschutz“ im System der grund-gesetzlichen Ordnung -Zu dem von der Verfassungskommission empfohlenen neuen Art. 20a GG-”, DÖV, 1993, 953쪽 이하 참조.

301) Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, BT-Drucks. 12/6000 65쪽 이하; Rupert Scholz, “Art. 20a GG”, Rn. 36, 23쪽. 이 경우에 환경은 암묵적으로 또는 당연하게 자연적 환경이라는 좁은

의 보호”는 “환경보호”와 개념적인 동일성을 갖는다.<sup>302)</sup> “자연적 생활기반”이라는 개념은 “환경”이라는 개념보다 그 범위가 한정적이며(umfassend) 그러한 한에서 그 내용을 구체화하는데 더욱 도움이 될 것이라고 주장된다.<sup>303)</sup> 그렇다고 하더라도 이러한 개념이 중국적인 것이 될 수 없다(vorläufig Annäherung). 이는 최소한 이른바 교수초안(Professorenentwurf)의 환경법전 총칙<sup>304)</sup> 제2조 제1항에서 채택된 환경과 자연계(Naturhaushalt)의 정의를 반영할 수 있을 것이다. 환경법전 총칙 초안에 따르면 환경 속에 자연계, 기후, 경관 그리고 보호할 가치가 있는 물질 재화(Sachgüter)가 포함되며, 자연계는 다시 지표환경(Boden), 물, 공기 그리고 살아있는 유기체(Naturgüter) 및 그들 사이에 있는 상호작용구조(Wirkungsgefüge)로 이루어져 있다.<sup>305)</sup> 환경영향평가법 제2조를 모범으로 삼고 있는 최근의 기술내용들은 이것과 원칙적으로 다르지 않으며, 인간의 자연적 생활기반으로서 동물, 식물, 지표환경, 물, 공기, 기후, 경관과 더불어 이들 사이의 상호작용(Wechselwirkung)<sup>306)</sup>을 들고 있다.<sup>307)</sup> 또한 국가목표조항인 환경보호와 관련해서 양원합동 헌법위원회와 연방의회 입법절차에서 동물보호를 위한 특별한 헌법적 규정의 문

---

의미로, 즉 정신적·사회적 환경과 대비되어서 또는 내용적인 제한을 가지고 이해된다.

302) D. Murswiek, “Staatsziel Umweltschutz(Art. 20a GG)”, NVwZ, 1996, 224쪽.

303) Heinz Joachim Peters, 앞의 글, 293쪽; K. Stern, “Zur Aufnahme eines Umweltschutz-Staatszieles in das Grundgesetz”, NWVBl. 1988, 6쪽; M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 28쪽.

304) 환경법전 총칙에 관하여는 Michael Kloepfer u. a., Zur Kodifikation des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches(UGB-AT), DVBl, 1991, 339-346쪽 (고문헌 역, 독일 환경법전의 총칙, 「환경법연구」, 제20권, 1998, 429-452쪽) 참조.

305) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 28쪽.

306) 상호작용의 개념은 종종 사업계획(Vorhaben)의 환경법익에 관한 특수한 작용 형식으로서 사용된다. Heinz-Joachim Peters, 앞의 책, 17쪽.

307) Heinz-Joachim Peters, 앞의 책, 17쪽.

제가 논란을 일으키며 토의되었다. 요컨대 동물보호도 환경에 속하며 넓은 의미에서의 환경에 속한다. 즉 동물보호는 기본법 제20a조에 의해 원칙적으로 포괄된다.<sup>308)</sup>

## (2) 범위

자연적 생활기반이라는 개념은 생태적 생존의 최저수준의 보호 이상이다. 그렇지 않다면 환경법에 있어서 퇴보를 의미하는 것이 되고 만다. 자연적 생활기반이란 개념이 무엇을 의미하는 것인가 하는 것은 입법자의 과제이다. 입법자는 “자연적 생활기반”을 보호하는 경우에 구체적 보호법익을 정의하게 될 것이다.<sup>309)</sup>

또한 생활기반의 “자연성”(Natürlichkeit)의 개념은 순수하게 자연적으로 형성되어야 할 것을 요구하는 식의 잘못된 결론으로 귀결되어서는 안된다. 그렇지 않으면 인간에 의하여 형성되거나 변화된 자연<sup>310)</sup>이나 환경이 처음부터 기본법 제20a조의 보호범위에서 제외되어 버리기 때문이다. 만약 그렇게 새긴다면 독일에서 완전히 비현실적으로 될 것이다. 따라서 예컨대 원시림(Urwald)뿐만 아니라 문화적 경관도 기본법 제20a조의 보호법익에 속한다.<sup>311)</sup> 그 반면에 인간의 사회적 환경(soziale Umwelt)은 기본법 제20a조에 의해 보호되지 않는다.<sup>312)</sup> 또한 특별한 건축양식과 문화기념물 같은 보호할 가

---

308) Eisenhart v. Loeper, “Tierschutz im Grundgesetz—die Bedeutung eines effektiven Tierschutzes für unser Rechts- und Wertbewußtsein—”, ZRP, 1996, H. 4, 143-149쪽; Rupert Scholz, “Art. 20a GG”, Rn. 36, 24쪽; Ursula M. Händel, “Chancen und Risiken einer Novellierung des Tierschutzgesetzes der Tierschutz muß im Grundgesetz verankert werden—”, ZRP, 1996, H. 4, 137-142쪽; 따라서 전술하였듯이 독일 연방의회는 2002. 7. 26. 제50차 기본법개정에서 제20a조의 일부 개정을 통하여 ‘동물’의 보호를 명문화하기에 이르렀다.

309) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 29쪽.

310) Rupert Scholz, “Art. 20a GG”, in: Maunz/Dürig Kommentar, Lfg. 32, 1996, Rn. 36, 24쪽.

311) M. Kloepfer, Umweltrecht, 14-15쪽; Rupert Scholz, “Art. 20a GG”, Rn. 36, 24쪽.

312) Jarass/Pieroth, “Art. 20a GG”, Grundgesetz-Kommentar, 1995, Rn. 2; M.

치있는 물적 재화(schutzwürdige Sachergüter)나 때때로 유럽법 차원에서 환경보호로 편입되는 문화적 유산(kulturelle Erbe) 등은 보호되지 않는다.<sup>313)</sup>

#### 나. 인간중심적 환경보호 : 생태계중심적 환경보호

환경보호를 하는데 있어서 인간중심적으로 지향해야 하는지 생태계중심적으로 지향해야 하는지에 관한 논쟁과 그에 상응하는 생태계원칙(ökologischen Maxime)을 헌법상 어떻게 위치 지어야 하는가에 대한 논쟁은 충분히 이야기되었고 이제 독일헌법에서는 기본법 제20a조를 통해 종결된 것으로 볼 수 있다.<sup>314)</sup> 오로지 생태계중심지향적인 환경보호는 기본법 제1조 제1항과 배치되기 때문에 헌법상으로 불가능할 뿐만 아니라<sup>315)</sup> 그 결과에 있어서도 모순이다. 즉 자연의 이익 자체를 정의하는 것은 인간의 해석능력에 달렸고, 자연의 이익이라는 것은 그 자체로 명확하게 확정되는 것이 아니라 인간의 “번역”(Übersetzung), 다시 말하면 인간이 그것을 어떻게 파악하는지에 따라 확정되는 것이다. 그 결과 생태계중심이 인간중심적인 것으로 작용하게 된다.<sup>316)</sup> 이제 기본법 제20a조에서 “미래세대에 대해서도 책임을 또한 지는” 국가가 자연적 생활기반을 보호해야 한다고 할 때, “또한”이라고 하는 것은, 현재 생존하고 있는 인간세대들

---

Kloepfer, “Art. 20a GG”, 29쪽.

313) Rupert Scholz, “Art. 20a GG”, Rn. 36, 24쪽.

314) 이러한 논쟁에 관하여 상세한 것은 Hoppe/Beckmann, Umweltrecht, 1989, §1 Rn. 63; E. Habel, “Menschenwürde und natürliche Lebensgrundlagen”, NuR, 1995, 165쪽; M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 29쪽.

315) H. Weis, “Die Anhörung des Bundestags-Rechtsausschusses zum Staatsziel Umweltschutz”, ZRP, 1988, 159쪽 이하.

316) M. Kloepfer, Umweltrecht, 14-15쪽.



을 위해서도 그러한 보호가 반드시 실현되어 져야 한다는 것과 “또한” 미래세대의 보호가 고려되어야 한다는 것을 의미한다. 헌법전체와 관련하여, 특히 인간존엄에 대한 그 목표와 관련하여 국가목표조항은 인간중심적인 관점에 기반을 둔다.<sup>317)</sup>

그러나 이 말이 피상적인 인간의 이익을 계산하는 것에 따라 환경보호의 의의를 감소시키는 것은 결코 아니다. 인간중심적인 환경보호는, 가능한 한 있는 그대로의 자연상태에서 종다양성(Artenvielfalt)의 확보나 단기적이고 직접적으로는 인간의 생활기반을 위해서 반드시 보호되어야 하는 것으로 보이지 않는 것의 보호를 포기하거나 생태계의 파괴(Raubbau)를 방치해도 된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 이와 완전히 반대로 인간중심적 “관점”(Brille)이 없다면 생태적인 환경보호가 있을 수 없듯이 자연계의 복잡성에 대한 통찰과 그 고유한 법칙에 대한 통찰이 없다면 인간과 관련된 환경보호도 지속될 수 없다는 것을 인정해야 한다.<sup>318)</sup> 따라서 인간중심적 환경보호는 최소한 예컨대 생물공학을 통한 어찌면 있을지도 모를 이용에 대한 유전자의 보존(Genreserve)으로서, 그러나 또한 자연계의 내구성(Robustheit) 보장으로서 종다양성의 보존을 목적으로 하는 “생태적인 예방원칙”<sup>319)</sup>을 유지해야 한다.

그 외에도 자연을 천연그대로 보존하는 것은 정서적이고 미적인 인간의 필요를 충족하는 것으로 파악될 수 있다. 양원합동 헌법위원회의 사민당측 위원은 국가목표인 환경보호를 생태중심적으로 표현(ein ökozentrischer Niederschlag)할 것을 강력하게 주장<sup>320)</sup>하였지

317) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 30쪽.

318) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 30쪽.

319) Kloepfer/Meßerschmidt, Innere Harmonisierung des Umweltrechts, 1987, 90쪽 이하; M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 30쪽.

320) 독일의 경우 1987년 10월 14일 독일연방하원 법사위원회에서 개척된 환경보호

만 그것은 명시적으로 부결되었다. 그리고 인간을 위해 환경을 보호한다는 것을 분명히 하려고 하였던 정부측의 제안도 동시에 부결되었다. “자연적 생활기반”이라는 표현으로부터 인간의 생활기반이라

---

를 기본법에 명문화하는 문제에 대한 전문가공청회에서는 시민당의 안 “자연적 생활기반은 국가의 특별한 보호를 받는다.”의 자연적 생활기반과 관련하여 자연에게 권리를 인정할 것인가에 대하여 전문가 사이에 찬·반 의견교환이 있었다. 홍성방, “자연의 권리주체성”, 『헌법법학』, FORUM 제4권, 한림대학교 법학연구소, 1994/1995 참조; 우리나라 현행 헌법상의 문언만으로는 자연의 권리도 포함하는 의미에서 환경권이 확장해석될 수 있는지 분명치 않으나 헌법 제35조의 인간중심주의는 자연의 권리를 법률 차원에서 형성해 나가는 법정정책적 단초(Ansatz)에 모순되지 않는다. Hong Joon-Hyung, *Entwicklung und Probleme der Umweltgesetzgebung in Korea*, 독일 Bonn에서 개최된 Adenauer재단 국제 학술세미나 발표문, 1997. 6, 10쪽; 일본에서도 자연에게 권리를 인정할 것인가에 대한 논의가 활발히 일어나고 있다. 山村恒年·關根孝道 편, 『自然の權利』, 신산사, 1996, 제5장; 자연의 권리는 엘도 레오폴드(Aldo Leopold)가 쓴 “A Sand County Almanac”에서 비롯되었다고 한다. 레오폴드는 위 책에서 “대지윤리(land ethics)”라는 용어를 사용하고 있는바, “대지윤리”란 공동체라는 틀을 토양이나 물, 식물, 동물 또는 이들이 총칭하는 ‘대지’에까지 확대한 경우를 가리킨다. 예컨대 “대지윤리”는 사람이라는 종의 역할을, 대지라는 공동체의 정복자로부터 평범한 일원, 하나의 구성원으로 변화시키는 것이고, 이것은 구성원에 대한 존경심의 발로라고 한다. 자연을 공동체라고 생각한 것, 인간은 결코 특별한 존재가 아니라는 사실을 제창한 이러한 사고는 그 후의 환경보호운동에 커다란 영향을 미쳤다고 한다. 대지윤리라는 사고는 생태학이라는 자연의 질서를 탐구하는 과학을 배경으로 환경보호사상을 전개한 점에서 중요한 의의를 찾을 수 있다고 한다. 남캘리포니아 대학의 크리스토프 스톤(Christopher Stone)교수는 “나무가 원고적격을 가지는가”라는 논문에서 자연물에도 법적인 권리가 있으며, 그러한 권리가 침해될 경우에 방해배제, 원상회복, 손해배상을 인정하여 한다는 견해를 제시하였다. 국가나 학교처럼 비인격적 존재가 법인격을 가지듯이, 자연물도 법인격을 가질 수 있으며, 자연물의 권리는 자연의 권리를 가장 잘 배려할 수 있는 사람(또는 단체)이 대리하거나 대위하여 행사할 수 있다는 것이다. 즉 자연에도 그 고유한 가치(자연의 권리)가 있으므로, 자연과괴행위는 자연의 권리를 침해하는 것이고, 자연보호단체 등은 자연을 대신하여 소송을 제기할 수 있는 원고적격을 가진다는 것이다. 스톤의 논문이 가지는 의의는 당시까지 윤리로서만 생각해왔던 레오폴드의 “대지윤리”에서 제시된 사고가, 현실성을 띤 사회제도나 법적 제도로서의 발전가능성을 제시하였다는 점에 있다고 한다. Christopher D. Stone, “Should Trees Have Standing? -Toward Legal Rights for Natural Objects-”, *Southern Cal. L. Rev.*, Vol. 45, 1972, 450-501쪽; Zygment J. B. Plater and et al., *Environmental Law and Policy: A Coursebook on Nature, Law and Society*, West Pub. Co., 1992, 6-7쪽, 11-15쪽; 강재규, ““자연의 권리” 소송”, 『공법연구』, 제29집 제1호, 2000. 11, 489-491쪽.

는 것이 강조되게 되었다. “또한”이라는 개념을 자연 그 자체를 위한 자연의 보호라는 의미로 해석하는 것은<sup>321)</sup> 현재세대와 미래세대 간의 가교를 나타내는 이 개념의 구체적인 연관관계를 오해하는 것이 된다.<sup>322)</sup>

#### 다. 보호

기본법 제20a조는 주로 환경보호를 위해 국가의 적극적 행위를 요구하는데, 그것은 실질적인 행위의 종류를 불문한다. 여기에서 기본법 제20a조의 위임사항은 단순한 위험방어(Gefahrenabwehr)<sup>323)</sup>의 한계를 넘어서서 사전배려원칙이라는 의미에서 리스크사전배려(Risikovorsorge)를 요구한다. 이것은 다음에 상론될 미래세대에 대한 책임을 통해서도 강조된다.

개별적인 경우들에서 기본법 제20a조로부터 나오는 행위의무는 환경을 악화시키는 제3자의 위법적인 환경부담행위에 대해 국가가 조치를 취하도록 하는 의무이다. 더 나아가서 기본법 제20a조로부터

---

321) H. J. Vogel, “Die Reform des Grundgesetzes nach der deutschen Einheit”, DVBL., 1994, 500쪽.

322) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 31쪽.

323) 영어의 risk(독어의 Risiko)와 구별되는 것으로서 영어의 danger(독어의 Gefahr)가 있는데, 이에 대한 번역으로 risk나 Risiko를 리스크로, danger나 Gefahr를 위협으로 번역하는 경우(김남진, “리스크 사회에 있어서의 리스크관리와 규제, 268)와 risk나 Risiko를 위협으로, danger나 Gefahr를 위해로 번역하는 경우(강희원, “환경위기시대에 있어서 ‘위험’에 대한 법학적 계몽을 위하여”, 「경희법학」, 제30권 제1호, 정현 박윤훈교수 화갑기념, 경희대학교 법과대학·경희법학연구소, 1995. 12, 117-125쪽)가 있다. danger나 Gefahr를 번역할 때 ‘위험’이란 용어를 사용했는 것이 이제까지의 관행이고, risk나 Risiko에 대하여서는 ‘위험’과 같이 관행화된 번역어가 현재 정립되어 있지 않으므로 여기에서는 잠정적으로 risk나 Risiko를 리스크로, danger나 Gefahr를 위협으로 번역하기로 한다. 조홍식, “리스크 법-리스크관리체계로서의 환경법-”, 서울대학교 「법학」, 제43권 제4호, 통권 125호, 2002. 12, 27쪽 각주1).

사실상의 환경악화요인들을 고권행위를 통하여 최소화하거나 중지시키는 국가의 의무가 나온다. 물론 이것은 원칙적으로 현행 환경법의 범위 내에서만 요구될 수 있는데 이것은 실질적으로는 고권행위가 환경법에 적합하도록 하는 국가의 의무를 초래하게 된다. 하지만 기본법 제20a조는 지금까지 공공재산의 관리자로서의 국가가 실질적인 환경특권들을 유지하는 것을 분명히 더 어렵게 만든다.

보호위임의 범위를 위한 표제어는 인간과 인간의 미래세대의 “생존보장”(Überlebenssicherung) 내지 “미래보장”(Zukunftssicherung)<sup>324)</sup>이다. 따라서 보호조치는 손해사전배려와 같은 손해제한이라는 의미에서 인간의 생존가능성을 보장해주는 적절한 모든 행위들이 된다. 특히 국가차원에서 환경을 악화시키는 행위들을 중단시키는 것 외에도, 국가가 행해야 하는 손해의 처리를 위한 적극적인 행위와 손해를 예방하기 위한 조치 그리고 자원절약을 위한 조치 등도 여기에 해당된다.<sup>325)</sup>

기본법 제20a조는 환경보호를 하겠다고만 언급하고 있고 최적의 환경수준에 대하여는 언급이 없다. 슈타인베르그(Steinberg)는 최적의 환경수준을 마련하기 위해서 입법자에게 다음과 같은 원칙을 준수할 것을 제안하고 있다.<sup>326)</sup>

첫째, 환경침해조치가 취해지기 전에 모든 경우에 있어서 자연적 생활기반에 대한 입법에서 척도와 위험도가 명시되어야 한다.

324) M. Kloepfer, “Staatsaufgabe Umweltschutz -Vorüberlegungen zu einem umfassenden Thema-”, DVBl., 1979, 641-642쪽; M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 25쪽.

325) D. Murswiek, “Art. 20a GG”, in: M. Sachs(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, 660쪽, Rn. 33이하; M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 25쪽.

326) R. Steinberg, “Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielebestimmung”, NJW, 1996, 1985쪽.

둘째, 자연적 생활기반을 보호하기 위해서 충분하고 효과적인 조치가 취해져야 한다.

셋째, 보호조치를 선택함에 있어서는 해당 공·사의 이익을 미래의 원칙에 따라서 고찰해야 한다. 이것은 특히 환경침해적 활동을 허용할 때 적용된다.

넷째, 불확실성때문에 결정이 미래에 대한 예측에 기초하는 경우 입법자는 사후개선의무를 부과하여야 한다.

다섯째, 이러한 모든 일에 있어서 입법자에게는 평가와 형성의 여지가 주어진다.

## 라. 미래세대보호

### (1) 서설

미래세대에 관한 보호목적의 확대는 환경보호의 인간중심적 내지 생태중심적 조망에 관한 논쟁보다 본질적으로 더욱더 흥미있는 것이다.<sup>327)</sup> 헌법이론적으로 미래세대를 보호하거나 미래세대에게 기본권주체성을 인정하기 위해서는 현세대와 다른 질서 하에서 살게 될 것이 분명한 미래세대를 보호할 의무는 현행 헌법으로부터 추론되어야 한다.<sup>328)</sup>

### (2) 제42차 기본법 개정 이후의 논의

#### (가) 개관

---

327) 김세규, “독일 기본법상의 환경보호의 명확화”, 『한국헌법학의 현황과 과제』, 금강김철수교수정년기념논문집, 박영사, 1998, 647쪽.

328) 여기에 관하여는 홍성방, “핵에너지의 사용과 미래세대 보호”, 『안암법학』, 제7호, 1998. 8, 24쪽-38쪽; 줄고, “미래세대의 환경권 주체성 인정 여부에 관한 소고”, 『한국헌법학의 현황과 과제』, 금강김철수교수정년기념논문집, 박영사, 1998, 658-686쪽; 줄고, “미래세대의 환경권”, 『공법연구』, 제31집 제4호, 2003, 173-207쪽 참조.

기본법은 그 제20a조에서 환경보호를 국가목표조항의 형태로 규정하고 있다. 기본법 제20a조로부터 미래세대의 권리 또는 권리와 유사한 지위는 나오지 않는다고 새기는 것이 일반적이다.<sup>329)</sup> 기본법 제20a조에 의해 처음으로 미래세대들도 헌법의 보호를 받게 되었다. 현재에 있어서의 각각의 결정이 현재 생존하고 있는 자들뿐만 아니라 또한 아직 태어나지 않은 미래세대들을 위해서도 변화된 조건을 형성하는 바, 이것은 경제, 교통, 재정 혹은 교육정책의 영역에 대해서도 타당하지만 바로 환경정책에 대해서도 확실히 타당하다.<sup>330)</sup>

(나) 장기적 책임(Langzeitverantwortung)

특히 환경정책에 있어서는 오래 전부터 장기적 책임문제가 제기되어 왔다.<sup>331)</sup> 일찍이 독일의 산림정책과 산림법에서 ‘장기간의 지속적 영향의 원칙’이 발전되었다. “지속가능한 개발”이라는 표제어(Stichwort) 아래 열린 Rio환경회의 이후로 특별히 장기적 책임이라는 테마가 국제적 차원에서 논의되었다. 자연환경의 악화(Umweltbelastung)는 완전히 또는 부분적으로 원상태로 되돌릴 수 없는 비가역성(Irreversibilität)이 있기 때문에 장기적 효과를 가진 결정들은 미래에 있어서 의미를 가진다. 이것은 선견지명이 있고 책임의식이 있는 결정권자의 행위를 통해서만 충분히 고려될 수 있다.<sup>332)</sup> 기본법 제20a조의 헌법개정에 있어서 입법자는 미래의 인간에 대해서도 국가의 책임범위를 확대함으로써 이러한 도전에 응했지만 어쨌든 실제로 그것을 구체화하는 단계가 되면 긴장이 예상된

329) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 33-34쪽.

330) M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 32쪽.

331) 여기에 관하여는 Gethmann/Kloepfer/Nutzinger, Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993 참조; M. Kloepfer, “Art. 20a GG”, 32쪽.

332) M. Kloepfer, “Die Notwendigkeit einer nachhaltigkeitsfähigen Demokratie”, GAIA, 1992, 253-254쪽; Kloepfer, “Art. 20a GG”, 32쪽.

다. 왜냐하면 그것은 입에 발린 말뿐인 신앙고백에 그쳐서는 안되고 근본적으로 현대입헌국가를 위한 문제들로 제기되어야 한다.

국가대표자의 민주주의적 정당성과 임명은 선거를 할 수 있는 현재 살아있는 사람들만을 고려하고, 대표자들도 그들을 뽑아주는 사람들의 근시안적인 요구들에 주로 신경을 쓴다. 확실히 헌법의 장기적 책임 측면들은 지금에 와서 볼 때 낫선 것은 아니고<sup>333)</sup> 몇몇 환경법에서도 사전배려측면이 발견된다.<sup>334)</sup> 그렇다고 해서 선거임기제와 정당민주주의 체제에서 국회에 의한 결정에의 도달이 최우선적으로 생존하는 사람들에게 유익하도록 조작되어서는 안된다. 이 때 현재 생존하고 있는 세대의 상대적으로 근시안적인 이익들과 미래세대들의 장기적인 리익이 상치될 수도 있다.

(다) 미래세대 옴부즈만(Nachweltbeauftragter)

미래세대를 보호하는 것이 중요한 사항이라면 입법자는 법적인 절차와 조직형태를 통해 장기적 책임을 제도화하지 않을 수 없다. 특히 장기적 리익을 조사하고 대표할, 지속적이고 안정적이며 통합성, 객관성, 수용성(Akzeptanz)을 갖춘 조직이나 정치적인 지위가 요구될 수도 있다. 이것은 예를 들어 이에 상응하는 옴부즈만(Ombudsman)<sup>335)</sup> 내지, 입법에 조언을 하면서 관여할 수 있는 미래세대옴부즈만을 뒀으로써 가능할 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서

---

333) 예를 들어 기본법 제115조, 제1조 제1항, 제79조 제3항 등 참조.  
334) 예를 들어 연방임미시온방지법(BImSchG) 제5조 제1항 제2호, 원자력법(AtG) 제7조 제2항 제3호, 환경법전총칙 초안(UGB-AT-Entwurf) 제4조 등.  
335) 와이스(Edith Brown Weiss)는 미래세대의 이익을 대표하기 위한 가장 바람직한 방법으로 미래세대를 위한 옴부즈만(Ombudsmen)이나 위원(Commissioners)을 임명할 것을 제안하였다. 환경과 개발에 관한 세계위원회(World Commission on Environment and Development, WCED)는 각 국가들로 하여금 국가수준에서 그러한 조치를 취하도록 권고한 바 있다. Edith Brown Weiss, In Fairness To Future Generation, The United Nations University, Transnational Publishers, Inc., 1992, 124-126쪽; WCED, Our Common Future, 1987, 332쪽.

여러 가지가 고려될 수 있다.<sup>336)</sup> 무엇보다도 미래세대들을 위해 권리나 권리와 비슷한 지위가 창설되어서는 안된다. 중요한 것은 미래세대에 대한 책임이라는 측면에서 국가가 이러한 국가의 목표를 추구할 수 있도록 구체적인 환경위험의 방어에 착수할 뿐만 아니라 환경리스크의 저지 혹은 감소를 위한 사전배려를 받아들이는 것에 달려 있다.<sup>337)</sup>

### III. 기본법 제20a조의 혁신적 잠재력

#### 1. 법질서의 생태화(Ökologisierung der Rechtsordnung)

언뜻 보기에 기본법 제20a조는 혁신적 가능성이 희박해 보인다. 왜냐하면 이미 지금까지 입법자가 더욱 강력한 환경법들을 의결할 수 있었을 것이기에 미래를 위해 환경과 관련된 입법의 근본적인 방향 전환은 고려될 수 없을 것 같기 때문이다.<sup>338)</sup> 어쨌든 이 점에 있어서 기본법 제20a조가 입법자에게 줄 수 있는 ‘큰 자극’(großen

---

336) 예를 들어 미래문제 전문가들로 구성된 위원회(Rat von Sachverständigen für Zukunfts fragen)나 차후세대 보호를 위한 부(Ministerium für Nachweltschutz)를 생각해 볼 수 있다. 물론 후자는 관료제차원에서 높은 비용이 들기 때문에 별의미가 없을 것이다.

337) 이러한 옴부즈만제도를 이해하기 위해서 환경과 관련된 환경옴부즈만, 특히 독일의 현행 환경옴부즈만(Betriebsbeauftragte für Umwelt schutz)제도에 대하여는 E. Rehbinder/H.G Burgbacher/R. Knieper, Ein Betriebsbeauftragter für Umweltschutz?, ERICH SCHMIDTVERLAG, 1972; H. P. Sander, "Rechtstellung und Rechtsschutz des Betriebsbeauftragten für Gewässerschutz aus der Sicht der Industrie ", NuR, 1985, 47쪽 이하; H. Pohle(Hrsg), Die Umweltschutzbeauftragten, 1992; M. Kloepfer, Umweltrecht, 152쪽 이하 참조.

338) U. Becker, "Die Berücksichtigung des Staatsziels Umweltschutz beim Gesetzsvollzug", DVBl., 1995, 713쪽.



Impulse)<sup>339)</sup>은 단기적으로 볼 때는 새로운 국가목표조항을 더욱 완곡하게 평가하는 것인데 국가목표조항에서 다른 헌법상 법익들에 우선하는 환경보호는 분명히 거부되고 있다. 하지만 중·장기적으로는 법규의 생태화가 현저히 늘어날 수 있어야 한다.

국가목표조항이 입법자의 형성의 자유를 강조할 때도 기본법 제20a 조는 마찬가지로 철저하고 생태적인 악화저지작용을 한다. 기본법 제20a조를 고려하여 환경을 보호하는 규범들의 대폭감소는 상치하는 헌법상 법익들의 의미가 더 비중이 있을 때라야 가능하다. 기본법 제20a조는 기타 환경법전의 기초를 위해 입법상 긍정적으로 원용될 수 있다. 이 환경법전은 독일 최초의 환경법전편찬이 될 것이고 다시금 환경법에 새로운 자극들을 줄 수 있을 것이다. 특히 헌법상의 흠결의 보완책이 기본법 제20a조의 원용하에 촉진될 수 있을 것이다.

## 2. 정치적 자체추진력(Politische Eigendynamik)

국가목표조항을 법률적 효력이 없는 단순한 “장광설”(Deklamation)로 간주하거나, 헌법상의 제단을 명예롭게 하기 위해 제기된 환경보호에 대한 “상징적인 경의표시”(symbolische Huldigung)로만 간주하는 것은 정치적인 절차에서만 아니라 사법적인 절차에서도 기본법에 명시되어 있는 표현의 자체추진력을 발전시킬 수 있음을 인식하지 못하는 것이다. 확실히 기본법 제20a조는 법률적으로 중대하게 인식할 수 있는 사회적 의식과 정치적 기후 변화도 겨냥하고 있다.

---

339) H. J. Peters, “Art. 20a -Die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes-”, NVwZ, 1995, 556쪽.

### 3. 총괄규정(Querschnittsklausel)

총괄규정으로서의 기본법 제20a조는 오히려 중요한 법적 효과(Rechtswirkungen)를 과소평가할 수 없다. 법적 효력들은 무엇보다 평가와 관련되고 재량의 지침을 제공하며 해석을 지도할 수 있는 성질을 띤다. 거기에 더해서 기존의 헌법과 법률의 언급들을 풍부하게 한다. EGV(유럽공동체조약)의 제130r조 제2항 제2문에서와 비슷하게,<sup>340)</sup> 기본법 제20a조는 환경정책적으로 설정된 총괄규정의 기능을 하고 그리고 국가로 하여금 자신의 과제를 실현할 때 환경보호의 요청을 고려하도록 의무지운다.

### 4. 자극효과(Impulswirkung)

장기적으로 지속되는 법의 발전을 위한 중요한 자극들은 환경보호에 대한 국가목표조항에서 생겨난다. 헌법을 개정하는 입법기관의 부분적인 의도에 비해 이것은 입법분야에서 뿐만 아니라 집행부와 사법부 분야에서, 즉 구체적인 법 적용에서도 감지될 수 있다. 환경보호에 대한 국가목표는 일련의 과제로서 국민들의 의식 속으로 파고 들어가 범규범으로서 국가권력의 행위원칙이 되는 한에서 의미

340) 유럽공동체조약 제130r조 제2항: 공동체의 환경정책은 공동체 내 지역들의 다양성을 고려하여 고도의 보호를 목적으로 해야 한다. 이는 사전배려의 원칙, 방지원칙, 근원원칙, 오염자부담원칙에 근거한다.

환경보호요건은 공동체의 다른 정책들의 정의와 실행에서 통합되어야 한다. 이러한 맥락에서 이 요건을 충족하기 위한 조율수단은, 회원국이 적절한 유보조항에 따라 비경제적인 환경상의 이유로 공동체 감시절차에 준하여 잠정적인 조치를 취하는 것을 포함한다. Jan Jans, "The Development of EC Environmental Law", in: Gerd Winter(ed.), *European Environmental Law - A Comparative Perspective*, Aldershot et al.: Dartmouth Publishing Company, 1996, 271-296쪽.

가 있다.

기본법 제20a조에 여러 가지 결합이 있음에도 불구하고 이러한 국가목표조항을 통해 환경을 보호하는 기준에 관한 헌법생활과 행정생활이 대단히 풍요로워졌다. 그 이유는 모든 제한에도 불구하고 국가목표조항의 개방성과 그 개방성을 통해 필수적으로 생겨나는 해석의 필요성은 장기적으로 볼 때 자연적 생활기반의 보호를 헌법과 헌법을 해석하려는 노력의 중심점으로 매우 강하게 옮겨놓은 것이기 때문이다. 이 때 가장 우선적으로 환경보호를 기본법 안에 아주 어렵게 도입한 입법기관에게 맡겨진 일은, 활동여지를 보장하는 정책(Politik)의 우위를 되찾고, 집행권이 내리는 결정이 다시금 기본법 제20a조를 실현하는 법률의 의미에서 사법부에 의해 통제될 수 있는 집행권을 위한 구체적인 지침을 마련하는 것이다. 다시 말하면 집행권은 기본법 제20a조에 의해서 지침을 받고 입법부가 제정한 법률에 의하여 지침을 받는다.

## 5. 환경보호의 평가절상(Aufwertung des Umweltschutzes)

기본법 제20a조는 헌법정책상으로는나 헌법상으로 환경보호에 대한 상당한 평가절상 작용을 전체적으로 수용한다. 환경보호를 헌법상의 법익으로 승인하는 것은 단순히 상징적인 효과 이상을 발휘한다. 그것은 특히 입법을 위해 헌법의 형량프로그램을 변경시킨다. 예를 들자면 그렇게 하여 환경을 보호할 수 있는 기본권의 내재적 한계가 가능해진다. 생태적 중요사항을 헌법화하는 것은 총괄규정의 성격에 맞게 다른 헌법조문의 확실한 생태화(Ökologisierung)로 이끌고 결국에는 환경보호 특유의 정책분야가 아닌 다른 분야의 생태화로 유도한다.

## IV. 기본법 제20a조에 관한 판례

### 1. 개관

기본법에 국가목표로서 환경보호조항이 수용된 이후 최근까지 기본법 제20a조를 직접 인용한 판결은 그리 많지 않다.<sup>341)</sup> 그 중 대표적인 것으로는 다음 2개의 판결을 들 수 있다.<sup>342)</sup> 위 두 개를 근거로 기본법 제20a조의 도입 이후의 영향에 관한 분석하는 것은 한계가 있을 수밖에 없다. 그러나 이 두 개의 판결이 기본법에 환경보호조항이 수용된 후 최초의 판결이라는 점에서 그 의미는 크다고 할 수 있다.

---

341) 필자가 2003년 11월까지 DÖV, DVBl, JZ, NJW, NVwZ 등과 <http://Lexetius.com>, <http://dejure.org> 등의 사이트와 호네스(Ernst-Rainer Hönes), 슈미트(R. Schmidt), 슈타인베르그(R. Steinberg), 베스트팔(Simone Westphal) 등의 글을 참조함으로써 잠정적으로 내린 추정이다. Ernst-Rainer Hönes, "Historische Park- und Gartenanlagen zwischen Kunstfreiheit und Umweltschutz", DÖV, 1998, H. 12, 500쪽 각주 85; Reiner Schmidt, "Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht -Rechtsprechungsbericht-", JZ, 1997. 11, 1043쪽; R. Steinberg, "Umweltschutz in der Verkehrswegeplanung", DÖV, 2000, H. 3, 91쪽; Simone Westphal, "Art. 20a GG-Staatsziel, Umweltschutz", JuS 2000, Heft 4, 339쪽.

342) Ernst-Rainer Hönes, 위의 글, 500쪽 각주 85; 그 외에도 다음의 결정이 있다. BVerwG, Beschl. v. 31. 1. 1997. NVwz 1997, 1213-1215쪽; BVerwG, Urt. v. 15. 4. 1999-3 C 25/98(Kassel) NVwz 1999, 1234-1237쪽 참조.

## 2. 1995. 4. 13.자 연방행정법원결정<sup>343)</sup>

### 가. 사건개요

원고가 연방행정법원에 항고를 제기하게 된 배경은 다음과 같다. 외각지대(외부영역, Außenbereich)에 위치한 주말별장의 경사지에 높이가 약 6미터이고 길이가 7미터인 나치시대에 활동한 조각가 Arno Breker가 제작한 Artemis와 Aurora라고 하는 두 개의 기념상을 약 7미터 높이의 받침대 위에 설치하기를 원하는 원고가 소관 주행정청에 설치허가를 신청하였으나 소관 주행정청은 ‘그러한 예술품을 설치하면 자연경관을 변경시키고 자연경관의 자연적 특성을 훼손한다.’는 이유로 이를 거부하였다. 이러한 건축신청의 거부에 대해서 원고는 예술의 자유를 주장하면서 이의를 제기하였지만 담당부서에 의하여 이것이 받아들여지지 않았기 때문에 바이에른행정법원(BayVGH)에 피고에 대하여 부작위의무이행소송(Untätigkeitsklage)을 청구하였다.<sup>344)</sup> 그러나 항고법원은 원고의 청구를 건축계획법(Bauplanungsrecht)의 적용을 받는 사업계획이 연방건설법전(BauGB) 제35조 소정<sup>345)</sup>의 외관훼손의 금지(Verunstaltungsverbot)에 위

343) BVerwG(연방행정법원), Beschl. v. 13. 4. 1995- 4 B 70/95; BVerwG, NJW, 1995, 2648-2650쪽; 이 결정은 예술의 자유와 외각지대 보호 사이의 충돌에 관한 것으로 연방행정법원에 의하여 기본법 제20a조가 최초로 인용된 결정이다. Uhle도 이 결정에 찬성하고 있다. Uhle, “Das Staatsziel “Umweltschutz” und Bundesverfassungsgericht,” UPR, 1996, 55쪽; Ernst-Rainer Hönes, 앞의 글, 500쪽 각주85에서 재인용.

344) Hansjochen Dürr, “Aktuelle Rechtsfragen des öffentlichen Baurechts-Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Oberverwaltungsgerichte in den Jahren 1995 und 1996-”, DÖV, 1997, 10, 849-850쪽.

345) 연방건설법전 제35조 제1항: 외부영역에서의 건축물은 공익에 반하지 않는 않고,

반한다는 근거로 기각하였다. 이에 원고는 항고법원에 의해서 표명된 상고의 불허가에 대하여 불허가의 항고(Nichtzulassungsbeschwerde)를 제기하였다.

## 나. 결정내용

본 사건은 내용적으로 기본법 제5조 제3항 제1문<sup>346)</sup>에 규정된 예술의 자유와 건설법전 제35조 제2항<sup>347)</sup> 및 제3항<sup>348)</sup>에 근거를 둔 건

---

충분한 기반시설이 확보되며, 다음과 같은 요건이 충족되는 경우에 허용된다;

1. 농업, 임업을 위한 것이고 영업용지의 일부만을 차지할 때,
2. 영업을 사전적 상속계약(Vorwegnahme)을 위해 이전되고, 그 이후에 (상속인에 의해서) 포기된 경우, 그 지주의 주거목적에 위한 것일 때,
  - a) 영업의 인도 전에 제1호에 따른 잔류가옥(Altenteilerhaus)의 건립이 허용될 수 있었을 때,
  - b) 이전계약에서 잔류가옥의 건립이 합의되었을 때,
  - c) 건축물이 직접적으로 소농장(Hofstelle)의 주변에 건립될 때
  - d) 잔류가옥이 건립되어야 하는 토지가 농장지 없이는 매각되지 않는다는 것이 법적으로 보장될 때
  - e) 잔류가옥이 건립되어야 하는 토지가 농장지 없이는 매각되지 않는다는 것이 법적으로 보장될 때
3. 농장노동자의 주거(Landarbeiterstelle)를 위한 경우
4. 방송시설, 공공 전기, 가스, 수도, 하수도설비 또는 장소관련적 영업을 위한 건축물을 위한 것일 때,
5. 주변에 대한 특별한 요청에 의하거나, 주변지에 대한 부정적인 효력 때문에 또는 특별한 목적 때문에 외부영역에서 건립되어야 하는 경우,
6. 평화적 목적 또는 방사능폐기물의 폐기를 위한 핵에너지의 연구, 발전, 이용을 위한 것일 때. 1994. 4. 8. BGBl. I 766쪽 이하; 김중보, 「도시계획의 수립절차와 건축물의 허용성에 관한 연구 -한국의 도시계획법제와 독일의 연방건설법(BauGB)제에 관한 비교연구-」, 서울대학교 법학박사학위논문, 1997. 2, 부록 21-22쪽.

346) 기본법 제5조 제3항 제1문: 예술과 학문, 연구와 교수는 자유이다. 기본법 제5조 제3항 제1문상의 예술의 자유는 내재적 한계를 제외하고는 제한할 수 없는 절대적 기본권이다.

347) 건설법전 제35조 제2항: 기타의 건축물은 그 건립과 이용이 공익을 침해하지 않을 때, 개별적인 경우에 한하여 허용될 수 있다. 1994. 4. 8. BGBl. I 766쪽 이하; 김중보, 앞의논문, 부록 22쪽 참조.

348) 건설법전 제35조 제3항: 특히 다음과 같은 경우에는 건축물이 공익을 침해하는

축계획법상 외곽지대의 보호가 충돌한 사건으로 원고에 의해서 제기된 불허가의 항고에 대한 결정이다. 본 사건에 있어서 연방행정법원은 유보없이 보장된 기본권(절대적 기본권)인 기본법 제5조 제3항 제1문상의 기본권이 그 밖의 헌법규정에 의해서 어느 정도까지 제한될 수 있는가 하는 문제에 관련하여 다음과 같이 판시하고 있다. 우선 연방행정법원은 보호영역에 포함되어 있는 예술의 작용영역(Wirkbereich)에 기초해서 원고가 주장할 수 있는 기본법 제5조 제3항 제1문도 건설법전 제35조 제2항 및 제3항으로부터의 외곽지대에 있어서 예술작품의 설치에 관한 허용성의 한계를 원칙적으로 배제하는 것은 아니라는 것을 이유로 상고의 허가를 필요로 하지 아니한다고 하였다. 연방행정법원의 이러한 논증에는 특히 다음과 같은 고려가 작용하였다. 기본법 제5조 제3항 제1문은 건설법전 제35조 제2항 및 제3항에 근거를 둔 거부사유에 대해서 헌법조화적 해석이 부득이 할 뿐만 아니라 기본법 제5조 제3항 제1문상의 기본권은 법률유보 없는 절대적 기본권이긴 하지만 내재적으로 제한될 가능성이 있다. 그리고 본건에 있어서 기본법 제2조 제2항<sup>349)</sup>과 더불어 기

---

것이다. 건축물이

- 용지이용계획의 표현에 위반하는 경우
- 해로운 환경오염을 초래할 수 있거나 이를 배출하는 경우
- 도로나 다른 교통시설, 생존배려, 쓰레기처리, 폐수처리 시설, 안전이나 건강 또는 기타의 과제의 해결을 위하여 과도한 소비가 요구되는 경우
- 수리경제를 해치는 경우
- 자연보호와 경관보존 또는 기념물보호의 이익을 침해하는 경우
- 지역경관, 자연경관을 손상하는 경우
- 자연경관의 자연적 성격이나 휴양지로서의 성격을 해하는 경우
- 산발 주거의 발생, 고착, 확장의 염려가 있는 경우

농지구조개선을 위한 조치에는 특별한 고려가 배풀어 져야 한다. 제1항, 제2항에 공간적으로 의미있는 건축물들은 국토계획과 주국토계획의 목표에 반해서는 안된다; 이러한 건축물들의 이익이 국토계획과 주국토계획의 목표로서 국토계획법 제5조에서 정하고 있는 바와 같이 프로그램이나 계획 등에서 형량된 경우에는 제1항의 공간적으로 의미있는 건축물은 공익에 반하지 않는다. 1994. 4. 8. BGBl. I 766쪽 이하; 김종보, 앞의 논문, 부록 22쪽 참조.

본법 제20a조도 또한 건설법전 제35조 제3항의 외관훼손금지과 관련있는 헌법규정이다.

연방행정법원의 결정에 의하면 기본법 제5조 제3항 제1문상의 예술의 자유라는 기본권은 충돌하는 기본권에 의해서는 물론 헌법적 서열(Verfassungsrang)이 부여된 그 밖의 법익에 의해서 제한될 수 있다고 한다(내재적 한계에 의한 제한). 그러한 제한으로서는 기본법 제2조 제2항상의 기본권은 물론 새롭게 국가목표조항으로 수용된 기본법 제20a조가 들고 있는 헌법적 가치가 건설법전 제35조 제2항 및 제3항에 의해서 기본법 제5조 제3항 제1문상의 기본권을 제한할 수 있다고 하여 국가목표조항으로서의 환경보호를 규정하고 있는 기본법 제20a조가 기본권을 제한하는 작용도 할 수 있음을 명확히 하였다.<sup>350)</sup>

#### 다. 평석

이 결정과 관련하여 소개는 몇 개 있지만 평석은 별로 없는 것 같

---

349) 기본법 제2조 제2항: 누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 가진다. 신체의 자유는 침해될 수 없다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 침해될 수 있다.

350) 결정내용을 원문 그대로 소개하면 다음과 같다.

- 1) 예술의 자유는 건설법전(BauGB) 제35조 제2항과 제3항에 따라 토지사용계획에 위반된다고 해서, 경관의 외관을 훼손(Verunstaltung)한다고 해서 또는 경관의 자연적 특성을 침해(Beeinträchtigung)한다고 해서 외곽지대에 건축 예술품을 전시하는 데에 건축법상의 허가를 거부하는 것을 원칙적으로 방해하지 않는다.
- 2) 기본법 제20a조에 새롭게 수용된 국가목표조항이 헌법적 질서에 편입됨으로써 환경보호는 절대적인 우위에 있는 것이 아니라 그 밖의 헌법원리 및 헌법상 법익과 조화를 이루어야 한다는 것이 명백해졌다. 이것은 제5조 제3항 제1문과 같은 법률유보가 없는 기본권보장규정(Grundrechtsverbürgungen)과 충돌하는 경우에도 해당된다. BVerwG, Beschl. v. 13. 4. 1995- 4 B 70/95; BVerwG, NJW, 1995, 2648쪽.



다.<sup>351)</sup> 그에 따르면 다음과 같이 평가하고 있다.<sup>352)</sup> 길이 6미터 높이가 7미터 짜리 두 개의 예술품을 설치하는 것은 비록 교외의 주말별장에 있는 것이라고 하더라도 평균인의 미적 관점에서 볼 때 환경을 훼손할 것이라는 점 그리고 기본법 20a조를 생태보호에 도움이 되도록 해석을 한 점<sup>353)</sup> 등에 비추어 연방행정법원의 결정에 대해서 대체적으로 찬성하지만 그 논증과정에는 다음과 같은 문제가 있다.<sup>354)</sup>

첫째, 예술의 자유의 보호영역에 대한 철저한 논증이 없다.

둘째, 건설법전 제35조가 기본법 제20a조 소정의 환경보호원칙의 입법적 구체화라고 단정짓는데 대하여 설명이 미흡하다. 왜냐하면 건설법전 제35조가 기본법 제20a조 소정의 환경보호원칙의 입법적 구체화라는 것은 기껏해야 환경에 비친화적인 건축의 금지라는 의미에서의 경관의 자연적 특성의 보호라는 공적 중요성에서만 그럴 뿐이다.

---

351) 이 사건에 관한 평석 이외의 소개(보고)에 관하여는 Hansjochen Dürr, 앞의 글, 849-850쪽; Reiner Schmidt, 앞의 글, 1043쪽; Ernst-Rainer Hönes, 앞의 글, 500쪽 참조.

352) 본 결정문에는 높이가 6미터이고 길이가 7미터라고 하고 있는데 반하여 (BVerwG, Besc-hl. v. 13. 4. 1995- 4 B 70/95; BVerwG, NJW, 1995, 2648-2650쪽) 베슈팅(Thomas Vesting)박사의 글에는 길이가 6미터 높이가 7미터라고 하여 정확한 사실관계마저도 혼동하는 듯하다. Thomas Vesting, "§35 III BauGB zwischen Umweltschutz und Kunstfreiheit", NJW, 1996, H. 17, 1111-1113쪽.

353) Reiner Schmidt, 앞의 글, 1043쪽.

354) 참고로 기본법 제20a조가 있음에도 불구하고 제20a조를 끌어 들이지 않고 (기본법 제1조 제1항 제2문, 제2조 제2항 제1문 등에 터잡아) 내린 결정을 살펴본다. 미성년자들이 1995. 7. 19자 연방임미시온방지법 개정에 항의를 하였는데 그 이유는 연방임미시온방지법에 규정된 차량통행금지가 오존의 양을 줄이는데 너무 근시안적이기 때문이다. 즉 새로운 수준이 과거의 수준보다 떨어진 연방임미시온방지법개정을 통해서 건강을 보호할 의무를 입법자가 위반했다. 따라서 새로운 수준을 과거의 수준으로 되돌려야 한다는 헌법소원이 제기되었으나 이것이 받아들여지지 않았다. BVerfG(1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 29. 11. 1995-1 BvR 2203/95; NJW, 1996, Heft 10, 651쪽.

셋째, 예술품과 토지사용권과 환경보호 등 세 가지의 법익에 대한  
형량이 미흡하고 납득할 만한 설명이 부족하다.<sup>355)</sup>

넷째, 헌법내재적 기본권 제한을 지나치게 확대했다.<sup>356)</sup>

### 3. 1995. 9. 21.자 연방행정법원 결정<sup>357)</sup>

#### 가. 사건개요

아프리카산 상아로 된 물건을 판매하고 있는 동아시아 골동품상은  
유럽공동체명령[Verordnung(Europäische Wirtschaftsgemeinschaft,  
EWG)] 3626/82호 제2조 등의 규정이 독일국내법으로 적용됨에 따  
라<sup>358)</sup> 종보호를 위해서 시장에서 상아로 된 물건을 판매하는 행위  
를 1984년 1월 1일부터 금지 당했다. 그러자 위 골동품상은 1981년  
부터 1983년 사이에 취득한 상아제품에 대해서는 판매를 허가해 달  
라고 소제기를 하였으나 기각판결을 받았고, 이에 대하여 연방행정  
법원에 제소하였다.

#### 나. 결정요지

(1) 연방자연보호법에 규정된 판매금지<sup>359)</sup>는 1984. 1. 1. 이전에 독

355) Thomas Vesting, 앞의 글, 1113쪽.

356) Reiner Schmidt, 앞의 글, 1043쪽.

357) BVerwG, Beschl. v. 21. 9. 1995- 4 B 263/94; BVerwG, NJW, 1995, Heft 17,  
1163쪽; Ernst-Rainer Hönes, 앞의 글, 500쪽.

358) Verordnung(EWG) Nr. 3626/82 Art. 2, 6; Verordnung(EWG) Nr. 197/90 Art. 2.

359) 연방자연보호법(BNatSchG) 제20a조 제2항은 다음과 같다: 이 장에서 말하는  
동물과 식물은 곧바로 인식할 수 있는 야생동물과 식물 및 곧바로 인식할 수  
있는 동·식물로부터 얻어진 물건을 말한다. 1982. 12. 3.자 유럽경제공동체  
(EWG) 3626/82호 규정에 정해진 동물과 식물의 경우에는 소유할 수 없고 상

일에 수입된 아프리카산 상아에도 적용된다.

(2) 상품판매금지선 원칙적으로 상아로 된 예술작품에도 적용된다.

#### 다. 결정이유

…… 기본법 제20a조에 따르면 국가는 미래세대를 위해서 자연적 생활기반을 보호해야 한다. 이러한 목표를 달성하기 위해서 해당 행정청은 자연과 자연경관을 보호할 수 있는 조치를 취할 수 있다. 그러한 조치에는 종을 보호하는 것도 포함된다. 그러나 종보호는 예술의 자유보다 절대적으로 우위에 있는 것은 아니라고 할 것이다. 입법자는 예술의 자유와 종보호 사이의 마찰을 구체적인 사례와 관련하여 형량을 통하여 해결하여야 한다. 그러나 독일의 입법자가 종보호에 우위를 부여했다고 해서 그것을 잘못이라고 할 수는 없을 것이다. 종보호를 우선시키는 것이 현재의 국제적인 경향이다. 왜냐하면 그렇지 않을 경우, 과거의 경험상 코끼리 종을 유지하려는 목적의 달성은 매우 어려울 것이기 때문이다…….

---

품으로 이용할 수 없고 그 밖에 교환이 금지된다. 그리고 그에 대해서는 수입과 수출(21조-21f조 까지)이 금지된다.

연방자연보호법(BNatSchG) 제20f조 제2항은 다음과 같다: 특별히 보호되는 종류의 동·식물에 대해서는 다음과 같은 것이 금지된다.

제1호: 소유하는 것, 상속하는 것, 그것에 대해서 사실적인 폭력을 가하는 것, 또는 그것을 가공하는 것(소유금지)

제2호: 유럽경제공동체(EWG) 3626/82호 규정 제6조 제1항 또는 제2항에 이미 규정되어 있지 않는 한 판매하는 것, 판매하기 위해서 소유하는 것, 제공하는 것 또는 상업상의 목적을 위해서 진열하는 것(거래금지)

제3호: 제2호에 열거된 목적외에 거래하거나 거래를 조장하기 위해서 전시하는 것(기타의 거래금지) Beck-Texte, Umwelt-Recht, 8. Aufl., C. H. Beck, München, 1994, 106쪽, 110-111쪽.

#### 4. 사건

앞에서 살펴본 위의 판결을 가지고 새롭게 기본법 제20a조에 규정된 환경보호 국가목표조항이 Bonn기본법 내에서 앞으로 어떠한 역할을 할 수 있을지에 대해서 숙단하는 것은 어렵다고 할 수 있다. 우선 위 두 판결은 지금까지 법률차원에서 논의되던 또는 환경관련 법률을 근거로 환경보호에 접근했던 것으로부터 이제는 기본법 제20a조를 직접 인용하여 환경보호의 문제에 접근하고 있다는 점에서 획기적인 (또는 당연한) 결정이라고 할 수 있다. 앞에 소개한 평석에 필자도 대체로 공감한다. 즉 이러한 사정으로부터 앞으로는 환경보호 내지 환경침해에 관련되는 한 기본법 제20a조가 중요한 판단기준이 된다는 것을 시사해주는 판결이라고 할 수 있다.

그러나 독일에서 지난 20여 년 동안 환경보호조항의 기본법 수용에 대한 논의가 있었음에도 불구하고 기본법 제20a조가 수용된 지 얼마 되지 않았기 때문에 기본법 제20a조에 대한 분명한 내용이 아직 밝혀지지 않은 것 같다. 이것은 사회국가조항이 처음에 도입되었을 때 그 목표에 대해서는 분명한 견해를 가졌음에도 불구하고 그 방법에 대해서 많은 논의가 있었던 것에 비교할 수 있는 상황이다. 다시 말하면 환경보호라는 목표를 기본법 제20a조가 분명히 하고 있음에도 불구하고 어떻게 환경보호를 할 것인가는 일차적으로 입법자에게 일임하고 있기 때문에 아직까지 학설과 판례가 일치된 견해를 갖고 있지 못하다. 그 방법에 대한 의견의 합치점은 앞으로 판례가 축적되고 그에 대한 판례의 평석이 체계화 될 때까지 기다릴 수밖에 없을 듯하다.

## V. 결 론

Bonn기본법이 제정될 당시에 기본법제정의 아버지들의 머리 속에는 Weimar헌법상의 기본권의 효력에 대한 부정적인 경험 등 때문에<sup>360)</sup> 헌법을 가지고 무엇을 많이 약속하기보다는 보다 많이 지키는데 주력하고자 하여<sup>361)</sup> 기본권목록을 단지 고전적인 자유권적 기본권만으로 된 17개 조항으로 규정한 결과 환경보호에 관한 가치를 무시하였다. 그러나 오늘날 종래의 국가의 구성요소에 환경이 들어 가야 할 정도로 환경이 중요한 요소를 차지하게 되어 현대국가의 숙명적 과제는 바야흐로 환경보호가 되었다.

1970년대부터 제기되기 시작한 환경보호에 대한 독일의 열풍은 기본법 속에 환경보호조항을 수용하자는 데에 공감대가 형성되었다. 기본법에 환경보호를 수용하는 경우에 어떠한 규범형태로 이를 도입할 것인가에 대하여 여러 정파와 학자들에 의하여 기본권의 형태로 환경보호를 도입하자는 주장, 국가목표조항의 형태로 환경보호를 도입하자는 주장 등 여러 가지 방법이 논의되다가 결국 국가목표조항으로 기본법에 수용하게 되었다. 환경보호라는 국가목표조항을 기본법에 수용한 것은 독일연방공화국이 “환경국가”로 발전해가는 과정에서 중요한 헌법상의 이정표를 나타내고,<sup>362)</sup> 환경국가를 위한 돌아 올 수 없는 점(point of no return)을 찍었다<sup>363)</sup>는 것을 의미한

360) v. Mangoldt, “Die Grundrechte”, DÖV, 1949, 262쪽, 275쪽; 홍성방, “한국헌법 제35조 ‘환경권’에 관한 연구”, 「한림대학교논문집」, 제8집, 인문·사회과학편, 1990, 294-295쪽.

361) Winfried Brohm, “Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen in der Verfassung, -Zu den gegenwärtig diskutierten Änderungen des Grundgesetzes-”, JZ, 1994, 215쪽.

362) M. Kloepfer(Hrsg.), Umweltstaat, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1989, 39쪽 이하; M. Kloepfer, “Interdisziplinäre Aspekte des Umweltstaats”, DVBl., 1994, 12쪽.

다. 따라서 국가는 환경보호를 계속적으로 고려하거나 충족시키도록 법적으로 구속받게 되었다.

결론적으로 환경국가목표조항이 수용됨으로 해서 나타나는 문제들 예컨대 환경국가목표조항과 기본법상의 기타 법익과의 충돌 내지 마찰을 어떻게 해결할 것인가 또 환경국가목표조항이 수용됨으로써 그것이 기본법질서에 어떠한 영향을 미칠 것인가에 대한 정확한 진단 내지 예측은 앞으로 판례의 집적과 그에 대한 학계의 반응을 더 기다려 보아야 할 것이지만<sup>364)</sup> 법규의 생태화에 크게 기여할 것이라는 점은 분명하다.<sup>365)</sup>

---

363) M. Kloepfer, "Entwicklung und Instrumente des deutschen Umweltrechts", 김연태 역, "독일환경법의 발전과 수단", 앞의 책, 60쪽, 101쪽.

364) R. Steinberg, "Umweltschutz in der Verkehrswegeplanung", DÖV, 2000, H. 3, 91쪽 참조.

365) 슈타인베르그는 기본법 제20a조가 악화금지(Verschlechterungsverbot)를 의미한다고 한다. R. Steinberg, 위의 글, 94쪽.



# 미국연방대법원 판결문에 대한 이해

김 성 진  
헌법연구원

## - 목 차 -

I. 들어가며 .....	169
II. 미국연방대법원의 판결 과정 .....	169
1. 사건 제출 .....	169
2. 구두 심리(Oral Argument) .....	170
3. 대법관 회의와 표결 .....	171
4. 판결문 작성자 지정(Opinion Assignment) .....	172
5. 판결문과 의견의 작성(Opinion Writing) .....	172
6. 판결 선고(Announcement of Opinion) .....	173
III. 판결문의 구성 .....	173
IV. 판결문 중 의견의 종류 .....	175
1. 법정의견(the Opinion of the Court) .....	175
2. 상대적 다수의견(Plurality Opinion) .....	175



- 3. 동조의견(별개의견, 보충의견, Concurring Opinion) ..... 176
- 4. 반대의견(Dissenting Opinion) ..... 177
  
- V. 실질적 예 ..... 177
  - 1. 펜실베니아 낙태관리법 3203조 ..... 179
    - 가. 쟁점 ..... 179
    - 나. 하급법원 판결 ..... 179
    - 다. 대법원 판결 주문 ..... 179
    - 라. 대법원 판결 이유 ..... 180
  - 2. 펜실베니아 낙태관리법 3205조 ..... 181
    - 가. 쟁점 ..... 181
    - 나. 하급법원 판결 ..... 182
    - 다. 대법원 판결 주문 ..... 182
    - 라. 대법원 판결 이유 ..... 182
  - 3. 펜실베니아 낙태관리법 3209조 ..... 185
    - 가. 쟁점 ..... 185
    - 나. 하급법원 판결 ..... 185
    - 다. 대법원 판결 주문 ..... 186
    - 라. 대법원 판결 이유 ..... 186
  - 4. 펜실베니아 낙태관리법 3206조 ..... 189
    - 가. 쟁점 ..... 189
    - 나. 하급법원 판결 ..... 189
    - 다. 대법원 판결 주문 ..... 189
    - 라. 대법원 판결 이유 ..... 190
  - 5. 펜실베니아 낙태관리법 3207(b)조, 3214(a)조, 3214(f)조 ..... 191

가. 쟁점 .....	191
나. 하급법원 판결 .....	192
다. 대법원 판결 주문 .....	192
라. 대법원 판결 이유 .....	193
VI. 결론 .....	195
참고문헌 .....	196

## I. 들어가며

미국연방대법원의 판결문은(특히, 위헌 여부를 가리는 사건에 있어) 사건 당사자에 직접적으로 끼치는 영향뿐만 아니라, 이후 사건에 있어 하급 법원의 판결을 구속하는(stare decisis) 보통법의 특징으로 인해, 한 사건의 판결에 있어 단순한 결과(result)의 중요성보다 이 결과에 이르기까지의 논거를 집필한 법원의 의견(opinion)이 갖는 중요성이 더 크다 할 수 있다. 9명의 대법관으로 구성된 미국 연방 대법원의 경우, 최소 5명 이상의 지지를 받아야 당해 사건을 결정지을 수 있으며,<sup>366)</sup> 그 5명의 대법관이 그러한 결정에 이르게된 논리를 공유할 때만이 법정 의견(the Opinion of the Court)으로서 권위를 갖는다. 이 논문에서는 미국연방대법원의 판결문이 집필되는 과정, 판결문을 이루는 두 축(결과와 의견)이 갖는 의미와 의견의 종류에 대해 살펴보겠다.

## II. 미국연방대법원의 판결 과정

### 1. 사건 제출

미국연방대법원에는 한 해 평균적으로 7,000건이 넘는 사건이 접수

---

1) 미국연방대법원의 심판 최소정족수는 6명으로 4대 3 또는 4대 2의, 4명의 대법관의 지지를 받는 다수 결정이 가능하나 흔하지 않다. 미국연방대법원의 소송 및 심판 절차에 대해선 RULES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (adopted January 11, 1999, effective May 3, 1999) 참조.

되며, 이러한 사건의 대부분은 연방고등법원이나 주대법원에서 상고(Appellate Jurisdiction)의 형태로 올라 온다.<sup>367)</sup> 이러한 하급법원을 거치지 않고 대법원에 직접적으로 청원(petition)할 수 있는 사건들(Original Jurisdiction)이 있기는 하나, 헌법 3조 2절 2항(Article III, Section 2. [2])<sup>368)</sup>에 열거된 매우 예외적인 경우에 해당된다.<sup>369)</sup> 매해 7,000건의 사건중 대법원의 심리를 거쳐 판결이 나는 사건은 한해 80-90건 정도로, 나머지 사건의 경우 법원의 재량에 의해 각하되거나, 일부는 의견이 없이 결과만 나가는 약식 결정문(Summary Judgment, 약 한해 50건 정도)의 형태로 결정된다. 접수된 사건이 받아들여질지의 여부는 대법관 회의에서 4명 이상의 대법관의 찬성으로 이루어진다.(the Rule of Four)<sup>370)</sup>

## 2. 구두 심리(Oral Argument)

일단 사건이 받아들여지면, 사건의 당사자들은 자신의 입장을 담은 소송 사건 이유서(brief - 50쪽을 넘을 수 없음)를 제출하여야 하며,

367) FindLaw Constitutional Law Center, *A HISTORY OF THE SUPREME COURT* (accessed September 16, 2003)

<[http://supreme.lp.findlaw.com/supreme\\_court/supcthist.html](http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/supcthist.html)>.

368) 미국 헌법 3조 2절 2항: 대사와 그밖의 외교사절 및 영사에 관계되는 사건과, 주가 당사자인 사건에서 연방대법원은 제1심의 재판관할권을 가진다. 연방대법원은 그 밖의 모든 사건에 있어서, 연방의회가 정하는 예외와 규정에 따라 법률 문제와 사실 문제에 관하여 상소심 재판관할권을 가진다. (원문: In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.)

369) David W. Neubauer *JUDICIAL PROCESS: LAW, COURTS, AND POLITICS IN THE UNITED STATE* (1997) 424-425.

370) Joan Biskpic & Elder Witt *The Supreme Court at Work* (1997) at 72. 사건의 선택 기준에 대해선 Neubauer (1997), 436-441.

이 사건에 관련하여 이해를 가지는 단체는 법원의 허락하에 그 단체의 의견을(*amicus curiae* brief - 30쪽을 넘을 수 없음) 제출할 수 있다.<sup>371)</sup> 대법원의 구두 심리에서 양측을 대변하는 변호사들은 30분씩 자신들의 의견을 개진할 수 있으며, 대법관들도 이 시간동안 자유롭게 질문할 수 있다.<sup>372)</sup>

### 3. 대법관 회의와 표결<sup>373)</sup>

대법관 회의는 구두 심리가 열린 주 수요일(월요일 구두 심리 사건)과 금요일(화요일과 수요일 구두 심리 사건)에 개최된다. 대법관 회의에서 대법원장은 사건마다 간략한 소개를 한 후 자신의 의견을 밝히며, 연방대법원에 근무를 오래한 대법관의 순으로 그 사건에 대한 자신의 의견을 개진한다. 의견을 개진하는 중에 대법관들은 판결에 대한 자신의 입장을 밝힌다. 대부분의 사건이 이미 하급법원의 판결을 거쳐 올라온 사건이므로 대법관들은 그 하급법원의 판결을 지지하거나(*affirm*), 그 판결을 파기하거나(*reverse*), 판결의 일부를 지지하고 일부를 파기하거나, 판결을 수정하거나(*modify*) 혹은 그 판결을 무효로(*vacate*)하고 하급법원으로 사건을 돌려보내야 한다는(*remand*) 의견을 내며, 5명 이상의 지지로 다수 결정(*majority*)이 이루어진다. 이러한 투표는 최종적인 것이 아니므로 대법관들은 대법관 회의 후 판결문이 선고될 때까지 자신의 의견을 바꿀 수 있다. 따라서, 최초투표에서의 다수의견이 판결문이 집필되는 동안 소수의

---

371) RULES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, Rule 33.1(g).

372) 미국연방대법원 구두 심리에 대해선 Henry J. Abraham *THE JUDICIAL PROCESS* (1998) 208-213 참조.

373) Craig R. Ducat *CONSTITUTIONAL INTERPRETATION* (2000) 34-38.

견이 될 수 있으며, 처음의 소수의견도 반대의견을 쓰는 과정에서 다른 대법관들을 설득할 수 있다면 다수의견이 될 수 있다.

#### 4. 판결문 작성자 지정(Opinion Assignment)<sup>374)</sup>

최초 투표가 대법관 회의에서 있을 후 수일내에 판결문 작성 대법관이 지정된다. 대법원장이 다수 결정에 포함되어 있다면, 대법원장은 자신을 포함하여 누가 다수의견을 작성할지를 지정할 수 있으며, 대법원장이 다수 결정에 포함되어 있지 않다면, 다수 결정에 동의하는 대법관중 대법원 근무가 가장 오래된 선임 대법관이 자신을 포함하여 다수의견을 작성할 대법관을 지정할 권한을 가진다. 소수 반대의견 또한 반대 결정을 한 대법관 중 가장 근무 연수가 오래된 대법관이 자신을 포함하여 반대 의견을 쓸 대법관을 지정한다.

#### 5. 판결문과 의견의 작성(Opinion Writing)<sup>375)</sup>

일단 다수의견과 소수의견을 작성할 대법관이 정해지면 담당 대법관은 결정문 초안(draft opinion)을 작성하고, 이 초안을 다른 모든 대법관들에게 보낸다. 판결문을 작성하는 과정은 가장 중요한 작업이자 어려운 작업이다. 다수의견을 쓰는 대법관은 다수 결정에 참가한 다른 대법관들의 동의를 얻어내기 위해 그들의 입장을 최대한 반영하려고 노력하며, 소수 반대의견을 쓰는 대법관은 다수 결정에 동의한 대법관들을 설득하여 자신의 의견에 동조하도록 하기 위해

---

374) Abraham (1998) 220-222.

375) Phillip J. Cooper *BATTLES ON THE BENCH: CONFLICT INSIDE THE SUPREME COURT* (1995) 91-122.

노력한다. 이러한 과정은 상당히 역동적이며 때로는 협상과 타협을 통해 문제를 해결하기도 한다(Brennan 대법관의 경우 한 사건에서 열번 이상의 결정문 초안을 작성하기도 하였다).<sup>376)</sup> 예를 들어, 소수 의견을 쓴 대법관에게 “이러 이러한 내용을 넣는다면 당신의 의견에 동의하겠다.”라는 식의 협상도 가능하다.<sup>377)</sup> 하지만 서로간의 입장차가 너무 커 동의할 수 없을 때는, 한 사건 판결문안에 여러 개의 다른 동조의견(별개의견, 보충의견, Concurring Opinion)이 나올 수 있으며, 5명의 지지를 얻지 못한 상대적 다수의견(Plurality Opinion)이 나올 수도 있다. 이에 대한 자세한 설명은 뒤에 의견의 종류 부분에서 다시 기술하겠다.

## 6. 판결 선고(Announcement of Opinion)

이렇게 작성된 판결문은 법정에서 선고되는데, 다수의견을 쓴 대법관이 다수의견의 요지를, 반대의견을 쓴 대법관이 반대의견의 요지를 발표하는 형식으로 진행된다.<sup>378)</sup>

### Ⅲ. 판결문의 구성

미국연방대법원의 판결문은 결과(판결주문, result)와 의견(판결이유, opinion)의 두 축으로 구성된다. 사건의 결과는 법정 의견서의 마지막 부분에 나타나는데, 대부분의 사건이 하급법원을 거쳐서 올라

---

376) Abraham (1998) at 234.

377) Lawrence Baum *The Supreme Court* (1998) at 137.

378) Biskpic & Witt (1997) at 82.

은 관계로 그 하급법원의 판결을 지지하거나(affirm), 그 판결을 파기하거나(reverse), 판결의 일부를 지지하고 일부를 파기하거나, 판결을 수정하거나(modify) 혹은 그 판결을 무효로(vacate)하고 하급법원으로 사건을 돌려보내야 한다는(remand) 형태로 표현된다. 의견(판결이유)의 경우도 판결 결과와 마찬가지로 5명 이상 재판관의 지지를 받을 때만이 법정의견의 권위를 갖게 된다. 따라서, 5명 이상이 동의하는 결과(판결주문)라 할지라도 그 결과(판결주문)에 이르기까지의 논거가 다를 경우 법정의견(the Opinion of the Court)이 나오지 않을 수도 있으며, 이런 경우 상대적 다수의견(the Plurality Opinion)의 형태로 그 의견에 동의하는 대법관들의 이름과 함께 발표된다. 예를 들어, 1996년의 *Bush v Vera*<sup>379)</sup>의 경우를 보면, 판결문 앞부분에 “Justice O’CONNOR announced the judgment of the Court and delivered an opinion, in which *THE CHIEF JUSTICE* and Justice KENNEDY join.” 이라고 쓰여져 있다. 이 경우 이 의견(an opinion)은 법원의 판결주문(결과)을 선고하고 있지만, 3명의 대법관(Justice O’connor, The Chief Justice and Justice Kennedy)만의 동의를 얻은 의견(상대 다수 의견, the Plurality Opinion)으로 법정의견으로서의 권위를 지니지는 못한다.

---

379) *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952, 116 S.Ct. 1941, 135 L.Ed.2d 248 (1996).



## IV. 판결문 중 의견의 종류

### 1. 법정의견(the Opinion of the Court)

판결 결과(판결주문)에 5인 이상이 지지하는 경우에, 5인 이상이 동의하는 의견이 법정의견이 된다. 모든 대법관의 동의를 얻은 경우에는 전원일치의견의 법정의견이 된다.

### 2. 상대적 다수의견(Plurality Opinion)<sup>380)</sup>

판결 결과(판결주문)에는 5인 이상이 지지를 하고 있지만, 그 결과(주문)에 도달하는 논거(이유)가 5인 이상의 지지를 받지 못한 경우 이러한 의견은 법정의견이 되지 못하고 상대적 다수의견으로 남게 된다. 이러한 의견은 흔하지 않는데, 95년의 경우 총 83건의 판결

380) 상대적 다수 의견에 대해선,

- ① Adam S. Hochschild 'THE MODERN PROBLEM OF SUPREME COURT PLURALITY DECISION: INTERPRETATION IN HISTORICAL PERSPECTIVE' (2000) 4 Washington University Journal of Law and Policy 261;
- ② Christopher R. Drahozal 'THE "ARROGANCE OF CERTAINTY": TRUST, CONFIDENTIALITY, AND THE SUPREME COURT' (1998) 47 University of Kansas Law Review 121;
- ③ Bernard Schwartz & James A. Thomson 'INSIDE THE SUPREME COURT: A SANCTUM SANCTORUM', (1996) 66 Mississippi Law Journal 177;
- ④ Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager 'THE ONE AND THE MANY: ADJUDICATION IN COLLEGIAL COURT' (1993) 81 California Law Review 1;
- ⑤ Ken Kimura 'A LEGITIMACY MODEL FOR THE INTERPRETATION OF PLURALITY DECISIONS' (1992) 77 Cornell Law Review 1593;
- ⑥ Mark Alan Thurmon 'WHEN THE COURT DIVIDES: RECONSIDERING THE PRECEDENTIAL VALUE OF SUPREME COURT PLURALITY DECISIONS' (1992) 42 Duke Law Journal 419;
- ⑦ Franck H. Easterbrook 'WAYS OF CRITICIZING THE COURT' (1982) 95 Harvard Law Review 802;
- ⑧ Note 'PLURALITY DECISIONS AND JUDICIAL DECISIONMAKING' (1981) 94 Harvard Law Review 1127 참조.

문중 상대적 다수의견이 발생한 사건은 6건이 있었다. 상대적 다수의견에 있어 이것이 판례로서 얼마만큼의 가치가 있는지, 하급법원이 비슷한 쟁점을 재판시 이 의견을 어떻게 해석하고, 얼마만큼 구속받는지에 대하여 미국 헌법학자들 사이에 많은 논란이 계속되고 있는 실정이다.

### 3. 동조의견(별개의견, 보충의견, Concurring Opinion)<sup>381)</sup>

다수의 결과(판결주문)에는 동의하나 그 결과에 이르기까지의 과정에 동의하지 않거나 다른 이유로 그 결과에 동의하는 경우, 법정의견에서 특별히 강조하고 싶은 부분이 있을 때, 반대 의견에 대해 논박을 하고자 할 때 등, 다수결과에 동의하는 재판관 누구나 작성할 수 있다. 이 경우 자신이 생각하는 논리를 주장할 수 있으며, 다른 대법관들 중 그 의견에 동의하는 대법관은 이 의견에 동참할 수도 있다. 동조의견에는 두 가지 종류가 있는데 판결이유에는 동조하지 않지만 판결주문에만 동의하는 경우(concurring in judgment, 별개의견)와 판결주문과 판결이유에 모두 동의하지만 자신이 좀 더 강조하거나 부연하는 경우(simple concurrence, 보충의견, 의견문이 JUSTICE O'CONNOR, concurring 또는 JUSTICE BLACKMUN, filed an opinion concurring으로 시작한다)가 있으며, 일부 미국 헌법학자들은 별개의견은 사실상의 반대의견이라고 주장하는 학자도 있다.

---

381) Igor Kirman 'STANDING APART TO BE A PART: THE PRECEDENTIAL VALUE OF SUPREME COURT CONCURRING OPINIONS' (1995) 95 Columbia Law Review 2083, 2084-2085.

#### 4. 반대의견(Dissenting Opinion)<sup>382)</sup>

다수의 결과(판결주문)에 동의하지 않는 대법관들 중 최선임 대법관이 지정한 대법관이 반대 의견을 쓰며, 다수의 결과에 동의하지 않는 대법관 중 다른 의견이 있을 경우 따로 반대의견을 쓸 수도 있다. 이러한 반대의견들은 다수의견이 왜 잘못됐는지, 앞으로 이 다수의견이 어떻게 제한적으로 적용되어야 하는지 등에 대한 논리로 이루어져 있으며, 작성 중에는 다수 결정에 동참한 대법관들을 설득하는 목적으로도 사용되며, 후에 새롭게 구성된 대법원이 비슷한 문제를 다루는 경우, 그전 의견을 바꿀 수 있는 논리를 제공해 줄 수도 있다.

#### V. 실질적 예

1992년의 미국연방대법원 판결 중에는 1973년도 낙태를 금지하는 주법을 위헌으로 선고한 *Roe v. Wade*<sup>383)</sup> 판결을 뒤집을 수 있는 사건이 있었다. 차츰 보수적인 인물로 채워지는 대법원을 보며 많은 사람들이 *Roe*판결이 뒤집어 질 것이라고 예측한 이 사건(*Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*)<sup>384)</sup>에서 *Roe*판결이 번복되지는 않았으나 연방대법원 대법관들의 의견은 크게 나누어 졌으며, 여러 개의 동조의견과 반대의견이 존재하였다. 이 사건은 이렇

---

382) Baum (1998) 138-141.

383) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973).

384) *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674 (1992) 이후로 U.S. Reports의 페이지 번호.

게 시작한다:

“O’CONNOR, KENNEDY, and SOUTER, JJ., announced the judgment of the Court and delivered the opinion of the Court with respect to Parts I, II, III, V-A, V-C, and VI, in which BLACKMUN and STEVENS, JJ., joined, an opinion with respect to Part V-E, in which STEVENS, J., joined, and an opinion with respect to Parts IV, V-B, and V-D. STEVENS, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, *post*, p. 911. BLACKMUN, J., filed an opinion concurring in part, concurring in the judgment in part, and dissenting in part, *post*, p. 922. REHNQUIST, C.J., filed an opinion concurring in the judgment in part and dissenting in part, in which WHITE, SCALIA, and THOMAS, JJ., joined, *post*, p. 944. SCALIA, J., filed an opinion concurring in the judgment in part and dissenting in part, in which REHNQUIST, C.J., and WHITE and THOMAS, JJ., joined, *post*, p. 979.<sup>385)</sup>

이것을 분석해 보면 다음과 같다. 이 사건에서 문제가 되고 있는 펜실베이니아 낙태관리법(Pennsylvania Abortion Control Act of 1982)의 5개의 법조항은 연방지방법원(The Federal District Court)에서는 모두 위헌 판결을 받았으나, 제 3 연방 순회항소법원(The Court of Appeals for the Third Circuit)에서 진행된 항소에서 한 조항을 제외한 다른 조항들은 합헌 판결을 받았다. 이 사건을 심리한 연방 대법원은 연방순회항소법원의 판결을 일부 지지(*affirm*)하고 일부 파기(*reverse*) 결정을 내렸는데, 문제가 된 5개의 조항 중 연방순회항소법원에서 위헌 판정을 받은 조항에 대해서는 위헌 판결을 인정하였고, 나머지 조항 중에서 3개의 조항은 합헌, 마지막 1개 조항에 대하여선 그 조항의 일부에 대하여 위헌 판결을 내렸다. 이 사건에

---

<sup>385)</sup> *Id.*, at 841-842.

서 문제가 된 심사대상 조항에 대한 판결주문과 판결이유를 나누어 보면 다음과 같다.

## 1. 펜실베이니아 낙태관리법 3203조

### 가. 쟁점

펜실베이니아 낙태관리법 3203조는 이 법에 규정된 여러가지 낙태를 위한 조건들을 만족시키지 않아도(예를 들어, 수술 24시간 전에 낙태에 관한 상담을 해야 된다는 등) 낙태 수술을 받을 수 있는 예외적인 상황으로 의학적 응급상황(medical emergency)을 규정하고 있는데, 청원자는 이 규정이 너무 한정적인 경우로 제한되어 있어, 산모의 응급상황에도 낙태수술을 쉽게 받을 수 없다는 점을 지적하며 이 조항이 위헌임을 주장하였다.

### 나. 하급법원 판결

연방지방법원은 청원자의 주장을 받아들여 이 조항을 위헌으로 판결 내렸으나, 연방순회항소법원은 이것을 파기하고 합헌 판정을 내렸다.

### 다. 대법원 판결 주문

연방대법원은 연방순회항소법원의 판결을 인정하여, 이 조항에 대하여 합헌 판정을 내렸다. - 합헌에는 대법관 전원이 동의하였

음: O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관, BLACKMUN 대법관, STEVENS 대법관, REHNQUIST 대법원장, WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관.

## 라. 대법원 판결 이유

### (1) (5명의) 다수의견(법정의견)

연방대법원은 연방순회항소법원의 판결 이유와 같은 이유로 합헌 결정을 내렸다. 즉, 응급상황 규정시 필요한 위급한 위험상황(serious risk)에 대해 넓게 해석할 수 있는 여지가 있기 때문에 그 조항이 위헌이 아니라는 의견을 제출했다. - 이 의견에는 5명의 대법관이 동의하였음: O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관, BLACKMUN 대법관, STEVENS 대법관.<sup>386)</sup>

### (2) REHNQUIST 대법원장의 별개의견(WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관 동조)

REHNQUIST 대법원장은 이조항의 합헌결정에는 동의(concurring in the judgment)하나 법정의견에는 동의를 표시하지 않았다. REHNQUIST 대법원장은 펜실베니아 낙태관리법에 규정된 의학적 응급상황의 정의는 대법원이 *Thornburgh* 사건에서 정의내린 것과 거의 동일하며, 이것의 해석상, 의학적으로 시급하게 낙태 수술을 요하는 경우를 다 포함할 수 있으므로 합헌이라고 결정하였다. 또한, 주정부는 국민의 건강과 태어날 생명에 대하여 심대한 관심(이해)을 가지고 있으며, 낙태에 관한 법은 이러한 공익을 고려하여 상대적으로 심사 기준이 쉬운 합리성 심사(rationality test)로 평가되

---

<sup>386)</sup> Id., at 880.

어야 한다는 의견을 피력하면서 문제가 되고 있는 모든 조항은 합헌이라고 판단하였다.<sup>387)</sup>

**(3) SCALIA 대법관의 별개의견(REHNQUIST 대법원장, WHITE 대법관, THOMAS 대법관 동조)**

SCALIA대법관 또한 이 조항의 합헌결정에는 동의(concurring in the judgment) 하나 법정의견에는 동의를 표시하지 않았다. 또한, 이 조항이 합헌이어야만 하는 이유에 대해서도 특별히 얘기하고 있지 않다. SCALIA대법관은 *Roe* 판결은 잘못된 판결로서 낙태를 할 수 있는 권리는 헌법 어디에도 보장되어 있지 않으며, 따라서, 사법부는 이러한 문제에 관여할 수 없다라는 의견으로 심사 대상인 모든 조항들의 합헌성을 주장하였다.<sup>388)</sup>

## 2. 펜실베이니아 낙태관리법 3205조

### 가. 쟁점

펜실베이니아 낙태관리법 3205조는 낙태를 받으려는 여성은 낙태 수술 24시간 전에 병원을 방문하여 의사로부터 낙태 수술 절차와 수술의 위험성에 대한 설명을 들어야 하며, 병원 측은 낙태 수술을 받으려는 여성에게 주정부에서 제공하는 낙태관련 책자를 요청만 하면 받을 수 있다라는 사실을 알려야 할 의무를 규정하고 있다. 이 낙태 관련 책자에는 태아에 관한 정보와 출산시 받을 수 있는 의료적 혜택, 아기의 아버지로부터 어떻게 양육비(child support)를 받을 수 있는지에 대한 정보 등을 담고 있다. 또한, 3205조는 이러한 정

---

387) Id., at 944-979.

388) Id., at 979-1002.

보를 병원으로부터 들었다는 것을 증명하는 산모의 확인서 작성(certifying of the informed consent)을 의무화하고 있는데, 이러한 확인서없이 낙태수술을 할 수 없도록 규정하고 있다. 청구자는 이러한 조건들이 여성들이 낙태 수술을 받을 수 있는 권리를 심대하게 침해하고 있음을 들어 위헌임을 주장하였다.

#### **나. 하급법원 판결**

연방지방법원은 청구자의 주장을 받아들여 이 조항을 위헌으로 판결 내렸으나 연방순회항소법원은 이것을 파기하고 합헌 판정을 내렸다.

#### **다. 대법원 판결 주문**

연방대법원은 연방순회항소법원의 판결을 인정하여 이조항에 대하여 합헌 판정을 내렸다. - 합헌 결정에 7명의 대법관이 동의하였음: O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관, REHNQUIST 대법원장, WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관.

#### **라. 대법원 판결 이유**

##### **(1) (3명의) 상대적 다수의견 (법정의견 무존재)**

O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관이 공동 집필한 의견문의 V-B에 해당하는 부분으로, 다른 대법관들의 동의를 얻지 못하여 이 부분은 법정의견으로서 권위를 가지지는 못한다.



펜실베이니아 낙태관리법 3205조에 대해 위 세명의 대법관들은 공동 의견문에서 과도한 부담 여부 심사(undue burden standard)를 적용하여 3205조가 강제하는 여러가지 낙태 수술전 조건(낙태 수술전 24시간 동안 기다려야 하는 강제 기간과 낙태관련 정보를 들은후 확인서를 작성해야 되는 것)에 대해 이것은 여성이 낙태 수술을 받는데 부담이 되기는 하나, 위헌 판정을 받을 정도로 과도하지 않다는 의견을 피력하며 합헌 판정을 내렸다. 이러한 과도한 부담 여부 판단에서 이 세 명의 판사들은 이러한 조건들이 여성들이 낙태 수술을 받는데 있어 시간적, 재정적 압박이 될 수는 있으나, 낙태와 관련해 주정부가 가지는 이해를 고려해 볼 때 과도하지 않다는 결론에 이른다.<sup>389)</sup>

**(2) STEVENS 대법관의 별개의견(3205(a)(1)(i)와 (iii)의 합헌 판결에 대하여), 반대의견(3205(a)(2)(i) - (iii)의 합헌 판결에 대하여)**

STEVENS 대법관은 위의 세 대법관이 적용한 과도한 부담 여부 심사가 *Roe* 판결에서부터 시작된 세단계 구분 심사 방법(trimester framework)과 모순되는 것이 아니라는 것을 전제로, 과도한 부담 여부 심사시 주정부가 낙태와 관련하여 가지는 공적 이해를 좀더 신중하게 고려하여야 하며, 그러한 이해가 정당(legitimate)하다라는 것만으로 여성이 낙태 받을 수 있는 권리의 제한 또한 정당화되는 것이 아니라, 여성이 가지는 낙태에 대한 권리에 대하여 얼마만큼 정당한지에 대한 적극적 심사가 필요함을 밝힌다. 그에 따르면 주정부가 가지는 낙태에 대한 공적이해, 이것의 실현 방법으로 주정부가 취한 행동(법의 제정)과 여성이 가지는 개인적 권리 사이의 경중

---

389) *Id.*, at 881-887.

을(balancing or weighing) 따졌을 때 주정부가 낙태를 못하게 설득하려는 목적으로 제작한 책자의 공급을 의무화하고 있는 3205(a)(2)(i) - (iii)은 위헌이지만, 단순히 낙태의 위험성만을 경고하도록한 3205(a)(1)(i)와 (iii)은 합헌이라는 의견을 냈다.<sup>390)</sup>

### (3) BLACKMUN 대법관의 반대의견

BLACKMUN 대법관은 상대적 다수의견에서 채택된 과도한 부담 여부 심사에 대하여 동의하지 않으며 *Roe* 판결에서 채택된 세단계 구분 심사 방법(trimester framework)을 유지할 것을 주장한다. 세 단계 구분 심사 방법이란 임신 기간을 3단계로 구분하여, 첫번째 3달은 여성이 낙태에 대한 매우 큰 재량권을 가질 수 있으며, 이 기간에 대한 정부 차원의 규제는 아주 예외적인 경우를 제외하곤 정당화될 수 없고, 나머지 6달에 대해서도 정부가 심대한 이해(compelling interest)를 가지고 있으며, 이 이해를 달성하기 위해 그 이해에 정확하게 맞는 최소한의 규제만을 사용하였음을 증명해야 하는 엄격심사 기준(strict scrutiny)을 채택하고 있다. BLACKMUN 대법관은 과도한 부담 여부 심사는 여성이 낙태에 가지는 중요한 권리인 자유권(liberty)과 사생활 보장권(privacy)을 충분히 보호해 줄 수 없다는 의견을 피력하며, 엄격심사기준을 적용했을 때 펜실베니아 낙태관리법 3205조는 위헌이다라고 주장하였다.<sup>391)</sup>

### (4) REHNQUIST 대법원장의 별개의견(WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관 동조)

REHNQUIST 대법원장은 앞서서도 본 바와 같이 심사 대상 모든 조항에 대하여 합헌을 주장하였고, 합리성 심사의 적용을 주장하였다.<sup>392)</sup>

---

390) Id., at 911-922.

391) Id., at 922-943.

(5) SCALIA 대법관의 별개의견(REHNQUIST 대법원장,  
WHITE 대법관, THOMAS 대법관 동조)

SCALIA 대법관은 낙태에 관해서 입법자가 많은 재량권을 가지고 있으며, 이것은 사법심사의 대상이 아니라며 모든 조항이 합헌임을 주장하였다.<sup>393)</sup>

### 3. 펜실베이니아 낙태관리법 3209조

#### 가. 쟁점

펜실베이니아 낙태관리법 3209조는 낙태 수술을 받고자 하는 모든 결혼한 여성은 낙태 수술을 할 것임을 남편에게 미리 통보(notify)했음을 증명하는 확인서를 쓰기 전에는 낙태 수술을 받을 수 없도록 규정하고 있으며, 이러한 확인서를 받지 않은 의사에 대하여 의사 면허증을 취소할 수도 있고, 그러한 의사들은 남편들에게 배상 책임이 있을 수 있다라는 것을 명시하고 있다. 이에 대하여 청원자는 이러한 조항이 가정 폭력이 만연되고 있는 사회적 현실을 봤을 때, 여성들이 낙태 수술을 받는데 있어 심대한 장애이며, 남편에 의해 악용될 소지가 있음을 들어 위헌임을 주장했다.

#### 나. 하급법원 판결

많은 전문가들의 증언을 청취한 연방지방법원은 최소한 미국의 2백만 가정에서 가정 폭력이 발생하고 있으며, 여성들이 남편에게 낙태

---

392) Id., at 944-979.

393) Id., at 979-1002.

수술에 관하여 얘기할 수 없는 여러 경우(남편의 건강, 자신의 건강, 가정 불화, 남편의 낙태에 대한 절대적 반대 등)가 있을 수 있고, 많은 가정 폭력이 임신과 관련하여 자행되고 있음을 지적하며, 낙태관리법 3209조는 여성이 낙태를 받을 수 있는 권리를 크게 제한하므로 위헌임을 선언하였으며, 연방순회항소법원도 이것의 위헌성을 인정하였다.

#### 다. 대법원 판결 주문

연방대법원 또한 연방순회항소법원의 결정을 지지하여 펜실베니아 낙태관리법 3209에 대하여 위헌임을 결정하였다. - 위헌 결정에는 대법관 5명이 동의하였음: O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관, BLACKMUN 대법관, STEVENS 대법관.

#### 라. 대법원 판결 이유

##### (1) (5명의) 다수의견(법정의견)

O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관이 공동 집필한 의견문의 V-C에 해당하는 부분으로, STEVENS 대법관과 BLACKMUN 대법관이 동의(join)하여 5명 대법관이 의견을 같이하는 법정 의견이 되었다. 대법원은 첫째, 배우자에게 낙태 통보를 의무화하는 것은(spousal notification requirement) 많은 수의 여성들이 낙태 수술을 받는 것을 제한할 가능성이 높으며, 이것은 단순히 낙태 수술 받는 것을 조금 어렵게 하거나, 또는 재정적으로 조금 힘들게 하는 것이 아니라, 여성이 낙태 수술을 받는데 있어 심대한 장애(substantial obstacle)가 됨을 인정하였다. 아직 성인이 아닌

여성에 대하여 이러한 통보의무를 합헌으로 결정한 대법원의 그전 판례들과 비교해서는, 미성년 여성과 성인 여성을 똑같이 대우할 수 없다는 점을 지적하였다. 마지막으로 재판부는 남편이 자신 부인의 낙태와 관련해 깊고 정당한(deep and proper) 관심과 이해를 갖고 있음은 인정하였으나, 부인이 임신에 대하여 실질적으로 훨씬 심대한 이해를 가지며, 주정부는 여성이 자신의 신체에 대하여 가지는 자유권을 제한할 정도의 권한을 남편에게 부여할 수 없다라고 결정하였다.(The husband's interest in the life of the child his wife is carrying does not permit the State to empower him with this troubling degree of authority over his wife.) 만약, 주정부가 남편에게 이러한 권한을 갖도록 할 수 있다면, 태아에게 해로울 수 있는 술을 임신부가 마실 경우도 남편이 태아에게 갖는 이해가 크므로 여성이 남편에게 미리 통보해야 된다면, 임신을 막는 피임 장치의 사용시도 남편에게 알릴 의무를 져야 되는지 되묻고 있다. 대법원은 여성이 결혼할 지라도 헌법적으로 보장되는 자유권을 그대로 가지고 있음을 명백히 하였다.(Women do not lose their constitutionally protected liberty when they marry) 헌법은 남성이나 여성이나, 결혼을 하였거나 안 했거나, 모든 개인을 공권력의 악용으로부터 보호해 준다.<sup>394)</sup>

**(2) REHNQUIST 대법원장의 반대의견(WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관 동조)**

REHNQUIST 대법원장은 수정헌법 제14조에 규정된 자유(liberty)에 대하여 이것은 무제한적인 자유가 아니라 질서가 있는 자유(ordered liberty)임을 강조한다. 펜실베이니아 낙태조절법 3209

---

<sup>394)</sup> Id., at 887-898.

에 대하여 REHNQUIST 대법원장은 이 조항은 배우자에게 낙태 수술 사실을 통보하는 것을 의무화하고 있지만, 배우자로부터 동의를 구하는 것을 요구하지 않는다는 점을 지적한다. 따라서, 이것은 남편이 낙태에 대하여 반대권(veto)을 가지는 것이 아니며, 남편이 태아에게 가지는 이해, 주정부가 남편의 이러한 이해와 태아의 생명을 보호하는데 있어 가지는 정당한 이해(관심) 등을 고려했을 때, 이러한 낙태 수술 사실의 사전 통보 의무는 이러한 정부의 정당한 이해를 달성하는데 있어 필요하다라고 보았다. REHNQUIST 대법원장은 또한 주정부는 개인의 결혼 생활의 순수성을 증진시킬 의무도 있다고 보았다.(이것은 청구인이 태아가 혼외 정사에 의해 만들어진 경우, 이 조항이 결혼 생활 자체를 위협하게 할 수 있음을 주장하였는데, 이것에 대한 REHNQUIST 대법원장의 답변임)<sup>395)</sup>

**(3) SCALIA 대법관의 반대의견(REHNQUIST 대법원장, WHITE 대법관, THOMAS 대법관 동조)**

O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관의 공동 의견문은 여성이 가지는 자유권을 너무 자의적으로 해석하고 있으며, 헌법에 보장된 자유권은 낙태에 대한 자유를 보장한 것이 아니며, 지금 대법원은 대법관들의 개인적 선호에 따라 자의적으로 헌법을 확대 해석하고 있다고 경고하였다.<sup>396)</sup>

---

395) Id., at 944-979.

396) Id., at 979-1002.

#### 4. 펜실베이니아 낙태관리법 3206조

##### 가. 쟁점

펜실베이니아 낙태관리법 3206조는 성인이 안된(unemancipated) 18세 미만의 여성이 낙태 수술을 받고자 할 때는 부모중 한 분의 고지에 입각한 동의(informed consent)가 있어야 함을 규정하고 있으며, 부모가 동의를 해주지 않을 때는 법원이 그 여성의 사정을 고려하여 낙태를 허락할 수 있도록 명시하고 있다.

##### 나. 하급법원 판결

연방지방법원은 이 조항에 대하여 위헌결정을 내렸으나, 연방순회항소법원은 이 판결을 파기하고 합헌 판결을 내렸다.

##### 다. 대법원 판결 주문

연방대법원은 연방순회항소법원의 판결을 지지하여 이 조항에 대하여 합헌 판정을 내렸다. - 합헌 결정에는 7명의 대법관이 동의하고 있음: O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관, REHNQUIST 대법원장, WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관.

## 라. 대법원 판결 이유

### (1) (3명의) 상대적 다수의견 (법정의견 무존재)

O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관은 그전의 판례들을 인용하며, 주정부는 법원에서 낙태 허가를 받을 수 있는 방법을 명시하는 한, 낙태를 하고자 하는 미성년 여성에게 부모의 동의를 받도록 할 수 있다라는 그전 판례들을 재확인하였다. 공동 의견문은 미성년 여성의 경우 부모와 상의를 통하여 좀 더 올바른 판단을 할 수 있으며, 부모들은 자식의 이익을 최우선으로 고려한다는 사실을 상기시킨다.<sup>397)</sup>

### (2) STEVENS 대법관의 반대의견

STEVENS 대법관은 과도한 부담 여부 심사를 거치면 이 조항은 위헌이라고 판단하였다.<sup>398)</sup>

### (3) BLACKMUN 대법관의 반대의견

BLACKMUN 대법관은 엄격 심사를 적용하면서 주정부는 미성년자의 낙태 결정에 있어 부모의 참여를 장려하려는데 정당한 관심(이해)을 가질 수는 있지만, 펜실베니아 낙태조절법 3206은 그 목표의 성취를 보장할 수 있도록 적절하게 만들어지지 않았다고 말했다. (While the State has an interest in encouraging parental involvement in the minor's abortion decision, 3206 is not narrowly drawn to serve that interest) 미성년자의 경우 성인에 비해 주정부가 규제할 재량권을 더 많이 갖고 있는 것은 사실이나, 낙태 조절법 3206에 규정된 고지에 입각한 동의가 되기 위해선 부모가 병원을 직접 방문하여야 되며, 이런 과정에서 낙태 수술이 며칠 또는 몇

---

397) Id., at 899-900.

398) Id., at 911-922.



주가 연기될 가능성을 내포하고 있다는 점에서 3206조는 위헌이라고 주장하였다.<sup>399)</sup>

**(4) REHNQUIST 대법원장의 별개의견(WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관 동조)**

REHNQUIST 대법원장은 앞서도 본 바와 같이 심사 대상 모든 조항에 대하여 합헌을 주장하였고, 합리성 심사의 적용을 주장하였다.<sup>400)</sup>

**(5) SCALIA 대법관의 별개의견(REHNQUIST 대법원장, WHITE 대법관, THOMAS 대법관 동조)**

SCALIA 대법관은 낙태에 관해서 입법자가 많은 재량권을 가지고 있으며, 이것은 사법심사의 대상이 아니라며 모든 조항이 합헌임을 주장하였다.<sup>401)</sup>

**5. 펜실베이니아 낙태관리법 3207(b)조, 3214(a)조, 3214(f)조**

**가. 쟁점**

펜실베이니아 낙태관리법 3207(b)조, 3214(a)조, 3214(f)조는 낙태 수술을 시행하는 병원에 대하여 낙태 수술에 관한 기록 보관을 의무화시키고 있으며, 주정부에 이를 보고하도록 규정하고 있다. 또한, 이 병원이 주정부로부터 재정적 지원을 받고 있는 경우, 그 병원의 이름과 주소를 일반에게 공개하도록 명시하고 있다. 낙태 시술 병원이

---

399) Id., at 922-943.

400) Id., at 944-979.

401) Id., at 979-1002.

주정부에 보고할 내용으로는 그 병원의 이름과 주소, 낙태 수술을 시행한 의사의 신원, 그 병원으로 산모를 연결시켜준 의사의 신원, 환자의 나이, 그 환자가 전에 몇 번의 임신을 하였고 몇 번의 낙태 수술을 했는지에 대한 정보, 어떤 종류의 낙태 수술을 했는지에 대한 정보, 낙태 수술 날짜, 환자의 상태, 낙태 수술로 제거된 태아의 무게, 환자의 결혼 여부, 결혼하였다면 남편에게 통보했는지의 여부와 통보를 하지 않았을 경우는 왜 안했는지의 이유(예를 들어, 의학적으로 위급한 상황으로 시간이 촉박했다는 등) 등이다. 청구인은 이 조항이 여성의 낙태할 자유를 심대하게 침해하며, 따라서 위헌이라고 주장하였다.

#### **나. 하급법원 판결**

연방지방법원은 청구인의 주장을 받아들여 위헌임을 결정하였으나 연방순회항소법원은 이 결정을 파기하고 합헌 판결을 내렸다.

#### **다. 대법원 판결 주문**

연방대법원은 연방순회항소법원 판결의 일부를 지지하고, 일부를 파기하였다. 기록보관과 보고의무를 규정한 이 조항들은 합헌이나, 이 조항들 중 남편에게 통보를 안했을 경우, 그 이유를 기록, 보고토록 한 3214(a)(12)에 한해서는 위헌 판결을 내렸다.

3214(a)(12)를 제외한 나머지 모든 조항의 합헌 판결에는 7명의 대법관이 동의하였음: O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관, REHNQUIST 대법원장, WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관.

3214(a)(12)의 위헌에는 5명의 대법관이 동의하였음: O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관, BLACKMUN 대법관, STEVENS 대법관.

## 라. 대법원 판결 이유

### (1) (4명의) 상대적 다수 의견 (법정의견 무존재)

O'CONNOR 대법관, KENNEDY 대법관, SOUTER 대법관이 공동 집필한 의견문의 V-E에 해당하는 부분으로 STEVENS 대법관이 동의를 포함으로서 4명 재판관의 동의를 받은 상대적 다수 의견이다. 이들 대법관들은 낙태수술에 관한 기록의 보관과 보고의 의무는 단순히 낙태 수술 받는 것을 더 어렵게 만드는 것이 아니라, 낙태와 관련한 의학적 조사에 있어 상당히 중요한 정보적 가치를 지니며, 국민의 건강을 염려하는 주정부는 이것에 정당한 관심(이해)을 가질 수 있으므로 과도한 부담 여부 심사(undue burden test)에서 살아 남아 합헌이라고 피력했다. 다만, 결혼한 여성에게 남편의 통지 여부와 이유를 묻는 것은 여성의 낙태 수술을 받을 수 있는 자유권을 침해하는 과도한 부담이 될 수 있으므로 위헌임을 결정했다.<sup>402)</sup>

### (2) BLACKMUN 대법관의 별개의견(3214(a)(12)의 위헌판결에 대하여), 반대의견(3214(a)(12)을 제외한 나머지 조항의 합헌판결에 대하여)

BLACKMUN 대법관은 연방지방법원의 의견을 인용하여, 이러한 정보를 주정부에 보고토록 하는 것은 의사들의 이름이 비밀로서 보

---

<sup>402)</sup> Id., at 900-901.

장되긴 하지만, 낙태금지론자들로부터 끊임없는 협박과 위협에 시달려온 낙태 수술 의사들과 이들에게 임신부를 소개시켜준 다른 의사들이 자신의 이름이 보고서에 남는다는 사실만으로도 낙태 수술을 꺼릴 수 있으므로, 여성들이 낙태를 받을 자유가 침해된다는 의견을 피력하며, 이 조항들의 위헌성을 발견하였다. 또한, 주정부로부터 재정적 지원을 받은 병원에 대하여 그 병원의 이름과 주소를 일반에게 공개토록 하는 것은 여성의 건강을 위하여 이러한 정보의 보관과 보고를 한다는 주정부의 본래 취지를 달성하는데 어떠한 도움이 되는지 의문을 표하고 있다.<sup>403)</sup>

**(3) REHNQUIST 대법원장의 별개의견(3214(a)(12)을 제외한 나머지 조항의 합헌판결에 대하여), 반대의견 (3214(a)(12)의 위헌판결에 대하여) (WHITE 대법관, SCALIA 대법관, THOMAS 대법관 동조)**

REHNQUIST 대법원장은 낙태 관련 정보의 보관과 보고가 주정부가 여성의 건강과 태어날 생명에 대해 가질 수 있는 정당한 관심(이해)을 합리적으로 달성할 수 있는 수단으로(합리성 심사 - rationally further the State's legitimate interests) 이러한 것을 의무화하고 있는 위의 조항들은 합헌이라고 결정하였다. 또한, 주정부로부터 재정적 지원을 받는 병원에 대하여 일정 정보(병원의 이름과 주소)를 일반에게 공개토록 하는 것도 주정부의 재정이 어떻게 쓰여지고 있는지에 대하여 세금을 낸 일반시민(taxpayer)에게 알릴 주정부의 정당한 관심(이해)이라고 보았다.(there is a legitimate public interest in informing taxpayers who the funds are benefiting and what services the funds are supporting)<sup>404)</sup>

---

403) Id., at 922-943.

404) Id., at 944-979.

(4) SCALIA 대법관의 별개의견(3214(a)(12)을 제외한 나머지 조항의 합헌판결에 대하여), 반대의견 (3214(a)(12)의 위헌판결에 대하여) (REHNQUIST 대법원장, WHITE 대법관, THOMAS 대법관 동조)

SCALIA 대법관은 낙태에 관해서 입법자가 많은 재량권을 가지고 있으며, 이것은 사법심사의 대상이 아니라며 모든 조항이 합헌임을 주장하였다.<sup>405)</sup>

## VI. 결론

미국연방대법원 판결을 이해하는데 있어 민감한 쟁점에 대하여 대법관들 사이에 의견이 갈리는 경우, 어떤 의견이 법정의견인지, 동조의견과 반대의견이 갖는 의미가 무엇인지에 대한 이해가 쉽지 않다. 미국연방대법원의 의사 결정 과정은 대법관과 대법관사이, 대법관과 그의 연구관들(law clerks) 사이의 끊임없는 대화와 토론, 논쟁, 논박의 과정이며, 연방대법원의 의견들 또한 이러한 과정을 그대로 반영하였다고 볼 수 있다. 동조의견과 반대의견에 사용된 논거들은 법정의견으로서 권위를 가지지 못한다 할지라도, 하급법원이 법정의견을 해석하는데 판단자료로, 후에 새롭게 구성된 대법원이 사용할 수 있는 논거자료로서 상당한 의미를 가지며, 미국 헌법을 참고로 하는 다른 많은 나라들에게도 귀중한 참고 자료가 될 수 있다 하겠다.

---

405) Id., at 979-1002.

**【참고문헌】**

<단행본>

Craig R. Ducat *CONSTITUTIONAL INTERPRETATION* (2000)  
34-38

Vicki C. Jackson & Mark Tushnet *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL  
LAW*(1999) 609-611

Lawrence Baum *The Supreme Court* (1998) 132-143

Henry J. Abraham *THE JUDICIAL PROCESS* (1998) 213-242

David W. Neubauer *JUDICIAL PROCESS: LAW, COURTS, AND  
POLITICS IN THE UNITED STATES* (1997) 423-470

Joan Biskpic & Elder Witt *The Supreme Court at Work* (1997)  
67-89

Phillip J. Cooper *BATTLES ON THE BENCH: CONFLICT  
INSIDE THE SUPREME COURT* (1995)

<논문>

Adam S. Hochschild 'THE MODERN PROBLEM OF SUPREME  
COURT PLURALITY DECISION: INTERPRETATION IN  
HISTORICAL PERSPECTIVE' (2000) 4 Washington University  
Journal of Law and Policy 261

Christopher R. Drahozal 'THE "ARROGANCE OF CERTAINTY":  
TRUST, CONFIDENTIALITY, AND THE SUPREME COURT  
(1998) 47 University of Kansas Law Review 121

Bernard Schwartz & James A. Thomson 'INSIDE THE SUPREME  
COURT: A SANCTUM SANCTORUM' (1996) 66 Mississippi

Law Journal 177

Igor Kirman 'STANDING APART TO BE A PART: THE PRECEDENTIAL VALUE OF SUPREME COURT CONCURRING OPINIONS' (1995) 95 Columbia Law Review 2083

Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager 'THE ONE AND THE MANY: ADJUDICATION IN COLLEGIAL COURTS' (1993) 81 California Law Review 1

Ken Kimura 'A LEGITIMACY MODEL FOR THE INTERPRETATION OF PLURALITY DECISIONS' (1992) 77 Cornell Law Review 1593

Mark Alan Thurmon 'WHEN THE COURT DIVIDES: RECONSIDERING THE PRECEDENTIAL VALUE OF SUPREME COURT PLURALITY DECISIONS' (1992) 42 Duke Law Journal 419

Franck H. Easterbrook 'WAYS OF CRITICIZING THE COURT' (1982) 95 Harvard Law Review 802

Note 'PLURALITY DECISIONS AND JUDICIAL DECISIONMAKING' (1981) 94 Harvard Law Review 1127

<관례>

*Bush v. Vera*, 517 U.S. 952, 116 S.Ct. 1941, 135 L.Ed.2d 248 (1996)

*Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674 (1992)

*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973)

<판례 해설서>

Ronald D. Rotunda & John E. Nowak *Treatise on Constitutional Law-Substance & Procedure Updated By 2003 Pocket Part: Chapter 18. Equal Protection VII. The Right to Privacy § 18.29 Abortion*

Alan I. Bigel 'PLANNED PARENTHOOD OF SOUTHEASTERN PENNSYLVANIA v. CASEY: CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND POLITICAL TURBULENCE' (1993) 18 University of Dayton Law Review 733

<참고 규정>

RULES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (adopted January 11, 1999, effective May 3, 1999)  
REVISIONS TO RULES OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (adopted January 27, 2003, effective May 1, 2003)

<참고 인터넷 홈페이지 주소>

A HISTORY OF THE SUPREME COURT:

[http://supreme.lp.findlaw.com/supreme\\_court/supcthist.html](http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/supcthist.html)

How the Court Works:

[http://www.supremecourthistory.org/03\\_how/subs\\_how/03\\_a01.html](http://www.supremecourthistory.org/03_how/subs_how/03_a01.html)

<참고 사전>

Steven H. Gifis *LAW DICTIONARY* (1996) at 352

Bryan A. Garner *A DICTIONARY OF MODERN LEGAL*



미국연방대법원 판결문에 대한 이해

*USAGE* (1995) at 621

전중영부 *DICTIONARY OF ANGLO-AMERICAN LAW* (1991) at  
645



# 헌법불합치결정의 이론과 실제

김 현 철

헌법연구관

## - 목 차 -

I. 서론	203
II. 헌법불합치결정에 대한 기존의 이해 및 새로운 논의	205
1. 독일의 경우	205
가. 헌법불합치결정의 연방헌법재판소법예의 수용	205
나. 잠정적용원칙에서 적용중지원칙으로	206
다. 원칙과 예외	207
2. 헌법불합치결정의 필요성 및 요건	208
가. 위헌결정의 효력과 헌법불합치결정	208
나. 언제 불합치결정을 하는가?	211
다. 단순위헌결정과 (적용중지형) 헌법불합치결정의 차이	213
3. 당해사건 및 병행사건의 적용중지	215
가. 긍정론	215
나. 부정론	216
다. 규범통제형 헌법소원절차에서의 헌법불합치결정과 재심	218

- 4. 입법개선의무 ..... 220
  - 가. 입법개선의무의 내용 ..... 220
  - 나. 입법개선의 기한 ..... 221
  - 다. 개정법률의 소급효 ..... 223
- 5. 헌법불합치결정에 대한 새로운 논의 ..... 226
  - 가. “계속적용형”이 헌법불합치결정의 본질이라는 견해 ..... 226
  - 나. 계속적용을 명한 헌법불합치결정과 당해사건 및  
    병행사건(유사사건) ..... 228
  - 다. 헌법불합치결정은 단순위헌결정 또는 한정위헌결정의  
    대안이 될 수 있는가? ..... 232
  
- Ⅲ. 우리 헌법재판소 사례의 분석 ..... 241
  - 1. 주문에서 계속적용을 명한 사례 ..... 241
  - 2. 주문에서 적용중지를 명한 사례 ..... 250
  - 3. 적용여부에 대하여 주문에 아무런 명시가 없는 사례 ..... 257
  - 4. 우리 헌법재판소 판례경향의 분석 ..... 263
  
- Ⅳ. 결 론 ..... 267

## I. 서론

일반적으로 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제1항에 정한 위헌결정의 일종으로서,<sup>406)</sup> 심판대상이 된 법률조항이 위헌이라 할 지라도 입법자의 형성권을 존중하여 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 헌법에 합치하지 아니한다는 선언에 그치는 결정의 주문형식,<sup>407)</sup> 또는 심판대상이 된 법률조항이 실질적으로 위헌임에도 불구하고 그 법률조항에 대하여 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 당해 법률조항의 형식적 존속을 유지시키면서 입법자로 하여금 그 위헌성을 제거하도록 한 뒤, 입법자의 입법개선에 따라 개선된 입법을 적용시킬 것을 명하는 결정<sup>408)</sup>이라고 설명되고 있다.

이러한 헌법불합치결정은 국회의 입법형성권을 존중하고, 신법과 구법 사이의 부조화를 해결할 수 있으며 위헌결정으로 인한 법적 혼란 내지 법적 공백의 발생을 예방함으로써, 일면 헌법재판의 대상이 된 법률규정의 위헌성을 선언하고, 타면 법적 안정성을 확보할 수 있다는 점에서 긍정적으로 받아들여지고 있는 제도<sup>409)</sup>라고 한다.

요컨대, 우리 헌법재판소는 독일연방헌법재판소와 같이 헌법불합치 결정<sup>410)</sup>은 위헌결정의 일종이므로 헌법불합치결정이 선언된 법률조

406) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 261.

407) 「헌법재판실무제요」(헌법재판소 2003), 132면.

408) 황도수, 헌법재판소 결정의 기속력, 「헌법의 규범력과 법질서 (정천희영박사 정년기념논문집)」(박영사 2002.5), 773면. 다만, 동인은 최근에 기존의 통설·판례에 대하여 새로운 입장에서 접근하고자 한다. 황도수, 헌법불합치결정에 관한 새로운 체계의 시도, 「법조 551호」(법조협회 2002.8), 78면 이하.

409) 신봉기, 헌법불합치결정의 이유에 기초한 개선입법의무, 「헌법논총 제7집」(헌법재판소 1996), 354면.

항은 적용이 부인됨이 원칙이라는 입장이다.<sup>411)</sup> 학설도 “헌법불합치 결정이 있으면 그 대상 법률 또는 법률의 조항은 단순위헌결정의 경우와는 달리 그대로 존속하고 효력을 상실하지 않는다. 그러나 그러한 법률이 계속 적용될 수 있는가는 경우에 따라 다르다. 원칙적으로는 국가기관 등은 이처럼 존속하는 법률 또는 법률 조항을 적용하여서는 안되지만, 때로는 헌법재판소가 그 법률 또는 법률조항을 계속 적용할 것을 명하기도 한다.”고 이해한다.<sup>412)</sup>

따라서 헌법불합치결정이 있는 경우 행정관청과 법원은 원칙적으로 그들에게 계류된 절차를 개선입법이 있을 때까지 중지하여야 한다.<sup>413)</sup> 제1기 재판관이었던 김양균 변호사는 “헌법불합치선언은 헌법재판소가 법률의 헌법위반상태를 확인하기는 하되 확인된 위헌상태를 입법자가 스스로 시정할 때까지 그대로 놔두는 것으로서, 위헌 확인된 법률을 그대로 써먹을 수는 없게 하되 이를 폐기하지도 않는 결정형식”이라고 표현하였다.<sup>414)</sup>

그러나 이러한 설명은 독일의 헌법불합치결정에 대한 설명을 따르

---

410) 독일연방헌법재판소의 경우 ‘헌법불합치선언’은 “Unvereinbarerklärung”으로, ‘위헌무효선언’은 “Verfassungswidrigerklärung”으로 볼 수 있다는 견해로 전원배, 헌법불합치결정의 의의와 효력, 「입법조사연구 248호」(국회도서관 1997.12), 191면. Schlaich는 ‘불합치선언’을 “Unvereinbarerklärung”으로 표현한 반면에 ‘무효선언’은 “Nichtigerklärung”으로 표현하였다. Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung · Verfahren · Entscheidung - 4. Auflage (München: C.H. Beck 1997), Rn 343 · 359 · 365 · 389.

411) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 판례집 13-2, 363, 378; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338, 349; 헌재 2001. 6. 28. 99헌마516, 판례집 13-1, 1393, 1412; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59, 판례집 13-1, 941, 950; 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 187 등 참조.

412) 윤진수, 상속의 단순승인 의제규정에 대한 헌법불합치결정의 문제점, 「헌법논총 제11집」(헌법재판소 2000), 198면.

413) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 판례집 6-2, 64, 120.

414) 김양균, 헌법재판의 입법통제와 변형결정, 「공법연구 제25집 제1호」(한국공법학회 1997.1), 225면.

고 있는 것으로서 뒤에서 보는 “적용중지” 유형의 헌법불합치결정에 해당하는 설명은 될 수 있으나 “계속적용” 내지는 “잠정적용” 유형의 헌법불합치결정에 대하여는 적절하지 아니한 면이 있다. 또한, 현실적으로 우리 헌법재판소는 후자 유형의 헌법불합치결정을 전자 유형보다 압도적으로 - 두 배 가까이 - 많이 내리고 있다. 따라서 헌법불합치결정에 대한 위와 같은 다수설과 판례의 입장은 헌법불합치결정에 대한 일반적인 설명으로는 부적절하다고 할 것이다.

이하에서는 헌법불합치결정에 대한 다수설과 판례의 입장 및 새로운 논의를 살펴 보고(Ⅱ), 우리 헌법재판소의 사례를 분석하여 바람직한 헌법불합치결정에 대한 설명을 모색한 다음(Ⅲ), 글을 마무리하기로 한다(Ⅳ).

## Ⅱ. 헌법불합치결정에 대한 기존의 이해 및 새로운 논의

### 1. 독일의 경우

#### 가. 헌법불합치결정의 연방헌법재판소법에서의 수용

독일연방헌법재판소는 통상 “기본법에 합치하지 않고 따라서 무효”(mit dem GG unvereinbar und nichtig)라고 표시하고 있는 ‘무효선언’의 주문과는 달리, ‘헌법불합치’선언의 경우 위헌으로 판단된 법률을 주문에서 무효(nichtig)라는 용어를 사용하지 아니한 채 “불합치한”(mit dem GG unvereinbar) 것으로 또는 “합치하지 아니하는”(des Grundgesetzes nicht vereinbar) 것으로 표시하였다.<sup>415)</sup> 이

러한 결정에 따라 1970. 12. 21.자 연방헌법재판소법 개정시 불합치 결정의 입법적 근거를 마련하였다.<sup>416)</sup> 그러나 이 개정법은 헌법불합치라는 변형결정형식을 수용하였을 뿐 그 법적 효과를 명확히 하지도 않았고, 언제 그러한 결정을 할 수 있는지에 관하여도 규정한 바가 없다. 헌법불합치라는 변형결정의 형식은 그 후 모든 규범통제 재판에서 사용되고 있으며 1980년 이후의 통계에서는 무효선언이나 불합치선언이 반반씩 균형을 이루고 있다고 한다.<sup>417)</sup>

### 나. 잠정적용원칙에서 적용중지원칙으로

위헌결정의 소급효(ex-tunc-Wirkung)를 원칙으로 하는 독일에서는 소급무효로 인해서 발생하는 법적 혼란과 법적 공백상태를 방지하

415) 예컨대 1958. 6. 11. 제1재판부 BVerfGE 8, 1 결정 : “... und deshalb mit Art. 33 Abs. 5 GG nicht mehr vereinbar ist, nicht für nichtig erklären.”; 또한 1970. 5. 11. 제1재판부 BVerfGE 28, 227 결정 : “... Es ist mit Artikel 3 Absatz 1 Grundgesetzes nicht vereinbar, daß ...”; 한편, 1961. 12. 13. 제1재판부 BVerfGE 13, 248 결정에서는 “... Sie sind insoweit verfassungswidrig.”라고 하여 ‘무효선언’(unvereinbar und nichtig)을 하지 아니한 채 ‘위헌선언’(verfassungswidrig)만을 하였다.

416) 독일연방헌법재판소법 (1993. 8. 11. 전문개정, BGBI S. 1473)  
제31조(재판의 구속효) ②...연방헌법재판소가 법률이 기본법에 합치 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언한 경우에는 ... 주법률이 기본법 또는 연방법에 합치 또는 불합치한다고, 또는 무효라고 선언된 경우에는 연방법무부가 재판주문을 연방법률관보에 공고하여야 한다. ...  
제78조(연방헌법재판소의 재판) 연방헌법재판소가 연방법이 기본법과, 또는 주법이 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니한다는 확신에 이른 경우에는 연방헌법재판소는 그 법률을 무효로 선언한다. 동일한 법률의 다른 규정이 동일한 이유로 기본법 또는 기타의 연방법과 합치하지 아니하는 경우에는, 연방헌법재판소는 마찬가지로 그 규정을 무효로 선언할 수 있다.  
제79조(연방헌법재판소 재판의 효력) ①기본법과 합치하지 아니하거나 제78조에 의하여 무효라고 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 형사확정재판에 대하여는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다.

417) 전원배(1997.12), 191면; K. Schlaich (1997), Rn. 362 (S. 271) 참조.



는 것이 소급무효를 통한 법적 정의의 실현보다 더 큰 공익적인 요청인 동시에 사회공동체의 정치적·법적 평화유지를 위해서 불가피하다고 판단할 때, 즉 헌법이 추구·실현하려는 가치질서에 더 접근한다고 판단할 때 위헌인 법조항이라도 잠정적으로 그 효력을 인정해서 집행·적용하게 하고 입법권자에게 시한을 정해서 입법개선을 촉구하기 위해서 1957년 연방헌법재판소가 BVerfGE 6, 257에서<sup>418)</sup> 헌법불합치의 결정유형을 개발했다.<sup>419)</sup>

이와 같이 독일의 경우 불합치결정의 초기단계에서는 일반적으로 위헌규범의 잠정적 적용을 가능케 하기 위하여 위헌결정을 피하고 불합치결정을 한다고 생각되었다. 그러므로 불합치결정과 위헌결정의 근본적인 차이를 위헌법률의 잠정적용에서 찾았으나, 연방헌법재판소가 1974. 5. 21. 자녀의 국적법에 관한 결정(BVerfGE 37, 217)에서 위헌결정과 불합치결정은 “위헌법률의 적용금지”란 의미에서는 동일한 효력을 가지고 있다고 분명히 밝힘으로써 종전의 입장을 수정하였다.<sup>420)</sup>

#### 다. 원칙과 예외

독일연방헌법재판소는 헌법불합치결정을 하는 경우에 원칙적으로 당해 법률의 적용을 중지하는 명령을 내리고, 예외적인 경우에만 불합치선언된 법률이 잠정적으로 적용될 수 있음을 명하고 있다.<sup>421)</sup>

418) 그리고 1년 후인 1958년에 더 명확하게 밝힌 BVerfGE 8, 1, 19f. 참조.

419) 허영, 1999년의 중요 헌법판례, 「헌법판례연구(2)」(박영사 2000), 4면.

420) 한수웅, 헌법불합치결정의 헌법적 근거와 효력, 「헌법논총 제6집」(헌법재판소 1995), 513면.

421) K. Schlaich (1997), Rn. 361 (S. 270).

그리고 연방헌법재판소가 불합치결정을 하면서 동시에 위헌법률이 계속 적용될 것을 명시하는 경우, “사실상” 위헌결정의 장래효를 의미한다.<sup>422)</sup> 위헌적인 법률의 잠정적인 적용은 무엇보다도 법적 안정성의 측면에서, 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백과 그로 인한 혼란을 방지하기 위하여, 일정기간 동안 입법자의 새로운 입법 시까지 위헌적 법률을 존속시켜야 할 필요성이 있는 경우에 인정된다. 그러므로 여기서 위헌적인 법률을 존속케 하고, 또한 잠정적으로 적용하게 하는 것은 법치국가적 요청인 “법적 안정성”의 이유이다.<sup>423)</sup>

## 2. 헌법불합치결정의 필요성 및 요건

### 가. 위헌결정의 효력과 헌법불합치결정

독일에서는 연방헌법재판소의 위헌판결이 소급효를 가지므로<sup>424)</sup> 심각한 법규범의 공백상태가 생길 수 있어 헌법불합치선언을 이용할 필요가 있지만, 우리나라는 장래효가 원칙이므로 헌법불합치결정을 인정할 필요가 없다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 이는 올바른 지적이라고 할 수 없다.

---

422) 전광석, 헌법재판에 있어서의 결정주문의 유형과 효력, 「헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구 (헌법재판연구 제2권)」 (헌법재판소 1991), 156면.

423) 한수웅(1995), 519면.

424) 법률의 위헌결정의 효력에 대하여는 계획열, 법률에 대한 위헌판결의 효력, 「법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상 (헌법재판연구 제1권)」 (헌법재판소 1990), 173면 이하; 윤진수, 헌법재판소 위헌결정의 소급효, 「헌법문제와 재판(상)」 (사법연수원 1996), 431면 이하; 정태호, 법률에 대한 위헌결정의 소급효문제에 대한 비판적 고찰, 「법률행정논총 제19집」 (전남대학교법률행정연구소 1999), 211면 이하 참조.

헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만, 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”고 규정하고 있다.<sup>425)</sup> 즉 법률에 대한 위헌결정은 원칙적으로 즉시효 내지 장래효를 갖는다. 이처럼 우리의 입법자는 헌법재판소의 위헌결정의 소급효를 원칙적으로 부인함으로써 헌법재판소법 제47조 제2항 본문의 규정을 통하여 형벌법규를 제외하고는 법적 안정성을 더 높이 평가하는 방안을 선택하였다(헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등, 판례집 5-1, 226, 250).<sup>426)</sup> 대법원은 처음에는 헌법재판소의 위헌결정은 법원의 제청 또는 헌법소원의 청구 등을 통하여 “헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 구체적 사건,” 즉 당해사건에 대해서는 장래효원칙의 예외로서

425) 이 규정의 의미를 위헌법률의 당연무효설과 폐지무효설 중 후자의 입장을 취한 것으로 보고, 따라서 독일에서 논의되고 있는 당연무효이론이 우리나라에서 무비판적으로 적용되는 것은 많은 문제를 야기할 수도 있다는 견해로는 방송주, 독일연방헌법재판소에 의한 경과규정의 허용성, 「안암법학 제4집」(안암법학회 1996), 232면.

426) 「헌법재판소실무제요」(2003), 122-123면. 헌법재판소는 다음과 같은 경우에는 예외적으로 법률의 위헌결정에 소급효를 인정할 수 있다고 보았다. 첫째, 구체적 규범통제의 실효성의 보장의 견지에서 소급효를 인정하여야 할 경우로서 ①법원의 제청·헌법소원의 청구 등을 통하여 헌법재판소에 법률의 위헌결정을 위한 계기를 부여한 당해사건 ②위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청을 하였거나 법원에 위헌제청신청을 한 경우의 당해사건 ③따로 위헌제청신청을 하지 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 사건, 둘째, 당사자의 권리구제를 위한 구체적 타당성의 요청이 현저한 반면에 소급효를 인정하여도 법적 안정성을 침해할 우려가 없고 나아가 구법에 의하여 형성된 기득권자의 이득이 해쳐질 사안이 아닌 경우로서 소급효의 부인이 오히려 정의와 형평 등 헌법적 이념에 심히 배치되는 때에도 소급효를 인정할 수 있다. 그리고 어떤 사안이 이와 같은 사건의 테두리에 들어가는가에 관하여는 본래적으로 규범통제를 담당하는 헌법재판소가 위헌선언을 하면서 직접 그 결정주문에서 밝혀야 할 것이나, 직접 밝히지 않으면 그와 같은 경우에 해당하는가의 여부는 일반 법원이 구체적 사건에서 당해 법률의 연혁·성질·보호법의 등을 검토하고 제반이익을衡量해서 합리적·합목적적으로 정하여 대처할 수밖에 없을 것이라고 한다. (판례집 5-1, 250-251면).

소급효를 인정하여야 한다고 판시하였으나,<sup>427)</sup> 그 후 단계적으로 헌법재판소의 위헌결정의 소급효의 범위를 넓혀 왔다. 그리하여 대법원 1992. 2. 14. 선고 91누1462 판결(공1992, 1065)은 헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌결정 이후에 제소된 일반사건에도 미친다고 하여 전면적으로 소급효를 인정하였다.<sup>428)</sup> 특히 대법원은, 헌법재판소가 1993. 5. 13. 선고한 92헌가10등 결정에서 위헌결정은 원칙적으로 소급효가 없다고 선고한 뒤에도 여전히 위헌결정의 효력은 그 결정 이후에 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되었음을 이유로 법원에 제소된 사건의 경우에도 미친다고 판시하였다(대법원 1993. 7. 16. 선고 93다3783 판결, 공1993, 2290).<sup>429)</sup>

그러므로 우리나라에서도 위헌결정은 결과적으로 소급효를 가진다고 보아야 할 뿐만 아니라, 설사 장래효원칙을 채택한다고 하여 헌법불합치결정의 필요성이 전혀 없다고는 볼 수 없다. 물론 위헌결정의 원칙적 소급효를 인정하지 않는다면 헌법불합치결정을 이용할

---

427) 대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결, 공1991, 1895; 대법원 1991. 6. 28. 선고 90누9346 판결, 공1991, 2056.

428) 동지, 대법원 1993. 1. 15. 선고 92다12377 판결, 공1993, 698.

429) 또한 대법원은 1994. 10. 25. 선고 93다42740 판결(공1994, 3077)에서, 원심판결이 대체로 위 헌법재판소 92헌가10등 결정의 이유를 원용하여 위헌결정의 소급효를 부정한 데 대하여 종래의 태도를 그대로 견지하여, “헌법재판소의 위헌결정의 효력은 위헌제청을 한 당해사건, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌여부심판제청을 하였거나 법원에 위헌여부심판제청신청을 한 경우의 당해사건과, 따로 위헌제청신청은 하지 아니하였지만 당해 법률 또는 법률의 조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속중인 사건 뿐만 아니라 위헌결정 이후에 위와 같은 이유로 제소된 일반사건에도 미치나, 그 소급효는 다른 법리에 의하여 제한할 수 있다”고 하여 소급효제한은 다른 법리에 의해야 한다고 판시하면서 소급효를 부정한 원심판결의 결론을 지지한 바 있다. 그러나 대법원은 다른 한편으로는 확정판결의 기판력(대법원 1993. 4. 27. 선고 92누9777 판결, 공1993, 1609)이나 행정처분의 확정력(대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결, 공1994, 3139) 등의 법리에 의하여 위헌결정의 소급효를 제한하고 있다.

필요성이 감소될 것은 분명하다. 그러나 그렇다고 하더라도 위헌결정이 있는 즉시 입법부에서 개선입법을 할 수는 없으므로 위헌결정으로 인하여 법규범의 공백상태가 생긴다는 점은 장래효원칙 하에서도 배제할 수는 없는 것이다.<sup>430)</sup>

#### 나. 언제 불합치결정을 하는가?

헌법불합치결정은 위헌법률은 무효라는 원칙에 대한 예외로서, 그를 정당화하는 특별한 헌법적 근거를 필요로 한다. 즉, 규범이 위헌일 경우에는 위헌결정을 통하여 무효선언을 하는 것이 원칙이나, 불합치결정을 요구하는 특별한 헌법적 사유가 있을 때에는 예외적으로 헌법불합치결정을 할 수 있다. 무엇보다도 헌법재판소는, 위헌적 법률을 그냥 존속시킬 때보다도 위헌결정으로 인해서 더욱 헌법적 질서와 멀어지는 법적 상태가 초래될 우려가 있는 경우에는 위헌결정을 피하고 단지 법률의 위헌만을 확인하게 된다.<sup>431)</sup> 또한 입법자에게 위헌적 상태를 제거하는데 있어서 여러 가지 가능성이 있을 때, 헌법재판소가 위헌결정으로 일정 의미의 새로운 법적 상태를 만들으로써 입법자의 형성의 자유를 침해할 우려가 있을 경우<sup>432)</sup>에는 헌법불합치결정<sup>433)</sup>을 내리게 된다.<sup>434)</sup>

430) 윤진수(2000), 209면.

431) 독일의 경우 Vgl. BVerfGE 33, 303, 305; 37, 217, 261; 61, 319, 321; 83, 130, 154.

432) 이에 반하여 Schlaich는, 불합치결정은 평등의 원칙에 위반된 경우에만 정당화될 수 있는 것이고 입법자의 형성의 자유를 존중한다는 명목으로 불합치결정이 이루어져서는 안된다고 한다. K. Schlaich (1997), Rn. 368 (S. 275). 같은 취지로 윤진수(2000), 208면. 정종섭, 「헌법소송법」(박영사 2002), 318면. 특히 정교수는 헌법재판소의 헌법불합치결정 가운데 국회의 입법형성권을 존중하기 때문이라는 것을 이유로 든 것은 헌법재판소가 법률의 위헌여부심판의 권한을 사실상 포기한 것과 다름없다고 비판한다.

433) 독일의 경우 Vgl. BVerfGE 28, 227, 242 f.; 61, 43, 68; 61, 319, 356; 73, 40,

그 밖에 우리나라에서 소개되고 있는바 독일의 경우에 대한 설명으로서 헌법불합치결정이 정당화될 수 있는 사정으로는 ① 현재의 법상태가 수인하기 어렵기는 하나 위헌무효선언을 받는 것보다 헌법에 합치되는 정도가 양호한 경우, ② 특정인들이 수해를 받을 범주에 속하는 자들임에도 이들에 대하여 묵시적으로 그 수해의 범주에서 배제함으로써 평등원칙을 침해하는 규범, 즉 평등원칙에 반하여 특정인에 대한 적용을 배제하는 불완전한 규정을 형성한 경우,<sup>435)</sup> ③ 무효선언을 하더라도 헌법침해상태를 제거할 수 없는 입법기술상 이유가 있는 경우, ④ 문제가 있는 법규범이 예컨대 경제관계의 변화와 같은 실제상황의 변경에 의하여 비로소 위헌으로 발전된 경우, ⑤ 헌법적으로 평가할 때 무효선언 그 자체가 급작스러운 새로운 상황을 초래하는 경우<sup>436)</sup> 등을 들 수 있고, 기타 ⑥ 위헌적 법상태가 여러 개별규정이 혼합된 결과로 인해 야기되었고 그 중 어느 한 규정의 개정으로써 헌법침해가 제거될 수 있는 경우도 이에 포함시킬 수 있다고 한다.<sup>437)</sup>

다른 설명으로는, 첫째 법률이 평등원칙에 위반하여 특정인에게 이익을 부여하는 경우,<sup>438)</sup> 둘째 평등원칙 위반이 아닌 자유권과 같은

---

101 f.; 78, 350, 363; 82, 60, 97.

434) 한수웅(1995), 484-486면.

435) BVerfGE 22, 349, 359; 13, 248, 260 f.; 57, 335, 346; 62, 256, 289.

436) 이 경우에 독일연방헌법재판소는 단순히 헌법불합치결정을 통한 위헌확인을 잘 하지 않고, 오히려 재판시점에 당해 규정의 합헌성을 인정하고 입법권자에게 즉각적으로 개선입법을 이행할 필요성에 대한 주의를 환기시키는 방식을 사용하는 것이 일반적이며, 그로써 위헌결정에 따른 급작스러운 새로운 상황의 초래를 예방하고 있다. Vgl. Benda/Klein, 「Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts」 (Müller, 1991), Rn. 1186.

437) 신봉기(1996), 354면.

438) 예컨대, 소득세법이 공휴일 및 야간근무에 대한 법률상 및 단체협약상의 수당만을 비과세대상으로 하는 것은 다른 개별계약에 의한 수당을 비과세대상에서 제외하는 점에서 평등원칙에 어긋난다. BVerfGE 25, 101.

다른 기본권 침해의 경우에도 입법자의 형성의 자유를 근거로 하여 불합치선언을 하는 경우,<sup>439)</sup> 셋째 무효선언으로 말미암아 법률의 공백 내지 혼란이 일어나는 경우<sup>440)</sup>를 들기도 한다.<sup>441)</sup>

#### 다. 단순위헌결정과(적용중지형) 헌법불합치결정의 차이

헌법불합치선언은 독일에 있어서 위헌무효선언과 여러 점에서 구별된다. 그 중 가장 중요한 점은 후자는 헌법재판소가 위헌을 확인하고 이를 스스로 배제하는 폐기적인 결정인데 반하여, 전자는 헌법위반을 확인하기는 하나 확인된 위헌상태를 가능한 한 신속하고 광범

439) 예컨대 독일연방헌법재판소는, 인쇄물의 출판업자의 납본의무를 명한 법규정은 많은 제작비용이 소요되고 발행부수가 작은 경우에도 비용상환을 인정하지 않는 한에서는 재산권을 침해하는 것으로서 위헌이라고 하면서도, 이 경우에 입법자로서는 납본제도를 어떻게 규율할 것인가에 관하여 여러 가지의 가능성을 가지므로 헌법재판소로서는 문제의 법규정을 전부 또는 부분적으로 무효로 선언할 수는 없고 단지 그 위헌성을 확인하는 데 그친다고 하였다. BVerfGE 58, 137, 149 ff.

