

기본권의 개념과 범위에  
관한 연구

1995. 9.

헌법재판소

## 머 리 말

이 연구는 기본권의 개념과 범위에 관한 연구이다. 생각건대 기본권의 개념과 범위에 관한 연구는 기본권 전반에 관한 연구일 수밖에 없다. 그러나 이번 연구를 통해서 기본권 전반에 관한 완결적인 연구를 기대하기란 사실상 무리가 따를 수밖에 없다. 무엇보다도 오늘날 헌법학 이론이나 판례상 통용되고 있는 ‘기본권’이란 용어 자체가 한국헌법에서의 실정헌법적인 용어가 아니다. 이에 기본권의 개념 자체의 재정립문제가 발생한다. 또한 비록 헌법에서는 ‘자유와 권리’, ‘자유’ 또는 ‘기본적 인권’이라고 표현되고 있지만 법률에서는 ‘헌법상 보장된 기본권’이라는 용어가 실정법적으로 사용되고 있다. 이에 ‘헌법상 보장된 기본권’ 즉 헌법적 가치를 갖는 기본권이 무엇이며 그 내용은 무엇이나의 정립이 헌법학이론에서의 기본권이론 정립을 위하여 해결해야 할 문제가 아닐 수 없다. ‘헌법상 열거된 기본권’ 조차도 그 구체적인 내용을 어떻게 파악하느냐에 따라서 기본권의 범위가 달라질 수밖에 없다. 나아가서 ‘헌법상 열거되지 아니한 사항’ 중에서 오늘날 기본권적 가치를 갖는 사항들이 속출하고 있다. 이에 따라 헌법상 열거되어 있지는 아니하지만 기본권으로서 볼 수 있는 것이 무엇이나에도 기본권의 범위확정을 위해서는 검토가 되어야 할 사항이다.

본 연구에서는 한국 헌법학에 있어서 ‘헌법적 가치를 갖

는 기본권'의 의미와 내용 및 그 범위에 관한 연구의 시작이라는 차원에서 헌법상 가장 많이 논의의 초점이 되고 있는 기본권의 개념과 범위 - 일반이론·평등권·표현의 자유·재산권 분야의 연구에 한정하기로 한다. 앞으로 개별적인 기본권에 관한 지속적인 연구가 진행되어 한국헌법학에 있어서의 기본권이론에 관한 하나의 길잡이가 될 수 있기를 기대해 본다.

이 자리를 빌려서 기본권이론의 정립을 위한 본 연구를 가능하게 해 준 헌법재판소 관계자 여러분에게 감사를 드린다. 그리고 본 연구에 협조해 준 여러분에게도 고마움을 전한다.

1995. 3. 30.

공동연구책임자 성낙인

- 목 차 -

|   |     |
|---|-----|
| 제 1 장 기본권의 개념과 범위 - 일반이론 .....                    | 7   |
| 성낙인 (영남대학교 법대 교수)                                 |     |
| 1. 기본권의 개념 .....                                  | 7   |
| (1)의의 .....                                       | 7   |
| (2) 인권과 기본권 .....                                 | 9   |
| (3)한국헌법상 ‘자유와 권리’· ‘자유’ 또는 ‘기본적 인권’ .....         | 12  |
| 2. 기본권의 범위 .....                                  | 14  |
| (1) 헌법상 보장된 ‘기본권’ .....                           | 14  |
| (2) ‘헌법상 보장된’ 기본권 .....                           | 17  |
| (3) 헌법에 열거된 기본권 .....                             | 19  |
| (4) 헌법에 열거되지 아니한 기본권 .....                        | 20  |
| (5) 결론 .....                                      | 34  |
| 제 2 장 평등권 - 미국헌법을 중심으로- .....                     | 36  |
| 안경환(서울대학교 법대 교수)                                  |     |
| 1. 머리말 .....                                      | 36  |
| (1) 본 논문의 고찰범위 .....                              | 36  |
| (2) 평등보호조항의 연혁과 헌법상 지위 .....                      | 37  |
| (3)평등보호조항의 의미 .....                               | 43  |
| 2. 평등보호위반의 번사기준과 그 적용과정 .....                     | 45  |
| (1) 평등보호위반의 번사기준 .....                            | 45  |
| (2) 번사기준의 법원별 적용경향 .....                          | 52  |
| (3) 영국의 경우 .....                                  | 54  |
| 3. 평등보호의 적용영역과 판례의 전개 .....                       | 57  |
| (1) 경제입법분야 .....                                  | 57  |
| (2) 인종(race)을 기준으로 한 차별 .....                     | 62  |
| (3) 성별(sex)에 기한 차별 .....                          | 86  |
| (4) 본질적 권익(Fundamntal Rights and Interests) ..... | 104 |
| (5) 외국인(Alienage), 적서(Illegitimacy)에 기한 차별 기타 ..  | 121 |
| 4. 적극적 평등실현정책(Affirmative Action) .....           | 131 |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| (1) 서론 .....                  | 131 |
| (2) 구체적 판결들 .....             | 134 |
| (3) 헌법적 쟁점 .....              | 150 |
| (4) 적극적 평등실현정책에 대한 찬반논쟁 ..... | 163 |
| 5. 맺음말 .....                  | 170 |
| 제 3 장 표현의 자유 .....            | 180 |

성 낙 인 (영남대학교 법대 교수)

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 1. 의 의 .....                     | 180 |
| 2. 언론·출판의 자유 .....               | 182 |
| (1) 의의 .....                     | 183 |
| (2) 언론·출판의 자유의 법적 성격·주체·효력 ..... | 205 |
| (3) 언론·출판의 자유의 내용 .....          | 207 |
| (4) 언론·출판의 자유의 제한 .....          | 274 |
| (5) 언론·출판의 책임 .....              | 314 |
| (6) 언론·출판의 자유의 침해구제 .....        | 346 |
| (7) 언론법제의 과제 .....               | 355 |
| 3. 집회·결사의 자유 .....               | 362 |
| (1) 의의 .....                     | 362 |
| (2) 집회·결사의 자유의 기능 .....          | 363 |
| (3) 집회의 자유 .....                 | 364 |
| (4) 결사의 자유 .....                 | 393 |
| 제 4 장 재산권 .....                  | 417 |

김 형 성 (대전대학교 법대 조교수)

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 1. 서 설 .....                     | 417 |
| 2. 헌법상 재산권 보장의 의의와 기능 .....      | 420 |
| (1) 재산권 보장과 자유권 .....            | 421 |
| (2) 재산권 보장과 사회국가의 실현 .....       | 424 |
| (3) 재산권과 제도보장 .....              | 426 |
| (4) 재산권 보장과 경제질서 .....           | 429 |
| 3. 재산권 보장규정의 구조적 특성과 법적 성격 ..... | 433 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| (1) 재산권 보장규정의 헌법구조적 특성 .....    | 433 |
| (2) 재산권 보장규정의 법적 성격 .....       | 438 |
| 4. 재산권의 개념과 범위 .....            | 440 |
| (1) 재산권의 개념 .....               | 440 |
| (2) 재산권의 범위 .....               | 441 |
| 5. 재산권 보장의 주체와 제 3자적 효력 .....   | 455 |
| (1) 재산권 보장의 주체 .....            | 455 |
| (2) 재산권 보장과 제 3자적 효력 .....      | 457 |
| 6. 재산권의 사회적 기속 .....            | 459 |
| (1) 사회적 기속의 의의 .....            | 459 |
| (2) 사회적 기속과 이념적 기초 .....        | 460 |
| (3) 사회적 기속의 헌법적 근거 .....        | 468 |
| (4) 공용침해 및 사회화와의 구별 .....       | 471 |
| (5) 사회적 기속의 내용과 범위 .....        | 476 |
| 7. 공용침해 .....                   | 515 |
| (1) 의의 .....                    | 515 |
| (2) 공공필요 .....                  | 517 |
| (3) 법률에 의한 제한 .....             | 523 |
| (4) 부대조항(Junktim-Klausel) ..... | 524 |
| (5) 보상 .....                    | 526 |
| 8. 재산권제한의 헌법적 한계 .....          | 529 |
| (1) 재산권과 관련된 경제조항과 헌법적 한계 ..... | 530 |
| (2) 한계의 개별기준 .....              | 533 |
| <br>                            |     |
| <부록> 헌법재판연구용역집색인 .....          | 543 |

# 제1장 기본권의 개념과 범위 - 일반이론

성 낙 인

(영남대학교 법대 교수)

## 1. 기본권의 개념

### (1)의의

민주주의의 발전과정은 인간의 자유와 권리의 확대의 역사라 할 수 있다. 고대와 중세를 거치는 동안 인간은 노예나 신민의 신분에서 자유로운 개인으로 신분의 변화를 가져왔다. 민주주의의 초기단계에서 영국의 민주주의의 정착과정상 대헌장, 권리청원, 인신보호법, 권리장전 등을 통하여 인간의 자유와 권리보장을 위한 일련의 제도적 장치를 정립시켜 왔다. 그러나 근대사회에서의 인간의 자유와 권리를 제도화하는 노력은 근대자연법론, 사회계약론, 계몽주의 사상가들의 일련의 사상적 영향하에 출현한 18세기말 미국과 프랑스에서의 시민혁명을 통하여 그 빛을 발하기 시작하였다. 시민혁명이후에 정립된 근대 입헌주의하에서

인간의 자유와 권리의 보장을 위한 법적·제도적 노력은 이제 일련의 인권선언과 헌법을 통해서 구현되어 왔다.

미국의 혁명은 식민국가에서 새로운 독립국가를 건설하면서 주권국가의 국민의 자유와 권리를 헌법에서 천명하면서 동시에 이를 보장하기 위한 제도적 장치로서 권력분립의 원리를 도입하기에 이르렀다. 한편 프랑스의 혁명은 국가내부에서 자행되어온 절대군주에 의한 전제적 지배에 대한 반항으로서의 시민혁명이었다. 혁명 이후 ‘인간과 시민의 권리선언’이 채택되고 이러한 원리에 기초하여 일련의 혁명헌법이 탄생하게 되었다. 미국의 제헌헌법이 미국헌법 특유의 증보식 헌법개정방식을 통하여 아직까지도 유효한 헌법으로 기능하고 있으며, 프랑스 인권선언도 헌법위원회 판례를 통하여 오늘날에도 헌법적 가치를 갖는 규범으로 정립되고 있다. 그것은 곧 근대 입헌주의 헌법의 기본원리 즉 인간의 자유와 권리보장과 그 제도적 장치로서의 권력분립의 원리가 오늘날까지 살아있는 현대헌법의 기본원리임을 의미한다.<sup>1)</sup>

18세기 시민혁명 이후 2세기가 넘는 기간동안에 그간 많은 세계사적 변용에도 불구하고 인간의 자유와 권리보장을 향한 역사는 끊임없이 발전되어 왔다. 비록 그 동안 세계사의 발전과정에서 인간의 자유와 권리에 대한 많은 도전이 있어 왔지만 그러한 도전은 새로운 응전을 통하여 뿌리

---

1) 프랑스 인권선언 제16조 : “권리의 보장의 확보되어 있지 않고, 권력의 분립이 규정되어 있지 아니한 모든 사회는 헌법을 가지고 있지 아니하다.”



칠 수 있었다. 그건 18세기적인 상황하에서 미처 예견하지 못하였던 산업화사회의 진전에 따라 사회주의적인 기본권론이 제기되면서 사회권(생존권)이 새로운 기본권으로서의 위상을 차지하게 되었고, 최근에는 정보화사회의 진전에 따라 사생활보호·알권리 등 새로운 권리가 헌법적 가치를 정립하게 되었다. 그러나 이러한 변화의 와중에서 인간의 자유와 권리의 가장 고전적인 주제인 인간의 육체적·신체적 안전과 정신적 안전에 관한 자유는 2세기가 지난 오늘날에도 그대로 타당한 원리임에 틀림없다. 그것은 곧 평등 원리에 기초한 자연적이고 양도불가능하며 신성불가침한 인간의 자유와 권리의 존엄성과 가치를 인용하는 것이기도 하다.

## (2) 인권과 기본권

인간의 자유와 권리의 보장과 관련하여서는 일반적으로 인간의 권리 즉 ‘인권’(human rights, droit l’homme, Menschenrechte)이라는 표현과 ‘자유와 권리’라는 표현 그리고 기본적 권리 즉 ‘기본권’(fundamental rights, droits fondamentaux, Grundrechte)이라는 표현이 혼용되고 있다.

오늘날 인권개념의 역사적·철학적 기초는 자연법론과 사회계약론에서 찾을 수 있다.<sup>2)</sup> 자연법론에 의할 경우 인

---

2) 프랑스에서의 논의에 관한 상세는 성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995, 765면 이하의 제1편 제1장 제1절 기본권론의 가치와 체계 참

간은 단지 인간이라는 이유로 해서 그 본연상 천부적 권리를 향유한다. 그런 의미에서 1789년 프랑스 ‘인간과 시민의 권리선언’에서의 ‘인간의 권리선언’은 자연법사상의 실정적 표현이라 할 수 있다. 즉 인권 선언에서는 “인간의 자연적이고 양도불가능하고 신성불가침한 제권리를 엄숙”(전문)히 선언하면서 “인간은 권리로서 자유롭고 평등하게 태어나며 생존한다”(제1조)라고 천명하기에 이르렀다. 더구나 프랑스 인권선언 제2조에서는 ‘자연권(droits naturels)’이라는 명문의 표현을 사용하고 있고, 미국의 버지니아주 권리장전에서는 ‘천부적 권리 또는 생래적 권리’라는 표현을 쓰고 있다. 이와 같은 인간의 천부인권사상 내지 자연권사상은 근대국가의 형성과 더불어 각국의 헌법과 인권선언에 구현되어 있다.<sup>3)</sup>

한편 기본권이라는 표현은 독일의 바이마르헌법과 독일 기본법(제1장의 제목)에서 사용되고 있는 용어로 우리나라에서도 학자들사이에 일반화된 용어이다. 프랑스의 ‘인간과 시민의 권리선언’에서의 ‘시민의 권리’는 인간의 권리보다는 한 국가의 국민 내지 시민으로서의 권리를 의미한다는 점에서 실정법상 권리로서의 성격을 갖는다. 그런 의미에서 프랑스 인권선언은 인간의 생래적 자연권과 시민의 권리를 동시에 규정한 것으로 볼 수 있다. 일반적인 용례로서의 기본권과 인권을 구별한다면 인권은 인간의 자연적

---

조.

3) 프랑스 인권선언의 구체적이고 실질적인 이해에 관해서는, J. Morange, *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, P.U.F., 1989 참조.

권리에 기초한 권리에서 비롯된다는 점에서 법학적인 용례 뿐만 아니라 철학적·사회학적인 용례로 널리 사용되고 있다. 반면에 기본권이라는 용례는 인간의 자연권 내지 천부인권사상에 기초하여 그것이 한 국가의 실정헌법체계에 편입되어 일련의 헌법적 가치를 갖는 국민으로서의 자유와 권리까지를 포괄하는 용례로 보아야 할 것이다.<sup>4)</sup> 독일헌법이나 한국헌법학에서 통용되는 기본권이라는 표현은 프랑스 헌법학에서 독립된 헌법학 교과목으로 통용되는 ‘공적 자유’(Libertés publiques)와 동일한 맥락에서 이해할 수 있다는 점에서 필자는 프랑스 헌법학에서의 공적 자유를 ‘기본권’으로 번역해 오고 있다.<sup>5)</sup>

물론 국내외적으로 기본권과 인권이라는 표현이 혼용되고 있는 점도 부인할 수 없으나 한국헌법학에서 일반화된 기본권이라는 용례는 그 기본에 있어서는 인권사상에 바탕을 두고 있지만 헌법전 또는 헌법학의 대상으로서의 인권에 관한 연구는 바로 기본권 이론이라고 볼 수 있다. 즉 기본권이란 자연권사상에 바탕을 둔 천부인권론에 기초하여 실정헌법상 보장하고 있는 일련의 자유와 권리에 관한 규범적 이해의 체계로 볼 수 있다. 그런 의미에서 기본권

---

4) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1994, 229면.

5) 성낙인, 앞의 책, 756면 이하. 프랑스에서는 우리의 헌법학의 일반적 인 체계로서 채택하고 있는, 총강·기본권론·통치기구론 중에서 헌법 강좌 내지 헌법과 정치제도 강좌에서는 총강과 통치기구론 부분이, 그리고 독립된 교과목으로서의 Libertés publiques가 우리나라의 기본권론에 해당되는 강좌로 볼 수 있다. 이를테면 프랑스 법과대학에서는 우리나라에서의 헌법학 강좌에 해당되는 내용이 위 두 개의 강좌로 분리되어 있는 셈이다.

론은 인간의 권리와 시민의 권리를 동시에 포괄하고 있다. 따라서 인권론에서 제대로 드러나지 않는 시민의 권리 내지 국민의 권리에 관한 사항 즉 국가내적인 자유와 권리로 볼 수 있는 사회권(생존권), 기본권보장을 위한 기본권(청구권적 기본권), 정치권(참정권)까지도 포괄하게 된다.

### (3) 한국헌법상 ‘자유와 권리’·‘자유’ 또는 ‘기본적 인권’

한국헌법에서는 프랑스 인권선언에서와 같은 인간의 권리와 시민의 권리로 구별되는 용례도 없을 뿐만 아니라 독일헌법에서와 같은 기본권이라는 표현도 분명하게 드러나 있지 않다. 헌법전문에서 ‘자유와 권리’, ‘안전과 자유의 행복’이라는 표현에 이어, 헌법본문 제2장 “국민의 권리”와 의무”라는 제목하에 제10조에서 제37조에 이르기까지 국민의 자유와 권리를 규정하고 있다. 제69조의 대통령 취임선서문에서는 ‘국민의 자유와 복리’를, 제119조에서는 ‘경제상의 자유’를 규정하고 있다. 다만 제10조 후문에서 ‘기본적 인권’이라는 표현을 채택하고 있다. 여기서 특이한 것은 헌법전에 헌법학자들에 의해 일반화된 용례인 기본권이란 표현은 사용되지 않고 있으면서 ‘기본적 인권’이라는 표현이 등장하고 있다는 점이다. 용어의 문리적 의미로는 일용 인권을 수식하는 기본적이라는 용어에 따라 인권에 관한 규정이라고도 이해할 수 있을 것이다. 그러한 논리는 특히 제10조에서는 유독 “국민’이 가지는 불가침의 기본적 인권”이라 하지 아니하고 “개인’이 가지는 불가침의 기본적

인권”이라 하고 있음에 비추어 제11조 이하에서의 ‘모든 국민은……’이라는 표현과 구별되고 있다. 그렇다고 하여 이 ‘기본적 인권’이라는 표현을 한국헌법학 이론상 일반화된 용례인 기본권과 엄격히 구별되는 것으로 볼 수 있을 것인지는 의문이다. 그러나 분명한 것은 기본권이라는 의미는 기본적 권리라는 의미이지 기본적 인권을 의미하는 것은 아니라는 점에서 그 차별성을 발견하게 된다.

이와 같이 한국헌법에서는 명시적으로 독일헌법과 같은 ‘기본권’이라는 표현이 사용되고 있지 아니한다. 그럼에도 불구하고 한국헌법에서 채택하고 있는 대한국민으로서의 자유와 권리의 기저에는 자연법적인 인권원리의 헌법적 구현으로 보고 있다. 따라서 국내 헌법학이론서에서 한결같이 쓰여지고 있는 기본권이라는 표현은 헌법상의 용례가 아니라 다분히 독일헌법상의 용례를 본뜬 표현이라 하지 아니할 수 없다. 이에 따라 소위 ‘기본권’의 ‘개념과 범위’에 관한 문제도 기본권 그 자체가 실정헌법상의 용례가 아님으로 인하여 그 기본개념의 정립에 어려움이 따르게 되며 동시에 강학상 정립된 개념이라는 점에서 이론상의 개념으로 볼 수밖에 없다.

그러나 헌법이외의 법률에서는 헌법학이론서에서 일반화된 용례인 ‘기본권’이라는 표현이 법전상의 용어로 등장하고 있다. 특히 헌법재판소법 제68조 제1항에서는 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 ‘헌법상 보장된 기본권’을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다”라고 규정하여 ‘헌법상 보장

된 기본권'이라는 표현을 명시하고 있다. 이에 따라 헌법에 명문으로 기본권이라는 표현이 사용되고 있지 아니하는데 헌법상 보장된 기본권이란 엄격히 실정법적으로 무엇을 의미하는지 의문이 제기될 수 있다. 즉 이 조항에서 '헌법상 보장된 국민의 자유와 권리' 또는 '헌법상 보장된 기본적인 권리'라는 표현을 사용하는 것이 헌법상 용례와 부합한다. 하지만 이미 헌법상 보장된 국민의 자유와 권리를 기본권으로 이해하는 것이 일반화된 한국헌법학의 입장에서 기본권이라는 표현이 개별법률에서 채택되고 있다고 해서 크게 문제될 것은 없어 보인다. 즉 헌법상 보장된 국민의 자유와 권리는 헌법상 보장된 기본권과 동의어로 이해할 수밖에 없다.

## 2. 기본권의 범위

### (1) 헌법상 보장된 '기본권'

헌법상 보장된 기본권이 과연 무엇을 의미하는가에 관해서는 논란의 소지를 여전히 남기고 있다. 여기서 먼저 한국헌법학자들이 이해하는 기본권의 개념을 살펴보고자 한다.

김철수 교수는 기본권의 개념을 인권과의 상호관련성하에서 이해하고 있다. “인권이 인간의 본성에서 나오는 생래적 자연권을 의미하는 데 비하여, 기본권이란 ‘헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리’를 말하는데 이 중에는 생래적

인 권리도 있지만 국가내적인 생존권적 기본권·청구권적 기본권·참정권 등이 있는 까닭에 인권과 기본권은 반드시 일치하는 것은 아니다. 따라서 엄격히 말한다면 두 개념은 동일한 것이 아니다. 하지만 한국헌법에서 보장하고 있는 기본권은 인권사상에 바탕을 두고 인간의 권리를 실현하려고 하는 것이므로 대체로 말한다면 기본권은 인권을 의미한다고 할 수 있다. 그러나 인권은 국가이전의 자연권인데 대하여 시민의 권리는 국가의 구성원으로서의 시민의 권리로 자연권을 확보하기 위하여 국가가 인정하는 권리로서 서로 구별된다고 할 수 있다.”<sup>6)</sup>

권영성 교수의 입장도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. “엄격한 의미에서 인권과 기본권은 동일한 개념이 아니다. 인권은 인권사상을 바탕으로 하여 인간이 인간이기 때문에 당연히 누린다고 생각되는 인간의 생래적·천부적 권리(자연권)을 의미하지만, 기본권은 ‘헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리’를 의미하기 때문이다. 기본권 중에는 생래적 인권 외에 국법에 의하여 비로소 보장되는 정치적 기본권·경제적 기본권·청구권적 기본권·사회적 기본권 등도 포함된다. 그러나 각국의 헌법에서 보장하고 있는 기본권은 자유권적 기본권을 중심으로 하고 있을 뿐만 아니라, 정치적·경제적 기본권 등은 인간의 권리와 함수관계에 있으므로, 비록 인권과 기본권을 동일시하여도 무방하다.”<sup>7)</sup>

구병삭 교수도 ‘기본권 인권’·‘기본권’·‘인권’·‘자연권’

---

6) 김철수, 앞의 책, 229 - 230면.

7) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1994, 307면.

등의 상호관계를 논술하고 있다. “기본적 인권·기본권·인권을 동의어로 쓸 때도 있고 구별하여 쓸 때도 있다. 구별하는 예로서는 기본권을 실정적 권리로, 인권을 자연권으로, 또는 헌법에 근거를 요하는 기본권과 국가권력을 전제로 하지 않고 인간의 이성에 근거를 두는 인권과 구별하는 주장이 있다. 전자의 예는 인권은 시대적·장소적 제약을 받는 것으로 인권이 기본권중에 제도화된 경우 법적으로 보면 기본권, 철학적으로 보면 인권이라 한다. 후자의 예로서는 기본적 인권은 기본권인 인권을 의미하며, 인권은 장래의 국민에게 인정되는 영구적 권리로서 헌법개정으로도 박탈할 수 없는 인유보편의 원리라는 것이다. 다만 본서에서는 구별하지 않고 모두 동의어로 쓰고자 한다.”<sup>8)</sup>

안용교 교수도 기본권과 인권의 본질적 차이를 인정하지 아니하고 있다. “기본권에는 천부적 인권도 있고 국법에 의하여 형성되었거나 구체화되었다고 생각하는 권리(청구권적 기본권·정치적 기본권·사회 국가적 기본권)도 있어서 기본권의 내용과 천부적 인권이 반드시 동일한 것은 아니지만 후자는 전자를 바탕으로 한 인간의 권리를 실현하는 것이기 때문에 기본권은 대체로 인권을 의미하고 있다.”<sup>9)</sup>

허영 교수도 인권 사상의 헌법적 수용의 차원에서 기본권을 이해하고 있다. “철학적 인권사상이 기독교적·신학적 인권사상을 거쳐 자유주의인권사상으로 발전하는 동안

---

8) 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1988, 271-272면.

9) 안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1991, 264면, 주 2).



인권사상은 하나의 이념적이고 관념적인 주장의 테두리를 벗어나지 못하다가 그것이 기본권적인 의미를 갖는 실질적인 인권으로 승화된 것은 자유주의 인권사상이 영국에서 인권선언으로 구체화되기 시작하면서부터라고 할 것이다. 즉 자유주의 인권 사상이 영국에서의 인권선언을 시발점으로 해서 미국독립과 미국헌법제정에 영향을 미치고 자유주의인권선언이 프랑스혁명과 프랑스인권선언의 사상적인 기폭제가 됨으로써 인권은 비로소 입헌국가의 불가결한 보장 대상으로 헌법에 수용되게 되었다.”<sup>10)</sup>

위에서 살펴본 바와 같이 국내학자들이 보는 기본권이라는 표현은 앞에서 언급한 인권과 기본권을 이해하는 기본적인 시각과 본질적인 차이를 발견할 수 없다. 즉 인권사상이 헌법속으로 편입되었을 때 이를 기본권으로 이해하고 있다. 그런 의미에서 기본권이라는 관념은 법적인 특히 헌법적인 용례로 이해하여도 무방할 것이다. 즉 현행 헌법상 ‘자유와 권리’는 학자들에 의해서 독일헌법류의 ‘기본권’으로 이해되고 있음을 의미한다. 따라서 헌법재판소에 명기된 ‘헌법상 보장된 기본권’이라는 표현은 ‘헌법상 보장된 자유와 권리’와 동일한 의미로 이해할 수 있다.

## (2) ‘헌법상 보장된’ 기본권

헌법상 보장된 기본권을 헌법상 자유와 권리와 동의어로

---

10) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1994, 201-202면.

이해하는 데에는 별다른 문제점이 없어 보인다. 그러나 무엇이 헌법상 보장된 기본권이냐의 문제가 남아 있다. 헌법재판소법상의 용어를 문리적으로 이해할 경우 ‘헌법상 보장된 기본권’이 있다면 역으로 ‘헌법상 보장되지 아니하는 기본권’이 있을 수 있다는 설명도 가능할 소지가 있다.

그러나 앞에서 이미 살펴본 바와 같이 기본권이란 표현 자체가 이미 적어도 헌법적 가치를 갖는 국민의 자유와 권리를 지칭하는 것으로 이해할 수 있기 때문에 ‘헌법상 보장되지 아니한 기본권’이라는 표현은 적절하지 못할 뿐만 아니라 존재할 수도 없다. 곧 헌법재판소법상의 ‘헌법상 보장된 기본권’이라는 표현에서의 ‘헌법상 보장된’이라는 표현은 기본권의 용어 사용례를 보다 분명히 해주는 하나의 수식어에 불과할 뿐 ‘헌법상 보장된’이라는 표현이 생략되어도 용어의 본래 의미에 문제를 제기하지 아니하는 것으로 이해할 수 있다.

따라서 이제 ‘헌법상 보장된’ 기본권이란 한국헌법에서 과연 어떠한 것이 있는가를 규명해 보아야 한다. 즉 국민이 국가생활속에서 누리는 많은 자유와 권리중에서 일응 헌법적 가치를 갖는 자유와 권리는 기본권으로 이해될 수 있는 반면에 헌법적 가치를 갖지 못하는 자유와 권리는 기본권으로 볼 수가 없을 것이다. 그것은 곧 헌법적 가치를 갖지 못하는 국민의 자유와 권리는 헌법소원을 통한 권리구제가 불가능하다는 결론이 내려 질 수 있는 문제이기도 하다.

### (3) 헌법에 열거된 기본권

한국헌법에 있어서 헌법상 보장된 기본권으로서의 우선 제1차적으로 헌법 제2장 국민의 권리와 의무에서 적시하고 있는 일련의 기본권을 들 수 있다. 즉 인간의 존엄과 가치·행복추구권(제10조), 평등권(제11조), 신체의 자유(제12조), 죄형법정주의(제13조), 거주·이전의 자유(제14조), 직업(선택)의 자유(제15조), 주거의 자유(제16조), 사생활의 비밀과 자유(제17조), 통신의 자유(제18조), 양심의 자유(제19조), 종교의 자유(제20조), 언론·출판·집회·결사의 자유(제21조), 학문과 예술의 자유(제22조), 재산권 보장 및 손실 보상(제23조), 선거권(제24조), 공무담임권(제25조), 청원권(제26조), 재판청구권(제27조), 형사보상 청구권(제28조), 국가 배상 청구권(제29조), 범죄피해자구조청구권(제30조), 교육을 받을 권리(제31조), 근로의 권리(제32조), 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권(제33조), 인간다운 생활을 할 권리 및 사회보장(제34조), 환경권(제35조), 혼인과 가족생활 및 보건(제36조) 등 일련의 기본권을 구체적으로 명시하고 있다.

그러나 이렇게 헌법상 열거된 기본권이라 하더라도 개별적 기본권의 구체적 이해에 따라 그 내용과 범위를 확정하는 일 또한 그리 간단한 문제가 아니다. 이에 이들 헌법상 열거된 개별적 기본권에 대하여서도 그 내용과 범위는 구체적인 이론정립여하에 따라 권리구제의 범위 또한 달라질 수밖에 없다.

특히 생존권의 경우에는 그 법적 성격을 여하히 파악하느냐에 따라 헌법상 보장된 기본권의 침해에 해당되는지의 여부가 결정되어져야 할뿐만 아니라 당해 기본권의 침해를 이유로 해서 헌법소원을 제기할 수 있느냐의 여부가 결정될 수 있다. 예컨대 헌법상 보장된 인간다운 생활을 할 권리 및 사회보장권을 이유로 해서 생활부조대상인 노인의 생존권의 보장이 현재의 액수로는 실현될 수 없다는 이유로 헌법소원에 대하여 이를 어느 범위에까지 인용할 수 있을 것인가가 문제가 된다. 헌법소원을 제기한 당사자의 입장에서는 분명히 생존권이 보장받고 있지 못하다고 보지만 이를 국가의 입장에서 수용할 수 있을 것인지 수용한다면 수용의 범위는 어느 정도가 되어야 할 것인지는 문제가 아닐 수 없다. 오늘날 생존권의 법적 성격을 단순한 프로그램적 권리가 아니라 법적 권리라고 보는 데에는 학자들의 견해가 진전되어 있지만 구체적으로 이 생존권의 현실적 실현은 국가정책 및 예산의 뒷받침이 없이는 실현이 불가능한 문제이다. 이에 관해서는 구체적인 검토를 통하여 객관적 타당성이 있는 결론도출을 해내야 할 것이다. 단순히 헌법소원에 대한 형식심사에 그칠 것이 아니라 실질검사가 행해져야 한다는 것이다.

이에 기본권의 범위설정의 문제는 개별적 기본권에 대한 구체적인 이해와 검토·분석을 통해서만 가능하다는 명제가 도출된다.

#### (4) 헌법에 열거되지 아니한 기본권

## 1) 헌법적 근거 : 헌법 제10조와 제37조 제1항

더욱 심각한 문제는 헌법에 명시적으로 규정하고 있지 아니한 국민의 자유와 권리로서 그것이 ‘헌법상 보장된 기본권’으로서의 가치를 갖게 될 것인가의 여부에 관한 것이다. 그에 관해서는 헌법 제 10조의 인간의 존엄과 가치·행복추구권으로부터 개별적 기본권을 연역해 낼 수도 있고 여타 개별적 기본권으로부터도 일정한 기본권을 도출해 낼 수 있을 것이다. 이러한 가능성은 이미 헌법 제10조 후문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라는 표현과 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다”라는 표현에서 충분히 그 가능성의 길을 명시적으로 인정하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 헌법 제10조와 제37조 제1항과의 관계에 관해서는 학자들 사이에 그 보는 시각이 다소 차이를 보이고 있다. 이에 편의상 학자들의 견해를 나누어 보고자 한다.

### (가) 주의적 규정 또는 확인 규정

김철수 교수와 권영성 교수는 헌법 제10조를 초국가적인 천부인권의 실정권화로 이해하는 입장에서 “헌법 제37조 제1항은 헌법 제10조에 의하여 확인·선언된 천부인권의 포괄성을 주의적으로 규정한” 주의적 규정 혹은 확인 규정

으로 이해하고 있다.<sup>11)</sup>

#### (나) 상호보완관계

구병삭 교수와 안용교 교수는 “제37조 제1항에 해당될 수 있는 것은 인간으로서의 존엄과 가치에 부합하는 자유·권리어야 하므로 결국 제10조와 상호보완관계에 있는 포괄적 근본규범”<sup>12)</sup>으로 보고 있다. 한편 허영 교수는 “‘인간의 존엄성’과 다른 기본권과의 관계를 ‘주’와 ‘파생’의 관계로 이해하고, 제37조 제1항은 제10조에 의하여 확인·선언된 천부인권의 포괄성을 단순히 주의적으로 규정한 것에 지나지 않는다는 ‘주의적 규정관계설’(김철수)은 받아들일 수 없다. “‘인간의 존엄성’과 다른 기본권이 목적과 수단의 관계인 것처럼 ‘인간의 존엄성’과 제37조 제1항에서 말하는 자유와 권리도 목적과 수단의 관계”로 이해하고 있다.<sup>13)</sup>

#### (다) 관리창설 규정

반면에 헌법 제10조를 실정법적 권리로 이해하는 입장에

- 
- 11) 김철수, 앞의 책, 320-321면. 권영성 교수는 헌법 제37조 제1항은 “자유와 권리의 전국가성과 포괄성을 확인하고” 있는 것으로 본다. 권영성, 앞의 책, 333면.
- 12) 구병삭, 앞의 책, 346면. 안용교, 앞의 책, 334면, “헌법 제10조 전문 전단과 제37조 제1항은 상호보완적 관계 내지 통합적 관계에 있다고 하겠다.”
- 13) 허영, 앞의 책, 319면.

서는 헌법 제37조 제1항은 열거되지 아니한 권리를 창설하는 규정으로 이해하고 있다. “헌법 제10조는 우리 나라가 입헌 민주국가이기 때문에 비로소 있을 수 있는 규정이며, 입헌주의적 헌법인 대한민국 헌법이 그렇게 규정했기 때문에 기본적 인권이 법상 존립·보장될 수 있는 것이다. 만일 기본권이 전국가적인 인간의 권리라면, 독재국가의 국민도 인간인 이상 기본권이 인정된다고 하여야 할 모순에 빠지게 된다. 그러므로 헌법 제10조는 기본권, 특히 자유권이 실정법상의 권리라는 증거는 될지라도 초국가적인 자연법상의 권리라는 증거는 되지 않는다.”<sup>14)</sup>

#### (라) 평가

헌법 제10조와 제37조 제1항의 관계를 보는 시각이 여하하든 간에 한국 헌법의 이해에 있어서 헌법에 열거되지 아니한 기본권을 인정할 수 있다는 점에 관해서는 학자들의 견해에 차이가 없다고 본다. 즉 한국 헌법상 헌법에 명시적으로 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 사항이라 하더라도 얼마든지 학설과 판례를 통하여 헌법적 가치를 갖는 기본권의 창설이 가능하다고 본다. 그것은 헌법의 역사성·개방성에 비추어 시대와 사회의 변화에 따라 얼마든지 헌법적 가치를 갖는 새로운 기본권이 헌법의 개정을 거치지 아니하고 창설될 수 있음을 의미한다. 실제로

---

14) 박일경, 제6공화국 신헌법, 법경출판사, 1990년, 220면.

입헌주의를 구가하고 있는 자유민주주의 국가에서 좀처럼 헌법의 개정이 이루어지지 않는 헌법의 안정성을 유지하고 있기 때문에 새로운 기본권이 헌법에 명문으로 규정되는 예가 매우 드물다. 예컨대 환경권 같은 경우 이들 나라에서 헌법에 명문으로 규정하고 있지 아니하지만 이를 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 이해하는 데에는 이론의 여지가 없다. 우리 나라에서도 1980년 헌법개정을 통하여 환경권이 명문으로 헌법상 개별적 기본권으로 규정하기 이전에도 환경권을 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 보는데 이론이 없었다.

현재 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 것으로서 학자들이나 판례상 인정하고 있는 대표적인 것으로 ‘알 권리’를 들 수 있다.<sup>15)</sup>

## 2) 헌법상 열거되지 아니한 기본권의 구체화

### (가) 학자들의 견해

헌법상 열거되지 아니한 기본권이 구체적으로 무엇이 될 것이냐에 관해서는 학자들에 의한 종합적이고 체계적인 검토는 보이지 않는다. 다만 앞에서 제시한 헌법 제10조와 제37조 제1항의 관계 내지 의미를 이해하는 과정에서 단편적으로 이에 관한 견해를 제시하고 있다.

---

15) 이에 관한 상세는 성낙인, “정보공개법의 제정과 과제”, 총무처 주관 정보공개법 공청회, 1994.12.21, 주제발표문 참조.



김철수 교수는 협의의 인간의 존엄과 가치의 내용으로서 생명권·자기결정권(인격적 자율권)·일반적 인격권(성명권·명예권·초상권·알 권리, 읽을 권리, 들을 권리 등을 적시하고 있으며, 행복추구권의 내용으로서 신체의 불훼손권·일반적 행동자유권·평화적 생존권 등을 들고 있다.<sup>16)</sup>

권영성 교수도 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리의 유형을 기술하고 있다. “헌법에 열거되지 아니한 것으로 경시되어서는 아니 될 자유와 권리가 구체적으로 어떤 것이냐에 관해서는, 제10조와 제37조 제1항의 통합적·유기적 해석을 통하여 규명되어야 한다. 결론적으로 말해서 제10조 제1전문 전단의 ‘인간으로서 존엄과 가치’를 누리기 위하여 필요한 것이면, 그 모두가 경시되어서는 아니 될 자유와 권리라고 할 수 있다. 그러므로 헌법에 열거되지 아니하였거나 경시되어서는 아니 될 기본권으로는, ㉠ 자신의 문제를 자신의 자유의사에 따라 결정할 수 있는 자기결정권, ㉡ 자유롭게 행동하거나 행동하지 아니할 일반적 행동자유권, ㉢ 평화롭게 생존할 평화적 생존권, ㉣ 휴식을 취할 수 있는 휴식권, ㉤ 남에게 피해를 주지 아니하는 범위내에서 담배를 피울 꺾연권 혹은 타인의 담배연기를 맡지 아니할 혐연권, ㉥ 직사광선을 향유할 수 있는 일조권, ㉦ 생명권·신체를 훼손당하지 아니할 권리·소비자의 권리(소비자 기본권)·수면권·스포츠권·저항권 등을 들 수 있다. 이러한 자유와 권리는 인간으로서의 존엄과 가치를

---

16) 김철수, 앞의 책, 325-330면.

누리기 위하여 필요한 것이며, 따라서 헌법에 명문으로 열거되어 있지는 않지만. 제37조 제1항에서 규정하고 있는 경시되어서는 아니 될 자유와 권리로서 헌법상 보장된다고 본다.”<sup>17)</sup>

구병삭 교수도 “생명권, 평화적 생존(공존)권, 저항권, 휴식권 등도 그것이 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 누리기 위해서 필요한 것이다. 제37조 제1항에서 말하는 자유와 권리에 해당되고 또 헌법상에서도 보장된다고 할 수 있다.”<sup>18)</sup>고 보고 있다. 동 교수는 한편 이와는 별개로 새로운 인권에 관한 논술을 계속하고 있다.

안용교 교수도 인간의 존엄과 가치·행복추구권을 설명하면서 ‘기타 헌법에 열거되지 아니한 자유·권리와의 관계’에서 “인간의 존엄·가치와 행복추구권을 누리기 위한 필요한 자유와 권리라면 모두가 해당되므로 저항권·평화적 생존권·일반적인 행동 자유권·일조권·휴식권·소비자 기본권·수면권도 행복추구권의 내용이 된다.”고 본다.<sup>19)</sup>

허영 교수는 “헌법에 구체적으로 열거되지 않았지만 결코 경시될 수 없는 일반적인 행동의 자유·일조권·인격권·초상권·성명권·명예권 등의 자유와 권리도 헌법에 열거된 기본권과 마찬가지로 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 실현시키기 위한 수단이라고 이해해야 한다.”<sup>20)</sup>라고 본다.

---

17) 권영성, 앞의 책, 333-334면.

18) 구병삭, 앞의 책, 346면.

19) 안용교, 앞의 책, 334면.

20) 허영, 앞의 책, 319면.

위와 같이 학자들이 제시하고 있는 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로는 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 내용으로서 일련의 자유와 권리를 제시하고 있다. 공통적으로 들고 있는 것으로는 생명권·자기 결정권(인격적 자율권)·일반적 인격권(생명권·명예권·초상권)·일반적 행동 자유권·평화적 생존권 등을 들 수 있다.

#### (나) 판례의 입장

헌법재판소도 이미 (일반적) 인격권·자기결정권·일반적 행동 자유권과 개성의 자유로운 발현권·알 권리 등에 관해서는 그 기본권성을 인정하고 있다.

일반적 인격권에 관한 헌법재판소의 판례 : “……언론기관에 의하여 일반적인 인격권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해받은 피해자에게 인간의 존엄과 가치 및 사생활의 비밀과 자유권을 보호하기 위하여 신속하고도 적절한 방어의 수단이 주어져야 함이 형평의 원리에 부합한다고 할 것이다. 그러므로 이 법이 규정한 반론권으로서의 정정보도 청구권은 바로 헌법상 보장된 인격권에 그 바탕을 둔 것으로서, 피해자에게 보도된 사실적 내용에 대하여 반박의 기회를 허용함으로써 피해자의 인격권을 보호함과 동시에 공정한 여론의 형성에 참여할 수 있도록 하여 언론보도의 객관성을 향상시켜 제도로서의 언론보장을 더욱 충실하게 할 수 있을 것이라는 취지 아래 헌법의 위에 든 각 조항들을 근거로 하여 제정된 것이다.”<sup>21)</sup>

자기결정권에 관한 헌법재판소의 판례 : “개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고, 이 자기 운명결정권에는 성행위여부 및 그 상대방을 결정할 수 있는 성적 자기결정권이 또한 포함되어 있으며, 간통죄의 규정이 개인의 성적 자기결정권을 제한하는 것임은 틀림없다. 그러나 개인의 성적 자기결정권도 국가적·사회윤리·공공복리 등의 존중에 의한 내재적 한계가 있는 것이며, 따라서 절대적으로 보장되는 것은 아니다.”<sup>21)</sup>

일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권에 관한 헌법재판소의 판례 : “행복추구권 속에 함축된 일반적 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권은 국가안정보장, 질서유지 또는 공공복리에 반하지 않는 한 입법 기타 국정상 최대의 존중을 필요로 하는 것이라고 볼 것이다. 일반적 행동자유권에는 적극적으로 자유롭게 행동을 하는 것은 물론 소극적으로 행동을 하지 않을 자유 즉 부자유도 포함되는 것으로, 법률행위의 영역에 있어서는 계약을 체결할 것인가의 여부, 체결한다면 어떠한 내용의, 어떠한 상대방과의 관계에서, 어떠한 방식으로 계약을 체결하느냐 하는 것도 당사자 자신의 자기의사로 결정하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 계약을 체결하지 않을 자유인 이른바 계약자유의 원칙도 여기의 일반적 행동 자유권으로부터 파

---

21) 헌재 1991.9.16 89헌마165, 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항·제19조 제3항의 위헌여부에 대한 헌법소원.

22) 헌재 1990.9.10, 89헌마82, 형법 제241조(간통죄)의 위헌여부에 관한 헌법소원.

생되는 것이라 할 것이다.”<sup>23)</sup> “그 규제대상인 편의제공은 그 문언해석상 그 적용범위가 넓고 불명확하므로 헌법 제10조 소정의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권을 위축시킬 수가 있어서 차별 대상이 되어야 할 것은 제9조 제2항 소정의 편의 제공 행위 중에서 국가의 존립·안전이나 위험성이 있는 경우로 축소 제한하여야 할 것이고 이와 같은 한정 해석하에 헌법이 위반되지 않는다.”<sup>24)</sup> “요컨대 당구장 출입자의 자숙이나 시설, 환경의 정화로 당구의 실내 스포츠로서의 이미지 개선은 가능한 것으로 사료되며 당구 자체에 청소년이 금기시해야 할 요소가 있는 것으로는 보여지지 않기 때문에 당구를 통하여 자신의 소질과 취미를 살리고자 하는 소년에 대하여 당구를 금하는 것은 헌법상 보장된 행복추구권의 한 내용인 일반적인 행동자유권의 침해가 될 수 있을 것이다.”<sup>25)</sup> “우리는 일찍이 당 재판소 1990. 1.15. 선고, 89헌가103 결정에서 적법한 정의행위에 제3자의 개입의 경우에 형사제재를 과한다면 근로기본권을 규정한 헌법 제33조 제1항과, 제10조 후문의 국가인 기본권보장의무에 위배되고, 또 헌법 제10조 후문의 행복추구권의 파생원칙인 일반적인 행동자유권 특히 표현의 자유의 침해이며, 나아가 우리의 정의관과 형평에 어

23) 헌재 1991.6.3, 89헌마204, 화재로 인한 재해보상과 보험 가입에 관한 법률 제5조 제1항의 위헌 여부에 관한 헌법 소원.

24) 헌재 1992.4.14. 90헌바23, 국가보안법 제2조 제2항에 대한 헌법소원.

25) 헌재 1993.5.13, 92헌마80, 체육시설의설치·이용에 관한 법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원.

곳나고 실질적으로 죄형법정주의에 위배되어 결국 위헌이 된다는 취지의 소수의견을 편 바 있는데, 이 사건에 있어서도 그와 논리를 달리할 이유 없고 오히려 그 사안보다도 이 사안에 더 적절하다고 생각되어 이를 그대로 원용한다.”<sup>26)</sup>

알 권리에 관한 헌법재판소의 판례 : “알 권리는 간섭배제라는 소극적인 측면의 자유권적 성격과 정보의 공개요구라는 적극적인 측면의 청구권적 성격을 아울러 가진다고 본다면 전자의 성격에 관한 알 권리의 헌법적 근거는 헌법 제21조에서 찾을 것이고, 후자의 성격에 관한 알 권리의 헌법적 근거는 헌법 제19조에서 찾아야 할 것이다. 후자의 성격, 즉 청구권적 성격에 관한 근거는 현행 헌법의 청구권규정들 중에 그 직접적 근거규정을 찾을 수 없으므로 포괄적 기본권규정인 헌법 제10조에서 찾아야 하기 때문이다.”<sup>27)</sup> “알 권리는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성격과 청구권적 성격을 공유하는 것이다. 자유권적 성격을 일반적으로 정보에 접근하고 수집·처리에 있어서 국가권력의 방해받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질은 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이를 정보수집 또는 정

26) 헌재 1993.3.11, 92헌바33, 노동조합법 제45조의 2 등 위헌소원, 김진우·이시윤 재판관의 한정합헌의견.

27) 헌재 1989.9.4, 88헌마2, 공권력에 의한 재산권침해에 대한 헌법소원. 헌재 1992.2.25, 89헌가104, 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판결정.

보공개청구권으로 나타난다.…… 헌법 제21조에 규정된 표현의 자유와 한 내용인 국민의 ‘알 권리’를 충실히 보호하는 것이라고 할 것이며 이는 국민 주권주의(헌법 제1조), 인간의 존엄과 가치(제10조), 인간다운 생활을 할 권리(제43조 제1항)도 아울러 신장시키는 결과가 된다고 할 것이다.”<sup>28)</sup>

대법원 판례에서는 독일 기본법 제2조 제2항에서 “누구든지 생명에의 …… 권리를 가진다”라고 명문으로 인정하고 있는 생명권을 헌법상 기본권으로 인정하고 있다. “생명을 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없고 이 세상에서 무엇보다도 바꿀 수 없는 절대적 존재이며, 한 사람의 생명은 전 지구보다 무겁고 또 귀중하고 엄숙한 것이며 존엄한 인간 존재의 근원인 것이다.”<sup>29)</sup>

외국의 판례에서도 생명권<sup>30)</sup>· 자기 결정권<sup>31)</sup>· 일반적 인격권의 내용으로서 명예권<sup>32)</sup>· 성명권<sup>33)</sup>· 초상권<sup>34)</sup>을 인정하고 있다.

#### (다) 학설·판례의 종합적 검토

그러나 이들 학자들이 들고 있는 헌법적 가치를 갖는 기

---

28) 헌재 1991.5.13. 90헌마133, 기록 등사 신청에 대한 헌법 소원.

29) 대판 1963.2.28, 62도241.

30) BVerfGE 39, 1.

31) BVerfGE 39, 1.

32) BVerfGE 54, 208 ; BVerfGE 35, 202.

33) 일본 최고재판, 소화 63.2.16.

34) BVerfGE 43, 238 ; 일본최고심판, 소화 44.12.24.

본권은 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 내용으로 들 수 있는 것에 한정되고 있다. 물론 인간의 존엄과 가치·행복추구권이 헌법상 기본권의 원류 내지 근본규범으로 이해할 수 있기 때문에 헌법에 열거되지 아니한 기본권은 인간의 존엄과 가치·행복추구권으로 도출해 낼 수 있다는 점에서 본다면 헌법상 그 어떠한 기본권도 이와 관련짓지 아니할 수 없다. 그러나 굳이 인간의 존엄과 가치·행복추구권으로부터 연역할 필요가 없는 것 즉 인간의 존엄과 가치·행복추구권의 내용으로 평가할 필요가 없는 사항도 있을 수 있다는 점을 염두에 둔다면 위에서 학자들이 공통적으로 적시한 것 이외에도 헌법적 가치를 갖는 기본권은 있을 수 있다는 점을 부인할 수 없다.

예컨대 오늘날 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 관한 것으로서 학자들이나 판례상 인정하고 있는 대표적인 것으로 ‘알 권리’를 들 수 있다.<sup>35)</sup> 알 권리의 헌법적 근거에 관해서 김철수 교수는 인간의 존엄과 가치·행복추구권을 들고 있지만 나머지 학자들은 주로 헌법 제 21조 표현의 자유에서 알 권리의 헌법적 근거를 구하고 있다. 판례도 알 권리의 주된 헌법적 근거를 표현의 자유에서 구하고 있다. 따라서 국내 학자들이 예시하고 있는 헌법에 열거되지 아니한 기본권은 헌법적 가치를 갖는 즉 ‘헌법상 보장된 기본권’에 관한 망라적인 제시로 볼 수는 없다.

---

35) 이에 관한 상세는 성낙인, “정보공개법의 제정과 과제”, 총무처 주관 정보공개법 공청회, 1994.12.21, 주제발표문 참조.



이에 구병삭 교수가 새로운 기본권이라는 제하에 제시하고 있는 일련의 내용은 상당한 시사점을 던져 주고 있다. “새로운 인권이라 칭하는 것으로는 환경권·일조권(채양권)·휴식권·국민의 알 권리(정보권)·평화적 생존권·생명권·인격권(성명·초상·명예)등이 있다. 이 인권 중에는 기존 인권의 한 부류로 등장한 것도 있다. 이러한 ‘새로운 인권’은 헌법을 개정하여 채택하면 별 문제가 없다. 그러나 헌법을 개정하지 않고 기존 조항에서 해석하려는 데서 ‘새로운 인권’의 문제가 있다. 다행히 제5공화국 헌법에서는 종래 ‘새로운 인권’이라 칭하던 환경권(제35조), 사생활의 비밀과 보호(제17조), 행복추구권(제10조, 사실상 1776년 미국독립선언문에도 있지만), 소비자보호권(제124조)에 이어 현행 헌법에서 주택개발정책(제35조 2항), 타인의 범죄행위피해구조(제30조), 대학의 자율성 보장(제31조 4항), 최저임금제 시행(제32조 1항 후단) 등을 새로이 규정하게 되어 진일보하였다.”<sup>36)</sup> 구병삭 교수가 제시하고 있는 새로운 인권사항들은 이미 헌법학자들에 의하여 대체로 헌법적 가치를 갖는 권리로 인정되고 있는 사항들이다.

오늘날 소위 새로운 인권으로 등장하고 있는 사항들은 첫째 20세기헌법의 한 특징으로 들고 있는 사회권(생존권)을 들 수 있다. 오늘날 생존권의 확대·강화는 복지국가화의 경향에 입각한 세계각국의 보편적인 현상이다. 그러나 이들 생존권의 어떠한 사항들이 헌법적 가치를 갖게 될 것

---

36) 구병삭, 앞의 책, 566면.

이며 또한 헌법적 가치를 갖게 될 경우에 그 규범성이 전통적인 자유권과 비교하여 동일할 수 있을 것인지는 여전히 논란의 소지를 안고 있다. 둘째 과학기술의 발전과 더불어 급속한 정보화사회의 진전에 따라 종래 그 헌법적 가치나 중요성이 약하던 사항들이 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 자리를 잡게 되는 경우가 발생한다. 이러한 사항들이 어떠한 시점에 이르러 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 자리잡게 되는 것이냐는 개별적·구체적으로 검토·과약할 수밖에 없다고 본다.<sup>37)</sup>

#### (5) 결론

헌법상 보장되는 기본권의 개념과 범위에 관한 이해는 첫째 헌법상 열거된 기본권의 구체적 내용을 어떻게 정할 것이냐의 문제가 남게 된다. 그에 관한 이해는 개별적 기본권의 내용을 구체적으로 심도있게 분석·이해함으로써 해결될 수 있는 문제이다. 둘째 비록 헌법상 열거된 기본권이라 하더라도 그 규범적 효력에 관해서는 차이가 발생할 수 있다. 예컨대 자유권과 생존권의 효력을 동일한 평면에서 이해할 수는 없을 것이다. 셋째 헌법상 구체적으로 열거되고 있는 사항이 아니라 하더라도 특정한 사항에 대한 개별적·구체적 이해를 통하여 그것이 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 볼 수 있는 경우가 있다. 이러한 사항은

---

37) 새로운 인권에 관한 상세는 구병삭, 앞의 책, 566-571면 참조.

인권의 현대적 경향과 그에 따른 비교헌법적 시각에서의 이해에 기초하여 한국에서의 헌법학자들의 이론이나 판례를 통하여 어떠한 합의에 이를 정도에 이르렀을 때 비로소 헌법적 가치를 갖는 기본권으로 볼 수 있을 것이다. 헌법상 열거되지 아니한 사항이 기본권으로 볼 수 있을 것이다. 헌법상 열거되지 아니한 사항이 기본권으로 평가될 경우에도 그 구체적 범위와 내용을 어떻게 설정할 것이냐는 문제는 여전히 둘째 경우와 마찬가지로 남게 된다.

이에 한국헌법에서의 기본권의 개념과 범위에 관한 이해는 개별적 기본권을 구체적으로 이해하여 이에 관한 체계적인 이론 정립이 됨으로써 구체적 사안의 해결에 기여할 수 있으리라고 본다. 그렇게 함으로써 헌법소원의 대상으로서의 ‘헌법상 보장된 기본권’에 관한 어느 정도의 시각이 정립될 수 있을 것이다. 이에 본 연구에서는 헌법상 기본권의 개념과 범위에 관한 첫 번째 연구의 단초를 연다는 점에서 헌법상 기본권으로서 오늘날 가장 그 중요성이 부각되고 있을 뿐만 아니라 현실의 헌법재판소의 계쟁 사건에서도 가장 많이 논의의 초점이 되고 있는 평등권·표현의 자유·재산권에 관한 연구를 펼쳐 보이고 있다. 앞으로 계속적으로 개별적 기본권에 관한 심도 있는 연구가 연차적으로 진행되리라고 본다.

## 제2장 평등권 - 미국헌법을 중심으로 -

안 경 환

(서울대학교 법대 교수)

### 1. 머리말

#### (1) 본 논문의 고찰범위

평등권에 관한 우리나라 헌법재판소의 판례는 헌법에서 평등권이 차지하는 중요성을 반증하듯 수없이 많이 나오고 있다. 그리고 이에 관한 평석 및 참고자료 역시 이루 헤아릴 수 없을 정도여서 그 이론적 검토나 타당성 여부에 관해서 자세한 논의들이 많이 이루어진 상태다. 그러므로 본 논문은 국내의 판례 및 평등권에 관한 중복된 논의를 피하고 선진외국의 오랜 사법심사의 역사를 검토해 봄으로써 헌법재판의 실제적 기능을 제고시키고자 하는 취지에서 평등보호조항과 관련된 헌법적 분석을 중심으로 한 미국헌법의 평등권 논의를 자세히 소개하는 것을 목적으로 하였다. 200년 가까이 전통을 유지해 오고 있는 미국의 사법심사제

도는 헌법재판의 이론적 원형이라 할 수 있으므로 미국에서 평등권에 관해 발전시킨 헌법판례 및 그 이론적 틀을 검토해 보는 것만으로도 우리의 헌법재판에 많은 도움이 될 것으로 생각했기 때문이다.

서론에서는 먼저 미국의 평등보호조항의 적용 및 해석과 관련한 분석을 다루었다. 다음으로 연방대법원이 평등권을 심사하는 헌법적 도구로 삼았던 심사기준 및 그 적용경향을 살펴보고, 영역별 평등권 이론의 전개, 그리고 평등의 적극적 실현을 위한 정책을 평등권에 대한 기본적 시각이라는 관점에서 분석하여 그 타당성에 관한 논의를 소개하는 순서로 잡았다. 이에 부가하여 영국의 평등권에 관한 내용 및 전체적인 기본권에 대한 접근방식에 관한 소개를 간략히 덧붙였다. 같은 판례법 체계지만 서로 상이한 법체계를 가지고 있는 영국과 미국을 양체계의 비교분석없이 제시해 준다는 것 자체가 학문적으로 볼 때 바람직하지는 않으나 아직껏 잘 소개되어 있지 않은 영국의 판례와 법률 및 그 기본적 입장 차이를 소개해 보고 싶은 차원에서 미국의 이론을 설명한 뒤에 해당논점에 관한 영국법의 내용을 덧붙이는 식으로 편성하였다.

## (2) 평등보호조항의 연혁과 헌법상 지위

건국 초부터 평등의 관념은 미국을 지배하는 중요한 헌법적 이념이었다. 1776년 독립선언서(Declaration of Independence)에서 이미 “우리는, 모든 사람은 평등하게 창조

되었으며 창조주에 의해 불가양의 기본권을 부여받았다는 사실, 또 그 중에 생명과 자유와 행복을 추구할 수 있는 권리가 포함되어 있음을 자명한 진리로 간주하는 바이다 (We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal,…)”라고 선언함으로써 평등을 건국의 이념으로 삼았던 것이다. 그러나 구체적으로 헌법에 평등이라는 단어가 명시적으로 제시된 것은 수정헌법 제14조에서였다. 비록 그 이전에 제정되었던 수정헌법 제5조가 연방차원에서의 평등보호를 실현시키는 기능을 해 오긴 하였으나 동조에는 평등보호라는 말이 없었으므로 적법절차조항을 근거로 했었던 것이다.

남북전쟁을 전후로 하여 미국에서는 흑인의 민권보장이 첨예한 관심사로 떠올랐다. 흑인의 시민권을 부정한 악명 높은 Dred Scott 판결 이후로 남부에서 횡행해 오던 여러 종류의 흑인차별 법률(black code), 남북전쟁을 치른 후 연방 속으로 재편입되어야 하는 남부 주들의 사회경제적 이권, 흑인의 참정권 보장과 관련한 정치적 문제 등 어려운 문제들이 산재해 있었고, 이를 해결하려는 노력 또한 특히 남북전쟁이후에 여러 방면으로 시도되고 있었는데 그 중 법적인 노력의 결과로 이른바 ‘남북전쟁조항’<sup>1)</sup>이 헌법의 수정조항으로 규정되었다. 수정헌법 제 13조에서 노예제도

---

1) 수정헌법 제 13, 14, 15조가 남북전쟁 이후에 연속적으로 규정되었고 이 내용들이 남북전쟁 기간 중에 해방되었던 노예들을 포함한 흑인의 권리를 보장하기 위해서 제정되었으므로 이 3조항을 ‘남북전쟁조항’이라고 부른다.

와 강제노역을 명문으로 금지하고, 수정헌법 제 14조에서는 자유민으로서의 면책과 특권 및 적법절차에 의한 권리 보호, 그리고 법에 의한 평등보호를 규정하였으며, 수정헌법 제 15조에서 흑인의 참정권을 보장하기에 이르렀던 것이다.

그 중 수정헌법 제 14조<sup>2)</sup>는 제정 초기의 의도, 즉 흑인의 민권을 보장하고 그러한 보장을 각 주에도 적용시키기 위한 의도와는 달리 미국헌법의 해석과 적용에 있어서 막대한 영향력을 행사하게 되었고 그 조문의 적용되는 영역도 확대되어 미국헌법의 기본권 조항의 운용에 있어서 절대적인 비중을 차지하게 되었다. 변호인의 조력을 받을 권리를 비롯한 형사피고인의 제반인권을 도출해 낸 절차적 적법절차이론과 1930년대 후반에 사라지긴 했지만 Lochner 판결을 위시하여 독특한 내용을 도출해 내었던 실체적 적법절차이론 등이 수정헌법 제 14조에서 나왔고, “equal protection of the laws”라는 문구를 해석적용하는 과정에서 내용이 형성되어 왔던 평등보호이론 역시 수정헌법 제 14조의 일내용인 것이다<sup>3)</sup>.

---

2) 수정헌법 제 14조는 크게 4부분으로 구성되어 있다. 흑인의 시민권을 통일적으로 규정한 부분, 특권과 면책조항, 적법절차조항, 평등보호조항이 그것이다. 그리고 특권과 면책조항, 적법절차조항, 평등보호조항을 실현시키는 주체를 주(State)로 규정해 놓음으로써 적법절차조항을 통해서 권리장전이 주에 적용되게 하는 통로를 만들어 놓았다. 수정헌법 제 14조의 제정과정과 그 당시의 헌법사적인 배경과 의미에 관하여는 Daniel A. Farber & Suzanna Sherry, 「A History of the American Constitution」 (1990), pp. 247-319 참조.

3) 동 조를 이해하는 것은 미국헌법사를 절반 이상 이해하는 것이라고

평등보호이론이 미국헌법해석의 핵심적 도구로 사용되기 시작한 것은 실체적 적법절차이론이 종언을 고하게 된 1937년 이후였다. 수많은 경제개혁입법을 계약자유의 원칙으로 좌절시켜 온 이른바 Lochner시대에 평등보호조항은 헌법적 권리를 보호하는 데 있어서 보충적인 위치밖에는 차지하지 못하고 있었다<sup>4)</sup>. 그러던 것이 이제는 실체적 적법절차이론을 대신하여 개인의 기본권을 제약하는 법률의 합리성을 판단하는 해석도구로 사용되게 된 것이다<sup>5)</sup>. 개인의 기본권을 제약하는 법률이 합리적인가를 판단하는데 있어서 적법절차조항을 이용하는 것과 평등보호조항을 이용하는 것 사이에는 분석방법에 차이가 있다. 기본권을 제약하는 법률이 개인을 차별하지 않은 상태라면 적법절차조항에 의해, 개인을 차별취급하고 있으면 평등보호조항에 의해 심사해야 하기 때문이다<sup>6)</sup>. 예를 들면, 특정법률이 A라는 사람의 형사절차에 있어서의 기본권을 침해하고 있는가를 판단하는 것은 적법절차조항에 의해야 하는 반면, 그 법률이 A라는 사람과 B라는 사람의 형사절차적 기본권을 차별해서 취급하고 있는 경우는 평등보호조항에 의해 위헌

---

할 수 있을 정도다. 안경환, “마법의 상자 적법절차조항”, 「법은 사랑처럼」 (1988) p.106.

4) Holmes판사는 평등보호조항에 대하여 “헌법적 주장으로는 가장 설득력이 없는 조항(the last resort of constitutional arguments)”이라고 하였다. Buck v. Bell, 274 U.S. 200(1927).

5) Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」, 2ed(1994), Vol 3. pp. 4-5.

6) Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」, 2ed(1994), Vol 3. pp. 6.



심사를 해야 하는 기본적인 차이점이 있는 것이다.

한편, 평등보호조항은 수정헌법 제 14조에만 규정되어 있고 수정헌법 제 14조는 각 주를 대상으로 하고 있음이 명백하여 연방의 경우에는 평등보호조항의 적용되지 않는 것처럼 보이지만, 평등보호조항은 연방의 경우에도 적용된다. 연방대법원도 이 점을 분명히 하고 있다<sup>7)</sup>. 그러므로 개인의 기본권을 침해하거나 의심스러운 차별을 하고 있는 경우 해당법률을 심사하는 경우에는 주에 적용되는 것과 똑같은 기준이 연방에도 적용되는 것이다. 더 나아가 사인의 경우에도 평등보호조항의 적용되는가 하는 문제가 생기는데 이와 관련된 문제가 소위 말하는 “국가행위이론”<sup>8)</sup>이다. 전통적으로 개인간의 문제는 사적자치의 원칙에 맡겨졌으므로 평등보호조항의 적용을 받지 않지만 주가 직접적이든 간접적이든 사인의 차별행위에 개입하였다면 그 개인의 행위는 국가행위가 되고 따라서 수정헌법 제 14조의 적용을 받게 된다는 것이 이 이론의 골자다. 그러나 순수한

---

7) *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497(1954). 연방에 적용되는 수정헌법 제 5조에는 equal protection이라는 문구가 없지만 due process, 즉 적법절차조항이 평등보호의 의미를 포함하는 것으로 해석함으로써 연방에도 적법절차조항을 통하여 평등보호이론이 적용된다고 선언하였다.

8) 흑인의 차별과 관련하여 이 이론의 맹위를 떨쳤다. 평등보호조항이 주에만 적용됨을 이용하여 사인간에는 흑인에 대한 차별이 공공연하게 행해지고 있고 이에 법원은 State Action의 범위를 확장하여 사인에 의한 흑인차별을 규제하였다. 그러나 이에도 한계가 있었으므로 결국에는 민권법에 의한 해결을 시도하게 되었다. State Action에 관한 자세한 논문으로는, Rotunda & Nowak, 「Tretise on Constitutional Law」, 2ed(1994), Vol 2. pp. 523-577.

사인의 영역에서는 여전히 차별이 성행하고 있었으므로 연방의회는 평등보호조항의 실현은 위해 수정헌법 제 14조 5항에 근거하여 일련의 민권법(Civil Rights Acts)<sup>9)</sup>을 제정하기에 이르렀고 이러한 특별법에 의해 이제는 사인의 행위까지 차별금지의 대상이 되게 되었다.

평등보호조항의 적용을 받는 주체 면에서 이론의 확장이 진행됨과 동시에 차별이 금지되어야 할 대상영역에 있어서도 평등보호이론은 확장되어 나갔다. 전통적으로 평등보호조항이 적용되어 오던 경제관련법률 외에 수정헌법 제 14조가 제정된 초기에는 흑인에 대한 차별을 금지하는 쪽으로만 그 목적이 해석되었으나<sup>10)</sup> 흑인의 민권신장과 더불어

---

9) 1866년 민권법을 시작으로 1975년 민권법이 제정되고 나서 한동안 효과를 거두지 못했던 민권법은 Brown 판결 이후 1957, 1960, 1964년에 걸쳐 더 상세하게 제정되었다. 대표적인 1964년 민권법에 의하여 공공시설에 있어서는 인종·피부색·종교·국적 등을 이유로 그 용역이나 봉사·시설·특전을 차별해서는 안됨을 명백히 하였다. 이 조항은 Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States, 379 U.S. 241(1964)/Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294(1964)/Katzenbach v. Morgan, 384 U.S. 641(1966) 등 여러 판결에 의해 합헌성을 인정받았는데, 특히 의회가 민권법을 제정할 수 있는 헌법적 근거가 무엇이나에 대해 '통상조합(interstate commerce clause)'이라고 판시했다. 이를 포함하여 민권법 전반에 관한 자세한 내용은, Theodore Eisenberg, 「Civil Rights Legislation」, 3ed(1990), 참조./통상조항과 관련한 자세한 내용에 관해서는, 안경환, “미국의 연방주의-통상조항을 중심으로-”, 「미국헌법과 한국헌법」 pp. 393-424.

10) Civil Rights Cases. 109 U.S. 3(1883). 이 판결의 내용은 뒤에서 후술한다. 3. (2) 4) 참조. 한편 수정헌법 제 14조의 '면책과 특권조항(privileges and immunities)'을 엄격해석한 판례로는 Slaughter-House Cases, 83 U.S. 36(1873)가 있다. 여기서는 안방의 시민권에

여성의 권리에 대한 관심이 사회적으로 높아짐에 따라 여성에 대한 차별을 심사하는 평등보호이론 및 사법심사기준이 발전하기 시작했고 소수민족 및 국적에 기하여 사람을 차별하는 경우까지 나름대로의 이론을 발전시켜 나갔다. 그러나 소위 본질적 권리(fundamental rights)라는 이름으로 투표권 등, 수정헌법 제 1조와 관련된 문제들까지 평등보호조항 아래 해석하려는 시도에 대해서는 많은 비판이 있다<sup>11)</sup>.

### (3) 평등보호조항의 의미

일반적으로 평등권의 논의에서 평등이라는 개념은 그것이 개인의 능력이나 자질과는 무관하게 평등하다는 의미의 절대적 평등이 아니라 능력에 따라 우열이 생길 수 있는 상대적 평등을 의미한다는 것은 주지의 사실이다. 하지만 평등을 그 이상 적극적으로 정의하는 것이 가능한지에 대해서는 의문이다<sup>12)</sup>. 오히려 ‘차별의 금지’라는 소극적인 개

---

기초한 면책과 특권은 주의 그것과 다르기 때문에 도살업에 관한 독점권을 부여해 준 루이지애나 주의 법률은 수정헌법 제 14조의 ‘면책과 특권조항’ 위반이 아니라고 하였다. 만약 흑인들이 자신의 평등권 투쟁에서 특권조항을 이용하려 했다면 실패했을 것임을 시사해 주는 판결이다.

11) 이 문제에 대한 연방대법원의 입장 역시 유동적이었는데 알맞은 심사기준이 무엇이나에 대해서도 이견을 보이고 있다가, *Anderson v. Celebrezze*, 460 U.S. 780(1983) 판결에서 투표권과 관련하여 적용되어 왔던 기왕의 평등보호조항에 의한 접근을 버리고 이를 수정헌법 제 1조의 문제로 해석하는 쪽으로 입장을 정리했다.

념으로 정의해 놓고 합리적인 차별이란 어떤 것인지를 구체적으로 밝혀 내는 것이 좀 더 현실적이고 바람직한 접근일 것이다.

