

# 헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권

이 영 모  
변호사  
전 헌법재판소 재판관

## - 목 차 -

I. 들어가는 말 .....	7
II. 헌법재판소 재판관의 직무와 권한 .....	7
III. 헌법 제72조 국민투표권에 관한 헌법재판소 판례 .....	9
IV. 2차 수도이전법률이 국민투표의 대상인지 여부 .....	22
1. 1차 수도이전법률의 결정에서 본 국민투표권 .....	22
2. 2차 수도이전법률의 결정에서 본 국민투표권 .....	24
3. 헌법 제72조의 대통령 국민투표 부의권 행사에 관한 결정이유의 정당성 여부 .....	25
V. 나오는 말 .....	33



## I. 들어가는 말

이 원고(原稿)는 2006. 10. 31. 부산대학교 60주년 기념 특강에서 ‘우리 사회와 헌법재판소의 역할’이라는 제목으로 강의할 원고 내용을 대폭 수정·가필한 것이다.

강의 준비를 하던 중 헌법재판소의 2005. 11. 24. 2차 수도권이전법률에 대한 헌법소원사건에서 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 부의하지 않으면 구체화되지 아니하고 침해가능성도 인정되지 않는 기본권이라는 결정이 종전 견해를 바꾼 것이 아닌가라는 의심을 갖게 되었다. 2006년도 헌법교과서를 몇 권 보았더니 이에 관한 설명이 없었고, 이 결정의 평석도 찾지 못하였다. 그래서 국민투표권에 관하여 학술적인 면보다 사건 내용의 소개와 사건을 밝힐 목적으로 이 소고(小稿)를 준비하게 되었다.

## II. 헌법재판소 재판관의 직무와 권한

우리 나라는 근대적·현대적 입헌주의 헌법을 갖고 있다. 입헌주의 헌법은 국민의 기본권 보장과 권력분립을 특징으로 하고 사람이 아닌 법의 지배라는 영미법 원리와 밀접한 관련이 있다. 국왕도 법 아래에 있다는 중세의 법 우위 사상에서 유래하는 이 법의 지배는 헌법의 최고 법규성, 시민 인권의 보호, 법의 내용·절차의 공정을 요구하는 적법절차, 권력의 자의적 행사를 규제하는 재판에 대한 존중 등을 그 요소로 한다.

유럽 대륙제국에서는, 제정법에 대한 위헌 여부의 심사는 민주주의와 권력분립의 원칙에 어긋난다는 사상이 우세하여 제도화되지 못하였다. 그러나 제2차 세계대전을 겪으면서 독재정치에 대한 반성으로 개인의 인권을 철저히 보장하기 위하여, 전후의 헌법에서 위헌심사제를 도입하기에 이르렀다. 오늘날의 서구형 입헌주의에서는 헌법을 보호하고 기본권보장을 위한 헌법재판제도가 일반화되어 있다.

1. 주권자인 국민은 1987. 6. 민주항쟁의 산물인 현행 헌법을 제정하면서, 서구의 대세에 따라 국민의 인권보장 전담기관인 헌법재판소 제도를 새로 도입하였다.

우리 국민은 헌법재판소가 제도상의 결함이 있음에도 불구하고 추상적인 헌법규정을 구체적인 생활규범으로 변환시켜 온 그간의 업적을 보면서, 국가기관 중 가장 신뢰할 수 있는 곳으로 인식하기에 이르렀다. 국가기관에 대한 신뢰도 조사에서 해마다 수위를 차지하는 것이 그 증거이다. 역사가 18년밖에 안된 우리 헌법재판소를 외국에서 보는 평가도 헌법재판의 후발 국가 중 가장 성공적으로 운영하는 국가로 지목하고 있다.

헌법재판소는 법과 정책 간의 한계가 분명하지 아니한 어려운 사건을 다루는 정치적인 재판기관이다. 이 때문에 우리 나라에서도 외국의 헌법재판 기관처럼 자신에게 유리한 결정이 나오면 환호하다가 의도하던 결론이 나오지 않으면 기관의 존폐까지 거론하는 등 비난의 대상이 된다. 열린 우리당이 대통령탄핵을 기각하였을 때와 1차 수도권이전법률이 위헌결정이 났을 때 전혀 상반된 반응을 보인 것이 그 좋은 예이다.

2. 헌법재판소 재판관의 직무와 권한에 관하여는, 16년간(1953-1969) 미국 연방대법원장으로 재직할 워렌(Warren)의 은퇴 연설이 가장 적절하다고 생각하여 인용하기로 한다. 「연방대법원의 지위는 대통령과 유사합니다. 연방대법원은 자주 중대한 통치사항에 관한 최종적인 명령을 모든 미국 국민에게 선언하는 놀라운 책임이 부여된 기관이기 때문입니다. 이 책임은 연방대법원이 선거직이 아닌 재판관 9명에 의한 결정이므로 때로는 공격을 받기도 합니다. 그러나 재판관들은 다수파를 위하여 명령을 내리는 것이 아닙니다. 그렇다고 하여 소수파를 위하여 봉사하는 것도 아닙니다. 재판관들은 헌법조문 중에 극히 일반적·추상적으로 표현된 여러 원칙을 공공복리와 인식이 가능한 미래를 합치할 수 있게 고려하여 오로지 헌법과 각자의 양심에 따라 판결할 뿐입니다.」라는 요지로 연설하였다(古賀正義 譯 最高裁の逆流 30쪽 1981年 ぎよせい).

소수자와 약자의 보호에 앞장섰던, 미국 사법사상 가장 유명한 연방대법원장으로 평가받고 있는 워렌은 「우리들 재판관은 국가생활의 생동하는 흐름 속에 참여하면서 법의 경직성의 위험과 법의 무형성의 위험하에 법을 운영하고 있다. 우리들 9명의 재판관이 추상적이고 포괄적인 헌법전의 문언(文言)을 해석하면서 입법을 한다는 것은 그 누구도 부인할 수 없는 사실이다.」 라고 하였다.

닉슨 대통령을 사임하게 만든 워터게이트 사건(Watergate scandal)의 특별검사를 지낸 아치볼드 콕스(Archibald Cox) 교수는, 미국 법원을 시민들이 신뢰하는 이유를, 첫째 법의 지배에 대한 신념, 둘째 재판관의 당파정치, 당파적 충성심, 당파적 야심으로부터 절대적인 자유라는 2가지 이유를 들었다. 재판관으로 임명되는 순간 임명권자나 소속 정당의 간섭 없이 오로지 자신의 재판철학에 따라 공정하게 재판에 임한다는 것을 시민들이 믿고 있기 때문이라는 것이다(最高裁判所の役割 芦部信喜 監譯 日本語版へのまえがき 1979年 東京大學出版會).

3. 우리 헌법재판소의 재판관의 직무권한도 미국 연방대법원의 재판관과 다르지 않다. 오히려 우리 헌법(제111조 제1항)은 위헌법률심판은 물론 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판도 관장하므로 미국의 재판관 보다 더 큰 권한을 갖고 있다.

새로 구성된 제4기 헌법재판소는 소장의 임명에 따른 국회 동의 과정에서의 논란과 재판관 인사가 소위 코-드 인사라는 비판도 있었지만, 미국 연방대법원의 재판관처럼 흔들림 없이 공정하게 국민의 기본권 보호와 헌법수호에 최선을 다할 것으로 기대하고 있다.

### Ⅲ. 헌법 제72조 국민투표권에 관한 헌법재판소 판례

메디슨(Madison)이 적절하게 지적하는 바와 같이 권력이란 본래 침해하

는 성질을 갖고 있으므로, 헌법은 개인의 기본권 보장책으로서 국가기관의 자의적인 권한행사를 방지하려고 국가권력을 분립하여 상호 견제하는 제도를 채택하였다. 행정부의 대통령이 헌법이 부여한 권한을 행사하는 경우, 직접적이던 간접적이던 입법·사법 등 타 부문에 압도적인 영향력을 행사하지 못하는 것도 견제·균형의 작동이라는 헌법이념 때문이다.

국가권력을 입법·행정·사법의 3부문으로 나눈 이후 가장 어려운 작업 중의 하나는 특정 부문이 타 부문을 침해하는 경우, 이를 예방하기 위해 특정 부문에 대한 견제와 침해당한 타 부문에 대한 보장책을 강구하는 문제이다. 대통령의 권한행사가 국민의 기본권을 침해하는지 여부를 가려내는 작업 또한 마찬가지이다.

이것은 동서고금을 가리지 않고 헌법을 다루는 재판관이 해결해 나가야 할 과제이다.

여기서, 이와 같은 어려운 과제의 한 부분인 대통령의 권한과 관련되는 헌법재판소의 대통령탄핵과 1, 2차 수도이전법률의 결정에 나타난 헌법 제 72조의 국민투표 부의권에 대한 문제를 생각해 보기로 한다.

헌법 제72조를 보면, “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 규정하고 있다.

1. 노무현 대통령은 취임(2003. 2. 25.) 첫해에 재신임 국민투표를 요구하였다.

헌법재판소는 2003. 11. 27. 결정을 통하여 부적법하다고 각하하였다(헌재 2003헌마694등, 판례집 15-2하, 350~366).

사건내용을 보면, 대통령은 2003. 10. 10. 기자회견을 통하여 국민들에게 재신임을 묻겠다고 하고, 같은 달 13. 제243회 국회 본회의에서 다음과 같은 시정연설을 하였다.

“... 저는 지난주에 국민의 재신임을 받겠다는 선언을 했습니다. ... 이제 불필요한 논란과 혼란을 피하기 위해서 재신임의 방법과 시기에 관한 저의 생각을 말씀드리겠습니다. 제가 결정할 수 있는 일은 아닙니다만 국민투표가 옳다고 생각합니다. 법리상 논쟁이 없는 것은 아니지만 정치적 합의가 이뤄지면 현행법으로도 국가안위에 관한 상황을 좀더 폭넓게 해석함으로써 가능할 것으로 생각합니다. 과거 한나라당도 그리고 민주당도 중간평가 또는 재신임을 요구한 바 있으므로 그리고 저의 재신임 선언 이후에 즉시 재신임을 받아야 한다고 말씀하셨기 때문에 합의가 쉽게 이루어질 것으로 생각합니다. 재신임에서 어떤 정책을 결부시키는 방법이 논의되고 있습니다만 그렇게 하지 않는 것이 좋겠다고 생각합니다. 혹시 정치권이나 또는 국민들 사이에서 정책에 관한 국민투표의 요구가 있다고 한다면 그것은 그냥 별개로 묶어서 진행하는 한이 있더라도 재신임 그 자체를 묻는 것이 필요하다고 생각합니다. 시기는 12. 15. 전후가 좋겠습니다.” (제243회 국회 본회의 회의록)

그러자, 국민이 재신임을 목적으로 하는 대통령의 국민투표 부의의 적법성에 관하여 헌법소원심판을 청구하였다.

가. 5인 재판관(윤영철, 하경철, 김효종, 주선희, 전효숙)의 다수의견

「재신임만을 묻는 국민투표 부의권 행사는 위법이다. 국민투표는 대통령이 그 대상이 되는 사항을 구체적으로 정하여 국민투표안을 공고함으로써 비로소 법적인 절차가 개시된다. 이러한 법적행위 이전에 국민투표 실시에 관한 정치적 제안을 하거나 내부적으로 계획을 수립하여 검토하는 조치는 일종의 준비행위에 불과하여 언제든지 변경·폐기될 수 있다. 이 사건 대통령의 발언만으로는 국민투표 실시에 관하여 법적인 구속력 있는 결정이나 조치가 취해진 것이라 할 수 없다. 국민들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없으므로 이에 대한 취소 또는 위헌확인을 구하는 청

구는 부적법하다.」

나. 4인 재판관(김영일, 권 성, 김경일, 송인준)의 반대의견

「대통령의 연설은 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사이고, 국민들의 참정권인 국민투표권과 정치적 의사표명을 강요받지 아니할 자유가 침해된 것이므로 헌법에 위반된다.」

2. 대통령이 2003. 10. 18. 일반사병을 이라크전쟁에 파견하기로 한 결정의 위헌 여부에 관한 사건이다.

재판관 전원일치의 의견으로 각하결정을 하였다(헌재 2004. 4. 29. 2003헌마814, 판례집 16-1, 601~608).

가. 5인 재판관(김영일, 권 성, 주선희, 전효숙, 이상경)의 다수의견

「외국에 국군을 파견하는 결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서 우리 나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보 문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반 상황을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다. 따라서 그와 같은 결정은 그 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관이 관계분야의 전문가들과 광범위하고 심도 있는 논의를 거쳐 신중히 결정하는 것이 바람직하며, 우리 헌법도 그 권한을 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고 그 권한행사에 신증을 기하도록 하기 위해 국회로 하여금 파병에 대한 동의 여부를 결정할 수 있도록 하고 있다. 현행 헌법이 채택하고 있는 대의민주제 통치구조하에서 대의기관인 대통령과 국회의 그와 같은 고도의 정치적 결단은 가급적 존중



되어야 한다.

이 파견결정이 헌법에 위반되는지의 여부, 즉 국가안보에 보탬이 됨으로써 궁극적으로는 국민과 국익에 이로운 것이 될 것인지 여부 및 이른바 이라크전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이며, 우리 재판소의 판단이 대통령과 국회의 그것보다 더 옳다거나 정확하다고 단정 짓기 어려움은 물론 재판결과에 대하여 국민들의 신뢰를 확보하기도 어렵다.

이 파병결정은 대통령이 파병의 정당성뿐만 아니라 북한 핵 사태의 원만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리 나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 그렇다면 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다. 이에 대하여는 설혹 사법적심사의 회피로 자의적 결정이 방치될 수도 있다는 우려가 있을 수 있으나, 그러한 대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다.」(밑줄은 필자)

#### 나. 4인 재판관(윤영철, 김효종, 김경일, 송인준)의 별개의견

「청구인은 이 파견결정으로 인해 파견될 당사자가 아님은 청구인 스스로 인정하는 바와 같고 현재 군복무중이거나 군입대 예정자도 아니다. 이 파견결정에 관하여 일반 국민의 지위에서 사실상 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수는 있으나, 이 파견결정으로 인하여 행복추구권 등 헌법

상 보장된 청구인 자신의 기본권을 현재 그리고 직접적으로 침해받는다  
고 할 수 없다.」

\* 워렌 원장 당시의 미국 연방대법원의 사법적극주의가 좋은지, 다수의  
견과 같은 사법소극주의가 옳은지의 문제는 재판관의 사법철학에 관한  
문제이다.

다만, 대통령의 특별사면이나 군대의 긴급출동명령권과 같은 국가정책에  
관한 결정은 재판상 통제가 불가능하다는 것이 통설이다. 그러나 이 결정  
에서 고도의 정치적 결단은 가급적 존중되어야 한다는 것과 헌법재판소는  
사법적 기준만으로 심판하는 것을 자제하여야 한다는 등 위에서 밑줄 친  
부분의 이유 설시에는 다음과 같은 의문이 있다.

헌법이나 법률이 요구하는 절차를 확보하지 않은 국가의 중요정책이나  
입법행위가 이루어지는 경우(이 사건은 이 조건에 해당되지 않는다)에는  
민주적 정당성에 결함이 있으므로 헌법재판소의 사법통제를 벗어날 수 없  
다. 이것은 선거직이 아닌 재판관에게 헌법이 부여한 권리행사이므로 민주  
적 정당성의 결여라는 시비를 할 수 없다.

헌법재판소는 헌법소원이 적법하지 않으면 본안판단을 회피하는 원칙이  
있다. 일반법원의 판결처럼 고도의 정치적 결단(정치문제)에는 관여하지  
않는다는 이유설시는 정치문제의 판단을 회피한다는 비난을 면할 수 없을  
것이다. 헌법은 정치를 포섭하고 정치는 헌법보다 하위개념이기 때문에 헌  
법재판소는 쟁점인 정치문제도 헌법에 의하여 적법성·정당성을 판단하여  
야 한다.

독일 연방헌법재판소의 보스니아 파병관련 결정은, 정파 간의 권한쟁의  
심판으로 다룬 사건인데 독일 기본법의 관련조문(24조2항, 87a조2항)의 해  
석으로 쟁점에 대한 본안판단을 하였다는 것을 참고로 지적해 둔다.

3. 대통령이 총선을 앞둔 시점에 여당을 지지한다는 발언을 하여 국회

는 헌정사상 처음으로 대통령에 대한 탄핵소추를 하였다.

그러나 헌법재판소는, 헌법 제65조 제1항은 탄핵사유를 ‘헌법이나 법률에 위배한 때’로 제한하므로, 이 사건에서 주장하는 정치적 무능력이나 정책결정상의 잘못 등 직책수행의 성실성여부는 소추사유가 될 수 없어 탄핵심판의 대상이 되지 아니한다는 이유로 청구를 기각하였다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609~669).

재판관 전원일치로 결정한 이유의 요지는 다음과 같다.

「헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 규정하여 대통령에게 국민투표 부의권을 부여하고 있다. 이 규정은 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여함으로써, 대통령이 단순히 특정 정책에 대한 국민의 의사를 확인하는 것을 넘어서 자신의 정책에 대한 추가적인 정당성을 확보하거나 정치적 입지를 강화하는 등, 국민투표를 정치적 무기화하고 정치적으로 남용할 수 있는 위험성을 안고 있다. 이러한 점을 고려할 때, 대통령의 부의권을 부여하는 헌법 제72조는 가능하면 대통령에 의한 국민투표의 정치적 남용을 방지할 수 있도록 엄격하고 축소적으로 해석되어야 한다.

헌법 제69조는 대통령의 취임선서의무를 규정하면서, 대통령으로서 ‘직책을 성실히 수행할 의무’를 언급하고 있다. 헌법 제69조는 단순히 대통령의 취임선서의 의무만을 규정한 것이 아니라, 선서의 내용을 명시적으로 밝힘으로써 동시에 헌법 제66조 제2항 및 제3항에 의하여 대통령의 직무에 부과되는 헌법적 의무를 다시 한번 강조하고 그 내용을 구체화하는 규정이다.

비록 대통령의 ‘성실한 직책수행의무’는 헌법적 의무에 해당하나, ‘헌법을 수호해야 할 의무’와는 달리 규범적으로 그 이행이 관철될 수 있는 성격의 의무가 아니므로, 원칙적으로 사법적 판단의 대상이 될 수 없다.」

\* 이 결정에, 「대통령이 임기 중 성실하게 의무를 이행했는지의 여부는 주기적으로 돌아오는 다음 선거에서 국민의 심판대상이 될 수 있을 것이다. 그러나 대통령 단임제를 채택한 현행 헌법 하에서는 대통령은 법적으로 뿐만 아니라 정치적으로도 국민에 대하여 직접적으로는 책임을 질 방법이 없고, 다만 대통령의 성실한 직책수행의 여부가 간접적으로 그가 소속된 여당에 대하여 정치적인 반사적 이익 또는 불이익을 줄 뿐」이라는 판시가 있다. 위 2.에서 본 이라크전쟁 파견결정(2003헌마814)의 다수의견도 「대통령과 국회의 판단은 궁극적으로는 선거를 통해 국민에 의한 평가와 심판을 받게 될 것이다」라고 하였다.

그러나 5년 단임인 역대 대통령들은 하나같이 퇴임 후 자신이 몸담았던 특정 정당과 관계를 끊었고, 퇴임 전후에 정당의 해산과 창당, 정치인의 이합·집산이 상습적으로 되풀이되고 있다. 이러한 우리의 정치풍토를 감안할 때에 위와 같은 이유 설시는 납득이 되지 않는다.

4. 신행정수도건설을위한특별조치법(이하 '1차 수도이전법률'이라 한다) 위헌확인사건은 연기-공주에 수도를 이전하려는 법률이 심판대상이었다. 이 법률에 대한 헌법소원에서 헌법재판소는 위헌결정을 하였다. 국회는 다시 신행정수도후속대책을위한연기·공주지역 행정중심복합도시건설을위한특별법(이하 '2차 수도이전법률'이라 한다)을 제정하고 그 법률에 대한 헌법소원이 각하되어 빛이 바랬으나 이 사건은 큰 파장을 일으켰다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554, 판례집 16-2하, 1~75).

1차 수도이전법률에 대한 결정이유의 요지는 아래와 같다.

가. 7인 재판관(윤영철, 권 성, 김효중, 김경일, 송인준, 주선희, 이상경)의 위헌의견

「서울이 수도라는 점은 우리의 제정헌법이 있기 전부터 전통적으로 존

재하여 온 헌법적 관습인 규범으로서 불문헌법에 해당한다. 관습헌법도 헌법의 일부로서 성문헌법의 경우와 동일한 효력을 가지므로 최소한 헌법 제130조에 의거한 헌법개정 방법으로 개정될 수 있다. 헌법 제130조에 의하면 헌법의 개정은 반드시 국민투표를 거쳐야만 하므로 국민은 헌법개정에 관하여 찬반투표를 통하여 그 의견을 표명할 권리를 가진다.

이 법률은 헌법개정사항인 수도이전을 헌법개정절차를 밟지 않고 법률의 형태로 실현시킨 것으로서 국민의 참정권적 기본권인 국민투표권을 침해하므로 헌법에 위반된다.」

#### 나. 재판관 김영일의 별개의견

「수도이전에 관한 의사결정은 헌법 제72조 국민투표의 대상이다.」

#### 다. 재판관 전효숙의 반대의견

「서울이 수도라는 관습은 존재하지 아니하므로 헌법 제130조의 개정절차를 밟을 필요가 없다. 헌법 제72조는 대통령에게 ‘국가안위에 관한 중요정책’을 국민투표에 부의할 것인지에 관하여 재량을 주고 있는데, 사안의 중대성에 따라 그 재량이 달라진다고 해석할 수 없다. 또한 그러한 재량은 헌법이 직접 부여한 것이므로 행정법상의 재량권의 일탈·남용법리는 적용될 수 없으므로 국민투표권이 침해될 가능성은 없다. 이 사건은 기본권 침해를 구제하기 위한 헌법소원절차에서 헌법재판소가 본안판단을 하기에 부적법한 것이다.」

5. 2차 수도이전법률에 대한 헌법소원의 경과는 다음과 같다.

이 법률은 1차 수도이전법률에 대한 후속 법률로서, 국회는 서울에, 행정부는 연기-공주지역 또는 서울과 연기-공주지역으로 2원화하는 내용으로, 대통령을 위시한 통일·외교통상·법무·국방·행정자치·여성가족 등 6개

부만 서울에 남고 총리와 부총리 3인 등 12부 4처 2청과 그 일부 소속기관 등 49개를 서울에서 120km 떨어진 지역으로 이전하는 것이다. 이 법률에 대해 청구인들은 우리의 관습헌법이 허용하지 않은 수도이전이나 분할이므로, 헌법 제130조의 헌법개정절차를 밟아야 하고 그렇지 않으면 헌법 제72조의 국가안위에 관한 중요정책에 해당하는 법률로서 국민투표 사안인데도 이를 거치지 아니한 것은 헌법에 위반된다고 주장하였다.

\* 2차 수도이전법률이 1차 수도이전법률과 다른 것은, 제4조에서 국가 균형발전시책의 병행추진 규정을 두어 수도권(서울·경기)에 있는 176개의 공공기관을 충청권을 제외한 각 지방자치단체에 분산·배치하는 규정을 추가하였다. 공공기관은 중앙행정기관등과 달리 헌법상의 기관은 아니나, 그 기관에 근무하는 종사자(국민)들은 자신의 의사와 상관없이, 수도권 집중의 완화와 국가의 균형발전을 빌미로 전국 각지로 흩어지게 되었다.

그러나 헌법재판소는 이 법률로 인하여 청구인들의 기본권인 국민투표권이 침해될 개연성이 없다는 이유를 들어 각하결정을 하였다(헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579, 판례집 17-2, 481~543).

가. 7인 재판관(윤영철, 김경일, 송인준, 주선희, 전효숙, 이공현, 조대현)의 다수의견

「(1) 헌법개정 국민투표권

이 법률에 의하면, 행정중심복합도시가 건설된다고 하더라도 국회와 대통령은 서울에 있으므로, 서울은 여전히 정치·행정의 중추기능을 수행하는 곳이다. 또한 대외관계의 형성과 발전은 서울에서 이루어지고, 국내 제1의 거대도시로서 경제·문화의 중심지의 지위를 유지할 것이며 대법원과 헌법재판소 등 사법기능의 핵심 역시 이곳에서 국가의 상징기능을 수행할

수 있다.

이 법률은 행정중심복합도시의 건설과 중앙행정기관의 이전 및 그 절차를 규정한 것으로서 이로 인하여 대통령을 중심으로 국무총리와 국무위원 그리고 각부 장관 등으로 구성되는 행정부의 기본적인 구조에 어떠한 변화가 발생하지 않는다. 또한 국무총리의 권한과 위상은 기본적으로 지리적인 소재지와는 직접적으로 관련이 있다고 할 수 없다. 대통령과 국무총리가 서울이라는 하나의 도시에 있어야 한다는 관습헌법의 존재를 인정할 수 없다.

(2) 헌법 제72조 국민투표권

(다음 III. 2. 에서 설명하는 내용은 생략)

결론적으로, 이 법률이 설사 수도를 분할하는 국가정책을 집행하는 내용을 가지고 있고 대통령이 이를 추진하고 집행하기 이전에 그에 관한 국민투표를 실시하지 아니하였다 하더라도 국민투표권이 행사될 수 있는 계기인 대통령의 중요정책에 대한 국민투표 부의가 행해지지 않은 이상 청구인들의 국민투표권이 행사될 수 있을 정도로 구체화되었다고 할 수 없으므로 그 침해의 가능성은 인정되지 않는다.

(3) 그 밖에 기본권침해

(가) 청구인들은 납세의무자인 국민은 열거되지 않은 기본권(헌법 제37조 제1항)으로서 자신이 납부한 세금을 국가가 효율적으로 사용하는지를 감시하고 그 사용에 대해 이의를 제기하거나 잘못된 사용의 중지를 요구할 수 있는 권리를 가진다고 주장하면서, 행정중심복합도시 건설에 천문학적인 건설비용이 소요됨에도 불구하고 주요행정기관의 분산배치로 말미암아 행정기능과 업무효율이 저하되고 수도권과 충청권의 통합성장에 따른 국토불균형 현상이 오히려 심화되는 등 부작용이 발생하여 수도권과밀해소를 통한 국가균형발전과 국가경쟁력강화라는 목적달성이 불가능하므로 이 법률은 국민의 혈세를 낭비할 뿐이라고 주장한다.

행정중심복합도시의 건설로 말미암아 여러 부작용과 폐해가 발생하여 막대한 재원을 투자하였음에도 불구하고 그에 상응하는 결실보다는 엄청난

국력의 낭비가 초래될 수도 있다는 청구인들의 예상이 전혀 근거가 없거나 불합리한 것으로 볼 수는 없다. 그러나 헌법상 조세의 효율성과 타당한 사용에 대한 감시는 국회의 주요책무이자 권한으로 규정되어 있어(헌법 제54조, 제61조) 재정지출의 효율성 또는 타당성과 관련된 문제에 대한 국민의 관여는 선거를 통한 간접적이고 보충적인 것에 한정되며, 재정지출의 합리성과 타당성 판단은 재정분야의 전문성을 필요로 하는 정책판단의 영역으로서 사법적으로 심사하는 데에 어려움이 있을 수 있다. 게다가 재정지출에 대한 국민의 직접 감시권을 기본권으로 인정하게 되면 재정지출을 수반하는 정부의 모든 행위를 개별 국민이 헌법소원으로 다룰 수 있게 되는 문제가 발생할 수 있다.

따라서 청구인이 주장하는 재정사용의 합법성과 타당성을 감시하는 납세자의 권리를 헌법에 열거되지 않은 기본권으로 볼 수 없으므로 그에 대한 침해의 가능성 역시 인정될 수 없다.

(나) 청구인들은 이 법률에 의하면 과도한 재정지출이 발생하고 그 재원 조달을 위해 조세부담이 과도해짐에 따라 재산이 감소하는 손실을 감수해야 하므로 재산권이 침해된다고 주장한다.

그러나 조세의 부과·징수는 국민의 납세의무에 기초하는 것으로서 원칙적으로 재산권의 침해가 되지 않고 다만 그로 인해 납세의무자의 사유재산에 관한 이용·수익·처분권이 중대한 제한을 받게 되는 경우에만 재산권의 침해가 될 수 있다(헌재 1997. 12. 24. 96헌가19등, 판례집 9-2, 762, 773). 이 법률에 직접 국민에게 납세의무나 재정적 부담을 지우는 조세나 부담금에 관한 규정은 없으며, 이 법률 제45조 회계의 세입과 세출 규정에 의하면 건설 재원 마련을 위한 특별회계의 세입항목에는 일반회계 및 특별회계로부터의 전입금뿐 아니라 국가기관 매각대금, 사업시행자에 대한 사업자금 출자 및 용자로 인한 수입금 등이 같이 포함되어 있어 이 법률만으로는 국민 개개인에게 세부담이 얼마나 증가될지 여부조차 알 수 없다.

이 법률이 청구인들의 재산권을 직접 제한하는 것이 아닌 이상 행정중심 복합도시의 건설로 세부담이 증가할 수 있다는 막연한 가능성만으로 재산



권침해의 가능성을 인정할 수 없다.」

나. 3인 재판관(전효숙, 이공현, 조대현)의 별개의견

「우리는 이 법률에 의해 행정중심복합도시가 수도로서의 지위를 획득하거나 서울의 수도로서의 기능이 해체되지 아니한다는 점을 수증하지만 그에 앞서 서울이 수도라는 관습헌법이 존재한다고 인정할 수 없고, 설령 이를 인정하더라도 관습헌법을 변경하려면 반드시 성문헌법의 개정절차를 거쳐야 한다고 보지 아니한다. 그 이유에 관하여는 헌법재판소가 2004. 10. 21. 선고한 2004헌마554 신행정수도사건의 결정문 중 반대의견에 설시된 논거를 원용한다.」

다. 2인 재판관(권 성, 김효종)의 위헌의견

「(1) 행정각부처 중 73%가 행정도시에 소재하고 그 분야도 국방과 외교 등을 제외한 거의 전 분야에 걸치며, 경제분야의 행정을 관장하는 모든 부처 및 정부의 경제활동을 전반적으로 기획하고 관리하는 기획예산처를 행정도시에 위치시키고 있고, 국무총리가 행정도시에 위치하게 됨에 따라 국정통할기능 중 매우 중요한 부분이 행정도시에 수행되며, 정부의 정책을 심의하는 국무회의의 기능이 상당부분 국무총리의 주재로 사실상 행정도시에 수행되게 되고, 예산규모의 면에서 볼 때 국가행정예산의 대략 70%가 행정도시권에서 집행의 지휘를 받는다. 또한 행정도시에 수행되는 행정기능은 최고수준의 고차원의 행정에 해당하므로 따라서 행정도시에 수행될 행정기능은 행정의 중추기능에 해당한다고 말하지 아니할 수 없다. 나아가 행정도시에 수행되는 정치적 기능도 그 소관 행정분야에 관한 한 상당한 정도로 중추적 기능의 일익을 담당한다. 따라서 이 법률에 의한 중앙행정기관 등의 이전은 우리 나라의 수도를 서울과 행정도시의 두 곳으로 분할하는 수도분할의 의미를 갖는다.

위와 같이 이 법률에 의한 행정도시의 건설과 운영이 수도의 분할에 해당함이 분명하므로 이 법률은 헌법개정의 절차에 따라 국민투표에 의하여 국민이 결단할 사항인 수도의 분할 문제, 그리고 관습헌법이 규정하고 있는 기존의 단일수도를 분할하여 복수의 수도로 변경하는 헌법개정문제를 법률만으로 처리하여 버림으로써 헌법개정을 위한 국민투표에 참여할 국민의 정치적 기본권을 침해한 것이다.

(2) 이 법률은 정부가 종전에 추진해 오던 신행정수도건설사업을 계속적으로 추진하기 위하여 의원입법의 형식으로 마련한 것이다. 이 법률은 이 전범위를 축소할 것 외에는 신행정수도법과 그 체제나 내용에 있어서 대부분 동일하고, 건설되는 도시의 규모도 크게 다르지 아니하다. 앞서 본 바와 같이 행정도시가 정치·행정의 대부분 또는 상당부분의 중추기능을 수행하여 수도로서의 지위를 가지는 이상 이 법률이 비록 이전대상기관을 일부 축소하였다 하더라도 그것이 위헌성을 배제시킬 만큼 본질적인 것은 아니며 오히려 위헌성을 호도하는 형식적 분석에 그친다. 그러므로 이 법률은 신행정수도법과 실질적으로 동일하여 그것이 가지고 있던 위헌성을 그대로 대유한다.」

#### IV. 2차 수도이전법률이 국민투표의 대상인지 여부

2차 수도이전법률이 헌법 제72조가 규정하는 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 주요정책’에 해당되는 국민투표 대상인지를 검토하기로 한다.

##### 1. 1차 수도이전법률의 결정에서 본 국민투표권

1차 수도이전법률에 관한 위헌확인사건에서, 정부는 고도의 정치적인 문제로서 이에 관한 대통령이나 국회의 결정은 사법심사대상이 되지 않으므로 부적법하다는 항변을 하였다. 이에 대하여 헌법재판소는,

「(1) 국가긴급권의 발동, 국군의 해외파견 등과 같이 대통령이나 국회에 의한 고도의 정치적 결단이 요구되고, 이러한 결단은 가급적 존중되어야 한다는 요청에서 사법심사를 자제할 필요가 있는 국가작용이 헌법상 존재한다. 그러나 헌법의 기본원리인 법치주의는 대통령, 국회 기타 어떠한 공권력도 법의 지배를 받아야 하고, 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 데에서 유래하는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이다. 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권보장을 사명으로 하는 국가기관이므로, 비록 고도의 정치적 결단에 의한 국가작용일지라도 그것이 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 경우에는 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다(헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 115-116).」

\* 헌법재판소는 93헌마186 사건에서 “긴급재정경제명령을 발할 수 있는 중대한 재정·경제상의 위기상황의 유무에 관한 제1차적 판단은 대통령의 재량에 속한다. 그러나 그렇다고 하더라도 그것이 자유재량이라거나 객관적으로 긴급한 상황이 아닌 경우라도 주관적 확신만으로 좋다는 의미는 아니므로 객관적으로 대통령의 판단을 정당화할 수 있을 정도의 위기상황이 존재하여야 한다.”고 판시하여 대통령의 긴급명령에 대한 합헌성을 판단한 다음 심판청구를 기각하였다(위의 판례집 8-1, 121).

「(2) 1차 수도이전법률은 정치적인 성격은 있으나 그 자체로 고도의 정치적 결단을 요하여 사법심사의 대상으로 하기에는 부적절한 문제라고까지는 할 수 없다. 더구나 심판대상은 이 법률의 위헌여부이고 대통령의 행위의 위헌 여부가 아닌바, 법률의 위헌여부가 헌법재판의 대상으로 된 경우 당해법률이 정치적인 문제를 포함한다는 이유만으로 사법심사의 대상에서 제외된다고 할 수 없다(헌재 2004. 10. 21 2004헌마554, 판례집 16-2하, 1, 35, 36).

(3) 우리 헌법은 선거권(헌법 제24조)과 같은 간접적인 참정권과 함께 직접적인 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)을 규정하고 있다. 국민투표권은 헌법이 보장하는 기본권의 하나이다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439). 그러므로 대통령의 의사결정이 국민의 국민투표권을 침해한다면, 이 의사결정이 고도의 정치적 결단을 요하는 행위라고 하더라도 이는 국민의 기본권침해와 직접 관련되는 것으로서 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있고, 따라서 이 법률의 위헌성이 대통령의 의사결정과 관련하여 문제되는 경우라도 헌법소원대상이 될 수 있다.」

## 2. 2차 수도이전법률의 결정에서 본 국민투표권

「헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다.”고 규정하여 국민투표에 부쳐질 중요정책인지 여부를 대통령이 재량에 의하여 결정하도록 명문으로 규정하고 있다. 특히 우리 헌법은 국민에 의하여 직접 선출된 국민의 대표자가 국민을 대신하여 국가의사를 결정하는 대의민주주의를 기본으로 하고 있어, 중요 정책에 관한 사항이라 하더라도 반드시 국민의 직접적인 의사를 확인하여 결정해야 한다고 보는 것은 전체적인 헌법체계와 조화를 이룰 수 없다. 헌법재판소 역시 헌법 제72조가 대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여하였다고 하여 이를 확인하고 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 649).

따라서 특정의 국가정책에 대하여 다수의 국민들이 국민투표를 원하고 있음에도 불구하고 대통령이 이러한 희망과는 달리 국민투표에 회부하지 아니한다고 하여도 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 국민에게 특정의 국가정책에 관하여 국민투표에 회부할 것을 요구할 권리가 인정된다고 할 수도 없다. 이 법률이 실행정수도법 위헌결정의 후속법률로서 그 대체입법성 여부를 놓고 적지 않게 논란이 빚어지고 있는 만큼 대통령이 전체 국민

의 의사를 물음으로써 이를 중식시키는 것이 국론통합의 측면에서 보다 바람직스럽지 않느냐 하는 것은 이와는 별개 문제이다. 결국 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 어떠한 정책을 국민투표에 부의한 경우에 비로소 행사가 가능한 기본권이라 할 수 있다.

따라서 이 법률이 설사 수도를 분할하는 국가정책을 집행하는 내용을 가지고 있고 대통령이 이를 추진하고 집행하기 이전에 그에 관한 국민투표를 실시하지 아니하였다고 하더라도 국민투표권이 행사될 수 있는 계기인 대통령의 중요정책 국민투표 부의가 행해지지 않은 이상 청구인들의 국민투표권이 행사될 수 있을 정도로 구체화되었다고 할 수 없으므로 그 침해의 가능성은 인정되지 않는다.」

### 3. 헌법 제72조의 대통령 국민투표 부의권 행사에 관한 결정이유의 정당성 여부

가. 헌법 제72조의 국가안위에 관한 중요정책이나 국회가 제정한 법률을 국민투표에 붙일 것인지에 대한 대통령의 부의권 행사는 재량행위로 보는 것이 통설이다.

헌법재판소는 1차 수도이전법률 결정시까지 국민투표권(헌법 제72조, 제130조)은 헌법이 보장하는 기본권이므로 대통령의 의사결정이 국민의 국민투표권을 침해한다면, 이 의사결정이 고도의 정치적 결단을 요하는 행위이거나 법률이라 하더라도 기본권침해와 직접 관련되는 것으로서 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다고 판시하여 왔다(위에서 본 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 111, 115-116; 헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1439; 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554, 판례집 16-2하, 1, 35-36 참조).

그러나 2차 수도이전법률에 대한 헌법소원 결정에서, 헌법 제72조의 국민투표권을 대통령이 필요로 할 때에 부의권을 행사하는 경우에만 국민의 기본권이 된다고 하여 그 누구의 통제도 받지 않은 절대군주의 권한과 같

다고 해석하였다. 즉, 국민투표권은 부의권자인 대통령의 재량행위로서 그 위법성을 다룰 수 없는 권리로 바뀐 것이다. 이것은 국민의 참정권(국민투표권, 국정참여권)을 법의 지배를 실현하는 기본권이 아니라 대통령 개인(사람)이 지배하는 권리인 것으로 해석하여 헌법전의 장식품으로 만들어버린 것이다.

\* 헌법재판소가 2차 수도이전법률에 대한 헌법소원(2005헌마579)에서 인용하고 있는 2004헌나1 결정(판례집 16-1, 609, 649)은, 대통령의 재신임은 국민투표대상이 아니라고 해석한 판례이므로 기속력은 이 범위에 한정된다. 국민투표 발의권의 독점적인 부여라는 설시가 있기는 하나, 이것은 기본권인 국민투표를 시행하는 국민투표법이 정한 절차에 관한 설명으로만 합법성·정당성이 인정될 뿐이다. 만약, 국민투표법이라는 실정법에 의하여 헌법 제72조의 국민투표권을 보충하기 위하여 위와 같은 국민투표의 본질을 훼손하는 해석을 한 것이라면, 국민투표법이라는 하위법률이 국정에 직접 참여를 보장한 국민의 기본권을 침해하는 수단으로 잘못 사용한 것으로 볼 수밖에 없다. 아무튼 2005헌마579 결정 이전에는, 헌법 제72조가 규정하는 대통령의 국민투표 부의권인 재량행위를 국민이 헌법소원으로 다룰 수 없다고 한 결정은 없었다.

나. 헌법재판소가 1차 수도이전법률 결정시까지의 견해를 그대로 유지하였다면, 2차 수도이전법률에 대한 헌법소원에서 헌법 제72조의 국민투표 부의대상이라고 주장하는 법률이 국가의 중요정책을 포함하고 있는 것인지, 대통령이 국민투표 부의대상인데도 이를 부의하지 아니한 행위가 적법한 재량행위인지의 여부를 심사하여 헌법위반 주장에 대한 이유 설시를 할 수밖에 없었을 것이다.

그런데도, 「행정중심복합도시의 건설로 말미암아 여러 부작용과 폐해가 발생하여 막대한 재원을 투자하였음에도 불구하고 그에 상응하는 결실보다는 엄청난 국력의 낭비가 초래될 수도 있다는 청구인들의 예상이 전혀 근

거가 없거나 불합리한 것으로 볼 수는 없다(헌재 2005. 11. 24. 2005헌마 579, 판례집 17-2, 481, 522). 특정의 국가정책에 대하여 다수의 국민들이 국민투표를 원하고 있음에도 불구하고 대통령이 이러한 희망과는 달리 국민투표에 회부하지 아니한다고 하여도 이를 헌법에 위반된다고 할 수 없고, 국민에게 특정의 국가정책에 관하여 국민투표에 회부할 것을 요구할 권리가 인정된다고 할 수도 없다. 이 법률이 신행정수도법 위헌결정의 후속법률로서 그 대체입법성 여부를 놓고 적지 않게 논란이 빚어지고 있는 만큼 대통령이 전체 국민의 의사를 물음으로써 이를 종식시키는 것이 국론통합의 측면에서 보다 바람직스럽지 않느냐 하는 것은 이와는 별개의 문제이다 ... 이 법률이 설사 수도를 분할하는 국가정책을 집행하는 내용을 가지고 있고 대통령이 이를 추진하고 집행하기 이전에 그에 관한 국민투표를 실시하지 아니하였다고 하더라도 국민투표권이 행사될 수 있는 계기인 대통령의 중요정책 국민투표 부의가 행해지지 않은 이상 청구인들의 국민투표권이 행사될 수 있을 정도로 구체화되었다고 할 수 없으므로 그 침해의 가능성은 인정되지 않는다.」(위의 판례집 519)라고 판시하여 청구인들의 기본권인 국민투표권과 납세자 권리침해라는 주장을 본안 전에서 배척하고 말았다.

- \* 청구인들은 심판청구서와 보충이유서에서 다음과 같이 주장하였다. 2차 수도이전법률은 8조 5천억 원의 예산으로, 1차 수도이전 당시 지정 한 2,160만 평의 토지수용, 2007년 하반기 기반공사착공, 2011년 하반기까지 중요건물 완공, 2012-2014 정부이전을 계획하고 있다. 도시건설에 소요되는 천문학적인 비용(정부는 44조 원이 소요된다고 한다), 공사기간의 장기화, 3대에 걸친 대통령이 시행할 장기 프로젝트라는 점을 감안할 때에 국민투표에 의한 컨센서스(consensus)없이 성공적으로 이 공사를 끝낼 수 있을 것인지 의문이다. 국민투표에서 좋은 결과가 나오면 합헌성 보장은 물론 국론분열도 잠재우게 되므로 행정복합도시의 건설과 공공기관의 지방이전계획에 힘이 실릴 것이다. 또한 참

여정부의 국정지표인 수도권 집중해소와 지방의 균형발전을 도모하는데도 기여할 것이다. 세금부담액의 증가, 적자국채, 국가채무의 급속한 증가 등 국가경제의 어려움에 위헌요소가 있는 2차 수도이전법률에 따른 공사비지출은 헌법위반이라고 주장하면서 청구인들은 다음에 보는 미국 연방대법원의 판례도 원용하였다[노무현 대통령 취임 당시(정부수립 이후 54년간)의 국가채무는 133.6조 원이던 것이 3년이 지난 금년 연말에는 2배 이상이 늘어난 284조 원에 이르게 된다].

\*\* 미국 연방대법원은 납세자에게 위헌법률이 근거가 된 사업에 국가예산을 지원하는 것이 위법이라는 소송에 대해, 납세자의 지위와 판단을 구하는 원인사실 간에 논리적인 관계(logical nexus)가 있으면 원고적격이 있다고 한다.

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968) 사건에서, 연방의회가 헌법 제1조 제8항의 과세 및 지출권에 의하여 행한 특정 종교학교의 교육시설과 교재 구입에 사용하는 것은 수정 제1조의 국교수립 금지조항에 위반되므로 납세자로서 다룰 수 있다고 판시하여 납세자소송을 인정하였다.

다. 헌법 제72조의 국민투표권은 대통령이 어떤 정책을 국민투표에 부의하는 경우에 비로소 행사할 수 있는 기본권이라고 판시한 결정에는 다음과 같은 문제가 있다.

(1) 헌법은 대표제 민주주의를 보완하기 위하여 ‘국민투표제’를 도입하였다. 국가안위에 관한 중요정책(제72조)과 헌법개정(제130조)에 대한 국민투표권은 국가의 의사형성에 국민이 직접 참여하는 참정권으로 보장하고 있다는 것이 헌법재판소의 판례이고(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1438), 이 판례는 1차 수도이전법률의 결정에서도 원용되었다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554, 판례집 16-2하, 1, 36). 헌법개정이나 국가의 중요정책과 같은 중요한 문제는 헌법에서 그 최종결정권을 주권자인



국민이 투표로서 직접 결정한다는 것을 명시한 것으로서, 대의민주제의 예외를 인정한 취지에도 부합하는 것이었다.

\* 위의 2000헌마735 결정에서 대표제 민주주의를 ‘보완’하기 위하여 라는 사전적 의미를 찾아보면, ‘부족하거나 미비한 것을 보충하여 완전하게 하는 것’(연세 한국어국어사전 867쪽)이다.

(2) 2차 수도이전법률은 대선 당시 충청권으로 수도를 이전하겠다는 노무현 후보의 대선공약을 이행하기 위한 법률이다. 이 법률의 내용은 행정부의 73%를 서울에서 연기·공주로 분할·이전하는 국가의 중요정책을 담고 있다. 따라서 이 법률은 헌법재판소법 제68조 제1항의 ‘공권력의 행사’에 해당하고, 대통령이 국민투표에 부의하지 않고 공포한 행위는 이른바 ‘공권력의 불행사’에 해당하는 사유인 것이다.

대의민주제를 보완하는 국민투표권은, 헌법 제72조가 규정하는 중요한 국가정책이나 법률을 대통령이 국민투표에 부의하지 않을 경우, 주권자인 국민이 투표권을 행사할 수 없다는 약점을 안고 있는 제도이다.

특히, 국가의 중요정책을 시행하기 위한 2차 수도이전법률은, 위헌결정이 된 1차 수도이전법률의 후속대책을 위한 행정중심복합도시 건설을 위한 것으로서, 여·야가 충청권의 표를 의식하여 정치권이 야합한 것이라는 비난이 들끓었던 법률이었다. 그런데도 이를 견제할 의무가 있는 대통령은 대선공약 차원의 법률이라는 이유로 당리·당략을 저울질하면서 이 법률을 그대로 공포·시행하게 하였다.

(가) 기본권인 국민투표권을 침해당한 국민이, 입법부나 대통령의 조치에 대하여 헌법위반여부를 헌법소원으로 그 적법성·정당성을 추궁할 수 있다는 것은 헌법이 이를 보장하고 있다. 헌법재판소가 국민의 이 추구를 간단히 거부할 수 없는 것은, 헌법이 국민에게 부여한 직접 민주주의를 보호하는 규제수단의 작동이기 때문이다.

그 자세한 이유를 살펴보면 다음과 같다.

1) 헌법이 규정한 대통령의 공권력의 행사 또는 불행사가 국민의 기

본권을 침해하는 경우에는 헌법재판소가 이를 심판하게 된다. 헌법은 대통령의 공권력행사 또는 불행사를 헌법재판소의 심사에서 제외하는 규정을 두지 아니한 것이 그 첫 번째 이유이다.

2) 헌법 제72조에서, 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 국민투표에 ‘붙일 수 있다’고 규정한 것은 입법 기술상 부득이한 문언선택(文言選擇)에 불과하다는 것이 그 두 번째 이유이다.

만약 ‘국민투표에 붙여야 한다’는 것이 기속규정으로 되어 있을 경우, ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’이라는 열거사유는 대표적인 ‘불확정개념’이고, 이 열거사유는 예시에 불과하다는 것이 통설이다. 때문에, 이 불확정개념은 성질상 복잡다양성·전문성·특수성 등으로 인하여 대통령으로서 국민투표 부의의 대상을 확정하기가 쉽지 않다. 헌법에서 ‘국민투표에 붙여야 한다’는 기속규정으로 표현하였다면, 국민투표 부의권 행사를 둘러싼 정쟁과 정국 혼란의 원인이 될 것이다.

대통령의 국민투표 부의권을 헌법이 재량행위로 규정한 것은 이와 같은 사태를 미리 예방하고, 시의(時宜) 적절하게 대통령이 국민투표 부의권을 행사하도록 조치한 것이다. 이 문언선택은 대통령으로 하여금 비유형적 불확정개념을 확정할 때에 사안별로 개별적인 적정성의 확보를 가능하게 한 일종의 입법기술적 배려라고 볼 수 있다.

따라서 헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권이라는 재량규범은 권력 분립과 헌법재판소의 통제라는 긴장 하에서 대통령이 헌법상의 권한을 일반국민의 상식에 현저하게 벗어나지 않은 범위에서 헌법수호의무를 다할 수 있게 한 규정으로 봄이 상당하다.

3) 2차 수도이전법률의 헌법소원에서 선고한 헌법 제72조의 국민투표권에 대한 결정은, 견제받지 않은 대통령의 공권력은 헌법상 존재하지 않는다고 불구하고 이를 허용하고 있다는데 문제가 있다(대통령의 특별사면, 군대의 긴급출동명령권은 예외임).

헌법재판소는 일찍이 대통령탄핵사건의 결정이유에서, 국민투표에 관하여 정치적 남용을 방지할 수 있도록 엄격하고 축소적으로 해석되어야 한다

면서 대통령의 국민투표 부의권의 정치적 무기화와 남용의 위험성에 대해 우려하는 판시를 한 바가 있었다. 그런데도 임의적인 국민투표발의권의 독점적 행사를 견제하고자 하는 2차 수도이전법률에 대한 헌법소원을 각하한 것은, 단순히 대통령의 특정 정책에 대한 국민의 의사를 확인하는 것을 넘어서 도리어 자신의 정책에 대한 추가적인 정당성을 확보하거나 정치적 입지를 강화하는 등 국민투표 부의권 행사를 정치적 무기로 남용할 위험을 도모할 수 있게 바꾼 것이므로, 위의 탄핵사건에서 판시한 논리와 일관성을 결여한 위법이 있다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 649 참조). 이 결정으로 인하여 국민투표권이라는 헌법 제72조의 참정권인 기본권은 국민의 품에서 사라지게 된다는 것이 그 세 번째 이유이다.

(나) 그러므로 여기서 2차 수도이전법률에 대한 대통령의 국민투표 부의권의 불행사가 재량행위의 범위를 벗어난 것인지를 검토하기로 한다.

1) ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’이라는 헌법 제72조의 문언은 대표적인 ‘불확정개념’이라는 것은 위에서 말한 바가 있다. 국민투표에 관련된 국민투표법을 보면, 국민투표 관리절차만 규정하고 있을 뿐 대통령의 국민투표 부의권의 대상기준을 정하거나 대상선정절차는 규정하지 아니하고 있다.

이처럼 국가의 중요정책이나 법률 가운데 대통령이 국민투표 대상의 선정과 국민투표 부의에 관한 재량행사의 범위를 법률로써 규제한 바가 없다면, 헌법이 규정한 국민투표 부의권에 관한 일체를 대통령의 합리적인 재량에 위임한 것으로 해석된다.

그러나 대통령의 합리적 재량이라는 해석을 위의 탄핵사건 결정이유에 비추어서 생각해 보면, 대통령의 헌법수호의무는 성실한 직책수행의무와는 달리 책임이 수반되는 의무이므로, 헌법 제72조의 요건재량 행사에도 이 헌법수호의무와 관련되는 헌법가치의 존중, 헌법질서의 유지, 인권보장이라는 관점에서 제약을 받게 된다. 헌법재판소가 대통령의 국민투표 부의권과 국민의 기본권보호 의무 중 후자를 상대적으로 가볍게 보았다면, 이는 우리 헌법에서 이 기관을 설치한 목적을 망각한 것과 다름이 없는 것이다.

2) 2차 수도이전법률에 대한 국민투표 부의권에 관한 대통령의 재량행위의 적법성은, 요건 면에서 불확정개념을 확정하는 작업과 국민투표에 부의하지 아니한 불행사의 정당성 문제로 귀착된다. 이 대상의 확정과 부의권 불행사는 개념상으로는 분리가능하나 합리적인 재량행위인지의 여부는 동시에 판단할 수 있다.

먼저, 헌법 제72조가 규정한 ‘외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책’이라는 개념의 정의와 그 미치는 범위를 확정함에 있어 대통령은 2차 수도이전법률을 이 조문에 해당되지 않는 법률이라고 결정하였다. 따라서 이 법률을 국민투표대상이 아니라고 하여 부의권을 행사하지 아니한 대통령의 재량행위의 적법성이 문제가 되는 것이다. 이 문제는 국가의 중요정책이나 법률의 중요성의 정도가 재량권 행사에 관한 적법성을 결정하는 요소로 작용하게 된다. 2차 수도이전법률이 국가의 중요정책이 포함된 것으로서 국민들이 국민투표를 할 필요성·중요성에 대한 비중이 크면 클수록 대통령의 재량범위는 좁아지게 되는 것이다. 사안의 성질상 국민투표에 부의하지 못할 특별한 사정이 있으면 이를 고려하여야 함은 물론이다.

\* 김대중 전 대통령의 6·15 남북공동선언과 같은 것은 사안의 중대성에 비추어 헌법 제72조의 적용대상이지만 성질상 사전·사후에 국민투표에 회부할 수 없는 것이었다. 그러나 2차 수도이전법률은 성질상 그와 같은 장애가 있는 사안이 아니다.

다음, 2차 수도이전법률의 제정과 국민투표에 부의하지 아니한 대통령의 재량권 행사가 실질적으로 대통령이 단독으로 고도의 정치적인 목적(대선 공약)만을 기준으로 결정한 것인지, 아니면 헌법 외에 국민투표 부의권 행사를 결정하는 내부기준이 있어 그 기준에 따라 결정한 것인지, 대통령이 2차 수도이전법률에 필요한 제반사정을 충분히 조사하고 그 불확정개념의 요건을 확정함에 있어 국익과 헌법수호의무에 부합하는 최선의 선택을 한 것인지 등이 심사대상이 된다.

끝으로, 대통령의 이 요건개념 확정은 국민투표실시에 관한 국민의 기본권을 제한하는 것이므로 헌법 제37조 제2항에서 규정한 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위한 필요한 경우로서, 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는지 여부에 관한 심사를 필요로 한다. 대통령이 국민투표에 부의해야 할 국가의 중요정책이나 법률을 재량으로 국민투표에 회부하지 않았다면 그것이 헌법 제37조 제2항의 요건을 충족하지 못하는 한 기본권 침해라는 비난을 면할 수 없기 때문이다. 대통령의 행위를 공공복리 등을 고려한 이익과 국민의 투표권 침해에 따른 불이익 등을 비교衡量하여 조정·선택하는 문제도 있다.

(다) 국민투표권 침해에 대한 위헌심사기준은, 정신적 자유권처럼 엄격하게 할 것인지 아니면 완화된 합리성 심사로 족한 것인지는 더 이상 설명할 필요를 느끼지 아니하므로 생략하기로 한다.

## V. 나오는 말

주권자인 국민에게 아무런 정보를 제공하지 아니한 채, 대통령 단독으로 전시작전통제권을 환수하는 결정으로 인하여 혼란을 겪고 있는 우리 사회를 보면서, 필자는 대통령의 권한행사에 대한 헌법상의 규제수단인 헌법 제72조의 국민투표권을 떠올리게 되었다. ‘우리 사회와 헌법재판소의 역할’이라는 강의 제목을 대학에 통지한 것도 이 때문이다.

자료를 모으고 강의안을 만들다가 이 소고를 준비하게 된 것은, 2차 수도이전법률에 대한 헌법재판소의 결정에서, 국민투표권은 대통령이 부의하지 아니하면 행사할 수 없고 국민이 헌법소원도 할 수 없는 기본권이라는 이유를 접하면서이다. 대학 강의에서 전작권 문제를 어떻게 설명할 것인가를 생각하다가 이 소고도 함께 준비하기로 하였다. 그런데 난관은 다른 곳에도 있었다. 원고 청탁은 해마다 받았지만 헌법논총에 전직 재판관의 글은 신지 않았다는 사실이 필자를 주저하게 만들었다.

어쨌든 글을 쓰는 것은 이 원고를 받는 쪽에 맡기기로 하고, 1·2차 수

도이전법률의 헌법소원 대리인으로서 그 내용을 잘 알고 있는 필자가 국민 투표권의 문제점을 지적해 주는 것이 모르는 체하는 것보다 낫다는 생각에서 용기를 내었다.

이 소고를 계기로 헌법 제72조의 국민투표권이 활발한 논의를 불러일으킨다면 더 이상 바랄 것이 없다.

# 헌법해석에 관한 결정이유와 선례구속의 원칙

김 시 철  
대법원 재판연구관

## - 목 차 -

I. 서론	37
1. 헌법재판소의 결정이유에 나타난 “헌법의 해석”에 관한 견해의 대립	37
2. 사법적 유권해석과 선례의 형성 및 변경	39
3. 검토의 필요성	43
II. 위헌법률심판절차의 결정이유에 나타난 헌법의 해석 등	45
1. 법 제23조 제2항 제2호의 선례변경을 언급한 판례에 대한 검토	45
가. 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788, 2002헌마173(병합) 결정	45
나. 2001헌마788 결정이유에 대한 분석 및 문제점 검토	45
2. 동일한 법률조항(normtext)의 위헌여부에 관하여 순차로 이루어진 헌법재판소의 결정사례에 대한 검토	57
3. 위헌법률심판절차에서 심판대상의 변동이 심사기준에 영향을 미치는지 여부	68
4. 소결론	73

Ⅲ. 미국법상 선례구속의 원칙 등에 대한 비교법적 검토 .....	75
1. 검토의 필요성 .....	75
2. 위헌법률심판절차에서 이루어지는 헌법해석의 의미 .....	75
가. 헌법의 일반적인 특성과 헌법에 대한 사법적 유권해석 .....	75
나. 미국 연방대법원과 독일 연방헌법재판소에서 행하는 헌법해석의 의미 등 .....	76
다. 미국 연방헌법상 근본적 권리(Fundamental Right)와 선례구속의 원칙 .....	78
3. 우리 제도와 미국 제도의 비교·검토 .....	89
가. 미국의 실용적인 접근방식 .....	89
나. 우리 제도에서의 활용가능성 예시 .....	90
Ⅳ. 결 론 .....	95



## I. 서론

### 1. 헌법재판소의 결정이유에 나타난 “헌법의 해석”에 관한 견해의 대립

#### 가. “헌법의 해석”에 관한 견해 대립이 바로 “결정주문”의 차이로 연결된 사례

“신행정수도건설을 위한 특별조치법”이 헌법에 위반된다고 판단한 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554,566(병합) 결정의 다수의견은 ‘엄격한 요건이 구비한 “관습헌법”은 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가지는데, 우리 헌법전상에는 “수도가 서울”이라는 명문의 조항이 존재하지 아니하지만, 서울이 우리 나라의 수도인 점은 불문의 관습헌법이므로 헌법개정절차에 의하여 새로운 수도 설정의 헌법조항을 신설함으로써 실효되지 아니하는 헌법으로서의 효력을 가진다. 따라서 입법자가 헌법 개정의 절차를 거치지 아니한 채 수도를 충청권의 일부지역으로 이전하는 것을 내용으로 한 법률을 제정하는 것은 헌법개정사항을 헌법보다 하위의 일반 법률에 의하여 개정하는 것이 되기 때문에 위헌이다.’라는 취지로 판시하였다.

위와 같이 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 심사하는 과정에서 “서울이 우리 나라의 수도라는 점이 관습헌법에 해당하는지 여부”에 관하여 구체적인 결정이유를 제시한 것은 위 절차의 심사기준이 되는 “헌법의 해석”에 관련된 것이고, 그 심판대상인 “법률의 해석”이 아님은 분명하다. 한편 위 사건에서 “헌법의 해석”에 관련하여 반대의견과 같이 ‘서울이 우리 나라의 수도라는 점이 관습헌법에 해당하지 않는다.’라는 견해를 취하는 경우 해당 법률이 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 여지가 없기 때문에,<sup>1)</sup> 그 심사

1) 위와 같은 재판관 1인의 소수의견에 의하면, 청구인들의 헌법소원심판청구는 그 주장 자체로 “기본권의 침해가능성” 요건이 흠결되기 때문에 부적법하다는 결론에 이른다.

기준인 헌법의 해석에 관한 견해의 대립이 위 사건의 결론인 결정주문에 직접적인 영향을 미쳤다는 점도 명백하다고 하겠다.<sup>2)</sup>

나. “헌법의 해석”에 관한 견해 대립이 항상 “결정주문”의 차이를 발생  
하는지

그렇지만 위 2004헌마554 등 결정이 선고된 이후 제정된 “신행정수도 후속 대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법”의 위헌 여부에 관한 헌재 2005. 11. 24. 2005헌마579,763(병합) 결정이유를 살펴보면, 위헌법률심판절차에서<sup>3)</sup> 헌법재판소의 결정이유에 나타난 심사기준인 헌법의 해석에 관한 견해의 대립이 그 결정주문에 관한 견해의 대립과 항상 일치하는 것은 아니라는 점을 쉽게 확인할 수 있다.

① 위 2005헌마579 결정이유에 의하면, 재판관 6인은 ‘서울이 우리 나라의 수도라는 점이 관습헌법에 해당한다.’라는 헌법해석에 관한 기존 선례인 2004헌마554 결정취지를 그대로 유지하는 입장을 취하였고, 별개의견을 개진한 재판관 3인만이 ‘서울이 우리 나라의 수도라는 점이 관습헌법에 해당하지 않는다.’라는 견해를 토대로 하여 기존 선례에 반대한다는 의견을 제기하였는데, ② 그 결정주문에 관한 견해의 대립에 대하여 살펴보면, 별개의견을 개진한 재판관 3인은 2004헌마554 결정의 반대의견과 같은 논거로 해당 청구가 부적법하다는 결론에 이르렀고, 기존 선례를 유지하는 입장을

2) 이 논문의 주된 목적은 위헌법률심판절차의 절차적 사항과 그 결정이유에 나타나는 헌법의 해석 및 선례구속의 원칙 등과의 상관관계를 검토하는 것이기 때문에, 이 논문에 인용한 헌법재판소의 결정 등에 나타난 헌법의 해석이 타당한지 여부와 같은 실제적인 측면에 대하여는 상세히 검토하지 아니하였음을 밝힌다.

3) 이 논문에서는 “위헌법률심판절차”를 헌법 제111조 제1항에 규정된 헌법재판소의 관장사항 중 ㉓ 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판(제1호)과 ㉔ 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판(제5호) 등과 같이 (추상적 분쟁이 아닌) 구체적인 법적 분쟁에 관련하여 해당 법률의 위헌 여부를 심판하는 모든 절차를 통칭하는 의미로 사용하기로 한다[즉, 위 ㉔의 헌법소원 중에서 ㉑ 헌법재판소법(이하, ‘법’이라고 약칭한다) 제68조 제2항 소정의 헌법소원심판과 ㉒ 당사자에 대하여 직접적인 기본권제한의 효력을 발생하는 법률의 위헌성을 다투기 위한 법 제68조 제1항의 헌법소원심판 등을 모두 포함하는 개념으로 사용한다는 취지이다].

취한 재판관 6인 중 4인은 심판대상인 법률의 규정내용이 수도를 이전하는 취지가 아닌 것으로 파악하고서<sup>4)</sup> 위 법률로 인하여 청구인들의 기본권이 침해될 가능성이 없다는 이유로 그 청구를 각하해야 한다는 결론에 도달한 반면에, 나머지 2인의 재판관은 해당 법률의 내용이 수도를 이전하는 취지라고 해석한 다음 이에 대하여 기존 선례에 따라서 위헌결정을 해야 한다고 주장하였다.

이는 삼단논법에 따른 사법적 판단절차에서 대전제인 심사기준에 대한 견해의 대립이 항상 결정주문의 차이를 발생시키는 것은 아니라는 점과 심사기준에 대한 견해가 일치하는 경우에도 소전제인 심판대상의 특징에 관한 입장 차이 등과 같이 결정이유에 실시되는 여러 가지 다른 사정으로 인하여 해당 사건의 결론인 결정주문이 완전히 달라질 수 있다는 점 등을 잘 보여주는 사례라고 하겠다.

## 2. 사법적 유권해석과 선례의 형성 및 변경

### 가. 사법적 유권해석의 개념 등

사법적 유권해석은 삼단논법의 대전제가 되는 “재판규범(심사기준)의 내용을 확정하는 것”일 뿐이고, 소전제인 “심판대상을 특정하는 것”은 사법적 유권해석에 포함되지 아니한다. 그러므로 헌법재판소가 법률의 위헌여부를 심사하는 사법판단을 함에 있어서 결정이유에 실시한 “심사기준인 헌법의 객관적 의미를 밝히기 위한 사법적 유권해석”은 선례로서의 의미를 가질 수 있지만, 그 결정이유 중 심판대상인 법률조항을 잠정적으로 해석하는 부분은 당사자에게 직접적인 구속력을 가질 수 없는 것으로서 선례로서의 의미를 가질 수 없고 사법적 유권해석에도 해당하지 아니한다.<sup>5)</sup>

4) 헌법재판소가 헌법 제111조 제1항 제1호 소정의 위헌법률심판절차에서 그 심판대상 법률규정을 해석한 것은 그 심판대상을 잠정적으로 특정하는 의미를 가질 뿐이라는 점에 관해서는 옳고, 우리 위헌법률심판제도와 헌법재판소 결정의 효력(이하, ① 논문이라고 한다), 저스티스 통권 제90호 (2006. 4.) 5-72면 중 7-8면 참조.

#### 나. 헌법재판소의 법률해석 중 사법적 유권해석에 해당하는 경우

한편 헌법재판소의 결정이유 중 “법률의 해석”에 관한 부분의 경우 헌법재판절차에 관한 법률규정 등과 같이 일정한 유형의 법률에 대한 해석만이 당사자에 대하여 직접적인 구속력을 가지기 때문에 이러한 법률해석에 한하여 사법적 유권해석의 성격을 가진다고 하겠다.<sup>6)</sup> 예컨대 당사자에 대하여 직접 기본권제한의 효력을 발생하는 법률의 위헌성을 다투기 위한 법 제68조 제1항의 헌법소원심판절차에서 헌법재판소는 당해 청구가 법 제69조 제1항의 청구기간을 준수하였는지 여부를 심리·판단하게 되고 그 과정에서 심사기준이 되는 법 제69조 제1항에 대한 해석을 하게 되는데, 이러한 법률해석은 당사자에 대하여 직접적·최종적 구속력을 가지고, 따라서 후속 헌법소원사건에 대하여 선례가 될 수 있는 것이다.<sup>7)</sup>

#### 다. 헌법재판소의 선례변경에 관한 법률조항의 내용과 연혁 등

- (1) 법 제23조 제2항 제2호는 ‘종전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우에 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.’라고 규정하고 있는데, 우리 입법자가 1988. 8. 5. 법률 제4017호로 법을 제정할 당시부터 위와 같은 법률조항이 포함되어 있었다.
- (2) 법 제정당시의 국회 심의자료에는 위 법률조항에 관한 연혁 내지 입법 취지가 명시적으로 나타나 있지 않지만,<sup>8)</sup> 미국의 경우 재판부의 사법적 판

5) 좀 더 상세한 내용은 전계 ① 논문 7-8면, 35-45면 참조

6) 좀 더 상세한 내용은 전계 ① 논문 35-45면 참조

7) 위와 같은 사안에서 헌법재판소는 법 제69조 제1항의 규정을 대전제인 심사기준으로 하고 해당 사건에 나타난 청구기간의 준수 여부에 관한 사실관계 등을 소전제인 심판대상으로 하여 삼단논법에 따라서 사법적 판단을 하게 되기 때문에, 심사기준인 법 제69조 제1항에 관한 해석은 사법적 유권해석에 해당하는 것으로서, 해당 사건의 당사자에게 직접적인 구속력을 미칠 뿐만 아니라 후속사건에 대해서도 선례가 된다는 취지이다.

단에 관하여 원칙적으로 당해 사건에 대한 기속력(law of the case)만을 인정하고 다른 후속사건에 대하여는 선례구속의 원칙(the doctrine of stare decisis)에 따라서 개별 사안별료(case by case) 그 판단의 효력이 미치도록 하는 반면에, 독일 연방헌법재판소법의 경우 모든 결정에 대하여 “일반적 효력 내지 포괄적 기속력”을 규정하면서도(제31조) 위와 같은 선례변경에 관한 별도의 규정을 두지 않았다는 점에 비추어 보면,<sup>9)</sup> 최소한 우리 입법자가 독일의 헌법재판제도를 참고·계수하여 이러한 법률조항을 포함시킨 것으로 볼 수는 없다. 오히려 1945년 해방 이후에 미군정은 일제시대에 대륙법계를 토대로 하여 형성되었던 기존 사법제도에 미국식 제도를 대폭 도입하는 등 그 체계를 근본적으로 개편하였는데,<sup>10)</sup> 그 과정에서 1948. 5. 5. 미군정법령 제192호로 법원조직법을 제정하여 대법원의 판결의 효력 및 선례변경에 관하여 선례구속의 원칙 등과 같은 미국식 제도의 영향을 받은 법률조항을 규정하였고,<sup>11)</sup> 그 후 우리 국회가 1949. 9. 26. 법원조직법을 제

8) 143회 국회법제사법위원회회의록 제3호(69-110면)에 의하면, 법제사법위원회에서는 1988. 7. 21. ㉔ 유수호 의원 등이 제안한 법률안과 ㉕ 강신욱 의원 등이 제안한 법률안 등 2건의 법률안을 동시에 상정한 다음 제안설명을 듣고서 전문위원으로부터 검토보고를 들었는데, 위 ㉔안의 경우 제23조 제2항 제2호에, 위 ㉕안의 경우 제20조 제4항 제2호에 각각 현행법 제23조 제2항 제2호와 같은 내용의 규정을 담고 있었기 때문에, 그 심의과정에서 별다른 뜻이 없었던 것으로 보인다. 한편 143회 국회본회의회의록 제2호(56-57면)에 의하면, 본회의에서는 1988. 7. 23. 법제사법위원회 심사소위원회가 위 ㉔㉕안을 토대로 하여 마련한 대안을 만장일치로 가결한 것으로 보인다.

9) 독일의 경우 기본법 제95조 제1항 소정의 연방일반법원, 연방행정법원, 연방재정법원, 연방노동법원, 연방사회법원 등 5개 연방최고법원들에서 선고되는 판례의 통일성을 유지하기 위하여 기본법 제95조 제3항에 근거한 특별법이 제정되어 있으나(1968. 6. 19. 제정된 연방최고법원들의 판례의 통일성을 유지하기 위한 법률), 연방헌법재판소는 위 법률의 규율대상이 아니고, 연방헌법재판소법에는 “선례변경”에 관한 별도의 규정이 없다.

10) 예컨대, 1945년 해방 이전의 일본 사법제도의 경우 대심원이 사법성에 소속되어 있는 체계였고 식민지인 우리 나라의 경우도 이와 유사한 제도를 채택하고 있었는데, 미군정은 이러한 기본구조를 완전히 개편하여 대법원을 행정부에서 완전히 독립시켰다. 좀 더 상세한 내용은 심회기, 미군정기 남한의 사법제도개편, 법제연구 8호, 한국법제연구원 (1995) 79-101면 중 80면, 90-94면 등 참조.

11) 미군정법령 제192호로 제정된 법원조직법에는 ‘대법원의 심판권은 대법관 오인으로써 구성된 합의부에서 차를 행함. 연합심판을 요하는 시에는 대법관전원으로 구성

정하면서 같은 내용의 법률조항을 규정하였으며,<sup>12)</sup> 현행 헌법으로의 헌법 개정이 이루어진 다음 1987. 12. 4. 법원조직법을 전문 개정하면서 이와 유사한 취지의 법률조항 등을 그대로 유지하였다는 사정 등은<sup>13)</sup> 그로부터 수 개월 후에 제정된 법 제23조 제2항 제2호의 연혁 및 입법취지가 대법원의 선례변경 등에 관한 현행 법원조직법의 규정과 같은 맥락이라는 점을 시사한다.

라. 위와 같은 연혁과 입법취지 등에 비추어 보면, 우리 헌법재판소가 “헌법의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우”는 위 가.항과 같이 법률의 위헌 여부를 심사하는 사법판단을 함에 있어서 “심사기준인 헌법의 객관적 의미를 밝히기 위한 사법적 유권해석”을 변경하는 것을 의미하고, “법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우”는 위 나.항과 같이 당사자에게 직접 구속력을 가지는 법률해석에 대한 선례를 변경하는 경우를 의미하는

---

된 연합부에서 차를 행함(제8조).’, ‘대법원이 행한 심판에서 법령의 해석을 선시한 것은 당해사건에 관하여 하급심을 기속함(제18조).’, ‘좌의 경우에는 대법원연합부에서 심판함을 요함. 1. 법규의 동일점에 관하여 종전의 대법원의 심판이 상당치 아니하다 인정할 때(제19조).’라고 규정되어 있었다.

- 12) 1949. 9. 26. 법률 제51호로 제정한 법원조직법에는 ‘대법원의 심판권은 대법관 5인으로써 구성된 합의부에서 이를 행한다. 연합심판을 요할 때에는 대법관전원으로써 구성된 연합부에서 이를 행한다. 전항의 경우에는 대법관전원의 3분의 2이상의 출석이 있어야 한다(제7조).’ ‘대법원의 심판에서 판시된 법령의 해석은 당해사건에 관하여 하급심을 기속한다(제18조).’, ‘대법원은 종전의 심판에서 판시된 법령의 해석을 변경할 필요가 있다고 인정하는 때에는 연합부에서 이를 심판한다(제19조).’라고 각각 규정되어 있었다.
- 13) 1987. 12. 4. 법률 제3992호로 전문 개정된 법원조직법 제7조 제1항은 ‘대법원의 심판권은 대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 이를 행하며 대법원장이 재판장이 된다. 다만, 대법관 3인이상으로 구성된 부에서 먼저 사건을 심리하여 의견이 일치한 때에 한하여 다음의 경우를 제외하고 그 부에서 재판할 수 있다 .... 3. 종전에 대법원에서 판시한 헌법·법률·명령 또는 규칙의 해석적용에 관한 의견을 변경할 필요가 있음을 인정하는 경우’라고 규정하고 있고, 제8조는 ‘상급법원의 재판에 있어서의 판단은 당해 사건에 관하여 하급심을 기속한다.’라고 규정하고 있는 바, 소부를 대법관 3인 이상으로 구성할 수 있도록 기준을 완화한 점, 대법원을 비롯한 모든 상급법원의 재판에 하급법원에 대한 기속력이 있음을 확인한 점 등 세부적인 차이를 제외한다면 전체적인 내용은 제정 당시 법원조직법의 규정내용에서 크게 변동된 것이 없다.

것으로 보아야 할 것이다.<sup>14)</sup> 후자에 관한 헌재 2003. 1. 30. 2002헌마516 결정은 ‘법 제69조 제1항의 해석에 관한 종전의 선례를 변경하기 위해서는 재판관 6인 이상의 찬성이 필요하고, 그 정족수에 미달하는 재판관 5인의 찬성만으로는 기존 선례를 변경할 수 없기 때문에 해당 사건에서 기존의 선례에 따른 법 제69조 제1항의 해석이 그대로 적용된다.’라는 취지로 판시하였는데, 이는 헌법재판소의 선례변경에 관한 규정의 취지를 분명하게 정리하였다는 점에서 대단히 중요한 의미를 가진다.<sup>15)</sup>

### 3. 검토의 필요성

헌법 제113조 제1항은 헌법재판소에서 법률의 위헌결정이나 헌법소원에 관한 인용결정을 하기 위해서는 재판관 6인의 찬성이 있어야 한다는 점을 명시하고 있고, 법 제23조 제2항 제1호의 규정내용은 헌법규정의 취지를 그대로 확인·반복한 내용에 불과한데, 이는 헌법재판소의 “결정주문”에 관한 규정으로서 “결정이유”에 관한 규정이 아님은 명백하다.

그런데 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 심사함에 있어서 “결정이유”에 기재되는 “헌법의 해석에 관한 선례의 변경”에 관하여 재판관 6인의 찬성을 요구하는 법 제23조 제2항 제2호의 규정취지에 대하여 현재까지 충분한 검토가 이루어지지 아니한 것으로 보이고, 이로 인하여 실무적으로 적지 않은 법리적인 혼선이 야기된 것으로 판단된다. 미국에서는 당해 사건의 해결에 필요한 헌법해석이 쟁점이 되는 경우 당사자들이 각자의 주장에 관한 법적·사실적 논거를 적시한 준비서면(brief)을 제출하고,<sup>16)</sup> 법원은 “변

14) 이에 관해서는 전제 ① 논문 45면과 아래에서 살펴보는 미국의 제도에 관한 설명 참조.

15) 다만 위 2002헌마516결정은 헌법재판소 결정이유에 나타난 “법률의 해석”에 관한 판례인데, 이 논문에서는 위헌법률심판절차의 결정이유에 기재되는 “헌법의 해석”을 중심으로 하여 검토하기로 한다.

16) “Brief”에 관한 Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004)의 일반적인 설명은 다음과 같다. ‘1. A written statement setting out the legal contentions of a party in litigation, esp. on appeal; a document prepared by counsel as the basis for

론주의”를 토대로 하여 원칙적으로 당사자들이 제기한 법적·사실적 주장에 대응하여 판단하는 방식으로 판결이유를 작성하게 되는바,<sup>17)</sup> 미국의 영향을 받은 법 제23조 제2항 제2호의 규정취지를 정확하게 이해하기 위해서는 미국 사법제도에 대해서도 검토할 필요가 있을 것이다.<sup>18)</sup>

따라서 아래에서는 이에 관한 실증적인 검토를 위하여 헌법재판소의 결정 사례들을 예시하고, 이론적 분석을 통하여 위헌법률심판절차의 심리방식, 심사범위 등과 같은 절차적인 쟁점이 결정이유의 형성과 선포의 변경 등에 어떠한 영향을 미치는지에 대하여 살펴보는 한편, 필요한 범위 내에서 독일과 미국의 제도 등에 관하여 비교법적 검토를 하고서 이 논문을 마무리하고자 한다.

---

arguing a case, consisting of legal and factual arguments and the authorities in support of them. -- Also termed legal brief; brief of argument.’

17) 위와 같은 미국 사법제도의 성격에 관해서는 Robert A. Kagan, "Adversarial Legalism and American Government." J. of Policy Anal. & M'gement 10: 371-375 (1991) 등 참조.

18) 이 논문에서는 ㉔ “변론주의”의 개념을 ‘㉑ 재판부가 심리과정에서 당사자 등으로부터 제기된 법적·사실적 주장에 대응하여 심리·판단하는 것을 원칙으로 하고, ㉒ 예외적으로 당해 사건의 해결에 필요한 범위에 속하는 쟁점에 대하여 직권으로 심리·판단하는 권한을 행사할 수 있는 심리방식’으로 정리한 다음 논의를 진행하기로 한다(이러한 개념규정에서 벗어나는 경우에는 별도의 설명을 덧붙이기로 한다). 이러한 심리방식은 미국 법원의 통상적인 심리방식으로서, 우리 민사소송제도가 채택한 심리방식과 유사하다. 예컨대 (1) 민사소송법 제451조 제1항 제9호는 ‘판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때’를 재심사유로 규정하고 있는데, 이는 당사자가 제기하였던 사실에 관한 주장에 대한 판단을 누락한 경우뿐만 아니라 법적인 주장에 대한 판단누락의 경우를 포함하기 때문에, 일반적으로 민사재판에 영향을 미치는 당사자의 법적 주장에 대하여 법원은 이에 대응하는 심리·판단을 하게 되고, (2) 다른 측면에서 민사소송에서도 재판에 영향을 미치는 법적 쟁점에 대해서는 재판부가 직권으로 판단할 수 있기 때문이다. ㉕ 한편 위와 같은 “변론주의”에 대응하는 심리방식은 ‘재판부가 직권으로 그 심리과정에서 당사자 등이 전혀 제기하지 아니한 모든 쟁점에 대해서까지 빠짐없이 포괄적·망라적으로 심리·판단을 해야 하는 의무를 부담하는 심리방식’이라고 할 수 있는바, 이 논문에서는 이를 “의무적 직권심리주의”라고 칭하기로 한다.



## II. 위헌법률심판절차의 결정이유에 나타난 헌법의 해석 등

### 1. 법 제23조 제2항 제2호의 선례변경을 언급한 판례에 대한 검토

#### 가. 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788, 2002헌마173 (병합) 결정<sup>19)</sup>

위 2001헌마788 결정은 “금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것”으로 규정한 구 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분(1966. 4. 30. 법률 제1794호로 개정된 것)이 공무담임권을 보장한 헌법 제25조에 위배된다는 이유로 위헌결정을 하면서,<sup>20)</sup> ‘위 법률 조항이 공무원의 신분보장에 관한 헌법 제7조 제2항에 위반된다.’라는 청구인의 주장을 배척하고 합헌판단의 취지로 청구기각결정을 선고한 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220 결정을 재판관 8인의 찬성으로 변경한다고 판시하였다.

#### 나. 2001헌마788 결정이유에 대한 분석 및 문제점 검토

(1) 선례의 형성 및 변경은 결정주문이 아닌 결정이유에 관한 사항임 위에서 본 바와 같이 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 심사하는 과정에서 행하게 되는 “헌법의 해석”은 “결정주문”에는 표시되지 아니하고 “결정이

19) 위 결정에 대한 평석으로는 김진한, 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분 위헌소원 - 공무원의 당연퇴직 제도와 공무담임권 - 헌법재판소결정 해설집(2002년) 405-433면 참조

20) 청구인들은 지방공무원으로 근무하던 중 저지른 범죄로 징역 6월의 선고유예 판결을 선고받고 그 판결이 확정됨으로써 당연퇴직하게 되자, 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분이 청구인들의 평등권, 공무담임권, 행복추구권 등을 침해한다는 이유로 헌법소원심판을 청구한 사안이다.

유”에만 기재되는 것이고, 따라서 헌법의 해석에 관한 先例를 변경한다는 것은 종전 결정의 이유가 나타난 헌법해석에 관한 판단내용을 명시적으로 변경하는 것을 의미한다.

그런데 선행사건인 89헌마220 결정은 “심판대상 법률이 공무원의 신분보장에 관한 헌법 제7조 제2항에 위배되는지 여부”에 대해서만 심리·판단하였을 뿐이고 더 나아가서 “해당 법률규정이 공무원담임권을 보장한 헌법 제25조에 위배되는지 여부”에 대해서는 아무런 판단을 하지 아니하였음에도 불구하고,<sup>21)</sup> 후속사건인 2001헌마788 결정이유에서 기존 선례를 변경한다고 판시한 것은 선뜻 납득하기 어렵다. 헌법재판소가 선행사건에서 이미 심리대상이 되었던 법률조항에 대하여 후속사건에서 위헌선언을 하였다는 사정은 “결정주문”에 관한 사항으로서 법 제23조 제2항 제1호의 규율대상일 뿐이고, 후속사건의 “결정이유”를 면밀하게 살펴봐도 선행사건의 결정이유에 나타난 헌법 제7조 제2항의 해석과 직접 배치되는 내용이 있다고 보기 어렵기 때문이다.

특히 위 I. 제1항에서 예시한 2004헌마554 결정과 2005헌마579 결정 등 2개의 결정사례만을 살펴보다라도 해당 사건의 “결정주문의 차이”는 결정이유에 나타난 헌법의 해석에 관한 견해의 대립이 아닌 다른 사정에 의하여 발생될 수 있음은 분명하고, 따라서 동일한 규범조문(normtext)의<sup>22)</sup> 위헌

21) 선행사건인 89헌마220 사건의 경우 청구인이 지방공무원으로 근무하던 중 저지른 범죄로 징역 8월의 선고유예 판결을 선고받고 그 판결이 확정됨으로써 당연퇴직하게 되자, 구 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분이 형평성에 반하고 공무원의 신분을 보장하고 있는 헌법 제7조 제2항의 규정에 저촉되는 위헌법률이라는 이유로 헌법소원심판을 청구한 사안으로서, 그 당시 청구인은 해당 법률이 헌법 제25조에 위반된다는 주장을 하지 아니하였다. 이에 관하여 김진한, 전제논문 424면에는 ‘이 사건 법률조항에 대한 종전의 우리 재판소의 결정문에서는 헌법소원사건임에도 불구하고 제한된 기본권이 무엇인지 여부에 대하여는 확정하지 않은 채 헌법 제7조 제2항의 위반이 아니라고 판시하였다(헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 206면 참고).’라고 기재되어 있다.

22) 이 논문에서 사용하는 “규범조문(normtext)”이라는 용어는 동등하게 다루어야 할 불특정 다수의 사태를 포착하기 위한 일반성·추상성을 가지는 규범을 의미하는데, 보통 일정한 법률조항 전체를 지칭하는 것이지만 그 법률조항이 가분적인 경우에는 그 일부분구만이 “규범조문”에 해당한다는 점을 주의해야 한다(전자의 유형에 대한 위헌판단을 하는 경우 “단순위헌결정”을 하게 되는 반면에, 후자의 유

여부를 심리한 선행사건의 결정주문(합헌결정)과 후속사건의 결정주문(위헌결정)이 다르다는 사정만으로 필연적으로 후속사건에서 법 제23조 제2항 제2호 소정의 선례변경을 해야 하는 것은 아니다. 선행사건에서 제기되었던 해당 규범조문의 위헌성 측면에 관한 주장내용과 다른 주장이 후속사건에서 제기됨으로 인하여 후속결정에서 상이한 측면에서 대하여 재판부의 판단이 이루어진 경우, 선행결정이유에 나타난 헌법의 해석은 후속사건에 관한 선례가 될 수 없기 때문이다. 독일 연방헌법재판소가 BVerfGE 22, 387 (405) 등에서 ‘기존의 절차에서 고려되지 않았던 법률의 일정한 측면이 문제되는 경우 새로운 심사가 허용된다.’라고 판시한 것도<sup>23)</sup> 같은 맥락이라고 하겠다.

그렇다면 후속사건인 2001헌마788 결정의 경우, 법 제23조 제2항 제2호 소정의 선례변경이 “결정주문”이 아닌 “결정이유”에 관한 사항이라는 점 등에 대한 법리적 검토가 충분히 이루어지지 아니한 상태에서 선고된 법리적 혼선사례 중 하나라고 볼 수 있다.<sup>24)</sup>

형에 대하여는 이른바 “양적인 일부위헌결정”을 하게 된다).

한편 규범조문이 구체적 사건(사태)에 적용되는 경우 그 사건(사태)에 관련되어 진행되는 해석과정을 통해 포섭능력이 있는 “사건규범(subnorm; fallnorm)”으로 구체화된다. “사건규범”의 경우 “규범조문”의 문구 중 일부를 떼어냄으로써 분리될 수 없기 때문에(당해 사건의 사실관계와 법적 쟁점 등을 빠짐없이 적시하지 않는 이상, 일정한 문구로써 특정하기 어렵다), 1개의 규범조문은 그에 의하여 규율되어야 할 다양한 사태를 규율하는 수많은 사건규범들을 포함하는 사건규범들의 묶음(다발)을 의미한다는 것이다. 특히 “질적인 일부위헌결정”의 결정주문에 일정한 문구로 특정하여 기재되는 한정적인 규범내용도 사건규범 자체를 기재한 것으로 볼 수는 없으며, 단지 해당 사건규범을 포함하는 취지로 유형적으로 정리된 것으로서, 법전에 기재된 법률조항에 비해서는 그 규율범위가 상대적으로 좁지만 사건규범에 비해서는 여전히 그 규율범위가 상대적으로 넓은 규범내용이 될 수밖에 없다는 점을 주의할 필요가 있다.

좀 더 상세한 내용은 줄고, 우리 위헌법률심판절차 등의 심판대상(심사범위), 헌법실무연구 제4권 (2003), 박영사 504-598면(이하, ②논문이라고 한다) 중 518-519면 등 참조.

- 23) 최희수, 법률의 위헌결정의 효력에 관한 연구 - 소송법적 효력을 중심으로 -, 고려대학교 대학원 박사학위논문 (2001) 74-75면에서 재인용하였다.
- 24) 헌법 제7조 제2항과 헌법 제25조는 모두 공무원의 지위에 관련된 헌법규정이라는 유사성을 가지고 있기 때문에, 견해에 따라서는 2001헌마788사건에 관련하여 재판부는 선행사건인 89헌마220 결정이유에 기재되었던 다양한 법적 쟁점에 대해서도

(2) 심리방식 및 심사범위 등과 같은 절차적 사항과 결정이유의 형성 위에서 살펴본 89헌마220 결정이유와 2001헌마788 결정이유를 비교·분석해 보면, 선행사건의 경우 심판대상 법률조항이 헌법 제7조 제2항에 위배된다는 당사자의 주장에 대하여 심리한 다음 합헌판단을 한 것이고, 후속 사건에서는 헌법 제25조 위반의 주장에 대하여 심리한 다음 위헌결정을 한 것으로 볼 수 있는바, 이를 통하여 우리 위헌법률심판절차의 심사범위 및 심리방식 등이 그 결정이유의 구체적 형성과정 및 선례변경에 직접적으로 영향을 미친다는 점을 실증적으로 확인할 수 있다. 아래에서는 이론적인 측면에 대하여 좀 더 살펴본다.<sup>25)</sup>

(가) 우리 위헌법률심판절차의 심사범위 및 심리방식 등에 관한 견해의 대립 등

1) 우리 헌법재판소가 위헌법률심판을 함에 있어서 사건규범(subnorm)은 그 결정주문에 표시될 수 없고, 규범조문(normtext)만이 결정주문에 표시될 수 있다는 점에 관해서는 異說이 없다. 구체적인 사건에 대한 포섭을 전제로 하는 사건규범의 경우 당해 사건의 사실관계 및 법적 쟁점 등을 빠짐없이 결정주문에 적시하지 않는 이상, 이를 일정한 문구로써 결정주문에 특정하기 어렵기 때문이다.<sup>26)</sup>

---

심리·판단해야 할 필요성이 있었다고 볼 여지가 있다(아래에서 보는 바와 같이 당해 사건의 해결에 필요한 범위에 속하는 법적 쟁점에 대한 심리·판단은 재판부의 직권으로 할 수도 있다). 그렇지만, 만일 2001헌마788 결정취지가 선행사건인 89헌마220 결정에서 이루어진 공무원의 신분보장에 관한 헌법 제7조 제2항에 대한 유권해석을 변경하기 위한 것이었다면, 최소한 후속사건의 결정이유에 헌법 제7조 제2항을 적시한 다음 그 헌법규정의 해석 및 변경 등에 관련된 구체적인 논증을 했어야 함에도 불구하고, 2001헌마788 결정이유에는 89헌마220 결정을 변경한다는 결론만 기재되어 있고 헌법해석 및 그 변경에 관해서는 명시적인 논증이 기재되어 있지 않기 때문에 법리적으로 문제가 있다는 것이다.

25) 이에 관한 실증적인 측면에 대해서는 아래 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바5 결정, 헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16 결정 등에 관한 부분에서 다시 검토하기로 한다.

26) 사건규범(subnorm)을 특정하기 위해서는 당해 사건의 사실관계 및 법적 쟁점을 토대로 하여 “유형화된 사실관계에 대한 구체적인 법적용체계” 등을 정리해야 하는데, 그 유형을 어느 정도 세분할 것인지, 위헌성심사에 관련된 본질적 내용을 어떻게 추출할 것인지 등에 대하여 실무적으로 상당한 논란이 발생할 수밖에 없다는 점은 아래 미국 제도에 관한 설명[특히 Craig v. Boren 429 U.S. 190 (1976)에 관

2) 일부에서는 위헌법률심판절차의 결정주문에 표시될 수 있는 “규범조문” 전체의 위헌 여부가 그 본안심리과정에서 실질적인 “심판대상(심사범위)”이 되는 것이고<sup>27)</sup> 나아가 헌법재판소는 직권으로 규범조문의 다양한 효과 중에서 당사자가 주장하지 아니한 위헌성 측면에 대해서까지 포괄적·망라적으로 심리·판단을 해야 하는 의무를 부담한다고 주장한다(의무적 직권심리주의).<sup>28)</sup>

3) 그러나 ㉞ 우리 위헌법률심판절차는 구체적 규범통제방식을 취하고 있기 때문에 그 본안심리의 심사범위는 당해 사건에 관련된 사건규범의 위헌 여부에 한정되는 것이고, 따라서 어떤 법률조항의 위헌성 여부를 심리·판단하였다는 것이 그 규범조문의 모든 법률효과에 대하여 전면적·포괄적으로 심사한 것으로 볼 수 없으며,<sup>29)30)</sup> ㉟ 한편 법 제40조가 전반적으

한 부분] 참조.

27) 이러한 주장은 ㉠ 비록 당사자가 “규범조문(전체집합)” 중 “당해 사건의 사건규범의 범위를 초과한 나머지 규범부분(여집합)”에 대해서만 위헌제청신청을 하는 경우 이에 대하여 독립적으로 본안판단을 할 수 없지만, ㉡ 일단 당사자가 “당해 사건의 사건규범”에 대해서 적법한 위헌제청신청 등을 하였다고 볼 수 있는 경우, 그 본안판단의 “심판대상(심사범위)”은 “사건규범”의 위헌여부에 한정되지 않고 “규범조문” 전체의 위헌 여부로 확대되기 때문에, (신청인들이 독립적으로 위헌제청신청 등을 할 수 없는) “당해 사건의 사건규범의 범위를 초과한 나머지 규범부분(여집합)”에 대해서까지 한꺼번에 전면적으로 위헌성 심사를 해야 한다는 취지이다.

28) 전계 ㉢논문에 대한 정태호 교수의 지정토론문(575-580면) 참조. 그러나 이러한 견해는 사법기관에게 부적법한 주장부분에 대해서까지 심리·판단해야 하는 의무 등이 부과된다는 취지이기 때문에, 이론적·실무적으로 이를 수용하기 어렵다고 본다.

29) 이는 ㉠ 구체적 규범통제방식에서 당사자가 위헌제청신청 등을 할 수 있는 “사건규범”의 위헌여부에 관한 주장만이 적법요건심사를 통과할 수 있고, ㉡ 위 ㉠과 같이 적법요건심사를 통과한 “사건규범(규범조문의 일부분)”의 위헌 여부에 한정하여 우리 헌법재판소가 삼단논법에 의한 본안판단을 할 수 있다는 취지로서, 이는 심판주체의 심판대상(심사범위)이 신청인의 신청한 사항으로 제한된다는 신청주의의 일반원칙에 완전히 부합하는 것이다.

다만, 위와 같은 “사건규범”은 일정한 문구로써 특정하기 어렵기 때문에, [(1) 삼단논법에 의한 결론이 나오고, (2) 주문의 효력범위, 변형결정 여부 등에 대한 최종적 결정을 한 다음에] 결정주문에 표시되는 내용은 “규범조문”이 될 수밖에 없고, 같은 맥락에서 본안판단의 심사대상(심사범위)은 결정주문에 표시되는 “규범조문(전체집합)의 일부분”의 위헌 여부에 한정되기 때문에, 양자 사이에는 항상 일정한 간격(여집합)이 존재하며(상세한 내용은 전계 ㉢논문 중 518-527면 참조), 규범조문(전체집합)의 모든 법률효과를 소멸시키는 위헌결정의 경우(일반적 효력) 항상

로 “변론주의를 원칙으로 한 민사소송에 관한 법령” 등을 준용한다는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 사건규범이 가지는 여러 법률효과 중에서도 헌법재판소는 “변론주의”를 토대로 하여 당해 사건에서 제기된 위헌적인 측면에 대해서만 심리·판단하는 것을 원칙으로 한다고 볼 수 있다.<sup>31)</sup> 다만 위헌법률심판절차가 원칙적으로 변론주의를 토대로 진행된다는 것이 헌법재판소에서 당해 사건의 해결에 필요한 범위에 속하는 법적 쟁점에 대하여 직권으로 조사하거나 판단할 수 있는 권한이 없다는 것을 의미하는 것은 아니라는 점을 유의해야 한다. 전형적인 변론주의절차인 민사소송에서도 “재판의 결과에 영향을 미치는 법적 문제”에 대해서는 재판부가 직권으로 판단할 수 있기 때문이다. 따라서 우리 위헌법률심판절차가 변론주의를 토대로 하고 있다는 것은, 그 심리과정에서 당사자 등으로부터 제기되지 아니한 주장에 대해서 재판부가 심리·판단할 의무가 없으며 또한 주장제기가 되지도 아니하고 해당 재판의 결론에 영향을 미치지도 아니하는 사항에 대해서 직권판단을 하는 것은 허용되지 않는다는 의미일 뿐이다.<sup>32)</sup>

(나) 독일 위헌법률심판절차의 심리방식과의 비교검토

1) 신청주의에 따른 기본적 주장·입증책임

우리 나라는 헌법재판절차에 관련하여 사법작용에 일반적으로 적용되는 “신청주의(Antragsprinzip)”를 채택하고 있으므로,<sup>33)</sup> 그 절차를 개시하고자 하는 신청인 등에게 기본적 주장·입증책임이 있다고 볼 수 있다. 비록 신

“과잉규범소거현상”을 야기하게 된다(상세한 내용은 전계 ②논문 중 545-548면 참조).

30) 위 ㉔요건의 경우 헌법 제107조 제1항이 당해 사건에서 해당 법률의 위헌 여부가 “재판의 전제”가 될 것을 요구하고 있고, 헌법소원사건에서도 추상적 규범통제가 이루어지지 아니하도록 청구인에게 “자기관련성”, “권리보호이익”, “직접성”, “현재성” 등과 같은 적법요건을 구비할 것을 요구하고 있는 이상, 헌법 및 법률적 차원에서 엄격하게 준수되어야 하는 요건이라고 하겠다.

31) 한편 ㉕요건에서 살펴본 “변론주의”의 경우 아래에서 보는 바와 같이 입법자가 정책적으로 채택한 것이다.

32) 좀 더 상세한 내용은 전계 ② 논문 중 508-509면, 527-542면 등 참조.

33) 이는 헌법재판소가 직권으로 절차를 개시할 수 없다는 의미이다. 헌법재판소, 제1개정판 헌법재판실무제요 (2003) 108면 참조.

청인 등에게 어느 정도의 주장·입증책임을 부과할 것인지 여부에 대하여는 논란이 있을 수 있겠지만, 예컨대 법 제68조 제2항의 헌법소원청구를 하면서 그 청구서에 법 제71조 제2항, 제43조 제4호의 규정에 따라서 심판대상 법률이 위헌이라고 해석되는 이유를 구체적으로 적시하지 아니한 경우 그 청구를 각하해야 한다는 판례나,<sup>34)35)</sup> 헌법소원의 대상이 되는 “공권력 행사의 존재” 자체를 인정할 수 없는 경우 법 제68조 제1항의 헌법소원 심판청구가 부적법하다는 판례<sup>36)</sup> 등은 위와 같은 신청주의의 일반원칙이 헌법재판절차에 그대로 적용된다는 점을 당연한 전제로 하고 있다.<sup>37)</sup>

34) 헌재 1998. 9. 30. 98헌바 3 결정에서는 ‘법 제68조 제2항 소정의 헌법소원청구에 관하여, 그 심판청구서의 기재내용을 청구인에게 유리하게 선해(善解)하더라도 청구인이 법 제71조 제2항, 제43조 제4호의 규정에 따라서 심판대상 법률조항의 구체적 위헌성을 주장하였다고 보기 어려운 경우, 이러한 청구는 부적법하다.’라고 판시하였다(동지 헌재 2005. 2. 3. 2003헌바75 결정 등 참조).

35) 구체적인 위헌성 주장을 포함하지 않고 있는 헌법소원심판청구는 부적법하다는 것은 법 제68조 제1항 소정의 헌법소원심판청구의 경우에도 동일하다. 위 헌법재판 실무제요 195년에는 법 제68조 제1항 소정의 헌법소원심판청구의 적법요건에 관련하여, ‘법 제68조 제1항의 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”는 “헌법상 보장된 기본권을 침해받았다고 주장하는 자”로 해석하여야 하며, 소원청구인은 자신의 기본권에 대한 공권력주체의 제한행위가 위헌적인 것임을 어느 정도 구체적으로 주장하여야 한다. 그러므로 소원청구인이 기본권침해의 가능성을 확인할 수 있을 정도의 구체적 주장을 하지 않고 막연한 주장만을 하는 경우에는 그 소원청구는 부적법한 것이 될 것이다.’라고 기재되어 있다.

36) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마543 결정 참조.

37) 좁은 의미에서 변론주의(Verhandlungsgrundsatz)와 직권탐지주의(Untersuchungsgrundsatz)의 대립을 오로지 사실관계의 형성에 관한 문제로 한정적으로 파악하는 독일식 관점에 의하면[선정원, 행정소송상 사실해명과 그 한계 - 직권심리주의에 관한 일고찰 -, 서울대학교 대학원 박사학위논문 (1995) 중 21면, 50-51면 등 참조], 본문에 기재된 ㉠ 기본적 주장책임은 처분권주의(Dispositionsgrundsatz)의 요청에 따라서 당사자에게 부과되는 소송물특정에 관한 진술의무를 해태하였기 때문에 재판부가 더 이상의 사실조사 없이 해당 청구를 부적법 각하하는 것으로 볼 수 있고(전계논문 293-297면 등), ㉡ 기본적 입증책임은(주관적 입증책임이 아니라) 객관적 입증책임(증거조사의 결과 증명불명이라고 판단되는 경우 불이익한 재판을 받게 되는 객관적 위험)에 관한 것으로서 처분권주의에 관련되는 것이라고 파악할 수 있을 것이다(전계논문 20면, 38-41면, 164-165면 등 참조). 다만 독일에서도 행정소송에 관하여 처분권주의에 관한 사항(예컨대, 소송물의 구체화에 관한 사항)과 직권탐지주의에 관한 사항(예컨대, 사실관계주장)을 구분하는 것이 어렵다는 점을 인정하고 있다고 한다(전계논문 297면 참조).  
위에서 본 바와 같이 이 논문에서는 “변론주의”를 좁은 의미가 아니라 ㉠ 재판부

한편 독일 연방헌법재판소법 중 일반소송절차규정에 관한 제2부에 규정된 제23조(소송절차의 개시) 제1항은 '소송절차를 개시하는 신청은 서면으로 연방헌법재판소에 제출하여야 한다. 신청은 그 이유가 소명되어야 하고, 필요한 증거방법이 제시되어야 한다.'라고 규정하고, 제24조(청구배척)는 '부적법하거나 명백히 이유 없는 신청은 재판소의 전원일치의 결정으로 배척할 수 있다. 그 결정은 그 신청의 적법성 또는 이유에 관하여 [재판소가] 청구인에게 미리 이의를 제기한 경우에는 위 이유 이외에 별도의 이유를 필요로 하지 아니한다.'라고 규정하고 있다. 위헌법률심판제청을 하는 제청법원에게 심사대상이 된 규범의 위헌성에 관하여 상세하게 기술해야 하는 의무를 부과하고 있는 독일 연방헌법재판소 판례에<sup>38)</sup> 비추어 볼 때, 위와

가 심리과정에서 당사자 등으로부터 제기된 법적·사실적 주장에 대응하여 심리·판단하는 것을 원칙으로 하고, ㉠ 예외적으로 당해 사건의 해결에 필요한 범위에 속하는 쟁점에 대하여 직권으로 심리·판단하는 권한을 행사할 수 있는 심리방식으로 규정하여 사용하고 있는데, 이는 실무적으로 “신청주의”와 “변론주의”가 밀접하게 연관될 수밖에 없다는 점, 또한 당사자가 제기한 주장의 내용이 사실에 관한 것인지 아니면 법적 쟁점에 관한 것인지 여부와 관계없이 재판부가 이에 대응하는 방식으로 심리·판단한다는 것 자체가 절차적으로 매우 중요하다는 점 등을 고려한 것이다.

38) Klaus Schlaich (정태호 번역), 독일연방헌법재판소 - 지위·절차·재판 -, 헌법재판소 (1999) 중 107-109면 (단락번호 138-140) 등에는, 『구체적인 당해 소송에서의 재판이 법률의 유효 여부에 좌우되어야 한다(이른바 재판의 전제성). 기본법 제100조 제1항 제1문은 이를 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “그 유효 여부에 따라 재판을 좌우하는 법률 …”. 그러므로 당해 소송에서의 재판상황이 이 소송에서 규범통제에 이를 수 있는지 여부를 규정한다. 제청법원은 스스로 재판의 전제성을 주장하여야 한다(연방헌법재판소법 제80조 제2항). 그리고 제청결정은 그 자체로서 이해될 수 있어야 하며 또 사실관계와 법적 근거들(Erwägungen)을 빠짐없이 기술하여야 한다(BVerfGE 64, 192 (200f.); 65, 237 (244); 65, 265 (277); 65, 308 (315); 70, 219 (228); 75, 40 (55); 93, 373 (376). 연방헌법재판소는 제청법원에게 부과된 강화된 요건을 다음과 같이 요약하였다: “제청결정은 소송기록을 보지 않고도 그 결정 자체로부터 제청법원이 위헌으로 본 규정이 어떤 근거로 당해소송의 재판에 전제성이 있다고 보는지를 인식할 수 있도록 하여야 한다. 그런데 규범은, 종국재판이 위헌인 것으로 주장된 법률의 유효 여부에 좌우되는 경우에만 재판의 전제성이 있다. 제청결정에서는 제청법원이 그 규율이 유효한 경우에는 그것이 무효인 경우와는 다른 결론에 이르게 된다는 것이 충분히 명확하게 드러나야 한다. 나아가 제청결정에서 제청법원은 심사기준이 되는 헌법(규정들)을 언급하여야 하며, 심사대상이 된 규범의 위헌성에 대한 제청법원의 확신을 상세히 기술하여야 한다. 제청결정에서 제청법원은 법적 상황을 상세하게 언급하여야 한다. 제청법원



같은 법률규정은 독일 헌법재판절차에서도 신청인 등에게 기본적 주장·입증책임이 부과된다는 점, 신청인 등이 제기한 다양한 주장들 중에서 부적법한 주장부분에 대해서는 헌법재판소가 본격적인 심리·판단을 할 필요가 없다는 점 등을 규정한 것으로서, 헌법재판절차에 관하여 우리의 경우와 유사하게 신청주의원칙 등을 취하고 있음을 확인할 수 있다.

2) 헌법재판소의 재판절차에 관한 법원

가) 우리 나라의 경우

현행법 체계에 비추어 볼 때, 위헌법률심판의 절차적 사항에 관한 법원은 헌법,<sup>39)</sup> 법률 및 헌법재판소 규칙 등으로 파악할 수 있다. 따라서 법률의 위헌결정이나 헌법소원에 관한 인용결정 등에 관한 결정정족수에 대해서는 명문의 헌법규정이 존재하기 때문에 이를 입법자가 임의로 증감할 수 없지

---

은 이와 관련하여 문헌 및 판례에 전개되어 있고 또 위헌제정된 규범의 해석에 의미가 있는 법적 견해들을 고려하여야 한다.(BVerfGE 79, 240 (243f.). 중국재판이라는 관점에 대하여 상세한 것은 BVerfGE 85, 337 (343f.).” 이는 법원에게는 종종 힘든 일이 될 것이다. 그러나 연방헌법재판소는 적법요건을 위와 같이 명확히 함으로써 제청문제에 대하여 답하거나 이 문제를 무시해 버릴 수 있는 탄력적인 도구를 마련하였다. 연방헌법재판소는 위헌제청을 어렵게 만들고 이로써 이를 제한하려는 의사를 가지고 있다는 인상을 주고 있다. 『어떤 법률을 위헌으로 보는 법관은, 전적으로 법률의 유효·무효에 따라 상이한 결론에 이르게 되는지 그리고 그에 따라 제청을 할 수 있는지 여부를 확인하기 위해서만, 경우에 따라서는 많은 시간을 들여 그리고 번잡한 증거조사를 통하여 (위헌으로 본) 당해 법률에 따라 소관사건을 끝까지 생각해 보고 (법률이 유효임을 전제로 하여) 가설적으로 재판해 보아야 한다[BVerfGE 330 (335); 42, 42 (50); 147, 146, (156); 60, 329 (338)]. 제청은 제청법원이 제청의 방식으로 증거조사만을 절감하려고 하는 경우에는 부적법하다[BVerfGE 63, 1 (22)].』 라고 기재되어 있는데, 이는 연방헌법재판소가 제청법원에 대하여 신청주의의 일반원칙에 따라서 해당 법률의 위헌성 및 재판의 전제성 등에 관한 구체적 주장 및 근거를 제시할 책임을 부과하고 있다는 취지로 볼 수 있다.

39) 우리 헌법은 위헌법률심판의 절차 등에 관하여, ‘법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다(제107조 제1항). 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(제113조 제1항). 헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(제113조 제2항). 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다(제113조 제3항).’라고 규정하고 있다.

만, 위헌법률심판절차의 심리방식 등과 같이 이를 규율하는 헌법규정이 존재하지 않는 영역에 관해서는 변론주의를 채택할 것인지, 아니면 일정한 범위 내에서 직권주의적 성격을 가미할 것인지 여부를 입법자가 법률제정을 통하여 결정할 수 있는 것이다. 그런데 “변론주의를 원칙으로 한 민사소송에 관한 법령”을 준용하고 있는 법 제40조 등에 비추어 보면,<sup>40)</sup> 우리 위헌법률심판절차의 경우 원칙적으로 변론주의를 토대로 하고 있다고 보아야 한다.<sup>41)42)</sup>

나) 독일의 경우

한편 일부에서는 독일 연방헌법재판소가 그 심리과정에서 제기되지 아니한 위헌성 주장에 대해서도 포괄적·망라적으로 심리·판단할 의무를 부담하

40) 우리 법의 경우 구체적인 심리방식에 관하여 상세한 규정을 하지 않고, 법 제40조(준용규정)에서, “① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다. ② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

41) 헌법소원절차에 준용되는 행정소송의 경우에도 원칙적으로 변론주의가 적용되고, 직권심리주의는 이를 보충하는 의미만을 가진다는 것이 우리 대법원의 일관된 입장이다[이른바 “변론주의보충설”에 관해서는 주석 행정소송법, 박영사 (2004) 720-726면(김치중 변호사 집필부분) 등 참조]. 즉 행정소송법 제26조(직권심리)에서 ‘법원은 필요하다고 인정할 때에는 직권으로 증거조사를 할 수 있고, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 대하여도 판단할 수 있다.’라고 규정하고 있는 등 행정소송에 직권주의적 성격을 가미하고 있지만 여전히 변론주의를 기본구조로 하는 이상 행정처분의 위법을 들어 그 취소를 청구함에 있어서는 직권조사사함을 제외하고는 그 취소를 구하는 자가 위법사유에 해당하는 구체적 사실을 먼저 주장하여야 하고, 법원의 석명권 행사는 당사자의 주장에 모순된 점이 있거나 불완전·불명료한 점이 있을 때에 이를 지적하여 정정·보충할 수 있는 기회를 주고, 계쟁사실에 대한 증거의 제출을 촉구하는 것을 그 내용으로 하는 것이며, 당사자가 주장하지도 아니한 법률효과에 관한 요건사실이나 독립된 공격방어방법을 시사하여 그 제출을 권유함과 같은 행위를 하는 것은 변론주의의 원칙에 위배되는 것으로 석명권 행사의 한계를 일탈하는 것이 된다(대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결, 2001. 10. 23. 선고 99두3423 판결 등 참조). 좀 더 자세한 내용은 서울고등법원, 행정소송실무편람 (2003) 222-254면 참조.

42) 좀 더 상세한 내용은 전제 ②논문 중 505-506면, 508-509면, 527-545면 등 참조.

고 있다는 주장하면서(의무적 직권심리주의), ‘연방헌법재판소는 사실의 인정에 필요한 증거조사를 행한다. 연방헌법재판소는 재판관 1인에게 변론 외에서의 증거조사를 명하거나 다른 법원에 특정 사실과 인에 한정하여 증거조사를 촉탁할 수 있다(제1항). 개개 문서의 증거채택은, 그 문서의 사용이 국가안보에 반하는 경우에는 재판소의 투표수 2/3의 다수[의 찬성]에 의한 결정으로 행하지 아니할 수 있다(제2항).’라고 규정한 독일 연방헌법재판소법 제26조 등을 근거로 제시하는 경우가 있으므로, 이에 대하여 살펴본다.

독일 연방헌법재판소에서는 그 재판진행에 관하여 다른 소송법을 유추하는 방식으로 절차를 규율하고 있는데,<sup>43)</sup> 독일의 일반적인 민사소송은 변론주의를 토대로 심리되고, 행정소송, 형사소송, 가사소송의 경우 직권주의적 성격이 강화되어 있다.<sup>44)</sup> 그 중 행정소송에 대하여 좀 더 살펴보면, 독일 행정재판소법 제86조 제1항은 ‘법원은 직권에 의하여 사실관계를 조사하고, 여기에 당사자를 참여시켜야 한다. 법원은 당사자의 주장과 증거제출에 구속받지 아니한다.’라고 규정하고 있으며,<sup>45)</sup> 이 법률규정에 대한 해석에 관하여 이른바 “순수한 직권탐지주의자”와 “제한적 직권탐지주의자”들 사이에 첨예한 견해의 대립이 있으나,<sup>46)</sup> 현재 연방행정재판소 판례의 지배적 입장은 ‘당사자들이 증거수단을 제출하지 않을 때, 법원이 생각할 수 있는 모든 증거수단을 조사하는 것은 기대할 수 없기 때문에, 법원의 더 이상의 사실해명노력은 필요하지 않다. 당사자의 주장이나 사실관계 자체가 새로운 사실관계의 형성가능성에 관한 원인을 제공할 경우에 비로소 법원의 사실해명 의무가 발생한 것이다.’라는 취지로서, 행정소송에 관하여 “의무적 직권심리주의”를 채택하지 아니하였음을 분명히 밝히고 있다.<sup>47)</sup> 다시 말하면, 독일 행정재판소법 제86조 제1항을 문구 그대로 해석하는 경우 독일

43) Schlaich 전게서 41-43면(단락번호 51-54) 참조.

44) 선정원, 전계논문 32-34면 참조.

45) 선정원, 전계논문 410면 참조.

46) 좀 더 상세한 내용은 선정원, 전계논문 45-58면 참조.

47) 선정원, 전계논문 58-59면.

행정재판소의 경우 그 심리과정에서 제기되지 아니한 쟁점에 대해서까지 직권으로 빠짐없이 심리·판단할 의무를 부담한다고 볼 여지가 있으나, 연방행정재판소는 일관하여 ‘법원은 증거조사의 확실한 가능성이 유발된 때에만 직권탐지주의에 따라서 당사자의 증거신청의 범위를 초과하는 사실해명의무가 법원에 부과된다.’<sup>48)</sup> ‘법원의 사실해명의무는 당사자들의 협력의 무가 개시하는 곳에서 소멸한다.’<sup>49)</sup> 라는 식으로 판시하고 있는 것이다.

독일 행정재판소법 제86조 제1항과 연방헌법재판소법 제26조를 비교·검토하는 경우, 전자의 문구가 훨씬 강한 직권주의를 표현하고 있음에도 불구하고 독일의 행정소송에 관한 지배적 판례는 “의무적 직권심리주의”를 채택할 수 없다는 점을 분명히 하고 있다는 점에 비추어 보면, 후자가 적용되는 독일의 헌법재판절차가 “의무적 직권심리주의”를 토대로 심리되고 있다고 보기는 어렵다.<sup>50)</sup>

독일 연방헌법재판소에서 ‘기존의 절차에서 고려되지 않았던 법률의 일정한 측면이 문제되는 경우 새로운 심사가 허용된다.’라고 판시한 것도 [BVerfGE 22, 387 (405)] 독일의 위헌법률심판절차가 원칙적으로 해당 심리과정에서 제기된 주장들에 대응하여 판단하는 방식으로 진행되고 있음을 전제로 하는 경우에 비로소 이해할 수 있는 것이다. 그리고 ‘연방헌법재판소는 그 실제법적 심사를, 적법한 헌법소원에서 주장된 기본권침해가 존재하는지 여부의 조사에 국한시키지 않는다. 오히려 동 재판소는, 문제의 규범이 헌법적으로 문제가 없는지의 여부를 고려할 수 있는 모든 헌법적 관점에서 심사할 수 있다.’라고 판시한 것도[BVerfGE 53, 366 (390); 42, 312 (325f.); 54, 53 (67); 70, 138 (162) 등]<sup>51)</sup> 연방헌법재판소의 경우 당해 사건

48) BVerwGE 16,241 등 참조(선정원 전게논문 59면에서 재인용함).

49) BVerwGE Buchholz 4 B 339/60, 427/3, §339 LAG Nr.118; BVerwG NJW 1964,786,787 등 참조(선정원 전게논문 59면에서 재인용함).

50) Schlaich 전게서 43면(단락번호 55-57)의 경우, 위와 같이 사실인정에 필요한 “증거조사”에 관한 연방헌법재판소법 제26조에 관한 설명부분에서 “직권탐지주의”라는 용어를 사용하고 있을 뿐인데, 위와 같은 법률규정은 당사자가 특정한 주장을 제기하는 등의 방법으로 연방헌법재판소에 대하여 필요성을 유발한 경우 연방헌법재판소가 직권으로 증거조사를 한다는 취지를 규정한 것으로 봄이 상당할 것이다.

의 해결에 필요한 범위에 속하는 법적 쟁점에 대하여 직권으로 조사하거나 판단할 수 있는 권한이 있다는 점을 확인하는 것으로 볼 수 있으며, 이를 근거로 하여 연방헌법재판소가 “의무적 직권심리주의”를 토대로 하여 심리하고 있다고 보기는 어렵다. 당사자 등이 심리과정에서 전혀 제기되지 아니한 논점에 대하여 연방헌법재판소가 직권으로 빠짐없이 심리·판단하는 것은 실무적으로 불가능한 것이기 때문이다.<sup>52)</sup>

3) 소결론

그렇다면 우리 위헌법률심판절차의 경우 원칙적으로 변론주의를 토대로 하고 있다고 볼 수 있고, 헌법재판소가 “의무적 직권심리주의”를 토대로 심리해야 한다는 주장은 이론적으로도 타당하지 않을 뿐만 아니라 현행법 체계에도 부합하지 않는 것으로 판단된다.

2. 동일한 법률조항(normtext)의 위헌 여부에 관하여 순차로 이루어진 헌법재판소의 결정사례에 대한 검토

가. 우리 위헌법률심판절차의 심사범위 및 심리방식 등에 대한 위와 같은 검토를 토대로 하면, 선행사건에서 제기되지 아니하였던 규범조문의 위헌성 측면에 관한 주장이 후속사건에서 비로소 제기되는 경우 선행사건에 관한 결정이유가 후속사건에서 선례가 될 수 없다는 점을 쉽게 이해할 수 있다. 아래에서는 동일한 규범조문(normtext)인 정치자금에 관한 법률(1997. 11. 14. 법률 제5413호로 개정된 것. 이하 “정치자금법”이라 한다) 제30조 제1항의<sup>53)</sup> 위헌 여부에 관하여 순차로 이루어진 헌법재판소의 결정들을 통

51) Schlaich 전게서 152-153면 (단락번호 216, 217)에서 재인용하였다.

52) 독일 행정재판소법 제86조 제1항을 문구 그대로 해석하면 독일에서는 행정재판소가 “의무적 직권심리주의”와 유사한 방식으로 절차를 진행해야 한다는 견해가 타당하다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 독일 행정재판소의 일관된 판례는 위와 같은 견해를 채택하지 않고 있는 점을 분명히 하고 있는바, 사건으로는 재판부가 “의무적 직권심리주의”를 토대로 사건을 심리하는 것은 실무적으로 불가능하다는 점이 위와 같이 확립된 판례의 주요한 원인이라고 생각한다.

53) 정치자금법 제30조 제1항 ‘이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 주거나 받

하여 이 논점에 대한 실무적인 처리내용을 확인하여 본다.

나. 현재 2001. 10. 25. 2000헌바5 결정

(1) 사건의 개요 및 청구인의 주장요지

청구인은 1998. 6. 4. 지방선거에서 정당 후보로 광역시장에 출마하여 당선된 자로서, 친족이 아닌 사람으로부터 선거자금을 교부받음으로써 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 수수하였다는 공소사실로 기소된 다음, 후원회에 관한 정치자금법 제3조 제8호,54) 위반자의 처벌에 관한 정치자금법 제30조 제1항에 의하면 국회의원 및 그 후보자는 개인후원회를 통하여 정치자금을 수수할 수 있지만 청구인과 같은 지방자치단체장 및 그 후보자는 후원회를 통하여 정치자금을 수수할 수 없고, 나아가 무소속 입후보자의 경우 정당을 통한 후원금마저 받을 수 없게 되므로, 위 법률조항들은 헌법 제11조의 평등권 및 헌법 제25조의 공무담임권을 침해하는 것이라고 위헌제청신청을 하였으나 법원이 이를 기각하자 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 결정주문

정치자금법 제3조 제8호, 제30조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

(3) 결정이유요지

(가) 정치자금법 제3조 제8호의 위헌성 주장에 관하여

헌법 제11조 제1항에서 규정한 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합

---

은 자(정당·후원회·법인 기타 단체에 있어서는 그 구성원으로서 당해 위반행위를 한 자를 말한다. 이하 이 항에서 같다)는 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 정치자금을 주거나 받은 자의 관계가 민법 제777조의 규정에 의한 친족인 경우에는 그러하지 아니하다.'

54) 정치자금법 제3조 '이 법에서 사용되는 용어의 정의는 다음과 같다 ... 8. "후원회"라 함은 정당의 중앙당(정당법 제8조의 규정에 의하여 중앙선거관리위원회에 신고된 창당준비위원회를 포함한다. 이하 같다)이나 시·도지부, 지구당·국회의원 또는 국회의원입후보등록을 한 자(이하 "지구당등"이라 한다)에 대한 정치자금의 기부를 목적으로 설립·운영되는 단체로서 관할 선거관리위원회에 등록된 것을 말한다.'

리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아닌 데(헌재 1994. 2. 24. 92헌바43 결정, 1998. 9. 30. 98헌가7등 결정), 국회의 원 및 그 후보자와 지방자치단체장 및 그 후보자를 비교하는 경우 그 지위와 성격 및 기능 등에서 본질적으로 차이가 있으므로, 양자에 대한 차별은 합리적 근거가 있다.

한편 지방자치단체장 후보자들 사이에서는 개인후원회를 둘 수 없다는 점에서는 아무런 차별이 없고, 정당추천 후보자의 경우 정당을 통한 합법적인 정치자금 조달을 보장하고 있으므로 과잉금지원칙에 위배되어 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없다. 다만 정당추천 입후보자와 무소속 입후보자와의 사이에는 정당을 통한 정치자금의 조달에 관하여 차별이 있는 것이 사실이나, 헌법 제8조 등이 정당을 일반결사에 비하여 특별히 두텁게 보호하고 있다는 점에 비추어(헌재 1997. 5. 29. 96헌마85 결정) 이러한 차별은 헌법적으로 정당성을 인정할 수 있다.<sup>55)</sup>

55) 그런데 위 2000헌바5 사건의 사실관계에 의하면, 청구인은 정당을 통하여 정치자금을 조달할 수 있는 “수혜집단”에 속해 있었고, 이러한 혜택이 배제된 “피해집단”에 속해 있었던 것이 아니기 때문에, 청구인은 정치자금법 제3조 제8호 등으로 인하여 어떠한 평등권 침해를 받은 적이 없다. 따라서 (후속사건인 헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16결정의 청구인과 같이 무소속으로 선거에 입후보하였기 때문에 정치자금법의 규정에 의하여 수혜집단에서 배제되었던 사람이 동일한 사유로 평등권 침해 주장을 하는 것은 별론으로 하고) 2000헌바5 사건의 청구인과 같은 정당추천 입후보자가 위와 같은 평등원칙 위배주장을 하는 것은 자신의 법익침해를 이유로 하는 것이 아니기 때문에 “재판의 전제성(주관적 권리보호이익)”이 흠결되는 것이다. 이 논점에 관하여 위 헌법재판실무제요 93면에는 ‘위와 같은 위헌상태를 제거하는 방법이 다른 집단에 대하여도 그 법률이 적용되도록 개정하는 것밖에 없다면 재판의 전제성은 부정하여야 할 것이지만 위헌상태를 제거하는 방법으로 위 제소자를 포함하는 수혜집단에 대하여까지 법률의 적용을 배제하는, 즉 당해 법률을 폐지하는 것이 생각될 수 있다면 재판의 전제성은 인정될 수 있을 것이다.’라는 취지로 설명하고 있으나, 독일 연방헌법재판소의 경우 평등원칙에 위반되는 법률로 인하여 수혜집단에서 배제된 사람이 위헌성을 다투는 당해 사건에 관해서는 위 법률의 위헌성이 당해 재판의 전제가 된다고 인정하면서도[BVerfGE 17, 210 (215f.) 등], 법률의 위헌성을 다투는 당사자가 평등원칙에 위반된 법률에 의하여 수혜집단에서 배제되는 사람이 아닌 경우, ‘법관이 법적 분쟁에서, 입법자가 급부의 제공에 관련하여 소송당사자가 아닌 다른 사람을 부당하게 무시하였다는 점만을 비난할 수 있는 경우에는 규범의 그와 같은 헌법불합치성이 당해 소송에 관하여 “관건적 의

(나) 정치자금법 제30조 제1항에 관하여

위와 같이 정치자금법 제3조 제8호가 헌법상 평등원칙에 위배되거나 공무담임권을 침해한다고 볼 수 없는바, 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 결정은 그 범죄의 죄질과 보호법익의 성격, 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법 감정, 그리고 그 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분이라고 할 것이므로(헌재 1997. 8. 21. 93헌바60 결정), 이 법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 주거나 받은 자를 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 법 제30조 제1항은 입법자의 입법형성의 범위내의 제한이라 할 것이어서 헌법에 위반되지 않는다.

다. 헌재 2004. 6. 24. 2004헌바16 결정

(1) 사건의 개요 및 청구인의 주장요지

청구인은 2002. 8. 8. 실시된 국회의원 보궐선거에 무소속으로 입후보하였다가 그 후원회 등록 전에 정치자금을 받았다는 이유로 기소된 다음, 그 공소사실에 적용된 정치자금법 제30조 제1항 중 ① “이 법에 정하지 않은 방법” 부분은 지극히 애매한 표현으로 되어 있어 죄형법정주의(명확성의

---

미”를 가지지 않는다.’라는 이유를 들어서 재판의 전제성을 부인하고 있다는 점 [BVerfGE 66, 100 (105, 106), BVerfGE 67, 239 (243) 등 참조] 등에 비추어 볼 때, 위 헌법재판실무제요의 기재는 “재판의 전제성” 요건에 관하여 오해를 야기할 소지가 있는 내용으로 판단된다(좀 더 상세한 내용은 전계 ②논문 513-514면 참조).

그러므로 2000헌바5사건에서 무소속 입후보자를 정당추천 입후보자에 비하여 차별한다는 청구인의 주장부분은 “재판의 전제성”이 흠결된 것으로서 그 주장 자체로 배척되어야 할 것임에도 불구하고, 위 결정이유에서 이에 대해 실질적인 본안판단을 한 것은 절차적으로 불필요한 판단을 한 것으로 보인다[이 부분의 실시내용은 “放論(dicta)”에 해당하기 때문에 엄밀한 의미에서 “先例(precedent)”라고 보기 어렵다].



원칙)에 위배되고, ② 포괄적·선언적 규정인 정치자금법 제2조 제1항을 위반하는 것이 구체적 금지규정인 정치자금법 제5조, 제6조 위반의 경우보다 더 중하게 처벌되는 것은 평등원칙에 반한다는 이유로 위헌여부심판의 제청을 신청하였으나 법원이 이를 기각하자 헌법소원심판청구를 하였다.

(2) 결정주문

정치자금법 제30조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

(3) 결정이유요지

(가) “이 법에 의하지 아니한 방법” 부분에 대한 판단

헌법재판소는 ‘형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 형식적 의미의 법률로 명확하게 규정되어야 하며(명확성의 원칙), 만약 범죄의 구성요건에 관한 규정이 지나치게 추상적이거나 모호하여 그 내용과 적용범위가 과도하게 광범위하거나 불명확한 경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의의 원칙에 위배된다(헌재 1995. 9. 28. 93헌마50 결정 등).’라고 판시하여 이러한 위헌성 주장에 대한 판단 기준을 제시하여 왔는데, 개별 형벌법규가 전부 독자적으로 구성요건을 정하도록 하는 것은 불가능하거나 현저히 곤란한 것이므로 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없다(헌재 1996. 12. 26. 93헌마65 결정 참조).

위와 같은 심사기준에 의하는 경우, 정치자금법 제30조 제1항 중 “이 법에 의하지 아니하는 방법” 부분에서 규율하고자 하는 내용이 불명료하여 자의적으로 해석될 여지가 있다고 볼 수 없기 때문에 명확성의 원칙에 위배되지 않는다.

(나) “3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금” 부분에 대한 판단

1) 청구인은 포괄적 금지규정을 위반한 자를 개별적 구성요건을 위반한 자보다 중하게 처벌하는 것은 평등원칙에 반한다는 주장을 한다.

2) 그런데 헌법재판소는 위와 같이 법정형이 과잉처벌인가 하는 문제에 관하여 2001. 10. 25. 2000헌바5 사건에서 이미 다음과 같이 판시한

바 있다.

『어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 결정은 그 범죄의 죄질과 보호법익의 성격, 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법 감정, 그리고 그 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법 재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야라고 할 것이므로(헌재 1997. 8. 21. 93헌바60결정), 정치자금법에 정하지 아니한 방법으로 정치자금을 주거나 받은 자를 3년 이하의 징역 또는 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는 정치자금법 제30조 제1항은 입법자의 입법형성의 범위내의 제한이라 할 것이어서 헌법에 위반되지 않는다고 할 것이다.』

3) 그 당시에는 청구인이 주장하는 바와 같이, 정치자금법의 다른 개별적 구성요건 위반의 경우에 대비한 정치자금법 제30조 제1항의 불균형의 문제가 판단되지 아니하였으므로, 이 부분에 대해서 살펴본다.<sup>56)</sup>

우선, 개별적 구성요건을 위반한 집단과 포괄적 금지규정을 위반한 집단이 하나의 집단 안에 포섭될 수 있는 것은 아니다. 즉, 개별적 구성요건 위반과 포괄적 금지규정 위반은 그 불법의 실질이 전혀 다르다. 그러므로, ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 처우하여야 한다는 헌법상 평등원칙에 있어서, ‘같은 것을 다르게’ 처우하는 문제는 없다.

나아가 포괄적 금지규정을 위반한 불법이 가벼움에도 불구하고 그 형벌이 더 중하다고 볼 수도 없고, 구체적 사건에서 법관에 의해 불법의 정도에 적합한 형이 정해질 수 있어 청구인이 지적하는 바와 같은 양형의 불균형 문제는 생기지 아니하기 때문에, 정치자금법 제30조 제1항의 법정형이 개별적 구성요건을 위반한 경우와 비교하여 형벌체계상 균형을 잃었다고 볼 수 없으므로, 결국 평등원칙에 위반되지 아니한다.

56) 2004헌바16결정이유 중 이 부분 설시는 2000헌바5 결정이 “선례”가 되지 않는 영역을 분명하게 적시한 것으로 볼 수 있다.

라. 변론주의 및 사건규범에 의하여 제한되는 위헌법률심판절차의  
심사범위

(1) 위에서 본 바와 같이 2000헌바5 결정과 2004헌바16 결정은 동일한 정치자금법 제30조 제1항(normtext)의 위헌여부에 관하여 심리·판단한 것인데, 후속사건의 경우 정치자금법 제30조 제1항의 여러 법률효과 중에서 선행사건에서 심리되지 않았던 측면(즉, 정치자금법의 다른 개별적 구성요건 위반의 경우에 대비한 불균형의 문제)에 대해서 새로운 심사를 하면서, 선행사건의 결정이유에 명시되지 아니한 부분은 선례가 될 수 없다는 점을 분명하게 밝혔다.<sup>57)</sup>

(2) 헌법재판소가 “의무적 직권심리주의”를 토대로 위헌법률심판절차를 심리해야 한다는 견해에 의하면, 선행사건인 2000헌바5 결정은 명백하게 잘못된 결정으로 볼 수 있다. 2000헌바5 사건의 청구인이 정치자금법의 다른 개별적 구성요건 위반의 경우에 대비한 불균형의 문제를 제기하였는지 여부와 관계없이 헌법재판소에서는 당연히 이러한 위헌성 측면에 대해서 까지 직권으로 심리·판단해야 할 의무가 있음에도 불구하고, 이러한 의무를 위반하였다고 보아야 하기 때문이다. 그러나 현행법 체계상 우리 위헌법률심판절차는 원칙적으로 “변론주의”를 토대로 하고 있고, 당사자 등이 전혀 제기하지 아니한 위헌성 문제에 관하여 헌법재판소가 빠짐없이 심리·판단하는 것은 사실상 불가능하므로,<sup>58)</sup> 청구인의 주장에 대응하는 방

57) 한편 위 각 결정이유들을 살펴보면, 심판대상 법률이 전혀 상이한 헌법재판소의 결정사례들을 선례로 인용하고 있음을 알 수 있는데, 이는 위헌법률심판절차의 심사기준이 되는 “헌법해석”에 관한 결정이유가 후속사건에서 선례가 될 수 있는지 여부는 심판대상 법률의 동일성 여부와 아무런 관계가 없음을 잘 보여주는 것이다. 이 논점에 대해서는 아래에서 다시 살펴본다.

58) 2000헌바5 사건의 청구인도 정치자금법 제30조 제1항이 헌법 제11조 소정의 평등 원칙에 위배된다는 주장을 하였고, 2004헌바16 사건의 청구인도 위 법률조항이 평등원칙에 위배된다고 주장하였다는 점에 비추어 보면, 두 사건에서 제기된 주장은 “특정 규범조문(normtext)이 동일한 헌법규정에 위배된다는 내용이라는 공통점”까지 공유하고 있다. 그럼에도 불구하고 위에서 본 바와 같이 두 사건의 주장내용이 동일하다고 볼 수 없고 같은 맥락에서 선행사건의 결정이유에서 판단되지 아니한 부분은 후속사건의 선례가 될 수 없는 것이다.

식으로 결정이유를 설시한 선행결정에는 아무런 잘못이 없는 것이다.

(3) 한편, 당사자들은 자신들의 이해관계가 걸려 있는 당해 사건의 해결에 필요한 범위 내에서(당해 사건의 재판의 전제성 요건 등이 충족되는 범위 내에서) 심판대상 법률의 위헌성 주장을 하는 것이 일반적이다. 따라서 변론주의를 토대로 한 우리 위헌법률심판절차에 관한 결정이유들을 살펴보면, 대부분 당사자가 주장하는 “사건규범”의 위헌성 측면에 대하여 심리·판단하는 방식으로 형성되고 있음을 확인할 수 있다.<sup>59)</sup> 그렇지만, 예외적으로 당사자들이 “재판의 전제성” 요건이 흠결된 주장을 함부로 제기하는 경우도 있는데, 위와 같이 법리적으로 잘못된 주장을 헌법재판소에서 제대로 선별하지 못하고 막연히 이에 대응하는 식으로 심리·판단하게 되면, ① 당해 사건에 적용되는 “규범조문”의 범위에서조차 이탈한 심판대상에 대하여 본안판단을 하거나,<sup>60)</sup> ② “재판의 전제성(주관적 관리보호이익)”이 흠결

그런데 위 89헌마220 결정과 2001헌마788 결정에서 살펴 본 바와 같이 후속사건의 당사자는 특정 규범조문이 (선행사건에서 문제가 되었던 헌법규정과 대비하여) 전혀 다른 헌법규정에 위반된다는 주장을 할 수도 있음은 분명하다. 위와 같이 다양한 형태의 위헌성 주장이 제기될 가능성까지 고려한다면, 헌법재판소에서 특정 규범조문이 내포할 수 있는 모든 유형의 위헌성 측면을 (당사자의 주장과 관계없이) 미리 예측하여 이에 대하여 빠짐없이 심리·판단하는 것은 불가능하다고 볼 수밖에 없다.

59) 우리 헌법재판소에서 이루어진 대부분의 결정의 경우 당해 사건에 나타난 사실관계가 “규범조문”이 규율하는 전형적인 사실관계이기 때문에, 위와 같이 “사건규범”을 토대로 하여 변론주의에 따라서 위헌법률심판절차를 진행하는 것만으로도 의견상 “규범조문”의 모든 측면(다시 말하면, 모든 사건규범들의 다발)에 대한 빠짐없이 포괄적·망라적으로 위헌성 심사를 하는 것처럼 보이기도 하지만, 이는 일종의 착시현상이다. 이에 관한 좀 더 상세한 설명은 전제 ②논문 중 532-542면 참조.

60) 이러한 사례로는 현재 2002. 10. 31. 2000헌가12 결정(음반·비디오물및게임물에관한법률 제24조 제3항 제4호 중 게임물에 관한 규정부분 위헌제청사건)을 예시할 수 있다. 위 결정이유에 나타난 다수의견 및 소수의견의 일치된 사실인정에 따르면, 위 규정부분 중 “폐기”에 관련된 문화관광부 장관의 “이 사건 지시”의 경우 행정기관 상호간의 내부적 행위(혹은 소송당사자에게 법적 효력을 발생시키지 아니하는 행위)로서 행정소송법 소정의 “처분성”을 인정할 수 없기 때문에 “이 사건 지시” 중 “폐기”에 관련된 부분의 위법성을 다투는 행정소송은 “폐기”에 관한 “규범조문(사건규범)”의 위헌성 여부와 관계없이 부적법·각하되어야 하는 것이다(만약 당해 사건이 부적법한 것이어서 법률의 위헌여부를 따져 볼 필요조차 없이 각하를 면할 수 없는 것일 때에는 위헌여부심판의 제청신청은 적법요건인 “재판의 전제성”을 흠결한 것으로서 각하될 수밖에 없다는 현재 1992. 8. 19. 92헌바36 결

되는 위헌성 주장부분에 대하여 실질적인 본안판단을 하거나,<sup>61)</sup> ③ 혹은 규범조문(전체집합) 중 당해 사건의 당사자에게 적용되는 사건규범(재판의 전제성 요건이 충족되는 부분)에 대해서는 합헌판단을 하면서 애당초 “재판의 전제성” 요건을 충족시킬 수 없는 규범부분(여집합)에 대해서만 “한정위헌결정”이라는 형식을 빌어서 위헌판단을 하는 등<sup>62)</sup> 구체적 규범통제의 본질에 정면으로 위배되는 결과를 초래하게 되므로, 실무적으로 이러한 심각한 문제가 재발하지 않도록 주의할 필요가 있다.<sup>63)</sup>

(4) 소결론

우리 위헌법률심판절차는 헌법과 법률에 근거하여 구체적 규범통제방식과 변론주의를 토대로 하고 있고, 그 결정주문에 표시되는 “규범조문”의 모든 법률효과에 대하여 헌법재판소가 발생 가능한 위헌성 측면을 빠짐없이 심리·판단하는 것은 실무적으로 불가능할 뿐만 아니라 이론적으로도 타당하지 않다. 또한 헌법재판소가 선고한 대부분의 결정사례 등을 살펴보면, 현재 지배적인 실무관행도 위와 같은 구체적 규범통제방식과 변론주의를 토대로 하여 심리·판단하고 있음을 확인할 수 있다.

따라서 위헌법률심판절차에서 형성되는 결정이유에 직접적인 영향을 미치

정 등 참조).

따라서 위와 같은 사실인정을 토대로 하는 경우, “이 사건 지시” 중 소송당사자의 법익에 직접적·현실적 제한을 가한 “수거처분”의 근거규정의 위헌성만이 당해 재판의 전제가 될 수 있고, 이와 관계없는 “폐기”에 관련된 규범부분은(가분적 내용이기 때문에) “규범조문”에조차 포함될 수 없음에도 불구하고, 위 결정은 “폐기”에 관한 규범부분에 대해서까지 심리·판단하면서 이 부분에 한정하여 다수의견과 소수의견이 견해의 대립을 보이는 등 절차적으로 심각한 문제점을 야기한 것이다.

61) 위에서 살펴본 정치자금법 제30조 제1항의 위헌여부에 관한 2000헌바5결정에 대한 설명 참조.

62) 위헌법률심판제청신청을 하였던 당해 사건의 피고인은 (경과실이 아닌) 고의 또는 중과실에 의한 범죄를 저질렀음에도 불구하고, ‘구 국민의료보험법(1999. 12. 31. 법률 제6093호로 개정된 국민건강보험법 부칙 제2조에 의하여 2000. 7. 1.자로 폐지되기 전의 것) 제41조 제1항의 “범죄행위”에 고의와 중과실에 의한 범죄행위 이외에 경과실에 의한 범죄행위가 포함되는 것으로 해석하는 한 이는 헌법에 위반된다.’라는 결정주문을 선고한 헌재 2003. 12. 18. 2002헌바1 결정 참조.

63) 좀 더 상세한 설명은 전계 ①논문 63-64면, 전계 ②논문 528-529면 참조

는 절차적 사항에 대한 법리를 검토하는 것은 법 제23조 제2항 제2호에 규정된 “선례변경”을 할 것인지 여부를 결정함에 있어서 필수적인 요소가 된다고 하겠다.

마. 위헌결정에 관한 기속력과 일반적 효력 등에 관련된 검토

(1) 헌법재판소가 위헌법률심판절차에서 심판대상 법률에 대하여 선고한 위헌결정은 포괄적인 기속력을 발생함과 동시에 해당 법률규정의 효력을 일반적으로 상실시키기 때문에(법 제47조 제1항, 제2항) 후속 사건에서 동일한 심판대상 법률에 대하여 “선례”가 적용될 여지가 없고, 반면에 종전에 합헌결정이 선고되었던 법률에 대하여 위헌결정을 선고하기 위하여 필요한 재판관 6인 이상의 찬성이라는 요건은(헌법 제113조 제1항 등) 법 제23조 제2항 제2호 소정의 선례변경에 필요한 결정정족수와 완전히 동일하므로, 실무적으로 법 제23조 제2항 제2호가 별다른 의미가 없다는 식의 주장이 제기될 수도 있다.<sup>64)</sup>

(2) 독일 연방헌법재판소법은 선례변경에 관한 규정을 두지 아니하면서 연방헌법재판소의 모든 결정에 대하여 “일반적 효력 내지 기속력”을 규정하고 있고(제31조), 이에 관하여 연방헌법재판소는 위헌결정 뿐만 아니라 합헌결정의 경우에도 “특별한 기속력”이 있는 것으로 해석하면서<sup>65)</sup> 연방헌법재판소의 결정이유 중 “헌법의 해석”에 관한 부분은 “기속력”을 가진다고 판시하고 있다.<sup>66)</sup> 위에서 본 바와 같이 결정이유에만 기재되는 “헌법의

64) 이러한 주장은 위헌법률심판절차에 관한 선례의 형성이 “결정주문”이 아닌 “결정이유”에 나타나는 헌법해석에 관한 문제로서, 그 결정주문에 표시될 수 있는 “규범조문”의 동일성 여부는 선례구속의 원칙과 직접적인 관련이 없다는 점을 간과한 것으로 보인다.

65) 좀 더 상세한 내용은 전제 ① 논문 46-47면 참조.

66) ‘연방헌법재판소의 재판은 연방과 지방의 헌법기관 및 모든 법원과 행정청을 기속한다.’라고 규정한 독일 연방헌법재판소법 제31조 제1항에 관하여, 독일 연방헌법재판소는 일관하여 재판의 “결정주문” 뿐만 아니라 ‘재판의 “중요이유”도, 헌법해석에 관한 내용을 포함하고 있는 한, 기속력을 갖는다고 한다.’라고 판시하고 있는데[BVerfGE 1, 14 (37), BVerfGE 19, 377 (392); 20, 56 (87); 40, 88 (93f.)], 다만

해석”에 관한 문제를 재판의 기속력에 관한 문제로 파악하는 것은 이론적으로 논란을 야기할 소지가 있지만,<sup>67)</sup> 선례변경에 관한 명문규정을 두지 아니한 독일 연방헌법재판소법의 해석상 부득이한 것으로 이해할 수도 있을 것이다.

(3) 그러나 우리 헌법재판소법은 선례변경에 관한 명문규정을 두면서 위헌결정에 대해서만 다른 국가기관에 대한 기속력 및 일반적 효력 등을 인정하고 있기 때문에(법 제47조 제1항, 제2항), 헌법재판소는 일관하여 합헌결정에 대하여 “기속력 및 일반적 효력” 등을 인정할 수 없고 단지 그 선례로서의 의미만을 인정할 수 있다고 판시하고 있는바,<sup>68)</sup> 위와 같이 독일의 경우와 분명하게 다른 제도를 채택하고 있는 영역에 관해서는 독일에서의 논의를 우리 제도에 대한 설명에 그대로 원용할 수는 없다.<sup>69)</sup>

(4) 또한 우리 현행법 체계에 의하면, 위헌법률심판절차에서의 선례형성

---

Schlaich 교수에 의하면 재판의 어떤 이유가 본래 “중요한 것인지”가 40년 이상 그 판례가 지속되고 있음에도 불구하고 그 의미가 명확해지지 않는 등, 독일에서 이에 관한 논란이 계속되고 있고 한다(Schlaich 전게서, 344-351면, 단락번호 449-458 참조).

- 67) 사건에 의하면 ㉞ 미국에서는 법률에 대한 위헌심사에 관한 연방대법원의 판례에 대하여 ㉟ 원칙적으로 당해 사건에 대한 기속력(law of the case)만을 인정하고 ㊸ 후속사건에 대하여는 선례구속의 원칙(the doctrine of stare decisis)에 근거하여 선행사건과 후속사건의 구체적인 사안을 분석하고 사건규범과 변론주의 등에 의하여 결정되는 실질적인 심사범위 등을 고려하여 선행사건에서 이루어진 “헌법 해석”이 후속사건에 적용될 수 있는지 여부를 개별 사안별로(case by case) 판단하는 방식을 취하고 있음에 반하여, ㊹ 독일에서는 결정이유에 기재되는 헌법해석에 관하여 당해 사건에 대한 효력과 후속사건에 미치는 법적 효과 등을 구분하지 아니한 채 “재판의 포괄적 기속력”에 관한 문제로 일반화시키는 등 일괄적인 접근 방식을 취하였기 때문에, 모든 사안에서 적용될 수 있는 일반이론을 도출하기 어렵게 된 것으로 생각한다.
- 68) 예를 들어, ㊺ 간통죄를 규정한 형법 제241조에 관하여 현재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정을 통하여 합헌결정을 한 다음, ㊻ 형법 제241조에 관하여 다시 제기된 위헌 제청에 관하여 현재 1993. 3. 11. 90헌가70 결정을 통하여 합헌결정을 하면서 위 89헌마82 결정을 선례로 원용하였고, ㊼ 그 후 현재 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정에서도 다시 합헌결정을 한 사례 등을 예시할 수 있다.
- 69) 현행법상 우리 위헌법률심판절차에서 선고되는 “합헌결정”에 대해서는 기속력을 인정할 수 없음은 분명하기 때문에, 그 합헌결정이유에 기재된 헌법해석이 “선례”가 될 수 있는 것은 법 제47조 소정의 “기속력” 등과는 아무런 관련이 없는 것이다. 이러한 측면에서 우리의 현행 제도는 독일 제도와 근본적으로 다르다.

은 결정이유에 기재되는 “헌법해석”에 관한 문제로서, 그 결정주문에 표시될 수 있는 “규범조문”이 동일하다는 이유만으로 당연히 선행결정이 후행결정의 선례가 되는 것은 아니고,<sup>70)</sup> “규범조문”이 서로 다르다고 하여 선례가 될 수 없는 것도 아니다. 같은 맥락에서, 특정 규범조문의 위헌성에 관하여 심리한 선행사건에서 헌법재판소가 합헌결정을 선고한 다음 형식적으로 동일한 규범조문의 위헌 여부를 심리하는 후속사건에서 위헌결정을 선고하게 되었다는 사정만으로, 후속사건의 결정이유에서 반드시 선행사건에서 이루어진 “헌법해석”을 변경해야 하는 것은 아니다.<sup>71)</sup> 그렇다면 위(1)항과 같은 주장은 이론적으로도 타당하지 않을 뿐만 아니라 현행법 체계에도 부합하지 않는 것으로 보인다.

### 3. 위헌법률심판절차에서 심판대상의 변동이 심사기준에 영향을 미치는지 여부

가. 위헌법률심판절차에 관하여 선례가 되는 것은 그 심사기준을 설정하는 의미를 가지는 것이기 때문에 위헌결정이유 뿐만 아니라 합헌결정이유에 나타난 헌법해석도 선례가 될 수 있다. 반면에 “일반적 효력 내지 기속력”은 합헌결정의 경우에는 인정되지 않고 위헌결정의 경우에 대해서만 인정되는 것으로서, 위헌결정주문에서 그 심판대상인 특정 규범조문의 효력을 상실시키는 의미일 뿐이다. 그러므로 위헌법률심판절차의 심사기준이 되는 헌법해석은 개별사건에 따라서 변동되는 심판대상 법률조항의 내용 내지 그 결정주문에 따라서 좌우되는 것이 아니다.<sup>72)</sup> 아래에서는 이에 관한 헌법재판소의 결정사례를 검토하여 본다.

70) 위에서 살펴본 2005헌바5 결정과 2004헌바16 결정 참조.

71) 이러한 측면에서 위에서 살펴본 2001헌마788 결정이 이론적으로 문제가 있는 것이다.

72) 이 점에 관해서는 전게 ②논문 중 571-574면과 아래에서 살펴보는 미국법상 선례 구속의 원칙에 관한 설명 참조.



나. 전혀 다른 법률조항의 위헌 여부에 관한 선행결정을 후속사건에서 선례로 인용한 결정사례에 대한 검토

(1) 현재 2005. 6. 30. 2002헌바83 결정

(가) 사건의 개요 및 청구인들의 주장요지

청구인들은 다른 조합원들과 공모하여 안전보호시설에 해당하는 보일러 4호기 등의 정상적인 유지·운영을 정지하였다는 공소사실로 기소된 다음, 이에 적용된 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노노법’이라고 한다) 제91조 제1호, 제42조 제2항이<sup>73)</sup> 죄형법정주의(명확성의 원칙)에 위반된다는 등의 이유로 위헌심판제청신청을 하였으나 법원이 이를 기각하자 헌법소원 심판청구를 하였다.

(나) 결정주문

노노법 제42조 제2항 및 제91조 제1호 중 “제42조 제2항” 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

(다) 결정이유요지

1) 명확성 판단의 기준

명확성원칙은 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행을 가능하게 한다는 것을 그 근거로 하므로(현재 2002. 7. 18. 2000헌바57 결정 등 참조), 당해 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 당해 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 명확성원칙에 위반되는지 여부를 판단할 수 있고, 법

73) 노노법 제42조 제2항 ‘사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.’ 제91조 ‘다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다 … 1. 제38조 제2항, 제41조 제1항, 제42조 제2항, 제43조, 제45조 제2항 본문, 제46조 제1항 또는 제63조의 규정에 위반한 자.’