440) 예컨대, 공무원의 봉급에 관한 법률(Beamtenbesoldungsgesetz)이 직업공무원제도에 관한 기본법 제33조 제5항에 위배되는 때에도 연방헌법재판소는 무효선언을 회피하였는바, 왜냐하면 위 조항 자체가 공무원의 봉급에 관한 사항은 법률로 규율될 것을 요구하고 있으므로 종래의 법률의 무효선언은 그러한 법률을 전혀 존재하지 않게 하여 헌법합치적인 질서에 더욱 부합하지 않는 상태를 초래할 것이기 때문이다(BVerfGE 8, 1, 19f.). 또 다른 사례로는 함부르크대학법(hamburgisches Universitätsgesetz)에 관한 1972. 7. 18.의 판결을 들 수 있다. 이 판결에서 연방헌법재판소는 대학입학의 허가에 관한 규정을 대학의 위원회(akademischer Senat)에서 결정하도록 한 위 법 제17조는 법률에 의하여야 할 사항을 포괄적으로 위임한 것으로서 위헌이라고 하면서도 이를 무효로 선언하면 대학이 아무런 법적 근거 없이 입학허가를 처리하여야 할 긴급권한(Notkompetenz)을 가져야 하게 되어 종래의 입학규정이 헌법합치적으로 적용될 수 있는 현재의 상태보다 더욱 헌법합치적인 질서에서 멀어지게 되므로 입법자에게 위헌상태의 제거를 위하여 상당한 기간을 부여하여야 한다고 하여 “...대학법 제 17조는 기본법과 합치되지 아니한다... 그렇지만 이 규정은 새로운 법률적 규율이 있을 때까지, 늦어도 1973년 여름학기가 시작할 때까지 적용될 수 있다.”라고 판시하였다(BVerfGE 33, 303).

441) 윤진수(2000), 200-202면.

위하게 배제할 것을 입법자에게 의무지우는 일종의 의무화결정이다. 따라서 헌법재판소는 입법자에게 그러한 입법의무가 있음을 상기시키는 일을 결코 소홀히 하지 않는다.<sup>442)</sup> 때로는 입법의 방향과 테두리를 제시하거나<sup>443)</sup> 대안을 제시하기도 하고,<sup>444)</sup> 때로는 입법의무를 위한 기한을 정하기도 한다.<sup>445)</sup> 이러한 조치는 그 기한이 지난 뒤에는 법률의 무효가 선언된다는 제재(Sanktion)를 전제로<sup>446)</sup> 하고 있다.<sup>447)</sup> Schlaich는 불합치선언은 헌법에 위반되는 규범의 적용중지와 형식적인 존속을 초래하는데, 여기에 무효선언과 불합치선언의 근본적인 차이가 있다고 한다.<sup>448)</sup>

우리나라의 학설 중에는, 위헌결정의 경우 입법자에 대해서는 동일한 입법의 반복금지로 작용하고 법적용자에 대해서는 위헌결정된 법률의 일반적인 적용배제로 나타나는 데 반하여, 헌법불합치결정의 경우 입법자에 대해서는 신속한 개선입법의 촉구로 작용하고 법적용자에 대해서는 원칙적으로 불합치법률의 적용절차중지와 개선입법에 의한 처리로, 예외적으로는 불합치법률의 잠정적인 계속적용으로 작용한다는 견해가 있다.<sup>449)</sup>

단순위헌결정과 적용중지를 명하는 헌법불합치결정의 차이는 두 가지 점에서 논의된다. 첫째로, 전자는 위헌선언으로 법률의 효력이

---

442) BVerfGE 55, 100, 110.

443) BVerfGE 34, 9, 26.

444) BVerfGE 37, 217, 263 f. ; 39, 334, 369 ff.

445) 이러한 기간은 상황의 전개에 따라 헌법재판소 자신에 의하여 수정될 수 있다. 다만, 이 때에는 신뢰보호의 한계가 있다. BVerfGE 38, 386, 396 f.

446) BVerfGE 13, 326.

447) 황우려, 위헌결정의 형식, 「법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상 (헌법재판연구 제1권)」 (헌법재판소 1990), 146면.

448) K. Schlaich (1997), Rn. 389 (S. 287).

449) 남복현, 판례평석 - 구 소득세법 제60조의 헌법불합치결정과 그와 관련한 후속 처리방안, 「한양법학 제8집」 (한양대학교법학연구회 1997.9), 144면.



소멸되고 입법자는 새로운 입법을 반드시 할 필요는 없으나 후자는 법률이 실질적으로 적용은 되지 않지만 형식적 존속은 인정되므로 불합치선언된 법률을 폐지하거나 개정하는 입법자의 행위가 필연적으로 요구된다는 것이다. 둘째로, 전자의 경우 일반법원은 헌법재판소의 결정에 따라 재판을 진행할 수 있지만 후자의 경우 법원은 입법부의 새로운 결정 즉 개선입법이 있을 때까지 당해사건 및 병행사건(유사사건) 재판의 진행을 정지해야 한다는 것이다.<sup>450)</sup>

### 3. 당해사건 및 병행사건의 적용중지

#### 가. 긍정론

독일연방헌법재판소가 확정한 바에 의하면, 헌법불합치선언 역시 보통의 경우 불합치선언된 위헌법률을 무효로 선언된 법률과 마찬가지로 더 이상 적용할 수 없게 되는 결과를 초래한다.<sup>451)</sup> 즉 불합치결정의 효력은, 위헌적 법률은 소멸하지 아니하고 형식적으로 존속하나 위헌적 법률의 적용이 금지되고, 헌법심판의 계기를 부여한 당해사건과 법원 및 행정관청에 계류중인 모든 병행사건의 절차가 정지되는 데 있다.<sup>452)</sup>

450) 김학성, 헌법불합치결정에 관한 연구, 「헌법규범과 헌법현실 (권영성교수정년 기념논문집)」 (법문사 1999), 466면.

451) BVerfGE 37, 217, 261; 55, 100, 110; 61, 319, 356; 73, 40, 101; 79, 245, 254. 이와는 반대로 불합치선언된 규정은 당연히 계속 적용된다는 주장은, Maunz/Schmidt-Bleivtreu/Klein/Ulsamer, 「Bundesverfassungsgerichtsgesetz」 (CH.Beck 1989), §95 Rn. 41. 또한 Pestalozza도 모든 불합치선언을 계속효력명령으로 보고 있다. Christian Pestalozza, 「Verfassungsprozeßrecht」 (C.H.Beck 1991), § 20 VI Rn. 139 (S. 351). 방승주(1996), 206면.

452) 한수웅(1995), 522면.

즉, 헌법불합치선언이 이루어지면 우선 해당 법률은 당해사건(Anlaßfälle)에 적용이 배제된다. 해당 법률을 위헌제청한 법원은 제청과 동시에 당해사건을 심리중단하지만(독일기본법 제100조 제1항), 불합치결정이 있으면 제청법원은 다시(계속) 심리를 중단하여야 한다.<sup>453)</sup> 이 상태는 불합치선언의 입법자에 대한 효력으로서 입법자가 헌법에 합치하는 새로운 법률로써 헌법에 반하는 구법을 대체할 때까지 계속될 것이다. 이러한 불합치선언의 효력은 당해사건뿐만 아니라, 심사대상인 법률이 적용되는 다른 사건(Pararellfälle)에도 미친다. 그러나 불합치선언된 법률과 그 문구와 내용에 있어서 유사한 유사규범(Pararellnorm)에도 불합치선언의 효력이 미치는 것은 아니다.<sup>454)</sup> 그 동일성 여부 및 불합치선언의 효력의 확대는 새로운 제청에 의해서 개시되는 심리에서 연방헌법재판소가 독자적으로 판단할 사항이다.<sup>455)</sup>

## 나. 부정론

이에 반하여 우리나라에서 부정적 입장으로 김명수 부장판사는, “우리 헌법재판소법 제42조 제1항에서 ‘법원이 법률의 위헌여부의 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판

---

453) BVerfGE 37, 217, 261.

454) 다만, 헌법재판소가 심판청구된 법률과 유사규범의 내용 및 목적 등의 상황을 참작하여 동일성이 인정된 경우 결정대상을 확장하여 해당 유사규범에 대하여도 위헌임을 결정하는 것은 가능할 것이며 이것이 바람직한지 여부는 별개의 문제이다. 전정환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구(헌법재판연구 제7권)」(헌법재판소 1996), 35·54·87면.

455) BVerfGE 61, 319, 356. Hermann Heußner, “Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung”, 「Neue Juristische Wochenschrift」 1982, 260면 이하. 전광석(1991), 157면.

소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지된다. 다만, 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 중국재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다'고 규정하고 있을 뿐 위헌여부의 결정이 있는 이후에도 소송절차를 중지하여야 할 규정을 두고 있지 않으며 일반 소송법 어디에도 그런 조항을 발견할 수 없다. 더구나, 위 소송절차의 중지조항은 법률의 위헌여부심판의 제청신청이 기각된 당사자에 의한 헌법소원사건<sup>456)</sup>에는 준용조차 되지 않고 있다. 그리고 소송절차의 중지나 진행 또한 헌법상 독립이 보장된 법관의 고유한 책무라고 할 때 명시적인 규정이 없는 상황에서 헌법불합치결정이 있었다 하여 일반적으로 소송절차를 중지할 수는 없을 것이고, 그러한 규정이 없음에도 헌법재판소가 법원에 대하여 소송절차의 중지나 법률적용의 중지를 요구함은 법관의 독립을 침해하는 것으로 법원이 이에 기속될 것은 아니라고 생각한다(물론 법원이 스스로의 판단에 따라 새로운 입법이 있을 때까지 절차를 중지하였다가 새로운 입법이 있을 때 그에 따라 재판을 하는 것은 관계없을 것이다). 더욱이, 소송절차를 중지하여야 하는 이유가 헌법불합치결정에서 위헌성이 확인된 법률 등의 적용을 배제하려는 것에 있다면, 현재 대법원의 판례가 당해 사건의 범위를 최대한 확장하여(대법원 1993. 1. 15. 선고 91누5747 판결, 공1993상, 735) 비록 불합치결정이 있더라도 당해 법률이 적용될 여지가 적은 현재와 같은 상황에서는 법원이 소송절차를 중지하여야 할 필요성은 더욱 줄어들었다 할 것이다.” 라고 주장한다.<sup>457)</sup> 한편, 하급법원의 판례로서, 헌법재판소에서 1998. 8. 27. 민법 제 1026조 제2호에 대하여 헌법불합치결정이 내려진 후 당해사건은 아

456) 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따른 소위 '규범통제형' 헌법소원 사건.

457) 김명수, 변형결정(한정합헌, 한정위헌 및 헌법불합치결정)의 기속력과 법원의 재판, 「헌법문제와 재판 (상)」(사법연수원 1996), 359-360면.

나나 위 법률조항이 재판의 전제가 된 사건(병행사건)에서 서울지방법원은 헌법재판소가 설정한 입법개선기한이 경과하지 아니하였음에도 불구하고 그 절차를 정지함이 없이 진행하여, “피고인 상속인들이 상속을 포기하였으나 대습상속을 이유로 상속채무를 변제할 의무가 있다”고 하여 채권자인 원고승소 판결을 선고한 사례(서울지방법원 1999. 12. 23. 선고 99가단189441 판결)가 있다.<sup>458)</sup>

#### 다. 규범통제형 헌법소원절차에서의 헌법불합치결정과 재심

헌법재판소법 제68조 제2항이 규정하고 있는 소위 ‘규범통제형’ 헌법소원의 경우 법원의 당해사건은 그 절차가 정지되지 않는다. 따라서 당해사건이 종결되고 난 후에 헌법재판소에서 헌법불합치결정이 선고되는 경우에는 일반적으로 재심절차를 통하여 구제 여부가 결정될 것이다. 헌법재판소법 제75조 제7항은 “제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원이 인용되는 경우에 당해 헌법소원과 관련된 소송사건이 이미 확정된 때에는 당사자는 재심을 청구할 수 있다”고 규정하고 있고, 법원도 헌법불합치결정의 경우는 위헌결정의 일종으로 보아 이 조항에서 말하는 ‘헌법소원이 인용되는 경우’로 보기 때문이다.

그런데 대법원은, 헌법재판소법 제75조 제7항의 취지는 당사자의 위헌심판제청신청을 법원이 기각하여 그 신청을 한 당사자가 헌법소원심판을 청구한 경우에 그 헌법소원심판 절차중에도 법원에 계속

---

458) 김용준, 민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치결정에 따른 우리 재산상속제도의 이해, 「계간 법률구조 통권31호」(대한법률구조공단 2000.봄), 각주 10번 참조. 이 판결에 대하여 피고들이 항소하였으나 2000. 4. 18. 항소를 취하함으로써 원심판결이 확정되었다.

중인 당해 소송사건의 재판은 정지되지 아니한 채 확정되는 수도 있음을 고려하여, 그 헌법소원이 인용된 경우에 그에 앞서 이미 확정된 당해 사건의 구제를 위한 불복수단을 마련해 주고자 함에 있는 것이므로, 위 규정 소정의 ‘당해 헌법소원과 관련된 소송사건’이라 함은 “당해 헌법소원의 전제가 된 당해 소송사건”만을 가리키는 것으로 보고 있다.<sup>459)</sup> 헌법재판소법 제75조 제7항에 대하여는 헌법재판소도 합헌결정을 한 바 있다(헌재 2000. 6. 29. 99헌바66등, 판례집 12-1, 848).

그리하여 대법원은, 헌법재판소가 2003. 2. 27. 선고한 2000헌바26 사건에서 ‘구 사립학교법 제53조의2 제3항(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치하지 아니한다.’는 헌법불합치결정을 선고하였음에도 불구하고, 이 결정 이전에 위 법률조항을 적용하여 상고를 기각한 다른 판결(대법원 2001. 9. 19. 선고, 2001다37187 교수지위확인)에 대하여 이 헌법불합치결정후 제기된 재심사건에서, “위 재심대상판결은 위 헌법재판소 2000헌바26호 헌법소원의 전제가 된 소송사건에 대한 판결이 아니어서 위 헌법소원에 대하여 헌법불합치결정이 있었다는 사유가 재심대상판결에 관하여 헌법재판소법 제75조 제7항 소정의 재심사유가 될 수 없고, 원고 주장의 사유가 민사소송법 제451조 제1항 각호 소정의 재심사유에도 해당하지 아니함이 분명하므로, 결국 원고의 이 사건 재심의 소는 부적법하다.”고 판시하였다(대법원 2003. 4. 25. 선고, 2003재다248 판결).<sup>460)</sup>

459) 대법원 1992. 5. 12. 선고 91누7101 판결, 공1992.7.1, 1907; 대법원 1993. 7. 27. 선고 92누13400 판결, 공1993하, 2448.

460) 「법률신문」, 2003. 6. 26.자, 8면기사 참조.

## 4. 입법개선 의무

### 가. 입법개선 의무의 내용

우리나라의 다수설 및 판례<sup>461)</sup>에 의하면 헌법불합치결정은 위헌적 상태를 조속한 시일내에 제거해야 할 입법자의 입법개선 의무를 수반하게 된다.<sup>462)</sup> 그리하여 법률이 헌법과 합치되지 아니한다고 선언된 경우 그와 같은 헌법불합치 상태는 하루빨리 법개정을 통하여 제거되어야 할 것이며, 불합치상태를 제거하기 위한 여러 가지 가능한 방법 중 어느 것을 선택할 것인가는 입법권자의 재량에 속한다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 판례집 9-1, 193, 206).

입법자의 입법개선 의무의 범위는, 헌법불합치결정이 선고된 시점 이후의 장래의 법률관계에 대하여뿐만 아니라 그 법률이 발생시킨 과거의 위헌적인 법률관계에 대하여도 소급적으로 개선할 것을 포함하고 있다. 법률에 대하여 위헌결정을 선고하였을 경우에 발생하는 법적 공백이 헌법재판소 결정선고 시점 이후뿐만 아니라 결정선고 시점 이전에도 소급적으로 발생하기 때문이다.<sup>463)</sup> 이러한 입법자의 입법개선 의무는 헌법불합치결정이 적용중지를 명하는 것이든 잠정 적용을 명하는 것이든 모두 해당되며, 적용중지를 명하는 경우 개선 입법에서는 “원칙적으로” 헌법재판소가 위헌으로 확인한 시점까지

461) 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 418 참조.

462) 다만, 이 경우에도 이미 개선입법이 이루어져 있다면 반드시 또다시 새로운 개선입법을 요구하는 것으로 이해해서는 안되지 않을까 한다는 견해로는 남북현, 개정된 국적법상 국적취득제한 경과규정의 헌법불합치결정에 관한 헌법소송법적 검토, 「공법연구 제30집 제3호」(한국공법학회 2002.2), 148면.

463) 황도수, 민법 제1026조 제2호에 대한 헌법불합치결정의 효력, 「법률신문」, 1999. 12. 16.자, 15면.

합헌적인 개정법률을 소급적용하는 경과규정을 두어야 한다.<sup>464)</sup>

그러나, 이 경우에도 헌법재판소가 입법의 방향이나 기준을 제시할 경우 국회에서 이와 상반된 견해의 제출이 사실상 곤란하게 되어 헌법재판소가 실질적으로 입법권을 침해한다는 비난을 받을 수 있다는 견해가 있다.<sup>465)</sup>

#### 나. 입법개선의 기한

헌법불합치결정을 하는 경우 입법개선기한과 관련하여 일정기간을 정하는 경우와 이를 정하지 않는 경우로 구분되고 있는데, 실질적으로는 당해 규정이 위헌확인을 받은 이상 그 기한을 주문으로 선언함과 관계없이 헌법불합치결정의 취지에 따라 신속한 개선입법의무가 입법권자에게 주어지는 것은 당연하다고 할 것이다.<sup>466)</sup> 즉 헌법불합치결정은 행정청과 법원으로 하여금 당해 규정의 적용을 금지시키는 것 외에, 법률에 대한 헌법의 우위의 사상에 근거하여 입법권자에게 “합헌적 법상태를 창조할” 의무,<sup>467)</sup> 즉 개선입법의무를 지우게 되는 것이다. 다만, 기한을 정한 경우 그 기한의 경과로 당해 법률조항은 당연히 효력을 상실하지만, 기한을 정하지 아니한 경우에는 상당한 기한까지 개선입법의무를 이행하지 아니하였다고 하여 당해 법률조항의 위헌성을 곧바로 확정할 수 있는 장치는 없다.<sup>468)</sup>

464) 방승주, 구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력, 「헌법실무연구 제1권」(박영사 2000), 276면.

465) 김명수(1996), 341면.

466) 물론 입법권자는 당해 규정이 더 이상 존속시킬 필요가 없다는 이유로 폐기할 수도 있을 것이다.

467) BVerfGE 55, 100, 110; 81, 363, 384.

468) 신봉기(1996), 355·356면.

개선입법의 기한설정은 원칙적으로 바람직하지 않다고 보는 입장도 있는 반면,<sup>469)</sup> “효력이 상실되는 시기를 정하지 아니한 헌법불합치 결정은 지양하는 것이 타당하다. 효력상실의 시기가 없는 헌법불합치결정의 경우에는 결국 ‘합리적인 시점 이내’ 새로운 입법을 할 것을 명하는 것이라고 할 것인데, 이 경우 ‘합리적인 시점’이 언제까지인가에 관하여 해석이 분분할 수 있어 헌법재판으로서의 기능과 실효성을 불확실하게 하기 때문이다. 또 이러한 것은 단순위헌으로 선고해야 할 사안에서도 헌법불합치로 도피할 수 있는 출구를 열어 놓는 것이 되어 헌법재판의 기능과 권위를 손상시킬 우려가 있다.”<sup>470)</sup> 는 견해도 있다.<sup>471)</sup>

우리 헌법재판소는 적용중지를 명하는 헌법불합치를 선언하는 경우 대부분 개선입법시한을 설정하고 있다.<sup>471)</sup> 이 경우 개선입법시한까지 입법개선이 이루어지지 않을 경우 당해 조항은 효력을 상실하는데, 이 때 법원으로서 위헌무효인 것처럼 취급하여 재판을 계속할 수 있는지 아니면 여전히 입법자가 동 조항을 개정할 때까지 그 적용을 중지해야 하는지 문제가 제기될 수 있다.

예컨대 1998. 8. 27. 선고한 96헌가22등 결정의 주문은 “1. 민법 제 1026조 제2호(1958. 2. 22. 법률 제471호)는 헌법에 합치되지 아니한다. 2. 위 법률조항은 입법자가 1999. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2000. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지

---

469) 김학성(1999), 481-482면.

470) 정중섭(2002), 318-319면.

471) 예컨대, 현재 1997. 7. 16. 95헌가6등(동성동본금혼사건), 판례집 9-2, 1; 현재 1997. 8. 21. 94헌바19등(퇴직금우선변제사건), 판례집 9-2, 243; 현재 1998. 8. 27. 96헌가22등(단순승인의제사건), 판례집 10-2, 339; 현재 1999. 12. 23. 99헌가2(취득세시가표준액위임사건), 판례집 11-2, 686; 현재 2001. 5. 31. 99헌가18등(부동산실명제법상과징금사건), 판례집 13-1, 1017.



방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”<sup>472)</sup> 동 법률조항은 2002. 1. 14.에 이르러서야 개정되어(법률 제6591호) 같은 날부터 시행되었다. 따라서 위 기간의 경과로 위 조항의 효력은 2000. 1. 1.부터 상실되는 것인바, 이 경우 3개월 내에 한정승인이나 포기를 하지 않은 경우 어떤 법적 효과가 생기는 것인지가 불분명하나 법원이 개선입법이 이루어질 때까지 무한정 절차를 정지하는 것은 곤란하므로 ‘법보충권’을 행사하여 사안에 가장 적절한 결론을 내리는 방법을 고려해 볼 수 있을 것이라는 견해가 있었다.<sup>473)</sup>

#### 다. 개정법률의 소급효

##### (1) 긍정론

헌법재판소는, “헌법불합치결정은 언제나 입법자에 대한 입법촉구를 명하는 것으로 되는 것이므로 헌법불합치결정이 선고된 경우 법원은 구체적인 사건에 대한 그의 판단을 입법자의 새로운 결정이 있을 때까지 미결상태로 보류하고 있다가 개정법률에 따라 이를 판단함으로써 당사자로 하여금 위헌적 요소가 배제된 개정법률에 의한 혜택을 받을 수 있도록 기회를 주어야 한다. 왜냐하면 헌법불합치결정의 경우에는 헌법재판소 스스로가 위헌적 상태의 제거에 대한 최종적인 결정을 입법자에게 미룬 것이므로, 법원은 당연히 입법자의 최종결정을 기다려 그에 따라 판단을 하여야 함이 불합치결정의 원래의 뜻에 부합하기 때문이다. 이는 곧 위헌적인 법률이 더 이상 적

472) 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 판례집 10-2, 339, 342.

473) 최완주, 헌법불합치결정, 「헌법재판제도의 이해 (재판자료 제92집)」(법원도서관 2001), 403면 참조.

용되어서는 아니된다는 법치국가의 요청에 따른 당연한 귀결이며, 개정된 법률의 당해사건 또는 병행사건에 대한 소급효력은 헌법불합치결정에 내재되어 있는 본질적인 요소인 것이다.”라고 판시함으로써(헌재 1995. 7. 27. 93헌바1등, 판례집 7-2, 221, 256),<sup>474)</sup> 헌법불합치결정에는 당연히 소급효가 인정되어, 개선입법이 이에 대하여 특별히 규정을 두지 않더라도 개선입법은 당연히 소급적용 된다고 보고 있다.<sup>475)</sup>

즉 헌법재판소가 위헌결정을 포기함으로써, 대신 입법자에게는 합헌적 상태를 소급하여 회복할 의무가 발생한다. 그러나 위헌결정에 있어서 헌법재판소가 무효선언을 함으로써 위헌적 상태를 직접, 최종적으로 제거하는 것과는 달리, 불합치결정의 경우에는 헌법재판소가 위헌적 상태의 제거에 대한 최종적 결정을 입법자에게 미루고 있으므로, 불합치결정의 실체가 궁극적으로 확정되는 때는 위헌적 법률의 운명에 대해서 최종적으로 결정되는 시점, 즉 새로운 입법이나

---

474) 대법원도 “헌법재판소 1994. 7. 29. 92헌바49, 52(병합) 사건에서 구 토지초과이득세법(1994. 12. 22. 법률 제4807호로 개정되기 전의 것) 전부에 대하여 헌법에 합치되지 아니한다는 결정을 하면서, 입법자에게 법의 폐지 혹은 개정은 물론, 법을 개정하는 경우에 있어서 미실현이익의 과세문제, 이중과세 문제, 과세대상의 범위 문제 등 결정이유에서 제기된 여러 가지 위헌적 요소의 제거와 그 밖에 위헌시비가 있는 부분의 개선까지를 광범위하게 입법자의 재량에 위임하였고, 이에 따라 1994. 12. 22. 법률 제4807호로 위 결정에서 위헌성이 있음이 구체적으로 지적된 조항을 포함한 여러 토지초과이득세법 조항이 개정되었으며, 이를 계기로 하여 하위법령에 있어서도 그 취지가 반영되어 1994. 12. 31. 대통령령 제14470호로 토지초과이득세법시행령이, 1995. 5. 19. 총리령 제506호로 토지초과이득세법시행규칙이 각 개정되었다. 따라서 구 토지초과이득세법령 중에서 위와 같이 입법자가 헌법불합치결정에 따라 그 결정에서 지적된 위헌적 요소를 제거하거나 그 개선을 위하여 개정한 모든 법, 시행령 및 시행규칙의 각 조항은 그것이 납세의무자에 불리하게 적용되지 아니하는 한 당해사건 등에 대하여 (소급) 적용된다.”고 하였다(대법원 1996. 1. 26. 선고 93누17911 판결, 공1996상, 814).

475) 윤진수(2000), 213-217면.

법률의 폐지를 통해서 위헌적 상태를 제거하는 입법자의 결정시기이다. 헌법재판소의 불합치결정은, 입법자의 최종결정을 통해서 비로소 불합치결정의 실질적 내용과 효력을 갖게 되므로 불합치결정의 소급효력은 당연히 입법자의 최종 결정의 소급효력을 의미하고, 따라서 당해사건과 병행사건은 입법자의 최종결정의 적용을 소급하여 받는다는 것을 의미한다.<sup>476)</sup>

## (2) 부정론

반면에 윤진수 교수는, “단순위헌결정에 소급효가 인정되어야 하는 것과 마찬가지로, 헌법불합치결정에도 원칙적으로 소급효가 인정되어야 하지만, 이는 입법자에게 그러한 소급입법을 하여야 할 의무를 부과하는 것일 뿐, 입법자가 개선입법을 하기는 하였으나 그러한 소급입법을 하고 있지 않을 때에도 당연히 개선입법이 소급적용되거나, 또는 헌법재판소가 개선입법의 소급적용을 명할 수는 없다.”고 주장한다.<sup>477)</sup> 그리하여 그는 “입법자가 개선입법을 하기는 하였으나 그것이 소급한다는 규정을 두지 않은 경우에는 헌법재판소의 견해와 같이 당연히 그러한 개선입법이 소급적용될 것인가? 그와 같이 볼 수는 없다. 헌법불합치결정은 입법자에 대하여 소급효가 있는 개선입법의 의무를 부담시키는 것일 뿐이며, 만일 입법자가 이러한 소급적인 개선입법의 의무를 이행하지 아니하였으면 위 개선입법 자체가 위헌성을 띠게 되어 위헌으로 선언되어야 하거나, 경우에 따라서는 구법이 소급적으로 폐지된 것으로 이해할 수는 있을지언정 헌법재판소의 결정이 입법을 대신할 수 있는 것은 아니기 때문”이라고 한다.<sup>478)</sup>

476) 한수웅(1995), 525-526면.

477) 윤진수(2000), 218면.

478) 윤진수(2000), 224-225면.

## 5. 헌법불합치결정에 대한 새로운 논의

### 가. “계속적용형”이 헌법불합치결정의 본질이라는 견해

(1) 헌법재판소는 최초의 헌법불합치결정인 1989. 9. 8. 선고 88헌가6, 국회의원선거법상 기탁금반환 사건을 시작으로 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 지방의회의원선거법상 기탁금 사건, 헌재 1993. 3. 11. 88헌마5, 노동쟁의조정법상 공무원의 단체행동금지 사건, 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 특허사건 등의 사실심배제 사건에 이르기까지 주문에서 계속적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고하여 오다가, 1997년에 이르러<sup>479)</sup> 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 동성동본금혼 사건과 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19등, 퇴직금우선변제 사건에서 주문에서 명시적으로 적용중지를 명하는 헌법불합치결정을 선고하기 시작하였다.

이에 대하여 허영 교수는 독일과 우리는 그 법적인 기초가 전혀 다르기 때문에 이러한 모방은 앞으로 개선해야 한다고 비판하였다. 즉 그는, “독일에서는 법률의 명시적인 근거에 의해서 헌법불합치결정이 행해지고 있고, 또 독일에서는 위헌법률이 원칙적으로 소급해서 효력을 상실하기 때문에 법률의 소급무효를 초래하는 위헌결정을 피해서 헌법불합치결정을 하고 그 적용금지를 명하는 것이 ‘법적 안정성’ 면에서 실제로 커다란 의미가 있다. 그렇지만 우리의 경우 위헌법률은 형벌법규가 아닌 한 장래효를 갖기 때문에 위헌결정을 해서 장래효를 발생하게 하는 것이나 헌법불합치결정을 해서 적용금

479) 물론 그 동안 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 토지초과이득세법 사건과 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 친생부인의 소 출소기간 사건 등에서 주문에서는 적용여부에 대한 언급이 없는 헌법불합치결정을 선고한 바 있고, 후술하는 바와 같이 이들은 그 이유를 볼 때 적용중지형 헌법불합치결정에 해당한다고 할 수 있다.

지를 명하는 것이나 실질적으로 법적인 효과 면에서 차이가 없다. 결국 헌법에 합치하지 않는 법률을 불합치결정에서 그 형식적인 존속만을 인정하면서 적용을 금지한다는 것은 우리의 경우에는 법적 안정성 면에서도 큰 의미가 없다. 그럴 바에야 차라리 위헌결정을 하든지, 위헌결정으로 인해서 발생할 법적인 공백상태가 우려된다면 적용금지를 뺀 헌법불합치결정을 하든지 둘 중에 하나를 선택하는 것이 바람직하다. 지금처럼 독일에서 하고 있는 헌법불합치결정형식을 그대로 모방하는 것은 지양해야 한다.”고 주장하였다.<sup>480)</sup> 동 교수는 그 후에도 헌법재판소가 계속 주문에서 적용금지를 명하는 헌법불합치결정을 선고하자 같은 비판을 가하고 있다.<sup>481)</sup>

(2) 이러한 입장에서 허영 교수는 “헌법불합치결정이란 실질적으로는 위헌결정에 해당하지만 법률의 공백상태를 방지하고 입법권자의 입법개선을 촉구하기 위해서 심판의 대상이 된 법조문을 위헌결정하는 대신 단순히 ‘헌법에 합치되지 아니한다’고 결정하면서, 동시에 그 법조문의 효력기한을 정해 주는 결정유형을 말한다”고 정의하고 있다.<sup>482)</sup>

김학성 교수도 헌법불합치결정을 “법률에 위헌성이 내재하여 있다

480) 허영, 헌법재판제도의 바람직한 개선방향, 「재판의 한 길 (김용준헌법재판소장 화갑기념논문집)」(박영사 1998), 35면.

481) 허영(2000), 6면; 허영, 2000년의 중요 헌법판례, 「헌법판례연구(3)」(박영사 2001), 13면 : “헌법재판소가 헌법불합치결정을 하는 이유로 제시하고 있는 법적 공백상태의 방지, 조세수입감소로 인한 국가재정의 악화방지, 납세의무자들 사이의 형평성 고려, 입법형성의 오류시정 등은 적용중지로 해결될 문제가 전혀 아니다. 그것은 오히려 한시적인 적용허용에 의해서만 더 잘 해결될 수 있는 사항들이다. 특히 민주적 정당성을 강하게 확보하고 있는 국회가 제정한 법률조항의 효력을 잠정적·한시적으로 유지하면서도 법률조항이 갖고 있는 위헌성을 제거하는 방향으로 입법자에게 합헌적인 입법형성의 기회를 주기 위한 것이 헌법불합치결정의 본래의 취지라는 관점에서 볼 때 헌법불합치결정과 적용중지명령은 체계적으로 조화되기가 어렵다.”; 그 밖에 허영, 2001년의 중요 헌법판례, 「헌법판례연구(4)」(박영사 2002), 20-21면 참조.

482) 허영, 「한국헌법론」(박영사 2003), 809면.

하더라도 단순위헌결정을 할 때 법률의 일반적 적용배제라는 법적 효과에서 나타나는 문제점을 해소하기 위하여 위헌결정의 법적 효과에 일정한 제약을 가하는 주문유형”으로 보고 있다.<sup>483)</sup>

또한, 임지봉 교수도 “헌법불합치결정은 헌법재판소가 그 법규범에 위헌의 소지가 있다는 것은 인정하지만 갑작스러운 위헌무효결정이 초래할지 모르는 법적 공백과 혼란을 방지하기 위해 그 법규범의 일시적 효력은 인정하는 것, 다시 말하면 그 법률이 위헌성이 있음을 인정하지만 법적 혼란이라든지 법적 공백을 막기 위해서 법개정 시까지 잠정효를 인정하겠다는 결정형식”이라고 한다.<sup>484)</sup>

#### 나. 계속적용을 명한 헌법불합치결정과 당해사건 및 병행 사건(유사사건)

(1) 헌법재판소가 위헌법률의 계속적용을 허용하면, 법원과 행정청은 계류중인 사건을 위헌법률에 근거하여 결정하여야 한다. 위헌규범의 계속적용은 헌법소원절차나 위헌법률심판절차에서의 당해사건에도 해당된다.<sup>485)</sup> 한편, 오스트리아는 헌법재판소의 판결로 법의 전부 또는 일부가 폐지될 때까지 “당해사건을 제외하고는” 계속 종전의 법률이 적용된다고 규정하고 있다(오스트리아헌법 제140조 제7항). 이와 같은 오스트리아의 제도는 법적 공백상태를 없앤다는 점에서는 매우 합리적이라 할 수 있으나 위헌적인 법률에 대하여 그

483) 김학성(1999), 461면.

484) 임지봉, 민주주의의 실패와 사법적극주의, 「헌법실무연구 제2권」(박영사 2001), 131·177면.

485) Vgl. BVerfGE 87, 180 : 위헌법률이 장래효로 개선되므로써 위헌제청의 경우 당해 소송사건의 당사자나 헌법소원의 경우 청구인이 개정법률의 혜택을 입지 못한다 하더라도 위헌제청의 재판의 전제성이나 헌법소원의 권리보호이익이 없어지지 않는다고 밝힘으로써, 위헌법률의 잠정적용을 명할 경우에는 당해사건에도 위헌법률이 적용되어야 하는 것을 간접적으로 시사하고 있다. 한수웅(1995), 530면.

것이 위헌적이라는 공권적 판단이 내려진 이후에까지 의연 적용될 수 있게 한다는 것은 법의 정의에 어긋난다는 비판이 있고, 이러한 폐단을 제거하기 위하여 ‘당해사건’의 범위를 넓게 보려는 경향을 보이고 있으며, 헌법재판소에 계류된 모든 사건에 대하여 당해사건에 준해서 처리하고 있다고 한다.<sup>486)</sup>

그러나 우리나라의 경우, 헌법재판소가 계속적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고하였으나 이에 따른 개선입법에서 소급적용<sup>487)</sup>의 규정을 전혀 마련하지 않거나 소급적용의 범위를 일정 한도로 제한함으로써 개선입법이 적용되지 않는 과거의 법률관계의 영역이 존재하는 경우, 원칙적으로는 당해사건의 당사자는 구제되지 않을 것이지만 이에 대한 법원의 태도는 일률적으로 말하기 어렵다.

(2) 입법개선 시한까지 개정이 이루어지지 않은 경우에는 당해 조항은 효력을 상실하는 것이므로 그때까지 소송이 계속중이라면 그 재판에서 적용이 배제될 것이다. 예컨대 헌재 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 헌법불합치결정의 경우, 이 사건의 당해소송 법원은 헌법재판소의 계속적용명령에 따라 원고의 청구를 기각하였으나(서울민사지방법원 1990. 1. 25. 선고 88가합46330 판결),<sup>488)</sup> 항소심법원은 위헌제청의 당해사건이라는 이유로 위 조항의 적용을 배제하였고(서울고등법원 1990. 7. 20. 선고 90나13408 판결),<sup>489)</sup> 상고심인 대법원도

486) 김양균(1997.1), 223-224면.

487) 이 경우 입법자가 소급적용을 내용으로 하는 경과규정을 둘 의무는 없다.

488) 위 헌법불합치결정이 내려지자 그 제청법원이었던 서울민사지방법원은 당해 사건에 대하여 “위 조문이 헌법에 합치하지 아니하나, 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 유지한다”는 헌법재판소의 결정을 당해 법률조항이 그 시한 동안은 유효한 것으로 이해하고 원고의 부당이득금 반환청구를 기각하였다.

489) 즉, 서울고등법원은 “위 법조항(국회의원선거법 제33조, 제34조)들은 헌법의 기본이념인 국민주권주의와 자유민주주의의 기본원칙과 관련하여 헌법 제24조의 참정권, 제25조의 공무담임권, 제41조의 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙 및 제11조의 평등보호규정에 반하고, 헌법 제116조, 제37조에도 위반한 규정이라 아니할 수 없고, 또 헌법불합치결정은 헌법재판소법 제47조 제1항에서 정한 위헌결

1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결에서 “구체적 규범통제의 실효성 보장을 위하여 적어도 당해사건에 한하여는 소급효를 인정하여 위헌여부의 심판대상이 된 법률조항은 당해사건에의 적용이 배제된다”고 하여 잠정적용된 국회의원선거법 제33조 및 제34조에 의한 국회의원출마기탁금 중 국고귀속분에 대하여 부당이득금반환을 인정하였다(공1991.8.1.자, 1895). 이 대법원 판결에 대하여는, “이는 의문이다. 이와 같은 절차의 진행은 실질적으로 위헌결정이 내려진 것과 전혀 결과를 달리하는 것이 아니므로 불합치결정을 한 취지가 전혀 발휘될 수 없겠기 때문이다. 불합치결정은 위헌의 소지를 제거함을 헌법재판소가 손수 하지 아니하고 입법에 대한 고도의 재량권과 형성의 자유를 가지고 있는 입법부로 하여금 개입하게 하여 그에 따라 사안을 해결하도록 함에 그 나름대로의 의미가 있을 것인데 이 경우에는 전혀 그와 같은 기회가 주어지지 않는다. 다시 말해서 단순위헌결정을 하지 않고 불합치결정을 하는 주된 이유는 그 결정의 소급효가 미치는 당해사건 또는 병행사건에 입법자에 의한 헌법재판소의 결정의 취지에 따른 개선입법을 기다려 그 개정입법에 따라 판단하도록 함인데 이와 같은 의미가 발현되지 못하였다는 것이다. 따라서 위와 같은 경우 특히 당해 법조항의 적용여부에 관한 명쾌한 헌법재판소의 의사가 없는 경우에는 합헌적인 법률이 제정되기까지 절차를 중지함이 타당할 것이다.”라는 비판이 있었다.<sup>490)</sup> 그러

---

정의 일종이라고 그 결정이유에서 밝히고 있는바, 헌법재판소법 제45조 본문에서 ‘헌법재판소는 제정된 법률 또는 법률조항의 위헌여부를 결정한다’라고 규정하고 있는 취지에 비추어 볼 때 헌법재판소의 위 결정은 헌법재판소법 제45조 본문, 제47조 제1항의 위헌결정과 다름이 없다.”고 판단하고, “위헌제정이란 결국 그 전제가 되는 당해사건에서 위헌법률의 적용을 배제받으려는 데에 그 목적이 있으므로 피고 산하 선거관리위원회는 원고가 기탁한 10,000,000원 중 선거비용금1,920,360원을 공제한 나머지 금8,079,640원을 반환할 의무가 있다.”고 판결하였다. 이 판결의 문제점 및 부당성에 대하여는 한수용, 위헌법률의 잠정적용을 명한 헌법불합치결정의 효력, 「재판의 한 길 (김용준헌법재판소장 화갑기념논문집)」(박영사 1998), 323면 이하 참조.



나 이 사건 대법원 판결 당시 헌법재판소가 설정한 개선입법시한을 경과하였으므로 위 조항은 효력을 상실하였고, 따라서 위헌결정된 법률의 소급효에 관한 일반이론에 따라 당해사건인 이 사건에서도 그 조항의 적용이 배제된 것이라고 이해할 수도 있을 것이다.

한편 현재 2001. 4. 26. 선고 2000헌바59 헌법불합치결정의 경우, 심판대상조항이 청구인에게 해당하는 사유(판매부진)가 세액공제 및 환부사유로서 빠져 있었기 때문에 - 즉 부진정입법부작위 - 헌법재판소는 “이 사건의 경우 위헌결정 또는 (적용중지형의) 단순한 헌법불합치결정만을 선고할 경우 …그나마 ‘포장 또는 품질의 불량’으로 제조담배를 재반입하는 경우에 담배소비세의 공제 및 환급을 인정하고 있는 근거규정이 효력을 잃게 됨으로써 범치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다.”는 이유로 헌법불합치와 계속적용명령을 내린 것이다(판례집 13-1, 950면). 즉, 이 결정에서의 ‘계속적용’이란 청구인과 같은 사유 이외의 경우에는 계속 적용하라<sup>491)</sup>는 의미의 명령이었던 셈이다. 그 결과 당해사건(서울지방법원 2000가합13080)은 헌법재판소의 결정 전인 2000. 7. 4. 원고패소판결이 선고되었으나, 항소심법원은 청구인을 구제하기 위하여 (사실상) 청구인에 대한 당해 규범의 적용을 중지하고 기다렸다가 심판대상조항이 헌법재판소의 결정 이후인 2001. 12. 19. 법률 제6549호로 헌법재판소의 결정취지를 반영하여 “제233조의9(세액의 공제 및 환부) ①다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 세액을 공제하거나 환부한다. … 2. 제조장 또는 보세구역에서 반출된 담배가 포장 또는 품질의 불량, 판매부진 그 밖의 부득이한 사유로 제조장 또는 수입판매업자

490) 문광삼, 헌법재판소 변형결정의 유형과 그 문제점, 「헌법재판소 결정의 효력에 관한 연구 (헌법재판연구 제7권)」 (헌법재판소 1996), 144면의 각주 107.

491) 이를 헌법재판소는, “이 사건 법률조항의 효력은, 담배소비세의 공제 및 환급의 근거규정이 되는 범위내에서, 잠정적으로 존속한다.”고 표현하였다.

의 담배보관장소로 반입된 경우”로 개정되고 2002. 1. 1.부터 시행되자 항소심(서울고등법원 2000나41464)은 2002. 3. 14. 원고승소판결을 선고하였으며, 이 판결은 확정되었다. 즉, 이 사건의 청구인도 헌법재판소의 헌법불합치결정 및 계속적용명령에도 불구하고 구제를 받게 된 것이다.

#### 다. 헌법불합치결정은 단순위헌결정 또는 한정위헌결정의 대안이 될 수 있는가?

##### (1) 단순위헌결정에 대한 대안 여부

(가) 단순위헌결정과 헌법불합치결정이 상호 호환가능한 것인가, 즉 헌법불합치결정이 단순위헌결정의 대안이 될 수 있는지에 대하여는 견해의 대립이 있다.

##### 1) 부정론

정종섭 교수는, “법률의 조항이 헌법에 위반되는 경우에 단순위헌의 결정을 할 것이냐 헌법불합치의 결정을 할 것이냐 하는 것은 법리의 문제이기 때문에 그에 적합한 어느 하나를 선택하여야 한다. 단순위헌으로 결정해야 하는 경우에 헌법불합치결정을 하거나 헌법불합치결정을 해야 하는 경우에 단순위헌결정을 하는 것은 주문이 틀린 것이다. 단순위헌으로 결정하여야 할 경우에 헌법불합치결정을 하면 헌법을 침해하는 법률을 오히려 방치하는 결과를 초래하고, 헌법불합치결정을 해야 하는 경우에 단순위헌결정을 하면 법적으로 보호되어야 하는 이익을 부정하고 법률의 공백을 불러오는 결과를 가져와 헌법재판이 권리나 자유를 침해하고 법질서를 파괴하는 것으로 변질된다.”고 하여 이를 반대한다.<sup>492)</sup>

---

492) 정종섭(2002), 321면.

2) 긍정론

반면에, 헌법불합치와 같은 변형결정을 위헌결정 대신에 활용하는 것을 바람직하다고 보는 입장도 있다.<sup>493)</sup> 그 구체적인 예로는 다음과 같은 주장이 있다.

헌법재판소는 1999. 12. 23. 제대군인이 공무원 채용시험에 응시하는 경우 각 과목별 득점에 과목별 만점의 5% 또는 3%를 가산하도록 규정하고 있는 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항, 제3항 및 같은 법시행령 제9조에 대하여 단순위헌결정을 선고하였다(헌재 98헌바 33, 판례집 11-2, 732; 헌재 98헌마363, 판례집 11-2, 770). 이 결정에 대하여, “가사 가산점제도가 위헌이라고 할지라도 단순위헌결정을 내릴 것이 아니라 적어도 이미 응시한 제대군인들에게까지는 가산점제도를 적용시키는 것이 법치주의원리의 파생원리인 신뢰보호의 원칙에 부합되므로, 일정한 기간 위헌결정의 효력을 유예시키는 헌법불합치 및 입법촉구결정을 내렸어야 한다.”는 견해가 있었다.<sup>494)</sup>

헌법재판소는 2002. 6. 27. 인터넷 내용규제의 일반조항 역할을 하는 전기통신사업법 제53조에 대하여 단순위헌결정을 내렸다(헌재 99헌마480, 판례집 14-1, 616). 이 결정에 대하여, “이 결정으로 말미암아 동 조항을 근거로 하여 활동하던 정보통신윤리위원회의 활동이 사실상 정지되었고, 이러한 기능상실은 불건전정보에 대한 규제정책에 있어 심각한 문제점을 나타내고 있다. 불건전정보에 대한 명확한 규제내용을 법률에 규정하기는 참으로 힘든 작업이고 자칫 명확한 규제내용으로 인해 새로 발생하는 불건전정보에 대한 대응이 불가능해질 수도 있으므로 헌법재판소로서는 이러한 법문내용 확정의

493) 임지봉(2001), 163면.

494) 정연주, 가산점제도의 헌법적 문제점, 「헌법판례연구(2)」(박영사 2000), 190면.

어려움을 고려하여 헌법불합치결정을 내림으로써 이러한 헌법적 문제점을 치유할 수 있었을 것”이라는 견해가 있었다.<sup>495)</sup>

헌법재판소는 2003. 1. 30. 기초의회의원선거의 후보자에게만 정당표방을 금지하는 반면에 정당의 당원경력의 표시는 허용하고 있는 공직선거법 제84조 중 “자치구·시·군의회의원선거의 후보자” 부분은 과잉금지의 원칙에 위배되고 명확성의 원칙 및 평등원칙에도 위배된다고 하여 위헌결정을 선고하였다(헌재 2001헌가4, 판례집 15-1, 7). 이 결정에 대하여, “정치현실과 정책수단의 합목적성에 대한 평가와 전망은 헌법재판소의 몫이라기보다는 입법자의 몫이기 때문에, 헌법재판소가 미흡한 입법자를 대신하여 지방자치와 정치발전의 선도자로 나서야 할 당위성과 현실적인 필요성이 인정된다 하더라도 입법개선을 촉구하되 재량의 기회와 여지를 남겨두는 헌법불합치결정이 바람직했다.”는 견해가 있었다.<sup>496)</sup>

(나) 실제로 헌법재판소에서는 한 결정 안에서 단순위헌과 헌법불합치의 의견이 대립하는 경우가 종종 있는데, 그 중 “단순위헌”의 주문이 선고된 경우를 보면 다음과 같다.

헌법재판소는 1999. 3. 25. 사치성 재산으로 분류하여 재산세의 표준세율을 그 가액의 50/100으로 중과하고 있는 지방세법 제188조 제1항 제2호 (2)목 중 “고급오락장용 건축물” 부분은 ‘고급오락장’의 개념이 지나치게 추상적이고 불명확하여 그 내용을 예측하기 어렵고 과세관청의 자의적인 해석과 집행에 초래할 염려가 있다고 하여 단순위헌결정을 선고하였다(헌재 98헌가11등, 판례집 11-1, 158). 이 결정에서 정경식·이영모 재판관은, “고급주택과 고급오락장에 대해

495) 명재진, 인터넷 규제제도와 헌법재판소 결정, 「헌법판례연구(4)」(박영사 2002), 140-141면.

496) 이택연, 기초의회의원선거 정당표방금지의 위헌성, 「법률신문」, 2003. 3. 17. 자, 14면.

서 취득세를 중과세하고 있는 입법취지와 우리의 실정을 감안할 때 이 사건 법률조항의 필요성과 정당성은 아직도 인정된다. 따라서 입법형식상의 잘못만을 이유로 바로 위헌결정을 한다면 사치성 재산에 대하여도 통상의 세율에 의한 취득세만을 부과할 수밖에 없어 원래의 입법취지를 살릴 수 없을 뿐만 아니라 이미 중과세된 취득세를 납부한 사람들과의 형평성의 문제도 야기될 수 있다. 따라서 입법형성권을 가진 국회로 하여금 다른 세법 또는 관련법률과 연계하여 사치성 재산에 대한 중과세제도를 전반적이고 체계적으로 정비할 수 있도록 헌법불합치결정을 하여야 한다”는 반대의견을 제시하였다(동 판례집 183면 이하).

헌법재판소는 2000. 4. 27. 과외교습을 금지하고 있는 학원의설립·운영에관한법률 제3조, 제22조 제1항에 대하여 단순위헌결정을 선고하였다(헌재 98헌가16등, 판례집 12-1, 427). 이 결정에서 한대현 재판관은 “이 조항이 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 위헌적인 규정이라는 점에서는 다수의견과 견해를 같이 하나, 우리 현실에 비추어 볼 때 아직까지는 과외교습을 전면 허용할 것이 아니고 일정부분 규제할 필요가 있다. 따라서 이 조항에 대하여 바로 위헌선언을 할 것이 아니라 헌법불합치결정을 함으로써 형식적으로만 계속 존속하게 한 다음, 입법자로 하여금 국민의 기본권을 가능한 한 적게 침해하면서도 과외교습을 둘러싼 폐단을 제거할 수 있는 새로운 수단을 마련하도록 하는 것이 타당하다.”는 반대의견(적용중지형)을 내었고(동 판례집 469면), 정경식 재판관은 “이 조항의 입법목적은 정당하고, 단속의 필요성도 인정되나, 이 조항의 위헌성은 과외교습의 규제방식이 기본권제한입법의 체계와 방식을 제대로 갖추고 있지 못한 데에 있는 것이며, 과외교습의 폐단이 여전히 극심하여 이를 규제하여야 할 필요성과 당위성이 인정되는 현재의 상황에서 이

사건 법률조항의 효력을 소멸시켜 과외교습을 전면적으로 허용하는 것이 곧 합헌적 상태를 실현하는 것이라 볼 수 없다. 그러므로 단순 위헌결정을 하여 당장 그 효력을 상실시킬 것이 아니라, 입법자가 광범위한 국민적 합의를 거쳐 합리적인 범위에서 과외교습을 규제할 수 있도록 하고 과외교습이 전혀 규제되지 않는 상황을 피하기 위하여 새로운 입법이 이루어질 때까지는 이 조항을 잠정적으로 적용하도록 하는 헌법불합치결정을 하는 것이 바람직하다.”는 반대의견(계속적용형)을 제시하였다(동 판례집 471면).

헌법재판소는 2003. 4. 24. 손해배상 소송에서 피고가 패소판결을 받은 뒤에도 배상액을 갚지 않을 경우 연 25%의 지연이율을 적용하도록 규정한 소송촉진등에관한특례법 제3조 제1항에 대하여 위헌결정을 선고하였는데(헌재 2002헌가15, 판례집 15-1, 360), 이에 대하여 대법원은 “이번 결정으로 법률의 효력이 일시에 정지됨으로써 각급 법원에서 진행중인 30만건 가량의 금전청구사건 처리가 전면 지연돼 60만명의 당사자들이 피해를 입을 것으로 예상된다”며 우려를 표시하였고, 법조계 일각에서는 “위헌조항이라도 대체입법을 전제로 한시적 효력을 인정하는 ‘헌법불합치’ 결정을 내리는 것이 바람직했을 것”이라는 지적이 있었다.<sup>497)</sup> 실제로 이 결정에서 하경철 재판관은 잠정적용을 명하는 헌법불합치결정을 하는 것이 옳다는 견해를 피력하였다(동 판례집, 369면).

## (2) 한정위헌결정에 대한 대안 여부

(가) 이 문제는 주로 법원이 헌법재판소의 한정위헌결정을 위헌결정으로 보지 않는데 착안하여, 한정위헌결정 대신에 헌법불합치결정을 활용할 것을 촉구하는 의미에서 논의되고 있다.

이러한 입장에 있는 최완주 부장판사는, “헌법재판소가 판단하기에

497) 한겨레신문, 2003. 4. 25.자, 2면 기사.

대법원이 채택한 법률해석에 의하면 당해 법률조항에 합헌적인 적용영역과 위헌적인 적용영역이 있는데 조문의 일부에 대한 일부위헌결정으로서 그 위헌적인 적용범위를 제거할 수 없고, 그렇다고 당해 법률조항 전부에 대하여 단순위헌결정을 한다면 당해 법률조항의 합헌적인 적용영역까지 제거되는 결과가 되고 그것이 단순합헌을 하는 경우보다 오히려 더욱 위헌성이 심한 법적 공백상태에 이르게 된다고 보는 경우에는, 당해 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하여 입법권자에게 합헌적인 적용영역을 살리는 법개정을 촉구하고 개선된 법률에 따라 법률관계가 규율될 수 있도록 한다면 한정결정유형을 활용하지 않고도 위와 같은 문제점을 해결할 수 있을 것이다. 헌법불합치결정에 대하여는 법원도 위헌결정의 한 형식으로 그 효력을 인정하고 있으므로 법원과의 갈등문제도 생기지 않고 당사자의 권리구제에도 훨씬 실효성이 있을 것이다.”라고 주장한다.<sup>498)</sup>

한편 남북현 교수는 이에 반대하여, 한정위헌결정의 대안으로 헌법불합치결정을 제시하는 것은 우선 헌법재판소에 부여된 자유로운 결정주문 선택권을 침해하는 위헌적인 발상이고, 한정위헌결정과 헌법불합치결정은 “위헌으로 선언되는 심판대상의 범위확정” 문제와 “시적인 범위의 제한” 문제로서 원칙적으로 다른 차원이기 때문에 헌법재판소가 한정위헌결정을 통하여 해석기준을 정하고 그 기준에 따라 재판하도록 법원에 맡기면 될 것을 가지고 개선입법 시점까지 절차를 중지시키고 권리구제를 지체시킴이 과연 바람직한 것인지 의문이라고 한다.<sup>499)</sup>

(나) 이러한 논의와는 별도로 헌법재판소에서는 주문의 선택에 있어

498) 최완주, 한정결정, 선택인가 필수인가? 「법률신문」, 2002. 10. 3.자, 14면.

499) 남북현, 한정결정은 선택이 아닌 필수, 「법률신문」, 2002. 10. 21.자, 14면 참조.

서 한정위헌과 헌법불합치 의견이 나뉘는 경우가 종종 있는데, 이 중 “한정위헌”의 주문이 선고되었던 경우를 보면 다음과 같다.

헌법재판소는 1995. 11. 30. “양도가액은 그 자산의 양도당시의 기준 시가에 의한다. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 실지 거래가액에 의한다.”고 규정한 구 소득세법 제23조 제4항 단서와 거주자의 양도차익의 계산에 있어서 양도가액에서 공제할 필요경비를 “당해 자산의 취득당시의 기준시가에 의한 금액. 다만, 대통령령이 정하는 경우에는 그 자산의 취득에 소요된 실지거래가액”이라고 규정한 동법 제45조 제1항 제1호 단서는 ‘실지거래가액에 의할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석하는 한’ 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 선고했다(헌재 94헌바40등, 판례집 7-2, 616). 이 결정에서 김진우 재판관은 “양도차익 산정에 있어 실지거래가격에 의하도록 규정한 위 구 소득세법시행령의 내용이 조세정의 면에서 보아 합헌적인 내용도 있는데도 이 사건 단서규정에 대하여 단순위헌선언을 한다면 납세자들 사이에 형평을 잃게 되어 조세정의에 반하는 등 이 사건 법률조항에 대한 위헌선언을 하지 않을 때보다 조세정의원칙을 침해하여 오히려 더 헌법적으로 수인할 수 없는 심각한 상태를 초래한다. 그러므로 이 사건 단서규정 전체에 대하여 헌법에 합치하지 않는다는 선언을 하면서 … 합헌적인 내용으로 개정하도록 입법촉구함이 상당하다.”는 취지의 헌법불합치 의견을 개진하였다(동 판례집 640면 이하).

헌법재판소는 2002. 8. 29. 상호신용금고법 제37조의3 제1항 중 임원에 관한 부분 및 제2항은 “상호신용금고의 부실경영에 책임이 없는 임원”에 대하여도 연대하여 변제할 책임을 부담케 하는 범위내에서, 위 같은 조 제1항 중 과점주주에 관한 부분은 “상호신용금고의 경



영에 영향력을 행사하여 부실의 결과를 초래한 자 이외의 과점주주”에 대하여도 연대하여 변제할 책임을 부담케 하는 범위내에서 각 헌법에 위반된다는 한정위헌결정을 선고하였다(헌재 2000헌가5 등, 판례집 14-2, 106). 이 결정에서 주선회 재판관은, “위 상호신용 금고법 제37조의3을 다수의견과 같이 한정하여 해석하는 것은 일의적인 법문의 한계를 벗어나는 무리한 해석이자 법문에 드러난 입법자의 객관적 의사를 무시하고 실질적으로 헌법재판소가 임의로 새로운 입법을 하는 것과 다름없는 것이므로, 이러한 경우에는 헌법불합치결정을 함으로써 차라리 입법자로 하여금 조속한 시일내에 헌법재판소 결정의 취지를 살려 새로이 입법하도록 하는 것이 오히려 헌법적으로 바람직하다.”는 취지의 헌법불합치의견을 개진하였다(동판례집 129면 이하).

### (3) 사건

헌법재판소의 판례에 의하면, 재판의 주문을 어떻게 내느냐 하는 주문의 방식 문제는 민사소송에서 그러하듯 헌법재판에 대하여서도 아무런 명문의 규정이 없으며, 따라서 재판의 본질상 주문을 어떻게 표시할 것인지는 재판관의 재량에 일임된 사항이라고 한다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 260). 그리하여 헌법재판소는 그동안 독일 등 다른 나라 헌법재판소의 예를 따라 특히 변형결정과 관련하여 다양한 형태의 주문을 개발하여 왔다.

그러나, 단순위헌결정과 적용중지형 헌법불합치결정은 그 성격상 상호 대체가 어울리지 않는 결정형식이다. 후자는 개선입법을 기다려 당해사건 등을 규율하겠다는 의지의 표현이기 때문이다. 또한, 후술하는 “입법흡결을 보완하라는 취지의” 계속적용형 헌법불합치결정은 단순위헌결정의 대안이 될 수 없다. 반면에, 계속적용형 헌법불합치결정 중 “위헌결정의 효력을 장래의 일정시점까지 유예하는”

성격을 갖는 것일 경우에는 단순위헌결정의 대안이 될 수 있다고 본다.

한편 한정위헌결정과 헌법불합치결정의 상호 대체여부에 대하여 볼 때에도, 적용중지형 헌법불합치결정은 한정위헌결정의 대안이 될 수 없는 반면에 위헌결정의 효력을 장래의 일정시점까지 유예하는 성격의 계속적용형 헌법불합치결정은 그 대안이 될 수 있다고 하겠다. 그리고 입법흡결을 보완하라는 취지의 계속적용형 헌법불합치결정은 그 구체적 내용에 따라 한정위헌결정의 대안이 될 수 있는지 여부가 결정된다고 할 것이다.

요컨대, 적용중지형 헌법불합치결정은 개선입법을 기다려 당해사건 등을 규율할 필요가 있고 또 반드시 그렇게 해야만 할 때 선택할 수 있는 결정유형으로 보아야 한다. 그렇다면 적용중지형 헌법불합치결정은 단순위헌이나 한정위헌 결정의 대안이 될 수 없다고 하겠다.

### Ⅲ. 우리 헌법재판소 사례의 분석

#### 1. 주문에서 계속적용을 명한 사례

##### (1) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 국회의원선거법상 기탁금반환 사건 [판례집 1, 199]

<주문>

“국회의원선거법(1988. 3. 17. 법률 제4003호로 전문개정된 것) 제33조 및 제34조는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”<sup>500)</sup>

[입법개선상황]

국회는 헌법재판소가 설정한 개선입법시한이 경과한 1991. 12. 31. 법률 제 4462호로 국회의원선거 기탁금을 정당추천후보와 무소속후보를 가리지 않고 1천만원으로 정하고(동법 제33조), 기탁금의 국고귀속요건을 “후보자가 사퇴하거나 등록이 무효로 된 때 또는 후보자의 득표수가 당해 지역구의 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수의 2분의 1을 초과하지 못하는 때 또는 전국구 후보자의 경우 그 소속정당의 전국구후보자 중 당선자가 없는 때”로 개정하였다(동법 제34조). 그 후 공직선거및선거부정방지법(2000. 2. 16. 법률 제 6265호로 개정된 것)은 지역구 국회의원의 경우 기탁금을 2천만원으로 정하였고(동법 제56조 제1항 제2호), 기탁금국고귀속의 요건으로서 후보자의 득표수가 유효투표총수를 후보자수로 나눈 수 미만이고 유효투표총수의 100분의 20 미만인 경우로 정하였는데(동법 제57조 제2항), 이 부분에 대하여 헌법재판소는 그 후 다른 사건에서 “위헌”결정을 선고하였다.<sup>501)</sup>

500) 우리 헌법재판소의 헌법불합치결정으로는 최초의 것이다. 이 결정에 대하여는 “우리가 독일의 경험을 통해서 알게 되었고, 또 충분히 적용가능하다고 생각되는 불합치결정의 적용사례, 즉 평등에 반하는 불이익취급규정도, 또 법적 공백상태를 우려할 상황도, 그리고 입법권의 존중도 전혀 여기에 어울리지 않는다”는 비판이 있었다(전광석(1991), 182면). 또한, 이 결정은 헌법불합치결정을 할 것이 아니라 단순위헌결정을 내렸어야 한다는 비판으로 한수용(1998), 320면 이하 참조.

501) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마91등, 판례집 13-2, 77. 이 결정에 대한 비판적인 평

**(2) 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 지방의회의원선거법상 기탁금 사건 [판례집 3, 91]**

<주문>

“지방의회의원선거법(1990. 12. 31. 법률 제4311호로 제정된 것) 제36조 제1항의 ‘시·도의회의원 후보자는 700만원의 기탁금’ 부분을 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항부분은 위 법률시행 후 최초로 실시하는 시·도의회의원 선거일 공고일을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”

[입법개선상황]

국회는 1991. 5. 23. 법률 제4368호로 제36조 제1항을 다음과 같이 개정하였다.

「제36조(기탁금) ①후보자가 되려고 하는 자는 등록신청시에 대통령령이 정하는 바에 따라 시·도의회의원후보자는 400만원, 구·시·군의회의원후보자는 200만원의 기탁금을 관할선거구선거관리위원회에 기탁하여야 한다.」

**(3) 헌재 1993. 3. 11. 88헌마5, 노동쟁의조정법상 공무원의 단체행동금지 사건 [판례집 5-1, 59]**

<주문>

“노동쟁의조정법 제12조 제2항(1963. 4. 17. 법률 제1327호 제정, 1987. 11. 28. 법률 제3967호 개정) 중 ‘국가·지방자치단체에 종사하는 근로자’에 관한 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 1995년 12월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”

[입법개선상황]

국회는 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 이 법 자체를 폐지하고, 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 노동조합및노동관계조정법을 제정하였는데, 동법 제41조 제2항의 내용은 다음과 같다.

「제41조(쟁의행위의 제한과 금지) ②방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며, 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다.」

---

석으로는 허영(2002), 5면 참조.

(4) 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 특허사건 등의 사실심패  
제 사건 [판례집 7-2, 264]

<주문>

“특허법(1995. 1. 5. 법률 제4892호로 개정되기 전의 것) 제186조 제1항 및 의장법(1995. 1. 5. 법률 제4894호로 개정되기 전의 것) 제75조 중 특허법 제186조 제1항을 준용하는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 다만, 위 두 법률 조항은 특허법중개정법률(1995. 1. 5. 개정. 법률 제4892호) 및 의장법중개정법률(1995. 1. 5. 개정. 법률 제4894호)이 시행되는 1998. 3. 1.의 전일까지 이 사건 위헌여부심판제정의 각 당해사건을 포함한 모든 특허 및 의장 쟁송사건에 대하여 그대로 적용된다.”

[입법개선상황]

이 사건에서 헌법불합치 결정선고 당시에는 합헌적인 내용의 신법, 즉 특허법중개정법률(1995. 1. 5. 개정. 법률 제4892호) 및 의장법중개정법률(1995. 1. 5. 개정. 법률 제4894호)이 이미 공포되어 1998. 3. 1.부터 시행이 예정되고 있었다.

(5) 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, TV수신료 사건 [판례집  
11-1, 633]

<주문>

“한국방송공사법(1990. 8. 1. 법률 제4264호로 개정된 것) 제36조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 1999. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다.”<sup>502)</sup>

502) 이 결정에 대하여는, TV수신료는 그 법적 성격이 ‘특별하고 긴밀한 관계’에 부과되는 특별부담금이라고 하기에는 그 성격과 요건이 지나치게 일반적이어서 조세, 즉 공영방송의 제정에 중단되는 일종의 목적세의 성격을 갖는다고 볼 수밖에 없고 따라서 위 법 제36조 제1항은 법률유보원칙(헌법 제37조제2항)에 위배되어 위헌인 것이 아니라 조세법률주의(헌법 제59조)에 위배되어 위헌인 것이며, 나아가 헌법재판소가 위 조항이 위헌임을 전제로 하면서도 한국방송공사의 제정난을 이유로 (잠정적용을 명하는) 헌법불합치결정을 내린 것은 헌법과 법률에 근거가 없는 위헌적인 변형결정일 뿐만 아니라 헌법재판에서 예외적으로 변형결정이 인정되는 사유, 즉 법적안정성과 국가의 주요행정의 계속성 등에도 해당하지 아니하는 대단히 편의주의적인 결정이라는 비판적인 평석이 있다. 박선영, TV수신료와 조세법률주의, 「헌법규범과 헌법현실 (권영성교수정년기념논문집)」 (법문사 1999), 910·915면.

[입법개선상황]

2000. 1. 12 법률 제6139호로 폐지·제정된 방송법 제65조(수신료의 결정)는 “수신료의 금액은 이사회가 심의·의결한 후 방송위원회를 거쳐 국회의 승인을 얻어 확정되고, 공사가 이를 부과·징수한다.”고 규정하여 헌법재판소의 결정취지를 반영하였다.

**(6) 현재 1999. 10. 21. 97헌바26, 도시계획시설결정 장기미집행 사건 [판례집 11-2, 383]**

<주문>

“도시계획법 제4조(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 전문개정되어 1991. 12. 14. 법률 4427호로 최종개정된 것)는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 2001. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

[입법개선상황]

이 결정 후 국회는 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 도시계획법을 전문개정하였는데, 이 사건 법률조항(구법 제4조)은 개정법에서 제46조(개발행위의 허가)로 옮겨 규정되었으며, 한편 보상적 조치로서 도시계획시설부지의 매수청구권규정(제40조)와 도시계획시설결정의 실효규정(제41조)을 두었다.

**(7) 현재 2000. 7. 20. 99헌가7, 상소제기기간의 법정산입 불포함 사건 [판례집 12-2, 17]**

<주문>

“형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호로 제정된 것) 제482조 제1항은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

[입법개선상황]

이 조항은 아직까지 개정되지 않고 있다.

**(8) 현재 2000. 8. 31. 97헌가12, 국적법상 부계혈통주의 사건 [판례집 12-2, 167]**

<주문>

“국적법(1997. 12. 13. 법률 제5431호로 전문개정된 것) 부칙 제7조 제1항

중 ‘...10년 동안에’ 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”<sup>503)</sup>

[입법개선상황]

국회는 2001. 12. 19. 법률 제6523호로 부칙 제7조 본문을 다음과 같이 개정하였다.

「부칙 제7조(부모양계혈통주의 채택에 따른 모계출생자에 대한 국적취득의 특례) ①1978년 6월 14일부터 1998년 6월 13일까지의 사이에 대한민국의 국민을 모로 하여 출생한 자로서 다음 각호의 1에 해당하는 자는 2004년 12월 31일까지 대통령령이 정하는 바에 의하여 법무부장관에게 신고함으로써 대한민국의 국적을 취득할 수 있다.」

(9) 현재 2001. 4. 26. 2000헌마59, 지방세법상 세액공제·환부 사건 [판례집 13-1, 941]

<주문>

“지방세법(1988. 12. 26. 법률 제4028호로 개정된 것) 제233조의9 제1항 제2호는 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”

[입법개선상황]

국회는 헌법재판소의 결정 이후인 2001. 12. 19. 법률 제6549호로 헌법재판소의 결정취지를 반영하여 이 조항을 다음과 같이 개정하였다.

「제233조의9(세액의 공제 및 환부) ①다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 세액을 공제하거나 환부한다. ... 2. 제조장 또는 보세구역에서 반출된 담배가 포장 또는 품질의 불량, 판매부진 그 밖의 부득이한 사유로 제조장 또는 수

503) 이 결정에 대하여는, “잠정적인 계속적용을 명하는 이유로서 헌법재판소가 제시한 이유, 즉 헌법재판소가 위헌결정 또는 단순한 헌법불합치결정만을 선고할 경우 위 부칙조항은 헌법재판소가 결정을 선고한 때부터 더 이상 적용할 수 없게 되고 이 경우 그나마 신법 시행 전 10년 동안에 태어난 자녀에게 국적취득의 길을 열어 놓고 있는 근거규정이 효력을 잃게 됨으로써 법치국가적으로 용인하기 어려운 법적 공백이 생기게 된다고 설명하는 것은 부당하며, 차라리 위 부칙조항 중 ‘10년 동안’ 부분을 위헌선언하는 경우에는 3년의 신고기간을 제외하고는 아무런 제한없이 대한민국의 국적을 취득할 수 있다는 결과가 되므로 제외동포 특히 중국동포(조선족)의 국적취득을 폭넓게 허용하게 되어 경우에 따라서는 중대한 법적 불안정성을 초래할 수도 있다는 점을 제시했어야 한다.”는 비판적인 평석이 있다. 남북현(2002.2), 143면.

입판매업자의 담배보관장소로 반입된 경우 ...」

**(10) 현재 2001. 6. 28. 99헌바54, 상속세법상 상속재산가액 평가 사건 [판례집 13-1, 1271]**

<주문>

“구 상속세법(1993. 12. 31. 법률 제4662호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항 중 ‘상속재산의 가액 ... 는 상속개시 당시의 현황에 의한다.’는 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

[입법개선상황]

헌법재판소는 이 결정 당시에 이미 1994. 12. 22. 법률 제4805호로 합헌적인 내용의 개정입법이 행하여져 1995. 1. 1.부터 시행되고 있었음에도 불구하고 헌법불합치 결정 및 계속적용명령을 내렸다.<sup>504)</sup> 그런데 국회는 헌법재판소의 이 결정 후인 2002. 12. 18. 법률 제6780호로 상속세및증여세법을 개정하면서 부칙 제11조(상속재산의 가액평가에 대한 쟁송사건 등에 관한 적용례)에서, “종전의 상속세법(1994. 12. 22, 법률 제4805호로 개정되기 전의 법률을 말한다) 제9조 제1항의 규정을 적용하여 행하여야 할 처분과 행하여진 처분(이의신청·심사청구·심판청구 또는 행정소송이 제기된 것에 한한다)에 관하여는 종전의 상속세법(법률 제4805호로 개정된 것을 말한다) 제9조 제1항 및 제2항의 규정을 적용한다.”고 규정하였다.

**(11) 현재 2001. 6. 28. 99헌마516, 고엽제후유증환자 유족특**

504) 계속적용명령을 내리는 이유를 당시 연구보고서에 의하면 다음과 같이 적고 있다. “첫째, 입법자의 형성재량의 측면에서 볼 때 이 사건 법률조항에 대한 헌법불합치선언 이후의 입법개선이 반드시 이미 개정된 법률과 같은 내용의 입법이어야 할 필요는 없는 것이고, 이는 입법자의 형성재량에 속하는 사항일 뿐이므로 이미 개정되어 있는 법률의 소급적용을 명한다는 것은 입법권을 침해하는 결과가 될 수 있고, 둘째 개정법률을 적용할 경우 일률적으로 판단할 수는 없으나 사안에 따라 상속재산의 가액평가에 있어서 불리하게 되어 오히려 이 사건 법률조항 및 이 사건 시행령의 적용을 받는 경우보다 다액의 상속세를 부담하게 될 수도 있어, 이는 헌법재판소의 헌법불합치결정에 의하여 더 불리한 결과가 발생한다는 점에서 권리구제라는 헌법소원의 주관적 기능 측면으로 볼 때 불합리한 결과를 낳을 수 있을 뿐 아니라, 셋째 구 소득세법 제60조에 대한 헌법재판소의 1995. 11. 30. 선고 91헌바1등 헌법불합치결정과 관련하여 대법원과의 사이에 개정법률의 소급적용의 근거유무, 적용규정의 결여 등 그 해석과 관련한 마찰을 빚은 바 있으므로 개정법률의 소급적용은 가능한 한 피하여야 할 것으로 보인다.”



**례 사건 [판례집 13-1, 1393]**

<주문>

“고엽제후유의증환자지원등에관한법률(1997. 12. 24. 법률 제5479호로 전문 개정되고, 1999. 12. 28. 법률 제6042호에 의해 개정되기 전의 것) 제8조 제1항 제2호는 헌법에 합치하지 아니한다. 위 규정부분은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

[입법개선상황]

국회는 2002. 2. 16. 법률 제6647호로 제8조의 제목을 변경하며 제1항을 다음과 같이 개정하였다.

「제8조(사망한 고엽제후유증환자 등의 유족에 대한 처우) ①다음 각호의 1에 해당하는 자의 유족으로서 국가유공자등예우및지원에관한법률 제5조의 규정에 해당하는 유족(이하 “이미 사망한 고엽제후유증환자등의 유족”이라 한다)중 월납전에 참전하고 전역된 자등의 유족에 대하여는 동법 제4조 제1항 제3호의 규정에 의한 전몰군경의 유족으로, 남방한계선 인접지역에서 복무하고 전역된 자등의 유족에 대하여는 동법 제4조 제1항 제5호의 규정에 의한 순직군경의 유족으로 각각 보아 동법이 정하는 바에 의하여 보상을 행한다.

1. (생략) 2. 남방한계선 인접지역에서 복무하고 전역된 자 등으로서 제4조의 규정에 의한 등록 전에 제5조 제1항 각호의 1에 해당하는 고엽제후유증으로 인하여 사망하였음이 인정되는 자」

**(12) 현재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 세무사자격 자동부여 사건 [판례집 13-2, 338]**

<주문>

“세무사법(1999. 12. 31. 법률 제6080호로 개정된 것) 부칙 제3항은 헌법에 합치되지 아니한다. 다만, 이 부칙조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”

[입법개선상황]

국회는 2002. 12. 30. 법률 제6837호로 부칙 제3항을 다음과 같이 개정하였다.

「부칙 ③(세무사자격에 대한 경과조치) 2000년 12월 31일 이전에 국세(관세를 제외한다)에 관한 행정사무에 종사한 자에 대하여는 제3조 제2호의 개정규정에 불구하고 종전의 규정을 적용한다.」

**(13) 현재 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 변리사자격 자동부여**

**사건 [판례집 13-2, 363]**

**<주문>**

“변리사법(2000. 1. 28. 법률 제6225호로 개정된 것) 부칙 제3항은 헌법에 합치되지 아니한다. 다만, 이 부칙조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용한다.”

**[입법개선상황]**

국회는 2002. 2. 16. 법률 제6647호로 부칙 제3항을 다음과 같이 개정하고, 제4항은 삭제하였다.

「부칙 ③(변리사자격 자동취득에 관한 경과조치) 2000년 12월 31일 이전에 특허청에서 특허행정사무에 종사한 자에 대하여는 제3조 제1항 제3호의 개정규정에 불구하고 종전의 규정을 적용한다.」

**(14) 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92등, 국회의원지역선거구 구역표 사건 [판례집 13-2, 502]**

**<주문>**

“공직선거및선거부정방지법 제25조 제2항에 의한 [별표1] 「국회의원지역선거구구역표」(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것)는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 선거구구역표는 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

**[입법개선상황]**

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

**(15) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 재외동포법 사건 [판례집 13-2, 714]**

**<주문>**

“재외동포의출입국과법적지위에관한법률(1999. 9. 2. 법률 제6015호로 제정된 것) 제2조 제2호, 재외동포의출입국과법적지위에관한법률시행령(1999. 11. 27. 대통령령 제16602호로 제정된 것) 제3조는 헌법에 합치하지 아니한다. 이들 조항은 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

**[입법개선상황]**

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

**(16) 헌재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 지적법상 지적측량 대행**

**독점 사건 [판례집 14-1, 528]**

<주문>

“지적법(2001. 1. 26. 법률 제6389호로 전문개정된 것) 제41조 제1항은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 조항은 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

[입법개선상황]

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

**(17) 현재 2002. 9. 19. 2000헌바84, 약사법상 약국개설자격 사건 [판례집 14-2, 268]**

<주문>

“약사법(2000. 1. 12. 법률 제6153호로 개정된 것) 제16조 제1항은 헌법에 합치하지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

[입법개선상황]

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

**(18) 현재 2002. 11. 28. 2001헌가28, 국가정보원직원의 비밀엄수 사건 [판례집 14-2, 584]**

<주문>

“국가정보원직원법 제17조 제2항(1999. 1. 21. 법률 제5682호로 개정된 것) 중 ‘직원(퇴직한 자를 포함한다)이 사건당사자로서 직무상의 비밀에 속한 사항을 진술하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.’는 부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 부분은 2003. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

[입법개선상황]

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

**(19) 현재 2003. 1. 30. 2001헌바64, 전통사찰주지의 행위에 대한 허가 사건 [판례집 15-1, 48]**

<주문>

“구 전통사찰보존법 (1997. 4. 10. 법률 제5320호로 개정되기 전의 것) 제6조 제5항 중 같은 조 제1항 제2호 소정의 ‘동산 또는 대통령령이 정하는 부

동산의 양도'에 관련된 부분은 헌법에 합치하지 아니한다. 위 규정부분은 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”

[입법개선상황]

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

2. 주문에서 적용중지를 명한 사례

(1) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 동성동본금혼 사건 [판례집 9-2, 1]

<주문>

“민법 제809조 제1항(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정된 것)은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 입법자가 1998. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 1999. 1. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”<sup>505)</sup>

505) 이 결정에 대하여는 이 조항이 합헌이라는 입장에서 반대하는 평석이 있고(김지수, 헌법재판소의 ‘동성동본금혼’ 규정에 대한 “헌법불합치” 결정의 논거에 커다란 의문이 있다, 『사법행정 제450호』(한국사법행정학회 1998.6), 48면 이하), 위헌론의 입장에서 “단순위헌이라고 하는 경우 근친혼금지에 위반되지 않는 한 동성동본의 경우라도 모두 결혼할 수 있게 되는데, 이 경우 금혼으로 보호하여야 할 가치가 있다면 헌법불합치의 결정을 함과 동시에 일정한 혼수의 범위내에서만 동성동본금혼이 지켜지도록 민법을 개정하는 것을 촉구하는 결정을 할 여지가 있다. 그런데 이 경우는 동성동본 사이이면서 결혼을 하고자 하는 사람 사이의 혼수를 정확히 알 수 있다는 것이 전제가 되어야 한다. 그러한 전제가 분명하지 않으면 이러한 헌법불합치의 결정을 하기 어렵다고 보인다.”라는 비판적인 평석이 있다(정종섭, 동성동본금혼규정에 대한 헌법불합치결정, 『헌법판례연구(1)』(박영사 1999), 52면). 한편, 결정문상 단순위헌론과 합헌론의 견해대립은 ‘사회과학적’이라기 보다는 ‘정치적’이며, 현재의 결정은 정치적으로 “헌법불합치”로 낙착되었고 동성동본 불혼에 관한 정치적 투쟁에서 위헌론이 승리한 것이라는 견해도 있다(심희기, 동성동본 금혼조항의 헌법불합치결정, 『시민과변호사 제66호』(서울지방변호사회 1999.7), 48면 이하). 또한, 헌법재판소가 결정주문에서 헌법불합치결정·입법촉구결정과 함께 입법개정시까지 동 조항의 적용중지를 명함으로써 문제가 많은 민법 제809조 제1항을 “사실상 폐지”하면서 법개정의 부담은 국회에 떠넘김으로써 유립을 중심으로 한 한국의 보수세력과 국회로부터 예견되는 비난과 공격은 방지하는 일거양득의 값진 효과를 거두었다고 긍정적으로 평가하는 견해도 있다(임지봉(2001), 132면).

[입법개선상황]

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다. 다만, 대법원은 헌법재판소의 위 결정직후 동성동본인혈족사이의혼인신고에관한예규(1997. 7. 30.자 대법원호적예규 제535호)를 제정하여 동성동본인 자들의 혼인신고를 수리하도록 하였다.<sup>506)</sup>

(2) 현재 1997. 8. 21. 94헌바19등, 퇴직금우선변제 사건 [판례집 9-2, 243]

<주문>

“구 근로기준법(1953. 5. 10. 법률 제286호로 제정되고 1989. 3. 29. 법률 제4099호로 개정되어 1997. 3. 13. 법률 제5305호로 폐지된 것) 제30조의2 제2항 및 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정된 것) 제37조 제2항 중 각 ‘퇴직금’부분은 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항 중 각 ‘퇴직금’부분은 입법자가 1997. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 1998. 1. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항 중 각 ‘퇴직금’부분의 적용을 중지하여야 한다.”

[입법개선상황]

국회는 1997. 12. 24. 법률 제5473호로 헌법재판소의 결정취지에 따라 근로기준법 제37조<sup>507)</sup>를 개정하고 그 부칙(제2조)<sup>508)</sup>에서는 경과규정을 두었다.

---

506) 한편 이에 대하여, 위 결정은 “당해 법률조항의 적용중지와 개정입법의 소급적용, 개정시점 도과시 효력상실”이라는 전형적인 헌법불합치결정 유형에 속하는 것으로 판단되고, 따라서 동성동본금혼규정은 형식적으로 존속하는 것인만큼 동성동본간의 혼인이 허용되는 것이라고 할 수 없다는 점에서, 혼인신고 수리를 즉시 허용하는 대법원예규(1997. 7. 30. 동성동본인혈족사이의혼인신고에관한예규)는 의문이 있다는 견해가 있다. 소순무, 구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정과 당해사건의 처리, 「법조 제46권10호」(법조협회 1997.10), 138면의 주13.

507) 제37조(임금채권 우선변제) ①임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다. ②제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 1. 최종 3월분의 임금. 2. 최종 3년간의 퇴직금. 3. 재해보상금 ③제2항제2호의 퇴직금은 계속근로년수 1년에 대하여 30일분의 평균임금으로 계산한 금액으로 한다.

(3) 헌재 1998. 8. 27. 96헌가22등, 단순승인의제 사건 [판례  
집 10-2, 339]

<주문>

“민법 제1026조 제2호(1958. 2. 22. 법률 제471호)는 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항은 입법자가 1999. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2000. 1. 1.부터 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”<sup>509)</sup>

[입법개선상황]

국회는 위 기한까지 개선입법을 마련하지 아니하였다가 2002. 1. 14. 법률

- 
- 508) 부칙 제2조(임금채권 우선변제에 대한 경과조치) ①제37조제2항제2호의 개정규정에 불구하고 이 법 시행전에 퇴직한 근로자의 경우에는 1989년 3월 29일 이후의 계속근로년수에 대한 퇴직금을 우선변제의 대상으로 한다. ②제37조제2항제2호의 개정규정에 불구하고 이 법 시행전에 채용된 근로자로서 이 법 시행후 퇴직하는 근로자의 경우에는 1989년 3월 29일이후부터 이 법 시행전까지의 계속근로년수에 대한 퇴직금에 이 법 시행후의 계속근로년수에 대하여 발생하는 최종 3년간의 퇴직금을 합산한 금액을 우선변제의 대상으로 한다. ③제1항 및 제2항의 규정에 의하여 우선변제의 대상이 되는 퇴직금은 계속근로년수 1년에 대하여 30일분의 평균임금으로 계산한 금액으로 한다. ④제1항 및 제2항의 규정에 의하여 우선변제의 대상이 되는 퇴직금은 250일분의 평균임금을 초과할 수 없다.
- 509) 이 결정에 대하여는 우선 심판대상을 민법(승인, 포기의 기간) 제1019조 제1항으로 변경했어야 한다는 비판적인 견해가 있다. 즉 상속채권자가 상속인을 상대로 하여 상속채무의 이행을 청구하는 소송에서 민법 제1026조(법정단순승인) 제2호의 위헌 여부는 재판의 전제가 될 수 없는 것이다. 왜냐하면 고려기간을 초과한 상속인이 상속채무를 이행하여야 하는 것은 위 조항 때문이 아니라, 민법 제1019조 제1항에 있고, 따라서 문제는 위 제1019조 제1항이 상속의 포기나 한정승인을 할 수 있는 기간을 지나치게 짧게 잡은 것이 아닌가 하는 점에 있는 것이지, 제1026조 제2호가 위 고려기간에 아무런 조치를 취하지 않은 당사자에 대하여 단순승인을 한 것으로 의제한 것 자체에 문제가 있는 것은 아니기 때문이라는 것이다. 이 견해는 또한 “헌법재판소로서는 민법 제1019조 제1항이 고려기간을 상속개시 있음을 안 날로부터 3개월로 정하고 있는 것은 상속인이 아무런 귀책사유없이 상속재산 중 소극재산이 적극재산을 초과하는 사실을 알지 못한 경우에는 헌법에 어긋난다고 하는 형식의 주문을 선고하였어야 할 것이다(다만 이 경우에는 그 고려기간이 언제부터 진행되는가 하는 점이 문제로 남게 되나, 이는 당사자가 이를 알거나 알 수 있었을 때로 보아야 할 것이다). 헌법재판소가 이처럼 선고하였다면 위와 같은 법적 혼란의 문제는 생기지 않으며, 또 개선입법에 소급효를 인정할 것인가 하는 논란도 피할 수 있었을 것이다.” 라고 한다(윤진수(2000), 183·210면).

제6591호로 제1019조 제2항을 “상속인은 제1항의 승인 또는 포기를 하기 전에 상속재산을 조사할 수 있다.”고 개정하고, “제1항의 규정에 불구하고 상속인은 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1항의 기간 내에 알지 못하고 단순승인(제1026조제1호 및 제2호의 규정에 의하여 단순승인한 것으로 보는 경우를 포함한다)을 한 경우에는 그 사실을 안 날부터 3월 내에 한정승인을 할 수 있다.”는 내용의 제3항을 신설하였다. 한편, 제1026조 제2호에서 “상속인이 제1019조 제1항의 기간내에 한정승인 또는 포기를 하지 아니한 때”에도 단순승인을 한 것으로 본다는 규정을 신설하였으나 이 규정은 종전의 심판대상조항과 내용이 동일하다.<sup>510)</sup> 그리고 동법은 부칙에서 「①(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. ②(이 법의 효력의 불소급) 이 법은 종전의 규정에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다. ③(한정승인에 관한 경과조치) 1998년 5월 27일부터 이 법 시행전까지 상속개시가 있음을 안 자중 상속채무가 상속재산을 초과하는 사실을 중대한 과실없이 제1019조 제1항의 기간내에 알지 못하다가 이 법 시행전에 그 사실을 알고도 한정승인 신고를 하지 아니한 자는 이 법 시행일부터 3월내에 제1019조 제3항의 개정규정에 의한 한정승인을 할 수 있다. 다만, 당해 기간내에 한정승인을 하지 아니한 경우에는 단순승인을 한 것으로 본다.」는 경과규정을 두었다.

**(4) 현재 1999. 12. 23. 99헌가2, 취득세시가표준액위임 사건**  
**[판례집 11-2, 686]**

<주문>

“지방세법(1995. 12. 6. 법률 제4995로 개정된 것) 제111조 제2항 제2호는 헌법에 합치되지 아니한다. 이 법률조항은 입법자가 2000. 12. 31.까지 개정하지 아니하면 2001. 1. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 이 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”<sup>511)</sup>

510) 즉, 위 윤진수 교수의 지적은 정확한 것이었다.

511) 이 결정에 대하여는, “이 경우 헌법불합치결정과 위헌결정은 심판대상 범조항을 형식적으로 존속시킬 것인가 아닌가의 차이만 있을 뿐이고 효력면에서는 실질적인 차이는 없게 된다. 그런데 심판대상 범조항을 형식적으로 존속시키면서 그 집행·적용을 중지하게 하면 법적 공백상태가 방지되고 세수감소로 인한 지방재정의 어려움이 생기지 않고 납세의무자들 사이에 형평이 유지된다는 논리는 이해하기 어렵다. 위헌인 범조항이 형식적으로는 존속한다고 해도 그 집행·적용이 중지되는 상황에서 어떻게 그런 효과가 나타날 수 있겠는가. 결국 헌

[입법개선상황]

위 법률조항은 이 결정 후 2000. 2. 3. 법률 제6260호로 헌법재판소결정의 취지를 반영하여 개정되었고, 동법 부칙에서는 헌법재판소의 불합치결정일인 1999. 12. 23.부터 동법 시행(2000. 2. 3.) 전까지 토지 외의 취득세·등록세의 과세대상물을 취득한 경우로서 시가표준액을 적용하여야 하는 때에는 그 지방자치단체의 장이 제111조 제2항 제2호의 개정규정에 의하여 결정한 시가표준액에 의하고(부칙 제2항), 종전의 지방세법 제111조 제2항 제2호의 규정을 적용하여 행하여진 처분(이의신청·심판청구 또는 행정소송이 제기된 것에 한한다)에 소급하여 적용된다는 경과규정(부칙 제3항)을 두었다.

(5) 현재 2000. 1. 27. 96헌바95등, 특별부가세과세표준 위임 사건 [판례집 12-1, 16]

<주문>

“구 법인세법(1978. 12. 5. 법률 제3099호로 개정되어 1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되기 전의 것) 제59조의2 제1항과 구 법인세법(1990. 12. 31. 법률 제4282호로 개정되어 1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되기 전의 것) 제59조의2 제1항은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항들의 적용을 중지하여야 한다.”

[입법개선상황]

구 법인세법은 이 사건 결정 이전인 1998. 12. 28. 법률 제5581호로 전문개정되어 심판대상조항은 조문의 위치가 제99조(과세표준)로 바뀌어 같은 내용인 “①특별부가세의 과세표준은 대통령령이 정하는 토지, 건물, 부동산에 관한 권리, 주식 또는 출자지분(이하 ‘토지등’이라 한다)의 양도로 인하여 발생한 양도차익으로 한다.”고 규정하고 있었으나, 이 사건 결정 직후인 2000. 2. 3. 헌법재판소의 결정취지에 따라<sup>512)</sup> 제99조 제1항을 개정하였고,<sup>513)</sup> 다시

법재판소의 이 결정은 헌법불합치결정의 본질과 기능을 무시한 형식오용(Formenmißbrauch)에 해당한다고 볼 수 있다.”는 비판적인 평석이 있다. 허영(2000), 6면.

512) 사실은 결정일 이전부터 개정작업을 해 왔을 것이다.

513) 법인세법(2000. 2. 3. 법률 제6259호) 제99조(과세표준) ①특별부가세의 과세표준은 다음 각호의 1에 해당하는 자산(이하 ‘토지등’이라 한다)의 양도로 인하여 발생한 양도차익으로 한다.

1. 토지(지적법에 의하여 지적공부에 등록하여야 할 지목에 해당하는 것을 말한다)



2000. 12. 29. 법률 제6293호로 위 법률 제6259호의 부칙에 제3항(특별부가세의 징송사건에 대한 적용례)을 신설하여 “이 법은 종전의 법인세법(법률 제5581호로 개정되기 전의 법률을 말한다) 제59조의2 제1항의 규정을 적용하여 행하여진 처분(이의신청·심판청구 또는 행정소송이 제기된 것에 한한다)에 관하여 이를 적용한다.” 라고 하여 경과규정을 두었다.

**(6) 현재 2001. 5. 31. 99헌가18등, 부동산실명제법상 과징금 사건 [판례집 13-1, 1017]**

<주문>

“부동산실권리자명의등기에관한법률(1995. 3. 30. 법률 제4944호) 제5조 제1항, 제10조 제1항 본문, 제12조 제2항 중 제5조 제1항 적용부분, 제14조 제2항은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 위 각 법률조항은 입법자가 2002. 6. 30.까지 개정하지 아니하면 2002. 7. 1. 그 효력을 상실한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 입법자가 개정할 때까지 위 각 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”<sup>514)</sup>

[입법개선상황]

국회는 이 결정 후 2002. 3. 30. 법률 제6683호로 헌법재판소의 결정취지에 따라 동 법률조항을 개정하였고,<sup>515)</sup> 부칙에서는 “①(시행일) 이 법은 공포한

- 
- 2. 건물(건물에 부속된 시설물과 구축물을 포함한다)
  - 3. 부동산에 관한 권리로서 다음 각목의 1에 해당하는 것
    - 가. 부동산을 취득할 수 있는 권리(건물이 완성되는 때에 그 건물과 이에 부수되는 토지를 취득할 수 있는 권리를 포함한다)
    - 나. 지상권
    - 다. 전세권과 등기된 부동산임차권
  - 4. 주식 또는 출자지분으로서 다음 각목의 1에 해당하는 것
    - 가. 비영리내국법인이 양도하는 주식 또는 출자지분으로서 대통령령이 정하는 것(제103조의 규정에 의한 비영리내국법인의 부동산등 양도소득에 대한 특례의 경우에 한한다)
    - 나. 주식 또는 출자지분의 주권 또는 출자증권을 발행한 법인의 주주의 구성·특정자산의 보유현황 또는 사업의 종류등을 감안하여 대통령령이 정하는 것

514) 이 결정에 대하여는, “헌법재판소는 ‘당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 과징금을 부과’하는 동법 제5조 제1항 등이 과잉금지원칙에 위반된다고 판단하고 있으므로, 이러한 경우 그 대상 법률의 위헌성의 성질에 비추어 단순위헌결정을 선고함이 마땅하다”는 비판이 있다. 황도수(2002.8), 81면.

515) 제5조(과징금) ①다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 당해 부동산가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위안에서 과징금을 부과한다. 1. 제3조제1항

날부터 시행한다. ②(적용례) 제5조 제1항·제3항(제12조 제2항의 규정에 의하여 적용되는 경우를 포함한다), 제10조 제1항·제2항 및 제14조 제2항·제3항의 개정규정은 이 법 시행후 최초로 과징금을 부과하는 분부터 적용한다. 다만, 종전의 규정에 의하여 부과된 과징금처분(행정심판 또는 행정소송이 제기된 것에 한한다)에 대하여도 이를 적용한다.”고 하여 경과규정을 두었다.

(7) **헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 양도행위의제 사건 [공보 83, 666]**

<주문>

“소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되어 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 이전의 것) 제101조 제2항은 헌법에 합치되지 아니한다. 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체는 위 법률조항의 적용을 중지하여야 한다.”<sup>516)</sup>

의 규정을 위반한 명의신탁자 2. 제3조제2항의 규정을 위반한 채권자 및 동조 동항의 규정에 의한 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자. 제10조(장기미등기자에 대한 벌칙등) ①부동산등기특별조치법 제2조제1항·제11조 및 법률 제4244호 동법 부칙 제2조의 적용을 받는 자로서 다음 각호의 1에 의한 날부터 3년이내에 소유권이전등기를 신청하지 아니한 등기권리자(이하 ‘장기미등기자’라 한다)에 대하여는 부동산평가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위안에서 과징금(부동산등기특별조치법 제11조의 규정에 의한 과태료가 이미 부과된 경우에는 이를 차감한 금액을 말한다)을 부과한다. (이하 생략). 제12조(실명등기의무위반의 효력등) ②제11조의 규정을 위반한 자에 대하여는 제3조제1항의 규정을 위반한 자에 준하여 제5조 및 제6조의 규정을 적용한다. 제14조(기존 양도담보권자의 서면제출 의무등) ②제1항의 규정을 위반한 채권자 및 동항의 규정에 의한 서면에 채무자를 허위로 기재하여 제출하게 한 실채무자에 대하여는 당해 부동산평가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위안에서 과징금을 부과한다.

516) 이 결정에는, 이 사건 법률조항의 문제는 수증자의 증여세 및 양도소득세에 대한 환급 또는 공제 등 규정이 없다는 데 있으므로, 이 사건을 해결함에 있어서는 이 사건 법률조항에 대하여는 합헌, 환급규정을 두지 아니한 점에 대하여는 입법부작위의 위헌을 확인하는 것이 타당하다는 진제하에 이 사건의 주문을 “1. 구 소득세법(1995. 12. 29. 법률 제5031호로 개정되고 1996. 12. 30. 법률 제5191호로 개정되기 전의 것) 제101조 제2항은 헌법에 위반되지 아니한다. 2. 위 구 소득세법 제101조 제2항에 의하여 증여자에게 양도소득세를 부과하는 경우에 그와 관련하여 수증자가 납부한 증여세 및 양도소득세를 수증자에게 환급하도록 하는 규정을 두지 아니한 것은 헌법에 위반됨을 확인한다.” 라고 하는 것이 마땅하다는 재판관 1인(김영일 재판관)의 반대의견이 있다(동 공보 673면 이하).

[입법개선상황]

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

**3. 적용여부에 대하여 주문에 아무런 명시가 없는 사례**

**(1) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등, 토지초과이득세법 사건  
[판례집 6-2, 64]**

<주문>

“토지초과이득세법(제정 1989. 12. 30. 법률 제4177호, 개정 1993. 6. 11. 법률 제4561호, 1993. 6. 11. 법률 제4563호)은 헌법에 합치되지 아니한다.”<sup>517)</sup>

[입법개선상황]

토지초과이득세법은 이 결정 후 1994. 12. 22. 법률 제4803호·제4807호, 1995. 12. 29. 법률 제5108호, 1996. 12. 30. 법률 제5193호, 1997. 12. 13. 법률 제5454호로 개정되었다가 마침내 1998. 12. 28. 법률 제5586호로 폐지되었다.

**(2) 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등, 소득세법상 기준시가위임 사건 [판례집 7-2, 562]**

<주문>

“구 소득세법 제60조(1978. 12. 5. 법률 제3098호로 개정된 후 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 개정되기 전의 것)는 헌법에 합치하지 아니한다.”

[입법개선상황]

국회는 이미 이 결정이 선고되기 전인 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 소득세법을 전면개정하였는데,<sup>518)</sup> 위 심판대상조항은 제96조(양도가액)와 제99조

---

517) 이 결정과 관련하여 이 법의 위헌성을 인정한 헌법재판소의 판단자체에 비판적인 평석으로는 김문현, 토지문제에 관한 헌법적 시각과 토초세법 헌법불합치결정에 대한 평가, 제46회 학술발표회자료집, 한국공법학회(1994), 20면 이하; 서원우, 위 발표회 자료집 38면 이하 참조. 긍정적인 입장으로는 김성수, 토지초과이득세법에 대한 현재의 헌법불합치결정 과연 잘못된 결정인가, 「법률신문」, 1994. 11. 14.자, 15면; 정재황, 재산권보장에 관한 헌법재판소판례의 동향, 「고시계」 1994. 11월호, 104면 이하.

(기준시가의 산정)으로 그 조문의 위치가 바뀌었다. 한편, 국회는 그 후 이 결정취지에 따라 1995. 12. 29. 법률 제5108호로 다시 동 조항을 개정하였다.<sup>519)</sup>

**(3) 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등, 친생부인의 소 출소기간 사건 [판례집 9-1, 193]**

<주문>

“민법(1958. 2. 22. 법률 제471호로 제정되고 1990. 1. 13. 법률 제4199호로 최종개정된 것) 제847조 제1항 중 ‘그 출생을 안 날로부터 1년내’ 부분은 헌법에 합치되지 아니한다.”

[입법개선상황]

국회는 아직까지 이 조항에 대한 개선입법을 마련하지 않고 있다.

**(4) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 그린벨트 사건 [판례집 10-2, 927]**

<주문>

“도시계획법(1971. 1. 19. 법률 제2291호로 제정되어 1972. 12. 30. 법률 제2435호로 개정된 것) 제21조는 헌법에 합치되지 아니한다.”<sup>520)</sup>

518) 이 법의 부칙 제1조(시행일)는 “이 법은 1996년 1월 1일부터 시행하되, 다만 ... 제99조(중전의 제60조의 개정규정을 말한다) ...등의 규정은 1995년 1월 1일부터 시행한다”고 규정하였고, 부칙 제11조(일반적 경과조치)에서는 “이 법 각 해당 조항의 시행전에 중전의 규정에 의하여 과세하였거나 과세하여야 할 소득세에 관하여는 중전의 규정에 의한다”고 규정하였다. 그러나, 위 개정조항은 대상 법률에 대한 헌법불합치결정이 있기 전에 입법자가 자발적으로 대상법률의 위헌성을 인식하고 이를 시정할 것이지 헌법불합치결정에 따른 개선입법의무를 이행한 것이라고 볼 수는 없을 것이다. 최완주(2001), 401면 참조.

519) 이 법은 1996. 1. 1.부터 시행하되(부칙 제1조), 제8조(양도소득에 관한 적용례) 제1항은 “이 법 중 양도소득에 관한 규정은 각 해당 조항 시행후 최초로 양도하는 분부터 적용한다”고 규정하였다.

520) 위 결정에 대하여는 도시계획법 제21조에 대한 합헌결정과 함께 개발제한구역 지정으로 말미암아 일부 토지소유자에게 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담이 발생하는 예외적인 경우에는 보상규정을 두도록 하는 입법촉구결정을 하였어야 한다는 견해가 있다(한승훈, 구 도시계획법 제21조에 대한 헌법불합치결정의 의미와 전망, 「법학논총 제6집」(조선대학교법학연구소 2000.12), 421면). 한편, 헌법재판소는 위 그린벨트 사건에서 개발제한구역 지정처분의 근거 규정만 있고 보상조치를 마련하지 않은 것을 부진정입법부작위로 보아 헌법불합치 결정을 선고하였다. 그런데 이에 대하여는 “재산권제한 자체는 합헌이나

[입법개선상황]

이 결정 후 입법자는 2000. 1. 28. 법률 제6243호로 도시계획법을 전문개정 하였는데, 동법 제34조(개발제한구역의 지정)는 “개발제한구역의 지정 또는 변경에 관하여는 따로 법률로 정한다”고 하였고, 제56조(개발제한구역 안에서의 행위제한 등)에서는 “개발제한구역 안에서의 행위제한 기타 개발제한구역의 관리에 관하여는 따로 법률로 정한다”고 규정하였으며, 이에 대한 법률은 2000. 1. 28. 법률 제6241호로 제정된 ‘개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법’이다.

신 도시계획법 제68조(토지수용법의 준용) 제1항은 “... 수용 또는 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 토지수용법을 준용 한다”고 규정하여 ‘수용 및 사용’에 관하여는 토지수용법에 의한 보상이 가능하도록 하였다. 한편, 위 특별조치법 제16조이하에서는 개발제한구역의 지정으로 인하여 동 구역 안의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지 또는 당해 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지의 소유자로 하여금 건설교통부장관에게 그 토지의 매수를 청구할 수 있는 권리, 즉 ‘매수청구권’을 규정하고 있다. 그리고 동 특별조치법시행령 제28조 내지 제33조에서는 매수대상토지의 판정기준, 산정시기 그리고 방법, 매수절차 등을 규정하고 있다.

(5) 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 대학교수 기간임용제 사건 [판례집 15-1, 176]

<주문>

“구 사립학교법 제53조의2 제3항(1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되고, 1997. 1. 13. 법률 제5274호로 개정되기 전의 것)은 헌법에 합치하지 아니한다.”

[입법개선상황]

국회는 아직 이 결정취지에 따른 개정을 하지 않고 있다.

(6) 이들 결정은 어떤 유형에 속하는가?

이들 결정은 주문에서 적용중지 또는 계속적용 여부를 밝히고 있지

---

보상규정을 두지 않은 것이 문제가 되는 경우에는 그와 같이 보상규정을 두지 않은 ‘입법부작위’의 문제로 보아야 한다”는 비판적인 평석이 있다(김문현, 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원, 「헌법실무연구 제1권」(박영사 2000), 79면 이하).

않은데, 그 이유를 보면 대체적으로 적용중지형 헌법불합치결정으로 보인다.

(가) 즉, 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등 결정에서는 “이 사건에 관하여 입법자가 토지초과이득세법을 적어도 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 새로이 개정 또는 폐지할 때까지는 법원·행정청 기타 모든 국가기관은 현행 토지초과이득세법을 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되, 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여 … 헌법불합치결정을 선택하지 아니할 수 없다.”고 판시하였으므로(동 판례집 120), 사실상 적용중지를 명하는 것으로 보아야 할 것이다.

헌재 1997. 3. 27. 95헌가14등 결정에서도, “입법자가 이 사건 심판대상조항을 적어도 이 결정에서 밝힌 위헌이유에 맞추어 새로이 개정할 때까지는 법원 기타 국가기관은 민법 제847조 제1항 중 ‘그 출생을 안 날로부터 1년 내’라는 부분을 더 이상 적용·시행할 수 없도록 중지하되 그 형식적 존속만을 잠정적으로 유지하게 하기 위하여 … 헌법불합치결정을 선고하는 것”이라고 판시하였으므로(동 판례집 206), 사실상 적용중지를 명하는 것으로 보아야 할 것이다.

헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등 결정에서도, “행정청은 위헌적 상태를 제거하기 위한 보상입법이 마련되기 전에는 이 사건 법률조항에 근거하여 새로이 개발제한구역의 지정을 하여서는 아니되며 … 청구인들을 포함한 모든 토지소유자가 토지재산권의 사회적 한계를 넘는 가혹한 부담을 받은 경우에 한하여 보상입법을 기다려 그에 따른 권리행사를 할 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 결정에 근거하여 이 사건 법률조항에 의한 개발제한구역의 지정이나 그에 따른 토지재산권의 제한 그 자체의 효력을 다투거나 이 사건 법률조항에 위반하여 행하여진 자신들의 행위의 정당성을 주장할 수는 없다.”고

판시하였으므로(동 판례집 960), 이 결정 역시 사실상 적용중지를 명하는 것으로 보아도 좋을 것이다.

(나) 다만, 헌재 1995. 11. 30. 91헌바1등 결정에서는, “이 사건의 경우에는 1994. 12. 22. 법률 제4803호로 헌법에 합치하는 내용의 개정 입법이 이미 행하여져 위헌조항이 합헌적으로 개정되어 시행되고 있으므로, 당재판소는 단순위헌결정을 하지 아니하고 이 사건 위임 조항을 적용하여 행한 양도소득세 부과처분 중 확정되지 아니한 모든 사건과 앞으로 향할 양도소득세 부과처분 모두에 대하여 위 개정법률을 적용할 것을 내용으로 하는 헌법불합치결정을” 하였으므로(동 판례집 595) 사실상 적용중지를 명하는 것으로 볼 수도 있으나, 대법원은 “헌법재판소가 … 구 소득세법 제60조가 위헌임에도 불구하고 굳이 헌법불합치결정을 한 것은 단순위헌결정을 하는 경우 그 결정의 효력이 당해 사건 등에 광범위하게 미치는 결과 구 법령에 근거한 양도소득세부과처분이 모두 취소되게 되어 법적 공백의 발생, 조세수입 감소로 인한 국가재정의 차질, 기납세자와의 형평 위배 등의 불합리가 발생하므로 이러한 부작용을 회피하기 위하여 개정법령의 시행일 이전에 종전의 법령을 적용하여 한 부과처분을 그대로 유지함이 옳다는 판단에서 나온 것임이 분명하다. … 그렇다면 결국 위 헌법불합치결정은 당해 조항의 위헌성이 제거된 개정법률이 시행되기 이전까지는 종전 구 소득세법 제60조를 그대로 잠정 적용하는 것을 허용하는 취지의 결정이라고 이해할 수밖에 없고, 그것이 당해사건이라고 하여 달리 취급하여야 할 이유가 없다.”는 이유로 계속적용형 헌법불합치결정으로 해석하였다.<sup>521)</sup> 그 후 헌법재판소도 이 헌법불합치결정된 법률조항을 적용한 대법원판

521) 대법원 1997. 3. 28. 선고 95누17960 판결, 공1997상, 1274; 대법원 1997. 3. 28. 선고 96누15602 판결, 공1997상, 1282 참조.

결에 대한 헌법소원사건에서 재판관 4인<sup>522)</sup>은 적용을 중지해야 한다고 보았으나, 나머지 재판관 5인<sup>523)</sup>은 헌법재판소의 위 명령은 “기준시가에 의하여 양도가액이나 취득가액을 산정함에 있어서 원칙적으로 구 소득세법 제60조의 위헌적 요소를 제거한 개정 소득세법 제99조를 적용하여야 할 것이나, 다만 개정 소득세법 제99조를 적용하여서는 기준시가에 의하여 양도가액이나 취득가액을 산정할 수 없어 그 양도차익의 산정이 불가능하게 되는 예외적인 사정이 있는 경우에는 구 소득세법 제60조의 위헌적 요소를 제거하는 개정 법률이 시행되기 전까지는 위 법률조항의 잠정적인 적용을 허용하는 취지인 것”이라고 보았다(헌재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461).

한편 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 결정에서도, “법불합치결정의 경우 입법자에게는 법률의 위헌적 상태를 조속한 시일 내에 제거해야 할 입법개선 의무가 발생하게 되므로, 입법자는 되도록 빠른 시일 내에 이 사건 법률조항 소정의 기간임용제에 의하여 임용되었다가 그 임용기간이 만료되는 대학교원이 재임용 거부되는 경우에 그 사전 절차 및 그에 대해 다룰 수 있는 구체절차규정을 마련하여 이 사건 법률조항의 위헌적 상태를 제거하여야 할 것이다.” 라고 판시하였으므로(판례집 15-1, 193면), 사실상 위와 같은 사례군에 대하여는 적용중지를 명하는 것으로 볼 여지가 있다. 그러나, 1999. 8. 31. 법률 제6004호로 개정된 사립학교법 부칙 제2항(계약제 임용에 관한 경과조치)은 “중전의 규정에 의하여 기간을 정하여 임용된 교원의 경우에는 제53조의2 제3항의 개정규정에 불구하고 당해 임용기간이 종료될 때까지는 중전의 규정에 의한다.”고 규정하고 있고, 동 부칙

522) 김용준·신창언·조승형·이영모 재판관.

523) 김문희·이재화·정경식·고중석·한대현 재판관.



조항은 위 헌법재판소의 헌법불합치결정의 심판대상이 아니었기 때문에 동 부칙조항에 의하면 헌법불합치결정된 구법 제53조의2 제3항은 여전히 적용되는 것으로 볼 수도 있다. 이 점은 향후 법원의 판례를 지켜보아야 할 것이다.

#### 4. 우리 헌법재판소 판례경향의 분석

그 동안의 우리 헌법재판소의 헌법불합치결정의 경향을 분석하면 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다.

첫째, 적용중지를 명하는 헌법불합치결정보다는 계속적용을 명하는 헌법불합치결정이 압도적으로 많다는 것이다. 즉 2003. 8. 31. 현재, 전자는 주문에서 명시하지는 않았지만 결과적으로 적용중지를 명하는 것으로 볼 수 있는 3건을 포함한다 하더라도 10건인 반면에, 후자는 19건이다.<sup>524)</sup> 이는 헌법불합치결정의 본질적인 내지는 원칙적인 모습이 적용중지형이라는 설명이 무색할 정도이다. 원칙이 10건이고 예외가 19건이라는 것은 아무래도 부자연스럽다. 따라서 헌법불합치결정 중 적용중지형이 원칙이고 계속적용형이 예외라고 보기보다는 단순위헌결정의 예외로서 헌법불합치결정에는 ‘적용중지형’과 ‘계속적용형’이 있다고 설명하는 것이 옳을 것이다. 헌법불합치결정을 “단순” 헌법불합치결정과 “경과규율” 헌법불합치결정으로 나누어 새로운 설명을 시도하고자 하는 노력<sup>525)</sup>은 이 점에서 올바른 접근이라고 할 것이다.

524) 적용 여부에 대하여 주문에서 명시하지 않고 결과적으로도 적용중지 여부가 불분명한 2건은 계산에서 제외하였음.

525) 황도수(2002.8), 74면 이하.

둘째, 우리 헌법재판소는 일부 ‘입법흡결’의 경우에 헌법불합치결정을 한다는 점이다. 예컨대, 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 그린벨트 사건(적용중지형), 헌재 1999. 10. 21. 97헌바26, 도시계획시설결정 장기미집행 사건(계속적용형), 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59, 지방세법상 세액공제·환부 사건(계속적용형), 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26, 대학교수 기간임용제 사건(적용중지형?), 헌재 2003. 7. 24. 2000헌바28, 양도행위의제 사건(적용중지형) 등에서 어떤 제도 자체는 합헌적이나 그에 따른 보상 또는 구제절차의 미비가 있는 경우에 그 흡결을 보완하라는 의미에서 헌법불합치결정을 하는 것이다. 이와 같은 경향은 종래 “한정위헌결정은 단순위헌결정 효력의 객관적 범위를 변형하는 것인데 반하여, 헌법불합치결정은 단순위헌결정 효력의 시간적 범위를 변형시키는 것”이라는 설명<sup>526)</sup>에 의문을 던지고 있다. 위에서 본 입법적 흡결은 분명히 ‘시적 범위’의 문제가 아니라 ‘객관적 범위’의 문제이기 때문이다.

셋째, 적용중지를 명하는 경우 입법개선촉구는 필수적이다. 왜냐하면 당해사건 및 병행사건의 절차가 중지되기 때문이다. 단순위헌결정을 선고하지 아니하고 (적용중지) 헌법불합치결정을 선고하는 것은 합헌적으로 개선된 입법을 적용하겠다는 의지의 표현인 것이다. 이 경우 입법개선의 시한을 명시하는 것은 부적절할 뿐만 아니라 오히려 그 시한까지 입법개선이 이루어지지 않았을 경우의 처리가 곤란해진다는 점에서 바람직하지 않다. 왜냐하면, 헌법재판소는 적용중지형 헌법불합치결정을 선택함으로써 합헌적으로 개선된 새 법

---

526) 황도수(2002.8), 78면; 남북현(2002.10.21.자), 14면 각 참조.

을 적용하겠다는 의지를 나타낸 것인데, 어떠한 이유로든지 입법자가 그 개선입법 시한까지 입법개선을 하지 못할 경우는 얼마든지 있을 수 있고 그 경우 보통 그 시한을 경과하면 당해 법률조항은 효력을 상실한다는 ‘제재’문구에 따라 당해 법률조항이 효력을 상실하는 것이고, 이것은 처음부터 위헌결정한 것과 별반 다르지 않다는 점이다. 효력상실의 시점을 장래 어느 시점까지 유예할 필요가 있는 경우에는 차라리 계속적용형 헌법불합치결정을 주문으로 선택해야 하는 것이다. 그러므로, 입법개선시한을 정한 적용중지형 헌법불합치결정은 극히 자제되어야 한다.

넷째, 헌법불합치결정의 심판대상조항이 어떤 행위에 제한을 가하는 것인 경우에는 적용중지형 헌법불합치결정은 그 성격상 맞지 않다. 왜냐하면 적용중지하는 즉시 제한의 장애가 풀리고 이는 단순위헌 결정에 다름아니기 때문이다. 예컨대, 동성동본금혼규정인 민법 제 809조 제1항에 대한 헌법불합치결정(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등)의 경우, 법정의견은 ‘헌법불합치’와 ‘적용중지명령’이었는데, 동 조항의 내용이 “동성동본인 혈족사이에서는 혼인하지 못한다.”였기 때문에 동 조항에 따라 혼인신고를 수리하지 못하도록 되어 있었으므로(민법 제813조, 호적법 제76조 참조), 동 조항에 대한 적용중지는 곧바로 혼인신고에 있어서 동 조항에 따른 장애사유의 제거효과로 나타나고, 따라서 호적관서에서는 동성동본인 자의 혼인신고 - 동성동본 이외에 다른 사유가 없다면 - 를 거부할 수 없게 되었다. 다시 말하면 단순위헌선언과 아무런 차이가 없게 된 것이다.<sup>527)</sup>

527) 헌법재판소의 헌법불합치결정 이전에 혼인신고를 했다가 거부된 사람들이 헌법불합치결정에 따르는 동 조항의 ‘형식적 존속’ 때문에 다시 혼인신고를 할 수 없다고는 도저히 볼 수 없는 것이다. 단순위헌선언을 했을 경우에 법치주의가 용인할 수 없는 법적 공백상태가 우려된다던가 헌법불합치결정을 했을 때보다

다섯째, 계속적용형 헌법불합치결정을 하면서 입법개선의 시한을 정하는 경우, 통상 장래의 일정 시점까지 그 효력상실을 유예시키는 것이고 만일 그 시점을 경과하면 그 때부터는 효력을 상실하는 것이므로, 이는 대법원 판결의 표현대로 “헌법재판소가 실질적으로 위헌결정을 하면서도 그로 인한 법률조항의 효력상실 시기만을 일정 기간 뒤로 미루는” 것(대법원 1991. 6. 11. 선고 90다5450 판결, 공1991, 1895)이라고 할 수 있다. 따라서 이 경우의 계속적용형 헌법불합치는 오스트리아에서 헌법재판소에게 판결선고 후 1년의 한도 내에서 일정한 시점을 정하여 그때부터 법률을 폐지시킬 권한도 부여하고 있는 것(오스트리아헌법 제140조 제5항)과 같은 유형이라고 할 수 있다.

여섯째, 우리 헌법재판소가 계속적용을 명하는 헌법불합치결정을 하면서 입법개선의 시한을 정하지 않는 경우도 많은데, 그 중 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등 사건은 결정 당시 이미 신법이 마련되어 있으나 시행시점에 이르지 아니한 경우였고, 헌재 2000. 7. 20. 99헌가 7 사건과 헌재 2001. 4. 26. 2000헌바59 사건 등은 당해사건 당사자 이외의 경우도 규율하는 조항이기 때문에 그 영역은 의연 합헌이거

---

더욱 헌법적 질서와 멀어지게 된다는 사정도 보이지 아니한다. 이는 대법원이 헌법재판소의 위 결정직후 동성동본인혈족사이의혼인신고에관한예규(1997. 7. 30.자 대법원호적예규 제535호)를 제정하여 동성동본인 자들의 혼인신고를 수리하도록 한 것에서도 알 수 있다. 이 결정이 재판관 다수(5인)의견이 단순위헌이었으나 위헌결정의 정족수(6인)에 미치지 못하여 2인 재판관의 의견대로 헌법불합치 결정에 이른 불가피한 점이 있기는 하였으나, 결과적으로 헌법불합치 결정을 하였지만 단순위헌 결정한 것과 아무런 차이가 없게 되었다. 그 밖에 이 사건의 헌법불합치결정 주문의 부당성에 대하여는 윤용섭, 동성동본금혼제도의 위헌여부, 「재판의 한 길 (김용준헌법재판소장 화갑기념논문집)」(박영사 1998), 219면 이하 참조.

나 아니면 위헌여부를 판단하지 아니한 것이어서 효력을 상실시킬 수 없는 경우이다. 그렇지 아니한 다른 경우에는 입법개선의 시한을 정하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 입법자가 입법개선 의무를 이행하지 아니하는 경우 위헌성이 있는 법률조항을 “잠정적용”이 아닌 “무한정 적용”하는 사태가 올 수도 있기 때문이다.

#### IV. 결 론

기본법에 합치하지 아니하는 법률은 원칙적으로 소급하여 무효라는 생각이 기본적인 입장인 독일의 법전통과는 달리, 우리나라는 형벌법규가 아닌 한 원칙적으로 장래효원칙을 채택하였다. 또한 우리나라의 헌법재판에는 독일에는 없는 규범통제형 헌법소원제도가 있다. 이 헌법소원심판절차가 헌법재판소에 계속중이더라도 당해사건은 원칙적으로 중지되지 아니하고 진행된다.

이러한 차이점에도 불구하고, 우리나라의 종래의 학설·판례는 독일에서의 논의를 따라 헌법불합치결정은 단순위헌결정의 예외적인 결정유형으로서, 그 원칙적인 모습은 적용중지와 개선입법의 소급적용을 명하는 유형이고 예외적으로 당해 조항의 계속적용을 명하는 유형의 헌법불합치결정을 선고할 수 있다는 것이었다.

그러나 앞에서 본 바와 같이, 우리나라 헌법재판소에서 취하고 있는 헌법불합치결정은 이러한 도식적인 구분과 설명으로는 파악할 수 없는 측면이 있음을 알 수 있다. 그러므로 헌법불합치결정은, 단순위헌결정과 그 요건이 다른 별도의 결정유형인 경우가 있고, 때로는 단순위헌결정 또는 한정위헌결정의 대안으로서 필요에 따라 헌법재판소가 취할 수 있는 결정주문의 유형으로 이해하는 것이 옳다

고 본다.

그리고 헌법재판소가 어떠한 경우에 어떤 유형의 헌법불합치결정 주문을 선택할 것인지, 그 경우 입법개선의 시한은 어떻게 정하는 것이 바람직한지 하는 문제는 당해 사안 및 관련 법조항을 모두 고려하여 “케이스 바이 케이스”로 결정할 문제이기는 하나, 주문에서 적용중지를 명하는 헌법불합치결정은 꼭 필요한 경우에 한정하여야 하며 이 경우에도 입법개선시한을 정하는 적용중지형 헌법불합치결정은 극히 자제되어야 할 것이다.



# 사이버스페이스의 헌법적 함의

성 선 제

카톨릭대학교 법학과 교수

- 목 차 -

I. 서론 .....	271
II. 사이버스페이스의 의의와 출현 .....	273
1. 사이버스페이스의 의의 .....	273
2. 사이버스페이스의 출현 .....	275
3. 사이버스페이스의 역기능 .....	277
III. 사이버스페이스의 특성 .....	280
1. 정보의 디지털화 .....	280
2. 정보의 네트워크화 .....	281
3. 상호작용성 .....	282
4. 하이퍼텍스트 .....	284
5. 익명성 .....	286
IV. 사이버스페이스의 유추 .....	289



V. 사이버스페이스를 보는 관점 .....	292
1. 전통적 견해 .....	292
2. 중간적 견해 .....	294
3. 새로운 견해 .....	296
VI. 결론 .....	297

## I. 서론

20세기 마지막 10년 동안 미국의 법학 잡지에 실린 논문들 중 가장 많은 지면을 차지하는 것은 사이버스페이스에 관련된 것들이다. 1980년대 미국 법학 잡지의 다수를 점하고 있던 비판법학(critical legal studies)<sup>528)</sup>의 거대한 조류를 바꿔 놓은 것이 바로 사이버법학(cyberspace law)이었다. 이렇듯 1980년대 후반부터 서서히 발표되기 시작한 사이버 법학의 논문들이 급속도로 확산되었으며, 기존 교수들뿐만 아니라 신진 교수들의 관심이 새로운 세계로 대거 이동하였다. 비판법학의 대표적인 2세대라고 할 수 있는 제임스 보일 교수와 잭 볼킨 교수 등이 사이버스페이스에 관한 저서를 출판한 것만 보더라도 사이버 현상은 미국의 법학계에 엄청난 지각변동을 가져왔다고 평가할 수 있을 것이다.

증기기관의 발명으로 시작된 산업혁명은 200여 년에 걸쳐 세상을 바꾸었으나, 통신과 컴퓨터의 결합으로 촉발된 현대의 정보통신혁명은 아주 짧은 기간동안에 세상을 바꾸고 있다. 정보화의 추진으로 인하여 전 세계는 과거 산업사회로부터 지식정보사회로 급속하게 진보하며 문명의 발전을 거듭하고 있다. 이러한 발전 추세는 현대의 첨단과학기술에 힘입어 가능하게 되었으며, 첨단과학기술은 컴퓨터와 통신기술의 비약적인 발전과 함께 정보화 시대의 중추적인 역할을 담당하고 있을 뿐만 아니라, 디지털 사회에서의 국민생활과 국제

528) 비판법학이란 1970년대 중반 이후로 마르크스적 시각에서 이제껏 당연한 것으로 받아들여왔던 과거의 법이나 법제도, 법이론 일반에 대하여 새로운 비판적 분석의 시각을 제공하는 학문적 조류를 말한다. 이것은 균형 잡힌 건전한 법이론이나 법제도를 형성할 수 있도록 하는 지적 분위기를 조성하는데 기여하였다는 평가를 받고 있다. 이에 대하여 자세한 것은 최대권, 영미법 298 (1998) 이하 참조.

경제 및 사회발전에 크게 기여하고 있다. 더욱이 국내외적으로 인터넷을 기반으로 하는 각종 통신망의 상호 연결은 물론 초고속 통신망의 확충 등으로 전 세계가 하나로 연결되어 다양한 정보검색 및 정보제공 서비스가 가능해지고 상업 영역에까지 그 범위 및 기능이 확대되어 고도 정보화 사회로의 진전이 가속화되고 있다.

정보와 지식이 부가가치 창출의 원천이 되는 지식정보화 사회에서는 사회경제활동의 많은 부분이 정보 네트워크를 이용한 사이버스페이스에서 이루어지게 된다. 이에 따라 사회 모든 부분에서 새로운 가치관과 사고방식이 조성되고, 인터넷·전자상거래·전자정부 등과 같은 새로운 정보패러다임이 탄생하게 되었다.

이에 따라 종래의 국경이라는 개념이 무의미해지고 지구촌이 하나의 단일시장으로 변하면서 궁극적으로는 지구촌 전체가 거대한 네트워크로 연결되는 하나의 사회가 되고 있다. 이러한 전자상거래나 각종 정보통신망 환경의 새로운 서비스는 개인이 서로 교섭하지 않고 사이버스페이스에서 의사소통과 각종 거래가 이루어져야 하므로 고도의 신뢰성이 보장되어야 함을 기본 전제로 하고 있다.

이제 헌법도 더 이상 사이버스페이스로부터 자유로울 수 없게 되었다. 프라이버시를 비롯한 사생활 침해, 명예훼손, 음란과 포르노그래피, 저작권 등의 헌법적 문제가 사이버스페이스에서 심각한 논란이 되고 있는 실정이다. 사이버스페이스에 대처하기 위하여 정보통신망 이용촉진및정보보호등에관한법률 등을 비롯한 각종 입법이 이루어졌으며 사이버스페이스에 특수한 판례도 나타나기 시작하였다. 최근의 미국의 입법례를 보면 다수의 법이 인터넷을 기반으로 하는 사이버스페이스에 관련된 것이며 연방대법원 판례도 이 부분이 상당 부분을 차지하고 있다.

이 글에서는 미국에서 논의되고 있는 사이버스페이스의 헌법적 함

의를 살펴보고자 한다. 이를 위하여 첫째, 사이버스페이스의 출현과 의의를 살펴보고 둘째, 사이버스페이스가 법적으로 어떠한 의미를 갖는가를 살펴보기 위해서 이것이 현실의 공간과 얼마나 다른 것인가를 중심으로 사이버스페이스의 특성을 고찰하고자 한다. 셋째, 사이버스페이스는 과연 무엇과 비슷하다고 유추할 수 있는가를 살펴본다. 그리고 사이버스페이스를 법적으로 설명하고자 할 때 별도의 분리된 공간으로 인정하여 현실의 공간과 다르게 취급할 것인가 아니면 전통적인 방법의 범주에 포함시켜 현실의 공간과 똑같이 취급할 것인가에 관한 논의를 살펴보고자 한다. 그럼으로써 이제는 우리의 제2의 생활공간이 되어 버린 사이버스페이스를 둘러싸고 벌어지는 헌법적 문제들을 해결하는데 단초를 얻고자 한다. 한 가지 주의할 점은 사이버스페이스를 둘러싼 논의들은 아직 확립된 원칙이 없으며 계속 생성중인 영역임을 명심하여야 할 것이다.

## II. 사이버스페이스의 의의와 출현

### 1. 사이버스페이스의 의의

사이버스페이스는 장소와 물질에 기초한 현실 세계와는 달리 컴퓨터 네트워크 속에 존재하는 공간 아닌 공간으로 군사적 목적을 위해 연구 및 개발되기 시작하였다. 오늘날 사이버스페이스는 단순한 정보 검색을 위한 데이터베이스로서의 '정보의 바다'에 머무르지 않는다. 이제 사이버스페이스는 현실과 동떨어진 공간으로서 현실에 적용하지 못하는 사람들의 도피의 장소로 여겨지지도 않는다. 사이

버스페이스는 그 같은 도구적인 용도를 넘어선 사회적 접촉 공간으로서 사람들의 희로애락이 얽힌 이야기가 샘솟고 그들 사이에 만남과 헤어짐이 끊임없이 만들어지는 인간관계와 교류의 장소이자, 나아가 제2의 생활공간이다.

사이버(Cyber)라는 말은 ‘조타수’, ‘통치자’ 혹은 ‘운전자’ 등의 뜻을 의미하는 그리스어에서 유래되었다고 전해지고 있다. 이 말은 미국의 수학자가 정보처리 과정을 『cybernetics』라고 명명하면서 ‘인공두뇌 연구’, ‘컴퓨터로 자동 제어되는’ 등의 현대화된 의미로 발전되었다. 즉 사이버가 의미하는 기술적 변화와 발전이 통신기술과 결합되면서 소위 정보통신혁명의 과정을 거쳐 정보화시대를 맞이하게 되었다.

사이버스페이스(Cyberspace)라는 말은 1980년대 초 소설가 윌리엄 깁슨(William Gibson)의 『Neuromancer』라는 공상과학소설에서 처음으로 사용된 후 오늘날 일반적인 용어로 정착되었다. 이 소설은 정부를 대체한 대기업들과 보안자료를 놓고 전쟁을 벌이는 컴퓨터 해커들을 다룬 것으로, 그 내용의 대부분이 유형의 물질적 존재라고는 전혀 없는 컴퓨터 네트워크상의 가상의 무대를 배경으로 이루어지는데 깁슨은 이러한 무대를 『사이버스페이스(Cyberspace)』라고 명명하였다.

사이버스페이스의 시대는 1990년대 초 월드와이드웹(WWW : World Wide Web)의 발전과 더불어 본격적으로 시작되었다. 그 동안 사이버스페이스 또는 온라인으로 일컬어지던 것이 이제는 새로운 ‘인터넷’이라는 용어가 등장하였다. 사이버스페이스, 온라인, 인터넷 등의 정의는 세부적으로 상이할 수 있으나, 정보화를 설명하는 도구로서의 정의는 크게 보아서 다르지 않다. 그러므로 앞으로 이 글에서는 이 세 가지 용어를 기본적으로 같은 것으로 다루고 사이버스페이스

를 그 대표로 사용하고자 한다.

인터넷의 출현시점부터 대다수가 동의하는 신비스러운 점은 아무도 인터넷에 대한 책임이 없었다는 것이다. 그러므로 무정부주의 및 자경주의가 판을 치던 무법의 프런티어(Lawless Frontier)로서 ‘황야의 서부’ 은유가 사이버스페이스를 가장 적절히 묘사하고 있었다.<sup>529)</sup> 이처럼 정보화의 진행이 궁극적으로 국경의 소멸로 이어지고, 이는 다시 경제적 통합 현상으로 연결되어 급기야 각국은 정보전쟁 마저 유발하게 되었다. 따라서 정보력이 곧 국력으로 상징되는 새로운 시대가 도래하게 되었다.

## 2. 사이버스페이스의 출현

인터넷은 컴퓨터통신 네트워크의 네트워크(network of networks)이다.<sup>530)</sup> 즉, 인터넷은 통신이 가능한 여러 컴퓨터를 일정한 규칙을 이용하여 묶어 놓은 것이라 볼 수 있다. 일반적으로 인터넷은 미국에서 군사용 목적으로 컴퓨터를 연결한 것으로 시작되었다. 멀리 떨어져 있는 컴퓨터들을 네트워크로 연결하면 네트워크에 속한 어느 컴퓨터로도 네트워크에 속한 모든 컴퓨터의 자료들을 실시간으로 공유할 수 있다는 이론에서 출발한 것이다. 초기의 인터넷은 정보를 공유해서 한 곳의 자료가 손실되어도 바로 네트워크를 통해 데이터를 복구하여 정상적인 기능을 수행할 수 있는 컴퓨터 통신 시스템을 구축하는 것을 목적으로 하였다.

이후 기술의 발전으로 미국 국립과학재단의 NSFNet은 TCP/IP라는 표준 통신규약을 사용하며 전세계 컴퓨터 통신 네트워크의 오류 없

---

529) Stuart Biegel, Beyond Our Control? 4 (2001).

530) 고려대학교 정보보호 정책연구회, CyberSpace의 법과 기술 109-116 (2003).

는 정보의 교환을 가능하게 되는 기반을 구축하였다. 또한 NSFNet은 대학에 문호를 개방하여 일반인도 인터넷을 이용할 수 있는 계기를 마련하였다. 물론 당시는 컴퓨터 네트워크로 연결된 컴퓨터의 숫자가 미미하고 기술의 미비로 현재의 인터넷과는 전혀 다른 네트워크라고 볼 수 있다.

오늘날의 인터넷이 발전하게 된 계기는 월드와이드웹(이하 ‘웹’이라 한다)이라는 새로운 통신 규약의 출현이었다. 웹은 인터넷상에서 그래픽을 구현할 수 있게 하여 인터넷을 정보통신산업의 핵심으로 부상하게 하였다. 1994년경 당시만 하더라도 우리나라의 경우 인터넷 사용자는 13만명 정도이고 주로 학술 자료, 보고서 등 순수한 자료의 보고로서의 역할을 하였을 뿐 전자상거래 등은 이론적으로 제시되었을 뿐이었다. 그러했던 인터넷이 1996년경부터 고품질 메모리 반도체, CPU 등의 컴퓨터 부품의 대량 생산과 가격인하로 미국을 중심으로 컴퓨터 보급이 급속히 늘고 네트워크와 관련된 기술의 비약적 발전으로 기존의 모든 매체를 인터넷으로 구현할 수 있다는 것이 확인되면서 인터넷을 상업적으로 활용하기 시작하였다. 이러한 미국 내의 네트워크 통합과 아울러 캐나다와 유럽 국가들의 네트워크들도 속속 인터넷과 연결되면서 인터넷은 네트워크들의 중심 네트워크로 확고한 위치를 차지하게 되었으며, 이렇게 통합된 인터넷은 전 세계의 컴퓨터 사용자에게 이메일, 파일 전송, 원격지의 컴퓨터 이용(TelNet), 정보 검색, 토론(UseNet) 등과 같은 다양한 서비스를 제공하게 되었다.

단순한 네트워크의 양적 팽창이 과거의 인터넷 공간이 가지는 특징이었다면, 오늘날 인터넷은 네트워크에 참여하는 사람들의 친밀감이 높아지는 제2의 생활공간이라고 할 수 있다. 따라서 과거에는 특정 매니아나 전문가만의 공간이었다면, 오늘날의 사이버스페이스는 일

반인들의 공간이다. 오늘날의 사이버스페이스란 현실 세계에 존재하는 일반인이 일상생활을 하는데 없어서는 안 될 공간이라고 정의할 수 있다. 그리고 현실 세계와 사이버스페이스의 이질감이 사라지고 친밀감이 높아진 공간, 오프라인에서 온라인으로의 자연스러운 투영이 쌍방향으로 가능한 공간을 뜻한다고 정의할 수 있다. 이와 같은 사이버스페이스는 전자상거래의 발전, 이메일의 대중화, 채팅 등 온라인 미팅의 생활화, 메신저 등 오프라인과 온라인의 실시간 접점화, 전자정부와 같은 공적 영역으로의 확대 등으로 구체화되었다. 그리고 생활 속의 인터넷으로 현실화된 진정한 의미의 사이버스페이스가 출현하게 된 것이다.

과거에는 아날로그 정보를 디지털화하는 부분에 관심이 집중되었다면, 사이버스페이스가 출현한 오늘날에는 디지털화된 정보의 재가공과 새로운 해석을 통해 부가가치 창출이 가능해졌다. 이 과정에서 정보는 아날로그 시대에 상상할 수 없었던 통합과 수정 그리고 실시간 피드백을 통해 새로운 창조물로 거듭나고 있다. 이는 정보와 지식이 부가가치 창출의 원천이 되는 지식정보화 사회에서는 사회경제활동의 많은 부분이 정보 네트워크를 이용한 사이버스페이스에서 이루어지게 된다는 것을 뜻한다. 이러한 단순한 네트워크의 양적 팽창에서 오프라인과 온라인의 구분이 모호해지는 질적 변화를 가져온 네트워크의 세상을 진정한 사이버스페이스의 출현이라고 할 수 있다.

### 3. 사이버스페이스의 역기능

21세기를 ‘정보’의 시대라고 말하기도 한다. 이러한 정의의 기초에는 인터넷으로 대표되는 사이버스페이스가 자리잡고 있다. 인터넷으로



인류가 누리게 된 혜택은 수많은 정보를 적은 비용으로 신속하게 접근하여 업무의 효율과 생활의 질을 높이는 한편 일반 사용자가 자신의 의견을 기존의 언론매체를 통하지 않고 바로 인터넷에 발표함으로써 전자민주주의를 가능하게 하는 등의 긍정적인 측면이 있다. 반면 인터넷으로 인하여 음란물의 무질서한 유통과 이에 대한 통제의 어려움, 저작권 등의 지적재산권의 침해 및 명예훼손의 문제 등 부정적인 측면도 무시할 수 없다.

즉 고도 정보화사회가 급속히 전개되면서 개개인은 정보통신망을 이용하여 시간과 공간의 제약 없이 다양한 정보에 쉽게 접근하여 필요한 정보를 필요한 시기에 신속하게 제공받고 활용할 수 있는 편리함과 유익성의 혜택을 누릴 수 있게 되었다. 그러나 이와 같은 순기능적인 기능이 증가하고 있는 반면에 중요 정보의 유출이나 위·변조, 개인정보의 유출, 음란 등의 불건전 정보의 유통, 전산망을 통한 불법 침입 및 공격 위협, 회사나 국가 중요 정보의 탈취 등 사이버스페이스에서 컴퓨터 범죄가 만연하는 등 매우 위험하고 파괴적인 역기능으로 인해 고통 받고 있다. 자신이 원하는 정보를 언제 어디서든지 손쉽게 얻을 수 있게 되었지만, 정보화의 부작용으로 인해 생기는 피해 또한 막대한 것이다.