연방대법원 역시 합리적인 차별이란 어떤 것인지에 대해 여러 종류의 심사기준을 가지고 하나하나 판단해 왔고 치밀하고 타당한 심사기준의 확립을 위해 애써 왔던 것을 알 수 있다. 하지만 여러 판례에서 나타난 공통적인 요소들을 추출하여 평등보호의 개념을 구성해 본다면, “유사한(similar) 상황에 처해 있는 사람은 유사하게, 다른(different) 상황에 처해 있는 사람은 다르게 취급하는 것”이라고 일응 말할 수 있겠다<sup>13)</sup>. 여기에서의 ‘유사한(similar)’이란 의미는 신체적·생리학적인 유사함을 의미하는 것이 아니라 특정한 입법목적(또는 행정목적)에 비추어 보아 유사한 상황에 있다는 의미이다<sup>14)</sup>. 즉 여자와 남자는 생리학적으로는 틀리지만 유언집행자가 된다거나<sup>15)</sup>, 알코올을 섭취할 수 있는 연령에 다다른 정도<sup>16)</sup>등에 있어

---

12) 국내교과서에도 평등에 관해서 적극적인 정의를 한다기보다는 정당한 이유나 합리적 근거가 있는 차별은 허용된다는 식으로 소극적인 개념정의를 한 다음 합리적 차별의 의미에 관해서 사유별로 그리고 영역별로 고찰하고 있다. 권영성, 「헌법학원론」(1994), pp. 398-413 / 김철수, 「헌법학신론」(1994), pp. 239-254 참조

13) Tussman and TenBroek, “The Equal Protection of the Laws”, 37 Calif. L.Rev. 341(1949)/Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」, 2ed(1994), Vol 3. p. 8 각주 5에서 재인용.

14) Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」, 2ed(1994) Vol 3. p. 9.

15) Reed v. Reed, 404 U.S.71(1971) 판결에서 문제가 된 것이다.

16) Craig v. Boren, 429 U.S. 190(1976) 판결에서 문제된 것이다.

서는 유사한 상황에 처해 있는 것이다.

그러므로 법의 적용대상인 사람들이 유사한 상황에 처해 있는가를 알기 위해서는 입법목적(또는 행정목적)을 검토해 보아야 한다. 일단 입법(행정)목적이 헌법위반이 아니라고 인정되면 목적을 달성하기 위해서 사용한 차별이라는 수단이 합당한 것인지를 분석하게 되는 것이다. 수단으로서의 차별이 합리적인가는 개인의 능력에는 관계없이 일정한 집단을 일반화시켜(as a whole) 차별하였는가 하는 것이 하나의 기준이 되어 있는 듯하다<sup>17)</sup>. 이러한 “목적(ends) - 수단(means)”에 관하여 연방대법원은 3가지의 사법심사 기준을 확립하여 왔다. 그리고 이러한 기준은 경제입법, 인종과 성, 국적, 본질적 권리 등에 대하여 제각기 다르게 적용되어 왔다.

## 2. 평등보호위반의 번사기준과 그 적용과정

### (1) 평등보호위반의 번사기준

---

17) 예를 들어, 개개인의 능력에 상관없이 흑인 모두에게 학교 기타의 편의시설을 분리시켜 사용하게 한다든지, 정년퇴직에 있어서 여자를 남자와 달리 차별한다든지, 혼외자의 입양에 있어서 친모에게만 입양의 동의권을 주고 친부는 사실상 같이 살았는가라는 구체적인 사정을 고려할 여지도 없이 입양에 대한 동의권을 박탈하는 경우 등이 바로 어떤 한 사유(인종, 성, 혼외자)에 기해 전체적인 차별을 한 경우다. 이하의 여러 판례들에서 그런 경향을 볼 수 있다.

## 1) 서론

법률<sup>18)</sup>에 기한 차별이 평등보호조항을 만족시키는지 하는 것은 입법의 목적과 그 목적을 달성하기 위한 수단과의 실질적인 관련성 여부를 검토함으로써 판단된다. 이 판단은 사법부가 법률의 내용을 검토함으로써 얻어질 수 있는데 이 과정에서 필연적으로 제기되는 문제가 있었다. 첫째는 고유한 사법의 기능이 어디까지인가 하는 점이고, 둘째는 입법부의 정책적 판단을 어느 정도 존중해 주어야 하는가 하는 점이다<sup>19)</sup>.

1937년까지 연방대법원은 이 점에 관하여 별다른 기준없이 평등보호조항과 적법절차조항을 사용하여 차별의 합리성 여부를 따져왔다. 그러던 것이 1937년에 실제적 적법절차이론이 종언을 고하게 되자<sup>20)</sup> 기본권간에 우열이 생기기

---

18) 여기서 말하는 ‘법률’이란 의회가 제정하는 엄밀한 의미의 법률에 국한되는 것이 아니라 정부의 이익을 도모하기 위한 입법 및 행정조치들을 통틀어 일컫는 의미로 쓰고 있다. 즉 사법심사의 대상이 되는 모든 국가행위를 통칭하는 것으로 이해하면 된다.

19) Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」, 2ed(1994), Vol 3. pp. 12-13. 이 중 법원이 의회에 부여해야 하는 사법적 존중의 정도에 영향을 미치는 요인에 대한 학설과 판례를 정리한 것으로는, 양 건, “법률의 위헌심사의 기준-미국연방대법원 판례를 중심으로-”, 헌법재판연구 제 1권, pp. 80-84.

20) 1937년 전까지 많은 사회경제입법이 적법절차조항에 의해 위헌선언을 받았다. 최저임금법이나 노동시간규제법, 소년노동규제법 등이 적법절차에 의하지 않고 개인의 자유와 재산을 박탈한 것이라는 이유로 위헌선언을 받았다. 그 대표적인 판결이 Lochner v. New York, 198 U.S. 45(1905)판결이었다. 빵 공장에서 일하는 노동자의 근로시간을

시작했다. 이중기준의 원칙의 등장이 바로 그것이다. 1938년의 *Carolene Products* 판결<sup>21)</sup>에서 Stone판사는 그의 유명한 각주 4번을 통하여 이중기준의 논리를 창설하였다.

그는 여기에서 통상의 사법심사보다 엄격한 사법심사를 받아야 하는 분야로서 3가지를 들었다. ① 헌법상 특수한 금지조항으로 되어 있는 최초의 수정헌법 10개 조항들, ② 정치적 과정을 규제하는 법률, ③ 소수자의 권리를 규제하는 법률, 이 3가지의 경우에는 좀더 정밀하고 세심한 사법심사가 필요하다고 하였던 것이다<sup>22)</sup>. 이를 기점으로 연방대법원은 이후로 경제규제의 영역에서는 의회와 정부의 판단에 대해 합헌성을 추정하는 입장을 취하고 비경제적 영

---

규제한 뉴욕주의 법률이 문제된 것이었는데 다수의견은 이를 계약자유의 침해라고 하여 위헌으로 판정하였던 것이다. 그래서 이 시기를 *Lochner* 시대라고 칭하는 것이다. 그런데 1937년의 *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379(1937) 판결에서 부인 및 소년노동에 관한 워싱턴 주의 최저임금법이 합헌판정을 받게 된 것을 계기로 실제적 적법절차이론은 사멸하고 이후의 경제규제입법은 고도의 합헌추정을 받게 되었다. 이 당시의 법원의 인적 구성과 사법적 변동에 관해서는, 러셀 겔로웨이 저, 안경환 역, 「법은 누구 편인가」(1988) pp. 153-160 참조.

21) *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144(1938)

22) 이중기준의 원칙을 정당화하는 근거 중 다음의 3가지가 유력한 지지를 얻고 있다. 첫째, 기본적 자유의 중요성, 둘째, 침해를 금지하고 있는 권리장전의 명확한 문구, 셋째, 사법부는 경제규제입법에 관해서는 그렇지 못하지만 기본적 자유의 보장에 관해서는 전문적 판단능력을 갖추고 있다는 점. Henry J. Abraham은 이 중 세 번째 논거가 가장 명확한 정당화의 근거라고 하고 있다. 이중기준의 논의와 정당화 근거에 관하여는, Henry J. Abraham 저, 윤후정 역, 「기본적 인권과 재판」 pp. 17-41 참조

역에 있어서는 좀더 엄격한 사법심사를 하는 태도를 취했다. 그리고 이런 과정에서 평등보호조항과 관련해서는 엄격 심사기준이 등장하게 되었다.

편 평등보호의 영역이 확대되어 감에 따라 기존의 두 가지 기준만으로는 불충분한 영역이 등장하였다. 성에 기한 차별과 적서에 의한 차별의 경우였다. 합리적 근거 심사기준으로는 합헌추정이 너무 쉽게 되고 그렇다고 인종에 기한 차별이나 본질적 권리를 침해하는 법률보다는 덜 엄격한 기준을 적용해야 할 필요를 느끼게 된 것이다. 여기에서 중간심사기준이 나왔다. 결국 연방대법원은 3가지의 심사 기준을 평등보호조항과 관련하여 적용시켜 왔다고 할 수 있겠다.

## 2) 합리적 근거 심사기준(rational basis test)

이 기준은 연방대법원이 경제입법분야에 대하여 전통적으로 취해 오고 있는 입장이다. 법률이 추구하려는 적법한 목적(legitimate ends)을 이루는데 사용된 차별이 합리적인 관련이 있는 것이라면(rationally-related means) 합헌으로 인정된다는 것이 그 주요내용이다. 이 기준을 따른다면 법률에 기한 차별이 헌법상 허용되는 일정한 목적과 합리적인 관련만 갖고 있으면 합헌이라고 보게 되므로 심사의 정도가 가장 낮고 명백한 차별(invidious discrimination)이 있는 경우가 아니면 위헌으로 선언되지 않게 된다. 실제로 연방대법원이 판례를 통해서 적용한 사례들을 보면 거의



입법부의 판단을 존중하는 방향으로 이 기준을 적용시켜 왔던 것을 알 수 있다.

경제규제의 영역에서 법원이 극도의 합헌추정적 입장을 취하는 것은, 경제분야에 있어서만큼은 입법부의 판단이 더 전문적이고 우월한 능력을 지니고 있으며 사법부가 이에 개입하여 그 합헌성을 심사한다면 초입법적 기능을 행사하게 되는 결과라는 사법자제론적 입장과, 권력분립적 차원에서 볼 때 의회에서 다수를 대표하여 민주주의 원칙에 의해 제정된 법률을 독립된 소수로 구성된 사법부가 무효화시키는 것은 민주주의에 어긋난다는 입장에 기초를 두고 있다. 하지만 이 심사기준에 대해서는 결과적으로 사법 심사를 거의 포기하는 것이 아니냐는 비판이 제기될 수 있다.

### 3) 엄격심사기준(strict scrutiny)

엄격심사기준은 입법목적이 차별을 정당화시키기에 충분한 정도에 그치지 않고 불가피하고(compelling) 우월한(overriding) 목적일 것을 요하며 그 목적을 이루기 위한 수단은 필수적(necessary)인 것이어야 하고 엄밀히 고안되어야(narrowly tailored)한다는 기준이다. 연방대법원은 이 기준을 인종과 국적에 기한 차별, 또 본질적 권리(fundamental rights)의 행사와 관련된 차별입법의 두 가지 영역에서 사용하여 왔다. 이 두 분야는 합헌성의 추정이 부적당한 영역으로서 Stone 판사에 의해 Carolene Produ-

cts 판결에서 언급된 이래 줄곧 고도의 엄격한 심사를 받아왔다. 인종과 타고난 국적<sup>23)</sup>에 기하여 사람을 차별하는 경우에는 일단 합헌성을 의심받게(suspect) 되었고 본질적인 권리를 행사함에 있어서 차별을 할 경우에도 불가피한 이익이 입증되지 않는 한 위헌판정을 받게 되었다.

#### 4) 중간심사기준(intermediate level of scrutiny)

평등보호에 대한 심사기준은 Warren 법원 시대를 거치면서 경제영역에서의 입법과, 본질적 권익에 대한 차별 및 인종을 기준으로 한 차별의 경우에 2원적으로만 적용되어 오다가 Warren 법원이 끝난 후 얼마 안되어 중간적인 영역에 대하여 새로운 내용의 심사기준을 확립하기에 이르렀다. 전통적인 합리적 근거 심사기준보다는 좀더 엄격하나 엄격심사기준에 의하여 해결하기에는 정도가 약한 영역에 적용되는 중간적 심사기준인데 중요한(important) 입법목적, 그리고 그 목적과 실질적인 관련이 있는(substantially related) 차별일 것을 요구한다.<sup>24)</sup>

연방대법원이 이 중간적 심사기준을 적용한 영역은 주로 성차별·적서차별과 관련한 것이었다. 불법체류 외국인의 자녀를 교육의 기회 면에서 차별한 주법을 위헌으로 판정

---

23) 국적에 기한 차별에서 엄격심사기준이 일관되게 적용된 것은 아니었다. 국적에 기한 차별을 논할 때 후술한다.

24) 이 중간적 심사기준은 Craig v. Boren, 429 U.S. 190(1976) 판결에서 정립되었다. 구체적인 내용은 후술한다.

하는 데서도 사용한 것으로 보이고<sup>25)</sup>, 유동적인 입장을 보이고 있긴 하지만 인종을 근거로 하는 적극적 평등실현정책에 관한 심사에 있어서도 적용한 판례가 있다<sup>26)</sup>. 그리고 뒤에서 볼 수 있듯이 성차별·적서차별에 관해서도 시사기준이 일관된 것은 아니었다<sup>27)</sup>

### 5) 유동적 접근법(sliding scale approach)<sup>28)</sup>

유동적 접근법이란 연방대법원이 인정한 평등보호심사의 기준은 아니나 Thurgood Marshall 판사에 의해서 일관되게 주장되고 있는 것으로, 평등보호위반여부를 판단하는 기준은 형식적으로 어떤 영역에는 어떤 사법심사기준을 적

---

25) Plyler v. Doe, 457 U.S. 202(1982). 이 판결에서 다수의견은 엄격심사를 적용하는 듯했으나 실제로는 중간심사기준의 내용으로 판정을 내렸으며 Powell판사는 그의 동조의견에서 중간심사기준을 적용해야 한다고 주장했다.

26) Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission, 110 U.S. 2997(1990)의 다수. 자세한 것은 후술한다(4).

27) 중간심사의 적용영역에 관한 개관으로는, Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」 2ed(1994), Vol 3. pp. 16-21 참조. 이 책에서는 그 밖에 인인의 권리에 관한 차별조치에 대해서도 중간심사영역에 속하는 것으로 소개하고 있다. 인인의 권리에 관하여 연방대법원이 판단한 사법심사기준은 “적법한 행형목적에 합리적으로 관련된 수단”이라고 한다. Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987).

28) San Antonio School Dist, v. Rodriguez 판결과 Dandridge v. Williams 397 U.S. 471(1970) 판결의 반대의견에서 Marshall 판사에 의해 주장되고 있는 것으로 법원이 공식입장으로 적용하고 있지 않으므로 별도로 소개할 실익은 없지만, 본 논문의 결론과 관련이 있고 다른 심사기준에 대한 대비의 차원에서 따로 소개하였다.

용한다는 식으로 고정되어 있는 것이 아니라 문제된 상황에서 첨예하게 대립되는 법익의 중요성을 실체적으로 교량하여 중요한 이익에는 엄격한 사법심사를, 그렇지 않은 경우에는 강도가 낮은 사법심사를 해야 한다는 내용의 기준이다.<sup>29)</sup> 그는 Warren 법원의 이분법적 심사기준을 비판하면서 관련이익의 헌법적·사회적 중요성 및 차별기준의 비합리성(invidiousness)을 바탕으로 기준의 스펙트럼(spectrum of standards)을 적용할 것을 주장하였다.

## (2) 번사기준의 법원별 적용경향

Lochner 시대를 비롯하여 Warren 법원 이전에는 평등 보호 조항이 단순히 최후에 적용될 수 있는 법적 기준에 불과했고 그 내용도 일반적인 합리성 여부를 판단하는 것 외에는 별다른 기준이 정립되지 못했다. 그러던 것이 Warren 법원 시기에는 사법적극주의적 경향과 더불어, 경제적 입법에 대해서는 입법부의 정책적 판단을 존중하는 입장을 취하되 개인의 본질적 권리와 관련되는 부분, 그리고 인종을 기준으로 한 차별에 대해서는 엄격한 사법심사를 하는 2원적 접근(two-tier approach)을 행하게 되었다. 이러한 2원적 접근은 Warren 법원시기 민권의 신장과 더불어 개인의 기본권을 수호하고 헌법적 개혁을 이루는 중요한 수단으로 작용하였다. 주로 엄격심사의 두 번째 영역

---

29) San Antonio School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1(1973) Marshall 판사의 반대의견 참조.

인 본질적 권리(fundamental rights)의 개념을 확대해 나가면서 수많은 민권판결과 제도적 원칙들을 탄생시켜 온 것이다. 그러나 Burger 법원에 이르러서 본질적 권리의 확장은 거부되었다<sup>30)</sup>. 2원적 접근의 경직성에 대한 비판이 제기되고 급기야는 성차별에 관련된 Craig v. Boren 판결에서 중간적 심사기준을 정립하게 되었다. 하지만 이렇게 정립된 기준들이 명확한 경계선을 가지고 있지는 않았다. 때로는 합리적 근거 심사기준을 표방하면서 중간심사기준의 입장에서 판결한 것도 있으며<sup>31)</sup>, Rehnquist 법원에서 내린 판결 중에는 외형적으로는 엄격심사를 표방하면서 내용상으로는 중간심사의 기준을 적용한 판결<sup>32)</sup>도 있었다. 이처럼 Burger 법원에서 Rehnquist 법원에 이르기까지의 이른바 현대법원의 판결형태를 보면 평등보호에 관한 심사기준이 단순한 사건별 이익형량(ad hoc intervention)의 차원에 머무르는 것이 아닌가 하는 의문을 가지게 할 정도다<sup>33)</sup>.

평등보호에 관한 심사기준을 적용하는 법원의 입장이 이렇게 개별적으로 될 수밖에 없는 이유는 평등보호조항을 통해서 그 가치를 측정받는 실체적 권리들이 다양하기 때문이다. 입법의 목적의 어떠한 기본권을 제한하는 것이라

---

30) 하지만 위헌법원 시대에 인정되었던 본질적 권리들(이를테면 투표권과 같은)은 버거법원도 역시 본질적 권리로 인정하였다. 다만 그 이상으로 확대시키지 않았다는 것뿐이다. Gerald Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 275.

31) Reed v. Reed, 404 U.S. 71(1971) 판결이 그 대표적인 경우이다.

32) Plyler v. Doe, 457 U.S. 202(1982).

33) Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 277.

면 목적의 중요도는 문제된 기본권의 중요도에 따라 판정되고 이러한 입법의 목적을 달성하기 위한 수단으로 사용된 차별 역시 해당 기본권의 중요도에 따라 합헌성을 의심 받는 정도(suspectness)가 다르기 때문이다. 그렇게 때문에 구체적인 사건을 판단해야 하는 법원의 입장에서 볼 때 Warren 법원의 극단적인 2가지 기준은 불충분한 것이었고 3가지 기준을 마련하고서도 일관된 판단을 내리지 못하고 있는 것이다.<sup>34)</sup> 평등보호심사기준을 적용하는 데 있어서 법원의 입장과 태도를 사례별로 면밀히 검토해야 할 필요가 바로 여기에 있는 것이다.

### (3) 영국의 경우

영국은 미국과 달리 개인의 권리에 관하여 헌법이라는 단일하고도 통합적인 문서를 통해 개인의 기본권을 보장하고 있지 않다. 마그나 카르타와 권리장전(Bill of Rights)과 같은 고전적 문서가 오늘날에도 효력을 보유하고 있으나 이러한 문서들은 탄생과정에서 국왕과 귀족, 또는 의회간의 정치적 담합이라는 측면이 강하며 엄밀한 의미에서 법적 정의를 확보하는 견제수단으로서의 시민의 기본권에

---

34) 최근의 논문에서는 렌퀴스트법원의 판례분석을 통해 4번째 심사기준을 이론화하려는 시도를 보였다. 자세히는 James A. Kushner, "Substantive Equal Protection : The Rehnquist Court and the Fourth Tier of Judicial Review", 53 Missouri L. R. (1988) pp. 424-463. 참조.

관련된 법률은 없는 것이나 마찬가지였다. 이렇게 기본적인 권리에 관한 원칙을 선언한 문헌은 없었으나 영국은 방대한 양의 단행법률들 및 그에 기초한 판결들을 통해서 만족할 만한 정도는 아니지만 나름대로의 원칙들을 정립해 오고 있다<sup>35)</sup>. 저명한 헌법학자 Albert V. Dicey는 「The Law of the Constitution」에서 법의 지배(rule of law)에 관한 제 3의 명제 - “헌법은 법의 지배원칙에 의해서 실현된다” - 를 설명하면서, “간단히 말해서 영국헌법은 법관들에 의해서 만들어진 것이며 그 표면에 판례법의 장단점이 속속들이 드러나 있다... 헌법은 제정되는 것이 아니라 생성되는 것이다”라고 말했다. 즉 “헌법은 제정되는 것이 아니라 생성되는 것이다”라고 말했다. 즉 “헌법상의 일반 원칙, 예를 들어 개인의 자유권이나 집회의 권리 등등은 결국 법원에 제기된 특정한 사건들에서 사인의 권리를 규정하는 사법판결들의 결과물에 불과하기 때문”이라는 것이다<sup>36)</sup>. 결국 영국에 있어서의 기본권에 관한 법원은 법관의 판결과 특정문제를 처리하기 위한 의회의 특별제정법, 그리고 의회에 의해 선언된 사실상의 판결 이 3가지이다<sup>37)</sup>. 그 외에 국제적 인권보호를 위한 EC법(예를 들면 로마협약)의 영향으로 영국에서 기본권에 대한 보호가 확대되기

---

35) Geoffrey Robertson, 「Freedom, the Individual and the Law」 6ed. (1989) p. 17.

36) Albert V. Dicey 저, 안경환·김종철 공역, 「헌법학입문」 pp. 115-120.

37) Albert V. Dicey 저, 안경환·김종철 공역, 「헌법학입문」 pp. 116-117.

도 하였다<sup>38)</sup>.

평등권에 관한 이론 역시 특정한 헌법조항에서 도출된 것이 아니라, 커먼 로(common law) 상에서 법관에 의해 선언된 판결원칙들, 또는 의회가 제정한 법률이 그 기준이 되었다<sup>39)</sup>. 그리고 최근의 평등권에 관한 단행법률들을 보면 상당히 상세하고 전문적인 부분까지 규정하고 있어서 법원은 단지 이 법의 자구를 해석하고 적용하는 선에 머무르는 듯한 태도를 보이고 있다. 그 대표적인 예로는 Race Relations Act 1976, Sex Discrimination Act 1975, Equal Pay Act 1970 등을 들 수 있다<sup>40)</sup>. 이에 관한 판례들도 어

---

38) Geoffrey Robertson은 영국정부가 제도적인 나태함과 안일함 때문에 인권분야에서 개혁을 수행하지 못하고 있다가 유럽국가들과의 정치적·경제적 협약을 통해서야 비로소 자유주의적 입장으로 돌아서게 되었다고 비판하면서 유럽인권재판소가 영국에 미친 영향을 긍정적으로 평가하고 있다. Geoffrey Robertson, 「Freedom, the Individual and the Law」 6ed.(1989) p.18. 영국 국내법과 EC 법과의 충돌에 관한 상세한 내용은 Atkins, 「Court Forum」 Vol 31. pp. 340-344 참조.

39) 영국에는 의회의 입법을 헌법에 근거해서 위헌심사하는 제도가 없다. 성문의 헌법이 없어서 그럴 수도 있겠지만 의회의 입법을 사법부가 무효화시킬 수 있다는 생각 자체가 영국에서는 발붙일 수 없기 때문이다. Dicey 역시 영국과 미국을 의회주권과 연방주의라는 큰 명제로 비교하면서 이 점을 설명하고 있다. 그리고 의회주권요소로서 헌법적 법률도 일반법률과 같은 위상에 있다는 점과 의회제정법을 무효로 위헌선언할 수 있는 권력이 존재하지 않는 점을 들었고, 연방주의가 성립하기 위한 필수요소 중의 하나로서 최고성을 가진 헌법에 근거하여 의회의 입법을 무효화할 수 있는 법원의 권한을 들었다. 영국과 미국의 헌법적 특성에 기초한 이 같은 대비에 대해서는 Albert V. Dicey 저, 안경환·김종철 공저, 「헌법학인문」 pp. 73-103 참조.

40) Halsbury's Statutes, 4 ed. Vol 6. 「Civil Rights and Liberties」 부분 참조. 이 단행법률들은 인종에 기한 제반차별의 폐지에 관한 국제



떤 의미에서든 법률에 의해 규정된 내용의 범위를 넘어서는 것은 거의 찾아볼 수 없다. 그러므로 일단은 평등보호를 위반하는 차별을 심사하는 기준을 상세한 단행법률에 대한 해석에서 찾아내고 판례분석을 통해서 그 외에 커먼로 상의 원칙들을 발견해 내는 수밖에 없다. 단행법률의 내용에 관해서는 평등보호의 적용영역과 관련해서 후술한다.

### 3. 평등보호의 적용영역과 판례의 전개<sup>41)</sup>

#### (1) 경제입법분야

앞서 언급한 바 있듯이 이 분야에서 연방대법원은 극도로 사법자제적(deference)인 자세를 보여 주었다. 그 대표적인 판결이 *Railway Express Agency v. New York*, 336 U.S. 106(1949)였다. 운전자들의 시선을 흠뜨릴 우려가 있다는 이유로 트럭의 바깥 면에 자기 회사의 홍보광고가 아닌 일체의 홍보광고를 붙이지 못하게 한 뉴욕 주의 한 지방조례가 문제된 사건<sup>42)</sup>인데, 연방대법원은, 주가 그러한

---

협약(1966), 여성에 대한 제반차별의 폐지에 관한 국제협약(1979), ILO의 동일노동동일임금에 관한 협약(1951)의 체결을 전후하여 제정되었다. O. Hood Phillips & Paul Jackson, 「O. Hood Phillips'Constitutional and Administrative Law」 7ed(1987), p. 438.

41) 이 장의 체제 및 소개된 판례내용은 Gunther 교수 판례교과서의 그것을 많이 따랐다. 여기에 최근의 판례와 필자 나름대로의 분석을 가미시켜 소개해 나가겠다.

판단을 내린 것은 허용할 만한 것이고 평등보호기준은 같은 종류의 모든 해악을 전부 제거하거나 또는 제거하지 않을 것을 요구하는 것은 아니라고 하면서 평등보호 위반이 아니라고 판시했다.

Warren 법원에 들어서도 이러한 입장은 견지되었다. 안경제작에 있어 검안사(optometrist)나 안과의사의 처방전 없는 한 안경점(optician)이 렌즈를 제작하는 행위를 금지한 주법의 위헌여부가 문제된 *Williamson v. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483(1955) 판결, 일요일휴무법(Sunday Closing Act)의 적용대상에서 몇 가지 물품을 제외시킨 것이 문제된 *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420(1961) 판결, 군(county)의 형무소에 수감되어 재판을 기다리고 있던 죄수들에게 부재자투표를 차별적으로 부여한 것이 문제된 *McDonald v. Board of Election*, 394 U.S. 802(1969) 판결에서 대법원은 입법의 지혜를 지극히 존중하는 태도를 취하였던 것이다. 이 판결들에 나타났던 법원의 공식입장은 “문제된 법률이 사용한 수단은 적법한 주의 목적을 이루기 위한 합리적인 수단이어야 하며 그 입법목적의 추구와 전혀 관계없는 이유에 기한 차별이라야만 위헌이 될 것이다. 그 법률을 적용한 결과 비록 약간의 불평등한 결과가 생길지라도 입법부는 합헌적 권한을 행사한 것으로 추

---

42) 차량에 부착된 광고가 기업체 자신의 것이든 남의 것이든 운전자의 주의를 산만하게 하는 것과 똑같기 때문에 유독 타인의 광고를 차량에 부착시키는 것만 규제하는 것은 교통문제와 관련하여 차별적인 규제를 하고 있는 것이라 하여 평등보호위반이 주장되었던 것이다.

정되어야 한다.” 라는 것이었다<sup>43)</sup>.

Warren 법원의 이러한 입장은 Burger 법원에 와서 더욱 강화되었고<sup>44)</sup>보다 세부적인 원칙으로 이어져 갔다. New Orleans v. Dukes, 427 U.S. 297(1976) 판결<sup>45)</sup>을 시발점으로, 경찰의 정년을 50세로 정한 주법이 문제된 Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia, 427 U.S.307(1976) 판결에서 비록 법률이 불완전(imperfect : 법률에 의해서 피해를 보는 사람이 없게끔 세밀하게 규율하지 못했다는 의미)하더라도 입법부의 판단을 존중해야 한다는 입장을 취하였다<sup>46)</sup>. 이어서 대법원은 U.S. Railroad Retirement Bd. v. Fritz, 449 U.S. 166(1980) 판결<sup>47)</sup>에서 극도의 합헌

---

43) Gunther 교수는 이를 “단계적 접근(one step at a time approach)” 이라고 하면서 이론적으로는 최소한의 사법심사기준이지만 사실상 심사를 포기하는 것이 아니냐는 의문을 제기했다. Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), pp. 287-288.

44) 1970년대 초기에 합리성 심사를 엄격히 하는 듯한 인상을 주기도 했으나 (U.S. Dept. of Agriculture v. Moreno, 413 U.S.528(1973)/ Jimenez v. Weinberger, 417 U.S. 628(1974) 이내 사법자제적인 입장으로 되돌아갔다. Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5d(1992), pp. 293-296.

45) New Orleans 주에서, French Quarter(프랑스인의 거리) 지역 내의 행사 음식점자들을 일정한 연수를 기준으로 차별하는 법률을 제정한 것이 문제되었는데 연방대법원은, 경제입법분야에서 합헌성을 추정해야 한다며 합헌판결을 내렸다.

46) 이런 입장은 그 후 Vance v. Bradley, 440 U.S. 93(1979) 판결에서 다시 확인되었다.

47) 이 사건은 사회보장에 의한 연금 및 철도노동자로서의 연금혜택을 이중으로(dual benefit) 누리고 있던 근로자들이, 연방법률에 의해 철도노동자에 관한 퇴직연금이 10년 이상의 장기근속자에게만 주어지게 되자 평등보호위반이라며 제소한 사건이다.

추정적 입장을 취했다. “우선 입법목적이 적법한가를 확인한 다음 그 수단이 독단적(arbitrary)이고 비합리적(irrational)인가를 검토하여야 한다… 차별입법에 일견 타당한 이유를 제시할 수 있으면 실제로 이러한 이유가 입법적 결정의 근거가 되었는가를 따질 필요도 없다.”

하지만 사법부가 의회의 판단을 무조건 존중한 것으로 이해해서는 안 된다. 기본적으로 평등보호의 문제는 Douglas 판사가 얘기했듯이 이론적인 판단에 의해서가 아니라 그것이 바탕하고 있는 실체적인 문제를 고려함으로써 답해질 수 있기 때문이다<sup>48)</sup>. 그런 경향을 뚜렷이 느낄 수 있는 곳은 Schweiker v. Wilson, 450 U.S. 221(1981) 판결에서 Powell 판사가 제기한 반대의견에서였다. 의식주물품을 구입할 수 있도록 노인이나 맹인, 장애인에게 지급하는 구호비용을 연방의 의료보장기금 지원을 받고 있는 수용시설에 속한 사람들에게만 주기로 한 것이 평등보호조항을 위반한 것이 아니냐는 것이 문제된 이 판결에서 다수의견은 여전히 합리적 근거 심사기준을 적용하여 합헌이라고 하였으나 Brennan, Marshall, Stevens를 포함한 4명의 판사<sup>49)</sup>는 강력한 반대 의견을 통해서 차별이 입법목적과 실질적인 관련(fail and substantial relation)이 있을 것을 요

---

48) Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106(1949). 그리고 평등보호에 관한 여러 판례에서 유동적 접근법을 주장한 Marshall 판사가 일관되게 주장한 말이다.

49) 이 사건은 5대 4의 판결이었다. Fritz 판결에서 다수의견에 가담했던 Powell이 Brennan, Marshall, Stevens에 가세하여 반대의견을 냈다.

구하였다. 이것은 중간심사기준의 척도였다. 그럼에도 좀더 강도 높은 심사를 요구한 이유는 문제된 상황이 사회복지와 관련된 분야였기 때문에 단순한 경제규제입법의 경우와는 다른 실체적 교량을 했기 때문이라고 생각되는 것이다. 후속판결인 *Logan v. Zimmerman Brush Co.*, 455 U.S. 422(1982) 판결 역시 형식적인 사법자제의 자세에서 벗어나 있다. 일리노이 주의 위원회가 법정기간이 도과한 후로 심문기일을 지정하였기에 부당노동행위에 관한 구제신청이 받아들여지지 않는 것이 문제된 이 판결에서 대법원은 일리노이 주가 합리적 근거 심사기준에 비추어 보더라도 불합리한 차별을 한 것이라고 판단하였던 것이다<sup>50)</sup>.

1980년대에 조세분야의 차별입법에 대하여 합리적 근거 심사 기준 아래 위헌판결을 내리기도 하였지만<sup>51)</sup> 연방대법원은 그 이후에도 경제 및 사회복지분야의 입법(본질적 권리와 관련되지 않은)에 대해서는 대체로 합리적 근거 심사 기준을 계속 적용하여 사법자제적인 입장을 유지해 나갔다<sup>52)</sup>.

---

50) 이 사건에서 법원이 위헌을 내린 법적 근거는 평등보호조항이 아니라 원래를 적법절차(due process of law)조항이었다. 고지(fair notice)와 청문의 기회(right to be heard)가 적법절차를 충족시키는 기본적인 조건이기 때문이다.

51) *Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. County Commission*, 488 U.S. 366(1989)/*Metropolitan Life Insurance Co. v. Ward*, 470 U.S. 869(1985)/*Williams v. Vermont*, 472 U.S. 14(1985).. 이 판결들에 대한 분석은 *Rotunda & Nowak*, 「*Treatise on Constitutional Law*」 2ed(1994), Vol 3. pp. 32-41 참조.

52) 이에 관한 최근의 판례로는 *Burlington Northern Railroad Co. v.*

## (2) 인종(race)을 기준으로 한 차별<sup>53)</sup>

### 1) 서론

Carolene Products 판결의 각주에서 제기한 바에 따라 인종을 기준으로 한 차별은 후속판결에서 특별한 취급을 받게 되어 합헌성을 인정받는 범위가 좁아졌다. 연방대법원은 일관되게 인종을 기준으로 한 차별 그 자체가 합헌성을 의심받는(suspect) 사유였으므로 이것이 정당화되려면 정부측에서 불가피한 이익(overriding, compelling interest)이 있는 목적을 달성하기 위해 필수적인(necessary) 수단임을 증명해야 했다. 그러나 가운데 인종차별에 관하여 기념비적인 업적을 남긴 Brown 판결이 등장했다. 그리고 이 판결의 법리를 회피하려는 지속적인 시도가 있었지만

---

Ford. 504 U.S. (1992)가 있다. Gunther, 1994 Supplement p.149.  
53) 인종에 관한 차별에 대해서는 이 논문에서 고찰하고 있는 헌법적 접근 외에도 많은 행정적, 법률적, 사회적 차원의 접근이 있다. 본 논문에서는 평등보호의 심사기준 중의 엄격심사기준과 관련되는 부분으로 논의를 좁히겠다. 인종차별의 역사와 그에 대한 법적 노력을 각분야별로 조명한 문헌으로는 , Derrick Bell, 「Race, Racism and American Law」 2ed(1980)/헨리 J. 에이 브라함 저, 윤후정 역, 「기본적 인권과 재판」 (1992), pp. 389-513. 국내논문으로는, 서주실, “한국헌법에 있어서의 흑백인의 평등”, 헌법연구(한국헌법학회) 1972/2, pp. 119-154./윤명선, “흑백평등의 전개과정”, 경희법학(1986) 21/1, pp. 93-124. 흑백차별에 관한 법률차원의 접근, 특히 민권법을 중심으로한 평등에 관해서는 Theodore Eisenberg, 「Civil Rights Legislation」 3ed(1991) 참조.

Brown 판결의 원칙을 집행하기 위한 적극적인 조치들이 뒤따랐다. 강제통학명령(busing)이 그 중의 하나다. 하지만 미국헌법의 역사만큼이나 뿌리가 깊은 흑인에 대한 사회적 차별은 법적차별의 철폐선언으로 사라지는 것이 아니었다. 흑인에 대한 사실상의 인종분리(de-facto segregation)가 계속되었던 것이다. 그리고 법적으로 제재를 받지 않는 사적인 차별영역에서도 흑인에 대한 차별이 계속되었다. 수정헌법 제 14조는 사인간의 영역에는 적용되지 않는 것이기 때문이다<sup>54)</sup>. 이에 대한 법적인 대응으로 나온 것이 바로 “국가행위(state action)이론이다. 사인간의 영역이라도 거기에 어떤 식으로든 국가가 관여하고 있으면 그것은 헌법의 평등보호조항의 적용을 받는 것이라고 하면서 국가의 관여를 여러 가지 유형에서 확인해 나간 이론이다. 인종차별에 관한 또 하나의 중요한 법리가 투표권을 비롯한 참정권 문제와 관련하여 제기되었는데 이는 법률의 차원에서 더 많이 다루어지는 문제이므로 본질적 권익과 관련된 부분만 해당부분(3. (4))에서 언급하고 상론하지는 않기로 한다<sup>55)</sup>.

---

54) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3(1883).

55) 흑인의 참정권은 우선 수정헌법 제 15조에 의해 헌법적 차원의 보장을 받고 있고, 이에 근거하여 제정된 1965년 선거권법, 1970, 1975, 1982년의 동계정법이 구체적인 흑인참정권 문제를 규율하고 있다. 이 법률에 대한 자세한 것은, 헨리 J. 에이브라함 저, 윤후정 역, 「기본적 인권과 재판」(1992), pp. 447-464 참조. 한편 1965년의 선거권법은 South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301(1966) 판결에서 합헌성을 인정받았다.

## 2) 엄격심사기준의 확립

인종을 기준으로 한 차별에 관해 법원이 비교적 엄격한 자세를 취한 것은 1880년의 *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 판결에서 이미 발견된다. 흑인을 배심에서 제외한 주법은 위헌이라고 판시하면서 Strong 판사는 “평등보호조항이 요구되는 것은 피부색을 이유로는 법률에 의한 어떤 차별도 해서는 안 된다는 것이다”라고 하였던 것이다. 그러나 인종을 이유로 한 차별을 합헌성이 의심스런 (suspect) 사유라고 명백히 선언한 최초의 판결은 *Korematsu v. United States*, 329 U.S. 214(1944) 판결이었다. 2차대전 중 태평양 연안지역에서 간첩행위의 위험이 있다는 이유로 일본계 미국시민을 분리수용한 조치가 문제된 이 사건에서 Black 판사는 “특정 인종의 민권을 제약하는 일체의 법적 조치는 일단 위헌의 의심이 드는 것이다. 그러므로 ... 법원은 가장 엄격한 심사를 해야 한다는 의미이다.”라고 말하였던 것이다<sup>56)</sup>.

이러한 내용의 엄격심사기준이 수정헌법 제 14조의 목적이 무엇이나와 관련하여 집중적으로 조명된 판결이 바로 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1(1967) 판결이다. Virginia 주법은 인종간의 결혼(interracial marriage)을 금하고 있었

---

56) 하지만 이 판결은 엄격심사기준이 적용되었음에도 불구하고 합헌판정을 받은 이례적인 판결 중의 하나다. Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 309.



는데 흑인여자와 백인남자가 이 법을 위반하여 결혼함으로써 처벌된 사건이었다. 흑인뿐만 아니라 백인까지도 처벌하고 있으므로 평등보호위반이 아니라는 주의 주장을 배척하면서 대법원은 “수정헌법 제 14조의 명백하고도 핵심적인 목표는 인종차별에 관한 주내의 제반 공적요인들을 제거하는 것이다. … 인종을 기준으로 한 차별은 특히 형사 처벌과 관련된 법률에서는 가장 엄격한 심사를 받아야 한다”고 판시했다<sup>57)</sup>. 수정헌법 제 14조의 핵심목적을 인종차별의 철폐에 있다고 하면서 인종을 기준으로 한 차별에 대해 고도로 엄격한 사법심사를 적용한 것이다. 이어서 법원은 딸을 양육하고 있는 백인여자가 흑인남자와 재혼하게 되자 동거양육권을 이혼한 전남편에게 부여한 주법원의 판결을 위헌으로 선언했고<sup>58)</sup>, 인종이나 국적을 기준으로 부동산거래에 관한 규칙을 제정할 때에는 투표권자 과반수 이상의 찬성이 있어야 하다고 규정한 시의 조례가<sup>59)</sup> 역시 엄격심사를 통과하지 못하고 위헌판정을 받게 되었다.

### 3) 인종차별과 Brown 판결

---

57) 이 판결에서 동조의견을 집필한 Stewart 판사는 “행위자의 인종에 기초하여 범죄행위를 규정한 주법이라면 우리 헌법 하에서 합헌성을 인정받기란 불가능하다”고 하였다. 인종간의 결혼은 금지한 형법이 문제된 *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184(1964) 사건에서도 역시 Stewart 판사는 동조의견을 통해서 “그러한 차별은 그 자체가 불합리한(*invidious*) 것이다”고 하였다.

58) *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429(1984).

59) *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385(1969).

남북전쟁의 결과로 탄생한 3개의 수정조항의 목적이 노예제도를 폐지하고 흑인들에게 미국 시민으로서의 완전한 혜택을 부여하며 선거권을 행사할 수 있도록 하는 것이었음에도 불구하고 남부의 백인들은 진정한 자유를 흑인에게 허용하지 않았으며 예전처럼 흑인에 대한 차별이 여전히 행해지고 있었다. 연방대법원도 Slaughter House Cases, 83 U.S. 36(1873), Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883), United States v. Harris 106 U.S. 629 (1883) 의 3건의 판결을 통해서 결과적으로 이런 차별을 조장해 주었다. 그런 가운데 기차 내에서 흑인과 백인을 분리하여 앉도록 한 주법을 “분리하되(separate but equal)”의 논리로 인정해 준 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537(1896) 판결이 내려졌다. 이것은 기존에 행해져 오던 흑백인 분리시설(학교를 포함하여)에 대해 헌법적 근거를 제공해 준 것이나 마찬가지였다.

이러한 원칙은 1954년에 가서야 폐기되었다<sup>60</sup>). 그 유명한 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483(1954) 판결은 Plessy 판결에서 “우리(미국) 헌법은 색맹(color - blind)”이라는 Harlan 판사의 반대의견에 따라 분리된 교육 시설 그 자체가 불평등한 것이라고 선언했던 것이다. “오로지 인종을 근거로 하여 공립학교에서 아동들을 분리시키

---

60) 물론 그 이전에도 “분리하되 평등”한 원칙을 뒤집으려는 시도는 있었다. 그 대표적인 예가 Missouri ex rel. Gaines v. Canada, 305 U.S. 337(1938) 판결이다. 분리하되 평등한 원칙과 그것을 뒤집으려는 시도에 관한 상세한 전후 과정에 대해서는, 헨리 J. 에이브라함 저, 윌리엄 정역, 「기본적 인권과 재판」(1992), pp. 402-424 참조.

는 것이 비록 물적 시설과 기타 다른 ‘외적인’ 조건들이 평등하다 할지라도 소수집단의 아이들에게 균등한 교육의 기회를 박탈하는 것이 되는가? 우리는 그렇다고 믿는다”. 또 흑백분리 그 자체가 공교육에 미치는 영향에 대해 언급하면서 “백인 아동과 유색인종 아동을 분리하는 것은 유색인종 아동에게 치명적인 영향을 준다. 특히나 그것이 법에 의해 인가된 것일 때 영향은 더욱 커진다. 인종분리정책은 보통 흑인이 열등하다는 것을 나타내기 때문이다. 열등의식은 아동의 면학의욕을 위축시킨다.”라고 하였다. 다른 사회분야에서도 흑인이 차별받아 왔지만 공립학교 교육에 있어서의 차별을 철폐한 Brown 판결이 특별한 의미를 갖는 것은 그것이 법적으로 선언한 법리의 상징성 때문이다<sup>61)</sup> 엄격심사에서 요구되는 입법의 목적이나 수단에 대한 판단을 할 필요도 없이 분리된 교육 그 자체를 위헌으로 규정함으로써 다른 영역에 있어서의 인종차별을 철폐하는데 그 판단의 준거가 되었던 것이다<sup>62)</sup>. 하지만 공적인 분야가 아

---

61) 이러한 상징적 의미를 고려해서인지 Warren 대법원장은 이 사건을 만장일치로 만들기 위해 그렇게 노력했었다. 원장 자신의 직접 판결문을 집필했고 반대의견을 집필하려던 판사들을 끈질기게 설득했으며 심리학자와 사회학자들의 의견까지 참고해 가면서 Brown 판결을 만들어 냈던 것이다. 여기에 대한 자세한 것은, 헨리 J. 에이브라함 저, 윤후정 역, 「기본적 인권과 재판」(1992), pp. 420-424. / 안경환, 「법은 사랑처럼」, pp. 108-114 참조.

62) 이내 Brown 판결의 영향은 공공교통, 공공시설 등 다른 영역으로 파급되었다. 법정에서 흑인만을 위해 마련한 좌석에 앉으라는 주법원 판사의 명령에 거부한 행위를 법정모욕죄로 선언한 판결이 문체된 사건에서 법원은 혐의를 파기하면서 “이제 주는 더 이상 공공시설에서 흑백차별을 할 수 없다는 것은 헌법적으로 의문의 여지가 없다.”고 선

년, 즉 사적인 분야에서의 차별이라든지 법적으로는 중립적이거나 적용단계에서 차별의 효과가 나타나는 사실상의 차별(defacto segregation)같은 경우에도 공립학교나 법적인 차별이 있는 경우에서와 같은 구제를 받을 수 있는 것인지에 대해서는 아직 분명치 않았다<sup>63)</sup>.

Brown 판결을 통하여 인종간의 평등이 헌법적으로 확인되었지만 사실상의 인종차별은 계속 남아 있었다. Brown 판결이 선언한 법리를 구체적으로 실현하기 위한 이행판결(Brown II : 349 U.S. 294(1955))이 뒤따랐지만 오히려 더 심한 반항을 불러 일으켰다<sup>64)</sup>. 하지만 연방대법원의 입장 또한 Brown판결의 이행에 대해 단호했다. 일반국민의 극심한 반감을 우려하여 Brown판결의 이행을 연기해 달라고 요구한 Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1(1958) 판결에서 대법원은 만장일치로 연기요구를 거부했던 것이다. “헌법상 피고에게 보장된 권리가 정부의 조치 뒤에 따를 지도 모르는 폭력과 무질서의 위협 때문에 양보될 수는 없다”. 인종차별 지역에서 일어난 또 다른 형태의 저항은 아예 공립학교 자체를 전면 폐교하고 사립학교에 다니도록 하면서 수업료나 주의 보조금을 백인에게 차별적으로 지급하는 방

---

연하였다. Johnson v. Virginia, 373 U.S. 61(1963)

63) Chandler, Enslin, Renstrom, 「The Constitutional Law Dictionary」 (1985) Vol 1. p. 327.

64) Brown II 판결에서는 공립학교에서의 인종차별을 철폐하는 데 필요하고도 적절한 명령을 “매우 신중한 속도로(with all deliberate speed)” 마련해야 한다고 하였다. 그럼에도 불구하고 저항은 격렬해져 간 것이다. Chandler, Enslin, Renstrom, 「The Constitutional Law Dictionary」 (195) Vol 1. pp. 328-329.

식이었다. 이 역시 법원에 의해 제지당하게 되었다<sup>65)</sup>. Brown 판결을 회피하려는 각종의 편법적 시도가 계속되자 연방대법원은 1968년에 Green v. County School Board of New Kent County, 391 U.S. 430(1968) 판결을 통하여 인종분리의 이원적 교육제도를 철폐하는 조치를 즉각 채택하여 실행하라고 썰기를 박았다<sup>66)</sup>. “이원적 교육제도에 대한 즉각적이고도 효과적인 철폐노력을 할 가망이 보이지 않는 지역정책은 용납할 수 없다(intolerable)”고 하였던 것이다. 그리고 이듬해 Alexander v. Holmes County Board of Education, 396 U.S. 19(1969) 판결에서 대법원은 판사 전원의 일치된 의견으로 Brown II 판결에서 선언한 ‘신중한 속도’원칙을 폐기하고 통합된(unitary) 학군체제를 ‘즉시(at once)’ 운영할 것을 명령하기에 이르렀다<sup>67)</sup>. Green 판결에

65) Griffin v. County School Board of Prince Edward County, 377 U.S. 218(1964).

66) Green 판결 당시 남부에는 “선택의 자유 안”(학생들에게 어느 학교에 갈 것인지 자유로이 선택하고 진학도 할 수 있도록 한 정책)이 채택되어 있는 상태였다. Brown 판결을 회피하려는 여러 노력들을 Rotunda, Nowak 교수는 다음의 6가지로 유형화하여 제시하였다.

- i) Grade-A-Year Plan(1년에 한 학년씩 통합한다는 안)
  - ii) Freedom of Choice Plan(선택의 자유 안)
  - iii) Closing Public Schools(공립학교 폐교조치)
  - iv) Creation of New School Districts(신학군창설 : 통합명령을 교묘히 회피하도록 새로운 학군편성)
  - v) Legislative Modifications of Federal Desegregation Remedies(통합 명령을 회피하는 입법)
  - vi) Modification of State Remedies(주정책에 의한 변용)
- 자세한 것은 Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」 2ed(1994), Vol 3. pp. 131-137 참조.

서와 마찬가지로 공립학교에서 인종통합조치를 해야 할 지역당국의 적극적 의무를 확인시켜 준 판결이었다.

한편 Brown판결을 이행할 적극적 의무를 강조한 법원은 보다 적극적인 조치를 취하기 시작했다. 학군간에 흑백통합을 실현하기 위해 강제적인 버스통학(busing)을 실시하라고 명령을 내린 것이다. 그 최초의 판결일 바로 Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1(1971)이었다. 1965년에 지방정부의 교육위원회가 마련한 인종통합정책이 미진한 점이 있어 이원적 교육제도를 타파해야 할 적극적 의무를 확인한 연방대법원 판결에 근거하여 보다 효율적인 통합안을 제시하라고 명령했음에도 불구하고 적절한 안을 제시하지 못하자, 연방지방법원은 직접 전문가를 시켜 통합안을 마련하게 하였고 이에 기하여 외곽지역에 거주하는 백인 아동들과 시내에 사는 흑인 아동들을 하나의 단위로 묶는 광역에 걸친 통합명령을 내렸다. 이러한 명령은 지방정부의 자율성에 대한 위헌적인 간섭이라며 학군측이 상고했던 것이다. 연방대법원은 다시 한 번 전원일치의 판결<sup>68)</sup>을 통해서 “판단의 준거가 되는 주가 조장한 인종분리의 잔영을 전면 제거하는 것이다. Brown 및 그 후속판결들에 의해 확인된 적극적 의무를 교육위원회가 다하지 못했다면 연방법원은 통합된 학군을 만들기 위한

---

67) 한편 이 시기에 때를 맞추어 흑인의 민권운동도 활발하게 이루어져 1964년의 민권법이 이미 제정된 상태였다.

68) 이 판결이 9명의 판사 모두가 인종문제에 대해 동일한 견해를 가진 마지막 작품이었다. 헨리 J. 에이브라함 저, 윤후정 역, 「기본적 인권과 재판」 (1992), p. 430.

대책을 마련할 수 있는 권한이 있다 ... 그러한 대책이 비록 행정적으로 볼 때 불합리, 불편한 점이 있고, 심지어는 비정상적인 것으로 비친다 할지라도 이원적 교육제도를 타파하기 위한 정책을 형성하는 과도기에는 불가피한 것이다.”라고 하였으며 자기가 다녀야 할 학교가 바뀐 학생들을 버스로 통학시키는 것은 필수적이라고 하여 버스통학(busing)을 인종차별철폐의 한 수단으로서 인정해 주었다.

그러나 이것으로 문제가 해결된 것은 아니었다. 남부의 전형적인 법률상의 차별(de-jure segregation)과는 다른 북부식 흑백차별이라는 문제를 다루어야 했으며, 나아가 차별이 이루어진 학군 외에 다른 학군까지도 포함하는 학군간 버스통학문제의 합헌성을 판단해야 했던 것이다. 북부식 흑백차별과 관련된 판결이 바로 콜로라도 주 Denver 시에서 발생한 *Keyes v. School District*, 413 U.S. 189(1973) 판결이었다. 법적으로 인정되는 차별은 없었음에도 불구하고 Denver 시 교육위원회는 학군과 학교와 위치를 교묘히 조작하여 사실상 흑백차별을 조장하고 있었다. 다수의견을 집필한 Brennan 판사는 “첫째, 학교 당국의 체계적인 차별정책으로 인하여 그 지역의 상당수의 학생, 학교, 교사, 시설들이 영향을 받고 있다면 해당 학군전체가 차별적인 학군이라고 할 수 있으며 ... 둘째, 학군 내의 한 지역에서의 차별도 의도적 차별이 증명되었다면 다른 지역에서의 차별도 의도적일 개연성이 높은 것이다.”라는 두 가지 이유를 들어 학군 내 일부 지역에서 법률상의 차별행위가 있을 때 학군 전체에 걸친 차별철폐조치를 내릴 수

있음을 선언했다<sup>69</sup>). 더 나아가 연방대법원은 한 학군의 차별행위를 해결하기 위하여 여러 학군에 걸친 차별철폐명령을 내릴 수 있는가 하는 점을 다루게 되었다<sup>70</sup>). *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717(1974) 판결이 바로 이 문제를 직접 다룬 판결이었다. 디트로이트 시에서만 법률상의 차별(*de-jure segregation*)이 있었음에도 불구하고 53개 학군을 하나의 단위로 묶어 버스통학 명령을 내린 것이 문제된 이 판결에서 법원은 5대 4로 “주, 여러 학군, 또는 어느 한 학군의 인종차별행위가 학군간 차별(*interdistrict segregation*)의 실질적인 원인이 되는 경우에만 학군간 차별철폐명령을 내릴 수 있다”고 하여 한 지역의 다른 지역에서도 차별의 결과를 야기시킨다는 사실이 입증되지 않는 한, 군(*county*) 전체 혹은 도심과 교외를 연결하여 차별철폐명령을 내릴 수는 없다고 판시하였던 것이다<sup>71</sup>). 버스통학

---

69) 다른 지역에서의 사실상의 차별(*de-facto segregation*)을 조장하는 행위가 법률상의 차별과 동일한 평가를 받게 된 것이다. Chandler, Enslin, Renstrom, 「*The Constitutional Law Dictionary*」(1985) Vol 1. pp. 332-333. 다수의견에서 받아들여지지 않았지만 Powell 판사는 더 나아가 사실상의 차별과 법률상의 차별간의 구별을 폐지해야 한다는 주장까지 했다. 7대 1의 이 판결에서 유일한 반대의견을 제출한 Rehnquist는 한 지역의 차별의 효과를 다른 지역에도 똑같이 적용시키는 것은 과장(*long leap*)이라며 격렬히 반대했다.

70) 앞의 두 사건(*Swann, Keyes*)은 한 학군 내에서의 차별에 관한 것이었다.

71) 5대 4로 내려진 이 판결의 반대의견도 만만치 않았다. “주 안에 인종차별이 있는 한 주는 이것을 해소할 의무가 있고 이것을 이루기 위해서는 도시 외곽에 있는 대도시학군들을 통합명령의 범위 내로 끌어들이지 않으면 안되었다”(Marshall), “다수 의견은 한 학군의 헌법위



(busing) 명령의 확장에 제동이 걸린 셈이었다. 3년 후에 다시 이 사건이 올라오자 연방대법원은 버스통학 그 자체를 피해 나갈 수 있는 접근방법을 받아들이기에 이르렀지만<sup>72)</sup> 그 이후로도 버스통학을 인정하는 많은 판결들이 계속 나왔으며<sup>73)</sup> 이를 둘러싼 연방지방법원과 주정부 및 교육위원회간의 대립은 계속되어 갔다.

흑백이 분리된 교육제도는 단순한 평등의 문제가 아니라 정치적, 사회경제적인 여러 분야에 걸치는 중요한 문제이다. 더구나 교육을 받을 권리가 헌법적으로 매우 중요한 기본권이라는 관점에서 그 중요성은 더욱 커진다. 하지만 이에 관련된 지금까지의 판례들을 보면 어떠한 것이 연방대법원의 입장이라고 단언하기가 어려운 면이 있다. 왜냐하면 판사들마다 기본적으로 사법철학이 다르기에 중도적인

---

반행위에 대한 구제는 해당 학군의 경계선 내로 제한되어야 한다는 기괴한 룰을 만들어 내었다”(White)며 폭넓은 통합명령을 지지하였던 것이다.

72) *Miliken v. Bradley II*, 433 U.S. 267(1977). 차별을 보상해 주기 위한 보충수업(remedial reading), 학생에 대한 집중테스트 및 상담, 광범위한 교사연수를 실시할 수 있다고 판결했다. 이 판결의 의의 및 그 이후의 버스통학과 관련한 법적 대응에 관해서는, 헨리 J. 에이브라함 저, 윤후정 역, 「기본적 인권과 재판」(1992), pp. 434-439 참조.

73) *Columbus Board of Education v. Penick*, 443 U.S. 449 (1979)/*Dayton Board of Education v. Brinkman*, 443 U.S. 526(1979) : 이 판결들에서는 *Brown I* 판결이 나왔을 당시에 공식적으로 차별을 행하고 있었음을 근거로 전학군에 걸친 버스통학명령을 인정하였다. 한편 *Milliken v. Bradley* 사건 이후에 이른바 차별의 의도(intent) 및 그 입증과 관련된 사건들이 많이 있는데 여기서는 자세히 언급하지 않기로 한다.

인물들이 어느 쪽에 손을 들어주느냐에 따라 그 결과가 달라졌기 때문이다. 버스통학이라는 새로운 통합수단을 둘러싸고 벌어지는 논쟁도 기본적으로는 사법철학의 문제라고 볼 수 있는 것이다.

#### 4) 국가행위이론(State Action)<sup>74)</sup>

인종간의 평등을 성취하기 위한 지속적인 노력이 있어 왔음은 위에서 본 바 대로이다. 하지만 그에 상응해서 인종간의 평등실현이 가능하면 회피하려는 시도들 역시 많이 있었다. 그 중에 수정헌법 제 14, 15조의 문언을 이용하여 흑백차별을 유지시켜 나가려는 시도에 제동을 건 이론으로 발전된 것이 이른바, “국가행위”이론이다.

원래 수정헌법 제 14, 15조의 적용대상은 ‘주’였다<sup>75)</sup>. 그

---

74) state action이라는 말은 엄밀히 해석하면 주의 행위만을 일컫지만 내용상으로는 주를 비롯한 여러 지방정부로부터 연방정부에 이르기까지 국가가 관여하는 행위라는 의미로 총괄되어 파악된다. 연방정부의 행위는 연방헌법의 적용대상임이 논리적으로 전제된 것이다.

75) 수정헌법 제 14조는 “No state shall…”로 시작하고, 수정헌법 제 15조도 “…by United States or by any State…”라고 되어 있으며, Civil Rights Cases에서도 수정헌법 제 14조의 금지영역은 주의 행위(state action)를 넘어 사적인 차별의 영역에까지 확장되지는 않는다고 하였다. 그러나 입법적으로 사적 부문에까지 확대되도록 규정하고 있는 경우는 예외이다. 예를 들면, 1964년과 1968년의 민권법과 그 후속법들에서는 일부 규정이 사적 행위에까지 확대되도록 하고 있다. 1964년 민권법 제 VII장에서는 여관·모텔 공사영의 식당·주유소·극장·경기장·기타 모든 공공시설에서는 인종이나 피부색·종교·전국적응이유로 차별되지 않도록 규정하고 있고 100명 이상(1968년까지 단계

러므로 사적인 영역에서 흑인을 차별하는 경우에는 수정헌법 제 14조의 평등보호조항 및 수정헌법 제 15조의 참정권 조항의 적용을 받지 못하고 방치되게 되는 불합리한 문제가 생겼다. 그래서 연방대법원은 이에 대해 사인이 국가의 공적인 기능을 수행하고 있거나 주가 사인의 차별행위에 직접적 혹은 간접적으로 개입하였을 경우에는 그 사인의 행위를 주의 행위로 간주하여 수정헌법 제 14, 15조를 적용시키는 입장을 취해 나갔다. 하지만 이러한 이론 역시 흑인의 민권신장과 관련되어 있는 만큼 Warren 법원 대전성기를 이루었고 Burger 법원 이후로는 현 상태의 유지 혹은 축소에 머무르는 듯한 태도를 보이고 있다.

국가행위이론은 두 가지 큰 줄기로 그 내용을 이해할 수 있다. 첫째 사인이 국가의 공적인 기능(public function)을 수행하는 경우에는 이를 주의 행위로 간주하는 것이고, 둘째 주와 개인의 행위간에 밀접한 관련이 존재하는 경우에 그 개인의 행위를 주의 행위로 간주하는 것이다.

국가의 공적 기능을 수행하는 것으로 간주된 대표적인 것이 예비선거 및 예비선거인단 투표였다.

Texas 주의 민주당이 주의 헌법 및 법률로 예비선거에서의 투표권의 자격을 백인시민으로 한정하는 것이 문제된 Smith v. Allright, 321 U.S. 649(1944) 판결에서 선거제도 및 투표권 확정행위는 누가 그 기능을 수행하든 공적기능이므로 수정헌법 제 15조 위반이라고 하였으며, 예비선거

---

적으로 25명으로 내려갔다)의 종업원이 종사하는 사업장에서 고용주 또는 노동조합이 동일한 이유로 차별대우할 수 없도록 규정하고 있다.

인단 투표에서 흑인을 배제한 것이 문제된 Terry v. Adams, 345 U.S. 461(1953) 판결에서도 역시 동일한 취지로 판시했다.

공적기능의 개념은 Evans v. Newton, 382 U.S.296 (1966)판결<sup>76)</sup>에서 사실공원에까지 확대되었다. 배심원기피 신청(peremptory challenge) 역시 국가의 재판기능과 관련된 것으로 흑백차별이 금지되었다<sup>77)</sup>. 이런 공적기능의 개념은 Burger 법원 이후에 들어서 축소되어 가는 경향에 있다<sup>78)</sup>.

차별행위에 대한 주의 개입(involvevement)<sup>79)</sup> 혹은 주와

---

76) Georgia 주의 Macon 시에 설립된 한 공원은 베이컨 상원의원의 유언에 따라 오직 백인에게만 이용이 허락되었는데 유언집행자로 있던 Macon시는 사인에게 그 자리를 넘겨주고 간접적으로 공원유지에 조력하고 있었다. 이 사건의 주요쟁점은 시가 간접적으로 공원의 차별적 경영에 간섭하였는가라는 주와 사실공원 경영과의 견련관계 인정여부였으나 흑시 견련관계가 없다 하더라도 공원의 운영은 필수적인 시의 공적기능이므로 흑백차별은 있을 수 없다고 하였던 것이다.

77) Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc., 111 S.Ct. 2077(1991) /Georgia v. McCollum, 112 S.Ct. 2348(1992). 절대적 배심원기피(peremptory challenge)란 특정배심원에 대해 당사자가 이유를 밝히지 않고 할 수 있는 기피신청을 말한다. 법원은 그 이유를 심사할 수 없다.

78) 원래 공적기능이란 전통적으로 국가의 주권과 관련한 혹은 국가에 의해서만 거의 행해지는 행위나 기능을 말했는데 현대법원으로 올수록 “주에 배타적으로 귀속된 권한(exclusively reserved to the State)”만을 공적기능으로 인정하는 추세에 있는 것이다. Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345(1974) 판결과 Flagg Bros., Inc., v Brooks, 436 U.S. 149(1978)판결이 그 예이다. 자세한 것은, Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), pp. 566-568. 참조.

개인의 차별행위간의 건련관계(nexus)<sup>80)</sup> 때문에 국가행위가 인정된 예로는 *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1(1948) 판결이 대표적이다. 미주리 주의 세인트루이스에서 30인의 토지소유자가 흑인 또는 황인종에게는 50년간 토지의 매각, 임대를 하지 않는다는 내용의 제한약관(restrictive covenant)에 서명하였는데 그 중 일부가 흑인인 Shelley에게 토지를 매각했기 때문에 다른 소유자들(Kramer 등)이 Shelley의 토지소유를 금하고 그 권원을 반환하도록 요구하는 판결을 구하였다. 이에 주법원은 제한약관이 유효함을 근거로 토지소유를 금지하는 명령을 발하였는데 연방대법원은 “제한협정 그 자체는 수정헌법 제 14조에 의해 원고에게 보장된 권리를 침해하는 것이라고 볼 수 없으나 … 주법원의 판결이 제한협정의 사법적 집행을 강제함으로써 주는 원고에게 법에 의한 평등보호를 부정하였다”고 하였다. 판결이라는 공적 행위를 통해 국가가 인종차별을 명령한 것이라고 본 것이다. *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369(1967) 판결에서도 주위 관여로 인한 차별이 문제되었

---

79) 상당한 정도의 개입(involverment to some significant extent)이 있을 때 국가의 개입이 인정되었다. *Burton* 판결에서도 “개인의 자유를 침해하는 사인의 행위는 주가 어떤 형태로든 상당한 정도로 거기에 관여했다는 점이 입증되지 않으면 평등보호위반행위를 구성하지 아니한다는 것이 *Civil Rigthe Cases* 이후로 본 법원이 취해 오고 있는 입장이다”고 하였다.

80) 사인과 국가간의 건련관계에 근거한 국가행위 판단은 연방대법원에 의하여 첫째, 정부로부터 광범위한 규제를 받고 있는 경우, 둘째, 물질적·경제적으로 폭넓은 상호관계에 있을 때, 셋째, 정부로부터 직접적으로 보조금 기타의 도움을 받는 경우 등에서 인정되어 왔다.

다. 공정주택법(open-housing legislation)을 폐지하고 그 유사법률이 다시 통과되지 못하도록 한 캘리포니아 주헌법의 수정조항이 연방헌법 수정 제 14조에 위반되는 것인가라는 문제를 판단하면서 연방대법원은 “본 법률은 직접적 목적, 궁극적 효과, 법령제정 전의 역사적 상황 등으로 보아 인종차별을 조장하며 적어도 차별행위의 공동정범의 역할을 한 것이다. 동 수정조항은 기존의 법을 폐지하는 수준에 그친 것이 아니라 인종차별을 허가해 주는 데까지 나아갔으므로 주의 관여가 있다고 할 수 있다”고 하여 동조항을 위헌으로 선언한 캘리포니아주 최고법원의 판결을 지지하였다.

한편 주와 차별행위를 한 개인간의 밀접한 관계를 다룬 대표적인 판결을 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715(1961) 판결이다. 사유지의 공영주차장 건물의 일부를 임차<sup>81)</sup>한 식당이 흑인에게 급식을 거절한 행위에 대하여 연방대법원은 “식당은 형태상으로는 재정상으로 사유건물의 일부이고 건축 및 유지비용이 Wilmington 시의 공금으로 충당되어지며, 시공무원들의 주차장 이용 및 주차장에 대한 임대료의 징수라는 면에서 상호 이윤을 보고 있는 입장이므로 공생관계, 상호의존관계에 있다”고 하여 식당의 차별행위에 대해 수정헌법 제 14조를 적용하였던 것이다. 그러나 주로부터 중요한 특허권을 얻었거

---

81) 우리 나라 교과서에서도 국가행위이론의 일내용으로서 국유재산임대의 경우를 다루고 있다. 권영성, 「헌법학원론」(1994), p. 355. 김철수, 「헌법학신론」(1994), p. 199.

나 사업수행에 광범한 규제를 받는다는 사실만으로는 국가 행위가 될 수 없다. 주로부터 주류판매업의 허가를 받은 사설클럽이 흑인에게 음주제공을 거절한 것이 문제된 Moose Lodge No. 107 v. Irvis, 407 U.S. 163(1972)판결에서 “허가를 통해 주로부터 혜택이나 서비스 혹은 규제를 받는다는 사실만으로 다 평등보호조항의 위배는 아니며 … 차별행위에 대한 중대한 관련이 있어야 한다”고 판시한 것이다.

국가행위가 존재하느냐에 대한 연방대법원의 판단기준은 한 마디로 종합적이다. 일단 공권력에 근거한 사인의 행위임을 1단계로 파악하고 나서 2단계에서는 공적기능이론, 국가의 관여정도, 국가의 조장, 직접적인 도움의 유무 등을 모두 고려하여 사안별로 종합적인 판단을 해나갔기 때문이다. 그러므로 이론적으로는 완전한 구조를 갖고 있는 것이 아니다. 오히려 중요한 것은 국가 행위이론이, 평등보호조항에 의해 금지되는 차별을 사적인 영역에서 회피해 나가려는 시도에 대해서 수정헌법 제 14조를 확장해 나가려는 목적으로 발전되어 온 이론이라는 사실이다. 평등보호 조항의 영역이 사인간의 관계에서도 적용되는 것인지 하는 중요한 문제를 다루고 있기 때문이다<sup>82)</sup>.

---

82) 하지만 이 이론의 중요성은 다소 약해졌다고 할 수 있다. 이미 주 75)에서도 지적했듯이 평등보호조항의 이념을 실현시켜 주는 1964년 민권법이 일정분야에 대해서는 사인간에도 직접 적용됨을 분명히 했기 때문에 골치 아픈 state action 문제를 다루지 않더라도 차별행위를 금지시킬 수 있기 때문이다. Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」 2ed(1994), Vol 3. p. 569.

## 5) 영국의 경우

1966년에 체결된 인종에 기한 제반차별의 폐지에 관한 협약 (An International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)이 체결되자 영국은 상세한 단행법률의 구비하여 인종차별을 규제하게 되었다. 1976년의 인종차별에 관한 법률(Race Relations Act 1976)이 바로 그것이다.

우선 영국의 평등관련 단행법률들(인종차별에 관한 법률과 성차별에 관한 법률<sup>83</sup>)이 규정하고 있는 차별의 종류에 관해 알아둘 필요가 있다. 인종차별에 관한 법률 (Race Relation Act 1976)은 직접적 차별(Direct Discrimination), 간접적 차별(Indirect Discrimination), 보복적 차별(Discrimination by way of Victimization)의 3가지를 차별의 유형으로 규정하고 있다. 직접적 차별이란 ‘동법이 규정하고 있는 상황에서’ 인종을 이유로 다른 인종의 사람들보다 ‘불리하게(less favorably)’ 취급하는 것을 말한다<sup>84</sup>. ‘불

---

83) 영국의 인종차별에 관한 법률(Race Relations Act 1976)과 성차별에 관한 법률(Sex Discrimination Act 1975)은 체제 및 그 내용이 거의 비슷하므로 인종차별에 관한 장에서 법률의 내용을 대부분 설명하고 성차별에 관해서는 특별한 내용만 추가해서 설명하기로 한다. 그리고 법률의 명칭은 인종차별법, 성차별법으로 약칭한다.