규범이 불확정개념을 사용하는 경우라도 법률해석을 통하여 행정청과 법원의 자의적인 적용을 배제하는 합리적이고 객관적인 기준을 얻는 것이 가능한 경우(헌재 2004. 7. 15. 2003헌바35등 결정 등 참조), 즉 자의를 허용하지 않는 통상의 합리적 해석방법에 의하더라도 그 의미내용을 알 수 있는 경우(헌재 2002. 4. 25. 2001헌바26 결정, 2004. 6. 24. 2004헌바16 결정 등 참조)는 명확성원칙에 반하지 아니한다.

2) 결론

위와 같은 심사기준에 의하면, 노노법 제42조 제2항 등의 경우 합리적 해석기준이 존재하므로 명확성원칙에 위반되지 아니한다.

(라) 검토

2002헌바83 결정의 경우 노노법 제42조 제2항의 위헌 여부를 판단한 사건으로서 그 심판대상 법률조항은 정치자금법 제30조 제1항의 위헌 여부를 심리한 2004헌바16 결정의 경우와 아무런 관련이 없다. 그럼에도 불구하고 후속사건인 2002헌바83결정이유는 선행사건인 2004헌바16 결정을 선행례로서 명시적으로 인용하였는바, 이는 심판대상인 법률조항이 상이하다고 하여 그 위헌 여부에 관한 심사기준이 되는 “명확성의 원칙에 관한 헌법해석”이 바뀌는 것은 아니라는 점을 분명하게 보여주는 것이다.

(2) 헌재 1997. 8. 21. 93헌바60 결정

(가) 사건의 개요 및 주장요지

청구인들은 강도상해죄로 기소된 다음, 공소사실에 적용되는 형법 제337조, 제61조 제1항의 경우<sup>74)</sup> 강도상해죄의 구성요건에 해당하는 사건에서 구체적인 정상과 관계없이 별도의 법률상 감경사유가 없으면 집행유예의 선고가 법률상 불가능하도록 규정하고 있기 때문에 법정형의 하한이 “5년 이상

74) 형법 제337조 ‘강도가 사람을 상해하거나 치상한 때에는 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.’  
형법 제62조 제1항 ‘3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 단, 금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대하여는 예외로 한다.’

의 징역형”인 살인죄와 비교하여 현저하게 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것으로서 평등의 원칙에 위배되고, 나아가 지나치게 과중하고 가혹한 형벌이기 때문에 과잉입법금지의 원칙에 반하며, 기본권의 본질을 침해할 수 없다는 헌법 제37조 제2항에도 위반된다는 취지로 위헌제청신청을 하였으나, 법원이 이를 기각하자 헌법소원심판청구를 하였다.

(나) 결정주문

형법 제337조, 제62조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

(다) 결정이유요지(다수의견요지)

1) 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 결정은, 그 범죄의 죄질과 보호법익의 성격에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 그 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서, 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원리 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안 되며, 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중 여부를 판정하여서는 아니 될 것이다 (헌재 1995. 4. 20. 선고 91헌바11 결정 ; 1995. 4. 20. 선고, 93헌바40 결정 ; 1995. 10. 26. 선고, 92헌바45 결정 등 참조).

2) 어느 범죄에 대한 법정형의 하한도 여러 가지 기준의 종합적 고려에 의하여 정해지는 것으로서 죄질의 경중과 법정형의 하한의 높고 낮음이 반드시 정비례하는 것은 아니므로, 강도상해죄의 법정형의 하한을 살인죄의 그것보다 높였다고 해서 바로 합리성과 비례성의 원칙을 위배하였다

고는 볼 수 없다.

3) 입법자가 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 강도상해죄에 대하여 집행유예의 선고를 할 수 없도록 규정한 것은 강도상해죄를 범한 범죄자에 대하여 반드시 장기간 사회에서 격리시키도록 하는 입법정책적 결단으로 존중되어야 하고, 집행유예선고의 요건에 관한 입법기준은 입법권자의 형성의 자유에 속하는 문제로서, 그 입법형성이 입법재량의 한계를 명백히 벗어난 것이 아닌 한 헌법위반이라고 할 수 없다.

4) 형법 제337조의 법정형은 현저히 형벌체계의 정당성과 균형을 잃은 것으로서 헌법상의 평등의 원칙에 반한다거나 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조와 기본권제한입법의 한계를 규정한 헌법 제37조 제2항에 위반된다거나 또는 사법권의 독립 및 법관의 양형판단권을 침해한 위헌 법률조항이라 할 수 없고, 형법 제62조 제1항도 입법재량의 한계를 벗어나는 위헌법률조항이라고 할 수 없다.

(라) 재판관 황도연의 소수의견에<sup>75)</sup> 대한 보충의견

재판관 황도연은 현재 1992. 4. 28. 90헌바24 결정에서 1995. 8. 4. 개정 전의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의3 제2항 제1호가<sup>76)</sup> 헌법에 위반된다는 다수의견에<sup>77)</sup> 반대하고 그 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다는 반대의견을<sup>78)</sup> 개진한 바 있다. 위 법률조항에 관한 한 지금도 그때의

75) 그 당시 재판관 2인은 형법 제337조가 헌법에 위반된다는 의견을 제시하였다.

76) 위 법률조항은 교통사고를 일으킨 사고운전자가 피해자를 치사하고 도주하거나 도주 후에 피해자가 사망한 때에는 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다는 취지이다.

77) 90헌바24 결정의 다수의견은 ㉔ 형벌법규의 제정은 원칙적으로 국회의 고유권한으로서 법정형의 종류와 범위의 선택에 관한 국회의 입법정책적인 고려가 존중되는 것이 원칙이고, 다만 예외적으로 입법자가 헌법상 과잉입법금지의 원칙과 평등의 원칙에 반하는 가혹한 형벌규정을 설정하는 등 형벌법규가 입법형성권의 범위를 넘어서 자의적으로 제정된 경우에는 헌법에 위반된다고 볼 수 있다고 실시한 다음 (일반적인 심사기준에 관한 실시), ㉕ 심판대상 법률은 입법형성권의 범위를 넘어서 자의적으로 제정된 것으로 보아야 하므로 헌법상 평등원리에 반하고 과잉입법금지의 원칙에도 위배된다는 취지로 위헌판단을 하였다(당해 심판대상 법률의 위헌여부에 대한 판단).

78) 90헌바24 결정에서 소수의견이 제시한 위헌성 심사기준은 ‘어떤 범죄행위를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 형종과 형량은 그 범죄의 죄질과 보호법의

합헌의견에 아무런 변경이 없으며 그때 실시한 반대이유에도 변경할 것이 없다. 다만 이 사건에 있어서 형법 제337조의 법정형에 관한 한, 위의 경우와는 사안을 전혀 달리하는 것으로서, 그때의 나의 견해에 의하더라도 위헌성이 있다고 판단되어 다수의견에 반대하는 것이며, 그간에 법정형의 위헌 여부에 관하여 견해의 변경이 있는 것은 아님을 밝혀둔다.

(마) 검토

93헌바60 결정은 형법 제337조, 제61조 제1항 등의 위헌 여부를 판단한 사건인데, 그 후에 정치자금법 제30조 제1항의 위헌 여부를 심리하였던 2000헌바5 결정이유 및 2004헌바16 결정이유에서 위 93헌바60 결정을 선례로 적시하였음을 알 수 있다. 이는 심판대상 법률이 완전히 상이한 선행결정도 후속사건의 선례가 될 수 있는 것으로서, 위헌법률심판절차의 심사기준인 “형사처벌규정 중 법정형에 관한 입법형성권의 범위에 관한 헌법해석”은 심판대상인 법률조항이 달라진다고 해서 변동되는 것이 아님을 분명하게 보여주는 것이다.

특히 위 93헌바60 결정 중 황도연 재판관의 보충의견을 함께 고려하는 경우, 그 당시 다수의견과 소수의견의 대립은 위와 같은 헌법해석에 관한 견해의 대립이었다기보다는, 심판대상 법률인 형법 제337조, 제61조 제1항의 규정내용을 입법형성권의 범위 내로 파악할 것인지(다수의견) 아니면 그 범위를 벗어나는 것으로 파악할 것인지(소수의견)에 대한 양자의 관점 차이가 “결정주문”의 차이를 발생한 것으로 볼 여지가 있다.

#### 4. 소결론

---

의 성격에 대한 고려뿐만 아니라 그 나라의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 면을 종합적으로 고려하여 입법부가 결정하는 사항으로서 기본적으로 국가의 입법정책에 속하는 문제이다. 따라서 그 내용이 형벌의 목적과 기능에 본질적으로 배치된다든가 또는 평등의 기본원리인 합리성과 비례성의 원칙을 현저하게 침해하는 것이 아닌 한 이를 쉽사리 헌법에 위배된다고 단정할 수는 없을 것이다.’라는 것으로서, 그 당시 다수의견의 심사기준에 관한 실시내용과 완전히 일치하는 것은 아니지만, 그렇다고 하여 양자가 직접적으로 배치된다고 보기도 어렵다.

위헌법률심판절차의 심사기준인 헌법의 해석은 심판대상인 법률조항이 다르다는 이유로 변동되는 것이 아니다. 그리고 헌법재판소 결정이유의 모든 부분이 위헌법률심판절차에 관한 선례가 되는 것은 아니며, 그 중 헌법해석에 관한 부분(즉, 법률의 위헌 여부에 관한 심사기준을 설정하는 부분)만이 선례가 되는 것으로서, 위와 같은 선례를 변경할 것인지 여부는 특정 규범조문에 관하여 합헌결정을 선고하였다가 동일한 규범조문에 관하여 위헌결정을 선고하는 경우에만 고려해야 하는 것이 아니다.<sup>79)</sup>

물론 선행사건과 후속사건을 비교하여 볼 때, ① 각각 결정주문에 표시될 수 있는 규범조문이 동일하고, ② 아울러 양자의 사실관계가 유사하여 사건규범도 별다른 차이가 없으며(사건규범의 유사성), ③ 각 당사자들이 제기하는 위헌성 주장의 내용까지 유사한 경우(변론주의와의 관계), 선행사건에서 합헌결정을 하였다가 후속사건에서 위헌결정을 하기 위해서는 논리적으로 심사기준이 변동되어야만 가능하기 때문에, 이러한 경우 선례변경이 필수적이다.<sup>80)</sup> 그렇지만 위 제2항에서 살펴본 바와 같이 선행사건과 후속사건의 각 결정주문에 표시된 규범조문이 동일하다고 하더라도, ㉠ 후속사건의 사건규범이 선행사건의 경우와 상이하거나 ㉡ 혹은 후속사건에서 제기된 위헌성 주장이 선행사건과 다른 경우에는 선행결정이 후속사건에 대한 선례가 될 수 없고, 이러한 사안에서는 설령 후속사건의 결정주문이 선행사건의 결정주문과 다르다고 하더라도 선례변경을 할 수 없는 것이다. 이러한 측면에서 발생할 수 있는 법리적 혼선을 방지하기 위하여 법 제23조 제2항 제2호에 대한 법리적 검토는 실무적으로 상당한 의미가 있는 것이다.

79) 선행사건과 후속사건의 심판대상이 되었던 규범조문의 내용이 상이한 사안에 관하여 법 제23조 제2항 제2에 근거하여 헌법 제25조 소정의 공무담임권에 관한 선례변경을 한 실무사례로는 아래에서 살펴보는 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106 결정과 헌재 2006. 7. 27. 2003헌마758, 2005헌마72(병합) 결정 참조.

80) 이 논점에 관한 상세한 검토는 전제 ①논문 42-45면 참조.

### Ⅲ. 미국법상 선례구속의 원칙 등에 대한 비교법적 검토

#### 1. 검토의 필요성

위헌법률심판절차의 절차적 쟁점은 결정이유 형성에 직접 영향을 미치는 것으로서, 결정이유에 나타난 “헌법의 해석”은 심판대상 법률의 변동과 관계없이 후속사건에 선례로서 작용하게 되는데, 그렇다면 어떠한 경우에 법 제23조 제2항 제2호에 근거하여 선례를 변경할 수 있는 것인지에 대해서도 검토할 필요가 있을 것이다.

그런데 위 법률조항은 미국식 제도의 영향을 받은 것이므로, 아래에서는 위헌법률심판절차에서 행하여지는 “헌법해석”의 일반적 의미를 살펴본 다음, 미국법상 선례구속의 원칙의 내용 등에 대하여 검토해 보기로 한다.

#### 2. 위헌법률심판절차에서 이루어지는 헌법해석의 의미

##### 가. 헌법의 일반적인 특성과 헌법에 대한 사법적 유권해석

헌법의 일반적 특성 중 하나는 쉽게 개정되기 어렵다는 것이다. 이러한 이유로 헌법규정 자체가 수시로 변화하는 현실에 탄력적으로 대응할 수 없기 때문에, 헌법재판소에서 헌법을 해석하는 경우 입법자가 수시로 변화하는 현실에 대응하여 법률을 제정할 수 있는 여지(입법형성권의 범위)를 항상 염두에 둘 필요가 있다.

모든 규범에 관하여 ① 원칙적 유권해석권자는 해당 규범의 제정권자이고, ② 사법적 유권해석의 경우, 재판규범에 관한 해석권한이 공식적으로 인정된 사법기관의 재판과정에서 필요한 경우에 한하여 행하여지는 것으로서 (비록 ②의 접근방식은 학리해석과 유사하지만) 학리해석과 달리 일정한

공권적 효력이 인정되는 것이다.

따라서 “사법적 유권해석”은 본질적으로 “해당 규범의 제정권자의 원칙적 유권해석을 보완하는 의미”를 가지는 것으로서 언제나 원칙적 유권해석 보다 열위에 놓이게 된다. 예컨대 헌법의 경우 원칙적 유권해석은 헌법제정권자가 헌법규정 자체로(혹은 헌법상 “정의규정” 등으로) 그 내용을 확정하는 것이고, 재판기관의 경우 하위규범의 위헌여부 등을 심사하는 과정에서 심사기준인 헌법규정 자체만으로 그 내용을 확정하기 어렵게 되면 그 심사기준을 보완하기 위하여 헌법에 대하여 사법적 유권해석을 하게 되는 것이며, 헌법에 관한 사법적 유권해석을 변경하기 위해서는 ㉔ 당해 사법기관 스스로가 기존 선례를 변경하거나, ㉕ 원칙적 유권해석자인 헌법제정권자가 헌법을 개정해야 하고,<sup>81)</sup> 위헌법률심판절차의 심판대상에 불과한 입법자의 법률로는 이를 변경할 수 없는 것이다.

#### 나. 미국 연방대법원과 독일 연방헌법재판소에서 행하는 헌법해석의 의미 등

(1) 이에 관하여 Schlaich, 전거서 337-338면(단락번호 439면) 중 일부 내용을 그대로 발췌·인용한다.

『미국의 법관인 휴즈(Charles Evans Hughes)가 1907년에 말한 이후 자주 인용되고 있는 표현, 즉 “헌법이란 재판관이 헌법에 관하여 말한 것”<sup>82)</sup>이

81) 위 ㉔에 관한 대표적인 사례로는, 미국 연방대법원에서 흑인노예의 해방에 관련된 법률이 심사기준인 연방헌법에 위반된다는 사법적 유권해석을 한 다음[Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857)], 미국 헌법제정권자가 이러한 연방대법원의 판례를 번복하기 위하여 연방헌법을 개정한 사례(수정헌법 제13조 등), 우리 대법원에서 군인·군속이 국가배상법상 손해배상청구권을 행사하는 것을 제한한 법률에 대한 위헌판단을 한 다음[대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 판결(집 19-2, 민110)], 이를 번복하기 위하여 1972. 12. 27. “헌법개정”을 통하여 이러한 국가배상청구권의 제한을 허용하는 “헌법적 특별규정”을 명문으로 규정한 사례 등을 예시할 수 있다.

82) Danelski/Tulchin (eds.), The Autobiographical Notes of Charles Evans Hughes, Cambridge MA 1973, S. 144. 또한 Pulsy, Charles Evans Hughes, Bd. 1, New York 1951, S. 204. 이러한 발언의 배경을 이루고 있는 미국 헌법질서의 특성에 대



라는 것은 헌법재판소가 헌법을 제정하는 것은 아니기 때문에 - 헌법해석론적으로 볼 때는 잘못된 말이지만, 실천적으로 볼 때는 옳다.』<sup>83)</sup>

(2) 위와 같은 기재내용에 비추어 보면, 전통적으로 연방대법원의 판례에 관하여 선례구속의 원칙(the doctrine of stare decisis)이 정착되어 있는 미국은 물론이고, 대륙법계인 독일에서도 연방헌법재판소가 구체적 사건을 처리하면서 행하는 헌법에 대한 유권해석의 경우, 최소한 “실천적인 의미”에서는 헌법규정 자체와 유사한 효력을 가진다고 볼 수 있다.

(3) 우리 헌법재판소에서 행하는 헌법해석의 실천적 의미  
미국과 독일의 실무례, 헌법에 대한 사법적 유권해석의 성격 등에 비추어 볼 때, 우리 위헌법률심판절차에서 이루어지는 유권해석의 경우도 미국이나 독일과 같이 최소한 실천적 의미에서 헌법규정과 유사한 효력을 가진다고 봄이 상당하다.<sup>84)</sup> 그러므로 헌법개정권자인 국민이 헌법을 명시적으로 개정하거나, 혹은 헌법재판소 스스로가 선례를 변경하지 않는 이상, 입법자는 헌법재판소의 헌법에 대한 유권해석을 명문의 헌법규정과 유사한 구속력을 가지는 것으로 파악하고, 그 유권해석의 범위 내에서 구체적인 입법 활동을 해야 하는 것이다.

#### (4) 소결론

그렇다면, 헌법재판소가 구체적 사건에서 헌법을 해석하는 경우 상당히 신중하게 접근할 필요가 있다. 입법자의 입법형성권을 너무 넓게 인정하는

---

해서는 Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA 1993, S. 7ff. 참조.

83) Schlaich 전계서에는 위와 같은 본문에 다음과 같은 주석을 덧붙였다. 『(독일의) Smend는 위에서 인용된 곳에서 다음과 같이 말했다: “기본법은 이제 실천적으로는(!) 연방헌법재판소가 해석하는 대로 효력을 갖는다.” 이로써 그는 섬세하고도 비판적인 감각을 발휘하여 휴즈를 추종하지 않았고, 또 “헌법재판이 헌법을 구속력 있게(!) 해석하는 기능도 가지고 있다는 것도” 인정하지 않았다.』

84) 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 심사하는 과정에서 ‘서울이 우리 나라의 수도라는 점이 관습헌법에 해당한다. 따라서 입법자가 헌법 개정의 절차를 거치지 아니한 채 수도를 충청권의 일부지역으로 이전하는 것을 내용을 한 법률을 개정하는 것은 헌법개정사항을 헌법보다 하위의 일반 법률에 의하여 개정하는 것이 되기 때문에 위헌이다.’라는 취지로 헌법해석을 한 2004헌마554결정 등에 비추어 보면, 위헌법률심판절차에서 이루어지는 헌법에 대한 유권해석의 실천적 의미를 분명하게 확인할 수 있다.

식으로 해석하는 경우 입법자의 자의적인 법률제정을 억제할 수 없는 반면에, 그 입법형성권을 과도하게 제한하는 경우 입법자로부터 급변하는 사회 현실에 탄력적으로 대응할 수 있는 수단을 박탈하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 이러한 측면에서 연방대법원에 의한 헌법해석의 역사가 오랫동안 유지되어 왔고, 전통적인 법의 지배와 선례구속의 원칙 등으로 인하여 연방대법원의 판결이유 중 일부가 규범적 효력을 인정받고 있는 미국의 헌법해석이론 등은 위와 같은 신중한 접근방식에 관련하여 상당히 좋은 참고자료가 될 수 있을 것이다.

#### 다. 미국 연방헌법상 근본적 권리(Fundamental Right)와 선례구속의 원칙

##### (1) Fundamental Right에 관한 해석원칙

###### (가) 기본적 해석원칙과 이를 토대로 한 견해의 대립

미국 수정헌법 제5조와 제14조에는 ‘누구든지 적법절차에 의하지 아니하고는 생명·자유·또는 재산을 박탈당하지 아니한다.’라는 취지가 규정되어 있는데,<sup>85)</sup> 위와 같은 적법절차규정 등에 의거하여 헌법적 차원에서 보호되는 근본적 권리(fundamental right) 등을 인정하기 위해서는 ① 헌법의 명문규정(text), ② 헌법기초자들 framers)의 의도, ③ 역사적·사회적으로 깊이 뿌리내린 전통(deep-rooted tradition) 등을 순차적으로 검토한 다음, 이를 토대로 하여 이러한 근본적 권리의 존재를 도출할 수 있어야 한다는 원칙이 확립되어 있다. 다만 위와 같은 기본적 해석원칙을 토대로 하여 실무적으로 구체적인 요건 등을 어느 정도 엄격하게 파악할 것인지에 관련해서는, ㉠ 그 요건 등을 엄격하게 보아야 한다는 원전주의(originalism)와, ㉡ 그 해석원칙을 비교적 탄력성 있게 운용해야 한다는 비원전주의(nonoriginalism) 등의 견해가 대립하고 있다.<sup>86)</sup>

85) 수정헌법 제5조 : ‘No person shall...nor be deprived of life, liberty or property, without due process or law.’ 수정헌법 제14조 : ‘...nor shall any state deprive any person of life, liberty or property, without due process.’

(나) Roe v. Wade 410 U. S. 113. (1973)에 대한 검토

여성이 낙태할 수 있는 권리가 연방헌법 소정의 근본적 권리에 포함된다고 판시함으로써 원전주의자들로부터 격렬한 비판을 받았던 Roe Case에서,<sup>87)</sup> 집필자인 Harry Andrew Blackmun 대법관은 “미국 역사상 출산에 관련된 근본적인 권리를 인정할 수 있는 전통”이 존재한다는 점을 판결이유에 상세하게 논증함으로써 위와 같은 기본적 해석원칙에 따라 Roe Case이 형성 되었음을 강조하였다는 점 등에 비추어 볼 때,<sup>88)</sup> 이른바 비원전주의자들도 위와 같은 헌법해석에 관한 기본원칙을 부정한다고 보기는 어렵고, 단지 상대적으로 헌법기초자의 의도나 사회적·역사적으로 뿌리 깊은 전통 등에 관한 요건을 탄력적으로 해석하는 것이 타당하다는 입장을 취하고 있는 것으로 볼 수 있다.

(다) 연방헌법에 의하여 보호되는 새로운 Fundamental right의 인정 따라서 미국에서는 원전주의자들뿐만 아니라 비원전주의자들의 경우에도, 연방대법원이 종전에 인정한 적이 없는 새로운 유형의 Fundamental right를 인정하기 위해서는 상당히 엄격한 논증형식에 따라서 헌법적 논거를 제시해야 하고,<sup>89)</sup> 실무적으로 상당히 폭넓은 이론적 검토와 실질적인 검증절

86) Erwin Chemerinsky, CONSTITUTIONAL LAW(Principles and Policies), Aspen Law & Business (1997), 14-29면 참조. 본문에서는 편의상 ㉠ 원전주의(originalism)와 ㉡ 비원전주의(nonoriginalism)로 대별하였지만, 양자를 절충하거나 변용하는 여러 가지 견해가 존재하고 있음은 물론이다. 나아가, 아주 엄격한 원전주의자들은 ㉢ 원칙적으로 헌법규정에 명시적으로 규정된 경우에만 근본적 권리를 인정하고, ㉣ 명문의 헌법규정이 없는 경우에는 최소한 헌법기초자의 명백한 의도를 인정할 수 있는 경우에 한하여 예외적으로 근본적 권리를 인정할 수 있다고 주장하기도 한다.

87) Roe Case는 대법관 9인 중 7인이 Blackmun 대법관의 견해에 찬성하였고, 나머지 2인은 이에 반대하는 소수의견을 개진한 판결이다.

88) 미국 연방헌법상 출산에 관련된 근본적 권리를 도출할 수 있는 명문의 규정은 없는데, Roe Case에 대하여 비판하는 Originalist들은 ㉤ Blackmun 대법관이 위와 같은 기본적 해석원칙의 형식에 따라서 논증을 하지 않았다는 식으로 비판하고 있는 것이 아니고, ㉥ 그 논증의 기초가 된 사실관계 및 법리적 검토(즉, 미국 역사상 출산에 관련된 근본적인 권리를 인정할 수 있는 뿌리 깊은 전통이 있었다는 사실인정 및 이에 대한 규범적 검토 등)가 잘못되었다고 비판하고 있는 것이다.

89) 이는 아래에서 살펴보는 “Original precedent”에 관련된 것이다.

차를 거쳐야 한다는 점에 대해서는 이론을 제기하지 않고 있다. 연방대법원이 실시한 Fundamental right에 관한 판시내용은 바로 법률의 위헌 여부에 관한 심사기준이 됨으로써 입법형성권의 범위를 직접 제한하는 기능을 하는 등 실무적으로 중요한 의미를 가지기 때문이다.<sup>90)</sup>

(2) 헌법해석에 관한 선례구속의 원칙

(가) 미국법상 선례(precedent)의 개념 등<sup>91)</sup>

Precedent는 재판부가 사법절차에서 새로운 법원칙을 승인·적용함으로써 새로운 법을 형성하는 것을 의미하기도 하고,<sup>92)</sup> 동일한 쟁점에 관한 후속 사건에 대한 판단근거를 제공하는 선행판례를 뜻하는 것으로 사용되기도 하는데,<sup>93)</sup> 그 개념을 좀 더 세분하는 경우 새로운 법규범을 형성·적용하는 의미를 가지는 전자를 본원적 선례(original precedent)라고 하고,<sup>94)</sup> 기존 선례를 단순히 적용하는 후자를 확인적 선례(declaratory precedent)라고 한다.<sup>95)</sup>

한편 재판부 구성원 중 다수(majority)가 일정한 결론(result) 및 그 결정이유에 실시되는 논증(reasoning)에 대하여 모두 동의하는 경우에 한하여 Precedent가 형성된다. 만일 일정한 결론에 대하여는 다수의 판사들이 동의하지만 그 결정이유에 실시되는 논증에 대한 다수의견이 형성되지 아니하는 경우에는 “복수의견(plurality opinion)”이 될 수 있을 뿐인데, 이는 엄

90) Original precedent에 관련된 이러한 기본적인 입장은 우리 헌법재판소가 2004헌바 554 결정에서 ㉠ 비록 우리 나라의 수도에 관한 명문의 헌법규정은 존재하지 아니하지만, ㉡ 우리 헌법제정의 토대가 된 여러 가지 역사적·사회적 배경 등에 대하여 구체적으로 검토한 다음에 ‘서울이 우리 나라의 수도라는 점이 관습헌법에 해당한다.’라는 결정이유를 실시한 것과 유사한 측면이 있다.

91) 위 본문 (가), (나)항의 경우 “Stare decisis”, “Precedent”에 관한 Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004) 중의 해당 기재내용을 발췌하여 번역한 것이다.

92) The making of law by a court in recognizing and applying new rules while administering justice.

93) A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues.

94) Original precedent. ‘A precedent that creates and applies a new legal rule.’

95) Declaratory precedent. ‘A precedent that is merely the application of an already existing legal rule.’

밀한 의미에서 선례라고 할 수 없다.<sup>96)</sup>

(나) 미국법상 선례구속의 원칙(the doctrine of stare decisis)<sup>97)</sup>

선례구속의 원칙은 일반적으로 종전 소송에서 동일한 쟁점에 관하여 사법적인 유권해석이 이루어진 경우 후속사건에서 이를 따라야 한다는 것이다. 좀 더 세부적으로 살펴보면, 종전 사건의 해결을 위하여 직접적이고 필요한 범위 내에서 이루어진 법적 쟁점이나 법원칙에 관한 공식적인 사법적 판단이 존재하는 경우 이러한 법리는 더 이상 검증의 대상이 되지 아니하기 때문에, 해당 재판부 또는 그 하급법원에서는 긴급한 필요성이 있는 등 예외적인 사정이 없는 이상 새로운 법적 판단을 해서는 안 된다는 취지이다.<sup>98)</sup>

(다) 헌법해석에 관한 Original precedent와 Declaratory precedent

96) 위에서 살펴본 “신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법”에 대한 2005헌마579결정의 경우, 우리 헌법재판소의 결정사례 중 “Plurality opinion”에 따른 결정주문이 선고된 대표적인 사례로 예시할 수 있을 것이다.

97) 이를 “the doctrine of precedent”라고도 한다.

98) Stare decisis. n. [Latin “to stand by things decided”] The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation.

“The rule of adherence to judicial precedents finds its expression in the doctrine of stare decisis. This doctrine is simply that, when a point or principle of law has been once officially decided or settled by the ruling of a competent court in a case in which it is directly and necessarily involved, it will no longer be considered as open to examination or to a new ruling by the same tribunal, or by those which are bound to follow its adjudications, unless it be for urgent reasons and in exceptional cases.” William M. Lile et al., *Brief Making and the Use of Law Books* 321 (3d ed. 1914).

“The general orthodox interpretation of stare decisis ... is stare rationibus decidendis (‘keep to the rationes decidendi of past cases’), but a narrower and more literal interpretation is sometimes employed. To appreciate this narrower interpretation it is necessary to refer ... to Lord Halsbury’s assertion that a case is only authority for what it actually decides. We saw that situations can arise in which all that is binding is the decision. According to Lord Reid, such a situation arises when the ratio decidendi of a previous case is obscure, out of accord with authority or established principle, or too broadly expressed.” Rupert Cross & J.W. Harris, *Precedent in English Law* 100-01 (4th ed. 1991).

전형적인 Original precedent에 해당하는 Roe Case에서 살펴 본 바와 같이 미국 연방대법원에서는 법률의 위헌성 심사기준이 되는 새로운 Fundamental right를 형성하는 과정에서 기본적 해석원칙을 토대로 하여 매우 구체적인 논증을 하고 있다. 반면에 만일 동일한 쟁점에 관하여 연방대법원의 Original precedent가 이미 존재하는 경우 원칙적으로 기존 법리는 더 이상 검증의 대상이 되지 아니하기 때문에 법원에서 별도의 논증 없이 바로 기존 선례를 인용·적용할 수 있다는 점(declaratory precedent)이 선례구속의 원칙의 실질적 효과라고 할 수 있다.

미국에서 헌법해석에 관한 Original precedent가 대단히 중요하게 취급되는 이유는 위와 같이 선례구속의 원칙으로 인하여 본원적 선례의 형성이 실천적 의미에서 “헌법규정의 신설”과 유사한 효과를 발휘하기 때문이고, 같은 맥락에서 이에 관한 기존 선례의 변경은 실무적으로 “헌법개정”과 유사한 의미를 가지게 된다.

(라) 헌법해석에 관한 선례구속의 원칙의 적용범위 등

미국법상 선례구속의 원칙에 의하면, 종전 사건의 해결을 위하여 직접적이고 필요한 범위 내에서 이루어진 법적 쟁점이나 법원칙에 관한 공식적인 사법적 판단만이 선례가 될 수 있기 때문에, 해당 사건의 해결에 필수불가결한 쟁점에 대한 판단이 아닌 방론(dicta) 등의 경우 엄밀한 의미에서 선례로서의 효력을 가지지 않는다. 그러므로 미국 연방대법원의 선례구속의 원칙에 관한 판례들을 살펴보면, 선행결정이 후속사건에서 선례가 될 수 있는지 여부를 판단하기 위해서 선행사건에서 실질적으로 심리·판단된 내용에 대하여 분석하여 이를 후속사건의 사안과 비교·검토하고 있음을 알 수 있다.

1) Reed v. Reed 404 U.S. 71 (1971)

심판대상인 Idaho 주법률은 동일한 자격요건을 구비한 유언집행자의 후보자가 복수로 존재하는 경우, 법원이 여성보다 남성을 우선적으로 유언집행자로 지명해야 한다는 강행규정을 두고 있었다. 연방대법원은 일반적인 위헌성 심사기준으로서 가장 완화된 기준인 합리성 심사기준(rational basis

test)을 적용하여 여성에게 불리한 위 Idaho 주법률이 평등원칙에 위반된다고 판시하였다.<sup>99)</sup>

2) *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973)

심판대상인 연방법률은 공군장교에 의하여 부양되는 배우자에 관한 추가수당(additional benefits)의 지급에 관련하여, 남성장교에 대하여는 아내가 부양가족이라는 점에 대한 아무런 소명자료의 제출을 요구하지 아니하면서, 여성장교에 대하여는 남편이 현실적으로 부양대상이라는 점(actually dependent)에 대한 소명자료의 제출을 요구하고 있었다. 연방대법원은 판결이유에서 남성에 비하여 여성이 차별받아온 역사적 사실 등에 대하여 구체적으로 논증한 다음, 위와 같은 사안에 대하여는 상대적으로 강화된 위헌성심사기준을 적용하여 중간심사(intermediate scrutiny)를 해야 한다고 선언하면서, 여성에게 불리한 위 연방법률이 평등원칙에 위반된다고 판시하였다.

3) *Craig v. Boren* 429 U.S. 190 (1976)

심판대상인 Oklahoma 주법률은 남성의 경우 21세 이상인 경우에만 알콜농도 3.2%의 맥주를 구매할 수 있도록 하면서, 여성의 경우에는 18세 이상이면 위 맥주를 구매할 수 있도록 허용하고 있었다. 이에 관하여 주류판매업자가 그와 밀접한 관계에 있는 제3자(18세 이상 21세 미만인 남성으로 구성된 구매자)들의 기본권침해를 이유로 위 법률이 평등원칙에 위배된다고 소송을 제기하였다.<sup>100)</sup> ① 다수의견은 Reed case 및 그 후속 판결들을 남녀차별(gender-based discrimination)의 법률효과를 발생하는 법률에 대하여 Intermediate scrutiny를 해야 한다는 先例로서 바로 인용·적용할 수

99) 다만, 위 판결의 경우 형식적으로는 rational basis test를 적용하였지만, 실질적으로는 좀 더 강화된 기준을 적용하였다고 봄이 상당하다는 견해도 있다[Catharine A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women* (1979), Jesse H. Choper 등 4인공저, *Constitutional Law, Cases-Comments-Questions*, 9th edition, West Group (2001) 1262면에서 재인용].

100) 위와 같은 형태로 소제기가 가능한 것은 미국법상 청구적격(standing)의 법리 중 사법자제적 요건인 제3자 청구적격의 금지에 관한 예외 중 하나(Close relationship between plaintiff and third party)에 해당하기 때문인데, 미국법상 청구적격 및 그 예외에 대한 유형적 검토에 대한 상세한 내용은 전계 ②논문 565-568면 참조.

있다고 하면서, Intermediate scrutiny를 하는 경우 심판대상인 Oklahoma 州法律은 평등원칙에 위반된다는 취지로 판시하였는데, ② 그 당시 William Hubbs Rehnquist 대법관은 위 1), 2) 선행판결은 단순히 남녀차별의 효과를 발생하는 모든 법률을 심판대상으로 하는 사안에 대한 일반적인 선례가 될 수 없고, 오로지 역사적으로 남성에 비하여 지속적으로 차별을 받아온 (즉, Minority 집단에 속한) 여성을 차별하는 법률의 위헌성 심사에 관련하여 Intermediate scrutiny를 해야 한다는 선례에 불과하다고 주장하면서,<sup>101)</sup> 다수의견에서 위 1), 2) 선행판결을 Majority 집단에 속하는 남성에게 불이익을 가하는 법률에 대해서까지 확장(extend) 하는 점에 관한 구체적 논증을 하지 않고 있는 이상 일반적 기준인 Rational basis test를 적용해야 하는데, 이러한 심사기준을 적용하게 되면 위 Oklahoma 주법률은 연방헌법에 위반되지 아니한다는 소수의견을 개진하였다.

#### 4) 위 판례들에 대한 검토

위에서 살펴 본 3개의 사건에서 심판대상이 된 법률은 2개의 서로 다른 주의 법률과 1개의 연방법률로서, 그 규정내용은 서로 상이하고 그 기초가 되는 사실관계 역시 전혀 다른 분야에 관련된 것이다.<sup>102)</sup> 그럼에도 불구하고, 위 3개 사건의 사실관계에 적용되는 법률규정의 경우 “본질적으로 동일한 비교집단에서 남녀의 성별을 근거로 하여 법률적 취급을 달리하는 구체적인 법률효과”를 발생한다는 점에서는 분명한 공통점을 가지고 있다. 위와 같이 선행판결이 후속사건에서 선례가 되는지 여부를 검토하는 과정

101) 즉, Rehnquist대법관의 소수의견은 Craig Case의 경우 위 1), 2) 판결의 사안과 구별해야(distinguish) 한다는 취지이다.

102) Craig Case에서 전혀 상이한 분야에 대한 다른 주의 법률 및 연방법률을 위헌으로 선언한 연방대법원의 판례가 선례로서 원용될 수 있다는 점에 대하여는 아무런 이견이 제기되지 아니하였다는 점을 주목할 필요가 있다. 이는 헌법을 심사기준으로 하고 법률의 위헌여부를 심사대상으로 하는 절차에서 ㉠ 심사기준인 “헌법의 해석”이 동일한 쟁점에 관련된 경우에는 선행판결이 후속사건에 대한 선례가 될 수 있는 반면에, ㉡ 그 심사대상에 불과한 “법률”이 ㉢ 형식적으로 동일한 법률조항인지 아니면 상이한 법률조항인지 여부 ㉣ 또는 심판대상 법률의 규율영역이 유사한지 여부 등은 원칙적으로 선행판결의 선례성에 관한 문제와 직접적인 관련이 없다는 점을 잘 보여주고 있다.



에서는 다양한 사실관계 및 법률규정 등에서 위헌성심사에 관련해서 비본질적인 부분을 제거하고 공통점을 추출하는 분석방법을 통하여 “유형화된 사실관계에 대한 구체적 법적용체계”를 특정하는 작업이 선행될 수밖에 없는 것이다.

반면에 Craig Case에서 발생한 다수의견과 소수의견의 대립에서 확인한 바와 같이, 선행 판결의 선례적 의미는 당해 사건의 사실관계 및 법적 쟁점 등을 초월할 수는 없지만, 위와 같이 “유형화된 사실관계 및 법적용체계” 등을 어느 정도 세분할 것인지 혹은 위헌성심사에 관련된 본질적 내용을 어떻게 추출할 것인지 등에 대하여 실무적으로 상당한 논란이 발생할 수 있는 것이다.<sup>103)</sup> 예컨대 Craig Case의 소수의견은 평등원칙에 위반되는 법률로 인하여 불이익을 받는 사람이 전통적인 소수집단(minority)에 속하는지 아니면 다수집단(majority)에 속하는지 여부가 위헌성심사에 있어서 본질적인 부분에 해당한다고 주장한 것이고, 이론적으로는 소수의견의 논거도 상당히 설득력이 있기 때문이다.<sup>104)</sup>

#### 5) 소결론

위와 같이 미국 연방대법원의 판례들을 살펴보면, Declaratory precedent의 형식을 취하는 경우에도 ① Original precedent를 그대로 인용·적용하는(follow) 사례, ② 기존 선례를 확장하는(extend) 사례, ③ 혹은 기존 선례와 당해 사건의 사안을 구별하는(distinguish) 사례 등을 자주 접할 수 있고, 이에 관하여 각자 나름대로의 논리를 내세운 다수의견과 소수의견의 대립을 발견할 수도 있다. 위와 같이 연방대법원 판례들을 단편적으로 살펴보는 것만으로는 선례구속의 원칙에 관한 적용범위 등에 관하여 포괄적이고 명쾌한 해답을 얻기 어렵고 궁극적으로는 구체적 사건에서 사안별로 해결할 수밖에 없으나, 이에 대한 종합적인 분석·검토는 이 논점에 대하

103) 위와 같은 이유로 당해 사건의 사실관계 및 법적 쟁점 등과 밀접하게 연결되는 사건규범(subnorm)을 일정한 문구로써 특정하기는 어려운 것이다.

104) 이러한 다수의견과 소수의견의 대립은 단순히 형식적인 논쟁이 아니다. 이는 소수집단에게 일정한 혜택을 주는 이른바 “Affirmative action”을 규정한 법률의 위헌성 문제에 관련하여 실질적인 영향을 미치는 견해의 대립이기 때문이다.

여 실무적으로 유용한 참고자료를 제공할 수 있다고 본다.

(마) 미국 연방대법원 판례에 나타난 선례구속의 원칙의 이론적 근거  
미국 연방대법원은 선례구속의 원칙을 채택하고 있는 이유에 관하여, ‘그 원칙은 공평하고, 예측가능하며, 지속적인 법이론의 발전을 촉진하고, 실질적이고 확인될 수 있는 사법절차의 충실도에 기여하기 때문에 선호되는 것이다. 선례에 구속되는 것은 일반적으로 현명한 정책이다. 왜냐하면 대부분의 경우, 적용되는 법원칙이 올바르게 정립되었는지 여부보다는 정립되었다는 것 자체가 중요하기 때문이다. 다만, 결정적인 선례가 실효성이 없거나 혹은 그 논증이 잘못된 경우에도, 그러한 선례를 따라야 하는 것은 아니다. 선례구속의 원칙은 움직일 수 없는 명령이 아니라 정책적인 원리이고, 따라서 종전의 결정에 얽매이는 기계적인 공식이 아니다.’라고 실시하고 있다.<sup>105)</sup>

(바) 연방대법원의 헌법해석과 법률해석의 차이와 선례구속의 원칙과의 관계

한편 미국 연방대법원은 연방헌법과 연방법률에 대하여 모두 사법적 유권 해석을 할 수 있는 권한이 있는데, ① 연방법률의 해석에 대하여는 상대적으로 선례구속의 원칙을 엄격하게 준수하는 반면에, ② 연방헌법의 해석에 대하여는 이를 기계적으로 준수할 수 없다고 하는 상대적으로 완화된 입장을 취하고 있다. 연방대법원은 위와 같이 양자를 구별하는 이유에 관하여, ① 연방대법원의 연방법률에 대한 유권해석의 경우, 연방의회가 원한다면 언제든지 해당 법률을 개정함으로써 그 법률에 대한 사법적 유권해석결과를 번복할 수 있기 때문에 연방대법원 스스로가 선례를 변경할 필요성이 크지 않지만, ② 연방헌법에 대한 유권해석의 경우 실무적으로 연방의회가 연방대법원의 기존 선례를 번복하거나 수정할 수 없기 때문에, 특별한 사정이 있는 경우에도 헌법이 개정되지 않는 이상 이를 번복할 수 있는 다른 방법이 존재하지 않는다는 식으로 설명하고 있다는 점은 유의할 필요가 있다.<sup>106)</sup>

105) Payne v. Tennessee 501 U.S. 808 (1991)에서 발췌·요약·번역하였다.

(사) Original precedent의 변경 여부를 검토한 사례 등

1) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)<sup>107)</sup> 관하여

경찰관이 형사피의자의 상태를 지배할 수 있는 일정한 상황에서 형사피의자가 경찰관 등으로부터 헌법적 권리에 관한 충분한 경고를 받지 못하고 진술한 경우, 그 진술의 증거능력이 배제된다고 판시한 *Miranda Case*가 선례로서 어떠한 의미를 가지는지에 관하여 비교적 상세하게 언급한 *Dickerson v. U.S.* 530 U.S. 428 (2000) 판결이유를 그대로 인용한다.

『우리가 관련된 쟁점에 관하여 처음으로 판단을 하는 것이라면 어떨지 모르겠지만, 현 단계에서는 우리가 *Miranda Case*의 논증과 이에 따른 법원칙에 동의하는 여부와 관계없이, 선례구속의 원칙이 *Miranda Case*을 반복하기는 매우 어렵게 하고 있다. *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980)에서 Burger 대법원장이 실시한 동조의견을 보라. ‘*Miranda Case*의 의미는 합리적으로 명확해지고 있고, 법집행실무도 이러한 법원칙의 구조에 적용하고 있다. 나는 *Miranda Case*를 반복하지도 않을 것이며, 이미 시간이 흘러버린 현 단계에서 그 법원칙을 확장하지도 않을 것이다.’ 비록 선례구속의 원칙이 움직일 수 없는 명령은 아니고, 특히 우리가 헌법을 해석할 경우에 선례구속의 원칙을 고정된 것으로 보지 않고 있지만, 헌법해석에 관한 사건의 경우에도 선례구속의 원칙은 매우 설득력을 가지고 있기 때문에, 우리가 선례에서 벗어나기 위해서는 항상 “특별한 정당화사유 (special justification)”가 필요한 것이다. 우리는 이 사건에서 *Miranda Case*를 반복할 수 있는 이러한 “특별한 정당화사유”가 존재한다고 생각하지 않는다. 경찰관이 실무적으로 일정한 경고를 하는 것은 우리 문화 중 일부가 되었다는 측면에서 *Miranda Case*는 경찰의 실무에 이미 정착되었다. 어떠한 법원칙이 법률문화에서 폭넓게 수용되고 있다는 사실은 그 법

106) *Payne v. Tennessee* 501 U.S. 808 (1991) 및 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992)에서 그 취지를 발취, 요약함.

107) *Miranda Case*의 경우 전반적인 판시사항에 관해서는 대법관 6인이 다수의견을, 3인이 소수의견을 개진하였고, 일부 판시사항에 관해서는 다수의견이 5인, 소수의견이 4인이었다.

원칙을 번복할 수 없다는 적절한 이유가 된다. 비록 우리는 (어떤 Case가 선고된 이후) 계속되는 후속 판결들이 위 선례를 뒷받침하고 있는 법원칙을 잠식하는 경우에는 그 선례 자체를 번복하여 왔지만, 우리는 위와 같은 일들이 Miranda Case에 대하여 발생하고 있다고 믿지 않는다. 만일 어떤 일이 발생하였다면, 그것은 우리의 후속판결들이 사전에 경고를 받지 못한 진술의 경우 특히 형사사건에서 검찰 측 증거로 사용될 수 없다는 Miranda원칙의 핵심원칙을 재확인하면서, 정당한 법집행에 관련하여 Miranda원칙의 적용효과를 완화하여 온 것일 뿐이다.』<sup>108)</sup>

2) Roe v. Wade 410 U. S. 113. (1973)에 관하여

---

108) Whether or not we would agree with Miranda's reasoning and its resulting rule, were we addressing the issue in the first instance, the principles of stare decisis weigh heavily against overruling it now. See, e.g., Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291, 304, 100 S.Ct. 1682, 64 L.Ed.2d 297 (1980) (Burger, C. J., concurring in judgment) ("The meaning of Miranda has become reasonably clear and law enforcement practices have adjusted to its strictures; I would neither overrule Miranda, disparage it, nor extend it at this late date"). While " 'stare decisis is not an inexorable command,' " State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 20, 118 S.Ct. 275, 139 L.Ed.2d 199 (1997) (quoting Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808, 828, 111 S.Ct. 2597, 115 L.Ed.2d 720 (1991)), particularly when we are interpreting the Constitution, Agostini v. Felton, 521 U.S. 203, 235, 117 S.Ct. 1997, 138 L.Ed.2d 391 (1997), "even in constitutional cases, the doctrine carries such persuasive force that we have always required a departure from precedent to be supported by some 'special justification.' " United States v. International Business Machines Corp., 517 U.S. 843, 856, 116 S.Ct. 1793, 135 L.Ed.2d 124 (1996) (quoting Payne, supra, at 842, 111 S.Ct. 2597 (SOUTER, J., concurring), in turn quoting Arizona v. Rumsey, 467 U.S. 203, 212, 104 S.Ct. 2305, 81 L.Ed.2d 164 (1984)). We do not think there is such justification for overruling Miranda. Miranda has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture. See Mitchell v. United States, 526 U.S. 314, 331-332, 119 S.Ct. 1307, 143 L.Ed.2d 424 (1999) (SCALIA, J., dissenting) (stating that the fact that a rule has found " 'wide acceptance in the legal culture' " is "adequate reason not to overrule" it). While we have overruled our precedents when subsequent cases have undermined their doctrinal underpinnings, see, e.g., Patterson v. McLean Credit Union, 491 U.S. 164, 173, 109 S.Ct. 2363, 105 L.Ed.2d 132 (1989), we do not believe that this has happened to the Miranda decision. If anything, our subsequent cases have reduced the impact of the Miranda rule on legitimate law enforcement while reaffirming the decision's core ruling that unwarned statements may not be used as evidence in the prosecution's case in chief.

여성의 낙태권에 관련된 Roe Case의 변경 여부가 논란이 되었던 Planned Parenthood Pennsylvanis v. Casey 505 U.S. 833 (1992)에서 연방대법원은 위와 같은 헌법해석에 관한 선례를 번복할 수 있는 특별한 정당화사유로서, ① 선례가 실행가능하지 않은 것으로 입증되거나, ② 선례의 법이론적 기반을 약화시키는 법원칙의 진화가 있는 경우, ③ 또는 그 판결의 사실적인 기초에 변화가 있는 경우 등을 예시하면서, “Roe Case의 기본적인 결정 사항은 우리가 현 단계에서 번복할 수 없는 헌법적 분석에 근거한 것이었다.”라는 이유로 Roe Case를 번복하지 아니하였다.<sup>109)</sup>

### 3. 우리 제도와 미국 제도의 비교 · 검토

#### 가. 미국의 실용적인 접근방식

(1) 우리 사법기관이 우리 헌법을 해석함에 있어서 미국헌법의 해석원칙 등을 그대로 수용할 필요는 없다. 그렇지만 위에서 본 바와 같이 미국 연방대법원은 연방헌법에 대한 해석원칙 및 선례구속의 원칙에 관하여 매우 실용적인 접근방식을 취하고 있기 때문에, 그 판례에 나타난 판시사항 등은 우리 헌법재판절차를 운용함에 있어서 중요한 참고자료 중 하나로 활용할 수 있을 것이다.

#### (2) 선례변경에 관한 “특별한 정당화 사유”

특히 미국 연방대법원에서는 ① 연방헌법의 해석에 관하여 연방법률의 경우보다는 선례구속의 원칙을 완화하여 적용한다고 판시하면서도, ② 일정한 쟁점에 관한 Original precedent와 Declaratory precedent의 개념을 준별하고, ③ 나아가 Dickerson Case 등에서 자유로운 의견개진이 허용되는 Original precedent의 형성과정과 달리, Declaratory precedent의 법리가 적용되는 사안에서 선례구속의 원칙에 대한 예외를 인정하기 위해서는 최소한 “특별한 정당화사유”가 구비되어야 한다고 판시하였다는 점은 우리 실

109) Chemerinsky, 전게서 670면 중 Casey Case를 정리 요약한 부분을 재인용하였다.

무에 실질적인 참고가 될 수 있을 것이다. 이러한 판례 등은 헌법해석에 대한 선례변경이 “헌법개정”과 유사한 효과가 있을 뿐만 아니라 “법적 안정성”의 유지와 직결되는 문제라는 점을 충분히 반영하고 있는 것이기 때문이다.

(3) 선례구속의 원칙의 적용범위

선행판결이 후속사건의 선례로서 의미가 있는지 여부를 판단하는 과정에서 연방대법원이 행하고 있는 선행사건 및 후속사건에 대한 사안분석방법 및 그 논리전개 등도 우리 실무에서 종전 결정의 선례적 의미에 관한 전체적인 개념을 파악하는 데에 도움을 줄 수 있고, 나아가 구체적 사건을 해결함에 있어서도 상당히 유용한 도구로 활용할 수 있다고 생각한다.<sup>110)</sup>

나. 우리 제도에서의 활용가능성 예시

(1) 우리 위헌법률심판절차에서 그 심사기준인 헌법의 해석은 결정주문이 아니라 결정이유에만 기재되고, 심판대상 법률의 위헌 여부와 심사기준인 헌법의 해석과는 직접적으로 관계가 없는데, 위와 같이 결정이유에만 기재되는 헌법해석의 변경을 위하여 독자적으로 재판관 6인 이상의 찬성을 요구하는 것이 현행법의 체계이다. 헌법해석에 관한 판례변경을 위하여 재판관 6인 이상의 찬성을 요구하는 것은 법률에 대한 위헌결정 결정정족수와는 달리 헌법에 명시된 내용은 아니라 국회가 정책적으로 결정한 입법사항이다. 그렇지만 헌법재판소에서 헌법해석에 관한 기존 선례를 변경하는 것은 실천적 의미에서 헌법개정권자인 국민들이 헌법을 개정하는 것과 유사한 효과를 발생할 수 있다는 점 등에 비추어 보면, 선례변경에 대하여 가중된 요건을 규정한 입법조치는 충분한 합리적 근거가 있다고 하겠다.

---

110) 선례구속의 원칙에 관한 미국 판례 및 이에 관한 의견대립 등은 직접적으로는 헌법재판소의 위헌결정이나 합헌결정의 선례적 의미를 파악하는 문제에 관하여 훌륭한 참고자료가 될 수 있을 것이고, 간접적으로는 헌법해석에 관한 결정이유를 실시함에 있어서도 이러한 논점을 참고하는 것이 바람직하다고 생각한다.

(2) 선례변경의 실질적 요건 등

(가) 위헌법률심판절차에서 선례변경을 항상 부정적으로 보아야 하는 것은 아니다. 사회현상의 현저한 변화 등으로 인하여 강학상 “헌법의 변천”이 필요하다고 인정되는 경우 등과 같이 기존 선례가 더 이상 유지될 수 없는 상태에 이르는 경우, 헌법재판소가 위와 같은 변화를 직시하고 적절한 논증을 거쳐서 헌법해석을 변경함으로써 국민들이 복잡한 절차를 거쳐서 헌법개정을 하지 않고서도 실질적으로 시대에 부응하는 헌법규범을 유지할 수 있도록 할 필요가 있기 때문이다.

(나) 그러나 다른 한편으로 헌법재판소의 헌법에 대한 사법적 유권해석은 입법자가 이를 수정, 반복할 수 없다는 점을 충분히 인식해야 한다. 따라서 ① 헌법의 명문규정 내지 이미 확고하게 정립된 헌법이론 및 헌법상 권리 등에 근거하여 심판대상 법률의 위헌성 여부를 판단하는 사안과 달리, 현재까지 인정되지 않았던 헌법적 차원의 법규범을 인정하는 사건에서는 그러한 헌법적 규범을 뒷받침할만한 구체적 헌법논거를 매우 신중하게 검증할 필요가 있고(original precedent), ② 다른 한편으로 위와 같이 엄격한 논증과정을 거쳐서 형성된 헌법해석에 관한 기존 선례를 변경하고자 할 경우에는, 종전에 이루어진 헌법해석에 대하여 개인적으로 찬성하는지 여부에 대한 논의와 함께 선례변경을 정당화할 수 있는 구체적인 사유가 있는지 여부에 대해서도 함께 검토해야 한다(Dickerson Case 참조).

(다) 선례변경에 관한 구체적인 정당화 사유를 결정이유에 명시할 필요성 등

일반적으로 모든 재판은 당사자 내지 국민에 대한 설득력을 구비하여야 할 것인데, 특히 실천적 의미에서 “헌법개정”과 유사한 효과를 발생할 수 있는 헌법해석에 대한 선례변경의 경우 그 결정이유에 헌법개정권자인 국민들을 설득할 수 있는 구체적 선례변경사유가 명시되어야 할 것이다. 헌법해석에 관한 선례변경에 대하여 그 정당화 사유를 명시해야 한다는 명문의 법률규정이 없는 이상 이를 구체적으로 적시하지 않은 결정이 부적법하다고 볼 수는 없으나, 이러한 선례변경이 가지는 실질적인 중요성 등에 비추

어 볼 때, 기존 선례가 형성된 시점과 그 변경 여부를 논의하는 시점 사이에 이루어진 사회적 변화, 법이론의 진화 등과 같은 구체적인 정당화 사유를 결정이유에 명시하는 것이 바람직하기 때문이다. 아래에서는 이에 관련하여 검토해야 하는 세부적 사항 중 몇 가지를 예시하기로 한다.

1) 실무적으로 헌법재판소의 구성원 변경 등이 선례변경에 관하여 동인 중 하나가 될 수 있다는 점은 부인할 수 없다. Original precedent의 형성에 직접 관여하지 아니하였던 새로운 헌법재판관의 경우 헌법적 쟁점에 관하여 자신의 견해를 피력할 수 있는 기회를 제공받아야 마땅하고, 나아가 기존 선례가 형성된 시점으로부터 최소한 재판부 구성원이 변경될 정도의 시간이 경과되었다는 사실도 간과할 수 없는 변화이기 때문이다. 그렇지만 이러한 사유만으로 헌법해석에 관한 선례를 변경한다면 이러한 선례변경이 과연 국민들에게 설득력이 있을 것인지에 대해서도 검토할 필요가 있다. 만일 재판부 구성원의 변경이 선례변경의 직접적 원인이 된다는 논리를 그대로 연장하게 되면, 일정한 기간이 경과되어 다시 새로운 헌법재판관이 임명된 경우에도 별다른 제한 없이 위와 같이 1차로 변경된 선례를 또다시 변경할 수도 있다는 의미가 되는데, 이러한 결과는 법적 안정성을 크게 해하는 것임이 분명하기 때문이다.

2) 다른 측면에서, Original precedent의 형성과정에서 다수의견뿐만 아니라 상당수 재판관이 지지하는 소수의견이 명시되었다는 요소는 선례변경을 정당화할 수 있는 하나의 요소가 될 수 있을 것이다. 기존 선례가 형성되는 시점부터 다수의견과 소수의견의 대립이 있었던 경우, 일반 국민들은 기존 선례가 확고한 사법적 유권해석이 아닐 수도 있다는 점을 비교적 쉽게 인식할 수 있고 그 반대의 가능성에 대한 예측도 상대적으로 용이하기 때문에, 법적 안정성에 관련된 측면에서 그 부작용을 완화하는 의미를 가질 수 있다고 본다.

3) 나아가 Original precedent가 형성된 시점으로부터 어느 정도 시간이 경과하였는지, 그 기간 동안에 기존 선례의 사실적 기초가 되었던 사회적 배경이 변동되었다든가 혹은 기존 선례의 법이론적 기반을 약화시키



는 법원칙의 진화가 있었는지 등을 실질적으로 검토하고, 이를 토대로 한 구체적인 논증이 가능한지 여부도 충분히 확인하는 것이 중요할 것이다.

4) 한편 헌법해석에 관한 선례를 변경할 것인지 여부를 검토함에 있어서는 단순히 당해 사건에서 어떠한 결정주문이 선고될 것인지에 대해서만 관심을 기울여서는 안 되고, 일정한 쟁점에 관한 선례변경이 영향을 미칠 수 있는 다양한 사건유형에 대해서도 함께 검토해야 한다. 위헌법률심판절차에서 심사기준이 되는 헌법의 해석은 심판대상 법률이 전혀 상이한 후속사건에도 직접적으로 영향을 미치는 것으로서, 실무적으로 당해 사건뿐만 아니라 위와 같은 헌법해석의 변경이 야기하는 전반적인 파장에 대해서까지 검토하는 것은 필수적인 요건이라고 할 수 있기 때문이다.

(3) 위헌법률심판절차의 심사기준에 관한 결정이유와 선례변경과의 관계 등

(가) 실무사례의 예시

우리 헌법재판소는 공직선거에 출마하려는 일반 공무원의 경우 “당해 선거일 전 60일까지” 그 직을 사퇴하도록 규정하면서도, 지방자치단체의 장이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구 국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우에는 “당해 선거일 전 180일까지” 그 직을 사퇴하도록 규정한 구 공직선거 및 선거부정방지법 제53조 제3항(2000. 2. 16. 법률 제6265호로 개정된 것)이 청구인들의 평등권 및 공무담임권을 침해한다고 판시한 다음(헌재 2003. 9. 25. 2003헌마106 결정),<sup>111)</sup> 입법자가 그 후속조치로서 “선거일 전 180일까지”라는 문구를 “선거일 전 120일까지”로 변경한 공직선거 및 선거부정방지법 제53조 제3항(2003. 10. 30. 법률 제6988호로 개정된 것)의 경우 청구인들의 평등권 및 공무담임권을 침해하지 아니한다고 판시하면서 2003헌마106 결정이유 중 공무담임권에 관한 사법적 유권해석부분을 변경한다고 판시하였다[헌재 2006. 7. 27. 2003헌마758, 2005헌마72(병합) 결정].<sup>112)</sup>

111) 2003헌마106결정은 재판관 9인 전원의 일치된 의견에 따른 결정이다.

112) 2003헌마758결정도 재판관 9인 전원의 일치된 의견에 따른 결정이다.

위 2건의 결정사례는 위헌법률심판절차에서 “심사기준”이 되는 것은 헌법 규정 내지 헌법의 해석으로서, 후속사건에서 동일한 헌법영역에 관하여 실시된 선행사건의 심사기준을 바꾸기 위해서는 법 제23조 제2항 제2호에 따라서 선례를 변경해야 한다는 점을 재확인한 것이라고 하겠다.

(나) 문제점 검토

다만 후속사건인 2003헌마758 결정이유에는 기존 선례 중 일부 판시내용을 변경한다는 결론만 기재되어 있는데, 선행사건과 후속사건 모두 재판관 9인 전원의 일치된 의견에 따른 결정임에도 불구하고 기존 선례의 사실적 기초가 되었던 사회적 배경의 변동이나 법원칙의 진화 등과 같이 헌법해석의 변경을 정당화할 수 있는 구체적 사유나 논증 등을 전혀 발견할 수 없다는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 실무사례는 “법적 안정성”을 저해함과 동시에 청구인들이나 국민들에 대한 설득력이 대단히 취약할 수밖에 없는 구조적 문제점을 내포하고 있다.

다른 관점에서 보면, 선행결정인 2003헌마106 결정이 애당초 입법형성권에 대하여 지나치게 엄격한 심사기준을 설정하였기 때문에 헌법재판소가 후속사건의 심리과정에서 이러한 심사기준을 더 이상 유지할 수 없다고 판단하고 부득이 이를 완화할 수밖에 없었던 것으로 볼 여지도 있다.<sup>113)</sup> 선행결정이유를 살펴보면 ‘법률은 합헌으로 추정된다.’라는 대원칙과 쉽게 조화되기 어려운 실시부분도 발견되고, 이에 대비하여 선행결정이 선고된 이후 불과 1달 정도 경과된 시점에 입법화된 개정 법률조항에 대한 후속사건의 결정이유는 위와 같은 대원칙을 복원하기 위하여 상당한 노력을 기울였음을 확인할 수 있기 때문이다.<sup>114)</sup> 이러한 분석이 옳다면, 위 실무사례에서

113) 헌법재판소에서 선행사건을 처리함에 있어서 후속사건인 2003헌마758결정이유에 실시된 심사기준을 적용하였다고 가정하더라도, (후속사건의 경우와 달리) 선행사건의 심판대상 법률조항이 “합리성”을 현저하게 결여하였다는 이유로 위헌판단을 하였을 가능성을 배제할 수 없다. 다시 말하면, 선행사건에서 실시한 엄격한 심사기준의 경우 해당 사건에서 “위헌결정”이라는 결론을 이끌어내는 데에 필수 불가결한 요건이라고 보기 어렵다는 취지이다.

114) ① 선행사건의 결정이유는 그 심판대상 법률조항의 문제점을 최대한 부각시키면서 그 문제점을 보완하거나 이에 대한 반대논거가 될 수 있는 제반 사정의 의미를 가능한 한 축소하는 방식으로 그 심사기준을 대단히 엄격하게 설정하고 있는 반면에,

이루어진 선례변경은 사회현상의 현저한 변화 등으로 인하여 발생한 “헌법의 변천”에 관련된 것이 아니라 단순히 기존 선례의 태생적 문제점을 바로 잡는 취지로 볼 수 있을 것이다.

(다) 소결론

헌법은 본질적으로 변화하는 현실에 탄력적으로 대응할 수 없기 때문에, 헌법적 차원에서 입법자에게 일정한 규율영역에 관한 입법형성권을 어느 정도 인정할 것인지 여부는 사법기관에 의한 법률의 위헌심사가 계속되는 이상 끊임 없는 연구와 실증적인 검토가 요구되는 분야이다. 그런데 위헌 법률심판절차에 관하여 무조건 엄격한 심사기준을 설정하는 것이 능사가 될 수 없다는 점은 위 실무사례에서 분명하게 확인할 수 있다. 오히려 그 결정이유에 기재되는 헌법해석을 함에 있어서 다방면에 걸친 신중한 검토를 통하여 후속사건에서도 지속적으로 적용할 수 있는 적정한 심사기준을 설정하는 것이 당사자뿐만 아니라 국민들로부터 신뢰를 확보할 수 있는 토대가 된다고 하겠다. 그렇다면, 오랜 기간 동안 헌법에 대한 사법적 유권해석을 토대로 하여 다양한 법률에 대한 위헌성 심사를 하여 온 미국의 제도에 대하여 비교법적 검토를 하는 것은 단순히 선례변경에 관한 문제뿐만 아니라 헌법해석에 관한 결정이유의 설시문제 등과 같은 전반적인 사항에 관해서도 실무적으로 유용한 참고자료가 될 수 있을 것이다.

#### IV. 결론

국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률은 합헌으로 추정된다. 이와 같이 합헌으로 추정되는 법률의 효력을 그대로 유지할 것인지 아니면 위헌결정을 통하여 그 효력을 상실시킬 것인지 여부는 매우 중요한 것으로서, 위헌 법률심판절차에서 “결정주문”이 중요한 의미를 가진다는 것은 두말할 필요

---

② 후속사건의 결정이유는 지방자치단체장의 지위 및 권한과 특수성을 강조하면서, 그 심판대상 법률조항으로 인한 실무적인 문제점은 헌법적 차원에서 용인할 수 있는 범위 내에 있다는 식으로 설시하면서 그 심사기준을 실질적으로 완화하고 있다.

가 없다.

다만 법률의 위헌여부를 판단하는 절차에서 형성된 “결정이유” 역시 이에 못지않은 중요성을 가지고, 어떠한 측면에서는 더욱 중요한 의미를 가진다는 점을 간과해서는 안 된다. 헌법에 대한 사법기관의 유권해석이 담긴 결정이유는 최고규범인 헌법의 객관적 의미를 확정하는 것이고, 실천적 의미에서 헌법해석에 관한 최초의 선례는 헌법규정의 신설과 유사한 효과를 발생하며 그 선례의 변경은 헌법의 개정과 유사한 측면이 있기 때문이다.

위와 같이 중요한 의미를 가지는 헌법재판소의 헌법해석은 위헌법률심판절차의 결정주문에는 기재될 수 없고 오로지 결정이유에만 기재되는 것으로서, 그 심리방식이나 심사범위 등과 같은 절차적 쟁점이 그 결정이유의 형성에 직접적인 영향을 미치게 된다. 따라서 우리 위헌법률심판절차에 관한 실무에서 심판대상 법률의 효력을 상실시킬 것인지 여부에 대한 신중한 심리와 함께 그 결정이유의 설시에 관해서도 더욱 심도 있는 이론적·실증적 검토가 이루어지기를 바라면서 이 글을 마무리 하고자 한다.

# 개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 보충성(補充性) 요건

- 오스트리아의 헌법재판제도 -

김 우 수  
헌법연구관  
서울고등법원 판사

## - 목 차 -

I. 서론	101
II. 입법연혁 및 제도적 특징	106
1. 입법배경 및 연혁	106
2. 관련 개정헌법 초안(草案)들	108
가. 1967년 제1초안	108
나. 1967년 제2초안	110
다. 1968년 초안	110
라. 연방헌법개정안 및 현행 연방헌법 제139조 및 제140조 각 제1항 마지막 문장의 규정	112
3. 제도적 특징	114
가. 민중소원, 추상적 규범통제와 구분	114
나. 법률 및 법규명령에 대한 규범통제	114

다. 연방헌법 제144조의 헌법소원(Beschwerde)과 차이	115
라. 청구기간의 제한 없음	116
III. 개인의 위헌심판청구의 일반적 적법요건	117
1. 의의	117
2. 심판의 대상(Prüfungsgegenstand)	118
3. 심판청구의 형식과 내용	121
가. 헌법재판소법 제15조 및 제17조의 요건	121
나. 기속력 있는 본안결정(실체적 판단)이 존재하지 아니할 것	122
다. 심판청구의 내용	123
라. 심판대상의 범위(Anfechtungsumfang)	125
4. 청구기간	127
IV. 개인의 위헌심판청구의 특수한 적법요건	128
1. 헌법재판소 관례의 입장	128
2. 권리 또는 법적 지위에 대한 직접적이고 불이익한 관련성의 존재	131
가. 권리 또는 법적 지위의 존재	131
나. 권리주체에 대한 제한	132
다. 권리침해의 직접성	132
라. 권리의 침해	134
3. 헌법재판소에 규범심사를 청구할 수 있는 다른 방법이 없을 것 (Unzumutbarkeit eines anderen Weges zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle); 보충성 요건	135
가. 관례의 입장	135
나. 유형별 고찰	138
(1) 사법상 법률쟁송	
(2) 각종 소송의 제기	

- (3) 토지·건축 관련 법령상 허가, 승인, 예외적승인 절차
- (4) 도로교통, 자연보호 관련 법령상 예외적승인 절차
- (5) 집행정지 신청
- (6) 신고납세 방식의 세금 등 환급 신청  
(규범심사를 위한 우회가능성이 부정되는 경우)
- (1) 형사처벌, 행정벌 절차
- (2) 규범심사 목적의 확인결정
- (3) 개명절차

V. 맺음말 .....	155
1. 제도의 의의 및 역할, 평가 .....	155
2. 특수한 적법요건(특히 보충성)에 관한 판례의 입장 .....	156
3. 위헌심판청구 제도의 시사점 .....	160
가. 심판청구의 특정 등 일반적 적법요건 관련 .....	160
나. 보충성 요건 관련 .....	160
다. 청구기간 관련(입법론) .....	163
4. 마무리하면서 .....	165

## I. 서론

오스트리아의 헌법재판, 그 중에서도 규범통제(Normenkontrolle) 제도는 비교적 오랜 역사 속에서 그 대상과 범위를 차츰 확장하면서 현재와 같은 모습으로 형성·발전되어 왔다. 1920. 10. 1. 제정된 오스트리아 연방헌법(Bundes-Verfassungsgesetz 1920)은 규범통제와 관련하여 헌법재판소가 일반법원의 제청에 의한 연방법규명령 및 주(州)법규명령의 위법성, 연방정부의 제청에 의한 주법규명령의 위법성, 주(州)정부의 제청에 의한 연방법규명령의 위법성, 헌법재판소에 계속 중인 사건에 적용될 법규명령의 위법성에 대한 심판(Verordnungsprüfung), 연방정부의 제청에 의한 주(州)법률의 위헌성, 주정부의 제청에 의한 연방법률의 위헌성, 헌법재판소에 계속 중인 사건에 적용될 법률의 위헌성에 대한 심판(Gesetzesprüfung)을 관장하도록 규정하였다.<sup>115)</sup>

그런데 위헌법률의 심판과 관련해서는 헌법재판소가 직권으로 헌법재판소에 계속 중인 사건에 적용될 법률의 위헌 여부를 심판하는 것 외에 일반법원이나 개인이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 없었기 때문에 당연히 개인의 자유와 권리를 제한하는 법률에 대한 통제에는 한계가 있을 수밖에 없었다. 이러한 문제점을 보완하기 위해 1929년 개정된 연방헌법(B-VG Novelle 1929)은 민·형사최고법원(OGH)과 행정법원(VwGH)<sup>116)</sup>에

---

115) R. Machacek, Verfahren vor dem VfGH und vor dem VwGH, 4. Auflage. S. 29, 30; L. Adamovich, "Die rechtliche Kontrolle", Das Österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, Herbert Schambeck(Hrsg), S. 548 - 552. 오스트리아에서 최초의 헌법재판은 1867년의 국가기본법(Staatsgrundgesetz)에 근거하여 1869년에 설치된 제국재판소(Reichsgericht)가 통상법원과 행정청, 주정부와 제국정부 등 사이의 권한쟁의심판, 행정청의 처분에 의해 헌법상 보장된 정치적 권리가 침해되었다고 주장하는 국민의 헌법소원심판, 통상법원의 재판절차에 의하여 심판하기에 적당하지 아니한 공법상 분쟁에 관한 심판을 관장한 것이라고 할 수 있는데, 물론 당시 제국재판소에는 후일 오스트리아 헌법재판의 전형이라고 볼 수 있는 추상적 규범통제의 권한은 부여되지 않았었다.

116) 오스트리아에서의 행정재판은 독립된 연방행정법원(Verwaltungsgerichtshof)에서 담당하고 있다. 원래 오스트리아 헌법상 사법기관으로는 민·형사사건을 다루는 통



도 계속 중인 사건과 관련하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 수 있는 권한을 부여하였다(물론 각급 법원은 종전부터 당해 사건에 적용될 연방 또는 주 법규명령의 위법성에 관하여 헌법재판소에 심판을 제청할 수 있었음).

나아가 1975년 개정된 연방헌법(B-VG Novelle 1975, BGBl. 302)에서는 모든 항소심 법원에까지 위헌법률심판제청권한을 확대하였으며, 특히 법률이나 법규명령에 의하여 직접 권리가 침해되었다고 주장하는 개인이 곧바로 헌법재판소에 심판청구를 할 수 있는 길을 보장하게 되었다. 즉, ‘개인의 위헌심판청구(Individualantrag)’<sup>117)</sup> 제도가 도입됨으로써 권리보호를 주

---

상법원들(ordentliche Gerichten) 및 행정법원, 헌법재판소가 설치되어 있는데, 특히 행정법원과 헌법재판소에 관하여는 연방헌법 제6장 ‘헌법과 행정의 보장(Garantien der Verfassung und Verwaltung)’에서 그 헌법적 근거를 마련하고 있다.

우선 연방헌법 제129조는 모든 공적인 행정의 법률적합성을 보장하기 위하여 독립행정위원회(Unabhängige Verwaltungssenate, UVS)와 빈(Wien)에 행정법원을 둔다고 규정하고 있다. 또, 연방헌법 제130조 제1항은 행정법원은 다음과 같은 항고(Beschwerden)에 대하여 재판한다고 규정하고 있는데, 당사자들은 이를 통하여 독립행정위원회를 포함한 행정청의 처분(Bescheiden)의 위법성(Rechtswidrigkeit), 행정청 및 독립행정위원회에 의한 처분사무의 침해(Verletzung der Entscheidungspflicht der Verwaltungsbehörden)를 주장할 수 있다. 그 밖에 행정법원은 연방헌법 제81a조 제4항에 따른 지시(Weisungen)에 대한 항고에 대해서도 재판한다고 규정하고 있다.

그리고 행정법원의 기관과 역할, 전원회의, 행정법원의 재판절차 등에 관하여 행정법원법(Verwaltungsgerichtshofgesetz, VwGG)에서 상세하게 규정하고 있고, 행정법원은 행정법원법에 기하여 전원회의의 의결을 거쳐 직무규칙(Geschäftsordnung, VwGO)을 제정하고 있다(연방헌법 제136조).

연방헌법상 행정법원은 행정에 대한 포괄적인 사법적 통제를 목적으로 설립된 특별, 단심제 법원이다. 행정재판은 이처럼 행정법원에 집중되어 있고, 재판의 형식을 취하는 즉, 법원에 의하여 이루어지는 실질적인 사법작용이며, 당해 재판을 통하여 위법한 처분을 취소하는, 항고적 성격을 갖는다 할 것이다(Walter-Mayer, Bundesverfassungsrecht, 9. Auflage, S. 397 - 441).

117) “Individualantrag auf Normenkontrolle”를 우리말로 옮김에 있어서 ‘개인에 의한 위헌법률·위법법규명령심판청구’, 혹은 ‘개인의 법률·명령심판청구’, ‘... 심사청구’, ‘... 심판제청’ 등 여러 가지로 가능할 것이나, 아래에서는 우리 헌법재판소법 제4장 제1절(위헌법률심판) 및 제5절(헌법소원심판)의 명칭, 절차 등과 관련하여 가장 유사하다고 여겨지는 “개인의 위헌심판청구”로 기술한다(다만 위법한 법규명령에 대한 심판청구도 특별히 위헌법률심판청구와 구별하여 따로 설명하여야 할 필요가 있는 경우 외에는 위헌법률심판청구와 함께 “위헌심판청구”라고 기술한다). 그리고 “Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Individualanträgen”도 ‘심판청구의 적법

장하는 개인이 헌법재판절차에 접근할 수 있는 길이 보다 다양한 관점에서 명확하게 규정되었다. 연방헌법 제139조 및 제140조에서 규범통제를 청구할 수 있는 자격을 개인에게까지 확대함으로써, 위헌인 법률 혹은 위법한 법규명령으로 인하여 권리를 침해받았다고 여기는 개인이 일정한 요건 하에서 해당 법률이나 법규명령에 대한 심판을 헌법재판소에 직접 청구할 수 있는 절차가 마련된 것이다. 이로써 권리를 침해받은 사람이 일정한 경우에 해당 법규범에 대한 그의 의견(Bedenken)을 ‘직접’ 헌법재판소에 개진할 수 있는 기회가 최초로 주어진 셈이 되었고,<sup>118)</sup> 이에 따라 당시까지 부수적(附隨的)으로<sup>119)</sup> 보장되던 개별적인 권리보호시스템에 근본적인 변화를 가져오게 되었다. 물론 그 이후에도 추상적 또는 구체적 규범통제와 관련하여 심판제청을 할 수 있는 주체의 범위가 일부 확대되기도 하였다.<sup>120)</sup>

이와 같이 헌법재판소는 규범통제권한으로서 크게 연방헌법 제140조의 ‘법률의 위헌성에 대한 심판(Gesetzesprüfung)’과 연방헌법 제139조의 ‘법규명령의 위법성에 대한 심판(Verordnungsprüfung)’을 모두 담당하고 있는

---

요건’, 혹은 ‘제청요건’, ‘청구자격’, ‘신청자격’ 등 여러 가지로 옮길 수 있을 것이나, 아래에서는 우리 헌법재판소 결정에서 본안판단에 앞서 ‘적법요건’의 이름으로 심사를 하고 있으므로 편의상 “심판청구의 적법요건”으로 기술한다.

118) Martin Hiesel, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Zulässigkeit von Individualanträgen, ÖJZ, 1998, S. 841.

119) 1975년 연방헌법 개정 무렵까지 구체적 규범통제와 관련된 개인의 위헌심판청구는 헌법재판소에서 그 심판청구가 각하되거나 혹은 직권에 의한 심판회부결정을 촉구(Anregung)하는 의미로 선택되어 운용되었고, 이러한 사정은 연방행정법원에 있어서도 마찬가지였는데, 그러한 신청권도 기껏해야 통상법원의 재판절차의 당사자에게 인정되는 것에 불과하였다(Herbert Haller, Der Individualantrag zur Verordnungs- und Gesetzesprüfung, ZfV, 1976, S. 232, FN 28).

120) 추상적 규범통제와 관련하여 1975년 개정 연방헌법에서 연방법률에 대해 연방하원(Nationalrat) 의원 3분의 1 이상의 제청에 의해, 1981년 개정 연방헌법에서 연방 법규명령에 대해 Volksanwaltschaft의 제청에 의해(Art. 148e B-VG 1981, BGBl. 350), 1988년 개정 연방헌법에서 연방법률에 대해 연방상원(Bundesrat) 의원 3분의 1 이상의 제청에 의해, 주법률에 대해 주(州)헌법에 따라 주의회(Landtag) 의원 3분의 1 이상의 제청에 의해 헌법재판소에 심판을 제기할 수 있는 권한이 부여되었다. 그리고 구체적 규범통제와 관련하여 1988년 개정 연방헌법에서 독립행정위원회(UVS)에게도 당해 사건과 관련된 법률 및 법규명령에 대한 심판제청권한이 부여되었다(Art. 129a Abs. 3 B-VG 1988, BGBl. 685; R. Machacek, a.a.O. S. 29, 30).

데, 이들 절차는 청구 혹은 제청 주체에 따라 다시 6가지 유형, 즉 ① 일반 법원 혹은 독립행정위원회(UVS)의 제청에 의한 심판, ② 헌법재판소에 계속 중인 사건에 적용될 법규명령 혹은 법률에 대한 직권심판회부결정, ③ 개인의 위헌·위법심판청구(Individualantrag), ④ 연방정부 혹은 주정부의 제청에 의한 심판, ⑤ 연방하원, 연방상원, 주의회 각 의원 3분의 1 이상의 제청에 의한 법률의 위헌성에 대한 심판, ⑥ 지방자치단체 등의 제청에 의한 법규명령의 위법성에 대한 심판으로 구분될 수 있다. 그러나 법률 혹은 법규명령에 대한 심판절차는 심판청구와 관련된 특수한 적법요건을 제외하고는 매우 유사하여 그 목적에 맞게 공통적으로 다루어지고 있다.

이처럼 다양한 주체들이 규범통제를 청구할 수 있음에도 불구하고, 헌법 재판소에서 심리하는 위헌법률심판사건의 상당 부분이 개인이 제기한 연방 헌법 제144조의 헌법소원(Beschwerde) 사건에 적용될 법률에 관한 헌법재판소의 직권심판회부결정<sup>121)</sup> 및 일반법원과 행정법원, 독립행정위원회 등의 제청에 의하여 이루어지고 있다.<sup>122)</sup>

특히, 개인의 위헌심판청구는 권리구제를 바라는 국민들의 의식 속에 실제로 중요한 제도로 자리 잡게 되었지만, 부분적으로 지나치게 엄격한 적법요건(청구적격)으로 인하여 헌법재판소에 제기된 사건들 중 상당수가 각

---

121) 헌법재판소가 연방헌법 제144조 제1항에 의한 헌법소원(Beschwerde) 사건을 심리하는 중에 심판의 전제가 되는 특정한 법률 혹은 법규명령에 대한 위헌의 의심이 있는 경우에 일단 직권으로 그 법령의 전부 혹은 일부 문언에 대하여 위헌 혹은 위법 여부를 심판한다는 결정(Prüfungsbeschuß, Einleitungsbeschuß)을 하여, 그 심판절차를 마친 후(대개는 동시에 이루어짐) 그 심판결과에 따라 헌법소원 사건의 본안결정을 하게 된다(예컨대 B493/97 헌법소원 사건에서 직권으로 심판회부결정을 한 후 V108/97(VfSlg 15061/1997) 법규명령심판사건을 개시함). 이때 헌법소원 사건에서 청구를 인용할 경우에 그 주문은 “청구인은 위법한 법규명령의 적용에 따른 심판대상 처분에 의해 권리가 침해되었다. 당해처분을 취소한다. 연방(당해 주부장관)은 청구인에게 … 유료를 지급할 의무가 있다”는 형식이 된다.

122) 2002년의 사건처리 통계를 보면, 심판대상 법률 62건 중 헌법재판소가 직권회부한 것은 25건이고, 일반법원, 연방행정법원 등이 제청한 것은 25건인데 비해, 개인이 심판청구한 것은 5건에 불과하다. 또, 심판대상 법규명령 26건 중 헌법재판소가 직권회부한 것은 15건이고, 일반법원, 연방행정법원 등이 제청한 것은 5건인데 비해, 개인이 심판청구한 것은 3건에 불과하다(Der Verfassungsgerichtshof, Bericht des Verfassungsgerichtshofes über seine Tätigkeit im Jahre 2002, S. 10).

개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 보충성(補充性) 요건

하되고 있다. 헌법재판소의 사건처리 통계를 살펴보면, 헌법재판소에서 2002년도에 처리한 위헌법률심판사건의 경우 법원 등이 제청한 214건 중 54건, 헌법재판소가 직권 심판회부한 40건 중 1건만이 각하된 반면에 개인이 심판청구한 74건 중 65건이 각하되었고,<sup>123)</sup> 법규명령심판사건의 경우 법원 등이 제청한 8건 중 0건, 헌법재판소가 직권 심판회부한 34건 중 3건만이 각하된 반면에 개인이 심판청구한 37건 중 34건이 각하되었다.<sup>124)</sup> 즉 일반법원이나 행정법원, 독립행정위원회 등이 심판제청한 경우 및 헌법재판소가 직권 심판회부한 경우와 달리, 개인의 위헌심판청구는 상당수가 적법요건을 구비하지 못하여 각하되고 있음을 알 수 있다.

헌법재판소는 특히 개인의 위헌심판청구와 관련하여 이미 30년 이상의 실무처리를 통해 심판청구의 적법요건 기준을 구체적이고 명확하게 설정하

123) 헌법재판소 2002년 위헌법률심판사건 처리통계

위헌법률 심판	총계	각하	일부·전부 취소	기각	심판규범	일부·전부 취소	기각
직권회부	40	1	35	4	25	22	3
개인 심판청구	74	65	3	6	5	1	4
법원 등 위헌제청	214	54	126	34	25	17	8

(Der Verfassungsgerichtshof, Bericht des Verfassungsgerichtshofes über seine Tätigkeit im Jahre 2002)

124) 헌법재판소 2002년 위법법규명령심판사건 처리통계

위법명령 심판	총계	각하	일부·전부 취소	기각	심판규범	일부·전부 취소	기각
직권회부	34	3	27	4	15	12	3
개인 심판청구	37	34	1	2	3	1	2
법원 등 위법제청	8	0	0	8	5	0	5

(Der Verfassungsgerichtshof, Bericht des Verfassungsgerichtshofes über seine Tätigkeit im Jahre 2002)

여 오고 있다. 위헌심판청구의 제소요건은 일반적 적법요건과 특수한 적법요건으로 대별되는데,<sup>125)</sup> 특히 특수한 적법요건 중 보충성(補充性)과 관련하여 많은 사건들이 이를 충족하지 못하여 각하되고 있다.

이하에서는 개인의 위헌심판청구의 입법연혁과 제도적 특징을 먼저 소개하고, 이 글을 이해하는데 필요한 범위 내에서 일반적 적법요건을 간략하게 살펴본 후, 보충성을 포함한 특수한 적법요건을, 그리고 유형별로 심판청구가 허용되는 경우와 그렇지 않은 경우를 헌법재판소 판례를 중심으로 검토해보기로 한다. 오스트리아 연방헌법이나 헌법재판소법에서 명시적으로 보충성에 관하여 규정하고 있지 않지만 헌법재판소가 개인의 위헌심판청구에 있어 보충성을 별도의 적법요건으로 파악하여 이를 엄격하게 해석하고 있는바, 이 글의 주된 취지는 이 제도의 입법연혁과 헌법재판소 판례상 보충성 원칙의 입론 근거에 대한 분석 및 각 유형별 고찰, 나아가 이를 통한 우리 헌법재판의 실무운용과 입법론(제도개선)에 대한 시사점 발견에 있다고 하겠다.

## II. 입법연혁 및 제도적 특징

### 1. 입법배경 및 연혁<sup>126)</sup>

---

125) 법원의 제청에 의한 심판청구(Gerichtsanträge)는 개인의 위헌심판청구에서 요하는 (공통적인) 일반적 적법요건 외에도 몇 가지 특수한 요건이 충족되어야 한다. 예컨대 ① 연방헌법 제89조 제2항의 제청권이 있는 법원의 담당 판사가 제청하여야 하고, ② 적법하게 공포된 법령만이 심판대상이 되며, ③ 계류 중인 당해 사건의 재판의 전제가 되어야 한다.

126) Herbert Haller, Der Individualantrag zur Verordnungs- und Gesetzesprüfung, ZfV, 1976, S. 232 - 235 ; Klaus Berchtold, Zur Erweiterung des Rechtsschutzes im öffentlichen Recht, ÖJZ, 1976, S. 589 ; Robert Walter, Probleme der Individualbeschwerde gegen Gesetze und Verordnungen, ÖJZ, 1978, S. 176, 177 ; Walter Barfuß, Die Individualanfechtung von Gesetzen und Verordnungen beim Verfassungsgerichtshof, ÖJZ, 1984, S. 533 ; Bernd- Christian Funk, Der Individualantrag auf Normenkontrolle, Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit, Festschrift für Hans R. Klecatsky, Wilhelm Braumüller, 1980, S. 287 - 290 ; Bernhard Raschauer, Unmittelbare Gesetzesanfechtung durch

개인의 위헌심판청구는 1975. 개정되어 1976. 7. 1. 발효된 연방헌법(B-VG Novelle 1975, BGBl. 302)을 통하여, 그리고 개인의 청구에 의한 규범통제의 한 수단으로서 도입되었다. 이에 따라 국민 개개인이 일정한 요건 하에서 모든 법규범(법률, 법규명령, 국가조약)에 대하여 헌법재판소에 직접 위헌·위법성에 관한 심판을 청구할 수 있는 길이 열리게 됨으로써, 당시까지 보장되던 개별적인 권리보호시스템에 상당한 변화를 가져오게 되었다.<sup>127)</sup>

그러나 당시 1975. 10. 5.에 예정된 선거를 앞두고 비교적 충분한 준비와 검토가 이루어지지 않은 상태에서 도입되는 바람에 개인의 위헌심판청구의 적법요건과 심판절차 등에 관하여 여러 가지 검토거리를 남겨두게 되었다. 비록 개정 연방헌법에서 그대로 채택되지는 않았지만 연방정부의 개정초안, 헌법개정위원회의 검토보고서 등을 통하여 입법자의 의도와 제도의 기본취지를 대략이나마 짐작할 수 있게 되었으며, 제도시행을 전후하여 많은 헌법학자들의 꾸준하고도 풍부한 논의를 거치면서, 특히 헌법재판소가 1977. 3. 17. G15/76 결정<sup>128)</sup>에서 이 제도의 기본방향을 제시하는 중요한

---

einzelne in Österreich, EuGRZ, 1977, S. 262, 263.

127) 개인의 위헌심판청구제도와는 별도로 1968년경부터 국민의 권리보호시스템에 대한 보완책의 하나로서 우선 읍부즈만(Ombudsmann) 제도의 일종인 "Volksanwaltschaft" 제도를 도입하는 것을 내용으로 하는 헌법개정작업이 연방정부의 제안으로 연방의회에서 논의되고 있었고(H. Haller, a.a.O. S. 232), 때를 같이 하여 국민의 기본권 보호를 위한 기존제도의 개선논의도 활기를 띠게 되었는데, 각 정당들은 "Volksanwaltschaft" 등의 도입을 통해 권리구제의 공백을 메우는 것뿐만 아니라 기존의 권리보호시스템을 체계적으로 확대 발전시키는 방안에 대해서도 의견이 모아졌다. 그 기초작업으로 연방정부가 연방하원에 제출한 1968년 입법보고서(III-162 BlgNR 11. GP)를 다시 검토하게 되었는데, 이 보고서에는 뒤에서 보는 바와 같은 연방헌법 개정을 위한 개정초안 두 가지(Blg A, B)가 첨부되어 있었으며, 연방의회 논의과정에서 Blg B에 포함된 연방헌법 개정초안(Entwurf B)이 채택되었다. 그 후 이 개정초안은 약간의 보완을 거친 후 "Volksanwaltschaft"에 관한 연방정부의 수정안과 함께 심의되었다(AB 1600 BlgNR 13. GP)(K. Berchtold, a.a.O. S. 589).

128) VfSlg 8009/1977. 일명 'Forstrechtsbeschuß'(산림법결정)으로 그 후 다른 판결이나 결정에서도 꾸준히 인용되고 있는, 개인의 위헌심판청구 제도의 기본방향을 제시하는 중요한 의미를 갖는 결정이라고 할 수 있다. 이 결정이 있기 전까지만 해도 학설은 유례없이 개인의 위헌심판청구의 적법요건과 관련하여 다양한 입장을 보이고 있었다.

판시를 한 뒤, 그리고 그에 이어지는 많은 판결과 결정을 통하여 차츰 제도의 기본 틀을 마련해 나가게 되었다.

## 2. 관련 개정헌법 초안(草案)들

개인의 위헌심판청구의 헌법적 근거인 연방헌법 제139조 제1항, 제140조 제1항의 관련부분 기본 문구들은 1968년 개정헌법 초안(Vorentwurf)을 토대로 하였다고 볼 수 있는데(적어도 문리적 표현이 일치하고 있음), 이에 기초가 된 개정초안들은 대체로 두 가지 유형으로 형성되어 왔다. 실제로 연방정부가 연방의회에 제출한 보고서에도 개정헌법 초안 2가지(Entwurf A, B)가 함께 첨부되어 있었는데,<sup>129)</sup> 그 중 개정초안 B(Entwurf B ; Behelfsentwurf)는 나중에 확정된 헌법개정안이나 개정 연방헌법의 문구와 대체로 일치하고 있다.

### 가. 1967년 제1초안<sup>130)</sup>

1967년 제1초안(BKA 95612-2/66)<sup>131)</sup> 중 관련부분의 내용은 아래와 같다.

“Er(Der Verfassungsgerichtshof)<sup>132)</sup> erkennt ferner über

129) 연방헌법 개정초안(Vorentwürfe)은 3가지, 즉 1967년 제1초안(BKA 95612-2/66), 1967년 제2초안(BKA 25333-2/67), 1968년 초안(Blg B zu BKA 93686-2a/68)이었으나, 실제로 1968년 초안은 1967년 제2초안을 기초로 한 것이므로 실질적으로는 2가지 유형으로 형성되었고, 그 후 1967년 제1초안과 1967년 제2초안(혹은 1968년 초안)을 모범으로 삼아(Vorläufer) Entwurf A, B가 성안되었다고 볼 수 있으며, 이들은 모두 1929년 연방헌법을 새로 개정하거나 보충하는 것을 내용으로 하고 있었다.

130) 아래에서의 각 연방헌법개정초안은 연방정부가 연방하원(Nationalrat)에 제출한 보고서에 첨부한 연방헌법개정을 위한 개정초안들이다. 이하 ‘초안’이라고 줄인다.

131) 연방정부의 보고서에 첨부된 Entwurf A는 기본적으로 1967년 제1초안(BKA 95612-2/66, 1967. 3. 6.자 일명 3월 초안)과 비슷하다.

132) 연방헌법 개정초안에서의 “Er”는 “Der Verfassungsgerichtshof”, 즉 연방헌법재판소를 의미한다. 연방헌법 제139조와 제140조에 추가하는 형태로 입안되었기 때문이다. 이하 다른 개정초안에서도 같다.

Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die durch diese Verfassungswidrigkeit unmittelbar in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern die Prüfung des Gesetzes weder auf Antrag eines Gerichtes noch im Zusammenhang mit einer Beschwerde gemäß Art. 144 B-VG in Betracht kommt.”

헌법개정 제안이유에 의하면, 개인은 다른 방법으로는 자신의 법적 문제에 적용된 법규범의 위헌성 혹은 위법성 여부에 관하여 헌법재판소에 심판을 청구할 수 없는 경우에 비로소 헌법재판소에 법률 혹은 법규명령 심판을 청구할 수 있다는 것이며,<sup>133)</sup> 특히 법원이나 행정청의 특별한 행위를 통한 구체화 없이 국민 개인에게 직접 작용하는 직접강제법규, 조치법(Maßnahmegesetz)<sup>134)</sup>의 경우를 상정할 수 있다고 풀이하고 있다.

여기서 ‘개인이 자신의 법적 문제에 적용된 법규범의 위헌성 혹은 위법성 여부에 관하여 헌법재판소에 심판을 청구할 수 없는 경우’라는 것은 분명히 법률이나 법규명령이 법원의 재판이나 행정청의 처분 등을 통하여 적용될 수 있었던 경우에만 헌법재판소에 법률의 위헌심판, 법규명령의 위법심판의 “제청(Herantragen)”이 가능하였던 기존의 권리보호시스템을 염두에 둔 것이었다.

결국 이러한 심판제기의 구조는 위와 같은 관점에서 보면 기본적으로 아무런 변화가 없다는 것을 의미한다. 단지 해당 법규범의 적용을 받은 바 있지만 종전 방식으로는 법규범의 위헌성·위법성을 주장할 수 없는 사람들에게만 적용될 수 있는 수단을 마련하는 데에 불과하다. 따라서 당사자의

---

133) R. Walter, a.a.O. S. 176. 또한, 이러한 형태의 입법은, 법원의 재판이나 행정청의 행정처분(직접적인 명령·강제행위의 경우도 마찬가지로)을 매개로 하여 다룰 가능성이 있는 경우 개인의 위헌심판청구의 가능성이 배제된다는 것을 의미한다. 개인에게 이와 같은 처분이 이미 내려졌는지 혹은 비로소 내려지게 되는지도 중요하지 않다(H. Haller, a.a.O. S. 233, FN 37).

134) 직접강제법규, 조치법(Maßnahmegesetz)의 개념에 관하여는 대체로, ‘규범 자체가 직접 집행력을 가지는’, ‘추가적인 집행행위를 요하지 않고 법률에 의하여 직접 법적 결과가 생기는’, ‘규범과 집행이 동시에 일어나는’, ‘중간적인 집행행위의 독자성이 부정되고 개인의 법적 지위를 직접 제한하는’ 형식과 내용의 법률로 정리되고 있다(R. Walter, a.a.O. S. 176, FN 6).



권리실현을 위해 법원의 판결이나 행정청의 처분이 내려질 수 있는 많은 경우가 그 대상에서 제외되고[개인의 위헌심판청구의 보충성(Subsidiarität)], 이 부분은 여전히 기존의 권리보호시스템의 적용영역으로 남게 된다고 할 것이다.

#### 나. 1967년 제2초안

1967년 제2초안(BKA 25333-2/67)<sup>135)</sup>은 뚜렷한 이유 없이 제1초안과는 부분적으로 다른 형태로 규정되었는데(흔히 “Behelfsentwurf”라고 부르는 Entwurf B의 전신이라고 할 수 있음), 그 관련부분의 내용은 다음과 같다.

“Er erkennt ferner über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides unmittelbar angewendet worden ist.”

1967년 제1초안과 비교하여 이와 같이 변경된 형태의 규정은 법률이 개별적인 법적 행위 없이 직접 적용되었던 경우에만 심판청구가 허용된다는 것을 보다 명확하게 표현한 것으로 풀이된다. 다만 이와 관련하여 법률이 직접 적용되었어야(angewendet worden ist)만 한다는 요건에 대하여 비판이 제기되었는데,<sup>136)</sup> 소위 직접강제법규, 조치법(Maßnahmegesetz)의 경우에는 적용의 문제가 무조건 발생하는 것도 아니고, 따라서 제2초안의 경우 오히려 제1초안과 대비하여 전혀 이해할 수 없는, 아마도 의도되지 않은 제한을 가져올 수도 있다는 것이다.

#### 다. 1968년 초안

---

135) 1967년 제2초안(BKA 25333-2/67, 1967. 11. 27.자 일명 11월 초안)은 대체로 1967년 제1초안을 그대로 이어받았고, 특별히 다른 방향으로 나간 것은 없다고 보는 입장도 있다(R. Walter, a.a.O. S. 176).

136) H. Haller, a.a.O. S. 234.

1968년 초안(Blg B zu BKA 93686-2a/68)은 상당부분 그 후 연방헌법(B-VG Nov. 1975, BGBl. 302)으로 성안된 헌법개정안의 내용을 이루게 되었는데,<sup>137)</sup> 그 관련부분의 내용은 다음과 같다.

“Er erkennt ferner über Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides wirksam geworden ist.”

연방하원에 제출된 연방정부의 제안보고서는 종전 입법초안들에 대한 입장과 크게 달라진 것은 아니었고, 단지 앞서 본 바와 같은 일반적인 논의들을 보다 정확하게 규정하려고 한다는 점을 밝히고 있다. 특히 종전 1967년 제2초안이 청구적격을 지나치게 좁게 상정하고 있다는 인식에 더 잡아 새로운 규정의 필요성이 대두되었다. 1967년 제2초안은 청구적격을 ‘법률이 법원의 재판이나 행정청의 처분 없이 직접 적용되었던(angewendet worden ist) 경우’로 한정하고 있고, 이러한 표현은 법률이 이미 적용되었어야 하는(das Gesetz schon “angewendet” sein mußte) 경우를 의미하기 때문에, 이 조항이 적용될 수 있는 경우란 극히 제한적일 수밖에 없었다. 즉 대개의 경우 집행행위(Vollzugsakt)가 이미 존재하고 있었어야 한다는 것을 짐작케 하며, 그러한 집행행위는 이러한 방법이 아니더라도 다룰 수 있었기 때문이다.<sup>138)139)</sup>

137) 나중에 “wirksam geworden ist” 앞에 “für diese Person”이 부가된 이외에는 현재의 연방헌법 조문과 차이가 없다.

138) 예컨대 이미 집행행위가 있었던 경우 이를 전제로 한 당해 사건에서 ‘법원의 위헌제청결정’에 의하여 혹은 연방헌법 제144조의 헌법소원절차에서 ‘헌법재판소의 직권심판회부결정’에 의하여 얼마든지 위헌심사를 받을 수 있기 때문이다.

139) 또한, 연방정부의 제안보고서에서 이러한 구조가 독일 연방헌법재판소법 제90조의 규정을 ‘모범으로 삼고(anlehnt)’ 있다고 부연하고 있더라도 별다른 사정변동이 있는 것이 아니며, 실제로 견해에 따라서는 “anlehnt”라는 표현으로부터 거의 추론될 수 없는 것처럼 파악하기도 한다(R. Walter, a.a.O. S. 176). 참고로 독일의 학설과 판례에서 (법령에 대한) 헌법소원의 적법요건으로서 ‘청구인은 심판대상 법률

위와 같은 연혁적인 논의과정을 살펴볼 때, 당초부터 기존의 권리구제절차 상의 공백을 보완하려는 경향이 있기는 하였지만,<sup>140)</sup> 그렇다고 하여 위와 같은 새로운 시도들이 기존의 권리보호시스템으로부터의 완전한 결별을 의미하는 것도 아니었다.

라. 연방헌법개정안 및 현행 연방헌법 제139조 및 제140조 각 제1항 마지막 문장의 규정

조항으로 인해 자기 자신이(selbst), 현재(gegenwärtig), 직접(unmittelbar) 관련되어 있어야 한다'고 보고 있는데, 오스트리아의 법규정상 "unmittelbar"는 "자기 자신(selbst)"의 개념으로 사용되고 있고, 반면 독일의 학설과 판례에서의 "직접(unmittelbar)", 즉 직접 관련성을 나타내기 위해 오스트리아 연방헌법 제139조 제1항과 제140조 제1항에서 "ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist" 라는 표현을 사용하고 있다. 굳이 이를 구분하기 위해 보다 간명하게 표현한다면 "direkt"라는 표현이 적합하다("unmittelbar"는 오스트리아 연방헌법 제139조 제1항과 제140조 제1항에서 이미 다른 의미로 사용되고 있기 때문에). 독일의 학설상 현재(gegenwärtig) 관련성은 단지 잠재적(erst virtuell)이거나 장래적(künftig)이 아닌, 이미 현실화된(aktualisiert) 관련성으로 표현될 수 있다(R. Walter, a.a.O. S. 176, FN 8).

독일연방헌법재판소법 제90조(소원적격) ① 누구든지 공권력에 의하여 자기의 기본권, 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조와 제104조에 규정된 권리가 침해된 것을 이유로 하여 연방헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.

② 권리의 침해에 대하여 권리구제절차가 허용되어 있는 경우에는, 헌법소원은 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 다만 헌법소원이 일반적인 의미를 가지는 경우 또는 먼저 권리구제절차를 거치게 하면 소원청구인이 중대하고 불가피한 손해를 입을 우려가 있는 경우에는 연방헌법재판소는 권리구제절차를 거치기 전에 청구된 헌법소원에 대해서도 즉시 재판할 수 있다. [(2) Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Das Bundesverfassungsgericht kann jedoch über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.]

140) 오스트리아 연방헌법재판소는 이미 VfSlg 6392/1971(B175/70) 판결을 통해 일정한 경우에 당사자의 '확인결정' 신청을 받아들임으로써 권리구제의 흠결을 보완하려고 시도하였다.

앞서 본 바와 같은 개정초안들을 바탕으로 하여 최종적으로 확정된 연방헌법 개정안 및 현행 연방헌법의 관련부분 규정은 다음과 같다.

“Art. 139. (1) Der Verfassungsgerichtshof ... . Er erkennt ferner über die Gesetzwidrigkeit von Verordnungen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Gesetzwidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist ; für solche Anträge gilt Art. 89 Abs. 3 sinngemäß.”

“Art. 140. (1) ... Der Verfassungsgerichtshof erkennt ferner über Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist ; für solche Anträge gilt Art. 89 Abs. 3<sup>141)</sup> sinngemäß.”

이에 따라 헌법재판소법도 연방헌법의 내용을 반영하여 같은 취지로 규정하고 있다(헌법재판소법 제57조 제1항 및 제62조 제1항).

한편, 연방헌법 개정 당시 학자들은 규범통제의 청구적격을 지나치게 확대하여 민중소송 또는 민중소원(Popularbeschwerde)으로 남용되는 것을 우려하였는데,<sup>142)</sup> 연방헌법개정안은 자신의 권리가 직접 침해되었다고 주장하는 개인만으로 청구적격을 한정함으로써 결코 민중소원을 의미하는 것이 아니라는 점을 분명히 하고 있다.

---

141) B-VG Art. 89. (3) Ist die vom Gericht anzuwendende Rechtsvorschrift bereits außer Kraft getreten, so hat der Antrag des Gerichtes an den Verfassungsgerichtshof die Entscheidung zu begehren, daß die Rechtsvorschrift gesetzwidrig oder verfassungswidrig war.

142) H. Haller, a.a.O. S. 235

### 3. 제도적 특징

#### 가. 민중소원, 추상적 규범통제와 구분

개인의 위헌심판청구제도는 헌법에 위반되는 법률 또는 법률에 위반되는 법규명령에 의해 직접 자신의 권리를 침해당하였다고 주장하는 자가 곧바로 그 법규범을 심판대상으로 삼아 헌법재판소에 심판청구를 하는 것이기 때문에, 국가 등이 법률에 위반되는 행위를 한 때에 직접 자기의 법률상 이익과 관계없이 그 시정을 구하기 위하여 제기하는 민중소송(Popularklage) 또는 민중소원과는 명백히 구분된다.<sup>143)</sup> 앞서 언급한 것처럼 특히 민중소원과 구별된다는 점은 헌법개정 당시의 여러 검토의견에서도 발견되고 있다.

또, 개인이 심판대상 법규범을 통하여 직접 그의 권리를 침해당하였다고 주장하고 그 법규범이 법원의 재판이나 행정청의 처분에 의하지 않고서 실제로 그 개인에게 효력을 미치는 경우에만 청구가 가능하다. 즉, 구체적 법률관계를 전제로 한 심판청구라는 점에서(구체적 규범통제), 이러한 구체적 법률관계 없이 행해지는 추상적 규범통제와 구분된다.

#### 나. 법률 및 법규명령에 대한 규범통제

법률의 위헌 여부에 관하여 연방행정법원, 민·형사최고법원, 항소심 법원 등만이 심판제청을 할 수 있는 것과 달리, 권리침해를 받은 개인은 누구나 위헌법률심판을 청구할 수 있다.

법규명령에 대한 심판청구는 반드시 헌법상 보장된 기본권의 침해를 전제로 하는 것은 아니다. 즉 법률의 위헌성 여부와 달리, 법규명령의 위법성 여부의 심판청구에는 헌법상 보장된 기본권이 제한 혹은 침해되고 있음을

---

143) H. Haller, a.a.O. S. 230

주장할 필요는 없다. 오스트리아에서는 이처럼 법률의 위헌성뿐만 아니라 법규명령의 위법성에 대한 심사권한도 헌법재판소로 집중되어 있다.

#### 다. 연방헌법 제144조의 헌법소원(Beschwerde)과 차이

개인의 위헌심판청구는 개인의 심판청구에 의한 것이라는 점에서 연방헌법 제144조<sup>144)</sup>의 헌법소원(Beschwerde)과 유사하지만, 법률이나 법규명령 등 법규범 자체를 심판대상으로 한다는 점에서 차이가 있다. 헌법재판소의 심판사건 중 상당수가 실제로 헌법재판소가 헌법소원 사건을 심리하는 도중에 직권으로 위헌심판절차를 개시하는 경우라는 점은 위에서 언급한 바 있다.

개인의 위헌심판청구도 넓게 보면 성격상 헌법소원의 한 형태로 파악할 수 있지만, 연방헌법은 제144조의 헌법소원과 구별하여 일종의 구체적 규범통제의 한 형태로 보아 제139조 및 제140조에서 함께 규정하고 있다(이 점에서 우리 나라나 독일의 헌법소원제도와 차이가 있다).

무엇보다도 연방헌법 제144조의 헌법소원은 행정청의 처분 등 공권력 작용 자체를 심판대상으로 한다. 오스트리아에서는 역사적으로 행정청의 처분 등을 대상으로 하는 헌법소원제도가 규범통제제도보다 훨씬 앞서 발전해왔다.<sup>145)</sup> 또, 헌법소원의 경우 반드시 사전구제절차를 거치도록 하면서

---

144) Art. 144. (1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden einschließlich der unabhängigen Verwaltungssenate, soweit der Beschwerdeführer durch den Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Die Beschwerde kann erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges erhoben werden.

(연방헌법 제144조 제1항 헌법재판소는, 청구인이 행정처분으로 헌법상 보장된 권리가 침해되었다고 주장하거나 법률위반의 법규명령, 위헌인 법률 또는 위법한 조약을 적용한 행정처분으로 인하여 권리가 침해되었다고 주장하는, 독립행정위원회를 포함한 행정청의 처분에 대한 헌법소원에 관하여 심판한다. 헌법소원은 행정심판절차를 모두 거친 다음에 제기할 수 있다)

145) L. Adamovich, a.a.O. S. 544, 548.

그 청구기간을 6주로 한정하고 있으나, 개인의 위헌심판청구의 경우 명시적으로 사전구제절차에 관해서는 규정하고 있지 않으며 또 청구기간에 대해 제약을 두고 있지 않다.

말하자면, 오스트리아에서 행정청의 공권력 행사만이 헌법소원의 대상이 되므로 법률 혹은 법규명령 그 자체는 헌법소원의 대상이 될 수 없다. 다만, 집행행위를 매개함이 없이 법률 등에 의하여 직접 헌법상 보장된 권리가 침해당했다고 주장하는 개인은 위헌심판청구를 할 수 있을 뿐이다(연방헌법 제139조 제1항 및 제140조 제1항).

참고로 연방행정법원에 제기하는 처분에 대한 항고소송(Beschreibeschwerde, 취소소송)과도 구별된다. 처분에 대한 항고소송은 독립행정위원회를 포함하여 행정청의 처분으로 말미암아 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 자가 더 이상 행정절차 내에서 권리구제절차가 없는 경우에 행정법원에 제기할 수 있다(연방헌법 제131조, 주관적 공법상 권리의 침해). 말하자면, 헌법상 권리의 침해 유무에 따라 헌법소원과 행정법원에의 소원(항고소송)이 일응 구별된다고 할 것이다.

#### 라. 청구기간의 제한 없음

개인의 위헌심판청구에는 연방헌법 제144조의 헌법소원과<sup>146)</sup> 달리 청구기간에 제한이 없다. 일반법원이나 행정법원, 독립행정위원회의 심판제청과 본질적으로 차이가 없다는 점, 다른 우회적인 권리구제절차를 거친 후 심판청구를 하여야 한다는 점 등을 염두에 둔 것으로 보인다.

개인의 위헌심판청구를 행정청의 처분 등 일반적인 공권력 작용에 대한

---

146) VfGG § 82. (1) Die Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes gegen einen Bescheid kann nur nach Erschöpfung des Instanzenzuges innerhalb einer Frist von sechs Wochen nach Zustellung des in letzter Instanz ergangenen Bescheides erhoben werden.  
(헌법재판소법 제82조 제1항; 연방헌법 제144조 제1항에 의거하여 제기되는 처분에 대한 소원은 행정심판상의 모든 심급순서를 다 거친 후 최종 행정심판의 재결을 송달받고 6주일 이내 제기할 수 있다)

헌법소원과 구별하여 구체적 규범통제의 한 유형으로 파악한다면 청구기간에 제한을 두고 있지 않는 것은 분명히 국민의 기본권 보장 측면에서 보다 높게 평가될 수 있을 것이다. 다만, 법규범에 대한 무제한적 규범통제를 허용할 경우에 생길 수 있는 법적 안정성의 문제는 여전히 논란거리로 남게 될 것이다.

### III. 개인의 위헌심판청구의 일반적 적법요건

#### 1. 의의

헌법재판소는 헌법에 위반되는 법률 또는 법률에 위반되는 법규명령에 의해 법원의 재판이나 행정청의 처분 등을 거치지 않고 직접 자신의 권리를 침해받았다고 주장하는 자가 제기하는 법률의 위헌성 또는 법규명령의 위법성에 관하여 심판할 권한을 가진다(연방헌법 제140조 제1항 및 제139조 제1항의 각 마지막 문장). 헌법재판소법 제62조 제1항 마지막 문장<sup>147)</sup>과 제57조 제1항 마지막 문장<sup>148)</sup>은 위와 같은 연방헌법 규정을 이어 받아 같은 취지로 규정하고 있으면서, 개인이 위헌·위법심판 청구를 하는 경우 심판대상 법령이 직접 자신의 권리를 침해하였다는 점 외에도 법원의 재판 작용이나 행정청의 처분행위 등을 매개로 하지 않고 그 법령이 자신에게 직접 적용되고 있다는 점을 명확하게, 그리고 개별적으로 주장하도록 규정하고 있다.

---

147) § 62. (1) ... Wird ein solcher Antrag von einer Person gestellt, die unmittelbar durch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, so ist auch darzutun, inwieweit das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für sie wirksam geworden ist.

148) § 57. (1) ... Wird ein solcher Antrag von einer Person gestellt, die unmittelbar durch die Gesetzswidrigkeit der Verordnung in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, so ist auch darzutun, inwieweit die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für sie wirksam geworden ist.



그러나 연방헌법과 헌법재판소법에 규정되어 있는 위와 같은 요건들은 뒤에서 보는 바와 같이 개인이 위헌심판청구를 하는데 필요한 특별한 적법 요건에 해당하는 것으로서, 위헌심판청구의 필수적 요건이긴 하지만 이것만으로 충분하지는 않다. 즉, 개인의 위헌심판청구는 행정법원이나 독립행정위원회 등의 심판제청과 마찬가지로 일반적 적법요건도 함께 충족하고 있어야 한다.

## 2. 심판의 대상(Prüfungsgegenstand)

위헌법률·위법명령 심판청구의 대상은 연방헌법 제140조에 규정된 ‘법률’ 또는 연방헌법 제139조에 규정된 ‘법규명령’에 해당하여야 한다.

이른바 ‘고시(Erlass)’로 표현되는 행정규칙이 연방헌법 제139조의 법규명령에 해당하는지 여부가 문제된다. 헌법재판소는 일관하여 어떠한 행정행위가 법규명령으로서의 성격을 갖는지 여부는 형식적인 수범자의 범위, 외적으로 표현된 명칭, 공고의 방식 등에 의해서가 아니라 행정행위의 내용을 기준으로 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있다.<sup>149)</sup> 즉, ‘고시’로 표현되는 행정규칙이 법규명령으로서의 성격을 갖기 위해서는 명백하게 명령·강제적 표현을 사용하여 단순히 법률조항의 반복에 그치지 않고 법률에 기속되어 그 내용을 부연하면서 일반 국민에게 직접 적용되어야 한다.<sup>150)</sup> 예컨대, 연방내무부장관이 경찰관의 ‘수갑사용지침(HFDA: Handfesseldienst-anweisung)’에 관해 이를 일종의 일반적인 내부업무지침에 불과하다고 반론을 제기하였으나, 헌법재판소는 ‘수갑사용지침’ 중 제1조와 제2조 제1항<sup>151)</sup>이 명백하게 명령·강제적 표현을 사용하여 어떤 상황에서 어떤 사람

149) VfSlg 11472/1987, VfSlg 13632/1993

150) VfSlg 12744/1991, VfSlg 15061/1997

151) “I. Allgemeine Bestimmungen

§1 Handfesseln dürfen einer Person nur angelegt werden, wenn diese sich in rechtmäßigem Gewahrsam befindet und auf Grund bestimmter Tatsachen

a) eine Selbstgefährdung,

b) eine Gefährdung anderer Personen oder eine Beschädigung von Sachen oder

에게 수갑이 사용되어야 하는지를 규정하고 있고, 이를 통해 관련 당사자의 법적 지위가 형성되며 또 법률에 기속되어 해석이 이루어지고 있으므로, 이는 대외적인 구속력을 가지는 일종의 법규명령의 성격을 갖는 것으로 보고 있다.<sup>152)</sup>

또한, 청구인이 위헌심판을 구하는 대상은 법률이나 법률조항의 전부 또는 특정 문언 자체에 한정된다. 이는 곧 위헌심판에서의 폐지 범위(Umfang der Aufhebung)와도 직접 관련된다. 즉, 헌법재판소는 연방헌법 제140조 및 헌법재판소법 제64조 제1항<sup>153)</sup>의 해석상 법률이나 법률조항의 전부 또는 특정 문언(bestimmte Stellen)을 위헌인 것으로서 폐지할 수 있을 뿐이고, 법률조항의 특정 적용영역에 한정하여 폐지하는 것은 허용되지 않는다는 견해를 밝히고 있다.<sup>154)</sup>

---

c) ein Fluchtversuch zu besorgen ist.

§2 (1) Bei Greisen, offensichtlich kranken, körperbehinderten oder gebrechlichen Personen sowie bei Frauen dürfen Handfesseln nur angewendet werden, wenn außer den vorgenannten allgemeinen Voraussetzungen noch besondere Gründe vorliegen, welche diese Maßnahmen unbedingt erforderlich scheinen lassen.

152) VfSlg 15061/1997 (V108/97). 헌법재판소는 헌법소원심판 사건(B493/97)을 심리함에 있어 직권으로 그에 적용이 되는 ‘수갑사용지침(HFDA: Handfesseldienst-anweisung)’ 제1조, 제2조 제1항의 위법성 여부를 심사하였는데(수갑사용지침의 모든 조항이 법규명령의 성격을 갖는다고 본 것은 아니고, 제1조, 제2조 제1항만 위법여부 심판의 대상이 된다고 보았음), 본안판단에서 수갑사용지침 제1조, 제2조 제1항은 ‘연방장관의 법규명령은 연방관보에 공고되어야 한다.’는 (당시 제반 법령에 규정된) 원칙에 위배되어, 즉 수갑사용지침의 공고절차가 정해진 방식에 위배되어 결국 당해 지침이 위법하다는 이유로 이를 폐지하는 결정을 선고하였다(따라서 B493/97 소원심판청구도 인용되었음). 그러나 이 사건에서 함께 문제가 되었던 수갑사용지침 제3조와 제4조는 단순히 법률의 내용을 반복하는데 불과하다는 이유로 그 부분에 대한 심판절차는 종료되었다(eingestellt).

153) § 64. (1) Das Erkenntnis hat auszusprechen, ob der ganze Inhalt des Gesetzes oder bestimmte Stellen als verfassungswidrig aufgehoben werden. (판결은 법률의 전부 또는 특정문언이 위헌으로서 폐지되어야 하는지 여부를 선고하여야 한다)

154) 헌법재판소 1962. 3. 29.자 결정(VfSlg 4170/1962)에서 “연방헌법 제140조 및 헌법재판소법 제64조에 따라 헌법재판소가 단지 특정한 적용범위와 관련하여 법률문언을 폐지하는 것은 허용되지 않는다”고 판시하고 있다. 또한, 헌법재판소의 판단대상은 심판대상 법률조항 그 자체이지, 그에 대해 내려진 행정법원의 법률해석이나

실제로 헌법재판소의 판결주문에서 법률조항의 전부 또는 일부를 폐지하지 않은 채 특정한 해석이나 일부 적용영역만을 폐지하는 식의 한정위헌결정을 선고한 예를 찾아보기 어렵다. 즉 위헌심판사건에서 그 결정주문은 단지 청구 자체를 각하 혹은 기각하거나, 법률조항의 전부 혹은 일부 문언(Worte, Wortlaut)을 폐지하는 형태를 취하고 있을 뿐이다.<sup>155)</sup> 헌법재판소법 제64조 제1항이 헌법재판소의 판결은 법률의 전부 또는 특정 문언이 위헌인 것으로서 폐지되는지 여부를 선언하여야 한다고 규정하고 있기 때문이다. 헌법학자들도 위헌법률심판사건의 주문 형식으로 위와 같은 방식만을 예정하고 있는 것으로 설명하고 있다.<sup>156)</sup>

개인이나 행정법원, 독립행정위원회 등이 위헌법률심판을 청구 혹은 제청할 때에도 특정한 해석이나 일부 적용영역만을 폐지하는 형태의 청구를 하지는 않고 있는데, 실제로 헌법재판소는 독립행정위원회가 위헌법률심판 제청을 하면서 예비적 청구로서 법률조항의 해석 혹은 적용영역에 관하여 일정한 선언을 해달라고 주장한 사안에서 그러한 예비적 청구 자체를 부적법하다고 보아 각하하고 있다.<sup>157)</sup>

---

그 법률조항의 적용과 관련된 행정청의 개별적인 법적 견해의 내용이 아니다 (VfSlg 16773/2002 참조).

155) 헌법재판소는 연방헌법이 부여한 권한의 범위 내에서 헌법에서 명시하고 있는 ‘법률 또는 특정 문언’에 대한 폐지 여부에 관하여 판단을 할 뿐이다. 나아가 법률조항의 전부(분리 가능한 부분 제외)에 대하여 위헌선언을 하게 될 경우 발생하게 될 법의 흠결 내지 공백을 피하기 위하여 필요한 경우 폐지의 효력발생시기를 장래의 일정 시점으로 정하고 있는데, 이처럼 위헌법률의 폐지의 효력발생시기를 장래의 일정시점까지 유예하는 결정은 근래에는 위헌결정과 함께 종종 이루어지고 있다.

헌법재판의 결정주문은 ‘위헌제청을 각하한다’, ‘위헌제청을 기각한다’, ‘... 법률조항은 위헌이 아니므로 폐지되지 않는다’(헌법재판소가 직권으로 심판에 회부한 경우), ‘법률조항은 위헌으로서 폐지된다. (그 폐지는 0000년 00월 00일이 경과한 때에 효력을 발생한다)’, ‘법률조항은 위헌이었음을 확인한다’(선고당시 효력을 상실한 경우) 등으로 간결하게 정리된다. 이는 개인의 위헌심판청구의 경우에도 마찬가지이다.

156) Walter-Mayer, Bundesverfassungsrecht, 9. Auflage, S. 480, 481.

157) VfSlg 16773/2002 (G177/02등). 헌법재판소는 “해당 법률조항의 헌법합치적인 적용에 있어서 계쟁 사실관계가 처벌대상이 되지 못한다”거나 또는 “헌법합치적인 적용에 있어서 계쟁 사실관계가 금지영역에 해당되지 않는다”고 선언해달라는 취

나아가 개인의 위헌심판청구이든, 법원 등의 위헌제청이든 혹은 헌법재판소의 직권에 의한 심판회부결정이든, 어느 법률조항의 일부분에 대한 위헌성을 발견한 경우 어떤 법률 조항의 합헌적인 적용영역이 있다고 하더라도 그 조항의 문언(Wortlaut)을 위헌적인 부분과 합헌적인 부분으로 분리할 수 없다면, 헌법재판소는 그 조항 전부를 폐지하게 된다.<sup>158)</sup>

### 3. 심판청구의 형식과 내용

#### 가. 헌법재판소법 제15조 및 제17조의 요건

위헌심판청구는 헌법재판소에 제기되는 다른 심판청구들과 마찬가지로 서면으로 제기되어야 하고, 심판청구의 근거가 되는 연방헌법조항, 주장의 기초가 되는 사실관계에 대한 설명, 그리고 특정한 청구취지 등이 적시되어야 한다(헌법재판소법 제15조 제1항·제2항). 특히 ‘특정한 청구취지(bestimmtes Begehren)’는 연방헌법 제144조의 헌법소원과 구별되는 측면에서 아주 특별한 의미를 지니게 된다. 연방헌법 제144조의 헌법소원은 청구인이 심판대상 처분(Bescheid)에 의해 헌법상 보장된 권리가 침해되었다거나 위헌적 법률 혹은 위법한 법규명령 등을 적용한 행정처분으로 자신의 권리가 침해된 경우에 심판을 청구하는 것이기 때문이다. 즉 헌법소원은 행정청의 개별적인 처분을 법적 상태에서 제거하는 데에 주된 목적이 있는 반면, 위헌심판청구는 심판대상 법령의 폐지를 통하여 청구인의 권리침해를 제거하는 데 목적이 있다.

만약 특정한 청구취지, 즉 위헌인 법률 혹은 위법한 법규명령의 폐지에

---

지의 청구는 연방헌법 제140조의 위헌법률심사에서 본안판결로 예정되어 있지 않다는 이유로 각하되어야 한다고 판시하고 있다. 이 사안은 독립행정위원회가 주위적으로 법률조항의 일부 문언에 대한 위헌선언을 구하고 예비적으로 위와 같은 선언을 구하는 위헌심판제청사건이나, 개인의 위헌심판청구에서도 마찬가지로 받아들여질 수 있을 것이다.

158) VfSlg 3971/1961, VfSlg 5375/1966

관한 주장이 결여되어 있다면 이는 달리 흠결을 보정할 수 있는 성질의 것이 아니기 때문에(단순한 형식상의 불비가 아니라 내용상의 흠결에 해당하여 헌법재판소법 제18조<sup>159)</sup>에 따른 보정도 불가능함) 심판청구 자체가 각하될 수밖에 없다.<sup>160)</sup>

또, 심판청구에는 법률상 심리를 위해 소환되는<sup>161)</sup> 심판관계인(행정청)에게 송달될 수 있는 수단권의 청구서 및 관련서류의 부분을 첨부하여야 하며, 권한을 위임받은 변호사에 의해 심판청구가 제기되어야 한다(헌법재판소법 제17조 제1항·제2항). 이 경우에 심판청구를 위한 위임증명서와 서명이 필요하다.

개인의 위헌심판청구가 형식적 요건을 충족하지 못하는 경우에 헌법재판소로부터 보정명령을 받게 되고, 정해진 기한 내에 보정되지 않는다면 그 심판청구는 헌법재판소법 제19조 제3항 2목 c(형식적 요건의 흠결이 보완되지 않은 경우)에 따라 추가절차나 심리를 거치지 않고 각하될 수 있다.

#### 나. 기속력 있는 본안결정(실체적 판단)이 존재하지 아니할 것

헌법재판소는 원칙적으로 법률의 위헌성 여부, 법규명령의 위법성 여부에 관하여 오직 단 한 번 결정을 하여야 한다는 입장을 거듭하여 밝히고 있다.<sup>162)</sup> 즉 이미 헌법재판소의 본안판단을 거쳐서 폐지되었거나 위헌·위법으로 확인된 법률이나 법규명령 혹은 그 일부 조항은 다시 심판청구의 대상이 될 수 없다(헌법재판소법 제19조 제3항 2목 d; rechtskräftig entschiedener Sache).<sup>163)</sup> 위헌법률심판청구를 기각하는 이른바 소극적 내

159) § 18. Eingaben, die den Anforderungen der §§15 und 17 oder anderen durch dieses Gesetz aufgestellten Formerfordernissen nicht entsprechen, sind, sofern die Mängel voraussichtlich zu beheben sind, vom Referenten dem Einbringer zur Verbesserung innerhalb einer Frist zurückzustellen.

160) VfSlg 11969/1989(위헌법률심판), VfSlg 10299/1984, VfSlg 14184/1995(헌법소원) 등

161) 개인의 위헌심판청구는 일정한 사유가 있는 경우 추가절차 없이 각하될 수 있기 때문에, 심판관계인이 심리를 위해 항상 소환되는 것은 아니다.

162) VfSlg 14711/1996, VfSlg 15223/1998 등.

용의 판결 효력에 관하여 논란이 있을 수 있으나, 헌법재판소는 이러한 판결도 이미 실체적 판단이 이루어진 경우에는 그 기속력을 인정하여 뒤에 제기된 동일한 내용의 위헌심판청구를 각하하고 있다.<sup>164)165)</sup>

다만 본안판결의 기판력(Rechtskraft)과 관련하여, 심판청구가 기각된 경우에도 제청법원의 제청이 헌법재판소가 종전 판결에서 아직 판단을 내리지 않은 부분에 관하여 이루어진 것이라면 그 제청은 허용된다고 할 것이다.<sup>166)</sup>

연방헌법 제139조, 제140조에 규정된 위헌, 위법 심판절차에서 선고된 판결의 효력은 물론 청구의 동일성(Identität der Bedenken) 뿐만 아니라 규범의 동일성(Identität der Norm)을 전제로 한다.<sup>167)</sup>

#### 다. 심판청구의 내용

위헌·위법심판을 구하는 청구의 내용에는 ① 법률이나 법규명령의 문언

163) 모든 법원과 행정기관은 헌법재판소의 결정에 기속되므로, 위헌폐지를 선언하는 판결의 효력 발생시점부터 정화된(bereinigt, 즉, 나중에 개정된) 법률규정을 적용해야 한다. 또 (위헌)폐지된 법률 혹은 폐지된 법규명령은 새로운 규범심사의 심판 대상이 될 수 없고, 이는 해당 법률규정이 계속해서 적용되어야 하는 기간에 대해서도 마찬가지로 심판대상이 될 수 없다. 헌법재판소에 의해 폐지된 법률규정의 계속적용의 요청(위헌결정의 장래효로 인해, (폐지되기 전의 시점에서) 종전 법률규정에 따라 구성요건이 완성된 법적 관계를 의미하는 것임)이 그 법규정의 폐지의 요청보다 우선하게 된다(T. Öhlinger, Verfassungsrecht, 4. Auflage, 1999, WUV, S. 434); VfSlg 9321/1982, VfSlg 11874/1988 참조.

164) VfSlg 15223/1998(VfSlg 15099/1998 참조). 앞서 행정법원이 해당 법률조항을 포함하여 위헌법률심판을 제청한 사건에서 헌법재판소가 위헌 주장이 이유 없다고 하여 그 심판청구를 모두 기각하는 판결(Erkenntnis)을 한 바 있는데(1998. 2. 27. G326/97등), 그 후 독립행정위원회가 계류 중인 사건과 관련하여 동일한 법률조항에 대해 위헌제청을 한 사안에서 그 위헌 주장(Bedenken)이 이미 헌법재판소가 위 판결에서 실시한 것과 일치하기 때문에 실체적 판단이 있는(wegen entschiedener Sache) 경우에 해당한다고 보아 심판제청을 각하하였다.

165) 즉, 기각결정의 기판력은 단지 동일 규범에 대하여 동일한 위헌의심으로 재심사하는 것을 차단하는 효력만이 있을 뿐이나, 그 주관적 범위에는 한계가 없다.

166) VfSlg 14262/1995 등 참조.

167) R. Machacek, Verfahren vor dem VfGH und VwGH, 5. Auflage, S. 94.

의 전부 혹은 일부에 대한 폐지를 구하는 주장이 포함되어야 하고, ② 심판대상이 충분히 명확하게 확정될 수 있어야 하며, ③ 심판대상 법률, 법규명령의 위헌·위법성에 관한 주장이 개별적으로 자세하게 개진되어야 한다(헌법재판소법 제57조 제1항 및 제62조 제1항의 각 1, 2문 참조).

먼저, 심판청구 자체에서 법령의 폐지를 구하는 주장(Aufhebungsbegehren)이 결여되어 있는 경우, 이는 추후 보완을 통해 제거될 수 없는 내용상 흠결에 해당하여 이러한 청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없다.<sup>168)</sup> 법원이나 독립행정위원회가 당해 사건을 심리하던 중에 위헌심판을 제청하는 경우와 달리, 개인이 위헌심판청구를 하는 경우에는 특히 폐지를 구하는 법률이나 법규명령 등 심판대상을 명확하게 특정하지 않았거나 위헌주장을 개별적으로 적시하지 않아서 각하되는 사례가 종종 있게 된다.

또, 심판대상 법률조항은 충분히 명확하게 구분될 수 있어야 한다. 즉 헌법재판소법 제57조 제1항 또는 제62조 제1항의 엄격한 요건을 충족시키기 위하여 법률 혹은 법규명령 중 다투는 부분이 정확하고도 분명하게 표시되어야 한다.<sup>169)</sup> 청구하는 개인이나 제청하는 법원 혹은 독립행정위원회의 해석에 따라 어떤 법률조항이 실제로 폐지되어야 하는지가 확정되지 않은 채로 제기되어서는 아니 되며, 또한 헌법재판소는 청구인이 제기할 수도 있었다는 단순한 추측을 근거로 하여 해당 법률조항에 대한 위헌심사를 할 권한도 없다고 할 것이다.<sup>170)</sup>

168) VfSlg 9619/1983, VfSlg 11969/1989 등. 심판청구의 내용에 법령의 폐지 주장이 결여되어 있거나 심판대상 법령의 위헌성·위법성에 관한 주장이 개별적으로 적시되어 있지 않는 경우에는 추후 보정을 통해서도 제거될 수 없는 내용상 흠결이 대부분일 것이다. 특히, 법령의 폐지 주장이 결여된 경우는 보완될 수 없는 요건불비로 파악하고 있다(VfSlg 9619/1983).

169) VfSlg 11888/1988, VfSlg 13473/1993

170) VfSlg 16340/2001(독립행정위원회 제청사건), VfSlg 15775/2000(고등법원 제청사건). 인스부르크 고등법원은 항소심 심리 중 당해 사건에 적용되는 법률조항으로서 민법(ABGB) 제157조, 제158조에 대한 위헌의심을 갖고서, 청구취지를 “die §§157 und 158 ABGB, soweit damit die Klagebefugnis nur auf den Ehemann der Mutter und den Staatsanwalt eingeschränkt wird, als verfassungswidrig aufzuheben”으로 특정하여 위헌제청을 하였다. 그러나 헌법재판소는 이 제청에는 폐지를 구하는 법률조항에 대한 명확한 표시가 없다고 판단하여 각하하였다. 특히

심판청구에는 심판대상 법률조항의 위헌성, 법규명령의 위법성에 관한 근거들을 상세하게 적시하여야 한다. 헌법재판소는 오로지 심판대상 법률규정이 청구이유에 적시된 근거들을 기초로 하여 위헌인지 혹은 위법인지 여부를 판단할 뿐이다. 따라서 일부 법률조항에 대해서는 위헌 주장이 적시되어 있으나 다른 법률조항에 대해서는 그러한 주장이 결여되어 있는 경우 두 법률조항이 불가분의 관계에 있지 않는 이상 일부 법률조항에 대한 위헌 주장을 다른 법률조항에 대한 위헌 주장으로 간주할 수도 없다.<sup>171)</sup>

#### 라. 심판대상의 범위(Anfechtungsumfang)

청구인이 폐지 혹은 위헌확인을 구하는 법률이나 법규명령의 범위, 즉 심판대상의 범위가 명확하고 또 올바르게 구획·확정되어야 한다. 이는 심판대상의 성격의 문제가 아니라 심판대상의 구체적인 범위와 내용의 문제이다(이론적으로는 그다지 문제가 되지 않을 수 있으나 헌법재판소가 실무상 심판대상의 범위를 확정하는 데에는 어려운 측면이 있고, 이는 법원 등의 심판제정보다 특히 개인의 위헌심판청구에서 좀 더 자주 발생하는 문제이다).

헌법재판소는 개인의 위헌심판청구의 목적을 청구인이 주장하는 권리침해의 제거에서 찾고 있고, 따라서 연방헌법 제139조 및 제140조의 해석상 ‘청구적격은 심판대상 법령의 제거를 통해 청구인이 주장하는 권리침해(불리한 법적 작용)가 없어질 정도로 청구인의 법적 지위에 변경을 초래할 수 있을 때에만 긍정된다’고 보고 있다.<sup>172)</sup> 따라서 심판대상 법령의 제거에도 불구하고 청구인의 법적 지위에 아무런 변동이 없다면 청구적격이 인정될

---

위헌이라고 의심되는 법률조항의 특정부분을 분명하고 오해의 여지 없이 구분하기 어렵고, 오히려 제정법원의 해석에 의할 때 민법 제157조와 제158조 중 어느 특정문언(welche Worte)이 폐지되어야 하는지 혹은 두 법률조항 전부가 폐지되어야 하는지 여전히 확정할 수 없으며, 나아가 헌법재판소가 제정법원이 제기할 수도 있었다는 단순한 추측을 근거로 하여 해당 법률조항(또는 특정문언)에 대한 위헌 심사를 할 권한도 없다는 것이다.

171) VfSlg 14446/1996. 이러한 심판청구 가운데 그 다른 법률조항에 관한 부분은 내용적으로 보완할 수 없는 흠결을 갖고 있다 할 것이다.

172) VfSlg 10593/1985, VfSlg 12750/1991



수 없다.<sup>173)</sup> 이는 헌법재판소가 부분폐지(teilweise Aufhebung)를 할 수 있는 심판대상의 범위와 밀접한 관계가 있다.

일찍이 헌법재판소는 이와 관련하여 1977. 10. 13. G8/76 판결에서 의미 있는 판시를 한 바 있다. 즉 헌법재판소가 법률조항의 내용에 변경을 가할 목적으로 그 법률조항의 일부 문언(Worte)을 폐지하는 것은 연방헌법 제 140조에 의하여 헌법재판소에 부여된 위헌법률심사권한을 넘는 것이다. 따라서 헌법재판소는 위헌임을 이유로 법률조항의 일부 문언을 폐지함에 있어서 그 법률조항 중 당해 사건의 재판의 전제가 된 부분을 초과하여 제거하지 않도록 하는 한편, 제거되지 않고 남는 부분의 의미가 변경되지 않도록 하여야 하는바, 이러한 두 가지 목적을 동시에 완벽하게 달성하는 것은 지극히 어려운 일이므로, 헌법재판소는 구체적인 사건마다 어느 한 목적을 다른 목적보다 우선시킬 것인지의 여부 및 그 정도를 비교형량하여야 한다. 법률조항의 폐지 범위를 정함에 있어서는, 위헌인 것으로 폐지하여야 할 부분과 불가분의 관계에 있는 부분도 함께 폐지하여야 하는 한편, 남는 부분의 의미와 내용이 완전히 변질되지 않도록 하여야 하는 것이다.<sup>174)</sup>

그런데 폐지되는 법률조항의 범위와 한계는 헌법재판소의 심리절차에서 뿐만 아니라 당사자의 심판청구 단계에서도 충분히 검토되어야 한다. 즉 한편으로 잔존하는 법률조항의 문언이 내용적으로 완전히 변경되어서도 아니 되고, 무엇보다도 제거되는 법규정과 불가분의 관계(in untrennbarem Zusammenhang)에 있는 법률조항들도 함께 고려되어야 한다.<sup>175)</sup> 특히 개인의 위헌심판청구와 관련하여 심판대상의 범위를 명확하게 특정하여야 할 책임은 일차적으로 청구인에게 주어져 있다.<sup>176)</sup>

---

173) VfSlg 13398/1993

174) VfSlg 8155/1977

175) VfSlg 14180/1995

176) VfSlg 13915/1994. 청구인들은 민법(ABGB, BGBl. 403/1977) 제165조 “Das uneheliche Kind erhält den Geschlechtsnamen der Mutter.” 중 “Geschlechtsnamen”부분이 자신들에게 직접 적용되고 헌법에 위반된다고 하면서 이 부분 문언만의 위헌폐지를 구하였다. 헌법재판소는 VfSlg 8155/1977 결정의 판시내용을 인용하고 있는데, 즉 규범심사와 위헌임을 이유로 폐지하는 법률조항의 범위를 정함에 있어서, 그 법률조항 중 당해 사건의 재판의 전제가 된 부분을 초과하여 제거하지 않도록 하는 한편, 제거되지 않고 남는 부분의 의미가 변경되지 않도록 하여야 하는데, 이러

또, 개인의 위헌심판청구는 모든 적법요건<sup>177)</sup>이 구비된 법률조항, 나아가 그 법률조항과 불가분의 관계가 있거나 혹은 위헌성 판단에 있어 불가분의 일체를 이루는 그러한 법규범에 대해서만 제기될 수 있다는 것을 유의하여야 한다.<sup>178)</sup> 결국 법규범의 부분폐지로 인해 남게 되는 법률조항의 의미가 더 이상 입법자의 의사에 부합하지 않게 된다면, 그 심판청구는 법률조항 전체를 제거해달라는 형식으로만 허용된다.<sup>179)</sup>

다만, 심판대상 법률조항을 제거함으로써 헌법합치적인 법적 상태에 도달할 수 있는지 여부는 적법요건의 구비 여부를 판단하는데 결정적인 기준이 되지 않는다.<sup>180)</sup>

#### 4. 청구기간

---

한 두 가지 목적이 동시에 완벽하게 달성될 수는 없기 때문에, 헌법재판소는 구체적인 사건마다 어느 한 목적을 다른 목적보다 우선시킬 것인지의 여부 및 그 정도를 비교衡量하여야 한다. 헌법재판소가 부분폐지를 통해 당해 규범에 완전히 변경된, 입법자에게 전혀 의미를 부여할 수 없는 내용을 제공하는 것은 금지된다. 왜냐하면 이는 결과적으로 적극적 입법행위가 될 수도 있기 때문이다. 이 사건에서도 “Geschlechtsnamen” 문언만의 부분폐지는 위와 같은 이유로 결국 그 심판대상이 지나치게 좁게 특정되었다는 이유로 각하하였다.

그 후 청구인이 민법 제165조 전체를 심판대상으로 하여 위헌심판청구를 하였으나, 헌법재판소는 위 법률조항과 불가분의 관계(untrennbarer Zusammenhang)에 있는 다른 법률조항을 포함하지 않아 역시 심판대상이 지나치게 좁게 특정되었다는 이유로 심판청구를 각하하였다(VfSlg 14196/1995 참조).

177) 앞서 본 바와 같이 위헌폐지의 범위(Umfang)에 관한 문제는 판례를 통해 법률조항의 위헌폐지를 구하는 청구의 적법요건(Zulässigkeit)에 영향을 미치게 되었는데, 이는 헌법재판소의 직권심판회부결정에 의한 경우이든 법원이나 개인 등의 제청 혹은 청구에 의한 경우이든 위헌법률심판절차에 공통된 것이다.

178) VfSlg 16756/2002

179) VfSlg 15599/1999. 독립행정위원회(UVS)가 행정심판절차 중 법률조항의 부분폐지를 제청한 사안에서 위와 같은 이유로 각하하였다.

법원이나 독립행정위원회의 제청에 의한 경우이든, 개인의 위헌심판청구에 의한 경우이든, 혹은 헌법재판소의 직권심판회부결정에 의한 경우이든, 어느 법률조항의 일부분에 대한 위헌성을 발견한 경우, 어떤 법률조항의 합헌적인 적용영역이 있다고 하더라도 그 조항의 문언(Wortlaut)을 위헌적인 부분과 합헌적인 부분으로 분리할 수 없다면 헌법재판소는 그 조항 전부를 폐지하게 된다(VfSlg 3971/1961, VfSlg 5375/1966).

180) VfSlg 14521/1996

개인의 위헌심판청구에는 청구기간에 제한이 없다. 즉 개인은 해당 법률 또는 법규명령에 의해 자신의 기본권 혹은 권리가 침해되었다고 의심이 드는 경우 언제든지 헌법재판소에 그 위헌성 또는 위법성에 관한 심판을 청구할 수 있다. 이는 범령소원을 헌법소원의 한 유형으로 파악하여 청구기간에 제한을 두고 있는 독일이나 우리나라의 제도와 차이가 있는 부분이다.

#### IV. 개인의 위헌심판청구의 특수한 적법요건

##### 1. 헌법재판소 판례의 입장

헌법재판소는 1977. 3. 17. 선고 G15/76 결정<sup>181)</sup>에서 개인의 위헌법률심판청구의 적법요건에 관하여 다음과 같이 판시한 이래 현재까지도 개별사건의 적법요건 심사에서 이를 인용하면서, 각 사안에 따라 구체적으로 그 구비 여부를 판단하고 있다.

『심판청구의 적법요건은, ... 한편으로 청구인이 직접(unmittelbar) 심판대상 법률에 의해 그의 권리를 침해당하였다고 주장하고 또한 그 법률이 청구인에게 실제로(tatsächlich), 즉 법원의 재판이나 행정청의 행정처분에 의하지 않고서 효력이 있는(wirksam geworden ist) 것이어야 한다. ... 청구적격의 기본적 요건은 해당 법률이 청구인의 권리를 제한하거나 그 자체를 침해하여야 한다(위헌법률심판의 경우). ... 그러나 심판청구 권한이 모든 수범자(Normadressat)에게 있는 것은 아니다. 법률 그 자체(selbst)가 실제로 청구인의 권리를 직접 제한하여야만 한다는 것이 요구된다. ... 그러한 제한은 단지 그것이 방법과 정도에 따라 법률 그 자체에 의하여 명백하게 규정되어(eindeutig bestimmt) 있고, 청구인의 법적으로 보호되는 이익

181) VfSlg 8009/1977. 이 결정은 앞서 언급한 것처럼, 1975년 연방헌법 개정으로 개인의 위헌심판청구 제도가 도입된 이후 그 이전부터 학자들 사이에서 심판청구의 청구적격, 즉 적법요건에 관하여 논의되어 오던 것을 헌법재판소가 최초로 선언한 것이다. 개인의 법규명령 심판청구의 청구적격에 관하여도 헌법재판소는 VfSlg 8058/1977 결정에서 같은 취지로 판시하고 있다.

을 단지 잠재적으로가 아니라 현실로 제한하는(aktuell beeinträchtigt) 것이어야 하며, ... 청구인에게 - 주장만으로도 - 위법한 침해를 방어할 만한 다른 우회적 수단이 부여되어 있지 않는다면<sup>182)</sup> 받아들여질 수 있다。」

개인의 위헌심판청구는 그 제도시행 초기에 특수한 적법요건이 무엇인지에 관하여 논란이 있었지만, 헌법재판소의 위 결정을 토대로 고찰할 때 그 적법요건은 대체로 두 가지로 대별될 수 있다.<sup>183)</sup> 즉 청구인의 권리나 법적 지위에 대한 직접적인 제한 내지 침해(직접관련성), 그리고 헌법재판소에 규범심사를 청구할 수 있는 다른 방법이 없을 것, 즉 다른 구제수단을 통한 우회가능성(보충성)이 그것이다.

실제로 위 G15/76 결정에서는 주로 직접관련성, 즉 심판대상 법률조항이 법원의 재판이나 행정청의 행정처분을 매개함이 없이 직접 청구인의 권리를 제한 혹은 침해하는지 여부가 문제되었고 더 나아가 보충성 요건의 충족 여부에 관해서는 깊게 다루어지지 않았다. 청구인은 산림지역 내 토지소유자로서 산림법(Forstgesetz 1975, BGBl. 440) 제33조 제1항 소정의 일정한 수인(受忍)의무, 즉 휴양목적으로 다중이 임야를 이용할 수 있도록 수인하여야 할 의무를 부담하고 있었는데, 이 법률에는 이러한 수인의무의 존재와 범위가 개개의 경우에 확정될 수 있을 정도로 명확하게 규정되어 있지 않았으며, 또한 일정한 사정 하에서 그러한 의무를 전부 혹은 부분적으로 부담하지 않게 되는 경우를 규정하고 있었다.<sup>184)</sup> 즉 토지소유자의 법

182) 이 부분은 후술하는 것처럼, 당초 연방헌법이나 헌법재판소법에서 명시적으로 규정하고 있지 않은 **보충성(Subsidiarität)** 요건을 헌법재판소 판례를 통하여 확립한 대목이라고 볼 수 있다. 특히 이 결정에서는 1975년 연방헌법의 개정연혁에서 그 근거를 찾고 있다. 참고로 독일 연방헌법재판소법 제90조 제2항이 ‘권리의 침해에 대하여 권리구제절차(Rechtsweg)가 허용되어 있는 경우에는 헌법소원은 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다’고 규정하고 있는 것과 대비된다고 할 것이다.

183) 학자들도 이러한 판례의 입장에서부터 크게 두 가지 적법요건, 즉 법적 지위에 대한 직접관련성 및 판결·처분을 받을 수 있는 우회가능성(보충성) 요건이 도출된다고 보고 있다(T. Öhlinger, Verfassungsrecht, 5. Auflage, 2003, WUV Universitätsverlag, S. 448).

184) 청구인은 산림지역 내 토지소유자로서, 원래 이 토지는 1971. 12. 29. Nö. JagdG 제7조에 따라 지방자치단체장(BH Korneuburg)에 의해 사슴보호를 위한 소규모

적 지위는 개개의 경우에 어느 정도의 구체화가 필요하다는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 그러한 예외적 사정이 존재하는지 여부는 여전히 행정청의 결정의 대상이고, 행정청은 (동법 제34조 제4항 및 제35조 제1항 b호 소정의) 개인의 승인신청(Bewilligungsantrag)에 기하여 혹은 (제35조 제1항 a호 및 제4항 소정의) 심사신청(Überprüfungsantrag)에 기하여 기본적인 수인의무가 토지소유자에게 구체적·개별적으로 존재하는지 및 어떠한 범위와 방식으로 부담하는지 여부에 관하여 확인하여야 한다는 것이다. 헌법재판소는 이 규정들과 관련하여 청구인의 권리침해가 심판대상 법률조항 자체에 의하여 생기는 것(연방헌법 제140조 제1항의 ‘법률이 당사자에게 직접 작용하는 것’)이라 보기 어렵고, 오히려 그 신청에 대해 산림법 제35조 제2항에 따라 내려지는 행정청의 (최종적인) 처분에 의하여 비로소 청구인의 권리가 직접 제한될 수 있다고 판단하였다. 그리고 이러한 상황에서 청구인에게 위헌성을 주장할 수 있는 다른 우회적 수단을 이용할 수 없다는 것은 문제될 여지가 없다는 것이다.

그 밖에 헌법재판소의 다른 판례에서는 청구인이 특수한 적법요건의 존

---

동물농원, 즉 고유수렵구역(Eigenjagdgebiet)으로 지정되어 동물사육을 위해 주변 토지와와 경계를 따라 울타리가 쳐져 있는데, 같은 조항 소정의 동물관람을 위한 것은 아니었다(청구인도 산림법 제34조 제3항 b호 ‘동식물의 관람을 위하여 제공된 숲지대’에는 해당되지 않고 따라서 자신의 동물농원에 상설 울타리는 허용되지 않는다고 생각하고 있었다). 그런데 개정 산림법의 경과규정으로 인해 1976. 1. 1. 부터 기존에 설치된 울타리도 허용되지 않게 되어 이를 제거해야 하는 등의 의무를 부담하게 되었다. 즉 산림법(Forstgesetz 1975, BGBl. 440) 제33조 제1항 소정의 일정한 수인(受忍)의무, 즉 휴양목적으로 다중이 임야를 이용할 수 있도록 수인하여야 할 의무를 부담하게 되었다(여기서는 주로 동물농원 주변에 항구적인 상설 울타리의 설치가 가능한지가 문제되었다). 한편 산림법 제33조 제2항 및 제3항, 제34조, 그리고 제184조 5호와 관련하여 일정한 경우 위와 같은 기본적 수인의무(휴양목적으로 다중이 숲지대에 출입하거나 머무를 수 있는 것을 용인해야 할 의무)의 전부 혹은 일부를 부담하지 않게 되는 경우가 있다. 이에 청구인은 자치단체장(BH Korneuburg)에게 자신의 동물농원을 위한 상설 울타리의 설치를 승인(Bewilligung)해달라는 신청을 하였으나 법률에 규정된 한정적인 설치사유에 해당하지 않는다는 이유로(동법 제34조 제3항, 제35조 제3항 a호) 기각되었고 이에 대하여 주(州)지사(LH von Nö)에게 한 이의신청도 기각되었다. 한편 청구인은 위 법률조항 중 일부규정(주위적으로 제34조 제3항의 ‘nur’, 예비적으로 제33조 내지 제35조 전부 및 제184조 5호)의 위헌성으로 인하여 그의 권리(소유권 및 수렵권)이 직접 침해당하였다고 주장하면서 위헌법률심판청구를 하였다.

제에 관하여 소명하여야 하는 청구인의 의무를 강조하는 표현이 적시되기도 한다.