일반적인 컴퓨터 범죄는 해킹 및 정보통신망 침해범죄, 스팸 메일, 바이러스 유포 등을 통한 업무방해, 음란물 및 폭력물에 대한 유포 행위, 전자거래 등을 악용한 컴퓨터사기, 유언비어 배포, 명예훼손 범죄, 개인정보 침해 등의 유형을 갖는다. 이러한 컴퓨터 범죄는 기존의 일반범죄와는 구별되는 차이점이 있다. 첫째, 컴퓨터 범죄는 반복적 범행이 가능하다. 단순한 키보드 입력이나 반복수행을 하는 악성 프로그램들로 인해 부정적인 반복이 가능해지며 이는 시스템이나 네트워크 전반에 치명적인 피해를 끼칠 수도 있다. 둘째, 범행

의 은밀성과 전파성을 함께 가진다. 범죄를 저지르는 행위자의 존재를 숨기거나 조작하는 다양한 기술들이 존재하며, 인터넷 웹과 같은 기술을 통해 순식간에 전 세계에 산재되어 있는 수백 수천만의 컴퓨터들에게 피해를 입힐 수 있다. 셋째 일반적인 범죄보다 발견하기가 어렵고 발각되더라도 입증하기가 곤란하다.

인터넷을 이용한 정보의 공유는 컴퓨터 범죄에 대해서도 예외는 아니며 다양한 범죄방법과 쉽게 구할 수 있는 자동화된 도구를 통해 전문가는 물론 초보자라도 쉽고 은밀한 범죄가 가능하며 대부분의 논리적 증거들은 휘발성이며 반복성, 자동성, 광범위성, 고의성 등의 입증여부가 매우 곤란하다.

더구나 1990년대에 들어서면서 현대적 의미의 해커들은 컴퓨터 테러리스트들이라고 불리울 정도로 더욱 더 범죄적인 성향을 가지게 되었다. 해킹이 사이버스페이스에서 정보화시대의 전쟁개념으로서의 정보전(Cyberwar) 수단으로 활용되고 있고, 중요 통신 기반구조를 위협하거나 파괴하는 등의 범죄를 저지르고 있기도 하다.

국내외를 막론하고 국가·공공기관의 중요 정보나 기업체의 중요 연구결과를 불법적으로 유출시키거나 배포하는 행위는 국가의 안전을 위협하고 경쟁력을 저해시키는 매우 심각한 문제가 아닐 수 없으며, 또한 금융 사고를 유발케 하는 행위는 국민생활의 질적 저하를 가져옴은 물론 국가 경제기반을 위협하는 것이 아닐 수 없다.

이러한 시점에서 선진국은 급속하고 역동적으로 변화하고 있는 인터넷 및 사이버스페이스에서의 이러한 역기능을 최소화하고 순기능을 극대화하는 정보보호의 중요성에 대한 관심이 증가하고 있으며 이와 같은 컴퓨터범죄와 보안침해사고 등에 효율적으로 대처하기 위하여 정책과 법·제도의 구축, 관련 기술의 개발 등 범정부 차원의 대책 수립에 부심하고 있다.

### Ⅲ. 사이버스페이스의 특성

#### 1. 정보의 디지털화

인터넷으로 대표되는 사이버스페이스는 기존의 신문, 텔레비전, 라디오, 전화 등의 매체와는 다른 특성을 가지고 있다. 첫째, 정보의 디지털화이다. 정보의 디지털화란 정보의 재생능력이 무한히 확대되며 빛의 속도로 전달될 수 있다는 것을 의미한다. 그래서 기존의 매체에서는 정보의 일방적인 수신자에 불과했던 일반 대중이 사이버스페이스에서는 정보의 발신자도 될 수 있다. 정보나 표현은 일반적으로 매체를 매개하여 발신·수신된다. 따라서 다양한 정보의 자유로운 유통을 이념으로 하는 표현의 자유의 관점에서 보면 정보를 발신 혹은 수신하는 자가 자유롭게 접근할 수 있도록 매체의 기본구조가 설계되어야 한다. 그러나 인쇄·방송 등의 기존 매체는 그것이 역사적·기술적 또는 문화적 특성 때문에 일반인의 자유로운 접근을 실현할 수 없었다. 예를 들면 방송은 종래 전파의 희소성이라는 기술적 특성 때문에 정보발신자의 접근에 중대한 제약을 가하고 있었다.

그러나 사이버스페이스는 전 세계 누구나 원할 경우 시간과 공간의 제약을 거의 받지 않고 정보에 접근하는 것이 가능하다. 그러므로 사이버스페이스에서는 일반 사용자도 쉽게 저렴한 비용으로 정보를 발신할 수 있다. 인터넷상에 정보를 올리면 순식간에 세계를 향하여 정보를 송신할 수 있게 된다. 결국 사이버스페이스에서는 정보의 품

질이 전혀 손상되지 않은 상태로 정보의 전송이 용이하게 행하여지며, 디지털화된 정보를 복제하고 배포하는 비용은 무시해도 좋을 정도로 적게 소요된다.<sup>531)</sup> 정보의 디지털화는 정치·사회·경제적 약자가 비용 부담 없이 자신의 의사를 표현할 수 있는 기회를 제공하고 있다.

## 2. 정보의 네트워크화

사이버스페이스, 즉 컴퓨터 네트워크는 정보유통을 과거 운송형태에 의존하던 과정에서 전자의 속도로 정보가 이동하는 과정으로 변화시킨다. 비행기나 철도와 같은 교통수단으로 인한 정보유통의 시간적 제약은 극복되었다. 그러나 컴퓨터 네트워크로 인한 가장 현저한 변화는 시간적 차원보다는 공간적 차원이다. 과거에는 공간적으로 멀리 떨어져 있어 접근할 수 없기에 가치를 지니지 못했던 많은 정보들이 이제는 컴퓨터 네트워크의 도움으로 얼마든지 접근이 가능하게 되었고 따라서 그 정보의 유용성과 가치도 한층 증대되었다. 이와 마찬가지로 과거에는 원격적인 관계 밖에 유지할 수 없었던 것들도 이제는 서로 효과적인 상호작용이 가능하게 되었다. 과거에는 고립되고 분리되어 있던 정보를 이제는 마치 한 곳에 있는 정보인 양 이용하게 되고, 새로운 인간관계와 제도가 형성되고 있다. 정보의 네트워크화로 인하여 새로운 공동체가 형성되고 새로운 문제가 야기되고 있다.

---

531) Nicholas Negroponte/ 백옥인 역, 디지털이다, 16면.

### 3. 상호작용성

사이버스페이스에서는 다양한 형태의 정보교환이 가능하다. 기존의 매체에서는 각 매체의 특성에 따라 정보의 전달형태가 어느 정도 제한된다. 예를 들면, 전화에 의한 통신은 원칙적으로 1대1의 음성 에 의한 동시통신, 텔레비전 및 라디오는 소수로부터 불특정다수에 대한 1대 다수에 대한 일방적인 정보전달이다. 그런데 사이버스페이스상의 커뮤니케이션 유형은 매우 다양하다. 첫째, 지점 대 지점(point to point)이다. 이것은 편지지에 편지를 써서 보내는 것과 같이 사이버스페이스에서 이메일을 이용하여 편지를 보내는 커뮤니케이션이다. 현실세계의 커뮤니케이션과의 차이점은 사이버스페이스에서는 빛의 속도로 공간의 제약을 받지 않고 실시간으로 편지를 주고받을 수 있다는 점이다. 둘째, 지점 대 다지점(point to multipoint)으로 이것은 단일의 발신자가 수많은 특정 수신자에게 메시지를 전송하는 유형이다. 사이버스페이스에서는 주로 이메일 목록을 이용한다. 셋째, 지점 대 서버 방송(point to server broadcast)으로 발신자가 메시지를 서버에 전송하면 적합한 소프트웨어를 가지고 있는 모든 이용자가 메시지를 접할 수 있다. 넷째, 지점 대 서버 협송(point to server narrowcast)으로 이것은 한 이용자가 서버에 메시지를 전송하면 서버는 메시지를 서버와 직접적으로 연결된 특정 이용자 그룹에게만 전송하는 커뮤니케이션이다. 다섯째, 서버 방송(server broadcast)으로 누구나 공유할 수 있는 정보를 서버가 저장하고, 저장된 정보를 보기를 요청하는 이용자들에게 정보를 제공하는 방송이다. 이때 서버는 방송사나 신문사가 될 수 있다. 여섯째, 서버 협송(server narrowcast)으로 서버가 인정한 특정 이용자

들만이 정보를 이용할 수 있도록 하는 서비스 유형이다.

결국 종래의 매체는 대체로 일방향(one-way) 미디어로서 똑같은 내용을 담은 복사본을 많은 사람들에게 배포하는 것이었다. 인쇄물은 한 가지 작업물의 똑 같은 사본을 많이 만들어 배포할 수 있는 최초의 매체였기 때문에 최초의 매스 미디어라고 할 수 있다. 라디오, 텔레비전과 같은 방송매체도 사정은 마찬가지이다. 하지만 컴퓨터를 이용한 커뮤니케이션 특히 네트워크를 통한 정보전달은 대부분이 쌍방향(two-way)이다. 컴퓨터 모니터 상에서 모니터에 나타난 정보를 읽는 행위는 그 이용자가 같은 지역 내의 또는 보다 멀리 떨어져 있는 컴퓨터에게 전자적 정보와 메시지를 상호 보내고 받는 지속적인 과정에 참여하는 것을 의미한다. 이 점에서 그 행위는 단순히 인쇄물의 한 페이지를 읽는 행위와는 다르다. 키보드를 누르는 행위가 인쇄물의 페이지를 넘기는 행위와 같은 것이라고 할 수는 없다. 키보드를 누르는 행위에는 책을 읽는 독자에게서 찾아볼 수 없는 쌍방향의 상호작용이 이루어지고 있기 때문이다. 독서는 책을 읽는 독자를 일방적으로 변화시킬지언정 독서의 대상 그 자체를 변화시키지는 못한다. 그러나 사이버스페이스는 컴퓨터를 통한 상호작용으로 정보의 쌍방향 흐름을 촉진시킨다.

네트워크로 연결된 컴퓨터가 증가하면서 우리가 상호작용하게 되는 컴퓨터의 수도 증가하게 된다. 그러므로 우리는 이전에 비해 더 많은 정보를 입수하지만 동시에 우리는 그 과정에서 자신들에 대해 이전보다 더 많은 것을 드러내게 된다. 이제 정보획득은 더 정확히 말하자면 일종의 정보거래가 되어 버리고 정보 획득에 따른 대가는 바로 일정한 자신의 개인정보를 공개하는 경우가 대부분이다.

#### 4. 하이퍼텍스트

활자에 의한 정보는 본질적으로 선형적 조직 구조(a linear mode of organization)를 가질 수밖에 없다. 인쇄물에는 시작과 끝이 존재하며 인쇄물의 내용은 저자가 설계하고 선호하는 방식대로 배열된다. 여기에서 저자의 역할은 단순히 내용을 구성하는데 그치는 것이 아니라 그 주장의 구조와 방향을 제시하는 데까지 나아간다. 목차라는 것도 저자가 제시하는 길의 성격을 요약하는 장치에 불과한 것이다. 그러나 하이퍼텍스트(hypertext) 또는 하이퍼미디어라는 말은 이용자나 독자가 다양한 방식으로 사이버스페이스상의 정보 속을 이동하거나 그 정보를 넘어서 이동할 수 있도록 배열되어 있는 화면상의 정보를 가리킨다. 하이퍼텍스트는 정보들 사이를 자유로이 항해할 수 있고 인쇄로는 불가능했거나 적어도 매우 힘들었던 그런 방식으로 정보를 이용할 수 있도록 해 주는 새로운 도구인 것이다. 하이퍼텍스트는 인쇄매체에서 가능했던 것 보다 훨씬 더 유연한 방식으로 정보를 다른 정보와 연결될 수 있도록 해 준다. 하이퍼텍스트는 이용자가 제본으로 인한 제약을 벗어날 수 있게 해 줌으로써 커뮤니케이션을 위한 촉매의 역할을 한다. 결국 하이퍼텍스트는 디지털 매체가 지닌 상호 작용기능의 확장으로 이해될 수 있다. 따라서 이용자는 인쇄 매체를 사용하는 경우보다 고를 수 있는 선택대안을 더 많이 가질 수 있게 되었다.

웹의 개발 이후 인터넷이 급속도로 발전한 이유로는 메뉴 방식으로 서비스를 하던 기존의 인터넷 서비스에 비해 하이퍼텍스트를 기반으로 이루어진 웹은 문서 활용에 엄청난 편리성을 제공하였기 때문

이다. 일반적으로 웹은 검색이 가능한 문서의 형태를 갖추고 있다는 것뿐만 아니라 기존의 인터넷 서비스 방식이던 고퍼(Gopher)와 웨이즈(Wais)의 자료 형태들도 웹에서 수용하여 표현할 수 있으며 그들의 방식으로 검색을 할 수도 있다. 웹의 특성을 이해하면 사이버스페이스에 대한 특성을 이해하는데 많은 도움을 줄 것이다.

첫째, 일관된 사용자 인터페이스를 가지고 있다. 기존의 인터넷 사용 도구의 단점이라면 사용하기가 어렵고 불편할 뿐만 아니라 각종 인터넷 이용 도구마다 그 사용법이 다르다는 것이다. 예를 들면, 인터넷상에서의 정보검색 서비스들인 아키(Archie), 후이즈(Whois), 고퍼, 웨이즈, 베로니카 등은 나름대로 각각의 특징적인 기능을 가지고 있으나 일반 사용자들에게는 사용하기 어려워 전문가들의 전유물로 여겨졌던 것이다. 반면에 웹은 인터넷상에서 제공되는 많은 서비스의 통합된 접속도구의 역할을 하여 기존 프로토콜과 서비스를 제공한다.

둘째, 문서는 하이퍼텍스트로 구성되기 때문에 특정 단어에 대해 관련된 다른 문서를 지정하는 포인터가 존재한다. 사용자는 하이퍼텍스트를 이용하여 한 정보와 연결된 다른 자세한 정보를 쉽게 접근할 수 있다. 하이퍼텍스트의 외형적인 형태는 일반적인 텍스트 위주의 고퍼와 비슷하다. 차이점은 기존의 고퍼가 메뉴 형식에 따른 선택에 의해 정보를 보여주는 것에 비하여 웹은 선택한 단어와 연결된 문서를 불러 올 수가 있다.

셋째, 인터넷상에서 생겨나는 가상의 조직체나 공동체에서 능동적 참여를 할 수 있다. 웹 이전의 인터넷은 사용자들에게 단지 방대한 데이터의 창고 역할을 하는 것으로만 생각되었다. 아울러 서비스는 정보 제공자만이 하는 것이고, 자신들은 단지 사용하기만 하면 되는



것으로 여겨졌다. 그러나 웹의 보급으로 자신의 홈페이지를 가질 수 있게 됨으로써 홈페이지에 자신의 정보뿐만 아니라 다른 여러 정보를 공유할 수 있게 되었다. 즉, 인터넷상에서 수동적인 자세를 지녔던 일반 사용자들이 이제는 정보의 공유자와 제공자라는 능동적인 자세로 인터넷 사용을 하게 되었다.

넷째, 웹은 인터넷에서의 분산된 정보의 저장소 역할을 한다. 웹 이전의 인터넷은 중앙 집중식 서비스였다. 서비스를 제공하는 서버에 모든 데이터가 집중됨으로 말미암아 서버의 부담이 증가하고 많은 사용자가 동시에 서버에 접근할 수가 없었다. 그러나 웹의 경우는 각종 정보들이 기본적으로 분산 저장되어 관리되고 있다. 웹에서는 사용자 측에서 하이퍼 링크를 따라감에 따라 원하는 서비스를 받을 수 있다. 즉, 실제로는 여러 서버에서 운영되고 있지만 서버들이 전체적인 레이아웃을 같이 함으로써 하나의 서버에서 운영되는 것처럼 보이게 한다. 이렇게 함으로써 정보 제공 서버의 과중한 부하를 방지할 수 있는 것이다.

다섯째, 웹은 인터넷에 존재하는 일반 텍스트 형태의 문서, 그림, 음성, 그리고 동화상 등의 각종 자료들을 인터넷 주소를 이용해서 하나의 문서 형태로 통합적으로 관리, 제공해 주는 역할을 한다.

## 5. 익명성

사이버스페이스에서는 정보발신자의 익명성이 가능하다. 이것은 표현의 자유를 촉진하는 매우 중요한 의미가 있다. 권력이 비대칭인 현실세계에서는 불가능한 비판이나 비난이 익명을 전제로 한 사이버스페이스에서는 가능하다. 즉 누구라도 발신자가 될 수 있는 익명

성이 가능하며 신문·방송 등과 같이 사전에 이를 통제할 수 없는 점 등으로 인하여 기존의 인쇄 및 방송매체에 비하여 명예훼손이 빈번하게 발생할 가능성이 있고 인터넷이라는 범세계적 특성상 피해가 순식간에 그리고 광범위하게 확산된다.

사이버스페이스에서의 익명성은 각양의 정도를 가진 복합적인 개념이고, 또 다양한 방식으로 각종의 문제들, 즉 자아정체성, 사생활, 언론의 자유, 민주주의, 책임, 비윤리적 행태, 사이버범죄, 그리고 통제와 검열 등과 다면적으로 관련되어 있으므로 체계적이고 종합적인 관점에서 익명성을 분석하는 것은 매우 어렵다.

사이버스페이스에서 개인의 정체성이 완전히 익명적인 경우는 드물지만 필명 같은 ID로 대변되는 가명(pseudonymity)을 통해 상대적인 익명이 유지된다. 가명은 실제 이름은 아니지만 사용자의 정체적 일관성을 유지할 수 있게 해 주고 그 사람의 행위나 말을 다른 사람이 알아볼 수 있게 해 준다. 익명과 마찬가지로 가명은 어느 정도 보호를 제공해줄 뿐만 아니라 익명으로는 불가능한 자신의 이미지를 표현할 수 있게도 해 준다. 이와 같이 인터넷은 다양한 수준의 익명과 가명을 가능하게 하여 사용자들에게 자기제시를 조절하는 능력을 줌으로써 개인의 자유와 역량을 강화시켜 주고 있다.

익명의 장점은 범죄 내지 부정 등에 관한 언론의 독자적 조사에 필수적으로 요청되는 익명의 취재원 보호, 내부고발자 보호, 정보제공자 혹은 증인의 보호에 따른 범집행, 알코올 중독자·에이즈 감염자 등 신원이 밝혀지면 사회적으로 낙인이 찍히는 곤란한 상태에 있는 사람들의 자존심 양양과 치료 가능성, 개인의 사생활 보호, 언론과 사상의 자유, 비민주적 정부 비판에 따른 정치적 박해의 회피 등이다. 그리고 익명의 단점은 스팸 메일, 해커와 크래커, 명예훼손, 중

오성 메일, 비인격화, ID 사취와 도용이라는 의사신원, 온라인 금융 및 전자상거래 사기, 개인 정보 누설, 정보에 대한 신뢰성 감소, 법 집행의 곤란성, 돈세탁, 마약거래, 범죄단체의 조직과 연락, 지적재산권의 침해 등을 들 수 있다.<sup>532)</sup>

사이버스페이스상의 익명성의 문제를 다루는 기준으로 다음의 네 가지를 고려하여야 할 것이다. 첫째, 사이버스페이스상의 익명적 통신은 그 자체로 선도 아니고 악도 아닌 도덕적으로 중립이다. 이 원칙에 따르면 익명성은 그것이 사용되는 상황에서 도덕적·법적 함축성이 결정되므로 익명성의 해악에만 관심을 집중하여 규제 일변도로 나아가는 경우 익명성의 순기능을 저해할 뿐만 아니라 인터넷 발전 자체까지도 심각하게 저해할 수 있다. 둘째, 익명적 통신은 기본적인 인권의 하나로 간주되어야 한다. 익명성과 그에 따른 프라이버시와 표현의 자유는 유엔 인권선언이나 각국의 헌법에서 도출될 수 있는 기본적 권리로 간주되어야 하며 이에 대한 제한은 반드시 오프라인에서의 제한과 동일한 수준과 맥락에서 이루어져야 하며 온라인에 대해서만 특별한 제한이 가해져서는 바람직하지 않다. 셋째, 익명성의 정도와 허용 여부에 대한 판단은 국가가 아니라 해당 사이버 공동체가 자율적으로 수행할 수 있도록 허용되어야 한다. 넷째, 각 개인은 그들의 신원이 온라인상에서 공개되는 정도와 범위에 대해 정확한 정보를 획득할 수 있어야 한다.<sup>533)</sup>

최근의 *Reno v. American Civil Liberties Union* 사건에서 미국 연

---

532) Rob Kling, and Ya Ching Lee, "Assessing Anonymous Communication on the Internet: Policy Deliberations," *The Information Society*, Vol. 15 (1999).

533) Al Teich, Mark S. Frankel, Rob Kling, and Ya Ching Lee, "Anonymous Communication Policies for the Internet: results and recommendations of the AAAS Conference," *The Information Society*, Vol. 15. No. 2 71-72 (1999).

방대법원은 1996년 통신품위법(Communications Decency Act of 1996)과 인터넷에 관한 규제를 위헌이라고 선언하면서 인터넷의 이상과 같은 특성을 고려하여 인터넷을 “사상의 신시장(new marketplace of ideas)”이라고 파악하며 보호하고자 했다.

#### IV. 사이버스페이스의 유추

사이버스페이스가 제2의 생활공간이라면 그 곳에서의 행위에 어느 정도의 규칙은 필요할 것이다. 그러나 이러한 규제가 의미 있기 위해서는 사이버스페이스가 현실의 공간과 과연 얼마나 상이한 지를 먼저 검토하여야 할 것이다. 인터넷이 정보를 보내고 받는 단순히 또 다른 형태의 하이테크 수단이라면 다른 형태의 커뮤니케이션 수단에 적용되는 법과 정책이 여기에도 아마 적용될 수 있을 것이다. 차이점이 단지 정도의 차이라면 법 분야에서 약간의 미세한 조정만이 필요할 것이며 문제 해결은 상대적으로 어렵지 않을 것이다. 하지만 온라인 세계가 오프라인 세계와 뚜렷이 구분될 만큼 다르다면 규제는 한층 더 복잡해질 것이다.

1990년대 버전의 인터넷은 더욱 더 새로워지고 다양한 특징을 갖는 커뮤니케이션 수단으로 광범위하게 사용되었다. 그것은 메시지의 즉각적이며 지구적인 전송수단을 제공하고, 다수의 사람들과 통신할 수 있는 능력을 확대하였으며, 그리고 유례없이 정보에 접근할 수 있는 수단으로 부상하였다.

많은 이들은 인터넷이 그 전의 다른 형태의 통신수단들과 충분히 다르다는 것에 동의하고 있다. 이러한 인터넷의 정확한 자리매김에 대한 논의는 Reno v. ACLU 사건에서<sup>534)</sup> 정면으로 부각되기 시작

하였다. 최초의 인터넷 관련 사건에서 변호인과 법관들은 사이버스페이스의 본질과 이와 가장 유사한 유추에 대한 개념정립을 시도하였다. 원고측 변호인인 법무차관은 구두변론에서 인터넷은 일종의 도서관(library)으로 유추할 수 있다고 주장하였다. 원고측 변호인은 다수가 인터넷을 리서치 도구로서 사용한다는 사실에 기초하여 통신품위법은 단순히 저속한 자료들을 도서관의 “다른 자료실(a different room)”에 분리하여 비치하는 것이라고 주장하였다.<sup>535)</sup> 피고측도 다른 이유로서 도서관 유추를 지지했다. 미국도서관협회 관계자는 구두변론에서 “통신품위법은 정보의 공적인 접근을 제공하는 인터넷을 전국에 보급하려는 도서관을 주저하게 만들 것이라는 위협에 법관들이 특별히 주목하는 것”이라며 이것은 반가운 일이 아닐 수 없다고 하였다.<sup>536)</sup>

한편 브라이어(Breyer) 대법관은 구두변론에서 인터넷은 단지 전화(telephone)와 좀 더 흡사하다고 생각했다. 당시의 온라인 사용자의 다수가 전화선에 의한 모뎀을 통하여 통신한다는 것을 비취볼 때 이러한 유추는 적절해 보인다. 브라이어는 온라인에서 고등학교 학생들이 자신들의 성적인 경험을 토론하는 것은 단지 전화를 통한 십대의 수다와 유사하다고 볼 수 있으며 그러한 행동을 처벌하는 것에 대하여 진심으로 우려를 표명하였다.<sup>537)</sup>

이에 대하여 오코너(O'Connor) 대법관과 케네디(Kennedy) 대법관

---

534) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997).

535) Oral Argument of Seth P. Waxman, Esq. On Behalf of the Appellants, *Cyber-Liberties: American Civil Liberties Union*. Stuart Biegel, Beyond Our Control? 26 제인용 (2001).

536) Stuart Biegel, Reno v. ACLU in the Supreme Court: Justices Hear Oral Argument In Communication Decency Act Case, *UCLA Online Institute for Cyberspace Law and Policy*, March 27, 1997, <<http://www.gseis.ucla.edu/iclp/mar97.html>> (2003년 9월 2일 방문).

537) *Id.*

은 인터넷은 수정헌법 제1조가 보호하려는 목적인 전통적인 공적 광장에 해당하는 거리나 공원(street corner or park)이라고 견해를 피력했다.<sup>538)</sup> 인터넷의 성격이 공로 또는 사적인 쇼핑몰에 더 유사한지 여부에 대하여 광범위한 논의가 진행되어 왔다.<sup>539)</sup>

하지만 정부는 다른 사건에서 인터넷은 방송(broadcast)과 더 유사하다는 견해를 선호하는 것처럼 보였다. 정부는 Reno 사건에서 이전의 FCC v. Pacifica 사건<sup>540)</sup>을 인용하였다. Pacifica 사건에서 대법원은 “방송은 그 광범위성과 아동의 접근가능성 때문에 가장 제한된 상태에서 수정헌법 제1조의 보호를 받는다”고 판시했다.<sup>541)</sup> Pacifica 판례를 인용하며 정부는 인터넷에서도 저속한 자료에 부주의하게 노출될 위험이 있으므로 사이버스페이스상의 언론을 제한할 수 있어야 한다고 주장했다.<sup>542)</sup>

대법원은 Reno 사건에서 인터넷이 도서관 또는 쇼핑 몰에 좀 더 유사한 것이라고 판단하였지만 구두변론에서 제기된 다른 유추도 상황에 따라서는 적용가능하다고 할 수 있다. 사실 세기말에 출현한 인터넷은 위에서 언급한 것 - 도서관, 전화, 공원, 쇼핑 몰, 방송 등 - 이상이라고 할 수 있다. 과거의 어떠한 통신수단도 이러한 다양한 목적을 위해 인류에게 봉사한 경우는 역사상 찾아보기 힘들다. 지금도 계속하여 사이버스페이스의 개념 형성이 진행중이다. 사이버스페이스는 더 이상 하나의 장소가 아니고 서로 완전히 다른 분리된 사이버스페이스의 연속으로서 인식되어야 한다.

인터넷이 이렇듯 다름에도 불구하고 그 정도에 대해서는 학자와 법

---

538) *Id.*

539) *Prune Yard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

540) 438 U.S. 726 (1978).

541) *Id.* at 748.

542) Oral Argument of Seth P. Waxman, Esq. On Behalf of the Appellants, *Cyber-Liberties: American Civil Liberties Union*. Stuart Biegel, *Beyond Our Control?* 26 재인용 (2001).

를가 그리고 입법자들 사이에 심각하게 견해가 대립하고 있다. 첫째, 인터넷은 제한된 경우에만 새로운 규제가 필요하며 전통적인 경우와 간헐적으로 다르다는 견해이다. 둘째, 인터넷은 여기에서 조금 더 나아가 필연적으로 발생하는 문제들을 해결하는데 새롭고 다른 방법을 필요로 하는 디자인과 본질이 충분히 다르다는 견해이다. 셋째, 인터넷은 여기에서 더 나아가 일반적으로 통용되는 시간과 공간을 초월하는 형이상학적 은유로 시간과 공간이 전혀 다르다고 보는 견해이다.

## V. 사이버스페이스를 보는 관점

정보화 사회의 발달로 도래한 사이버스페이스에 대한 법적인 평가는 각양각색이다. 그런데 사이버스페이스를 바라보는 시각은 크게 전통적 견해, 중간적 견해, 그리고 지리적·시간적으로 완전히 구별되는 새로운 공간으로 보는 견해 등으로 구분할 수 있다.

### 1. 전통적 견해

전통적 견해(traditionalist view)는 사이버스페이스란 물리적 공간과 다른 공간이기는 하지만 큰 차이점은 없으며 새로운 신기술이 적용된 사회 현상을 부풀려 얘기하는 것에 지나지 않는다고 하고 있다.<sup>543)</sup> 인터넷을 단지 약간 다른 것이라고 주장하는 이 견해에 의하

---

543) Jane Ginsberg, *Putting Cars on the 'Information Superhighway': Authors, Exploiters, and Copyright in Cyberspace*, 95 Colum. L. Rev. 1466 (1995).

면 사이버스페이스는 그 자체가 귀찮은 용어이다. ‘사이버스페이스’ 용어 그 자체는 최소한 다른 공간을 의미하며 이것은 재미있는 은유일지는 몰라도 현실을 적절하게 묘사하는 것은 아니다.<sup>544)</sup> 이 견해에 의하면 인터넷은 다방면에서 압도적으로 독특하지만 결국 컴퓨터 네트워크의 네트워크에 지나지 않는다. 분리된 또는 다른 공간이란 존재하지 않는다. 사람들은 결코 사이버스페이스 안에 존재하는 것이 아니라 컴퓨터 앞에 앉아 다른 컴퓨터를 접속하는 것이다. 웹사이트나 쌍방향 토론 광장은 가상공간에 존재하는 것이 아니라 지리적으로 특정한 곳에 위치한 물리적으로 존재하는 서버에 저장된 디지털화된 대표를 말하는 것이다. 이러한 뉴미디어의 결과로 삶의 방식이 변화할 수 있지만 현행의 법과 규제는 대부분의 경우 발생하는 문제와 분쟁에 적절하다. 결국 이 견해는 현행의 규제 원칙을 다른 형태의 커뮤니케이션에도 적용시킬 수 있다고 주장한다. 현재의 사람들은 과거의 사람들이 행동하였던 것과 똑같이 행동하고 인터넷이 존재하기 전에 행동하였던 것과 똑같이 인터넷을 통하여서도 행동하고 있기 때문이다.

이러한 입장은 사이버스페이스 역시 인간의 세계이기 때문에 기존의 법개념이나 법이론을 통해서 문제를 충분히 해결해 나갈 수 있다는 것이다. 이들은 사이버스페이스와 가장 관련이 많은 법영역들을 추려서 사이버법학 또는 정보법학이라는 이름으로 저서를 내놓기도 하였으며, 기존의 법리로 사이버스페이스에서 발생하는 법적 문제들을 다루었다. 이들의 입장에서는 사이버스페이스에서 이루어지는 국적이 다른 개인들간의 거래는 국제거래법에 의해서 해결하면 될 것이고, 범죄행위 역시 현실공간에서 발생하는 행위를 다루는

544) Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. Chi. L. Rev. 1199 (1998).



법리에서 추론해서 사이버범죄를 처리하면 될 것이라고 생각한다. 볼록(Volokh)은 전통적 견해의 대표자이다. 그는 커뮤니케이션 혁명에 열렬히 찬성하며 미래의 많은 변화를 예측하는 사람이지만 인터넷이 다른 공간이라는 주장에는 반대한다.<sup>545)</sup> 예를 들면, 그는 디지털 세계란 새로운 규제와 발전을 필요로 하는 급격한 변화를 촉진하는 일련의 과정이라고 한다. 전통적 견해를 지지하는 그룹은 간헐적으로 사이버스페이스라는 용어를 사용하기는 하지만 컴퓨터 네트워크 또는 전자적 환경, 또는 신기술이라는 용어를 보다 더 선호한다.

## 2. 중간적 견해

중간적 견해(moderate view)는 사이버스페이스가 디자인(design)과 활동(activity) 면에서 구별되는 별도의 가상공간이며, 이것은 광범위하고 과학적인 용어로 설명되어야 하는 공간으로 이해한다.<sup>546)</sup> 이 공간에서는 어느 정도의 무질서를 용인하는 자유주의적 문화와 공개성을 중요시하는 것이 특징이다.

중간적 견해를 취하는 그룹은 '사이버스페이스'라는 용어에 상당히 우호적이다. 디자인 관점에서 네트워크된 환경의 다른 점은 이러한 매체에서 상호작용을 지배하고 일대일, 다대일, 다대다로 즉시 통신할 수 있는 능력을 포함하는 독특한 조합이며 물리적 거리로부터 의사소통의 독립이며 의사소통에의 진입장벽이 상대적으로 낮다는

---

545) Eugene Volokh, *Technology and the Future of Law*, 47 Stan. L. Rev. 1375 (1995).

546) Lawrence Lessig, *The Path of Cyberlaw*, 104 Yale L. J. 1743 (1995).

것이다. 이 견해는 네트워크된 환경을 별도의 가상공간으로 인정한다. 중간적 견해의 주창자는 이러한 것이 일어나는 장소를 다른 공간이라고 정의하는 것이 논리적이라고 설명한다. 그것은 개념적으로 다른 것이며 법적으로도 다른 곳이며 물리적으로도 다른 곳이다. 적절하고 일반적인 디자인으로서 사이버스페이스라는 용어를 수용하는 것은 이것이 본질적으로 별도의 공간이라는 것을 묵시적으로 인정하는 것이라고 주장한다.

이러한 견해를 취하는 그룹에 의하면 사이버스페이스는 은유 그 이상이다. 사이버스페이스에서는 일상생활에서 일반적으로 불가능한 익명성을 어느 정도 보장할 수 있다. 사람들은 익명성이 보장되지 않는 타인의 앞에서 행동하는 것과 다르게 익명성이 어느 정도 보장되고 타인을 마주 대하지 않는 가상공간에서 좀 더 자유롭게 행동할 수 있을 것이다. 그래서 어느 정도의 무질서 또는 무정부주의적인 행동이 사이버스페이스에서는 용인될 것이며 시대와 내용에 구애받지 않는 표현의 자유가 이루어질 수 있다.

중간적 견해로서 독특하게 레식(Lessig) 교수는 사이버스페이스가 법의 영역에 가져오게 될 재앙적 사태를 예견하고 있다. 그는 사이버스페이스를 현실공간의 세계와 완전히 다른 세계라고 보지는 않지만, 그렇다고 해서 기존의 법개념이나 법이론으로 사이버스페이스에서 발생하는 법률문제, 아니 그 속에서 나타나는 현상 전체를 포섭할 수는 없다고 인식한다. 특히 주목하는 것은 사이버스페이스에서 발생하는 현상의 차이이다. 현실공간의 세계와 다르게 통제되고 규제될 수 있는 사이버스페이스에서 과연 기술들, 즉 코드(Code)가 지배하게 될 때 궁극적으로 우리 인간들은 무엇을 상실하게 될 것인가 하는 물음을 던진다.<sup>547)</sup>

### 3. 새로운 견해

새로운 견해는 사이버스페이스를 완전히 새로운 세계의 도래로 인식하는 것이다. 이러한 입장은 기존의 법개념이나 법이론이 새로운 세계에서 발생하는 현상들을 충분히 포섭하지 못할 것이기 때문에 현실공간에 적용되는 법개념들과는 다른 새로운 법개념을 정립해야 한다고 주장한다. 사법의 기본인 인·시간·공간의 개념을 완전히 새로 구성해야 한다고까지 주장한다. 물론 초기에 사이버스페이스를 접한 사람들로서는 충분히 가능한 일이었다. 사이버 인격체가 등장하는 기존의 시간과 공간의 개념을 초월하여 펼쳐지는 사이버 세계에서 이러한 문제제기는 당연한 것이기도 했다.

새로운 견해는 사이버스페이스를 지리적·시간적으로 완전히 분리된 새로운 공간으로 간주한다.<sup>548)</sup> 이것은 지리적 거리와 시간을 초월하는 별도의 형이상학적 공간이며, 신체의 물리적 이동 없이 정신(mind)을 이동할 수 있는 공간이다. 컴퓨터는 새로운 관계와 행동이 일어나는 새로운 공간을 창조하며 물리적 거리를 부정하는 스페이스 머신(space machine)이다. 또한 컴퓨터는 현재의 우리의 관계가 과거와는 다른 새로운 환경을 창조하는 타임 머신(time machine)이기도 하다.<sup>549)</sup> 전자프론티어재단(Electronic Frontier Foundation)의 창설자인 발로(Barlow)는 사이버스페이스의 독립 선언문을 만들기까지 했다.

---

547) 코드에 관하여 자세한 것은 Lawrence Lessig, Code (1999); 김정오 역, 사이버 공간의 법과 이론: 코드 (2000) 참조.

548) M. Ethan Katch, Law in a Digital World (1995).

549) M. Ethan Katch, Cybertime, Cyberspace, and Cyebrawl, The Journal of Online Law, Art. 1, Para. 56 (1995).

## VI. 결론

오늘날 사이버스페이스는 단순한 정보 검색을 위한 데이터베이스로서의 ‘정보의 바다’에 머무르지 않는다. 이제 사이버스페이스는 현실과 동떨어진 공간으로서 현실에 적응하지 못하는 사람들의 도피의 장소로 여겨지지도 않는다. 사이버스페이스는 그 같은 도구적인 용도를 넘어선 사회적 접촉 공간으로서 사람들의 회로애락이 얽힌 이야기가 샘솟고 그들 사이에 만남과 헤어짐이 끊임없이 만들어지는 인간관계와 교류의 장소이자, 나아가 제2의 생활공간이다. 그러므로 헌법도 더 이상 사이버스페이스로부터 자유로울 수 없게 되었다. 프라이버시를 비롯한 사생활 침해, 명예훼손, 음란과 포르노그래피, 저작권 등의 헌법적 문제가 사이버스페이스에서 심각한 논란이 되고 있는 실정이다.

미국 연방대법원은 Reno 사건에서 인터넷은 도서관 또는 쇼핑 몰과 유사한 것이라고 판단하였지만 구두변론에서 제기된 다른 유추도 상황에 따라서는 적용 가능하다고 한 바 있다. 사실 세기말에 출현한 인터넷은 위에서 언급한 것 - 도서관, 전화, 공원, 쇼핑 몰, 방송 등 - 이상이라고 할 수 있다. 과거의 어떠한 통신수단도 이러한 다양한 목적을 위해 인류에게 봉사한 경우는 역사상 찾아보기 힘들다. 지금도 계속하여 사이버스페이스의 개념 형성이 진행중이다. 사이버스페이스는 더 이상 하나의 장소가 아니고 서로 완전히 다른 분리된 사이버스페이스의 연속으로서 인식되어야 한다.

사이버스페이스는 헌법적으로 어떤 의미를 가지고 있는가? 사이버스페이스가 더 이상 무법지대가 아니라면 기존의 법과 다르게 사이

버법(Cyberlaw) 또는 사이버스페이스법(Cyberspace law)이 별도로 존재하는가? 존재한다면 그것은 과연 무엇인가에 대한 논의는 무성하나 아직 확립된 견해는 찾아보기 어렵다.

하지만 사이버스페이스법의 독자성을 인정하는 그룹에 의하면 ‘사이버스페이스법’이란 사이버스페이스로의 진입을 통제하거나 사이버스페이스에 접근을 가능하게 하는 하드웨어 및 소프트웨어를 창출하거나 또는 온라인과 사이버스페이스에 진입하기 위해 그들 자신의 컴퓨터를 사용하는 개인이나 기관에 영향을 미치는 모든 종류의 헌법 규정, 법률, 판례 등을 말한다.<sup>550)</sup>

1980년대 들어 ‘사이버스페이스법’이라는 용어가 보편적으로 사용되기 시작하면서 컴퓨터를 이용한 정보의 교환·매개 등을 둘러싸고 사법적으로는 계약법·불법행위법이 전통적으로 고수해온 요건 및 효과들이 수정·발전되고 있고, 특히 지적재산권 분야에서는 종전에는 보호되지 않았던 새로운 분야들이 보호받게 되었다. 최근의 우루과이라운드에서는 정보통신서비스 분야에서 정보화로 인하여 초래되는 법적 문제들이 쟁점으로 제기되기도 하였다. 오늘날 정보의 활용분야가 넓어짐에 따라 정보화로 인하여 많은 문제들이 초래되었고 이러한 사이버스페이스의 대두는 정치·경제·사회·문화의 모든 면에서 변화를 가져오고 있으며 법률적으로도 많은 문제를 야기하고 있다. 특히 최근 인터넷상의 음란, 명예훼손, 프라이버시 등의 표현의 자유를 둘러싸고 많은 법적인 논쟁들이 제기 되고 있다.

전통적 견해, 중간적 견해, 및 새로운 견해 등 다양한 견해 속에 사이버스페이스는 점점 우리에게 일상적인 삶의 일부로 다가오고 있다. 물리적 공간인 현실 생활 속에서 일어날 수 있는 갖가지 문제들이 이제 사이버스페이스에서도 우리의 주의를 끌고 있으며, 이 때

---

550) Stuart Biegel, Beyond Our Control? 4 (2001).

새로운 법제도의 적용이 과연 물리적 공간과 사이버스페이스에서 같아야 하는지에 대해서 우리는 평가하여야 한다.

즉, 사이버스페이스에서는 현실의 세계를 기초로 한 법을 그대로 사이버스페이스에 적용하여야 할 것인지의 여부가 문제로 대두되고 있다. 사이버스페이스의 등장은 이와 관련된 법적 의미나 정책들이 전 세계적인 합의를 필요로 할 정도로 기존 법체계에 광범위하게 영향을 미치고 있다. 따라서 사이버스페이스에서 법적 분쟁이 발생할 경우 전통적인 법 이론이 그대로 적용될 수 있는가 하는 문제에 대하여 검토가 필요하며, 그에 따른 법 이론의 수정이 필요한 경우가 생긴다.

그러나 법이 규율하고 있는 객체 가운데 무형의 재화를 대표한다고 할 수 있는 ‘정보’에 대한 법적 문제만큼 그 복잡성·다양성이 심각한 경우는 드물다. 사이버스페이스의 등장으로 법이 당면한 도전과 시련은 인터넷을 포함한 거의 모든 민·형사 사건에 대하여 관할권의 행사와 집행의 실효성에 관한 통일규정을 만들고자 2001년의 헤이그국제사법회에서 채택된 헤이그조약가안에 대한 러브(James Love)의 우려 속에서 극명하게 드러나고 있다. “요컨대 이 새로운 조약안은 관할 중복적인 수 개의 소송이라는 담요로 인터넷을 질식사시킬 것이며, 모든 웹페이지 제공자들을 거의 모든 국가에서 접속 가능한 명예훼손, 욕설 및 기타의 언어에 대하여 책임지도록 내몰 것이며, 인터넷서비스제공자가 콘텐츠관련 소송에 대하여 자신을 보호하는 길을 효과적으로 차단할 것이며, 물건과 용역을 제공하는 기업이 계약으로 분쟁해결국가를 지정할 수 있는 권리를 빼앗게 될 것이며, 국가가 소비자권리를 보호할 수 있는 입지를 축소시킬 것이다... 결국 자유는 크게 제한되고 공공도메인은 감소될 것이며, 국가 주권은 위축될 것이다.”

사이버스페이스가 하나의 법률체계를 갖는 장소인가? 그 내용은 정

확히 확인될 수 있는 것인가? 인터넷은 그 역사가 대단히 짧아 이에 관한 국내법이 등장한 것도 최근의 일이며, 지금은 시대착오적인 말이 되어버렸지만 얼마 전까지는 인터넷은 법으로부터 자유로운 지대(law-free zone)라고 생각하는 경향도 있었다. 현재도 인터넷이나 사이버스페이스에 대한 정의는 충분하지 않으며 이 분야의 법은 아직 형성되고 있는 중이라고 보아야 할 것이다.

결국 사이버스페이스는 기존의 전통적인 현실 공간의 법만으로 아우를 수 없는 특성을 가지고 있다. 그러나 현실과 완전히 동떨어진 시간과 공간상으로 스페이스 머신, 타임 머신 같은 존재도 아니다. 결국 사이버스페이스는 디자인과 활동 면에서 현실의 공간과 구별되는 별도의 가상공간이며, 이것은 광범위하고 과학적인 용어로 설명되어야 하는 공간으로 이해되어야 한다. 어느 정도의 무질서를 용인하는 자유주의적 문화와 공개성을 중요시하는 이러한 견해는 표현의 자유를 촉진하는데 기여할 것이다.

사이버스페이스에 관한 분쟁이 발생할 때에는 원칙적으로 기존의 법과 제도를 통해서 문제를 해결할 수 있으나 사이버스페이스의 특성으로 인하여 전통적인 법과 규제가 불합리한 경우에는 사이버스페이스에 독특한 입법 및 해석을 요한다. 이 경우 현실은 기존에 아날로그 방식의 패러다임으로 구축된 법체계의 질적 변화를 요구하고 있으며 기술에 대한 이해와 사이버스페이스에서 나타나는 인간의 행동양식에 대한 고찰이 전제로 된 법률적 보호 방안이 강구되어야 한다. 사이버스페이스의 법적 규율을 위해서는 전통적 견해, 중간적 견해, 새로운 견해의 장단점을 비교·평가한 후 그 때 그 때의 상황에 맞는 모델을 취하여야 할 것이다.





# 자유와 평등의 관계

- 상호 조화의 관점 -

이 명 응

헌법연구관

- 목 차 -

I. 머리말 .....	303
II. 자유와 평등의 의미 .....	306
1. 자유 .....	307
2. 자유의 한계: Locke, A. Smith, Mill의 경우 .....	315
3. 평등 .....	324
III. 자유와 평등의 관계 .....	335
1. 상호조화론 .....	335
2. 갈등관계론 및 그에 대한 비판 .....	341
3. 자유주의와 민주주의 결합의 의의 .....	348
4. 자유와 평등의 최종 목적 .....	352

IV. 맺음말 ..... 353

## I. 머리말

우리는 자유롭고 차별받지 않기를 원하지만(‘당위’), 현실의 인간사회는 수없는 부자유와 차별로 둘러싸여 있다(‘존재’). 루소는 ‘인간불평등기원론’(1755)에서 다음과 같이 쓰고 있다.

나는 인간에 있어 두 종류의 불평등이 존재함을 본다. 하나는 자연적 또는 육체적인 것이라 부를 수 있는 것인데 왜냐하면 그것은 자연에 의해 만들어져 나이, 건강, 신체적 힘, 마음 또는 정신의 질에 놓여 있기 때문이며, 또 다른 하나는 도덕적 혹은 정치적 불평등이라고 부를 수 있는 것으로 일종의 관습에 의존하며 인간의 동의에 의하여 확립되거나, 또는 적어도 인정된다. 후자는 다른 사람의 희생 위에 일부 사람들이 누리는 여러 특권들에 놓여 있는데, 다른 사람들보다 더 많은 부, 명예, 권력을 가지거나 혹은 심지어 남들을 그들 자신에게 복종시키는 것 등이 그 예이다.<sup>551)</sup>

인류 역사의 오랫동안 ‘자유’나 ‘평등’의 주장은 금기였다. 직설적이고 과감한 ‘자유’ 혹은 ‘평등’의 요구는 때로는 그 요구자에게 위험한 일이었다. 예를 들어, Thomas Paine이 ‘상식(Common Sense)’이란 책에서(1776), ‘(영국의) 국왕이란 애초에 단지 힘센 강패두목에 불과했다’며 ‘영국의 신민’이기를 거부하고 ‘평등한 대표권’을 말했을 때<sup>552)</sup> 그것은 목숨을 건 투쟁이었던 것이다.

평등하고 자유로운 인간관계를 향한 인류의 의지는 전진과 후퇴를 반복하면서도 앞으로 나아갔다. 17-8세기 계몽주의자들의 이론화와

---

551) John Rees, *Equality* (1971), 권만학 역, 평등(대광문화사, 1990), 17쪽에서 재인용.

2) Thomas Paine, *Common Sense*, 이가형 역, 사회계약론·상식·인권론(을유문화사 1994), 159, 190-2쪽.

자유주의 운동은 18세기 말 미국헌법과 프랑스 인권선언의 탄생에 기여하였다. 20세기의 양차 세계대전은 여전히 인류가 보편적 자유와 보편적 평등을 추구할 수 있는지에 대한 근본적 의문을 가져왔지만, 적어도 20세기 후반부터 우리는 자유와 평등에 대한 인류의 이념의 분명한 성과를 확인하게 되었다. 그 핵심적 내용으로서 이후 각국 헌법의 모태가 되었던 것이 1948년 유엔 인권선언이라 할 수 있다. 유엔 인권선언은 다음과 같이 규정하고 있다.

### 전문(전문)

인류 가족 모든 구성원의 타고난 존엄성과 평등하고도 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 전세계의 자유와 정의와 평화의 기초이며, 인권에 대한 무시와 경멸이 인류의 양심을 짓밟는 야만적 행위로 귀착되었으며, 인류가 언론의 자유와 신념의 자유를 누리고 공포와 궁핍으로부터 자유로운 세상은 보통 사람의 지고한 열망으로 천명되었고, 인간이 폭정과 억압에 대항하는 마지막 수단으로서 반란에 호소하도록 강요받지 않으려면, 인권이 법에 의한 통치에 의해서 보호되어야 함이 필수적이며, 나라 사이의 우호관계의 발전을 촉진하는 것이 반드시 필요하며, ...

#### 제1조

모든 인간은 태어날 때부터 자유롭고, 존엄성과 권리에 있어서 평등하다. 인간은 이성과 양심을 부여받았으므로 서로에게 형제자매의 정신으로 행해야 한다.

#### 제2조

모든 인간은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치 또는 그 밖의 견해, 민족 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 다른 지위 등과 같은 그 어떤 종류의 구별도 없이, 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다. ...

이러한 규정은 오늘날 흔한 것이고 당연한 것으로 여겨지지만, 오랜 인류 역사의 최근의 표층의 일이며, 노골적인 독재의 시대가 지난 지금에도 그 진정한 내연과 외포가 형성과정에 있는 것이다.

어쨌든 오늘날 자유민주주의 헌법체제 하에서 역사적으로 자유(자유주의)와 평등(민주주의)은 본질적 이념으로 재결합되었고, 이들은 정의의 핵심적 요소가 되었다. 이러한 원리는 자유민주적 기본질서와 법 앞의 평등원칙을 강조하는 우리 헌법에서도 같다(전문 및 제 1, 2장 참조).

그런데 자유와 평등이 한 우산을 쓰게 되었다고 해서 흔히 양자가 쉽게 조화될 수 있을 것이라고는 단정하기가 쉽지 않다. 오늘날 적어도 평등의 추구는 자유와 조화되면서 이루어져야 하고, 특히 상대방에 대한 부당한 차별이나 결핍이 존재하는 상태에서 개인이 향유하는 자유는 한계 지워져야만 마땅하다는 원칙이 정립되어야 할 것이나, 과연 그것이 어떻게 가능한지, 또한 생래적으로 양자의 상관관계가 이를 허용할 것인지의 문제가 검토되어야 한다.

그런데 모든 인간이 자유롭고 평등하여야 한다는 당위는 확립되어 있지만, 자유와 평등의 상관관계는 그동안 충분히 규명되어 온 것 같지 않다. 이 점이 이 글의 출발점이 되었다. 도대체 자유와 평등은 본래 서로 병렬적인 것인가, 서로 보완적인 것인가, 아니면 서로 충돌되는 것인가? 자유(평등)의 확대는 필연적으로 평등(자유)의 축소를 가져오는가? 자유와 평등의 상관관계는 어떠해야 하는가?

사실 이러한 문제는 한 편의 논문에서 간단히 결론짓기 어렵다. ‘자유’와 ‘평등’을 어떻게 정의하느냐, 필자가 어떠한 세계관을 가졌느냐의 입장 등에 따라 대답이 달라질 것이다. 그러나 자유와 평등은 마치 권리와 의무처럼 대치되는 개념은 아니며, 자유민주주의 체제 하에서 양자는 상호 밀접히 결합될 수 있다는 것이 이 글의 주장이다. 즉 ‘자유’와 ‘평등’이 우리 사회와 헌법의 최고 이념인 이상 양자는 대립, 갈등의 관계라기보다는 상호 조화되어야 할 관계가 되어야 하고, 양자는 본래 그러한 요소를 지니고 있다는 것이다.

하지만 이 글이 심대한 성격의 주제에 대해 단지 표면적인 접근으로 끝나지 않을까 우려된다. 그럼에도 불구하고 이 글을 통한 시도가 ‘자유’와 ‘평등’의 관계에 관한 기본적 관점을 시사해 주고, ‘자유’와 ‘평등’에 대한 우리의 인식의 지평을 더 넓혀주는 계기가 되기를 바란다.

## II. 자유와 평등의 의미

자유와 평등의 상관관계를 논하려면 우선 자유와 평등의 개념에 관하여 대략적이거나 살펴보아야 할 것이다.

먼저 주목해야 할 것은, 자유와 평등의 개념을 어떻게 보든 일반적인 이념으로서의 ‘자유’와 ‘평등’ 개념은 헌법적으로 수용된 형태로서의 ‘법적 자유’와 ‘법적 평등’ 개념과는 구분해서 볼 수 있다는 것이다. 법학에서의 논의는 통상 후자를 중심으로 한 것이 될 것이다.<sup>553)</sup> 그러나 이 장에서는 대체로 그러한 구분을 하지 않았다. 왜냐하면 범위가 반드시 법적 자유와 법적 평등에 한정된 것이 아니기 때문이다. 따라서 이하의 서술은 인류 역사에서 이념적으로 사용된 자유와 평등 개념과 헌법적으로 수용된 법규범으로서의 자유와 평등 개념을 포함하는 것이다.<sup>554)</sup>

---

553) 아래에서 볼 Konrad Hesse의 논문(‘현대국가질서의 기본원리로서의 평등과 자유’)에서는 헌법규범으로 수용된 자유와 평등을 ‘법적 자유’와 ‘법적 평등’으로 구분하여 이들에 대해서만 논의를 전개하고 있다.

554) 일반적 이념으로서 자유와 평등은 법적 자유와 법적 평등과는 구분될 수 있지만, 후자는 전자의 뿌리에서 나온 것이다. 이 글에서는 양자를 구분하지는 않지만, 서술 내용에서 독자는 이들을 충분히 구분해서 이해할 수 있을 것이다.

## 1. 자유

(1) 자유는 하나의 사실 혹은 존재(Sein)에 대한 표현이 될 수 있다. 우리가 “인간은 자유롭게 태어났다.”고 말할 때의 ‘자유’는 하나의 사실에 대한 표현이다(다만 진위의 문제는 남는다). 그러나 그러한 사실 표현에서도 “인간은 자유로워야 한다.”라는 당위(Sollen) 명제가 내포되어 있거나 발생하게 된다. 여기서 연결고리는 “인간은 자유롭게 태어났지만 현실에서 인간은 부자유하다.”는 사실적인(그러나 논리적인 것은 아닌) 사람들 사이의 공감(혹은 동감)이라고 할 수 있다.

그러한 공감은 ‘자유’라는 기본적으로 이념적이며, 집합적이며, 도덕적이며, 뭔가 정열을 품게 하는 그 말에서 쉽게 일어날 수 있는 것이다. 그렇다면 ‘자유’는 사실(존재)을 뜻하는 말이라기보다는 당위에 더 가까운, 당위를 뜻하는 명제라고 볼 것이다. 통상 우리가 ‘자유’라는 말을 쓰는 경우, 강력한 당위적(규범적) 메시지를 담고 있는 것이다. 다시 말해 이는 ‘부자유’ 상태라는 현실을 전제하고 그 극복을 추구하는 것이다.

그러면 ‘자유’란 무엇인가를, 어떤 것이 그 대상이 되는 ‘부자유’인가라는 질문으로 대답해 보는 것도 의미가 있을 것이다.

부자유는 우선 강요(강제)되는 혹은 제약된 상태이다. 따라서 자유는 기본적으로 강요나 제지가 없는 상태를 뜻한다. 흔히 ‘방해받지 않는다는 측면에서의 자유’(통상 학자들은 이를 소극적 자유, negative liberty라고 한다)를 말한다. 말하자면 자유는 원칙적으로 “어떤 강제력을 가진 사람에 의해서 그 자신이 원하지 않는 일을 하도록 개인은 강요받지 않는다는 뜻, 그리고 그 자신이 원하는 바를 하지 못하도록 개인은 제지받지 않는다는 뜻으로서의 행동 공간

에서의 자유”를 의미한다는 것이다.<sup>555)</sup> 자유가 부자유를 극복하고자 하는 당위 명제의 성격을 갖는다고 보는 한 이러한 측면에서 자유를 정의할 수밖에 없을 것이다.

그러나 자유는 단순히 방해받지 않는 상태에만 만족할 수 없고, 나아가 개인이 자율적으로 자신의 욕구와 개성을 추구하고 자아를 실현해 나가는 것을 목표로 한다고 할 수 있다. 이를 이 글에서는 ‘본질적 의미에서의 자유’라고 말한다. 이는 흔히 학자들이 말하는 ‘적극적 자유’와 유사하지만, 통상 ‘소극적·적극적’이란 이분론(dichotomy)은 사물을 대하는 너무 단편적인 사고방식이 될 경우가 많으므로 이 글에서는 되도록 그러한 개념을 쓰지 않으려 한다.

본질적 의미에서의 자유가 실현되려면 그 당연한 조건으로서 ‘방해’받지 않아야 한다. 방해받는 상태에서 자신의 원하는 삶을 자율적으로 살 수 없다. 그러므로 자유는 ‘방해받지 않는다는 측면에서의 자유’와 ‘본질적 의미에서의 자유’가 결합된 것이어야 할 것이다. 즉 자유는 강제나 제지됨이 없이 자율적으로 자신의 욕구와 개성을 추구하고 자아를 실현해 가는 것을 의미한다.

그런데 역사적으로 볼 때 자유는 자유주의이념과 결합되어 방해받지 않는 자유라는 소극적 측면의 성질이 중시되어 왔다. 근대 초기의 자유는 당장 방해나 억압으로부터의 해방이 중요했던 것이다. 또한 그러한 소극적 측면에서의 자유는 자유에 대한 법적 보호장치의 측면에서 중요하다. 즉 법은 개인에게 적극적 측면의 자유를 향유할 것을 장려해 주지는 못하지만, 개인의 자유를 제한하는 억압이나 강제의 목적과 그 달성수단의 한계를 정해 왔고, 이러한 법적 보장장

---

<sup>555)</sup> Norbert Bobbio, *Liberalism and Democracy* (London: Verso, 1990), 황주홍 역, 자유주의와 민주주의(문학과학사, 1992), 25쪽.



치는 자유의 소극적 측면에 초점을 맞추게 되었던 것이다. 그러므로 법적인 측면에서 자유 개념은 ‘자유제한의 한계’를 축으로 하여 구성되어 왔고, 이러한 영향으로 종래에 자유란 소극적 측면에서, 즉 방해받지 않는다는 측면에서 주로 정의되어 왔던 것이다.

여기서 잠시 ‘자유’의 구분에 관한 견해들을 살펴보면, I. Berlin은 다른 인간존재에 의한 의도적 방해나 간섭이 없는 소극적 자유(negative freedom)와 스스로의 삶과 행위를 합리적으로 주도, 결정하는 적극적 자유(positive freedom)로 구분하였으며, D. Miller는 자유로운 자주적 공동체(국가)의 참여적 일원(국민)이나를 중시하는 공화주의적 자유와 개인이 타인에 의해 간섭이나 방해를 받지 않음을 강조하는 자유주의적 자유와 자기의 진정한 욕구나 믿음에 따라 자율적으로 삶을 형성하는 이념주의적 자유로 정립하였으며, 혹은 인간의 행동영역에 대한 형식법적 보장, 즉 침해로부터의 보호에 주목하는 형식적 자유와 이를 넘어 개인에 자기발현의 현실적 제 조건, 특히 교육의 기회와 재화획득의 경제적 기회가 마련되어야 한다는 실질적 자유로 대립시키기도 하였다.<sup>556)</sup>

위에서 언급한 종류의 자유 중 마지막의 ‘실질적 자유’ 개념은 이 글에서 받아들이기 어렵다. 자유는 전통적으로 강요나 제지 없이 하고 싶은 일을 하는 것을 말하는 것이라고 할 때, 이 글에서 말하는 그러한 자유 개념을 ‘자유를 위한 기초적 조건의 마련’까지 요구하는 차원에까지 확대하는 것은, 그 현실적 필요성은 인정한다고 하더라도, ‘자유’ 개념의 지나친 확대를 초래하는 것이므로 포섭하기 어렵다. 정치공동체의 정치적 참여나 교육·재화획득의 기회의 보장은 ‘자유’ 자체가 아니라, 자유를 향유하기 위한 ‘자유’의 실질적 조건’에

556) 이러한 자유의 구분론의 간략한 소개는, 심현섭, “법과 자유 -법가치로서의 자유에 관한 한 고찰-”, 법학 제42권 제4호(통권 121호), 2001. 12., 4-7쪽 참조.

해당되는 것이라고 볼 것이다.

(2) 자유는 일차적으로 사회적, 정치적 억압으로부터의 해방 혹은 보호를 요구한다. 역사적으로 자유는 정치적 지배자의 압제에 대한 보호를 의미하여 왔다. 18세기말에 이르러 자유주의 내지 입헌주의 (constitutionalism) 이념의 전개와 구현은 무엇보다도 자유를 보호하기 위하여 헌법에 의한 정치권력의 통제와 합리화를 제도화하게 되었다. 따라서 자유는 단순한 주장이나 이념에 그치는 것이 아니라 법적으로 보장되는 자유를 뜻하게 되었다. 헌법은 자유의 목록을 나열하고, 자유의 규범적 효력을 선언하고,<sup>557)</sup> 국가권력에 의한 자유 제한의 한계를 명시하고 있으며,<sup>558)</sup> 사법과 헌법재판은 단순한 분쟁 해결기구 이상으로 자유의 침해에 대한 핵심적인 구제수단으로 자리 잡게 된 것이다.<sup>559)</sup> Konrad Hesse는 다음과 같이 ‘법적 자유’의 제도적 특징을 설명한다.

… 국가 없이는 자유가 있을 수 없다. 왜냐하면, 자유란 결코 유평아적인 “자연적” 자유로서가 아니라 오로지 법적 자유, 즉 객관적·법적으로 보장되고 규율되는 생활영역의 자유로서 또한 “원래” 무제한한 어떤 것으로서가 아니라 법적으로 제한된, 그러나 이러한 한계 안에서 보호되는 어떤 것으로서 존재하며 그것이 실현될 가능성을 갖기 때문이다. … 단순히 한계가 설정된 사적 임의의 영역이라는 의미에서의 자유는 자기 스스로를 유지·보호·보장할 수 없기 때문이다. 자유가 현실적으로 되려면 자유는 국가와 법으로부터

557) 예를 들어, 독일 기본법 제1조 제3항. “이하의 기본권들은 직접 효력을 갖는 법으로서 입법과 행정과 사법을 구속한다.”

558) 예를 들어, 우리 헌법 제37조 제2항. “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, …”

559) 이 점에 관련하여 빈틈없는 입법례로서, 독일 기본법 제19조 제4항이 주목된다. “공권력에 의하여 권리를 침해당한 자에게는 법적 구제수단(소송)이 열려 있다. 다른 관할권이 입증되지 않는 한 정규 소송이 주어진다. …”

분리되어서는 안 된다. 자유는 오로지 국가가 자유로운 국가가 되고 법이 자유로운 법이 되는 곳에서만 존재한다.<sup>560)</sup>

이러한 관점은 자유가 보장 조건으로서 국가에 의한 법적 보장장치를 필요로 한다는 것을 강조하는 것이지만, 자유는 헌법상의 법적 자유, 즉 통상적인 ‘기본권’ 만을 의미하는데 그칠 수는 없고, 여전히 다른 개인이나 사회적 세력(권력)에 의하여 침해될 수 있는 것이다. 그런 점에서 ‘자유’의 구현은 헌법에만 달려있는 것은 아니다. 물론 국가권력에 의하지 않은, 말하자면 사인에 의한 자유의 침해도 많은 법률이 타인에 의한 자유 제한의 한계와 법적 구제수단을 마련하고 있지만, 그러한 자유 침해의 성질과 다양성을 고려할 때 이는 포괄적이기 어렵다. 또한 자유에 대한 보호수단도 법에 의한 강제에 한정되는 것도 아니다.

그럼에도 불구하고 오늘날 ‘자유’의 논의는 헌법을 축으로 하여 대부분 행해지고 있다. 왜냐하면 헌법은 종래의 자연법적 자유 혹은 자연권으로서의 자유를 대부분 실정 헌법전 내에 포섭하고 있고,<sup>561)</sup> 또한 그 목록은 개방적이므로<sup>562)</sup> 여하한 자유도 그것이 인간생활에 중요한 것인 한 헌법적 틀 안에 포섭할 수 있는 여지를 두고 있다는 점 외에도, 현실에서 오늘날 헌법은 생활규범으로서, 즉 살아있

560) K. Hesse, “Gleichheit und Freiheit als Grundprinzipien heutiger staatlicher Ordnung”(1961/62), 계획철 역, 헌법의 기초이론(삼영사, 1985), 227쪽.

561) 예를 들어, 우리 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정한다. 그러나 종래의 자연권이 항상 그대로 실정화된 것은 아니다. 예를 들어, 재산권은 보장되지만, 법률이 직접 그 내용과 한계를 정할 수 있는 것이다(헌법 제23조 제1항).

562) 우리 헌법 제37조 제1항. “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.” 또한 미국 연방헌법 수정 제9조도 같은 내용이다. 그러므로 우리 헌법상 자유는 실정권이지만 동시에 자연권적 성질을 잃지 않고 있는 것이다.

는 ‘정당성의 근거’ 내지 ‘본질적 기준’으로서 규범적 힘을 광범위하게 발휘해가는 경향이 있기 때문이다. 나아가 오늘날 정치적 권력으로부터의 자유의 진정한 의미와 함께 자유의 실질적 조건의 마련을 위한 헌법적 논의가 더욱 중요해지고 있다.

(3) 이제 우리는 여기서 다음과 같은 문제를 생각해 볼 필요가 있다. 즉, 과연 우리가 자유를 지녀야만 하는 목적은 무엇인가 라는 것이다. 자유는 그 자체로 선인가? 왜 우리는 자유를 최고의 가치로 삼는가?

이러한 문제 역시 단편적으로 대답하기 어렵지만, 적어도 개인이 자율성을 지니고, 고귀한 독자성과 다양성의 측면에서 자신이 지니고 있는 잠재 능력을 최대한 발휘하는 것이 최선이라면, 자유가 그러한 목적에 필요한 필수적 수단이라고 할 수 있을 것이다.

이 문제와 관련하여 이미 18세기말에 Wilhelm von Humboldt는 ‘국가행위의 한계’(1792)라는 저작에서 다음과 같이 주장하고 있다.

인간이 기대하는 바람직한 사회의 조건은 이런 것이다. 각각의 개인은 오로지 그 자신의 완전한 개체성을 통해서 발현되어 나오는 에너지에 의해서 그 자신을 계발하게 되는 가장 절대적인 자유를 누리는 사회; 외부적인 자연 조건 그 자체는 어떠한 인간의 제도에 의해서도 왜곡되지 않고 그대로 남겨진 사회; 각각의 개인들의 독자적인 구도에 따라서 그 자신의 필요와 본능의 크기에 따른 각자의 자유 의지에 의해서 그 자연 조건이 각인되는 사회; 오직 각자의 능력과 권리에 의해서만 그것이 규율되는 사회, 그런 사회의 조건이 가장 바람직한 형태인 것이다.<sup>563)</sup>

한편 19세기 중엽, 자유의 원리와 그 제한의 한계라는 주제에 체계적으로 접근하였던 J. S. Mill은 ‘자유론’(1859)에서 자유의 가치에

---

563) Bobbio 저, 황주홍 역, 자유주의와 민주주의, 29쪽에서 인용.

관련하여 다음과 같이 기술하고 있다.

각 개인은 그 자신에 대해서, 즉 그 자신의 육체와 정신에 대해서는 그 주권자인 것이다. ... '자유'라고 불릴만한 가치가 있는 유일한 자유는, 우리들이 다른 사람의 행복을 빼앗으려고 하지 않는 한, 또한 행복을 얻으려는 다른 사람의 노력을 방해하지 않는 한, 우리들이 좋아하는 방식으로 정신적 및 영적인 건강이든 각자 자신의 건강의 본래의 수호자이다. 인류는, 각 개인으로 하여금 스스로 좋다고 생각하는 대로 생활케 하는 편이, 다른 사람들이 좋다고 생각하는 생각을 각 개인에게 강요하는 것보다는 오히려 얻는 바가 훨씬 더 많을 것이다.<sup>564)</sup>

(4) 그런데 자유는 스스로의 한계를 지니게 된다.

우리가 진정 자유로울 때 인생은 각자에게 의미가 있고 삶은 활력이 넘칠 것이다. 자유로운 개인이 타인의 구속 없이 자율적으로 자신의 개성과 능력을 최대한 발휘하고, 인격을 스스로 형성하며 자신에 관한 중요한 결정을 간섭 없이 독자적으로 하게 될 것이다. 그러나 다음 절에서 보듯이 자유로운 개인은 그 자유를 위해서 타인을 존중하여야 하며, 인간은 자유로울 때 그 존엄성을 유지할 수 있는 것이다. 진정한 자유가 존재하는 사회는 방종과 독단이 아니라, 관용(tolerance)과 조화가 요구된다. 즉 '자유'의 보호와 자유로운 사회적 질서를 위하여 각자의 자유는 한계 지워져야하고, 따라서 이를 위하여 법의 지배와 법적 안정성이 필요하지만, 이는 개인들이 법적 권력의 남용과 재량의 일탈과 형식적 법치주의로 인하여 질식되는 그러한 상태가 아니라, 인간의 존엄성이 최상의 가치로 존중되며 실

---

564) Mill, *On Liberty*, 이극찬 역, 통치론/자유론(삼성출판사, 1990), 247, 251쪽. 우리 사회가 그러한 전제정치를 정당화 할만큼 미개 사회가 아닌 것은 분명하나, 보다 자율적인 개인의 육성을 위한 제도가 미흡한 점에서 Mill의 이러한 언급은 시사적이다.

질적 정의를 추구하는 헌법이 그 규범력을 관철하는 실질적 법치주의의 상태를 뜻하는 것이다.

(5) 그러나 이러한 언술에서 드러나는 중요한 사실의 하나는, 자유의 향유를 위해서는 먼저 자율적인 개인의 존재를 필요로 한다는 것이다. 개인이 미숙하고 자신의 중요한 문제를 스스로 선택할만한 능력을 갖추지 못했을 때는 개인 앞에 놓여진 광활한 자유를 개인은 스스로 감당하기 어려울 것이다.

이 점에 관련하여, 자유를 최상의 가치로 강조하는 J. S. Mill도 ‘자유론’에서 (개인의 자유는 타인에게 해악(위해)을 끼치지 않는 한 간섭될 수 없다고 하면서도) 다음과 같이 말하고 있음을 주목할 필요가 있다.

새삼스럽게 언급할 필요가 없는 것이지만, 이러한 이론은 오직 성숙된 여러 능력을 갖춘 인간들에 대해서만 적용되는 것이다. 우리들은 지금 어린이들이나 법률이 규정하는 남녀의 성인연령에 아직 도달하지 못한 젊은이들을 문제로 하고 있는 것이 아니다. 아직도 다른 사람들의 보호를 필요로 하는 상태하의 사람들은 밖으로부터의 위해에 대해서 보호되어야 하는 것과 마찬가지로, 그들 자신의 행위에 대해서도 역시 보호되지 않으면 안 된다. 이것과 같은 이유에서 우리들은 그 인종(민족) 자체가 아직 미성년기에 처해 있다고 생각되는 뒤떨어진 상태에 있는 사회는 고려의 대상에서 제외해도 좋을 것이다. ... 전제정치라는 것도 만일 그 목적이 미개인의 생활의 개선에 있으며, 그리고 그 통치수단이 실제로 이러한 목적을 달성시킴으로써 정당화된다면, 미개인을 다루는 정당한 통치형태라 할 것이다. 자유라는 것은 원칙적으로 인류가 자유롭고 평등한 토론을 통해서 진보될 수 있게 되어 있는 시대 이전의 사회상태에서는 적용될 수 없는 것이다.<sup>565)</sup>

그러므로 자유를 중시하는 사회는 무엇보다도 자율적 개인의 성장

---

565) 이극찬 역, 위의 책, 247-8쪽.

을 도와야 하며 이를 위한 교육기회를 제공하여야 할 것이다.

## 2. 자유의 한계: Locke, A. Smith, Mill의 경우

(1) 자유는 인간에게 있어서 최상의 가치의 하나이지만 인간 사회는 개인의 자유의 한계를 필수적으로 전제할 수밖에 없다. 개인들의 자유는 서로 충돌될 수 있고 이를 합리적으로 조정하는 것이 필요하다. 아니, 자유는 애초부터 제한된 의미의 자유인 것이다.<sup>566)</sup> 뭐든지 자기 마음대로 할 수 있는 ‘자유’는 여기서 말하는 ‘자유’가 아니다. 그러한 자유가 가능하다면 인간 사회는 그 자체가 재앙이다. 또한, 실존주의자가 말하는 아무런 기준 없는 한없는 선택도 여기서 말하는 ‘자유’의 본 모습이 아니다.<sup>567)</sup>

자유는 본래 한계 지워진 개념이라는 것은 인간 사회의 조화로운 삶을 위해서는 불가피한 귀결이다. 우리가 적어도 인간의 존엄성을 믿고 인간 사회의, 인간과 자연의 조화로운 삶을 추구한다면 무제한의 자유를 주장할 수 없다.

그런 점에서, 심지어 재산권의 중요성을 강조한 대표적인 자연법론자도, 자유방임주의를 주장했다고 흔히 오해되는 대표적 고전경제학자도 실은 제한 없는 재산적 자유나 경제적 자유를 주장한 바가 없었던 것이다. 여기서 자유는 본래 한계 지워진 것이라는 점에 대한 기본적 관점을 John Locke의 재산권 개념과 Adam Smith의 독점금

---

566) 독일 기본법은 이를 부분적으로 표현하고 있는데(제2조 제1항), “누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고, 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한에서 인격을 자유로이 개발할(펼칠) 권리를 갖는다.”는 것이다.

567) 사르트르의 경우, ‘자유’는 매순간의 ‘선택’일 뿐이며 이에 한없는 책임이 주어진다. 그러나 인간은 그 ‘선택’을 벗어날 수 없는 숙명을 지고 있다. 옳은 ‘선택’의 기준은 아무데도 없다. 사르트르에게 있어서 자유는 하나의 선이나 행복이 아니라 하나의 벗어날 수 없는 고통에 가깝다.

지론 내지 분배론을 통하여 엿볼 수 있을 것이다.

(2) 전통적 자유주의 이념 하에서 재산은 개인이 자유인으로서 행동하는데 필요한 독립의 기반이며 인간의 노력이 이루어낸 결과이므로 우선적으로 보호되어야 할 대상으로 간주되었다. 흔히 소유권절대의 원칙이라는 것이 그러한 배경에서 파생되어 주장된 것이었다. 그러나 대표적인 자연권론자였던 Locke가 원래 재산권에 대하여 말했을 때 그것은 ‘소유권절대’와 같은 사고방식과는 매우 다른 것이었고 소유권은 처음부터 엄격히 한계 지워진 것이었다.

이 대지가 자연적으로 산출하는 과실과 그리고 이 대지가 먹이를 주어서 키우는 짐승들은 모두 자연의 손으로 되는 산물이므로 공유물로서 인류에게 귀속된다. 그것들이 자연의 상태로 있는 동안에는 다른 사람을 물리치고 그것들 중의 어떤 것을 사적으로 지배하는 일은 원래 누구에게도 허용되어 있지 않다. ... 노동은 바로 그 노동을 한 사람의 소유물임에 틀림이 없으므로 오직 그 사람만이 자기의 노동이 일단 가해진 것에 대해서 권리를 갖게 된다. 적어도 (자연의 산물이) 공유물로서 다른 사람들에게도 충분히 여겨질 정도로 언제나 많은 양이 남겨져 있는 경우에는, 일단 노동력이 가해진 것에 대해서는 그 이외의 다른 어느 누구도 권리를 가질 수가 없다. ... 위에서 말한 바와 같은 방법으로써 우리들에게 소유권을 부여해 주고 있는 그 동일한 자연의 법은, 그 소유권의 한계도 정해 주고 있는 것이다. ‘하느님께서서는 우리들에게 모든 것을 풍성히 주어’(<디모테오에게 보낸 첫째 편지> 제6장 제17절)라는 성서의 말씀은 영감으로써 확인된 이성의 소리가이기도 하다. 그러나 하느님께서서는 어느 정도로 우리들에게 부여해 주신 것일까? 인간이 자연의 혜택을 ‘즐길 수 있는’ 정도로 부여해 주신 것이다. 적어도 물건이 상하여 못쓰게 되기 전에 생활에 도움이 되도록 이용할 수 있는 한에 있어서는, 누구나 그것에 자기의 노동력을 투하함으로써 자기의 소유권을 확정시킬 수가 있다. 그러나 그것을 초과하는 것은 모두 그에게 할당된 몫 이상의 것이며 다른 사람의 것이다.<sup>568)</sup>



Locke에게 있어서 소유권은 자신의 노동력이 사용된 대상에서 나타나는 것이고, 그러한 소유권은 적어도 다른 사람에게도 얻어질 것이 충분히 남겨져 있어야 할 것이 전제된 것이었다. 그럴 경우에 그 소유권이 정당한 것으로 여겨졌다. 이러한 법리는 토지 소유권에서도 마찬가지였는데, 그는 자신이 밭을 갈고 씨를 뿌리고 재배하고 수확물을 이용할 수 있는 정도의 토지의 한도 내에서 그 사람의 재산이 되는 것이라 보았다.<sup>569)</sup> 또한 그는 소유물은 이웃이 가져야 할 몫을 침해해서는 안 된다고 보았다. 만일 자연에서 얻은 과일이나 사슴고기가 부패해 버린다면 이는 못사람에게 공통적인 자연의 법칙에 위배되는 일이 되므로 처벌받지 않으면 안 되는 일이 된다고 하였다.<sup>570)</sup> 나아가 Locke는, 그러한 소유권의 법리에도 불구하고 현실에서 사람들이 기본적인 욕구를 충족시키는 이상으로 소유를 하고 있는 점을 비판적으로 보았는데, 특히 화폐제도와 관련하여 다음과 같이 기재하고 있다.

만일 화폐의 발명과 그리고 그 화폐에다 가치를 부여하려는 사람들의 암묵적인 합의가, 스스로 이용할 수 있는 것보다 더 큰 재산[소유물]과 그것에 대한 권리를 (동의에 의거하여) 남겨 하지만 않았더라면, 이 세계에는 현재 인구의 배에 달하는 사람들의 욕구를 충족시킬 수 있는 충분한 토지가 있기 때문에 앞에서 말한 바와 같은 소유권[재산]에 관한 규칙, 즉 모든 사람은 자기가 이용할 수 있는 것만큼의 것을 소유해야 한다는 규칙이 어느 누구도 곤란케 하지 않고 여전히 이 세계에서 통용되었을 것이라는 사실이다.<sup>571)</sup>

568) J. Locke, *Two Treatise of Government* (1690) 중 제2논문(Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government), 제5장 26절 이하, 이극찬 역, 통치론/자유론, 49-50, 52-3쪽.

569) 이극찬 역, 통치론/자유론, 53쪽.

570) 같은 책, 58쪽.

571) 같은 책 57쪽.

이러한 화폐에 대한 관점은 오늘날의 경제현실에서 멀리 떨어져 있는 것이지만, 적어도 Locke의 소유권 이론은 노동의 신성함, 자연법적인 공동지분의 침해금지, 얻어진 재산의 효율적 사용의무가 전제되고 있다는 점이 주목되어야 한다. 이러한 재산(소유권) 개념을 전제로 Locke는 생명과 자유와 재산을(그는 이를 총칭하여 property라고 하였다) 보존하기 위해서 국가가 필요함을 논하고 있는 것이다.<sup>572)</sup> 그러므로 오늘날 볼 수 있는 불로소득이나 불공정한 방법으로 획득한 재산, 개인에게 과도한 규모의 재산은 Locke가 말하는 ‘소유권(재산)에 관한 규칙’에서 벗어나 있는 것이므로, 이들은 로크가 말하는 정치체도의 목적으로서 보호되어야 할 대상이 아닌 것이다. 소유의 자유는 원래 제한적으로 인정될 수밖에 없는 것이다.<sup>573)</sup>

(3) Adam Smith는 흔히 자유방임주의(laissez-faire)의 주창자로 알려져 있는데, 국가의 경제 간섭 없이 ‘보이지 않는 손(시장기구)’에 의해 부의 공정하고 효율적인 배분이 실현된다고 주장한 것으로 알려져 왔다.

그러나 A. Smith는 아무런 개입 없는 자유방임론을 주장한 것이 아니라, 자유롭고 공정한 경쟁시장의 메커니즘의 작동을 전제로 한 경제적 자유를 주장하였고, 자유롭고 공정한 경쟁이 제한되거나 방해되는 현실을 비판하였다. 그는 동업조합의 배타적 특권을 보증하는 법령들을 맹렬히 공격할 뿐 아니라, 상인의 독점이윤추구본능이 정치권력과 유착하여 생기는 각종 비능률, 불공평을 크게 경계하면서

572) 같은 책, 121쪽(제9장 제123절) 참조.

573) 루소는 “어느 시민도 다른 사람을 살 만큼 부유해서는 안 되며 그 어느 누구도 자신을 팔 것을 강요당할 만큼 가난해서도 안된다.”고 하였다. Rousseau 저, 이태일 역, 사회계약론(범우사, 1975), 80쪽.

반대하고 있다. 그는 이윤추구의 동기의 강력성을 인정하고, 이것이 자유·공정한 경쟁시장 하에서는 공익의 증대로 연결될 수 있음을 밝혔지만, 이기심과 사적 이익추구에 대한 예찬론자는 아니었다. 독점의 해악을 강조하였고 기업의 배타적 특권을 위협하였다.<sup>574)</sup>

국부론(1776)에서 A. Smith는 한 국가의 토지와 노동력이 생산한 총 산출가치를 지대와 임금과 상품 이윤으로 3분하고, 이에 따라 지대로 살아가는 지주, 임금으로 살아가는 노동자, 그리고 이윤으로 살아가는 상인으로 계층을 3분한 다음, 상인에 관하여 다음과 같이 말하고 있다.

일반인에 대한 그들의 우월성은 공익에 대한 그들의 지식에서가 아니라, 일반인이 그의 이익에 대하여 가진 것보다 더 많이 자신들의 이해관계에 관한 지식을 갖고 있다는 데 있다. 이러한 자신들의 이해관계에 관한 지식으로, 그들은 일반인의 것이 아닌 그들의 이익이 공중의 이익이라는 매우 단순한 그러나 진정한 확신을 가지고, 빈번히 일반인에게 아량을 강요하고 그를 설득하여 자신의 고유한 이익과 공중의 이익을 포기하도록 한다. 그러나 상인들의 이익은 교역 혹은 생산의 어느 부분에서도 항상 어느 정도는 공익과 다르며 심지어는 공익에 배치된다. 시장을 확대하고(to widen the market) 경쟁을 좁히는 것(to narrow the competition)은 항상 상인들에게 이익이다. 시장을 넓히는 것은 대개 공익에 부합된다고 긍정할 만 하지만, 경쟁을 좁히는 것은 항상 공익에 배치되는 것이며, 그들의 이윤을 그들이 자연적으로 얻는 것보다 더 높임으로써, 자신들의 고유한 이득을 위하여 나머지 동료 시민들에게 부당한 조세(an absurd tax)를 부과할 수 있게 할 뿐인 것이다. 상인 계층으로부터 나오는 상업에 관련된 여하한 새로운 법이나 규정의 제안은 매우 주의 깊게 귀 기울여져야 하며, 가장 꼼꼼할 뿐만 아니라 가장 의심스럽게 주목하여 오랜 시간동안 주의 깊게 심사되기 전에는 결코 채택되어서는 안 된다. 그것은 자신들의 이익이 결코 공익과 꼭 같지 않는 사람들 계층에

574) 박세일, “아담 스미스의 도덕철학체계”, 조순 외, 아담스미스 연구(민음사, 1989), 55쪽.

서 나온 것이고, 그들은 일반적으로 대중을 속이고 심지어는 억누르는 이해 관계를 가지고 있으며, 따라서 그들은 많은 경우 대중을 속이고 억눌러 왔던 것이다.<sup>575)</sup>

이러한 관점은 상인의 경제활동의 자유도 독점을 피하거나 경쟁을 저해하고자 한다면 국가의 규제가 필요하다는 전제에 선 것이다. 또한 A. Smith는 시장의 실패가 나타나는 경우 국가의 개입 필요성을 주장하였다. 그는 “사회에 매우 유익하지만, 수익자로부터 비용을 보상받을 수 없는 공적 사업(public works)”은 국가가 개입하여야 한다고 하였다. 또한 중앙정부보다는 지방정부가 그러한 공적 사업을 맡는 것을 선호하였다.<sup>576)</sup>

또한 A. Smith는 흔히 알려졌듯이 인간의 이기심과 사적 이익추구에 대한 예찬론자는 아니었다. 그는 인간에게는 자신의 입장을 바꾸어 타인의 입장에서 문제를 볼 수 있는 능력, 즉 동감(sympathy)의 능력이 있고, 따라서 인간의 심성 속에는 자기의 이기심을 중립적인 제3자가 동감할 수 있는 범위 내에 자제시키려는 경향 내지 원리가 있다고 보았다. 다음과 같이 설명하고 있다.

우리의 가슴속에 있는 감정과 동일한 감정을 이웃이 가지고 있다는 사실, 동포감정(fellow-feeling)을 이웃에게 느끼는 것 보다 인생에 있어 더 큰 즐거움은 없고, 그 반대로 이웃에 대하여 동감을 느끼지 못하는 것 보다 더 충격적인 것은 없다.<sup>577)</sup>

따라서 인간에게 각자 자기목적의 자유로운 추구를 허용한다고 해

---

575) A. Smith, *The Wealth of Nations* (Penguin Books, 1986 reprint), 358쪽.

576) F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Routledge, 1990, first pub. 1960), 220-3쪽 참조.

577) A. Smith, *The Theory of Moral Sentiment*, 박세일, 경제법(박영사, 1994), 13에서 인용.

서 혼란과 무질서에 빠지는 것이 아니며, 인간의 이기심은 동감의 원리로 자제되고 그 나머지 자제되지 않는 이기심은 “타인의 부당한 침해로부터의 안전”(security from injury)을 뜻하는 정의의 법에 의하여 억제된다. 그리고 밖으로 나타난 나머지 이기심은 시장에서의 교환원리를 통하여 국부의 증대라는 공동선을 결과한다고 한다.<sup>578)</sup> 즉 교환과정을 통하여 추구되는 이기심이 보이지 않는 손(invisible hand)이라는 시장질서를 통해 국부에 연결된다는 것이다. A. Smith에 있어서 공정한 경쟁을 통한 재산획득이 강조되었으며, 상인의 이윤에 대한 맹목적 추구하고 독점의 해악은 경계되고 있는 것이다.<sup>579)</sup>

(4) 이상 Locke와 Adam Smith의 예에서 알 수 있는 것은, 재산의 소유와 경제활동의 자유는 전적으로 자유로운 것이 아니라 처음부터 한계가 설정되어 논해졌다는 것이다.

그렇다고 자유가 그 향유자 스스로의 자제로 인하여 타인의 자유의 침해가 없을 것이라거나, 국가가 스스로의 재량으로 아무 때나 필요한 경우 자유를 제한할 수는 없는 것이다. J. S. Mill은 과연 어느 때 자유가 제한될 수 있는지, 그 한계는 무엇인지에 관한 원리를 체계적으로 모색하였다. ‘자유론’의 유명한 구절이 함축적으로 자유 제한의 한계를 잘 표현하고 있다.

“누구든지 다른 사람에게 해악을 끼치지 않는 한 자유롭게 사고하고 행동할 수 있으며, 권력이 개인에게 그의 의사에 반하여 정당하게 행사될 수 있

---

578) 박세일, 위의 책, 13-7 참조.

579) 조순 외, 아담스미스 연구(민음사, 1989), 24-5쪽(“아담스미스의 사상과 한국의 경제사회”).

는 유일한 목적은 다른 사람들에 대한 해악(harm)을 방지하기 위한 것이다. 따라서 다른 사람의 의견과 행동이 단지 내 마음에 들지 않는다는 사유만으로는 그의 의견과 행동에 간섭할 수 없다.”<sup>580)</sup>

이러한 원리는 인류가 개인적으로나 집단적으로 그 구성원의 행동의 자유에 간섭할 경우 정당한 근거는 ‘타인에 대한 해악이 있을 것’에 한하는 것이며 이는 일종의 자기 방위(self-protection)에 기인하는 것이다. 그러한 사정이 없는 한 자유의 제한은 정당화 되지 못한다고 보는 것이다.

Mill의 이러한 ‘해악의 원리’(the harm principle)는 초월적 선이나 도덕이나 다수결에 의하여 개인의 자유가 제한되지 못하도록 하며, 자유를 하나의 부당한 제한에 대항하는 법적 권리로 변환시켜 주는 중요한 계기가 되었다.<sup>581)</sup> 그러나 과연 ‘해악’이 무엇이고 그 범위가 어디까지 미칠 것이냐에 대한 비판이 있다. 그러나 Mill은 ‘해악’ 개념을 엄밀히 정의하지 않았으며, 오늘날 거미줄처럼 서로 간에 밀접하게 연관되어 생활하게 되는 기술, 정보산업사회에서 타인에 대한 ‘해악’은 그 외연과 내포가 Mill이 예상했던 이상으로 넓을 수 있는 것이다. 예를 들어, 운전자의 안전벨트 미착용은 전통적인 타인에 대한 ‘해악’ 개념과는 거리가 멀지만, 오늘날 본인의 자동차사고로 인한 가족과 친지의 고통과 의료비 등 사회적 비용과 자원의 낭비라는 관점에서 하나의 ‘해악’으로 인정될 여지가 있는 것이다.

자유에 대한 제한의 한계에 관한 Mill의 해악의 원리는 무엇보다도 개인과 국가 간의 관계에 있어서 언제 국가가 인권을 제한하는 것이 정

---

580) J. S. Mill, *On Liberty* (Penguin books, 1985), 68쪽.

581) 미국 연방대법원이 60년대말 70년대초 포르노를 금지하는 법률들을 위헌으로 선언하자, 포르노가 과연 Mill이 말한 ‘해악’을 끼치느냐를 놓고 논의가 이루어진 바 있다.

당하나의 문제에 출발점을 제공하는 것이다.<sup>582)</sup>

오늘날도 적어도 국가권력에 의한 자유의 제한은 해악의 원리의 범주와 무관할 수 없을 것이다. 왜냐하면 국가가 개인에 대하여 자유를 정당하게 제한하고, 또 그 개인이 이를 수인하게 하려면, 그것은 적어도 타인이 가져야 하는 자유 내지 자유의 실질적 조건과의 관련성에서만 자유의 제한이 이루어져야 할 것이기 때문이다. 그렇다면 우리 헌법 제37조 제2항상의 ‘질서유지 또는 공공복리’라는 개념이 그러한 제한 목적으로 적합하기 위해서는 좀더 한정적 해석이 필요할 것이다. 미국의 경우를 살펴보면 이러한 필요성이 뚜렷해진다.<sup>583)</sup> 미국 헌법판례상의 자유의 ‘제한목적’의 엄격한 심사에 비하여, 우리 헌법 제37조 제2항은 너무 포괄적으로 입법 목적을 나열하고 있으므로 그에 대한 제한적 해석이 필요하다고 볼 것이다.<sup>584)</sup>

582) 우리 헌법 제37조 제2항의 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며”라는 규정도 연혁적으로 같은 출발점에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 헌법재판소는 이 조항이 기본권 제한 입법의 수권규정이면서 기본권 제한 입법의 한계규정의 성질을 갖고 있다고 하고(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 374), 과잉금지의 원칙을 도출하였다.

583) 주지하듯이 미 연방대법원은 국민의 중요한 자유를 보호하기 위해서 소위 본질적 권리(fundamental rights)가 제한될 해당 법률은 필수불가결한 정부목적(달성하기 위해 필요한 경우(necessary to achieve a compelling government purpose)여야만 한다는 엄격심사를 행한다. *Adarand Constructors v. Peña*, 115 S. Ct. 2097 (1995); *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 643 (1973); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963). 엄격심사는 연방대법원이 인종과 출신민족에 근거하는 차별을 평가하는 경우, 일반적으로 (약간의 예외가 있긴 하지만) 외국인 차별에 대해, 그리고 가령 투표권, 여행의 권리, 프라이버시 권리와 같은 근본적인 권리의 침해에 관하여, 또한 언론의 자유에 대한 제한에서 사용된다. Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law - Principal and Policies* (ASPEN LAW & BUSINESS, 1997), 417쪽. 한편 이 보다 약한 심사기준으로서 상업적 언론의 자유 등에 대한 제한의 경우에 적용되는 중간심사(intermediate scrutiny)가 있고 법률이 중요한 정부목적과 상당한 관련이 있는 경우(substantially related to an important government purpose)인지가 심사되기도 하지만(*Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197 (1976); *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248, 266(1983) 참조), 이러한 경우도 정부가 입증책임 을 지는 것이다.

어쨌든 Mill의 ‘해악의 원리’는 국가 혹은 사회에 의한 개인의 자유 제한의 한계를 정하지만, 한편으로 개인은 타인에게 ‘해악’을 주지 않는 한에서, 자신의 자율성과 개성을 신장하기 위하여 ‘자유’가 인정된다는 점을 보여주고 있는 것이다.

### 3. 평등

(1) 평등은 규범적인 개념이다. 오늘날 평등은 차등 또는 차별에 대비되는 개념으로서 같은 범주에 속하는 존재들은 자의적인 차별 취급을 받아서는 안 된다는 것을 뜻한다. 그러나 이러한 개념 정의는 실정 헌법체계에서 침해에 대한 구제수단으로서의 법적 평등에 초점을 맞춘 것이라 할 수 있다. 역사상 평등은 그보다 더 넓은 범위에서 부자유와 계급차별의 철폐를 요구하는 이데올로기로 작동하여 왔다. 그리하여 우리가 순수하게 사실을 지칭한다고 할 때에도 ‘평등’이란 용어 속에는 흔히 가치판단이 개입된다. 즉 “모든 사람은 평등하다.”고 말할 때 “모든 사람은 평등해야만 한다.”는 개혁적인 이념으로서의 가치판단을 함축하고 있는 것이다.

‘평등’의 요구는 인류 역사의 오랜 기간 동안 하나의 ‘금기’였다. 노예제가 당연시되고, 귀족과 천민의 신분계급이 굳어져 있던 시절, 남녀가 유별하다고 당연히 믿던 시절에, ‘인간 사이의 평등’이란 말은 생소하고도 위험한 것이었다. 인류 역사의 오랜 기간 동안 인간 사이의 그러한 불평등은 일반적으로 변경가능하지 않은 사실로 받

---

584) 그렇다고 헌법재판소가 입법목적에 항상 최소한으로만 심사한 것은 아니다. 예를 들어, 동성동본금혼제도는 “그 입법목적이 이제는 혼인에 관한 국민의 자유와 권리를 제한할 ‘사회질서’나 ‘공공복리’에 해당될 수 없다는 점에서 헌법 제37조 제2항에도 위반된다.”(헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 18).



아들여져 왔다. 비로소 계몽주의의 영향과 함께 개인주의와 자유주의 그리고 민주주의와 같은 이념들의 성장이 현실적 토대를 마련하게 되자, 인류는 그러한 차별이 부당하며 스스로 변경가능하다는 평등의식의 성장을 경험하게 되었다. Tocqueville은 ‘미국의 민주주의’(1840)에서 다음과 같이 표현하였다.

“평등원칙의 점진적인 전개는 섭리적인 사실이며, 그것은 보편적이고 지속적이며, 끊임없이 인간의 모든 간섭을 회피하며, 만인은 물론 만사가 그 발전에 기여한다.”<sup>585)</sup>

평등을 향한 개혁은 18세기 이후에야 권력과 권리의 분배방식, 선거권의 평등, 교육에서의 기회균등을 가져왔고, 실정법에 규범화 된 내용으로서 법 앞의 평등원칙, 보통·평등선거, 공무담임권, 공교육제도, 선거운동의 기회균등, 그리고 무엇보다도 민주주의를 정착시켰다. 민주주의(democracy)가 ‘대중의 지배’를 뜻할 때, 대중들이 평등하게 공동체의 구성원이 될 것이 전제된다. 군주주의나 귀족주의 정치체제는 그 자체로 평등의 원리에 위배되는 것이었다. 그러므로 평등의식의 성장과 더불어 정치체제로서의 민주주의의 선택은 불가피한 것이다.

나아가 오늘날의 시장경제질서 하에서 개인 간의 부의 획득기회의 불공정성과 부의 배분에 있어서의 불평등성의 심화는 ‘실질적 평등’을 위한 제도화를 초래하였다. 복지국가 이념 혹은 사회적 기본권의 출현은 개인의 자유 보장과 정치적 평등만으로는 채워질 수 없는 평등 이념의 공백을 채우고자 한다. 이러한 추세는 프랑스혁명 이후

---

585) A. Toqueville 저, 박지동 역, 미국의 민주주의(한길사, 1983), 서문.

개인적 자유의 시대에서 출발하여 정치적 평등의 시대를 거쳐 실질적 평등으로 이행하는 여정을 반영하는 것이다.<sup>586)</sup> 역으로 이러한 실질적 평등의 논의는 그 전제가 되는 시민적 자유, 정치적 자유의 수준이 어느 정도 올라 있고, 일정한 수준의 경제적 수준과 보편적인 교육이 일반화 되었다는 것을 반영한다.<sup>587)</sup>

(2) 그런데 기본적으로 인간은 능력과 성격에서 차이가 있다. 불평등(inequality)과 단순한 차이(difference)는 구분해서 보아야 한다. 인류 역사에서, 사람들에게 불공평한 것으로 비치고 그들로 하여금 항의하도록 만드는 불평등은 모든 영역에 다 걸쳐있던 것은 아니었다. 예를 들어, 그것은 사람들의 능력, 성격, 또는 존경에서의 차이라기보다는 정치 사회적 지위, 부의 분배, 그리고 자기계발의 기회에 있어서의 차이들이었다.<sup>588)</sup> 흑인, 유대인, 동성애자 등 소수집단에 대한 대우에 관하여, 여성차별에 대하여, 선거권, 부의 편중분배, 세금의 불균등한 부담, 교육기회의 불평등과 같은 것이 '평등' 이념이 작동하게 된 동인들이었던 것이다.<sup>589)</sup> 그러므로 평등은 모든 영역에서의 평등이 아니며, 뚜렷한 대상을 향한 이념이라는 점이 간과되어서는 안 되고, 이 점에 평등의 모호성과 무용성을 주장하는 견해를 경계하여야 할 것이다.

한편 평등이념은 사람들을 무조건 서로 비슷하게 만드는 것을 선호하지 않는다. 평등의 요구는 합리화될 수 없는 불평등들을 제거하는데 목표를 두고 있는 것이며, 그 논리적 전제는 모든 불평등은 악이

---

586) 안경환, “헌정 50년과 자유와 평등의 이념”, 법학, 제39권4호(109호), 39쪽 참조.

587) 같은 글, 39-40쪽.

588) John Rees 지, 권만학 역, 평등(대광문화사, 1990), 15쪽.

589) 같은 책, 157-8쪽 참조.

아니며 문자 그대로의 평등은 가치 있는 목표가 될 수 없다는 것이다.<sup>590)</sup>

(3) 평등은 오랫동안 정의의 핵심적 요소로 인식되었다. 정의에 연관된 평등 개념은 Aristoteles(Aristotle)의 정의론에서 논의되어 왔는데, 이는 오늘날의 헌법상 평등원칙의 내용에도 영향을 끼치고 있다.

Aristoteles는 평등의 관점에서 정의를 규정하는데, 우선 기하학적 비례에 따른 평등, 즉 가치에 따른 분배의 원리에 따라, 권력, 재산, Polis의 기본자산에 대한 수혜, 부담 등을 공적(merit)에 따라 분배함으로써 분배적 정의를 실현할 것을 주장하고, 다음으로 산술적 비례에 따라, 거래시 발생할 수 있는 불평등의 균등화(즉, 배상)와 범죄적 행위에 대한 균등화(즉, 처벌) 등을 실현하는 시정적 정의(평균적 정의)를 논하였다.<sup>591)</sup> 엄밀히 본다면 이러한 정의론은 오늘날의 평등의 원칙과는 직접적인 관련성이 약한 것으로도 보이나,<sup>592)</sup> 정의를 논하는 학자들은 아리스토텔레스의 정의론이 평등과 밀접한 관련성이 있는 것으로 본다.<sup>593)</sup>

결국 Aristoteles에 따르면 정의는, 만일 두 사람이 동등한 사람들이라면 그들은 동등한 몫을 가져야 하는 것이고 만일 그들이 동등하지 않다면 불평등한, 그들 불평등에 비례한 몫을 가져야 하는 것이

---

590) 같은 책, 151쪽.

591) 정태욱, Aristoteles의 정의론에 관한 고찰, 서울대 법학석사논문, 1989, 59-88쪽 참조.

592) 이 점에 대해서는 이명웅, “법적 안정성과 실질적 정의 - 12·12, 5·18 사건 -”, 헌법실무연구 제2집(2001), 쪽 참조.

593) 예를 들어, Bodenheimer, *Jurisprudence*, rev. edition (Harvard University Press, 1974), 197쪽; 심현섭, “정의에 관한 연구 - 정의의 기본개념과 기본원리 -”, 법학, 제29권 2호(1988. 9), 80쪽.

다. 그는 싸움과 불평의 원인은 평등한 사람들이 불평등한 몫을 또는 불평등한 사람들이 평등한 몫을 가지고 있거나 받을 때처럼 비례적 평등이 위반되었다는 사실에 기인한다고 본다.<sup>594)</sup> 한편 그는 사람들이 과연 무엇이 공적에 해당할 것인지에 관해서는 다른 의견을 갖고 있지만, 공적이 정의의 기준으로 포함되는 데에는 동의한다고 말하면서, 민주주의자들은 공적을 ‘자유인의 신분’으로, 과두지배의 지지자들은 부 또는 귀족적 출신으로, 귀족정치의 지지자들은 ‘뛰어남’ 또는 ‘미덕’을 공적으로 보는 경향이 있다고 한다.<sup>595)</sup>

그러한 이론은 결국 “같은 것은 같게 대우”하라는 것이 된다. 이는 또 모든 경우에서 일반적으로 승인된 정의의 기준으로 이해될 수 있는데, 즉 어떤 행동이 정의롭다고 할 때 그것이 충족시켜야 할 최소한의 요청은, 사람들을 자의적으로가 아니라 같은 사정 아래서는 같게 취급한다는 것이다(‘형식적 평등’ 내지 ‘형식적 정의의 원리’).<sup>596)</sup> Perelman은 이를 “같은 범주에 속하는 존재들은 같게 취급하여야 한다는 행동원칙”이라고 한 바 있다.<sup>597)</sup>

그렇다면 Aristoteles의 비례적 정의 내지 형식적 평등 원칙에서는 과연 무엇이 차등적 대우를 정당화할 정도로 중요한 차이인가가 문제가 남는다. 이 문제에 대하여 그는 충분한 기준을 제시하지는 않았다.

Hans Kelsen은 Aristoteles의 “각자에게 그의 것을(to every one his due)”이라는 공식은 공허한 동어반복(tautology)에 불과하며, 어

---

594) John Rees, 권만학 역, 평등, 131-2쪽 참조.

595) 같은 책, 132쪽 참조.

596) 심현섭, “정의의 실질적 기준에 관한 연구”, 법학, 제36권 1호(1995. 5), 86쪽 참조. 이러한 형식적 평등의 요청은 법규칙의 평등한 적용이란 측면에서 오늘날의 ‘법앞의 평등’의 원칙의 중요한 부분요소라고 한다. 같은 글, 87쪽.

597) Ch. Perelman 저, 심현섭 등 편역, 법과 정의의 철학(중로서적, 1986), 21쪽.

떠한 목적을 위해서도 이러한 공식을 사용할 수 있는 가능성이 있고, 어떠한 특권도 이 공식에 의해 합리화 된다고 비판하였다.<sup>598)</sup> 그러나 Aristoteles를 변호하자면, 어떠한 기준들을 채택하든 그것이 포섭하는 원칙은 그의 비례적 평등원칙이 가지는 논리정형을 갖게 될 것이라고 말할 수 있다.<sup>599)</sup>

(4) 헌법 제11조 제1항은 법 앞의 평등을 규범화하고 있는데, 헌법재판소가 판단하는 그 평등원칙의 내용도 기본적으로 Aristoteles의 관점과 유사하다.<sup>600)</sup> 헌법재판소는 다음과 같이 정의한바 있다.

헌법 제11조 제1항에 정한 법 앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니나, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니 된다는 것을 뜻한다. 즉, 사리에 맞는 합리적인 근거 없이 법을 차별하여 적용하여서는 아니 됨은 물론 그러한 내용의 입법을 하여서도 아니 된다(헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54).

따라서 헌법상의 평등원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 법적 효과를 달리 부여하기 위하여 선택한 차별의 기준이 객관적으로 정당화될 수 없을 때에는 그 기준을 법적 차별의 근거로 삼는 것을

598) Hans Kelsen, *What is Justice?* (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1960), 135-6쪽 참조.

599) John Rees, 위의 책, 137쪽. 한편 Perelman도 정의를 서로 다르게 주장하는 사람들 사이에서 공통적으로 적용되는 형식적 평등 원칙을 도출해 내고 있다. 즉 '공적'을 고려해야 한다고 주장하는 사람은 똑같은 공적을 가진 자에게 똑같은 대우를 해줄 것을 바라고, '필요' 혹은 '계급'에 의한 대우를 주장하는 사람도 결국 '동일한 본질 범주에 속하는 존재들은 동일하게 대우받아야 한다는 행동원칙'에 있어서 같다는 것이다. Perelman, 위 법과 정의의 철학, 21쪽.

600) 다만 평등이 정치적·사회적 이데올로기로서 전개될 때와 법규범으로 받아들여져 전개될 때는 심사기준과 판단의 논리구조가 차이가 있게 된다. 이 점에 대한 자세한 논의는, 황도수, 헌법재판의 심사기준으로서의 평등, 서울대 법학박사논문, 1996, 23-27, 54-61쪽 참조.

금지한다. 이때 입법자가 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 어느 정도로 구속되는가는 그 규율대상과 차별기준의 특성을 고려하여 구체적으로 결정된다(헌재 2000. 8. 31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 180). 그러나 이러한 소위 ‘자의금지 원칙’은 여전히 차별취급의 정당화 사유가 왜곡될 수 있는 가능성을 지니고 있다. 그러므로 차별취급의 정당성 여부에 대한 판단이 자의적으로 흐르지 않기 위해서는 차별적 대우에 대한 이유가 제시되어야 하고, 그러한 이유는 적실성 있고 충분한 이유여야 정당성이 인정되며, 그 정당성의 인정과정에서 합리적 언어에 의한 토론과 논증(argumentation)이 이루어져야 한다.

혹자는 차별의 이유는 ‘도덕적으로 적절한 것’이어야 한다고 주장하는데,<sup>601)</sup> 인간의 존엄성과 본질적 가치의 인정, 그리고 사회가 사람들의 다양한 역량들을 계발하기 위한 삶의 조건을 마련해 주어야 할 것이라는 요청이 도덕적 가치를 가지는 것이라고 볼 때, 그러한 견해는 경청할 만 하다. 한편 최대권 교수는 우리나라와 같이 혈연·지연·학연이 우세한 사회에서는 차별취급의 판단기준은 보다 보편주의적 가치체계, 즉 인간에 대한 보편적 신뢰를 가르치는 이념체계·가치체계에 바탕을 둔 것이어야 한다고 한 바 있다.<sup>602)</sup>

나아가 법적 평등원칙은 ‘자의금지’라는 단순한 소극적인 측면에서만 머물러서는 안 되고 적극적인 정의의 요청에 따라 본질적인 기준을 선택할 것을 요구한다고 보는 견해가 존재한다. Konrad Hesse는 다음과 같이 말하고 있다.

---

601) John Rees, 위의 책, 167-170쪽 참조.

602) 최대권, “평등 - 그 실현의 도덕적 및 사회적 기초”, 한국사회이론학회 편, 평등문제와 우리 사회(현상과인식, 1989), 120-4쪽.

평등의 원칙은 그들에게 소극적으로 평등 또는 불평등취급의 기준들을 자의적으로 정하는 것을 금지할 뿐만 아니라, 적극적으로 정의의 요청에 따라 본질적인 기준을 선택할 것을 명령한다. 비록 이러한 선택이 단지 제한적으로 법원의 사후심사의 대상이 되기는 하지만 말이다. 물론 여기에서 정의란 우리가 곧 손에 넣을 수 있는 그런 것은 아니다. 더욱이 일반적 구속력을 가지는 가치체계가 명백히 상실된 우리 시대에 있어서는 더욱 그러하다. 정의는 주어져 있는 것이 아니라 인간이 달성하지 못할 수도 있으나, 항상 추구해야만 하는 과제로 부과된 어떤 것(etwas Aufgegebenes)이다. 바로 여기에서 평등의 원리의 그 특별한 규범적 기능이 나타난다. 즉, 평등의 원리는 국가권력에게 각자에게 그의 것을 주라는 첫 번째이며 가장 중요한 과제를 부여한다. 또 평등의 원리는 이러한 정의의 원리를 헌법적으로 실정화한 것으로서 모든 국가활동이 정향해야 하고 동시에 그에 지향해야 하는 목표(Richtpunkt)를 제시한다.<sup>603)</sup>

이러한 적극적 의미의 평등원칙은 오늘날 복지국가 이념에서 국가가 단순히 소극적인 최소한의 정부일 것이 아니라, 국민의 최소한의 생활을 보장하고 사회적, 경제적 약자를 위하여 적극적 급부를 할 것을 전제한 관점이다. 이는 역사적으로 논의되어 온 Aristoteles의 평등개념에 적극적 측면을 부가한 것이다.

헌법적 평등원칙이 반드시 소극적으로만 정의될 필요가 없다는 측면에서, 그리고 국가가 자유의 실질적 조건을 보장하기 위하여 경제적, 사회적 급부를 할 수 있어야 한다는 측면에서, 평등원칙이 소극적인 측면 뿐만 아니라 적극적으로 실질적 정의를 구현하는 기준으로 작용하여야 한다는 견해는 바람직하고 설득력이 있다. 다만 Hesse도 말했듯이 그러한 적극적 평등원칙이 사법심사의 심사기준으로 되기는 어렵다는 점은 지적되어야 할 것이다. 헌법재판소도 그

603) K. Hesse, "Gleichheit und Freiheit als Grundprinzipien heutiger staatlicher Ordnung"(1961/1962), 계획역 역, 헌법의 기초이론, 222-3쪽.

런 관점에서 소위 ‘행위규범’과 ‘통제규범’의 이분론을 제시한 바 있다.<sup>604)</sup> 이러한 관점은 헌법재판소로서는 입법이 최소한의 헌법적 요청을 준수하였는지에 관한 cutline 심사를 할 수밖에 없다는 점에서 수긍되지만<sup>605)</sup>, 자유에 대한 차별을 가져오는 사항에 대해서는 예외가 인정되어야 할 것이다.<sup>606)</sup>

(5) 한편 평등론의 극단적인 형태는 19세기 무정부주의자들에 의하여 주장된 절대적 평등론을 들 수 있다. 이는 가능한 ‘모든 면에서 모든 사람을 평등 대우하자’는 원칙 또는 ‘사람들이 그들 조건을 불문하고 평등하게 대우되어야 한다는 무조건적 평등의 원칙’을 뜻하며, 그렇지 않더라도 ‘연령과 성별의 구별 외에 더 이상 인류에게 다른 차이가 없도록 하자’는 요구도 절대적 평등에 가깝다고 할 수 있다.<sup>607)</sup> 그러나 이러한 견해들이 주류적인 정치이론가에 의해 채택된 적은 없으며, 모든 사람이 능력이 있는가, 기혼인가, 젊은가, 상습범인가, 주정뱅이인가 또는 무엇이든 간에 그 여부에 관계없이 똑

604) 헌법재판소와 입법자는 모두 헌법에 기속되나, 그 기속의 성질은 서로 다르다. 헌법은 입법자와 같이 적극적으로 형성적 활동을 하는 국가기관에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나, 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 재판규범 즉 통제규범을 의미한다. 평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게, 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다. 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다.(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 115.)

605) 따라서 커트라인이 100점 만점에 40점이라면, 100점에 가깝게 같 것은 입법자에게 여전히 헌법이 요구하는 것이지만 헌법재판소는 40점이 되느냐 아니냐만 심판하게 되는 것이라고 할 수 있다.

606) 최근 헌법재판소는 자유의 행사를 차별하는 경우에는 평등심사의 기준은 단순한 합리성심사(자의금지)를 넘어서 그 제한의 정도에 상응하게 입법목적과 수단간의 비례성을 요구한다고 판시하였다(헌재 2003. 9. 25, 2003헌마30).

607) John Rees, 위의 책, 138-9쪽 참조.



같이 대우되어야 할 것을 요구하는 것은 명백히 부당한 것이며, 그러한 사회를 개념화하려는 노력은 엄청난 장애에 직면할 것이며 일관성을 가질 수 없는 것이다.<sup>608)</sup>

이러한 절대적 평등론은 채택되기 어렵지만, 우리가 지녀야 할 평등이념에 영향을 미치고 있는데, 그 중 하나가 기회의 평등을 보장하는 것이라 할 수 있다. 즉 모든 영역에서 평등을 실현할 수는 없지만 적어도 부와 권력의 획득 기회는 최대한 균등하게 보장되어야 한다는 것이다. 그런데 기회의 평등 혹은 평등한 기회(Equal Opportunity)를 보장하는 것이 과연 어디까지 가능한지가 문제된다. 예를 들어, 학교교육에 있어서 균등한 기회를 보장한다고 하더라도 학령기의 아동들의 다양한 가정환경은 개인의 잠재력에 차이를 가져오며, 이러한 상황까지 평등의 이념으로 개선하는 것은 어려운 일이며, 설사 가능하다 하더라도 사회적 비용의 과다한 지출이 요구되는 것이다.<sup>609)</sup> 그러나 그럼에도 불구하고 오늘날 공직채용이나 상급 학교의 입학에서 이러한 평등원칙이 중요한 긍정적인 기능을 수행한다는 것은 아무도 부인할 수 없을 것이다.<sup>610)</sup>

(6) 평등 내지 기회의 평등의 강조가 획일성과 또 다른 권력집중을 가져오는 것은 방지되어야 할 것이다. 이미 Tocquville은 다음과 같이 우려를 표명한 바 있다.

608) 같은 책, 138, 140쪽 참조. 헌법재판소도 “헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용·입법에 있어서 불합리한 조건에 따른 차별을 하여서는 아니된다는 것을 뜻하고”라고 하고 있다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 271).

609) 같은 책 142-4쪽. 참조.

610) 우리 헌법은 제25조에서 공무담임권을 보장하는데, 헌법재판소는 이를 “모든 국민이 누구나 그 능력과 적성에 따라 공직에 취임할 수 있는 균등한 기회를 보장함을 내용으로 한다.”고 해석하였다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 797-798). 또 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.”고 명시적으로 규정하고 있다.

평등의 원리는 모든 사람으로 하여금 모든 것을 할 수 있도록 해 주지만 또한 모든 사람으로 하여금 급속한 진진이 불가능하게 한다. ... 민주적이기는 하지만 무지한 상태에 있는 국민에게는 통치자의 지적 능력과 국민의 지적 능력 사이에 놀랄만한 차이가 발생하여 통치자에게 권력이 쉽게 집중되고, ... 평등의 원리가 인간의 독립에 끼친 위험성은 모든 위험 중에서도 가장 예견하기 힘들면서도 가장 무서운 것이다.<sup>611)</sup>

정치적 영역뿐만 아니라 교육기회의 평등에 있어서도, 평등을 모든 학생들의 동일한 취급이나 교육재정의 동일한 분배라는 고전적 의미로만 해석해서는 평등의 원리를 실현시키는 데 한계가 있게 된다.<sup>612)</sup> 평등은 ‘동일성(sameness)’을 의미하는 것이 아니며, 공식적으로 허용되어진 교육기회를 실질적으로 활용하는데 장애가 되는 사회경제적, 지역적 요인들을 제거해 줌으로써 실질적인 기회균등을 보장해 주어야 하며, 타고난 지능이나 가정환경 혹은 학습능력의 차이가 새로운 형태의 불평등의 근거가 되는 재능주의사회(meritocracy)를 초래하는 현상을 방지하여야 하는 것이다.<sup>613)</sup>

또한 공교육에서의 기회의 평등은 중요한 자유의 조건이 되지만 이것이 획일성으로 흘러서 각 개인의 다양성과 창의성을 가로막는 계기가 되어서는 안 될 것이다. 헌법재판소는 과외금지 사건에서(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427) 이러한 관점에서 공교육의 정상화와 과도한 사교육비 지출 방지를 위해서 부모와 자녀의 교육의 자유를 일률적으로 제한하는 것은 지나치게 과도하여 비례의 원칙에 위배된다고 보았던 것이다.

---

611) A. Toquville, 박재동 역, 미국의 민주주의(한길사, 1982), 622, 669, 696쪽 참조.  
612) 강희천, “교육에서의 평등: 긍정적 차별화”, 한국사회이론학회 편, 평등과 우리 사회(현상과인식, 1989), 93쪽.  
613) 같은 글, 105, 112쪽 참조.

### Ⅲ. 자유와 평등의 관계

#### 1. 상호조화론

(1) 자유의 제한은 개인적·집단적 강제와 억압으로부터 나타나지만, 그러한 강제와 억압의 배경에는 흔히 불평등한 차별관계가 존재한다. 사람들이 억압에 대항하여 투쟁했을 때 이는 ‘자유’를 위한 투쟁이지만 또한 ‘평등’을 위한 투쟁이기도 한 것이다. 예를 들어 13세기 스코틀랜드의 영웅 William Wallace가 영국의 사형대에서 “Freedom!”하고 외쳤을 때,<sup>614)</sup> 이는 자유의 외침인 동시에 불평등의 타파를 요구하는 것이다. 또한 가장 반인륜적 범죄였던 나치의 유대인 학살은 게르만족과 유대인들 간의 인종차별에서 촉발된 것이다. 자유가 억압을 전제하고 누군가 혹은 어떤 제도가 개인을 구속할 때는 흔히 누군가가 타인을 억압하고 지배할 수 있는 지위에 있다는 것, 즉 지위의 ‘불평등’이 존재한다. 그러므로 흔히 자유는 평등을 대신하여, 평등은 자유를 대신하여, 혹은 양자가 같이 주장되어 온 것이다.

자유와 평등은 서로를 필요로 한다. 평등의 원리가 효력을 발휘할 때만 비로소 모든 사람에게 자유를 사리에 맞게 그리고 합리적으로 행사할 가능성이 부여된다.<sup>615)</sup> 평등이 전제되지 않은 자유란 특정인을 위한 자유일 뿐이고, 이는 또 다른 의미에서 타인에 대한 억압이

614) 영화 ‘Brave Heart’(멜 깁슨 주연)의 마지막 장면이 이를 표현한다.

615) K. Hesse, 계획역 역, 헌법의 기초이론, 232쪽 참조.

된다. 자유란 본질적 의미에서 억압에 대항하는 것이고 억압은 불평등을 전제하므로, 불평등 구조의 수정은 자유의 향유에 필수적인 것이 된다. 따라서 자유는 그 존재론적, 인간학적 출발점에 비추어 볼 때 근본적인 평등과 함께 고려된다.<sup>616)</sup> ‘평등 없이는 자유가 존재할 수 없다’(Roussau). M. Kriele는 다음과 같이 말한다.

민주적 평등이란 “단지 몇몇 소수인을 위한 자유가 아니라 만인을 위한 자유”를 의미한다. ... 한 사람의 자유는 모든 타자의 자유와 공존해야 한다는 Kant의 정식은 자유와 평등의 근원적 동일성의 원칙을 표현하고 있다. 평등을 이룩한다는 것은 자유를 이룩한다는 것을 의미한다. 즉 평등이 이룩됨으로써 노예, 농노, 하인 나아가서는 프롤레타리아의 해방이 이루어지고, 이와 같은 과정을 통하여 인간의 본성에 상응한 생활을 하기 위한 최소한의 조건이 창출된다. 물론 평등이 이룩됨으로써 노예 소유자, 주인 그리고 착취자들이 지배권의 행사를 통하여 향유하고 있던 자유가 감소되는 것은 사실이지만 이와 같은 자유의 감소는 인간의 자유를 위해서는 불가피한 것이라고 하겠다.<sup>617)</sup>

모든 입법체계의 목적이 되어야 할 모든 인간의 최대행복이 어디에서 이루어질 수 있는가를 모색해 본다면, ‘자유’와 ‘평등’이라는 두 개의 대상에 귀착된다고 할 수 있을 것이다. 자유가 그 대상으로 되는 이유는 모든 개인의 예속은 개인뿐만 아니라 그만큼 국가라는 정치체의 힘을 약화시키기 때문이며, 평등이 그 대상으로 되는 이유는 평등 없이는 자유가 존재할 수 없기 때문이다.<sup>618)</sup>

616) W. Maihofer, *Rechtsstaat und Menschliche Würde*, 1968, 심재우 역, 법치국가와 인간의 존엄(삼영사, 1994), 75쪽 참조.

617) Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre: Die geschichtlichen Legitimationsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*(1975), 국순옥 역, 헌법학입문(종로서적, 1983), 414, 416쪽.

618) Rousseau, 이태일 역, 사회계약론(범우사, 1975), 80.

평등한 기회의 보장이 전제되지 않고서 자유란 거의 의미가 없는 것이다. 예를 들어, 대학교수직을 선택하는 사람에게 공평한 경쟁기회가 보장되지 않는다면, 직업선택의 자유는 유명무실한 것이다. 공평한 경쟁기회가 주어지지 않는다면 누군가의 자의가 개입된 것이고, 그 자의는 우선 평등에, 그 후에는 자유에 해가 되는 것이다.<sup>619)</sup> Steven Lukes는 자유와 평등이 내적으로 복합적이고 상호의존적인 가치임을 강조한다. 그는 자유와 평등이 갈등을 일으킨다는 주장들은 대체로 문제가 되는 것이 누구의 평등인지, 누구의 자유인지, 평등화 될 것은 무엇인지 그리고 어떠한 자유인지를 규정하지 않은 채로 남겨두고 있다고 한다.<sup>620)</sup> 그는 “자유에 대한 요구는 무엇이 가치 있는 것이냐에 대한 규정과 관련되며, 평등에 대한 요구는 이러한 규정의 분배와 관련되는 것이다.”라고 한다.<sup>621)</sup> 따라서 자유와 평등은 고도의 추상적인 수준에서는 통합된다며, “기회를 평등하게 하기 위해서 무엇을 평등하게 해야 하는가?” “부자유의 근원은 어디에 존재하는가?” 라는 질문을 던지고 있다.<sup>622)</sup>

619) 물론 어느 것이 평등한 기회인가는 과정적인 개념이며 실체가 있는 것이라고는 할 수 없다. 그러나 상식과 경험적인 증거에 따를 때 차별이 존재하고 그것이 자의적인 것이라고 단정지을 수 있기까지는 복잡하고 모호한 의사결정과정을 요구하는 것은 아니라고 생각된다.

620) S. Lukes, “Equality and Liberty: Must they Conflict?”, D. Held (ed.), *Political Theory Today*(Stanford: Stanford Univ. Press, 1991), 안승국 외 편역, 민주주의론 강의 1(인간사랑, 1995), 104.

621) 같은 책, 106.

622) 같은 책, 109. 이런 점에서 평등의 관점을 무시하고 자유를 지나치게 중시하는 것은 문제가 있다. 대표적 예로 들고 싶은 것은, 선거비용에 대한 규제가 위헌이라는 미 연방대법원의 판례이다. Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1(1976)에서는 후보자나 개인이 사용할 선거비용에 대한 규제는, 선거비용의 기부나 선거자금의 사용이 정치적 의사표현에 해당되어(money is speech) 보장되어야 한다고 하여 의회 스스로 자신들의 선거비용을 규제하려던 시도에 찬 물을 끼얹었다. 이 판결은 지금도 논란거리인데, 판결 어디에도 오늘날 금전과 정치적 영향력에 대한 인식이 피력되어 있지 않고, 이러한 판례가 평등, 보통선거의 원칙과 상충될 수 있는 것에 대한 언급도

자유는 그 실행을 위해서 사회적으로 창조되고 할당된 적극적 조건들(positive conditions)을 필요로 하며, 따라서 우리가 사회 속에서 자유를 주장하기 위해서는 그러한 적극적 조건들을 어떻게 평등하게 분배할 것인가를 고려하지 않으면 안 된다.<sup>623)</sup> 정치적 대표자를 뽑고, 직접 출마하고, 자신의 충분한 선택을 위한 제반 교육을 받을 기회를 보장하기 위하여 참정권 및 교육을 받을 권리가 보편적으로 보장되지 않은 상태에서는 자유란 모래 위의 성에 불과하다. K. Hesse는 이를 다음과 같이 설명한다.

정치적 자유를 획득하기 위한 필수적 전제가 되는, 정치적 견해의 자유로운 형성과 표현, 자유로운 정치적 집단 형성은 균등한 기회의 보장 없이는 생각할 수 없고, 역으로 그러한 기회보장은 정치세력들이 자유롭게 활동할 수 있는 곳에서만 보장되는 것이다.<sup>624)</sup> 마찬가지로 자유롭고 능동적이며 책임 있는 참여와 협력을 과제로 하는 국민의 정치적 사명은 정치적 권리 특히 선거권의 평등의 조건이 되며, 역으로 이러한 국민의 과제로부터 그들 권리가 이해되지 못하는 곳에서는 그 권리들은 의미를 잃게 된다.<sup>625)</sup> 한편 현대 사회국가에 있어서 현실적인 자유는 인간적 생존의 최소조건들을 확보하는

---

없다. 무엇보다도 어떤 후보자도 자신의 돈을 마음대로 쓸 수 있다는 것은 후보자간의 평등한 기회의 보장에 장애가 된다는 것이 고려되어야 했을 것이다.

623) Richard Norman, *Free and Equal: A Philosophical Examination of Political Values* (Oxford Univ. Press, 1987), 132쪽. 한편 한 사회는 그러한 조건들이 평등하게 분배되는 정도에 상응한 정도로 자유로운 사회가 될 것이라고 한다. 결국 동 필자는 자유와 평등이 양립불가능한 가치가 아니라 상호결합된 가치(interconnected value)로 취급하는데, 이러한 입장을 가진 예로서 동 필자는 다음 문헌들을 거론하고 있다. R. H. Tawney, *Equality*, ch.4; E. F. Carr, "Liberty and Equality", *Law Quarterly Review*, vol.56 (1940); Michael Walzer, in *Spheres of Justice* (Oxford: 1985); Kai Nelson, in *Equality and Liberty* (New Jersey: 1985) 등.

624) 같은 책, 233쪽.

625) 같은 곳.

기초 위에서만 가능하며 그것은 법적 평등의 원리에 의해서 보장된다. 여기에서 평등은 자유를 가져오는 수레가 된다(zum Vehikel der Freiheit).<sup>626)</sup> - 이러한 모든 관계에 있어서 법적 자유와 법적 평등은 상호모순되는 것이 아니라 풀 수 없을 정도로 상호 얽혀 있다는 것을 보여 준다.<sup>627)</sup>

(2) 헌법에 수용된 자유와 평등은 오늘날 헌법이 복지국가 내지 사회적 법치국가 이념을 지향함으로써 서로 분리될 수 없는 특수한 결합관계를 갖게 되었다. 현대 국가에서 현실적 자유는 인간적 생존의 최소조건들을 확보하는 기초 위에서만 가능하다. 자본주의 시장경제 사회에서 물질적 기반이 없는 자유는 이름뿐인 것이다. 그러므로 인간의 생존의 최소조건이 보장되어야 하며, 기본적인 의료와 교육 등 최소한의 사회복지가 공동체에게 부담되어야 할 것이다. 권력, 부, 교육 등에 있어서 불평등은 다수에게 자유 향유를 위한 조건의 결핍을 뜻한다. 자유 자체가 평등을 무시하고서라도, 즉 동료 인간들의 희생을 딛고 서서라도 반드시 향유되어야 하는 가치는 아닌 것이다.

또한 소유권의 보장과 계약의 자유와 기업활동의 자유가 보장되어야 한다고 하더라도, 노동자들이 최소한의 대등한 교섭력을 갖기 위한 근로3권이 필요하며, 18-20세기초 영국이나 미국에서의 예를 찾아볼 필요가 없이 근로자와 어린이에 대한 착취는 오늘날 소유권과 계약의 자유를 빙자하여 허용될 수 없는 것이다. 그러므로 노동자들의 교섭능력을 증진시키고자 사용자의 기업활동의 자유, 계약의 자유를 제한하는 것은 물질적 평등을 위한 자유의 제한이라기보다는, 원래 타인의 노동력을 이용하여 이윤을 획득하는 사용자가 지닌 소

626) 같은 곳. 이는 원래 G. Leibholz의 표현이라 한다.

627) 같은 곳.

유권과 기업의 자유에 내재된 한계라고 보아야 할 것이다.

평등은 법적 자유를 실현하기 위하여 필요하다. 그런 점에서 법적 자유와 법적 평등은 서로를 “상호 제한”한다. K. Hesse는 다음과 같이 말한다.

법적 자유는 법적 평등의 한계이며, 이것은 특히 사회적 법치국가에서의 평등의 경우에 타당하다. 즉, 자기책임적인 자유를 배제하는 포괄적인 국가의 배려는 사회적 법치국가, 즉 자유의 원리에 의해서도 조직되는 사회적 법치국가사상과는 더 이상 부합하지 않는다. 그러나 역으로 법적 평등은 자유의 한계를 형성한다. 자유의 활동이 사회적 그리고 정치적 전체 속에서의 올바른 정돈과 올바른 분배, 올바른 부담이라는 과제의 성취를 불가능하게 할지도 모르는 곳에서는 “헌법적 질서”의 본질적 구성부분으로서의 평등의 원리가 법적 자유를 에워싸고 있는 한계들 중의 하나가 된다. 동시에 이러한 한계설정은 자유 그 자신을 위해서도 필요하다. 즉, 한계 없는 자유는 다수의 부자유를, 따라서 헌법이 원하고 있는 자유로운 전체상태의 지양을 가져올 것이다. 평등의 원리가 효력을 발휘할 때 비로소 모든 사람에게 자유를 사리에 맞게 그리고 합리적으로 행사할 가능성이 부여된다.<sup>628)</sup>

사회적 기본권과 복지국가 이념은 사회구성원 간의 실질적 평등을 실현하기 위한 수단이다. 이는 다른 한편 국가에 대하여 자신의 개성과 인격을 형성하고 행복한 삶을 영위하기 위한 ‘자유의 조건’을 요구하는 것이란 점에서 본질적 의미의 자유와 밀접히 관련되는 것이다. 복지국가 이념은 한 사람의 자유가 다른 사람의 자유와 공존해야 한다는 자연법적 원칙의 논리적 귀결에 해당할 수 있는 것이다.

---

628) K. Hesse, 계획열 역, 헌법의 기초이론, 292쪽.



## 2. 갈등관계론 및 그에 대한 비판

(1) 일찍이 Hume은 평등의 관철은 자연사에 역행하고 강제성을 띠어 자유에 해가 된다고 보았다. Tocquville은 평등의 역사적 관철은 필연적이지만 다수가 소수 개인의 자유를 억압할 위험에 대하여 경고하였다. Goethe는 자유와 평등을 동시에 약속하는 자는 사기꾼이라고 했다고 한다.<sup>629)</sup> Kuehnelt-Leddihn은 “평등은 하나의 원리로서 지속적인 힘의 개입을 전제하는데 이는 자유에 역행하는 것이다. 자유와 평등은 본질적으로 모순된다.”고 말한다.<sup>630)</sup> 유사한 관점은 자유주의자에게서도 볼 수 있는데, Hayek는 다음과 같이 말했다.

평등의 강화, 특히 물질적 평등을 얻으려는 시도는 인간 상호간의 이러한 자연적 차이성을 축출하려는 목적을 가지게 되고 따라서 필연적으로 강제적(coercive)인 것이 된다. ... 개인들을 그들의 제 조건에 있어 똑같이 만들려는 욕망은 자유 사회에서는 차별적인 강제를 위한 정당화 이유로 받아들여져서는 안 될 것이다.<sup>631)</sup>

Marxism 역시 자유와 평등 사이의 갈등은 불가피하게 야기되며 이러한 갈등은 타협과 부분적인 해결에 의해 단지 완화될 수 있을 뿐이라고 한다. N. Bobbio는 이 문제를 다음과 같이 본다.

---

629) 같은 책, 231쪽.

630) Erik von Kuehnelt-Leddihn, *Liberty or Equality* (Front Royal: Christendom Press, 1952, 1992), 3쪽.

631) Hayek, *The Constitution of Liberty*, 86-7. 이러한 입장은 Milton Friedman이나 Robert Nozick도 대체로 같다. M. Friedman, *Capitalism and Freedom* (Chicago and London: Univ. of Chicago Press, 1962), ch.5; R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), Part 2.

자유와 평등이라는 개념의 가장 광범위한 의미에서 고려해볼 때 자유와 평등은 상호 대립적인 가치들이다. 어느 한쪽의 희생 없이 다른 한쪽의 완전한 실현이 불가능하다는 점에서 그러하다. 자유주의적인 자유방임의 사회는 불평등주의적일 수밖에 없으며, 평등주의적인 사회는 비자유주의적일 수밖에 없다. 자유지상주의(libertarianism)와 평등주의(egalitarianism)는 인간과 사회에 대해서 아주 다른 관념들에다 뿌리를 두고 있다. 자유주의적 관념은 개인주의적이고, 갈등론적이고, 다원주의적인 반면, 평등주의적 관념은 전체 포괄적이고, 상호 조화론적이고, 일원주의적이다. 자유주의의 주요 목표는 개인의 개성의 신장이다. 비록 그것이 더 부유한 자, 더 능력 있는 자가 더 가난한 자, 덜 능력 있는 자의 희생 위에서 그들의 발전을 이루게 되는 것이라 하더라도, 평등주의의 주요 목표는 전체로서의 공동체의 신장이다. 비록 그것이 개인적 자유의 영역에 대한 어떤 위축을 수반하는 것이라 하더라도.<sup>632)</sup>

(2) 그러나 평등은 동질성이나 획일성을 추구하는 것이 아니라, 불합리한 차별에 대항하는 것이고, 모든 인간의 자연적 차이를 일치시키려는 것이 아니라, 권력, 부, 교육 등 역사적 차별이 있었던 영역에서 개혁을 추구하는 것이다. 한편 자유의 구현을 위해서 각자는 사회적으로 창조되고 할당된 적극적 조건을 필요로 하는데(‘자유’의 실질적 조건), 각자가 자유를 향유하기 위해서는 그러한 적극적 조건들이 동등하게 분배되어야 한다. 그러한 조건들의 가장 기본은 권력의 구성과 행사에 있어서의 동등한 참여권, 부의 획득 기회의 공정성, 교육의 기회, 인간다운 생활을 받을 배려, 근로의 기회라고 할 수 있다.

이렇게 평등의 이념을 ‘개인을 그 조건에 있어서 똑같이 하는 것’이 아니라 공동체의 모든 구성원들이 자유의 실질적 조건을 동등하게 부여하는 것, 그리고 무엇보다도 합리적 이유 없는 같은 범주의 사

---

632) Norbert Bobbio, 황주홍 역, 자유주의와 민주주의, 45쪽.

태를 차별하지 않는 것으로 이해할 때, 평등 이념은 개인들 간의 다양성과 차이에도 불구하고 자유와 양립 가능한 것이다. 그런 점에서 바로 흔히 자유를 향한 투쟁은 불평등 타파를 위한 투쟁과 중복되어 왔던 것이다.

또한 평등이 지닌 형식적 정의의 측면, 즉 같은 것을 같게 취급하라는 측면에 주목한다면, ‘자유’와 ‘평등’은 가치선택의 ‘내용’과 가치선택의 ‘기준’으로서 서로 충돌되지 않고 오히려 밀접히 결합하게 된다. 황도수 박사는 다음과 같이 지적한다.

자유 또는 복지규범은 ‘관점의 내용을 이루는 당위내용이 올바른가’에 관한 정의를, 평등규범은 ‘기준이 올바르게 확정되었는가’에 관한 정의를 규정하는 것으로 파악되므로, 평등규범은 자유나 복지규범과는 구분되는 독자적인 적용영역을 가지게 되어, 자유나 복지규범과 충돌될 여지가 없어지게 된다. 관점의 내용이 자유가치가 중시되거나, 복지가치가 중시되거나 상관없이, 평등규범은 언제나 주어진 관점에 해당되는 사물의 집합이 잘못된 기준으로 인하여 훼손되는 것을 방지하는 기능을 할 뿐인 것이다.<sup>633)</sup>

자유와 평등의 갈등관계론은 흔히 ‘부의 재분배’, ‘물질적 평등’, ‘배분적 정의’, ‘비례적 평등’ 등으로 표현되는 부의 불평등문제에서 비롯되는 경우가 많다. 만약 경제적 자유의 보장이 자원분배에 있어서 심각한 불평등이 초래되고, 이것이 직접적으로나 간접적으로 권력의 분배에 영향을 미치는 경우, 초래되는 민주주의와 정치적 평등에 대한 해로운 결과들을 축소하기 위한 노력은 반드시 필요하다.<sup>634)</sup>

그러나 단순히 부의 획득 기회의 평등이 아니라 획득된 부의 분배에 있어서 평등을 주장하는 것은 평등 이념의 자연스런 귀결이라고

633) 황도수, 위 박사논문(헌법재판의 심사기준으로서의 평등), 61쪽.