84) Race Relations Act 1976 s. 1 (1) (a). ‘동법이 규정하고 있는 상황에서’ 라는 문구가 가지는 특별한 의미로는 모든 차별행위가 다 불법이 아니라 동법에 규정되어 있는 조건하에서의 차별만이 불법이라는 의미이다. 그러므로 동법에 규정되어 있지 아니한 부분은 차별이 있다



리한' 취급이란 객관적으로 다른 사람이 누리는 권리를 누리  
 지 못하고 있다는 것을 의미하며<sup>85)</sup>, 인종을 이유로 한  
 차별이라고 해서 인종이 불리한 취급의 유일한 원인일 필  
 요는 없고 중요한(significant) 이유면 족하다<sup>86)</sup>. 일차적이  
 고 보편적인 차별의 개념이라고 할 수 있다. 두 번째 유형  
 인 간접적 차별이란 다른 인종과 동일한 취급을 하기 하지  
 만, i) 그 취급에 만족하는 사람의 비율이 다른 인종의  
 만족하는 사람의 비율보다 상당히 낮고(considerably  
 small), ii) 그 취급이 적용을 받는 사람의 인종에 상관없  
 이 정당하다(justificable)는<sup>87)</sup> 입증을 하지 못하고, iii) 그  
 취급에 순응하지 않음으로 인하여 손해가 발생한 경우의  
 차별을 의미한다<sup>88)</sup>. 예를 들어, 학교에는 터번(turban)을  
 쓰지 못하도록 규정한다면 터번을 쓰는 시크교도나 쓰지  
 않는 비시크교도나 다 똑같이 터번을 쓰지 않게 되어 동일  
 한 취급을 한 것 같지만 이 규정에 만족해하는 시크교도의  
 비율은 비시크교도가 만족해하는 비율보다 현저히 낮을 것  
 이다<sup>89)</sup>. 이런 것이 간접적 차별의 경우다. 하지만 간접적

---

라도 불법이 아니게 되는 것이다. O. Hood Phillips & Paul Jackson,  
 「O. Hood Phillips 'Constitutional and Administrative Law」  
 7ed(1987), p. 439.

85) Birmingham City Council v. Equal Opportunities Commission  
 (1989) IRLR 173.

86) Atkin's 「Court Forum」 2ed. Vol 31. p. 317.

87) '정당한 차별'이란 양식있는 일반인이 판단할 때 합당하고 수긍할  
 만한 이유(sound and tolerable reasons to right thinking person)가  
 있는 차별을 뜻한다.

88) Race Relations Act 1976 s. 1 (1) (b).

89) Mandla v. Dowell Lee(1993) 2 A.C. 548.

차별이 이루어진 경우에도 그 목적이 공중의 건강 및 위생과 관련된 것이라면 예외적으로 허용된다고 볼 것이다<sup>90)</sup>. 그리고 보복적 차별이란, i) 차별행위에 대하여 인종차별법에 의한 소송절차를 수행하거나, ii) 차별행위에 대하여 진행되고 있는 다른 사람의 소송절차에 증거 기타 정보를 제공하였거나, iii) 동법에 의한 차별행위를 하였다고 주장한다거나, iv) 기타 동법 하에서 차별행위자에 대한 여타의 행위를 하였다는 이유로, 다른 사람들보다 불리한 취급을 하는 경우를 말한다<sup>91)</sup>. 흑인에게는 접대하지 말라는 주인의 지시를 거절한 백인 여종업원을 해고한 경우<sup>92)</sup>라든지, 흑인 청년은 도박장에 들이지 말라는 지시를 어긴 이유로 해고한 경우<sup>93)</sup> 등이 이에 해당한다.

---

90) Singh v. Rowntree Mackintosh, (1979) I.R.L.R. 199 / Panesar v. Nestle' Co. Ltd, (1980) I.C.R. 144 (C.A.)

91) Race Relations Act 1976 s. 2. 이렇게 차별의 유형에 관하여는 상세한 규정이 있으나 정작 차별의 근거로서 금지되고 있는 '인종적 태생(ethnic origins)'이 무엇인지에 대해서는 아무 말이 없어서 어떠한 경우가 인종에 근거한 차별인지가 분명하지 않았는데 귀족원(House of Lords)은 Mandla v. Dowell Lee(1993) 2 A. C. 548 판결에서 이 문제를 다루었다. Fraser 판사는 "하나의 인종집단을 구성하기 위해서는 그 인종만이 가지고 있는 일정한 특징 때문에 독특한 집단(distinct community)으로 자타가 구별할 수 있어야 한다. 어떤 특징은 필수적인(essential) 것이고 보조적인(relevant) 특징에 불과한 것도 있다"고 전제한 후 필수적인 특징으로서 오랜 역사와 문화적 전통을 들었고, 보조적인 특징으로서 지리학·혈통적 동일성·공통의 언어·문화·종교 등을 들었다. O. Hood Phillips & Paul Jackson, 「O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law」 7ed(1987), pp. 438-439.

92) Zarczynska v. Levy (1979) 1 W.L.R. 125(E.A.T.)

이렇게 규정된 차별은 고용(Ⅱ장), 교육, 행정계획, 재화나 용역·서비스의 제공 및 부동산 거래(Ⅲ장) 등 여러 영역에서 금지된다. 고용에 관한 차별금지에서 특기할 것은 특정 인종을 차별 취급하는 것이 ‘순수한 직업적 자격요건(genuine occupational qualification)’일 경우에는 차별이 허용된다는 점이다. 순수한 직업적 자격요건이란, i)연극이나 연예의 경우 인물들의 특성에 따른 고려(예를 들어, 흑인 주인공을 연극에서 나타내려면 흑인 배우라야 제격이다라는 따위)에 기해 차별은 하는 경우라든지, ii)예술의 경우에 작품이나 모델로 특정 인종을 나타내야 하는 경우에 해당 인종만을 쓴다든지, iii) 특정 인종의 사람이 요리해야 제격인 음식을 제공하는 식당에서의 고용에 있어서의 차별 등을 말한다<sup>94)</sup>. 그리고 잉글랜드 밖의 지역 출신인 선원을 고용하는 경우에는 차별금지에 관한 본법의 내용이 적용되지 않는다(s.9).

교육시설이나 국가 및 공공단체, 직업훈련기관 역시 인종을 이유로 입학이나 교육에 있어서 차별을 할 수가 없다(ss. 17-19, s. 13). 그러나 특정 인종만을 특별히 교육하여야 할 필요(special needs)가 있는 경우에는 예외가 허용된다(s. 35). 공중에 대한 재화와 용역 및 시설의 공급, 그리고 부동산의 처분과 관련하여서도 차별이 금지되지만(ss.

---

93) Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens (1984) 1 W.L.R. 384 (E.A.T.)

94) Race Relations Act 1976 s. 5 (1), (2). 문언에는 동일성(authenticity)을 이유로 한 차별이라고 표현하고 있다.

20-26) 특별한 보호를 요하는 사람들을 자기 집에 데려가 기르고 보호해 주는 사람일 경우는 차별이 예외적으로 허용되며(s. 23(2)), 소규모 부동산의 경우에도 예외가 허용되어 있다(s.22). 한편 변호사의 경우에도 의뢰인을 고르는데 있어서 차별이 금지되고(s. 26A), 인종차별의 의도를 읽을 수 있는 광고(s. 29) 및 이 법에 의하여 금지된 인종차별행위를 하는 제 3자를 교사하거나 방조하는 행위 역시 금지되어 있다(s. 33).

그 밖에 인종차별법 제 VI장에서는 모든 영역에 공통되는 예외 사유를 규정하고 있는데 경쟁적인 스포츠 경기에서 소속지역을 대표하는 선수를 골고루 뽑을 경우 혹은 규정된 규칙에 따른 선수선발이 차별적일 경우 등 스포츠 영역(s. 39)이 그 하나이고 국가안보를 위한 경우(s. 42) 및 법령에 기한 적법한 권한으로 차별하는 경우(s. 41) 등도 이에 포함된다.

인종차별법에 금지된 차별행위에 대한 구제수단 역시 상세히 정해놓고 있다(s. 53). 여기에는 3가지 구제수단이 법정되어 있는데 고용과 관련한 차별에 대해서는 노동재판소(industrial tribunal)가, 교육·재화나 서비스, 시설의 공급 및 재산의 처분과 관련된 분야에서는 해당 지역의 카운티 법원(county court)이, 그리고 인종차별광고 및 기타 불법적 차별과 관련해서는 동법에 의해 설립된 평등보장위원회(the Commission for Racial Equality)가 그 역할을 맡게 된다. 노동재판소의 경우 구제신청인의 권리를 확인하고 손해배상을 명령하며, 불법적인 차별행위를 방지하고 차별

로 인한 효과를 최소화시키기 위해서 필요한 조치를 하도록 권고할 수 있는 권한이 주어져 있다(ss. 54-56). 제 III장에 규정된 분야에서 일어난 차별행위에 대해서는 어느 민사소송과 마찬가지로 해당지역의 카운티법원에 구제신청을 할 수 있다(s. 57). 한편 동법에 의하여 설립된 평등보장위원회(the Commission for Racial Equality)는 무엇보다도 인종차별을 근절하고 기회의 균등을 제고시킬 뿐만 아니라 동법률의 집행을 감시하고 개선책을 요구할 수 있는 일반적 권리와 의무를 갖고 있으며(s. 43), 그를 위하여 인종차별철폐를 위한 실행지침을 발할 수 있다(s. 47). 또 차별행위에 대한 조사권이 있어서(ss. 48-52) 차별행위를 적발했을 경우에 공식적인 조사활동을 벌일 수 있으며 그에 대해 차별철폐통지(non-discrimination notice)를 내릴 수 있다(ss. 58-61). 차별철폐통지는 “차별을 시정하고 시정했으면 그 사실을 통지할 것”이라는 취지의 내용을 담고 있다(s. 58)<sup>95)</sup>. 위의 노동재판소나 지역법원의 명령 및 차별철폐 통지에 불응하는 경우에는 평등보장위원회가 지역법원에 금지명령(injunction)을 청구할 수도 있다(ss. 62-63).

이처럼 영국은 차별의 종류에서부터 금지되는 영역 및 차별에 대한 구제수단까지 상세한 내용의 법률을 가지고 있어서 이 단행법률에 의해 인종에 기한 차별을 규제하고 있다.

---

95) 당연히 이 차별철폐 통지에 대해 불복할 수 있는 권리 또한 보장되어 있다(s. 59).

### (3) 성별(sex)에 기한 차별

#### 1) 중간심사기준의 확립과정

어느 나라에서나 마찬가지로 미국도 한동안은 여성에 대한 보호주의적 사고가 지배하고 있었다. 여성에 대한 차별이 헌법적으로 문제된 최초의 판결인 *Bradwell v. Illinois*, 83 U.S. 130(1873) 판결<sup>96)</sup>에서 연방대법원은 변호사의 자격을 여성에게는 부여하지 않았던 Illinois 주의 법률이 위헌이라는 원고의 주장을 배척하면서, “여성의 가장 중요한 사명이자 운명은 아내와 어머니라는 숭고하고도 아름다운 역할을 충실히 수행하는 것이다.”라고 판시한 바 있고, 남자의 경우는 특별한 경우를 제외하고는 재심원의 자격이 있는 것이 원칙이나 여자의 경우는 원칙적으로 자격이 없는 것으로 규정한 Florida 주법이 문제된 *Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57(1961) 판결에서도 이러한 차별은 평등보호위반이 아니라고 판시하면서 명시적으로 “...여성은 아직도 가정 및 가족의 중심역할을 담당한다.”라고 하였던 것이다<sup>97)</sup>.

---

96) 이 사건에서 *Bradwell*은 수정헌법 제 14조의 면책 및 특권조항 (privileges and immunities)을 근거로 위헌임을 주장하였으므로 면책 및 특권조항의 엄격한 해석상(Slaughter House Cases가 보여주듯이) *Bradwell*의 주장은 받아들여질 수 없었다. 이 사건 이후 주가 여자를 변호사 자격의 대상에서 제외하는 법률을 연방대법원이 위헌으로 판단하게 되었음은 물론이다. Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」 2ed(1994), Vol 3. p. 267.

그러나 이내 연방대법원은 성에 기한 차별을 평등보호의 심사 기준의 문제로 고찰하기 시작했다. 초기에는 1937년 이후 경제입법에 관해 그랬던 것과 같이 성에 기한 차별도 합리적 근거 기준을 적용하는 합헌추정의 경향을 보였다. 바(bar)의 주인의 아내나 딸의 경우를 제외한 여성은 바텐더(bartender)가 될 수 없도록 한 Michigan 주의 법률이 문제된 *Goesart v. Cleary*, 335 U.S. 464 (1948) 판결에서 그러한 차별은 수용할 만한(entertainable) 것이라고 하면서 평등보호조항 위반이 아니라고 판시하였던 것이다. 차별이 수용할 만한(entertainable) 것인 한 그 차별은 평등보호조항 위반으로 되지 않는다는 태도였다. 이러한 경향은 위에서 언급한 *Hoyt* 판결에서도 유지되었다.

경제적 입법의 경우와 동일한 심사기준의 적용을 받았던 남녀 차별이 보다 엄격한 심사를 받기 시작한 것은 1971년의 *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 판결에서부터였다.

이 판결에서 연방대법원은 유언집행인으로 선임되기 위해 배우자와 친족이 동시에 신청하는 경우 동순위에 있는 신청인이 경합할 경우에는 남자가 여자보다 우선한다는 내용의 Idaho 주 법률에 대해서, 목적은 적법하나 수단이 자의적(arbitrary) 이라고 하여 위헌판단을 하였던 것이다. 의

---

97) 여성에 대한 보호주의적 경향이 얼마나 강했는가를 단적으로 나타내 주는 또 다른 예로는 *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412(1908) 을 들 수 있다. 이 판결에서 연방대법원은 여성의 노동을 1일 10시간 이하로 규제하는 법률을 지지함으로써, 수많은 사회경제입법을 좌절시켰던 이른바 'Lochner 시대'의 선두격인 *Lochner* 판결에서 선언했던 내용을 여성에 관해서만은 거부하였던 것이다.

레히 합헌을 추정하는 태도에서 벗어난 것이긴 했지만 이 판결은 내용상 엄격한 심사를 받았을 뿐 형식적으로 합리적 근거 심사기준을 적용한 것에는 예전과 다름이 없었다<sup>98)</sup>. 성차별을 인종차별과 유사한 차별(quasi-suspect)로 보고 심사기준 자체를 엄격심사 수준으로 끌어올려야 한다는 주장에 제기된 것은 *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677(1973) 판결<sup>99)</sup>에 이르러서였다. Brennan, Marshall, Douglas, White 4명의 판사는 “역사적으로 길고도 불행한 차별을 받아온” 여성의 지위를 노예의 그것에 비유하면서 “성에 기한 차별은 인종, 인종, 국적에 기한 차별과 같이 본질적으로 의심스러운 차별(inherently suspect classification)이며 그러므로 엄격한 사법심사를 받아야 한다”고 주장하였던 것이다. 하지만 이러한 주장이 연방대법원의 공식입장으로 채택되지는 않았다<sup>100)</sup>. 평등권에 관한 통상의 심사보다 높은 강도의 사법심사를 받아야 한다는 데까지는 이르렀지만 그렇다고 해서 인종이나 국적에 기한 차

98) Gunther 교수는 이를 “예전의 합리적 심사기준을 가장한 엄격심사 (heightened scrutiny under a deferential, old equal protection guise)”라고 평가했다. Gunther, 『Individual Rights in Constitutional Law』 5ed(1992), p. 329.

99) 군인가족에게 숙소 및 의료적 혜택을 줌에 있어서 남자군인의 가족은 자동적으로 배당을 받고 여자군인의 경우는 남편이 자기의 부양을 받고 있음(dependent)을 증명해야 배당을 받을 수 있도록 한 조치에 대하여 행정적 편의라는 목적을 위해 여군을 차별한 것이라고 위헌판정 한 사건이다.

100) 단지 이후의 사건에서 반대의견으로는 주장되고 있었다. *Kahn v. Shevin* 416 U.S. 351(1974)에서 Brennan, Marshall 판사의 반대의견 참조.



별의 경우와 같은 엄격심사까지는 필요하지 않았기 때문이다<sup>101)</sup>.

명시적인 선언없이 실질적인 내용상으로는 고도화된 심사기준을 적용해 오던<sup>102)</sup> 연방대법원은 *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190(1976) 판결에서 마침내 성차별에 적용될 새로운 심사기준으로 이른바 중간심사기준을 정립하게 되었다. 18세에서 20세까지의 남성이 동일 연령의 여성보다 음주운전과 사고의 위험성이 많다는 통계적 자료를 근거로 알콜농도 3.2%의 맥주판매를 불허한 Idaho 주법을 위헌으로 판정한 이 판결에서 다수의견을 대표한 Brennan 판사는 “성차별의 경우 입법목적은 중요한(important)것이어야 하고 이를 달성하기 위한 수단은 이러한 목적과 실질적인 관련(substantially related)이 있어야 한다”고 하는 중간심사 기준을 적용했던 것이다.

*Craig* 판결에서 선언된 이러한 중간심사기준은 그 이후 성차별을 판단하는 원칙적인 기준으로 여러 판례를 통하여

---

101) 앞의 *Frontiero* 사건에서 Powell, Burger, Blackman 3 판사도 결과에 있어서는 찬성했지만 남녀차별을 의심스러운 차별의 수준까지 올릴 필요는 없다고 주장했었다.

102) *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522(1975) (배심원 구성에서의 남녀차별을 인정한 *Hoyt* 판결을 뒤집은 판결)/*Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636(1975) (남편이나 아버지가 사망한 경우의 유산은 망부 혹은 망모와 자녀들에게 지급하는 데 반해 아내나 어머니가 사망한 경우에는 자녀들에게만 지급하도록 한 법률은 평등보호조항 위반이라고 한 판결)/*Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7(1975) (부양료를 지급하지 않아도 되는 성년의 나이가 남자의 경우는 21세인데 반해 여자의 경우는 18세 밖에 되지 않게 한 법률은 평등보호조항 위반이라고 한 판결) 등.

적용되어 왔다<sup>103)</sup>.

## 2) 중간심사기준의 구체적 적용

Craig 판결에 의해서 중간심사기준이 확립되었지만 그 구체적인 의미는 개별사건에 따라 그때 그때의 적용단계에서 성차별과 입법목적과의 관계를 파악해서 결론을 낼 수밖에 없었다. 그리고 Craig 이후의 판결들은 경제적 권리와 관련하여 국가가 한 성에 대해 일방적인 차별을 하는 것에 판단의 중점이 주어졌다<sup>104)</sup>.

---

103) Craig 판결에서 Rehnquist 판사는 중간심사기준의 ‘중요한’ 입법목적과 ‘실질적인’ 관련이라는 개념은 너무나 애매하고 유동적인 개념이기 때문에 사법적인 편견을 조장할 위험이 있다고 하면서 의회의 입법을 존중하는 합리적 근거 심사기준의 계속적인 적용을 주장하였다. 이러한 Rehnquist 견해(합리적 근거 심사기준, 내지는 내용상으로 약한 중간심사기준의 적용)는 중간 심사기준 하에서 성차별과 관련한 입법이 위헌선언을 받을 때에는 반대의견으로, 합헌판결을 받을 때에는 다수의견으로 어김없이 개진되었다. Mississippi University for Woman v. Hogan, 458 U.S. 718(1982)에서의 반대의견 및 Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57(1981)의 다수의견 참조.

104) Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」 2ed(1994), Vol 3. pp. 276-277. Craig 이후의 여러 판례들을 살펴보기 전에 미리 전제해 두어야 할 점은 기본적으로 평등보호에 관한 기준들은 이론으로서가 아니라 구체적인 사건을 담당하는 법원에 의해 선언된 판례에 의해 구축된 것이기 때문에 모든 판례를 어느 하나의 일관된 기준으로 쫓 수는 없다는 사실이다. 중요한 것은 사건 내에 담겨진 실체적 내용이지 어떤 형식적인 기준의 적용 문제가 아니기 때문이다. 성차별의 경우가 그 대표적인 경우라고 할 수 있다. 중간적 심사를 하면서도 위헌판정과 합헌판정이 함께 나올 수도 있고 나름대로 다른 기준을 적용할 것을 주장하는 판사들도 구체적 사건에 따라 유동적인 입장을

Craig판결이 정립한 중간심사기준은 후속판결들의 기본적인 지침이 되었다. 이혼위자료(alimony)와 관련해 내려진 Orr v. Orr, 440 U.S. 268(1979) 판결에서 연방대법원은 중간심사기준을 적용하여 남편이 아내에게만 위자료를 지급할 수 있고 아내가 남편에게는 줄 수 없도록 규정한 Alabama 주법을 위헌 선언하였다. 또 같은 해에 내려진 가족에 관한 복지수혜금의 차별적 지급 문제를 심사<sup>105)</sup>한 경우에도 역시 중간심사기준을 사용했으며, 남자 노동자가 사망한 경우에는 미망인에게 자동적으로 산재보상연금을 지급하나 여자 노동자가 사망했을 경우에는 남편이 아내의 부양을 받고 있다는 사실을 입증해야만 지급할 수 있도록 규정한 주의 산재보상법을 위헌선언한 Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co., 446 U.S. 142(1980) 판결<sup>106)</sup>에서, 그리고 가장인 남편이 부부공동사유인 재산을 아내의 동의 없이 일방적으로 처분할 수 있도록 한 Louisiana 주법을 위헌선언한 Kirchberg v. Feenstra, 450 U.S. 455(1981) 판결에서도 중간심사기준을 적용하였다.

---

보이고 있는 것이다. 또 어떤 경우는 중간심사기준이나 합리성 심사기준에 꼭 들어맞는 용어(important, substantially related/legitimate, rational)를 사용하지 않고 결론을 낸 판례도 있다. Michael M, v. Superior Court, 450 U.S. 464(1981)이 그 대표적인 것이다.

105) California v. Westcott, 443 U.S. 76(1979). 위헌으로 판정된 문제의 법률은 부모의 재정적 지원을 받지 못하는 자녀에게 지급하는 연금혜택을 부가 실직한 경우에만 지급하도록 하였고 모가 실직한 것을 이유로는 지급할 수 없도록 규정하고 있었다.

106) 이 판결과 앞에서 본 Orr v. Orr 판결은 뒤에서 볼 적극적 평등 실현정책(Affirmative Action)과도 관련된다.

그러나 중간심사기준의 외형으로 엄격한 심사의 적용만을 고집한 것을 아니었다. 1981년에 내려진 두 판결은 중간심사기준을 적용하고서도 합리적인 차별로 인정되는 경우가 있음을 예증해 주었다. 의제강간법(statutory rape)이 문제된 Michael M. v. Superior Court, 450 U.S. 464(1981) 판결, 징병등록제도와 관련된 Rostker v. Goldberg, 453 U.S. 57(1981) 판결이 그것이다. 캘리포니아 주 의제강간법은 ‘남자가 자신의 배우자 아닌 18세 이하의 여자와 간음한 경우’를 처벌하고 있는데 이 경우 남자와 같이 간음한 18세 이하의 미성년 여자는 처벌하고 있지 않았으므로 이것이 성에 기한 차별이 아닌가 하는 것이 문제된 Michael M. 판결에서 연방대법원은 “10대 여성의 임신이라는, 간음으로 인한 가지적이고 유해한 결과는 여성에게만 초래되는 부담”이라는 이유로 10대의 혼외임신(illegitimate pregnancy)을 규제하려는 정부의 입법목적과 남녀의 차별취급 사이에 실질적인 관련성을 인정하였다<sup>107)</sup>. 또 Rostker 판결에서 법원을 대표한 Rehnquist는 우선 병역제도에 관해서는 입법부의 의견을 존중해야 한다는 입장을 전제한 후, 더 나아가 중간심사기준을 적용하더라도 위헌이 아니라고 하였다. “남자만이 전투에 참가할 수 있음을 고려한다면 전투병력을 구성하기 위한 등록 역시 이러한 취지에 맞춰

---

107) 이에 Brennan, White, Marshall 판사가 반대했다. 10대 여자가 남자보다 더 보호받아야 된다는 필요성은 분명치 않으며 오히려 이 법률은 성적 고정관념에 기초한 것으로 보아야 한다는 이유에서였다. 동판결 488면.

서 남성에게만 허용되어야 함이 타당하고 여성이 필요한 경우에는 지원군을 모집하면 될 것이라고 입법부가 알아서 고려했을 것”이라고 하면서 “전투와 관련하여서는 여자와 남자가 유사한 상황에 있지 않다”고 판시하여<sup>108)</sup> 차별적인 징병등록제도를 합헌으로 판정하였다.

중간심사기준이 다소 약하게 적용된<sup>109)</sup> 위의 두 판례가 있긴 했지만 곧 연방대법원은 중간심사기준을 다시 명시적으로 적용하기 시작했다. 1982년 *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 판결에서 이러한 취지가 명백히 나타났다. 미시시피의 4년제 대학 간호학과 학사과정(baccalaureate program)에 단지 남자인기 때문에 입학이 거절된 Hogan이 제기한 평등보호위반주장에 대해 판결하면서 O’Conner 판사는 “적법하고 중요한 주의 입법 목적을 확인했다면 다음으로 목적과 수단간에 직접적이고 실질적인 관련이 존재하는지를 판단해야 한다”고 하여 중간심사기준을 적용함을 명시하였던 것이다<sup>110)</sup>.

---

108) 이 판결에서도 역시 Brennan, White, Marshall이 반대했다.

109) Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 342.

110) “여자에게만 입학을 허가한 주의 정책은 과거에 여자에게 행해졌던 차별을 보상하기 위한 것이라기보다는 오히려 간호사는 여자의 배타적인 직업이라는 성적 고정관념을 영구화할 뿐이다”는 이유로 이 정책은 위헌판결을 받았다. 이에 대해서는 반대의견이 더 설득력이 있다고 생각한다. Powell, Rehnquist 판사는 반대의견에서 “이 사건은 성차별 관련사건이라고 하기 힘들 정도로 지극히 개인적인 소송이다. … 남녀학생간의 분리는 여성에게 전통적으로 존중되어 왔던 교육환경을 제공해 주려는 주의 정책에 기한 구분일 뿐, 차별은 아니다. … 다수의견은 중간심사기준을 적용함으로써 평등보호조항의 자유정신

요컨대 중요한 정부의 목적에 실질적인 관련있는 수단을 요하는 중간심사기준을 비롯 일관되지는 않았지만 연방대법원이 성차별과 관련한 판결을 다루는 원칙적 기준으로 자리잡고 있다. 그 내용은 실제적 요소를 따라 위헌판정을 받은 경우도 있어서 개별적인 요소들을 고려한 데서 나오는 실제적 이유 때문이었지<sup>111)</sup> 기본적인 틀만큼은 중간심사기준이 대종이었기 때문이다.

### 3) 성차별의 의미와 ERA운동 (Equal Rights Amendment)

성차별에 관한 연방대법원의 판례가 심사기준 면에서 일관성을 유지하지 못하고 있을 뿐만 아니라 그 내용 면에서도 개별적이라는 데서 알 수 있듯이 어떠한 것이 어떠한 경우에 성차별이 되는가 하는 것은 판단하기가 모호한 것이다. 남녀의 신체적·생리적 차이를 고려한 차별이 허용된다 하더라도 그 한계가 어디까지인가? 여자간호학교에 남자의 입학을 거절하는 것은 남자를 차별한 것인가<sup>112)</sup>? 임신부의 경우에는 어느 정도가 차별인가<sup>113)</sup>? 그리고 혼회

---

(liberating spirit)왜곡시켰고 여학생들부터 자신이 선호하는 교육을 받을 수 있는 기회를 박탈했다”고 주장했던 것이다.

111) 그래서 Rotunda, Nowak은 중간심사기준이 합헌추정을 주로 하는 합리성 심사기준과 일단은 합헌성을 의심하고 보는 엄격심사기준 사이에서 개별적 심사의 원칙(ad hoc)이 되어 버린 감이 있다고 지적했다. Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」 2ed(1994), Vol 3. pp. 286-287.

112) Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718(1982).

자(illegitimate child)를 입양시키는 데 있어서 친모에게는 동의를 주는 것은 실부인 남성을 차별하는 것인가<sup>114)</sup>? 이러한 차별의 개념상의 문제는 여성에 우호적인 차별(benign discrimination)을 하는 경우에 더욱 모호해진다. 강간죄의 객체를 여성에게만 국한시킨 법률, 여성에게 병역을 면제시켜 주는 법률, 홀아비보다는 과부를 우대하는 연금제도 등은 합리화될 수 있는 차별인가<sup>115)</sup> 역시 그 한계가 모호하다.

하지만 지금까지의 성차별에 관한 판례들에서 공통적으로 언급되고 있는 부분들을 추출해 보면, i) 양성(性)이 서로 유사한(similar) 상황에 있는데도 불구하고, ii) 정당한 이유없이(invidiously, unjustifiable), iii) 한 성만을 일반화시켜(collectively, as a whole) 차별하는 경우에, 대체적으로 평등 보호 조항에 위반된다는 판정을 받았던 것을 알 수 있다. 한 성만을 “일반화시켜(as a whole)” 차별한다<sup>116)</sup>는

---

113) *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484(1974) 판결에서는 무능력(disability)으로 인한 보험급여에 있어서 임신을 그 사유에 넣지 않은 것은 위헌이 아니라고 판시하고 있다. 한편, 민권법에 관한 것이긴 하지만 *International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187(1991)에서는 태아의 건강에 해로운 것이라는 이유로 특정 직업에서 여성을 제외한 것은 민권법 제 VIII장을 위반한 것이라고 하였다.

114) *Caban v. Mohammed*, 441 U.S. 380(1979) 판결에서 연방대법원은 남성을 차별하는 것이라고 판시했다.

115) 우호적인 차별과 관련해서는 뒤의 적극적 평등보호정책(V장) 부분에서 자세히 언급한다.

116) 이 말을 소박하게 이해한다면 ‘개인의 사정을 구체적으로 고려하

의미는 개인적으로 조건을 따져서 차별하는 것이 아니라 여성(혹은 남성)들은 으레이 그럴 것이라는 관념에 기초하며 모든 여성(혹은 남성)을 일반적으로 차별해 놓은 경우를 의미한다고 보면 된다<sup>117)</sup>.

한편, 연방대법원이 획일적 기준을 적용하지 못하고 성차별을 판단하는 기준과 내용을 개별적으로 파악할 수밖에 없는 이런 문제점을 미리 파악하고, 성차별에 관한 강도 높은 차원의 심사가 이루어지기 시작한 1972년에 남녀평등조항(이하 ERA라 한다)을 헌법의 수정조항으로 채택하려는 움직임이 있었다. 제안된 ERA<sup>118)</sup>의 내용은 「연방이나 주는 성을 근거로 법 앞의 평등한 권리를 거부하거나 침해받지 못한다」는 것이었다. 즉 성은 남성과 여성의 법적

---

지 않고'라는 의미로 볼 수 있다. 고용인을 종교, 성, 인종에 기해 차별하는 것은 개인의 사정을 고려하지 않는 집단적 차별로 전형적으로 취급된다. Los Angeles Dept. of Water & Power v. Manhartm, 435 U.S. 702(1978).

117) 그래서 성에 대한 고정관념(stereotyped view)에 기초한 차별은 위헌판정을 받은 것이 많다. Mississippi University for Women v. Hogan, 458 U.S. 718(1982) / Orr v. Orr, 440 U.S. 268(1979) / Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677(1973) 등이 바로 그런 예에 속한다.

118) ERA의 영향에 관한 자세한 내용은, Brown, Emerson, Falk and Freedman, "The Equal Rights Amendment : A Constitutional Basis for Equal Rights for Women" 80 Yale L.J. 871(1971) / Notes, "Sex Discrimination and Equal Protection : Do We Need A Constitutional Amendment?" 84 Harv. L. Rev. 1499(1971)참조. 이에 관한 국내문헌으로는 권영준, "미국헌법에서의 남녀평등의 발전-판례와 ERA를 중심으로-"(서울대 석사 '85) pp. 71-117/ 이상돈, 「미국의 헌법과 연방대법원」(1983) pp. 184-191.



권리를 결정하는 요소가 되어서는 안 된다는 취지이다<sup>119)</sup>.

말할 필요도 없이 ERA를 제안한 목적은 문언상으로도 명백한 것처럼 성을 인종(race)과 같이 의심스러운 차별의 분류(suspect classification)로 취급하려는 것이었다<sup>120)</sup>. 수정헌법 제 14조에 대한 해석론으로는 중간심사기준(또는 적어도 그 이하)을 적용하는 데 그쳤으므로 좀더 적극적으로 남녀평등을 이루자는 의도인 것이다. 그러나 여성이 역사적으로 남성에 비하여 열등한 지위를 강요당하여 왔다는 사실에는 이론이 없지만 이러한 현상을 치유하는 데 꼭 ERA의 채택이 필요한가에 대해서는 많은 논란이 있었다.

먼저 ERA에 대한 반대론자들은, ERA가 채택된다면 남성과 여성이 사회에서 각기 다른 역할을 하고 있는 기존의 상황에 획일적인 동등기준을 부과하게 되어 결국은 교조적이고(doctrinaire equality) 경직적인 평등의 이념을 추구하는 결과가 될 것이므로 다원적인 사회에 큰 위협으로 작용하게 될 것이라는 점<sup>121)</sup>, 미국에서의 여성은 인종과는 달

---

119) ERA에 대한 상원보고서의 한 내용이다. 이러한 상원보고서의 취지에 의하면, i) 여성에게 우호적인 취급이나, ii) 개인의 사생활, 혹은 고유한 신체적 특징으로 인한 차이점에 직접적으로 관련되지 않은 모든 차별취급은 다 금지될 것이다. Herma H. Kay, 「Sex-Based Discrimination」 2ed(1981), p. 143.

120) Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 349.

121) Freund, "The Equal Rights Amendment Is Not the Way", 6 Harv. Civ. Rights-Civ.Lib.L.Rev. 234(1971). 여기에서 Freund 교수는 민권법 및 이와 유사한 주법률들만으로 충분하고 별도로 헌법에 의지할 필요는 없다고 주장하였다. Herma H. Kay, 「Sex-Based Discrimination」 2ed(1981) pp. 143-144에서 재인용.

리 결코 소수 집단이 아니며 그나마 있는 차별도 없어져 가고 있는 점에 비추어 볼 때<sup>122)</sup>국이 수정조항으로 채택할 필요가 없다고 주장한다. 이에 반하여 ERA를 채택하는 경우에는 연방헌법의 수정조항으로서 주법을 깊숙이 통제하게 되는 이점이 있다<sup>123)</sup>. 성차별이 특히 심각하게 문제되는 재산법이나 형법, 가족법 분야는 전통적으로 주의 소관 사항이기 때문에 법률차원에서는 효과적인 통제가 힘들 것이기 때문이다. 또 Ginsburg는 ERA가 연방 및 주에 잔존하는 남녀 차별 법규를 폐지·청산하는 작업을 촉진할 것이며 사법부의 헌법해석·판단에 명확한 지침으로서 작용함으로써 여성을 위한 상징(symbol)이 될 것이라고 주장하였다<sup>124)</sup>.

연방대법원이 수정헌법 제 14조의 평등보호조항을 해석해 오면서 심사기준에 있어서의 혼란을 보여준 것에 비추어 보면 ERA의 채택에 명확한 지침이 되었을 것임에는 의문의 여지가 없다. 그러나 기준이 명확해진다고 성차별에 관한 문제가 모두 해결되는 것은 아니다. 지금까지 인정되어 왔던 남녀의 신체적·생리적 차이에 의한 분리시설 및 제도 특히 여성에 대한 우호적인 차별이 문제될 경우에

---

122) Kurland, "The Equal Rights Amendment : Some Problems of Construction", 6 Harv.Civ.Rights-Civ.Lib.L.Rev. 225(1971). 이상돈,

「미국의 헌법과 연방대법원」(1983), p. 189에서 재인용.

123) 이상돈, 「미국의 헌법과 연방대법원」(1983), p. 188.

124) Ginsburg, "Let's Have ERA as a Signal", 63 American Bar Association Journal 70-73 (1977). 권영준, "미국헌법에서의 남녀평등의 발전-판례와 ERA를 중심으로-" (서울대 석사 '85) p. 81에서 재인용.

더욱 그렇다. 인종을 기준으로 한 차별에서 이미 보았듯이 흑백차별이 수정헌법 제 14조에 의해서 확일적으로 금지되었다고 그것이 근원적인 해결을 보장해 주지는 않았다. 물론 채택의 상징적인 의미는 컸지만 사적인 영역에서 차별 금지를 회피하려는 움직임이 생겼고, 이에 대해 국가행위 이론 및 민권법이 계속적으로 대응해 나갔으며, 결국 헌법의 평등보호조항과 민권 및 판례의 입장이 종합적으로 인종차별을 금지시키고 있다고 볼 수 있는 것이다. 성차별에 대한 판단문제 역시 단순히 어떤 심사기준을 채택하느냐의 문제가 결코 아니며 많은 사회적·정책적 문제들에 대한 종합적인 고려가 뒷받침되어야 한다. ERA가 제안될 당시에 연방대법원의 입장이 합헌추정의 경향으로 흘렀기 때문에 좀더 엄격한 평등을 보장하자는 노력의 일환으로는 상당한 의미가 있을지 모르나 Freund가 지적한 바와 같이 새로운 수정조항이 채택되어 오히려 여성에게 불리할 지도 모르는 상황이 생긴다면 이야말로 교조적·확일적 평등이라고 밖에 할 수 없다. 평등보호조항에 기한 원칙적 해석을 바탕으로 구체적인 문제는 의회가 민권법을 통해 보완하도록 하는 것이 훨씬 유동적이고 탄력적인 해결을 추구할 수 있는 방법일 것이다. ERA에 대한 논의가 한창일 당시에 선언된 중간심사기준이 연방대법원에 의해 성차별에 대한 원칙적인 심사기준으로 계속 적용되어 오고 있는 것을 보더라도 평등보호조항에 기한 남녀평등의 보장만으로도 불합리한 차별을 해소하는 데 나름대로의 역할을 충분히 할 것으로 보이기 때문이다.

#### 4) 영국의 경우

영국에서는 성차별에 관해서도 인종차별의 경우와 같이 상세한 내용의 단행법률을 가지고 있다. 기본적인 것은 1975년과 1986년의 성차별법(Sex Discrimination Act 1975, 1986)이고 임금 분야에서 1970년 평등임금법(Equal Pay Act, 1970)이 보충적인 역할을 하고 있다.

1975년 성차별법이 시행될 당시 영국에서도 미국에서와 마찬가지로 여성에 대한 남성의 보호주의적 사고(paternalism)가 팽배해 있었다. 진보적이고 개혁적인 사법철학의 소유자로 평가받는 Denning 판사<sup>125)</sup>조차도, “이 법을, 남성들이 여성에게 응당 베풀어야 할 것으로 생각하는 정중한 예의(courtesy)와 기사도 정신(chivalry)을 폐지한 것으로 이해하는 것은 매우 잘못된 생각이다”라고 한 적이 있다<sup>126)</sup>. 하지만 역시 이런 생각은 법률상의 근거로는 설득력이 별로 없었다. 1980년의 Ministry of Defence v. Jeremiah (1980) Q.B. 87(C.A.) 판결에서 항소법원은 여자들의 머리카락이 더러워질 염려가 있다는 이유로 군수품

---

125) Lord Denning의 행정법 분야에 관한 사법철학에 대해서는, 안경환 “Lord Denning과 영국행정법”, 남하 서원우 교수 회갑기념논문집 「현대행정과 공법이론」 pp. 621-638 참조.

126) Peake v. Automotive Products(1977) Q.B. 780. 이 사건은 5분 일찍 여사원을 퇴근시키는 데 대해 남자사원이 부당한 남녀차별이라며 제소한 사건이다. 이에 대해 법원은 ‘법은 사소한 문제에 관여하지 않는다(de minimus non curat)’는 이유로 소송을 각하해 버렸다.

공장에서의 곳은 일을 남자에게만 시키도록 한 법률을 여  
 지없이 성차별로 판단하였던 것이다. 마침내는 Gill v. El  
 Vino Co. Ltd(1983) Q.B. 425(C.A.)판결에서 이 보호주  
 의적 사고는 더 이상 차별의 근거로 기능하지 못하게 되었  
 다. El Vino 술집(bar)에서 여자 손님은 bar에 앉아서 술을  
 마실 수 없다고 한 것이 여성을 차별대우한 것이라 하여  
 소송이 제기된 이 사건에서 항소법원은, “시설이나 서비스  
 같이 국민들에게 평등하게 대우해 주도록 의회가 정하고  
 있는 영역에서 원고가 차별을 받고 있는 경우는 더 이상  
 법이 간섭해서는 안될 사소한 문제가 아니다.”<sup>127)</sup>라고 하  
 여 고용이나 교육, 음식이나 서비스, 설비나 부동산의 제공  
 이라는 영역에서는(Sex Discrimination Act에서 규정한 차  
 별금지영역이다) 차별화의 근거로서 더 이상 ‘기사도 정신’  
 이나 ‘정중한 예의’를 사용할 수 없음을 선언했던 것이다.

구체적인 성차별법의 내용은 인종차별법과 거의 비슷하  
 다. 직접적 차별, 간접적 차별, 보복적 차별의 3가지를 차  
 별의 유형으로 법정하고 있으며<sup>128)</sup>(ss. 1, 2, 4) 고용에 있

---

127) El Vino 술집에는 전통적으로 여성기자나 여성변호사는 bar에 앉  
 을 수 없는 것이 관례였다. 이 bar에서 변호사나 기자들이 많이 앉아  
 있곤 했으므로 bar에 앉아 있으면 많은 정보를 나눌 수 있었다고 한  
 다. 이 판결에서는 bar에 앉아 술을 마시지 못하면 bar에서 다른 사람  
 들과 어울릴 수 있는 자유를 잃게 되고 이렇게 설비를 이용할 기회를  
 제공받지 못함으로 인해 손해를 입었으므로 여성에 대한 명백한 차별  
 이 존재함을 확인하였다. 이 관례에 대하여 자세한 것은, Paul  
 Jackson, 「O. Hood Philips' Leading Cases in Constitutional and  
 Administrative Law」 6ed. (1988) pp. 217-219 참조.

128) 법전에 나와 있는 차별의 개념 이외에 학자의 분석이긴 하지만

어서의 차별금지(II장) 및 순수한 직업적 자격요건(genuine occupational qualification)인 경우 예외가 인정되는 점, 기타 영역에 있어서의 차별금지(III장), 일반적인 예외사유(V장)로서의 경쟁적인 스포츠 국가안보, 특별한 훈련기관이나 고용인의 경우에도 차별이 허용되는 등은 인종차별법과 똑같다. 구제수단의 면에서도 그렇다. 인종차별법에서와 같이 평등보장위원회(Equal Opportunities Commission)가 창설되어 성차별의 근절을 위해 노력한다<sup>129</sup>).

성차별에 관한 간접적 차별의 전형적인 예로서 들 수 있는 판결로 Price v. Civil Service Commission (1977) IRLR 297 판결이 있다. 공무원직을 지원할 수 있는 자격을 28세 이하로 제한한 것이 문제된 판결이었는데 노동재판소(Employment Appeal Tribunal)는 “대부분의 여성의 경우 20대와 30대에는 아이를 낳고 기르기 때문에 나이지 제한이 28세로 정해진 데 대해 여성이 동의하는 비율은 남성의 그것에 비해 상당히 낮다(substantially lower)”고 하여 간접적으로 차별에 관한 조항을 그대로 적용시켰다<sup>130</sup>. 그

---

sex-plus discrimination이라는 개념도 보이는데, 직접 성에 관련된 차별은 아니나 간접적으로 관련된 차별이라는 의미로서 예를 들어 임신을 예정하고 여성을 차별하는 경우를 말한다고 한다. Geoffrey Robertson, 「Freedom, the Individual and the Law」 6ed(1989) p. 375.

129) 하지만 사실상 평등보장위원회의 활동은 여러 이유(구제수단이 제한적이며, 실무상 조사권이 많이 차단당하며 미국같은 class action제도가 없다는 등의) 때문에 효과를 보지 못하고 있다고 한다. Geoffrey Robertson, 「Freedom, the Individual and the Law」 6ed(1989) pp. 376-377 참조.

리고 차별의 조건으로서 ‘손해(detriment)’가 발생해야 하는데, 승진을 하지 못한 경우<sup>131)</sup>가 그 전형적인 예에 해당하며 성희롱은 그 자체가 바로 손해로 간주된다<sup>132)</sup>. 또 보복적인 차별과 관련한 대표적인 판례로는 Kirby v. Manpower Services Commission(1980) 3 All ER 334 이 있다.

영국과 관련하여 특별히 문제되는 것은 성차별에 관한 EC법과 영국법간의 충돌 문제<sup>133)</sup>이다. 로마 협약 제 189조는 EC의 규정이 구성국에 직접 적용됨을 규정하고 있다. 그래서 성차별에 관해서 규정하고 있는 로마 협약 제 119조 및 평등임금, 평등취급에 관한 EC 명령서(Directive)<sup>134)</sup>가 영국에도 직접 적용되게 됨으로 인해 영국 국내법과 충

---

130) 간접적 차별이 되기 위해서는 남녀에게 동일한 취급을 하긴 했으나, i) 그러한 취급에 동의하는 여성의 비율이 남성의 경우보다 상당히 적을 것, ii) 성에 관계없이 동일하게 취급한 것에 정당한(justificable) 이유가 없을 것, iii) 그러한 취급에 응하지 않아서 여성에게 손해가 발생하였을 것, 이 3가지 요건을 충족시켜야 한다(1항). 성차별법은 1항에서 ‘여성에 대한 차별’을 규정하고 있고 2항에서 ‘남성에 대한 차별’이라는 제하에 1항의 모든 규정을 준용하고 있다.

131) *Watches of Switzerland v. Savell* (1983) IRLR 141, EAT.

132) *Wileman v. Minilec Engineering Ltd*(1988) IRLR 141, EAT.

133) 이에 관한 상세한 내용은 Atkins, 「Court Forum」 Vol. 31. pp. 340-344 참조.

134) 이 중에는 임신의 경우의 차별금지 규정이 있는데, 이와 관련하여 주목할 만한 판결로는, *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus* (1992) ICR 325(임신으로 인한 결근 때문에 생긴 재정적 손실에 기초한 차별은 불법이다) / *Webb v. EMO Air Cargo(UK) Ltd* (1992) IRLR 116 CA. (출산휴가 중에 있는 사람 대신에 일하는 대체요원을, 임신했다는 이유로 해고한 것은 불법이 아니다).

돌문제가 제기된 것이다. 직접 적용된다는 의미는 명령서(Directive) 위반을 이유로 바로 국내법의 무효를 주장할 수 있게 되었다는 의미이기 때문이다. 그 한 예를 보면 1975년 성차별법에는 5명 이하의 종업원이 있는 개인사업의 경우를 차별금지의 예외로 규정하고 있었는데(s. 63) 이 규정은 EC법에 저촉되는 것으로 판정받아<sup>135)</sup>, 1986년 성차별법에서는 이 조항을 폐지하고 대신, 고용주와의 관계상 특정 성의 고용인을 두어서는 안될 합리적인 근거가 있는 개인주택의 경우에만 예외를 규정하고 있다<sup>136)</sup>.

특기할 것은, EC의 규정은 차별의 주체가 구성국과 국가의 공공기관인 경우에만 적용되지 사인이 차별의 주체인 경우에는 적용되지 않는다는 점이다.

#### (4) 본질적 권익(Fundamental Rights and Interests)

##### 1) 본질적 권익논의의 등장배경

Carolene Products 판결에서의 Stone판사의 유명한 각주 4번에는 이렇게 쓰여져 있다. 「1. 최초의 수정헌법 10개 조항들이 수정헌법 제 14조에 포함되는 것으로 판단될 때에는 특수한 금지조항으로 생각되는 것처럼, 법률의 일견 헌법상의 특수한 금지조항 내에 있는 것처럼 보일 경우에는 합헌적 추정의 범위가 더 좁아지게 될 것이다...」. 처

---

135) E.C. Commission v. United Kingdom,(1984) 1. All E.R. 353.

136) 1986년 성차별법, s. 1-4 amended.



음 Stone 판사의 의도는 수정헌법 제 1조의 종교, 언론, 출판, 집회 및 청원의 자유라는 5가지를 중심으로 하여 합헌 추정의 범위가 좁아지는 중요한 권리가 있음을 주장한 것이었는데<sup>137)</sup> 이에 의거하여 연방대법원은 권리장전이 포함하는 각종 권리 중에서도 ‘우선적 지위(preferred position)’를 차지하는 기본권이란 영역을 인정해 왔다. 결과적으로 기본권 사이에 중요도의 우열이 생기게 된 것이다.

이러한 연장선상에서 Warren 법원은 엄격심사기준이 적용되는 또 다른 분야로서 본질적 권익(fundamental rights and interests)이란 개념을 발전시켜 나갔다. 본질적 권익의 영역에서 차별적인 취급을 했다면 평등보호조항의 적용상 합헌추정의 범위가 극도로 제한된다는 것이 그 요지다. 또 본질적 권익을 침해하는 법률은 그 목적 자체가 평등보호조항에 위반되기 때문에 수단으로 쓴 차별이 필수적인 것인지 여부는 따질 필요도 없이 위헌으로 판단되기 쉬웠다. 하지만 엄격심사의 대상으로 논의된 기본권들이 모두 수정헌법 제 1조와 관련이 있는 것은 아니었다. 선거권 및 피선거권, 재판을 받을 권리, 주거이동의 자유 등이 엄격심사의 대상으로 논의되었을 뿐이다<sup>138)</sup>. 그리고 그나마

---

137) 헨리 J. 에이브라함 저, 윤후정 역, 「기본적 인권과 재판」(1992), p. 28.

138) 수정헌법 제 1조에 있는 대부분의 기본권들에 대한 평등보호위반 여부는 당연히 그 실체적 권리의 위반여부의 문제로 취급되었기 때문에 두 영역이 다를 수밖에 없다. 즉 표현의 자유를 제한하는 데 있어서 A를 B보다 불리하게 취급했다면 이는 A의 표현의 자유에 대한 위반문제로 취급되는 것이다.

Warren 법원시절에 진보적 입장을 가지고 접근하려 했던 분야들이 후속법원에서 엄격심사를 거부당하게 되어 엄격심사가 적용되는 본질적 권리의 영역은 이미 확인되었던 분야 이에는 더 확장되지 못하고 있는 실정이다<sup>139</sup>).

## 2) 선거권 및 피선거권

### (Voting and Access to the Ballot)

선거권을 제한하는 법률이 엄격심사를 받은 것은 Warren 법원 시절 Harper v. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663(1966) 판결로부터 시작되었다. Virginia 주는 21세 이상의 모든 주민들에게 연 \$ 1.50의 인두세(poll tax)를 내게 하고는 이것을 투표권을 행사하기 위한 전제 조건으로 삼았었다<sup>140</sup>. 이에 연방대법원은 “투표권은 부, 혹은 세금을 낼 수 있느냐, 없느냐 하는 것과는 무관하므로 그것은 투표권의 자격요건으로서 허용될 수 없는 것이다.”라고 평등보호위반을 선언한 다음, “투표권은 부나 세金的 납부여부에 의해 제한되기에는 너무나 소중한 본질적인(too precious, too fundamental) 권리다.”라고 하여 투표권을 하나의 권리로 파악했다<sup>141</sup>. 이에 대해 이러한 차

---

139) “thus far and no further”. 그 밖에 본질적 권리어부가 문제된 영역으로는 부, 의식주, 사회복지 등이 있다.

140) 이 판결이 있은 후 1971년에 수정헌법 제 26조의 채택을 통하여 인두세에 의한 투표권 제약은 명백히 금지되었다.

141) 이처럼 헌법상 명시적인 단어가 없는 투표권(right to vote)의 본질적인 권리로 파악된 그 한 가지 이유는 그것이 정치적 표현의 자유

별은 합리적이라고 보았던 반대의견 측에서는 재산이 많은 사람은 지역 일에 관심이 더 많을 것이므로 그런 사람들에게로 투표권이 제한되어 있어야 공동체의 운영이 더 잘 이루어 진다고 주장하였다. 부가 투표권을 행사하는 자격요건으로 될 수 없다는 Harper 판결의 요지는 Kramer v. Union Free School Distrect No. 15, 395 U.S. 621(1969) 판결에서 다시 확인되었다. 이 판결에서는 동일학군에 거주하는 사람들 중에 i) 학군 내에 과세 대상인 부동산을 소유 혹은 임차하고 있는 사람들, ii) 학군 내의 공립학교 학생들의 학부모들에게만 학군선거에서의 투표권을 부여해 준 New York 주의 교육법이 문제되었다. 학군선거에 특별한 이해관계를 가지고 있는 사람들을 선별한 것이라고 교육위원회 측에서는 주장하였으나 다수의견을 대표한 Warren 원장은 다시 한 번 “투표권이란 대의제의 근간을 이루는 중요한 요소이므로 ... 주민들을 선별하여 투표권을 주는 것은 자신의 생활에 중요한 영향을 미치는 공동체의 일에 자기 입장을 개진할 수 있는 기회를 박탈할 위험이 있다.”고 하여 대의 민주주의에서 투표권이 본질적인 위치를 차지하고 있음을 확인하였다.

이러한 연방대법원의 입장은 그 이후의 판결<sup>142)</sup>에서도

---

(수정헌법 제 1조)와 밀접한 관련이 있었기 때문이다. Harper 사건에서도 이 점은 지적되었다.

142) Cipriano v. Houma, 395 U.S. 701(1969) (공채발행(issuance of municipal utility bonds)에 관한 주민투표에서 재산소유자만 투표할 있게 한 Louisiana 법률) / Phoenix v. Kolodziejski, 399 U.S. 204(1970) (채무증서(general obligation bonds)발행에 관한 주민투표

유지되어 왔으나 Burger법원 이후에 와서는 특별한 목적으로 혹은 특정 지역 내에서 이루어지는 선거에서는 차별이 허용될 수 있음을 인정했고<sup>143)</sup> 급기야는 이에 대해 합리적 근거 심사기준을 적용함으로써 매우 후퇴한 듯한 입장을 보이기도 했다<sup>144)</sup>. 그러나 부 이외의 영역, 예를 들어 당에 소속해 있는가를 기준으로 예비선거에서의 투표권을 제약한 경우에는 여전히 엄격심사기준을 적용해 오고 있다<sup>145)</sup>.

한편, 피선거권에 관한 영역에 있어서도 역시 투표권이

---

에서 재산소유자만 투표할 수 있게 한 법률)

143) *Salyer Land Co. v. Tulare Lake Basin Water Storage District*, 410 U.S. 719(1973) (수자원 보호구역에서 토지소유자만 투표권을 행사할 수 있게 하고 투표권의 가치도 토지에 따라 차등을 둔 입법에 대해 합헌판정) / *Ball v. James*, 451 U.S. 355(1981) (매립지역의 이사회 선출에 있어서 'one acre-one vote'원칙을 채택한 것을 합헌판정)

144) *Quinn v. Millsap*, 491 U.S.95(1989) (그러나 이 판결에서는 합리적 근거 심사기준을 택하긴 했으나, 지방정부조직의 개편을 제안할 수 있는 권한이 있는 위원회에 재산소유자만 회원으로 들어갈 수 있다고 한 것은 평등보호위반이라고 판정했다.)

145) *Tashjian v. Republican Party*, 479 U.S. 208(1986) (당 예비선거에서의 투표권은 미리 당에 가입한 자만이 행사할 수 있다고 한 것은 결사의 자유를 제한하는 것) / *EU v. San Francisco Democratic Comm*, 489 U.S. 214(1989) (당직선거에 출마한 특정후보를 당이 지지해서는 안된다고 한 California 주 선거법은 위헌). 부에 기한 선거권의 차별과 당내선거에서의 제약조건에 의한 차별이 이렇게 다른 취급을 받는 이유는, 부의 경우 본질적 권리로 취급하지 않으려는 Burger 법원의 태도에 기인하여 심사기준이 완화된 것이고 당내선거의 경우 그것이 결사의 자유(수정헌법 제 1조가 보호하는)를 침해할 우려가 있기 때문에 엄격한 심사기준이 계속 적용되게 된 것으로 이해할 수 있다.

나 정치적 결사의 자유는 본질적 권리로서 파악되었다. 의장선거에 입후보할 수 있는 자격에 있어서 기존의 정당과 새로이 결성하려는 신당을 차별한 것이 문제된 Williams v. Rhodes, 393 U.S. 23(1968) 판결에서 정치적 결사의 자유 및 투표권은 다시 ‘고귀한 기본권(precious freedoms)’이라고 표현되었던 것이다. 부재자 투표용지에 주요정당의 이름만 등재될 수 있도록 한 Texas 주법률을 위헌으로 판정한 American Party of Texas v. White, 415 U.S. 767(1974) 판결, 입후보의 조건으로 일정한 수수료를 내도록 한 모든 제한이 엄격심사 적용의 대상이 되는 것은 아니라고 하면서 “부에 기한 차별, 그리고 새로운 정당이나 독자후보자에게 부담을 주는 법률에 대해서는 전통적인 합리적 근거 심사기준을” 채택해야 한다고 말했던 것이다.

선거권 및 피선거권이 이처럼 본질적인 권리로 취급되었던 이유는 말할 필요도 없이 그것이 대의민주주의 정치체제 하에서의 국민의 정치적 표현의 자유와 관련되는 것이기 때문이다. 수정헌법 제 1조의 제권리들을 우선적으로 보호해야 한다는 이중기준의 원칙과도 밀접한 관련이 있음은 물론이다. 단지 첨언해 둘 것은 선거권 및 피선거권과 관련한 차별에서 그 근거로 사용되었던 것은 평등보호조항이었다기보다는 결사의 자유나 정치적 표현의 자유나 하는 다른 실제적 권리였다는 사실이다. 즉 평등보호조항을 침해하는 동시에 수정헌법 제 1조를 침해하는 법률이었던 것이다. 그럼으로 보다 설득력있는 논거는 평등보호조항을 적용하는 엄격심사기준을 통한 차별의 합리성 판단이라기

보다는 수정헌법 제 1조라는 중요한 실체적 권리의 침해를 주장하는 것일 것이다. 그것이 좀더 사건의 실체적인 부분에 근접하는 접근이기 때문이다. 그래서 연방대법원도 수정헌법 제 1조가 문제되는 선거권 영역에서 평등보호조항 위반이 문제될 때 평등보호조항에 의하기보다는 침해되는 실체적 이익인 수정헌법 제 1조에 의해서 해결하자는 취지의 판결을 내렸던 것이다<sup>146)</sup>.

### 3) 재판을 받을 권리(Access to Courts : 사법접근권)

재판을 받을 권리 역시 평등보호조항에 의해 해결하려는 입장 외에 적법절차조항(due process clause)에 의해 해결하려는 입장이 있었다. 주로 극빈형사피고인과 관련하여 진전되었던 이 분야의 판례들에서 Harlan 판사는 줄곧 이 문제는 적법절차조항에 의해 해결해야 함을 반대의견을 통해 주장하였다<sup>147)</sup> 하지만 진보적인 사법철학으로 가난한 자들을 차별하는 법률을 엄격히 배척해 온 Warren 법원의 입장에서는 한때 각종 진보적인 사회경제 입법을 위헌으로 선언한 근거로 삼았던 적법절차조항에 의해서 부에 대한

---

146) Anderson v. Celebreae, 460 U.S. 780(1983).

147) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12(1956), Douglas v. California, 372 U.S. 353(1963) 의 반대의견 참조. 여기에서 Harlan 판사는 상소를 거부당한 것이 자의적이었는가 하는 것이 관건이므로 적법절차의 준수 여부가 논점이며 평등보호조항은 논의의 대상이 아니라고 주장했다. “주가 가난을 퇴치해야 하는 것은 도덕적 의무일 뿐 평등보호조항에 의해 강요되는 법적 의무는 아니다.”

엄격심사를 적용시키는 방향으로 문제를 해결했다.

Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12(1956) 판결에서는 항소심 재판을 받기 위해 필요한 사실심의 기록을 정부는 가난한 사람에게 무료로 주어야 한다고 하였으며, 나아가 Douglas v. California, 372 U.S. 353(1963) 판결에서는 항소심 재판에 필요한 변호인까지 선임해 주어야 한다고 했다. 이 두 판결에서 대법원은 “종교, 인종, 피부색을 이유로 사람을 차별할 수 없듯이 주는 형사절차에서 가난을 이유로 차별할 수 없다. 일정한 비용을 지불할 수 있는 능력과 피고의 유죄여부와는 아무 관련이 없으므로 피고에게 공정한 재판 절차를 거부할 사유로 될 수 없다.”고 하여 가난을 이유로 한 형사절차상의 권리의 박탈에 대해 엄격심사를 적용하였다. 그러나 Burger 법원에 들어와서는 부에 대한 엄격심사 적용의 거부경향과 함께 이러한 입장에서 후퇴하였다<sup>148)</sup>.

평등보호조항대신 적법절차조항만이 적용되어야 한다는 Harlan의 주장은 받아들여지지 않았지만 민사절차에서의 부에 기한 차별영역에서는 받아들여졌다. \$ 50의 돈을 지불하지 못해서 이혼소송을 제기하지 못하고 있는 것이 가난에 기하여 재판받을 권리를 거부당한 것인가 하는 점이 문제된 Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371(1971) 판결에

---

148) Ross. v. Moffitt, 417 U.S. 600(1974). 이 판결에서는 Douglas 판결에서 적용되었던 무료변호인 선임권은 항소(first appeal : 항소는 법에 의해 인정되는 상소권이다)의 경우에만 적용되는 것이고 상고심(discretionary appeal : 상고의 허가여부는 재량이다)의 경우에는 적용되지 않는다고 판시하였다. 주목할 것은, 이러한 판결의 근거로 평등보호조항과 적법절차조항을 다같이 원용했다는 것이다.

서 Harlan은 다수 의견을 대표하여 “적법절차의 원리상, 월등히 중요한 주의 이익이 없는 한, 주는 사법절차를 통하여 권리의무를 해결할 수 있는 기회를 거부해서는 안 된다.”고 하여 적법절차 위반으로 판단하였다<sup>149)</sup>. 그러나 이혼사건이 아닌 파산절차나 사회보장금 혜택을 거부당한 데 대한 소송같은 데까지는 적법절차위반으로 되지 않았다<sup>150)</sup>.

민사절차와 형사절차 영역에 이처럼 차이가 생기는 것은 형사절차에서의 피고인의 권리가 민사절차에서의 원고의 그것보다 헌법적으로 더 중요하다는 실체적인 가치형량이 뒷받침되었기 때문이다. 하지만 민사절차나 지배원리를 오히려 적법절차이론이다. 형사절차에서의 피고인의 권리가 중요했기 때문에 진보사법의 대명사인 Warren 법원에서 가난에 기한 차별을 좀더 두텁게 보호하고자 평등보호조항의 엄격심사기준을 적용시키는 매개체로 재판받을 권리를 들었을 따름이다. 가난에 대해 후속법원이 엄격심사의 적용을 거부한 것과 민사절차에서 평등보호조항을 원용하지 않고 적법절차조항에 의했던 법원의 입장을 보면 이 점

---

149) Harlan이 이렇게 판단한 근거는 이혼이란 기본적인 인간관계에 관련되는 중요한 문제이므로 적법절차상 좀더 엄격한 보호를 받아야 한다는 것이었다. 한편 Black 판사는 민사사건에는 Griffin 판결의 원칙이 적용되지 않는다고 하면서 반대의견을 제출했다.

150) 파산절차와 관련해서는 United States v. Kras, 409 U.S. 434 (1973), 사회보장금과 관련해서는 Ortwein v. Schwab, 410 U.S. 656(1973). 이 판결들이 Boddie 사건의 판지를 적용시키지 않는 이유는 파산절차나 사회복지지는 가족관계보다 헌법적으로 훨씬 덜 중요한 권리라고 판단했기 때문이었다.



을 더욱 분명해진다.

#### 4) 주간이동권(Interstate Migration : the Right to Travel)

주간이동권은 연합규약(Articles of Confederation) 시대부터 본질적인 헌법적 권리로 보호되어 왔다<sup>151)</sup>. 주간이동권이 헌법적으로 엄격심사와 관련하여 문제된 것은 가난한 사람들이 좀더 나은 복지혜택을 찾아 다른 주로 이동하는 것에 대해 각 주가 거주기간이라는 수단으로 이들을 차별한 데서 비롯되었다. 이 문제를 다루는 연방대법원의 입장을 보면 엄격심사를 적용하여야 한다는 기본적 입장이 있고 이에 대해 모든 헌법적인 권리를 본질적 권리로 취급할 수 없다는 이유로 이에 반대하는 입장이 대립해 오다가, 거주기간이라는 수단이 심한 제재(penalty)라고 볼 수 있을 정도로 줄 경우에만 위헌으로 판단하는 중도적 입장으로 발전되어 나간 것을 알 수 있다.

Warren 법원 시대에 내려진 이에 관한 대표적인 판결이 바로 Shapiro v. Thompson, 394 U. S. 618(1969) 판결이었다. 적어도 1년 이상 거주한 자라야 해당 주의 사회복지금(welfare benefits)을 받을 수 있다고 한 법률들을 판단하

---

151) 거주이전의 자유에 해당하는 주간이동권의 헌법적 근거는 연방헌법 제 4조의 특권 및 면책(privileges and immunities)조항, 그리고 제 1조 8항 iii호의 통상조항이다. 주간이동권의 헌법적 위상과 그 전개과정에 관한 개괄적인 설명은, Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」 2ed (1994), Vol 3. pp. 471-475 참조.

면서 연방대법원은 거주기간이라는 수단에 의해 주간이동권이 제약받고 있다고 확인한 후 “제약받는 권리가 본질적인 헌법적 권리이므로 불가피한(compelling) 주의 이익을 위하여 필수적인(necessary) 수단이 아니라면 차별이 허용되지 않는다.”고 판시했다. 그렇지 못한 자를 차별하는 것은 헌법적으로 허용될 수 없다(impermissible, invidious)고 한 것이다. 이에 대해 Harlan 판사는 반대의견을 통해 헌법에 있는 권리들은 수정헌법 제 14조를 통해 주에 적용될 수 있으므로 따로이 엄격심사를 헌법적인 권리에 무분별하게 확대하는 것은 바람직하지 않으며 주 및 연방의회에 대한 지나친 간섭이 될 것이라고 격렬히 비판했다.

Shapiro 판결은 2가지 방향을 시사해 주었다고 볼 수 있다<sup>152)</sup>. 그 하나는, 주간이동권을 제약하는 ‘거주기간’이라는 요건에 대해 엄격심사를 적용하게 된 것이고, 다른 하나는, 경제적인 불평등을 시정하기 위한 주의 적극적 의무<sup>153)</sup>에 대한 논의를 불러 일으켰다는 것이다. 주간이동권에 대한 Shapiro 판결의 판지가 거주기간을 수단으로 하여 기존주민과 새로이 들어오는 이주민들을 차별한 여타의 여러 영역으로 확장되어 갔다<sup>154)</sup>는 것이 전자의 결과라면, 의료보

---

152) Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p.537.

153) 이 부분은 Burger 법원 이후에 들어와서 거부당하게 되었다.

154) Dunn v. Blumstein, 405 U.S. 330(1972) (1년 3개월을 투표권의 취득 요건으로 삼은 것은 투표권과 주간이동권이라는 본질적인 권리들을 제한하는 것) / Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S. 250(1974) (극빈자 의료혜택을 받기 위해서 1년의 거주기간을 요구한 것은 기본적인 생존수단 영역에 있어서 차별을 한 것) / Sosna v.

호영역에서의 거주기간의 문제된 *Memorial Hospital v. Maicopa County*, 415 U. S. 250(1974) 판결에서 언급한 ‘기본적인 생존수단(necessity of life)’의 논리가 후자의 논쟁을 암시해 주는 것이었다. 동판결에서 다수의견을 대표한 Marshall 판사는 “가난한 사람들에게 기본적인 생존수단을 거절하는 것을 본질적인 권리를 침해하는 것이므로 엄격심사가 적용되어야 한다”고 주장했던 것이다.

또 하나 주목해야 할 것은, 선거권 및 피선거권 영역에서도 수정헌법 제 1조만을 적용해야 한다는 주장이 있었던 것처럼 주간 이동권 영역에서도 연방헌법 제 4조의 ‘특권 및 면책조항’을 근거로 해서 문제를 해결해야 한다는 주장이 나왔다는 점이다<sup>155)</sup>. 이 역시 주간이동권이 헌법적으로 제 4조의 ‘특권 및 면책조항’에서 연유한다는 점을 고려한 것이다.

## 5) Burger 법원과 Rehnquist 법원의 일반적 입장

Warren 법원 이후의 경향은 한 마디로 말해서 “본질적

---

Iowa, 419 U.S. 393(1975) (이혼소송을 제기하기 위해서 1년의 거주기간을 요구한 것은 합헌 : 사법구제의 기회가 지연된 것일 뿐 차단당한 것은 아니라고 하여 이례적으로 합헌판결을 내렸다) / *Zobel v. Williams*, 457 U.S. 55(1982) (Alaska 주의 천연자원으로 인한 이익을 배분한데 있어서 거주기간에 차별을 둔 것은 적법한 주의 목적이 아니다)

155) *Zobel v. Williams*, 457 U.S. 55(1982)에서의 O’Conner 판사의 동조 의견 참조.

권리의 개념을 더 이상 확장하지 않는(thus far and no further)”것이라고 할 수 있다. 특히 가난한 사람들의 권익을 본질적 권리로 파악하여 엄격심사를 적용시키는 ‘기본적인 생존수단’ 논리에는 찬성하지 않는다<sup>156)</sup>. 또 진보적인 Warren 법원 대 그랬던 것처럼 엄격심사기준을 명확히 적용하는 대신 일반적인 중요성을 따지는 입장으로 후퇴한 면도 있다.

본질적 권리개념의 확장에 대한 거부감은 San Antonio School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1(1973) 판결에서 대표적으로 느낄 수 있다. 이 판결에서는 전통적으로 Warren 법원에서 강도높게 보호해 온 교육문제와 부의 영역에서 엄격심사를 정면으로 거부했다. Texas 주가 공립 학교 재정운영을 그 지역의 재산세 납부액을 기준으로 책정하자 학군간에 재산세의 다과에 따라 재정운영에 있어서 상당한 편차가 발생했다. 이것이 교육영역에서의 부에 기한 차별이라 하여 다투어진 판결이었는데 다수의견을 대표한 Powell 판사는, 부에 기한 차별이 의심스러운 차별이라는 주장과 교육이란 본질적인 권리라는 주장을 모두 배척하면서, “헌법에 의해 명시적 혹은 묵시적으로 보장되고 있는 권리가 아니라면 사법부는 평등 보호라는 미명하에 실제적인 헌법적 권리를 만들어 낼 수 없다. 문제는 교육의 권리가 헌법에 의해 명시적 혹은 묵시적으로 보장되어 있느냐이다.”라고 했고, ‘교육이라는 것은 투표권을 비롯한

---

156) 대표적인 판결이 Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471(1970)와 Lindsey v. Normet, 405 U.S. 56(1972)이다.

다른 중요한 수정헌법 제 1조의 권리들을 효과적으로 행사하는 데 필수적인 역할을 하기 때문에 본질적인 권리다'라는 주장에 대해서는, “그 점은 인정하지만 가장 효과적인 표현의 자유의 보장 및 가장 효과적인 투표권 행사에 대한 보장 및 판단을 사법적 간섭으로 해결될 성질의 것이 아니고 주정부가 해결해야 할 영역이다. ... 현재의 주정책이 우수하다는 것은 아니나 그것은 정책적인 문제로 입법부에서 해결해야 할 문제이다.”라고 하여 사법부가 초입법부(super-legislature)의 역할을 해서는 안됨을 분명히 했다<sup>157)</sup>.

*Plyler v. Doe*, 457 U. S. 202(1982) 판결에서도 역시 교육은 헌법이 인정한 본질적인 권리가 아니라고 하였다. Texas 주에서 불법체류자(undocumented aliens)의 자녀에게는 무상교육의 혜택을 주지 않은 것이 평등 보호 위반인가 하는 점이 쟁점이 된 이 판결에서 연방대법원은 “공립학교의 교육은 헌법이 부여한 개인의 기본은 아니나 중요한 권리다. ... 읽고 쓸 줄 모르면 기본적인 교육을 받지 못하게 되어 평생 동안 사회적, 경제적, 지적, 심리적인 면에 있어서 너무나 큰 희생을 치르게 되고 개인의 자아성취에 장애가 되기 때문에 기본적인 교육을 자신의 사회적 위치 때문에 받을 수 없다는 것은 평등보호조항에 구현되어

---

157) 이에 대해 Marshall 판사와 Douglas 판사는 반대의견을 통해 앞에서 언급한 바 있는 유동적 접근법(sliding scale)을 주장하면서 “헌법에 의해 명시적·묵시적으로 보장된 것만이 본질적 권리”라는 논리는 성립하지 않으며 헌법에 언급은 없지만 헌법의 보호하는 권리와 밀접하게 관련되어 있는 이익이라면 본질적 권리가 될 수 있다고 하였다.