『... 덧붙여 헌법재판소는 청구서를 기초로 하여 단지 청구인이 제시하는 결과가 연방헌법 제140조 제1항 마지막 문장이 청구적격으로 요구하는 것과 같은 그러한 것인지 여부만을 심사하여야 한다.』<sup>185)</sup>

## 2. 권리 또는 법적 지위에 대한 직접적이고 불이익한 관련성의 존재

### 가. 권리 또는 법적 지위의 존재

개인이 위헌심판청구를 하기 위한 논리적 전제로서 심판대상 범규범에 의하여 제한 혹은 침해될 수 있는 권리(Recht) 또는 법적 지위(Rechtsposition)가 존재하여야 한다.<sup>186)</sup> 청구인이 심판대상 범규범에 의해 침해될 수 있는 권리나 법적 지위의 존재를 입증한다면 일단 이러한 요건은 충족된다. 물론 제한 혹은 침해가 가능한 권리 또는 법적 지위의 존재에 대한 소명은 청구인에 의하여 이루어져야 한다.

헌법재판소는 다수의 각하결정에서 심판대상 범규범이 청구인의 현재의 권리 또는 법적 지위를 제한 혹은 침해하지 않는다는 것을 지적하고 있다.<sup>187)</sup> 즉 범규범에 의한 사실상의 작용, 즉 청구인의 경제적 이해관계는 법률상 이익의 불비로 되어 위헌심판청구로써 다룰 수 없게 된다.

---

185) VfSlg 15064/1997 등

186) VfSlg 15025/1997. 범규범이 실제로 청구인 자신의 권리(Recht), 권리 영역(Rechtssphäre, Rechtsbereich) 혹은 법적 지위(Rechtsposition)에 관련되어야 하고, 주장 자체에 의해 그러한 존재가 먼저 적시되어야 한다.

187) VfSlg 15025/1997. 예컨대, 주(州)정부의 공무원인 청구인은 그 행정청의 특정한 내부조직과 관련하여 주관적인 권리를 갖는다고 보기 어렵기 때문에 심판대상인 주정부의 업무분담규정(Geschäftseinteilung)을 통하여 청구인의 권리가 침해될 여지가 없으므로, 이러한 업무분담규정에 대한 폐지를 구하는 심판청구는 부적법하다.

#### 나. 권리주체에 대한 제한

심판대상 법규범이 적용되는 권리주체, 즉 수범자(Normadressat)만이 심판을 청구할 적격이 있다. 반면에, 심판대상 법규범이 예컨대 경제적 이해관계에서 단지 사실상의 영향만을 미치는 경우 그 개인은 심판을 청구할 적격이 없다. 그 결과 특정한 집단의 사람들에게만 유리하게 작용하는 법률규정으로 인하여 단지 사실상 불이익을 받고 있는 당사자는 그 법률규정의 직접적인 수범자가 아니기 때문에 그에 대하여 폐지를 구할 청구적격이 없다.<sup>188)</sup> 다만 개별사건에서 청구인 자신의 권리 또는 법적 지위에 대한 제한인지 여부를 판단하는 데에는 해당 법률조항의 규범적 의미 등을 충분히 해석·평가하여야 하는 등 항상 어려운 과제를 남기게 된다.

#### 다. 권리침해의 직접성

헌법재판소 판례는, 심판대상 법규범을 통한 제한이 그 방식과 범위에 따라 명확하게 정해져 있고(eindeutig bestimmt),<sup>189)190)</sup> 청구인의 법적 보호이익이 단지 잠재적으로가 아니라 현실로 제한되고 있다면(aktuell beeinträchtigt) 직접적인 권리침해라고 보고 있다.

법규범이 명확한 규정인지 여부는 해당 법규가 직접 수범자에게 적용될

---

188) VfSlg 14321/1995

189) VfSlg 8187/1977

190) VfSlg 13661/1993. 민법(ABGB) 제93조에 따라 혼인한 여자의 성명(Ehename) 사용이 결정되기 때문에 청구인은 이 법률조항에 의해 직접 그의 권리를 제한받게 된다.

§93 ABGB regelt die namensrechtlichen Wirkungen der Eheschließung in der Fassung der Novelle BGBl. 97/1986 wie folgt:

§93. Die Ehegatten haben den gleichen Familiennamen zu führen. Dieser ist der Familienname eines der Ehegatten, den die Verlobten vor oder bei der Eheschließung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde als gemeinsamen Familiennamen bestimmt haben. Mangels einer solchen Bestimmung wird der Familienname des Mannes gemeinsamer Familienname.  
...

수 있도록 확실하게 충분한지 또는 하위 행정규칙이나 집행행위 등 추가적인 구체화 행위를 필요로 하는지가 결정적이라고 할 수 있다. 법률규정 자체가 전적으로 하위규칙에의 수권(Verordnungsermächtigung)을 규정하고 있다면 개인의 권리를 직접 제한하는 것이라고 볼 수 없다.<sup>191)</sup> 즉 법률 그 자체에 의하여 직접적인 권리침해가 이루어지기 보다는 그 법률조항에 따라 제정 공포된 하위규칙을 통하여 비로소 권리침해 여부의 문제가 생길 수 있다.<sup>192)</sup> 또, 심판대상 법률조항이 행정청의 집행행위를 통한 법률의 구체화를 예정하고 있는 경우에도 마찬가지이다.

또한, 법률상 보호되는 권리 또는 법적 지위에 대한 현실적인 침해가 존재하기 위해서는 의무자에게 특별히 의무를 부담시키는 구성요건의 실현이(행정청의 처분이나 법원의 재판을 통한 개입 없이) 항시 예견되는 한, 법률에 근거한 의무의 구성요건 전부가 이미 충족되어 있을 필요도 없다.<sup>193)</sup>

청구인의 자기관련성은 심판청구의 시점뿐만 아니라 헌법재판소의 결정 시점에서도 존재하여야 하고, 또 심판대상인 법규범은 결정 시점에서도 여전히 청구인에게 유효하게 작용하고 있어야 한다. 만약 심판대상 법규범이 그 결정 시점 전에 효력을 상실하게 되면 그 법규범이 여전히 청구인에게 영향을 미치고 있는 경우를 제외하고는 심판청구의 청구적격이 없어지게 된다.<sup>194)</sup>

새로운 준비서면을 통해 다른 새로운 법률조항의 폐지를 구하는 방식의 ‘심판대상 변경’ 절차는 원칙적으로 허용되지 않는다고 할 것인데, 헌법재판소법 제57조 제1항 혹은 제62조 제1항과 관련하여 당초의 청구취지(Antragsbegehren)<sup>195)</sup> 위헌법률 또는 위법명령 심판절차의 심판대상

191) R. Machacek, Verfahren vor dem VfGH und VwGH, S. 98.

192) VfSlg 8829/1980, VfSlg 8978/1980 등. 연방철도연금보험법상 연금이 매년 조절요인에 따라 증감될 수 있다는 법률규정에 의해서가 아니라 그 법률 및 관련 법률에 의거하여 조절인자를 규정하고 있는 하위규칙에 의하여 비로소 직접 권리를 제한 받게 된다(VfGH 24. 9. 2002, G303/01).

193) VfSlg 13102/1992

194) VfSlg 15116/1998. 청구인은 이미 실효된 법률규정이 자신의 권리를 실제로 제한하고 있다는 점에 관하여 충분하게 그 근거를 제시하여야 한다.



(Prüfungsgegenstand)을 확정하였기 때문이다.<sup>196)</sup> 따라서 그러한 경우 사안에 따라서는 같은 주장이 포함될 수도 있겠지만 오로지 새로운 법률규정에 대하여 새로운 심판청구를 제기한 것으로 볼 수 있다.<sup>197)</sup>

라. 권리의 침해

청구인은 심판대상 법규범을 통하여 그의 권리 또는 법률상 이익이 침해되었음을 주장하여야 한다. 즉 모든 위헌심판청구에서 예외 없이 심판대상 법규범 각각의 위헌성 혹은 위법성을 적시하여야 한다.<sup>198)</sup>

심판대상 법률이 청구인의 권리나 법적 지위에 불리하게 작용하는지 여부는 청구인의 주관적인 해석에 의해 결정되는 것이 아니라 객관적인 기준에 따라 판단되어야 한다. 이러한 의미에서 심판대상 법률에 의해 야기된 청구인의 법적 지위의 변동이 일반적인 법해석과 구체적인 상황의 합리적인 평가를 통하여(청구인의 주관적인 평가와 관계없이) 그에게 불리한 것으로 볼 수 있는지 여부가 관건이라고 할 것이다.<sup>199)</sup> 물론 청구인이 주장하는 권리침해(위헌의심)가 실제로 있는지 여부는 심판청구의 적법요건의 문제가 아니라 본안판단에서 가려지게 될 것이다.

195) 헌법재판소법 제15조 제2항에 따라, 위헌법률심판청구서에는 청구인과 대리인의 표시 외에 ① (사실적) 법률적 관계에 대한 기술, ② 심판대상(Prüfungsgegenstand), ③ 청구적격, ④ 위헌주장, 그리고 ⑤ 청구취지(Aufhebungsbegehren)가 분명하게 적시되어야 한다(R. Machacek, Verfahren vor dem VfGH und VwGH, S. 138-140, 청구서 견본 참조).

196) VfSlg 13398/1993

197) R. Machacek, Verfahren vor dem VfGH und VwGH, S. 98.

198) 개인의 위헌심판청구의 적법요건 심사와 관련하여 대부분의 판결 또는 결정에서 헌법재판소 VfSlg 8009/1977 (G15/76) 결정을 인용하고 있다.

199) VfSlg 11765/1988

3. 헌법재판소에 규범심사를 청구할 수 있는 다른 방법이 없을 것

(Unzumutbarkeit eines anderen Weges zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle); 보충성(補充性) 요건

- '다른 권리구제 수단을 통한 우회가능성(Umwegszumutbarkeit)' -

가. 판례의 입장

위헌·위법심판청구의 또 다른 적법요건으로 헌법재판소에 규범심사를 청구할 수 있는 다른 방법이 없을 것, 즉 보충성(補充性) 요건을 갖추어야 한다. 이 적법요건은 실제로 많은 사건에서 대단히 중요한 의미를 갖고 또 헌법재판소의 다수 각하결정의 이유가 되고 있는데, 이는 헌법재판소에게 틀림없이 어떠한 가치판단의 여지(einen gewissen Wertungsspielraum)를 주고 있는 것으로 이해되고 있다.<sup>200)</sup>

헌법재판소의 관련 판례들은 다음과 같은 기본적인 생각에서 도출된다고 할 수 있다. 즉, 『만약 청구인에게 당해 사건에서 이미 법원에 의한 혹은 행정청에 의한 절차가 진행되고 있고 그 절차에서 위헌·위법심판(Normenprüfung)을 제청할 것을 촉구(Anregung)하거나 또는 연방헌법 제 144조에 보장된 헌법재판소에서의 헌법소원(Beschwerde)을 청구할 수 있는 기회가 부여되고 있는 한, 원칙적으로 심판대상 법규범의 위헌·위법성을 주장하기 위한 우회적 수단이 언제나 주어졌다고 보아야 한다』는 것이다.<sup>201)</sup> 바꾸어 말하면, 심판대상 법률이나 법규명령을 근거로 하여 청구인에게 이미 어떠한 처분이 있었던 경우에는,<sup>202)</sup> 청구인은 그 처분에 대하여 행정심판절차 혹은 재판절차를 거쳐서 헌법재판소에 헌법소원을 제기하거

200) M. Hiesel, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Zulässigkeit von Individualanträgen, ÖJZ, 1998, S. 846.

201) VfSlg 15118/1998, VfGH 24. 6. 1999. G37/99등

202) 처분이 제재적 처분(Strafbescheid)인 경우에도 마찬가지이다(VfSlg 8062/1977).

나 또는 그에 적용되는 법령에 대하여 위헌심판제청을 촉구할 수 있는 기회를 갖게 된다는 것이다. 앞서 본 바와 같이 이러한 보충성원칙은 1975년 연방헌법 개정을 위한 1967년 제1초안에서도 잘 표현되어 있다고 볼 수 있다.

또, 이러한 원칙은 법원의 재판절차 혹은 행정청의 행정심판절차가 계류된 바 있었고(anhängig war), 그 절차에서 청구인이 (법원이나 행정청<sup>203</sup>)의 직권에 의한 위헌심판제청을 촉구하거나 또는 행정청의 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 가능성이 있었다면 마찬가지로 적용된다. 예컨대 청구인이 계속 중이었던 소송절차에서 법원의 결정에 대해 항고를 제기하여 그 항고절차에서 해당결정의 근거가 된 법령의 위헌성을 주장할 수 있었던 경우가 이에 해당한다.<sup>204</sup>

또한, 당사자가 항소심에 이르러 비로소 해당법률에 대한 위헌적 의심을 가지게 되었고 그 절차에서 위헌심판제청을 촉구할 수 있게 되었다고 하더라도 그러한 사정만으로 소송을 통한, 즉 다른 구제수단으로의 우회가능성을 인정하는 데에 아무런 장애가 되지 않는다.<sup>205</sup>

게다가 연방헌법 제89조 제2항<sup>206</sup>에 따라 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하는 법원이 법률의 위헌성에 관하여 당사자와 견해를 같이 하지 않는다는 것이<sup>207</sup> 개인의 심판청구를 적법하게 하는 것도 아니다.<sup>208</sup> 즉 일단

---

203) 여기서의 행정청은 독립행정위원회(UVS)를 의미한다.

204) VfSlg 14738/1997

205) VfSlg 14738/1997, VfSlg 12810/1991. 즉 당해 사건에서 청구인은 1심법원의 결정을 기다렸다가 그에 대해 항고를 제기하고 그 항고절차에서 관련 법률의 위헌성에 관한 일체의 의견(Bedenken)을 개진할 수 있는 기회가 열려 있었기 때문이다.

206) B-VG Art. 89. (2) Hat ein Gericht gegen die Anwendung einer Verordnung aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit Bedenken, so hat es den Antrag auf Aufhebung dieser Verordnung beim Verfassungsgerichtshof zu stellen. Hat der Oberste Gerichtshof oder ein zur Entscheidung in zweiter Instanz zuständiges Gericht gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken, so hat es den Antrag auf Aufhebung dieses Gesetzes beim Verfassungsgerichtshof zu stellen.

207) 당해 사건을 담당하는 법원이 위헌제청을 하지 아니하면 당사자는 당해 사건에 적용된 법률의 위헌 여부에 관하여 헌법재판소의 판단을 받을 수 없게 되는 측면

청구인이 당해 사건의 재판절차에서 위헌심판제청을 촉구할 수 있는 기회를 가졌다면, 비록 법원이 해당법령의 위헌성 여부에 관하여 당사자와 다른 견해를 가지고 있었고 그에 따라 헌법재판소에 직권으로 위헌심판제청을 하지 않았다고 하더라도, 청구인이 직접 헌법재판소에 위헌심판청구를 하는 것을 적법하게 하는 것도 아니라 할 것이다.

결국 개인의 위헌심판청구는 아주 특별하고 예외적인 상황 하에서만(nur bei Vorliegen besonderer, außergewöhnlicher Umstände) 허용된다고 할 것인데,<sup>209)</sup> 여기서 기존 법률규정으로 인해 사안 자체에서 당사자의 권리구제수단이 가망이 없는지 혹은 없었는지 여부는 중요한 것이 아니다.<sup>210)</sup> 뿐만 아니라 청구인은 개별 법령에 정해진 절차에 따라 일정한 처분을 받을 수 있고, 이에 대하여 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있으며, 그 과정에서 헌법재판소의 직권에 의한 규범심사를 촉구할 수도 있을 것이다. 물론 행정심판절차에서 청구인에게 불리한 결정이 나올 수 있다는 것은 이러한 청구적격을 판단하는데 별다른 문제가 되지 않는다.<sup>211)</sup>

말하자면, 헌법재판소는 일관하여 개인의 위헌심판청구의 경우에 (당사자의 입장에서 보면) 규범통제에 대한 주도권을 분장(分掌)시키려는(mediatisieren),<sup>212)</sup> 연방헌법제정자의 근본결단에서 입론 근거를 찾고 있다.<sup>213)</sup> 헌법재판소는 이러한 관점에서 개인의 위헌·위법심판청구를 '보충적 권리구제수단(subsidiärer Rechtsbehelf)'이라고 강조하고 있다.<sup>214)</sup>

---

이 있다. 다만 오스트리아에서 법원은 당해 사건에 적용되는 법률이나 법규명령에 대한 위헌의 의심(Bedenken)이 있는 경우에 헌법재판소에 위헌, 위법심판을 제청하여야 할 의무가 있다(연방헌법 제89조 제2항 참조).

208) VfSlg 14752/1997

209) VfSlg 15262/1998, VfSlg 15547/1999

210) VfSlg 15163/1998, VfGH 14. 6. 1999. G245/98

211) VfSlg 11348/1987

212) 예컨대, 법원에 이미 권리구제절차가 계류 중인 경우에는 그러한 절차에서 재판의 전제가 되는 법규범에 대한 위헌 의심을 일반법원을 통해(경유하여) 헌법재판소에 제기할 수 있는 기회를 제공하는데 중요한 의미가 있다(VfGH 4. 12. 1997, G111/96 참조).

213) M. Hiesel, aa.O. S. 847 ; R. Machacek, Verfahren vor dem VfGH und VwGH, S. 99.

### 나. 유형별 고찰

개인의 위헌심판청구와 관련된 헌법재판소의 판례는 특별히 보충성 요건과 관련하여 많이 집적되어 오고 있는데, 그 구체적·개별적인 경우를 몇가지의 유형으로 나누어 검토할 수 있다.

헌법재판소의 판례에 의하면, 다음과 같은 경우에는 규범심사를 위한 다른 방법을 요구할 수 있거나 있었다고 보아서 개인의 위헌심판청구를 각하하고 있다.

(1) 위헌이라고 의심되는 법률조항을 적용하여야 하는 私法上의 법률쟁송(Rechtsstreit um ein Privatrecht)<sup>215)</sup>

○ 구법원(區法院)의 친자확인소송에서 청구인은 제1피고로서 전부 패소하였고 법원으로부터 감정비용 전부를 부담하는 결정을 받았으나 다른 두 피고들과 사이에 혈액검사 비용을 분리하여 자신의 부분만을 부담하겠다고 법원에 이의하였으나 받아들여지지 않았다. 이에 청구인은 곧바로 헌법재판소에 자신이 감정비용 전부를 부담하도록 결정하게 된 근거 법률조항인 민사소송법(ZPO) 제41조가 헌법상 평등원칙에 위반된다고 주장하면서 위헌심판청구를 하였다. 그러나 헌법재판소는 청구인이 당해 소송에서 법원의 결정에 대해 항고(Rekurs)를 하여 그 항고절차에서 민사소송법 제41조의 위헌성을 주장할 수 있는 가능성이 열려 있었기 때문에 위헌법률심판청구는 허용되지 않는 것으로 각하하였다.<sup>216)</sup>

(2) 민사소송 등 각종 소송의 제기(Beschreitung des Rechtsweges)

당사자는 민사소송 등 각종 소송을 제기하고 그 소송절차에서 재판의 전제가 되는 법규범에 대한 위헌 의심을 개진할 수 있으며 그 기회에 항소심 법원에 위헌심판을 제청하도록 촉구할 수 있다. 즉 원칙적으로 이와 같이 규범심사를 목적으로 소송을 제기하는 것 자체가 허용되지만, 여기서 당사

214) VfGH 4. 12. 1997, G111/96; VfSlg 15547/1999

215) VfSlg 13797/1994, VfSlg 14738/1997

216) VfSlg 14738/1997

자의 경제적 사정은 크게 고려될 수 없다고 할 것이다. 만약 절차적 위험 부담 및 관련 비용과 시간의 문제 때문에 원칙적으로 이러한 목적의 소송 제기를 ‘우회할 수 없는 수단’으로 보게 된다면(즉 다른 권리구제절차를 거치지 않고 곧바로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제기할 수 있다고 한다면), 연방헌법 제139조 제1항 마지막 문장 및 제140조 제1항 마지막 문장<sup>217)</sup>에 함축된 ‘제한적 의미(Einschränkung)’가 크게 상실되기 때문이다.<sup>218)</sup> 헌법재판소는 이처럼 연방헌법이 개인의 위헌심판청구를 제한적으로 허용하는 의미를 최대한 존중하여 가급적 재판절차 내에서 분쟁의 전제가 되는 범규범에 대한 위헌 의심을 개선하도록 하고 그 절차에서 법원으로 하여금 위헌제청 여부를 결정하도록 유도하고 있다.

○ 청구인은, 이혼한 아내가 구(區)법원에 제기한 재산 및 예금 분할신청 절차에서 당사자 사이의 화해로 종료되었으나, 그 재산분할 청구와 화해의 근거가 된 혼인법(EheG, BGBl. 280/1978) 제81조 내지 제97조가 직접 그의 권리를 침해하는 법적 의무를 지우고 있다고 주장하였다. 헌법재판소는, 위와 같은 일관된 원칙은 법원의 재판절차가 계속 중이었고 그 절차에서 청구인이 직권에 의한 위헌심판제청을 촉구할 기회가 있었다면 그대로 적용되며, 이는 판결 외의 절차의 경우에도 마찬가지라고 판시하였다. 청구인은 종전에 계속 중이었던 재판절차에서 1심 법원의 결정을 기다려 그 결정에 대해 항고를 제기하고 그 항고절차에서 해당 법률조항의 위헌성에 관한 주장을 제기할 수 있는 가능성이 열려 있었기 때문에 위헌심판청구는 허용되지 않는다는 것이다.<sup>219)</sup>

(3) 토지이용계획 또는 건축상세계획 등 관련 개별 법령에서 허가, 승인(Bewilligung), 예외적승인(Ausnahmebewilligung) 신청 절차를 예정하고 있고, 그 기회에 행정청의 일정한 처분을 이끌어 낼 수

217) B-VG Art. 140 Abs. 1 (Art. 139 Abs. 1) “... sofern das Gesetz (die Verordnung) ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist, ...”

218) VfSlg 15030/1997, VfSlg 10785/1986

219) VfSlg 12810/1991

있는 경우

(가) 토지이용계획, 건축상세계획(Flächenwidmungs-oder Bebauungsplan)<sup>220)</sup>의 일부분에 대한 취소를 구하는 심판청구는, 만약 토지소유자에게 상당한 비용부담(특히 상당한 비용을 들여 건축허가 관련서류를 구비해야 하는 부담) 없이 별도의 절차를 통하여 어떠한 처분을 이끌어 내는 것이 가능하였고 또 요구할만하였을 때에는 그 처분에 대한 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소의 헌법소원절차에서 관련법령의 위법성에 관한 의견을 개진하거나 직권에 의한 심판회부결정을 촉구할 수 있는 기회가 부여되어 있었으므로 별도로 제기할 청구적격이 없다고 할 것이다.<sup>221)</sup>

○ 구 Steiermark 건축법(Stmk. BauO, LGBl 149/1968) 제2조에 의하면 하나 혹은 다수의 건축부지에 대한 공용지정에는 행정청의 승인(Bewilligung)을 필요로 한다. 공용지정의 승인 전에는 어떠한 건축허가(Baubewilligung)도 부여될 수 없다. 토지소유자는 관련 법령에 따라 공용지정 승인(Widmungsbewilligung) 절차에서 일정한 처분, 즉 위법하다고 여겨지는 토지이용계획(Flächenwidmungsplan)에 관련된 행정청의 처분을 이끌어 낼 수 있고, 그 처분에 대해 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있으며, 그 기회에 헌법재판소의 직권에 의한 법규명령 심판을 촉구할 수 있다.<sup>222)</sup> 물론 행정심판절차에서 자신에게 불리한 결정이 나올 수 있다는 사정은 심판청구의 적법요건을 판단하는데 별다른 문제가 되지 않는데, 오직 공용지정 승인 절차에 적용되는 법령이 다투어질 수

220) “Flächenwidmungsplan”(토지이용계획)은 연방헌법 제139조의 위법한 법규명령의 심판청구에서 의미하는 법규명령(Verordnung)에 해당한다(VfSlg 8697/1979, VfSlg 9135/1981). 또한 개별 건축법령에서, 예컨대 비인 건축법(Bauordnung für Wien) 제1조 제1항에서 토지이용계획 및 건축상세계획이 법규명령임을 명시하고 있는 경우도 있다.

221) VfSlg 11227/1987, VfSlg 11348/1987, VfSlg 13692/1994 등

222) VfSlg 11348/1987 (V20/87). 청구인은 자신의 토지 위에 주유소 건물을 신축하기로 계획하고 있었으나 지방자치단체 KG. Lannach의 토지이용계획(Flächenwidmungsplan)에서 ‘Freiland’(노천재배지)로 지정되는 바람에 위 계획이 무산될 처지에 놓이게 되자, 곧바로 헌법재판소에 위 토지이용계획의 일부취소를 구하는 심판을 청구하였다.

있다는 것만이 중요하기 때문이다.

○ Kärnten 건축법(Kmt. BauO, LGBl 48/1969 idF LGBl 56/1985) 제6조 제1항에 따라 청구인은 관련 법률(Kärntner Campingplatzgesetz, LGBl 143/1970)에서 규정하는 시설물의 설치 등을 포함한 건축허가(Baubewilligung) 신청을 할 수 있고,<sup>223)</sup> 행정청은 우선 이러한 신청에 대해 건축법 제9조에 따른 사전심사(Vorprüfung)를 실시하여 청구인의 건축계획 등이 토지이용계획 혹은 그 변경계획에 배치되는지 여부를 확정하며, 만약 이에 해당한다면 결정으로 신청을 기각하게 된다. 청구인은 행정청의 이 결정에 대해 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법소원을 제기할 수 있으며, 그 과정에서 문제가 된 토지이용변경계획(건축법 제9조 제2항에 따라 건축허가거부처분의 전체가 됨)의 위법성을 주장하거나 직권에 의한 법규명령 심판을 촉구할 수 있다.<sup>224)</sup>

그러나 토지이용계획 등에 대해서도 예외적으로 특별한 사정이 있는 경우에는 개인의 심판청구가 직접 허용될 수 있다.

○ 비인 건축법(BauO für Wien, LGBl 11/1930 idF LGBl 18/1976)에 의거하여 공포된 토지이용계획 및 건축상세계획의 부분 폐지를 주장하는 청구인에게 다른 우회적 수단을 이용할 수 없는 사정이 있다고 보아 예외적으로 법규명령 심판청구를 적법하다고 본 사례도 있다.<sup>225)</sup> 즉 특별히 건축법 제9조 제7항에서 별도의 이의신청(Berufung)을 허용하지 않고 있기 때

---

223) 물론 이러한 절차에는 포괄적이고 광범위한 판단에 요구되는 건축계획서, 상세한 건축설명서 등(Kärnten 건축법 제7조 제1항, 제8조 참조)이 첨부될 필요가 없다.

224) VfSlg 11227/1987 (V86/86). Keutschach 지방의회는 법규명령을 토대로 하여 청구인의 토지를 포함한 일대 토지가 “Grünland - Camping(녹지; 캠핑장)”에서 “Grünland - Erholungsfläche(녹지; 휴양지)”로 토지이용계획이 변경되었다(Umwidmung). 이에 청구인은 더 이상 해당 토지에 건물을 신축하거나 캠핑장으로 사용할 수 없게 되었다고 하면서 근거가 된 토지이용계획(Flächenwidmungsplan)이 전체적으로 위법하다고 주장하면서 그 취소를 구하는 심판을 청구하였다.

225) VfSlg 14132/1995 (V83/93). 관련사건으로 VfSlg 14041/1995 (G289/94등) 판결에서 비인 건축법(BauO für Wien, LGBl 11/1930 idF LGBl 18/1976) 제1조가 위헌으로 취소된 바 있다. 한편 Tirol 지방자치단체의 토지이용계획의 부분 폐지를 청구한 사안으로는 VfSlg 14754/1995 (V22/95) 판결이 있다.



문에 결국 행정청의 일정한 처분을 이끌어 낼 수 없다는 것이다.

(나) 건축부지 승인(Bauplatzbewilligung) 절차를 통해 토지이용계획의 위법성을 다룰 수 있기 때문에 별도로 토지이용계획을 직접 심판대상으로 한 심판청구는 허용되지 않는다.

○ 구 Oberösterreich 건축법(Oö BauO, LGBl 35/1976) 제2조 제1항에 의하면 동법 제3조 내지 제5조에 따라 건축허가(Baubewilligung) 전에 혹은 그와 동시에 건축부지 승인(Bauplatzbewilligung)이 있는 대지 위에만 건물의 신축 혹은 증·개축이 허용될 수 있는데, 그 신축부지 승인절차에는 건축법 제3조에 따라 신청서와 첨부서류만이 필요할 뿐이고 건축허가 신청에 필요한 건축물의 설계도면이나 상세한 건축설명서 등까지 요하는 것은 아니다. 청구인은 이러한 신청절차를 통해 행정청의 일정한 결정(Bauplatzzerklärungsbescheid)<sup>226)</sup> 이끌어 낼 수 있고, 이에 대해 행정심판 혹은 헌법소원을 제기할 수 있으며, 그 기회에 토지이용계획의 위법성에 관하여 의견을 개진할 수 있다. 특히 청구인 자신의 신축부지와 관련되는 한, 이러한 토지이용계획은 건축법 제4조 제1항에 따라 선결적인(präjudiziell) 문제가 될 수 있기 때문이다.<sup>227)</sup>

○ Niederösterreich 건축법(Nö BauO, LGBl 8200/1996) 제11조 제2항에 건축부지 승인(Bauplatzzerklärung) 신청 절차가 예정되어 있고 청구인도 과도한 비용을 부담하지 않고서 관련서류 등을 준비하여 해당 토지에 대한 건축부지 승인신청을 할 수 있는 경우라면 역시 토지이용계획의 위법성을 다룰 수 있는 우회적 방법이 주어져 있기 때문에 토지이용계획을 직접 심판대상으로 한 심판청구는 허용될 수 없다.<sup>228)</sup>

226) VfSlg 12448/1990

227) VfSlg 13766/1994 (V16/94등)

228) VfGH 27. 11. 1997. B1925/97, V121/97 (VfSlg 15004/1997). 청구인 소유의 토지를 포함한 일대의 토지는 Nö 주(州)정부에 의해 인가된 자치단체의회(Gemeinderat der Gemeinde Grafenbach - St. Valentin)의 토지이용계획에 의해 "Bauland"(건축부지)에서 "Grünland"(녹지)로 변경되었다. 청구인은 Nö 건축법(Nö BauO, LGBl 8200/1996) 제11조 제2항에 따라 건축부지 승인신청을 하였는데, 해당 토지가 토지이용계획(Flächenwidmungsplan)상 "Grünland"(녹지)에 속하고 있어 어떠한 건

그러나 관련 법령에서 일정한 처분을 이끌어 낼 수 있는 절차를 예정하고 있지 않거나 혹은 별도의 절차를 이행하는데 상당한 비용부담, 특히 상당한 비용을 지출하여 건축허가를 위한 관련 계획서류를 구비해야 하는 부담이 전제되는 경우에는 이러한 우회적 방법을 기대할 수 없다고 보고 있다.

(다) Oberösterreich 자연경관보호법(Oö Natur- und LandschaftsschutzG, LGBl 80/1982 idF LGBl 2/1995) 제4조 제1항에 따라 청구인은 채석허가 신청을 하고, 그에 대한 행정청의 결정을 기다려 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있으며, 그 기회에 토지이용계획의 위법성을 다룰 수 있다. 즉 청구인의 토지와 관련되는 한, 토지이용계획의 위법 여부는 동법 제11a조에 따라 선결적 문제가 될 수 있기 때문이다.<sup>229)</sup>

---

축부지승인도 불가능하다는 이유로 자치단체장에 의해 그 신청이 기각되었다. 청구인은 이 기각결정에 대해 자치단체의회에 이의신청(Berufung)을 하였으나 역시 기각되자 자치단체의회의 결정에 대한 불복절차는 실효성이 없는 구체수단이라는 전제 하에(예나하면 근거가 된 토지이용계획이 감독관청인 Nö 주정부에 의해 인가되었고 그 법률적 견해에 기속될 것이므로) 더 이상 행정심판절차를 거치지 않았다. 이에 청구인은 자치단체의회의 건축부지승인신청기각결정(승인신청을 기각한 자치단체장의 결정에 대한 이의신청을 다시 기각한 결정)이 헌법상 보장된 평등권, 재산권 등을 침해한다고 주장하면서 헌법소원을 제기하였고(B1925/97), 동시에 지역공간규제계획 및 토지이용계획을 변경하는 자치단체의회의 토지이용(변경)계획의 취소를 구하는 개인의 위헌심판청구를 제기하였다(V121/97). 그러나 청구인의 헌법소원은 상급관청에의 행정심판절차 등 모든 절차를 거치지 않았다는 이유로 각하되었고, 토지이용변경계획에 대한 심판청구는 그 위법성을 다룰 수 있는 우회적 방법이 있었다는 이유로 역시 각하되었다.

229) VfGH 26. 9. 1995. V151/95 (VfSlg 14251/1995). Oö 자치단체의회(Gemeinderat der Marktgemeinde Aspach)의 토지이용계획(Flächenwidmungsplan)에 의하여 당초 쇠석·자갈채석장으로 지정되어 있던 청구인 소유의 토지가 “Grünland”(녹지)로 변경되었다. 청구인은 이미 채석허가 신청을 해 둔 상태이었는데, Oö 자연경관보호법(Oö Natur - und LandschaftsschutzG, LGBl 80/1982 idF LGBl 2/1995) 제11a조가 ‘(해당 채석) 계획이 자치단체의 적법·유효한 토지이용계획과 배치되는 때에는 추가절차 없이 허가신청이 기각될 수 있다’는 취지로 규정하고 있어 위 허가신청이 기각될 것에 대비하여 직접 토지이용계획 자체에 대한 위헌심판청구를 제기하였다. 헌법재판소는 이러한 경우에도 Oö 자연경관보호법 제4조 제1항 제2문에 의해 모래·쇠석·자갈 등 채석시설의 신설 및 확장은 일정한 경우 위 법률에 따른 허가(Bewilligung)가 필요한데, 청구인의 경우 이미 그러한

(4) 도로교통법, 자연보호법 등 관련 행정법규상 예외적인가 (Ausnahmegenehmigung), 예외적승인(Ausnahmebewilligung) 절차를 토대로 행정청의 처분을 이끌어 낼 수 있는 경우<sup>230)</sup>

만약 개별 행정법령에서 각종 허가, 인가, 승인 등 신청절차를 규정하고 있고 정해진 요건 하에서 행정청의 일정한 처분이 내려질 수 있다면, 우선 그 신청을 거부하는 행정청의 처분이 수범자의 권리나 법적 지위를 직접 제한한다고 볼 수 있다.<sup>231)</sup> 당사자는 그러한 처분에 대하여 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다. 또, 당사자가 개별 법령의 규정에 따라 행위금지구역에서 제외시켜달라는 신청, 예외적 인가, 예외적승인 신청을 할 수 있는 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.

(가) 자연보호구역의 지정

자연보호구역의 지정으로 인해 자신의 재산권이 침해되었다고 주장하는 당사자는 일단 관련 법규에서 예정하고 있는 예외적승인(Ausnahmebewilligung) 신청을 할 수 있고, 특히 그러한 신청에 첨부해야 할 서류로서 법령에서 특별한 방식을 요구하고 있지 않는 경우(keine besonderen Formerfordernisse)에는 자연보호구역 지정과 관련된 법규명령의 위법성을 다룰 수 있는 우회적 방법이 될 수 있다고 할 것이다.<sup>232)</sup>

○ Steiermark 자연보호법(Stmk. NaturschutzG, LGBl 65/1976 idF LGBl 79/1985) 제5조 제2항과 제3항에 근거한 지방자치단체의 자연보호령(NaturschutzV) 제1조, 제3조에 의하면 자연보호구역으로 지정된 지역 내에서 건물의 증·개축, 시설의 설치 등 일정한 행위가 금지되는데, 다만 그러한 행위가 보호의 목적에 반하지 않는다면 그 금지에서 제외되도록 승인

---

절차가 계류 중에 있으므로 청구인의 허가신청에 대한 행정청의 결정(Bescheid)을 기다려 이에 대하여 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법소원을 제기할 수 있으며 이러한 절차를 통하여 토지이용계획의 위법성을 다룰 수 있으므로, 결국 토지이용계획 자체에 대한 심판청구는 그 위법성을 다룰 수 있는 우회적 방법이 있다는 이유로 각하하였다.

230) VfSlg 8009/1977, VfSlg 14522/1996, VfSlg 15467/1999  
231) VfSlg 13677/1994 (Ausfuhrbewilligungsverfahren) 등  
232) VfSlg 14522/1996, VfSlg 15467/1999 등

될 수 있다. 토지소유자는 이 법령을 근거로 자연보호구역 지정에서 제외해달라는 신청을 할 수 있고, 만약 그 신청이 기각되는 경우에 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있으며, 그 기회에 해당 법령의 위법성에 관한 의견을 개진할 수 있다. 특히 이러한 경우에는 달리 위와 같은 방법에 의한 규범심사를 요구할 수 없는 특별한 사정을 찾아보기 어렵다는 것이다.<sup>233)</sup>

○ Tirol 자연보호법(Tir. NaturschutzG, LGBI 15/1975 idF LGBI 33/1997) 제11조 및 제13조에 근거한 법규명령에서 일정한 행위를 금지하고 있지만, 제외신청을 통하여 달성하려는 계획이 자연보호라는 공익에 반하지 않거나 또는 예외를 인정함에 따른 장기간의 다른 공익이 자연훼손을 회피하여야 할 공익보다 우선하는 경우에는 자연보호법 제27조 제2항 c목에 따라 예외적승인이 부여될 수 있다. 행정청은 일차적으로 청구인의 예외적승인 신청에 대하여 결정을 하여야 하고, 청구인은 그 신청을 기각한 행정청의 결정에 대하여 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있으며, 이러한 절차를 통하여 위와 같은 자연보호구역 지정에 관련된 법령의 위법성을 다툴 수 있다.<sup>234)</sup> 특히 위 예외적승인 신청에 첨부해야 할 서류로서 특별한 방식을 법령에서 예정하고 있지 않다면

---

233) VfGH 28. 11. 1997. V32/96 (VfSlg 15024/1997). Steiermark 자연보호법(Stmk. NaturschutzG, LGBI 65/1976 idF LGBI 79/1985) 제5조 제2항과 제3항에 근거한 지방자치단체의 자연보호령(NaturschutzV der BH Leibnitz vom 10. 4. 1995. betr. Sulm)에 의하여 Sulm 인근 늪지대가 '자연보호구역(동식물보호구역)'으로 지정되었다. 그런데 위 법령 제1조 내지 제3조에 의하면 자연보호구역으로 지정된 지역 내에서 건물의 신축 및 증·개축, 시설의 설치 등 일정한 행위가 금지되지만(물론 이러한 금지규정을 위반하여 일정한 행위를 하는 경우에 행정벌을 받을 수도 있음), 다만 그러한 행위가 보호목적에 반하지 않는 경우 그 금지에서 제외해달라는 승인(Ausnahmebewilligung) 신청을 할 수 있다. 비슷한 사례로 VfSlg 9724/1983, VfSlg 11554/1987 등을 들 수 있다.

234) VfSlg 15467/1999 (V128/96). Tirol 자연보호법(Tir. NaturschutzG, LGBI 15/1975 idF LGBI 33/1997) 제11조 제1항과 제2항에 근거한 지방자치단체의 자연보호령(NaturschutzV der BH Schwaz vom 2. 5. 1975.)에 의하여 청구인의 토지를 포함한 일대의 지역이 '경관보호구역'으로 지정되었다. 그런데 위 법령에서 금지한 일정한 행위에 대해서 자연보호법 제27조 제2항 c목에 따라 일정한 경우에는 예외적승인이 이루어질 수 있다.

관련법령의 위법성을 다투는 우회적 방법이 주어졌다고 볼 수 있다.

그 밖에도 다음과 같은 경우에는 규범심사를 위한 우회적 방법, 즉 ‘다른 방법을 요구할 수 있는 경우’로 보아서 관련법령 자체를 심판대상으로 한 개인의 심판청구는 부적법하다고 보고 있다.

(나) 통행금지(Fahrverbot), 주차금지(Parkverbot) 등

○ 심판대상 법령에 의하여 캠핑장으로의 통행이 금지되었다고 생각하는 청구인은 일단 도로교통법(StVO; Straßenverkehrsordnung, BGBl. 159/1960) 제45조 제2항의 예외적승인(Ausnahmebewilligung) 신청을 할 수 있으며, 이는 청구인이 법적 이해관계를 주장할 수 있는 우회적 수단으로 볼 수 있다.<sup>235)</sup> 청구인은 예외적승인 신청이 받아들여지는 경우 관련 규정의 효력을 피해나갈 수 있고, 만약 예외적승인 신청이 기각되는 경우 행정청의 최종적인 처분에 대해 헌법소원을 제기하여 금지규정의 위법성을 다툴 수 있으며, 그 기회에 헌법재판소의 직권에 의한 규범심사를 촉구할 수 있다. 다만 통행금지로 인해 청구인에게 초래되는 캠핑장 영업과 관련된 경제적 불이익은 여전히 고려될 수 있는 것이 아니다.

그러나 예외적으로 법규명령으로 인해 당사자의 권리가 직접 침해되는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 달리 보고 있다.

○ 지방자치단체장이 도로교통법(StVO, BGBl. 159/1960)에 기하여 시내 일부도로의 통행을 금지시키는 바람에 액화가스적환장(積換場)의 영업 중단이 초래될 상황에 처한 경우에는 도로교통법 제45조의 예외적승인 신청을 하지 아니하고 곧바로 헌법재판소에 통행금지의 근거가 된 법규명령의

235) VfSlg 12358/1990 (V157/90). 자치단체장이 도로교통법(StVO, BGBl. 159/1960) 제94b조, 제43조 제1항, 제44조를 근거로 하여 Seeboden 지방도로의 교통안전 및 규제 등을 위하여 법규명령(교통안전규칙)을 발하였고, 청구인은 헌법재판소에 이 법규명령의 일부조항이 위법하다고 심판청구를 제기하였다. 청구인은 호수 가로수길 및 일부 산책로의 공동소유자이고 캠핑장의 단독소유자로서 캠핑장 출입을 위하여 등기부상 인근 4필지의 토지를 출입할 수 있는 권리를 등기함으로써 30년 이상 위 4필지의 토지를 캠핑장의 이용객들로 하여금 통행할 수 있게 하였는데, 위 법규명령의 일부조항으로 인해 더 이상 가로수길과 산책로, 우회로, 인근 토지 등을 이용할 수 없게 되자, 그 소유 토지의 재산권 및 인근 4필지 토지의 출입권 등을 직접 침해 혹은 제한받게 되었다고 주장하고 있다.

위법 여부에 관하여 심판청구를 할 수 있다. 청구인은 오스트리아 연방철도회사(ÖBB)로서 기차로 운송되어 온 액화가스를 액화가스적환장부터 타인의 탱크로리를 이용하여(탱크로리 소유자와의 계약에 의한 것임) 운송하고 있었고, 운송을 위해서는 반드시 액화가스적환장과 다른 공로(公路)를 연결해주는 시내도로를 이용할 수밖에 없었는데, 심판대상 도로교통규칙에 의하여 액화가스적환장에 인접한 위 시내도로의 통행이 금지된 것이다. 이에 따라 청구인은 탱크로리 소유자들과의 운송계약 체결이나 자신의 차량에 의한 액화가스 운송이 직접 방해받게 되었고 결국 액화가스적환장에의 접근이나 그 사업의 운영 자체가 어렵게 되었다는 것이다. 헌법재판소는 이러한 도로교통규칙이 청구인의 권리를 직접 제한하고 있고, 그 제한도 잠재적인 것이 아니라 현실적인 것이며, 또 특별히 이러한 상황에서는 청구인이 위법한 법규명령으로 야기되는 권리침해를 방어하기 위한 다른 우회적 수단을 상정하기 어렵다고 보고 있다.<sup>236)</sup>

(5) 집행정지(aufschiebende Wirkung) 신청

관련 법률에서 명시적으로 집행정지의 효력을 인정하지 않고 있더라도 당사자가 집행정지(aufschiebende Wirkung) 신청을 하여 행정심판절차에서 다룰 수 있는 경우에는<sup>237)</sup> 규범심사를 위한 우회적 방법이 주어졌다고 할

236) VfSlg 8984/1980 (V13/79). 도로교통법(StVO; Straßenverkehrsordnung, BGBl. 159/1960) 제43조 제1항에 근거하여 Vöcklabruck 시내 Freileitenstraße 거리에서 ‘액화가스를 운송하는 탱크로리의 운행을 금지한다’는 도로교통규칙(V der BH Vöcklabruck vom 8. 2. 1979.)이 제정, 공포되었다. 그런데 청구인은 오스트리아 연방철도회사(ÖBB)로서 종전부터 기차로 Vöcklabruck역(기술적인 이유로 액화가스적환장은 18번 레일 근처에 위치해 있음)까지 운송된 액화가스를 다시 탱크로리 차량을 이용하여 액화가스적환장으로부터 수요자 등에게 운송하고 있었는데, 역구 내의 액화가스적환장으로부터는 탱크로리 차량을 이용하여 Freileitenstraße 거리를 경유하여 갈 수 밖에 없었다. 그리고 액화가스적환장이 설치된 이후 별다른 문제가 발생되지도 않았다. 거의 유사한 사실관계 하에서 청구인의 심판청구가 마찬가지로 적법하다고 본 경우로 VfSlg 9721/1983 사건이 있다.

237) 참고로 연방헌법 제144조의 헌법소원(Beschwerde)의 제기나 행정재판에서 항고 소송의 제기에는 원칙적으로 집행정지의 효력(aufschiebende Wirkung)이 없다(헌법재판소법 제85조 제1항·제2항, 행정법원법 제30조 제1항·제2항). 헌법재판소법 제85조 ①헌법소원의 제기는 집행정지의 효력이 없다.  
②헌법재판소는 불가피하게 요구되는 공공복리에 반하지 아니하고 모든 당사자

수 있다.

○ 실업보험법(AIVG; Arbeitslosenversicherungsgesetz, BGBl 609/1977 idF BGBl 314/1994) 제56조 제2항에서 일정한 행정심판(실업보험금과 관련된 지역사무소의 결정에 대한 주사무소에의 이의신청)에는 집행정지의 효력이 없다고 규정하고 있으나, 이 경우에도 청구인이 이미 계속 중인 이의신청 절차에서 분명하게 그 이의신청에 집행정지효력을 인정해줄 것을 신청하고 그 과정에서 위헌성을 다투는 법률조항에 근거한 일정한 처분을 이끌어 낼 수 있다면 결국 이와 별도로 개인의 위헌심판청구가 허용될 수 없다는 것이다. 청구인은 그 처분에 대한 헌법소원절차에서 헌법재판소의 직권에 의한 규범심사를 촉구할 수 있는 여지가 있기 때문이다.<sup>238)</sup>

(6) 신고납세 방식의 세금 등 환급(Rückerstattung) 신청

자진신고(im Wege der Selbstbemessung), 즉 신고납세 방식으로 이루어지는 각종 세금, 부담금의 경우에 그 부과근거가 되는 법률조항이 위헌이고 따라서 그 납부가 부당하다고 주장하면서 환급신청(Antrag auf Rückerstattung)이라는 행정절차상의 수단을 이용할 수 있다. 이 경우 적어도 해당 법률조항을 근거로 하여 이미 납부기한이 도래한 세금 등의 납부 의무와 관련해서는 부과처분의 위법성을 다투려는 납세의무자의 지위와 다를 바가 없으며, 이러한 절차에서 과세관청의 어떠한 처분을 받을 수 있고

---

의 이해관계를 고려할 때 처분의 집행 또는 집행절차의 속행으로 인하여 헌법소원 청구인에게 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 청구인의 신청에 따라 집행정지결정을 할 수 있다. 집행정지를 결정함에 필요한 요건이 현저히 변경된 경우에는 헌법소원 청구인, 당해 행정청 또는 기타 관계당사자의 신청에 따라 다시 결정하여야 한다.

238) VfSlg 14195/1995, VfSlg 14833/1997. VfSlg 14833/1997 (G36/97) 사건에서, 청구인은 실직한 상태에서 일정한 기간 동안 긴급보조금(Notstandhilfe)을 지급받지 못하여 수차례에 걸쳐 지역사무소의 결정에 대하여 주(州)사무소에 이의신청(Berufung)을 하였으나 계속하여 처리되지 않고 있자, 이러한 이의신청에는 집행정지의 효력을 인정하지 않고 있는 실업보험법(AIVG, BGBl 609/1977 idF BGBl 314/1994) 제56조 제2항이 법치국가원리에 위배된다고 주장하면서 위헌심판청구를 하였다. 즉 청구인은 실업보험법 제56조 제2항 자체에 대한 다툼이 행정심판 절차의 선결적(präjudiziell) 문제가 되지 않기 때문에, 이의신청에 대한 최종적 결정에 대하여 헌법재판소에 헌법소원을 제기하는 방법으로는 다툴 수 없다고 생각하고서 직접 이 법률조항의 위헌 여부에 대하여 심판청구를 한 것이다.

이를 토대로 하여 납세의무의 근거가 되는 법률조항이 위헌이라는 주장을 헌법재판소에 제기할 수 있다.<sup>239)</sup>

○ 신고납세 방식에 의한 지방세의 경우, 납세의무자는 지방세법(KommStG, BGBl. 819/1993)상 해당 법률조항이 위헌이라는 전제 하에 그 세금납부가 부당하다고 주장하면서 환급신청을 할 수 있고, 그 절차에서 그 사이에 이미 납부기한이 도래한 세금의 납부에 관해서는 과세관청의 어떠한 처분을 받을 수 있으며, 이를 통해 납세의무의 법적 근거가 되는 법률조항의 위헌성을 다룰 수 있다.<sup>240)</sup>

○ 신고납부 방식의 각종 부담금의 경우, 예컨대 Vorarlberg 자연보호및경관개발법(Vlbg. NaturschutzG, LGBl. 22/1997) 제13조 소정의 자연보호부담금(Naturschutzabgabe)에 관해서도 마찬가지로 일정한 경우에 환급신청을 할 수 있고, 행정청의 처분이 내려지는 절차에서 납부의무의 근거가 되는 법률조항이 위헌이라는 주장을 개진할 수 있게 된다.<sup>241)</sup>

이상으로 헌법재판소 판례에 나타난, 개인이 규범심사를 위해 다른 우회

---

239) VfSlg 14796/1997(지방세), VfSlg 15602/1999(자연보호부담금) 등.

240) VfSlg 14796/1997. 청구인은 지방세법(KommunalsteuerG, BGBl. 819/1993) 제1조가 제8조의 예외규정과 관련하여 평등원칙, 불가침의 소유권을 침해하여 위헌이라고 주장하고 있다. 적법요건과 관련하여 심판대상 법률조항이 행정청의 과세처분 없이 직접 자신에게 지방세 납세의무를 부과하고 있으며, 특히 신고납부 방식에 의한 납세의 경우 사전에 행정청의 과세처분이 내려지지 않기 때문에(즉 과세처분은 오직 세금을 납부하지 않거나 세금산정이 잘못된 경우에만 문제가 되는데, 그렇다고 납세의무에 관한 어떠한 결정을 받기 위해 고의로 납세의무를 이행하지 않거나 세금산정을 틀리게 하여야 할 것이나, 그러한 경우 동법 제15조의 행정벌이 가해질 수 있기 때문에 그러한 위법한 행동을 기대하기는 어렵다), 달리 우회적 구제수단이 없으므로 직접 개인의 위헌심판청구가 허용되어야 한다고 주장하였다.

241) VfSlg 15602/1999. 청구인은 Vorarlberg 자연보호및경관개발법(Vorarlberger Gesetz über Naturschutz und Landschaftsentwicklung, LGBl. 22/1997) 제13조에 따라 직접 자연보호부담금을 납부해야할 법적인 의무를 부담하고, 따라서 이 법률조항이 자신의 법적 지위에 대한 직접적·실제적 제한에 해당하며, 여기에는 행정청의 어떠한 결정이 필요하지 않는다고 주장하였다. 특히 청구인이 동법률에 규정된 일정한 신고와 부담금 납부를 이행하지 않는 경우 곧바로 행정벌이 가해질 수도 있기 때문에 청구인으로서의 해당 법률조항의 위헌성을 다룰만한 다른 우회적 수단이 없다는 것이다.



적 절차를 이용할 수 있다고 보아서 위헌심판청구를 부적법 각하한 사례들을 유형별로 나누어 살펴보았다.

그러나 헌법재판소는 아래와 같은 경우에는 규범통제를 위한 다른 방법을 기대할 수 없다고 보아서 개인의 위헌심판청구가 적법하다고 판단하였다.

(1) 형사처벌(Strafverfahren), 행정벌(Verwaltungsstrafverfahren) 절차로 이행되는 경우

개별 법률에 규정된 금지조항을 위반하여 형사처벌 절차 또는 행정벌 절차로 이행하는 경우(Provozierung eines Straf- oder Verwaltungsstrafverfahrens)에는 개인의 위헌심판청구 외에 달리 해당 법률의 위헌성, 법규명령의 위법성 문제를 헌법재판소에 제기할 수 있는 다른 우회적 방법이 있다고 할 수 없다.<sup>242)</sup> 즉 수범자로 하여금 해당 법령의 위헌 혹은 위법 여부를 판단받기 위하여(다시 말하면 자신의 권리를 침해하는 법규범이 위헌 혹은 위법이라는 것을 주장하기 위하여) 그 법령에 위반되는 행위를 야기하고 형사처벌 또는 행정벌 절차로까지 나아가 이를 다투도록 기대할 수는 없다고 할 것이다.<sup>243)</sup>

○ 청구인은 저장용 및 해충방제용 약제를 생산·유통시키고 있는 회사인데, 심판대상 법규명령으로 인하여 일정한 성분이 함유된 약제를 1993. 10. 1.부터 400g을 초과하는 포장으로 유통시키지 못하고 더구나 1994. 1. 1.부터는 유통 자체를 시킬 수 없게 되었으며 이를 어길 경우에 관련 법률에 따라 처벌을 받게 된다. 따라서 법령의 금지적 효력이 청구인의 권리를 직접 제한할 수 있고, 특히 금지규정을 위반하여 행정벌 절차를 야기하는 것은 해당 법규명령의 위법성 문제를 헌법재판소에 제기할 수 있는 다른 우회적 방법이라고 보기 어렵다 할 것이므로 개인의 심판청구는 적법하게 허용된다.<sup>244)</sup>

다만, 형사처벌 절차 또는 행정벌 절차가 이미 계류 중(anhängig)이라면,

242) VfSlg 13822/1994, VfSlg 13891/1994, VfSlg 14585/1996

243) VfSlg 16137/2001, VfGH 10. 10. 2002. G267/01등

244) VfSlg 13891/1994 (V93/93)

법령 위반자는 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 연방헌법 제144조의 헌법소원을 청구하거나 혹은 형사재판 절차에서 준비서면 등을 통해 재판의 전제가 되는 해당 법률조항의 위헌성을 지적할 수 있으므로, 역시 ‘규범심사를 요구할 수 있는 방법이 없는 경우’에 해당하지 않는다.<sup>245)</sup>

○ 청구인은 술에 취한 상태에서 승용차를 운전하다가 교통사고(물적 피해)를 내는 바람에 ‘신체적 안전에 대한 위해’를 범하였다는 이유로 구(區) 법원에서 확정판결을 받았다. 이와는 별도로 관할 시장으로부터 ‘음주운전으로’ 벌금형을 고지 받아 독립행정위원회(UVS)에 이의신청을 하였으나 행정처벌법(VStG)상 부여된 최장 15개월의 결정기한으로 인해 자칫 제때에<sup>246)</sup> 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 없는 처지(이중처벌의 위험)를 감수할 수밖에 없다는 것이다. 그러나 헌법재판소는 이미 처벌절차가 계류 중이라면 위반자(Beschuldigte)로서는 그 절차의 결과를 기다려 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기하고 그 기회에 해당 법률규정의 위헌성을 주장할 수 있다는 것이다. 더구나 청구인은 이미 독립행정위원회에 이의신청을 제기하였고 독립행정위원회가 연방헌법 제89조 제2항, 제129a조 제3항 및 제140조 제1항에 따라 직권으로 헌법재판소에 (청구인에 의해 위헌심판이 제기된 동일한) 법률조항의 일부에 대하여 위헌심판을 제정한 바 있으므로, 청구인은 그 절차에서 관계당사자 지위(Stellung einer beteiligten Partei)를 향유할 수 있다는 것이다.<sup>247)</sup>

## (2) 규범심사 목적의 확인결정(Feststellungsbescheid)

청구인이 개별 법령에 정해진 절차에 따라 확인결정(Feststellungsbescheid;

245) VfSlg 14585/1996, VfSlg 14837/1997, VfSlg 16646/2002. 물론 형사처벌 절차 또는 행정벌 절차가 이미 계류 중(anhängig)인지 여부는 당사자가 헌법재판소에 위헌심판청구를 제기하는 때가 기준이 될 것이다(VfSlg 12019/1989, V196/88).

246) 당시 헌법재판소에 이미 유사사건으로 위헌법률심판절차가 계류 중이었으므로 (G9, 83, 86등/96), (독립행정위원회가 조기에 어떠한 결정을 내리게 되면 이에 대하여 헌법소원을 제기함으로써) 청구인의 헌법소원사건도 당해 사건(Anlaßfall)의 범위에 포함되어 함께 구제받을 수 있을 것으로 생각하였던 것 같다.

247) VfSlg 14585/1996 (G172/96등); 그 밖에도 청구인은 (독립행정위원회의 제청에 의한) 위헌법률심판절차(G197/96) 및 행정벌 절차가 끝난 후에도 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여 (직권에 의한) 위헌법률심판절차를 촉구할 기회가 남아 있다.

권리확정적 처분)을 받을 수 있고, 이에 대하여 행정심판절차 등을 모두 거친 후 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있으며 그 과정에서 직권에 의한 규범심사를 촉구할 수 있다면, 원칙적으로 개인의 위헌심판청구는 보충성 원칙에 반하여 부적법하다고 할 것이다. 또한 많은 경우에 그러한 우회적인 방법을 통해서 규범통제 절차에 이르게 된다고 하더라도 당사자에게 심대한 불이익을 초래하거나 또는 특별히 과도한 부담이 된다고 하기는 어려울 것이다.<sup>248)</sup>

○ 법률상 확인의 이익이 있는 경우를 상정하여 해당 법률에서 명시적으로 그에 상응하는 확인결정(권리확정적 처분)을 예정하고 있고, 특히 오스트리아 국적법(StaatsbürgerschaftsG, BGBl 250/1965) 제42조 제1항에 따라 국적취득에 관련된 확인결정이 내려질 수 있으며, 더구나 청구인이 국적취득의 근거조항이 위헌이라고 주장하면서 헌법소원을 통해 위헌주장을 할 수 있도록 일정한 확인결정을 구하고 있다면 당해 행정청은 이러한 신청에 응답할 의무가 있다. 따라서 청구인은 관계 행정청에 확인결정을 구하는 신청을 할 수 있고, 행정청도 그 신청에 응하여야 하며, 종국적으로 청구인은 행정청의 확인결정에 대한 헌법소원 절차를 통하여 헌법재판소에 해당 법률조항의 위헌성 문제를 제기할 수 있기 때문에 별도로 법률조항 자체를 직접 대상으로 한 위헌심판청구는 부적법하다.<sup>249)</sup>

○ 청구인은 법률상 기한 내에 내려지는 행정청의 확인결정에 대하여 행

---

248) VfSlg 15927/2000, VfSlg 16615/2002

249) VfSlg 9048/1981(G67/80). 오스트리아 국적법(StbG; StaatsbürgerschaftsG, BGBl 250/1965) 제7조 제4항은 '미성년·미혼의 혼외자(외국인)가 인지(認知)되면, 그의 부(父)가 당시 (오스트리아) 국민이거나 사망당시 국적을 보유하고 있었던 경우에는 그의 인지를 통하여 국적을 취득한다. 인지에 의한 국적취득은 인지된 여자의 혼외자에게도 미친다.'고 규정하고 있다. 그런데 청구인은 리히텐슈타인 태생의 모와 오스트리아 태생의 부 사이에 태어난 혼외·미성년자로서, 그의 부모가 혼인을 하고 인지함으로써 국적법 제7조 제4항에 따라 오스트리아 국적을 취득하였다[그러나 리히텐슈타인 국적법(GBl. 50/1974) 제5조에 따라 리히텐슈타인 국적을 상실하게 되었음. 반면에 그의 모는 혼인으로 오스트리아 국적을 취득하면서도 리히텐슈타인 국적을 상실하지 않았음]. 그러자 청구인은 그의 국적취득이 법률의 규정에 의하여 직접 이루어졌고 국적법 제7조 제4항이 입법자를 구속하는 평등원칙에 위반된다고 주장하면서 이 사건 위헌심판청구를 제기하였다.

정법원에 항고(Beschcheidbeschwerde; 처분에 대한 항고) 또는 헌법재판소에 헌법소원(Beschwerde)을 제기할 수 있다. 행정청의 확인결정을 구하는 절차에는 과도한 비용과 시간이 소요되는 것이 아니며, 특히 이미 확정된 사실관계를 토대로 할 때 실제로 새로운 증거의 제출이 문제되지도 않을 것이다. 청구인은 행정처분을 대상으로 한 행정법원에의 항고 또는 헌법재판소에의 헌법소원을 통하여 심판대상 법령의 위헌성을 다룰 수 있고 그 기회에 심판제청 혹은 직권심판회부결정을 촉구할 수 있다.<sup>250)</sup>

그러나 확인결정의 유일한 목적(der einzige Zweck)이 특정한 법령에 대한 위헌성·위법성 문제를 헌법재판소에 제기하기 위한 수단을 얻기 위한 것이라면 그러한 확인결정이 내려질 법적 가능성이 심판청구의 적법요건을 배제하지는 않는다.<sup>251)</sup> 즉 예외적으로 이러한 특별한 사정 하에서는 위헌심판청구가 적법하게 허용되고, 또 이는 법원의 확인판결의 경우에도 마찬가지라고 할 것이다.<sup>252)</sup>

다만, 확인결정을 구할 수 있는 법률상 신청권(Rechtsanspruch)이 예정되어 있는 경우에는 위와 같은 우회적 방법을 거치지 않은 채 제기된 위헌심판청구는 여전히 허용되지 않는다.<sup>253)</sup>

### (3) 개명절차(Verfahren zur Namensänderung)

개명절차의 개시가능성은 직접 적용된 법률조항에 대한 위헌성 문제를

---

250) VfSlg 15927/2000 (G197/98); 청구인은 행정청의 확인결정에 대한 행정법원에의 항고나 헌법재판소에의 소원이 단지 그 목적에도 맞지 않고 행정절차만을 지연시키는 '순수한 형식주의(reiner Formalismus)'적인 것으로 여겨진다고 주장하였으나, 헌법재판소는 개인의 위헌법률심판청구 제도가 다른 우회적 수단을 이용할 수 없을 때에만 인정될 수 있는 보충적 권리구제수단임을 분명히 하였다. 그렇지 않으면 경우에 따라서는 개인의 위헌심판청구의 보충적 권리구제수단으로서의 성격과 조화되지 않는, 권리구제수단의 중복성(Doppelgleisigkeit des Rechtsschutzes) 문제에 부딪칠 수 있기 때문이다.

251) VfSlg 10842/1986, VfSlg 12227/1989(확인처분), VfSlg 13880/1994(확인판결)

252) VfSlg 13880/1994

253) VfSlg 16362/2001 참조. 특히 앞의 VfSlg 9048/1981 (G67/80) 결정에서 문제된 국적법의 경우에 다른 우회적 절차를 특별히 법률 자체에서 예정하고 있다. 즉 국적법 제42조 제1항에 따라 청구인이 법률상 확인의 이익이 있는 경우에는 행정청은 국적과 관련된 확인결정(권리확정적 처분)을 하여야만 한다.

헌법재판소에 제기할 수 있는 직접적인 구제수단이 아니다. 왜냐하면 이러한 방법으로 헌법재판소에 실제로 위헌제청이 이루어질 수 있을지 여부가 확실하지 않기 때문이다.<sup>254)</sup>

다만, 청구인이 심판대상을 지나치게 좁게 특정하여 위헌심판을 청구한 경우 그와 불가분의 관계에 있는 다른 법률조항을 함께 제거할 수 없는 이상 그 일부 규정만을 제거하더라도 법적 지위에 아무런 영향을 줄 수 없다면 그러한 청구는 부적법하여 각하를 면할 수 없다.<sup>255)</sup>

254) VfSlg 13661/1993. 성명확정절차(Namensfeststellungsverfahren)가 폐지된 후 개명절차의 개시가능성은 -불가분의 일체를 이루는- 민법(ABGB) 제93조의 위헌성 문제를 헌법재판소에 제기할 수 있는 직접적인 수단이 아니다. 왜냐하면 이러한 방법으로 헌법재판소에 실제로 위헌제청이 이루어질 수 있을지 여부가 확실하지 않기 때문이다.

다만, 헌법재판소는 한때 민법 제93조에 대한 위헌심판청구를 다른 우회적 방법, 즉 NamensänderungsG 제8조 제1항의 “확정신청”을 할 수 있다는 이유로 각하한 바 있는데(VfSlg 9132/1981), 이는 당시 적용되던 구 독일제국의 NamensänderungsG 1938(RGBl. 1938 I 9)이 현재의 NÄG 1988과 달리 성명확정결정을 예정하고 있었기 때문이다. 이 경우 그러한 확정결정(Feststellungsbescheid)을 다른 우회적 방법에 해당하는 것으로 보았다.

255) VfSlg 14196/1995 (VfSlg 13915/1994 참조). 청구인들은 1993년에 태어난 딸과 그녀의 모인데, 1994. 12. 16. 제기한 위헌심판청구에서 민법(ABGB, BGBl 403/1977) 제165조 “Das uneheliche Kind erhält den Geschlechtsnamen der Mutter.”의 위헌폐지를 청구하고 있다. 이들은 이 법률조항이 그들에게 직접 적용된다고 생각하였고, 그 딸은 모의 “Familiennamen”을 사용하여야 하는데, (Namensänderungsgesetz - NÄG에 규정된) 개명절차(Namensänderungs- verfahren)라는 우회적 수단을 기대할 수 없으며 따라서 평등원칙, 여성의 모든 차별금지 및 사생활·가족생활 보호에 위배되어 위헌이라고 주장하였다[한편 청구인들은 이미 VfSlg 13915/1994 결정의 사건에서도 위 법률조항 가운데 “Geschlechtsnamen” 부분만의 위헌폐지를 청구하였다가(teilweise Aufhebung) 그 심판대상이 지나치게 좁게 특정되었다는 이유로 각하된 바 있다].

그런데, 그 사이에 Namensrechtsänderungsgesetz(BGBl 25/1995, Art I Z8)에 의해 민법 제165조는 “Das uneheliche Kind erhält den Familiennamen der Mutter.”로 개정되었지만 이 개정조항은 1995. 5. 1.부터 시행되고, 또 같은 법(Art IV Z13)에 의해 Personenstandsgesetz 제72조가 새로 규정되었는데 이에 의하면 1995. 5. 1. 전의 출생 혹은 혼인에 기한 이름의 사용과 관련한 권리 및 의무는 영향을 미치지 않는다고 규정하고 있다.

여기서 헌법재판소는 다음과 같이 판단하였다: NÄG이 청구인들의 법률관계에 아무런 영향을 미치지 못하고, 1995. 5. 1. 전에 태어난 아이는 출생당시 기준이 되는 민법 제165조에 따라 정해지는 이름을 사용하여야 하며, 민법(ABGB) 제165조의 계속적용 여부는 단지 NÄG 개정조항에 따른 PersonenstandsG 제72조에 근거하는 것이다. 그런데 민법(ABGB) 제165조에 대해 1995. 5. 1. 전에 제기된 위

그 밖에도 특별하고 예외적인 사정 하에서 헌법재판소는 개인이 규범통제를 위한 다른 우회적 방법을 기대할 수 없다고 보아서 위헌심판청구를 적법한 것으로 받아들이는 경우가 있다.

## V. 맺음말

### 1. 제도의 의의 및 역할, 평가

오스트리아 헌법재판에서 ‘개인의 위헌심판청구(Individualantrag)’ 제도는, 여러 학자들이 평가하고 있는 것처럼 전체적으로 국민의 기본권 보장 및 권리구제에 크게 기여하였다고 볼 수 있다. 즉 개인도 법령에 대한 위헌·위법성의 의심(Bedenken)만으로 직접 규범심사를 청구할 수 있고 또 청구기간에도 제한을 받지 않으며, 특히 법규명령에 관해서는 헌법상 보장된 기본권의 침해 여부와 상관없이 심판청구를 할 수 있다는 점에서 분명히 국민에게 헌법재판을 통한 기본권 보장 및 권리 실현의 기회가 폭넓게 열려졌다고 할 수 있다. 그렇지만, 제도시행 초기부터 실제로 상당수의 심판청구가 엄격한 적법요건, 특히 보충성 요건을 결하여 각하되는 사례가 빈발하였는데, 이는 제도의 입법연혁이나 특성과 무관하지 않다는 것을 의미한다.

헌법재판소는 다수의 결정에서 개정 연방헌법(B-VG Nov. 1975, BGBl 302)의 입법배경과 연혁, 개인의 위헌심판청구제도의 특징 등을 언급하면서, 특히 보충성 요건과 관련해서는 헌법재판소에게 일종의 가치판단의 여지를 주고 있으며, 또한 규범통제에 대한 주도권을 일반법원 등으로 분장

---

헌주장에 관한 한, 만약 이 법률조항이 위헌이었다(verfassungswidrig war)고 확인된다고 하더라도 PersonenstandsG 제72조의 규정내용에 아무런 영향을 미치지 못한다(이 조항에 따라 이름의 사용과 관련하여 이미 취득한 권리 혹은 발생한 의무에는 영향이 없기 때문이다). 따라서 청구시점의 법적 상황에 초점을 맞춘 심판청구는 기존의 결정 선례에 비추어 그 심판대상이 지나치게 좁게 특정되었다. 물론 청구인들의 심판청구는, 1995. 5. 1. 이후 이름의 취득이 문제가 아니라 그 전에 출생한 자들에게는 이미 취득한 이름의 계속사용이나 변경이냐의 문제가 제기되며, 따라서 민법(ABGB) 제165조와 Personenstandsgesetz 제72조의 불가분적 관계(ein untrennbarer Zusammenhang)가 생긴다는 것을 고려하지 않았다.

(分掌)시키려는 연방헌법제정자의 근본결단이 있었다는 점, 즉 이 제도가 '보충적 권리구제수단'이라는 점을 분명히 밝히고 있다. 말하자면, 헌법재판소는 개정 연방헌법이 개인에게 위헌심판청구를 제기할 수 있는 기회를 확대하면서도 한편으로 규범심사에 접근하는 다른 우회적 수단이 있는 경우에는 원칙적으로 그러한 다른 구제절차를 먼저 거치도록 예정하고 있는 점을 중시하였고, 실제로 제도시행 초기부터 위와 같은 기본 인식을 바탕으로 헌법제정자의 입법취지(특히 개정헌법 1967년 제1초안 참조)를 충실하게 반영하여 제한적·집중적인 규범심사를 관철하고자 한 것으로 풀이된다.<sup>256)</sup>

오늘날 개인의 위헌심판청구 제도는 국민의 기본권 보장과 권리 실현에 중요한 의미를 갖게 되었고, 또 실제로 전체 위헌·위법심판사건 중 상당 부분이 개인에 의해 청구되고 있으며,<sup>257)</sup> 헌법재판소도 이러한 추세에 부응하여 심판청구의 적법요건(청구적격)에 관하여 더욱 세분(細分)·정제(整齊)된 기준을 제시하고 있다.

## 2. 특수한 적법요건(특히 보충성)에 관한 판례의 입장

개인의 위헌심판청구와 관련하여 특수한 적법요건, 특히 보충성 요건에

---

256) 특히 보충성(補充性) 원칙과 관련해서는 헌법재판소 1977. 3. 17. 선고 G15/76 결정에서 이를 명시적으로 밝히고 있다.

257) 헌법재판소가 실제로 본안에서 위헌·위법 여부를 심리하는 법률 및 법규명령의 수는 개인이 심판청구한 것이 현저하게 작은 부분을 차지하지만, 청구사건 수 자체는 개인이 심판청구한 것이 상당 부분을 차지한다. 2002년의 사건처리 통계를 보면, 심판대상 법률 62건 중 개인이 위헌심판청구한 것은 5건(8%)에 불과하나 청구사건 수 자체는 전체 339건 중 74건(21.8%)을 차지하고 있다. 또 심판대상 법규명령 26건 중 개인이 위법심판청구한 것은 3건(11.5%)에 불과하나 청구사건 수 자체는 전체 85건 중 37건(43.5%)을 차지하고 있다(Der Verfassungsgerichtshof, Bericht des Verfassungsgerichtshofes über seine Tätigkeit im Jahre 2002, S. 10). 한편 2005년의 사건처리 통계를 보면, 심판대상 법률 35건 중 개인이 위헌심판청구한 것은 4건(11.4%)에 불과하나 청구사건 수 자체는 전체 168건 중 45건(26.8%)을 차지하고 있다. 또 심판대상 법규명령 38건 중 개인이 위법심판청구한 것은 10건(26.3%)에 불과하나 청구사건 수 자체는 전체 120건 중 57건(47.5%)을 차지하고 있다(Der Verfassungsgerichtshof, Bericht des Verfassungsgerichtshofes über seine Tätigkeit im Jahre 2005, S. 11 - 12).

관한 판례의 입장은 대체로 다음과 같이 요약될 수 있다. 즉 개인의 위헌심판청구는, 청구인이 심판대상 법률(법규명령)을 통하여 직접 그의 권리를 침해당하였다고 주장하고 또 그 법령이 법원의 재판이나 행정청의 처분에 의하지 않고서 실제로 청구인에게 효력을 미치는 것이어야 하며, 그로 인한 제한도 법령 그 자체에 의해 청구인의 권리(법적으로 보호되는 이익)를 단지 잠재적으로가 아니라 현실로 제한하는 것이어야 하고, 청구인에게 그러한 위법한 침해를 방어할만한 다른 우회적 수단이 부여되어 있지 않는 경우에만 허용될 수 있다.

특히, 보충성(Subsidiarität) 요건과 관련해서는, 만약 청구인에게 이미 법원의 재판절차 혹은 행정청의 행정심판절차가 진행되고 있고 그 절차에서 위헌심판을 제청할 것을 촉구하거나 또는 연방헌법 제144조의 헌법소원의 청구 기회가 부여되고 있는 한, 원칙적으로 심판대상 규범의 위헌성을 주장하기 위한 우회적 수단(권리구제절차)이 주어졌다고 할 것이다. 바꾸어 말하면, 심판대상 법률이나 법규명령을 근거로 하여 이미 행정처분이 있었던 경우에는 당사자가 그 처분에 대한 행정심판절차를 거쳐서 헌법재판소에 헌법소원을 제기하거나 또는 재판절차에서 직접 적용될 법령에 대한 위헌심판제청을 하도록 촉구할 수 있는 기회를 갖게 되었다는 것이다.

여기서 주목할 만한 점은 이러한 원칙이 법원의 재판절차 혹은 행정청의 행정심판절차를 장래에 이용할 수 있는 경우뿐만 아니라, 이미 그러한 절차가 계류된 바가 있었고 그 절차에서 (법원이나 독립행정위원회) 직권에 의한 위헌심판제청을 촉구하거나 혹은 행정청의 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법소원을 제기할 가능성이 있었던 경우, 나아가 예컨대 독립행정위원회가 직권으로 위헌심판을 제청함으로써 그 절차에서 관계당사자로 참가할 수 있는 기회가 있었던 경우에도 마찬가지로 적용될 수 있다는 것이다.

또한 (1) 당사자가 항소심에 이르러 비로소 해당법률에 대한 위헌 의심을 가지게 되었다는 사정, (2) 연방헌법 제89조 제2항에 따라 헌법재판소에 위헌심판을 제청하는 법원이 법률의 위헌성에 관하여 당사자와 견해를 같



이 하지 않는다는 사정(그래서 법원이 헌법재판소에 직권으로 위헌심판제청을 하지 않았다는 사정), (3) 나아가 법원이나 독립행정위원회가 직권으로 심판제청을 하거나 당사자가 위헌심판청구를 하여도 그것이 헌법재판소에서 받아들여지지 않을 수도 있다는 사정 등은 개인의 위헌심판청구의 보충성 요건, 즉 다른 권리구제절차로의 우회가능성(Umwegszumutbarkeit)의 충족 여부를 판단하는데 결정적인 것으로 작용할 수 없다.<sup>258)</sup>

결국 개인의 위헌심판청구는 아주 특별하고 예외적인 상황 하에서만 허용된다고 할 것인데, (위와 같은 다른 권리구제수단을 통한 우회가능성에도 불구하고) 그 특별하고 예외적인 상황의 존재 여부를 판단함에는 법령 위반으로 인한 형벌 혹은 행정벌의 부과가능성, 우회적 구제절차를 거치는데 소요되는 시간 및 비용의 정도, 그러한 우회적 구제절차의 이행이 당사자에게 심대한 불이익을 초래하거나 또는 특별히 과도한 부담으로 작용하는지 여부 등이 우선적으로 고려될 수 있을 것이다.

앞서 유형별 고찰에서 살펴본 바와 같이, 일단 (1) 민사소송 등 각종 쟁송절차의 기회가 주어져 있는 경우, (2) 행정법령에 각종 승인, 예외적승인, 제외 신청 등 절차가 예정되어 있고 이를 통해 행정청의 확인결정 등 일정한 처분을 받을 수 있는 경우에는 그 절차에서 법원 등의 직권에 의한 위헌심판제청을 촉구하거나 행정심판절차를 모두 거친 후 헌법소원을 제기할 수 있으며, 그 기회에 해당법령의 위헌·위법성을 주장할 수 있다. 따라서 위와 같은 대부분의 경우에 청구인이 관련 법령에 대한 규범심사를 구하기 위한 다른 우회적 방법을 이용할 수 있기 때문에 직접 법령을 대상으로 한 심판청구는 원칙적으로 보충성을 결하여 부적법하게 된다.

반면, 아주 특별하고 예외적인 상황 하에서 보충성을 부정하고 직접 헌법재판소에 위헌심판청구를 제기할 수 있는 경우는 판례를 통해 그 사례가 구체적으로 집적되어 가고 있는데, 예컨대 금지규정 위반으로 형사처벌 또

---

258) 특히 오스트리아에서는 우리 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원(당사자가 법원에 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각된 경우에 제기하는 규범통제형·위헌심사형 헌법소원)이 인정되지 않는 제도적 배경 하에서 위 (2)와 같은 사정에도 불구하고 보충성을 엄격하게 적용하는 부분은 주목할 만하다.

는 행정벌 절차가 개시될 수 있는 경우에 (예외적으로 이미 처벌절차가 계류 중에 있지 않는 한) 당사자로 하여금 관련 법령에 대한 규범심사를 받기 위하여 처벌절차까지 감수할 것을 기대하기는 어려우므로 '헌법재판소에 규범심사를 요구할 수 있는 다른 방법이 없는 것'으로 해석되고 있다. 또 확인결정의 유일한 목적이 특정한 법령에 대한 위헌성·위법성 문제를 헌법재판소에 제기하기 위한 수단을 얻기 위한 것이라면 예외적으로 위헌심판청구가 적법하게 허용된다.

요약하면, 헌법재판소는 개정 연방헌법의 취지에 따라 전체적으로 개인에게 위헌심판청구의 기회를 넓게 부여하면서도, 재판절차나 행정심판절차가 계류 중이거나 그러한 가능성이 있는 경우, 나아가 규범통제 절차에 관계당사자로 참가할 여지가 있는 경우에는 당사자가 그 재판절차나 행정심판절차 등에서 우선적으로 위헌주장을 펼칠 수 있도록 하고, 따라서 일반법원이나 독립행정위원회 등이 1차적으로 위헌, 위법 여부를 판단할 수 있도록 기회를 보장하고 있으며,<sup>259)</sup> 다만 우회적 절차를 거치는 것을 기대하기 어려운 극히 특별하고 예외적인 상황 하에서만 보충성의 예외를 인정하여 개인의 위헌심판청구가 적법하다고 보고 있다.

생각건대 오스트리아에서 개인의 위헌심판청구 제도는 연방헌법이나 헌법재판소법 어디에도 명시적으로 보충성 원칙을 규정하고 있지 않지만,<sup>260)</sup> 헌법재판소는 개정 연방헌법의 입법연혁, 개정과정에서의 입법초안들, 제도적 특성 등을 충분히 고려하여 특히 보충성 요건과 관련해서는 엄격하게 (즉 가급적 다른 권리구제수단을 통한 우회가능성을 인정하는 방향으로) 제한적으로 해석하고 있는 것으로 보인다.

259) 오스트리아 헌법재판소는 연방헌법상 개인의 위헌심판청구를 제한적으로 허용하는 의미를 최대한 존중하여 가급적 재판절차나 행정심판절차에서 그 전제가 되는 법규범의 위헌성에 대한 의견을 개진토록 하고 그 절차에서 일반법원이나 행정법원, 독립행정위원회로 하여금 위헌심판제청을 할 것인지 여부를 결정하도록 유도하고 있는 것으로 보인다[VfSlg 15030/1997 (G111/96) 참조].

260) 이점은 적어도 개인에 의한 규범통제(이른바 법령소원)와 관련해서 우리 헌법재판소법(제68조 제1항 단서)이나 독일헌법재판소법(제90조 제2항)과 차이가 있는 부분이다.

### 3. 위헌심판청구 제도의 시사점

#### 가. 심판청구의 특정 등 일반적 적법요건 관련

오스트리아 헌법재판소는 심판청구의 일반적 적법요건, 특히 헌법재판소법 제15조와 제17조의 형식적 요건, 나아가 청구취지, 심판대상, 청구이유의 특정과 관련하여 그 구비 여부를 가혹하다고 느낄 정도로 엄격하게 심사하고 있는 것 같다. 형식적 요건의 흠결은 일단 기한을 정해 보정명령을 한 후 불이행시 사건을 각하하고 있으며, 내용상 흠결은 그 자체가 대체로 보완할 수 없는 성격이 많다고 보아서 따로 보정명령 없이 부적법 각하하고 있다. 우리 헌법재판의 실무에서도 적법요건의 구비 여부를 심사함에 있어 다소 참고할 수 있는 대목으로 여겨진다. 특히 심판청구의 취지나 내용이 불명확한 경우 선해를 거듭하여 가능한 심판청구로 입론하여 조사·연구할 여지도 있겠으나, 연구 시간과 인력의 효율적 배분과 활용이라는 측면에서 한 번 고려해볼 부분으로 생각된다(물론 헌법재판소법이나 헌법재판규칙의 개정이나 제정을 통해 입법적으로 뒷받침되어야 할 부분도 있을 것임).

#### 나. 보충성 요건 관련

오스트리아 연방헌법이나 헌법재판소법 어디에도 개인의 위헌심판청구에 보충성을 요구하는 명시적 규정을 두고 있지 않지만, 헌법재판소는 일관되게 연방헌법 제144조의 헌법소원과 마찬가지로 보충성 원칙을 엄격하게 적용하고 있다. 즉 개인의 위헌심판청구(실질적인 법령소원)에서도 보충성을 별개의 적법요건으로 요구하고 있다. 법률이나 법규명령에 대한 위헌·위법의 의심만으로 심판청구를 할 수 있고 그 청구기간에 제한을 두지 않는 대신에 보충성 요건을 엄격하게 심사하여 이를 충족하지 못한 경우에는 부적법한 청구로 각하하고 있다. 이는 법원의 재판절차나 행정청의 행정심판

절차, 이를 거친 후의 헌법소원절차에서 위헌성 문제를 제기할 수 있는 기회가 주어졌다면 원칙적으로 다른 권리구제수단을 통한 우회가능성이 충족된 것으로 보는 것이다.

그런데 우리 헌법재판의 실무에서는 특히 법령소원의 경우 헌법재판소법 제68조 제1항 후단의 '다른 법률에 의한 구제절차'란 법률 자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하는 절차에 한정되는 것으로 보고 있다.<sup>261)262)</sup> 그러나 헌법재판소의 업무부담 경감, 특히 연구 시간이나 인력의

261) 우리 헌법재판소는 다른 구제절차와 관련하여 "법령 자체에 의한 직접적인 기본권 침해 여부가 문제되었을 경우에는 보충성의 예외로서 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다"고 보고 있다. 즉 「헌법 제107조 제2항에 규정된 대법원의 명령·규칙에 대한 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌 여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 것으로 명령·규칙 자체에 의하여 직접 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항에 근거하여 헌법소원심판청구를 하는 이 사건과는 아무런 관련이 없고, 이 사건과 같이 법령 자체에 의한 직접적인 기본권침해 여부가 문제되었을 경우에는 보충성의 예외로서 다른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다」(헌재 1996. 10. 4. 94헌마68등, 공 18, 590 참조).

262) 또, 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 다른 법률에 의한 구제절차란, 소원의 목적물인 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다툴 수 있는 절차를 의미하는 것이지 최종 목적을 달성키 위하여 취할 수 있는 모든 우회적인 구제절차를 의미하는 것이 아니다. 즉 「청구인의 궁극적 목적이 법원 행정처장으로 하여금 법무사시험을 실시하게 하여 청구인 자신이 법무사시험에 응시할 기회를 얻고자 함에 있는 것이기는 하나 청구인이 이 사건에서 심판청구의 대상으로 하는 것은 법원행정처장의 법무사시험 불실시 즉 공권력의 불행사가 아니라 법원행정처장으로 하여금 그 재량에 따라 법무사시험을 실시하지 아니해 도 괜찮다고 규정한 법무사법시행규칙 제3조 제1항이고 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 다른 법률에 의한 구제절차란, 소원의 목적물인 공권력의 행사 또는 불행사를 직접 대상으로 하여 그 효력을 다툴 수 있는 절차를 의미하는 것이지 최종 목적을 달성키 위하여 취할 수 있는 모든 우회적인 구제절차를 의미하는 것이 아니며, 이 사건에서 청구인으로서 법원행정처장에게 법무사시험 실시를 요구하고 그 결과(거부처분이나 부작위)에 대하여 불복청구하는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수 있을는지도 모르나 가사 그러한 구제절차가 인정된다고 하더라도 그러한 것은 우회적인 절차여서 신속한 권리구제를 받기란 기대하기 어려운 것이므로 이는 헌법재판소법 제68조 제1항 후단 소정의 구제절차에 해당되지 아니하고, 법령자체에 의한 직접적인 기본권침해여부가 문제되었을 경우 그 법령의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반 법원에 구제를 구할 수 있는 절차는 존재하지 아니하므로(일반법원에 명령·규칙을 직접 대상으로 하여 행정소송을 제기한 경우에 이것이 허용되어 구제된 예를 발견할 수 없다) 이 경우에는 다

효율적 배분, 당사자의 심급 이익이라는 측면에서 법령에 의한 기본권 침해가 일차적으로 법원의 사실인정과 심리, 법령해석을 통해 권리구제가 가능하다면 가급적 그러한 절차를 거치도록 함이 바람직하다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 우리 헌법재판에서 법령소원의 경우에도 헌법재판소법 제 68조 제1항 후단의 '다른 법률에 의한 구제절차'의 의미를 법규범 자체의 효력을 직접 다루는 것을 소송물로 하는 절차 뿐만 아니라,<sup>263)</sup> 법규범의 위헌 여부를 우회적·간접적<sup>264)</sup>으로라도 다룰 수 있는 절차가 예정되어 있고 실제로 당사자로 하여금 그러한 절차를 거치도록 하는 것이 수인(受忍)할 수 없을 정도로 현저하게 과도한 시간과 비용의 소요, 절차적 부담으로 되지 않는 이상 그러한 절차도 포함되는 것으로, 즉 보충성 요건을 엄격하게 해석하여(보충성의 예외를 가급적 인정하지 않는 방향으로) 운용함이 바람직하다고 생각된다.<sup>265)</sup>

---

른 구제절차를 거칠 것 없이 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있는 것이다」(헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 370, 371 참조).

263) 특히, 대법원이 2006. 9. 8. 국회에 제출한 행정소송법 개정의견(개정법률안 포함)에는 협의의 처분뿐만 아니라 권력적 사실행위나 법규명령·규칙을 모두 항고소송(취소소송·무효등확인소송·의무이행소송·예방적 금지소송)의 대상으로 포착함으로써(안 제2조 내지 제4조 참조) 국민의 권리구제의 폭을 확대하고 행정의 적법성을 보장하도록 하고 있으며(<http://www.assembly.go.kr/index.jsp> 국회홈페이지 의안정보 참조), 향후 법률개정안이 이와 유사한 형태로 통과될 경우 일선 법원에서도 이와 같은 방향으로 재판실무를 운용할 것으로 기대되기 때문에, 이러한 입법방향 및 실무추세를 주목할 필요도 있다 할 것이다.

264) 법률에 대한 헌법소원에서는, 독일의 경우와 같이, 보충성을 헌법재판소법 제68조 제1항 단서와는 관계없이 별개의 적법요건으로 요구하거나, 아니면 헌법재판소법 제68조 제1항 단서의 권리구제절차는 반드시 법률자체의 효력을 직접 다루는 것을 소송물로 하는 절차에 한정되는 것이 아니라 그 법률의 위헌 여부를 간접적으로 다룰 수 있는 구체적 규범통제절차도 포함된다고 해석함으로써 법률에 대한 헌법소원의 경우에도 헌법소원일반에 요구되는 보충성요건을 갖추도록 요구하여야 할 것이다(강일원·유남석·최완주, 헌법소원심판, 헌법재판제도의 이해, 재판자료 제92집, 532면).

265) 대법원은 이미 1953. 8. 19. 선고 4286행상37판결에서 “법령의 효력을 가진 명령이라도 그 효력이 다른 행정행위를 기다릴 것 없이 직접적으로 또 현실히 그 자체로서 국민의 권리훼손 기타 이익침해의 효과를 발생케 하는 성질의 것이라면 행정소송법상 처분이라 보아야 한다”고 판시한 바 있고, 또 대법원은 ‘일반적, 추상적인 법령이나 규칙 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니므로 행정소송의 대상이 될 수 없다’고 판시한 바 있으나

특히 앞서 본 바와 같이 오스트리아 헌법재판에서 우리 헌법재판소법 제 68조 제2항의 헌법소원(규범통제형·위헌심사형 헌법소원)과 같은 제도를 두고 있지 않음에도 불구하고, 헌법재판소가 개인의 위헌심판청구에서 보충성을 별도의 적법요건으로 삼아서 범규범의 위헌·위법성을 다룰 수 있는 우회적·간접적인 절차가 있는 경우에는 원칙적으로 그러한 절차를 거치도록 하는 방향으로 운용하고 있음은 우리 헌법재판 실무운용에도 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

#### 다. 청구기간 관련(입법론)

법령에 대한 헌법소원은 일반적인 헌법소원 즉 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권 침해에 대한 소원과는 상당한 차이가 있다. 일반적 공권력 작용에 대한 헌법소원은 일차적으로 그 공권력 작용과 관련된 당사자인 국민의 기본권 구제의 측면이 더 강한 반면에[그래서 이러한 헌법소원은 오히려 행정재판의 특별한 형태(Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit)로 취급될 여지도 있음], 법령에 대한 헌법소원은 당사자의 기본권 구제 외에도 위헌적 범규범의 제거를 통한 통일적인 헌법질서의 보장이라는 측면도 함께 갖고 있다고 할 수 있다. 이러한 의미에서 우리 헌법재판소법 제68조 제1항이 법령소원을 따로 구별하지 않는 입법형식을 통해 청구기간 등에서 일반적인 헌법소원과 함께 일률적으로 취급하는 것이 바람직한가 하는 의문이 든다.

만약 국민의 기본권을 침해하는 위헌적 법률이 있다면 청구기간에 제한 없이 언제든지 그 위헌 여부를 다투어 기본권 구제를 받을 수 있도록 하여야 하고 또 이를 통해 통일적인 헌법질서의 보장이 이루어지도록 해야 한다. 특히 우리 위헌법률심판제도 중 법률의 위헌 여부가 재판의 전제가 되

---

(대법원 1992. 5. 8. 선고 91누11261 판결, 1992. 3. 10. 선고 91누12639 판결 등 참조), 이는 국민의 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 명령이나 규칙은 행정소송의 대상이 될 수 있다는 취지로 해석될 여지도 있다(강일원·유남석·최완주, 앞의 논문, 540면 참조).

는 경우에는 그 다툼의 기간에 제한을 두고 있지 않으면서, 법규범이 국민의 기본권을 직접 침해하여 헌법소원으로 다투는 경우에는 청구기간에 제한을 두는 것은 균형상 맞지도 않는다. 또 어느 당사자(A)가 청구기간 도과로 법령소원을 제기하지 못하더라도 유사한 상황에 있는 다른 사람(B)이 청구하여 그 법규범이 제거된다면 결과적으로는 그 당사자(A)도 (집행행위가 이미 존재하는 경우를 제외한, 적어도 장래에 계속되는 기본권 제한 상황 하에서는) 여전히 기본권 구제의 혜택을 동등하게 받을 수 있게 된다.

물론 법령소원에 청구기간의 제한을 두는 것은 해당 법규범과 관련된 법적 문제에 대해 법적 안정성을 확보하고자 하는데 가장 큰 의미가 있다고 할 것이다. 그러나 국민의 기본권 구제 및 헌법질서의 보장이라는 측면과 법규범을 둘러싼 법적 안정성의 측면은 여전히 비교형량되어야 할 여지가 있는 문제이고, 게다가 법령에 대한 헌법소원의 경우 청구기간에 제한을 두는 것보다는 일단 청구기간의 제한 없이 허용하되 보충성 요건을 엄격하게 해석하는 등 다른 방법으로 남(濫)청구를 방지할 수도 있을 것이다. 헌법재판 실무에서 당사자가 다른 구제절차를 거치다가 잘못하여(다른 구제절차에 대한 오인) 헌법소원(법령소원)의 청구기간을 도과하는 사례를 종종 발견하게 된다. 만약 가급적 당사자로 하여금 다른 법률의 구제절차를 거치도록 한 후 헌법소원(법령소원)을 제기할 수 있도록 하는 방향으로 나아가간다면, 그 전제로서 청구기간에 제한을 두는 것은 합리적이지 않고 또 바람직하지도 않다. 법령소원에 청구기간의 제한을 두지 않는다면 당사자는 헌법소원의 청구기간 제한이라는 절차적 부담 없이 우회적·간접적인 다른 권리구제수단을 통해 헌법소원 이외의 절차에서 기본권을 제한하는 법규범의 위헌성을 다투어 볼 수 있는 기회를 확보할 수 있기 때문이다. 그렇지 않고 법령소원에서 보충성 요건도 엄격하게 적용하면서 청구기간에도 일반적 공권력 작용에 대한 헌법소원과 동일한 수준으로 제한을 두게 된다면, 국민의 기본권 구제 및 헌법질서의 보장과는 점점 멀어지게 되고, 당사자는 언제나 행정법원 등 일반법원과 헌법재판소에 중복해서(절차상 위험을 피하기 위하여) 자신의 권리구제를 위한 절차를 취해야 하는 이중

적 부담을 안게 된다. 이러한 의미에서 오스트리아 연방헌법이 제144조의 헌법소원과 달리 개인의 위헌심판청구에는 청구기간의 제한을 두고 있지 않는 것은 시사하는 바가 자못 크다고 할 수 있다.

#### 4. 마무리하면서

지금까지 오스트리아에서의 개인의 위헌심판청구, 즉 개인이 법령 자체를 대상으로 하여 위헌심판을 청구하는 제도에 관하여 개괄적으로 소개하였고, 특히 보충성 원칙과 관련하여 연방헌법재판소 판례의 경향을 살펴보았다. 그리고 이를 토대로 우리 헌법재판 실무에서 특히 법령소원의 경우 보충성 요건을 엄격하게 해석·적용하여 법규범의 위헌성을 우회적·간접적으로 다룰 수 있는 절차와 기회가 보장되어 있다면 직접 그 법규범을 대상으로 한 헌법소원을 보충성 결여로 각하하는 방안, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원이 특별히 법령소원을 구별하지 않고 일반적 공권력 작용과 함께 규율하면서 청구기간에 일정한 제한을 두고 있는 것이 바람직한 것인지 하는 입법론에 관해서도 생각해보았다.

물론 오스트리아의 규범통제제도 특히 개인의 위헌심판청구가 우리 헌법재판에서의 법령소원과 유사한 일면도 있지만 다른 측면도 여전히 있으리라고 생각된다. 따라서 앞서 살펴본 내용들이 비록 부분적 고찰에 그칠 수도 있겠지만, 제도의 입법연혁, 특수한 적법요건, 특히 보충성과 관련된 오스트리아 연방헌법재판소 판례의 경향을 분석·고찰함으로써 이 제도에 대한 올바른 이해, 나아가 우리 헌법재판의 실무운동이나 입법개선에 다소나마 도움이 될 수 있기를 기대한다.





# 법령에 대한 헌법소원의 직접성 요건

김 현 철  
헌법연구관

## - 목 차 -

I. 서론	169
II. 집행행위의 의미	170
1. 의의	170
2. 직접성을 요구하는 이유와 집행행위	172
3. 형식설과 실질설	175
4. 직접성요건과 보충성요건의 관계	179
가. 독일의 경우	179
나. 우리나라의 경우	180
III. 구체적으로 문제되는 영역	182
1. 위임입법	183
2. 준용규정	186
3. 조직규범	187
4. 재판규범	188
5. 수권의 근거규정	192
6. 법령의 소급적용을 명하는 부칙조항	194

7. 수혜적 법률 .....	196
IV. 직접성 요건의 예외 .....	197
1. 의의 .....	197
2. 예외인정의 유형 .....	198
V. 결 론 .....	205

## 1. 서론

헌법소원의 청구인은 공권력작용으로 인하여 직접적으로 기본권이 침해되어야 한다.<sup>266)</sup> 이 직접성의 요건은 법률에 대한 헌법소원에서는 특히 중요한 의미를 가진다. 즉, 법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있으려면 그 법률 또는 법률조항에 의하여 구체적인 집행행위(Vollzugsakt)를 기다리지 아니하고 직접·현재·자기의 기본권을 침해받아야 하는 것을 요건으로 하고, 여기서 말하는 기본권침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻한다.<sup>267)</sup>

현행 헌법 및 헌법재판소법 하에서 국민이 법률을 다투는 방법으로는 첫째, 처분에 대한 재판절차에서 간접적으로 그 근거법률의 위헌성을 다투는 방법(헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2항)과 둘째, 처분을 기다림이 없이 법률 자체를 심판대상으로 하여 직접적으로 다투는 방법(헌법재판소법 제68조 제1항)이 있다. 이처럼 법률을 다투는 방법이 이원화됨에 따라 법률을 다투고자 하는 국민이 처분을 기다렸다가 그 처분을 다투면서 법률을 다투는 경우와 처분을 기다림이 없이 법률을 직접 대상으로 하여 다투어야 하는 경우를 어떻게 구분할 것인가 하는 문제에 직면하게 되었는데, 이의 판단기준으로 제시된 것이 바로 직접성 개념이다. 따라서 직접성 개념은 헌법이나 헌법재판소법 등에서 명문으로 규정되지 않았으나 법논리적으로 볼 때 필연적으로 제기될 수밖에 없는 개념으로서, 법률에 대한 헌법소원의 한계를 정하는 기능을 갖는다고 할 것이다.<sup>268)</sup>

266) 예컨대, “청구인들에 대한 학교선택권 등의 침해 문제는 이 사건 ‘중학교 배정계획’에 의해서가 아니라 이 사건 배정계획을 포함한 피청구인의 2005학년도 중학교 무시험진학업무 시행세부계획이 예정하고 있는 후속조치인 피청구인의 ‘중학교 배정처분’에 의해 보다 직접적으로 발생한다고 할 것이어서, 이 사건 배정계획만으로는 아직 청구인들의 학교선택권 등에 대한 제한이 현실화된다고 볼 수 없어 기본권 침해의 직접성이 인정되지 않으므로 이 사건 심판청구는 부적법하다.”고 판시한 헌재 2006. 1. 26. 2005헌마98 결정 참조(공보 112, 237, 241).

267) 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823.

한편 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙<sup>269)</sup> 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정하고 있는바, 동 규정은 “구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌 여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다.”는 의미이며, 헌법 제111조 제1항 제1호에서 법률의 위헌 여부 심사권을 헌법재판소에 부여한 이상 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 공권력에 의한 기본권침해를 이유로 하는 헌법소원심판 청구사건에 있어서 법률의 하위규범인 명령·규칙의 위헌여부 심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것으로서 헌법 제107조 제2항의 규정이 이를 배제한 것으로는 볼 수 없다.<sup>270)</sup>

따라서, 본고에서는 법령(법률과 명령·규칙 등 하위법령을 모두 포함한다. 이하 같다)에 대한 헌법소원의 직접성 요건에 있어 핵심내용인 집행행위의 의미(Ⅱ), 직접성 요건이 문제되는 구체적인 영역(Ⅲ), 직접성 요건의 예외사유(Ⅳ)를 살펴보고, 이어서 글을 마무리(Ⅴ)하고자 한다.

## Ⅱ. 집행행위의 의미

### 1. 의의

가. 법령에 대한 헌법소원의 직접성 요건에서 말하는 ‘집행행위’는 “아직 청구인의 권리관계를 변동시킬 수 있는 가능성만을 가진 법률에 근거하여 청구인의 법률관계를 구체적으로 변동시키는 행위”라고 말할 수 있다. 즉, 법규범의 직접성을 부인하게 되는 매개행위로서의 집행행위는 ‘법률효과를

268) 황도수, 「헌법재판실무연구」(지구촌 2003), 64·74면 참조.

269) 대법원판례에 의하면 헌법 제107조 제2항의 “규칙”에는 지방자치단체의 조례와 규칙이 모두 포함된다. 대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 공정거래행위처분취소(전원합의체 판결), 공1995하, 2633.

270) 헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365, 369.

가져오는 법률요건의 하나로서 규정되어 있는 행위' 또는 '법률사실로서의 처분행위'라고 이해할 수 있다. 그러므로 법규범이 법률효과를 발생시키기 위한 요건으로서 별개의 국가권력행사(법규범을 집행한다는 의미에서 집행행위라고 불리운다)를 요건으로 정하고 있는 경우와 그러하지 아니한 경우를 구분하여, 후자의 경우에만 직접성을 인정하게 되는 것이다. 후자의 경우에는 집행행위를 요건으로 하지 아니하므로 집행행위의 유무에 관계없이 일정한 사실관계만 확정되면 법률에 의하여 바로 청구인의 법률관계에 변동을 가져오기 때문이다.<sup>271)</sup>

○ 현재 1996. 4. 25. 95헌마331 : 법규범이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 기본권을 침해한다고 할 때의 집행행위란 공권력행사로서의 집행행위를 의미하는 것이므로 법규범이 정하고 있는 법률효과가 구체적으로 발생함에 있어 법무사의 해고행위와 같이 공권력이 아닌 사인의 행위를 요건으로 하고 있다고 할지라도 법규범의 직접성을 부인할 수 없다.<sup>272)</sup>

○ 현재 2005. 5. 26. 2004헌마671 : 헌법소원심판의 직접성 요건은 다른 권리구제수단에 의해서는 구제되지 않는 기본권 보장을 위한 특별하고도 보충적인 수단이라는 헌법소원의 본질로부터 비롯된 것이라는 점 및 우리 재판소 판례를 통하여 직접성 요건에 관하여 그 예외가 넓게 인정되고 있다는 점을 고려하면, 헌법재판소법 제68조 제1항 본문이 헌법소원심판청구의 적법요건 중 하나로 기본권침해의 직접성을 요구하는 것이 청구인의 헌법소원심판청구를 지나치게 제한하여 재판을 받을 권리의 본질적인 부분을 침해한다고 볼 수는 없다.<sup>273)</sup>

나. 독일 판례에 따르면 집행행위가 반드시 법률상 요구되는 것은 아니지만 사실상의 행정관행 또는 행정관습상 집행행위가 행해질 때는 직접성 요건이 결여된 것으로 본다.<sup>274)</sup> 그리하여 독일 연방헌법재판소는, “법률이 그

271) 황도수, 전제서(2003), 86-87면.

272) 판례집 8-1, 465, 470-471.

273) 판례집 17-1, 785, 790.

실행을 위하여 법률규정상 또는 사실상의 행정관습상 특정한 집행권의 의사에 의한 집행행위를 필요로 함이 없이 청구인의 권리를 침해할 경우, 청구인은 법률에 의하여 직접적으로 침해받고 있는 것이고 이러한 법률에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 판시하고 있다.<sup>275)</sup> 구체적인 사건에서 사실상의 행정관습이 규범력을 가지는 정도에 이르렀는가에 관하여는 헌법재판소의 해석문제로 귀결될 것이다.<sup>276)</sup>

○ 현재 1997. 5. 29. 94헌마33 : 1994년 생활보호사업지침상의 “94년 생계보호기준”은 생활보호법 제5조 제2항의 위임에 따라 보건복지부장관이 보호의 종류별로 정한 보호의 기준으로서, 일단 보호대상자로 지정이 되면 그 구분(거택보호대상자, 시설보호대상자 및 자활보호대상자)에 따른 각 그 보호기준에 따라 일정한 생계보호를 받게 된다는 점에서 직접 대외적 효력을 가지며, 공무원의 생계보호급여 지급이라는 집행행위는 위 생계보호기준에 따른 단순한 사실적 집행행위에 불과하므로, 위 생계보호기준은 그 지급대상자인 청구인들에 대하여 직접적인 효력을 갖는 규정이다.<sup>277)</sup>

## 2. 직접성을 요구하는 이유와 집행행위

가. 법령에 대한 헌법소원에 있어서 ‘기본권침해의 직접성’을 요구하는 이유는, 법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다. 특히, 법령에 근거한 구체적인 집행행위가 재량행위인 경우에는 법령은 집행기관에게 기본권침해의 가능성만을 부여할 뿐 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에

274) 박일환, 법규범에 대한 헌법소원과 제소요건, 「인권과정의」(대한변호사협회 1991. 2), 45-46면.

275) BVerfGE 1, 97 [102].

276) 황도수, 전게서(2003), 90면.

277) 판례집 9-1, 543, 551; 同旨 현재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195, 202.

따르도록 구속하는 것이 아니고, 이때의 기본권침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권침해의 직접성이 인정될 여지가 없다.<sup>278)</sup>

○ 현재 1991. 9. 16. 89헌마151 : 도시계획법 제21조의 규정내용으로 볼 때 건설부장관의 개발제한구역의 지정·고시라는 별도의 집행행위에 의하여 비로소 재산권침해 여부의 문제가 발생할 수 있는 것이지 위 법률조항 자체에 의하여 직접 기본권이 침해된 것으로 볼 수 없고, 마찬가지로 자연공원법 제16조 제1항의 규정형식상 건설부장관 등의 용도지구의 결정·고시라는 별도의 구체적인 집행행위에 의하여 기본권침해 여부의 문제가 발생할 수 있는 것이지 위 법률조항 자체에 의하여 직접 기본권이 침해된 것으로 볼 수 없다.<sup>279)</sup>

○ 현재 1995. 7. 21. 94헌마191 : 공정거래법 제71조는 공정거래법위반이라는 범죄행위에 대하여는 공정거래법의 집행기관인 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다는 규정, 즉 공정거래법위반죄의 소추요건을 규정하고 있는 것에 불과하므로, 그 규정 자체만으로는 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈 등 기본권침해와 관련한 어떠한 내용도 이를 포함하고 있다고 볼 수 없다. 그러므로 공정거래위원회가 구체적인 공정거래법위반행위에 대하여 공정거래법 제71조에 근거하여 형사처벌을 위한 고발권을 현실적으로 행사하거나 행사하지 아니하였을 때 그로 인하여 당해 공정거래법위반행위 관련자들의 기본권이 침해되었다고 볼 수 있을 것인가의 여부는 별론으로 하고, 위 조항 자체를 대상으로 하는 헌법소원심판청구는 직접성이 결여된 부적법한 것이다.<sup>280)</sup>

나. 이와 같이 집행행위가 매개된 경우에 직접성 요건을 부인하는 이유는,

---

278) 현재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503-504 참조.

279) 판례집 3, 501, 503.

280) 판례집 7-2, 195, 201.



집행행위가 매개된 경우에는 집행행위를 소송대상으로 삼아 권리구제절차를 밟을 수 있고, 이 경우 집행행위의 근거가 된 법규범의 효력 여부가 문제되면 선결문제로 삼아 심사할 수 있으므로 법규범 자체를 소송대상으로 삼을 필요가 없기 때문이다. 다시 말하면, 구체적인 집행행위가 존재하는 경우 그 집행행위를 대상으로 한 구제절차에서 문제된 해당 법률의 적용과 관련하여 전제된 사안의 사실적·법률적 관계를 심사하면서 해당 법률의 위헌여부심판의 필요성 등을 법원에서 판단할 필요가 있으므로 집행행위의 근거가 되는 법률을 직접 헌법소원심판의 대상으로 삼아서는 아니 된다는 것이다.<sup>281)</sup>

○ 현재 1998. 2. 27. 96헌마134 : 의료보험법 제49조 제3항, 동법시행령 제86조는 조합정관이 정할 보험료액의 산정기준 내지 방법에 관한 규정에 불과하고, 이 조항들에 의한 기본권침해는 이 조항들에 따라 조합정관에서 보험료액이 정해진 다음 보험자의 보험료부과처분이라는 집행행위를 통하여 비로소 현실화되며, 이러한 집행행위에 대하여는 법적 구제절차를 밟을 수 있는 길이 따로 열려져 있으므로(의료보험법 제60조, 제61조, 제70조에 의하면 보험료등에 관한 처분에 대하여 심사청구-재심사청구를 거친 다음 법원에 소송을 제기할 수 있게 되어 있다), 위 조항들은 기본권침해의 직접성이 없다.<sup>282)</sup>

○ 현재 2006. 4. 27. 2004헌마562 : 구 정당법 제43조 제4항 자체에 의하여 바로 청구외 사회당이 그 정당명칭을 사용하지 못하게 되는 것이 아니라 중앙선거관리위원회의 등록취소규정에 의한 정당등록취소라는 집행행위가 있을 때 비로소 그 금지효과가 발생한다. 그렇다면 위 명칭사용금지규정은 기본권침해의 직접성을 결하는 것이고 따라서 그 위헌확인을 구하는 청구 역시 부적법하다.<sup>283)</sup>

### 3. 형식설과 실질설

281) 현재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 202; 현재 2006. 4. 27. 2004헌마562, 공보 115, 661, 664.

282) 판례집 10-1, 176, 182.

283) 공보 115, 661, 665.

가. 집행행위란 넓은 의미로 법규범을 실현하는 행위를 말하는바, 이는 다시 법규범을 실현하는 집행기관의 '의사표시행위'(조세부과처분 등 행정처분이나 형사재판 등 판결)와 그와 같은 의사표시행위를 '현실적으로 강제하는 행위'(조세의 강제징수행위나 행정집행)로 나눌 수 있다. 여기에서 침해의 직접성 여부를 판단함에 있어 표준이 되는 집행행위는 전자, 즉 의사표시로서의 집행행위를 말한다고 보는 견해를 '형식설' 또는 '집행행위매개설'이라 한다. 이에 반하여, 침해의 직접성 여부는 집행행위의 존재 여부가 아니라 종래의 소송절차를 통하여 효과적인 권리구제를 받을 길이 있느냐 여부에 따라 결정된다는 견해가 있는데 이를 '실질설'이라 한다. 이에 따르면, 의사표시행위로서의 집행행위가 없더라도 물리적인 집행행위는 있을 수 있으므로 그 단계에서 당해 법규범에 대한 심사의 길이 열려 있어 효과적인 대응을 할 수 있다면 그 절차가 비록 우회적인 것이라고 하더라도 직접성을 부인한다.<sup>284)</sup> 우리 헌법재판소는 형식설의 입장을 취하고 있다.

○ 헌재 2002. 2. 28. 99헌마693 : 청구인들이 주장하는 기본권의 침해는 심판대상조항들(사법시험령 제3조 제1항, 제9조 제2항, 제15조 제2항)에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 심판대상조항들에 의거하여 선발예정인원의 결정과 공고, 합격자 결정 등의 구체적 집행행위가 이루어졌을 때에 비로소 현실적으로 나타나는 것이므로 심판대상조항들 자체로는 아직 청구인들의 기본권에 무슨 영향을 미치는 것이 아니다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 기본권침해의 직접성이 없는 법령조항을 직접 심판대상으로 삼은 것으로서 법령에 대한 헌법소원의 요건을 갖추지 못하였으므로 부적법하다.<sup>285)</sup>

나. 앞서서도 본 바와 같이 직접성에서 말하는 집행행위는 법률사실로서의 집행행위 또는 “권리관계를 변동시키는 구성요건적 의사행위”<sup>286)</sup>를 의미하

284) 박일환, 전제논문(1991.2), 45-46면.

285) 공보 66, 232, 234, 판례집 미수록.

기 때문에, 법규범이 이미 변동된 권리의무관계에 근거하여 그 내용을 통지하는 ‘통지행위’나 그 의무의 이행을 촉구하는 내용의 ‘최고행위’를 예정하고 있다 하더라도 이를 이유로 직접성을 부인할 수 없다.<sup>287)</sup> 이와 관련하여 헌법재판소는 지방공무원법 제61조(당연퇴직)를 심판대상으로 한 헌법소원 사건에서, 청구인이 충청북도 지방공무원으로 근무하다가 1989. 8. 29. 선고유예 판결이 확정되자 충청북도지사가 1989. 9. 9.자로 청구인에게 위 규정에 의하여 1989. 8. 29.자로 당연퇴직되었다는 인사발령 통지를 보낸 사실을 인정한 후, 동 인사발령 통지행위와 관계없이 청구인에 대한 기본권침해는 위 조항에 따른 법률효과로서 1989. 8. 29.자 확정판결일에 있었던 것이라고 하였다.<sup>288)</sup>

다. (1) 한편 독일에서는, 법규범이 집행행위의 가능성은 예정하고 있으나 집행행위의 매개가 법률효과의 발생에 필연적인 것, 즉 법률사실로서 규정된 것이 아니라 예외적으로 법률효과를 받는 국민이 집행행위가 있을 것을 요구할 경우에만 집행행위가 있을 수 있도록 규정한 경우는 직접성 여부를 판단하는 기준으로서의 집행행위라고 볼 수 없다고 보아 이러한 경우에는 직접성을 인정한다.<sup>289)</sup> 그리하여, 독일연방헌법재판소는 ‘광고를 목적으로 자동차를 주행하거나 주차시키는 것은 금지된다’고 규정하고 있던 도로교통법시행령 제33조 제1항에 대한 헌법소원 사건에서, 동 시행령 제42조 제2항에서 동 시행령의 모든 규정에 관하여 개별적으로 또는 일반적으로 특정 신청인에 대하여 예외(허가)가 인정될 수 있었음에도 불구하고, “위 제42조 제2항에 따른 예외적인 허가(Ausnahmegenehmigung)를 신청한 후 그 결정을 기다릴 것을 청구인에게 요구할 수는 없다.”고 판시하였다.<sup>290)</sup> 즉, “야기되어진 행정행위”는 법률의 집행에 필요한 행정행위라고 볼 수

286) 박종보, 법령에 대한 헌법소원, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 1994.2, 141면.

287) 황도수, 전게서(2003), 87면.

288) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 2002-204.

289) BVerfGE 31, 314 [323]. 박일환, 전게논문(1991.2), 46면의 註 5.

290) BVerfGE 40, 371.

없다는 것이다.<sup>291)</sup> 우리 헌법재판소에서도 아래와 같은 유사한 취지의 판례가 있다.

○ 현재 2004. 12. 16. 2002헌마478 : 먼저, 접견·서신수발 부분에 대하여 보면, 행정법시행령 제145조 제2항 단서에 의할 때 소장이 교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정하는 때에는 접견·서신수발 또는 도서열람을 허가할 수 있으며, 피청구인이 접견신청에 대한 허부의 의사표시를 함에 있어서 재량권이 있음이 인정되나, 위와 같은 접견·서신수발 금지의 통지를 받은 가족이나 금치처분을 받은 수형자 본인 혹은 제3자가 접견신청을 하는 것은 예외적인 경우이고 그 외에는 금치처분을 받은 수형자에게 접견·서신수발이 금지된다고 보는 것이 일반적이므로, 제도적으로 금치처분을 받은 자에 대해서는 별도의 집행행위 없이 행정법시행령 제145조 제2항에 의하여 접견·서신수발이 금지되는 것으로 보는 것이 타당하다. 따라서 행정법시행령 제145조 제2항 중 접견·서신수발 부분은 기본권침해의 직접성이 인정된다.<sup>292)</sup>

(2) 그런데 우리 헌법재판소는, 초·중·고등학교의 학교환경위생정화구역 안에서 당구장시설을 원칙적으로 금지하되 교육감 등의 재량에 의하여 예외적으로 이를 허용하는 학교보건법 제6조 제1항 제12호에 대한 헌법소원 사건에서, “위 조항은 그 자체로서 직접 청구인들의 기본권을 침해하는 것이 아니라, 동 조항에 근거한 관할 교육감 또는 교육감이 지정하는 자의 금지시설 및 행위의 해제 여부에 관한 재량권의 행사, 즉 해제 또는 해제거부처분이라는 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 청구인들이 주장하는 기본권침해 여부의 문제가 발생할 수 있는 것이어서, 위 조항은 집행행위에 의하지 아니하고 법령 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우라고 할 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 법령에 대한 헌법소원의 직접성 요건을 흠결하였다.”고 판시하였다.<sup>293)</sup>

291) BVerfGE 31, 314. 황도수, 전거서(2003), 89, 117-118면.

292) 판례집 16-2하, 548, 556.

생각건대, 이와 같이 집행행위의 매개가 법률효과의 발생에 필연적인 것, 즉 법률사실로서 규정한 것이 아니라 예외적으로 법률효과를 받는 국민이 집행행위가 있을 것을 요구할 경우에만 집행행위가 있을 수 있도록 규정한 경우는 직접성 여부를 판단하는 기준으로서의 집행행위라고 볼 수 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 이러한 경우에는 직접성을 인정하는 것이 옳다고 본다.<sup>294)</sup>

라. 요컨대, 집행행위의 필요없이 어떤 법령 자체에 의하여 국민에게 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우에는 직접성 요건을 충족하는 것이 된다. 즉, 직접성 여부를 판단은 청구인에게 내려진 규범명령이 입법자의 의지에 의한 것인가, 법집행자의 의지에 의한 것인가가 일응의 기준이 된다고 하겠다.<sup>295)</sup>

○ 현재 1999. 11. 25. 98헌마55 : 금융실명거래및비밀보장에관한법률 부칙 제12조 제1항, 제2항은 이자소득 및 배당소득에 대하여 분리과세를 도입하고 20%의 세율로 원천징수하도록 규정하고 있어, 청구인들이 주장하는 기본권의 침해는 분리과세를 규정한 위 법률조항에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라 위 법률조항에 따른 원천징수행위에 의하여 비로소 현실적으로 나타나는 것이나, 원천징수하는 소득세에 있어서는 과세관청의 부과처분이 없이 법령이 정하는 바에 따라 그 세액이 자동적으로 확정되고, 원천징수 의무자인 금융기관은 이와 같이 자동적으로 확정되는 세액을 수급자로부터 징수하여 과세관청에 납부하여야 할 의무를 부담하고 있으므로, 원천징수행위의 특성상 금융기관이 이자소득세를 원천징수하는 행위나 세무관청이 원천징수된 소득세를 수납하는 행위를 법률에 근거한 집행행위로 볼 수 없다. 따라서 위 법률조항을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다.<sup>296)</sup>

293) 현재 2005. 10. 27. 2004헌마732, 공보 109, 1148, 1151, 판례집 미수록.

294) 위 공보 1151 이하, 재판관 조대현의 반대의견 참조.

295) 박종보, 전계논문(1994.2), 140면.

296) 판례집 11-2, 593, 605.

○ 현재 2004. 1. 29. 2001헌마894 : 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한 법률시행령 제21조 제3항은 “제2항의 규정에 의한 표시의 구체적 방법”을 정보통신부장관에게 위임하고 있고, 한편 청소년유해매체물의 표시방법을 정한 정보통신부고시(2001. 10. 12. 제2001-89호. 청소년유해매체물의 표시 방법)의 내용 중 ‘2.의 나. 전자적 표시방법’ 부분은 별도의 집행행위의 필요없이 구체적인 전자적 표시방법을 정하고 있는데, 위 시행령 조항과 위 고시는 서로 결합하여 직접 국민의 권리와 의무에 대한 사항을 정하고 있는 것이므로 이에 대하여 직접성이 인정된다.<sup>297)</sup>

#### 4. 직접성요건과 보충성요건의 관계

##### 가. 독일의 경우

독일 연방헌법재판소법 제90조 제2항은 보충성의 요건을 규정하면서 권리 구제가 가능한 경우에는 먼저 권리구제절차를 거친 다음에 헌법소원심판을 청구하도록 요구하고 있다. 다만 예외적으로 권리구제절차를 거치지 않고 제기한 헌법소원이라도, i) 그 헌법소원이 일반적인 의미를 갖거나,<sup>298)</sup> ii) 권리구제절차를 거치도록 요구하는 것이 청구인에게 회복하기 어려운 심각한 손해를 생기게 하는 경우<sup>299)</sup>에는 보충성 요건의 예외를 인정한다.

연방헌법재판소는 활동 초기부터 이 “보충성요건 및 그 예외에 관한 규정에서” 판례로 ‘직접성’의 요건을 이끌어냈다. 즉, “법률이 그 실행을 위하여 법률규정상 또는 사실상의 행정관습상 특정한 집행권의 의사에 의한 집행행위를 필요로 함이 없이 청구인의 권리를 침해할 경우, 청구인은 법률에 의하여 직접적으로 침해받고 있는 것이고 이러한 입법에 대하여 바로 헌법소원심판

297) 판례집 16-1, 114, 126.

298) 독일연방헌법재판소는 “헌법소원이 ‘일반적인 의미’를 갖는다는 것은 연방헌법재판소의 결정이 그 구체적인 사건을 초월하여 유사한 다수의 사건에서의 법적인 상황을 분명하게 밝히는 것을 말한다.”고 판시하였다. BVerfGE 19, 268 [273]; 68, 176 [185].

299) 기본권을 침해하는 선거법규정이 대표적인 경우이다. BVerfGE 7, 99 [105]; 14, 121 [130].

을 청구할 수 있다.”고 판시하였다.<sup>300)</sup> 이에 따라 독일의 일부 학자는, ‘직접성’의 문제는 법률이 정하는 보충성의 요건과 그 예외의 경우에 포섭해서 충분히 해결할 수 있으므로 따로 따질 필요가 없다고 주장한다.<sup>301)</sup> 또한 어떤 학자는 법률에 대한 헌법소원에서의 직접성 요건은 법률에 대한 헌법소원에는 적용되지 않는 “독일연방헌법재판소법 제90조 제2항의 헌법소원의 보충성 요건을 대체하는 연방헌법재판소의 발명품”이라고 한다.<sup>302)</sup>

이와 같이 독일의 경우 보충성의 요건은 법률상의 개념이고 직접성의 요건은 판례상의 개념이다. 연방헌법재판소는 보충성요건 및 직접성요건을 통하여 연방헌법재판소에 헌법소원이 지나치게 폭주하는 것을 막으려는 노력을 하고 있다. 연방헌법재판소가 보충성의 요건과 함께 직접성의 요건을 요구하는 것은 집행행위가 예정된 경우에는 되도록 법원의 재판을 통한 권리구제를 받도록 함으로써, 연방헌법재판소가 재판소원을 심판하는 경우에 전문적인 법률에 관한 법원의 해석과 적용을 통해 헌법재판의 질적인 수준 제고를 도모할 수 있는 자료를 확보할 수 있는 고려도 함께 작용하고 있다고 할 것이다.<sup>303)</sup>

#### 나. 우리 나라의 경우

우리 나라 헌법재판소법 제68조 제1항은 그 단서에서 “다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 (헌법소원심판을) 청구할 수 없다.”고 하여 헌법소원에 있어서 보충성의 원칙을 규정하고 있으나 보충성의 예외에 대하여는 규정하지 아니하였는바, 헌법재판소는 판례로 이를 형성하여 왔다.

300) BVerfGE 1, 97 [102]. 황도수, 전계서(2003), 63면.

301) H. Klein, in FS Zeidler, II (1987), 1325ff [1340]. 허영, 「헌법소송법론」(박영사 2006), 378면.

302) K. Schlaich, Das Verfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidung -, Munchen, 1991, 단락번호 230. 박종보, 전계논문(1994.2), 138면.

303) 허영, 전계서(2006), 376-378면.

즉 헌법재판소는, 법령자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제될 때에는 그 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기하는 길이 없어<sup>304)</sup> 구제절차가 있는 경우가 아니므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있다고 하였다.<sup>305)</sup>

또한 사전에 구제절차를 거칠 것을 기대하거나 법률상 구제절차가 없는 경우, 즉 헌법소원심판청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유 있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우, 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 보충성의 예외로 바로 헌법소원을 제기할 수 있으며,<sup>306)</sup> 입법부작위에 대한 행정소송의 적법 여부에 관하여 대법원은, '행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리의무에 관한 분쟁이어야 하고, 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 행정소송의 대상이 될 수 없다'고 하고 있으므로,<sup>307)</sup> (행정)입법부작위에 대한 헌법소원심판청구는 보충성의 예외에 해당한다고 판시하였다.<sup>308)</sup>

법령에 대한 헌법소원의 경우 법령 자체에 대한 헌법소원이든, 입법부작위에 대한 헌법소원이든 보충성의 예외 또는 비적용에 해당한다. 그러나 보충성의 예외가 곧 직접성의 인정을 의미하는 것은 아니다. 보충성의 원칙이 적용되지 않는다고 하여 법령에 대한 헌법소원이 아무런 조건없이 허용되는 것은 아니고 '기본권침해의 직접성' 요건이 갖추어져야 하기 때문이다.

304) 대법원 1994. 4. 26.자 93부32 결정, 공1994, 1705 참조.

305) 헌재 1996. 10. 4. 94헌마68등, 공보 18, 590, 판례집 미수록; 同旨, 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 552; 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2 하, 195, 202.

306) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마80, 판례집 7-2, 851, 865.

307) 대법원 1992. 5. 8. 선고 91누11261 판결, 공1992, 1874.

308) 헌재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 300-301; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마707, 판례집 14-2, 65, 72.



요컨대, 법령에 대한 헌법소원에서는 법령의 위헌 여부에 대하여 다를 수 있는 다른 구체절차가 없으므로 사전구제절차를 거쳐야 한다는 의미의 보충성은 요구되지 않는다. 그러나 법령을 집행하는 집행행위가 존재하는 경우에는 바로 법령에 대하여 헌법소원을 청구할 수 없고, 원칙적으로 그 집행행위에 대하여 다투어야 한다는 의미에서 직접성은 국가의 전체 재판구조에서 헌법소원이 가지는 '보충적 기능'이 구현된 것으로 볼 수 있으며,<sup>309)</sup> 그 법적 근거는 헌법재판소법 제68조 제1항 본문<sup>310)</sup>이라고 할 것이다.

### Ⅲ. 구체적으로 문제되는 영역

앞에서 본 바와 같이 법령에 대한 헌법소원에 있어서 직접성 여부의 판단은 청구인에게 내려진 규범명령이 입법자의 의지에 의한 것인가 아니면 법집행자의 의지에 의한 것인가 하는 점이 기준이 되는데, 이와 같은 규범명령의 전환(Umsetzung der Normbefehl)은 법률 스스로에 의하든,<sup>311)</sup> 행정입법에 의하든,<sup>312)</sup> 자치법규에 의하든,<sup>313)</sup> 또는 특히 행정부의 집행행위에 의하든<sup>314)</sup> 상관없이 원칙적으로 당해 법률에 대한 헌법소원은 허용되지 않는다.<sup>315)</sup> 이하에서는 우리 헌법재판소에서 문제가 되었던 유형을 살펴보기로 한다.

#### 1. 위임입법

가. 위임입법이란 법률 또는 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임

309) 정종섭, 「헌법소송법」(박영사 2004), 629면.

310) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671, 판례집 17-1, 785, 790 참조.

311) BVerfGE 30, 1 [17].

312) BVerfGE 56, 366 [389].

313) BVerfGE 61, 260 [274].

314) BVerfGE 58, 81 [104ff.] ; 65, 1 [36].

315) R. Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2. Aufl., Beck, 1988, 단락번호 576. 박종보, 전계논문(1994.2), 140면.

받은 사항에 관하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적·추상적 규범을 정립하는 것을 의미하는바, 형식적 의미의 법률(국회입법)에는 속하지 않지만 실질적으로는 행정에 의한 입법으로서 법률과 같은 성질을 갖는 법규의 정립이기 때문에 권력분립주의 내지 법치주의 원리에 비추어 그 요건이 엄격할 수밖에 없으므로, 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정에는 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요한다(헌법 제75조).<sup>316)</sup>

그런데, 직접성 요건에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률의 직접성은 부인된다.<sup>317)318)</sup>

○ 현재 2003. 5. 15. 2001헌바90<sup>319)</sup> : 집단에너지사업법 제32조 제2항은 국가·지방자치단체 및 대통령령이 정하는 자가 지역난방공사에 출자할 수 있도록 규정하여 지역난방공사의 출자자를 “대통령령”(시행령)에서 정하도록 위임하고 있으므로 위 법률조항 자체로는 직접 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다. 따라서 이 부분 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 결여하여 부적법하다.<sup>320)</sup>

○ 현재 2002. 12. 18. 2001헌마111 : 행형법 제44조 제5항은 ‘분류·처우 및 귀휴에 관하여 필요한 사항은 법무부장관이 정한다’고 규정하고 있어 이의 위임에 따라 제정된 “법무부령”(시행규칙)인 수형자분류처우규칙의 근거가 되는 법률조항에 해당할 뿐, 그 자체에 의하여 청구인의 기본권에 영향을 미치는 것이 아니고, 동 조항 및 수형자분류처우규칙을 근거로 한

316) 현재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 379. 다만, 법률이 정관에 자치법적 사항을 위임한 경우에는 헌법 제75조, 제95조가 정하는 포괄적인 위임입법의 금지는 원칙적으로 적용되지 않는다. 현재 2006. 3. 30. 2005헌바31, 공보 114, 528, 531.

317) 현재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154; 현재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872, 878; 현재 2003. 9. 25. 2001헌마93등, 판례집 15-2상, 319, 351; 현재 2004. 9. 23. 2003헌마231등, 판례집 16-2상, 586, 597.

318) 이는 독일에서도 마찬가지이다. BVerfGE 30, 17; 32, 62; 40, 193; 41, 88; 43, 386; 45, 413, 47, 365; 55, 52. 황도수, 전게서(2003), 97면.

319) 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원과 동법 제1항 헌법소원을 동시에 청구한 사례이다.

320) 판례집 15-1, 520, 527.

구체적인 집행행위가 있는 경우에 비로소 청구인의 기본권에 영향을 미치게 되므로 위 행정법 제44조 제5항에 대한 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건이 결여되어 부적법하다.<sup>321)</sup>

○ 현재 2004. 9. 23. 2003헌마231등 : 산업재해보상보험법 제38조 제6항 본문은 그 규정의 구체화를 위하여 노동부장관의 “고시”라고 하는 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에 해당된다고 할 것인바, 이 점에서도 동 조항의 직접성은 인정되지 않는다.<sup>322)</sup>

○ 현재 2001. 1. 18. 2000헌마66 : 이 사건 주차장법시행령 조항은 부설주차장의 설치기준을 구체적으로 정한 다음, 그 기준의 2분의 1의 범위 안에서 조례로 이를 강화하거나 완화할 수 있도록 규정함으로써 반드시 이에 관한 조례의 제정·시행을 예정하고 있지는 아니하나, 일정한 범위 안에서 조례가 설치기준을 달리 규정할 수 있도록 하고 있다. 따라서 위 시행령조항에 따른 조례의 제정이 없는 경우에는 위 시행령조항이 정한 설치기준이 그대로 적용될 것이므로, 위 시행령조항(설치기준을 정한 부분)의 직접성은 인정된다. 그러나 이 사건의 경우 위 시행령조항에 따라 서울특별시주차장설치및관리조례가 제정되어 있으므로, 청구인에게 부설주차장의 설치기준으로서 직접적으로 적용되는 것은 위 “조례”가 정한 설치기준이고, 위 조례가 설치기준을 어떻게 정하느냐에 따라 청구인이 이 사건 건물을 근린생활시설에서 업무시설로 용도변경하고자 할 때 추가적인 주차장 설치의 필요성 여부 및 그 증설대수가 판가름나게 된다. 따라서 위 시행령조항은 그 자체로 직접 청구인의 기본권을 침해하고 있지 않으므로 직접성의 요건이 흠결되어 부적법하다.<sup>323)</sup>

나. 그러나 법률이 하위규범에 위임하고 있는 규정을 직접 대상으로 한 헌법소원에서도 직접성을 인정하는 경우가 있다.

---

321) 판례집 14-2, 872, 878-879.

322) 판례집 16-2상, 586, 597.

323) 판례집 13-1, 151, 160-161.

헌법재판소는 2001. 4. 26. 선고한 2000헌마122 결정에서 하위규범에 위임하는 경우에도 직접성이 있는 이유를 실시하였다. 즉, “이 사건 조항(농업기반공사및농지관리기금법 부칙 제6조 단서)은 종래의 조합장에 대한 예우사항을 공사의 정관에 위임하고 있는바, 이 사건 조항은 아래의 점에서 직접성을 인정할 수 있다. 첫째, 청구인들은 이 사건에서 단순히 청구인들이 합당한 예우를 받지 못했다는 것만 다투는 것이 아니라, 이 사건 조항의 규정형식 자체를 문제삼고 있다. 즉, 직업선택의 자유 등 기본권의 제한에 관한 규정은 일반적인 위임입법보다도 더 엄격한 형식에 의하여야 할 것임에도 불구하고, 행정규칙도 아닌 농림부 산하기관에 불과한 농업기반공사의 정관에 위임한 것은 위헌이라는 것이다. 이러한 주장은 이 사건 조항을 직접 다툰 때만 성립될 수 있는 것이다. 둘째, 정관에 기본권 관련 사항을 위임할 수 있는지는, 일반적 위임입법 문제와는 달리 특수한 헌법적 성격을 가진다. 만일 국회가 법률로써만, 혹은 구체적인 위임입법(법규명령) 형식으로만 정하여야 할 경우에도 정관에 위임시킨다면 이는 국회가 자신의 의무를 회피하는 것이 되는 중대한 헌법문제로서, 이 사건 조항을 직접 다툰 때에만 그 해명이 이루어질 수 있는 것이다.” 라고 판시하였다.<sup>324)</sup> 그 밖에 다음과 같이 직접성을 인정한 사례가 있다.

○ 헌재 2004. 1. 29. 2001헌마894 : 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 제42조는 “청소년유해매체물을 제공하고자 하는 자는 대통령이 정하는 표시방법에 따라 당해 정보가 청소년유해매체물임을 표시하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 청소년유해매체물의 표시방법을 하위규범인 대통령령에 위임하고 있어 직접성 요건이 흠결된 것이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 그러나 이 조항은 청소년유해매체물의 표시의무를 부과하면서 다만 그 구체적인 방법을 대통령령에게 위임하고 있는 것이므로, ‘표시 의무의 부과’라는 금지의무의 설정이 동 법률조항에서 직접 이루어지고 있다는 관점에서 볼 때, 동 조항은 직접 기본권(표현의 자유)을 제한하고 있는 것이므로 직접성이 인정된다.<sup>325)</sup>

324) 판례집 13-1, 962, 969-970.

○ 현재 2004. 12. 16. 2003헌마226등 : 화물자동차운수사업법 제2조 제3호 후문은 화물의 중량·용적 등을 시행령에 위임하는 형식을 취하고 있지만, 그 내용은 “여객자동차운수사업용 자동차에 적재하기 부적합한 것”에 한정하고 있으므로, 그 범위 내에서 바로 화물자동차운수사업자의 직업수행의 범위를 제한하고 있다. 이는 국회에서 동 조항의 입법시, 벤형화물자동차에서 화주가 동승할 경우 화물의 중량이 40kg 이상이거나, 용적이 80,000cm<sup>3</sup> 이상으로 건설교통부령에서 규정하는 것을 조건으로 하여 동 조항의 입법안이 논의된 것에서도 알 수 있다. 화물제한조항(화물자동차운수사업법시행규칙 제3조의2 제1항·제2항)은 위와 같은 입법안을 그대로 반영하여 제정된 것이다. 따라서 위 법 제2조 제3호 후문은 이 사건에서 화물제한조항과 결합되어 헌법소원의 대상이 되는 것이며, 동 조항과 화물제한조항 및 정원제한조항(화물자동차운수사업법시행규칙 제3조 후단 제2호)은 달리 집행행위를 매개로 하고 있지 않으므로 청구인들은 직접 이 조항들을 헌법소원으로 다룰 수 있다. 따라서 이 사건은 법령에 대한 헌법소원심판에서 요구되는 직접성 요건이 충족되고 있다.<sup>326)</sup>

## 2. 준용규정

준용규정에 대한 헌법소원은 원칙적으로 동 규정에 의하여 준용되는 법률 규정의 직접성 요건 충족 여부에 따라 직접성 인정 여부가 결정된다.

○ 현재 2002. 9. 19. 2001헌마706등 : 사회보호법 제42조는 보호처분에 관하여 다른 법률을 준용하는 것에 관한 규정으로서 위 조항에 의거하여 준용되는 형사소송법, 행형법 또는 보호관찰등에관한법률이 직접, 또는 구체적인 집행행위를 통하여 적용됨으로써 비로소 청구인들의 기본권침해 여부가 문제될 수 있는 것이므로, 위 조항 자체에 의하여 청구인들의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생겼다고는 볼 수 없다. 따라

---

325) 판례집 16-1, 114, 126.

326) 판례집 16-2하, 580, 588.

서 이 부분 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 결여하여 부적법하다.<sup>327)</sup>

○ 현재 2006. 1. 26. 2003헌마53 : 이 사건 법률조항(사회보호법 제42조 중 보호처분에 관하여 행형법을 준용하는 부분)은 보호처분에 관하여 다른 법률을 준용하는 것에 관한 규정으로서 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 준용한다는 의미에 불과하다. 따라서 행형법의 구체적 개별적인 조항 또는 그 조항에 근거한 구체적 집행행위를 통하여 준용됨으로써 비로소 청구인의 기본권침해 여부가 문제될 수 있는 것이므로, 위 조항 자체에 의하여 청구인의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생겼다고는 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 기본권침해의 직접성 요건을 결여하여 부적법하다.<sup>328)</sup>

### 3. 조직규범

어떤 국가기관이나 기구의 기본조직 및 직무범위 등을 규정한 조직규범은 원칙으로 그 조직의 구성원이나 구성원이 되려는 자 등 외에 일반국민을 수범자로 하지 아니한다. 그러므로 일반국민은 그러한 조직규범의 공포로써 자기의 헌법상 보장된 기본권이 직접적으로 침해되었다고 할 수 없다.

○ 현재 1994. 6. 30. 91헌마162 : ‘경찰법’은 경찰의 기본조직 및 직무범위 등을 규정한 전형적인 조직법으로서 원칙으로 그 조직의 구성원이나 구성원이 되려는 자 등 외에 일반국민을 수범자로 하지 아니한다. 그러므로 일반국민인 청구인들은 위 경찰법의 공포로써 자기의 헌법에 보장된 기본권이 현재 직접적으로 침해되었다고 할 수 없다.<sup>329)</sup>

○ 현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 : 신문발전위원회나 신문발전기금에 관한 조항의 수범자는 청구인들과 같은 신문사업자가 아닐 뿐만 아니라, 이

---

327) 공보·판례집 미수록.

328) 공보 112, 234, 236.

329) 판례집 6-1, 672, 676.

들 조항에 의하여 설치된 신문발전위원회가 그 법률에서 부여한 권한을 현실적으로 행사하였을 때 비로소 신문사업자인 청구인들에 대한 기본권침해의 가능성이 생긴다. 따라서 이들 조항은 기본권침해의 가능성 내지 직접성이 인정되지 않는다.<sup>330)</sup>

#### 4. 재판규범

가. 집행행위에는 입법행위와 행정행위가 포함됨은 물론 사법작용인 재판도 포함될 수 있다. 원래 재판은 이미 존재하는 권리의무에 관하여 다툼이 발생한 경우 그 분쟁을 종결시키기 위하여 권리의 존재 여부를 확인하거나 이미 존재하는 권리의무의 이행을 명하는 법원의 의사표시이다. 재판이 이러한 원래의 의미만을 가지는 경우라면 직접성이 말하는 집행행위에 해당되지 아니하므로 그로 인하여 당해 법규범의 직접성을 부인할 수 없다. 원래의 재판에서는 이미 권리의무가 변동되었음을 전제로 하고 있기 때문이다. 그러나 법규범이 재판을 하나의 법률사실로서 규정하고 있는 경우에는, 재판은 이미 존재하는 권리의무를 확인하는 기능이 아니라 법규범을 구체화하는 처분으로서의 역할을 하게 되므로 재판이 있을 때에 비로소 추상적인 법규범이 구체성을 얻게 되고 국민의 권리의무가 변동하게 된다. 따라서 이러한 재판이 예정되어 있는 법규범에 대하여는 직접성이 인정되지 않는다.<sup>331)</sup>

○ 현재 1997. 6. 26. 96헌마148 : 이 사건 법률조항(부정수표단속법 제1조, 제2조 제2항, 제3조)은 그 자체로서 국민의 기본권에 직접 관련지어지는 법규범이 아니고, 구체적인 소송사건에서 법원에 의하여 해석·적용되는 규범으로서 법원의 재판이라는 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되는 법규범이다. 그러므로 청구인으로서의 공소제기되어 재판 계류중인 법원에 이 사건 법률조항에 대한 위헌여

330) 공보 117, 950, 963.

331) 황도수, 전제서(2003), 98-99면.

부심판의 제청신청을 한 후 그 신청이 기각된 때에 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구함은 별론으로 하고, 이와 같은 절차를 거치지 않고 직접 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 제기한 이 사건 심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못하였다.<sup>332)</sup>

○ 현재 1997. 9. 25. 96헌마41 : 구 민사소송법 제231조 제1항·제2항은 그 자체로서 국민의 기본권에 직접 관련지어지는 법규범이 아니고 구체적인 소송사건에서 법원에 의한 해석 적용이 되는 이른바 ‘재판규범’으로서 법원의 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되는 법규범이다. 그렇다면 재판장의 인지보정명령이나 소장각하명령 등의 구체적인 집행행위, 즉 법원에 의한 해석·적용을 기다리지 아니하고 바로 위 법률조항 자체로 인하여 청구인의 기본권이 직접 침해된 것이라고는 볼 수 없다.<sup>333)</sup>

나. 그러나 다른 한편에서는 현재 1996. 2. 29. 94헌마213 결정이나 현재 1998. 4. 30. 97헌마141 결정과 같이, 형법상의 법률조항은 엄밀한 의미에서 법률 그 자체에 의하여 국민의 신체의 자유를 제한하는 것이 아니라 넓은 의미의 재량행위(법관의 양형)의 하나인 형법조항의 적용행위라는 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 국민의 기본권이 제한되는 것이지만, 국민에게 그 합헌성이 의심되는 형법조항에 대하여 위반행위를 우선 범하고 그 적용·집행행위인 법원의 판결을 기다려 헌법소원심판을 청구할 것을 요구할 수는 없으므로 이러한 경우 집행행위가 재량행위임에도 불구하고 법령에 대한 헌법소원심판청구의 적법성을 인정할 수 있다고 한 판례도 있다.<sup>334)</sup> 직접성의 요건을 요구하는 것이 먼저 불법을 행할 것을 요구하는 것이어서는 아니되기 때문이다.<sup>335)</sup> [그러나 이들 선례는 법률규정이 그 규

332) 판례집 9-1, 690, 697.

333) 판례집 9-2, 389, 393.

334) 현재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154; 현재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504 참조.

335) 정종섭, 전거서(2004), 631면.



정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있거나(위 94헌마213),<sup>336)</sup> 문제된 시행령 조항들이 부여한 재량권을 구체적으로 행사한 별도의 집행행위인 국세청장의 고시에 의하여 기본권침해가 현실적으로 발생한다는 이유로(위 97헌마141),<sup>337)</sup> 모두 직접성 결여로 각하된 경우이다.]

예컨대, 국민에게 일정한 행위의무 또는 행위금지의무를 부과하는 법규정을 정한 후 이를 위반할 경우 제재수단으로서 형벌 또는 행정벌 등을 부과할 것을 같은 조문에서 정한 경우에, 그 형벌이나 행정벌의 부과를 위 직접성에서 말하는 집행행위라고는 할 수 없다.<sup>338)</sup> 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 행위금지의무를 직접 부담하는 것이기 때문이다. 다시 말하면 설령 형벌의 부과를 구체적인 집행행위라고 보더라도, 이러한 법규범을 다투기 위하여 국민이 이 법규범을 실제로 위반하여 재판을 통한 형벌이나 벌금부과를 받게 되는 위험을 감수할 것을 국민에게 요구할 수 없기 때문이다.

○ 현재 1998. 3. 26. 97헌마194 : 밀수품의 감정행위를 형사처벌하도록 규정

336) “다만 직권으로 살피건대, 위에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률 규정의 직접성은 부인되는바, 이 사건 심판대상 규정 중 풍속영업법 제2조 제6호는 ‘기타 선명한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 영업’의 구체적 내용을 대통령령으로 정하도록 규정하고 있어 그 자체로 직접 노래연습장업자의 기본권을 침해하고 있지 않으므로 직접성의 요건이 흠결되어 부적법하다.” (동 판례집 154-155)

337) “특별소비세법시행령 제37조 제3항 단서는 ‘다만, 국세청장이 지정한 업체가 제조한 병마개를 사용하는 경우에는 증지를 붙인 것으로 보며’ 라고 규정하고 있고, 주세법시행령 제62조 제4항은 ‘제1항의 납세병마개는 국세청장이 지정하는 자가 제조한 것을 사용해야 한다’고 규정하고 있다. 그런데 청구인이 주장하는 기본권의 침해는 국세청장에게 지정권한을 부여하는 이 사건 조항들(위 두 시행령조항)에 의하여 발생하는 것이 아니라, 이 사건 조항들이 부여한 재량권을 구체적으로 행사한 별도의 집행행위인 국세청장의 납세병마개 제조자 지정·고시에 의하여 비로소 현실적으로 발생한다고 보아야 한다. 이 사건 조항들은 집행관청인 국세청장의 의사에 따라 청구인의 기본권이 경우에 따라서는 침해될 수 있는 가능성만을 규정하고 있을 뿐, 이 사건 조항들 자체가 청구인의 기본권에 대한 침해행위를 직접 규정하고 있지는 않기 때문이다.” (동 판례집 504-505)

338) 독일에서도 형벌법규에 대하여 사전에 위반행위를 하도록 요구하거나 질서위반을 범하도록 요구하는 것은 일반적으로 기대가능성이 없는 것으로 인정된다. BVerfGE 46, 246 [256]; 77, 84 [100]. 박종보, 전계논문(1994.2), 153면.

한 관세법 제186조 제1항 중 ‘감정’ 부분은 청구인이 이를 위반하여 처벌받는 구체적인 집행행위가 없다고 하더라도 기본권침해의 직접성은 인정된다.<sup>339)</sup>

○ 현재 1998. 10. 29. 97헌마345 : 법률이 직접 국민에게 행위의무 또는 금지의무를 부과한 후 그 위반행위에 대한 제재로서 형벌, 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 금지의무를 직접 부담하게 되는 것이다. 따라서 청구인이 제재를 받은 일이 없다고 할지라도 직접성을 결여하였다고 할 수는 없다. 그렇다면 이 사건의 경우에도 이 사건 법률조항들(자동차운수사업법 제24조 제3항, 제33조의5 제2항)의 시행 자체로 인하여 청구인들이 아직 제재를 받은 일이 없다고 하더라도 직접 행위의무를 부담하게 되므로, 이 사건 법률조항들에 의한 기본권침해의 직접성이 인정된다.<sup>340)</sup>

다. 그러나 벌칙·과태료 조항의 전제가 되는 구성요건조항이 별도로 규정되어 있는 경우에, 벌칙·과태료 조항에 대하여는 직접성이 인정된다고 할 수 없다. 벌칙·과태료 조항은 그 법률효과인 형벌·과태료 등의 의무를 국민에게 부담시키기 위하여는 법원의 형벌·과태료 부과라는 집행행위를 예정하고 있는 규범으로 이해해야 되기 때문이다. 형벌·과태료 조항의 위헌성에 대하여는 형사재판을 통하여 다투어도 늦지 않을 것이다.<sup>341)</sup>

○ 현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 : 신문등의자유와기능보장에관한법률 제39조 제1호, 제40조 제3호, 제42조, 제43조 제1항 제4호는 그 전제인 행위금지조항(제3조 제2항, 제15조 제2항·제3항), 또는 행위의무조항(제16조 제1항·제2항)이 따로 있고, 이를 위반하는 경우에 대한 벌칙 또는 과태료를 부과하는 규정인바, 청구인들은 이들 조항의 법정형의 고유한 위헌성을 다투는 것이 아니라 전제되는 조항들이 위헌이어서 그 제재조항도 당연히

---

339) 판례집 10-1, 302, 312.

340) 판례집 10-2, 621, 628.

341) 황도수, 전게서(2003), 93면.

위헌이라고 주장하는 것이므로, 이들 조항은 직접성이 인정되지 않는다. 언론중재및피해구제등에관한법률 제34조 제1항 제1호도 신문사에게 고충처리인을 의무적으로 설치하도록 규정하고 있는 동법 제6조에 위반하는 자에 대한 과태료 부과규정인바, 마찬가지로 이유로 직접성이 인정되지 않는다.<sup>342)</sup>

## 5. 수권의 근거규정

가. 법규범이 규범수규자의 법적 지위를 약화시키는 또는 사실상 그의 기본권을 침해하는 공권력작용을 작동시키기 위한 수권에 불과한 경우에는 그 법규범의 직접성은 인정되지 않는다.<sup>343)</sup>

○ 현재 1996. 2. 29. 94헌마13 : 풍속영업의규제에관한법률시행규칙 제8조 제1항은 노래연습장에 대한 행정처분의 기준을 정한 것으로서 청구인의 위반행위가 있을 경우에 이에 대한 행정기관의 행정처분에 의하여 비로소 기본권침해 여부의 문제가 발생할 수 있는 것이므로, 행정처분을 받은 사실조차 없는 청구인이 제기한 위 시행규칙 조항부분에 대한 심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못한 것으로 부적법하다.<sup>344)</sup>

○ 현재 2001. 12. 20. 2001헌마339 : 이 사건 규정(교원자격검정령 제4조 제4항 제1호)은 부전공과목 인정의 근거규정일 뿐 보직부여나 임용 자체를 좌우하는 것은 아니다. 이 사건 규정으로 인해 청구인들의 전공과목(컴퓨터교육)에 대한 자격을 인정받는 교사가 증가하면 잠재적으로는 청구인들의 기회가 줄어들었다고 할 수 있겠지만 이는 별개의 것인 교원수급정책 결정의 방향과 그에 따른 보직부여 등의 후속 절차에 의해 현실화될 수도 있고 또 현실화되지 않을 수도 있는 잠재적 가능성에 불과하다. 청구인들과 같은 신규임용지원자가 신규임용기회의 감소를 예상하는 것은 엄밀히 말하자면 이 사건 규정 때문이기보다는 '현직교사를 신설과목 등 전공교사가

---

342) 공보 117, 950, 965.

343) 박종보, 전제논문(1994.2), 143면.

344) 판례집 8-1, 126, 134.