634) R. Dahl, *Preface to Economic Democracy*, 1985, 51쪽.

보기 어렵다.<sup>635)</sup> 획득된 부의 재분배를 ‘분배적 정의’ 혹은 ‘물질적 혹은 비례적 평등’과 같은 슬로건 하에서 추구하는 것은 ‘평등’ 자체의 관점에서는 적절하지 않다. 평등의 일반적 의미를 “같은 범주의 것은 정당한 이유가 없는 한 같이 취급할 것”, 즉 비합리적이거나 자의적인 차별취급을 금지하는 것이라고 할 때, 또한 실질적 측면에서 평등은 자유 향유를 위한 기본적 조건에 있어서의 평등 혹은 ‘평등한 자유’를 향하는 것이라 할 때, 그러한 분배적 정의 내지 비례적 평등이란 표현은 ‘평등’의 범주에서 벗어나는 불명확한 것이 된다.<sup>636)</sup> 이는 특정 시점에 주어진 결과에 대한 분배제도의 개선에 초점이 맞춰진 것이며, 차별적 관행의 존재나 기회의 불균등이나 자유 향유의 기본 조건의 구비에 직접 연관된 것이 아니다.

부익부 빈익빈 현상이 ‘비합리적 차별취급’이나 불충분한 ‘기회의 평등’ 혹은 ‘불공정 경쟁’이나 ‘인간다운 생활을 위한 필수적인 복지’를 도외시한 결과물이라면, 그 잘못은 적극적으로 시정되어야 하고 그 과정에서 다른 사람의 자유의 제한이 가능하지만, 모든 문제를 평등의 강조만으로 해결하려는 것은 평등 개념의 지나친 확대가 된다.

---

635) 부의 불평등과 관련하여 필요한 논의는, 경제적 자유에 대한 국가의 개입시점과 방향과 정도에 대한 원칙적이고 규범적인 논의에서 출발하여야 할 것이다. 공정한 경쟁이 가장 중요한 요소이다. 모든 개인이나 법인이 부의 획득 과정에 있어서 공정한 경쟁 기회를 가져야 한다. 국가가 불공정한 법을 제정하거나, 법의 불평등한 적용으로 인하여 경쟁질서를 왜곡시키는 원인이 되서는 안 되고, 경쟁의 원리가 왜곡되고 있을 때는 적극적으로 개입하여야 한다. 자유롭고 공정한 경쟁의 창출은 모든 사람의 기회를 평등하게 촉진시켜 주기 위한 것이므로, 독점의 해악과 기업의 배타적 특권이 배제된 상태에서 경제적 자유가 의미가 있는 것이다. 만약 그러한 경쟁적 경제질서에도 불구하고 부와 사회적 자원에 있어서 격차가 심해지는 경우 John Rawls가 주장한 ‘차별성 원칙’(the difference principle)과 같은 정의 기준에 맞추어 이를 조정하는 것이 필요한 것이다. 이명웅, 한국 헌법의 ‘자유주의’ 이념, 서울대 법학박사논문(1996), 33-4, 62-7, 95쪽 참조.

636) 심현섭, “정의의 기준에 관한 연구”, 법학, 36권 1호(1995.8), 93쪽 참조.

그러나 경제적, 정치적 자유의 보장이 지나쳐 부익부 빈익빈이나 노동력의 착취와 같은 사회적 부정의를 유발했다면, 이는 자유가 제대로 보장된 것이라 할 수 없다. 19세기 자유주의 모국 영국에서 참정권이란 재산과 명예가 주어진 특권층에게 허용되는 것이었지만, 그것이 오늘날 도저히 허용될 수 없는 것과 마찬가지로, 앞서 Locke의 재산권의 자유와 Smith의 경제적 자유에 관한 설명에서 보았듯이, 자유는 본래 타인과의 관계에서 한계가 주어져 있는 것이다. 따라서 ‘물질적 불평등’을 거론하며 자유와 평등을 대치시키는 것은 적절하다고 볼 수는 없지만, 경쟁의 불공정성이나 특혜, 혹은 정보의 독점에서 비롯된 부의 편중과 이에 따른 사회적 문제점은 적극적으로 교정되어야 하는 것이다.<sup>637)</sup> 사실 ‘부의 불평등’보다도 근본적인 문제는 사회적 불평을 지닌 개인의 ‘경상소득’이 너무 적다는 것일 것이다.<sup>638)</sup> 생산은 불평등과 연관된 보다 심각한 긴장을 제거할 수 있으며 점증하는 총생산량과 고용기회의 보장, 그리고 가처분소득의 증가가, 부의 재분배문제에 대한 대안이 될 수 있는 것이다.<sup>639)</sup>

자유란 규범적 의미로서는 모든 합리적인 인간들이 그들 자신이 선택한 행동에 따를 권리를 존중받아야 하며, 그러한 선택의 자유에 간섭할 수 있기 위해서는 특별한 정당화가 요구된다는 것을 뜻하지

637) 또한 소위 분배적 정의라는 명목으로 시장결과에 수정을 하려는 노력은 실제로 그 사회에서 가장 불행한 사람들의 생활수준을 개선하기 보다는 강력한 이익집단으로 조직화된 기득권층의 이익을 보호하는 결과가 될 수 있는 것이며, 그리하여 원칙이 아니라 편의가 지배하는 사회로 변모될 위험이 있는 것이다. 박세일, 법경제학(박영사, 1994), 73쪽 참조. 국가의 지나친 차별적, 개입적 경제정책이 결국 ‘경제과정의 정치화 혹은 관료화’를 초래하고 경제력 집중과 독과점의 확대로 소득분배의 형평성 개선에 오히려 장애가 되어 왔다. 예를 들어 이진순, “한국경제와 질서자유주의”, 한국경제정책연구회 편, 한국경제의 새 패러다임 모색(한울, 1995), 124쪽 이하 참조. 그러한 국가의 경제개입이 모두 국민의 복지라는 슬로건 아래 이루어졌던 것이다.

638) John Rees, 평등, 44쪽 참조.

639) 같은 책, 43쪽.

만, 인간이 이미 불평등한 부의 획득과정과 불평등한 제도와 법아래 놓여있을 때, 그의 자유는 이미 내재적으로 제약되어 있다고 할 수 밖에 없는 것이다.

이러한 점을 명확하게 지적한 사람으로 미국 독립전쟁 무렵의 Thomas Paine을 원용할 수 있다. 그는 ‘상식(Common Sense)’에서, 민중의 경제생활과 복지에 적극적인 평등주의를 주장하였는데, 정치적 권리가 재산에 의해 제한되어서는 안 되고 그 권리는 모든 사람에게 주어져야 한다는 대표의 평등 내지 권리의 평등을 주장하였다.<sup>640)</sup> 그는 재산은 부도덕하고 불법적으로 벌어서는 안 되고 정직하게 벌어야 한다고 주장하였고, 상업을 옹호하였지만 세습적 특권을 증오하였다. 정부는 필요악으로 보았지만 빈민, 어린이, 노인에게 관한 국가의 광범한 재정적 지원을 주장하였다.<sup>641)</sup>

그 후 1세기가 지난 19세기말 개혁적 자유주의자들은 실질적 자유의 조건으로서 사회적 평등의 추구하고 국가의 일정한 복지정책을 지지하였다. 그들은 ‘자발성의 원칙’을 내세웠는데, 그것은 국가간섭이 자발적으로 요청될 때에는 자유주의와 양립될 수 있다는 것이다. T. H. Green은 자유의 개념을 “무언가 가치 있는 것을 하거나 즐길 적극적 권력(positive power) 혹은 능력”이라고 전제하고 국가 자원을 이러한 자유의 증진에 적용시키는 것을 지지하였다.<sup>642)</sup> 그는 사회적 평등과 보편 교육, 계획을 중시하면서 시장경제도 유지하고자 하였다. Green은 근대 산업주의의 발달에서 재산 없이는 자유의 향유 자체가 어렵다고 보고, 자연권이란 그 자체로서는 추상적 픽션에 불

---

640) T. Paine, *Common Sense* (1776), 이가형 역, 사회계약론·상식·인권론(을유문화사, 1994), 149-50, 190쪽.

641) 같은 곳.

642) K. F. Koerner, *Liberalism and its Critics*, 12쪽에서 재인용.

과한 것이며 권리는 본래 ‘사회적’ 기원을 가진 것이고, 따라서 자유란 다른 사람의 자유의 대가로 향유되는 이상의 것이어야 한다고 하였다.<sup>643)</sup>

또한 유사한 견해였던 Hobhouse는 자유주의가 본래 비판적인 성격에서 출발했으나, 재산의 사회적 개념을 회복하여야 한다고 하면서 자유주의의 계승으로서 자유사회주의(liberal socialism)를 주장하면서, 민주적이고 아래로부터 오는 개혁으로서 최저임금법, 사회보장, 공적 소유와 경영의 확대 등을 시도하였다.<sup>644)</sup> 그는 종래의 고전적 자유주의의 빈곤관이 산업사회화 된 현실에서 적합하지 않다고 보았던 것이다.<sup>645)</sup>

이러한 주장들은 오늘날의 현대적 복지주의이념 헌법에서는 상당부분 채택되고 있으며, 이는 결국 ‘자유’의 실질적 조건이 마련되지 않는 한 자유 그 자체는 무의미하고, 대중으로부터 이탈되어 있고, 불평등한 자유만이 존재하므로, 모든 개인이 평등하게 자유가 보장되도록(‘equal liberty’) 자유 향유를 위한 기본적인 경제적, 사회적 조건이 구비되어야 하고, 이를 위한 합리적 범위 내의 국가의 적극적인 개입이 필요하다는 것이다.

그러므로, 중요한 문제는 자유와 평등의 상충문제가 아니라, 어떻게 하면 자유를 차별 없이 만인이 같이 누릴 수 있도록 할 것이냐의 문제인 것이다.

643) 같은 책, 12-3쪽.

644) 같은 책, 13쪽; 노명식, 자유주의의 원리와 역사민음사, 1991), 234-5쪽.

645) L. T. Hobhouse, Liberalism and other writings, J. Meadowcroft (ed.) (Cambridge U.P., 1994), 87-8쪽. 즉 노동자들이 상계치 이상의 임금을 술에 써 버린다거나, 높은 임금이 출산율을 높여 결국 실질임금의 하락을 가져온다는 주장은 통계자료에 반한다고 증명하면서, 국가의 복지정책이 노동자들의 노동을 대체할만한 수준이 될 수 없고, 단지 이러한 정책으로 노동자가 보다 희망을 가지고, 밝은 외모로, 안정성을 가지고 살게 될 것이라고 하였다.

### 3. 자유주의와 민주주의 결합의 의의

(1) 자유와 평등의 조화관계에 대한 위와 같은 관점은 자유주의와 민주주의의 결합에 대한 이해를 증진시킨다. 자유주의는 ‘자유’를 민주주의는 ‘평등’을 우선적으로 추구하는 이념이다. 자유주의는 국가 권력의 제한을, 민주주의는 국가 권력의 평등한 분배와 행사를 전제한다.

역사적으로 볼 때 자유주의와 민주주의는 대립되었다. 자유주의는 유산자의 소유권의 자유와 정치적으로 제한선거제도를 뜻하였고, 민주주의는 노동계층을 비롯한 민중들의 정치적 참여와 자유, 그리고 평등선거를 뜻하는 것이었다. Benjamin Constant는 자유주의와 민주주의는 서로 양립 불가능하다고 보았다(1818). 모든 사람들이 직접 결정 과정에 집단적으로 참여하는 곳에서의 개인이란 전체의 권위 아래에 복속되게 마련이어서 사생활의 주체로서의 개인적 자유는 상실될 것이라고 하였다.<sup>646)</sup> 그럼에도 불구하고 현실적으로 자유주의와 민주주의는 군주제도의 종식을 위한 투쟁에 동참하였다. 그러나 당시 자유주의는 유산 계층의 자유를 위한 것이었으므로, 민주주의는 평등한 정치참여를 주장하면서 자유주의에 대한 적대감을 전제하고 있었다. Leibholz는 다음과 같이 관찰하였다.

자유주의와 민주주의는 서로 다른 정치적 근본가치를 지향해 왔으며, 역사는 잠재적 적수들이 전술상의 제 이유에서 공동의 적수에 대해서는 기밀한 동맹을 체결할 수 있다는 것에 대하여 허다한 예증을 제공한다. 이러한 동맹들은 때로는 공동의 적수에게서 권력을 박탈하기에 성공할 때까지는 잠재적

646) Norbert Bobbio, 황주홍 역, 자유주의와 민주주의, 12쪽에서 인용.



으로 존재한 갈등을 은폐할 수가 있는 것이다. 그리하여 민주정치와 자유주의는 군주정치에 대한 그들의 투쟁을 충분한 이유로써 공동으로 수행하였던 것이다. 이것은 그러나 이 운동의 출발점에 존재하였던 적대가 그것으로써 영원히 지양되었다는 것을 아직은 의미하지 않는다.<sup>647)</sup>

Carl Schmitt 역시 자유주의(특히 자유주의적 의회주의)와 민주주의의 갈등을 우려하면서 토론과 공개성, 그리고 권력분립적 균형이라는 의회주의의 본질적 원리를 지키려고 노력하였다.<sup>648)</sup> 그는 1798년 이후 민주주의의 조류에 대해서는 어떠한 방과제도 있을 수 없지 않을까 우려하면서, 당시의 민주주의의 성격에 대하여 다음과 같이 부정적으로 기술하였다.

민주주의가 본질적으로 논쟁적인 개념 즉 현존 군주제가 부정되었던 동안 민주주의적인 확신은 여러 가지 다른 정치적 경향과 결합하거나 협정을 체결하거나 할 수가 없었다. 그러나 민주주의가 현실이 됨에 따라 그것은 많은 주인에게 시중들고 결코 내용상으로 의로운 목적을 갖지 않는다는 것이 밝혀졌다. 민주주의의 가장 중요한 적인 군주제원리가 소멸하면 민주주의 자체도 내용상의 정확성을 상실하고 모든 논쟁적인 개념이 무너지는 운명을 나누어 가지는 것이다. 처음에는 민주주의가 자유주의나 자유와 결부되는 것은 아주 자명한 일이며, 그들은 동일한 것이라고까지 생각되었다. 사회민주주의에 있어서는 민주주의는 사회주의와 협동했다. 나폴레옹 3세의 성공이나 스위스의 국민투표결과에서 확신할 수 있는 것은 민주주의는 역시 보수적인 것으로도 반동적인 것으로도 될 수 있다는 것이며 그것은 필자 이외에 프루동도 나와 같이 예언한 것이다. 어떤 정치적 견해도 모두 민주주의를 이용할 수 있다면 민주주의란 아무런 정치적 내용을 갖는 것이 아니고 단순히 조직형태에 지나

647) Gerhard Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*(1958), 주수만 역, 현대민주정치론(서문당, 1977), 233쪽(“민주정치의 개념과 본질에 관하여” 중).

648) C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923. 4판은 1967), 박남규 역, 현대의회주의의 정신(탐구당, 1987), 49쪽 이하.

지 않는다는 것이 판명된다. 그래서 사람들이 민주주의의 도움을 빌어 달성하려고 바라고 있는 무엇인가 다른 정치적 내용을 도외시하면 민주주의는 그 자체가 단순한 형식으로서 어떠한 가치를 가지고 있는 것인가가 문의되어야 할 것이다.<sup>649)</sup>

그러나 인간의 존엄성과 가치를 근본적 목적으로 삼을 때, 자유주의의 주체가 소수 유산계층에 머물 수 없고 모든 개인에게 확대되어야 하듯이, 군주주의·귀족주의 아닌 민주주의가 평등만 강조하고 자유를 가져오지 않는다면 이는 잘못된 것이다. 자유와 평등은 후술 하듯이 인간성을 최대한 발현하기 위하여 존재하는 것이기 때문이다. 그렇다면 자유주의와 민주주의의 결합, 즉 자유(주의적) 민주주의는 인류 발전에 필연적인 것이었으며, 이와 대치되는 사회(주의적) 민주주의와는 양립하기 어려운 것이다.

(2) 자유민주주의(liberal democracy)는 오늘날 각국의 헌법에서 명시적으로 혹은 묵시적으로 발견된다. 자유민주주의는 자유주의와 민주주의의 결합, 즉 ‘자유주의적 민주주의’를 의미한다. 우리 헌법상의 자유민주주의 역시 그렇게 볼 것이다.<sup>650)</sup> 자유민주주의는 자유가 1차적이고 평등이 2차적인 것<sup>651)</sup>을 뜻하지 않는다. 또한 ‘민주주의의 자유주의적 축감’이거나 민주주의의 기본 이념인 평등의 원칙이

649) 같은 책, 52-3쪽.

650) 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 혹은 자유민주주의의 해석에 있어서는 ‘자유주의적 민주주의’와 구분되는 ‘자유로운 민주주의’를 뜻하는 것으로 볼 여지도 있으나, 후자는 독일에서 ‘방어적 민주주의’와 연관되어 반공주의를 추구하는 것으로서 이해되는바(이에 대해서는, 국순옥, “헌법학의 입장에서 본 자유민주주의의 두 얼굴”, 민주법학 12호, 1997, 71쪽 이하 참조), 이러한 개념은 독일 헌법에 특수한 것으로서 구미 헌정사상 보편적인 것은 아니므로, 우리 헌법이 독일 기본법의 영향을 많이 받았음에도 불구하고 우리 헌법상 자유민주주의라 할 때는 ‘자유주의적 민주주의’를 의미한다고 볼 것이다.

651) Kelsen은 이렇게 본 바 있다.

형식적 평등, 즉 기회의 평등으로 축소되고 그것이 담고 있는 적극적인 측면이 관심 밖으로 밀려나는 것도 아니다. 기본적으로 자유민주주의는 평등한 개인들이 동등하게 참여하는 정치적 의사결정제도를 통하여 자유를 효과적으로 추구하려는 정치질서를 뜻한다. 이 점에서 민주주의가 방법이라면 자유주의는 목적에 해당된다는 Hayek의 명제는 일면의 타당성을 지닌다.<sup>652)</sup> Bobbio는 자유권(기본권)을 중심으로 양자의 관계에 대하여 다음과 같이 말하고 있다.

오늘날에는 자유주의 국가가, 그 선언적인 원리의 차원에서는 그렇지 않았지만, 비민주주의적인 경우도 있을 수 있었다. 비록 오늘날에는 비민주주의적인 자유주의 국가라든가 비자유주의적인 민주주의 국가를 생각해볼 수조차 없는 것이 되어버렸지만. 요컨대, 우리들에게는 다음과 같은 두 가지 사실을 믿을 수 있게 하는 충분한 이유가 있다. : i)민주주의적인 절차는 자유주의 국가의 기초가 되는 개인들의 기본권을 보장하기 위해서 필수적이다; ii)민주주의적인 절차가 작동하기 위해서는 그 같은 기본권들이 보장되어야만 한다.<sup>653)</sup>

오늘날 민주주의가 제대로 작동하기 위해서는 투표가 자유로운 상태에서 이루어져야 하고, 언론·출판·결사·집회의 자유가 향유되어야만 한다. 자유는 민주주의의 작동의 조건이 되며 민주주의의 발전은 자유를 더 증진시킨다. 그런 점에서 자유민주주의가 절차의 평등과 기본적 자유의 향유를 복합적으로 결합시키고 있는 것은 당연한 것이다. 한편 자유민주주의는 다수에 의한 그리고 다수를 위한 평등주의적 민주주의라 하더라도 ‘자유’를 그 목표로 하지 않으면 안 된다는 가치를 담게 된다.

그러나 자유민주주의에서 평등은 단순한 정치적 참여기회의 평등에

652) F. A. Hayek, *The Constitution of Liberty* (Routledge, 1960, 1990), 148쪽 참조.

653) Bobbio, 앞의 책, 49쪽.

만 그치지 않는다. 앞 장에서 보았듯이 평등은 자유의 조건이 되는 것이며 각자가 '평등한 자유에로의 기회'를 가질 때 비로소 자유가 정당하게 한계 지워지는 것이다.

그러므로 자유주의와 민주주의의 결합은 '자유'와 '평등'이 상호 제약할 뿐만 아니라 상호 북돋아 줌으로써 자유롭고 공평한 민주주의를 완성하고자 하는 것이다.

남은 문제는 어떻게 정치에 무관심한 오늘날의 대중민주주의 상황에서 다수의 이름을 빌린 특수 계층의 이익 관철을 막고, 어떻게 효율적으로 시민들을 의사결정에 민주적으로 참여하도록 할 것인지, 자유가 특정인에게 편중되지 않고, 자유를 위한 물질적·정신적 조건을 각자에게 공평하게 분배할 것인지 여부가 될 것이다.

#### 4. 자유와 평등의 최종 목적

J. S. Mill은 자유는 단순한 방임이 아니라 '인격의 자유로운 개발'이며, 자신의 능력의 성숙에 도달해서 경험을 자신의 방식대로 이용하고 해석하는 것은 인간의 특권이자 인간의 합당한 상태라고 하였다. 자유와 평등의 주체는 인간이고, 자유와 평등은 근본적으로 인격자로서의 인간에 대한 사상이다. K. Hesse의 다음과 같은 언급은 인간의 존엄성을 최고 가치로 보는 우리 사회에도 타당하다.

헌법은 자유와 평등의 원리를 통하여 인간의 자유로운 발현과 자기형성을 가능케 하고 보장한다. 헌법은 개인의 자유와 평등의 지위가 초개인적인 객관적 질서 속에 편입되는 것을 통하여 인간을 인간 상호관계 속에 끼워 넣으려고 한다. 개인의 지위는 이러한 질서를 통하여 형성되고 제한되고 보호되며 현실적인 지위가 되는 것이며 반면에 이러한 질서는 개인의 자유권과

평등권의 끊임없는 실현을 통하여 생명을 얻음으로써 비로소 현실이 되는 것이다. 이로부터 평등과 자유는 현대국가질서의 중추적 원리로 입증된다. 그러나 그것은 자기목적(Selbstzweck)은 아니다. 오히려 이들 원리에 근거한 개인의 법적 지위와 이들 원리에 의하여 조직된 국가질서의 목적과 정당성을 인정받는 것은 궁극적으로 그것들이 저 과제로 부여된 인간의 인격적 존재(Personsein)의 실현에 봉사한다는 데 있다.<sup>654)</sup>

#### IV. 맺음말

현대 사회에서는 적나라한 국가권력의 남용이 줄어들면서 점차 자유보다 평등이 더 강조되는 경향이 있다.<sup>655)</sup> 사람들이 더 평등하게 권력과 부, 교육기회 등 자유의 조건들을 공유할 때, 사람들은 더 자유롭게 될 것이다. 우리는 그러한 사회를 ‘자유롭고 평등한 사회’라고 부를 수 있을 것이다.

자유는 원래 제약적인 개념이고 평등은 자유의 실질적 조건과 연관된다는 점에서 양자는 상호 조화를 이루어야만 한다는 것이 이 글의 주장이다.

물론 구체적으로 어떻게 양자가 조화 내지 균형을 이루게 할 것인가는 여전히 어려운 문제이다. 그러나 어느 한 쪽의 희생으로 다른

654) K. Hesse, 계획열 역, 헌법의 기초이론, 235쪽.

655) Sartori는 현대로 올수록 평등의 요구가 강해지는 경향을 세 가지 이유로 보는데, 평등개념이 쉽게 계량화 될 수 있고, 심리적인 만족도에 관련되며, 평등의식의 형성이 과학적, 합리적 마음에 맞는다는 것이다. G. Sartori, *Democratic Theory* (Westport: Greenwood Press, 1962), 348쪽. 그러나 가장 큰 이유는 차별받던 개인들의 의식성장이라고 보아야 할 것이다. 최근 우리 사회에서도 여성의 지위의 평등의 성장을 볼 수 있다. 남녀고용평등법, 남녀차별금지및구제에 관한법률은 그 적용범위가 포괄적이고 실효성 있는 구제방법이 마련되고 있다. 최근 대법원은 회사의 남녀 사원 간 임금격차를 남녀고용평등법에 위반된다고 하였다(2003. 3. 21.자 동아일보). 여성발전기금법은 국가기관의 고용평등에 관하여도 규정하며, 최근 외무고시에서 여성 30%할당정책이 실시되었다.

한 쪽이 이익을 보는 것은 부당하며, 자유와 평등이 서로 필수적인 관계라는 점을 인식하고 상호 조화를 추구해 나간다면 문제를 해결할 수 있을 것이다. 예를 들어, 재산소유의 ‘자유’가 ‘지나친 불로소득’을 초래한다면 이로 인한 심각한 불평등을 막는 것은 정부의 가장 중요한 기능 중의 하나일 것이다.<sup>656)</sup> 재산에 대한 자연권적 소유권은 원래 타인에 대한 착취나, 타인이 기본적으로 가져야 할 소유를 가져가는 방법으로 부를 축적하는 것을 허용하지 않았던 것이다. 재산의 자유에 대하여 가지고 있는 많은 오해 중의 하나는 우리가 공동체에서 각자 타인의 몫을 남겨 두어야 하는 한계 지워진 자유를 지니고 있다는 자연법적 섭리를 오해하고 있다는 것이다. 그것은 자유가 지녀야 할 최소한의 도덕에 해당되는 것이다.

그러나 그런 문제라 하더라도 정부의 선부른 개입과 부작용은 경쟁과 자율에 기반한 경쟁적 시장질서의 약화를 초래하며, 이해 관계자들의 자생능력을 저해할 뿐만 아니라 그들을 정부의 권력에 종속시키는 결과를 초래할 수 있다. 그러므로 재산에 대한 규제에 있어서는 다시 평등과 자유가 작동되어 누구나 자유로운 표현과 참여 기회를 통하여 민주적 의사결정이 이루어져야 할 것이다.<sup>657)</sup>

또한 민주주의를 위한 정치적 참여에 관한 원칙이나 기본권에 대해

---

656) C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism* (London: Oxford Univ. Press, 1962), 273-4쪽 참조.

657) 특히 분배적 정의라는 명목으로 시장결과에 수정을 하려는 노력은 실제로 그 사회에서 가장 불행한 사람들의 생활수준을 개선하기 보다는 강력한 이익집단으로 조직화된 기득권층의 이익을 보호하는 장치가 될 수 있는 것이다. 그렇다면 정책결정자의 자의성 개입 여부가 가장 경계되어야 할 대상이다. Madison은 다음과 같이 말한 바 있다. “파벌이 시민의 권리를 파괴하거나 영구한 공동체의 전체 이익에 반해서 행동하지 않도록 통제되어야 하며, 대표자들은 사회의 진정한 이익을 최대한 구분해내고, 일시적이거나 부분적인 고려들보다도 애국심과 정의에 기초하여야 한다.” B. F. Wright, (ed.), *The Federalist by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay* (Harvard Univ. Press, 1966), No. 10.

서는 보다 엄격한 도식적 평등원칙이 적용되어야 하지만,<sup>658)</sup> 선거운동의 자유에 대한 제한에 있어서 선거법이 ‘선거의 공정성’ 혹은 획일적 기회균등 내지 평등성만을 강조하고, 그 명목으로 선거의 ‘자유’를 지나치게 억제시키는 것은 부적절한 것이다.<sup>659)</sup>

해방 후 우리 사회는 서구식 자유민주주의를 채택하였지만, 진정한 ‘자유’의 보장을 위한 사회적, 법적 시스템이 제대로 마련되지 못하고 권위주의 정권에 의한 반공주의 아래 ‘자유민주주의’가 왜곡되어 왔던 경험이 있다. 또한 불공정한 경쟁과 정경유착, 뇌물과 특혜 로 정의에 대한 신념과 공동체의 기본가치가 흔들리고, 부익부 빈익빈 상태가 심화되면서, ‘자유’에 대한 잘못된 불신과 대안으로서 ‘평등’이 제대로 이념체계에 접목되지 못한 채 강조되는 측면이 있다. 역사적 현실 속에서 자유와 평등은 서로 적대적 때도 있었을 것이나, 그것이 진실이었다고 말할 수는 없다. 그것은 ‘소수인들의 자유’와 ‘평등을 가장한 획일성’의 대립일 수는 있지만, ‘진정한 자유’와 ‘진정한 평등’의 대립은 아니었던 것이다.

자유와 평등은 서로 다른 다양한 사람들이 한 공동체에서 최소한의 갈등으로 정의로운 공존을 추구하고, 각자의 행복을 최대한 추구하기 위한 것이다. 이러한 목적을 위하여 자유와 평등은 충돌할 필요가 없다. 우리는 자유와 평등을 서로 결합하고, 보완하고, 때로 서로 제약함으로써 상호 조화와 균형을 이루어가야 할 것이다.

---

658) 정태호, “민주주의와 정치적 평등”, 헌법재판소 독일판례연구회 발표문(2002) 참조.

659) 공직선거및선거부정방지법의 대부분 조항이 그런 측면이 있다. 헌법재판소가 동법 해당 조항들을 심사하는 경우 좀더 ‘자유’ 우선의 접근방법을 취해야 한다는 점이 주목된다. 이성환, “선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점”, 헌법실무연구 제1권(2000), 340쪽 이하 참조.





# 미국 Law Clerk제도

- 연방대법원을 중심으로 -

## 전 중 의

헌법연구관

- 목 차 -

I. 머리말 .....	359
II. Law Clerk 제도의 발생과 정착 .....	362
III. Law Clerk의 업무 .....	368
1. 사건이송명령보고서(Cert Memo) .....	369
2. 변론준비보고서(Bench memo) .....	373
3. 판결문 초안 작성 .....	375
IV. Law Clerk의 지위와 윤리규범 .....	380
V. 주법원과 연방하급법원의 law clerk - Central Staff 변호사와 경력 law clerk 제도 .....	384

1. Central Staff 변호사 .....	386
2. 경력 law clerk .....	389
VI. 새로운 제도의 확산과 연방대법원의 대응 .....	390
VII. 결론 .....	396

## I. 머리말

1988년 헌법재판소가 설립된 이래 헌법재판은 양적, 질적으로 꾸준히 성장해 왔다. 설립된 첫해에는 불과 39건의 사건만이 접수되었던 것이, 10년이 된 1998년에는 총 657건의 사건이 접수되었고 2001년에는 총 1060건의 접수되어 접수사건이 1000건을 넘어설 정도로 비약적인 성장을 거듭해왔다.<sup>660)</sup> 이와 같이 헌법재판소가 접수하여 처리할 사건수가 늘어남에 따라 헌법재판소의 재판업무를 뒷받침하는 인적, 물적 제반시설과 제도들 역시 변화, 발전하지 않을 수 없었고 이들 중 헌법재판소의 재판업무와 가장 밀접하게 관련되어 있는 것이 바로 헌법연구관제도이다.

헌법연구관은 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사하는 것을 업무로 하며(헌법재판소법 제19조 제3항) 그 중 가장 중요한 임무로 개별재판관에 전속, 그 명을 받아 개별사건에 대하여 연구한 후 연구보고서를 작성하는 것을 들 수 있다. 특히 외국의 학설·판례 등 각종 자료를 수집·연구하여 작성된 연구보고서는 주심재판관의 검토 후 평의에 상정되므로 헌법재판에 있어 그 중요성은 상당히 크다.<sup>661)</sup>

이와 같은 헌법연구관제도는 헌법재판소법이 시행(1988. 9. 1.)된 이래 지금까지 계속하여 존재해왔다. 그러나 헌법재판소 자체가 실질적으로 처음으로 운영되는 것이었고 헌법연구관제도 역시 사건의 실제판단에 관한 연구업무를 담당하는 독립된 보조인력제도로는 처

660) 자세한 사건통계는 헌법재판소 ‘연도별 심판사건접수 및 처리현황표’ 참조.

661) 헌법연구관의 업무와 그 발전에 관하여는 헌법재판소, 헌법재판소 10년사, 1998, 96쪽 참조.

음으로 시행되는 것이어서<sup>662)</sup> 그 정착이 쉽지 않았다. 특히 초기에는 그 업무 및 지위에 대한 이해가 낮았던 관계로 자격요건<sup>663)</sup>을 갖춘 자를 찾아 헌법연구관으로 임용하기가 쉽지 않았다. 게다가 헌법재판소장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속공무원을 헌법재판소에 파견근무토록 요청할 수 있었기 때문에(헌법재판소법 제19조 제9항) 헌법재판소의 연구인력은 법원, 검찰 및 대학으로부터 파견받아 연구관으로 근무하게 하는 형태가 주류를 이루기도 하였다.<sup>664)</sup>

그동안 헌법재판소와 학계는 이와 같은 문제들을 해결하기 위한 논의를 계속해왔다.<sup>665)</sup> 2003. 3. 12. 개정된 헌법재판소법의 헌법연구관에 관한 규정은 이와 같은 논의들의 결실이라 할 수 있다. 개정된 헌법재판소법은 헌법연구관을 특정직 공무원으로 규정하여(제19조 제2항) 일반적인 국가공무원법의 적용을 벗어나 헌법재판소의 실정에 맞는 독자적인 운영이 가능하도록 하였고 임기 및 정년을 정하는 등(제19조 제7항) 신분을 보장하여 안정된 연구조사업무를 보장하고 있다. 따라서 헌법연구관제도는 다시 한번 질적으로 변화·발

---

662) 1963. 12. 13. 법원조직법의 개정 이래 대법원에는 재판연구관을 두어 대법원장의 명을 받아 사건의 심리 및 재판에 관한 조사·연구업무를 담당하도록 하고 있다. 따라서 재판에 관한 연구인력제도로는 이것이 처음이라 할 수 있다. 그러나 재판연구관이 각급법원의 판사 중 지명되는 점에서 이를 기존의 법원조직과 독립된 연구인력제도로 보기는 어렵다. 따라서 독립된 신분과 자격요건을 가진 재판보조연구인력으로는 헌법연구관이 처음이라 할 수 있다.

663) 현행법상 헌법연구관은 ① 판사·검사·변호사의 자격이 있는 자 ② 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 자 ③ 국회·정부·법원 등 국가기관에서 4급 이상 공무원으로서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자 ④ 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 국회·정부·법원 또는 헌법재판소 등 국가기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자 ⑤ 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 헌법재판소규칙이 정하는 대학 등 공인된 연구기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 자 중에서 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임용한다.(제19조 제4항) 이와 같은 자격요건은 초기와 크게 다르지 않다.

664) 헌법재판소 10년사, 95쪽 지금까지도 이와 같은 파견관행은 계속되고 있다.

665) 이러한 논의의 대표적인 것으로 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판연구 제10권, 1999, 31-34쪽 참조.

전하였다 할 수 있을 것이다.

그럼에도 불구하고 우리의 헌법연구관 제도가 완전하게 정착되었다고 보기는 어렵다. 지금까지는 이를 운영하고 유지하는 것 자체가 큰 과제였다면 앞으로는 헌법연구관의 신분이 보장되고 숫자가 늘어남에 따라 발생할 관료화 등 부작용의 해소, 재판소 내부의 효율적인 업무분담 등이 새로운 문제로 등장할 수 있고 이는 앞으로도 계속하여 연구하고 풀어나가야 할 과제라 하겠다.

그런 의미에서 지금 시점에서 외국의 재판보조연구인력제도를 다시 한번 자세히 검토하여 그 운영실태와 문제점 그리고 그에 관한 이론적 논의들을 살펴보는 것은 많은 의의가 있을 것이다. 특히 미국의 경우 각종 연방법원 뿐 아니라 각주의 법원들에서도 일반적으로 재판보조연구인력인 law clerk<sup>666</sup>제도를 운영하고 있고 그 역사도 오래되어 이를 참고한다면 우리가 연구관제도를 운영하고 발전시켜 나가는데 필요한 많은 것들을 찾을 수 있을 것으로 생각한다.

따라서 이 글에서는 미국 law clerk제도의 현황과 함께 발전경로와 변화의 논리들을 개괄적으로 살펴보고자 한다. 이를 위하여 먼저 연방대법원을 중심으로 제도의 연혁과 정착 과정을 살펴보고 그 지위

666) 미국의 'law clerk'에 해당하는 정확한 우리말을 찾기는 쉽지 않다. 이러한 이유로 경우에 따라 번역 없이 그대로 'law clerk'이라는 명칭을 사용하기도 한다.(예를 들면, 양삼승, 헌법연구관제도의 개선방안, 헌법논총 제3집, 헌법재판소, 1992, 229, 242쪽; 구만희, 미국의 law clerk 제도에 관한 소고, 재판자료 제65집, 법원행정처, 1994, 507쪽; 황한식, 미국 대법원의 law clerk 제도, 같은 책, 615쪽) 우리 법에 존재하는 재판보조연구인력에 '재판연구관'(법원조직법 제24조)과 '헌법연구관'(헌법재판소법 제19조)이 있고 이들이 모두 공통적으로 '연구관'이라는 명칭을 사용하고 있는 점에 비추어 '연구관'을 재판보조연구인력을 일반적으로 지칭하는 것으로 볼 수 있으며 따라서 law clerk을 '연구관'으로 번역하는 것을 하나의 안으로 생각해 볼 수 있다. 실제로 law clerk을 '재판연구관'으로 번역하는 예도 있다(이인호, 미국 연방대법원의 심리절차에 관한 고찰, 석종현교수 화갑기념논문집, 발간예정원고, 7쪽). 이 글에서는 일단 종래의 예에 따라 'law clerk'을 번역없이 그대로 사용한다.

와 업무들을 정리한다. 이어서 이와 같이 정착된 law clerk 제도가 각주법원과 연방하급법원에서 변화하는 과정을 검토하고 이것이 다시 연방대법원의 제도에 영향을 미치는 과정을 살핀다. 나아가 이와 같은 발전과정에 있었던 이론적 논의들까지 정리해봄으로써 앞으로 우리에게 발생할 수 있는 여러 가지 문제들을 예상해보고 가능하면 그 해법을 제시해보려고 한다.

## II. Law Clerk 제도의 발생과 정착

1. 판사가 재판보조를 위해 clerk을 고용하는 관행은 1875년 Gray 대법관이 메사추세츠(Massachusetts) 주 대법원의 대법원장이 된 때부터 시작된 것으로 알려져 있다. Gray는 자신의 비용으로 하버드(Harvard) 법대의 졸업생을 그곳에 근무하는 형제인 Gray 교수로부터 추천받아 ‘비서’(secretary)의 자격으로 1년 동안 고용하여 재판보조업무에 종사하도록 하였고 이는 그가 연방대법관이 된 이후에도 계속되었다.<sup>667)</sup> 이러한 방식은 Gray 대법관의 후임자인 Holmes 대법관에게 계승되어 그 역시 Gray 교수의 추천으로 하버

---

667) 법대 졸업생을 비서로서 사용하는 것을 처음 생각해 낸 것이 Gray 대법관이었는지에 대하여는 논란이 있다. 일부에서는 당시 하버드 법대의 교수였던 그의 형제인 John Chipman Gray가 생각해낸 것이라고 주장하기도 하나(Baier, *The Law Clerks: Profile of an Institution*, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 26, 1973, 1125, 1132쪽) 이를 근거 없는 것이라고 반박하는 견해도 있다.(Oakley&Thompson, *Law Clerks and the Judicial Process; Perceptions of the Qualities and Functions of Law Clerks in American Court*, University of California Press, Berkley, 1980, 11쪽, 주 2.12) 일반적으로는 Gray 대법관의 생각으로 받아들여지고 있다. 하버드의 Gray교수는 Gray대법관의 재임 동안 law clerk에 적합한 졸업생을 선별·추천하는 역할을 하였다.(Newland, *Personal Assistants to Supreme Court Justices: the Law Clerks*, *Oregon Law Review*, Vol. 40, 1961, 299, 305쪽)

드 법대 졸업생을 비서로 받아들였고 Gray 교수가 죽은 1915년부터는 뒤에 대법관이 되는 Frankfurter 교수가 학생선발의 역할을 담당하였다. 법과대학 교수의 추천을 받은 졸업생을 대법관들이 개인의 책임으로 선출·임용하여 재판보조연구업무에 종사하도록 하는 전통적인 law clerk 임용방식은 이로써 시작되었고 점차 다른 대법관들에게 확산되어 나갔다.

이와 같이 Law clerk의 임용이 각 대법관에게 맡겨져 있다보니 그 선출에 대법관들의 개인적인 성격과 취향이 결정적인 역할을 하게 된다.<sup>668)</sup> 이러한 점은 law clerk들의 출신 법과대학을 보면 명백해진다. 앞서 살펴본 바와 같이 Gray 대법관과 Holmes 대법관은 하버드 법대 졸업생들만을 law clerk으로 받아들였고 Brandeis 대법관과 Frankfurter 대법관 역시 이와 같았다. 반면, Taft 대법원장은 예일(Yale) 법대 졸업생을 선호하였고, Murphy 대법관은 미시건(Michigan) 법대, Butler 대법관은 미네소타(Minnesota) 법대, 그리고 Stone 대법관은 콜럼비아(Columbia) 법대의 졸업생들을 주로 law clerk으로 받아들였다. 대법관에 따라서는 지역적인 선호가 분명한 경우도 있었다. Douglas 대법관의 경우 서부해안지방에 위치한 법과대학 졸업생들을 주로 임용하였고 반대로 Black 대법관의 경우에는 남부출신을 임용에서 배제하기도 하였다.<sup>669)</sup>

물론 비서와 law clerk의 업무와 지위가 구별되지 않았던 초기에는 종종 법과대학 졸업자 뿐 아니라 변호사 경력자가 임용되기도 하였고 수도권 워싱턴 D.C. 부근에 위치한 법과대학의 졸업생들이 다수

668) 심지어 친구의 아들이나 자신의 아들을 law clerk으로 고용한 경우까지 발견된다. 예를 들면 Day 대법관의 경우 두 아들이 아버지의 law clerk으로 근무하였다. 자세한 것은 Newland, 주 8, 306쪽 참조.

669) 대법관들의 특정 법과대학이나 지역적 선호에 대한 자세한 내용은 Newland, 주 8, 308-309쪽 참조.

를 차지하기도 하였으며 1년 또는 2년의 단기간이 아닌 여러 해에 걸쳐 law clerk으로 장기간 근무하는 경우도 상당수 존재하였다. 최고 법과대학의 우수한 성적의 졸업생들이 1~2년의 단기간 동안 고용되는 전통이 확립된 것은 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt: 재임 1933-1945) 대통령이 임명한 대법관들부터였던 것으로 알려져 있다.<sup>670)</sup> 이후 업무의 특성에 따라 점차 재학 중 연구업무나 교수들의 논문집필 작업에 관여하였던 경력이 있거나 법대 학회지 편집에 참여하였던 졸업생들이 선호되었다.<sup>671)</sup>

2. 연방대법관들에 대한 clerk이 처음으로 국가기관에서 공식적으로 언급된 것은 법무부장관의 연방의회에 대한 1885년도 업무보고에서였다. 당시 법무장관이었던 A. H. Garland는 사법부의 업무가 계속하여 지연됨을 지적하면서 이에 대한 해결책의 하나로 law clerk 제도를 만들 것을 제안하였고 연방의회는 이에 따라 1886년 각각의 대법관들에게 1명의 속기서기(stenographic clerk)를 고용할 수 있도록 하는 규정(Sundry civil Act of August 4, 1886)을 제정하였다. 1919년 대법관에 대한 보조인력은 2명으로 증가하였고 1920년에는 law clerk과 속기서기를 구별하여 고용하도록 함으로써 처음으로 law clerk이 비서와 구별되어 공식적으로 인정되었다. 1926년부터는 연방대법원이 이들의 숫자와 봉급을 정하고 연방의회는 이에 해당하는 총액을 예산에서 제공하도록 하여 연방대법원의 자율성을 제고하였고 1948년에는 종래 해마다 예산법에서 law clerk에 관하여 규정하던 것을 독립된 연방법률에서 정하도록 하여 제도의 안정을 가져왔다. 연방법률은 “연방대법원의 대법원장 및 대법관은 법원이

---

670) Newland, 주 8, 306쪽.

671) Baier, 주 8, 1138쪽.



정하는 봉급에 따라 law clerk들과 비서들을 둘 수 있다”고 규정하여 각 대법관들에게 그 임명권한을 부여하고 있고 이러한 내용은 오늘날까지 변함없이 유지되고 있다.(28 U.S.C.A.§675)<sup>672)</sup>

3. 1919년부터 각 대법관들은 보조인력으로 2명을 임명할 수 있게 되었으나 대부분의 대법관들은 종래와 같이 1명만을 이용하였다. 이때까지 보조인력들은 거의 대부분 법률가였으나 비서(secretary)라는 명칭으로 불리었다. 1921년 Taft가 대법원장으로 임명되면서 한 명의 law clerk과 다른 한명의 속기서기를 두어 처음으로 2명의 보조인력을 이용하기 시작하였다. 특히 속기서기로 임명된 자는 법률가가 아니었으며 종래 law clerk의 업무였던 개인비서의 역할을 수행함으로써 보조인력의 기능적 분화가 이루어지기 시작하였다. 점차 다른 대법관들도 보조인력을 2명으로 늘려나가면서 1939년부터 일반적으로 1명의 law clerk과 1명의 비서를 임명하게 되었다.<sup>673)</sup>

1941년 Stone이 대법원장이 되면서 보조인력을 2명의 law clerk과 2명의 비서로 증가시켜 점차 늘어나는 각종 행정사무에 대응하였다. 특히 Stone 대법원장은 law clerk을 2년 임기로 임명하여 1년씩 서

---

672) Law clerk에 관한 법률규정의 제정과 개정에 관한 자세한 내용은 Newland, 주 8, 301-303쪽 참조.

673) 이와 같은 law clerk의 업무 및 명칭의 변화를 “비서에서 law clerk으로 진화”한 것이라고 표현하기도 한다. 이와 관련하여 미국내에서도 law clerk의 명칭이 문제가 되었던 것으로 보인다. Law clerk의 업무와 역할이 정착되기 이전에는 타자나 서류정리와 같은 업무를 수행하기도 하였으므로 ‘secretary’나 ‘clerk’과 같은 명칭들이 가지고 있는 단순업무종사자의 이미지에도 불구하고 이와 같은 명칭들이 상당한 기간 사용되었다. 이러한 혼선 때문에 종종 law clerk들은 가족과 친지들에게 자신의 지위와 업무를 설명해야했다고 한다. Law clerk 이외에 주에 따라서는 ‘law assistant’, ‘research aide’, ‘legal assistant’, ‘law examiner’, ‘brief reader’ 또는 ‘briefing attorney’ 등이 명칭으로 쓰이기도 한다.(Baier, 주 8, 1130쪽 참조) 그러나 연방법률이 ‘law clerk’이라는 용어를 사용하면서 적어도 연방사법부내에서는 명칭이 law clerk으로 통일되었고 학계에서도 일반적으로 이를 받아들이고 있다.

로 교차하도록 함으로써 이른바 선임(Senior) law clerk과 후임(Junior) law clerk을 임명하는 관행을 만들었고 이후 몇몇의 대법관들이 이와 같은 방식으로 law clerk제도를 운용하기도 하였다. 1946년 Vinson이 대법원장으로 임명되면서 대법원장의 보조인력은 law clerk 3명, 비서 3명으로 늘어났고 Warren 대법원장도 이를 따랐다.<sup>674)</sup>

1960년대와 1970년대 이른바 사건의 폭주(caseload explosion)가 거듭되면서 law clerk의 숫자도 증가하였다. 특히 law clerk의 정원은 연방대법원이 필요에 따라 정할 수 있게 되어 있어 그때그때 사정에 따른 탄력적인 운영이 가능하였다. 1978년이래 대법관들은 필요에 따라 4명의 law clerk들(대법원장은 5명)과 2명의 비서(secretary) 및 보조비서(assistant secretary)를 둘 수 있다.<sup>675)</sup>

4. 1930년대 law clerk의 이용이 연방하급법원들에도 점차 확대되면서 law clerk은 제도로써 연방사법부내에 확고하게 정착되었고 결국 각주의 대법원들 역시 이를 받아들이기 시작한다. 1930년 연방순회항소법원 판사들은 법무부장관의 승인을 받아 각 1명의 law clerk을 둘 수 있게 되었고 1936년에는 연방지방법원 판사들까지 확대되었다. 1933년에는 캘리포니아(California), 일리노이(Illinois) 등 7개주의 대법원이 law clerk을 고용하였고 1942년에 이르러서는 거의 절반에 가까운 각주 대법원들이 law clerk을 이용할 정도로 확대되었다.<sup>676)</sup>

---

674) 연방대법원의 law clerk 운용의 변화에 관한 자세한 내용은 Newland, 주 8, 302-304쪽 참조.

675) Federal Judicial Center, Chambers Handbook for Judges' Law Clerks and Secretaries, 1994, 3쪽.

676) Oakley&Thompson, 주 8, 18쪽.

미국의 연방 및 각주 법원에 law clerk제도가 뿌리를 내리게 된 것은 법원업무의 증가에 기인한 것이었다. 연방대법원의 예를 보면 처음 법원업무를 시작한 1790년이래 몇 년간은 거의 사건이 없어 휴정을 거듭하였을 정도였다. 그러나 19세기 중후반에 걸쳐 이루어진 영토의 확대와 인구의 증가는 새로운 산업사회의 발전과 함께 급격한 상거래의 증가를 가져왔고 이에 따라 연방대법원에 접수되는 사건 역시 증가하지 않을 수 없었다.<sup>677)</sup> 1850년부터 업무량이 본격적으로 증가하기 시작하여 1875년에 이미 사건처리의 한계에 도달하였고 이후 상당기간 접수사건에 상관없이 한해 약 200건의 사건만을 처리하게 된다. 이후에도 계속하여 접수되는 사건이 증가하였던 점에 비추어 보면 연방대법원은 새로운 사건의 홍수에 제대로 대처하지 못하였던 것으로 보인다.<sup>678)</sup>

따라서 law clerk의 도입은 이러한 문제를 해결하기 위한 필연적인 것으로 보아야 한다. 이는 법무장관 A. H. Garland의 1885년 law clerk제도 도입제안을 보면 보다 명확해진다.

“법으로 각각의 대법관들에게 속기사(stenographer)로서 비서 또는 law clerk이 제공된다면 연방대법원의 업무가 대단히 향상될 수 있을 것으로 생각합니다 …… 사건을 조사하고 판결을 작성하는 대법관들의 업무는 엄청난 양입니다. 행정부의 각부와 상원의원들에게 이러한 보조인력(assistance)이 있는 점에 비추어, 대법관들에게도 이를 제공하지 않을 이유가 없습니다. 따라서 이에 관한 규정을 만들 것을 제안합니다.”<sup>679)</sup>

---

677) Baier, 주 8, 1132쪽.

678) John P. Frank, Marble Palace, New York, 1958, 288쪽.

679) Annual Report of the Attorney General of the United States for the Year 1885, 43쪽; 법무부장관의 보고(5쪽)에 의하면 1883년에 처리되지 않고 다음해로 미루어진 사건이 848건이었고 1884년 1년동안 연방대법원에 접수된 사건이 477건이었다. 그 합계 총 1,325건 중 변론을 거쳐 본안에 관하여 결정된 사건이 총 315건이었고 855건이 처리되지 않은 채 1885년으로 결정이 미루어졌다.

결국 law clerk제도의 도입은 늘어나는 업무에 대응하여 사법절차에 분업의 원칙을 적용한 혁신의 결과였던 것이다.<sup>680)</sup> 물론 20세기 들어서도 접수되는 사건은 꾸준히 증가하였지만 연방대법원은 이를 새로운 방식의 도입이 아닌 law clerk 숫자를 점차 늘려나감으로써 해결해 나갔다.

이와 같은 상황은 각주법원의 상황을 보더라도 크게 다르지 않다. 사건의 부담이 상대적으로 적은 주법원일수록 law clerk을 적게 사용하는 점을 보면 이를 알 수 있다.<sup>681)</sup> 다만 각주법원은 상황에 따라 전통적인 단기 law clerk 뿐 아니라 경력(career) law clerk, Central Staff 변호사(attorney) 등 다른 형태의 재판보조연구인력제도를 운용하여 점차 늘어가는 사건에 대응해 나갔다. 이와 같은 주법원에서의 변화는 연방대법원의 law clerk운용방식에도 영향을 미치게 된다. 이는 뒤에 자세히 살펴본다.

### III. Law Clerk의 업무

Gray대법관이 law clerk의 사용을 처음 시작한 이래 그들의 업무는 법원의 판결형성과 밀접하게 연결되어 왔다. 그럼에도 불구하고 현재까지 law clerk의 업무를 정하고 이를 규제하는 법률규정은 존재하지 않으며 law clerk의 업무는 오직 그들의 도움을 받는 개별판사들에게 맡겨져 있을 뿐이다. 각 판사들은 오랜 법조생활 끝에 터득한 나름의 업무습관과 방식에 따라 사건을 처리하고 law clerk의 업무도 이에 따라 결정되므로 결국 공통적인 law clerk의 업무와

---

680) Baier, 주 8, 1132쪽.

681) Baier, 주 8, 1133쪽.

지위는 사실상 존재하지 않는다고 해도 과언이 아니다. 다만 대체적으로 law clerk들은 법적 조사·연구와 문서작성에 종사하고 여기에는 연구조사(legal research), 변론보고서 작성(bench memo), 판결문 초안 작성(drafting opinions), 작성된 판결문의 보안·수정 등이 포함되며 그밖에 종종 도서관의 관리나 서류처리, 판사들의 심부름 등이 업무에 포함되는 것으로 알려져 있다.<sup>682)</sup> 심지어는 판사들의 개인적인 일을 돌보아야 하는 경우도 있는 것으로 보인다.<sup>683)</sup>

연방대법원의 경우 초기 law clerk 업무에서 가장 주요한 것으로 판결문의 초안을 작성하여 대법관에게 제출함으로써 그들의 견해형성에 도움이 되는 아이디어를 제공하는 것을 들 수 있고<sup>684)</sup> 이러한 점은 지금도 크게 다르지 않은 것으로 보인다. 그밖에 연방대법원 law clerk들의 주요업무로 알려져 있는 것에는 사건이송명령(Writ of certiorari)에 대한 보고서(Cert memo) 작성과 변론보고서(bench memo) 작성 등이 있다. 이들을 사건처리절차의 순서에 따라 차례로 살펴본다.

## 1. 사건이송명령보고서(Cert Memo)

가. 1988년 연방대법원 사건 선택법(the Supreme Court Case Selections Act)에 의하여 의무적 상소심관할(mandatory appellate jurisdiction)이 실질적으로 축소되면서<sup>685)</sup> 연방대법원의 사건들 중

---

682) Federal Judicial Center, 주 16, 1쪽.

683) 예를 들면 Stone대법관의 산책이나 Black의 테니스시합 등이 이에 해당한다. John P. Frank, 주 19, 116쪽 참조.

684) Newland, 주 8, 312-313쪽.

685) 개정 규정에 의하면 연방대법원은 연방항소법원으로부터의 상소사건의 경우 극히 제한된 예외를 제외하고는 모두 사건이송명령에 의하여 재량적으로 심사하게

일부 본래적 관할(original jurisdiction) 사건을 제외한 대부분은 사건이송명령신청(certiorari petitions)에 의한 것이 되었고 이에 따라 연방대법원은 실질적으로 어떠한 사건을 처리할지 여부를 재량에 의하여 선택할 수 있게 되었다.<sup>686)</sup> 그 결과 계류된 사건(cases on docket)이 1988년 5,657건에서 1999년 8,445건, 2000년 8,965건으로 계속 증가하였음에도 불구하고 연방대법원에서 본안에 관하여 결정한 사건의 숫자는 점차 감소하여 1988년 265건이었던 것이 1993년 157건이 되었고 1998년에는 143건, 1999년에는 131건으로 150건을 하향하는 추세가 계속되다가 2000년 들어 201건으로 다소 증가하기도 하였다.<sup>687)</sup> 이에 따라 연방대법원의 심판절차에서 본안에 들어갈지 여부를 결정하는 사건이송명령신청에 대한 심사의 중요성은 나날이 커지고 있다.

그럼에도 불구하고 계류된 사건의 수가 늘어남에 따라 대법관들은 개별 사건이송명령신청을 심사하는데 많은 시간을 소비할 수가 없게 되었고 결국 사건기록을 일일이 검토하기보다는 law clerk의 보고서에 의존하여 사건을 접하게 되었다. 따라서 law clerk들이 작성하는 보고서는 대법관들의 의사결정에 결정적으로 영향을 미치는 것으로 평가되고 있으며 사건이송명령보고서의 작성은 오늘날 연방대법원 law clerk의 업무 중 가장 비중이 높고 중요한 것으로 알려

---

되었고(28 U.S.C.A. §1254) 각주 최고법원으로부터의 상소의 경우는 예외없이 사건이송명령에 의할 수 있게 되었다.(28 U.S.C.A.§1257) 그밖에 각종 연방하급 법원으로부터의 직접 상소사건이 존재하나 이 역시 예외적으로만 연방대법원의 심사대상이 되고 있다.(Robert L. Stern 등, Supreme Court Practice, the Bureau of National Affairs, Inc., Washington, D.C., 1997, 47-49, 76-87쪽 참조)

686) 연방대법원규칙(Supreme Court Rules) 제10조는 ‘사건이송명령의 심사는 권리가 아닌 사법적 재량(judicial discretion)의 문제’라고 명시하고 있다.

687) 자세한 통계는 Sourcebook of Criminal Justice Statistics 2001, Case filed, disposed of and pending in the U.S. Supreme Court, 463쪽; U.S. Supreme Court cases argued and decided on merits, 465쪽 참조.

지고 있다.<sup>688)</sup>

나. Law clerk들의 도움 없이 사건이송명령을 직접 처리했던 Frankfurtur 대법관과 같은 예외적인 경우를 제외하고 대개 대법관들은 law clerk들로 하여금 접수된 사건이송명령신청들에 대한 간단한 보고서를 작성하도록 한다. 대개 보고서는 사실관계(facts), 하급법원의 판결(opinions below), 쟁점(issues) 그리고 변호인들의 주장(arguments of the attorneys)으로 이루어지며 여기에 clerk들의 의견이 첨부되기도 한다. 대법관들은 평의(conferences)에 앞서 보고서와 신청서를 검토하는데, 경우에 따라서는 보고서를 작성한 clerk과 토론을 하기도 한다. 보고서는 평의에 제출되어 토론의 자료로 이용된다.<sup>689)</sup>

이러한 통상의 절차외에 연방대법원은 1970년대에 들어와 사건이송명령신청 처리를 좀더 효율화하기 위하여 이른바 “공동연구(cert pool)”제도를 도입하였다. 각 대법관들이 개별적으로 자신의 law clerk들로부터 보고서를 받아 평의에 제출하였던 종래의 방식과 달리, 위 제도에 참가한 대법관들의 경우 우선 담당대법관을 정하고 그에게 소속된 law clerk 중 1명이 보고서를 작성하여 이를 공동으로 이용함으로써 보고서 작성에 드는 노력을 상당히 줄이고 있다.<sup>690)</sup> 위와 같이 작성된 보고서는 예비보고서(preliminary memorandum)로서 각 대법관실에서는 다시 소속 law clerk들로 하

---

688) 따라서 변호사들이 사건이송명령신청서를 작성할 때에 대법관들만큼이나 실질적으로 law clerk들에게 신청서를 쓰고 있다는 점을 인식해야 한다는 주장까지 나오고 있다.(Stephen R. McAllister, Practice before the Supreme Court of the United States, Journal of Kansas Bar Association, April 1995, 25, 27쪽)

689) Newland, 주 8, 313-314쪽.

690) McAllister, 주 29, 29쪽.

여금 이를 검토, 보충하도록 하여 각자의 보고서를 완성하게 된다.<sup>691)</sup>

이러한 이른바 ‘공동연구보고서(pool memo)’는 공동으로 이용되므로 그 형식이 정형화되어 있어 ① 사건의 요약(쟁점과 law clerk의 의견이 포함), ② 사실관계 및 하급법원에서의 처리 및 절차, ③ 당사자들의 주장, ④ 쟁점과 주장들에 대한 law clerk의 분석 ⑤ law clerk의 의견의 5부분으로 이루어져 있다.<sup>692)</sup> 이러한 기본적인 형식과 함께 자세한 보고서 작성법은 보관되어 있는 예전 보고서들이나 앞서 근무했던 law clerk들을 통해서 후임들에게 전해지므로 law clerk들이 바뀌더라도 변함없이 유지되는 것으로 보인다.<sup>693)</sup>

다. 위와 같이 평의를 거친 사건은 다음과 같이 결정되며 law clerk은 보고서의 의견 부분에서 이중 하나를 선택하여야 한다. ① 기각(denied), 여기에는 신청의 기각 뿐 아니라 본안에 대하여 변론 없이 이루어지는 이른바 ‘법원의 의견’(per curiam decisions) 결정과 기타 약식 결정들(summary dispositions, 예를 들면 권리보호이익 없음 등)이 포함된다. ② 인용(grants), 여기에는 대법관 4명의 동의가 필요하다. ③ 파기환송(grant, vacate, and remand), 하급법원의

---

691) 자세한 내용은 BRW Office Procedure, October term 1990, 9-10쪽 참조. 이 자료는 1990년 White 대법관실에 소속된 law clerk들이 내부사무처리의 편의를 위해 작성한 것으로 law clerk들의 업무처리방식이 자세히 기록되어 있다. 다만 이는 하나의 사무처리 예에 불과한 것이므로 모든 대법관실에서 같은 방식을 사무를 처리했다고 볼 수 없음에 유의해야 한다. 위 자료에 의하면 1990년 당시 위 제도에 참가하였던 대법관은 모두 6명이었고 참가여부는 대법관들이 임의로 결정하였다. 참가하지 않은 나머지 대법관들은 전통적인 절차에 따라 각자가 소속 law clerk들에게 개별적으로 보고서를 작성하도록 하고 이를 평의에 제출하는 방식으로 업무를 처리했던 것으로 보인다.

692) MacAllister, 주 29, 29쪽.

693) BRW Office Procedure, 주 32, 3쪽.



판결 후 결정된 연방대법원의 최근 판례나 그 사이 이루어진 법률의 변경 등에 의하여 하급법원의 판결을 다시 결정할 필요성이 있을 때 대법관 5인의 찬성으로 사건판결을 파기하고 하급법원으로 환송한다. 대체로 위의 3가지가 주를 이루며 평의에 따라 다음과 같이 처리되기도 한다. ④ 다음 평의로 연기(relists), ⑤ 보류(holds), 연방대법원의 다른 사건과 쟁점이 일치하거나 그 결과에 영향을 받을 것이 명백한 경우 대법관 3인의 찬성으로 사건을 보류한다. 대개 이러한 사건은 관련 사건의 판결 후 파기 환송된다. ⑥ 사건기록의 보충(CFRs), 당사자들이나 법무부 등 관련기관으로부터 의견이 도달하지 않은 경우 이를 기다리는 것이다. ⑦ 본래적 관할 사건(original cases), 이는 인용의 경우와 같이 취급된다.<sup>694)</sup>

## 2. 변론준비보고서(Bench memo)

가. 당사자들의 주장을 요약하여 대법관들의 구두변론준비를 돕기 위한 보고서이다. 연방대법원에서 본안에 관하여 판결하는 사건들 중 상당수는 변론을 거친다.<sup>695)</sup> 대법관들은 변론에 참여하기 전에 사건의 간략한 사실관계와 절차, 변호인들이 제기한 주장 등을 숙지할 필요가 있고 이를 위해 law clerk이 작성한 보고서가 변론준비 보고서이다. 이는 사건기록에 덧붙여 대법관들에게 제공된다. 이 보고서에서 law clerk은 선판례들과 당해 사건에 대한 가능한 쟁점들을 검토하고 종종 변호인들에게 질문할 사항들을 제시하기도 하는

694) 앞의 글, 14-17쪽; McAllister, 주 29, 29쪽 참조.

695) 1997년 본안판결 146건 중 96건, 1998년 143건 중 90건, 1999년 131건 중 81건, 2000년 201건 중 87건이 변론을 거쳤다.(Sourcebook of Criminal Justice Statistics 2001, 주 28, 465쪽)

데<sup>696</sup>) 대부분의 경우 1~2쪽으로 간략하게 작성되며 많은 양의 독립적인 조사연구를 필요로 하지 않는 것으로 알려져 있다.<sup>697</sup>)

이 보고서는 1947년 Burton 대법관이 처음으로 law clerk들에게 변론준비를 위한 보고서 작성을 지시함으로써 시작되었고 그후 다른 대법관들도 이를 여러 가지 형태로 이용하고 있다. 때로는 앞서 작성된 사건이송명령보고서가 그대로 이용되기도 한다.<sup>698</sup>)

나. 연방대법원의 한 law clerk이 작성한 보고서<sup>699</sup>)에 의하면 변론보고서의 형식과 내용은 다음과 같다.

- (1) 제목(BENCH MEMORANDUM)과 사건명, 접수번호
- (2) 제기된 사건의 쟁점(Question Presented), 사건의 쟁점을 의문문형식의 하나의 문장으로 요약한 것이다.
- (3) 사실관계 및 하급법원 재판절차의 간략한 요약(Brief Summary of Facts and Proceedings Below)
- (4) 관할문제(Jurisdictional Question), 사건이 연방대법원의 관할에 해당하지 않는다는 당사자들의 주장에 대하여 선례들을 통하여 분석하고 그 결과를 제시한다. 본 보고서를 작성한 law clerk은 본안에 들어갈 것을 의견으로 제시하고 있다.
- (5) 실질적인 쟁점들의 분석(Analysis of the Substantive Issues), 본안과 관련하여 당사자들이 제기한 여러가지 쟁점들과 관련 판례

---

696) Dorsen, Law Clerks in Appellate Courts in the United States, 26 Modern Law Review 265, 268쪽(Baier, 주 8, 1147쪽에서 재인용).

697) Federal Judicial Center, 주 16, 151쪽.

698) Newland, 주 8, 314쪽.

699) 이 보고서는 1987년 작성되어 대법관에게 제출된 것으로 보인다. 연방대법원 내부의 사건처리를 위한 문서이므로 구체적인 사건의 내용은 언급하지 않고 형식적인 부분만을 검토한다.

들을 검토, 분석한다. 마지막으로 비례심사(Balancing Test)에서 고려해야 할 여러 가지 요소(Factors)들을 종합적으로 제시하는 점이 특이하다.

(6) 결론과 권고의견(Conclusion and Recommendation), 보고서의 내용을 요약하고 law clerk의 의견을 제시한다.

### 3. 판결문 초안 작성

가. 변론을 마친 후 평의를 거친 사건에 대해서는 판결문을 작성하여야 한다. 연방대법원장이 다수의견에 속해 있을 경우 대법원장이 판결문을 작성할 대법관을 정하며, 기타의 경우에는 다수에 속해 있는 선임대법관이 정한다. 이와 같이 판결문 작성을 맡게 된 대법관은 소속 law clerk 중 통상 해당 사건과 관련하여 보고서를 작성하거나 검토를 했던 law clerk을 판결문초안 작성에 관여하도록 한다.<sup>700)</sup>

Law clerk제도가 시작되는 초기부터 판결문초안 작성에의 관여는 그들의 주요한 업무였다. Gray 대법관의 law clerk 중 하나였던 Samuel Willistone은 판결문작성업무과정을 다음과 같이 묘사하고 있다.

“비서(secretary)는 법조인으로서 할 수 있는 최상의 업무 즉 연방대법관들이 해야 할 일과 동일한 일을 하도록 요구받는다. 접수되는 사건기록들은 대법관에 의하여 비서들에게 전해지는데, 대개의 경우 사전에 그 대법관 자신의 견해에 대한 어떠한 언급도 이루어지지 않는다. 자신에게 전해진 기록들을 연구하여 판결문(opinion)을 작성하는 것이 비서의 업무이다 …… Gray대

700) BRW Office Procedure, 주 32, 28-29쪽.

법관은 그 주의 사건들을 비서와 토론하므로 비서들은 사건의 주요한 사실관계들과 변호인들의 의견서(briefs)에 인용된 판례와 문헌들을 확실히 숙지해야만 한다 …… 종종 그는 비서들에게 판결문 작성을 지시하기도 하는데 비록 이렇게 작성된 것들은 결국 쓰레기통 속으로 들어가기는 하지만 그곳에 제안된 것들이 판결문에 채택될 수도 있다는 점은 비서들이 최선을 다하도록 자극하는데 충분하다. …… 비서들이 판례들을 찾아보고 소화하여 보고하였다 하더라도 Gray 대법관이 직접 다시 이를 찾아서 신중하게 검토하는 것을 막지는 못했다. 그는 제시된 아이디어들을 재삼 살피고 사안을 충분히 검토하여 완전히 자신만의 결론을 만들어냈다.”<sup>701)</sup>

Law clerk이 판결문 작성에 관여하는 방법은 각 대법관에 따라 다르다. 예를 들어 Brandeis 대법관은 판결문에 붙어 있는 많은 각주들을 위한 문헌조사에 law clerk들을 이용하였고 Stone 대법관의 law clerk들의 경우 대법관 자신이 작성한 판결문 초안을 뒷받침하는 판례들을 찾는 것이 주요한 업무였다. Douglas 대법관은 law clerk들로 하여금 자신이 작성한 초안을 읽고 인용된 판례나 사실관계 등을 교정하는 정도로 law clerk들이 판결문 작성에 관여하도록 하였다. Murphy 대법관은 판결문 초안 작성의 상당한 부분을 law clerk에게 의존하였고 그 후 몇몇 대법관들은 Murphy 대법관의 예에 따라 law clerk들로 하여금 직접 판결문 초안을 작성하도록 하였다.<sup>702)</sup>

나. Law clerk의 판결문초안작성<sup>703)</sup>은 우선 기록과 관련사건들에

---

701) Samuel Willistone, Horace Gray, Great American Lawyers, Vol 8, 137, 158-160쪽. 당시에는 law clerk이라는 명칭이 사용되지 않았고 secretary라는 명칭이 사용되었으므로 그대로 번역하였다.

702) 여러 대법관들의 판결문 작성과 law clerk의 업무에 대하여는 William O. Douglas, The Court Years 1939-1975, The Autobiography of William O. Douglas, Random House, New York, 1980, 171-172쪽 참조.

대한 조사·연구에서부터 시작된다. 사건기록과 의견서에서 제출된 쟁점들을 검토하여 이에 필요한 사항들을 완전히 숙지하고 평의에서 제출된 대법관들의 견해를 종합하여 판결의 논리구조와 결론을 재검토하여야 한다.

당해 사건이 변론을 거친 경우에는 반드시 구두변론을 기록한 녹음 테이프를 듣고 숙지하여야 한다. 미국의 경우 연방대법원 뿐 아니라 많은 법원들이 판결문 작성에 도움이 되도록 구두변론을 녹음하여 판사들에게 제공한다. 판결문초안을 작성하는 law clerk이 구두변론 과정에 참석하여 이미 내용을 파악하고 있다 하더라도 쟁점들과 이에 대한 법관들의 질문 및 변호인들의 대답 등에 대한 기억을 새롭게 하기 위하여 이러한 과정은 필요하며 때로는 변론이 law clerk이 업무를 시작하기 전에 이미 종결되었을 경우도 있으므로 변론테이프를 듣는 것은 대단히 중요하다고 할 수 있다.

이와 같은 사전준비가 끝나면 판결문의 목차와 간략한 내용을 작성한다. 먼저 사실관계와 변론과정에서 제출된 법적인 쟁점들을 명확하게 서술한 후 어떠한 쟁점들이 결정적인 것인지를 정한다. 예를 들면 절차적인 문제로 사건이 결정되는 경우 실체문제까지 언급하는 것은 불필요할 수 있으나 실체적 쟁점에 의하여도 결론이 같다면 이를 언급해야 하는 경우도 있다. 또한 자세히 다룰 쟁점과 간략하게 다루어도 되는 쟁점들을 구별해 놓기도 한다.

실제로 초안은 대개 도입부(Introduction 당사자, 하급법원의 판결과 쟁점 등), 사실관계, 적용법규, 법규의 적용(Disposition), 결론(Closing)으로 구성되며 간혹 각주가 쓰이기도 한다.

---

703) 다음의 판결문초안작성과정은 Federal Judicial Center, 주 16, 157-160쪽을 요약한 것이다.

Law clerk의 판결문작성에 관한 업무에는 위와 같은 초안의 작성 뿐 아니라 사건기록과 변호인들의 의견서 및 인용문들을 검토하여 당사자들이나 의견서에서 부적절하게 제시되고 있는 사항들을 바로 잡는 것이 포함되며<sup>704)</sup> 대법관과 law clerk들의 연구성과 및 판결의 배경을 파악하는 유용한 통로로 판결문의 각주가 이용됨에 따라 이를 검토하는 것이 law clerk들의 주요한 업무의 하나가 되었다.<sup>705)</sup>

다. 대법관들이 판결문을 작성할 때에 law clerk들에게 많은 부분 의존한다는 것<sup>706)</sup>이 외부에 알려지면서 law clerk들의 판결에 대한 과도한 영향이 끊임없이 비판의 대상이 되어 왔다. law clerk이 판결문의 초안을 작성하는 경우 뿐 아니라 사건에 대한 연구·조사를 하거나 대법관과 토론을 하는 경우에도 그들이 앞선 판례들과 당사자들의 주장 그리고 논리전개 등을 재량적으로 선택하여 대법관에게 제공함으로써 크게는 개별사건들의 결과부터 작게는 개별쟁점들에 대한 논리전개에까지 결정적으로 영향을 미칠 수 있다는 것이다.<sup>707)</sup> 특히 한 대법관의 감독하에 일하는 law clerk들의 수가 늘어나고 많은 재판업무를 이들에게 의존하게 되면서 이들을 임명하고 그 업무활동을 감독하는 행정적인 부분이 대법관의 업무 중 많은 부분을 차지하게 되었고 이는 대법관들이 판결 그 자체에 쓸 수 있

---

704) Newland, 주 8, 314쪽.

705) Newland, 주 8, 315쪽; Baier, 주 8, 1151쪽.

706) 연방대법원에서 law clerk으로 근무하였던 한 교수에 의하면 law clerk들 사이에 “이번에 판결된 특정 사건의 판결문은 아무개 law clerk의 작품이다” 라는 것과 같은 대화가 오가기도 한다고 한다.

707) Jim Chen, The Mystery and the Mastery of the Judicial Power, Missouri Law Review, Vol. 59, 1994, 281, 302쪽.

는 시간을 상대적으로 제한하는 결과를 초래하였다는 지적이 제기되고 있다.<sup>708)</sup> 이에 따라 과도한 판결업무의 위임으로 말미암아 ‘판결을 하는 주체가 과연 누구인가’ 라는 의문을 제기하는 학자들도 등장하였고<sup>709)</sup> 심지어 연방대법관의 임명뿐 아니라 모든 law clerk들의 임명시에도 상원의 동의를 거쳐야 하도록 해야 한다는 안건이 연방의회에 제출되기도 하였다.<sup>710)</sup>

그러나 궁극적으로 평의에서 사건의 결론을 결정하는 것은 대법관들이고 이들이 law clerk의 초안을 검토하고 확인, 수정하는 과정을 거치며 결과에 대한 책임이 대법관들에게 돌아간다는 점에서 위와 같은 문제제기들이 궁극적으로 재판에 대한 불신에까지 미치지 않은 것으로 보인다.<sup>711)</sup> 게다가 앞서 본 바와 같이 궁극적으로 law clerk들의 판결에 대한 영향은 대법관의 견해를 검토·비판하고 이를 통하여 대법관들이 미처 신경쓰지 못한 세밀한 부분을 점검하는 것을 통하여 이루어진다고 할 때, 결국 ‘판결문’이 아닌 ‘판결’ 그 자체에 대한 law clerk들의 영향은 제한적일 수밖에 없는 것이다.

그럼에도 불구하고 이와 같은 law clerk의 영향력에 대한 비판은 주법원과 연방하급법원에 경력 law clerk이나 central staff 변호사 제도가 도입되면서 더욱 심화된다. 이에 대한 자세한 내용은 뒤에 검토한다.

---

708) J. Daniel Mahoney, Law Clerks: For Better or For Worse?, Brooklyn Law Review, Vol. 54, 1988, 321, 337-338쪽.

709) Wade H. McCree, Jr., Bureaucratic Justice: An Early Warning, University Pennsylvania Law Review, Vol. 129, 1981, 777, 789쪽.

710) Douglas, 주 43, 172쪽. 그러나 law clerk은 연방헌법(Art II, Sec 2)에 의하여 임명되는 연방공무원이 아니라 법률에 의하여 창설되어 그 임명이 연방대법원의 권한에 맡겨진 것이므로 법리상 상원의 동의를 거치는 것은 문제가 있다.

711) David Crump, How Judges Use Their Law Clerks, New York State Bar Journal, May 1986, 46쪽.

#### IV. Law Clerk의 지위와 윤리규범

1. 앞서 살펴본 바와 같이 law clerk은 사법재판의 의사결정과정에서 대단히 중요한 역할을 수행한다. 특히 재판의 주체인 판사와의 밀접한 관계는 심지어 “(판사들의) 다른 하나의 팔과 다리”에 해당한다고 할 정도까지 말해지고 있다.<sup>712)</sup>

이러한 Law clerk과 개별 판사들과의 관계를 살펴보면 상당히 다면적으로 이루어져 있음을 알 수 있다. 그들의 관계는 우선 법적으로는 고용계약의 당사자로서 고용자와 피고용자의 관계이나, law clerk의 업무자체를 하나의 실무교육과정으로 볼 수 있다는 점에서<sup>713)</sup> 스승과 제자관계이기도 하며, law clerk들이 정규교육을 모두 마친 법률가라는 점에서는 법률가 사이의 대등한 관계이기도 한 것이다. 여기에 개인적인 부분을 더하여 보면 law clerk들은 판사들의 친구로서의 역할까지 한다고 볼 수도 있다.<sup>714)</sup>

아직까지 law clerk의 역할에 따른 지위에 대하여 언급하고 있는 연방대법원의 판결은 존재하지 않는다. 다만, 연방항소법원의 판결은 law clerk의 역할과 지위에 대하여 다음과 같이 언급하고 있다.

“Law clerk의 업무는 본질적으로 모두 사법적인 것이다. law clerk들은 법원의 의사결정과정에서 밀접하게 연관되어 있다. 그들은 미완의 판결을 위한

---

712) John P. Frank, 주 19, 116쪽; Baier, 주 8, 1144쪽.

713) Federal Judicial Center, 주 16, 2쪽.

714) Law clerk과 판사와의 다면적인 관계에 관하여는 Comment, the Law Clerk's Duty of Confidentiality, University of Pennsylvania Law Review, Vol 129, 1981, 1230, 1232쪽 참조.



공명판(sounding board for tentative opinions)이며 판결에 영향을 미치는 증거(전거, authorities)들을 찾는 연구자이다. Clerk들은 판사들과 은밀한 관계를 맺고 있으며 이는 사건의 당사자들이나 가까운 가족들은 불가능한 것이다.…… law clerk들은 판사들의 단순한 연장(extensions)으로서 그들의 뜻에 따라 봉사한다.”<sup>715)</sup>

Law clerk들이 판사들과 밀접한 관계를 유지함에 따라 법원과 사건에 대하여도 대단히 독특한 입장에 처하게 된다. 그들은 일반인들에게는 공개가 금지되는 판결문의 초안들과 내부의 보고서, 그리고 판사들 사이의 토론 내용을 알 수 있고 판결이 선고되기 전에 선고일정과 함께 그 결과를 알 수 있다. 또한 판사들과 개인적으로 밀접한 관계를 유지하므로 판사들의 정치적 성향과 특정 변호사, 당사자 및 다른 판사들에 대한 감정을 알 수 있고 일정한 종류의 사건들에 대한 호불호(호불호)까지 알 수 있게 된다.<sup>716)</sup> 따라서 law clerk의 직업적, 개인적 행위 하나하나가 판사들의 업무에 영향을 미치며 이는 궁극적으로는 사법부 전체에까지 미친다고 할 수 있다.

2. 이와 같은 사법부내에서의 지위와 역할에 따라 law clerk에게는 매우 높은 수준의 직업윤리규범이 적용된다. 판사의 연장으로서 공공업무를 담당하는 자의 지위를 가지고 있으므로 판사와 같은 정도의 행위규범이 적용되는 것이다. 이러한 필요에 따라 1981년 연방법무부 산하의 사법위원회(Judicial Conference)는 law clerk을 위한 업무규정(the Code of Conduct for Law Clerks)을 제정하였고 이는 몇번의 개정을 거쳐 현재까지 적용되고 있다.<sup>717)</sup> 위 규정은 일반규

---

715) Oliva v. Heller, 839 F. 2d 37, 40(2d Cir. 1988) 원문에 있는 각주는 생략하였다.

716) Comment, 주 55, 1235쪽.

717) 위 규정은 사법부 공무원을 위한 업무규정(Code of Conduct for Judicial

정으로서 법률이나 법원의 명령(court order), 고용주인 개별판사들에 의하여 확립된 기준이 더욱 엄격한 경우에는 적용되지 않는다.<sup>718)</sup> law clerk에게 요구되는 윤리규범 중 주요한 것 몇가지를 간략하게 살펴본다.

가. 충성 의무와 업무상 비밀누설 금지

Law clerk들은 소속 판사에게 충성과 신뢰의 의무를 다해야 한다. 판사는 그들의 충성 및 신뢰성을 믿고 사법업무에 대하여 그들과 협의하므로 어떠한 경우에도 다른 사람에게 판사의 결정이나 업무처리 방식에 대하여 언급하거나 비판할 수 없다. 심지어 같은 법원의 구성원인 경우에도 이는 금지된다. 판사의 명시적인 허가가 없으면 law clerk은 판사의 업무상 견해에 대하여 언급할 수 없고 그에 대하여 개인적으로 평가하는 것도 금지된다.<sup>719)</sup> 또한 law clerk이 사건에 대하여 공식, 비공식적으로 입수한 모든 정보는 판사에게 제공되어야 한다.<sup>720)</sup>

특히 law clerk들은 개별 사건에 대한 각 판사들의 입장에 대하여 어떠한 실마리도 사전에 외부에 누설할 수 없다. 일단 재판이 이루어지고 나서도 그 결과는 공공기록의 대상이 되므로 law clerk은 친

---

Employees)이라는 이름으로 변경되어 현재에는 판사를 제외한 모든 사법부 구성원들을 적용대상으로 하고 있다.

718) Federal Judicial Center, 주 16, 10쪽. 기본적으로 law clerk의 업무에 대한 감독과 책임은 개별 판사들에게 맡겨져 있으므로 각 판사실에서 독자적으로 마련한 업무지침이 존재하는 경우에는 위의 일반규정은 사실상 거의 적용되지 않는다고 볼 수 있다. 또한 위 업무규정은 서문에서 연방대법원 등 일부 법원을 자체적으로 업무윤리규범을 정할 수 있는 예외로 인정하고 있어 이러한 경우에는 위 규정이 원칙적으로 적용되지 않는다. 따라서 연방대법원 law clerk들에게는 대법관들이 자체적으로 정한 기준만이 적용된다.(위 규정 서문 주1 참조)

719) Federal Judicial Center, 주 16, 14쪽.

720) 앞의 글, 16쪽.

구들이나 가족들과 현재 심판 중인 사건이나 결정된 사건에 대하여 토론할 수 없으며 심지어 다른 판사실에 소속된 law clerk들과도 되도록 논의하는 것을 피하여야 한다. 실제로 몇몇 판사들은 다른 law clerk들과의 현안에 대한 논의를 엄격하게 금지하고 있다.<sup>721)</sup>

#### 나. 취업준비 및 퇴직 후 업무범위의 제한

law clerk들에게 단기간의 법원근무를 마친 후의 진로결정은 매우 중요한 관심사이므로 되도록 빠른 시일 내에 많은 법률회사나 법률사무소와 접촉을 하여 취업여부를 결정할 수 있기를 바란다. 따라서 대개 진로 결정을 위한 법률회사 등과의 접촉은 법원에서 근무하는 동안 이루어지게 되고 law clerk이 현재 법원에 계속된 사건을 수임한 법률회사나 법률사무소와 고용문제로 접촉하는 경우 상당한 문제가 발생할 여지가 있다. 이에 따라 일부 판사들은 근무기간이 끝나기 전에 law clerk들이 법률회사나 법률사무소에 지원하는 것을 금지하기도 하며 일부의 경우에는 이를 허용하면서도 그 법률회사와 관련된 모든 사건에 관한 업무에서 제외하는 방식으로 이를 해결하기도 한다.<sup>722)</sup> 개별 판사들이 정한 특별한 지침이 없는 경우에 일반적으로 취업을 위해 지원하는 것은 허용되나 그 과정에서 업무와 관련된 어떠한 사실도 누설해서는 안되며 미래의 고용주와 이해관계가 있는 사건업무에서 제외되어야 한다.<sup>723)</sup>

---

721) 앞의 글, 15-16쪽.

722) 예를 들어 White대법관의 경우 원칙적으로 봄까지 법률회사에 지원하여 정식으로 면접하는 것을 금지하며 근무기간이 끝날 때까지 취업여부에 대하여 결정할 수 없도록 하였다. 다만 예외적으로 소규모의 법률사무소와 관계되어 취업결정을 미룰 수 없는 사정이 있는 경우 대법관의 허가를 받아 면접을 하고 취업을 결정할 수 있다. 법률회사가 아닌 법과대학이나 정부기관의 경우에는 특별한 기간의 제한을 두지 않았다.(BRW Office Procedure, 주 32, 30쪽)

723) Federal Judicial Center, 주 16, 22쪽.

비슷한 이유로 많은 법원과 판사들은 퇴직한 law clerk의 업무활동에 상당한 제한을 가하고 있다. Law clerk들이 근무하는 동안 계속된 모든 사건에 퇴직 후 어떠한 형태로든 관여할 수 없도록 하거나 law clerk으로 일했던 법원에서 변호인으로서 활동할 수 없도록 하는 것들이 이에 포함된다. 특별한 규정이 없는 경우에도 최소한 law clerk으로서 관여했던 사건과 관련하여 퇴직 후 업무상 관여하는 것은 엄격히 제한된다.<sup>724)</sup>

그밖에 law clerk은 업무와 관련하여 금품을 받을 수 없을 뿐만 아니라 일정한 경우(허가받은 강의 등)를 제외하고 업무 외의 연설이나 논문, 그리고 일정한 모임에의 참석 등의 활동으로 금전적 대가를 받을 수 없다. 또한 정당원이 될 수는 있으나 연설을 하거나 정치자금을 모금하는 등의 적극적인 정치활동은 할 수 없는 등의 윤리규정이 있다.

## V. 주법원과 연방하급법원의 law clerk - Central Staff 변호사와 경력 law clerk 제도

1960년대와 70년대에 걸쳐 주법원(특히 항소법원 및 대법원)의 사건 수가 급격하게 늘어나면서 이에 대한 대응방안이 논의되기 시작하였다. 우선적으로 행해진 것은 연방대법원의 예에서와 같이 law clerk의 숫자를 늘리는 것이었으나 그 수가 일정한 수준을 넘어서면서 사건처리는 한계에 직면하였다.

---

724) 앞의 글.

그 주요한 이유의 하나가 판사들의 행정기능의 한계이다. 근본적으로 판사와 law clerk의 관계는 개별적인 대면접촉을 통한 상호신뢰를 바탕으로 형성된다. 따라서 law clerk의 수가 제한적인 경우 별다른 업무감독기능이 필요 없으나 일정한 수를 넘어서면 law clerk들 사이의 업무를 분담·조절하고 감독하는 등의 업무조직기능이 필요하게 된다. 문제는 훌륭한 판사라고 하여 이와 같은 행정가로서의 자질을 가지고 있다는 보장이 없는 것이며 따라서 law clerk의 수가 늘어날수록 판사실내에서의 업무효율은 갈수록 떨어지게 되었던 것이다.<sup>725)</sup>

게다가 업무조직기능 이외에 기본적으로 law clerk 지원자들을 면접하고 임용을 결정하며 업무교육을 시키는 등의 일이 모두 개별판사들에게 맡겨져 있는 상황에서 law clerk의 수가 늘어난다는 것은 이와 같은 업무에 많은 시간을 할애해야 한다는 것을 의미하였다. 이러한 상황이 심화되면서 결과적으로 사건처리의 효율성은 더 이상 향상되지 않았다.<sup>726)</sup>

위와 같은 양적인 문제 뿐 아니라 law clerk의 질적인 부분도 상당한 문제였던 것으로 보인다. 특히 주법원의 경우 우수한 법과대학의 졸업생들을 law clerk으로 임용하기가 연방법원에 비해 상대적으로 어려운 상황에서 전통적인 단기 law clerk제도를 유지하기보다는 새로운 제도를 도입하여 훌륭한 인재를 확보해야 할 필요성이 있었다.<sup>727)</sup>

---

725) Winslow Christian, Using Prehearing Procedures to Increase Productivity, Federal Rules Decisions, Vol. 52, 1971, 55, 61쪽. 이에 대한 해결책으로 Christian 판사는 일정한 수를 넘은 재판보조인력은 개인판사들이 아닌 중앙의 감독기관에서 지휘·감독하도록 하고 법원내에 서열이 아닌 행정능력에 따라 선출된 행정담당 판사를 둘 것을 제안하고 있다.

726) N. O. Stockmeyer Jr., Rx for the Certiorari Crisis: A More Professional Staff, American Bar Association Journal, Vol. 59, 1973, 847쪽.

따라서 먼저 각주법원에서 새로운 사건처리방식을 찾아보려는 노력을 시작하였고 그 결과 도입된 것이 central staff 변호사와 경력 law clerk 제도였다. 이러한 새로운 제도는 이후 비슷한 문제에 직면한 연방하급법원에도 도입되었다.

## 1. Central Staff 변호사

가. 각주의 상소법원들은 사건처리를 보다 효율화하는 문제를 해결하기 위하여 우선 그 사건들의 반복적이고 기계적인 속성에 착안한다. 각주의 항소법원과 연방항소법원과 같은 2심절차에서는 대개의 경우 항소가 당사자들의 권리로서 보장된다. 이러한 경우 항소법원에 접수된 사건들은 대부분 재판의 대상이 되며 이들 중 상당수는 본안의 내용에 대한 숙고 없이 기계적으로 처리될 수 있다. 또한 최종심인 상고법원들의 경우 대부분의 주에서 연방대법원과 같이 재량적으로 주요한 사건만을 받아들여 심판할 수 있도록 하고 있으므로 접수된 사건 중 대다수는 본안에 들어가지 않고 행정적으로 처리될 수 있다.<sup>728)</sup> 따라서 이러한 사건들의 처리를 위하여 별도의 법률가 집단을 법원에 두고 접수된 모든 사건들을 일단 심사하여 주요사건과 단순한 사건들을 분류하는 데에 관여하도록 하면 개별 판사들은 주요사건들의 판결에 집중할 수 있게 된다. 게다가 이들의 임용, 지휘를 법원이 전체적으로 맡아하면 이를 위해 개별 판사들이 들여야할 시간도 절약할 수 있게 된다.

이러한 논리에 따라 도입된 것이 central staff 변호사<sup>729)</sup> 제도이다.

727) Oakley&Thompson, 주 8, 136쪽.

728) 앞의 글, 22쪽.

729) 'Central staff'이라는 명칭이 통일되어 있는 것은 아니다. 법원에 따라서는 'research attorney', 'commissioner', 'writ clerk', 'pro se clerk', 'staff law clerk',

이들은 개별 판사가 아닌 법원에 의하여 고용되어 법원 전체를 위해 일을 하며 이들의 감독책임을 지는 연구팀장(research director 또는 supervising staff attorney)의 지휘를 받는다.

나. Central Staff 변호사들의 주요업무로 ‘변론 전 연구조사’(prehearing research)를 들 수 있다. 1968년 처음으로 이 제도를 도입한 미시간(Michigan) 주 항소법원은 이들을 사건의 일차적 검토에 활용한 대표적인 예로 거론된다. 위 법원의 central staff 변호사들은 일단 사건이 접수되고 관련서류가 모두 도착하면 이를 검토하여 이른바 ‘변론 전 보고서’(prehearing memorandum)를 작성하여 제출한다. 위 보고서는 사실관계의 요약, 당사자들의 주장, 쟁점들에 대한 분석, 연구자의 권고의견 등으로 형식과 내용은 통일되어 있으나 연구자는 쟁점들을 자유롭게 통합하거나 순서를 변경하여 분석할 수 있고 당사자들에 의하여 제기되지 않은 쟁점들도 사건해결에 주요하다고 인정하면 논의할 수 있다.<sup>730)</sup> 또한 이들은 결론에서 개별사건들을 정식판결(full opinion), 간략한 판결문을 통한 법원의 의견(per curiam decisions), 단순히 결론만을 선고하는 약식재판(memorandum opinion)으로 나누어 권고한다. 법원의 의견이나 약식재판의 경우에는 최종판결문의 초안을 작성하여 보고서와 함께 제출하며 정식판결의 경우 변론 전 보고서는 최종 판결문을 위한 기본자료로 이용된다. 따라서 전자의 경우 단순히 판결문 초안의 검토

---

‘pool aide’, ‘central staff attorney’등의 명칭을 사용한다.(Roger A. Hanson의 3인, The Work of Appellate Court Legal Staff, National Center for State Court, 2000, 13쪽 참조) 대개 학자들은 central staff (attorney)라는 명칭을 통상 사용하고 있어 이 글에서는 이러한 사용례를 따랐다.

730) Lesinski&Stockmeyer, Prehearing Research and Screening in the Michigan Court of Appeals: One Court’s Method for Increasing Judicial Productivity, Vanderbilt Law Review, Vol. 26, 1973, 1211, 1216-1217쪽.

토·변경만으로 사건처리가 가능해지고 판사들은 정식판결에만 전념할 수 있게 되는 것이다.<sup>731)</sup> 주 대법원들의 경우 변론 전 보고서는 재량적 상고에 대한 것으로서 연방대법원의 사건이송명령보고서와 같은 역할을 한다.

물론 법원에 따라서는 이들에게 다른 업무를 맡기는 경우도 있다. 일부 법원은 관할이나 권리보호이익과 같은 부수적인 사안의 검토만을 맡기기도 하고 일부는 이들에게 사실관계와 쟁점을 요약하여 변론준비보고서를 작성하도록 하기도 하며 결론을 위한 쟁점의 연구조사에서는 제외하기도 한다.<sup>732)</sup>

이들은 법원에 소속된 직원이므로 그 임용 및 교육훈련은 연구팀장 또는 다른 선임 변호사들의 책임으로 이루어지고<sup>733)</sup> law clerk의 경우와는 달리 임기가 1년 또는 2년으로 제한되지 않으며 법과대학을 갓 졸업한 신진법조인이 아닌 법조 경력있는 변호사들로 이루어지는 사례가 많다.<sup>734)</sup>

다. 이와 같이 central staff 변호사제도는 기본적으로 기존 law clerk제도를 보완하는 역할을 하는 것으로 볼 수 있다.<sup>735)</sup> 단순하고 기계적인 사건을 이들이 처리함으로써 판사들과 이들에 소속된 law clerk들의 업무부담을 덜어줌으로써 좀더 깊이 있는 연구 및 판결을

---

731) 앞의 글, 1218쪽. 일반적인 law clerk들은 이 단계에서 개별판사들의 업무를 돕게 된다.

732) Oakley&Thompson, 주 8, 23쪽.

733) 미시간(Michigan) 주 항소법원의 경우 central staff 변호사의 임용을 위한 위원회는 판사와 연구팀장 및 다른 선임 법원 임원으로 이루어져 있다.(Lesinski&Stockmeyer, 주 71, 1220쪽)

734) 예를 들면, 버지니아(Virginia) 주 대법원, 캘리포니아(California) 주 대법원, 아리조나(Arizona) 주 대법원의 경우 제도초기부터 법조경력이 있는 변호사들을 임용하였다.(Stockmeyer, 주 67, 849쪽 참조)

735) Oakley&Thompson, 주 8, 26쪽.



도와주는 것이다. 따라서 많은 법원들이 이 제도를 도입한 후에도 law clerk제도 자체는 유지될 수 있었다. 그러나 새로운 제도의 영향으로 전통적인 단기 law clerk의 모습이 그대로 유지될 수는 없었다.

## 2. 경력 law clerk

경력(career) law clerk은 개별 판사들에 소속되어 기존 law clerk의 업무를 수행하나 임기가 1년 또는 2년의 단기로 제한되지 않는 law clerk을 말한다.<sup>736)</sup> 이러한 경력 law clerk의 등장은 central staff 변호사 제도 및 학생인턴제도(extern)의 도입과 밀접하게 연결되어 있다.<sup>737)</sup> 우선 central staff 변호사제도의 경험은 1년 또는 2년의 단기간만을 근무하는 law clerk의 단점을 극복하는 방법으로 law clerk의 장기간 고용체제를 도입하도록 하는 바탕이 되었다. 이른바 ‘처음 6개월은 재판관이 돕고 나머지 6개월은 law clerk이 돕는다’<sup>738)</sup>는 말이 나올 정도로 법과대학 졸업자의 단기 근무 형식의 전통적인 law clerk제도는 대량의 사건을 효율적으로 처리하는 면에서 문제가 많은 것이었다. 따라서 central staff 변호사를 통해 상당한 법조경력을 가진 변호사를 장기간 고용하여 업무에 숙련된 인력을 키워냄으로써 사건처리를 신속하게 할 수 있는 장점을 발견한 일부 법원에서 law clerk의 장기간 고용을 고려하게 된 것이다.

736) Roger A. Hanson의 3인, 주 70, 20쪽. 이들에 대한 명칭 또한 ‘research attorney’, ‘judicial law clerk’, ‘senior law clerk’ 등으로 다양하며 학문적으로는 일반 law clerk과 비교하여 ‘elbow clerk’이라는 명칭이 쓰이기도 한다. 이 글에서는 위 글의 예에 따라 ‘career law clerk’을 번역하여 사용하였다.

737) Oakley&Thompson, 주 8, 31쪽.

738) 양삼승, 주 7, 226쪽.

게다가 법과대학 재학생들이 교육과정의 하나로 판사실에서 law clerk과 같이 재판연구업무에 종사하고 학점을 취득하는 학생인턴제도가 활성화되면서 단기 law clerk들의 주요역할 중 하나였던 최신 연구성과 및 새로운 시각의 도입을 이들을 통해 획득할 수 있었고<sup>739)</sup> 이에 따라 1년마다 새로운 law clerk을 임명할 필요성이 점차 감소하게 되었다. 따라서 상당수의 법원들이 경력 law clerk제도를 도입하고 학생인턴들을 적극 활용하여 경력 law clerk의 law clerk으로서 업무를 돕도록 함으로써 신·구조화를 도모하고 있다.<sup>740)</sup>

## VI. 새로운 제도의 확산과 연방대법원의 대응

1. Central staff 변호사와 경력 law clerk 제도가 가지는 상대적인 장점으로 말미암아 이들은 점차 각주 법원과 연방하급법원에 확산되었다. 1976년의 조사<sup>741)</sup>에 의하면 50개 주의 대법원 중 11개 주에서 law clerk의 임용을 판사개인에게 맡기지 않고 법원에서 맡아 처리하였다.<sup>742)</sup> 특히 뉴욕(New York) 주 대법원의 경우 전체 law

739) 학생인턴제도에 대하여는 Oakley&Thompson, 주 8, 27-29쪽 참조.

740) 최근의 연구결과에 의하면 경력 law clerk과 전통적인 단기 law clerk간의 업무는 거의 차이가 없는 것으로 보인다. 다만 후임자 등의 교육훈련과 법원의 기술적 업무에의 참여에서만 차이가 있는 것으로 나타났다.(Roger A. Hanson의 3인, 주 70, 44쪽 참조)

741) The Council of State Governments, State Court Systems, Revised 1976, Table 13 Legal and Clerical Assistance for State Courts of Last Resort: Law clerks.

742) 법원에 의한 law clerk 임명제도는 전체를 법원에서 임명하여 준비업무로 law clerk을 배정하는 미시시피(Mississippi) 주나 위원회를 조직하여 임용 및 배정업무를 수행하도록 하는 몬타나(Montana) 주의 예에서 알 수 있듯이 개별 판사들의 law clerk 임용업무부담을 경감시키기 위하여 central staff 변호사제도의 일

clerk 22명 중 7명을 법원에서 임명하여 법원 전체를 위한 연구조사를 수행하도록 하는 완전한 central staff 변호사제도를 가지고 있었다. 또한 law clerk의 임기를 판사의 재량에 맡기고 있는 곳이 23곳이었는데 그 중 캘리포니아(California) 주 대법원은 2/3의 연구인력을 법조경력자로 임명하고 근무기한을 제한하지 않는 경력 law clerk제도를 도입하고 있었고 오클라호마(Oklahoma) 주 대법원은 모든 law clerk의 자격요건으로 법률가로서 4년의 경력이 있을 것을 요구하고 판사의 임기내에서 자유롭게 law clerk의 근무기간을 정하도록 하는 완전한 경력 law clerk제도를 운영하고 있었다.

1980년<sup>743)</sup>에 오면 법원에서 law clerk 등 재판보조연구인력을 임명하는 곳은 14개주로 증가하였으나 law clerk의 임기를 재량적으로 정하는 곳은 24곳으로 4년 전에 비하여 크게 변동이 없었다. 따라서 이때까지 central staff 변호사나 경력 law clerk제도가 일반적인 재판보조연구인력제도로서 받아들여졌던 것으로 보기는 어렵다.

그러나 근래의 조사에 의하면 양상은 완전히 달라진다. 1998년의 조사<sup>744)</sup>결과에 의하면 50개 중 41개의 주의 대법원에서 적게는 1명(콜로라도 Colorado, 아이다호 Idaho 등 5개에서 많게는 44명(캘리포니아 California)의 central staff 변호사를 두고 있다. 항소법원으로 가면 이러한 추세는 더하여 오직 2개주(알라바마 Alabama, 하와이 Hawaii)를 제외하고 모든 주의 항소법원들이 central staff 변호사제도를 운용하고 있다. 경력 law clerk의 경우 8개주(캘리포니아 Californian, 코네티컷 Connecticut, 일리노이 Illinois, 네브라스카

---

부 장점을 도입한 것으로 볼 수 있다.

743) U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, State Court Organization 1980, Table 20 Law clerks for courts of last resorts, 1980.

744) State Court Organization 1998, Table 25 Provisions of Law Clerks to Appellate Court Judges.

Nebraska, 사우스 캐롤라이나 South Carolina, 사우스 다코다 South Dakota, 텍사스 Texas, 웨스트 버지니아 West Virginia)의 대법원에서 도입하고 있다.<sup>745)</sup>

이러한 추세는 연방항소법원을 보아도 알 수 있다. 11개의 항소법원 대부분이 central staff 변호사제도를 운용하고 있으며<sup>746)</sup> 1곳을 제외하고는 law clerk의 임기에 제한을 두지 않고 판사들의 재량에 맡기고 있다.<sup>747)</sup>

이상에서 알 수 있는 바와 같이 새로운 재판보조연구인력제도의 도입은 근래에 들어와 미국의 연방과 주 법원 모두에 있어 강력한 추세를 형성하고 있다고 할 수 있다. 따라서 연방대법원도 이를 외면한 채 전통적인 제도를 고집할 수만은 없는 상황에 직면하게 되었다.

2. 대법관들과 일부 학자들이 전통적인 law clerk제도의 운용을 고집하는 데에는 상당한 이유가 있었다. 우선 전통적인 law clerk은 의회와 대통령에 의하여 임명되지 않은 자가 판결에 많은 영향을 준다는 비판으로부터 자유로울 수 있다. 인생경험과 법조경험이 일천한 신진 법률가들이 연방대법관들의 판결에 영향을 미친다는 주장은 그 자체로 근거가 희박한 것으로 받아들여졌던 것이다. 또한 짧은 근무기간은 판결에 영향을 미칠 수 있을 정도의 깊은 인간적 관계의 형성을 막을 수 있다는 점이 이러한 주장을 뒷받침하였다. 이에 반해 장기간 법원에서 근무하는 central staff 변호사나 경력 law clerk의 판결에 대한 영향력에 대한 우려가 많은 학자들에 의

745) Roger A. Hanson외 3인, 주 70, 72-141쪽.

746) 자료가 없어 확인되지 않은 제4순회항소법원을 제외하고 모두가 central staff 변호사제도를 가지고 있다.

747) Roger A. Hanson외 3인, 주 70, 142-145쪽.

하여 제기되었으며 이들의 권고의견과 판결 내용을 분석하여 그 상관관계를 밝힌 연구까지 등장하기에 이르렀다.<sup>748)</sup>

전통제도의 또 다른 장점으로 거론되는 law clerk들이 대법관들에게 새로운 생각과 활력을 공급한다는 점 역시 이와 맥락을 같이 한다고 볼 수 있다. 이 논리는 서구의 전통적인 변증법적인 사고에서 출발한다. 젊은이의 분방함과 나이 든 사람의 절제심, 교실에서의 이론적인 접근과 실무에서의 실용적 접근, 이들이 융화되면서 진정으로 합리적인 판결을 만들어 낼 수 있으며 이것이 매년 반복될 때 합리성은 계속하여 유지될 수 있다는 것이다. 이런 의미에서 전통적인 제도는 법관과 law clerk 사이의 창조적인 대화를 위한 것임에 반해 새로운 제도들은 효율성을 위해 창조성을 희생한 것으로 볼 수 있다.<sup>749)</sup>

그러나 각주법원에서 새로운 제도의 도입이 사건처리에 좋은 성과를 올리면서 연방대법원에 이들을 도입해야 한다는 주장들은 일찍부터 등장하였다.<sup>750)</sup> 실제로 1973년 Burger대법원장이 경력 law clerk을 두면서 그 도입에 대한 논의가 있었으나 일반적으로 받아들여지지는 않은 것으로 보인다.<sup>751)</sup>

748) Mary Lou Stow & Harold J. Spaeth, Centralized research staff: is there a monster in the judicial closet?, *Judicature*, Vol. 75 No. 4, 1992, 216쪽. 이에 대한 반론으로 David J. Brown, Facing the monster in the judicial closet: rebutting a presumption of sloth, *Judicature*, Vol. 75 No. 6, 1992, 291쪽 참조. 이 글에서 Brown은 비록 central staff 변호사들의 권고의견과 판결결과가 상당한 수준으로 일치한다 하더라도 기계적이고 반복적인 항소사건의 처리의 특성을 고려할 때 불합리한 영향력의 증거로 볼 수는 없다고 주장한다.

749) Oakley & Thompson, 주 8, 33-34쪽. 저자들은 단기 law clerk을 소설가의 직관의 제공자에, 경력 law clerk을 신문의 야간 편집인에 비유하고 있다.

750) 예를 들면 Stockmeyer, 주 67, 848쪽; Federal Judicial Center, Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court, *Federal Rules Decision*, Vol. 57, 1973, 573. 여기에서는 한명의 law clerk으로 하여금 예비보고서를 작성하도록 하고 이를 토대로 각 대법관실에서 보고서를 작성하는 것을 제안하고 있다.

751) Douglas, 주 43, 175쪽.

3. 전통적인 제도가 가지고 있는 위와 같은 장점들에도 불구하고 계속하여 접수되는 사건이 증가함에 따라 연방대법원은 law clerk제도의 운용을 일부 변경하여 이에 대처하였다.

우선 앞서 살펴본 바와 같이 공동연구(cert pool)제도를 도입하였다. 한 명의 law clerk으로 하여금 일차적으로 사건을 검토하고 예비보고서를 작성하도록 하여 이를 많은 대법관실에서 활용하도록 함으로써 사건이송명령신청의 처리를 효율화하고 이를 통하여 간접적으로 central staff 변호사제도를 운영하는 것과 같은 효과를 거두었다.<sup>752)</sup>

또한 law clerk의 임용방식을 변경하였다. 다른 하급법원에서 law clerk으로 근무한 경험이 있는 자들을 law clerk으로 임용함으로써 법과대학을 졸업하고 곧바로 law clerk으로 임용되던 일반적인 관행이 거의 사라지게 된 것이다. 근래에 들어 대다수의 law clerk들이 연방항소법원에서 근무한 경력을 가지고 있으며 그 중에서도 콜럼비아(Columbia) 특별구의 항소법원에서 근무한 경력자가 가장 많다.<sup>753)</sup> 게다가 law clerk의 임명을 연방항소법원 판사들의 추천에 의지하게 됨에 따라 부수적으로 후보자들을 심사하는 수고를 더는 효과도 거두게 되었다.<sup>754)</sup> 이러한 임용관행이 계속되면서 최근에는

---

752) 연방대법원에도 대법관과 law clerk 이외에 central staff 변호사로 분류할 수 있는 법률가들이 존재한다.(State Court Organization 1998, 주 85 참조) 이들 중 2인을 General Council lawyer라 부르며 우리의 국선대리인신청신청과 같은 일상적인 신청사건의 처리, 직원의 불법행위 등이 발생한 경우 기관으로서 연방대법원을 대리하는 것 그리고 연방대법원에서 변호사 업무를 할 수 있는 변호사들의 심사 등과 관련된 업무의 처리를 그 주요 업무로 한다. 그밖에 서기국(clerk office)에 2명의 변호사가 근무하는데 1명은 수천 건에 달하는 사형(death penalty)사건과 관련된 절차적 사무를 처리하며 다른 한명은 서기장(chief clerk)으로서 일반적인 행정업무 및 절차적인 문제를 관장한다. 따라서 이들을 판결에 관한 연구조사에 실질적으로 관여한다고 보기는 어렵다.

753) McAllister, 주 29, 27쪽.

754) 이에 따라 연방대법원 law clerk이 되는 지름길로 우선 몇몇 유력한 연방항소

상당수의 law clerk들은 하급법원에서의 law clerk 경력 뿐 아니라 법률회사에서 근무하는 등의 다른 법조경력을 가지고 있게 되었다.<sup>755)</sup> 이러한 새로운 임용방식에 의하면 신규로 임용되는 law clerk에 대한 교육훈련의 필요성이 줄어들고 업무처리의 효율성이 더욱 높아지게 된다. 이는 간접적으로나마 경력 law clerk 제도의 장점을 일부 채택한 것으로 볼 수 있다.

그럼에도 불구하고 한 명의 대법관의 지휘하에 4명의 law clerk이 일하면서 발생하는 업무조직행정의 문제는 해결되지 않은 채 남아 있다. 일부 대법관의 경우 이러한 문제를 해결하기 위하여 1명의 law clerk을 행정 담당관(administrative clerk)으로 임명하여 업무배분과 같은 사무를 담당하게 함으로써 이에 대처해나갔다.<sup>756)</sup>

위와 같이 연방대법원은 전통적인 단기 law clerk제도를 고수하면서도 그 구체적인 운용을 일부 변경하여 주법원과 연방하급법원의 새로운 제도의 운용경험에서 나타난 장점들을 채택해 나가고 있다. 이러한 연방대법원의 움직임에 비추어 보아도 central staff 변호사나 경력 law clerk제도의 도입은 이제 미국 사법제도에 있어 무시될 수 없는 새로운 흐름이라고 볼 수 있다. 연방과 각주의 법원들이 각각의 사정에 따라 다른 모습으로 이를 도입·운용하고 있을 뿐

---

법원 판사들의 law clerk으로 근무하여야 한다는 주장까지 등장하였다. Laura Gatland, A Clerkship for White Males only?, Student Lawyer, October 1999, 40쪽 참조. 이에 의하면 2000-2001년을 기준으로 36명의 연방대법원 law clerk 중 35명이 연방하급법원에서 추천을 받아 임용되었으며 오직 1명만이 주대법원의 law clerk 경력을 가지고 있다.

755) Tony Mauro, Clerks Taking Detours in Road to High Court, American lawyer Media, 10/21/2002. 이에 의하면 2002-2003년의 경우 약 60%(35명 중 21명)의 law clerk들이 다른 법조경력을 가지고 있는 것으로 나타났다.

756) BRW Office Procedure, 주 32, 26쪽. White 대법관실의 경우 각 law clerk이 3개월씩 행정담당관의 업무를 수행하였으며 주로 사건이송명령신청의 처리에 관련된 행정업무나 긴급한 보고서의 작성 등을 다른 law clerk들에게 배분하는 역할을 하였다.

결국은 이들 제도의 기본적인 의의를 살려나가는 방향으로 나아가고 있는 것이다.

## VII. 결론

1. 이상에서 개략적으로 미국 law clerk 제도의 발생과 발전경로를 살펴보았다. Law clerk제도는 Gray 대법관이 하버드대학의 졸업생들을 비서로 고용하면서부터 시작되었다. 초기 law clerk들은 개별 대법관들의 부담과 책임으로 고용되어 사건에 관한 조사·연구 뿐만 아니라 개인적인 업무를 처리하는 비서(secretary)의 역할까지 수행하였고 재직기간이나 자격에 대한 기준이 존재하지 않았다. 대법관들의 보조인력제도가 공식적으로 인정되고 그 수가 늘어나면서 대법관의 개인적인 업무를 보조하는 비서와 사건에 대한 법적인 연구·조사에 종사하는 law clerk의 업무가 분화되기 시작하였으며 이후 주요 법과대학의 우수한 졸업생을 1~2년 단기 고용하여 law clerk으로 근무하도록 하는 단기 law clerk제도가 정착되었다. 이러한 연방대법원의 law clerk제도는 점차 각주법원과 연방하급법원에 까지 확산되어 연방이나 각주를 막론하고 미국사법제도에서 없어서는 안될 부분이 되기에 이른다.

하나의 제도는 시대의 변화와 지리적 사정 등에 의하여 변화하기 마련이다. 어떠한 변화를 발전이라고 부를 수 있는지 여부는 또 다른 문제이겠지만 여하튼 본래의 제도가 여러 다른 곳에서 긴 시간 동안 그대로 유지되는 것은 대단히 어려운 일이다. 각자는 시대, 장소에 따른 사정에 따라 당면한 문제를 해결하기 위하여 자신에게 알맞은 제도를 도입하거나 이미 도입된 제도를 변형하기 마련이다.



Law clerk 제도 역시 각주법원 및 연방하급법원에서 연방대법원에서의 형태대로 유지되지 않았다. 그들은 우수한 인재의 확보와 사건의 효율적인 처리 등을 위하여 central staff 변호사제도와 장기 law clerk제도를 도입하였던 것이다. 이러한 외부에서의 변화는 연방대법원에 다시 영향을 미쳐서 전통적인 law clerk 제도는 상당한 기간의 법조경력있는 자를 단기간 고용하는 형태의 절충적인 형태로 변화하게 되었다.

전통적인 단기 law clerk제도와 새롭게 발전한 장기 law clerk 또는 central staff 변호사제도는 각각 장단점을 가지고 있으므로 어느 것이 더 우수하다고 말하기는 어렵다. 단기 law clerk들은 법과대학을 졸업한 새로운 인재들로 이루어져 있으므로 최신 법이론과 함께 새로운 시각을 제공할 수 있는 점에서 큰 강점이 있고 1년에서 2년 정도의 짧은 기간 일하므로 재판에 대한 영향력과 관련한 우려가 매우 적다. 반면 업무과약에 시간이 걸리고 숙련도가 떨어지므로 사건처리의 효율성은 그리 높지 않다고 볼 수 있다. 새로운 제도는 이와 반대로 효율성의 면에서는 탁월하나 참신성, 창조성과 함께 재판에 대한 영향력과 관련된 비판을 피할 수 없다.

2. 이상에서 파악한 미국 law clerk제도의 특성에 비추어 우리의 헌법연구관제도를 평가해보면 무엇보다 우리의 연구관 제도는 장기 law clerk제도의 여러 가지 특성을 가지고 있어 사건처리의 효율성에 초점을 맞춘 것으로 볼 수 있다.

헌법연구관은 임기 10년이 보장되며 연임할 수 있고 정년은 60세로 되어 있는 점에서 알 수 있는 것과 같이(헌법재판소법 제19조 제7항) 재판연구업무에 장기간 종사하는 것이 예정되어 있다. 그리고 헌법연구관으로 임용되려면 엄격한 자격요건을 충족하여야 하고(같

은 조 제4항) 신규임용하는 경우 헌법연구관보로 3년간 임용하여 근무하게 한 후 임용(같은 법 제19조의 2 제1항)하도록 함으로써 구조적으로 일정한 법률에 관한 업무경력자만이 연구관이 될 수 있도록 되어 있다. 게다가 헌법연구관은 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사하므로(같은 법 제19조 제3항) 임용과 업무감독 및 교육에 관한 제반 행정사항을 각 헌법재판관이 아닌 기관으로서의 헌법재판소가 통합하여 관리하도록 되어 있어 헌법연구관에 관련된 재판관의 행정업무부담을 덜어주고 있다. 따라서 미국 law clerk제도에서 사건의 효율적인 처리를 위하여 발전한 장기 law clerk제도나 central staff 변호사제도의 많은 요소들을 채용하고 있다고 볼 수 있다.

반면 이와 같은 제도에 의하면 변화하는 시대나 환경에 따른 창의적인 시각과 새로운 아이디어를 채용하기가 어려워지는 단점이 있다. 특히 미국의 학생인턴제도와 같은 신진법률가들을 계속 공급받을 수 있는 기회가 존재하지 않는 상황에서 이는 앞으로 충분히 문제가 될 수 있다.<sup>757)</sup> 또한 학계와의 교류가 활발하지 못하면 새로운 학문성과들로부터 멀어질 가능성도 있다.

무엇보다도 현재의 제도는 결정에 대한 헌법연구관들의 영향력의 면에서 많은 논의를 남겨두고 있다. 헌법재판관의 임기가 6년으로 제한되어 있는 상황에서 10년 또는 20년간 헌법재판소에서 근무한 헌법연구관의 결정에 대한 영향은 상당할 수밖에 없으며 이는 곧 헌법에 규정된 자격과 절차에 따라 임명되지 않은 자들의 헌법재판

---

757) 헌법재판소 창립이내 매년 일정 수의 사법연수생들이 약 1개월 동안 각 헌법연구관들에게 배정되어 헌법재판에 대한 연수활동을 하고 있다. 그러나 기간이 1개월로 매우 단기간으로 제한되고 여러 사정상 이들을 실제 사건처리업무에 참가시키기 어려운 상황에서 미국의 학생인턴제도와 같은 성과를 바라는 것은 무리인 것으로 보인다.

에 대한 영향이라는 면에서 비판될 수 있다. 물론 궁극적으로 결정 그 자체는 모두 헌법재판관들에게 맡겨져 있고 헌법연구관의 역할은 결정의 이론적인 면에 제한되어 있는 점에서 심각한 문제가 된다고 할 수는 없지만 현행 제도의 시행기간이 길어질수록 문제가 될 여지는 많아질 것이다.

이들과 함께 헌법재판소 내부의 효율적인 업무분담문제 역시 앞으로 풀어야 할 과제이다. 이와 관련하여 현재와 같이 각 헌법재판관 소속의 헌법연구관들이 개별적으로 사건을 처리하는 구조를 유지할 것인가 아니면 연구관들 사이에 일정한 체계를 만들어 사건처리 업무를 분담하도록 할 것인가, 분담한다면 어떠한 방식이 되어야 하는가 등 여러 가지 문제들이 제기될 수 있다. 사건의 수가 많아지고 헌법연구관의 수도 많아지면 효율적인 사건처리의 체계를 만들어낼 필요성이 커질 것이고 앞으로 이에 대한 많은 논의가 이루어져야 한다.

3. 미국의 law clerk제도는 100년이 넘는 기간동안 각 지역과 시대의 사정에 맞추어 다양한 재판보조연구인력제도를 운영해온 결과 만들어진 것이다. 따라서 그들의 다양한 경험속에서 우리에게 필요한 것들을 찾아낼 가능성은 크다. 그러나 재판관의 임기제와 종신제도, 사건의 질적·양적 차이, 헌법재판의 역사적 경험의 차이 등과 함께 헌법연구관과 law clerk의 지명도의 차이, 이에 따른 우수한 인재의 확보가능성, 학생인턴제도의 존재여부 등 여러 가지 면에서 양국이 처한 상황에 차이가 있으므로 이들을 고려하지 않고 양국의 제도를 단순하게 비교·평가하는 것은 문제가 있다. 상황의 제약 속에서 나름대로 필요에 의하여 만들고 발전시켜온 현재의 모습이 우리에게 최선의 것이 아니라고 누가 감히 말할 수 있을 것인가.

그러한 점에서 헌법재판소 설립이래 헌법연구관제도를 운영한 우리의 경험은 매우 값진 것이다. 현재 제도에 대한 평가와 대안의 제시를 위해서는 외국제도의 검토만큼이나 우리 현실에 대한 세밀한 분석이 이루어져야 한다. 이는 앞으로 계속해서 논의할 과제로 남겨 놓는다.



# 개인정보자결권의 헌법적 근거 및 구조에 대한 고찰

- 동시에 교육행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단에의 그 응용 -

정 태 호

경희대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

I. 문제의 제기 .....	405
II. 개인정보자결권의 개념 및 보호영역 .....	407
III. 개인정보자결권 보장의 필요성과 헌법적 근거 .....	409
1. 전자정보처리기술의 특성 .....	409
2. 개인정보자결권의 헌법적 보장의 필요성 .....	411
3. 일반적 개인정보자결권의 실정헌법적 근거 .....	414
가. 독자적인 일반적 개인정보자결권을 인정할 필요가 없다는 견해 .....	415
나. 국내학설의 현황과 평가 .....	417

다. 사건: 일반적 개인정보자결권의 근거는 일반적 인격권 ...	423
IV. 개인정보자결권의 기능 .....	431
1. 방어적 기능 .....	431
2. 적극적 기능 .....	433
가. 개인정보자결권의 적극적인 내용의 헌법적 근거 .....	433
나. 구체적 추론 .....	437
V. 개인정보자결권에 대한 제한과 법률유보 .....	444
1. 공익을 위한 제한 가능성 .....	444
2. 제한의 양태 .....	444
가. 개인정보자결권 “제한”의 개념의 확장필요성 .....	444
나. 사소한 제약의 제외 .....	446
3. 개인정보자결권제한의 법률유보의 적용범위 .....	446
VI. 개인정보자결권에 대한 제한의 한계 .....	448
1. 정보의 이용연관 .....	448
2. 제한의 정당화요인으로서의 동의 .....	450
3. 과잉금지원칙(비례원칙) .....	452
가. 특히 수집제한의 원칙 .....	453
나. 목적구속원칙과의 관련성 .....	453
다. 보호강도의 단계화 .....	454
라. 개인정보자결권의 제한을 정당화하는 공익 .....	462

4. 규범의 명확성의 원칙 .....	463
가. 정보조사영역별 특별규율의 필요성 .....	463
나. 규범의 명확성원칙과 목적구속성의 원칙 .....	465
다. 절차적·조직적 대책의 수립 및 과소(보호)금지의 원칙 .....	470
VII. 교육행정정보시스템(NEIS) 문제에 대한 응용 .....	470
1. NEIS의 목적과 법적 근거 .....	471
가. NEIS의 정의 .....	471
나. 목적 .....	471
다. 교육부가 주장하는 NEIS 시행의 법적 근거 .....	472
2. 개인정보자결권의 제한여부 .....	473
3. 규범적 명확성요청을 충족하는 법률에 의한 영역별 특별규율 .....	475
가. 법률에 의한 제한 및 중요사항의 의회유보 .....	475
나. 규범의 명확성원칙 .....	479
다. 목적구속의 원칙 .....	484
라. 과잉금지의 원칙 .....	487
마. 기타 개인정보자결권의 객관법적 측면의 제 요청의 준수여부 .....	494



## I. 문제의 제기

최근의 교육행정정보시스템(NEIS)를 둘러싼 사회적·정치적 갈등, 범죄예방목적으로 공로변에 CCTV를 설치하려는 계획에 대한 위헌 시비, 헌법소원의 대상이 된 주민등록법에 의한 지문채취제의 위헌 논쟁 등은 고도화된 정보사회에서 정보기술에 내재된 위험성, 특히 개인 및 사회에 대한 총체적 감시·통제·조종기술로 이용됨으로써 민주주의 자체를 위협할 수 있는 위험성을 우리 사회가 이제 본격적으로 인식하기 시작했다는 인상을 준다. 전문가 그룹만이 아니라, 다수의 사회구성원들도 정보사회의 음지를 이제야 눈여겨보기 시작한 것이다.

본고의 과제는 개인정보자결권에 대한 교의론(Dogmatik)적 연구<sup>758)</sup>이다. 즉 우리의 현행 헌법을 주어진 것으로 전제하고 그에 구속되면서 그리고 그 안에서 개인정보자결권을 올바르게 파악하고자 한다. 실정헌법에 포함되어 있는 법적 개념, 원칙, 규정으로부터 내재적으로 도출되는 일정한 체계적 구조를 전제로 헌법의 내용을 인식하고 관련 실무를 돕는 개념도구 내지 체계를 개발·제공하고자 한다. 그렇다고 해서 실증주의 내지 개념법학에 의거하겠다는 것은 아니다. 우리는 헌법규정이나 헌법적 제도의 이면에 있는 정치사회적 이념과 질서표상에 대한 물음을 포기하지 않으며, 헌법의 규정이나 그 제도 그리고 이를 통해 규율되어야 할 현실과의 관계에 대한 구

---

758) 헌법교의학의 특징에 대해서는 Böckenförde, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 1991, 1 (18쪽 이하). 이 논문은 그의 논문선집의 한국어 번역판인 「헌법과 민주주의」(김효진/정태호 공역, 2003)에 “국법과 국법학의 특징”로 번역되어 수록되어 있다.

명도 그 과제로 삼기 때문이다.

그렇다면 왜 새삼 교의론적 연구인가? 헌법학차원에서 행해진 개인 정보자결권에 대한 연구는 적지 않다. 그러나 기존연구가 외국의 연구결과에 의거하면서 우리 실정헌법의 조문구조에 대한 고민을 소홀히 한 측면이 없지 않으며, 개인정보보호와 관련된 국제법규들에 수용된 여러 원칙들을 실정헌법에서 그것들이 갖는 헌법교의론적 의의, 기능 내지 위상에 대한 천착 없이 나열함으로써 해석론적 체계성을 충분히 구축하지 못하는 문제점을 드러냈다는 것이 필자의 판단이다. 국가인권위원회가 교육행정정보시스템에 대한 진정사건에 대하여 2003년 5월 12일 내린 권고결정의 결론의 타당성에도 불구하고 그 논증의 수준이 기대에 미치지 못했던 것도 여기에 그 원인 중의 하나가 있다고 본다. 더구나 유사 문제가 현재 헌법재판소에 계속되어 있기 때문에 개인정보자결권에 대한 교의론적 고찰이 시급하고 또 가치 있다고 본다. 이것이 이 분야에 대한 헌법학적 연구가 결코 적다고 할 수 없음에도 불구하고<sup>759)</sup> 비루한 생각을 더하고

759) 그 중 주요 문헌을 들면 다음과 같다: 김용섭, 정보공개와 개인정보보호의 충돌과 조화, 「공법연구」 29집 제3호, 2001, 167 이하; 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구, 「공법연구」 29집 제3호, 2001, 87 이하; 김종철, 헌법적 기본권으로서의 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론, 「인터넷법률」 제4호, 2001, 36 이하; 성낙인, 프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제, 「영남법학」, 1999, 26쪽; 성낙인, 통신에서의 기본권보호, 「공법연구」 제30권 제2집, 2001, 33 이하, 특히 44 이하; 성낙인, 자동화사회와 프라이버시보호, 「법제연구」 11호(96. 9), 1 이하; 성낙인, 언론정보법, 1998, 488-492쪽 - 자기정보에 대한 통제권; 성낙인 외, 개인정보보호를 위한 정책방안 연구, 정보통신부, 1999; 이인호, 정보사회와 개인정보자결권, 「중앙법학」 창간호, 1999, 41 이하; 이인호, 공공부문 개인정보보호법제에 대한 분석과 비판 - 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률을 중심으로 -, 「정보법학」 제6권 제1호, 2002; 차맹진, 프라이버시와 자기정보통제권, 인하대 박사학위논문, 1991; 변재욱, 정보화사회에 있어서의 프라이버시의 권리 - 미국의 경우를 중심으로, 서울대학교 박사학위논문, 1979. 그 밖에 한국공법학회의 연구과제보고서로는 미래정보화사회에 대한 공법적 대응, 1987; 정보의 수집 관리와 사생활보호, 1989; 국가사회의 정보화와 공법체계의 재구성, 1990; 정보화사회의 소비자보호, 1992 등이 있다.

자 하는 이유이다.

이하에서는 먼저 개인정보자결권의 개념을 알아보고(II), 개인정보자결권 보장의 필요성과 그 헌법적 근거(III), 그 내용 내지 기능(IV)을 밝힌 후, 그 제한의 문제(V)와 그 제한이 헌법적으로 정당화되기 위한 요건(VI)을 살펴면서 그간 무질서하게 나열되었던 내용들에 대하여 본래의 교의론적 좌표를 부여하는 시도를 하고, 이어서 이러한 고찰의 결과를 NEIS문제에 응용해 보고자 한다.

## II. 개인정보자결권의 개념 및 보호영역

‘개인정보자결권’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.<sup>760)</sup> 본고에서 ‘처리’라 함은 컴퓨터를 사용하여 정보의 입력·저장·편집·검색·삭제 및 출력 기타 이와 유사한 행위를 하는 것을 말한다(공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제2조 제3호 참조).

이러한 정의는 영어권에서는 웨스틴(Alan. F. Westin) 교수<sup>761)</sup>의 프라이버시에 대한 권리에 대한 정의에서 거의 그대로 등장하며, 독일에서는 슈타인뮐러(Steinmüller)<sup>762)</sup>가 “Recht auf informationelle

---

760) 그 밖에도 정보의 자결권에 대한 다양한 이론구성에 대해서 자세한 것은 K. Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung? 1987, 112 이하.

761) Alan, F. Westin, Privacy and Freedom, 1967, 7쪽. 단, 그는 이 권리의 주체를 개인에 한정하지 않았다. 개인, 그룹 또는 조직도 그 주체가 될 수 있다고 보았다.

762) Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann/Hartbort/Schneider, Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern - BT-Drs. VI/3826, 88. Steinmüller는 이 개념을 개인이 어떠한 개인정보를 그리고 어떠한

Selbstbestimmung”라는 표현을 처음으로 사용한 것으로 알려져 있다. 국내에서는 같은 개념이 “개인정보자결권”<sup>763)</sup> 또는 “개인정보자기결정권”<sup>764)</sup>이라는 용어 이외에도 “자기정보통제관리권”<sup>765)</sup>, “정보의 자결권”<sup>766)</sup>, “자기정보통제권”<sup>767)</sup>, “정보자기결정권”<sup>768)</sup> 등 다양한 유사 용어들로 표현되고 있다. 본고에서는 이 중 “개인정보자결권”이라는 용어를 사용하기로 한다.

이 권리는 언제 누구에게 무엇을 알릴 것인지를 자유롭게 결정할 수 있는 자유뿐만 아니라 그 후의 자신과 관련된 정보의 운명을 추적하여 통제할 수 있는 권리도 보호한다. 따라서 개인정보를 제공하도록 강요하는 것만이 아니라 그 정보를 사용하는 것도 이 권리에 대한 제한을 의미하게 된다.

한편, 개인정보자결권의 보호대상이 되는 정보는 자연인의 개인정보에 국한된다. 여기서 (개인)정보란 특정된 또는 특정가능한 자연인의 인적·물적 상황에 대한 모든 언명을 말한다.<sup>769)</sup> 법인의 그것은 직업의 자유나 재산권, 종교의 자유 등 관련 특별한 기본권들에 의해서 보호될 뿐 개인정보자결권의 보호대상은 아니다. 관련된 사람

---

상황에서 누구에게 전달할 것인지에 관한 개인의 자결권으로 이해하였다. 유사한 정의로는 C. E. Eberle, Datenschutz durch Meinungsfreiheit, DÖV 1977, 306 (310); Ch. Mallmann, Datenschutz in Verwaltungs-Informationssystem, 1976, 47(56) 등 참조. 이 개념의 발전에 대하여는 E. Denninger, Das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat, Staatskanzlei Wiesbaden (Hrsg), 1984, 192 참조.

763) 이인호, 정보사회와 개인정보자결권(주 2), 41 이하.

764) 백윤철, 헌법상 개인정보자기결정권에 관한 연구, 「법조」 2002.5, 175-176쪽.

765) 권영성, 헌법학원론, 2003, 427쪽.

766) 정태호, 현행 인구주택총조사의 위헌성 - 독일의 인구조사판결(BVerfGE 65, 1)의 법리분석과 우리의 관련법제에 대한 반성, 전남대 「법률행정논총」 제20집, 2000, 199 이하.

767) 차맹진, 프라이버시보호와 자기정보통제권 (주2).

768) 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구 (주 2), 87쪽.

769) 공공기관의개인정보보호에관한법률 제1조 참조.

에 대하여 무엇인가 알려주는 정보이면 족하고 그것이 중요한 것이든, 민감한 것이든, 인격권을 위협하는 것이든 그렇지 않은 문제되지 않는다. 물론, 그 자체로서는 정보주체의 식별이 불가능하더라도 다른 정보가 추가될 경우 그 정보의 주체가 확인될 수 있는 것이어야 한다. 자연인과 아무런 관련이 없는 정보도 관련된 사람이나 그에 관한 사항에 관한 정보를 담고 있으면 개인정보가 될 수 있다.<sup>770)</sup> 따라서 개인정보자결권은 모든 형태의 개인정보의 조사 및 처리, 전자적인 정보처리방식은 물론 재래의 수기방식까지 그 대상으로 한다.

### Ⅲ. 개인정보자결권 보장의 필요성과 헌법적 근거

#### 1. 전자정보처리기술의 특성

전자정보처리기술의 발전으로 인하여 이른바 아날로그시대의 정보이용의 가능성과는 질적으로 다른 차원의 기술적 가능성이 전개되고 있다.

먼저 정보가 무형화되는 현상이 출현하고 있다. 책, 잡지, 문서와 같은 지금까지의 유형적(아날로그) 정보매체들은 무형의 정보매체에 의해서 대체되거나 후자와 경쟁하고 있다. 이러한 기술적 가능성들은 상이한 기관들 사이의 정보교환을 용이하게 만든다.

둘째, 정보이용을 위한 경비가 절감된다. 일단 전자적으로 집적된 정보들은 다른 기관이 다시 이를 수집할 필요가 없다. 다른 기관도

---

770) BVerfGE 65, 1 (46) 참조.

언제든 직접 이를 불러내는 것이 가능하기 때문이다. 전자정보처리 기술의 발전에 따라 정보처리에 점차 더 저렴한 비용이 소요된다.

셋째, 정보의 활용도가 제고된다. 전자적으로 처리되어 집적된 모든 정보들에 용이하게 접근할 수 있기 때문에 집적된 정보들은 수기상태의 정보에 비하여 활용의 폭이 훨씬 넓고, 통일적 기준개발을 통하여 무수한 이용자들에게 정보를 제공할 수 있다. 또 기존의 데이터뱅크에 언제 어느 곳에서라도 접근할 수 있을 뿐만 아니라 프로그램을 통해 정보들 사이에 새로운 관계를 형성하고 이를 통해 질적으로 새로운 정보를 만들어 낼 수 있다.

넷째, 컴퓨터와 전자정보처리를 통해 인간이 범할 수 있는 오류가 상당 부분 제거될 수 있다. 정보의 정확도가 보다 높아짐으로써 인간이 범할 수 있는 오류가능성 때문에 이제까지 불가능했던 정보이용의 장애를 극복하는 것이 가능해졌다. 더구나 학습능력 있는 컴퓨터가 점차 실현되고 정보저장용량이 원칙적으로 무제한이기 때문에 이제까지 해결할 수 없었던 문제들도 해결할 수 있게 된다.

다섯째, 이러한 발전은 국가와 경제의 기능방식, 그에 따라 사회의 기능방식도 개선할 수 있는 가능성을 제공한다. 즉 국가가 국민과 전체의 복리를 위한 국가과제를 가능한 한 합리적으로 수행하는 것은 법치국가적으로 자명한 불문의 국가의 의무이다. 국가에게는 국가목적달성에 도움이 되며 헌법에 의하여 허용되고 주장 가능한 모든 기술적인 수단들을 활용할 수 있는 권한과 의무가 있다. 오늘날의 정보기술은 국민이 급부행정의 영역에서 보다 높은 법적 안정성을 누리고 보다 평등한 대우를 받을 수 있게 할 수 있다. 전자적 정보망의 확산은 행정이 능률적으로 작용하기 위한 전제이다. 사회국가적 현실에서 국가의 급부에 대한 개인의 기대는 급격히 높아지고 있다. 이 과제를 질서 있게 이행하고 국민의 급부요청을 충족할 수

있으려면 공행정은 산업국가에서 실제로 전자정보처리기술의 지원을 받지 않으면 안 된다. 여기서 우리는 전자정부의 이념과 만난다.

## 2. 개인정보자결권의 헌법적 보장의 필요성

그러나 현대의 정보기술은 음지도 길게 드리우고 있다. 이것이 개인의 기본권으로서 개인정보자결권을 인정해야 한다고 주장되는 근본 이유이다. 즉 현대적 정보처리기술에 내재된 위험성으로부터 개인정보를 보호하고 또 이를 통해 궁극적으로는 개인의 결정의 자유를 보호하기 위해서는 개인정보자결권이 기본권으로서 보장되어야 한다는 것이다.