있는 평등의 이념에 어긋난다.”고 하면서 주의 정책은 위헌이라고 판시했다<sup>158)</sup>.

본질적 권리의 영역확장은 교육 외에 사회보장금 및 주거와 관련해서도 거부되었다. “제한된 사회보장금 재원을 가지고 어떻게 분배하느냐는 사회·경제·철학적 문제와 관련되는 것이므로 연방대법원이 할 일이 아니다”<sup>159)</sup>, “헌법상 명시적인 문구가 없는 한, 적당한 주거환경과 올바른 임대인-임차인 관계를 정립하는 일은 입법부의 일이지 사법부의 소관이 아니다”<sup>160)</sup>라는 사법자체적 견지에서 더 이상의 본질적 권리를 인정하려 하지 않았던 것이다.

본질적 권리의 영역에 대해서는 여러 가지 논의가 많다. 우선 어떠한 것이 ‘본질적’이며 그것을 판단하는 기준은 헌법적 명시적·묵시적 근거에 의해서인가 아니면 사회적 중요성을 지닌 권리로 족한가? 그리고 본질적 권리를 확장시킨다면 그 기준은 무엇인가? 가난이나 의식주같은 ‘기본적인 생존수단’은 어느정도로 헌법적 중요성을 가지는가? 하

---

158) 이 판결에서 주목할 만한 것은, 차별이 합리적이 아니라고 판단하게 된 결정적 이유로서 “부모님이 처한 불법체류자란 위치는 ‘아이들이 통제할 수 없는’ 부모의 잘못이므로 이를 이유로 차별을 한다면 이는 부모의 잘못을 아이들에게 전가시키는 결과가 되기 때문”이라고 말한 점이다. 이 말(특히, 따옴표 내의 말)은 적서차별에 대한 헌법판단에서 많이 나타난 표현이었다. 그래서 동조의견을 낸 Powell 판사는 적서차별(illegitimacy)의 경우와 같이 중간심사기준을 적용하자고 주장하기도 했다. 한편 반대의견을 낸 Burger, White, Rehnquist, O’Conner 4명의 판사는 합리적 근거 심사기준으로 족하다고 주장했다.

159) *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471(1970).

160) *Lindsey v. Normet*, 405 U.S. 56(1972).

는 문제들이 제기된다. 더욱이 연방 대법원이 사법자체적 입장을 취할 것이냐, 사법적극적 입장을 취할 것이냐 하는 것과 직결되어 있기 때문에 더욱 미묘한 문제다. 정부는 개인의 기본적인 생활수준을 보장해 주어야 할 적극적 의무가 있다는 주장은 헌법적 입장에서 설득력이 없다는 유력한 견해<sup>161)</sup>도 있다. 반면에 대의민주주의 실현 및 인간다운 생활의 보장을 위해 필수적인 기본권이 있음도 역시 부인할 수 없다.

이 문제를 판단하기 전에 먼저 연방대법원의 판례전개과정에서 유심히 보아야 할 부분이 있다. 그것은 본질적 권리와 관련된 판례에서 많은 경우, 평등보호조항에 의지하지 아니하고 실체적 권리 그 자체에 의하여 위헌심사를 해야 한다는 주장이 나왔다는 사실이다. 주간이동권을 평등보호조항에 의지하지 말고 연방헌법 제 4조의 '특권 및 면책조항'에 의해서 보장하자는 주장도 있었고<sup>162)</sup>, 투표권이 대의민주주의 하에서 중요한 실체적 권리가긴 하지만 여기에 대해서도 수정헌법 제 1조를 통해서 보호하자는 판결<sup>163)</sup>까지 나왔던 것이다.

---

161) Note 교수의 주장이다. 그 근거로서 그는 3가지 이유를 들었다. 첫째, 그 개념에 대한 헌법적 근거를 찾기가 어렵다. 둘째, 무한한 수요에 대해 제한된 자원을 어떻게 배당할 것이며 그 최저기준을 어떻게 설정할 것인지는 매우 어려운 문제이다. 셋째, 입법부가 이미 사회보장제도나 복지제도를 통하여 일정한 사람들에게 생계에 필요한 수단을 제공해 주고 있기 때문이다. Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 543에서 재인용.

162) Zobel v. Williams 사건에서의 O' Conner 판사의 동조의견.

163) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780(1983).

이러한 입장은 평등 보호 조항이라는 판단기준에 의하는 것보다는 헌법이 명시적으로 보장하고 있는 실체적 권리에 기하여 문제를 판단하려 했던 것으로 분석할 수 있다. 헌법에 의해서 명시적 혹은 묵시적으로 보장되어 있는 것만이 본질적 권리로 인정받을 수 있다고 한 주장과 헌법이 보장하고 있지 않더라도 보장된 권리들을 실현하기 위해서 중요한 이익들은 본질적인 권리라고 볼 수 있다고 한 주장의 대립<sup>164</sup>도 이러한 연장선상에서 이해할 수 있을 것이다. 그러나 평등 보호 조항에서 도출되는 본질적 권리와 수정조항 혹은 연방헌법 본문에 있는 실체적 권리들이 똑같은 개념은 아니다. 문제는 헌법의 실체적 권리들과는 개념이 다른 이러한 ‘본질적 권리’라는 해석도구를 따로 만들어 낼 필요가 있느냐 하는 점이다.

우선 실체적 권리의 보호로도 접근이 가능한 부분에 대해서는 따로이 평등 보호 조항에서 도출되는 본질적 권리라는 개념이 불필요하다. 그러므로 본질적 권리라는 개념으로 수정헌법 제 1조나 연방 헌법 제 4조의 면책 및 특권 조항에 속하는 권리들을 해결하려 하는 것은(판결에 미치는 결과는 일단 접어 두고 헌법적 접근이라는 관점에서 볼 때) 바람직하지 못하다고 할 수 있다. 명백한 헌법적 근거가 따로이 있으므로 굳이 ‘본질적 권리’라는 불확정한 개념을 이용하여 평등보호조항의 범주로 끌어들이 필요가 없기 때문이다. 그러면 헌법에 명시적 혹은 묵시적으로라도 언

---

164) Rodriguez 판결에서의 다수의견, 소수의견의 대립이 그 예다.



급이 되어 있지 않는 권리들을 보호하기 위해서는 어떻게 해야 하는가? 이 문제에 대해서는 Marshall 판사가 주장한 ‘유동성 기준(sliding scale)’ 이 어느 정도의 시사를 줄 것으로 생각된다. 본질적 권리라는 개념을 만들어서 그 영역에 속하는 것은 엄격심사기준을 적용해야 한다는 식으로 접근하기보다, 평등보호조항에 기한 합리적 차별여부를 판단할 때, 즉 이익 형량의 과정에서 헌법적으로 중요한 권리들에(헌법상의 기본권에 상응하는) 우월한 가치를 부여해 주면 되는 것이다. 그러므로 부(wealth)나 기본적 생존수단에 관련하여 본질적 권리라는 영역을 확대하지는 않는 대신 그 헌법적 중요성에 비추어 합리적 차별 여부를 판단할 때 더욱 중요한 실제적 가치를 부여하는 방식으로 접근하는 것이 바람직하리라 생각된다<sup>165)</sup>

## (5) 외국인(Alienage), 적서(Illegitimacy)에 기한 차별 기타

### 1) 외국인에 대한 차별

---

165) Rodriguez 판결에서 Marshall 판사 역시 이런 취지의 반대 의견을 제출했다. “가난하다(poor)는 역사적으로 인종(race)에 대하여 가하여진 사회적 차별만큼 치명적인 요소는 아니다. 극복할 수 있는 것이기 때문이다. 그러나 재산은 인종이나 국적만큼 차별 입법의 근거로 사용되어 왔다. … 그러므로 부는 침해된 법익의 중요성 및 차별의 수단인 재산과 법익 사이의 관련성을 판단하는 데 일반적으로 참작되어 왔다.”

평등보호조항의 적용에 있어서 강도높은 사법심사를 받은 인종(race)이나 성(sex)의 공통적인 특징을 하나 꼽는다면 헌법적인 분류상 전통적인 소수자의 문제라는 것이다. 판례에서 “다수로부터 분리되고 고립된(discreet and insular) 집단”이라는 표현으로 자주 등장한 이들 소수자의 속성은 다수자에 대한 관계에서 정치적·사회적으로 중심 세력 밖에 위치한 국민의 집단이라는 점이다<sup>166)</sup>. 거기에 고도의 사법심사를 정당화시키는 근거가 있었던 것이다. 그러면 외국인의 경우에 합리적 근거 심사기준을 넘는 고도의 사법심사를 받을 수 있느냐 여부는 그들이 미국헌법상 어느 정도의 위상을 갖고 있느냐 하는데 달려 있다고 할 수 있는데 이에 대한 연방대법원의 입장은 일관되지는 못했다. 왜냐하면 누구든지 미국시민권만 있으면 미국시민이 되기 때문에 ‘외국인’이라는 지위는 변할 수 없는 고정적인 특징이 아니기 때문이다<sup>167)</sup>. 게다가 외국인을 차별하는 주법이 문제된 경우는 더욱 어려웠다. 외국인의 이민 및 귀화에 관한 사항은 전적으로 연방의 관할에 속하기 때문에(미 연방헌법 제 1조 8항 iv호)<sup>168)</sup> 주가 외국인을 차

---

166) 그러므로 소수집단의 구성원이 수적으로 많으냐는 개념의 결정요소가 아니다. 소수자의 개념과 그 보호책에 관한 개론적인 글로는, 안경환, “법치주의와 소수자보호”, 「법치주의와 약자·소수자·피해자보호」(1994), 법과 사회이론연구회 심포지엄 자료 pp. 1 - 7 참조.

167) 이 문제에 관한 종합적인 글로는 Kyong Whan Ahn, “Alien’s Basic Human Rights under the United States Law”, 저스티스 제 19권(1986), pp. 153-182.

168) 연방과 주의 관계에서 적용되는 원리 중의 하나로 Preemption이라는 것이 있다. 주나 한 지방에 관련되는 것이 아니라 국가 전체에 관

별하는 것은 연방의 권한을 침해하는 것인가가 문제로 될 수 있었던 것이다. 그리고 외국인을 국내에서 어떻게 취급할 것이냐 하는 것은 정치적 영역에 속하는 문제이기 때문에 평등보호조항을 평면적으로 적용시키기에는 무리가 따랐다. 이 모든 문제가 연방대법원의 판례를 통하여 검토되었다.

애초에 Burger 법원은 1971년의 *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365(1971) 판결에서 외국인에 대한 차별에 엄격심사 기준을 적용하였었다<sup>169</sup>. ‘분리되고 고립된’ 집단이므로 인종과 같이 의심스러운(suspect) 차별이라고 판단했기 때문이다. 그리고 연방과 주와의 관계에 대해서도 설명하면서 “주가 복지혜택에 관한 분야에서 외국인을 차별하는 것은 연방정부에 전속하는 권한을 침해하는 것이다”라고 하였다. 이러한 입장은 변호사 자격의 면에서 외국인을 제한한 Connecticut주의 법률<sup>170</sup>, 공무원이 공채대상(competitive classified civil service)을 미국시민으로만 제한한

---

련되는(national) 문제(예를 들면, 주간통상권(inter-state commerce)이나 이민이나 국적에 관한 문제)에 대해서는 연방법이 전속적으로 규율하거나 또는 연방과 주가 똑같이 규율한다 하더라도 연방법이 주법에 대하여 상위의 효력을 가져야 한다는 원리이다. Supremacy Clause(미 연방헌법 제 6조)와 관련이 있다. Black’s Law Dictionary (1990) 6ed. p. 1177.

169) Rehnquist 판사는 인종 이외의 영역에 의심스러운 차별을 확대시키는 데 반대하였다. 외국인과 관련된 차별에 대해 엄격심사기준을 적용시키는 것에도 반대의견을 냈음을 물론이다. *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365(1971) / *In Re Griffiths*, 413 U.S. 717(1973) / *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634(1973) 의 반대의견 참조.

170) *In Re Griffiths*, 413 U.S. 717(1973).

New York 주법률을 위헌선언한 판결<sup>171)</sup>에서 그대로 적용되었다. 하지만 후자의 판결(Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634(1973))에서 연방대법원은 하나의 예외를 탄생시켰다. 소위 'Dougall 예외'라고 불리는 이 규칙은 “공공에 관련되는 정책을 형성, 실행, 검토하며, 대의민주주의의 핵심과 직접적으로 관련되는 정치적 기능을 행사하는, 비선거직의 입법, 행정, 사법의 요직”에 대해서는 외국인을 차별할 수 있다는 내용으로서 정치적 영역에서의 외국인 차별을 예외적으로 허용하는 결과를 낳았다. 이 'Dougall 예외'라고 불리는 이 규칙은 “공공에 관련되는 정책을 형성 실행, 검토하며, 대의민주주의의 핵심과 직접적으로 관련되는 정치적 기능을 행사하는, 비선거직의 입법, 행정, 사법의 요직”에 대해서는 외국인을 차별할 수 있다는 내용으로서 정치적 영역에서의 외국인 차별을 예외적으로 허용하는 결과를 낳았다. 이 'Dougall 예외'를 적용하여 연방대법원은 주의 기동경찰(state troopers)을 고용하는 데서<sup>172)</sup>, 초중고등학교 교사를 채용하는 데서<sup>173)</sup> 외국인을 차별한 주법을 지지하였다. 그러나 이 원칙에도 한계는 있었다. '정책형성의 책임'이나 '시민들에게 중요한 영향을 미치는 공공정책

---

171) Sugarman v. Dougall, 413 U.S. 634(1973).

172) Foley v. Connelie, 435 U.S. 291(1978).

173) Ambach v. Norwick, 441 U.S. 68(1979). 초중등학교 교사는 학생의 정치적·사회적 책임감 형성에 중요한 역할을 담당하므로 공적 기능에 해당한다는 논리로, 시민권을 신청할 자격은 있으나 귀화하기를 거절한(eligible for citizenship but refused to seek naturalization) 외국인을 차별한 사건이었다.

을 행사하는 데 있어서 광범위한 재량'을 갖는 직책이 아니라면 이 예외에 해당하지 않는다고 후속판결<sup>174)</sup>에서 밝혔기 때문이다.

한편, 외국인에 대한 차별문제를 취급하는 데 있어서 엄격심사 기준은 올바른 도구가 될 수 없고 Preemption에 근거하여 이민을 받아들이거나 내보내는 것은 연방의 관할 사항이고 그들을 주내의 정치적 공동체 내로 받아들이는 것은 주의 관할로 하여 연방과 주의 차별문제를 해결하고자 하는 주장<sup>175)</sup>이 있다. 연방대법원도 1982년에 이러한 입장에 따라 외국인에 대한 차별을 평등조항이 아닌 Preemption을 근거로 판결한 것이 있다<sup>176)</sup>.

앞에서도 여러 번 언급하였듯이 평등보호심사기준은 절대적인 기준이 아니다. 판단의 지침이 될 때에라도 실제적인 요소가 걸린 문제에서는 항상 그 실제적 요소의 중요도에 따라 기준이 바뀔 수도 있었다. 평등보호조항 대신에 Preemption을 근거로 외국인 문제를 판단하려는 입장도 결국은 외국인에 대한 차별이 의심스러운 차별에 해당하느

---

174) *Bernal v. Painter*, 467 U.S. 216(1984). 여기서서는 공증인(notaries public) 직책이 문제되었다.

175) Note 교수의 주장이다. Note, "The Equal Treatment of Aliens : Preemption or Equal Protection?" 31 *Stan.L.Rev.* 1069(1979) / Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 356에서 재인용.

176) *Toll v. Moreno*, 458 U.S.1(1982). 내국인 학생에게는 수업료나 회비에서 유리하게 하고 비이민체류자(nonimmigrant aliens)에게는 그런 특권을 주지 않은 것은 연방의회가 고려하지 못한 부담(burden)을 주가 부과한 것이라 하여 supremacy clause 위반이라고 판결하였다.

나 아니냐 라는 형식적인 판단보다는 외국인의 법적 지위 라는 실체적 면에 중점을 두어 그들을 규율하는 권한이 어디에 있는냐를 파악한 것이라고 할 수 있다. 그런 점에서 최고법 조항(supremacy clause)이 평등보호조항보다는 좀 더 무게있는 근거조항이 될 수 있었다고 판단된다<sup>177)</sup>.

## 2) 적서차별(Illegitimacy)

적서차별 분야만큼 연방대법원이 어느 정도의 사법심사를 할 것인지, 그리고 그 근거는 무엇인지에 관해 유동적이었던 분야는 없었다<sup>178)</sup>. 대체적으로 중간심사기준에 가까운 꽤 엄격한 심사를 해 왔지만 1988년에 전원합의로 중간심사기준을 적용하기로 하기 전까지는<sup>179)</sup> 판결결과를 예측하기가 힘들 정도로 입장이 구구했다. Warren 법원 말기에, 인지받지 못한 혼외자(nonmarital children)는 어머니의 부당한 죽음에 대해 다룰 수 없다고 한 법률을 평등보호위반이라고 함으로써 다시 엄격한 심사를 했으나<sup>180)</sup>

---

177) 그러나 연방차원의 외국인에 대한 차별 역시 그다지 일관된 입장이 아니었다. *Hapmpton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88(1976)(연방 공무원 공채에서 국내거주 외국인을 차별한 공무원 인사위원회(CLC)의 규칙은 위헌) / *Mathew v. Diaz*, 426 U.S. 67(1976) (영주권 취득 및 국내에 5년 이상의 계속적 거주를 연방의료보험 혜택의 조건으로 한 것은 합헌)

178) Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 359.

179) *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456(1988).

180) *Levy v. Louisiana*, 391 U.S. 68(1968).

Labine v. Vincent, 401 U.S. 532(1971) 판결에서, 유연없이 죽은 경우에 인지한 혼외자를 부모의 친척보다 상속의 후 순위로 한 법률을 지지함으로써 의회에 대한 사법자제의 태도를 보였고 Weber v. Aetna Cas. & Sur. Co., 406 U.S. 164(1972) 판결에서 혼외자에게 산재보상청구의 주체성을 인정했는가 하면 1976년의 Mathews v. Lucas, 427 U.S. 164(1972) 판결에서는 혼외자에게 불리한 사회보장법을 지지함으로써 후퇴하는 경향을 보였던 것이다. 판결에 확실히 나타난 것이라고는 Mathews판결에서 법원이 명시적으로 “엄격심사”를 거부했다는 것뿐이었다<sup>181)</sup>.

하지만 Mathew 판결의 입장 역시 완전한 것은 아니었다. Trimble v. Gorden, 430 U.S. 762(1977) 판결에서 다시 유동을 보이기 시작했다. “유연없이 부가 사망했을 경우, 부자관계의 증명을 어려우므로 이에 기하여 혼외자의 상속을 전적으로 금지시킨 것은 정당하지 못하다”고 하면서 Illinois 주의 법률을 위헌 선언했던 것이다. 그런가 하면, 비슷한 사실관계에서의 부친이 죽기 전에 부자관계에 대한 법원의 확인을 받지 못했으면 (실사 부자관계라는 강한 증명이 있더라도) 상속을 할 수 없도록 한 New York 주의 법률을 또 지지하였다.<sup>182)</sup>

유동적 입장을 보여왔던 연방대법원은 1988년에 이르러

---

181) 문제의 사회보장법에 의하면 부양해 주어야 할 만한(dependent) 아이들만 이 사회보장의 혜택을 받을 수 있었는데, 적자의 경우는 부양의 대상이라는 것이 법률상의 추정을 받았고 서자의 경우는 입증책임 지게 하였다.

182) Lalli v. Lalli, 439 U.S. 259(1978).

서야 드디어 적서차별에 대한 평등보호 판단기준으로 중간 심사기준을 적용함을 명확히 하였다. Clark v. Jeter, 486 U.S. 456(1988) 판결<sup>183)</sup>에서 적서의 의한 차별은 “중요한 (important) 목적을 달성하기 위한 실질적인 관련있는 (substantially related) 차별이어야 한다”고 선언하였던 것이다.

### 3) 기타의 차별

그 밖에 전통적인 합리성 심시기준을 넘어선 엄격한 사법심사가 논의된 분야로는 장애인의 경우와 연령(age)에 의한 차별, 부(wealth)에 의한 차별 등이 있다.

연령에 의한 차별에는 엄격한 심사가 거부되었다. 일정한 나이 제한으로 인해 피해를 보는 사람들은 “역사적으로 불평등한 취급을 받아 온 것도 아니고 그들의 능력과는 상관없는 고정관념에 의해 독특한 취급을 받아 오지도 않았기 때문에” 의심스런 차별의 대상이 아니라는 것이다.<sup>184)</sup>

---

183) 이 판결에서는 부양청구를 하기 위해 제기하는 부자관계확인소송은 아이가 태어난 지 6년 이내에 제기해야 한다는 Pennsylvania 주의 법률을 위헌이라고 판정했다.

184) Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307 (1976). 주무장경관의 정년을 50세로 한 것이 평등보호위반으로 제기된 사건이었다. 1979년에 연방대법원은 다시 외무공무원의 정년문제를 다루게 되었는데 (Vance v. Bradley, 440 U.S. 93(1979)) 여기에서도 역시 합헌추정의 자세를 보였다. 합리적 근거가 있다고 본 이유는 특정 직업의 원활한 기능과 관련하여 전문적 직업역량을 보장하기 위해



장애인의 경우 역시 합리적 근거 심사기준을 적용하는 선에 그치고 있다. 정신지체아들에 대한 시설임대를 거절한 것이 문제된 *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432(1985) 판결<sup>185)</sup>에서 연방대법원은 상세한 이유를 들어 좀더 강도높은 심사기준의 적용을 거부했다. “첫째, 정신지체(mental retardation)의 취급은 전문적인 입법부가 해야지 사법부가 나서서 하는 것은 바람직하지 않다. 둘째, 적당한 처우, 시설 및 주거환경 제공 등을 보장받을 장애인들의 권리는 융통성과 선택의 자유를 가지고 있는 정부가 담당해야 하며 그 대응책 마련 및 한계설정에서 사법부가 간섭해서는 안 된다. 셋째, 정치적인 소수라고 무조건 엄격심사를 받아야 한다면 경제 및 사회복지와 관련된 분야에서도 엄격 심사를 적용해야 할 경우가 생길 것이다. 넷째, 정신지체아들의 경우가 의심스러운 차별에 준하는 (quasi suspect) 취급을 받는다면, 다른 사람들과 구별되는 고질적인 무능력사유(immutable disabilities)가 있고 입법에 대한 접근권이 크게 보장되어 있지 못한 사람들의 경우

---

서는 정년의 제한이 바람직하기 때문이라고 한다. Chandler, Enslin, Renstrom, 「The Constitutional Law Dictionary」 (1985) Vol 1. p. 357. 한편 Murgia 판결의 판지(holding)는 주법원 판사의 정년을 70세로 정한 것이 문제된 *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452(1991) 판결에서도 유지되었다. Gunther, 1994 Supplement p. 155.  
185) Texas 주 Cleburne 시의 일정시설을 임대해 주는 데 있어서 아파트나 다가구주택, 하숙집, 학생사교클럽, 기숙사 병원, 위생시설, 요양소 등에게는 자유로이 임대해 주었으나 정신지체아들을 수용하는 시설로 사용하려 하자 시의 특별허가를 요구하여 마침내는 시설임대가 이루어지지 못했다. 이에 평등보호위반으로 소송이 제기된 것이다.

라면 다 그런 취급을 받을 수 있는 것이 되어 그 범위가 부당히 확대될 우려가 있다.” 그러나 문언상으로 강도 높은 사법심사를 채택하지는 않았지만 이 판결에서는 장애아들을 차별한 Texas시의 조치를 부당한 차별이라고 하여 위헌으로 선언하였다.

한편, Warren 법원 시절에 엄격한 심사를 받았던 부에 기한 차별<sup>186)</sup>은 이후 Burger 법원에 이르러서 엄격심사를 거부당했다<sup>187)</sup>.

평등보호조항의 적용을 받아온 또 다른 영역으로, 선거구 재조정(Reapportionment) 문제가 있다. 투표가치에 현격한 차이가 나게 구획되어 있는 선거구를 평등보호에 어긋난다고 주장하여 선거구를 다시 조정하게 할 수 있는가 하는 문제였다. 전통적으로 선거구 재조정 문제는 ‘정치적 문제(political question)’로 취급되어 사법심사의 대상이 아니라고 인식되어 왔는데<sup>188)</sup>, 유명한 Baker v. Carr, 369

---

186) Harper v. Virginia Bd. of Elections, 383 U.S. 663(1966). 이 판결에서 Douglas 판사는 “부나 재산에 기한 구분은, 인종에 의한 것과 같이, 전통적으로 불리하게 그어져 왔다.”고 하여 부를 인종과 마찬가지로 의심스러운(suspect) 차별로 보았다.

187) James v. Valtierra, 402 U.S. 137(1971). “저임대료 주택공급정책(low rent housing project)을 실현하기 위해서는 미리 지역주민들에게 찬반투표를 붙여야 한다는 California 주헌법은 인종과 관련된 차별이 아니고 민주주의의 실천의지를 나타낸 것이므로” 합리적인 근거가 있는 차별이라고 하였다.

188) Colegrove v. Green, 328 U.S. 549(1946). “선거구 획정은 정치영역에 고유한 문제이므로 사법판단이 바람직하지 않다”며 불평등하게 책정된 선거구를 이유로 선거를 금지시키는 것은 사법부의 권한 밖이라고 하였다.

U.S. 186(1962) 판결을 통해서 종전의 판결들을 뒤엎고 이를 사법심사의 대상영역으로 흡수하였다. 이 판결에서 연방대법원은 정치적인 영역에 속하는 것으로, i) 헌법이 명시적으로 행정부나 입법부에 위임하고 있는 것(공전체조항(Guarantee clause)과 외교관련문제), ii) 사법부가 해결한 만한 기준을 갖고 있지 못한 사건 혹은 사법부의 영역을 벗어난 정책판단이 선재하지 않고서는 결정하기 불가능한 사건의 2가지 경우를 들었고 선거구 재조정 문제는 양자 중 어느 경우에도 해당하지 않는다고 전제한 후, “이것은 주가 자의적이고 변칙적인 행위를 했는가라는 평등보호조항의 문제다”라고 선언하였던 것이다. Baker v. Carr 판결은 그 이후 Gray v. Sanders, 373 U.S. 368(1963) 판결에서 “1인 1표”원칙을 정립하는 것으로 이어졌고, Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964) 판결에 이르러서는, 주의 양원선거절차에서도 “1인 1표” 원칙을 지킬 것을 요구하는 데까지 나아갔다.

#### 4. 적극적 평등실현정책(Affirmative Action)

##### (1) 서론

앞에서 살펴 보았듯이 미국에서 흑인 및 소수인종과 여성은 사회 여러 분야에서 역사적으로 수많은 차별을 받아왔다. 교육의 혜택을 제대로 받지 못해서 자아개발은 물론

정치적 주체로서 올바르게 성장할 수 있는 기회를 박탈당하여 늘 소수의 자리에 머물러 왔고, 일자리를 제대로 얻지 못하여 사회·경제적으로 불리한 위치에 처해질 수밖에 없었다.

자신들의 권익을 신장하기 위하여 쏟았던 피의 대가로 연방대법원이 “차별의 금지”라는 헌법적 대명제를 확인해 주기도 하였으나 이러한 기회는 평등만으로는 아직 부족한 점이 많았다. 그래서 수정헌법 제 14조의 해석으로는, 또 1964년 민권법의 제 VII장을 위시한 하위법규에 의해 이전에 행해졌던 소수집단에 대한 차별을 보상하고 실질적 평등을 이루기 위하여 시행하게 된 것이 바로 적극적 평등 실현정책이다.

적극적 평등 실현정책(Affirmative Action)이란 “정치적 대표성이 소외되었던(under-represented) 집단, 즉 전통적으로 차별을 받아온 소수집단을 일정한 영역에서 보다 많은 특혜를 누리도록 해 주려는 제반 시도”<sup>189)</sup>를 일컫는다. 그 내용은 우호적 처우(preferential treatment)를 하고 있는 것과 그렇지 않은 것, 그리고 할당제(quotas)나 목표(goal)를 규정하고 있는 것 등 다양하다<sup>190)</sup>. 학교에서 소수

---

189) Greenwalt의 정의한 내용이다. Michel Rosenfeld, 「Affirmative Action and Justice」 (1991), p. 42에서 재인용.

190) 한편, ‘적극적 평등 실현정책’과 구별해야 하는 개념으로서 ‘역차별(reverse discrimination)’이 있다. 이 개념은 적극적 평등 실현정책에 반대하는 사람들이 동정책을 비난하기 위해서 지칭한 것으로 “백인이기 때문에 불리하게 취급하는 것”이라고 일응 말할 수 있다. 차이점을 지정한다면, 역차별은 개념상 백인을 불리하게 취급하기 위한 것이 목

인종의 정원을 할당하여 입학이나 교육에 있어서 특혜를 준다든지, 고용이나 해고에 있어서 소수집단을 유리하게 취급해 준다든지 연금이나 사회복지혜택에 있어서 여성에게 남성보다 유리한 조건을 부과한다든지 하는 것들이 다 여기에 속한다.

이 적극적 평등실현정책이 헌법적 논쟁의 대상이 되는 이유는 과연 이러한 차별이 평등보호조항에서 말하는 ‘평등’을 실현하기 위한 범위 내의 것인가 하는 점 때문이다. 소수집단에게 행해진 과거의 차별을 보상하기 위해서 다수에게 불리한 조치를 부과하는 것이 헌법적으로 허용될 수 있는가? 허용될 수 있다면 어떤 경우에, 어느 범위까지 그러한 취급이 가능할 것인가? 하는 것이 근본적인 문제로 제기되는 것이다. 한편, 인종을 이유로 소수인종에게 불리한 취급을 할 때는 엄격심사기준을 적용하였는데 반대로 우호적인 취급을 해 줄 때 역시 엄격심사기준을 적용하여야 할 것인가? 아니면 실질적 평등을 이루기 위하여 완화

---

적이 되는 반면에 적극적이고 평등보호정책의 경우에는 과거에 행해진 소수집단에 대한 차별을 보상하고 배분적 정의를 이루려는 것이 목적이므로 보상적·배분적 개념이라는 점이다. 단순한 차별을 위한 차별이 아니고 결과의 평등을 추구하기 위한 차별이라고 볼 수 있는 것이다. 그리고 ‘호의적 차별’, ‘우호적 차별’이라는 개념은 적극적 평등보호정책이라는 말과 상황에 따라서는 같은 의미로 쓰일 때가 많다. 본 논문에서도 호의적, 우호적 차별이라는 용어를 적극적 평등보호정책과 같은 의미로 썼다. 적극적 평등보호정책의 개념에 관해서 자세한 것은, Michel Rosenfeld, 「Affirmative Action and Justice」(1991), p. 11-51 참조./이에 관한 국내문헌으로는, 김영환, “적극적 평등실현조치에 관한 연구”(91 영남대, 박사) p. 34-40 참조.

된 기준을 사용해야 하는가? 여성을 우호적으로 취급할 때는 어떻게 되는가? 하는 심사기준(level of scrutiny)의 문제가 중요하게 등장한다.

이하에서 분야별로 대표적인 판례를 먼저 살펴보고 적극적 평등실현정책과 관련하여 제기되는 헌법적 쟁점 및 동정책에 대한 찬반논의를 소개하기로 한다.

## (2) 구체적 판결들

### 1) 교육

적극적 평등실현정책과 관련한 논의는 유명한 Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265(1978) 판결에서 비롯되었다<sup>191)</sup>. California 주립대학 Davis 의대에서 정원 100명 중 16명을 소수인종에게 할당해 주기로 했는데 백인 지원자 Bakke는 경쟁대상이었던 84명 중에 들지 못해 이 입학시험에서 두 번이나 떨어졌다. 그러나 특별전형으로 입학한 소수인종 16명 전원이 자기보다 나쁜 점수를 받았었다. 이에 Bakke는 특별전형이 없었다면 입학할 수

---

191) 입학에 있어서의 우선정책은 Bakke 판결 이전에, Defunis v. Odegaard, 416 U.S. 312(1974) 판결에서 논의될 수 있었으나 원고가 소송이 진행중에 이미 법대에 입학하여 졸업을 앞두고 있었으므로 사건성이 결여되어(mootness) 소송이 각하되어 버렸다. 단 이 판결에서 Douglas 만이 자신의 입장을 밝혔다. “수정헌법 제 14조는 모든 법적 용에 있어서 인종중립적인 방법으로 할 것을 요구한다”고 하여 인종을 우호적 차별의 사유로 삼는데 대해 반대하는 입장이었다.

있었을 것이라는 이유로 소송을 제기하게 되었던 것이다. 이 문제를 판단한 연방대법원의 기본입장<sup>192)</sup>은 다음의 몇 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 우호적인 차별을 할 경우에는 덜 엄격한 심사기준을 적용해야 한다는 학교측의 주장을 배척하면서 “인종에 기한 구분은 종류를 불문하고 원칙적으로 의심의 대상이 되는(suspect) 차별이며 그렇게 때문에 가장 엄격한 사법심사가 요구된다.”고 하였다.

둘째, 우호적인 차별은 과거의 차별행위를 보상(remedial effects)해 줄 목적으로 취해져야 하므로 국가기관의 헌법 위반이나 법령위반이 증명되지 않는 한 우호적인 차별은 승인되지 않는데, 이 사건의 경우 과거의 차별이나 헌법위반행위를 보상하려는 것이 아니라 능동적으로 입학 정책을 펴나가는 과정이었으므로 이 과정에서의 우호적인 차별은 위헌이다.

셋째, 소수인종에 우호적인 조치는 오히려 그 소수 집단

---

192) 이 판결은 5대 4로 이루어졌다. Powell 판사가 다수의견을 대표하였으며, Brennan, White, Marshall, Blackman 이 일부동조, 일부반대의견을 제출했다. Bakke 판결의 쟁점은 두 가지였는데 특별전형절차가 위헌인가라는 문제와 대학입학전형절차에서 인종을 고려할 수 있는가라는 문제가 그것이다. Brennan 외 3명은 Davis 의대의 특별전형절차가 위헌이라고 판단한 데 대하여 반대했고, 인종을 대학입학전형에서 고려할 수 있다(즉, 적극적 평등보호정책의 인정여부)는 데 대해서는 동조의견을 제출했다. 즉 Powell 판사만이 첫 번째 쟁점에 대해서는 위헌, 두 번째 쟁점에 대해서는 반대의견 측을 지지해 주는 swing vote를 행사한 셈이었다. A. Mason, 「The Supreme Court From Taft to Burger」 (1979), pp. 297-298. 김영환, “적극적 평등보호 정책에 관한 연구” (’91 영남대 박사), p. 115에서 재인용.

은 자력으로서는 성공할 수 없는 무력한 소수라는 고정관념을 심어 줄 우려가 있으므로 진정한 의미의 ‘우호적(benign)’인 조치가 아니다.

이러한 기본입장 하에 Powell 판사는 다음으로 특별전형 제도의 목적(purpose)이 엄격심사기준을 통과할 수 있을 정도로 필수불가결한(compelling, overriding) 목적인가를 판단하였다.

대학 측이 제시한 특별전형의 목적은, ① 의료계에서 소수인종이 받아왔던 불이익을 줄이고 ② 역사적으로 받아왔던 사회적 차별(societal discrimination)을 보상해 주며 ③ 의사인력이 부족한 소수인종 집중주거지역에 인력을 공급해 줄 수 있고 ④ 다양한 인적구성이 이루어진 학생집단을 형성할 수 있다는 4가지였다.

Powell 판사는 이에 대해, “① 이것이 인종만을 이유로 소수집단을 우선적으로 채우해 주는 것이라면 이는 헌법이 명백히 금지하고 있는 인종차별이다 ② 사회적 차별이라는 개념은 모호하며, 과거의 차별행위가 확인되지 않는 한 무고한 다수를 차별하는 정책은 펼 수 없다 ③ 본 할당제가 부족한 의사인력을 보충해 준다는 아무런 증거도 없다 ④ 다양한 인적구성이 이루어진 학생집단을 만드는 것은 중요한 목적이긴 하나 유일한 수단이라고는 절대 간주할 수 없다.”고 하였다.

또 인종적으로 다양한 인적구성은 일정 수를 범주화시키는 할당제(quota) 같은 수단으로만 반드시 획득되는 것이 아니고, 자격있는 사람들 중에서 인종을 고려하여 가산점



(plus)을 주는 것과 같이 유연한(flexible) 특별전형만이 허용될 수 있다”는 이유로 Davis 의과대학의 할당제(quota)를 위헌이라고 판시하였다.

네 번째 목적을 판단하면서 Powell 판사가 제한된 경우에는 유연한 (flexible) 적극적 평등실현정책이 취해질 수 있음을 시사한 것은 이후에 전개될 판례에서 적극적 평등실현정책을 인정하는 판례가 많이 나올 수 있었던 배경 중의 하나였다<sup>193)</sup>.

한편, 반대의견을 낸 Brennan, Marshall 판사의 입장을 분명히 알아둘 필요가 있다. 적극적 평등실현정책이 합헌으로 인정될 때에는 항상 이들의 기본입장이 다수의견의 지위를 차지했기 때문이다<sup>194)</sup>.

첫째, 적극적 평등실현정책에 의해 차별받게 되는 백인은 전통적으로 차별을 받아온 집단이 아니기 때문에 엄격심사기준을 적용시키는 것은 부적합하고, 성이나 적서에 기한 차별과 마찬가지로 중간심사기준을 적용시켜 중요한 국가적 목적을 달성하기 위해 실질적인 관련이 있는 차별이면 허용되어야 한다.

---

193) 왜냐하면, 뒤에서 판사개인별 입장을 언급할 때 잠시 살펴보겠지만 Powell 판사가 결정권을 행사한 경우가 많았기 때문이다. Bakke 판결에서는 위헌쪽이었는데 Fullilove 판결에서는 합헌 쪽으로 표결했고, 자신이 참여한 적극적 평등보호정책과 관련한 모든 사건에서 항상 다수의견에 속해 있었던 유일한 판사였다. Herman Schwartz, “The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It’s All Over But The Shouting”, 86 Michigan L. Rev. 524(1987), p. 526.

194) 적극적 평등실현정책과 관련된 일련의 판결들에서 Brennan, Blackman, Marshall은 거의 예외없이 입장을 같이해 왔다.

둘째, 현재 미국에서 흑인이 차지하고 있는 사회적 지위는 역사적으로 받아온 불평등한 취급의 비극적이고도 불가피한 결과이다. 그리고 이러한 상태는 수정헌법 제 14조가 바라는 결과가 아니다. 인종을 고려한 보상책을 취하는 조건으로 차별사실에 대한 사법적 확인이 있어야 한다는 요구는 자발적으로 평등조치를 취하려는 노력에 치명적이므로, 제거될 피해가 과거차별의 결과라고 믿을 만한 상당한 이유가 있으면 만성적인 소수인종의 소외상태(under-representativeness)를 극복하기 위하여 인종을 고려한(race-conscious) 조치를 취할 수 있다.

셋째, 인종차별에 관여했던 기관이 단지 그 차별행위를 중지하고 인종중립성(race-neutral) 입장을 취하는 것만으로는 평등보호조항의 취지를 충족시키지 못한다.

이러한 근거 하에서 Brennan은, 의학분야에서의 소수의 소외상태는 의학뿐만 아니라 교육·사회 일반분야에서 받은 의도적인 차별의 결과가 빚는 현상이므로 그것을 치유하기 위해서 인종을 고려한 정책을 취할 수 있다고 주장하였다.

확실히, Bakke의 입학이 거절되었다고 Bakke의 열등함이 낙인찍힌 것은 아니며 평생에 걸쳐 Brown판결에서 흑인아동이 받은 정도의 심리적 영향을 받는 것도 아니다. 흑인이 역사적으로 받아왔던 사회적 차별과는 질이 다른 것이다. 하지만 그렇다고 무작정 무고한 다수를 차별하는 것은 허용될 수 없다. 그러면 어떤 경우에 적극적 평등 실현정책이 인정될 수 있는가? 이것이 Bakke 판결이 제기한

문제였고 후속판결들에서 연방대법원은 이 문제를 심리해 나갔다.

## 2) 자금유보계획(set-aside program in contracting and financing) 및 사업허가(licensing)

적극적 평등실현정책은 공공재원을 분배하거나 사업허가를 부여하는 데 있어서 소수인종의 기업을 우선, 혹은 우대하여 취급하는 것이 어느 정도 허용되는지 하는 데서도 문제되었다.

그 시작은 1980년의 Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 판결에서였다. 연방의회는 1977년에 공공사업법을 제정하여 주나 지방정부(local government)가 공공사업을 실시할 경우에 일정액의 연방보조금을 지급하도록 하고 보조금을 받은 공공사업자는 그 보조금 중 10%를 소수 인종이 당해 왔던 차별로 인한 불이익을 구제해 주기 위하여 소수 인종 소유 기업에게 공공 사업 계획에 참여할 수 있는 기회를 확보해 주자는 취지였고, '10%'의 자금 유보는 전체 인구에서 소수 인종이 차지하는 비율인 17%와 공공시설 계약자 중에 소수 인종이 차지하는 비율인 4%의 중간치로 결정한 것이었다<sup>195)</sup>.

---

195) 이런 비율의 수치는 차별의 결과를 징표 하는 것으로서 중요하게 취급된다. 취업하고 있는 소수 인종의 비율이 노동인구의 비율보다 상당히 낮다는 것은 과거에 차별행위가 있었다는 사실을 추정하는 증거가 되고 그에 기해 적극적 평등실현정책이 합리화될 수 있었다는 것이다. Wygant v. Jackson Board of Education, 106 S.Ct. 1842(1986)

복수의견(plurality opinion)을 대표한 Burger는,

첫째, 본법률의 목적이 연방의회의 헌법적 권한 내의 것  
인가하는 점을 우선 검토해야 하는데, 평등보호조항을 실행  
하기 위해 적절한 입법을 할 수 있는 권한(수정헌법 제  
14조 5항) 및 미합중국 전체의 복지를 증진시키기 위하여  
입법을 할 수 있는 권한(연방헌법 제 1조 8항 i 절)에 비  
추어 볼 때 문제의 MBE(minority business enterprise)  
항은 의회의 권한 내에 속한다,

둘째, 과거의 인종차별로 인한 현재의 불이익을 제거하  
려는 경우에 있어서 연방의회는 인종중립적 태도를 취할  
필요가 없다,

셋째, 소수인종기업에 대한 자금유보조항으로 인하여 백  
인소유 기업이 당하는 희생은 그들이 체결하는 전체 계약  
기회와 비교해본다면 아주 작은 것이며, 백인기업은 이미  
소수인종기업에 대한 차별로 인해 오랫동안 이익을 받아왔  
으므로 그 희생은 과도한 것이 아니다 라는 이유를 들어  
동조항을 합헌선언하였다<sup>196)</sup>.

---

판결에서 O'Conner 판사의 동조의견 참조.

196) Marshall은 동조의견을 통해 “흑인에게 닫혀 있던 장벽은 인종을  
고려한(race-cincious) 정책이 아니고서는 완전히 열리지 않는다”  
고 하였다. 적극적 평등실현정책에 대한 그의 일관된 신념이다. 한편,  
Stewart 와 Rehnquist 는 반대의견을 통해서 “인종을 고려한 차별적  
인 법률에 의해 피해를 보는 사람이 소수인종일 경우뿐만 아니라 다  
수일 경우에도 평등보호조항 위반이다. 인종에 기한 특혜부여도 인종  
과 인종 사이를 분리시키기는 마찬가지이기 때문이다”며 정부는 정책  
을 시행함에 있어 인종을 절대 고려할 수 없다는 의견을 피력했다. 엄  
격심사기준을 철저히 적용한 것이다.

Fullilove 판결은 복수의견으로 제시되어 판례로서의 구속력을 가지지는 않았지만, 동판결에 근거하여 많은 주정부와 지방정부는 소수인종기업이 과거의 차별로 인하여 현재 당하고 있는 피해를 구제해 주기 위하여 이러한 자금유보계획을 실시하기에 이르렀다. 하지만 Fullilove 판결이 선판례로서 한계를 갖고 있었다면 그것은 바로, 문제의 법률이 연방의회가 제정한 법률이었기 때문에 연방의회의 권한을 폭넓게 해석하고 의회에 대한 사법자제적 입장을 취하는 연방대법원의 기본적 입장에 바탕을 두고 합헌판결이 내려졌다는 것이다<sup>197)</sup>. 그래서 주 차원에서 이러한 조치가 이루어졌을 때도 Fullilove 와 같은 판결이 나올 수 있을지는 아직 불확실했던 것이다.

이러한 우려는 현실로 나타났다. 1989년의 *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 판결에서 주차원에서의 이러한 조치(시건설계약을 수주받은 주계약자는 건축예상비용의 30%이상을 소수인종이 경영하는 기업에 하도급해 주어야 한다는 조치)가 위헌판정을 받았기 때문이다. 역시 복수의견<sup>198)</sup>을 대표한 O'Conner 판사는, “연방의회는 수

---

197) Burger 원장은 복수의견 첫머리에서 이 점을 밝히고 있다. “인종에 기하여 보상적인 계획을 실시하는 것은 엄밀한 심사를 받아야 한다. 그러나 이 문제를 접근함에 있어서 우리는 연방대법원과 동등한 위상에 있는 연방의회에 대하여 적절한 사법자제적 입장을 가지고 나가야 한다.”

198) 적극적 평등실현정책에 관해서는 판사들 사이에 구체적인 부분에서 의견이 일치하지 않는다. 평등보호심사기준 문제에서 어느 정도 엄격심사기준과 중간심사기준으로 의견이 갈리지만, 엄격심사기준을 주장하는 내부에서도 i)입법부의 경우는 엄격한 조건하에 미래지향적인

정헌법 제 14조 5항에 의하여 사회적인 차별, 평등의 원칙을 해치는 상황을 찾아내고 그에 대해 예방적 조치를 취할 수 있는 특별한 헌법적 권한을 갖고 있지만, 주는 수정헌법 제 14조 1항에 의거하여 모든 입법활동영역에 있어서 인종이라는 기준을 고려할 수 없게 되어 있다. 그러므로 연방대법원은 주정부가 채택한 구제책에 대한 합헌성 심사에 있어서 엄격심사기준을 적용해야 한다.”고 하여 주나 지방정부는 확인된 차별에 대해서만 구제책을 취할 수 있다고 하였다. 그리고 본 사건에서는 주가 소수인종이 계약 체결 분야에서 배제되어 왔다는 차별적 사실을 입증하지 못했으므로 위헌이라고 판단하였던 것이다.

과거의 차별사실이 확인되었는가, 혹은 통계적으로 어느 정도가 과거의 불합리한 차별을 반증하는가 하는 문제는 사실관계와 밀접한 관련이 있고 정책적 문제이므로 논외로 하고, 이 판결이 뚜렷이 제시했던 것은 연방의회가 취할 수 있는 구제책과 주의회나 지방의회가 취할 수 있는 구제책은 그 요건이나 범위에 있어 차이가 있다고 본 것이었다<sup>199)</sup>. 3인(Brennan, Marshall, Blackmun)의 판사는 반대 의견을 통해 이 점에 대해, “수정헌법 제 14조 1항이나 5

---

(forward looking) 목적으로 사용될 수도 있다는 견해에서부터 ii) 과거의 차별행위가 확인되어야만 보상적인 정책을 취할 수 있다는 견해, 그리고 iii) 아예 인종을 고려한 정책은 전혀 취할 수 없다고 보는 견해까지 다양하게 나뉘어 있다. i) 의 입장에 있는 판사가 Stevens이며 ii) 가 O’Conner, iii) 이 Kennedy, Scalia, Rehnquist이다.  
199) Chandler, Enslin, Renstrom, 「The Constitutional Law Dictionary」 (1985) Vol 1. Supplement, p. 200.

항은 주로 하여금 인종을 고려한(race-conscious) 정책을 시행하지 못하도록 제한하거나 선점(preempt)하는 조항이 결코 아니다”라고 하면서 연방과 주 차원에서의 구체책이 다를 수 없다고 주장했다<sup>200</sup>).

1990년에 또 다른 한 사건(Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communications Commission, 110 S.Ct. 2997 (1990))이 연방차원의 기관에 대하여 제기되었다. 여기서는 연방통신위원회(FCC)가 채택한 2가지 정책이 문제되었는데, 그 하나는 새로운 허가를 발부함에 있어서 소수인종의 소유기업을 우선적으로 고려하는 정책이었고, 둘째는 현재 사업허가자들이 허가를 잃게 될 상황(distress sale : 청산 경매절차)에 놓여 있을 때 그 허가를 소수인종 소유의 방송사에 우선적으로 이전시켜 주는 정책이었다.

연방과 주의 경우를 달리 취급했다는 점을 감안하여 Brennan은 “문제된 FCC의 정책은 연방의회에 의해 승인을 받은 것”임을 강조하면서 다수의견을 이끌어 내었다<sup>201</sup>. 이 정책의 근거로 연방통신위원회가 제시한 ‘방송에

---

200) Croson 판결에 대한 학자들의 반대입장과 그에 대한 논쟁에 관하여는, “Constitutional Scholars’ Statement on Affirmative Action After Croson”, 98 Yale L.J. 1711(1989) / Fried, “A Response to the Scholars’ Statement”, 99 Yale L.J. 155(1989) / “Scholars’ Reply to Professor Fried”, 99 Yale L.J. 163(1989) 참조.

201) Fullilove 판결에 의하자면 연방차원의 적극적 평등실현정책만큼은 주와 지방정부의 그것과는 달리 엄격한 심사를 받을 필요가 없었기 때문이다. 그래서 Brennan 자신은 연방과 주의 경우에 취급이 다를 수 없다고 주장해 왔었지만, Croson 판결의 다수의견을 형성한 판사들이 주장한 연방의회의 광범위한 권한을 근거로 하여 보수진영

있어서 다양한 정보와 관점을 접할 수 있는 국민의 권리’라는 것은 연방통신위원회가 수호해야 할 핵심적인 임무라고 강조한 후, Brennan은 자신이 평소에 주장해 오던 중간심사기준을 여기에 적용시켜, 동정책을 합헌으로 판정해 주었다. Croson판결의 복수의견을 형성했던 판사들이 모두 반대의견을 제출했으므로 엄밀히 말하면 관례의 입장이 바뀐 것으로는 볼 수 없으나, 앞의 판결들과 연결하여 결과적으로 보면, 「주 및 지방정부가 추진하는 적극적 평등 실현정책에 있어서는 엄격심사기준이 적용되고 확인된 과거의 차별행위에 대해서 보상을 해 주는 정책만이 허용되나, 연방정부의 차원에서 추진하는 적극적 평등 실현정책에 있어서는 중간심사기준이 적용되고 차별행위를 판단하거나 그것에 대하여 보상해 주는 정책의 범위를 결정하는 데 있어서 연방정부나 연방의회는 광범위한 권한을 갖는다」는 이원적인 결론에 이르게 된다<sup>202)</sup>.

### 3) 근로관계(employment)

---

(Affirmative Action에 반대하는 판사들)중에서 Stevens의 동조를 얻어낸 것이다.

202) 반대의견을 낸 4인의 판사가 연방의 경우에 엄격심사와는 다른 기준을 채택한 이러한 입장에 대해 격렬히 반대했음은 물론이다. 그들의 기본입장은 인종을 차별하는 정책은 어떠한 경우에도 “목적이 불가피해야 하고 수단은 엄밀히 고안된 것이어야(narrowly tailored)한다”는 것이다. O’Conner 판사도 “수정헌법 제 14조는 주를 구속하는 것과 동일하게 연방도 구속한다”라고 하였다. 이 말이 Croson 판결에서 연방과 주차원의 정책을 구별하여 달리 취급했던 장본인인 자신의 견해와 일관되는지는 의문이다.



적극적 평등실현정책에 대한 구체적 지침과 내용을 마련하려는 연방 대법원의 노력은 근로 관계에 관한 판결들에서 세부적으로 논의되었다. 고용 및 근로에 관련된 많은 법률이나 행정적 조치들이 합헌 판결을 받았으며 그런 만큼 적극적 평등 실현 정책이 허용되는 세부적인 요건들에 관해서 사안별로 검토해 나갈 수 있었다. 한편 이 분야에서는 1964년 민권법 제 VII장<sup>203)</sup>이 같이 논의되었는데 해당 조항은 차별을 철폐하기 위한 법원의 권한에 대하여 규정하고 있었고 이것이 평등보호조항과 어느 정도 조화되어 해석될 수 있겠는가 하는 것이 문제되었다. 자발적인 평등 실현정책을 취한 경우와 법원의 명령으로 평등실현정책을 취하게 되었을 때 어떻게 취급이 달라졌는지도 주의해 보아야 할 부분이다.

대표적인 판결은 해고에 있어서 인종을 고려하여 흑백을 차별 할 수 있는지 여부가 문제된 *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267(1986) 판결이었다. 「종전의 차별행위를 확인할 필요도 없이 우호적인 차별을 할 수 있으며 역할모델("role models")을 제시하여 줌으로써 사회적 차별(societal discrimination)을 보상해 주는 것은

---

203) 이 중 차별에 대한 법원의 구제조치에 관한 조항을 보면, 「피고가 근로관계에 있어서 불법적인 차별을 하고 있다고 판단할 경우에 ... 법원은 그 행위의 중지와, 고용인의 복직 및 고용 등을 포함한, 적당하다고 생각되는 적극적 평등실현정책 기타 다른 공정한 구제조치의 실시를 명할 수 있고 ...」라고 규정하고 있다. 1964년 민권법 제 706조 (g)항, 42 U.S.C. 2000e-5(g)(1982).

평등보호조항에 의해서 허용된다」고 판시한 지방법원의 판결을 번복하면서, 연방대법원은 “유관기관의 차별행위에 대한 확인이 있어야 하며, 사회적 차별이라는 개념은 선한 다수를 차별하는 구체책을 취하는 근거가 되기에는 너무 모호하고 불충분한 개념”이라고 하면서 역할모델(role model)과 사회적 차별(societal discrimination)이라는 개념을 거부했다<sup>204</sup>. 그러나 Local 28, Sheet Metal Workers v. EEOC, 478 U.S. 421(1986)에서 연방대법원은 (Brennan이 다수 의견을 대표했다) 민권법 제 VII장을 넓게 해석하여 법원은 차별행위를 시정하기 위한 넓은 범위의 정책을 취할 수 있음을 확인하였고 차별을 효과적으로 종식시킬 수 있는 적극적 조치를 명하는 것도 가능하다고 판시했다<sup>205</sup>. 연방대법원은 더 나아가 고용주와 고용인들간의 합의에 의한 자발적인(voluntary) 적극적 평등실현정책은 민권법 제 VII장에서의 법원의 권한 범위를 따질 필요도 없이

---

204) 여기서 Powell 판사는 엄격심사기준을 적용시켰다. 또 Marshall은 반대의견에서 이 정책은 교육위원회가 자발적으로 고용인들과 타협하여 적극적 평등실현정책을 시행하였음을 강조하면서, “공립학교는 고용인들의 충분한 동의를 얻어서 감원에 있어서 적법한 적극적 평등실현정책을 실시할 수 있도록 허락되어야 한다”고 하였다.

205) 이 사건은 노동조합에서 29%의 소수집단을 회원으로 받으라는 지역법원의 명령(decree)을 거절하여 법원의 명령에 대해 소송이 제기된 사건이었다. 여기에서 Brennan은 ‘노동조합의 오랜동안의 인종차별’, ‘법원의 명령에 끝가지 불복종’한 점을 강조하면서 지역법원의 명령을 필수적인 (necessary)조치였다고 판단했다. 반대의견을 낸 Rehnquist와 Burger는 “민권법 제 VII장 706조 (g)호에 의해서는 차별의 피해자가 아닌 사람에게 인종을 고려한 우호적인 취급을 할 수 없다”고 주장했다.

허용되어야 한다고까지 하였다<sup>206)</sup>.

한편, 근로 관계에 있어서 허용될 수 있는 적극적 평등 실현정책의 세부적인 요건은 *United States v. Paradise*, 480 U. S. 149(1987) 판결에서 논의되었다. Alabama 주립 경찰이 해당 지역 연방법원이 내린 흑인 경관의 승진명령을 계속 무시하자 “주에서 적절한 승진대책을 세울 때까지 「적당한 기간동안」 1대 1로 흑백인을 승진시키라”는 명령을 내렸다. 복수의견을 대표한 Brennan판사는 동명령은 주가 적절한 승진대책을 세우지 않았기 때문에 불가피하게 내린 임시적 조치이므로 엄격심사기준도 통과할 수 있을만치 엄밀하게 고안된(narrowly tailored) 정책이라고 하였다. ‘엄밀히 고안된(narrowly tailored) 것이어야 한다’는 전제 아래 이 판결에서 인정된 적극적 평등실현정책의 요건은 유효성(effectiveness), 임시성(temporariness), 융통성(flexibility)이었다<sup>207)</sup>. 이러한 요건은 여성의 우선고용을 자발적으로 추진한 산타클라라 자문회의의 정책이 문제된 *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616(1987)판결에서도 적용되어 나타났다. 연방대법원은 「① 동기관의 정책이 “전통적으로 여성이 차별받아 온 직종”에서의 “명백한 불균형(manifest imbalance)”을 시정하기 위한 것이므로 허용할 만하고(attain), ② 그 직종에서의 남녀비율의

---

206) *Local 93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland*, 478 U.S. 501(1986).

207) Chandler, Enslin, Renstrom, 「The Constitutional Law Dictionary」 (1985) Vol 1. Supplement, pp. 196-197.

균형을 달성하기 위한(attain) 정책이지 균형을 유지시키는(maintain) 정책은 아니므로 임시적이며(temporary), ③ 숫자를 고정시켜 놓은 것이 아니라 개인에 따라 다르게 적용될 수 있게 하였으므로 융통성이 있다(flexible)」고 판시했던 것이다.

다른 분야에서와는 달리 근로관계의 영역에서 이처럼 적극적 평등실현정책이 허용된다는 전제하에 그것이 허용될 수 있는 구체적인 요건을 찾는 데 판례의 방향이 맞추어졌던 이유는 헌법의 평등보호조항 외에 민권법 제 VII장 제 706조 (g)항이라는 또 다른 법원이 있었기 때문이다. 공사를 불문하고 차별행위가 있었을 경우에는 광범위한 적극적 평등실현정책을 행사할 수 있도록 연방의회가 각급법원에 명시적으로 권한을 부여해 놓았으므로 적극적 평등실현정책의 허용여부에 대해서보다는 법원에 부여된 권한의 범위가 어느 정도인가를 둘러싸고 논의가 전개되기 쉬웠던 것이다. 민권법 제 VII장 하에서의 고용주의 의무와 헌법의 평등보호조항 하에서의 그것이 어떠한 차이가 있는가 하는 점에 대해서, O'Conner판사는 이 두 의무는 범위가 동일한 것이라는 견해를 보였고<sup>208)</sup>, Brennan을 비롯한 5명 정도의 판사는 민권법 제 VII장의 기준보다는 평등보호조항의

---

208) Johnson v. Transportation Agency, 480 U.S. 616(1987) 에서의 O'Conner 판사의 동조의견 참조. 이 말을, 확인된 과거의 차별에 대해서만 적극적 평등보호정책을 취할 수 있다는 그녀의 일관된 입장에 조화시켜 해석한다면, 사기업의 고용주들도 과거의 차별사실이 확인되지 않는 한 자발적인(voluntary) 적극적 평등실현정책을 펼 수 없다고 해석하게 된다.

그것이 더 엄격하다는 견해를 보였다<sup>209</sup>). 그러나 공기업의 경우는 평등보호조항의 적용을 받고(앞서 살펴 본 국가행위론상 수정헌법 제 14조의 적용대상은 주 및 공적 기능을 행사하거나 주와 밀접한 관련을 맺고 있는 주체이며 사기업은 제외되기 때문) 사기업의 경우는 그보다 덜 엄격한 민권법의 적용을 받는다는 것은, 평등보호조항의 취지를 근로관계 전반에 적용시켜 평등을 실현시키려는 민권법의 취지에도 어긋나고 사기업과 공기업의 경우에 평등실현정책을 펼 수 있는 범위가 다르게 되어 불합리하다. 그러므로 민권법 제 VIII장의 기준은 사기업이나 공기업 모두에 공히 적용되는 것으로 평등보호조항에 있어서와 동일한 기준을 적용시켜야 한다<sup>210</sup>).

전체적으로 볼 때 근로관계에서는 적극적 평등실현정책을 취하기가 용이했고 연방대법원이 입장도 이에 대해 관대한 입장을 보여 왔다고 이해할 수 있겠다.

---

209) 5대 4의 이러한 입장대립은 Johnson판결을 기초로 해서 Schwartz 교수가 분석한 것이다. Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L. Rev. 524(1987) pp. 538-542. 그리고 Brennan 이 평등보호조항의 기준이 민권법의 그것보다 더 엄격하다고 주장한 것은, 자신이 해석한 평등보호조항의 기준자체가 범위가 넓은 것이기 때문에(즉, 넓은 범위의 적극적 평등실현정책을 펼 수밖에 없었던 것이다. 민권법 제 706조 (g)항의 해석 및 입법목적에 관하여 자세한 것은, 김영환, "적극적 평등보호정책에 관한 연구" ('91 영남대 박사), pp. 159-172 참조.

210) Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L.Rev. 524(1987) pp. 541-542.

### (3) 헌법적 쟁점

적극적 평등실현정책과 관련하여 연방대법원의 판결에서 제기된 헌법적 쟁점은 다음의 3가지로 요약할 수 있다 : 첫째, 어떠한 심사기준을 적용하여야 하는가 하는 심사기준의 문제(the level of scrutiny), 둘째, 어떤 경우에 적극적 평등실현정책이 정당화되는가 하는 정당화요건의 문제, 특히 불가피한 이익(compelling interest) 및 ‘과거의 차별’의 본질(the nature of the prior discrimination), 셋째, 적극적 평등실현정책이 내용상 갖추어야 할 구체적인 요건과 범위(the narrowness of the tailoring)의 문제<sup>211)</sup>.

#### 1) 심사기준의 문제

연방대법원이 각 판례마다 맨 먼저 언급하였던 문제는, 인종에 기하여 적극적 평등실현정책을 펼 때 거기에 적용되는 심사기준은 소수인종에 대한 차별을 심사할 때와 마찬가지로 엄격심사기준(strict scrutiny)이어야 하는가라는 것이었다. 이에 대해서는 판사들 간에도 견해가 뚜렷이 나뉘어져 있다. Rehnquist, Poweel, O’Conner, Scalia 판사는

---

211) Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L. Rev. 524(1987) p. 543. 이하의 분석은 Herman Schwartz의 이러한 3가지 틀을 기본적 구도로 삼았다.

소수인종에 우호적인 차별에도 엄격심사기준을 사용해야 한다는 입장이고, Brennan, Marshall, Blackmun, White는 중간심사기준(intermediate level of scrutiny)을 주장하고 있으며, Stevens 판사는 대체로 중도적인 입장<sup>212)</sup>을 취하고 있는 것이다.

엄격한 심사기준을 주장하는 근거는, 수정헌법 제 14조의 평등보호조항은 인종을 기준으로 한 차별을 금지하고 있고 우호적인 차별도 역시 인종을 기준으로 한 차별에 해당하므로 소수인종을 차별하는 경우나 다수를 차별하는 경우나 동일한 기준이 적용되어야 한다는 것이다. 인종중립적인(racially neutral)정책만이 평등보호조항의 유일한 목적이란 취지<sup>213)</sup>다. 반면에 중간심사기준을 주장하는 판사들은, 새로이 차별받게 되는 다수는 소수인종의 경우와는 달리 과거에 집단적으로 차별받아 온 적이 없기 때문에 그들을 차별하는 것은 ‘의심스런 차별’이 아니며 과거의 차별이 현재에까지 영향을 미치고 있는 상황에서는 인종중립적인 정책만으로는 부족하다는 이유로 엄격심사보다는 낮은 중간심사 기준을 적용할 것을 주장하였다<sup>214)</sup>.

우선, 엄격심사기준이 적용되는 ‘의심스런 차별의 대상이

---

212) Schwartz 교수는 Stewart의 입장을 ‘유동적인 합리성 심사기준 (rational-basis-bite test)’라고 명명하였다. Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L. Rev. 524(1987) p. 544.

213) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 48(1980) 판결에서 Rehnquist의 반대의견에 잘 나타나 있다.

214) Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S.(1978) 판결에서 Brennan의 반대의견에 잘 나타나 있다.

되는 집단(suspect class)'이란 무엇인가를 살펴볼 필요가 있다. 백인(흑은, 남성)이 그러한 집단의 속성을 갖고 있다면 적극적 평등 실현 정책에 의해서 다수인 백인(흑은, 남성)을 차별하는 것은 당연히 엄격 심사 기준의 적용을 받아야 되기 때문이다. 판례에 의하면, “무능력사유가 있거나, 역사적으로 의도적인 불평등한 취급을 받아 왔거나, 정치적으로 열등한 지위에 놓여져 있어서, 다수결의 정치적 과정으로부터 특별한 보호를 받아야만 하는 (saddled with such disabilities, or subjected to such a history of purposeful unequal treatment, or relegated to such a position of political powerlessness as to command extraordinary protection from the majoritarian political process) 집단”<sup>215)</sup>을 차별한 경우에는 엄격심사의 적용을 받는다고 한다. 이렇게 본다면 과거 정치적 다수였던 백인(흑은, 남성)은 여기에 속한다고 보기 힘들다. 소수인종에게 우호적인 대우를 해 준다고 바로 다수의 지위가 소수로 바뀌면서 정치적으로 열등한 지위에 놓이게 되지도 않는다. 게다가 백인(흑은, 남성)은 역사적으로 차별을 받았기는커녕 오히려 소수인종에 대한 차별로 인해 특혜를 누리고 있었으므로 적극적 평등실현정책으로 인하여 그들이 받게 되는 해악은 그다지 큰 것이 아니며 소수인종에게 불평등 취급이 행해질 때의 그것과 근본적으로 다른 것이다. 그러므로 수많은 인종차별법률과 관행에 의해 철저히 사회

---

215) San Antonio School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1(1973), p. 28.



적 차별(societal discrimination)을 받아온 소수인종에 대한 차별대우와 그러한 차별을 보상해 주려는 우호적 조치를 동일선상에 놓고 볼 수는 도저히 없다. “유사한 상황에 처해 있는 사람은 유사하게 취급하라”는 평등의 원칙에 비추어 볼 때, 소수인종으로 태어났다는 이유만으로 취업이나 대학에 입학하는 데 있어서 심하게 차별 받아온 사람들에게는 애초부터가 ‘유사한 상황’이 존재하지 않았기 때문이다.

게다가 적극적 평등실현정책의 목적은 다수에게 해악을 가하려는 데 중점이 있는 것이 아니라 차별 받아왔던 소수로 하여금 그 질곡을 극복할 수 있도록 돕는데 중점이 있다. 그러므로 연방대법원이 소수인종을 차별할 때와 동일하게 엄격심사기준을 채택해야 할 이유는 없다고 할 것이며, 다수에게 미칠 해악을 줄이도록 그 내용을 마련하는데 오히려 논의의 초점이 주어져야 한다<sup>216)</sup>.

한편, 소수인종을 차별할 때나 우대할 때나 같은 엄격심사기준을 사용한다면 또 다른 미묘한 문제가 생긴다. 같은 엄격심사기준이므로 그 내용이나 범위도 같아야 하겠으나, 앞의 여러 판례를 검토해 볼 때 적극적 평등실현정책에 관한 연방대법원의 엄격심사기준은 소수인종을 차별하는 입법에 대한 엄격심사기준에 비하여 그 내용이 조금은 완화되었다고 할 수 있겠기 때문이다. 첫째, 근로관계에 대한

---

216) Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L. Rev. 524(1987) pp. 545-552.

여러 판결들을 보면 엄격심사기준을 주장하는 판사들도 어느 정도 적극적 평등실현정책이 허용되는 범위를 인정하고 있다고 볼 수 있다<sup>217)</sup>. 둘째, 엄격심사기준의 적극적 주장자였던 Powell 판사조차도 합헌판정을 받은 거의 모든 적극적 평등실현정책 관련판결에서 다수의견(혹은 복수의견)에 참여했었다는 사실을 생각하면 더욱 그렇다<sup>218)</sup>. 흑인차별의 경우에는 문자 그대로 엄격하게 적용되었던 엄격심사기준이 적극적 평등실현정책의 경우에는 이렇게 약하게 적용된다면, 흑인차별의 경우에 적용되는 엄격심사기준의 내용이 오히려 희석될 가능성도 있고 더 나아가 적극적 평등실현정책의 영역에서 중간심사기준을 적용하는 것과 내용적으로 뚜렷한 구분을 지을 수 있는지조차 의심스러워진다.

---

217) 위의 (2) (3) 근로관계 부분 참조. 특히 장기간의 의무불이행으로 인하여 법원이 적극적 평등실현정책을 강제할 때와 자발적으로 적극적 평등실현정책을 실시할 경우에는 합헌으로 인정되는 경우가 더욱 흔했다. Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L. Rev.524(1987) pp. 546-547.

218) 중간심사기준을 주장하는 Brennan, Marshall 등과 다수의견을 이루는 경우도 많았다. 특히 Fullilove 판결에서 Powell은 엄밀히 고안되지(narrowly tailored) 않았던 정책이었음에도 불구하고 의회의 판단을 존중하는 사법자제적 입장을 취하는 데 매우 인색했던 점을 감안하면 적극적 평등실현정책에 관한 Powell 판사의 엄격심사기준은 흑인차별에 적용되는 그것보다 덜 엄격한 것이라고 판단할 수 있다. Powell 판사의 엄격심사기준이 덜 엄격하다는 데 대해서 자세한 것은, Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L. Rev. 524(1987) pp. 547-549 참조.

물론 평등보호조항의 심사기준은 어디까지나 개별사건에서 문제되는 실체적 권리나 요소들을 보다 쉽게 범주화하기 위하여 사용되는 도구에 불과하므로 평등보호위반의 심사에 있어서 그것이 절대적으로 어떤 의미를 가지는 것은 아니다. 하지만 적극적 평등실현정책의 경우에 적용되는 기준이 원래의 엄격심사기준보다 약한 것이라고 본다면, 적극적 평등실현정책이 일정한 범위에서 허용될 수 있다는 점에 대해서는 연방대법원 판사들간에 원칙적인 합의가 존재한다고도 볼 수 있는 것이다.

오히려 주목해야 할 것은 어느 정도 적극적 평등실현정책에 관한 입장이 판사들의 합의를 얻어갈 때쯤에 이 정책의 적극적 지지자였던 Brennan과 Marshall이 은퇴하였기 때문에 향후 연방대법원의 입장이 어떻게 변할 것인가 하는 점이다<sup>219</sup>. 1993년에 그 추이를 짐작케 하는 사건(Shaw v. Reno, 113 S.Ct. 2816(1993))이 연방대법원에 올라왔다. 선거구민의 20%가 흑인인 점을 감안하여 North Carolina 주에서 선거구 중의 하나를 흑인인 점을 감안하여 North Carolina 주에서 선거구 중의 하나를 흑인이 선출되기 유리하도록 조정한 선거구편성(gerrymandering)이

---

219) 사실 지금까지의 판례들은 적극적 평등보호정책에 대한 변함없는 지지자였던 Brennan, Marshall, Blackmun 3 판사와 거기에 인색했던 Rehnquist Scalia, O'Connor 3판사의 사이에서 White, Powell(Kennedy), Stevens가 어느 쪽을 편들어 주느냐에 따라 합헌, 위헌이 가려져 있었다. 그런데 Brennan(1990)과 Marshall(1991)이 은퇴하고 Souter와 Thomas가 뒤를 잇게 되어 적극적 평등보호정책의 지지자는 이제 Blackmun만 남게 되었던 것이다.