부족한 과목의 교사로 배치하기로 한 교육당국의 정책결정과 보직부여' 등을 통한 그 집행 때문이라 할 수 있는데, 이 사건 규정에 의한 교사에 대한 부전공인정은 이를 실현하기 위한 하나의 단계가 될 수는 있으나 이 사건 규정 자체만으로는 아직 청구인들에 대해 불리한 영향을 초래하는 바 없다. 즉, 이 사건 규정으로 인해 청구인들의 직업선택의 자유가 직접 제한되지는 않는다.<sup>345)</sup>

나. 그러나 헌법재판소는 피고인이나 변호인의 공판정에서의 녹취허가신청에 대한 법원의 녹취허부결정의 근거규정인 형사소송규칙 제40조에 대한 1995. 12. 28. 선고 91헌마114 결정에서, “법원의 녹취불허결정은 판결전의 소송절차에 관한 법원의 결정으로서 즉시항고를 인정하는 명문의 규정이 없고, 항소나 상고는 판결 자체에 대한 불복방법일 뿐 판결 전 소송절차상의 결정에 대한 직접적인 불복방법이 아니어서 결국 법원의 녹취불허결정에 대하여는 직접적인 구제절차가 없다 할 것이므로, 그 녹취허부결정의 근거규정인 형사소송규칙 제40조에 대하여 직접 헌법에 위반되는지 여부의 심판을 청구할 수 있다.”고 판시한 바 있다.<sup>346)</sup>

그러므로 위 헌재 2001. 12. 10. 선고 2001헌마339 결정의 경우, 심판대상규정은 ‘현직교사를 신설과목 등 전공교사가 부족한 과목의 교사로 배치하기 위하여’ 둔 규정으로서 그 규율의 효과가 청구인들과 같은 신규임용지원자에게는 교육공무원 임용기회의 감소라는 영향을 미치지 않을 수 없고, 뿐만 아니라 위 헌재 1996. 2. 29. 선고 94헌마13 사건과는 달리 나중에 교육당국이 이 규정에 따라 현직교사에게 보직을 부여하더라도 이를 다룰 법적 수단이 없는 것이기 때문에<sup>347)</sup> 이 규정에 대하여는 자기관련성<sup>348)</sup> 및

345) 판례집 13-2, 920, 926.

346) 판례집 7-2, 876, 883.

347) 또한, “공직선거및선거부정방지법 제179조(무효투표) 제1항(부재자투표가 아닌 일반투표의 경우) 및 제2항(부재자투표의 경우)에서는 ‘무효인 투표’를, 이 사건 법률조항이 포함된 제3항에서는 ‘무효로 하지 아니하는 투표’의 기준을 나열하고 있다. 국회의원선거 낙선자인 청구인들은 각 선거구의 투표함을 개함하는 개표사무원(동법 제174조)의 개표와 선거관리위원회위원(동법 제172조, 제180조)의 결정에 따라

직접성을 인정하는 것이 옳았다고 본다.

### 6. 법령의 소급적용을 명하는 부칙조항

부칙조항이 그 자체로는 기본권제한에 관한 실체적 내용을 담고 있지 아니하고 개정 또는 신설된 법률조항에 대하여 그 적용영역의 시간적 범위만을 내용으로 하고 있는 경우, 예컨대 법 시행 전에 발생한 사안에 대하여 신법을 적용하기로 함으로써 법률의 소급적용이 문제되는 경우, 또는 반대로 신법을 시행하면서 일정 사안에 대하여 일정 시점까지는 구법 규정을 적용하기로 함으로써 평등원칙 위반의 문제가 발생하는 경우에는 기본적으로 그 부칙조항 자체는 실체적 조항 적용의 통로에 불과하므로 실체적 조항과 결합해야 기본권침해의 직접성 인정 여부를 논할 수 있다고 할 것이다.

이 때, 실체적 조항이 부칙조항과 결합하여 적용되는 경우에도 실체적 조항 자체에 의하여 직접 기본권침해가 이루어지지 아니하고 별도의 집행행위에 의하여 기본권침해가 비로소 현실적으로 나타나게 된다면 실체적 조항뿐만 아니라 그와 결합된 부칙조항에 대하여도 기본권침해의 직접성을 인정할 여지가 없게 된다. 반면에, 이와 달리 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있는 실체적 조항이 부칙조항과 결합하는 경우, 부칙조항으로 말미암아 실체적 조항에 의한 기본권침해의 시간적 적용범위가 직접 확대되는 효과를 초래하므로 당해 부칙조항에 대하여도 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.

투표용지에 한 기표의 유효 여부가 가려지게 되고 그 개표결과에 따라 당락이 결정되는 것이다. 다시 말해서 개표사무원이나 선거관리위원회위원의 집행행위가 있을 때 비로소 기본권의 침해라는 문제가 생기고, 이 기본권 침해행위에 대하여는 동법 제180조 소정의 개표소에서 투표의 효력에 관한 이의를 하는 이외에 선거 및 당선소송(동법 제222조, 제223조) 등의 쟁송을 할 수 있는 길이 열려 있는 것이다. 따라서 이들 조항에 대한 헌법소원은 직접성 요건을 결여한 것이다.” 라고 판시한 헌재 2000. 6. 29. 2000헌마325, 판례집 12-1, 963, 969-970 참조.

348) 헌법재판소는, “법률에 의한 기본권침해의 경우에 어떠한 경우에 제3자(청구인)의 자기관련성을 인정할 수 있는가의 문제는 무엇보다도 입법의 목적 및 실질적인 규율대상, 법규정에서의 제한이나 금지가 제3자에게 미치는 효과나 진지성의 정도 및 규범의 직접적인 수규자에 의한 헌법소원 제기의 기대가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”는 입장이다. 헌재 1997. 9. 25. 96헌마133, 판례집 9-2, 410, 416; 헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 934.

○ 현재 1998. 11. 26. 96헌마55 : 이 사건 조례(부산광역시세조례 및 목포시세조례) 부칙 제2조는 1995년도 사업소득에 대한 주민세에 관하여 개정된 인상세율을 1996. 1. 1. 이후에 ‘부과징수(신고납부하는 경우를 포함한다)되는’ 소득세·법인세 및 농지세에 대한 주민세부터 적용토록 하고 있다. 먼저, 주민세를 부과징수하는 경우 위 부칙조항으로 인하여 청구인들의 기본권이 직접 침해되는 것이 아니라, 위 부칙조항을 적용하여 이루어지는 별도의 집행행위인 과세처분에 의하여 비로소 기본권침해가 현실적으로 나타나게 됨은 분명하다. 다음으로, 주민세를 신고납부하는 경우 소득세할의 납세의무자는 지방세법 제177조의2 제2항에 따라 납부하여야 할 세액을 산출하여 이를 소득세의 납세지를 관할하는 시장·군수에게 신고납부하여야 하므로 위 부칙조항으로 인하여 직접 기본권이 침해되는 것이 아니냐는 의문이 제기될 수도 있다. 그러나 지방세법 제177조의2 제3항은 신고납부를 하지 아니하거나 신고납부세액이 세법에 의하여 신고납부하여야 할 세액에 미달할 때에는 보통징수, 즉 부과징수의 방법에 의하여 징수하도록 하고 있으므로 신고납부의 경우에도 종국적으로는 과세처분이라는 집행행위를 통하여 기본권침해가 현실화된다는 점에서는 부과징수의 경우와 다를 바 없다 할 것이다. 그렇다면 이 사건 조례 부칙 제2조는 기본권침해의 직접성이 없고, 이 부칙조항을 직접 대상으로 삼은 이 사건 심판청구는 법령에 대한 헌법소원의 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.<sup>349)</sup>

○ 현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 : 언론중재및피해구제등에관한법률 부칙 제2조는 동법 시행 전에 행하여진 언론보도에 대하여도 동법을 적용하되, 언론사에 대한 정정보도·반론보도·추후보도의 청구기간 및 언론중재위원회에 대한 조정 또는 중재 신청기간에 관한 조항은 적용하지 아니하고 종전의 정기간행물의등록등에관한법률을 적용한다고 규정하고 있다. 이와 같이 언론중재및피해구제등에관한법률이 소급 적용되는 영역 중 청구인들이 다투고 있는 부분은 중재위원회조항, 시정권고조항, 정정보도청구권 및 가처분조항, 손해배상조항 등인바, 본안판단을 하는 정정보도청구권(제14조

349) 판례집 10-2, 756, 762-763.

제2항, 제31조 후문) 및 가처분조항(제26조 제6항 본문 전단)을 제외한 나머지 부분들은 앞에서 본 바와 같이 모두 기본권침해의 가능성 내지 직접성 요건을 결여하고 있으므로, 이들 조항의 소급적용을 규정하고 있는 부칙 제2조의 해당 부분도 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다.<sup>350)</sup>

### 7. 수혜적 법률

가. 국민의 기본권을 제한하고 부담을 부과하는 소위 ‘침해적 법률’의 경우에는 규범의 수범자가 당사자로서 자신의 기본권침해를 주장하게 되지만, ‘수혜적 법률’의 경우에는 반대로 수혜범위에서 제외된 자가 그 법률에 의하여 평등권이 침해되었다고 주장하는 당사자에 해당되고, 당해 법률에 대한 위헌 또는 헌법불합치 결정에 따라 수혜집단과의 관계에서 평등권침해 상태가 회복될 가능성이 있다면 기본권침해성이 인정된다.<sup>351)</sup> 이와 같이 수혜적 법률의 경우에는 기본권침해의 자기관련성 요건과 직접성 요건이 중첩되는 영역이라 할 수 있다.

○ 현재 2002. 12. 18. 2001헌마546 : 국가유공자등에우뒀지원에관한법률 제 16조의3 제1항 단서는 청구인과 같이 1998. 1. 1. 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 전몰군경의 자녀를 이 사건 수당의 지급대상에서 제외하는 것으로서 이와 같이 수혜대상에서 제외된 6·25전몰군경자녀의 기본권을 직접 침해한다고 볼 수 있으므로 이 사건 심판청구는 적법하다.<sup>352)</sup>

나. 그러나 수혜적 법률이라 하더라도 법규범의 내용이 집행행위에 재량성을 부여하고 있어서, 청구인이 집행기관이나 법원의 법률해석에 의하여 비로소 그 법률이 정하는 요건에 해당하는지 여부가 밝혀질 수 있는 경우에

350) 공보 117, 950, 965.

351) 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 723; 同旨, 현재 2003. 6. 26. 2002헌마312, 판례집 15-1, 765, 770 참조.

352) 판례집 14-2, 890, 896-897.

는, 청구인으로서 먼저 관할 집행기관 또는 법원의 결정을 구하여야 할 것이다. 즉 이러한 경우에는 직접성이 인정되지 않는다.<sup>353)</sup>

#### IV. 직접성 요건의 예외

##### 1. 의의

구체적 집행행위가 존재한 경우라고 하여 언제나 반드시 법률자체에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 부정되는 것은 아니다. 즉 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고, 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에는 당해 법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다.<sup>354)</sup>

그리고 법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다.<sup>355)</sup> 헌법재판소가 이와 같이 법률에 대한 헌법소원심판에서 직접성의 예외를 인정하는 이유는 무엇보다 국민의 기본권 보호에 있어서 공백을 방지하고 우회적인 경로를 통하지 않고 보다 근원적이고 직접적으로 기본권 보장수단을 제공하려는 데 있다.<sup>356)</sup>

353) C. Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, Heidelberg, 1998, S. 76. 황도수, 전게서(2003), 123면.

354) 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303.

355) 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337, 판례집 16-2상, 334, 343; 헌재 2004. 9. 23. 2004헌마192, 판례집 16-2상, 604, 611.

356) 헌재 2006. 4. 27. 2004헌마562, 공보 115, 661, 665. 재판관 송인준, 재판관 주선희, 재판관 조대현의 반대의견 중에서.



## 2. 예외인정의 유형

직접성의 요건은 지나치게 좁게 인정하면 헌법재판소의 본안판단의 부담을 절감할 수는 있지만 반면에 재판받을 권리를 부당하게 박탈하는 결과에 이르게 될 것이므로 직접성을 판단함에 있어 다른 분쟁의 해결수단, 행정적 규제·입법적 규제의 유무 등을 기준으로 신중히 판단하여야 할 것이다. 우리 재판소는 다음과 같이 직접성의 요건의 예외를 넓게 인정하여 왔다.

가. (1) 먼저, 집행행위가 예정되어 있는 경우라고 하더라도 “예외적으로 법령이 일의적이고 명백한 것이어서 집행기관이 심사와 재량의 여지없이 그 법령에 따라 일정한 집행행위(기속행위)를 하여야 하는 때,” 또는 “법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태”라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다.

○ 현재 2004. 9. 23. 2004헌마192 : 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용 등에관한특별법이 정하고 있는 규제조치들이 모두 위 법률 제3조 소정의 ‘미임용 등록자’를 전제로 한 규정이고, 동조 제2항이 정하고 있는 시·도 교육감의 ‘미임용자 등록·관리행위’가 집행행위에 해당한다고 하더라도 정의규정인 이 사건 조항(위 법률 제2조)이 규정하고 있는 ‘미임용자’의 기준은 위 등록절차에서 시·도교육감의 재량의 여지없이 반드시 고려되어야 하는 사항으로 위 조항 자체에 의하여 청구인과 같이 ‘미임용자’의 개념에 포함되지 아니한 자들에게는 ‘미임용자 등록’이 이루어지거나 위 법률이 규정한 구체적인 규제조치가 이루어질 가능성이 전혀 없다는 점에서, 이 사건 조항에 관하여 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.<sup>357)</sup>

○ 현재 2005. 12. 22. 2004헌마142 : 심판대상조항인 민사집행법 제84조 제

---

357) 판례집 16-2상, 604, 611.

1항·제6항은 집행법원이 첫 매각기일 후로는 배당요구의 종기를 정할 수 없도록 하여 채권자들이 첫 매각기일 후에는 배당요구를 할 수 없게 되었는데 이것은 법규범의 내용이 집행행위, 즉 법원의 배당요구 종기에 관한 구체적 결정 이전에 이미 국민의 법적 지위에 결정적인 영향을 미치는 경우에 해당하여 기본권침해의 직접성이 인정된다.<sup>358)</sup>

○ 현재 2006. 4. 27. 2005헌마997 : 변호사의 결격사유를 규정하고 있을 뿐인 이 사건 법률조항(변호사법 제5조 제1호)은 변호사가 되려고 하는 자의 등록신청에 대한 대한변호사협회의 등록거부라고 하는 구체적인 집행행위를 매개로 하여 기본권을 침해하는 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 규정 문언이 ‘… 수 있다’ 라고 하더라도 당해 행위가 속하는 행정분야의 주된 목적과 특성, 당해 행위 자체의 개별적 성질과 유형 등을 모두 고려하여 판단하여 행정청에 재량의 여지가 없다고 한다면 이는 기속행위라고 보는 것이 행정법계의 일반적 견해이며, 대한변호사협회도 이 사건 법률조항에 대하여 재량권이 없는 기속행위로 보고 금고 이상의 형을 선고받은 모든 변호사에 대하여 일정 기간 변호사 자격등록을 취소하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.<sup>359)</sup>

(2) 이에 대하여는, 집행행위가 반드시 재량행위일 필요가 없으며 기속행위라고 상관이 없다는 견해<sup>360)</sup>가 있다. 그 이유는 기속행위일지라도 통상의 행정쟁송에 의해 다툼 길이 있기 때문이라고 하거나,<sup>361)</sup> 법률의 내용이 일의적이라 할지라도 집행기관의 집행행위가 없는 한 아직 청구인의 권리의무에는 전혀 변동이 없기 때문이라고 한다.<sup>362)</sup> 독일에서는 한 때 법률의 집행에 있어서 집행행위에 재량영역이 있는가를 직접성 여부를 판단하기 위한 기준으로 인정한 경우가 있었으나,<sup>363)</sup> 최근에는 일의적으로 명백한

358) 판례집 17-2, 767, 771.

359) 공보 115, 681, 684.

360) Maunz/Schmidt-Bleubtreu/Klein/Ulmer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 제90조 88a 이하.

361) 박일환, 전계논문(1991.2), 46면.

362) 황도수, 전계서(2003), 94면.

법률규정일지라도 법규범이 집행행위를 법률사실로서 규정하고 있는 한 그 법규범의 직접성은 부인된다고 함으로써,<sup>364)</sup> 집행행위의 재량성 여부는 직접성 판단의 원칙적인 기준으로서는 포기한 것으로 이해되고 있다.<sup>365)</sup> 다만, 법규범이 예정하고 있는 집행행위의 내용이 국민에게 수익적인 경우에는 법규범 자체가 수혜적 권리를 취득할 수 있는 기회를 일정한 국민으로부터 박탈하는 결과를 가져오기 때문에, 이러한 경우에는 직접성을 인정한다.<sup>366)</sup>

이와 같은 입장에 있는 우리 재판소 판례로 2006. 4. 27. 선고 2004헌마562 결정이 있다. 이 사건에서 헌법재판소는, “우리 헌법 제8조 소정의 ‘정당의 특권과 자유’의 주체가 될 수 있는 정당은 정당법 소정의 요건을 구비하여 중앙선거관리위원회에 등록함으로써 성립되고 정당법 소정의 등록취소사유에 해당되는 경우 중앙선거관리위원회의 등록취소에 의하여 비로소 소멸하게 된다. 그렇다면 이 사건 등록취소규정(구 정당법 제38조 제1항 제3호)에 의하여 곧바로 청구의 사회당이 소멸하여 그 결과 청구인 주장의 기본권이 침해되는 것이 아니라 위 규정 소정의 등록취소사유에 해당되는지 여부에 대한 중앙선거관리위원회의 심사 및 그에 이은 등록취소라는 집행행위에 의하여 비로소 정당이 소멸하게 된다고 할 것이다. 그리고 중앙선거관리위원회의 이 사건 사회당에 대한 등록취소처분이 행정소송의 대상이 됨은 명백하다고 할 것이고 그 정당등록취소처분의 취소소송절차에서 위 규정에 의한 등록취소사유(예컨대 소정의 득표율에 미달되었는지 여부)에 대한 사실관계 확정과 더불어 얼마든지 위 규정에 대한 위헌 여부의 제청을 구할 수 있는 것이며 그 외 달리 그러한 절차경유가 곤란하거나 부당하다고 볼 사정 또는 그러한 절차의 경유가 실효성이 없다고 볼 사정은 찾아보기 어렵다. 따라서 이 사건 등록취소규정은 기본권침해의 직접성을 결여하고 있

363) BVerfGE 43, 291 [386].

364) BVerfGE 58, 104; 72, 39 [44].

365) K. Schlaich, Das Verfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidung -, Munchen, 1991, S. 138.

366) 황도수, 전계서(2003), 94-96면.

으므로 그에 대한 위헌확인 청구는 부적법하다.”고 판시하였다.<sup>367)</sup>

그러나 이 결정의 소수의견이 적절히 지적하고 있는 바와 같이, 이 사건 등록취소규정은 정당이 구 정당법 제38조 제1항 각호에 해당하는 때에는 당해 선거관리위원회는 그 등록을 ‘취소한다’고 되어 있어 행정청에 그 취소에 대한 재량을 부여하고 있지 않고 정당법과 관련 규정 어디를 보아도 예외적으로 취소를 하지 않을 법적 근거가 없으므로 선거관리위원회는 법령의 등록취소요건에 해당하는 경우에는 반드시 등록을 취소할 수밖에 없다. 그리고 이 사건 등록취소규정의 해당 여부는 국회의원총선거의 개표 결과 및 그 투표수와 득표수의 단순한 산술적인 계산 결과에 대한 기계적인 검토에 불과하여 중앙선거관리위원회의 어떠한 실질적인 심사도 개입될 여지가 없으므로 이 사건 등록취소규정이 국민의 권리관계를 집행행위의 유무나 내용에 의해 좌우될 수 없을 정도로 확정하고 있다고 할 것이어서 권리침해의 직접성이 인정된다고 보아야 할 것이다.<sup>368)</sup>

나. (1) 또한, 법령의 적용에 따른 구체적인 집행행위가 존재하는 경우라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나, 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에도 당해 법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다.<sup>369)</sup> 독일 연방헌법재판소도 ‘서신·우편·전신의 비밀 제한에 관한 법률’ 사건에서, “청구인의 주장내용에 의하면 청구인은 집행기관의 행위가 있어야 비로소 기본권의 침해를 받게 된다. 그러나 이러한 집행행위에 대한 불복의 가능성은 없는 상황이다. 왜냐하면 청구인들은 그들의 권리침해에 관하여 알 수 없기 때문이다. 이러한 경우에는 피해자에게 위 법률에 대한 헌법소원을 인정하여야만 한다.”고 판시하였다.<sup>370)</sup>

367) 공보 115, 664.

368) 공보 115, 664. 재판관 송인준, 재판관 주선희, 재판관 조대현의 반대의견 중에서.

369) 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 203; 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 303; 헌재 1997. 10. 30. 97헌바37등, 판례집 9-2, 502.

○ 현재 1992. 4. 14. 선고한 90헌마82 : 국가보안법 제19조에 따른 수사기관의 구속기간연장신청에 대한 지방법원판사의 허가결정에 대하여는 형사소송법상 항고·준항고·즉시항고 등의 불복방법이 마련되어 있지 아니하고, 또 나아가 사전적인 권리구제절차로서의 구속적부심사를 반드시 거쳐 오는 것을 기대할 수 없으며 더욱이 구속기간의 연장은 10일 이내라고 하는 단기간에 걸쳐서 행해지는 것인데, 그럼에도 불구하고 국가보안법 제19조의 위헌성을 다투기 위하여는 먼저 구속적부심사의 청구를 하고 그 과정에서 위 법률조항의 위헌성 여부를 다투어 위헌여부심판의 제청신청을 하고 그 제청신청이 기각된 경우에는 다시 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 따라 헌법소원심판을 청구하도록 하는 것은 권리구제의 기대가능성이 없는 불필요한 우회절차를 요구하는 것밖에 되지 아니하므로 따라서 국가보안법 제19조는 다른 구제절차를 거칠 것 없이 직접 헌법소원심판청구의 대상으로 삼을 수 있는 법률이라고 할 것이다.<sup>371)</sup>

○ 현재 2002. 6. 27. 99헌마480 : 전기통신사업법 제53조 제3항은 정보통신부장관이 전기통신사업자로 하여금 불온통신의 취급을 거부·정지 또는 제한하도록 명할 수 있다고 규정하고 있어, 이 조항으로 인한 기본권의 침해는 정보통신부장관의 명령이라는 집행행위를 매개로 하여 발생하게 된다. 그런데 이 조항으로 인해 실질적으로 표현의 자유를 규제받는 자는 청구인과 같은 이용자임에도 불구하고, 정보통신부장관의 명령의 상대방인 전기통신사업자가 아닌 제3자라는 이유로 행정소송의 제기를 통한 권리구제를 받지 못할 가능성이 있다. 그러므로 예외적으로 이 조항을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다고 봄이 상당하다.<sup>372)</sup>

○ 현재 2006. 4. 27. 2005헌마1047등 : 청구인들 소속 대학에서는 총장 후보자 선출에 대하여 이미 직접선거의 방식을 채택하고 있고 그 선출방식에 대하여 대학별로 새로운 결정을 하라는 취지는 아니므로 직접선거와 관련

370) BVerfGE 6, 290 [295]. 황도수, 전게서(2003), 109면.

371) 판례집 4, 202-203.

372) 판례집 14-1, 616, 625.

된 조항들은 모두 직접성이 인정되며, 다만 교육공무원법 제24조 제6항의 경우에는 대통령이 대학의 장을 임용하는 구체적인 집행행위를 통해서 기본권이 제약되는 측면이 있으나 대학구성원들이 이를 직접 다룰 수 있는 방법이 명확하지 아니하고, 따라서 이는 구체절차가 없거나 권리구제의 기대가능성이 없는 경우로 보아 직접성을 인정할 수 있다.<sup>373)</sup>

(2) 그러나 헌법재판소는, 어떤 행정입법에 대하여 합헌으로 판단한 대법원 판례가 형성되어 있다는 이유로 동 행정입법에 따른 행정처분에 대하여 행정소송을 밟지 않고 직접 동 행정입법에 대하여 제기한 헌법소원에 대하여는 직접성 요건이 충족되지 않는다고 하였다.

즉 헌법재판소는 1998. 5. 28. 선고 96헌마151 결정에서, 청구인이 '상속세 법시행령 부칙 제2항을 합헌으로 판단하는 대법원의 판례가 형성되어 있기 때문에 동 조항에 따른 부과처분에 대하여 행정소송절차를 밟는다고 하더라도 기각될 것이 뻔한 이 사건과 같은 경우에는 곧바로 처분의 근거인 법령에 대하여 위헌 여부의 헌법소원을 제기할 수 있는 것'이라고 주장한데 대하여, "이 사건과 같이 위 조항에 따른 구체적인 집행행위가 존재하고 그 집행행위에 의하여 비로소 기본권의 침해가 현실적으로 발생하는 경우에는 헌법재판소가 명령의 위헌성 여부를 판단할 수 있는 경우에 해당하지 아니하므로, 위 조항에 대하여는 직접성 요건의 예외를 인정할 여지가 없다."고 판시하였다.<sup>374)</sup>

살피건대, 독일에서는 재판소원이 가능하기 때문에 어떤 행정입법에 대한 일반법원의 판례가 형성되어 있다 하더라도 최종적으로 그 행정입법을 적용한 법원의 재판에 대하여 헌법소원을 제기하여 그 절차에서 당해 행정입법의 위헌 여부를 판단받을 수 있다. 그러나 우리 나라는 일반적으로 재판소원이 금지되어 있고, '법률'과는 달리 법원의 소송절차에서 '행정입법'에 대한 위헌제정도 불가능하기 때문에 이와 같은 경우에 헌법재판소에 그 사건을 가져올 수 있는 방법이 없고(헌법재판소법 제41조 제1항, 제68조 제2

373) 공보 115, 683, 693.

374) 판례집 10-1, 695, 702.

항 참조), 일반법원의 구체절차를 통하여는 구체의 기대가능성이 없다고 할 것이다. 따라서 어떤 행정입법에 대하여 합헌으로 판단한 대법원 판례가 형성되어 있는 경우에는 법률의 경우와는 달리 직접성을 인정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.<sup>375)</sup>

다. 당해 법령 자체는 직접성 요건을 충족하지 아니하나 직접성 요건을 충족하는 관련 규정과 그 내용상 서로 내적인 연관관계에 있는 경우에는 직접성 요건을 결여하는 당해 법령도 그 관련 규정과 함께 본안판단을 할 필요성이 있는 경우가 있다.

○ 현재 2000. 6. 29. 99헌마289 : 보험료의 산정방법을 규정한 국민건강보험법 제62조 제3항 및 제4항, 제63조, 제64조의 경우에는, 청구인들이 주장하는 기본권의 침해가 위 조항들에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 위 규정들을 근거로 하여 이루어진 별도의 집행행위인 보험료부과처분에 의하여 비로소 현실적으로 나타나는 것이므로, 위 규정들을 직접 심판대상으로 하는 헌법소원은 기본권침해의 직접성요건을 결여하고 있다. 그러나 이 사건의 경우에 직접성요건을 충족시키는 규정들인 위 법 제33조 제2항(재정통합), 제67조(보험료의 부담)와 직접성요건이 결여된 규정으로서 보험료산정규정들인 위 법 제62조 제3항 및 제4항, 제63조, 제64조가 그 내용상 서로 내적인 연관관계에 있으면서 ‘재정통합은 직장·지역가입자 사이의 보험료부담의 평등원칙에 위반된다’는 하나의 통일적인 청구취지를 구성하고 있다. 보험료산정규정의 내용을 고려하지 않고서는 재정통합의 위헌 여부를 부담평등의 관점에서 판단할 수 없기 때문에, 이러한 경우에 직접성요건의 결여를 이유로 심판대상규정 중 보험료산정규정만을 분리하여 실제적

375) “기록에 의하면, 청구인들이 임차한 건물이 있는 곳은 각 준주거지역·일반주거지역·준공업지역으로 지정되어 있음을 인정할 수 있다. 그렇다면, 청구인들이 단란주점 건축허가를 신청하였다고 하더라도 관할행정청은 도시계획법시행령 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호에 따라 제량의 여지없이 당연히 그 건축허가를 불허하게 될 것이고, 위 시행령 조항 자체에 대하여는 위헌여부심판 제청신청도 인정되지 아니하므로, 위 영 조항을 직접 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 있다.”고 한 현재 2002. 8. 29. 2000헌마556 결정 참조(판례집 14-2, 185, 195).

판단으로부터 배제하는 것은 적절치 않다. 따라서 이 사건의 경우에는 기본권침해의 직접성요건을 충족시키는가의 여부에 관계없이 보험료산정규정을 함께 본안판단에 포함시킬 필요가 있다.<sup>376)</sup>

## V. 결론

독일의 경우 국민은 헌법소원으로써 최상급법원의 확정력 있는 판결을 재심사하도록 요구할 수 있으며, 그 과정에서 법원이 적용한 법령을 간접적으로 통제할 수 있다. 그리고 경우에 따라서는 법원을 거치는 우회 없이 직접 법령에 대한 헌법소원의 방식으로 헌법재판소가 일반적인 구속력을 가지는 법령에 대하여 무효선언을 할 수 있다. 이와 같이 독일의 경우 헌법소원의 대상으로 전형적인 것은 법원의 재판과 법령인바, 여기에서 헌법소원은 원칙적으로 “재판소원”(Urteils-Verfassungsbeschwerde)이고, 예외적인 경우 “법령소원”(Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde)에 의하게 된다.<sup>377)</sup> 이에 반하여 우리 나라는 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되고(헌법재판소법 제68조 제1항 본문), 법원의 재판을 거친 경우 원행정처분에 대하여도 원칙적으로 헌법소원이 허용되지 아니하므로,<sup>378)</sup> 법령에 대한 헌법소원이 가지는 비중은 독일에 비하여 월등히 크다.

법령에 대한 헌법소원의 직접성 요건에서 ‘직접’이라는 것이 무엇을 의미하는가는 정도의 문제이므로 일의적으로 말할 수 없다. 이 직접의 의미를 매우 엄격하게 보면 헌법소원심판제도가 지니고 있는 기본권 보호수단으로서의 기능을 위축시킬 수 있다. 직접성은 어디까지나 헌법소원심판이라는 헌

376) 판례집 12-1, 913, 936-937.

377) 박종보, 전제논문(1994.2), 6면 참조.

378) 헌재 1998. 5. 28. 91헌마98등, 판례집 10-1, 660, 671; 헌재 1999. 9. 16. 97헌마160, 판례집 11-2, 356, 359; 헌재 1999. 12. 23. 98헌마14, 공보 41, 60, 61, 판례집 미수록; 헌재 2001. 2. 22. 99헌마409, 판례집 13-1, 317, 321. 이와 같은 법리는 검사의 불기소처분에 대하여 법원의 재정신청절차를 거친 경우에도 마찬가지로 적용된다. 헌재 1998. 8. 27. 97헌마79, 판례집 10-2, 444, 454.



법재판의 절차에서 발생한 것이고 절차법적인 개념이므로 이러한 절차법적 개념이 기본권의 보장이라는 실체법의 개념을 왜곡하는 것이 되어서는 안 된다.<sup>379)</sup>

그런데 직접성 요건은 자기관련성 및 현재성 요건과 마찬가지로 법령에 대한 헌법소원이 민중소송화하는 것을 막기 위한 것이라 할 것이므로 어떤 법령에 대한 헌법소원의 직접성 요건을 인정할 것인가 하는 것은 당해 법령에 대한 다툼이 헌법소원 이외에는 다른 적절한 구제절차가 있는지 여부를 중심으로 고찰하여야 한다. 그러므로 독일과는 달리 우리 나라는 법령에 대한 직접성 요건의 예외를 인정할 여지가 많다고 할 것이다. 그러한 측면에서 헌법재판소의 적극적인 역할을 기대해 본다.

---

379) 정종섭, 전계서(2004), 626-627면.

# 상업광고 규제의 합헌성 심사기준

- 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -

노 희 범  
헌법연구관

## - 목 차 -

I. 머리말 .....	211
II. 상업적 언론(광고) 의의와 규제의 필요성 .....	211
1. 의의 .....	211
2. 광고규제의 필요성과 실제 .....	214
III. 상업광고는 헌법 제21조 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는가? .....	214
1. 표현의 자유의 이론적 근거 .....	214
2. 표현의 자유인가 직업의 자유인가? .....	216
가. 견해의 대립 .....	216
나. 독일과 일본의 경우 .....	216
다. 미국 .....	217
IV. 상업적 언론에 관한 미국 연방대법원의 판례의 동향 .....	218
1. 개관 .....	218
2. Valentine v. Chrestensen(1942) .....	219

가. 사건의 개요 .....	219
나. 판결요지 .....	219
다. 평가 .....	220
3. Bigelow v. Virginia(1975) .....	220
4. Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.(1976) .....	221
가. 사건의 개요 .....	221
나. 판결요지 .....	222
다. 평가 .....	223
5. Virginia Board of Pharmacy 판결 이후의 판례동향 .....	223
가. Linmark Associates, Inc. v. Willingboro(1977) .....	223
나. Carey v. Population Services Int'l(1977) .....	224
다. Bates v. State Bar of Arizona(1977) .....	225
6. Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission of New York(1980) .....	225
가. 사건의 개요 .....	225
나. 판결요지 .....	226
7. Central Hudson 판결 이후의 동향 .....	226
8. 평석 .....	227
V. 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준 .....	228
1. Central Hudson Test .....	228
2. Central Hudson 이후의 판례의 동향 .....	230
가. In Metromedia, Inc. v. San Diego(1981) .....	230
나. Posadas de Puerto Rico Association v. Tourism Co.(1986) .....	230
다. Board of Trustees of the State University of New York v. Fox.(1989) .....	231
라. City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.(1993) .....	232

마. United States v. Edge Broadcasting Co.(1993) .....	233
바. 44 Liquormart v. Rhode Island(1996) .....	233
사. Thompson v. Western States Medical Center(2002) .....	235
3. 평가 .....	236
VI. 헌법재판소 판례의 동향 .....	238
1. 개관 .....	238
2. 광고표현의 방법에 대한 제한 .....	240
가. 옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원(1998년) .....	240
나. 옥외광고물등관리법시행령 제13조 제9항 위헌확인 사건(2002년) .....	241
다. 평가 .....	242
3. 광고내용에 대한 제한 .....	244
가. 식품등의표시기준 위헌확인(2000년) .....	244
나. 식품위생법 제11조 제1항 위헌확인(2000년) .....	244
다. 식품위생법 제2조 등 위헌소원(2004년) .....	246
라. 약사법 제55조 제2항 위헌확인(2004년) .....	247
마. 평가 .....	248
4. 의료법 제69조 등 위헌제청 .....	249
가. 사건의 개요 .....	249
나. 판결요지 .....	249
다. 평가 .....	250
VII. 결 어 .....	252

## I. 머리말

기본권의 카테고리 가운데에서도 표현의 자유에 대한 판례는 기본권보장의 전반적인 흐름을 나타내 준다. 표현의 자유 가운데에서도 특히 정치적, 문화적 및 예술적 표현의 자유는 그동안 헌법재판소의 판례를 통하여 합헌성 심사의 기준을 대강 예측할 수 있다. 그런데, 상업적 표현에 대하여는 아직 우리 판례가 정립되어 있지 않다. 본고는 상업적 언론(광고)에 관한 미국 연방대법원의 판례의 동향을 개관하고 나아가 이를 통해 어떤 특징적 양상이 있는지를 검토함으로써 광고표현을 규제하는 규범에 대한 합헌성 심사 기준을 도출해 보려는 데 그 목적이 있다. 미국 연방대법원의 판례, 특히 표현의 자유에 관한 영역에서 그것은 다른 나라에도 적지 않은 영향을 미치고 있는 점에서 이를 분석해 보는 것은 상당한 의미가 있다. 끝으로 우리 헌법재판소의 판례를 검토하고 미국 연방대법원의 판례와 비교해 본다.

## II. 상업적 언론(광고) 의의와 규제의 필요성

### 1. 의의

통상 광고라고 하면 상품이나 서비스의 판매를 촉진하기 위하여 선전하는 영리목적의 표현행위 즉, '상업' 광고를 말한다<sup>380</sup>. 미국에서는 이를 '상업적 언론(commercial speech)<sup>381</sup>'이라고 하여 상업적 언론도 언론 그 자체로서 표현의 자유의 보호대상이 되는가에 대하여 논란이 있었다. 일반적으로 상업적 언론은 판매를 촉진하기 위한 광고나 널리 상업적 거래를 제안

380) 광고에는 영리목적이 없이 단순히 정치적인 입장이나 주장을 표명하는 의견광고, 예를 들면 정치광고도 있다. 그러나 정치광고와 같은 의견광고는 보내는 측과 받는 측 모두에게 영리적 동기나 목적이 없다는 점에서 차이가 있다. 따라서 넓은 의미의 광고란 '다른 사람에게 사상·지식·정보 등을 알리는 것'이라고 정의할 수 있다.

381) '상업적 언론'은 'commercial speech'의 번역이다. 일본학자들은 '영리적 언론'이라고 번역하기도 한다.

하는 표현으로 정의되고 있다.<sup>382)</sup> 상업적 언론은 정보전달적 기능과 설득적 기능을 수행하면서 소비자들에게 상품과 서비스의 선택을 위한 정보나 자료를 제공한다. 그런 점에서 상업적 언론과 광고는 넓은 의미에서 같은 개념으로 볼 수 있다.<sup>383)</sup> 그러나 상업적 언론의 개념 내지 내용이 반드시 명확한 것은 아니다. 순수한 언론 즉, 비상업적 언론(non-commercial speech)과 상업적 언론은 구별된다고 하더라도 정확하게 그 경계를 구분하는 것은 쉽지 않다. 양자의 경계에는 겹치는 부분이 있고 구별은 상대적이다. 미국 연방대법원은 광고가 상업적인가 비상업적인가는 당해 광고의 주요목적이 이윤을 얻으려는 의도인가 아닌가에 따라 결정된다고 하였다. 그러나 지금은 그러한 구별은 타당하지 않다고 하면서 순수한 상업적 언론도 표현의 자유의 보호대상이라고 한다.

Virginia 판결에서 Blackmun 대법관은 상업적 언론과 비상업적 언론 사이에는 두가지 상식적인 차이(common sense differences)가 있다고 했다. 첫째, 상업적 언론은 이윤에 의거하기(profit-driven) 때문에 비상업적 언론보다 지속적이고(durable), 둘째, 상업적 언론은 비상업적 언론보다 객관적(objective)이라는 것이다. 보다 지속적이라는 것은, 상업적인 잡지와 신문은 이윤동기에 이끌리기 때문에 비상업적 언론보다 견고하다는 것이고(hardiness) 보다 객관적이라는 것은 그 진실을 입증하기는 것이 쉽다(verifiable)는 것을 말한다. 즉, 판매자는 제3자보다도 쉽게 그 사실을 확인할 수 있다는 것이다.<sup>384)</sup> 결국 이 두가지 상식적 차이는 상업적 언론이 정부의 규제로 발간이 중단될 것이라는 두려움을 쉽게 느끼지 않는 위축효과

---

382) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. (1976).

383) 미국 판례는 '상업적 언론'(commercial speech)과 '광고'(advertising)를 엄격하게 구별하여 사용하고 있는 것 같지는 않다. 그러나 주로 'commercial speech'를 사용하는데, 이는 순수한 언론(pure speech)과 상업적 언론(commercial speech)을 대비하려는 의도로 보인다.

384) '공화당이 정치를 더 잘할 것이다'라는 것보다 '오이는 69이다'는 사실의 진실을 확실히 쉽게 확정할 수 있다는 것이다. [Alex Kozinski & Stewart Banner, *Who's afraid of Commercial Speech?* 76 Va. L. Rev. 627 (1990)].

(chilling effect)가 적고 따라서 상업적 언론에 대하여는 비상업적 언론보다 낮은 정도의 보호가 주어진다. 것이다.

한편, 1983년의 *Bolger v. Young Drug Products Corp.* 판결<sup>385</sup>에서 상업적 언론의 정의에 대해 상세한 검토가 이루어 졌다. 이 사건에서 피임기구 광고물의 우편송달을 금지한 연방법이 문제되었는데, 연방대법원은 이를 위헌무효라고 한 판결이다. 이 사건에서 다수의견을 쓴 Marshall 대법관은 상업적 언론의 정의에 대하여 이렇게 지적했다.

『광고물이라고 해서 곧 상업적 언론은 아니다. 특정 생산품에 관해 언급하고 있다고 해서 곧 상업적 언론은 아니다. 또한 보낸 사람이 경제적 동기를 가졌다고 해서 그것만으로 곧 상업적 언론이라고 할 수는 없다. 그렇지만 이들 여러 요소들이 결합되어 상업적 언론에 해당한다는 결론이 나올 수는 있다』 이와 같이 상업적 언론과 순수한 언론을 구별하는 것이 쉽지 않다. 예컨대, 기업이 자신의 이름으로 공익광고<sup>386</sup>를 하는 이른바 이미지 광고를 상업적 언론으로 볼 것인지 명확하지 않다. 미국 연방대법원도 상업적 언론과 비상업적 언론의 구별의 어려움을 인정하면서 ‘어떤 면에서 무엇이 상업적 언론인가를 말하는 것보다 무엇이 상업적 언론이 아닌가를 정의하는 것이 더 쉽다’고 하였다.

언론이 상업적인가 비상업적인가를 구별해야할 실무상의 필요성은 헌법적 보호정도와 합헌성 심사기준이 달라지기 때문이다.<sup>387</sup>)

아무튼 상업적 언론의 개념과 내용에 대한 더 상세한 검토는 다음으로 미루고, 여기서는 상업적 언론(광고)을 ‘판매를 촉진하거나 상업적 거래를 제안하는 표현’으로 정의한다.

385) 463 U.S. 6 (1983).

386) 최근 기업들은 미디어를 이용해 자신의 상품이나 서비스를 직접적으로 선전하는 광고대신에 환경, 공중도덕과 같은 공익광고를 한다.

387) 우리 학계에서 상업적 언론(광고)과 표현의 자유와의 관계에 대한 논의는 많지 않았다. 광고를 비롯한 상업적 언론문제에 대하여 헌법적 논의보다는 규제 자체에 초점이 맞추어져 있다. 그러나 최근 미국 연방대법원의 판례가 소개되면서 이에 대한 논의가 시작되고 있는 것으로 보인다.

## 2. 광고규제의 필요성과 실제

각국이 처음 광고를 규제하기 시작한 것은 소비자 보호 목적에서 출발한 것이 아니라 기업 간의 공정경쟁을 보장하기 위해서였다. 미국의 경우 1938년 기존의 독점규제법을 보완한 Wheeler-Lea Act가 제정되어 불공정 내지 기만적 행위와 관행을 규제할 권한을 연방의회 산하의 연방거래위원회(FTC)에 부여되어 동위원회가 불공정 행위 및 불공정거래를 조장하는 광고를 규제하기 시작하였다. 그러다가 광고로 인한 소비자의 피해가 늘어나면서 허위, 오인 또는 과장광고로부터 소비자를 보호해야 할 필요성이 대두되면서 소비자의 보호가 광고규제의 중요한 목적되었다.

우리 나라도 1962. 식품위생법, 광고물단속법, 1963년 약사법과 방송법 영화법 등이 제정되면서 광고규제를 하기 시작했다. 그 후 1975년 공정거래에 관한 법률이 제정·시행되면서 부정경쟁방지를 목적으로 광고를 규제하다가 소비자 보호를 위한 허위, 과장 등 '부당한 표시·광고'를 규제하고 있다. 그 후 급속도로 증가하는 광고량을 규제하기 위하여 규제규범도 증가되었는데, 현재 광고관련법규만도 82개에 이르고, 그 중 직접적으로 광고행위 내지 광고표현을 규제하는 법규도 16개에 이른다.<sup>388)</sup>

### Ⅲ. 상업광고는 헌법 제21조 언론·출판의 자유에 의하여 보호되는가?

#### 1. 표현의 자유의 이론적 근거

오늘날 표현의 자유의 가치 내지 헌법적 보장의 이론적 근거에 대하여 다음과 같은 점이 인정되고 있다. 첫째, 표현의 자유는 자기완성 내지 자기실현의 수단이다.<sup>389)</sup> 인간의 표현행위는 인간존재의 본질적 부분이기 때문에

---

388) 광고연감(1995), 제일기획.



표현행위가 외압에 의해 억압될 경우에는 무엇보다도 인간존재에 대한 심한 굴욕을 느끼지 않을 수 없다는 것이다. 표현의 자유는 근대 시민혁명의 산물로 이데올로기적인 기반은 인간주의·개인주의라는 것이다. 둘째, 표현의 자유는 지식발전과 진리도달을 위한 과정이다. 자유토론을 통하여 다양한 의견이나 사상이 개진되고, 그에 대한 반론의 과정을 거치도록 해야만 진리발견이 가능하다. 공개토론이 억제되고 통제나 조작으로 지식이나 진리가 왜곡된다면 사회발전의 저해요소로 작용한다. 이는 J. Milton이 주장한 사상의 자유시장론(free market of ideas<sup>390</sup>)과 맥락을 같이 하는데, 사상의 자유시장론에 대한 구체적 이론 정립은 미국 연방대법원의 *Homes* 대법관에 의하여 정립된바 있다.<sup>391</sup> 셋째, 자기통치(self-government)의 원리로 표현의 자유는 개인의 행위결정의 필수적 수단이다. 사회의 각 구성원들이 행위결정을 할 때, 특히 민주적 정치과정에서 민주적 의사형성에 필수적이다. 이 근거는 주로 표현의 자유의 정치적 기능을 강조하게 되는데, 민주적 정치과정에서 민주적 의사결정의 위하여 자유로운 의사표현 및 토론이 보장되어야 하고 국가권력의 간섭이 배제되어야 한다는 것이다. 넷째, 표현의 자유는 사회의 공감대(consensus) 형성을 위한 중요한 수단이다. 사회는 자유로운 의사표현과 토론을 통하여 사회적 갈등을 순화시켜 공감대를 형성함으로써 안정과 변화 사이의 균형을 유지해 준다.

389) 자기완성(self-fulfilment), 자기실현(self-realization)은 자치(autonomy)와 같은 의미로 이해된다.

390) J. Milton은 그의 *Areopagitika*에서 진리는 「사상의 자유와 공개의 경쟁」에서 비로소 생겨나는 것이라고 강조하면서 이 세상에는 진리와 허위, 선과 악이 서로 얽혀서 존재하고 있기 때문에 선을 알기 위해 악을 알고 진리를 알기 위해 오류를 아는 것이 필요하다고 지적하고 자유로운 표현에는 자기교정의 과정이 작용하기 마련이므로 진리에서 허위를 제거하기 위해서도 자유로운 토론이 필요하다고 주장하였다. (J. Milton, *Areopagitika*, Oxford Univ. Press, 1954 pp. 51~52)

391) O. W. Homes 대법관은 “바람직한 최고의 선은 사상의 자유로운 거래에서 이루어지는 것이 좋을 것이다. 진리의 실험은 사상의 힘이 시장의 경쟁에서 스스로를 용인할 수 있느냐에 있다.” *Abrams* 사건 판결에서 지적했다. (*Abrams v. U.S.* 250 U.S. 616 (1919))

## 2. 표현의 자유인가 직업의 자유인가?

### 가. 견해의 대립

과연 상업광고가 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 속하는가? 전통적으로 언론·출판의 자유는 개인이 자신의 사상 또는 의견을 자유로이 발표함으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하는 인격발현의 수단이고, 정치적 의사형성에 국민이 참여할 수 있게 하는 것으로 민주주의 정치에 있어서 불가결의 전제로 보았다. 또 표현의 자유는 정신활동의 자유로써 정신활동의 소산이 아닌 영리적 광고 등은 표현의 자유로 파악할 수 없고 영업의 자유로 보아야한다<sup>392)</sup>는 것도 같은 맥락이다. 그리하여 광고와 같은 상업적 언론은 표현의 자유에 속하는 것이 아니라 직업수행의 자유(영업의 자유)에 속한다고 보는 견해이다.

반면에 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 광고라도 내용이 공익을 포함할 때에는 경제적 정보에 관한 국민의 알권리를 근거로 표현의 자유에 포함시켜야 한다는 견해<sup>393)</sup>이다. 알권리는 모든 정보원으로부터 일반적 정보를 수집할 수 있는 권리로서 정보수집의 수단은 듣고·보고·읽는 것 뿐 아니라 그 밖의 모든 방법을 포함하는 최광의의 수단으로 해석되어야 한다는 것이다.

### 나. 독일과 일본의 경우

독일의 경우 제2차 대전 직후에는 광고표현을 표현의 자유가 아닌 직업의 자유의 보호범주로 보는 것이 일반적이었으나, 오늘날에는 표현의 자유의 보호대상으로 간주하는 하는 것이 보편적 현상이다.<sup>394)</sup> 연방헌법재판소도

392) 조영황, “이구현, 광고법학 2판 (2001), 34쪽에서 재인용”.

393) 이정일, 이구현 앞의 책, 34쪽에서 재인용.

394) 홍승철, 전제논문, 75쪽.

1985. 11. 19.결정<sup>395)</sup>에서 상업광고는 그것이 가치있고 의사형성적인 내용을 가지고 있거나 또는 의사형성에 기여하는 정보를 담고 있는 경우에는 표현의 자유의 기본권(기본법 제5조 제1항)이 주장될 수 있다고 보았다. 일본 학계에서도 순수한 영리적 표현은 사상의 자유시장과 관계가 없고, 개인의 자치나 자기실현과도 관련성이 약하기 때문에 경제적 자유권의 행사로 보고 그에 대한 규제는 경제에 대한 규제로 보아야 한다는 견해가 있으나, 광고표현을 표현의 자유의 보호영역에 포함되는 것으로 보는 것이 주류이다. 주로 미국 연방대법원의 판례에 의하여 형성된 이론적 근거를 제시한다. 최고재판소도 1961. 안마사법사건 판결<sup>396)</sup>에서 ‘헌법 제21조는 사상, 양심의 표현 외에 사실의 보도 기타 일체의 표현의 자유를 보장하는 것이고, 광고도 여기에 포함되는 것이 상당하다. 광고가 상업활동의 성격을 가지고 있다고 하여 동조의 표현의 자유의 보장밖에 있는 것이라고는 말할 수 없다.’<sup>397)</sup>고 상업적 광고도 넓게 표현의 자유의 보장 범위에 속한다고 하였다.

#### 다. 미국

광고가 헌법적 보호를 받는가에 대하여 가장 먼저, 그리고 가장 많은 논의가 있었던 것은 미국이다. 순수한 상업광고는 경제활동(economic activity)의 일환으로 보아 표현의 자유의 보호대상이 아니라는 견해와 순수한 상업광고도 공공의 관심사가 될 수 있고, 그러한 정보는 개인의 경제적 결정의 기

395) BVerfGE 71, 162.

396) 「안마사·침구사 및 유도정복사법」 제7조는 안마사등이 광고를 하는 경우 주소나 이름 등으로 제한하고 기능, 시술방법, 경력 등에 관한 광고를 금지하고 있었다. 이에 대하여 어느 뜰철업자가 뜰의 적응증으로서 신경통, 류마티스 등의 병명을 기재한 광고전단을 배포한 혐의로 기소되어 최고재판소에 상고된 사건이다.

397) 최대판, 1961. 2. 15. 형집 15권2호 356면 다수의견, 그러나 최고재는 표현의 자유도 무제한의 절대적 자유가 아니고 공공복지를 위하여 제한될 수 있다고 하면서 국민의 보건위생상이 견지에서 공공복지를 위한 조치로 헌법 제21조에 위반되지 않는다고 판시하였다.

초가 되는 것으로 공익에 속하기 때문에 표현의 자유의 보호대상이라는 견해가 대립되어 있었다. 그러나 상업광고의 사회적 기능이 지속적으로 증대되고 특히 상업광고와 비상업광고의 경계 내지 차이도 정확하게 구분되지 않게 되면서 오늘날에는 상업광고도 표현의 자유에 의한 헌법적 보장이 이루어져야 한다는 것이 미국 연방대법원의 확립된 판례이다. 다만, 상업광고가 일반적인 언론과 동일하게 보호받는가에 대하여는 일치되지 않고 있다. 그리하여 근자에는 논의의 방향이 상업광고가 표현의 자유의 보호대상인가가 아니라 '상업적 언론이 순수한 언론과 어떤 차이가 있고, 어느 정도 헌법적으로 보호할 것인가'로 바뀌었다. 이와 같은 경향은 독일이나 일본도 마찬가지이다.

#### IV. 상업적 언론에 관한 미국 연방대법원의 판례의 동향

##### 1. 개관

미국에서도 1976년 전까지는 상업적 언론(commercial speech)은 표현의 자유의 보호대상이 아니었다. 상업적 언론에 대하여 헌법적 보호가 부여되어야 한다는 관점이 처음 채택된 것은 1975년의 *Bigelow v. Virginia*<sup>398)</sup> 판결이다. 그 후 1976년의 *Virginia Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumers Council*<sup>399)</sup> 판결에서 상업적 언론이 표현의 자유의 보호대상이라는 점을 분명히 한다. 1980년 *Central Hudson* 판결에서는 상업적 언론에 대한 규제 of 합헌성 심사의 4단계 기준을 제시한다. 이후 연방대법원은 이 기준을 적용하여 상업광고에 대한 위헌심사를 함으로써 *Central Hudson* 기준이 정립되었다. 그러나 위 기준을 적용함에 있어서 이 기준이 엄격심사인지 중간심사인지 아직까지도 연방대법원의 태도가 명확하지 않다.

---

398) 421 U.S. 809.

399) 425 U.S. 748.

## 2. Valentine v. Chrestensen<sup>400)</sup> (1942)

### 가. 사건의 개요

상업적 언론이 修正 제1조의 보호대상이 되는가 하는 문제를 처음으로 다룬 사건이다. New York市는 도시미관 및 거리의 청결 목적으로 길거리에서 광고전단을 배포하는 것을 條例로 금지하였다. 기업가인 Chrestensen은 해군의 퇴역잠수함을 구입하여 New York市 동쪽 강부두에 전시하여 입장료를 받는 잠수함관광상품을 선전하는 광고전단을 배포하였다. 경찰당국은 정치적 항의와 관련된 전단은 배포할 수 있지만, 영리목적의 광고전단은 조례에 위반된다고 이를 금지하였다. 이에 chrestensen이 광고전단의 이면에 잠수함전시를 위한 부두사용허가를 거절한 당국에 대한 항의문을 실은 양면 광고전단을 배포하자 시경국장 Valentine이 이 광고도 시조례에 위배된다면서 Chrestensen을 기소한 사건이다.

### 나. 판결요지

연방대법원은 ‘순수한 상업적 광고에 관한 한 헌법이 정부에 대하여 어떠한 제한도 부과하고 있지 않음이 명백하다’고 판시하여 상업적 언론은 수정 제1조의 보호대상이 아니라는 상업적 언론의 원칙<sup>401)</sup>을 정립하였다. 노상에서의 광고전단 배포를 금지하는 것은 정치적 언론을 제한하는 것이 아니라 경제적 행위를 제한하는 것이고, chrestensen의 광고전단은 길거리에서의 광고전단 배포를 금지하는 규정을 회피할 목적으로 정치적 항의문을 게재한 것에 불과하다고 하면서 chrestensen의 유죄를 확정했다.

---

400) 316 U.S. 52 (1942).

401) 이를 ‘commercial speech doctrine’이라고 표현한다.

#### 다. 평가

이 판결이 선고된 이후 약 30년 간 이 판결의 원칙이 적용되었다. 1951년 판매목적의 호별방문(door-to-door canvassing)을 금지하는 펜실베이니아주 법률이 문제된 *Breard v. City of Alexandria*<sup>402)</sup> 판결에서도 이 원칙이 적용되어 호별방문을 하며 잡지를 판매한 잡지외판원 Breard에게 유죄를 선언하고 위 법률이 합헌이라고 하였다. 그러나 여호와의 증인의 호별방문이 문제된 1943년 *Martin v. City of Struthers*<sup>403)</sup> 판결에서는 여호와의 증인인 Martin의 종교집회를 알리는 전단광고와 영리성이 거의 없는 종교서적을 판매하기 위한 호별방문은 영리 목적이 아니기 때문에 Martin은 무죄라고 판결했다. 이 판결에서 주목되는 것은 광고의 주요목적(primary purpose)이 상업적인가 비상업적인가를 구별하고 주된 목적이 상업적인 경우에는 수정 제1조의 보호대상이 아니라는 주요목적 기준(the primary purpose test)을 적용한 것이다. 이 주요목적 기준도 이후의 판결에 계속 적용된다.

### 3. *Bigelow v. Virginia*<sup>404)</sup> (1975)

버지니아주는 낙태를 조장하는 광고를 금지하고 이를 경범죄로 처벌하였다.<sup>405)</sup> 주간지 편집장인 Bigelow는 주간지(*The Virginia Weekly*)에 “바라지 않는 임신을 도와줌”이라는 제목으로 New York에 있는 산부인과병원의 낙태시술광고를 게재하였다.<sup>406)</sup> 주 하급법원은 물론 주 대법원도 낙태

---

402) 341 U.S. 920 (1951).

403) 319 U.S. 862 (1943).

404) 421 U.S. 809.

405) 1973년 *Roe v. Wade* 판결에서 연방대법원은 임신 후 최초 3개월간의 낙태는 합법적인 것이라고 했지만, 버지니아주는 낙태시술행위와 낙태를 조장하는 광고를 법률로 금지하고 있었다.

광고는 법률이 금지하고 있는 상업적인 광고물로서 표현의 자유에 의하여 보호받지 못한다고 하면서 Bigelow에게 유죄를 선고하였다.

이에 대하여 연방대법원은 상업적 광고도 공익에 기여할 수 있는 가치있는 정보인 경우에는 수정 제1조에 의하여 보호된다고 하였다. 연방대법원은 '뉴욕주에서의 낙태시술광고는 시술을 필요로 할 가능성이 있는 버지니아 주민뿐만 아니라 낙태에 대하여 의문이 있거나 낙태문제에 대한 다른 주의 법률 및 발전정도 그리고 버지니아주의 개혁을 모색하고 있는 주민등 다양한 계층의 독자에게 잠재적 이익과 가치있는 정보를 내포하고 있다. 이러한 정보는 공공의 이익에 관한 것으로 헌법적 보호를 받는다'고 판시하면서 버지니아 주법을 위헌무효라고 판결하였다.

위 판결은 상업적 광고라도 공중의 관심에 관한 정보를 내포하고 있다면, 수정 제1조에 의하여 보호받는다고 함으로써 기존의 *Valentine v. Chrestensen* 판결에서 확립된 상업적 언론의 원칙을 훼손하였다. 다만, 광고내용이 공익적 정보를 내포하고 있는 경우에 헌법에 의하여 보호받는다고 함으로써 순수한 상업 광고가 수정 제1조에 의하여 완전한 보호를 받는지는 분명하지 않았다. 광고의 주된 목적이 영리적인 것인가 여부에 따라 판단하는 주요목적 기준(The primary purpose test)에서 벗어난 최초의 판결이었다.

#### 4. *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*<sup>407)</sup> (1976)

##### 가. 사건의 개요

버지니아주는 약사의 직업주의를 고양하고 양질의 서비스를 유지하기 위하

---

406) 문제된 광고의 광고주는 합법적인 낙태수술을 시행하는 뉴욕주의 민간병원이었다.

407) 425 U.S. 748.

여 법률로 약사들에게 조제약(prescription drugs) 가격광고를 금지하였다. 변호사, 의사, 공인회계사 등과 같이 전문직업인에 속하는 약사들이 광고를 하면 제명을 당하는 제재를 받았기 때문에 광고를 할 수 없었다. 약사만이 조제약을 팔 수 있기 때문에 위 법률은 조제약의 가격에 대한 정보를 효과적으로 차단했다. 조제약의 약95%는 약사들이 아니라 제약회사가 만들었다. 버지니아주의 한 소비자단체가 약사에게 조제약 가격광고를 금지하는 버지니아주 법률이 수정 제1조에 위반된다고 소송을 제기하였다.

#### 나. 판결요지

연방대법원은 순수한 상업적 언론도 표현의 자유에 의하여 보호된다고 하면서 조제약 가격광고를 금지한 버지니아주 법률을 위헌이라고 하였다. 다수의견을 쓴 Blackmun 대법관은 이렇게 지적하였다. 약사들이 주장하고자 하는 것은 문화적, 철학적, 정치적인 문제가 아니고 특정한 뉴스가치가 있는 사실을 말하려는 것도 아니다. 그들이 알리려고 하는 것은 단지 'X라는 조제약을 Y라는 가격에 팔겠다'라는 것이다. 자유시장경제에서 재화의 분배는 수많은 개인의 경제적 결정을 통하여 이루어진다. 그 결정이 현명하고 확실한 정보에 근거한(intellegent and well-informed) 것이어야 한다는 것은 공익의 문제이다. 상업적 정보의 자유로운 유통은 일반인의 중요한 관심사이다. 조제약 가격정보에 대한 특정 소비자의 이익은 당시의 가장 긴박한 정치적 쟁점에 대한 이익보다 클 수 있다. 결국 상업적 정보의 자유로운 유통은 자유시장경제에서 불가피한 요소이다. 한편, Blackmun 대법관은 상업적 언론에 대하여 단지 시간, 장소, 방법 등의 제한은 가능하고, 또한 허위나 기만적이거나 오도적인 상업적 언론에 대한 규제도 할 수 있다고 보았다. 나아가, 상업적 언론에 대한 규제는 이른바 위축효과가 적기 때문에 전통적으로 언론자유에 대해 적용되는 원칙들 가운데 '과도한 광범성 때문에 무효의 원칙'(the overbreadth doctrine), '애매하기 때문에 무효의 원칙'(vagueness doctrine), 그리고 '사전제한금지의 원칙'(the



prior restraint doctrine) 등은 상업적 언론에 대해서는 적용되지 않는다고 하였다.

#### 다. 평가

순수한 상업적 언론도 표현의 자유(수정 헌법 제1조)에 의하여 보호받는다 고 명시한 최초의 판결이다. 상업적 언론이 헌법적 보호를 받아야되는 이론적 근거를 구체적으로 제시하였다. 상업적 정보의 자유로운 유통은 공공의 관심사이고 자유시장경제의 불가결의 요소로서 공공의 이익이다. 자유로운 정치적 표현의 보장이 민주적 정치과정에서 민주적 의사형성을 가능하게 하는 것과 마찬가지로 자유로운 상업적 정보의 유통을 보장하는 것은 자유시장경제에서 효율적인 자원의 배분을 가능하게 한다. 따라서 비상업적 정보나 상업적 정보의 자유로운 흐름은 똑같이 헌법적 보호를 받는다.

### 5. Virginia Board of Pharmacy 판결 이후의 판례동향

순수한 상업광고도 표현의 자유에 의하여 보호받는다라는 버지니아 판결은 선례가 되어 이후의 판결에 그대로 적용된다.

#### 가. Linmark Associates, Inc. v. Willingboro<sup>408)</sup> (1977)

부동산(집)에 “For Sale” 또는 “Sold”라는 표지판을 설치하는 것을 금지한 시 조례를 연방대법원은 만장일치로 위헌이라고 선언하였다<sup>409)</sup>. Willingboro市는 백인거주지역에 흑인들이 들어오면서 백인들이 대거 집을 팔고 다른 곳으로 이사 가려고 하자 백인거주자들의 이주를 저지함으로써 인종적으로 균

---

408) 431 U.S. 85 (1977).

409) Justice Rehnquist not participating.

형있는 공동체(지역)를 이루려고 하였다. 그러나 대법원은 ‘어디에서 살고, 어디에서 가족을 부양할 것인가를 결정하는 것은 가장 중요한 것 중의 하나이다. 그에 관한 정보는 Willingboro 주민들에게 절대적으로 필요한 것이다. 시가 이런 정보를 주민들에게 금지하는 것은 위헌이다’라고 판시하였다. 법정의견을 쓴 Marshall 대법관은 부동산을 팔려는 광고와 Bigelow 사건에서의 낙태광고 또는 Virginia 사건에서의 조제약 광고 사이에 의미있는 차이(meaningful distinction)를 발견할 수 없다고 하였다. 이에 대하여 시 당국은 조제가 금지하는 것은 단지 시간, 장소, 방법을 합리적으로 제한할 뿐이라고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 부동산 (매매)광고의 대체수단이 충분히 존재한다고 보이지 않는 상황에서 오로지 ‘부동산 광고’만을 금지하고 있기 때문에 이는 시간, 장소, 방법에 대한 제한이 아니라 직접적으로 광고의 ‘내용’을 제한하는 것으로 내용중립적인 제한이 아니라고 하였다.

나. Carey v. Population Services Int'l<sup>410)</sup> (1977)

버지니아 판결을 적용하여 처방받지 않은 피임약(contraceptives)을 광고하거나 전시하는 것을 금지하는 것은 수정헌법 제1조에 위배되어 위헌이라고 하였다. 뉴욕주교육법은 16세 이하의 청소년에게는 피임기구의 판매 및 배포를 금지하고 16세 이상이라도 약사 이외에는 판매 및 배포를 금지하였으며 약사를 포함하여 어느 누구도 피임기구를 광고하거나 전시하는 것을 금지하였다. 사건의 주된 쟁점은 피임기구의 판매 규제의 헌법적 정당성에 관한 것이었지만, 아울러 광고금지도 문제되었다. 연방대법원은 ‘광고에 있어서 피임기구, 약, 낙태 및 부동산 사이에 헌법적 차이(constitutional distinction)를 발견할 수 없다. 개인과 사회는 상업정보의 자유로운 유통에 실질적인 이익이 있다’고 하면서 Virginia Pharmacy 판결에 기초하여 광고 금지를 위헌이라고 판시하였다.

---

410) 431 U.S. 678 (1977).

다. Bates v. State Bar of Arizona<sup>411)</sup> (1977)

버지니아판결은 변호사들의 상업광고에도 그 원칙이 적용될 것인지에 대하여 몇 가지 의문을 남기고 있었다. 그런데, Bates 판결에서 버지니아판결을 적용하여 변호사들에게 ‘전형적인 법률서비스’(routine legal services)의 가격광고를 금지하는 아리조나주법 위헌이라고 선언하였다. 1년 후, Ohralik v. Ohio State Bar Association<sup>412)</sup> 판결에서는 변호사의 고객유치활동을 금하는 오하이오주 변호사협회규칙에 대하여 Bates 판결과 달리 합헌결정을 했는데, 이는 선례를 적용하지 않은 것이 아니라 고객의 공박 기타 부당한 방법을 이용하여 고객을 유치하는 악덕 변호사에 대한 유치활동금지는 적절하다는 취지였다.

6. Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission of New York<sup>413)</sup> (1980)

가. 사건의 개요

뉴욕시공공서비스위원회(PSC)는 에너지 절약을 위하여 에너지소비를 조장하는 일체의 광고를 금지하였다.<sup>414)</sup> Central Hudson 가스·전기회사는 전기사용을 촉진하는 광고를 하였다. 그러자 뉴욕시 당국은 이 광고를 금지

---

411) 433 U.S. 350 (1977).

412) 436 U.S. 447 (1978).

413) 447 U.S. 557.

414) 위 규칙은 1973년 연료부족이 심각하던 때에 뉴욕시공공서비스위원회(PSC)가 제정한 것인데, 연료부족 현상이 해소된 이후에도 계속 유지되었다.

할 것을 명하였다. Central Hudson 회사는 위원회가 일체의 에너지 소비광고를 금지하는 것은 수정 제1조에 위반된다고 주장하였다.

#### 나. 판결요지

상업적 언론이 수정 제1조의 보호를 받기 위해서는 다음 「사단계기준」(a four-part test)을 충족해야한다. 즉, (i) 광고가 합법적인 행위(lawful activity)에 관한 것이고 기망(misleading)하는 것이 아니어야 하며 (ii) 규제하고자 하는 정부의 이익이 실질적인 것이어야한다. 이 두가지 요건이 충족된다면, (iii) 규제가 정부의 이익을 직접적으로 증진하는 것일 것 (iv) 규제수단이 규제목적에 달성함에 필요 이상의 과도한 것이 아닐 것이라는 두가지 요건을 충족하여야한다. 이 기준을 적용하여 연방대법원은 ① 위원회가 금지한 광고는 불법적이거나 부정확한 것이 아니고 ② 에너지 절약이라는 정부의 이익은 실질적인 것이어서 앞의 두가지 요건을 충족한다. ③ 전기소비를 조장하는 광고와 에너지소비 사이에는 직접적인 관련이 있기 때문에 광고금지명령은 에너지 절약이라는 정부의 이익에 직접적으로 기여한다. 세 번째 요건도 충족한다. 그러나 비효율적인 에너지를 전환함으로써 에너지소비를 감소시키는 태양열이나 다른 에너지원과 같은 난로나 전기열 사용을 촉진하는 광고는 에너지절약을 방해하거나 공중을 기만하는 것이 아니다. 정부는 에너지 절약정책을 추진하기 위하여 광고의 형태나 내용을 제한할 수 있지만, 정부의 이익을 해하지 않는 광고까지 금지하는 것은 필요 이상의 과도한 것이다. 에너지광고의 전면금지는 위헌이다.<sup>415)</sup>

### 7. Central Hudson 판결 이후의 동향

Central Hudson 판결에서 제시된 4단계 심사기준은 이후 상업적 언론에

---

415) Powell 대법관이 쓴 법정 의견이다. 이 사건에서 Rehnquist 대법관은 반대의견을 개진하였다.

대한 합헌성 심사에 적용된다. 다만, 네 번째 요건에 대하여는 일관되지 못하였는데, 이에 대하여는 아래 ‘IV. 상업적 언론의 합헌성 심사기준’에서 구체적으로 살펴본다.

## 8. 평석

순수한 상업적 언론도 표현의 자유에 의하여 보장된다는 것이 연방대법원의 결론이다. 그럼에도 불구하고 상업적 언론은 일반적인 언론과 차이가 있다는 점 때문에 왜 상업적 언론이 비상업적 언론과 동일하게 헌법적 보호를 받아야 하는가에 대한 이론적 근거에 대한 의문이 제기된다. 즉, ① ‘단지 상업적 거래를 제안하는 표현’이 과연 표현의 자유를 보장하는 어떤 근거에 의하여 보장되는가?<sup>416)</sup> ② 과연 광고가 대의제(representative form of government)에 있어 더 나은 의사결정에 기여하는가?<sup>417)</sup> ③ 과연 광고가 사상의 자유시장의 일부분인가?<sup>418)</sup> 아니면 오로지 자기실현(self-realization) 내지 자치(autonomy)가 광고를 표현의 자유로서 보장하는 근거인가?<sup>419)</sup> ④ 만약 광고의 주된 목적이 자유시장경제를 보다 효율적으로 작동하도록 하는 것이라면, 이것이 표현의 자유를 보장하는 이론과 관련이 있는가? 위와 같은 비판에도 불구하고, 광고가 표현의 자유에 의하여 보호되어야

416) Kathleen N. Sullivan/Gerald Gunther, First Amendment Law, 170-171, Foundation Press(1999).

417) 민주주의에 있어서 경제는 정치에 종속되기 때문에 광고는 표현의 자유로 보장될 수 없다(Virginia 판결의 반대의견을 쓴 Rehnquist); 광고는 정치적 이데올로기적 표현에 종속된다. 따라서 공적 토론(public deliberation)이나 대의제에 기여하지 않는다(Jackson & Jeffries, supra).

418) 규제받지 않는 개개의 표현의 충돌이 장기적으로는 진실을 밝힌다는 생각이 자유시장론의 기초이다. 그런데 그런 생각이 단기적인 이익을 내기 위한 판매를 고조시키는 것과는 무관하다.

419) Jackson & Jeffries, Commercial speech: Economic Due Process and First Amendment, 65 Va. L. Rev. - 표현의 자유의 중심적 가치를 자치(autonomy) 내지 자기실현에 있다고 주장하는 사람들 중에서도 상업적 언론은 인간의 인격이나 자기완성의 능력이 없는 사기업에 의한 것이기 때문에 표현의 자유에 의하여 보장될 수 없다고 한다.

하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 현대사회에서 표현의 자유는 보내는 측의 자유와 함께, 받는 쪽의 자유, 즉 알권리도 보장한다. 따라서 상품 및 서비스를 선전하는 순수한 상업적 광고라도 소비자측에서 보면 중요한 생활정보의 하나이며 소비자는 그 정보를 바탕으로 보다 현명한 경제적 결정이 가능하게 된다는 자기통치의 원리에 기여한다. 따라서 광고는 알권리를 충족시킴으로써 자기통치의 가치를 구현할 수 있기 때문에 표현의 자유의 한 형태로서 보장되어야 할 것이다.<sup>420)</sup> 다만, 알권리는 현대민주국가에서 국민의 국가에 대한 정보청구권 내지 거대언론매체에 대한 접근권으로서의 의미가 있다는 점에서 과연 상업적 정보에 대한 일반 공중의 국가기관이나 언론매체가 아닌 제3자에 대한 청구 내지 접근권으로서 이해하기에는 다소 어려운 점이 있다.

둘째, 표현의 자유의 가치는 자기통치(민주주의) 뿐만 아니라 자기실현에도 있기 때문에 상업광고는 자기통치의 원리와 밀접한 관련이 없다고 하더라도 각 개인이 자기의 식견을 넓혀 풍부한 문화적 생활을 누릴 수 있게 하는 자기실현 내지 자기충족의 가치를 구현하는 불가결한 것이다. 그러나 광고표현을 자기실현의 가치로만 이해할 경우 상업적 언론도 비상업적 언론과 동등한 보호를 해야한다는 비판이 따른다.

## V. 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준

### 1. Central Hudson Test

Central Hudson Gas and Electricity Corporation v. Public Service Commission of New York, 447 U.S. 557(1980) 사건에서 연방대법원은 상업적 언론에 대한 규제에 합헌성 심사기준으로 「4단계 기준」을 제시했다. 그 내용은 첫째, 광고가 표현의 자유로서 보장받기 위해서는 그 내용이 합법적 행위에 관한 것이고 또 오도하는 것이 아니어야 한다. 둘째, 정부

420) 浦部法穂, 清水英夫, 松井.

의 규제 목적이 실질적인 것이어야 한다. 셋째, 규제가 정부의 규제목적을 직접 증진시키는 것이어야 한다. 넷째, 규제가 규제목적에 필요한 이상의 것이어서는 안된다. 이 기준은 상업적 언론 규제에 대한 위헌심사기준으로 정립되었다. 이를 분설하면 ① 광고내용이 합법적 행위에 관한 것이어야하고 오도하는 것이 아니어야한다는 것은, 광고가 불법적 행위(unlawful activity)에 관한 것이거나 소비자를 오도(misleading) 또는 기만(flauulent)하는 것은 헌법적 보호대상이 아니고, 진실하고 비오도적인(truthful and nonmisleading) 광고만이 표현의 자유에 의하여 보호된다는 것이다. 광고가 불법적 행위를 조장하거나 오해를 유발하는 것<sup>421)</sup>이라면 그 자체로 헌법적 보호를 받을 수 없고, 다음 단계에 대한 판단을 요하지 않는다. ② 광고규제를 정당화할 수 있는 정부의 실질적인 이익(substantial interest)이 존재해야한다는 것이다. 정부의 “실질적인 이익”이 무엇인가는 명확하지 않다. 다만, 정치적 표현을 규제하기 위한 정부의 “필수불가결한 이익”(compelling interest)과 비교할 때, 그 보다는 약한 것이다. 이에 대하여 연방대법원은 ‘에너지 절약’, ‘주민의 건강, 안전, 복지’ ‘도시미관’ 등이 정부의 실질적인 이익이라고 하였다. 비례원칙의 ‘입법목적의 정당성’으로 이해할 수 있다. ③ 광고규제가 정부의 이익을 “직접적으로 증진”(directly advance)하는 것이어야 한다는 것은 규제(수단)가 직접적으로 규제목적 달성을 위한 것이고, 실제로 규제목적에 기여해야한다는 의미로 이해할 수 있다. ④ 규제수단이 규제목적 달성에 있어 필요 이상의 과도한 (no more extensive than necessary)것이 아니어야 한다는 네 번째 요건에 대하여는 선택가능한 수단 중에서 가장 피해를 최소화할 수 있는 수단을 택하여야 한다는 ‘최소한의 제한수단(Least Restrictive Alternatives, LRA)’을 뜻한다고 해석하기도 하고, ‘수단이 목적을 달성하기에 적합한 것’이어야 한다는 견해가 대립되어 있었다. 전자는 일반적 언론에 대한 심사기준인 ‘엄격심사’ 요건을 뜻하고, 후자는 그보다 완화된 ‘중간심사’ 요건으로 볼 수 있다. 그 후 연방대법

421) 예를 들면, “ I will sell 1 pound of cocaine for \$ 1,000”라는 광고나 “I am the best attorney in the practice of admiralty in the N.Y. area”라는 광고의 경우를 말한다.

원은 네 번째 요건은 ‘최소한의 제한수단’이 아니라 목적과 수단 사이의 합리적 적합성(reasonable fit)<sup>422)</sup> - 완전한 적합성이 아니라도 - 을 뜻하는 것이라고 분명히 하였다가 다시 최근 Thompson v. Western States Medical Center<sup>423)</sup> 판결에서는 5:4의 결정으로 ‘최소한의 제한수단’이라고 하였다. 그 자세한 내용은 아래에서 살펴본다.

## 2. Central Hudson 이후의 판례의 동향

### 가. In Metromedia, Inc. v. San Diego<sup>424)</sup> (1981)

연방대법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 비상업적 광고게시판(bill-boards)의 설치를 금지하는 조례는 위헌이지만, 상업적인 광고게시판의 현장이 아닌 곳(off-site)의 설치를 금하는 것은 합헌이라고 하였다. 교통안전과 도시미관은 시당국의 실질적인 이익이고, 상업광고 게시판의 설치 규제는 직접적으로 당국의 이익을 증진시키며, 필요 이상의 과도한 것이 아니라고 하였다. 그러나 광고판과 교통안전 사이에 인과관계가 있다고 하더라도 상업광고를 허용하면서 비상업광고를 허용하지 않는 것은 문제라고 하면서 도시미관과 교통안전을 위해 현장광고와 비현장광고(onsite and offsite advertising)를 합리적으로 차별할 수 있지만 상업광고판이 허용되는 장소에 설치된 비상업광고판이 왜 안전운전에 더 위협이 되고 도시미관을 해치는 것인지에 대한 아무런 설명이 없다면, 시가 상업적 메시지에 대한 광고판의 내용을 선택하는 것을 조례로써 제한할 수 없다고 판시하였다.

### 나. Posadas de Puerto Rico Association v. Tourism Co.<sup>425)</sup> (1986)

---

422) ‘합리적 적합성’은 단순한 합리성(rational basis)과 준별된다. 목적과 수단 사이에 적합성을 말하고 입법자가 이를 입증해야할 부담을 진다. 합리성의 경우는 입법자가 부담을지지 않는다.

423) 122 S. Ct. 1497 (2002).

424) 453 U.S. 490 (1981).



Puerto Rico준주가 Puerto Rico 주민을 대상으로 하는 카지노 광고를 금지한 법률이 문제된 사건이다<sup>426)</sup>. 연방대법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 주민에 대한 카지노광고 금지는 합헌이라고 판결했다. 즉, ① 이 사건에서 문제된 카지노 도박은 최소한 이론적으로는 합법적인 것이고, 오도하거나 기만적인 것이 아니다. ② 과도한 도박이 주민들의 건강, 안전, 복지를 해치기 때문에 이를 보호하려는 당국의 이익은 실질적인 것이고 ③ 광고를 금지시킴으로써 당국의 이익은 직접적으로 증진되며 ④ 주민들의 도박욕구를 차단하려는 당국의 이익을 달성함에 있어서 필요 이상의 과도한 것이 아니라고 판단했다. 이 판결은 Central Hudson 기준의 첫 번째 요건과 관련하여 상업적 언론이 불법적인 것은 아니지만 담배나 알콜과 같이 넓게 보아 해로운(harmful) 것이어도 헌법적 보호를 받는다는 점을 분명히 했다고 할 수 있다.

다. Board of Trustees of the State University of New York v. Fox<sup>427)</sup>  
(1989)

이 판결에서 연방대법원은 Central Hudson 기준의 네 번째 요건이 ‘최소한의 제한수단’이 아니라 ‘목적과 수단의 적합성’(a fit between the legislature’s ends and the means chosen to accomplish those ends)이면 족하다고 분명히 하였다. 뉴욕주립대학교는 캠퍼스 내에서의 영리기업의

425) 478 U.S. 328 (1986).

426) Puerto Rico 정부는 관광산업을 증진시킬 목적으로 1948년 도박에 관한 법률 (Games of Chance Act of 1948)을 제정하여 카지노 도박장예의 출입은 관광객에만 허용하고 Puerto Rico 주민의 출입을 금지하였다. 2년 후 의회는 동법률을 개정하여 “어떠한 카지노도 광고를 할 수 없으며 그 시설을 Puerto Rico인에게 제공할 수 없다”고 규정하였다.(카지노 건물의 입간판은 허용되었음) 카지노 운영허가를 받은 Posadas는 카지노 광고를 금지한 동법률에 대한 위헌소송을 제기한 것이다. (6 Media L. Rep. 1497 (1980))

427) 492 U.S. 469.

행사를 금지하였다. 이 사건은 식기 및 용기제조업체인 Tupperware가 동 대학 기숙사에서 가정용품을 팔 목적으로 ‘Tupperware parties’라는 이름을 붙여 행사<sup>428)</sup>를 하겠다고 하자 학교당국이 이를 금지한 데서 발단이 되었다. 연방대법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 합헌이라고 판결했다. 즉, ① 합법적인 거래를 제안하는 것이고 오인시키는 것이 아니며, ② 주는 캠퍼스 내에서 학생들의 안전을 도모하고 상업적인 분위기보다는 교육적 분위기 조성에 이익이 있고, ③ 회사의 이용을 금지하는 것은 직접적으로 당국의 이익을 증진한다. 또한 ④ 안전과 교육분위기 조성을 위한 행사 금지의 목적과 수단 사이의 합리적 적합성이 인정된다고 판시하였다.

라. City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.<sup>429)</sup> (1993)

신시내티 시당국은 길거리의 안전과 좋은 환경을 유지하기 위해 길거리 신문가판대에서 광고전단을 배포하는 행위를 금지하였다. 시에는 1,500 내지 2,000개의 가판대가 있었는데 광고전단을 배포하는 가판대는 단지 62개소였다. 연방대법원은 거리의 안전과 미관을 유지하는 것은 시당국의 실질적 이익에 해당하지만, 그러나 가판대에서의 광고전단 배포금지인 시당국의 이해를 직접적으로 증진시키지 않을 뿐만 아니라 목적과 수단 사이에 적합성을 갖추고 있지 않아 위헌이라고 하였다. 특히 네 번째 요건과 관련하여 연방대법원은 Central Hudson 판례와 같이 단순히 합리적인 적합성(reasonable fit)을 기준으로 한 규제는 완전한 해결방안이 아니고 문제해결의 범위가 국가의 관련이익과 비례하여 고려되어야 한다고 하면서 최소한의 제한원칙(LRA)을 적용시켜야 한다는 의미는 아니지만 의도하는 목적을 달성하기 위한 구체적인 방안이 되어야 한다고 하였다. 즉, 62개소를 제외

---

428) 회사는 판매를 위한 가정용품을 제공하고 “재정적으로 어떻게 책임을 질 것인가 그리고 가게를 어떻게 효율적으로 꾸려 나갈 것인가”와 같은 주제로 정보를 제공하려고 하였다. 다수의견을 쓴 Scalia 대법관은 ‘문제된 언론은 상업적인(commercial) 것이므로 Central Hudson 기준이 적용된다’고 하였다.

429) 507 U.S. 410 (1993).

한 나머지 가판대에서는 계속해서 신문 등을 판매하게 되는데 이들 가판대보다 62개소의 가판대가 더 많은 쓰레기를 양산하거나 길을 어지럽힌다고 볼 수 없다는 것이다. 한편, 시당국의 조치는 상업적 내용과 비상업적 내용이라는 메시지의 차이를 가지고 규제한 것이기 때문에 단순히 시간, 장소, 방법에 의한 제한이라고 볼 수 없다면서 시당국의 주장을 배척했다.

마. United States v. Edge Broadcasting Co.<sup>430</sup> (1993)

연방법은 복권을 허용하는 주(州)의 면허를 받은 방송사를 제외한 복권광고 방송을 금지하고 있었다. Edge Broadcasting company는 복권을 허용하지 않는 North Carolina주에서 면허를 받아 운영하고 있는 라디오 방송사였다. 그런데 방송사 청취자의 90%이상이 복권을 인정하는 이웃 Virginia州的 주민이었다. Edge 방송사는 버지니아복권에 대한 광고방송을 금지하는 연방법은 수정헌법 제1조에 위반된다고 주장하였다. 연방대법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 연방법이 방송사의 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판결했다.

즉, ① 복권광고가 버지니아주에서는 합법적인 것이고, 허위나 기만적인 것이 아니므로 첫번째 요건을 충족한다. ② 입법자(연방의회)는 North Carolina주와 같이 복권을 인정하지 않는 주의 정책을 지지할 수 있다. 그것이 Virginia주와 같이 복권을 인정하는 주의 정책에 부당하게 간섭하는 것도 아니다. 도박금지는 주의 이익에 실질적이다. ③ 복권 광고방송이 North Carolina주의 반도박정책을 훼손하는 것이 분명하므로 이 법률조항은 직접적으로 당국의 이해를 증진시킨다. ④ 목적과 수단 사이에 적합성이 있다.

바. 44 Liquormart v. Rhode Island<sup>431</sup> (1996)

---

430) 509 U.S. 418 (1993).

431) 116 S. Ct. 1495 (1996).

1956년, 로드아일랜드주는 알콜성 음료의 광고를 규제하는 두 개의 법률을 제정했다. 그 첫째 법률은 주류업자 및 타주의 주류 제조업자, 도매업자, 운송업자들에 의한 일체의 광고를 금지하였고, 또 다른 법률은 언론매체가 알콜 음료의 가격에 관한 광고를 게재 또는 방송하는 것을 금지했다. 1991. 상고인(44 Liquormart)는 한 신문에 자신의 업소의 알콜음료가격(맥주가격)이 저렴한함을 나타내는 광고를 실었다. 주당국은 상고인에게 벌금을 부과하고 광고중지명령을 내렸다. 상고인은 이 주법들이 표현의 자유에 대한 침해라고 주장하여 제소하였다. 사실심에서 주당국은 이들 규제가 직접적으로 음주 절제를 증진시킨다고 반박하였다. 지방법원은 연방대법원의 선례인 Central Hudson 판결에 의거하여 위 주법들이 위헌이라고 판결했다. 반면 제1항소법원은 원심을 파기하였다.

연방대법원 다시 항소법원 판결을 파기했다. 대법관들은 판결에 전원일치를 이루었으나, 그 의견은 여럿으로 갈라졌다. Stevens 대법관이 제시하고 Kennedy, Souter, Ginsburg 대법관이 동조한 상대다수견(plurality opinion)에 의하면, 수정 헌법 제1조는 합법적인 생산품과 서비스에 관한 진실하고 비오도적인(truthful and nonmisleading) 상업적 메시지의 전파를 보호하며, 공중이 진실하고 비오도적인 상업적 정보를 현명치 못하게 사용할 것이라는 주정부의 가부장주의적인 가정은 상업적 정보의 억압을 정당화 할 수 없다고 보았다.

그러나 한편, Stevens 대법관은 선례인 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. 판결을 인용하면서 정확한 정보를 받을 공중의 이익을 위하여 상업적 언론에 대한 어느 정도의 규제는 인정된다고 보았다. 또한 Central Hudson 판결에서 제시된 다음과 같은 점을 강조했다. 즉, 언론과 무관한 정책적 동기로 상업적 언론을 전면 금지한 경우에는 법원은 그 심사에 있어 “특별한 주의”(special care)를 기울여야 한다는 것이다. 이에 따라 그는 지적하기를, 알콜소비감소에 대한 주의 이익은 “실질적”이라고 하더라도 광고의 전면금지가 직접 그러한 이익을 증

진시킬 것이라는 증거는 없다고 보았다. 또한 그는 규제가 필요이상이어서는 안 된다는 요건이 충족되지 않았음을 주목했다. Central Hudson 기준의 3번째와 4번째 요건을 충족하지 못했다는 것이다.

사. Thompson v. Western States Medical Center<sup>432)</sup> (2002)

연방대법원은 특정 조제약(compounded drugs)의 광고 및 판촉을 금지한 연방법을 표현의 자유를 침해하여 위헌이라고 선언하였다. 연방식품의약품법<sup>433)</sup>은 특정 조제약(compounded drugs)의 광고 및 판촉을 금지하였다. 제약회사들은 대규모로 약을 조제하여 약사들에게 공급하였고 약사들은 이와 같이 미리 조제된 약품을 환자들에게 팔았다. 약사들은 위 연방법률이 수정헌법 제1조가 보장하는 상업적 인론의 자유를 침해하는 것이라는 이유로 위헌소송을 제기하였다. 정부는 특정 조제약의 광고 및 판촉을 금지하는 이유는 약사들에 의한 소규모 조제는 경제적으로 수지가 맞지 않기 때문에 제약회사에 의한 대규모 조제행위가 압도할 것이고 이는 식약청의 신약승인절차를 무의미하게 만들 수 있다고 지적하면서 조제약의 광고 및 판촉을 금지하는 법률은 정부가 소규모 조제행위와 대규모 조제행위 사이의 선을 긋는 것이라고 하였다.<sup>434)</sup>

제1심 법원은 Central Hudson 기준을 적용하여 이 법률조항이 수정헌법 제1조에 위반된다고 하였다. 정부는 항소하였고 항소법원은 조제약의 광고

---

432) 535 U.S. 357, 122 S.Ct. 1497.

433) Food and Drug Administration Modernization Act (FDAMA).

434) 정부는 조제약의 광고 및 판촉 금지의 목적을 다음과 같이 주장하였다. 첫째, 식약청의 신약승인(新藥承認)절차는 공중의 건강을 보호하기 위한 것인데 대규모로 미리 조제된 약이 팔리게 되면 신약승인절차의 효용을 해칠 뿐만 아니라 공중의 건강을 훼손할 여지가 있고 둘째, 대규모 조제약의 광고 및 판촉을 허용하면 특별한 의학적 이유로 식약청에서 승인된 약품을 상업적으로 이용할 수 없는 환자들의 조제약 복용을 보호할 필요가 있으며 셋째, 식약청의 신약승인절차의 필요성과 개별적인 필요에 따라 자신에게 맞는 약을 복용해야 할 환자를 위한 조제행위의 필요성이라는 두 가지 공익 사이의 균형을 맞추기 위하여 조제약의 광고 및 판촉을 금지할 필요가 있다고 하였다.

및 관측금지가 정부의 이익을 직접적으로 증진시킨다는 점 또는 덜 제한적인 대체수단이 존재하지 않는다는 점을 정부가 입증하지 못함으로써 Central Hudson 기준을 통과하지 못한다는 이유로 위헌이라고 하였다.

연방대법원은 위 금지규정이 수정헌법 제1조가 보장하는 상업적 언론을 제한하는 것으로 헌법에 위반된다고 결정하였다. 그러나 9명의 재판관 중 5명만 위헌의견에 동참했고 나머지 4명<sup>435)</sup>은 반대하였다. Thomas 대법관이 집필한 다수의견에 의하면 광고금지는 Central Hudson 기준의 4번째 요건을 충족하지 못했다고 하였다. 그 요지는 다음과 같다.

조제약의 광고 및 관측을 금지하는 것이 정부의 이익을 직접적으로 증진시킨다고 할지라도 정부는 조제약의 광고 및 관측금지가 필요 이상의 과도한 제한이 아니라는 점을 입증하여야만 한다. 그러나 정부는 이를 입증하지 못하였다. 만약 정부가 상업적 언론을 제한하지 않는 방법으로 목적을 달성할 수 있다면 정부는 그렇게 해야만 한다. 정부는 이 사안에서 언론규제와 관련없는 방법으로도 (소규모) 조제와 대규모의 상업적인 제조 사이의 선을 그을 수 있다. 예를 들면 약의 조제에 있어서 상업적 규모의 제조 또는 심사 장비의 사용을 금지할 수 있고, 약사들로 하여금 처방전을 받기 전에 미리 약을 조제해 놓는 행위를 금지하거나 다른 주의 약사나 약품도매상들에게 대량으로(도매로) 조제약을 제공하는 것을 금지할 수 있다. 그러나 정부는 위와 같은 방법들이 신약승인절차를 해할 정도의 대규모 조제 행위를 막기에 왜 부족한지에 대한 아무런 이유를 제시하지 못하였다.

연방대법원은 Central Hudson 기준의 네 번째 요건을 최소한의 제한수단으로 보고 매우 엄격하게 해석한 것이다.

### 3. 평가

전통적으로 연방대법원은 표현의 자유에 대하여 내용에 근거한(content-based) 제한은 엄격한 심사(strict scrutiny)를, 내용 중립적인(content-

---

435) 대법관 Breyer, Stevens, Ginsburg, Rehnquist.

neutral) 행위나 시간, 장소, 방법에 대한 제한은 그 보다는 완화된 중간적 심사를 해 왔다. 그러나, 위 Central Hudson 판결에서 제시된 심사기준은 전통적으로 언론자유 제한에 대한 엄격한 심사기준(strict scrutiny)보다는 약한 것이다. 그 내용은 중간적 심사척도(intermediate scrutiny)에 해당된다. 그런 점에서 상업적 언론에 부여되는 헌법적 보장은 아직 비상업적 언론에 대한 헌법적 보장에는 미치지 못한다고 할 수 있다.<sup>436)</sup>

이 같은 현재의 상황에 대해 비판적 견해가 제시되고 있는데, 그 요지는 다음과 같다. 상업적 언론도 비상업적 언론과 마찬가지로 공공적 담론(public discourse)에 기여할 수 있고, 정치적 언론과 마찬가지로 공공적 중요성을 지닐 수 있다. 경제적 정보의 자유로운 유통으로 인한 공공적 가치는 크다. 현대사회의 공공적 담론에서 정치적 언론과 상업적 언론의 역할을 구별하는 것은 더 이상 적절치 못하다. 상업적 언론이 공공 생활을 지배하고 있기 때문에 상업주의로부터 공공적 담론을 분리할 수 없는 것이다. 따라서 일정한 상업적 언론에 대해서는 비상업적 언론과 동등한 헌법적 보호를 줄 필요가 있다.<sup>437)</sup>

한편, 위에서 본 바와 같이 상업적 언론에 대한 연방대법원의 태도가 유동적인 상황에서 과연 Central Hudson 기준이 아직도 유효한가라는 의문이 든다. 특히 연방대법원은 Central Hudson 기준의 4번째 요건과 관련하여 합리적 관련성이 있을 것을 요한다고 했다가 최근에는 최소한의 제한수단이어야 한다고 판시하고 있다. 이는 일반적인 표현의 자유 제한에 대하여 적용되는 엄격한 심사기준을 뜻하는 것으로 볼 여지가 있다. 그러나 Central Hudson 기준의 4번째 요건에 대한 해석이 한결같지 않은 것은, 연방대법원의 태도가 일관되지 않다가 보다는 자유로운 정보유통의 보장과 공익에 반하는 광고 규제의 필요성이라는 두 가지 공익사이에서 연방대법원이 구체적인 사건에 따라 합리적인 결론을 내리려는 노력의 결과로 볼

436) 양건, 표현의 자유에 관한 1990년대 미국 연방대법원 판례의 동향, 미국헌법연구 제11호(2000), 242쪽.

437) 양건, 앞의 글(The Supreme Court-Leading Cases, 110 Harvard. L. R. 222~225).

수 있다. 연방대법원의 이와 같은 노력에는 수정헌법 제1조는 표현이 상업적인가 그렇지 아니한가를 묻지 않고 모두 보장하고 있다는 전제에 따른 것이다. 정보의 자유로운 유통은 상업적인가 비상업적인가에 따라 항상 질적인 차이가 있다고 할 수는 없다.

다만, Blackmun 대법관의 지적대로 상업적 언론과 비상업적 언론은 상식적 차이가 있고 헌법이 보장하는 표현의 자유의 핵심은 비영리적 언론이란 점은 부인할 수 없다. 그렇다면 헌법의 보장이 미치는 표현행위 속에는 영리적인 것과 비영리적인 것이 존재하며 원칙적으로 그 보장의 정도에 차이가 있다(위헌심사기준에 차이가 있다)고 할 것이다.<sup>438)</sup>

결론적으로 연방대법원의 상업광고에 대한 합헌성 심사기준은 원칙적으로 중간적 심사기준이 적용된다고 할 것이다. 그러나 직접적인 정보를 차단하는 특정광고내용<sup>439)</sup>의 전면금지나 ‘진실하고 기만적이지 아니한 합법적인 광고’를 금지하는 경우에는 입법자가 그와 같은 금지의 필요성과 효과 및 대체수단의 존부를 반드시 입증해야 할 것이므로 엄격한 심사가 적용된다고 할 것이다.

## VI. 헌법재판소 판례의 동향

### 1. 개관

헌법재판의 역사가 짧고 상업적 언론의 헌법적 보장에 대한 논란이 많지는

438) 그렇다면, 상업적 언론(광고)이 표현의 자유에 의하여 보장된다는 실질적 의미는 거의 사라진다는 비판이 따른다. 그러나 표현의 자유는 자기실현의 가치를 기본에 둔 자기통치의 가치에 의해 지지된다고 보면 알권리는 개인의 인격의 발전과 자기실현을 가능하게 하기 위한 개인권이고, 그것과 함께 정치적인 의사형성의 전제로 될 정치과정의 참가를 확실하게 하기 위한 공공적인 성격을 가지는 권리로서 현대적 의의가 있다고 해석한다면, 센트럴 허드슨 기준과 같이 일반적인 표현의 자유의 시간, 장소, 방법에 대한 제한의 입법의 위헌심사기준에 해당하는 소위 중간심사기준을 사용하는 것도 합리적 이유가 있다고 할 수 있다. (橋本公貞, 戶波江二, 헌법의 쟁점, 유배각)

439) 광고 내용에 따라 특정상품의 판매를 위한 순수한 상업광고, 상품지식의 계몽을 목적으로 하는 광고, 무형의 능력, 기능에 대한 광고, 의사전달의 목적을 동시에 가지는 광고(서적판매광고)등으로 구별될 수 있다.



않았기 때문에 많은 상업광고 관련 사례가 헌법재판소에서 다뤄지지 못했다. 더욱이 상업광고 표현이 헌법상 어느 정도 보호되는지에 대한 판단을 받은 것은 3-4건에 불과하기 때문에 헌법재판소의 판례의 동향을 분석하기에는 충분하지 않다.

예컨대 방송광고의 사전심의제의 위헌성을 제기한 (i) 방송법 제17조 제3항 등 위헌확인 사건,<sup>440)</sup> 변호사의 업무광고 규제의 위헌성을 제기한 (ii) 변호사법 제23조 제2항 위헌확인 사건<sup>441)</sup> 등은 본안판단을 받았더라면 상업광고의 헌법적 보장에 관한 leading case가 될 수 있었다. 그러나 위 사건들은 적법요건 미비로 각하되었다. 처음으로 상업광고 규제에 대하여 본안판단이 내려진 것은, 광고방법을 제한하는 옥외광고물관리법 및 동법시행령에 대한 사건이었다. 위 판결에서 헌법재판소는 상업광고가 헌법상 표현의 자유의 보호영역에 포함된다고 분명히 선언하였다. 그러나 상업광고가 헌법상 표현의 자유에 의하여 보장되는 근거에 대하여는 일관성있게 제시하지 못했고 상업적 언론과 비상업적 언론의 구별 내지 차이를 두지 않았다. 따라서 상업광고 규제에 대한 별도의 위헌심사기준을 적용하지도 않았다.

상업광고가 헌법상 표현의 자유에 의하여 어느 정도 보호되는지 그리고 상업광고를 규제하는 법률에 대한 위헌심사기준은 무엇인지를 다룬 것은 2005년의 의사의 업무광고제한에 관한 의료법 제69조 등 위헌제청사건<sup>442)</sup>에서 비로소 이루어졌다. 이 사건은 처음으로 언론을 상업적인 것과 비상업적인 것으로 구별을 시도하고 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준을 제시했다는 점에서 획기적인 것이었다. 그러나 이 판례가 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준을 정립한 것은 아니다. 여러 가지 점에서 의문이 있다. 앞으로 보다 다양한 쟁점에 대한 판례를 기다려봐야 할 것으로 보인다.

그렇지만 우리 헌법재판소 판례의 흐름을 살펴보는 것은 나름대로 의미가 있다. 미국 연방대법원 판례와 어떤 차이가 있는지를 비교·검토해 봄으로써 우리 판례의 합헌성 위헌심사의 기준을 정립하는데 도움이 될 수 있기 때문이다.

440) 헌재 1998.11.26. 94헌마207, 판례집 10-2, 716, 716-717.

441) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마490, 공보 71.

442) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189.

의료법 이전의 판결과 의료법 판결로 나누어 살펴본다. 다만, 의료법 이전의 판결은 다시 ① 광고방법에 대한 제한과 ② 광고내용에 관한 제한으로 나눈다.

## 2. 광고표현의 방법에 대한 제한

### 가. 옥외광고물등관리법 제3조 위헌소원<sup>443)</sup> (1998년)

옥외광고물법 제3조는 옥외광고물을 표시·설치하는 경우 시·도지사의 사전허가를 받도록 규정하였다. 서울시장은 서울신문사가 건물 옥상에 설치한 기존의 전광판이 개정된 법령의 기준에 미달한다는 이유로 기간갱신청구를 거절하고 교체를 요구하였음에도 이에 응하지 않자 강제철거를 하려고 하였다. 이에 서울신문사가 위 법조항에 대하여 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 옥외광고물을 설치하는 경우 사전허가를 받도록 한 위 법조항에 대하여 합헌판결을 내렸다. 그 요지는 이렇다. 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의 자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다. 미관풍치와 미풍양속을 유지하고 공중에 대한 위해를 방지함을 목적으로 하고 있어 입법목적의 정당성이 인정된다. 광고물 관리를 사후적인 지도·감독에만 의존하게 되면 효과적인 광고물 관리를 어렵게 할 것이므로, 사전허가제도의 필요성이 있다. 제한되는 지역을 한정하고, 표시 또는 설치의 방법 등에 신고 및 허가 기준에 관하여도 제한을 필요최소한으로 규정하고 있다. 그렇다면 이 법 제3조는 그 입법목적에 필요한 범위 내에서 최소한의 규제만을 규정하고 있다고 할 것이므로, 헌법 제37조 제2항이 정하는 과잉금지원칙에 위반된다고 볼 수 없다.

---

443) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118-130.

나. 옥외광고물등관리법시행령 제13조 제9항 위헌확인 사건<sup>444)</sup> (2002년)

옥외광고물등관리법시행령 제13조 제9항은 운전자들의 운전과 보행자들에게 산란함을 야기하여 운전과 보행에 방해되지 않도록 교통수단(자동차)에 타인의 관한 내용의 광고를 부착하는 것을 원칙적으로 금지하였다. 즉, 교통수단을 이용한 광고는 교통수단 소유자 자신에 관한 내용의 광고만 허용하였다. 주식회사 카드레스는 광고를 수주받아 자가용 승용차를 가진 사람들을 대상으로 그들에게 대가를 지불하고 의뢰받은 업체의 광고를 자가용에 부착하는 방식으로 자가용 등 비영업용 차량을 광고매체로 활용하는 광고대행업을 하려고 하였으나 위 시행령에 의하여 금지되자 위 시행령 조항이 헌법에 위반된다는 이유로 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 도로안전과 환경·미관을 위하여 자동차에 광고를 부착하는 것을 제한하는 것은 일반 국민들과 운전자들의 공공복리를 위한 것으로 제한이 가능하다고 하면서 시행령은 합헌이라고 하였다. 그 요지는 이렇다. 광고가 단순히 상업적인 상품이나 서비스에 관한 사실을 알리는 경우에도 그 내용이 공익을 포함하는 때에는 헌법 제21조의 표현의 자유에 의하여 보호된다. 국민의 알권리는 국민 누구나가 일반적으로 접근할 수 있는 모든 정보원으로부터 정보를 수집할 수 있는 권리로서 정보수집의 수단에는 제한이 없는 권리이다. 알권리의 정보원으로서 광고를 배제시킬 합리적인 이유가 없으므로 광고는 이러한 관점에서도 표현의 자유에 속한다.<sup>445)</sup>

헌법재판소는 표현의 방법에 대한 제한은 비례의 원칙의 준수 하에서 가능하다고 하면서 비례원칙을 적용하였다. 자동차에 타인에 관한 내용의 광고 금지하는 도로교통의 안전과 도시미관을 위한 것으로 정당하고 이를 위하여 광고의 매체로 이용될 수 있는 차량을 제한할 필요성이 있다고 하였다. 자동차 소유자 자신에 관한 내용의 광고는 허용하면서 타인에 관한 내용의 광고를 금지하

444) 헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 856-885, 위 사건의 정식 사건명은 “옥외광고물등관리법 제3조 제1항 제6호 등 위헌확인”이지만 실제 심판의 대상이 된 것은 동법 시행령이었다.

445) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124.

는 것은 도로교통의 안전과 도시미관을 해치지 않는 적절한 수준으로 제한하려고 한 것이라고 판시하였다. 끝으로 자동차에 타인에 관한 광고표시를 허용함으로써 표현의 자유를 통해 얻을 수 있는 개인의 이익보다는 자동차에 타인에 관한 광고를 금지함으로써 얻을 수 있는 공익이 더 크다고 판결하였다. 이 사건 시행령조항이 표현의 자유를 침해하지 않는다고 하였고 하였다.

#### 다. 평가

먼저 두 판결은 모두 상업광고가 헌법 제21조의 언론·출판의 자유에 의하여 보호된다고 보았다. 그러나 그 근거는 서로 다르다. 첫 번째 판결(이하 ‘광고판설치허가제판결’이라고 약칭함)은 광고물이 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하기 때문이라는 것이고, 두 번째 판결(이하 ‘자동차광고금지판결’이라고 약칭함)은 광고가 알권리의 정보원이기 때문에 표현의 자유에 포함된다고 하면서 광고 내용에 ‘공익’이 포함될 때 표현의 자유의 보호대상이라는 것이다. 그러나 이 판결들은 다음과 같은 비판을 면할 수 없다. 광고판설치허가제 판결은 언론의 정보 전달적 기능에만 초점을 맞추으로써 불법적 정보를 전파하는 경우도 헌법적 보장이 부여된다는 불합리한 결론을 낳게 된다. 또한 상업적 언론과 비상업적 언론 사이에 아무런 차이가 없게 된다. 자동차광고금지 판결은 광고가 공익을 포함할 때 표현의 자유의 보호대상이 된다고 함으로써 과연 순수한 상업광고가 표현의 자유의 보호대상이라는 것인지 불명확하게 한다. 특히 후자의 입장은 상업 광고가 공익에 기여할 수 있는 가치있는 정보인 경우에만 수정 헌법 제1조에 의하여 보호된다고 한 1975년의 미국 연방대법원의 *Bigelow v. Virginia*<sup>446)</sup> 판결의 입장과 같은 것으로 이해될 수 있다.<sup>447)</sup> 그러나 위와 같은 주장은 미국에서 이미 자취를 감추었다.

---

446) 421 U.S. 809.

447) 동 판결은 순수한 상업광고가 수정 헌법 제1조에 의하여 완전한 보호를 받는 것인지 명확하지 않다는 평가를 받고 있다.

위 두 판결을 모두어 보면, 전자는 광고 내용에 공익이 포함되어야만 표현의 자유에 포함된다는 것이고 후자는 알권리의 정보원이기 때문에 표현의 자유에 포함된다는 것인데 양 논거의 관련성을 찾기가 어렵다. 또 두 판례는 상업적 언론과 비상업적 언론을 전혀 구별하지 않았다. 옥외광고물이 상업적인 용도로 더 많이 사용되기는 하겠지만 정치적 광고로 사용될 수 있다. 더욱이 서울신문사는 표현의 자유의 주체이기도 하다. 규제 대상이 광고의 내용이 아니라 광고의 방법에 대한 것으로 판단하였기 때문으로 보이는 하지만, 비상업적 광고판에 대한 사전허가제의 문제도 쟁점이 될 여지가 있다. 그러나 헌법재판소는 이런 문제는 전혀 언급하지 않았다.

한편, 위 판례들에 적용된 합헌성 심사기준에 대하여 보면, 전자는 과잉금지 원칙에 의한 엄격한 심사를 하였는데 이는 적절하다고 보기 어렵다. 왜냐하면 통상 표현의 자유에 대한 시간, 장소, 방법 규제의 합헌성 심사에 있어서 완화된 심사기준을 적용하기 때문이다. 더욱이 미국 연방대법원은 상업광고의 내용 규제의 합헌성 심사에도 중간 심사기준을 정립하고 있다. 헌법재판소가 이 사건의 사전허가제가 '상업광고'의 '방법'을 규제하는 것으로 보았다면 보다 완화된 심사(중간 심사)기준이 적용됐어야 했다. 후자는 광고표현의 방법에 대한 제한인지 내용에 대한 제한인지 분명하지 않다 관점에 따라서 달리 볼 여지가 있다. 교통수단에 대한 광고금지이지만, 타인에 관한 광고와 자기에 관한 광고를 구별하여 후자만 허용하는 것은 광고의 내용에 대한 것으로 볼 수도 있기 때문이다. 그러나 그 구별이 광고의 내용에 대한 것이라고 하더라도 지극히 가치중립적이다. 그렇다면 이 사건에도 중간적 심사기준이 적용되어야 한다. 헌법재판소는 광고 허용으로 인한 개인의 이익과 금지로 인하여 얻게 되는 공익을 비교형량하고 있을 뿐, 최소한의 제한수단 기준을 적용하고 있지는 않다. 넓은 의미의 중간적 심사기준을 적용한 것으로 평가할 수 있는데 이는 적절한 것으로 보인다.

### 3. 광고내용에 대한 제한

#### 가. 식품등의표시기준 위헌확인<sup>448)</sup> (2000년)

식품의약품안전청은 음주로 인한 건강위해적 요소로부터 국민의 건강을 보호할 목적으로 식품 또는 의약품에 ‘음주전후, 숙취해소 등’ 음주를 조장하는 내용의 표시를 금지하였다. 청구인은 “숙취해소용(宿醉解消用) 천연차(天然茶) 및 그 제조방법”에 관하여 특허권을 획득하였는데, 자신이 발명한 방법으로 생산한 천연차에 그 특허표시인 “숙취해소용 천연차”라는 표시를 하지 못하게 되자 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 “음주전후”, “숙취해소”라는 표시는 이를 금지할 만큼 음주를 조장하는 내용이라 볼 수 없다는 이유로 식품의약품안전청의 고시를 위헌이라고 선언하였다. 그 요지는 이렇다. 식품에 숙취해소 작용이 있음에도 불구하고 이러한 표시를 금지하면 숙취해소용 식품에 관한 정확한 정보 및 제품의 제공을 차단함으로써 숙취해소의 기회를 국민으로부터 박탈하게 될 뿐만 아니라, 보다 나은 숙취해소용 식품을 개발하기 위한 연구와 시도를 차단하는 결과를 초래한다. 위 규정은 숙취해소용 식품의 제조·판매에 관한 영업의 자유 및 광고표현의 자유를 과잉금지원칙에 위반하여 침해하는 것이다.

이 판결은 광고의 내용을 제한하는 조치에 대하여 광고표현의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 판시한 최초의 판결이라는 점에서 그 의미가 크다.

#### 나. 식품위생법 제11조 제1항 위헌확인<sup>449)</sup> (2000년)

식품위생법 제11조 제1항은 국민의 건강보호를 위하여 식품 내지 식품첨가

448) 헌재 2000. 3. 30. 99헌마143, 판례집 12-1, 404.

449) 헌재 2000. 3. 30. 97헌마108, 판례집 12-1, 375, 390-391.

물의 표시에 있어서 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고 및 질병의 치료에 효능이 있다는 내용의 표시·광고를 금지하였다. 스쿠알렌과 같은 건강식품을 판매하는 청구인은, 자신이 판매하는 제품에 질병치료에 효능이 있다는 표시가 금지되자 위헌소송을 제기하였다. 청구인은 식품은 인체의 면역 기능과 자연치유력을 보완하여 질병을 치료하고 건강을 회복시키는 기능이 있음에도 “식품”에 대하여 질병의 치료·경감·처치 또는 예방의 기능이 있다는 표시·광고를 전면금지하는 것은 헌법에 위배된다고 주장하였다.

이에 대하여 헌법재판소는 위 법령조항을 식품이 질병의 치료 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고만을 규제하는 것으로 한정적으로 해석·적용하는 한 헌법에 위배되지 않는다고 하였다.

식품의 효능에 관한 표시·광고는 식품의 제조·판매에 관한 직업행사의 자유(영업의 자유)의 제한일 뿐만 아니라 표현의 자유의 보호대상<sup>450)</sup>임을 분명히 하였다. 나아가 식품의 약리적 효능에 관한 허위·과대광고는 의약품인 양 소비자를 오도하여 국민건강을 해칠 수 있어 규제되지 아니하면 안 되지만 특정 식품에 약리적 효능이 있는 이상 그에 관한 표시·광고를 전부 금지하는 것은 입법취지에 어긋날 뿐만 아니라 과잉제한으로서 헌법적으로 용납되지 아니한다고 하였다. 그러면서도 위 법령조항은 식품광고로서의 본질과 한계를 벗어나 질병의 치료 등을 직접적이고 주된 목적으로 하는 의약품으로 혼동·오인하게 하는 표시·광고만을 규제하는 것으로 한정적으로 풀이하여야 한다고 하면서 위와 같이 한정하여 해석하는 한 식품제조업자 등의 영업의 자유, 광고표현의 자유를 침해하지 않는다고 하였다.

이 판결은 진실하고 비오도적인 광고는 표현의 자유에 의하여 보호된다는 것과 진실한 정보의 자유로운 유통을 전부 금지하는 것은 헌법상 허용될 수 없음을 분명히 하였다. 이는 미국연방대법원이 ‘진실하고 기만적이지 않은 합법적인 광고’는 표현의 자유에 의하여 보호된다고 일관되게 판시한

450) 헌재 2000. 3. 30. 97헌마108, 판례집 12-1, 375, 390.

것과 전체에 있어서 그 맥락을 같이 한다고 볼 수 있다. 또한 진실한 광고라도 오도할 위험이 있는 광고는 금지될 수 있다고 하였다. 그러나 정보 전달의 대체수단의 존재가능성을 전면 부인하는 경우에는 엄격한 심사가 행해질 수 있다는 것을 보여주었다. 한편, 표현의 자유를 규제하는 법문을 한정적으로 축소하여 해석하는 한 합헌이라고 함으로써 이른바 표현의 자유에 있어서 ‘광범하기 때문에 무효의 원칙’이 적용되지 않는다는 취지로 해석할 여지를 남기고 있다.

그러나 이 판결은 다음과 같은 문제점을 안고 있다. 이 사건에서 문제된 언론은, 상품의 구매를 제안하고 촉진하는 전형적인 상업 광고 즉, 상업적 언론이다. 따라서 헌법재판소는 처음부터 문제의 언론이 상업적 언론이라는 정의를 내리고 출발했어야 했다. 그렇지만 헌법재판소는 문제된 언론이 상업적인지 비상업적 것인지 구분하지 않고 단지 정보의 진실성에 초점을 맞추었다. 그 결과 상업적 언론 규제에 대하여 별도의 합헌성 심사기준이 제시 될 수 없었다. 한편, 헌법재판소가 광범하기 때문에 무효의 원칙을 이 사건에 적용할 것이지는 숙고한 것으로 보이지 않는다.

#### 다. 식품위생법 제2조 등 위헌소원<sup>451)</sup> (2004년)

2004년에 헌법재판소는 식품 내지 식품첨가물의 표시에 있어서 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고 및 질병의 치료에 효능이 있다는 내용의 표시·광고를 금지한 식품위생법 제11조 제1항에 대하여 종래 판결에 따라 다시 합헌 결정을 하였다. 스타미네랄이라는 건강식품을 제조, 판매하는 청구인이 자신의 제품에 필수영양소가 들어 있음을 이유로 ‘약리효과가 있다는 표시’를 하여 처벌을 받았다. 그러자 청구인은 위 법조항이 헌법에 위반된다고 위헌소원을 제기한 것이다.

헌법재판소는 97헌마108 판결을 확인하면서 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였다. 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 소비자가 식품을 의약품으

---

451) 2004. 9. 28. 2003헌바6.



로 혼동할 우려가 있는 표시나 광고를 금지하고 있는 것이며, 식품을 의약품으로 혼동할 우려가 없는 표시나 광고까지 금지하고자 하는 것은 아니라고 하였다. 헌법재판소는 '식품을 의약품과 혼동할 우려가 있는 표시·광고가 무엇인지' 하는 것은 식품과 의약품의 상이한 기능과 목적을 기준으로 하여 판단된다고 하면서 '식품을 의약품으로 혼동할 우려가 있는 표시·광고'란, 소비자로서 하여금 ..... 잘못된 정보를 제공하는 표시·광고에 한한다고 판시하였다. 이 판결에도 위 97헌마108 판결의 문제점은 그대로 남아있다.

라. 약사법 제55조 제2항 위헌확인<sup>452)</sup> (2004년)

약사법은 의약품이 아닌 것에 대하여 의학적 효능·효과가 있는 것으로 오인될 우려가 있는 표시·광고를 금지함으로써 식품에 대하여 그 약리적 효능에 대한 표시·광고를 금지하였다. 청구인은 스타미네랄이라는 건강보조식품을 제조·판매하는 자인데, '스타미네랄을 복용하고 질병을 치료하였다는 체험담이 수록된 책자 1,000부를 제작한 다음, 스타미네랄을 판매하면서 이를 교부하여 의학적 효능·효과 등이 있는 것으로 오인될 우려가 있는 광고를 하였다는 이유로 기소되었다. 헌법재판소는 97헌마108 판결 취지에 따라 약사법 규정이 합헌이라고 하였다. 위 판결과 마찬가지로 광고표현의 자유에 대한 제한을 주요 쟁점으로 보지 않고 직업의 자유 제한을 주된 쟁점으로 보았다. 즉, 식품의 효능에 관하여 표시·광고는 식품제조업자 등의 직업행사의 자유(영업의 자유)를 제한함과 아울러 상업적 광고표현의 자유를 제한한다고 하였다. 판단구조도 직업의 자유 침해 여부와 표현의 자유 침해 여부를 따로 떼어서 별도로 심사하지 않고 한데 묶어서 한꺼번에 심사하였다.

---

452) 헌재 2004. 11. 25. 2003헌마104, 판례집 16-2, 355, 370-371.

마. 평가

위 판결들에서 몇 가지 공통점이 발견된다. 첫째, 광고 제한의 본질을 직업행사의 자유(영업의 자유)에 대한 제한으로 보고 표현의 자유에 대한 제한은 부수적인 것으로 인식한다. 둘째, 상업적 언론과 비상업적 언론을 구별하지 않는다. 셋째, 광고 규제 법률에 대한 별도의 합헌성 심사기준을 적용하거나 제시하지 않고 통상의 과잉금지심사를 적용한다. 위와 같은 공통점은 아직까지 상업 광고의 헌법적 보장에 대한 기준을 갖고 있지 않다는 점을 시사한다. 광고가 영업행위의 일환인 경우에는 마땅히 영업의 자유의 보호대상이 된다. 그러나 그렇다고 하여 표현의 자유에 의한 보호가 약화되는 것은 아니다. 기본권 보호규범은 각기 추구하는 목적과 내용이 항상 일치한다고 할 수 없으므로 기본권 제한의 합헌성은 특별한 사정이 없는 한 각 기본권 규정에 의거하여 개별·독립적으로 심사함이 바람직하다. 표현의 자유와 직업행사의 자유의 내용이 동일하다고 할 수 없으므로 그 규제에 대한 합헌성 심사기준도 같다고 볼 수 없다.<sup>453)</sup> 상업적 언론과 비상업적 언론을 구분하지 않고 과잉금지라는 동일한 심사기준을 적용하여 한데 묶어 한꺼번에 그 합헌성을 심사하는 것은 각 기본권의 특성을 무시하는 것이고 궁극적으로 기본권 보장에 허점이 생길 수 있을 것이다. 위와 같은 점에도 불구하고 위 판결들은 ‘진실하고 기만하지 않는 합법적인 광고’는 헌법상 표현의 자유에 의하여 보호된다는 점을 분명히 하였다는 점에서 상업 광고의 헌법적 보장의 기틀을 마련했다고 할 수 있다.

453) 물론 경합하는 기본권 보장의 핵심적 내용이 일치한다면 동일한 합헌성 심사기준이 적용될 여지도 있다.

#### 4. 의료법 제69조 등 위헌제청<sup>454)</sup> (2005)

##### 가. 사건의 개요

의료법은 허위 또는 과장된 의료광고로부터 의료소비자를 보호하고, 안전성이 검증되지 않는 의료인의 기능이나 진료방법에 관한 광고로 인한 불필요한 의료행위나 의료사고를 방지하고, 환자유치를 위한 과당경쟁으로 인한 의료질서의 문란을 예방하기 위하여 특정의료기관이나 특정의료인의 기능 및 진료방법에 관한 광고를 금지하고 있다. 제청신청인은 안과 의사인데, 자신이 운영하는 안과병원 인터넷 홈페이지에 자신의 진료모습이 담긴 사진과 함께 외국에서 연수한 약력(경력), 라식수술에 대한 진료방법을 게재하는 등 특정의료인의 기능, 진료방법에 관하여 광고를 하였다는 이유로 기소되어 서울중앙지방법원에서 재판을 받던 중 의료광고를 제한한 의료법 제46조 제3항 및 이에 대한 처벌을 규정한 동법 제69조가 헌법에 위반된다고 주장하면서 위헌여부심판의 제청신청을 하였고, 위 법원은 이를 받아들여 헌법재판소에 제청한 것이다.

##### 나. 판결요지

헌법재판소는 소비자를 보호하고 의료인 간의 과당경쟁을 막기 위하여 의료광고에 대한 합리적 규제가 필요하지만 의료인의 기능이나 진료방법에 대한 광고를 일률적으로 금지하는 것은 규제목적 달성을 위한 필요한 범위를 넘어선 것으로 표현의 자유 및 영업의 자유를 침해하여 위헌이라고 하였다.

헌법재판소는 먼저 상업광고 규제에 대한 합헌성 심사기준을 다음과 같이 제시하였다. 상업광고 규제에 의한 표현의 자유 내지 직업수행의 자유의 제한은 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 비례의 원칙(과잉금지원칙)을 준

454) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189.

수하여야 하지만, 상업광고는 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니므로, 비례의 원칙 심사에 있어서 '피해의 최소화' 원칙은 '입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 심사하는 정도로 완화되는 것이 상당하다고 하였다.

나아가 상업광고는 불법적인 내용이거나 허위 혹은 기만적인 것이 아닌 한 그 자체가 해로운 것은 아니며 개인은 충분한 정보가 제공될 경우에 자신들의 최선의 이익을 인식할 수 있으므로 의료정보의 자유로운 유통을 위하여 의사소통을 차단해서는 안된다고 하였다.

특히 자유시장 경제에서 소비자에게 상업적 정보가 충분히 보장되어 소비자가 합리적인 결정을 할 수 있도록 하는 것은 표현의 자유의 중요한 과제에 속한다고 상업광고가 헌법상 표현의 자유에 의하여 보장되는 이론적 근거를 「자기통치의 원리」에서 찾고 있는 것으로 볼 수 있는데 이는 매우 주목된다.

아울러 비록 의료광고가 전문적이고 기술적인 영역에 관한 것이고, 일반 국민들이 그 가치를 판단하기 어려운 측면이 있다 하더라도, 소비자로서 하여금 과연 특정의료인이 어떤 기술이나 기량을 지니고 있는지, 어떻게 진단하고 치료하는지를 알 수 없게 한다면, 이는 소비자를 중요한 특정 의료정보로부터 차단시킴으로써 정보의 효율적 유통을 방해하는 것이며, 표현의 자유와 영업의 자유의 대상이 된 상업광고에 대한 규제가 입법목적의 달성에 필요한 한도를 벗어났다고 하였다.

#### 다. 평가

이 판결은 상업광고가 헌법상 표현의 자유에 의하여 보장되는 이론적 근거를 나름대로 제시하고 상업광고 규제의 합헌성 심사기준을 명시적으로 제시했다는 점에서 매우 주목된다. 나아가 미국 연방대법원이 상업광고 제한에 대한 합헌성 심사기준으로 정립한 Central Hudson 기준을 비례심사의

를 안으로 수용하려고 노력한 점도 높이 살 만하다. 이 판결은 앞으로 상업적 언론 규제의 합헌성 심사에 있어서, 특히 변호사, 의사, 약사, 변리사, 공인회계사 와 같은 전문직업군의 업무광고 규제에 대한 위헌심사에 있어서 선례로서의 역할을 할 것으로 기대된다.

그러나 이 판례에 아무런 의문이나 문제가 없는 것은 아니다. (i) 우선 특정 의료인의 기능 및 진료방법에 대한 광고가 ‘상업적’인 것인지에 대한 정의를 내리지 않고 처음부터 ‘상업광고’로 단정하고 시작한다. 표현의 자유 영역에서 상업광고 규제에 대한 별도의 합헌성 심사기준을 정립하려면 최소한 언론 중에서 어떤 것이 ‘상업적’인 것이고 무엇이 ‘비상업적’인 것인지의 구별이 전제되어야 한다. 상업적 언론과 비상업적 언론을 구별하는 특징적 요소나 기준을 제시하지 못한 점은 못내 아쉽다. (ii) 헌법재판소는 상업광고에 대한 규제를 영업의 자유와 표현의 자유에 대한 제한으로 보고 그 침해 여부를 한데 묶어서 한꺼번에 심사하고 있다. 그러나 표현의 자유와 영업의 자유는 추구하는 목적과 내용이 항상 같지 않고 따라서 그 제한에 대한 합헌성 심사 기준도 다를 수 있다는 점에서 의문이다. (iii) 한편, 표현의 자유 제한에 대한 비례성 심사에서 상업광고의 경우 ‘피해의 최소화’원칙이 ‘입법목적 달성을 위하여 필요한 범위 내의 것’으로 완화된다는 것은 미국 연방대법원의 판례를 참조할 때 이해된다. 그러나 직업의 자유 제한에 대한 비례성 심사에 있어서 상업광고의 경우 왜 ‘피해의 최소화 원칙’이 위와 같이 완화되는 것인지에 대하여는 그 이론적 근거가 빈약하다.<sup>455)</sup> (iv) 또한 상업광고에 대한 합헌성 심사기준이 항상 위와 같이 완화된다고 단정할 수 없다는 점<sup>456)</sup>에서 헌법재판소가 제시한 기준이 타당한 것인지도 의문이다.<sup>457)</sup>

455) 이 판례와 같이 상업광고 제한에 대한 위헌심사를 영업의 자유 및 표현의 자유에 대한 침해 여부를 한꺼번에 판단하면 위와 같은 동일한 심사기준을 적용해야한다는 점에서 불가피하게 된다.

456) 미국 연방대법원도 상업광고의 경우 최소침해수단 요건(LRA)을 적용해야 한다고 하여 엄격심사를 요하는 경우가 있음을 인정한다.

457) 미국 연방대법원의 상업적 언론에 대한 합헌성 심사기준인 중간심사 기준을 우리의 전통적인 위헌심사기준인 비례성 심사에 꿰맞추기 위해서 억지로 그 변용을 시

## VII. 결 어

미국 연방대법원의 판례를 종합해 보면 다음과 같은 결론에 이끌어낼 수 있다. (i) 첫째, 상업적 언론(광고)이란 상품이나 용역의 판매를 촉진하거나 상업적 거래를 제안하는 표현이다. (ii) 둘째, 광고는 헌법의 표현의 자유(언론·출판의 자유)에 의하여 보장된다. (iii) 셋째, 상업적 언론은 언제나 정치적 표현과 같은 표현의 자유의 핵심적 자유와 동일한 정도로 보호받지는 않는다. (iv) 넷째, 상업광고 규제의 합헌성 심사는 표현의 자유의 제한 입법에 적용되는 엄격한 심사가 아니라 그 보다 완화된 심사척도가 적용되어야 한다. 다만, ① 상업적 정보를 직접적으로 차단하는 특정 광고내용의 전면금지, ② 공익에 해가 되지 않고 공중의 이익을 증진시킬 뿐인 상업적 정보의 유통 금지, ③ 소비자 보호나 공정경쟁 등과 같은 전통적인 상업적 언론규제 목적 이외에 다른 목적을 위한 상업적 정보의 유통 금지의 경우에는 엄격한 심사가 이루어져야 한다. (v) 다섯째, 전통적으로 언론자유에 대해 적용되는 합헌성 심사원칙인 ‘과도한 광범성 때문에 무효의 원칙’(the overbreadth doctrine), ‘애매하기 때문에 무효의 원칙’(vagueness doctrine) 및 ‘사전제한금지의 원칙’(the prior restraint doctrine)은 상업적 언론에 대해서는 적용되지 않는다.<sup>458)459)</sup>

우리 헌법재판소도 상업광고 규제의 위헌심사에 있어서 미흡한 점이 있지

---

도한 결과로 비친다.

458) Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc. (1976) 사건에서 Blackmun 대법관은 상업적 언론에 대한 규제는 이른바 위축효과(chilling effect)가 적기 때문에 전통적으로 언론자유에 대해 적용되는 합헌성 심사원칙 가운데 ‘과도한 광범성 때문에 무효의 원칙’(the overbreadth doctrine), ‘애매하기 때문에 무효의 원칙’(vagueness doctrine) 및 ‘사전제한금지의 원칙’(the prior restraint doctrine) 등은 상업적 언론에 대해서는 적용되지 않는다고 하였다.

459) 그러나 언제나 ‘그렇다’라고 단정하기는 어렵다. 왜냐하면 상업광고라고 하더라도 순수한 언론 이상으로 일반 공중에 중요한 의미를 갖는 경우를 상정할 수 있기 때문이다.

만 미국 연방대법원이 정립한 합헌성 심사기준과 거의 동일한 기준을 제시하고 있다는 점은 높이 평가된다. 앞으로 더 세련되고 정치한 기준이 정립되길 기대한다. 현대산업사회의 형성 및 발전과정에서 광고는 중요한 기능을 수행하는 사회제도의 하나로 받아들여졌고, 그래서 다른 어떤 사회 가치보다도 막강한 영향력을 행사하는 자본주의의 이상적 가치를 표현하는 제도로서 ‘자본주의의 꽃’이라고 불리우기도 한다.<sup>460)</sup> 우리가 숨쉬고 있는 공기는 산소와 질서, 그리고 광고로 구성되어 있다”고 한 퀘랭(R. Guerin)의 말처럼 광고는 이제 우리의 삶의 일부가 되어 있고 그 중요성은 커지고 있다. 그 만큼 상업광고 규제 입법은 신중해 질 필요가 있고 이에 대한 위헌심사도 더 세련되고 정밀해질 필요가 있다.

---

460) 김영치, 의료광고의 현황과 문제점  
([www.advertising.co.kr/data/sem/karb\\_sem98/forum3.htm](http://www.advertising.co.kr/data/sem/karb_sem98/forum3.htm))





# 수용자의 기본권 제한

이 명 응  
헌법연구관

## - 목 차 -

I. 서론	257
1. 수용자 인권보장의 중요성	257
2. 수용자의 기본권에 관한 이론과 판례	258
가. 특별권력관계론의 부적절성	258
나. 기본권 제한근거의 一元化	259
3. 수용자의 기본권에 관한 판례	261
가. 헌법재판소 판례	261
나. 외국의 판례	262
II. 위헌심사의 기준	265
1. 쟁점	265
2. 접근방향	266
3. 정리	270
III. 분야별 검토	273
1. 인간의 존엄과 가치(인격권), 신체의 자유	273

가. 유치장 내 화장실 시설 .....	273
나. 미결수용자의 재소자용 의복 착용 .....	275
다. 신체과잉수색 .....	276
라. 금치 중 운동금지 .....	278
마. 과잉 계구사용 .....	279
바. 무죄판결 후 교도소 연행 .....	279
2. 통신의 자유, 표현의 자유, 알 권리 .....	280
가. 금치기간 중 집필금지 .....	280
나. 집필허가와 검열금지 규정 .....	281
다. 서신검열 문제 .....	284
라. 구독신문의 기사삭제 .....	287
3. 변호인의 조력을 받을 권리 .....	288
4. 선거권, 피선거권 .....	290
5. 양심의 자유 .....	292
6. 사생활의 비밀과 자유 .....	293
7. 사회보장수급권 .....	294
IV. 결 어 .....	296

## I. 서론

### 1. 수용자 인권보장의 중요성

오늘날 국가는 국민의 인권을 보장하기 위하여 그 존재 이유를 지닌다. 우리 헌법은 국가가 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지도록 하였으며(헌법 제10조 2문), 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 하고 있다(제37조). 그리하여 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하는 것이다.<sup>461)</sup> 헌법상의 기본권은 더 이상 종이 위의 법이 아니며 헌법적 효력을 갖는 규범으로서 입법, 행정, 사법 등 모든 국가기관을 기속하는 것이다.<sup>462)</sup>

기본적 인권의 보장에 관한 이러한 헌법적 구도와 의지는 국가작용이 미치는 각 분야에서 기본권이 규범력과 실효성을 지닐 때 완성될 수 있다.<sup>463)</sup> 그런데 수많은 국가작용 중 범죄자들 혹은 범죄혐의자들(이하 이들을 ‘수용자’라 한다<sup>464)</sup>)에 관한 행정작용 분야는 한 나라의 기본권 보장 수준과 헌법의 실효성을 나타내는 바로미터이다. 범죄자들은 가장 반사회적인 자들이며 이들은 국가적 규율과 교정의 대상이 되어야 하지만, 그들 역시 국민으로서 하나의 인간으로서 인권의 주체가 되며 기본권의 보장을 받아야 하는바, 그들의 기본권이 한 국가에서 어느 정도 보장되고 있는가 하는 것은 민주 법치국가의 인권보호수준의 중요한 표지가 된다. 이는 한 국가에서 일반 국민들에 대한 기본권 보장 정도를 가늠할 수 있는 중요한 척

461) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 230.

462) 오늘날 기본권이 단순한 프로그램이 아니라 헌법적 효력을 지닌다는 것은 자명하다.

463) 독일 연방헌재의 표현을 빌리면, 기본권은 ‘방사효(Austrahlungseffect)’를 지니는 것이다.

464) ‘수용자’는 수형자와 미결수용자를 포함한다(행형법 제1조의2).

도가 될 수 있는 것이다.

헌법재판소가 설립된 후 많은 사건들이 범죄자 내지 피의자들의 인권보장과 관련된 것이었고, 이는 상대적으로 우리 사회에서 그들의 인권 보장이 취약했다는 점을 반영한다. 헌법재판소는 헌법의 기본권 보장 정신을 수용소에까지 확대하고자 노력하여 왔다고 평가할 수 있으며, 특히 3기 재판부는 이 분야에 대하여 중요한 업적을 가져왔다.<sup>465)</sup>

이 글은 수용자들의 기본권 보장에 관련한 이론을 살펴보고, 수용시설의 안전과 질서라는 공익과 수용자의 기본권 제한의 한계에 관한 조화점 내지 위헌심사기준을 모색한 뒤, 그러한 관점 하에서 관련된 헌법재판소 판례들을 분야별로 검토해 보고자 하는 것이다.

## 2. 수용자의 기본권에 관한 이론과 판례

### 가. 특별권력관계론의 부적절성

종전에 독일과 우리 나라에서는 공법관계(행정법관계)를 국민을 대상으로 한 '일반권력관계'와 공무원관계나 영조물이용관계 내지 수용시설의 수용자와의 관계와 같은 '특별권력관계'(besondere Gewaltverhältnis)로 구분하고, 후자는 특별한 법률원인에 의하여 성립되어 특별한 공법상의 목적을 위하여 필요한 범위 안에서 포괄적으로 일방이 타방을 지배하고 타방이 이 포괄적인 지배권에 복종함을 내용으로 하는 법률관계라고 보았다.<sup>466)</sup> 이에 의하면 특별권력관계에서는 법률유보원칙이 적용되지 않으며 권리의 제한이 있더라도 이는 사법심사의 대상이 되지 않았다.<sup>467)</sup>

465) 이 점은 운영철 제3대 헌법재판소장의 퇴임사(2006. 9. 14.)에서도 언급된바 있다.

466) 박윤훈, "특별권력관계(특별행정법관계)", 경회법학 25권 1호(1990), 73쪽.

467) 특별권력관계론은 19세기 후반 독일의 입헌군주제 아래서 생성되었는바, 특별권력관계의 관념을 명백히 한 것은 「라이반트」(P.Laband)이며, 이에 법적 이론구성을 한 것은 「오토 마이어」(O.Mayer)이고, 「프라이너」(F.Fleiner)·「토마」(R.Thoma) 등에 의하여 발전되었다. 이들 견해에 의하면 일반권력관계는 국가와 개인간, 즉 법주체상호간의 외부관계인데, 특별권력관계는 행정의 내부관계(Inneres Verhältniss)라

그러나 그러한 견해는 의회주의, 법치주의 및 기본권 존중주의가 확립된 오늘날의 헌법구조 하에서는 그 존재기반을 상실하였다.<sup>468)</sup> 헌법은 ‘모든’ 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다고 선언하며(제10조), 국민의 ‘모든’ 자유와 권리를 법률유보의 대상으로 두고 있고(제37조 제2항), ‘모든’ 국민은 재판청구권 내지 헌법소원청구권을 지니므로(제27조, 제111조 제1항 제5호, 헌법재판소법 제68조), 단지 특별권력관계(특별행정법관계)라는 이유만으로 법률의 근거 없이 해당 국민의 기본권을 제한할 수 있다거나 사법심사가 배제된다는 견해는 성립될 수 없다고 볼 것이다.

#### 나. 기본권 제한근거의 일원화

수용자에 대한 특별권력관계론이 부적절하다고 보면서도, 특별권력관계의 필요성을 부분적으로 긍정하는 견해가 있다. 예를 들어, 특별권력관계의 설정·변경·종속에 관련되는 ‘기본관계’와 그 밖의 ‘내부관계’로 구분하여 전자에 대해서는 기본권의 효력을 완전히 인정하고 사법심사를 허용하면서, 후자에 대해서는 이들을 불인정하는 견해가 있다(C. H. Ule).

그러나 우리 헌법 제37조 제2항의 규정형식과 내용을 볼 때, 수용자에 대한 기본권 제한 역시 일반 국민들의 경우와 마찬가지로 정당한 입법목적이 있는 경우에 필요한 범위 내에서만 가능하다고 볼 것이다. 따라서 ‘내부관계’에 해당되더라도 기본권의 제한은 마찬가지로 법률적 근거를 지녀야

---

는 것이다. 그것은 개인은 특별권력관계에 들어옴으로써 국가행정의 일분지로 되며 국가에 대하여 독립의 존재가 아니고 행정에 병합되어 버리기 때문이라고 한다. 그리하여 특별권력관계 내에서는 ① 행정이 개인의 자유와 재산권을 침해할 때에는 법률에 근거하여야 한다는 「법률유보의 원칙」이 적용되지 않으며, ② 당해 특별권력관계의 유지에 필요한 범위안에서는 법률에 의하지 않고 기본권을 제한할 수 있고, ③ 특별권력관계에서는 특별권력에 의하여 일반적·추상적 명령이나 개별적·구체적 행위를 행할 수 있다는데 그것은 법규 또는 행정행위가 아니고 이와 구별되는 행정규칙(Verwaltungsvorschriften) 또는 지시(Anweisung)이며, ④ 특별권력관계에서 행위는 독립된 법주체의 권리의무에 관한 행정행위가 아니므로 사법심사의 대상이 되지 않는다고 하였다. 서원우, “특별권력관계에 있어서의 기본권보장”, 법정(1966. 1.), 6쪽. 박윤훈, 위 논문 76쪽에서 재인용.

468) 박윤훈, 위 논문, 79쪽.

하며, 그것이 기본권의 제한에 해당되는 한 기본적으로 사법심사가 인정되어야 할 것이다.<sup>469)</sup>

한편 기본권의 종류에 따라 수용자에 대한 적용을 달리하는 것도 부적절하다. 독일의 과거 학설 중에는 특별권력관계 하에 있는 자들의 기본권을 3분하여, 신앙, 양심, 사상의 자유와 같은 ‘일반적 기본권’은 절대적으로 인정되지만, 신체, 집회, 결사, 통신, 학문, 근로의 자유, 교육을 받을 권리, 단결권과 같은 ‘특수한 기본권’은 일반 국민의 경우와 같이 정당한 입법목적이 있을 때 법률로써 제한될 수 있지만 예외적으로는 법률이 없어도 특별권력관계 내부의 특별권력에 의하여 제한될 수 있고, 기타 거주·이전, 직업선택의 자유 및 재산권과 같은 것은 법률의 규제가 없이도 특별권력에 의하여 침해될 수 있다고 보는 견해가 있다(Thoma). 그러나 법률의 근거 없이 특별권력관계 내부의 규율이나 명령으로써 기본권이 제한될 수 있다는 것은 우리 헌법 제37조 제2항의 법률유보원칙에 반하며, 수용자의 경우 거주·이전의 자유, 직업선택의 자유 등이 제한되는 것은 수용목적에 따라 신체의 자유가 제한되는 데 따른 귀결로써 이 역시 헌법이 적법절차에 의한 형의 선고시 예정하고 있는 기본권 제한으로서 법률유보의 원칙에서 벗어나는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

통상 국가의 수용시설에 수용된 범죄자 내지 혐의자에게는 수용시설의 안전과 행형목적을 위하여 규제가 불가피하며 그러한 규제에는 기본권의 제한이 동반될 것이지만, 그렇다고 수용자에 대한 기본권 제한이 아무런 법률적 근거 없이도 이루어질 수는 없다. 수용자의 기본권 제한 시 동반되는 특수성은 기본권 제한근거를 일반인과 달리 하는 것을 합리화할 수 없으며, 이는 입법목적과 수단의 정당성 판단에서 반영될 수 있을 뿐인 것이다.

---

469) 이강혁, “특별권력관계와 기본권의 제한”, 고시계(1982. 7.) 61-2쪽; 허 영, “이른바 특별권력관계와 기본권의 제한”, 고시연구(1984. 1.), 82쪽 참조.

### 3. 수용자의 기본권에 관한 판례

수용자에 대한 기본권 제한이 기본적으로 일반 국민에 대한 기본권 제한과 같은 범형식을 택해야 하고,<sup>470)</sup> 이에 대한 사법심사가 허용되어야 한다는 취지는 오늘날 우리 나라와 외국의 판례에서 기본적으로 받아들여지고 있다.

#### 가. 헌법재판소 판례

우선 수용시설 내 수용자들의 법적 관계에 관하여 헌법재판소는 “징역·금고 등 자유형을 선고받아 그 형이 확정된 자는 그 집행을 위하여 교도소에 구금되며, 교도소는 ‘수형자를 격리하여 교정·교화하며 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하는 것’을 목적으로 하는 국가기관이다(행형법 제1조, 제2조, 제3조). 따라서 교도소에서 수형자의 복역관계(재소관계)는 위와 같은 행형목적을 달성하기 위하여, 자유형의 선고를 받은 자를 행형법 등의 규정에 따라 수용함으로써, 국가와 수형자간에 성립하는 특수한 법률관계라고 할 수 있다.”고 한다.<sup>471)</sup>

나아가 수형자는 격리된 시설에서 강제적인 공동생활을 하게 되므로 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하지만 수형자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으며, 수형자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망의 방지라는 구금의 목적과 관련된 신체의 자유 및 거주이전의 자유 등 몇몇 기본권에 한

470) 헌법재판소는 “민주법치국가에서 모든 행정(과 재판)이 법률에 근거를 두어야 하며”(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 267)라고 하였다. 모든 국가기관과 통치권은 헌법 아래에 있으며(헌법의 우위), 헌법이 보장하는 자유와 권리는 직접 효력을 갖는 법규범으로써 그 제한은 반드시 “법률로써” 하여야만 한다. 법률유보 원칙은 국민주권주의, 대의민주주의, 권력분립원칙, 그리고 헌법 제37조 제2항에 의해서 도출되는 우리 나라 법질서의 기본원칙이므로 수용자에 대한 기본권 제한 역시 이 원칙이 준수되어야 한다.

471) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548, 558.

정되어야 하며 그 역시 필요한 범위를 벗어날 수 없다고 한다.<sup>472)</sup> 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계를 통한 기본권의 제한은 수형자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 한다고 판시하였다.<sup>473)</sup>

이는 결국 수용시설 내의 안전과 질서 유지를 위해 행해지는 규율과 징계를 통한 수용자의 기본권 제한 역시 헌법 제37조 제2항이 정하고 있는 기본권 제한의 헌법적 한계를 벗어날 수 없으므로 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며 과잉금지의 원칙에 위반되어서는 아니 되고 기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 보는 것이다.<sup>474)</sup>

## 나. 외국의 판례

### (1) 독일 연방헌법재판소 판례

1972년 수형자가 외부로 보내는 서신이 교도소를 모욕하는 내용이 담겨 있다는 이유로 내부규칙이 정하는 바에 따라 압수된 사건이 있었다. 수형자는 행정 당국에 이의를 제기하였으나 받아들여지지 않았고 주 고등법원에 제소하였으나 기각되었다. 그러자 연방헌재에 재판취소를 구하는 헌법소원을 제기하였다. 연방헌재는 기본권이 입법, 사법, 행정에 대해 직접 구속력을 갖는다는 기본법 제1조 제3항을 거론하며, “만약 형벌의 집행에 있어서 기본권이 임의적으로 또는 재량에 따라 제한될 수 있다고 한다면 그것은 국가적 권력의 포괄적 구속에 위배된다. 기본권의 제한은 기본법의 가치질서와 일치되는 공동체의 목적달성을 위해 불가피하며, 또한 헌법이 예정하고 있는 형식을 통해 행해지는 경우에만 가능하다.”고 판시하였다.<sup>475)</sup> 동 사건에서 수형자의 권리제한의 근거로서 ‘특별권력관계’를 거론

472) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 562; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2, 548, 557-8.

473) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 562.

474) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261, 268.



한 것에 대해 연방헌재는 그 개념은 수인할 수 없는 불명확성을 내포하고 있다는 이유에서 이를 배척하였다. 그러면서 “수형자의 기본권도 오로지 법률을 통해서 또는 법률에 근거해서만 제한될 수 있다.”고 선언하였다. 이 판결에 의하여 소위 특별권력관계의 구성원의 기본권 제한을 정당화 하는 근거로서 ‘특별권력관계론’을 거론하는 것은 더 이상 인정될 수 없게 되었다고 한다.<sup>476)</sup>

## (2) 미국 연방대법원 판례

법원에 대한 재판청구권과 관련된 1941년의 *Ex parte Hull* 사건에서<sup>477)</sup> 연방대법원은 수형자가 인신보호영장을 청구하려면 수용소 내부의 허가를 받도록 한 주의 규정을 위헌이라고 선언하였다. 1968년의 *Lee v. Washington* 사건에서는<sup>478)</sup> 교도소의 안전과 규율의 필요성은 존중되어야 하지만, 수형자들을 인종적으로 분리 수감하는 것은 헌법적으로 허용되지 않는다고 판단하였다. 1969년 *Johnson v. Avery* 사건에서는,<sup>479)</sup> 수형자가 다른 수형자에게 인신보호영장 신청 준비를 도와주는 것을 금지하는 교도소규칙에 대하여, 이는 헌법과 법률에 따라 인신보호영장을 신청할 수 있는 수형자의 권리를 침해한다고 판단하였다. 특히 달리 변호사의 조력을 받게 하거나 하는 대안을 마련하지 않은 채 그러한 도움도 못 받게 하는 것은 지나치다고 판시하였다. 이러한 판결들은 수용자의 헌법상 권리에 대한 일반적 차원의 것이 아니라 인신보호영장과 인종에 따른 차별취급에 관한 개별적인 것이었다.

기본적으로 수용자에게 수정 제1조의 표현의 자유와 같은 기본권이 보장될 것인지에 대해서는 그 때까지 명확한 연방대법원의 판시가 없었다. 예를 들어 수용자의 서신검열이 수정 제1조에 위반된다는 주장에 대한 하급심들을 보면 여러 갈래로 나누어져 있었는데,<sup>480)</sup> 이는 교도행정상 문제라

475) BVerfGE 33, 1. 이강혁, 위 논문, 59-60쪽에서 재인용.

476) 박윤훈, 위 논문(주6), 84쪽.

477) 313 U.S. 546.

478) 390 U.S. 333.

479) 393 U.S. 483.

며 본안판단을 꺼려한 경우(a hands-off posture),<sup>481)</sup> 검열이 단지 합리적이라고 볼만한 행형상 사유만 지닌다면 허용된다고 한 경우,<sup>482)</sup> 필요불가결한 주의 이익(compelling state interest)이 있어야 검열이 정당화 된다고 한 경우,<sup>483)</sup> 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)이 있을 것을 요구한 경우,<sup>484)</sup> 기타 중간적 입장인 경우<sup>485)</sup>가 그것들이다. 그러다가 수용자의 서신검열 문제가 결국 연방대법원에 제기되었다. 1974년 연방대법원은 *Procurier v. Martinez* 사건에서, 기본적으로 수용자들도 헌법적 권리 침해를 이유로 연방법원에 제소할 수 있다는 것을 인정하였고, 다만 수용자의 서신검열은 결국 외부인의 통신의 자유를 제한하므로 당해 사건에서는 수용자의 헌법상 권리 침해 여부까지 판단할 필요가 없다고 하면서, 문제의 검열제도는 외부인(일반인)의 표현의 자유를 침해하는 것이라고 판단하였다.

그 후 연방대법원이 본격적으로 수용자의 헌법상 권리문제를 판시한 것은 1987년의 *Turner v. Safley* 사건에서였다.<sup>486)</sup> 동 사건 판결에서 연방대

480) 이에 대해서는 *Procurier v. Martinez*, 416 U.S. 396, 406-7 (1974).

481) *McCloskey v. Maryland*, 337 F.2d 72 (CA4 1964); *Lee v. Tahash*, 352 F.2d 970 (CA8 1965) (다만 서신검열이 인종적 차별과 관련되었을 때는 심사함); *Krupnick v. Crouse*, 366 F.2d 851 (CA10 1966); *Pope v. Daggett*, 350 F.2d 296 (CA10 1965).

482) *Sostre v. McGinnis*, 442 F.2d 178, 199 (CA2 1971), cert. denied sub nom. *Oswald v. Sostre*, 405 U.S. 978 (1972).

483) *Jackson v. Godwin*, 400 F.2d 529 [416 U.S. 396, 407] (CA5 1968); *Morales v. Schmidt*, 340 F. Supp. 544 (WD Wis. 1972); *Fortune Society v. McGinnis*, 319 F. Supp. 901 (SDNY 1970).

484) *Wilkinson v. Skinner*, 462 F.2d 670, 672-673 (CA2 1972).