먼저, 현대적인 기술조건 아래에서는 개인은 자기정보의 공개나 이용과 관련하여 특별한 정도의 보호를 필요로 한다. 즉, 전자적 정보처리기술의 도움으로 개인이나 사물에 대한 정보들을 무한정으로 집적할 수 있는 가능성이 존재할 뿐만 아니라 또 언제든지 그리고 거리와 무관하게 이 집적된 정보들을 불러낼 수 있으며 통합정보체계를 통하여 개인적인 정보들을 결합하여 부분적인 또는 거의 완벽한 인격상을 구축할 수 있게 됨으로써 인간은 어항 속의 금붕어와 같은 존재로 전락할 수도 있다. 이에 비하여 개인들은 자신에 관한 정보가 그와 같이 수집되고 집적되는지, 그 정보가 정확한지 그리고 사용되고 있는지 또 어떠한 목적으로 사용되는지를 충분히 알 수 없다. 따라서 개인정보자결권이라는 형태의 정보보호를 통해서 관련 개인을 데이터뱅크의 보유자에 의한 정보의 조사와 처리 앞에서 보호할 필요가 있다.<sup>77)</sup>

개인정보자결권의 또 다른 근거이자 목표는 개인의 결정의 자유를

유지하고 보호하는 것이다. 개인의 결정의 자유는 국민의 행위능력과 참여능력에 토대를 둔 자유민주적 기본질서의 기본조건이다.<sup>772)</sup> 현대적 정보기술의 조건 아래서 개인은 국가나 타인이 자신도 모르는 사이에 용이하게 자신에 관한 정보를 집적하고 관리함으로써 자신을 속속들이 들여다보고 있을지도 모른다는 심리적 압박을 받게 될 뿐만 아니라 정보를 집적하여 관리하는 자는 그 정보에 기초하여 개인의 심리를 파악하고 그의 행태를 용이하게 조정할 수 있게 된다.

이로 인하여 개인의 결정의 자유는 무엇보다도 다음과 같은 방법으로 위협받을 수 있다. 먼저, 자신과 관련된 어떤 정보가 다른 사람들에게 알려져 있는지를 충분히 확실하게 개관할 수 없는 자, 의사소통의 상대방이 자신에 대하여 무엇을 알고 있는지를 예측할 수 없는 자는 독자적으로 계획하고 결정하는 자유를 중대하게 제약받을 수 있다.<sup>773)</sup>

다음으로, 자신의 비상한 행태가 항상 기록되거나 정보로서 “지속적으로 집적되고 이용되거나 전달될 수 있는 가능성을 감안하여야 한다면(집회나 시민운동에 참여하는 것을 관청이 기록할 경우), 개인은 불이익을 받을지도 모른다는 심리적 압력 때문에 자신의 권리의 행사를 포기할 수도 있다. 그에 따라 개인의 권리가 구체적으로 제한되지 않는 경우에도 일반적 행동의 자유가 일반적으로 정보조사

---

771) BVerfGE 65, 1 (42); R. Scholz/R. Pitschas, Informationelles Selbstbestimmungsrecht und staatliche Informationsverantwortung, 1984, 12 이하.; S. Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398 이하.; P. Badura, Verfassungsrechtliches Gutachten zum Entwurf des Mikrozensus-Gesetzes vom 29. 3. 1985 für den Innenausschuß, Ausschuß-Drucksache 10/75(1986), 16쪽.

772) BVerfGE 65, 1 (42).

773) BVerfGE 65, 1 (43).



조치에 의하여 제한될 수 있다.<sup>774)</sup> 이로 인하여 개인의 정치적 결정의 자유는 심각하게 위축될 위험이 있다.

이는 국민과 국가의 관계에 대하여 지속적으로 부정적인 영향을 미칠 수 있다. 개인들은 자신과 관련된 정보의 흐름과 그것이 어디서 어떻게 수집되어 집적되고 이용되는지 충분히 파악할 수 없고, 그 결과 국가에 대한 불신이 싹틀 수 있다. 정보의 지배자에게 자신이 내맡겨져 있다는 두려움은 고도기술에 대하여 인간이 갖고 있는 시원적인 불안, 꿰뚫어 볼 수도 통제할 수도 없는 전자기제(컴퓨터)에 대한 시원적 불안에 의해서 강화된다.<sup>775)</sup>

개인정보를 수중에 넣은 공권력 못지않게 개인정보들을 집적한 데이터뱅크를 보유한 사적 세력들도 개인의 결정의 자유를 위협하고 있다. 사인은 자신에 관한 정보에 대한 처분권을 상실하게 된다. 결국 정보라는 자원의 일방적 이용가능성은 사인 사이에서도 ‘새로운 권력적 상황’<sup>776)</sup>을 조성하고 경제적 결정의 자유를 위태롭게 함은 물론 여론형성에 있어서의 개인의 영향력도 축소시키는 등<sup>777)</sup> 민주적 의견형성 및 의사형성의 과정 자체를 위협할 수도 있게 된다.

이처럼 전자적 정보처리기술의 발전으로 인하여 정보보유자, 정보처리시설의 운영자들이 그것을 수단으로 권력을 획득·행사하고 또 그렇게 새롭게 획득한 권력을 남용할 수 있는 가능성이 현저하게

---

774) BVerfGE 65, 1 (43). 국내문헌으로는 무엇보다도 이인호, 정보사회와 개인정보 자결권[주 2], 62 이하)는 개인정보의 자결권을 인정하여야 할 근거로 인간의 존엄성확보, 자유민주적 기본질서의 유지를 위한 필요성, 다른 기본권을 보장하기 위한 수단으로서의 의미를 지적하고 있다.

775) E. Benda, Privatsphäre und “Persönlichkeitsprofil”, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, FS Willi Geiger zum 65. Geburtstag, 1974, 27쪽.

776) O. Mallmann, Zielfunktionen des Datenschutzes. Schutz der Privatsphäre – Korrekte Information, 1977, 66쪽.

777) Eberle, DÖV 1977(주 5), 309쪽.

증가하였다. 따라서 개인의 정보에 대한 효과적인 보호가 필요하다는 주장은 어느 모로 보나 정당하다. 한편, 민주적 법치국가가 헌법이 규정한 통제수단들을 가지고는 헌법적으로 보장된 개인의 권리를 보호할 수 없고, 따라서 새로운 국가개념이나 조직개념이 만들어져야 한다는 극단적 주장에도 동의할 수 없다. 정보행정을 통제할 수 있는 가능성은 여전히 존재하기 때문이다.

독일 연방헌법재판소도 국가가 정보조사 및 정보처리와 관련된 실무에서 신뢰구축을 위하여 노력하지 않을 경우 장기적으로는 불신이 생겨서 국민의 국가에 대한 협조자세가 사라질 위험이 있으며,<sup>778)</sup> 전문가들만이 조감할 수 있는 정보기술에 내재하는 위험과 관련하여 국민의 신뢰를 얻으려면 국가는 여러 가지 의무를 이행할 필요가 있다고 지적하면서 개인정보자결권을 인정하였다. 이 권리는 정보사회로 가는 도상의 이정표 내지는 표식으로 평가되었지만,<sup>779)</sup> 학설과 판례를 충분히 검토하지 않고 단정적인 형태로 인정된 극히 문제성 있는 권리라는 비판의 목소리도 있었다.<sup>780)</sup>

### 3. 일반적 개인정보자결권의 실정헌법적 근거

독일 연방헌법재판소는 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성보장과 연계된 제2조 제1항의 인격의 자유발현권에 기초를 둔 일반적 인격권에 의거하여 개인에게 자신의 신상정보에 대한 포괄적 결정권, 즉 자신의 정보의 자결권을 인정하였다.<sup>781)</sup> 이 판례는 독일학계의

---

778) BVerfGE 65, 1 (50).

779) Scholz/Pitschas, 전게서(주 14), 12쪽 ; H. P. Schneider, Rechtsschutz und Verfassungsschutz durch die Verfassungsgerichte, DÖV 1984, 161쪽 - 정보보호에 관한 헌법적 산상수훈.

780) Vogelgesang, 전게서(주 3), 136 이하 및 많은 곳.

뜨거운 호응을 불러일으켰다. 다만, 독자적인 일반적 개인정보자결권을 인정할 필요가 있는지에 대해서는 이론이 있다. 현재 우리 학계에서는 개인정보자결권을 인정할 필요가 있다는 데 이견이 없으나,<sup>782)</sup> 그 실정헌법적 근거에 관해서는 다툼이 있다. 헌법적 근거의 문제를 다루기에 앞서 과연 독자적인 개인정보자결권을 구성할 필요가 있는지 여부부터 검토해 보기로 한다.

### 가. 독자적인 일반적 개인정보자결권을 인정할 필요가 없다는 견해

이 설은 독일의 소수설<sup>783)</sup>로서 독자적으로 개인정보자결권을 인정하지 않더라도 일반적 인격권을 통해서 개인의 인격을 보호할 수 있을 뿐만 아니라 개인정보보호와 자유로운 의사소통 그리고 개인정보에 대한 공익이라는 상충하는 법익들의 관계를 조화롭게 설정하기 위해서는 일반적 인격권의 테두리 안에서 정보가 갖는 인격에 대한 의미(가령 개인의 내밀영역에 관한 정보와 같이 중대한 의미를 갖는 정보나 아니면 사소한 의미를 갖는 정보나)나 정보의 존재양식(수기정보나 전자적으로 처리되는 정보나)을 감안하여 개인에게 단계화된 보호를 제공하는 것이 타당하다는 입장이다.

개인의 방어권으로서의 개인정보자결권의 목표와 내용은 국가권력이나 제3자에게 관련개인의 의사에 반하여 또는 법률적 근거 없이 개인정보에 간섭하는 것을 금지함으로써 국가나 제3자의 정보에 대한 간섭과 지배를 방지하는 것이다. 즉 개인의 의사소통능력을 유지

781) BVerfGE 65, 1 요지 1, 41(43); 또한 80, 367 (373).

782) 이에 대한 상세한 문헌고증은 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구(주 2), 87 이하, 특히 101쪽 주 83 참조.

783) 무엇보다도 K. Vogelgesang, 전게서(주 3), 144 이하.

하고 또 일반적 의사소통을 위한 문호개방을 유지하는 것이다.<sup>784)</sup> 그런데, 주관적 공권으로서의 개인정보자결권은 그에 대한 제한의 합법성을 요구한다. 이 권리는 민법에서는 불법행위에 의한 손해의 배상을 요구할 수 있는 권리가 된다. 개인정보자결권은 이처럼 정보주체의 이익에 주안을 두고 있기 때문에 의사소통을 촉진하기보다는 의사소통을 저지시키게 될 것이라는 우려가 근거가 없는 것은 아니다. 일반적 개인정보자결권을 인정할 경우 사람이 주변과 접촉함에 있어서 개인의 희망과는 상관없이 가령 외양, 이름 등등과 같은 그 인격의 일정한 요소들을 타인들이 알게 되는 것은 어쩔 수 없는 일임에도 이 모든 접촉형식과 접촉가능성이 개인의 동의를 요건으로 하거나 특별한 법률적 허가를 받아야 한다는 논리가 가능하기 때문이다. 그에 따라 이 권리에 대한 “제한”으로 보아야 할 국가작용의 범위, 즉 법률유보의 적용범위가 필요이상으로 넓어지게 되며, 그에 따라 관련 국가작용에 불요불급한 장애를 유발할 수도 있다는 비판이 제기된다. 일반적인 개인정보자결권에 의할 경우 컴퓨터에 의한 정보의 결합가능성을 논거로 모든 정보의 조사와 처리는 그것이 어떤 형태로 일반적 인격권을 제한하는지를 불문하고 헌법적인 문제를 제기한다고 보게 됨으로써<sup>785)</sup> 개인의 인격보호를 위해서 그 자체 무의미한 정보, 가령 이름, 주소, 전화건 사람의 이름을 문서나 메모지에 기록하는 것과 같은 정보의 수기처리, 사실관계를 관계자의 이름을 거명하면서 전달하는 것 등 개인의 일반적 인격권의 언저리만을 건드리고 그것을 침해한다고 볼 수 없는 조치들이

784) 공권으로서 그리고 사법상의 방어권으로서의 정보의 자결권의 기능 Simitis, NJW 1984(주 14), 400쪽 ; 동인, Datenschutz: Voraussetzung oder Ende der Kommunikation?, in: FS für Coing II, 495 (513 이하); A. Podlech, Individualdatenschutz-Systemdatenschutz, in: Festgabe für Grüner, 1982, 451-452.

785) 대표적인 것으로는 Stellungnahme der Datenschutzbeauftragten, DÖV 1984, 505 쪽.

모두 개인정보자결권에 대한 제한으로 간주되어 법률적 근거가 필요하고, 그 근거가 없으면 위헌이 되는 부당한 결론이 나온다는 것이다.<sup>786)</sup>

뿐만 아니라, 의사가 환자에 대한 검진과정에서 알게 된 건강에 관한 정보를 관찰관청에 전달하는 경우와 같이 일반적 인격권에 대한 중대한 제한을 의미하는 경우와 이름, 주소와 같은 인적 정보의 전달처럼 인격권보호에 별 의미가 없는 정보가 동일하게 다루게 되고, 정보의 결합가능성에 따른 위험성 때문에 개인정보자결권 관념이 개발된 컴퓨터에 의한 정보처리와 그와 같은 위험성이 없는 인적 정보의 수기처리가 동일하게 다루어지는 부작용이 발생한다고 한다. 그러나 일반적 개인정보자결권을 인정하더라도, 아래에서 살펴보는 바와 같이, 그 제한의 정당성여부를 심사하는 단계에서 인적 정보의 인격보호에 대한 의미나 인적 정보의 존재방식이나 처리방식에 따른 형량의 단계화는 가능하고 또 필요하다고 본다. 따라서 전술한 이유 때문에 포괄적인 개인정보자결권을 굳이 부인하고 그 자체 개방적이고 불명확한 일반적 인격권의 테두리 안에서 관련문제들을 개별적으로 처리하여야 하는 불편을 감수할 필요는 없다고 본다.

#### 나. 국내 학설의 현황과 평가

국내 학설의 현황을 살펴보기에 앞서 헌법에 명시된 일부 특별한 기본권들이 근거가 될 수 있는지를 일별할 필요가 있다.<sup>787)</sup>

---

786) 일반적 인격권의 구성요건에서 이미 다른 헌법적 법익과의 법익형량이 행해져야 한다. 일반적 인격권은 그 인저리만을 제약받지만 그와 상충하는 다른 헌법적 법익들은 중대하게 제한되는 경우에는 일반적 인격권의 침해는 존재하지 않는다.

787) 독일의 일부 학자들은 개인정보보호를 일반적 인격권의 특수한 구체화의 문제만이 아니라, 각 개별 자유권의 부분 문제로서도 파악하려고 한다. 가령 H. U. Gallwas,

직업선택의 자유(제15조), 통신의 비밀(제18조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조 제1항), 언론·출판·집회·결사의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조), 혼인과 가족생활의 자유(제36조 제1항) 등의 고전적 자유권들도 관련 생활영역에서의 개인적 사항들이나 개인의 정보에 대한 결정권도 포함하고 있는 개인적 법익들을 포함하고 있다는 점을 간과할 수 없다.<sup>788)</sup> 또한 직업의 자유나 재산권도 직업적 비밀이나 은행거래와 관련된 비밀 보장의 필요성에서 보는 것처럼 기능상, 의미상 관련성이 있는 개인정보의 자결을 보호한다.<sup>789)</sup> 주거의 불가침 역시 주거나 관련시설에 관한 정보의 조사에 대해서도 보호를 제공할 수 있다는 견해도 있다.<sup>790)</sup> 그러나, 이들 개별 기본권으로부터 일반적인 개인정보자결권을 도출하거나 개인정보자결권을 각 자유권의 구성요소로 파악할 수는 없다.<sup>791)</sup> 현재 국내에는 이러한 특별한 기본권들이 일반적 인격권 내지 사생활의 비밀과 자유의 특별한 일 측면들을 보호한다는 지극히 타당한 주장이 있기는 하지만,<sup>792)</sup> 이 기본권들에서 개인정보자결권의 일반적 근거를 찾고 있는 견해는 없다.

---

Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Der Staat 1979, 514쪽; W. Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 245-246쪽.

788) 개별 자유권들을 정보의 자결권 내지 정보보호권으로 평가하려는 시도로는 무엇보다도 H.-U. Gallwas, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Der Staat 18 (1979), S. 514 참조.

789) Scholz/Pitschas, 전게서(주 14), 1984, 99쪽.

790) Scholz/Pitschas, 전게서(주 14), 91쪽.

791) 독일에서의 이에 대한 상세한 검토는 Vogelgesang, 전게서(주 3) S. 89 ff., 109 f.; W. Schmitt Glaeser, Schutz der Privatsphäre, in: HStR VI(1989), § 129, Rn 83 이하 참조.

792) 한수웅, 헌법상의 인격권 - 특히 헌법 제10조의 행복추구권, 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 보호에 관하여 - 「헌법논총」 제13집, 2002, 헌법재판소, 623 (640쪽).

(1) 개인정보자결권의 소극적 측면의 근거는 헌법 제17조에서 그리고 그 청구권적 측면의 근거는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 있다고 보는 설<sup>793)</sup>

이 설은 김철수 교수에 의하여 주장되고 있다. 헌법 제17조의 구성요건이 전통적인 자유권의 형식을 취하고 있기 때문에 제17조는 개인정보자결권의 방어권적 측면 이외의 적극적 측면을 포괄할 수 없다고 보는 것으로 이해된다. 기본권의 양면성을 부정하고 있는 김철수 교수는<sup>794)</sup> 헌법 제17조의 객관법적 측면으로부터 적극적인 내용의 개인적 권리들이 도출될 수 있는 가능성을 인정할 수 없다. 한편, 그는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 일체로 파악하여 자유권, 평등권을 비롯한 청구권적 기본권, 사회적 기본권 등 모든 기본권을 포괄하는 주기본권으로 이해한다.<sup>795)</sup> 그래서 그는 헌법 제10조에서 개인정보자결권의 적극적 근거가 있다고 보는 것으로 이해된다.

그러나, 기본권의 양면성을 인정하고 있는 지배설의 입장에서 볼 때 개인정보자결권의 적극적 내용을 인정하기 위해서 굳이 헌법 제10조를 그 근거로 삼아야 할 필요는 없다. 이설의 기본전제, 즉 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 양자가 하나의 포괄적 기본권으로 규정된 것인 동시에 협의의 인간의 존엄권과 행복추구권도 함께 보장하고 있다는 전제 자체의 타당성도 의문스럽다.<sup>796)</sup>

793) 김철수, 헌법학개론, 2001, 540쪽. 대법원(1998. 7. 14. 선고 96다42789 판결)은 헌법 제10조와 헌법 제17조를 나란히 열거하면서 정보의 자결권을 도출하고 있으나, 구체적인 논증이 없어서 김철수 교수와 같은 논거에 토대를 두고 있는 것 인지는 불분명하다.

794) 김철수, 헌법학개론, 2003, 264쪽.

795) 김철수, 전제서(주 37), 278-280쪽.

796) 이러한 전제의 비판에 대해서는 무엇보다도 계획열, 헌법학(중), 2002, 191-192쪽 참조.

그러한 전제에 의할 때 헌법 제37조 제1항이 단순한 주의규정으로 전락한다는 체계적·발생사적인 관점에서의 비판을 굳이 원용하지 않더라도, 행복추구권이 세계헌법사에서 자유권으로 발전해 왔다는 사실은 행복추구권을 인간존엄권과 결합하여 모든 기본권의 모태로 보는 입장의 설득력을 저하시키고 또 그와 같은 전제 위에 설 경우 인간존엄권도 공익을 위하여 상대화될 수 있다는 추론이 가능하다는 점도 이 설의 이론적 토대를 취약하게 만든다.

## (2) 개인정보자결권의 근거를 국민주권원리와 민주주의원리에서 찾는 설

이 설은 개인정보자결권은 자유로운 인격성의 보장을 위한 측면과 권력통제권이라는 정치적 권리로서의 측면을 동시에 가지는 복합적 권리이며, 그 헌법적 근거도 전자의 측면과 관련해서는 헌법 제10조의 인간의 존엄권 및 행복추구권에서 찾을 수 있지만, 후자의 측면과 관련해서는 국민주권원리와 민주주의원리에서 찾아야 한다고 주장한다.<sup>797)</sup>

이 설은 국민주권원리와 민주주의원리를 모든 정치적 성격을 갖는 기본권들의 원천으로 이해하고 있으나, 객관적 법원리에 불과한 그 원리들이 직접 개인의 주관적 권리를 발생시킬 수 있는지는 극히 의문스럽다.<sup>798)</sup> 이 권리가 국가가 개인정보를 임의로 조사, 집적, 이용할 수 없도록 하고, 정보의 분할 등 정보의 권력분립까지도 내용으로 할 수 있다는 측면에서 권력통제적인 측면을 가지고 있음은 물론이다. 그러나 모든 기본권이 소극적 권한규범으로서의 성격을 갖고 있기 때문에,<sup>799)</sup> 즉 개인에게 열린 자유의 가능성을 국가기관

797) 김종철, 헌법적 기본권으로서의 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론, 인터넷 법률 제4호, 2001, 36 (43쪽).

798) 동지, 김용섭, 정보공개와 개인정보보호의 충돌과 조화, 「공법연구」 29집 제3호, 2001, 167 (179쪽).



이 박탈하는 것을 금지하는 규범으로서 기능한다는 관점에서 보면 권력통제적 측면은 모든 기본권에 내재하는 속성에 불과하다. 더구나, 언론·출판·집회·결사의 자유와 같은 고전적 정치적 자유권들은 물론 정보의 자유 내지 알권리, 개인정보자결권과 같이 정보사회에서 중요성을 획득하고 있는 기본권들도 그 객관적 측면에서는 민주적 기본질서의 요소가 된다.<sup>800)</sup> 이러한 기본권들은 민주적인 국가 생성과정과 정치적 의사형성의 민주적 과정을 구성하는 요소로서 그 의미와 정치적 의미를 가지는 것이다.<sup>801)</sup> 이러한 기본권들을 통한 자유보장의 중요한 기능의 하나는 그와 같은 정치적 과정을 가능하게 하고 보호하는 것이다. 결국 김 교수의 논증은 개인정보자결권의 정치적 기능 내지 민주적 기능을 강조한 것에 불과하다. 그러나, 그의 지적은 통합론적 기본권이론이나 민주주의적·기능론적 기본권이론의 관점에서 보면 당연한 것일 뿐 아니라, 기본권의 기능의 문제와 명시되지 아니한 기본권의 법적 근거의 문제를 혼동하고 있는 것이다. 끝으로, 이 권리의 근거를 보다 구체적이고 또 권리 형식으로 보장되어 있는 기본권들을 떠나서 객관적 법원리에 지나지 않을 뿐 아니라 그 내용도 매우 추상적인 민주주의원리나 국민주권 원리에서 찾는 것도 방법론적으로도 수궁하기 어렵다.

---

799) 계희열, 전계서(주 39), 46쪽.

800) 계희열, 전계서(주 39), 45쪽; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 294.

801) Hans Hugo Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, 27 이하.

**(3) 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에서 그 근거를 찾는 설(다수설)**

현재 국내의 다수설은 헌법 제17조의 ‘사생활의 비밀과 자유’에서 일반적 개인정보자결권의 헌법적 근거를 찾고 있다.<sup>802)</sup>

이와 같은 견해의 배경에는 미국에서 개인정보자결권이 프라이버시(privacy)의 권리의 한 내용으로 논의되고 있다는 점,<sup>803)</sup> 우리 헌법이 제17조를 통해서 미국에서 논의되고 있는 프라이버시권을 수용하려고 했다는 성립사적 논거가 있다.<sup>804)</sup> 즉 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유는 곧 미국에서 논의되는 ‘프라이버시권’이며, 이 프라이버시권은 웨스틴(Westin)이 정의하는 바와 같이 “자신에 관한 정보가 언제, 어떻게, 얼마만큼 다른 사람과 의사소통되어도 되는지를 스스로 결정할 수 있는” 개인의 요구로 이해될 수 있는 만큼 개인정보자결권을 포함할 수 있다는 것이다.

이 설의 대변자인 김일환 교수<sup>805)</sup>에 의하면 헌법상 보장되는 “사” 생활이 개방적 구조를 가지고 있기 때문에 그 본질을 적극적으로

---

802) 가령 권영성, 전게서(주 8) 429쪽; 성낙인, 영남법학(주 2), 26쪽; 「법제연구」 11호(주 2), 1 (12-14)쪽; 언론정보법(주 2), 488-492쪽 - 자기정보에 대한 통제권; 성낙인 외, 개인정보보호를 위한 정책방안 연구(주 2), 23-31쪽은 그 밖에도 헌법 제10조의 인간존엄권 및 행복추진권, 제4조와 제8조의 자유민주적 기본질서를 보충적인 근거로 제시하고 있다. 이인호, 정보사회와 개인정보자결권(주 2), 71쪽; 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구(주 2), 101-102쪽; 변재욱, 정보화사회에 있어서의 프라이버시의 권리(주 2).

한편, 하급심판결 중에는 헌법 제17조를 인격권을 포함하는 것으로 이해하면서 제17조가 정보의 자결권의 근거라고 보는 것이 있다. 가령 서울고법 1996. 8. 20. 선고 95나44148 판결, 하집1996-2, 277; 서울지법 1995. 9. 29. 선고 91가합49346 판결, 하집1995-2, 386.

803) 이에 대한 정보는 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구(주 2), 92-93쪽 참조. 물론 미 연방대법원의 판례는 아직 포괄적인 정보의 자결권을 인정하고 있지 않은 것으로 분석되고 있다.

804) 계획열, 전게서(주 39), 344쪽; 김철수, 전게서(주 37), 539쪽.

805) 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구(주 2), 97-98쪽.

규명되기 힘들다 할지라도 사회의 광범위한 관찰이나 토론을 배제하거나 거부할 수 있는 내적이고 차단된 활동영역으로서 사적인 것 그리고 개개 행위자에게 귀속시킬 수 있고 그의 책임하에 자율적으로 행해지는 모든 활동들로서의 사적 영역은 인정할 수 있기 때문에 사적 영역과 공적 영역들의 “구분”은 오늘날에도 여전히 중요한 의미를 갖는다고 한다.

그러나, 이처럼 영역적 사고에 입각하고 있는 이 설의 주장자들이 그와 같은 영역적 사고를 뛰어넘는 개인정보자결권의 보호범위를 헌법 제17조의 ‘사생활의 비밀과 자유’라는 구성요건을 통해서 커버할 수 있다고 주장하는 것 자체가 논리적 오류가 아닌지 의문이며, ‘사생활의 비밀과 자유’라는 구성요건으로부터 어떻게 적극적인 내용의 권리들(자기정보접근권·자기정보열람청구권 등과 같은 절차적 권리들)을 도출할 수 있는지 또 이 권리에 의하여 국가에 부과되는 여러 가지 객관적인 법적 의무가 어떻게 도출할 수 있는지도 분명하지 않다.

이 설에 대한 근본적인 비판은 항을 바꾸어 헌법 제10조의 인간존엄권과 행복추구권의 결합을 통해서 구성되는 일반적 인격권이 개인정보자결권의 근거라는 설<sup>806)</sup>의 타당성 논증의 형태로 진행하기로 한다.

#### 다. 사건: 일반적 개인정보자결권의 근거는 일반적 인격권

우리는 헌법 제17조는 개인정보자결권의 일부 내용을 포섭할 수 있으나 동 권리의 일반적 근거가 될 수 없다고 본다. 그 이유는 헌법

806) 졸고, 전남대 법률행정논총 (주 9), 205 이하; 한수용, 전계논문(주 35), 660 이하.

제17조의 구성요건이 다분히 영역적 사고에 입각하여 설정되었고, 따라서 사생활영역에 관련된 정보만이 아닌 개인의 정보 일반에 대한 자결을 보호하는 개인정보자결권의 일반적 근거가 될 수 없다.

**(1) 헌법 제17조의 사생활의 의미**

헌법 제17조의 ‘사생활의 비밀’이라는 구성요건 중 ‘사생활’을 ‘사적 공간에서의 생활’이라는 의미에서 공간적으로만이 아니라 사회적 개념으로도 이해하여야 할 것이다. 따라서 가령 일기장의 기재나 주거 공간이나 성생활과 같이 외부와 차단된 공간에서 이루어지는 개인 생활(이른바 내밀영역; Intimsphäre)만이 아니라, 의사와의 마약중독이나 알콜중독에 관한 상담의 경우처럼 타인과의 사이에 형성되는 비공개적인 의사소통의 관계(사사의 영역; Privatssphäre)도 사생활에 해당한다. 결국 개인의 생활 중 공적 생활, 공개된 생활을 제외한 영역이 사생활에 해당한다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 공권력이 개인의 내밀영역 및 사사의 영역에 속하는 정보를 수집하는 것에 대하여 제17조가 보호를 제공할 수 있음은 의문의 여지가 없다.

**(2) 개인정보자결권이 미치는 범위**

문제는 개인정보자결권이 보호의 대상이 되는 개인정보는 개인의 내밀영역이나 사사의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되는 개인정보, 심지어는 이미 공개된 개인정보까지 포함되며, 개인정보자결권이 단순히 개인의 사생활에 대한 정보의 수집으로부터 개인을 보호하는 것이 아니라 개인정보이용의 방법과 양태에 대해서도 개인을 보호할 수 있어야 한다는 데 있다. 다분히 영역적 사고에 토대를 둔 헌법 제17조는 이러한 보호를 제공해 줄 수 없다.

(가) 개인의 성명, 초상, 명예, 신용은 어느 경우에도 “사생활의 비밀”인가?

필자의 주장을 논증하기에 앞서 먼저 헌법 제17조의 해석에 관한 현재의 통설의 오류부터 지적해 보자. 통설은 성명, 초상, 경력, 이미지 등 본인에게 고유한 속성인 인격적 징표의 도용금지가 항상 헌법 제17조의 “사생활의 비밀”의 보호영역에 속한다고 본다.<sup>807)</sup> 그러나, 일상적 거래에서 개인의 동일성을 식별하는 표지로 사용되는 개인의 성명이나 공적 생활에서 자연스럽게 드러나는 공인의 초상이나 경력이 ‘사생활의 비밀’이라는 구성요건에 해당하는지 의문이다.<sup>808)</sup> 비개방 공간에서의 개인의 생활을 은밀히 촬영하는 것에 대해서는 그 개인이 비록 공인이라 하더라도 헌법 제17조의 사생활의 비밀에 의해서 보호된다. 그러나, 공개된 장소에서 공적 생활과 관련하여 촬영된 공인의 초상이 왜곡·오용되는 것에 대하여 헌법 제17조는 한계를 드러낸다. 뿐만 아니라 개인의 인격 등에 대한 사회적 평가인 명예나 신용도 사생활의 비밀에 해당한다고 볼 수 없다. 이 경우 문제되는 것은 사생활의 평온이나 은비성이 아니라 인격적 징표의 사용방법이나 용도와 관련된 것이거나 사회적 평가의 왜곡이기 때문이다.

(나) 공적 생활영역에서 형성되는 개인정보의 보호의 문제

국가는 개인의 사생활에 침범하거나 간섭하지 않고도 공적 생활영역에서 떨어지는 개인정보를 낙수를 줍듯이 주어서 집적할 수도 있다. 국가는 이와 같은 정보를 국가가 이미 보유하고 있는 다른 개인 관련 공적·사적 정보들과 결합하여 새로운 차원의 가치를 갖는 개인정보를 만들어 낼 수도 있다. 국가가 금치산이나 한정치산 선고와

807) 가령 권영성, 전게서(주 8), 426쪽.

808) 동지, 한수용, 전게논문(35), 647쪽 주 46.

같은 개인관련 공적 정보를 공개하는 방식으로도 개인의 인격에 대한 사회적 평가에 영향을 미칠 수 있다. 특정 정치인이 하지도 아니한 정치적 발언을 하였다고 언론매체가 보도한 경우 보도내용이 개인의 사생활에 관한 보도나 명예훼손적 내용이 아니기 때문에 비록 정치인의 사생활이나 명예에 대한 침해는 없다고 하더라도 잘못된 보도로 인하여 그에 대한 왜곡된 형상이 형성될 수 있다. 만일 이 경우 법원이 언론매체가 장차 같은 보도를 반복하는 것을 금지해 줄 것을 청구하는 내용의 예방적 부작위소송을 인격상의 왜곡이 없다는 이유로 기각할 경우 그 법원은 외부에 자신의 모습을 전달하는 개인의 노력이 타인에 의하여 방해받음으로써 외부에 대한 자기 표현권이 침해된다는 점을 간과하는 것이다.<sup>809)</sup>

(다) 프라이버시권 논의결과의 포괄적 수용에 실패한 헌법 제 17조의 구성요건

전술한 문제들에 대하여 헌법 제17조는 무력하다. 다분히 영역적 사고방식에 토대를 둔 가운데 조문화된 제17조는 미국에서 오늘날 논의되고 있는 프라이버시권<sup>810)</sup>이나 독일에서 논의되는 일반적 인격권을 우리 헌법에 모두 수용하는 데 실패했다고 본다. 그렇다면 이를 만회하기 위하여 헌법 제17조의 명문규정을 확장적으로 해석할 필요가 있을 것인가? 헌법 제17조에 의해서 보호받지 못하는 것은 헌법 제10조를 통해서 보호할 수 있기 때문에 제17조를 무리하게 확장하여 해석할 필요까지는 없다.<sup>811)</sup> 물론 헌법 제10조의 행복추구

809) BVerfGE 54, 148 (153 ff.) - 이른바 정치인 Eppler 사건.

810) 그 근본원인은 프라이버시권의 다의성에 있을 것이다. 미국에서조차 프라이버시권을 정의하려는 많은 시도가 있었지만 실패하였고, 최근에는 그에 대한 개념 정의를 포기한 것처럼 보인다는 분석까지 있다. 이에 대해서는 이인호, 정보사회와 개인정보자결권(주 2), 69-70쪽, 주51 및 거기서 인용된 문헌참조.

811) 그렇다고 우리 헌법재판소처럼 우선적으로 제10조의 행복추구권으로 달려가 그것에 의거함으로써 제17조의 사생활의 비밀과 자유를 거의 사문화시키는 태도는

권의 보호범위가 어디까지 미치는지의 문제는 헌법 제37조 제1항의 의미해석과 관련하여 어려운 문제를 야기한다.<sup>812)</sup> 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 경시되지 않는다’는 규정은 이 규정 자체가 열거되지 아니한 자유와 권리의 직접적 원천이어야 한다는 취지라기보다는 명시된 자유와 권리에 대한 규정들을 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 보장되는 방향으로 적극적으로 해석하여야 한다는 기본권해석의 지침을 담고 있다고 보아야 한다.<sup>813)</sup> 그러나, 현재의 다수의 견해와 판례는 헌법 제10조 제1문 후단의 행복추구권을 인격의 자유발현권(개성신장권) 내지 일반적 행동의 자유권으로 이해하는 한편, 같은 조 제1문 전단의 “인간의 존엄과 가치”와 결부시켜 일반적 인격권을 구성하고 있다.<sup>814)</sup> 이처럼 헌법 제10조의 의미를 적극적으로 모색하는 것이 헌법의 취지에도 부합한다고 본다.

### (3) 일반적 개인정보자결권의 근거로서의 일반적 인격권

---

지양되어야 한다고 본다. 가령 헌법재판소가 제10조의 행복추구권에서 파생한다고 본 성적 자기결정권은 헌법 제17조의 사생활의 자유로부터 쉽게 도출될 수 있다.

812) 이에 대해서 자세한 것은 무엇보다도 계획열, 전게서(주 39), 179 이하, 특히 185-186쪽, 191 이하 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조.

813) 한수웅, 전계논문(주 35), 635쪽.

814) 계획열, 전게서(주 39), 193 이하 참조. 동지의 판례로는 헌재 2000.4.27. 98헌가 16 등 (병합), 판례집 12-1, 437 (456) - 과외금지. 그러나 적지 아니한 헌법재판소의 판례가 일반적 인격권의 근거로 막연히 헌법 제10조를 들고 있다. 가령 헌재 2001.10.25. 2000헌마60 - 간통죄; 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103 (112) - 차폐시설이 불완전한 유치장내 화장실; 2002.7.18. 2000헌마327 - 알몸수색. 그런가 하면 일반적 인격권의 근거를 인간의 존엄과 가치에서만 찾는 판례도 있다. 예컨대 헌재 1999.9.16. 98헌가6, 판례집 11-2, 228 (243-244) - 개인 동의 없는 단체보험가입; 1999.5.27. 97헌마137, 판례집 11-1, 653 (665) - 미결구급자의 제소자용수의착용처분. 한편, 헌재 1997.7.16. 95헌가6, 판례집 9-2, 1 (16) - 동성동본금혼도 인격권을 인간의 존엄과 가치와 동일시하고 있는 인상을 주고 있다. 이는 그러나 인간존엄권이 불가침적 성격을 갖기 때문에 매우 좁게 한정된 보호영역만을 가질 수 있고, 그에 따라 매우 좁은 인격의 영역만을 보호한다는 점에 비추어 볼 때 신중한 판례라고 보기 어렵다.

일반적 인격권은 명시되지 아니한 자유권으로서 특별한 (즉 헌법에 명시된) 자유권을 보충한다. 이 권리의 과제는 인격의 비교적 좁은 생활영역과 전통적인 자유권들에 의해서는 충분히 보장될 수 없는 인격의 기본조건을 보장함으로써 헌법의 최고의 구성원리인 인간의 존엄성보장 실현에 기여하는 것이다. 일반적 인격권의 이와 같은 특성 때문에 그 보호되는 권리의 내용이 완결적으로 확정될 수 없으며 구체적인 사례와 관련하여 비로소 개별적으로 확인될 수 있을 뿐이다. ‘일반적’ 인격권은 일반적 행동의 자유와 마찬가지로 특정 생활영역에 결부되어 있지 않다. 또 일반적 ‘인격권’은 인간의 존엄성과 마찬가지로 개인을 행위와 관련하여서가 아니라 주체성에 있어서 보호한다. 즉 일반적 인격권의 구체적 내용들은 주체의 다양한 발현방식에 대하여 효력을 갖는다.<sup>815)</sup>

우리나라나 독일에서 일반적 인격권의 내용으로 인정되는 것들은 매우 다양하기 때문에 이를 체계화하는 것은 용이한 일이 아니며, 논자에 따라 그 구체적 내용에 대한 분류방법도 다르다. 여기서는 그 내용을 자기결정권, 자기유지권, 자기표현권으로 나누어 설명하

---

815) BVerfGE 72, 155 (170); 54, 148 (153-154). 계획열, 전게서(주 35), 201 이하; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rn 373 참조. 독일 연방헌법재판소도 애초에 인격을 공권력에 의한 침해로부터 보호하기 위하여 상이한 정도로 보호되는 공간적 영역들을 불가침의 핵심인 내밀영역, 사회적 연관성이 있어 상대적으로만 보호되는 사사영역, 원칙적으로 보호의 대상이 아닌 공개영역으로 나누는 이른바 영역구분이론(Sphärentheorie)에 토대를 두고 판례를 형성하였으나, 자결권과 자기표현권을 영역과는 무관하게 인정한 Eppler결정(BVerfGE 54, 148 ff.), Böll/Walden결정(BVerfGE 54, 208 이하)을 전기로 영역이론과 거리를 두게 된다. 일반적 인격권에 관한 독일 판례의 발전과정에 대하여 자세한 것은 H. D. Jarass, Die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: H.-U. Erichsen/H. Kollhoser/J. Welp (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, 1996, 89 이하; B. Holznapel, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, in: B. Pieroth(Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, 29 (29 이하)참조.



기로 한다.<sup>816)</sup> 자기결정권은 개인이 스스로 결정하고 상황에 따라서는 자신이 누구인지를 스스로 발견할 수 있는 권리를 말한다.<sup>817)</sup> 자기유지권이란 개인이 사생활로 돌아가 은거하고 홀로 있을 권리를 의미한다.<sup>818)</sup> 자기표현권이란 자신을 폄하하거나 왜곡시키는 공개적인 표현 또는 자신의 의사에 반하는 자신에 대한 공개적인 표현에 대하여 방어할 수 있는 권리, 자신의 의사에 반하여 자신을 은밀히 탐지하는 것에 대하여 방어할 수 있는 권리, 개인정보에 대한 자결권 등을 포함한다.<sup>819)</sup> 자기유지권 및 자기결정권과 밀접한 관련을 갖는 사생활의 비밀과 자유가 유일무이한 개체로서의 개인의 개성

816) Pieroth/Schlink, 전거서(주 58), Rn 374 이하. 참조 그 밖에도 독일의 일반적 인격권에 관한 논의에 입각한 일반적 인격권에 대한 설명으로는 한수웅, 전거논문, 623 (643 이하)은 일반적 인격권의 내용을 사생활의 비밀과 자유를 내용으로 하는 사생활의 보호권과 사회적 인격상결정권으로 구분하여 설명하고 있다.

817) 가령 개인이 자신의 혈통을 알 수 없도록 막아서는 안되고(BVerfGE 90, 263 [270 f.]; 96, 56 [63]). 우리 헌법재판소는 부의 친생부인제한과 관련하여 일반적 인격권 침해를 인정한 바 있다. 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14 등, 판례집 9-1, 193 [200-205쪽]), 자신의 이름을 보유하는 것(BVerfGE 78, 38 [49]), 자신의 성적 역할(BVerfGE 47, 46 [73]), 이 역할에 부합하는 호적(Personenstand; BVerfGE 49, 286 [298]; 또한 BVerfGE 60, 123 [254] 참조)과 자녀의 출산(임신에 관해서는 BVerfGE 88, 203 [254]; 불임에 대하여는 BGH, NJW 1995, 2407, 2409), 성행위여부 및 상대방(헌재 1990.9.10. 89헌마82, 판례집 2, 306 [310]; 2001.10.25. 2000헌바60 - 간통죄)에 대하여 스스로 결정하는 것을 금지해서는 안된다.

818) 의사와 환자의 상호신뢰에 기초한 접촉을 통하여 만들어지는 진료기록(BVerfGE 32, 373 [379]), 기타 건강상태·영적 상태·성격에 관한 정보(E 89, 69 [82-83]), 일기장의 은비성(BVerfGE 80, 367 [373 이하]).

819) 개인의 명예에 대한 보호(BVerfGE 54, 148 [155]), 초상권(BVerfGE 35, 202 [220]), 도청과 은밀한 녹취로부터 보호받을 권리(BVerfGE 34, 238 [246]), 반론권(BVerfGE 63, 131 [142-143]) 및 정정요구권(BVerfGE 97, 125 [148-149])을 포함하는 자신의 말에 대한 권리(BVerfGE 54, 148 [155]), 직업생활에서 개인의 생활상황을 밝히도록 강요받지 아니할 권리(BVerfGE 96, 171 [181]) 등이 포함된다.

청소년 성매수자에 대한 신상공개제도에 대한 헌법재판소 2003. 6. 26. 2002헌가 14 결정에 대한 소수의견은 헌법 제10조에서 도출되는 일반적 인격권이 타인의 눈에 비치는 자신의 모습을 형성하는 데 있어 결정적인 인자가 될 수 있는 각종 정보자료에 대하여 스스로 결정할 수 있는 권리, 다시 말하여 “사회적 인격상에 대한 자기결정권”을 포함한다는 입장을 피력한 바 있다(헌법재판소공보 82호 542쪽).

의 형성과 개인적 정체성의 보호에 주안점이 있다면, 개인정보자결권을 포함하는 자기표현권은 주로 국가나 제3자와의 관계에서 형성되는 개인의 인격상, 즉 개인의 사회적 정체성에 관한 것이다.<sup>820)</sup> 요컨대, 일반적 인격권의 보호범위는 헌법 제17조의 ‘사생활의 비밀과 자유’의 보호범위보다 넓다.

개인정보자결권의 기초를 이루는 자결사상도 개인이 사생활의 비밀에 국한됨이 없이 제3자나 공중에 대하여 자신에 관한 정보를 공개할 것인지, 그리고 그 경우 어떤 범위에서 어떻게 공개하고 표현할 것인지를 원칙적으로 스스로 결정할 수 있어야 할 것을 요구한다. 개인정보자결권에 대한 제한도 단순히 공권력주체에 의한 정보의 조사, 즉 사사의 공개, 사사를 들추어내는 것하고만 관련된 것이 아니라 정보를 다루는 방식 및 양태와도 관련된 것이다. 환언하면 ‘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 제한행위가 있다면, 개인정보자결권을 포함한 자기표현권의 경우 사생활에 관한 정보의 단순한 수집이 아니라 정보를 처리하는 방법에 의하여도 제한된다. 세상에 자신의 인격상이 어떻게 묘사되고 소개되는가의 문제는 이미 사생활 영역을 외부의 눈으로부터 차단하는 것의 문제가 아니라, 개인이 외부세계와의 관계에서 사회적으로 활동하면서 자신의 인격을 발현하기 위한 기본조건의 보장에 관한 것이다.<sup>821)</sup> 그러므로 개인정보자결권에 의하여 보호되는 정보는 반드시 사사의 영역에 속하는 정보이어야 하는 것은 아니며, 개인에 관한 정보이면 족한 것이다.<sup>822)</sup>

---

820) 한수용, 전계논문(주 35), 647쪽.

821) 한수용, 전계논문(주 35), 647쪽.

따라서, 일반적인 개인정보자결권의 헌법적 근거는 헌법 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄과 가치와 연계된 같은 조 제1문 후단의 행복추구권에 그 근거가 있는 일반적 인격권에서 찾아야 한다고 본다. 이 권리는 개인정보보호를 위한 특별한 권리들을 배척하지 않으며, 그것들을 보완하는 역할을 한다.<sup>823)</sup> 특히 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 그 자유는 일반적 인격권에 근거를 두는 ‘개인정보자결권’에 대한 특별규정이라고 보아야 하며, 그것에 의하여 보호될 수 있는 사생활과 관련된 정보의 보호와 관련해서는 제17조가 우선적으로 적용되며, 그 이상의 개인정보자결권을 위해서는 일반적 인격권에 터 잡고 있는 일반적 정보의 자결권이 보충적으로 적용된다고 보아야 한다.

#### IV. 개인정보자결권의 기능

##### 1. 방어적 기능

개인정보자결권은 국가에 대한 방어권 및 이 권리에 의하여 보호되는 자유를 실행할 수 있는 권리를 보장하는 기능을 한다. 개인은 작위(어떤 정보를 어떤 범위에서 누구에게 공개할 것인가) 내지 부작위(자신의 개인정보를 공개하지 않을 것인가)에 관한 결정의 자유 그에 따라 행동할 수 있는 자유를 갖는바,<sup>824)</sup> 이 결정권은 정보처리

822) Schmitt Glaeser, 전계논문(주 34), Rn 31. 청소년 성매수자에 대한 신상공개제도에 대한 헌법재판소 2003. 6. 26. 2002헌가14 결정에서 문제된 것은 범죄사실과 관련하여 개인의 신상을 공개하는 것이었다. 범죄사실 자체는 사생활의 비밀이라고 할 수 없음은 분명하다.

823) Pieroth/Schlink, 전계서(주 58), Rn 377 참조.

의 모든 국면들을 대상으로 한다. 즉, 이 권리는 개인정보의 조사, 그 처리(전자적 정보처리, 집적, 삭제)의 각 단계에서 존중되어야 한다.<sup>825)</sup> 이 권리가 정보조사에서 처리의 모든 국면에 미친다는 것은 정보의 자결권이 모든 형태의 결정의 자유를 보호하고자 한다는 것으로부터 알 수 있다.<sup>826)</sup>

이 방어적 기능으로부터 국가가 합헌적인 법률적 근거 없이 개인정보를 수집·분석·처리하는 것이 임박한 경우에는 관련개인에게 침해행위의 부작위청구권이, 그리고 그와 같은 침해행위가 이미 발생하였거나 결과가 발생한 경우에는 방해배제청구권 내지 결과제거청구권이 발생함은 물론이다.<sup>827)</sup> 이러한 청구권이 없는 방어권이라는 것은 무의미할 것이기 때문이다. 기본적인 정보처리원칙이 충족되지 않는 경우에는 개인정보의 수집, 이용, 제공 등의 정보처리를 하지 말도록 요구할 수 있는 이른바 개인정보처리금지청구권이나 이미 조사·처리된 개인정보의 삭제·수정·사용정지를 요구할 수 있는 권리도 부분적으로는 개인정보자결권의 이와 같은 방어권적 측면의 효과를 집약하여 표현한 것으로 볼 수 있다.

그러나 이와 같은 방어권의 효과들은 정보주체들이 자신의 개인정보가 국가에 의해서 수집, 처리, 집적되고 있는 것을 알고 있는 경

---

824) BVerfGE 65, 1 (42).

825) Konferenz der Datenschutzbeauftragten, DÖV 1984, 505쪽; Simitis, NJW 1984(주 14), 399쪽.

826) 결과적으로 마찬가지로 입장을 취하고 있는 견해로는 H. Bäuml, Datenschutz beim Verfassungsschutz, AöR 110 (1985), 33쪽; Konferenz der Datenschutzbeauftragten, DÖV 1984, 505쪽. 이견으로는 H. Roewer, Datenverarbeitung und Informationsübermittlung durch die Verfassungsschutzbehörden, NJW 1985, 773 (775)쪽은 동 판결이 개인 정보자결권을 자동화된 정보처리에 국한시키고 있다고 본다.

827) 이는 독일 학계와 실무계의 전통적인 입장이다. 이미 G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1963, 105쪽에서도 당연한 것으로 받아들여지고 있다.

우에 비로소 의미를 가질 수 있다. 은밀하게 또는 개인이 알지 못하는 가운데 진행되는 정보조사, 처리, 집적에 대해서는 이와 같은 소극적 기능만 가지고는 효과적으로 대처할 수 없다.

## 2. 적극적 기능

개인정보자결권은 전통적인 방어기능을 넘어서 그 객관법적 차원에서 도출되는 적극적 기능을 포함하고 있다. 여기서 말하는 ‘객관법적 차원’은 주관적 권리와 객관적 법이라는 통상적인 이분법에 입각하여 있는 것이 아니라, 기본권의 방어적 기능에 포섭할 수 없는 기본권의 다양한 기능들을 포괄하는 개념이다.

### 가. 개인정보자결권의 적극적인 내용의 헌법적 근거

현재 통설은 개인정보자결권은 소극적인 자유권에 그치지 않고 자기정보접근권과 같은 국가에 대한 적극적인 청구권도 포함한다고 본다.<sup>828)</sup> 그러나, 이 권리가 이와 같은 적극적 청구권을 내포할 수 있는 근거를 명확히 제시하지 않고 있다. 아마도 개인정보자결권이 현실적인 의미를 갖기 위해서는 그와 같은 청구권적 요소가 필요하다고 보는 것으로 생각된다.<sup>829)</sup> 그렇지만 이 권리의 근거를 헌법 제 17조에서 구하든, 우리와 같이 헌법 제10조에서 구하든 그와 같은 해석론은 양 조문의 문구적 한계(‘사생활의 비밀과 자유’; 행복을 ‘추구할’ 권리)를 외면한 상태에서 진행된 이론구성이라는 느낌을

828) 가령 권영성, 전게서(주 8), 428쪽.

829) 이와 같은 취지의 설명으로는 한수용, 전게논문(35), 664-665쪽.

지을 수 없다.<sup>830)</sup> 헌법 제10조 제2문의 기본권보장의무를 마치 마술 피리와 같은 것으로 보는 시도 역시 경계하여야 한다.<sup>831)</sup> 개별기본권의 기능이 밝혀진 뒤에야 국가의 기본권보장의무범위는 구체화될 수 있기 때문이다.

개인적으로는 개인정보자결권의 “객관법적 측면”<sup>832)</sup>, 즉 그 가치질서의 요소로서의 기능이<sup>833)</sup> 그와 같은 청구권들의 근거라고 본다. 독일 연방헌법재판소는 1958. 1. 15.의 결정(Lüth-Urteil)에서 기본권

830) 독일에서도 이와 같은 우려를 품고 있는 학자로는 Scholz/Pitschas, 전게서(14), 88쪽; P. Krause, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, JuS 1984, 268 (270)쪽.

831) 그와 같은 시도로는 송기춘, 국가의 기본권보장의무에 관한 연구, 1999년 서울대학교 박사학위청구논문; 김철수, 전게서(주 37), 294 이하; 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등의 법정 의견, 판례집 90-1, 90 (119-120) 참조.

832) 기본권의 객관법적 내용은 지극히 다양한 용어로 지칭되고 있는데, 여기서는 이를 “잠정적으로” 기본권의 객관법적 차원, 객관적 측면 또는 객관적 내용이라는 말로 지칭한다. “잠정적”이라는 말이 시사하듯이 이 표현들은 여러 가지 면에서 문제점들을 내포하고 있다. 먼저 그 표현들은 주관적 권리가 입각하고 있는 객관적 범규범을 지칭하는 것으로 오해될 수 있다. 그러나 기본권의 객관적 내용이라는 용어로 그와 같은 부분적으로 자명한 것을 지칭하고자 하는 것은 결코 아니다. 왜냐하면 사권도 역시 그 존립의 근거가 되는 사법의 객관적 범규범에 입각하고 있기 때문이다. 나아가 전통적인 기본권의 기능인 방어권도 주관적 공권으로서 주관적 기능만이 아니라, 소극적 권한규범(negative Kompetenznorm)으로서(이에 관해서는 K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rdnr. 291) 객관적 기능을 수행한다. 다른 한편, 독일 연방헌법재판소는 기본권의 객관적 내용이 침해될 때 상황에 따라서는 주관적 기본권의 침해가 있을 수 있다고 보고 있다(BVerfGE 7, 198 [205]; 50, 290 [337]; 77, 170 [214-215]). 여기서 우리는 기본권의 객관적 차원이 주관적 권리와 객관적 법이라는 통상적인 이분법에 입각하여 있는 것이 아니라, 기본권의 방어적 기능에 포섭할 수 없는 기본권의 다양한 기능들을 포괄하는 개념임을 알 수 있다. 여기서 위의 용어들을 원리(Prinzip) (Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 1990, 49[59]쪽)나 원칙규범(Grundsatznorm) (Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1990, 1 이하)이라는 표현으로 대체하는 것이 타당하다는 주장의 정당성을 확인할 수 있다.

833) 김일환, 정보자결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구(주 2), 101-104쪽은 방어권의 올바른 이해가 정보자결권으로부터 도출되는 법적 지위를 모두 설명해 줄 수 있다고 주장하지만, 이는 오해라고 본다.

들은 주관적 방어권만이 아니라, 하나의 객관적 가치질서이기도 한바, ‘인간의 인격성과 그 존엄을 중심으로 하는 이 가치체계는 헌법적 근본결단으로서 법의 모든 영역에 타당하며, 입법·행정·사법은 이 가치체계로부터 지침과 동기(Impulse)를 부여받는다’고 실시하였다.<sup>834)</sup> 이 판례는 적지 아니한 비판을 받기도 하였으나, 기본권을 법질서 최고의 규범적 원리로 보는 그 사상은 독일만이 아니라 우리나라의 현대 기본권해석론에 확고한 자리를 잡았다.<sup>835)</sup> 그리하여 오늘날 기본권은 기본권주체 개인의 주관적 자유권일 뿐만 아니라, 가치결단 내지 객관적 원칙규범이라는 인식이 일반화되었으며 기본권론의 기본적 내용이 되었다. 뤼트관결은 방사효 내지 파급효(Ausstrahlungswirkung)를 발휘하는 기본권규범의 특성을 잘 드러내주고 있다. 이제 기본권규범은 국가 전체에 대한 “근본적 형성원리”<sup>836)</sup>로서 작용한다.

기본권규범은 그에 따라 국가에 대해서만 효력을 발휘하는 것이 아니라, “보편적으로(universal)”, 즉 모든 방향으로 그리고 법의 모든 영역에 작용을 미치게 된다. 기본권규범이 발휘하는 파급효로 인하여 헌법은 국가와 국민과의 관계에 관한 윤곽질서(eine Rahmenordnung)에 머무르지 아니하고, 사인 상호간의 관계에 까지 영향을 미치는 사회질서(Gesellschaftsordnung)로 되는 것이다.<sup>837)</sup> 기본권의 객관적 측면은 그 개방성과 부확정성으로 인하여 그로부

834) BVerfGE 7, 198 (205).

835) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155 (162); 1996. 8. 29. 94헌마113, 판례집 8-2, 141 (153-154); 계희열, 전게서(주 39), 56-57쪽; 허영, 한국헌법론, 2003, 222-223쪽; 권영성, 전게서(주 8), 290-291쪽.

836) 이 같은 평가를 하고 있는 Stern, Staatsrecht III/1, 1988, § 69 I 3 d); Böckenförde, Der Staat 1990(주 75), 1쪽.

837) 이러한 경향에 대하여 비판적인 시각으로는 무엇보다도 Böckenförde, Der Staat 1990(주 75), 1 이하.

터 유래하는 권리의 주체(Träger des Rechts), 그 의무의 주체(Adressat des Rechts), 그리고 그 권리 또는 의무의 내용(Modalität des Rechts) 등 3가지 면에서 추상화되는 현상을 보여준다. 이러한 추상화를 통하여 기본권의 객관적 측면은 결국 “자유 상태가 조성되어야 한다는 당위(das Gesolltsein der Freiheit)”가 된다.<sup>838)</sup>

그러므로 기본권의 객관적 측면은 다양한 규범적 내용들을 수용할 수 있을 정도로 높은 탄력성을 가지며, 기본권적 자유의 환경변화에 동태적으로 적용할 수 있게 된다. 위트판결은 기본권으로부터 왜 자유의 확보에 관한 국가의 포괄적 의무가 도출되는지의 의문을 품게 할 수 있다. 위 판결 자체가 가치질서의 요소로서의 기본권에 인간 존엄성을 보장하는 기능을 부여함으로써 이 문제에 관한 답변의 실마리를 제공하고 있다. 즉 위 판결은 방어권을 통한 “국가로부터의 자유”의 보장만으로는 산업사회의 현실에서 인간의 자유, 따라서 인간의 존엄성을 충분히 실현할 수 없음을 고백하고 있는 것이다. 방어적 기능을 통해서 보호를 해주기는 어려우나, 그렇다고 기본권에 의한 보호를 부인할 경우 기본권이 헌법에서 점하는 중대한 지위에 비추어 참기 어려운 결과를 낳을 때에 가치질서로서의 기본권이 원용되곤 하였다.<sup>839)</sup> 기본권의 객관적 내용도 소위 주관적 측면인 방어적 기능과 아무런 관계없이 병존하는 것이 아니라, 방어권적 측면과 상호 연관되어 있으며 동시에 상호 보완하고 있다.

개인정보자결권이 그 실효성확보를 위하여 국가에게 부과하는 다양

---

838) Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, 477 이하; *Der Staat* 1990(주 75), 49(57)쪽. 그는 이것을 기본원리(Grundprinzip)라고 지칭하고 있다.

839) H. D. Jarass(*Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 110[1985], 363[365]쪽)는 독일 연방헌법재판소 판례에 관한 연구를 통하여 이러한 확인에 도달하고 있다.



한 적극적 내용의 절차적·조직적 의무나 그에 대응하는 개인의 절차적·조직적인 청구권들도 바로 개인정보의 운명에 대한 자결을 가능하게 할 것을 명하는 등 기본권의 객관법적 측면에 그 근거가 있다고 보아야 한다.<sup>840)</sup> 이와 같은 절차법적·조직법적 성격의 청구권들은 실질적인 자유보호를 완벽하게 보완하는 작용을 한다.<sup>841)</sup>

## 나. 구체적 추론

(1) 먼저 이 권리의 객관법적 측면은 입법형성의 지침으로서 이 권리의 실효적 보호 내지 행사의 보장을 위한 절차적·조직적 대책을 세워야 할 의무를 국가에게 부과한다. 이 의무를 실현하여야 할 일차적 책임은 입법자에게 있음은 물론이다.

(i) 절차를 통한 실효적인 기본권보호에 대한 요구는 국가기관들에 대하여 그 기관이 보유하고 있는 자신에 관한 정보의 조사에 대하여 통보를 받을 수 있는 권리, 신상정보에 대한 열람을 요구할 수 있는 권리, 잘못된 정보의 정정 내지 삭제를 요구할 수 있는 권리, 낡은 정보의 갱신청구권 등으로 구체화된다.<sup>842)</sup>

840) B. Holznel, 전게논문(주 58), 40쪽; 그 밖에도 H.H. Trute, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1997), 216 (258)쪽도 참조.

841) Scholz/Pitschas, 전게서(주 14), 82쪽.

842) 이는 OECD가 1980년 9월 23일 채택한 “프라이버시보호와 개인정보의 국가간 유통에 관한 가이드라인(OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)”에서는 개인참가의 원리(Individual Participation Principle)로 구체화되었다. 이에 따르면 개인은 자기에 관한 정보의 소재를 확인할 권리를 가지며, 필요한 경우에는 자신에 관한 정보를 합리적인 기간 내에 합리적인 비용과 방법에 의하여 알기 쉬운 형태로 통지받을 권리를 가지며, 개인정보의 열람청구가 거부되는 경우에 개인은 그 이유를 구하고, 거부에 대하여 이의를 제기하거나 정보의 파기, 정정, 보완을 요구할 권리를 가진다.

1995년 10월 24일의 유럽연합의 “개인정보의 처리와 해당 정보의 자유로운 유

이러한 권리들 중 신상정보에 대한 열람을 요구할 수 있는 권리는 이미 헌법재판소에 의하여 ‘알권리’의 한 내용으로 인정되었다고 볼 수 있다.<sup>843)</sup> 이 권리를 헌법적 차원에서 인정할 헌법재판소의 입장에서는 일단 열람한 개인정보 중 잘못된 정보가 있음이 확인된 경우 그 정보의 정정 내지 삭제를 요구할 수 있는 권리를 부수적으로 인정해야 하는 것이 논리적이다.

(ii) 국가는 개인정보를 수집할 경우 정보주체에게 일정한 사항을 고지 내지 설명하여야 할 의무를 진다. 즉 개인정보의 관리주체, 개인정보처리의 목적, 정보의 수령인 또는 그 범주, 질문에 대한 응답 의무의 존부 및 거부의 효과, (ii)에서 설명한 절차적 권리들에 대하여 고지하여야 한다.<sup>844)</sup> 그밖에도 개인정보처리장치의 설치·활용

통에 관한 개인정보보호지침” 제11, 12조에는 유사한 내용의 권리가 보다 구체적으로 규정되어 있다.

843) “ ‘알 권리’도 헌법유보(제21조 제4항)와 일반적 법률유보(제37조 제2항)에 의하여 제한될 수 있음은 물론이며,··· 알 권리에 대한 제한의 정도는 청구인에게 이해관계가 있고 공익에 장애가 되지 않는다면 널리 인정해야 할 것으로 생각하며, 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여서는 의무적으로 공개하여야 한다는 점에 대하여는 이론의 여지가 없을 것으로 사료된다”(강조는 필자에 의한 것임) 헌재 1989. 9. 4. 88헌마22, 판례집 1, 176, 189-190(이에 대해서는 2인의 재판관의 반대의견 있음); 1991. 5. 13. 90헌마133, 판례집 3, 234, 246.

‘일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 정보를 수집할 수 있는 자유’를 자유권으로 인정하는 것을 넘어 자기와 관련된 정보 이외에 국가보유의 일반정보에 대한 공개청구권과 같은 적극적인 권리를 헌법 차원에서 직접 인정할 수 있는 근거에 대한 헌법재판소의 해명은 미흡하다. 필자의 이에 대한 견해표명은 이미 줄고, 자유권적 기본권의 ‘제한’에 관한 고찰, 「헌법논총」 제13집, 2002, 헌법재판소, 561 (591쪽). 그 밖에도 헌법재판소의 판례에 대한 비판으로는 김일환, 정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구(주 2), 109쪽; 박중보, 공공정보공개제도와 알 권리의 헌법적 근거, 「권영성교수 정년기념논문집」, 1999, 1009 이하; 전광석, 정보화사회의 헌법구조, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999, 294 이하.

한편, 자신과 관련된 정보공개청구권의 근거를 개인정보자기결정권이나 재판청구권(기본법 제19조 제4항)에서 찾는 독일의 견해로는 D. Kugelmann, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers. Grundlagen und verwaltungsrechtliche Grundstrukturen individueller Rechte auf Zugang zu Informationen der Verwaltung, 2001, 69쪽; G. Trantas, Akteneinsicht und Geheimhaltung im Verwaltungsrecht, 1998, 401쪽.

및 관련정책이 투명하게 공개되어야 한다.<sup>845)</sup>

이는 아래에서 설명될 개인정보자결권을 제한하는 규범이 명확해야 한다는 규범명확성원칙의 실질적 준수를 보장하기 위한 절차적 장치이다.<sup>846)</sup> 규율대상이 어렵고 복잡할수록 개인들은 자신의 권리에 대해서 많은 설명을 들어야 할 필요가 있다. 이러한 요청은 전자정보처리가 이해하기 어렵다는 점에 비추어 정당화된다. 필요한 설명의 수준은 합리적인 시민에게 필요한 정도이면 족하다.

(iii) 개인정보자결권의 객관법적 측면은 개인정보자결권의 실효적 보장을 가능하게 하는 독립적인 기관<sup>847)</sup>을 설치하여야 할 의무를 국가에게 부과하는 등 조직법적 지침으로도 작용한다. 독립성을 갖는 감독기관에 의한 통제는 개인정보보호에 대하여 큰 의미를 갖는다. 자동화된 정보처리의 조건 아래에서 개인정보가 집적되고 또 사용되는 것에 대하여 개인들이 알기가 어려울 뿐만 아니라 권리보호의 시기를 앞당겨야 할 필요성도 있기 때문에 국민의 대리자로서 국민의 이익을 지키기 위하여 활동하는 독립적인 정보보호기관에 의한 통제제도는 개인정보자결권을 효율적으로 보호하는 데 중대한

---

844) BVerfGE 65, 1 (46, 59)도 인구조사의 상대방에 대한 교시의무, 설명의무를 강조하고 있다. 1995년 10월 24일의 유럽연합의 “개인정보의 처리와 해당 정보의 자유로운 유통에 관한 개인정보보호지침”(Directive 95/46/EC of the European Parliament and the Council of 24 Oktober 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data) 제10, 11조에도 이와 같은 고지의무를 국가에게 부과하고 있다.

845) 이는 OECD가 1980년 9월 23일 채택한 “프라이버시보호와 개인정보의 국가간 유통에 관한 가이드라인”에서 공개의 원칙(Openness Principle)으로 구체화되었다.

846) BVerfGE 65, 1 (59) 참조.

847) 1995년 10월 24일의 유럽연합의 “개인정보의 처리와 해당 정보의 자유로운 유통에 관한 개인정보보호지침” 제23조도 각 회원국에게 독립적인 감독기관을 1개 이상 설치할 것을 요구하고 있다. 독일의 경우는 이에 따라 모두 50개의 독립성이 보장된 기관인 개인정보보호 전권위원(Datenschutzbeauftragter)을 두어 개인정보보호관련 규정들의 준수여부를 감독하도록 하고 있다.

의미를 갖고 있다.<sup>848)</sup>

(iv) 개인정보자결권의 객관법적 측면은 개인정보의 누출 등을 방지할 대책을 세울 의무를 국가에게 부과한다. 특히 전자적으로 처리되고 네트워크에 연결된 개인정보의 데이터뱅크의 경우에는 해킹이나 무단 이용으로부터 개인정보를 안전하게 지키기 위한 방화벽의 구축, 정보의 암호화 내지 익명화 등의 기술적 대책(이에 대해서는 아래 vi의 설명 참조)이 마련되어야 한다.

(v) 입법자는 조사된 정보가 다른 기관 등에 전달됨으로써 원래의 조사목적과는 다르게 정보가 전용되는 것을 예방하기 위한 대책을 세워야 한다.<sup>849)</sup> 이와 같은 의무는 국가기관 사이의 행정응원(직무공조)에 대해서도 적용된다. 이에 조응하는 개인의 권리로 정보분리청구권이 주장되고 있다. 이 권리는 특정목적에 위하여 수집된 개인정보는 다른 기관에서 다른 목적을 위하여 수집된 개인정보와 원

---

848) BVerfGE 65, 1 (60) 참조. 헌법적 차원에서 이 제도의 필요성을 강조하는 이로는 J. Meydam, Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und mögliche Konsequenzen für den Sozialdatenschutz, DuD 1985, 16쪽(그는 독일의 정보보호전권위원(Datenschutzbeauftragter)에 대한 헌법적 승인이라는 표현을 하고 있다); A. Podlech, Die Begrenzung staatlicher Informationsverarbeitung ersch die Verfassung angesichts der Möglichkeit unbegrenzter Informationsverarbeitung mittels der Technik, Leviathan 1984, 94쪽; R. Riegel, Auswirkungen des Volkszählungsurteils des Bundesverfassungsgerichts auf die informationelle Tätigkeit der Sicherheitsbehörden und rechtliche Konsequenzen insbesondere für die Novellierung von BDSG und Personalausweisgesetz, RiA 1984, 127쪽; 동인, Rechtsgrundlagen für die informationelle Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden und datenschutzrechtliche Konsequenzen auf dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1985, 772쪽. 이에 비하여 이 제도의 헌법적 지위를 부정하는 견해는 개인정보의 자결권에 대한 제한이 도청이나 병역의무 이행의 경우에서처럼 심각하지 않고 또 많은 경우 그에 대한 제한이 정보주체들에게 알려져 있을 뿐 아니라 일상적인 사회생활에서 이를 감안해야 하며, 권리구제절차도 배제되어 있지 않기 때문에 입법자는 개인정보자결권을 보호하기 위한 수단의 선택에 있어서 재량의 여지를 가진다고 본다. 이 제도는 입법자가 선택할 수 있는 대안들 중의 하나일 뿐이라는 것이다(Vogelgesang, 전게서[주 3], 82-83쪽; Scholz/Pitschas, 전게서[주 14] 46쪽).

849) BVerfGE 65, 1 (46) 참조.

칙적으로 통합되지 않고 분리된 상태로 유지시킬 것을 요구할 수 있는 권리를 말한다.<sup>850)</sup>

(vi) 개인정보자결권의 객관법적 측면은 사인에 의한 개인의 신상정보의 부당한 조사, 이용 등으로부터 개인정보에 대한 자결권을 보호하여야 할 의무도 국가에게 부과한다. 점점 더 많은 사기업들이 개인정보를 자신들의 사업전략을 위하여 이용하고 있다. 그에 따라 개인들에 대한 정보를 담은 데이터베이스는 고도의 경제적 가치를 갖게 되고, 더욱 더 많은 기업들이 다양한 방식으로 개인의 신상정보들의 확보를 위해 노력하고 있다.<sup>851)</sup> 사인에 의한 개인정보의 조사, 수집, 집적, 처리는 국가의 그것에 못지않게 개인정보자결권을 위협하고 있다. 따라서 개인정보자결권의 객관법적 측면에서 도출되는 국가의 기본권보호의무가 더욱더 중요성을 띠게 되었다.<sup>852)</sup>

국가는 여러 가지 수단을 동원하여 사인에 의한 개인정보자결에 대한 위협에 대하여 실효성 있는 대책을 수립하여야 한다.<sup>853)</sup> 보호의

---

850) BVerfGE 65, 1 (49)는 통계조사에서도 인적 관련성이 존재하는 한 통계조사와 관련된 비밀을 보장하기 위하여 통계조사를 위하여 수집한 자료를 분리할 것을 요구하고 있다.

851) 이에 대해서 자세한 것은 T. Weichert, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463 이하 참조.

852) 이에 대해서 자세한 것은 W. Hoffmann-Riem, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft - Auf dem Weg zu einem neuem Konzept des Datenschutzes -, AöR 113 (1998), 513 (524 이하); J. D. Jarass, 전게논문(주 58), 97-98쪽. 정보사회에서 정보매체들의 사유화에 따른 기본권보호의무이론의 중요성이 제고되고 있는 현상에 대하여는 그 밖에도 H.H. Trute, VVDStRL 57 (1997), 216 (259 이하); F. Schoch, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1997), 158 (206 이하) 참조. 한편, 기본권보호의무 일반이론에 관해서는 줄고, 기본권보호의무, 「인권과 정의」 1997. 8., 83 이하 참조.

853) 신용정보의이용및보호에관한법률, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 등은 개인정보자결권에 대한 기본권보호의무를 입법자가 이행하기 위하여 제정한 대표적 법률이라고 할 수 있다. 이 법들의 문제점을 지적하고 있는 문헌으로는 정준현, 민간 온라인 개인정보보호법제에 대한 검토, 공법연구 제29집 제3호, 2001, 149 이하 참조.

무이행과 관련한 방향을 다음과 같이 제시해 볼 수 있을 것이다.

㉠ 사인에 의한 개인정보수집과 관련해서도 공권력에 의한 개인정보의 조사 및 처리에 준하는 투명성을 확보하여야 한다. 공권력에 대하여 인정되어야 할 개인의 각종 절차적 권리들이 사적 데이터보유자들에 대하여도 인정될 필요가 있다. 특히 개인의 정보활동이 드러나지 않게 포괄적으로 조사되고 기록될 수 있는 인터넷을 통한 개인정보수집에 대한 보호조치가 강구되어야 한다.<sup>854)</sup>

㉡ 개인정보처리·보유자가 도처로 확산되는 현금의 상황에서 국가에 의한 통제방안이 개인정보보호에 충분하지 않기 때문에 사적 데이터베이스보유자들의 자율규제제도<sup>855)</sup>를 보충적으로 도입하여 개인정보보호기제를 분산시키고 이를 통해 개인정보보호와 관련한 규칙들을 정보영역별로 세분하고 사적 데이터베이스보유자들의 자발성을 제고할 필요가 있다. ㉢ 인터넷이 급속히 발전하면서 분산된 네트워크 구조가 확산되고 개인정보의 국제적 유통이 증가일로에 있기 때문에 기본권보호의무이행을 위한 국가의 수단들이 개인정보보호에 미흡한 현 상황에서는 사인이 스스로 자신의 개인정보를 보호하는 것을 가능하게 하고 또 이를 촉진하는 방안이 모색되어야 한다. 가령 인터넷상에서의 익명의 의사소통을 가능하게 하는 기술, 가명의 사용을 통한 거래, 정보의 암호화<sup>856)</sup>를 통하여 인터넷을 통한 정보활동이 감시나 탐지의 눈을 벗어나 이루어질 수 있도록 하는 기술 등 자기보호를 위한 다양한 기술적 수단들<sup>857)</sup>의 개발·이

854) Trute, 전계논문(주 83), 261-262쪽 참조.

855) 개별 영역들의 특수성을 감안하면서 자율적으로 제정한 규정들의 질서 있는 집행에 기여할 수 있는 관련 직업단체 등이 개인정보조사와 관련된 규칙을 자율적으로 정립하는 모델이다. Trute, 전계논문(주 83), 262-263쪽.

856) 이에 대하여 안보나 치안의 관점에서 정보의 암호화기술의 위험성을 지적하는 견해도 있다. 정보화기술과 관련된 논의를 담고 있는 독일문헌에 대한 고증은 Trute, 전계논문(주 83), 263쪽 주 195, 197 참조.

용을 촉진할 필요가 있다.

㉔ 개인정보에 대한 조사가능성을 가급적 줄일 수 있는 기술적 표준을 컴퓨터의 하드웨어나 소프트웨어의 제작단계에서부터 도입하도록 해야 할 필요가 있다. 물론 이 경우 일방적으로 개인정보보호의 필요성만 강조할 수는 없으며 정보소통인프라의 존립 및 이용의 보장이라는 측면도 함께 고려되어야 할 것이다.<sup>858)</sup>

국가는 투명성확보를 위한 타율규제방식, 자율규제체계, 자기보호수단의 개발 및 사용의 촉진, 개인정보보호 친화적인 시스템 개발의 지원 내지 강제 등 다양한 보호수단들을 종합적으로 또는 선택적으로 활용함으로써 개인정보를 헌법이 요청하는 최저수준 이상으로 보호하여야 함은(과소보호금지; Untermaßverbot)<sup>859)</sup> 물론이다.

(2) 개인정보자결권은 법률해석의 지침으로 작용한다. 따라서 이 권리는 공법의 영역만이 아니라 사법의 영역에까지 방사효 내지 과급효를 미친다. 공법의 영역에서는 법률을 해석할 때 개인정보자결권에 우호적인 해석을 하여야 하며, 사인상호간의 관계를 규율하는 사법의 규정의 해석에 있어서도 이 권리의 의미를 존중하여야 한다. 개인정보자결권은 이와 같은 방식으로 사인상호간에도 제3자효를 발휘한다.<sup>860)</sup>

857) 이러한 기술의 법적 문제에 대하여 논하고 있는 것으로는 이인호, 온라인 프라이버시침해기술과 보호기술의 법적 함축.

858) Trute, 전계논문(주 83), 265-266쪽.

859) 이에 대해서는 줄고, 「인권과 정의」 1997.8. 88 (104-105)쪽; 기본권적 3각관계 그리고 과소(보호)금지원칙(Untermaßverbot)의 독자성, 「고시연구」 2002.5. 14 (25 이하) 참조.

860) 독일 연방헌법재판소도 이를 인정한 바 있다. BVerfGE 84, 192 (195 이하). 이 사건은 임차인이 자신이 금지산자임을 밝히지 않았다는 이유로 한 임대인의 임대차계약 해지의 합법성을 인정한 민사법원의 판결이 임차인의 일반적 인격권을 침해하였음을 확인하고 있다; BVerfG (제1재판부의 제1소재판부), Beschluß. v. 16. 9. 1998. NJW 1999, 1777쪽 참조. 그 밖에도 H. D. Jarass, 전계논문(주 58), 97쪽도 참조.

## V. 개인정보자결권에 대한 제한과 법률유보

### 1. 공익을 위한 제한 가능성

개인정보자결권은 고차적인 가치를 갖는 권리이기는 하나 절대적인 권리는 아니다. 따라서 누구나 우월한 일반이익을 위하여 정보의 자결권에 대한 제한을 감수하여야 한다.<sup>861)</sup> 개인은 사회적 공동체 내에서 전개되는 의사소통에 의존하는 인격체이기 때문에 자신의 정보에 대한 절대적·무제한적인 지배권을 행사할 수는 없다.<sup>862)</sup> 그렇지만 개인정보자결권을 인정함으로써 무게중심이 인격권 쪽으로 많이 이동하게 되는 것은 분명하다. 그에 따라 장차 공동체이익이 개인정보의 보호가치보다 우월하다는 것을 논증하기가 보다 어려워질 것이다.

### 2. 제한의 양태

#### 가. 개인정보자결권 “제한”의 개념의 확장필요성

어떤 경우에 개인정보자결권에 대한 제한이 존재한다고 볼 수 있는가?

국가가 개인에 대한 자신의 신상정보를 제공하도록 하는 법적 의무

---

861) BVerfGE 65, 1 (44) 참조.

862) BVerfGE 65, 1 (43-44) 참조. 이는 BVerfGE 4, 7 (15-16) - 투자보조금결정에서 명확히 한 기본법의 인간상을 수용하고 있는 것이다. 이견으로는 Simitis, NJW 1984(주 14), 400쪽.



를 부과하는 경우에 이 권리에 대한 제한이 존재한다는 데 의문의 여지가 없다. 그러나 오늘날 공권력에 의한 개인정보조사는 명령과 강제로 발해지거나 관철되며 관련 개인의 법적 지위를 직접적·의도적으로(부담을 지우면서) 규율하는 법적 고권조치, 즉 고전적 의미의 제한형식<sup>863)</sup>을 통해서만 행해지지 않는다. 개인이 알지도 의식하지도 못하는 가운데 개인정보들이 정보기관들을 포함한 다수의 국가기관들에 의해서 조사, 처리될 수 있으며, 오늘날의 과학기술은 그와 같은 가능성을 제고하고 있다. 개인정보자결권은 그와 같은 위협에 대해서도 개인의 인격을 보호할 수 있어야 한다. 따라서 개인정보자결권을 기본권으로 인정하면 그 보호영역 안에서 이루어지는 개인정보의 조사, 집적, 처리, 왜곡, 공표나 원래의 조사목적 이외의 목적에의 전용과 같은 사실행위, 즉 개인정보자결에 대한 ‘사실상의 제약’을 이 기본권에 대한 제한으로 볼 수밖에 없다.<sup>864)</sup> 만일 이를 기본권제한으로 보지 않게 되면 현대적 정보처리기술의 위험성에 대처하기 위하여 인정된 개인정보자결권의 의미가 거의 사라지게 될 것이기 때문이다. 정보의 자결권의 존재를 인정한 독일 연방헌법 재판소의 인구조사판결도 명시적이지는 않지만 관련개인이 알지 못하는 가운데 이루어지는 정보조사도 개인정보자결권에 대한 제한으로 이해하고 있다.<sup>865)</sup> 즉 전자적 정보처리방식의 사용에 내재하는 위험성만으로 개인정보자결권에 대한 제한의 성격을 인정하는 등 단순한 고전적인 기본권제한의 개념을 넘어서고 있다.<sup>866)</sup>

---

863) 이에 대해서 상세한 것은 줄고, 자유권적 기본권의 제한개념에 관한 고찰, 「헌법논총」 제13집, 2002, 561 (569 이하).

864) 동지: H. D. Jarass, 전계논문(주 58), 96쪽.

865) BVerfGE 65, 1 (43).

866) 동지: Scholz/Pitcas, 전계서(주 14), 82 이하.

## 나. 사소한 제약의 제외

일반적 개인정보자결권을 인정하더라도 개인의 인격보호를 위해서 그 자체 무의미한 개인정보, 신청서류상의 성명의 기재요구, 가령 이름, 주소, 전화건 사람의 이름을 문서나 메모지에 기록하는 것과 같은 정보의 수기처리, 사실관계를 관계자의 이름을 거명하면서 전달하는 것 등 인격의 언저리만을 건드리고 그 자율적 결정을 위협하지 않는 사소한 제약들은 개인정보자결권에 대한 제한이 아니라고 보아야 한다(이른바 사소한 제약의 제외; Bagtelvorbehalt).<sup>867)</sup> 이 경우 제한의 존부판단에서 이미 제한의 정당성문제까지를 부분적으로 앞당겨 고려해야 하는 등 이론적 파격이 있음을 인정할 수밖에 없으나, 개인정보자결권의 포괄성과 이 권리에 대한 제한개념의 광범성에 수반되는 부작용을 방지하기 위해 불가피하다고 본다.

## 3. 개인정보자결권제한의 법률유보의 적용범위

어쨌든 개인정보자결권에 대한 제한은, 그것이 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있는 기본권제한의 목적인 국가안전보장, 질서유지, 공공복리라는 우월한 일반이익을 위한 것이고 또 (합헌적인) 법률의 토대 위에서 행해지는 한, 허용된다.<sup>868)</sup> 원칙적으로 모든 종류의 정보조사에 법률유보가 적용된다.<sup>869)</sup> 개인정보자결권은 개인의 자기정보

867) 동지: 김연태, 행정상 개인정보보호, 「저스티스」 제34권 제5호, 한국법학원, 2001. 10. 208쪽; 이인호, 공공부문 개인정보보호법제에 대한 분석과 비판 (주 2), 34쪽.

868) BVerfGE 65, 1 (44).

869) 통설. 가령 Denninger, Informationsgesellschaft(주 5), 297쪽; Badura, 전게서

에 대한 포괄적 결정권으로 정의되고 있을 뿐만 아니라 관련개인이 알지 못하는 가운데 이루어지는 정보조사도 정보의 자결권에 대한 제한을 의미하기 때문이다.<sup>870)</sup> 그러므로, 법률유보는 전자적 정보처리의 경우만이 아니라 재래식 정보처리의 경우에도 적용된다고 보아야 한다. 이미 공개된 정보의 조사, 집적의 경우도 마찬가지이다.

행정작용에 의한 개인적 법익에 대한 제한에 법률적 근거를 요구하는 전통적인 법률유보원칙(침해유보론)은 기본권영역에서는 헌법 제 37조 제2항의 명문의 규정으로 우리 헌법에 구체적으로 수용되었다. 그런데 이 원칙은 오늘날 본질사항의회유보론에 의하여 보충되고 있다.<sup>871)</sup> 이 이론에 의하면 기본권실현에 의미가 있는 모든 사항들을 비롯하여 공동체에 대하여 중대한 영향을 미치거나 공동체에서 논란의 대상이 되고 있는 사항은 공동체생활에 대하여 본질적인 의미가 있는 것으로서 입법자가 법률의 형식으로 스스로 결정하여야 하며, 다른 권력에게 그 결정을 위임하는 것은 허용되지 아니한다.

이 이론을 개인정보자결권의 제한에 응용하면 다음과 같은 구체적 추론이 가능하다.

(i) 민감한 정보의 조사와 처리는 개인정보자결권에 대한 심대한 제한을 의미한다. 그와 같은 제한을 위해서는 항상 입법자의 법률형식의 결정, 따라서 입법자의 보호조치가 필요하다.

(ii) 컴퓨터에 의한 정보처리에 있어서 입법자는 정보가 조사목적

---

(주 14), 22쪽 참조.

870) BVerfGE 65, 1 (43).

871) “오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현과 관련된 영역에 있어서는 국민의 대표자인 입법자가 그 본질적인 사항에 대해서 스스로 결정하여야 한다는 요구까지 내포하고 있다(의회유보원칙).”(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633 [644]; 2001.4.26. 2000헌마122). 본질(중요)사항의회유보론에 대하여 자세한 것은 계획열, 헌법학(상), 2002, 338 이하 참조.

에 반하여 전파될 수 있는 위험성 때문에 무엇보다도 조사목적에 반하는 정보의 결합 및 네트워크화를 방지하기 위한 법률적 조치를 취할 필요가 있다.

(iii) 수기정보처리에 있어서는 조사목적에 반하는 정보전파의 가능성이 훨씬 적다. 따라서 영역별 특별규정이 아닌 일반적인 보호규정으로 족한 경우가 대부분이다.

(iv) 이른바 무의미한 정보를 보호하기 위해서는 그리고 사소한 제한에 있어서는 굳이 형식적 의미의 법률을 필요로 하지 않는다.

## VI. 개인정보자결권에 대한 제한의 한계

### 1. 정보의 이용연관

정보가 어떠한 목적으로 요구되고 또 다른 정보들과 어떻게 결합될 수 있는지가 명확해야 개인정보자결권에 대한 제한이 허용되는지의 문제에 대한 판단이 가능하다. 따라서 정보의 자결권에 대한 법률적 제한이 허용되느냐의 문제에 대하여 결정적인 의미를 갖는 것은 정보의 이용연관, 즉 정보의 유용성과 이용가능성이다.<sup>872)</sup>

이 요건은 독일 연방헌법재판소가 인구조사판결에서 제시한 정당화 요건이다. 일설은 이를 근거로 개인정보의 민감성과 내용에 따라 그 보호의 정도를 달리하는 영역구분이론(Sphärentheorie)<sup>873)</sup>은 극복되

872) BVerfGE 65, 1 (45).

873) 인격을 부당한 침해로부터 보호하기 위하여 상이한 정도로 보호되는 공간적 영역들을 불가침의 핵심인 내밀영역(가령 BVerfGE 27, 1 [6] - Mikrozensus; 33, 367 [377] - 증언거부; BVerfGE 6, 41; 6, 389 [433] - 동성애; 27, 344 [350] - 이혼서류 I; 373 [380] - 환자진료기록카드; 33, 367 [377] - 증언거부), 사회적 연

고<sup>874</sup>) 정보이용가능성에 주안을 두는 정보보호론(Datenschutzlehre)이 이를 대체하게 되었다고 주장한다. 즉 개인정보의 민감성과 의미내용은 그 정보가 어떻게 이용되느냐에 달려 있기 때문에 개별적으로는 아무런 중요성이 없는 정보도 새로운 위상을 가질 수 있고, 따라서 의미 없는 정보란 존재하지 않으며, 조사가 행해지는 목적, 정보기술에 고유한 처리가능성과 정보의 결합가능성만이 결정적인 의미를 갖게 되었다는 것이다.<sup>875</sup>)

그러나 전자적 정보처리 방식을 사용하지 않는 경우에는 여전히 이용연관에 대한 명확성만이 아니라 정보의 종류도 의미를 갖는다. 인구조사판결조차도 예를 들면 개인정보자결권에 대한 제한의 정당성 여부를 결정함에 있어서 ‘정보의 종류“만”을 기준으로 할 수 없다’<sup>876</sup>)거나 ‘처리가능성과 결합가능성이 관건적인 의미를 가지므로 자동화된 정보처리라는 조건하에서는 “이제” 무의미한 정보란 더 이상 없다’<sup>877</sup>)는 표현이 등장하고 있다. 그렇지만 이 말 자체가 재래적 정보처리의 경우에는 무의미한 정보도 있어서 이용연관의 명백성이 중요하지 않은 경우도 있다는 의미를 동시에 함축하고 있다. 그밖에도 이 판결이 개인의 내밀한 정보나 자기부죄를 의미하는 개

---

관성이 있어 상대적으로만 보호되는 사사의 영역(가령 BVerfGE 27, 351; 32, 379; 35, 39; 38, 221; 44, 353 (373) - 마약상담소), 원칙적으로 보호의 대상이 아닌 공공의 영역으로 나누는 이론으로서 연방헌법재판소의 판례를 통하여 각기 구체화, 발전되었으나, 자결권과 자기표현권을 영역과는 무관하게 인정한 Eppler결정(BVerfGE 54, 148 ff.), Böll/Walden결정(BVerfGE 54, 208 ff.)을 전기로 영역이론과 거리를 두게 된다.

874) U. Mückenberger, Datenschutz im Verfassungsgebot, Kritische Justiz 1984, 7 쪽, 13; Simitis, NJW 1984(주 14), 402쪽.

875) R. Kamlah, DÖV 1970, Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht, 361 (362)쪽; W. Berg, Datenschutz und Forschungsfreiheit, JÖR 33 (1984), 63 (82 주 66).

876) BVerfGE 65, 1 (45).

877) 같은 곳.

인정보의 요구는 우월한 공익에 의해서도 제한될 수 없다는 시사하고 있는 것이나,<sup>878)</sup> 정보주체인 개인을 사회적으로 낙인찍을 수 있는 문항이 인구조사서의 설문사항에 포함되어 있는지를 검토할 것을 입법자에게 특별히 주문하고 있다거나,<sup>879)</sup> 개인정보 남용의 위험을 절차법적 대책을 세워야 할 입법자의 의무의 또 다른 근거로 제시<sup>880)</sup>하고 있는 것도 같은 각도에서 이해할 수 있다. 이로부터 이용연관을 알 수 있어야 한다는 요건이 강조되고 또 그것이 포괄적 기준으로 제시되고 있는 것처럼 보이지만 아래(3 [3])에서 살펴보는 것처럼 개인정보의 종류가 다양하고 또 개인정보자결권에 대한 제한가능성이 다양하다는 것도 인정하고 있음을 알 수 있다.<sup>881)</sup>

그러므로 개인의 민감한 신상정보를 특별히 보호하기 위한 기존의 영역구분이론은 여전히 유효하며, 다만 이용연관이라는 기준에 의하여 개인의 인격보호를 위한 추가적인 보장책이 마련된 것이라고 보아야 한다.<sup>882)</sup>

## 2. 제한의 정당화요인으로서의 동의

정보의 자결권에 대한 제한의 정당화요인으로서 정보주체의 동의는 다른 기본권영역에 비하여 훨씬 중요한 의미를 갖는다. 이는 이미

---

878) BVerfGE 65, 1 (46).

879) BVerfGE 65, 1 (48).

880) BVerfGE 65, 1 (46). 이러한 논거도 자체 모순이 있다. 왜냐하면 전자정보처리에서는 구체적인 위험이 없더라도 정보의 자결권에 대한 위험이 존재하는 것으로 전제되어 있기 때문이다. 따라서 개별적인 경우의 남용은 아무런 의미가 없다.

881) Vogelgesang, 전게서(주 3), 63-64쪽.

882) Mückenberger, Kritische Justiz 1984(주 116), 15쪽; Vogelgesang, 전게서(주 3), 65쪽. 실제로 이와 같은 분석은 연방헌법재판소의 그 후의 판례에서도 실증되고 있다. 가령 개인정보의 보호는 그 정보가 개인의 내밀영역에 가까운 것일수록 그 만큼 더 강력하여야 한다는 것을 확인하고 있다(BVerfGE 89, 69 [82-83]).

정보보호관련 법률들에 의하여 정보주체의 동의를 받는 것을 조건으로 개인정보에 대한 조사 등의 금지를 해제하는 형태로 구체화되고 있다. 그에 따르면 개인정보의 처리와 이용은 합헌적인 법률이 이를 허용하거나 관련개인이 동의한 경우에 허용된다. 이러한 동의는 이론상 기본권포기<sup>883)</sup>를 의미한다. 이 동의는 개인의 신상정보에 대한 개인의 결정의 자유의 한 형태이며, 따라서 구체적인 경우의 정보의 자결권에 대한 제한의 동의, 즉 포기는 그 권리의 한 내용이라고 볼 수 있다.<sup>884)</sup>

그러나 과연 정보주체의 동의를 요구하는 제도가 정보기술에 내재하는 위험으로부터 인간의 인격을 기대만큼 보호해 줄 수 있는지 그리고 개인정보의 조사과정 및 처리과정에 대한 정보주체의 참여를 사실상 보장할 수 있는지 의문이다. 개인정보의 주체들은 사회적 약자들인 경우가 많은데, 행정관청에 급부를 신청하는 사인이나 근로계약을 체결하는 사인들, 오늘날 기초적 생존조건이 되어버린 각종 생존대책적 급부의 제공에 관한 계약들을 체결하는 개인적인 의사와 무관하게 신상정보를 제공하는 수밖에 없다.<sup>885)</sup> 이 때문에 동의를 통한 개인정보의 보호제도를 허구로 보는 사람들이 많다.<sup>886)</sup> 공·사의 영역에서 개인정보에 대한 결정적인 보호를 제공할 수 있

883) 이에 대하여 상세한 것은 강태수, 기본권 포기론, 「공법연구」 제29집 제2호, 2001, 133 이하.

884) BVerfGE 65, 1 (42); Geiger, Die Einwilligung in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NVwZ 1989, 35 (37)쪽; B. Holznagel, 전계논문(주 58), 29 (40)쪽. 물론 포기가 제한 자체를 조각하는 것인지, 아니면 포기가 있어도 제한은 존재하며, 다만 그 제한을 정당화하는 것인지에 대해서는 여전히 다툼이 있다.

885) W. Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241 (247)쪽 ; O. Mallmann, Zielfunktion des Datenschutzes, 28; Simitis, NJW 1984(주 14), 401 쪽; W. Däubler, Gestaltung neuerer Technologien durch Recht? ZRP 1986, 42 (46)쪽.

886) Simitis, NJW 1984(주 14), 401.

는 것은 역시 입법자뿐이라고 본다.<sup>887)</sup>

정보주체자의 참여를 통한 정보보호라는 생각에 기초를 둔 포괄적인 개인정보자결권은 현실에 부합하지 않으며, 사회·경제적으로 동등한 지위를 갖고 있는 자들로서 자신의 권리를 의식하고 또 방어할 수 있는 자들에게만 의미가 있을 뿐이다. 그들만이 자신들의 주장을 관철시킬 수 있는 수단을 가지고 있기 때문이다. 그러나 정보보호 및 인격보호의 목표는 자신을 스스로 필요한 만큼 방어하지 못하는 경제적·사회적 약자의 보호인 것이다. 그러나 개인의 동의 제도는 그러한 보호를 제공하지 못한다.

### 3. 과잉금지원칙(비례원칙)

개인정보자결권에 대한 제한은 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.<sup>888)</sup> 즉 이 권리에 대한 제한의 목적과 수단이 헌법적으로 정당하여야 함은 물론 그 목적을 달성하기 위하여 투입되는 수단이 그 목적의 달성을 촉진하는 것이어야 하고, 목적의 달성을 같은 정도로 촉진하는 수단들 중에서 개인정보자결권 등 관련 개인의 법익에 대한 피해를 줄일 수 있는 다른 수단이 없어야 하며, 제한으로 인해 얻어지는 공익의 의미와 비중이 그로 인한 개인의 피해의 정도와 의미보다 커야 한다. 구체적으로 말하면 정보조사의 방법, 조사프로그램 및 기타 처치조치들이 정보조사를 통해 추구하는 목적의 달성에 적합하고 필요하며 정보의 주체에게 수인가능한 것이어야 한다.

---

887) W. Schmidt, JZ 1974(주 127), 247쪽; Simitis, NJW 1984(주 14), 401쪽.

888) BVerfGE 65, 1 (54 ff.) 참조.



## 가. 특히 수집제한의 원칙

과잉금지 원칙이 개인정보자결권의 영역에서 구체화된 것 중의 하나가 이른바 수집제한의 원칙<sup>889)</sup>이다. 이 원칙은 (i) ‘정당한 수집 목적’을 위하여 (ii) ‘필요 최소한의 범위’에서 (iii) ‘합법적이고 정당한 절차’를 통해 (iv) 정보주체의 분명한 인식이나 동의에 토대를 두고 수집되어야 한다는 원칙을 말한다. 이중 (iii)의 요건은 절차적·조직적 대책을 통한 정보보호의 문제로 다루는 것이 보다 적합하고, (iv)의 요건은 그것이 갖는 도그마적인 의미상 법적(규범적) 명확성의 원칙과도 밀접한 관련을 가지므로 본고에서도 별도로 설명한다.

과잉금지 원칙은 개인정보의 형성이 가급적 억제되도록 정보처리 체계를 형성하고 또 그러한 체계를 선택하라는 기술적 요청을, 특히 가능한 한 익명화 내지 가명사용의 가능성을 활용해야 한다는 기술적 요청을 포함한다.<sup>890)</sup>

## 나. 목적구속원칙과의 관련성

한편, 익명화되지 아니한 수집정보를 특정되지 아니한 또는 불특정의 목적을 위하여 저장하는 것은 과잉금지원칙은 물론 이용목적

---

889) 이 원칙(Collection Limitation Principle)은 가령 ‘프라이버시보호와 개인정보의 국가간 유통에 관한 OECD 가이드라인에 포함되어 있는 8대원칙 중의 하나이다.

890) 유럽연합정보보호지침 제6조 제1항 c의 필요성원칙에 따라서 독일연방정보보호법 제3조의 a는 “정보처리체계의 형성과 선정에 있어서 개인관련정보를 전혀 또는 가급적 조사·처리·이용하지 않는 것을 목표로 하여야 한다. 특히 가능한 범위에서 그리고 비용이 추구되는 정보보호의 목적과 적절한 비례관계에 있는 한 익명화 및 가명화의 가능성을 사용하여야 한다”는 규정을 새로 추가하였다.

영역별로 그리고 엄밀하게 확정하여야 한다는 요청(목적구속성의 원칙)에도 부합하지 않는다.<sup>891)</sup>

#### 다. 보호강도의 단계화

일반적 개인정보자결권이 터 잡고 있는 일반적 인격권의 복합적 구조 때문에, 즉 일반적 인격권이 인간의 존엄권과 행복추구권의 결합을 통해서 구성되기 때문에 그에 대한 제한가능성과 제한의 한계 역시 질적으로 다르다. 국가에 의한 정보조사와 정보처리가 인간의 존엄을 침해한다면 그것은 허용되지 않는다. 왜냐하면 인간의 존엄권은 제한될 수 없기 때문이다.<sup>892)</sup> 그밖에 경우에는 개인정보자결권에 대한 제한가능성은 다양하게 단계화될 수 있다. 제한조치는 인간의 존엄에 대한 침해의 경계선에 도달할 때까지 행해질 수 있다.<sup>893)</sup> 현대적 정보처리기술조건하에서는 이른바 사소한 내지 무의미한 정보가 없다고 주장되지만, 그렇다고 하여 모든 개인의 정보들이 같은 정도의 보호가치를 갖는 것은 아니라고 본다.<sup>894)</sup> 정보의 내용이 민감한 것일수록 그 보호가치는 커진다.<sup>895)</sup> 사소한 내지 무의미한 정보가 없다는 테제의 의미는 보호영역의 차원에서 그와 같은 정보에 대해서도 개인의 자결권이 가급적 배제되지 않도록 해석해야 한다는 것을 의미할 뿐이다.<sup>896)</sup> 물론 개인정보의 보호가치를 엄밀하게

891) BVerfGE 65, 1 (46) 참조.

892) 계획열, 전계서(주 39), 197쪽.

893) R. Zippelius, in: Bonner Kommar, Art. 1, Rn 39.

894) 독일 연방헌법재판소의 판례에 대한 분석결과도 마찬가지이다. 이에 대해서는 H. D. Jarass, Die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: H.-U. Erichsen/H. Kollossar/J. Welp(Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, 1996, 89 (94-95).

895) 가령 BVerfGE 89, 69 (82-83) 참조.

단계화 내지 범주화하는 것은 가능하지 않다. 한편, 개인정보자결권에 대한 제한이 정당화되기 위하여 필요한 공익의 비중은 일응 인간존엄권의 경계에 가까워질수록 커져야 한다고 말할 수 있다.

**(1) 인간을 전적으로 객체로 만드는 개인정보조사의 금지**

인간을 국가의 객체로 만드는 것은 인간의 존엄에 반한다.<sup>897)</sup> 그러나, 이 개념은 구체적인 경우의 구분기준으로서는 제한적인 역할만을 할 수 있을 뿐이다. 독일 연방헌법재판소는 인간을 국가권력의 단순한 객체로 만드는 것은 인간의 존엄에 반한다는 언명과 관련하여 다음과 같은 설시를 추가하였다. “인간의 전인격을 강제적으로 기록하고 목록화하며 인간을 재고조사의 대상이 될 수 있는 하나의 물건처럼 취급하는 것은 인간의 존엄과 합치하지 아니한다”<sup>898)</sup>고 판시한 바 있다.

이러한 주장이 올바르기는 하지만 개인정보의 조사나 처리 행위에 의해서 개인이 전면적으로 목록화되거나 기록되었는지를 판단하는 것이 용이하지 않다는 문제점이 있다. 따라서 인간의 존엄에 대한 침해가 입증될 수 있는 경우는 극히 제한적인 경우에만 있을 수 있을 것이다.<sup>899)</sup> 의사진료기록의 전달,<sup>900)</sup> 일기장에 수록된 기록의 증거채택<sup>901)</sup>, 비밀누취 및 그 활용<sup>902)</sup> 등은 일반적 인격권을 침해할 수는 있으나, 그로 인하여 인간존엄권이 제한되는 것은 아니어서, 이 경우 개인정보자결권에 대한 제한은 우월한 이익을 위하여 허용

896) 동지: B. Holznel, 전계논문(주 58), 39쪽.

897) BVerfGE 27, 1 (6); 45, 187 (228); 50, 205 (215); 54, 148 (153); 63, 131 (142-143) 참조.

898) BVerfGE 27, 1 (6).

899) 동지: Vogelgesang, 전게서(주 3), 164-165쪽.

900) BVerfGE 32, 373 (379); 44, 353 (372) 참조.

901) BGHSt 19, 325-326 참조.

902) BVerfGE 34, 238 (245) 참조.

될 수도 있다.<sup>903)</sup>

**(2) 인격상형성의 금지라는 기준의 불명확성**

개인의 전체적인 인격상이 형성되거나 부분적인 인격성이 형성되는 경우에는 목록화의 극단적인 사례가 존재한다는 견해가 있다.<sup>904)</sup> 이 경우 개인은 자신을 이러한 형태로 능욕하고 또 그 개인을 처분하는 자의 객체로 전락하게 된다고 한다. 따라서 그러한 제한은 절대적으로 허용되지 않는다고 한다.

그렇지만 무엇이 인격상인지에 대해서는 어느 곳에서도 정확히 정의되고 있지 않다. 불(H.P. Bull)은 그 개념을 개인의 다양한 생활영역에서 유래하는 개별적 정보들의 결합으로 이해하고 있다.<sup>905)</sup> 그러한 인격상형성을 위한 포괄적 정보수집과 인격상에 대한 부분적 모사의 전면적 금지를 주장하는 견해도 있다.<sup>906)</sup>

그러나, 이와 같은 단언적인 주장은 “인격상”이라는 개념의 불명확성 때문에 실천적인 의미가 그다지 크지 않다. 불의 정의는 많은 미해결의 문제들을 남기고 있다. 다양한 생활영역은 무엇을 의미하는가? 국가와 관련하여 그것은 다양한 행정영역들로부터 수집된 정보들을 결코 결합해서는 안 된다는 말인가? 개인정보를 전면적으로 분리시키는 것은 많은 경우에 타당성이 없으며, 국가생활을 마비시킬 것이다. 가령 거의 모든 형사소송에서 피고인의 인격적 프로필이 만들어진다. 법관과 검사는 범죄행위와 관련된 정보, 피고인의 인격적·사회적 상황으로부터 나오는 정보, 그 재정적 상태에 관한 정

---

903) BVerfGE 32, 373 (379); 44, 353 (372) 참조.  
904) BVerfGE 27, 6; 65, 42; Steinmüller, Gutachten(주 5), 97; A. Podlech, Verfassung und Datenschutz, in H. Krach(Hrsg.), Der Bürger in der Datenbank: zwischen Planung und Manipulation, 1975, 72 (74).  
905) Bull, Datenschutz oder die Angst vor dem Computer, 1984, 98-99쪽.  
906) 무엇보다도 BVerfGE 65, 1 (42).

보, 사회, 가령 직장과 가정에서의 행태에 관한 정보 등 지극히 다양한 영역에서 유래하는 다수의 개별적인 정보들을 결합한다. 기초 생활보장을 위한 생활급여를 주기 위해서도 개인이 처한 상황에 대한 다양한 정보를 종합해야 할 필요가 있다.

독일 연방헌법재판소에 의해서 사용된 기준, 즉 정보를 결합하여 부분적 또는 대체로 완벽한 인격상을 만드는 것은 개인정보자결권에 위반된다는 기준은 실제로 도움을 별로 주지 못한다. 왜냐하면 인격의 복합성에 비추어 볼 때 인격상의 모사가 완전한 것인지 또는 거의 완전한지 그리고 언제 그렇게 되는 것인지를 판단하는 것 자체가 매우 어려운 문제이기 때문이다. 그러므로 완전한 내지는 부분적 인격상의 형성은 원칙적으로 허용되지 않는다는 개괄적인 주장은 예외적인 경우에만 의미를 가질 수 있을 것이다.

### (3) 사사의 영역에 대한 보호

개인정보자결권의 보호내용 중의 하나는 공간적으로 확정가능한 사사의 영역에서 형성되는 정보에 대한 권한 없는 조사, 수집, 처리에 대한 보호이다. 이로써 특히 인간존엄성, 인격에 대한 권리가 보호된다. 인간의 요소들, 즉 정신, 육신, 건강, 의사와 감정의 유지와 같은 인격의 요소들이 국가에 의한 불법적인 감시나 조사의 눈초리로부터 벗어날 때 비로소 인격은 자유롭게 발현될 수 있다. 특히 가족, 종교, 주거의 영역이 구분될 수 있다. 따라서 대화주체의 동의를 얻지 않은 채 대화를 녹취하고 이를 활용하는 것은 원칙적으로 금지된다.<sup>907)</sup> 비공개대화만이 아니라, 가령 부부 사이에 이루어지는 서신 교환도 이 영역에 속한다.<sup>908)</sup> 의사와 환자들, 상담자와 피상담

907) BVerfGE 34, 238 (246); BGHZ 27, 284 (286); BGHSt 14, 358 (361); 19, 325 (331); 27, 355 (357); BGHZ 80, 42. 일기장의 기록도 마찬가지이다.

908) BVerfGE 35, 35 (39); 42, 234 (236) - 신서통제.

인과 같은 다른 신뢰관계도 공간적으로 구분될 수 있다.

그러나, 이 영역에서 절대적으로 보호되는 사생활형성의 핵심영역이 존재하는지는 의문이다. 독일 연방헌법재판소가 불가침적 내밀영역과 상대적으로 보호되는 사사의 영역을 구분하기 위하여 사용한 기준, 즉 사회적 관련성유무도 항상 타당한 것은 아니다. 왜냐하면 부부 상호 간의 관계보다 강도 높은 사회적 관련성이 있는 영역은 존재하지 않지만 이를 보통 내밀영역으로 구분하기 때문이다. 어쨌든 부부관계에 관한 정보마저도 공권력에 의한 조사대상이 될 수도 있다는 판례가 형성되고 있다.<sup>909)</sup> 이 영역에서도 국가에 의한 제한이 허용되는지 여부에 대한 판단의 기준이 되는 것은 결국 개인정보의 민감성과 이에 대립하는 공익과의 형량이다. 협소한 가족의 영역 및 개인적인 영역에 대한 정보의 자결권 제한을 정당화하기 위해서는 매우 중대한 공익이 존재하여야 한다.

#### (4) 특히 민감한 정보에 대한 강화된 보호

개인정보자결권은 개인의 치부를 드러내 망신시키는 것에 대해서도 개인을 보호한다.<sup>910)</sup> 이와 관련하여 민감한 정보는 특별한 정도의 보호를 필요로 한다. 종교적·정치적 신조, 육체적·정신적 결함에 대한 정보가 조사되고 공시되면 인간은 사실상 “투명해” 진다. 이러한 민감한 정보들은 개인의 인격의 내적 핵심에 근접할 수 있는 것이기 때문에 그러한 정보들이 조사되면 개인을 조종할 수 있는 가능성이 높아진다.<sup>911)</sup> 그와 같은 정보에 대한 조사가 공익의 이름으로 허용될 수 있는 경우는 극히 드물 것이다. 그에 대한 조사 자체

909) 독일 연방헌법재판소는 이혼서류조차도 절대적 보호를 받는다고 보지 않았다. BVerfGE 27, 344 (350); 34, 205 (209) 참조.

910) 헌재 2003. 6. 26. 2001헌가17 등에 대한 소수의견, 헌재공보 82호 542 이하.

911) 결론에 있어서 이와 같은 견해는 BVerfGE 65, 1 (46).

가 압도적으로 우월한 이익을 위해서만 허용된다면, 그 공개는 일반적 인격권에 대한 더욱더 중대한 제한이 된다. 그에 의하여 인격에 대한 권리 및 개인의 성상과 특성을 보호하여야 한다는 것도 컴퓨터에 의한 조사나 수기처리에 있어서나 모두 엄격한 한계를 설정한다고 보아야 한다.

#### (5) 정보가 사용되는 매체에 따른 정보보호의 차등화

개인정보자결권은 정보를 담는 매체에 따라 상이한 효력범위를 갖는다.

(i) 인간은 공동체에서 살아가는 존재로서 그 외모의 요소가 다른 사람들에게 알려지는 경우에도 그 성상과 특성에 별로 영향을 받지 아니한다.

(ii) 본질상 의사소통의 자료로 사용되도록 되어 있는 인적 징표들, 즉 이름이 문제되고 있는 경우에는 그 보호의 필요성은 상대적으로 적다.

(iii) 말과 같이 어떤 표지나 표현이 친밀한 사람들 사이에서만 행해지고 일반인이 접근할 수 없는 것인 경우나 극히 개인적인 특성에 관한 내밀한 정보<sup>912)</sup>가 문제되는 경우에는 보호의 필요성은 강화된다. 주거라는 좁은 영역에서는 거의 무제한적으로 보호되는 외양의 보호는 그것이 일반인에게 드러나는 정도의 크기에 비례하여 감소한다.

#### (6) 민감한 자료에 접근할 수 있는 단서가 되는 의사소통의 기초정보

이름, 주소, 전화번호, 직명, 상점명과 같은 자체 “별 의미가 없는” 정보들에 의해서 개인의 프로파일이나 부분적 인격상이 만들어져 인

912) BVerfGE 32, 273 이하 - 건강에 관한 정보; BGHZ 24, 72 (81) - 보험사기.

격에 대한 심각한 위협을 유발할 수 있다. 이러한 정보들은 다른 위협스런 정보에 접근하기 위한 식별자 내지는 키워드과 같은 역할을 수행할 수 있기 때문이다. 의사소통의 기초정보가 이처럼 위협스럽게 사용되고 있는 전형적인 예로는 무엇보다도 주민등록번호를 들 수 있다. 현재 우리나라에서는 공권력은 물론 사기업들도 사람의 동일성을 식별하는 수단으로 무분별하게 주민등록번호의 기재를 요구하고 있다.<sup>913)</sup>

현대 산업사회에서 행정은 사람의 식별을 위하여 번호나 식별자를 사용할 수밖에 없다. 그렇지 않으면 컴퓨터의 사용에 매우 큰 어려움을 겪을 것이기 때문이다. 주민등록번호, 주소, 직업, 생년월일, 증서번호, 여권번호, 신용카드번호, 운전면허번호, 경우에 따라서는 납세자번호 등과 같은 개인식별자는 컴퓨터에 의한 코드화를 통해서 민감한 정보를 비롯한 모든 개인정보에의 접근을 가능하게 해줄 뿐만 아니라, 여러 데이터뱅크에 소장된 개인정보를 컴퓨터매칭(Computermatching)이나 컴퓨터프로파일링(Computerprofiling)이라는 기술을 통해 용이하게 결합하여 새로운 차원의 정보들을 만들어 낼 수 있는 핵심수단이다. 따라서 어디서든지 정보의 주체가 개입할 수 없는 가운데 정보에 대한 접근이 행해질 수 있는 위험이 존재한다.<sup>914)</sup>

---

913) 이 문제와 관련하여 자세한 설명은 이인호, 주민등록번호·지문날인과 개인정보자결권, 「인터넷 법률」 2001년 8월호, 50 이하 참조. 독일에서도 1970년대에 독일연방정부가 주민신고법을 통해 개인식별자를 도입하려고 하였다. 이 개인식별자는 생년월일을 포함하고 있는바 다양한 정보와 행정과정을 통합하기는 매개기능을 수행하도록 되어 있었다(연방정부의 신연방신고법 초안, BT-Drucks. 7/1059, 9 [11]). 이 법률이 적용되는 전체영역에 걸쳐서 시민에게 통일적인 번호를 매기는 것을 가능하게 하고자 했다. 이 의도는 당시 독일연방의회 법사위원회의 저항에 직면했다.

914) Bull, 전계서(주 147), 196쪽에 수록된 거부사유 참조.



위의 예는 단순한 의사소통용 정보들이 인격상형성의 단서가 되지 않도록 입법자가 필요한 대책을 수립하여야 한다는 것을 말해준다. 의사소통의 기초정보들은 그 조사 때문에 문제되기보다는 그것이 다른 목적들을 위하여 전달되는 경우 또는 다른 정보들과 결합되는 경우에만 문제가 될 수 있다. 이와 같은 위험은 객관적 상황에 의하면 그리고 일반적인 생활경험상 주로 그와 같은 결합의 가능성, 특히 민감한 자료와의 결합가능성이 존재하는 경우에 인정될 수 있다. 그러한 위험은 무엇보다도 컴퓨터에 의한 정보처리의 경우에 존재할 것이다. 따라서 주민등록번호와 같은 표준개인식별자가 데이터뱅크의 결합을 통해 특정 목적으로 수집된 개인정보를 다른 목적으로 전용하는 수단으로 이용되지 않도록, 심지어는 개인의 인격상을 구축하는 수단으로 이용되지 않도록 절차적·조직적 대책이 수립되어야 하며, 현재와 같은 무분별한 주민등록번호기재요구의 관행은 시정되지 않으면 안 된다.

#### (7) 개인의 인격상형성에 영향을 미치는 개인정보에 대한 자결권

- (i) 공동체관련성이 없는 고도의 개인적 정보들은 관련자의 동의 없이는 공개되어서는 안된다.
- (ii) 그밖에도 정보주체의 동의 없이 그 ‘인격의 산물’이 물건처럼 양도될 수 없도록 보호되어야 한다. 가령 정신적 창조물인 작품, 외모, 초상, 구두의 또는 문자화된 말에 대한 자결권이 보호되어야 한다.
- (iii) 잘못된 사실을 어떤 사람에게 귀속시키는 것, 관련자가 하지 아니한 말을 했다고 하거나 마치 말한 것처럼 조작하는 것, 잘못된 인용, 왜곡은 공중이 관련자를 오해하는 원인이 될 수 있다. 개인의

인격과 사회적 위신에 대해서 부정적인 영향을 미치기 때문이다.

(iv) 개인정보자결권이 개인의 사회적 평가에 대한 개인의 단독결정권을 의미하지 않는다. 어느 누구도 그 인격상을 혼자서 그리고 스스로 정의할 수는 없다. 개인이 그에 대한 자기해석을 타인에게 강요할 수는 없다.

이와 같은 사례들은 특히 공적으로 활동하는 사람의 인격을 보호한다. 소시민의 이름과 외모는 특정의 비상한 상황 때문에 일반적 의미를 갖게 될 때에만 공적 관심을 불러일으킬 수 있을 것이다.

### 라. 개인정보자결권의 제한을 정당화하는 공익

개인정보자결권은 전술한 바와 같이 우월한 공동체이익을 위하여 제한될 수 있다. 이는 개인의 이익과 국가이익과의 형량을 전제로 한다. 오늘날 국가과제는 국가의 대외적 안전보장, 치안은 물론 계획 및 조종, 그 밖에도 거의 모든 활동영역에서 정보의 수집과 처리를 필요로 한다. 정보의 수집과 처리는 국가가 원활하게 기능하기 위한 전제이다.<sup>915)</sup> 필연적 이유 없이 현대의 정보기술을 포기함으로써 인위적으로 행위능력을 박탈 내지 취약하게 만드는 국가는 헌법이 자신에게 부여한 과제를 충분히 수행하지 못하게 될 것이다. 국가는 우월한 개인의 이익과 같은 고차적인 이익이 대립하고 있는 경우에만 정보기술의 도움을 포기할 수 있을 것이다. 이와 같은 공익의 실현을 위한 개인정보자결권에 대한 제한이 정당화되기 위해서는 과잉금지원칙이 준수되어야 함은 물론이다.

---

915) Scholz/Pitschas, 전게서(주 14) 103 이하, 132-133쪽.

#### 4. 규범의 명확성의 원칙

##### 가. 정보조사영역별 특별규율의 필요성

###### (1) 의의

정보조사와 그 이용의 목적이 영역별로 그리고 명확히 확정되어야 하며,<sup>916)</sup> 그와 같은 법률은 공·사의 영역 모두에서 제정되어야 한다는 주장이 제기되고 있다.<sup>917)</sup> 결국 일반조항은 개인정보의 조사와 처리를 위한 법적 근거가 될 수 없다는 것이다. 정보처리과정의 투명성은 인격보호를 위한 중요한 포인트이다. 오늘날 개인들이 컴퓨터에 의한 정보의 완벽한 결합가능성과 전자방식의 정보조사와 처리를 개관하기 어렵다는 것이 현대정보기술에 대한 우려의 원인이 되고 있으며, 그와 같은 우려를 완화시키기 위해 개인이 국가의 정보활동을 개관할 수 있도록 하려면 영역별특별규율이 필요하다는 것이 그 주된 논거이다.<sup>918)</sup>

###### (2) 본질

이 요건은 그 법학적 기능에 비추어 볼 때 과잉금지원칙과도 관계가 있다. 가령 규범의 적용범위가 일반적 개념 때문에 명확히 한정되지 않는 경우는 개인이 정보행정을 개관할 수 없고 결국 정보행정의 투명성을 확보하기 어려울 뿐만 아니라, 그렇게 되면 필요이상의 기본권제한이 가해질 수 있는 등 비례성도 충족하지 못하게 되

---

916) BVerfGE 65, 1 (46). 또한 BVerfGE 65, 1 요지 2 및 44. 또한 H. Bämler, Normenklarheit als Instrument der Transparenz, JR 1984, 361 이하; E. Schwan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, Verw.Arch. 66 (1975), 120 이하; Simitis, NJW 1984(주 14), 402쪽; W. Schmidt, JZ 1974(주 30), 247쪽.

917) Simitis, NJW 1984(주 14), 401쪽; Schmidt, JZ 1974(주 30), 247쪽.

918) BVerfGE 65, 1 (50); Bämler JR 1984(주 158), 361 이하.

기 때문이다.<sup>919)</sup> 물론 이 요건의 중점은 역시 후술하는 규범의 명확성원칙실현에 놓여있다고 보아야 한다.

### (3) 문제점

그렇지만 이 요건에 대한 비판의 소리 또한 커지고 있다. 영역별로 특별하고도 명확한 규율의 요건은 과잉규율을 초래할 것이며,<sup>920)</sup> 그 때문에 이 요건을 통해서 정보행정의 투명성을 확보하기는 어렵다는 것이다. 정보보호를 위해 영역별로 만들어지는 특별한 정밀한 법률들은 개인으로 하여금 각 경우마다 제한의 범위를 알 수 있도록 하기 위한 것이나, 소수의 법률전문가들이나 관심 있는 자들(이들은 다시 자신들을 방어할 수 있는 사회적 강자집단과 겹칠 것이다)만이 그 내용을 이해할 수 있을 뿐, 압도적 다수의 국민은 여기 저기 산개해 있어 복잡하고 따라서 그 내용을 개관하기 힘든 개인정보보호법의 내용을 알 수 없을 것이며, 또 알고도 하지 않을 것이다. 담당공무원들조차도 이를 충분히 개관하기 어려울 것이라는 것이다.

### (4) 평가

물론 다수의 영역별 특별 법률들이 일반적인 투명성과 규범적 명확성, 규범에 대한 이해의 가능성을 제고할 수는 없으며,<sup>921)</sup> 특별히

---

919) BVerfGE 65, 1 (62).

920) 독일 노르트라인-베스트팔렌 경찰법은 총 68개조로 구성되어 있는데, 그 중 25개의 조가 개인정보보호를 위한 것이며, 독일의 형사소송법개정법률에서는 개인정보보호와 관련된 33개조가 새로 들어갔다고 한다. 이에 대해서는 B. Holznel, 전계논문(주 58), 42쪽 참조.

921) W. Hoffmann-Riem, 전계논문(주 95), 513 (515-516)쪽. 이와 관련하여 이미 Simitis, NJW 1984(주 14), 398쪽도 해안을 가지고 우려를 표명한 바 있다. 또한 Denninger(전계논문[주 5], 315쪽)도 적절하게 다음과 같이 지적하였다. ‘전면적인 법제화는 정보보호에 대하여 불메랑이 되어 돌아올 수 있다. 우월한 일반이익이 정보의 자결권에 대한 제한을 정당화하기에 적합하기 때문에 입법자는 형식적으로는 헌법적 요청을 충족하지만, 실질적으로는 집행부가 주장하는 “사항강제”를 규범적으로 단지 확인해주게 되는 위험이 존재한다. 정보의 흐름이 규율된다는 사실을 감안할 때 집행부는 권력적 동기보다는 장차 있을지도 모르는 정보조사와 정보처리의 특수한 경우에 대비하여 자신을 위하여 가능한

민감한 정보들에 한하여 그와 같은 요청을 관철하는 것이 합당하다는 비판<sup>922)</sup>을 가볍게 볼 수 없지만, 그러한 특별규율만이 개인정보의 조사와 처리에 대한 정보주체의 개관이 가능하며 구체적 정의의 실현에 보다 기여할 수도 있고 또 인격보호를 위하여 보다 많은 배려를 할 수도 있다는 점을 잊지 말아야 할 것이다.

#### 나. 규범의 명확성원칙과 목적구속성의 원칙

이 두 원칙은<sup>923)</sup> 상호 밀접한 관련을 맺고 있다. 원래의 개인정보조사목적과 다르게 그리고 그 목적을 벗어나 수집된 개인정보가 사용되지 않을 때에야 비로소 개인정보의 주체들이 규범의 내용을 정확히 계산하고 그에 맞추어 자신의 행태를 조절할 수 있을 것이기 때문이다.

##### (1) 규범의 명확성원칙

---

한 다수의 통로를 열어 놓고 또 그 권한을 넓게 정의하려고 노력할 것이다. 행정의 뒷받침에 의존하고 있는 입법자는 행정부가 그 전문지식을 바탕으로 입증하고 있는 이러한 법률의 필요성을 반박하기 어려울 것이다.’

- 922) Vogelgesang, 전제서(주 3), 202-205쪽. 그의 주장에 의하면 (i) 종교, 건강, 정치적 견해, 가법적 행위, 전과, 수사절차 등에 대한 정보와 같이 민감한 정보들에 대한 조사의 경우 (ii) 혼인, 가족관계 또는 법률이나 법적으로 인정된 전통에 의하여 특별히 승인된 신뢰관계에 관한 정보조사의 경우 (iii) 전자적 정보 처리를 통해 인격적 자율을 위협할 위험이 높은 행정영역에서의 정보조사 (iv) 강제적인 정보조사의 경우처럼 개인정보와 관련된 개인의 결정의 자유가 영향을 받는 경우에는 이 정보들이 조사목적에 반해 사용되지 않도록 영역별 특별 규율이 행해져야 한다.
- 923) OECD 가이드라인에서는 개인정보수집목적이 수집당시에 미리 특정되어 있을 것, 그 이후의 정보이용이 당해 수집목적과 일치할 것과 수집목적이 변경될 때마다 그 목적을 명확히 할 것을 요구하는 목적명확성의 원칙(Purpose Specification)과 개인정보는 명시된 목적 이외의 다른 목적을 위하여 공개·이용하거나 기타의 사용을 위하여 제공하는 행위를 원칙적으로 금하는 이용제한의 원칙(Use Limitation Principle)으로 각각 표현되어 있다.

규범의 명확성원칙이란 개인정보자결권을 제한하는 법률은 이 권리에 대한 제한의 전제와 범위가 관련개인이 인식할 수 있을 정도로 법률에 명확히 규정할 것을 요구하는 원칙이다.<sup>924)</sup> 즉 개인이 법률적 규율로부터 자신에 관한 개인정보가 개인정보의 조사·처리 본래의 목적에 국한되어 이용되는 것을 알 수 있어야 한다는 것이다. 이 원칙은 법치국가적 명확성원칙<sup>925)</sup>이 개인정보자결의 영역에서 엄격한 형태로 구체화된 것이다.

이 요건은 규범의 목적이 사실관계를 규율하고 있는 법률조문과 그 전체적인 연관 및 입법자료에 의거하여 명확히 인식될 수 있는 경우에만 충족된다.<sup>926)</sup> 필요한 명확성의 정도는 전문가가 아닌 합리적 시민이 어떤 종류와 방식으로 자신의 인적 정보가 처리될지를 이해할 수 있는 것으로 족하며, 세부적인 사항까지 알아야 되는 것은 아니다.<sup>927)</sup>

규범의 명확성원칙은 개인의 자기부죄방지와도 관련성이 있다.<sup>928)</sup> 이러한 요건은 입법자가 불명확하고 또 일반적인 법률을 통하여 법률에서 정한 목적과는 다른 용도로 개인정보를 활용함으로써 그 정보를 제공한 주체를 겨누는 무기로 그 정보를 사용하기 위하여 정보주체들을 이용하는 것이 금지된다는 것을 의미한다. 그러나 우월한 이익이 대립하는 경우에는 그와 같이 확보된 정보도 이용될 수 있다.<sup>929)</sup> 단, 그 정보가 형사법원의 유죄판결이나 그에 준하는 제재

924) BVerfGE 65, 1 (44).

925) 이에 대해서는 계희열, 헌법학(상), 2002, 345쪽 참조.

926) BVerfGE 65, 1 (54).

927) 연방정보보호전권위원의 견해, 20.

928) BVerfGE 65, 1 (62-63). 물론 독일 연방헌법재판소는 이미 그 이전의 결정에서 자신의 진술을 통하여 형사법원의 유죄판결의 전제 또는 그에 준하는 제재를 위한 정보를 제공하도록 강제하는 것은 기대불가능한 것이고 또 인간의 존엄성에도 위반된다(BVerfGE 56, 37[49])고 판시한 바 있다.

929) 불리진술거부권에 관한 명문의 규정이 없는 독일기본법하에서 판례는 제2조 제

를 선언하기 위한 전제를 제공하는 것이어서는 아니 된다.

## (2) 목적구속의 원칙

(가) 의의: 목적구속의 원칙은 정보의 사용목적이 개인정보사용의 영역을 특정하여 그리고 엄밀하게 법률에 확정되어 있을 것을 요구하는 원칙이다. 즉 개인정보이용의 범위를 법률에 의하여 특정된 목적에만 한정시킬 것을 요구한다.<sup>930)</sup> 이 요건은 개인정보를 강제로 조사하는 경우에만 타당한 것이 아니라, 개인정보자결권이 제한되는 경우에는 항상 충족되어야 하는 것으로 이해되고 있다.<sup>931)</sup>

(나) 본질: 개인은 자신의 개인정보와 관련된 법률적 규율로부터 어떤 구체적인 행정목적에 위하여 개인적인 정보가 사용될 것인지 그리고 그 사용이 필요한지 여부를 알 수 있어야 한다는 목적구속성의 원칙은<sup>932)</sup> 개인이 누가 무엇을 언제 어떤 기회에 자신에 대하여 알게 되는지를 결정할 수 있어야 한다는 내용의 개인정보자결권의 논리적 귀결이자<sup>933)</sup> 규범의 명확성원칙의 특수한 발현형식이다. 나아가 이 원칙은 비례의 원칙과도 관련이 있다. 왜냐하면 비례의 원칙에 의하여 개인정보수집을 명시된 목적의 달성에 필요한 최소한으로 국한하여야 할 의무가 모든 국가기관에 부과되기 때문이다.<sup>934)</sup> 바로 이와 같은 본질에 이 원칙의 정당성도 존재한다.

---

1항에서 그 근거를 찾고 있다. 그리고 자기부죄의 원칙적 금지는 타인의 권리에 그 한계가 있으며, 정보에 대한 정당한 수요를 충족하기 위한 정보인 경우에는 입법자는 관련자들의 다양한 이익들을 상호 형량할 수 있는 권한이 있다고 본다(BVerfGE 56, 37 [49]).

930) BVerfGE 65, 1 (46).

931) Simitis, NJW 1984(주 14), 402쪽.

932) BVerfGE 65, 1 (62-63).

933) BVerfG, 65, 1 (43); W. Steinmüller, Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, DuD 1984, 91 (93)쪽.

934) BVerfGE 65, 1 (46); E. Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und innere Sicherheit - Folgerungen aus dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, Kritische Justiz 1985, 223쪽: 목적구속의 원칙은

(다) 이 원칙에 대한 비판: 이 원칙은 원칙적으로 모든 개인정보의 조사와 처리에 있어서 준수되어야 한다. 그러나 이 원칙의 실현에 있어서의 문제점이 지적되고 있다.<sup>935)</sup> 이 비판은 전술한 영역별 특별규율의 요건에 대한 비판과 상통한다. 무엇보다도 구체적인 사례들도 집적이 되지 아니한 상태에서 이 원칙을 구체화하는 것이 곤란한 경우가 적지 않을 것이며, 엄격한 목적구속의 원칙은 지나치게 세분된 규율을 낳아 결국 법의 분열은 물론 법의 내용을 개관하기 어렵게 만드는 법적 불안정성을 초래할 가능성이 높으며,<sup>936)</sup> 이러한 결과를 피하려면 이 요건의 타당성여부를 개인정보의 종류에 따라서 세분하여야 한다는 것이다. 결국 인격에 대한 중대한 위협이 있는 경우에만 그 요건이 실현될 수 있으며, 그 밖의 대부분의 경우에는 정보의 조사나 이용을 구체적인 목적에 결부시키지 않는 규율도 인정하여야 한다는 것이다.

그러나 이러한 주장을 수용하게 되면 개인은 자신과 관련된 개인정보의 자결권을 실효성 있게 행사할 수 없을 것이다.

(라) 직무공조방식에 의한 정보제공의 원칙적 금지: 목적구속의 요건과 같은 맥락에서 전자적 정보처리에 내재하는 위험성에 비추어 볼 때 직무공조방식에 의한 정보제공의 금지와 그 활용의 금지를 통해서 이질적 목적에 정보가 사용되지 않도록 할 필요가 있다.<sup>937)</sup> 여러 조사의 목적들이 상호 배치되는 경우에는 정보제공의 의무를 지는 국민이 이를 규율하는 법률의 효과를 개관할 수 없기 때문에<sup>938)</sup> 규범의 명확성요건에 대한 위반이 존재한다.<sup>939)</sup>

---

과잉금지의 요소를 감안하고 있다.

935) Denninger, Kritische Justiz 1985(주 176), 223쪽; 동인, in: Informationsgesellschaft (주 5), 302쪽.

936) 이에 대하여 자세한 것은 Vogelgesang, 전게서(주 3), 71-72쪽 참조.

937) BVerfGE 65, 1 (46) 참조.



(마) 대표적 예외로서의 통계조사: 통계조사의 본질 중의 하나는 정보가 통계적으로 처리·준비된 뒤에 애초부터 특정될 수 없는 매우 다양한 용도로 이용된다는 것이다. 따라서 사용목적이 특정되지 아니한 정보를 집적·저장해야 할 필요도 존재하고,<sup>940)</sup> 통계적으로 가공된 정보의 제공 및 활용의 금지는 합목적성도 없을 뿐만 아니라<sup>941)</sup> 통계의 다양한 용도와 용처는 본질상 미리 확정될 수도 없다.<sup>942)</sup> 이 때문에 인구조사판결은 통계조사와 관련하여 인구조사판결에서 목적구속의 원칙에 대한 예외를 인정하는 대신 다용도로 사용될 수 있는 통계의 성격에도 불구하고 개인정보의 자결권이 침해되지 않도록 통계조사를 위한 조직과 절차에 관한 다수의 부담을 입법자에게 부과하고 있다.<sup>943)</sup> 그러므로, 구체적인 경우에 다목적적으로 정보를 조사하는 것을 금지하는 것이 정당화되는지 아니면, 통계조사의 경우와 비견될 만한 상황이 존재하는지를 개별적인 경우에 주의 깊게 검토할 필요가 있다.<sup>944)</sup>

---

938) BVerfGE 65, 1 (65) 참조.

939) BVerfGE 65, 1 (64) 참조.

940) BVerfGE 65, 1 (47) 참조.

941) BVerfGE 65, 1 (47) 참조.

942) BVerfGE 65, 1 (48) 참조.

943) 보조사항(식별표시)의 삭제에 관한 규율의 필요(BVerfGE 65, 1 [49]); 외부와의 효과적인 차폐(같은 곳); 엄격한 비밀유지(같은 곳); 가능한 신속한 익명화처리(같은 곳) 등.

944) 국가나 지방자치단체에 의한 생존대책, 안보관련관청의 특히 민감한 분야에서 부분적으로 비교할 수 있는 상황이 존재할 수 있다.

#### 다. 절차적·조직적 대책의 수립 및 과소(보호)금지의 원칙

개인정보자결권의 헌법적 기능에서 이미 설명한 이 기본권의 객관법적 측면에서 제기되는 여러 가지 요청들이 충족되어야 한다. 그 이행의 정도는 헌법이 요구하는 최저한의 수준을 상회하여야 한다. 즉 과소(보호)금지의 원칙을 충족하여야 한다.

### Ⅶ. 교육행정정보시스템(NEIS) 문제에 대한 응용

새로 출범한 참여정부에게 단순한 기본권침해라는 비난만이 아닌 교단내갈등과 사회갈등의 해소라는 쉽지 않은 과제를 안겨주었던 NEIS의 헌법적 문제는 아직 해결되지 않은 채 잠복해 있다. NEIS가 기본권을 침해한다는 국가인권위원회의 권고결정도 이미 내려졌지만 그 결정에는 법적 구속력이 없으며, 관련사건은 헌법재판소에도 계속되어 있다. 이하에서는 상술한 해석론을 바탕으로 NEIS가 개인정보자결권을 침해하고 있는지를 검토해 보기로 한다. 교육부는 NEIS에 대한 반발이 거세지자 특히 많은 문제점을 안고 있는 상당수의 항목을 삭제하는 등 처리정보의 내용에 변화가 있기 때문에 본고에서는 최초의 항목을 중심으로 문제점을 살펴보되, 지면관계상 교원인사영역을 제외한 개인정보의 조사와 처리의 헌법적 문제점에 초점을 맞추기로 한다.

## 1. NEIS의 목적과 법적 근거

### 가. NEIS의 정의

교육인적자원부(이하 ‘교육부’로 약칭한다)의 정의에 의하면 NEIS란 학생·교원 관련 교육정보를 학교별로 구축되는 데이터베이스를 통해 관리하는 단위학교별 분산형 정보처리시스템이 아니라 교육부 및 전국 16개 시·도교육청에 관련 시스템을 구축하고 모든 교육행정기관 및 초·중등학교를 인터넷에 연결함으로써 단위 학교 내 행정처리는 물론 교육행정기관에서 처리하여야 할 학사, 인사, 예산 등 교육행정 제반 업무를 상호 전자적으로 연계하여 처리하는 종합행정시스템을 말한다. 교육부는 종전 개인컴퓨터에 탑재된 프로그램에 의하여 교육관련 정보를 처리하던 시스템인 S/A(Stand Alone)과 각 단위 학교별 학내전산망을 통해 교육관련정보를 처리하던 C/S(Client Server)가 보안이 취약하고 비용이 많이 들며 효율성이 떨어진다는 이유로 2003년 NEIS를 통해 전면적으로 대체하려다 전국교원노조를 비롯한 시민단체의 강력한 반발에 직면하였다.

### 나. 목적

교육부는 NEIS 시행의 목적으로 3가지를 제시하고 있다. 즉 자녀의 학교생활과 그에 대한 교사의 평가 등 자녀교육에 필요한 정보를 용이하게 열람할 수 있도록 한다는 것(학부모의 알권리 실현), 교사의 업무 경감, 이를 통한 교육의 질제고를 그 목적으로 제시하고 있다. 전 2자는 NEIS의 직접적 목적이요, 나머지 하나는 그 간접적 효과 내지 제2차 목적인 것으로 보는 것이 정확할 듯싶다.

그러나 이와 같은 목적이 교육부가 NEIS의 법률적 근거로 제시하는 다음과 같은 법률규정으로부터 직접 도출될 수 있는지 의문스럽다. 그 법률규정들의 목적은 아래에서 살펴보는 바와 같이 학생지도 및 상급학교의 학생선발을 위한 기록의 작성과 관리 그리고 학생과 교사의 보건정보의 수집 및 이를 통한 학생과 교사의 건강보호·증진이기 때문이다. 따라서 NEIS의 일차적 목적은 그와 같은 정보의 효율적 처리·관리이며, 교육부가 주장하는 NEIS의 목적들은 부수적인 의미를 갖는 것이라고 보아야 할 것이다.