시험대에 오르게 된 것이다. 이 판결에서 Blackmun, White, Stevens을 제외한 나머지 6인의 판사들은 “평등보호조항에 따르면, 특정인종을 유리 또는 불리하게 하는 정책은 시행될 수 없다”고 하여 문제의 적극적 평등실현정책을 위헌으로 선언했다. 이러한 정책은 소수인종에 대한 고정관념을 더욱 심화시킬 뿐이라는 이유에서였다. 선거구 및 투표권과 관련한 판례일 뿐이므로 아직 그 추이를 확실히 알 수는 없으나 소수인종에 대한 고정관념을 강화시킨다는 논거(이 논거에 대해서는 Marshall 판사가 그렇게도 반대했었다)를 든 점, 그리고 이 판결에서의 소수의견이 다수의견이 될 가능성이 당분간은 없다고 볼 수 있을 정도로 불리하게 편성된 연방대법원의 인적 구성에 비추어 볼 때 이 판결은 적극적 평등실현정책의 상당한 후퇴를 의미한다고도 일응 볼 수 있을 것이다<sup>220)</sup>.

## 2) 정당화요건-필수적인 이익(compelling interest)<sup>221)</sup>

---

220) 김영환, “적극적 평등실현조치에 관한 연구” (’91 영남대 박사), p. 242에서도 동일한 취지의 전망을 하고 있다. 아울러 이 논문에서는 미국의 산업계가 적극적 평등실현정책을 경영이익의 확보를 위한 우수한 정책으로 평가하고 있다는 사실 및 연방의회에서의 노력 등으로 적극적 평등실현정책의 미래가 어두운 것만은 아니라고 한다. pp. 242-243.

221) 중간심사기준을 적용하는 입장에서는 중요한(important) 이익이 정당화 요건이 되겠지만 여기서는 완화된 엄격심사기준(위에서 보았듯이 중간심사기준과 내용상 차이가 많이 나지 않으므로)에 따라 필수적인 이익(compelling interest)이라는 제하에 검토한다.

적극적 평등실현정책은 전통적으로 차별 받아왔던 소수인종 혹은 여성에게 기회의 평등을 보상한다는 차원에서 취해진 것이므로 필연적으로 다수집단(백인 또는 남성)을 차별하는 결과를 가져왔다. 자기와는 아무 관련이 없는 이류(흑인이나 여성이 전통적으로 사회 여러 분야에서 차별 받아왔다는 역사적 사실)로 무고한 다수가 역으로 차별을 받게 되었던 것이다. 하지만 연방대법원은 많은 판결을 통하여 무고한 다수를 차별하는 적극적 평등 실현정책을 인용하여 왔다. 그러면 무고한 다수가 차별을 받게 되는 이러한 적극적 평등실현정책이 허용되는 내용적 근거는 도대체 무엇일까?

여기에 대해서 Marshall 판사는 다음과 같이 얘기하고 있다. “오늘날 미국에서의 흑인의 지위는 수세기 동안의 불평등한 취급을 받아온 비극적이고도 불가피한 결과이다. 안락한 생활, 사회적인 성공, 어느 면에서 보아도 진정한 평등은 흑인에게 있어서 먼 이상에 불과했으며 ... 수백년 동안 흑인은 개인의 능력에 따른 차별이 아닌, 오로지 피부색이 검다는 이유로 집단적인 차별을 받아왔다. 그런 흑인들에게 자신이 인종차별의 피해자임을 개개인이 증명하라고 요구하는 것은 불필요한 것이다. 우리 사회에서 인종차별의 영향은 부한 사람이건, 가난한 사람이건 간에 헤어 나올 수 없을 정도로 광범위했다. ... 그리고 모든 흑인이 법에 의해 열등하다고 낙인이 찍혔고 그들은 이것을 감내하고 살아야 했다. ... 사회적으로 영향력 있고, 풍요롭고, 명망있는 지위에 오를 사람을 결정함에 있어서 인종을 고

려하는 사회제도를 허용해야 하는 이유는 바로 이러한 불평등한 취급의 사회적 유산 때문이다.”<sup>222)</sup> 즉, 그에 의해 파악된 적극적 평등실현정책의 당위성은 소수인종이 받아왔던 사회적 차별에 대한 보상이라는 데 있었다. ‘사회적 차별’을 강조하는 Marshall 판사의 입장<sup>223)</sup>은 개별적인 판결에서 두 가지 내용으로 나타났다. 그 첫째는, 소수인종에 대한 사회적 차별을 제거하지 위해서는 인종중립적인 정책만으로는 효과적인 구제책이 되지 못하므로 인종을 고려한 (race conscious) 정책을 취해야 한다<sup>224)</sup>는 점이고, 둘째는, 적극적 평등실현정책에 대한 반대입장에 있는 판사들이 요구했던 ‘과거에 자신이 (개별사건에서의 상대방, 즉 국가나 고용인 측으로부터) 차별 받았다는데 대한 증명’까지는 필요 없다는 점이었다. 즉, 현재의 불평등이 과거의 차별적 제도 및 관행의 결과라는 점만 증명하면 된다는 것이다<sup>225)</sup>.

이에 반해 연방대법원의 다수의 판사들은 소수인종에 가해진 차별 및 그 영향을 해소하는 것이 적극적 평등실현정책이 취해질 수 있는 필수적인 이익(compelling interest)이라는 데는 어느 정도 찬성하나 ‘사회적 차별의 결과를 제거하기 위해서’라는 Marshall 판사의 논리에 대해서는 거부하는 입장을 보이고 있다<sup>226)</sup>. 이런 입장에 의하면, 일정

---

222) Bakke 판결에서의 Marshall 판사의 반대의견.

223) Brennan, Blackmun 판사의 견해도 기본적으로 동일하다.

224) Fullilove 판결에서 Marshall 판사의 동조의견.

225) Croson 판결에서 Marshall 판사의 반대의견.

226) Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action

한 영역에서 자신이 차별 받았다는 사실을 확인(a finding of prior discrimination)할 수 있어야 그 차별을 보상하기 위한 적극적 평등실현정책이 허용될 수 있고 그러한 구체적인 확인이 없으면 허용될 수 없다는 결과가 된다. Wygant 사건에서 Powell 판사는 “사회적 차별 그 자체만으로는 차별적인 결과에 대한 구제책을 취하는 근거로서 너무 막연하다. 사회적 차별이 있었다는 사실을 모르는 사람은 이 나라에 아무도 없기 때문이다. 무고한 다수를 차별하는 법적인 구제책을 취함에 있어서 사회적 차별이라는 개념은 불충분(insufficient)하고 너무 광범위하다(overexpansive).” 라고 하면서 관련국가기관의 차별행위에 대한 증거가 없는 한 차별에 대한 보상으로서의 평등실현정책을 쓸 수는 없다고 판시했었다.

그러나 과거의 차별행위에 대한 증거를 요구하는 입장에 따르면 적극적 평등실현정책을 취하는 범위가 매우 제한된다. 특히 대학의 입학에 관련되는 정책을 펴는 때라든지<sup>227)</sup> 소수기업에 대한 자원지원을 해 주는 때같이<sup>228)</sup>, 과거에 차별받은 소수를 개별적으로 보상해(remedial effect) 주는 차원을 넘어 새로운 정책을 통하여 소수인종에게 유

---

Cases : It's All Over But The Shouting”, 86 Michigan L. Rev.524(1987) p. 553. 이러한 입장은 위에서 언급한 거의 모든 판례에서 언급되고 있다. Bakke, Wygant, Croson 사건에서는 다수의견(복수의견 포함)으로, Fullilove, Metro Broadcasting 판결에서는 소수의견으로 제시되었다.

227) Regents of Univ. of California v. Bakke, 438 U.S. 265(1978).

228) Richmond v. J.A. Croson Co., 488 U.S. 469(1989).

리한 지위를 확보해 주려는 미래지향적인 정책은 거의 허용될 수가 없기 때문이다. 한편, 연방대법원이 적극적 평등 실현정책을 허용한 몇몇 판결들을 보면 과거의 차별행위에 대한 증거가 없이도 허용된 적이 있음을 알 수가 있다<sup>229)</sup>.

특히 민권법 제 VII장 하에서의 자발적인 적극적 평등 실현정책에 대해서는 과거의 차별사실에 대한 증거가 없었고 심지어 차별 행위가 있었는가에 대해 다툼이 있었는데도 연방대법원이 이를 허용하였던 것을 알 수 있다<sup>230)</sup>. 즉 과거의 차별행위에 대한 구체적 확인을 요하는 것은 연방대법원이 취하고 있는 입장에도 맞지 않는 것이다<sup>231)</sup>

또한 특정인의 차별행위에 대하여 무고한 다수가 함께 불이익을 받는 것은 일견 불합리해 보이기도 하나 소수인종이 과거에 받아왔던 사회적 차별에 의하여 무고한 다수 집단 모두가 직접 혹은 간접적으로 이익을 받았었다고 할 수 있으므로 전체 다수집단이 과거의 사회적 차별에 책임이 있는 것이 된다. 그리고 그들이 당하는 희생도 과거의 소수인종이 받았던 것에 비하면 비교가 될 수 없을 정도로

---

229) 그 대표적인 예가 Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448(1980). 판결이다. 과거에 차별을 받은 소수인종기업인가를 따지지 아니하고 일정비율의 소수인종기업에 자금을 유보시킨 것에 대해 연방의회에 대한 사법자체적 태도를 취하면서 합헌판결을 내린 것이다. 이 판결의 복수의견을 집필한 판사는 바로 ‘사회적 차별’ 개념을 앞장서서 거부한 Powell이었다.

230) Weber 판결과 Johnson 판결이 그 예이다.

231) Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L.Rev. 524(1987) pp. 555-557.



미미하다. 그러므로 현재의 적극적 평등실현정책으로 인하여 무고한 다수가 희생을 당하는 것이 부당하다고 할 수만은 없게 된다<sup>232)</sup>. 소수인종이 받아왔던 사회적 차별을 보상하기 위해서 감수해야 할 부분이기 때문이다.

### 3) 정책의 구체적 요건

적극적 평등실현정책과 관련된 많은 판례들은 동정책이 ‘엄밀히 고안될 것(narrowly tailored)’을 요구하고 있다. 무고한 다수에게 불이익을 주면서 소수인종(혹은 여성)에게 특혜를 주는 정책이므로 그 정당성과는 별도로 무고한 다수에게 주는 해악을 최대한 줄이는 방향으로 정책이 마련되어야 함을 요구한 것이다. 소수인종의 사회적 차별을 제거한다는 정당한 목적이 있더라도 그것을 이루는 수단이 적절한 범위를 넘어선다면 역시 합리적인 정책이라고 볼 수 없기 때문이다. 그런 의미에서 적극적 평등실현정책을 실시할 경우에 고려해야 할 요소들을 정리해 보면 다음과 같다<sup>233)</sup> : i) 유효한 대안의 존재여부(보충성), ii) 정책의 시행기간(한시성), iii) 전체 인구에서 소수인종이 차지하는

---

232) Myrl L. Duncan, "The Future of Affirmative Action ; A Jurisprudential/Legal Critique", 17 Harv.Civ.Rights- Civ.Lib.Rev. 503 (1982)/김영환, "적극적 평등실현조치에 관한 연구" ('91 영남대 박사), p. 209에서 재인용.

233) Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L.Rev. 524(1987) pp. 568-569.

비율과 특혜를 받는 소수인종의 비율 사이의 균형(비례성), iv) 무고한 제 3자에게 미치는 영향(최소침해성). v) 정책을 실시할 때의 상황이나 정책으로 생길 수 있는 기타의 문제들을 적절히 고려하여 수정하거나 연기할 수 있도록 하는 것(융통성) 등이 그것이다.

그러나 이런 요소들이 정책에 요구되는 정도는 제각기 다르다. 우선 보충성에 관해서 보면, 유효한 대안이 존재할 경우에는 적극적 평등실현정책을 실시할 수 없다는 정도의 엄격한 의미로 해석해서는 안 된다. 헌법과 법률이 허용하는 범위 내에서 사실심법원 혹은 정책당국의 합리적인 재량의 범위에 속하는 것이라면 인종차별을 구제하기 위한 정책을 실시할 수 있다<sup>234</sup>)고 해야 하기 때문이다. 정책의 기간이 한시적이어야 한다는 것은 적극적 평등실현정책이 실현되어 소수인종(혹은 여성)이 과거의 차별로부터 어느 정도 기회의 평등을 회복할 수 있을 때까지 시행되어야 한다는 의미이다<sup>235</sup>). 무고한 제 3자에 미치는 영향도 가능하면 줄여야 하겠으나 적극적 평등실현정책을 실시함으로써 다수가 공정한 기회(fair share)를 박탈당하지 않는 한 이

---

234) Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448(1980) p. 508. Powell 판사의 다수의견. 한편, 이 판결 내에서 인용된 한 보고서에는 “차별을 해소하고 구제하려는 덜 극단적인 여러 방법들을 수십년동안 시도해 보았지만 모두 실패했다”라는 내용도 있었다. Herman Schwartz, “The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It’s All Over But The Shouting”, 86 Michigan L. Rev. 524(1987) p. 273.

235) 이 부분은 특히 고용이나 승진과 관련해서 많이 논의된 부분이다.

4. (2) 2) 근로관계 부분 참조.

러한 조건은 만족시켰다고 보아야 한다<sup>236)</sup>. 더 나아가 제 3자가 받는 손해는 과거에 소수 인종이 차별 받음으로써 직접 혹은 간접적으로 누리게 된 이익에 근거하는 것이라는 점에서 보면 무고한 제 3자가 받는 손해라는 것은 그렇게 큰 비중을 차지하는 문제가 아니다.

한편, 적극적 평등실현정책이 소수인종(및 여성)에게 가해진 사회적 차별을 보상해 주고 실질적인 평등을 이룰 수 있는 효과적인 수단임을 고려한다면 여기서 언급된 구체적 요건들은 너무 엄격히 해석되어서는 안될 것이다.

#### (4) 적극적 평등실현정책에 대한 찬반논쟁<sup>237)</sup>

적극적 평등실현정책은 그 실제적인 목표나 법적 근거뿐만 아니라 평등의 개념과도 밀접한 관련이 있는 문제이다. 그렇게 때문에 적극적 평등실현정책에 대한 찬반논쟁은 비단 헌법적 차원에서만 논의되는 것이 아니라 사회·경제

---

236) United Steelworkers of America v. Weber, 444 U.S. 193(1979) 판결에서 흑인에게 정원의 50%를 유보한 훈련계획은 백인에게 나머지 50%의 기회를 주고 있으므로 백인 노동자의 이익을 불필요하게 제한한 것이 아니라고 하였고, Fullilove 판결에서도 소수인종에 대한 10%의 자금유보계획에 의하여 백인기업이 입은 손실은 상대적으로 경미한 것이라고 하였으며, Johnson사건에서의 산타클라라 카운티의 고용우선정책으로 인하여 남성 노동자에게 과중한 부담을 주지 않는다고 함으로써 이러한 입장을 뒷받침하고 있다.

237) 이 부분에 대해 자세한 것은 김영환, “적극적 평등실현조치에 관한 연구” (’91 영남대 박사), pp. 189-218 / Michel Rosenfeld, 「Affirmative Action and Justice」 (1991)를 참조하라.

적, 나아가서는 철학적 차원으로까지 확대될 수 있다<sup>238)</sup>. 여기서의 연방대법원 판례에서 자주 언급되었던 요소를 중심으로 헌법적 차원과 관련있는 범위내에서 적극적 평등 실현정책에 대한 찬반론을 검토하기로 한다.

### 1) 반대론의 논거

첫째, 적극적 평등실현정책은 실적이나 개인의 능력, 노력 등이 아닌 인종·성별 같은 객관적이고 생래적인 요소를 근거로 차별을 하고 있으므로 평등한 조건에서 자유경쟁으로 사회의 정의를 확보하려는 기회의 평등의 원칙에 위반된다고 한다.

둘째, 모든 소수인종이나 여성이 개인적으로 차별받은 것은 아니며, 소수인종이나 여성이 아닌 자도 차별의 피해자일 수 있으므로 소수인종이나 여성을 집단으로서 우대할 것이 아니라 우선적 처우를 개별화하여<sup>239)</sup> 인종이나 성에 관계없이 차별의 실제피해자라면 누구든지 우선적 처우를 받아야 한다고 주장한다.

셋째, 인종이나 성을 이유로 차별을 받아온 사람들뿐만 아니라 소수집단 내에서 이익을 받아온 자들까지도 우선적

---

238) Michel Rosenfeld, 「Affirmative Action and Justice」 (1991), pp. 135-136.

239) 앞에서 보았듯이 소수인종이나 여성에게 집단적인 차별을 했을 경우는 평등보호조항 위반으로 되는 경우가 많았다. 그러므로 이 문제는 소수인종이나 여성을 차별하는 경우나 우대하는 경우나 동일한 기준을 적용해야 한다는 입장이 전제되어 있음을 알 수 있다.

처우의 혜택을 입을 것이므로 수혜자가 과다포함(over-inclusive)되었다고 한다.

넷째, 과거에 소수가 차별받은 사실 때문에 사회적 차별을 야기시키지도 않은 무고한 다수가 희생되어서는 안되면, 차별받은 소수를 위해 반사적인 이익을 받았을 뿐인 다수를 차별하는 것은 역차별이라는 주장이다<sup>240</sup>). 기회의 평등이라는 개념을 엄격해석하는 입장과 맞물려 가장 주된 반대논거이다.

다섯째, 적극적 평등실현정책은 소수인종이나 여성에게 능력이 부족하고 열등한 집단이라는 낙인을 찍어 주며 나아가 소수집단의 사기나 의욕을 저하시키게 될 것이라고 주장한다<sup>241</sup>).

---

240) A. Golman, "Limits to Justification of Reverse Discrimination", 3 Social Theory & Practice, 289, 293(1975) / 김영환, "적극적 평등실현조치에 관한 연구" ('91 영남대 박사), pp. 198-199에서 재인용. Michel Rosenfeld, 「Affirmative Action and Justice」(1991), pp. 52-60도 아울러 참조할 것.

241) 이 점은 Bakke 사건에서 주장된 이래 많은 판결에서 그 근거로 인용되었다. 한편 이와 관련하여 Bickel 교수는 "할당제는 그 적용을 받는 모든 사람의 인간적 존엄과 개성을 비하시킨다 ; 실제적으로뿐만 아니라 원칙적으로도 옳지 못하기 때문이다. 게다가, 이 제도는 유익을 주려고 했던 사람들에게 오히려 불리하게 작용하기 쉽다. 지금까지의 소수인종 할당제는 강압적인 것이지 우호적인 것이 결코 아니었다. 그 해악은 할당제라는 명칭에 있지 않고 그 효과에 있다 : 할당제는 사회를 분열시키고 특권층을 만드는 제도이며, 그것이 인종에 기초한 것이기에 더욱 유해하다."고 비판했다. Bickel, 「The Morality of Consent」(1975)/Gunther, 「Individual Rights in Constitutional Law」 5ed(1992), p. 473에서 재인용.

## 2) 찬성론의 논거

첫째, 소수인종이나 여성은 현재까지 부당하게 차별을 받아왔고 이로 인해 다수(및 남성)는 부당한 이익을 얻었으므로 소수집단은 과거에 차별에 대하여 보상을 받을 자격이 있고 다수는 소수에게 보상해 주어야 할 의무가 있다고 한다<sup>242)</sup>.

둘째, 반대론이 강조한 기회의 평등대신 배분에 있어서의 평등을 강조한다. 과거의 차별에 대하여 보상을 요구하기보다는 과거의 차별로 인해 공정한 경쟁에 참가할 기회를 박탈당했으므로 앞으로 사회적 자원에 대하여 더 큰 분배를 받을 가치가 있다는 데 중점을 두는 것이다. 이것이 적극적 평등실현정책에 대한 가장 강력한 지지논거이다. Marshall 판사가 주장했던 ‘사회적 차별’이란 개념도 단순히 과거의 사회적 차별을 보상해 주어야 한다는 차원이 아니라 기회가 공평하게 분배되어야 한다는 배분적 정의를 포함한 개념이었고, 또 이러한 주장은 과거의 차별사실에 대한 인과관계를 요구할 필요가 없으므로<sup>243)</sup> 과거의 차별을 구체적으로 확인해야 적극적 평등실현정책을 실시할 수

---

242) P. Taylor, "Reverse Discrimination and Compensatory Justice", 33 Analysis 177(1973)/김영환, "적극적 평등실현조치에 관한 연구"('91 영남대 박사), p. 208에서 재인용. Michel Rosenfeld, 「Affirmative Action and Justice」(1991), pp. 74-79 도 아울러 참조할 것.

243) 김영환, "적극적 평등실현조치에 관한 연구"('91 영남대 박사), p. 210.

있다는 견해를 효과적으로 논박할 수 있게 된다.

셋째, 사회적 효용론의 입장에서 적극적 평등실현정책이 사회의 요구를 만족시켜 공익을 극대화할 수 있다는 주장이 있다. 소수집단 중에 사회적으로 명망있는 지위에 있는 사람이 그 소수집단에 역할모델(role model)이 됨으로써 열등인이라는 낙인을 지우고 잠재력을 발휘하는 동기를 부여할 수 있으며, 사회의 여러 분야에 다양한 인종·배경 등을 가진 사람들이 속하게 됨으로써 사회의 다양성을 촉진시키며, 소수집단 내에서도 향상된 서비스를 공급받을 수 있게 되므로, 사회전체의 이익을 증진시키는 효율적인 정책이라는 것이다<sup>244</sup>).

### 3) 찬반론의 검토

위에서 살펴 본 적극적 평등실현정책에 대한 반대론은 기본적으로, 능력에 따른 기회의 평등을 엄격하게 해석하고, 무고한 희생자에 대한 역차별이 될 가능성에 중점을 두고 있다. 이에 대하여 적극적 평등실현정책에 대한 찬성론은, 기회의 평등보다는 배분의 평등을 주장하고 정책을 실시함으로써 다수가 받는 차별은 그들이 져야 할 책임 중의 하나라거나<sup>245</sup>), 지나친 것이 아니므로 허용할 만한 것

---

244) 김영환, “적극적 평등실현조치에 관한 연구” (’91 영남대 박사), p. 212-213. / 공리적 정의(Utilitarian Justice)와 적극적 평등실현정책과의 관계에 대해서는, Michel Rosenfeld, 「Affirmative Action and Justice」 (1991), pp. 94-115도 아울러 참조할 것.

245) 김영환, “적극적 평등실현조치에 관한 연구” (’91 영남대 박사), p.

이라는<sup>246)</sup> 입장에 기초하고 있다. 이렇게 본다면 적극적 평등실현정책에 대한 찬반론의 대립은 ‘평등’의 개념요소(기회의 평등과 배분의 평등) 중 어느 것을 더 강조하느냐에 관련된 문제라고 하겠다. 과거에 다수에게만 허용되고 소수에게는 제한되었던 사회적 기회를 평등하게 보장하는 선에서, 즉 기존의 차별적 제도를 제거하는 선에서 그쳐야 한다면 새로이 다수를 차별하는 적극적 평등실현정책은 불필요한 것이나, 차별을 받아왔던 소수에게 그들이 지금까지 누리지 못했던 부분을 효과적으로 배분하기 위해서는 무고한 다수에게 약간의 부담이 있더라도 실질적 평등을 보장한다는 취지에서 적극적 평등실현정책이 정당화될 수 있는 것이다.

우선, 기회의 평등을 엄격하게 해석하는 반대론의 입장에 문제가 있다. 기회의 평등이란 말 그대로 사회적 재화 및 서비스를 획득하고 사회적 지위를 확보하는 데 있어서 누구에게나 평등한 기회가 주어져야 한다는 것을 의미한다. 하지만 기회의 평등에서 ‘평등’이란 물리적이고 형식적인 조건이 똑같아야 한다는 의미의 형식적 평등이 결코 아니다. 실질적인, 즉 “공정한(fair)”평등을 의미한다. 그러므로 과거의 사회적 차별로 인하여 소수인종이 박탈당했던 기회의 평등을 보상하기 위해서는 차별적 관행을 제거하는 인종중립적(race neutral)인 정책을 시행하는 것만으로는 안 된다<sup>247)</sup>. 실질적이고 ‘공정한 기회의 평등’을 보장해 줄

---

199.

246) Fullilove 판결에서의 다수의견.



수 있어야 하기 때문이다. 적극적 평등실현정책은 이런 ‘공정한 기회의 평등’을 보장해 주기 위한 조치이다. 우선적 처우를 통해서야 비로소 과거차별의 피해를 극복하고 진정한 기회의 균등에 이를 수 있다는 정책적 고려가 들어 있기 때문이다. 결국 적극적 평등실현정책은 기회의 평등의 원칙에 어긋나는 것이 아니라 기회의 평등을 더 효과적으로 보장해 주기 위한 수단이 되는 셈이다.

또한 소수인종이 겪었던 과거의 차별은 개인적으로 사유가 있어서 차별받은 것이 아니라 소수인종이라는 ‘집단’에 속했기 때문에 차별을 받은 것이었다. 당연히 다수의 구성원들은 반사적인 이익을 누리게 되었다. 그렇다면 소수인종에게 ‘공정한 기회의 평등’을 복원해 주는 정책을 실시할 경우에 과거에 차별받았던 개인을 일일이 가려내는 것은 무의미한 것이다. 개개인의 능력과는 상관없이 소수인종에 속해 있다는 것 자체가 차별을 의미하였기 때문이다. 이러한 차원에서 볼 때 무고한 다수를 선별해 내는 것 자체도 어찌면 정당성을 잃은 것이 된다. 다수집단에 속했다는 자체만으로 소수에게 공정한 기회의 평등을 보장해 줄 위치에 있기 때문이다. 한편, 다수집단에 불이익을 가하려는 것이 적극적 평등보호정책의 직접적 목표는 아니므로 설사 무고한 다수가 피해를 입었다 하더라도 이것은 본래의 의도가 아니며 부수적인 결과에 불과하다<sup>247)</sup>는 점도 유의할

---

247) Fullilove 판결의 동조의견에서, “인종을 고려한 정책이 아니고서는 흑인에게 단혀져 있던 장벽이 완전히 제거되지 않는다”고 주장한 Marshall 판사의 주장도 이러한 의미에서 이해할 수 있다.

필요가 있다.

요컨대 적극적 평등실현정책의 목표는 과거에 단지 소수 인종에 속한다는 이유로 차별받았던 소수에게 공정한 기회의 평등을 보장하고 실질적인 의미의 평등을 확보해 주기 위한 것이다. 수정헌법 제 14조의 평등보호조항은 인종적 예측상태를 타파하고, 누구도 단지 어떤 인종에 속해 있다는 이유만으로 열등한 시민의 위치로 전락해서는 안 된다는 것을 헌법적으로 보장하고 있다<sup>249)</sup>. 그러므로 소외된 집단을 사회의 중심으로 끌어들이 실질적인 평등을 보장해 주려는 적극적 평등실현정책은 평등보호조항의 목적을 달성하는 유효한 수단으로서 허용된다고 볼 것이며, 그 결과 다수가 차별받게 되었다는 이유만으로 헌법에 반하는 것으로 판단될 수는 없다고 하겠다.

## 5. 맺음말

---

248) “적극적 평등실현정책은 백인에 대한 ‘편견이나 반감’에서 나온 정책이 아니기 때문에 그들이 입는 피해는 고의적이 아닌 부수적인 것이다. ‘부당한 차별의 의도’가 없는 것이다. 참전용사를 우대해 주는 경우와 같이, 과거에 차별받았던 집단을 우대하는 정책은 다수의 피해에도 불구하고(in spite of) 취해지는 정책이지 다수에게 피해를 주기 위해서(because of) 취해지는 정책이 아니다. 왜냐하면 동정책의 목적은 차별을 받았던 소수인종이 그 차별을 극복할 수 있도록 도와주는 데 있지, 누구에게 불이익을 주는 데 있지 않기 때문이다.” Herman Schwartz, “The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It’s All Over But The Shouting”, 86 Michigan L.Rev.524(1987) p. 549.

249) “Constitutional Scholar’s Statement on Affirmative Action After City of Richmond v. J.A. Croson Co.”, 98 Yale L.J. 1710(1989), p. 1711.

이상에서 보았듯이 미국 연방대법원은 여러 영역에서 합리적인 차별의 내용을 개별적으로 심사하여 왔다. 적극적으로 평등을 개념정의할 수는 없었으나 차별의 합리성 여부를 개별적으로 검토함으로써 소극적으로 평등보호조항이 의미하는 평등이 무엇인지 규명하려고 하였다.

이 과정에서 연방대법원이 헌법해석의 도구로 사용한 것이 바로 ‘심사기준(level of scrutiny)’이었다. 합리적 근거 심사기준, 중간심사기준, 엄격심사기준이라는 3가지 기준을 대종으로 하여 여러 영역에서 평등보호조항의 내용과 범위를 정립해 왔다<sup>250)</sup>. 하지만 심사기준이라는 헌법적 해석도구는 모든 상황에서 예외 없이 적용되는 명확한 경계를 가지고 있는 것은 아니었다. 소수인종과 비슷한 사유이긴 하나 국적을 이유로 차별하는 경우에는 엄격심사기준이 항상 적용된 것은 아니었고 성별에 기한 차별의 영역에서 확립

---

250) Schwartz 교수는 이 기준들을 5가지로 정리하고 해당되는 영역을 다음과 같이 대응시켰다.

첫째, 인종과 국적에 기한 차별에 적용되는 엄격심사기준

둘째, 적극적 평등실현정책에 적용되는 엄격심사기준(인종에 적용되는 그것보다 덜 엄격하다)

셋째, 성별에 기한 차별, 적서차별의 경우에 적용되는 중간심사기준

넷째, 정신지체, 정신박약 기타의 특별한 범주에 적용되는 비교적 엄격한 합리적 근거 심사기준.

다섯째, 경제 및 사회복지입법에 적용되어 왔던 전통적인 합리적 근거 심사기준 ; Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L.Rev.524(1987) p. 550.

된 중간심사기준도 적서차별의 경우에만 비슷하게 적용되었을 뿐 다른 영역에서도 합당한 심사기준인지는 여전히 논란이 대상이었다. 또한 적극적 평등실현정책의 경우에도 엄격심사기준을 적용해야 한다는 견해와 중간심사기준을 적용해야 한다는 견해간의 대립이 있었던 것을 보면 심사기준이라는 틀이 어느 경우에도 꼭 들어맞는 명확한 지침을 제공해 줄 수는 없었던 것으로 보인다.

이처럼 심사기준이 절대적 의미를 가지지 못하는 것은 당연한 것이다. 왜냐하면 평등보호조항은 헌법에서 보장되고 있는 ‘실체적 가치’를 투영시키고 헌법이 처해 있는 시대와 상황을 반영시키는 실체적 기능을 하고 있기 때문이다<sup>251)</sup>. 다시 말해서 평등권의 내용은 개인이 헌법상의 여러 권리들은 실현하는 데 있어서 합리성이 결여된 사유에 기하여 차별받는 것을 금지하는 것이므로 평등보호조항은 다른 기본권을 실현하는 데 있어서 방법적 기초역할을 한다는 것이다. 그러므로 평등보호조항에 의해 판단받게 되는 실체적 기본권 혹은 실체적 요소가 어떤 것이냐에 따라 그것이 중요도에 따라 위헌심사의 엄격성도 제각기 다르게 된다. 예를 들어, 인종을 기준으로 한 차별에 있어서는 과거에 소수인종이 여러 영역에서 차별을 받아 왔고 그 영향은 현재에까지 미치고 있을 정도로 매우 큰 것이므로 이를 이유로 차별하는 것은 엄밀히 금지되어야 한다는 실체적 판단이 헌법적 차원에서 이미 내려졌기에 엄격심사기준을

---

251) 황도수, “헌법상 평등개념의 이해”, 헌법재판논총 제 4집(1993), pp. 262-263도 이런 취지의 언급을 하고 있다.

적용하여 차별의 허용범위를 엄격히 제한하게 되는 것이고, 중간심사기준이 적용되는 영역(성별에 기한 차별, 적서 차별)의 경우도 인종을 기준으로 한 차별처럼 계속적이고 치명적인 차별을 받아 온 것은 아니나 그에 못지 않은 차별을 받아왔고 개인이 통제할 수 없는 생래적인 사유로 차별을 받은 경우이므로 엄격심사기준보다 덜 엄격한 중간심사기준이 적용된 것이며, 합리적 근거 심사기준이 적용되는 영역(경제 및 사회복지 입법 및 엄격·중간심사기준이 적용되지 않는 기타의 영역) 역시 해당문제에 대해서는 의회의 판단이 더 전문적이고 정확하기 때문에 법원이 간섭하기에는 부적합하다는 실체적 판단이 있었기에 합헌을 추정하는 범위가 넓어질 수밖에 없다는 것이다<sup>252)</sup>. 그렇기 때문에 연방대법원이 어떤 심사기준을 적용해야 할 것인지를 맨 먼저 고려한 이유는 심사기준이라는 형식이 본질적인 중요성을 가지기 때문이 아니라 심사기준이 담아 내고

---

252) Herman Schwartz, "The 1986 and 1987 Affirmative Action Cases : It's All Over But The Shouting", 86 Michigan L.Rev.524(1987) p. 550의 각주 145)에도 이와 비슷한 취지의 분석이 있다 : "적극적 평등실현정책의 경우를 제외하면, 여러영역에 적용되는 평등보호심사기준은 해당집단에 대한 편견 및 (정책에의) 관련성의 정도에 따라 차등있게 적용되었던 것으로 보인다. 이렇게 볼 때 인종이라는 요소는 집단적 편견이 제일 크고 정책에의 관련성은 제일 낮은 영역이 되고, 반면에 경제입법분야는 그 반대쪽 영역이 된다. 성별, 서출, 정신지체라는 사유에 기한 차별은 상당한(significant) 집단적 편견을 받고 있긴 하지만 성별, 서출, 정신지체라는 사유를 고려한 정책은 관련성이 인정되는 경우가 있다" 평등보호심사기준이 영역별로 다르게 적용되는 이유를 이해함에 있어서 좋은 참고가 된다.

있는 실체적 요소가 어느 정도의 헌법적 비중을 가지는지 파악하기 위한 것으로 보아야 한다.

특정 심사기준이 절대적인 의미를 가지는 것은 아니며 실체적 기본권 혹은 실체적 요소가 무엇이나에 따라 엄격성의 정도도 달라질 수 있고 나아가 똑같은 기준을 적용하더라도 판결결과가 달라질 수 있다는 이런 취지는 연방대법원 판례의 여러 곳에서 확인할 수 있다. 형식적으로는 합리적 근거 심사기준을 취하였으나 성별에 기한 심사를 한 것이라든지<sup>253)</sup>, 똑같은 심사기준을 가지고도 가족관계라는 기본적 권리가 문제되는 영역에서는 좀더 엄격한 심사를 하였다든지<sup>254)</sup>, 가난을 이유로 민사절차에서 차별받는 것은 허용되지만 형사절차에서 상소권이나 변호인선임권을 박탈당하는 것은 허용되지 않는 것<sup>255)</sup> 등이 이러한 예에 속한다.

한편, 실체적 고려 때문에 헌법적 근거조항의 혼동을 보였던 예도 있다. 대표적인 것이 바로 본질적 권익과 관련한 영역이었다. 예를 들어, 선거 및 피선거권은 대의민주주의의 핵심을 이루는 본질적 권리이므로 이를 침해하는 법률은 엄격심사기준에 의하여 판단되어야 한다는 논리를 전

---

253) Reed v. Reed, 404 U.S. 71(1971).

254) Levy v. Louisiana, 391 U.S. 68(1968)(친모의 부당한 죽음에 대하여 보상받을 수 없도록 하는 것은 평등보호위반)/Boddie v. Connecticut, 401 U.S.371(1971) (이혼소송을 제기함에 있어서 돈을 이유로 차별하는 것은 허용될 수 없다.

255) Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12(1956) / Douglas v. California, 372 U.S. 353(1963) 는 형사절차에 관한 판결이고, Ross v. Moffitt, 417 U.S. 600(1974) 는 민사절차에 관한 판결이다.

개함에 있어서 평등보호조항도 문제될 수 있겠지만 그보다는 실체적 권리인 정치적 표현의 자유의 침해를 문제삼는 것이 훨씬 효과적이라는 지적<sup>256)</sup>이 있었다. 평등보호조항은 실체적 요소를 투영하는 헌법적 도구에 불과하므로 실체적 권리와 직접적으로 관련된 부분은 평등보호위반을 심사하는 기준 중 제일 엄격한 심사기준을 적용하는 식으로 해결할 것이 아니라 차라리 그 실체적 권리의 문제로 파악하는 것이 더 직접적이라고 볼 수 있기 때문이다. 또한 본질적 권익을 근거로 엄격심사기준을 적용하자는 주장이 투표권과 관련된 영역을 넘어 부나 기본적인 생활의 수요(necessities of life)를 채우기 위한 경우에서도 논의되었다가 실패했던 이유 역시 실체적인 문제들을 무리하게 평등보호심사기준이라는 형식적 틀 속으로 끌어넣으려고 시도했기 때문으로 이해할 수 있다. 다른 식으로 실체적 권리들이 보장받을 수 있는 헌법적 해석도구가 있다면<sup>257)</sup> 굳이 평등보호조항을 원용하지 않더라도 충분히 보호받을 수 있

---

256) Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780(1983) 판결에서 Stevens 판사의 다수의견. 이 판결에서 다수의견은 “침해되는 실체적인 이익을 먼저 파악한 후에 주의 이익을 고려해야 하다”고 하면서 피선거권의 문제를 수정헌법 제 1조의 문제로 접근하자고 하였다.

257) 가난하기 때문에 상소심에서 변호인선임권을 행사하지 못한다는 것은 가난을 이유로 차별받았다는 의미에서 평등보호조항으로 접근할 것이 아니라 적법절차에 의하지 아니하고는 구금되지 아니한다는 절차적 적법절차조항으로 접근해야 한다는 Harlan 판사의 주장도 그러한 예에 속한다. Douglas v. California, 372 U.S. 353(1963) 판결에서의 반대의견 참조. 이러한 Harlan의 주장은 그 후 Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371(1971) 판결에서 다수의견으로 자리하게 된다.

기 때문이다.

이러한 의미에서 볼 때 형식적인 심사기준에 지나치게 엄매이지 않고 평등보호조항을 통과하는 실체적 권리나 실체적 요소를 그때그때 적절히 비교형량하여 합리성을 판단할 수 있는 유용한 심사기준은 바로 Marshall 판사의 유동적 접근법(sliding scale approach)라 생각된다.

우선 Marshall 판사는 Warren 법원이 엄격심사기준과 합리적 근거 심사기준의 양자를 너무 형식적으로 적용하는 것에 대해 반대하면서, “엄격심사기준의 적용을 함부로 하지 않으려는 점은 이해가 가지만 그렇다고 엄격심사기준 이외의 모든 영역을 단순한 합리적 근거 심사기준의 차원으로 떨어뜨려서는 안 된다<sup>258)</sup>고 하였다. 2가지의 심사기준으로는 해결되지 않는 실체적 영역들이 있음을 염두에 둔 것이었다.

그리고 San Antonio School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1(1973) 판결의 반대의견에서 자신의 유동적 접근법을 상세히 설명하였다. “본법원이 내린 판결들에서 취한 입장을 살펴보면, 평등보호에 위반하는 차별을 심사함에 있어서 여러 기분을 스펙트럼 식으로 적용하여 왔던 것을 알 수 있다. 이 기준의 스펙트럼은, 본법원이 특정 차별입법을 심사함에 있어서, 침해된 이익의 헌법적·사회적 중

---

258) 주의 경관직업에 있어서 50세의 정년을 규정한 것은 엄격심사기준에 해당하는 사항이 아니므로 불완전한 입법일지라도 의회에 대하여 사법자제적 자세를 보여야 한다고 판시했던 Massachusetts Bd. of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307(1976) 판결에서 Marshall 판사의 반대의견 참조.



요성 및 차별의 원인이 된 사유의 비합리성(invidiousness)에 따라, 위헌판단의 엄격성에 차등을 두었다는 점을 명확히 고려하고 있다. … 본법원이 법익의 중요성이나 특정 차별행위의 비합리성이라는 견지에서 사법심사의 정도를 조율해 왔다는 점은 명백한 것 같다.” 이러한 그의 견해는 사회복지와 관련된 *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471(1970) 판결에서도 반대의견으로 제시되었다<sup>259)</sup>.

구체적인 사건에서 문제되는 실체적 권리에 따라 신축성 있고 탄력적인 해석을 가능케 하는 Marshall의 유동적 접근법(sliding scale approach)이 시사하는 바는 크게 2가지이다. 첫째, 어떤 심사기준이 적용되느냐 하는 것은 형식적인 문제이므로 판결의 실제결과를 좌우할 정도로 절대적인 의미를 가져서는 안 된다는 점이고, 둘째, 평등보호위반이 문제되는 영역이나 침해된 개인의 기본권은 헌법에서 차지하는 비중이 제각기 다르므로 이러한 ‘실체적 요소들에 대한 헌법적 평가’가 평등권에 관한 사법심사의 본질적인 부분이라는 점이다. 하지만 이 유동적 접근법을 원칙이 없이 구체적·개별적인 이익형량만을 요구하고 있는 것으로 보

---

259) 그는 “다수의견은 2가지의 심사기준을 추상적으로 양분시켜 놓고 있다. : 본 사건은 이 기준 아니면 저 기준 하는 식의 분류를 통해서 쉽게 범주화될 수 있는 부분이 아니라.”라고 하면서 심사기준의 형식성을 탈피하여 실체적 권리에 따라 차등이 생길 수 있고 이러한 것까지 고려할 수 있어야 한다는 주장을 펼쳤다. 그러나 이 유동적 접근법에 기초한 Marshall의 주장을 펼쳤다. 그러나 이 유동적 접근법에 기초한 Marshall의 노력이 엄격심사기준의 적용을 받는 본질적 권익(fundamental rights and interests)의 영역을 부에 기한 차별에까지 확장시키는 데는 성공하지 못했다.

아서는 안될 것이다<sup>260</sup>). 유동적 접근법을 주장하였던 Marshall 판사도 엄격심사기준과 중간심사기준 및 전통적인 합리적 근거 심사기준을 그대로 인정하였고 나아가 적극적 평등보호정책에서도 인종에 기하여 소수인종을 차별하는 경우와 다수를 차별하는 경우를 구별하여 엄격심사기준보다 덜 엄격한 중간심사기준의 적용을 적극 주장하였다. 즉 기존의 사법심사기준을 무의미한 것으로 보는 것이 아니라 오히려 다양한 기준이 생길 수밖에 없는 이유를 합리적으로 설명할 수 있기 때문에 기존의 기준들을 수용하는 기준이라고 볼 수 있는 것이다.

요컨대 평등권에 관한 사법심사는 평등의 개념에 대한 올바른 이해와 불가분의 관련을 가진다. 그리고 평등의 개념을 단순한 형식적 평등이 아닌 실질적 평등, 공정한 기회의 평등, 또는 분배의 평등으로 이해하는 한, 평등권 위반여부를 판단하기 이전에 먼저 평등권이 적용되는 대상, 즉 분배받는 자와 분배의 대상 및 분배의 영역이 무엇인지를 명확히 인식해야 한다. 수단으로서의 차별이 합리적인가 하는 문제는 이러한 인식이 전제된 후에야 비로소 판단이 가능하기 때문이다. 또 평등권의 본질적 기능은 헌법상의 제반 실체적인 요소들을 투영시키는 방법적 기초로서의 역할이라고 볼 수 있으므로 평등권 위반여부의 심사에 있

---

260) Rotunda & Nowak, 「Treatise on Constitutional Law」 2ed(1994), Vol 3. p. 20의 각주 25)에서는 Marshall 판사의 접근법을 ‘개별적 이익형량론(balancing test)’이라고 하였다. 하지만 그 내용은 맺음말에서 제시된 것과 비슷한 취지였다.

어서 맨 먼저 이루어져야 하는 것은 모든 실체적 요소들에 대한 헌법적 가치부여 작업이다. Stone 판사에 의해서 이중기준이론이 등장한 이래 미국헌법에서는 여러 모양으로 이러한 헌법적 가치부여 작업이 계속되어 왔다. 평등보호 영역의 확장에 이어 적극적 평등실현정책이라는 새로운 분야에까지 헌법의 실체적 요소들에 대한 규범적 평가작업은 진행되고 있다. 우리나라의 경우도 평등권위반이 문제되는 사건에서 우선 그 실체적 요소들의 헌법적 비중이 어떠한지를 비교 검토하는 작업이 체계적으로 이루어져야 하겠다. 그에 의해 일반화시킬 수 있는 기준이 있다면 이론적으로 정립해 나가야 하고 정립된 이론이 있다 할지라도 개별사건에 적용하는 데 있어서는 문제되는 실체적인 상황에 따라 신축적인 운용을 할 수 있어야 한다. 헌법재판의 핵심을 그것이 헌법적 가치를 판단하는 정책재판이라는 데 있다. 한 나라의 정책을 헌법적인 판단에 따라 계도하는 매우 중요한 기능을 담당하고 있는 것이다. 거기에는 민사 재판이나 경제분쟁을 해결하는 재판과는 달리 필연적으로 헌법적인 가치판단이 수반된다. 어려운 작업이긴 하나 헌법에서 선언된 국민의 기본권을 좀더 효과적으로 보장하고 기본권을 침해당한 국민에게 최후의 기본권 수호기관으로서의 역할을 다하기 위해서는 불가피한 것이고 이러한 점에서 실체적인 요소들에 대한 헌법적인 가치평가 작업의 당위성은 다시 확인된다고 할 것이다.

# 제3장 표현의 자유

성낙인

(영남대학교 법대 교수)

## 1. 의 의

표현의 자유(freedom of expression, freedom of speech, libéré d'expression, Meinungsäußerungsfreiheit)는 그 표현의 다양성 만큼이나 다양한 법적인 분석이나 접근이 행해지고 있는 분야이다. 따라서 각국에서의 표현의 자유에 관한 논리의 전개뿐만 아니라 법적 연구에 있어서도 다양성을 떨 수밖에 없다. 그것은 기본적으로 앞에서 설명한 바와 같이 기본권이라는 관념의 이해, 헌법상 보장되는 기본권개념의 이해 및 기본권의 분류와 체계에 따라 그 모습을 달리할 수 있다. 그러나 그 기본에 있어서는 인간이 인격적 존재로서 그 자신의 의사를 구체화하는 수단이라는 점에서는 본질적 차이가 있는 문제는 아니라고 볼 수 있다.<sup>1)</sup> 바로 그런 관점에서 인간의 권리로서의 표현의 자유

---

1) 표현의 자유의 개념정립과 관련하여서는, Jean Morange, La liberté

는 특히 제 2차 세계대전 이후 단순히 국내법적인 보호의 차원이 아니라 국제적 보호·보장이라는 측면에서 국제적인 표현의 자유보장을 내용으로 하는 헌장이 채택되고 있다.<sup>2)</sup>

한국헌법상 기본권으로서의 표현의 자유는 언론·출판·집회·결사의 자유를 총괄하여 통칭되고 있다. 우리 헌법에서도 제21조에서는 이들 언론·출판·집회·결사의 자유의 동일한 조문에서 규정하고 있다. 그런 의미에서 제21조는 한국 헌법상 표현의 자유에 관한 원칙적 규정이라 할 수 있다. 그러나 기본권으로서의 표현의 자유는 반드시 이들 언론·출판·집회·결사의 자유에 한정되는 것으로만 볼 수 없는 여지가 있다. 예컨대 헌법 제 22조의 학문과 예술의 자유도 표현의 자유와 밀접한 관련성을 부인할 수 없다. 그러나 본 연구에서는 전통적으로 한국헌법의 이해에 있거나 기본권의 학문적 체계상 일반적으로 지칭되고 있는 표현의 자유 즉 헌법 제21조의 언론·출판·집회·결사의 자유에 한정하여 살펴보기로 한다.

표현의 자유는 정신적 자유의 기저를 이룬다는 점에서 민주주의적인 국가생활에서 필요불가결한 자유임에 틀림없다. 이에 표현의 자유 특히 언론·출판의 자유는 일반적인 개별적 기본권보다도 우월적인 지위를 부여받고 있으며,

---

d'expression, P.U.F., 1993, pp. 11-32 참조.

2) 인권보장의 차원에서의 표현의 자유의 국제적 보장에 관해서는, Roger Pinto, La liberté d'information et d'opinion en droit international, Economica, 1984 참조.

이에 따라 언론·출판의 자유에 대해서는 다른 개별적 기본권보다 더욱 보호·보장해 주기 위한 일련의 법리가 개발되고 있다. 언론·출판·집회·결사의 자유는 다시 그 기본권의 성격상 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유로 나누어 설명하고 있다. 이러한 태도는 언론·출판의 자유가 개인적 의사의 표현의 자유라면, 집회·결사의 자유는 집단적 의사의 표현의 자유라는 점에 기인하고 있다. 이하에서는 표현의 자유의 기초로서의 언론·출판의 자유를 살펴 본 다음 이어서 집회·결사의 자유를 살펴 보고자 한다.

본고의 집필에 있어서는 종래 표현의 자유에 관한 한 국내에서도 엄청난 양의 저서, 논문, 판례가 소개되어 있는 실정임에 비추어 이를 헌법학이론의 관점에서 종합적으로 정리해 나감으로써 이에 관한 앞으로의 연구에 하나의 지침으로서의 역할을 할 수 있기를 기대하고 있다. 특히 헌법재판의 활성화와 더불어 판례연구의 중요성이 부각되고 있음을 고려하여 표현의 자유와 각 영역별로 국내외 판례를 정리하여 보았다.<sup>3)</sup>

## 2. 언론·출판의 자유

---

3) 이 연구에서 소개한 국내외 판례는 상당부분 김철수교수의 판례교재 헌법 제 1권 및 제2권, 법문사; 문홍주교수의 기본적인권연구, 해암사; 언론중재위원회편, 국내언론관계판례집(제1권), 국내외언론관계판례집(제2권)을 참조하고 있다.

## (1) 의의

### 1) 언론·출판의 자유의 정립

#### -소극적 자유에서 적극적 자유로-

현실적으로 다원적 민주주의 사회를 정립하는 과정에서 언론·출판의 자유창달이 불가결하였던 만큼, 근대입헌주의의 전개과정에서 인간의 권리보장의 차원에서 언론·출판의 자유를 천명하기에 이르렀다. 미국의 수정헌법 제 1조나 프랑스 인권선언 제 11조에서 언론·출판의 자유를 천명하고 있음은 언론·출판의 자유가 민주주의의 생명선임을 분명히 한 것이다. 그것은 곧 언론·출판의 자유가 입헌주의의 핵심적인 한 내용을 이룸을 의미하며 그에 따라 언론·출판의 자유는 소위 표현의 자유라는 이름으로 인간의 자유와 권리의 차원에서 헌법전속으로 들어오게 되었고, 자연히 언론·출판의 자유는 헌법학이론상 기본권론 중에서 중요한 위상을 차지하게 되었다. 한국헌법상 언론·출판의 자유는 규정형식이나 내용상 다소의 변용을 거친 했어도 제헌헌법 이래 명문으로 규정해 두고 있다. 헌법 제 21조 제1항이 언론·출판의 자유보장에 관한 원론적·총론적 규정이라면 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지, 제3항의 언론기관시설법정주의, 제4항의 언론의 사회적 책임은 각론적 규정이라 할 수 있다. 또한 기본권제한에 관한 일반 원칙에 관한 헌법 제37조 제2항은 언론·출판의 자유의 제한에 관한 일반원리를 제공하고 있으며 제17조의

프라이버시보호조항도 언론의 자유와 상호 표리의 관계에 있다. 이러한 헌법의 총론적·각론적 규범에 기초하여 이를 보다 구체화하는 법률이 제정되어 있다. 언론기본법폐지이후 정기간행물의 등록 등에 관한 법률과, 방송법 등이 언론관련 대표적인 법률이며 그 외에도 각종법률이 직·간접적으로 언론법제의 법원(법원)이 되고 있다.

국가의 최고규범인 헌법에서 언론·출판의 자유를 규정하고 있음은 곧 이러한 헌법규범의 정신을 구체화하는 개별적인 법률의 제정이 뒤따르게 마련이다. 그것은 한편으로는 헌법이 보장하는 자유와 권리를 보다 구체적이고 현실적으로 실정법상 보장해 주는 법률이 있을 것이고, 다른 한편으로는 헌법상 보장된 언론·출판의 자유의 본질적 내용을 침해하지 않는 범위내에서 국가안정보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 언론의 자유를 규제하는 법률이 뒤따르게 된다. 그런데 이러한 언론·출판의 자유의 보장과 규제에 관한 법률은 이를 민법이나 형법 등과 같이 하나의 단일법전으로 정립한다는 것은 현실적으로 어렵기 때문에 외국에서도 언론관련법률을 완전히 단일법체화시키지 못하고 있는 실정이다. 이에 따라 언론·출판관련법제는 공법에서 사법에 이르는 다양한 법률 중에서 언론·출판관련사항을 추출한 모자이크적인 집합체로 될 수밖에 없다.<sup>4)</sup> 결국 언론·출판의 자유에 관한 연구는 헌법상 언론·출판의 자유의 이념과 이에 기초한 헌법구체화법으로서의 언론·출판

---

4) Rolland Dumas, Le droit de l'information. P.U.F., 1983, p. 25.



관련법률을 종합적으로 검토함으로써 그 체계적인 이해를 기할 수 있다.

또한 오늘날 국제화·개방화시대의 진전과 더불어 인간의 자유의 권리보장의 국제적인 성격이 강하게 제기되면서 언론·출판의 자유에 관한 국제법적인 보장도 예외일 수 없다.<sup>5)</sup> 이에 따라 언론·출판도 국제법적인 많은 문제점을 야기할 뿐만 아니라 정보유통이 대량화·집단화됨에 따라 그에 적극적으로 대응하기 위한 새로운 언론·출판 관련법제의 정립도 요망되고 있다. 그런 의미에서 이제 언론·출판의 자유는 고전적 의미의 언론·출판의 보호·규제에 관한 법제와 새로운 정보화시대에 부응하는 언론·출판의 보호·규제에 관한 법제를 총괄하게 된다. 이에 따라 전통적인 의미의 언론법이라는 표현이 오늘날 흔히 정보법이라고 까지 불리고 있다.

종래 헌법 제21조에서 보장하고 있는 언론·출판의 자유는 국가권력으로부터의 자유를 의미하는 소극적 자유권으로 이해되어 왔다. 그러나 오늘날 정보화사회의 가속화와 더불어 언론·출판의 자유는 고전적인 소극적 성격에 머무르지 아니하고 적극적인 정보의 수집·처리·유통까지를 포괄하는 정보의 자유(알 권리)까지 내포하는 것으로 이해되고 있다.

## 2) 고전적인 언론·출판의 자유 보장

---

5) Jean Morange, La liberté d'expression, 1993, pp. 23-26.

헌법 제21조 제1항에서는 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”라고 규정하고 있다. 언론·출판의 자유보장에 관한 헌법적인 보장은 이미 근대입헌주의의 시발을 의미하는 미국독립혁명 및 프랑스혁명이 후에 출현한 입헌주의적 문서를 통해서 확인되고 있다. 1789년 8월 26일 프랑스의 ‘인간과 시민의 권리선언’ 제11조는 “사상 및 의견의 자유로운 통신은 인간의 가장 귀중한 권리의 하나이다. 따라서 모든 시민은 자유롭게 말하고, 저작하고 출판할 수 있다. 단 모든 시민은 법률에 규정된 경우에만 이 자유의 남용에 대해 책임을 진다”라고 규정하고 있다. 프랑스 인권선언은 1958년 제5공화국 헌법 전문에서 “프랑스 국민은 1789년 인권선언에서 정의되고, 1946년 헌법 전문에서 확인·보완된 인권과 국민 주권에 대한 애착을 엄숙히 선언한다”라는 규정에 의거하여 오늘날까지도 프랑스헌법상 규범으로서의 가치를 갖고 있음을 헌법위원회는 판시한 바 있다.<sup>6)</sup> 또한 1776년 미국의 버지니아주 권리선언 제12조에서 “언론·출판의 자유를 제한하는 것은 전제정부라고 할 수 있다”라고 규정하고 있으며, 미국건국 직후 보완된 수정헌법 제1조는 “미합중국의회는 종교의 자유를 수립하거나 종교의 자유로운 행사를 금지하거나 언론 또는 출판의 자유를 제한하거나 또는 평온하게 집회하고 통의 구제를 위하여 정부에 청원하는 인민의 권리를 침

---

6) 성낙인, 프랑스헌법학, 제4편 제1장 제2절 프랑스헌법위원회의 결사의 자유판결, 667-680면 참조.

범하는 법률을 제정할 수 없다”(1971년 12월 15일 공포)라고 규정하여 오늘날 미국에서 연방대법원을 중심으로 한 일련의 표현의 자유의 우월적 지위보장에 관한 이론 및 판례를 정립시키는 초석으로서의 위상을 갖게 되었다. 200여 년전 프랑스 인권선언과 미국 헌법에서 보장한 언론·출판의 자유는 오늘날 세계 각국 헌법에서 보편적 원리로 도입되어 있으며 한국 헌법의 규정도 이러한 헌법 규범들과 동일 선상에 이해할 수 있다.<sup>7)</sup>

고전적 의미의 언론·출판의 자유는 사상 및 의견을 표현할 자유와 이를 전파할 자유를 총괄하는 개념으로 이해할 수 있다. 따라서 언론의 자유는 단순히 자기의 가치판단에 따른 견해를 표현하는 것뿐만 아니라 사실 보도 가지 포괄하는 것으로 이해된다.<sup>8)</sup> 그것은 곧 국가권력이라 하더라도 사상 및 견해의 자유로운 표현 및 전파를 방해할 수 없음을 의미한다. 이를 억제하기 위한 어떠한 형태의 인신구속, 사전검열, 입법조치, 도청 등도 할 수 없다.

이와 같은 표현의 자유의 중요성에 입각하여 판례상 이른바 표현의 자유의 우월적 지위보장에 관한 법리가 정립되기에 이르렀다. 일찍이 에머선(T. Emerson)이 표현의 자유의 기능<sup>9)</sup>으로서 ① 개인의 인격의 자유로운 형성과 전

---

7) 독일에서의 출판의 자유에 관한 논의는, 박용선, 언론의 자유와 공적 과업, 교보 문고, 1982, 제3부 출판의 자유와 공적 과업-서독 헌법 이론을 중심으로 참조.

8) 김철수, 헌법학 개론, 박영사, 452면; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 408면.

9) T.I. Emerson, Toward a general theory of the First Amendment,

개, ② 입헌민주주의의 유지·형성, ③ 진리에의 도달, ④ 사회의 안정과 변화간의 균형을 적시한 바와 같이 표현의 자유의 그 중요성에 비추어 이를 보다 강력하고 최대한으로 보장하기 위하여 소위 표현의 자유의 우월적 지위를 보장하기에 이르렀다. 이러한 표현의 자유의 우월적 지위에 관한 일련의 이론적 전개는 미국연방대법원의 판례를 통하여 형성되어 왔다. 헌법재판소도 “언론의 자유는 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 ‘우월적 지위’를 지니고 있는 것이 현대헌법의 한 특징이다.”<sup>10)</sup>라고 판시하고 있다. 그것은 한국헌법 제 21조 제2항과 같이 검열제금지가 헌법상 보장되고 나아가서 표현의 자유에 대한 규제가 헌법에 부합하는지의 여부를 판단함에 있어서 요구되는 합헌성판단의 기준을 다른 자유권의 규제보다 엄격하게 설정하고 있다. ① 언론·출판에 대한 사전검열제를 금지하는 사전억제(prior restraint) 금지의 이론, ② 명확성의 이론(막연하기 때문에 무효의 이론(void for vagueness))과 합헌성추정의 배제원칙, ③ 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)이 있어야 한다는 원칙, ④ 보다 약한 제한이 선택가능한 수단(less restrictive alternative, LRA)을 선택하여야 한다는 필요최소한도의 규제수단의 선택에 관한 원칙, ⑤ 표현의 자유보장과 표현의 자유규제 사이에 나타날 사회적 이익·효용·가치를 비교형량(balancing

---

1972, p.19.

10) 헌재 1991.9.16, 89헌마 165, 정기간행물의 등록등에 관한 법률 제16조 제3항 제19조 제3항의 위헌여부에 관한 헌법소원.

test)하여 그 규제의 폭을 결정하여야 한다는 비교형량의 원칙 또는 경제적 자유의 우월성을 인정하는 이중기준(double standard)의 원칙이 있다.

(가) 언론·출판에 대한 사전검열제를 금지하는 사전억제(prior restraint) 금지의 이론<sup>11)</sup>

사전억제금지의 이론은 언론·출판에 대한 검열금지과 집회·결사에 대한 허가제의 금지를 의미한다. 검열이라 함은 사상이나 정보의 발표이전에 국가기관에 의하여 그 내용을 심사·선별하여 일정한 사상표현을 저지하는 제도로서 그것은 사전검열금지를 의미한다는 것이 바이마르헌법하에서의 통설·판례의 입장이었다. 그러나 사전검열 뿐만 아니라 사후검열이라 하더라도 그것이 사실상 사전검열과 같은 효과를 나타낼 경우에는 사후검열도 금지되어야 한다고 보아야 할 것이다.<sup>12)</sup> 또한 집회·결사에 대한 사전허가제도 금지된다. 다만 예외적으로 수입영화·외설도서·불온문서 등은 국가안전보장과 질서유지를 위해서 검열이 허용되고 있다. 또한 출판사나 인쇄소의 등록이나 신고는 사전검열이라 보지 아니한다.

---

11) 검열제도의 역사에 관해서는, 박용상, 언론의 자유와 공적 과업, 제1부 제1장 참조.

12) 김철수, 현대헌법론, 박영사, 1979, 356면. 미국에서는 의사의 표현을 원인으로 한 사후 형사적인 소송행위를 금지하고 있다.

<한국의 판례>

① 헌재 1992.6.26, 90헌바26 : 정기간행물의등록등에 관한 법률 제10조 제1항등에 관한 헌법소원 사건에서 납본제도의 적헌성을 인정하고 있다. “언론·출판에 대한 이 검열 금지는 사전검열금지만을 의미한다는 것이 세계의 자유민주주의국가에 있어서의 일반적 경향이다. 언론·출판의 자유에 따라 모든 국민이 자유로이 자신의 의사를 표현할 수 있는데 이러한 의사표현이 외부에 공개되기 이전에 국가기관이 그 내용을 심사하여 특정한 의사표현의 공개를 허가하거나 금지시키는 이른바 사전검열의 금지를 말한다. 이에 반하여 헌법상 보호되지 않는 의사표현에 대하여 그 공개 후에 국가기관이 간섭을 금지하고 있는 것은 아니다. … 결국 발행된 정간물을 공보처에 납본하는 것은 그 정간물의 내용을 심사하여 이를 공개 내지 배포하는데 대한 허가나 금지와는 전혀 관계없는 것으로서 사전 검열이라고 볼 수 없다.”<sup>13)</sup>

② 헌재 1992.11.12, 89헌마88 : 교육법 제157조에 대한 헌법소원 사건에서 검·인정·국정교과서제도는 사전검열 금지원칙에 위반되지 않는다고 판시하고 있다. “언론·출판의 자유에는 사상 내지 의견의 자유로운 표명과 전파의 자유가 포함되고 전파의 자유에는 보급의 자유가 포함되는데, 국정교과서제도는 보급의 자유와의 관계에서 검토의 여지가 있는 것이다. … 환언하면 교과용도서로서의 적격

---

13) 헌법재판소 판례집, 제4권(1992), 370-371면.

여부를 검·인정제도의 방법으로 심사하는 것은 실질적으로 검열에 해당한다고 할 수 있을 것이고 헌법은 명문(제21조 제2항)으로 검열을 금지하고 있기 때문에 교과서의 적격여부의 심사는 헌법의 검열금지 조항에 위배된다는 것이며, 교과서의 검정제는 검·인정제도 보다 일보 진하여 교과서를 아예 국가가 독점해 버리는 제도이므로 같은 차원에서 그 위헌성을 다룰 수 있다는 논리이다. ... 그러나 검열이라 함은 개인의 정보나 사상을 발표하기 이전에 국가기관이 미리 그 내용을 심사·선별하여 일정한 범위내에서 발표를 저지하는 것을 의미하므로 자신이 연구한 결과를 얼마든지 책자로서 발표할 수 있는 이 사건 교과서 문제와는 직접관련이 없는 것이다.”<sup>14)</sup>

<미국의 판례><sup>15)</sup>

① Near v. Minnesota, 283U.S.697 (1931) : 언론의 자유의 보장은 출판에 대한 사전적 제한(previous restraints) - 그것이 의회에 의한 것이든 행정부에 의한 것이든 -을 금지하는 데에 그 주된 의의가 있다. 본 건에서 문제된 법률에 의하면 단지 공부상의 비행에 대한 비난을 하였다는 이유로 출판에 대한 억압과 금지를 허용하고 있으므로 이는 그 본질적 요소에 있어서 검열에 해당한다. 이는 언론의 자유에 대한 헌법상의 보장을 침해하는 것으로서 무효이다.<sup>16)</sup>

14) 헌법재판소 판례집, 제4권(1992), 758-759면.

15) 김철수, 판례교재 헌법, 법문사, 1980, 304면 이하.

② Kunz v. New York, 340U.S.290 (1951) : 가두연설에 대해 허가를 요건으로 하는 뉴욕시의 조례에 의하면 허가의 여부에 관하여 구체적인 기준을 규정하지 않고 시경찰 당국에 완전한 재량권을 부여하고 있다. 이와 같이 언론의 자유에 대해 사전적 제한을 가하는 것은 수정헌법 제1조의 위반으로서 무효이다.

(나) 명확성의 이론(막연하기 때문에 무효의 이론)과 합헌성확정의 배제원칙

표현행위를 규제하는 법령의 규정은 명확하여야 한다. 따라서 표현의 자유를 침해하는 법률의 합헌성추정을 부인하고 표현의 자유를 규제하는 법률이 불명확한 경우에는 그 내용이 막연하기 때문에 무효(void for vagueness)이며 나아가서 지나치게 막연하고 넓은 범위의 내용을 담고 있는 법률은 법원의 판단을 기다릴 필요도 없이 문언상 무효(void in its face)가 된다는 이론이 명확성의 이론(막연하기 때문에 무효의 이론)과 합헌성추정의 배제원칙이다. 특히 표현의 자유와 관련된 형벌규정에 있어서는 죄형법정주의와 결부되어 한층 더 엄격하게 적용된다.

<한국의 판례>

① 헌재 1992.2.25, 89헌가104 : 군사기밀보호법 제6조 등

---

16) 동 판결을 중심으로 한 미국판례의 경향은, 양건, 헌법연구, 법문사, 1995, 97-100면 참조.



에 대한 위헌심판에서 한정합헌판결을 내린 바 있다. “법규의 내용이 애매하거나 그 적용범위가 지나치게 광범위하면 어떠한 경우에 법을 적용하여야 합헌적인 것이 될 수 있는지 법집행자에게도 불확실하고 애매하게 되어 어떠한 것이 범죄인가를 법제정기관인 입법자가 법률로 확정하는 것이 아니라 사실상 법운영당국이 재량으로 정하는 결과가 되어 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생겨나는 것이다(헌재 1990.4.2. 선고, 89헌가113결정 참조). … 군사기밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 ‘알권리’의 대상영역을 가능한 최대한 넓혀 줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 할 것이며 따라서 관계당국에서 어떠한 사항을 군사기밀로 규정하기만 하면 그 내용이 비밀로서 보호되어야 할 실질가치의 유무 및 정도와 관계없이 모두 군사기밀이 되는 것이라고 하기는 어려울 것이다.”<sup>17)</sup>

② 헌재 1990.4.2, 89헌가113 : 국가보안법 제7조 등에 대한 위헌심판 사건에서 헌법재판소는 군사기밀의 개념이 너무 광범위하다던가 반국가단체를 위한 찬양활동의 개념이 너무 광범위하여 한정합헌판결을 내린 바 있다.<sup>18)</sup>

#### <미국의 판례>

① Superior Films v. Department of Education, 346U.S. 587 (1954)<sup>19)</sup> : 영화검열의 기준으로서 유해하지 않아야

17) 헌법재판소 판례집, 제4권(1992), 64-113면.

18) 헌법재판소 판례집, 제2권(1990), 49-74면.

19) 문홍주, 기본적 인권연구, 해암사 1991, 204면.

(harmless) 한다든가(Ohio주 영화검열법), 부도덕(immoral) 또는 도덕을 문란케 하는(tending to corrupt morals)(New York주 영화허가법) 등의 용어는 그 개념이 애매하고 명확성과 구체성이 없기 때문에 부당하다. 이 판결은 언론·출판의 자유를 제한하는 법률은 엄격하게 협의로 해석하여야 하며 구체성과 명확성이 있어야 한다고 판시하고 있다.

② Winters v. New York, U.S.507 (1948) : 법률규정이 막연하고 불확실하여(vague and indefinite) 부당하게도 정상적인 것을 금지된 것처럼 알리는 경우에는 이는 헌법상 적법절차의 보장을 침해하는 것이다. 그러나 법률규정이 불확실하게 규정되어 헌법상 보호되는 행위까지도 포함시키게 될 경우에도 허용되는 한계 내로 그 범위를 축소시키는 사법해석에 의하여 이 법률은 다시 회복(redeem) 될 수 있다. 그러나 본 건에 있어서는 가능한 사법적인 축소해석에 의해서도 이 법률에 고유한 막연성(inherent vagueness)을 제거할 수 없다. 이 법률은 위헌적으로 불확실하며(unconstitutionally indefinite) 수정헌법 제1조의 언론의 자유에 대한 침해이다.

(다) 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)의 원칙

1919년 미국연방대법원의 홀즈(Holmes) 판사가 주장한 표현의 자유를 사후적으로 제약할 경우에도 명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)이 있어야 한다는 원

칙이다. 이 원칙은 1925년의 *Gitlow v. New York*, 286U.S.652 사건에서 일시 ‘위험경향의 원칙’(danger tendency rules)으로 후퇴하였다가, 1937년 *Hern Don v. Lowry*, 301U.S.242 사건에서 명백하고 현존하는 위협의 원칙으로 복귀시킨 바 있다. 헌법재판소도 반국가단체의 활동을 찬양·고무하는 자에 대해 처벌하는 규정인 국가보안법 제7조 제1항·5항에 대해서 그 규정들이 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 행위에 대해서만 적용된다고 판시하고 있다.

명백하고 현존하는 위협의 원칙에서 ‘명백’이라 함은 표현과 해악의 발생사이에 긴밀한 인과관계가 존재하는 경우를 말하고, ‘현존’이라 함은 해악의 발생이 시간적으로 근접하고 있는 경우를 말하며, ‘위험’이라 함은 공공의 이익에 대한 위협, 즉 해악의 발생을 말한다. 즉 이 원칙은 언론과 해악의 발생사이에 일정한 인과관계가 있고 그 해악이 목전에 절박한 때에 이 해악의 발생을 다른 수단으로서 방지할 수 없으면 그 언론을 제한하더라도 정당시된다는 것이다.

그러나 이 원칙은 먼저 위협의 명백성·현존성을 따지는 것이어서 결국 ‘위험의 근접성과 정도’가 위험성판단의 중심문제로 되는데 그 판단의 주관적 기준에서 오는 불명확성의 문제를 야기한다. 또한 이 원칙은 사후적으로 사법절차에 의하여 판단하는 기준으로는 적합하나, 행정청이 사전에 표현의 자유를 규제함에 있어서 이를 판단의 기준으

로 하기에는 부적합한 점이 있다.