485) 정당화 될 수 있는 목적의 달성에 합리적이고도 필요한 것일 것을 요구함. *Carothers v. Follette*, 314 F. Supp. 1014, 1024 (SDNY 1970) (citations omitted). See also *Gates v. Collier*, 349 F. Supp. 881, 896 (ND Miss. 1972); *LeMon v. Zelker*, 358 F. Supp. 554 (SDNY 1972)

486) 482 U.S. 78. 이 사건 전에도 수용자의 헌법상 권리에 관련된 산발적인 판례들은 있었다. 예를 들어 *Pell v. Procurier*, 417 U.S. 817 (1974) (미디어의 대면 인터뷰 금지규정을 합헌이라 판단); *Jones v. North Carolina Prisoners' Union*, 433 U.S. 119 (1977) (수감자들의 노동조합 회합을 금지하는 규정을 합헌으로 판단); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979) (출판사나 북클럽 혹은 서점으로부터 직접 송부된

법원은 “수용소 담장은 수용자들을 헌법의 보호로부터 분리하는 장애물이 되지 않는다.”고 선언하였다.<sup>487)</sup> 그러나 수용자의 헌법상 권리 침해 문제를 판단함에 있어서는 교도행정이나 그 개선 문제가 지니는 전문성과 복잡성을 법원은 존중하여야 하며 권력분립의 원칙상 사법자제(judicial restraint)가 이루어져야 한다고 판시하였다. 그리하여 교도소의 안전과 규율에 대하여 행정당국이 ‘과대한 반응’(exaggerate response)을 보인 것이 아니고, 행정목적에 합리적으로 연관된 것인 한 합헌적인 것으로 존중되어야 한다고 판단하였다.

## II. 위헌심사의 기준

### 1. 쟁점

수용자에 대하여 기본권을 인정하고 사법심사를 인정할 경우 위헌심사의 기준은 일반 국민의 기본권 제한에서와 같은 것인지가 문제된다. 전통적으로 범죄인 내지 범죄혐의자에 대한 수용시설 내부에서 발생한 문제에 대해서는 법원이 적극적으로 사법심사를 하는 것이 부적절한 것으로 평가되어 왔다. 그것은 범죄인들을 다루는 행정당국의 규율권과 명령권을 법원이 존중하여야 할 필요성이 있었기 때문이다. 그러한 규율과 명령은 수용시설의 안전과 질서를 위한 것이고, 범죄인들을 교화목적에 맞게 다루는 것은 고도의 어려움과 전문성을 요구하는 것이므로, 교도행정에 관련된 문제는 설사 그것이 기본적 인권에 관련된 사항이라도 법원이 적극적으로 나서서 무엇이 바람직한 것인지 혹은 합리적 재량 범위를 넘어서는 것인지 판단하기

---

서적(hardback books) 외의 서적은 수취를 금지한 규정을 합헌으로 선언); Block v. Rutherford, 468 U.S. 576 (1984) (신체접촉 면회의 금지를 교도소의 안전을 위한 합당한 재량의 행사라고 판단함).

487) “Prison walls do not form a barrier separating prison inmates from the protection of the Constitution.” Turner v. Safley, 382 U.S. 79, 84; Thornburgh v. Abbott, 490 U.S. 401, 407 (1989).

가 쉽지 않다.<sup>488)</sup> 또한 그들은 이미 국가의 형사절차에 따라 구금되어 신체의 자유가 제약된 상황이므로 이들에게 보장되어야 할 기본권의 범위가 다른 일반인의 기본권 범위와 같을 수는 없는 것이다. 또한 교도행정에 사용되는 자원과 예산은 한정되어 있는바 법원이 그것들이 최대한이 되도록 요구하는 결정을 내리게 되는 것은 비현실적인 측면이 있다.<sup>489)</sup>

그렇다면 구체적으로 위헌심사의 기준을 어떻게 설정할 지가 문제된다.

## 2. 접근방향

수용자의 기본권 제한에 대한 위헌심사에 있어서는 다음과 같은 3가지 접근방향이 있을 수 있다.

첫째는, 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 과잉금지의 원칙을 다른 일반인에 대한 기본권 제한 문제와 마찬가지로 똑같이 적용하는 것이다.

이는 헌법재판소가 그동안 37조 제2항을 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)으로 해석하여 국민의 자유와 권리의 제한에 대해서 요구해 온 헌법적 척도에 충실한 안이 될 것이다. 헌법재판소의 다음과 같은 판시는 이를 반영한다.

“수용자들에 대한 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한은 불가피하다. 그러나 수용자의 경우에도 모든 기본권의 제한이 정당화될 수 없으며 국가가 개인의 불가침의 기본적인 인권을 확인하고 보장할 의무(헌법 제10조)로부터 자유로워질 수는 없다. 따라서 수용자의 지위에서 제한이 예정되어 있는 자유와 권리는 형의 집행과 도망·증거인멸의 방지라는 구금의 목적과 관련된 신체의 자유 및 거주이전의 자유 등 몇몇 기본권

---

488) Turner v. Safley, 482 U.S. 78, 89 참조.

489) 물론 이러한 고려가 밀폐된 담장 내에서 수용자의 인권침해가 다른 일반인에게 대해서보다 더 조직적이고 가혹하게 이루어질 가능성을 배제하는 것은 아니다. 그러한 사정은 구체적 사건에서 사실인정을 통하여, 추구되는 공익과 침해된 사익을 비교형량 하여 검토되어야 할 것이다. 그런데 여기서 문제되는 것은 그러한 극단적인 상황이 아닌 일반적인 상황에 대한 것이다.

에 한정되어야 하며 그 역시 필요한 범위를 벗어날 수 없다. 특히 수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계를 통한 기본권의 제한은 단지 공동생활의 유지를 위하여 수용자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 할 것이다. 이와 같이 수용자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 되고(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 662 참조), 수용 시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 이들 기본권의 일부 제한이 불가피하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 되는 것이다(헌재 1997. 3. 27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 234; 헌재 1998. 5. 28. 95헌바18, 판례집 10-1, 583, 595; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54, 63 참조).<sup>490)</sup>

그런데 이러한 관점은 ‘수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계’의 특징을 사법심사시 적절히 반영하기 어려운 난점이 있다. 수용소 내의 안전과 질서는 수용자들과 교도관 등에게 매우 중요한 문제이며 교도행정의 목적에 맞게 전문적으로 이루어져야 할 영역이므로 수용자에 대한 기본권의 제한에 대해서는 일반 국민들의 기본권 제한에서 보다 위헌심사의 기준이 완화될 전문적, 정책적 필요성이 있다. 그럼에도 불구하고 이에 대하여 과잉금지 원칙을 엄격하게 적용한다면 그러한 필요성을 적절하게 반영하기가 어렵다. 과잉금지의 원칙 중 ‘피해의 최소성’<sup>491)</sup>을 엄격하게 적용할 경우 헌법재판소가 교도행정이라는 특수한 전문적 분야에서 ‘보다 덜 제약적인 대안이 없을 것’이란 헌법적 요청을 관철하게 됨

490) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261, 268.

491) 기본적으로 이는 기본권의 제한이 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 한다는 것이다(헌재 1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 260). 따라서 보다 완화된 형태나 방법을 통하여 같은 입법목적의 달성이 가능하다면, 즉 그러한 대안이 존재한다면, 해당 기본권 제한은 헌법에 위배되게 된다.

으로써, 교도소의 안전과 질서를 위한 당국의 재량에 지나치게 깊이 개입하게 되는 문제점이 있는 것이다.<sup>492)</sup> 그러므로 위 판시가 ‘피해의 최소화’ 원칙을 예외 없이 교도행정 분야에도 적용하는 것이라면 이는 지나치게 엄격한 심사기준이라 할 것이다.

둘째는, 과잉금지원칙을 적용하되 기본권 제한목적의 정당성을 넓게 인정하고 이를 달성하기 위한 수단의 선택에서 입법자 내지 행정당국의 재량을 최대한 존중하는 것이다. 이는 ‘완화된 의미의 과잉금지’ 심사라 할 수 있다. 이에 의하면 입법부와 행정부의 재량은 존중되어야 하며, 해당 입법이나 조치가 교도행정을 위하여 ‘필요한 범위 내’의 것이라면 그것이 필요 최소한의 조치인지 여부와 관계없이 합헌으로 인정될 수 있을 것이다.<sup>493)</sup>

492) 미국 판례의 표현에 의하면 이러한 경우 법원이 교도행정의 최선책을 위한 주된 중재자(primary arbiter)로 지나치게 나서는 것이 된다고 한다. Turner v. Safley, 482 U.S. 78, 89; Procnier v. Martinez, 416 U.S. 396, 407.

493) 이러한 완화된 형태의 과잉금지원칙은 헌법재판소의 판례에서도 일부 분야에서 나타나고 있다. 헌법재판소는 공무원입권의 제한에 있어서, “공무원입권의 제한의 경우는 그 직무가 가지는 공익실현이라는 특수성으로 인하여 그 직무의 본질에 반하지 아니하고 결과적으로 다른 기본권의 침해를 야기하지 아니하는 한 상대적으로 강한 합헌성이 추정될 것이므로, 주로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성 여부가 심사대상이 될 것이며 법익형량에 있어서도 상대적으로 다소 완화된 심사를 하게 될 것이다.”라고 하였다(헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557, 판례집 14-2, 541, 551). 표현의 자유 중 상업적 표현행위에 관한 규제에 대해서는, “상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 차이가 있고, 한편 직업수행의 자유의 보호영역에 속하지만 인격발현과 개성신장에 미치는 효과가 중대한 것은 아니다. 그러므로 상업광고 규제에 관한 비례의 원칙 심사에 있어서 ‘피해의 최소화’원칙은 같은 목적을 달성하기 위하여 달리 덜 제약적인 수단이 없을 것인지 혹은 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 심사하기 보다는 ‘입법목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내의 것인지를 심사하는 정도로 완화된 것이 상당하다.”고 하였다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198). 또한 재판청구권에 있어서도 “헌법 제27조 제1항이 규정하는 ‘법률에 의한’ 재판청구권을 보장하기 위해서는 입법자에 의한 재판청구권의 구체적 형성이 불가피하므로 입법자의 광범위한 입법재량이 인정되기는 하나(헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 60 참조), 그러한 입법을 함에 있어서는 비록 완화된 의미에서일지언정 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙은 준수되어야 한다.”라고 하였다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌바77, 판례집 13-1, 1358, 1372). 한편 직업의 자유 중 직업수행의 자유에서는 피해의 최소화원칙이 ‘입법자의 판단이 현저하게 잘못되었는가 하는 일종의 명백성 통제에 그치는 것이 타당하다’고 한다(헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 433-438).

이러한 이론은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지 심사를 유지하면서도 국가의 형벌권 행사와 교도행정에 있어서 요구되는 전문성과 재량을 사법판단에서 가능한 한 존중하는 것이 될 수 있다.

셋째는, 입법자 내지 행정당국의 재량을 폭넓게 인정하고 기본권 제한에 합리적인 이유가 있으면 합헌으로 인정하는 것이다. 이 경우 과잉금지의 원칙이 아니라 합리적 이유 유무를 따지는 완화된 심사가 이루어진다. 이러한 심사의 정도는 헌법재판소가 평등권 심사에서 실시하여 왔다. 즉 헌법재판소가 행하는 심사는 그것이 ‘가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수밖에 없다’고 한바 있다.<sup>494)</sup>

수용자에 대한 그러한 심사기준은 미국에서 채택되고 있다. 연방대법원은 수용자의 헌법상 권리(표현의 자유)가 제한이 문제된 사건에서,<sup>495)</sup> 수용시설의 안전과 질서에 관련된 사항은 법원이 일차적으로 나서서 무엇이 기본권을 제한하지 않는 최선의 방법인가를 따지는 것이 적절치 않으며, 해당 규율이나 조치가 규제목적과 수단 사이에 논리적 관련성이 매우 약해 자의적(arbitrary)이거나 비합리적(irrational)인 것으로 되지 않는 한 위헌으로 선언할 수 없다고 하였다.<sup>496)</sup> 이는 범죄인들로부터 사회를 효과적으로 격리하고 수용시설 내의 안전과 규율을 책임져야 하는 교정당국의 행정 재량을 법원이 존중하고, 복잡하고 전문적인 교도행정 영역에 대하여 사법 자제를 유지하고자 하는 것이다. 다만 그 경우에도 재량이 수용시설의 안전과 질서를 위하여 필요한 범위를 넘어서는 ‘과장된 반응’에 해당하는 것

494) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110·136등, 판례집 9-1, 90; 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 484, 504.

495) 사안은 수용자들 간의 서신교환을 가족간이거나 법적 문제에 관련된 것이 아닌 한 제한하는 수용소 규율과 수용자의 혼인을 필수불가결한 이유가 있는 경우에만 허용하는 규율을 대상으로 한 것이다. 연방대법원은 합리성 심사를 하여 전자는 합헌, 후자는 위헌이라 결정하고 있다.

496) *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 89-90. 이러한 취지는 2005. 2. 23.자 연방대법원의 *Johnson v. California* 판결에서도 유지되고 있다(Turner 판결의 심사기준을 ‘합리적 관련성 심사’(reasonable-relationship test)라고 표현하고 있음), 다만 후술 하듯이 수용자들 간의 인종차별 문제에는 엄격심사가 적용된다.

은 아닌지, 수용자에게 달리 자신의 법적 이익을 실현할 대안이 존재하는지 여부가 위헌성 여부의 판단에서 같이 고려된다.

수용자의 기본권과 수용시설의 안전과 질서에 관련된 사항에 대한 위와 같은 연방대법원의 판례에는 예외가 있다. 오늘날 확립된 판례에 의하면 수용소의 안전과 질서에 관련된 기본권 제한사항이라 하더라도 인종에 따른 차별은, 그것이 심지어 '적극적 평등조치'(affirmative action)에 관한 것이더라도, 어느 경우나 그러한 차별이 가져올 수 있는 해악적 목적(invidious purpose)을 방지하여야 하므로, 법원은 엄격심사를 하여야 한다고 한다.<sup>497)</sup>

기본적으로 수용자의 기본권 제한에 관하여 합리성 심사를 하는 미국의 판례법과 같은 입장은 우리 나라에서는 채택되기 어렵다고 본다. 수용자의 기본권 제한에 대한 심사는 헌법 제37조 제2항의 문언을 벗어날 수 없으며, 이 조항에서 과잉금지원칙을 도출하고 있는 헌법재판소의 판례에 따르면 그러한 사항에 대하여 과잉금지원칙을 떠나 합리성 심사만을 하기가 곤란하다.

### 3. 정리

위헌심사의 기준은 기본적으로 헌법의 해석에 관한 문제이다. 해당 사안에 대한 심사기준은 결국 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 참작하여 종합적으로 설정하는 것이 바람직하다. 그 경우 법적 안정성과 예측가능성을 보장하기 위하여 일정한 사례군에 대한 위헌심사기준의 공식(formel)이 고안될 필요가 있지만, 한편 지나치게 엄격하게 공식이 적용된다면 구체적 타당성이 저해되고 헌법의 정신이 왜곡되는 결과가 초래될 수 있다.

기본적으로 헌법의 해석에는 규범 상호간의 조화를 추구하여 헌법의 통

---

497) 위 Johnson v. California 판결(2004); Adarand Constructors, Inc. v. Peña, 515, 200, 227 (1995).



일성을 유지하는 해석방법이 필요하다고 생각된다. 독일의 Konrad Hesse 교수의 표현에 의하면, 헌법은 다양한 가치체계를 하나의 법전에 담은 개방적·추상적 규범체계이므로, 하나의 최고 법규범으로서 ‘통일성’을 갖기 위해서는 특수한 해석방법이 필요하다. 헌법전이나 헌법제정자는 결정을 위한 완비되지 않은 단서만 제공할 뿐 분명한 것을 의도하고 있지 않으며, 따라서 헌법에 이미 존재하는 객관적 의사 또는 헌법제정자의 주관적 의사의 확인을 해석의 ‘목표’로 간주하는 것은 실제로는 미리 존재하지 않는 것을 사후적으로 집행하고자 하는 것이 된다.<sup>498)</sup> ‘헌법의 통일성’의 관점에서 헌법의 개별 요소들은 상호 관련되고 의존되기 때문에 헌법해석에 있어서는 개별 헌법규범에만 국한해서는 안 되고 항상 그 규범이 놓여 있는 전체적 관련성을 함께 고찰하여야 한다.<sup>499)</sup> 이러한 해석방법론은 헌법재판소의 판례에서도 채택된바 있다.<sup>500)</sup>

498) K. Hesse 저, 계획열 역, 통일독일헌법원론(박영사, 2001), 31, 33쪽.

499) 계획열, 헌법학(상), 제2보정판(박영사, 2002), 79쪽; K. Hesse, 위의 책 부분 참조. 특히 Hesse 교수는 다음과 같은 헌법해석 원리를 강조한다.

(1) 헌법의 통일성의 원리: 헌법의 개별요소들의 관련성과 상호 의존성 때문에 개별 헌법 규범뿐만 아니라, 항상 그 규범이 가지고 있는 전체적 관련성도 고찰할 필요가 있다. 모든 헌법규범은 다른 헌법규범과 모순이 생기지 않도록 해석되어야 한다. 오직 헌법의 근본적 가치지향성과 일치하며, 또한 일반적으로 어느 한 측면에 국한되지 않는 그러한 문제해결만이 이 원칙에 부합된다.

(2) 실제적 조화(praktische Konkordanz)의 원칙: 헌법상 보호되는 법익은 문제해결에 있어서 각 법익이 모두 실현되도록 상호 정서되어야 한다. 법익 간에 충돌이 생기는 경우 성급한 법익형량이나 추상적인 가치형량에 의하여 다른 법익을 희생하여 하나의 법익만이 실현되어서는 안 된다. 오히려 헌법의 통일성의 원리로부터 최적화, 즉 양 법익이 최적으로 실현될 수 있는 경계가 그어져야 한다. 이 경계획정은 그때 그 때의 구체적 사례에서 비례적이어야 하며 필요한 한도에 그쳐야 한다.

500) 헌법재판소는 헌법의 특수성을 감안한 해석방법을 판시하고 있다. 우선 헌법의 통일성에 대해서, “헌법은 전문과 각 개별조항이 서로 밀접한 관련을 맺으면서 하나의 통일된 가치 체계를 이루고 있는 것”이라고 판시한바 있다(헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841, 847). 또 “헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞은 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다.”고 보았다(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205). 구체적 사례로서 언론의 자유와 인격권 간에는 규범조화적 해석이 필요하다고 보았다. 즉 “모든 권리의 출발점인 동시에 그 구심점을 이루는 인격권이 언론의 자유와 서로 충돌하게 되는 경우에는 헌법을 규범조화적으로 해석하여

Hesse의 해석방법론을 수용시설에 수용되어 있는 수용자에게 적용하면, 수용자들은 국가질서 내에서 ‘특수한 생활관계’에 속하는 ‘특수한 신분관계’를 가지게 되며, 사회공동체의 존립과 기능을 위하여 꼭 필요한 그러한 특수한 생활관계는 헌법에서 전제되고 있는 것으로서, 이를 원활하게 유지하기 위하여 불가피한 기본권의 제한은 규범조화적 해석의 방법에 따라 그 정당성 여부가 평가될 수 있다는 것이 된다.<sup>501)</sup> 즉 ‘특수한 신분관계’도 사회공동체의 기능을 위하여 헌법이 마련한 제도이고 기본권도 역시 헌법적 가치질서에 속하는 것이므로 양자는 서로 조화될 수 있는 합리적인 범위 내에서 조정되어야 한다는 것이다.<sup>502)</sup>

수용시설에서 구금된 수용자들에게는 수용시설의 안전과 질서를 위하여 서신검열이나 집필허가 등과 같이 추가적인 기본권 제한 상황이 필요할 수가 있는데, 그러한 경우 과잉금지원칙의 엄격한 잣대를 통하여 위헌심사를 한다면 수용시설의 특수성과 전문성에 대하여 사법기관이 지나치게 개입하게 되며, 이는 헌법이 예정한 국가형벌권의 행사와 범죄인에 대한 교정행정의 목적 달성에 지나친 지장을 초래할 수 있다.

그러므로 수용자에 대한 기본권의 제한이 수용시설의 질서와 안전 내지 교정목적을 달성하기 위하여 정당한 것으로서 ‘필요한 범위’ 내에서 행해진 것이라고 인정되면 그러한 제한은 과잉금지 원칙에 위배되지 않는다고 보는 것이 상당하다(이하 이를 ‘필요성 심사기준’이라 한다). 이는 ‘필요최소한’의 것일 것을 요구하지 않는다는 점에서 엄격한 과잉금지원칙보다 완화된 것이다. 따라서 위 둘째 접근방안이 수용자에 대한 위헌심사기준으로서

---

이들을 합리적으로 조정하여 조화시키기 위한 노력이 따르지 아니할 수 없고, ... 우리 헌법 제10조 ... 제17조 ... 제21조의 제1항 ... 제4항은 ... 언론·출판의 자유가 민주사회에서 비록 중요한 기능을 수행한다고 하더라도 그것이 인간의 존엄성에서 유래하는 개인의 일반적 인격권 등의 희생을 강요할 수는 없음을 분명히 밝히고 있다.”고 한다(헌재 1991. 9. 16. 89헌마163, 판례집 3, 518, 524, 526-527).

501) 허 영, “이른바 특별권력관계와 기본권의 제한”, 고시연구(1984. 1.), 80-1쪽 참조.

502) 같은 논문, 81쪽. 기본적으로 특수한 신분관계의 성질이 기본권의 제한을 불가피하게 요구하는 지극히 예외적인 경우에만 규범조화적인 해석에 의해서 용납될 수 있는 기본권의 제한이라고 한다.

더 적절하다고 본다.

다만 이는 ‘수용소의 안전과 질서’에 직접 관련되는 기본권 제한에 대한 심사기준이며 그것과 무관한 기본권 제한의 경우에는 일반인에 대한 기본권 제한과 같은 심사기준, 즉 기본적으로 엄격한 형태의 과잉금지 심사가 필요한 것이라고 본다.

한편 수용자에는 미결수용자와 기결수가 있는바, 전자에 대해서는 헌법상 무죄추정의 원칙이 적용되고, 따라서 수용시설의 안전과 규율의 필요성이 더 적으므로, 전자의 기본권 제한에 있어서는 ‘필요한 범위’를 더 엄격하게 한정하여 판단하는 위헌심사가 이루어져야 할 것이다.

### III. 분야별 검토

#### 1. 인간의 존엄과 가치(인격권), 신체의 자유

##### 가. 유치장 내 화장실 시설

미결수용자들이 차폐시설이 불충분한 화장실 사용을 강요당함으로써 굴욕감과 수치심을 느꼈다고 주장한 헌법소원에서 헌법재판소는 헌법 제10조에 의해 보장되는 인격권침해를 인정하였다.<sup>503)</sup>

헌법재판소는 미결수용자들은 격리된 시설에서 강제적 공동생활을 하므로 구금목적의 달성 즉 도망·증거인멸의 방지와 규율 및 안전유지를 위한 통제의 결과 헌법이 보장하는 신체의 자유 등 기본권에 대한 제한을 받는 것이 불가피하지만, 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에서 규정한 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다고 한 뒤, 무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안

503) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103.

전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 아니 된다고 판시하였다. 이는 미결수용자들에 대한 기본권 제한에 과잉금지원칙을 엄격하게 적용한 것이었다.

동 결정은 문제의 화장실 구조는 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어난 것이라고 판단하였다.<sup>504)</sup> 또한 유치인들의 동태에 대한 감시가 가능하면서도 덜 개방적인 다른 구조의 시설 설치가 불가능한 것이 아니라고 인정하였다. 결국 유치기간동안 위와 같은 구조의 화장실을 사용하도록 강제한 행위는 인간으로서의 기본적 품위를 유지할 수 없도록 하는 수인하기 어려운 것으로서 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권<sup>505)</sup>을 침해하는 정도에 이르렀다는 것이다.

동 결정은 과잉금지원칙을 엄격하게 적용한 사례이나 동 사건에서 이 글에서 전제하는 ‘필요성 심사기준’이 적용된다고 하더라도 마찬가지로 결론

504) 당시 청구인들이 용변을 볼 때는 그 소리와 냄새가 같은 유치실 내 거실로 직접 유출될 수 있고, 옷을 벗고 입을 과정에서 둔부 이하가 유치실 내의 다른 동료 유치인들에 노출될 수 있으며, 유치실 밖에 있는 같은 층의 경찰관들이나 특히 유치실을 앞쪽에서 내려다 볼 수 있는 2층에 있는 경찰관들에게는 옷을 추스르는 과정에서 허벅지 등이 보일 수 있게 되어 있었다. 이 결정 후 전국의 유치장 화장실에 대한 개선작업이 이루어졌다.

505) 참고로, 인격권의 헌법적 근거와 관련하여 우리 판례는 그 근거로 인간의 존엄과 가치만 거론한다. 그런데 인간의 존엄성에 직접 관련되지는 않지만 사적 영역 내지 사회적 평가에 관련한 개인의 인격도 행복추구권 내지 인격(개성)의 자유로운 발현권에 의하여 보장된다는 것으로 보아야 할 것이라고 생각한다. 사실 행복추구권에서 도출되는 ‘개성의 자유로운 발현권’이란 ‘인격의 자유로운 발현권’과 동의어이다. 참고로 독일 기본법 제2조 제1항에서 “개인은 타인의 권리를 침해하거나 헌법적 질서 혹은 도덕률을 위반하지 않는 한 인격(Personlichkeit)의 자유로운 발현을 할 권리를 가진다.”고 하였는데, 여기서 ‘Personlichkeit’는 personality를 뜻하며 ‘인격’ 혹은 ‘개성’으로 번역된다. 독일에서는 이 조항으로부터 ‘일반적 행동자유권’과 ‘일반적 인격권’을 인정한다. Michael Sachs, Verfassungsrecht II, Grundrechte (2000), 헌법재판소 간(방송주 역), 헌법 II-기본권론(2002), 229쪽 이하 참조. ‘일반적 인격권’이란 포괄적 기본권으로서 실정 헌법규정에 의하여 보호되지 아니하는 인간의 인격을 보호하는 것이며, 그 대상은 성명, 초상, 명예, 자기결정권 등이라 한다. 따라서 일반적 인격권 중에는 인간의 존엄과 가치에 밀접한 개인의 내밀영역과 그에는 미치지 못하지만 보호대상이 되는 사적 영역이 있게 되는데, 전자의 경우 일반적 인격권의 인정근거는 기본법 제2조 제1항뿐만 아니라 제1조 제1항(인간의 존엄성)이 포함된다고 한다.

에 이를 것으로 보인다. 우선 무죄가 추정되는 미결수용자들은 기결수보다도 여하한 기본권 제한에 있어서 더 엄격한 한계가 적용되어야 할 것인바, 차폐시설이 제대로 구비되지 않아 이용자에게 인간적인 굴욕감을 줄 정도로 열악한 화장실 시설은 미결수용자에 대한 감시목적의 필요성 범위를 벗어난 것으로서, 보다 개선된 시설로서도 충분히 감시목적이 달성될 수 있는 것이므로 기본권 제한에 '필요한' 범위를 넘어선 것이라고 볼 수 있다.

#### 나. 미결수용자의 재소자용 의복 착용

미결수용자에 대한 보다 엄격한 기본권 제한의 한계는 이미 재소자용 수의 착용에 관한 사건에서도 정립되었다.<sup>506)</sup> 헌법재판소는 동 사건에서 무죄가 추정되는 미결수용자의 자유와 권리에 대한 제한은 구금의 목적인 도망·증거인멸의 방지와 시설 내의 규율 및 안전 유지를 위한 필요최소한의 합리적인 범위를 벗어나서는 안 되고, 이러한 기본권의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 한계를 설정하게 된다고 하였다.

당시 미결수용자들은 구치소 안에서는 물론, 수사 또는 재판받을 때에도 재소자용 의류를 입었다. 헌법재판소는, 먼저 구치소 안에서 사복을 입지 못하게 하는 것은 개인의 자유로운 인격의 발현을 억제하고 모욕감이나 수치심을 느끼게 하여 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 면이 있지만, 구금의 목적이나 시설의 규율과 안전유지를 위한 제한의 한계를 벗어나지 않았다고 판단하였다. 즉 시설 안에서는 재소자용 의류를 입더라도 일반인의 눈에 띄지 않고, 수사 또는 재판에서 방어권을 행사하는데 지장을 주지 않으며, 면회객 등과 구별, 증거인멸 또는 도주의 기도, 금지품의 반입 문제, 의복 차이에 따른 수용자 간의 위화감 등을 고려할 때, 구금 목적의 달성, 시설의 규율과 안전유지를 위한 필요최소한의 제한으로서 정당성·합리성을 갖춘 조치라고 보았다.

506) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653.

그러나, 미결수용자가 수사 또는 재판을 받기 위해서 구치소 밖으로 나올 때 사복을 입지 못하게 하는 것은, 도주나 기타 사고 방지를 위한 행형 목적의 필요성을 감안하더라도, 수용시설 밖으로 나오면 일반인의 눈에 띄게 되어 재소자용 의류 때문에 모욕감이나 수치심을 느끼게 되고, 유죄가 확정되지 아니한 미결수용자에게 재소자용 의류를 입게 하는 것은 심리적인 위축으로 방어권을 제대로 행사할 수 없게 하여 실제적 진실의 발견을 저해할 우려가 있다고 보았다. 또한 교정 현실이 인적·물적 설비에서 상대적으로 부족하다고 할지라도, 미결수용자의 도주 방지는 계구(戒具)의 사용이나 계호 인력을 늘리는 등의 수단에 의할 수 있다고 보았다. 그러므로 미결수용자에게 재소자용 의류를 입게 하는 것은 무죄추정의 원칙에 반하고 인간으로서의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권과 행복추구권, 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다고 판단하였다.

동 결정은 미결수용자에 대하여 무죄추정의 원칙을 관철하고 인격권 등의 제한을 억제한 것이다. 미결수용자에 대한 일률적인 재소자용 의복 착용조치는 수용소 내에서는 규율의 목적상 필요성이 인정되며 이로 인한 사익침해의 가능성이 약한 반면, 수용소 바깥에서는 굳이 재소자용 의복 착용 없이도 계호방법에 따라 도주 등 안전조치를 취할 수 있는 것으로서 인격과 방어권의 행사에서 상당한 심리적 위축을 가져오므로 그것이 '필요최소한'의 조치이나를 따지지 않더라도 '필요한 범위' 내의 것이라고 보기 어렵다.

#### 다. 신체과잉수색

헌법재판소는 현행범으로 체포된 사람들을 경찰서 유치장에 수용하는 과정에서 흉기 등 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 확인하기 위하여 실시하는 정밀신체수색의 헌법적 한계를 실시하였다.<sup>507)</sup> 동 결정은 신체검사에 대하여 이는 그 목적 달성을 위하여 필요한 최소한도의 범위

507) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54.

내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어져야 하며, 수용자에 대한 정밀신체검사는 수용자가 신체의 은밀한 부위에 흉기 등 위험물 및 반입금지 물품을 소지·은닉한 채 입소할 가능성이 있다고 판단되며, 다른 방법 예컨대 외부로부터의 관찰 또는 촉진에 의한 검사 등으로는 위 물품을 도저히 찾아내기 어렵다고 불만한 합리적인 이유가 있고, 수용자에 대한 기본권 침해의 여지를 최소화하는 수단과 방법으로 실시되는 경우에 한하여만 허용된다고 판시하였다.<sup>508)</sup>

사안은 여성경찰관이 청구인들로 하여금 경찰관에게 등을 보인 채 상의를 속옷과 함께 거드랑이까지 올리고 하의를 속옷과 함께 무릎까지 내린 상태에서 3회에 걸쳐 앉았다 일어서게 하는 방법으로 실시한 정밀신체수색에 관한 것이었다. 동 결정은 청구인들이 공직선거법위반으로 체포된 여자들로서 체포될 당시 흉기 등 위험물을 소지·은닉하고 있었을 가능성이 거의 없었고, 처음 유치장에 수용될 당시 신체검사를 통하여 위험물 및 반입금지물품의 소지·은닉 여부를 조사하여 그러한 물품이 없다는 사실을 이미 확인하였으며, 유치장에 재수용 되는 과정에서 흉기 등 위험물이나 반입금지물품을 소지·은닉할 가능성이 극히 낮았고, 특히 옷을 전부 벗긴 상태에서 청구인들에 대하여 실시한 그러한 신체수색은 수단과 방법에 있어서 필요 최소한의 범위를 명백하게 벗어난 조치로서 청구인들에게 심한 모욕감과 수치심을 주었으므로, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권 및 제12조의 신체의 자유를 침해하는 것이라고 판단하였다.

이는 위법한 물건의 소지나 은닉을 파악하기 위한 신체수색이 인격권과 신체의 자유를 지나치게 제한하는 방법으로 행해진 것을 의미하며 이는 신체수색의 목적 달성을 위하여 필요한 범위를 벗어난 것이라고 볼 수 있다.

한편 헌법재판소는 최근에 마약류사범에 대한 항문 등의 정밀신체검사<sup>509)</sup>와 정기적 소변채취<sup>510)</sup>에 관하여, 이들은 각 과잉금지의 원칙에 위반

508) 참고로 신체수색에 관한 외국의 실무에 관해서는 이명웅, “신체과잉수색 위헌확인”, 헌법재판소결정해설집(2002년), 2003, 271쪽 이하.

되지 아니한다고 결정하였다.

### 라. 금치 중 운동금지

헌법재판소는 금치 중 절대적으로 운동을 금지하도록 한 행정법시행령 조항에 대하여 이는 인간의 존엄과 가치 등을 침해하는 것이라고 하였다.<sup>511)</sup> 동 결정은 금치처분을 받아 외부세계와의 교통이 단절된 채 1평 남짓한 좁은 징벌실에 수용되는 수형자에 대하여, 최장 2개월 동안 일체의 운동이 금지될 경우 수형자는 신체적 건강뿐만 아니라 정신적 건강을 해칠 위험성이 현저히 높다고 하면서, 의무관이 금치 집행 중인 자를 ‘수시로’ 진단하도록 하고는 있으나 ‘수시로’라는 표현은 ‘시간 나는 대로’라고 해석될 여지가 있어 건강보호를 위하여 충분한 조치를 마련하고 있다고 보기 어렵다고 하였다. 나아가 아무리 가장 중한 징벌인 금치 처분을 받은 수형자라고 하여도 인간으로서의 기본적 건강을 유지할 수 없도록 하는 조치를 승인하도록 강요하는 것은 문명국가에서는 이를 수용하기 어려운 비인도적인 징벌이라면서, 금치 기간의 길고 짧음에 관계없이, 또 예외가 없이 운동을 절대적으로 금지하는 것은 지나치게 징벌 집행의 편의만을 위한 조치라고 보았다. 결국 금치 처분을 받은 수형자에 대한 절대적인 운동의 금지는 징벌의 목적을 고려하더라도 그 수단과 방법에 있어서 필요한 최소한도의 범위를 벗어난 것이며, 수형자의 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 안전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 제12조의 신체의 자유를 침해한다는 것이다.

이러한 결론은 필요성 심사기준에 따르더라도 마찬가지로 도출될 수 있을 것이다. 금치 목적을 위하여 전면적 운동금지라는 신체적, 정신적 불이익을 준다면 이는 기본권에 대한 제한이 불필요하게 과도한 것이라는 평가

509) 헌재 2006. 6. 29. 2004헌마826.

510) 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마277.

511) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2하, 548.



가 가능하다.

#### 마. 과잉 계구사용

수형자나 미결수용자에 대한 계호의 필요에 따라 수갑, 포승 등의 계구를 사용할 수 있지만 구금된 자라는 이유만으로 계구사용이 당연히 허용되는 것이 아니고 계구사용으로 인한 신체의 자유의 추가적 제한 역시 과잉 금지원칙에 반하지 않아야 한다. 헌법재판소는 그 기준에 관하여, 구속 피의자에 대한 계구사용은 도주, 폭행, 소요 또는 자해나 자살의 위험이 분명하고 구체적으로 드러난 상태에서 이를 제거할 필요가 있을 때 이루어져야 하며, 필요한 만큼만 사용하여야 한다고 판단하였다.<sup>512)</sup> 검사가 검사조사실에서 피의자신문을 하는 절차에서는 피의자가 신체적으로나 심리적으로 위축되지 않은 상태에서 자기의 방어권을 충분히 행사할 수 있어야 하므로 계구를 사용하지 말아야 하는 것이 원칙이고 다만 도주, 폭행, 소요, 자해 등의 위험이 분명하고 구체적으로 드러나는 경우에만 예외적으로 계구를 사용하여야 한다고 보았다. 검사실에서의 계구사용을 원칙으로 하면서 심지어는 검사의 계구해제 요청이 있더라도 계호근무준칙에 따라 이를 거절한 것은 원칙과 예외를 전도한 것으로서 신체의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다고 판단하였다.

이 결정은 계호사용에 대한 기준을 계호의 필요성에 상응하는 만큼으로 정함으로써 수용자의 신체의 자유가 구금된 이상으로 지나치게 제한되어서는 안 된다는 법리를 재확인하고 있다.

#### 바. 무죄판결 후 교도소 연행

512) 2005. 5. 26. 2004헌마49, 판례집 17-1, 754. 그 전에 헌법재판소는 “구치감에서는 거실 내에 있는 수용자에게도 수갑을 사용(施用)하여야 한다.”는 계호근무준칙(법무부훈령)을 다룬 유사 사건(2000. 4. 27. 98헌마6)에서 본안판단을 할 수 있었으나 동 헌법소원 제기 후 법무부가 동 준칙을 개정하였으며 동 헌법소원은 권리보호이익 흠결로 각하된바 있다.

법원에서 무죄판결의 선고로 구속영장의 효력이 상실된 석방대상 피고인을 법정에서 즉시 석방하지 아니하고 석방절차를 밟기 위하여 일정한 시간 사실상 구금한 행위가 헌법상 정당성이 있는지를 다투는 헌법소원이 제기되었다. 그러한 구금행위는 종래 관행적으로 이루어져 오던 것이었다. 이에 대하여 헌법재판소는 “무죄 여부 등 판결 선고 후 석방대상 피고인이 교도소에서 지급한 각종 지급품의 회수, 수용시의 휴대금품 또는 수용 중 영치된 금품의 반환 내지 환급문제 때문에 임의로 교도관과 교도소에 동행하는 것은 무방하나 피고인의 동의를 얻지 않고 의사에 반하여 교도소로 연행하는 것은 헌법 제12조의 규정에 비추어 도저히 허용될 수 없는 것이다.”고 판단하였다.<sup>513)</sup>

그런데 위 헌법소원 후 법무부장관과 검찰총장의 새로운 지침이 제정·시행되었다. 이에 헌법재판소는 더 이상 법정에서 석방대상 피고인을 교도관이 석방절차라는 명목으로 피고인의 동의 없이 교도소로 연행 내지 구금하는 행위를 계속 반복할 위험이 있는 것으로는 보이지 아니하고, 헌법질서의 수호·유지를 위하여 특히 해명이 필요한 것으로 인정되지 아니한다며 동 심판청구를 권리보호의 이익이 없다고 각하하였다.

이러한 사안은 위헌심사기준을 어느 수준의 것으로 하던지 간에 불법적인 신체의 자유 제한이므로 위헌이라고 할 것이다.

## 2. 통신의 자유, 표현의 자유, 알 권리

### 가. 금치기간 중 집필금지

행형법 제33조의3(집필) 제1항은 “수용자는 소장의 허가를 받아 문서 또는 도화를 작성하거나 문학·학술 기타 사항에 관한 집필을 할 수 있다. 다만 그 내용이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 예외로 한다”고 규정

513) 헌재 1997. 12. 24. 95헌마247, 판례집 9-2, 806.

하면서 제1호·제2호로서 “교도소등의 안전과 질서를 해칠 우려가 있는 경우, 기타 교화상 부적당한 경우”를 들고 있다.

그런데 동법시행령(제145조)은 금치 처분을 받은 자에게 접견, 서신수발, 집필 등을 금지하면서 다만 미결수용자의 소송서류 작성, 변호인과의 접견 및 서신수발을 예외로 하고 있었다. 이 조항이 금치 기간 중 ‘집필’을 전면 금지한 것이 표현의 자유 등을 침해한다고 주장한 헌법소원에서 헌법재판소는 동 시행령 조항이 집필을 전면 금지한 것은 법률유보원칙 및 과잉금지의 원칙에 위반된다고 결정하였다.<sup>514)</sup>

동 결정은 과잉금지원칙에 관해서 종전의 심사기준을 재확인 하면서,<sup>515)</sup> 금치 중이라고 해서 집필을 전면적으로 금지하는 것은 교도소의 질서와 안전과 관련성이 약하고, 집필시간이나 횟수를 줄이거나 집필을 허용할 수 있는 사유를 구체적으로 한정함으로써 그 입법목적을 달성할 수도 있는 것이므로, 입법목적 달성을 위한 필요최소한의 제한이라는 한계를 벗어나 표현의 자유가 침해되었다고 판단하였다.

#### 나. 집필허가와 검열금지 규정

위 결정은 금치기간 중 집필의 전면적 금지에 한정하여 판시가 이루어졌으나, 일반적으로 집필과 같은 표현행위가 허가제로 수용소 내에서 이루어질 경우 헌법상 검열금지조항과의 관계가 문제될 수 있다. 집필의 허가제

514) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261.

515) “수용시설 내의 질서 및 안전 유지를 위하여 행해지는 규율과 징계를 통한 기본권의 제한은 단지 공동생활의 유지를 위하여 수용자에게 구금과는 별도로 부가적으로 가해지는 고통으로서 다른 방법으로는 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 허용되어야 할 것이다. 이와 같이 수용자의 기본권 제한에 대한 구체적인 한계는 헌법 제37조 제2항에 따라 구체적인 자유·권리의 내용과 성질, 그 제한의 태양과 정도 등을 교량하여 설정하게 되고(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653, 662 참조), 수용 시설 내의 안전과 질서를 유지하기 위하여 이들 기본권의 일부 제한이 불가피하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해하거나, 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성 등을 의미하는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 안 되는 것이다”.

도가 만일 일반 사인에게 적용될 경우 집필내용의 외부 발표 여부를 불문하고 표현행위의 사전검열에 해당될 것이다. 집필이 허가제로 이루어진다면 표현행위의 외부적 보호 자체가 유명무실해질 것이기 때문이다. 우리 헌법은 제21조 제2항에서 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 규정하고 있는데, 헌법재판소는 이 검열금지가 절대적 성격을 갖는 것이라는 취지로 판시한바 있다.<sup>516)</sup> 그런데 학설상으로는 헌법상 검열금지 규정이 예외를 동반한 것이라는 견해도 제시되고 있다.<sup>517)</sup>

그런데 문제는 수용소 내에서의 집필행위 허가제와 같은 표현의 자유 제한에도 검열금지 규정이 적용될 것인지 여부이다. 참고로, 미국 연방대법원은 수용자가 발송하는 서신의 검열제도를 표현의 자유에 대한 사전적 제약(prior restraint)으로 보고, 수용소의 질서와 안전의 차원과 대비하여 그 정당성을 논하고 있다.<sup>518)</sup> 미국은 우리 헌법 제21조 제2항과 같은 규정이 없지만 수용소 내의 표현의 자유 제한행위를 사전적 제약 문제로 보고 있다는 것은 검열의 허용성 문제로 보는 것과 같다.

우리의 경우 수용자에게도 검열금지 규정이 적용된다면, 검열금지 규정을 ‘절대적’인 것으로 보는 관점에서는 여하한 검열도 금지되는 결과가 도출될 수 있다. 그러나 그러한 관점을 채택한 것은 어디까지나 일반인에 대

516) 언론·출판의 자유에 대한 허가나 검열을 수단으로 한 제한은 헌법 제37조 제2항의 규정에도 불구하고 어떠한 경우라도 법률로써도 허용되지 아니한다고 한다(헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 223).

517) 예를 들어, ‘헌법상 금지되는 사전검열의 범위를 정함에 있어서는 이른바 정의적형량의 법리에 따라 개개의 유형별 사안에서 법익형량의 원리에 따라 결정되어야 할 것’이라는 견해(박용상, “표현의 자유의 제한에 관한 일반이론”, 재판자료 제77집 헌법문제와 재판(하), 법원도서관(1997), 114쪽), 표현매체의 특성에 따라 검열금지법리의 적용 여부를 달리해야 한다는 견해(이인호, “표현의 자유와 검열금지의 원칙”, 법과사회 제15호(1997년 하반기), 창작과비평사, 255쪽), 영화와 같이 강한 영향력을 갖고 있고, 그로 인해 회복하기 힘든 심대한 해악이 발생하는 매체의 경우에는 현실적으로 검열을 허용할 수밖에 없다는 점 등을 근거로 이러한 경우에는 예외적으로 검열금지의 원칙이 적용되지 않는다는 견해(양 건, “헌법상 검열금지규정의 해석”, 한국헌법학의 현황과 과제, 금량 김철수교수 정년기념논문집, 1998, 554쪽)가 있다.

518) Proconier v. Martinez, 416 U.S. 396 (1974).

한 검열금지의 차원이고 수용자에 대한 검열 문제까지 포괄하는 취지라고 보기는 어렵다. 수용자에 대한 집필허가제는 설사 이를 검열금지 규정의 대상이 된다고 보더라도 규범조화적 헌법해석을 하여 일반인에 대한 검열금지와 달리 볼 여지가 있다고 생각된다.

왜냐하면 수용자에 대한 행형상의 안전과 질서를 위해서는 어느 정도의 표현의 자유에 대한 허가제 등이 필수적으로 요청되며 이 역시 헌법이 예정한 질서라고 보아야 하기 때문이다. 국가는 범죄를 예방하고 처벌하여야 할 의무가 있으며, 따라서 수용자에 대해서는 탈출 방지나 수용시설의 안전과 질서, 그리고 행형목적에 따른 규율을 위하여 일정 부분 그들의 기본권에 대한 제약이 용인될 수밖에 없는 것이다. 이는 수용자의 집필에 있어서도 해당된다. 만약 수용자가 수용시설의 안전과 질서 혹은 추후의 범죄행위에 관련된 사항 등 구체적 해악이 예상되는 내용을 집필하고자 한다면 이를 규제할 필요성이 있다. 다른 나라 역시 그러한 경우에 사전조사나 검열이 이루어지고 있는 것으로 보인다. 그렇다면 헌법상 수용자에 대한 집필이나 서신의 검열은 그것이 구체적인 행형목적에 달성하기 위한 것으로서 명확한 것인 한 허용되어야 할 것이다.

그렇다면 헌법 제21조 제2항의 검열금지 규정은 수용자, 특히 기결수에 대해서는 일정 부분 그 적용이 배제될 수 있는 여지가 있다고 보여진다. 범죄를 예방하고 처벌하며, 수용자에 대한 행형질서와 안전을 보장하기 위하여 국가는 필요한 범위 내에서 검열을 할 수 있어야 할 것이다. 앞서 보았듯이 헌법은 다양한 가치체계를 하나의 법전에 담은 규범체계이므로, 최고 법규범으로서 ‘통일성’을 갖기 위해서는 해당 규범이 놓여 있는 전체적 관련을 함께 고찰하여야 한다. 따라서 검열금지 규정은 수용시설에 관한 한, 형사법의 집행을 통한 사회의 안전과 질서유지, 그리고 수용시설의 관리와 규율을 위한 국가적 책무를 이행하기 위하여<sup>519)</sup> 헌법 제37조 제2항

519) 국가의 기본적 의무는 범죄를 예방하고 처벌하며, 이로써 국민의 안전을 보장하는 것이다. 범죄의 처벌은 필수적으로 교정시설에 범죄인을 격리시키는 것을 요청하며, 교정시설은 범죄인의 탈출을 방지하고 추가적인 범죄를 예방하고, 올바른 훈육과 재활을 위한 시설과 규율이 필요하다. 이에 대한 헌법의 명문 규정은 없으나

이 정한 ‘질서유지’를 목적으로 필요한 범위 내에서 규범조화적으로 적용되는 것이 가능하다고 본다.<sup>520)</sup> 다만 수용자에 대한 검열을 허용할 경우에도 과잉금지원칙과 명확성 원칙상의 한계가 준수되어야 할 것이며, 특히 검열을 금지하는 헌법 제21조 제2항의 취지에 비추어 행형목적상 ‘필요한 범위’ 내에서만 허용되어야 할 것이다.

#### 다. 서신검열 문제

헌법재판소는 미결수용자가 변호인에게 보내는 서신에 관한 검열행위가 헌법상 보장된 통신의 비밀을 침해받지 아니할 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다는 이유로 위헌확인결정을 하였다.<sup>521)</sup> 동 결정은 미결수용자에 대한 서신검열은 미결구금제도의 실효성 있는 운영과 일반사회의

---

헌법은 제10조 후문에서 국민의 권리를 보장하기 위한 국가의 의무를 규정함으로써 그러한 국가의 의무를 예정하고 있다. 한편 헌법 제37조 제2항은 국가가 질서유지를 위하여 필요한 경우 법률로써 기본권을 제한할 수 있도록 허용하고 있는 바, 이로부터 교정시설에 필요한 입법자의 규율권한이 도출된다고 할 수 있겠다.

520) 입법연혁으로 볼 때, 검열금지규정은 1962년 헌법에서 처음 규정되었는데, 당시 헌법개정권자의 입법의사가 일반인뿐만 아니라 수용소에 수용된 모든 수용자에 대해서까지 일률적으로 검열을 금지한 취지였다고 상정하기는 곤란하다. 세계 각국의 입법례를 보면 수용소에 대한 검열제도는 다소간 인정되고 있으며 이는 교정행형 목적상 불가피한 것이다. 우리 헌법의 경우에만 특별히 이를 전면 금지할만한 이유는 없었다. 또한 1950년 행형법은 “수형자의 접견과 서신수발은 형무관리의 입회 또는 검열을 요한다.”고 되어 있었는데(제17조) 이 조항은 1962년 헌법 이후에도 기본적 내용이 현재까지 존속되고 있다.<sup>1)</sup> 서신검열 역시 그 성격상 헌법 제21조 제2항의 검열금지규정에 저촉된다고 볼 여지가 많은데,<sup>1)</sup> 1962년 헌법 이후에도 행형법상의 검열제도에 변화가 없었다는 것은 헌법개정권자의 입법의도가 수용자까지 염두에 두었던 것이 아님을 반영한다. 참고로, 미국의 위 *Procurier v. Martinez* 판결을 보면, 수용자가 외부에 보내고자 하는 서신에 대한 검열은, 그것이 탈출계획이나 범죄행위에 대한 기타의 정보를 담고 있거나 암호로 작성된 경우 등 구체적이고 명확하게 행형목적을 위하여 이루어지는 경우라면, 수정헌법 제1조의 표현의 자유에 대한 정당한 제한으로서, 허용된다고 한다(이 판결은 1989년 *Thornburgh v. Abbott* 판결(490 U.S. 401)에 의하여 수용자가 외부로 보내는 메일에게만 적용되고 외부로부터 받는 메일에는 다른 법리가 적용되는 것으로 판시 범위가 축소되기는 하였으나, 여전히 미국에서 유효하다).

521) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94.

불안 방지를 위하여 필요하고도 유효적절한 방법이라고 인정한 뒤, 다만 무죄추정을 받고 있는 형사피의자 또는 피고인의 경우 신체구속 상황에서 생기는 여러 폐해를 제거하기 위해서는 변호인의 조력을 받을 권리가 충분히 보장되어야 할 것인바, 변호인과의 서신을 검열하는 것은 특별한 사정이 없는 한 미결수용자의 통신의 자유와 변호인의 조력을 받을 권리를 과도하게 침해하는 것이라고 하였다.

한편 재판이 확정되어 형의 집행 중에 있는 수형자의 서신에 관한 검열행위는 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.<sup>522)</sup> 자유형의 본질상, 그리고 구금시설의 규율과 질서 유지를 위하여 수형자에게는 통신의 자유에 대한 제한이 수반되지 않을 수 없는데, 수형자의 교화·개선과 교도소 내 질서 유지에 해로운 서신을 규제하기 위해서는 서신검열이 불가피하고도 유효적절한 수단일 뿐만 아니라, 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용 중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없으므로, 기본권의 침해가 존재하지 않는다는 것이다.

또한 국가기관을 수신인으로 하는 수형자의 서신에 관한 검열행위 역시 동일한 이유에서 통신의 자유 침해가 되지 않는다고 하였다.<sup>523)</sup> 국가기관에 발송하는 서신이라는 이유만으로 검열을 하지 않는다면, 사인에게 보낼 서신을 국가기관의 명의를 빌려 검열 없이 보낼 수 있게 됨으로써 검열을 거치지 않고 사인에게 서신을 발송하는 탈법수단으로 이용할 수 있게 되므로, 일반 서신에 대하여 검열을 하지 않을 경우와 동일한 부작용이 나타날 위험이 있다는 것이다.

한편 금지기간 중인 수용자에 대해서 서신수발을 원칙적으로 금지한 형법시행령 제145조 제2항에 대해서는 동 조항 단서가 소장으로 하여금 “교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정되는 때” 이를 허가할 수 있다고 규정한 것을 들어 동 조항이 수용자의 통신의 권리를 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다고 하였다.<sup>524)</sup>

522) 헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416.

523) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마713, 판례집 13-2, 739.

수용자에 대한 서신검열은 그것이 수용자의 통신의 자유뿐만 아니라 일반인의 통신의 자유를 제약하는 것이라고 볼 여지도 있다. 수용자가 보내는 서신의 검열은 그러한 서신을 받을 일반인의 입장에서는 자신의 통신의 자유를 제한하는 것이라고 볼 수 있기 때문이다.<sup>525)</sup> 수용자의 서신검열은 수용소의 안전과 질서, 그리고 교화목적상 불가피한 것이지만 그것이 그러한 목적에 ‘필요한 범위’ 내에서 이루어져야 할 것이다. 그렇다면 서신검열에 대해서는 예외가 인정되어야 하고, 그 예외의 경우는 명확성원칙에 부합되게 구체적으로 명확하게 정해져야 할 것이다.<sup>526)</sup> 특히 변호인에게 보내는 서신은 교정목적상 장애가 초래될 우려가 적으므로 특별한 사유가 없는 한 기결수에 있어서도 허용되는 것이 바람직하다.<sup>527)</sup> 한편 서신검열은 통신의 자유의 문제이나, 표현의 자유에도 해당될 것이므로 특별히 통신의 자유가 표현의 자유의 특별법적 성격을 갖는다고 보지 않는 한<sup>528)</sup> 위 집필금

524) 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478, 판례집 16-2(하), 548, 561-562.

525) 위 Proconier v. Martinez (1974) 판결 참조.

526) 이 점에서 볼 때 우리 행형법과 시행령의 규정들은 불명확한 측면이 있다. 참고로 독일의 입법례를 살펴본다. 독일 행형법 제28조 [서신교환권] ① 수형자는 무제한적으로 서신을 발송하고 수신할 권리를 갖는다.

② 교도소장은 다음 각호에 해당하는 자와의 서신교환을 금지할 수 있다.

1. 교도소의 안전 또는 질서를 해할 위험이 있는 경우
  2. 형법에서 정한 의미에서의 수형자의 친족이 아닌 자로서 그와의 서신교환이 수형자에게 악영향을 미치거나 그의 사회복귀에 장애가 될 우려가 있는 경우
- 독일 행형법 제29조 [서신교환의 검열] ① 수형자의 변호인과의 서신교환은 검열되지 않는다. 자유형의 집행이 형법 제129조의a 및 제129조의 b 제1항 상의 범죄(테러범죄 등을 의미. 역자 주)로 인한 것인 때에는 형사소송법 제148조 제2항, 제148조의a가 준용된다. ……

527) 미국 연방대법원의 판례를 보면, 1970년 Palmigiano v. Travisono 판결에서는 수형자의 변호인과의 서신을 개봉하거나 기타 방법으로 검사(inspect)할 수 없다고 한바 있고, 1972년 Goodwin v. Oswald 판결에서는 수형자에게 변호인으로부터의 서신을 교부하지 않은 것은, 그 서신이 변호인과의 접견교통권을 남용한 것이라는 점, 시설안전에 위협이 된다는 점이 입증되지 않는 한, 헌법에 위반된다고 판시하였다. 1974년에 선고된 Wolff v. McDonnell 사건에서는 교도소가 서신을 검사하기 위하여 수형자 면전에서 변호인으로부터 송달된 편지를 개봉하는 것은 합헌이라고 한바 있다.

528) 그렇게 본다면 검열금지 규정이 우회되는 문제가 있어 기본권 보장이 더 소홀하게 될 우려가 있다.



지 부분에서 본 바와 마찬가지로 검열금지 규정과의 문제점이 발생할 것이다.

#### 라. 구독신문의 기사삭제

미결수용자가 구독하는 신문의 일부 기사를 수용소측이 삭제한 행위가 알 권리의 침해라고 다툼 헌법소원에서 헌법재판소는 합헌결정을 하였다.<sup>529)</sup> 동 결정은 미결수용자에게 자비로 신문을 구독할 수 있도록 하는 것은 일반적으로 접근할 수 있는 정보에 대한 능동적 접근에 관한 개인의 행동으로서 이는 알 권리의 행사이므로 국가는 원칙적으로 이를 제한할 수 없을 뿐만 아니라 최대한 보장해 주어야 할 의무가 있다고 전제하였다. 그러나 구금되고 있는 상태 및 구금시설의 상황상 그러한 신문구독은 무한정 인정될 수는 없고 구독할 신문 종류의 제한 등과 같은 합리적인 범위 내의 제한은 필요할 수밖에 없다고 보았다.

동 결정은 교화상 또는 구금목적에 특히 부적당하다고 인정되는 기사, 조직범죄 등 수용자 관련 범죄기사에 대한 신문기사 삭제행위는 구치소 내 질서유지와 보안을 위한 것으로, 신문기사 중 탈주에 관한 사항이나 집단 단식, 선동 등 구치소 내 단체생활의 질서를 교란하는 내용이 미결수용자에게 전달될 때 과거의 예와 같이 동조단식이나 선동 등 수용의 내부질서와 규율을 해하는 상황이 전개될 수 있고, 이는 수용자가 과밀하게 수용되어 있는 현 구치소의 실정과 과소한 교도인력을 볼 때 구치소내의 질서유지와 보안을 어렵게 할 우려가 있다고 보았다. 문제된 신문기사의 삭제 내용은 그러한 범위 내에 그치고 있을 뿐 신문기사 중 주요기사 대부분이 삭제된 바 없음이 인정되므로 위 기사들에 대한 정보획득의 방해와 그러한 기사 삭제를 통해 얻을 수 있는 구치소의 질서유지와 보안에 대한 공익을 비교할 때 청구인의 알 권리를 과도하게 침해한 것은 아니라고 판단하였다.

529) 헌재 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637, 646-648.

이 결정은 형식상 과잉금지원칙을 엄격하게 적용하고 있으나 그 실질은 필요성 심사기준에 접근하고 있는 것으로 보인다. 즉 기사삭제가 수용시설의 안전과 질서를 위하여 ‘필요한 범위’에서 벗어나지 않고 있다는 것으로 이해할 수 있다.

### 3. 변호인의 조력을 받을 권리

헌법재판소는 헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용되지 않게끔 보장하기 위한 것으로 여기의 변호인의 조력은 “변호인의 충분한 조력”을 의미한다고 하였다.<sup>530)</sup> 변호인의 충분한 조력을 받게 하기 위하여서는 무엇보다도 먼저 신체구속을 당한 사람이 변호인과 충분한 상담을 할 수 있도록 해 주어야만 할 것이므로 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통<sup>531)</sup>이라고 한 뒤, 이러한 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니라고 하였다.<sup>532)</sup>

따라서 관계공무원은 구속된 자와 변호인의 대담내용을 들을 수 있거나 녹음이 가능한 거리에 있어서는 아니되며 계호나 그 밖의 구실 아래 대화

530) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 58-59. 다만 형사절차가 종료되어 교정시설에 수용중인 수형자는 원칙적으로 변호인의 조력을 받을 권리의 주체가 될 수 없다. 다만, 수형자의 경우에도 재심절차 등에는 변호인 선임을 위한 일반적인 교통·통신이 보장될 수도 있다(헌재 1998. 8. 27. 96헌마398, 판례집 10-2, 416, 430 참조).

531) 만나서 대화를 나누는 것이 접견권으로, 서류와 물건을 주고받는 것이 교통권으로 이해할 수 있다. 차병직, “변호인 접견교통권의 침해와 그 구제”, 법조 440호(1993. 5.), 95쪽 참조. 그런데 교통(Verkehr)이란 용어는 우리말의 관행상 생소하므로 (광의의) 접견에 포함시키는 것이 바람직하다고 생각한다.

532) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 60-61.

장면의 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성하여 자유로운 접견에 지장을 주어서는 안 되며,<sup>533)</sup> 교통내용에 대하여 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것이며, 이러한 취지는 접견의 경우뿐만 아니라 변호인과 미결수용자 사이의 서신에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 한다고 판단하였다.<sup>534)</sup> 한편 변호인의 조력을 받을 권리는 변호인을 통하여 수사서류를 포함한 소송관계 서류를 열람·등사하고 이에 대한 검토결과를 토대로 공격과 방어의 준비를 할 수 있는 권리도 포함된다. 따라서 변호인의 수사기록 열람·등사에 대한 지나친 제한은 피고인에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다.<sup>535)</sup>

나아가 변호인의 조력을 받을 권리는 수사의 개시에서부터 판결의 확정 시까지 존속하며, 불구속 피의자에게도 보장되는바, 이에 는 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리를 포함한다.<sup>536)</sup> 따라서 그러한 조언과 상담과정이 피의자신문을 방해하거나 수사기밀을 누설하는 경우 등 위법한 조력이 아니라면 변호인과 상담하고 조언을 구할 권리는 피의자신문 시에도 인정되어야 한다.<sup>537)</sup>

533) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111, 판례집 4, 51, 61. 국가안전기획부 소속직원이 접견에 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 것은 접견교통권을 침해한 것이라고 하였다.

534) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 106-107. 다만 미결수용자와 변호인 사이의 서신으로서 그 비밀을 보장받기 위하여는, 첫째, 교도소측에서 상대방이 변호인이라는 사실을 확인할 수 있어야 하고, 둘째, 서신을 통하여 마약 등 소지금지품의 반입을 도모한다든가 그 내용에 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴·기타 형벌법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우가 아니어야 한다고 한다. 따라서 미결구금자가 수발하는 서신이 변호인 또는 변호인이 되려는 자와의 서신임이 확인되고 미결구금자의 범죄혐의내용이나 신분예 비추어 소지금지품의 포함 또는 불법내용의 기재 등이 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 없음에도 그 서신을 검열하는 행위는 위헌이다.

535) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60, 판례집 9-2, 675, 696-698. 변호인이 1994. 3. 22. 국가보안법 위반죄로 구속 기소된 청구인의 변론준비를 위하여 피청구인인 검사에게 그가 보관중인 수사기록일체에 대한 열람·등사신청을 하였으나 같은 달 26. 피청구인은 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해의 우려 등 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 이를 전부 거부한 것은 청구인의 신속·공정한 재판을 받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이라고 하였다.

536) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138, 판례집 16-2상, 543.

537) 같은 결정, 판례집 16-2상, 556-557. 검사는 청구인들이 조언과 상담을 구하기 위

헌법이 보장한 변호인의 조력을 받을 권리는 헌법상의 적법절차 이념과 무죄추정의 원칙에 기반을 두고 있다. 즉, 국가형벌권은 공정한 법의 적절한 절차에 따라 실제적 진실발견으로 실현되어 가야 한다는 것이다.<sup>538)</sup> 개인과 국가 간의 긴장관계에서, 신체의 자유라는 가장 기본적인 기본권이 관련되는 상황에서 형사법절차에 대한 최소한의 국민적 정당성과 국가형벌권에 대한 합당한 권위를 가져올 수 있기 위해서는 법전문가의 도움을 받는 절차가 필요하다. 피의자 내지 피고인은 그의 자유와 생명의 박탈이 문제되는 상황에서 자신을 보호할 만큼의 전문적인 법적 지식을 갖고 있지 못한 것이 현실이다.<sup>539)</sup> 변호인 조력권 내지 접견교통권은 신체구속을 당한 피고인이나 피의자의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리로서 기본적으로 수용시설의 안전이나 질서와 무관하므로 기본적으로 제한할 필요성이 인정되지 않는다. 위 판례들은 이러한 입장에서 변호인의 조력을 받을 권리와 변호인 접견교통권을 보장하고 있다.

#### 4. 선거권, 피선거권

헌법재판소는 기본적으로 수형자에게 선거권, 피선거권을 제한하는 것이 합헌이라고 판단하였다.

즉, 확정판결을 받은 선거법에 대하여 선거권 및 피선거권을 제한하는 규정은 선거의 공정성을 해친 자에게 일정기간 선거권 및 피선거권의 행사를 제한함으로써 선거풍토를 일신함과 동시에 본인의 반성을 촉구하기 위한 법적 조치로서, 국민의 기본권인 공무담임권과 평등권을 합리적 이유 없이 자의적으로 제한하는 위헌규정이라고 할 수 없고, 또 선거법 중 어떤

---

하여 한 피의자신문 시 변호인의 참여 요구를 거부하면서 그 사유를 밝히지도 않았고, 그에 관한 자료도 제출하지도 않았다. 따라서 아무런 이유 없이 피의자신문 시 청구인들의 변호인과의 조연과 상담요구를 제한한 행위는 청구인들의 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한다고 판단하였다.

538) 차용석, “접견교통권의 제문제”, 사법행정, 346호(1989. 10.), 36면 참조.

539) Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938), Kamisar/LaFave/Israel, Modern Criminal Procedure, 6th Ed. (West Publishing, 1986), 74쪽.

종류의 형벌을 얼마만큼 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 기간 동안 피선거권의 행사를 제한할 것인가의 문제는 입법재량에 속하는 사항으로서, 그것이 합리적 재량의 한계를 벗어난 것이 아닌 한 위헌이라고 말할 수 없다고 한다.<sup>540)</sup>

유사한 판례로서, 선거법으로서 형벌을 받은 자에 대하여 일정기간 피선거권을 정지하는 규정 자체는, 선거의 공정성을 해친 선거사범에 대하여 일정기간 피선거권의 행사를 정지시킴으로써 선거의 공정성을 확보함과 동시에 본인의 반성을 촉구하기 위한 법적 조치로서, 국민의 기본권인 공무담임권과 평등권을 합리적 이유 없이 자의적으로 제한하는 위헌규정이라고 할 수 없다고 한다.<sup>541)</sup> 이러한 경우 구체적으로 어떤 종류의 형벌을 얼마만큼 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 기간 동안 피선거권의 행사를 정지시킬 것인가가 문제이나, 이는 기본적으로 입법형성권을 갖고 있는 입법권자가 제반 사정을 고려하여 결정할 그 입법재량에 속하는 사항으로서 그것이 합리적 재량의 한계를 벗어난 것이 아닌 한 위헌이라고 말할 수 없다고 한다.<sup>542)</sup>

이러한 판례들은 기본적으로 입법재량을 존중한 것이다. 그런데, 수용시설에 구금되어 있기 때문에 공직 피선거권이 제한될 수 있는 것은 수용시설의 질서를 위하여 필요한 측면이 있지만, 선거권까지 반드시 제한되어야 할 필요성은 강하지 않다고 볼 여지가 있다. 행정편의적인 문제가 아닌 한 수용자들에게 선거권의 행사를 보장한다고 해서 수용시설의 안전이나 질서상 문제가 발생한다고 보기는 어렵기 때문이다. 우리 헌법을 구성하는 핵심 원리인 국민주권주의와 대의민주주의는 국민의 선거를 통하여 실현되는 것이며, 그것은 국민으로서 가장 근본적인 정치적 권리이므로, 단지 범죄인이라고 해서 그러한 권리가 바로 제한될 수 있다고 보기는 어렵다. 선거법인 경우 선거의 공정성이란 측면이 더 고려될 수 있겠지만, 일반적으로 수

540) 헌재 1997. 12. 24. 97헌마16 판례집 9-2, 881, 887-888.

541) 헌재 1995. 12. 28. 95헌마196, 판례집 7-2, 893, 902.

542) 헌재 1993. 7. 29. 93헌마23, 판례집 5-2, 221, 227-228.

용자의 경우 수용시설의 안전과 질서라는 교정목적과 ‘선거권의 보장’이라는 국가의 기본적 의무를 조화롭게 달성할 수 있어야 할 것이다.

## 5. 양심의 자유

헌법재판소는 국가보안법 위반 등 수형자에 대하여 가석방의 필수적 조건으로 차후 국법질서를 준수하겠다는 준법서약서를 요구하는 것이 수형자의 양심의 자유 및 평등권을 침해하는지 여부를 판단하였다.<sup>543)</sup> 동 결정은 양심의 자유를 내심의 윤리적 확신과 외부적 법질서의 요구가 서로 회피될 수 없는 상태로 충돌하는 경우에만 문제된다고 전제한 뒤, 준법서약서는 가석방이라는 수혜를 주기 위한 조건으로서 당사자는 수혜를 포기함으로써 법질서와 충돌하지 아니한 채 자신의 양심을 유지할 수 있으며 이에 대한 아무런 법적 강제가 없으므로 양심의 자유를 제한하지 않는다고 판단하였다. 한편 다른 수형자와의 관계에서는 남북한 대결상황에서 차별취급의 목적과 수단의 비례성을 갖추었으므로 평등권 침해가 아니라고 판단하였다.

이 결정에는 재판관 2인(김효중, 주선회)의 반대의견이 있었다. 그 주요 취지는, 양심의 자유의 구성요건을 다수의견과 같이 축소하는 것은 기존 선례에서 벗어나며 양심의 자유를 확장하기보다 제약하는 것이고, 대한민국 체제를 부정하는 장기수들에게 자신의 사상을 포기하는 준법서약서를 제출해야만 가석방을 시켜주겠다는 것은 간접적인 강제로써 수형자의 사상과 신조를 표명하게 하는 것이므로, 자유민주주의 체제하에서도 보장되어야 할 그들의 내심의 자유(forum internum)를 침해하며, 이를 양심실현의 자유에 대한 제약으로 보더라도 비례의 원칙을 준수하지 못하였다는 것이다.

이 사건은 북한과 대치하고 있는 우리 사회에서 수용자의 사상과 양심이 어느 정도 보장될 수 있는가에 대한 중요한 법리를 내포하고 있다. 준법서약서제도는 과거의 사상전향서를 대체한 것인데, 준법서약서 역시 국가보

543) 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351.

안법위반 장기수도에 대한 회유와 사상전환을 도모하는 것이라 볼 수 있다. 통상 가석방의 조건은 행형목적상 '재범의 가능성' 여부이다. 그러한 행형목적의 달성을 위하여 그들에게 준법서약서를 받아야만할 '필요성'이 충분히 있었는지는 의문이 제기될 수 있다. 동 결정 후 준법서약서제도는 폐지되었다.

## 6. 사생활의 비밀과 자유

청소년 성매수자에 대한 신상공개를 규정한 구 청소년의성보호에관한법률(제20조 제2항 제1호)가 확정판결을 받은 수용자 혹은 비수용자<sup>544)</sup>의 사생활의 비밀의 자유 등을 침해하는지 여부가 문제되었다. 헌법재판소는 재판관 4:5의 의견으로 합헌결정을 하였다.<sup>545)</sup>

동 결정은 그러한 법적 장치를 두어야 할 사회적 필요성을 인정한 뒤 종래의 형벌이나 보안처분 등으로는 아동과 청소년의 성을 보호하기에 불충분하다는 입법자의 입법형성을 존중하였다. 한편 그러한 제도는 성명, 연령, 직업 등의 신상과 범죄사실의 요지를 공개하도록 한 것이며 얼굴이나 사진 등 공개대상자에 대한 구체적인 정보를 제공하는 것이 아니고, 공개된 형사재판의 확정된 형사판결의 내용을 공개하는 것이므로 사생활의 비밀이 지나치게 제약된다고 볼 수 없고, 청소년성매매와 같은 범죄를 저지른 자들에게는 그러한 사생활의 비밀이 일반인보다 더 제한적으로 보장될 수 있다고 판단하였다. 그리하여 청소년 성보호라는 공익에 비하여 사생활의 비밀의 자유가 제약되는 정도가 과잉된 것이라 할 수 없다고 보았다.

한편 반대의견은 신상공개제도를 통한 해당 입법목적 달성 여부는 불분명한 반면 이로 인한 인격권 등의 침해는 심각한 것이라며 위 규정은 위헌이라고 하였다.

이 사건은 교정시설의 안전과 질서와는 무관한 별도의 입법목적에 위한

544) 벌금형을 받았거나 이미 석방된 경우.

545) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624.

기본권 제한이므로 과잉금지 원칙의 엄격한 심사가 요청되었고 이 점에서 법정의견과 반대의견 모두 같았다. 양 의견의 차이는 신상공개제도의 효과와 기본권 제약의 정도에 관한 관점의 차이에 기인하고 있다.

## 7. 사회보장수급권

국민건강보험법은 수용자에 대하여는 보험급여를 정지하고 보험료를 면제하고 있다. 그런데 수용자에 대한 국가의 무상치료의무는 재정상의 문제로 제대로 이행되지 않고 있었다.<sup>546)</sup> 수용자들은 자신의 비용으로 외부병원에서 자비치료를 받게 되는 경우가 많았는데, 의료보험이 미적용되는 결과 과도한 의료비지출을 부담하게 되었다. 그러자 수용자들 일부가 보험급여의 정지를 규정한 위 법 조항이 건강권 등을 침해한다며 헌법소원을 제기하였다.<sup>547)</sup>

이에 대하여 헌법재판소는 수용자에게 국민건강보험급여를 정지하는 규정의 입법취지는 수행자나 미결수용자에 대한 제재의 일환이거나 재소자라는 이유로 불이익을 주기 위한 것이 아니라 구금시설에 수용된 자에 대한 의료보장 체계를 일원화하고 수입원이 차단된 수용자의 건강보험료 납입부담을 없애 줌으로써 수용자에 대한 의료보장제도를 합리적으로 운영하기 위한 입법 정책적 판단에 기인한 것이라고 인정하였다. 그러므로 동 규정은 수용자에 대한 의료보장제도의 합리적 운영이라는 공익을 위하여 일시적으로 보험급여를 정지하는 것일 뿐, 수용자의 의료보장수급권을 직접 제약하는 규정이 아니라고 보았다. 즉 국가의 예산상의 이유로 수용자들이 적절한 의료보장을 받지 못하는 것이 현실이라고 하더라도 이는 수용자에 대한 국가의 보건의무불이행에 기인하는 것이지 동 규정에 기인하는 것으로

546) 행정법은 “소장은 질병에 걸린 수용자에 대하여 병실수용 기타 적당한 치료를 하여야 한다.”(제26조)고 규정한다. 그러나 인적 물적 자원의 부족으로 치료 상황은 좋지 않았다. 국가인권위원회, 구금시설의 의료실태조사 및 의료권보장을 위한 연구(2003. 4.), 18-22쪽

547) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마31등, 판례집 17-1, 254.



로 볼 수는 없다는 것이다.

한편 수용자에 대한 의료보장을 국비로 처리할 것인지, 아니면 건강보험 체계로 할 것인지는 입법자가 정책적으로 결정할 사항이며 동 규정은 수용자의 의료보장을 일차적으로 국가가 부담한다는 전제 하에 건강보험급여를 일시 중지하는 것으로 그러한 입법자의 판단이 자의적이거나 입법 재량을 벗어나 수용자의 동 규정이 청구인들의 건강권, 인간의 존엄, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해한다고 볼 수 없고 국가의 보건의무를 저버린 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

이 사건은 기본적으로 수용자에 대한 질병치료가 불충분한 데서 기인한 것이다. 심판대상은 건강보험법 규정이나 그 실질은 국가가 수용소에서 불충분한 무상치료를 행하기 때문인 것이다. 건강보험법과 같은 사회보장입법은 헌법상의 국가의 보건의무와 국민의 사회보장수급권에 따른 것인데 수용자라는 신분 때문에 열악한 의료혜택을 받는다면 이는 기본권의 충분한 보장이 이루어지고 있는 것이라 볼 수 없다.<sup>548)</sup> 다만 사회적 기본권의 위헌심사기준은 종전의 판례에 의하면 최소한의 합리성 심사이므로<sup>549)</sup> 적어도 국가가 기본적인 조치를 취하고 있는 한 이를 위헌이라 하기는 어렵다. 그런데 이 사건은 심판대상이 국가의 불충분한 치료행위 혹은 그와 관련된 규정이 아니라 건강보험법상의 보험급여정지 규정이었기 때문에 수용자들의 해당 기본권 침해와 직접적 관련성이 없는 사례였다고 말할 수 있다.

다른 사례는 수용소에서 수용자에 대한 건강진단을 실시하면서 몸무게,

548) 이와 관련해서는 이명웅, “수용자에 대한 국가의 치료의무와 보험급여의 정지제도”, 고시계, 2005. 8. 참조.

549) 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지의 여부를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사한다. 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다. 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 552-555; 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마390, 판례집 13-1, 977, 989.

가슴둘레, 혈압에 대해서만 검사를 실시하고, 법무부훈령인 「수용자건강진단규칙」에서 정하고 있는 다른 항목들인 ‘키, 영양상태, 팔, 다리, 시력, 청력, 치아, 언어, 질병 기타 신체상의 이상 유무’에 대해서는 검사를 실시하지 않는 등 형식적인 내용의 건강진단을 실시함으로써 자신의 기본권을 침해했다고 주장한 헌법소원이다.<sup>550)</sup> 이 사례 역시 수용소 내에서의 건강관리상의 약점을 보여주고 있다. 그런데 이 헌법소원 이후 법무부는 각급 교정시설에서 실시하는 건강진단이 형식적인 건강진단에 그쳐 수용자의 불만과 불신을 초래하는 등의 문제점이 있음을 인식하고, 2006. 2.경 「수용자건강검진 실시계획」을 수립하여 2006. 4. 10.부터 전국의 46개 교정시설에서, 수형자에 대해서는 외부 의료기관에 의한 건강검진을 실시하되 건강진단의 내용과 수준을 국민건강보험공단이 공무원을 대상으로 실시하는 건강검진과 동일한 것이 되도록 실시하였고, 2007년부터는 미결수용자를 포함한 전체 수용자를 대상으로 그와 같은 내용의 건강진단을 실시하도록 하였다.

이를 바탕으로 청구인은 2006. 4.경 외부의료기관에 의뢰되어 건강진단을 받았는데, 신장, 체중, 비만도, 시력, 청력, 혈압, 흉부방사선촬영, 혈액, 소변, 심전도, 구강 등의 검사를 받았다. 헌법재판소는 이러한 사실에 바탕을 두고 청구인이 주장하는 것과 같은 기본권 침해가 반복될 위험이 있다거나 헌법적 해명의 필요성이 없다고 하면서 권리보호이익 흠결을 이유로 동 사건을 각하하였다.

#### IV. 결 어

헌법재판소가 수용시설에 수용 중인 수용자들 역시 기본권의 주체로서 기본권의 침해에 대하여 헌법재판을 청구할 수 있다는 것을 확고하게 선언함으로써 수용자들의 인권은 대폭 신장되게 되었다. 이는 과거 특별권력관계와 같은 법리를 토대로 수용자들의 인권이 침해될 수 있던 상황에서 획

550) 헌재 2006. 7. 27. 2004헌마476.

기적으로 변화된 것으로서 국민의 기본권 보장을 제일의 사명으로 하는 헌법재판소 제도가 아니었다면 이룩되기 어려웠을 것이다.

특히 제3기 재판부는 이 분야에 있어서 괄목할만한 성과를 가져왔는데, 검찰의 피의자 신문시 변호사의 참여를 요구하는 것이 헌법에 의해 보장된 권리임을 확인하였고, 유치장 내 비인도적 화장실 사용의 위헌성을 확인함으로써 전국의 해당 시설을 개선시켰으며, 교도소에서 금지처분을 받은 자에 대한 전면적 집필 금지, 유치장 수용자에 대한 과잉신체수색, 교도소 수용자에 대한 비인도적 계구착용의 위헌성을 각 확인하였고, 검사 조사실에서 구체적이고 분명한 위협이 없는데도 구속 피의자에게 수갑·포승을 사용하는 것은 위헌이라고 하였던 것이다.

헌법재판소의 이러한 판례들에 기초하여 추후에도 여러 형태로 수용자의 기본권 제한 문제가 제기될 것이 예상된다.<sup>551)</sup> 그러한 수용자의 기본권 제한 문제에서 위헌심사의 기준을 일반인에 대한 그것과 같이 엄격한 형태로 과잉금지의 원칙 심사를 할 것인지가 문제되나, 본고는 수용시설의 안전과 질서에 관련된 특수성을 감안한 규범조화적 해석방법에 입각하여 그 심사 기준은 일반인에 대한 기본권 제한의 경우보다도 다소 완화되는 것이 바람직하다고 보았다. 한편 본고에서 거론된 위헌사례들은 그러한 완화된 심사 기준(필요성 심사기준)에 의하더라도 대부분 같은 결론에 도달할 수 있었던 것이라고 평가한바 있다.

인권의 보장은 국가의 존립목적이면서 입헌민주주의 국가의 자긍심이라 할 수 있다. 수용자에 대한 인권 보장의 수준은 한 국가에서 일반인에 대한 인권보장의 척도가 될 수 있으며, 우리 나라 자유민주주의의 수준을 가늠케 하는 것이다. 오늘날 우리 사회에서 범죄는 보다 엄격하게 처벌되고 최대한 예방되어야 할 것이나, 비록수용시설에 수용된 범죄인이라 하더라도 국민이자 인간으로서 지녀야 할 인권은 충분히 보호되어야 할 것이다. 특히 수용자의 보건권 내지 건강권이 좀더 충실히 보장될 필요성이 있다.

551) 본고에서는 언급되지 않았으나, 종교, 혼인, 교육, 근로의 자유, 재판청구권, 재산권, 적법절차, 평등권 등 기본권에 관련된 여러 문제들이 제기될 수 있다.



# 기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도

이 승 환  
헌법연구관

## - 목 차 -

I. 서 .....	303
II. 의미와 근거 .....	303
1. 직접관련성의 의의 .....	303
2. 직접성 요건의 필요성 .....	305
3. 직접성 요건의 실정법상의 근거 .....	307
III. 직접성과 보충성 원칙 .....	309
1. 직접성요건과 보충성 요건의 연관론 .....	309
2. 직접성 요건은 보충성원칙의 변형이 아니라고 보는 논의 .....	312
3. 검토 .....	312
IV. 직접성 요건 충족여부 심사의 기준 .....	315
1. 심판대상이 청구인의 자유를 제한하거나 의무를 부과하거나 법적 지위를 박탈할 것 .....	315

2. 원칙적인 기준-집행행위의 유무 .....	318
3. 집행행위의 의미 .....	319
V. 헌법소원에서 직접성요건이 문제되는 규범의 유형 .....	320
1. 긴급명령 .....	320
2. 법규명령 .....	320
3. 시행규칙 등 .....	321
4. 대법원의 규칙 등 .....	321
5. 지방자치단체의 조례 등 .....	322
6. 고시, 지침, 훈령, 예규 등 .....	322
7. 조약 .....	324
8. 입법절차가 헌법과 국회법에 위반되는 법률 .....	325
VI. 기본권침해의 직접관련성이 인정되는 경우 .....	325
1. 집행행위가 없는 경우 .....	325
가. 집행행위가 예정되어 있지 않은 경우 .....	325
나. 정의규정인 법률조항이 기본권침해와 직접 관련되는 경우 .....	328
다. 통지행위 또는 최고행위가 있는 경우 .....	330
라. 법규범이 정한 법률효과 발생에 사인의 행위가 필요한 경우 .....	331
마. 제재규범이 없는 경우 .....	333
2. 집행행위가 있어도 직접성이 인정되는 경우 .....	334
가. 법률에 의하여 자유의 제한이나 의무의 부과가 있는 경우 .....	334
나. 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 가능성이 없는 경우 .....	338
다. 심판대상이 된 법조항과 내적 연관을 지닌 경우, 집행행위를 매개하는 다른 조항에 대해서도 직접성을 인정한 사례 .....	343
라. 집행행위의 형식을 규정한 법령의 내용 자체에서 기본권침해를 받는 경우 .....	347
VII. 집행행위의 유형 .....	348
1. 행정처분 등 .....	348

2. 하위규범 .....	350
3. 재판 등 사법작용, 헌법재판소의 결정 .....	352
4. 법률의 경우 .....	355
VIII. 구체적 검토 .....	357
1. 집행행위가 재량행위인 경우 .....	357
가. 일반적인 직접성의 부정 .....	357
나. 직접성의 인정가능성 .....	358
2. 집행행위에 있어서 행정청의 판단여지가 없는 경우 .....	359
IX. 다른 유형의 공권력의 행사 또는 불행사와 직접성 .....	366
1. 입법부작위 등 공권력의 불행사 .....	366
2. 행정행위 등 .....	366
3. 권력적 사실행위 .....	367
4. 재판과 행정계획에 관한 독일 판례 .....	368
X. 직접성 흠결의 효과 .....	369
1. 청구의 부적법 각하 .....	369
2. 직접성이 흠결된 법률에 대한 사법심사 .....	369
3. 직접성 요건이 흠결된 하위법규(명령 규칙 조례 고시 등)의 사법심사 .....	371
XI. 결 .....	371

## I. 서

헌법재판소법 제68조 제1항에서는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이외에는 헌법재판소법 또는 헌법에 헌법소원심판 청구인이 기본권을 ‘직접’ 침해당하고 있을 것을 요건으로 하는 명시적인 규정이 없다. 그러나 헌법재판소의 확립된 판례는 헌법소원심판 청구인이 원칙적으로 자신의 기본권이, 현재 그리고 직접 침해당한 경우여야 헌법소원을 제기할 수 있다고 하여 헌법소원심판의 적법요건을 형성하고 있다. 이러한 헌법소원심판의 적법요건으로서 법적관련성의 내용 중 직접관련성(unmittelbare Betroffenheit)의 근거와 기능, 범위와 정도 등을 검토하고, 2006. 8.까지의 헌법재판소의 직접성에 관한 결정들을 미흡하나마 정리하여 체계화하고, 혼선을 빚고 있는 부분에 대해 간략한 의견을 제시해 보고자 한다.

## II. 의미와 근거

### 1. 직접관련성의 의의

직접관련성은 공권력의 행사 또는 불행사가 청구인의 기본권을 직접 침해하여야 한다는 것이다. 헌법재판소는 그 최초의 결정례 중의 하나인 구 사법서사법에 대한 헌법소원사건에서 기본권침해의 직접성이 적법요건임을 실시하고,<sup>552)</sup> 이후 형사소송법 개정 등에 관한 헌법소원사건에서 ‘입법자의 공권력 행사 즉 법률에 대하여 바로 헌법소원을 제기하려면 우선 청구인 스스로가 당해 규정에 관련되어야 할 뿐 아니라 당해 규정에 의해 현재 권리침해를 받아야 하나 다른 집행행위를 통해서가 아니라 직접 당해 법률에

552) 현재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 19.



의해 권리침해를 받아야만 한다는 것을 요건으로 한다.’라고 명시적으로 그 요건을 실시하였다.<sup>553)</sup> 헌법재판소 판례집에 수록된 결정례를 기준으로 하면 최초로 기본권침해의 직접성 결여로 각하된 사안은 사회안전법에 관한 헌법소원사건이다.<sup>554)</sup>

직접성의 의미에 관하여 헌법재판소는 “기본권 침해의 직접성이란 집행행위에 의하지 아니하고 법률 그 자체에 의하여 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생긴 경우를 뜻하므로, 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 당해 법률 또는 법률조항에 의한 기본권 침해의 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성의 요건이 결여된다.”라고 판시하였다.<sup>555)</sup>

독일연방헌법재판소는 “입법이 그 실행을 위하여 입법규정상 또는 사실상의 행정관습상 특정한 집행권의 의사에 의한 집행행위를 필요로 함이 없이 청구인의 권리를 침해할 경우 청구인은 입법에 의하여 직접적으로 침해받고 있고, 이러한 입법에 대하여 직접적으로 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”라고 판시하고 있다.<sup>556)</sup>

독일연방헌법재판소는 이 심사공식을 일찍이 법률을 직접적인 대상으로 하는 헌법소원에 대해서만 사용하였으나, 이제 법원판결에 대한 헌법소원에도 적용하고 있다고 한다. 동일한 관점을 재판소원에서는 이제까지 “권리보호의 이익”이라는 이름 아래 심사해 왔기 때문에 그로 인하여 실질적으로는 변한 것이 없다는 설명이 있다.<sup>557)</sup> 다만 재판소원에서는 그 기준의 존재가 대개 자명하기 때문에 상세한 심사를 필요로 하지 않는 것이 보통이고, 법률에 대한 헌법소원에서 주로 문제된다고 한다. 직접관련성의 요건은 모든 헌법소원절차에서 갖추어야 할 것이나, 재판소원의 경우에는 민사

553) 헌재 1989. 7. 21. 89헌마12, 판례집 1, 128, 129-130

554) 헌재 1989. 10. 27. 89헌마105등, 판례집 1, 322, 326.

555) 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192, 판례집 4, 813, 823; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마703, 판례집 13-2, 113, 118; 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174, 191; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238등, 판례집 13-2, 383, 405; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마713, 판례집 13-2, 739, 745 등

556) BVerfGE 1, 97/102.

557) 독일연방헌법재판소-지위 절차 재판, Klaus Schlaich, 정태호 역, 헌법재판소, 1999, 157면.

소송의 원피고는 재판에 의하여 직접적으로 관련되어 있으므로 대부분의 경우에는 직접성에 대한 상론이 필요하지 않고, 다만 재판절차의 당사자가 아닌 제3자에게 판결의 효력이 미치는 경우에 문제될 수 있다.<sup>558)</sup>

우리 판례의 입장에 따르면 직접성 요건은 공권력의 행사(법규범)와 국민의 기본권 침해 사이에 다른 집행행위가 필요한가 여부에 따라 판단된다.

## 2. 직접성 요건의 필요성

가. 법규범이 집행행위를 매개로 하여 청구인의 권리관계를 변동시키는 경우까지만, 직접 법령에 대하여 청구하는 헌법소원을 인정할 필요는 없을 것이다. 법원의 재판과는 달리 헌법재판소의 결정은 모든 국가기관을 기속하고, 심판대상인 법규범이 위헌적인 내용일 경우 단순히 개별 사례에서 법규범의 적용을 배제시키는데 그치는 것이 아니라 일반적인 효력이 부정된다. 그런데 일반 추상적 법령에 대하여 헌법소원을 인정하게 되면, 헌법재판소는 법령 자체가 아니라 법규범의 집행과정에서 발생할 수도 있는 위헌적인 요소에 대하여 미리 상정하여 판단하거나 집행행위의 사실인정을 심리하여야 하는 부담을 가지게 된다. 이러한 경우에는 일반법원의 재판절차를 통하여 권리구제를 받고 그 절차에서 위헌법률심판제청신청을 통하여 헌법에 대한 판단을 받도록 운용하는 것이 합리적이다.

헌법재판소는 직접성요건을 통하여, 일반법원이 사실관계와 법적 문제를 먼저 해명하지 않은 상태에서, 개별적인 사례에 대한 관련규범의 구체적 적용으로부터 추상화된 채로 규범통제를 하는 것을 피하고 있다.<sup>559)</sup>

나. 헌법소송 실무상으로도 법령에 대한 헌재법 제68조 제1항에 따른 '헌마' 헌법소원에 대하여 모두 본안판단을 할 수 없으며 각하할 필요성이

558) Ernst Benda and Eckart Klein, Lehrbuch Des Verfassungsprozeßrechts, 1991., 200~201면(Rn 482).

559) 독일연방헌법재판소-지위 절차 재판, Klaus Schlaich, 정태호 역, 헌법재판소, 1999., 161면.

존재한다. 원래 헌재법 제68조 제1항에 따른 '헌마' 헌법소원은 기본권을 침해받은 개인의 권리구제를 위한 제도이다. 법령에 대한 헌법소원에 있어서 모든 국민 개개인에게 어느 시점에서나 헌법소원심판을 청구할 수 있게 하는 것은 민중소송을 인정하는 것에 다름 아니어서 우리 헌법재판제도상 허용될 수 없다(헌재 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672, 677).

그런데 헌법재판소에 대한 관심이 높아지면서 일단 하고 보자는 식으로 헌법소원이 급증하고 있다. 때로는 대의기관에서 이루어져야 할 정치적 논의나 입법부의 결단에 대하여 반대하는 쪽에서 헌법소원을 제기하고 있으며, 시간적으로도 법률안이 시행되자마자(또는 시행되기도 전에) 이루어지는 경우도 많다. 이는 국회의 입법에 대하여 헌법소원을 통하여 사실상 민중소송 내지 추상적 규범통제의 방법으로 다투는 내용이 아닌가 하는 의심이 있다.

이러한 헌법소원 중의 상당수는 특정한 단행법률의 제1조(목적), 제2조(정의) 규정에서 출발하여 법률의 거의 대부분을 망라한 다음 마지막 부분에 있는 벌칙규정까지 심판대상으로 하고 더 나아가 동법의 시행령, 시행규칙 조항까지 포함하는 청구를 하거나, 법률이 개정된 경우 개정된 조항 대부분을 심판대상으로 기재하고 있다. 청구인과 실질적으로 연관되는 규정은 일부임에도 불구하고 수십개의 법률 및 시행령, 시행규칙을 심판대상으로 하여 일일이 본안판단을 하는 것은 국민의 조세부담을 통하여 운용되는 헌법기관인 헌법재판소의 효율적 운영을 저해하고 다른 사건의 심리를 지연시킬 뿐만 아니라, 주된 쟁점이 되지 아니한 심판대상에 대하여 선불리 위헌여부를 판단하는 결과를 가져와서, 전반적인 헌법재판소 결정의 질을 저하시키거나 이후 정말 해당법령이 쟁점이 된 후속사건에서 자유로운 판단을 제약하는 선례가 될 우려가 있다.<sup>560)</sup>

국회의 입법과정에서 다수의 찬동을 얻지 못한 개인 또는 세력이 구체적인 기본권 침해와 무관하게 헌법소원이라는 절차를 통하여 패자부활전 또

560) 헌재법 제68조 제2항에 따른 '헌마' 사건에서는 이러한 망라적 청구에 대해서 시행령 등은 심판대상이 아니라는 이유로, 기타 법률은 재판의 전체성이 없다는 이유로 각하할 여지가 있는 반면, '헌마' 사건에서는 어떤 식으로든 연관이 된다고 주장하는 법령에 대하여 '자기관련성' 등이 없다고 각하하기가 상대적으로 어렵다.

는 제2의 정치활동을 하는 것은, 구체적 규범통제를 하고 있는 우리 헌법 소원제도가 예정하고 있는 것이 아니며, 헌마 헌법소원제도의 남용이라고 할 것이다. 이러한 헌법소원제도의 남용에 따른 무차별적인 법령소원의 상당수에 대해서 직접성 요건을 엄격하게 심사하여 적용하여 각하할 필요가 있다. 실제로 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등(판례집 18-1하, 337) 결정은 기본권침해의 직접성이 없음을 들어서 수십개의 법률조항에 대한 심판청구를 각하한 바 있다.

다. 헌법재판소는 법령에 대한 헌법소원에 있어서 ‘기본권침해의 직접성’을 요구하는 것이 국민의 헌법재판을 받을 권리를 제한한다고 보면서,<sup>561)</sup> 그럼에도 요구하는 이유는 “법령은 일반적으로 구체적인 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권을 침해하게 되므로 기본권의 침해를 받은 개인은 먼저 일반 쟁송의 방법으로 집행행위를 대상으로 하여 기본권침해에 대한 구제절차를 밟는 것이 헌법소원의 성격상 요청되기 때문이다. 따라서 법령에 근거한 집행행위가 존재한다면 국민은 우선 그 집행행위를 기다렸다가 집행행위를 대상으로 한 소송을 제기하여 구제절차를 밟는 것이 순서이다. 다만, 법령을 집행하는 행위가 존재하지 아니하고 바로 법령으로 말미암아 직접 기본권이 침해되는 예외적인 경우에만 직접 법률에 대하여 헌법소원을 제기할 수 있다고 보아야 한다.”<sup>562)</sup>라고 판시하였다.

### 3. 직접성 요건의 실정법상의 근거

헌법재판소는 초기의 결정<sup>563)</sup>에서 「헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌

561) 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671, 판례집 17-1, 785, 788.

562) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503-504; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872, 878

563) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마90, 판례집2, 283, 285. 위 판례는 자기관련성이 없다는 이유로 각하한 사안임.

법소원심판을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있는 바, 그 기본권은 심판청구인 자신이 직접 그리고 현재 침해당한 경우라야 할 것으로서, 헌법소원은 기본권의 피해자에게만 허용된다 할 것이다.」라고 실시하여 직접성의 근거를 헌법재판소법 제68조 제1항 본문에서 도출하는 듯한 실시를 한 바 있다.<sup>564)</sup>

헌법재판소는 헌법소원심판청구의 적법요건으로 기본권 침해의 직접성을 요구하는 것을 다루는 사안인 현재 2005. 5. 26. 2004헌마671 결정(판례집 17-1, 785, 787)에서, 심판대상을 「헌법재판소법 제68조 제1항 본문 중 “기본권을 침해받은” 부분」으로 삼은 다음 합헌 결정을 함으로써, 직접성 요건의 실정법 상의 근거를 명백히 하였다.<sup>565)</sup>

위 결정은, 직접성의 요건은 지나치게 좁게 인정하면 헌법재판소의 본안 판단의 부담을 절감할 수는 있지만 재판을 받을 권리를 부당하게 박탈하게 될 것이므로 직접성을 판단함에 있어 다른 분쟁의 해결수단, 행정적 구제·입법적 구제의 유무 등을 기준으로 신중히 판단하여야 하며, 헌법소원심판의 직접성 요건이 다른 권리구제수단에 의해서는 구제되지 않는 기본권 보장을 위한 특별하고도 보충적인 수단이라는 헌법소원의 본질로부터 비롯된 것이라는 점 및 판례를 통하여 직접성 요건의 예외가 넓게 인정되고 있다는 점을 고려하면, 헌법소원심판청구의 적법요건 중 하나로 기본권 침해의 직접성을 요구하는 것이 재판을 받을 권리의 본질적인 부분을 침해한다고 볼 수는 없다고 판시하였다.<sup>566)</sup>

헌법재판소법 제68조 제1항 본문의 ‘기본권의 침해를 받은 자’ 부분의 해

564) 같은 취지 현재 1991. 4. 8. 91헌마53, 판례집 3, 200-201

565) 권리보호이익에 대한 다음 판례와 대비된다.

현재 2001. 9. 27. 2001헌마152, 판례집 13-2, 447, 454

「권리보호이익 내지 소의 이익은, 국가적·공익적 입장에서는 무익한 소송제도의 이용을 통제하는 원리이고, 당사자의 입장에서는 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말하는 것으로 소송제도에 필연적으로 내재하는 요청이다. 따라서 권리보호이익이라는 헌법소원심판의 적법요건은 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 준용되는 민사소송법 내지 행정소송법 규정들에 대한 해석상 인정되는 일반적인 소송원리이지 헌법재판소법 제68조 제1항 소정의 ‘기본권의 침해를 받은’이라는 부분의 해석에서 직접 도출되는 것은 아니다.」

566) 현재 2005. 5. 26. 2004헌마671, 판례집 17-1, 785, 789-790

석에서 “법규범이 실체법적으로 간과할 수 없는 효력을 이미 가지고 기본권을 침해”하는 경우에만 헌법소원을 청구할 수 있다는 직접성 요건이 나온다고 본 것이다.<sup>567)</sup>

### III. 직접성과 보충성 원칙

한편 보충성의 원리를 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서를 실정법적 근거로 삼는 해석도 있을 수 있다. 이는 절차법적인 요소를 더 중시하고 구체적인 사건에서 직접성 인정의 범위를 좁히는 해석의 단초가 될 수 있다.

#### 1. 직접성요건과 보충성 요건의 연관론

독일에서는 직접성요건을 헌법소원의 보충성 요건과 연관시켜 이해하는 견해가 있다. 법령에 대한 헌법소원에 있어서는 헌법재판소의 부담을 덜어주는 사전구제절차를 모두 거칠 것을 요구하는 원칙이 적용되지 않으므로 헌법재판소는 이러한 흠결을 보충하기 위하여 자기관련성, 현재관련성의 요건과 함께 직접관련성 요건을 요구하고 있다는 것이다.<sup>568)</sup> 집행행위가 필요한 경우에는 먼저 이 집행행위를 기다리거나 이를 신청하고, 이어서 위헌법률심판제청을 포함하는 통상적인 권리구제절차를 통하여 이를 다투어야 하고, 권리구제절차가 종료한 이후에 비로소 판결의 기초가 된 규범을 간접적인 소원대상으로 할 수도 있는 재판소원 형태의 헌법소원을 청구할 수 있어야 한다는 것이다.<sup>569)</sup>

이를 통하여 헌법재판소는 일반법원에서 사실관계와 법률관계가 명확하

567) 황도수, 법규범의 직접성에 관한 시론, 헌법재판의 이론과 실제: 금량 김철수교수 회갑기념, 392~393면.

568) 독일연방헌법재판소-지위 절차 재판, Klaus Schlaich, 정태호 역, 헌법재판소, 1999., 157면.

569) 위의 책, 160면.

게 밝혀지지도 않은 상태에서 바로 규범통제가 이루어지는 것을 피할 수 있고, 헌법재판소의 업무의 부담을 줄이고 청구인에게는 간결하고 실제 파악이 편한 권리구제절차를 이용하게 한다는 것이다. 이는 사전 구제절차를 모두 거치도록 요구하는 '보충성'의 요건이, 일반법원이 가능한 한 문제를 해결하고 사실관계의 자료와 전문적 견해를 제공하여, 헌법재판소의 재판을 용이하게 하는<sup>570)</sup> 기능을 가지고 있는 것과 동일하게 보는 것이다. 이 입장에서는 법령에 대한 직접관련성요건이 권리구제절차의 경로요건을 대신한다고 설명하고 있다.<sup>571)</sup>

독일 연방헌법재판소는 최근의 판례에서 법률을 직접 대상으로 하는 헌법소원을 제한하려 하고 있다고 한다.<sup>572)</sup> 즉 연방헌법재판소의 부담을 덜기 위하여, 위헌규범에 의하여 타격을 받은 자는 가급적 법원에 제소함으로써 기본권침해를 주장해야 한다는 것이다. 그 해석론적 출발점은 보충성 원리라고 한다. 즉 연방헌법재판소는 청구인에게 현재 직접적으로 기본권을 침해하는 규범에 대한 권리구제절차가 없는 경우에도 청구인이 수인할 수 있는 방식으로 먼저 전문법원에 제소함으로써 효과적인 권리보호를 받을 수 있는 경우에는 보충성의 원칙이 적용된다고 한다.<sup>573)</sup>

BVerfGE 69, 122 (125f.)에서는 라이히보험법 제176조의c를 통하여 중장애자가 법정의료보험조합에 가입할 수 있는 가능성이 제한되었다. 중장애

---

570) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3판, 1991. 185면. (§12 Rn. 46)

571) Schlaich, 독일연방헌법재판소, 172면.

572) 이하 이 단락의 내용은 Schlaich, 독일연방헌법재판소, 172~175면에서 인용함. 이하 이 단락 중에 인용되어 있는 문헌은 이 책에서 재인용한 것임.

573) BVerfGE 71, 305 (355) - 우유수매량보장에 관한 명령: 법규명령에 대한 헌법소원. 소원청구인은 명령과 관련해서는 연방헌법재판소가 독점적 폐기권을 갖고 있지 않기 때문에 전문법원들에 제소하여야 한다. 따라서 이 사건에서는 명령이 무효인 경우에는 이를 적용하지 않을 수 있는 법원들에 의한 분산된 규범통제가 행하여지게 된다; BVerfGE 74, 69 (74) - 바덴-뷔르템베르크 지방예산회계법 제111조를 직접적인 대상으로 하는 헌법소원. 소원청구인은 위의 형식적 법률에 의하여 현재, 직접, 그리고 자기 자신이 타격을 받았다. 연방헌법재판소는 위 규범에 자체에 대하여 아무런 권리구제절차가 열려 있지 않음에도 불구하고 소원청구인으로 하여금 전문법원의 소송절차를 밟도록 했다. 전문법원은 그 규범이 헌법적 문제점이 있다는 생각을 공유하면 기본법 제100조 제1항(우리의 위헌법률심판절차)에 따라 절차를 정지하고 연방헌법재판소에서 그에 대하여 재판을 받을 것이라는 것이다.

자인 청구인은 헌법소원으로 직접 위 법률을 다투었다. 연방헌법재판소는 청구인 자신이 위 법률에 의하여 직접 현재 타격을 받고 있음에도 불구하고 위 헌법소원을 부적법한 것으로 각하하였다. 연방헌법재판소는 청구인에게 (애초부터 가망이 없는 것이 분명한) 의료보험조합 가입신청을 낸 다음 경우에 따라서는 기본법 제100조 제1항에 따라 연방헌법재판소에 위 법률에 대한 위헌제청을 하여야 하는 사회법원에서 권리보호를 모색할 것을 요구하였다. 연방헌법재판소는, 이와 같은 경과방식이 청구인에게 “수인할 수 있는 것이고 또 보충성 원칙에 의하여 요구되는 것”이라고 보고 있다.

연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문(보충성 요건)은 원칙적으로 법률에 대한 헌법소원에도 적용되어야 하며, 이제까지 적용되었던 현재관련성과 직접관련성이라는 기준과 결별하여야 한다는 학설도 제기되고 있다.<sup>574)</sup>

이에 대해서는 연방헌법재판소의 재판을 얻기 위하여 법규헌법소원의 경우보다도 많은 시간과 인내를 쏟아부어야 하는 청구인의 현저한 불이익이 있고(독일기본법 제100조 제1항에 의한 위헌제청을 유발하기 위하여 법원에서의 절차를 밟도록 하는 문제), 개인의 권리영역에 직접적인 제약을 가하는 입법부의 행위를 직접 연방헌법재판소에서 다룰 수 있게 하는 것이 실질적인 권리보호의 요청이기 때문에 연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문(보충성 요건)을 법률을 직접적인 대상으로 하는 헌법소원에 적용할 수 없다는 반론<sup>575)</sup>도 있다.

---

574) *Schenke*, Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, NJW 1986, S. 1451, 1456ff.; 동인, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, S. 302ff.; *Tae Ho Chung*, Bedeutung des § 90 BVerfGG für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, Diss. ijr., Regensburg 1993, S. 264ff.; *Lapp*, Vorbeugender Rechtsschutz gegen Normen, 1990, S. 248ff.

575) *Schlaich*, 독일연방헌법재판소, 175면.



## 2. 직접성 요건은 보충성원칙의 변형이 아니라고 보는 논의<sup>576)</sup>

첫째로 보충성요건은 통상의 권리구제절차와 예외적인 헌법소원제도 사이의 관계를 설정하기 위하여 나온 개념인데 비하여, 직접성요건은 효력발생을 위하여 다른 공권력행사가 있을 것을 전제로 하는 공권력행사를 재판의 심판대상으로 할 것인가를 판단하는 것으로 개념상 차이가 있다.

둘째, 직접성요건은 범규범에 대한 재판제도가 통상 법원의 절차이든 헌법소원의 절차이든 적법요건의 하나로 항상 문제되는 차이가 있다.

셋째, 우리나라에서는 법원이 행정소송의 대상이 되는 처분의 개념을 좁게 이해함으로써 행정소송의 영역에서 제외되어 있는 공권력의 행사가 존재하고 그러한 공권력의 행사에 대한 헌법소원청구가 가능하다. 이 때 이러한 공권력의 행사에 대하여 헌법소원을 해야 하는가, 범규범에 대한 헌법소원을 해야 하는가를 구별함에 있어서는 직접성요건이 보충성요건과 별도의 의미를 갖는다.

## 3. 검토

가. 독일에서 직접성 요건을 통하여 청구인이 일반법원의 통상적인 권리구제절차를 이용하도록 하여 연방헌법재판소의 부담을 더는 의미<sup>577)</sup>를 가지고 있음을 부정할 수는 없다. 우리나라의 헌법재판의 실제에 있어서도 직접성 요건을 통하여 범규범에 대한 헌법소원청구의 일정부분을 차단하고 있으므로 보충성 요건과 유사한 기능을 수행하고 있다고 볼 수도 있을 것이다. 결정례 중에는 부가적인 이유설시를 하면서 “법령에 대한 헌법소원에 있어서 ‘기본권침해의 직접성’을 요구하는 이유는, 일반적으로 법령은 구체적인 집행행위를 매개로 하여 기본권을 침해하게 되므로 먼저 일반 쟁송의 방법으로 그 집행행위를 대상으로 하여 구제절차를 밟는 것이 기본권

576) 황도수, 범규범의 직접성에 관한 시론, 395~397면.

577) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3판, 1991. 180면. (§12 Rn. 36)

침해에 대한 예비적·보충적인 최후의 구제수단인 헌법소원의 본질에 부합하기 때문이다.”<sup>578)</sup>라고 한 예가 있다.

나. 그러나 보충성 요건과 직접성 요건은 위 2.의 견해가 설명하듯이 그 개념이 다른 것으로 서로 대치될 수 있다고 하기는 어렵다고 여겨진다. 직접성 요건은 국가의 전체 재판구조에서 헌법소원심판이 가지는 보충적 기능을 구현하고 있지만 그것이 사전구제절차를 거쳐야 한다는 의미에서의 보충성과는 구별되어야 할 것이다.<sup>579)</sup> 직접성과 보충성 요건 중 하나가 충족된다고 해서 헌법소원심판청구가 적법해지는 것이 아닌 만큼 각각 논의되어야 할 것이다. 헌법재판소 판례도 초기부터 법률에 대한 헌법소원이 적법하기 위한 요건으로 직접성을 검토하고, 또 이는 보충성의 예외가 된다는 점을 실시해서 두 요건을 각각 검토하고 있다.<sup>580)</sup>

다. 또한 독일과 달리 우리 나라에서는 법원의 재판에 대한 헌법소원이 인정되지 않는 점을 고려하여야 할 것이다. 독일에서는 법령이 직접 청구인의 기본권을 침해하는 것이 아닐 때, 청구인은 일반법원에 권리구제를 청구하고, 최종적으로 법원의 재판에 대하여 재판소원을 청구하게 된다. 이때 재판소원은 직접적으로는 법원의 재판을 대상으로 하지만 이 재판의 기초가 된 법률이 위헌이라는 주장을 통하여 간접적으로 법률을 대상으로 삼게 된다.<sup>581)</sup> 즉 직접성요건의 요구가 재판(위헌법률심판제청을 포함한) 등 사전권리구제절차를 헌법소원심판청구 이전에 모두 거치도록 하는 절차법적 기능을 한다고 해석할 수도 있다.

그러나 우리나라의 현행 헌법재판제도에 따르면 법률이 직접 청구인의

578) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 503; 헌재 2000. 6. 29. 2000헌마325, 판례집 12-1, 963, 969

579) 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2002., 571~572면.

580) 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200, 203; 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 696 등 다수.

581) BVerfGE 60, 360(370). (Schlaich, 독일연방헌법재판소, 172면에서 재인용)

기본권을 침해하는 것이 아닌 경우, 청구인은 일반법원에서 법률에 따른 구체적 처분을 다투어야 하며, 자신의 청구가 받아들여지지 않은 경우라 하더라도 재판소원을 청구할 수는 없다. 물론 재판과정에서 위헌법률심판 제청신청을 할 수 있고, 기각될 경우 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 그런데 이 때의 헌법재판소법 제41조의 위헌법률심판 또는 제68조 제2항의 헌법소원심판절차<sup>582)</sup>는, 제68조 제1항의 헌법소원과 성격도 다르며, 보충성 요건을 규정하고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항 단서가 적용될 여지도 없게 된다. 이러한 우리 헌법재판제도에서는 직접성 요건이 보충성 요건과 유사한 소송법적 기능을 하는 경우가 있음을 부인할 수는 없지만, 보충성 요건의 변형이라고만 해석하기는 무리라고 여겨진다.

라. 명령, 규칙 등에 대한 심판권이 분리되어 하위법규의 해석에 대하여 대법원과 헌법재판소의 견해가 다를 경우의 조정이 문제되는 경우를 상정할 수 있다. 헌법재판소가 하위법규의 기본권침해의 직접성을 인정하고 헌법에 위배된다는 결정을 내렸는데, 대법원은 그 하위법규가 적용된 집행행위에 대한 재판에서 하위법규가 헌법에 합치된다는 판단을 내리는 경우를 가정하면, 어느 기관의 해석이 우선하는가 하는 문제가 발생한다.<sup>583)</sup>

582) 그 성격이 위헌법률심판과 같다는 것이 판례와 통설이다.

583) 행정부의 고시 등이 적용된 처분에 대하여 법원에는 행정소송 등이 제기되고, 헌법재판소에는 고시에 대한 헌법소원이 제기되는 사례가 실제로 있다.

“2000. 9. 4.자 보건복지부 고시 제2000-51호로 한 의료보험진료수가및약제비산정기준 중 개정규정”에 대하여 같은 청구인이 2000. 9. 22. 서울행정법원 2000구 29765호로 의료보험진료수가및약제비산정기준중개정고시처분무효확인등의 행정소송을 제기하고, 2000. 10. 23. 이 고시에 대하여 헌법소원(2000헌마659, 판례집 12-2, 437)을 제기한 사례가 있다. 헌법재판소는 2000. 12. 14. 직접성 등 헌법소원의 적법요건을 인정하고 본안판단에 나아갔으며(합헌4, 위헌5), 서울행정법원은 2000. 12. 28. 소각하판결을 하였고 그대로 확정되었다. 당사자가 행정법원에 고시 무효확인을 구하지 않고, 의료기관과의 치료비청구소송 등에서 해당 고시의 위헌성을 주장했다면, 법원이 고시가 헌법에 합치되는지 여부에 대하여 판단할 수도 있었을 것이다.

이 사례와 달리 다른 당사자에 의하여 각각 제기되는 사례에서는 법원과 헌법재판소 두 기관이 서로 다른 기관에 계속중인 사건에 대하여 알지 못하고 판단을 내릴 가능성이 있다.

이러한 경우에는 해당 조항의 실제적 헌법합치성에 대한 논란 이외에, 헌법재판소의 직접성에 대한 판단이 옳았는가가 문제될 수 있다. 직접성요건을 보충성 요건과 동일하게 본다면 법원의 권리구제절차가 있으므로 직접성이 결여된다고 판단할 수 있을 것이다. 그러나 아래 단락 VI, VIII에서 살펴듯이 구체적 사안에서 직접성 요건의 충족여부는 집행행위의 존재여부와 반드시 일치하는 것은 아니다. 법령에 대한 헌법소원에서 보충성요건이 요구된다면, 법령자체에 대한 권리구제절차가 완료될 것을 요하는 것이지, 법령이 적용된 집행행위에 대한 권리구제절차가 완료될 것을 요하는 것은 아니다.

국민의 권리구제라는 대전제에서 출발하면, 어떤 법령에 대한 최초의 헌법소원 사안에서 법원의 판단 이전에 집행행위의 존재 등이 불확실한 경우 헌법재판소는 그 법률의 기본권침해의 직접성을 긍정할 수 있을 것이다. 이후 법원의 판례가 형성되어 집행행위의 존재가 법해석상 또는 실무상 명확하여지면 그 때는 권리구제를 법원에 맡길 수도 있을 것이다. 즉 관할의 적극적 경합이 소극적 경합보다 국민의 권리구제의 측면에서 바람직한 것이다. 이 경우 직접성 요건에 대한 판단은 보충성 요건에 대한 판단과 다른 기준으로 이루어지는 것이며, 우리 판례는 법령에 대한 헌법소원에서는 보충성 원칙이 적용되지 않음을 판시<sup>584)</sup>하고 있다.

#### IV. 직접성 요건 충족여부 심사의 기준

##### 1. 심판대상이 청구인의 자유를 제한하거나 의무를 부과하거나 법적 지위를 박탈할 것

가. 직접성요건을 충족하였는지 검토하기 위한 전제로서 심판대상이 청구인의 기본권과 관련되어야 한다. 이는 기본권침해의 자기관련성이 있는

584) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 696

지의 문제와 어느 정도 중복되는 판단이 될 수 있다.

헌법재판소는 “법관등의사무분담및사건배당에관한예규에 의하여 회사정리사건을 고등법원 부장판사가 재판장인 수석 재판부가 담당하고 판사및예비판사근무성적평정규칙에 의하여 판사들의 근무성적이 평정되는 것은 사실이나, 위 각 규정은 그 자체에서 청구인의 자유를 제한하거나 의무를 부과하거나 또는 법적 지위를 박탈하는 것이 아니고 단지 법원 업무와 관련된 사무의 분담 및 사건의 배당, 그리고 인사 및 근무평정에 관한 기관 내부의 기준에 관하여 정하고 있을 뿐으로, 원칙적으로 법원의 구성원이나 구성원이 되려는 자 이외의 일반 국민인 청구인은 위 각 규정에 의하여 헌법상 보장되는 기본권이 직접적으로 침해된다고는 말할 수 없고, 청구인의 기본권이 침해되거나 침해될 가능성이 있다 하더라도 법원의 구체적인 집행행위, 즉 재판이라는 별도의 사법작용에 의한 것이라고 볼 수 있을 뿐 법원 내부의 규정에 불과한 위 예규나 규칙에 의하여 직접 이루어지는 것은 아니며, 청구인이 주장하는 공정한 재판을 받을 권리의 침해 가능성은 잠재적인 우려에 불과하다.”<sup>585)</sup>라고 판시하였다.

제3자에 대한 부전공 인정의 근거규정이 청구인들의 직업선택의 자유와 평등권을 직접 제한하는지 여부에 대하여는, “교원자격검정령 제4조 제4항 제1호는 부전공 인정의 근거규정일 뿐 보직부여나 임용자체를 좌우하는 것은 아니다. 청구인들의 전공과목에 대한 부전공 인정을 받는 교사가 증가하면 잠재적으로는 청구인들의 기회가 줄어들었다고 할 수 있으나, 이는 교원수급정책결정의 방향과 그에 따른 보직부여 등의 후속 절차에 의해 현실화될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있는 잠재적 가능성에 불과하다. 즉 위 규정 자체만으로는 청구인들의 직업선택의 자유가 직접 제한되지는 않는다. 또한 부전공을 인정받은 중등학교 교사를 임용하는 후속 절차를 거치지 아니하고 위 규정으로부터 바로 청구인들이 주장하는 바와 같은 기회취득에 관한 차별이 발생하지는 않으므로, 청구인들의 평등권도 이 사건 규정에 의해 직접 제한된다고 할 수 없다.”<sup>586)</sup>라고 판시하였다.

---

585) 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마279, 공보 제76호, 94, 98

나. 이와 반대로 헌법재판소는 “국민건강보험법 제67조에 의하여 보험료액의 100분의50을 부담하는 직장가입자는, 비록 보험공단과의 관계에서 납부의무자가 아니더라도 보험료의 실질적인 부담자이므로, 심판대상인 보험료의 산정방식에 관한 국민건강보험법 제63조 제2항은 직장 가입자의 보험료 부담 정도를 결정하게 되고, 따라서 직장가입자의 법률적 지위에 영향을 미친다.”<sup>587)</sup>라고 판시하여 보험료납부에 관한 공법상 법률관계는 사용자와 국민건강보험공단과의 사이에서만 성립하고 직장가입자인 청구인은 납부의무자도 아니므로 어떤 기본권도 직접적으로 침해되지 않았다는 주장을 배척하였다.

다. 공권력 주체인 국가기관이나 기구의 설치근거와 기능, 기본조직, 구성, 직무범위, 임명, 자격, 직급, 임기, 의결방법 등의 규정, 공공기금의 설치근거·관리·운용에 관한 규정은 국민의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈과는 아무런 관계가 없으므로, 그러한 규정에 의하여 일반국민의 기본권침해가 직접 발생할 여지가 없다.<sup>588)</sup> 국고를 지원할 수 있는 법인의 설립·구성·사업범위에 관한 규정도 기본권침해의 직접성이 인정되지 아니한다.<sup>589)</sup>

그러나 지방자치단체의 구조를 개편하여 지방자치단체인 시·군을 폐지하고 제주도만을 지방자치단체로 하는 법률은 주민들의 지방자치단체의 장 및 의원 선거에 출마하거나 투표할 권리인 선거권, 공무담임권 등의 기본권과 연관된다.<sup>590)</sup>

공공기금의 조성방법·용도에 관한 규정에 대해서도 직접성을 부정하고 있는 결정례<sup>591)</sup>가 있으나, 이러한 규정은 기금을 부담하거나 기금으로부터

586) 헌재 2001. 12. 20. 2001헌마339, 판례집 13-2, 920, 926-927

587) 헌재 2003. 6. 20. 2001헌마699, 판례집 15-1, 756, 761.

588) 헌재 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672, 676; 헌재 2004. 9. 23. 2002헌마563, 공보 97호, 1054; 헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 377, 379

589) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 377

590) 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1190, 판례집 18-1상, 652

수익하는 국민의 법적지위에 직접 영향을 미칠 수 있으므로 일률적으로 판단할 수 없다. 위 결정례는 뚜렷한 이유설시 없이 기금의 용도에 관한 규정 중 일부<sup>592)</sup>에 대해서는 본안판단을 하여 위헌선언까지 하고 있는바, 왜 그러한 결론에 이르렀는지에 대한 해명이 없어서 같은 결정에서 서로 모순되는 판단이 나타난다.

라. 일반론으로 정의규정 내지는 선언규정, 권고규정<sup>593)</sup>인 법률조항 자체에 의하여는 “자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생길 수 없어 직접성의 요건을 갖추지 못하여” 부적법하다.<sup>594)</sup> 다만 정의규정과 관련해서는 직접성이 인정되는 경우가 있는바, 아래 VI. 1. 나. 에서 다시 검토하기로 한다.

마. 기본권침해의 가능성이나 직접성이 없는 법률의 소급적용을 규정하고 있는 부칙조항도 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다.<sup>595)</sup>

## 2. 원칙적인 기준 - 집행행위의 유무

법령의 내용이 직접성을 가지고 있는가를 판단하는 원칙적인 기준은 “문제된 범규범이 청구인의 기본권을 직접 변동시키는 법률효과를 가지는가 여부”이다. 법률이 개인에게 적용되기 이전에는 개인에 대하여 법률효과를 내지 않으며 따라서 기본권을 침해하지 않는다. 즉 법률이 다른 규범이나

591) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 376

592) 신문등의자유와기능보장에관한법률 제34조 제2항 제2호 부분.

593) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 374-375의 경우에는 다수의견은 선언규정 및 권고규정임을 들어 직접성을 부인하였으나, 심판대상조항이 단순한 선언규정이 아니라 법적 의무를 부과하며 따라서 본안판단을 하여야 한다는 반대의견이 있다.(판례집 18-1하, 410-411, 414-415)

594) 헌재 1998. 10. 15. 96헌바77, 판례집 10-2, 573, 585; 헌재 2004. 9. 23. 2002헌마563, 공보 97호, 1054; 헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 318-319; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 379

595) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 381-382

행정청의 처분 등에 의하여 비로소 법률효과를 가지게 될 때는 통상적으로 법률이 직접 법률효과를 가지지 않는다 할 것이고, 따라서 통상적으로 집행행위가 있을 경우에는 법률은 기본권침해의 직접성이 부인되게 된다.<sup>596)</sup>

집행행위를 요하지 아니하고 일정한 사실관계만 확정되면 법률에 의하여 직접 법률효과가 발생하는 경우에는 직접성요건이 충족된다. 헌법재판소도 “법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다.”라고 판시하였다.<sup>597)</sup>

### 3. 집행행위의 의미

집행행위란 법에 의해 필수적으로 요구되거나 행정실무상 집행권자의 의사작용에 의해 행해지는 특정한 집행행위를 의미한다.<sup>598)</sup> 집행행위는 아직 청구인의 권리관계를 변동시킬 수 있는 가능성만을 가진 법률에 근거하여 청구인의 법률관계를 구체적으로 변동시키는 행위로서, ‘법률효과를 가져오는 법률요건의 하나로서 규정되어 있는 행위’ 또는 ‘법률사실로서의 처분행위’를 의미한다.<sup>599)</sup> 법이 명시적으로 요구하고 있지 않은 행정실무가 규범력을 가질 정도에 이르렀는가는 헌법재판소의 해석문제로 귀결된다.<sup>600)</sup> 따라서 대부분의 경우 법규범의 기본권침해의 직접성 여부의 판단은 법령규정의 내용에 의하여 정해지게 된다.

596) Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3판, 1991. 180면. (§12 Rn. 36)

597) 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104

598) 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2002., 570면.

599) 황도수, 법규범의 직접성에 관한 시론, 401면.

600) 황도수, 위의 글, 403면.



## V. 헌법소원에서 직접성요건이 문제되는 규범의 유형

### 1. 긴급명령

헌법 제76조 제1항, 제2항에서 규정하고 있는 긴급재정경제명령과 긴급명령은 법률과 같은 효력을 가지므로 이에 대한 헌법소원절차에서도 법률에 대한 헌법소원과 동일한 적법요건을 필요로 한다.

헌법재판소도 “금융실명제를 입법예고 등을 거치는 통상의 입법절차에 의하지 아니하고 대통령의 긴급명령의 형태로 전격적으로 시행함으로 인하여 청구인이 구체적으로 실시될 금융실명제의 내용이나 실시시기에 관한 정보에 접근·수집할 권리나 이에 관하여 청원할 권리는 직접 침해되었다.”<sup>601)</sup>라고 판시한 바 있다.

### 2. 법규명령

헌재 2000. 6. 29. 98헌마36(판례집 12-1, 869, 876) 결정은 우선변제 보증금 액수를 정한 주택임대차보호법시행령(제3조 제1항, 제4조)에 대한 헌법소원에서 “규정들이 그 형식상 우선변제권을 인정받는 소액임차인의 범위와 보증금의 액수를 객관적으로 설정함으로써 우선변제권이라는 재산상 권리를 직접적으로 규율·제한하는 규정이라고 보이고 반드시 별도의 집행행위를 예정하고 있다고 볼 수는 없다.”라고 판시하면서, 직접성 요건을 심사하였다.

그러나 시행령의 내용이 새로운 내용을 정하거나 법률의 내용을 보충하고 있지 않고, 법률의 내용을 반복하여 정하고 있음에 불과한 경우에는 시행령은 청구인의 법적지위에 영향을 미치지 않으므로 시행령에 대한 헌법소원은 부적법하다.<sup>602)</sup>

601) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186, 판례집 8-1, 111, 117

602) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마368 판례집 11-1, 667, 673-674

### 3. 시행규칙 등<sup>603)</sup>

헌법재판소는 “18세 미만자의 당구장 출입을 금지한 체육시설의설치·이용에관한법률 시행규칙(문화체육부령) 제5조에 의하여 당구장의 출입문에 18세 미만자의 출입금지표시를 하여야 할 법적 의무를 부담하게 되므로 따로 구체적인 집행행위를 기다릴 필요없이 위 규정자체에 의하여 그의 기본권이 현재 직접 침해당하고 있는 경우”라고 직접성을 인정하였다.<sup>604)</sup>

행정처분의 기준을 정한 구 풍속영업의규제에관한법률시행규칙(내무부령) 제8조 제1항에 대한 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13(판례집 8-1, 126, 134) 결정은 “노래연습장에 대한 행정처분의 기준을 정한 것으로서 청구인의 위반행위가 있을 경우에 이에 대한 행정기관의 행정처분에 의하여 비로소 기본권침해 여부의 문제가 발생할 수 있는 것이므로 행정처분을 받은 사실조차 없는 청구인이 제기한 위 시행규칙 조항부분에 대한 심판청구는 직접성의 요건을 갖추지 못한 것으로 부적법하다.”라고 판시하였다.

이외에 가석방심사등에관한규칙(법무부령)에 대해서 직접성 요건을 심사하여 긍정적인 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425등(판례집 14-1, 351, 360-361), 안마사에관한규칙(보건복지부령)에 대하여 본안판단을 한 헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등(판례집 18-1하, 112)이 있다.

### 4. 대법원의 규칙 등

헌법재판소는 1995. 12. 28. 91헌마114(판례집 7-2, 876, 883) 결정에서

---

603) 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니다. 다만, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다(헌재 1990. 9. 3. 90헌마13, 판례집 2, 298, 303).

604) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 371-372

“법원의 녹취불허결정의 근거규정인 형사소송규칙 제40조에 대하여 직접 헌법에 위반되는지 여부의 심판을 청구할 수 있다.”라고 판시한 바 있다.<sup>605)</sup>

현재 2002. 12. 18. 2002헌마279 결정에서는 법관등의사무분담및사건배당에관한예규가 청구인의 기본권을 직접 침해하지 않는다고 판시하였다(공보 제76호, 94, 98-99).

### 5. 지방자치단체의 조례 등

현재 1998. 11. 26. 96헌마55등(판례집 10-2, 756, 762-763)에서는 부산광역시세조례 부칙 제2조 및 목포시세조례 부칙 제2조에 대하여 각각 직접성 요건을 충족하지 못하였음을 들어 헌법소원을 각하하였다.<sup>606)</sup> 또한 지방자치단체의 훈령인 동해시개인택시운송사업면허사무처리규정에 대하여 직접성 요건을 충족하지 못하였음을 들어 각하한 결정이 있다.<sup>607)</sup>

### 6. 고시, 지침, 훈령, 예규 등

보건복지부장관이 고시한 생활보호사업지침상의 ‘94년 생계보호기준’에 대한 헌법소원에서 헌법재판소는 “이 사건 생계보호기준은 생활보호법 제5조 제2항의 위임에 따라 보건복지부장관이 보호의 종류별로 정한 보호의 기준으로서 일단 보호대상자로 지정이 되면 보호기준에 따라 일정한 생계

605) 그 외에 공탁금의 이자를 정하고 있는 공탁금의이자에관한규칙에 대한 헌법소원에서 직접성을 심사하여 이를 인정한 현재 1995. 2. 23. 90헌마214(판례집 7-1, 245, 254) 결정, 판사들의 근무성적 평정에 대하여 정하고 있는 판사및예비판사근무성적평정규칙 제4조 제1항에 대한 헌법소원에서 직접성의 요건을 갖추지 못하였다고 판단한 현재 2002. 12. 18. 2002헌마279(공보 제76호, 94, 98) 결정 등이 있다.

606) 그 외에 도매시장 중도매인의 월간 최저 거래기준을 정하고 있는 서울특별시농수산물도매시장조례 제5조 제3호가 기본권침해의 직접성이 없다고 판단한 현재(1지정부) 2003. 5. 13. 2003헌마294, 공보 제81호, 452, 454

607) 현재 2003. 7. 24. 2003헌마3, 공보 83호, 726, 729

보호를 받게 된다는 점에서 직접 대외적 효력을 가지며, 공무원의 생계보호급여 지급이라는 집행행위는 위 생계보호기준에 따른 단순한 사실적 집행행위에 불과하므로, 위 생계보호기준은 그 지급대상자인 청구인들에 대하여 직접적인 효력을 갖는 규정이다.”<sup>608)</sup>라고 판시하였다.

또한 국·공립대학의 학생선발에 대한 교육제도개선시행지침에 대해서, 헌법재판소는 “국·공립대학의 경우 교육법시행령 제71조의3 제1항에 의하여 학생 선발에 있어서 학생부의 기록을 필수입학전형자료로 활용하여야 하고 이 사건 시행지침에 의하여 학생부에 대하여 절대평가와 상대평가를 병행·활용하여야 하므로, 상대평가에 의하여 불이익을 입을 수 있는 청구인들이 국·공립대학에 진학할 경우 이 사건 시행지침에 의하여 바로 영향을 받을 수 있다. 따라서 제도개선 시행지침은 기본권침해의 직접성이 인정된다.”<sup>609)</sup>라고 판시하였다.

또 법무부훈령인 계호근무준칙은 재량권 행사의 준칙으로 반복시행되어 그 내용이 관행으로 확립되었으므로, 재량없는 집행행위를 통하여 수용자에게 직접적으로 계구사용에 따른 기본권제한의 효력을 미친다고 판시하였다.<sup>610)</sup>

그 외에 공정거래위원회의 고시에 대해서 직접성을 인정한 판례로 현재 2002. 7. 18. 2001헌마605(공보 71, 672), 검찰보존사무규칙 제22조와 기록열람·등사에관한업무처리지침 제2조 나항에 대하여 직접성을 부인한 판례로 현재 1998. 2. 27. 97헌마101, (판례집 10-1, 199, 209), 식품의약품안전청 고시에 대해 직접성을 인정한 판례로 현재 2000. 3. 30. 99헌마143(판례집 12-1, 404), 청소년유해매체물의 표시방법을 정한 정보통신부고시(2001. 10. 12. 제2001-89호. 청소년유해매체물의 표시방법)에 대해 직접성을 인정한 판례로 현재 2004. 1. 29. 2001헌마894(판례집 16-1, 114, 126), 노동부장관의 산재보험 급여산정시 적용할 최고·최저보상기준금액 고시에 대해 직접

608) 현재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집, 9-1, 543, 551

609) 현재 1997. 7. 16. 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104-105

610) 현재 2005. 5. 26. 2004헌마49, 판례집 17-1, 754, 761-762

성을 부인한 판례로 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마231등(판례집 16-2상, 586, 599), 경상남도 교육감이 교사평정에서 벽지근무 가산점을 부여하는 근거 규정인 교육청예규에 대하여 직접성을 인정한 것으로 헌재 2005. 12. 22. 2002헌마152(판례집 17-2, 741, 754), 교육인적자원부장관이 교육정보시스템의 운영과 관련하여 발표한 지침에 대하여 직접성을 부정한 판례로 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282등(판례집 17-2, 81, 90)이 있다.

헌재 2006. 7. 27. 2004헌마924(공보 118호, 1178-1179) 결정은 문화관광부 장관이 공고한 외국인전용 카지노업 신규허가계획에 대해서 법규명령으로서의 기능을 가지고 있다고 보면서 직접성을 인정하고 있다. 다만 이에 대해서는 행정처분으로 보아야 한다는 반대의견이 제시되었다.

## 7. 조약

헌법재판소는 대한민국과일본국간의어업에관한협정(조약 제1477호)에 대한 헌법소원사건에서 직접성 요건을 적법요건으로 검토하였다.<sup>611)</sup> 대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정, 이행합의서, 토지계획협정의 위헌확인을 구하는 헌법소원사건에서도 직접성 요건을 언급하고 있다.<sup>612)</sup>

조약이 국내법적으로 직접 효력을 발생하는 것이 아니라 조약시행법률을 제정하는 방식으로 국내법 체계에 수용되는 법체계를 상정한다면, 논의에 따라서는 조약은 기본권침해의 직접성이 부정될 수도 있을 것이다.

독일연방헌법재판소의 판례에서는, 유럽공동체 각료이사회 지침(Richtlinie) 제정에 연방정부가 참여하였더라도, 그 지침은 구성국가의 법으로 전환되어야 하므로 그것만으로는 아직 직접관련성이 없다고 판시한 것이 있다.<sup>613)</sup>

611) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 696-698

612) 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 판례집 18-1상, 298, 304. 이 사건의 심판대상 조약들 중 이행합의서(조약 제1702호)는 국회의 비준동의를 받지 않은 것이다.

## 8. 입법절차가 헌법과 국회법에 위반되는 법률

입법절차의 하자만으로 그러한 법률이 청구인의 기본권을 직접 침해하는 것으로 볼 수 없다는 판례가 있는데,<sup>614)</sup> 자기관련성이나 현재관련성 요건과 중첩된 판단으로 볼 수 있다.

## VI. 기본권침해의 직접관련성이 인정되는 경우

### 1. 집행행위가 없는 경우

#### 가. 집행행위가 예정되어 있지 않은 경우

법규범이 법률효과 발생을 위한 집행행위를 예정하고 있지 않은 경우에는 법규범의 직접성이 인정된다.

(1) 헌법재판소는 “변호사강제주의의 위헌성을 문제삼아 스스로 심판 청구 및 수행을 하려는 자는 헌법재판소법 제25조 제3항의 규정 때문에 자기 자신에 의한 직접적인 심판수행권이 제한받고 있음이 명백하므로 권리침해의 직접성과 현재성은 구비되었다.”<sup>615)</sup>라고 판시한 바 있다.

또한 법률규정에 의하여 지방자치단체가 폐지되는 경우 당해 지역 주민의 청문권, 평등권, 공무담임권 등 기본권들의 침해는 별도의 집행행위의 매개를 거치지 않으며 법률규정의 직접관련성이 인정된다.<sup>616)</sup> 원천징수되는 조세를 부과하는 금융실명거래및비밀보장에관한법률 부칙 제12조는 그에 근거한 구체적인 집행행위가 존재하지 아니하므로, 위 법률조항을 직접

613) BVerfGE, NJW 1990, 974 (Gerrit Manssen, Grundrechte, 2000., 208면에서 재인용).

614) 헌재 1998. 8. 27. 97헌마8등, 판례집 10-2, 439, 442

615) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120등, 판례집 2, 288, 292

616) 헌재 1994. 12. 29. 94헌마201, 판례집 6-2, 510, 524; 헌재 1995. 3. 23. 94헌마175, 판례집 7-1, 438, 449

헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다.<sup>617)</sup>

교육법 제157조 및 교과서규정 제4조, 제5조에 의하면 중학교 국어교과서의 편찬은 교육부가 직접 또는 위탁하여 편찬하게 되어 있었는데, 이에 따르면 일반 국민이 저작·발행·공급할 수 있는 길이 봉쇄되어 있다. 따라서 중학교 국어교과서를 청구인이 저작·발행·공급하는 행위는 원천적으로 금지되고 달리 위 조항들의 집행을 위한 매개행위가 따로 있어야 할 여지가 없으므로 직접관련성이 인정된다.<sup>618)</sup> 의무교육 취학연령을 규정하고 있던 구 교육법 제96조 제1항에 대한 헌법소원 사건에서도 헌법재판소는 본안에 대하여 판단하였다.<sup>619)</sup>

그 외에 지방의회에 청원을 할 때 반드시 지방의회 의원의 소개를 얻도록 한 지방자치법 제65조는 집행행위를 기다릴 것도 없이 확정적으로 청원을 하지 못하게 하는 결과가 되므로 헌법소원의 대상이 된다는 헌재 1999. 11. 25. 97헌마54(판례집 11-2, 583, 587),<sup>620)</sup> 중등학교교원이 정당의 당원 등이 되는 것을 금지하는 정당법 제6조 단서 제1호와 선거운동을 금지하는 공직선거법 제60조 제1항 제4호도 별도의 집행행위 없이 직접 제한을 받으므로 직접성이 있다고 인정한 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710(판례집 16-1, 422, 431), 지방공사 직원이 지방의회의원을 겸할 수 없도록 규정하고 있는 지방자치법 제33조 제1항 제5호도 집행행위를 요하지 아니하고 직접 기본권을 제한하므로 직접성을 인정한 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마333등(판례집 16-2하, 515, 529-530), 지방자치단체장의 피선거권 요건으로 60일 이상의 주민등록을 요구하는 공직선거법 제16조 제3항이 별도의 집행행위 없이

617) 헌재 1999. 11. 25. 98헌마55, 판례집 11-2, 593, 605-606. 이 결정에서는 설사 집행행위가 존재한다 하더라도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권침해를 당한 자에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우에 해당하므로 역시 기본권침해의 직접성이 인정된다는 부가적인 설시가 있다.

618) 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 748

619) 헌재 1994. 2. 24. 93헌마192, 판례집 6-1, 173

620) 국회에 청원을 할 때 국회의원의 소개를 얻어서 청원서를 제출하도록 한 국회법 제123조 제1항에 대하여 본안판단한 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마604(판례집 18-1하, 487)도 같은 취지이다.

직접 기본권을 제한한다고 본 헌재 2004. 12. 26. 2004헌마376등(판례집 16-2하, 598, 603) 결정, 지방자치단체장의 계속 재임을 3기에 한정하고 있는 지방자치법 제87조 제1항 후단이 매개행위 없이 직접적으로 기본권제한을 가한다고 본 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마403(판례집 18-1상, 320, 328) 결정 등이 있다.

(2) 이와 관련하여 법령이 직접 자유를 제한하거나 권리를 박탈하는 규정을 두면서, 단서 규정을 통하여 소관 행정기관의 장에게 특별히 기본권 제한을 회복할 수 있는 재량을 둔 경우가 문제된다.

직접성 요건이 헌법실체법적인 것이 아니라 헌법소송법적인 요청인 점, 헌법소원 사건의 증가에 대응하여 집행행위에 대한 구제수단이 있는 경우에는 보충성 요건과 유사한 취지에서 직접성 요건을 운용하자는 독일의 움직임과 실무상의 난점 등을 감안할 때, 모든 ‘본문 기본권제한-단서 예외적 허용’ 방식의 법령에 대하여 직접성을 긍정하기는 어렵지 않은가 생각된다. 법령의 문언상의 형식이 얼마일 것이 아니라 법집행의 실재를 검토하여 판단하여야 할 것이다. 사실상 법령이 본문과 단서 규정을 종합하여 기본권 제한 여부를 행정청의 재량행위로 운용하고 있다면 직접성이 부정될 것이나, 단서규정이 정하고 있는 사례가 극히 예외적이거나 행정청의 시혜적인 성격이 강한 것이라면 문제되는 법령의 기본권침해의 직접관련성을 긍정하여야 할 것이다.

헌재 2004. 12. 26. 2002헌마478 결정(판례집 16-2하, 548, 556)에서는 금지처분을 받은 수용자에게 접견·서신수발이 금지되는 것이 원칙이나 단서 규정을 통하여 교도소장이 재량으로 허가할 수 있다고 한 행형법시행령 제145조 제2항에 대하여, 단서규정이 적용되는 경우가 매우 예외적인 것으로 보아 기본권침해의 직접성이 있다고 판시하고 있다.<sup>621)</sup> 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49 결정(판례집 17-1, 754, 761)에서도 단서규정이 정하고 있는 계구사용의 해제 여부를 결정할 여유가 사실상 없기 때문에 재량없는 집행행

621) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289, 판례집 17-1, 261, 267에서 구 수용자규율및징벌등에관한규칙 제7조 제2항 본문 중 “집필” 부분에 대한 기본권침해의 직접성을 부인한 것과 대비하여 보면 그 판시취지가 더 명백하다.



위가 이루어진다고 판시하면서 기본권침해의 직접성을 인정하였다.

이와 관련하여, 현재 2005. 10. 27. 2004헌마732 결정(공보 109호, 1151)에서는 학교환경위생정화구역 안에서 당구장 시설의 설치를 원칙적으로 금지하고, 다만 교육감 등이 금지시설을 해제할 수 있도록 규정하고 있는 학교보건법 제6조 제1항 제12호(1998. 12. 31. 법률 제5618호로 개정된 것)에 대하여, 재량행위인 교육감 등의 금지시설·행위의 해제처분 또는 해제거부 처분이라는 집행행위를 매개로 하여 비로소 기본권침해가 문제되므로 직접성 요건을 흠결하였다고 판시하였다.<sup>622)</sup>

(3) 한편 헌법을 개정하는 내용의 법률은 헌법개정에 관하여 가지고 있는 국민의 국민투표권이라는 기본권을 직접 배제하므로, 기본권침해의 직접관련성이 인정된다.<sup>623)</sup>

나. 정의규정인 법률조항이 기본권침해와 직접 관련되는 경우

(1) 일반론으로 정의규정 내지는 선언규정, 권고규정인 법률조항 자체에 의하여는 “자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생길 수 없어 직접성의 요건을 갖추지 못하여” 부적법하다(현재 1998. 10. 15. 96헌바77, 판례집 10-2, 573, 585<sup>624)</sup>; 현재 2004. 9. 23. 2002헌마563, 공보 97호, 1054; 현재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 318-319; 현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 379).

622) 이에 대해서는 위 법령이 정하고 있는 자유제한의 방식이 사전에 일반적으로 금지한 다음 예외적으로 자유제한을 해제하는 것이며, 해제여부를 결정하는 기준도 규정하지 않고 교육감의 재량에만 맡기고 있어서, 일반적·전면적 금지에 해당하고, 청구인들이 금지시설 해제신청을 했는지 여부와 관계없이 계속 제한을 받고 있다고 판단하여 기본권침해의 직접성을 인정한 반대의견이 있다(공보 109호, 1152).

623) 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1, 34.

624) 경기도립학교설치조례중개정조례 제2조는 이 법의 적용을 받는 지역인 도서벽지에 대한 ‘정의’규정이요, 제3조는 국가는 도서벽지의 의무교육의 진흥을 위하여 타에 우선하여 조치를 취하여야 하며 이에 필요한 제경비는 타에 우선하여 지급하여야 한다는 ‘국가의 의무’를 선언한 규정에 불과하다고 판시.

(2) 그러나 ‘자동차매매업’의 정의를 내리고 있는 자동차관리법 제2조 제7호 등에 관한 헌법소원(헌재 1997. 10. 30. 선고 96헌마109, 판례집 9-2, 537) 및 ‘골재채취업’의 정의를 내리고 있는 골재채취법 제2조 제2호 단서에 관한 헌법소원(헌재 1997. 12. 24. 96헌마149, 판례집 9-2, 835) 및 ‘유족’을 정의하고 있는 동학농민혁명참여자등의명예회복에관한특별법 제2조 제2호(헌재 2005. 12. 22. 2005헌마119, 판례집 17-2, 804), 헌재 2006. 3. 30. 2004헌마313(공보 114호, 559), 헌재 2006. 4. 27. 2005헌마1119(판례집 18-1상, 631), 헌재 2006. 5. 25. 2005헌마715(판례집 18-1하, 151)에서는 특별히 직접성요건을 언급하지 않고, 정의규정인 심판대상에 대하여 본안판단을 하였다.

나아가 헌재 2004. 9. 23. 2004헌마192(판례집 16-2상, 604, 611), 헌재 2004. 12. 26. 2003헌마226등(판례집 16-2하, 580, 588), 헌재 2005. 11. 24. 2004헌마536(판례집 17-2, 466, 473) 결정에서는 정의규정에 대한 기본권침해의 직접성을 인정하는 설시를 하고 있다.

또한 정의규정이 기본권침해와 직접 관련되는 예외적인 경우에 정의규정의 위헌성이 확인되면 그 법에서 정의규정과 관련된 조문 전체에 대한 위헌성의 확인이 수반되게 된다.<sup>625)</sup> 경우에 따라서는 법률 전체의 효력이 부정되는 결과가 될 수도 있다.

(3) 이와 같이, 정의규정 등이 기본권 제한의 직접성이 있는지 여부에 대하여 현재 판례가 통일되지 않은 것으로 보이는데 앞으로 명시적인 정리가 필요하다고 여겨진다.

정의규정을 매개로 하여 수익적인 행정의 대상에서 제외되어 평등권을 침해받는다든지, 수행할 수 있는 직업의 구체적인 모습을 한정하고 있어서 직업의 자유를 제한하는 경우와 같이 기본권제한과 밀접한 연관이 있는 경우에 대하여 정의규정이라는 이유만으로 직접성을 부정할 수는 없을 것으로 보인다. 위 99헌마494 및 2005헌마119, 2005헌마715 사건과 같이 경우에

625) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 732. 제외동포의출입국과법적지위에관한법을 사안. 직접관련성 요건이 인정되는 것을 당연한 전제로 판단하여 특별히 결정문에 직접관련성에 관한 설시는 나타나지 않는다.

따라서는 정의규정 자체를 다투는 것이 가장 효율적인 기본권구제 수단일 수 있기 때문이다.

또한 정의규정이 형벌조항의 구성요건이라 할 수 있는 행위규범 내지 금지규범의 일부를 이룰 때는 정의규정에 의하여 국민은 행위금지 의무를 직접 부담한다고 볼 수 있으므로 기본권침해의 직접성이 인정된다고 할 것이다.<sup>626)</sup>

다만 정의규정에 대하여 법적인 분쟁이 아니라 사실적이거나 윤리적인 분쟁을 제기하는 경우, 또는 정의규정에 대하여 단순한 명예감정의 침해 등을 이유로 기본권을 침해받지 않고서도 추상적 규범통제를 구하는 경우로 판단되는 헌법소원에 대해서는 기본권침해의 직접관련성을 부정할 수 있을 것이다.

#### 다. 통지행위 또는 최고행위가 있는 경우

법률에 규정되어 있는 행정청의 행위가 법률관계를 변동시키는 아무런 법률효과를 가지지 아니한 경우에는 그러한 행위가 법률상 예정되어 있다고 하더라도 법률의 기본권침해의 직접성이 부인되지 아니한다. 이러한 예로는 이미 변동된 권리의무관계에 근거하여 그 내용을 통지하는 통지행위나, 의무의 이행을 촉구하는 내용의 최고행위를 들 수 있다.

헌재 2005. 9. 29. 2004헌마449(공보 108호, 1053) 결정은 법원의 판결에 의한 당연퇴직을 규정한 지방공무원법 제61조에 대한 헌법소원청구에 대하여, 구청장으로부터 당연퇴직되었다는 통지를 받은 날짜<sup>627)</sup>가 아니라 대법원의 확정판결을 받은 날이 법률에 해당하는 사유가 있는 날이며 대법원의 확정판결을 송달받은 날짜를 법률조항에 해당하는 사유가 있음을 안 날로 보아 청구기간 도과를 이유로 각하하였다.<sup>628)</sup>

626) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마1167, 판례집 18-1하, 498, 501-502

627) 이 날부터 기산하면 청구기간을 준수하였다.

628) 같은 취지로 헌재 1990. 6. 25. 89헌마220, 판례집 2, 200

대개 이러한 행위들은 그 자체로 헌법소원의 대상이 되는 ‘공권력의 행사’가 아닌 경우가 많을 것이며 이러한 통지행위 등에 대한 헌법소원은 부적법 각하되는 경우가 많을 것이다.<sup>629)</sup>

#### 라. 법규범이 정한 법률효과 발생에 사인의 행위가 필요한 경우

(1) 법규범의 직접성 여부를 판단할 때의 집행행위는 공권력의 행사로서의 집행행위를 의미한다. 따라서 법규범이 정하는 법률효과와 발생에 국가권력행사가 아니라 사인의 행위를 요건으로 하고 있다 하더라도 법규범의 직접성을 부인하지 못한다. 독일연방헌법재판소는 유급교육휴가에 관한 Hessen주 법률에 대하여 제기한 헌법소원에서 ‘이 법률에 의한 사용자의 휴가 및 임금지급의무는 근로자가 사용자에게 대하여 청구하는 것으로 충분하고, 달리 행정행위를 필요로 하지 않는다.’라고 실시하면서 기본권침해의 직접성을 인정하고 있다.<sup>630)</sup>

(2) 우리 헌법재판소도 법무사 사무원의 수를 제한하고 있는 법무사법 시행규칙 제35조 제4항에 대하여 심판하면서, “법규범이 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 직접 기본권을 침해한다고 할 때의 집행행위란 공권력행사로서의 집행행위를 의미하는 것이므로 법규범이 정하고 있는 법률효과가 구체적으로 발생함에 있어 법무사의 해고행위와 같이 공권력이 아닌 사인의 행위를 요건으로 하고 있다고 할지라도 법규범의 직접성을 부인할 수 없다.”<sup>631)</sup>라고 판시하였고, 사립학교의 학교운영위원회 설치를 임의 사항으로 규정하고 있는 구 지방교육자치에 관한 법률 제44조의2 제2항에 대한 헌법소원에서 “이 사건 법률규정<sup>632)</sup>은 학교운영위원회 설치에 관한 행

629) 다만 청구기간 준수 여부를 심사할 때, 사실상 이러한 통지행위 또는 회신 등을 받은 날을 직접성이 인정되는 법령이 시행된 사실을 안 날 등 기본권침해 사유가 있음을 안 날의 기산점으로 볼 경우가 많을 수는 있다.

630) BVerfGE 77, 308 (326). 황도수, 위의 글, 403면에서 재인용.

631) 헌재 1996. 4. 25. 95헌마331, 판례집 8-1, 465, 470-471

632) 사립의 초등학교 중학교 고등학교에는 학교운영위원회를 둘 수 있다.

정기관의 구체적 집행행위를 예정하고 있지 아니하므로 청구인의 기본권을 직접 침해하고 있으므로 기본권침해의 직접성요건도 충족된다.”<sup>633)</sup>라고 판시하였다.