#### 다. 교육부가 주장하는 NEIS 시행의 법적 근거

교육부는 먼저 학생의 학생지도 및 상급학교의 학생선발에 관한 자료와 관련해서는 “학교의 장은 학생의 학업성취도 및 인성 등을 종합적으로 관찰·평가하여 학생지도 및 상급학교의 학생선발에 활용할 수 있는 자료를 교육부장관이 정하는 기준에 따라 작성·관리하여야 한다”고 규정하고 있는 초·중등교육법 제25조 및 이에 근거하여 마련된 교육부장관훈령인 “학교생활기록부전산처리및관리지침”(훈령 616호, 2003.3.29)과 “교육행정정보시스템운영규정”(훈령 633호, 2002. 12. 20)을 제시하고 있고, 보건영역과 관련된 개인정보의 수집과 관련해서는 “①학교의 장은 매년 학생과 교직원에게 대하여 신체검사를 실시하여야 한다. 다만, 교직원에게 대한 신체검사는 국민의료보험법 제29조의 규정에 의한 건강진단으로 이에 갈음할 수 있다. ②신체검사실시의 시기·방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 교육인적자원부령으로 정한다”고 규정하고 있는 학교보건법 제7조 및 이에 근거하여 제정된 학교신체검사규칙 제9조, “학생건강기록부등전산처리및관리지침”(교육부훈령 제632호)을 들고 있다. 그리

고 이는 “공공기관의 장은 사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다. 다만, 정보주체의 동의가 있거나 다른 법률에 의하여 수집대상 개인정보가 명시되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있는 공공기관의개인정보보호에관한법률 제4조가 명시하고 있는 “다른 법률에 의하여 수집대상 개인정보가 명시되어 있는 경우”라고 주장하고 있다.

## 2. 개인정보자결권의 제한여부

학생의 학업성취도 및 인성 등에 관한 정보, 학부모의 개인정보, 학생 및 교사의 건강관련정보 그리고 교원의 인사영역에서 교원의 신상정보를 조사하는 것은 관련 학생, 학부모 및 교사의 개인정보자결권에 대한 제한이다. 또 그렇게 조사된 정보를 S/A(Stand alone)방식처럼 교원개인컴퓨터로 처리하든, C/S(Client Server)처럼 학내전산망을 이용하여 처리하든, NEIS와 같이 학교 밖에 소재하는 자동정보처리시스템에 인터넷망을 통하여 전송·처리하든 모두 개인정보자결권에 대한 제한이며, 또 그렇게 처리된 정보를 이용하는 것, 교육행정기관이나 사인에게 제공(전달)하는 것도 각기 별개의 제한행위이다. 특히 NEIS와 같이 각 시도별로 정보를 집중 관리하고 학교행정감독기관인 교육감이나 교육청이 단위학교의 별도의 정보제공 없이도 서버에 저장된 정보를 조회하고 이용하는 것도 단위학교의 정보제공을 전제로 한 제한행위임에는 변함이 없다. 따라서 NEIS의 시행은 위와 같은 개인정보자결권 제한 유형들을 집약한 것으로서 헌법적 정당화가 필요하며, 그러기 위해서는 상술한 정당화요건들이 모두 충족되어야 한다.

한편, 교육부가 제시하는 NEIS 시행의 법률적 근거에서는 학생, 학부모, 교사의 개인정보의 조사방법이 구체적으로 드러나지 않는다. 학생 등에게 정보제공의무를 부과하고 그 의무를 이행하게 하는 방법으로 조사할 것인지, 교사 등이 학생지도의 과정에서 지득하게 되는 학생 등의 개인정보를 조사·처리하겠다는 것인지 드러나지 않는다. 현실적으로 두 가지 조사방법을 모두 사용할 수밖에 없을 것이다. 그러나 강제적 조사방식이든 교사가 업무수행의 과정에서 법적 의무의 부과 없이 자연스럽게 그리고 정보주체가 알지 못하는 가운데 정보를 수집하는 방식이든 모두 개인정보자결권에 대한 제한이라는 점에는 차이가 없다.

학생, 학부모의 동의하에 그들의 개인정보를 조사·처리하는 경우에는 개인정보자결권의 제한 자체가 존재하지 않으며, 따라서 제한의 경우에 충족하여야 할 정당화요건들을 충족하여야 할 필요가 없다.<sup>945)</sup> 동의가 유효성을 띠려면 자발적인 것이어야 하고, 동의의 주체가 동의의 의미와 효과를 이해할 수 있어야 한다. 현실적으로 정보주체가 진정 자유로운 상태에서 동의를 하는 것이 아니라 어쩔 수 없는 상태에서 동의를 하는 경우가 많다는 정당한 비판이 존재하느니 만큼 독일 노르트라인-베스트팔렌 학교행정법 제19조 제2항처럼 미성년인 학생은 동의의 의의와 효과를 스스로 이해할 수 있을 때에만 동의를 발할 수 있도록 하여야 하고 또 개인이 수인할 수 없거나 합목적성이 없으며, 부조리한 정보의 조사는 동의가 있더라도 조사할 수 없도록 하여야 하는 규정이 추가되어야 한다.

---

945) 동의가 있는 경우에도 기본권에 대한 제한은 존재하고, 다만 그 제한이 정당화될 뿐이라는 이설도 있다.

### 3. 규범적 명확성요청을 충족하는 법률에 의한 영역별 특별규율?

#### 가. 법률에 의한 제한 및 중요사항의 의회유보

헌법 제37조 제2항은 기본권에 대한 제한은 법률로써 할 것을 요구하고 있다. 즉 제한은 형식적 법률 자체에 의하여 또는 그 법률에 근거하여 이루어져야 한다. 나아가 헌법재판소가 수용하고 있는 중요사항의회유보의 원칙에 의하면 기본권실현에 중요한 의미가 있는 사항에 대한 결정은 의회 스스로 법률의 형식으로 결정하여야 하며, 그 결정을 다른 권력에 위임해서는 안 된다. 이 원칙은 의회가 스스로 결정하여야 하는 사항, 그에 따라 입법권의 위임범위 및 입법자에 의한 규율의 밀도에 대하여 영향을 미친다. 개인정보자결권과 관련하여 무엇이 중요한 것인지와 관련해서는 위에서 대강의 지침을 제시한 바 있다

##### (1) 교무/학사

초·중등교육법 제25조의 규율은 문제가 없지는 않으나 학생지도에 필요한 학생과 학부모의 정보, 상급학교의 학생선발에 관한 학생의 정보를 조사·처리할 수 있는 법률적 근거라고 볼 수 있는 여지가 있다.<sup>946)</sup> 자료의 작성·관리를 위해서는 정보의 조사가 선행되어야

946) 해당 법문을 엄격하게 해석하면 자동화된 정보처리시스템에 의한 정보의 처리, 저장할 수권하는 규정으로 볼 수 없다는 해석도 있을 수 있다. 그러한 정보들이 1997년 이전까지는 수기 상태로 작성·관리되어 왔고 지금도 그렇게 작성·관리될 수도 있다는 점, 1994년 시행된 공공기관의개인정보보호에관한법률이 컴퓨터를 이용한 개인정보의 기록과 관련해서는 “처리”라는 용어를 사용하고 있음에도 불구하고 1997년 제정된 이 법률이 “작성”이라는 용어를 사용하고 있는 것도 전통적인 수기방식의 기록과 관리를 염두에 두고 있다는 인상을 준다

하고, 자료의 구체적인 작성·관리의 수단이 전적으로 전통적인 수기방식에 국한된다고 볼 수 없으며, 기술의 발전수준에 따라 적절한 방식을 교육부장관이 명령으로 정할 수 있도록 했다는 해석이 가능하기 때문이다. 그 작성·관리의 방식에는 NEIS와 같은 교외에 소재한 중앙자동정보처리장치를 통한 기록의 작성·관리방식도 포함될 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러한 정보를 NEIS를 통해서 다른 기관에 전달하거나 원래의 목적과는 다른 목적으로 사용할 수 있는 법률적 근거는 초·중등교육법이 아닌 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항 제2호에 있다. 초·중등교육법 제25조가 정보조사의 주체를 ‘학교의 장’으로 명시하면서도 다른 교육기관이나 감독관청 등에게 이를 제공할 수 있는 가능성을 명시적으로 열어두고 있지 않기 때문이다. 다만, 교무/학사영역의 일부 정보, 즉 상급학교의 학생선발에 필요한 정보는 그 정보의 수집·관리 자체가 학생이 진학하고자 하는 상급학교에의 전달을 목적으로 이루어지기 때문에 해당 상급학교에의 전달을 위한 별도의 수권을 별도로 하지 않는다고 해석할 여지가 있다.

그러나, 초·중등교육법 제25조나 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항 제2호 등은 중요사항의회유보의 요건을 충족하기는 어렵다. NEIS가 시도별로 집중된 자동화된 중앙정보처리시스템이라는 점, 정보의 조사와 이용에 대한 개인의 자발적인 동의를 전제로 하고 있지 않다는 점, NEIS에 의하여 처리·관리되어야 하는 정보 중에는 삭제하기로 한 상담내용 이외에도 개인의 성적이나 행동발달상황에 관한 정보 등 교무/학사분야의 상당수의 정보들이 민

---

는 점, 수기방식의 정보처리·관리의 위험성과 자동화된 정보처리·관리의 위험성은 질적으로 다르다는 점이 부정설을 뒷받침할 수 있을 것이다.



감한 것이라는 점을 고려할 때 학생, 학부모가 개인정보조사에 응할 의무가 있는지 여부, 개인이 어떠한 요건하에 어떤 정보가 자동화된 정보처리시스템에 의하여 처리되고 전달될 수 있는지, 또는 그와 같은 장치에 의한 처리가 금지되는지 또는 학교내의 교육관련정보처리용으로 특정된 컴퓨터에 의해서만 처리될 수 있는 것인지 등이 법률 자체에 의하여 규율되어야 할 필요가 있으나, 일반법인 공공기관의개인정보보호에관한법률은 물론 초·중등교육법 자체에는 이에 관한 규율이 일체 없으며, 따라서 설사 교육인적자원부장관의 명령으로 이를 규율한다고 하더라도 포괄위임금지에 위반됨은 물론 중요사항의회유보원칙에도 반한다.

요컨대, 초·중등교육법 제25조는 현대 정보사회에서의 개인정보자결권의 문제를 의식하고 만들어진 규정이라고 보기 힘들며, NEIS라는 자동화된 정보처리시스템에 의하여 교무/학사영역의 개인의 정보들을 입력·처리하고 다른 기관에 전달하는 것을 온전하게 정당화할 수 있는 법적 근거로 보기 곤란하다. 교육부장관의 훈령인 “학교생활기록부전산처리및관리지침”과 “교육행정정보시스템운영규정”은 행정규칙에 불과한 것으로서 NEIS의 시행을 통한 개인정보자결권 제한의 법적 근거가 될 수 없다.

## (2) 보건

학교보건법 제7조는 체격검사·체질검사 및 체력검사를 의미하는 (같은법 제2조) 신체검사를 실시할 것을 명하고 있을 뿐 신체검사로 부터 생성될 수 있는 학생과 교사의 개인정보의 처리방식이나 그 목적에 대해서는 직접 말하는 바가 없다. 그렇다면 이 학교보건법 제7조가 NEIS에 의하여 보건영역의 정보를 조사하고 처리함으로써 개인정보자결권을 제한할 수 있는 법률적 근거가 될 수 있는가?

여기서 학교보건법 제7조가 학생과 교사의 보건관련 정보를 조사하고 처리하도록 할 수 있는 법적 근거가 된다고 볼 수 있는지의 문제가 제기된다.

긍정설에 의하면 신체검사의 실시는 학생과 교사의 보건정보를 얻고 이를 바탕으로 학생 및 교직원의 건강을 보호·증진하기 위한 조치를 취하기 위한 것이지 그 자체 목적이 아니므로 학교보건법 제7조는 신체검사 결과 생성되는 정보를 조사하고 처리할 수 있는 근거조항이며, 설사 동 규정이 근거조항이 될 수 없다고 하더라도 신체검사를 통해 생성되는 정보가 교육을 위하여 필요한 정보가 될 수 있는 범위에서는 초중등교육법 제25조가 NEIS에 의한 보건관련 정보의 조사와 처리의 근거가 될 수 있다고 본다.

반면, “신체검사실시의 시기·방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항”을 교육부령으로 정하도록 수권하고 있으나, ‘시기, 방법, 절차’는 모두 신체검사의 형식과 관련된 것이므로 NEIS에 입력하기 위하여 보건영역의 개인정보를 조사·처리하여 개인정보자결권을 제한할 수 있는 근거가 될 수 없고, “학교의 보건관리와 환경위생정화에 필요한 사항을 규정하여 학생 및 교직원의 건강을 보호·증진하게 함으로써 학교교육의 능률화를 기”한다는 학교보건법의 목적(제1조)과 연관시키더라도 그러한 권한이 도출되기 어렵고, 형식적 의미의 법률에 의한 수권이 없는 한 교육부령인 학교신체검사규칙으로도 이를 합법적으로 규율할 수 없으며, 동 규칙도 전자적 정보처리에 대해서는 아예 규정을 두지 않고 있다는 견해가 있을 수 있다. 현재 행정규칙에 불과한 교육부 훈령인 “학생기록부등전산처리및관리지침”이 학생과 교사의 보건정보의 전자적 처리를 규율하고 있을 뿐이므로 NEIS에 의한 관련 정보의 조사와 처리는 물론 정보의 제공

을 위한 법률적 근거는 존재하지 않는다는 입장이 있을 수 있다.

학교보건법 제7조의 문면을 중시하는 입장에서는 부정설을 취할 가능성이 높으나, 신체검사실시의 목적을 고려할 때 관련정보의 조사와 처리는 신체검사실시 명령에 논리적으로 전제되어 있는 것이라고 보아야 할 것이다. 다만 NEIS를 통한 정보제공의 법률적 근거는 학교보건법 제7조가 아닌 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항이 그 근거가 될 수 있을 것이다.

그러나 이처럼 학교보건법 제7조 및 공공기관의개인정보보호에관한법률 제10조 제2항이 NEIS를 통해 보건영역의 개인정보를 조사·처리·제공할 수 있는 법률적 근거라고 보더라도 관련 법률적 규율은 중요사항의회유보원칙을 충족하지 못한다고 보아야 한다. 교무/학사 영역에 못지않을 정도의 민감성을 갖는 신체 및 건강 관련 정보들을 조사·처리·전달하도록 되어 있는 NEIS의 보건영역의 경우에도 입법자 스스로 신체검사를 통한 개인정보자결권의 실현과 관련하여 중요한 의미를 갖는 사항들, 무엇보다도 개인이 개인정보 조사에 응할 의무가 있는지 여부, 그러한 정보를 어떠한 요건하에서 자동화된 정보처리시스템을 통해서 처리할 수 있는지 여부 및 범위, 특히 NEIS의 경우처럼 인터넷을 통해 연결된 교외의 정보처리시스템을 통해서 처리할 수 있는지 여부 및 범위 등의 사항을 규율하지 않고 있기 때문에 설사 그러한 사항을 교육부장관령으로 규율한다 하더라도 중요사항의회유보의 원칙에 위반된다.

#### 나. 규범의 명확성원칙

교육부가 제시하는 법률규정들을 NEIS시행의 근거규정으로 볼 경

우 그 규정들이 정보의 주체가 자신의 어떤 정보가 어떤 목적으로 조사되는지, 즉 자신과 관련된 정보의 운명을 개관하면서 개인정보의 공개여부 및 그 범위를 결정할 수 있도록 조사대상정보 및 그 이용의 목적을 영역별로 그리고 명확히 확정하여야 한다는 규범의 명확성요건을 충족하고 있다고 볼 수 있을 것인가? 본고에서는 그 중 가장 중요한 영역인 교무/학사영역의 근거규정만을 평가해보기로 한다. 교육정보는 교육에 필요한 개인의 건강정보도 포함하기 때문에 이 문제에 대한 고찰을 통해서 보건영역의 정보조사를 위한 규율이 어느 정도의 명확성을 띠어야 하는지에 대한 시사도 얻을 수 있을 것이다.

초중등교육법 제25조를 교육부의 주장과는 달리 교무/학사 영역에서 조사한 학생과 학부모의 개인정보를 자동화된 정보처리시스템을 통해 처리할 수 있는 법률적 근거로 볼 수 없다면, 이 영역에서의 특별규율은 존재하지 않는다. 반면 동 규정을 그 근거라고 보게 되면, 이 규정은 이 영역에 대한 특별규율이라고 보아야 할 것이다.

그렇다면 이 영역에서 개인의 자결을 뒷받침하기 위하여 강화되는 규범의 명확성요건을 충족시킬 수 있는가? 어느 정도로 구체성을 띠어야 명확성요건을 충족한다고 볼 것인가? 이 문제와 관련하여 유의하여야 할 것은 무엇보다도 교사는 학생의 지도를 위하여 필요한 경우 개인의 건강상태, 심리적 상태, 이성관계, 가정환경은 물론 개인의 비행과 같은 학생의 민감한 정보들도 알아야 하며, 경우에 따라서는 우연히 그와 같은 정보를 접하게 될 수도 있다는 점이다. 그런데 초·중등교육법 제25조의 “학생의 학업성취도 및 인성 등을 종합적으로 관찰·평가하여 학생지도와 상급학교의 학생선발에 활용할 수 있는 자료”라는 법문은 학생의 개인정보에 대한 포괄적인

조사가능성을 열어놓고 있다. 초·중등교육법 제25조가 조사대상이 되는 정보의 범위에 관하여 이처럼 추상적으로만 말하고 있는 이유도 바로 이러한 이유 때문이라고 볼 수 있다. 이 규정에 의하면 조사의 목적은 학생지도 및 상급학교의 학생선발을 위한 자료의 수집과 제공이고 또 그 조사대상은 이러한 목적을 달성하기 위하여 필요한 정보들이라고 보아야 하지만, 그 조사범위를 한정하기는 어렵다. 학생 및 학부모 등에 대한 정보조사가 교육목적을 위해서 ‘필요’하여야 한다는 사정과 그 정보의 내용과 정보조사의 ‘합목적성’만이 법률적으로 허용되는 정보조사의 범위를 한정할 수 있다고 보아야 할 것이다.

그렇지만 비교법적으로 보더라도 학생지도의 목적으로 조사되는 정보의 범위는 다소간의 차이는 있으나, 추상적으로만 규정되는 경향이 있음을 확인할 수 있다. 인구조사판결을 통해서 개인정보자결권이라는 기본권을 공식적으로 인정한 독일의 입법례에서도 마찬가지로 추세가 나타난다. 독일에서 초·중등학교에 대한 입법권은 연방이 아니라 주에게 있기 때문에 독일의 몇몇 주의 관련입법을 검토함으로써 우리의 관련 법률규정의 헌법적 문제점에 대한 이해를 위한 정향점을 모색해 보기로 한다.

슐레스비히홀슈타인(Schleswig-Holstein)은 1990. 8. 2에 제정된 학교법(Schulgesetz) 제50조에서 개인정보의 조사 및 처리에 대해서 특별한 규율을 두어 조사대상정보 및 그 목적, 전달의 요건, 정보주체의 열람청구권 등을 명시하고 있다. 제1항 제1문에서는 학생 및 학부모의 개인정보는 학교, 학교의 주체<sup>947)</sup>, 학교감독관청의 과제를

947) 학교의 주체는 공립학교의 경우는 시군(Landkreis), 지방자치단체인 읍 또는 면(Gemeinde), 지방자치단체조합(Samtgemeinde), 목적단체(Zweckverbände) 또는 주(Land)이며, 사립학교의 경우는 자연인 개인, 민법상의 사단, 익명회사, 유한책임회

수행하기 위하여 필요한 범위에서 학교, 학교의 주체, 학교감독관청에 의하여 조사될 수 있다고 규정하고 구체적으로 학생의 경우에는 성명, 생일 및 출생지, 성별, 주소 및 전화번호, 국적, 동구권에서 이주해온 독일인(Aussiedler)인지 여부, 모국어, 종교, 의료보험, 성적 및 학교에서의 경력, 학교에서의 일반적 학습태도 및 사회성과 관련된 태도, 수학에 의미 있는 장애정보, 교의나 학교심리상담역 및 특수교육교사의 검사결과, 실업학교의 경우 직업교육, 실습, 직업활동 및 직업교육담당업체 및 실습장의 주소 및 전화번호를, 학부모의 경우는 성명, 주소 및 전화번호를 각각 조사대상정보로 명시하였다. 슬레스비히홀슈타인의 학교법이 조사대상정보를 구체적으로 열거하고 있으나, 학교에서의 일반적 학습태도 및 사회성과 관련한 태도 등 추상적인 사항이 있기 때문에 조사대상은 매우 넓어질 수 있다.<sup>948)</sup> 그러나 독일의 많은 주들은 노르트라인-베스트팔렌(Nordrhein-Westfalen) 학교행정법(Schulverwaltungsgesetz)에서 볼 수 있는 규율방식, 즉 포괄적인 조사가능성을 열어두면서 자동화된 정보처리시스템을 통해 처리할 수 있는 정보를 한정하는 규율모델을 택하고 있는 것 같다. 노르트라인베스트팔렌은 제19조 제1항 제1문에서 학교와 학교감독관청은 법규정에 의하여 위임받은 과제를 이행하기 위하여 필요한 범위에서 학생과 학부모의 개인정보를 처리할 수 있다는 포괄규정만을 두고 있을 뿐 조사가능한 정보를 구체적으로 열거하지 않고 있다. 대

---

사, 주식회사, 또는 공법상의 사단인 종교단체나 세계관단체가 될 수 있다.

948) 한편, 이와 같은 규율방식이 과연 타당한지도 의문이다. 왜냐하면 학생에 대한 지도를 위해서는 학생의 학부모에 대한 보다 많은 정보의 조사가 필요함에도 조사가능한 정보의 범위를 좁히고 있기 때문이다. 물론 학생과 학부모의 동의 하에서만 명시된 조사영역 밖의 정보를 조사할 수 있는 가능성은 존재한다. 그러나 지나치게 교사를 불신하는 입법이라는 인상을 지울 수 없다. 중요한 것은 정보의 조사가 아니라 조사된 정보의 처리방식, 보안의 확실성 여하이기 때문이다.

신 동법은 제4항에서 학생의 행태정보, 건강이상정보나 장애정보, 학업성취도 내지 특수교육의 여부 확인을 위해서 실시된 테스트결과에 대한 정보는 자동화된 데이터베이스를 통해 처리할 수 없도록 하고 특별한 교육학적, 사회적 및 치료적 조치 및 그 결과에 대한 정보는 학생에 대한 특별한 배려의 필요가 있는 경우에만 사용하여야 한다고 명시하고 있다. 1987년에 제정되고 2001년에 최종 개정된 브레멘주의 ‘학교에서의개인정보보호법(Gesetz zum Datenschutz im Schulwesen)’은 제1조에서 공립학교는 교육과제(Unterrichts- und Erziehungsauftrag)의 이행을 위하여 그리고 법정의 참여권행사를 위하여 필요한 학생, 교사, 수습교사 등의 정보를 조사할 수 있다고 규정(제1항)함으로써 포괄적인 조사가가능성을 열어놓되, 제2조에서 조사된 정보들 중 자동화된 데이터베이스를 통해 처리할 수 있는 정보(제1항: 학생의 성명, 생년월일, 주소 및 전화번호, 국적, 학생의 교육이수경과에 대한 정보, 학생대표로서의 역할과 관련된 정보, 직업훈련업체의 상호와 주소, 직장, 실무연수장 또는 그 대체기관. 직업훈련을 받은 직종, 기업체에서의 직업훈련의 시기와 종기에 관한 정보, 성적. 제6항: 학부모의 성명, 주소 및 전화번호, 국적, 사친회에서 역할)와 그와 같은 시스템을 통해서 처리할 수 없는 정보(형제관계, 행태정보, 건강이상정보 및 장애정보, 의료검진 및 기타 검사의 결과, 교육학적·사회학적·치료적 조치 및 그 결과에 대한 정보)를 열거하고 있다.<sup>949)</sup>

---

949) 그 밖에도 헝켈 학교법(1992.6.17. 제정, 2002.3.21. 최종 개정)도 제83조 제1항에서 포괄적인 규정을 두고, 같은조 제4항에서는 의료정보에 대한 자동화된 정보 처리를 원칙적으로 금지하고 있다. 베를린 학교법(1980.8.20. 제정, 2002.7.1. 최종개정)도 제5조의 a에서 포괄적인 정보조사가능성을 열어놓되, 그 정보의 전달가능성을 매우 엄격하게 제한하고 있다.

위에서 본 바와 같이 정보조사의 범위를 구체적으로 한정하지 않고 그에 대하여 추상적으로만 규율하고 있다는 것만으로는 초·중등교육법 제25조가 규범의 명확성요건을 충족하지 못하고 있다고 비난하기 어렵다. 명확성요건의 충족여부를 판단함에 있어서 어느 정도의 명확한 규율이 가능한지를 고려하여야 하기 때문이다. 초·중등교육법의 문제는 교육에 필요한 학생과 학부모의 개인정보의 조사 및 처리의 가능성만을 열어 놓았을 뿐 정보사회에서 개인정보자결권을 보장하기 위해 중요한 의미를 갖고 있는 다른 문제들에 대해서 일체 규율하지 않고 있는 데서 비롯되는 것이다. 특히 교외에 소재하는 전자적 정보처리장치를 통해 각 단위학교가 인터넷을 경유하여 정보를 처리하는 것의 위험성에 비추어 볼 때 그와 같은 가능성 및 그 범위를 한정하는 규율처럼 민감한 개인정보들에 대한 보호 대책들이 규율되어 있지 않다는 데 있는 것이다. 이는 초·중등교육법 자체가 정보사회의 현실과 그 위험성에 대한 반성을 담고 있지 못하고 있는 데서 기인하는 것이라고 본다. 그러나 이 문제는 규범의 명확성요건의 문제라기보다는 다른 요건들의 문제이다.

#### **다. 목적구속의 원칙**

목적구속의 원칙에 따르면 정보주체는 자신의 개인정보의 조사를 규율하는 법률규정들로부터 어떤 구체적인 행정목적에 위하여 자신에 관한 정보가 사용될 것인지 그리고 그 사용이 필요한지 여부를 알 수 있어야 한다. 그렇다면 교육부가 제시한 NEIS의 근거조항들은 정보조사의 목적이나 그 이용범위를 분명하게 특정하고 있다고 볼 수 있는가?



이 문제에 답하기에 앞서 다시 독일의 관련 입법례를 들여다보자. 노르트라인-베스트팔렌 주의 학교행정법은 제19조 제1항에서 “학교와 학교감독관청은 법규정에 의하여 위임받은 과제를 이행하기 위하여 필요한 한 학생과 학부모의 개인정보를 처리할 수 있다. 학교의 과제이행을 위하여 학교에 저장된 개인정보를 필요로 하는 자에게만 그 개인정보에 대한 접근이 허용되어야 한다”고 규정하였고, 같은 조 제5항에서 “제1항 제1문에 열거된 정보들은 학교, 학교감독관청, 학교의 주체(Schulträger), 보건담당관청, 청소년보호담당관청, 주청소년보호담당관청, 직업훈련담당관청, 직업훈련지원관청 및 실업학교재학생의 직업훈련을 담당하고 있는 영업체가 법규정에 의하여 자신에게 위임된 과제의 이행을 위하여 필요로 하는 경우에만 제공될 수 있다. 다른 공공기관에의 제공은, 그것이 법률상의 고지의무, 신고의무의 이행을 위해서 필요한 경우나 법률이 이를 허용하고 있는 경우 또는 정보의 주체가 개별적인 경우에 동의하는 경우에만 허용된다. 학생과 학부모의 정보를 공적 영역에 속하지 않는 사람이나 기관에의 제공은 정보공개청구권이 존재하거나 관련자의 보호가치 있는 이익이 침해되지 않거나 관련자가 개별적인 경우에 동의한 경우에만 허용된다. 개인정보들은 관련개인들의 동의가 있는 경우에만 학교교육관청에 제공될 수 있다”고 하여 조사된 정보가 제공될 수 있는 범위나 다른 목적으로 사용될 수 있는 범위를 분명하게 규율하고 있다. 브레멘주도 ‘학교에서의개인정보보호법’ 제1조 제1항에서 “브레멘학교법 제1조의 공립학교는 수업 및 교육에 관한 위임을 이행하기 위하여 그리고 법정의 참여권을 행사하기 위하여 필요한 범위에서 학생과 학부모 및 교원, 수습교사의 개인관련 정보들을 처리할 수 있다”고 규정하는 한편, 제5조에서는 학생의 전학시

다른 공립학교에게 제공할 수 있는 정보의 범위, 제6조에서 학교감독기관에 대한 정보제공의 범위, 제7조에서 상담기구나 보건당국에 대한 정보제공의 범위, 제8조에서 다른 기관에 대한 정보제공의 범위, 제9조에서 총학생회에 대한 정보제공의 범위, 제10조에서 사립학교에 대한 정보제공의 범위에 대해서 상세하게 규율하고 있다. 다른 주들의 학생의 개인정보보호에 관한 법률규정들도 유사한 양상을 보이고 있다.

이에 비하여 우리의 초·중등교육법 제25조, 학교보건법 제7조는 정보조사의 목적은 그런대로 추정케 하지만, 조사된 정보를 다른 기관에 제공할 수 있는 범위나 목적외 이용의 범위에 대해서는 직접 규율하지 않고 일반법인 공공기관의개인정보보호에관한법률에 의한 규율에 맡겨두고 있으나, 이 법의 관련 규정인 제10조 제2항만 가지는 정보주체의 입장에서 자신의 개인정보가 어떤 요건하에서 어떤 기관에게 제공될 수 있는지 그리고 어떠한 목적으로 어떤 조건하에서 전용될 수 있는지 명확하게 인식할 수 없다. 왜냐하면 제10조 제2항 단서에 의한정보제공가능성의 범위가 가령 다른 법률에서 정하는 소관업무를 수행하기 위하여 당해 “처리정보를 이용할 상당한 이유”가 있는 경우(제2호), “기타 대통령령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우”(제8호) 등 매우 모호하여 정보주체의 입장에서는 도대체 자신의 정보가 어떤 목적으로 전용될지를 계산할 수 없기 때문이다. 비록 “정보주체 또는 제3자의 권리와 이익을 부당하게 침해할 우려가 있다고 인정되는 때에는” 예외사유가 있더라도 정보를 제공할 수 없도록 규정하고 있으나, “부당하게 침해할 우려”라는 구성요건 자체가 정보보유기관에게 판단의 여지를 폭넓게 부여하고 있기 때문에 정보제공에 대한 높은 장벽을 쌓아 놓고 있다고 보기

어렵다.<sup>950)</sup> 그에 따라 정보주체의 입장에서는 자신의 개인정보가 사용되는 범위를 충분히 조감할 수 없으며, 따라서 교육부가 제시하는 근거법률규정은 목적구속의 원칙을 충족한다고 보기 어렵다.

## 라. 과잉금지의 원칙

정보조사의 방법, 조사프로그램 및 기타 처지조치들이 정보조사를 통해 추구하는 목적의 달성에 적합하고 필요하며 정보의 주체에게 수인가능한 것이어야 한다. 무엇보다도 목적달성을 위하여 필요한 범위내에서만 개인정보가 조사되고, 꼭 필요한 범위내에서만 전자적으로 처리되고 또 필요한 기간 동안만 저장되어야 한다는 것이다.

애초의 NEIS는 학교생활에서 발생하는 학생의 거의 모든 정보를 담아둘 수 있는 데이터베이스를 지향했었다. 그에 따라 가령 한글성명, 주민등록번호, 사진을 비롯, 생활보호대상자 여부, 소년·소녀가장 여부까지도 포함하는 기본신상 관리란을 비롯하여 징계구분·징계사유·징계내역·징계기간 등의 정보를 내용으로 하는 선도학생 관리란, 요선도여부, 요선도요인, 사회시설 수용여부, 사회시설명, 결연교사 등을 포함하는 생활지도기초조사란, 상담내용, 일자, 시간, 상담내용까지 기록하게 하는 일반상담누가기록란, 성적관리란, 자치활동란, 적응활동란, 행사활동란, 봉사활동란, 체험활동란, 학급/학교활동란, 단체활동란, 창의적 재량활동란, 진로지도란, 자격증관리란, 인증관리란, 장학생(금)관리란, 행동발달관리란 등 총 170개 항목을 처리·관리하도록 되어 있었다. 보건영역도 건강기록부, 종합검진기록으로 나누어 총 143항목에 달하는 방대한 정보를 조사·처리할

950) 동지: 이인호, 공공부문 개인정보보호법제에 대한 분석과 비판 (주 2), 49-53쪽.

수 있도록 하였다.

NEIS 출범 당시의 개인정보처리대상항목들은 이처럼 조사목적이 어디에 있는지를 의심하게 만들 정도로 방대하였다. 특히 학생의 학교생활, 신체 및 건강 관련정보가 12년간 그와 같이 세밀하고도 체계적으로 집적될 경우 개인의 완벽한 인격상까지는 아닐지라도 적어도 부분적 인격상의 구축은 가능하다고 사료된다. 더구나 개인 파일들이 주민등록번호와 성명을 기초로 작성되어 있기 때문에 다양한 기관이 보유하고 있는 개인정보파일들과 결합할 경우 개인에 대한 완벽한 가상 인격상의 형성, 개인에 대한 완벽한 목록화도 가능할 것이다. 그러나 그러한 위험에 대처하는 입법적 대책은 충분하지 않은 실정이다. 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률도 제11조에서 “행정기관은 수집·보유하고 있는 행정정보를 필요로 하는 다른 행정기관과 공동이용하여야 하며, 다른 행정기관으로부터 신뢰할 수 있는 행정정보를 제공받을 수 있는 경우에는 동일한 내용의 정보를 따로 수집하여서는 아니된다”는 명문의 규정을 두어 정보의 공동이용을 촉구하고 있는데다가 공공기관의개인정보보호에관한법률상의 정보제공의 금지도 구멍이 크게 뚫려 있어 실효성이 있는지 의문스럽다는 비판이 제기되고 있다. 이러한 상황에서 중요한 것은 자동화된 데이터베이스를 이용하는 정보처리장치를 통해서 처리하여야 할 정보의 범위를 꼭 필요한 범위로 국한시키는 것이다. 현대정보기술의 가능성과 그에 내재하는 위험성을 직시한다면 학교에서 개인정보를 조사하고 문서에 기록하던 때처럼 학교에서 조사가능한 모든 개인정보를 자동정보처리시스템으로 처리하고 저장할 수 있다는 생각을 바꾸지 않으면 안 된다.

NEIS가 과잉금지원칙을 충족하고 있는지를 판단하기에 앞서 상술한 바 있는 독일 각 주들의 학교법이 자동화된 정보처리시스템에

의하여 처리할 수 있도록 하는 정보의 범위를 한번 상기해보자.

정보조사의 범위를 비교적 엄격하게 한정하고 있는 슐레스비히-홀슈타인주의 경우를 일단 논외로 하더라도 학교에서의 개인정보보호에 관하여 특별법을 마련하면서도 정보조사의 범위를 포괄적으로 규정한 브레멘주의 ‘학교에서의개인정보보호에관한법률’도 자동정보처리장치에 의한 정보처리의 범위를 NEIS의 경우처럼 방대하게 규율하지 않고 있다. 동법은 제2조에서 공립학교에서의 개인정보처리의 범위와 형식에 대하여 규정하고 있다. 공립학교는 학생 및 교육과정입학지원자들의 다음과 같이 열거된 정보만을 자동화된 데이터베이스로도 처리할 수 있도록 허용하고 있다. 즉 학생의 성명, 생년월일, 주소 및 전화번호, 국적, 학생의 교육이수경과에 대한 정보, 학생대표로서의 역할과 관련된 정보, 직업훈련업체의 상호와 주소, 직장, 실무연수장 또는 그 대체기관, 직업훈련을 받은 직종, 기업체에서의 직업훈련의 시기와 종기에 관한 정보, 성적관련정보가 그것이다(제1항). 같은조 제2항에서는 형제관계, 행태정보, 건강이상 및 장애정보, 브레멘 학교법이나 브레멘 학교행정법 제17조가 예정한 의료검진 및 다른 검사 결과, 특별한 교육학적·사회적·치료적 조치 및 그 결과에 관한 정보는 자동화된 데이터베이스로 만들 수 없고 문서로만 처리할 수 있다고 명시하고 있다.<sup>951)</sup> 제5항에서는 학생과 관련한 대화나 그 결과를 문서로 기록하는 것과 학생에 관하여 수발된 문서의 집적은 정보의 저장이며, 수업 및 교육의 과제를 이행하기 위해서 필요한 범위에서 허용된다고 규정하고 있다. 제6항에

951) 유사한 규율은 헝트 학교법 제83조 제4항 제4문(의료검진결과는 자동화된 데이터베이스로 처리할 수 없다. 단, 학교보건을 관할하는 관청이 보유하고 있는 의료기록은 그렇지 아니하다)에서도 볼 수 있다. 한편 심리검사결과는 그때그때의 기술수준에 비추어 볼 때 충분히 확실하게 암호화할 경우 자동화된 데이터베이스로 처리할 수 있다(같은조 같은항 제5문).

서는 학부모의 성명, 주소 및 전화번호, 국적, 사친회에서 역할을 자동화된 데이터베이스로 만들 수 있는 것으로 규정하고 있다. 제4조는 제2조 제2, 5항의 정보들은 원칙적으로 관련자의 동의를 얻어서 학교생활기록에 기재하고 변경할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>952)</sup>

한편, 전술한 브레멘주의 법률은 제3부에서 보건소의 교의(schulärztlicher Dienst)나 학교위축심리상담역(schulpsychologischer Dienst)에 의한 정보처리에 대해서 별도로 규율하고 있다. 그에 따르면 보건소의 교의가 법률이나 법규명령에 의거한 검진을 위하여 필요한 경우에는 개인정보를 처리할 수 있도록 하되, 이 정보를 교

---

952) 동법은 제2부에서는 교육·과학부 및 브레멘항시 시청(Magistrat der Stadt Bremer Haven)의 개인정보처리에 관하여 별도로 규율하고 있다. 제11조에서는 교육·과학부와 브레멘항시청은 학교감독관청으로서의 과제를 이행하기 위하여 개별적인 경우에 필요한 경우에는 개인정보를 제2조에 따라 처리할 수 있으며, 그 경우 별도의 특별한 규정이 없으면 개인정보는 자동화되지 아니한 데이터와 문서로서 처리할 것을 명하고 있다. 자동화된 데이터베이스로 처리할 수 있는 정보로는 취학의무이행을 위하여, 학교조직과 관련된 조치의 준비·집행·평가를 위해서 그리고 통계목적을 위하여 보통교육을 담당하는 학교의 경우에는 성명, 생년월일, 주소, 성별, 국적, 학생의 입학일자, 학년 및 학부모의 성명, 주소를 열거하고 있으며, 직업학교의 경우에는 그 밖에도 직업훈련대상 직업, 기업체에서의 직업훈련개시 및 종료의 시기를 각각 열거하고 있다(제12조 제1항). 학생을 대상으로 하는 조사, 검사 및 학문적 연구를 규율하고 있는 제13조 제1항에 의하면 학교감독관청인 교육·과학부 및 브레멘항시청은 그 과제를 이행하기 위하여 조사나 검사를 행하거나 제3자로 하여금 이를 하게 할 수 있고, 이 조사나 검사는 그 자체 완결성을 띠어야 하며 다른 조사나 검사와 연계되어서는 안된다는 취지로 규율하고 있다. 또 이러한 목적을 위하여 제2조에서 열거된 정보를, 그것에 대하여 이미 폐쇄조치가 취해진 경우에도 관련개인이 동의한 경우에는 동조에서 규율된 형태로 저장·이용하도록 허용하고 있다. 제2조에 열거된 정보만 가지고는 이 조사나 검사의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 관련개인들의 동의를 얻어 추가로 정보를 조사할 수 있다(제13조 제2항). 그러나 조사나 검사 시행의 공익이 관련자의 이익을 압도하고 조사나 검사의 목적을 다른 방식으로로는 달성할 수 없거나 상당성 없는 비용이 소요될 경우에는 관련개인들의 동의를 요하지 않는다(동조 제3항). 제1, 2항에 따른 조사나 검사 시행을 위한 정보는 다른 정보들과 분리하여 보관하여야 한다. 사람을 특정할 수 있는 식별자(Merkmale)는 조사나 검사의 목적이 허용하는 즉시 별도로 저장하여야 한다. 이 식별자는 조사나 검사의 목적을 달성하면 즉시 삭제하여야 한다(제4항). 제1, 2항에 의하여 조사된 정보를 조사나 검사의 본래의 목적과 다른 목적으로 이용하는 것을 금지하고 있다(제5항).

의로서의 직무의 범위에서만 자동화된 데이터베이스에 의하여 저장, 변경, 이용할 수 있도록 허용하고, 그 정보를 활용할 때에는 개인을 식별할 수 없도록 할 것을 명하고 있다(제14조 제1항). 학교위촉심리상담역은 자신의 과제의 범위에서 학생들을 검사하고 그 과제이행을 위하여 정보의 조사와 저장이 필요한 경우에만 자동처리되지 아니하는 데이터의 형식으로 그리고 문서의 형식으로 개인정보를 처리할 수 있다(제2항). 교의가 신입생을 검진하는 경우 검진목적에 필요한 병력정보와 기초정보를 의료기록으로서 조사·저장·이용할 수 있다(제15조 제1항). 교의는 의무검진의 결과들 가운데 학교에 중요한 의미가 있는 결과만을 학교에 통지할 수 있다. 본래의 검진결과 이외에도 발달이상증상과 건강장애도 통지대상이 되는데, 이 정보들은 원칙적으로 관련개인의 동의를 받아서만 전달할 수 있다. 단, 교의의 자상한 상담에도 불구하고 관련 개인이 동의를 거부하고 또 교의의 결정에 의한 검진결과의 전달이 학생의 이익을 위하여 필연적인 경우 또는 행정절차, 권리구제절차 또는 소송절차에서 그 정보의 전달이 필요한 경우에는 동의가 없더라도 전달할 수 있다(제16조). 교의는 관련개인이나 학부모에게 검진결과의 의미 및 한계를 통보하여야 한다(제17조).

우리는 내신성적을 상급학교 입시에 반영한다는 점에서 독일의 입시제도와 본질적인 차이점이 있다는 것을 감안하더라도 독일 브레멘주의 관련규율은 NEIS문제와 관련하여 우리에게 귀중한 시사를 던져 주고 있다. 자동화된 데이터베이스로 처리할 수 있는 개인정보의 범위를 최소화하는 근본적인 이유는 현대 정보기술의 잠재적 위험성에 비추어 볼 때 민감한 개인정보들은 전과가 용이할 뿐 아니라 다른 파일과의 결합도 용이하고 또 그렇기 때문에 다른 목적으로도 전용되기 쉬운 자동화된 데이터베이스로 처리하는 것을 가급

적 억제하여야 한다는 것이다. 이를 다른 관점에서 보면, 그와 같은 정보처리방식은 컴퓨터를 이용하지만 자동화되지 아니한 데이터형태의 처리나 전통적인 수기방식에 비하여 개인정보자결권에 대한 제한의 정도가 심각하며, 그러한 제한이 정당화되기 위해서는 그에 상응하는 비중의 공익이 개인정보의 자동화된 처리를 필요로 하여야 한다는 것을 의미한다. 그런데 애초에 NEIS를 통해서 처리하고자 했던 그 많은 개인정보항목들이 모두 학생지도나 상급학교진학을 위한 자료로 그리고 학교보건을 위하여 자동화된 데이터베이스로 처리되고 시도별로 집중관리되어야 할 필요가 있는지부터가 의문이다. 학생지도를 위하여 필요한 정보는 담임교사의 교무일지나 상담일지에 수기방식으로 기록하였다가 매년 또는 일정기간 이를 폐쇄하거나 폐기처분하는 것으로도 충분하기 때문이다. 교육부 스스로 여론의 압력에 굴복하여 많은 항목들을 삭제하고 일단 NEIS를 유지하기로 결정하였다는 사실도 애초의 개인정보항목들 중 상당수가 자동정보처리장치에 의하여 처리할 필요가 없다는 것을 입증해주는 것이다.

교육부는 방화벽이나 암호화 등 권한 없는 자가 정보에 무단 접근하고 이용하는 것을 막는 기술의 적용을 들어 NEIS의 정보보안성을 강조하고 있다. 그러나 그와 같은 보안기술이 정보를 절대적으로 안전하게 지켜줄 수 있는 것이 아니라는 것 역시 주지의 사실이다. 따라서 C/S의 보안체계에 비하여 NEIS의 보안체계가 우월하다는 주장만 가지고는 인터넷에 연결된 NEIS를 통하여 개인의 다량의 민감한 정보들을 다년간 집중관리 하여야 할 필요성을 뒷받침할 수 없다. C/S의 보안체계가 취약한 결정적인 이유는 그와 같은 민감한 정보를 인터넷과 연결된 학내전산망을 통해서 처리하고 관리한다는 데 있으므로, 개인의 민감한 정보를 처리·저장하고 있는 컴퓨터들



을 인터넷이나 학생들이 사용하는 학내전산망에 연결시키지 않으면 그 취약점은 제거되는 것이기 때문이다. 실제로 상술한 브레멘주의 법률처럼<sup>953)</sup> 민감한 개인정보들은 해킹 등 인터넷을 통한 정보유출의 위험성 때문에 다른 정보처리장치와 연결된 정보처리장치를 통해 처리할 수 없도록 명시하는 입법례를 찾아 볼 수 있다.<sup>954)</sup>

C/S체제를 유지할 때 추가적으로 소용되는 비용이나 교사의 업무처리부담의 증가에 관한 교육부의 주장을 수용한다고 하더라도 그로 인해 위협받는 개인의 인격 및 그 자율성이 지니는 가치나 그것이 민주주의의 실현에 대하여 갖는 가치의 비중을 감안할 때 NEIS의 정당성을 충분하게 뒷받침하기 어렵다.

요컨대, NEIS에 의하여 처리·관리·제공되는 정보들 중에는 가령 상담내용, 행동발달상황, 건강이상증상 등과 같이 매우 민감한 개인정보들이 다수 포함되어 있고 또 그 개인정보들을 모두 자동정보처리시스템을 통해, 그것도 인터넷을 통해 시도별로 설치된 메인서버를 통해서 집중적으로 처리·관리함으로써 학교교육의 감독기관이

953) 브레멘주 학교에서의 개인정보보호법 제3조에 의하면 학교에 저장된 개인정보들은 학교의 과제이행을 위하여 그 정보를 필요로 하는 자만이 접근할 수 있도록 규정하는 것을 넘어서 교직원이 개인정보를 개인의 정보처리장치에 저장하거나 교외에 소재하는 정보처리장치를 통해 처리하거나 권한 없는 제3자로 하여금 처리하는 것을 금지하고 있다.

954) 브레멘주의 학교에서의 개인정보보호법 제19조 제3항에 의하면 보건소의 교의는 개인정보의 처리를 위하여 다른 정보처리장치와 연결되어 있지 아니한 정보처리장치를 사용하여야 한다고 명시하고 있다. 뿐만 아니라 같은조 제2항에 의하면 학교는 개인정보와 관련된 행정업무 및 작업을 관할학교감독관청이 개인정보처리전용으로 지정한 정보처리장치만을 가지고 수행하여야 하며, 개인정보처리장치를 수입에 사용하는 정보처리장치와 확실하게 분리하고 또 정보저장매체(디스켓)도 수업용디스켓과 확실히 분리할 것을 요구하고 있다. 상술한 쉐레스비히홀슈타인의 학교법 제50조 제2항은 개인정보처리를 위해서는 학교주체가 학교에 비치한 정보처리장치를 통해서만 처리하는 것이 원칙임을 명시하고 있다. 쾰른 학교법 역시 제83조 제5항에서 개인정보는 원칙적으로 학교 안에서만 처리하여야 하고, 개인정보의 자동화된 정보처리시스템에 의한 처리는 학교보유 정보처리장치를 통해서 이루어져야 하며, 정당한 이유가 입증된 예외인 경우에만 교외의 정보처리장치를 이용할 수 있음을 명시하고 있다.

학교행정에 대한 감독업무에 필요도 없는 그 모든 민감한 정보를 들여다볼 수 있는 가능성이 조성되고 있다. 따라서 개인정보자결권에 대한 심대한 제한이 가해지고 있다고 보아야 한다. 학생들이나 교사들의 개인정보를 처리하는 정보처리장치를 인터넷망에서 분리함과 동시에 학생들이 접근할 수 없도록 별도로 관리하는 한편, 그 경우에도 자동화된 정보처리장치를 통해서 처리하는 민감한 개인정보들은 상급학교진학에 필요한 정보로 최소화하고 나머지 개인정보들은 전통적인 수기방식이나 자동적으로 처리되지 않는 전자적 데이터로 처리·관리하는 방식으로도 학생지도 및 상급학교 진학 그리고 학교보전에 필요한 개인정보의 확보·이용이라는 목적을 달성할 수 있다. 따라서 NEIS를 통한 개인정보의 처리·이용·제공은, 그 시행을 위한 충분한 법률적 근거가 있다는 교육부의 주장을 수용하더라도 필요성요건이나 법익균형성요건에 위반하여 개인정보자결권을 침해한다고 보아야 한다.

#### 마. 기타 개인정보자결권의 객관법적 측면의 제 요청의 준수여부

위의 IV에서 본 바와 같이 개인의 개인정보자결권은 그 실효적인 보장을 위하여 국가에게 매우 까다로운 의무를 부과하고 있다. 그러나 교육부는 NEIS를 시행하면서 그러한 요건들 중 보안체계의 상대적 우수성만을 강조하고 있을 뿐 개인정보보호를 위한 다양한 절차적·기술적 대책들을 제시함으로써 정보주체의 불안을 해소시켜 주지 못하고 있다. 이 요건들 중 일부는 공공기관의 개인정보보호에 관한 일반법인 공공기관의개인정보보호에관한법률을 통하여 어느 정도 규율되고 있다. 가령 동법 제11조의 정보처리자의 비밀준수의무 및 정보제공금지의무, 제12, 14조의 처리정보의 열람청구권 및

정정요구권 등이 그것이다.

그러나 일부 중요한 요건들은 충족되지 못하고 있다. 정보주체들에게 어떤 내용의 정보를 어떤 조건에서 어떤 목적으로 조사하는지, 정보주체에게 답변의무가 있는지, 어떤 절차적 권리를 갖고 있는지를 알려주어야 하는 고지 내지 설명의무를 준수하고 있지 않다. 제3기관에 대한 정보제공시의 정보주체에 대한 통지의무도 마찬가지이다.

독립기관에 의한 정보보호와 같은 요청도 무시되고 있다. 행정기관인 국공립학교나 그 감독기관인 교육청이나 교육위원회의 개인정보처리·관리에 대한 감독권을 행정부처인 행정자치부에 맡기고 있는 공공기관의개인정보보호에관한법률의 내부통제모델은 실효성이 의문시되고 있기 때문이다. 따라서 NEIS는 정보보호업무에 있어서 독립성과 전문성을 갖춘 개인정보보호전권위원(옴부즈만)이나 개인정보보호독립위원회를 통한 개인정보의 실효적 보호라는 헌법의 명령에도 위반된다.



# 헌법 제36조 제1항에 의한 혼인과 가족생활의 보장

최 갑 선  
헌법연구관

- 목 차 -

I. 머리말 .....	499
II. 헌법 제36조 제1항의 법적 성격 .....	500
1. 생존권 및 제도보장설 .....	500
2. 원칙규범 및 제도보장설 .....	501
3. 자유권 및 사회권설 .....	501
4. 자유권, 사회적 기본권 및 제도보장설 .....	501
5. 논의무용설 .....	502
6. 평가 및 사건 .....	502
III. 헌법 제36조 제1항에서 규정하는 혼인과 가족의 개념 .....	503
1. 헌법상 “혼인”의 개념 .....	503
2. 헌법상 “가족”의 개념 .....	505

IV. 혼인과 가족의 기본권적 보호 .....	506
1. 혼인 기본권의 보호내용 .....	507
가. 혼인의 자유 .....	507
나. 혼인형성의 자유 .....	508
다. 혼인해소의 자유 .....	510
2. 가족 기본권의 보호내용 .....	511
3. 혼인과 가족의 기본권 주체 .....	512
V. 혼인과 가족의 제도보장 .....	512
1. 제도보장의 내용 .....	512
2. 혼인과 가족의 제도보장의 내용 .....	514
가. 혼인의 제도보장의 내용 .....	514
나. 가족의 제도보장의 내용 .....	515
VI. 혼인과 가족의 원칙규범적 보장 .....	516
1. 원칙규범의 내용과 정당성 .....	516
가. 원칙규범의 내용 .....	516
나. 원칙규범의 정당성 .....	517
2. 차별금지원칙 .....	518
가. 헌법 제36조 제1항의 차별금지원칙 .....	518
나. 헌법 제36조 제1항의 차별금지원칙과 조세입법 .....	522
다. 차별금지원칙에 관한 주요 판례 .....	524
3. 혼인과 가족에 대한 국가의 지원의무 .....	528
4. 혼인과 가족에 대한 국가의 보호의무 .....	531
VII. 맺는 말 .....	532

## I. 머리말

혼인과 이를 기초로 구성되는 가족은 인간의 기본적인 생활공동체로서 국가공동체의 기반을 이룬다. 혼인과 가족생활의 보장은 개인의 자유로운 인격발현을 통한 행복추구에 필수적이며, 건전한 국가공동체의 형성과 유지를 위해서도 중요한 의미를 갖는다.

이에 따라 현행 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정하여 혼인과 가족을 특별히 보장하고 있다.<sup>955)</sup>

헌법재판소가 최근 부부자산소득합산과세제도에 대한 결정<sup>956)</sup>에서 처음으로 헌법 제36조 제1항의 법적 성격과 규범내용을 총괄적으로 판시하였으나, 헌법 제36조 제1항이 가지는 법적 성격에 대해서 다양한 견해들이 혼재하고 있으며, 헌법 제36조 제1항에 의한 혼인과 가족생활 보장의 구체적인 내용이 충분히 규명되고 있지 않아서, 헌법 제36조 제1항에 대한 연구가 매우 미약한 실정이다.<sup>957)</sup>

955) 혼인과 가족생활의 보장에 대한 헌법규정의 변천을 살펴보면, 우선 건국헌법은 제20조에서 “혼인은 남녀동권을 기본으로 하며 혼인의 순결과 가족의 건강은 국가의 특별한 보호를 받는다.”라고 규정하였으며, 1962년의 제3공화국 헌법은 제31조에서 “모든 국민은 혼인의 순결과 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”라고 개정하여 “남녀동권을 기본으로”라는 부분은 삭제되고 “보건”에 관한 부분이 추가되었다. 그 후 1980년의 제5공화국 헌법은 제34조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다.”라고 규정하였다.

956) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 179-182.

957) 국내문헌을 살펴보면, 대부분의 헌법교과서가 헌법 제36조 제1항을 개괄적으로 다루고 있을 뿐, 이를 구체적으로 연구한 개별 논문은 극히 드물고, 소수의 논문도 헌법 제36조 제1항을 부분적으로만 다루고 있다. 이에 대해서는 김철수, 헌법학개론, 2003, 800-806 ; 성낙인, 헌법학개론, 2003, 525-527 ; 권영성, 헌법학원론, 2003, 264-270 ; 허영, 한국헌법론, 2003, 163-166 ; 홍성방, 헌법학, 2003 ; 장영수, 헌법학 II, 기본권론, 2003, 592-599 ; 계획열, 헌법학(중), 2000, 713-722 ;

따라서 이 글에서는 우선 헌법 제36조 제1항의 법적 성격에 대해서 살펴보고(아래 II), 이어서 혼인과 가족의 헌법상 개념을 설명한 후에(아래 III), 이를 기초로 혼인과 가족이 기본권적으로 보호되는 내용을 구체적으로 기술하고(아래 IV), 혼인과 가족제도가 보장되는 제도보장의 내용을 서술한 다음에(아래 V), 혼인과 가족을 객관적인 원칙규범의 범주 내에서 보장하는 내용을 자세히 다루어 보기로 한다(아래 VI).

## II. 헌법 제36조 제1항의 법적 성격

헌법 제36조 제1항이 가지는 법적 성격에 대하여는 다양한 견해들이 주장되고 있는데, 주요 견해들을 간략히 살펴본다.

### 1. 생존권 및 제도보장설<sup>958)</sup>

헌법 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도의 제도보장일 뿐만 아니라, 국민의 혼인의 자유, 양성의 평등, 가족제도의 보호를 규정한 생존권이다.

---

윤재만, 기본권과 혼인·가족제도의 예를 중심으로 한 제도적 보장의 관계 소고, 대구법학 제1호(2000.2.), 1-16 ; 전광석, 혼인과 가족의 보호와 남녀평등권 - 사회보장법에서의 조화적 실현-, 고시연구 1990.7. 60-74 참조.

958) 김철수, 헌법학개론, 2003, 802-803쪽 ; 이에 동조하는 견해로는 성낙인, 헌법학개론, 2003, 526쪽 참조.



## 2. 원칙규범 및 제도보장설<sup>959)</sup>

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 하여 성립되고 유지되어야 한다는 헌법원리를 선언한 원칙규범임과 동시에, 혼인과 가족제도를 보장한 제도보장에 관한 규정이다.

## 3. 자유권 및 사회권설<sup>960)</sup>

헌법 제36조 제1항은 혼인 및 가족생활의 자율성을 통한 자율적인 삶의 형성과 유지를 확보하기 위하여 국가의 침해를 배제하는 자유권적 측면과, 건전한 혼인과 가족생활의 보장을 통한 건전한 국가공동체의 구성을 위해 국가의 지원을 요청하는 사회권적 측면을 동시에 갖고 있다.

## 4. 자유권, 사회적 기본권 및 제도보장설<sup>961)</sup>

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활이 국가권력에 의하여 침해되는 경우 이를 방어할 수 있는 자유권적 측면을 가지고, 국가가 혼인과 가족생활을 적극적으로 장려해야 할 과제를 갖는다는 점에서 사회적 기본권적 측면을 가지며, 혼인과 가족제도는 사법질서의 기본적인 구성부분일 뿐만 아니라 국가질서 전체를 형성하는 기본적인 요소로서의 성격을 가진다.

---

959) 권영성, 헌법학원론, 2003, 266쪽.

960) 장영수, 헌법학 II, 기본권론, 2003, 596-597쪽.

961) 계획열, 헌법학(중), 2000, 721쪽.

## 5. 논의무용설<sup>962)</sup>

헌법 제36조 제1항은 우리 헌법이 추구하는 문화민족의 이념에 알맞게 인간의 존엄과 남녀평등을 기초로 문명적인 가족관계를 성립하고 유지해야 한다는 헌법적 결단의 표현이기 때문에, 제도적 보장이나 생존권 또는 방어권과 같은 권리보장적인 성격을 갖는지 여부에 대한 법적 성격 논쟁은 무의미하다.

## 6. 평가 및 사건

살피건대, 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 유지되어야 할 혼인과 가족생활을 국가가 보장하도록 규정하고 있는 헌법 제36조 제1항은 다면적인 성격을 가지고 있다고 볼 수 있다. 즉, 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족을 국가의 침해 앞에서 방어할 수 있는 자유권적 기본권적 성격을 가지고, 혼인제도와 가족제도가 법률상으로 폐지되지 않도록 보장하는 제도보장으로서의 성격을 가지며, 혼인과 가족을 국가가 차별하지 않고 지원하고 보호해야 하는 객관적인 원칙규범으로서의 성격을 가진다.<sup>963)</sup> 이러한 다면적인 법적 성격과 그 구체적인 내용에 대해서는 아래에서 자세히 설명하고자 한다.

962) 허영, 한국헌법론, 제3판, 2003, 164-165쪽.

963) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180 ; BVerfGE 6, 55, 71 ; 61, 18, 25 ; 76, 1, 41 ; Papier, H.-J. Ehe und Familie in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2002, 2129 ; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I, 4.Aufl., 1999, Art.6, Rdnr. 8 ; Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 23 ; Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6, Rdnr. 1 ; Coseser-Waltjen, in: v.Münch/Kunig, GG, Bd.1, 5.Aufl., 2000, Rdnr. 12 ; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 6, Rdnr. 1 ; Gröschner, in: Dreier, GG, Bd.I, 1996, Art. 6, Rdnr. 18 ; Schmitt-Kammler, in: Sachs, GG, 3.Aufl., 2003, Art.6, Rdnr. 17 참조.

다만 헌법 제36조 제1항이 사회적 기본권의 성격을 가지는지에 대해서는 논란의 여지가 있다.<sup>964)</sup> 생각건대, 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 국가가 보장하도록 규정하고 있으므로, 혼인과 가족생활 영역에서 가질 수 있는 국민의 사회적 기본권을 직접 규정하는 대신에, 구체적인 지원조치를 통해서 국민의 혼인과 가족생활이 보장되도록 노력해야 하는 국가의 의무를 규율하였다고 볼 수 있다. 따라서 헌법 제36조 제1항이 사회적 기본권의 성격을 갖는다고 볼 것이 아니라, 혼인과 가족생활을 국가가 지원하고 보호해야 하는 객관적인 원칙규범으로서의 성격을 갖는다고 보는 것이 위 헌법 규정의 제정목적에 더 부합된다고 할 것이다.

### Ⅲ. 헌법 제36조 제1항에서 규정하는 혼인과 가족의 개념

헌법 제36조 제1항은 “혼인”과 “가족”이라는 법문구를 통해서 국가가 보장해야 할 대상과 적용영역을 규정하고 있으므로, 혼인과 가족의 헌법상 개념에 대해서 살펴본다.

#### 1. 헌법상 “혼인”의 개념

헌법 제36조 제1항에서 규정하는 “혼인”이란 한 남자와 한 여자가 포괄적이고 원칙적으로 해소할 수 없는 생활공동체를 통하여 평생 동안 결합하고, 이를 법적으로 승인받은 것을 말한다.<sup>965)</sup> 이러한 헌

964) 헌법 제36조 제1항이 사회적 기본권으로서의 성격을 가진다는 점에 찬성하는 견해로는 계희열, 헌법학(중), 2000, 721 ; 장영수, 헌법학 II, 기본권론, 2003, 597 참조. 그러나 이에 반대하는 견해로는 권영성, 헌법학원론, 2003, 266 ; 홍성방, 헌법학, 2003, 594 참조.

법상의 혼인 개념을 구체적으로 살펴본다.

우선 혼인은 남자와 여자, 즉 ‘이성’간의 결합이어야 한다. 따라서 동성애자와 같은 동성간의 결합은 헌법상의 혼인의 개념에 포함되지 아니한다. 동성간의 결합을 헌법상의 혼인으로 간주하여 보호하지 않는다고 하더라도 평등원칙에 위배되는 차별이라고 볼 수 없다.<sup>965)</sup>

다음으로 혼인은 ‘한 남자와 한 여자’의 결합이므로 일부일처제가 기본이 되고 있어서 일부다처제 내지 일처다부제는 헌법상 허용되지 않는다.

또한 혼인은 한 남자와 한 여자의 ‘자유로운 결정과 합치되는 의사’에 의하여 성립되므로 인신매매적 혼인이나 강제혼인은 배제된다.

그리고 혼인은 국가에 의해서 ‘법적으로 승인’되어야 한다. 따라서 법적으로 승인되지 아니한 ‘사실혼’ 등의 혼외 생활공동체는 헌법상 혼인으로 인정되지 아니한다.

기본권의 보호대상으로서의 혼인은 한 남자와 한 여자 사이의 ‘구체적인 혼인’을 의미하므로, 부부 전체가 아닌 부부 각자가 국가의 공권력에 의한 침해에 대항할 수 있는 기본권 주체가 된다.

---

965) 계획열, 헌법학(중), 2000, 714쪽 ; BVerfGE 10, 59, 66 ; 62, 323, 330 ; 105, 313, 345 ; Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 18 ; Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6, Rdnr. 42 ; Schmitt-Kammler, in: Sachs, GG, 3.Aufl., 2003, Art.6, Rdnr. 4-5 참조.

966) Schmitt-Kammler, in: Sachs, GG, 3.Aufl., 2003, Art.6, Rdnr. 6.

## 2. 헌법상 “가족”의 개념

헌법 제36조 제1항에서 규정하는 “가족”이란 부모와 자녀의 포괄적인 생활공동체를 말하는데, 일반적으로 부모와 자녀간의 혈연에 기초를 두고 있는 공동체가 주를 이루고 있으나, 부모와 의붓자녀, 피양육자녀 등으로 구성된 공동체도 포함된다.<sup>967)</sup> 이러한 가족공동체에서는 부모에게 자녀의 양육과 교육에 대한 권리와 의무가 부여된다. 즉, 헌법상 가족 개념은 부모와 자녀의 공동생활을 상호간의 보호·양육 및 교육 생활공동체로 파악하는 내용으로 정의된다. 그러므로 부모와 자녀의 공동체가 아닌 단순한 주거공동체는 가족의 개념에서 제외된다고 할 것이다.

생활공동체 내지 경제공동체로서의 혼인공동체는 자녀를 통해서 가족의 생활공동체, 경제공동체 내지 교육공동체로 확대된다. 혼인공동체는 완전한 가족공동체의 유일한 기초이며 자녀의 정신적, 육체적 발전을 위한 최상의 조건을 제공한다.<sup>968)</sup>

그러나 사회의 변동으로 인하여 발생하는 혼인과 가족의 이탈현상도 헌법상 가족의 개념 확정에 반영되어야 한다. 그러므로 혼인 부모와 자녀가 결합된 ‘완전한’ 생활공동체 뿐만 아니라 혼인 부모가 존재하지 아니한 ‘불완전한’ 생활공동체도 가족 개념에 포함된다. 이에 따라 부모가 이혼한 경우, 부모 한쪽이 사망한 경우, 자녀와 부모 한쪽 사이에 성립하는 편부모결합도 헌법상 가족 개념에 포함된다. 특히 자녀를 가진 혼외 생활공동체도 헌법상 가족에 해당된다고 할 것이다.<sup>969)</sup>

967) 계획열, 헌법학(중), 2000, 716 ; BVerfGE 10, 59, 66 ; 18, 97, 105 ; 68, 176, 187 ; 80, 81, 90 참조.

968) BVerfGE 76, 1, 71 ; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I, 4.Aufl., 1999, Art.6, Rdnr. 17 ; Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6, Rdnr. 42 참조.

969) Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6,

한편, 자녀를 갖지 아니한 혼인부부가 헌법상 가족의 개념에 포함되는지에 대해서는 논란이 되고 있으나, 다수설은 헌법이 혼인과 가족을 따로 규정하여 별도로 보호하고 있으므로, 무자녀 혼인부부는 가족의 개념에서 제외된다고 보고 있다.<sup>970)</sup>

그리고 헌법상 “가족” 기본권의 주체는 모든 자연인이며, 개별적인 가족구성원이 가족공동체의 보호를 국가에 대하여 주장할 수 있다.

#### IV. 혼인과 가족의 기본권적 보호

헌법 제36조 제1항이 법문구상으로는 혼인과 가족생활에 대한 국가의 보장 의무를 규정하고 있지만, 혼인과 가족에 대한 기본권적 보호 내용도 포함하고 있다고 볼 수 있다. 이에 따라 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족의 사적 영역을 국가의 간섭이나 침해 앞에서 보호하며, 혼인과 가족 구성원은 국가의 침해에 대항해서 방어할 수 있는 주관적인 권리를 가진다.<sup>971)</sup> 헌법 제36조 제1항은 헌법 제10조 제1문에서 규정하고 있는 개인의 행복추구권과 인격권을 혼인과 가족영역에서 보다 더 강하게 보호하기 위해서 혼인과 가족의 보호를 특별히 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

다시 말해서 헌법 제36조 제1항은 국가에 의한 간섭을 받지 않고

---

Rdnr. 21. ; Gröschner, in: Dreier, GG, Bd.I, 1996, Art. 6, Rdnr. 45 참조.

970) 독일의 경우 Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I, 4.Aufl., 1999, Art.6, Rdnr. 78 Schmitt-Kammler, in: Sachs, GG, 3.Aufl., 2003, Art.6, Rdnr. 16 ; Gröschner, in: Dreier, GG, Bd.I, 1996, Art. 6, Rdnr. 51 참조.

971) 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등(병합), 판례집 12-1, 427, 445 ; 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180 ; 계희열, 헌법학(중), 2000, 721 ; 장영수, 헌법학 II, 기본권론, 2003, 596 ; BVerfGE 6, 55, 71 ; 61, 18, 25 ; 76, 1, 41 참조.

개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의 바탕 위에서 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 보장한다. 아래에서는 혼인과 가족이 향유하는 기본권의 보호내용에 대해서 구체적으로 살펴본다.

## 1. 혼인 기본권의 보호내용

헌법 제36조 제1항은 모든 국민이 혼인을 하고 혼인생활을 형성하다가 혼인을 해소할 수 있는 자유를 보호한다.

### 가. 혼인의 자유

우선 모든 국민은 국가에 의한 간섭을 받지 않고 스스로 혼인을 할 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 혼인의 자유를 가진다.<sup>972)</sup>

혼인을 특정한 인적집단에만 허용하고 특정한 인적집단 사이의 혼인을 금지하는 법적 규정은 혼인의 자유를 침해한다. 따라서 동성동본인 혈족간의 혼인을 금지하는 민법 제809조는 헌법 제36조 제1항이 보호하는 혼인의 자유를 침해한다.<sup>973)</sup> 그러나 직계혈족, 8촌 이내의 방계혈족 간의 혼인을 무효로 하는 민법 제815조는 혼인의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

972) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 17 : BVerfGE 29, 166, 175 ; 36, 146, 162 ; 105, 313, 342 참조.

973) 헌법재판소는 1997. 7. 16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1, 16 에서 동성동본인 혈족 사이의 혼인을 금지하는 민법 제809조 제1항이 헌법 제36조 제1항 등에 위반된다고 결정하였다.

특수경찰이나 특수군인의 경우 결혼해서는 안된다는 법규정이나, 교도소에서 복역중에 혼인을 금지하는 법규정은 혼인의 자유를 침해한다고 할 것이다.<sup>974)</sup>

그러나 혼인의 개념에서 설명한 바와 같이 동성간의 혼인을 금지하는 법규정이나 중혼을 금지하는 민법 제810조는 혼인의 자유를 침해하지 않는다.

그리고 혼인할 자유에는 혼인하지 않을 소극적인 자유도 포함된다.<sup>975)</sup> 혼인하지 않을 자유는 강제혼인 금지를 포함하는데, 이는 국가가 강제하는 혼인에 대해서 방어할 수 있는 권리를 의미한다.<sup>976)</sup>

## 나. 혼인형성의 자유

헌법 제36조 제1항은 국가에 의한 간섭없이 혼인부부가 혼인생활을 자유롭게 스스로 형성할 수 있는 자유를 보장한다. 이에 따라 혼인부부는 혼인관계의 형성에 대한 기본적인 결정을 직접 내릴 수 있는 권리를 가진다. 국가는 물질적인 영역 뿐만 아니라 비물질적인 영역에서 혼인공동체의 독자성과 자기책임성을 존중해야 한다.

그러나 혼인부부는 혼인생활을 형성함에 있어서 헌법상의 기본적인 가치결정들을 준수해야 한다. 특히 헌법 제36조 제1항이 혼인과 가족생활이 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어

---

974) Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I, 4.Aufl., 1999, Art.6, Rdnr. 52 참조.

975) Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 24 ; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I, 4.Aufl., 1999, Art.6, Rdnr. 57 ; Kingreen, Das Grundrecht von Ehe und Familie(Art. 6 I GG), Jura 1997, 401, 402 참조.

976) Kingreen, 위의 글, Jura 1997, 401, 402 참조.



야 한다고 규정하고 있으므로, 혼인부부는 개인의 존엄과 양성평등에 근거하여 혼인생활을 형성하고 영위해야 한다. 혼인형성의 자유는 혼인공동체 내에서 개인의 기본권을 최대한 실현할 수 있도록 혼인부부에게 부여되는 것이기 때문에 혼인 부부 한쪽의 일방적인 강제와 억압은 허용되지 아니한다. 이에 따라 혼인부부는 기본적으로 혼인생활에 대한 사항을 상호간의 협의아래 결정해야 하며, 함께 동거하며 서로 부양하고 협조하여야 한다(민법 제826조).

그리고 혼인 부부는 경제적인 사항들을 스스로 결정하고 시행할 수 있는 자기결정권을 가진다.<sup>977)</sup> 혼인 부부는 평등한 동반자관계에서 자신들의 사적 및 경제적 생활을 형성하고 영위해 나갈 수 있다.<sup>978)</sup> 또한 혼인부부는 혼인생활에서의 역할과 과제도 자유롭고 공평하게 배분할 수 있다. 예컨대 부부 중 한쪽이 가사일만 전담할 것인지, 부부 모두 경제활동을 하는 동시에 가사일을 공동으로 할 것인지 등을 결정할 수 있다.<sup>979)</sup> 혼인부부는 부부의 공동생활에 필요한 비용을 공동으로 부담하여야 한다(민법 제833조).

그리고 혼인부부는 자녀를 가질 것인지 여부와 자녀를 낳은 경우 자녀의 양육 및 교육에 대한 사항도 상호간에 공동으로 결정할 수 있다.<sup>980)</sup> 이 경우 혼인부부는 그들의 자녀가 가지는 기본권(‘가족내의 자녀의 기본권’)을 존중해야 한다.<sup>981)</sup>

---

977) Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6, Rdnr. 27 ; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I, 4.Aufl., 1999, Art.6, Rdnr. 76 참조.

978) BVerfGE 53, 257, 296 참조.

979) BVerfGE 21, 329, 353 ; 68, 256, 268 참조.

980) Richter, in: AK-GG, 3.Aufl., 2001, Art.6, Rdnr. 30 참조.

981) BVerfGE 3, 225, 242 ; 10, 59, 66ff. ; Richter, in: AK-GG, 3.Aufl., 2001, Art.6, Rdnr. 30 참조.

#### 다. 혼인해소의 자유

헌법상 혼인 개념은 원칙적으로 평생동안 결합하여 생활공동체를 유지해야 한다는 본질적인 내용을 포함하고 있으나, 유지할 수 없는 혼인공동체를 혼인부부가 평생동안 계속해서 유지할 것을 강요할 수 없다.

혼인은 부부 양쪽의 상호 의사에 의해서 성립되었으므로 기본적으로 상호 합의에 근거해서만 해소될 수 있다. 한 쪽 당사자의 혼인 해소 의사는 다른 쪽 당사자의 혼인유지의사에 대해서 우선권을 가진다고 볼 수 없다. 그런데 이혼청구와 관련해서는, 혼인파탄을 자초하여 파탄에 책임있는 사람은 스스로 그 파탄을 이유로 이혼을 청구할 수 없고 그 상대방만이 유책자를 상대로 이혼을 청구할 수 있다는 유책주의(통설 및 판례)와, 혼인이 파탄된 이상 당사자의 책임여부를 불문하고 이혼청구를 허용할 수 있다는 파탄주의가 존재하는데<sup>982)</sup>, 유책주의나 파탄주의 모두 기본적으로 헌법에 합치된다고 할 것이다.<sup>983)</sup> 따라서 입법자가 유책주의나 파탄주의 중에서 어느 한 쪽을 취하거나 양쪽을 모두 취하든지 간에 이는 입법재량의 범위 내에 속한다.

그러므로 협의상 이혼(민법 제834조)을 허용하거나, 혼인을 계속하기 어려운 중대한 사유가 없는 한, 혼인의 해소는 허용될 수 없다고 규율하더라도(민법 제840조 참조), 이는 헌법에 위배되지 않는다.<sup>984)</sup> 그렇다면 혼인당사자들은 상호간 합의하거나, 혼인생활의 지속이 객관적으로 불가능한 경우에만 예외적으로 혼인생활을 해소할 수 있

982) 박동섭, 친족상속법, 2003, 140쪽 ; 김용한, 신친족상속법론, 2002, 140쪽 참조.  
983) BVerfGE 53, 224 ; Richter, in: AK-GG, 3.Aufl., 2001, Art.6, Rdnr. 38 참조.  
984) Coseser-Waltjen, in: v.Münch/Kunig, GG, Bd.1, 5.Aufl., 2000, Rdnr. 28. ; Richter, in: AK-GG, 3.Aufl., 2001, Art.6, Rdnr. 38 참조.

는 자유를 가진다고 할 것이다.<sup>985)</sup>

## 2. 가족 기본권의 보호내용

헌법 제36조 제1항은 모든 국민이 국가에 의한 간섭이나 방해를 받지 않고 스스로 가족을 창설하고, 가족생활을 형성하며, 가족관계를 해소할 수 있는 자유를 보호한다.<sup>986)</sup> 이에 따라 모든 국민은 가족의 사적영역에 대한 국가의 침해에 대항해서 방어할 수 있는 주관적 권리를 가진다.

헌법 제36조 제1항에 의거하여 가족구성원들은 가족공동체 내에서 자유로운 가족생활을 할 자유를 보호받는데, 물질적·경제적 영역에서와 비물질적 영역에서 가족의 과제를 배분할 수 있고, 특히 경제 활동이나 가사노동을 자유롭게 형성할 수 있는 자유를 가진다.

그러나 가족구성원은 가족 공동체 내에서 자의적이고 임의적으로 행동해서는 안되고, 가족에 대한 책임과 배려를 가지고 가족생활을 하여야 한다.<sup>987)</sup>

그리고 헌법 제36조 제1항에 의거하여 모든 국민은 자녀를 가질 것인지 여부나, 자녀의 수 또는 출산 시기 등을 결정할 수 있는 자유를 가지며, 자녀를 출산한 후에는 자녀의 양육과 교육방식을 스스로 선택하여 자녀를 양육·교육시키면서 자녀와 함께 생활할 수 있는 자유를 가진다.<sup>988)</sup>

---

985) 그러나 이혼의 자유는 이혼후의 배우자 부양의무 등을 통해서 사실상 제한될 수 있는데, 이러한 제한은 헌법상 허용된다고 할 것이다. 이에 대해서는 BVerfGE 53, 224, 254 ; 31, 58, 83 ; Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 24 ; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I, 4.Aufl., 1999, Art.6, Rdnr. 62 참조.

986) BVerfGE 10, 59, 84f. ; 48, 327, 338 ; 80, 81, 92 ; Richter, in: AK-GG, 3.Aufl., 2001, Art.6, Rdnr. 32 참조.

987) Gröschner, in: Dreier, GG, Bd.I, 1996, Art. 6, Rdnr. 53 참조.

### 3. 혼인과 가족의 기본권 주체

국가의 공권력행위가 혼인공동체 내지 가족공동체 그 자체에 대해서, 그리고 그 구성원에 대해서 부당한 침해를 가하는 경우, 혼인과 가족구성원들이 모두 개별적으로 방어권을 행사할 수 있다.<sup>989)</sup>

그러나 사적인 제3자에 의한 기본권침해의 경우에는 개인의 기본권 보장이 그 영향을 미치지 못한다. 가족법 등의 사법 영역이나 조세법, 사회법 등의 영역에서는 혼인과 가족의 기본권적 보호가 헌법 제36조 제1항이 부여하는 제도적 보장이나 객관적인 가치결정의 원칙규범을 통해서 행해진다.<sup>990)</sup>

## V. 혼인과 가족의 제도보장

### 1. 제도보장의 내용

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족제도를 헌법적으로 보장하는데, 국가가 헌법에 기초하고 있는 혼인과 가족제도의 핵심적인 요소들을 입법을 통하여 제거하거나 침해하는 것을 금지한다.<sup>991)</sup> 이러한 제도

---

988) Tünnemann, Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie und die Förderung der Kindererziehung im Rahmen des staatlichen Kinderleistungsausgleichs, 2002, 115 ; Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd.I, 4.Aufl., 1999, Art.6, Rdnr. 92 참조.

989) BVerfGE 76, 1, 44f. ; 78, 38, 49 참조.

990) Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 25 참조.

보장은 민법상의 핵심적 규범내용 뿐만 아니라 공법상의 규범내용도 포함한다. 따라서 혼인과 가족에 관한 법률은 헌법 제36조 제1항에 규정된 혼인과 가족의 헌법적 제도로부터 나오는 핵심적 내용들을 보존하여야 한다.

기본권과 불가분적으로 결합된 제도보장은 입법자에 대한 기본권의 방어능력을 강화시켜준다.<sup>992)</sup> 따라서 혼인과 가족의 제도보장에 따르면, 혼인 및 가족공동체의 존립과 기능의 활성화에 필요한 법적인 조건들도 기본권의 보호목적에 상응하게 헌법적 보호를 받게 된다.

헌법 제36조 제1항이 기본권적인 측면에서 보호하는 혼인과 가족생활의 사적영역은 헌법 제36조 제1항에 포섭되는 혼인 내지 가족공동체의 제도보장과 직접적으로 연결된다.<sup>993)</sup> 헌법 제36조 제1항은 혼인부부나 가족구성원의 ‘개인적 자유’를 위해서 뿐만 아니라, ‘혼인 내지 가족공동체 내에서의 개인의 자유’를 위해서, 그리고 이러한 ‘혼인 내지 가족공동체’를 위해서, 혼인과 가족을 보호한다.<sup>994)</sup>

헌법 제36조 제1항에 의한 혼인과 가족의 제도보장에서는 혼인과 가족의 ‘내용과 한계’에 대한 입법이 문제된다. 입법자는 혼인과 가

991) 권영성, 헌법학원론, 2003, 266 ; 김철수, 헌법학개론, 2003, 803 ; 홍성방, 헌법학 2003, 593 ; 계희열, 헌법학(중), 2000, 717 참조.

992) 한편, 혼인과 가족에 대한 제도보장은 주관적 기본권과 밀접하게 연관되어 있지만, 주관적 기본권이 관련되지 아니한 곳에서도 그 효력을 발휘한다. 예컨대 일부일처제를 폐지한다고 하더라도 일부일처제적 혼인생활을 침해하지는 않을 것이나, 일부일처제는 혼인의 근본적인 구조원리에 해당되므로 이를 폐지하는 것은 혼인의 제도보장과 합치되지 아니한다. 이에 대해서는 Kingreen, Das Grundrecht von Ehe und Familie(Art. 6 I GG), Jura 1997, 401, 404 참조.

993) 제도적 보장이 기본권의 최적인 실현을 위하도록 보장되어야 한다는 견해에 대해서 자세한 것은, 윤재만, 기본권과 혼인·가족제도의 예를 중심으로 한 제도적 보장의 관계 소고, 대구법학 제1호(2000.2.), 1, 10 이하 참조.

994) Gröschner, in: Dreier, GG, Bd.I, 1996, Art. 6, Rdnr. 5 참조.

족의 내용과 한계를 규율함에 있어서 혼인·가족법을 형성하는 법규정들이 핵심내용으로 삼고 있는 구조적 원리들을 준수해야 한다.<sup>995)</sup>

## 2. 혼인과 가족의 제도보장의 내용

### 가. 혼인의 제도보장의 내용

혼인에 속하는 핵심적인 구조원리는 ‘한 남자와 한 여자의 자유로운 의사에 의거 지속적인 공동체내에서의 결합과 국가의 승인’, ‘일부일처제’와 ‘혼인의 원칙적인 해소불가능성’<sup>996)</sup>이다. 그러나 관련 법규정이 혼인을 유지하게 하는 요소를 포함하고 있는 한, 혼인의 해소불가능성은 이혼의 법적 허용성을 배제하지 않는다.

이혼에 있어서 이혼사유를 유책주의에서 파탄주의로 전환하는 것<sup>997)</sup>과 이혼 후 부부 한 쪽이 가지고 있는 연금수급기대권을 부부간에 동등하게 배분하여 조정하는 제도를 도입하는 것<sup>998)</sup>은 혼인의 제도보장에 위배되지 아니한다.

입법자는 ‘동성간의 생활공동체’를 헌법상의 혼인공동체에 포함시켜 보호할 수 없으며, 동성공동체나 혼외공동체에게 헌법상 혼인에 속하는 권리와 의무를 부여할 수 없다. 그러므로 혼외 공동체들을 혼인공동체와 동등하게 대우하는 것은, 혼인공동체와 혼외 공동체들을 법률상으로 구별하는 것이 불가능해지기 때문에, 혼인의 제도보장에

995) BVerfGE 10, 59, 66 ; 31, 58, 69 ; 62, 323, 330 참조.

996) BVerfGE 10, 59, 66 ; 31, 58, 82 ; 53, 224, 245f. ; 105, 313, 345 참조.

997) BVerfGE 53, 224, 250 ; 57, 361, 378 참조.

998) BVerfGE 53, 257, 296, 299 참조.

위배된다고 할 것이다.<sup>999)</sup>

입법자는 가족과 혼인에 관한 법률을 변화하는 사회적 상황에 맞추어 개정해 나갈 수 있다. 그러나 입법자가 관련 법률 개정을 통해서 혼인 및 가족제도를 형해화하여 혼인 또는 가족이라는 이름밖에 남지 않는 껍데기로 만드는 것은 금지된다.<sup>1000)</sup> 따라서 혼인제도의 구조적 원리가 유지되는 한, 입법자는 혼인의 법적 내용을 얼마든지 변경할 수 있다.

#### 나. 가족의 제도보장의 내용

가족에 속하는 핵심적인 구조원리는 가족의 개념범위에 속하는 가족구성원들의 생활보장을 위한 가족적 연대성이다.<sup>1001)</sup> 따라서 부부간의 상호부양의무(민법 제826조)와 직계혈족 및 그 배우자간의 부양의무에 대한 범규정(민법 제974조)은 가족제도의 핵심적인 내용에 속한다고 할 것이다.<sup>1002)</sup>

참고로, 독일연방헌법재판소는 가족의 제도보장은 단일한 가족성(성)을 유지하든지 또는 폐지하는 것을 통해서 침해되지 아니한다고 판시하였다.<sup>1003)</sup>

---

999) Mellinghoff, verfassungsrechtliche Massstäbe für die Besteuerung von Ehe und Familie, in: Breis/Birk/Borgsmidt/Lang/Mellinghoff, Grundrechtsschutz im Steuerrecht, 2001, 39, 45. 참조.

1000) Papier, H.-J. Ehe und Familie in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2002, 2129 참조.

1001) Cosesster-Waltjen, in: v.Münch/Kunig, GG, Bd.1, 5.Aufl., 2000, Rdnr. 15 참조.

1002) Schmitt-Kammler, in: Sachs, GG, 3.Aufl., 2003, Art.6, Rdnr. 29 참조.

1003) BVerfGE 78, 38, 49 ; 84, 9, 21. ; Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 32 참조.

## VI. 혼인과 가족의 원칙규범적 보장

헌법 제36조 제1항은 가치결정적인 원칙규범으로서의 성격도 가진다.<sup>1004)</sup> 이러한 원칙규범은 혼인과 가족에 있어서 기본권자의 주관적 방어권과 그 제도보장을 객관법적인 측면에서 보충해 주는 역할을 한다. 이는 혼인과 가족의 보호내용이 국가 및 사회공동체 내부에서 헌법상의 가치로서 보장된다는 것을 의미한다.<sup>1005)</sup>

그러므로 헌법 제36조 제1항에 포함된 객관법적인 원칙규범은, 헌법 제36조 제1항이 보장하는 혼인과 가족에 대한 기본권이나 이에 대한 제도보장이 관련되지 않은 경우에, 법적 효력을 미친다. 이에 따라 입법자는 혼인과 가족이 관련되는 공법 및 사법 등 모든 법규범에 관한 입법에서 헌법 제36조 제1항이 가지는 혼인과 가족에 대한 객관법적인 가치와 의미를 반영하고 준수하여야 한다.<sup>1006)</sup>

### 1. 원칙규범의 내용과 정당성

#### 가. 원칙규범의 내용

헌법 제36조 제1항이 가지는 가치결정적 원칙규범은 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 보호해야 할 국가의

---

1004) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180 ; BVerfGE 6, 55, 72f. ; 76, 1, 49 ; 87, 1, 35 ; 105, 313, 346 ; 권영성, 헌법학원론, 2003, 266 ; 홍성방, 헌법학, 2003, 594 참조.

1005) Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 34 참조.

1006) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180.



의무 내지 과제를 포함하며(“지원의무 및 보호의무”), 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다(“차별금지원칙”).<sup>1007)</sup> 이에 따라 헌법 제36조 제1항이 지니는 원칙규범으로부터 “차별금지원칙”과 국가의 “지원의무 및 보호의무”가 도출된다.

차별금지원칙에서는 수평적인 방향에서 발생하는 혼인 및 가족과 다른 사회 주체들 사이의 차별이 문제되는 반면에, 지원의무 및 보호의무에서는 수직적 방향에서 발생하는 국가의 보호대상 혼인 및 가족 주체들에 대한 지원 내지 보호가 문제된다.<sup>1008)</sup>

#### 나. 원칙규범의 정당성

헌법 제36조 제1항이 혼인과 가족을 위한 가치결정적 원칙규범의 성격을 부여한 이유는 무엇보다 자주적인 생활형성 공간을 창설하고 유지하여 개인의 사적영역을 보호하려는 데에 있다.<sup>1009)</sup> 그리고 사회공동체 내의 수많은 조직들이 제대로 기능하기 위한 전제로서 일정한 수의 인구를 확보하려는 국민보존의 목적도 한 이유가 된다.

혼인공동체는 모든 인류 공동체의 핵심조직으로서 자녀의 성장을 위한 토대가 되고, 부부의 자유 실현의 전제조건이 되며, 상호보조와 질병 및 노년기에 받침대로서의 역할을 한다.

그리고 가족공동체는 자녀교육 기능과 모든 가족구성원들의 자유실현조건을 제공해주는 기능과, 상호간의 부양책임 이행을 통한 사회

---

1007) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180 ; BVerfGE 6, 55, 76 ; 28, 324, 347 ; 87, 1, 35 ; 105, 313, 346 ; Badura, in: Maunz/Durig, GG, Art. 6, Rdnr.7 참조.

1008) Burgi, in: Friauf/Hofling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 40, 50 이하 참조.

1009) BVerfGE 10, 59, 84f. 참조.

적·경제적 조직으로서의 기능을 수행하고 있다.

그러므로 위와 같은 목적과 기능을 수행하는 혼인공동체와 가족공동체는 가치결정적 원칙규범을 통해서 헌법적으로 특별한 보호를 받아야 할 정당성이 존재한다.<sup>1010)</sup>

## 2. 차별금지원칙

### 가. 헌법 제36조 제1항의 차별금지원칙

#### (1) 차별금지원칙의 내용

헌법 제36조 제1항이 가지는 가치결정적인 원칙규범에서 특별한 차별금지원칙이 도출된다. 이러한 차별금지원칙은 혼인이나 가족의 존속에 결부시키는 모든 부담적 차별을 금지한다.<sup>1011)</sup> 이러한 차별금지원칙은 헌법 제11조 제1항 제2문에서 규정하고 있는 특별한 차별금지원칙과 유사하다. 헌법 제11조 제1항 제2문에 의거 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 차별받지 아니하듯이, 헌법 제36조 제1항에 의거하여 누구든지 혼인 또는 가족의 이유로 차별받지 아니한다. 위와 같이 헌법 제36조 제1항이 지니는 특별한 평등권적 내용은 추가적인 기본권 보장을 의미하며, 자유권적 기본권의 방어권적 기능과 제도보장과 달리하는 독자적인 보호기능을 가진다.<sup>1012)</sup>

1010) Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 38-39 참조.

1011) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 180 ; BVerfGE 9, 237, 247f. ; 13, 290, 295 ; 75, 361, 366 ; 76, 1, 72 ; 99, 216, 232 참조. 이에 대한 비판적 견해로는 Kingreen, Das Grundrecht von Ehe und Familie(Art. 6 I GG), Jura 1997, 401, 406 참조.

1012) Tünnemann, 앞의 책, 2002, 125 ; Kingreen, 앞의 논문, Jura 1997, 401, 405 참조.

그러나 혼인한 자의 차별이 항상 금지되는 것은 아니다. 예컨대 혼인한 부부에게 불이익을 주는 차별이 혼인의 생활공동체 내지 경제공동체에 내재된 부부의 특별한 상황에 기인하고 사회공동체의 정의 관념에 위배되지 않는 경우에는 혼인에 대한 차별로서 정당화될 수 있다.<sup>1013)</sup>

## (2) 차별금지원칙의 적용영역

이와 같은 차별금지원칙은 혼인한 자와 독신자 사이<sup>1014)</sup>, 자녀를 가진 부모와 자녀를 갖지 아니한 자(부부) 사이<sup>1015)</sup>, 혼인한 생활공동체와 혼인하지 아니한 생활공동체 사이<sup>1016)</sup>, 가족구성원과 비 가족구성원 사이<sup>1017)</sup>에서 발생하는 차별의 경우에 적용된다.<sup>1018)</sup>

그러나 이러한 차별금지원칙은 다양한 혼인공동체들 사이<sup>1019)</sup>나, 혼인한 부부 사이<sup>1020)</sup>, 첫 번째 혼인과 두 번째 혼인 사이<sup>1021)</sup>, 혼인과 가족 사이<sup>1022)</sup>, 상이한 수의 자녀를 가진 가족공동체들 사이에 발생하는 차별의 경우에는 적용되지 아니한다.

헌법 제36조 제1항의 가치결정적 원칙규범에서 도출되는 차별금지원칙은 객관법적인 성격만을 갖는 것이 아니라, 차별취급을 받은 혼인 또는 가족 당사자가 차별취급에 직접적으로 대항할 수 있도록 하는 법적효력도 가진다.<sup>1023)</sup> 따라서 혼인 또는 가족구성원은 헌법

---

1013) BVerfGE 17, 210, 217 참조.

1014) BVerfGE 28, 324, 347 ; 69, 188, 205f.; 87, 234, 259 참조.

1015) BVerfGE 82, 60, 80 ; 87, 1, 37 ; 99, 216, 232 참조.

1016) BVerfGE 61, 319, 355 ; 67, 186, 196 참조.

1017) BVerfGE 28, 104, 112 참조.

1018) Schmitt-Kammler, in: Sachs, GG, 3.Aufl., 2003, Art.6, Rdnr. 32 ; Pjeroth, in: Jarass/Pjeroth, GG, Art. 6, Rdnr. 12 참조.

1019) BVerfGE 9, 237, 242f. ; 45, 104, 126 ; 47, 1, 19 참조.

1020) BVerfGE 12, 151, 165 참조.

1021) BVerfGE 66, 84, 94f. 참조.

1022) BVerfGE 11, 64, 69 참조.

1023) BVerfGE 6, 386, 388 ; 76, 39, 49f. 참조.

제36조 제1항을 직접적인 근거로 혼인한 자 등을 차별하는 법률에 대해서 헌법소원 등을 제기할 수 있다.

**(3) 헌법 제36조 제1항의 차별금지원칙과 헌법 제11조 제1항의 평등원칙**

법률조항이 직접적으로 혼인이나 가족관계에 결부하여 차별취급을 하는 경우에는 헌법 제36조 제1항의 차별금지원칙이 우선적으로 적용되고, 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적인 평등원칙은 적용되지 아니한다.<sup>1024)</sup>

그러나 이러한 혼인 내지 가족의 차별 관련성이 다른 목적을 추구하는 법규정을 입법합에서 있어서 단지 부수적으로 발생하는 경우에는 기본법 제11조 제1항 제1문이 우선적으로 적용되고, 헌법 제36조 제1항은 적용되지 아니한다.<sup>1025)</sup>

**(4) 헌법 제36조 제1항의 차별금지원칙 위배여부 심사기준**

특정한 법률조항이 헌법 제36조 제1항에서 보호되는 혼인 또는 가족을 차별취급하는 것은 헌법상으로 정당화되는 경우에만, 헌법 제36조 제1항의 원칙규범에서 도출되는 차별금지원칙에 위배되지 아니한다. 따라서 이에 대한 위배여부판단에서는 어떠한 심사기준이 적용되어야 하는지가 문제된다.

헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적인 평등원칙에서와 같이 강도가 낮은 차별취급의 경우에는 자의적이거나 합리적인 근거없는 차별취급이 금지된다. 이는 단순한 명백성통제로서 단 하나의 단순한 합리적 근거라도 존재하는 경우에는 차별취급이 정당화된다.

그러나 헌법 제11조 제1항 제2문의 특별한 평등원칙에서와 같이 강도가 높은 차별취급의 경우에는 중대한 합리적 근거가 없는 차별

1024) Burgi, in: Friauf/Höfling(Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 41 ; Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6, Rdnr. 32 참조.

1025) BVerfGE 13, 290, 296f. ; 18, 257, 269 ; 66, 84, 93 ; 87, 1, 36f. 참조.

취급이 금지된다. 이 경우에는 차별취급이 비례의 원칙에 어긋나지 않은 때에만, 중대한 합리적 근거가 있는 차별취급으로서 정당화된다.

헌법 제11조 제1항 제1문의 평등심사기준은 헌법 제36조 제1항의 가치결정적인 원칙규범을 통해서 더 강화된다.<sup>1026)</sup> 다시 말해서 헌법 제36조 제1항은 헌법 제11조 제1항 제1문의 경우보다 더 엄격한 헌법심사가 요청된다. 왜냐하면 헌법 제36조 제1항은 헌법 제11조 제1항 제1문에 의거한 일반적인 평등원칙을 넘어서는 헌법적 가치를 보장하고 있기 때문이다.

헌법 제36조 제1항에서 보호되는 혼인 또는 가족에 대한 차별취급은 강도가 높은 차별취급에 해당되므로, 중대한 합리적인 근거가 존재하는 경우에만 헌법상으로 정당화된다고 할 것이다.<sup>1027)</sup>

참고로, 독일연방헌법재판소는 독일 기본법 제6조 제1항(“혼인 및 가족은 국가질서의 특별한 보호아래 놓여 있다.”)이 ‘특별한 평등원칙’을 포함하며, 따라서 혼인 및 가족을 다른 생활집단에 비해서 차별하는 것을 금지한다고 판시하였다.<sup>1028)</sup> 이로써 위 재판소는 기본법 제6조 제1항을 기본법 제3조 제1항(“모든 국민은 법 앞에 평등하다.”)에서 규정하고 있는 일반적인 평등원칙의 한 유형으로 보지 않고, 기본법 제3조 제3항(“어느 누구도 성별, 출생, 인종, 언어, 태생, 신앙, 종교적 또는 정치적인 관점을 이유로 차별되거나 불이익

1026) BVerfGE 18, 257, 269 ; 29, 71, 79 참조.

1027) 이와는 달리, 헌법 제36조 제1항에서 보호되는 혼인 또는 가족에 대한 차별취급은 헌법 제11조제1항제1문의 일반적 평등원칙에서 금지되는 차별취급보다는 그 강도가 높지만, 헌법 제11조제1항제2문의 특별한 평등원칙에서 금지되는 차별취급보다는 그 강도가 낮다고 볼 수도 있다. 이 경우에는 중간 정도의 심사기준을 적용하여, 혼인 또는 가족에 대한 차별취급이 완화된 비례의 원칙 심사를 거쳐서 중대한 합리적인 근거가 존재하는 경우에만 헌법상으로 정당화된다고 할 것이다.

1028) BVerfGE 76, 126, 128f. ; 87, 234, 259 ; 87, 1, 37 ; 67, 186, 195 ; 99, 216, 232.

을 받지 아니한다.”)에서 규정하고 있는 특별한 평등원칙의 한 유형으로 파악하였다. 그러나 위 재판소는 혼인 또는 가족에 대한 차별 취급이 헌법상 정당한지 여부에 대한 판단에서 비례의 원칙을 직접적으로 적용하지 않고, 중대한 사유가 존재하지 않는다는 이유로 특정한 조세관계 법률조항이 기본법 제6조 제1항의 원칙규범(차별금지원칙)에 위배된다고 판시하고 있다.

#### 나. 헌법 제36조 제1항의 차별금지원칙과 조세입법

(1) 헌법 제36조 제1항이 가지는 주관적인 방어권으로서의 기본권적 기능은 조세를 부과하는 입법자에는 작용되지 아니한다. 왜냐하면 국가는 조세지불의무의 부과 외에는 특별히 혼인한 자나 가족에게 어떠한 명령이나 금지도 부과하지 않기 때문이다. 그리고 조세법률은 혼인이나 가족의 법제도에 대해서도 아무런 영향을 미치지 아니한다.<sup>1029)</sup>

조세입법에서 헌법 제36조 제1항이 가지는 중요한 의미는 가치결정적인 원칙규범으로서의 성격이다. 헌법 제36조 제1항이 가지는 가치결정적인 원칙규범은 조세입법에서 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지한다. 입법자는 소득세와 같은 개인세의 과세요건을 설정함에 있어서 헌법 제36조 제1항이 가지는 가치결정적인 원칙규범의 가치와 의미를 반드시 반영하여야 한다. 만약 조세법률이 혼인 또는 가족의 구성요건에 일정한 법적효과를 결부시키고자 한다면, 혼인한 자나 가족을 경제적으로 불리하게 취급해서는 안된다.<sup>1030)</sup>

1029) Klein, Ehe und Familie im Steuerrecht als verfassungsrechtliches Problem, in : Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd.I, 1987, 773, 777참조.

1030) Klein, Ehe und Familie im Steuerrecht als verfassungsrechtliches Problem,

따라서 특정한 조세법률조항이 헌법 제36조 제1항에 포함된 가치결정적인 원칙규범의 차별금지원칙에 위배되느냐 여부에 대한 판단은 혼인한 자를 혼인하지 않는 자에 비해서 불리하게 하는 차별취급이 존재하는지에 대한 확인으로부터 시작된다.

(2) 조세법률에 대한 헌법심사에서 헌법 제36조 제1항의 차별금지원칙과 헌법 제11조 제1항 제1문에 의거한 일반적인 평등원칙 중에서 어느 원칙이 우선적으로 적용되는지 여부가 문제된다. 특정한 조세법률조항이 가지는 규율내용과 사물적 연관성을 근거로 하여 적용여부를 결정해야 한다.

특정한 법률조항이 가지는 ‘혼인’ 또는 ‘가족’이라는 형식적인 구성요건 요소를 통해서 미혼의 납세의무자와 비교하여 혼인한 자에게 더 높은 조세부담을 야기하는 “형식적인 차별”이 존재하는 경우에는, 헌법 제36조 제1항에 의한 차별금지원칙이 적용된다. 이 경우에는 차별취급이 혼인 또는 가족이라는 법률적 구성요건에 직접적으로 연결되고 있으므로, 헌법 제36조 제1항이 특별한 평등원칙으로서 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적인 평등원칙에 우선하여 적용된다.

이에 반해서 특정한 법률조항이 혼인하거나 가족이 있는 사람들과 그렇지 아니한 다른 사람들을 형식적으로 동등하게 취급하고 있다고 하더라도, 혼인과 가족이 관련된 사실관계가 조세부과과정에서 고려되지 않는 경우에는, “실질적인 차별”이 발생할 수 있다. 예컨대 동일하게 높은 소득을 가지는 납세의무자들을 형식적으로 동일하게 취급한다고 하더라도, 혼인하여 가족부양의무를 가지는 납세의무자는 가족부양의무에 따른 부양비용 만큼 불이익을 받게 된다. 이

---

in : Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd.I, 1987, 773, 779 ; H. W. Arndt, A. Schmacher, Einkommensbesteuerung und Grundrechte, AöR 1993, Heft 4, 513, 565 참조.

와 같은 혼인한 자에 대한 실질적인 차별의 경우에는 헌법 제11조 제1항 제1문에 의한 일반적인 평등원칙이 적용된다.<sup>1031)</sup>

**다. 차별금지원칙에 관한 주요 판례**

**(1) 헌법재판소의 “부부자산소득합산과세제도”에 관한 결정<sup>1032)</sup>**

(가) 소득세법 제61조 제1항<sup>1033)</sup>은 거주자 또는 ‘배우자’의 자산소득을 주된 소득자의 종합소득에 합산하도록 규정하고 있으므로, ‘혼인’(‘배우자’)이라는 구성요건요소를 통하여 독신자 또는 미혼의 납세의무자들(단순한 동거부부)보다 기혼의 납세의무자들에게 더 높은 조세부담을 야기한다. 이러한 조세부담내용을 구체적으로 살펴보면, 개인 납세의무자의 개별 종합소득에 대한 과세에 있어서 적용되는 누진적 세율을 부부의 자산소득을 합산하여 산출한 전체소득에 대해서 적용하는 경우에는 그만큼 소득세가 증가하게 된다. 따라서 누진과세 아래에서 합산대상배우자의 자산소득을 합산하면 합산대상소득을 가진 부부는 동일한 소득을 가진 독신자 또는 혼인하지 않은 상태로 동거하고 있는 자 보다 더 많은 조세를 부담하게 된다. 이러한 조세부담액의 차이는 소득세의 누진성이 증가할수록 더욱 증가될 것이다.<sup>1034)</sup>

1031) Arndt/Schmacher, Einkommensbesteuerung und Grundrechte, AöR 1993, Heft 4, 513, 565-567 참조.

1032) 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82, 판례집 14-2, 170, 179-182.

1033) 소득세법(1994. 12. 22. 법률 제4803호로 전문개정된 것) 제61조(자산소득합산과세)

① 거주자 또는 그 배우자가 이자소득·배당소득 또는 부동산임대소득(이하 “자산소득”이라 한다)이 있는 경우에는 당해 거주자와 그 배우자중 대통령이 정하는 주된 소득자(이하 “주된 소득자”라 한다)에게 그 배우자(이하 “자산합산대상배우자”라 한다)의 자산소득이 있는 것으로 보고 이를 주된 소득자의 종합소득에 합산하여 세액을 계산한다.

1034) 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면, 구 소득세법 제55조(2001. 12. 31. 법률 제



(나) 위와 같이 소득세법 제61조 제1항은 자산소득합산과세를 통하여 발생하는 조세상의 불이익을 납세의무자들 사이에 존재하는 혼인관계에 연계시키고 있으므로 독신자 또는 혼인하지 아니한 납세의무자들(단순한 동거부부)에 비해서 혼인한 납세의무자들을 ‘형식적으로’ 차별하고 있다. 소득세법 제61조 제1항이 혼인한 납세의무자들에 대한 형식적인 차별을 발생시키고 있기 때문에, 헌법 제11조 제1항 제1문이 아니라 헌법 제36조 제1항이 관련되므로 위 법률조항의 위헌여부는 헌법 제36조 제1항에 의한 심사기준을 적용하여 판단되어야 한다.

(다) 부부자산소득합산과세제도는 부부간의 인위적인 소득분산에 의한 조세회피행위를 방지하고자 하는 목적을 추구하고 있지만, 부부간의 인위적인 자산 명의의 분산과 같은 가장행위 등은 상속세및증여세법상 증여의제규정 등을 통해서 방지할 수 있고, 부부의 공동생활에서 얻어지는 절약가능성을 담세력 내지 급부능력과 결부시켜 조세의 차이를 두는 것은 타당하지 않으며, 자산소득이 있는 모든 납세의무자 중에서 혼인한 부부가 혼인하였다는 이유만으로 혼인하지 않은 자산소득자보다 더 많은 조세부담을 하여 소득을 재분배하도록 강요받는 것은 부당하다. 그리고 부부자산소득합산과세와 같이 순수한 조세법 규정에서 조세부과를 혼인관계에 결부시키는 것은 가족법 등에서 혼인관계를 규율하는 것과는 달리 소득세법 체계상

---

6557호로 개정되기 전의 것) 제55조 제1항에 의거 종합소득과세표준 대비 세율은 1천만원 이하가 10%, 1천만원 초과 4천만원 이하가 20%, 4천만원 초과 8천만원 이하가 30%, 8천만원 초과인 경우가 40%이다. 이에 따라서 연간 종합소득과세표준액이 8천만원 이하인 경우에는 자산합산대상배우자의 자산소득 합산과세로 인하여 적용되는 누진세율이 상향 조정됨에 따라서 조세부담이 늘어나게 된다. 연간 종합소득과세표준액이 8천만원 이상인 경우에는 자산합산대상배우자의 자산소득이 합산되더라도 누진세율 상향 조정에 따른 조세부담은 증가하지 않지만, 자산합산대상배우자의 자산소득에 대해서 최고 세율이 적용되기 때문에 그만큼 조세부담이 늘어나게 된다.

사물의 본성에 어긋난다. 또한 소득세법 제61조 제1항이 부부 자산 소득 합산과세를 통해서 혼인한 부부에게 가하는 조세부담의 증가라는 불이익은 상당히 큰데 비하여, 자산소득합산과세를 통하여 인위적인 소득분산에 의한 조세회피를 방지하고 소득재분배효과를 달성하는 사회적 공익은 기대하는 만큼 크지 않다고 할 것이므로, 양자 간에는 균형적인 관계가 성립한다고 볼 수 없다. 따라서 소득세법 제61조 제1항이 자산소득합산과세제도를 통하여 자산소득합산과세의 대상이 되는 혼인한 부부를 차별취급하는 것은 중대한 합리적 근거가 존재하지 않으므로 헌법상 정당화되지 아니한다. 그렇다면 혼인관계를 근거로 자산소득합산과세를 규정하고 있는 소득세법 제61조 제1항은 혼인한 자의 차별을 금지하고 있는 헌법 제36조 제1항에 위반된다.

## (2) 독일연방헌법재판소의 주요 판례

독일연방헌법재판소가 혼인이나 가족을 차별하고 있는 법률규정을 위헌이라고 선고한 판례들만을 간단히 소개한다.

(가) BVerfGE 6, 55, 66-69 : 혼인한 부부와 독신자 사이의 차별 (위헌)

기본법 제6조제1항(“혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호아래 놓여 있다.”)은 단순히 혼인 및 가족의 보호만을 규율한 것이 아니고 혼인 및 가족에 불이익을 주지 않도록 국가에게 명령하고 있다. 따라서 소득세법 제26조<sup>1035)</sup>가 혼인부부의 각 소득을 합산하여 누진세율에 따라서 과세하는 것은, 혼인으로 인하여 혼인 전의 세액보다 과중하게 되기 때문에, 독신자에 비해서 혼인한 자를 불리하게 차별하므로, 기본법 제6조 제1항에 위배된다.

1035) 독일 소득세법 제26조 ① 혼인부부 모두 무제한적인 납세의무가 있고 계속해서 별거하고 있지 않는 한, 혼인부부는 합산과세의 대상이 된다.

② 합산과세에서 혼인부부의 각 소득은 합산된다.

(나) BVerfGE 18, 97, 104 ff. : 가족구성원과 개인납세자 사이의 차별(위헌)

소득세법 제27조<sup>1036</sup>)가 부모와 자녀의 소득을 합산하여 누진세율에 따라서 과세하는 것은, 부모와 자녀간에 가족관계가 존재한다는 이유로 조세부담을 증대시키고 있으므로, 개인 납세자에 비해서 가족을 구성하고 있는 자를 불리하게 차별하기 때문에, 기본법 제6조 제1항에 위배된다.

(다) BVerfGE 99, 216, 235-237 : 혼인하지 아니한 편부모와 혼인한 부모 사이의 차별(위헌)

소득세법 제33c조<sup>1037</sup>)가 자녀 양육 편부모(혼인하지 아니한 부모 포함)에게만 경제활동으로 인하여 발생하는 자녀양육비용에 대해서 소득공제를 허용한 반면에 자녀양육 혼인부모에게는 이를 허용하지 않고 있는 것은, 자녀양육 혼인부모를 자녀양육 편부모에 비해서 차별하므로 기본법 제6조 제1항에 위반된다.

(라) BVerfGE 28, 324, 346 ff. : 혼인 고아와 비 혼인 고아 사이의 차별(위헌)

근로자연금법 제44조 제1항<sup>1038</sup>)이 교육을 받고 있는 25세 이하의

---

1036) 독일 소득세법 제27조 (자녀합산과세) ① 납세의무자와 그 자녀는, 양 자가 납세의무가 있는 한, 합산하여 과세한다. ② 부모 및 자녀 합산과세에서는 납세의무자와 자녀의 소득을 합산한다. ③ 자녀의 근로소득은 합산과세에서 제외한다. ⑤ 생략.

1037) 독일 소득세법 제33c조(편부모 자녀양육비용의 소득공제) ① 편부모가 지출하는 16세 이하 자녀의 양육비용은, 경제활동으로 인하여 발생한 경우에 한해서, 소득세법 제33조에서 규정하는 소득금액 공제 대상이 되는 특별비용에 해당된다. (이하 생략)

② 편부모는 혼인하지 않은 자 또는 혼인하지 않은 부부, 혼인하였으나 지속적으로 별거하고 있는 자를 말한다.

③ 제1항에서 공제하는 비용은 1인 자녀를 양육하는 편부모의 경우에 연간 4,000 마르크를 초과할 수 없다. (이하 생략)

1038) 독일 근로자연금법 제44조 ① 연금가입자가 사망한 이후에는 그 자녀가 고아 연금을 18세에 달할 때까지 수령한다. 교육을 받고 있는 미혼 자녀는 25세에 달할 때까지 고아연금을 수령한다. (이하 생략).

미혼 고아에게는 고아연금을 지급하고, 부부 모두 아무런 소득이 없이 교육중에 있는 25세 이하의 혼인 고아에게는 고아연금을 지급하지 않는 것은, 혼인을 이유로 하여 혼인 고아를 특별한 사유없이 차별하므로, 기본법 제6조 제1항에 위배된다.

### 3. 혼인과 가족에 대한 국가의 지원의무

헌법 제36조 제1항이 포함하고 있는 가치결정적인 원칙규범으로부터, 물질적 및 비물질적인 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원해야 할 국가의 의무가 도출된다.<sup>1039)</sup>

혼인과 가족의 지원은 혼인과 가족공동체를 타 공동체에 비해서 실제적으로 우월하게 대우하는 것과 실제적인 불이익을 제거하여 조정하는 것으로 나누어 살펴볼 수 있다.

우선 국가는 혼인 및 가족공동체가 다른 생활공동체에 비해서 받고 있는 실제적인 불이익이나 부담을 제거하고 조정할 의무를 가진다.<sup>1040)</sup> 이러한 국가의 지원의무는 혼인 및 가족공동체가 생활공동체, 교육공동체 및 경제공동체로서의 기능을 수행하면서 타 공동체에 대비해서 받게 되는 특수한 불이익 내지 차별을 구체적으로 제거하여, 가족공동체와 비가족공동체 사이의 경제적 동등성을 회복하는 것을 목표로 한다.

헌법 제36조 제1항이 규정하고 있는 혼인과 가족의 가치결정적인 내용을 적극적으로 실현하기 위한 핵심적인 과제들은 무엇보다 혼인 및 가족 내의 구성원들간의 인적결속 증대, 경제적 토대의 제공, 어린이 친화적 사회의 형성, 가족생활과 경제활동의 상호 조화성 증

---

1039) BVerfGE 103, 242, 259 참조.

1040) BVerfGE 61, 18, 25 ; 75, 382, 392.

대, 남녀평등의 실현 등을 들 수 있다.<sup>1041)</sup>

특히 가족공동체가 수행하는 자녀 양육 및 교육과제를 국가가 지원해야 할 필요성을 구체적으로 살펴보면, 국가는 부모가 자녀의 이익을 위하여 행사한 결정을 인정하고 이러한 결정에 어떠한 차별적인 법적 결과도 결부시켜서는 안되며, 부모가 자녀양육을 자신이 선택한 방식으로 실질적인 조건하에서 행사할 수 있도록 지원해야 한다. 부모의 자녀양육은 사회공동체의 전체이익에 기여하는 행위이므로 국가는 이를 인정해야 한다. 가족공동체가 자녀의 양육과 교육을 통해서 받게 되는 경제적 부담은 가족구성원의 자유로운 결정에 기초하여 발생하는 불이익에 불과하다고 간주해서는 안된다. 이에 따라 국가는 부모가 자녀를 직접 양육하기 위해 자신의 경제활동을 부분적으로나 시간적으로 포기할 수 있을 뿐만 아니라, 가족생활과 경제활동을 상호 연계하여 동시에 행할 수 있도록 지원조치를 강구해야 한다. 그리고 국가는 부모가 자녀에 대한 교육 과제를 실천하는 것이 경제활동상으로 불이익을 받지 않도록 해야 하고, 부모 양쪽 모두가 경제활동으로 다시 복귀하는 것이 양육활동과 경제활동을 병행하는 것과 마찬가지로 자녀의 양육기간 중 뿐만 아니라 양육기간 이후에도 가능하도록 해야 하며, 자녀보육시설들이 더욱 더 편리하게 제공될 수 있는 조건들을 구비하여야 한다.<sup>1042)</sup> 예컨대 남녀고용평등법(2001. 8. 14. 법률 제6508호로 전문개정된 것)은 직장과 가정생활이 양립될 수 있도록 하기 위하여 사업주가 근로자에게 육아휴직을 제공한 경우 당해 근로자의 생계비용과 사업주의 고용유지비용의 일부를 지원할 수 있도록 규정하고(제21조), 직장보육시설이나 공공복지시설의 설치를 지원하도록 규정하고 있다(제21조, 제22조).

1041) Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 52 참조.

1042) BVerfGE 87, 1, 38f. ; 88, 203, 258f. ; 99, 216, 234 참조.

그런데 국가는 혼인 및 가족에 대한 지원의무를 이행함에 있어서 모든 경제적 부담을 제거하고 조정해야 하는 것은 아니다. 혼인과 가족지원의 범위, 종류 및 방식은 헌법상으로 이미 지정된 것이 아니다. 지원명령의 집행에는 입법부에 의한 구체화가 필요하다. 국가는 일반적으로 조세법과 사회보장법을 통해서 혼인 및 가족에게 물질적인 지원을 제공할 수 있지만, 이러한 지원은 국가 사회가 감당할 수 있는 경제적 가능성의 범위내에서 이루어질 수 밖에 없다.<sup>1043)</sup> 그러므로 입법자는 혼인과 가족을 지원하는 구체적 방법을 선택함에 있어서 입법상 광범위한 재량권한을 가진다.<sup>1044)</sup>

이러한 구체적인 입법을 통해서만 비로소 혼인 및 가족구성원은 소구가능한 주관적 권리를 가질 수 있게 된다.<sup>1045)</sup> 따라서 예컨대 유아보육시설의 설치나, 가족을 위한 주거장소의 마련 또는 경제적 지원액을 높이도록 국가의 지원을 요구할 수 있는 구체적인 청구권은 국가의 지원의무로부터 직접적으로 도출되지 않는다.<sup>1046)</sup>

헌법 제36조 제1항에서 도출되는 국가의 지원의무는 혼인 및 가족구성원이 가질 수 있는 사회적 권리의 실현을 위한 국가의 의무를 구체화하고 있는 것으로 볼 수 있다.

다음으로 국가는 혼인과 가족공동체를 다른 공동체보다 실제적으로 더 우월하게 지원할 수도 있다. 그러나 다른 공동체에 비교해서 혼인 및 가족공동체를 우대하는 것은 혼인 및 가족이라는 내적인 이

---

1043) 사회보장법에서 혼인과 가족이 보호될 내용에 대해서 자세한 것은, 전광석, 혼인과 가족의 보호와 남녀평등권, - 사회보장법에서의 조화적 실현 -, 고시연구 1990.7. 60 이하 참조.

1044) BVerfGE 23, 258, 264 ; 87, 1, 35 참조.

1045) Kingreen, Das Grundrecht von Ehe und Familie(Art. 6 I GG), Jura 1997, 401, 406 ; Cosester-Waltjen, in: v.Münch/Kunig, GG, Bd.1, 5.Aufl., 2000, Rdnr. 39 참조.

1046) BVerfGE 82, 60, 81 ; 87, 1, 35f. ; 82, 60, 81 ; Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 51 ; Tünnemann, 앞의 책, 2002, 137 참조.

유에서가 아니라 가족 외적인 사유, 즉, ‘인구증대’라는 공익상의 사유에 의해서만 허용된다고 할 것이다.<sup>1047)</sup> 이러한 공익상의 목적을 위해서 국가가 혼인과 가족공동체가 아닌 다른 생활공동체를 차별한다고 하더라도, 이러한 차별취급은 헌법 제11조의 평등원칙에 위배되지 아니한다.<sup>1048)</sup>

#### 4. 혼인과 가족에 대한 국가의 보호의무

헌법 제36조 제1항의 가치결정적 원칙규범으로부터는 혼인 및 가족에 대한 국가의 보호의무가 도출된다. 국가는 혼인과 가족 밖에 존재하는 사회속의 제삼자 뿐만 아니라 혼인과 가족 내의 구성원으로부터 발생하는 방해 내지 침해를 방어하여 혼인과 가족을 보호해야 할 의무를 가진다.<sup>1049)</sup>

헌법 제36조 제1항의 원칙규범은 혼인 및 가족을 방해하는 제3자에 직접적으로 영향을 미치는 것이 아니라, 국가가 사법적인 영역에서 혼인과 가족을 보호하는데 적합한 법률을 제정할 의무를 부과할 뿐이다.<sup>1050)</sup> 예컨대 국가는 남녀고용평등법(2001. 8. 14. 법률 제6508호로 전문개정된 것)을 제정하여, 근로여성의 혼인, 임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 사업주가 체결하는 것을 금지하고(제11조제2항), 이를 위반한 경우 처벌하도록 함으로써(제37조), 혼인한 근로여성을 보호하고 있다.

---

1047) Tünnemann, 앞의 책, 134-135 참조.

1048) BVerfGE 6, 55, 76 ; Coseseter-Waltjen, in: v.Münch/Kunig, GG, Bd.1, 5.Aufl., 2000, Rdnr. 43 참조.

1049) Burgi, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art.6, Rdnr. 50 참조.

1050) Coseseter-Waltjen, in: v.Münch/Kunig, GG, Bd.1, 5.Aufl., 2000, Rdnr. 41 참조.

그리고 헌법 제36조 제1항의 가치결정적 원칙규범은 간접적으로 방사적 효력을 가지므로 사법상의 가치보충적 일반조항이나 일반 사회적계약의 해석에 영향을 미쳐서 혼인한 자 또는 가족구성원을 보호하게 한다. 예컨대 여성근로자가 혼인을 하는 경우에는 자동적으로 근로관계가 종료되도록 하는 고용계약조항은 민법상 반사회질서 조항을 통해서 무효가 된다.<sup>1051)</sup> 그리고 임신한 여자가 혼인할 의사가 없는 남자의 강압에 못이겨 남자로부터의 부양받는 것을 포기하는 것으로 내용으로 하는 혼인계약을 맺는 것은 효력을 갖지 못하게 된다.<sup>1052)</sup>

## VII. 맺는 말

위에서 고찰한 헌법 제36조 제1항이 가지는 법적 성격과 혼인과 가족의 보호내용을 요약 정리하면서 이 글을 마무리 하고자 한다.

우선 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 국가의 침해 앞에서 방어할 수 있는 주관적 권리를 기본권주체에게 부여하는 기본권적 성격을 가지는데, 헌법 제10조 제1문에서 규정하고 있는 개인의 행복추구권과 인격권을 혼인과 가족영역에서 특별히 보호하고 있다고 할 것이다. 이에 따라 모든 국민은 개인의 존엄과 양성 평등의 바탕 위에서 혼인을 하고 가족공동체를 창설하여, 혼인생활과 가족생활을 자유롭게 형성하다가, 경우에 따라서 혼인과 가족공동체를 해소할 수 있는 자유를 가진다.

다음으로 헌법 제36조 제1항은 혼인제도와 가족제도를 규율하고 있

---

1051) Kingreen, Das Grundrecht von Ehe und Familie(Art. 6 I GG), Jura 1997, 401, 406 참조.

1052) BVerfGE, NJW 2001, 957 참조.



는 법률상의 법규정들이 폐지되지 않도록 보장하는 제도보장적 성격을 가진다. 한 남자와 한 여자의 자유로운 결합과 국가의 승인, 일부일처제 등을 핵심요소로 가지는 혼인제도와 가족구성원들의 연대성 등을 핵심내용으로 하는 가족제도를 헌법상으로 보장하는 제도보장은 입법자에 대한 기본권의 방어능력을 강화시켜준다.

끝으로 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족의 보호내용이 국가 및 사회공동체 내부에서 헌법상의 가치로서 보장되도록 하는 가치결정적인 원칙규범으로서의 성격을 가진다. 이러한 객관적인 원칙규범은 적극적으로는 혼인과 가족을 적절한 조치를 통해서 지원하고 보호해야 할 국가의 의무와, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다.

여기서 차별금지원칙은 혼인 또는 가족의 이유로 차별받지 아니할 특별한 평등권적 내용을 포함하는데, 특히 혼인한 자와 혼인공동체, 가족과 가족공동체 그리고 자녀를 가진 부모가 차별받는 것에 대해서는 중대한 합리적인 근거가 존재하는 경우에만 헌법상으로 정당화되는 강화된 심사기준이 적용된다. 차별금지원칙은 특히 소득세법이나 사회보장법에서 혼인이나 가족을 차별하는 것을 금지하는 데 많은 영향을 줄 수 있다.

예컨대 혼인한 후 동시에 경제활동을 하는 부부가 부담하는 가사비용이나, 자녀를 가진 부모가 실제적으로 부담하는 가사비용, 자녀양육 및 교육비용을 소득세법상 과세소득으로부터 충분히 공제받지 못하는 것은 불이익적 차별을 야기할 수 있으므로 시정되어야 할 것이다.

그리고 최근 이혼율이 급등하고 출산율이 급락하는 사회경제적 환경에서 혼인과 가족이 국가공동체내에서 가지는 의미와 가치를 제

고시키고, 가정생활과 직업생활의 양립을 위한 여건을 조성하고, 자녀의 출산과 양육에서 발생하는 경제적 부담의 경감, 보육시설의 확대 등의 지원조치를 통하여 혼인과 가족을 실질적으로 지원하고 보호해야 할 국가의 의무는 한층 더 크다고 할 것이다.



# 규범통제결정의 기관력

최 희 수

헌법연구원

## - 목 차 -

I. 들어가며 .....	537
1. 결정의 실효성과 3대 효력 .....	537
2. 기관력과 구별되는 개념들 .....	538
3. 기관력의 의의 .....	540
II. 기관력의 본질 .....	541
III. 기관력의 헌법적 기초 .....	544
IV. 기관력과 결정유형 .....	549
1. 합헌결정과 위헌결정 .....	549
2. 한정합헌결정과 한정위헌결정 .....	551
3. 헌법불합치결정 .....	551

V. 기관력의 한계 .....	552
1. 객관적 한계 .....	552
가. 주문 .....	552
나. 결정이유 .....	553
2. 시간적 한계 .....	555
가. 사실관계와 시간적 한계 .....	555
나. 헌법재판소 판례의 검토 .....	557
다. 소결 .....	563
3. 주관적 한계 .....	565

## I. 들어가며

### 1. 결정의 실효성과 3대 효력

헌법재판을 헌법적 분쟁을 해결하기 위한 사법작용으로 이해한다면,<sup>1053)</sup> 법원의 재판과 마찬가지로 헌법재판소 역시 그 결정의 실효성이 담보될 때에야 비로소 헌법수호기관, 나아가 기본권보장기관으로서의 책무를 제대로 수행할 수 있을 것이다. 헌법재판소가 관장하는 권한들 중에서 규범통제, 특히 위헌법률심판은 헌법재판의 역사에서 가장 먼저 발달한 것일 뿐만 아니라 헌법의 최고성을 관철시킬 수 있는 수단으로 여겨지고 있으며, 오늘날에도 대부분의 국가가 이를 채택하고 있다. 규범통제가 가진 이와 같은 중심적 의의는 그 결정의 효력이 관철될 수 있을 경우에만 보장될 수 있다. 이와 같이 헌법재판의 실효성을 담보하기 위한 방편으로 헌법재판소의 규범통제결정에 대해 인정되고 있는 것이 확정력과 기속력 및 법규적 효력이며, 이들 효력은 헌법재판소 결정의 3대 효력이라 부를 수 있을 것이며, 우리 헌법재판소법 역시 제39조와 제47조 제1항 및 제2항에서 각기 그에 상응하는 조항을 두고 있다. 이들 3대 효력 중 가장 기본이 되는 것은 확정력이라 할 것인데, 기속력이나 법규적 효력은 확정력 특히 기관력의 주관적 및 객관적 범위의 확장으로 이해되고

1) 헌법분쟁은 많은 경우 정치적 성격을 강하게 나타내고, 재판의 결과가 가져오는 정치적 파장도 적지 않을 수 있지만, 그것은 헌법이 갖는 정치적 성격의 반영에 따른 것일 뿐이다. 특히 규범통제를 통해 입법의 내용과 기준이 제시되는 경우가 있다할지라도 이것이 곧 헌법재판을 입법작용으로 간주할 수 있는 근거는 되지 못한다. 즉 입법자와의 관계에서 볼 때 헌법재판소는 입법자와 공동생산자(즉 공동입법자)가 되는 것은 아니라 여전히 품질검사자(즉 규범통제자)로 남는다. 이상의 내용에 대해서는 계획열, 헌법재판과 국가기능, 헌법재판의 회고와 전망, 1998, 206쪽 이하; Schlaich(정태호 역), 독일헌법재판론, 437쪽 이하 참조.

있기 때문이다.

우리 헌법재판소법 제39조는 일사부재리를 규정하고 있는데, 동일한 사건에 대한 일사부재리는 일반 소송법상의 확정력, 특히 기판력의 본질적 작용을 의미하는 것이므로 위 규정은 헌법재판소의 결정의 기판력을 명문으로 규정하고 있는 것으로 이해되고 있으며<sup>1054)</sup>, 헌법재판소 역시 일사부재리를 규정한 위 규정 및 동법 제40조에 따라 준용되는 민사소송에 관한 법령에 비추어 볼 때 확정력을 인정하는 것이 당연하다는 입장을 취하고 있다.<sup>1055)</sup><sup>1056)</sup> 반면에 독일의 경우에는 실질적 확정력의 근거에 관해 연방헌법재판소법에서는 아무런 규정도 두고 있지 않아 학설과 판례가 첨예하게 대립하고 있으나 대체로 인정하는 경향이 우세하다.<sup>1057)</sup>

## 2. 기판력과 구별되는 개념들

분쟁의 최종구속력 있는 해결은 법원의 결정이 그 존속력(Bestand)을 가질 경우에만, 즉 법원의 결정이 그 폐지나 변경으로부터 보호되고 그로써 법원의 결정의 존재는 물론 동시에 법질서가 요구하는 법적

---

1054) 이시윤, 한국의 헌법재판제도, 헌법재판자료 3집, 1990, 86쪽; 황우여, 위헌결정의 효력, 사법논집 21집, 1990.10. 12쪽 참조; 김지형, 헌법재판소결정의 기판력 - 특히 독일에서의 논의를 중심으로 -, 헌법논총 3집, 1992, 277쪽.

1055) 헌법재판실무제요 제1개정판, 헌법재판소 2003, 57면 이하 참조.

1056) 다만, 최근의 헌법재판소 판례 가운데는 소수의견에서 기판력과 일사부재리를 구별하고자 하는 견해가 제시되고 있기도 하다. 이에 대해서는 헌결, 2001.6.28. 2000헌바48 참조.

1057) BVerfGE 39, 169(181f.); 69, 92(103); 70, 242(249); 77, 84(103f.); Pestalozza, Verfassungsprozessrecht., 1991, §31 Rn.7, 8; Schlaich(정태호 역), Das Bundesverfassungsgericht, 409쪽 이하 참조; Detterbeck, Normwiederholungsverbote aufgrund normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts?, in: AöR 116(1991), S.415; Lange, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1978, S.2.

효과를 발휘할 수 있는 가능성이 보호되는 경우에만 가능하다. 형식적 확정력(formelle Rechtskraft)<sup>1058)</sup>은 바로 이러한 기능을 수행한다. 한편 형식적 확정력은 불가쟁력, 즉 불복금지를 의미하므로, 동일한 절차내에서의 자기결정에의 구속, 즉 철회불가능성을 의미하는 불가변력(Unwiderruflichkeit)과는 구별된다.<sup>1059)</sup> 불가변력<sup>1060)</sup>은 헌법재판소의 결정이 일단 내려진 경우 동일한 소송에서는 헌법재판소도 이를 더 이상 변경할 수 없게 되고, 그 결정의 문언에 구속되는 효력을 말하는 것으로서, 자기기속력<sup>1061)</sup> 또는 절차내부적 구속력(innerprozessuale Bindung)<sup>1062)</sup>이라고 부른다.<sup>1063)</sup> 이에 반해 기판력

1058) 우리 헌법재판소도 형식적 확정력을 당연한 것으로 인정하고 있다. 예컨대 헌법소원의 청구인이 헌법소원심판의 결정에 대해 헌법소원을 제기하였던 사건(1990. 5. 21. 90헌마78)에서 헌법재판소는 형식적 확정력을 이유로 헌법재판소결정에 대한 불복신청이 허용되지 아니한다고 하였고, 또한 헌법소원에 대한 즉시항고 역시 허용되지 아니한다고 판시(1990. 10. 21. 90헌마170)한 바 있다. 이러한 입장은 1994. 12. 29. 92헌아1결정과 1996. 1. 24. 96헌아1결정을 통해 거듭 확인되고 있다. 헌법재판소법은 더 이상의 권리구제절차를 허용하지 않고 있다. 따라서 헌법재판소의 결정은 그 선고와 동시에 불가쟁력, 즉 형식적 확정력을 가지게 된다.

1059) Benda/Klein, aaO., S. 501.

1060) 불가변력과 형식적 확정력(불가쟁력) 및 실질적 확정력(기판력)을 넓은 의미에서 확정력이라 할 수 있다. Vgl. Vogel, Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfGs in: BVerfG und Grundgesetz I, 1976, S.583ff.; Gusy, Paelamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S.224ff.; 남북현, 헌법재판소결정의 확정력, 한양법학 3집, 214쪽 이하 참조; 그러나 Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrecht, Rn.1205,는 절차내부적 구속력을 개념상 확정력(Rechtskraft)과는 무관한 것으로 본다.

1061) 헌법재판소는 동재판소가 이미 행한 결정에 대해서는 자기기속력 때문에 이를 취소, 변경할 수 없으며, 그것은 법적 안정성을 위해 불가피한 것이라고 보고 있다. 1989. 7. 24. 89헌마141; 1990. 5. 21. 90헌마78; 1993. 2. 19. 93헌마32 등 참조.

1062) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 1991, S.297; Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, 1991, S.501 참조. Pestalozza는 종국결정과 일부결정(Teil-Entscheidungen)의 경우에도 절차내부적 구속력을 인정하지만 단순히 소송적 처분에 그치는 중간결정(Zwischenentscheidungen)의 경우에는 부정한다. 반면에 Benda/Klein은 중간결정의 경우에도 절차내부적 구속력을 인정한다. 한편, Pestalozza는 연헌재법 제40조("기본권실효의 취소")에 따라 연헌재가 기존결정을 변경할 수 있다는 점에서 동규정이 절차내부적 구속력의 예외를 이루는 것이라고 설명한다. Pestalozza, aaO., 298.

1063) 물론 절차내부적 구속력이 인정된다고 해서 결정문의 오기, 오산 기타 명백한



(실질적 확정력)은 형식적 확정력이 발생한 결정의 내용이 확정된 결과로서 존중되는 것을 보장하기 위한 효력인바, 확정판결이 내려진 시점에서 제시된 종국적인 법적 판단이 당사자들과 법원에 대해 실질적인 규범으로 작용하게 되고, 그에 따라 당사자나 법원이 기존의 판단내용과 모순, 저촉되는 주장과 판단을 행할 수 없게 하는 효력을 의미하는 것으로<sup>1064)</sup>, 궁극적으로 법적 평화(Rechtsfrieden)와 법적안정성(Rechtssicherheit)의 추구를 목적으로 한다.

### 3. 기판력의 의의

법적 평화는 결정 그 자체가 폐지 또는 변경될 수 있는 가능성을 차단하는 것만으로는 결코 완전하게 보장될 수 없을 것이다. 왜냐하면 다른 절차(소송)에서 기존에 내려진 결정과 모순되는 또 다른 결정이 내려질 수 있다면 ‘사태의 최종구속력 있는 해결’, 즉 법적 평화의 회복을 추구하는 기존 결정의 목적이 중대하게 위협받기 때문이다. 그러한 위협을 방지하기 위해 법원의 결정은 불가피하게 당해 소송절차 자체에서 요구되는 확정력과는 별개로 “대외적 효력”(Außenwirkung)도 요구하게 된다.<sup>1065)</sup> 즉 구체적인 소송물(Streitgegenstand)에 관한 것인 한, 설령 그것이 다른 절차에서 판단의 대상이 되는 경우에도 기존 결정의 내용에 구속되어야 하는

---

오류를 직권에 의한 결정을 통해 교정하거나 보완하는 것을 금지하는 것은 아니다. Pestalozza, aaO., S.298; 이것은 우리의 경우에도 마찬가지인데, 현재법 제 40조에 의해 준용되는 민소법 제197조에 따라, 헌법재판소는 결정서의 위산, 오기 기타 이에 유사한 효력이 있는 것이 명백한 때에는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 경정결정할 수 있다.

1064) 김지형, 전계논문, 287쪽 이하 참조.

1065) Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1979, S.22.

것이다. 실질적 확정력은 형식적 확정력의 결과로서 보장되는 것이므로, 형식적 확정력의 발생과 동시에 실질적 확정력도 발생한다. 실질적 확정력에 따른 구속력의 적용을 받는 기관은 장래 기존 결정과 모순되는 결정을 행할 수 없게 될 뿐만 아니라, 기존에 이미 판단된 문제에 대해 새로이 심리절차에 들어가는 것이 포괄적으로 금지된다. 그러한 점에서 실질적 확정력은 동일한 소송물을 대상으로 하는 새로운 절차에서 종전의 법적 효과를 벗어나는 판단이 행해질 수 없도록 하는 효과를 가진다.

## II. 기판력의 본질

“확정력 있는 결정은 동일한 소송물에 대해 미친다”(res iudica in eadem)는 원칙의 본질이 무엇인지에 대해서는 학설이 대립되고 있다. 크게 보면 이를 실체법적 관점에서 이해하는 입장(실체법설)<sup>1066</sup>과 소송법적 관점에서 이해하는 입장(소송법설)으로 대립되고 있으나, 기판력이 추구하는 목적에 비추어 볼 때 그 효력을 실체법에까지 영향을 미치는 것으로 확장하고자 하는 시도는 불필요하

1066) 이 견해는 확정력 있는 법원의 결정이 구속력, 즉 기판력을 가지는 것은 법원의 결정이 “실체적 법상황” 즉 실체법에 대해 영향을 미치기 때문이라고 본다. 이 이론은 판결의 내용이 현실의 법상황과 모순될 경우에도 판결의 내용에 대해 실질적 법을 창설하거나 폐지 또는 변경하는 효력을 인정하고자 하며, 이를 통해 판결내용과 진정한 실체적 법상황이 상이하게 되는 결과를 회피할 수 있다는 점을 그 근거로 들고 있다. 이 견해에 의할 경우 실체적 법상황(실체법)은 판결의 확정력이 발생하는 순간부터 오로지 판결의 내용에 따라 결정되는 것이므로, 동일한 소송물에 대해 제1차 판단하는 법원은 새로운 결정을 내림에 있어 제1차 결정에 구속되며, 이러한 결과는 법원이 실체법에 구속되는 것과 같은 논리인 것이다. 따라서 동일한 소송물을 다투는 소송이 제기된 경우, 다른 모든 소송요건이 충족된 경우라면, 실체판결(Sachurteil)이 행해지게 되고, 결과적으로 이유했음을 근거로 한 기각결정이 내려지게 된다.