<한국의 판례>

① 헌재 1990.4.2, 89헌가113 : “...국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고, 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소 제한하는 것이 헌법 전문 제4조·제8조 제4항·제37조 제2항에 합치하는 해석일 것이다. 이러한 제한은 표현의 자유의 우월적 지위에 비추어 당연한 요청이라고 하겠다.”<sup>20)</sup>

<미국의 판례><sup>21)</sup>

① Schenck v. United States, 249U.S.47 (1919) : 동 사안은 징병법이 위헌이라는 주장의 인쇄물배포에 대해 방첩법(The Espionage Act)에 위배된다는 유죄판결에 대한 상고사건이다. 비록 상고는 기각되었지만 판결문에서 종래 언론의 자유보장을 위한 사전억제금지에서 이제 사후처벌까지 명백하고 현존하는 위험을 발생시키는가의 여부에 따라 판단하여야 한다는 점을 적시하였다.

언론의 자유의 보장은 사전억제(previous restraints)를 배제함을 주된 목적으로 하여 왔는데 거기에 그치지 않고 본 건과 같은 사후의 처벌도 제약한다. 그런데 “모든 행위

---

20) 국가보안법 제7조 등에 대한 한정합헌판결, 헌법재판소 판례집, 제2권(1990), 62-63면.

21) 이에 관한 미국판례흐름의 상세는, 양건, 앞의 책, 105-116면 참조.

의 성격은 그것이 행하여진 상황에 따라 변한다. 어떠한 엄격한 언론의 자유의 보장도 극장외에서 거짓으로 화재가 일어났다고 외쳐서 공포를 야기시키는 사람에게까지 미치는 것은 아니며 또한 물리력과 마찬가지로 발언은 금지명령(injunction) 으로부터 보호되지 않는다. 문제는 사용된 언사가 국가가 방지할 의무를 가진 실질적 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험을 발생시키는 (to create a clear and present danger) 상황에 있어서 사용되었느냐 또 언사 그 자체가 그러한 위험을 발생시키는 성질의 것인가 아닌가에 달려 있다. 그것은 위험의 근접성과 정도의 문제이다.”<sup>22)</sup>

② Dennis v. United States, 341U.S.494 (1951) : (사실관계) 스미스법(The Smith Act)에 의하면 폭력에 의하여 정부를 전복시킬 것을 주창하거나 그러한 목적을 위해 음모하는 행위를 범죄로 규정하였다. 피고인들은 미국공산당이 후신인 공산당정치결사(Communist Political Association)를 조직한 자들로서 스미스법에 의해 기소되었다. (판결요지) 어떠한 언론행위가 정부전복의 결과를 야기시킬 명백하고 현존하는 위험이 있는 한 정부는 비록 그 자신을 보호할 권한을 가진다. ‘결과발생의 개연성이 희박함을 고려하더라도 해악의 중대성으로 인하여 위험의 회피에 필요한 만큼의 언론자유에 대한 침해가 정당화되는 경우에는’ 명백하고 현존하는 위험이 존재하는 것이다(There is a

---

22) 김철수, 판례교재 헌법, 303면.

clear and present danger when 'the gravity of the evil, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as if necessary to avoid the danger'). 본건에 있어서 명백하고 현존하는 위협이 존재하였다. 전기법률은 합헌이다.

③ *Brandenbourg v. Ohio*, 395U.S.444 (1969) : 단순히 추상적으로 무력과 폭력에 의존하는 것의 도덕적 정당성 또는 나아가 도덕적 필요성을 가르치는 행위는 폭력행사를 위한 단체를 준비하는 행위와 동일시 할 수 없다. 언론·출판의 자유에 대한 헌법적 보장으로 인하여 폭력의 사용이나 법률위반의 고취가 급박한 불법행동을 유도 또는 야기시킬 개연성이 있는 경우를 제외하고는 각 주는 폭력사용이나 법률위반을 고취하는 행위를 금지할 수 없다.

(라) 필요최소한도의 규제수단의 선택에 관한 원칙

표현의 자유를 제한하는 경우에도 표현의 자유가 다른 자유권보다 우월적 지위를 가진다는 점을 고려하여 보다 약한 제한이 선택가능한 수단(*less restrictive alternative*, LRA)을 선택하여야 한다는 것이 필요 최소한도의 규제수단의 선택에 관한 원칙이다. 법원이 어떤 대체 수단이 개인의 이익에 관해서 보다 덜 제한적이라고 판단하기 위해 형량되어야 할 요소로서는 개인의 이익의 중요성 및 그 이익의 보호에 법원이 해 왔거나 앞으로 할 정도, 문제의 법률이 취하는 수단과 대체 수단의 유효성의 차이, 양 수

단의 비용 상의 차이, 대체 수단이 보다 제한적이지 않을 정도 등이 고려되어야 한다. 이 원칙은 사법 적극주의에 연결되는 기술적인 차원의 법리이다.

(마) 비교형량(balancing test)의 원칙과 이중기준(double standard)의 원칙

표현의 자유가 여러 가지 사회적 이익과 충돌하는 경우에 필연적으로 그 상호간의 목적·상태·실현방법 등에 관한 비교형량(balancing test)이 행해지는 바 이 경우 표현의 자유보장과 표현의 자유규제 사이에 나타날 사회적 이익·효용·가치를 비교형량하여 그 규제의 폭을 결정하여야 한다는 비교형량의 원칙 또는 경제적 자유의 우월성을 인정하는 이중기준(double standard)의 원칙이 있다. 특히 정신적 자유와 경제적 자유를 구별하여 정신적 자유에 대한 우월성을 인정하는 이중기준론은 그 근거로서 정신적 자유는 최고 자연권이라는 입장, 사상의 자유시장의 확보는 경제적 자유시장보다도 고도로 요청된다는 입장, 사상 표현의 자유는 대표민주제의 필수적 전제로서 특별히 보호되어야 한다는 입장이 개진되고 있다.

그러나 이 이론은 다음과 같은 비판에 직면하고 있다. 첫째 대립되는 이익이 일반적으로 공적 이익이기 때문에 이들 가치를 우선시키기 쉽다. 둘째 이익형량을 위하여 그 기본권의 성격, 대립하는 이익의 성질, 제한의 정도·목적·방법·필요성, 보다 제한적이 아닌 다른 선택수단이

유무 등 많은 요소를 고려하여야 하는데 법원이 모든 요소를 적정하게 찾아 판단하기는 불가능하다. 둘째 사건마다 판단이 달라져 법적 안정성과 판결의 예측가능성을 파괴할 위험이 있으며, 법관에게 법률해석의 자의를 허용하게 된다.

#### <한국판례>

헌재 1990.4.2., 89헌가113 : 국가보안법 “제7조 제1항의 그 다의성 때문에 위헌문제가 생길 수 있다고 해서 전면위헌으로 완전 폐기되어야 할 규정으로는 보지 않으며 완전 폐기에서 오는 법의 공백과 혼란도 문제지만, 남북간에 일찍이 전쟁도 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당에서는 완전폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것이다.”<sup>23)</sup>

#### (바) 평가

표현의 자유 특히 언론·출판의 자유를 보장하기 위한 우월적 지위에 관한 일련의 판례와 이론정립은 미국에서의 언론·출판의 자유의 기초를 이루고 있기 때문에 미국에서의 언론·출판의 자유 연구의 총론적 성격을 띠고 있다. 입헌주의의 원리에 따라 헌법상 보장된 자유와 권리에 기

---

23) 헌법재판소 판례집, 제2권(1990), 61-62면.



초한 원리를 탐구하고 이에 따라 발생하는 각론적 성격의 제문제를 검토함으로써 특히 오늘날 그 중요성이 배가되고 있는 언론법제의 위상을 정립시키고 학문으로서의 언론법제를 체계화시키려는 것이 미국에서 간행되고 있는 언론법 관련 논저의 일반적 경향이다.<sup>24)</sup>

한국에서의 언론·출판의 자유 및 언론·출판법제에 관한 헌법상 보장의 이론은 전통적으로 헌법학의 기본권분야에서 주로 논의되어 왔다. 미국에서 발전된 언론·출판의 자유의 우월적 지위에 관한 이론이 학자들에 의하여 일반적으로 수용되고 있던 차에 1988년 헌법재판소가 개설되면서 이러한 이론이 헌법재판소판결문을 통해서 받아들여지고 있는 단계에 이르렀다.

### 3) 정보화 사회와 언론·출판의 자유

고전적인 언론·출판의 자유는 국가권력으로부터 침해를 받지 않는 소극적인 권리로서의 성격을 갖고 있다. 그러나 현대적인 정보화사회의 성숙과 더불어 정보의 대량적·집단적인 유통이 일방통행적인 성격을 갖는 상황하에서 주권자인 국민이 독자적인 선택권을 행사할 수 없게 되었다. 이에 언론·출판의 자유를 사회적·제도적으로 보장하기

---

24) Donald M. Gillmor Jerome A. Barron, Mass Communication Law, Case and Comment, West Publishing Co., 1974; Harvey L. Zuckman and Martin J. Gaynes, Mass Communications Law, West Publishing Co., 1974의 제1부.

위하여 정보의 자유(알 권리, droit de savoir, right to know, Informationsfreiheit)를 정립시켜 다원적인 정보가 자유로이 유통되는 메카니즘을 만들어 이를 유지·확보하는 언론·출판제도의 정립과, 정보를 수령하는 국민은 정보에 접근할 수 있는 권리를 제도화하기에 이르렀다. 따라서 이제 정보의 자유는 공권력의 방해받지 아니하고 일반적으로 접근할 수 있는 정보를 받아들이고 받아들인 정보를 취사선택할 수 있는 소극적 정보의 자유에 그치지 아니하고 나아가서 의사형성·여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집할 수 있는 적극적 정보의 자유를 포괄하게 된다.<sup>25)</sup>

1948년 세계인권선언 제19조에서는 “모든 사람은 모든 수단에 의하여 국경을 초월하여 정보 사상을 요구하거나 입수 또는 전달할 자유를 갖는다”라고 규정하고 있다. 또한 독일헌법 제5조 제1항도 “일반적으로 접근할 수 있는 정보원으로부터 방해받지 아니하고 정보를 수집할 자유를 가진다”라고 규정하고 있다.

한국헌법에서는 앞에서 살펴본 고전적인 언론·출판의 자유에 관한 규정체제를 유지하고 있기 때문에 정보의 자유 내지 알 권리의 헌법적 근거에 관해서 헌법 제1조의 국민주권의 원리, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치·행복추구권, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리 및 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유에서 그 헌법적 근거를

---

25) 권영성, “언론자유와 새로운 전개”, 고시연구, 1994.11, 29-40면 참조.

찾고 있다. 그러나 일반적으로 그 논술의 체제도 표현의 자유의 장에서 언급되고 있을 뿐만 아니라 오늘날 언론·출판의 자유의 핵심적인 내용으로서 알 권리를 이해하는데 이론이 없다.<sup>26)</sup> 특히 헌법재판소도 “정보에의 접근·수집·처리의 자유 즉 ‘알 권리’는 표현의 자유에 당연히 포함되는 것으로 보아야 하는 것이다”라고 판시하고 있다.<sup>27)</sup> 생각건대 알 권리는 세계인권선언이나 독일헌법처럼 헌법상 명문으로 인정된 것이 아님에도 불구하고 기본권의 하나로 인식하는 데에는 통설·판례가 이론의 여지가 없음을 올바른 태도라 할 수 있으나 알 권리의 헌법상 정확한 위상 및 언론의 자유와의 관계는 좀 더 검토의 여지가 있어 보인다.

헌법상 국민의 기본권으로서의 알 권리의 정립은 개별법률을 통해서 보다 구체화되어야 한다. 미국에서는 1946년 행정절차법에 정보공개조항을 두었다가 1966년에는 정보공개법(FOIA, Freedom of Information Act)을 제정하여 이를 법적으로 뒷받침하고 있다. 나아가서 정부회의공개법(Government in the Sunshine Act)과 정부윤리법(Ethics in Government) 뿐만 아니라 정보공개와 상호보완적인 사생활보호법(Privacy Act)을 제정하여 입법적 조치를 완비하고 있다. 프랑스에서도 행정문서액세스권법(De la liberté d'accès aux documents administratifs)과 사생활보호법

---

26) 국내 모든 헌법교과서에서 알 권리를 표현의 자유중 언론·출판의 자유에서 논술하고 있다.

27) 헌재 1989.9.4. 88헌마22; 헌재 1991.5.13. 90헌마133.

(Loi relative a l'informatique, aux fichiers et aux libertés)을 제정하여 국민의 알 권리 충족과 그에 따른 사생활보호에 만전을 기하고 있다.<sup>28)</sup> 그러나 우리나라에서는 정보공개와 사생활보호에 관한 체계적인 법률제정이 이제 걸음마 단계에 있다.

정보공개·사생활보호에 관한 일반법률이 제정되지 못하고 있던 차에 1980년 제정된 언론기본법에서는 알 권리를 명문으로 인정하고 있다. 이 법은 “국민의 표현의 자유와 알 권리를 보호하고 여론형성에 관한 언론의 공적 기능을 보장함으로써 인간의 존엄과 가치를 존중하고 공공복리의 실현에 기여함을 목적”으로 제정되었다. “모든 국민은 언어·문자·상형에 의하여 자유로이 표현할 권리를 가지며, 일반적으로 접할 수 있는 정보원으로부터 알 권리를 방해받지 아니한다”(제2조 제1항). “제1항 ...의 자유와 권리는 헌법 또는 법률에 의하지 아니하고는 제한 받지 아니한다”(제4항). “국가 및 지방자치단체와 공공단체는 신문·통신의 발행인 또는 방송국의 장이나 그 대리인의 청구가 있을 경우에는 공익사항에 대한 정보를 제공하여야 한다”(제6항)라고 규정하여 국민의 알 권리보장과 나아가서 언론기관의 정보청구권을 명시하였다.<sup>29)</sup> 그러나 언론기본법은 그 이상적인 방향설정에도 불구하고 언론통제법적인 성격을

---

28) 한국공법학회, 정보의 수집 관리와 사생활보호, 1989; 성낙인, 프랑스헌법학, 제5편 제2장(정보화사회와 기본권) 참조.

29) 박용상, ‘언론기본법’, 김철수편, 정치관계법, 박영사, 1983, 127면 이하 참조.

내포하고 있음으로 인하여 1988년에 사실상 폐지되기에 이르렀다.

## (2) 언론·출판의 자유의 법적 성격·주체·효력

### 1) 법적 성격

#### (가) 개인적 자유권설

언론·출판의 자유는 전통적인 기본권의 하나로서, 국민의 소극적 지위에서 나오는 시민의 방어적인 자유권이다. 따라서 언론·출판의 자유는 국가에 의해서 방해됨이 없이 자유로이 자기의 의견을 표현하고 형성하는 자유를 포함한다.

#### (나) 제도적 보장설

언론·출판의 자유는 개체의 인간에서 출발한 것이 아니고 조직적인 사회에서 출발하여 민주정치의 필수적인 요소로서의 여론형성의 자유이다. 특히 오늘날 신문과 방송의 중요성에 비추어 여론형성을 위한 공적 책무와 그 제도적 보장을 중시한다.

#### (다) 결

언론·출판의 자유는 고전적 의미에서 전통적으로 개인의 자유권성에 기초해 있다. 그러나 오늘날 국민의 여론형성을 위한 신문·방송과 같은 대중매체의 기능과 중요성이 증대되고 있음에 비추어 이들이 국민여론형성을 위한 중개적 기능을 고려하여 그 제도적 보장으로서의 성격을 부인할 수 없다. 결국 오늘날 언론·출판의 자유는 고전적인 개인적 자유권적인 성격에 언론·출판의 제도적 보장으로서의 성격이 결부된 것이라 할 수 있다.

## 2) 주체

언론·출판의 자유가 개인의 자유권적 성격뿐만 아니라 언론기관의 자유까지도 포괄하는 것이기 때문에, 개인뿐만 아니라 신문사·방송사·통신사와 같은 법인에게도 기본권 주체성이 인정된다. 또한 언론·출판의 자유는 단순히 국민으로서의 권리뿐만 아니라 인간으로서의 권리인 점에 비추어 외국인에게도 기본권적 주체성이 원칙적으로 인정된다. 또한 언론·출판의 자유는 단순히 국민으로서의 권리뿐만 아니라 인간으로서의 권리인 점에 비추어 외국인에게도 기본권주체성이 원칙적으로 인정된다. 그러나 외국인의 경우 한 국가내에서의 정치적 표현의 자유는 일정한 범위 내에서 제한이 가능할 것이다.

## 3) 효력

언론·출판의 자유는 대국가적 효력뿐만 아니라 대사인적 효력도 인정된다. 그러나 대사인적 효력에 관해 직접적 효력을 인정할 것이냐의 여부에 관해서는 논란의 소지가 있으나 우리 헌법상 직접 적용된다고 보아야 할 것이다.

### (3) 언론·출판의 자유의 내용

#### 1) 의의

오늘날 언론·출판의 자유는 고전적 의미의 소극적인 자유로부터 나아가서 현대적 정보화사회에서의 적극적인 정보의 자유까지를 포괄적으로 이해하여야 한다. 따라서 언론·출판의 자유는 사상이나 의견을 단지 표현·전달하는 자유 이외에 알 권리, 보도기관의 자유와 책무, 액세스권, 반론권 까지 포괄하는 통일적 체계로 이해하여야 한다.

언론이라 함은 구두에 의한 표현은, 출판이라 함은 문자 또는 상형에 의한 표현을 말한다. 언론·출판의 자유에서 지칭하는 언론·출판이라 함은 사상·양심 및 지식·경험 등을 표현하는 모든 수단, 즉 담화·연설·토론·연극·방송·음악·영화·가요 등과 문서·도화·사진· 조각·서화·소설·시가 기타 형상에 의한 것을 모두 의미한다.<sup>30)</sup>

다만 언론·출판의 자유는 불특정다수인을 상대로 나타내는 정보유통에 관한 표현을 보호하는 것이므로, 자기에

---

30) 김철수, 헌법학개론, 451면.

관한 정보의 지배표현은 사생활의 비밀·자유(제17조)로, 채적 커뮤니케이션 과정의 보호로 개인간의 사적 접촉을 가능하게 하는 표현은 통신의 자유(제18조)로 보호를 받게 된다. 또한 양심의 자유(제19조)·신앙의 자유(제20조)는 표현의 자유의 특별법적인 규정이라고 할 수 있다.

<미국판례>

Debs v. United States, 249U.S.211 (1919) : (사실관계) Debs는 사회주의자들의 집회에서 연설을 하면서 미국의 참전을 반대한다는 이야기를 하고 또한 징병방해로 유죄판결을 받은 몇몇 사람들의 행위를 지지하였다. 그는 징병방해를 기도했다는 혐의로 방첩법(The Espionage Act of 1917)에 따라 유죄판결을 받고 대법원에 상고하였다. (판결요지) 피고인의 연설에 있어서 그 목적의 하나와 그 가능한 결과의 하나는 징병을 방해하는 것이었다. 동 연설은 그것이 일반적인 양심상의 신조의 표현이라는 이유로 보호될 수 없다.

음악·영화·연극·도화·사진 등의 순수한 예술적인 표현은 예술의 자유(제22조 제2항)로 보호받게 된다.<sup>31)</sup>

## 2) 사상·의견을 표명·전달할 자유

---

31) 안용교, 한국헌법, 409면.



사상이나 의견을 표명하고 전달할 자유는 언론·출판의 자유의 기본적 내용이다. 이것은 자기의 사상이나 의견을 적극적으로 개진하는 것뿐만 아니라 단순히 소극적으로 침묵하는 자유까지 포함한다.

<미국판례>

① Wood v. Georgia, 370U.S.375 (1962) : 법원 밖에서의 법정모욕죄가 성립하기 위하여는 어떤 표현행위로 인하고 사법권의 운영에 급박한 위협이 있어야 한다. 본건에서 피고인의 행위는 그러한 급박한 위협이 없다. 치안관은 민선공무원으로서 정치적 논쟁(political controversy)에 참여할 권리를 가진다.

② American Communication Association, C.I.O. v. Douds United Steelworks v. NLRB, 339U.S.382 (1950) : 언론의 자유는 어떠한 주제에 관해서라도 어느 때를 막론하고 말할 수 있는 자유를 포함하는 것은 아니다. ‘명백하고 현존하는 위협’의 원칙은 표현의 자유에 관한 모든 사건에 자동적으로 적용되는 것은 아니다. 지도적 지위에 있는 사람이 신조가 어떠한 공공이익에 대한 해악을 초래하게 될 경우에 그의 정치적 가입이나 신조에 의해 그를 심사하는 것은 합리적이다. 노조간부에 대해 공산주의자가 아니라는 선서진술서를 요구하는 규정은 그 규정과 정치적 과업 및 기타 주제통상을 해치는 행위를 방지하기 위한 기도 사이에 합리적 관계가 있는 경우에 합리적이며 유효하다.

특히 오늘날 정치적 행사인 선거와 관련한 보도에 대한 공정하고 객관적 성격이 항시논란이 대상이 되고 있다.

<미국판례>

① Milles v. Alabama, 384U.S.214 (1966) : 투표당일의 신문논평을 금지하는 것은 언론자유에 침해가 된다.

② Brown v. Hortage, 456U.S.45 (1982) : 선거권자에게 물질적 이익제공을 금지한 것과 당선되면 봉급을 적게 받게 한다는 것과는 관계가 없다.

③ First National Bank v. Belletti, 435U.S.765 (1978) : 은행과 기업체에 국민투표에 자금을 제공하는 것을 금지함은 위헌이다.

④ Members of City Council of L.A. v. Taxpayer, 466U.S.789(1984) : 공공재산에 입후보자 벽보를 붙이지 못하게 함은 위헌이 아니다.

⑤ EU v. SanFrancisco Denocratic Com., 489U.S.214 (1989) : 당지도부가 정당예비선거에서 후보를 공천하는 것을 금지하는 캘리포니아 주 선거법은 수정헌법 제1조의 언론의 자유 및 결사의 자유를 침해한다.

⑥ Austin v. Mich. Chamber of Commerce, 494U.S.-,110 S.Ct.1391 (1990) : 법인이 주 선거에서 정치자금을 사용하는 것을 제한하는 미시간 주 법률은 수정헌법 제1조의 언론의 자유와 수정헌법 제14조에 위반되지 않는다.

사상이나 의견의 표현방법은 전통적인 구두 혹은 문자나 상형에 의한 방법뿐만 아니라 텔레비전·라디오·레코드, 녹음테이프, 상징적 표현<sup>32)</sup>까지 포괄한다.

<미국판례>

Talley v. California, 36U. S.665 (1972) : 뼈라를 배포하는 자는 그 뼈라 위에 배포자의 성명과 주소를 기입하여야 한다는 로스앤젤레스시조례의 규정은 표현의 자유를 제약하는 것이다. 동시 조례가 사기나 명예훼손 등의 언론을 방지하고자 하는 것이라고 하지만 시조례 중에 그러한 제한규정은 보이지 않는다. 동 시조례의 규정은 너무 광범(too broad)하며 따라서 문면상 무효(void on its face)이다. 익명의 뼈라는 언제나 박해받는 집단이 자신을 표현하기 위한 수단으로 기여해 왔다.

기업 등에 의한 영업광고도 표현의 자유의 일환으로 이해할 수 있다. 그러나 이러한 영업상의 표현은 경제적 자유권과 밀접하게 관련되어 있으므로 전통적인 언론의 자유보다는 합리적인 범위내에서 제한이 불가피하다.

---

32) 상징적 표현도 언론·출판의 자유의 내용으로 보장된다. 미국에서 월남전쟁에 반대하여 징병카드를 대중 앞에서 태우는 것, 검은 완장을 달고 학생이 등교하는 것, 분신자살, 탈출 등으로 정부에 항의하는 것 등이 이에 속한다. 이것은 현대사회에서 소수파가 보다 적극적인 방법으로 자기의 의사를 표현할 수 있는 방안으로 모색된 것이다. 안용교, 앞의 책, 409면 주 57; 구병삭, 신헌법원론, 428-429면; 구병삭, “상징적 표현권과 그 법리”, 고시계, 1984.5, 155-168면.

<미국판례>

① Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations et al., 413U.S.376 (1973) : 상업광고에 대해서 정부가 통제할 수 있으며 성별을 지정한 광고를 금지한 시조례는 언론자유에 대한 침해가 아니다.

② Bogelaw v. Virginia, 421U.S.809 (1975) : 피임에 관한 인쇄물 발간금지는 위헌이다.

③ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council, Inc., 425U.S.748 (1976) : 약사가 처방약의 가격을 광고하는 것을 금지하는 버지니아주 법률은 언론자유에 대한 침해이다.

④ Linmark Associates, Inc. v. Willingbors, 431 U.S. 85(1977) : 부동산은 판매하기 위하여 가정에 For Sale 또는 Sold라고 써 붙이는 것을 금지함은 부당하다.

⑤ Carey, Governor of New York v. Lation Service International, 431U.S.678 (1977) : 피임기구 판매 광고 금지는 위헌이다.

⑥ Bates v. State Bar of Arizona, 433U.S.350 (1977) : 변호사가 신문에 싼값으로 봉사하겠다고 광고한 것은 위법이 아니다.(주 최고법원의 금지가 있었음). 따라서 이를 금지한 아리조나주 법률은 부당하다.

⑦ In re Primus 436U.S.412 (1978) : 불임수술자에 대한 무료변호를 광고한 것은 가능하다.

⑧ Ohralik v. Ohio State Bar Assn, 436U.S.47 (1978) :

변호사의 의뢰인 유인금지법은 합헌이다.

⑨ Zauderer v. Office of Dicipinary Council of Supreme Court of Ohio, 471U.S.628 (1985) : 변호사 의뢰인 유인광고는 합헌이다.

⑩ Bolger v. Young Drug Products Corp., 463U.S.60 (1983) : 피임기구 광고물 우송을 금지함은 위헌이다.

⑪ Peel v. Attorney Disciplinary Com. 496U.S.-,110 S.Ct. 2281 (1990) : 변호사가 편지지에 ‘전문가’로 자기소개하는 것은 무방하다.

### 3) 알 권리

(가) 이론 · 판례에서 입법으로

가) 정보화사회의 법적 대응

현대 산업사회의 성숙과 더불어 정보혁명 · 통신혁명이 가속화되고 있음에 따라 이를 흔히 ‘정보화사회’로 명명하고 있다.<sup>33)</sup> 우리 나라에서도 ‘전산망보급확장과이용촉진에 관한법률’(1986. 5. 12), ‘컴퓨터프로그램보호법’(1986.12.31), ‘정보통신연구-개발에관한법률’등이 제정되기에 이르렀고

---

33) 김철수, “정보공개법과 사생활비밀보호법 서설”. 정보의 수집 · 관리와 사생활보호(한국공법학회 특별호, 1989.12), 13-14면; 정보통신연구 · 개발에 관한 법률(1991.12.14)에서는 “‘정보화’라 함은 전기통신설비 또는 전자계산조직을 이용하여 모든 종류의 부호 · 문언 · 영상 또는 음향을 송신하거나 수령하는 것을 말한다.’

이러한 정보화사회의 진전에 따른 공법적 대응 내지는 정보의 문제가 오래 전부터 학계·실무계 등을 통해서 꾸준히 제기되어 왔다.<sup>34)</sup>

#### 나) ‘공공기관의 개인정보보호에 관한 법률’의 제정

이와 관련하여 정부에서는 1989년 12월에 개인정보보호 법시안을 마련하여 관계전문가의 의견을 조회하는 한편 과도기적인 준비조치로서 1991년 5월에는 ‘전산처리되는개인정보보호를위한관리지침’(국무총리훈령 제250호)을 제정·시행하여 오던 차에 1992년 3월에 본법안이 입법예고되고 7월에는 국무회의를 통과하기도 하였다. 그러한 차에 새 정부가 들어서면서 문민정부의 일련의 개혁입법과 맞물려 1993년 정기국회에서 ‘공공기관의 개인정보보호법’이 제정(1994.1.7.)되기에 이르렀다. 동 법률은 그 동안의 준비기간을 고려하여 법 제정후 1년 이후에 시행되고 있다.<sup>35)</sup>

#### 다) 정보공개와 알 권리

---

34) 한국공법학회, 미래정보화사회에 대한 공법적 대응, 1987 : 정보의 수집·관리와 사생활보호, 1989: 국가사회의 정보화와 공법체계의 재구성, 1990.

35) 이에 관한 상세는, 성낙인, “행정상 개인정보보호 - 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률을 중심으로”, 공법연구(한국공법학회) 제22집 제3호, 1994.6, 285-324면; 총무처, 축조해설 개인정보보호법, 1994 참조.

정보공개는 ‘국정에 대한 국민의 알 권리 주장과 투명한 공개행정 필요, 정보의 자산가치 증가에 따른 관련정보의 수요 증대, 행정과정에서의 국민참여 및 민주적 통제기반 제도화 요청’에 따른 것이다. 정보공개헌법상 기본권으로서의 위상은 ‘알 권리’로 대변되고 있으며 그것은 비록 사생활보호(헌법 제17조)처럼 헌법상 명문의 규정이 없다 하더라도 이론·판례상 국민주권주의, 인간의 존엄과 가치 행복추구권, 표현의 자유 등에서 그 근거를 구하고 있음에 이론의 여지가 없다.

이러한 국민의 알 권리의 충족이라는 헌법상 이념의 정립이 그간 학계는 물론 1989년 이래 헌법재판소의 판례<sup>36)</sup> 및 법원의 판례<sup>37)</sup>를 통해서 국민의 정보공개청구권을 인정하고 있었음에도 불구하고 지방자치단체인 청주시가 청주시의회의 정보공개조례 제정을 모법의 근거가 없다는 이유로 그 위법성을 법원에 제소하였으나 대법원의 최종판결<sup>38)</sup>을 통해서 최초의 정보공개조례가 붓물처럼 제정되고 있는 상황이고 보면<sup>39)</sup> 정부로서도 더 이상 정보공개헌법의 제도화에

---

36) 헌재 1989.9.8 결정, 88헌마22 - 공권력에 의한 재산권침해에 대한 헌법소원; 헌재 1991.5.13 결정, 90헌마113 - 기록등사신청(형사소송기록의 열람·복사)에 대한 헌법소원; 헌재 1992.2.25 결정, 89헌가104 - 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 위헌심판.

37) 서울고법(제3특별부) 1988.7.6 판결, 88구1334; 대판 1989.10.24, 88누9312.

38) 청주시의회조례는 1991년 11월 25일 의결에 이어 동 12월 26일 제의결함에 따라, 청주시는 1992년 1월 8일 행정소송을 제기하였던 바 최종적으로 대법원은 동 6월 23일 취소청구를 기각한 바 있다.

39) 지방자치단체공개조례는 기초자치단체를 중심으로 제정되고 있는데

주저할 수 없는 상황에 이를 수밖에 없었던 것으로 보인다.

라) ‘행정정보공개운영지침’(국무총리훈령 제288호,1994. 3.2.)의 발령

정부에서는 행정정보공개를 법적으로 제도화하기 위하여 입법을 추진 중에 있으며, 행정정보공개법제정에 앞서 시행을 위한 여건조성과 추진기반을 구축하고 운영경험을 축적하기 위하여 “행정정보공개운영지침”을 제정하여 각급행정기관의 장이 이를 적극 추진하여 줄 것을 바라는 취지에서 국무총리훈령이 발령되었다. 이것은 어디까지나 국무총리의 훈령사항이므로 행정기관 내부에만 효력을 미치고 일반적인 법적 효과를 동반하는 것은 아니지만 정보공개법의 제정을 위한 준비조치로서의 의미를 갖는다.<sup>40)</sup>

기본지침에 있어서도 그간 학계<sup>41)</sup>·판례 등에서 논의되어온 국민의 알 권리의 충족이라는 기본적인 인식하에서 발령되고 있음은 평가받아 마땅하다. 그러나 그간 국민에 대한 정보공개제도의 홍보부족과 여건미비로 인하여 정보

---

그 숫자는 1994년 10월 31일 현재 133개에 이르고 있다.

40) 강경근, “총무처 행정정보공개 운영지침의 문제점”, 경제정의(경실련), 1994 여름호, 97-111면 참조.

41) 한국공법학회, 정보공개법시안(기초자 : 황우여·성낙인·김선옥), 1989; 구병삭, “정보공개법제정의 방향”, 정보화사회의 공법적 대응, 한국공법학회, 1989; 박영도, “정보공개제도와 정보공개법제정의 방향”, 한국법제연구원, 1992.



공개가 제대로 행해지지 못하고 있는 아쉬움이 있다.

(나) 외국의 입법동향과 정보공개법의 정부시안

가) 외국의 입법동향<sup>42)</sup>

정보공개법은 구미 각국에서도 미국, 프랑스 등 현재까지 단 11개국만이 시행하고 있을 뿐이다. 일본뿐만 아니라 영국·독일 등에서도 아직 독자적인 정보공개법을 제정하지 못하고 있다.

① 스웨덴 : 헌법의 일부를 이루는 ‘출판의 자유에 관한 기본법’(Freedom of the Press Act, 1766)에서 ‘시민의 공적 기관이 불법한 행위나 부당한 고발로부터 자신을 보호하는 수단으로서 공문서를 자유로이 열람할 수 있는 권리’를 인정하여 공문서공개의 원칙을 확립한 바 있다.

② 미국 : 1946년 행정절차법 제3조에 정보공개에 관한 근거조항을 둔 이래, 1966년에는 정보자유법(일명 정보공개법, the Freedom of Information Act)을 제정하기에 이르렀다. 이 법은 1974년, 76년, 78년, 86년의 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있다.<sup>43)</sup> 미국에서는 1974년에 프라이버시법,

---

42) 이에 관한 상세는, Tom Riley, Harold C. Relyea, Freedom of Information Trends in the Information Age, London, Franck Cases, 1983; 한국행정연구원, 행정정보공개제도에 대한 연구, 45-80면 참조.

43) 변재욱, “미국의 정보자유법의 운용상 문제점”, 현대의 공법이론, 김도창박사회갑기념논문집, 1982; 황우여, “미국에 있어서의 정보공개법과 사생활보호법”, 정보화사회의 공법적 대응(한국공법학회), 1989.

76년에 회의공개법, 78년에 정부윤리법, 86년에 전자통신개인정보보호법, 87년에 컴퓨터안정법 등이 제정되어 정보화 사회의 진전에 따른 입법적 대응을 이루고 있다.

③ 프랑스 : ‘행정과 국민의 관계개선에 관한 법률’(Loi no 78-17 portant diverses mesures d’amélioration des relations entre l’administration et le public et diverses disposition d’ordre administratif, social et fiscal 1978.7.17.) 제1장에서 ‘행정문서악세스 자유’(De la liberté d’accès aux documents administratifs)를 규정하고 있다.<sup>44)</sup> 이것은 비록 한 장의 형태를 취하지만 정보공개에 관한 일반법이라고 볼 수 있다. 이미 ‘정보처리·축적 및 자유에 관한 법률’(1978)을 제정한 바 있다. 또한 1979년에는 ‘행정행위의 이유부기와 행정과 국민과의 관계개선에 관한 법률’과 ‘공문서관에 관한 법률’을 제정하고 있다.

④ 그 외에도 캐나다에서는 1982년에 ‘정보악세스법’을, 핀란드에서는 1951년에 ‘공문서공개에 관한 법률’을, 덴마크에서는 1971년(1985년 개정)에 ‘행정문서악세스에 관한 법률’을, 노르웨이에서는 1971년에 ‘행정공개에 관한 법률’을, 네덜란드에서는 1980년에 ‘공적정보의 악세스에 관한 법률’을 오스트레일리아에서는 1982년 ‘정보자유법’을, 뉴질랜드에서는 1987년에 ‘행정정보에 관한 법률’을, 오스트리아에서는 1988년에 ‘연방행정기관의 정보공개에 관한 법률’을 제정시행하고 있다.

---

44) 성낙인, “정보공개법의 계정방향 - 프랑스 정보공개법제를 중심으로”, 아산재단연구논문, 사회과학연구(영남대), 1991.6.

나) 정보공개법제정을 위한 ‘정보공개법심의위원회’의  
설치

한국에서의 법제정·법실무·법이론 등에 비추어 보건대 아직 일본에서도 지방자치단체의 정보공개조례제정 수준에 머물러 있는 상황에서, 금년 말까지 정부의 정보공개법안을 확정하고 내년이후에 본격적으로 정보공개법을 시행하겠다는 정부의 의지<sup>45)</sup>에 따라 1994년 7월에는 총무처에 ‘정보공개법심의위원회’가 설치되었다. 그 구성원은 학계 4인, 언론계 1인, 법관 1인, 검사 1인, 총무처 국장 1인, 법제연구관 1인, 한국행정연구원 연구위원 1인 등 각계인사로 구성되어 약 3개월간 7차에 걸친 축조심의를 거쳐 위원회안을 확정된 바 있다.

그간의 논의과정에서는 국내에서 이미 제시한 바 있는 한국공법학회(안), 한국행정연구원(안), 경제정의실천시민연합(안), 민주당(안) 등에서 주장되고 있는 내용과 외국의 법제를 종합하여 비교검토하면서 위원회의 독자적인 시안을 만들어 나갔다. 다만 위원회(안)이 성안된 이후 정부에서의 일부 조정을 거친 후에 최종적으로 1994년 12월 21일 공청회에 회부된 정부(안)이 확정된 바 있다.

---

45) 시사저널 1994.3.31(제231호) 40면 : 주무부처인 총무처 김종양 능률국장의 인터뷰 내용 참조.

## 다) 법률의 체제

정보공개법 시안의 체제는 대체로 국내에서 이미 제시된 바 있는 각계 시안과 별 다른 차이나 문제점은 없다. 비교법적으로도 외국의 입법례를 충분히 참조하여 이미 국내에 제안된 바 있는 각계안을 검토한 것이다. 정보공개법 시안은 7장 34조 부칙 2조로 구성되어 있다.

제1장 총칙 (제1조 목적, 제2조 정의, 제3조 정보공개의 원칙, 제4조 적용범위, 제5조 공공기관의 의무)

제2장 정보공개 청구권자와 적용제외대상 정보(제6조 정보공개 청구권자, 제7조 적용제외대상 정보)

제3장 정보공개절차 (제8조 정보공개청구방법, 제9조 공개여부 결정, 제10조 정보공개실시, 제11조 부분공개, 제12조 청구인의 의무, 제13조 비용부담)

제4장 정보공개위원회 (제14조 정보공개위원회의 설치, 제15조 위원회의 구성과 임명, 제16조 직무의 독립성, 제17조 의결정족수, 제18조 위원회의 조직과 운영 등, 제19조 위원·직원의 비밀엄수)

제5장 불복구제절차 (제20조 이의신청, 제21조 심사청구, 제22조 심사 및 결정, 제23조 공개등 시정조치의 권고, 제24조 공표, 제25조 행정심판법의 준용, 제26조 행정소송)

제6장 보칙 (제27조 자료제공, 제28조 정보공개의 목록작성·비치등, 제29조 국회에의 보고, 제30조 자료제출요구등, 제31조 위임규정)

제7장 벌칙 (제32조 벌칙, 제33조 양벌규정)

부칙 (제1조 시행일, 제2조 경과조치)

(다) 기본원칙

가) 목적

‘이 법은 국가, 지방자치단체 및 공공단체의 기관(이하 “공공기관”이라 한다)이 보유·관리하는 정보의 공개의무 및 국민의 정보공개청구에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보함을 목적으로 한다’(제1조).

목적조항에서 헌법상 가치를 갖는 기본권으로서의 알 권리를 실현하기 위한 것임을 분명히 하고 있다. 그것은 정보공개를 통하여 주권자인 국민이 국정에 대한 참여를 가능하게 함으로써 대의민주주의의 문제점을 보완하는 참여민주주의를 통한 직접민주주의적인 효과를 동반할 뿐만 아니라, 국정운영의 투명성(transparence)을 확보함으로써 국민주권주의의 실질화를 기할 수 있다.

나) 정보공개 의무기관의 확대

가. 의의 - 공공기관

원래 정보공개는 행정정보공개가 주종을 이룬다. 따라서 정보공개법제의 일반적인 경향은 행정정보공개법의 형태를

취한다. 미국·프랑스·캐나다 등에서도 행정기관중심의 정보공개제도를 취하고 있다. 다만 스웨덴에서는 법원 및 국회도 정보공개 대상기관으로 포함시키고 있다.

실제 국회의 본질적 기능인 입법과정은 이미 공개되고 있고 법원의 판결 또한 공개되고 있다. 하지만 입법행정 및 사법행정도 국민의 알권리의 보장이라는 측면에서 공개 대상이 되도록 한 것은 바람직한 일이다. 시안에서는 이 법의 적용을 받는 정보공개 대상기관을 모든 국가기관, 지방자치단체 및 법이 정하는 공공단체의 기관까지 포괄하고 있다. 공공단체는 정부투자기관관리기본법 제2조에서 규정한 정부투자기관과 기타 대통령령이 정하는 기관을 말한다. 정보공개 의무를 지는 공공기관의 범주는 시행령에서 공공적 성격의 업무를 수행하는 기관에까지 가급적 확대할 필요가 있다. 실제로 특정기관의 어느 부서가 공개의무를 질 것인가 라는 문제로 인하여 공개를 회피하는 빌미를 제공하여서는 아니 된다. 또한 관련부처간에 안건이 작성되었을 경우에도 안건 작성을 주도한 기관뿐만 아니라 안건 작성에 참여한 모든 기관도 공개의무를 져야 할 것이다.

#### 나. 국가기관

국가기관이라는 표현을 통해서 알 수 있듯이 행정부뿐만 아니라 입법부, 사법부, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회 등 모든 국가기관은 정보공개 의무기관이다.

#### 다. 지방자치단체

지방자치단체도 이 법에 따라 정보공개의무를 진다. 다만 지방자치단체는 이 법의 기본취지에 반하지 않는 범위 내에서 정보공개에 관한 조례를 따로 정할 수 있다(제4조).

#### 라. 정부투자기관

정부투자기관관리기본법상 투자기관이라 함은 “정부가 납입자본금의 5할 이상을 출자한 기업체로 한다. 다만 한국방송공사법에 의한 한국방송공사는 제외한다”(법 제2조). 정부투자기관관리기본법시행령 제17조에 예시된 26개 정부투자기관은 다음과 같다 : 한국산업은행, 중소기업은행, 국민은행, 한국주택은행, 한국조폐공사, 한국증권거래소, 대한석탄공사, 한국전력공사, 한국종합화학공업주식회사, 한국방송공사, 한국토지개발공사, 근로복지공사, 한국석유개발공사, 한국전기통신공사, 한국가스공사, 한국담배인삼공사, 한국철도공사.

#### 마. 대통령령으로 정하는 기관

위에 적시한 기관이외에 이 법상의 공공기관은 대통령령으로 정하도록 되어 있다. 이들 정보공개의무를 지는 공공기관의 범주는 시행령에서 공공적 성격의 업무를 수행하는 기관에까지 가급적 확대할 필요가 있다. 예컨대 특계자금

을 지원받는 무역협회나 방송개발연구원 등과 같은 단체와, 국고보조를 받는 사립학교 등의 정보공개대상기관성 여부 등이 검토의 대상이 될 수 있다.

미국의 경우 연방정부의 규제를 받는 법인 및 모든 독립 규제위원회를 명문으로 포함시키고 있다. 프랑스의 경우 공법인 뿐만 아니라 공역무를 관리하는 사법상 법인까지도 공개의무기관으로 보고 있다.<sup>46)</sup>

#### 다) ‘정보’공개’의 원칙

이 법은 정보공개에 관한 기본법으로서(제4조), 이 법의 제정과 더불어 정보공개가 원칙이고 정보비공개가 예외임을 분명히 하고 있다(제3조).

‘정보라 함은 공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서, 도면, 사진, 필름, 테이프, 슬라이드, 컴퓨터에 의해 처리되는 매체에 기록된 사항을 말한다’(제2조 제1호). 널리 공문서의 성격을 갖는 일체의 기록물을 정보공개 대상으로 하고 있다. 문서가 지칭하는 개념은 보다 포괄적인 것으로서 서류, 보고서, 연구서, 합의서, 의견서, 통계자료, 예측서, 결정서, 회람, 지시 및 법률의 해석과 행정절차의 기술을 담고 있는 관계부처의 답변서 등

---

46) 프랑스에서는 공역무를 관리하는 모든 사법인도 정보공개의무를 갖는다. 예컨대 사회보장금고, 국영라디오·텔레비전방송국, 에어프랑스, 성인직업훈련협회, 농업사회공조협의 등을 들 수 있다. *Juris Class-  
eur, Droit administratif*, 1988, n°176.



을 포함한다. 특히 정보화사회의 진전과 관련된 법률로서의 실효를 거두기 위하여 컴퓨터에 의해 처리되는 정보까지 공개대상으로 하고 있다.

‘공개라 함은 공공기관이 이 법의 규정에 의하여 정보를 열람하게 하거나 그 사본 또는 복제물을 교부하는 것을 말한다’(제2조 제2호).

#### 라) 정보공개 청구권자

정보공개 청구권자는 모든 국민이다. 국민에는 자연인뿐만 아니라 법인도 포함한다. 외국인에 대하여서는 대통령령으로 정한다(제6조). 외국인에게 어느 정도까지 인정할 수 있을 것인가는 소위 정보주권이라는 측면에서 부정적인 주장이 가능할 것이나 지구촌의 세계화에 비추어 상호주의의 원칙이 적용될 수밖에 없을 것이다.

입법례에서도 외국인에 대하여 정보공개청구권을 널리 인정하는 미국이나 프랑스가 있는가 하면,<sup>47)</sup> 스웨덴이나 캐나다에서는 원칙적으로 국민에 한한다.<sup>48)</sup>

정보공개청구권의 행사는 당해 정보와 어떤 특정한 관련

---

47) 이와 관련하여 법인과 외국인을 포함하는 입법례로서, 미국에서는 ‘누구든지’(any person), 프랑스에서는 ‘피치자’라는 표현을 법률개정을 통하여 ‘모든 인’으로 하고 있다(toute personne).

48) 캐나다에서는 영주권자 및 총독령으로 정한 자에게까지 인정하고 있다. 경실련안에서는 1년 이상 국내에 거주한 자로, 민주당안에서는 3년 이상 국내에 거주한 자로서 대통령령이 정한 자에게 권리를 인정하고 있다.

성을 가진 자일 필요는 없다. 따라서 당해 정보에 관해 ‘단순한 호기심을 가진 자’도 정보공개청구를 할 수 있다.

정보공개청구권을 실제로 행사한 국민을 직업별로 분석한 프랑스의 통계자료를 보면 공무원, 지방의회의원, 법률가, 기업가, 노동자조합 등 단체의 대표 등의 순서로 나타나 있으며, 일반국민은 특히 인·허가 업무, 행정시험, 사회보장 등에 많은 정보공개를 요구하고 있다. 미국에서도 주된 정보공개청구자가 상대방기업의 비밀탐지를 원하는 법률가, 범죄인이나 마약밀매자, 외국국적자, 법원에서의 소송에 이용하고자하는 당사자 등이라는 점에서 문제점으로 지적되고 있다. 특히 정부에 자기 기업의 비밀을 제공한 기업은 이의 공개를 방지하기 위하여 역으로 정보공개금지소송을 제기하는 역정보공개소송이 증가하고 있는 실정이다.<sup>49)</sup>

정보를 가장 많이 취급하는 언론기관이 정보공개청구권 행사의 주된 주체가 아닌 것은 언론보도의 성격상 정보공개청구를 통해 얻은 정보는 이미 언론보도를 통해 신속히 보도해야 할 가치를 잃고 있기 때문인 것으로 보인다.

앞으로 정보공개제도의 중요성을 국민에게 널리 홍보하여 한국에서의 정보공개제도는 국민주권주의를 실질화하는 방향으로 국민들이 널리 이용할 수 있기를 기대해 본다.

(라) 적용제외대상 정보 : 비공개정보

---

49) 한국행정연구원, 행정정보공개제도에 관한 연구, KIPA 연구보고 92-04, 1992.12, 67-69면.

## 가) 의의

주권자인 국민이 행정비밀주의를 타파하여 국민주권의 실질화를 기하는 제도적 장치로서의 정보공개제도의 본질에 비추어 국가의 모든 정보는 공개함이 원칙이다. 그러나 일정한 범위의 정보에 대해서는 예외적으로 비공개할 수 있도록 함은 각국의 입법례에서도 분명히 나타나고 있다. 그러나 비공개정보의 범위를 법상 어떻게 설정할 것인가는 정보공개법의 핵심적 논쟁사항의 하나이다. 정보공개법에서 비공개정보의 범위를 지나치게 확대할 경우 그것은 자칫 정보공개법이 아니라 정보비공개를 법적으로 제도화 해주는 정보‘비’공개법 내지 비밀보호법으로 전락할 우려가 있다. 따라서 시안을 마련하는 과정에서 가장 많은 논의를 거친 부분중의 하나이다.

시안에서는 9호로 나누어 비공개사항을 열거하고 있다. 이에 관해서 논자에 따라서는 비공개사항이 너무 지나치게 많다는 지적도 있을 수 있고 반대로 비공개사항에 새로이 추가보완되어야 할 사항이 있다는 지적도 있을 수 있다.

## 나) 시안의 검토

### 가. 개관

비공개사항의 규정에 관해 막연하고 추상적인 규정 즉 ‘상당한 이유’ 또는 ‘현저한 우려’등의 표현이 과연 적절한

것이냐에 대한 의문이 제기되고 있다. 그러나 긍정적으로 이해할 경우에는 이러한 표현이 공공기관의 자의적인 비공개 우려를 보다 제한하기 위한 도구로 사용된 것으로도 이해할 수 있다. 민주당(안)이나 경실련(안)에서도 ‘충분한 이유’, ‘상당한 이유’ 등의 표현이 원용되고 있는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 비교법적으로는 간명하게 비공개정보에 관한 사항을 열거하는 프랑스법이나 스웨덴법과 같은 모델을 고려할 수도 있다. 그러나 이 경우 구체적인 문제점은 역시 정보위원회나 음부즈만의 권고 또는 법원의 판결을 통해서 정립될 수밖에 없다.

정보공개 대상에서 제외되는 정보는 크게 볼 때 국익에 관한 정보, 공익에 관한 정보, 개인의 기본권에 관한 정보 특히 개인정보로 유형화할 수 있다. 개인정보에 관한 사항은 이미 개인정보 보호법이 제정되어 있기 때문에 특별히 문제될 것이 없다.

이에 시안에서는 법령(제1호), 국익(제2호), 국민의 기본권(제3호), 형사사법적 정의(제4호), 인사행정(제5호), 공정한 행정(제6호), 의사결정과정(제7호), 개인정보(제8호), 법인정보(제9호)의 순으로 적용제외대상정보를 규정하고 있다. 이와 같은 규정은 이미 국내에서 발표된 각계 시안에서나 외국의 입법례에 비추어 본질적인 차이를 발견하기는 어렵다.

나. 제1호 : 다른 법률 또는 법률에 의한 명령에 의하여  
비밀로 유지되거나 비공개사항으로 규정된 정보

제1호는 법령에 의한 비공개 가능성을 열어둔 일반조항의 성격을 갖는다.<sup>50)</sup> 이에 대해서는 법령의 형식을 빌려서 공공기관의 비공개에로의 도피를 제도적으로 보장해 준 것이라는 비판도 받고 있다. 즉 법령을 통하여 개별적·특정적으로 공개하지 못하도록 한 사항으로 한정하여야 한다는 주장이다.<sup>51)</sup>

다. 제2호 : 공개될 경우 국가안정이나 국방 또는 외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되는 정보

국익이나 공익의 필요성에 따라 정보공개를 제한하는 것은

---

50) 비공개에 관한 현행법령은 다음과 같다 : 검찰보존사무규칙 제22조, 공직자 윤리법 제10조, 국가안전기획부법 제12조, 국정감사 및 조사에 관한 법률 제12조, 군근무성적평정규정 제9조, 기업활동규제완화에 관한특별조치법시행령 제22조, 비송사건절차법 제13조, 사무관리규정시행규칙 제100조, 통신비밀보호법 제11조, 형사소송법 제47조, 환경오염피해분쟁조정법 제27조, 보안업무규정 제24조.

51) 강경근, “시론”, 시민의 신문, 1994.10.29, 3면; 행정연구원(안) 제8조 제10호(다른 법령에 의하여 비공개에 관한 특별한 기준을 설정하거나 사안을 개별적 또는 구체적으로 특정하여 비공개로 하도록 규정한 정보) ; 경실련(안) 제7조 제1항 제2호(법률 또는 법률의 위임을 받아 제정된 법령이 사항을 특정하여 공개하지 못하도록 규정한 사항) ; 민주당(안) 제7조 제1항 제2호(법률 또는 법률에 기한 명령에 의하여 특정적으로 공개를 면제한 사항, 이 경우 법률은 재량의 여지를 부여하지 아니하는 방법으로 그 사항에 대한 비공개조치를 할 것을 요구하며, 또는 비공개조치의 상세한 기준을 정하거나 비공개되어야 할 사항의 상세한 종류를 합리적으로 열거하여야 한다.)

외국의 법제에서도 공통적으로 찾아 볼 수 있다. 그러나 우리나라에서는 남북분단이라는 특수상황과 맞물려서 국가기밀사항을 지나치게 엄격하게 설정하고 있다. 더구나 제1호에서 법적으로 비공개로 한 경우를 공개대상에서 제외시켜 놓고 있기 때문에 국가기밀과 관련된 일련의 법체제를 정보공개법의 제정취지에 맞추어 전면적인 정비를 하지 않을 경우 자칫 정보공개법이 권위주의체제하에서 제정된 기존 국가기밀 관련 법체계의 정당성을 부여하는 결과를 초래할 우려가 있다.

정보공개법의 목적이 국민의 알 권리의 최대한 보장에 있다면 국가기밀의 존재이유는 국익보호의 차원에서 이해되어야 하기 때문에, 이제 국민과 국익의 차원에서 국가기밀사항의 객관적 실질적 인식이 가능한 범위내로 한정하여야 할 것이다.<sup>52)</sup>

국가비밀에 관한 관련법률은 형법 제98조 제2항(군사상기밀을 적국에 누설), 군형법 제13조 제2항(군사상의 기밀), 국가보안법 제4조 제1항(형법 제98조의 군사상의 기밀이나 국가기밀을 누설한 데 대한 처벌), 국가공무원법 제60조(비밀엄수의무), 군사기밀보호법 등이 있다. 국가안전기획부법 제2조 국가안전기획부는 국가기밀보안업무를 관

---

52) 헌재1992.2.25결정, 89헌가104, 군사기밀보호법 제6조등에 대한 위헌 심판:‘군사기밀보호법(1972.12.26. 법률 제2387호) 제6조, 제7조, 제10조는 같은 법 제2조 제1항 소정의 군사상의 기밀이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표지를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위협을 초래한다고 볼만큼 실질가치를 가진 경우에 한하여 적용된다.’

장하고, 그 절차에 관하여 보안업무 규정에 따라 제4조에 1급, 2급, 3급으로 구분하고 있다. 국가기밀사항이라 하더라도 국회의 국정조사·국정감사 및 감사원감사와 국회의 대정부질문등의 경우에 한정적 공개가 가능하다.

라. 제3호: 공개될 경우 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호, 기타 공공의 안전과 이익에 현저한 지장을 초래한다고 인정 할 만한 상당한 이유가 있는 정보

“공개될 경우 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호”와 “기타 공공의 안전과 이익”이라는 표현이 반드시 논리필연적으로 연결될 필요는 없어 보인다. 법문의 표현대로라면 국민의 생명, 신체 및 재산의 보호는 공익적 측면에서 공개를 제한한다는 의미로 이해 될 수 있으나 이를 반드시 공익적 측면에서의 비공개사유로만 이해할 수 없는 측면도 있다. 오히려 이는 사익보호의 측면도 강하게 떨 수 있기 때문에 이를 분리할 필요성도 있다. 그런 의미에서 “기타 공공의 안전과 이익”이라는 표현은 삭제되는 것이 바람직하다는 논리가 설득력을 갖게 된다.<sup>53)</sup>

마. 제4호 : 범죄의 예방, 수사, 소추, 형의집행, 교정, 보안처분에 관한 사항으로서, 공개될 경우 그 직무수행을 현저히 곤란하게 하거나 또는 형사피고인의 공정

---

53) 강경근, “정보공개법시안상의 정보공개범위와 문제점”, 인권과 정의 (대한변호사협회), 1995.1, 12면.

한 재판을 받을 권리를 침해한다고 인정하기에 상당한 이유가 있는 정보

공개로 인하여 형사사법적 정의의 실현에 지장을 초래하는 정보는 비공개로 한다는 원칙에 입각한 규정이다. 제4호는 대체로 행정연구원(안)을 원용한 것으로 보인다. 그러나 너무 지나치게 광범위하게 설정해 놓았다는 비판을 받고 있다. “범죄의 예방, 교정, 보안처분”에 관한 사항은 삭제하여도 무방하다고 본다.

어떤 절차가 재판에 계속중이거나 진행중이라는 이유만으로 정보의 전부 또는 일부의 공개거부를 정당화시켜 주지 못한다.<sup>54)</sup> 앞으로의 법 운용에 미국정보자유법 552(6) b(7)의 내용을 참조해 볼 필요가 있다 : “사법의 목적을 위하여 작성된 조사기록 또는 정보”. 다만 이러한 사법상의 기록 또는 정보의 제출이, (A) 소송절차의 방해가 합리적으로 예측되는 경우, (B) 개인의 공정한 재판 또는 심판을 받을 권리를 빼앗는 경우, (C) 개인의 프라이버시에 대한 부당한 침해가 되는 경우를 합리적으로 예측할 수 있는 경우, (D) 비밀리에 정보를 제공한 국가, 지방 또는 외국의 행정기관 혹은 관공서 또는 민간단체 등의 비밀정보원의 정체가 노출되는 경우를 합리적으로 예측할 수 있는 경우

---

54) 그런 점에서 소송중이라는 이유만으로 해서 정보공개의 거부를 인정한 마르세이유법원의 판결에 대해서는 이의를 제기하고 있다. Cf. Tri. adm. Marseille, 12 mai 1981. Estève c. Cne d'Aix-en-Provence : Gaz. Pal 1981. 2, 715, note Amiel.



및 사법당국이 수사과정에서 또는 법률에 의거하여 국가안전보장에 관한 조사활동을 행하는 행정기관이 작성한 기록의 경우에 비밀정보원에 의하여서만 제공된 정보를 공개하게 되는 경우, (E) 사법상 수사 혹은 소추의 기술 및 절차를 공개하는 경우 또는 사법당국의 수사 혹은 소추의 지침을 공개하게 되는 경우로, 그 공개가 범의 참탈위험을 초래하게 된다고 합리적으로 예측하는 경우, (F) 개인의 생명 혹은 신체의 안전을 위협에 노출시키게 되는 경우가 합리적으로 예측되는 경우.

바. 제5호 : 공공기관 내부의 인사에 관한 사항으로서, 공개될 경우 당해기관의 인사행정에 현저한 지장을 초래한다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보

인사행정에 대한 행정비밀을 보호하는 조항이다. 그러나 현대행정은 행정주체의 자의적·재량적 범위를 축소하여 법치행정의 범주로 포괄시켜야 한다는 점을 고려한다면 현실적 행정업무의 담당자인 공직자의 인사는 객관적 공정성을 확보하여야 한다. 따라서 인사행정에 관한 행정청 내부의 엄격한 준칙이 설정되어 있는 것이 일반적인 행정관리 현상이다. 그럼에도 불구하고 일정한 행정청내부의 준칙이 주어진 범위내에서 인사권자는 재량권을 행사할 수밖에 없기 때문에 인사행정에 ‘현저한 지장’을 초래할 소지가 있는 정보는 비공개정보로 본다.

사. 제6호 : 감사, 감독, 검사, 규제, 입찰계약, 첨단기술

개발 등에 관한 사항으로서, 이를 공개할 경우 행정의  
공정한 집행이나 연구개발에 현저한 지장을 초래할  
우려가 있다고 인정되는 정보

아. 제7호 : 공공기관에서 의사결정 또는 정책결정 과정에  
있는 사항중에서 공개될 경우 의사결정등에 현저한  
지장을 초래할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이  
유가 있는 정보

공공기관의 의사결정이나 정책결정 과정에 있는 정보를  
공개함으로써 야기될 수 있는 의사결정이나 정책결정에 있  
어서의 혼선을 방지하고자 하는 것이다. 그러나 그것이 행  
정에 ‘현저한 지장’을 초래하지 않는 한 이러한 사항도 공  
개되어야 한다. 특히 이들 내용은 주로 정보공개법상의 정  
보공개청구권을 행사를 통해서가 아니라 언론기관이 취재  
보도의 자유의 원리에 입각하여 국민의 알 권리를 충족시  
켜 주고 있다. 따라서 이 조항의 엄격한 적용으로 인하여  
언론의 자유를 침해하는 일이 야기되어서는 안될 것이다.  
언론의 자유와의 관계에서 이 조항은 보다 탄력적으로 운  
용될 것이 요망된다.

자. 제8호 : 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률 제2조  
에서는 규정한 개인정보. 다만 다음에 열거한 개인정  
보는 제외한다.

가. 법령 등의 정하는 바에 의하여 누구나 열람할 수 있는 정보

나. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공표를 목적으로 하는 정보

다. 공공기관이 작성하거나 취득한 정보로서 공개하는 것이 공익상 필요하다고 인정되는 정보

헌법적 가치를 갖는 두 개의 권리 즉 알 권리와 사생활 비밀 보호라는 두 가지 측면에서 공익과 사익의 조화를 기하고자 하는 규정이다. 특히 행정전산망 등의 가동으로 인하여 국민의 사생활이 공공기관에서 수집·관리되고 있는 상황에서 이들 정보의 자의적인 유출은 ‘유리알 인간화’할 위험이 있기 때문에 그 운용은 구체적 타당성을 기해야만 한다.

차. 제9호 : 법인 및 그 외의 단체와 사업을 영위하는 개인(이하 “법인등”이라 한다)에 관한 정보로서, 공개될 경우 법인등의 이익을 해할 우려가 있다고 인정 할만한 상당한 이유가 있는 정보. 다만, 다음에 열거한 정보는 제외된다.

가. 사업활동에 의하여 발생하는 위해로 부터 사람의 생명, 신체 또는 건강을 보호하기 위하여 공개할 필요가 있는 정보

나. 위법·부당한 사업 활동에 의하여 발생하는 손해·지장으로부터 국민의 재산 또는 생활을 보호하기

위하여 공개할 필요가 있는 정보

정보공개로 인하여 법인등의 영업상·사업상의 이익이 침해되는 것을 방지하고자 하는 입법적 배려이다. 예컨대 특정기업이 연구 개발하여 특허출원이 되어 있는 사항에 관한 내용은 엄격히 비밀이 보호되어야 한다. 그러나 오늘날 증권시장의 육성에 따라 기업의 국민화 내지 국민주 시대를 열고 있음에 비추어 법인등의 비밀을 과도하게 보호하는 것은 자칫 국민의 알 권리를 침해할 소지가 있다.

이와 관련하여 ‘바른 언론을 위한 시민연합’이 국세청에 언론사에 대한 세무조사 결과의 정보공개청구에 대하여 “특정납세자에 대한 세무조사결과가 외부에 밝혀질 경우에 본인은 물론 기업경영의 기밀이 유출되어 납세자의 경영활동에 미치는 영향이 크고 조사과정에서 당국을 믿고 조사에 협조한 납세자와의 신뢰관계가 무너지게 되어 원활한 세정운영에 저해받을 우려가 있으므로 비공개결정”을 하고 있다.<sup>55)</sup>

다) 법의 시행을 통한 구체적 타당성 확보의 필요성

정보비공개사항을 법상 규정하고 있는 사항은 내용이나 본질에 있어서 비교법적으로도 결정적인 차이가 나는 것이

---

55) 서울지방국세청장의 1994년 7월 15일 비공개결정 ; 언론사의 세무조사결과 공개거부취소청구에 대한 국세청장의 1994년 10월 21일 청구기각결정. 상세한 비판적 검토는 강경근, 앞의 논문, 17-19면 참조.

아니라면, 이들 규정을 현실적인 해석·적용·운동과정에서 어떻게 합리적인 기준을 설정하여 나갈 것인가가 더욱 본질적인 문제라고 본다면 가급적 빠른 시일 안에 정보공개법을 제정·시행하여 구체적인 문제점을 사안별로 해결해 나감으로서 하나의 통일적인 기준이나 준거가 제시될 수 있으리라고 본다.

한 가지 추가할 것은 법안심의과정에서 삭제한 부분이긴 하나 행정실무 차원에서 ‘기타 공개될 경우 업무의 목적을 해치거나 특정인의 권리나 이익을 부당하게 침해하거나 또는 공공의 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 정보’를 10호로 삽입할 필요성이 제기되기도 하였다. 그러나 이 규정은 지나치게 포괄적이고 망라적이라는 비판이 제기되어 최종논의과정에서 삭제되었다.

#### (마) 공개청구와 권리구제 : 액세스권의 제도적 보장

##### 가) 정보공개청구의 절차

① 청구인은 시안 제8조의 규정에 의한 정보공개청구서를 제출하여야 한다. 앞으로 정보화사회의 진전에 따라서는 컴퓨터통신을 이용한 정보공개청구의 가능성도 고려하여야 할 것이다.

② 공공기관은 정보공개청구의 신청이 있는 날로부터 15일이내에 공개여부를 결정하여야 한다. 위 결정은 청구인에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만 30일을 한도로 공개

여부 결정기간을 연장할 수 있다.

③ 비공개결정을 한때에는 비공개사유와 불복방법 및 불복절차를 서면으로 통지하여야 한다.

④ 정보공개를 청구한 날로부터 60일이 지나도 공개여부 결정통지가 없는 때에는 비공개의 결정이 있는 것으로 본다.

즉 국민의 정보공개청구절차는 다음과 같이 제도화되어 있다 : 정보공개청구서의 제출 - 15일이내 결정 - 30일 한도 결정연장가능 - 60일이 지나면 비공개결정 간주.

시안의 절차 및 기간은 프랑스나 캐나다의 법제와 비슷하다. 그러나 미국의 경우 10일이내 결정통보를 하여야 하고 다만 특별한 경우 10일의 기간을 연장할 수 있도록 한 것에 비하면 기간이 너무 장기라는 비판도 있다.

#### 나) 불복구제절차

청구인의 정보공개청구에 대하여 당해 공공기관이 이를 인용하지 아니할 경우에 그 구제방법으로서 법안 심의과정에서 논란의 대상이 되었던 사항은 이를 일반적인 행정구제절차에 의할 것인가 아니면 독립된 제3의 기관을 설치하여 이를 심사하도록 할 것이냐의 문제였다.

행정심판을 거쳐 행정소송을 제기하는 일반적인 행정구제절차에 의할 경우 ① 새로운 심사기관을 따로 설치할 필요가 없기 때문에 기존제도를 활용할 수 있고, ② 각 기관별로 설치운영되고 있기 때문에 신속한 판단이 가능하고,

③ 행정행위일반에 관한 구체절차와 균형을 이룬다는 장점이 있다. 그러나 ① 정보공개라는 새로운 제도에 부응하는 구체절차가 될 수 없고, ② 그 판단의 독립성에 의문이 제기되고, ③ 정보공개라는 단일 목적의 실현을 위한 통일적이고 객관적인 심사기준설정에 어려움이 따르는 단점을 안고 있다. 더구나 행정심판제도가 행정소송법의 개정으로 이제 행정심판전치주의가 폐지된 마당에 정보공개에 관한 사항만 행정심판전치주의를 강제하는 것도 균형상 무리가 있다. 또한 국민의 신속한 정보에의 욕구를 행정소송의 형태로만 갈음할 수밖에 없다면 번잡스러운 제도임에 틀림없다.

정보공개위원회 제도는 ① 정보공개제도의 본질에 부합한 독자적인 법적 구체제도가 될 수 있고, ② 독립적인 기관의 심사를 통해서 국민의 신뢰를 확보할 수 있고, ③ 기관간 통일적인 심사기준의 설정이 가능하다는 장점이 있다. 반면에 ① 심사청구의 폭주시에 처리의 신속성을 어떻게 기할 수 있을 것인지, ② 별도기구 설치에 따른 예산과 인력의 문제가 따른다.

미국에서는 공개거부를 한 당해 행정기관의 장에게 이의 신청을 하고, 이에 불복할 경우에는 법원에 제소한다. 심리는 비공개로 하며 비공개의 입증책임은 행정기관이 진다. 캐나다에서는 의회소속의 정보커미셔너제도를 두고 있다. 커미셔너의 결정의 성격은 권고적 효력을 갖는다. 이에 불복할 경우에 법원에 제소할 수 있다.

시안에서는 불복구체절차로는 정보공개신청대상기관의

장에게 신청인이 임의로 제기하는 신속간편한 이의신청제도와, 정보공개위원회에 제기하는 심사청구라는 2원적 제도를 두고 있다.

가. 이의신청(제20조)

정보공개청구에 대한 공공기관의 결정에 불복하는 경우에 청구인의 신속한 권리구제를 위하여 이의신청제도를 두고 있다.

청구인은 7일 이내에 서면으로 이의신청을 할 수 있다. 이 경우 공공기관의 장은 7일 이내에 그 이의신청에 대하여 결정하고 그 결과를 청구인에게 지체없이 서면으로 통지하여야 한다.

나. 정보공개 심사청구(제21조-제25조)

① 신청인은 공개여부의 결정통보를 받거나 비공개로 결정으로 간주되는 날로부터 60일 이내에 정보공개위원회에 정보공개심사 청구를 할 수 있다. 이 경우 이의신청을 거칠 필요는 없다.

② 위원회는 심사청구를 접수한 날로부터 60일 이내에 결정하여야 한다. 다만 1차에 한하여 30일 이내의 기간을 연장할 수 있다.

③ 청구가 이유있다고 인정할 경우에는 관계 공공기관의 장에게 공개등 적절한 시정조치를 권고할 수 있다. 위원회의 심사는 법상 권고적 효력을 갖는다. 반면 심사청구가 기각되었을 때 청구인은 행정소송을 제기할 수 있다. 위원



회의 결정이 권고적 효력밖에 갖지 못하는 것이 문제점으로 지적되고 있다.

위원회 권한의 실효성을 담보한다는 측면에서 적어도 행정심판과 같은 기속력을 부여해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 또한 위원회의 심사가 필요적 전치주의를 채택하지 않은 것도 위원회의 실질적 위상을 저하시키는 요인이 될 소지가 있다. 위원회제도를 채택하고 있는 프랑스의 경우 법상 필요적 전치주의를 명문화하고 있지도 않고 또한 그 결정이 권고적 효력을 가짐에도 불구하고, 법운용의 실제에 있어서 위원회의 심사를 거친 연후에 행정소송을 제기하는 메카니즘이 정립되어 있다.

#### 다. 행정소송의 제기(제26조)

위원회의 결정에 불복하는 자는 행정소송법이 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.<sup>56)</sup>

#### (바) 독립기관으로서의 ‘정보공개위원회’설치

##### 가) 정보공개 감독기구의 위상설정의 방향

---

56) 정보공개소송과 관련하여서는 의무이행소송제도, 역정보소송, 제3자의 권리보호와 예방적 쟁송절차 등을 입법적 대안으로 제시하는 견해도 있다. 앞으로 이에 관한 사항은 보다 발전적으로 검토의 가치가 있는 견해로 보여진다. 그러나 현단계에서 이러한 제도를 전적으로 도입할 수 있을 것인지는 재론의 소지가 있을 것이다. 홍준형, “정보공개법시안에 의한 권리구제절차의 문제점”, 인권과 정의(대한변호사협회), 1995.1, 30-35면 참조.