이와 대비하여 볼 것으로, 현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등(판례집 18-1하, 337, 375, 380) 결정에서는 일반일간신문을 경영하는 정기간행물사업자가 편집위원회를 둘 것인지 여부, 편집규약의 제정여부, 중재절차에 나아갈지 여부에 대하여 신문사가 임의로 스스로 결정할 수 있으므로 기본권침해의 가능성 또는 직접성을 인정할 수 없다고 판단한 바 있다. 위 95헌마331, 97헌마130 결정의 청구인은 법률효과가 구체적으로 발생하기 위하여 필요한 행위를 하는 사인이 아닌 자인 반면, 2005헌마165등 사건에서는 그러한 행위를 하는 자가 청구인 자신이라는 점에서 차이가 있다.<sup>634)</sup>

(3) 한편 ‘1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조 제5항 단서’에 대한 헌법소원사건에서 동법 제5조에 따른 정부의 행정지도와 정부산하기관의 보상규정 정립이라는 행위가 개입되어 있다고 하더라도 이러한 행정지도는 사실상의 강제력을 가진 실질적인 지시로 위 법률의 직접성이 인정된다고 설시<sup>635)</sup>한 판례가 있다.

(4) 현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등(판례집 18-1하, 337, 379)에서는 언론중재및피해구제등에관한법률 제6조 제2항에 따라 방송사업자 일반일간신문을 발행하는 자 등이 사내에 두는 고충처리인의 권한과 직무에 관한 규정은 고충처리인의 구체적인 활동을 통하여 비로소 기본권침해 여부가 결정된다는 이유로 직접성이 없다고 판시한 바 있다. 그러나 이 경우의 고충처리인은 명백히 공권력의 주체가 아니라 사인으로 기존 판례와 다르다. 오히려 권고적 효력밖에 없음을 들어서 동법 제6조 제3항과 함께 직접성이

633) 현재 1999. 3. 25. 97헌마130, 판례집 11-1, 233, 239

634) 현재 2006. 5. 25. 2004헌가1, 공보 116호, 754 참조. 청구인이 자율적으로 임의적으로 형성하고 통제할 수 있는 영역에서 위험적인 상황을 가정하거나 형성한 다음 법률의 위헌을 주장하는 것을 구체적 규범통제절차에서 허용할 수는 없다.

635) 현재 1993. 12. 23. 89헌마189 판례집 5-2, 622, 637-639. 집행행위가 기속행위이더라도 집행행위가 존재하면 직접성이 부정된다는 소수의견 있음. 같은 결정 650면.

없다고 실시하였으면 충분하였을 것으로 보인다.

관례의 입장이 변경되려면, 공권력의 행사가 아닌 사인의 행위를 과연 법령의 집행행위로 볼 수 있을 것인가에 대한 고찰이 있어야 할 것인데, 이 결정은 특별히 관례변경을 의도하였다기 보다는 기존 결정례를 간과하고 나온 것으로 보인다. 수십개의 법령조항을 동시에 심판대상으로 청구하는 남소가 계속된다면 사인의 행위가 개입되는 경우에 대해서도 기본권침해의 법적관련성을 부인할 필요성이 대두될 수 있을 것이다. 그렇지만 그러한 현실적인 이유를 들어서 별다른 논거와 요건을 제시하지 않고, 사인의 행위를 법령의 집행행위로 선불리 인정하기에는 조심스럽다.

#### 마. 제재규범이 없는 경우

법률이 의무를 부과 또는 선언하고 있지만 그에 대한 형사처벌 등의 제재가 없는 경우에 의무를 규정한 법률이 기본권침해의 직접성이 있는지가 문제된다. 해당 법률이 일반적 추상적인 내용을 선언하고 있는 것에 불과하다면 헌법소원이 부적법해지겠지만, 처벌규정 등이 없다고 하더라도 구체적인 의무부과가 있다면 직접성을 인정해야 할 것으로 생각된다. 결국 법률해석의 문제로 귀결된다.

헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등(관례집 18-1하, 337, 374-376)에서는 신문등의자유와기능보장에관한법률 제3조 제3항, 제4조, 제5조, 제8조, 언론중재및피해구제등에관한법률 제4조, 제5조 제1항 등에 대하여 기본권침해의 가능성을 부정하면서 하나의 논거로 조항위반에 대한 제재규정도 없다는 점을 들어 추상적, 선언적 규정으로 평가하고 있다. 그러나 이에 반대하면서 단지 형사처벌 규정이 없다는 점만을 들어 제재가 없다고 할 수 없으며 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다는 소수의견의 지적이 의미있는 것으로 보인다(관례집 18-1하, 410, 412, 415-416).

## 2. 집행행위가 있어도 직접성이 인정되는 경우

### 가. 법률에 의하여 자유의 제한이나 의무의 부과가 있는 경우

(1) 집행행위가 있다고 하더라도 이미 발생한 권리관계에 위반한 경우에 이를 제재하기 위하여 마련된 수단으로서의 집행인 형사제재나 징계처분 등에 불과하다면, 법규범의 직접성은 인정된다. 법률이 예정하고 있는 형벌과 질서벌<sup>636)</sup>이 부과되기 이전에, 금지규범 또는 의무부과 규범의 시행 자체만으로 국민은 일정한 행위금지 의무를 부담하고 있기 때문이다.

헌법재판소는 “법률이 직접 국민에게 행위의무 또는 금지의무를 부과한 후 그 위반행위에 대한 제재로서 형벌, 행정벌 등을 부과할 것을 정한 경우에 국민은 별도의 집행행위를 기다릴 필요 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위의무 또는 금지의무를 직접 부담하게 되므로, 청구인이 제재를 받은 일이 없다고 할지라도 직접성을 결여하였다고 할 수는 없다.”라고 판시하고 있다.<sup>637)</sup>

직접성의 요건을 요구하는 것이 국민에게 법규범을 위반하는 불법을 행한 다음 그 형사처벌절차 등에서 구제를 받을 것을 요구하는 결과를 가져와서는 안 되며,<sup>638)</sup> 법규범의 위헌성을 다투기 위하여 먼저 형법에 위반하는 등의 위협부담은 통상 수인할 수 없는 것으로 간주되기 때문이다.<sup>639)</sup>

### (2) 벌칙 또는 제재규정의 경우

(가) 다만 이 때 많은 행정법규의 규정형식과 같이 금지규정과 벌칙규정이 나뉘어 규정되어 있을 때, 금지규정 또는 의무부과규정 이외에 벌

636) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 678에서는 과태료가 부과되는 경우이다.

637) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154; 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 312; 헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 628; 헌재 2001. 8. 30. 99헌마92등, 판례집 13-2, 174, 191; 헌재 2001. 11. 29. 99헌마713, 판례집 13-2, 739, 746 등

638) 정종섭, 헌법소송법, 573면; 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504

639) BVerfGE 77, 84/100; BVerfGE 81, 70/82 (Schlaich, 앞의 책, 161면에서 재인용)

칙규정에도 직접성이 인정될 것인가의 논의가 있다. 이를 부정하는 견해는 벌칙규정은 기본권침해의 직접성이 인정되지 않으며 형사재판절차 등을 통하여 다투어도 늦지 않을 것이라고 보고, 다만 헌법재판소가 금지규정의 심리과정에서 함께 판단할 수는 있다고 보고 있다.<sup>640)</sup>

(나) 이에 대한 헌법재판소의 결정례는 통일되어 있지 않았었다.

법무사 아닌 자의 등기신청대행 등의 행위를 금지하고 있는 법무사법 제 2조, 제3조와 함께 위 행위에 대한 형사처벌을 규정하고 있는 법무사법 제 74조 제1항 제1호에 대한 헌법소원에서 헌법재판소는 함께 본안판단을 하고 있다.<sup>641)</sup> 마찬가지로 부동산중개사의 법정수수료를 벗어난 금품수수행위를 형사처벌하는 부동산중개업법 제38조에 대하여 본안판단을 하고 있다.<sup>642)</sup>

그러나, 수용자의 규율위반에 대한 조사절차 및 징벌의 양정기준에 대하여 헌법재판소는 “구 수용자규율및징벌에관한규칙 제4조 제1항 제2호는 수용자가 교도소 내에서 준수하여야 할 규율을 위반하였을 경우 그 위반행위에 대한 조사를 하여 일정한 혐의가 인정되면 징계위원회의 의결을 거쳐 1월에서 2월 이내의 금지 처분을 할 수 있다는 징벌 양정의 기준에 관한 규정으로서 구체적으로 교도소장의 금지처분이라는 집행행위의 매개를 예정하고 있는 규정이다. 따라서 위 규정은 기본권 침해의 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.”<sup>643)</sup>라고 판시하였다.

또한 “부정수표단속법의 처벌조항은 그 자체로서 국민의 기본권에 직접 관련지어지는 법규범이 아니고 법원의 재판이라는 구체적 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되는 법규범이므로, 공소제기되어 재판계속중인 법원에 위헌여부심판의 제청신청을 한 후 그 신청이 기각된 때에 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구

640) 황도수, 법규범의 직접성에 관한 시론, 405면.

641) 헌재 2003. 9. 25. 2001헌마156, 판례집 15-2상, 380.

642) 헌재 2002. 6. 27. 2000헌마642등, 판례집 14-1, 644

643) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마713, 판례집 13-2, 739, 745-746



함은 별론으로 하고 직접 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 제기한 헌법소원심판의 청구는 직접성 요건을 갖추지 못하여 부적법하다.”<sup>644)</sup>라고 한 결정례가 있다.

(다) 이에 대해서는 청구인이 처한 사실관계에 따라서 제재규정과 청구인의 기본권침해 사이에 관련성이 있는지 여부를 판단하는 것이 타당하다고 여겨진다.

금지규정 또는 의무부과규정의 적용만을 받고 있으며, 이를 준수하고 있는 단계에서는 벌칙규정 또는 제재규정에 대한 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 청구는 특별한 사정이 없는 한 기본권침해의 현재관련성이 없다고 보인다. 법령에 대한 헌법소원에 있어서 모든 국민 개개인에게 어느 시점에서나 헌법소원심판을 청구할 수 있게 하는 것은 민중소송을 인정하는 것에 다름 아니어서 우리 헌법재판제도상 허용될 수 없기 때문이다(헌재 1994. 6. 30. 91헌마162, 판례집 6-1, 672, 677). 권리구제의 실효적 측면에서도 이 단계에서는 금지규정 또는 의무부과규정의 위헌을 구하는 헌법소원만으로도 충분하기 때문이다. 이 단계에서 금지규정은 심판대상으로 삼지 않고 벌칙규정의 형량 등만을 다투는 헌법소원도 불합리하다.

따라서 법령위반을 하지 않은 단계에서 벌칙규정 또는 제재규정을 다투는 헌법소원은 기본권침해의 현재관련성 및 직접관련성이 원칙적으로 인정되지 아니한다고 보아도 될 것이다.

(라) 실제로 금지규정 또는 의무부과 규정을 어긴 단계에서 청구되는 헌법소원의 경우에는 나누어서 판단할 수 있을 것이다. 우선 제재규정이 형벌규정인 경우에는 제재규정의 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다고 여겨진다.

물론 집행행위가 있음에도 불구하고 예외적으로 직접성을 인정하는 근거는 국민에게 법규범을 위반하여 형사처벌 등을 받는 위험부담을 수인하지 않도록 하기 위한 것인데, 이미 금지규범 등을 위반한 사람에게는 그러한 예외를 인정할 필요성이 감소하였다. 이 단계에 이른 경우라면 구체적인

644) 헌재 1997. 6. 26. 96헌마148, 판례집 9-1, 690, 697

형량규정 등에 대해서는 형사재판절차 등에서 위헌법률심판제청신청을 하고 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 제기하는 경우와 비교하더라도 굳이 시간적 차이도 없으며 권리구제에 있어서 불필요한 우회를 요구하는 경우로 보이지 아니한다.<sup>645)</sup> 따라서 원칙적으로 제재규범의 기본권 침해의 직접성을 부정할 수도 있을 것이다.

그러나 이미 형사처벌의 위험을 목전에 두고 있는 피의자 또는 피고인 신분의 청구인에게는 집행행위인 법원의 유죄판결을 기다리기 이전에도 벌칙규정에 따른 불이익을 받고 있고 헌법소원 청구를 통하여 자유형의 위험 등을 배제하고자 하는 이익이 있다고 할 것이어서,<sup>646)</sup> 기본권침해의 현재 관련성 및 직접관련성을 부정하기 어려울 것이다.

특히 의무부과규범 또는 금지규범에 대한 제재규범으로 형벌조항, 행정벌조항, 행정처분의 근거조항 등이 병렬적으로 부과되어 있는 경우 형사처벌의 부당함을 다투는 경우와 같이 제재규범 그 자체에 고유한 위험 사유가 문제되는 경우, 또는 의무부과규범의 기본권침해성 여부가 제재규범의 내용까지 함께 판단할 경우에만 드러나는 경우와 같이 예외적인 경우에는 헌법재판소가 심리의 편의 또는 기본권의 실효적 구제를 위하여 벌칙규정에 대한 청구에 대해서도 함께 본안판단을 할 필요성도 있을 것이다.

(마) 그러나 금지규범 또는 의무부과 규범을 어긴 단계에서 청구되는 헌법소원의 경우에도, 제재규범이 행정벌 또는 영업정지나 취소 등의 행정처분의 기준을 정하고 있는 내용인 경우에는, 제재규범의 기준에도 불구하고 구체적인 기본권침해는 행정기관의 행정처분이라는 집행행위에 의해서 발생하는 것이므로 기본권침해의 직접성의 요건을 갖추지 못한 것으로 부적법하다.<sup>647)</sup>

645) 실무적으로도 형사입건 또는 공소제기되고 90일이 지난 다음에 의무부과규범 및 제재규범 모두에 대하여 '헌마'사건으로 제기된 헌법소원은 청구기간 도과로 각하될 것이다. 아무리 늦어도 공소제기된 때에는 공소장에 적용법조로 기재된 법령에 해당하는 사유가 발생하여 자신의 기본권을 침해한다는 사실은 안 것으로 볼 것이다.

646) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504 참조.

647) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마13, 판례집 8-1, 126, 134 등 참조.

(바) 헌법재판소는 현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등(판례집 18-1하, 337, 381) 결정을 통하여, 형벌·과태료를 규정하고 있는 조항에 대해서는 청구인들이 법정형이 체계정당성에 어긋난다거나 과다하다는 등 그 자체의 위헌성을 주장하지 않는 한 직접성이 인정되지 않는다고 판시하여, 금지규범 또는 의무부과규범을 어기기 전에 청구된 헌법소원에 관해서는 논의를 정리하였다.<sup>648)</sup> 그러나 기본권침해의 직접성 여부가 청구인이 청구이유에 기재했는지 여부에 따라 달라진다고 할 수 없으며, 객관적인 판단기준이라고 하기 어렵다.<sup>649)</sup>

나. 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 가능성이 없는 경우

(1) 헌법재판소는 구속기간연장을 규정한 국가보안법 제19조에 대한 헌법소원에서 “구체적 집행행위가 존재한 경우라고 하여 언제나 반드시 법률자체에 대한 헌법소원심판청구의 적법성이 부정되는 것은 아니다. 구체적 집행행위가 존재한다면 대체로 그 집행행위를 대상으로 하여 구제절차를 밟을 수 있는 것이기 때문에 그 과정에서 문제된 해당 법률의 적용 여부에 관련하여 전제된 사안의 사실적·법률적 관계를 심사하고 심판청구인의 권리보호이익, 해당 법률의 위헌여부심판의 필요성 등을 판단토록 하기 위하여, 집행행위의 근거가 되는 법률을 직접 헌법소원의 대상으로 삼아서는 안된다는 이유에서 구체적 집행행위가 존재하는 경우에는 직접성이 부정되고 적법한 헌법소원의 요건을 갖추지 못한 것이 되어 각하되어야 하는 것이다.”라고 실시한 다음, “법률에 대한 집행행위가 존재하는 경우에도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권 침해를 당한 청구인에게 불필

648) 특히 신문등의자유와기능보장에관한법률 제40조 제3호(제42조 중 제40조 제3호 부분)는 각하되었으나, 그 행위금지조항인 동법 제15조 제3항에 대해서는 헌법불합치결정이 선고되었다.

649) 같은 취지로 현재 2006. 11. 30. 2004헌마431등(공보 122호) 결정이 추가되었다.

요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우 등으로서 당해 법률에 대한 전제관련성이 확실하다고 인정되는 때에는 당해 법률을 헌법소원의 직접 대상으로 삼을 수 있다.”<sup>650)</sup>라고 판시하였다.

법원의 녹취불허결정의 근거규정(형사소송규칙 제40조)에 대한 헌법소원에서 “피고인이나 변호인의 공판정에서의 녹취허가신청에 대한 법원의 녹취불허결정은 판결전의 소송절차에 관한 법원의 결정으로서 즉시항고를 인정하는 명문의 규정이 없고, 항소나 상고는 판결 자체에 대한 불복방법일 뿐 판결 전 소송절차상의 결정에 대한 직접적인 불복방법이 아니어서 결국 법원의 녹취불허결정에 대하여는 직접적인 구제절차가 없다 할 것이므로, 형사소송규칙 제40조에 대하여 직접 헌법에 위반되는지 여부의 심판을 청구할 수 있다.”<sup>651)</sup>라고 판시하였다.

검사의 구속영장청구의 근거규정인 형사소송법 제201조 제1항에 대한 헌법소원에서도 “ ‘검사의 구속영장청구에 따른 판사의 영장발부’라는 별도의 구체적 재판에 의하여 비로소 청구인에 대한 기본권제한이 발생하지만, 피의자는 구속영장의 발부결정에 대하여 항고·준항고와 같은 일반적인 방법으로 불복할 수 없고, 구속적부심사절차의 경우 본질적으로 법원의 영장발부에 관한 일반적 구제절차라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 적부심사절차에서 법원이 위헌심판제청을 하는 경우 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 적부심사에 관한 재판이 정지됨으로써 청구인이 구속된 상태에서 위 결정을 계속 기다려야 하는 상황이 발생할 수 있다는 점 등 여러 사정에 비추어 볼 때, 청구인으로 하여금 위와 같은 절차를 통하여 이 사건 법률조항의 위헌 여부를 다투도록 하는 것은 권리구제의 기대가능성이 없는 불필요한 우회절차를 강요하는 것”이라고 판시하였다.<sup>652)</sup>

또한 구 전기통신사업법 제53조 제3항은 정보통신부장관이 전기통신사업자로 하여금 불온통신의 취급을 거부, 정지 또는 제한하도록 명할 수 있다고

650) 헌재 1992. 4. 14. 90헌마82, 판례집 4, 194, 202; 같은 취지 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48, 판례집 9-2, 295, 304.

651) 헌재 1995. 12. 28. 91헌마114, 판례집 7-2, 876, 883

652) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌마593, 판례집 15-2하, 637, 644-645

규정하고 있어, 이 조항으로 인한 기본권의 침해는 정보통신부장관의 명령이라는 집행행위를 매개로 하여 발생하지만, 실질적으로 표현의 자유를 규제받는 자는 청구인과 같은 이용자임에도 불구하고, 정보통신부장관의 명령의 상대방인 전기통신사업자가 아닌 제3자라는 이유로 행정소송의 제기를 통한 권리구제를 받지 못할 가능성이 있으므로 예외적으로 이 조항을 직접 헌법소원의 대상으로 삼을 수 있다고 봄이 상당하다고 판시한 바 있다.<sup>653)</sup>

헌재 1997. 10. 30. 97헌바37, 95헌마142등 병합 사건(심리불속행제도를 규정한 상고심절차에관한특례법 제4조에 대한 헌법소원)에서는, 대법원이 상고이유가 위 법률조항에 규정된 일정한 사유를 포함하지 아니한다고 인정하여 상고를 기각하는 재판(재량행위인 집행행위)이 있을 때 청구인의 기본권이 침해된다고 볼 것이나, 특별히 ‘헌마’사건의 직접성요건 등에 대한 언급없이 본안판단을 하였는데,<sup>654)</sup> 역시 집행행위가 있어도 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 가능성이 없는 경우에 해당하는 것으로 보아 적법한 청구로 본 것이다.<sup>655)</sup>

653) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480, 판례집 14-1, 616, 625-626

654) 판례집 9-2, 502. 이 사건에서 97헌바37의 당해사건은 대법원의 상고기각 판결에 대한 재심청구였다. 이 판결 이후의 헌재 2001. 2. 22. 99헌마461등, 판례집 13-1, 328, 344-345; 헌재 2002. 5. 30. 2001헌마781, 판례집 14-1, 555; 헌재 2002. 6. 27. 2002헌마18, 공보 70, 594; 헌재 2005. 9. 29. 2005헌마567, 공보 108호, 1060도 마찬가지다.

655) 95헌마142 및 2001헌마781 사건의 연구보고서에 나타난 직접성 요건에 관한 판단 내용이다.

『이 사건 법률조항에 의한 대법원의 상고기각판결에 대하여는 재판에 대한 헌법소원이 허용되지 아니하는 이상 불복할 수 있는 방법이 없다. 그러므로 대법원의 재판을 구체적인 집행행위라고 하더라도 집행행위를 직접 대상으로 하는 구제절차는 없는 것이 된다.

청구3지도 모른다는 의심이 있다고 하여 할 수 있는 것은 아니기 때문이다. 상고이유에 관한 주장이 법 제4조 제1항 각호의 사유를 포함하는지 여부의 판단은 상고이유가 타당한지에 관한 판단에 비하여 비교적 단순, 명백하다고 생각할 수도 있으나 법 제4조 제1항 제1호 및 제2호에서 사용된 불확정개념인 ‘부당하게’의 의미가 분명하지 아니하고, 제3호 및 제4호에서 일반인이 통상 그 내용을 알 수 없는 대법원판례(법률전문가라 하더라도 이를 전부 알고 있다고는 볼 수 없다)를 그 기준의 하나로 들고 있으며, 뒤에서 자세히 살피는 바와 같이 제5호 소정의 중대한 법령위반이 무엇을 의미하는지 명확하지 아니할 뿐만 아니라 같은 조 제3항 제1호가 규정하고 있는 “그 주장자체로 보아 이유가 없는 때”에 해당하는지 여부를 알기는 쉬운 일이 아니므로 청구인들로서는 이 사건 법률조항의 적

(2) 반대로 보석청구의 기각결정에 대해서는 형사소송법 제402조, 제 403조에 따른 항고에 따른 구제가 가능하므로, 항고제기의 시간적 여유가 없었다거나 종국판결에서 불이익을 받을 우려 때문에 항고할 수 없었다는 사유는 직접 법률에 대한 헌법소원을 제기하는 것을 정당화할 사유에 해당하지 않는다고 보았다.<sup>656)</sup>

(3) 기본권 구제에는 공백이 없어야 할 것이므로 통상의 소송절차에 의하여 집행행위가 구제될 수 없는 경우에는, 집행행위가 존재한다는 이유로 소송절차법인 직접성 요건을 고집하는 것은 타당하지 않을 것이다.<sup>657)</sup>

독일연방헌법재판소는, 직접성요건이 “사건에 관한 전문법원들의 견해를 연방헌법재판소에 매개하여 주는”데 기여한다는 생각으로부터, 해당법률에 규정된 인구조사의 시행까지 2주의 시간 여유밖에는 없으며 이 기간 동안에 전문법원들이 사건의 본질을 미리 해명하리라는 것을 기대할 수 없다는 이유로 미리 ‘인구조사에 관한 법률’에 대한 헌법소원을 허용하였는데,<sup>658)</sup>

용을 받을지 여부를 알기 어렵다.  
그렇다면 직접성은 인정된다.』

656) 헌재 2004. 4. 29. 2002헌마756, 판례집 16-1, 562, 567.

657) 같은 취지 정종섭, 헌법소송법, 569면, 572면.

658) BVerfGE 65, 1 (37f.), Schlaich, 독일연방헌법재판소 161면.

인구조사법 시행을 위하여는 정보제공요청이 필요하다. 즉 이것에 의해서 비로소 헌법소원심판 청구인의 권리영역이 관련될 수 있으며, 이러한 집행행위에 대하여는 행정법원에 대한 소구방법이 열려 있다.

그러나 법률이 규범수신인에게 이미 현재의 시점에서 보았을 때도 너무 늦은 시점에서는 더 이상 교정할 수 없는 결정을 강제하거나 또는 나중의 법률집행 후에는 더 이상 회복할 수 없는 처분을 이미 지금 야기하는 경우에는 예외적으로 연방헌법재판소는 집행행위가 있기 전에 직접 법률에 대하여 제기된 헌법소원의 적법성을 특정 사건들에서 인정했다. 집행행위가 있기 훨씬 전에 1983년의 인구조사법에 대해 직접 제기한 이 사건 헌법소원도 예외적으로 적법하다.

이 법률은 모든 국민에 대해 매우 짧은 기간 안에 집행될 수 있었다. 조사용지는 1983. 4. 18.부터 배부되었고 1983. 5. 초까지 다시 취합되었다. 따라서 행정법원의 잠정적 권리구제를 얻기 위한 가용기간으로는 대략 2주 정도의 기간만이 남아 있었다. 이렇게 빠듯한 짧은 기간에 법원이 문제점을 파악할 수는 없었을 것이고 따라서 연방헌법재판소의 본질적인 사전해명을 기대하였을 것이다.

그럼에도 불구하고 행정법원법 제80조 제5항, 제123조, 제146조 제1항에 따른 절차에서의 기각판결에 대한 헌법소원은 적법했을 것이다. 어쨌든 정보제공요청이 행정소송에 의거하여 다투어진 이후에 연방헌법재판소법 제90조 제2항 제2문에 의한 다른 구제절차 경로전의 헌법재판이 고려되었을 것이다(연방헌법재판소 판

이 사례도 권리구제가능성이 없는 경우의 한 예로 포섭할 수 있을 것이다.

(4) 그런데 헌재 2006. 4. 27. 2004헌마562(판례집 18-1상, 574, 579-581) 결정은, 국회의원총선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때에 정당의 등록을 취소하도록 한 구 정당법 제38조 제1항 제3호와 위 규정에 의하여 등록취소된 정당의 명칭과 같은 명칭은 등록취소된 날부터 최초로 실시하는 국회의원 임기만료에 의한 국회의원선거일까지 정당의 명칭으로 사용할 수 없도록 한 구 정당법 제43조 제4항이 정당설립의 자유 등 기본권 침해에 대하여 직접성이 있는지 여부에 대하여,

“등록취소규정에 의하여 곧바로 정당이 소멸하여 그 결과 청구인 주장의 기본권이 침해되는 것이 아니라 위 규정 소정의 등록취소사유에 해당되는지 여부에 대한 중앙선거관리위원회의 심사 및 그에 이은 등록취소라는 집행행위에 의하여 비로소 정당이 소멸하게 되며, 중앙선거관리위원회의 정당에 대한 등록취소처분이 행정소송의 대상이 됨은 명백하고 그 절차에서 위 규정에 의한 등록취소사유(예컨대 소정의 득표율에 미달되었는지 여부)에 대한 사실관계 확정과 더불어 얼마든지 위 규정에 대한 위헌 여부의 제청을 구할 수 있는 것이며 그 외 달리 그러한 절차경유가 곤란하거나 부당하다고 볼 사정 또는 그러한 절차의 경유가 실효성이 없다고 볼 사정은 찾아보기 어렵고, 명칭사용금지규정 자체에 의하여 바로 정당명칭을 사용하지 못하게 되는 것이 아니라 중앙선거관리위원회의 등록취소규정에 의한 정당등록취소라는 집행행위가 있을 때 비로소 그 금지효과가 발생하므로,

---

례집 제59권, 1면(19면 이하) 참조). 그러나 이 경우에 연방헌법재판소는 수많은 아마도 서로 모순되는 행정법원의 재판들을 검토해야 했을 것이다. 그밖에도 몇몇 법원은 당사자에게 잠정적 권리구제를 허용하고 다른 법원들은 그렇게 하지 않으므로써 법적 안전성이 위협받게 되었을 것이다. 국민에게 원칙적으로 우선 일반법원으로 가도록 지시하는 보충성원칙은 이런 상황에서 곧바로 그 기능이 반대로 되었을 것이다. 보충성원칙은 연방헌법재판소에게 부담을 경감시켜 주고 일반법원의 사건처리의 관점을 매개해주는데 더 이상 기여하지 못하고 연방헌법재판소를 물적 및 시간적으로 특별히 높은 재판압력에 노출시켰을 것이다. 이러한 상황에서 헌법소원심판 청구인은 헌법소원으로 동 법률을 예외적으로 직접 다룰 수 있었던 것이다.

위 규정들은 기본권 침해의 직접성이 없다.”라고 실시하고 각하하였다.

그러나 위 결정의 사안은 그야말로 “법률에 대한 집행행위가 존재하는 경우에도 그 집행행위를 대상으로 하는 구제절차가 없거나 구제절차가 있다고 하더라도 권리구제의 기대가능성이 없고 다만 기본권 침해를 당한 청구인에게 불필요한 우회절차를 강요하는 것밖에 되지 않는 경우”라는 판례가 실시하고 있는 직접성 인정의 예외적인 경우에 해당한다고 보인다.

“위 법률조항들 자체에 의하여 청구인이 대표로 있던 정당의 등록이 취소되어 그 정당을 존속시킬 수 없다는 불리한 법적 지위가 확정되었고, 법률의 내용은 재량의 여지없이 일의적인 내용으로 규정되어 있어 중앙선거관리위원장의 등록취소의 공고는 확정된 법률효과를 기계적으로 집행하는 것에 불과하여 그 공고행위의 여부에 따라 청구인의 법적 지위가 바뀌어질 가능성이 전혀 없다. 등록취소된 정당이 행정소송을 제기하는 것이 가능하다 하더라도 그 소송에서는 투표결과에 대한 단순한 산술적 기계적 검토 이외에는 등록취소규정의 위헌 여부가 쟁점이 될 수밖에 없어 결국 등록취소규정의 위헌 여부에 관한 판단을 우회하는 절차에 불과하게 된다.

그렇다면 이 사건 등록취소규정은 집행행위의 유무에 관계없이 국민의 기본권 관계를 확정적으로 정하고 있어 직접성이 인정되고, 행정소송이 가능하다고 보아 그 절차의 경유를 요구하는 것은 우회적인 경로를 강요하는 것 밖에 되지 않는다 할 것이다.(판례집 18-1상, 581-582)”라는 반대의견의 판단이 국민에게 기본권 보장수단을 제공한다는 헌법소원의 이념에 부합하는 타당한 견해라고 생각된다.

다. 심판대상이 된 법조항과 내적 연관을 지닌 경우, 집행행위를 매개하는 다른 조항에 대해서도 직접성을 인정한 사례

(1) 헌법재판소는 “보험료의 산정방법을 규정한 국민건강보험법 제62조 제3항 및 제4항, 제63조, 제64조의 경우에는, 청구인들이 주장하는 기본권의 침해가 위 조항들에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 별도의 집행



행위인 보험료부과처분에 의하여 비로소 현실적으로 나타나는 것이므로, 위 규정들을 직접 심판대상으로 하는 헌법소원은 기본권침해의 직접성요건을 결여하고 있다. 그러나 이 사건에서 직접성요건을 충족하는 규정들인 법 제33조 제2항(재정통합), 제67조(보험료의 부담)와 직접성요건이 결여된 규정들인 법 제62조 제3항 및 제4항, 제63조, 제64조(보험료산정규정)가 내용상 서로 내적인 연관관계에 있으면서 '재정통합은 직장·지역가입자 사이의 보험료부담의 평등원칙에 위반된다'는 하나의 통일적인 청구취지를 구성하고 있다. 보험료산정규정의 내용을 고려하지 않고서는 재정통합의 위헌여부를 부담평등의 관점에서 판단할 수 없기 때문에, 이러한 경우에 직접성요건의 결여를 이유로 심판대상규정 중 보험료산정규정만을 분리하여 실제적 판단으로부터 배제하는 것은 적절치 않다. 따라서 이 사건의 경우에는 기본권침해의 직접성요건을 충족시키는가의 여부에 관계없이 보험료산정규정을 함께 본안판단에 포함시킬 필요가 있다.”(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 936-937)라고 판시하였다.<sup>659)</sup>

(2) 독일연방헌법재판소는 최근의 판례들에서 직접관련성의 요건과 집행행위의 필요사이에 존재하는 결연관계를 완화하고 있다고 한다.<sup>660)</sup> 즉 직접관련성은 헌법소송법적 개념으로 절차법적 기능에 비추어 해석되어야 하며, 규범이 법적 효과를 가지기 위해서 집행행위가 필요하다는 사정은 직접관련성이 없을 수도 있다는 징표에 불과하며, 그러한 사정이 결정적인 의미를 가지는지 여부는 헌법소송법에 의한 심사를 필요로 한다고 판시하였다고 한다.

위 단락 (1)의 판례가 우리 나라에서도 같은 의미를 가지는 선례가 될 수도 있을 것이다. 다만 헌법소원을 인용하는 경우라면 헌법재판소법 제75조 제2항·제5항·제6항, 제45조에 따라서 심판대상을 넓히는 방법으로 직

659) 같은 취지로 헌재 2003. 10. 30. 2000헌마801, 판례집 15-2하, 106, 130.

청구인들에게 일단 보험료부과처분을 받은 후 그 처분에 대한 구제절차에서 이를 다투라고 하는 것은 불필요한 우회절차를 강요하는 것이므로 조항들 전체를 본안판단의 대상으로 삼는다는 논거를 부가하고 있다.

660) Schlaich, 위의 책, 161~162면.

접성에 대한 예외논의와 관계없이 본안판단을 할 수 있었을 것이다.

(3) 한편 위임하고 있는 법률규정과 시행령 규정이 불가분의 관계를 가지면서 전체적으로 직접 기본권을 침해한다고 본 결정례들이 있다.

현재 2002. 6. 27. 99헌마480에서는 구 전기통신사업법 제53조 제2항이 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상을 대통령령에 위임하고 있고 이에 따라 동법시행령 제16조에서 구체적인 규정을 하고 있지만, 이는 위 조항들이 불가분의 관계를 가지며 전체적으로 의무를 부담시키고 있으므로 기본권침해의 직접성요건을 갖춘 것이라고 보고 있다(판례집 14-1, 616, 625). 또한 시행령조항이 그 규율의 근거인 수권 법률조항을 떠나서는 존재할 수 없으므로, 법률조항과 시행령조항이 합쳐져서 청구인이 주장하는 기본권침해의 원인이 되는 공권력 행사를 이루고 있다고 봄이 상당하다는 이유로 두 조항 모두를 심판대상으로 삼은 사례도 있다(현재 2003. 9. 25. 2002헌마519, 판례집 15-2상, 454, 461). 유사하게 대통령령과 정보통신부고시가 서로 결합하여 직접 국민의 권리와 의무에 관한 사항을 정하고 있다는 이유로 모두 직접성을 인정한 사례도 있다(현재 2004. 1. 29. 2001헌마894, 판례집 16-1, 114, 126). 현재 2004. 12. 26. 2003헌마226등(판례집 16-2하, 580, 588) 결정에서도 구체적인 사항을 시행령에 위임하고 있지만 법에서 바로 “여객자동차운송사업용 자동차에 적재하기 부적합한 것”에 한정하고 있으므로 법률이 바로 기본권을 제한하므로 하위 법령과 함께 직접성을 충족한다고 판시하고 있다.<sup>661)</sup>

그런데 현재 2005. 2. 3. 2003헌마930 결정(판례집 17-1, 167, 173)은 (대통령령이 정하는) 일정 비율 이상 설치·운영하지 못하도록 법률이 직접 정하고 있으므로 법률의 기본권침해의 직접성이 인정된다는 설시를 하고 있다.<sup>662)</sup>

661) 이 결정에서는 국회의 입법과정에서 이미 하위규범의 내용을 전제로 논의되었음을 추가적인 직접성 인정의 논거로 삼고 있다.

662) 설시는 없지만 같은 취지로 현재 2006. 3. 30. 2005헌마349(판례집 18-1상, 427) 결정 및 현재 2006. 4. 27. 2005헌마1047등(판례집 18-1상, 601, 614)의 판단 중 교육공무원법 제24조 제7항(위원회의 구성·운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하되)에 대하여 (심판대상으로 대통령령과 결합하지도 않은 채로)

이는 법률 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률 규정의 직접성은 부인된다는 확립된 판례와 정면으로 배치되고 있어서 이를 지지하기 어렵다. 법률규정과 하위규범이 각각 독자적인 기본권침해 사유를 규정하고 있다거나,<sup>663)</sup> 위 99헌마289 결정과 같은 엄밀한 논증과정의 실시없이 기본권침해의 직접성요건을 간과한 것은 아닌가 하는 의심이 있다. 청구인이 법령과 그 하위규범을 함께 심판 대상으로 삼아 청구한 경우는 전체적으로 기본권침해의 직접성을 인정할 수도 있겠지만, 구체적인 집행행위인 하위규범은 심판대상으로 삼지 아니하고 상위규범인 법령만 심판대상으로 삼았다면 직접성이 인정되지 아니하여 부적법 각하하여야 할 것이다. 심판대상을 잘못 지정함에 따른 불이익은 청구인에게 돌아갈 수밖에 없다.

현재 2005. 10. 4. 2005헌마844 결정에서는, 「중소기업협동조합법 제44조 제1항 제7호는 조합의 임원이 될 수 없는 자로 “금융거래 등 상거래에 있어서 약정한 기일 이내에 채무를 변제하지 아니한 자로서 대통령령으로 정하는 자”라고 규정하여, 구체적으로 대통령령이 정하는 요건에 해당하는 자에 대해서만 그 임원자격을 제한하고 있다. 따라서 위 법률조항은 조합의 임원자격제한에 대한 구체적인 내용을 하위 법령인 대통령령에 위임하고 있어 기본권침해의 직접성이 인정되지 않는다.」라고 판시하고 있다. 기본적으로 이 결정의 방향이 하위규범도 집행행위로 보고 있는 헌법재판소의 결정례와 조화로운 것으로 생각한다.

---

직접성을 인정한 것도 마찬가지다.

663) 위 현재 2004. 1. 29. 2001헌마894 결정 중 법률 부분에 대한 판단에서는 ‘표시의무의 부과’라는 금지의무의 설정은 법률조항에서 직접 이루어지고 있다는 논증을 통하여, 하위규범과 별도로 법률의 직접성을 인정하고 있다.(판례집 16-1, 114, 126.)

또한 현재 2004. 11. 25. 2002헌마809 (판례집 16-2하, 398, 416) 결정에서도 대통령령에 구체적 위임은 있지만 2년 이상의 수습기간은 법에서 직접 정하고 있음을 이유로 법률의 직접성을 인정하고 있다.

라. 집행행위의 형식을 규정한 법령의 내용 자체에서 기본권침해를 받는 경우

(1) 헌법재판소는 농업기반공사및농지기금관리법 부칙 제6조 단서 위헌확인을 구하는 헌법소원에서, “이 조항은 종래의 조합장에 대한 예우 사항을 공사의 정관에 위임하고 있다. 그러므로 구체적인 정관의 내용 여하에 따라 청구인들의 책임용이 결정되게 된다. 통상 이러한 경우 법률조항 자체가 청구인의 기본권을 침해하는 것으로 볼 수 없어 직접성 요건에 흠결이 있게 된다.

그런데 이 사건에서 청구인들은 이 조항 자체가 포괄적인 위임입법을 하여 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하였다는 취지의 주장을 하고 있는 바, 아래의 점에서 직접성을 인정할 수 있다.

첫째, 청구인들은 이 조항의 규정 형식 자체를 문제삼고 있다. 직업선택의 자유 등 기본권의 제한에 관한 규정은 일반적인 위임입법보다도 더 엄격한 형식에 의하여야 할 것임에도 불구하고, 행정규칙도 아닌 농림부 산하기관에 불과한 농업기반공사의 정관에 위임한 것은 위헌이라는 것이다. 이러한 주장은 이 사건 조항을 직접 다룰 때만 성립될 수 있는 것이다.

둘째, 정관에 기본권 관련 사항을 위임할 수 있는지는, 일반적 위임입법 문제와는 달리 특수한 헌법적 성격을 가진다. 만일 국회가 법률로써만, 혹은 구체적인 위임입법(법규명령) 형식으로만 정하여야 할 경우에도 정관에 위임시킨다면 이는 국회가 자신의 의무를 회피하는 것이 되는 중대한 헌법 문제로서, 이 사건 조항을 직접 다룰 때에만 그 해명이 이루어질 수 있는 것이다<sup>664</sup>.”라고 판시하였다.

(2) 반면, 사법시험법시행령 제5조 제5항이 사법시험법 제11조 제2항에서 위임받은 항목들 중 ‘성적의 세부산출방법을 그대로 하위명령에 재위임한 것은 복위임금지의 원칙에 위배되어 위헌’이라는 주장에 대해서는, 대통령령인 사법시험법시행령 제5조 제5항이 성적의 세부산출방법 등을 법무부

664) 헌재 2001. 4. 26. 2000헌마122, 판례집 13-1, 962, 970

령으로 정하도록 위임하고 있을 뿐 그 자체로 응시생에게 어떤 의무를 부과하거나 그들의 권리 또는 법적 지위에 어떤 제약을 가하고 있지 아니하므로 기본권 침해의 직접성이 없다.<sup>665)</sup>라고 판단하고 있다.

## VII. 집행행위의 유형

집행행위가 존재하면 법률 등의 기본권침해의 직접관련성은 부정된다.

### 1. 행정처분 등

가. 집행행위는 통상적으로 행정부의 행정행위 등의 행정작용이 될 것이다.<sup>666)</sup> 여기서의 행정은 실질적인 의미의 행정으로 사법부,<sup>667)</sup> 입법부, 선거관리위원회,<sup>668)</sup> 교육감 또는 교육장,<sup>669)</sup> 학교의 교장,<sup>670)</sup> 행정각부 장관의 업무위탁을 받은 공법인인 국민건강보험공단<sup>671)</sup>·근로복지공단<sup>672)</sup> 등의

665) 헌재 2005. 12. 22. 2004헌마66, 공보 111호, 148

666) 국무총리 소속의 위원회의 결정을 집행행위로 본 것으로 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마238 등, 판례집 13-2, 383, 405-406; 헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319. 대통령 직속의 위원회의 처분을 집행행위로 본 것으로 헌재 2004. 9. 23. 2002헌마563, 공보 97호, 1054.

667) 헌재 2001. 11. 29. 2000헌마84, 판례집 13-2, 750, 757-758. 법원행정처장의 집행행위가 존재하므로 직접성요건 결여로 부적법 판단.

668) 공직선거및선거부정방지법 제179조(무효투표)는 제1항, 제2항에서는 “무효인 투표”를, 이 법률조항이 포함된 제3항에서는 “무효로 하지 아니하는 투표”의 기준을 나열하고 있다. 청구인들(국회의원선거 낙선거)은 각 선거구의 투표함을 개함하는 개표사무원(법 제174조)의 개표와 선거관리위원회위원(법 제172조, 제180조)의 결정에 따라 투표용지에 한 기표의 유효 여부가 가려지게 되고 그 개표결과에 따라 당락이 결정되는 것이다. 다시 말해서 개표사무원이나 선거관리위원회위원의 집행행위가 있을 때 비로소 기본권의 침해라는 문제가 생기고, 이 기본권 침해행위에 대하여는 법 제180조 소정의 개표소에서 투표의 효력에 관한 이의를 하는 이외에 선거 및 당선소송(법 제222조, 제223조) 등의 쟁송을 할 수 있는 길이 열려 있다. 헌재 2000. 6. 29. 2000헌마325, 판례집 12-1, 963, 969-970

669) 헌재 2005. 10. 27. 2004헌마732, 공보 109호, 1151

670) 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 90

처분 등도 포함된다. 방송위원회의 승인 또는 승인거부,<sup>673)</sup> 언론중재위원회의 직권조정결정,<sup>674)</sup> 공표·시정권고<sup>675)</sup>도 집행행위로 보고 있다.

공무원의 권력적 사실행위도 포함되며,<sup>676)</sup> 행정대집행도 집행행위의 한 유형이 될 수 있다.<sup>677)</sup>

나. 과세처분의 근거인 조세법 규정은 과세처분이라는 집행행위가 있어야 하므로 기본권침해의 직접관련성이 인정되지 않는다.<sup>678)</sup> 헌법재판소는 신고납부방식의 조세의 근거규정에 대해서도, “신고납부를 하지 아니하거나 신고납부세액이 세법에 의하여 신고납부하여야 할 세액에 미달할 때에는 보통징수, 즉 부과징수의 방법에 의하여 징수하도록 하고 있으므로 신고납부의 경우에도 종국적으로는 과세처분이라는 집행행위를 통하여 기본권침해가 현실화되는 것이어서, 위 조례 부칙 제2조는 모두 기본권침해의 직접성이 없다.”<sup>679)</sup>라고 판시하였다.

671) 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마668, 판례집 13-2, 287, 293

672) 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마231등, 판례집 16-2상, 586, 596-597

673) 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마356등, 공보 105호, 700

674) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 380

675) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 380-381. 시정권고는 권고적 효력을 가지는데 그치는데, 이를 집행행위로 인정하였다.

676) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562, 571(계구의 종류와 사용요건을 정하고 있는 계구의제식과사용절차에관한규칙 제2조, 제4조, 제5조는 가축수갑을 계구의 한 종류로 들고 있으면서 그 사용요건을 정해 놓은 것에 불과하여 교도소장과 교도관들의 구체적인 사용행위 없이 그 자체만으로는 청구인의 어떠한 기본권을 제한하고 있는 것으로 볼 수 없다.); 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마49, 판례집 17-1, 754, 762.

677) 헌재 2005. 11. 24. 2004헌마536, 판례집 17-2, 466, 473 참조.

678) 헌재 1994. 1. 7. 93헌마283, 판례집 6-1, 1, 5; 헌재 1994. 4. 28. 92헌마280, 판례집 6-1, 443, 446; 헌재 1998. 3. 26. 96헌마166, 판례집 10-1, 285, 294 등.

679) 헌재 1998. 11. 26. 96헌마55등, 판례집 10-2, 756, 762-763; 같은 판례로 헌재 2001. 1. 18. 2000헌마80(판례집 13-1, 163).

그러나 소수의견은 “신고납세 방식의 조세에서는 과세법령에 의하여 과세요건만 갖추어지면 이미 납세의무가 발생되어 기본권침해가 현실화되어 있으므로, 그 부과처분은 단지 이미 발생한 납세의무의 정당한 이행을 관철하려는 보충적 집행행위에 불과한 것이다. 다수의견은 납세의무자가 신고납세방식의 과세법령의 위헌

다. 기계적·전자적 방법에 의한 행정행위도 확률·통계적으로 여러 결과가 가능하여 법령 자체에서 정하고 있는 내용을 그대로 확인하는 것이 아니라면 집행행위의 한 유형이 될 수 있을 것이다. 현재 2006. 1. 26. 2005헌마98 결정(판례집 18-1상, 25, 33-34)은 컴퓨터를 이용한 추첨, 또는 수동식 추첨에 의한 중학교 배정처분을 집행행위의 하나로 인정하고 있다.

## 2. 하위규범

한편 집행행위에는 입법행위도 포함되므로, 법령규정이 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 그 하위규범의 시행까지는 법령은 국민의 권리의무에 변동을 가져오는 법률효과를 발생시키지 아니하므로 직접성이 부인된다.<sup>680)681)</sup>

헌법재판소는 “법률 또는 법률조항 자체가 헌법소원의 대상이 될 수 있

성을 다투려면 납세의무를 집짓 게을리하여 가산세라는 불이익을 감수하도록 강요하는 셈이어서 기본권보장이라는 헌법재판제도의 목적과 취지에 어긋난다 할 것이며, 또한 법규범의 위헌성을 다투기 위하여 형벌소추 등의 위협을 감수할 것을 국민에게 요구할 수 없다고 한 우리 재판소의 기존 판례의 정신과도 부합하지 않는다.”라고 실시하며(판례집 13-1, 176~177) 직접성을 인정하였다. 신고납세방식에서는 추상적 조세채무와 구체적 조세채무라는 것이 관념상 구분될 뿐이고, 법령에 규정된 과세요건이 충족되면 곧바로 납세의무자의 법률관계에 영향을 미치게 된다. 스스로 세액을 산출하여 신고납부하여야 하는 것으로서, 구체적 조세채무를 발생시키는 그 자체가 이미 납세자의 묶인 것이고, 이를 해태하면 가산세를 부담하게 된다. 따라서 신고납세방식에서는 과세법령 그 자체로서 납세의무자에게 직접 법적 부담을 가한다는 반론이 가능하다.

680) 현재 2004. 9. 23. 2003헌마231등, 판례집 16-2상, 586, 595-596; 현재 2005. 5. 26. 2004헌마671, 판례집 17-1, 785, 788.

시행령이 마련되지 아니한 경우, 법률에 의한 기본권침해의 직접성, 현재성이 인정되지 않는다고 본 사례로 현재 2003. 9. 25. 2001헌마93등, 판례집 15-2상, 319, 350-351; 현재 2003. 9. 25. 2001헌마194, 판례집 15-2상, 391, 401.

(연금지급정지제도의 전제가 되는 소득심사제도는 공무원연금법 제47조 제2항이나 군인연금법 제21조의2 제2항만으로는 그 구체적인 내용, 범위 및 한계를 확정할 수 없고, 소득의 범위 및 지급정지금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있어, 소득심사대상에서 제외되는 소득의 범위, 지급정지대상, 지급정지의 비율 등에 관한 대통령령의 규정이 마련되어야 비로소 확정할 수 있고 적용될 수 있는데, 그러한 내용을 규정한 대통령령이 아직 제정되지 아니하고 있으므로, 기본권침해에 대한 직접관련성 및 현재관련성이 없어 부적법하다.)

681) BVerfGE 30, 17; 32, 62; 40, 193 등

으려면 구체적인 집행행위를 기다리지 아니하고 그 법률 또는 법률조항에 의하여 직접, 현재, 자기의 기본권을 침해받아야 하는 바, 위에서 말하는 집행행위에는 입법행위도 포함되므로 법률 규정이 그 규정의 구체화를 위하여 하위규범의 시행을 예정하고 있는 경우에는 당해 법률 규정의 직접성은 부인된다.”<sup>682)</sup>라고 판시하였다. 여기서의 하위규범은 행정부의 시행령<sup>683)</sup> 시행규칙<sup>684)</sup> 등 이외에 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 조례, 고시<sup>685)</sup> 등도 포함될 것이다.

법령조항이 정한 기준을 강화 또는 완화하는 조례가 법령조항에 따라 제정되어 있는 경우에는 직접성이 있던 법령조항의 직접성이 부정된다.<sup>686)</sup>

682) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213, 판례집 8-1, 147, 154-155; 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 376.

683) 지역난방공사의 출자자가 될 수 있는 자를 대통령령에 위임한 집단에너지사업법 제32조 제2항은 국가·지방자치단체 및 대통령령이 정하는 자가 지역난방공사에 출자할 수 있도록 규정하여 지역난방공사의 출자자를 대통령령에서 정하도록 위임하고 있으므로 법률조항 자체로는 직접 청구인들의 기본권을 침해한다고 볼 수 없다.(헌재 2003. 5. 15. 2001헌바90, 판례집 15-1, 520, 527)

684) 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마111, 판례집 14-2, 872, 878; 헌재 2005. 12. 22. 2004헌마66, 공보 111호, 148 등.

685) 노동부장관의 산재보험 급여산정시 적용할 최고·최저보상기준금액 고시를 집행행위인 하위규범으로 보아 법률의 직접성을 부인한 것으로 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마231등, 판례집 16-2상, 586, 597·598.

686) 헌재 2001. 1. 18. 2000헌마66, 판례집 13-1, 151, 161.  
주차장법 시행령조항은 부설주차장의 설치기준을 구체적으로 정한 다음, 그 기준의 2분의 1의 범위 안에서 조례로 강화하거나 완화할 수 있도록 규정하여, 반드시 관련된 조례의 제정 시행을 예정하고 있지는 아니하나, 일정한 범위 안에서 조례가 설치기준을 달리 규정할 수 있도록 하고 있다.  
따라서 이 사건 시행령조항에 따른 조례의 제정이 없는 경우에는 이 사건 시행령조항(설치기준을 정한 부분)이 그대로 적용되므로 직접성이 인정된다고 할 것이다. 그러나 이 사건 시행령조항에 따라 서울특별시주차장설치및관리조례가 제정되어 있으므로, 청구인에게 부설주차장의 설치기준으로서 직접적으로 적용되는 것은 위 조례가 정한 설치기준이고, 위 조례가 설치기준을 어떻게 정하느냐에 따라 청구인이 건물을 근린생활시설에서 업무시설로 용도변경할 때 추가적인 주차장 설치가 필요한지 여부, 증설대수가 판가름나게 된다. 따라서 이 사건 시행령조항은 그 자체로 직접 청구인의 기본권을 침해하고 있지 않으므로 직접성의 요건이 흠결되어 부적법하다.



### 3. 재판 등 사법작용, 헌법재판소의 결정

가. 헌법재판소는 형사재판에서 법관의 양형 등을 형법 조항을 적용하는 집행행위로 예시했고,<sup>687)</sup> 형사소송법 제95조 제4호 중 “피고인이 도망할 염려가 있다고 믿을 만한 충분한 이유가 있는 때”를 필요적 보석의 예외사유로 규정하고 있는 부분은 보석 허가 여부의 결정이라는 법원의 재판을 매개로 하여 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치므로 직접성이 없다고 판시하였다.<sup>688)</sup>

또한 “재판장의 인지보정명령이 있음에도 이를 보정하지 아니한 경우 재판장의 명령으로 소장을 각하하도록 한 민사소송법 제231조 제1항·제2항은 그 자체로서 국민의 기본권에 직접 관련지어지는 범규범이 아니고, 구체적인 소송사건에서 법원에 의한 해석·적용이 되는 이른바 재판규범으로서 법원의 구체적인 집행행위의 매개를 거쳐 비로소 특정인의 기본권에 영향을 미치게 되는 범규범이므로, 법원에 의한 해석·적용을 기다리지 아니하고 바로 위 조항 자체로 인하여 청구인의 기본권이 직접 침해된 것이라고 볼 수 없다.”<sup>689)</sup>라고 설시하여, 재판이 집행행위의 한 유형임을 분명히 하고 있다.

헌법재판소 1991. 5. 13. 선고, 89헌마267(상고를 제한하는 소송촉진에 관한특례법 제24조에 대한 헌법소원사건, 판례집 3, 227, 232) 결정에서는, “특례법 제24조는 법원이 피고인의 상소를 기각하는 경우에 당연히 적용되는 규정도 아니고 ‘상당한 이유없는 상소’라고 특별히 인정되는 경우에 한하여 적용되므로, 법원은 위 법률조항의 적용여부에 대하여 재량판단의 여지가 있다. 따라서 특례법 제24조는 구체적인 집행행위 즉, 법원에 의한 해석 적용을 기다리지 아니하고 바로 위 규정만에 의하여 청구인의 기본권을

687) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504; 같은 취지 헌재 1997. 6. 26. 96헌마148, 판례집 9-1, 690, 697.

688) 헌재 2004. 4. 29. 2002헌마756, 판례집 16-1, 562, 567.

689) 헌재 1997. 9. 25. 96헌마41, 판례집 9-2, 389, 393.

침해하였다고 볼 수 없는 것이므로 직접성의 요건을 갖추지 못했다.”라고 판단하였다.<sup>690)</sup>

나. 위 가.항의 사례들은 법원의 소송절차와 관련된 것들인 반면에 현재 2006. 6. 29. 2005헌마165등(판례집 18-1하, 337, 378-379)의 경우에는 손해 배상소송에서 위법성조각사유, 청구권자, 청구권행사의 방법, 손해액 산정의 방법 등을 규정하고 있는 법률은 구체적인 소송에서 법관의 사실인정과 법률에 대한 해석·적용을 통하여 현실화되는 재판규범으로 법원의 재판이라는 구체적인 집행행위를 통하여 기본권에 영향을 미치게 되므로 직접성이 없다고 판시하여 한 걸음 더 나아갔다.

다만 이러한 논의를 확장하게 되면 재판규범이 되지 않을 법령이란 존재하기 어려운 것이기 때문에 행정청의 판단여지가 없는 규범 등에 대해서도 재판이라는 집행행위가 존재한다는 등의 이유로 사실상 보충성 요건으로 직접성 요건을 대체하자는 독일의 논의와 유사한 결론에 이를 수도 있다.

690) 그런데 현재 1997. 10. 30. 97헌바37, 95헌마142등 병합 사건(심리불속행제도를 규정한 상고심절차에관한특례법 제4조에 대한 헌법소원)에서는, 대법원이 상고이유가 위 법률조항에 규정된 일정한 사유를 포함하지 아니한다고 인정하여 상고를 기각하는 재판(재량행위인 집행행위)이 있을 때 청구인의 기본권이 침해된다고 볼 것이나, 특별히 ‘헌마’사건의 직접성요건 등에 대한 언급없이 본안판단을 하였다. 이 판결 이후의 현재 2002. 5. 30. 2001헌마781(판례집 14-1, 555); 현재 2002. 6. 27. 2002헌마18(공보 70호, 594)도 마찬가지다. 다만 이 두 사건의 연구보고서에 따르면 대법원의 재판이 일용 집행행위에 해당되지만, 그 집행행위에 대한 구체절차가 없거나 권리구제의 가능성이 없는 경우로 판단하고 있다. 이러한 예외적인 판단을 고려하여 현재 2004. 11. 25. 2003헌마439(판례집 16-2하, 425)에서도 상고이유서 미제출시 상고를 기각하도록 하고 있는 형사소송법 제380조에 대하여 본안판단에 나아간 것으로 보여진다.(항소이유서 미제출시 항소기각하도록 하고 있는 형사소송법 제361조의4 제1항에 대해서는 즉시항고를 할 수 있는 등 구체절차가 있는 점과 대비된다. 실제로 현재 2005. 3. 31. 2003헌바34, 판례집 17-1, 363 사건에서는 당사자가 대법원에 항소기각결정에대한재항고를 한 다음에 형사소송법 제361조의4 제1항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 한 다음 헌마사건으로 청구할 수 있었다.) 이에 대해서 위 사건의 소수의견에서는 집행행위인 법원의 재판(상고기각)을 통하여 기본권의 침해가 있으므로 직접성이 없으며, 예외적으로 직접성을 인정할 경우에도 해당하지 않는다고 실시하고 있다(판례집 16-2하, 433-434).

따라서 재판이 어느 범위까지 법령의 집행행위가 되는지에 대해서는 신중한 검토가 필요하며 구체적인 기준이 있어야 할 것이다. 당장 위 2005헌마165등 결정에서는 언론중재및피해구제등에관한법률 제14조 제2항, 제31조 제2문이 정하고 있는 정정보도청구의 요건에 대해서는 본안판단을 하고 있다. 이 규정들은 법문상 사실인정과 무관한 것으로 보이지만, 재판의 요건 사실이 되는 것에는 틀림이 없다. 따라서 재판에 적용되는 법률이라는 이 유설시만으로 직접성이 없다고 일반화하는 것에는 무리가 따른다. 이 부분에 관한 2005헌마165등 결정의 취지를 선례로 인용할 때에는 유의할 필요가 있다고 생각한다.

다. 과태료를 부과 징수하는 행정청의 집행행위 이외에도, 비송사건절차법 제247조 이하의 절차에 따른 법원의 결정<sup>691)</sup>에 의하여 과태료를 징하는 경우에도 법원의 결정이라는 재판이 집행행위의 한 유형이 될 것이다. 집행법원이 배당요구를 할 수 있는 중기를 구체적으로 정하는 결정도 집행행위의 한 유형이 된다.<sup>692)</sup>

라. 현재 2005. 12. 12. 2004헌마827 결정은(공보 제111호, 157) 헌법재판소의 결정을 조건부로 하여 법령이 기본권을 침해한다고 주장하는 경우라면 직접성이 없다고 판시하여, 헌법재판소의 결정도 집행행위의 한 유형임을 확인하고 있다.

---

691) 행정기관의 과태료부과처분에 대하여 그 상대방이 이의를 제기함으로써 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 하게 되는 경우, 법원은 당초 행정기관의 과태료 부과처분을 심판의 대상으로 하여 그 당부를 심사한 후 이의가 이유 있다고 인정하여 그 처분을 취소하거나 이유 없다는 이유로 이의를 기각하는 재판을 하는 것이 아니라, 직권으로 과태료부과요건이 있는지를 심사하여 그 요건이 있다고 인정하면 새로이 위반자에 대하여 과태료를 부과하는 것이므로(이의사실의 통지는 법원의 직권발동을 촉구함에 불과하므로), 행정기관의 과태료부과처분에 대하여 상대방이 이의를 하여 그 사실이 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 하여야 할 법원에 통지되면 당초의 행정기관의 부과처분은 그 효력을 상실한다. (헌재 1998. 9. 30. 98헌마18, 판례집 10-2, 567, 572)  
이 경우 행정기관의 과태료부과처분은 상대방의 이의제기를 해제조건으로 하는 행정처분이라 할 것이다.(박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 1996, 604면)

692) 현재 2005. 12. 12. 2004헌마142, 판례집 17-2, 767, 771.

#### 4. 법률의 경우

가. 현재 2006. 1. 26. 2003헌마53 결정(공보 제112호, 236)<sup>693</sup>은 다른 법률을 준용하고 있는 심판대상 법률<sup>694</sup>에 대하여, “이 사건 법률조항은 보호처분에 관하여 다른 법률을 준용하는 것에 관한 규정으로서 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 준용한다는 의미에 불과하다. 따라서 행형법의 구체적 개별적인 조항 또는 그 조항에 근거한 구체적 집행행위를 통하여 준용됨으로써 비로소 청구인의 기본권침해 여부가 문제될 수 있는 것이므로, 위 조항 자체에 의하여 청구인의 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈이 생겼다고는 볼 수 없다. 그렇다면 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 직접성 요건을 결여하여 부적법하다.”라고 판시하고 각하하였다.

나. 그러나 위 결정례는 다른 법률을 준용하는 법률의 집행행위가 무엇인지에 대하여 엄밀한 논증을 하지 않고 선불리 일반론으로 직접성을 부정하고 있지 않은가 여겨진다.

위 2003헌마53 결정이 마치 “다른 법률 B를 준용한다.”라는 문구가 있는 모든 법률 A조항은, 준용되는 B법률이 집행행위가 되므로 직접성이 인정되지 않는다는 일반론으로 확대해석되어서는 안 될 것이다.

어디까지나 청구인과 관련하여 “적용”되고 문제되는 법률은 “다른 법률을 준용하고 있는 A 법률”이며, B 법률은 말 그대로 ‘준용’되는 것일 뿐 청구인에게 직접 적용된 바가 없다. 따라서 청구인에게 적용되고 있으며 심판대상이 되고 있는 법령은 곧 A 법률일 뿐이다.

B 법률을 직접 적용하지 않고 준용하는 이유 자체가 서로 다른 법률질서와 사실관계를 규율하기 때문이다. 따라서 준용하고 있는 A 법률과 관련된 헌법재판 사안에서는 A 법률과 관련된 사실관계와 법률관계의 특성에 따라

693) 동지 현재 2002. 9. 19. 2001헌마706등.

694) 구 사회보호법 제42조(다른 법률의 준용) 보호처분에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위안에서 형사소송법과 행형법 및 보호관찰등에관한법률의 규정을 준용한다.

서 판단하여야 하며, 선불리 전혀 다른 권리관계를 규율하고 있는 B 법률의 위헌여부를 심사하여서는 안 될 것이다. 관계된 범영역에서 합헌적인 B 법률이, 이를 다른 범영역에서 영똥하게 준용하고 있는 A 법률과 관계된 헌법재판에서 위헌으로 선언되어서는 안 될 것이며, 이는 그야말로 추상적인 규범통제가 될 것이다.(헌재 2003. 8. 21. 2000헌가11등, 판례집 15-2상, 186, 193; 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마349, 판례집 18-1상, 427, 429 참조)

따라서 다른 법률을 준용하는 A 법률의 집행행위로 준용되는 B 법률을 드는 위 2003헌마53 결정에 반대한다. 직접성이 없다는 위 결정의 결론을 도출하기 위해서는 문제된 사실관계에서 보호감호소장의 구체적인 처분을 적시하여 집행행위임을 보였어야 한다고 생각한다. 경우에 따라서는 “법률 B, B’, B’’ …Bn ”중에서 특정한 법률체계 B를 준용하는 자체가 청구인의 권리의무에 직접 영향을 끼쳐서 법적지위에 관련되는 경우도 있을 수 있을 것이다.

헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675등(판례집 18-1상, 269) 결정과 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마44(판례집 18-1하, 319) 결정은 독립유공자예우에관한법률 제16조 제3항 중 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항, 제2항, 제3항 준용부분에 대하여 본안판단을 하고 있다.

다. 물론 어떤 법률관계에 대하여 여러 법률이 계층적 또는 순차적으로 적용되는 경우를 상정할 수 있으며, 그에 따라 청구인에게 (준용이 아니라) 적용되는 다른 법률을 특정한 법률의 집행행위로 인정할 경우도 상정할 수 있을 것이다(헌재 2001. 12. 20. 2001헌마339, 판례집 13-2, 920, 926 참조).<sup>695)</sup>

---

695) 기본권침해의 현재성이 없다는 판단과 중첩되지만, 이러한 판단이라고 볼 여지가 있는 결정으로 헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268, 판례집 18-1상, 298, 304. 참조.

사안은 주한미군 기지이전 조약을 심판대상으로 하여 기지가 이전될 곳의 주민이 제기한 권리침해 우려에 대하여 이는 장래 다른 법률에 의하여 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하여 기본권침해의 직접성, 현재성을 인정할 수 없다고 하고 있다.

## VIII. 구체적 검토

### 1. 집행행위가 재량행위인 경우

#### 가. 일반적인 직접성의 부정

헌법재판소는 “법령에 근거한 구체적인 집행행위가 재량행위인 경우에는 법령은 집행관청에게 기본권침해의 가능성만을 부여할 뿐, 법령 스스로가 기본권의 침해행위를 규정하고 행정청이 이에 따르도록 구속하는 것이 아니고, 이 때의 기본권의 침해는 집행기관의 의사에 따른 집행행위, 즉 재량권의 행사에 의하여 비로소 이루어지고 현실화되므로 이러한 경우에는 법령에 의한 기본권침해의 직접성이 인정될 여지가 없다.”<sup>696)</sup>라고 판시하였다. 또한 “법률에 근거한 별도의 구체적인 집행행위가 매개되고, 그것이 재량행위인 경우에는 법률은 집행기관에게 기본권침해의 가능성만을 부여할 뿐 법률 스스로가 기본권을 직접 침해하는 것은 아니며, 따라서 국민은 우선 그 집행행위를 기다렸다가 이를 대상으로 한 소송을 제기하여 구제 절차를 밟아야 한다.”라고 판시하였다.<sup>697)</sup> 이와 같은 태도는 원칙적으로 집행행위가 재량행위인 경우에는 법률의 직접관련성을 부정하는 것으로 해석된다.

집행행위의 기준으로 가치관련적인 불확정개념들이 사용된 경우에는 행정기관의 재량이 개입될 여지가 있다고 보고 있다.<sup>698)</sup>

---

696) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504; 헌재 2003. 7. 24. 2003헌마3, 공보 83호, 726, 729

697) 헌재 1998. 9. 30. 96헌마297, 공보 제30호, 784; 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마356등, 공보 105호, 700; 헌재 2005. 10. 27. 2004헌마732, 공보 109호, 1151.

698) 헌재 2005. 5. 26. 2002헌마356등, 공보 105호, 700.

### 나. 직접성의 인정가능성

(1) 헌법재판소는 “법령의 집행행위를 기다렸다가 그 집행행위에 대한 권리구제절차를 밟을 것을 국민에게 요구할 수 없는 경우에는 예외적으로 기본권침해의 직접성이 인정될 수 있다. 예컨대, 형법상의 법률조항은 엄밀한 의미에서 법률 그 자체에 의하여 국민의 신체의 자유를 제한하는 것이 아니라 넓은 의미의 재량행위(법관의 양형)의 하나인 형법조항의 적용 행위라는 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 국민의 기본권이 제한되는 것이지만, 국민에게 그 합헌성이 의심되는 형법조항에 대하여 위반행위를 우선 범하고 그 적용·집행행위인 법원의 판결을 기다려 헌법소원심판을 청구할 것을 요구할 수는 없다. 따라서 이러한 경우에는 예외적으로 집행행위가 재량행위임에도 불구하고 법령에 의한 기본권침해의 직접성을 인정할 수 있다.”<sup>699)</sup>라고 부가적으로 실시하여, 사안에 따라서는 집행행위가 재량행위인 경우에도 일정한 경우에는 직접성이 인정될 수 있는 여지를 남기고 있다.

(2) 헌법재판의 실무에서는 집행행위가 재량행위인 경우에 법령의 직접성을 정면으로 인정하는 논증을 하는 대신, 법령의 문언이 재량행위인 집행행위를 예정하고 있는 것처럼 보이는 경우에도 그 실상을 파악하여 사실상 재량행위가 아닌 것으로 해석한 다음 직접성을 인정하는 방안을 찾을 수도 있다.<sup>700)</sup>

(3) 그런데 헌재 2006. 3. 30. 2005헌마598(판례집 18-1상, 439) 결정의 심판대상 중 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법 제6조 부분은 명백히 교육인적자원부장관의 부전공과정 개설이라는 집행행위가 예정되어 있고 그것도 범문상 재량행위로 규정되어 있음에도 불구하고 직접성을 인정하고 본안판단을 하였다. 집행행위가 있음에도 불구하고 권리구제가능성이 없다는 등의 직접성을 긍정할 수 있는 예외를 인정하거나 사

699) 헌재 1998. 4. 30. 97헌마141, 판례집 10-1, 496, 504

700) 헌재 2005. 11. 24. 2005헌마112, 공보 제110호, 1246 참조.

실상 그 시행이 확정적이라는 등의 아무런 논거도 제시하지 않고 있다. 이 부분 판단은 명백히 직접성에 관하여 축적되어 온 결정례의 체계와 잘 맞지 않는다. 재량행위가 집행행위로 규정되어 있음에도 불구하고 직접성을 긍정적인 선례로 인용할 결정이 아니라고 여겨진다.

## 2. 집행행위에 있어서 행정청의 판단여지가 없는 경우

### 가. 집행행위가 행정청의 판단여지가 없는 기속행위인 경우

집행행위가 있다고 하더라도, 법령의 기본권침해의 직접성이 긍정되는 경우가 있을 것이다. 헌법재판소는 “법규범이 집행행위를 예정하고 있더라도 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 상태라면 그 법규범의 권리침해의 직접성이 인정된다.”라고 판시한 바 있다.<sup>701)</sup>

법원의 재판을 국가인권위원회의 진정대상에서 제외하고 있는 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호에 대한 헌법소원에서도, 일응 국가인권위원회의 각하의결은 위 법률조항의 집행행위라고 보여지나, 직접성을 인정하여 본안판단을 하였다<sup>702)</sup>.

701) 헌재 1997. 7. 16 97헌마38, 판례집 9-2, 94, 104; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337, 판례집 16-2상, 334, 343-344; 헌재 2005. 12. 12. 2004헌마142, 판례집 17-2, 767, 771

702) 헌재 2004. 8. 26. 2002헌마302, 공보 96호, 887.

위 사건의 연구보고서에 나타난 직접성 인정의 논거는 다음과 같다.

『위 법률조항은 국가인권위원회의 각하의결 이전에 이미 법원의 재판에 대한 진정은 각하하도록 규정하고 있어서, 법규범의 내용이 집행행위 이전에 이미 국민의 권리관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리관계가 집행행위의 유무나 내용에 의하여 좌우될 수 없을 정도로 확정된 경우로 기본권침해의 직접성이 인정되는 경우이며, 국가인권위원회의 진정각하의결을 받은 진정인이 행정소송절차에서 위헌법률심판제청신청을 하거나



헌법재판소의 판례의 주된 경향은 집행행위가 기속행위인 경우에는 법률의 직접관련성이 인정된다는 입장에 있는 듯하다. 공탁금의이자에관한규칙에 대한 헌법소원에서 “공탁공무원의 회수인가처분이 개재되어 있다고 하더라도 대법원규칙이 공탁공무원에게 심사와 재량의 여지를 주지 않은 채 공탁금에 대하여 연 1%의 이자를 붙이게 하고 1만원 미만의 단수에 대하여는 이자를 붙이지 않도록 일의적이고 명백하게 규정하고 있는 이상 직접성이 있다.”<sup>703)</sup>라고 판시하였다. 또 도시계획법 시행령에 대한 법령소원사건에서 “청구인들이 단란주점 건축허가를 신청하였다고 하더라도 관할행정청은 영 제51조 제1항 제3호 내지 제6호 및 제13호에 따라 재량의 여지없이 당연히 그 건축허가를 불허하게 될 것이고, 위 영 조항 자체에 대하여는 위헌여부심판제청신청도 인정되지 아니하므로, 위 영 조항을 직접 헌법소원심판의 대상으로 삼을 수 있다.”<sup>704)</sup>라고 하여,<sup>705)</sup> 집행행위가 기속행위이면 법령의 직접성이 인정되는 것으로 판시하였다.<sup>706)</sup>

또한 집행행위가 예정되어 있더라도 법률조항들이 청구인의 법적지위를 확정적으로 변경하고 있는 경우에는 기본권침해의 직접관련성을 긍정하고 있다.<sup>707)</sup> 헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700·2003헌바11(판례집 15-2하, 137)

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판청구를 할 수 있는지 여부가 불확실하다.』

703) 헌재 1995. 2. 23. 90헌마214 판례집 7-1, 245, 254-255.

704) 헌재 2002. 8. 29. 2000헌마556, 판례집 14-2, 185, 195.

705) 유사한 사안에서 본안판단에 나아간 것으로 대덕연구단지관리법시행령 제8조 제1항 제5호 [별표5] 제1의 파 위헌확인 결정이 있다(헌재 2004. 7. 15. 2001헌마646, 판례집 16-2상, 119).

706) 다만 이 결정에서 시행령에 대한 위헌심판제청신청이 인정되지 않는다는 논거는, 시행령에 대해서 법원이 행정소송과정에서 위헌여부를 판단하는 절차가 있다는 점을 간과한 것이 아닌가 의심스럽다.  
또한 청구인들 주장의 기본권침해는 이 사건 시행령 조항 자체로 직접 이루어지는 것이 아니라, 건설교통부장관이나 시·도지사가 하는 청구인들이 임차한 건물 이 소재한 지역에 대한 일반주거지역, 준주거지역, 준공업지역의 지정행위와 청구인들이 신청할 특정 건축허가신청에 대한 불허처분이라는 2가지의 구체적인 집행행위를 통하여 비로소 생기게 되는 것이므로, 이 사건 시행령 조항은 기본권침해의 직접성이 없다는 반론을 상정해 볼 수 있다.

707) 헌재 2003. 10. 30. 2001헌마700·2003헌바11, 판례집 15-2하, 137, 148-149

의 경우, 병합되어 있는 사건이 법률의 집행행위인 행정청의 약국개설등록 취소처분의 취소를 구하는 소송을 통하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원인 경우라는 점에서 집행행위가 존재함에도 직접성을 인정하고 있음을 명백히 알 수 있다.<sup>708)</sup>

나. 독일연방헌법재판소는 과거에는 집행행위에 행정청의 결정의 여지가 있는가 여부를 판단기준의 하나로 삼고 있으나 최근의 판례에서는 판단기준으로 삼고 있지 않다고 한다.<sup>709)</sup> 행정청에게 결정의 여지가 없는 경우에도 독일연방헌법재판소법 제90조 제2항 제1문이 요구하고 있는 사전의 소송절차의 완료요건에 따라서 법규범의 직접적인 법률효과가 부인된다는 것이다. 그러한 경우에도 보충성 원칙에 따라서 먼저 관할권이 있는 일반 법원이 문제의 규율이 시민의 권리를 어느 정도 제약하고 그 규율이 헌법에 합치하는지 여부에 대한 해명을 하도록 할 것을 요구한다는 것이다.

다. 이러한 독일헌재의 입장에 찬성하면서, 다만 집행행위의 재량성 여부가 직접성 판단에 영향을 미칠 수 없다는 명제는 법규범이 국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 경우에 한정하여 적용되어야 하며, 내용이 수익적인 경우에는 법규범의 내용이 청구인에게 이미 결정적인 법적 지위를 부여하고 있으므로 재량성 여부가 직접성 판단에 중요한 기준으로 작용

---

시장이 약사법 제69조 제1항 제2호에 의거하여 청구인의 약국개설등록을 취소하는 처분을 약 1년 후에 내리기 전에, 청구인의 약국은 동법 제16조 제5항 제3호, 부칙 제2조 제1항에 의거하여 법 시행 후 1년 뒤에는 폐쇄되도록 이미 예정되어 있다고 할 것이다. 그렇다면 법 제69조 제1항 제2호에 의한 약국개설등록 취소처분이라는 구체적인 집행행위가 예정되어 있다고 하더라도, 이러한 집행행위를 거치지 않고서도, 법 제16조 제5항 제3호 및 법 부칙 제2조 제1항의 규정내용이 이미 청구인의 법적 지위를 확정적으로 변경하고 있으므로, 위 법률조항들이 청구인의 기본권을 직접 침해하는 효과를 발생시킨다고 볼 수 있어, 기본권침해의 직접성이 있다.

708) 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바49·2005헌마287, 판례집 17-1, 870도 같다.

709) BVerfGE 72, 39, 44; BVerfGE 74, 69, 75 (독일연방헌법재판소-지위 절차 재판, Klaus Schlaich, 정태호 역, 헌법재판소, 1999., 161면 및 Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3판, 1991. 180면. §12 Rn.36에서 재인용)

하여야 한다고 설명하는 견해도 있다.<sup>710)</sup>

수익적인 급부의 제공거절이 사회복지국가에서는 권리를 제한하는 내용이 될 수 있다는 점, 수익적인 법규라고 하더라도 그것이 과거의 내용에 비하여 수익을 축소하는 것이라면 수혜자의 범위는 동일하면서도 침익적인 것이 된다는 점 등을 고려하면, 어떤 법률이 수익적인지 침익적인지를 미리 나누어서 판단하기는 어렵다고 생각된다.

헌법재판소는 수혜적 법률의 수혜 대상을 법에서 제외하는 경우 기본권 침해의 직접성이 인정된다고 판시한 바 있다.<sup>711)</sup>

라. 집행행위가 기속행위라는 이유만으로 그 근거법령이 항상 직접성이 인정된다는 일반적인 결론을 내릴 수는 없을 것이다. 집행행위가 필요하다면 재량행위나 기속행위나에 관계없이 집행행위에 대한 법적 구제수단이 인정되므로, 직접성이 부정되는 경우를 상정할 수 있을 것이다.<sup>712)713)</sup>

실제로 헌법재판소는 산재보험 보호급여지급처분의 기준이 되는 평균임금 산정에서 최고·최저보상기준금액을 정하고 있는 노동부장관의 고시의 내용은 최고보상기준금액에 관하여 일의적이고 명백한 것으로 집행기관의 심사와 재량의 여지가 없는 것이라고 판시한 다음, 최고보상금액은 보험급여 액수 산정을 위한 다양한 기준 중 하나의 산정요소에 불과하고, 산재보험의 보험급여지급결정에 대하여 심사청구와 행정소송 등의 구제수단이 마

710) 황도수, 법규범의 직접성에 관한 시론, 407~408면, 420면.

711) 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890, 896-897

712) BVerfGE 7, 197; 14, 25 (헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구, 헌법재판연구 제4권, 302면.에서 재인용)

713) 헌재 1993. 12. 23. 89헌마189의 소수의견.(판례집 5-2, 622, 650)

법률소원에서 직접성 요건의 구비 여부를 판단하는 경우에, 그 법률에 대한 집행행위의 필요성 여부만을 고려하면 되는 것이지, 그 집행행위의 재량성 여부까지 고려할 필요는 없는 것이다. 요컨대 심판의 대상인 법률 또는 법률조항이 구체적 집행행위에 의하지 아니하고, 그 자체만으로 헌법상 보장된 청구인의 기본권을 침해하는 경우에는 직접성이 인정되지만, 집행행위가 있어야만 비로소 기본권침해의 결과를 가져오는 경우에는, 그 집행행위가 기속적인 것이든, 재량적인 것이든 묻지 아니하고, 적어도 직접성 요건은 충족되지 아니하는 것으로 해석함이 마땅하다.

런되어 있으므로 구체적인 집행행위인 보험급여지급처분에 대한 쟁송으로 구체절차를 밟는 것이 요청된다고 하여, 기본권침해의 직접성요건이 결여되어 부적법하다고 판시하였다(헌재 2004. 9. 23. 2003헌마231등, 판례집 16-2상, 586, 599).<sup>714)</sup>

조세법에서 세율을 규정하고 있는 조항에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원이 제기될 경우를 가정해 보자. 그 경우에도 집행행위를 하는 과세관청은 세율을 정한 법률을 일의적이고 명백하게 재량의 여지없이 적용하게 되지만, 최종적인 과세금액은 세율 이외에 다양한 요소를 통하여 결정되고 구체적인 집행행위인 과세처분이 존재한다. 이러한 점을 감안하여 본다면 2003헌마231등 결정의 취지에 찬동할 수 있다.

다. 다만 보충성 요건은 해당 법령 자체에 대한 권리구제수단의 충족여부를 살피는 것으로 그 성격이 다르다 할 것으로, 집행행위에 대한 권리구제절차의 존재 가능성에 대한 판단이 직접성 요건의 충족 여부의 판단을 대체하는 것이 되어서는 안 될 것이다.

특히 법률이 아니라 명령 규칙 또는 행정청의 고시 등 하위법규가 청구인의 기본권을 직접 침해한다는 이유로 제기된 헌법소원이 문제된다. 고시 등이 일정한 기준을 확정하고 있고 그 기준을 적용하여 판단의 여지없이 이루어지는 행정행위가 있을 때, 위와 같은 독일연방헌법재판소의 견해 및 위 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마231등 결정의 취지를 확대하면, 청구인은 행

714) 이 결정은 청구인이 실제로 다투고자 하는 제도인 평균임금 최고보상기준금액제도는 법률에 규정되어 있는데, 그러한 법률과 시행령에 대한 청구가 직접성이 없음을 이유로 각하되게 되므로, 만약에 이 사건 고시에 대한 직접성을 인정하여 본안판단을 한다면, 구체적인 제도 자체에 대한 본안판단은 이루어지지 아니하고 구체적인 기준금액이 많은지 여부에 대해서만 판단하게 되므로 고시의 직접성을 인정할 실익이 크지 않다는 점, 청구인이 다투고자 하는 평균임금 최고보상기준금액제도를 규정하고 있는 산업재해보상보험법 제38조 제6항에 대한 헌법소원이 다른 청구인에 의하여 행정소송을 거쳐서 헌바사건으로 청구되어 있었던 점(헌재 2004. 11. 25. 2002헌바52, 판례집 16-2하, 297, 합헌) 등도 감안한 것으로 보여진다. 다만 앞에서(VI. 2. 다.)에서 살핀 바와 같이 심판대상이 된 조항과 내적 연관을 지녔다고 보아 상위법률에 대하여도 직접성을 인정하여 본안판단을 한 사례를 함께 고려하여야 할 것이다.

정행위가 존재하므로 그에 대한 행정소송 등의 권리구제절차를 거칠 수 있으므로, 고시 등의 기본권침해의 직접관련성이 부인되는 결과를 가져온다. 이 경우 당사자는 고시 등이 법률이 아니므로 위헌법률심판제청신청도 할 수 없으며, 재판에 대한 헌법소원도 인정되지 아니하므로 현재의 헌법재판제도 아래에서는 헌법재판소의 판단을 받지 못하게 되며, 따라서 위 독일 연방헌법재판소의 판례는 우리 법제에서도 수용할 것인지 신중하게 검토하여야 할 것이다. 집행행위에 대한 다른 권리구제절차가 있는지 여부에 대한 요건은 직접성의 요건과는 별개로 검토해야 할 것으로 여겨진다.<sup>715)</sup>

위 헌재 2004. 9. 23. 2003헌마231등 결정 이후 한 달 뒤에 선고된 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328(판례집 16-2하, 195, 202-203) 결정에서는 2002년도 국민기초생활보장최저생계비를 정하고 있는 보건복지부 고시 제 2001-63호의 내용이 일의적이고 명백하여 국민기초생활보장법상 관할행정청의 수급자선정결정이 이루어지면 최저생계비에 따라 기계적으로 계산하는 과정을 거쳐 산정된 생계급여가 수급자에게 지급되는 기계적 내지 단순한 사실적 집행행위를 거칠 뿐이므로, 생계급여 수급자인 청구인들에 대하여 그 자체에 의하여 직접적인 효력을 갖는다고 판시하고 본안판단을 하고 있다.

바. 물론 헌법재판소가 직접성 요건에 대한 탄력적인 해석을 통하여, 규범통제를 할 만한 사건인지 여부에 대하여 어느 정도 재량을 가질 수는 있을 것이다. 그러나 사안을 검토한 결과 집행과정에 재량의 여지가 전혀 존재하지 않음이 법문상 명백한 경우에까지 집행행위를 다투게 하고 위헌법률심판제청신청을 하여 ‘헌가’나 ‘헌마’로 헌법재판소에 접수되었을 때에 비로소 규범통제권을 발동한다면, 그것은 국민으로 하여금 불필요한 우회절

---

715) 이 논의는 명령 규칙 등에 대한 위헌심사를 법원과 헌법재판소 중 어느 기관이 할 것인가의 논의와는 별개의 문제이다. 행정소송법의 개정이나 대법원의 판례변경을 통하여 명령 규칙 등에 대하여 법원이 행정소송의 대상으로 삼는다고 하더라도, 법원이 명령 규칙 고시 등을 소송물로 삼을 것인지 그것의 집행행위를 소송물로 삼을 것인지에 대하여 직접성의 문제는 여전히 남는다.

차를 밟도록 요구하는 것이어서 국민의 권리구제의 확대라는 측면에서 반드시 타당하다고 보기 어렵다.

현재 2006. 4. 27. 2004헌마562(판례집 18-1상, 574, 579-581) 결정은, 국회의원총선거에 참여하여 의석을 얻지 못하고 유효투표총수의 100분의 2 이상을 득표하지 못한 때에 정당의 등록을 취소하도록 한 구 정당법 제38조 제1항 제3호(2000. 2. 16. 법률 제6269호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되기 전의 것)와 위 규정에 의하여 등록취소된 정당의 명칭과 같은 명칭은 등록취소된 날부터 최초로 실시하는 국회의원 임기만료에 의한 국회의원선거일까지 정당의 명칭으로 사용할 수 없도록 한 구 정당법 제43조 제4항(2002. 3. 7. 법률 제6661호로 개정되고, 2005. 8. 4. 법률 제7683호로 개정되기 전의 것)이 정당설립의 자유 등 기본권 침해에 대하여 직접성이 있는지 여부에 대하여,

“등록취소규정에 의하여 곧바로 정당이 소멸하여 청구인 주장의 기본권이 침해되는 것이 아니라 위 규정의 등록취소사유에 해당되는지 여부에 대한 중앙선거관리위원회의 심사 및 등록취소라는 집행행위에 의하여 비로소 정당이 소멸하게 되며, 중앙선거관리위원회의 정당에 대한 등록취소처분이 행정소송의 대상이 된 명백하고 그 절차에서 위 규정에 의한 등록취소사유(예컨대 소정의 득표율에 미달되었는지 여부)에 대한 사실관계 확정과 더불어 얼마든지 위 규정에 대한 위헌 여부의 제청을 구할 수 있고, 그러한 절차경유가 곤란하거나 부당하다고 볼 사정 또는 그러한 절차의 경유가 실효성이 없다고 볼 사정은 찾아보기 어렵고, 명칭사용금지규정 자체에 의하여 바로 정당명칭을 사용하지 못하게 되는 것이 아니라 중앙선거관리위원회의 등록취소규정에 의한 정당등록취소라는 집행행위가 있을 때 비로소 그 금지효과가 발생하므로, 위 규정들은 기본권 침해의 직접성이 없다.”라고 실시하고 각하하였다.

그러나 “위 법률조항들 자체에 의하여 청구인이 대표로 있던 정당의 등록이 취소되어 그 정당을 존속시킬 수 없다는 불리한 법적 지위가 확정되었고, 법률의 내용은 재량의 여지없이 일의적인 내용으로 규정되어 있어

중앙선거관리위원장의 등록취소의 공고는 확정된 법률효과를 기계적으로 집행하는 것에 불과하여 그 공고행위의 여부에 따라 청구인의 법적 지위가 바뀌어질 가능성이 전혀 없다. 등록취소된 정당이 행정소송을 제기하는 것이 가능하다 하더라도 그 소송에서는 투표결과에 대한 단순한 산술적 기계적 검토 이외에는 등록취소규정의 위헌 여부가 쟁점이 될 수밖에 없어 결국 등록취소규정의 위헌 여부에 관한 판단을 우회하는 절차에 불과하게 된다. 그렇다면 이 사건 등록취소규정은 집행행위의 유무에 관계없이 국민의 기본권 관계를 확정적으로 정하고 있어 직접성이 인정되고, 행정소송이 가능하다고 보아 그 절차의 경유를 요구하는 것은 우회적인 경로를 강요하는 것 밖에 되지 않는다 할 것이다.(판례집 18-1상, 581-582)”라는 반대의견의 판단이 국민에게 기본권 보장수단을 제공한다는 헌법소원의 이념에 부합하는 타당한 견해라고 생각된다.

## IX. 다른 유형의 공권력의 행사 또는 불행사와 직접성

### 1. 입법부작위 등 공권력의 불행사

입법부작위로 국민의 권리가 침해되고 있는 경우에는 따로 집행행위가 필요하지 않다. 따라서 입법부작위에 대해서 입법을 청구할 수 있는 자는 언제나 직접관련성을 가진다.<sup>716)</sup> 공권력의 불행사에 대한 헌법소원에서는 직접성 여부를 특별히 판단할 필요성이 없다.<sup>717)</sup>

### 2. 행정행위 등

가. 행정처분 등의 집행행위는 다른 집행행위를 요하지 않고 바로 국민

716) BVerfGE 1, 103f; 8, 188; 56, 70f. (헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구-헌법재판연구 제4권, 303면에서 재인용)

717) 황도수, 법규범의 직접성에 관한 시론, 426면.

의 권리의무에 변동을 가져오는 것이 일반적이므로 직접성 요건이 특별히 문제되지는 않을 것이다. 또한 현재의 헌법소송법제 아래서는 헌법소원심판청구의 다른 적법요건(보충성 등)에 의하여 실제로는 별다른 의미가 없을 것으로 보인다.

다만 행정소송의 대상이 되는지가 불확실한 행정작용에 대해서는 보충성 원칙의 예외에 따라서 헌법소원의 대상이 되면서, 동시에 국민의 권리의무에 변동을 가져오는 이러한 행정작용이 여러 단계에 걸쳐서 이루어지는 경우에 직접성 요건이 문제될 수 있다.

현재 2006. 1. 26. 2005헌마98 결정(판례집 18-1상, 25, 33-34)은 안양교육청 교육장의 중학교 배정계획이 아니라 후속조치인 중학교 배정처분에 의하여 기본권 침해가 발생하므로, 중학교 배정계획만으로는 기본권 제한이 현실화되지 않아 기본권 침해의 직접성이 없다고 판시하였다.

나. 한편 대통령의 특별사면에 관한 헌법소원에서, “일반국민의 지위에서 사실상의 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수는 있으나 대통령의 청구외인들에 대한 특별사면으로 인하여 청구인들 자신의 법적 이익 또는 권리를 직접적으로 침해당한 피해자라고는 볼 수 없으므로, 이 사건 청구는 자기관련성, 직접성이 결여되어 부적법하다.”<sup>718)</sup>라고 판시한 바 있다.

### 3. 권력적 사실행위

헌법재판소는 국제그룹 해체사건에서 ‘해체의 기본방침을 정하고, 인수업체를 선정하고, 거래은행에 자금관리를 지시하고, 보도자료를 만들어 거래은행의 이름으로 해체를 발표한 일련의 공권력의 행사’에 관하여 판단하면서,

“이 사건 공권력의 행사과정에서 청구인 개인을 직접 상대방으로 하여 대인적으로 행사한 바는 없으나 주거래은행을 부실기업정리에 관한 정책결정에서 소외시킨 채 청구인의 개인주식 등 재산권과 기업경영권을 직접 대

718) 현재 1998. 9. 30. 97헌마404, 판례집 10-2, 563, 565



상으로 하여 대물적으로 행사하였고, 특히 청구인의 기업활동의 자유 침해의 결정적 요인은 공권력이 그 임면에 절대적 영향력을 가지는 제일은행장으로 하여금 공권력 자신이 작성한 보도자료에 의하여 전면해체의 대언론 발표를 하게 한 데서 비롯되었다고 할 것인바, 이러한 사실관계에서는 피청구인의 공권력의 행사 자체에 의하여 청구인의 기본권이 직접 침해당한 경우라고 볼 것.<sup>719)</sup>이라고 하여 직접관련성 요건을 검토한 예가 있다.

헌재 2006. 6. 29. 2004헌마826(공보 117호, 938, 941)에서도 정밀신체검사행위에 대한 헌법소원에서 직접성을 언급하며 법적관련성을 판단하고 있다.

#### 4. 재판과 행정계획에 관한 독일 판례

독일 연방헌법재판소는 직접성 요건의 심사를 법원판결에 대한 헌법소원에도 적용하고 있다고 한다. 동 재판소는 원자력발전소가 가동되어야 청구인의 생명과 건강에 대한 위험을 가져오지만, 원자력법상의 건축허가의 즉시 집행력을 인정한 최종심 법원의 항고사건 결정이 청구인의 기본법 제2조 제2항의 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 기본권과 직접 현재 관련된다고 판시하였다.<sup>720)</sup> 건축허가는 원자력발전소의 가동에 따른 위험을 고려하여야 하기 때문이다. 이 판례는 법원의 재판에 대한 헌법소원에서 직접성요건을 심사하였는데, 실질적으로는 법률효과 발생을 위하여 여러 행위-일반적 행위, 개별행위-가 필요할 때 일반적 행위의 직접성을 검토한 것으로 보인다.

독일 연방헌법재판소는 지방도로 건축계획이 지방도 예정지 부근의 토지소유자의 장차 발생할 도로의 소음공해를 막으려는 권리와 직접 관련됨을 긍정하였다.<sup>721)</sup>

719) 헌재 1993. 7. 29. 89헌마31 판례집 5-2, 87, 106.

720) BVerfGE 53, 30(48); Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3판, 1991. 181~182면.(§12 Rn. 37)

## X. 직접성 흠결의 효과

### 1. 청구의 부적법 각하

직접성은 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원이 적법하기 위한 소송 요건이므로 흠결된 경우에는 심판청구가 부적법해져 각하된다. 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 따라서 사전심사절차에서 지정재판부에서 각하할 수 있으며, 이해관계기관이 직접성 흠결을 주장했는지 여부와 관계없이 헌법재판소가 직권으로 판단한다.

### 2. 직접성이 흠결된 법률에 대한 사법심사

가. 법률에 대한 헌법소원이 직접성 흠결로 부적법 각하되었다는 것은 해당 법률의 실제적 합헌성을 의미하지는 않는다.

직접성 요건의 결여로 각하된 법률에 따른 구체적인 집행행위를 다투는 재판절차에서 당사자는 위헌법률심판제청신청을 하고,<sup>722)</sup> 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원을 제기할 수 있다.<sup>723)</sup> 또한 구체적인 집행행

721) BVerfGE 79, 174(187-189) (Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3판, 182면. §12 Rn.38에서 재인용.)

722) 학교용지확보등에관한특례법 제2조 제2호 등에 대한 헌법소원에서 현재 2004. 4. 29. 2003헌마555등 사건에서는 직접성이 없음을 이유로 각하하였으나, 현재 2005. 3. 31. 2003헌가20 사건에서는 위헌결정을 하였다. (판례집 17-1, 294)

723) 개발제한구역의 지정에 관한 구 도시계획법 제21조에 대하여 현재 1991. 6. 3. 89헌마46, (판례집 3, 263, 266) 및 현재 1991. 7. 22. 89헌마174(판례집 3, 484, 487-488) 결정은 “도시계획법 제21조의 규정내용으로 볼 때 건설부장관의 개발제한구역의 지정·고시라는 별도의 구체적인 집행행위에 의하여 비로소 재산권침해여부의 문제가 발생할 수 있는 것이지 위 법률조항 자체에 의하여 직접 기본권이 침해된 것으로는 볼 수 없다.”라고 각하하였으나, 이후 현재 1998. 12. 24. 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합)사건에서 본안판단에 나아가 헌법불합치 결정을 내린바 있다.(판례집 10-2, 927~977) 다만 이 사건에서 89헌마214에 대해서 직접성 요건을 검토하지 않은 것은 문제가 있다고 보인다.  
택지소유상한에관한법률 제2조 제1호 나목 등 위헌소원사건에서, 현재법 제68조

위 자체에 대한 헌법소원이 인용되는 경우 헌법재판소법 제75조 제5항에 따라서 부수적으로 위헌여부를 판단받게 된다. 이러한 의미에서 직접성 심사는 법규범에 대한 헌법적 판단을 잠시 미루는 효과가 있다.<sup>724)</sup>

이러한 직접성 흠결의 효과를 소송법적 측면에서 보충성 요건과 관련하여 설명하기도 하며, 사실상 헌법소송절차에서 보충성 요건과 유사한 기능을 하고 있기도 하다. 그러나 단순히 이에 그치는 것이 아니고 기본권 침해의 관련성의 측면에서는, 직접성 요건은 현재성과 자기관련성 요건과 함께 법령에 대한 헌법소원절차가 추상적 규범통제 또는 민중소송의 형태로 되는 것을 방지하는 의미를 가지고 있다.<sup>725)</sup>

나. 헌법재판소에서 집행행위가 존재하므로 직접성이 없다고 법률에 대한 헌법소원이 부적법 각하되었는데, 이후 헌법재판소가 지적한 집행행위에 대한 법원의 권리구제절차가 행정소송법상의 처분성 결여 등의 이유로 부인되는 경우를 상정할 수 있다.<sup>726)</sup> 그러한 경우에는 결국 청구인은 헌법재판소가 지적한 집행행위에 대하여 헌법소원을 제기하고, 그 헌법소원절차에서 경우에 따라서는 헌법재판소법 제75조 제5항에 따른 합헌성심사를 받게 될 것이다.<sup>727)</sup>

---

제2항에 따른 현재 1999. 4. 29. 94헌바37등 사건에서 위헌결정을 내리면서 (판례집 11-1, 289~398), 같은 날 같은 조항에 대하여 현재법 제68조 제1항에 따른 법령소원인 현재 1999. 4. 29. 96헌마352등 사건은 직접성 요건을 충족하지 못함을 이유로 각하하였다. (판례집 11-1, 477, 495-496)

724) 황도수, 법규범의 직접성에 관한 시론, 428면  
725) 법규 때문에 기본권의 침해를 받았다하여 헌법소원의 형태로 그 위헌여부의 심판을 구하는 법규에 대한 헌법소원은, 단순히 어느 법규가 위헌인가의 여부에 대한 의문이 있어 제기하는 추상적 규범통제제도와는 근본적으로 다른 것으로서 자기관련성, 현재성, 그리고 직접성의 요건을 갖추게 되면 그것만으로 적법한 소원심판청구로 되어 허용이 된다.(현재 1991. 3. 11. 90헌마28, 판례집 3, 63, 75)  
726) 물론 이러한 경우에는 권리구제의 기대가능성이 없거나 우회적이라는 이유로 헌법소원의 본안판단에 나아갈 가능성이 높을 것이다.  
727) 다만 이 경우에는 집행행위에 대한 헌법소원을 제기할 수 있는 청구기간이 도과하는 경우가 대부분일 것으로 예상되는데, 헌법재판소의 결정과 법원의 판결이 불일치해서 생긴 문제를 청구인의 귀책사유있는 청구기간의 도과로 볼 것인가,

### 3. 직접성 요건이 흠결된 하위법규(명령 규칙 조례 고시 등)의 사법심사

가. 직접성이 부인된 하위법규에 따른 집행행위를 법원에서 다투면서 이들이 재판의 전제가 된 경우에는 헌법 제107조 제2항에 따라서 대법원이 최종적으로 심사한다.

나. 헌법재판소는 구 상속세법시행령 부칙 제2항에 대한 헌법소원에서 “이 조항을 합헌으로 판단하는 대법원의 판례가 형성되어 있기 때문에 이 조항에 따른 부과처분에 대하여 행정소송절차를 밟아도 기각될 것이 뻔한 경우라 하더라도, 헌법재판소는 재판관할의 범위 내에서만 직접성 또는 보충성 요건에 대한 예외를 인정할 수 있다. 그런데 이 조항에 따른 구체적인 집행행위가 존재하고 그 집행행위에 의하여 비로소 기본권의 침해가 현실적으로 발생하는 경우에는, 헌법재판소가 명령의 위헌성여부를 판단할 수 있는 경우에 해당하지 아니하므로 이 조항에 대하여는 직접성 또는 보충성 요건의 예외를 인정할 여지가 없다.”<sup>728)</sup>라고 판시한 바 있다.

조례에 대해서도 “헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 대상은 당해사건의 재판의 전제가 되는 ‘법률’인 것이므로 지방자치단체의 조례는 그 대상이 될 수 없다.”<sup>729)</sup>라는 결정이 있다.

## XI. 결

헌법소원에서의 직접성요건은 고정불변의 원칙이라기보다는, 국민의 기본권을 더 실효적으로 구제하는 길을 찾고, 권리구제에 있어서 법원 등과

---

청구기간 도과에 정당한 사유가 있는가가 문제될 수 있을 것이다.

728) 헌재 1998. 5. 28. 96헌마151, 판례집 10-1, 695, 702-703.

729) 헌재 1998. 10. 15. 96헌바77, 판례집 10-2, 573, 580-581.

헌법재판소 사이에서 효율적으로 관할을 분배하기 위한 소송법적 요건이라고 할 것이다. 따라서 이러한 개념이 기본권의 보장이라는 실체법의 개념을 왜곡하는 것이 되어서는 안 될 것이다.<sup>730)731)</sup> 따라서 직접성 요건은 엄격한 대전제를 미리 설정해놓고 적용할 것이 아니라 오히려 헌법재판소가 다루는 구체적 사례마다 국민의 권리구제라는 이념을 염두에 두고 신중적으로 판단되어야 할 필요성도 있다.

다만 헌법재판소의 직접성요건에 관한 결정들 사이에서는 일관되지 않고 서로 모순되는 판단도 나타나고 있는바, 최고사법기관의 위상에 걸맞게 논리적으로 일관된 설명이 가능하도록 판례를 추적해 나가야 할 것으로 보인다. “본안판단을 하기로 한다.”는 식의 “선언”과 “예외” 뒤에는 정교하고 풍부한 논거가 뒷받침되어야 할 것이며 이를 통하여 직접성 요건을 가다듬어 나가야 할 것이다.

최근의 일부 결정례에서 독일 연방헌법재판소의 입장과 같이 집행기관의 심사와 재량의 여지가 없더라도 집행행위가 존재하기만 하면, 직접성 요건을 충족하지 못한 것으로 보아 법령소원을 각하하고 있다. 헌법소원 청구의 증가와 맞물려 이러한 견해는 헌법재판소의 법령소원에 대한 입장을 크게 변동시킬 것으로 예상된다. 직접성과 보충성 두 적법요건의 관계에 대하여 엄밀한 분석을 통해서 판례이론을 정리할 필요가 있다고 생각한다.

---

730) 정중섭, 헌법소송법, 569면.

731) 헌법재판소가 정치적으로 민감하거나 사회적으로 뜨거운 쟁점이 된 사안에 대한 법령소원을 본안판단에 이르지 않고 소극적으로 회피하려 할 때 가장 부담이 작은 각하 사유는 청구기간의 도과일 것이고 그 다음이 직접관련성을 이유로 한 각하라고 생각된다. 자기관련성의 부인에 대해서 사회적 논쟁이 생긴 사례들이 있다.

# 사인을 위한 공용수용의 위헌성판단

정 남 철  
숙명여대 법과대학 교수

## - 목 차 -

I. 논의의 쟁점 .....	375
II. 사인을 위한 공용수용의 허용요건 .....	379
1. 공용수용의 주체로서 '사인'의 법적 의미 .....	379
2. 수용의 목적으로서 공공필요(공익) .....	381
3. 고권적 법률행위로서 재산권에 대한 전면적 또는 부분적 박탈행위 .....	385
III. 사인을 위한 공용수용의 한계 .....	386
IV. 사인을 위한 공용수용에 대한 권리구제 .....	389
1. 사인을 위한 공용수용의 사법적 통제 .....	389
가. 공익성(공공필요)요건에 관한 사법적 통제 .....	389
나. 기업도시개발특별법의 위헌성 여부 .....	390
2. 환매권 .....	395
3. 손실보상 .....	398
V. 맺음말 .....	398

헌법논총 제17집(2006)

참고문헌 ..... 401

## I. 논의의 쟁점

종래에는 공용수용의 수익자가 행정기관(행정청)이 되는 것이 일반적이었으나, 근년에는 공용수용의 주체가 사인이 되는 경우가 점차 늘고 있다. 즉 “공공필요(공익, 공공복리)를 위한 수용”의 사업시행자가 국가나 공공단체가 아닌 민간부문 또는 민간부문과 공공부문이 공동출자하여 설립한 민관합동법인이 수용을 하는 경우가 그러하다.<sup>732)</sup> 이러한 논의는 민영화(Privatisierung)의 물결과 더불어 사기업이 공기업의 임무를 수행하는 경우가 증가함에 따라 공공사업의 사업시행자가 되는 경우와 밀접한 관련을 가진다. 현행 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제19조에서는 사업시행자가 공익사업의 수행을 위해 필요한 때에 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있다고 규정하고 있다. 여기에서 ‘사업시행자’는 “공익사업을 수행하는 자”라고 규정되어 있을 뿐, 누가 사업시행자에 해당하는지에 대해서는 명확히 언급되어 있지 않다(동법 제2조 제3호). 한편, 사회기반시설에 대한민간투자법 제2조 제7호는 ‘사업시행자’를 “공공부문의외의 자로서 이 법에 의하여 사업시행자의 지정을 받아 민간투자사업을 시행하는 법인”이라고 정의하고 있으며, 여기에는 민간합동법인도 포함하고 있다(동법 제2조 제12호). 또한 공기업과 특허기업을 구분하는 입장은 특허기업을 사기업으로 파악하고 있으며, 이러한 특허기업은 법령에 의해 공용부담특권을 부여 받는 경우가 적지 않다. 예컨대 전기사업자는 전기사업용전기설비의 설치나 이를 위한 실지조사·측량 및 시공, 또는 전기사업용전기설비의 유지·보수를 위하여 필요한 때에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률이 정하는 바에 따라 다른 사람의 토지 등을 사용하거나 다른 사람의 식물 기타의 장애물을 변경 또는 제거할 수 있다(전기사업법 제87조 참조).<sup>733)</sup> 그러나 사인(사기업)을 위한 도시재개발사업 등으로 인하여 개인의

732) 정연주, “민간사업시행자의 토지수용권과 공공필요”, 『행정상 손실보상의 주요문제』 (박윤훈 편), 1997, 48-49면 참조.

733) 이에 대하여는 김남진/김연태, 『행정법 II』, 제10판, 441면 참조.



사유재산권이 제약되어서는 아니 된다.<sup>734)</sup> 또한 사인(사기업)을 위한 수용이 ‘사인’만을 위한 수용이 되어서도 아니 된다.<sup>735)</sup>

사인을 위한 공용수용은 사경제적 이윤을 추구함에도 불구하고 동시에 공적 과제를 수행한다는 점에서, 학설은 대체로 이를 허용하고 있다.<sup>736)</sup> 그러나 사인을 위한 공용수용의 요건에 관해 명확히 언급하고 있는 문헌은 그다지 많지 않다. 생각건대 사인을 위한 공용수용의 경우에도 공용수용의 일반적인 허용요건을 준수하여야 할 것으로 보인다. 우선 공용수용의 실체적 요건은 우리 헌법 제23조 제3항에서 찾을 수 있다. 헌법재판소의 결정례에는 공용수용의 요건을 명확히 적시하고 있는 경우가 많지 않아, 그 요건을 파악하기가 어렵다. 다만, 헌법재판소는 공용수용을 “공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈”이라고 이해하고, 헌법 제23조 제3항의 공용수용의 요건으로 ① 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, ② 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, ③ 정당한 보상을 지급할 것 등을 제시하고 있다.<sup>737)</sup> 즉 공익성(“공공필요”)과 적법성 및 정당한 보상을 그 요건으로 실시하고 있다. 그러나 이러한 요건은 엄격한 의미에서 ‘손실보상’의 요건이지 ‘공용수용’의 요건으로 보기는 어렵다. 또한 최근 적법성요건을 공용수용의 개념적 표지로 보는 것에 대하여 부정적 견해가 유력하게 제시된다.<sup>738)</sup> 즉 적법성요건은 공용수용의 ‘요건’ 보다는 그 한계 내지 허용요건에서 다루는 것이 더 설득력이 있는 것으로 보인다.<sup>739)</sup> 국내문헌의 대부분은 “손실보상의 요

734) 김도창, 『일반행정법론(상)』, 제4전정판, 653면.

735) 김남진, 『행정법의 기본문제』, 제4판, 법문사, 475면.

736) Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, Der Staat 1(1962), S. 460ff. 참조.

737) 헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등; 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12; 헌재 2000. 4. 27. 99헌바58. 동지견해: 박상희, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 1993, 71면 이하. 그러나 헌법재판소는 재산권의 존속보장을 우선시하는 분리이론의 입장을 취하면서도 공용수용의 요건 및 한계에 대하여 명확히 하지 못한 것은 아쉬움으로 남는다.

738) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., § 26 Rdn. 54; Jarass, Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?, NJW 2000, S. 2841.

건”을 강조하므로 대체로 “적법한 재산권침해”를 강조하고 있다. 그러나 학설상 일반적인 공용수용의 요건으로 제시되는 것은 다음과 같다. 즉 공용수용은 ① 재산권에 대한 고권적 법률행위일 것, ② 재산권의 전면적 또는 부분적 박탈행위일 것, 그리고 ③ 공적 과제의 수행을 목적으로 하여야 한다는 것이다.<sup>740)</sup> 이는 헌법재판소가 공용수용을 “공공필요에 의한 재산권의 공권력적·강제적 박탈”이라고 정의한 것과 대체로 일치한다. 사건으로는 이러한 공용수용의 요건은 사인을 위한 공용수용에도 대체로 적용될 수 있는 것으로 보인다. 사인을 위한 수용행위라고 하여 사익만을 추구해서는 아니 되며 공공복리 내지 공익에도 기여하여야 한다. 따라서 사인을 위한 공용수용에 있어서 “공적 과제의 수행”이라는 요건은 대단히 중요한 의미를 가지며,<sup>741)</sup> 단순한 사적 이익을 위한 수용은 허용되기 어려운 것으로 보인다.<sup>742)</sup> 이에 대하여 민간투자의 활성화, 경제개발 및 고용증진 등을 이유로 “공공필요”요건의 완화된 해석이 필요하다는 반론도 유력하게 제시되고 있다. 즉 국가가 공공복리의 실현을 독점해야 할 당위성은 존재하지 아니하며, 실업률이 높고 경제구조가 취약한 지역에 있어서 고용창출의 효과가 크고 생산성이 높은 특정 사기업을 유치하기 위하여 지역 주민들의 재산권에 대한 침해가 불가피한 경우, 기업 활동의 결과 그 지역의 고용수준이 현저히 높아지고 경제사회적 공익이 증진된다면 이는 공공필요의 요건을 충족시킬 수 있다는 것이다.<sup>743)</sup>

한편, 1994년 8월 3일 「사회간접자본시설에대한민간자본유치촉진법」<sup>744)</sup>이

739) 독일연방헌법재판소 판례 가운데에는 실제 위법한 수용처분도 “공용수용”으로 본 사례가 있다(BVerfGE 56, 249(261)).

740) 졸고, “공용수용의 요건 및 한계에 관한 재검토”, 『법조』 (통권 584호), 2005. 5., 122면 이하.

741) 정연주 교수는 공용침해의 허용여부는 공용침해의 주체 내지 수혜자가 아니라 공용침해의 목적이 공공필요에 의한 공익사업인가에 달려있다고 한다. 정연주, 전계 논문, 48-49면 참조.

742) Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 14 Rdn. 577; Sondervotum Böhmer, in: BVerfGE 56, 249(284ff.).

743) 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2001, 644-645면.

744) 동법은 1998년 12월 31일 개정을 통해 「사회간접자본시설에 대한 민간투자법」

이미 제정·공포된 바 있으며, 2004년 12월 31일에는 「기업도시개발특별법」이 제정되었다. 특히 「기업도시개발특별법」은 “기업도시”의 개발을 위한 사기업(민간기업)의 공용수용에 있어서 ‘공공필요’의 요건을 충족하는지가 문제되고 있다. 그 밖에도 사인인 사업시행자에게 토지수용권을 부여하는 법률로는 「경제자유구역의지정및운영에관한법률」<sup>745)</sup>과 「산업입지및개발에관한법률」<sup>746)</sup> 등이 있다.

아직 “사인을 위한 공용수용”의 위헌성판단에 관한 논의는 충분하지 않은 것으로 보인다. 그러나 최근 민영화(privatization), 민관협력(public-private-partnership) 등의 시대적 변화에 비추어 보면, 이러한 논의는 좀더 진지하게 진행될 필요성이 있는 것으로 보인다. 이하에서는 사인을 위한 공용수용이 어떠한 성립요건을 갖추어야 하는지에 대해 살펴보고(Ⅱ.), 사인을 위한 공용수용의 한계가 무엇인지에 대해서도 검토하도록 한다(Ⅲ.). 또한 공익성(“공공필요”)의 요건과 개별 수용법률에 대한 사법적 통제수단에 대해서도 고찰하도록 한다. 이와 관련하여 기업도시의 개발을 위한 사기업의 공용수용을 규정하고 있는 「기업도시개발특별법」의 문제점을 외국의 사례를 참조하여 함께 논의하도록 한다. 그리고 기타 사인을 위한 공용수용에 대한 권리구제에 대해서도 검토하도록 한다(Ⅳ.).

---

으로 명칭이 변경되었다가, 다시 2005년 1월 27일 「사회기반시설에 대한 민간투자법」으로 법명이 변경되었다.

745) 「경제자유구역의지정및운영에관한법률」은 경제자유구역의 지정 및 운영을 통하여 외국인투자기업의 경영환경과 외국인의 생활여건을 개선함으로써 외국인투자의 촉진과 국가경쟁력의 강화 및 지역간 균형발전의 도모를 목적으로 제정되었다. 특히 동법 제13조에서는 “개발사업시행자는 개발사업의 시행을 위하여 필요한 때에는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제2조에서 정하는 토지·물건 또는 권리를 수용할 수 있다.”고 규정하고 있다.

746) 「산업입지및개발에관한법률」도 사업시행자에게 산업단지개발사업에 필요한 토지·건물 또는 토지에 정착한 물건과 이에 관한 소유권 외의 권리, 광업권·어업권·물의 사용에 관한 권리에 관한 토지수용권을 보장하고 있다(동법 제22조).

## II. 사인을 위한 공용수용의 허용요건

### 1. 공용수용의 주체로서 ‘사인’의 법적 의미

사인을 위한 공용수용이 헌법상 허용된다는 점에서는 오늘날 이론의 여지가 없다.<sup>747)</sup> 그러나 사인을 위한 공용수용의 요건에 대해서는 심도 있는 이론적 검토가 필요하다. 국가 등 행정주체가 공용수용을 하는 경우에 요구되는 성립요건이 사인(사기업)을 위한 수용에 그대로 적용될 수 있는가가 문제된다. 우선 공용수용의 주체가 누구인가에 대해 검토할 필요가 있다. 공용수용의 주체는 바로 당해 공익사업의 주체이다. 과거에는 국가가 중심이 되어 수용이 이루어지는 경우가 대부분이었기 때문에 국가수용권설에 따라 공용수용의 주체를 ‘국가’로 보았으나, 오늘날에는 공용수용의 효과를 향유할 수 있는 능력으로 이해하여 사업시행자(기업자)<sup>748)</sup>가 수용권자가 된다고 보는 견해가 지배적이다(사업시행자수용권설). 따라서 국가 이외에 공공단체 및 사인도 공익사업의 주체가 될 수 있다.<sup>749)</sup> 오늘날 “민영화” 등의 영향으로 공익사업의 사업시행자는 사인(사기업)이 되는 경우가 점점증하고 있다. 이러한 현상은 구주의 경우에도 마찬가지이다.

한편, 사인(사기업)이 공용수용을 하는 경우에 이를 허용한다면 어느 범위까지 가능한지가 우선적으로 검토되어야 한다. 일부견해는 생존배려형 사기업

747) BVerfGE 74, 264(286). 한편, 독일의 연방헌법재판소의 초기판례는 사인을 위한 수용이 원칙적으로는 위헌이 아니라고 여기고 있었고(BVerfGE 31, 275(289ff.)), 학설도 사인을 위한 수용이 대체로 문제가 없는 것으로 보고 있다. 다만, 일부견해는 사인의 위한 수용의 합헌설에는 찬동하면서, 개별문제에 대해서는 비판적인 관점을 제시하고 있다. 이에 관한 상세한 문헌에 대해서는 W. Schmidtbauer, Enteignung zugunsten Privater, 1989, S. 52ff. 참조.

748) 구 토지수용법은 공익사업의 주체를 “기업자”로 규정하였으나 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률은 “사업시행자”라는 용어를 사용하고 있다.

749) 이상규, 『신행정법론(하)』, 583-584면; 김남진/김연태, 『행정법 II』, 539면; 김동희, 『행정법 II』, 제11판, 372면; 박균성, 『행정법론(하)』, 제4판, 352면.

(Daseinsvorsorgeunternehmen)과 경제적 사기업(private Wirtschaftsunternehmen)을 구분하여, 교통·전기·가스·수도 등 급부행정과 관련된 생존배려형 사기업은 공익적 성격이 강하므로 원칙적으로 허용되지만,<sup>750)</sup> 영리를 목적으로 하는 경제적 사기업은 엄격한 요건 하에서만 허용된다고 보고 있다.<sup>751)</sup> 이러한 주장은 매우 설득력을 가진다. 그러나 사기업을 위한 공용수용과 관련하여 특히 문제가 되는 것은 2004년 12월 31일 제정된 「기업도시 개발특별법」에 근거하여 ‘기업도시’의 개발을 위한 민간기업의 토지수용권이 허용될 수 있는가이다. 동법은 건설교통부장관이 개발구역의 지정을 제안한 민간기업 등을 사업시행자로 지정할 수 있으며, 정부투자기관·지방공기업 및 국가기관 또는 지방자치단체 등이 민간기업과 협의하여 개발사업을 공동으로 시행하고자 하는 경우에는 공동시행자로 지정할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제10조). 먼저 동법이 규정한 기업도시의 개발을 위한 민간기업이 과연 생존배려형 사기업인지 아니면 단순히 경제적 사기업인지가 규명되어야 한다. 사건으로는 기업도시의 개발을 위한 민간기업은 순수한 생존배려형 사기업으로 보기는 어렵다. 따라서 이러한 민간기업의 토지수용권을 인정하기 위해서는 일반적인 공용수용의 성립요건에 비하여 보다 엄격한 요건이 요구된다. 사인을 위한 공용수용에 있어서 수용의 주체가 생존배려형 기업에만 제한되는지가 문제될 수 있다. 일찍이 Böhmer 재판관은 독일연방헌법재판소의 바트·뒤르크하임(Bad-Dürkheim)시의 케이블카사건(Gondelbahnurteil)에서, 단지 영리추구만을 목적으로 하는 사기업을 위한 공용수용은 허용될 수 없으며 운송이나 상하수도 등 국민의 일상생활에 직결되는 임무를 수행하는 생존배려형 사기업만이 공공복리(Wohl der Allgemeinheit)의 요건을 충족한다고 소수의견을 제시한 바 있다.<sup>752)</sup> 그러나 김성수 교수는 각국의 공용침해의 실태에 비추어 이러한 요건은 지나치게 엄격하며, 경제적 사기업의 활동에 따른 간접적·부수적 결과로 경제구

750) Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 14 Rdn. 578.

751) Sondervotum Böhmer, in: BVerfGE 56, 249(284ff.). 위 연방헌법재판소의 결정에 대한 상세한 소개는 김성수, 『일반행정법』, 644면 이하 참조.

752) 이에 대하여 김성수, 전제서, 644면.

조의 개선, 고용의 증진 등의 효과를 가져와 공공복리가 증진될 수 있다고 주장한다.<sup>753)</sup> 이러한 견해는 경제의 활성화와 민간투자의 유치를 위해 매우 설득력 있는 주장으로 보인다. 그러나 경제적 사기업은 그 본질상 영리성(이윤추구)을 목적으로 하기 때문에 지속적으로 당해 공익사업을 계속 수행한다고 담보할 수 없으며, 경제적 사기업의 경우에 공익사업은 기업의 직접적인 활동이 아니라 단지 기업 활동의 부수적 결과에 의해서만 이루어지게 된다. 따라서 경제적 사기업의 경우에는 수용의 개시단계에서 공익성(“공공필요”) 요건을 충족하는지를 판단하기가 쉽지 않다. 그러한 이유에서 경제적 사기업의 경우에 공용수용을 허용하기 위해서는 이러한 제반 사정을 고려하여 엄격한 요건이 먼저 제시되어야 한다. 요컨대 기업도시의 개발을 위한 민간기업의 공용수용에 있어서 “공공필요”의 요건은 위헌여부를 판단하는 중요한 척도가 된다.

## 2. 수용의 목적으로서 공공필요(공익)

사인을 위한 수용의 경우에도 공용수용의 일반적인 허용요건을 준수하여야 함은 물론이다. 따라서 당해 사기업은 공적 과제를 수행하기 위하여 직접 법률에 의해 또는 법률에 근거하여 수용을 행하여야 하며, 이러한 수용행위가 공공필요(공익)에도 기여하여야 한다. 예컨대, 에너지공급업체(사기업)를 위한 토지수용은 궁극적으로 국민에게 전기의 공급이라는 공익성을 지향하고 있다.<sup>754)</sup> 이러한 공익성요건은 사인을 위한 공용수용의 허용성의 한계를 설정하고 있다.<sup>755)</sup> 그러나 공익을 위한 수용은 기업의 ‘대상’ 그 자체에서 도출되어야 하며, 공공복리를 위한 이용이 기업 ‘활동’의 간접적 결과로 나오는 경우에 사기업을 위한 수용은 허용되지 아니한다.<sup>756)</sup> 이러한

753) 김성수, 전제서, 645면.

754) BVerfGE 66, 248(257).

755) BVerfGE 74, 264.

756) BVerfGE, 74, 264(284ff.).

경우에는 특별한 법률의 수권을 필요로 한다.<sup>757)</sup>

현행 헌법 제23조 제3항은 “공공필요”에 의한 수용을 규정하고 있으나, 과연 “공공필요”가 무엇을 의미하는지에 대해서는 학설상 다투어지고 있다. 학자들은 “공공필요”의 개념을 헌법 제37조 제2항의 기본권제한의 한계로서 국가안전보장·질서유지 및 공공복리와 동일한 개념으로 이해하거나<sup>758)</sup> 또는 이보다 더 넓은 개념으로 파악하고 있는 것이 보통이다.<sup>759)</sup> 그러나 최근에는 헌법 제23조 제3항의 “공공필요”의 개념을 특정한 공익사업과 관련하여 특정인의 재산권침해가 불가피한 “고양된 공익개념”(qualifiziertes öffentliches Interesse)으로 파악하는 견해가 유력하다.<sup>760)</sup> 고양된 공익개념은 공용수용의 요건을 엄격히 한다는 점에서는 설득력을 가지나, 그 개념 역시 해석을 통해 판단되어야 한다. 공공필요의 개념은 개별 사례에서 관련된 공익과 사익(사유재산권) 사이의 형량을 통해 보다 구체화될 수 있을 것이다.<sup>761)</sup> 그러나 사인(사기업)을 위한 공용수용에 있어서는 “공공필요”의 요건을 보다 엄격히 해석할 필요가 있으며, 이러한 엄격한 해석이 재산권의 존속보장(Bestandsgarantie)의 취지에도 부합하는 것으로 보인다.<sup>762)</sup> 한편, 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제19조에 “사업시행자는

---

757) Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl., § 87 Rdn. 2.  
 758) 종전의 헌법학자들이 대체로 이러한 입장에 서 있었다(예컨대 문홍주, 『한국헌법』, 1980, 380면).  
 759) 허영, 『한국헌법론』, 2003, 470면; 유해웅, 『토지공법론』, 제4판, 삼영사, 209면. 또한 공공필요의 개념을 신축적으로 해석하여 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우 이외에도 국가정책적인 고려까지 포괄하는 개념으로 이해하는 입장도 동일하다(김철수, 『헌법학개론』, 2005, 656면; 권영성, 『헌법학원론』, 2006, 556면; 성낙인, 『헌법학』, 제5판, 468면; 홍성방, 『헌법학』, 527면.).  
 760) 김성수, 『일반행정법』, 641면.  
 761) 이와 관련하여 (실제의) 조화의 원리를 통한 문제해결을 주장하는 견해도 제시된다. 그러나 이는 기본권충돌을 전제로 한 해결책이며, 개별법의 경우에는 관련 제공·사익의 ‘형량’을 통해 해결할 수 있다. 김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 『토지공법연구』 제24집, 585면 참조.  
 762) 한편, 독일연방헌법재판소도 재산권의 자유보장적인 기능에 비추어 단순한 공익이 아니라 “특히 중대하고 긴급한 공익”(ein besonders schwerwiegendes, dringendes öffentliches Interesse)이 요청된다고 보고 있다(BVerfGE 74, 264).

공익사업의 수행을 위하여 필요한 때에는 이 법이 정하는 바에 따라 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있다.”고 규정되어 있어, 헌법상 “공공필요”의 개념 대신 “공익사업의 수행을 위하여”라는 표현이 사용되고 있다. 이러한 “공익사업”의 개념은 무엇을 의미하는지가 검토되어야 한다. 그 의미는 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률은 제4조에서 찾을 수 있다.<sup>763)</sup> 동법 제4조는 국방·군사에 관한 사업, 각종 인·허가 등을 받아 공익을 목적으로 시행되는 사업 및 각종 공공용시설에 관한 사업 등 공익사업을 열거하고 있다. 따라서 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제4조에 열거된 공익사업을 근거로 하여 사인(사기업)을 위한 공용수용에 있어서 공익성요건의 충족여부가 판단될 수 있을 것이다. 그러나 동조에서 규정하는 “공익사업”의 개념은 헌법상 “공공필요”의 개념을 해석하는 중요한 척도가 되기는 하나 지나치게 포괄적이라는 점에서 문제점으로 지적될 수 있다. 특히 헌법상 재산권의 존속보장의 취지에서 이러한 포괄적인 규정은 재검토되어야 한다.<sup>764)</sup>

763) 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제4조(공익사업) 이 법에 의하여 토지 등을 취득 또는 사용할 수 있는 사업은 다음 각호의 1에 해당하는 사업이어야 한다.

1. 국방·군사에 관한 사업
2. 관계법률에 의하여 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 철도·도로·공항·항만·주차장·공영차고지·화물터미널·삭도·궤도·하천·제방·댐·운하·수도·하수도·하수종말처리·폐수처리·사방·방풍·방화·방조(방조)·방수·저수지·용배수로·석유비축 및 송유·폐기물처리·전기·전기통신·방송·가스 및 기상관측에 관한 사업
3. 국가 또는 지방자치단체가 설치하는 청사·공장·연구소·시험소·보건 또는 문화 시설·공원·수목원·광장·운동장·시장·묘지·화장장·도축장 그 밖의 공공용 시설에 관한 사업
4. 관계 법률에 의하여 허가·인가·승인·지정 등을 받아 공익을 목적으로 시행하는 학교·도서관·박물관 및 미술관의 건립에 관한 사업
5. 국가·지방자치단체·정부투자기관·지방공기업 또는 국가나 지방자치단체가 지정한 자가 임대나 양도의 목적으로 시행하는 주택의 건설 또는 택지의 조성에 관한 사업
6. 제1호 내지 제5호의 사업을 시행하기 위하여 필요한 통로·교량·전선로·재료적치장 그 밖의 부속시설에 관한 사업
7. 그 밖에 다른 법률에 의하여 토지 등을 수용 또는 사용할 수 있는 사업

764) 졸고, 전계논문(각주 9), 137-138면 참조.



한편, 독일기본법 제14조 제3항 제1문은 “수용은 공공복리를 위해서만 허용된다(Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig)”고 규정하고 있다. 즉 수용은 단지 “공공복리”(Wohl der Allgemeinheit)를 위해서만 허용된다. 그러나 독일의 학설 및 판례에서 기본법 제14조 제3항 제1문의 “공공복리”에 관한 명확한 개념정의를 찾기는 쉽지 않다. 따라서 불확정법개념의 하나인 “공공복리”는 법해석을 통하여 그 윤곽을 파악하여야 한다. 그러나 모든 “공익”이 독일기본법 제14조 제3항 제1문의 “공공복리”와 일치한다고 보기도 어렵다.<sup>765)</sup> 또한 헌법에서 보호하는 재산권의 존속 보장을 의도적으로 무너뜨리는 수용이 허용되기 위한 경우에 적어도 재산권의 형성 내지 보장보다는 더 높은 수준의 공익(공공복리), 즉 “특별한 공공의 이익”(besondere Gemeinschaftsinteresse)이 요구된다.<sup>766)</sup> 공공복리의 요건은 적어도 객관적인 비교형량을 통하여 사익보다 공익이 우선되어야 충족될 수 있다. 따라서 일반적인 합목적성의 고려에 의한 수용은 허용되기 어렵다.<sup>767)</sup> 또한 단순히 재정적인 이익, 즉 국가재정의 확대를 위한 수용은 배제되어야 한다.<sup>768)</sup> 그리고 위법한 사업계획안을 실행하기 위한 수용도 공공복리의 요건을 충족할 수 없다.<sup>769)</sup> 이러한 경우에는 객관적 법(objektives Recht)에 규정된 모든 지침이 고려되어야 함은 물론이다.<sup>770)</sup> 한편, 공공복리의 개념은 개별 법률에서 규정되는 것이 보통이다. 따라서 입법자는 공익목적을 위한 조치가 달성되고 지속적으로 보장될 수 있도록 노력하여야 한다.<sup>771)</sup> 한편, 독일건설법전 제87조 제1항은 독일기본법 제14

765) Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 14 Rdn. 585; Sondervotum Böhmer, in: BVerfGE 56, 284ff.

766) Wendt, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2003, Art. 14 Rdn. 160.

767) BVerfG, NJW 1999, S. 1176 참조.

768) Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rdn. 576; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., Art. 14 Rdn. 70; Wendt, a.a.O., Art. 14 Rdn. 163; BVerfGE 38, 175(180).

769) BVerwGE 77, 86 (91).

770) BVerwGE 72, 15 (25f.); 74, 109(110).

771) BVerfGE 74, 264 296). 현재 1998. 7. 16. 96헌마246, 판례집 10-2, 283, 309-310.

조 제3항과 유사하게 “개별사례에서 수용은 공공복리를 위해 필요하고 수용목적이 다른 수인할 수 있는 방식으로 달성할 수 없는 경우에만 허용된다.”고 규정하고 있다. 이러한 규정은 공용수용의 최후수단성 내지 보충성의 원칙을 담고 있는 것으로 보이며, 헌법상 재산권의 존속보장의 취지가 충분히 반영되고 있다고 판단된다.

### 3. 고권적 법률행위로서 재산권에 대한 전면적 또는 부분적 박탈행위

사인을 위한 공용수용의 대상도 헌법 제23조 제3항의 “재산권”이다. 여기에서 말하는 재산권은 “재산적 가치 있는 법적 지위”로서 매우 넓게 해석된다. 따라서 재산적 가치 있는 모든 사법상·공법상의 권리를 의미한다.<sup>772)</sup> 그러나 단순한 기대이익이나 반사적 이익 또는 경제적 기회 등은 배제된다.<sup>773)</sup>

또한 사인을 위한 공용수용도 재산권에 대한 고권적 법률행위이어야 한다. 따라서 법률행위가 아닌 사실행위에 의한 재산권침해는 여기에서 배제된다. 종래에는 사실행위에 의한 재산권침해를 “수용유사침해이론”에 의해 설명하기도 하였으나,<sup>774)</sup> 최근 독일의 유력설에 의하면 이를 “기타 재산권 침해”로 파악하여 기본법 제14조 제1항 제2문의 내용제한규정(Inhalts- und Schrankenbestimmung)에 귀속시키고 있다.<sup>775)</sup> 또한 재산권에 대한 단순한 제약행위가 아니라 “박탈”행위이므로 재산권의 이양 내지 이전을 전제로 한다. 한편, 헌법 제23조 제3항의 “공용사용”과 “공용제한”의 해석이 문제된다. 무보상부 내용제한규정(헌법 제23조 제1항 제2문 및 제2항)과 보상부 공용수용을 엄격히 구별하는 분리이론의 입장은 이러한 개념을 공

772) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26; 계희열, 『헌법학(중)』, 신정판, 534면.

773) 졸고, 전계논문(각주 9), 128-129면.

774) 허영, 전계서, 474면.

775) Jarass, Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?, NJW 2000, S. 2841ff.

용수용에 준하여 매우 좁게 해석(“공용수용에 준하는 중대한 재산권의 제약”)하는 것이 논리적으로 타당하다고 본다.<sup>776)</sup> 왜냐하면 헌법 제23조 제3항의 핵심은 공용‘수용’에 있고, 내용제한규정과 공용수용을 엄별하는 분리이론의 입장에서는 보상을 요하는 공용사용·공용제한을 무보상부 내용제한규정과 구별해야 하기 때문이다. 헌법 제23조 제3항의 공용사용·공용제한을 확대해석하는 것은 이러한 구별을 어렵게 만들 수 있다. 또한 무보상부 내용제한규정과 보상부 공용수용의 간극은 “조정적 보상의무 있는 내용제한규정”(ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung)의 범리를 통해 해결될 수 있다.<sup>777)</sup> 사인을 위한 공용수용의 경우에도 이러한 해석은 그대로 적용될 수 있는 것으로 보인다.

### Ⅲ. 사인을 위한 공용수용의 한계

문제는 사인(사기업)을 위한 공용수용이 무제한적으로 허용될 것인가가 여부이다. 사인을 위한 공용수용이 국가 등 행정주체에 의한 공용수용과 아무런 차이가 없는지, 또는 여기에 단지 “공공필요”의 개념에 의한 수용권의 한계가 설정되어야 하는지가 문제된다. 사인을 위한 공용수용의 한계로서 적법성, 공익성 및 비례성요건이 검토될 수 있다.

우선 공용수용의 한계는 수용이 토지소유권의 박탈을 위해 적법성요건을 충족하여야 하는 것에서 찾을 수 있다. 즉 공용수용은 직접 법률에 의하거나 또는 법률에 근거하여 재산권을 침해하여야 한다. 이러한 적법성요건은 이미 언급한 바와 같이 공용수용의 요건으로 파악하는 것이 일반적이었으나, 최근 독일에서는 이를 공용수용의 한계로 다루어지고 있다.<sup>778)</sup> 헌법 제

776) 일부견해는 공용사용·공용제한을 재산권의 “부분적 박탈”로 이해하고 있다. 한수웅, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제”, 『저스티스』 제32권 제2호(1996. 6), 35면.

777) 참고, “재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교법적 고찰”, 『공법연구』 제32집 제3호, 364면 이하.

778) Maurer, a.a.O., § 27 Rdn. 54; Jarass, a.a.O., S. 2841.

23조 제3항은 공용수용의 적법성요건과 관련하여 “법률로써”라고 규정하고 있다. 여기에서 “법률로써”의 의미는 공용수용에 관한 법률상 수권을 의미하는 것이다. 따라서 헌법 제23조 제3항의 해석상 공용수용에는 행정수용(Administrativenteignung)과 입법수용(Legalenteignung)이 모두 포함된다.<sup>779)</sup> 독일기본법은 제14조 제3항에서 “단지 직접 법률에 의해 또는 법률에 근거하여”(nur durch Gesetz oder aufgrund des Gesetzes)라고 하여 이를 명확히 하고 있다. 그러나 법률에 의한 수용, 즉 입법수용은 예외적인 경우로서 매우 엄격한 요건에 의해 이루어져야 한다. 즉 긴급한 상황에서 개별적인 행정수용이 적절한 시기 내에 이루어지기 어려운 경우 등 매우 제한적인 경우에만 허용된다. 사인을 위한 입법수용의 경우에는 입법절차에서 청문 및 조언 등이 보장되는 것이 보통이다. 이러한 절차의 보장은 수용목적이 공공필요의 요건을 충족하는지 여부를 심사하는 경우에 장점을 가진다. 다른 한편, 사인을 위한 입법수용은 재산소유권자의 존속보장을 취약하게 만드는 약점도 가진다. 독일의 경우에는 기본법 제19조 제1항 제1문에서 그 밖의 한계를 끌어오기도 한다.<sup>780)</sup> 우리의 경우에는 헌법 제37조 제2항이 고려될 수 있는 것으로 보인다. 즉 재산권제한의 경우에도 법률의 수권을 요하며 재산권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

둘째, 수용은 공적 과제의 수행을 목적으로 하여야 한다(공익성). 사인을 위한 공용수용에서 이러한 “공익성”요건이 수용의 한계기능도 하고 있다. 실제 공익성(“공공필요”) 요건은 사인을 위한 공용수용의 정당화 여부를 판단하는 중요한 척도이기도 하다.<sup>781)</sup> 이와 관련하여 환매권제도는 중요한 의미를 가진다. 즉 사인이 당해 공익사업의 폐지·변경 등의 사유로 공적 임무를 수행하기 위해 타인의 토지를 수용하는 사업계획안을 실현하지 않고 오랫동안 방치하거나 또는 당해 토지가 공익사업을 위해 불필요한 경우

779) 우리 헌법재판소도 입법수용을 법률에 근거하여 일련의 절차를 거쳐 별도의 행정처분에 의하여 이루어지는 행정수용과 구별하고 있다(헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 246).

780) W. Schmidtbauer, Enteignung zugunsten Privater, 1989, S. 66. m. w. N.

781) W. Schmidtbauer, a.a.O., S. 40.

에 피수용자(토지소유권자 또는 그 포괄승계인)는 환매권을 행사할 수 있다(공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제91조). 이러한 환매권은 헌법상 재산권의 존속보장의 취지에서 인정되는 것이므로 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리로 보는 것이 타당하다. 우리 헌법재판소도 「헌법 제23조의 근본취지에 비추어 볼 때, 일단 공용수용의 요건을 갖추어 수용절차가 종료되었다고 하더라도 그 후에 수용의 목적인 공공사업이 수행되지 아니하거나 또는 수용된 재산권이 당해 공공사업에 필요 없게 되었다고 한다면, 수요의 헌법상 정당성과 공공필요에 의한 재산권취득의 근거가 장래를 향하여 소멸한다고 보아야 한다. 따라서 수용된 토지 등이 공공사업에 필요 없게 되었을 경우에는 피수용자가 그 토지 등의 소유권을 회복할 수 있는 권리, 즉 환매권은 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 보는 것이 상당하다.」고 하여, 그러한 입장을 취하고 있다.<sup>782)</sup> 한편, 독일연방헌법재판소 역시 환매권이 공용수용이나 재산권보장으로부터 직접 도출된다고 본다.<sup>783)</sup>

셋째, 사인을 위한 공용수용도 비례의 원칙에 위배되어서는 아니 된다(비례성). 즉 공익목적의 달성을 위해 수용행위가 적합하고, 여러 가지 수단 중에서 가장 피해를 적게 주는 수단을 통해 이루어져야 하며, 또한 달성하려는 공익목적과 수용 사이에 적절한 비례관계가 있어야 한다. 이러한 비례의 원칙은 법치국가원리에서 비롯되는 것이며 헌법상 명문의 규정이 없더라도 인정될 수 있다. 또한 “공공필요”의 개념의 해석에 있어서도 형량과 관련하여 비례원칙이 적용될 수 있을 것이다.<sup>784)</sup>

그 밖에 보충성요건을 제시하는 견해도 있다. 즉 “비례원칙의 관점에서든 경제적 사기업을 위한 공용침해는 최후의 보충적인 수단으로만 고려되어야

782) 현재 1998. 12. 24. 97헌마87 등. 다만, 대법원은 환매권이 인정되기 위해서는 개별법령에 의해 구체화되어야 한다고 보고 있다(대법원 1998. 4. 10. 선고 96다52359 판결). 그러나 현재 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률은 ‘환매권’에 대해 규정하고 있으므로 이러한 논의의 실익은 그다지 크지 않은 것으로 보인다(동법 제91조 제1항).

783) BVerfGE 38, 175.

784) 히영, 전제서, 470면.

하고, 이 경우 개인의 재산권에 대한 침해정도는 목적실현을 위한 최소한도에 그칠 수 있도록 노력하여야 할 것이다.”는 주장이 그러하다.<sup>785)</sup> 이러한 해석은 사인을 위한 공용수용에 대하여 재산권의 존속보장을 두텁게 한다는 점에서 일응 타당한 해석으로 보인다. 그러나 보충성의 요건은 개별 수용법률에서 규율되는 것이 더욱 바람직하다. 한편, 기업도시개발특별법 등에는 이러한 보충성의 원칙 내지 최소침해의 원칙에 관한 규정을 찾기가 쉽지 않다. 특히 사인을 위한 공용수용의 남용을 방지하기 위해 입법자 개별법률에서 수용의 요건을 보다 구체적으로 규정하는 것이 필요한 것으로 보인다. 민간기업을 위한 수용의 근거법률에는 대체로 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률의 간단한 준용규정만 존재하고 있다. 입법정책적으로는 독일건설법전의 규정 등을 참고하는 것이 필요하다. 또한 이러한 규정은 관련 법률의 위헌성 시비를 줄일 수 있다고 여겨진다.

#### IV. 사인을 위한 공용수용에 대한 권리구제

##### 1. 사인을 위한 공용수용의 사법적 통제

###### 가. 공익성(공공필요)요건에 관한 사법적 통제

사인을 위한 공용수용이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 “공공필요” 내지 “공익성”의 요건을 충족하여야 한다. 따라서 공익성요건은 사인을 위한 공용수용에 대한 사법적 통제의 중요한 준거가 된다. 수용권의 특수성은, 공익성요건이 수용행정청에게 장래의 발전경과를 판단하고 평가하도록 강제한다는 데에 있다. 장래의 발전경과에 대한 평가는 미래의 예측가능한 리스크(risk, Risiko)를 고려하여야 한다. 이 경우 고려할 수 있는 모든 자료를 반영하여 적정하고 방법적으로 문제없이 일정한 결정이 내려지면, 그 예측결정(Prognoseentscheidung)은 적법하다고 보아야 한다. 이러한 내용

785) 김남철, 전계논문, 594면.

은 사인을 위한 공용수용에도 그대로 적용될 수 있다.<sup>786)</sup>

우선 사인을 위한 공용수용의 경우에 그 위법성이 인정되면 취소소송 등을 통해 당해 수용재결을 다룰 수 있다. 또한 사인을 위한 공용수용에 의해 재산권을 침해당한 개인은 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수도 있다. 이 경우 헌법재판소는 다른 법률의 구제절차를 모두 거친 후에 청구된 헌법소원에서 사인을 위한 공용수용이 헌법 제23조 제3항의 “공공필요”의 요건을 충족하는지 여부를 판단하여야 한다.<sup>787)</sup> 우리 헌법재판소는 “공공필요”의 개념에 대하여 명확한 설명은 하고 있지 않으나, 공용수용의 요건과 관련하여 “국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성”이라고 해석하고 있다. 즉 사유재산권의 보장보다 이를 강제적으로 취득해야 할 공익적 필요성(“공공필요”)이 더 우위에 있어야 한다. 또한 “공공필요”라는 불확정법개념의 사용과 관련하여 사인을 위한 공용수용의 위헌성심사가 어느 범위까지 이루어져야 하는지가 문제된다. 이와 관련하여 독일의 통설<sup>788)</sup> 및 판례<sup>789)</sup>는 전 범위에서 사법심사가 가능하다고 보고 있다.

한편, 공용수용의 ‘목적’과 ‘요건’을 정하는 것은 입법자의 임무이나, 공용수용의 요건 중 “공공필요”는 역으로 입법자를 구속할 뿐만 아니라 사법심사의 척도가 될 수 있다. 사인을 위한 공용수용의 경우에는 개별사례에서 “공공필요”의 요건이 강화될 수 있다.<sup>790)</sup>

#### 나. 기업도시개발특별법의 위헌성 여부

##### (1) 기업도시개발특별법의 제정경위 및 배경

건설교통부가 법안을 제안할 당시의 기업도시개발특별법의 범명은 「민간투

---

786) W. Schmidtbauer, a.a.O., S. 280.

787) W. Schmidtbauer, a.a.O., S. 279.

788) Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 4 Rdn. 496.

789) BVerwGE 3, 332(335); BVerwGE 72, 282(285).

790) W. Schmidtbauer, a.a.O., S. 280.

자활성화를위한복합도시개발특별법」이었다. 그 명칭이 시사하고 있는 바와 같이 당시 동법은 경제위기를 극복하고 민간투자를 활성화하기 위하여 개발이 상대적으로 낙후된 지역에 민간기업이 직접 도시를 건설하여 도시기간시설은 물론 산업과 주택, 학교, 병원, 문화시설 등 제반여건을 종합적으로 설치·운영하게 하여 21세기 전략산업에 대한 적극적인 투자를 유도하고 지역개발 및 지역경제 활성화를 도모하는 것을 목적으로 하였다.<sup>791)</sup> 그러나 동법의 제정에 의해 민간기업이 과도한 토지수용권을 행사함으로써 개발의 명목으로 환경이 파괴되고 지역주민들이 삶의 터전을 상실할 수 있다는 우려의 목소리가 높다. 특히 헌법상의 재산권은 존속보장을 우선으로 하며, 헌법상의 재산권이 단순히 물질적인 가치에 제한되는 것이 아니라 인격권과도 밀접불가분의 관계에서 있음은 주지의 사실이다. 따라서 기업도시개발특별법의 구체적인 내용 및 문제점을 살펴보고, 동법의 개별적인 내용이 헌법의 이념에 부합될 수 있는지를 검토하기로 한다.

## (2) 기업도시개발특별법의 내용 및 문제점

### (가) 목적조항

기업도시개발특별법은 제1조 목적조항에서 “이 법은 민간기업이 산업·연구·관광·레저분야 등에 걸쳐 계획적·주도적으로 자족적인 도시를 개발·운영하는데 필요한 사항을 규정하여 국토의 계획적인 개발과 민간기업의 투자를 촉진함으로써 공공복리를 증진하고 국민경제와 국가균형발전에 기여함을 목적으로 한다.”고 밝히고 있다. 즉 동법은 대체로 경제계의 입장을 반영하여 지역균형발전, 경제활성화 및 일자리창출 등을 입법목적으로 하고 있다. 다른 한편, 시민단체 일각에서는 기업도시개발특별법이 대기업(재벌)에게 과도한 개발특혜를 줄 수 있다는 비판이 제기되고 있다. 기업도시를 건설하려는 사기업에게 토지수용권은 물론 조세 및 부담금의 감면, 세제 및 자금지원, 출자총액제한에 관한 특례 등 다양한 특혜를 부여하고 있기 때문이다(기업도시개발특별법 제14조, 제25조, 제26조, 제32조). 또한 대기업의 생산의 투자여력이 부동산개발투자로 이어질 수 있음은 물론, 정부 등 공공기관의 주도가 아니라 민간기업이 도시개발을 주도하기 때문에

791) 제17대 국회 제250회 제14차 국회본회의(2004. 12. 9.) 자료, 20면 이하 참조.



난개발로 인한 환경파괴의 우려도 제기되고 있다.<sup>792)</sup> 기업도시개발특별법은 이러한 점을 고려하여 건설교통부장관과 시장·군수로 하여금 개발구역 및 인근지역의 부동산가격의 안정을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있도록 하고 있으며, 부동산투기지역에 대하여 주택법상의 투기과열지구를 지정하고, 개발구역 주변지역의 무분별한 개발을 방지하기 위하여 보전용도로 지정하는 등 개발구역 및 인근지역의 부동산가격의 안정 및 난개발방지에 관한 조치에 대하여 특별규정을 규정하고 있다(동법 제42조). 또한 환경보호와 관련하여 개발구역의 지정을 제안하는 경우에는 환경보전대책에 관한 사항을 제출하도록 하고 있다(동법 제4조 제2항 8호).

(나) 기업도시의 개념 및 유형

기업도시개발특별법은 기업도시를 “산업입지와 경제활동을 위하여 민간기업이 산업 연구·관광·레저·업무 등의 주된 기능과 주거·교육·의료·문화 등의 자족적 복합기능을 고루 갖추도록 개발하는 도시”로 정의하고, 4가지 유형으로 규정하고 있다. 즉 기업도시에는 제조업과 교역위주의 기업도시인 산업교역형 기업도시, 연구개발 위주의 기업도시인 지식기반형 기업도시, 관광·레저·문화 위주의 관광레저형 기업도시 및 지방이전 공공기관을 수용하여 지역혁신의 거점이 되는 기업도시인 혁신거점형 기업도시가 있다.

이 가운데 관광레저형 기업도시의 경우에 공용수용의 요건, 특히 “공공필요” 내지 “공익성”의 요건을 충족하는지 여부가 의문이다. 이는 예컨대 골프장 건설을 위한 공용수용이 허용될 수 있는가의 문제와 관련이 있다. 특히 기업도시개발특별법은 관광레저형 복합도시의 경우 일정규모 이상의 금액을 투자하는 사업시행자에게 카지노업의 허가를 하도록 규정하고 있다(동법 제30조). 관광레저형 기업도시의 개발을 위한 수용은 동법의 목적에도 부합하기 어려우며, 난개발과 환경파괴의 문제를 야기하고 있다. 따라서 관광레저형 기업도시의 개발을 위한 공용수용은 공익성요건을 충족시키기 어려우므로 허용되기 어려울 것으로 보인다. 다만, 이미 언급한 바와 같이 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제4조의 “공익사업” 개념은

792) 제17대 국회 제250회 제5차 건설교통위원회(2004. 11. 25), 1면.

지나치게 광범위하고 포괄적이므로 사인을 위한 공용수용에 있어 그 위헌성판단을 실제로 어렵게 만들 수 있다. 비록 기업도시개발특별법은 개발이익의 환수에 관한 특별규정을 두고 있으나(동법 제8조), 재산권의 박탈 후 가치보상을 하고 사업시행자의 개발이익을 환수하는 것이 사인을 위한 공용수용을 정당화시킬 수도 없고 헌법상의 재산권보장의 본질에 반드시 부합된다고 보기도 어렵다.

(다) 토지 등의 수용권

기업도시개발특별법은 민간기업인 사업시행자에게 개발사업의 시행을 위하여 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제3조의 규정에 의한 토지 등의 포괄적인 수용권을 규정하고 있다(동법 제14조 제1항). 또한 사업시행자는 토지수용과 관련하여 개발구역 토지면적의 50% 이상을 협의매수한 경우에 재결신청이 가능하도록 되어 있다(동법 제14조 제3항 참조). 이와 관련하여 사업시행자가 기업도시 사업구역 내에서 50% 이상의 토지를 협의매수하는 것은 현실적으로 용이하지 않으며, 기업이 협의매수를 하는 경우에 주민들이 높은 가격을 요구하여 지가가 급등할 우려가 있다는 비판이 제기되고 있다. 그러나 다른 한편, 대기업의 특혜를 방지하고 주민의 의사를 존중한다는 의미에서 도시개발법에서 규정하는 바와 같이 사업대상 토지면적의 3분의 2이상에 해당하는 토지를 매입하고 토지소유자 총수의 3분의 2 이상에 해당하는 자의 동의를 얻도록 관련 규정을 더 강화할 필요가 있다는 주장도 제시된다.<sup>793)</sup>

(라) 개발이익의 환수

현행 기업도시개발특별법은 개발부담금 등을 통한 개발이익의 환수를 규정하고 있다. 즉 동법 제8조는 대통령령이 정하는 적정한 개발이익을 초과한 경우에 그 초과이익의 범위 안에서 사업시행자에게 개발구역 밖의 간선시설과 개발구역 안의 도서관·문화회관·운동장 등 공공편익시설을 설치하도록 하고, 그 나머지 개발이익에 대해서도 조성된 토지를 국가 또는 지방자치단체에게 무상으로 양여하게 하거나 그에 상응하는 부담을 부과할 수 있다고 규정하고 있다. 기업들이 리스크를 무릅쓰고 낙후지역에 투자하기

793) 제17대 국회 제250회 제5차 건설교통위원회(2004. 11. 25), 5-6면 참조.