고 부당하다는 점에서 소송법설이 타당하다.

소송법적인 관점에서 이해하는 경우에도 구속의 내용이 무엇인가에 대해서는 견해의 대립이 존재하고 있다. 즉 기존 판결의 확정력으로 인해 이미 확정된 법적 효과에 대한 새로운 심리와 결정이 포괄적으로 배제된다고 보는 일사부재리설(ne-bis-in-idem Lehre)<sup>1067)</sup>과, 그에 반해 구속의 의미를 “일탈금지”(Abweichungsverbot)로 이해하여 법관이 기존판결과 다른 내용의 판결을 할 수 없다고 보는 견해(일탈금지설)<sup>1068)</sup>가 대립하고 있다.

일사부재리설은 이미 확정력이 미치는 문제에 대해 헌법재판소가 새로이 심리하는 것을 금지하는 이른바 소송장애(Prozeßhindernis)를 의미하는 것으로 보는데, 독일 연방헌법재판소도 구체적 규범통제절차에 있어서 법원이 행한 반복제청에 대해 같은 입장을 취하고 있다. 그에 따르면 이미 한번 헌법재판소의 심사를 받은 법률은 사정변경이 없는 한 원칙적으로 다시 규범통제를 위한 제청대상이 될 수 없고, 따라서 법원의 반복제청은 부적법 각하되어야 한다고 한다.<sup>1069)</sup> 반면에 일탈금지설은 실질적 확정력이 소송적 장애를 의미하는 것이 아니라 동일한 소송물에 대하여 종전 결정과는 다른 결정을 내리는 것을 금지함을 의미한다고 본다.<sup>1070)</sup>

1067) Bötticher, aaO., S.139; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßordnung, 12.Aufl., 1977, §152 IV.

1068) 이 이론은 특히 행정소송법에서 지지를 받고 있다고 한다. 예컨대 Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9.Aufl. 1977, §53IIIa1 참조. 보다 자세한 문헌목록은 N. Wischermann, aaO., S.24의 각주 20을 참조할 것.

1069) BVerfGE 70, 242(249f.); 65, 179(181); 33, 199(203f.).

1070) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 1991, §20 Rn. 56, 58, 은 일탈금지의 효력이 있다는 점에 대해 명시적으로 부정하지는 않고 있다.

실무상으로 볼 때 이와 같은 학설대립은 결과에 있어 의미가 없다. 일사부재리설에 의할 경우, 기존결정의 확정력은 소극적 소송요건으로 간주되며, 그 결과 이미 확정력이 발생한 법적 분쟁을 대상으로 하는 새로운 모든 심리와 판단은 부적법한 것으로 간주되고, 따라서 헌법재판소는 이를 대상으로 하는 소송제기를 형식판결을 통해 각하하게 된다. 그러나 확정력을 일탈금지로 이해하는 견해 역시 결론에 있어 동일하게 된다. 즉 이 견해에 따를 경우에도 권리보호이익의 결여를 이유로 형식판결을 통한 각하결정이 내려질 수밖에 없다. 왜냐하면 동일한 소송물에 대해 헌법재판소에 이중의 소송을 제기하는 것은 명백히 권리남용으로 간주되어야 하기 때문이다.

다만, Detterbeck에 따르면, 반복입법의 문제를 해결함에 있어 일탈금지설이 일사부재리설에 비해 유리하다고 한다.<sup>1071)</sup> 그는 자신의 소송물이론, 즉 규범통제에 있어 소송물은 단순히 다투어지고 있는 법률이 아니라 “그러한 유형의 법률”이 상위법인 헌법에 위반되는지의 여부라고 보는 전제에서, 반복입법은 결국 새로운 소송물을 형성하는 것은 아니라고 한다. 그런데 만약 헌법재판소가 이와 같은 유사입법에 대해 일사부재리설에 따라 단순히 부적법 각하결정을 내릴 경우 실질적 확정력이 추구하고자 하는 기능, 즉 법적 평화와 법적 안정성의 추구라는 기능에 중대한 장애가 초래된다는 것이다. 즉 헌법재판소가 동일한 소송물이라는 이유로 부적법 각하하는 것은 “사실상 새로운 규범에 대하여 위헌을 선언”하는 것임에도 불구하고

---

1071) Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht, 1995, S.342.

하고 새로운 규정에 대한 명시적인 위헌선언이 결여됨으로써 그것은 여전히 법률로서의 외관을 지니게 되고 법생활에 대하여 사실상의 효력을 발휘하게 된다는 것이다.

그러나 이와 같은 입장은 소송물을 “특정한 법률규정에 대한 위헌성의 주장”이 아니라 “일정한 유형의 법률규정에 대한 위헌성의 주장”이라고 보는 것으로서, 하나의 소송물로 간주되어 심판의 대상이 되는 법률을 지나치게 확대하는 결과를 초래하게 되며, 전술한 바와 같이 헌법재판이 지닌 객관적 성격에서 심판대상조항의 확대가 가능하다 할지라도 그것은 체계적 이유 또는 당해규정과의 밀접불가분성이 인정될 경우에만 가능하다고 보는 입장에서는 동의하기 어렵다.<sup>1072)</sup> 또한 이 견해는 “일탈금지”의 의미를 “위헌”결정이 있고 난 이후에 새로이 제정된 동일 또는 본질상 유사한 조항에 대해 종전과 같이 다시 “위헌”결정을 내리게 되는 것으로 이해하고 있으나, 실질적 확정력의 본질은 “일탈금지”로 이해하는 경우에도 “권리보호이익의 결여”를 이유로 각하결정을 내리게 됨은 전술한 바와 같다. 어쨌든 이와 같은 경우에 새로이 제정된 법률규정은 종전 결정의 소송물과는 다른 소송물에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.

### Ⅲ. 기판력의 헌법적 기초

우리 헌법재판소법은 제39조에서 “헌법재판소는 이미 심판을 거친

---

1072) 이에 대해서는 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대 박사학위논문, 2002, 제2장 제3절 2.참조.

동일한 사건에 대하여는 다시 심판할 수 없다”라고 함으로써 일사부재리원칙을 규정하고 있다. 이 규정의 의미에 대해서는 그것이 일반 소송법상의 확정력, 특히 기판력을 인정하고 있는 것으로 이해되고 있으나, 이론이 없지는 않다.

최근의 우리 헌법재판소 판례에서는 비록 소수의견을 통해서이긴 하지만 헌법재판소 제39조의 의미를 기판력과는 별개의 제도로 이해하고자 하는 견해가 제시된 바 있다.<sup>1073)</sup> 이 견해는 사실인정과 밀접, 불가분의 관련을 가진 기판력이론을 규범통제를 목적으로 하는 헌법재판에서는 그대로 원용할 수 없다고 주장하면서, 독일 Bayern지방 헌법재판소가 취하고 있는 동일한 논지의 판례<sup>1074)</sup>를 그 논거로 제시하고 있다. 즉 동재판소에 따르면 헌법재판소의 규범통제절차는 하위법규범을 상위규범(헌법)에 견주어 판단하는 절차이기 때문에 사실관계에 법률을 적용하는 재판절차와 다르고 본질적으로 입법작용에 가까우므로 규범통제절차에서의 헌법재판소 결정은 기판력이 인정될 여지가 없다는 것이다.

소수의견은 헌법재판에 있어 기판력을 일사부재리와 별개의 개념으로 파악하고 이를 통해 기판력을 부정하고자 하나 이러한 태도는 기판력이 사법작용인 헌법재판에 있어 적용될 수 있는 것인가의 여부는 일반 법률법의 차원이 아닌 헌법차원에서 결정되어야 할 문제라는 점을 간과하고 있음을 지적하고자 한다. 즉 헌법재판에 있어 기판력은 법률규정에 의해 비로소 창설되는 것이 아니라 헌법으로

1073) 헌결 2001.6.28. 2000헌바48 결정의 재판관 권성의 각하의견.

1074) BayVerfGHE 5, 166(183); 11, 227(140);18, 30(35); 20, 101(107).

부터 직접 도출되는 것이며, 우리 헌법재판소법 제39조의 일사부재리는 이를 확인하는 규정에 불과하다는 점이다. 특히 Bayern 헌법재판소의 견해는 실질적 확정력의 발생을 위한 전제조건에 대한 올바른 이해에 기초하고 있지 않다. 실질적 확정력은 “특정한 성질의 법발견과정에만 연계”되어 발생하는 것이 아니며, 결정이 어떠한 방식을 통해 성립하게 되는가와 무관한 것이다. 더욱이 법률규범을 상위법인 헌법을 척도로 하여 심사하는 것도 일종의 포섭이라는 점,<sup>1075)</sup> 나아가 규범통제절차에 있어서도 생활사태 내지 사실관계는 매우 중요한 역할을 수행한다는 점도 지적되어야 할 것이다. 본안적 규범통제<sup>1076)</sup>의 경우 비록 대립하는 당사자(청구인과 피청구인)가 존재하는 대심구조를 띠는 것은 아니지만, 그럼에도 불구하고 소송당사자는 존재하며<sup>1077)</sup>, 더욱이 헌법재판의 기능이 사법작용이라는 점을 고려하면 일반재판에서와 마찬가지로 기판력을 인정하는 데 별 어려움이 없다. 물론 이 경우에도 헌법소송의 특수성으로 인해 일반소송법상의 그것과는 달리 기판력에 있어 독자적인 내용이 인정된다고 하더라도, 그것이 헌법재판에 있어 기판력의 존재 자체를 부정하는 근거가 될 수는 없다.

---

1075) Benda/Klein, aaO., Rn.1211; 또한 비슷한 견해로 Schlaich(정태호 역), aaO., Rn.110 참조.

1076) 본안적 규범통제(prizipale Normenkontrolle)란 헌법재판소의 심리가 규범통제를 주된 목적으로 하여 진행되는 것을 말하는데, 위헌법률심판과 헌재법 제68조 제2항에 의한 헌법소원, 동법 제68조 제1항에 의해 이루어지는 법률헌법소원을 들 수 있다. 이에 반해 제68조 제1항에 따른 헌법소원의 인용에 수반하여 이루어지는 규범통제는 규범의 위헌여부를 부수적으로(inzident) 또는 선결문제(Vorfrage)로서 심사하게 되는데, 이런 경우를 부수적 규범통제(inzidente Normenkontrolle)라 부른다.

1077) 구체적 규범통제의 경우에만 예외이지만, 이 경우에도 소송물의 확정은 별 어려움이 없고, 특히 후술하는 바와 같이 헌법재판소의 결정에 대해 기판력을 인정하는 경우에도 일반소송법상의 기판력과는 달리 헌법재판에 독자적인 내용을 가진 효력으로서 인정되어야 할 것이므로 구체적 규범통제의 기판력을 인정하는 데에도 별 문제가 없다.

헌법재판소의 결정에 대해 기판력을 부정하는 입장은 Bryde의 경우도 마찬가지이다. 그는 규범통제결정에 대해 실질적 확정력을 인정할 경우 확정력의 주관적 범위를 확정할 수 없다고 본다. 왜냐하면 이 경우에는 당사자가 결여되어 있기 때문이라는 것이다. 즉 추상적 규범통제의 경우 청구권자(Antragsbeteiligten)가 존재하기는 하지만 이들은 단순히 공익적 이유에서 규범통제절차를 개시하는 데 불과하고, 구체적 규범통제의 경우에는 아예 청구권자가 결여되어 있다는 것이다. 따라서 실질적 확정력이 부정되는 것은 당연하다고 하며, 또한 Bayern지방 헌법재판소 역시 구체적 법률관계의 부존재를 이유로 일관되게 규범통제결정의 기속력을 부정하고 있다는 점도 그 근거로서 제시하고 있다.<sup>1078)</sup> 그러나 이 견해는 전술한 바와 같이 헌법을 기준으로 하여 법률의 위헌여부를 판단하는 것도 사실관계를 규범에 포섭시키는 과정으로 간주될 수 있다는 점을 간과하고 있다.

독일의 경우 우리나라와는 달리 기판력에 관한 규정이 연방헌법재판소법에 존재하고 있지 않음에도 불구하고 연방헌법재판소는 이 제도가 법치국가의 본질적 표지로서 직접적인 헌법적 요청의 결과로 보고 있으며, 나아가 그에 따라 기판력이 가진 법치국가적 기능을 강조하고 있다.<sup>1079)</sup> 법적 평화와 법적안정성이 법치국가의 본질적 표지임은 재론의 여지가 없다. 법치국가원리는 그 본질적

1078) Bryde, Verfassungsentwicklung 1982, S.405f.

1079) BVerfGE 47, 146(161); 47, 146(165); 15, 313(319). 특히 이 결정은 확정력 있는 결정과 그밖에 확정력을 가지게 되는 공권력행사가 원칙적으로 법적 존속력을 가지게 되는 것은 법적 안정성의 원칙으로부터 나오는 것으로 보고 있다; “법적 평화와 법적 안정성”을 지나치게 강조하는 것을 반대하는 견해로는, Bryde, aaO., 1982, S.402ff참조.



구성요소로서 법적 안정성의 보장을 포함하며, 법적 안정성은 법 발견과정에 대한 절차적 규율을 요구할 뿐만 아니라 법적 존속력(Rechtsbeständigkeit)이 보장되는 궁극적 해결(Abschluß)도 요구하며, 따라서 법치국가적 요청에서 요구되는 법적 평화와 법적 안정성의 보장을 위해서는 구체적인 경우에 부당한 결정이 내려질 수 있는 가능성도 경우에 따라 감수하지 않을 수 없다.<sup>1080)</sup> 하지만 법적 평화와 법적 안정성의 보장은 곧 실질적 확정력의 본질적 속성에 해당하며, 그렇다면 실질적 확정력 역시 법치국가원리의 본질적 요소에 해당한다고 하지 않을 수 없다. 물론 법적 안정성과 더불어 헌법상의 또 다른 요청인 실질적 정의의 요청이 존재하고 있음은 부정할 수 없지만, 그러나 이러한 요청이 확정력이 발생한 법원이나 헌법재판소 결정의 존중을 무조건적으로 배제할 수 있다고 본다면 그것은 헌법에 반하는 결과가 될 것이다.<sup>1081)</sup> 그것은 법원이나 헌법재판소결정에 대해 사후적으로 그 존속을 부정하는 것이 될 것이고, 이것은 법치국가원리의 본질적 구성요소라 할 수 있는 법적안정성의 원칙을 침해하는 것이기 때문이다. 독일 연방헌법재판소는 더 나아가 헌법제정이나 헌법개정시에 확정력을 부정하는 규정을 두는 것 자체가 금지된다는 입장을 취하고 있다. 즉 만약 일정한 규범(헌법규범)이 법에 내재한 기능인 평화수호기능을 부정하거나 왜곡 또는 중대하게 무시한다면 이러한 규범은 그 자체 본래적인 헌법규범이 갖추어야 할 내용이라는 측면에서는 무효일 수 있다는 것이다.<sup>1082)</sup>

요컨대, 법원이나 헌법재판소가 행하는 결정이 실질적 확정력을 가

---

1080) BVerfGE 2, 380(403) 참조.

1081) BVerfGE 29, 413(432) 참조.

1082) BVerfGE 3, 225(237).

진다는 것은 헌법으로부터 직접 도출되는 결과라 할 것이다. 법치국가원리는 불가쟁력, 즉 형식적 확정력이 발생한 법원이나 헌법재판소의 결정이 그 내용에 있어서도 궁극적으로 구속력을 가져야 할 것을 요구하고 있다. 결국 우리 헌법 제39조의 명문규정의 존재여부와는 상관없이 법원의 결정과 마찬가지로 헌법재판소 결정도 실질적 확정력, 즉 기판력을 가지는 것으로 보아야 할 것이다.

#### IV. 기판력과 결정유형

우리 헌법재판소법 제39조 일사부재리 조항은 법문언상 규범통제의 결정유형을 불문하고 기판력을 인정하고 있다. 아래에서는 결정유형별로 기판력의 적용가능성 여부를 검토하고자 한다.

##### 1. 합헌결정과 위헌결정

헌법재판소법 제39조<sup>1083)</sup>의 법문언에 따르면, 헌법재판소의 모든 결정은 일사부재리원칙의 적용을 받고, 따라서 합헌결정과 위헌결정 모두에 적용된다. 그러나 규범통제결정에 있어서는 규범통제결정의 특성으로 인해 합헌결정에만 적용될 수 있을 뿐이며 위헌결정에는 적용될 여지가 없는 것처럼 보일 여지도 있다.<sup>1084)</sup> 법규범에 대해

1083) “헌법재판소는 이미 심판을 거친 동일한 사건에 대해서는 다시 심판할 수 없다.”

1084) 남북현 교수는 법률의 위헌결정에 대해 원칙적으로 기판력을 긍정하는 입장을 취하고 있으나, 다만 법률의 위헌결정에는 기속력과 법규적 효력이 인정되기 때문에 특별히 문제가 발생할 여지가 없는 것으로 보고 있다. 동인, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 쟁점 및 해결방안, 161쪽.

헌법재판소가 위헌결정을 행한 경우 당해 규범의 존재는 영구적, 확정적으로 소멸하며 당해 규범이 다시 합헌 등의 방법으로 부활할 가능성이 더 이상 존재하지 아니한다. 즉 당해 규범은 존재적으로 무의 상태에 놓이게 된다. 특히 규범통제결정의 경우에는 재심의 가능성도 차단되어 있다. 물론 제청법원이 위헌으로 선언된 법규범에 대해 반복제청을 하는 경우 헌법재판소로서는 이를 부적법 각하하게 될 것이다. 따라서 이러한 경우를 “기관력이 미치는 효과”가 아니라 ‘존재하지 아니하는 규범’에 대한 위헌제청이기 때문은 아닌가라는 의문이 제기될 수도 있다.

그러나 결론적으로 볼 때 위와 같은 주장은 타당하다고 볼 수 없다. 왜냐하면 위헌결정이 갖는 소송법적 효력인 기속력이나 법규적 효력은 위헌결정의 기관력을 전제로 하여 그 주관적 및 객관적 범위의 확대로 이해하여야 하기 때문에, 만약 위헌결정의 기관력을 부정한다면, 이것은 논리적으로 볼 때 기속력과 법규적 효력의 기초가 박탈되는 것을 의미하기 때문이다.

헌법재판소가 일정한 법규범에 대해 위헌결정을 선고하게 되면 헌법재판소법 제47조 제2항에 따라 결정이 있는 날로부터 당해규범의 효력이 상실되고, 이것은 “규범의 폐지”를 의미하므로, 제청법원으로서는 당해규범에 대해 더 이상 반복하여 제청할 수 없게 된다. 결국 이와 같은 결과는 기관력의 효과<sup>1085)</sup>, 혹은 헌법재판이 사법작용적 속성을 지니기 때문에 당연히 인정되는 것으로 보아야 한다.<sup>1086)</sup>

---

1085) 전정환, 헌법재판소 결정의 효력에 관한 일반적 고찰, 헌법재판연구 7권, 37쪽.

1086) 남북현, 전개논문, 161쪽.

## 2. 한정합헌결정과 한정위헌결정

헌법합치적 해석은 헌법재판소가 선호하는 규범해석의 합헌성을 확인하는 것일 뿐만 아니라 헌법재판소에 의해 배척된 해석가능성의 위헌성을 확인하는 것이기도 하므로, 한정합헌이나 한정위헌결정이 있는 경우 헌법재판소의 해석을 통해 배척된 해석가능성의 경우 기판력을 인정할 필요가 있는가라는 문제가 제기될 수 있다. 논리적으로 볼 때, 헌법재판소에 의해 배척된 해석가능성은 규범영역으로부터 확정적으로 폐지된 것으로 간주되므로, 전술한 위헌결정의 경우와 마찬가지로 기판력을 인정할 실익이 없지 않은가라는 물음의 제기가 가능하다. 그러나 한정합헌이나 한정위헌결정은 질적 일부무효결정 내지 규범조문의 삭제 없는 부분무효선언<sup>1087)</sup>으로서 일정한 해석가능성이 배척되었음에도 불구하고 조문은 여전히 그대로 존재하게 된다. 따라서 이 경우 제청법원이나 당사자가 위헌으로 선언된 부분을 문제삼을 가능성이 여전히 존재한다 할 것이므로, 기판력을 인정하는 것이 타당하다.

## 3. 헌법불합치결정

헌법불합치결정의 경우 기판력은 당연히 인정된다. 왜냐하면 원칙적 헌법불합치의 경우에도 규범의 외형은 그대로 존속하고 있고, 특히 잠정적용명령이 행해지는 경우에는 당해법률이 그대로 적용되게 되고, 따라서 당해법률에 대해 다시 위헌확인을 요구할 가능성이 존재하기 때문이다.

<sup>1087)</sup> Skouris, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S.112.

## V. 기관력의 한계

### 1. 객관적 한계

#### 가. 주문

주문만이 확정력을 가진다는 데 견해가 일치되고 있다.<sup>1088)</sup> 즉 판결문의 내용 전부가 아니라 법적 분쟁의 대상, 즉 소송제기인이 요구한 법적 효과에 대한 고유한 결정만이 확정력을 가진다. 법관이 행하는 고유한 결정이란 확정된 사실관계에 객관적인 법을 적용하는 “포섭추론”(Subsumtionsschluß)의 방법을 통해 얻어진 결과에 대한 언명, 즉 소송제기인의 청구가 주장될 수 있는 것인지 아닌지의 여부에 대해 법관이 내리는 언명을 의미하는 것이다. 따라서 “사실 확정이나 법의 해석”이 아니라 “포섭추론”만이 법원의 결정대상이며 동시에 그것만이 확정력의 대상이 된다.<sup>1089)</sup> 물론 한정합헌결정이나 한정위헌결정의 경우에는 일정한 사실관계<sup>1090)</sup>나 법의 해석<sup>1091)</sup>도 주문에 내포될 수 있고, 그러한 경우에는 주문에 포함된

1088) Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, S.229; 방승주, 헌법재판소의 헌법합치적 해석의 효력, 현대공법학의 재조명, 김남진교수정년기념논문집, 고려대 법학연구소, 1997419, 437쪽 참조.

1089) 예컨대 이것은 “범률A는 헌법에 위반된다” 또는 “범률A는 헌법에 위반되지 아니한다”라는 형식을 취할 것이다.

1090) 헌결 1997. 12. 24. 96헌마172; 1994. 12. 29. 93헌바21 결정의 주문 참조.

1091) 예컨대, 헌결 1997. 1. 16. 92헌바6등(병합) 결정의 주문(1)은 다음과 같다: “1991. 5. 31. 개정전의 국가보안법 제7조 제1항·제3항·제5항 및 제8조 제1항은, 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을

한에서 실질적 확정력을 가지는 것으로 보아야 한다. 물론 헌법재판소가 사실관계를 주문에 포함시키는 경우에도 그것은 당해사건에 국한된 구체적 사실관계가 아니라 “추상화된 사실관계”의 형식을 취한다.

#### 나. 결정이유

실질적 확정력은 원칙적으로 소송물에 대한 결정, 즉 주문에만 미치므로, 결정이유나 헌법재판소가 부수적으로 판단한 선결문제는 실질적 확정력을 가질 수 없다. 이것은 법치국가원리로부터 도출되는 당연한 결론이라 할 수 있다. 물론 입법자가 법률을 통해 - 예컨대 기속력이나 법규적 효력이라는 제도를 도입함으로써 - 실질적 확정력의 한계를 확장할 수 있는가는 또 다른 문제이다.

그러나 실질적 확정력의 객관적 범위를 정함에 있어 결정이유는 그 자체 확정력을 갖지는 않으면서도 매우 중요한 의미를 가지는데, 그것은 소송물의 확정, 따라서 확정력의 객관적 한계를 규정하기 위해 흔히 결정이유가 고려되어야 하기 때문이다.

헌법재판소의 결정이 갖는 실질적 확정력은 일반소송의 경우와는 본질적으로 차이가 있다. 헌법재판소의 결정은 당사자간의 쟁송을 해결하는 것만을 목적으로 하지 않으며 최소한 헌법의 해석을 수단으로 하는 객관적 절차로서의 성격도 아울러 지니고 있다. 특히 규

---

끼칠 명백한 위험이 있는 경우에 적용된다 할 것이므로, 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”

범통제의 경우에는 이러한 객관적 성격이 보다 분명하게 나타나게 된다. 그 결과 헌법재판소 결정의 객관적 확정력은 당해 소송물에 대해 사실상 헌법적으로 심사가 이루어진 범위에서만 미치게 된다. 만약 전소의 결정발견과정에서 일정한 측면이 고려되지 않았다면, 비록 전소와 동일한 청구라 할지라도 그것이 논의대상으로부터 배제된 관점에 입각한 것인 한 이를 후소에서 주장하는 것이 허용된다. 결과적으로 이런 경우에는 전소의 결정이 갖는 실질적 확정력이 더 이상 적용되지 않게 된다. 이것은 헌법재판소 결정의 경우 심사 범위와 실질적 확정력의 객관적 범위가 일치한다는 것을 의미한다.<sup>1092)</sup> 또한 이것은 실질적 확정력의 객관적 범위가 경우에 따라 일반법원의 재판에서보다 좁게 설정될 수 있다는 것을 의미한다.<sup>1093)</sup> 특히 BVerfGE 22, 387(405)에 의하면 기존의 절차에서 고려되지 않았던 법률의 일정한 측면이 문제되는 경우 새로운 심사가 허용된다고 하고 있는데 이 역시 같은 취지인 것으로 보인다.

일반재판에서는 확정력의 범위가 법원이 재판에서 고려할 수 있었던 사실이나 법적 문제에 의해 결정되지만, 헌법재판의 경우에는 헌법재판소가 그 결정에서 사실상 고려하였던 사실이나 법적 문제에 의해 결정된다. 따라서 이미 기판력이 발생한 소송물이 후소에서 문제되는 경우라도 기존 결정에서 고려하지 않았던 관점들이 논의의 중심을 이루는 한 헌법재판소는 전소의 실질적 확정력에 따른 구속을 벗어날 수 있다.

---

1092) Sachs, Die Bindung des BVerfG, 1977, S.325ff; Geiger, Einige Besonderheiten im verfassungsgerichtlichen Prozeß, 1981, S.25f.

1093) Zuck, Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1975, S.910.

## 2. 시간적 한계

### 가. 사실관계와 시간적 한계

원칙적으로 헌법재판소 결정의 실질적 확정력은 헌법재판소가 사실상 고려하였던 법적, 사실적 사정에만 미친다. 따라서 사실관계의 변화는 원칙적으로 그것이 소송물의 변화를 초래하는 본질적 변화인 경우는 물론 그렇지 않은 경우에도 기존 결정의 실질적 확정력의 존속여부에 영향을 미칠 수 있다.

먼저 소송물의 동일성이 유지되는 경우, 헌법재판소결정이 실질적 확정력을 가질 시점에 이미 존재했고 또 고려되었던 법적 또는 사실적 사정은 원칙적으로 실질적 확정력의 적용을 받는다. 그러나 실질적 확정력이 발생했던 시점에 존재했던 사정이라 할지라도 만약 그것을 고려하게 된다면 상이한 사실관계를 의미하게 되고, 따라서 새로운 소송물을 의미하는 경우라면 - 소송물이 다르기 때문에 - 기존 결정의 확정력과는 무관하게 그러한 사정을 고려한 새로운 소송물에 대하여 새로운 결정이 내려질 수 있다. 하지만 소송물의 변화를 초래할 정도는 아니라 할지라도 전소의 결정시점에 객관적으로 존재하였으나 헌법재판소가 고려(판단)하지 않았던 사실관계의 경우에도 확정력이 미치지 아니한다. 이것은 헌법재판이 헌법의 해석을 수단으로 하는 객관적 소송으로서의 성격을 가진다는 점에 기인하는 것이며, 그런 점에서 일반소송법상의 원칙에 대한 예외를 의미하는 것이다.

이상과 같은 결과는 확정력의 발생시점 이후에 초래된 새로운 사실관계의 경우에도 동일하게 적용된다. 일반적 견해에 따르면 확정력



발생시점 이후에 생긴 모든 새로운 법적 또는 사실적 사정은 실질적 확정력의 적용을 받지 아니한다.<sup>1094)</sup> 물론 초래된 새로운 사실관계가 소송물의 변화를 의미하는 경우에는 전소의 실질적 확정력과는 무관하게 새로운 소송물에 대한 판단이 가능하다는 것에 대해서는 위에서 본 바와 같다. 그러나 소송물의 변경을 초래하지 않는 경우라 할지라도 결정 시점 이후에 초래된 모든 새로운 사실관계에는 실질적 확정력이 미치지 아니한다. 헌법재판소가 판단한 바 없기 때문이다. 따라서 이러한 새로운 사실들이 기존 결정의 실질적 확정력의 존속여부에 영향을 미칠 수 있는지가 문제된다. 이 경우 유의하여야 할 점은 새로운 사실들에 대해 판단함에 있어 기존 결정의 실질적 확정력의 영향으로부터는 자유롭지만, 기존 결정에서 고려의 대상이 되었던 사실관계들에 대한 판단의 효력, 즉 기존 결정의 실질적 확정력의 구속으로부터 벗어날 수 없다는 점이다. 따라서 언제나 기존 결정의 실질적 확정력이 유지되는 상태에서만 새로운 사실관계에 대한 판단이 허용된다. 그러므로 기존 결정의 실질적 확정력 내지 기판력을 부정하고 새로운 결정을 요구할 수 있을 정도의 새로운 상황변화가 초래된 경우에만 동일한 소송물에 대한 새로운 절차가 진행될 수 있다. 이 경우 사실적 또는 법적 상황이 근본적으로 변화될 필요까지는 없으나 적어도 그 실질에 있어 기존 결정에 영향을 미칠 수 있는 정도의(entscheidungserheblich) 새로운 사실관계의 제시가 필요하다.<sup>1095)</sup>

---

1094) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, §20 Rn.60; Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrecht, Rn.1217 참조.

1095) BVerfGE 33, 199(203f.); 82, 198(205); Schlaich(정태호 역), 독일헌법재판론, Rn.445; Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S.93ff., 239; Lange, Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, JuS 1978, S.3.

### 나. 헌법재판소 판례의 검토

2001. 6. 28. 헌법재판소결정(2000헌바48)에서 제시되었던 1인 소수의견은, 사실관계의 변화를 기관력의 시적 범위의 이론으로 파악하는 것을 부정하는 입장을 보이고 있다. 이 견해는 독일 연방헌법재판소의 판례(BVerfGE 70, 242(249))<sup>1096</sup>에 대해 비판적인 입장을 취하고 있다.

먼저, 1인 소수의견은 “중전의 결정의 기초가 된 사실관계와 다른 사실관계가 중전의 결정 이후에 새로 발생한 것이라면 이 사실관계는 중전의 사실관계와 완전히 다른 것일 수 있고 그런 경우라면 그 사실관계는 애당초 동일성의 범위에 들어갈 수 없는 것이라는 점에서 이러한 논의는 무의미하다”고 주장한다. 위에서 언급된 “다른 사실관계”란 문맥전체의 의미에 비추어 소송물의 변화를 전제로 한 “중전의 사실관계와 완전히 다른 것”을 뜻하는 것으로 해석된다. 따라서 독일 연방헌법재판소의 판시내용이 “새로운 소송물의 탄생을 의미할 정도로 본질적으로 변화된 사실관계”를 염두에 둔 것이라면 위의 비판은 의미가 있다. 그러나 그렇게 보기는 어렵다고 생각된다. 즉 연방헌법재판소는 법원이 새로운 위헌제청을 할 때 “헌법재판소의 중전 결정을 근거로 하여 그러한 중전 결정과는 다른 결정을 이끌어 내는데 적합한 사실관계를 제시”할 것을 요구하고 있는

1096) “헌법재판소결정의 기관력은 항상 그 결정시점과 관련되어 있다. 헌법재판소의 판단은 결정 당시에 존재하는 사실관계를 기초로 하기 때문에 결정이후에 발생하는 다른 사실관계들은 판단되어 있지 않다. 따라서 기관력은 중전의 결정 이후에 발생하는 새로운 사실관계에는 영향을 미치지 아니한다. 그러므로 법원의 새로운 위헌제청은, 헌법재판소의 중전 결정을 근거로 하여, 이러한 중전 결정과는 다른 결정을 이끌어 내는데 적합한 새로운 사실관계를 제시하는 경우에 만, 적법하다.”

데, 만약 소송물 자체가 달라졌다면 법원으로서는 헌법재판소의 중전입장에 구애받지 않고 마음대로 위헌제청을 할 수 있는 것이다. 따라서 연방헌법재판소의 판시내용은 소송물의 변화 자체를 상정한 것이라고 보기 어렵다. 실제로 1인 소수의견은 위 각주 44)의 판례에서 밑줄 친 부분을 제외한 나머지 부분만 인용하면서 비판을 행하고 있는데, 밑줄 친 부분의 의미를 간과한 것으로 생각된다. 결론적으로 연방헌법재판소의 판시취지는 소송물의 변화를 전제로 하지 않은 사실관계의 변화를 염두에 둔 것이라 생각되며, 그러한 사실관계의 변화도 기존 결정의 기판력의 존속여부에 영향을 미칠 수 있음은 위에서 언급한 바와 같다.

다음으로, 1인 소수의견은 “기판력 이론에서 변론종결 이후에 발생한 새로운 사실에 대하여 기판력이 미치지 않는다고 하는 것은 그 새로운 사실이라는 것이 종전의 사실관계와 연결되는 범위내의 것임을 전제로 하여 의미를 갖는 것인데 위 견해에서 말하는 새로운 사실관계라는 것은 오히려 종전의 사실관계와 연결되지 않는(성질상 연결될 수 없는 별개의 사실관계가 대부분일 것이다) 전혀 다른 새로운 사실관계를 가리키고 있으므로 이러한 의미의 완전히 다른 새로운 사실관계는 기판력 이론의 시적 범위와는 관계가 없는 것”이라고 하고 있다. 그러나 이 주장은 민사소송법상의 기판력이론을 헌법재판에도 그대로 적용하고 있다는 문제점을 지니고 있다. 헌법재판, 특히 규범통제는 객관적 소송으로서의 성격을 가지며, 당사자의 주장에 구속되지 않고 직권심리를 진행하는 것이 특징이다. 따라서 “종전의 사실관계와 연결되지 않는” 새로운 사실관계가 발생한 경우에도 그것이 기존 결정의 기판력의 존속여부에 영향을 미치는

지에 대해 심사할 수 있는 것이다.

위의 1인 소수의견이 제시되었던 현재판례의 경우, 심판대상조항과 당사자(위헌소원의 경우 청구인이 당사자가 된다)는 동일하고 당해 사건만이 다른 경우였다.<sup>1097)</sup> 이에 대해 다수의견은 소송물의 동일 성여부는 심판대상조항과 당사자는 물론 당해사건까지 같아야 소송 물이 동일하다고 보는 전제에서 사안의 경우 소송물을 달리하는 것 으로 보아 적법한 청구로 본안판단을 하여 다시 합헌결정을 내렸으 며, 그에 반해 3인 소수의견은 심판대상조항과 당사자만 같으면 소 송물이 동일하다고 보아야 하며 당해사건이 다르다는 것이 소송물 의 동일성에 영향을 미칠 수 없다는 전제에서 기판력이론을 적용함 으로써 각하의견을 제시하였다. 또한 1인 소수의견은 헌법재판에 대 한 기판력이론의 적용을 부정하면서 헌법재판소법 제39조의 일사부 재리에 관한 조항이 기판력과 무관한 독자적인 제도라는 전제에 서 같은 각하의견을 제시하였다. 1인 소수의견의 전제가 부당하다는 점에 대해서는 이미 전술하였으므로 이하에서는 나머지 견해들에 대해 비판하고자 한다.

다수의견과 3인 소수의견의 입장대립에 있어 핵심은 당해사건이 다르다는 것이 별개의 소송물을 의미하는 것인가에 있다. 3인 소수의 견은 이에 관해, 규범통제절차에 있어서의 심판대상은 당해사건에

---

1097) 동일한 세법조항에 근거하여 동일한 납세자를 상대로 하여 부과된 각 A, B의 과세처분에 대해, 위 납세자가 A를 다투면서 그 근거조항에 대해 위헌소원을 제기하여 합헌결정(2000.4.27. 2000헌바21)이 있자 다시 B를 다투면서 동일조항에 대해 반복하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 위헌소원을 제기함으로써 문 제가 된 사건이었다.

적용할 법률조항의 위헌여부일 뿐이고 당해사건은 법원에 남아 있어 헌법재판소의 심판대상에 편입되는 것이 아니라(1098)을 취함으로써 사실관계에 해당하는 당해사건이 동일한가의 여부를 심판대상, 즉 소송물로부터 배제하고 있다. 그러나 이러한 견해는 헌법재판의 소송물의 한 요소로 사실관계 내지 생활사태가 편입되어야 한다고 보는 입장에서는 동의하기 어렵다. 규범통제가 객관적 소송으로서의 성격을 가진다는 점, 따라서 일반소송에서 보다 사실관계가 갖는 의미나 중요성이 낮다는 점등을 감안하더라도 규범통제에 있어서의 사실관계의 의미 자체를 부정하거나 심판대상으로부터 제외하고자 하는 것은 옳다고 할 수 없다. 왜냐하면 추상적 규범통제와는 달리 구체적 규범통제에 있어서 법률의 위헌여부는 언제나 구체적 사실관계와 관련되어 제기되기 때문이다. 더욱이 법률의 위헌여부에 대한 판단이 구체적 사실관계와 불가분의 연관성을 가지는 경우도 빈번하게 볼 수 있다. 예컨대 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 한정위헌결정(1099)은 대법원이 구소득세법 조항들에 대한 헌법재판소의 한정위헌결정에도 불구하고 이를 무시하고 위 조항들을 합헌으로보아 재판을 진행한 구체적 사실관계에 기인한 것이고 그에 따라 헌법재판소는 그러한 구체적 사실관계까지 - 추상화된 형태로 - 결정주문에 포함(1100)시켜 한정위헌을 선언하였다. 국가

1098) 1인 소수의견도 “규범통제를 목적으로 하는 헌법재판에 있어서는 사실인정은 제2선으로 후퇴하게 되어있고 전면에 등장하는 것은 법률과 헌법의 관계이며 이것이 유일한 과제가 된다. 사실관계는 위헌 여부가 문제되는 법률이 적용될 계기를 만드는 의미를 갖거나, 위헌판단에 참고하여야 할 주변상황으로서의 의미를 가질 뿐이다.”라고 함으로써 같은 입장을 취하고 있다. 물론 이 견해는 기관력이론이 사실인정과 밀접, 불가분의 관련을 가진 것이기 때문에 규범통제를 목적으로 하는 헌법재판에서는 그대로 원용될 수 없는 결론에 이르고 있다.

1099) 헌결 1997.12.24. 96헌마172등.

1100) 위 결정의 주문은 다음과 같다 : “헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘법원의 재판’에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을

배상법 제2조 제1항 단서에 대한 한정위헌결정<sup>1101)</sup>도 마찬가지이다. 위 결정들은 한정합헌이나 한정위헌결정의 경우 특히 사실관계에 대한 의존성이 크다는 것을 보여주고 있지만, 일반적인 합헌결정이나 위헌결정의 경우에도 사실관계가 갖는 의미를 완전히 무시할 수 없다. 구체적 규범통제에 있어 법률의 위헌성에 대한 심사는, 설령 그 객관적 성격으로 인해 사실관계와 무관한 심사가 이루어지는 경우에도, 일차적으로는 사실관계에서 출발하는 것이기 때문이다. 따라서 헌법재판에 있어서도 사실관계<sup>1102)</sup>는 소송물의 한 요소로 인정되어야 하는 것이다.<sup>1103)</sup>

하지만 사실관계를 소송물에 편입시켜 이해한다고 하여 다수의견과 같이 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원에 있어 당해사건을 달리하면 곧 심판대상인 소송물을 달리하게 된다는 결론에 이르는 것

---

침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서, 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법에 위반된다.”

1101) 헌결 1994.12.29. 93헌바21. 이 결정의 주문은 국가배상법 제2조 제1항 단서의 관련부분에 대해 “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 아니한다고 해석하는 한, 헌법에 위반된다.”라고 표현하고 있다.

1102) 사실관계의 개념에 대해서는 아직 확정적으로 해명되어 있지는 않다. 당해사건이 사실관계에 해당하는 것은 당연하다고 할 것이다. 또한 자연재해와 같은 물리적인 현상이 사실관계의 하나로 간주될 수 있을 것이다(Detterbeck, aaO., S.314). 조약의 체결과 같은 법적 상황의 변화 또는 법률의 개정도 사실관계의 변화로 간주될 수 있을 것이다. 또한 사회적 필요성의 변화라든가 질서관념의 변화 등도 사실관계에 속한다. 일반적인 법적 견해의 변천도 경우에 따라 사실관계의 변화로 간주될 수 있다. 특히 헌법의 의미에 대한 이해의 변화 역시 넓게 보면 사실관계의 변화로 간주될 수 있을 것이다. 왜냐하면 헌법규정의 의미에 대한 이해의 변천은 동시에 정치적·경제적 및 사회적 현실에 있어서의 새로운 지향성을 뜻하기 때문이다.

1103) 이에 대한 보다 자세한 내용은 최희수, 전계학위논문 제2장(헌법재판에 있어서의 소송물) 참조.

은 아니다. 심판대상조항과 당사자가 동일하다는 전제에서 소송물을 달리하기 위해서는 전술한 바와 같이 사실관계의 본질적인 변화가 있어야 한다. 물론 사실관계의 본질적인 변화가 있었다고 인정될 경우에는 소송물을 달리 하고, 그 결과 다수의견과 같이 합헌결정을 내리게 된다. 그러나 위 사건의 경우 당해 사건은 종전 결정의 당해 사건과 비교할 때 - 심판대상조항과 당사자가 완전히 동일하다는 외에도 - 세금부과처분의 일자와 부동산이 다르기는 하지만 두 사건의 부동산 모두가 동일해역의 공유수면매립에 의한 것이라는 점, 취득세 증과세를 위한 법인의 비업무용 토지로 판정 받게된 경로가 동일하다는 점등에 비추어 볼 때 단순히 당해사건이 다르다는 것만으로는 소송물이 달라질 정도의 본질적인 변화가 초래되었다고 보기 어렵다. 결론적으로 볼 때 두 사건의 소송물이 동일하다고 보는 3인 소수의견에 찬성한다. 그러나 3인 소수의견은 소송물의 동일성을 전제로 후소에도 전소의 기판력이 미치는 것으로 보고 있으나 전술한 바와 같이 변화된 후소의 사실관계는 원칙적으로 기판력, 즉 실질적 확정력이 적용되지 아니한다. 따라서 이제 문제가 되는 것은 그와 같이 실질적 확정력의 적용을 받지 아니하는 변화된 사실관계로 인해 전소의 실질적 확정력이 영향을 받는지의 여부가 검토되어야 한다.<sup>1104)</sup> 즉 변화된 사실관계에는 전소의 실질적 확정력이 적용되지

---

1104) 전소의 실질적 확정력이 영향을 받기 위해서는 기존 결정의 실질적 확정력 내지 기판력을 부정하고 새로운 결정을 요구할 수 있을 정도의 새로운 상황변화가 초래된 경우에만 허용되고, 그 정도에 이르지 아니한 지엽적인 변화에 불과한 경우에는 기존 결정의 실질적 확정력은 영향을 받지 아니한다. 이 사건의 경우 거의 동일한 유형의 심판청구가 동일한 자에 의해 동일한 심판대상조항을 대상으로 제기된 것일 뿐만 아니라, 3인 소수의견이 지적하고 있는 바와 같이, 기존 결정이 있는 후 50일도 경과하지 아니하여 반복하여 청구가 이루어진 것으로서 결정이 내려진 이후에 그 기초가 된 생활관계가 근본적으로 변화하였다거나 혹은 헌법규정의 개정 또는 그 해석의 변경으로 인하여 그 내용이 본질적으로 달라졌다고 볼 여지도 없다면, 당해사건을 달리한다는 변화된 사실관계만으로는 기존

아니한다는 사실과 변화된 사실관계로 인해 전소의 실질적 확정력이 영향을 받을 수 있다는 사실은 별개의 문제라는 점이다.

#### 다. 소결

이상의 논의는 다음과 같이 정리할 수 있다.

① 헌법재판소의 결정 시점 이후에 발생한 사실관계의 변화가 본질적인 것이라면 소송물 자체가 달라지는 것이며, 이 경우 종전 결정의 기판력과는 아무런 관계가 없으므로 법원이든 당사자든 아무런 제약 없이 규범통제절차를 개시할 수 있고, 또 그것은 적법한 것으로 간주된다. 물론 전소에서 합헌이었던 법률이 후소에서 위헌으로 선언되어 간접적으로 전소의 기판력이 종료될 수는 있으나 이는 새로운 소송물에 대한 결정이 있음으로 인해 불가피하게 초래되는 현상일 뿐이다. 사실관계의 본질적 변화인지는 궁극적으로 헌법재판소가 판단하여야 할 것이나, 물리적인 사실관계의 변경뿐만 아니라 다른 법률의 개정, 나아가 헌법규정의 개정이나 그 해석의 변경도 경우에 따라 본질적 변화인지의 여부를 판단하는 데 영향을 미칠 수 있다.

②-1. 사실관계의 변경이 소송물을 변화시키는 정도에 이르지 못한 경우, 즉 소송물의 동일성이 유지되는 경우라도 종전 결정에서 판단되지 않았거나 결정 이후에 발생한 사실관계에 대해서는 종전 결정의 실질적 확정력이 미치지 아니하지만, 이러한 사실관계들이 종전

---

결정의 실질적 확정력의 존속여부에 영향을 미치는 경우에 해당한다고 보기 어렵다. 결론적으로 이 사건은 기존 결정의 기판력에 영향을 미칠 수 없으므로 각하되는 것이 옳다고 생각되며, 그러한 한에서 3인 소수의견과 결론을 같이 한다.



결정의 실질적 확정력의 존속여부에 영향을 미칠 수는 있다. 따라서 사실관계의 변화를 이른바 기관력의 시적 범위의 문제로 논하는 것은 의미가 있다.

②-2. 종전 결정의 실질적 확정력에 영향을 미치기 위해서는 종전 결정과는 다른 새로운 결정을 요구할 수 있는 정도의 새로운 사실관계를 주장하여야 한다. 그렇지 않은 지엽적인 변화에 불과한 경우에는 종전 결정의 실질적 확정력은 여전히 유지되며, 따라서 새로운 결정의 요구에 대해서는 기관력, 즉 실질적 확정력이 유지되는 결과 헌법재판소는 이를 각하하게 된다.

②-3. 이미 실질적 확정력이 발생한 동일한 소송물에 대해 이전 결정과는 다른 새로운 결정을 하는 경우, 헌법재판소는 기존 결정의 실질적 확정력에서 출발하여야 한다. 따라서 헌법재판소는 오로지 새로 발생한 사실관계에 기초할 경우에만 기존 결정과는 다른 결정을 할 수 있다. 이것은 종전에 헌법재판소가 기초로 삼았던 사실관계에 대한 판단의 실질적 확정력이 여전히 유지되어야 한다는 것을 의미한다. 즉 헌법재판소는 기존에 사실관계에 대해 행했던 자신의 판단을 변경할 수 없으며, 오로지 새로운 사실관계에 입각한 판단에 의해서만 종전 결정으로부터 벗어날 수 있다. 헌법의 개방성은 이러한 해석을 정당화한다. 헌법의 개방성은 새로운 사실관계의 변화를 수용하고자 하며, 소송물이 동일한 경우라 하여 기존 판단의 잘못을 고집할 것을 요구하지 않는다. 그럴 경우에만 법발전의 고착화가 방지될 수 있다. 법률의 위헌여부가 헌법재판의 대상으로 등장하는 경우에는 특히 헌법의 개방성에 대한 고려가 요구된다.

### 3. 주관적 한계

실질적 확정력의 주관적 범위 내지 한계는 누가 실질적 확정력에 구속되는가의 문제이다. 전통적 원칙에 의하자면, 법률이 명시적으로 달리 규정하고 있지 않는 한 확정력은 “소송당사자간에만”(nur inter partes), 따라서 당해 절차에 대한 직접적 참여자에게만 미치게 된다.<sup>1105)</sup>

당사자가 결정의 내용에 구속되는 것은 당연하다. 하지만 더 나아가 이해관계인이나 재판참가인도 - 비록 주관적인 측면에서 소송물을 결정하는 데 영향을 미치는 것은 아니라 할지라도 - 절차에 참여한 한에서 실질적 확정력의 적용을 받게 된다. 또한 실질적 확정력은 헌법재판소 자신도 구속한다.<sup>1106)</sup> 이것은 헌법재판소가 후소에서 기존에 확정력이 발생한 문제들에 대해 어쨌든 종전 결정과는 다른 결정을 하지 못한다는 것을 의미한다. 이상과 같은 결과는 일반재판에서 이미 승인되고 있는 것과 동일하다.

한편, 위헌법률심판의 경우 제청법원이 확정력의 주관적 범위에 속하는 것인지가 문제될 수 있다. 제청법원은 그 기능상, 당해 사건당사자의 주장에 동조해 제청한 경우는 물론 독자적인 판단에 의해 제청한 경우에도, 다른 헌법소송에 있어서의 청구인과 유사한 역할을 행한다는 점, 나아가 규범통제결정의 실효성확보란 측면에서 볼 때 기

1105) Schlaich(정태호 역), 독일헌법재판론, Rn.443; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht 1991, §20 Rn.55, 63; Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977, S.41ff.; Detterbeck, aaO., S.340.

1106) 방승주, 헌법재판소의 헌법합치적 해석의 효력, 현대공법학의 재조명, 김남진 교수정년기념논문집, 고려대 법학연구소, 1997, 438쪽.

판력의 적용대상으로 보아도 무방할 것이다.<sup>1107)</sup> 같은 논리에서 당해 사건의 당사자 역시 기관력의 적용을 받는다고 보아야 할 것이다.

하지만 헌법재판의 특성을 고려하여 전술한 일반적 결과와는 다른 주장을 하는 경우를 볼 수 있다. 즉 일부 학설<sup>1108)</sup>은 추상적 규범통제나 구체적 규범통제를 통해 규범폐지결정(normwerfende Entscheidung)이 내려지는 경우에 실질적 확정력의 주관적 범위 내지 한계를 부정하고자 한다. 이 견해는 규범통제결정의 경우 “당사자간의 효력”(inter-partes- Wirkung)이라는 것은 무의미하며, 객관적인 법이 존재하는가의 문제에 대한 확인만이 실질적 확정력을 획득할 뿐이므로 확정력을 결정하기 위한 기준적 요소는 오로지 (객관적인) 심판대상일 뿐 확정력의 주관적 한계는 고려되지 아니한다고 본다.

---

1107) 독일의 경우 제청법원의 당사자적격성은 부정되고 있다. 구체적 규범통제절차의 경우 당사자가 존재하지 않으며(Pestalozza, aaO., S.45 참조) 오로지 제청된 법률이 상위법인 헌법과 합치되는가의 여부만이 소송물이 된다는 것이다. 우리 헌재법 역시 당사자라는 표현(제24조, 제25조 제1항, 제30조 제2항)과 구분하여 제청법원이라는 표현을 쓰고 있고, 나아가 제청법원의 경우 심판절차에서 자기의 이익을 옹호하기 위하여 필요한 각종의 소송법상의 권리를 주장할 수 있는 주체라 볼 수 없다는 점에서 제청법원의 당사자성을 인정하기는 어려운 것으로 보인다(물론 학설상 제청법원의 당사자성을 인정하는 견해가 없는 것은 아니다. 예컨대 Vogel, aaO., S.618,은 제청법원을 당사자로 보지 않으면 위헌법률심판의 경우 기관력이 아무런 작용을 하지 못하게 된다는 점을 근거로 들고 있으며, 또한 김지형, 전개논문, 313쪽,은 당사자개념을, 주관적인 법적 지위의 실현을 목적으로 하는 일반소송절차의 경우와는 달리, 심판절차의 개시를 ‘요청’(Begehren)으로 이해함으로써 제청법원의 당사자성을 인정하고자 한다). 그러나 제청법원의 당사자성이 부정된다고 하여 반드시 기관력의 적용대상이 아니라고 단정할 필요는 없다고 본다. 우리 헌법재판소 역시 제청법원의 경우 당해 심판사건의 제청당사자로서 기관력의 적용대상이 된다고 본다(헌결 1990. 6. 25. 90헌가11 참조).

1108) Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts, Rn.1214.



# 본질성이론과 입법위임의 명확성원칙

한 수 응

헌법연구관

- 목 차 -

I. 머리말 .....	569
II. 본질성이론과 의회유보 .....	572
1. 법률유보와 법률의 명확성원칙 .....	572
2. 법률유보의 배경 및 헌법적 기능의 변화 .....	574
가. 국가형태의 변화 .....	575
나. 국가과제의 변화 .....	576
다. 기본권제한의 법률유보 .....	577
3. 의회유보와 본질성이론 .....	578
가. 침해유보에서 의회유보로의 발전 .....	578
나. 의회유보 .....	579
다. 본질성이론의 내용 .....	582
라. 독일연방헌법재판소의 판례 .....	585
마. 본질성이론에 대한 비판 .....	591

- 바. 본질성이론과 의회유보의 헌법적 근거와 정당성 ..... 594
- 사. 의회유보의 범위를 판단하는 기준 ..... 600
- III. 헌법 제75조의 ‘입법위임의 명확성원칙’ ..... 605
  - 1. 위임입법과 입법위임의 개념 ..... 605
  - 2. 법률과 행정입법의 관계 ..... 607
  - 3. 입법위임의 명확성여부를 판단하는 기준 ..... 611
    - 가. 독일연방헌법재판소의 판례경향 ..... 613
    - 나. 헌법재판소의 판례경향 ..... 615
    - 다. ‘예측가능성’ 기준의 문제점 ..... 617
  - 4. 입법자와 행정부의 권한배분의 문제로서 명확성원칙 ..... 620
  - 5. 구체적 사건의 해결을 위한 하나의 예 ..... 622
- IV. ‘본질성이론’과 헌법 제75조의 ‘입법위임의 명확성원칙’의  
    관계 ..... 627
  - 1. 독일 학계의 견해 ..... 628
  - 2. 독일연방헌법재판소의 판례경향 ..... 631
  - 3. ‘2단계 심사’에 대한 비판 ..... 632
- V. 맺는말 ..... 634

## I. 머리말

헌법재판소는 입법권을 위임하는 법률이 포괄위임인가를 판단함에 있어서 이미 초기의 결정부터 ‘국가공동체의 중요한 결정은 입법자가 법률로써 해야 한다’는 판시를 해온 것을 엿볼 수 있는데,<sup>1109)</sup> 최근 들어 일부 결정에서는 ‘본질성이론’과 ‘의회유보의 원칙’이 명시적으로 언급되기에 이르렀다.<sup>1110)</sup> 헌법재판소의 이러한 판시내용은 독일연방헌법재판소의 본질성이론과 그에 바탕을 둔 의회유보의

1109) 예컨대 중등의무교육을 대통령령에 의하여 순차적으로 실시하도록 위임한 교육법규정에 대한 위헌심판사건에서(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 27), “입법자는 교육에 관한 법제의 전부가 아니라 그 기본골격을 수립할 책무가 있으므로 본질적인 사항에 대해서는 반드시 스스로 기본적인 결정을 내려야 하고, 그러한 기본적인 사항의 결정을 행정부에 위임하여서는 아니되는 것”이라고 하여, 처음으로 포괄위임의 여부를 본질성이론을 통하여 해결하려는 시도를 하였다. 또한, 보건복지부장관이 정하는 바에 따라 요양기관의 취소를 할 수 있도록 위임한 의료보험법규정에 대한 위헌제청사건에서, “우리 헌법 제40조의 의미는 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 ...기본적이고 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는 것이다.”고 판시하였다(헌재 1998. 5. 28. 96헌가1, 판례집 10-1, 509, 515-516).

1110) 의회유보원칙을 명시적으로 언급한 최초의 결정은 ‘텔레비전 방송수신료’ 결정이다(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 643). 헌법재판소는 위 결정에서 “오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 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).”라고 하여, 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 의회유보원칙에 위반된다고 판단하였다. 이어서 2001. 4. 26. 선고한 2000헌마122 결정에서 “법률이 자치적인 사항을 정관에 위임할 경우 원칙적으로 헌법상의 포괄위임법금지 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 법률유보 내지 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 것이다.”하여 자치적인 사항을 정하는 정관과의 관계에서 의회유보의 원칙을 언급하였다(판례집 13-1, 962, 973).

사고를 받아들인 것으로 보인다.

그러나 의회유보의 이론적 기초인 본질성이론의 기능과 그 판단기준이 아직 학계나 판례에서 활발하게 논의된 바도 없고 규명되지도 않은 상태이기 때문에, 어떠한 경우에 어떠한 연관관계에서 의회유보의 원칙과 본질성이론을 논거로 삼을 수 있는지에 관하여 불확실함이 남아있다. 이러한 불확실성은 특히 입법권을 행정부에 위임하는 법률의 명확성여부, 즉 포괄위임의 여부를 판단하는 과정에서 더욱 뚜렷하게 나타난다.<sup>1111)</sup>

예컨대, 안마사나 학원강사의 자격을 법률에서 직접 규율하지 않고 행정입법에 위임하는 경우, 특정 직업의 자격요건을 행정입법에 위임하는 법률은 그 자격요건을 법률에서 보다 구체적으로 명확하게 정하지 않았기 때문에 이는 포괄위임으로서, 헌법 제75조의 입법위임의 명확성원칙에 위반되는지를 판단해야 하는가? 아니면, 이러한 법률은 자격요건의 본질적인 내용을 스스로 규정하지 않았기 때문에, 중요하고도 본질적인 사안은 입법자가 법률로써 스스로 정해야 한다는 의회유보의 원칙에 위반되는지를 심사해야 하는가? 아니면, 제1단계에서는 입법자가 본질적인 사안을 스스로 정했는지를 판단하고, 이어서 제2단계의 심사로서 입법권의 위임이 충분히 명확한지를 판단해야 하는가?

1988년 헌법재판소가 활동을 개시한 이래 지난 15년 동안 처리한 사건의 유형 중에서 양적으로 가장 큰 비중을 차지하는 것 중의 하

---

1111) 안마사의 자격을 행정입법에 위임한 의료법규정에 대한 위헌제청사건에서(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가16, 공보 제82호, 46), 헌법재판소는 위 법률규정이 의회유보원칙 및 포괄위임입법금지원칙을 위반한 것인지의 여부를 판단하였는데, 특히 재판관 5인의 위헌의견은 우선 본질성이론에 따라 의회유보원칙의 위반여부를 판단하고, 이어서 헌법 제75조의 기준에 따라 입법위임의 명확성여부를 판단하였다(공보 제82호, 51).



나는 입법위임의 명확성여부(헌법 제75조)에 관한 것이었다. 헌법재판소는 초기의 판례부터 현재까지 예측가능성의 관점을 포괄위임의 여부를 판단하는 기준으로 삼아 심사하고 있는데, 이를 기준으로 삼아 포괄위임인지를 판단하는 것은 사실상 매우 불확실하고 어려운 작업일 뿐만 아니라, 법치국가적 명확성의 사고를 헌법 제75조의 요청에 그대로 적용하는 것이 타당한지에 대한 의문이 제기된다. 예컨대, 극장주가 국산영화를 의무적으로 상영해야 할 연간상영일수에 관하여 대통령령으로 정할 것을 위임하는 영화법규정의 경우,<sup>1112)</sup> 사업주에게 장애인 고용의무를 부과하면서 적용대상 사업주의 범위를 “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주”라고 하여 대통령령으로 정할 것을 위임하는 장애인고용촉진등에관한법률규정의 경우<sup>1113)</sup> 또는 학원강사의 자격을 대통령령으로 정하도록 위임하는 경우, 법률규정으로부터 대통령령에 규정될 대강의 내용을 예측할 수 있는지의 기준에 의하여 입법위임의 명확성여부를 판단하는 것이 과연 적절한가?

이 글에서는 우선, 독일의 본질성이론과 관련하여 본질성이론을 정당화하는 헌법적 근거를 밝혀내어 그로부터 본질성이론의 기준을 구체화할 수 있는 관점을 찾을 수 있는지 알아보고(II.), 이어서 입법위임의 명확성여부를 판단하기 위하여 헌법재판소가 사용하는 ‘예측가능성’의 기준이 타당한 것인지 아니면 대체 또는 보완되어야 할 필요가 있는지 알아본 후, 본질성이론의 기준을 구체화하는 관점이 포괄위임의 여부를 판단하는 관점으로서 유용할 수 있는지에 관하여 살펴보기로 한다(III.). 마지막으로 본질성이론과 입법위임의 명확

1112) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155.

1113) 헌재 2003. 7. 24. 2001헌바96, 공보 제83호, 45.

성은 어떠한 관계에 있는지, 포괄위임의 여부를 판단함에 있어서 위 2 가지의 관점을 단계적으로 심사해야 하는지에 관하여 검토하기로 한다(IV.).

## II. 본질성이론과 의회유보

### 1. 법률유보와 법률의 명확성원칙

법률유보는 역사적으로 19세기 독일에서 군주의 집행부로부터 시민 사회를 보호하기 위하여 발전한 원칙으로서, 군주로 대표되는 집행부와 시민을 대표하는 의회와의 대립관계를 전제로 하여, 행정은 법률에 의한 수권이 있는 경우에만 국민의 자유와 재산에 대하여 침해할 수 있다는 원칙, 즉 행정에 의한 기본권의 침해는 법률에 근거해야 한다는 원칙을 말한다.

고전적 법률유보의 사상에는 법의 지배에 의한 법치국가적 요청과 의회의 지배에 의한 민주주의적 요청이 그 바탕을 이루고 있다.<sup>1114)</sup> 법이란<sup>1115)</sup> 특정 사실관계나 특정인에게만 적용되는 것이 아니라 모든 경우와 모든 사람에 대하여 적용되는 일반적 규정으로서, 법으로 정한다는 것 자체가 이미 정의를 보장하고 자의적 차별을 방지

1114) Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, §6 Rz.9; Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S.685; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1979, S.712; Wehr, Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1997, S.420f.

1115) 여기서의 '법'이란 법률뿐만 아니라 법규명령도 포함한다. 법치국가적 관점은 공권력행위의 요건을 사전에 일반·추상적인 규범으로 정함으로써 법적 안정성과 예측성을 보장해야 한다는 요청을 의미하므로, 이러한 요청은 법률만이 아니라 법규명령에 의하여 마찬가지로 실현될 수 있다.

하는 효과가 있다. 법의 지배는 인간에 의한 자의적 지배를 방지하고 동시에 공권력의 행위에 대한 국민의 예측가능성을 강화함으로써 법적 안정성과 정의에 기여하는 것이다.

법의 지배의 경우, 군주권력의 자의적인 행사를 제한하는데 그 주된 목적이 있다면, 의회의 지배의 민주주의적 요청은 ‘국가 내에서 누가 법을 제정하는 권한이 있는가’의 권력배분의 문제이다. 시민계급이 형성되고 자신을 대표하는 의회를 통하여 정치적 참여를 군주에게 요구하자, 집행부의 정치적 형성권에 대한 통제·참여권을 얻게 되었고, 이로써 군주로 대표되는 집행부가 국민의 자유와 재산에 대하여 침해하는 경우, 법률의 형태로써 시민사회의 이익을 대변하는 의회의 동의를 받아야 한다는 사고가 확립되었다.

법률유보의 역사적 기능상, 집행부에 의한 기본권의 침해만이 문제되었지, 입법자에 의한 기본권침해의 가능성은 인식하지 못하였으며, 이는 입법자가 제1차적인 기본권 수호기관으로 인식된 당시의 역사적 배경에서 볼 때 당연한 것이었다. 따라서 법률유보는 단지 법률에 의한 수권의 존재만을 요구할 뿐 그 수권규범의 내용이 어떠한지는 문제삼지 않는다.<sup>1116)</sup> 그러나 정의로운 법률만이 정의를 보장할 수 있다. 이에 따라 오늘날의 헌법국가는 입법권도 헌법의

1116) 그러나 오늘날 입법자도 기본권의 구속을 받기 때문에, 법률이 내용적으로 기본권과 합치하는가 하는 법률에 대한 내용적 요구가 제시되었다. 입법자가 기본권을 준수하는지의 여부는 비례의 원칙에 따라 판단된다. 우리 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다.”고 하여 법률유보의 원칙(‘국민의 자유는 법률로써 제한’), 비례의 원칙(‘...을 위하여 필요한 경우에 한하여’), 본질적 내용의 침해금지(‘본질적 내용을 침해할 수 없다’)을 규정하고 있다. 여기서의 “법률로써”란, ‘법률에 의하여 또는 법률에 근거하여’ 기본권을 제한할 수 있다는 것을 의미하며, 이로써 법률뿐만 아니라 법규명령을 통해서도 기본권의 제한이 가능하다.

구속을 받게 함으로써 입법자의 형성권을 제한하고 있다. 그런데 법률에 의한 수권이 포괄적이고 불명확한 것이 아니라 제한적이고 구체적인 경우에 비로소 법률은 수권의 근거로서 그 실질적 기능을 이행할 수 있다. 그러므로 법률유보의 원칙에 따라 행정법률에 근거하여 행해져야 한다면, 그 법률은 ‘아무런 형태의 법률’이 아니라 ‘충분히 명확하게 수권의 범위를 확정하는 법률’이어야 한다. 법률의 명확성원칙은 ‘법률의 수권은 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 확정되고 제한되어 있어서 국민이 행정의 행위를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다’는 것을 의미한다.<sup>1117)</sup> 법률유보는 ‘법률의 명확성’을 당연한 전제로 한다는 점에서, ‘법률에 의한 행정청에 대한 수권은 명확해야 한다’는 명확성의 원칙을 내재하고 있다.<sup>1118)</sup> 따라서 법률의 명확성원칙은 법률유보원칙의 필수적인 보완이자 구체화를 의미한다.<sup>1119)</sup> 기본권의 제한은 반드시 법률로써 하도록 한 헌법 제37조 제2항의 법률유보규정도 ‘기본권을 제한하는 법률은 명확해야 한다’는 명확성의 요청을 당연한 전제로 내포하고 있다.

## 2. 법률유보의 배경 및 헌법적 기능의 변화

그러나 고전적 법률유보원칙의 역사적 배경을 형성하였던 19세기 유럽의 헌법상황에 대하여 오늘의 헌법과 헌법현실에 있어서 다음과 같은 근본적인 변화가 나타났다.

---

1117) BVerfGE 8, 274, 325; 9, 137, 147; 56, 1, 12f.

1118) Vgl. Papier/Möller, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122(1997), S.180.

1119) BVerfGE 58, 257, 278.

## 가. 국가형태의 변화

역사적으로 법률유보의 출발점은 의회와 집행부의 대립적 구조이며, 입헌군주제에서 국민이 아닌 군주를 대변하는 집행부에 대한 불신이 그 바탕에 깔려있다. 그러나 오늘날 의회민주주의의 확립으로 인하여 의회와 정부의 관계는 대립관계가 아닌 공조관계로 변화였고 정부에 대한 통제는 야당의 역할이 되었다.<sup>1120)</sup> 오늘날의 정당국가적 권력분립구조는 정부와 의회의 대립에서 의회내의 다수당과 소수당의 대립으로 전환되었으며, 정부와 국회의 권력이 다수당 중심으로 형성된 현실적 정치상황에서는 실제적인 권력의 분립은 정부·의회의 여당과 야당사이에서 이루어진다. 물론 우리 헌법과 같은 대통령제를 채택한 헌법 하에서는 의원내각제의 경우처럼 정부와 의회 다수당의 이익이 반드시 일치하는 것은 아니지만, 대통령의 출신정당과 국회내의 다수당이 일치하는 것이 일반적인 헌법현실이다.

뿐만 아니라, 오늘날의 민주국가에서는 민주주의원칙은 모든 국가권력과 의 관계에서 완전히 실현되었고, 의회뿐만 아니라 정부도 직접적이든 간접적이든 민주적 정당성을 가지고 있다.<sup>1121)</sup> 시민사회의 이익을 대변하는 의회와 군주의 이익을 대변하는 집행부가 대립한 입헌군주제와는 달리, 민주국가에서는 의회만이 아니라 행정부도 마찬가지로 국민의 이익을 대변하고 국민에 봉사하는 것을 궁극적인

1120) Vgl. Kisker, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, S.1314; Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HdbStR III, 1988, §62, Rz.15; Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S.686f.

1121) 우리 헌법의 경우, 모든 국가권력은 국민으로부터 나오며(제1조 제2항), 행정부의 수반인 대통령은 국민의 선거에 의하여 직접 선출된다(제67조 제1항).

존재이유이자 목표로 삼고 있다.

## 나. 국가과제의 변화

19세기 국가의 주된 과제는 개인의 자유를 제한하는 침익적 행정을 통하여 국가공동체의 공공질서와 안녕을 보장하는 것이었다. 19세기 국가의 성격은 일차적으로 침해적 국가이며, 19세기 국가의 성격에 상응하는 것이 바로 침해유보로서의 법률유보이다.

19세기 유럽에서 경제적 자유주의 내지 자유방임주의가 고도로 발달하자, 부의 편재와 빈부의 격차가 심화되고, 근로자계급이 형성되고, 독·과점 등으로 인하여 자유경쟁 및 시장의 자동조절 기능이 마비되는 등, 더 이상 사회가 스스로 해결할 수 없는 자본주의경제의 자기부정적 경향이 노출되었다. 이와 시기를 같이하여 사회주의 사상이 유럽에 퍼져나가자, 혁명에 의한 헌법의 파괴를 방지하기 위하여, 사회적 정의의 이념을 헌법의 규범 안으로 수용하는 것은 당시의 피할 수 없는 시대적 요청이었다. 사회국가원칙은 이러한 의미에서 산업혁명 이후 유럽국가에서 발생한 사회문제에 대한 ‘헌법적 대답’이며, 국가의 임무를 소극적으로 치안과 국방의 보장에만 국한시키고, 예정조화적 믿음에 기초하여 사회를 그 스스로에게 맡겼던 야경국가, 시민적 법치국가에 대한 ‘역사적 반응’이었다. 사회 정의의 이념을 헌법에 수용함으로써, 가치중립적·사회중립적·방관적 국가에 대하여 작별을 고하게 되고, 국가가 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 적극적으로 관여할 것을 요구하는 사회국가가 등장하게 되었다

이와 같이 국가의 성격이 사회적 법치국가로 전환되면서, 국가활동의 영역과 국가의 과제가 국민의 자유와 재산을 침해하는 행정뿐이

아니라 국민에게 급부를 제공하는 행정의 영역으로 확대되었다. 개인의 자유행사가 국가로부터의 자유뿐이 아니라 국가에 의한 자유, 즉 국가에 의한 광범위한 급부행위와 사회국가적 노력에 의존하는 오늘날의 사회적 법치국가에서, ‘침해’와 ‘급부’의 구분의 의미가 감소하였고, 급부의 박탈이 자유에 대한 침해보다도 개인의 기본권 행사에 대하여 더욱 중요한 의미를 가질 수 있게 되었다.<sup>1122)</sup> 뿐만 아니라 오늘날 급부행정과 침해행정을 개념적으로 명확하게 분리하기 어려운 점이 있다.

따라서 국가과제의 확장과 함께 사회·경제·문화정책적인 목적에서 제공되는 국가급부의 배분도 법치국가적 관점에서 수혜자와 급부의 범위를 예측할 수 있도록 법률로써 정해야 할 필요가 있다.

#### 다. 기본권제한의 법률유보

고전적 법률유보는 자유와 재산권에 대한 ‘침해’에 대하여 법적인 근거를 요구하는 침해유보를 의미한다. 그러나 오늘날 개인의 자유와 재산권이 기본권에 의하여 광범위하게 보장되고 있고, 기본권은 단지 ‘법률로써’, 즉 ‘법률에 의하여 또는 법률에 근거하여’ 제한될 수 있기 때문에, 기본권제한에 있어서의 법률유보는 사실상 침해유보와 거의 같은 기능을 하게 되었다. 따라서 헌법에 기본권제한의 법률유보가 명시적으로 규정됨에 따라(우리의 경우, 헌법 제37조 제2항), 고전적인 침해유보의 헌법적 기능과 의미가 크게 약화되었으며, 법률유보가 독자적인 헌법적 기능을 수행하는지에 대하여 의문이 제기되었다.<sup>1123)</sup>

---

1122) 예컨대 국가가 경쟁관계에 있는 기업에게 보조금을 지급하는 것이 당사자 기업에 과도한 조세를 부과하는 것보다도 기본권의 행사를 저해하는 효과가 강력할 수 있다, vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, §6 Rz.14.

### 3. 의회유보와 본질성이론

#### 가. 침해유보에서 의회유보로의 발전

위에서 살펴본 바와 같이, 국가과제의 변화와 국가권력의 민주화로 인하여 법률유보의 배경을 형성한 역사적 조건이 근본적으로 변화함에 따라, 오늘날의 의회민주주의에서 법률유보의 원칙을 더 이상 의회와 집행부의 대립관계로 설명할 수 없게 되었고, 그 결과 헌법 질서 내에서의 법률과 법률유보의 의미에 관하여 다시 생각해 보아야 할 필요가 있게 되었다.

고전적 법률유보의 사상적 기초가 되었던 의회와 정부간의 정치적 대립관계가 사라짐으로써 법률유보는 더 이상 헌법적으로 정당화되지 않는 원칙인가? 정부와 여당의 정치적 이해관계가 일치하고 정부도 민주적 정당성을 부여받았다면, 공동체의 중요한 결정에 관하여 의회나 집행부 누가 결정하더라도 무관하지 않은가? 행정부에 대하여 의회의 지위를 강화하고 확보해야 한다는 헌법적 요청인 법률유보는 불필요한 것인가? 아니면 오늘날의 권력분립구조의 변화에도 불구하고 법률유보는 여전히 중요한 기능을 하고 있는가?

뿐만 아니라, 침해를 전제로 하는 고전적 법률유보의 한계와 불충분함은 특히 급부행정과 국가조직의 영역, 정치적으로 중요한 기본결정의 영역에서 드러났는데, 독일의 경우, 이러한 영역들에 대하여는 기본권침해의 여부와 관계없이 일반적으로 의회에 의하여 결정되어

---

1123) 그러나 기본권제한의 법률유보는 기본권을 제한하는 법률을 제정하는 입법자의 형성권을 제한하고자 하는 것인 반면, 일반적 법률유보는 입법자의 결정권한을 유지하고 강화하고자 하는 것이라는 점에서 그 기능이 근본적으로 다르다, vgl. Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S.687; Ossenbühl, in: HdbStR Bd.III, 1988, §62, Rz.16.



야 한다는 견해가 일찍이 형성되었다. 이에 따라 국가과제에 새로이 편입된 영역에 대하여 법률유보의 문제가 발생하였으며, 법률유보의 범위가 침해의 개념으로부터 분리하여 새로운 기준에 의하여 확정되어야 할 필요가 있게 되었다.

이와 같이 법률유보의 생성배경을 이루는 정치적 상황과 국가성격의 변화로 말미암아 법률유보의 의미와 기능이 변화하자, 이에 부응하여 법률유보의 범위를 새로이 정하고 법률유보의 변화한 기능에 부합하는 의회의 지위를 확보해야 한다는 의견이 대두되었고, 독일의 연방헌법재판소는 70년대 초반부터 ‘본질적인 결정은 입법자에게 유보되어야 한다’는 소위 ‘본질성이론’을 통하여 고전적 법률유보(침해유보)를 의회유보로 발전시켰다.

#### 나. 의회유보

(1) 본질성이론이란, 국가의 본질적인 결정에 관해서는 의회가 법률로써 정해야 한다는 것을 말한다. 사실, 본질성이론은 새로운 이론이라 할 수 없을 정도로 당연하고 진부한 것이며, 침해유보의 사고만큼이나 오래된 것이다.<sup>1124)</sup> ‘자유와 재산에 대한 침해의 경우, 의회의 동의를 얻어야 한다’는 침해유보의 사고도 그 당시 시민사회의 관점에서 가장 중요한 두 가지 기본권을 ‘본질적인 것’으로 인정한 것이라 할 수 있다.<sup>1125)</sup> 19세기 독일국가의 성격이 본질적으로 침해적 국가이기 때문에, 시민사회에게는 그러한 침해의 부재가 바로 ‘본질적’이었던 것이다. 오늘날 본질성이론을 통하여 실현하고자 하는 것과 동일한 것이 그 당시 침해유보의 개념을 통하여 표현되었던 것이며, ‘무엇이 법률로써 규율되어야 하는지’를 판단하는 기준은

1124) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.385f.

1125) Vgl. Oppermann, Gutachten C zum 51. DJT 1976, C 53.

항상 사안의 ‘본질성’과 ‘중요성’이었다.

법률의 내용이 규율대상의 중요성과 본질성에 의하여 특징될 수 있다는 사고는 이미 독일의 ‘1848년 3월 혁명’ 이전의 헌법(Vormärzverfassungen)의 헌법학에서 지배적인 사고이었고,<sup>1126)</sup> 50년대의 연방헌법재판소의 판례에서도<sup>1127)</sup> 찾아볼 수 있으나, 70년대에 들어와서야 비로소 본격적인 의미를 가지기 시작하였다. 본질성 이론을 통하여 고전적 법률유보는 ‘민주국가에서 국가의 본질적인 문제는 국민의 대의기관인 의회에 유보되어야 하고, 의회의 법률에 의하여 규율되어야 한다’는 원칙인 의회유보로 발전하였다.

(2) 본질성이론에 그 바탕을 둔 의회유보는 다음과 같은 2가지 요청을 하고 있다.

첫째, 국가공권력 행위의 성격과 관계없이, 모든 본질적인 것은 입법자가 스스로 정해야 한다. 이로써 법률유보의 범위가 침해의 개념으로부터 분리되어 급부행정 등 전체 국가행위의 영역으로 확대되었다(법률유보의 확대). 고전적 법률유보의 경우, 행정의 성격이 국민의 자유와 재산을 침해하는 침해행정인가의 여부가 법률유보의

1126) 독일의 헌법사에서 법치국가원칙과 민주주의원칙은 서로 다르게 실현되고 강조되었으며, 두 원칙 중에서 어떠한 원칙에 더 큰 비중을 두는가에 따라, 법률유보의 내용과 범위가 달라졌다. 1848년 3월 혁명 이전 헌법(Vormärzverfassungen)의 헌법학에서는 민주주의적, 참여적 요소가 법률유보의 중심적 내용을 이루었기 때문에, 이미 그 당시 “사안의 중요성”의 기준이 법률의 개념을 확정하는 결정적인 역할을 하였다. 위 기준이 오늘날 다시금 연방헌법재판소의 본질성이론을 통하여 부활하였다고 할 수 있다. 그러나 후기 입헌주의적 헌법학에서 민주주의적 요소는 법치국가적 요소에 의하여 약화되었고, 행정청이 국민의 권리를 침해하는 경우 수권의 근거가 필요하다는 침해유보의 관점이 법률유보의 핵심을 이루었다. 이에 관하여 Ossenbühl, HdbStR III, 1988, §62, Rz.32f.

1127) Vgl. BVerfGE 7, 282, 301, 연방헌법재판소는 1958년의 결정에서 이미 “기본법 제80조는 행정부의 입법권을 제한하고 법질서의 내용에 관한 입법자의 책임을 강화하기 위한 시도이다. 기본법 제80조는 일정 생활영역을 규율함에 있어서 중요한 규정은 스스로 정하고, 세부적인 규율이 행정부에 위임되는 경우 제정될 시행령의 대강의 내용이 예측될 수 있도록 방향과 범위에 있어서 스스로 결정해야 할 것을 입법자에게 강제하고자 하는 것이다.”고 판시함으로써 중요한 결정에 관한 입법자의 입법의무를 강조하고 있다.

기준이었으나, 의회유보에서는 이러한 ‘침해’의 기준에서 벗어나 ‘국가가 규율하려는 영역이 국민의 기본권행사나 그 실현을 위하여 본질적인가’ 하는 관점을 법률유보의 범위를 정하는 기준으로 삼고 있다.<sup>1128)</sup>

둘째, 본질적인 것은 입법자에 의하여 스스로 확정되어야 한다는 의미에서, 본질적 사안에 대한 위임의 금지이다. 이로써 입법자와 행정부의 관계에서 입법자가 행정부에 입법권을 위임하거나 또는 재량행위를 할 수 있는 수권을 부여하는 것에 대한 제한을 의미한다.

고전적 법률유보의 원칙은 단지 ‘국가의 침해적 행위는 법률에 근거해야 한다’는 것을 요구하므로, 이 경우 입법자는 스스로 규율할 수도 있고 아니면 수권법률을 통하여 그 규율을 행정부에 위임할 수도 있다. 즉 고전적 법률유보는 독점적인 의회권한과 위임할 수 있는 의회권한을 모두 포함한다. 이에 대하여 의회유보는 국가작용의 성격과 관계없이 본질적인 것은 입법자가 스스로 정할 것을 요구함으로써 오로지 독점적 의회권한만을 포함한다. 고전적 법률유보가 집행부에 대하여 입법자의 권한을 강화하고자 하는 것이었다면, 의회유보는 입법자로 하여금 헌법적으로 부여된 입법권을 실제로 행사하도록 의무를 부과함으로써 입법자의 결정의 자유를 제한하는 것이다.<sup>1129)</sup> 본질성이론은 입법자를 자신으로부터 보호하고자 한다는 의미에서, 본질성이론을 통한 헌법재판소의 심사는 헌법재판소로

1128) 법률유보와 의회유보에 관하여 vgl. Kisker, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, S.1316f.; Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HdbStR III, 1988, §62, Rn.32ff.; Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S.690f.; Eberle, Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt, DÖV 1984, S.485ff.; 한국 문헌으로 조태제, 법률의 유보원칙에 관한 연구, 1992, 46면 이하; 김충묵, 법률유보의 원칙, 현대행정법학이론(이명구박사화갑), 1996, 2면 이하.

1129) Vgl. Ossenbühl, HdbStR III, 1988, §62, Rz.37, 40; Kloepfer, JZ 1984, S.691.

하여금 입법자의 후견인 역할을 하게 한다.<sup>1130)</sup>

#### 다. 본질성이론의 내용

본질성이론에 의하면,<sup>1131)</sup> 본질적인 사안은 의회의 독점적 결정권에 속하며, 의회는 이에 관하여 규율해야 할 의무가 있다. 따라서 입법자는 자신의 입법권을 포기하거나 다른 국가기관에 위임해서는 안 된다. 입법자는 본질적인 것을 스스로 정해야 하고, 나아가 규율대상이 본질적일수록 법률에 의한 규율이 보다 명확해야 한다.

즉, 본질성이론은 규율의 대상뿐만 아니라 규율의 정도를 결정하는 기준으로서, 첫째 어떠한 사안이 의회에 의한 결정을 필요로 하는가(입법자에 의한 결정의 여부) 및 둘째 입법자가 어느 정도로 상세하고 명확하게 규율해야 하는가(결정의 방법)에 관한 것이다.<sup>1132)</sup>

(1) 이에 따라 본질성이론은 다음의 2가지 핵심적 내용을 담고 있다.

첫째, 본질적인 것은 행정부에 위임해서는 아니되고 입법자가 직접 정해야 한다는 의미에서, 본질적인 사항에 대한 위임의 금지이다.

---

1130) Vgl. Kloepfer, JZ 1984, S.690.

1131) 본질성이론에 관하여 vgl. Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1985, S.103ff.; Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S.25ff.; v. Arnim, Zur Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1987, S.1241ff.; Kisker, NJW 1977, S.1317f.; Ossenbühl, HdbStR III §62 Rn.41ff.; Kloepfer, JZ 1984, S.689ff.; Eberle, DÖV 1984, S.487f.; Wehr, Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1997, S.422f.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §6 Rn.11ff.; Umbach, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: Festschrift für H. J. Faller, 1984, S. 111ff.; 국내 문헌으로는 '위임입법의 한계에 관한 연구'(헌법재판연구 제8권), 1996, 207면 이하; 홍기중, 위임입법의 한계, 헌법문제와 재판(상), (96. 10), 573면 이하; 김향기, 법률유보이론의 전개와 과제, 공법학의 제문제(김영훈박사화갑기념), 1995, 377면 이하; 조태제, 법률의 유보원칙에 관한 연구, 1992, 63면 이하; 김충묵, 앞의 책, 13면 이하.

1132) Vgl. BVerfGE 83, 130, 152; Ossenbühl, HdbStR III, 1988, §62, Rz. 4; Kloepfer, JZ 1984, S.691; Kisker, NJW 1977, S.1317; Wehr, JuS 1997, S.422f.

이는 일차적으로 명령제정권이나 조례제정권에 대한 제한을 의미한다. 이로써 본질성이론에 의하여 법률유보의 범위를 확정하는 것은 입법부와 행정부가 규율할 수 있는 입법범위의 경계확정을 의미한다. 뿐만 아니라 본질성이론의 ‘위임의 금지’ 요청은, 입법자가 행정청에게 구체적인 행정행위를 할 수 있는 수권을 부여하는 경우, 본질적인 것은 행정청의 재량에 맡기지 말고 스스로 법률에 정해야 한다는 것을 의미한다.<sup>1133)</sup> 즉 ‘입법자가 어느 정도로 행정청에게 재량을 부여할 수 있는가’에 관하여 본질성이론은 입법자의 형성권에 대한 제한을 의미한다.<sup>1134)</sup> 이로써 본질성이론은, 명시적인 위임에 근거하여 본질적인 사항이 행정입법이나 자치법규에 의하여 규율되는 것을 금지할 뿐만 아니라, 입법자가 본질적인 사항에 관하여 일반조항이나 불확정 법개념, 재량규정 등의 형식을 통하여 규율함으로써 잠행적으로 입법권을 위임하는 것을 금지한다.<sup>1135)</sup>

둘째, 의회의 법률이 본질적인 것을 스스로 정해야 한다면, 이는 필연적으로 그에 상응하는 ‘충분한 규율밀도’를 갖출 것을 요구하는 것이다. 입법자가 행정부에 입법권을 위임하거나 재량권을 부여하는 경우, 법률이 어느 정도의 밀도를 가지고 규율해야 하는가의 문제는 ‘사안의 본질성’에 달려있다.

(2) 입법자가 스스로 정해야 하는가 아니면 행정입법이나 재량행위

1133) 연방헌재는 행정청에 재량을 부여하는 법률규정의 합헌성을 판단함에 있어서, 우선 본질성이론의 관점에서 ‘입법자가 국민의 자유와 평등의 영역에 관련되는 본질적인 결정을 스스로 하였는가’를 심사하고, 이어서 명확성의 관점에서 ‘재량규정이 충분히 명확하게 수권의 범위를 정하고 있는가’를 심사하였다(vgl. BVerfGE 48, 210, 221; 56, 1, 12ff.; 49, 89, 128ff.). 이에 관하여 vgl. Cremer, AöR 122(1997), S.262; Kloepfer, JZ 1984, S.691.

1134) 그러나 이 경우, ‘본질적인 것은 입법자가 정해야 한다’는 의회유보의 요청과 ‘규율효과가 중대할수록, 수권의 명확성에 대한 요구는 보다 엄격해야 한다’는 명확성원칙의 내용적 구분이 불분명하고, 결국 내용적으로 동일한 요청을 중복적으로 하고 있다고 판단된다.

1135) Vgl. Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S.37f.

에 위임해도 되는가, 법률이 어느 정도로 규율해야 하는가의 문제는 사안의 본질성에 의하여 판단되며, ‘무엇이 본질적인가’ 하는 것은 일반적으로 헌법규범에 의하여, 특히 헌법상의 기본원리와 기본권에 의하여 판단된다.<sup>1136)</sup>

연방헌법재판소는 ‘본질적이란 일반적으로 기본권실현에 있어서의 본질적인 것을 의미한다’고 하여<sup>1137)</sup> ‘본질성’의 개념을 구체화하고 있다. 즉, 기본권적 중요성이 본질적인 것을 파악하는 중요한 기준인 것이다. 따라서 사안이 당사자의 기본권실현에 미치는 효과가 중대할수록, 입법자가 스스로 정해야 하며 보다 명확하게 규율해야 한다.<sup>1138)</sup> 한편, 사안이 일반국민에 대하여 가지는 전반적 의미나 사안의 정치적 중요성은<sup>1139)</sup> 사안의 본질성을 시사하는 하나의 징표이기는 하지만, 본질성을 파악하는 기준으로는 너무 모호하기 때문에, 연방헌법재판소는 명시적인 기준으로 채택하고 있지 않다.<sup>1140)</sup>

---

1136) 대표적으로 BVerfGE 49, 89, 127; 95, 267, 307f.; 98, 218, 251.

1137) Vgl. BVerfGE 34, 165, 192f.; 40, 237, 249; 45, 400, 418; 47, 46, 79, 이 결정에서 연방헌법재판소는 ‘어떠한 문제가 본질적인 것인지, 그 때문에 그에 관한 결정이 입법자에 유보되어야 하거나 아니면 적어도 내용적으로 명확한 의회의 수권에 근거하여 내려져야 하는가의 판단에 있어서 기본권의 보호가 중요한 관점을 제공한다. 기본권적으로 중요한 영역에서 본질적이라는 것은 일반적으로 기본권의 실현에 있어서 본질적이라는 의미이다. 성교육과목의 도입과 관련하여 부모의 교육권·자녀의 기본권과 국가의 공교육에 관한 권한이란 상충하는 법익간의 한계를 정해야 하는데, 이러한 경계설정에는 당해 기본권의 실현에 본질적이기 때문에 입법자가 스스로 법률로써 해야 한다.’고 실시하였다; 58, 257, 268f.; 98, 218, 251.

1138) 대표적으로 BVerfGE 58, 257, 274; 98, 218, 252.

1139) 일반국민의 전반적인 생활관계에 지대한 영향을 미치기 때문에 국민이 지켜보는 가운데 찬반의 논쟁과 국민의 참여를 통하여 공개적으로 결정되어야 하는 정치적으로 중요한 사안을 말한다.

1140) Vgl. BVerfGE 49, 89, 126, 98, 218, 251, “그러나 사안이 정치적으로 논란의 대상이 된다는 사실은 그 자체로서 이러한 사안이 본질적인 것으로 간주되어야 한다는 결과를 가져오는 것은 아니다”; Eberle, DÖV 1984, S.487; Kloepfer, JZ 1984, S.692; a. A. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §6 Rz.11; Wehr, JuS 1997, S.422.

## 라. 독일연방헌법재판소의 판례

1960년대 말까지 특별권력관계에서의 기본권침해나 국가의 급부행위는 법적인 근거를 필요로 하지 않는다는 것이 독일 연방행정법원의 일관된 입장이었다. 특히 국가와 학생·군인·공무원·재소자의 관계에서는 개인의 기본권이 적용되지 않으며 이와 같은 특별권력관계는 행정규칙에 의하여 규율하도록 행정청에 위임될 수 있다는 것이 과거의 지배적인 견해였다. 그러나 1970년대 들어오면서 연방헌법재판소가 법률유보의 범위를 확장하기 시작하였다. 이에 관한 주요결정은 다음과 같다.<sup>1141)</sup>

### (1) 1972년의 “재소자 결정”(BVerfGE 33, 1)

재소자의 서신이 행정규칙에 근거하여 개봉되고 검열되는 법적 상황이 심판의 대상이 된 사건에서, 연방헌법재판소는 ‘특별권력관계에서의 기본권침해의 경우에도 법적인 근거를 필요로 한다’고 판시함으로써 재소자의 서신검열에 관하여 입법자가 스스로 정할 것을 요구하였다.

### (2) 1972년의 “전문직 결정”(BVerfGE 33, 125)

이 결정은 ‘어떠한 것이 직업단체의 자율적인 조례제정권에 위임될 수 있으며, 어떠한 사안에 관하여 입법자가 스스로 정해야 하는가’ 하는 입법자와 조례제정권자의 결정영역의 경계를 정하는 것에 관

---

1141) 연방헌재의 판례를 소개한 문헌으로는 vgl. Umbach, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: Festschrift für H. J. Faller, 1984, S.115ff.; Pietzcker, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, JuS 1979, S.714f.; Richter · Schuppert · Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2001, S.315ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, §6 Rn.12ff.

한 것이다.

어떤 산부인과 의사가 자신의 직능영역을 넘어서 의료행위를 하였고 이에 따라 의사직업규칙을 위반했다는 이유로 직업재판소에 의하여 선고를 받았는데, 공법인인 의사협회의 직업규칙은 ‘직업규칙은 의사협회가 제정한다’는 주법상의 포괄적인 수권규정에 근거하고 있었다. 연방헌법재판소는 이 결정에서 ‘어떠한 경우에 개인의 자유권이 중요한 공익에 양보해야 하는가에 관하여는 일차적으로 입법자가 결정해야 하며, 입법자는 이와 같은 결정의무를 임의로 피할 수 없다.’고 판시하였다.

### (3) 1972년의 “대학입학 정원제” 결정(BVerfGE 33, 303)

특정 학과의 지원자수가 입학정원을 초과하는 경우 신입생은 선별절차를 통하여 선발되며 선별절차의 구체적인 것은 대학이 정하도록 규정한 주법 규정에 대하여, 연방헌법재판소는 ‘입법자는 근본적인 결정을 스스로 해야 하기 때문에, 기본권적 중요성에 비추어 입학기준과 선별기준을 스스로 확정해야 한다’고 하여, 정원제와 선별절차에 관하여 법률로써 규정할 것을 요구하였다.<sup>1142)</sup> 이 결정은 본질성이론을 본격적으로 도입한 대표적 결정으로 간주되고 있다.

### (4) 교육제도에 관한 다수의 결정<sup>1143)</sup>

---

1142) 연방헌법재판소는 구체적으로 ‘대학교육의 영역에서 국가는 사실상의 교육독점권을 가지고 있으며(독일의 경우 대학은 원칙적으로 주립대학임), 대학교육을 받아야만 현실적으로 선택할 수 있는 직업에 관한 자유를 행사하기 위해서는 대학교육을 받아야 한다는 점에서, 정원제의 도입과 선별규정은 대학교육을 받음으로써 나중에 직업의 자유를 행사할 수 있는 개인의 기회에 관하여 결정하게 된다. 따라서 국가급부예의 참여(즉 대학교육을 받을 수 있는지의 여부)는 직업의 자유란 기본권을 실현하기 위한 필연적 전제조건에 해당하기 때문에, 입법자는 정원제 및 선별절차에 관하여 스스로 규율해야 하며, 이를 다른 국가권력에 위임해서는 안된다. 입법자는 모든 본질적 요건을 스스로 규범화해야 한다.’고 판시하였다.

1143) 특히 교육제도에서의 본질성이론에 관한 문헌으로는 Niehues, Der Vorbehalt



의회유보의 요청이 본질성이론의 형태으로써 교육의 영역에서 관찰된 것은 우연이 아니다. 70년대에 들어서기까지 교육정책상의 중요한 결정은 모두 교육부장관의 고시(Erlass)에 의하여 이루어졌다. 교육영역에서의 국가행위는 침해의 성격보다 급부적 성격이 강하거나 또는 침해와 급부의 성격이 혼재되어 있는 국가행정이기 때문에, 종래의 법률유보의 사고로는 입법자가 침해적 성격이 없는 영역에서의 중요결정을 행정부에 위임하는 것을 막을 수 없었다. 바로 여기에 종래의 법률유보의 한계가 있었다.

(가) 70년대에 비로소 시작된 교육영역에서의 법률유보의 실현은 부분적으로는 고전적인 침해유보를 통하여 이루어졌다. 학생을 퇴학, 유급시키는 조치는 의심의 여지없이 기본권의 침해에 해당한다. 연방헌법재판소는 ‘학칙위반으로 인한 징계조치로서 취하는 퇴학조치는 법률에 근거해야 한다’고 하여 학교영역에서의 기본권침해도 법적인 근거를 필요로 한다는 것을 확인하였다(1976. 1. 27. BVerfGE 41, 251, 259ff.). 나아가 학업부진으로 인하여 퇴학조치를 취하는 경우, ‘퇴학은 장래 특정한 직업에 접근하는 가능성을 박탈하고 직업선택의 자유를 현저하게 제한하기 때문에 입법자가 퇴학의 조건에 관하여 직접 규율해야 하지만, 유급의 경우 기본권의 제한이 중대하지 않기 때문에 그에 관한 규율을 행정입법에 위임할 수 있다’고 판시하였다(1981. 10. 20. BVerfGE 58, 257, 275ff.).

(나) 그 외의 결정들은 모두 교육제도에 관한 기본결정에 관한 것이다. 교육목적의 확정, 교과과목의 확정, 주5일제 수업의 도입 등에 관한 문제는 학부모 및 학생의 기본권의 행사나 실현에 간접적으로 영향을 미치는 하나, 개인의 기본권에 대한 침해라 하기보다

---

des Gesetzes im Schulwesen, DVBl 1980, S.465ff.

는 국가의 교육방침과 기본적인 학교조직상의 문제이다. 교육제도의 기본결정에 관한 문제에서는 침해적 요소와 급부적 요소가 서로 혼재하고 있기 때문에 침해와 급부의 구분이 불가능할 뿐만 아니라, 기본권보호의 관점에서 고등학교 상급학년(Oberstufe)의 개혁이 필요한가 아니면 제2의 외국어를 필수과목으로 도입하는가의 문제가 아니라, 이러한 것들이 시행령으로 규율해도 되는가 아니면 입법자의 법률을 필요로 하는가의 문제에 관한 것이었다. 즉 논의의 대상이 된 것은 더 이상 법률의 내용이 아니라 규율의 형태, 규율의 권한, 규율의 절차에 관한 것이었다. 따라서 기본권침해를 의미하지 않는 정치적 기본결정에 관하여 행정부에 입법권을 위임하는 것을 금지하는 기능은 침해유보에 의해서는 해결될 수 없었고, 본질성 이론에 기초한 의회유보가 ‘입법자에게 독점적 결정권이 있고 행정부에 위임되어서는 안 되는 영역’을 확정하는 헌법적 기능을 하게 되었다.

연방헌법재판소는 성교육을 학교과목으로 포함시킨 것에 관한 ‘성교육 결정’에서 성교육과목의 도입을 교육영역에서 입법자가 스스로 정해야 할 본질적 문제로 간주하였다(1977. 12. 21. BVerfGE 47, 46, 79). 또한, 고등학교 상급학년의 개혁(Oberstufenreform)에 관해서도 입법자가 본질적인 결정을 스스로 해야 하며 문교행정에 위임해서는 안 된다고 판단하였다(1977. 6. 22. BVerfGE 45, 400, 418ff.). 한편, 이에 대하여 ‘맞춤법표기에 관한 개혁’<sup>1144)</sup>이나 ‘주 5일 등교제’<sup>1145)</sup> 등은 입법자에 의한 결정을 필요로 하지 않는 비본질적인 사안이라고 결정하였다.

---

1144) BVerfGE 98, 218, 251.

1145) BVerwGE 47, 201, 205ff.

(5) 1978년의 핵발전소 결정(BVerfGE 49, 89)

‘핵발전소의 허가요건은 국민의 생명·건강과 직결되는 기본권적으로 대단히 중요한 영역의 문제이기 때문에 입법자가 본질적인 결정을 스스로 해야 하는데, 허가요건을 규정하는 핵발전소법규정은 단지 “과학과 기술의 수준에 따른 필요한 조치”라고 규정할 뿐 구체적인 요건을 정하고 있지 않기 때문에 헌법에 위반된다’는 이유로 법원이 위헌제정한 사건에서, 연방헌법재판소는 핵발전소의 설립을 통한 핵에너지의 평화적 이용여부 및 핵발전소 허가요건은 기본권적으로 중요한 영역에서의 본질적 사항으로서 입법자가 스스로 정해야 한다고 전제한 후, ‘어떠한 영역에서 국가행위가 법률에 의한 법적 근거를 필요로 하는가는 오로지 각 규율대상과 규율효과에 비추어 판단될 수밖에 없다’고 판시하면서, 핵발전소법에서 입법자는 이에 관한 사항을 규율하였음을 확인하였다.

이어서 위 규정이 충분히 구체적인가를 심사하였는데, 연방헌법재판소는 ‘입법자가 스스로 법률로써 결정을 하였다면, 헌법상의 법률유보(의회유보)의 또 다른 요청을 이행했는가, 즉 심판대상 규범을 통하여 입법자가 본질적인 것을 스스로 정하였는가 하는 것이 심사되어야 한다. 이로써 문제가 된 핵발전소법규정이 수권규범에 대한 명확성의 요청에 부합할 만큼 내용적으로 확정되어 있는가 하는 문제가 제기된다.’고 실시함으로써, 의회유보에서 과생하는 ‘규율밀도의 관점’은 ‘법률의 명확성원칙’과 사실상 일치한다는 것을 시사하였다. 결국 “과학과 기술의 수준에 따른 필요한 조치”라는 불명확한 개념을 사용하는 핵발전소법규정은 기술발전에 부응하는 기본권의 보호를 가능하게 하는 규정이라는 판단에 이르러, 위 법규정을 합헌으로 결정하였다.

(6) 1980년의 “조세핀 무첸바하” 결정(BVerfGE 83, 130)

연방헌법재판소는 이 사건에서 ‘법률유보는 국가와 국민간의 실체법적 관계에서만 아니라 행정조직과 행정절차에 대해서도 확대된다’는 것을 확인하였는데, 법률유보의 범위를 행정절차에도 확대한 것은 ‘기본권은 절차와 조직에 의한 보호를 필요로 한다’는 사고에 기인하는 것이다. 이에 따라 행정의 구조와 조직, 행정주체의 설립, 관청의 관할, 행정절차의 형성은 그 대강에 있어서 법률로써 확정되어야 한다.

이 결정은 Mutzenbach라는 오스트리아 빈 창녀의 자서전적 소설(고전적 음란서적)을 청소년 유해서적목록에 포함시킨 것에 대하여 위 소설의 출판업자가 제기한 헌법소원사건인데, 청구인은 ‘입법자가 기본권행사의 본질적인 문제에 관하여 스스로 결정해야 하는데, 심판대상인 법규정이 유해서적목록에의 수용여부를 판정하는 연방심사위원회의 구성에 관하여 불충분하게 규율하였기 때문에 위헌이다’라고 주장하였다. ‘청소년유해서적의유포에관한법률’은 청소년유해서적에 관하여 그 목록을 작성하도록 규정하였고, 유해서적의 선정은 연방심사위원회가 담당하도록 하면서, “연방심사위원회는 연방(청소년·가족·여성·보건부)장관이 임명하는 위원장 1인과 각 주정부가 임명하는 각 1인의 위원 및 위 연방장관이 임명하는 그 외의 위원들로 구성된다”고 규정하였다. 이 사건에서 심판의 대상이 된 조항은 바로 심사위원회의 구성에 관한 조항이었다. 연방헌법재판소는 ‘입법자가 위원의 선발절차에 관하여 불충분하게 규율하였기 때문에 위헌이’라고 결정하였다.<sup>1146)</sup>

1146) 연방헌재는 이 사건에서 본질성이론과 관련하여 다음과 같이 판시하였다: ‘본질성이론은 어떤 특정한 대상이 법률로써 규율되어야 한다는 것만을 의미하는 것이 아니라, 입법자에 의한 규율이 어느 정도까지 상세해야 하는가를 판단하는

(7) 그러나 한편으로는 연방헌법재판소는 ‘헌법이 모든 것을 법률로써 정해야 한다는 전부유보를 요청하는 것도 아니고, 정치적으로 중요한 모든 결정을 입법자가 해야 한다는 요청을 하는 것은 아니다’고 하여 의회유보의 과도한 확대에 대하여 경고하였다.

이와 관련하여 “ ‘맞춤법표기에 관한 개혁’과 같이 정치적으로 큰 논란이 있고 국민 모두에게 관련된다고 하여 입법자가 법률로써 정해야 하는 본질적인 것이라고 할 수 없다”고 하였고(BVerfGE 98, 218, 251f.), ‘미국의 중거리 핵미사일을 독일 영토에 배치하는 것은 독일 국민 모두에게 관계되는 매우 중요한 사안이기는 하나, 이에 대한 의회의 동의가 법률의 형태를 필요로 하는 것은 아니다’라고 판시하였다(BVerfGE 68, 1, 108).

#### 마. 본질성이론에 대한 비판

본질성이론이 크게 기여한 바는, 연방헌법재판소가 오늘날의 사회적 민주국가에서 변화한 법률유보의 기능에 부합하게 법률유보를 종래의 ‘침해’ 개념으로부터 분리하여 새로운 개념인 ‘본질성’을 기준으로 하여 그 범위를 다시 확정하고자 하는 시도를 하였다는 것이다.

---

중요한 기준을 제시한다. 서로 충돌하는 자유권의 한계를 정하는 행정절차의 형성도 입법자가 스스로 규율해야 하는 영역에 속한다. 이 사건의 경우 입법자는 공적인 과제도 수행하면서 동시에 예술의 자유도 보장할 수 있는 절차를 마련해야 한다. 기본권을 절차규정을 통하여 실현해야 한다는 요청은 일차적으로 입법자에게 부과된 과제로서, 행정절차가 기본권에 의하여 보호된 지위에 직접 영향을 미친다면, 절차규정은 기본권의 보호를 위하여 법률로써 확정되어야 한다. 입법자가 법률로써 규율해야 할 행정절차(위원회의 구성)는 청소년유해서적의 선정에 있어서 고려되어야 하는 가능한 모든 관점을 파악하고 고려할 수 있게끔 다원적으로 형성되어야 하므로, 입법자는 임명될 수 있는 위원이 속하는 인적 집단·사회단체 및 각 위원이 어떻게 선발되는지에 관하여 보다 자세하게 규율해야 한다.’

그러나 개별적인 경우 ‘본질성’을 기준으로 하여 의회유보의 적용대상과 범위를 판단하는 것이 거의 불가능하다는 것이 독일 학계의 지배적인 견해이다.<sup>1147)</sup> 즉, 본질성이론은 ‘무엇이 그렇게 중요하고 근본적이고 본질적이기 때문에 입법자가 스스로 정해야 하는가’에 관하여는 어떠한 신뢰할만한 기준도 제시하지 않는다는 것이다.

본질성이론의 문제는 바로, ‘무엇이 본질적인가’를 결정하는 데 있다. ‘무엇이 정말 중요하고 본질적인가’하는 질문은 필연적으로 ‘무엇을 기준으로 하여’ 중요하고 본질적인가 하는 질문을 제기한다. 물론, 연방헌법재판소는 ‘본질적이란 무엇보다도 기본권의 실현이나 행사에 있어서의 본질성, 즉 기본권적 중요성이’라고 본질성의 성격을 구체화하고 있다. 이로써 연방헌법재판소는 ‘기본권 침해의 중대성’이란 표현 대신 ‘기본권적 중요성’(Grundrechtsrelevanz)이란 표현을 사용함으로써 본질성이론이 기본권침해의 영역만이 아니라 기본권실현의 모든 중요한 영역을 그 적용대상으로 한다는 것을 강조하고 있다.<sup>1148)</sup>

그러나 오늘날 기본권적 연관성과 중요성을 가지지 아니한 국가의 행위가 거의 없다는 것을 고려한다면, ‘어느 정도’의 기본권적 중요

---

1147) 본질성이론의 불명확성에 대한 비판으로는 Vgl. Kloepfer, JZ 1984, S.692; Kisker, NJW 1977, S.1317; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, S.398; Eberle, DÖV 1984, S.487; Ossenbühl, DÖV 1980, S.550.

1148) 국민의 기본권이 실현되기 위해서는, 우선 국가가 국민의 자유권을 부당하게 침해하지 말아야 할 뿐이 아니라 이를 넘어서 개인이 각자 자유를 실제로 행사할 수 있는 실질적 조건을 마련해 주어야 한다. 예컨대 국가는 국민의 직업의 자유를 과도하게 규율해서는 안될 뿐이 아니라 일자리가 없는 자에게 직업의 자유는 무의미하다는 점에서 국민이 각자 직업의 자유를 행사할 수 있도록 그 실질적 조건, 즉 가능하면 완전고용의 상태를 실현하도록 노력해야 한다. 따라서 오늘날의 사회적 법치국가에서 기본권의 실현은 국가로부터의 자유의 보장과 다른 한편으로는 국가에 의한 적극적인 행위, 급부에 의하여 이루어진다.

성이나 연관성이 존재해야만 입법자가 스스로 결정해야 하는지의 문제가 사전에 밝혀지지 않는 한, ‘기본권적 중요성’의 기준은 본질적인 것과 비본질적인 것의 구분을 사실상 불가능하게 하는 불확실한 기준이 될 수밖에 없다는 데에 본질성이론의 약점이 있다.<sup>1149)</sup> 뿐만 아니라, 본질성이론을 확장적으로 적용하는 경우, 국민의 기본권행사와 관련된 거의 모든 국가의 결정이 본질적인 사안으로서 입법자에 의하여 스스로 행해져야 한다는 결론에 이를 수 있기 때문에, 입법자가 법률로써 직접 결정해야 하는 의회유보의 규율범위가 지나치게 확대됨으로써 과중한 업무부담으로 인하여 의회가 제대로 기능을 수행할 수 없게 될 위험이 있다.<sup>1150)</sup>

따라서 독일의 학계에서는 “본질성”이란 기준에 대하여 심지어 ‘법논리학의 파산선고’, ‘막다른 골목’, ‘이론이라고 할 수 없는 이론’이라는 비판이 있다.<sup>1151)</sup> ‘입법자가 공동체의 본질적이고 중요한 것을 스스로 정해야 한다’는 것은 지극히 당연하고 타당하지만, 또한 반면에 그만큼 진부하고 아무런 구체적인 것을 표현하지 않는다는 것이다. 또한, ‘본질적인 것’과 ‘비본질적인 것’의 경계를 합리적이고 신뢰할만한 기준을 근거로 하여 설정하는 것이 거의 불가능하고 대

1149) 예를 들자면, 연방헌법재판소는 학교에서 학생을 퇴학시키는 조치는 특정 직업에의 접근가능성을 차단하고 이로써 직업선택의 자유를 행사할 기회를 제한하기 때문에, 본질적 사안으로서 입법자에 의한 결정을 필요로 한다고 판단한 반면, 학생을 유급시키는 조치는 당해 학생의 기본권을 보다 적게 제한하는 조치로서 행정부의 시행령으로 규율될 수 있다고 판단하였다(vgl. BVerfGE 58, 257, 275f.). 그러나 유급조치도 재학기간을 1년 연장시키며 퇴학조치의 사전적 조치가 될 수 있다는 점에서 입법자가 스스로 정해야 할 본질적인 사안이라고 충분히 주장할 수 있다.

1150) Vgl. Eberle, DÖV 1984, S.485f.; 연방헌법재판소 스스로도 본질성이론의 지나친 확장에 대하여 경고하고 있다, vgl. BVerfGE 49, 89, 125f.

1151) 이러한 학계의 비판을 소개한 것으로는 예컨대 Umbach, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, S.123f.

부분의 경우 이에 대한 결정은 개인적 결단에 기인한다는 점에서, '본질성이론이란 헌법재판관의 결단이 이론적 틀을 쓰고 나타난 것에 지나지 않으며, 본질적인 것은 결국 헌법재판소가 본질적인 것으로 간주한 것이다'라는 견해도<sup>1152)</sup> 있다.

따라서 본질성이론은 구체적으로 적용가능하거나 독일의 판례와 학계에 의하여 완성된 헌법적 이론이 아니라, 연방헌법재판소가 변화한 헌법현실에 직면해 더 이상 그대로 적용할 수 없는 침해유보의 개념을 벗어나 법률유보를 새롭게 설정해보고자 하는 하나의 시도로서, 법률유보의 변화한 기능에 관한 이해를 돕고 의회유보의 타당성을 설명하는 하나의 논거로 파악해야 한다. 연방헌법재판소는 법률유보의 범위를 새로이 확정하는 기준으로서 '사안의 본질성'이란 기준을 제시하였는데, 무엇이 본질적인가 하는 것은 앞으로 계속 규명되어야 할 과제에 속한다.

#### **바. 본질성이론과 의회유보의 헌법적 근거와 정당성**

(1) 오늘날, 입법자가 법률로써 정해야 하는 범위가 개인의 자유와 재산에 대한 침해의 경우에 제한되어서는 안되며, 법률유보의 범위가 새로운 기준에 의하여 결정되어야 한다는 것에 대하여 이론을 제기하는 사람은 없다고 본다. 다만, '어떠한 근거에서' '무엇이' 입법자에 의하여 결정되어야 하는가에 관하여 의견을 달리 할 뿐이다.

의회유보의 규율대상과 범위를 확정하기 위해서는, 우선 '왜 특정한 사안이 의회에 유보되어야 하고 의회의 법률로써 규율되어야 하는

---

1152) Vgl. Kloepfer, JZ 1984, S.692.



가'하는 이유를 헌법규범에 근거하여 밝혀보아야 하며, 의회유보를 헌법적으로 정당화하는 이유가 규명된 다음에야 비로소, 이러한 이유로부터 의회유보의 규율범위를 한정하는 기준을 이끌어낼 수 있다. 즉, '왜 국가의 중요한 결정이 입법자에게 유보되어야만 하는지' 그 이유에 관하여 알아야만, '무엇이 중요한 결정인지'를 알 수 있고, 나아가 '이를 판단하는 기준'을 제시할 수 있다.

연방헌법재판소의 본질성이론과 의회유보는 법치국가원칙 및 민주주의원칙에 그 헌법적 기반을 두고 있다.<sup>1153)</sup> 아래에서는 이러한 헌법적 기반으로부터 어떠한 헌법적 논거로 본질성이론이 정당화되는지 살펴보기로 한다.

(2) 법치국가적 관점에서, 국가의 모든 중요한 공권력작용은 국가행위를 사전에 예측할 수 있도록 일반·추상적으로 법률로써 확정되어야 한다. 이로써 법률유보는 국민에게 법적 안정성을 보장하고 자의적인 국가행위를 방지하는 중요한 법치국가적 기능을 한다. 국민의 자유행사가 국가로부터의 자유뿐이 아니라 국가에 의한 자유, 즉 국가의 광범위한 급부행위와 사회국가적 노력에 의존하는 오늘날의 사회적 법치국가에서, 국민의 자유에 대한 제한이 법률에 의한 수권을 필요로 할 뿐만 아니라, 누가 어떠한 조건하에서 국가의 급부를 받을 수 있는가 하는 것도 행정규칙이 아니라 법률로써 정해져야 한다.

그러나 행정부의 법규명령도 규율대상을 일반·추상적으로 규율하

---

1153) Vgl. Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S.26ff.; Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1981, S.382ff.; Umbach, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, S.114f.; Pietzcker, JuS 1979, S.713; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, §6 Rz.4f.; Kisker, NJW 1977, S.1314f.

며 국민에게 법률과 동일한 정도의 법적 예측성과 안정성을 부여한다는 점에서, 법규명령에 의한 규율도 법률에 의한 규율과 마찬가지로 법치국가적 요청에 부합하는 것이다. 따라서 법치국가적 관점은 ‘일정 사안이 왜 반드시 입법자에 의하여 형식적 법률로써 규율되어야 하는지’에 관하여 결정적인 해답을 주지 못한다.<sup>1154)</sup>

(3) 민주국가원칙으로부터는, 주권자인 국민을 일차적으로 대표하는 기관이자 가장 직접적인 민주적 정당성을 부여받은 의회가 국가 공동체의 중요한 문제를 스스로 결정해야 한다는 요청이 나온다.<sup>1155)</sup> 특히 독일과 같은 의원내각제의 경우, 의회는 국민에 의하여 직접 선출된 의원에 의하여 구성되는 반면, 행정부의 수반인 수상은 의회에서 선출됨으로써 의회로부터 간접적으로 민주적 정당성을 부여받는다는 점에서, 민주적 정당성에 있어서 의회의 우위를 주장할 수 있다.

그러나 한편, 오늘날 민주국가원칙이 모든 국가권력과의 관계에서 완전히 실현되었고 이에 따라 집행부도 민주적 정당성을 부여받고 있다는 점, 특히 의원내각제의 경우와는 달리 대통령제의 경우 집행부도 국민으로부터 직접적인 민주적 정당성을 부여받는다는 점 등을 고려할 때, 인적 구성에 있어서 의회가 보다 직접적인 민주적 정당성을 가지고 있다는 형식적인 관점이 ‘공동체의 모든 중요한 결정은 의회에 유보되어야 한다’는 요청을 정당화할 수는 없다. 행정부도 의회에 버금가는 민주적 정당성을 지니며 국민의 이익을 대변하는 의회민주주의에서의 헌법적 상황은, 의회의 동의를 통해서만 집행부의 결정이 민주적 정당성을 얻을 수 있었던 입헌군주제 당시의

---

1154) Vgl. v. Arnim, DVBl 1987, S.1242; Eberle, DÖV 1984, S.488f.

1155) Vgl. BVerfGE 33, 125, 159.

상황과는 완전히 다른 것이다. 의회와 행정부 사이에 존재하는 형식적인 민주적 정당성의 미세한 차이는 의회유보의 요청을 정당화하는 결정적인 이유가 될 수 없다.<sup>1156)</sup>

뿐만 아니라, 민주주의원칙으로부터는 ‘왜 의회유보의 대상이 되는 사안이 반드시 법률로써 규율되어야 하는지’ 설명될 수 없다. 의회는 반드시 법률에 의하지 않더라도 예산에 관한 결정이나 국회의 의결 등 국가기관 내부의 행위를 통해서도 행정부를 통제하고 공동체의 중요한 결정을 내릴 수 있다.<sup>1157)</sup> 민주주의원칙으로부터 도출되는 의회유보는 본질상 규율대상에 관한 유보이지 규율형식에 관한 유보가 아닌 것이다. 의회에 의한 규율은 형식적 법률에 의해서만이 아니라 단순한 의회의 의결 등 다른 형태로 이루어진다 하더라도, 민주주의원칙에 부합한다.<sup>1158)</sup>

(4) 의회유보의 요청은 헌법상의 권한·기능질서에 비추어 의회가 그 구성이나 기능, 절차에 있어서 공동체의 중요한 결정을 내리기에 가장 적합한 국가기관이라는 데 그 근거를 두고 있다.<sup>1159)</sup> 국가권력을 배분하고 다양한 국가기능을 상이한 국가기관에 귀속시키는 문제는, 모든 국가결정이 가능하면 타당하게, 즉 그 조직, 구성, 기능 및 절차에 따라 결정을 내리기에 가장 최상의 조건을 갖추고 있는 국가기관에 의하여 내려져야 한다는 관점에 의하여 결정되어야 한다(소위 ‘기능적 관점에 의한 권력분립원칙’).<sup>1160)</sup>

---

1156) Vgl. v. Arnim, DVBl 1987, S.1242f.; Eberle, DÖV 1984, S.489; Pietzcker, JuS 1979, S.713; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S.167ff.; Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S.35ff.

1157) Vgl. Kisker, NJW 1977, S.1315; Pietzcker, JuS 1979, S.713.

1158) Vgl. Ossenbühl, in: HdbStR Bd.III, 1988, §62, Rz.39.

1159) Vgl. BVerfGE 49, 89, 139; 68, 1, 86.

1160) Vgl. BVerfGE 68, 1, 86.

의회에서의 의사결정과정은 국민의 다양한 견해와 이익을 인식하고 교량하여 공개적 토론을 통하여 국민 대표로 구성된 다원적 인적 구성의 합의체에서 결정하는 과정이며, 이로써 일반국민과 야당의 비판을 허용하고 그들의 참여가능성을 개방하고 있다는 점에서, 비판과 공개토론의 여지가 없는 밀실에서 전문관료들에 의하여 제정되는 행정입법과는 달리, 공익의 발견과 정당한 이익조정을 위하여 보다 적합한 민주적 과정이다. 행정입법절차나 행정절차와 비교할 때 의회입법의 민주적 가치는, 의회가 정부에 비하여 인적 구성에 있어서 보다 직접적인 민주적 정당성을 부여받았다는 관점보다는 바로 ‘절차에 의한 민주적 정당성’에 있다.<sup>1161)</sup> 입법절차와 행정절차는 기관구조와 결정절차의 차이로 인하여 절차의 결과인 결정에 상이한 의미와 민주적 정당성을 부여한다. 입법절차는 행정절차와 비교할 때 논의와 결정과정의 공개성을 보장한다. 행정절차의 민주화와 더불어 위원회 등의 참여가능성을 개방하였다 하더라도, 의회의 결정절차는 상충하는 다양한 이익을 조정하기에 보다 적합한 절차이다.

입법자가 특정 사안에 관하여 법률로써 규율해야 한다는 요청은, 정치적으로 중요한 문제에 관하여 최종적으로 결정되기 전에 의회에서의 공개적 토론이 이루어지는 것을 보장한다. 의회유보의 중요한 기능은 법률로 규율되어야 할 사안에 관하여 반드시 ‘의회가’ 결정

---

1161) Vgl. Staube, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1985, S.201ff.; Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S.37f.; Kisker, NJW 1977, S.1315; Ossenbühl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S.549; Gassner, ZG 1996, S.47ff.; Eberle, DÖV 1984, S.489; v. Arnim, DVBl 1987, S.1244f.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, §6 Rz.19; 한국 문헌으로 조태제, 법률의 유보원칙에 관한 연구, 119면 이하.

해야 한다는데 있는 것이 아니다. 오늘날 의회와 행정부 모두 국민의 이익을 대변하는 민주국가, 특히 집행부와 의회의 정치적 이해관계가 일치하는 의원내각제의 국가에서 ‘의회와 행정부 중 누가 결정하는가’ 하는 것은 큰 의미가 없다. 정말로 중요한 것은 의회의 입법절차에서 이루어지는 공개적 토론과 그에 앞서 사전적으로 이루어지고 의회의 결정에 영향을 미치는 일반국민의 공적 토론이다.

그러므로 의회입법의 특별한 민주적 정당성은 바로 의회입법절차에 있는 것이다. 연방헌법재판소는 다수의 결정에서 의회입법절차에서의 논의와 결정과정에서 고도의 공개성(Öffentlichkeit)이 보장된다는 점을 역설하였다.<sup>1162)</sup> 결정과정의 공개성은 의회절차의 핵심적 요소이다. 바로 결정절차의 공개성으로 인하여 규율사안과 관련된 이해당사자와 일반국민의 관심이 유발되고 공적 토론이 이루어짐으로써 입법절차는 규율대상과 관련된 모든 중요한 이익과 관점이 인식되어 결정과정에서 고려되고, 상충하는 이익간의 정당한 조정이 이루어지는 것을 보장한다.<sup>1163)</sup> 결과적으로, 입법절차를 통하여 공익과 사익 또는 다양한 사익간의 정당한 이익조정이 이루어짐으로써 내용적으로 올바른 결정, 즉 공익발견의 기회가 증가하는 것이다.<sup>1164)</sup> 즉, 결정절차의 타당성이 결정결과의 내용적 타당성을 담보할 수 있는 것이다.

결국, 특정 규율대상이 의회의 법률에 유보되어야 한다면, 이는 바로 의회입법절차의 특수성인 공개적 기능과 이를 통한 이익조정기

---

1162) Vgl. BVerfGE 40, 237, 249; 41, 251, 260.

1163) Vgl. v. Arnim, DVBl 1987, S.1244.

1164) 공익이란, 그 자체로서 국가에 의하여 인식될 수 있거나 일방적으로 규정될 수 있는 것이 아니라, 사회의 상충하는 다양한 이익의 대립과 경쟁을 통하여 나오는 조화와 타협의 산물이다.

능에 기인하는 것이다.<sup>1165)</sup> 따라서 의회입법절차의 민주적 가치가 의회유보와 본질성이론을 가장 설득력있게 논거할 수 있는 결정적 근거이다.

#### 사. 의회유보의 범위를 판단하는 기준

(1) 따라서 의회유보를 헌법적으로 정당화하는 가장 결정적인 근거로부터 의회유보의 범위를 확정하는 기준을 이끌어낸다면, ‘입법자는 입법절차의 필요성이 존재하는 사안에 관한 결정을 스스로 해야 한다’는 결론에 이를 수 있다. 한편, 기본권의 보호를 통하여 인간의 존엄성과 개인의 인격발현의 자유를 보장하고자 하는 것이 국가권력의 존재이유이자 궁극적인 목적이라는 점, 의회의 개입을 통하여 개인의 자유를 보호하고자 하는 것이 법률유보이론의 출발점이었으며, 또한 현행 헌법도 제37조 제2항에서 ‘기본권에 대한 제한은 법률로써만 가능하다’는 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항을 명시적으로 두고 있다는 점과 오늘날 자유의 제한과 급부의 박탈은 개인의 기본권행사에 있어서 동일하게 중요한 의미를 가지고 있다는 점을 감안한다면, 기본권의 실현에 있어서의 중요성, 즉 기본권적 중요성도 의회유보의 범위를 판단하는 일차적 기준이다.

그렇다면, 의회유보의 규율대상을 확정하는 중요한 기준은 무엇보다도 ‘규율대상의 기본권적 중요성’과 의회절차의 공개성과 이익조정 기능에 비추어 ‘입법절차에서 규율되어야 할 고도의 필요성’으로 요약될 수 있다.<sup>1166)</sup> 의회절차의 민주적 가치가 ‘의회가’ 결정하는데

1165) Vgl. Kisker, NJW 1977, S.1315; Eberle, DÖV 1984, S.493.

1166) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1981, S.384; v. Arnim, DVBl 1987, S.1245f.; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S.113-128; 한국 문헌으로는 조태제, 법률의 유보원칙에 관한 연구, 1992, 144면 이하; Kisker, NJW 1977, S.1318, ‘기본권의 실현에 있어서 본질적인가’의 관점과

있는 것이 아니라 ‘어떻게 결정되는가’ 하는 입법절차의 특성(공개성)에 있으므로, 어떠한 사안이 본질적인 것으로 간주되어야 하는지의 여부도 사안의 내용적 중요성뿐만 아니라, 어느 정도로 사안에 관한 결정이 공개적인 입법절차에서 내려져야 할 필요성이 있는가에 달려있다고 보아야 한다.

그런데 이미 위에서 언급한 바와 같이, 규율이 기본적으로 중요할수록 입법자가 스스로 정해야 한다는 내용의 ‘기본권적 중요성’은 지극히 상대적인 개념으로서, 단지 이를 기준으로 하여 의회유보의 범위를 적극적으로 확정하는 것은 매우 어렵다.<sup>1167)</sup> 기본권적 중요성의 기준의 불명확성으로 인하여 단지 기본권적 중요성의 기준<sup>1168)</sup>만으로는 ‘무엇이 의회의 입법에 유보되어야 하는가’의 판단이 곤란한 경우에는 ‘사안이 의회의 입법절차에서 결정될 필요성이 있는가, 공개적 토론의 필요성과 상충하는 이익간의 조정필요성이 있는가’ 하는 관점에 의하여 보완되어야 한다. 위의 2가지 기준을 서로 보완하여 함께 사용한다면, 의회유보의 범위를 판단하는 보다 구체적이고 신뢰할만한 기준을 얻을 수 있다고 생각된다.

---

함께, 공동체 내의 분쟁이 해결되어야 하는 경우, 의회절차는 필요하고 의미가 있다는 이유로 ‘정치적으로 논란이 있는 사안(das politisch Kontroverse)’도 의회유보의 범위를 정하는 기준으로 제시하고 있다. 그러나 정치적 논쟁은 대중매체나 시민단체 등에 의하여 유발될 수 있고, 그 결과 정치적 논쟁의 제공하는 주체나 그 제공여부에 의하여 본질적인 것의 여부가 결정될 수 있다는 위험이 있다.

1167) 예컨대, “대통령령이 정하는 일정수 이상의 근로자”를 고용하는 사업주에게 장애인을 고용해야 할 의무를 부과하는 구 장애인고용촉진등에관한법률규정의 포괄위임여부가 문제된 사건에서(헌재 2003. 7. 24. 2001헌바96, 공보 제83호, 45), 위헌의견은 장애인고용의무가 기본적으로 중요하기 때문에 입법자가 스스로 정해야 할 본질적 사항이라고 판단하고 있으나, 이 사건 심판대상이 단지 사업주의 직업행사의 자유와 재산권을 제한한다는 이유만으로 자동적으로 “기본권적으로 중요하고, 따라서 본질적이다”라고 말할 수 없는 것이다. 장애인고용의무의 대상사업자의 범위를 정하는 것이 기본적으로 중요한 사안에 해당하는 것인지는 별도의 논거를 필요로 한다.

1168) 기본권적 중요성을 판단하는 관점에 관하여 한수웅, 헌법재판의 한계 및 심사 기준, 헌법논총 8집, 222면 이하 참조.

(2) 뿐만 아니라, 의회유보의 헌법적 근거가 의회입법절차의 민주적 가치에 있다면, 바로 이러한 관점에서 역으로 입법절차의 장점을 살릴 수 없는 규율대상은 의회유보에 해당하지 않고, 이에 따라 행정입법으로 규율해도 된다는 관점도 하나의 기준으로 작용할 수 있다. 즉, 규율대상이 의회입법절차를 통하여 포괄적인 이익수렴과정과 정당한 이익조정과정을 요하는 경우가 아니라면, 굳이 입법자에 유보되어야 할 필요가 없는 것이다. 이와 같이 입법절차의 장점을 살릴 수 없는 사안의 특성을 들자면, 다음과 같다.<sup>1169)</sup>

(가) 규율대상의 특성이 의회유보의 한계를 설정하는 요인이 될 수 있다. 의회의 전문적·기술적 능력의 한계, 시간적 적응성·임기성의 한계가 입법권의 위임을 정당화할 수 있는 근거로 고려된다.<sup>1170)</sup>

수시로 변화하는 상황에 대하여 적시에 적절하고 유연하게 대처해야 하는 영역에서 의회의 입법절차는 시간이 너무 소요되기 때문에 적합한 절차라 할 수 없다.<sup>1171)</sup> 또한, 규율되는 생활영역이 조감할 수 없을 정도로 다양한 사실관계를 포함하거나, 지극히 기술적·전문적인 분야인 경우, 입법자에 의한 상세한 규율이 곤란하고 이로써 행정부의 규율권한을 정당화할 수 있다.<sup>1172)</sup> 모든 국가결정이 가능

---

1169) 아래와 같은 예로 분류한 논문으로는 vgl. Eberle, DÖV 1984, S.490ff.; 이와 유사한 관점을 제시한 한국 문헌으로는 박윤훈, 최신 행정법강의(상), 2002, 228-230면; 이강혁, 의회유보의 원칙, 월간고시, 1985, 66-68면; 조태제, 법률의 유보원칙에 관한 연구, 1992, 161면 이하.

1170) 박윤훈, 최신 행정법강의(상), 2002, 228면.

1171) Vgl. BVerfGE 49, 89, 139f.(기술적 안전기준의 측정방법과 인식이 수시로 변화하는 영역에서 법률로써 안전기준을 정한다는 것은 오히려 안전기준을 기술적 발전에 부응하여 계속 발전시키는 것을 방해하고 이로써 기본권의 효율적 보장이라는 관점에서도 바람직하지 않다); 68, 1, 87; Wehr, JuS 1997, S.423f.; Kisker, NJW 1977, S.1315, Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, §6 Rz.15, 변화하는 상황에 신속하게 대처해야 하는 일부 영역(특히 경제정책적 관점에서 단기로 투입하는 경기부양책 등)에서 입법절차는 유연성이 결여되어 있다.

1172) 본질성이론에 있어서도 규율대상의 특성은 무시할 수 없는 중요한 요소이다.



하면 타당하게, 즉 그 조직, 구성, 기능 및 절차에 따라 결정을 내리기에 가장 최상의 조건을 갖추고 있는 국가기관에 의하여 내려져야 한다는 ‘기능상의 권력분립원칙’의 관점에서 보더라도, 이와 같은 사안에 관한 결정에서는 입법부에 대하여 전문성과 유연성을 갖춘 행정부의 장점이 두드러지기 때문에, 행정부의 입법권한이 정당화된다.

(나) 사안의 전문적 구조와 본질에 의하여 특정한 내용의 규율이 요청된다면, 즉 사안의 본질에 내재하는 독자적인 구조(고유법칙성)에 의하여 규율의 내용이 선결된다면, 의회에서의 공개적 논의와 이익조정기능은 그 의미를 상실하게 된다. 이러한 경우, 입법자가 입법절차를 통하여 결정하더라도, 동일한 전문적 관점이 결정적 요인으로 작용하게 된다.<sup>1173)</sup>

또한, 상위의 법원칙에 의하여 행정입법의 내용이 이미 선결되는 경우에는 입법자에 의한 상세한 규율이 불필요하다. 이러한 경우 입법자가 스스로 정하지 않더라도 헌법에 의하여 직접 행정입법에 규율될 대강의 내용이 이미 정해지기 때문이다. 헌법이 개인의 자유를 기본권의 보장과 비례의 원칙에 의하여 보호하므로, 특정한 경우 입

---

본질성이론에도 불구하고, 본질적인 모든 것이 법률에 의하여 규정되는 것은 아니다. 예컨대 환경보호법상 준수해야 하는 오염물배출의 ‘한계치’는 국민의 건강 보호의 관점이나 기업의 투자 및 고용정책의 중요한 변수로서 국가공동체의 중요한 문제이나, 그럼에도 이를 법률로써 정할 생각을 하는 사람은 없을 것이다.

1173) 예컨대 교육의 영역에서는 다수의 사안이 이미 교육의 본질에 내재하는 전문적 관점에 의하여 결정된다. 예컨대 BVerfGE 58, 257, 278(입법자가 유급에 관한 규율을 행정입법에 진반적으로 위임해도 되는 것은, 유급이란 제도가 능력주의에 기인하고 유급의 여부가 학업목표의 달성에 달려있기 때문에, 위임법률이 능력과 유급과의 관계를 명시하는 일반적 표현을 한다 하더라도 입법권의 위임이 내용적 구체성을 갖추게 되는 것이 아니기 때문이다. 즉 입법자가 정하더라도 동일한 교육전문적 관점에 의하여 이미 규율내용이 결정되기 때문이다.) 뿐만 아니라 소위 특별권력관계에 속하는 영역(학교, 교도소, 군대)에서의 다수 사안이 규율영역의 특수성과 특별권력관계의 기능확보에 의하여 이미 결정되는 경우가 빈번하다.

법자의 형식적 법률에 의한 보호가 불필요할 수 있다.<sup>1174)</sup> 입법자가 법률로써 규율의 목적에 관한 기본결정을 하는 경우, 행정부가 행정입법을 제정함에 있어서 비례의 원칙을 준수해야 하기 때문에 행정입법에 규율되어야 할 대강의 내용이 비례의 원칙에 의하여 결정된다면, 행정입법의 내용에 관하여 구체적으로 정하는 입법은 큰 의미가 없다.<sup>1175)</sup> 이러한 경우, 이미 헌법적으로 행정부가 정해야 할 합헌적인 규율내용의 대강이 결정되기 때문에, 의회에서의 공개적 논의와 이익조정절차는 결정공간의 결여로 말미암아 큰 소득이 없다.

(다) 행정입법절차가 이해당사자와 일반국민의 참여를 허용하고 다양한 이익을 고려하고 조정할 수 있는 가능성을 제공하기 때문에 의회입법절차와 마찬가지로 공개적 논의와 이익조정기능을 보장하는 경우, 의회입법절차를 대신할 수 있다는 점에서 굳이 의회의 법률로써 규율되어야 할 필요가 없다.<sup>1176)</sup>

(라) 단지 법률을 집행하는 행정입법(집행명령)의 경우,<sup>1177)</sup> 이

---

1174) Vgl. BVerfGE 80, 1, 21f., 시험절차에 관하여 행정입법에 위임한 연방의사법규정의 포괄위임여부가 문제된 사건에서, 시험관련규정은 그 내용에 있어서 직업의 자유, 평등원칙, 법치국가적 요청 등에 의하여 결정되기 때문에, 행정부의 규율권한이 헌법적 요청에 의하여 충분히 제한된다고 판시하였다.

1175) 이러한 현상은 특히 비례의 원칙이 처음으로 확립되고 그의 전형적인 적용영역인 경찰행정법이나 질서유지행정법의 영역에서 빈번하게 나타난다. 입법자가 법률로써 구체적인 목적을 정하고 행정부에 위임한 경우, 행정부는 특정한 위험의 방지라는 구체적 목적을 달성하기에 적합하고 필요하며 좁은 의미의 비례의 원칙에 부합하는 규율을 해야 하기 때문에, 행정입법의 내용이 거의 확정될 수 있다.

1176) 상충하는 이익간의 법익형량원칙에 따라 제정되는 행정입법절차는 일반적으로 도시계획법과 같은 행정계획의 영역에서 엿볼 수 있다; 한편, 박윤훈 교수는 수임기관의 이익조정기능에 따라 수권의 명확성이 달라진다고 하고 있다. 즉, 대통령에게 위임하는 대통령령의 경우, 국무회의의 심의를 거쳐 제정되지만(즉 어느 정도 상충하는 이익간의 조정이 이루어지지만), 행정각부장관에게 위임하는 부령의 경우에는 당해 부의 입장만을 내세울 소지가 있으므로, 수권의 명확성이 달라져야 한다고 하고 있다, 최신 행정법강의, 2002, 230면 참조.

1177) 집행명령(Ausführungsverordnung)이란 법률집행에 있어 통일성을 꾀할 목적으로 법률을 구체적으로 집행하기 위하여 필요한 세부적인 사항을 규율하는 법규명령이기 때문에, 법률의 내용에 철저히 종속되는 것으로서 새로운 입법사항을 그 대상으로 하거나 국민의 새로운 권리·의무를 규정할 수 없다, 권영성,

미 법률에 의하여 중요한 이익조정이 이루어졌기 때문에, 더 이상 입법절차에 의한 이익조정이 필요하지 않다. 헌법은 제75조에서 “대통령은 … 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 하여 법률을 집행하는 행정입법을 헌법상 포괄적으로 허용하고 있다.