정보공개에 관한 감독기구는 비교법적으로 ① 정보처리자 내부의 자율규제에 맡기는 방법과 ② 특수한 감독기관에 의한 외부적 통제방법으로 양대별 할 수 있다. 후자의 경우 다시 ① 옴부즈만제도를 설치하는 방안, ② 독립적인 위원회를 설치하는 방안, ③ 대통령 또는 국무총리 직속의 행정위원회를 두는 방안이 검토될 수 있다.

옴부즈만제도를 두고 있는 나라는 스웨덴과 캐나다를 들 수 있다. 스웨덴의 옴부즈만은 4년 임기로 국회에서 임명하여 공공기관에 대한 개인의 고충이나 민원을 수리하여 조사한 후에 관계기관에 적절한 권고를 행하고 이를 매년 국회에 보고한다. 비록 옴부즈만이 권고를 할 수 있을 뿐이라 하더라도 옴부즈만이 갖는 무제한적인 조사권과 이에 대해 모든 공공기관과 직원이 협력하여야 하기 때문에 권고는 사실상 명령에 비견되는 강한 힘을 갖게 된다. 캐나다에서는 정보커미셔너를 두고 있다. 의회소속의 커미셔너는 옴부즈만의 일종으로서 상하 양원의 결의에 의해 총독이 임명한다. 커미셔너는 공개거부결정이나 수수료금액에 대한 이의가 있는 자료부터 이의신청을 받은 경우에는 거부결정을 한 행정기관의 장에게 이의신청 사실을 통지하고, 비공개로 심사하며 필요한 경우 행정기관을 방문하여 관련기록을 조사할 수 있다. 커미셔너의 이의신청 심사결정 역시 권고적 효력을 갖는데 불과하다.

생각건대 스웨덴에서 발달된 옴부즈만제도를 두는 방안을 생각할 수도 있으나 우리나라의 경우 학계에서 옴부즈

만제도에 관한 도입논의는 있으나 아직 이 제도가 실정법상 도입된 적이 없다는 점을 감안하여 비교적 독립적인 정보공개위원회를 두자는 것이다.

그렇게 함으로서 정보공개여부에 관한 논쟁의 투명성을 확보할 수 있을 것이다. 따라서 이러한 정보공개와 관련된 일련의 문제를 총괄하는 독립된 기관으로 하여금 제도운용의 객관성을 담보할 수 있도록 하여야 한다. 특히 권리구제는 일반법원의 판단에 따르기 이전에 보다 전문성과 기술성을 확보한 기관이 보다 신속하게 처리할 수 있어야 한다.

독립된 기관으로 하여금 정보공개업무를 통괄하고 나아가서 권리구제까지 담당하도록 하는 안은 법안 심의위원들의 절대적인 지지로 채택되게 되었다. 다만 그 구성과 지위 등에 관해서는 끝까지 논란의 소지를 안고 있었다.

#### 나) 시안상의 정보공개위원회 제도의 검토

##### 가. 지위

정보공개위원회가 독립된 기관이어야 한다는 데에는 이론의 여지가 없다. 이에 위원회의 독립기관성을 제도적으로 보장하기 위하여 대통령소속하에 단일 위원회를 두자는 안이 채택된 바 있으나, 최종적인 검토과정에서 권력분립의 원리를 존중한다는 취지하에 국가최고기관의 하나인 국회, 대법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회 및 정부에 각기 정보공개위원회를 설치하도록 하였다.

그러나 공청회이후 총무처에서는 지방자치단체에서도 정보공개위원회를 설치하자는 안을 제시해 놓고 있다.

나. 구성(제15조)

① 위원의 수 : 위원회는 위원장 1인을 포함한 5인이상 7인이하의 위원으로 구성된다. 원래 법안 심의위원회에서는 위원의 숫자를 12인이상 15인이하로 하며 그 중 1인을 상임위원으로 둔다는 안을 채택한 바 있으나, 그 후 조정과정에서 위원 숫자의 지나친 증대로 인하여 업무의 능률적 수행에 지장을 초래할 우려가 있고, 또한 상임위원을 둘 경우 작은 정부의 취지에도 부합하지 아니한다는 주장에 따라 위와 같이 조정되었다. 또한 규정은 없지만 위원회의 성격상 위원장은 위원중에서 호선하는 것이 바람직할 것이다(새로운 조정안에서는 이를 명시하고 있음)

② 위원의 자격 : 위원은 사회적 신망이 높고, 정보공개에 관한 식견이 풍부한 자나 또는 3급이상의 공무원으로 근무한 경력이 있는 자 중에서 임명 또는 위촉한다(새로운 조정안에서는 1. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는자, 2. 대학에서 법률학·행정학·정치학 또는 언론학을 가르치는 부교수이상의 직에 5년이상 근무한자, 3. 3급이상 해당공무원으로서 3년이상 근무한 자, 4. 기타 사회적 신망이 높고 정보공개에 관한 식견이 풍부한자. 로 개정안을 내놓고 있다.)

원래 법안 심의위원회에서는 국가 전체를 통괄하는 하나의 정보공개위원회를 설치한다는 전제하에서 입법, 행정, 사법 3부에서 각기 추천하는 인사와 주요사회단체로부터

추천 받은 인사로 구성하도록 하였으나 각부에 각기 정보 공개위원회를 설치한다는 결론에 따라 이를 백지화 한 바 있다. 다만 주요사회단체로부터 추천을 받는 방법을 제도화하지 못한 아쉬움이 있다.

정보공개위원회와 비견될 수 있는 외국의 제도로는 프랑스의 ‘행정문서악세스위원회’를 들 수 있다. 위원은 10명이다. 위원장은 전현직 국사원(최고행정법원 겸 정부정책심의기관)위원이 맡는다. 위원은 파기원(민형사최고법원) 및 심계원 추천 각각 1인, 상하양원의장이 추천한 2명의 국회의원, 수상을 대표하는 자 1인, 상하양원의장의 공동결정에 의한 1명이 지방의회의원, 대학교수 1인, 고문서관 국장, 문서관 국장으로 구성된다. 위원회는 독립된 기관으로서 정보공개업무를 통할하고 행정소송을 제기하기 전단계에서 불복구제심사를 담당한다.<sup>57)</sup>

③ 임기 : 위원의 임기는 3년으로 하되 1차에 한하여 연임할 수 있다.

#### 다. 권한

① 불복신청 심사 : 공동기관의 장으로부터 비공개 통보를 받았거나 비공개결정이 있는 것으로 간주된 경우 청구인이 제기한 불복신청을 심사한다.

② 정보공개 정책 : 위원회는 정보의 공개에 관한 정책 및 제도개선에 관한 사항을 처리한다.

---

57) Cf. B. Lasserre et E. Lenoir, B. Stirn, La transparence administrative, Paris, P.U.F., 1987.

③ 기타 : 기타 정보공개법 또는 다른 법령에 의하여 위원회의권한으로 정한 사항을 처리한다.

(사) 벌칙(제32조-34조)

법률의 실효성을 담보한다는 측면을 고려할 때 당해 법률에서 금지한 사항에 관해서는 처벌규정을 두어야 함은 말할 나위가 없다. 그러나 정보공개법이라는 특수성을 고려할 때에는 정보공개법 관련사항을 위배하였다고 하여 이를 형사처벌의 대상으로 삼을 때에는 자칫 정보공개の本지에 반하는 결과를 초래할 우려가 있다. 이에 법안 심의 위원회에서도 많은 논의를 거친 끝에 일단 벌칙조항을 도입하기로 하였다.

공개하지 아니하기로 결정한 정보를 부정확 방법으로 타인의 이용에 제공한 자는 3년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처한다. 사위 기타 부정확 방법으로 공공기관으로부터 시안 제7조에서 정한 정보를 제공받는 자는 2년이하의 징역 또는 700만원이하의 벌금에 처한다. 법인의 대표자나 또는 법인이나 개인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 법인이나 개인의 업무에 관하여 제33조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 동조의 벌금형을 과한다(양벌규정)

이러한 처벌규정은 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률의 규정을 준용한 것이다. 그러나 외국의 입법례에서도 정보공개법에 이러한 강력한 벌칙규정을 둔 예를 찾아 볼 수

없다. 외국의 입법례에서도 개인정보보호법에서는 별척조항을 두고 있으면서 정보공개법에는 별척조항을 설정하지 아니하고 있음을 유념할 필요가 있다. 특히 정보공개법이 행정의 비밀주의를 타파하여 국민의 알 권리를 충족시켜 주는 제도적 장치임에 비추어 본다면, 종래 비밀주의의 타성에 젖어서 알 권리의 본질에 반하여 비공개로 결정한 사항을 공개하였을 경우에 무거운 처벌을 가한다는 것은 자칫 정보공개법제가 비밀보호법제로 전락할 우려도 안게 된다.<sup>58)</sup> 이에 공공기관의 직원에 관한 처벌은 기존의 국가공무원법 등의 처벌규정을 원용하는 것이 바람직하다는 반론이 제기되게 된다.

이에 따라 정보공개법에 굳이 별척조항을 둘 경우에는 정보공개를 악의 또는 고의로 거부하거나 진실되지 아니한 정보를 제공한 공직자여야 한다는 반론이 설득력을 갖게 된다.<sup>59)</sup>

다행히 총무처에서 공청회를 통하여 거의 대부분의 참여 인사들이 반대론을 지적한 점을 충분히 고려하여 별척조항을 전면적으로 삭제한 것은 바람직한 태도로 평가할 수 있

---

58) 공청회에서 모든 토론자들이 별척조항의 문제점을 지적하였다. 그러나 의외로 지방자치단체 정보공개조례를 최초로 정립하는데 결정적으로 기여한 바 있는 청주시의회의 박종구의원은 정보공개조례운용의 실제에 비추어 별척조항에 찬성의 뜻을 보였다.

59) 경실련(안) 제24조 (정보공개청구의 상대방인 정부기관의 공무원이 악의 또는 고의로 정보공개를 거부하거나 진실되지 아니한 정보를 제공할 때에는 대통령령이 정하는 100만원 이하의 벌금이나 면직을 제외한 징계처분을 할 수 있다.)

다.<sup>60)</sup>

(아) 결

① 조속한 법제정과 시행의 필요성 : 모처럼 정보공개법이라는 좋은 법을 빨리 제정하여 국민의 알 권리를 충족시켜 줌으로써 문민시대의 정부의 할 도리를 다할 것을 기대한다. 이에 정부당국에서는 정보공개법의 시대를 맞이하기 위하여 보다 능동적인 대응을 통해서 국민 위에 군림하는 정부가 아닌 국민에게 봉사하는 정부로서의 자세를 갖추어야 한다. 정치와 행정의 민주화는 이제 국민에게 장막의 베일을 통해서가 아니라 모든 것을 보여주고 국민의 이해와 협조를 구하는 가운데 실천될 수 있기 때문이다. 정보공개훈령을 시행하면서 축적될 경험과 준비를 바탕으로 정보공개법을 운용함에 있어서는 1966년에 ‘정보자유법’(The Freedom of Information Act)을 제정하여 그간 수 차례에 걸쳐 개정과 입법적 보완이 가해진 미국과 1978년에 ‘행정문서악세스권법’(De la liberté d'accès aux document administratifs)을 제정하여 운영하고 있는 프랑스 등의 경험을 충분히 검토하여야 하리라고 본다.

② 정보공개와 사생활보호의 조화 : 정보공개를 통해서 국민의 알 권리를 실현함으로써 정보화사회에서의 민주주의를 보다 실질화 할 수 있다는 점에서 이론의 여지가 없

---

60) 총무처가 1995년 2월 17일 정보공개법 심의위원회에 상정한 조정안에서 벌칙조항이 전면삭제됨.



다, 그러나 이러한 정보공개를 통해서 개인의 사생활이 침해되어서도 안 된다는 것이 또한 헌법적 요망사항이기도 하다. 따라서 앞으로 정보공개법까지 정비될 경우에 우리나라에서도 정보공개와 사생활보호 사이의 규범조화적인 해석 적용 운용이 요망된다. 그것은 정보공개를 통한 자유민주주의의 이념의 실현과 개인정보보호를 통한 인격의 자유로운 발현의 조화의 문제이기도 하다.

#### 4) 보도의 자유

정보화된 사회에서 분출하는 정보는 언론기관의 보도를 통해서 국민의 알 권리를 충족하게 된다. 따라서 언론의 보도는 신속공정하게 사실에 입각하여 아무런 간섭없이 이루어져야 한다. 보도의 자유에는 신문·잡지·방송 등 매스 미디어의 자유를 포괄하게 되는데 신문보도의 자유가 대표적이다. 보도의 자유에는 뉴스 등을 보도할 자유뿐만 아니라 신문 등의 발행의 자유·신문 등의 배포의 자유까지 포괄하게 된다.<sup>61)</sup> 그러나 보도의 자유는 진실보도의무를 동시에 갖게 된다.

##### (가) 언론기관시설법정주의

---

61) 김철수, 헌법학개론, 454면; 안용교, 한국헌법, 416면; 한편 권영성 교수는 이를 언론기관의 특권과 자유로 설명하고 있다, 권영성, 헌법학원론, 417면

보도의 자유를 확립하기 위하여는 권력이나 자본으로부터 자유롭고 독자적으로 존립할 수 있는 조직과 형태를 갖추어야 한다. 이에 따라 헌법 제21조 제3항은 “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”고 하여 언론 기관 시설 법정주의를 명시하고 있다.<sup>62)</sup>

이에 따라 정기간행물의 등록등에 관한 법률과 방송법<sup>63)</sup>은 언론기관의 설립의 자유에 관한 제한규정을 두고 있다. ① 법인이 아니면 일간신문이나 일반 주간신문 또는 통신을 발행하거나 방송을 할 수 없다(정간법 제9조 2항, 방송법 제6조 2항), 형법(제87조-90조 등), 군형법(제5조-8조), 국가보안법(제3조-9조), 사회안전법에 의한 보안처분이나 사회보호법에 의한 보호처분이 집행중인 자, 대한민국의 국적을 가지지 아니한 자, 대한민국에 주소를 두지 아니한 자, 외국의 법인 또는 단체 등은 언론사 발행인, 편집인, 또는 방송국의 장이 될 수 없다(정간법 제9조 1항, 방송법 제9조). ② 일간신문과 통신은 서로 겸영할 수 없으며, 방송국을 겸영할 수 없다(정간법 제3조, 방송법 제7조). ③

---

62) 프랑스에서는 이미 1881년 7월 29일 법률을 통해서 언론·출판의 자유를 법적으로 뒷받침하고 있다. 신문의 창간에는 단순한 사전 신고로 족하다. 다만 형사책임의 문제가 야기될 경우에 대비하기 위하여 검찰에 언론의 제호, 주기적 발행일, 발행인과 인쇄인의 성명을 신고하기만 하면 된다. J. Rivero, *Les libertés publiques*, tome 2, pp. 219 이하 참조.

63) 방송법은 무선방송에 의한 방송과 방영만 규정하고 있다. 유선방송은 종합 유선방송법에 의한 규제를 받는다.

정기간행물을 발행하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 공보처장관에게 등록하여야 하고(정간법 제7조) 그 등록은 법원의 재판으로 취소할 수 있다(정간법 제12조). 방송은 전과법에 의한 허가를 받아야 한다.

그런데 현행법제는 신문 또는 통신의 발행시설기준이 너무 과중하여 언론기관남설의 폐해를 방지하고자 하는 법의 원래의 제정목적보다 신문사나 통신의 설립이 자유를 사실상 제한하는 것이라는 비판도 제기된다.<sup>64)</sup> 이와 관련하여 정기간행물의 등록등에 관한 법률 제7조 제1항 제9호 소정의 제6조 제3항 제1호 및 제2호의 규정에 의한 해당시설에 대하여 자기의 소유임을 증명하는 서면을 첨부하는 것은 위헌제청신청에 대하여 해당시설을 발행인의 자기소유로 해석하는 한 위헌이라고 판시한 바 있다. 동 사안에서 헌법재판소는 “정기간행물의 발행인들에 의한 무책임한 정기간행물의 난립을 방지함으로써 언론·출판의 공적 기능과 언론의 건전한 발전을 도모할 목적으로 제정된 법률규정으로서, 헌법상 금지된 허가제나 검열제와는 다른 차원의 규정이고 언론·출판의 자유를 본질적으로 침해하는 것도 아니고, 헌법 제37조 2항에 반하는 입법권의 행사라 할 수 없다”고 판시하고 있다. 따라서 법상 ‘해당시설’은 ‘임차 또는 리스에 의하여도 갓출 수’ 있다.<sup>65)</sup> 이에 대하여 반대의

64) 안용교, 앞의 책, 418면.

65) 그런 점에서 비록 위헌선언을 한 것은 아니지만 법 시행령 제6조 제3호가 자기소유임을 등록요건으로 함은 위헌임을 분명히 하고 있다. 동 판결에 부합하게 동 시행령 제6조 제3호는 개정된 바 있다 (1992. 12. 31 개정).

견은 “정기간행물에 대한 등록제는 실질적으로 허가제와  
다름없이 운영될 가능성을 내포하고 있으므로 이는 언론·  
출판의 자유를 침해하는 위헌적인 법률이며 일정한 시설을  
갖추어야 등록할 수 있는 본 조항은 출판자유에 보장되어  
있어서 재력이 있는 자와 없는 자를 차별하는 것으로서 헌법  
사의 평등의 원칙에 반한다”고 본다.<sup>66)</sup>

신문·통신·방송의 겸영(兼營)금지는 언론기업의 독과  
점으로 인하여 야기될 국민의사의 왜곡현상을 시정시키려  
는 입법적 조치이다. 그러나 국제화·개방화의 흐름은 언  
론기업경영에도 예외일수 없기 때문에 국내언론기업도 일  
정한 ‘규모의 경제’를 실현시킬 필요성이 제기될 수 있으며  
이에 동 규정도 언론 정책의 방향 설정 여하에 따라 변용  
될 가능성도 있다.

#### (나) 취재의 자유

보도의 자유는 취재의 자유 없이는 실질적으로 확립될  
수 없기 때문에 보도의 자유에 소극적 정보수집권으로서의  
취재의 자유가 당연히 포함된다. 다만 취재의 자유는 질서  
유지, 프라이버시보호, 국가기밀유지를 위한 제한을 받는  
다. 법정에서의 사진촬영·녹화·중계방송 등은 법원의 허  
가 없이는 행할 수 없다(법원조직법 제54조의 2).

---

66) 헌재 1992.6.26, 90헌가23; 대판 1990.4.1, 90도332.

<일본판례>

최고재 소화33년 2월 17일 대법정판결, 소화29년 제1호 :  
무릇 신문이 진실을 보도하는 것은 헌법 제21조가 인정하  
는 표현의 자유에 속하고, 또 그것을 위한 취재활동도 인  
정되어야 한다는 것은 말할 것도 없다.

그러나 헌법이 재판의 대심 및 판결을 공개법정에서 행  
할 것을 규정하고 있는 것은 절차를 일반에게 공개하여 그  
심판이 공정하게 행하여 질 것을 보장하는 취지 이외에는  
없는 것이므로, 가령 공판정의 상황을 일반에게 보도하기  
위한 취재활동일지라도 그 활동이 공판정에 있어서 심판의  
질서를 어지럽히고 피고인 기타 소송관계인의 정당한 이익  
을 부당하게 해하는 것과 같은 것은 원래부터 허용되지 아  
니하는 바라고 말하지 않으면 안 된다. 그런데 공판정에  
있어서 사진의 촬영 등은 그 행하는 시·장소 등 여하에  
따라서는 전기와 같은 좋지 않은 결과를 가져 올 우려가  
있으므로 형사소송규칙 제215조는 사진촬영의 허가 등을  
재판소의 재량에 맡기고, 그 허가에 따르지 않는 한 이러  
한 행위를 할 수 없는 것을 분명히 한 것이며 위 규칙은  
헌법에 위반하는 것이 아니다.

국가는 비밀보호에 관한 법령규정에 위배하여 정보를 공  
개하지 않으며, 공무원은 재직중은 물론 퇴직후에도 직무  
상 지득한 비밀을 엄수하여야 한다(국가공무원법 제60조).  
그러나 비밀은 형식적인 비밀의 취재보도만으로 곧 위법성  
이 추정된다고 해석할 수 없고 객관적인 실질적 요건(비공

지성, 필요성, 상당성)을 갖춘 것이어야 하고 실질성의 판단기준도 자유로운 정보유통이 저해되지 않도록 엄격한 한정해석이 필요하다.

취재원(取才原)에 대한 진술거부권(비닉권)은 인정하지 않는 것이 일반적 경향이다. 취재원에 대한 진술거부권은 국민에 대한 전보전파의 목적으로 내적 신뢰관계를 통하여 취재한 취재원의 공개를 당하지 않을 권리이다. 이 권리는 언론의 진실보도 및 공정보도를 위한 불가결의 전제조건이며 이 권리 없이 언론은 진실보도의 공공적 기능을 수행하기 어렵다. 따라서 이 권리는 원칙적으로 취재의 자유의 내용으로 인정하여야 할 것이다.<sup>67)</sup> 그런 의미에서 구언론기본법에서 인정되었던 취재원의 진술거부권이 언론기본법의 폐지와 더불어 사라진 것은 바람직한 입법방향이라 할 수 없다.<sup>68)</sup> 다만 이 진술거부권도 공공의 이익을 위하여 제한을 받는다. 즉 이 권리는 공정한 재판의 실현 때문에 형사재판과 관련된 제한된 범위내, 예컨대 범죄를 구성하는 내용이 공표된 때, 범죄행위로 공표의 기초가 된 자료 또는 정보를 입수한 때 등의 경우에는 인정되지 않는다. 그러나 진술거부권을 부인할 경우에도 형사재판의 증거의 중요성과 취재원을 공개함으로써 미치는 보도의 자유의 침해를 비교형량하여 그 인정여부를 결정하여야 한다.

#### <미국판례>

67) 김철수, 앞의 책, 254면; 안용교, 앞의 책, 419면.

68) 팽원순, 마스크뮤니케이션법제이론, 법문사, 1990, 348면.

① *Branzburg v. Hayes et al., Judges*, 408U.S.665 (1972) : 신문기자의 취재원의 비밀은 당연히 언론의 자유에 포함되어 있는 것은 아니다. (해설) 취재원의 비밀을 직접적으로 보장하지 않는 5:4의 판결이다. 취재원의 비밀을 직접적으로 보장한 헌법이나 법률을 두고 있는 입법례는 극소수이며, 미국에서도 17개주만이 이를 명문으로 보장하고 있다. 앞으로의 입법이나 판례의 방향이 주목되는 부분이다.

② *Zucher v. Stanford Daily*, 436U.S.547(1978) : 시위하고 경찰을 습격한 사람을 알기 위하여 현장을 촬영한 사진을 갖고 있는 학생신문사에 대하여 압수수색영장을 발부받아 사진 및 원판을 압수함은 수정헌법 제1조 위반이 아니다.<sup>69)</sup>

#### <일본판례>

소화 28년 8월 6일 대법정판결, 소화25년 재2505호 : 신문기자에게 취재원에 대하여 증언거부권을 인정할 것인가 아닌가는 입법정책상 고려의 여지가 있는 문제이며 신문기자에게 증언거절권을 인정한 입법례도 있기는 하지만, 우리 현행형소법은 신문기자를 증언거절권 있는 것으로써 열거하고 있지 않기 때문에 형소법 제149조에 열거하는 의사등과 비교하여 신문기자에게 위 규정을 유추적용할 수 없

---

69) 위 두 판결에 대한 논의의 상세는, 이관희, “미국에 있어서 형법과 보도의 자유”, 미국헌법연구(미국헌법연구소), 제4호, 1993, 173-244면 참조.

다는 것은 말할 것도 없다. 헌법 제21조 규정의 보장은 공공의 복지에 반하지 않는 한 말하고 싶은 것은 말해야 한다는 것이다. 아직 말하고 싶은 내용을 정하지도 않고 이제부터 그 내용을 작출하기 위한 취재에 관하여 그 취재원에 대하여 공공의 복지를 위하여 가장 중대한 사법권의 공정한 발동에 대하여 필요 불가결한 증언의 의무까지도 희생시키고 증언거절의 권리까지 보장한 것이라고는 도저히 풀이할 수 없다.

#### (다) 언론기관내부의 자유

언론의 자유는 언론기관이나 언론인의 국가로부터의 자유도 중요하지만 오늘날 언론기관이 대기업화·독과점화함에 따라 언론기관의 상업화와 그에 따른 국민의 의사를 왜곡시키게 된다. 언론경영자의 인사권·경리권·운영권이 언론종사자의 편집권을 침해하지 않도록 제도적 보장이 마련되어야 한다. 언론종사자의 편집권은 헌법상 언론의 자유의 기본적 내용이므로 언론기업경영자의 경영권이 편집권을 침해하지 않아야 할 것이다. 그런 의미에서 편집·편집권의 경영권으로부터의 독립을 헌법상 제도보장하는 것도 이상적인 입법병행으로 볼 수 있다. 편집권의 경영으로부터의 독립성과 공정성을 확보하기 위하여 오늘날 언론인의 신분을 법적으로 보호하는 경향을 띠고 있다.

<프랑스판례>



Cour de cassation(Ch. soc.) 1987.3.5, M<sup>lle</sup> Mermet : 직업적인 언론인(le journalistes professionnels)이란 독자의 정보를 위한 정기간행물의 간행에 지적이고 학구적인 협력을 행하면서 급여를 받는 원칙적이고 정기적인 직업을 갖고 있는 자를 말한다(참조판례 : C.E. 1983.6.29, Forest).

정기간행물의 등록 등에 관한 법률은 “발행인은 종사자의 편집 및 제작활동을 보호하여야 한다”(제6조 2항). 방송법도 ‘방송편성의 자유는 보장된다. 방송순서의 편성·제작이나 방송국의 운영에 관하여 누구든지 이 법 또는 다른 법률이 정하는 바에 의하지 아니하고는 어떠한 규제나 간섭을 할 수 없다’(제3조)고 규정하고 있다. 편집·편성권의 입법적 보장에도 불구하고 오늘날 언론기관내부의 자유는 한국언론의 현실에서 심각한 도전을 받고 있다. 특히 시사적인 문제와 관련하여 언론경영자의 언론노조사이에 자주 첨예한 갈등을 보여주고 있는 것이 한국적 현실이다.

#### <한국판례>

대판 1980.9.9, 77다2030 : “신문기사의 편집행위가 사시에 반하는지의 여부나 어떤 사태가 언론의 자유와 근로자의 신문에 대한 부당한 침해가 되는지의 여부에 대한 판단은 신문기자 각자의 주관이나 정치적·종교적 신념과 양심에 따라 결론을 달리할 수 있는 것이지만, 그 의도하는 바를 행동으로 옮기는 경우에는 고용계약이나 근무규정 등의 범위내에서만 허용되는 것이므로, 고용계약상의 노무계약

을 거부하며 근무규정상의 의무에 반하여 기업체내의 질서를 문란케 하는 행동은 기업의 운명을 좌우하는 중대한 고용계약이다.”

#### (라) 방송의 자유

##### 가) 방송·유선방송·종합유선방송의 개념

“방송이라 함은 정치·경제·사회·문화·시사에 관한 보도·논평 및 여론과 교양·음악·오락·연예 등을 공중에게 전파함을 목적으로 방송국이 행하는 무선통신의 송신을 말한다”(방송법 제2조). 종래 방송이라 함은 방송법에 규정된 바와 같이 무선통신에 의한 것을 의미하였으나 오늘날 방송에는 유선방송이 발달하기 시작하여 1995년부터는 종합유선방송의 시대를 맞이하고 있다. 이에 유선통신에 관해서는 유선방송관리법에서 “유선방송이라 함은 유선전기 통신시설을 이용하여 음성·음향 또는 영상을 공중에게 전파하기 위하여 송신하는 것”(제2조)으로 정의하고 있다. 한편 종합유선방송법에서는 “종합유선방송이라 함은 영상(문자 및 정지화상을 포함한다)·음반·음향 등을 유선전기통신시설을 이용하여 수신자에게 송신하는 다채널방송을 말한다”(제2조 1호). 이러한 국내법상의 제도적인 방송이외에 인공위성을 통하여 외국의 방송이 아무런 국내법적인 제한이 불가능한 상태에서 시청이 가능한 상황에 처하여 방송에 대한 실정법적인 대응은 새로운 국면을 맞이

하고 있다.

#### 나) 방송의 자유와 공적 책임

종래 언론의 자유에 관한 고전적 논의는 개인의 언론의 자유와 또 다른 측면에서 국민의 알 권리를 충족시켜 주는 언론기관의 보도의 자유를 지칭하였으며, 여기서 보도의 자유는 일반적으로 신문의 자유를 의미하였다. 물론 신문을 중심으로 한 활자매체의 중요성이 줄어들어 가는 것은 아니지만, 오늘날 과학기술의 발달에 따라 영상매체의 발달이 눈부신 바 있다. 이에 방송의 자유의 새로운 법적 대응에는 동시에 방송의 책임도 강조될 수밖에 없다.

물론 방송의 자유라는 원리하에 언론의 자유의 일환으로 방송의 자유·방송편성의 자유를 실정법적으로 보장(방송법 제1조·3조, 종합유선방송법 제3조-편성의 불간섭)하고 있다. “① 방송편성의 자유는 보장된다. ② 방송순서의 편성·제작이나 방송국의 운영에 관하여 누구든지 이 법 또는 다른 법률이 정하는 바에 의하지 아니하고는 어떠한 구제나 간섭을 할 수 없다”(방송법 제3조)

동시에 방송법에서는 방송의 공정성과 공공성을 강조하고 있다. “① 방송에 의한 보도는 공정하고 객관적이어야 한다. ② 방송은 국민의 윤리적·정서적 감정을 존중하여야 하며, 사회정의의 전파, 국민의 기본권옹호 및 국제친선의 증진에 기여하여야 한다. ③ 방송은 특정한 정당·집단·이익·신념 또는 사상을 지지 또는 옹호할 수 없다.

다만, 종교의 선교를 목적으로 허가 받은 방송이 허가 받은 내용에 따라 방송하는 경우에는 그러하지 아니하다. ④ 방송은 국민의 화합과 조화로운 국가발전에 기여하여야 하며, 계층간·지역간의 갈등을 조장하여서는 아니 된다. ⑤ 방송은 사회적으로 유효한 생활정보를 확산보급하고, 국민의 문화생활의 질을 높이며, 민족문화의 창조적 개발에 기여하여야 한다. ⑥ 방송은 건전한 가정생활과 아동 및 청소년의 선도에 기여하여야 하며, 음란·퇴폐·폭력을 조장하여서는 아니 된다”(방송법 제5조). 나아가서 방송의 공적 책임을 강조하고 있다. “① 방송은 인간의 존엄과 가치 및 민주적 기본 질서를 존중하여야 한다. ② 방송은 공익사항에 관하여 취재 보도 논평 기타의 방법으로 민주적 여론형성에 기여하여야 하며, 사회각계각층의 다양한 의견을 균형있게 수렴함으로써 그 공적 임무를 수행한다. ③ 방송은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다(방송법 제4조)”. 이러한 “방송의 공적 책임 및 공정성과 공공성을 유지하고, 방송내용전반의 질적 향상을 기하기 위하여 방송위원회를 둔다”(방송법 제11조).<sup>70)</sup>

위와 같이 신문 등 정기간행물에 관한 법제보다 더욱 엄격하게 방송의 공적 기능을 강조하고 있는 것이 현행법제의 태도이다. 그것은 오늘날 방송매체가 국민생활에 미치는 영향을 고려한 입법적인 방향이라 볼 수 있다. 그러나

---

70) 박용상, “방송위원회의 법적 지위”, 한국공법학회 학술발표회 발표문, 1995.2.

오늘날 통신혁명이라 불리울 정도로 방송매체가 다양하게 발전하고 있음에 비추어 종래 방식의 공적 책임의 강조로는 적극적인 대응이 불가능한 상황에 처해 있다. 종래 방송은 전파사용의 독점적 체제와 더불어 공영방송의 체제였으나 오늘날 세계각국에서 상업방송의 시대로 대변환을 이루고 있는 상황하에서 종래 방식의 방송에 관한 실정법의 태도가 합당한지 재검토의 시점에 이르고 있다.<sup>71)</sup>

<한국판례>

서울고법 1994.9.27, 94나35846 : ① 헌법상 방송의 자유란 방송주체의 존립과 활동이 국가권력의 간섭으로부터 벗어나 독립함을 의미할 뿐만 아니라 국가권력이외에 방송의 자유를 침해하는 사회 제세력에 대하여도 그 효력을 주장할 수 있다 할 것이나, 그 자유는 자유민주주의 헌법상 국민의사 결정의 원리에 따라 다양성 원칙과 공정성의무에 의해 구속되는 제도적 자유이며, 자유민주주의의 헌법체제 아래서 위 방송의 자유 내지 편성권의 주체는 전파법상 허가를 받고 방송을 행하는 방송국을 경영하는 방송법인이고, 방송법인이 이러한 방송의 자유를 행사하는 과정에서 특히 프로그램의 편성과 제작을 위요한 제 권한은 법령상 방송법인을 대외적으로 대표하고 대내적으로 업무를 통괄

---

71) 이에 관한 상세는, 박용상, 방송법제론, 교보문고, 1988. 특히 이 책에서는 세계각국의 방송제도 및 방송법제가 상세히 기술되어 있을 뿐만 아니라 나아가서 한국의 방송법제개혁에 관한 논의를 결론적으로 제시하고 있다.

하는 방송법인의 기관이 담당하게 된다.

② 방송법인이 국가 이외의 제3자에 대해서도 방송의 자유(편성권)를 주장할 수 있는 것이라 하더라도 그 편성권을 행사하여 특정 프로그램을 제작하기로 내부적 계획을 세운 후 방송사의 소속원이 아닌 제3자와 출연계약을 맺게 된 경우에는 그 당사자의 일방인 피고공사는 그 사법상의 출연계약에 특별히 약정한 바가 없다면 그 계약의 내용에 따라 제작하고 방송할 의무를 부담할 뿐 피고가 갖는 편성권이 제3자인 원고의 저작권을 임의로 침해할 수 있는 근거가 된다고 할 수는 없다.

③ 방송매체를 관리하는 방송법인은 그 운영 방송채널을 통하여 송출한 내용 전반에 관하여 관리자로서 법적 책임을 부담하는 것이 원칙이지만, 구체적인 경우에 프로그램의 종류와 제작형태에 따라서 법적인 책임의 귀속과 부담의 정도는 달라진다. 매체가 단지 타인의 의견을 전달하는데 불과한 순수한 채널 내지 의견의 시장으로서만 기능하는 경우에는 방송법인이 방송내용을 검토하여 이를 수정한다거나 삭제하는 것이 사실상 불가능할 뿐만 아니라 이러한 경우 방송법인에 대하여 법적 책임이 인정된다면 방송의 매체로서의 전과기능을 저해하고 방송을 통한 언론의 자유를 부당하게 제약하는 결과가 생길 수 있기 때문에 거기에서 표현된 제3자의 표현내용에 대하여 방송법인에게 책임을 지게 할 수는 없다. 그러나 방송국의 경영자인 방송법인은 형사상의 처벌법규에 위반하는 표현내용을 방송하거나 그 방송행위로 인하여 타인의 법익을 침해한 경우 그

실제상의 행위자와 함께 민, 형사상의 법적인 책임을 지게 됨이 원칙이라 할 것이고, 이러한 법리의 당연한 귀결로서 방송법인은 편성과 방송을 행함에 있어서 방송내용에 관하여 심사할 권한과 의무를 갖게 된다 할 것인데, 방송사의 임. 직원의 표현내용이 법적으로 문제되는 경우에 이를 수정 삭제할 권한이 방송법인의 기관에게 인정되는 것은 물론이지만, 사외의 제3자가 제작한 프로그램이나 저명한 인사 등이 스스로 출연하여 일정 주제에 관하여 개인적 소견을 진술하는 프로그램에 있어서 그 내용에 대한 법적인 책임은 원칙상 제작자 또는 원진술자인 제3자에 귀속되고 매체의 관리자인 방송공사가 위 제3자의 표현행위로 인해 법적인 책임을 지는 것은 예외적인 경우에 한 한다고 할 것이다. 즉, 외부의 제3자가 프로그램에 출연하여 방송법인이 편집제작하여 방송한 진술내용이 예컨대 명예훼손, 음란 또는 내란선동 등 다른 법익을 침해하는 것인 경우에 이를 전파한 방송법인은 그것이 자기의 의견이나 생각을 표현한 것이 아니라는 이유만으로 바로 면책될 수 없기 때문에 이 경우에도 방송법인은 그 방송내용으로 인하여 방송법인에게 법적 책임이 부과될 사항을 심사하고 이를 배제할 수 있는 일반적인 관리자의 권한과 의무를 갖는다.

④ 방송법 제5조는 방송이 공공의 소유라고 생각되는 유한한 자원인 전파를 사용하여 공동체의 의사결정에 불가결한 여론의 형성에 기여하는 중대한 기능에 비추어 방송에 부과되는 공정성의 원칙이라고 하는 헌법적인 요청을 법률로서 명문화한 것이라고 할 수 있다. 공정성의 원칙이라

함은 방송법인이 방송할 사항을 편성함에 있어서는 인간의 존엄존중이라는 헌법상의 기본적 합의를 토대로 한 자유민주주의사회에서 구성원의 의견과 이익이 다양함을 전제로 하여 각계각층의 관심사중 논란되는 현안의 쟁점을 주제로 선택하고 그에 관련되는 모든 이해관계의 입장이 실제상의 중요성에 상응하도록 합당한 비중으로 다루어질 것을 요하는 것이라고 할 수 있고, 방송법 제5조 제1항에 규정된 이러한 원칙은 의견이 대립될 수 있는 모든 영역의 프로그램을 편성 또는 제작함에 있어서 적용되는 것이며, 이러한 편성규범은 방송주체를 수명자로 하여 명령된 규정인 방송법인 및 그의 편성권 행사를 보조하는 임,직원은 편성을 행함에 있어서 이러한 법적인 기준에 구속되는 것이 당연하지만, 헌법상 의견표현의 자유를 보호받는 사외의 기고자나 참여자와 같은 제3자는 이러한 방송법상의 의무를 지킬 의무가 없다.

⑤ 방송법인은 여론형성의 과업을 수행하기 위하여 프로그램편성에 있어서 논란되는 공적 쟁점을 다루는 프로그램을 적극적으로 편성해야 할 뿐 아니라 논란이 있을 수 있는 주제에 관하여는 공정성원칙에 따라 사회내의 찬반입장 또는 다양한 세력의 이해관계가 실제상의 비중에 따라 의견이 표현되도록 프로그램을 형성하여야 하는 것인데, 이러한 공정성요건을 충족하려면 다수의 견해가 동시에 주장되고 반박됨으로써 토론이 이루어지는 형식의 프로그램이 바람직하고, 반박과 토론이 있을 수 없는 개인의 견해를 일방적으로 주장하는 형식의 프로그램을 선택하는 것은 바



람직하지 않지만, 부득이 개인주장프로그램의 형식을 취하려면 여러 입장의 다양한 견해를 가진 다수 인사의 의견을 실제적 중요성이 반영될 수 있도록 함께 또는 시리즈의 형태로 편성하는 방법으로 다양성과 공정성의 요건을 충족시킬 수 있다.

<미국판례>

① Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. Federal Communications Commission, 395U.S.367 (1969) : 공정의 원칙 및 이와 관련된 입법사를 보건대 Red Lion사건에 있어서 연방통신위원회(FCC)의 행동은 그 권한을 초과한 것이 아니다. 국민의 관심사가 되는 중요한 논쟁적 문제점에 관해 활발한 토론을 방송하는 것은 방송에 있어서의 공공이익(public interest)에 포함된다는 명백한 사실에 비추어 볼 때, 우리는 공정의 원칙 및 인신공격과 정치적 논설에 관한 구체적 규정이 의회가 위임한 권한의 합법적 행사라고 생각한다. 방송국측은 수정헌법 제1조를 근거로 공정의 원칙 및 정치적 논설과 인신공격에 대한 그 구체적 규정들에 도전하면서, 이들 규정은 언론 출판의 자유(freedom of speech and press)를 축소시키는 것이라고 주장하였다. 어떠한 사람도 자기가 생각하는 바를 말하거나 출판하는 권리, 또는 자기의 연설이나 기타의 표현행위에 있어서 반대자의 의견에 대해 동등한 비중을 주기를 거부할 수 있는 권리를 박탈당해서는 안 된다. 방송도 분명히 수정헌법 제1조에 의해 영향을 받는 매개체이지만(U.S. v. Paramount

Pictures, Inc., 334U.S.131, 1948) 새로운 미디어의 성격상의 차이로 인하여 거기에 적용되는 수정헌법 제1조의 기준의 차이도 정당화되는 것이다(Joseph Burstyn, Inc., v. Wilson, 343U.S.495, 1952). 예컨대 사람의 유성보다 큰 소리를 낼 수 있는 새로운 기술은 확성기를 장치한 트럭의 사용에 대하여 그 소리의 크기·사용시간과 장소에 대한 제한을(다만 그 제한이 합리적이고 차별없이 적용되는 한) 정당화시킨다(Kovacs v. Cooper v. United States, 336U.S. 77, 1949). 온건한 사적인 이야기를 들리지 않게끔 시끄러운 확성장치의 사용을 정부가 제한 할 수 있는 것과 마찬가지로 방송시설의 사용에 대해서도 정부는 이를 제한할 수 있는 것이다. 확성장치를 한 트럭의 사용자나 방송국측이 갖는 언론의 자유 기타 어떠한 개인의 언론의 자유도 타인의 언론의 자유를 소멸시키는 권리를 포함하는 것은 아니다(Associated Press v. United States, 326U.S.1, 1945). 방송국설립의 허가를 받고자 하는 사람의 수가 모두 충족시킬 수 없을 정도로 훨씬 많은 경우 모든 사람의 말하고, 쓰고, 출판할 수 있는 권리에 비교할 때 무제한하게 수정헌법 제1조상의 방송의 권리를 부여하는 것은 어리석은 것이다. 그렇다고 해서 수정헌법 제1조가 공공의 방송과 무관하다는 것은 아니다. 중요한 것은 시청자와 청취자의 권리이지 방송국측의 권리가 아니다. 수정헌법 제1조의 목적은 궁극적으로 진리가 승리하는 사상의 자유시장(uninhibited market-place of ideas)을 확보하는 데 있으며, 그러한 시장의 독점(그것이 정부에 의한 것이든 또는

사적인 허가취득자에 의한 것이든)을 옹호하는 데 있는 것은 아니다. 그런데 만일 여기에 대해 싫어하는 의견을 가진 사람에 대해 답변을 부여할 의무를 지게 된다면 방송국측은 불가분 자체검열(self-censorship)을 하지 않을 수 없으며, 이렇게 되면 논쟁적인 공공문제에 대한 방송은 없어지게 될 것이고 또는 적어도 거의 효과가 없게 될 것이라는 열렬한 주장이 있다. 실로 그 같은 결과가 일어난다면 이것은 중대한 문제이다. 왜냐하면 방송국측이 실제로 논쟁적인 문제에 관한 방송을 없애 버린다면 공정의 원칙의 목적은 상실될 것이기 때문이다. 그러나 이 점에 관해 FCC가 지적한 것처럼 그러한 가능성은 거의 상상적인 것에 불과하다. 지금까지 통신산업 특히 방송국들은 논쟁적인 문제점에 관한 프로그램을 방송하려고 애써 왔다. 그리고 현재에도 이 점에 관한 노력을 포기하겠다는 주장은 없다. 물론 FCC가 방송국측이 그들의 책임을 다하도록 유도하기 위해 독려할 필요가 없다면 더 좋을 것이다. 그리고 만일 공정의 원칙을 실시해 본 결과 이것이 방송의 양과 질을 증진시키기보다는 저하시키는 효과를 나타낸다면 그 헌법적 의미를 재고할 충분한 시간이 있다, 지금까지 공정의 원칙은 그와 같은 전면적 효과를 나타내지 않았다. 부족한 방송주파수를 사용할 수 있는 특권이 부여된 허가취득자를 전체공동체의 대리인으로서 취급하여 이들에 대한 중대한 공공관심사에 적정한 시간과 주의를 기울이도록 의무 지우는 것은 수정헌법 제1조를 위반하는 것이 아니다. 마이크로웨이브송신과 같은 기술의 진보로 주파수범위

(frequency spectrum)의 보다 효율적인 이용이 가능해졌지만 그것에 대한 수요 또한 급속히 증가하고 있다.

② *Colombia Broadcasting C. v. Democratic Committee*, 412U.S.94(1973) : 방송국은 유료정치광고방송을 꼭 접수해야 하는 것은 아니며, 방송국이 평소에 공정하게 방송하고 있을 경우에는 거절하여도 무방하다.

③ *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting Co.*, 433U.S.562(1977) : 공연을 비디오로 제작·방송함은 권익 침해이다.

④ *FCCV v. League of Women Voters of California*, 468U.S.364(1984) : 공공방송은 사건을 넣어서는 안 된다.

⑤ *CBS Inc. v. FCC*, 453 U.S.367(1981) : 연방입후보자의 방송에 액세스하는 권리는 보장되어야 한다. 그러나 그것은 수정헌법 제1조의 권리와 공중과 방송국의 편집권과 합리적으로 조절되어야 한다.

#### <프랑스판례>

Tribunal de Grande Instance de Paris(1<sup>re</sup> ch., 1<sup>re</sup> sec.)  
1988.6.29, *Marchand et autres c. La Cinq* : 저작자는 그 저작에 대한 존중받을 권리를 가진다. 특히 이러한 저작권은 영상매체의 경우 매우 엄격하게 적용된다. 왜냐하면 1957년 3월 11일에 제정되고 1985년 7월 3일에 개정된 법률 제16조에 의하면 첨가나 삭제 혹은 변경에 의한 모든 영상물의 결정적인 변환은 연출자 및 최종적으로는 공동저작자의 동의 혹은 제작자의 동의를 요구한다. 이러한 측면

에서 비추어 보건대 채널5 텔레비전은 프로그램을 방영하면서 ‘로고’사용시에 저작자의 동의를 얻지 아니하고 방영하였다. 개인의 정신적 저작권은 양도 불가능하다. 그 저작자만이 유일한 향유자이다.

#### <독일판례>

BVerfGE 1961.2.28, 2 Bv G 1,2/60 BVerfge Bd.12 SS. 204/205 : 연방정부 TV회사를 설립함으로써 기본법 제5조가 보장하는 방송의 자유를 침해하였다. 표현 및 보도의 자유를 보장하는 기본법 제5조하에 출판에 못지 않는 매스미디어가 있으며 여론형성의 요소인 방송에는 그 특수성에 따른 제도적 자유가 보장되지 않으면 아니 된다. 그것은 국가의 간섭을 받지 않고 또는 한정된 감독만에 따르는 공법인을 주체로 하는 방송사업을 법률에 따라 행하게 하여 정치적 사회적으로 중요한 제단체의 대표자로서 구성된 합의제기관이 프로그램편성을 통제할 수 있는 조직을 만드는 것이며 전체프로그램의 내용에는 균형, 객관성 및 상호의견의 존중을 그 지도원리로 요청한다. 방송사업의 독립적 담당기관중에 국가의 대표가 들어가는 것은 허용되지만 본건의 TV회사에서 보여지는 바와 같이 방송을 행하는 시설을 국가가 직접 또는 간접으로 지배하는 것은 기본법 제5조가 금하는 것이다.

#### 5) 정보공개와 언론·개인정보보호의 상호관련성

## (가) 정보공개 · 언론 · 개인정보보호의 상호관련성

개인정보의 보호는 흔히 정보화사회에서 ‘유리알 인간화’의 문제를 제기하면서 심지어 ‘국가권력에 의한 인간사냥’이라고까지 문제제기가 될 만큼 심각한 사안이다. 정보공개는 행정의 비밀주의를 타파하는 법적 장치라는 점에서 ‘정책실명제’라고 불리고 있다. 정보화사회에서 개인정보보호와 정보공개의 필요성은 당연한 요청이다. 그러나 공공기관이 보유관리하는 개인정보를 공개할 경우 그것은 정보공개의 원리에는 부합할지라도 자칫 개인의 사생활의 비밀을 침해할 소지가 있다.

따라서 이들 법제의 실천적 운용에 있어서는 두 개의 권리의 규범조화적 적용이 필요해진다.

한편 언론의 자유는 민주주의의 생명선으로서의 가치에 부합해야 한다는 취지에 따라 최대한 보장과 최소한 제한의 원리에 입각해 있다. 언론의 자유는 국민일반이 누리는 자유와 권리이다. 그러나 종래 국민은 일반적으로 언론보도를 통해서 정보를 얻기 때문에, 여기서는 특히 언론기관의 취재보도의 자유와 관련하여 개인정보보호법과 정보공개법이라는 새로운 법제의 정립이 어떠한 관련성을 갖게 될 것인지를 주된 문제로 부각시키려 한다.

## (나) 정보공개와 언론

### 가) 알 권리와 언론의 자유와의 관계

언론의 보도기능이 기본적으로 국민의 알권리를 충족시켜준다는 점에서 알권리의 확충강화는 언론의 자유를 보다 실질화 시켜주게 된다.

그런 점에서 종래 언론의 자유의 일부로 알 권리를 설명하는 태도는 타당할 수 있다. 그러나 알 권리의 본격적인 등장이 현대적인 정보화사회의 진전에 따라 행정과 국민과의 관계개선 즉 행정과 국민과의 직접적인 접근을 제도화시켜 주는 기능을 갖는다는 점에서, 종래 언론을 통한 국민의 공공정보에의 간접적인 접근양태가 이제 언론매체를 통하지 아니하고 국민이 직접 정보에 액세스할 수 있다는 점에서 정보의 흐름에 새로운 변용이라 할 수 있다. “헌법 제21조의 표현의 자유는 전통적으로 사상 또는 의견의 자유로운 표명(발표의 자유)과 그것을 전파할 자유(전달할 자유)를 의미하는 것으로서 사상 또는 의견의 자유로운 표명은 자유로운 의사의 형성을 전제로 한다. 자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 그러한 의미에서 정보에의 접근·수집·처리의 자유, 즉 ‘알 권리’는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며 자유권적 성질과 청구권적 성질을 공유하는 것이다. 자유권적 성질은 일반적으로 정보에 접근하며 수집·처리함에 있어서 국가권력의 방해받지 아니한다는 것을 말하며, 청구권적 성질은 의사형성이나 여론형성에 필요한 정보를 적극적으로 수집하고 수집을 방해하는 방해제거를 청구할 수 있다는 것을 의미하는 바 이는 정보수집

권 또는 정보공개청구권으로 나타난다.<sup>72)</sup>

#### 나) 정보공개법의 제정과 언론의 취재보도

언론기관의 보도와 관련하여서는 알 권리의 제도화 즉 정보공개법의 제정이 현실적으로 당장 실질적인 효과를 동반할 수 있기보다는 다소간의 시간이 경과함으로써 실질적 효과를 가져 올 수 있으리라고 본다. 왜냐하면 언론의 보도는 공정성 못지 않게 신속성이 생명이므로 정보공개법의 원리에 입각한 정보공개청구권의 행사를 통하여 취득한 정보는 이미 그 정보의 신선도가 떨어질 수밖에 없기 때문이다. 실제로 외국의 정보공개법 운용실태를 보더라도 언론기관의 공공기관에 대한 정보공개청구가 그리 많지 않다. 그러나 언론기관의 보도내용 중에서 일간지나 라디오·텔레비전의 일상적인 뉴스보도이외에 행사를 통하여 해결이 가능할 것이다. 그런 점에서 정보공개의 제도화라는 국민의 알 권리를 충족시켜주는 언론기관으로 하여금 정보공개청구권의 행사를 통해서 지득한 정보를 국민에게 제공해 줌으로써 그 보도의 내용과 질을 보다 알차게 해 줄 수 있으리라고 본다.

한편 정보공개법의 제정으로 인하여 언론기관의 보도내용이 정보공개법의 내용과 충돌하는 경우가 발생할 수 있다. 즉 언론기관이 정보공개법상 비공개정보사항을 보도하

---

72) 헌재 결정 1991.5.13, 90헌마133, 기록등사신청에 대한 헌법소원.



는 경우에 그것이 정보공개법 위반의 문제가 발생할 소지가 있다. 특히 문제가 되는 사안이 국익관련사안에 대한 보도일 것이다.<sup>73)</sup>

이러한 문제는 비록 정보공개법이 제정되지 아니하더라도 이미 기존법령 등에서 공개제한에 관한 명문의 규정을 두고 있기 때문에 특별히 정보공개법의 제정으로 인하여 언론보도의 자유가 위축될 소지는 없다고 본다.

더구나 일반국민의 개인적 차원에서의 알 권리 충족의 문제와, 국민의 알 권리를 충족시켜 주기 위하여 빠르고 신속한 정보를 제공해야 하는 언론기관의 취재·보도의 자유를 단순히 평면적으로 정보공개법의 법리를 널리 적용시키는 것은 바람직하지 않다. 그 전형적인 예로서 공공기관이 의사결정과정에서 있는 정보는 정보공개법상 비공개정보로 할 수밖에 없지만, 그렇다고 하여 이를 언론기관의 취재·보도의 대상에서 제외한다는 것은 언론의 자유의 법리상 용납될 수 없다.

즉 정보공개법의 제정을 통하여 국정의 투명성을 국민앞에 펼쳐 보여 줌으로써 언론기관의 취재·보도의 자유를 보다 내실있게 한다는 점에서, 알 권리의 제도화는 언론의 자유를 보다 실질화 시켜 주는 상호보완관계에 있다. 여기에 정보공개법의 제정이 자칫 언론의 자유를 위축시킬 소지가 있다는 기우를 씻어 내기 위해서도 정보공개법 위반

---

73) 언론중재, 특집 언론보도와 국가기밀, 언론중재위원회, 1987 여름호 ; 언론중재, 특집 국가이익과 언론보도, 언론중재위원회, 1991 여름호, 참조.

에 대한 벌칙조항의 삭제가 필요하게 된다.<sup>74)</sup>

#### (4) 언론·출판의 자유의 제한

언론·출판의 자유도 무제한적·절대적 자유가 아니기 때문에 일정한 제한이 따를 수 있다. 그 제한방법에는 사전 제한, 사후제한, 예외적 제한이 있다.

##### 1) 사전제한<sup>75)</sup>

헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열은 인정되지 아니한다”고 명시하고 있다. 그러나 제3항에서 시설기준에 관해서는 법정주의를 채택하고 있다.

허가제의 금지 : 허가라 함은 자연적 자유에 속하는 행위를 법령으로서 일반적으로 제한 또는 금지하고, 다만 특정한 경우에 이를 해제함으로서 그 행위를 적법하게 행할 수 있도록 하는 행정처분을 말한다. 언론에 관한 허가제는 자연적 자유를 일단 전면적으로 제한·금지하고 국가가 특

---

74) 정보공개법시안의 벌칙조항은 공청회를 통해 나타난 여론수집과정에서의 비판에 직면하여 이를 삭제하는 방향으로 기울고 있다. 정보공개법에서 벌칙조항을 삭제할 경우 정보공개법 위반사항에 대하여서는 일반법의 원리에 따른 규율에 의하게 된다. 공공기관의 임직원에 대하여는 공무원의제조항을 통해서 국가공무원법에 따른 처벌을 받게 된다.

75) 안경환, “표현의 자유의 사전제한”, 대한변호사협회지, 1989년 5월호; J. Morange, La liberté d'expression, pp. 72-86 참조

정한 경우에 한하여 그 제한·금지를 해제한다는 점에서 언론의 자유의 본질적 내용을 침해는 것이다. 현행 방송법·전파법은 방송설립에 대한 허가제를(제2조 3호, 전파법 제4조), 유선방송관리법도 유선방송사업자의 허가제를(제3조), 종합유선방송법도 종합유선방송사업자의 허가제를(제3조) 규정하고 있다. 이들 규정이 언론의 허가제금지의 법리에 위배되는지의 의문이 제기될 수 있으나 전파사용이라는 특수성 때문에 일반적으로 이를 인정하고 있다.

검열제의 금지 : 검열이라 함은 흔히 사상, 의견 등이 발표되기 이전에 국가기관이 그 내용을 심사·선별하여 일정한 사상·의견의 표현을 억제하는 제도 또는 “개인이 정보와 사상을 발표하기 이전에 국가기관이 미리 그 내용을 심사·선별하여 일정한 범위내에서 발표를 저지하는 것” 즉 사전검열을 의미한다.<sup>76)</sup> 검열제는 관제의견이나 집권자의 유리한 내용의 표현만이 용납되는 위험성을 초래하기 때문에 허용되지 않는다. 다만 등록이나 신고는 허용될 수 있다. 그러나 등록제가 실질적으로 허가제나 검열제와 유사한 법적 효과를 의미할 경우에는 위헌이 된다. 다만 비상

---

76) 헌재 1992. 6. 26, 90헌바26, 정기간행물의 등록등에 관한 법률 제10조 제1항 등에 관한 헌법소원 : “언론·출판에 대한 검열금지라 함은 헌법 제21조 제1항이 보장하고 있는 언론·출판의 자유에 따라 모든 국민은 자유로이 자신의 의사를 표현할 수 있는데 이러한 의사표현이 외부에 공개되기 이전에 국가기관이 그 내용을 심사하여 특정한 의사표현의 공개를 허가하거나 금지시키는 이른바 사전검열의 금지를 말한다. 이에 반하여 헌법상 보호되지 않는 의사표현에 대하여 그 공개 후에 국가기관이 간섭하는 것을 금지하고 있는 것은 아니다.” ; 헌재 1992. 11. 12, 89헌마88교육법 제157조에 대한 헌법소원.

계엄하의 특별조치로서 검열이 현행법상 가능하다.

<한국판례>

대결 4293.2.5, 4292행상110 : 헌법 제13조에 의하면 언론의 자유는 법률에 의하지 아니하고는 제한을 받지 아니하도록 규정되어 있고 동법 제26조 제2항에 의하면 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한한다고 규정되어 있음에도 불구하고 군정법령 제88조 제1호가 신문 기타 정기간행물을 허가없이 발행함을 일률적으로 불법이라고 규정하고, 동 법령 제4조가 일단 허가를 받은 경우에도 법령의 위반이 유할 시는 해허가를 취소 또는 정지할 수 있다고 규정하고 취소 또는 정지의 조건을 구체적으로 규정하지 아니하였음은 전기 각 헌법규정에 위반된다고 인정되므로……

언예·영화에 대한 사전검열제도 논란의 소지는 있으나 언론·출판의 자유에 준하여 지양되어야 할 것이다.<sup>77)</sup>

<미국판례>

① Joseph Burstyn Inc. v. Wilson, 343U.S.495 (1952) :

---

77) 헌재 1993. 5. 13, 91헌바 17 음반에 관한 법률 제3조 등에 대한 헌법소원 : 동 사안에서 헌법재판소는 음반제작 등록제의 합헌성을 인정하고 있다. 또한 음반제작 등에 관한 사항은 언론·출판의 자유와 예술의 자유에 관계됨을 분명히 하고 있다. 동지, 권영성, 앞의 책, 426면 : 그런 점에서 방송법, 영화법, 공연법 등도 자율적, 임의적 사전심의제도로 전환되어야 할 것이다.

수정헌법 제1조 및 제14조에 의하면 각주는 영화내용이 모독적이라는 검열관의 결정을 근거로 이 영화(기적)상영을 금지시킬 수 없다. 이는 종래의 Mutual Film Corp. v. Industrial Commu. of Ohio, 236U.S.230, 1915 판례를 변경한 것이다.

② Superior Films, Inc. v. Department of Education, 346U.S.587 (1954) : 영화검열의 기준으로 ‘유해하지 않아야 한다’든가, ‘부도덕’ 등은 그 개념이 너무 애매하여 명확성과 구체성이 없어서 부당하다.

③ Kingsley Int. Pic. Corp. v. Regents, 360U.S.684 (1959) : 이 영화(차탈레이 부인의 사랑)는 간통의 일정한 상황하에서는 적절한 행위로 볼 수 있다는 사상을 주장하고 있을 뿐이며, 이것은 수정헌법 제1조 및 제14조가 기본적으로 보장하는 범위내의 것이다.

④ Times Film Corporation v. City of Chicago et al., 365U.S.43 (1961) : 영화상영은 사전억제로부터 절대적으로 자유로운 권리를 갖는가에 관해서는 부정적이다. 영화도 표현수단의 하나로서 헌법상 표현의 자유를 보장받고 있다. 그러나 그것은 어떠한 영화라도 전적으로 자유롭게 상영할 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 영화는 오히려 특수한 표현수단이기 때문에 다른 표현수단과는 달리 어떠한 사전억제가 헌법상 허용된다고 해할 여지가 있다. 특히 음란영화를 상영할 경우에 그러하다. 이에 대해서는 Warren, Douglas, Black, Brennan의 반대의견이 있다. 특히 Douglas는 모든 영화검열은 사전억제이기 때문에 위헌

이라고 주장한다.

⑤ *Freedman v. Maryland*, 380U.S.51 (1965) : 영화검열법에 검열관의 불허가처분에 대하여 신속한 사법심사의 보장이 규정되어 있지 않으면 위헌이다.

⑥ *Teitel Film v. Cusack, Member of the Motion Picture Appeal Board of the City of Chicago*, 390U.S.138 (1968) : 영화의 검열은 빠른 시일 안에 최종적인 사법심사를 받아야 한다.

⑦ *Interstate Circuit, Inc. v. City of Dallas*, 390 U.S. 676(1968) : 청소년영화 검열기준의 용어는 구체적이고 명확성이 있어야 하며 이것이 결여되어 있을 경우에는 적법절차위반이다.

## 2) 사후제한<sup>78)</sup>

언론의 자유도 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보에 의한 제한을 받는다. 즉 언론의 자유도 국가안전보장, 질서유지, 공공복리<sup>79)</sup>를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으나 그 제한은 언론의 자유의 본질적 내

---

78) 사후제한의 일반이론에 관해서는, J. Morange, *La liberté d'expression*, P.92 참조

79) 공공복리를 위한 언론의 자유의 제한가능성 여부에 관해서는 논란이 있으나 방송법 제5조 제5항은 “방송은 사회적으로 유익한 생활정보를 확산·보급하고, 국민의 문화생활의 질을 높이며 민족문화의 창조적 개발에 기여하여야 한다”라고 규정하고 있다. 이에 비추어 공공복리를 위한 제한도 가능하다고 보아야 한다.

용을 침해해서는 아니 된다.

<한국판례>

① 서울형사지법 1970.10.17, 67노99 : 갑은 정치인으로서 반공주의자인 사실을 알아 볼 수 있고, 한편 갑의 월남과 병반대, 남북교류 및 김일성과의 면담대결 등의 발언은 국가의 고도의 통치행위에 속하는 사항에 관한 정치적 발언일 뿐더러 그 발언이 자유민주주의를 기조로 하는 우리나라 헌법 아래서 반공법을 적용함에 있어서는 이 사건과 같이 반공정치인이 남북교류, 월남과병 및 김일성과의 면담대결 등 이른바 고도의 통치행위에 속하는 사항에 관하여 정치적 발언을 한 경우 그 발언이 우리나라 헌법상의 기본질서를 부정하지 않는다고 보여지는 한에 있어서는 그러한 발언행위는 형법 제20조 소정의 '정당행위'로서 그 위법성을 조각한다고 풀이함이 상당하다.

② 서울지법 남부지원 1984.4.11, 83가합3133 : 피고가 위수기를 진실에 터잡아 오로지 공공의 이익을 도모할 목적으로 게재하였다거나 피고가 그 수기의 내용을 진실한 것이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다고 할 수 없다.<sup>80)</sup>

③ 서울민사지법 1984.4.11, 82가합4734 : 신문기사가 타인의 명예를 훼손하는 경우에 있어서도 위 기사를 게재한다는 것이 공공의 이익에 관한 것이고 적시된 사실의 진실성이 증명되는 한 위 행위는 위법성을 조각하는 것이 되어

---

80) 언론중재위원회, 국내외언론관계판례집, 45-49면.

불법행위는 성립하지 아니하고 또한 기사의 진실성이 증명되지 않는다고 하여도 그 행위에 관련된 자에 있어서 그 기사가 진실이라고 믿은 데 관하여 상당한 이유가 있는 경우에는 위 행위는 귀책사유로서의 고의 또는 과실을 결하여 결국 불법행위의 성립은 부정된다고 하여야 할 것이다. 여기서 취재한 사실이 진실이라고 믿은 데 대하여 상당한 이유가 있다고 하기 위하여는 신문이 사회에 미치는 영향이 심대함에 비추어 위 기사가 단순히 풍문이나 억측에 의거하는 것만으로는 부족하고 이를 뒷받침할 만한 자료 또는 근거가 있어야 함은 말할 나위도 없으나, 한편 보도기관이라고 해서 취재활동에 관하여 특별한 조사권한이 주어져 있는 것도 아니고 또 보도에 요구되는 신속성을 위하여 그 조사에도 일정한 한계가 존재하는 점을 감안한다면 그러한 자료 또는 근거에 고도의 확실성을 요구할 수 없다 할 것이고, 특히 개인의 명예침해에 대한 책임을 추궁하는데 급급한 나머지 보도기관을 위축시켜 민주정치에 지주가 되는 보도의 자유를 해하는 일이 없도록 배려하여야 할 것이므로 민사상의 불법행위의 조각사유로서의 상당한 이유에 관하여는 보도기관으로서 일응 진실이라고 믿을 만한 합리적인 자료 또는 근거가 있음으로써 족하다고 하여야 할 것이다.<sup>81)</sup>

#### <미국판례>

---

81) 앞의 책, 50-53면.



① *Gitlow v. New York*, 268U.S.652 (1925) : (사실관계) 피고인은 좌익선언(Left Wing Manifesto)을 집필·출간하였다. 그 내용은 정치적 스트라이크를 통한 전투적 사회주의에 의해서 공산주의혁명을 이룩할 필요성을 고취하고, 궁극적으로 의회주의국가를 타도하고 프로레타리아 독재를 실현하자는 것이었다. 이 행위로 인하여 피고인은 뉴욕주법인 Criminal Anarchy Statute에 따라 유죄판결을 받았다. 피고인은 이에 대법원에 항소하였다. (판결요지) 수정헌법 제1조의 표현의 자유는 수정헌법 제14조를 통하여 주에도 적용된다. 그러나 표현의 자유는 절대적인 권리가 아니며 경찰력에 의한 합리적인 제한에 복종된다. 폭력에 의한 정부전복을 창도하는 언사에 대해서는 각각의 경우에 구체적인 위협의 존재를 입증하지 않고서도 이를 금지할 수 있다. 문제된 법률은 수정헌법 제14조의 위반이 아니다.

② *Abrams v. United States*, 290U.S.616 (1919) : 이 뼈라들은 총파업에 의하여 미국의 전쟁노력을 좌절시키려고 기도한 것이었기 때문에 명백히 방첩범위반이다. 이 선전의 목적이 전쟁계획을 실패시키려는 것이므로 이는 기소의 유효한 근거가 된다.

③ *Kovacs v. Cooper*, 336U.S.77 (1949) : 주 경찰권은 보건, 도덕 및 안전에 미치며 또한 헌법적 한계 내에서 공동체의 안전과 평온(the well-being and tranquility of a community)을 보호할 의무를 포함한다. 전기 시조례는 모든 sound truck을 위법한 것으로 규정한 것이 아니라, ‘소음’을 내는 것만을 위법화하고 있다. 이렇게 해석한다면 동

시조례는 주경찰권의 범위내에 있는 것이며 헌법상 언론의 자유를 침해하는 것이 아니다.

④ *Terminiello v. Chicago*, 337U.S.1 (1949) : 우리의 정부체제에 있어서 언론의 자유의 기능은 분쟁을 야기하는 데 있다(The function of free speech under our system of government is to invite dispute). 그러므로 분쟁을 야기하는 연설을 금지하는 어떠한 법도 헌법적 보장의 가장 핵심부와 충돌하는 것이며 이는 무효이다.

⑤ *Feiner v. New York*, 340U.S.315(1951) : 언론의 자유는 질서유지와 공공복리를 위하여 행사되는 주경찰권에 언제나 종속한다. 본건에서 피고인이 연설중지의 요청을 받은 것은 연설의 내용 때문이 아니라 그 연설이 군중 및 교통에 미치는 효과 때문이었다. 연설중지의 요청과 같은 (언론의 자유에 대한) 제한은 질서유지의 필요성에 의해 정당화된다.