때문에 초기단계에 있어서 개발이익의 환수에 대하여 부정적 견해도 제기되고 있다.<sup>794)</sup> 기업도시개발특별법의 목적조항에서 실시된 바와 같이 기업 도시는 민간기업의 투자를 촉진하고 국민경제와 국가균형발전에 기여해야 하므로 기업에게 적정이윤의 보장과 인센티브가 부여되어야 하는 것도 간과할 수 없는 사실이다. 따라서 개발이익의 환수에 대한 과도한 부담이 기업에게 전과되어서는 아니 된다. 다만, 개발이익의 환수제도가 사인의 공용 수용을 정당화하는 것은 아님에 주의해야 한다.

### (3) 독일연방헌법재판소 및 연방행정법원의 판례

한편, 독일에서는 경제구조가 취약한 지방자치단체에서 지역경제의 구조개선이나 일자리의 창출을 위해 사기업이 수용을 하는 경우에 독일기본법 제14조 제3항 제1문의 “공공복리”의 요건을 충족하는지가 논의되고 있다. 그러한 목적설정은 입법자에 의해 구체화되어야 하며, 연방건설법전 제87조 제1항이 그 대표적 사례이다. 연방헌법재판소는 1987년 3월 24일자 판결에서 연방건설법전(Baugesetzbuch)의 규정은 지역경제의 구조개선 등의 목적을 달성하기 위한 수용에 대한 충분한 법적 근거가 될 수 없다고 보고 있다.<sup>795)</sup> 이러한 지역경제의 구조개선이나 일자리창출을 위한 수용이 허용되기 위해 입법자는 독일기본법 제14조 제3항에 의해 어떠한 의무이행을 도입해야 하는지를 강구하고 이를 규율해야 한다.<sup>796)</sup> 즉 지역구조의 개선이나 고용증진을 위한 수용에 있어서 이를 정당화하기 위해 구체적인 의무이행사항을 규율하는 것은 입법자의 임무이다. 다만, 사인(사기업)의 지원에 의해 간접적으로 기본법 제14조 제3항 제1문상의 특정한 지방자치단체의 이익을 추구할 수는 있다.<sup>797)</sup> 즉 경제영역의 구조를 유지·개선하거나 지방의 실업 등을 억제하기 위해 수용이 실행될 수 있다. 한편, 독일연방행정법원은 도시계획의 발전분야에서 공적 과제의 수행을 위해 “게마인데(Gemeinde)를 위한 수용”이 행해질 수 있다고 규정한 독일건설법전 제169

794) 제17대 국회 제250회 제5차 건설교통위원회(2004. 11. 25), 4면 참조.

795) BVerfGE 74, 264(287ff.)(Boxberg-Entscheidung).

796) Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 14 Rdn. 580.

797) Frenzel, Das öffentliche Interesse, S. 119ff.

조 제3항 제1문<sup>798)</sup>의 규정은 기본법 제14조 제3항 제1문 및 제2문과 관련하여 헌법적으로 문제가 없다고 밝히고 있다.<sup>799)</sup>

#### (4) 소결

낙후지역의 개발과 지역경제활성화 및 일자리창출을 위한 기업도시의 개발과 수용은 그러한 이유에서 신중하게 접근해야 할 것으로 보인다. 특히 경제구조가 취약한 지역에서 경제구조의 개선 및 일자리의 창출은 헌법 제23조 제3항의 “공공필요”의 이유로 제시될 수 있으나, 그러한 목적설정은 이미 언급한 바와 같이 입법자에 의해 구성되고 구체화되어야 한다. 현행 기업도시개발특별법의 목적조항이 그러한 공익적 필요성을 명쾌히 규정하고 있다고 단정하기는 어렵다. 특히 독일건설법전의 관련 조항들이 그와 같은 목적설정을 달성하기 위한 수용의 충분한 법적 근거가 될 수 없다고 판단한 독일연방헌법재판소의 Boxberg 결정은 시사하는 바가 크다. 사인을 위한 공용수용을 규정한 기업도시개발특별법도 다양한 기업도시 유형을 실시하고 있으나, 특히 관광레저형 기업도시를 위해 수용이 정당화될 수 있는지 의문스럽다. 더구나 기업도시개발특별법이 개발이익의 환수를 규정하고 있다고 하여, 사인을 위한 공용수용이 합헌이라고 성급하게 판단할 수도 없다. 특히 건설교통부장관의 개발구역지정의 경우에 낙후지역의 개발이나 지역경제 활성화 등 국가균형발전에 기여함으로써 공익성을 갖출 것을 그 요건으로 하고 있으므로, 개발사업의 지정단계에서 이미 공익적 필요성이 충분히 검토될 필요가 있다. 요컨대 사인을 위한 공용수용의 요건 중 “공공필요”의 요건은 사법심사에서 일반적인 공용수용보다 엄격히 적용될 필요가 있으며, 그 위헌성 판단에 있어서 중요한 바로미터가 될 것으로 보인다.

## 2. 환매권

---

798) 독일건설법전 제169조 제3항 제1문은 “도시개발영역에서 그 임무수행을 위해 건축계획 없이 게마인데(Gemeinde)나 개발주체를 위한 수용은 허용된다.”고 규정하고 있다.

799) BVerwG, NVwZ 1999, S. 407(408).

사인을 위한 공용수용절차가 종료되었다고 하더라도 그 후에 수용의 목적인 공공사업이 수행되지 아니하거나 수용된 토지를 당해 공공사업에 이용할 필요가 없게 된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 피수용자(토지소유권 또는 그 포괄승계인)는 그 의사에 따라 수용토지의 소유권을 회복할 수 있는 권리가 보장되어야 한다. 따라서 피수용자가 정당한 보상을 지급받았다고 하여 환매권(Rückenteignung, Rückübereignung)이 부인될 수 없다. 환매권의 보장은 수용에 대한 방어권(Abwehrrechte)으로서의 의미를 가진다.<sup>800)</sup> 즉 사인을 위한 공용수용이 “공공필요”의 요건을 함결하여 수행되는 경우에는 헌법 제23조 제1항의 재산권보장을 침해하는 결과를 초래한다. 환매권의 법적 성질에 대하여는 공권설과 사권설이 대립하고 있다. 즉 사권설은 환매권이 수용과 달리 사법상의 현상이며 개인이 행정청에 대하여 청구를 하고 이에 따라 행정청이 수용을 하는 것이 아니라 개인이 전적으로 그의 이익을 위하여 일방적으로 불용되거나 이용되지 않는 수용목적물을 다시 취득할 수 있는 권리이므로 사법상의 권리라고 본다.<sup>801)</sup> 이에 대하여 공권설은 공권력의 주체에 대한 권리라는 점과 공법적 원인에 기인하여 야기된 법적 상태를 원상으로 회복하는 것이라는 점 등을 들고 있다.<sup>802)</sup> 판례는 사권설의 입장에 서 있다.<sup>803)</sup> 특히 우리 헌법재판소는 환매권의 행사는 상대방인 사업시행자 또는 기업자의 동의를 얻어야 하거나 그 의사 여하에 따라 그 효과가 좌우되는 것이 아니며, 설사 피청구인이 이를 부인하는 의사표시를 하였다 하더라도 이를 헌법소원심판의 공권력의 행사라고 볼 수 없다고 결정하였다.<sup>804)</sup> 한편, 독일은 환매권행사의 상대방을 국가로 보고 있으나, 현행 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률은 환매권행사의 상대방을 사업시행자로 규정하고 있다(동법 제91조 제1항).

800) W. Schmidtbauer, a.a.O., S. 282.

801) 박운훈, 『최신행정법강의(하)』, 2004, 630면.

802) 김남진, 『행정법의 기본문제』, 1179면; 유지태, 『행정법신론』, 922-923면; 홍정선, 『행정법원론(하)』, 2005, 557면.

803) 대법원 1992. 4. 24. 선고 92다4673 판결.

804) 헌재 1994. 2. 24. 92헌마283.

이 경우 사업시행자는 ‘공무수탁사인’에 해당한다고 볼 수 있다. 따라서 환매권은 행정주체(공권력주체)에 대한 주관적 공권의 성질을 가지며, 환매권 역시 “수용”이라는 공법적 원인에서 비롯된 것이므로 공권설로 보는 것이 타당하다.

이와 같이 사인을 위한 공용수용의 경우에도 사업시행자에 대한 환매권이 보장되어야 함은 물론이나(공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제91조 제1항), 입법자가 개별 법률에서 환매권을 규정하지 않은 경우에 당해 법률이 재산권에 대한 본질적인 침해는 하는지가 문제될 수 있다. 일부학설은 재산권의 수용에 대하여 이미 보상금이 지급되었기 때문에 개별 법률에서 환매권을 규정하지 않았다고 하여 바로 재산권에 대한 본질적인 침해를 초래하는 것은 아니라고 주장한다.<sup>805)</sup> 그러나 환매권을 헌법 제23조의 재산권규정에서 보장되는 것으로 이해하는 입장에서는 환매권을 규정하지 아니하거나 또는 준용규정을 두지 아니한 경우에는 당해 법률을 위헌으로 판단하기 보다는 헌법 제23조로부터 직접 환매권을 도출하여 문제를 해결할 수 있을 것이다. 또한 환매권은 “수용”이 아니므로 헌법 제23조 제3항의 법률의 수권을 반드시 요하지 아니한다.<sup>806)</sup> 한편, 기업도시개발특별법은 환매권에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않으나, 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률을 준용할 수 있도록 하고 있다(기업도시개발특별법 제14조 제10항 참조).

다만, 환매권행사가 무제한적으로 허용되는지가 문제된다. 즉 환매권행사의 한계의 문제이다. 환매권의 보장은 피수용자(토지소유권자와 그 포괄승계인)와 수용의 수익자(사업시행자) 사이의 이익조정 문제를 야기한다. 독일은 이와 관련하여 연방법 및 주법에 관련규정을 두고 있다. 예컨대 독일 건설법전 제102조 제4항에서는 당해 토지가 중대하게 변경되거나, 대지에 전부 또는 중대한 손상을 가져온 경우에는 수용행정청이 환매권을 거부할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 자연스러운 고찰에 의해 당해 토지가 지속적

805) 김남진/김연태, 『행정법 II』, 562면.

806) W. Schmidtbauer, a.a.O., S. 284.

으로 변경되어 종전의 피수용자의 토지와 더 이상 동일하다고 판단할 수 없는 경우에는 환매권이 제한될 수 있다.

### 3. 손실보상

사인을 위한 공용수용의 경우에도 “정당한 보상”이 수반되어야 한다. 여기에서 말하는 정당한 보상은 침해받는 재산권이 가지는 완전한 가치를 보상하여야 한다는 의미의 완전보상을 의미한다.<sup>807)</sup> 사인을 위한 공용수용의 경우에 보상청구권의 상대방은 국가이다. 또한 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제61조 이하에서는 상세한 보상규정을 두고 있으며, 개별 법률에도 별도의 보상규정을 두고 있다(예컨대 도로법 제79조, 제80조 등). 그러나 구체적인 보상의 유형 및 보상수위 등에 대해서는 입법자가 구체적으로 규율하여야 한다. 기업도시개발특별법은 수용 등에 관하여 특별한 규정이 없는 경우에 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률을 준용하고 있으므로, 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률 제61조 이하의 보상규정이 준용될 수 있을 것이다. 그러나 기업도시개발특별법은 “생활보상”에 관한 특별한 규정을 두고 있다(동법 제14조 제6항, 제7항). 즉 개발사업의 시행에 필요한 토지 등을 제공함으로써 생활의 근거를 상실한 자에게 주거단지 등을 조성·공급하는 등 이주대책을 수립·시행하도록 하고 있다(동법 제14조 제7항).

## V. 맺음말

지금까지 사인을 위한 공용수용의 요건 및 한계, 그리고 사인을 위한 공용수용에 대한 권리구제의 문제를 고찰하였다. 민영화 등의 영향으로 사인을 위한 공용수용이 증가하고 있으며, 학설은 이를 대체로 긍정하고 있다. 현재 사회기반시설에대한민간투자법, 기업도시개발특별법 등에서는 사인(사

807) 헌재 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226, 249.

기업)을 위한 공용수용을 규정하고 있다. 다만, 사인을 위한 공용수용의 성립요건에 대하여 일반적인 공용수용의 요건을 그대로 적용할 수 있는지의 문제는 여전히 어려운 문제로 남아 있다. 입법자가 개별 법률에서 사인을 위한 공용수용의 허용요건을 명확히 규율하지 않는다면, 그 요건은 결국 사법적 심사기준에 의해 구체화될 것이다. 공용수용의 허용요건 중 “공공필요” 즉 공익성요건은 수용의 한계를 결정짓는 기능을 할 것이고, 사인을 위한 공용수용의 위헌성판단은 공익성요건의 충족여부에 의해 결정될 것이다. 이 경우 단순히 합리적인 공적 목적을 위한 수용이 사인을 위한 공용수용을 정당화시킬 수 있는가의 문제가 대두될 수 있다. 특히 경제적 사기업이 지역경제의 활성화, 일자리 창출 등의 이유로 공용수용을 하는 경우에 이를 허용할 수 있는지가 논란이 되고 있다. 특히 민간투자의 활성화를 위해 공익성요건을 완화하고 기업 활동을 통해 간접적으로 지역경제를 활성화하는 것은 공익에도 기여할 수 있음을 강조하는 견해는 매우 의미 있는 주장이나, 공용수용은 보상을 수반하지만 국민의 재산권에 대한 중대한 침해로 가져올 수 있다. 또한 삶의 터전을 상실한 지역 주민에게 헌법상의 정당한 보상(즉 완전보상)을 하지 못하면 그들의 기본권은 중대하게 침해될 수도 있다. 나아가 경제구조가 취약한 지역의 주민들에게도 토지재산권은 금전으로 대체할 수 없는 중대한 기본권임에 틀림없다. 또한 경제적 사기업은 그 특성상 영리추구를 목적으로 하므로, 공익사업을 지속적으로 보장할 수 있어야 한다. 그러나 사인을 위한 공용수용을 규율하는 제 법률에는 이러한 제도적 장치가 충분히 구비되어 있지 못한 것으로 보인다. 따라서 공익성(“공공필요”)의 개념해석은 여전히 중요한 의미를 가지며, 사인을 위한 공용수용의 경우 일반적인 공용수용의 요건보다 엄격히 해석할 필요가 있다고 판단된다. 그러한 의미에서 사인을 위한 공용수용의 공익성요건에는 “특별히 중대한 공익” 내지 “고양된 공익개념” 등이 요청될 것으로 보인다. 또한 헌법상 존속보장을 깨뜨리는 특별히 중대한 공익이 그 이후 사회사정의 변화에 의해 상실되면 토지소유권자 등에게는 환매권을 통해 그 토지를 다시 회복할 수 있는 기회를 부여해야 한다. 이러한 환매권행사



의 한계는 무제한적으로 보장되는 것이 아니라, 수용당시의 토지 등이 여전히 동일성을 유지하는지 여부 등이 중요한 판단기준이 될 것이다. 또한 공익성요건을 완화하면 현실적으로 사업시행자인 민간기업에게 특혜를 준다는 비판이 제기되지 않을 수 없으며, 궁극적으로는 위헌성의 문제에 직면하게 된다. 한편, 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률상의 “공익사업”의 개념은 지나치게 넓게 규정되어 있으므로, 사인을 위한 공용수용에 이러한 기준을 그대로 적용하는 것은 어려울 것으로 보인다. 따라서 사인을 위한 공용수용에 있어서 동법의 준용은 신중할 필요가 있다.

그리고 사인을 위한 공용수용의 위헌성판단에서 생존배려형 사기업인지 경제적 사기업인지의 기준도 매우 중요하다고 판단된다. 특히 기업도시개발특별법에 규정된 기업도시 유형 중 “관광레저형 기업도시”의 개발을 위한 공용수용은 난개발과 환경파괴로 이를 가능성이 높으며, 공익성요건을 충족시키고 있다고 보기도 어렵다. 마지막으로 기업도시개발특별법은 기업도시의 개발을 위한 민간기업의 토지수용권을 보장하면서 개발이익의 환수를 규정하고 있으나, 개발이익환수제도의 보장이 사인을 위한 공용수용의 정당성의 근거가 될 수는 없다. 특히 독일의 입법례에서 살펴본 바와 같이, 민간기업을 위한 공용수용을 규정한 개별 법률은 그 요건을 명확히 하기 위해 보충성의 원칙, 최소침해의 원칙 등을 좀 더 구체적으로 규정할 필요가 있는 것으로 보인다. 이러한 노력은 헌법 제23조의 재산권보장의 본질에 부합하는 것이다.

참 고 문 헌

- 권영성, 『헌법학원론』, 개정판, 법문사, 2006.
- 김남진/김연태, 『행정법 II』, 제10판, 법문사, 2006.
- 김남진, 『행정법의 기본문제』, 제4판, 법문사, 1994.
- 김남철, “기업도시에서의 사인을 위한 토지수용의 법적 문제”, 『토지공법 연구』 제24집, 573면 이하.
- 김도창, 『일반행정법론(상)』, 제4권정판, 청운사, 1992.
- 김동희, 『행정법 II』, 제12판, 박영사, 2006.
- 김성수, 『일반행정법』, 법문사, 2001.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2005.
- 박균성, 『행정법론(하)』, 제4판, 박영사, 2006.
- 박상희, “공용침해의 요건에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 1993.
- 박윤훈, 『최신행정법원론(하)』, 박영사, 2004.
- 성낙인, 『헌법학』, 제5판, 법문사, 2005.
- 유지태, 『행정법신론』, 제9판, 신영사, 2005.
- 이상규, 『신행정법론(하)』, 신판, 법문사, 1994.
- 정남철, “공용수용의 요건 및 한계에 관한 재검토”, 『법조』 (통권 제584호), 2005. 5., 122면 이하.
- \_\_\_\_\_, “재산권의 사회적 구속과 수용의 구별에 관한 독일과 한국의 비교 법적 고찰”, 『공법연구』 제32집 제3호, 364면 이하.
- 정연주, “민간사업시행자의 토지수용권과 공공필요”, 『행정상 손실보상의 주요문제 (박윤훈편)』, 1997, 48면 이하.
- 한수웅, “재산권의 내용을 새로이 형성하는 법규정의 헌법적 문제”, 『저스 티스』 제32권 제2호(1996. 6.), 29면 이하.
- 허영, 『한국헌법론』, 제3판, 박영사, 2003.
- 홍성방, 『헌법학』, 개정3판, 현암사, 2006.

홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2005.

Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 7. Aufl., § 87 Rdn. 2.

Bullinger, Die Enteignung zugunsten Privater, Der Staat 1(1962), S. 460ff.

Jarass, Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?, NJW 2000, S. 2841ff.

Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 5. Aufl., Art. 14 Rdn. 70.

Papier, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 14 Rdn. 1ff.

H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., München 1999.

Schmidtbauer, Enteignung zugunsten Privater, Berlin 1989.

Wendt, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2003, Art. 14 Rdn. 160ff.

# 위헌결정의 기속력

- 이른바 반복입법의 허용문제를 중심으로 -

정 연 주

성신여대 법학과 교수

## - 목 차 -

I. 문제의 제기 .....	405
II. 위헌결정의 기속력의 범위 및 반복입법의 허용여부에 관한 학설과 판례의 입장 .....	407
1. 독일에서의 논의 .....	407
2. 학설과 판례의 입장 .....	409
가. 기속설 .....	409
나. 비기속설 .....	410
다. 제한적 기속설 .....	412
라. 소결(기관상호존중설) .....	413
III. 반복법률에 대한 우리 헌법재판소의 판례 - 기탁금에 대한 헌재의 결정들과 관련하여 .....	416
1. 1989.9.8, 88헌가6 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판 .....	416
2. 2001. 7. 19, 2000헌마91 공직선거및선거부정방지법 제56조 등	

위헌확인 .....	418
3. 2003. 8. 21, 2001헌마687, 691(병합) 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제2호 등 위헌확인 .....	419
4. 소결 .....	422
IV. 안마사자격에 관한 의료법 개정안의 경우 .....	423
1. 의료법 개정안은 반복입법인가? .....	423
2. 의료법 개정안은 정당화될 수 있나? .....	427
V. 결 론 .....	428

## I. 문제의 제기

최근 시각장애인에게만 안마사의 자격을 부여하고 있는 안마사에관한규칙에 대하여 헌법재판소가 위헌결정<sup>808)</sup>을 내린 후 국회는 또 다시 거의 동일한 내용의 입법을 하였다. 즉 현재는 시각장애인에게만 안마사의 자격을 부여하고 있는 안마사에관한규칙이 비시각장애인의 직업선택의 자유를 침해한다는 이유로 이 규칙에 대하여 위헌결정을 내렸는데, 국회는 역시 시각장애인에게만 안마사의 자격을 부여하는 기본적으로 동일한 내용의 규정을 의료법개정을 통해 법률로 규정했다. 물론 이는 부령의 형식으로 규정되어 있던 내용을 법률의 형식으로 규정한 것으로 입법 형식적으로는 달라진 것이지만 시각장애인에게만 안마사의 자격을 부여하는 내용 자체가 비시각장애인의 직업선택의 자유를 침해한다는 것이 현재 위헌결정의 핵심적 이유라는 점에서 본질적으로는 헌법재판소의 결정에 반하는 내용의 입법을 국회가 한 것이다. 여기서 - 현재 위헌결정내용의 타당성을 별론으로 한다면<sup>809)</sup> - 과연 국회는 이처럼 현재의 결정취지에 반하는 입법을 할 수 있는 것인지, 위헌결정의 기속력은 어디까지 미치는 것인지, 즉 그 주관적 범위가 문제된다.

이와 관련하여 헌법재판소법 제47조 제1항은 “법률의 위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정함으로써 위헌결정의 효력이 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체 모두에게 미친다는 점을 분명히 했다. 이는 헌법재판소의 위헌결정의 효력을 담보하기 위하여 당연한 것이라고 하겠다. 그런데 위헌결정의 기속력이 미치는 범위와 관련하여 이 효력이 입법자에게도 미치는지가 문제될 수 있다.<sup>810)</sup> 즉 위헌결정된 법

808) 헌재결 2006. 5. 25, 2003헌마715, 2006헌마368(병합).

809) 안마사규칙에 대한 현재의 위헌결정에 대하여는 정연주, 안마사와 직업의 자유, 고시연구, 2006. 10, 14면 이하 참조.

810) 기속력이 미치는 대상을 헌법재판소법 제47조 제1항이 ‘법원 기타 국가기관 및 지방자치단체’라고 규정하고 있고, 따라서 당해 소송사건이 계속 중인 법원뿐 아니라 모든 법원이 이에 해당하고, 아울러 모든 행정기관과 지방자치단체가 이에 해당

률이나 법률조항과 관련되는 내용과 사안을 장래에 규율할 입법자에게도 기속력을 미치고, 따라서 입법자는 예외 없이 위헌결정의 취지에 따른 입법만을 할 수밖에 없는지에 대하여는 논란이 있을 수 있다. 이는 구체적으로 입법자가 위헌결정된 법률이나 법률조항과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 입법을 할 경우, 즉 이른바 반복입법을 할 경우에 문제된다. 위헌결정의 기속력을 입법자에게도 미친다고 본다면 그러한 반복입법은 위헌결정의 기속력을 위반하는 것으로서 금지되고, 만일 그렇지 않다고 본다면 그러한 반복입법은 허용될 수 있고 이 경우 만일 반복입법에 대하여 헌법소송이 제기되면 헌법재판소는 새롭게 본안판단을 해야 한다는 것이다.

이 문제는 헌법재판소와 입법자와의 권한관계의 문제로서 헌법재판소의 헌법재판권 내지 사법권의 범위와 한계, 그리고 의회의 입법권의 범위와 한계에 관한 본질적인 문제이자 권력분립의 원칙에 관한 근본적인 문제인 것이다.

이러한 위헌결정의 기속력의 범위 및 반복입법의 허용문제를 본격적으로 다룬 것은 독일 연방헌법재판소의 판례이다. 따라서 이 글에서는 이러한 위헌결정의 기속력 및 반복입법의 허용문제와 관련하여 독일의 판례와 학설을 소개하고, 우리의 관련되는 사례에 대한 분석과 평가를 한 후 그에 대한 결론을 내리고자 한다.

---

된다는 것에 대하여는 의문이 없다. 그런데 이 글에서 문제가 되는 입법자와 더 나아가 헌법재판소에게도 일종의 국가기관으로서 위헌결정의 기속력이 미치는지의 여부가 문제될 수 있다. 결론적으로 헌법재판소는 여기서 말하는 국가기관에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 헌법재판소는 헌법에만 기속되는 것이지 헌법재판소법 제47조 제1항 등의 법률이나 자신의 선판례에 기속되지 아니하기 때문이다. 만일 그렇지 않다면 헌법재판소는 어떠한 판례변경도 할 수 없다는 모순에 빠지게 될 것이다. 당연히 현재는 판례를 변경할 수 있고, 따라서 이 글에서 문제되는 반복입법의 경우에도 현재는 위헌결정을 내린 이전의 판례와는 달리 자신이 이미 위헌결정을 내린 법조항과 동일 또는 유사한 법조항에 대하여 합헌결정을 내릴 수 있을 것이다. Vgl. BVerfGE 20, 56(87); 33, 199(203); 70, 242(249); 77, 84(104); 82, 198(205); 104, 151(197); Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl., 2004, Rdnr. 482; 김지형, 헌법재판소결정의 기판력, 헌법논총 제3집, 1992, 314면; 정종섭, 헌법소송법, 2005, 337면.

한편 이러한 기속력의 문제는 동일한 소송물과 동일한 소송당사자에게 미치는 기판력의 문제와는 구별된다고 하겠다(김지형, 전제논문, 310면 참조).

## II. 위헌결정의 기속력의 범위 및 반복입법의 허용여부에 관한 학설과 판례의 입장

### 1. 독일에서의 논의

이러한 위헌결정의 기속력의 범위와 반복입법의 허용문제는 독일 연방헌법재판소의 초기판례에서부터 논의가 되었다. 특히 아래에서 보는 바와 같이 1951년과 1987년의 대표적인 두가지 대비되는 판례가 이 문제를 본격적으로 다루었다. 그런데 이 두 판례의 경우 이러한 반복입법의 허용문제는 사실 다루지 않아도 되는 방론적인 것(obiter dicta)이었다. 왜냐하면 이 두 사례의 경우 실제로 이러한 논의의 단초를 제공하는 반복입법행위는 없었기 때문이다. 따라서 1995년의 이른바 ‘십자가결정(Kreuz-Entscheidung)’<sup>811)</sup>과 이에 대한 입법자의 대응과 관련하여 실제로 구체적인 반복입법행위가 문제되었다고 볼 수 있다.

이 판례는 바이에른주에 있는 기독교연합학교 - 이 학교가 의무학교인 한 - 에서의 십자가의 착용을 규정한 바이에른주 규정을 위헌이라고 결정했다. 이 결정에 따라 이러한 종류의 기독교학교에서는 십자가를 착용할 수 없게 되었다. 일반대중의 정서에 반하는 이 결정으로 인해 바이에른주 전역에서는 분노의 소리가 치솟았다. 그 여파로 연방헌법재판소의 명성과 권위는 바이에른주에서 뿐 아니라 다른 주에서도 일반대중사이에서 급속히 실추되었다.<sup>812)</sup>

여기서 이 글의 주제와 관련하여 주목되는 것은 이러한 연방헌법재판소 결정의 타당성 문제가 아니라, 그 결정에 대한 입법자의 대응이다. 바이에른주 의회는 위헌·무효로 선언된 규정을 대신해서 학생이 특별한 이유때문

811) BVerfGE 93, 1.

812) 이에 대하여 Lerche, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, in: Vortrag vom Koreanisch-deutschen Symposium über Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, 1996. 11. 16, 공법연구 제25집 제1호, 1997, 181면 이하 참조.



에 십자가로 인해 자신의 세계관 내지 사상의 자유를 침해당한다고 생각하는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 여전히 학생들에게 십자가의 착용을 의무지우는, 과거 위헌결정받은 규정과 거의 동일한 내용의 규정을 제정했다. 바이에른주 의회의 이러한 태도는 재판소에 대한 일종의 선전포고로 평가되었다.<sup>813)</sup>

여기서 문제가 되는 것은 입법자가 이미 연방헌법재판소에 의해서 위헌·무효로 선언된 법조항을 내용상 전면적으로 또는 부분적으로 다시 되풀이해서 규정할 수 있는가, 만일 할 수 있다면 그 경우 입법자가 준수해야 하는 한계는 어떤 것인가 하는 문제이다. 따라서 연방헌법재판소 결정의 기속력(Bindungswirkung)에 관한 문제라고 할 수 있다. 연방헌법재판소법 제31조 제1항에 따르면 일정한 법률을 위헌·무효라고 선언한 재판소의 결정은 모든 헌법기관을 기속하고, 아울러 동법 동조 제2항에 따라 ‘법률적 효력(Gesetzeskraft)’을 가진다. 즉 이러한 결정은 누구에게나 효력을 미친다. 그런데 이러한 기속력과 법률적 효력이라고 하는 것은 지금 논의되는 사안의 경우에서는 어떤 의미를 가지는가? 이러한 기속력은 입법자에게도 미치는가? 독일에서 이러한 문제는 이른바 ‘반복법률(Wiederholungs-Gesetze)’, 내지 ‘반복입법금지(Normwiederholungsverbot)’의 문제로 다루어지고 있다.<sup>814)</sup>

---

813) 우리의 경우에도 앞서 소개한 안마사자격과 관련한 의료법 개정과 관련하여 일각에서는 국회가 현재의 위헌결정 취지를 사실상 무력화시키는 법안을 만드는 것은 문제라는 지적이 제기되고 있다. 한 변호사는 “개정 의료법에 대한 현재의 판단이 이뤄질 경우 지난번의 위헌결정과 같은 취지의 판단이 내려질 가능성이 높다”고 지적했다(동아일보, 2006. 8. 25, A12면).

814) Vgl. Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl., 2001, Rdnr. 1336ff.; Bauer, Die produktübergreifende Bindung des Bundesgesetzgebers an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 2003, S. 26ff., 44ff.; Koriath, Die Bindungswirkung normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber, Der Staat 30(1991), S. 554; Badura, Archiv für katholisches Kirchenrecht 64(1995), S. 31; Detterbeck, Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im öffentlichen Recht, 1995, S. 469f.; Schlaich/Koriath, aaO, Rdnr. 483f.

## 2. 학설과 판례의 입장

이러한 위헌결정의 기속력의 범위 및 반복입법의 허용여부에 관한 학설과 판례의 입장을 대체로 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다.

### 가. 기속설

헌법재판소 위헌결정의 기속력이 의회의 입법권에도 미친다는 입장이다. 이에 따라 의회에 미치는 위헌결정의 기속력의 내용은 위헌결정된 법률조항의 반복입법금지를 의미한다.<sup>815)</sup> 즉 입법자가 위헌결정된 법률이나 법률조항과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 입법을 할 경우 이는 위헌결정의 기속력을 위반하는 것으로서 금지되고, 결과적으로 중대하고 명백한 하자를 가지는 것으로서 무효가 된다고 보는 입장이다.

초기 독일 연방헌법재판소 제2원(Das Zweite Senat)의 입장이 그 예이다. 연방헌법재판소 제2원은 1951. 10. 23. 독일 남서부지방 일부 주들의 영역조정에 관한 법률과 관련한 기관쟁의소송에서 문제된 법률을 위헌이라고 선언하면서, “... 이러한 위헌결정은 연방헌법재판소법 제31조 제2항에 따라 법률적 효력(Gesetzeskraft)을 가질 뿐만 아니라, 이는 주요한 결정이유와 함께 동법 동조 제1항에 따라 모든 헌법기관을 기속하기 때문에 위헌결정된 법률과 동일한 내용의 법률이 의회에서 제정될 수 없다...”고 판시했다.<sup>816)</sup>

이러한 연방헌법재판소 제2원의 결정에 따르면 위헌결정은 입법자를 기

815) Vgl. Detterbeck, Normwiederholungsverbote aufgrund normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts?, AöR 116(1991), 391ff.; Kube, Die Bindungswirkung der Normverwerfung, DÖV 2002, 737ff.; Maunz, in: Maunz/u.a. BVerfGG, §31, Rdnr. 24; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, §20, Rdnr, 85.

816) BVerfGE 1, 14(37).

속하며, 따라서 향후 위헌결정된 법률 내지 법률조항과 동일한 또는 유사한 법률 내지 법률조항의 제정, 즉 반복법률의 제정은 금지된다는 것이고, 결국 위헌결정의 기속력은 입법자에게도 미치며, 그 미치는 효력의 내용에는 결정주문뿐 아니라 그 주요한 결정이유(tragende Entscheidungsgründe)도 해당된다는 것이다.

한편 이러한 반복입법금지의 원칙은 연방헌법재판소 제2원의 1985. 1. 15. 지방자치단체인 Straßkirchen이 제기한 헌법소원사건 결정에서도 확인되고 있다.<sup>817)</sup>

#### 나. 비기속설

헌법재판소 위헌결정의 기속력이 의회의 입법권을 기속하지 못한다는 입장이다. 따라서 입법자가 위헌결정된 법률이나 법률조항과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 입법을 할 수 있고, 이 경우 만일 이러한 반복입법에 대하여 헌법소송이 제기되면 헌법재판소는 새롭게 본안판단을 해야 한다는 것이다.<sup>818)</sup>

이에 따르면 입법권은 행정권이나 사법권과는 달리 헌법질서에만 기속되며 헌법보다 하위에 있는 법률에는 기속되지 않기 때문에 새로운 법률의 제정에 동위의 법률인 - 위헌결정의 기속력에 관한 - 연방헌법재판소법 제31조 제1항의 적용은 배제된다. 변동하는 사회적 요청과 변화하는 질서에 법질서를 적절하게 적용시켜야 하는 것은 민주적 정당성을 지니고 있는

---

817) BVerfGE 69, 112(115).

818) Vgl. Rennert, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, 1992, §31 Rdnr. 67; Gerber, Die Rechtssetzungsdirektiven des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1989, S. 704ff.; Stricker, Subjektive und objektive Grenzen der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen gemäß §31 Abs. 1 BVerfGG, DÖV 1995, 978ff.; Battis, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, VII, 1992, §165 Rdnr. 60; H. H. Klein, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsstruktur, in: Festschrift für F. Klein, 1994, S. 518; Ziekow, Abweichung von bindenden Verfassungsgerichtsentscheidungen?, NVwZ 1995, S. 248; Schlaich/Korioth, aaO, Rdnr. 484.

입법자에게 부여된 특별한 책임이며, 이를 수행하는 것이 입법자에게 주어진 입법형성의 책임을 다하는 것이다. 그런데 입법자가 위헌결정에 기속당하면 이러한 책임을 수행할 수 없다. 헌법재판소가 당해 결정을 스스로 취소·변경할 수 없는 점을 고려하면 입법자에 의하여 헌법재판소의 오류를 바로 잡거나 판례를 수정할 기회가 만들어져야 하고, 입법자의 이러한 행위는 법발전의 고착화를 방지한다.

독일 연방헌법재판소 제1원(Das Erste Senat)의 입장<sup>819</sup>이 그것이다. 연방헌법재판소 제1원은 1987. 10. 6. 노동축진법 제12a조에 대한 헌법소원심판사건에서 위헌결정의 기속력은 입법자에게 미치지 아니하고, 따라서 입법자는 이미 위헌결정된 법률과 동일하거나 유사한 내용의 법률을 제정할 수 있다고 판시했다. 즉 “... 연방헌법재판소법 제31조와 헌법재판소의 위헌결정의 법률적 효력은 입법자가 위헌결정된 법률 내지 법률조항과 내용이 동일하거나 유사한 새로운 법률 내지 법률조항을 제정하는 것을 금지하지 않는다. 그리고 이는 입법권이 집행권이나 사법권과는 달리 오직 헌법적 규범질서에만 기속되며 법률적 규범질서에는 기속되지 않는다는 사실로부터 도출된다. 이러한 연방헌법재판소법 제31조에 따른 위헌결정의 기속력이 연방헌법재판소 자체에 대하여는 미치지 못하듯이(vgl. BVerfGE 4, 31[38]; 20, 56[86f.]; st. Rspr.), 그러한 연방헌법재판소법 제31조라는 법률을 통해 비로소 인정되는 기속력은, 만일 입법자가 일정한 위헌결정된 법률 내지 법률조항과 내용이 동일하거나 유사한 새로운 법률 내지 법률조항의 제정이 불가피하다고 판단한다면, 입법자가 그러한 반복법률을 제정함으로써 입법자의 입법형성의 자유와 책임을 다하는 것을 방해하지 못한다(vgl. auch aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes JöR N.F. Bd.1[1951], S. 686). 이러한 판단은 법질서를 변화하는 사회적 요구와 변화된 질서에 적합시켜야 하는 민주적 정당성을 가진 입법자의 특별한 책임에 부합된다. 동시에 이는 헌법재판소에 의한 권리보호의 기능적·제도적 한계, 즉 헌법재판소가 입법행위를 헌법 자체를 기준으로 재단하는 것이지

819) BVerfGE 77, 84(103ff.).

헌법재판소의 선판례(Präjudizieren)에 따라 재단하는 것은 아니며, 또한 헌법재판소는 자신의 판례를 스스로 능동적으로 수정·변경할 수 없다는 사정을 고려한 것이다; 이는 헌법에 대한 법적 기속력있는 해석과 효과적인 권리보호를 위한 연방헌법재판소의 과제와 권한을 침해하지 아니하면서 범치국가적·사회국가적 민주주의와 부합될 수 없는 법발전의 고착화를 방지한다...”라고 판시함으로써 위헌결정의 기속력이 미치는 범위의 한계와 반복입법의 허용을 분명히 하고 있다.

#### 다. 제한적 기속설

이는 입법자에게도 원칙적으로 위헌결정의 기속력이 미치나, 정당한 특별한 사유가 있는 경우에는 기속력이 미치지 않는다는 입장이다. 즉 의회도 원칙적으로 위헌결정의 기속력을 존중하여야 하고, 따라서 위헌결정된 법률조항의 반복입법은 금지되나, 의회는 다른 국가기관과는 달리 넓은 입법형성권을 가지기 때문에 정당한 특별한 사유가 있는 경우 위헌결정된 법률조항과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 입법을 다시 할 수 있다고 보는 견해이다.<sup>820)</sup>

이는 독일 연방헌법재판소의 최근 판례의 입장이다. 즉 1997년 제1원은 연방헌법재판소의 위헌결정의 의회에 대한 기속력을 제한적으로 인정해서 의회는 특별한 정당한 사유가 있는 경우에만 위헌결정된 법률조항과 동일한 내용의 입법을 반복하는 것이 허용된다고 판시했다. 즉 “... 비록 입법자는 위헌결정된 법률조항과 내용상 동일한 규정을 제정할 수 있지만, 연방헌법재판소의 위헌결정취지를 무시해서는 안된다. 반복입법은 연방헌법재판소의 헌법적 판단의 토대를 이루는 사실적 또는 법적인 관계나 위헌판단의 기초가 되는 견해의 근본적 변화에 기인하는 특별한 정당화 사유를 요구한다. 만일 그러한 사유가 존재하지 않는다면 연방헌법재판소는 이미 판단한 헌법적 문제를 다시 새롭게 규명할 필요가 없다.”라고 판시하면서

---

820) Benda/Klein, aaO, Rdnr. 1345.

연방헌법재판소 제1원이 1992년에 헌법불합치결정<sup>821)</sup>한 법률조항을 다시 입법한 것은 특별한 정당한 사유를 인정할 수 없기 때문에 이에 대해 다시 헌법불합치결정한다고 판시했다.<sup>822)</sup> 아울러 1년후에도 제1원은 “... 연방헌법재판소 결정의 기속력이 반복입법을 절대적으로 금지하는 것은 아니다. ... ”라고 판시<sup>823)</sup>함으로써 기속력이 원칙적으로 입법자에게 미치나 특별한 사유가 있을 경우에는 반복입법이 허용될 수 있다는 같은 입장을 취했다.<sup>824)</sup>

#### 라. 소결(기관상호존중설)

먼저 기속설에는 동의할 수 없다. 왜냐하면 기속설이 논거로 들고 있는 연방헌법재판소법 제31조 제2항에서 말하는 법률적 효력은 위헌결정의 일반적 효력, 즉 대세효를 의미하는 것으로 이로써 법률의 효력이 상실된다는 것을 의미하는 것이지<sup>825)</sup> 상실된 법률과 동일한 또는 유사한 법률의 제정을 금지하는 것과는 전혀 별개의 것이고, 주요한 결정이유와 함께 연방헌법재판소법 제31조 제1항에 따라 모든 헌법기관을 기속한다는 것도 입법자를 기속한다는 의미라고 볼 수 없으며, 또한 입법자는 현재의 결정과 입법자 자신이 제정한 연방헌법재판소법 제31조에 기속되는 것이 아니라 헌법에만 기속되기 때문이다.<sup>826)</sup> 헌법재판소의 결정에 입법자를 기속하는 이러한 헌법적 차원의 효력이 주어지는 것은 아니며, 헌법에 대한 독점적 해석권이 헌법재판소에게 부여되어 있는 것도 아니다. 입법자는 법률을 통해 헌법을 구체화시키는 헌법의 일차적 해석자<sup>827)</sup>로서 원칙적으로 반복입법의

821) BVerfGE 85, 226(234ff.). 이 사건에서 연방헌법재판소는 헤센주의 특별휴가법(Sonderurlaubsgesetz)이 기본법 제12조에 합치되지 않는다고 판시했다.

822) BVerfGE 96, 260(263).

823) BVerfGE 98, 265(320f.).

824) Vgl. auch BVerfGE 102, 127(141f.).

825) Vgl. Schlaich/Korioth, aaO, Rdnr. 495ff.

826) Schlaich/Korioth, aaO, Rdnr. 484.

자유를 가지는 것이다.

결국 위헌결정의 기속력이 입법자에게 미친다고 볼 수 없다. 헌법재판소의 모든 결정의 기속력은 그 구체적인 해당 소송대상, 즉 위헌·무효로 선언된 바로 그 법률에 대해서만 미치며, 그 사안에서만 현재 자신과 입법자를 기속한다. 그러나 만일 하나의 또 다른 새로운 법률이 제정된다면 이는 비록 그 내용이 전체적으로 또는 부분적으로 이전의 원래의 법률과 동일하다 하더라도 더 이상 그 이전의 소송대상이었던 법률과 동일시되어질 수는 없다. 따라서 이전의 현재결정은 더 이상 이에 대하여 기속력을 미칠 수 없다. 그 결정내용의 주된 논거 역시 더 이상 기속력을 가지지 못한다. 만일 그렇지 않다면 재판소는 도대체 자신의 판례를 재검토하고 보다 나은 법적 이해와 통찰력을 가지고 이를 수정할 수 있는 기회를 가질 수 없을 것이다. 이러한 입장을 취할 때에만 법 발전의 고착화 내지 퇴행을 방지할 수 있을 것이다. 현재의 판단이 더 이상의 발전과 변화가 있을 수 없는 최후의 판단일 수는 없다는 것이다. 이처럼 위헌결정의 기속력이 입법자에게 미치지 않는다는 점에서 위헌결정의 기속력이 제한적이지만 원칙적으로 입법자에게 미친다고 보는 제한적 기속설도 타당하다고 보기 어렵다.

그러나 다른 한편 위헌결정의 기속력이 입법자에게 미치지 않는다고 보는 견해는 이른바 ‘기관상호간 존중(Organentreue)의 원칙’에 의하여 보완되어야 할 것이다.<sup>828)</sup> 이 원칙은 모든 국가기관 내지 헌법기관은 그 기능과 활동에 있어서 상호 협력해야 하며, 어떠한 국가기관도 다른 국가기관을 경시해서는 안되고 상호 존중할 것을 요구한다.<sup>829)</sup> 이 원칙을 이 사안에

827) Vgl. Kirchhof, Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bogs(Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, 1999, S. 74.

828) Lerche, aaO, S. 185; Schlaich/Koriath, aaO, Rdnr. 484.

829) 이러한 독일에서 ‘기관상호간 존중(Organentreue)의 원칙’이라고 명명될 수 있는 일반화된 헌법개념이 헌법재판권과 입법권과의 관계를 조화롭게 정립하는 유용한 도구로 기능할 수 있다고 본다. 물론 이는 다소 막연한 개념으로서 그 적용한계가 불명확하다. 그럼에도 불구하고 이는 - ‘남용(Mißbrauch)’이라는 일반화된, 그러나 역시 다소 애매한 법적 개념의 경우처럼 - 유용한 개념으로서, 그렇지 않을 경우 나타날 수 있는 입법자의 지나치게 과도한 권력을 통제하는데 기여할 수 있을 것이다.

적용하면 입법자는 원칙적으로 반복입법을 할 수는 있으나, 이는 어디까지나 또 다른 국가기관이자 최후의 헌법해석기관인 현재의 결정취지와 권위를 존중하는 한도에서만 허용될 수 있다고 하겠다.<sup>830)</sup> 위헌결정의 기속력이 입법자에게 미치지 않고 반복입법이 허용된다는 것이 입법자의 자의를 허용한다는 것을 의미하는 것은 아니기 때문이다.<sup>831)</sup> 다시 말해 현재의 위헌결정의 기속력이 입법자에게 미치지 않기 때문에 원칙적으로 입법자는 현재의 위헌결정을 받은 법률조항과 동일하거나 유사한 내용의 법률조항을 또 다시 제정할 수는 있으나 이 경우 입법자는 무제한으로 반복입법을 할 수는 없고, 그러한 반복입법을 정당화시키는 특별한 사유가 존재할 때에만 행할 수 있다는 것이며, 그럴 경우에만 현재의 결정취지와 최후의 헌법수호기관으로서의 현재의 권위가 존중되고, 입법권의 자의와 남용이 억제되며, 결국 권력분립의 정신과 법적 안정성 및 법적·정치적 평화가 유지되고 사회적 통합이 실현될 수 있기 때문이다. 이 글에서 이러한 입장을 ‘기관상호존중설’이라고 명명하기로 한다.

이러한 기관상호간 존중의 원칙은 헌법상의 권력분립의 원칙에서 도출될 수 있다고 본다. 왜냐하면 만일 이러한 원칙이 요구되지 않는다면 국가기관은 다른 국가기관의 합헌적인 행위에 대하여 배치되는 행위를 할 수 있고, 그럴 경우 헌법질서와 법적 안정성 및 법적·정치적 평화가 파괴되며, 결국 이는 권력분립의 원칙의 파괴와 이러한 헌법적 원칙과 가치의 최후수호기능을 가지는 현재의 기능과 권위를 무력화시키는 것이 되기 때문이다.

한편 위헌결정의 기속력이 입법자에게 미치지 않는다는 점에서는 기관상호존중설이 비기속설과 차이가 없지만, 전자의 경우 반복입법에 있어서 기

Vgl. Lerche, aaO, S. 185; Voßkuhle, Der Grundsatz der Verfassungsorganentreue und die Kritik am BVerfG, NJW 1997, S. 2216ff.

830) Vgl. Voßkuhle, aaO, S. 2216; Simon, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, §34, Rdnr. 30.

831) Vgl. Koriath, aaO, S. 549ff.; Schulze-Fielitz, Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, in: Badura/Dreier(Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd., I, 2001., S. 392f.; Voßkuhle, aaO, S. 2218; Bauer, aaO, S. 113ff., 291ff.



관상호존중의 원칙에서 오는 일정한 제한을 받는다는 점에서 구별된다고 하겠다. 바로 이러한 점에서 비기속설에도 동의하기 어렵다고 하겠다.

끝으로 기관상호존중설은 입법자에게 기속력이 미치는지의 여부와 관련해서는 제한적 기속설과 구별이 되지만, 특별한 사유가 존재할 경우에만 반복입법이 정당화되어지고 그렇지 않을 경우에는 반복입법이 정당화될 수 없다는 점에서는 결과적으로 제한적 기속설과 동일하다고 하겠다.

결론적으로 입법자는 형식적으로는 헌법재판소의 선행결정에 기속되지는 않는다. 그러나 특별한 정당화 사유가 존재할 때에만 반복입법을 할 수 있으며, 이 경우 이러한 입법자의 태도는 기관상호간 존중의 원칙을 준수한 것으로 보아야 할 것이다.<sup>832)</sup>

### Ⅲ. 반복법률에 대한 우리 헌법재판소의 판례 - 기탁금에 대한 현재의 결정들과 관련하여

독일의 경우와는 달리 우리의 경우 위헌결정의 기속력의 범위 및 반복입법의 허용여부를 직접적·명시적으로 다룬 판례는 없다. 다만 이미 위헌결정된 법률조항과 동일한 내용의 법률조항을 국회가 제정하고 이에 대하여 헌법재판소가 다시 위헌결정을 내린 후 다시 국회가 유사한 내용의 입법을 한 후 이에 대하여 헌법재판소가 합헌결정을 내린 경우가 있다. 이 경우는 국회의 반복법률조항에 대하여 처음에는 위헌결정을 내렸지만 두번째에는 유사한 반복법률조항에 대하여 합헌결정을 내림으로써 결과적으로는 국회의 반복입법행위를 허용하고 따라서 위헌결정의 기속력이 입법자에게는 미치지 않는다는 입장을 취한 판례라고 여겨진다. 이를 살펴보면 다음과 같다.

1. 1989.9.8, 88헌가6 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심

---

832) Lerche, aaO, S. 185.

## 판

이 사건에서 현재는 국회의원선거법상의 기탁금액수가 너무 과도하여 헌법에 합치되지 아니한다고 판시했다. 즉 구 국회의원선거법(1988년 3월 17일 법률 제4003호 전문개정) 제33조 제1항은 “지역구후보자등록을 신청하는 자는 등록신청서에 2,000만 원을 대통령령이 정하는 바에 따라 관할지역구선거관리위원회에 기탁하여야 한다. 다만, 정당의 추천을 받아 지역구후보자등록을 신청하는 자는 1,000만 원을 기탁하여야 한다.”라고 규정하고 있었는데, 이에 대하여 현재는 기탁금제도는 입후보의 난립과 과열선거를 방지한다는 점에서 그 제도적 타당성은 인정되나, 각각 1,000만 원과 2,000만 원의 기탁금액이 우리나라 국민 일반의 소득수준, 임금수준, 저축수준과 비교하여 볼 때 지나치게 과다한 금액이어서 그 액수가 평균적인 일반국민의 경제력으로는 손쉽게 조달할 수 없는 액수임이 명백하여 대다수 국민들에게 입후보의 기회를 사실상 봉쇄하게 되어 국민주권주의와 자유민주주의의 기본원칙과 관련하여 헌법 제11조의 평등보호원칙, 제24조 참정권, 제25조의 공무담임권을 침해할 뿐만 아니라 제41조의 선거원칙에 반한다고 판시한 것이다. 다만 법적 공백과 혼란을 방지하는 등 다양한 이유에서 이 법률조항을 1991년 5월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속하도록 하는 헌법불합치결정을 내렸다.

한편 현재는 기탁금액수가 과도하다는 판단의 기준으로 각종의 경제와 재정에 관한 통계지표 및 외국의 입법례를 제시했다.<sup>833)</sup>

833) “금년도 정부의 통계자료에 의하면 근로자 평균임금 수준이 월평균 446,370원, 1년 총액 평균임금은 5,356,440원이고, 대학졸업자중 공무원인 경우 행정고시에 합격하여 사무관으로 채용되는 5급 1호봉에 해당하는 것을 기준으로 보더라도 월 526,966원, 연 6,233,600원이고, 대기업의 경우 초임이, 삼성그룹이 월 703,000원(연 8,436,000원), 현대그룹이 월 592,708원(연 7,112,500원), 럭키금성이 월 643,000원(연 7,716,000원), 대우그룹이 월 633,600원(연 7,603,200원)이며, 이들의 임금은 우리나라에서 가장 높은 수준의 임금으로 대부분은 이들보다 낮다. 여기에서 생계비를 제하지 않고 그 전부를 저축한다 하더라도 기탁금 2,000만원(정당의 경우 1,000만원)을 마련하는 것은 매우 어려운 일이므로 20대 젊은 계층이 국회의원에 입후보한다는 것은 위 기탁금으로 인하여 사실상 불가능한 제한적 효과를 가져옴이 명백

## 2. 2001. 7. 19, 2000헌마91 공직선거및선거부정방지법 제56조 등 위헌확인

그러나 이러한 현재의 헌법불합치결정 이후에도 1991. 12. 31. 법률 제 4462호로 개정된 국회의원선거법은 정당추천후보자와 무소속후보자의 기탁금을 모두 1,000만 원으로 동일하게 정함으로써 국회의원선거 후보자의 기탁금은 여전히 1,000만 원이었으며, 1994년에 통합 제정된 공직선거및선거부정방지법 제56조 제1항 제2호는 오히려 국회의원선거 후보자의 기탁금을 2,000만 원으로 상향조정하였다.<sup>834)</sup> 이들은 전형적인 반복입법에 해당한다고 볼 수 있다. 왜냐하면 88헌가6 사건에서 현재는 1,000만 원의 기탁금액수가 - 무소속후보자나 정당추천후보자나 여부에 관계없이 - 너무 과도하여 헌법에 반한다고 판시했는데, 그 이후에 입법자는 이러한 현재의 결정취지에 반하여 다시 기탁금액수를 1,000만 원으로 - 물론 무소속후보자와 정당추천후보자 간의 기탁금액수의 차등문제를 해소하긴 했지만 - 고수했고, 더욱이 이후 다시 기탁금액수를 2,000만 원으로 상향조정했기 때문이다.<sup>835)</sup>

---

하다. 뿐만 아니라 1989. 5.말 현재 기준으로 우리나라 국민의 총 저축액 129조 5,209억원을 국민 1인당 평균저축액으로 나누어 보면 국민 1인당 저축액은 3,061,091원이며, 이를 경제활동인구로 나누어 그 평균저축액을 보면 경제활동을 하는 국민 1인당 평균저축액이 6,939,417원이다. 이와 같은 일반국민의 저축수준을 가지고 대비해 보아도 국선법 제33조의 기탁금액은 평균적인 국민일반에게는 국회의원 입후보의 기회를 사실상 봉쇄하는 지나치게 과도한 액수임이 명백하다. ... 이는 미국 연방대법원에서 의원 1년 봉급의 2%에 해당하는 1,000불의 기탁금을 요구한 선거법도 다액이라 이를 구할 수 없는 유능한 후보자의 출마기회와 자유를 제한할 수 있다고 하여 위헌판결을 한 것과 대조하면 그 부당성은 더욱 명백하다 할 것이다.”

834) 국회의원선거에 있어 기탁금관련조항의 개정경위에 대하여는 현재결 2003. 8. 21. 2001헌마691 결정문 참조.

835) 위에서 소개한 88헌가6 사건에서 현재는 정당추천후보자와 무소속후보자간에 각각 1000만원과 2000만원이라는 기탁금액수의 차등을 이유로 당해 법률조항이 평등선거의 원칙 등 헌법에 합치되지 아니한다고 판시했지만, 이와는 달리 기탁금액수 자체의 과도함으로 인하여 보통선거의 원칙 등 헌법에 합치되지 아니한다는 판시사항에 있어서는 정당추천후보자와 무소속후보자간에 각각 1000만원과 2000만원이라는 기탁금액수의 차등문제에 대한 언급없이 모두가 헌법에 위반한다고 하였고, 더욱이 “... 기탁금 2,000만원(정당의 경우 1,000만원)을 마련하는 것은 매우 어려

이에 대하여 현재는 2000헌마91 사건에서 “공선법 제56조 제1항 제2호 (2001. 1. 26. 법률 제6388호로 개정된 것)는 국회의원 후보자등록을 신청하는 후보자로 하여금 2,000만 원을 기탁금으로 납부하도록 하고 있는데, 이 금액은 평균적인 일반국민의 경제력으로는 피선거권 행사를 위하여 손쉽게 조달할 수 있는 금액이라고 할 수 없으며, 이와 같이 과도한 기탁금은 기탁금을 마련할 자력이 없으면 아무리 훌륭한 자질을 지니고 있다 할지라도 국회의원 입후보를 사실상 봉쇄당하게 하며, 그로 말미암아 서민층과 젊은 세대를 대표할 자가 국민의 대표기관인 국회에 진출하지 못하게 하는 반면, 재력이 풍부하여 그 정도의 돈을 쉽게 조달·활용할 수 있는 사람들에게는 아무런 입후보 난립방지의 효과를 갖지 못하여 결국 후보자의 난립 방지라는 목적을 공평하고 적절히 달성하지도 못하면서, 진실된 입후보의 의사를 가진 많은 국민들로 하여금 입후보 등록을 포기하지 않을 수 없게 하고 있으므로 이들의 평등권과 피선거권, 이들을 뽑으려는 유권자들의 선택의 자유를 침해하는 것이다.”라고 판시하면서 동법률조항에 대하여 위헌 결정을 내렸다.

이 사건에서 현재는 위헌결정의 근거로 “우리나라의 2000년도 전산업실질임금은 월 1,422,000원이고, 소비자물가지수는 1995년을 100으로 하였을 때 1989년은 68.2, 2000년은 121.5이다.”라는 경제지표를 제시함으로써 1,000만 원의 기탁금에 대하여 헌법불합치결정을 내렸을 때와 상황이 달라진 것이 없다는 견해를 간접적으로 피력하였다. 이는 반복입법을 정당화시키는 특별한 사유가 존재하지 않아 또 다시 위헌결정을 내린다는 논리에 바탕을 둔 것으로 이해될 수 있어 결과적으로는 일종의 제한적 기속설이나 기관상호존중설에 해당되는 것이라고도 볼 수 있을 것이다.

### 3. 2003. 8. 21, 2001헌마687, 691(병합) 공직선거및선거부정

---

운 일이므로 20대 젊은 계층이 국회의원에 입후보한다는 것은 위 기탁금으로 인하여 사실상 불가능한 제한적 효과를 가져옴이 명백하다.”고 판시함으로써 정당추천 후보자와 무소속후보자간의 구별없이 양자의 기탁금액수가 모두, 즉 1000만원의 기탁금액수도 과도하여 헌법에 반한다는 점을 분명히 하고 있다.

## 방지법 제56조 제1항 제2호 등 위헌확인

이러한 현재의 위헌결정에 따라 입법자는 2001. 10. 8. 법률 제6518호로 국회의원선거 후보자의 기탁금을 2,000만 원에서 1,500만 원으로 개정하였다. 이에 대하여 1,500만 원의 기탁금도 과도한 액수라고 주장하여 제기된 이 헌법소원사건에서 현재는 심판청구를 기각했다.

1,500만 원의 기탁금이 합헌이라는 논거로서 현재는 다음과 같은 경제여건과 선거풍토의 변화를 제시했다: “우리재판소가 국회의원선거에서 기탁금 1,000만 원(정당추천후보자)에 대하여 헌법불합치결정을 선고한 1989. 9. 우리나라의 산업별 상용종업원의 월평균 임금은 540,611원이었고, 임금이 비교적 높은 금융·보험업의 경우에도 737,546원에 불과하였으나, 2,000만 원의 기탁금에 대하여 위헌결정을 선고한 2001. 7.에는 평균임금이 1,802,909원, 금융·보험업의 경우 2,830,382원으로 인상되었다. 그리고 2003. 1.의 경우에는 평균임금이 2,511,545원이고, 금융·보험업의 경우에는 4,682,667원에까지 이르게 되었다. 이러한 월평균임금의 추이과정에서 볼 때, 현재 1,500만 원의 기탁금은 다른 재산이 전혀 없는 통상적인 평균임금을 수령하는 도시근로자가 그 임금을 6개월 정도 저축하면, 어렵지 않게 모을 수 있는 정도이고, 금융·보험업에 종사하는 근로자의 경우에는 불과 3개월 정도 임금을 저축하면, 마련할 수 있는 정도의 금액에 해당하는 것으로 나타나고 있다. 물론 1,500만 원이란 금액을 일률적으로 적용하여 입후보자들에게 미치는 영향을 평가하는 것은 불가능하고, 또한 개별적·구체적인 상황에서는 당선가능성이 충분히 있으면서도 기탁금을 마련할 방법이 없어 입후보를 포기하게 되는 안타까운 상황도 발생할 수 있기는 하지만, 우리의 선거문화와 정치풍토에서 후보자난립의 방지와 선거의 신뢰성을 확보하는 것은 입법자가 추구하여야 할 중대한 공익이라 할 것이고, 이를 위하여 아무리 노력하여도 기탁금을 마련할 수 없거나 기탁금 때문에 입후보를 포기하는 자가 일부 있을 수 있다고 하여도 이를 두고 공무담임권의 본질적 내용을 침해하였다거나 경제력의 차이를 이유로 입후보자들을 합리적 이유도 없이 차별

하는 것이라 할 수는 없는 것이다. 실제로도 기탁금이 2,000만 원이었던 제 16대 국회의원선거에서 한 선거구당 후보자수가 평균 4.3명이었는데 반하여, 1,500만 원으로 기탁금이 인화된 2001년 동대문(을)선거구 등 국회의원 재·보궐선거에서는 후보자수가 평균 5명으로 늘어난 것으로 나타나고 있는데, 5명 정도의 후보자수를 선거의 신뢰성과 후보자의 진지성 및 성실성을 담보할 수 있는 적절한 수준이라고 단언할 수도 없겠지만, 우리의 정당구조나 정치문화, 선거풍토를 감안하면, 이 정도의 기탁금수준으로 인하여 입후보희망자의 공무담임권 등이 헌법이 용인하기 어려울 정도로 침해된 것도 아니라고 볼 것이다. 그렇다면 기탁금조항이 정한 1,500만 원이라는 기탁금은 입법자가 기탁금을 통하여 추구하려는 공익목적과 국민의 공무담임권 및 참정권의 보호, 그리고 우리의 선거풍토와 경제적 여건 등을 고려하여 그 입법형성권의 범위와 한계 내에서 설정한 것으로 청구인들의 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 할 수 없으므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”

앞서 2000헌마91 사건에서 위헌결정을 받은 기탁금액수가 2,000만 원이었고 이후에 입법자가 1,500만 원으로 하향조정하였기 때문에 외관상 이를 반복입법이라고 보기 어렵고, 따라서 이 현재의 판례가 반복입법에 대하여 판단한 것으로 보기는 어렵고 할 수도 있다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 본래 1,000만 원의 기탁금도 과도하다고 하여 헌법불합치결정을 내린 전례에 비추어보면 기탁금을 1,500만 원으로 개정한 행위도 본질에 있어서는 사실상 현재의 결정취지에 반하는 반복입법이라고 할 수 있고, 따라서 이 사건 역시 위에서 소개한 이전의 판례와 마찬가지로 반복입법에 대한 판례라고 할 수 있을 것이다.

그런데 이 사건에서 현재가 1,500만 원의 기탁금이 과거와는 달리 합헌이라고 판시하면서 그 논거로서 다양한 경제여건과 선거풍토의 변화를 제시했다는 점에서 2000헌마91 사건에서와 마찬가지로 이 판례 역시 반복입법에 대한 위헌여부의 판단기준으로 그 반복입법을 정당화시키는 특별한 사유의 존재여부를 제시하는 논리에 바탕을 둔 것으로 결과적으로 일종의

제한적 기속설이나 기관상호존중설에 따른 것이라고도 볼 수 있을 것이다.

#### 4. 소결

지금까지 살펴본 바와 같이 비록 헌재가 1,000만 원의 기탁금이 너무 과도하여 위헌으로 결정했어도 이것이 입법자를 기속하는 것은 아니므로 입법자는 다시 1,000만 원으로 입법 내지 개정할 수 있고, 또 실제로 그러한 개정을 했으며, 그 후 오히려 2,000만 원으로 상향조정했다. 다만 이에 대한 특별한 사정변경 등의 정당화 사유가 있어야 하는데 당시 이러한 사유를 발견할 수 없었으므로 이는 결국 헌재의 위헌결정의 취지에 반하는 것으로 결과적으로 헌재를 무시하고 기관상호존중의 원칙에 위배되는 반복입법이 된 것이다. 따라서 헌재가 그에 대하여 다시 위헌결정을 내린 것은 타당했다고 하겠다.

그리고 이후 입법자가 다시 기탁금을 1,500만 원으로 개정했는데, 이 역시 법리적으로 입법자가 그러한 개정을 할 수 있고 비록 외관상 헌재의 결정취지를 무시하는 것처럼 보이는 반복입법이라고 하더라도 나름대로의 정당화사유가 있다면 - 예컨대 그동안의 경제사정의 변화, 선거풍토의 변화, 선거후보자의 난립 등으로 인한 기탁금액수의 유지 내지 상향조정의 필요성 - 이는 헌재의 결정을 무시하고 기관존중의 원칙을 위반한 것이 아니라 나름대로의 정당한 입법이라고 볼 수 있으며, 이에 대하여 이의가 있다면 2001헌마687, 691(병합) 사건에서도 보듯이 또 다시 헌재에 위헌심판을 제기하면 되고, 헌재는 그러한 달라진 제반사정을 고려하여 다시 위헌여부를 판단하면 되는 것이다. 따라서 위헌결정의 효력 내지 기속력은 바로 당해 사건 내지 당해 법률에만 미치는 것이고 추후의 입법자에게 미치는 것은 아니며 비록 내용상 반복법률이라도 이는 법리상 새로운 법률이고 이에 대하여는 또 다시 위헌여부를 심사해야 할 것이며, 따라서 이 반복법률에 대하여 위헌결정의 기속력이 미치는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 만일

그렇지 않다면 이 기탁금 사안에서 보듯이 이는 위헌결정이 내려진 배경과 상황의 변화, 법리와 헌법의 발전을 봉쇄하는 것이며, 아울러 판례의 변경과 발전가능성을 막고, 결국 헌법을 경직화해서 살아있는 헌법으로서의 헌법의 개방성과 역사성과 미래지향성과 유연성을 저해할 것이다.

#### IV. 안마사자격에 관한 의료법 개정안의 경우

##### 1. 의료법 개정안은 반복입법인가?

우리의 경우 국회의 반복입법행위에 해당되는 것으로서 위에서 언급한 안마사자격과 관련하여 최근에 개정된 의료법조항을 들 수 있다.

본래 의료법 제61조 제4항은 “안마사의 자격인정, 그 업무한계 및 안마시술소 또는 안마원의 시설기준 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.”라고 규정하고 있고, 위 헌재의 결정의 심판대상인 안마사에관한규칙(2000. 6. 16. 보건복지부령 제153호로 개정된 것) 제3조 제1항은 “안마사의 자격인정을 받을 수 있는 자는 다음 각호의 1에 해당하는 자로 한다.

1. 초·중등교육법 제2조 제5호의 규정에 의한 특수학교 중 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 제2조의 규정에 의한 물리적 시술에 관한 교육 과정을 마친 앞을 보지 못하는 사람

2. 중학교 과정 이상의 교육을 받고 보건복지부장관이 지정하는 안마수련기관에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 앞을 보지 못하는 사람”이라고 규정하여 오로지 시각장애인에게만 안마사의 자격을 부여할 수 있도록 하였다. 그런데 앞서도 언급했듯이 이러한 이른바 비맹제외기준(非盲除外基準)이 시각장애인이 아닌 청구인의 직업선택의 자유를 침해하여 위헌이라고 하는 것이 2006년 5월 25일의 헌재 결정의 핵심내용이다.

그런데 그 후 국회는 시각장애인만 안마사가 될 수 있는 현행제도를 유지시켰다. 즉 국회 보건복지위원회가 2006년 8월 24일 안마사의 자격을 일정 요건을 갖춘 시각장애인들에게만 부여하는 내용의 의료법 개정안을 의



결했고, 여야 합의로 통과된 이 개정안은 그 후 법사위를 거쳐 동년 동월 29일 국회본회의에서 1명의 반대도 없이 가결되었다.<sup>836)</sup> 개정안인 의료법 제61조 제1항은 안마사의 자격을 시각장애인 중 고등학교에 준하는 특수학교에서 안마 기술 관련 교육과정을 거쳤거나, 중졸 이상으로 보건복지부 지정 안마 수련기관에서 2년 이상 과정을 마친 사람으로 한정했다.<sup>837)</sup>

이 개정안을 제출한 의원들은 “현재는 현행 의료법이 규정하는 안마사에 관한규칙에서 ‘앞을 보지 못하는’이라는 부분이 위헌이라고 결정했으나, 비 시각 장애인의 직업선택권보다 장애인에 대한 국가의 보호의무를 중시하는 헌법정신을 더 고려해 현재의 위헌결정 취지를 존중하는 범위에서 개정안을 만들었다”고 설명했다.<sup>838)</sup> 따라서 앞서 언급한 바와 같이 보건복지부령인 안마사에관한규칙 제3조 제1항에 규정되었던 내용을 의료법 제61조 제1항에 규정했다는 점에서 입법형식의 차이는 있으나,<sup>839)</sup> 비맹제외기준이 청구인의 직업선택의 자유를 침해하여 위헌이라는 것이 현재의 위헌결정의 핵심이유라는 점에서 여전히 비맹제외기준을 고수한 의료법 개정내용은 결국 위헌결정된 조항과 본질적으로 동일한 내용을 반복입법한 것으로 현재의 위헌결정의 기속력과 관련하여 문제가 제기될 수 있는 것이다.

한편 이와 관련하여 법제사법위원회의 의료법 일부개정법률안의 체계자

836) 중앙일보, 2006. 8. 30, 6면.

837) 국회 의안과의 의안원문

([http://search.assembly.go.kr/bill/doc\\_10/17/hwp/174796\\_100.HWP](http://search.assembly.go.kr/bill/doc_10/17/hwp/174796_100.HWP))에 따르면 의료법 일부는 다음과 같이 개정된다.

“제61조 ... ① 안마사는 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 시·도지사의 자격인정을 받아야 한다.

1. 「초·중등교육법」 제2조 제5호의 규정에 따른 특수학교 중 고등학교에 준한 교육을 하는 학교에서 제4항의 규정에 의한 안마사의 업무한계에 따라 물리적 시설에 관한 교육과정을 마친 자
2. 중학교 과정 이상의 교육을 받고 보건복지부장관이 지정하는 안마수련기관에서 2년 이상의 안마수련과정을 마친 자”

838) 중앙일보, 2006. 8. 25, 12면.

839) 현재의 위헌결정의 또 다른 이유는 법률유보의 원칙에 따라 직업선택의 자유를 제한하는 내용이 법률에 규정되었어야 함에도 불구하고 부령인 안마사에관한규칙에 규정되어 있다는 것이었기 때문에 국회는 시각장애인에게만 안마사의 자격을 부여하는 내용의 입법을 법률인 의료법에 규정한 것이다. 이에 대하여는 정연주, 전개논문, 19면 이하 참조.

구검토보고서에 따르면 “... 이로써 헌법재판소의 결정에 따른 위헌이유 중 ‘법률유보의 위반’은 해소된 것으로 보이나, 여전히 비시각장애인은 안마사 자격을 취득할 수 없도록 함으로써 직업선택의 자유 제한과 관련하여 ‘과잉금지의 원칙’위반의 문제가 제기될 수 있음. 한편, 헌재재판관 7인중 5인만이 과잉금지원칙 위반을 판단하여<sup>840)</sup> 위헌결정정족수(6인)에 미달하므로 형식논리적으로 위헌결정의 기속력이 미치지 않고, 개정안이 헌법 제15조(직업선택의 자유)뿐만 아니라 제34조 제5항의 정신을 적절히 구현하고 있다는 견해가 있음. 소관위원회인 보건복지위원회는 이러한 견해에서 동 개정안(대안)을 마련한 것으로 보임.”<sup>841)</sup>이라고 하여 현재의 위헌결정이 직업선택의 자유 침해 문제와 관련하여서는 기속력이 미치지 않는다는 것을 전제로 하여 반복입법을 한 것으로 보인다.

그러나 이러한 견해에는 동의할 수 없다. 왜냐하면 위헌결정의 정족수는 문자 그대로 위헌결정을 내릴 수 있는지의 여부를 결정하는 기준으로서 이는 구체적인 위헌논거에 따른 각각의 재판관의 수가 아니라 결과적으로 위헌결정에 가담하는 전체 재판관의 수에 관한 것이고, 따라서 어떠한 논거에 의하건 심판의 대상이 된 법조항에 대하여 위헌이라고 판단하는 재판관의 수가 6인 이상이면 위헌결정을 내리게 되며, 그 위헌결정은 - 위헌결정의 기속력이 입법자에게도 미친다고 하는 기속설 또는 제한적 기속설의 입장을 취한다면 - 입법자에 대하여 기속력을 가지게 되기 때문이다. 따라서 위헌결정의 기속력은 일단 해당 법조항이 위헌결정을 받으면 그 위헌논거에 관계없이 그 효력을 미치는 것이지 위헌에 가담한 재판관 각각의 상호 다른 위헌논거에 따라 달라지는 것은 결코 아니다. 즉 위헌결정의 정족수가 6인이라는 규정은 위헌에 참여한 재판관들 사이에서 설사 위헌의 논거가 서로 상이하다고 하더라도 일단 결과적으로 위헌이라고 판단하는 재판관의 수가 6인 이상이면 위헌결정을 내릴 수 있다는 것을 의미할 뿐이지

840) 위헌결정 헌법재판관 7인 중 5인만이 직업선택의 자유를 제한함에 있어서 과잉금지원칙에 위배되었음을 명시하고 2인은 포괄위임금지원칙에의 위배여부만 판단하였음.

841) [http://search.assembly.go.kr/bill/doc\\_C0/17/hwp/174796\\_C00.HWP](http://search.assembly.go.kr/bill/doc_C0/17/hwp/174796_C00.HWP).

그 위헌결정의 각각의 논거에 가담한 재판관의 수가 6인 이상일 경우에만 그 각각의 논거의 기속력이 미치는 것을 의미하는 것은 아니라는 것이다. 다시 말해 일단 위헌결정이 이루어지면 그 위헌 논거가 재판관들 사이에서 갈린다 하더라도 그 위헌결정의 기속력은 합일적으로 미치는 것이다. 따라서 이 안마사 사건의 경우 설사 직업선택의 자유 침해를 이유로 위헌결정에 가담한 재판관의 수가 5인이라고 할지라도 그 직업선택의 자유 침해를 이유로 하는 위헌결정은 당연히 기속력을 가지는 것이다. 만일 그렇지 않다면 비록 결과적으로 위헌에 가담한 재판관의 수가 6인 이상이라고 할지라도 그 6인 이상의 재판관들 사이에서 위헌논거가 갈려 각각의 위헌논거 중 어느 위헌논거에도 6인 이상의 재판관이 가담하지 않았을 경우에는 그 위헌결정은 위헌이면서도 전혀 위헌결정의 기속력을 가지지 못한다는 모순에 빠지게 되고, 따라서 어느 국가기관도 현재의 위헌결정에 기속되지 않고, 아울러 국회도 당연히 아무 제한 없이 반복입법을 할 수 있다는 모순된 결론에 도달하게 될 것이다.

또한 이 개정안에 따르면 현재의 위헌결정 취지를 존중하기 위하여 안마사 자격에 대한 입법형식을 부령의 형식에서 법률의 형식으로 고양시켜 헌법재판소의 결정에 따른 위헌이유 중 법률유보의 원칙 위반 문제를 해소했다고 주장하는데, 만일 위에서 위헌결정정족수(6인) 및 그에 따른 기속력 문제와 관련하여 언급한 국회 법제사법위원회의 주장이 타당하다면 이러한 법률유보의 원칙과 관련한 주장도 잘못된 것이다. 왜냐하면 안마사 결정의 경우 명백히 법률유보의 원칙 위반을 이유로 위헌을 주장한 재판관은 위헌에 가담한 7인의 재판관 중 5인에 불과하기 때문에 이 경우에도 6인 이상이라는 정족수에 미달해 법률유보의 원칙 위반이라는 위헌논거는 기속력을 갖지 못하고, 따라서 국회가 이 논거를 존중해 입법형식을 법률로 할 필요가 없었기 때문이다. 따라서 이번 개정안의 취지는 상호 모순된다. 아울러 위헌에 가담한 7인의 재판관 중 직업선택의 자유 침해를 이유로 한 위헌주장을 명백히 한 재판관은 5인이지만 나머지 2인의 재판관도 이를 부정했다고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 이들은 직업선택의 자유 침해를 위헌논거

로 명시하지 않았을 뿐이지 이를 부정한 것은 아니기 때문이다.

결국 국회의 이번 개정안은 위헌결정으로 타격을 받게 될 시각장애인들의 거센 저항과 이들에 동정적인 여론의 압력을 받아 어쩔 수 없이 반복입법을 하면서도, 다른 한편 현재의 위헌결정의 기속력을 무력화하고 현재를 무시한다는 비판을 피하기 위하여 입법형식을 법률로 고양시킴으로써 현재의 위헌결정의 기속력을 존중한다는 외관을 갖춘 교육지책으로 보인다. 결론적으로 이번 의료법 개정안은 현재의 심판대상이었던 부령이 아닌 법률 개정을 통해 이루어진 것으로 비록 그 입법형식에 있어서는 달라진 것이지만 본질적인 내용에 있어서는 위헌결정이 내려진 규정과 거의 동일한 규정으로서 일종의 반복입법에 해당한다고 할 수 있다.

## 2. 의료법 개정안은 정당화될 수 있나?

위에서 언급한 바와 같이 의료법 개정안은 일종의 반복입법이다. 따라서 이러한 반복입법이 정당화되기 위하여 제한적 기속설이나 기관상호존중설에 따라 특별한 사유가 존재해야 한다.

결론적으로 안마사에 관한 의료법 개정행위는 정당화되기 어렵다고 본다. 물론 필자는 안마사에 관한 규칙이 청구인의 직업선택의 자유를 침해했다는 헌법재판소의 위헌결정의 논거에 동의하지 않는다.<sup>842)</sup> 그러나 현재의 위헌결정은 존중되어야 한다. 즉 입법자는 현재의 위헌결정에 대하여 동의하지 않는다 하더라도 이를 존중하고 따라야 한다. 그래야 현재의 위상과 권위가 확립될 수 있으며, 법치주의와 권력분립의 원칙이 실현될 수 있는 것이다. 다만 앞서도 언급했듯이 현재가 이미 위헌결정내린 안마사에 관한 규칙 조항과 본질적으로 동일한 내용으로 국회가 의료법개정행위를 할 수 밖에 없었던 불가피한 사유가 존재할 경우에는 그러한 일종의 반복입법으로서의 의료법개정행위가 정당화될 수 있을 것이다. 그러나 이 사안의 경우 현재의 위헌결정 이후 어떠한 새로운 정당화사유가 발생했다고 볼 수

842) 이에 대하여는 정연주, 전제논문, 22면 이하 참조.

없다. 현재의 위헌결정의 취지가 설득력이 없다든가, 잘못된 헌법이해 내지 헌법해석에 근거한 것이라든가, 현실에 대한 고려가 미흡했다든가, 국민 내지 위헌결정으로 타격을 받을 시각장애인들의 저항이 크다든가 하는 것들은 현재결정내용에 대한 비판의 논거일 수는 있지만 반복입법을 정당화시키는 특별한 사유로 보기는 어렵다.

한편 이와 관련하여 국회는 의료법을 개정하면서 “2006. 5. 25 헌법재판소는 「의료법」 제61조제4항의 규정에 따라 안마사의 자격에 대하여 규정하고 있던 「안마사에관한규칙」 제3조 제1항 제1호와 제2호 중 각각 ‘앞을 보지 못하는’ 부분이 헌법에 위반된다고 결정하였으나 비시각장애인의 직업선택권 보다는 신체장애자 등에 대한 국가의 보호의무를 규정하고 있는 헌법 제34조제5항의 정신을 좀 더 고려하여 헌법재판소의 위헌결정취지를 존중하는 범위에서 안마사의 자격을 「장애인복지법」에 따른 시각장애인 중 안마관련 교육과정을 마친 자 등으로 제한하여 법률에 직접규율하려는 것임.”이라고 개정이유를 내세우고 있는데,<sup>843)</sup> 이는 국회가 현재의 견해와는 다른 헌법적 견해를 갖는다는 것을 나타내는 것일 뿐 반복입법을 정당화시키는 특별한 사유라고 볼 수 없는 것이다. 왜냐하면 국회가 제정한 법률을 현재가 위헌결정을 내렸다는 사실 자체가 이미 국회의 헌법적 견해와 현재의 헌법적 견해가 다르다는 것을 전제하는 것이고, 따라서 이러한 경우도 반복입법을 정당화시키는 특별한 사유라고 인정한다면 국회는 현재의 모든 위헌결정에 대하여 또 다시 반복입법을 할 수 있다는 결론에 도달하기 때문이다. 이는 위에서 언급한 기관상호존중의 원칙에 정면으로 반하는 것으로 국회는 현재의 결정에 동의하지 않거나 현재와 다른 헌법적 견해를 가질 경우 또는 기타 어떤 정치적 이유가 존재할 경우 언제든지 반복입법을 할 수 있을 것이고, 그 경우 끝없이 소송제기가 반복될 위험이 있으며, 결국 법치주의와 법적 안정성 및 권력분립의 원칙은 파괴될 것이다.

## V. 결론

843) [http://search.assembly.go.kr/bill/doc\\_10/17/hwp/174796\\_100.HWP](http://search.assembly.go.kr/bill/doc_10/17/hwp/174796_100.HWP).

결론적으로 위헌결정의 기속력은 당해 사건에만 미치며, 따라서 원칙적으로 입법자는 위헌결정으로 무효가 된 법률조항과 동일한 또는 유사한 내용의 입법을 할 수 있고, 이 경우 이에 대하여 위헌을 주장하면서 불복할 경우 또 다시 헌법재판소에 소송을 제기할 수밖에 없으며, 이에 대해 헌법재판소는 또 다시 이러한 반복법률에 대한 위헌심사를 해야 할 것이다. 만일 그렇지 않고 기속력이 입법자에게도 미쳐 반복입법이 금지된다면 이는 입법권을 침해하는 것이 된다. 입법자는 비록 위헌결정을 받았더라도 다시 한번 다른 이론과 시각에서, 그리고 변화된 사정의 바탕위에서 불가피하다면 동일한 또는 유사한 내용의 입법을 할 수 있고 또 있어야 한다. 왜냐하면 이 경우 입법자가 반복법률을 제정하는 것이 헌재에 대한 저항이나 헌재의 결정을 무시하는 것으로 볼 것이 아니라 입법자가 여러 가지 사안을 고려한 결과 반복입법을 할 수밖에 없었던 것으로 보아야 할 것이고, 이는 입법자의 고유권한으로서 입법형성권의 범위내에 있다고 할 것이기 때문이다. 만일 그렇지 않다면 이는 헌법과 헌법이론의 발전과 판례의 발전을 막는 것이고, 헌법재판소도 다른 시각과 이론 및 변화된 새로운 법적·사실적 토대위에서 사안을 재검토할 수 있는 기회를 박탈당하는 것이 되며, 판례의 변경도 불가능해지기 때문이다. 헌재의 결정은 당해 사건에서 최종적인 것이지, 미래의 유사한 모든 사안에서 영원불멸의 것은 아니다.

다만 이 경우 입법자는 앞서 언급한 권력분립의 원칙에서 파생되는 기관상호간 존중의 원칙에 따라 그러한 반복입법을 할 수밖에 없는 불가피한 정당화사유를 제시해야 할 것이다. 만일 그렇지 않다면 그러한 반복입법은 단지 헌재의 결정을 무시하는 것으로 밖에 볼 수 없고, 이는 헌재의 위상과 권위를 침해하면서 권력분립의 원칙과 헌재결정의 규범력을 침해하는 것이기 때문이다. 따라서 이러한 정당화사유가 있다면 이 경우의 반복법률은 비록 그 내용이 위헌결정된 법률의 내용과 동일하거나 유사하더라도 별도의 그리고 다른 배경과 차원의 새로운 법률이고, 헌재는 이러한 법률을

변화된 상황과 토대위에서, 그리고 다른 각도의 헌법이론적 바탕위에서 재검토해야 할 것이며, 이 경우 현재 스스로 과거의 판단을 변경할 수도 있을 것이다. 이것이 헌법과 헌법판례의 고착화를 막고 변화하는 상황속에서 살아있는 헌법의 규범력을 유지시킬 수 있는 것이다. 따라서 위헌결정의 기속력은 결국 당해 사건에만 미치는 것이지 위헌결정 이후의 반복법률에 까지 미치지 아니하며, 따라서 입법자를 기속하는 것은 아니다.

따라서 실제로 입법자가 위헌결정된 법률이나 법률조항과 동일하거나 본질적으로 유사한 내용의 입법을 할 경우에는 내용이야 어찌됐든 일단 그 입법행위 자체는 유효하다고 보지 않을 수 없고,<sup>844)</sup> 다만 그 입법행위의 정당성과 위헌성이 논란이 될 수 있을 뿐이다. 따라서 그 경우에는 그 새로운 입법에 대하여 다시 헌법재판소에 위헌성을 다투는 소송을 제기할 수밖에 없을 것이다. 이 경우 기속설에 따르면 헌법재판소는 그 사안에 대하여 본안판단에 들어갈 필요없이 바로 위헌결정을 내리는 것이 논리적일 것이다. 그러나 다른 견해에 따르면 일단 본안판단에 들어가 다시 위헌여부를 심판해야 할 것이다. 특히 제한적 기속설이나 기관상호존중설에 따르면 그 새로운 입법의 위헌여부 심사와 관련하여 그러한 반복입법을 할 수밖에 없었던 새로운 정당화 사유가 존재하는지를 판단해야 할 것이다. 따라서 이 경우에는 현재가 반복입법의 위헌여부를 심사하는 본안판단에 있어서 위헌결정을 내렸던 그 이전의 결정에서처럼 처음부터 모든 내용을 다시 반복해서 심사할 필요는 없고 새로운 특별한 정당화 사유의 존재여부를 중심으로 심사하면 될 것이다.<sup>845)</sup>

결국 중요한 것은 의회가 앞서 언급한 바와 같이 기관상호간 존중의 원칙에 따라 현재의 결정취지를 존중해야 한다는 것이며, 따라서 의회는 반복입법의 경우 그를 정당화시키는 불가피한 사유를 입증해야 할 것이다. 이러한 방법만이 현재의 위헌결정을 존중하면서 동시에 의회의 입법권도

844) Schlaich/Korioth, aaO, Rdnr. 484.

845) Vgl. BVerGE 96, 260(263).

존중하고, 결과적으로 법치주의와 권력분립의 원칙 및 법적 안정성과 법적·정치적 평화를 실현시키는 해결책이라고 생각한다.





# 인간생체정보의 이용의 헌법적 한계에 관한 고찰

정 태 호

경희대학교 법과대학 교수

## - 목 차 -

I. 문제의 제기 .....	435
II. 생체정보자동인식시스템의 기본구조와 기술적 한계 .....	437
1. 역사 .....	438
2. 생체정보자동인식시스템의 기본구조 .....	439
가. 생체정보인식기술의 기본구조 .....	439
나. 생체정보의 종류 .....	439
다. 생체정보를 통한 신원확인의 방법 .....	441
라. 원생체정보와 활용도 높은 생체정보의 조건 .....	442
마. 템플릿 .....	443
바. 템플릿 미사용 생체정보인식시스템 .....	444
사. 생체정보자동인식시스템에 저장되는 정보 .....	445
아. 생체정보처리과정중 생체정보 가로채기 .....	446
3. 생체정보자동인식시스템의 장점과 문제점 .....	446
가. 장점 .....	446
나. 생체정보자동인식시스템의 문제점 : 안정성 및 신뢰성 .....	448
4. 생체정보자동인식기술의 응용분야별 실용성 평가 .....	457

- 가. 지적 요소의 대체 ..... 458
- 나. 복합인증(Multifactor Authentifikation) ..... 458
- 다. 신분확인문서에 대한 보안강화 ..... 459
- 라. 고도보안이 필요한 영역의 출입통제 ..... 459
- 5. 현기술수준을 고려한 생체정보자동인식시스템 응용지침 ..... 460
  
- III. 인간생체정보의 개인정보성과 그 이용의 헌법적 문제 ..... 461
  - 1. 개인정보자결권 ..... 461
    - 가. 개념과 보호범위 ..... 461
    - 나. 헌법적 근거 ..... 462
  - 2. 개인정보자결권의 보호대상으로서의 생체정보 ..... 465
    - 가. 원생체정보의 개인정보성 ..... 466
    - 나. 템플릿의 개인정보성 ..... 467
    - 다. 생체정보에 수반되는 부수적 개인정보 ..... 468
  
- IV. 생체정보의 조사·이용의 헌법적 정당화요건 ..... 469
  - 1. 과잉금지의 원칙 ..... 470
    - 가. 개념 ..... 470
    - 나. 응용 ..... 470
    - 다. 제한강도 내지 보호강도의 단계화 ..... 471
    - 라. 긍정적 형량요소로서의 사생활보호촉진기술(PET)의 성격 ..... 485
  - 2. 생체정보조사영역별 특별규율을 통한 범규범의 명확성제고 요청 ..... 487
    - 가. 개념과 의의 ..... 487
    - 나. 응용 ..... 488
  - 3. 목적구속의 원칙 ..... 490
    - 가. 개념과 의의 ..... 490
    - 나. 응용 ..... 491
  - 4. 개인정보자결권의 객관법적 요청의 충족 ..... 493

가. 생체정보 내지 생체정보자동인식시스템에 대한 보안 대책의 수립의무 .....	493
나. 생체정보주체에 대한 절차적 권리의 보장 .....	494
다. 독립적인 감독기구의 설치의무 .....	495
라. 사인에 의한 개인정보자결권의 침해로부터 정보주체를 보호할 의무 .....	497
V. 결론 .....	497

## I. 문제의 제기

인간생체정보자동인식기술(Biometrics)<sup>846)</sup>이란 사람의 생체적 특징(가령 지문, 홍채상, 망막상, 얼굴 등) 내지 행동적 특징(가령 음성, 필체, 타자리듬, 걸음걸이, 입술모양 등)을 이용하여 그 사람의 신원을 자동화된 장치를 통해 검증 내지 식별하는 기술을 말한다. Biometrics(독일어 Biometrie)라는 말은 생물이라는 말의 희랍어 Bios와 척도라는 의미의 희랍어 Metron의 합성어로 생물체측정기술을 의미하는 말이다. 이 용어는 현재 인간생체정보자동인식기술이라는 의미로 사용되고 있으나, 여기서는 편의상 생체정보자동인식기술로 약칭하고자 한다. 인간의 유전자도 대표적인 생체정보이지만 아직까지는 자동화된 시스템을 통해서 그 주체를 판별하는 기술은 개발되지 않고 있기 때문에 생체정보자동인식기술과 관련한 본고의 고찰의 대상에서는 제외된다. 한편, 생체정보자동인식시스템(Biometrisches System)이란 사람의 신원을 검증 또는 식별하기 위해 생체정보자동인식기술을 응용하여 작동하는 기계장치와 프로그램의 통합체계를 의미한다.

이 시스템은 개인 특유의 생체적·행동적 표지를 개인의 신원확인을 위한 표지로 이용하기 때문에 고도로 확실한 신원확인이 필요한 분야에서 또는 보안성·신원확인의 정확성을 저하시키지 않으면서도 이용자의 편리성을 제고할 필요가 있는 분야에서 그 응용범위를 넓혀가고 있다. 생체정보이용의 고전적인 분야인 형사절차나 방법활동을 비롯하여 출입국관리, 중요한 공·사의 시설에 대한 출입통제, 여권을 비롯한 신분증명서, 전자서명, 복지수혜자 확인, 인감증명 발급시의 신원확인 등 공공부문과 민간부문을 막론하고 다양한 분야에서 실제로 응용되고 있다.<sup>847)</sup>

846) 독일연방헌정보기술안전국(BSI: Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik)이 그 홈페이지에 게시하고 있는 안내서, Grundsätzliche Funktionsweise biometrischer Verfahren의 서설(Einleitung) 참조. 이 자료는 <http://www.bsi.bund.de/fachthemen/biometrie/einfuehrung.htm>(Stand:2006.8.8.)에서 볼 수 있음.

847) 이에 대하여 상세한 것은 김일환, 생체인식기술 등 첨단정보보호기술의 이용촉진을 위한 제도적 방안연구, 한국정보보호진흥원, 2004, 44쪽 이하 참조.

우리나라에서는 이미 2003년 17세 이상의 전 국민을 상대로 채취한 10손가락 지문에 대한 전산처리가 끝나 신속하게 지문정보를 조회할 수 있는 지문자동인식시스템이 경찰청에 의해 가동되고 있다. 아직까지는 실험단계에 있다고 볼 수 있는 얼굴자동인식프로그램이 더욱 정교하게 발전한다면, 현재 우리나라에서도 확신일로에 있는 CCTV를 통한 범죄예방시스템도 장기적으로는 얼굴자동인식시스템과 결합되면서 범죄예방이나 범인추적이 더욱 효과적으로 이루어질 가능성도 있다. 9·11 대미테러로 촉발된 서양인들의 테러공포감은 생체정보자동인식시스템을 공공영역에서 사용하는 것에 대한 거부감을 상당히 누그러뜨리고 있는 것처럼 보인다. 테러방지를 위해 국경통계를 강화하고 있는 미국의 요구에 따라 미국과 비자면제협정을 맺고 있는 27개국들이 속속 생체여권 내지 생체신분증을 도입하고 있는 중이다. 미국과의 비자면제협정을 추구하고 있는 우리나라도 단계적으로 생체여권 도입을 위한 사업을 진행 중인 것으로 알려져 있다.<sup>848)</sup>

그에 따라 이 기술을 활용하는 제품의 시장규모도 급속히 커지고 있다. 업계에서는 2003년 약 7억불 정도에서 2006년에는 27억불, 2008년에는 46억불 정도로 세계시장의 볼륨이 급속히 증가할 것으로 추정하고 있다.<sup>849)</sup> 시장규모의 급속한 확대는 관련 기술의 고도화를 촉진하게 될 것이다. 국내시장규모도 2003년에는 약 356억원에 불과하였으나 2007년에는 최소 933억원에서 최대 1,499억원까지 성장할 것으로 예상되고 있다.<sup>850)</sup>

그러나 이 기술을 응용한 시스템을 운영하는 공권력이 개인의 생체정보를 원래의 목적과는 다른 목적으로 이용한다든가 생체정보를 누출한다든가 생체정보를 마치 주민등록번호와 같은 식별자로 이용하여 다른 데이터뱅크에 저장된 개인정보들을 추적하고 집적하며 그 정보들을 상호 비교함으로써

848) 주요국가의 생체정보자동인식시스템 응용현황에 대하여 자세한 것은 김일환, 전 계보고서, 36쪽 이하 참조.

849) K. Wadhwa(Director EMEA), IBG(International Biometric Group), The Promise of Biometric Technologies, BioAsia - Biometrics in Security Symposium, 2004. 3. 27, 13쪽.

850) 국내시장의 동향에 관해서는 이창범, 생체 프라이버시보호 원칙에 관한 연구, 인터넷법률 제31호(2005. 9), 26쪽 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

써 새로운 차원의 개인정보를 통해서 개인을 감시하고 공적·사적 영역의 의사결정과정에 영향을 미칠 가능성을 배제할 수 없다. 또 권한 없는 자가 시스템에 침투하여 개인의 생체정보를 가로채거나 시스템을 도용함으로써 개인에게 피해를 입힐 가능성도 있다. 생체정보자동인식시스템 운영과 관련된 이와 같은 잠재적인 위험성을 예방함으로써 개인의 프라이버시와 관련된 기본권적인 법익과 이 시스템운영에 대한 공익 내지 사익이 조화를 이룰 수 있도록 관련 법규를 정비하거나 보완하여야 할 필요성이 대두되고 있다. 합리적인 법적 규제를 통해서 생체정보이용에 대한 국민들의 불안감 내지 거부감을 불식시키지 못하면 관련 산업의 발전도 기대하지 못할 것이다.

공권력만이 아니라 사인 내지 사적 조직도 개인의 생체정보를 활용하고 있고, 그에 따른 개인의 프라이버시 침해의 위험성도 있으나, 본고에서는 공권력에 의한 생체정보이용의 헌법적 정당화조건의 고찰에 중점을 둔다. 이하에서는 먼저 생체정보자동인식시스템의 기본구조와 기술적 한계를 살펴봄으로써 현재 어떤 종류의 시스템이 어떤 목적으로 투입될 수 있는지를 살펴보고(II), 이어서 생체정보의 조사 및 이용이 기본권에 미치는 영향(III)과 그와 같은 정보의 조사 및 이용이 헌법적으로 정당화될 수 있는 요건을 검토한 뒤(IV), 본 글의 내용을 간단히 정리하는 것으로 결론을 맺고자 한다(V).

## II. 생체정보자동인식시스템의 기본구조와 기술적 한계

생체정보자동인식시스템을 개인정보보호법의 관점에서 판단할 수 있으려면, 생체정보자동인식체계 전체를 일별할 필요가 있다. 이를 위해서는 생체정보의 조사와 처리를 위해 사용되는 기술의 내용, 장단점, 특성, 한계 등에 대한 정확한 이해를 기초로 생체정보자동인식시스템의 잠재적 위험성에 대한 평가하여야 한다.

## 1. 역사

생체정보를 사람의 신분을 확인하기 위하여 사용한 것은 매우 오래되었다.<sup>851)</sup> 가령 지문은 고대 바빌론시대부터 신문증명의 방법으로 활용된 것으로 알려지고 있고, 중국의 당나라 때에도 계약체결을 증명하는 방법으로 무인을 찍었다고 한다. 신원확인을 위해 생체정보를 활발히 활용한 분야는 무엇보다도 형사소추분야일 것이다. 1858년 범죄수사에 지문을 이용하자는 제안이 있은 뒤, 같은 해 처음으로 William Herschel경이 당시 영국령이던 인도의 한 지방에서 무역업자와의 계약을 인증하기 위하여 지문을 사용한 것으로 기록되어 있다. 1870년 프랑스에서 Alphonse Bertillon라는 사람이 범죄수사의 기법으로 지문측정방법이 최초로 이용된 후 20세기 초 전 세계에 널리 보급되기 시작했다. 1892년 생물학자 다윈의 사촌이자 통계학자인 Francis Galton은 지문이 평생 변하지 않는다는 것을 확인하였다. 지문날인 시스템은 1901년부터 채택되었다.

1960년대 고도의 보안이 요구되는 시스템을 위해 지문자동인식시스템 연구가 시작되면서 생체정보자동인식기술 개발시대가 시작되었다. 1960년대에는 손모양자동인식시스템이, 80년 중반에는 홍채상 및 망막상 인식시스템이 개발되었다. 1994-1996년 미국방성 주관의 얼굴인식시스템 현상 공고와 성능경쟁대회가 개최된 데 이어 생체정보자동인식시스템의 상업화 물결이 밀어닥치고 있다.

---

851) 이하의 내용에 대해서는 BSI, Grundsätzliche Funktionsweise biometrischer Verfahren의 서설생체측정학의 역사적 발전(Historische Entwicklung der Biometrie) 부분 참조. 이 자료는 <http://www.bsi.bund.de/fachthemen/biometrie/einfuehrung.htm>(Stand:2006.8.8.)에서 볼 수 있음.



## 2. 생체정보자동인식시스템의 기본구조

### 가. 생체정보인식기술의 기본구조

생체정보자동인식의 기본원리는 모든 생체정보자동인식시스템에 공통적으로 적용된다.

(1) 원생체정보의 조사 : 먼저 생체정보자동인식시스템에 사용되는 생체정보를 그 특성에 적합한 센서를 사용하여 조사하여야 한다. 센서로는 생체정보의 종류에 따라 카메라, 마이크, 타자기 자판, 냄새감지센서, 지문인식센서 등이 사용된다.

(2) 템플릿 계산 : 이어서 이 원생체정보를 가공하여 이른바 템플릿(Template; 型板)을 만든다. 템플릿은 원생체정보의 양을 데이터 비교의 편의를 위하여 일정한 기준에 의하여 축약한 것이다. 원생체정보의 축약은 개인의 정체성 판별의 확실성을 제고할 수 있는 일정한 특징을 수치로 계산하는 방법으로 이루어진다.

(3) 기준정보 등록 : 다음에 이 템플릿을, 생체정보인식기술을 사용하는 시스템을 처음 사용할 때 기준정보(reference data)로 등록한다.

(4) 대조 : 이용자가 시스템을 이용할 때 해당 시스템의 센서에 원생체정보를 입력하도록 하고, 그것으로부터 계산해 낸 템플릿과 비교를 위한 기준정보를 담고 있는 템플릿을 알고리즘을 이용하여 비교하고 양자가 일치하는 비율을 계산하여 일치여부를 판정한다. 비교결과 두 템플릿이 일정 기준 값 이상으로 일치하는 것으로 드러나면, 해당 장치는 일치신호를 보낸다.

### 나. 생체정보의 종류

생체정보인식기술에 사용되는 생체표지들은 여러 가지 기준에 의해 분류할 수 있지만, 사람의 신체적 특징과 관련된 생체적 표지(physiologische

Merkmale)와 사람의 행동과 관련된 표지(behavioriale Merkmale)로 분류하는 것이 일반적이다. 생체적 표지를 사용할 경우에는 시스템이용자가 능동적·적극적으로 행동할 필요가 없고 단순히 센서에 해당 표지를 제시하면 되기 때문에 생체적 표지를 수동적 또는 정태적 표지(passive oder statische Merkmale)라고도 한다. 이에 비해 행동적 특성과 관련된 표지들은 시스템이용시에 이용자가 해당 행동적 표지를 적극적 행위를 통해 보여 주어야 하기 때문에 능동적 또는 동태적 표지(aktive oder dynamische Merkmale)라고도 한다.

생체적 표지는 다시 유전되는 생체정보와 발생·성장의 과정에서 우연히 형성되는 생체정보로 나눌 수 있다.<sup>852)</sup> 유전되는 신체적 생체정보는 유전 형질을 공유하는 근친 또는 종족 사이에는 특히 높은 유사성을 보인다. 유전자 이외에도 얼굴, 손모양 등이 이 유형의 생체정보에 속한다. 유전적 생체정보들은 부분적으로 가령 얼굴모습처럼 근친 사이에 존재할 수 있는 고도의 유사성 때문에 생체정보를 신원을 확인하는 표지로 활용할 수 있는 가치가 떨어질 수 있다는 약점을 가지고 있다. 발생·성장과정에서 우연히 형성되는 생체정보로는 손등이나 손목의 정맥상, 망막상, 홍채상, 지문 등이 있다. 이 생체표지들은 사람마다 달라서 특정인의 것과 유사한 표지를 가지고 있을 것으로 추정되는 인적 집단에서 특정인의 것과 유사한 표지를 가지고 있는 사람을 찾아내서 그 사람의 생체정보를 가지고 모방하거나 학습을 통해 본래의 생체정보주체의 이익을 침해하는 것이 어렵기 때문에 개인식별표지로 활용할 가치가 매우 높다.

사람의 행동적 특성과 관련된 생체정보(상황적 조건의 규정을 받는 표지; konditionierte Merkmale)는 삶의 과정에서 규칙적으로 반복됨으로써 정형화된 개인의 행동관련 특징이다. 필체, 타자의 울동과 메카니즘, 육체의 형태, 걸음걸이, 말할 때의 입술의 움직임 등이 이와 같은 정보로 분류된다. 이 정보들은 타인들도 노력에 의해 습득하거나 모방하는 것이 가능

---

852) Zentrum für sichere Informationstechnologie - Austria, Leitfaden Biometrie - Überblick und Stand der Technik(Aktualisierte Version), 2004. 1, 4쪽.

하다는 점에서 개인식별표지로서는 취약성이 있다. 이 표지는 다시 지식에 기초한 동태적 생체정보와 생리적인 생체정보로 구분된다. 즉 입술의 움직임, 목소리를 통한 신원확인 은 보통 일정한 식별단어(codeword)를 매개로 이루어지는 데 비하여 걸음걸이의 특징은 일반적으로는 생리적인 요소에 의해 결정되고 의지의 영향을 받지 않는다. 식별단어를 바꾸면 당연히 템플릿도 바뀌게 된다. 물론 화자인식기술처럼 식별단어와 무관하게 화자를 인식하는 행동관련 생체정보<sup>853)</sup>도 존재한다.<sup>854)</sup>

다. 생체정보를 통한 신원확인의 방법

생체정보인식기술로는 기본적으로 두 가지가 있다. 그 하나는 이른바 1:1 대조 신원검증법(Verification ; 보통 간단히 ‘검증’으로 번역<sup>855)</sup>하나 그 의미의 전달이 어려워 여기서는 의역)으로 특정된 이용자가 제시하는 그의 생체정보로부터 템플릿을 계산해서 등록되어 있는 그의 템플릿과 1:1로 비교함으로써 이용자가 주장하는 신원이 맞는지를 검증하는 방법이다. 즉 이용자가 주장하는 자신의 신원을 그가 사전에 비교준거로 등록해 놓은 생체정보, 보다 정확히 말하면 그에 기초해 구성된 템플릿과 대조하여 신원을 확인하는 방법이다. 등록된 템플릿이 시스템 안에 저장되어 있을 수도 있고 이용할 때마다 칩카드와 같이 저장된 템플릿을 포함하고 있는 토큰을 입력시켜서 신원을 확인할 수도 있다. 다수 이용자의 템플릿을 중앙에 집적하고 있는 경우에는 이용자의 개인식별번호 등을 입력하여 시스템이 데이터뱅크 내에 있는 이용자의 템플릿에 직접 접근할 수 있도록 해야 한다.

이에 비해 다중등록자 대조 신원식별법(Identifikation ; 보통 ‘식별’로 번

853) J. P. Cambell, Speaker Recognition, Fig. 8. 1. In: A. Jain/R. Bolle/S. Pankati, Biometrics: Personal Identifikation in Networked Society, Norvell 1999, 165-189 쪽.

854) 생체정보의 기술적 의의와 특성에 대하여 종합적으로 분석하고 있는 국내문헌으로는 권영빈, 생체인식산업 활성화를 위한 법제도 조사·연구, 2004년도 정보통신부 학술연구, 4쪽 이하 참조.

855) 한국생체인식포럼이 설정한 생체인식기술용어표준 참조.

역되나<sup>856)</sup> 의미전달을 위해 의역)은 아직 확인되지 아니한 사람의 생체정보를 입력하여 다수의 이미 알고 있는 사람들의 생체정보와 대조함으로써 그 사람의 신원을 확인하는 방법이다. 좀 더 정확히 말하면, 현재 이용 중인 자 내지 미지의 신원확인대상자의 템플릿을 데이터뱅크에 등록되어 있는 모든 사람들의 템플릿들과 비교하여 현 사용자(또는 확인대상자)의 신원을 확인하는 방법이다. 이 방법을 사용할 경우 시스템이 현재 이용자 내지 신원확인대상자만이 아니라 등록된 모든 사람들의 템플릿에 접근할 수 있어야 한다. 이용자의 템플릿을 분산 기억시키는 것은 이 시스템의 작동구조 때문에 가능하지 않다. 이 방법은 가령 지문을 이용한 수사나 이용자의 편의를 위하여 이용자가 자신의 신원식별정보를 입력하지 않고도 시스템을 통해 그 신원을 확인하도록 하는 출입통제장치에 사용된다.<sup>857)</sup>

#### 라. 원생체정보와 활용도 높은 생체정보의 조건

원생체정보(미가공 생체정보)란 카메라, 녹음기 등의 센서를 이용하여 인체 또는 인간의 행태에 관하여 취득한 정보로서 특징점들의 수적 조합인 템플릿으로 환산되기 이전의 정보를 말한다. 이 정보들은 재생이 가능하고 사람이 직접 지각할 수 있고 또 다른 사람의 원생체정보와 비교할 수 있으며, 그것을 이용하여 정보주체에 관한 추가정보(가령 얼굴사진을 이용하여 그 주인공의 성별, 대강의 나이, 출신민족 등을 추정할 수 있음)를 얻어낼 수 있다.

생체정보인식기술에서 활용도가 높은 생체정보가 될 수 있는 제1조건은 무엇보다도 사람들마다 고유한 모습을 가지고 있어서, 즉 충분한 차별성이 있어서 그 주체의 명확한 식별이 가능한 것이어야 한다는 것(고유성; Distinctivness/Uniqueness)이다. 눈동자의 색이나 신장 등은 그와 같은 다

856) 한국생체인식포럼이 설정한 생체인식기술용어표준 참조.

857) H. Bäuml/L. Gundermann/T. Probst, Stand der nationalen und internationalen Diskussionen zum Them Datenschutz bei biometrischen Systemen, 2001(이하 '감정의견'으로 인용), 9쪽.

양성이 없어 활용가치가 낮다. 반면, 지문, 홍채상 등은 충분한 다양성을 가지고 있어서 활용가치가 매우 높다.

생체정보인식기술에서 높은 활용가치를 가지려면 그 밖에도 그 생체적 표지가 모든 사람에게 나타나는 현상이어야 하고(보편성; Universality),<sup>858)</sup> 그 표지의 개인별 고유성이 크게 변화되지 않고 장기간 지속되어야 하고(영구성; Permanence). 수집이 용이해야 해야(수집의 용이성; Collectability)한다.

#### 다. 템플릿<sup>859)</sup>

생체정보인식시스템에 사용하기 위하여 수집되는 원생체정보와는 달리 템플릿은 이 원생체정보를 가지고 만들어지는 인간의 신체적 특성이나 행태에 관한 수학적 모델이다. 예를 들면 채취된 지문에서 이른바 융선의 시점, 단점, 중심점, 분기점, 삼각주 등의 특징점들을 추출하여 그 조합을 수치로 나타내는 것이다. 전적으로 수치로 표현되는 템플릿이 상이하게 형성될 수 있는 수의 크기는 어떤 수학적 모델을 사용하느냐에 달려 있다. 보통 원생체정보가 다르면 그것을 기초로 만들어지는 템플릿도 독자성을 확보하기에 충분한 정도의 확률이 나타나도록 모델이 만들어진다. 그렇기 때문에 템플릿들이 상호 일치한다는 사실은, 그 제공자가 동일인이라는 것을 입증할 수 있는 자연과학적 의미의 증거가 아니라 수십 년 동안 쌓인 경험과 확률연구의 결과이다. 템플릿은 원생체정보에 포함된 데이터의 일부만을 포함하고 있기 때문에 원정보에서 템플릿으로 변환할 때 정보가 일부 상실된다. 따라서 템플릿만을 가지고는 원생체정보를 재구성할 수도 없다.

---

858) 물론 모든 사람들이 모든 시스템에 등록될 수는 없다. 가령 손가락이 모두 잘려나가 지문을 계속하여 제공할 수 없는 사람도 있고, 막노동으로 지문이 닳아 일시적으로 지문을 채취하기 어려운 사람도 있다. 전문가들은 지문의 경우 약 2% 정도까지의 사람에서 지문채취에 문제가 있을 수 있다고 한다. 이에 대해서는 Tony Mansfield, "How to achieve test results in real life." 2000년 11월 6-8일에 런던에서 개최되었던 Biometrics 2000에서의 강연 내용. H. Bäumlér/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 10쪽에서 재인용.

859) 이에 대해서는 H. Bäumlér/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 10쪽 이하 참조.

상이한 원생체정보들이 템플릿 형성 모델 때문에 동일한 템플릿으로 구성될 수 있고 또 원생체정보에 비하여 감소된 데이터 때문에 두 사람의 템플릿이 구분될 수 없는 경우도 있을 수 있다. 결과적으로 모든 사람들을 생체정보인식절차를 통해서 명확히 구분해 내는 것은 가능하지 않다. 생체정보를 제공하는 사람들의 수만큼 충분히 다른 수의 템플릿 형성 가능성을 제시하는 수학적 모델도 단순한 이론적인 가정일 뿐 실제로 모든 사람들에게 각기 상이한 템플릿이 형성된다는 것을 보장하는 것은 아니다.

현재 템플릿이 생체정보인식시스템을 구축하는 업체마다 공개하지 않는 고유의 알고리즘에 의거하여 생성되고 있기 때문에 다른 모델에 의해 만들어진 템플릿들을 비교하여 그 제공자의 신원을 확인할 수 없다.<sup>860)</sup> 그렇기 때문에 공적 영역에서 전 국민을 상대로 생체정보인식시스템을 구축하려면, 표준적인 알고리즘 체계를 사용하여 템플릿을 생성해야 한다.

#### 바. 템플릿 미사용 생체정보인식시스템

템플릿을 사용하지 않는 생체정보인식시스템은 아직 개발 초기 단계에 있다. 이 시스템은 “익명성보장 생체정보인식기술(anonyme Biometrie)”로 지칭되고 있다. 이 시스템은 원칙적으로 평문(암호화되기 이전의 원래 전달하려는 문장)에 접근하는 열쇠로 생체정보를 사용한다.<sup>861)</sup> 보통의 생체정보인식시스템에서 비교절차를 적절하게 구성하고 허용오차의 범위를 설정함으로써 대처하려는 생체정보 변이의 문제가 이 시스템에서는 암호해독 열쇠의 구성문제로 바뀐다. 즉 이 시스템에서는 원생체정보가 다르면 항상 상이한 암호해독열쇠가 형성되어야 한다. 지문인식과 홍채인식 분야에서는 이미 이 유형의 시스템을 사용한 시제품이 나와 있다고 한다.

---

860) 한편, BioAPI 컨소시움이 생체정보인식장치의 호환성을 목표로 하는 장치표준화 노력을 기울이고 있다. 물론 알고리즘의 표준화와 생체인식장치의 표준화는 전혀 별개의 기술적인 문제이다. 이에 대해서는 K. Schröder, Standardisierung biometrischer APIs, DuD1999년 3월호, 160 참조.

861) L. Donnerhacke, Anonyme Biometrie, DuD 1999년 3월호, 153쪽 이하 참조.

#### 사. 생체정보자동인식시스템에 저장되는 정보

생체정보인식시스템에서 원생체정보는 제공되지 않는 것이 보통이다. 생체정보자동인식시스템에서는 원생체정보를 기초로 템플릿을 계산해 내고 또 이 템플릿 정보를 비교를 위한 정보로 사용하는데, 템플릿 정보의 양은 원정보의 양에 비하여 현저하게(1/100 또는 1/1000)<sup>862)</sup> 축소되기 때문이다.

템플릿 모델의 구성과 그 계산은 데이터 비교를 위한 한 단계이다. 원생체정보를 템플릿으로 처리하는 데는 많은 시간이 소요된다. 이 과정을 생략하기 위해 원생체정보 대신에 템플릿을 저장한다. 이용시에는 이용자가 제시한 생체정보만을 템플릿으로 계산하면 된다. 비교대상이 되는 생체정보는 이미 템플릿의 형태로 저장되어 있기 때문이다.

일부 시스템에서는 원생체정보의 저장·접근을 허용한다. 지문자동인식 시스템<sup>863)</sup> 이외에도 얼굴자동인식시스템이 이러한 기능을 갖추고 있다. 데이터 비교를 유관으로도 쉽게 할 수 있기 때문이다. 얼굴자동인식 출입통제장치에서 오류신호가 울리면 그 장치의 모니터에는 현 이용자의 사진과 기억되어 있는 사진이 나타나 유관에 의한 대조를 돕도록 되어 있다.

생체정보는 데이터뱅크에 집중해서 기억시킬 수도 있고, 이동전화기, PDA, 또는 노트북과 같은 이동식 정보처리장치처럼 이용자의 지배하에 있는 장치에 분산 기억시킬 수도 있다.

템플릿을 사용하지 않는 시스템에서는 템플릿 대신에 평문(전달하고자 하는 의미가 담긴, 암호화되지 않은 평문)과 암호문의 짝(cleartext-chiphertext-pair)을 사용한다.

---

862) K. Wadhwa(Director EMEA), IBG(International Biometric Group), The Promise of Biometric Technologies, BioAsia - Biometrics in Security Symposium, 2004. 3. 27, 9쪽.

863) 일단 컴퓨터를 통해 입력된 지문정보를 가지고 계산해 낸 템플릿과 일정 비율 이상의 일치도를 보이는 템플릿의 목록을 뽑아낸 후 감식전문가가 원지문정보들과 대조하여 신원을 확인한다.

### 아. 생체정보처리과정중 생체정보 가로채기

권한 없는 자도 다양한 방식으로 생체정보를 가로챌 수 있다. 기본적으로 센서에서 템플릿 계산 과정으로 넘어갈 때, 템플릿 계산의 결과를 저장하는 과정에서, 이 저장장치에서 알고리즘을 이용하여 비교하는 과정으로 진행할 때 생체정보를 가로챌 수 있다. 무단접근을 통한 생체정보의 누출 및 오남용을 방지하기 위해서는 시스템 침투나 공격을 막는 보안프로그램을 설치하여야 한다. 특히 정보를 수집해서 템플릿을 계산하기 위하여 공개되어 있는 장치를 사용하고 또 정보의 집적을 위해서 칩카드를 사용하는 경우에 그와 같은 가능성이 존재한다. 같은 문제는 단말기(POS-Terminal)를 사용하여 전자거래를 하는 경우에도 발생한다. 이 경우에도 고객이 입력하는 개인식별번호(PIN)를 장치조작을 통해 읽어내는 것이 가능하다.

생체정보인식시스템에서도 안전성이 검증된 단말기를 사용하는 것을 생각할 수 있다. 그렇지만 고객이 상인의 단말기를 상세하게 검사할 수 없기 때문에 단말기 조작 사실을 감지하기 어렵다. 생체정보의 무단 도용방지는 생체정보인식시스템 자체의 조작 방지 프로그램과 밀접한 관계가 있다. 어쨌든 생체정보의 조사, 템플릿 산정·저장·비교가 하나의 장치 안에서 진행되도록 하는 것이 생체정보의 보호를 위해서는 유리하다. 현재 지문인식의 경우에는 이와 같은 통합기능을 갖춘 소규모 장치가 개발되어 있지만, 가령 얼굴인식 센서인 카메라까지 부착하고 또 이를 기초로 템플릿까지 계산해 내고 알고리즘을 이용하여 이를 이미 등록된 것과 비교하여 신원을 확인하는 소규모장치를 만드는 것은 여전히 기술적으로 어렵다.

## 3. 생체정보자동인식시스템의 장점과 문제점

### 가. 장점

#### (1) 편리성과 경제성



생체정보자동인식시스템의 본질적인 장점은, 생체정보는 이용자가 기억하거나 별도로 소지할 필요가 없고 또 그렇기 때문에 망각이나 분실의 위험도 없기 때문에 패스워드나 개인식별번호 또는 칩카드에 비해 이용자에게 편리하다는 것이다. 시스템 운영자의 입장에서 패스워드나 비밀번호를 망각한 사람들을 위한 서비스제공에 들어가는 비용이나 칩카드 분실자에게 새 카드를 발급하는 데 들어가는 비용 등을 절감할 수 있는 가능성을 제공하고 있다는 점에서 경제적이다.

그렇지만 이 시스템은 무시할 수 없을 정도의 본인거부율(본인의 생체정보가 맞음에도 불구하고 여러 원인에 의해 발생하는 오차 때문에 시스템이 본인이 아닌 것으로 판정하는 확률) 때문에 패스워드나 개인식별번호와 같은 보충적인 인증시스템을 가동해야 할 필요가 있을 수도 있다는 점에 유의해야 한다. 이 경우에는 이용의 편리성이나 시스템의 운영의 경제성이라는 장점도 상대화될 수밖에 없다.

## (2) 생체정보의 불가양성·복제곤란성

생체정보자동인식시스템의 다른 장점은, 생체표지가 반복적인 연습을 통해서 모방할 수 있는 것이 아닌 한, 한 사람의 생체표지를 다른 사람에게 양도하여 사용하도록 할 수 없다는 것이다. 또 생체표지들은 매우 섬세한 고유성을 가지고 있어서 다른 사람들이 본인의 생체정보를 복제하여 시스템을 도용하기 어렵다. 그렇기 때문에 개인식별번호나 패스워드를 사용하는 시스템과는 달리 본인이 스스로 시스템을 이용할 수밖에 없다. 따라서 이 시스템에 의한 인증의 신뢰도도 그 만큼 높아지게 된다.

물론 생체정보도 다양한 방식으로 유출될 수 있다. 생체표지들 중에는 본인이 알지 못하는 가운데 유출될 수 있는 정보들이 있다. 가령 본인이 의식하지 촬영되거나(얼굴) 채집되거나(지문) 녹음될 수도 있다. 또 시스템에 기억된 템플릿 정보의 유출가능성도 배제할 수 없다. 그렇기 때문에 생체정보의 불가양성·복제곤란성으로 인한 도용의 위험성 자체는 낮음에도 불구하고 생체정보의 수집·등록·이용과 관련한 시스템보안의 필요성은 여전히 중요한 문제로 남을 수밖에 없다.

(3) 상대적 영구성

생체정보자동인식시스템은 성명, 주소, 패스워드나 아이디, 개인식별번호와 같은 다른 개인정보와 달리 그 정보의 주체가 살아 있는 동안 변하지 않고 지속되는 특성이 있는 생체정보를 활용한다는 점에 그 장점이 있다.

물론 노화나 상처 등으로 생체정보 자체가 변할 수 있고, 행동적 특성도 의식적인 노력이나 사실적 여건의 변화에 맞추어 바뀔 수도 있다는 점에서 이 장점도 상대화된다. 이 경우 정확한 신원확인을 위해서는 템플릿 정보를 그 변화에 맞추어 새롭게 확보해야 한다. 템플릿 미사용 시스템은 템플릿 정보를 갱신하지 않고도 신원을 확인할 수 있다는 점에서 생체정보의 이와 같은 약점을 극복할 수 있는 가능성을 제시하고 있다.

나. 생체정보자동인식시스템의 문제점 : 안정성 및 신뢰성

(1) 신뢰성과 안정성

(가) 근본문제

동일한 개인의 동일한 종류의 생체정보들도 조사시기가 다른 경우 결코 항상 100% 일치하지 않는다. 측정상의 오차가 있을 수 있고 또 생체정보 자체가 세월이 지남에 따라 변할 수 있기 때문이다(가령 목소리의 변성, 얼굴의 노화, 지문의 손상 등). 따라서 동일한 사람의 원생체정보들로부터 생성해 낸 템플릿도 그의 등록된 템플릿과 같지 않을 가능성을 배제할 수 없다. 생체정보의 이와 같은 특성으로 인해 생체정보자동인식시스템의 근본적 문제가 발생한다. 즉, 다른 개인정보와는 달리 이처럼 시스템이 생체정보의 주체를 오독할 가능성이 상존한다는 것이다. 생체정보자동인식시스템을 구축할 때 이 점을 고려하여야 한다. 일정한 허용오차를 정해 비교대상이 되는 템플릿들이 어느 정도로 일치할 경우에 인증을 하도록 할 것인지를 확정해야 한다. 이 허용오차 범위의 선택이 생체정보자동인식시스템의 가치를 결정적으로 좌우한다. 시스템을 통한 인식의 결과는 두 가지 면에서 오류일 수 있다. 즉 본인의 생체정보가 맞음에도 불구하고 측정치들

이 너무 달라 시스템이 그 생체정보를 타인의 것으로 잘못 판독할 수도 있고(false non-match), 상이한 두 사람의 생체정보임에도 그 측정치가 유사하여 타인을 본인으로 판독할 수도 있다(false match).

시스템이 이러한 잘못된 판독을 하는 원인은 다양하다. 먼저 생체정보의 개인별 고유성이 떨어져 그 주체를 명확하게 식별하는 것이 어려운 경우가 있다. 또 센서의 성능이 떨어져 센서를 통한 생체정보의 조사와 템플릿 계산이 충분한 정도의 정확성을 갖지 못하고, 상이한 사람의 상이한 생체정보임에도 불구하고 동일한 템플릿이 형성되거나 동일한 사람의 생체정보임에 불구하고 상이한 템플릿이 형성될 수도 있다. 그 밖에도 고의 또는 과실에 의한 시스템사용의 잘못이나 시스템의 형성의 미숙으로 생체정보가 조사과정에서 잘못 조사될 수도 있다(가령 지문채취나 얼굴촬영, 음성녹음의 미숙). 끝으로 생체정보 비교의 결과는 일치도에 영향을 미치는 매개변수(Parameter)에 민감하게 반응한다. 즉 식별의 정확도를 높이기 위해 템플릿 모델을 확정할 때 많은 특징점들을 고려하도록 하면 본인을 타인으로 읽을 가능성이 높아져 이용자에게 불편을 초래하고, 반대로 특징점들의 수를 줄이면 본인을 타인으로 읽을 가능성은 줄어들지만 타인을 본인으로 오독할 가능성은 커진다.

결국 생체정보자동인식시스템은 일정한 통계적인 허용오차의 범위 안에서 작동할 수 있을 뿐이다. 각 시스템의 성능을 정확히 판단하려면, 엄정하게 정의된 실험조건에서 많은 시간과 비용을 요하는 실험을 해야 한다. 그렇지만 이 실험결과조차도 센서, 비교를 위한 알고리즘, 비교인자들이 변화할 경우에는 무용지물이 된다.<sup>864)</sup>

(나) 오독율과 허용오차의 한계

조사대상 생체정보가 사람들마다 충분히 달라서 템플릿 계산을 통해서 생체정보가 다르면 그것을 기초로 만들어지는 템플릿 정보도 달라질 수 있다는 전제가 충족되어 있다면, 시스템의 오독율은 대체로 템플릿 비교 성능에 달려 있고, 템플릿 비교 성능은 다시 이른바 허용오차의 한계에 달려

864) B. Wirtz, Biometrische Verfahren, Abschnitt 3, in: DuD 1999년 3월호, 129-133.

있다.

본인의 생체정보가 입력되었음에도 불구하고 타인으로 판정하는 비율을 본인거부율(false rejection rate; FRR)이라 한다. 이용권한 없는 타인의 생체정보가 입력되었음에도 등록된 이용자로 인식하여 이용을 허락하는 비율을 본인오인율(false acceptance; FAR)이라 한다.<sup>865)</sup> 그 밖에도 충분히 명료한 생체정보를 제공할 수 없는 사람도 있다. 이 경우 비교의 준거로 사용될 수 있는 생체정보인 템플릿도 형성될 수 없다. 그러한 사람들의 비율을 등록실패율(Failure to enroll rate; FER 또는 FTR)이라 한다. 등록실패율 때문에 생체정보자동인식시스템을 모든 사람에게 적용할 수 없다는 태생적 한계가 발생한다.<sup>866)</sup>

본인거부율과 본인오인율은 상호 건련관계에 있다. 시스템의 부정사용의 위험을 낮추기 위해, 즉 본인오인율을 낮추기 위하여 어떤 시스템의 허용 오차를 줄게 인정하면, 본인거부율이 올라가게 되기 때문이다. 다음의 표는 이를 구체적으로 보여준다.

---

865) 이 용어는 원래 출입통제시스템과 관련하여 만들어졌지만 거의 일반적으로 사용되고 있기 때문에 여기서도 시스템의 응용분야에 따라 차별화하지 않고 사용하기로 한다.

866) 영국의 Communications-Electronics Security Group(CESG)의 실험결과보고서 "Biometric Product Testing - Final Report"(2001.3), CESG contract X92A/4009309에 따르면 얼굴인식의 경우 0%, 칩을 센서로 사용하는 지문인식의 경우 1.0%, 광학센서를 사용하는 지문인식의 경우 2.0%, 손모양인식의 경우 0.0%, 홍채인식의 경우 0.5%, 정맥인식의 경우 0.0%, 음성인식의 경우 0.0%로 나타났다. 이 자료는 Zentrum für sichere Informationstechnologie - Austria, Leitfaden Biometrie - Überblick und Stand der Technik, 2004.1, 6쪽에서 재인용.

CESG의 생체정보자동인식장치 실험에서 확인된 본인거부율과  
본인 오인률<sup>867)</sup>

시스템	본인오인율 3%시 본인거부율	본인오인율 10%시 본인거부율
얼굴인식	0.5%	0.09%
지문인식(칩센서)	25%	0.0025%
지문인식(광학센서)	20%	7%
손모양인식	0.15%	0.05%
홍채인식	본인오인율 2%시 본인거부율 0.0001%	
정맥인식	30%	6%
음성인식	1%	0.015%

위의 표에 적용한 본인거부율 기준은 사실 이 시스템의 실용성이 낮다는 것을 시사한다. 정당한 이용자가 10회당 1회씩 거부당하거나(즉 10%의 본인거부율), 100회당 3회 거부당하는 것(3%의 본인거부율)을 이용자에게 요구할 수는 없기 때문이다.

최근 행해진 비교적 대규모 인적 집단을 대상으로 한 실험결과를 통해서 현재의 기술수준을 확인할 수 있다. 미국의 국립표준기술연구소(NIST; National Institute of Standards and Technology)<sup>868)</sup>는 2003년 6,000명분의 지문데이터베이스를 이용한 지문자동인식 실험에서는 90%의 인증율과 1%의 본인오인율을 보였다는 사실과 3,000명의 데이터베이스를 이용한 얼굴

867) Communications-Electronics Security Group (CESG)의 실험결과보고서 "Biometric Product Testing - Final Report"(2001.3). 이 자료는 Zentrum für sichere Informationstechnologie - Austria, Leitfaden Biometrie - Überblick und Stand der Technik, 2004.1, 6쪽에서 재인용.

868) NIST, "Summary of NIST Standard for biometric accuracy, tamper resistance, and interoperability", 2002. 11. 13.

자동인식 실험에서는 마찬가지로 90%의 인증율과 1%의 본인오인율을 기록한 것으로 보고하고 있다. 물론 얼굴자동인식시스템의 경우 위의 수치는 최적조건하에서 얻어진 결과이고, 야외에서는 최고성능을 보인 시스템도 본인인증률이 43%까지 떨어졌다고 한다. 독일 연방정보기술안전국(BSI; Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik)의 얼굴자동인식 실험에서도 본인거부율이 64% 이상, 본인인식률이 50%까지 낮게 나타난 것으로 보고되었다.<sup>869)</sup>

오독율 및 템플릿 일치판정을 위한 허용오차의 한계, 그리고 오독율의 허용오차한계와의 상관성까지를 포함하는 오류통계를 확정하려면 세심한 계획에 입각한 광범위한 실험이 필요하다. 보통 이를 위해 다양한 사람들의 생체정보가 담긴 데이터뱅크와 동일한 사람들의 생체정도를 수차례 조사한 자료가 사용된다. 특히 오독율을 과대평가하거나 과소평가하지 않으려면 어떤 데이터와 템플릿이 비교되는지에 유념하여야 한다. 현재 그러한 실험과 관련하여 일반적으로 인정된 통일된 기준은 존재하지 않는다.<sup>870)</sup>

그렇지만 이 실험들이 대체로 비교인식 알고리즘의 성능에 대한 실험일 뿐이고 센서의 성능, 생체정보조사자의 기술적인 능력, 시스템이용자의 숙련도까지도 포함하는 시스템 전체의 성능에 대한 실험이 아니라는 것이다. 그렇기 때문에 어떤 시스템의 인식성능에 대한 신빙성 있는 평가를 하기는 매우 어렵다.<sup>871)</sup>

어쨌든 일련의 연구결과들을 기초로 만들어진<sup>872)</sup> 아래의 표는 생체정보 자동인식장치들의 테스트에서 확인한 본인거부율과 본인오인율을 기초로 각 장치의 성능 내지 신뢰도를 다음과 같이 4단계로 분류하고 있다.

869) BSI, “BioFace - Vergleichende Untersuchung von Gesichtserkennungssystemen”, öffentlicher Abschlußbericht, 2003년 6월.

870) 현재 다양한 기준들이 제시되고 있다. 이에 대해서는 H. Bäumler/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 31쪽 주 101-103 참조.

871) 이 문제는 가령 법적 분쟁에서 중요한 문제로 대두될 수도 있을 것이다.

872) BSI가 Darmstadt에서 개최한 심포지움에서 BioIS와 BioKrit 연구프로젝트의 결과에 관한 Axel Munde의 강연, BSI “Zertifizierung biometrischer Systeme”에서 인용.

생체정보자동인식장치의 신뢰도 분류<sup>873)</sup>

인식결과의 신뢰도	본인오인율	본인거부율
저	5% 이상	7% 이상
중	1%-5%	3%-7%
고	0.3%-1%	1%-3%
최고	0.3% 이하	1% 이하

(2) 시스템보안

생체정보자동인식시스템을 사용할 때 시스템이 내외의 권한 없는 자들의 도용으로부터 안전한지의 문제, 즉 시스템의 보안성이 문제된다. 시스템의 보안성은 여러 요인들의 영향을 받는다.

시스템이 허위생체정보를 식별해 낼 수 있어야 한다. 허위생체정보는 두 가지 종류가 있을 수 있다. 즉 자연스럽게 변한 생체정보(가령 수염모양의 변화, 목소리 변화 등), 인위적으로 조작한 생체정보(가령 얼굴인식시스템에서 사진의 변조, 젤라틴을 사용한 지문 위조, 홍채인식시스템에서 타인의 홍채모양을 담은 콘택트렌즈의 착용 등)가 있다. 다수의 시스템 설계자들은 이른바 생동성인지시스템을 구축하여 시스템 도용을 방지하려고 시도하고 있다. 가령 지문인식시스템의 경우 맥박측정, 얼굴인식시스템의 경우 눈동자나 얼굴의 움직임 조사 등의 방법이 사용되고 있다.

그 밖의 시스템의 기술적 허점을 이용한 시스템 도용방법들, 가령 생체정보를 처리하거나 전송하는 도중에 그 정보를 빼돌리거나 비교인식 알고리즘이나 허용오차의 한계를 조작하거나 이용자의 등록된 템플릿을 바꿔

873) NIST, "Summary of NIST Standard for biometric accuracy, tamper resistance, and interoperability", 2002. 11. 13. 이 자료는 Zentrum für sichere Informationstechnologie - Austria, Leitfaden Biometrie - Überblick und Stand der Technik, 2004.1, 7쪽에서 재인용.

치는 것과 같은 기술을 이용한 다양한 조작에 대한 대비책도 마련되어야 한다. 독일 연방정보기술안전국(Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnologie)은 2000년 50% 이상의 생체정보자동인식장치들이 기술적 조작을 통해 침투가 가능하다는 사실을 발표한 바 있다.<sup>874)</sup> 현재 미국, 프랑스, 영국, 독일, 캐나다, 네덜란드 등의 공동기준파트너국들(Common Criteria Partner)은 공통의 보안기준을 마련을 위해 국제적으로 조율하고 있다. 참여국가 중 한 나라가 어떤 장치의 안전성을 평가한 결과는 다른 참여국에서도 인정받게 된다. 제품의 평가 및 성능인증을 위한 공통기준은 생체정보자동인식장치들의 인증성과 관련하여 다음과 같은 본인오인율 최고치를 확정하고 있다.<sup>875)</sup>

생체정보자동인식장치 성능평가방법론에 의한 최대 본인오인율 기준의 성능평가

성능(Strength of Funktion)	본인오인율(FAR)
SOF 低	1%
SOF 中	0.01%
SOF 高	0.001%

현재의 기술수준에서는 생체정보자동인식장치를 가지고 “SOF 高”에 달할 수 없다고 전제해야 하며, 따라서 고도의 시스템 공격능력을 가진 시스템공격자에 대한 완벽한 보안도 가능하지 않다고 보아야 한다. 그렇다면 현재의 생체정보자동인식장치들은 중간정도의 시스템 공격능력이나 우연한

874) Vergleichende Untersuchung biometrischer Systeme - BioIS des BSI. Bonn, 2000, kap. 3. 3., S. 44. 인터넷 자료는 <http://www.bsi.de/aufgaben/projekte/biometr/biois-d.pdf> 참조.

875) Common Criteria, Common Methodology for Information Technology Security Evaluation, Biometric Evaluation Methodology Supplement, Version 1.0, 2002.8.



시스템 침입에 대한 보안성을 갖는다는 전제하에서 사용할 수 있는 것이다.

(3) 시스템의 신뢰도 검증

시스템의 보안성 이외에도 시스템의 인식성능이 중요하다. 시스템 인식 성능은 오독율 이외에도 기계장치의 외부영향에 대한 방어력, 기기의 내구성 등을 포함한다. 가령 지문자동인식장치는 이용빈도가 높을 경우 비교적 단기간에 인식성능이 현저히 저하되어 센서 교체가 필요하다는 보고가 있다.

상술한 바 있는 시스템 평가기준에는 가령 환경요인에 대한 저항력, 인식성능에 대한 요건 등도 포함되어 있다. 시스템 전체의 인식성능을 어느 정도로 실제로 테스트 해야 하는지의 문제는 시험평가의 대상이자 실제적인 연구대상이다. 시스템공급업자들은 0.1% 또는 0.0001%의 극히 낮은 오독율을 보인다고 주장하지만, 이 수치들이 항상 실제 사용조건에 맞추어 실험한 결과는 아니라는 점에 유의해야 한다.

(4) 익명정보장 생체정보자동인식절차에 의한 생체정보 및 시스템의 보호

템플릿 미사용 생체정보자동인식시스템은 사람의 생체정보를 간접적으로 저장한다. 생체정보를 가지고 암호해독을 위한 키를 구성한 뒤에 전달내용을 담은 평문을 암호화하고 평문과 암호문의 쌍을 저장한다. 적절한 암호화시스템을 사용할 경우 생체정보로 구성된 암호 키에 의거하여 평문을 가지고 저장된 것과 일치하는 암호문을 만들어 낸다. 새로 계산된 암호문과 저장된 암호문이 일치할 경우 생체정보로 구성된 암호키의 정확성 및 이용자의 진정성이 입증되는 것이다.

그렇지만 등록된 평문과 암호문의 짝을 가지고 좋은 암호화시스템을 사용할 경우 생체정보를 이용한 암호키를 계산해 낼 수는 없기 때문에 이용자의 생체정보를 역추적 할 수 없다. 제2의 평문-암호문의 짝이 존재할 경우 두 짝 모두에 동일한 생체정보 키가 사용되었는지, 또 그에 따라 동일인이 인준을 받을 수 있는지, 아니면 두 쌍이 모두 다른 사람들의 것인지 확인할 수 없다. 그러므로 동일인에게도 다수의 비교불가능한 평문-암

호문의 쌍들이 존재하기 때문에 한 사람의 평문-암호문의 쌍을 상이한 데이터뱅크에 접근하기 위한 통일적인 접근키로 사용하는 것도 불가능하다.

이와 같은 종류의 암호화절차는 익명의 생체정보를 이용한 인증을 시도하기 위하여 사용된다. 평문-암호문의 쌍이 다른 정보와 결합되지 않으면, 그 시스템은 익명정보장시스템의 성격을 띠게 된다. 이 시스템은 마치 기계식 자물쇠처럼 이용자에 대한 기록을 남기는 것이 필요하지 않는 시스템 접근 통제에 사용된다.

평문-암호문의 쌍을 가령 컴퓨터시스템의 이용자명, 지로번호 등과 같은 가명과 결합시킬 경우 가명 인증시스템이 현실화될 수 있다. 개인을 식별하려면 평문-암호문의 쌍과 결부되어 있는 가명을 풀어야 한다. 그 정보의 주체를 판별하는 작업은 생체정보자동인식시스템에 의해 이루어지지 않는다. 생체정보 키와 평문-암호문 쌍 사이의 밀접한 결합에 기반을 둔 확실한 인증도 가명을 푸는 작업에 의해 영향을 받지 않는다.

시스템을 이와 같이 기술적으로 형성한다면, 인적인 귀속을 완전히 포기하거나(익명 생체정보자동인식) 또는 가명을 통해서 생체정보와 무관하게 인적 귀속이 이루어지는 것도 가능하다. 이러한 시스템은 어느 경우에도 생체정보자동인식을 통해 그 정보 주체가 드러나지 않으면서도 생체정보자동인식절차의 안전성을 심분 활용할 수 있다.

개인정보보호법의 관점에서 볼 때 개인정보수집제한 및 개인정보생성회피라는 시스템 차원의 개인정보보호의 요청을 충족하기 때문에 이와 같은 종류의 시스템이 바람직하며, 그 사용을 촉진하는 것이 바람직하다.

(5) 시스템의 신뢰성 및 안전성이 법적 평가에 미치는 기본적인 영향

생체정보는 개인의 신원을 매우 확실하게 확인시켜주는 수단으로 이용될 수 있다. 이 때문에 생체정보는 가령 복지서비스의 수령, 전자서명 등 중요한 법적 효과를 귀속하기 위한 전제로서 신원을 확인하는 시스템에서 사용된다. 따라서 생체정보의 불완전성이나 생체정보의 신빙성 확보 대책의 결여로 인한 오류가 발생하지 않도록 하기 위해 많은 비용을 들여야 한다.

권한 없는 자가 데이터뱅크에 저장된 생체정보에 접근하여 이를 위조하거나 복제할 수 있는 가능성이 배제될 수 있는 경우에만 템플릿은 가령 공권력이 제공하는 급부를 부당하게 여러 차례 수령하려고 시도하는 권한 없는 이용자의 신청을 거부할 수 있는 신빙성 있는 증거로 활용될 수 있다.<sup>876)</sup>

정보의 정확성과 신빙성은 특히 생체정보의 비교가 자동인식시스템을 통해서 이루어지는 경우에 중요한 의미를 갖는다. 이 경우 컴퓨터 단말기상으로 중복수령자로 확인된 경우에 곧바로 지급거부처분을 해도 되는지가 문제된다. 일반적으로 시스템조작이나 시스템의 내재적인 오독의 가능성이 있기 때문에 적법절차의 원칙에 비추어 볼 때 수작업에 의한 비교가 필요하다고 보아야 한다.<sup>877)</sup> 유럽연합개인정보보호지침 제15조도 관련 개인의 인격적 표지를 활용하는 자동화절차를 통해서 바로 불리한 결정을 내리는 것을 금지하고 있다. 물론 특정인에게 일정 표지가 존재하는지 여부를 자동화된 절차를 통해서 확인하는 것까지 금지되는 것은 아니다. 그 규정은 복잡성을 띠는 개인의 인격에 대한 평가를 자동화된 절차를 통해서 하는 경우에만 적용된다.<sup>878)</sup>

#### 4. 생체정보자동인식기술의 응용분야별 실용성 평가

생체정보자동인식기술은 형사소추나 경찰의 방법활동을 위해 사용되는 것을 제외하면 대체로 다음과 같은 4가지 목적으로 사용된다. 그러나 각 목적별로 요구되는 기술의 신뢰성 및 보안성이 다르다. 그렇기 때문에 현재의 기술수준에 비추어 보았을 때 응용분야에 따라서는 이 기술이 기존의 기술을 완전히 대체할 수도 있고, 기존의 기술을 보완하는 기술로서만 사용될 수도 있다.<sup>879)</sup>

876) 1992년의 미국 뉴욕주 사회복지법 제139조 a (3)에 상응하는 규정이 있다.

877) 위의 뉴욕주 사회복지법 제139조 f는 이와 같은 규정을 두고 있다.

878) U. Dammann/S. Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1997, 제15조 단락번호 4.

879) 이하의 내용에 대해서는 Zentrum für sichere Informationstechnologie - Austria,

### 가. 지적 요소의 대체

생체정보자동인식기술은 이용자가 여러 시스템을 이용할 때마다 (상이한) 개인식별번호를 일일이 기억하거나 기록하여 입력하여야 하는 불편을 덜기 위하여, 즉 기억력에 의존하는 기존의 개인식별번호를 대체하기 위하여 응용된다.

현재의 기술수준에 비추어 볼 때 이처럼 개인식별번호를 대체하는 생체 인식정보기술의 응용은 기술의 안정성이 상대적으로 낮아도 되는 분야에서는 가능하다. 가령 핸드폰 잠금기능을 비밀번호(Personal Unblocking Key)에서 지문인식기능으로 대체하는 것은 현재 수준의 기술의 안정성으로도 가능하다. 그러나 전자서명법에 의한 전자서명을 위한 신원확인 수단처럼 중간 정도 내지 높은 정도의 기술적 안정성을 요하는 응용분야에는 현재의 기술수준이 충분히 성숙되어 있지 않다고 평가되고 있다. 2001. 11. 16. 제정된 독일 전자서명법 제15조 제1항이 생체정보를 칩카드와 같은 토큰 또는 개인식별번호와 같은 지적 요소에 추가해서만 사용할 수 있도록 한 것도 생체정보자동인식기술의 한계 때문이다. 이 기술의 불안정성은 이처럼 중요한 법적 의미를 갖는다. 뿐만 아니라 개인식별번호와 같은 지적인 요소는 그 입력을 통해서 능동적·의식적으로 사용되지만, 지문이나 얼굴과 같은 일부 생체정보는 정보주체가 알지도 못하는 가운데도 그로부터 채집하는 것이 가능하다는 점에서는 보안성이 떨어진다는 약점이 있다는 점에도 유의하여 한다.

### 나. 복합인증(Multifactor Authentifikation)

인증방법으로는 현재 크게 3가지 종류가 있다. 즉 칩카드처럼 개인에게 발급된 토큰의 소지여부, 개인식별번호처럼 일정한 정보를 알고 있는지 여부, 생체정보처럼 개인이 가진 일정한 특성을 가지고 있는지 여부를 확인

---

Leitfaden Biometrie - Überblick und Stand der Technik, 2004. 1. 12쪽 이하.

함으로써 인증을 할 수 있다.

이러한 인증방법들을 조합해서, 가령 스마트카드의 소지와 개인식별번호의 인식을 결합하여 인증의 질을 높일 수 있다. 여기에 생체정보를 추가하면 인증의 확실성은 매우 높아지게 된다. 또 생체정보를 추가함으로써 인증의 신뢰도를 저하시키지 않으면서도 다른 인증요소들의 복잡성을 줄이는 것도 가능하다. 생체정보를 사용할 경우 가령 암호(Password)를 단축하여 암기를 용이하게 할 수도 있다. 이를 통해 이용자의 편의는 증진시키면서도 중간 내지 높은 수준의 기술적 신뢰도를 확보하는 것이 가능해진다.

#### 다. 신분확인문서에 대한 보안강화

여권과 같은 개인의 신분확인문서에 그의 생체정보를 기억시킨 칩을 추가함으로써 신분확인인의 확실성을 제고하기 위한 목적으로 사용된다. 생체여권을 도입하려면 생체정보자동인식기술의 국제적 표준화가 선행되어야 함은 물론이다.

#### 라. 고도보안이 필요한 영역의 출입통제

현재의 기술수준에 비추어 볼 때 고도의 보안이 요구되는 분야에는 생체정보자동인식절차를 다른 인증방법들을 완전히 대체하기 위해 사용하는 것은 위험하다. 이 분야에서는 생체정보자동인식시스템은 보안수준을 저하시키지 않으면서도 이용자의 편리성을 제고하기 위한 보완적 수단으로 사용하는 것이 바람직하다. 특히 고도의 시스템 공격능력을 가진 자에 의한 시스템 공격에 대해 생체정보자동인식시스템은 아직은 완벽한 방어를 할 수 없는 것으로 평가되고 있기 때문이다.

## 5. 현기술수준을 고려한 생체정보자동인식시스템 응용지침

상술한 내용으로부터 생체정보자동인식시스템의 채택과 관련하여 다음과 같은 기본적인 기준을 제시할 수 있다.<sup>880)</sup>

(1) 고성능(SOF 고) 생체정보자동인식시스템은 현재나 가까운 장래에 만들어지기 어렵다. 그러므로 이 시스템은 제한적인 분야에서만 채택될 수 있다.

(2) 지속적인 안정성을 보장하는 생체표지 기준은 존재하지 않는다. 그러므로 모든 사람의 생체정보를 모아놓는 데이터뱅크를 형성하는 것은 현재로서는 그다지 의미가 크지 않다.

(3) 형사절차나 경찰활동과 관련한 범인이나 그 혐의자를 인지하기 위해서 생체정보자동인식시스템을 사용하는 것 이외에는 불특정인의 신원을 확인하기 위해 이 시스템을 사용하는 것은 아직은 기술적으로 정당화되지 않는다.

(4) 이 시스템은 1:1 대조를 통해 본인을 검증받도록 하는 것이나 편리성을 제고하기 위해서는 의미 있는 기여를 할 수 있다. 본인의 통제하에서 또는 국가기관의 확인하에 생체정보를 입력하여 1:1 대조함으로써 본인검증을 받도록 하는 것은 현재의 기술수준으로도 가능하며, 따라서 그러한 시스템의 채택은 정당화될 수 있다. 이 시스템은 제한된 범위의 인적 집단(보통 약 100명 이내의 집단)에서 불특정인의 신원을 등록된 다수인의 생체정보와 비교하여 확인하기 위해서도 채택될 수 있다.

(5) 이 시스템은 현재의 기술수준에서는 통제되는 환경 속에서 사용되어야 한다. 신원확인을 위한 시스템설비(가령 컴퓨터, 정보 등)를 보유하고 있는 자는 인증과정을 통제할 수 있는 가능성을 보유하고 있어야 한다.

(6) 현기술수준의 생체정보자동인식시스템을 응용할 수 있는 범위는 예를 들면 다음과 같다.

---

880) Zentrum für sichere Informationstechnologie - Austria, Leitfaden Biometrie - Überblick und Stand der Technik, 2004. 1. 15쪽.

- 국가기관이 인증한 문서에 생체정보를 탑재하는 신분증명서
- 칩카드의 정당한 사용권한 있는 자의 확인
- 시설이나 공간의 출입통제. 무엇보다도 생체정보와 그 비교를 위한 준거자료를 담고 있는 카드를 조합한 방식을 사용하거나 그 사용인원이 제한되어 있는 경우

### III. 인간생체정보의 개인정보성과 그 이용의 헌법적 문제

생체정보가 개인정보의 성격을 띠게 되면, 그것을 조사·이용하는 공권력의 조치는 헌법에 의해 보장되는 개인정보자결권을 제한하게 되며, 그 조사방식에 따라서는 인간존엄권이나 일반적 인격권까지도 제한하게 된다. 여기서는 먼저 개인정보자결권의 개념, 보호범위, 법적 근거를 개관한 뒤, 생체정보가 어떤 조건하에서 개인정보자결권의 보호대상이 되는 개인정보의 성격을 띠게 되는지를 살펴본다.

#### 1. 개인정보자결권

##### 가. 개념과 보호범위

헌법재판소는 최근 주민등록법에 의한 지문채취 결정, 교육행정정보시스템에 대한 결정에서 개인정보자결권을 헌법에 보장된 기본권의 하나임을 정면으로 인정했다. 그에 따르면 개인정보자결권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다.<sup>881)</sup> 개인정보자결권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의

881) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513등, 공보 105, 666, 672; 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 92. 유사한 정의로는 독일의 인구조사판결 BVerfGE 65, 1, 요지 1, 2 참조.

인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다.<sup>882)</sup> 따라서 처리된 생체정보가 개인정보일 경우에는 그 정보를 국가권력이 조사·처리·이용하는 것은 개인정보 자결권에 대한 제한을 의미한다.

#### 나. 헌법적 근거

##### (1) 독자적 기본권으로서의 개인정보자결권 인정의 필요성

개인정보자결권은 헌법에 직접 명시되어 있지 않지만 정보화사회에서 국가의 정보능력의 급속한 확대에 따라 개인의 일거수일투족을 투명하게 들여다볼 수 있는 가능성이 대두함에 따라 개인에게 자신과 관련된 정보에 대한 통제권을 부여함으로써 개인의 인격적 결정의 자유와 정치적 결정의 자유를 보호하기 위해서 헌법해석을 통해서 독자적인 기본권으로 인정받게 되었다.