(3) 결국, 의회유보의 범위를 판단하는 기준은 적극적인 기준으로서 ‘기본권적 중요성’과 ‘입법절차의 필요성’을 들 수 있다. 이러한 관점은 입법권의 위임을 제한하는 이유, 위임금지를 정당화하는 이유이다. 기본권적 중요성의 정도를 판단하기 어려운 경우에는 의회유보의 범위를 정함에 있어서 규율대상이 입법절차(근본적인 이익조정)를 필요로 하는지의 관점이 결정적인 역할을 하거나 적어도 보완하는 기능을 할 수 있다.

이에 대하여 소극적인 기준으로서 ‘사안의 특성’을 들 수 있다. 이 기준은 입법권의 위임을 정당화하는 이유, 위임을 허용하는 이유이다. 적극적인 기준만으로 의회유보의 범위를 판단하는 것이 불확실한 경우 또는 적극적인 기준으로 판단한 결과의 타당성을 확인하고자 하는 경우, 소극적인 기준인 ‘사안의 특성’은 적극적 기준을 대체하거나 보완하는 관점으로 사용될 수 있다.

### Ⅲ. 헌법 제75조의 ‘입법위임의 명확성원칙’

#### 1. 위임입법과 입법위임의 개념

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임

---

헌법학원론, 2000, 950면; 허영, 한국헌법론, 1999, 932면 참조.

받은 사항...에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하고, 헌법 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”고 하여 행정부가 입법자로부터 위임받은 입법권을 행사할 수 있음을 규정하고 있다.

위임입법이란, 법률의 위임에 의하여 입법자로부터 위임받은 입법권을 행사하여 이루어지는 입법으로서 헌법 제40조의 의회입법에 대조되는 개념이다. 즉 위임입법이란, 행정부의 법규명령제정이란 의미에서의 대통령령, 총리령과 같은 행정입법을 말한다. 헌법재판소의 판례<sup>1178)</sup>나 학계의 문헌<sup>1179)</sup>은 헌법 제75조의 헌법적 요청(“법률에서 구체적으로 범위를 정하여”)을 표현하기 위하여 일반적으로 “위임입법의 한계”란 용어를 사용하고 있으나, 이러한 용어는 오해의 소지가 있을 뿐이 아니라 의미내용을 왜곡하는 것이다. “위임입법의 한계”란, ‘행정입법이 법률의 수권 범위 내의 것인가’ 하는 행정입법이 유효하기 위한 요건 중의 하나인 것이다.<sup>1180)</sup> 그런데 여기서 문제되는 것은 ‘행정부에 입법권을 위임하는 수권법률이 충분히 명확한가’ 하는 ‘법률이 유효하기 위한 요건’에 관한 것이다.

따라서 범위한정적이고 구체적인 위임의 원칙을 표현하고자 한다면, ‘위임입법의 한계’가 아니라 ‘입법위임의 명확성원칙’ 또는 ‘입법권을 위임하는 법률의 명확성원칙’, ‘포괄적 입법위임의 금지 원칙’이란

1178) 헌법재판소의 판례에서는 헌법 제75조의 요청을 ‘포괄위임입법금지원칙’, ‘포괄 위임금지의 원칙’, ‘위임입법의 한계’ 등 여러 용어를 사용하여 표현하고 있다.

1179) 예컨대 헌법재판연구 제8권(위임입법의 한계에 관한 연구)에서 “위임입법”이란 용어를 한편으로는 ‘국회가 행정부에 입법권을 위임하는 것’으로, 다른 한편으로는 ‘위임된 입법권에 의하여 이루어지는 행정입법’으로 이중적인 의미로 정의하고 있다, 위 책 23-25면 참조.

1180) 행정입법의 유효성의 요건은 첫째, 행정부에 충분히 명확한 수권을 부여하는 수권법률이 존재해야 하고 그 수권법률이 내용상 합헌적이어야 하며, 둘째, 행정입법이 법률에 의한 위임의 범위 내에 있어야 하며 뿐만 아니라 그 내용에 있어서 비례의 원칙 등에 부합하는 합헌적인 것이어야 한다.

표현을 사용하는 것이 적절할 것이다.<sup>1181)</sup> 즉, 위임된 입법권에 의하여 이루어지는 행정입법은 ‘위임입법’으로, 입법자가 행정부에 자신의 입법권을 위임하는 것은 ‘입법위임’으로, 입법권을 위임하는 법률은 ‘위임법률 또는 수권법률’로, 각 명확하게 구분하여 명칭해야 할 것이다.

## 2. 법률과 행정입법의 관계

가. 현대 산업사회를 맞이하여 국가의 성격이 사회국가로 변화함에 따라 국가 기능과 과제의 확대를 가져왔고, 그에 따라 입법대상도 모든 사회영역으로 확대되었다. 입법권은 원칙적으로 입법자에 속하나, 입법자가 엄청나게 증가한 규율의 수요를 충족시키기에는 역부족이므로, 헌법은 입법자에게 입법권을 부분적으로 위임하는 것을 허용하고 있다.

현대의 사회적 법치국가에서 입법권의 위임은 의회의 입법부담을 덜어주고 입법자에게 부여된 본연의 과제를 충실히 이행할 수 있도록 하기 위하여 불가피하다.<sup>1182)</sup> 복잡·다양하고 끊임없이 변화하는 사회에서 날로 증가하는 사회국가적 과제를 이행하기 위해서는 많은 구체적이고 세부적인 전문적·기술적 규정을 필요로 한다. 이러한 규정들은 현장의 사정에 정통한 해당 집행기관에 의해 규율되는 것이 보다 효율적이며, 상황의 변화에 신속하게 적응하는 가능성을 확보하기 위해서도 불가피하다. 만일 이러한 세부적이고 기술적인 문제를 법률에서 직접 규정해야 한다면, 입법자에게 비본질적인 사

1181) 따라서 ‘위임입법의 명확성’이나 ‘포괄위임입법금지’란 표현도 잘못된 것이다.

1182) Vgl. Lepa, Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, AöR 105(1980), S.338ff.; Ossenbühl, Rechtsverordnung, in: HdbStR Bd.3, 1996, §64, Rn.2ff.; Maurer, Staatsrecht, 1999, §17, Rz.141.

안으로 인한 과중한 업무부담을 초래하여 정작 신중하고 세심하게 심의·결정해야 할 본질적인 사안의 해결에 전념할 수 없게 할 뿐 아니라, 상황의 변화에 따라 너무 빈번하게 법률을 개정해야 할 필요성에 직면할 것이고, 그 결과 법률에 대하여 요청되는 법적 안정성과 지속성의 효과가 현저하게 감소된다.

입법권의 위임은 입법자의 지위와 기능을 약화시키는 것이 아니라, 입법자의 업무를 경감하여 입법자가 공동체의 중요한 정치적 결정에 전념케 함으로써 입법권의 의미있는 사용을 가능하게 하는 것이다. 행정입법은 의회의 입법을 대체하는 것이 아니라, 정치적으로 결정되어야 할 사안이 아닌 전문적·기술적 세부사항의 규율을 통하여 입법자의 업무를 경감하고자 하는 것이다. 따라서 입법영역에서의 입법자와 행정부 사이의 과제배분은 불가피하며, 다만 입법권의 위임과 관련된 위험(입법권의 포기)을 방지하여 입법자의 책임과 기능을 확보하는 것이 중요하다.

나. 역사적으로 본다면, 법률과 행정입법의 개념적 구분과 대치는 입헌군주제의 확립과 함께 비로소 가능하게 되었다. 권력분립이 이루어지지 않은 채 군주에게 모든 권력이 집중하는 권력일원화의 시대였던 전제군주제에서는 입법권은 군주에 속하는 것으로서, 법률과 행정입법이 개념적으로 구분되지 않았다. 그러나 입법군주제와 함께 권력의 분립이 이루어지면서, 입법에 관한 군주의 독점권이 해체되어 입법권이 시민을 대표하는 의회와 군주의 집행부에 분산되면서, 비로소 법률과 행정입법이 개념적으로 구분되고 서로 대치하게 되었다.<sup>1183)</sup>

서구의 역사상 입헌군주제 이래, 의회와 행정부의 입법권의 병존과 그 관계는 모든 민주국가의 근본적 문제인데, 국가마다 매우 상이한

---

1183) Vgl. Magiera, Allgemeine Regelungsgewalt(Rechtsetzung) zwischen Parlament und Regierung, Der Staat 1974, S.6f.

형태로 해결되고 있다.<sup>1184)</sup> 예컨대 독일의 경우, 바이마르 공화국과 나치 정권 당시 행정부에 의하여 입법권이 남용된 경험을 역사적인 교훈으로 삼아, 기본법 제80조 제1항에서<sup>1185)</sup> 입법권의 위임을 엄격한 요건 하에서만 허용하고 있고, 연방헌법재판소도 포괄위임의 여부를 엄격한 기준으로 심사하여왔다.<sup>1186)</sup> 한편, 영국이나 프랑스와 같은 다른 민주국가의 경우, 의회의 입법권과 더불어 행정부의 독자적인 명령제정권이 당연하게 인정되고 있다.<sup>1187)</sup> 또한, 미국의 경우, 입법권의 위임에 관한 명문의 헌법규정이 없음에도 연방대법원이 이미 19세기 초반부터 포괄위임여부에 관하여 심사를 하고 있으나, 입법권의 위임에 대하여 매우 관대한 태도를 보이고 있다.<sup>1188)</sup>

1184) 이러한 의미에서 입법위임의 명확성 판단에 관한 한, 외국의 입법례를 참조하는 것은 큰 의미가 없다. 위임입법의 문제는 특정 시간과 특정 장소에 국한하여, 즉 특정 국가의 현행 헌법과 관련하여 당해 국가의 입법권의 역사적 발전 과정을 고려하여 해결해야 할 문제이다. 뿐만 아니라, 최근 의회의 업무과중의 현상과 함께, 의회의 입법권독점은 현대국가의 규율에 대한 수요를 충족시킬 수 없고, 한편으로는 오늘날 모든 국가기관이 직·간접적으로 민주적 정당성을 부여받고 있다는 점에서 민주적 정당성의 요건에 의해서도 헌법적으로 반드시 요청되는 것은 아니라는 견해에 의한 도전을 받고 있다.

1185) 독일 기본법 제80조 제1항의 내용은 다음과 같다. “연방정부, 연방장관 또는 주(주)정부는 법률에 의하여 법규명령을 제정하는 권한을 위임받을 수 있다. 이 경우 법률로써 위임된 권한의 내용, 목적 및 범위를 확정하여야 한다. 법규명령은 그 법적 근거를 명시하여야 한다. 위임받은 권한을 재위임할 수 있음을 법률이 규정하고 있는 때에는 위임받은 권한의 위임을 위한 법규명령이 필요하다.”

1186) 연방헌법재판소는 활동을 개시한 이래 1968년까지 약 15년 동안 포괄위임여부가 문제된 사건에서 절반 이상을 위헌으로 판단하였다. 1968년 이후 비록 위임의 명확성원칙에 대한 위반을 이유로 위임법률을 위헌으로 선언한 바는 없으나, 여전히 상당히 엄격한 기준을 근거로 심사하고 있다, vgl. Nolte, Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung, Lehren aus der deutschen und der amerikanischen Erfahrung, AöR 118(1993), S.398f.

1187) Vgl. Ossenbühl, Rechtsverordnung, Rz. 13, 예컨대, 프랑스 헌법에서는 의회의 입법권은 열거적으로 확정되어 있고, 그 외에는 행정부의 독자적인 명령제정권이 존재한다, 이에 관하여 자세하게 위임입법의 한계에 관한 연구(헌법재판연구 제8권), 1996, 267면 이하 참조; 영국의 위임입법제도에 관하여 위임입법에 관한 연구, 법무자료 171집, 1993, 41면 이하 참조.

1188) 미국의 연방대법원은 이미 1825년의 판결[Wayman v. Southard, 23 U.S.(10 Wheat.) 1(1825)]에서 ‘규율대상의 중요성에 의하여 위임될 수 없는 규율권한과

다. 우리 헌법의 경우, 독일과 유사하게 입법권의 위임에 대한 불신이 깔려 있는 것으로 보인다.<sup>1189)</sup> 헌법은 제75조에서 입법권이 소리 없이 행정부로 전이되어 잠식되는 것을 방지하고 입법자가 헌법상 부과된 책임으로부터 도피하는 것을 방지하기 위하여, 첫째, 행정입법의 요건으로서 개별적 법률에 의한 입법권의 위임, 즉 행정입법의 법률적 근거를 요구하고 있다. 즉, 헌법 제75조는 헌법에 의하여 직접 부여되는 독자적인 법규명령 제정권을 배제하여 입법자가 개별적으로 법률로써 입법권을 위임하는 경우에 한하여 행정부가 입법권을 행사할 수 있다는 것을 규정하고 있다. 둘째, 입법권의 위임은 단지 내용적으로 명확한 형태로써만 허용된다는 것을 규정함으로써,

---

위임될 수 있는 규율권한이 정해져야 한다'고 판시하여 독일의 본질성이론과 유사한 기준에 의한 판단가능성을 시사하였으나, 규율대상의 중요성에 따른 구분이 사실상 불명확하고 불가능하여 법적 불안정성을 야기한다는 이유로, 이러한 사고는 현재까지 연방대법원의 판례에서 다시 등장하지 아니하였고, 이로써 포기되었다고 볼 수 있다. 그 후, 연방대법원은 1928년의 판결[J. W. Hampson, Jr. & Co. v. United States, 276 U.S. 394(1928)]에서 '입법자가 행정입법의 제정에 있어서 방침으로 삼을 수 있는 원칙을 정하는 한, 입법권의 위임은 허용된다'는 기본원칙을 제시하였는데("intelligible principle"), 이는 입법자가 위임의 목적을 어느 정도 분명하게 표현해야 한다는 의미에서 독일 연방헌법재판소의 '방침제 시설'과 유사한 것으로 보이는데, 독일과 비교할 때 매우 관대한 기준이라 할 수 있다. '이해할만한 방침을 제시해야 한다'는 위 원칙은 현재까지도 입법위임의 명확성여부를 판단하는 기준이다. 연방대법원은 1989년의 판결[Mistretta v. United States, 109 S. Ct. 647(1989)]에서 '점점 복잡해지는 현대의 사회현상에 비추어 의회에는 광범위한 위임가능성이 인정되는데, 다만 지나치게 광범위하거나 불명확한 위임의 경우에만 포괄위임의 문제가 발생할 수 있다'고 판시함으로써 위임의 명확성에 관한 자신의 입장을 요약하였다. 이로써 연방대법원은 포괄위임의 금지를 단지 '입법권의 포기나 남용에 대한 금지'로 소극적으로 이해하여 매우 관대한 심사를 해오고 있다. 연방대법원은 1930년대 뉴딜 시대에 2건의 사건에서 포괄위임금지의 위반을 확인한 이래 현재까지 한 건의 사건에서도 포괄위임의 관점에서 위헌여부를 판단해야 할 필요성을 느끼지 못하고 있다, 이에 관하여 자세하게 Nolte, AöR 118(1993), S.380ff.; 위임입법의 한계에 관한 연구(헌법재판연구 제8권), 234면 이하.

1189) 현행 헌법 제75조와 거의 같은 규정내용의 건국헌법 제58조의 제정취지에 관한 유진오 교수의 설명으로는 위임입법의 한계에 관한 연구(헌법재판연구 제8권), 46면 이하 참조.



개별법률에 의한 위임의 경우에도 행정부에 무제한적으로 입법권을 위임하는 것을 금지하는 것은 물론이고, 나아가 명확성의 요건을 통하여 위임권한의 행사방법을 제한하고 있다. 이로써 법률에 규율된 내용을 단순히 집행하는 경우가 아닌 한, 행정부의 입법권은 독자적인 입법권이 아니라 의회의 위임에 기인하는 것이며 이에 따라 법률과 행정입법의 경쟁관계란 있을 수 없다는 의미에서, 헌법은 법률과 행정입법의 관계를 명백하게 규정하고 있다.

헌법 제75조는 의회의 업무부담을 경감해야 할 필요성과 행정부의 규율권한을 입법부의 의사에 종속시킴으로써 행정입법의 민주적 정당성을 확보해야 한다는 요청을 함께 고려하여 조화를 이룬 결과라 할 수 있다.<sup>1190)</sup> 헌법 제75조가 제시하는 ‘입법위임의 명확성’의 기준을 너무 엄격하게 적용한다면, 입법자가 거의 모든 것을 스스로 정해야 한다는 결과를 초래하여 오늘날 엄청나게 증가한 규범의 수요에 부응할 수 없는 결과에 봉착하는 반면, ‘명확성’의 기준을 너무 완화하여 적용하는 경우에는 입법권의 포기가 용인되는 결과가 발생할 수 있으므로, 이러한 긴장관계를 어떻게 해결하는가 하는 것이 핵심적 문제이다.

### 3. 입법위임의 명확성여부를 판단하는 기준

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임 받은 사항 ... 에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 헌법적 근거를 마련함과 동시에 위임은 “구체적으로

---

1190) Vgl. Wilke, Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen, AöR 98(1979), S.212f.

범위를 정하여” 하도록 하여 위임의 구체성·명확성을 요구하고 있다. 즉 행정부도 위임받은 입법권을 행사할 수 있으나, 단 행정부에 의한 입법권의 행사는 수권법률이 명확하다는 전제 하에서만 가능하다.

헌법은 ‘위임의 한계’를 정하기 위하여 “구체적으로 범위를 정하여”라는 표현을 사용하고 있다. 이러한 표현이 무엇을 의미하는지에 관하여는 다양한 견해가 있으나,<sup>1191)</sup> ‘구체적으로’란 위임의 질적, 즉 내용적 한계를 의미하는 것으로서 위임의 목적 및 규율사항(내용)과 연관되는 것이고, ‘범위를 정하여’란 위임의 양적 한계라 할 수 있다.<sup>1192)</sup> 이러한 의미에서 우리 헌법 제75조의 요청은 위임의 “내용, 목적, 범위”를 정할 것을 규정하는 독일 기본법 제80조 제1항의 요청과 약간의 법문상의 차이에도 불구하고 근본적인 차이가 없다고 본다.<sup>1193)</sup>

그런데 위임의 ‘내용, 목적, 범위’란 단지 위임의 명확성을 실현하는 수단이자 이를 시사하는 지표일 뿐, 위임의 명확성여부를 판단하는 기준을 의미하는 것은 아니다. 위임의 명확성여부를 판단하는 기준은 헌법 제75조의 헌법적 의미와 기능으로부터 도출되어야 한다. 명확성을 인식하는 위 지표는 그 기능에 있어서 서로 중복되면서 한편으로는 서로 보완하고 구체화하는 관계에 있기 때문에, 각 분리되어 독자적으로 고려되어서는 아니되고 종합적·통일적으로 판단되

1191) 홍준형, 위임입법의 한계, 고시계 96/12, 32면 이하 참조.

1192) 즉, ‘범위를 정하여’란, 입법자가 행정부에 일정 규율영역을 전체로서 또는 부분영역 전부를 규율하도록 위임해서는 안 된다는 의미에서 양적으로 제한하는 것이라 할 수 있고, ‘구체적으로’란, 위와 같이 규율영역이 양적으로 한정된다면 그러한 범위 내에서도 행정부가 내용적으로 임의의 규율을 헤쳐는 안되고 내용적으로 통제되어야 한다는 것을 의미한다고 생각한다, vgl. BVerfGE 8, 274, 307; Lücke, in: Sachs, Art.80, Rz.23f.; Ramsauer, AK-GG, Art.80, Rz.55.

1193) 기본법 제80조 제1항의 규정내용에 관하여 주) 77 참조.

어야 한다. 또한, 위임의 내용, 목적, 범위는 동일한 비중을 차지하는 것은 아니다. 위임의 목적으로부터 위임의 내용이 구체화될 수 있고 위임의 범위가 한정될 수 있으며, 역으로 위임 내용의 불확실성은 위임 범위의 한정성을 통하여 상쇄될 수 있고, 위임 범위의 불확실성은 목적의 명확성을 통하여 해소될 수 있기 때문에, 위임의 목적에 가장 큰 의미가 부여된다.

아래에서는 우선 우리 헌법재판소 판례에 큰 영향을 미친 독일 연방헌법재판소의 판례가 어떠한 기준에 의하여 입법위임의 명확성 여부를 판단하고 있는지를 살펴보고, 이어서 우리 헌법재판소 판례의 경향을 간단히 확인해 보기로 한다.

#### 가. 독일연방헌법재판소의 판례경향<sup>1194)</sup>

독일 연방헌법재판소는 판례를 통하여 입법위임의 명확성 여부를 판단하는 3가지 기준을 제시하였다. 첫째, 위임에 의하여 제정될 행정입법의 수범자인 국민의 관점에서 ‘국민이 행정입법에 규율될 대강의 내용을 수권법률로부터 예측할 수 있는가’의 예견가능성의 기준(Vorhersehbarkeitsformel)이다.<sup>1195)</sup> 법률의 명확성원칙은 국민이 행정의 행위를 예견할 수 있어야 한다는 법치국가적 법적 안정성의 사고에 그 기초를 두고 있는데, 연방헌법재판소는 위임의 명확성원

---

1194) Vgl. Ramsauer, in: AK-GG, Art.80, Rz.54ff.; Richter/Schuppert/Bumke, Casebook Verfassungsrecht, 4. Aufl. 2001, S.425f.; Bryde, in: Münch/Kunig, Art.80, Rz.20ff.; Lücke, in: Sachs, GGK, 2. Aufl., Art.80, Rz.21ff.; 위임입법의 한계에 관한 연구, 헌법재판연구 제8권, 1996, 227면 이하; 박영도, 독일의 위임입법제도에 관한 연구, 외법논집 7집(99. 12.), 363면 이하.

1195) BVerfGE 1, 14, 60; 7, 282, 301; 19, 354, 361; 23, 62, 72; 41, 251, 266; 58, 257, 277.

칙을 법률의 명확성원칙이 구체화된 형태로 파악함으로써 법률의 명확성여부를 판단하는 기준인 예견가능성의 기준을 포괄위임의 여부를 판단하는 경우에 그대로 도입한 것으로 판단된다. 둘째, 의회 민주주의와 법치국가적 권력분립원칙에 내재하는 요청인 ‘입법권은 의회에 속하며 의회는 입법권의 위임을 통해서도 입법권을 포기해서는 안된다’는 요청을 고려하는 관점으로서 자기결정의 기준(Selbstentscheidungsformel)이 제시되었다.<sup>1196)</sup> 즉 ‘입법자는 무엇이(내용) 어느 범위에서(범위) 어떠한 목적을 가지고 행정입법에 의하여 규율되어야 하는지 스스로 정해야 한다’는 것이다. 셋째, 자기결정의 기준과 유사한 이념에 바탕을 두고, 민주주의원리 및 권력분립원칙의 관점에서 입법자의 지위 및 입법권의 의미, 법률에 의한 행정의 사고를 고려하여 ‘행정부에 입법권을 위임하는 입법자는 행정입법에 의한 규율의 한계와 목적을 정함으로써 행정부에 의하여 준수되어야 하는 기본방침을 제시해야 한다’는 방침제시의 기준(Programmformel)이다.<sup>1197)</sup>

연방헌법재판소는 위의 3가지 기준 외에 위 기준을 구체적으로 적용하는 2가지 중요한 지침(위 기준에 부합하는지를 구체적으로 판단하는 관점)을 제시하였다. 첫째, 위임의 명확성은 수권규정으로부터 분명하게 드러나야 하는 것이 아니라 법률 전체의 해석을 통하여 규명될 수 있는 것으로 충분하다는 ‘일반적 법률해석을 통한 명확성판단’의 지침이다.<sup>1198)</sup> 둘째, 위임의 명확성에 대한 요구는 규율의 효과와 규율대상의 특성에 따라 그 정도를 달리한다는 실체적

1196) BVerfGE 2, 307, 334; 19, 354, 361f.; 23, 62, 72.

1197) BVerfGE 18, 52, 62; 38, 61, 83; 41, 251, 265f.; 58, 257, 277; 78, 249, 272; 80, 1, 20f.

1198) BVerfGE 7, 267, 272 결정 이후 확립되었다.

관점이다.<sup>1199)</sup> 연방헌법재판소가 제시한 위 3가지 기준과 2가지 적용지침이 서로 어떠한 관계에 있는지 불명확하나, 지금까지의 판례를 본다면, 3가지 기준이 혼용되어 왔으며, 근래 들어 다수의 판례에서는 ‘예견가능성의 기준’과 ‘방침제시의 기준’을 동시에 언급하여 하나의 통일된 기준으로 삼아<sup>1200)</sup> 2가지의 적용지침에 따라 위임의 명확성여부를 판단하고 있다.

연방헌법재판소의 판례의 변화를 살펴본다면, 초기에는 자기결정의 기준과 예견가능성의 기준에 따라 판단하면서, 위임의 명확성이 위임규정의 범문으로부터 분명하게 드러날 것을 요구함으로써 위임의 명확성에 대하여 엄격한 태도를 취하였다. 그러나 곧 위임의 명확성이 위임규정으로부터가 아니라 법률전체의 해석을 통하여 규명될 수 있다면 그로 충분하다는 입장을 확립하여 현재까지 견지하였고, 새로이 방침제시의 기준을 제시함으로써 명확성에 대한 요구가 완화되었다. 이어서 1980년대 이후로 연방헌법재판소는 본질성이론에서 ‘본질적인 것’을 파악하기 위하여 확립된 관점인 ‘규율효과’(기본권적 중요성)와 ‘규율대상의 특성’을 입법위임의 명확성을 판단하는 실체적 관점으로서 도입하였는데, 명확성의 심사에 있어서 실질적으로 위의 실체적 관점에 의한 판단이 큰 비중을 차지하게 됨으로써, 위 3가지 기준은 단지 ‘형식적 틀’로서 그 의미가 감소하는 경향을 엿볼 수 있다.

#### 나. 헌법재판소의 판례경향

1199) BVerfGE 56, 1, 13; 58, 257, 277; 65, 248, 263.

1200) BVerfGE 19, 354, 361f.; 41, 251, 265f.; 58, 257, 277; 78, 249, 272.

헌법재판소는 입법위임의 명확성원칙과 관련하여 일관되게, “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다”고 하여 예측가능성의 이론에서 출발하고 있다.<sup>1201)</sup>

또한 헌법재판소는 “여기서 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것”이라고 판시함으로써,<sup>1202)</sup> ‘법률의 명확성이란 일반적 법률해석을 통한 명확성’이라는 중요한 기준을 제시하고 있다.

뿐만 아니라, 헌법재판소는 “위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. . . 기본권 침해영역에서는 급부행정영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성요건이 완화되어야 한다.”고 판시하여 행정부에 입법권을 위임하는 수권법률의 명확성을 판단함에 있어서 규율의 효과 및 규율대상의 특성에 따라 심사기준이 달라져야 한다는 것을 밝혔다.<sup>1203)</sup> 즉 다양한 형태의 사실관계를 규율하거나 규율대상인 사실관계가 상황에 따라 자주 변화하리라고 예상된다면 규율대상인 사실관계의 특성을 고려하여 명확성에 대하여 엄격한 요구를 할 수

1201) 헌재 1995. 11. 30. 93헌바32, 관례집 7-2, 598, 607.

1202) 헌재 1996. 8. 29. 94헌마113, 관례집 8-2, 141, 164.

1203) 헌재 1991.2.11. 90헌가27(교육법 제8조의2에 관한 위헌심판), 또한 1994.7.29. 92헌바49등(토지초과이득세법에 대한 위헌소헌) 참조.

없으며, 위임에 의하여 제정된 행정입법이 국민의 기본권을 침해하는 성격이 강할수록 보다 명확한 수권이 요구된다는 것이다.

요컨대, 헌법재판소는 예측가능성의 기준이란 ‘큰 형식적 틀’ 안에서, 법률해석을 통한 명확성판단의 관점과 규율의 효과와 규율대상의 특성에 따른 명확성판단이라는 2가지의 실체적 관점에 의하여 ‘위임법률이 예측가능성의 기준의 요청을 충족시키고 있는지’를 판단하고 있다.

#### 다. ‘예측가능성’ 기준의 문제점

헌법재판소의 판례는 입법위임의 명확성에 대해서도 법률의 명확성원칙에 대한 요청과 근본적으로 동일한 요청을 함으로써, ‘법률의 위임은 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 확정되고 제한되어 있어서 국민이 행정의 행위를 어느 정도 예측할 수 있어야 한다’는 예측가능성의 기준을 입법위임의 명확성을 판단하는 기준으로 삼고 있다. 그런데 이러한 헌법재판소의 입장에 대하여, 입법위임의 명확성원칙을 법률의 명확성원칙의 구체적인 형태로 파악하여 법률의 명확성원칙에 대한 요청과 동일한 기준인 예측가능성의 기준을 자동적으로 적용하는 것이 과연 타당한가 하는 의문이 제기된다.

물론, 법률의 명확성원칙의 실체는 국민의 관점에서 행정의 행위에 대한 예견가능성의 문제이고, 헌법 제75조는 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서, 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이라 할 수 있다.<sup>1204)</sup> 그러나 법률의 명확성의 문제는 일차적으로 국민과 국가권력과의 관계에서 개인의 자유보장 및 권리보호의 문제이고 공권력행위에 대한 예견

---

1204) BVerfGE 49, 89, 127.

가능성 및 법적 안정성의 문제이지만, 입법위임의 명확성의 경우에는 입법권을 위임하는 입법자와 이를 위임받는 행정부의 관계가 주된 문제라 할 수 있다. 헌법 제75조가 헌법 내에 규정된 장소(“제4장 정부”)나 그 문언으로 볼 때, 입법위임의 명확성원칙은 행정부에 대하여 입법자의 기능·지위를 보장하고자 하는데 그 일차적인 의미가 있다.<sup>1205)</sup> 즉 헌법 제75조의 주된 목적은 국민의 권리보호가 아니라 입법자의 정치적 책임과 기능의 보호에 있으며, 법치국가적 안정성의 보장보다는 민주국가적 기능질서의 보장에 있다고 할 것이다. 이러한 의미에서, 법치국가적 관점에서 파생하는 예견가능성의 기준을 헌법 제75조의 요청에 그대로 적용하는 것은 문제가 있다.

뿐만 아니라, 입법권을 위임하는 대부분의 경우, 수권법률로부터 행정입법에 규율될 내용의 대강을 예측하고 이와 같이 예측된 행정입법의 내용으로부터 다시 행정의 행위를 예상한다는 것에는 사실상 한계가 있으므로, 입법자에 의한 입법위임이 명확하다 하더라도, 입법위임의 명확성은 ‘국민이 법률로부터 국가의 행위를 예측할 수 있어야 한다’는 법치국가적 명확성의 요청에는 거의 기여하지 못한다.<sup>1206)</sup> 국민의 관점에서 법규범에 근거한 행정의 행위를 사전에 예측할 수 있는지의 여부를 결정하는 요소는 ‘행정부에 입법권을 위임하는 법률이 내용적으로 명확한가’가 아니라, 오히려 ‘위임에 의하여 제정된 행정입법이 국민의 권리와 의무를 명확하게 규율하고 있는가’ 하는 것이다.<sup>1207)</sup> 대부분의 경우, 국민은 시행령 등 행정입법을

1205) 헌법 제75조는 권력분립원칙에 대한 하나의 예외이고, 이러한 예외가 헌법적으로 허용되는 것은 바로 행정부에 의한 입법권의 행사가 입법자의 의사에 구속되기 때문이다, vgl. Kisker, NJW 1977, S.1315; Ossenbühl, Rechtsverordnung, in: HdbStR Bd.3, 1996, §64, Rn. 17; Ramsauer, AK-GG, Art.80, Rz.24ff.

1206) Vgl. Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1985, S.179f.; Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S.135f.



직접 보아야만 비로소 현재의 법적 상태를 어느 정도 정확하게 예측할 수 있는 것이다. 이러한 의미에서 예측가능성의 기준은 입법권을 위임하는 수권법률이 아니라 입법자의 위임에 의하여 제정된 행정입법에 대하여 적용되어야 하는 기준인 것이다.

헌법재판소의 판례를 살펴보면, 다수의 결정에서 “...누구라도 어렵지 않게 예측할 수 있으므로, 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 않는다.”고 하여 예측가능성의 기준을 사용하여 수권법률의 명확성을 인정하고 있지만, 개별적인 경우 수범자의 입장에서 사실상 무엇을 예측할 수 있는지 헌법재판소의 ‘예측가능하다’는 판단이 공허한 경우가 적지 않고,1208) 한편으로는 행정입법의 내용에 관한 예측이 사실상 불가능하지만 그럼에도 입법위임의 명확성을 확인한 일련의 결정에서는1209) 예측가능성의 기준을 언급하지 아니하고 판단을 하였다.

따라서 입법위임이 명확한가의 판단에 있어서는 ‘국민의 관점에서

---

1207) 예측가능성의 기준은 법률과 개별적 행정 행위의 관계에서 의미가 있는 것이지, 법률과 개별적 행정행위 사이에 행정입법의 제정이란 단계가 삽입되는 경우에는 실효성이 없는 기준이다. 오늘날 수많은 법률이 이를 보완하는 법규명령의 제정에 의하여 비로소 구체적인 형상을 드러내고 실질적인 적용가능성을 부여받는다는 점에서 더욱 그러하다.

1208) 예컨대 분만급여의 범위·상한기준을 보건복지부장관이 정하도록 위임한 의료보험법 제31조 제2항이 포괄위임인지의 여부가 문제된 사건에서, 헌법재판소는 ‘분만급여의 범위, 상한기준까지 반드시 법률로써 정하여야 하는 것은 아니며, 의료보험법의 전반적인 체계를 종합해 보면 내재적인 위임의 범위나 한계를 예측할 수 있으므로, 포괄위임에 해당하지 않는다’고 판시하였으나(헌재 1997. 12. 24. 95헌마390, 판례집 9-2, 817, 830), 국민의 입장에서 사실상 무엇을 예측할 수 있는지는 의문이다. 그렇다면, 포괄위임의 여부는 일차적으로 예측성의 문제가 아니라고 할 수 있다.

1209) 예컨대 중등의무교육실시에 관하여 확대실시의 시기 및 방법을 대통령령으로 정하도록 위임한 교육법규정의 경우, 대통령령으로 규정될 내용에 관하여 전혀 예측이 불가능함에도 교육법규정이 포괄위임을 부정하였고(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11), 토초세법이 각 용도에 따른 토지면적 또는 토지의 가액에 대한 수익률을 대통령령으로 정하도록 한 것에 대하여 예측가능성의 언급 없이 포괄위임을 부정하였다(헌재 1994. 7. 29. 92헌마49등, 판례집 6-2, 64, 111).

공권력행위가 예측가능한지'의 기준에 일방적으로 의존하는 것으로부터 벗어나, 헌법 제75조의 규정내용을 입법자와 행정부 사이의 규율권한의 배분의 문제로 파악하여 규율대상의 의미, 중요성 및 특성을 고려하는 실체적 기준이 함께 제시되어야 한다.

헌법 제75조의 주된 기능이 행정부에 위임된 입법권의 행사를 입법자의 의사에 종속시키고자 하는 것이고 이를 통하여 헌법상 입법자에 부여된 입법권을 보호하고 유지하고자 하는 것이라면, '헌법 제75조의 요청에 부합하는지'를 판단하는 기준도 이러한 헌법적 기능에 부합하는 것이어야 한다. 이러한 의미에서 독일의 연방헌법재판소가 제시한 기준 중에서 '입법자는 행정부에게 입법권의 행사에 있어서 준수해야 할 방침을 제시해야 한다'는 방침제시설이 헌법 제75조에 의하여 의도된 입법자와 행정부간의 관계를 가장 잘 반영하는 기준으로 판단된다.<sup>1210)</sup>

#### 4. 입법자와 행정부의 권한배분의 문제로서 명확성원칙

법률의 명확성원칙은 '법률에 근거한 행정의 행위가 당사자에게 예측될 수 있어야 한다'는 점을 강조함으로써 주로 수범자인 국민의 관점에서 파악되어 왔다. 그러나 법률의 명확성원칙은 '명확성'이란 법률형식에 대한 헌법적 요청 이상의 것이다.

입법자가 규율대상을 스스로 상세하게 규율할수록 법률이 명확해지고 국민의 예측가능성이 증가한다는 점에서, 명확성원칙은 동시에 '무엇이 어느 정도로 법률로써 규율되어야 하는가' 하는 법률의 내용에 관한 것이고, 이로써 또한 법률의 규율밀도에 대한 요청인 것

<sup>1210)</sup> 같은 취지로 vgl. Bryde, in: Münch/Kunig, Art.80, Rz.21.

이다. 나아가, 입법자가 규율대상을 어느 정도로 상세하게 규율하는가에 의하여 행정부의 활동공간의 정도도 결정된다. 법률의 규율밀도가 낮을수록 행정부가 자유롭게 형성할 수 있는 공간이 넓어지므로, 법률의 명확성의 정도는 입법자와 행정부 사이의 활동영역을 배분하는 헌법적 기능을 하는 것이다.<sup>1211)</sup> 이러한 관점에서 법률유보의 문제, 특히 법률의 명확성원칙은 동시에 권력분립의 문제이다.

구체적으로, 입법위임의 명확성원칙은 ‘입법자가 법률에서 위임의 내용, 목적, 범위가 확정될 수 있도록 스스로 정해야 한다’는 요청을 함으로써 입법자의 위임가능성을 제한하고 있다. 즉, 입법자가 명확성원칙에 부합하도록 스스로 정해야 하는 범위 내에서는 입법권을 행정입법에 위임할 수 없는 것이다. 법률유보는 명확성원칙에 의하여 구체화되고 보완됨으로써 동시에 의회에 전적으로 귀속되는, 즉 위임될 수 없는 의회의 권한을 필연적으로 내포하고 이를 전제로 한다.<sup>1212)</sup> 입법자가 위임되는 입법권의 내용, 목적, 범위를 법률에서 스스로 규정해야 한다면, 이로써 근본적인 결정은 입법자에게 유보되는 것이다. 따라서 헌법 제75조의 입법위임의 명확성원칙은 ‘본질적인 것에 관하여는 입법자가 스스로 정해야 한다’는 본질성이론의 요청과 동일한 정도로 입법자의 위임권한을 제한하는 성격이 있다.<sup>1213)</sup> 이러한 의미에서 입법위임의 명확성원칙은 항상 ‘위임의 금

1211) Vgl. Ossenbühl, DÖV 1981, S.2; ders., HdbStR Bd.3, 1988, §62, Rn.7; Gassner, Gesetzgebung und Bestimmtheitsgrundsatz, ZG 1996, S.38f.; Gleitmann, BVerfG und offene Normen, 1971, S.23f.

1212) Vgl. Ossenbühl, HdbStR III, 1988, §62, Rz.10.

1213) Vgl. Nierhaus, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art.80 Abs.1 Satz 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeit, in: Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für K. Stern, 1997, S.731f.; Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S.129ff.; 유사한 취지로 홍준형, 위임입법의 한계, 고시계 96/12, 28면.

지'를 포함한다.

따라서 입법위임의 명확성원칙은 '무엇을 입법자가 스스로 결정해야 하고 무엇을 행정부에 위임할 수 있는지'에 관한 문제이고, 이는 입법영역에서 입법자와 행정부 사이의 합리적인 과제배분의 문제이자 활동범위의 경계를 설정하는 문제이다. 결국, 입법위임의 명확성원칙이 제기하는 문제는 본질성이론의 쟁점과 동일하다고 할 수 있다. 그렇다면, 본질성이론에서 '무엇이 본질적이기에 입법자에게 유보되어야 하는지'를 판단하는 실체적 관점이 마찬가지로 '입법위임의 명확성'을 판단하는 관점으로서 고려되어야 한다고 생각된다.<sup>1214)</sup>

결론적으로, 헌법 제75조의 위임의 명확성 여부는 종래의 예측가능성의 기준에 일방적으로 의존하던 것로부터 벗어나 우선적으로 '입법자가 행정부에 입법권을 위임함에 있어서 위임의 방향과 목적을 스스로 정함으로써 위임된 입법권행사의 기본적 방침을 제시하고 있는가'의 기준에 의하여 판단되어야 하고, 이 과정에서 한편으로는 입법권의 위임을 제한하는 관점인 기본권적 중요성과 의회입법절차의 필요성, 다른 한편으로는 입법권의 위임을 정당화하는 관점인 사안의 특성을 함께 종합적으로 고려하여 위임의 명확성 여부를 결정해야 한다.

## 5. 구체적 사건의 해결을 위한 하나의 예

가. 여기서는 앞서 '머리말'에서 예로 든 구체적인 사례(안마사와 학원강사의 자격요건을 행정입법에 위임한 경우)<sup>1215)</sup>를 통하여 위에서

---

1214) 위 II. 3. 사.의 자세한 내용 참조.

1215) 예를 들자면, "안마사의 자격인정에 관하여 필요한 사항은 ...부령으로 정한

제시한 기준과 관점을 구체적으로 어떻게 적용할 수 있는지 살펴보기로 한다.

우선, 특정 직업의 자격요건에 관한 규율을 행정입법에 위임하는 법률이 헌법 제75조의 요청에 위반되는지를 판단함에 있어서 예측가능성의 기준은 논증의 한계를 드러낸다. 이와 같은 형태의 위임에 있어서 일방적으로 예측가능성의 기준에 의존하여 심사를 하는 경우, 위임법률로부터 행정입법에 규율될 대강의 내용을 예측하는 것은 사실상 불가능하다고 판단되므로, 포괄위임을 부정하는 견해는 예측가능성을 설명하기 위하여 매우 무리한 논리에 의존하거나<sup>1216)</sup> 또는 다른 관점을 통하여 이미 확정된 결론을 단지 예측가능성의 틀에 맞추는 형태를 취하게 된다. 따라서 특히 합헌의견을 취하는 경우에는 예견가능성의 기준에서 벗어나 방침제시설에 따른 판단을 할 필요가 있다. 즉, ‘입법자가 위임의 내용, 목적, 범위를 스스로 정함으로써 위임된 입법권행사의 기본적 방침을 제시하고 있는가’하는 판단을 하여야 한다. 안마사와 학원강사의 경우, 위임법률은 각 직업영역의 사회적 의미, 기능 및 특성, 수권규정이 위치하는 법률의 전반적인 입법목적과 취지 등을 고려하여 각 직업영역이 원활하게 기능할 수 있도록(위임의 목적) 그에 상응하는 자격요건(위임의 내용 및 범위)을 정할 것을 행정부에 위임하고 있다. 그런데 이러한 방침의 제시가 충분히 명확한지의 여부를 판단함에 있어서 본질성

다.” 또는 “학원에서 교습을 담당하는 강사는 대통령령이 정하는 자격을 갖춘 자라야 한다.”와 같은 규율형식을 취하여 위임하는 경우이다.

1216) 예측가능성을 논거하기 위하여 기발하지만 매우 무리한 발상에 의존하고 있는 판례의 예로는 위 ‘머리말’에서 언급한 헌재 2003. 7. 24. 2001헌바96, 공보 제83호, 45, 57. 및 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 166(“비록 법률규정이 의무상영일수의 상한이나 하한을 명시적으로 설정하고 있지는 않지만, 대통령령에 규정될 내용이 연간상영일수의 일부(!)를 대상으로 한다는 점에서 그 대강을 충분히 예측할 수 있다 할 것이다.”)

이론 및 명확성원칙과 관련하여 제시한 기준이 유용한 관점을 제시해 준다고 생각한다.

나. 우선, 행정입법의 규율내용이 법률의 포괄위임여부를 판단함에 있어서 어떠한 의미를 가지는지 의문이 제기된다.

시행령의 규율내용이나 위헌성의 의심이 모범인 위임법률의 포괄위임여부를 판단하는 기준이 될 수 없다. 모범이 불명확하기 때문에 시행령에서 위헌적인 규율을 하는 결과에 이른다고 하는 인과관계를 원칙적으로 인정할 수 없는 것이다. 그러나 행정입법에 규율된 내용을 통하여 비로소 사안의 전문성, 기술성, 다양성, 변화성 등 규율대상의 특성을 파악할 수 있고, 나아가 사안이 중대한 기본권침해의 가능성을 내포하고 있는지 또는 공개적 논의를 통하여 상충하는 이익간의 조정을 필요로 하는 사안인지 등을 알 수 있기 때문에, 모범의 포괄위임여부를 판단하기 위하여 행정입법의 규율내용을 살펴보는 것은 필수적이다. 예컨대 학원강사의 경우, 시행령에 규율된 내용을 본다면, 예상대로 매우 다양한 사실관계를 규율하고 있음을 확인할 수 있다.

다. 직업을 행사할 수 있는 자격요건에 관한 규율을 행정입법에 위임하는 것이 포괄위임인지의 여부는 각 직업 별로 다음과 같은 관점에서 판단되어야 한다.

첫째, 규율대상이 의회입법절차에서의 공개적 토론과 상충하는 이익사이의 조정을 필요로 하는가 하는 관점에 의하여 판단되어야 한다. 입법자가 안마사의 자격요건을 법률로써 스스로 정할 것인지 아니면 행정부에 위임할 것인지를 판단함에 있어서 안마사란 직업이 종래 시각장애인에게 독점되었다는 상황을 당연히 인식하였을 것이므로, 특정 직업을 특정집단(시각장애인)에 계속 독점시킬 것인지에

관한 결정은 시각장애인의 생계보호란 공익, 시각장애인의 이익, 안마사를 직업으로 행사하려는 비장애인의 이익, 안마사란 직업을 현대사회의 변화에 적응시켜야 할 공익 등 상충하는 다양한 이익을 공개적 토론을 통하여 조정해야 할 필요성이 큰 사안이라 할 수 있다. 일반적으로 특정 직업을 특정집단에 독점시키는 결정은 공개적 토론과 이익조정이 선행되어야 할 사안이며, 행정입법에 의하여 밑실에서 행정각료에 의하여 결정되어서는 아니되고 의회의 입법절차를 통하여 공개적으로 이루어져야 한다.

이에 대하여 학원강사의 경우, 행정입법에 규율된 내용을 통하여 규율대상의 특성을 파악한다면, 자격요건의 설정은 특정 직업을 특정 집단에게 귀속·독점시키는 결정이 아니라 국민 누구에게나 해당할 수 있고 학원강사가 되기 위해서는 누구나 충족시켜야 하는 요건을 사안의 전문적 구조와 본질에 부합하게 정하는 문제로서 이익조정 필요성이 적은 사안이다.

둘째, 위임법률이 당사자에 미치는 규율효과를 판단하여야 한다. 안마사의 직업이 종래 시각장애인에게 독점되어왔다는 사실에 비추어, 안마사의 자격요건을 위임하는 것은 특정 직업이 특정 집단에 계속 독점된다는 가능성을 내포한 것으로서, 이는 시각장애인이 아닌 자가 자신의 어떠한 노력에 의해서도 안마사의 직업을 선택할 수 없다는 것을 의미하는 것이다. 즉 이러한 제한은 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유를 제한하는 것으로서 개인의 인격실현에 대한 막대한 장애를 의미하므로, 지극히 예외적인 경우 매우 중대한 공익상의 이유로만 정당화될 수 있다.

이에 대하여 학원강사의 경우 자격요건을 위임하는 것은, 누구에게나 해당하고 누구나 충족시켜야 할 직업선택의 요건으로서(주관적

사유에 의한 직업선택의 자유에 대한 제한), 직업행사의 자유에 대한 제한과 유사한 정도로 합리적 공익에 의한 제한이 가능하다. 결론적으로 안마사의 경우, 위임에 의하여 제정된 행정입법이 개인의 기본권실현에 중대한 제한을 가져오므로, 규율의 불명확성이 당사자에 미치는 규율효과가 지대하다.

셋째, 사안의 특성이 입법권의 위임을 정당화하는 관점으로 판단되어야 한다. 학원강사의 경우, 다양한 학원의 종류와 형태, 사회현상의 변화에 따라 새로운 학원형태의 출현가능성 등에 비추어 규율대상의 다양성과 변화가능성이 인정되고, 뿐만 아니라 학원강사의 자격요건은 학원의 성격에 따라 이미 사안의 본질에 내재하는 독자적·전문적 구조에 의하여 상당 부분 선결된다. 즉 누가 정하는가와 관계없이 사안의 본질에 의하여 이미 규율내용이 본질적으로 선결되어 있는 것이고, 입법절차에서의 이익조정과정을 거치더라도 영향을 받을 여지가 없다.

그에 대하여 안마사의 경우, 규율대상의 다양성이나 변화가능성이 인정되지 않으므로, 입법권의 위임을 정당화하는 근거를 찾을 수 없다.

라. 결국, 안마사의 경우, 규율대상이 입법절차에서의 이익조정을 필요로 하며, 규율의 효과가 중대한 반면, 입법권의 위임을 정당화하는 사안의 특성을 인식할 수 없기 때문에, 위임의 명확성에 대하여 엄격한 요구를 해야 하며, 그 결과 위임법률이 충분히 명확하지 않다는 결론에 이를 수 있다. 그에 대하여 학원강사의 경우, 사안의 특성상, 규율의 내용이 규율대상의 본질에 의하여 선결되는 효과가 있고, 이에 따라 굳이 입법절차에서의 이익조정을 필요로 하지 않으며, 사안의 다양성에 비추어 입법권의 위임이 정당화되며, 또한 규



율의 효과도 중대하지 않으므로, 위임의 명확성의 정도에 대하여 엄격한 요구를 할 수 없고, 그 결과 위임법률의 규율내용이 충분히 명확하다는 판단에 이를 수 있다.

이와 같은 예를 통하여 의도하는 바는, 자격요건의 위임이 학원강사의 경우에는 합헌, 안마사의 경우에는 위헌으로 판단되어야 한다는 것을 주장하고자 하는 것이 아니다. 동일한 기준을 사용하여 명확성의 여부를 판단하더라도 관점에 따라 다른 결론에 이를 수 있음은 물론이다. 다만, 예측가능성의 기준을 벗어나, 명확성의 판단을 ‘입법자가 기본적인 방침을 제공하였는지’, ‘입법자가 일정한 사안에 관한 규율을 위임해도 되는지’의 관점에서 실제적으로 판단하는 경우에는 보다 다양한 관점에서 문제의 해결에 접근할 수 있지 않음이 하는 하나의 예를 보이고자 하는데 있다.

#### IV. ‘본질성이론’과 헌법 제75조의 ‘입법위임의 명확성원칙’의 관계

본질성이론과 입법위임의 명확성원칙의 경우, 모두 그 문제의 실체는 ‘무엇을 입법자가 스스로 정해야 하고 무엇을 행정부에 위임할 수 있는지’의 문제라는 점에서 본질성이론과 명확성원칙과의 관계가 규명되어야 한다.

## 1. 독일 학계의 견해

본질성이론과 입법위임의 명확성원칙에 관하여 독일의 학계는 다양한 견해를 보이고 있는데, 크게 다음의 2가지 견해로 나누어 볼 수 있다.<sup>1217)</sup>

가. 첫째, 본질성이론과 명확성원칙을 기능상으로 분리하여, 첫 번째 단계에서는 본질성이론을 기준으로 하여 판단하고, 그 다음 단계에서 명확성원칙을 기준으로 심사해야 한다는 견해이다(소위 '2단계심사').<sup>1218)</sup>

이 견해에 의하면, 의회유보는 위임의 금지로서 그의 기능은 '입법권을 위임할 수 있는지'의 여부에 제한되고, 그에 대하여 독일 기본법 제80조의 명확성원칙은 그 자체로서 허용되는 입법권의 위임이 '어떠한 방법으로 실현되어야 하는지'에 관한 것이므로, 본질성이론은 논리적으로 위임입법의 명확성원칙에 우선하여 검토되어야 한다는 것이다.<sup>1219)</sup>

우선 본질성이론을 기준으로 심사하는 단계에서는 '규율대상이 본질적인 사안이기 때문에 입법자가 스스로 규율해야 하는가' 아니면 '행정부에 그 규율을 위임해도 되는가'의 여부에 관한 판단을 함으

---

1217) 이에 관하여 자세하게 Cremer, Art.80 Abs.1 S.1 GG und Parlamentsvorbehalt - Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122(1997), S.249ff.; Nierhaus, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art.80 Abs.1 Satz 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeit, in: Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für K. Stern, 1997, S.717ff.; Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, S.113ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, §6 Rn.11a.

1218) Vgl. Eberle, DÖV 1984, S.487; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1985, S.142ff.; Lücke, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 1999, Art.80, Rn.21ff.; 2단계심사를 통하여 헌법재판소의 관례(95헌마390 결정)를 평석한 논문으로는 진광석, 법률유보의 문제와 위임입법의 한계, 공법연구 26집3호(98.06), 221면 이하 참조.

1219) Vgl. Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S.144, 148.

로써 입법자가 규율해야 하는 결정범위와 행정부가 규율해도 되는 결정범위를 확정하게 된다. 본질적인 사안이 아니기 때문에 입법자가 행정부에 그에 관한 규율을 위임해도 된다면, 그 다음 단계에서 입법자의 수권이 충분히 명확한가를 판단하게 된다.

이 견해에 의하면 위임입법의 명확성원칙을 규정하는 독일 기본법 제80조 제1항 제2문은 행정부에 입법을 위임할 수 있는가의 여부에 관한 규정이 아니라 전적으로 위임의 방법에 관한 규정이다.<sup>1220)</sup> 따라서 본질성이론에 의하여 입법자가 행정부에 입법을 위임하는 것이 헌법적으로 허용되는 경우에 비로소 다음 심사단계인 명확성원칙에 의한 심사가 가능하다.

이러한 견해를 따르는 경우에도 ‘규율대상의 본질 또는 특성’을 단지 첫 번째 심사단계인 ‘본질성이론’의 적용단계에서만 기준으로 삼고 다음 단계의 심사에서는 단지 형식적인 명확성만을 판단할 것인지 아니면 ‘명확성원칙’에 의한 심사단계에서도 다시 한번 사안의 본질성을 수권의 명확성여부를 판단하는 하나의 기준으로 삼아 ‘사안이 중대할수록 수권의 명확성에 대하여 보다 엄격한 요구를 할 것’인지에 관하여도 의견이 갈려있다.

나. 둘째, 독일 기본법 제80조가 의회입법과 행정입법과의 관계에서 의회유보의 원칙을 명시적으로 규정한 헌법규범이므로, 의회유보의 이론적 근거를 이루는 본질성이론은 기본법 제80조에 의하여 배제된다는 견해이다.<sup>1221)</sup> 이 견해에 의하면 헌법적으로 허용되는 입법

1220) 즉 기본법 제80조는 위임의 명확성에 관한 요구만을 할 뿐, 어떠한 구체적인 결정을 입법자가 스스로 해야 하는가에 관하여 아무 것도 시사하고 있지 않다는 것이다.

1221) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S.393, 395; Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, S.124ff.; Ramsauer, Alternativ-Kommentar, 1989, Art.80, Rn.29; Gassner, Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz, DÖV 1996, S.23; Wilke, JZ 1982, 758, 759; Kloepfer, JZ 1984, S.693;

위임의 한계는 전적으로 기본법 제80조에 의하여 결정된다는 것이다. 그 대신, 입법위임의 명확성, 즉 ‘법률에 의한 수권이 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 명확한가’를 판단하는 과정에서 사안의 본질성을 중요한 요소로서 고려함으로써 본질성이론에 의한 심사가 명확성심사의 범주 내에서 이루어진다.

그러므로 입법권을 위임하는 법률이 기본법 제80조의 요청을 충족시킬 만큼 명확하다면, 그러한 위임법률은 본질적인 문제를 행정부에 위임한 것이 아니라 스스로 결정했기 때문에, 본질성이론의 요청에 위반될 수 없으며, 역으로, 입법자가 본질적인 문제를 스스로 사전에 결정하고 이로써 행정부에 본질적인 지침을 제시하였다면, 그러한 위임법률은 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 명확하다고 보아야 한다는 것이다.<sup>1222)</sup> 이 견해에 의하면, 독일 기본법 제80조의 입법위임의 명확성원칙은 입법자가 위임법률에서 수권의 내용, 목적, 범위가 확정될 수 있도록 스스로 정해야 한다는 요청을 함으로써 입법자의 위임가능성을 제한하고 있는데, 입법자가 본질적인 것을 스스로 정해야 한다는 요청인 본질성이론은 기본법 제80조의 명확성원칙과 동일한 정도로 위임가능성을 제한하는 성격이 있다는 것이다.<sup>1223)</sup> 따라서 법률유보와 관련해서도 행정입법권의 한계는 기본법 제80조에서 도출할 수 있으며,<sup>1224)</sup> 연방헌법재판소가 의회의 책임을 강조하고자 한다면, 이는 의회유보의 본질성이론을 통해서가 아니라 단지 입법위임에 대한 명확성요건을 엄격하게 심사함으로써 달성할 수 있다는 것이다.<sup>1225)</sup>

---

Pietzcker, JuS 1979, Fn.27.

1222) Vgl. Ramsauer, AK-GG, Bd.2, Art.80 Rz.29.

1223) Vgl. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S.393, 395.

1224) Vgl. Wilke, JZ 1982, 758, 759.

1225) Vgl. Kloepfer, JZ 1984, S.693; Pietzcker, JuS 1979, Fn.27.

본질성이론이 입법위임의 명확성원칙에 의하여 배제된다는 견해도 다시, 헌법상의 일반원칙인 민주주의원칙과 법치국가원칙으로부터 본질성이론을 통하여 의회유보의 요청을 도출하고, 입법위임의 명확성원칙을 규정하는 기본법 제80조에 의하여 의회유보의 요청이 헌법적으로 구체화되었다고 파악하는 견해와 거꾸로 기본법 제80조가 본질성이론과 의회유보의 헌법적 근거라고 이해하는 견해로 나뉘어 진다.<sup>1226)</sup>

## 2. 독일연방헌법재판소의 판례경향

독일 연방헌법재판소의 판례는 일관된 입장을 보이고 있지 않으나, 기본적으로는 독일 기본법 제80조 제1항의 ‘입법위임의 명확성원칙’을 본질성이론과 의회유보가 실정헌법에 뚜렷하고 구체적으로 형성된 것, 즉 본질성이론의 헌법적 구체화로서 간주하고 있다.

가. 연방헌법재판소는 일부 결정에서 우선 첫 번째 단계에서 ‘입법자가 본질적 결정을 스스로 하였는가’를 심사하고 이어서 두번째 단계에서 ‘법률에 의한 위임이 충분히 명확한가’를 기본법 제80조를 기준으로 판단하는 이단계 심사를 하였다. 2단계의 심사를 하는 경우에도, 때로는 규율대상의 중대성 또는 본질성을 첫 번째 단계 뿐만 아니라 두 번째 단계에서도 수권규범의 명확성을 판단하는 기준으로 삼음으로써, ‘본질성’의 기준을 2번 적용하거나,<sup>1227)</sup> 때로는 규율대상의 본질성이나 중요성을 단지 첫 번째 단계에서만 기준으로 삼고, 두 번째 단계에서는 단지 위임이 명확하고 분명한가 하는 형

1226) 이러한 견해의 다툼에 관하여 상세하게 vgl. Nierhaus, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art.80 Abs.1 Satz 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeit, in: Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für K. Stern, 1997, S.720ff.

1227) BVerfGE 58, 257, 274f.

식적인 심사만을 하였다(1번의 본질성심사).<sup>1228)</sup>

나. 그러나 대부분의 결정에서 연방헌법재판소는 행정부에 입법을 위임하는 법률의 합헌성을 전적으로 기본법 제80조의 ‘입법위임의 명확성원칙’을 기준으로 삼아 판단하였다(일단계 심사). 연방헌법재판소는 ‘본질성이론’을 명시적으로 언급함이 없이, ‘위임법률에 대한 명확성의 요구가 규율대상의 특성과 위임에 의한 제정된 행정입법의 규율효과에 따라 달라진다’고 하여, 위임의 명확성을 판단함에 있어서 ‘사안의 본질성이나 중요성’을 중요한 기준으로 고려하였다.<sup>1229)</sup>

### 3. ‘2단계 심사’에 대한 비판

헌법 제75조의 입법위임의 명확성원칙은 위임권한의 행사방법을 제한(‘위임의 명확성’)할 뿐만 아니라, 위임의 금지도 함께 포함하고 있다. 입법위임의 명확성원칙에 의하여, 입법자는 중요하고 근본적인 것, 즉 본질적인 것을 그 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 명확하게 스스로 결정해서 행정부에게 지침으로 작용하도록 규율해야 한다. 입법자가 위임되는 입법권의 내용, 목적, 범위를 법률에서 스스로 명확하게 규정해야 한다면, 이로써 근본적인 결정은 입법자에게 유보되는 것이다. 따라서 법률에 의한 위임이 헌법 제75조의 요청을 충족시킬 만큼 명확하다면, 그러한 수권법률은 본질적인 문제를 행정부에 위임한 것이 아니다.<sup>1230)</sup>

---

1228) BVerfGE 58, 257, 274f.

1229) 예컨대 BVerfGE 62, 203, 215; BVerfGE 80, 1, 20f.

1230) 예컨대 ‘학생의 유급은 그의 기본권행사에 대한 중대한 의미로 말미암아 본질적 사안으로서 입법자가 스스로 법률에 규율해야 한다’는 문제의 제기는 ‘학생의 유급에 관하여 시행령으로 규율하도록 위임한 수권법률은 학생의 기본권행사의 중요성에 비추어 보다 명확해야 한다’는 문제의 제기로 전환될 수 있다.

한편, 의회유보는 “본질적일수록 입법자가 더욱 명확하게 규율해야 한다”는 요청을 함으로써 수권의 규율밀도를 확정하는데,<sup>1231)</sup> 이러한 요소는 이미 입법위임의 명확성원칙에 포함되어 있다. ‘법률에 의한 수권이 내용, 목적, 범위에 있어서 충분히 명확한가’를 판단하는 과정에서 사안이 본질적이고 중대할수록 수권의 명확성에 대하여 보다 엄격한 요구를 함으로써 의회유보 및 그의 이론적 기초인 본질성이론의 요청이 반영되는 것이다. 즉, 별도의 본질성심사만을 하지 않을 뿐, 입법위임의 명확성을 판단하는 범주 내에서 사실상의 본질성심사가 내용적으로 이루어지는 것이다. 헌법재판소도 종래 대부분의 결정에서 이러한 방법을 사용해 왔다고 볼 수 있다.

의회유보와 입법위임의 명확성원칙 모두 ‘무엇을 입법자가 스스로 규율해야 하고 무엇이 행정부에 위임될 수 있는지’, ‘법률이 어느 정도로 상세하고 명확해야 하는지’에 관한 문제라는 점에서 그 기능이 일치하며, 나아가 구체적인 경우 사안의 본질성을 파악하는 기준인 기본권실현의 중요성의 정도, 당사자에 미치는 규율의 효과, 규율대상의 특성 등은 동시에 입법위임의 명확성여부를 판단하는 기준으로서, 위 두 가지 헌법적 요청의 기준은 근본적으로 같다. 따라서 입법권의 위임여부와 위임권한의 행사방법을 구분하여 각 본질성이론과 입법위임의 명확성원칙에 귀속시키는 것은 바람직하지 않으며, 본질성이론에 의한 심사와 명확성원칙에 의한 심사의 2단계 심사는 동일한 기준에 의한 중복적 판단으로서 불필요하다.<sup>1232)</sup>

1231) ‘결정이 위임되어도 되는지’의 위임의 여부와 ‘어느 정도로 위임되어도 되는지’의 위임의 정도는 구분이 불분명하며, ‘위임의 여부’는 사실상 ‘위임의 정도’에 포함된다고 할 수 있다.

1232) 예컨대, 입법자가 중학교의무교육의 실시여부만을 정하고 그 실시의 시기와 범위를 대통령령으로 정하도록 위임한 것의 위헌여부가 문제된 사건에서(헌재 1991. 2. 11. 90헌가27, 판례집 3, 11), 헌법재판소는 ‘중등교육의 실시여부나 그 연한은 본질적 내용으로서 국회입법에 유보되어야 할 기본적 사항이나, 그 실시의 범위나 시기 등 구체적인 세부사항에 관하여는 규율대상의 특성(즉, 국가

결국, 헌법 제75조의 요청을 단지 법률형식에 관한 것만이 아니라 법률의 내용의 문제이자 규율밀도의 문제로 실체적으로 이해한다면, 본질성이론과 의회유보는 입법권의 위임에 관한 한, 그 독자적인 의미를 상실하게 된다. 그렇다면, 입법권의 위임에 관한 한, 헌법 제75조의 ‘입법위임의 명확성원칙’은 의회유보와 그의 이론적 기초인 본질성이론이 헌법에 명문으로 구체화된 것으로 파악해야 한다.

## V. 맺는말

헌법 제75조의 ‘입법위임의 명확성원칙’은 단지 ‘법률의 명확성’이란 법률의 형식에 대한 헌법적 요청이 아니라 ‘무엇이 어느 정도로 규율되어야 하는가’ 하는 법률의 내용에 관한 요청이고 법률의 규율밀도에 관한 요청이다. 입법위임의 명확성원칙은 입법자가 위임법률에서 수권의 내용, 목적, 범위가 확정될 수 있도록 스스로 정해야 한다는 요청을 함으로써 입법자의 위임가능성을 제한하고 있다. 입법위임의 명확성원칙은 ‘무엇을 입법자가 스스로 결정해야 하고 무엇을 행정부에 위임할 수 있는지’에 관한 문제이고, 이는 규범제정의 영역에서 입법자와 행정부 사이의 합리적인 과제배분의 문제이다.

---

재정상황에의 의존도, 집행기관의 전문성, 적응성 등)에 비추어 위임이 가능하다’고 하여 본질성이론을 기준으로 하여 ‘의무교육의 실시의 시기와 범위’에 관하여 위임이 가능한지의 여부를 판단하였다(판례집 3, 11, 28). 이어서 ‘의무교육의 구체적인 실시의 시기와 범위는 기본적 사항이 아니므로 위임할 수 있다 하더라도 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다’고 하여 헌법 제75조의 기준에 의하여 위임의 명확성 여부를 판단하였는데, 결국, ‘입법자가 본질적인 것을 법률로써 정했기 때문에 위임이 명확하다’는 결론에 이르고 있다(판례집 3, 11, 29-31). 위 결정의 예를 보더라도 2단계심사는 동일한 기준에 의한 중복적 판단이라는 것을 알 수 있다.



헌법재판소는 포괄위임의 여부를 판단함에 있어서 ‘국민이 법률로부터 행정입법의 대강의 내용을 예측할 수 있는가’ 하는 예측가능성의 기준을 주로 사용하고 있다. 그러나 오늘날 대부분의 법률이 시행령을 통하여 비로소 구체적인 형상을 갖추고 실질적으로 적용가능하게 된다는 점, 국민이 법규명령을 직접 보아야만 비로소 현재의 법적 상태를 어느 정도 정확하게 예측할 수 있다는 점에서, 입법위임의 명확성은 법치국가적 예측성에는 거의 기여하지 못한다. 입법위임의 명확성여부를 예측가능성의 기준에 의하여 판단한다는 것은 일차적으로 입법자와 행정부간의 문제인 헌법 제75조의 요청을 입법자와 국민간의 문제로 변질시키는 것이다.

헌법 제75조의 주된 목적이 행정부에 위임된 입법권의 행사를 입법자의 의사에 종속시키고자 하는 것이고 이를 통하여 헌법상 입법자에 부여된 입법권을 보호하고 유지하고자 하는 것이라면, ‘헌법 제75조의 요청에 부합하는지’를 판단하는 기준도 이러한 헌법적 기능에 부합하는 것이어야 한다. 이러한 의미에서 헌법 제75조의 위임의 명확성 여부는 예측가능성의 기준에 일방적으로 의존하는 것으로부터 벗어나, ‘입법자가 행정부에 입법권을 위임함에 있어서 위임의 내용, 목적, 범위를 스스로 정함으로써 위임된 입법권행사의 기본적 방침을 제시하고 있는가’의 기준에 의하여 판단되어야 하고, 이 과정에서 한편으로는 입법권의 위임을 제한하는 관점인 기본권적 중요성과 의회입법절차의 필요성, 다른 한편으로는 입법권의 위임을 정당화하는 관점인 사안의 특성을 함께 종합적으로 고려하여 위임의 명확성여부를 결정해야 한다.

입법자가 ‘법률의 명확성원칙’의 요청을 충족시키기 위하여 법률을 명확하게 규정해야 한다면, 법률의 명확성원칙은 그러한 범위 내에서 입법자가 스스로 정해야 할 본질적 사항에 대한 위임의 금지를

의미한다. 또한, 입법자가 헌법 제75조의 요청을 충족시키기 위하여 “구체적으로 범위를 정하여” 입법권을 위임해야 한다면, ‘입법위임의 명확성원칙’은 그러한 범위 내에서 본질적 사항에 대한 위임의 금지를 의미한다. 따라서 법률유보는 그를 필연적으로 보완하는 ‘명확성의 원칙’을 통하여 의회가 스스로 정해야 하는, 즉 위임될 수 없는 의회의 독점적인 규율권한을 포함한다. 의회유보의 원칙과 헌법 제75조의 요청 모두 궁극적으로 ‘어떠한 규율대상이 중요하기 때문에 의회에 의하여 스스로 결정되어야 하는지’에 관한 것이다. 즉, ‘구체적으로 범위를 정하여 위임해야 한다’는 요청은 ‘본질적인 것은 스스로 결정하고 위임해서는 안 된다’는 요청과 동일한 것이다. 그렇다면, 입법권의 위임에 관한 한, 헌법 제75조의 ‘입법위임의 명확성원칙’은 의회유보와 그의 이론적 기초인 본질성이론이 헌법에 명문으로 구체화된 것이다. 따라서 입법권의 위임에 대한 위헌여부를 본질성이론에 의한 심사와 명확성원칙에 의한 심사로 나누어 동일한 기준에 의하여 중복적으로 판단하는 것은 불필요하다.



# 미국연방대법원과 평등보호

- *Grutter v. Bollinger*,<sup>1233</sup>) : 현대 미국연방대법원의 일관된 모순 -

Sean Christopher Hayes

헌법연구원

(뉴욕주, 코네티컷주 변호사)

: 가정의 가장이 죽은 후, 정부의 도움 없이, 인종차별, 대공황, 유행성 독감, 참담한 빈곤을 극복한 나의 할아버지, 안토니 스타아이노를 추모하며

## - 목 차 -

I. 서론 .....	639
II. 현대 미국의 평등보호이론 .....	640
1. 수정헌법 14조의 평등보호조항 .....	640
2. 서론 : 3단계 접근법 .....	641
A. 엄격심사기준 .....	642
B. 중간심사기준 .....	644
C. 합리적 근거 “단순 합리성” .....	645

---

1233) *Grutter v. Bollinger*, 123 S.Ct. 2325 (2003).

3. 파월 대법관의 “Affirmative Action 이론”	646
A. 입학 프로그램	646
B. 피고	647
C. 대법관 파월의 견해	648
D. 대법관 브렌넨의 견해	648
E. 대법관 스티븐의 견해	649
III. 엄격심사기준 : 현대적 단순접근	649
1. 입학제도	649
2. 원고	650
3. 재판(지방법원)	651
4. 항소심	652
5. 대법원	653
A. Bakke 전례	653
B. 엄격심사기준	654
C. 심사의 적용	654
IV. <i>Grutter v. Bollinger</i> 사건 평석	655
1. 불가피한 원인	656
2. 불가피한 원인을 위한 필수성	657
V. 문제점	658
VI. 대한민국에의 교훈	658

## I. 서론

의심할 여지없이, 미국연방대법원은 세계에서 가장 존경받는 법원들 중 하나이다. 연방대법원은 미국 사회와 법이론을 구성하는 능력뿐만 아니라 외국의 법이론을 구성하는 능력, 그리고 다른 정부 부처들로부터의 공격을 막아내는 탁월한 능력을 인정받고 있다. 그러나 다른 무엇보다도 미국 대법원이 가장 인정받는 부분은 미국 대법원의 이성적이며 논리적인 일관성일 것이다. 대한민국 헌법재판소가 재판의 지침으로서 현대 미국식의 평등보호이론을 사용해서는 안된다고 필자가 주장하는 이유는 최근에 미국의 평등보호이론에 부정적인 변화가 일어나고 있기 때문이다.

최근 미국 대법원은 결과지향적인 결정을 내리고 있다. 결과지향적인 법원은 인정된 법적 논증을 바탕으로 법률을 해석하고 이성적인 의견을 구성해야하는 헌법적 의무를 유기하게 된다. 현대 대법원의 많은 법관들이 사건의 결과에 초점을 맞추고 법적 논리에는 덜 초점을 맞추고 있다. 이는 사법부와 민주주의 전체에 커다란 영향을 주고 있다.

사법부는 입법부와 분리되어 있다는 사실로 인해 사법부의 권력과 합법성을 인정받는다. 이성적인 논리의 바탕이 아닌 정치적 의도와 정책지향성을 가지고 판결을 내리는 것은 의회 혹은 대통령의 조직상의 지지가 없는 입법부가 되는 것에 불과하다.

사법부의 독립성, 합법성을 유지하고 다른 기관으로부터 사법부의 판결이 존중받기 위해서는 사법부의 판결이 과거의 법적 논리를 바탕으로 한 매우 합리적이며 논리적인 법률의견이 기준이 된 판결이

어야 한다.

본 논문에서는 먼저 미국의 평등보호이론을 살펴볼 것이다. 또한 평등보호이론에서의 엄격심사기준과 관련된 최근의 사건과 현대 미국 평등보호이론에 대해 살펴본 후 이것에 대한 비판을 할 것이다. 본 논문의 마지막 장은 미국의 평등보호이론에서 배울 수 있는 교훈과 대한민국 헌법재판소가 미국 대법원의 평등보호의 판례를 바탕으로 판결을 내릴 때 조심해야 되는 이유를 살펴보겠다.

## II. 현대 미국의 평등보호이론

### 1. 수정헌법 14조의 평등보호조항

수정헌법 제14조의 평등보호조항<sup>1234)</sup>에는 연방정부에게 적용되는 헌법상의 대응조항이 없지만, 이 조항은 수정헌법 제5조<sup>1235)</sup>의 적법

---

1234) 미국 수정헌법 제14조(1868년)

합중국에서 출생하고 또는 귀화하고, 합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다.

1235) 미국 수정헌법 제5조(1791년)

누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한, 사형에 해당하는 죄 또는 과립치죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 전선이나 사변시에 복무 중에 있는 민병대에서 발생한 사건에 관하여서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 범행으로 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 아니하며, 어떠한 형사 사건에 있어서도 자기에 불리한 증언을 강요당하지 아니하며, 누구라도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상없이, 사유재산의 공공용으로 수용당하지 아니한다.

Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497(1954년) 참고.

절차의 원칙을 통하여 연방정부에게 적용된다. 일반적으로 대법원은 각 조항에 동일한 기준을 적용하지만, 대법원은 군사 문제, 이민 문제, 그리고 국가안보와 주권에 관련된 문제 등에 관한 연방정부의 재량을 존중하는 경향이 있다.<sup>1236)</sup>

일반적으로, 평등보호조항은 유사한 개인들은 유사하게 대우해야 한다는 원칙을 보장한다.<sup>1237)</sup> 그러나, 이 조항은 정부가 사람들을 구분할 수 있고, 또한 구분해야 한다는 사실을 부인하지 않는다. 그러나, 이 구분이 용납할 수 없는 기준을 바탕으로 했다거나, 혹은 어떤 집단에 자의적인 부담을 부여해서는 안된다.<sup>1238)</sup>

## 2. 서론 : 3단계 접근법

현대 미국 연방대법원은 평등보호이론에서 3단계 접근법을 사용한 다.<sup>1239)</sup> 가장 낮은 심사는 “합리적 근거” 혹은 “합리적 관련성” 심사 기준이며, 대법원은 이 기준을 강화된 심사기준을 적용할 정당한 이유가 없는 경우 사용하였다. 그 다음으로 강화된 심사는 “중간심사” 기준이다. 대법원은 이 기준을 성차별, 적서차별을 포함한 유사차별

---

1236) *Matthews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1979) 대법원은 연방의료보호법에서 의료 보호수혜를 위한 5년 거주원칙이 규정되는 것을 허락하였다. 이 거주원칙으로 인해 많은 외국인 거주자가 의료혜택으로부터 배제되었다. 외국인은 차별받는 집단이며, 이와 유사하게 대법원은 특정 민감한 영역에서 연방정부에게 부여될 필요가 있는 존중을 규정한 법률을 지지하는 엄격기준보다 덜 엄격하게 적용하였다.

1237) Tussman and TenBroek, *The Equal Protection of Laws*, 37 Calif.L.Rev. 341(1949).

1238) 전게서, 345쪽.

1239) 이 내용에 대한 이차적인 근거는, R. Rotunda & J. Nowak, *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, vol. 3 (3rd. ed. 1999, with annual supplement).



을 위한 기준으로 사용하였다.

대법원이 가장 많이 활용하는 심사는 “엄격심사기준”으로, 대법원은 이 기준을 인종 혹은 출신국가를 바탕으로 분류를 하는 경우, 그리고 기본권과 관련된 사건인 경우 활용한다.

### A. 엄격심사기준

정부의 분류가 차별을 의심받는 분류<sup>1240)</sup> 혹은 기본권<sup>1241)</sup>과 관련되어 있다면, 엄격심사기준이 적용되고, 정부가 그 분류가  
가. 달성을 위해 필수적이고  
나. 불가피한 이익  
임을 입증하지 못하는 한, 정부의 행위는 금지된다.

또한 대법원은 “필요성”요소를 최소한의 제한적인 의미로 해석하고 있다.<sup>1242)</sup>

---

1240) 이 용어의 출처는 *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

1241) *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971).

대법원은 엄격심사기준을 바탕으로 혼인을 위한 기본권과 법률의 무효를 인정함으로써 이혼을 원하는 자가 이혼을 위하여 법원에 비용을 지불하게 하였다.

1242) 스톤 대법관은 다음 사건에서 의미있는 사법심사를 위한 기준을 위한 논리를 제공하였다.

*U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938):

각주 4번 최초의 수정헌법 10개 조항들이 수정헌법 제14조에 포함되는 것으로 판단될 때에는 특수한 금지조항으로 생각되는 것처럼, 법률이 일견 헌법상의 특수한 금지조항 내에 있는 것처럼 보일 경우에는 합헌적 추정의 범위가 더 좁아지게 될 것이다.

바람직하지 않은 입법을 무효화시킬 것으로 기대되는 정치적 절차를 제한하는 입법이 다른 형태의 입법에서 보다 수정헌법 제14조의 일반적 제한하에서 엄격한 사법심사가 이루어지는지의 여부를 여기에서 고려할 필요는 없다.

또한 분리되고 고립된 소수에 대한 편견이 소수를 보호하기 위한 일반적인 정치적 절차의 운용을 심각하게 저해하는 경향이 있는 특별한 경우인지 또한 상응하여 심도있는 사법적 조사를 요청하는 특별한 경우인지를 조사할 필요는 없다.

대법원은 인종<sup>1243</sup>과 외국인<sup>1244</sup>을 기준으로 한 분류는 엄격심사기준을 바탕으로 재고되어야 한다는 점을 인정해 왔다. 또한 대법원은 기본권도 엄격심사기준을 바탕으로 재고되어야 한다고 인정해 왔다. 대법원은 다른 권리들 보다도 사생활권,<sup>1245</sup> 투표권<sup>1246</sup>, 거주이동권<sup>1247</sup>을 엄격심사가 적용되는 기본권이라고 판단해 왔다. 대법원은 모든 기본권이 평등보호조항에 따라서 심사되는 것은 아니라고 주장했다. 만일 법률이 개인의 권리행사능력에 부담을 지우면, 대법원은 실제적인 적법절차의 원칙에 따라서 법률을 평가한다. 그러나, 법률이 한 집단의 개인의 능력에 부담을 지우는 분류를 사용하면, 해당 법률은 평등보호조항에 따라 심사된다.

엄격심사기준이 적용되는 대부분의 사건들은 정부의 분류가 헌법에 합치되지 않는다는 판결을 받는다. 최근까지 노골적으로 인종을 분류의 기준으로 한 단 한 사건만이 엄격심사기준이 적용되었음에도 불구하고 인정되었다. 이 사건은 전시 일본출신의 미국국민 억류와 관련된 사건이었다.<sup>1248</sup> 이 사건은 많은 법률가들에 의해 비난을 받았으며 만일 이 사건이 오늘날 심리되었다면, 아마 그 결과는 달랐

참조, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

1243) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

1244) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

대법원은 외국인, 인종, 출신국가를 기준으로 한 분류는 상당히 의심스러운 차별이며 고도의 사법적 심사가 이루어져야 한다고 판결했다.

1245) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)에서 “사생활에서 혼인의 영역”이 있음이 인정되었다.

*Carey v. Population Service International*, 431 U.S. 678 (1977)에서 국가가 면허를 가진 약사 외에 비의료용 피임기구의 판매를 금지하는 것이 잘못되었다는 판결을 내렸다.

*Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990)에서 외설적인 것들을 집에서 볼 수 있는 권리를 포함하는 사생활권을 인정하였다.

1246) *Hadley v. Junior College District*, 397 U.S. 50 (1970).

1247) *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).

1248) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

을 것이다.<sup>1249)</sup> 따라서, 엄격심사기준하에서 분석되는 대부분의 분류는 위헌으로 판결된다.

**B. 중간심사기준**

만일 유사차별분류가 관련되어 있다면, 대법원은 정부에게 다음의 요건을 입증하도록 요구한다.

가. 목적과의 실질적인 관련성

나. 중요한 정부의 이익

대법원은 성차별<sup>1250)</sup>과 적서차별<sup>1251)</sup>은 강화된 사법적 심사기준이 적용되는 유사차별집단으로 인정했다. 또한 대법원은 미국에서 합법적 거주를 입증하지 못한 아동의 공공교육거부와 관련된 사건에서 중간심사기준을 사용한 것으로 보인다. 그러나, 대법원은 이 사건에서 어떠한 심사의 기준이 사용되었는지 의도적으로 모호한 태도를

1249) 1980년 의회는 No. 96-317를 출간했다.

제2조에서 세계제2차대전 중 일본인을 억류한 이유를 연구하는 기구를 설립했다. 이 기구는 “당시 알려진 바로는, 정부기구로부터 문제시되는 군사적 필요성의 근거가 불완전하며 일본인들을 추방하고 억류하는 것이 적절하지 못함을 지적하는 실체적인 증거가 있다”고 결론지었다.

“인종편견, 전쟁공포, 정치적 리더쉽의 실패”로 인하여 “세계 제2차대전 중에 일본출신의 미국시민과 거주자가 개인적인 심사 혹은 기타 그들에 대한 실증적인 증거없이 미국정부에 의해 추방되거나 이주되거나 억류되는” 일이 자행되는 “정의의 무덤”이 있었다.

참고, *Personal Justice Denied: Report of the Commission on War Relocation and Internment of Civilians* 18 (1982).

1250) *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

대법원은 성차별사건에서의 입증책임은 명백하게 정부가 부담한다고 판결했다. 또한 성차별은 실질적으로 중요한 정부의 이익과 관련되어있다는 것을 보여주기 위해 “대단히 설득력 있는 정당화”가 필요하다고 판결했다.

1251) *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988).

취하고 있다.<sup>1252)</sup>

### C. 합리적 근거 “단순 합리성”

합리적 근거심사기준은 대법원이 사용하는 가장 약한 심사기준이다. 전통적으로 대법원은 이 기준 적용시 정부행위의 합헌성을 추정한다. 여타의 모든 심사는 심사의 요건을 만족시키기 위한 입증책임을 정부에게 부담시킨다. 정부가 평등보호조항을 위반하였다는 것을 원고가 입증하기 위해서 원고는 분류가

가. 합리적 관련성을 가지고

나. 정부의 목적을 정당화한다.<sup>1253)</sup>

는 것을 신뢰할 수 없다는 것을 입증하여야 한다.

대법원은 또한 정부가 분류를 만드는 근거를 가지고 있다고 주장할 수 있는 한, 그 분류는 인정될 수 있다고 판시했다.<sup>1254)</sup> 그러므로, 합리적 근거 심사기준을 적용한 대부분의 분류들은 합헌성이 인정된다.

---

1252) *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

1253) *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).

대법원은 연령이 차별집단이 아니며, 합리적 근거 심사는 모든 연령집단에게 적용되어야 한다고 판결했다.

1254) *Pennell v. City of San Jose*, 485 U.S. 1 (1988).

대법원은 임대인이 8%까지 임대료를 인상하는 것을 허가하고, 임차인이 8%이상의 임대료 인상에 대하여 이의를 제기할 수 있는 임대차계약법을 인정했다. 대법원은 임차규제조항이 임대인의 투자에 대한 합리적인 이익의 회수를 부인함으로써 재산권의 침탈이 될 수 있다는 주장은 이유없다고 판결했다. 또한 대법원은 법이 “자의적, 차별적이거나 혹은 의회가 자유롭게 취할 수 있는 정책과 명백하게 무관하지 않는 한” 그 법은 합헌이라는 이유를 들어 평등보호 주장을 받아들이지 않았다. “정부의 정당한 이익과 합리적으로 관련이 있는 한” 이 임대차계약법은 평등보호원칙을 유지하였다.

### 3. 파월 대법관의 “Affirmative Action 이론” : *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*<sup>1255</sup> (1978)

#### A. 입학 프로그램

캘리포니아주립대학교 데이비스의 의과대학은 100명의 입학정원을 위해 일반입학프로그램과 특별입학프로그램, 두 개의 입학프로그램을 운영하고 있다.<sup>1256</sup> 일반입학프로그램에서는 대학교 성적이 4.0 만점기준으로 2.5이하인 학생은 자동적으로 탈락된다.<sup>1257</sup> 약 6명 중 한 명의 지원자가 면접을 볼 기회를 가지며, 각 입학사정위원회에 의해 1점에서 100점까지 점수가 매겨진다. 이 점수는 지원자의 평균 학점, 과학과목평균성적, 의과대학입학자격시험성적, 추천서, 과외활동, 기타 생활기록부를 바탕으로 총 “표준점수”로 기록된다.<sup>1258</sup> 모든 입학사정위원회는 지원자의 입학원서와 점수의 심사를 바탕으로 입학허가서를 작성한다.

특별입학프로그램을 위해서는 독립된 위원회가 소집되는데, 그들의 대부분은 소수집단에 속하는 사람들로, 이들이 특별입학프로그램을 운영한다.<sup>1259</sup> 1973년과 1974년의 입학원서에는 지원자가 “경제적 그리고/혹은 교육적으로 불리한 입장”<sup>1260</sup>으로 혹은 “소수집단의 구성원”으로 인정받기 원하는지에 대한 설문이 있었다.

---

1255) *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 274 (1978).

1256) 전게서, 274쪽.

1257) 전게서.

1258) 전게서.

1259) 전게서.

1260) 전게서.

지원자는 이 “특별한 절차”에 따라 순위가 매겨지는데, 평균평점 2.5의 커트라인을 맞출 필요가 없으며, 일반입학절차의 지원자에 대하여 순위가 매겨지지도 않는다. 1973년과 1974년에는 특별지원자의 약 4분의 1이 면접의 기회를 가졌으며, 표준점수가 매겨졌고, 필수 과정에 미달하거나 혹은 기타 특별한 결함이 있는 특별 지원자들은 일반입학사정위원회의 우선적 선택에 따라 탈락되었다.<sup>1261)</sup> 특별입학사정위원회는 16명의 특별입학지원자가 선정될 때까지 지속적으로 지원자들을 추천했다.<sup>1262)</sup> 따라서, 총 정원 중 16명 혹은 16%가 특별입학지원자들을 위해 할당되었다.<sup>1263)</sup>

4년의 기간동안 63명의 소수집단 학생들이 이 특별입학프로그램을 통하여 입학했고, 44명의 학생들이 일반입학프로그램을 통해 입학했다. 이 특별입학프로그램을 통해 입학한 불리한 지위의 백인들은 없었지만, 많은 불리한 지위의 백인들이 지원했다.<sup>1264)</sup>

## B. 피고

피고인 백인남성은 1973년과 1974년에 일반입학프로그램을 통해 캘리포니아주립대학 데이비스 의과대학에 지원한 사람이었다. 그는 불합격되었고,<sup>1265)</sup> 그가 불합격되었던 1973년에는 4명의 특별입학분이 아직 보류된 상태였다.<sup>1266)</sup> 1974년 피고는 다시 응시하였고 또 다시 불합격되었다.<sup>1267)</sup> 이 두 해에 피고보다 상당히 낮은 점수의 특별입

1261) 전계서, 275쪽.

1262) 전계서.

1263) 전계서.

1264) 전계서.

1265) 전계서.

1266) 전계서, 277쪽.

1267) 전계서.

학지원자가 합격하였다.<sup>1268)</sup> 두 번째 불합격이 된 후, 피고는 소송을 제기하였다.

판결은 여섯 개의 분리된 의견이 제기되었고, 본고의 논의를 위하여 중요한 의견을 간단히 살펴보겠다.

### C. 대법관 파월의 견해

대법관 루이스 파월은 네 명의 다른 대법관과 함께, “인종과 민족에 의한 구분은 종류를 불문하고 원천적으로 의심의 대상이 되는 차별이며 그렇기 때문에 가장 엄격한 사법심사가 요구된다.”<sup>1269)</sup>라고 판시하였다. 파월 대법관은 다양한 학생집단을 이루기 위한 목적이 특정 상황하에서의 입학결정에 인종적인 고려를 하는 것을 충분히 정당화하지만, 피고와 같은 개인에 대한 고려를 미리 배제시키는 원고의 특별입학프로그램은 불가피한 목적을 달성하기 위해 불필요하며 따라서, 평등보호조항에 따라 무효라고 판단하였다.<sup>1270)</sup>

학교는 피고가 특별입학프로그램이 없었더라도 입학할 수 없었을 것이라는 것을 입증하지 못했기 때문에 피고는 입학되어야 한다.<sup>1271)</sup>

### D. 대법관 브렌넨의 견해

대법관 화이트, 대법관 마샬, 대법관 블랙먼과 함께 견해를 밝힌 대법관 브렌넨은 인종을 기준으로 한 분류는 엄격사법심사의 대상이

---

1268) 전게서, 278쪽.

1269) 전게서, 303쪽.

1270) 전게, 311쪽.

1271) 전게서, 319~320쪽.

되기는 하지만, 의학분야에서의 소수인종의 소외상태는 의도적인 차별의 결과가 빚는 현상이므로 그것을 치유하기 위해서 인종을 고려한 정책을 취할 수 있다고 주장하였다.<sup>1272)</sup> 그러므로, 인종은 대학 입학프로그램에서 하나의 요소로서 사용될 수 있다.<sup>1273)</sup>

#### E. 대법관 스티븐의 견해

대법원장 버거, 대법관 스투어트, 대법관 렌퀴스트와 함께 대법관 스티븐은 법적 해석의 문제를 바탕으로 판결을 내렸다. 그러나 헌법상의 평등보호문제에 대해서 언급하지 않았고, Title VI를 적용하여 피고가 Title VI의 위반으로 학교입학에서 제외된다고 판결했다.<sup>1274)</sup>

### III. 엄격심사기준 : 현대적 단순접근

*Grutter v. Bollinger et.al.*<sup>1275)</sup> (Michigan Law School Case) (2003)

#### 1. 입학제도

미시간 법과대학원은 입학제도에 affirmative action을 도입하였다. 매년 350명의 학생을 선발하는데 3,500명의 지원자가 지원하는 이

---

1272) 전게서, 360-361쪽.

1273) 전게서, 378-379쪽.

1274) 전게서, 421쪽.

1275) *Grutter v. Bollinger*, 123 S.Ct 2325, 2331 (2003).



법과대학원은 공식 법과대학정책에 “서로를 존중하고 배우고자 하는 다양한 배경과 경험을 가진 학생들의 조화”라는 문구를 두고 있었다.<sup>1276)</sup>

이 법과대학원은 이 정책지향성을 실천하기 위해, 탄력적 평가방법과 결합된 학습능력에 중점을 두는 입학제도를 사용하였다. 이 법과대학원의 정책은 입학사정위원들이 법과대학원 입학자격시험, 교과 성적, 자기소개서, 추천서, 그리고 지원자가 학교의 다양성에 어떻게 기여할 것인지를 설명하는 에세이를 포함하는 통합 문서를 바탕으로 각 지원자를 평가하게 했다.

또한 이 학교의 정책은 입학사정절차에서 학교의 다양성에 기여하는 지원자들에게 “실질적 호혜”를 둘 것을 언급했다.<sup>1277)</sup> 학교는 그 정책에서 이 학교가 일정한 형태의 다양성에 집중하고 있음을 말했다. 이 학교는 “우리는 아직, 흑인, 히스패닉, 인디언처럼 역사적으로 소외되고, 다양성을 추구하는 특별한 노력 없이는 의미있는 숫자가 입학할 수 없는 다양한 인종으로 구성된 학생집단을 추구하고 있다.”고 강조했다.<sup>1278)</sup>

## 2. 원고

원고인 미시간 거주자이며 백인인 바바라 그루터는 미시간법과대학

---

1276) 전게서, 2331쪽.

현재 헌법에 합치하지 않는다는 판결을 받은 이 대학교입학프로그램과 관련된 Gratz v. Bollinger 사건에서, 대법원은 “미시간대학의 대학교입학위원회에서 사용된 절차는 지원자에 대한 의미있는 개별적 심사를 두고 있지 않기 때문에 대학입학에서 사용되는 affirmative action 제도는 법과대학원에서 사용되는 것과 다른 것이다.”라고 판시하였다.

1277) 전게서, 2332쪽.

1278) 전게서.

원에 1996년에 지원하여 예비합격자에 포함되었으나, 결국 불합격 처리되었다.

원고는 법과대학원입학시험에서 161점을 받았고, 대학평균평점도 4.0만점에 3.9점을 받았다. 이 법과대학원은 상당히 낮은 평점과 법과대학원입학시험성적을 받은 “적절히 대표되지 못하는” 소수집단 출신의 지원자를 합격시켰다.<sup>1279)</sup>

원고는 이 학교가 인종을 주요한 기준으로 사용하고 있으며, 특정 소수집단에 속한 지원자들에게 “다른 인종집단의 유사한 자격을 가진 학생들보다 상당히 높은 입학 기회”를 주고 있다고 주장했다.<sup>1280)</sup> 또한 원고는 이 학교가 “입학절차 기준에 인종을 고려하는 것을 정당화할 만한 불가피한 이익이 없다”고 주장했다.<sup>1281)</sup>

원고는 손해배상과 징벌적 손해배상을 청구했으며 이 학교의 인종 차별에 대한 시정명령을 청구했다.<sup>1282)</sup>

### 3. 재판(지방법원)

지방법원은 책임단계와 손해배상단계로 나뉘어졌고 집단소송을 인정하였는데,

(가) 1995년 이래로(1995년 포함) 본 재판이 시작될 때까지 미시간 법과대학원에 지원하였으나 불합격된 사람

(나) 백인을 포함하여 입학사정에서 불리하게 대우받은 인종 혹은 민족에 포함되는 사람<sup>1283)</sup>

---

1279) 진게서.

1280) 진게서.

1281) 진게서, 2333쪽.

1282) 진게서.

1283) *Grutter v. Bollinger*, 123 S.Ct. 2325, App. to Pet. for Cert. 191a-192a.

으로 집단 소송의 범위를 한정하였다.

판사는 다양한 학생구성원을 달성하는 이 학교의 이익이 “불가피”한 것인지, 또한 입학정책에서 인종이 어느 정도의 고려 요소인지를 법률의 문제로서 비배심심리를 통해 결정하였다.

판사는 15일간의 재판을 통해 엄격심사기준이 적용되어야 하며, “인종적으로 다양한 집단의 구성은 Bakke 결정에서도 ‘불가피한 이익’이라고 인정되지 않았으며 과거의 차별에 대한 보상도 아니기 때문에” 이 법과대학이 주장하는 이익은 불가피한 이익이 아니라고 판시하였다.<sup>1284)</sup> 또한 법원은 다양성의 추구가 불가피한 이유라 하더라도, 이 학교의 정책은 최소한의 제한된 방법이 아니라는 견해를 밝혔다.<sup>1285)</sup> 법원은 이 법과대학원이 입학사정에서 인종을 하나의 요소로 사용하는 것을 금지했다.

#### 4. 항소심

전속재판관전원의 항소심에서는 지방법원의 판결을 파기하였는데 네 명의 판사는 이것에 반대하였다. 법원은 인종이 단지 “잠재적 부가요소”로서 사용되었기 때문에 다양성은 불가피한 이익이며 정책은 엄밀하게 제한적인 방법을 채택했다고 판결했다.<sup>1286)</sup>

---

1284) Grutter, 2333쪽.

1285) 전개서.

1286) 전개서.

## 5. 대법원

대법관 스티븐스, 대법관 사우터, 대법관 긴스버그, 대법관 브레이의 견해, 그리고 기타 다른 대법관의 부분적인 견해와 함께 한 대법관 오커너는 이 법과대학원의 다양성의 이익은 불가피한 이익이며, 불가피한 목적을 달성하기 위하여 이 법과대학원의 정책은 엄밀하게 고안되어졌다고 판결했다.

### A. *Bakke* 전례

대법원은 먼저 *Bakke* 사건에서<sup>1287)</sup> 소수집단을 위하여 100명 중 16명의 인원을 할당한 의과대학원의 위헌성을 주목하였다. 이 판결에서, 전술한 바와 같이, 6개의 다른 견해가 도출되었다. 대법관 오커너의 다수의견은 학문적 자유는 “수정헌법 제1조의 특별고려로서 오랫동안 생각되어져 왔고”,<sup>1288)</sup> “조국의 미래는 다양한 이상과 도덕을 폭넓게 접하면서 훈련된 지도자들에게 달려있기 때문에” 다양성의 확보는 불가피한 이익이라는 대법관 파월의 의견을 선택하였다.<sup>1289)</sup> 그러나, “이는 일정 비율의 인종이 학생집단에 포함되는 것을 보장함으로써 단순히 인종적 다양성을 추구하는 이익”이 아니다.<sup>1290)</sup> 이것은 다양성의 이익이지만, 이것이 유일한 이익이 되어서는 안된다. 다양성은 입학정책 기준의 여러 다른 요소 중에 하나가 되어야 하지만, 아마 매우 중요한 요소가 될 것이다.

다수는 대법관 파월의 의견을 수용했고, 그의 결정을 길게 인용했다.

<sup>1287)</sup> *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>1288)</sup> 전게서, 2328쪽.

<sup>1289)</sup> 전게서.

<sup>1290)</sup> 전게서.

## B. 엄격심사기준

대법원은 엄격심사기준을 채택했다. 대법원은 인종을 기준으로 한 모든 분류는 엄격심사기준을 바탕으로 판단되어야 한다고 말했다. 인종을 기준으로 한 분류가 인정되기 위해서는 그러한 분류가 불가피한 이유를 위해 필수적인 것이어야 한다. 대법원은 일부 사건, 그러나 많지 않은 사건이 엄격심사기준 하에서도 인정되었다는 것을 언급했다.<sup>1291)</sup>

## C. 심사의 적용

### a. 불가피한 원인

대법원은 정부의 “신의성실”은 “반대증거의 부재”시 “추정”되며, 다양한 학생집단을 이루는 것은 “법과대학원의 정당한 설립목적의 중심”에 해당한다고 선언하였다.<sup>1292)</sup> 대법원은 이 학교의 입학정책을 통해 성취되는 다양성이 불가피한 이익이 되지 않는다는 입증책임을 원고에게 부담한다.

### b. 엄밀한 고안

또한 대법원은 입학프로그램은 엄밀하게 고안되었다고 판결했다. 대법원은 엄밀하게 고안되기 위하여는, 인종을 고려한 입학프로그램이 “여타 지원자와의 경쟁으로부터 특정의 선호되는 자격을 가진 지원자의 범주를 분리”해서는 안된다는 점을 선언하고 있다.<sup>1293)</sup> 대법원은 인종 혹은 민족을 단순히 “특정 지원자의 서류에서 ‘가산점’으

---

1291) 전게서, 2338쪽.

1292) 전게서.

1293) 전게서, 2342쪽.

로서 고려해야 한다. 즉, “각 지원자들의 특정한 자격의 견지에서 모든 적절한 다양성의 요소를 고려할 만큼 탄력적인 것이어야 하며, 고려를 위한 동일한 지위에 놓기 위하여, 요소들에 동일한 중점을 둘 필요는 없다.”<sup>1294)</sup>

따라서, 대학은 특정 인종 혹은 민족집단의 구성원을 위하여 인원할당을 둘 필요가 없으며, 그들을 위한 분리된 입학절차를 둘 필요도 없다. 법과대학원의 입학프로그램은 이 필요조건을 충족하였다. 또한, 이 프로그램은 각 지원자가 개인적으로 평가받을 수 있을 만큼 탄력적이었고, 인종 혹은 민족을 지원자의 특징을 결정짓는 도구로 사용하지 않았다.<sup>1295)</sup>

그러나 대법원은, 인종을 고려한 입학정책은 시간적 제한을 두어야 한다고 언급했다.<sup>1296)</sup> 대법원은 인종중립적인 입학방식이 가장 나으며, 실질적으로 최대한 빠른 시간 내에 인종적 특혜를 종료시키겠다는 법과대학원의 의견을 받아들였다. 대법원은 지금부터 25년 내에 인종적 특혜의 활용은 오늘날 인정된 이익을 위해 더 이상 필요하지 않을 것으로 내다보았다.<sup>1297)</sup>

#### IV. *Grutter v. Bollinger* 사건 평석

미시간법과대학원의 affirmative action은 전통적인 평등보호이론의 범주에는 포함될 수 없다. 오커너의 다수의견은 엄격심사기준의 첫 번째와 두 번째 요소와 관련되어 잘못되었다.

---

1294) 전게서.

1295) 전게서.

1296) 전게서, 2365쪽.

1297) 전게서.

## 1. 불가피한 원인

대법관 오커너의 다수의견은 다음과 같이 적고 있다.

다양한 학생집단의 달성은 법과대학원의 적절한 설립목적의 중심이며, 이는 대학 측의 ‘신의성실’의 존재가 반대증거의 부재시 추정된다<sup>1298)</sup>는 우리의 입장에 의하여 법과대학원이 다양한 학생집단의 달성에 불가피한 이익을 가지고 있음이 알려졌다는 것이 우리의 결론이다.

이것은 평등보호이론에 정면으로 모순되는 것이다. 대법원은 평등보호이론의 가장 엄격한 심사 기준에 따라서 이 사건에서 불가피한 동기가 추정됨을 논증할 필요가 있는 사람은 원고라는 것을 선언하고 있다. 약 25년간 대법관 과월을 포함한 법학자들은 정부가 본질적으로 차별이 의심스러운 분류를 사용할 때 정부는 그 분류의 불가피성을 입증할 책임이 있다고 이해해 왔다. 우리는 본질적으로 차별이 의심스러운 분류를 만든 사람은 정부라는 것을 기억해야 한다. 존경받는 대법원장 버거가 *Palmore v. Sidoti*(1984년)에서 말한 바와 같이, “수정헌법 제14조의 주요한 목적은 인종을 바탕으로 모든 정부차원에서 부가되는 차별을 배제시키는 것이다. 개인을 인종에 따라 분류하는 것은 인종차별을 반영하는 것과 같다...” 인종이 사용된 경우, 법률은 차별의 의심을 받으며, “가장 엄격한 심사를 받게 된다.”<sup>1299)</sup>

그렇다면 오늘날 미국의 엄격심사기준 하에서 정부는 불가피한 이

---

1298) 전개서, 2339쪽.

1299) *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, 441 (1984).

익을 주장하고 대법원은 정부의 “선의”를 신뢰하게 된다.

이것이 진정 *Bakke* 사건에서 대법관 파월이 의미한 것인가? 나는 많은 사람들이 그렇게 생각하지 않을 것으로 본다. 대법원은 대법관 파월의 견해를 수용했고 그의 견해를 길게 인용했지만, 대법원은 그 뜻을 이해하는데 실패했거나 그 견해를 이해하지 않으려고 했다.

파월의 *Bakke* 사건에서의 견해는 대학교는 입학프로그램이 엄격심사기준에 합치한다면 입학절차에서 인종적 요소를 사용할 수 있으나, 인종적 요소를 우월적 요소로 사용해서는 안된다는 원칙에 바탕을 둔 것이다.<sup>1300)</sup> 대법원은 심사의 후반부를 무시하기로 결정하고 평등보호이론을 전도시켜, 엄격심사기준의 첫 번째 기준을 유명무실하게 하였다.

## 2. 불가피한 원인을 위한 필수성

두 번째로, 법원은 엄밀한 고안의 분석, 적용을 통해 남아있던 엄격심사기준을 무력화 시켰다.

엄밀한 고안의 분석의 주요 기능중의 하나는 제시된 이론적 근거가 실제 이론적 근거인 것을 확정하는 것이다. 엄밀한 고안은 주장된 원인이 진정한 이유인지를 가려준다. 문제는 법원이 동기의 유효성을 추정하는 경우, 심사의 두 부분의 밀접한 연관성으로 인해 엄격한 일치가 역시 필연적으로 추정된다. 동기가 추정되는 경우, 격렬한 논쟁은 단순히 동기를 정당화하는 것에 지나지 않는다.

---

1300) *Bakke*, 289-291쪽.



## V. 문제점

대법원이 논리를 왜곡하고 은밀하게 그들이 원하는 결론을 도출하기 위해 심사를 사용하는 경우, 법은 심각한 위협에 빠진다. 이렇게 되면 사법부에게 법적 원칙은 정말 중요한 문제가 아니고 가장 중요한 것은 결과라고 생각하게 된다.

이러한 견해는 사법부에 대한 존중과 정당성을 파괴할 것이다. 입법부와 사법부의 다른 점은 사법부가 과거로부터 내려온 논리적 근거를 바탕으로 판결을 내리는 비정치적 기관으로 인식되기 때문이다. 대법관들이 원하는 결과를 도출하기 위하여 헌법적 이론을 악용하는 경우, 사법부는 입법부처럼 보일 것이며, 사법부의 정당성은 의심받을 것이다.

나는 우리 모두가 대법관 오커너가 진정으로 엄격심사분석을 한 것이 아니며, 단순히 심사를 조정함으로써 그녀의 정치적 견해를 정당화하였음을 알고 있다고 생각한다. 만일 사회 변화를 조정하는 막강한 권한을 가진 9명의 비선출된 법관이 입법부와 다르지 않게 단순히 정치적 역할을 한다면, 대법원의 정당성에는 심각한 의문을 가지게 된다.

## VI. 대한민국에의 교훈

이 판결은 미국 사법부에는 그리 큰 영향을 끼치지 못할 것이다. 비록 많은 법학자들이 엄격심사기준의 적용이 정치적 목적을 달성하기 위한 악용에 불과하다는 점을 알고 있지만, 대법원의 정당성은 미국 민주주의 제도하에 확고하게 간직되어 있고, 의회는 대법원의

판결에 이의를 제기할 수 없다. 유명한 법률 주석가가 쓴 바와 같이,

미국의 헌법정치하에서 오늘날의 의회는 98파운드의 병약자처럼 보이고, 대법원은 막강한 싸움대장이다. 매우 자주, 대법원은 막대한 양의 모래를 의회의 얼굴에 뿌려대며, 더욱 빈번하게 국가와 지방정부에 모욕을 가한다. 의회는 더욱 자주 단순히 순종하거나 혹은 국가의 입법기관으로 자신의 지위를 어둠 속에서 조롱한다.<sup>1301)</sup>

동일한 경우가 대한민국 의회에 적용된다고 할 수 없다. 최근, 많은 대한민국 헌법재판소의 판결들이 국회에 의해 존중받지 못했고 변화들이 법률로 이어지지 않았다. 이러한 상황들은 헌법재판소 판결들의 정당성을 파괴할 수도 있다.

알렉산더 해밀턴이 말한바와 같이,

사법부는... 무력 혹은 금권에 의해 영향을 받아서는 안 된다. 강성 혹은 사회의 부귀에 의한 움직임이 아니라, 어떤 형태이든 적극적인 해결책이 되어서는 안 된다. 무력 또는 의지가 되어서는 안되며, 단순히 판결이 되어야 한다는 말도 진실이다. 판결의 유효성을 위하여 궁극적으로는 행정부의 도움에 의존해야 한다.<sup>1302)</sup>

모든 법원의 구조적 권한에 대한 본질적 한계는 최근 세워진 법원들이 가지는 문제들이다. 즉, 대한민국 헌법재판소는 미국의 법원보다 더욱 신중해야 하고, 특별히 그 판결을 이성적인 법적 논리를 바탕으로 해야 하며, 결론을 도출하기 위하여 법률심사를 악용해서도 안 된다.

---

1301) Matthew J. Franck, *Support and Defend: How Congress Can Save the Constitution from the Supreme Court*, Heritage Lecture 604 (1998).

1302) Alexander Hamilton, *Federalist # 78*.

부연하여, 대한민국 헌법재판소는 사회변혁을 위한 단순한 도구로 이해되어서는 안 된다. 대한민국 헌법재판소의 존재 이유는 이것 이상이다. 대한민국 헌법재판소는 국민과 국회에게 이성적인 법적 의견을 바탕으로 한 판결을 내리고 헌법을 해석하는 기구로 이해되어야 한다. 종종 헌법재판소는 헌법의 해석을 통하여 사회변화를 창조하지만, 그 변화는 이 해석적 권한을 통하여 이루어지며, 사법적으로 창조된 사회변화의 달성을 통해서 이루어져서는 안 된다. 이러한 형태의 사법적극주의는 사법부의 순수성, 권한, 정당성에 흠을 내는 것에 불과하다.

대한민국 헌법재판소는 자랑스러운 역사를 지녔으며, 헌법재판관들의 절제된 리더쉽과, 헌법연구관들의 절제된 안목을 지침으로 삼아, 대한민국 국민의 기본권을 수호하는 자랑스러운 역할을 계속 수행해 나갈 것이다.

# The United States Supreme Court and Equal Protection :

*Grutter v. Bollinger*<sup>1303</sup>: Consistent Inconsistency in the modern  
Supreme Court

**Sean Christopher Hayes**

Constitutional Researcher

(Certified: New York and Connecticut Bars)

In Memory of my grandfather - Anthony  
Staiano - who overcame racial prejudice, the  
Great Depression, the flu epidemic, dismal  
poverty all after the death of the sole bread-  
winner in the family and all without the as-  
sistance of the government.\*\*\*

## TABLE OF CONTENTS

I. Introduction: .....	663
II. Modern American Equal Protection Jurisprudence .....	664
1. Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment .....	664
2. Introduction: The Three-Tiered Approach .....	666
A. Strict Scrutiny .....	666

---

1303) *Grutter v. Bollinger*, 123 S.Ct. 2325 (2003).

B. Intermediate Scrutiny .....	669
C. Rational Basis “Mere Rationality” .....	670
3. Justice Powell’s Affirmative Action Jurisprudence: .....	671
A. Admission Program .....	671
B. The Respondent .....	672
C. Justice Powell’s Opinion .....	673
D. Justice Brennan’s Opinion .....	674
E. Justice Steven’s Opinion .....	674
III. Strict Scrutiny: The Modern Fang-less Approach .....	675
1. The Admission Policy .....	675
2. The Petitioner .....	676
3. The Trial (District Court) .....	677
4. Court of Appeals .....	678
5. The Supreme Court .....	678
A. <i>Bakke</i> Precedent: .....	679
B. Strict Scrutiny .....	680
C. Application of the Test .....	680
IV. Criticism of <i>Grutter v. Bollinger</i> .....	682
1. Compelling Reason .....	682
2. Necessary to Further a Compelling Reason .....	684
V. The Problem .....	684
VI. Lessons for Korea .....	685

## I . Introduction:

The United States Supreme Court is undoubtedly one of the most admired Courts in the world. The Court is admired for its power to shape American society and its legal jurisprudence, power to shape foreign legal jurisprudence, ability to fend-off attacks from other government branches, but most of all for its well reasoned logical consistency. I contend that the Constitutional Court of Korea should not use modern U.S. Equal Protection jurisprudence as guidance for its judgements, because of recent negative evolutions in Equal Protection jurisprudence.

In recent years the U.S. Supreme Court has become more result-oriented. A result-oriented court fails its constitutional duty to interpret law and formulate a reasoned opinion based on accepted legal reasoning. Many members of the modern Supreme Court are more focused on the outcome of cases and less focused on legal reasoning and this change has great implications for both the judiciary and democracy as a whole.

A judiciary gains its power and legitimacy from the fact that it is different from the legislative branch. A court that bases its decisions on political implications and policy objectives and not on well-reasoned logic, based on past reasoning, is simply acting like a legislature; a legislature without the institutional backings of the Congress or the Presidency.

The only way to maintain the independence, legitimacy, and have other branches respect the holdings of its decisions is to base holdings on well-reasoned logical opinions based on past legal reasoning.

This note will first explore Equal Protection jurisprudence in the United States. The note will then explore a recent case concerning the strict scrutiny standard in Equal Protection jurisprudence followed by a critique of the case and of modern American Equal Protection jurisprudence. The final part of this note will detail the lessons that may be learned from American Equal Protection jurisprudence and why the Constitutional Court of Korea should be leary of basing its decisions on the U.S. Supreme Court's recent Equal Protection holdings.

## II. Modern American Equal Protection Jurisprudence

### 1. Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment

The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment<sup>1304</sup>

---

1304) U.S. CONST. amend. XIV (1868):

Section. 1. 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

does not have a counterpart in the Constitution applicable to the federal government, but the Clause has been held to apply to the federal government through the Due Process Clause of the Fifth Amendment.<sup>1305)</sup> Generally, the Supreme Court employs the same test under each clause, but the Court may give more deference to the federal government with regard to military matters, immigration issues, and other issues concerning national security and national sovereignty.<sup>1306)</sup>

In general, the Equal Protection Clause guarantees that similar individuals will be treated in a similar manner.<sup>1307)</sup> The Clause, however, does not reject the fact that government may and must classify persons, but it does guarantee that the classifications will not be based on impermissible criteria or employed to arbitrarily burden one group.<sup>1308)</sup>

---

the laws...

1305) U.S. CONST. amend. V (1791):

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

See also, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

1306) *Matthews v. Diaz*, 426 U.S. 67 (1979).

The Court allowed federal medicare regulations to establish a five-year residency requirement for benefits. The requirement excluded many resident aliens from medicare benefits. Alienage is a suspect class and the Court seemingly applied a less than strict standard to uphold the regulation citing the deference that needs to be given to the federal government in certain sensitive areas.

1307) Tussman and TenBroek, *The Equal Protection of Laws*, 37 Calif.L.Rev. 341 (1949).



## 2. Introduction: The Three-Tiered Approach

The modern Court employs a three-tiered approach to Equal Protection jurisprudence.<sup>1309)</sup> The lowest or most deferential test is the "rational basis" or "rational relationship" test, which the Court uses when a justifiable reason to apply heightened scrutiny is absent. The next most demanding test is entitled the "inter-mediate scrutiny" test. The test is employed by the Court for quasi-suspect classes including gender and illegitimacy.

The most demanding test employed by the Court is the "strict scrutiny" test, which is employed by the Court when a classification is based on race or national origin and in fundamental rights cases.

### A. Strict Scrutiny

If a government classification involves a suspect classification<sup>1310)</sup> or a fundamental right<sup>1311)</sup> strict scrutiny is applied and the

---

1308) Id., at 345.

1309) For citations to secondary sources on this topic see, R. Rotunda & J. Nowak, *Treatise on Constitutional Law* Substance and Procedure, vol. 3 (3rd ed. 1999, with annual supplement).

1310) The phrase suspect originated in *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

1311) *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971).

The Court recognized the fundamental right to marry and held invalid a law, under strict scrutiny, that made those seeking a divorce to pay court costs in order to obtain a divorce.

action is struck down unless the government can prove that the classification is:

- a. necessary to achieve;
- b. a compelling interest.

The Supreme Court also reads the "necessary" element as meaning that the least restrictive means must be employed.<sup>1312)</sup>

The Court has recognized that classifications based on race<sup>1313)</sup> and alienage<sup>1314)</sup> are reviewed under the strict scrutiny standard. The Court has also recognized that fundamental rights are re- viewed under strict scrutiny. The Court has recognized the right to privacy,<sup>1315)</sup> right to vote,<sup>1316)</sup> and the

---

1312) Justice Stone set forth the rationale for meaningful judicial review in these cases in 1938. *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938):

FN4. There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth...

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation...

Nor need we enquire... whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry... see also *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

1313) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

1314) *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971).

The Court noted that classifications based on alienage, race, and national origin are highly suspect and subject to close judicial scrutiny.

1315) *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

Recognized that there is a "marital zone of privacy."

*Carey v. Population Service International*, 431 U.S. 678 (1977).

right to travel,<sup>1317)</sup> amongst other rights, as fundamental rights warranting strict scrutiny. The Court does not contend that all fundamental rights are re-viewed under the Equal Protection clause. If a law burdens the ability of a person to exercise a right, the Court will evaluate the law under substantive due process, but if a law uses classification that burden the ability of one class of persons, the law will be reviewed under the Equal Protection clause.

Most cases that fall under the purview of strict scrutiny will hold the government classification unconstitutional. Only one case, up until recently, that explicitly used race as a classification, was upheld despite applying strict scrutiny. The case concerned the wartime internment of United States citizens of Japanese ancestry.<sup>1318)</sup> The case has been criticized by many legal scholars and many claim that if the case were heard today the outcome would be different.<sup>1319)</sup> Accordingly, most classifications analyzed

---

Ruled that a state cannot prohibit the distribution of nonmedical contraceptives unless through a licensed pharmacist.

*Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

Recognized that the right of privacy includes reading obscene material in your home.

1316) *Hadley v. Junior College District*, 397 U.S. 50 (1970).

1317) *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969).

1318) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

1319) In 1980 Congress enacted Pub.L. No. 96-317 (1980), section 2 established a Commission to investigate the reason for the internment of Japanese during WWII and the Commission concluded that "there was substantial credible evidence, known at the time, from governmental agencies indicating that the claimed ground of military necessity was defective and did not warrant the exclusion and detention of ethnic Japanese."

Because of "race prejudice, war hysteria, and a failure of political leadership" there was a "grave in justice" which was done to "American citizens and

under strict scrutiny will be held unconstitutional.

## B. Intermediate Scrutiny

If a quasi-suspect classification is involved, the Court will require the government to prove that the action is:

- a. substantially related to;
- b. an important government interest.

The Supreme Court has recognized gender<sup>1320)</sup> and illegitimacy<sup>1321)</sup> as quasi-suspect classes warranting heightened judicial scrutiny. The Supreme Court also appeared to use the intermediate standard in a case concerning the denial of public education to children who could not prove that they were in the U.S. lawfully, but the Court in the case was purposefully vague as to what standard of review was being applied.<sup>1322)</sup>

---

resident aliens of Japanese ancestry who, without individual review or any probative evidence against them, were excluded, removed and detained by the United States during World War II."

See, *Personal Justice Denied: Report of the Commission on War Relocation and Internment of Civilians* 18 (1982).

1320) *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

The Court expressly held that the government bears the burden of proof in gender discrimination cases and that an "exceedingly persuasive justification" is required in order to show that gender discrimination is substantially related to an important government interest.

1321) *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988).

1322) *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

### C. Rational Basis “Mere Rationality”

The rational basis standard is the most deferential standard employed by the Court and it is, traditionally, the only standard where the Court will presume the constitutionality of the government action. All other tests place the burden on the government to satisfy the test. For the plaintiff to prove the government has violated the Equal Protection clause the plaintiff must prove that it is inconceivable that the classification:

- a. bears a rational relationship;
- b. to a legitimate government purpose.<sup>1323)</sup>

The Court also held that so long that it is arguable that the other branches of government had a basis for creating the classification the Court will uphold the classification.<sup>1324)</sup> Therefore, most classifications under the rational basis standard are upheld.

---

1323) *Massachusetts Board of Retirement v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).

The Supreme Court held that age is not a suspect class and the rational basis test is applied to all age classifications.

1324) *In Pennell v. City of San Jose*, 485 U.S. 1 (1988).

The Supreme Court upheld a rent control ordinance that allowed landlords to raise rents up to 8%, but allowed tenants the right to object to rent increases higher than 8%. The Supreme Court found that the contention that the tenant hardship provision might be a taking of property by denying the owner a reasonable return on its investment should fail. The Court rejected the argument and also rejected the equal protection argument on the grounds that the law should be upheld as long as it was not “arbitrary, discriminatory, or demonstratively irrelevant to the policy legislature is free to adopt.” The ordinance would survive equal protection so long as it was “rationally related to a legitimate state interest.”

### 3. Justice Powell's Affirmative Action Jurisprudence: *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*<sup>1325)</sup> (1978)

#### A. Admission Program

The Medical School of the University of California at Davis had two admissions programs for the entering class of 100 students; the regular admissions program and the special admissions program.<sup>1326)</sup> Under the regular program, candidates whose overall undergraduate grade point averages were below 2.5/4.0 were summarily rejected.<sup>1327)</sup> About one out of six applicants were then given an interview, following which the applicants were ranked on a scale of 1 to 100 by each committee member. The rating was based on the applicant's grade point average, science courses grade point average, Medical College Admissions Test (MCAT) scores, letters of recommendation, extracurricular activities, and other biographical data, all of which resulted in a total "benchmark score."<sup>1328)</sup> The full admissions committee then made offers of admission on the basis of their review of the applicant's file and score.

For the special admissions program a separate committee, a majority of whom were members of minority groups, operated

---

<sup>1325)</sup> *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 274 (1978).

<sup>1326)</sup> *Id.*, at 274.

<sup>1327)</sup> *Id.*

<sup>1328)</sup> *Id.*

the special admissions program.<sup>1329)</sup> The 1973 and 1974 application form asked candidates whether they wished to be considered as "economically and/or educationally disadvantaged"<sup>1330)</sup> or were members of a "minority group." Candidates ranked by this "special procedure" did not have to meet the 2.5 grade point average cutoff and were not ranked against candidates in the general admissions process. About one-fifth of the special applicants were invited for interviews in 1973 and 1974, following which they were given benchmark scores, and the top choices were then given to the general admissions committee, which could reject special candidates for failure to meet course requirements or other specific deficiencies.<sup>1331)</sup> The special committee continued to recommend candidates until 16 special admission selections were made.<sup>1332)</sup> Accordingly, 16 spots or 16% were set-aside for special admission candidates.<sup>1333)</sup> During a four-year period 63 minority students were admitted under the special program and 44 under the general program. No disadvantaged whites were admitted under the special program, though many applied.<sup>1334)</sup>

## B. The Respondent

---

1329) Id.

1330) Id., at 275.

1331) Id.

1332) Id.

1333) Id.

1334) Id., at 276.

Respondent, a white male, applied to Davis in 1973 and 1974 under the general admissions program. He was rejected<sup>1335)</sup> and at the time of his rejection in 1973 four special admission slots were still unfilled.<sup>1336)</sup> In 1974 respondent applied again and was again rejected.<sup>1337)</sup> In both years special applicants were admitted with significantly lower scores than respondent's.<sup>1338)</sup> After his second rejection, respondent filed this action.

The decision produced six separate opinions the most significant opinions for our discussion are briefly detailed.

### C. Justice Powell's Opinion

Justice Lewis Powell, joined by four other Justices, in part, held that racial and ethnic classifications of any sort are inherently suspect and call for the most exacting judicial scrutiny.<sup>1339)</sup> Justice Powell held that while the goal of achieving a diverse student body is sufficiently compelling to justify consideration of race in admissions decisions under some circumstances, petitioner's special admissions program, which forecloses consideration to persons like respondent, is unnecessary to the achievement of this compelling goal and therefore invalid under

---

1335) Id.

1336) Id., at 277.

1337) Id.

1338) Id., at 278.

1339) Id., at 303.



the Equal Protection clause.<sup>1340)</sup>

Since the school could not satisfy its burden of proving that respondent would not have been admitted even if there had been no special admissions program, he must be admitted.<sup>1341)</sup>

#### D. Justice Brennan's Opinion

Justice Brennan's opinion joined by White, Marshall, and Blackmun J.J held that racial classifications call for strict judicial scrutiny, but the purpose of overcoming substantial, chronic minority under-representation in the medical profession is sufficiently important to justify petitioner's remedial use of race.<sup>1342)</sup> Thus, race can be used as a factor in the university admissions program.<sup>1343)</sup>

#### E. Justice Steven's Opinion

Justice Steven's opinion joined by Chief Justice Burger, Stewart and Rehnquist J.J, ruled on a statutory interpretation issue and did not address the constitutional Equal Protection issue holding that Title VI applies and that respondent was excluded from the school in violation of Title VI.<sup>1344)</sup>

---

1340) *Id.*, at 311.

1341) *Id.*, at 319-320.

1342) *Id.*, at 360-361.

1343) *Id.*, at 378-379.

1344) *Id.*, at 421.

### III. Strict Scrutiny: The Modern Fang-less Approach

*Grutter v. Bollinger et.al.*<sup>1345)</sup>

(Michigan Law School Case) (2003)

#### 1. The Admission Policy

The University of Michigan Law School employs an affirmative action program in its admission system. The school, which receives over 3,500 applications each year for a class of 350 students, states in its official law school policy statement that the law school seeks "a mix of students with varying backgrounds and experiences who will respect and learn from each other."<sup>1346)</sup> The school, in order to implement its policy objective, employs an application system that stresses academic ability coupled with a flexible assessment method. The school policy requires admission officials to evaluate each applicant based on the total file includ-

---

<sup>1345)</sup> *Grutter v. Bollinger*, 123 S.Ct 2325, 2331 (2003).

<sup>1346)</sup> *Id.*, at 2331.

In the parent case of *Gratz v. Bollinger*, 123 S.Ct. 2411 (2003), concerning an undergraduate admission program that was held unconstitutional, the Court ruled that the affirmative action system used in the undergraduate school is different from that used in the Law School, since "the procedures employed by the University of Michigan's Office of Undergraduate Admissions do not provide for a meaningful individualized review of applicants," whereas the Law School admission policy does.

ing LSAT scores, academic marks, a personal statement, letters of recommendation, and an essay explaining how the prospective student will contribute to the school's diversity.

The school's policy also states that it will give "substantial weight" in the admission process to those that will contribute to the school's diversity.<sup>1347)</sup> The school in its policy states that the school is committed to a certain type of diversity. The school places heavy emphasis on "racial and ethnic diversity with special reference to the inclusion of students from groups which have been historically discriminated against, like African-Americans, Hispanics, and Native Americans, who without this commitment might not be represented in our student body in meaningful numbers."<sup>1348)</sup>

## 2. The Petitioner

The petitioner, Barbara Grutter, a white Michigan resident applied to the law school in 1996 and was placed on the waiting list and the school finally rejected her application.

The petitioner received a 161 on the Law School Admission Test (LSAT) and had an undergraduate GPA of 3.8/4.0. The school accepted other applicants from "under represented" minority groups with considerably lower grades and LSAT scores.<sup>1349)</sup>

---

1347) Id., at 2332.

1348) Id.

1349) Id.

The petitioner contends that the school is using race as a “predominant factor”, the school is giving applicants who belong to a certain minority group “a significantly greater chance of admission than students with similar credentials from disfavored racial groups.”<sup>1350)</sup> Petitioner also contends that the school does not have a “compelling interest to justify their use of race in admissions process.”<sup>1351)</sup>

The petitioner requested compensatory and punitive damages and an order requiring the school to not discriminate on the basis of race.<sup>1352)</sup>

### 3. The Trial (District Court)

The District Court bifurcated the trial into a liability stage and a damages stage and certified the case as a class action and defined the class as all persons who:

- (A) applied for and were not granted admission to the University of Michigan Law School for the academic years since (and including) 1995 until the time of the judgment is entered herein;
- (B) were members of those racial or ethnic groups, including Caucasian, that Defendant treated less favorably in considering their applications for admission.<sup>1353)</sup>

---

1350) Id.

1351) Id., at 2333.

1352) Id.

1353) *Grutter v. Bollinger*, 123 S.C.t. 2325, App. to Pet. for Cert. 191a-192a.

The Judge decided that he would rule as a matter of law whether the school's interest in maintaining a diverse student body is "compelling" and would conduct a bench trial to decide to what extent race was a factor in the admission policy.

The 15-day trial concluded that strict scrutiny should apply and that the Law School's asserted interest is not compelling because "the attainment of a racially diverse class was not recognized as such by Bakke and is not a remedy for past discrimination."<sup>1354</sup> The court further stated that even if diversity is a compelling reason the policy is not narrowly tailored.<sup>1355</sup> The court enjoined the Law School from using race as a factor in its admission decisions.

#### 4. Court of Appeals

The Court of Appeals, sitting en banc, reversed the District Court's judgment with four dissenting votes. The court ruled that diversity is a compelling interest and the policy was narrowly tailored because race was only used as a "potential plus factor."<sup>1356</sup>

#### 5. The Supreme Court

---

<sup>1354</sup>) *Grutter*, at 2333.

<sup>1355</sup>) *Id.*

<sup>1356</sup>) *Id.*, at 2334.

In an opinion written by Justice O'Connor and joined by Stevens, Souter, Ginsburg and Breyer J.J., and by other Justices in part, held that the Law School's interest in diversity is a compelling interest and the Law School's policy is narrowly tailored to meet the compelling purpose.

#### A. *Bakke* Precedent:

The Court first noted that in the *Bakke*<sup>1357)</sup> case, the Court held unconstitutional a policy where a medical school set-aside 16 out of 100 seats for members of under-represented minorities. The decision, as aforementioned, produced six separate opinions. The Justice O'Connor's majority opinion chose to accept the Justice Powell's opinion that attaining diversity is a compelling interest, since academic freedom "long has been viewed as a special concern of the First Amendment"<sup>1358)</sup> and the "nation's future depends upon leaders trained through wide exposure to the ideas and mores of students as diverse as this Nation."<sup>1359)</sup> However, "it is not an interest in simple ethnic diversity, in which a specified percentage of the student body is in effect guaranteed to be members of selected ethnic groups" that can justify using race.<sup>1360)</sup> It is an interest in diversity, but it cannot be the sole interest. Diversity must be used as one

---

<sup>1357)</sup> *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>1358)</sup> *Id.*, at 2328.

<sup>1359)</sup> *Id.*

<sup>1360)</sup> *Id.*

factor amongst other factors, but may be considered a very important factor.

The majority accepted the opinion of Justice Powell and cites the Powell decision in length.

## **B. Strict Scrutiny**

The Court applied strict scrutiny. The Court noted that all racial classifications will be judged under strict scrutiny. For a challenge to be upheld the classifications must be necessary to further a compelling reason. The Court noted that some, but not many cases were upheld under strict scrutiny.<sup>1361)</sup>

## **C. Application of the Test**

### **(1) Compelling Reason**

The Court declared that "good faith" is "presumed" absent "a showing to the contrary" and that attaining a diverse student body is at the "heart of the Law School's proper institutional mission."<sup>1362)</sup> The Court is placing the burden on the plaintiff to prove that diversity achieved through the school's admission policy is not a compelling reason.

### **(2) Narrowly Tailored**

The Court also held that the admission program is narrowly

---

<sup>1361)</sup> Id., at 2338.

<sup>1362)</sup> Id.

tailored declaring that the policy is the hallmark of a narrowly tailored plan. The Court declares that to be narrowly tailored, a race-conscious admissions program cannot "insulat[e] each category of applicants with certain desired qualifications from competition with all other applicants."<sup>1363)</sup> The Court must consider race or ethnicity only as a "'plus' in a particular applicant's file"; it must be "flexible enough to consider all pertinent elements of diversity in light of the particular qualifications of each applicant, and to place them on the same footing for consideration, although not necessarily according them the same weight."<sup>1364)</sup>

Accordingly, universities cannot establish quotas for members of certain racial or ethnic groups or put them on separate admissions tracks. The Law School's admissions program satisfies these requirements. Moreover, the program is flexible enough to ensure that each applicant is evaluated as an individual and not in a way that makes race or ethnicity the defining feature of the application.<sup>1365)</sup>

The Court, however, does note that race-conscious admissions policies must be limited in time.<sup>1366)</sup> The Court takes the Law School at its word that it would like nothing better than to find a race-neutral admissions formula and will terminate its use of racial preferences as soon as practicable. The Court expects that 25 years from now, the use of racial preferences

---

<sup>1363)</sup> Id., at 2342.

<sup>1364)</sup> Id.

<sup>1365)</sup> Id.

<sup>1366)</sup> Id., at 2365.



will no longer be necessary to further the interest approved today.<sup>1367)</sup>

#### IV. Criticism of *Grutter v. Bollinger*

The Michigan Law School affirmative action plan cannot be squared with traditional Equal Protection jurisprudence. O'Connor's majority opinion is flawed with regard to both element one and element two of the strict scrutiny test.

##### 1. Compelling Reason

Justice O'Connor's majority opinion notes that:

Our conclusion that the Law School has a compelling interest in a diverse student body is informed by our view that attaining a diverse student body is at the heart of the Law School's proper institutional mission, and that 'good faith' on the part of a university is 'presumed' absent a showing to the contrary.<sup>1368)</sup>

This is in direct contradiction to Equal Protection jurisprudence. The Court is declaring that under the highest standard in Equal Protection jurisprudence it is the plaintiff in a case that needs to refute the defendants "presumed" compelling motive. It has been the understanding of legal scholars for a quarter century,

---

<sup>1367)</sup> Id.

<sup>1368)</sup> Id., at 2339.

including Justice Powell, that when a governmental actor makes a classification that is inherently suspect, then the actor needs to assert a compelling reason for the classification. We must remember that it is the government that is making a classification that is inherently suspect.

As esteemed Chief Justice Burger stated in *Palmore v. Sidoti* (1984): "A core purpose of the Fourteenth Amendment was to do away with all governmentally-imposed discrimination based on race. Classifying persons according to their race is more likely to reflect racial prejudice... when race is used the law is suspect and "subject to the most exacting scrutiny."<sup>1369)</sup>

So in the United States, under the strict scrutiny standard today the state only needs to assert a compelling interest and the Court will trust the "good will" of the state.

Is this truly what Justice Powell meant in the *Bakke* opinion? I think very few think so. The Court accepts Justice Powell's opinion and quotes from the opinion at length, but the Court fails to understand or chooses not to understand the opinion.

Powell's *Bakke* opinion is based on the principle that a university may use race as a factor in the admission process, but may not use race as a predominant factor, provided that the program can meet the test of strict scrutiny.<sup>1370)</sup> The Court chooses to ignore this later part of the test and hence turn it back on Equal Protection jurisprudence and hence to pulls the molar out

---

<sup>1369)</sup> *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, 441 (1984).

<sup>1370)</sup> *Bakke* at 289-291.

of the first prong of the strict scrutiny test.

## 2. Necessary to Further a Compelling Reason

Secondly, the Court pulls what teeth are left of the test out by its application of the test to its narrow tailoring analysis.

One of the main functions of narrow tailoring analysis is to assure that a stated rationale is the real rationale. A sure fit allows for an affirmation of whether the stated reason is the true reason. The problem is that when a court presumes the validity of the motive a tight fit is also necessarily presumed, because of the tight interrelatedness of the two parts of the test. When the motive is presumed, the tight fit merely becomes a justification for the motive.

## V. The Problem

When courts choose to bend logic and covertly use tests to reach an end they desire, law is severely jeopardized. It leaves the door open for those in law and outside of law to think that legal principles really do not matter and the outcome is the most important aspect of a case for the judiciary.

The notion could destroy the respect and legitimacy of the judiciary. The difference between the legislative branch and the judicial branch is the judicial branch is perceived to be a nonpoli-

tical branch that rests its decisions on logic rooted in the past. When Justices manipulate constitutional jurisprudence in order to arrive at a desired outcome, the judicial branch looks more like a legislative branch and the legitimacy of the branch comes into question.

I think we all realize that Justice O'Connor really wasn't engaging in strict scrutiny analysis, she merely was justifying her political opinion through the manipulation of a test. If nine un-elected judges that have an enormous power to control the course of a society act no different than a legislature and are simply playing politics the legitimacy of the Court is in serious doubt.

## **VI. Lessons for Korea**

This holding will not have a large impact on the American judiciary. Even though many legal scholars realize that the application of the strict scrutiny test was manipulated to achieve a policy objective, the legitimacy of the Court is firmly imbedded into the American democratic system and the Congress has little power to fight a holding of the Supreme Court. As a noted legal commentator stated:

Congress today seems to be the 98-pound weakling, and the Supreme Court the large bully, in the constitutional politics of America. Every so often, the Court kicks a godly quantity of sand

in Congress's face taking time off, that is, from its even more frequent assaults on the states and localities. Congress, more often than not, does nothing but meekly submit, or at most mutter to itself darkly about the affront to its authority as the legislature of the nation.<sup>1371)</sup>

The same can not be said of the Korean National Assembly. Recently, many holdings of the Court have not been honored by the National Assembly and changes have not been made to laws. This situation could destroy the legitimacy of the holdings of this Court.

As Alexander Hamilton stated:

The Judiciary ... has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or wealth of the society, and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will but merely judgement; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgements.<sup>1372)</sup>

This inherent limit to all court's institutional powers is more of a problem for recently created courts. Hence, the Constitutional Court of Korea needs to be more prudent than United States' courts and specifically base its holdings on well reasoned legal opinions and not manipulate legal tests in order to arrive at a sought after

---

1371) Matthew J. Franck, *Support and Defend: How Congress Can Save the Constitution from the Supreme Court*, Heritage Lecture 604 (1998).

1372) Alexander Hamilton, *Federalist # 78*.

results.

Additionally, the Constitutional Court of Korea cannot be considered a mere tool to arrive at social change. The Constitutional Court of Korea is more than this. It must be considered by the people and the Assembly as a body that interprets the Constitution and bases its holding on reasoned legal opinions. Often the Constitutional Court through the interpretation of the Constitution will create social change, but the change is through this interpretative power, not through the effectuation of judicially created social change. This form of judicial activism can do no more than harm the integrity, power, and legitimacy of the judiciary.

The Constitutional Court of Korea has a proud history and with the leadership of a restrained core of Justices and the guidance of a restrained core of constitutional researchers the Court will maintain its proud role of preserving the fundamental rights of the Korean people.