헌법재판소는 이 기본권의 인정필요성에 대해서 다음과 같이 판시하고 있다. 즉 “현대에 들어와 사회적 법치국가의 이념하에 국가기능은 점차 확대되어 왔고, 이에 따라 국가의 급부에 대한 국민의 기대도 급격히 높아지고 있다. 국가가 국민의 기대에 부응하여 복리증진이라는 국가적 과제를 합리적이고 효과적으로 수행하기 위해서는 국가에 의한 개인정보의 수집·처리의 필요성이 증대된다. 오늘날 정보통신기술의 발달은 행정기관의 정보 수집 및 관리 역량을 획기적으로 향상시킴으로써 행정의 효율성과 공정성을 높이는 데 크게 기여하고 있다. 이와 같이 오늘날 국민이 급부행정의 영역에서 보다 안정적이고 공평한 대우를 받기 위해서는 정보기술의 뒷받침이 필연적이라고 할 수 있다. 한편, 현대의 정보통신기술의 발달은 그 그

882) 헌재 2005.05.26. 2004헌마190 - 주민등록을 위한 지문날인; 2005.07.21. 2003헌마 282등, 판례집 17-2, 81, 91-92 - 교육행정정보시스템, 공공기관의개인정보보호에 관한법률 제1조의 개인정보의 개념도 참조.



림자도 짙게 드리우고 있다. 특히 컴퓨터를 통한 개인정보의 데이터베이스화가 진행되면서 개인정보의 처리와 이용이 시공에 구애됨이 없이 간편하고 신속하게 이루어질 수 있게 되었고, 정보처리의 자동화와 정보파일의 결합을 통하여 여러 기관간의 정보교환이 쉬워짐에 따라 한 기관이 보유하고 있는 개인정보를 모든 기관이 동시에 활용하는 것이 가능하게 되었다. 오늘날 현대사회는 개인의 인적 사항이나 생활상의 각종 정보가 정보주체의 의사와는 전혀 무관하게 타인의 수중에서 무한대로 집적되고 이용 또는 공개될 수 있는 새로운 정보환경에 처하게 되었고, 개인정보의 수집·처리에 있어서의 국가적 역량의 강화로 국가의 개인에 대한 감시능력이 현격히 증대되어 국가가 개인의 일상사를 낱낱이 파악할 수 있게 되었다. 이와 같은 사회적 상황하에서 개인정보자기결정권을 헌법상 기본권으로 승인하는 것은 현대의 정보통신기술의 발달에 내재된 위험성으로부터 개인정보를 보호함으로써 궁극적으로는 개인의 결정의 자유를 보호하고, 나아가 자유민주체제의 근간이 총체적으로 훼손될 가능성을 차단하기 위하여 필요한 최소한의 헌법적 보장장치라고 할 수 있다.”<sup>883)</sup>

(2) 헌법적 근거

현재 개인정보자기결정을 독자적인 기본권으로서 인정할 필요가 있다는 데 이견이 없다. 그러나 그 실정헌법적 근거에 관해서는 견해가 갈린다. 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 제10조에서 파생하는 일반적 인격권을 연관지어 이해하는 설,<sup>884)</sup> 헌법 제17조에서 그 근거를 찾는 설,<sup>885)</sup> 개인정보자기결정의 소극적 측면은 제17조에 그 근거가 있는 반면 그 청구권적 측면

883) 헌재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 682-683.  
 884) 이 계열의 대표적인 학자로는 권영성, 헌법학원론, 2002, 429쪽. 대법원도 이와 같은 입장에 있다. 대판 1998. 7. 14. 선고 96다42789 판결; 헌재 2005.07.21. 2003헌마 282등, 판례집 17-2, 81, 91.  
 885) 계획열, 헌법학 중, 2000, 347쪽; 권건보, 개인정보보호와 자기정보통제권, 2005, 115쪽; 성낙인, 프라이버시와 개인정보보호를 위한 입법정책적 과제, 「영남법학」, 1999, 26쪽; 자동화사회와 프라이버시보호, 법제연구 11호[96. 9], 12-14쪽; 하급심 판결에서는 헌법 제17조를 인격권을 포함하는 것으로 이해하면서 제17조가 개인정보자기결정의 근거라고 본 것이 있다(서울고법 1995. 8. 24. 선고 94구 39262 판결).

은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 그 근거가 있다고 보는 설,<sup>886)</sup> 개인정보자결권을 권력통제적 기능을 하는 정보통제권으로 파악하면서 그 근거를 국민주권원리와 민주주의원리에서 찾는 설,<sup>887)</sup> 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권의 결합을 통해 도출되는 일반적 인격권이 포괄적 근거이며 제17조는 특별한 근거라고 보는 설, 앞의 학설들이 제시한 것이 모두 이 기본권의 근거가 된다는 종합적 절충설<sup>888)</sup> 등이 대립하고 있다.

정보사회에서 국가의 개인과 관련된 정보활동으로부터 개인의 인격적·정치적 자율성을 보호하고자 하는 개인정보자결권의 보장 취지에 비추어 볼 때 보호대상이 되는 개인정보가 반드시 개인의 비밀이거나 사생활에 관한 정보에 한해서는 안되고 개인에 관한 것이면 충분하다고 보아야 한다. 민주주의원리나 국민주권원리와 같은 객관적인 헌법원리에서 직접 주관적 권리의 근거를 찾는 것은 무리이고 또 그럴 필요도 없다. 그렇다면 헌법 제17조의 사생활의 비밀에서 그 포괄적인 근거를 찾기는 어려우며, 헌법 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄과 가치와 연계된 같은 조 제1문 후단의 행복추구권에 그 근거가 있는 일반적 인격권에서 찾아야 한다고 본다.<sup>889)</sup>

포괄적인 개인정보자결권은 개별적인 권리들을 배척하지 않으며, 그것들을 보완하는 역할을 한다. 그렇다면 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 그 자유는 일반적 인격권에 근거를 두는 ‘포괄적 개인정보자결권’에 대한 특별규정이라고 보아야 하며, 그것에 의하여 보호될 수 있는 사생활과 관련된 정보의 보호와 관련해서는 제17조가 우선적으로 적용되며, 사생활 영역의 정보가 아닌 개인의 정보에 대한 자결권의 보호를 위해서는 일반적 인격권에 더잡고 있는 개인정보자결권이 보충적으로 적용된다고 보아야 한다.

886) 김철수, 헌법학개론, 2001, 540쪽.

887) 김종철, 헌법적 기본권으로서의 개인정보통제권의 재구성을 위한 시론, 인터넷법률 제4호, 2001, 36 (43쪽).

888) 헌재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 683.

889) 보다 상세한 논증은 졸고, 개인정보자결권의 헌법적 근거 및 구조에 대한 고찰 - 동시에 교육행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단에의 그 응용 -, 헌법논총 제14집(헌법재판소), 2003, 417쪽 이하, 특히 423쪽 이하 참조.

## 2. 개인정보자결권의 보호대상으로서의 생체정보

개인정보자결권은 공권력이 개인의 정보와 관련한 활동을 하는 경우에 그 보호작용을 발휘한다. 그렇다면 생체정보는 어떤 경우에 어떤 조건하에서 개인정보의 성격을 띠게 되는가? 개인정보는 어떤 정보가 특정인에게 귀속될 때 수 있을 때에만 존재한다. 정보 그 자체로서는 그 주체를 알 수 없더라도 그 처리기관이 합법적으로 사용할 수 있는 다른 정보를 이용하여 그 주체를 특정할 수 있다면 개인정보의 성격을 띠게 된다.<sup>890)</sup> 이러한 의미에서 정보의 개인연관성은 고정성을 띠는 것이 아니라 상대성을 띤다.<sup>891)</sup>

생체정보인식시스템에도 여러 종류가 있고 또 이 시스템에서 처리되는 생체정보의 종류도 다양하다. 일반적으로 공개되어 있고 또 사람이 쉽게 분별할 수 있는 생체정보(가령 얼굴자동인식시스템에서의 얼굴사진)와 접촉하고 있는 사람들이 분별하기 어려운 생체정보(가령 지문자동인식시스템에서의 지문)가 있다. 생체정보는 그 정보주체의 일생 동안 또는 상당히 장기간 변하지 않고 그 주체에게 부착되어 있는 것(가령 얼굴, 지문)과 그렇지 아니한 것(가령 필체)으로 나눌 수 있다. 생체정보는 정보주체의 협력을 얻어야 조사가능한 것(가령 홍채)과 그러한 협력 없이도, 심지어는 알지도 못하는 가운데 조사할 수 있는 것(가령 얼굴)으로도 구분할 수 있다.

이 모든 원생체정보를 가지고 템플릿 정보를 생성할 수 있다. 그런데 템플릿의 형식으로 존재하는 정보에서는 생체정보의 특성상의 차이는 별로 중요한 의미를 갖지 못한다. 템플릿만을 가지고 다시 템플릿 구성 이전처럼 직접 특정인에게 귀속될 수 있는 원생체정보를 재구성할 수 없기 때문이다.

---

890) S. Simitis/U. Damman, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz(이하 'S. Simitis/U. Damman'으로 인용), 제5판, 2002, § 3 단락번호 20 이하, 특히 38 참조.

891) S. Simitis/U. Damman, § 3 단락번호 32.

### 가. 원생체정보의 개인정보성

원생체정보가 개인정보의 성격을 띠는지를 판단하는 문제와 관련하여 원생체정보의 주체를 파악하는 방법이 중요한 의미를 갖는다. 그 정보의 주체는 얼굴자동인식시스템과 같은 시스템에서는 쉽게 파악할 수 있는 것처럼 보인다. 얼굴인식시스템에서의 원생체정보는 센서에 의해 포착된 생체표지의 전자적 영상이다. 거의 모든 경우에 가령 얼굴 사진의 주인공을 판별할 수 사람들이 존재한다. 그렇지만 사진의 주인공을 알지 못하는 압도적 다수의 사람들은 사진만 가지고는 그 주인공을 판별할 수 없다는 것도 사실이다. 이 경우 개별적인 사실(가령 원생체정보인 얼굴사진)을 특정인과 결부시키도록 도와주는 추가적인 정보가 누구나 자유롭게 접근할 수 있는 것인지 여부에 따라 개인정보인지 여부를 판단하여야 한다.<sup>892)</sup> 사람들은 얼굴로 자신의 신원이 판별될 수 있는 다양한 사회적 관계 속에서 생활한다. 따라서 얼굴이 담긴 영상정보가 있을 경우 직접 그 주인공이 판별될 수 있는 가능성을 완전히 배제할 수는 없다. 일반적으로, 즉 지배적인 사회·문화적인 관념에 의하면 공개되어 있고 또 인간의 두뇌에서 쉽게 분별될 수 있는 표지들의 영상이 기록되어 있는 경우 그와 같은 식별가능성을 배제할 수 없다. 그와 같은 정보가 조사·처리·이용되는 경우 그 정보는 특정인에게 귀속이 가능한 개인정보로 보아야 한다. 어떤 정보가, 그 정보를 보유하고 있는 기관이 보유하고 있거나 합리적인 비용으로 구입할 수 있는 기술적인 장치(가령 비데오레코더, 컴퓨터)를 사용해야만 사람이 해독할 수 있는 형태로 바뀔 수 있는 경우도 그 정보는 개인정보의 성격을 가진다고 보아야 한다.

공개성이 거의 없는 표지에 의거하여 형성된 생체정보(가령 지문)는 일반적으로 그 정보를 특정인에게 귀속할 수 없다. 지문정보는 일반적으로 인적 귀속기능을 수행하는 추가정보들(이름, 주소)과 결합할 수 있을 때에

892) S. Simitis/U. Damman, § 3 단락번호 36.

만 개인정보의 성격을 띠게 된다.

요컨대, 원생체정보는 그 자체로서 사람이 두뇌기능에 의해 그 주체를 분별해 내기위해 사용될 수도 있거나 그 정보를 보유하고 있는 기관이 보유하고 있거나 합리적인 비용으로 구입할 수 있는 기술적인 장치를 사용해서 사람이 해독할 수 있는 형태로 바뀔 수 있는 경우 또는 인적 귀속기능을 수행하는 추가적인 정보들과 결합될 수 있는 경우에는 개인정보라고 할 수 있다.<sup>893)</sup>

#### 나. 템플릿의 개인정보성

템플릿 정보는 원생체정보를 특정한 수학적 모델에 의하여 처리하여 만들어진다. 따라서 전적으로 템플릿 정보만을 가지고는 누가 그 원정보를 제공했는지를 직접 확인하는 것은 불가능하다. 따라서 템플릿 정보는, 추가적인 식별정보와 결합될 때 또는 새로 조사된 원생체정보를 기초로 계산된 새 템플릿과 비교하여 특정인을 추론하는 것이 가능할 때에만 개인정보의 성격을 띤다. 그러므로 템플릿이 개인정보의 성격을 띠 수 있는지 여부는 비교를 위한 알고리즘에 대한 접근이 가능한지 그리고 비교대상이 되고 있는 데이터 포맷에 대한 접근이 가능한지에 달려 있다.

그렇지만 대부분의 알고리즘과 데이터 포맷은 일부(가령 미국의 지문자동인식시스템인 AFIS)<sup>894)</sup>를 제외하고는 시스템 제작사마다 다르고 또 공개되지 않는다. 현재 개발되어 있는 시스템 차원에서는 다양한 템플릿 포맷들 상호간의 비교와 각 시스템의 템플릿들이 상호수렴할 수 있는 개연성은 별로 없는 반면, 템플릿들을 직접 비교하는 것을 가능하게 하는 알고리즘 차원의 표준화 전망은 열리고 있다.<sup>895)</sup>

망막이나 홍채 등 일부 생체정보 자동인식시스템의 경우에는 현재 세계

---

893) H. Bäumlér/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 15쪽.

894) [www.idnetworks.com/AFIS.htm#ANSI-NIST](http://www.idnetworks.com/AFIS.htm#ANSI-NIST) 참조.

895) H. Bäumlér/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 16쪽.

적으로 하나의 시스템만이 존재하고 있다. 그 밖에도 일부 영역에서는 특정 생산업자들의 시스템이 시장에서 관철되면서 시장을 석권할 수 있는 가능성도 존재한다. 가령 하나의 통일된 시스템이 현금자동지급기 분야에서 설치되면, 압도적 다수의 국민이 그 시스템의 영향을 받게 된다. 또한 국가나 대규모 사적 조직이 통일적인 생체정보자동인식시스템을 사용할 경우 수많은 사람들이 이 동일한 시스템에 의해 포착되게 된다.

그렇기 때문에 일반적으로 원생체정보의 주체를 파악하려는 목적으로 이미 등록되어 있는 템플릿 정보와 대조하기 위해서 그 원생체정보를 템플릿으로 포맷하는 것이 항상 어려운 것만은 아니다. 그러므로 템플릿 정보가 일단은 특정 개인에게 귀속되지 않은 채 저장되어 있더라도 그 템플릿 정보와 사후에 다른 원생체정보와 비교하여 특정인에게 그것을 귀속할 수 있는 위험성이 있다고 보아야 한다.<sup>896)</sup> 상술한 템플릿 미사용 시스템은 이러한 위험성을 피할 수 있다.

#### 다. 생체정보에 수반되는 부수적 개인정보

생체정보에 수반되는 부수적인 개인정보도 개인정보자결권의 보호대상이 된다.

얼굴의 비디오영상, 음성녹음, 홍채영상, 망막 및 지문과 같은 원시생체정보에서 그 주체에 관한 추가적인 정보를 얻을 수 있다. 얼굴이나 음성을 기초로 그 주체의 성별, 대략의 연령 또는 출신민족 등을 밝힐 수 있다. 망막영상을 토대로 동맥경화, 당뇨병, 고혈압과 같은 질병을 진단할 수 있으며, 지문을 기초로 위나 장의 질환, 출혈성 백혈병, 혈액암을 추정할 수도 있다. 이것이 과학적으로 입증되지 않은 것이라 하더라도 이 정보들은 소문만으로도 관련 개인에게 피해를 줄 수도 있다.

반면에 템플릿을 기초로 이러한 부수적 정보를 추적하는 것은 상대적으

---

896) H. Bäumlér/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 16쪽; 김일환, 생체인식기술 등 첨단정보보호기술의 이용촉진을 위한 제도적 방안연구(한국정보보호진흥원; 이하 전계보고서로 인용), 2004, 118쪽 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

로 어렵다. 물론 시스템에 원정보가 함께 저장되어 있고 또 그에 대한 접근이 가능한 경우에는 사정이 달라진다.

#### IV. 생체정보의 조사·이용의 헌법적 정당화요건

개인정보자결권에 의한 개인의 생체정보 보호도 절대적인 것은 아니다. 개인은 공동체 안에서 공동체 내지 타인과 관계를 맺고 있고, 다양한 방법으로 공동체에 구속되어 있기 때문이다. 따라서 공익실현을 위해 개인의 생체정보에 대한 처분권을 제한하고 생체정보를 활용할 수도 있다.<sup>897)</sup>

생체정보의 조사·처리·이용·제3자 제공 등 공권력의 개인정보와 관련된 제반조치들은 개인정보자결권에 대한 제한을 의미한다.<sup>898)</sup> 따라서 그와 같은 조치가 정당화되려면, 무엇보다도 그와 같은 조치를 허용하는 법률이 있어야 한다(헌법 제37조 제2항: “법률로써”). 이 요건에 대해서는 별도로 상설하지 않고 아래 영역별특별규율을 통한 규범의 명확성 제고 요건과 함께 설명한다.

그 밖에도 과잉금지의 원칙(헌법 제37조 제2항 “필요한 경우에 한하여”)을 준수하여야 하고, 개인정보자결권과 관련하여 특별히 강화되는 규율의 명확성원칙, 이와 밀접한 관련을 갖고 있는 영역별 특별규율의 원칙, 목적구속의 원칙, 개인정보자결권의 객관법적 측면이 제기하는 다양한 요건들을 충족하여야 한다. 이하에서는 이 요건들 생체정보와 관련된 특수한 문제를 중심으로 살펴보기로 한다.

897) 결론에 있어서 같은 취지인 헌재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 94. NEIS(교육행정정보시스템) 운영을 필요로 하는 공익을 이 시스템운영에 필요한 정보를 제공하여야 하는 개인의 기본권적 이익과 형량하고 있다.

898) 개인정보자결권은 얼굴자동인식시스템이나 음성자동인식시스템에 의해 영향을 받는 초상권이나 자신의 말에 대한 권리와 같은 일반적 인격권에 포함되는 권리들의 일부 측면들도 포함한다. 생체정보수집·이용과 관련한 일부 조치들이 개인정보자결권을 제한하지 않으면서도 그보다 더 넓은 보호영역을 가지고 있는 일반적 인격권을 제한하거나 또는 이 권리를 제한할 뿐만 아니라 일반적 인격권도 제한하는 경우도 있을 수 있다. 가령 수집한 얼굴정보를 공익광고에 활용한다면, 개인정보자결권을 넘어 초상권까지도 제한하게 된다.

## 1. 과잉금지의 원칙

### 가. 개념

개인정보자결권에 대한 제한은 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.<sup>899)</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 개인정보조사의 방법, 조사프로그램 및 기타 처치조치들이 개인정보조사를 통해 추구하는 목적의 달성에 적합하고 필요하며 정보의 주체에게 수인가능한 것이어야 한다.

### 나. 응용

#### (1) 생체정보 수집의 최소화

(가) 국가는 생체정보를 강제적으로 제공하도록 하는 시스템의 사용을 불가피한 경우에 최소한의 영역에 국한시켜야 한다. 이 시스템 운영을 위해 생체정보의 수집이 필요하다더라도 생체정보는 목적달성을 위하여 조사가 필요한 사람들로부터 반드시 필요한 최소한의 범위에서 수집되어야 한다.

(나) 원생체정보가 시스템운용에 필요 없는 경우에는 템플릿 정보만을 저장하고 원생체정보는 파기하여야 한다.

(다) 생체정보가 필요 없게 된 때에는 즉시 이를 파기하여야 한다.

(라) 템플릿을 사용하지 않고, 따라서 개인정보의 생성이 최소화되는

899) 헌재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2,81, 93 이하 참조.



시스템을 합리적 비용으로 채택할 수 있다면, 템플릿을 사용하는 시스템을 사용하지 말아야 한다.

(2) 생체정보 이용의 최소화

생체정보는 본인확인을 위한 목적으로만 이용되어야 하는 것이 원칙이다. 정보주체의 질병이나 혈통 등 다른 민감한 정보를 캐내기 위한 수단으로 생체정보를 이용하거나 주민등록번호와 같은 개인의 보편적인 식별자로 이용해서는 안 된다.

(3) 생체정보 이외의 대안 제시의 필요성

종교적·양심적 이유 때문에 생체정보를 제공하기를 거부하거나<sup>900)</sup> 장애나 손상 등으로 생체정보를 제공할 수 없는 사람들이 신원확인을 통해서 행정절차에 참여할 수 있는 대안을 마련하고 있어야 한다. 이들에게 아무런 대안 없이 생체정보자동인식시스템의 이용을 강제하는 경우에는 종교·양심의 자유에 대한 침해를 야기하거나 특정 행정절차참여를 사실상 금지하는 것과 같이 적법절차의 원칙에도 위배되기 때문이다.

다. 제한강도 내지 보호강도의 단계화

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>901)</sup>

900) 미국 코네티컷주의 복지개혁법(Act Concerning Welfare Reform)도 생체정보를 복지수혜자격성 판단을 위해서만 사용하도록 하면서 종교적인 이유가 없거나 관련기관을 방문할 수 없을 정도의 병을 앓고 있는 자에게는 생체정보자동인식시스템의 사용을 면제하고 있다. 이에 대하여는 이창범, 전제논문, 35쪽.

901) 계희열, 헌법학(중), 2004, 213쪽; 허영, 한국헌법론, 2006, 326쪽; 이에 대하여 인간존엄권의 보호내용을 넓게 이해하면서 그 합헌적인 제한가능성을 인정하고 있는 김철수, 헌법학개론, 2006, 425쪽. 독일의 통설도 그 제한가능성을 부정한다. 이에 대해서는 무엇보다도 H. Dreier, in: H. Dreier(편저), GG Kommentar, 제2판, 2004,

그 밖의 경우에는 개인정보자결권에 대한 제한가능성은 다양하게 단계화될 수 있다. 제한조치는 인간의 존엄에 대한 침해의 경계선에 도달할 때까지 행해질 수 있다. 현대적 정보처리기술조건하에서는 이른바 사소한 내지 무의미한 정보가 없다고 주장되지만, 그렇다고 하여 모든 개인의 정보들이 같은 정도의 보호가치를 갖는 것은 아니라고 본다.<sup>902)</sup> 개인정보의 보호가치를 엄밀하게 단계화 내지 범주화하는 것은 가능하지 않지만, 개인정보의 내용이 민감한 것일수록 그 보호가치는 커진다.<sup>903)</sup> 사소한 내지 무의미한 개인정보가 없다는 테제의 의미는 보호영역의 차원에서 그와 같은 개인정보에 대해서도 개인의 자결권이 가급적 배제되지 않도록 해석해야 한다는 것을 의미할 뿐이다.<sup>904)</sup> 기본권제한의 강도는 그밖의 다양한 요인들에 의해서도 영향을 받는다.

개인정보자결권에 대한 제한이 정당화되기 위하여 필요한 공익의 비중은 일용 인간존엄권의 경계에 가까워질수록, 즉 개인정보자결권에 대한 제한의 강도가 커질수록 커져야 함은 물론이다.

(1) 생체정보조사의 방식과 기본권제한의 강도

생체정보의 종류에 따라 그 주체가 정보조사에 관여하는 정도가 다르다. 특정한 상황에서는 생체정보의 조사로 정보주체의 인간존엄성까지 침해될 수 있는 가능성도 배제할 수 없다. 즉 생체정보의 조사방식은 기본권제한의 강도에 영향을 미치고, 그에 따라 이를 정당화할 수 있는 공익의 비중

---

Art. 1 단락번호 131 이하.

902) 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).

903) 같은 취지로 현재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 93: “개인정보의 종류 및 성격, 수집목적, 이용형태, 정보처리방식 등에 따라 개인정보자결정권의 제한이 인격권 또는 사생활의 자유에 미치는 영향이나 침해의 정도는 달라진다. 그러므로 개인정보자결정권의 제한이 정당한지 여부를 판단함에 있어서는 위와 같은 요소들과 추구하는 공익의 중요성을 헤아려야 한다.”; BVerfGE 89, 69 (82-83) 참조.

904) 동지: B. Holznel, 전제논문(주 58), 39쪽.

과 의미에도 영향을 미친다.

(가) 정보제공자의 정보조사에 관여하는 정도

생체정보들은 다양한 방식으로 조사된다. 생체정보조사에 개인이 관여하는 유형은 다음과 같이 분류할 수 있다.

1) 정보주체의 협조를 통한 정보조사 : 센서를 통해 생체정보를 수집하는 과정에 그 주체가 직접 참여할 수 있도록 함으로써 생체정보를 수집하는 방식이다. 가령 지문날인센서에 손가락을 올려놓는 지문자동인식시스템, 적정 거리를 확보하기 위하여 작은 거울을 들여다보게 하면서 특수 카메라로 홍채를 촬영하는 홍채자동인식시스템, 따라 읽거나 타자를 쳐야 할 문장을 제시하는 음성인식시스템이나 타자리듬인식시스템이 이러한 유형의 생체정보조사방식을 사용한다. 손모양인식시스템도 이 유형으로 분류할 수 있다.

2) 정보주체 인지하지 못한 정보조사 : 이용자에게 그의 생체정보가 조사된다는 것을 알려주거나 다른 맥락에서 조사된 생체정보가 이용자인준을 위해서 활용된다는 사실을 알려주는 방식으로 생체정보를 조사하는 방식이다. 가령 전화대화나 타자리듬을 생체정보자동인식기술을 이용해 감지하여 활용할 경우 이 조사방법을 채택할 수 있다. 비디오감시시스템도 그 사용과 생체정보인식기술의 사용이 공지되어 있는 경우에는 이 유형의 조사방법을 채택한 것이라고 보아야 한다.

3) 정보주체가 인지하지 못하는 정보조사 : 이용자 측의 특별한 활동을 요구하지 않는 가운데 그의 생체정보를 조사하는 방법이다. 가령 zoom을 이용하여 얼굴이나 홍채나 손과 같은 신체의 일부를 촬영하는 카메라시스템이 이 유형의 조사방법을 활용한다. 음성이나 타자리듬 인식시스템도 이 방법으로 조사된 정보를 활용할 수 있다.

4) 다른 목적으로 수집된 생체정보의 처리 : 전혀 다른 목적으로 수집된 데이터, 가령 촬영된 비디오영상이나 음성녹음을 본인에게 알리지 않은 채 생체정보인식기술을 통해 처리하는 가능성도 있다. 범죄현장에서 채취한 지문을 지문자동인식시스템에 입력하여 범인을 판별하는 것도 이 유

형에 속하는 것이다.

위와 같은 여러 유형의 생체정보조사 유형들 중 생체정보의 조사에 본인이 관여하는 정도가 클수록 기본권제한의 강도는 낮다고 볼 수 있다. 왜냐하면 관여정도가 클수록 개인정보의 제공여부를 스스로 결정할 수 있는 가능성이 커지고 또 그만큼 무단이용이나 오용의 위험성이 낮아지기 때문이다. 따라서 생체정보자동인식시스템을 설계할 때 생체정보조사에 그 주체가 참여하도록 함으로써 그 주체가 정보조사의 사실을 의식하도록 만들어야 하고, 시스템의 종류를 선택할 때 그와 같은 시스템을 우선적으로 고려하여야 한다. 생체정보만 가지고서는 후에 그 조사가 정보주체의 적극적인 참여하에 이루어졌는지 여부를 직접 확인할 수 없기 때문이다. 한편, 가령 개인식별번호를 대체하기 위해 생체정보자동인식시스템을 채택할 경우 개인이 조사 사실을 알 수 있는 생체정보를 선택하여야 하는 것이 논리적이다.

이상의 이유 때문에 생체정보를 조사할 때는 그 사실을 그 주체에게 고지하여야 한다는 원칙이 도출된다. 그 예외는 법규정에 의해서 명확히 예정된 경우에만 인정될 수 있다.

(나) 생체정보의 조사의 방식 등에 의한 인간존엄권침해의 가능성

1) 인간존엄권의 내용과 규범적 특성 : 헌법 제10조 제1문 전단에 보장된 인간존엄권은 국내의 다수설 및 판례에 의하면 헌법의 최고가치일 뿐 아니라 개인의 기본적 권리의 헌법적 보장이다.<sup>905)</sup> 어떤 조치가 인간존엄권을 제한하고 있는 경우에는 그 조치는 그 자체로서 위헌적인 조치가 된다. 인간존엄성은 헌법의 최고가치이기 때문이다.

인간존엄성에 대한 침해가 존재하는지는 일반적으로 객체공식에 의해 확인한다. 이 공식에 따르면 인간이 전적으로 객체로, 즉 단순한 수단으로 또는 대체가능한 것으로 전락해 버릴 때 인간존엄성이 침해된다. 물론 이 공식은 그 잣대로 곧바로 인간존엄성침해를 확인할 수 있는 정밀한 척도가 아니라, 인간존엄성침해를 확인할 수 있는 경우를 확인할 수 있는 방향을

905) 이에 대해서 자세한 것은 계희열, 헌법학(중), 2004, 200쪽 이하 참조.

시사하고 있을 뿐이다. 궁극적으로는 개별사건의 상황이 결정적인 의미를 가질 것이다.<sup>906)</sup>

인간존엄성 침해를 추정할 수 있는 4가지 사례유형이 제시되고 있다.<sup>907)</sup> 즉 기본적인 법적 평등의 부정, 인간의 신체적 정체성 및 온전성의 침해, 인간다운 삶의 기초에 대한 보장의 결여, 인간의 정체성유지 위협이 그것이다. 국가가 생체정보자동인식시스템을 사용할 경우에는 무엇보다도 개인의 인격적 정체성 유지를 위협할 위험이 있다고 할 것이다. 즉 인간의 개인적 또는 사회적 삶의 기본적인 전제들이 유지되어야 한다는 인간존엄성의 요청과 충돌할 가능성이 있다. 생체정보자동인식시스템은 개인의 식별을 위하여 개인의 생체에 관한 정보를 처리하기 때문에 특정인과 결부되어 있는 생체표지들을 일정한 목적을 위해 도구화하는 것을 넘어서 그 정보주체까지 도구화할 수 있다.

2) 비인간적인 생체정보조사방식에 의한 인간존엄권의 침해가능성 : 여기서 문제되는 것은, 개인에 관한 정보가 수집된다는 사실 자체가 아니라 개인의 신체적 표지나 몸에 밴 행동적 특성이 어떤 방식으로 개인에 관한 정보의 원천으로 이용되느냐의 문제이다. 전자의 문제는 개인정보자결권의 문제이다. 그러나 개인정보자결권의 보호영역은 국가권력이 특정 정보를 파악할 수 있도록 가령 신체의 조직 일부를 떼어내어 제공하거나 체액을 제공하여야 할 의무를 개인에게 부과하는 조치에까지는 미치지 아니한다. 이와 같은 의무를 부과하는 조치는 신체를 훼손당하지 아니할 권리에 대한 제한을 넘어 주체를 객체로 전락시키고 있고, 따라서 인간존엄성 보장에 대한 침해가 들어 있을 수 있다.

국가가 신체에 대한 검사를 통해 개인정보를 수집하는 경우에도 유사한 문제가 발생한다. 형사절차와 관련하여 신체에 대한 검사는 그 수행의 방식에 따라서는 인간존엄성을 침해할 수 있다는 주장이 제기되고 있다.<sup>908)</sup>

906) BVerfGE 30, 1, 25-26; NJW 1993, 3315 참조.

907) W. Höfling, in: Sachs(편저), GG Kommentar, 제1조 제1항 단락번호 19. 계획열, 상계서, 199-200쪽은 5가지 유형을 제시.

908) Ch. Starck, in: v. Mangold/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 제3판, 1989,

형사절차에 뇌파·근활동·안구운동·안진(眼振)·심장박동·호흡 등 여러 가지 생리적 현상을 동시에 기록하는 폴리그래프(Polygraph)를 강제로 사용하는 것은 생체정보자동인식기술을 강도 높게 사용하는 사례가 될 것이다. 독일 연방헌법재판소는 그와 같은 기술이 적용되는 거짓말탐지기의 사용에 대해서 인간존엄성이 아니라 일반적 인격권의 침해여부를 가리고 있다.<sup>909)</sup> 이 결정에 나타난 논리에 의하면 생체정보자동인식절차는 인간존엄성보장과 저촉되기는 힘들 것이다. 그렇지만 학설은 형사절차에서 거짓말탐지기의 강제사용은 인간존엄성에 대한 침해로 본다.<sup>910)</sup>

반면, 거짓말탐지기와 같은 기계를 사용하는 경우 보통의 사법절차에서와 본질상 다르지 않은 일이 일어난다는 반론도 제기되었다. 법관도 생리학적인 측정치에 토대를 둔 기계적인 판독결과에 비해 객관성도 추수평가능성도 떨어지는 기준에 의거하여 법정에서의 피고인의 행태를 평가한다는 것이다.<sup>911)</sup> 이러한 논거는 특히 생체정보자동인식시스템이 생체정보를 사람의 재인식능력과 유사한 방식으로 인식하는 경우에는 생체정보자동인식에도 타당하다고 본다. 그러나 법관의 피고인 행태 평가방식과 생체정보자동인식을 직접 비교하고 있는 것은 무리가 있다. 생체정보자동인식은 특정인의 생체적 표지에 대한 측정과 평가를 기계를 통해하는 반면, 법관이나 제3자가 그러한 표지를 관찰하고 평가하는 것은 그 자체로서 인식될 수 있는 정상적인 의사소통 상황이다. 평균인에게 그러한 상황에서 일정한 행태는 일정한 평가를 낳는다는 것을 예상할 수 있다. 가측성이 있기 때문에 원칙적으로 공정한 정상적인 의사소통의 과정이 기계를 개입시킬 경우에는

---

제1조 제1항 단락번호 53.

909) 재판부의 결정이 아니라 3인의 재판관으로 구성된 지정재판부의 결정임. NJW 1982, 375 참조.

910) A. Podlech, in: E. Denninger/H. Ridder u. a., Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland(이하 “AK-GG”로 인용), 제2판, 제1조 제1항, 단락번호 47. 같은 취지로 v. Mangold/Klein-Starck, 제1조 제1항 단락번호 54.

911) R. Zippelius, in: R. Dolzer(Hrgb.), Bonner Kommentar(이하 “BK”로 인용), 제1조 제1, 2항, 단락번호 86; 결과적으로 같은 결론에 도달하고 있는 대판 1986.11.25. 85도2208 공보 792-130; 大判 1987.7.21. 87도968 공보 808-1431.

단절된다. 정상적인 의사소통과정에서의 유관을 통한 상호적인 관찰과 평가는 기계에 의해 수행되는 일방적인 정보의 조사와 평가에 의해 대체된다. 이 경우 적어도 특정 영역에서 정상적인 의사소통의 상황에서 개인을 배제함으로써 개인으로부터 사회적 삶의 기반을 박탈하는 것도 생각할 수 있다. 개인을 이와 같은 상황으로 몰아넣는 것은 주체에서 객체로 격하시키는 것이다.<sup>912)</sup>

인간존엄권이 침해되었는지를 판단함에 있어서 존엄성보장의 절대성을 고려하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 즉 존엄성보장이 제한을 용납하지 않기 때문에 인간의 삶의 절대적인 핵심영역만을 존엄성보장이 보호한다고 해석하여야 한다는 것이다. 그렇기 때문에 생체정보자동인식기술의 사용이 존엄권을 침해하는지 여부를 판단함에 있어서도 그 기술의 사용에 의해 삶의 핵심영역을 침해하는지가 결정적인 의미를 갖는다. 이를 확인하기 위해서는 사용되는 기술의 내용과 조건을 상세히 살펴볼 필요가 있다. 즉 조사되는 정보의 종류, 정보의 공개성 여하, 정보조사를 그 주체가 좌우할 수 있는지 여부, 부수적인 정보가 내포되어 있는지 여부, 이 부수적인 정보의 내용과 의의, 정보조사과정의 투명성 여부를 평가할 필요가 있다.

형사절차에서 거짓말탐지기의 사용과 같은 경우는 개인이 영향을 미칠 수 없고 또 추수행할 수도 없는 가운데 광범위한 정보가 조사되기 때문에 인간존엄권이 침해된다는 주장이 유력하게 제기된다. 그렇지만 대부분의 생체정보자동인식시스템은 그와 같이 광범위하게 개인의 정보를 조사하기 위해서가 아니라 개인을 식별하기 위해 투입된다. 그렇기 때문에 그러한 시스템의 사용에 의해서 개인의 삶의 핵심영역이 침해된다고 보기는 어렵다. 따라서 생체정보자동인식시스템이 사람의 신원확인을 위해서 투입되는 한 인간존엄권에 대한 침해는 존재하지 않는다고 보아야 한다. 그렇지만 그 이상의 정보들이 조사된다면, 존엄권 침해에 근접할 수도 있다. 그 정보가 형사절차에서 사용되는 거짓말탐지기의 경우처럼 그렇게 광범위한 효과

912) 독일연방법원도 이와 유사한 평가를 내린 바 있다. 이에 대해서는 BGHSt 5, 332, 325-326 참조.

를 발휘한다면, 그러한 시스템의 사용은 존엄권을 침해하게 될 것이다.<sup>913)</sup>

3) 개인의 인격에 대한 포괄적인 목록화로 인한 인간존엄권 침해 논거 : 독일 연방헌법재판소는 “인간의 전인격을 강제적으로 기록하고 목록화하며 인간을 재고조사의 대상이 될 수 있는 하나의 물건처럼 취급하는 것은 인간의 존엄과 합치하지 아니한다.”<sup>914)</sup>고 판시한 바 있다. 그러나 개인정보의 조사나 처리 행위에 의해서 개인이 전면적으로 ‘목록화’되거나 기록되었는지를 판단하는 것이 용이하지 않다는 점에서 이 침해기준의 문제점이 있다. 따라서 인간존엄권에 대한 침해가 입증될 수 있는 경우는 극단적인 사례가 될 것이다.<sup>915)</sup> 의사진료기록의 전달,<sup>916)</sup> 일기장에 수록된 기록의 증거채택,<sup>917)</sup> 비밀누취 및 그 활용<sup>918)</sup> 등은 일반적 인격권 내지 개인정보자결권을 침해할 수는 있으나, 그로 인하여 인간존엄권이 제한되는 것은 아니므로 우월한 이익을 위하여 허용될 수도 있다.<sup>919)</sup>

한편, 개인의 전체적인 인격상이 형성되거나 부분적인 인격상이 형성되는 경우에는 목록화의 극단적인 사례가 존재한다는 견해가 있다.<sup>920)</sup> 이 경우 개인은 이러한 방식으로 구성된 가상인격을 통해서 자신을 들여다보는 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>921)</sup>

913) H. Bäuml/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 24-26쪽 참조.

914) BVerfGE 27, 1, 6.

915) 동지: K. Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung? 1987, 164-165쪽.

916) BVerfGE 32, 373, 379; 44, 353, 372 참조.

917) BGHSt 19, 325-326 참조.

918) BVerfGE 34, 238, 245 참조.

919) BVerfGE 32, 373, 379; 44, 353, 372 참조.

920) BVerfGE 27, 6; 65, 42; A. Podlech, Verfassung und Datenschutz, in H. Krach(Hrsg.), Der Bürger in der Datenbank: zwischen Planung und Manipulation, 1975, 72, 74.

921) H. P. Bull, Datenschutz oder die Angst vor dem Computer, 1984, 98-99쪽.



그러한 인격상형성을 위한 포괄적 정보수집과 인격상에 대한 부분적 모사의 전면적 금지를 주장하는 견해도 있다.<sup>922)</sup> 그러나 이와 같은 단언적인 주장은 “인격상”이라는 개념의 불명확성 때문에 실제적 의미가 그다지 크지 않다. 불의 정의는 많은 미해결의 문제들을 남기고 있다. 즉 다양한 생활영역은 무엇을 의미하는가? 국가와 관련하여 그것은 다양한 행정영역들로부터 수집된 정보들을 결코 결합해서는 안 된다는 말인가? 개인정보를 전면적으로 분리시키는 것은 많은 경우에 타당성이 없으며, 국가작용을 부분적으로 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 정보, 사회, 가령 직장과 가정에서의 행태에 관한 정보 등 지극히 다양한 영역에서 유래하는 다수의 개별적인 정보들을 결합한다. 기초생활보장을 위한 생활급여를 주기 위해서도 개인이 처한 상황에 대한 다양한 정보를 종합해야 할 필요가 있다.

인격의 복잡성에 비추어 볼 때 인격상의 모사가 완전한 것인지 또는 거의 완전한지 그리고 언제 그렇게 되는 것인지를 판단하는 것 자체도 매우 어려운 문제이다. 그러므로 완전한 내지는 부분적 인격상의 형성은 원칙적으로 허용되지 않는다는 개괄적인 주장은 극히 예외적인 경우에만, 즉 전국민에게 통일된 개인식별자가 부여되고 있고 또 개인정보를 모아놓은 데이터뱅크들의 무제한적인 결합을 허용할 경우에 그러한 극단적인 사례가 발생할 수 있을 것이다.

어쨌든 각 생체정보자동인식시스템들이 개별적으로 생체정보를 조사·처리하는 한, 공권력의 정보수집으로 인한 인간존엄권침해여부에 관한 위의 기준들을 수용한다고 하더라도 개인의 인격에 대한 목록화가 이루어지는 것은 아니므로 그것만 가지고는 인간의 존엄성에 대한 침해가 초래되지는 않는다. 이론적으로 모든 개인의 생체정보들이 원정보든 아니면 템플릿 이든 개인의 식별자로 사용하는 것이 가능하다.<sup>923)</sup> 독일 연방헌법재판소가

922) 무엇보다도 BVerfGE 65, 1, 42.

제시한 기준에 의하면 국가가 모든 수집가능한 생체정보를 조사·집적함으로써 모든 삶의 상황에서 국민을 감시하는 데 적합한 수단이 조성된 경우에는 인간존엄권침해를 인정해야 한다고 보아야 할 것이다.<sup>924)</sup>

그런데 현재의 기술상태에 비추어 볼 때 상이한 생체정보들을 사용하는 다양한 생체정보자동인식시스템이 존재하지만, 시스템상호간의 호환성이 없고, 비교의 알고리즘도 시스템마다 다르고 템플릿의 모델도 다르기 때문에 각 시스템에서 사용된 개인의 생체정보들이 통합되어 사용될 수 있는 가능성은 거의 없다. 그러나 향후 시스템의 표준화를 통해서 각 시스템에 통일적이고 호환이 가능한 템플릿들이 사용될 경우에는 법적 상황도 바뀔 것이다. 국가는 상이한 절차에서는 상이한 생체정보를 활용하거나 다른 기술적인 대책을 통해서 개인에 대한 포괄적인 프로파일 형성될 수 있는 위험을 축소하여야 한다.

## (2) 생체정보의 종류에 따른 기본권제한강도의 단계화

생체정보자동인식시스템 운용에 따른 개인정보자결권에 대한 제한의 강도는 대체로 처리되는 생체정보 종류와 범위에 따라서 그리고 저장된 템플릿 정보의 주체를 유관으로 확인하는 것이 쉬운 정도에 따라서도 달라진다. 또한 처리되는 생체정보의 종류가 많을수록, 템플릿 정보의 주체를 확인하기가 쉬울수록 기본권제한의 강도는 높아진다.

구체적인 예를 들어 설명하면 다음과 같다. 먼저, 얼굴과 같이 사람이 유관으로 직접 그 정보제공자를 분별하는 것이 가능한 생체정보에 비해 홍채 처럼 그 주체의 인식이 어려운 정보를 조사하는 경우는 기본권제한의 강도가 높다. 또한 걸음걸이, 타자리듬, 필체와 같은 개인의 행동적 특성에 의해 구현되는 생체정보자동인식시스템에 비하여 지문, 손의 정맥상, 손모양, 홍채, 망막과 같이 영구성을 띠는 생체정보에 의해 구현되는 시스템은 상대적으로 위험성이 높기 때문에 기본권제한의 강도도 높다고 보아야 한다.

923) T. Weichert, Biometrie - Freund oder Feind des Datenschutzes?, 1997, 369, 372.

924) R. Zippelius, in: BK, 제1조 제1, 2항. 단락번호 98.

(3) 특히 민감한 생체정보에 대한 강화된 보호

개인정보자결권은 개인의 치부와 관련된 개인정보를 드러내 망신을 주거나 곤란하게 하는 조치, 개인의 정신적·영적 정체성과 관련된 정보를 드러내 개인의 속내를 드러내는 조치에 대해서도 개인을 보호한다.<sup>925)</sup> 이처럼 개인의 내밀한 부분을 보여줄 수 있는 민감한 정보는 특별한 정도의 보호를 필요로 한다.<sup>926)</sup> 특히 육체적·정신적 결합과 같은 정보까지 조사되고 공개되면, 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>927)</sup> 그와 같은 정보에 대한 조사가 공익의 이름으로 허용될 수 있는 경우는 극히 드물 것이다. 그에 대한 조사 자체가 압도적으로 우월한 이익을 위해서만 허용된다면, 그 공개는 개인정보자결권에 대한 더욱더 중대한 제한이 된다.

이와 관련하여 우리 “공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률” 제4조 제1항 제1문은 “공공기관은 사상·신조 등 개인의 기본적 인권을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다”고 규정한 데 이어 그 단서규정에서 그 정보주체의 동의가 있거나 법률의 규정이 있는 경우에 그 예외를 인정함으로써 상술한 의미의 정보에 대하여 특별한 보호를 하고 있다. “정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률” 제23조 제1항도 “정보통신서비스제공자는 사상·신념·과거의 병력 등 개인의 권리·이익 및 사생활을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다”고 규정한 데 이어 정보주체의 동의나 법률규정에 의한 예외를 인정하여 해당 정보에 대해 특별히 강화된 보호를 하고 있다. 그렇다면 “개인의 기본적 인권을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보”, 또는 “개인의 권

925) 헌재 2003. 6. 26. 2001헌가17 등에 대한 소수의견, 헌재공보 82호 542 이하.

926) “일반적으로 볼 때, 종교적 신조, 육체적·정신적 결합, 성생활에 대한 정보와 같이 인간의 존엄성이나 인격의 내적 핵심, 내밀한 사적 영역에 근접하는 민감한 개인정보들에 대하여는 그 제한의 허용성은 엄격히 검증되어야 할 것이다.” (헌재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 93).

927) 결론에 있어서 이와 같은 견해는 BVerfGE 65, 1, 46.

리·이익 및 사생활을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보”에 어떤 종류의 생체정보가 포함되는가?

이 문제와 관련하여 민감정보에 대하여 특별히 강화된 보호를 요구하고 있는 유럽연합개인정보지침 제8조의 관련 규정에 대한 해석론을 살펴보는 것도 의미가 있을 것이다. 그 규정에 의하면 특정인의 인종·종족적인 배경을 알려주는 정보, 건강이나 성생활에 관한 정보는 민감정보로 분류된다. 일부 생체정보들은 이 기준에 따르면 민감정보로 분류될 수 있을 것이다. 가령 얼굴자동인식시스템을 통한 얼굴인식을 통해 그 주인공이 어떤 질병을 알고 있는지, 어떤 종족이나 민족에 속하는지에 대해서도 시사를 얻을 수 있다. 지문, 홍채, 망막 등 다른 생체정보들도 그 주체의 건강상태에 관한 부수적인 정보를 담고 있는 경우가 있다.<sup>928)</sup>

그렇다면 원생체정보들을 비롯하여 너무 많은 개인정보들이 유럽연합개인정보보호지침 제8조가 말하는 민감정보라고 평가할 수 있을 것이다. 여권사진은 그 주인공이 속한 민족에 관한 정보를 담고 있을 수밖에 없고, 개인의 이름도 혈통에 관한 정보를 담고 있기 때문이다. 따라서 강화된 보호를 필요로 하는 민감정보의 범위를 합리적으로 한정할 필요가 있다. 일설은 문제의 정보를 처리하는 목적이 민감한 정보를 획득하려는 것인 경우에만 강화된 보호를 제공해야 한다고 본다. 그러나 정보조사기관의 주관적 목적을 정보의 민감성을 판단하는 기준으로 삼는 것은 목적을 임의로 조작할 수 있는 가능성 때문에 수용하기 어렵다. 오히려 사회생활에서 은폐되지 않고 또 사람의 지각을 통해서 쉽게 분별될 수 있는 정보의 경우에는 생체정보라도 민감정보로 분류할 수 없다고 보아야 한다.<sup>929)</sup> 가령 육안으

928) 물론 원생체정보만이 그와 같은 민감성을 띠 수 있다. 템플릿 정보는 그 자체로서는 직접 원생체정보로 재생될 수 없기 때문에 민감한 정보라고 할 수 없다. 템플릿 정보가 그 주체를 식별하는 데 도움을 주는 다른 정보들과 결합되는 경우에는 그것은 개인정보의 성격을 띠게 될 수는 있으나, 그 경우에도 템플릿 정보에는 원생체정보에 포함되어 있는 것과 같은 부수적인 정보가 들어 있지는 않기 때문이다.

929) 헌법재판소도 유사한 기준으로 민감정보성을 판단하려고 한다. 즉 “반면, 성명, 직명(職名)과 같이 인간이 공동체에서 어울려 살아가는 한 다른 사람들과의 사이에서 식별되고 전달되는 것이 필요한 기초정보들도 있다. 이러한 정보들은 사회생활

로 관찰할 수 있는 피부색, 얼굴 등과 같은 정보가 그에 해당한다. 얼굴을 가리지 않고 도시를 확보하는 사람은 얼굴정보와 관련하여 특별한 보호를 요구할 수 없다. 그러나 누구나 인식할 수 없는 정보인 경우에는 민감정보가 아닌 것으로 평가하기 어렵다. 가령 지문<sup>930)</sup>이나 망막을 공개하였다고 볼 수 없다. 이 정보들은 민감정보로서 강화된 보호를 하여야 한다.<sup>931)</sup>

강화된 보호는 정보의 저장단계가 아니라 그 처리단계, 따라서 조사단계에서부터 시작되어야 한다. 시스템을 통해서 생체정보를 파악하는 것도 정보의 조사에 해당한다. 따라서 민감정보를 부수적으로 내포하고 있는 생체정보를 조사할 때에도 강화된 보호수준이 적용되어야 한다.

민감정보에 해당하는 생체정보의 강제이용이 정당화되기 위해서는 매우 중대한 공익을 실현하기 위해 그것을 이용하는 것이 불가피해야 한다.

(4) 생체정보의 시스템적 보호의 실현 정도에 따른 기본권제한강도의 단계화

가령 템플릿 미사용 시스템은 그것을 사용하는 시스템에 비해 생체정보의 누출, 무단이용 등의 가능성이 낮기 때문에 그러한 시스템의 운영은 기본권제한의 강도가 낮다. 요컨대 어떤 시스템을 구축할 때부터 시스템을 통해 합리적인 비용으로 효과적인 개인정보보호대책을 마련하여 개인정보를 보다 효과적으로 보호할 수 있음에도 그러한 시스템을 선택하지 않는다

영역에서 노출되는 것이 자연스러운 정보라 할 것이고, 또 국가가 그 기능을 제대로 수행하기 위해서도 일정하게 추적·이용하지 않을 수 없다. 이러한 정보들은 다른 위협스런 정보에 접근하기 위한 식별자(識別子) 역할을 하거나, 다른 개인정보들과 결합함으로써 개인의 전체적·부분적 인격상을 추출해 내는데 사용되지 않는 한 그 자체로 언제나 엄격한 보호의 대상이 된다고 하기 어렵다”(헌재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 93).

930) 그러나 지문정보는 개인의 동일성을 확인할 수 있는 하나의 징표일 뿐 타인의 평가로부터 단절된 독립적인 정보이고, 일반인의 경우 지문정보의 내용을 가지고 정보주체를 파악하는 것이 거의 불가능하며, 지문을 직접 날인하는 방법에 의하여 생성되기 때문에 정보주체로부터 정보수집자에게로 전달되는 과정에서 정보의 내용이 실제 내용과 다르게 왜곡될 염려가 없는 객관적인 정보라는 이유로 지문정보의 민감성을 부인하는 헌법재판소의 판례(헌재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 687-688) 참조.

931) H. Bäumlér/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 19-20쪽.

면, 그것은 필요성요건에 대한 위반을 의미한다.

(5) 생체정보이용의 방식에 따른 기본권제한강도의 단계화

인터넷을 통해 접근가능한 데이터뱅크에 생체정보를 저장하고 있다면, 그렇지 아닌 시스템의 경우보다 기본권제한의 강도는 높다.<sup>932)</sup> 인터넷을 통한 접근이 가능하다면, 그 만큼 해킹 등 생체정보를 가로채기 당할 위험성이 높기 때문이다.

(6) 생체정보자동인식시스템의 본인확인방법에 따른 기본권제한강도의 단계화

생체정보가 1:1 대조를 통해 단지 본인인지 여부를 검증받게 하는 수단으로만 이용할 때에는 중앙에 집중된 많은 사람들의 생체정보 데이터베이스와 본인의 생체정보를 대조하여 본인을 식별하는 경우보다 위험도가 상대적으로 낮고, 따라서 기본권제한의 강도도 상대적으로 약화된다.

생체정보 데이터뱅크와 다른 종류의 개인정보의 데이터뱅크를 매칭하여 사용할 수 있는 경우는 그 만큼 위험성이 커지고, 따라서 기본권제한의 강도도 상대적으로 커진다.

(7) 정보제공자의 선택가능성에 따른 제한강도의 단계화

법률에 의해 강제적으로 생체정보를 수집하는 경우는 정보제공자의 동의가 있을 때에만 생체정보를 수집할 수 있는 경우보다 기본권 제한강도가 높다.

생체정보자동인식시스템과 고전적인 방식의 신원확인을 이용자가 선택할 수 있는 경우는 전자가 후자를 완전히 대체하고 생체정보의 제공을 의무화하는 경우보다 기본권제한강도는 떨어진다. 전자의 경우 그 고전적 방식의 신원확인시스템을 선택하더라도 아무런 불이익도 없고 또 특별히 현저한 불편도 수반되지 않는다면 개인정보자결권에 대한 제한 자체가 존재하지

---

932) “수기(手記)가 아니라 컴퓨터파일의 형태로 개인정보를 보유·처리할수록, 분산보유하는 경우보다 하나의 통합체계로 개인정보를 보유·관리할수록, 개인정보의 접근·결합·이용이 용이하게 되므로 보다 강화된 보호가 필요하다”(헌재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 97 - 교육행정정보시스템에 대하여 제기된 헌법소원에 대한 헌법재판소의 기각결정에 대한 권성 재판관의 반대의견).

않으며, 따라서 특별한 법률적 근거가 없이도 그러한 시스템을 도입할 수도 있다.

#### 라. 긍정적 영향요소로서의 사생활보호촉진기술(PET)의 성격

생체정보자동인식시스템은 개인정보에 대한 접근을 통제하고 권한 없는 자의 개인정보이용을 방지하는 장치로 사용될 수 있다. 이러한 의미에서 이 시스템은 개인정보보호의 수준을 제고할 수 있고 또 그렇기 때문에 사생활보호촉진기술(Privacy-Enhancing Technology)로 분류될 수 있다. 생체정보는 데이터뱅크에 접근하는 키로 사용될 수도 있고, 정보의 열람·변경을 패스워드를 사용하는 시스템보다 효과적으로 통제하는 무단접근에 대한 방지수단으로 사용하거나 그러한 방지수단을 마련할 수 있는 가능성을 제공할 수 있다. 생체정보자동인식시스템은 사이버상에서 가명이나 익명거래 또는 실명거래를 안전하게 시도하고 또 이를 통해 불필요한 개인정보생성의 회피를 촉진할 수도 있다.<sup>933)</sup>

생체정보가 이와 같은 목적을 위해 사용되고 또 생체정보에 대한 보안이 충분히 확보된다면, 형량과정에서 그러한 생체정보자동인식시스템을 채택한 공권력주체에 유리하게 작용한다.

##### (1) 암호키로서의 생체정보

생체정보를 가지고 암호키를 만드는 것은 매우 매력적인 것이다. 생체정보가 반영구적이고, 복제가 어려우며, 기억이나 휴대가 필요하지 않다는 점에서 암호키로 사용될 수 있는 많은 장점을 가지고 있기 때문이다. 상술한 바 있는 템플릿 미사용 생체정보자동인식시스템은 사용자인준을 위한 2단계 절차에서 생체정보에서 암호키를 구성한다.

생체정보는 정당한 이용자를 식별하는 명확한 표지로서 사용되기는 하지만 암호키로 직접 사용하기에는 적합하지 않다.<sup>934)</sup> 통상적인 암호화기술과

933) H. Bäumlér/L. Gundermann/T. Probst, 감정의견, 20-21쪽.

결합될 때에만 생체정보는 암호키로 사용될 수 있다. 생체정보인식기술은 전적으로 (가령 스마트카드에 저장되어 있는) 이용자와 암호키 사이에 존재하는 연결고리를 입증하고 잠금장치를 해제하는 기능만을 수행한다. 암호키와 이용자 사이의 결합이 보통의 생체정보자동인식절차나 템플릿 미사용 시스템을 통해서 이루어지는지는 중요하지 않다.

(2) 생체정보자동인식기술에 의한 개인정보보호

권한 없는 자가 정보를 열람하거나 변경하는 것을 예방하여 정보를 보호하는 데 사용되는 패스워드, 칩카드와 같은 개인정보보호를 위한 전통적인 요소들이 생체정보자동인식시스템을 통해서 보완, 대체 또는 개선되고 있다. 지금까지 실용적인 이유 때문에 충분한 정보보호를 제공하지 못했던 정보시스템들(행정관청, 은행이나 회사의 창구의 컴퓨터단말기)을 생체정보자동인식시스템을 사용해서 간단히 개선할 수 있는 길이 열리게 된다.

아울러 정보나 문서를 열람할 권한이 있는 자를 보다 편리하고 확실하게 인증하기 위하여 생체정보자동인식시스템이 사용될 수도 있다. 또 생체정보를 통한 강화된 보안장치 때문에 이용자만이 접근이 가능하거나 또는 그의 동의하에서 읽히고 변경될 수 있는 높은 보안성이 요구되는 이용자 수준의 장치들(가령 생체정보를 감지할 수 있는 센서를 갖춘 칩카드나 PDA)에도 이 시스템을 응용할 수 있다. 나아가 이러한 장치에 의해 가명, 익명 거래가 진행됨으로써 개인정보의 발생이 억제되어 개인정보보호의 수준이 향상되는 것을 기대할 수도 있다.<sup>935)</sup>

934) 암호전문가인 Bruce Schneier는 다음과 같이 이를 지적하고 있다. “생체정보자동인식기술은 강력하고 또 유용하다. 그렇지만 그것이 키는 아니다. 그 기술은 독자와 인증자 사이에 신뢰할 수 있는 통로가 있는 경우에는 유용하다. 암호키의 특성인 비밀성, 무작위성, 업데이트나 파괴 가능성이 필요한 경우에는 그 기술은 유용성이 없다. 생체정보자동인식기술은 유일한 식별자이기는 하지만 비밀은 아니다.” 이 내용은 <http://www.schneier.com/crypto-gram-9808.html>(stand: 2006.8.7)에서 볼 수 있다.

935) M. Köhntopp/T. Probst, Datenschutzgerechter und datenschutzfördernder Einsatz von biometrischen Verfahren. Beitrag zum “Potential biometrischer Verfahren als datenschutzfreundliche Technologie” bei einem Expertenpanel des BSI am 19. November 1999 in Bonn Abschnitt 4 (<http://www.datenschutzzentrum.de/biometri/bsipabio.htm>).



생체정보자동인식기술이 개인정보보호의 수준을 실제로 향상시키려면, 그 시스템이 개인정보보호를 촉진하는 형태로 형성되어야 한다. 즉 그 시스템을 사용함으로써 개인정보보호를 위협하는 새로운 위험요인이 발생하지 말아야 한다.

## 2. 생체정보조사영역별 특별규율을 통한 법규범의 명확성제고 요청

### 가. 개념과 의의

개인정보자결권이 실효적으로 보장되려면 정보조사와 그 이용의 목적이 영역별로 그리고 명확히 법률로 확정되어야 하며,<sup>936)</sup> 이 원칙은 공·사의 영역을 불문하고 적용되어야 한다.<sup>937)</sup> 따라서 일반조항은 개인정보의 조사와 처리를 위한 법적 근거가 될 수 없다. 현대기술에 의한 개인정보의 조사와 처리의 잠재적 위험성에 대한 우려를 완화시키려면 개인이 국가의 정보활동을 개관할 수 있어야 하고, 이를 위해서는 영역별특별규율을 통해 개인정보처리의 투명성을 확보하는 것이 필요하다.<sup>938)</sup>

이 요건에 대해서는 영역별로 특별하고도 명확한 규율을 요구할 경우 과잉규율을 초래할 것이며,<sup>939)</sup> 그 때문에 이 요건을 통해서 정보행정의 투명

936) BVerfGE 65, 1, 46. 또한 BVerfGE 65, 1 요지 2 및 44. 또한 H. Bäuml, Normenklarheit als Instrument der Transparenz, JR 1984, 361쪽 이하; E. Schwan, Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, Verw.Arch. 66 (1975), 120쪽 이하; S. Simitis, Die informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 402쪽; W. Schmidt, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 247쪽.

937) S. Simitis, NJW 1984, 401쪽; Schmidt, JZ 1974, 247쪽.

938) BVerfGE 65, 1, 50; Bäuml, JR 1984, 361 이하.

939) 독일 노르트라인-베스트팔렌 경찰법은 총 68개조로 구성되어 있는데, 그 중 25개의 조가 개인정보보호를 위한 것이며, 독일의 형사소송법개정법률에서는 개인정보 보호와 관련된 33개조가 새로 들어갔다고 한다. 이에 대해서는 B. Holznagel, Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, in: B. Pieroth(Hrsg.), Verfassungsrecht

성을 확보하기는 어렵다는 비판이 제기되고 있다. 소수의 법률전문가들이나 관심 있는 자들만이 정보조사영역별로 만들어지는 법률의 내용을 이해할 수 있을 뿐, 압도적 다수의 국민은 여기 저기 산개해 있어 복잡하고 따라서 그 내용을 개관하기 힘든 개인정보보호법의 내용을 알 수 없고 또 알려고도 하지 않을 것이며, 담당공무원들조차도 이를 충분히 개관하기 어렵다는 것이다.

그렇지만 영역별 특별규율만이 개인정보의 조사와 처리에 대한 정보주체의 개관을 가능하게 하고, 개인정보와 관련한 신중한 국가활동을 촉구할 수 있으며, 개인정보조사시에 개인의 인격보호를 위하여 보다 많은 배려를 하는 것이 가능하다고 보아야 하기 때문에 이 원칙을 유지하여야 한다고 본다.

#### 나. 응용

공권력이 생체정보를 수집할 필요가 있는 경우에는 그 수집·이용의 목적을 명확하게 명시한 법률적 근거가 필요하다. 이 요건은 수집·이용뿐만 아니라 제3자에게 그 정보를 제공하는 경우에도 적용된다. “공공기관 개인정보보호에 관한 법률” 제5조와 같이 “소관업무를 수행하기 위해서 필요한 범위 안에서 공공기관은 개인정보파일을 보유할 수 있다”는 막연한 일반조항에 의해서는 생체정보를 강제로 조사·이용하거나 다른 기관에 제공할 수 없다. 생체정보 중 그 자체 민감한 정보이거나 그 정보에 다른 민감한 정보가 부착되어 있는 경우 또는 개인의 보편적인 식별자로 사용될 수 있는 경우에는 이 요건은 특히 엄격하게 적용되어야 할 것이다.

이 점에서 주민등록법에 의한 지문채취와 채취된 지문정보를 막연한 일반규정에 의해서 경찰목적으로 전용하고 있는 것에 대해서 헌법재판소가 합헌취지의 결정을 한 것<sup>940)</sup>은 사실상 이 요건을 무력화하고, 궁극적으로

---

und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, 42쪽 참조.

940) 헌재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668.

개인정보자결권의 실효성을 현저히 저하시킨 것이라는 비판을 면하기 어렵다<sup>941)</sup>고 본다. 지문은, 상술한 바와 같이, 타인과의 의사소통과정에서 타인이 자연스럽게 분별할 수 있는 정보가 아니기 때문에 민감한 개인정보로 분류되어야 하고, 따라서 강화된 보호가 제공되어야 한다. 따라서 그 정보를 수집할 수 있도록 허용하는 법률에 그것을 사용할 수 있는 목적에 대한 명시적인 근거가 있어야 한다. 그럴 때에만 개인정보에 대한 “자결권” 보장이라고 하는 개인정보자결권 보장의 목적을 달성할 수 있기 때문이다. 더구나 주민등록법에 의해 수집된 지문정보는 일시적이거나 국부적으로 경찰청에 전달되어 수사목적으로 사용되는 것이 아니라 일상적·정례적·지속적으로 수사목적으로 사용되고 있다. 따라서 수사목적을 위한 지문정보의 수집과 이용은 일반법이 아니라 지문정보 수집을 허용하는 법률에 그 정보를 사용할 수 있는 목적을 명시하여야 한다. 정보를 이용하는 공공기관의 입장이 아니라 정보를 제공하여야 하는 개인의 입장에서 제공된 정보가 어떤 목적으로 사용되는지를 알 수 있어야 개인정보자결권 보장의 취지에 부합하기 때문이다.<sup>942)</sup> 이와 관련하여 정보화시대의 수사기법의 발전을 반영하여 관련 특별규정을 두고 있는 독일 형사소송법<sup>943)</sup>은 생체정보를 합

941) 같은 취지의 소수의견 현재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668, 697 이하 참조.

942) 헌법재판소의 결정에 대한 소수의견도 수사목적으로 경찰청이 지문원보를 송부받아 보관·이용하는 것은 법률유보원칙에 대한 위반이라고 본다. 현재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668에 대한 소수의견의 요지가, 같은 곳 671쪽 참조.

943) 독일 형사소송법은 제81조의 b에 의하여 형사소송의 수행을 위해 또는 범죄인지의 목적으로 필요한 경우에는 피고인의 사진이나 지문을 그의 의사에 반해 촬영하거나 채취할 수 있고 또 피고인에 대한 각종 측정행위를 할 수 있도록 허용하고 있다. 이 규정이 생체정보자동인식시스템에 사용되는 생체정보의 조사활동의 근거가 될 수 있음은 물론이다. 1992년 이후 연방방범청(Bundeskriminalamt)이 운영중인 자동지문자동인식시스템을 통한 피고인 등의 지문감식이 증거로 사용될 수 있는 명시적인 법적 근거가 마련된 것이다.

독일 형사소송법 제98조의 a가 제시하는 목록상의 범죄행위에 들어 있는 현저한 의미가 있는 범죄가 발생했다는 충분한 사실상의 근거가 존재하는 경우 범인이 가지고 있다고 추정되는 특정의 검색 표지들을 충족하고 있는 사람들의 개인정보를 혐의가 없는 사람들을 배제하거나 수사에 의미가 있는 추가적인 검색표지들을 충족하고 있는 사람들을 확인하기 위하여 다른 정보들과 기계적으로 비교할 수 있도록 하고 또 이 목적을 위하여 개인정보를 저장하고 있는 기관은 비교를 위해 필요

헌적으로 이용할 수 있도록 우리 형사소송법을 개혁하는 데 좋은 참고자료가 될 것이다.

### 3. 목적구속의 원칙

#### 가. 개념과 의의

목적구속의 원칙은 개인정보의 사용목적이 개인정보사용의 영역을 특정하여 그리고 엄밀하게 법률에 확정되어 있을 것을 요구하는 원칙이다. 즉 개인정보이용의 범위를 법률에 의하여 특정된 목적에만 한정시킬 것을 요구한다.<sup>944)</sup> 개인은 자신의 개인정보와 관련된 법률적 규율로부터 어떤 구체적인 행정목적에 위하여 개인적인 정보가 사용될 것인지 그리고 그 사용이 필요한지 여부를 알 수 있어야 한다는 것이다.

이 원칙은 개인이 누가 무엇을 언제 어떤 기회에 자신에 대하여 알게 되는지를 결정할 수 있어야 한다는 내용의 개인정보자결권의 본질상의 귀결이지<sup>945)</sup> 규범의 명확성원칙의 특수한 발현형식이다. 이 원칙은 비례의 원칙과도 관련이 있다. 비례의 원칙에 의하여 개인정보 수집을 명시된 목적의 달성에 필요한 최소한으로 국한하여야 할 의무가 모든 국가기관에 부과되기 때문이다.<sup>946)</sup> 바로 이 점에 이 원칙의 정당성도 존재하는 것이다. 이

---

한 정보들을 데이터뱅크에서 구분하여 수사기관에 제공하도록 하고 있다. 독일 형사소송법 제98조의 b에 의하여 법관의 영장 또는 긴급한 경우 검사의 명령이 있는 경우 특정의 특징적인 표지를 가지고 있는 사람들의 정보를 검색해 내기 위하여 데이터베이스를 다른 데이터베이스와 비교(컴퓨터 매칭)할 수 있도록 허용하고 있다. 이 개인정보들에 생체정보가 포함될 수 있음은 물론이다.

944) BVerfGE 65, 1, 46. 우리 헌법재판소는 주민등록법에 의한 지문채취 관련사건에서 이 목적구속의 요건을 별도로 인정하지 않고 있다. 헌법재판소는 법률유보의 원칙의 준수여부와 관련하여 어느 정도로 명확하게 개인정보조사의 법률적 근거를 두어야 하는지만을 심사하고 있다. 헌재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668.

945) BVerfG, 65, 1, 43; W. Steinmüller, Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, DuD 1984, 91 (93)쪽.

946) BVerfGE 65, 1, 46; E. Denninger, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

원칙은 원칙적으로 모든 개인정보의 조사·처리·이용·전달 등 개인정보와 관련한 국면에서 준수되어야 한다.

그러나 최근 이 원칙에 대하여 비판이 제기되고 있다.<sup>947)</sup> 무엇보다도 구체적인 사례들도 집적이 되지 아니한 상태에서 이 원칙을 구체화하는 것이 곤란한 경우가 적지 않을 것이고, 엄격한 목적구속의 원칙은 지나치게 세분된 규율을 낳아 법의 분열은 물론 법의 내용을 개관하기 어렵게 만드는 등 법적 불안정성을 초래할 가능성이 높다는 것이다.<sup>948)</sup> 이러한 결과를 피하려면 이 요건의 적용여부를 개인정보의 종류에 따라서 세분하여야 한다는 것이다. 결국 개인의 인격에 대한 중대한 위협이 있는 경우에만 그 요건이 실현될 수 있으며, 그 밖의 대부분의 경우에는 개인정보의 조사나 이용을 구체적인 목적에 결부시키지 않는 규율도 인정하여야 한다는 것이다. 그러나 이러한 주장을 수용하게 되면 개인은 자신과 관련된 개인정보에 대한 자결권을 실효성 있게 행사할 수 없을 것이다.

목적구속의 원칙은 법률의 명시적인 규정이 있는 경우 이외에는 직무공조방식에 의하여 조사목적과는 다른 목적으로 정보를 제공하는 것도 원칙적으로 금지한다.<sup>949)</sup>

그러나 목적구속의 원칙은 통계조사에는 적용되지 않는다. 다만, 다용도로 사용될 수 있는 통계의 성격에도 불구하고 개인정보의 자결권이 침해되지 않도록 통계조사를 위한 조직과 절차를 형성하여야 한다.<sup>950)</sup>

## 나. 응용

---

und innere Sicherheit - Folgerungen aus dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, Kritische Justiz 1985, 223쪽: '목적구속의 원칙은 과잉금지의 요소를 감안하고 있다.'

947) Denninger, Kritische Justiz 1985, 223쪽.

948) 이에 대하여 자세한 것은 Vogelgesang, 전게서, 71-72쪽 참조.

949) BVerfGE 65, 1, 46 참조.

950) 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.

이와 같은 목적구속의 원칙에 비추어 볼 때 생체정보를 본래의 조사목적과 다른 목적으로 전용하는 것은 원칙적으로 허용되지 않으며, 그 예외는 당사자 본인의 동의나 명시적인 법률규정이 있는 경우에만 인정된다. “공공기관의 개인정보보호에 관한 법률”도 제10조 제1항에서 이 원칙과 예외를 명시하고 있으나, 그 범위가 너무 넓어 목적구속요건을 형해화시키고 있다는 비판이 부단히 제기되고 있다.<sup>951)</sup> 헌법재판소는 그럼에도 불구하고 상술한 바와 같이 이 규정을 근거로 주민등록 관할 관청이 파일화된 지문정보도 아닌 지문등록원본 자체를 경찰청에 송두리째 넘겨주어 경찰청이 이 원본을 파일형식으로 처리·이용하더라도 법률유보의 원칙에 위배되지 않는다고 확인함으로써<sup>952)</sup> 목적구속의 원칙 역시 사실상 무력화되는 결과를 낳았다. 주민등록법의 목적은 “주민을 등록하게 함으로써 주민의 거주관계 등 인구의 동태를 상시로 명확히 파악하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모”하는 것이므로(제1조), 동법 제17조의 8에 의해서 채취된 지문도 일차적으로 이 목적을 위해서 사용되어야 한다. 그런데 채취된 지문정보는 원래의 목적보다는 주로 수사목적 등 다른 목적을 위해서 사용되고 있다. 따라서 현재와 같은 지문정보의 수집방식은 수사목적만을 위한 일반적 지문채취에 대한 국민의 반발 내지 거부감을 피하기 위한 편법이라고 볼 수밖에 없다. 또한 “공공기관의 개인정보보호에 관한 법률” 제10조 제2항 제6호가 허용하고 있는 수사 등의 목적을 위한 개인정보의 제공도 파일화된 정보의 제공을 규율하는 것이고 또 전 국민 정보의 일괄제공이 아니라 개별 사건에서의 개별적인 제공의 허용으로 해석되어야 하므로 주민등록증발급대상자 모두의 지문원본을 송두리째 경찰청에 넘겨 수사목적으로 사용하도록 수 있는 법적 근거가 될 수는 없다. 진정으로 공익을 위하여 일반국민의 지문정보가 요청된다면, 국민을 설득하여 관련 법

951) 이에 대해서는 이인호, 2004 국회법제실 연구용역보고서 『개인정보보호법제의 현대화방안에 관한 연구』, 2005, 17-18쪽.

952) 헌재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668.

를 제정하여 이를 사용하여야 하여야 하며, 현재와 같은 편법을 사용하는 것은 국민을 기만하는 것이다.

생체정보를 수집할 때에도 수집 및 이용의 목적을 정보주체에게 고지하여야 한다. 따라서 법률이 명시한 경우를 제외하고는 비밀리에 생체정보를 수집해서는 안 된다.

생체정보를 본래의 조사목적과는 달리 개인들의 정보를 추적하기 위한 검색기로 사용하거나 컴퓨터 매칭을 위한 매개로 이용하는 것도 원칙적으로 금지된다. 다만, 현재의 생체정보자동인식과 관련한 기술현황이나 전 국민에게 주민등록번호라는 고유식별번호가 부여되어 있다는 사정을 감안하면 우리나라에서 공권력이 생체정보를 검색기나 컴퓨터 매칭을 위한 매개로 이용할 가능성도 또 그래야 할 필요도 없다.

#### 4. 개인정보자결권의 객관법적 요청의 충족

개인정보자결권은 공권력에 의한 개인정보의 조사·이용·처리·공개 등 정보활동으로부터의 자유를 보장한다. 개인정보자결권도 이 자유를 부당히 침해하는 공권력조치에 대한 방어권을 보장할 뿐만이 아니라 객관법적 효과를 발휘한다.<sup>953)</sup> 즉 이 기본권을 실효적으로 보장하기 위한 절차적·조직적 대책을 세울 의무를 국가에게 부과한다. 그 구체적인 내용으로는 다음과 같은 것을 들 수 있다.

##### 가. 생체정보 내지 생체정보자동인식시스템에 대한 보안대책의 수립의무

입법자는 생체정보를 보유하는 기관으로 하여금 위의 의무에 상응하여 조사된 정보가 누출되거나 무단 도용되는 것을 방지할 수 있는 실효적인 대책을 세우도록 의무를 부과하여야 한다. 헌법재판소는 개인정보자결권에

953) 보다 상세한 것은 줄고, 개인정보자결권의 헌법적 근거 및 구조에 대한 고찰, 헌법논총 제14집(헌법재판소), 431쪽 이하 참조.

대한 침해여부를 가리면서도 과연 개인정보파일을 관리하는 기관이 개인정보에 대한 무단접근, 가로채기 등에 대한 충분한 대책을 마련하고 있는지에 대하여 진지한 검토를 하고 있지 않다.<sup>954)</sup> 그 구체적 보호조치로 중요한 것을 들면 다음과 같다.<sup>955)</sup>

- ① 생체정보는 등록과 동시에 암호화하고, 원생체정보도 필요 없는 경우에는 파괴하여야 하며, 본인의 검증이나 식별을 위해 부득이 이를 보관하여야 하는 경우에도 암호화하여 보관하여야 한다.
- ② 생체정보를 전송할 때도 데이터 가로채기나 위·변조를 막기 위해 암호화된 상태로만 전송하여야 한다.
- ③ 생체정보자동인식시스템이 인터넷으로 연결되어 있는 경우에는 해킹을 차단하기 위한 기술적 조치를 취해야 한다.
- ④ 기관내부에서 권한 없는 자가 생체정보에 접근하는 것을 막기 위해 접근권한을 가진 자를 제한하는 등 조직적·기술적 대책을 세워야 한다.

그 밖에도 입법자는 생체정보를 보다 효과적으로 보호하는 방향으로 시스템을 설계하도록 권장·유도하는 한편, 생체정보에 우호적인 시스템의 선택을 유도하여 그러한 시스템이 시장을 지배할 수 있도록 유도하는 하여야 한다.

#### 나. 생체정보주체에 대한 절차적 권리의 보장

---

954) 헌재 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668 - 주민등록법에 의한 지문채취. 한편, 헌법재판소는 교육행정정보시스템사건과 관련하여 비례의 원칙의 준수여부를 심사하면서 이 문제에 언급하고 있다. “이와 같이 자동화된 전산시스템으로 정보를 보유·관리하는 경우 정보에의 무단 접근, 정보결합, 정보전달, 공조에 의한 정보공유 등이 시공(時空)의 제한 없이 매우 손쉽게 일어날 위험성이 크다. 이러한 위험에 노출된다면 정보 보유 자체의 정당성마저 취약해질 수 있다. 따라서 이러한 방식으로 처리되는 정보의 범위는 가급적 최소한으로 축소되어야 하고, 또한 보유기관은 그러한 위험으로부터 개인정보를 보호하는 일정한 조치를 취할 의무가 있다”(헌재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81, 94-95). 관련 법규가 그와 같은 보호조치를 취하도록 하고 있음을 확인하면서도 과연 그 보호수준이 개인정보를 보호하기에 충분한지의 문제와 관련하여 법적 검토를 하기에 앞서 기술적 검토도 했어야 했으나, 기술적 수준에 대한 검토가 일체 없었다.

955) 보다 상세한 것은 정보통신부/정보보호진흥원, 생체정보보호가이드라인, 2005. 12. 제13조와 그에 대한 해설 참조.



개인정보자결권의 객관법적 측면은 국가기관들에 대하여 보유하고 있는 자신에 관한 정보의 조사에 대하여 통보를 받을 수 있는 정보주체의 권리, 자신의 정보에 대한 열람을 요구할 수 있는 정보주체의 권리, 잘못된 정보의 정정 내지 삭제를 요구할 수 있는 정보주체의 권리, 자신의 정보에 대한 침해사고의 통지를 받을 권리 등 개인정보자결권을 실효성 있게 보장할 수 있는 절차적 권리의 근거가 된다. 입법자는 이 권리를 법률로 구체화하여 보장하여야 하고(이 중 일부 권리는 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제7, 8, 12, 14조 등 참조), 생체정보를 보유하고 있는 국가기관은 정보주체의 이와 같은 절차적 권리의 행사에 성실히 응해야 한다.<sup>956)</sup>

우리 헌법재판소는 최근 일련의 판례를 통해서<sup>957)</sup> 개인정보자결권을 독자적인 기본권의 하나로 인정하였으며 이 권리를 실효적으로 보장하기 위해서 필요한 정보주체의 절차적 권리들이 입법자에 의해 제대로 구체화되었는지의 문제를 일체 검토하고 있지 않아 심리미진의 인상을 주고 있다. 헌법재판소가 이 권리에 독자적 기본권성을 부여하기를 하였으나, 그 권리의 제측면을 온전히 파악하고 있지 못하다는 비판을 피하기 어렵다고 본다.

#### 다. 독립적인 감독기구의 설치의무

개인정보자결권의 객관법적 측면은 개인정보자결권의 실효적 보장을 가능하게 하는 독립적인 기관<sup>958)</sup>을 설치하여야 할 의무를 국가에게 부과하는

956) 정통부/정보보호진흥원, 생체정보 보호 가이드라인 제11조 및 그에 대한 해설도 참조.

957) 헌재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81 - 교육행정정보시스템; 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668 - 주민등록법에 의한 지문채취.

958) 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 개인정보

등 조직법적 지침으로도 작용한다. 독립성을 갖는 감독기관에 의한 통제는 개인정보보호에 대하여 본질적인 의미를 갖는다. 자동화된 정보처리의 조건 아래에서 개인정보가 집적되고 또 사용되는지, 또 그것이 오·남용되고 있는지에 대하여 개인들이 알기가 어려울 뿐만 아니라, 일단 침해되고 나면 그 피해를 복구하기가 어려워 권리보호의 시기를 앞당겨야 할 필요성도 있기 때문에 국민의 대리자로서 국민의 이익을 지키기 위하여 활동하는 전문성을 확보한 독립적인 정보보호기관에 의한 통제제도는 개인정보자결권을 효율적으로 보호하는 데 불가결하다.<sup>959)</sup>

현재 공적 영역에서 감독기능을 수행하고 있는 행정자치부와 개인정보보호심의위원회(공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제18조 이하 참조)는 개인정보자결권이 침해되기 이전의 단계에서 공공기관의 개인정보보호 실태를 점검하고 문제가 있을 때 이를 시정하도록 할 수 있는 사전예방적·진단적·경고적인 기능을 제대로 수행할 수 있을 만큼의 충분한 권한이나 독립성·중립성이 결여되어 있어서 개인정보자결권을 실효적으로 보장하기 어렵다. 사적 영역에서 감독기능을 수행하고 있는 정보통신부와 한국정보보호진흥원 역시 예방기능보다는 개별적인 사후구제 내지 사후시정 기능에

---

보호관련 규정들의 준수여부를 감독하도록 하고 있다.

959) 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 정보보호 전권위원(Datenschutzbeauftragter)에 대한 헌법적 승인이라는 표현을 하고 있다); A. Podlech, Die Begrenzung staatlicher Informationsverarbeitung durch die Verfassung angesichts der Möglichkeit unbegrenzter Informationsverarbeitung mittels der Technik, Leviathan, 1984, 94쪽; R. Riegel, 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 개인 정보의 자결권에 대한 제한이 도청이나 병역의무이행의 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, 82-83쪽; Scholz/Pitschas, Informationelles Selbstbestimmungsrecht und staatliche Informationsverantwortung, 46쪽).

중점이 놓여 있어 같은 비판에 직면하고 있다.<sup>960)</sup>

헌법재판소는 개인정보자결권을 인정하면서도 예방적·전문적으로 개인정보의 오남용을 방지할 권한이 있는 독립적인 감독기구의 설립이 이 기본권의 객관규범적 측면에서 도출되는 효과의 하나라는 점을 완전히 외면하고 있어,<sup>961)</sup> 큰 결함을 드러내고 있다.

#### 라. 사인에 의한 개인정보자결권의 침해로부터 정보주체를 보호할 의무

개인정보자결권의 객관법적 측면은 또한 사인에 의한 개인의 신상정보의 부당한 조사, 이용 등으로부터 개인의 인격적 자율성을 보호하여야 할 의무를 국가에게 부과한다. 개인들에 대한 정보를 담은 데이터베이스가 엄청난 경제적 가치를 갖게 되면서 많은 기업들이 개인의 신상정보들을 확보하기 위하여 혈안이 되어 있다. 그런데 사인에 의한 정보의 조사·수집·집적·처리·전달은 국가의 그것에 못지않게 사인 사이의 관계에서 개인의 의사결정의 자유를 위협하고 있다. 그에 따라 국가의 개인정보자결권의 보호의무는 더욱더 중요성을 띠게 되었다. 국가는 여러 가지 수단을 동원하여 사인에 의한 이 기본권의 제약에 대하여 실효성 있는 대책을 수립하여야 한다.

### V. 결론

위에서 이미 공권력이 생체정보자동인식시스템을 응용할 경우 준수해야 되는 헌법적 정당화요건을 비교적 상세하게 살펴보았다. 따라서 여기서는

960) 이에 관하여는 김일환, 전계 보고서, 185쪽 이하; 이인호, 개인정보감독기구 및 권리구제방안에 관한 연구, 한국전산원, 2004, 361쪽 이하; 개인정보보호법제 현대화방안에 관한 연구(국회사무처 법제실), 2005, 180쪽 이하 참조.

961) 헌재 2005.07.21. 2003헌마282등, 판례집 17-2, 81 - 교육행정정보시스템; 2005.05.26. 99헌마513등, 판례집 17-1, 668 - 주민등록법에 의한 지문채취. 두 판례 모두 독립적인 감독기구의 필요성 및 그러한 요건의 충족여부에 대한 검토를 전혀 하지 않고 있다. 소수의견도 이점을 전혀 지적하고 있지 않다.

핵심만을 정리하는 것으로 결론을 대신하고자 한다.

1. 생체정보자동인식시스템의 투입은 정보의 보안성과 편리성을 높일 수 있지만, 다수인들이 참여하고 또 참여가 강제되는 절차에서 그러한 시스템을 사용하는 것은 개인정보자결권, 일반적 인격권은 물론 경우에 따라서는 인간존엄권과 같은 기본권을 침해할 위험성도 내포하고 있다. 그러므로 국가는 생체정보를 강제적으로 제공하도록 하는 시스템의 사용을 불가피한 경우에 최소한의 영역에 국한시켜야 한다.

2. 생체정보자동인식기술은 아직은 기술적 한계 때문에 실제로 공공부문에 응용할 수 있는 영역이 제한되어 있다. 응용가능한 영역에서도 생체정보 및 이를 이용하는 시스템의 특성 때문에 다른 방식의 신원확인시스템을 예비하여야 한다.

3. 생체정보는 개인식별자로 활용되거나 민감한 내용을 포함하고 있을 수 있기 때문에 도용이나 누출의 위험에 대해 철저히 대비해야 한다. 그렇기 때문에 생체정보자동인식시스템의 응용이 불가피하더라도 시스템의 설계를 보다 생체정보에 우호적으로 함으로써 생체정보를 제공해야 하는 개인들의 권리에 대한 침해의 위험을 최소화해야 한다. 가급적 비교의 준거로 사용되는 개인의 생체정보를 하나의 중앙집중방식의 데이터뱅크에 모아 놓을 것이 아니라 이용자가 소지하는 카드에 저장하여 직접 관리할 수 있도록 하고, 생체정보를 암호화해서 사용하는 템플릿 미사용 시스템과 같이 개인정보에 우호적인 시스템을 개발·채택하도록 하여야 한다.

4. 생체정보의 처리에 대한 투명성을 확보하고 이용자들에게 자신의 정보에 대한 통제가능성을 부여하여야 한다. 법률이 불가피한 경우에 한해 명시적으로 허용하는 경우를 제외하고는 생체정보의 주체가 알지 못하는 가운데 그의 생체정보를 수집하는 것이 금지되어야 한다. 이런 점에서 정보주체들이 의식적으로 협력해야 수집할 수 있는 생체정보를 이용하는 시스템이 기본권보호의 관점에서 상대적으로 우월성을 갖는다.

5. 독립적인 전문가들에 의한 시스템운영에 대한 통제가 가능하도록

시스템의 작동방식 등이 공개되어야 한다.

6. 무엇보다도 공권력의 생체정보와 관련한 활동들이 개인의 권리를 침해하지 않도록 사전에 예방적으로 효과적으로 통제·감독할 수 있는 권한을 가진 독립적인 감독기구가 설치되어야 한다. 개별사건에서 사후구제적으로 작용하는 감독기구는 대부분 기술적 전문성이 결여된 개인의 소청이 있어야 활동하게 되기 때문에 자동화된 시스템을 통해서 은밀히 이루어지는 개인정보침해에 대해 효과적으로 대응할 수 없다.

7. 과제의 수행을 위하여 항상적으로 생체정보를 수집하고 이용하는 경우나 민감한 생체정보를 이용하는 경우에는 생체정보와 관련된 공권력의 활동을 규율하는 특별규정을 개별법에 추가하여야 한다.



# 직업공무원제도와 공무담임권과의 관계

- 헌법재판소 판례를 중심으로 -

지 성 수  
헌법연구관

## - 목 차 -

1. 서론 .....	503
2. 직업공무원제도와 공무담임권의 내용 .....	504
가. 직업공무원제도와 공무담임권 규정의 헌법상 변천 과정 .....	504
나. 직업공무원제도와 공무담임권의 내용 .....	505
다. 직업공무원제도와 공무담임권에 관한 헌법재판소의 결정 .....	508
3. 직업공무원제도와 공무담임권의 보호영역 재정립의 문제 .....	511
가. 직업공무원제도와 공무담임권의 관계 .....	511
나. 신분박탈 등을 당한 공무원에 대한 구제수단과 그 필요성 .....	516
4. 직업공무원제도와 공무담임권의 중첩적 심사와 심사 강도 .....	523
가. 직업공무원제도와 공무담임권의 중첩적 판단의 문제 .....	523
나. 직업공무원제도와 공무담임권에 대한 심사 강도 .....	524

5. 결론 ..... 526



## 1. 서론

우리 헌법은 제7조에서 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 하여 직업공무원제도를 규정하고 있고, 제25조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”고 하여 공무담임권을 규정하고 있다. 종래 직업공무원제도는 공직에 진출한 자들의 공직수행의 독자성과 영속성을 유지하기 위한 공직구조에 대한 제도보장으로 이해되어 왔고, 공무담임권은 ‘공직취임의 기회를 박탈당하지 않을 권리’로서 선출직 공무원직에 있어서는 피선거권, 그 밖의 공무원직에 대해서는 공직취임의 기회보장청구권으로 이해되어 왔다. 그런데 전자는 헌법상의 제도로서, 후자는 헌법상의 기본권으로서 서로 함축하고 있는 의미가 다른 것으로 인식되고 있는 듯 하지만, 과연 구체적으로는 어떤 내용들이 어느 영역에서 문제되는지에 관해서는 논란이 있고, 헌법재판소의 이에 대한 결정들은 위 둘의 내용 구분을 더욱 혼란스럽게 하고 있다. 현실적으로 공무원의 신분과 관련 있는 법령의 내용에 대한 위헌 여부가 다투어지는 경우, 위 둘 중 어느 것이 심사 기준으로 작용하는지는 소송 당사자의 주장에 따라 결정되고 있다고 해도 과언이 아니며, 여기에 어떤 일관된 원칙이 자리잡고 있는 것으로 보이지는 않는다. 그런데 아래에서 보는 바와 같이 전자는 제도로서 최소보장을, 후자는 기본권으로서 최대보장을 이념으로 하기 때문에 양자가 내용상 서로 다른 것이라면 모르되, 서로 같은 것이라면 양자 중 어느 것을 문제삼느냐에 따라 같은 내용에 대한 심사강도가 달라질 수 있어 실질적으로 직업공무원제도와 공무담임권이 어떤 내용을 보호영역으로 하는가에 대한 문제는 위헌 여부 판단에 아주 중요한 요소가 된다.

따라서 이하에서는 직업공무원제도의 내용과 공무담임권의 내용들을 살펴보고, 공무원 신분보장에 관련된 정년제나 당연퇴직제와 같은 내용을 공무담임권의 내용으로 포섭하는 것이 타당한지, 헌법재판소가 일부 결

정에서 보여주고 있듯이 직업공무원제도와 공무원담임권을 중복적으로 심사하는 것이 가능한지, 그 심사의 강도는 어떠한지 등에 관하여 그간의 헌법재판소 결정을 중심으로 살펴본다.

## 2. 직업공무원제도와 공무원담임권의 내용

### 가. 직업공무원제도와 공무원담임권 규정의 헌법상 변천 과정

제헌헌법은 공무원제도를 국민의 권리와 의무편에 해당하는 헌법 제27조에서 규정한다. 제헌헌법은 제27조 중에 “공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이며 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다”라고 규정하고 있었다. 이후 3차 헌법개정(1960년 헌법)에서 제27조 제2항을 새로이 신설해 “공무원의 정치적 중립성과 신분은 법률의 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하여 현재의 내용과 같은 직업공무원제도를 두게 되었다. 그런데 제3공화국 헌법에서는 국민의 권리와 의무편에 있던 이것을 ‘총강’ 부분으로 옮겨 제6조에서 “① 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. ② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하였다. 이 규정은 법문의 개정 없이 제6조에 위치하다가 현행헌법인 1987년 헌법에서 제7조로 그 위치를 옮겼다.

이에 비해 공무원담임권은 제헌헌법에서부터 국민의 권리와 의무편인 제26조에서 규정하였고, 그 내용은 “모든 국민은 법률의 정하는 바에 의하여 공무를 담임할 권리가 있다.”였다. 이 규정은 제3공화국 헌법에서 제22조로 옮겨져 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무원담임권을 가진다.”로 규정하였다가, 현행 헌법에서는 제25조에 규정하고 있다.

위에서 보았듯이 제헌헌법 당시의 공무원제도는 공무원의 정치적 중립성과 신분을 보장하는 내용이 포함되어 있지 않아 실질적으로는 직업공무원제도의 헌법상 보장이라는 말이 무색할 정도였다. 그러나 3차 개정헌법에서 공무원의 정치적 중립과 신분보장이라는 직업공무원제도의 핵심에 해당

하는 규정을 됴으로써 비로소 직업공무원제도가 명실상부하게 헌법상 제도로 등장하게 되었다. 한편, 제3차 개정헌법은 공무원담임권과 직업공무원제도를 제26조와 제27조에서 연이어 규정하고 있었는데, 이러한 태도를 볼 때, 이 때까지만 하더라도 우리 헌법은 직업공무원제도와 공무원담임권을 제도와 기본권으로 명확히 구별하고 있었다고는 볼 수 없다. 오히려 공무원제도 내지 직업공무원제도를 국민의 권리와 의무 편에서 공무원담임권과 나란히 규정한 것을 보면, 직업공무원제도를 기본권 내지는 이와 유사한 개념으로 이해하고 있었던 것으로 보인다. 이후 1962년 제3공화국 헌법은 직업공무원제도를 총강 부분으로 옮겨 규정하게 되었고, 이로써 직업공무원제도와 공무원담임권은 전자는 제도로, 후자는 기본권으로 그 외관까지도 갖추게 되었다. 다만 이들이 각각 무엇을 내용으로 하는지에 대해서는 아래에서 보는 바와 같이 개념적으로는 구분되고 있으나, 헌법소송에서는 아직까지 그 구별이 명확하게 이루어지고 있다고 할 수 없다.

## 나. 직업공무원제도와 공무원담임권의 내용

### (1) 직업공무원제도의 의미와 내용

직업공무원제도는 국가와 공법상의 근무 및 충성관계를 맺고 있는 직업 공무원에게 국가의 정책집행기능을 맡김으로써 안정적이고 능률적인 정책집행을 보장하려는 공직구조에 관한 제도적 보장을 말한다.<sup>962)</sup>

위에서도 보았듯이 우리 헌법은 제7조에서 공무원의 책임과 신분보장 및 정치적 중립성에 관한 기본 조항을 두고 있고, 그밖에 공무원의 노동3권 제한에 관한 규정(제33조 제2항), 대통령의 공무원임면권에 관한 규정(제78조), 국가의 손해배상책임에 관한 규정(제29조) 등을 통해 직업공무원제도의 실현을 담보하고 있다.

헌법재판소는, ‘직업공무원제도는 공무원이 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을

962) 히영, 한국헌법론, 박영사, 2004, 753면

예방하고 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하기 위하여 헌법과 법률에 의하여 공무원의 신분이 보장되는 공직구조에 관한 제도이다. 이러한 직업공무원제도에 있어서는 공무원의 정치적 중립과 신분보장이 그 중추적 요소가 된다<sup>963)</sup>고 판시하고 있다.

직업공무원제도는 그 발상지라고 할 수 있는 독일에서의 연혁을 살펴볼 때, 오랜 시일에 걸쳐 점차적으로 형성된 제도이고, 이것은 앞으로도 시대적 상황에 따라 그 내용이 변할 수 있기 때문에 각 나라의 특수성과 그 제도적 전통을 무시하고 획일적으로 논의될 수는 없다. 다만 직업공무원제도를 헌법상의 제도적 보장으로 선언하고 있는 이상, 공법상의 근무 및 충성 관계를 바탕으로 공무원과 국가 사이에 헌신적인 봉사와 특별한 보호의 상관관계가 성립되도록 직업공무원제도가 형성되어야 한다는 사실에는 변함이 없다.

일반적으로 직업공무원제도의 요소에는 공무원임명·보직·승진시의 능력주의, 공무원의 정치적 중립성, 공무원의 신분보장<sup>964)</sup>과 징계절차의 엄격성, 공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가의 배상책임 등이 포함되는 것으로 보고 있는데, 이러한 요소들은 공무원의 개인적 이익만을 위해 존재하는 것이 아니라 법치주의의 실현 및 단절 없고 일관된 정책집행이라는 국가적 과제를 공평무사하게 성실히 수행하게 하기 위해 필요한 것이다. 그러므로 입법자는 직업공무원제도에서 요구되는 공무원의 신분보장과 경제적 생활보장 등을 구체적으로 제도화함에 있어서 공무원의 충성의무, 정책집행의 효율성, 공무원 관계의 공법적 성격 등을 종합적으로 고려하여 이를 형성할 넓은 재량권을 가진다. 다만 이러한 넓은 형성권은 헌법이 지향하는 자유민주주의와 법치국가원리 및 사회국가의 이념 등과 조화될 수 있는 것이어야 한다. 결국 직업공무원제도는 통치를 위한 기관의 구성원리인 동시에 공무원에게는 공무원으로서의 일정한 권리를 보장해 주는 의미

963) 헌재 1989. 12. 18. 89헌마32등, 판례집 1, 343, 352-353

964) 직업공무원제도 요소 가운데 신분보장과 관련하여 중요하게 논의되던 것이 과거에는 공무원신분의 종신보장이었으나 현재는 정년보장으로 그 의미가 바뀌고 있다.

를 함께 가진다고 할 것이다.<sup>965)</sup>

### (2) 공무담임권의 의미와 내용

한편, 헌법 제25조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.”라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘공무’란 광의의 의미로서 입법, 사법 및 행정은 물론 지방자치단체 등을 포함하는 모든 국가사무를 말한다. 그리고 공무담임권이란 선출직 공무원을 비롯한 모든 국가기관의 공무원으로서 공무를 담당할 권리를 의미한다고 보는 것이 일반적 견해이다.<sup>966)</sup> 선출직 공무원의 경우 공무담임권은 우선 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권을 말한다고 할 것이고, 기타 모든 국가기관의 공무원의 경우 공무담임권이란 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 의미한다고 할 것이다. 즉, 공무담임권은 국민이 공무담당의 기회보장을 청구하는 권리로써 국가 및 지방자치단체 등의 기관에서 공적 직무를 담당할 수 있는 잠재적 지위 또는 자격을 보장하는 기본권이다.<sup>967)</sup>

헌법재판소는 ‘헌법 제25조의 공무담임권은 각종 선거에 입후보하여 당선될 수 있는 피선거권과 공직에 임명될 수 있는 공직취임권을 포괄하고 있다’(96헌마200, 98헌바33)고 판시하여 이를 확인하고 있다.

우리 헌법은 모든 국민에게 이와 같은 공무담임권을 보장함으로써 주권자인 국민이 직접 국정의 담당자로서 참정권을 행사할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 그러나 공무담임권은 현실적인 권리가 아니라 공무담임의 기회보장이라는 추상적인 성격을 가지고 있기 때문에 선거에서의 당선, 공직채용시험의 합격 등 주관적 전제조건에 의해서 공무담임권이 제한되는 것은 공무담임권이 내포하고 있는 당연한 제약에 해당한다.<sup>968)</sup>

### (3) 소결

직업공무원제도에서 공무원의 지위와 관련하여 중요한 것은 공무원이 공

---

965) 허영, 위 책, 756-757면

966) 계획열, 헌법학(상), 2004, 593면

967) 강경근, 헌법(신판), 2004년, 845면

968) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2004, 513면

무수행과 관련하여 부당하게 불리한 처분을 받지 않도록 신분보장을 해 주는 것이고, 공무담임권에서 중요한 것은 공직 취임의 기회에 있어 국가로부터 부당하게 그 기회를 제한 받지 않는 것이다. 결국 직업공무원제도는 공직에 들어가려고 기회를 엿보는 자에게 적용되는 원리로, 공무담임권은 이미 공직에 들어간 공무원에게 적용되는 원리로 이해하는 것이 상당한 것으로 보인다. 그런데 공무담임권의 내용을 위와 같이 한정하여 보는 것에 대해서는 실무에서 논란이 있고, 헌법재판소는 이미 공무원이 된 자의 공무원 신분을 박탈하는 등의 문제를 공무담임권 제한 문제로 심사함으로써 그 보호영역을 확대하고 있다. 이러한 헌법재판소의 태도가 직업공무원제도와 공무담임권을 구분하여 규정하고 있는 우리 헌법의 취지나 공직구조와 관련하여 적절한 것인지에 대해서는 아래에서 본다.

#### 다. 직업공무원제도와 공무담임권에 관한 헌법재판소의 결정

##### (1) 직업공무원제도에 관한 결정들

헌법재판소가 직업공무원제도 위반 여부에 관해 판단한 사건들을 보면, 지방자치단체의 직제가 폐지된 경우에 해당 공무원을 직권면직할 수 있도록 규정하고 있는 지방공무원법 제62조 제1항 제3호 사건(2002헌바8), 동장의 경우 신분보장을 받을 수 없는 별정직 공무원으로 한 구 지방공무원법 제2조 제3항 제2호 나목 사건(95헌바48), 계급정년제 신설로 정년을 단축시킨 구 국가안전기획부직원법 제22조 제1항 제2호 및 동법 부칙 제3항 사건(91헌바15등), 1980년 추진된 공직자 정화작업으로 부당하게 해직된 공무원들의 명예회복과 보상을 위한 특별조치법을 마련하면서 법관을 그 보상대상에서 제외시킨 1980년해직공무원의보상등에관한특별조치법 제2조 제2항 제1호 사건(91헌가2), 지방자치단체장이 다른 지방자치단체장의 동의를 얻어 그 소속 공무원을 전입할 수 있다고 규정한 지방공무원법 제29조의3 사건(98헌바101등), 국회사무처와 국회도서관을 구 국가보위입법회의법에 의한 사무처 및 도서관으로 보고, 그 소속 공무원은 후임자가 임명될 때까지

만 그 직을 가진다고 규정한 구 국가보위입법회의법 부칙 제4항 사건(89헌마32등), 금고 이상의 형에 대해 선고유예 확정판결을 받아 당연퇴직을 당한 공무원에게 그 선고유예 기간 중에는 공무원이 될 수 없도록 하고 있는 지방공무원법 제31조 제5호 사건(89헌마220) 등이다.<sup>969)</sup> 위 결정들은 모두 공무원이던 자들의 신분 변동(신분보장)이 문제되었던 사건들로 직업공무원제도위반 여부가 쟁점이었다.

(2) 공무담임권에 관한 결정들

헌법재판소가 공무담임권에 관하여 판단한 사건으로는 우선 공무담임권 중 피선거권과 관련 있는 사건으로, 지방자치단체 장의 계속 재임을 3기로 제한한 지방자치법 제87조 제1항 사건(2005헌마403), 협동조합장의 지방의회의원 피선거권을 제한한 지방의회의원선거법 제28조 등 사건(90헌마28), 형사범의 피선거권 정지 사건(93헌마23), 교육위원의 겸직금지 사건(91헌마69), 정부투자기관직원의 지방의회의원직의 겸직금지 사건(91헌마67), 정부투자기관직원의 지방의회의원선거 입후보금지 사건(95헌마172), 지방자치단체장 피선거권 자격으로서 90일 이상 주민등록을 요하도록 한 사건(96헌마200), 기초의회의원선거의후보자에게 정당표방을 금지한 사건(99헌바28), 기탁금 사건(2000헌마91등, 91헌마21, 91헌마44, 92헌마269등), 정당 의석 우선의 후보자기호결정방법 사건(96헌마9등) 등이 있다.

그리고 피선거권과는 관련이 없지만 공직 취임에 관련된 사건으로는, 국립 중등학교 교사 임용후보자 선정경쟁시험에서 복수전공 및 부전공 교원 자격증소지자에게 가산점을 부여하고 있는 교육공무원법 제11조의2 [별표 2] 제3호와 제4호 사건(2005헌가13), 국·공립학교 채용시험의 동점자 처리

969) 위 사건들 중 마지막 두 사건인 구 국가보위입법회의법 부칙 제4항 사건과 지방공무원법 제31조 제5호 사건은 기본권 침해여부에 대한 헌법소원사건(헌마사건)이었음에도 불구하고 직업공무원제도에 관하여 정하고 있는 헌법 제7조 제2항의 위반 여부를 판단하였다. 이 두 사건은 공무원의 신분과 관계되는 것들로서 전형적인 직업공무원제도상의 신분보장과 관련된다. 그러나 직업공무원제도는 기본권이 아니므로 헌마 사건으로는 원칙적으로 그 위반 여부를 다룰 수 없다. 이와 같은 결정들이 있었던 이유는 위 두 사건 모두 헌법재판소가 설립된 초기에 제기된 사건들로 헌법소송 경험이 많이 축적되지 않은 상태에서 판단한 사건들이기 때문인 것으로 보인다.

에서 국가유공자 등 및 그 유족·가족에게 우선권을 주도록 하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제16조 등 사건(2005헌마44), 국립사범대학을 졸업하고 시·도교육위원회별로 작성된 교사임용후보자명부에 등재되어 임용이 예정되어 있었으나, 헌법재판소의 위헌결정에 따라 교원으로 임용되지 아니한 자에 대하여 중등교원 임용시험에 있어서 별도의 특별정원을 마련하고 있는 국립사범대학졸업자중교원미임용자임용등에관한특별법 제5조 등 사건(2005헌마598), 9급 국가공무원 공개경쟁채용시험의 응시연령을 28세까지로 규정한 공무원임용시험령 제16조의 별표4 사건(2005헌마11 등), 공립학교의 채용시험에 국가유공자와 그 가족이 응시하는 경우 만점의 10퍼센트를 가산하도록 규정하고 있는 국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항 등 사건(2004헌마675 등), 체대군인 가산점 사건(98헌바33), 검찰총장의 경우 퇴직일로부터 2년 이내의 공직취임 제한 사건(97헌마26), 공무원채용시험의 응시연령 기준일 사건(99헌마123), 사법시험 일요일 실시 사건(2000헌마159), 국가공무원 채용시험의 기능사 자격증 가산점 사건(2003헌바30), 중등교사임용후보자 시험의 사범대 졸업생 가산점 사건(2001헌마882) 등이 있다.

한편, 헌법재판소는 위에서 열거한 사건들 이외에서도 공무담임권 침해 여부를 문제삼아 판단한 사건들이 있는데, 이들은 모두 공직에 대한 임명과는 관련이 없고, 주로 공무원 신분을 이미 획득한 자가 그 신분을 잃게 되는 경우, 다시 말해 신분박탈과 관련된 사건들이다. 예컨대, 교육공무원의 정년을 62세로 한 교육공무원법 제47조 제1항 사건(99헌마112 등), 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 지방공무원은 당연퇴직하도록 한 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호 부분 사건(2001헌마788 등),<sup>970)</sup> 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 군공무원의 경우 그 직에서 당연히 제적하도록 한

---

970) 공무원의 당연퇴직 규정과 관련된 사건으로 직업공무원제도를 언급하면서 공무담임권 침해 여부를 판단하고 있는 사건은 자격정지 이상의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 경찰공무원에 대하여 당연퇴직을 규정하고 있는 경찰공무원법 제21조와 제7조 제2항 제5호 사건(96헌마7)과 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 1년을 경과하지 아니한 자를 당연퇴직하도록 규정하고 있는 국가공무원법 제69조 사건(95헌바14)이 있다.



군인사법 제40조 제1항 제4호 중 제10조 제2항 제6호 사건(2003헌마293), 향토예비군 지휘관이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 당연 해임 되도록 한 구 향토예비군설치법시행규칙 제10조 제3항 제5호 사건(2004헌마947), 형사사건으로 기소된 국가공무원을 직위 해제할 수 있도록 규정한 구 국가공무원법 제73조의2 제1항 제4호 사건(2004헌바12), 선거기간 중 선거운동과 관련하여 공무원이 정상적 업무 외의 출장을 하여 선거에 영향을 미치는 행위를 하여 벌금 100만 원의 형을 선고받은 경우를 당연퇴직사유로 규정한 지방공무원법 제61조 등 사건(2004헌바41) 등이 바로 이러한 사건들에 해당한다. 최근에는 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 그 직무를 정지하도록 한 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호 사건(2002헌마699등)에서 공직수행의 배제 문제도 공무담임권의 보호영역으로 선언하였다.

위에 열거된 첫 번째 유형과 두 번째 유형의 사건들은 모두 공직에 대한 임명과 관련된 것들로서 전형적으로 공무담임권에서 논의되어 왔던 것들이고, 이것이 공무담임권의 보호영역 내에 있다는 것에 대해서는 의문이 없다. 다만 세 번째 유형의 사건들이 과연 공무담임권의 보호영역 안에 있는 것들인지에 대해서는 논란이 있고, 이에 대해서는 아래에서 다시 살펴본다.

### 3. 직업공무원제도와 공무담임권의 보호영역 재정립의 문제

#### 가. 직업공무원제도와 공무담임권의 관계

종래 학계에서 논의되던 대로 직업공무원제도는 공무원 신분을 가진 자의 신분보장 문제로, 공무담임권은 공직취임권보장 문제로 보면, 비교적 간단하게 그 보호영역과 심사강도의 문제를 해결할 수 있다. 헌법재판소도 기본적으로는 이러한 입장에서 직업공무원제도와 공무담임권의 내용을 판단하여 왔다. 직업공무원제도와 공무담임권의 내용을 위와 같은 기준에 의하여 구분하면, 공무원 정년 문제나 퇴직제도 문제는 공무원의 신분 보장

에 관한 문제이므로 직업공무원제도로 그 위헌성을 심사하면 된다. 그런데 헌법재판소 초창기에는 이러한 유형의 문제들에 대해 직업공무원제도로 심사를 하였으나 제3기 재판부에 와서는 이를 주로 공무원담임권의 보장 문제로 보고 있다. 헌법재판소가 초창기와는 달리 공무원 신분의 박탈 문제를 공무원담임권의 보호문제로 보게 된 이유는 직업공무원제도와 공무원담임권이 어떤 내용들을 담고 있는지에 대한 명확한 규명 없이 청구인의 주장에 따라 그때그때 편의적으로 심사를 하였기 때문인 것으로 보인다. 또한 공무원취임에 있어서의 평등한 기회보장(공직취임권)과 그 이후의 공직수행이나 공직으로부터의 배제 문제(직업공무원제도)를 명시적으로 구분하여 규율하고 있는 독일기본법과는<sup>971)</sup> 달리, 우리 헌법은 ‘공직취임’이라는 용어 대신에 ‘공무담임’이라는 용어를 사용하여 공무원담임권의 내용이 공직취임에 한정되지 않는 것처럼 규정하고 있는 데다, 근대적 의미의 직업공무원제도나 기본권에 대한 전통이 없는 우리로서는 이들에 대한 최소한의 의미를 역사적 경험 속에서 발견해 내는 것이 쉽지 않았다는 것도 이들에 대한 보호영역을 일관되게 정리하지 못한 이유가 되었을 것이다.<sup>972)</sup> 이하에서는 우리의 헌법소송 제도에 비추어 볼 때, 현행 우리 헌법 하에서 직업공무원제와 공무원담임권에 관한 내용을 어떻게 보는 것이 가장 조화로운 것인지를 살펴본다.

(1) 공무원의 신분상실 등의 문제를 공무원담임권의 내용으로 보는 경우

---

971) 독일 기본법 제33조 독일 기본법 제33조 ① 독일인은 어느 지방에서나 국민으로서 동등한 권리와 의무를 가진다.  
 ② 독일인은 누구나 그의 적성, 능력 및 전문적 업적에 따라 모든 공직에 취임할 평등한 권리를 가진다.  
 ③ 시민적·국민적 권리의 향유, 공직취임의 허용, 그리고 공직근무에서 취득하는 권리는 종교적 고백과 무관하다. 누구나 어떤 신앙이나 세계관을 갖거나 갖지 않는다는 것을 이유로 불이익을 받지 않는다.  
 ④ 고권적 권한의 행사는 보통 공법상의 근무관계와 충성관계에 있는 공직종사자에게 계속적 과제로서 위임된다.  
 ⑤ 공직근무법은 직업공무원제의 전통적인 제원칙을 고려하여 규정되어야 한다.

972) 학계에서 별 의심 없이 공무원담임권의 보호내용을 공직취임의 기회균등으로, 직업공무원제도를 공무원의 신분보장으로 이해하였던 것은 독일기본법의 이와 같은 규정에 영향을 받은 때문인 것으로 보인다.

정년이나 당연퇴직과 같은 공무원 신분상실에 관한 내용도 공무담임권의 내용으로 보면, 관련 당사자들은 이에 대해 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 우리 헌법 제25조의 공무담임권은 공직취임권을 그 주된 내용으로 하고 있지만, 우리 헌법은 독일처럼 이를 공직취임권으로 규정하지 않고 공무담임권으로 규정하고 있으므로 문언상 그 보호 내용을 반드시 공직취임권에 한정시킬 필요는 없고, 따라서 공직의 수행과정에서 생기는 공무원 신분 상실 등의 문제를 공무담임권의 내용에 포함시켜 볼 수도 있을 것이다. 이렇게 되면 공무원신분보장 문제는 기본권으로 보호하게 되어 제도보장을 통해 보호하는 경우보다 더 강하게 보호받게 된다. 헌법재판소가 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 공무원에 대해 당연히 퇴직하도록 규정한 지방공무원법 제61조 중 제31조 제5호에 관한 사건을 비롯한 여러 당연퇴직 사건에서, ‘공무담임권의 보호영역에는 공직취임 기회의 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈까지 포함되는 것이라고 할 것이다. 왜냐하면, 후자는 전자보다 당해 국민의 법적 지위에 미치는 영향이 더욱 크다고 할 것이므로, 이를 보호영역에서 배제한다면, 기본권 보호체계에 발생하는 공백을 막기 어려울 것이며, 공무담임권을 규정하고 있는 위 헌법 제25조의 문언으로 보아도 현재 공무를 담임하고 있는 자를 그 공무원로부터 배제하는 경우에는 적용되지 않는다고 해석할 수 없기 때문이다’(2001헌마788등)라고 판시한 것도 이러한 맥락으로 이해할 수 있다. 한편, 위에서 본 것처럼 헌법재판소는 최근, 지방자치단체의장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 함으로써 지방자치단체장의 직위를 해제하도록 하고 있는 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호 사건(2002헌마699 등)에서 공무원의 직무수행권 보장도 공무담임권의 문제로 보았는데, 당연퇴직 사건과 마찬가지로 고려가 깔려 있는 것으로 보인다. 위와 같은 헌법재판소 결정들에 의하면, 공무담임권 보호영역에는 공직취임의 균등한 기회보장은 물론, 공무원 신분의 박탈배제와 직무수행권의 보장까지도 포함되게 된다. 이 입장에 대해서는 다른 일반 근로자에 비하여 공무원만을 지나치게 우대하는 것이라

는 비판이 제기될 수 있으나, 그렇다고는 하더라도 그동안 직업공무원제도로 논의되고 심사되던 대부분의 내용들이 공무담임권이라는 기본권의 내용으로 들어오게 되어 공무원들의 신분보장은 더욱 확실하게 이루어질 것이다.

(2) 공무원 신분박탈 등의 문제를 직업공무원제도 내용으로 보는 경우  
직업공무원제도의 핵심이 공무원의 정치적 중립과 신분보장이라고 보면, 공무원의 정년이나 당연퇴직과 같은 공무원 신분상실의 문제는 직업공무원제도의 내용에 당연히 포함되게 된다.

국가와 지방자치단체 등에는 행정조직에 대한 조직고권<sup>973)</sup>이 있으므로 국가 등은 효율적으로 이를 운영하기 위해 조직의 신축적 운영을 할 재량을 가질 것인데, 공무원 신분 상실 문제를 기본권으로 보호하게 된다면 국가 등의 조직고권은 그 발동에 있어 많은 제약을 받게 될 것이다. 공무원의 경우 국가 등은 그 관계의 특성상 신분에 대한 불안 없이 공무에 전념할 수 있도록 어느 정도의 여건을 마련해줄 의무가 있다고는 하더라도 그것은 헌법상의 직업공무원제도로서 충분하고, 이를 공무담임권과 같은 기본권으로 보호할 것은 아니라는 전통적인 직업공무원제도의 관에 입각한다면 공무원 신분 상실의 문제는 직업공무원제의 전형적인 내용이 될 것이다. 이 입장에서는 헌법 제25조의 공무담임권에 대해, 국가는 공무를 담당할 인력을 충원할 때 적어도 국민 누구에게나 균등한 기회를 보장해야 한다는 정도의 의미만을 부여하게 된다. 이렇게 되면 직업공무원제도와 공무담임권을 엄밀하게 구분하면서 종래 직업공무원제도의 내용을 그대로 유지할 수 있고, 공무원이라는 특정집단에 속한 자들만을 그 신분의 유지 내지

973) 국가의 조직고권에 관해서는 독일연방헌법재판소의 공증인 사건이 참고가 될 것이다. 독일연방헌법재판소는 공증인 사건(1986. 6. 18. 결정 E 73, 280)에서 합부르그 시가 청구인의 공증인보 임명신청을 거절한 것에 대해, 공증인은 “국가적으로 결부된” 직업을 수행하게 되는바, 이들에 대해서는 공무원과의 근접성에 비례하여 제33조(직업공무원제도)에 의거한 특별한 규율이 이루어질 수 있게 되는데, 공증인이 수행하는 업무는 그 성격이 본래 국가사무에 속하고, 공증인 사무소의 제한은 공무원 자리의 제한에 바탕을 둔 것으로서 합헌적이다. 공법상의 관할기관은 그 조직권의 범위 내에서 이러한 제한을 형성할 수 있다. 여기서의 오로지 국가의 조직권에 부여되어 있는 영역이 관련되게 될 뿐이다라고 하였다.

상실과 관련하여 지나치게 보호한다는 비난을 피해갈 수 있다. 반면에 이 입장에 서면 정년, 당연퇴직 등과 같은 공무원의 신분상실 문제와 관련하여 공무원을 충분히 보호할 수 없게 된다.

(3) 소결

직업공무원제도와 공무원담임권의 내용에 대해 명확하게 법문으로 규정하고 있지 않은 이상, 이들의 보호영역이 어디까지인지를 확정하는 것은 쉽지 않다. 게다가 제도나 기본권의 내용은 영구 불변하는 것이 아니라 그때 그때의 시대적 상황에 따라 때로는 축소되고, 때로는 확대되면서 변화하는 속성을 가지고 있기 때문에 그 내용의 확정에는 어려움이 따를 수밖에 없다. 결국 서로 유사하게 보이는 직업공무원제도와 공무원담임권의 내용을 조화롭게 해석하기 위해서는 이들을 헌법에서 제도와 기본권으로 분리하여 보장하고 있는 의미를 잘 살펴야 할 것이다.

그런데 결론부터 말하면, 임명 또는 선출된 공무원이 계속해서 그 신분을 유지하고 강제로 퇴직 내지는 해임 당하지 않을 권리를 우리 헌법이 기본권으로 보장하고 있다고는 볼 수 없다. 공무원의 신분 유지 등과 같은 신분보장의 문제는 헌법 제7조 제2항에서 보장하는 직업공무원제도의 핵심적인 내용으로서 역사적으로 기본권에 포함되어 보호되었던 영역이 아니다. 공무원에 대한 신분보장은 국민 전체에 봉사하는 직업공무원에게 그 신분을 그때 그때의 정치세력으로부터 보호해 줌으로써 주어진 권한을 객관적이고 공정하게 안정적으로 행사할 수 있도록 하기 위한, 즉 공무집행의 안정성과 지속성을 보장하기 위한 수단에 불과한 것이었다. 공무의 안정성과 지속성을 담보하기 위해 그 수단으로서 직업공무원제도를 택하다보니 그 결과로서 공무원이 특별한 보호를 받게 된 것이다.<sup>974)</sup> 따라서 헌법상 직업공무원제도의 보장을 통해 국민에 의하여 선출되거나 시험 등을 통해 공무원으로 임용된 자가 그 신분을 박탈당하지 않고 근무할 수 있는 권리는 직업공무원제도를 구체화한 법률에 의해 보호되는 '기득권'에 해당할

974) 이인호, 공무원담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례 비판(결정 상호간의 모순과 부정합성 비판), 법과사회, 2006. 6. 319면 이하.

지는 모르나 헌법상 보장되는 기본권은 아닌 것이다.<sup>975)</sup>

한편, 공무원 신분박탈의 문제를 공무원임권으로 보호하게 되면, 사기업 근로자의 경우는 근로기준법이나 최저임금법과 같은 사회법을 통해 보호되는 것 외에 그 신분에 관하여 헌법상 기본권으로 보호받을 수 없는데, 공무원의 경우는 근로관계를 기초로 발생하는 신분 변동의 문제를 기본권으로 보호받게 되어 그 형평성에 시비를 불러올 염려가 있다. 국가와 공무원의 근로관계가 사기업과 근로자 사이의 근로관계와는 다른 특수성이 인정된다 하더라도 이러한 사실만으로 공무원의 근로관계를 특별히 기본권으로 보호해야 할 이유를 설명하는 것에는 그 정당성에 한계가 있다.

따라서 우리 헌법이 공무원 신분박탈 등의 문제를 공무원임권의 보호영역으로 예정하고 있다고 보는 것에는 의문을 제기하지 않을 수 없고, 그렇다면 이 문제는 공무원임권의 내용이 아닌 직업공무원제도의 내용으로 보는 것이 타당하다.

#### 나. 신분박탈 등을 당한 공무원에 대한 구제수단과 그 필요성

위에서 본 바와 같이 공무원 신분 박탈 등의 문제는 공무원임권의 내용에 포함되지 않는다. 그렇다면 헌법재판소는 어떤 이유로 초기와는 다르게 이러한 문제를 공무원임권의 문제로 보고 있는 것일까. 문제는 현행 우리의 헌법 소송제도 하에서 공무원의 신분보장 문제를 직업공무원제도의 내용으로 보게 되면 헌법소원심판 청구를 통해서도 그 구제를 요청할 수 없다는 것에 있다.

직업공무원제도는 그 본질이 기본권은 아니므로 아무리 이것을 헌법이 제도로서 보장하고 있다고 하더라도 그 침해에 대해 헌법소원심판청구를 통해서도 구제를 도모할 수 없다. 이에 이것을 그 내용이 유사한 다른 기본권의 보호영역으로 포섭하여 구제의 길을 열어 주어야 한다는 논의가 발생하였고, 헌법재판소는 공무원임권의 보호영역을 확장하여 공무원 신분상

---

975) 강경근, 헌법(신판), 2004년, 845-846면

실의 문제를 공무담임권의 내용으로 포섭함으로써 권리구제의 폭을 넓혀준 것이다. 그런데 과연 이 경우 공무담임권이라는 기본권 보호영역의 확대를 통해서만 그 권리구제가 가능한 것인지, 아니면 기존의 제도를 이용하더라도 구제의 길은 있는 것인지, 설사 이 경우 권리구제가 불가능하다고 하더라도 이러한 경우에 권리구제 방안을 강구하지 않는 것이 헌법상 요청된 명령을 외면하는 것인지에 대해서는 의문이 있다.

(1) 구제방법

(가) 위헌법률심판 등을 통해 구제하는 방법

위헌법률심판사건과 헌법소원사건은 기본적으로 서로 다른 제도로서, 위헌법률심판제도는 기본권 침해 여부와 상관없이 당해 법률이 재판의 전제가 되는 경우 그 심사를 청구할 수 있는 반면(헌법재판소법 제41조), 헌법소원 사건은 기본권 침해 사실이 있어야 비로소 심판청구가 가능하다(제68조 제1항). 따라서 공무원의 정년이나 당연퇴직 문제가 기본권과 관련된 사항이 아니라 단지 제도와 관련된 사항이라면, 이에 대한 위헌여부는 기본권 침해를 주장하여 헌법소원심판청구를 제기할 수는 없고, 직업공무원제도 위반을 이유로 한 위헌법률심판제청신청이라는 형식을 통해 위헌법률심판 또는 위헌법률심판형 헌법소원으로 다투어야 할 것으로 보인다. 그런데 현행 법원의 소송 제도 하에서는 법원이 정년이나 당연퇴직 그 자체를 직접 다투는 것에 대해 이를 항고소송의 대상으로 받아들이고 있지 않기 때문에 재판의 전제가 된 때에야 비로소 가능해지는 위헌제청신청을 통한 위헌법률심판이나 위헌법률심판형 헌법소원의 형식으로는 정년제도나 당연퇴직 제도를 다투 수 없다.

대법원은, 당연퇴직의 인사발령은 법률상 당연히 발생하는 퇴직사유를 공적으로 확인하여 알려주는 이른바 관념의 통지에 불과하고 공무원의 신분을 상실시키는 새로운 형성적 행위가 아니므로 행정소송의 대상이 되는 독립한 행정처분이라고 할 수 없다(84누374, 91누2687, 95누2036)라든가, 공무원이 소정의 정년에 달하면 그 사실에 대한 효과로서 공무담임권이 소멸되어 당연히 퇴직되므로 피고의 원고에 대한 정년퇴직 발령은 정년퇴직 사

실을 알리는 이른바 관념의 통지에 불과하므로 행정소송의 대상이 되지 아니한다(81누263)라든가, 계급정년으로 인한 퇴직인사명령을 한 것은 사실의 통보에 불과한 것이므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다(84누374, 90구23627)라고 하여 정년이나 당연퇴직 문제를 항고소송의 대상에서 제외하고 있다.

결국 공무원 정년이나 당연퇴직 문제와 같은 공무원 신분보장의 문제를 기본권의 내용으로 포섭하지 않는 한, 이 문제와 관련하여 위헌 문제를 제기하는 것은 불가능한 것처럼 보인다.

그런데 정년이나 당연퇴직 문제가 공무원담임권이라는 기본권의 내용에 포함되지 않아 헌법소원심판을 청구할 수 없고, 또는 법원의 판시처럼 정년이나 당연퇴직 문제를 직접 항고소송 대상으로 하여 소송을 할 수 없으므로 항고소송의 재판의 전제가 되는 법률이라는 주장을 통해 위헌법률심판 등의 형식으로 그 구제를 도모하는 것이 불가능하다 하더라도, 약간만 발상의 전환을 하면 공무원 정년이나 당연퇴직 문제에 있어서도 권리 구제를 받을 수 있는 방법이 있다. 예컨대 정년문제와 관련하여, 이를 직접 법원에 다투는 것이 아니라, 우선 정년연장신청을 하고 이것이 거부되면 그 거부 처분을 문제삼아 법원에 소송을 제기하면서 그 근거 법률인 정년 규정을 재판의 전제가 되는 법률로서 위헌제청신청을 할 수 있는 방법이 있다.<sup>976)977)</sup> 또한 당연퇴직과 관련해서도 당사자가 공무원지위확인을 구하는 당사자소송을 제기하여 소송계속 중에 근거 법률조항에 대해 위헌제청신청을 하는 방법을 통해 구제를 받을 수도 있다.<sup>978)</sup> 결국 순수한 형태의 헌법

976) 실제로 정년연장신청을 하고 그에 대한 처분에 대해 행정소송을 제기하면서 정년의 근거법률을 문제삼아 위헌제청신청을 제기하여 기각되자 헌법형식의 헌법소원을 제기한 사건이 있었다. 농촌지도소의 농촌지도사가 정년에 임박하여 정년 연장신청을 하고 그 연장신청 처분을 법원에 다투면서 그 정년의 근거 법률에 대해 위헌제청신청을 하였는바, 이에 대해 헌법재판소는 직업공무원제도와 공무원담임권 위반 여부를 모두 판단하였다(96헌바86).

977) 헌법재판소의 헌바 사건 결정 중에는 정년 제도에 관한 것이 또 하나 있는데, 당해사건이 법원에서 각하 되었음에도 불구하고 헌법재판소가 재판의 전제성을 인정하여 직업공무원제도 위반 여부를 심사한 사건이다(91헌바15등).

978) 자격정지 이상의 형의 선고유예를 받은 경우 당연퇴직하도록 되어있는 구 경찰공



소원소송이나 정년 또는 당연퇴직을 직접 소송물로 하여 다투는 법원 소송 절차에서의 위헌법률심판제청신청을 통한 구제의 길은 없다고 하더라도 약간의 우회적인 방법을 동원하면 그 구제의 길은 열려 있다.

(나) 신분을 박탈하는 원인이 된 행위에 대한 금지를 다투는 방법

한편, 공무원 신분을 계속 유지하고자 하는 이익을 헌법상의 기본권으로 보지 않더라도 그 신분유지가 불가능하도록 원인 제공을 한 금지 규정에서 도출되는 기본권을 문제삼아 이를 다투도록 할 수도 있다.

공무원이 선거운동의 기획에 참여하거나 그 기획의 실시에 관여하는 행위를 금지하고 이를 위반하는 경우 형사처벌 하도록 하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제86조 제1항 제2호와 제255조 제1항 제10호에 대한 사건(2004헌바33)에서 헌법재판소는 이 규정이 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하고 있는지 여부를 심사하였다.<sup>979)</sup> 공직선거법 제266조 제1항은 공직선거법 제255조 등의 죄를 범함으로 인하여 징역형 등의 선고를 받은 경우, 일정 기간 일정한 공직에 취임하거나 임용될 수 없다고 규정하고 있고, 지방공무원법 제61조와 제31조 제6호에 의하면, 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자는 공무원이 될 수 없다고 규정하고 있는바, 이들 규정에 의할 때, 위 공직선거법 제255조를 위반하여 형사처벌을 받은 공무원은 결국 당연퇴직을 당하게 된다. 그런데 위 선거운동 기획 관여 금지 조항인 공직선거및선거부정방지법 제86조 제1항 제2호는 해당 공무원이 당연퇴직을 당하게 된 원인을 제공한 조항으로서 이 금지

---

무원법 제21조 중 제7호 제2항 제5호에 대해 당사자는 법원의 공무원지위확인소송 계속 중 이 규정에 대해 위헌법률심판제청신청을 하였고, 법원은 이 규정이 재판의 전제성이 있음을 인정하여 위헌법률심판을 제청하여 헌법재판소로부터 위헌결정을 받았다(2004헌가12).

979) 위 사건과는 대조적으로 헌법재판소는 선거기간 중 선거운동과 관련하여 공무원이 정상적 업무 외의 출장을 하여 선거에 영향을 미치는 행위를 하여 벌금 100만원의 형을 선고받은 경우를 당연퇴직사유로 규정하고 있는 지방공무원법 제61조 본문 중 제31조 제6호의 '다른 법률에 의하여 자격이 정지된 자' 가운데 '공직선거및선거부정방지법 제266조 제1항 제1호 중 제256조 제2항 제1호 바목 소정의 제86조 제1항 제6호 위반의 죄를 범함으로 인하여 100만 원 이상의 벌금형의 선고를 받아 확정된 자' 부분에 대한 판단에서는 공무원담임권을 문제삼아 그 침해 여부를 심사하였다(2004헌바41).

조항이 위헌이라면 공무원은 당연퇴직을 면하게 되므로 이를 위해 청구인은 선거운동 기획에 관여하는 행위를 금지하고 있는 위 규정을 다룰 수 있다. 2004헌바33 사건에서 청구인은 이와 같은 방법을 택했고, 헌법재판소는 당연퇴직의 원인제공을 하게 된 위 공직선거법 규정이 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해하는가를 심사하였다.

참고로, 미국의 경우는 공무원이 된 자의 공무원 신분유지권을 헌법상의 권리(right)가 아니라 특권(privilege)으로 보고 있기 때문에 공무원이 신분을 박탈당했을 때 신분박탈 그 자체를 헌법상의 권리로서 다루지는 못하도록 하고 있으나, 신분박탈의 원인이 된 금지행위에 대해서는 적법절차조항을 적용하여 해당 조항에서 문제된 권리(기본권)를 다룰 수 있도록 하고 있다. 홈즈 판사는 1892년 *McAuliffe v. New Bedford* 사건<sup>980</sup>)에서 정치활동을 한 경찰관에 대한 해임과 관련하여, 이 경우 적법절차조항은 적용되지 않는다고 하였다. 그러나 위 사건에서 홈즈 판사는 해임된 경찰관이 그가 경찰관이 될 헌법상 권리는 가지고 있지 않지만, 정치적 견해를 자유롭게 말할 헌법상 권리는 가지고 있다고 하여 해임의 원인이 된 정치활동금지 문제를 권리로 구성하였다. 이러한 기조는 그 이후의 판결에서도 유지되고 있다. 공립학교의 교원이 학교 이사회의 재무처리를 비난하는 편지를 지역신문사에 보냈다는 이유로 해임 당한 것이 문제되었던 *Pickering v. Board of Education*(1968) 사건<sup>981</sup>)에서 법원은 위와 같은 이유의 해임은 당해 공무원이 갖는 표현의 자유나 양심의 자유를 침해하여 위헌이라고 선언하였다. 위 사건에서 법원은 해임이 위헌인 이유를 공무원의 신분유지권 내지는 공직유지권이 아닌 당해 공무원이 갖는 표현의 자유 내지 양심의 자유 침해에서 찾았던 것이다. 이후 *State v. Williams*(1992) 사건<sup>982</sup>)에서도 미국 법원은 헌법상의 권리와 특권을 명백히 구분하여 단지 특권에 해

---

980) *McAuliffe v. Mayor of New Bedford*, 155 Mass. 216, 220, 29 N.E. 517(1892) ; 장철준, 공무원임권의 제한과 과잉금지원칙, 법학연구, 2004. 3. 180면 재인용

981) *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968).

982) *State v. Williams*, 82 Ohio App.3d 70, 611 N.E.2d 443 ; 위 장철준 글 주15 재인용

당하는 것에 대해서는 헌법상의 권리를 인정하고 있지 아니한바, 미국 법원이 공무원의 신분유지권을 헌법상의 권리로 인정하고 있지 아니함은 여전하다고 할 것이다.

(다) 소결

위에서 살펴본 바와 같이 공무원 신분박탈의 문제를 공무원담임권이라는 기본권으로 포섭하지 않더라도 권리를 구제 받을 수 있는 길은 존재한다. 다만 위에서 든 구제 방법들은 모두 정년이나 당연퇴직 문제를 정면으로 다루는 방법들이 아니므로 이들 문제에 대한 직접적인 구제수단이 아니라 우회적인 수단이라는 비판이 제기될 수 있다.<sup>983)</sup> 그러나 우회적인 방법이라 하더라도 구제수단이 존재하는 상황이면, 이를 탐지하여 이용하는 것은 전적으로 당사자의 책임이라는 점에서 정년이나 당연퇴직 문제를 직접 다룰 수 있도록 하는 구제 수단을 두지 않은 것이 심각한 문제가 될 수는 없다. 따라서 헌법재판소가 적극적으로 나서 기본권의 보호범위를 확장하면서 서까지 보다 손쉬운 권리구제 수단을 강구해 줄 의무가 있는지는 의문이다.

(2) 구제의 필요성

공무원의 신분 박탈이 있는 경우, 그 구제방법은 반드시 존재해야 하는 것일까. 공무원 신분보장의 문제, 구체적으로 공무원 신분박탈의 문제를 직업공무원제도가 아닌 공무원담임권의 보호영역으로 확장하여 이를 헌법소원으로 다룰 수 있게 하여야 한다는 생각의 저변에는 공무원 신분을 박탈하는 것은 공무원 개인에게 있어 매우 중대한 법익침해이므로 이에 대해서는 다룰 수 있는 기회를 부여하여야 한다는 이념이 깔려있다. 국가와 공무원의 관계를 이른바 특별권력관계라고 하여 공무원에 대해서는 법률에 의하지 않고도 헌법에 보장된 기본권을 제한할 수 있다고 믿었던 과거와는 달리, 이제는 특별권력관계에 있어서도 기본권 제한의 법률유보원칙은 반드시 지켜야할 원칙이 되었으므로 공무원이라 하더라도 기본권을 당연히 향

983) 이와 같은 방법을 택하게 되면 그 헌법소송의 형태는 헌법재판소법 제41조에 의한 위헌법률심판이나 제68조 제2항의 헌법소원이 될 것이다.

유하게 되고, 따라서 공무원 신분 박탈이라는 법익 침해를 받으면 이에 대한 구제절차가 요구된다는 것이다. 더구나 공무원은 여전히 국민 전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 책임을 지는 지위를 가지고 있기 때문에 공익달성의 목적 범위 내에서 일반인에 비해 그 기본권을 더 제한 당하는 경우가 있어 신분상의 불이익처분으로 인한 구제의 필요성이 더욱 요청된다고 보고 있다. 그러나 특별권력관계에 있어서의 공무원 기본권 제한에 대한 법률유보원칙은 공무원의 일반 국민으로서의 기본권 제한과 관련된 것으로서, 공무원이라 하더라도 일반 국민의 입장에서 누리는 기본권은 여전히 향유할 수 있어야 한다는 의미이고, 공무를 전제로 한 공무원의 지위에서의 권리를 국가로부터 보장받아야 한다는 의미는 아니라고 할 것이다. 공무원의 경우 그 신분의 특수성이 인정되고 있다고 하더라도 공무원과 국가의 관계가 기본적으로는 공무를 매개로 한 고용관계라는 것을 생각할 때,<sup>984)</sup> 이러한 관계로부터 공무원의 공무담임권이라는 기본권이 당연히 도출되어 나온다고 보는 것에는 의문을 제기하지 않을 수 없다. 공무원의 경우 그 고용주가 국가라는 점에서, 그리고 근로조건 등이 당사자의 자유로운 의사가 아닌 법령에 의해 정해진다는 점에서 일반 사기업 근로자와 차이가 있으나, 이로부터 사기업체의 근로자와는 다르게 그 신분상 불이익을 기본권으로 보호받아야 할 정당성이 도출되어 나오는 것은 아니다. 기본권이란 일반 국민이 국민으로서 당연히 가지는 권리인데, 공무원은 공직에 대한 임명 또는 선출을 통해 국가에 대하여 공무원으로서의 권리와 의무를 가지게 되는 것으로, 이때의 권리는 국민으로서 가지는 권리가 아니라 공무원으로서 그 공무 수행의 대가로 받게 되는 권리에 불과한 것이다. 그럼

984) 헌법재판소는 2003헌바50등 사건에서, 공무원도 각종 노무의 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 사람이라는 점에서는 통상적인 의미의 근로자적인 성격을 지니고 있다고 판시한 바 있다.

현대사회에서는 공무원의 특별한 지위에 대한 인식과 공무원의 국민에 대한 책임의식은 약화되는 반면, 근로자로서의 인식은 점점 커지고 있고, 연금, 의료보험과 같은 사회보장에 있어 공무원과 사기업 근로자는 거의 차이가 없으며, 이제는 공무원의 근로관계와 사기업근로자의 근로관계가 서로 영향을 주고받는 가운데 공무원은 사기업근로자와 유사해지는 경향에 있다. 김선옥, 특별권력관계이론의 수정과 한국 공무원법상의 과제, 현대행정과 공법이론, 1991년, 315-316면

에도 불구하고 공무를 매개로 한 공무원과 국가의 관계를 일반 국민과 국가 사이의 공권력 작용을 전제로 한 기본권 관계로 상정하여 공무원이 받게 되는 신분상의 불이익을 기본권으로 격상시켜 보호하는 것은 국가와 공무원의 관계가 공무가 매개된 관계라는 점을 전혀 고려하지 않은 것이다. 아무리 공공복리의 실현이라는 국가적 과제를 수행하기 위해 행정의 지속성과 효율성이 요구되고, 이러한 측면에서 공무원에 대한 특별한 보호의 필요성이 제기된다고 하더라도 공무의 이와 같은 공공성에서 연유하는 특수성에 대한 배려는 우리 헌법 제7조가 보장하고 있는 직업공무원제도로써 충분하다고 할 것이다.

#### 4. 직업공무원제도와 공무담임권의 중첩적 심사와 심사 강도

##### 가. 직업공무원제도와 공무담임권의 중첩적 판단의 문제

헌법재판소 결정 중에는 직업공무원제도와 공무담임권을 모두 판단한 것이 있다. 헌법재판소는 농촌진흥청 산하기관인 전국각지의 농촌지도소에서 농촌지도사로 근무하던 국가공무원 정년을 58세로 규정한 국가공무원법 제74조 제1항 제2호<sup>985)</sup>를 판단함에 있어서, 헌법 제7조 위반여부와 제25조 위반 여부를 별도의 항에서 각각 판단하고 있다.

그런데 위에서도 언급하였지만 공무원신분상실의 문제는 직업공무원제도의 공무원 신분보장 내용에 포함되는 것이고, 공무담임권은 공직취임에 있

985) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 330-333. 이 사건에서 헌법재판소는 공무담임권 침해 여부 판단과 관련하여 공무원 정년제도는 공무원의 신분보장과 직업공무원제의 보장을 위한 공익목적에서 마련된 것이므로 그 목적이 정당하고, 공무원 정년제도의 구성 등에 관한 것은 입법정책의 문제로서 입법부에 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 것인바, 근래 들어 신장되고 있는 국민의 평균수명과 사회경제적 여건 및 공무원 조직내부의 인력수급사정 등을 종합적으로 고려할 때, 이 사건 정년에 대한 입법재량이 현저하게 불합리하거나 자의적으로 행사되었다고 볼 수 없다고 하였다. 그런데 위 공무담임권 침해 여부 판단은 이에 앞서 판단한 직업공무원제도 판단과 그 내용이나 심사 강도에서 거의 차이가 없다.

어서의 기회균등보장을 주된 내용으로 한다는 점을 상기할 때, 공무원 신분 박탈 문제를 헌법 제7조와 제25조 모두의 적용 문제로 판단할 수는 없다고 본다. 헌법 제7조와 제25조는 관련성은 있으나 서로 보호하는 내용이 다르기 때문이다. 만약 공무원에 대한 신분보장이 직업공무원제도의 내용이면서 동시에 공무원담임권의 내용에 해당하는 것으로 본다면, 이념적으로 제도보장은 최소보장을, 기본권은 최대보장을 원칙으로 한다는 점에서 상호 모순일 수밖에 없다. 제도보장의 경우에는 최소보장의 원칙이, 기본권의 경우에는 최대보장의 원칙이 적용되므로 제도보장의 경우에는 아무리 제도의 본질을 침해하는 것을 허용하지 않는다고 하더라도 입법자의 입법형성권이 넓을 수밖에 없고, 기본권의 경우 아무리 법률로서 그 제한이 가능하다고 하더라도 헌법 제37조 제2항에 의한 한계를 지켜야 할 것이므로 입법자의 입법형성권은 제도보장의 경우에 비해 그 재량의 폭이 좁을 수밖에 없다. 따라서 그 심사 강도가 같지 않은 상황에서 같은 내용을 중복적으로 제도보장과 기본권으로 재단할 수는 없다. 결국 공무원 신분보장과 관련된 문제를 직업공무원제도로 보든, 아니면 공무원담임권으로 보든 어느 한쪽의 보호 범위에 넣어 둘 중 하나만을 판단하는 것이 타당하고, 다만 앞에서도 보았듯이 공무원 신분보장의 문제를 기본권으로 볼 수는 없으므로 이를 공무원담임권으로 심사해서는 안되고 직업공무원제도로 심사하여야 한다고 본다.

#### 나. 직업공무원제도와 공무원담임권에 대한 심사 강도

공무원 신분에 관한 사항을 직업공무원제도 위반 여부로 심사하는 경우와 공무원담임권침해 여부로 심사하는 경우 전자는 제도, 후자는 기본권이라는 점에서 그 심사 강도가 달라진다.

헌법재판소는 헌법상 제도보장과 기본권의 심사 정도에 관하여, 직업공무원제도는 지방자치제도, 복수정당제도 등과 함께 제도보장의 하나로서 이는 일반적인 법에 의한 폐지나 제도 본질의 침해를 금지한다는 의미의

최소보장의 원칙이 적용되는바, 이는 기본권의 경우 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에 따라 필요한 경우에 한하여 최소한으로 제한되는 것과 대조되는 것이다(91헌바15등)라든가, 헌법 제7조의 직업공무원제도는 주관적 권리가 아닌 객관적 범규범으로서 그 본질적 내용을 침해할 수는 없지만, 기본권의 보장은 최대한 보장의 원칙이 적용되는 것임에 반하여, 제도적 보장은 그 본질적 내용을 침해하지 아니하는 범위 안에서 입법자에게 제도의 구체적인 내용과 형태의 형성권을 폭넓게 인정한다는 의미에서 최소한의 보장의 원칙이 적용될 뿐인 것이다(95헌바48)라고 하여 제도보장의 경우는 최소보장으로, 기본권의 경우는 최대보장으로 그 보장의 정도를 달리하여 판시하고 있다. 따라서 공무원의 신분변동에 관한 내용을 직업공무원제도의 내용으로 보는지, 아니면 공무원담임권의 내용으로 보는지는 그 위헌성 심사에 있어 매우 중요한 문제가 된다.

그런데 헌법재판소는, '헌법 제7조는 직업공무원제도가 국민주권원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치주의적인 공직제도임을 천명하고 공무원이 정권담당자에 따라 영향 받지 않는 것은 물론, 같은 정권 하에서도 정당한 이유 없이 해임 당하지 않는 것을 불가결의 요건으로 하는 직업공무원제도의 확립을 내용으로 하는 입법의 원리를 지시하고 있는 것으로서 법률로서 관계 규정을 마련함에 있어서도 헌법의 위와 같은 기속적 방향 제시에 따라 공무원의 신분보장이라는 본질적 내용이 침해되지 않는 범위 내라는 입법의 한계가 확정되어진 것이라 할 것이다'(89헌마32등)라고 하여 제도보장을 구체화하는 입법에 있어 그 본질적 내용을 침해할 수 없음을 명백히 함으로써 입법 재량의 한계를 설정하고 있고, 공무원담임권에 관한 판시에서는, 공무원담임권 제한의 경우는 그 직무가 가지는 공익실현이라는 특수성으로 인하여 그 직무의 본질에 반하지 아니하고 결과적으로 다른 기본권의 침해를 야기하지 아니하는 한 상대적으로 강한 합헌성이 추정될 것이므로, 주로 평등의 원칙이나 목적과 수단의 합리적인 연관성 여부가 심사대상이 될 것이며, 법익형량에 있어서도 상대적으로 다소 완화된 심사를 하게 될 것이다(2001헌마557)라고 하여 심사 강도를 완화시키고 있다.<sup>986)</sup> 이처럼 직업

공무원제도의 경우에도 본질적 내용의 훼손 금지라는 입법의 한계가 존재하고, 공무담임권의 경우에도 공무의 특수성과 관련하여 심사강도가 완화된다는 점에서 이 둘의 심사 강도는 서로 근접할 수 있다. 더욱이 제도보장의 내용이 입법을 통해 구체화되면, 구체화된 권리에 대해서는 부당한 침해가 허용되지 않을 것이므로 이 경우 그 권리는 기본권과 유사한 정도의 보호를 받게 되어 기본권 제한 심사에서 이루어지는 심사 강도에 보다 근접하게 될 것이다. 그러나 제도와 기본권 사이에 그 심사의 강도 정도가 근접하는 영역이 있을 수 있다고 하더라도 제도보장과 기본권의 구별이 사라지지 않는 이상, 심사기준에 대한 이 둘 사이의 간극이 일치를 이루는 일은 발생하기 어려울 것이다. 그러므로 우리 헌법이 제도보장과 기본권을 구별하여 규정하고 있는 취지를 잘 살피 각각의 이념에 알맞게 이를 운영할 필요가 있으며, 이러한 측면에서 볼 때 기존의 직업공무원제도의 내용이던 공무원의 신분보장 문제를 공무담임권의 영역으로 끌어들이어 판단하는 것에는 정당성을 인정할 수 없다.

## 5. 결론

우리나라는 헌법제정 이전까지 근대적 의미의 제도보장이나 기본권이 무엇인지를 알지 못했고, 그 결과 개개의 제도나 기본권이 어떤 내용들을 담고 있는지에 대한 연구도 거의 없었다. 게다가 헌법이 제정된 이후 여러 차례에 걸쳐 개정은 되었지만 그때마다 헌법은 살아 있는 헌법으로 기능하지 못하고 정권 유지의 도구로 전락하여 그 내용들을 규명하고 축적할 수

---

986) 헌법재판소는 공무원 정년제도 사건에서, 정년제도를 어떻게 구성할 것인가 등의 문제는 특별한 사정이 없는 한 입법정책의 문제로서 입법부에 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 사항이라 할 것이다(96헌바86)라고 하고 있고, 공무원 당연퇴직 사건에서는, 헌법 제25조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 갖는다."라고 규정하고 있으므로 공무담임권의 내용에 관하여는 입법자에게 넓은 입법형성권이 인정된다고 할 것이다(2001헌마788등)라고 하여, 정년이나 당연퇴직 문제를 공무담임권의 문제로 보면서도 입법자의 재량을 폭넓게 인정하고 있다.



가 없었다. 다만 지금으로부터 18년 전 헌법재판소가 개소하고 헌법이 재판규범으로 기능하면서 비로소 제도보장이나 기본권에 대한 내용들이 점차적으로 확인되고 축적되기에 이르렀다. 그러나 지금도 여전히 개개의 제도나 기본권에 대한 내용들이 완전히 정립되어 있는 것은 아니며, 경우에 따라서는 청구인이 주장하는 바에 따라 그때그때 편의적으로 보호범위가 설정되거나 확장되고 있다. 대표적인 경우가 위에서 살펴본 공무원담임권의 내용에 관한 세 번째 유형이라 할 것이다. 공무원담임권이 무엇인가라는 근본적 문제에 대한 충분한 고민 없이 헌법재판소는 공무원신분 박탈이 공무원 개인의 중요한 권리에 심대한 영향을 끼치고 있어 직업공무원제도로는 그 구제가 미흡하다는 이유로 이것을 공무원담임권의 보호영역에 편입시켰다. 게다가 헌법재판소는 위에서 본 바와 같이 최근 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 그 직무를 정지하도록 한 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호에 대한 헌법소원 사건에서 공무원의 직무수행의 제한 문제까지도 공무원담임권의 내용에 포함시키고 있다.

그러나 위 지방자치법 사건에서 소수의견이 밝히고 있듯이 공무원이 직무를 수행할 수 있는 것은 국가의 객관적 권한배분 내지 조직구성권의 행사의 결과로 주어진 ‘권한’이지 공무원 개인에게 부여된 ‘권리’, 즉, 주관적 공권은 아니다. 헌법 제25조가 규정하고 있는 공무원담임권은 공직취임에 있어서의 균등한 기회만을 보장하는 것이고, 일단 당선 또는 임명된 공직에서의 활동이나 수행의 자유는 헌법 제7조 제2항의 직업공무원제도에 의해 보호되는 것이다.<sup>987)</sup> 따라서 공무원신분 박탈이나 그 직무 수행과 관련된 문제는 직업공무원제도의 내용으로 심사하는 것이 바람직하고, 이러한 점에서 공무원 신분 박탈 등의 문제에 대한 헌법재판소의 결정은 재정립될 필요가 있다.

987) 2004헌바12, 2004헌바41 사건의 소수의견