⑥ *New York Times Co. v. United States*, 403U.S.713 (1971) : (사실관계) 1971년 6월 13일 *New York Times*지는 “월남 전사 : 국방성 비밀문서를 통하여 미국개입의 30년을 추적하다”라는 표제하에 국방성의 7,000자 분량의 극비 연구문서에 기초하여 월남전쟁에 대한 미국의 정책결정 과정을 상세하게 신문에 연재하기 시작했다. 이 문서는 국방성에 근무했던 Daniel Ellsberg가 건내준 것이었다. 제3회분을 연재하려는 6월 14일 법무성은 *N.Y. Times*지에 대하여 그 보도가 방첩법(Espionage Act)을 위반한다는 이유로 보도중지를 요구했으나 거절당하였다. 그러자 법무장관

이 뉴욕소재 연방지방법원(district court)에 유지명령(injunction)을 신청하였는데, 법원은 동일한 문서의 Washington Post지 게재와 관련하여 워싱턴의 연방지방법원이 금지명령의 허가를 거부한 예에 따라 그것을 거부하였다. 이에 대하여 정부측이 항소하였는데, 연방항소법원은 N.Y. Times지 사건의 경우에 정부측의 승소판결을 내렸고, 이에 N.Y. Times지는 연방대법원에 상고하였다. 이 판결 후에 연방대배심은 Ellsberg와 그의 조수인 Anthony Russo를 절도와 문서유출 혐의로 기소하였다. 그런데 연방수사국이 Ellsberg의 전화를 도청하고, 진행중인 재판의 판사에게 개입하려고 한 사실 등이 발견되자, 법원은 이들에 대한 기소를 각하하였다. (판결요지) 다수의견 : 본 법원은 N.Y. Times지와 Washington Post 지를 상대로 하여 미국정부가 요구한 보도금지명령이 관련된 사건의 상고심사를 위하여 직무집행영장(certiorari)을 부여한다. 표현의 자유에 대한 사전적 제한은 강력한 위헌의 추정을 받는다. 따라서 이런 제한을 부과하려는 경우에 정부는 그 정당성에 대하여 무거운 입증책임(heavy burden)을 부담한다. 이 사안의 경우에 정부측이 그러한 입증을 다하지 못하였다는 연방지방법원의 판결을 확인한다. 동조의견(Black, Douglas) : 수정헌법 제1조의 표현의 자유는 “절대적인 권리”로서 다른 이익과의 형량이 인정되지 않는 것이다. (1) 신문 보도에 대하여 금지명령 등의 사전적 제한을 금지하여 언론의 자유를 보장하려는 수정헌법 제1조의 취지를 망각한 행위이다. 수정헌법 제1조의 취지에 의하면 언론은 통치자

가 아니라 피치자를 위하여 존재하는 것이고, 언론의 기능은 정부의 비밀을 파헤쳐서 국민의 알 권리를 충족시켜 주는 것이다. 이러한 시민의 근본적인 자유는 입법, 사법, 행정 그 어느 부에 의하여도 침해당하지 않는다는 권리선언이 바로 수정헌법 제1조의 제정목적이다. (2) 국가안보(security)를 위하여 대통령이 신문보도를 금지시킬 수 있다고 한다면 이는 수정헌법 제1조를 폐기시키는 것으로서, 정부가 보도금지를 통하여 보호하려고 하는 바로 그 시민의 근본적 자유와 안전을 침해하는 것이다. ‘안보’라는 단어 자체가 모호하고 광범위한 의미를 지니고 있는데, 이 단어는 수정헌법 제1조에서 구현된 근본원칙을 침해하지 않는 범위에서만 의미를 지니는 것이다. 더구나, 정부의 기밀유지정책은 행정을 은폐하여 영속화하려는 것으로서 근본적으로 반민주적인 것이다. 국가의 건전성을 유지하기 위해서는 공적 문제에 대한 공개된 토의와 토론이 필수적인 것이다, 동조의견(Brennan) : 수정헌법 제1조에 의할 때, 언론의 사전적 제한은 금지된다. 이에 대한 유일한 예외는 국가가 전쟁중인 경우이다(Schenck v. U.S. (1919)). 즉 국가가 전쟁중인 경우에 정부는 병력의 위치나 수, 이동시각 등에 대한 보도를 금지시킬 수 있는 것이다(Near v. Minnesota (1931)). 따라서 정부가 사전적 제한을 하려면 그 보도가 마치 이미 항해중인 수송의 안전을 위협하는 것과 비슷한 정도로 직접적이고 불가피하며 즉시적인 위협을 수반한다는 사실을 정부가 주장하고 입증해야만 한다. 이 사안의 경우에 그러한 정부의 입증이 없으므로 사전적

제한은 위헌적인 것이다. 동조의견(Stewart, White) : 표현의 사전적 제한을 정당화시킬 만한 정부측이 무거운 입증 부담이 충족되지 못하였으므로 유지명령은 위헌적인 것이다. ① 성공적인 외교정책의 수행과 효과적인 국방유지를 위하여는 국가기밀의 유지가 필수적이다. 반면에 행정권의 남용을 방지하고 민주질서를 유지하기 위하여는 비판적인 언론의 존재가 요구된다. 양자가 충돌하는 경우에는 우선 행정부의 의견이 중요시되어야 한다. 왜냐하면 헌법이 행정부에 외교와 국방에 대한 권한을 부여하였듯이 그 분야에 대한 기밀유지의 헌법적 “의무”도 행정부는 지니고 있기 때문이다. 그러나 본 사안의 경우에는 그 문서의 공개가 국민에게 직접적이고 즉시적이며 회복할 수 없는 손해를 초래한다고 볼 수 없으므로 이 법원의 견해에 동조한다. ② 무분별한 기밀정보의 공개로부터 국방과 국가안보를 보호하는 문제는 오직 “의회”가 입법에 의하여 해결해야 될 사항이다. 만약 의회가 언론의 사전적 제한을 허용하는 명시적이고 합리적인 권한을 부여하고 있지 않는 경우에, 정부는 그 정당화에 대한 매우 무거운 입증책임 (heavy burden)을 부담한다. 1917년에 의회는 방첩법 (Espionage Act)에서 대통령의 광범위한 언론통제권을 삭제하였다. 따라서 정부가 언론의 사전 제한이 정당화될 만한 사유를 입증하지 못한 이 사안의 경우에는 법원의 의견에 동조한다. ③ 위법적인 보도에 대한 형사처벌의 문제는 언론에 대한 사전적 보도금지의 문제와 별개의 것이다. 사전적 제한은 금지되더라도 신문사 등에 대하여 위법을 이

유로 기소할 수는 있는 것이다. 동조의견(Marshall) : 위의 논점은 권력분립의 원칙에 따라서 해결해야 한다. 의회는 대통령에 대하여 보도금지명령을 요구할 권한을 부여하는 입법을 통과시킨 적이 없고, 이에 대하여 판단할 권한을 법원에 부여하지도 않았다. 이처럼 의회가 입법으로 금지하는 권한을 법원이 행사하는 것은 권력분립의 원칙에 반하는 것이다. 반대의견(Burger) : 본 사안은 효율적인 행정권의 행사와 언론의 자유와의 충돌에 관한 미묘한 문제이다. 그런데, 대내외적인 압력에 의하여 심리가 지나치게 성급하게 진행되어, 합리적이고 신중한 사법적 판단이 배제되었다. 특히 문제가 되는 것은 N.Y. Times지가 불법 유출된 그 문서를 3-4개월 동안이나 불법 점유한 사실에 대하여는 전혀 행하여지지 않았다는 것이다. 국민의 알 권리(right-to-know)가 도출되는 수정헌법 제1조의 권리는 절대적인 것이 아니다. 따라서 위 사안이 사전제한의 예외사유에 해당되는지에 대한 신중함 심리가 이루어져야 하고 특히 사실관계가 보다 명백히 밝혀져야 한다. 반대의견(Harlan, Blackmun) : 수정헌법 제1조는 단지 전체헌법의 한 부분을 구성하고 있는 것에 불과하다. 헌법 제2조는 행정부의 권한, 특히 국가안전보장과 외교정책에 대한 행정부의 주요권한을 규정하고 있다. 헌법의 각 조항은 모두 중요한 것이지, 수정헌법 제1조만이 무제한적인 절대적 효력을 지닌 것으로 볼 수는 없다. (의의) 이 판결은 흔히 ‘국방성 기밀문서’(Pentagon Papers) 사건이라고 불리우는 유명한 판례이다. 국가안보를 이유로 하는 경우에도 표현

의 자유를 사전적으로 제한한다면 정부측이 무거운 입증책임을 충족시켜야 한다는 원칙을 확립시켰다.<sup>82)</sup> (관련판결) Cohen v. California, 403U.S.15 (1971) : ‘망할 놈의 징병제도’(FUCK THE DRAFT)라는 단어를 붙인 옷을 입고 다니던 상고인은 유죄판결을 받자 상고하였다. 연방대법원은 상고인의 행위가 언론(speech)에 해당한다고 하며 그에 관한 유죄판결은 언론의 자유를 침해한 것이라고 판시하였다. Branzberg v. Hayes, 408U.S.665 (1972) : 어느 신문기자가 기밀유지를 전제로 하여 마약 복용자 등을 취재하여 기사를 작성하였다. 기소배심(Grand Jury)은 위 사건을 심문하기 위하여 그 기자에게 증언을 요구하였으나, 기자는 취재원의 보호는 수정헌법 제1조가 보장하는 권리라고 주장하였다. 법원의 다수의견은 이러한 주장을 배척하면서 기자의 취재원 보호는 불법적인 마약거래의 단속이라는 국가의 중요한(compelling) 이익과 충돌하는 경우에는 헌법상 보장되지 않는다고 판시하였다. 한편, 반대의견은 첫째, 표현의 자유에 대한 침해의 경우에 정부측이 입증책임을 부담해야 하는데 다수의견은 이를 피고측에게 넘긴 것이고, 둘째, 기소배심에 의한 무제한적인 심문권행사는 공적으로 중요한 사건들을 취재하고 보도할 기자의 역할을 축소시킬 것이라는 점에서 다수의견에 반대하였다. United States v. Progressive, Inc., 467F.Supp.990 (1979) : 상당한 과학적 지식을 지닌 자유기고가 독학으로 연구하여

---

82) 김철수 안경환, 판례교재헌법(2), 288-291면.

수소폭탄의 제조법에 관한 글은 Progressive 잡지에 게재하려고 하였다. 그러나 원고의 사본을 입수한 정부당국은 이 글이 국가안보(national security)를 해치는 것으로서 원자력에너지법에서 그 공표를 금지하고 있는 자료에 해당된다고 주장하였다. 연방지방법원은 정부측의 청구를 인용하여 그 글의 게재를 금지하는 예비적 유지명령(preliminary injunction)을 발하였다. 이에 피고는 위 명령에 불복하여 연방대법원에 비약상고하였으나 각하되었다.

⑦ Communist Party of United States v. Subversive Activities Control Board, 367U.S.1 (1961) : 본건은 1950년에 제정된 국내안전보장법의 제1부인 파괴활동 단속법(Subversive Activities Control Act)위반 사건이다. 동법은 전세계에 공산당의 독재주의를 건설하려는 국제공산주의자의 활동을 방지하여 국내 안전을 보장함을 목적으로 한 법률로서 그 중요한 내용은 다음과 같다. ㉠ 외국에 있는 독재정권을 헌법개정제한이외의 방법으로 미국 안에 수립하는 것에 실질적으로 기여하기 위하여 단결 공보 관련하는 것을 금하고, ㉡ 공산주의자 활동단체는 법무장관에 등록해야 하고, ㉢ 단체가 자의로 등록을 하지 않을 경우에는 개개역원이 등록의무를 지며. 단체와 역원이 등록을 하지 않을 경우에는 개개회원이 자기성명을 등록할 의무를 진다. 그리고 등록의무를 이행하지 않을 경우에는 중한 처벌이 가해진다. ㉣ 자의로 등록하지 않는 단체에 대해서 법무장관이 공산주의자 활동단체라고 인정할 때에는 파괴활동단속청에 통고하면 동청은 증인 심문등의 명령



에 불응하면 처벌된다. ㉔ 등록단체는 그 역원 직원 회원의 명단과 주소 자금의 수지와 출처 등을 매년 보고해야 한다. ㉕ 등록단체는 면세특권이 박탈되고 그 구성원은 공무원과 군사산업기관에 취직하지 못하며 여권의 취득이 금지된다. 또 그 단체는 통신 기타 모든 활동을 하는데 있어서 일일이 자기가 공산주의자 단체라는 것을 명시해야 한다는 것이다.

본 사건의 발단은 1950년 11월이었다. 파괴활동단속법이 발효하여도 미국 공산당이 등록을 하지 않으므로, 법무장관은 동법규정에 따라서 파괴활동단속청에 대하여 미국 공산당으로 하여금 등록을 하라는 명령을 내릴 것을 요청하였다. 동청은 미국 공산당이 동법률이 말하는 공산주의자 활동단체인가에 대한 엄밀한 심사절차를 밟아서 1953년에 등록명령을 발하였다. 공산당은 이 절차와 이에 따른 증인 등에 이의를 제출하여 대법원까지 상소하고 이것이 장시일을 경과하여 다시 대법원에 상소되어서 문제점에 대한 최종판결을 본 것이다. 대법원은 5대 4로 동법의 합헌성을 인정하고 대법원을 대표하여 Frankfurter대법관은 다수의 견을 다음과 같이 개진하였다.

(a) 파괴활동단속법 제3조 3항 1호에 의하면 공산주의자 활동단체를 정의하기를 세계공산주의자 운동을 지배하는 외국정부에 의하여 실질적으로 지시를 받거나, 지배받거나 또는 통제받는 어떤 단체를 말하며, 또 그와 같은 세계공산주의자 운동의 목적을 진전시키기 위하여 주로 활동하는 단체를 말한다고 규정하고 있는데 여기에 문제되는 외국정

부로부터의 통제는 그 내용여하에 불구하고 상당한 기간 외국정부의 정책에 추종하는 계속적인 행동이 있으면 이에 통제받고 있다고 인정된다는 것이다. 그것은 반드시 외국정부가 그의 의사를 강요할 수 있는 힘을 가지고 있다는 것을 증명할 필요는 없는 것이다. 또 목적에 관해서도 불법한 행동이거나 또는 불법한 행동을 자극하여 정부를 타도할 목적이 명시되어 있지 않아도 만일 필요할 경우에는 폭력을 사용할 것을 옹호하는 단체라면 그와 같은 단체는 법이 요구하는 그와 같은 목적을 가졌다고 볼 수 있는 것이다. 그러므로 미국 공산당은 동법에 말하는 등록의무를 가진 단체이며, 따라서 파괴활동단속청이 등록을 명령한 것은 타당한 조치이라고 말하였다.

(b) 둘째로, 공산당은 동법률이 헌법 제1조 제9항 제3호에서 금지하고 있는 bill of attainder 에 해당하기 때문에 위헌이라고 주장하지만, 이것은 인정될 수 없는 것이다. bill of attainder라 함은 재판에 의하여 처벌하지 않고 국회가 입법으로 어떤 자를 처벌하는 것을 말하는데, 동법률은 어떠한 하나의 특수단체를 불법화하려는 것이 목적이 아니고 일정한 종류의 행동을 불법화하려는 것이기 때문에 헌법 제1조 제9항 제3호에 해당되지 않는다. 동법률은 현재의 행위를 규율대상으로 하고 있는 것이고 지나간 행동을 하였다는 개인이거나 단체를 처벌하기 위한 목적으로 제정된 법률이 아니기 때문에 국회가 입법으로 어떤 개인 또는 단체를 처벌하는 bill of attainder가 아니라는 것이다.

(c) 대법원은 또 등록 의무가 수정헌법 제1조가 보장하

는 언론·결사의 자유를 침해하는 것이라는 항변도 인정할 수 없다고 한다. 물론 다른 여러 판례에서 보는 바와 같이 언론·결사의 자유를 침해하는 법률을 무효로 선언하고 있는 것은 대법원의 불변한 태도이기는 하지만 본건과 그것과는 질적으로 다르다. 본건의 단체는 세계공산화를 목적으로 하는 외국정부의 지시·지배밑에 있는 것이며 이 단체의 언론 결사는 중대한 공공위험을 내포하고 있는 것이다. 민주적 기본질서의 파괴를 목적으로하는 언론 결사가 헌법의 보호를 받을 수 없다는 것은 본법원이 이미 확고하게 주장하고 있는 바라는 것이다.

(d) 공산당의 등록강요는 당원과 역직원에 대하여 수정 헌법 제5조가 보장하는 불리증언거부권을 침해하는 것이라고 항변하였다. 이에 대해서 대법원은 이점은 현대 소송의 대상이 되지 않는다고 하였다. 이것은 아직 문제되지 않는 점을 추측하여 내세우는 이의에 불과하다고 하였다. 현재의 문제는 공산당에 대하여 등록명령을 내린 것의 위헌여부에 관한 것이다. 물론 법률은 공산당이 당으로서 등록을 하지 않을 경우에는 그 역직원과 당원이 등록해야 할 의무를 부과하고 있으나, 현재까지는 당으로서 등록을 해야 하느냐가 소송 중이므로 당이 패소하면 당으로서 등록을 하게 될는지 모르는 일이다. 만일 당이 당으로서 등록을 하게 되면 역직원이나 당원은 개인으로서 등록할 필요는 없는 것이다. 그러므로 미리 역직원이거나 당원이 불리증언거부권을 주장할 시기도 아니며 그것은 현재의 소송에서는 주장하기에 시기적으로 시기상조인 것이다. 또 동법 제4조

제6항에서는 등록사실을 등록자에 대하여 형사소송에는 적용할 수 없다고 규정하고 있는 것이라 하였다.

끝으로, 상고인이 항변하기를 국회가 세계공산화 운동이 미국 안에 있다고 규정한 것은 그와 같은 사실의 문제는 법원의 판결로 결정할 문제이지 국회가 법률로 결정지을 수 있는 문제가 아니기 때문에, 이와 같은 법률은 수정헌법 제5조의 적법절차 조항에 위배되지 않는다고 한다. 물론 파괴활동 단속청은 그와 같은 사실을 인정할 수도 있고 또 입법당시의 세계공산화운동이 이미 없어졌다고 인정할 수도 있다. 국회가 그와 같은 운동이 있다고 한 것은 특정한 소송사건에 대해서 그 결과를 강요하거나 어떤 결과를 암시한 것은 아니라 하였다.

위와 같은 대법원의 다수의견에 대하여 Black, Douglas, Brennan 및 Warren대법원장의 장문의 반대의견이 피력되어 있다. 첫째, Black대법관은 동법률은 자기에 불리한 증언을 강요하지 못한다는 것은 헌법이 보장한 입법처벌의 금지규정에 위배된다고 한다. 또 판결로 결정해야 할 사실을 입법으로 규정하고 행정기관에 중대한 결정권을 부여한 동법률은 적법절차에 위반한다고도 하였다. 둘째, Douglas대법관과 Brennan대법관은 동법이 헌법의 언론·결사의 자유조항에는 위반되지 않으나 불리증언강요금지조항에 위반된다고 하였다. 셋째로, Warren대법원장은 소송절차상 공산당이 주장한 이의에 인정할 점이 있다고 주장하였다.<sup>83)</sup>

<일본판례>

최고재 소화 36년 2월 15일 대법정판결, 소화 29년 제 2861호 : 안마사 등 법 제7조는 원심의 해석과 같이 그 1항 각 호에 열거된 사항(시술자의 성명, 주소, 업무의 종류, 시술일) 이외의 일체의 사항의 광고를 금지한 것인데, 이것은 광고를 무제한하게 허용한다면 ‘환자를 끌어들이기 위하여 자칫하면 허위과대로 흘러 일반대중을 현혹시킬 염려가 있으며, 그 결과 적시적절한 의료를 받을 기회를 잃게 하는 결과를 초래할’ 염려가 있으므로 ‘이와 같은 폐해를 미연에 방지하기 위하여’ ‘국민의 보건위생상의 견지에서 공공의 복지를 유지하기 위하여 부득이한 조치로서’ 헌법 제11조 내지 제13조 및 제21조에 반하는 것은 아니다. 이 판지에 대하여 두 개의 보충의견 및 세 개의 반대의견이 있다.

<독일판례>

언론의 자유와 국가안보(헌재 1966.8.5. Urteil BvR 586/62, 610/63, 512/64-BVerfGE Bd. 20. 162/230) : (판결이유) C : (1) 자유롭고, 공권력에 의하여 조정되지 아니하며, 검열받지 않는 정간물은 자유주의국가의 본질적 요소이다. 특히 자유롭고 규칙적으로 발행되는 정치정간물은 현대민주주의를 위하여 불가결의 것이다. 시민이 정치적인 결정을 하려면 전반적으로 정보를 입수하여야 하고 상대방

---

83) 문홍주, 기본적 인권연구, 294-296면.

의 견해도 알아야 하고 이를 검토할 수 있어야 한다. 신문은 이러한 끊임없는 토론을 계속하며 정보를 입수하여 스스로 그에 대해 평가하고 이로써 공적 비판의 원천적 힘으로 작용한다. 여론 자체가 신문에 나타난다. 토론은 찬성으로 명백하게 되며 분명한 윤곽을 얻고 시민들에게 비판과 결정을 용이하게 한다. 대표민주제에서 신문은 아울러 국민과 그들이 선출한 의회와 정부의 대표자 사이에 놓인 상설의 결합기관 통제기관으로 존재한다. 신문은 사회와 그 집단에서 끊임없이 일어나는 새로운 의견과 요구를 비판적으로 파악하여 대변하며 정치적 기구에 알려 주며, 정치적 기구는 이러한 방법으로 그날 그날의 개개의 정치적 문제에서 국민 중에 실제로 대변되는 견해에 따라서 자신의 결정을 내릴 수 있다.

이와 같이 신문에 부여된 ‘공적 임무’는 중요하고 이는 조직된 국가권력에 의하여는 이루어질 수 없다. 신문기업은 사회적으로 자유롭게 구성될 수 있어야 한다. 이는 사경제적인 원칙에 따라서 그리고 사법상의 조직형태로서 일한다, 그들은 공적인 권력은 원칙적으로 관여할 수 없는 상호간의 정신적 경제적 경쟁을 한다.

(2) 민주국가에 있어서의 자유로운 신문의 기능은 헌법에 따른 그의 법적 지위에 상응한다. 기본법은 제5조에서 신문의 자유를 보장한다. 그에 따라 우선 - 그 조문의 체계적인 위치와 전통적인 해석에 따라 - 정간물에 종사하는 사람과 기업을 위한 주관적인 기본권을 보장하며, 이는 권리보유자에게 국가적 강제에 대한 자유를 보장하고 그에게

어떤 관계에서 우선적인 법적 위치를 보장하므로 이 조문은 동시에 객관적인 법적 측면을 갖는다. 이 조문은 ‘자유로운 정간’제도를 보장한다.

국가는 - 개인의 주관적인 적격에 불구하고 - 정간물이 규범의 효력범위에 접하는 법질서의 어디에서나 정간물의 자유가 그 전제로서 계산되어야 할 의무를 진다. 정간물 발행조직의 자유로운 설치, 정간업의 자유로운 개방, 관청에의 신고의무는 그에 따른 원리적인 결론이다. 한편 자유로운 정간물에 의사독점이 형성되지 않도록 위험을 막을 국가적 의무도 고려되어야 한다.……

기본법 제5조에서 보장되는 정간물의 독립성은 정보의 입수에서 뉴스와 견해의 전파에 이른다(BVerfGE 10,118 [121]: 12, 205 [260]). 따라서 정간물과 제보자와 간의 신뢰의 분명한 보호도 정간물의 자유에 포함된다. 정간물은 사적인 제보를 포기할 수 없고 이러한 정보원은 제보자가 ‘편집비밀’은 보장됨을 원칙적으로 신뢰할 수 있을 경우에만 효과적으로 흘러나오기 때문에 그것은 불가결한 것이다.

(3) 정간물의 자유는 기본법이 보호하는 다른 가치와 대립하게 될 가능성이 내재한다. 이때 개인, 단체와 집단, 나아가 공동사회 자체의 권리와 이해가 문제로 된다. 이러한 대립의 규율을 위하여 기본법은 정간물도 지배하는 공공의 법질서를 명한다. 공공성과 같은 적어도 위계상 동급인 다른 법익도 그에 의하여 존중되어야만 한다. 어떤 고려에서 우선적인 지위가 범위 내에서만 그에 속한다. 개인적인 특

권이 문제가 아니다. 일반적으로 타당한 범규범으로부터의 해방은 언제나 사물의 종류와 범위에 따라 정당화되어야만 한다.

공공의 법질서에서의 복종은 기본법 제5조 제2항에서 나타나며 그에 의하면 정간물의 자유는 일반적인 법률로써 제한된다. 연방 헌법재판소는 1958년 1월 15일 판결에서 (BVerfGE Bd. 7 S. 198 [208ff]) 의사의 자유의 일반적인 법률에 대한 관계에 관해 피력했는데……

(4) 반역죄에 관한 규정들은(형법 제99조, 제100조) 기본법 제5조 제2항의 ‘일반적인 법률’이다. 그 합헌성에 대한 근본적인 의문은 없다. 즉 때때로 일어나는 주저감이 형법 구성요건의 특정한 형태를 충족하지 못함을 이유로(기본법 제103조 2항) 단호한 조치를 원하지 않는다. 조문은 합헌적 해석에 따라 정간물에 의한 국가기밀의 공표를 ‘출판에 의한 반역’으로 파악하는 한 위헌이 아니다.

반역죄의 처벌규정이 목적으로 하는 외부로부터의 독일 연방공화국의 존립을 보호하는 것은 정간물이 국방상 비밀로 할 사실, 주제 또는 지식을 공표할 때 정간물의 자유와 대립된다. 이러한 대립은 후자가 독일연방공화국의 존립에 필수적인 전제이고 이의 상실은 공화국 자체의 몰락을 뜻한다는 정간물의 자유의 부정적 이유에서 즉시 그리고 일반적으로 결정될 수는 없다. 왜냐하면 보호하고 유지하여야 하는 독일연방공화국의 존립에는 그 조직구성 뿐 아니라 그의 민주주의적 기본질서로도 이해하여야 하기 때문이다. 국방업무를 포함한 국가사무는 권한있는 국가기관이



담당한다 할지라도 국민의 끊임없는 비판과 평가아래 있어야 함은 본질적인 것이다.

이러한 관점에서 국가보위의 이익을 위한 군사적 기밀보호의 필요성과 정간물의 자유는 결코 배타적인 존재가 아니다. 양자는 오히려 정간물의 독일연방공화국의 존립 - 올바로 이해된 - 을 보장한다는 보다 높은 목표에 의하여 상호 정서된다. 이러한 목표의 관점에서 두 개의 국가적 필요성 사이의 충돌은 따라서 해소될 수 있다. 이때 개개의 경우 보도된 사실 등의 의미는 가상의 적과 아울러 정치적 판단형성도 고려되어야 한다. 공포에 의해서 국가의 안전에 미칠 수 있는 위험은 국방정책의 영역에서의 중요한 과정에 대해 보도할 필요성에 부정적으로 평가될 것이다. 이러한 의미에서 기본법 제5조 제1항은 상술한 형벌규정을 해석할 때 원칙적으로 제한적 효과를 가진다.

연방헌법재판소는 이러한 고려에 일치할 수 없었다. 연방헌법재판소법 제15조 제2항 4문에 따라 채택된 부의 반수의 견해는 수사기관이 Spiegel사를 대함에 있어서 공보의 합법적인 이익을 너무 적게 그리고 비밀유지에 대한 국방장관의 직무상 이익에는 너무 많은 배려를 하였다는 것이며, 수사법관에게 주어진 공포된 사실의 기밀성에 대한 감정은 많은 관점에서 향의되었고 정간업체에 대한 수색과 같은 결정적인 절차적 조치의 기초로는 충분하지 않았다는 것이다. 이에 대하여 부의 다른 반수는 수사법관이 국방장관으로부터 감정에 의하여 개별적으로 지적된 바와 같이 국가기밀의 원본이 통제로 Spiegel의 논설로 누설되었다는

협의를 갖고 적절히 행한 전단계 절차에 있어서의 검토에 결정적으로 초점이 놓여진다.

이에 부수된 절차상의 문제인 정간업체에 대한 수색과 압수에 관한 형소법상의 규정들이 기본법 제5조에 부합하는지에 대하여 헌법재판소는 일치하여 다음과 같이 판시했다.

E : 일반적인 법률의 해석과 적용시에 정간물의 자유와 자유민주주의에 대한 그의 의미를 고려할 필요성은 정간물의 공간을 이유로 도는 이와 관련하여 정간물기업이나 관계직원에게 행해지는 형사절차 특히 수색, 압수와 같은 형사절차상의 강제수단에도 타당하다.……

수색, 압수시의 아마도 있을지 모를 정간물의 자유가 문제로 된다. 이는 우선 수색, 압수의 결과로 - 필요한 작업 범위의 제한 또는 작업에 필요한 자료의 불허로 - 일어날 수 있는 기본권행사에 대한 방해이며 나아가 원칙적으로 이러한 강제수단과 결부되는 편집비밀의 침해이기도 하다. 그리고 정간물과 그의 동료와 제보자간의 신뢰관계는 정간업체가 기능하기 위한 본질적인 전제를 이루고 이러한 신뢰관계의 침해는 당해사건을 넘어서서 다른 정간업체에 그리고 동시에 정간물의 자유 일반에 뒤따르는 파급효과를 미칠 수 있기 때문에 이곳에는 필연적으로 형사수사상의 이익과 정간물의 자유에 대한 이익과의 충돌이 존재하며 이는 상술한 연방헌법재판소의 판결에서 발견된 이익형량으로써 해결될 수 있다.

이러한 이익형량을 궁극적으로 실현하는 것은 원칙적으

로 입법가의 임무이다. 형사소송법은 이러한 요청을 단지 제한적으로 고려한다. 이에 관한 조문은(53 I NY, 97 V 형소법) 공간된 내용이 범죄로 될 수 있고 따라서, 발행자, 기고자, 제보자의 형사소추가 문제되는 경우만을 다룬다. 적어도 당해 출판물의 편집인이 공간을 이유로 처벌되거나 또는 처벌될 수 있을 때 이 조문은 제보자와 정간물관계자 사이의 신뢰관계를 위하여 형사소추의 장애를 감수하게 하는 이른바 보장적 책임을 목적으로 한다. 이때 정간물의 범죄적 내용의 공간에 ‘책임이 있는 편집인’, 경우에 따라서는 당해 출판물의 발행과 전파에 참여한 다른 정간관계자에게 강화된 책임을 지우는 출판법상의 규정이 참고되어야 한다. 보장책임의 전제가 충족되면 형사소송법 제53조 제1항 제5호의 증언거부권은 책임 있는 편집인이나 다른 정간업직원에게도 타당하고 증언거부권의 회피를 막고자 - 형사소송법 제97조 제5항에 따른 당해 정간업직원에 대한 압수의 금지 및 판례에 의해 이로부터 도출된 수색금지도 적용된다. 압수금지는 1953년 8월 4일자의 제3차 형법개정(BGB1. IS.735)에 의한 당해 조문의 변경이래 범죄적인 공간의 발행인, 기고자, 제보자의 수사에만 타당하고 이에 반해 증언거부권이 있는 정간업직원과 제보자 사이의 문서적 연락이나 그들에게 위탁된 제보에 관한 정간업직원의 기록에 대하여는 적용되지 않는다. 피의자로서 문책되는 편집인 또는 다른 정간업직원에 대한 수사절차에서처럼 범죄가 되지 않은 출판의 제보자에 대한 수사절차에서는 편집비밀의 보호는 예상하지 않은 것이다. 수색과 압수가 그에 대

하여 아무런 제한이 없다 하여도 이러한 수단이 제보자의 이름이 나타나게 되는 기록에 대하여 행하여진다면 당해 정간업직원은 이러한 속성에서 일체의 증언을 거부할 수 있는 것이다. 모든 주가 그 동안에 그들의 주출판법에 개개의 중요한 차이는 있으나 일관하여 편집비밀의 보호를 강화하고 동시에 보장책임으로부터 결별하고 수색과 압수 금지는 일정한 범위에서 증언거부권에 의하여 해소하는 조문을 인정했다. 이러한 조문들이 주입법가들의 관찰에 속하는 것인지에 관한 문제는 본 사건에 있어서는 전혀 결정을 요하지 않는 바, 이곳에서 수색명령의 허용에 관해 기준이 되는 시점에서는 법적 근거로는 단지 형사소송법만이 문제로 되기 때문이다.

형사소송법의 상기조문은 언제나 편집비밀의 보호를 부분적으로 실현하기 때문에 기본법 제5조 제1항 2문과 그 정도로 합치한다. 이 조문은 아무런 창설적인 원칙을 내포하지 않는다. 이 조문들은 법관이 수색 또는 압수를 명하여야 될지 또 어느 범위에서 하여야 될지를 재량으로 판단할 때 편집비밀의 보장이 좀더 강하게 고려되어야 한다는 것을 배제하지 않는다. 법률상 새로운 원칙이 없어서 이곳에서 기준이 되는 시점에서는 법관의 임무는 정간물의 기본적 자유권의 가치설정적 의미를 고려하여 부여된 재량을 행하는 것이었다.

이러한 기본원칙을 Spiegel사건에 적용함에 있어서 법원은 다시 두 개의 상이하며 똑같은 강도로 대변되었던 의견으로 나뉘어졌다. 연방헌법재판소법 제15조 제2항 4문에

놓여진 견해에 따르면 Spiegel 사건의 수사에 있어서 구체적 타당성(Verhältnis Mäßigkeit)의 원칙과 기본법 제5조 제2항 2문의 가치판단이 무시되어졌었다. 이러한 것의 고려는 Spiegel 출판사의 그러한 식의 총괄적인 수색은 허용되지 않는 것으로 결론이 내려져야 했을 것이다. 판결을 이끈 견해는 - 중죄인 - 반역죄의 혐의를 보다 전면에 내세워 어떠한 상황에서도 합법성의 원칙을 이유로 결정적으로 밝혀져야 되는 것은 아닌 것으로 하고 수색, 압수결정을 합법적인 것으로 보았다.<sup>84)</sup>

<프랑스판례>

Conseil d'Etat 1960. 6. 24. 판결 1960 Rec. p. 412 : (사건개요) Algier반란이 절정에 달한 때에 Algier주지사는 1956년말 및 1957년초의 두 번에 걸쳐 동주에 있어서 France-Soir지의 압수를 명하였다. France-Soir지를 발행하는 Frampar사는 이 처분에 대하여 월권소송을 제기하였다. Algier행정재판소는 동 처분이 형사소송법 제10조에 기하여 취하여진 것을 이유로 행정재판소의 관할에 속하지 않는다고 판시하였으나 원고는 행정재판소와 주지사의 처분의 취소를Conseil d'Etat에 소구하였다. (판결요지) Conseil d'Etat는 관할권에 관한 소송절차상 결정으로서 : 알제리아주지사가 한 압수처분은 동 압수가 형법 제80조 및 형사소송법 제10조에 근거한다는 것이 적시되었고 동시

---

84) 김철수, 판례교재헌법, 316-318면

에 지사는 형사소송법 제10조에 따라 동 처분을 검사장에게 통지하고 24시간 내에 서류를 송부했다고 하더라도 재차의 압수상황에서 보아 위 압수는 국가의 대내안전 또는 대외안전에 대한 범죄를 인정하고 이를 처벌하는 법원에 피고인을 출두시키는 것이 목적이 아니었고 알제리아주에 있어서 전기 날짜의 신문에 게재된 기사의 보급을 방해하기 위한 것을 목적으로 한 것은 명백하다고 사료하여 이 조건에 있어서 이 처분은 형법 및 형사소송법을 근거로 하고 또 검찰청에의 서류의 송부에도 불구하고 실제에 있어서는 행정처분에 관한 월권을 이유로 하여 그 취소를 구하는 소송의 심리는 행정재판소의 권한에 속한다고 생각하여 알제리아 지방행정재판소가 이 소송의 심리에 관하여 권한을 가지지 않는다고 선고한 것은 근거 없는 것이라는 신청회사의 논지는 이유 있다고 본다. 또 본건은 그 사실에 따라 재판할 함에 성숙하여 있다고 생각하고 신청회사의 상고에 따라 바로 재판하여야 할 필요성이 있다고 생각한다.

당해지사의 결정의 합법성 여부에 관해서 : 신청회사에 의하여 원용된 다른 이유를 검토할 필요는 없으며, 지사의 압수결정처분은 France-Soir지의 기사의 보급에 의하여 발생할 우려가 있는 혼란을 예방할 것을 목적으로 한다고 생각되며, 이 목적을 달성하기 위하여 동 주지사는 질서의 재확립, 신체와 재산의 보호 및 알제리아의 영토의 안전을 목적으로 하는 비상조치에 관한 1956년 3월 17일 통령 제1조 제12호 및 제10조 제1항에 따라 알제리아총독의 위임에 의하여 보유할 권한을 사용할 수 있다고 생각하고, 알제리

아주지사가 이 절차를 사용하지 아니하고 그 적용범위가 국가의 대내안전 및 대외안전에 대한 범죄를 인정하고 이를 처벌하는 법원에 피고인을 출두시키기 위하여 필요한 행위에 한정되어 있는 형사소송법 제10조에 정한 절차에 의거한 것은 신청회사가 주장하는 것과 같이 월권하였다고 생각하여 지방행정재판소판결을 취소하고 또 알제리아주지사의 처분을 취소한다.

정기간행물의등록 등에 관한 법률은 등록취소와 발행정지를 규정하고 있다(제2조). 등록취소처분은 폐간처분이고 발행정지는 정간처분이라고 하겠는데, 행정처분으로서 폐간처분을 하는데는 문제가 있어 등록취소는 법원의 심판에 의해서만 가능하다(제2조 2항).<sup>85)</sup> 이에 관해서는 정기간행물등록취소심판규칙이 있다. 방송의 경우 전파법이 전파의 발사정지(제65조)와 무선국의 허가취소(제67조)를 할 수 있도록 규정하고 유선방송관리법(제22조)과 종합유선방송법(제21조)도 허가취소제를 두고 있다. 또한 출판사및인쇄소의등록에관한법률은 출판사나 인쇄소가 “음란 또는 저속한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해하였다고 인정되는 경우”에 그 등록을 취소할 수 있도록 규정하고 있다.(제5의 2, 5호).

#### <한국판례>

---

85) 참조판례: 대판 1971.7.6, 71누62 ; 대판 1972.4.25, 71누183

① 대판 1971.7.6, 71누62 : 원심의 등록된 인쇄소와 다른 곳에서 인쇄하면서 그 변경사항을 등록하지 아니하였다 하여 등록취소를 한 피고(문화공보부)의 처사가 재량권을 넘은 것이었다는 판단은 피고가 법률상 인쇄인의 변경이 없는 간행물의 등록취소처분이 위법 부당하였다고 한 원판결의 결과에는 영향이 없다.

참고: 씨알의 소리 등록취소사건

② 대판 1972.4.25, 71누183: 신문·통신등의등록등에관한 법률 제4조 3호에 의하여 인쇄인도 등록사유 중의 하나이고 같은 법 제2조 9호에 의하여 ‘사상계’와 같이 정기간행물이 월간일 때에는 등록사유인 인쇄인에 관하여는 같은 법 제2조 9항의 ‘인쇄인’이라 함은 정기간행물의 인쇄에 관하여 책임을 지는 자를 말하되 자신의 인쇄시설을 갖지 않은 ‘사상계’와 같은 경우 발행인이라 하더라도 그가 인쇄에 대한 책임을 지고 인쇄인으로 등록하였으면 이로써 족하고 반드시 인쇄계약을 체결한 등록된 인쇄소의 책임자라야 하는 것은 아니다.

그밖에도 언론 출판의 자유를 제한하는 법률로는 형법(제104조의 2의 국가모독, 제243조의 음화등의 반포, 제307조이하의 명예에 관한 죄, 제113조의 외교상 기밀누설, 제101조 제2항의 선동·선전 등, 국가보안법(제4조의 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 선동, 선전 등), 계엄법(제9조 1항의 비상계엄사령관의 언론·출판에 대한 특별조치), 군사기밀보호법(제11조의 사실의 누설), 외국인



행물수입배포에 관한 법률(제3조의 외국정기간행물의 수입업의 허가주의, 제6조의 업무감독, 제7조의 배포중지, 내용삭제의 명령), 경범죄처벌법(제1조의 13호 광고물의 무단부착) 등이 있다.

<한국판례>

① 헌재 1990.4.2, 89헌가113, 헌재판례집 제2권(1990), 국가보안법 제7조 5항에 대한 한정합헌판결 : 이에 따라 1991년에 국가보안법이 일부 개정되었다.

② 헌재 1992.2.25, 89헌가104, 헌재판례집 제4권(1992), 군사기밀보호법 제6조·제7조·제10조 등에 관한 한정합헌판결 : 국가안정보장을 위한 군사비밀의 보호라 할지라도 한계를 갖는다. 따라서 국가기밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 알 권리의 영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 …… 내용이 누설될 경우 국가안전보장에 명백한 위험이 있는 실질적인 비밀가치를 지닌 것 등에 한정해야 한다.

③ 서울형사지법 1965.4.30, 64고1811 : ‘세대’잡지 11월호에 게재될 ‘민족적 민주주의의 내용과 방향’이라는 논설을 작성함에 있어서, (1) 대한민국의 정부수립이 ‘민의를 반한 것’이고 ‘국토양단의 현실타개를 위하여 남북한의 적대관계를 조성하고 있는 군사적 대치를 해소하는 방안을 강구하고’ ‘유엔에의 남북한 동시 가입’과 ‘남북연방론’ 등을 주장하여 북한괴뢰집단을 대한민국과 대등한 국가로 인정하여 한반도에서의 유일무이한 대한민국이 합헌국가임을 부인하고, (2) 6.25때의 유엔군참전은 ‘경이적인 군사개입’이고 유

엔군의 한국주둔은 ‘강대국의 자국경영에만 급급한 나머지 취해진 무자비한 역사적 필연의 결과’이며 미군의 한국주둔은 8·15해방이후 자국의 국가적 이익을 추구하기 위하여 미리 계획된 군사적 점령이라고 주장하여 반미사상을 고취하고, (3) ‘우리는 강대국의존에 의한 안전보장체제로부터 탈피하고 강대국끼리의 반공의존태세행위와는 등지고 그런 국제적인 제약에서 벗어나야 하며’ 오키나와에 미국의 거대한 기지가 있다손 치더라도 그것이 국가적 이익에 이로운 존재인지 의심스럽다는 주장을 하여 한미간의 이간을 책동하고, (4) 남북한이 불가침이란 민족정기의 이름 아래 지켜야 할 명백한 약속과 이에 따른 군비 축소화는 당연한 정도라고 하여 남북한의 불가침조약의 체결과 남북군대의 감축을 주장하고, (5) 국토 양단의 현실을 타개하기 위하여 관계 강대국의 협상이 개시되지 않을 수 없게끔 우리들 남북한의 적대 상황의 해빙작업부터 착수되어야 한다고 남북협상을 촉구하는 등의 반국가단체의 활동을 고무동조하는 원고를 탈고, 월간 잡지사인 세대사에 기고 그 해 11월 1일 발행 ‘세대’지 11월호에 ‘강력한 통일정부에의 의지’라는 제목으로 게재보도하여 동 잡지 1,100부를 발간 이를 전국에 반포함으로써 반국가단체를 이롭게 하는 행위를 한 것이다.

④ 대판 1968.10.22, 68도1118 : 처음에는 대한민국방송을 듣고 있다가 원판시와 같은 내용의 북괴방송이 들려온 것을 들은 것은 피고인들로서도 우연한 일로서 범죄에 대한 고의가 없었다 할 것이다.

⑤ 대판 1969.4.29, 68다1631 : 피고인들이 제천경찰서장 및 동서 정보계장으로부터 ‘본건 간첩 조성대를 신고하고도 보상을 타지 못하였다’는 내용의 보도를 하면 현재 동인을 역이용하여 하는 공작이 와해되고 반공법에 저촉되니 보도하지 말라고 만류당한 사실이 있다는 것만으로써는 피고인들에게 위와 같은 보상금미지급에 관한 보도를 함으로써 본건 간첩을 역이용하는 공작에 지장을 초래하게 되고, 따라서 반국가단체에게 이롭게 된다는 점을 인식하였으나 적어도 미필적인 인식이 있었다고 인정하기 어렵다는 취지의 원심판단에 소론과 같은 채증법칙에 위배한 위법이 있다고 할 수 없다.

⑥ 대판 1969.7.29, 69도1003 : 피고인은 조총련이 북괴의 지령에 따라 재일동포를 포섭하고 정치·경제·사회·문화 분야에 걸쳐 여러 가지 정보를 수집하고 북괴를 이롭게 하는 활동을 하고 있는 사실을 충분히 알고 있었으며 이모호가 조총련 구성원이라는 것을 알고 있었음에도 불구하고 그 판결 판시 1과 같이 위 이모호의 질문에 의하면 국내사정을 제공하여 반국가단체를 이롭게 하였다는 것인 바, 기록을 정사하여 보아도 원심의 위와 같은 사실인정에 채증상의 위법이 있다 할 수 없고, 반공법 제4조 제1항에 이른바 기타의 방법으로 반국가단체(국외 공산계열을 포함한다)를 이롭게 하는 행위로서의 정보제공에 있어서는 그 정보의 내용이 군사기밀이나 국가기밀에 속하지 아니하는 일반적인 사정에 관한 것이라고 하더라도 이를 반국가단체를 이롭게 하는 방법으로 제공하는 것이라면, 위 반공법 제4

조 제1항에 반국가단체를 이롭게 하는 행위에 해당한다고 볼 것이다.

⑦ 대판 1972.9.26, 72도1730 : 피고인은 신민당 지구당위원장으로서 지구당 주최로 개최된 시국강연회에서 현정권을 3위1체의 범죄정권, 즉 부정부패에 대한 범죄정권·장기집권을 피하고 총통제를 구성하는 범죄정권·민주주의를 말살하려는 범죄정권으로서 이와 같은 악질적인 정권을 타도해야 한다 라는 취지의 연설을 할 때에 북한괴뢰집단이 우리 나라의 정권을 독재정권이고 양민을 약탈하는 부정부패의 정권이라고 선전하고 있음을 알고 있었다고 해서 이와 같이 곧 북괴의 활동에 동조하고 그들을 이롭게 한 것이라고 단정할 수 없다.

⑧ 대판 1973.3.13, 73도166 : 철도역장이 역사무실에서 직원을 모아 놓고 훈시를 하면서 ‘공산주의의 목적은 나쁘나 그 방법은 나쁘지 않다. 일본사람의 저서에도 공산주의의 방법은 나쁘지 않다는 내용이 있다. 행정학에 나오는 과학적 관리법은 배울 점이 많다’고 말한 것은 국외공산계열의 활동을 찬양·동조한다는 미필적 인식하에 한 것이라고 볼 것이다.

⑨ 대판 1994.4.12, 93도3535 : 타인을 비방할 목적으로 허위사실인 기사의 재료를 신문기자에게 제공한 경우에 이 기사를 신문지상에 게재하느냐의 여부는 오로지 당해신문의 편집인의 권한에 속한다고 할 것이나, 이를 편집인이 신문지상에 게재한 이상 이 기사는 게재의 기사재료를 제공한자의 행위에 기인한 것이므로, 이 기사재료를 제공한

자는 형법 제309조 제2항 소정의 출판물 등에 의한 명예훼손죄의 죄책을 면할 수 없는 것이다(당원1920년6월8일선고, 4292형상714 판결참조). 따라서 …… 피해자를 비방할 목적으로 신문기자에게 허위사실을 설명하고 보도자료를 교부하여, 그 내용을 진실한 것으로 신문기자로 하여금 신문에 허위 기사를 게재하도록 하였다면, 이는 출판물에 의한 명예훼손죄의 구성요건을 충족한다.<sup>86)</sup>

⑩ 대판 1994.10.28, 94도2186 : 형법 제309조 제2항 출판물 등에 의한 명예훼손죄가 성립하려면 그 적시하는 사실이 허위이어야 할뿐만 아니라 범인이 그와 같은 사실이 허위라고 인식을 해야만 된다 할 것이고, 만일 범인이 그와 같은 사실이 허위라는 인식을 하지 못하였다면 형법 제309조 제1항의 죄로서 별하는 것은 별론으로 하고 그와 같은 법 제309조 제2항의 죄로서는 별할 수 없다 할 것이며, 그 허위의 점에 대한 인식 즉 범의에 대한 입증책임은 검사에 있다.

언론기관의 자율적 규제를 강화하기 위하여 정기간행물의등록등에관한법률과 방송법은 언론중재위원회(정간법 제17조), 방송위원회(방송법 제11조), 방송심의위원회(제19조 이하), 방송자문위원회(제30조) 등의 설치와 운영에 관한

---

86) 이에 대하여는 기사제공자에게만 명예훼손죄가 성립된다고 보고 신문에 대한 불가벌적으로 본 것은 잘못이며, 신문사도 정범으로 보아야 한다는 판례평석이 있다. 박상기, “출판물에 의한 명예훼손죄”, 법률신문, 1995.3.13,14면

사항을 규정하고 있다. 또한 종합유선방송의 공공성 및 윤리성보장을 위해 종합유선방송위원회를 두고 있다(종합유선방송법 제34,38조). 특히 방송위원회의 시정등 제재조치(방송법 제21조)를 따르지 않을 경우 과태료처분을 할 수 있다.(제45조 2호).

### 3) 예외적 제한

언론의 자유는 헌법상 대통령이 긴급명령을 발동한 경우(제76조 3항)에는 형식적 법률이 아닌 긴급명령에 의한 제한을 받게 되며, 대통령이 비상계엄을 선포한 경우에는(제77조 3항) 계엄법이 정하는 바에 의하여 계엄사령관은 포고령에 의하여 언론의 자유에 대한 특별한 조치를 할 수 있다.

또한 공무원·군인 또는 수형자 등 특수한 신분관계에 있는 국민의 언론 출판의 자유는 일반 국민과 다른 제한을 받는다.

#### <미국판례>

Housing v. KQED, Inc., 438U.S.1 (1978) : 정부가 관리하는 교도소에 접근하고 죄수와 면담하고 녹음하고 사진찍고 이것을 방송할 수 있는 언론기관의 헌법상의 권리는 없다. 따라서 이러한 액세스는 금지하여도 무방하다.

### 4) 제한의 한계

언론·출판의 자유를 제한하는 경우에도 본질적 내용은 침해할 수 없다. 사전허가·사전검열은 금지되며 사후적으로라도 폐간처분은 법원의 심판에 의해서만 가능하다.

<한국판례>

① 대구지판 1967.10.18, 65도8762 : 기사에 대한 보도관제요청이 종전의 예대로 경찰국장이나 정보부 및 방첩대의 책임자로부터 서면등의 형식으로 정식보도관제의 요청이 없었던 것을 인정할 수 있고, 동 사실은 영덕부근에서는 이미 광범하게 알려진 사실 등을 보면 동 사건이 긴급하고 절박하게 보도관제를 하여야 할 필요성이 없었던 것으로 알 수 있었을 뿐 아니라 언론의 자유는 국민전체의 의사가 형성되고 국가권력에 대한 민권을 방어하고 비판과 사실보도로써 조국발전의 창의적 작용을 할 수 있는 이른바 민주주의의 '사활의 문제'라는 것에서 보면, 더구나 대중적 성격을 가진 신문의 언론을 담당하는 피고인들로서는 정식으로 보도관제요청이 있다 할지라도 방첩대 및 공보부장관의 공문과 같이 국가안위에 관한 것은 신중을 기할 주의를 요할 뿐 방공과 보도가치를 비교형량해서 그 보도의 여부를 독단적으로 판단하여 결정할 수 있는 것이며, 일개 수사기관의 보조자인 수사담당자들이 보도관제의 요청이 있다는지의 문구가 기사표제에 부기된 것을 지실하고 주선을 삭제하고 그 부분을 파기하였다고 하더라도 그것만으로써는 본건의 여러 가지 사항을 보면 피고인들이 고의적으로 국

가수사기관의 간첩체포공작을 방해하여 간첩을 도피시켜 적을 이롭게 하기 위하여 한 행위라고 단정적으로 판단하기는 어렵다.

② 서울민사지법판결 1989.8.29, 88가합4039 : 법률위반의 가능성이 있는 출판물이라 할지라도 이에 대하여 형사소송법상의 조치를 취하거나 관계법률에 의하여 처벌하는 것이 아니고, 공적인 관계에서 우월적 지위에 있는 정부기관이 출판사측에 시판 자제를 종용하고 시중의 서점들에게 판매 금지를 종용하였다면 위 책자의 시판은 현실적으로 거의 불가능하게 되어 출판자나 저작자의 권리행사에 영향을 미치게 되는 것으로서 이러한 판매금지 종용행위는 불법행위를 구성한다.

언론의 자유는 표현자와 그 정보를 받는 일반국민의 권리보장이라는 통일적인 보장체제로 이해하여 국가기밀, 사생활의 비밀과 자유, 명예훼손, 선동 등의 영역에서 언론의 자유의 구체적 내용과 한계를 이해하여야 한다.

재판과정에 대한 언론보도에 관해서도 개인의 보호와 언론의 자유보장에 관해서 논란의 대상이 되고 있다.

#### <미국판례>

① Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420U.S.469 (1975)  
: 공개재판기록에서 얻은 강간피해자(사망)의 이름을 텔레비전으로 방송하였는데 이를 금지한 조지아주 법률은 언론



자유에 위배된다.

② *Nebreska Press Assn v. Start*, 427U.S.539 (1976) : 강간살인사건의 재판전 보도를 금지함은 언론자유에 침해이다.

③ *Atlas Roofing Co. v. Occupational Safety and Health Review Comm'n*, 430U.S.442 (1977) : 11세 소년의 구류심문에 대하여 보도할 수 있다.

④ *Landmark Communication, Inc. v. Virginia*, 435U.S.829(1978) : 사법심사위원회의 심사과정을 누설한 경우 형사처벌한다는 것은 위헌이다.

⑤ *Ganett Co. v. DePasquale*, 443U.S.368 (1979) : 공정한 재판을 보장하기 위하여 재판전 절차에의 접근은 제한할 수 있다.

⑥ *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*, 443U.S.97 (1979) : 소년범죄자의 이름을 소년법원의 서면허가 없이 공표할 수 없고 이런 경우에 이를 처벌한다는 웨스트 버지니아 주 법률은 수정헌법 제1조 위반이다. 합법적으로 입수한 이름의 발표를 처벌대상으로 할 수 없다.

⑦ *Richmond Newspaper Inc. v. Virginia*, 448U.S.555 (1980) : 피의자의 요청이 있어도 신문보도는 할 수 있다.

⑧ *Glove Newspaper Co. v. Superior Court*, 457U.S.596 (1982) : 미성년자의 성범죄 피해자 진술에도 액세스할 수 있다.

⑨ *Press Enterprise Co. v. Superior Court of Cal., Riverside County*, 478U.S.1 (1986) : 예비심리의 비공개는

공정한 재판을 해칠 실질적 가능성을 입증하여야 한다.

⑩ *The Florida Star v. B.J.F.*, 491U.S.524 (1989) : 경찰 기록으로부터 적법하게 얻은 자료에 기초하여 잡지사가 성범죄의 피해자의 명단을 공개한 데 대한 손해배상의 청구는 수정헌법 제1조에 반한다.

⑪ *Butterworth v. Smith*, 494U.S.-,110 S.Ct1376 (1990) : 대배심의 증인이 증언한 것을 대배심의 임기가 끝난 후에까지 공개해서는 안 된다는 플로리다 주 법률은 수정헌법 제1조 위반이다.

⑫ *Maryland v. Craig*, 497U.S.-,110 S.Ct.3157 (1990) : 대질권은 성폭행의 희생자인 어린이로부터 증언청취를 일방적 폐쇄회로 텔레비전으로 듣는 것을 금지하는 것이 아니다.

## (5) 언론·출판의 책임

헌법 제21조 제4항은 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다”라고 이를 명시하고 있다. 이러한 헌법규정에 입각하여 방송법도 방송의 공적책임과(제4조) 공공성과 공정성을(제5조) 강조하고 있으며 공직선거 및 선거부정방지법도 언론기관의 공정보도의무를(제8조) 규정하고 있다.<sup>87)</sup> 언론의 자유의

---

87) 방송·신문·통신·잡지 기타의 간행물을 경영 관리하거나 편집·취재·집필·보도하는 자가 정강·정책이나 후보자의 정견에 관하여 보도·논평을 하는 경우와 정당의 대표자나 후보자 또는 그의 대리

내재적 한계를 벗어난 전형적인 경우로서 국가기밀, 사생활의 비밀과 자유, 음란성, 공중도덕과 사회윤리, 선동 등을 들 수 있다. 이들 문제는 오늘날 언론침해의 가장 전형적인 경우로서 그 자체가 독자적인 언론법연구의 한 장이 될 수 있을 정도이다.

## 1) 국가비밀

국가기밀을 보호하기 위하여 형법(제98조 2항, 제113조, 제127조), 국가보안법(제4조 1항 2호, 5호), 국가공무원법(제60조), 계엄법(제10조 1항), 군형법(제13조 2항, 제80조), 군사기밀보호법(제7조-11조) 등의 규정이 있다. 그러나 언론의 본질적 기능이 국민의 알 권리를 충족하기 위하여 존재한다는 점을 염두에 둔다면 이러한 국가비밀은 엄격한 한계가 설정되어야 하며 충분한 정보공개제도가 마련되어야 한다.<sup>88)</sup> 헌법재판소는 ‘군사기밀의 범위는 국민의 표현의 자유 내지 “알 권리”의 대상영역을 최대한 넓혀줄 수 있도록 필요한 최소한도에 한정되어야 할 것’이라고 판시하고 있다.<sup>89)</sup>

---

인을 참여하게 하여 대담을 하거나 토론을 행하고 이를 방송·보도하는 경우에는 공정하여야 한다.

88) 보도관제의 구속력, 대구지판 1967.10.18, 65고8762 : “정식으로 보도관제 요청이 있다고 할지라도 ... 국가안위에 관한 것은 신중을 기할 주의를 요할 뿐 방공과 보도가치를 비교형량해서 그 보도의 여부를 독단적으로 판단하여 결정할 수 있는 것...”

89) 헌재 1992.2.25, 89헌가104 군사기밀보호법 제6조 등에 대한 헌법소

<한국판례>

① 대판 1969.2.25, 68도1825 : 형법 제98조 제1항에서 말하는 간첩의 개념에 관하여 과거에 있어서의 제반정세와 변천된 현 정세 하에 있어서는 단순한 군사상의 기밀뿐만 아니라 그 외의 정치·경제·문화·사회 등 각 방면에 걸쳐서 우리 나라의 국방정책상 북한괴뢰집단에게 알리지 아니하거나 확인되지 아니함이 우리 나라의 이익이 되는 모든 기밀사항을 포함한다고 함이 종래 본원의 판례인 바(4283.6.30. 선고 4292형상100사건 판결) 본건에 있어서 원심이 인정한 사실에 의하면 피고인은 원심이 인정한 바와 같이 남파공작원으로서의 밀봉교육을 받고 원심이 인정한 바 남한 내에 있어서의 정치·경제·사회 등 전반에 관한 민심동향을 위와 같은 지령에 의하여 파악 수집한다 함은 역시 위에서 말한 바와 같은 국가기밀을 파악 수집하는데 포함된다고 할 수 있을 것임에도 불구하고 원심이 정치·경제·사회에 관한 민심동향을 군사기밀이나 국가기밀에 해당된다고 할 수 없다고 판단하였음은 형법 제98조 제1항 소정의 간첩에 관한 법리를 오해한 위험이 있다.

② 대판 1971.4.6, 71도165 : 국가보안법 제3조 1항에서 말하는 군사기밀이란 북한괴뢰집단에 대하여 비밀로 하는

---

원 : “군사기밀보호법 제6조, 제7조, 제10조는 동법 제2조 제1항의 ‘군사상의 기밀’이 비공지의 사실로서 적법절차에 따라 군사기밀로서의 표시를 갖추고 그 누설이 국가의 안전보장에 명백한 위험을 초래한다고 볼 만큼의 실질가치를 지닌 것으로 인정되는 경우에 한하여 적용된다 할 것이므로 그러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.”

것이 우리나라의 이익을 위해서 필요하다고 인정되는 모든 정보를 가리키는 것이므로 피고인 갑이 그의 큰아버지인 을의 지시를 받고 그가 일본조총련 천엽현지부와 그 기관인 조선신문사의 각 간부로서 활동하고 있음을 알면서 그 거주지인 하동군 청암면 장청암 경찰지서장, 하동군수의 본적, 주소, 성명을 모두 편지로 알려주었다고 하면 그 알려준 사실은 우리 나라에서는 쉽게 알 수 있고 자명한 사실이라 할지라도 북한괴뢰집단의 수중에 들어가면 이를 대남공작 등 그들의 목적수행에 이용당할 가능성이 있음은 공지의 사실이라 할 것이니 이는 국가기밀의 범주에 속한다고 하여야 할 것이다.

## 2) 명예훼손

사실을 적시하여 공연히 그리고 사람을 비방할 목적으로 명예를 손상하는 언론·출판은 범죄가 될 뿐만 아니라(형법 제309조, 제312조 2항), 고의 또는 과실로 그러한 표현을 하는 것은 불법행위가 된다(민법 제751조). 그러나 타인의 명예를 손상한 언론·출판이라 하더라도 ‘진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 것인 때에는 처벌하지 아니한다’(형법 제310조).<sup>90)</sup>

### <한국판례>

---

90) 언론중재 1992 봄호 1993 가을호 명예훼손에 관한 특집 참조

① 대판 1961.11.16, 4294형상451 : 명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 구유하는 단체에 대하여 그 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이므로 그 피해자는 특정되어 있음을 요하고 막연한 표시로 그 대상이 하인 또는 하단체인 가 알 수 없는 경우에는 성립하지 아니할 것이고, 또 검찰의 모 검사란 표현으로서는 당해검사를 특정할 수 없다.

② 서울형사지법 항소부 1969.12.21, 67노631 : 피고인의 비평문의 발표행위(사상계지) 헌법의 기본권조항에서 보장되고 있는 언론·출판 및 학문의 자유라는 범위를 벗어난 것이라 할 것이니, 이는 위와 같은 자유권도 자유주의의 기본인 개인존중의 한계를 초월하여 개인의 인격을 부정하고 그 명예를 침해하는 행위는 헌법 제32조 2항에 의하여 제한되는 까닭에서인 것이다.

③ 서울지판 1973.4.23, 73고합91 : 선거에 관한 허위사실을 취재해서 방송했다면 입후보하려는 자의 명예를 훼손한 자에 해당한다.

④ 대판 1988.10.11, 86다카29 : 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교하여 표현의 자유로 얻어지는 이익가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를 형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정하여야 한다.

⑤ 서울민사지법 1989.7.11, 88가합31161 : 인격권으로서의 개인의 명예의 보호와 표현의 자유의 보장이라는 두 법익이 충돌하는 경우 대립하는 공공과 개인의 상반되는 이

익을 비교형량하여야 할 것인 바, 특히 현대의 대기업이나 국가의 관리하에 있는 매스미디어가 보도의 자유를 매개로 하여 상대적으로 약한 지위에 있는 개인의 명예를 침해하는 경우에 있어서는 그 사회적 영향력과 회복의 어려움, 더욱이 보도기관이 영리추구의 입장에서 공사인의 프라이버시에 속하는 사항을 즐겨 보도하는 경향이 있는 점을 고려하여 개인의 인격권보호라는 이익을 최대한 배려하여야 한다. 따라서 언론기관이 개인의 인격권을 침해한 경우 그것이 오로지 공공의 이익에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것이라는 증명이 있거나 건전한 상식에 비추어 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에 한하여 위법성이 조각된다. 일반사진이 아닌 초상사진의 경우 초상본인은 당해 사진에 대한 저작권은 없다 하더라도 인격권으로서의 초상권을 가진다 할 것이고 동일한 초상의 경우라도 그것이 공표되는 방법에 따라 초상본인의 인격권을 침해할 수 있고 그렇지 않을 수도 있을 것인 바 유명인의 경우 비교적 초상권이 제한된다 하더라도 그 정당한 이익이 침해될 수 없는 것이므로 연예인이 자기의 선전용으로 사진을 촬영한 사진을, 그의 명예를 훼손시키는 내용의 보도 기사를 게재하면서 복사하여 게재하였다면 이는 인격권으로서의 초상권을 침해한 것이다.

⑥ 서울고법 1994.9.27, 92나35864 : ① 불법행위에 의해 인격권이 침해되는 경우 현행법상으로는 금전배상의 원칙만이 인정될 뿐 원상회복청구권 내지 이른바 만족청구권은 명문으로 규정되고 있지 않지만, 인격권의 한 부분이라고

생각되는 명예가 훼손된 경우 현행 민법(제764조)은 법원이 명예회복을 위한 적당한 처분을 할 수 있다고 규정하고 있는 점, 저작권법(동법 제95조)이 고의 또는 과실로 저작인격을 침해한 자에 대하여는 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있다고 규정하고 있는 점과 지배적인 학설이 일반적 인격권에 대하여 배타적 지배권으로서 대세적 효력을 인정하는 점에 비추어 보면 법원은 피해자가 바라는 경우 금전으로 손해배상을 명하는 이외에 원상의 회복을 위한 조치를 명할 수 있다고 보는 것이 발전하는 법질서의 요청에 부응할 수 있을 뿐만 아니라 피해구제수단을 다양화하여 형평을 기하는데 적합하다고 할 수 있다. ② 원고가 이른바 만족청구권의 한 형태로 피고방송법인이 약정과 달리 원고의 강연내용을 부당히 삭제하여 방송함으로써 패소판결을 받았다고 하는 사실을 피고가 관리하는 매체를 통하여 방송할 작위의무의 이행을 구하는 것은 객관적 사실의 내용을 고지할 것을 구하는 것일 뿐 피고공사의 양심에 반하여 주관적 의사표현으로서 사과를 구하는 것이 아니므로 헌법상 양심의 자유에 반하지 아니한다.

#### <미국판례>

① *Beauharnais v. Illinois*, 343U.S.250 (1952) : 개인에 대한 명예훼손을 처벌하는 법률제정권은 주에 있으며 명백히 합헌이다. 헌법적 관점에서 볼 때 집단에 대한 명예훼손을 이와 달리 취급하여야 할 아무런 본래적인 이유도 없



다. 이 점은 특히 일리노이주에서의 심각한 인종충돌을 고려할 때 그러하며, 이 법률은 바로 그러한 인종충돌을 완화하기 위해 만들어진 것이다.

② Barr v. Matteo, 360U.S.564 (1959) : 부정행위를 한 부하직원의 비행은 이를 발표할 수 있다.

③ Howard v. Lyins, 360U.S.593 (1959) : 상관에 대한 보고서사본을 국회의원에게 송부하는 것은 명예훼손이 성립되지 않는다.

④ Wood v. Georgia, 370U.S.375 (1962) : 입후보자에 대한 범죄사실의 조사를 명한 법관을 비난한 언론은 무방하다.

⑤ New York Times v. Sullivan (1964) : 공무원은 자기의 공무집행에 대한 명예훼손적인 허위의 언동에 대하여 그것이 현실적인 악의에 의한 것, 즉 허위를 알고 하였거나 또는 허위나 진실이냐를 불문하고 부주의에 의한 것임을 입증하지 않는 한 그 손해에 대한 배상을 청구할 수 없다.<sup>91)</sup>

⑥ Garrison v. State of Louisiana, 379U.S.68 (1964) : 수정헌법 제1조에 비추어 진실한 사실의 적시는 비록 악의의 동기가 있더라도 절대적으로 보호되며, 허위의 사실의 적시라도 고의·과실이 없는 한 보호된다.

⑦ Rosenblatt v. Bear, 363U.S.75 (1966) : 공무원에 대

---

91) 동 판결의 의의와 내용의 상세는, 한위수, 명예의 훼손과 언론의 자유 - 미국의 경우와 우리나라의 사정, 공법이론과 판례연구회, 주제발표문, 1994.6.참조

하여 신문보도가 명예훼손이 되려면 악의에 의한 것이라는 것을 공무원측에서 입증하여야 한다.

⑧ *St. Amant v. Thompson*, 390U.S.727 (1968) : 공무원에 대한 명예훼손이 성립되기 위해서는 방송이 ‘실질적인 악의’에 의한 것이라는 것을 공무원측에서 입증해야 한다.

⑨ *Pickering v. Board of Education of Township High School District 205, Will County*, 391U.S.563 (1968) : 교사가 교육행정과 교육감을 비난하여 교육에 방해가 되었다고 하여 교사를 파면함은 부당하다.

⑩ *Greenbelt Pub. Assn. v. Bresler*, 398U.S.6 (1969) : 공공회의에서 사기한이라고 비난받은 사실의 보도는 명예훼손이 성립되지 않는다.

⑪ *Watts v. United States*, 394U.S.705 (1969) : 대통령의 정책에 대한 항의발언과 대통령의 생명에 대한 위협발언과는 구별되어야 한다.

⑫ *Oscala Star—Banner Co. et al. v. Damron*, 401U.S.295 (1971) : 공무집행과 관련없는 과거 사실을 공직자 입후보자에 대하여 폭로함은 공직자로서의 적부판단과 관계되므로 뉴욕타임즈 사건 판결기준에 입각하여 판단되어야 한다.

⑬ *Monitor Patriot Co. et al. v. Roy, Executrix*, 401U.S.205 (1971) : 상원의원입후보자의 과거의 죄상을 폭로함은 명예훼손이 성립되지 않는다.

⑭ *Time, Inc. v. Firestone*, 424U.S.448 (1976) : 사인에

대한 명예훼손의 입증책임은 피해자에게 있다.

⑮ *Givan v. Western Line Consolidated School District*, 439U.S.410 (1979) : 여교사의 교장에 대한 반박은 허용된다.

⑯ *Herbert v. Lands*, 441U.S.153 (1979) : 언론기관이 허위를 유포하여 명예를 훼손당한 경우 소송을 제기하고 그 보도를 하게된 편집경위 등을 조사하는 것은 수정헌법 제1조가 금지하는 바가 아니다.

⑰ *Connick v. Myers*, 461U.S.138 (1983) : 공무원의 직무에 관한 발언은 그를 통해서 달성하려는 정부의 목적 이익과 시민으로서의 피용자의 이익과의 조화에 그 한계가 있다. 지방검사의 전보명령에 대한 지나친 반론 발언 등은 용납되지 않는다.

⑱ *Dun and Bradstreet Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472U.S.749 (1985) *v. McPherson*, 483U.S.378 (1987) : 명예훼손에서 ‘실질적인 악의’의 입증은 공무원에 대한 경우이다.

⑲ *Philadelphia Newspaper, Inc. v. Hepps*, 475U.S.767 (1986) : 신문의 허위사실의 유포의 입증책임은 소송제기자에게 있다.

⑳ *Rankin v. McPherson*, 483U.S.378 (1987) : 대통령암살의 성공을 말했다고 해서 해고 할 수 없다.

㉑ *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485U.S.46 (1988) : 공무원 또는 이에 준하는 사람의 풍자적 기사는 뉴욕 타임즈 사건기준에 준하여 판단하여야 한다.

② Milkovich v. Lorain Journal Co., 497U.S.-,110 S. Ct.2695 (1990) : 단순히 여론이라고 하는 이유만으로 명예 훼손되는 글을 신문에 게재할 수 없다.

<독일판례>

BVerfGE 1961.1.25, Bd. 12S.113/132, Schmidt Spiegel 사건:(사실관계) Stuttgart상급지방법원장인 Richard Schmidt는 1953년 11월에 Stuttgart에서 정치적 파업을 긍정하는 연설을 하였고, 1954년 1월 이에 가필하여 ‘정치적 파업에 대하여’라는 제목으로 노조월보에 공표하였다. 정치적 파업을 긍정하는 표현과 거의 95%의 신문은 경제적으로 기업가와 결부되어 있어 노조와는 친하지 않다는 그의 주장은 신문들로부터 그는 좌경되었고 그의 높은 직책에의 적성이 의심된다는 공격을 받게 하였다. 그런 이유로 Spiegel지 특파원은 Schmidt와 인터뷰를 하고 그에게서 얻은 자료 등을 십분 이용하여 1954년 3월 10일호에 ‘불가강에서 체포되다’라는 익명의 폴로 기사를 써서 그가 좌경했다고 비난했다. 이에 대하여 Schmidt는 동 시의 신문에 반론의 기사를 써서 전기 Spiegel지 기사는 진실을 위장한 왜곡으로서 인신공격이며 이는 도덕의 분야에서 외설작품 처럼 정치의 영역에서의 도색문학이라고 반격했다. 이에 Spiegel지의 편집장과 발행인이 이를 명예훼손죄로 고소하여 전후 6회의 절차상, 실체상 판단을 전전하였는데, Göttingen 지방법원은 결국 Schmidt가 Spiegel지를 도색문학이라고 평한 점에서 유죄라고 판결하였다. 그리하여 그

는 이 판결에 불복하여, 원 판결은 기본법 제1조, 제2조, 제5조, 제38조 제1항, 제101조 제1항의 권리를 침해한 것이다.’라고 하여 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기하였다. (판결요지) “원판결은 헌법소원제기인의 기본법 제5조 제1항의 권리를 침해하고 있다. 왜냐하면 이 판결은 여론형성이 갖는 헌법적 의의를 올바르게 이해하지 않고, 그 결과 표현의 자유권이 명예보호규정의 해석운용에 미치는 영향을 적절하게 평가하고 있지 않기 때문이다.”

(1) 자유민주국가의 정치는 여론에 입각한 정치가 아니면 안 된다. 여론의 자유로운 형성을 일반적 의의를 갖는 문제가 공개로 토론됨으로써 비로소 이룩된다. 이것은 필연적으로 상이한 의견의 주장과 반론 속에서 수행되는 것이다. 이 공개의 토론에 참가하는 권리가 기본법 제5조 제1항의 전단의 규정 속에 보장되어 있는 것이다. 이때 Press(출판신문)는 라디오, 영화와 함께 여론형성의 가장 중요한 도구이며, 이 때문에 Press의 자유가 제5조 제1항의 후단에서 특별히 보장되어 있는 것이다. 본건 헌법소원제기인 Schmidt의 언사의 과도함에 대한 가벌도 여론형성에 있어서 작용에 대한 반작용이라는 관점에 서서 기본법에 적합하도록 제한되지 않으면 안 된다.

(2) 원판결은 본건을 전혀 개인적 명예의 방위나 명예의 훼손이라는 틀 안에서만 취급하여 Press를 무대로 한 싸움이라는 특수성, 그리하여 여기에 내재하는 여론형성의 요소라는 특수성을 평가하지 않은 것은 옳지 않다. 이 요소는 Schmidt가 비난적 언사를 하였을 때의 동기에 의해 좌

우되지 않는다.

(3) Spiegel의 ‘불가’기사는 단순히 Schmidt의 개인적 명예와의 관계라는 관점에서가 아니라 오히려 Spiegel이 Schmidt의 정치적 과거를 폭로함으로써 고위재판관의 직이 그에 적합하지 않은 인물에 의해 점하여져 있다고 하는 사법의 인사행정과 신뢰성이라는 공적 이익에 관계된다는 관점에서 취급되지 않으면 안 된다. 이러한 것은 근본적으로 시민에게 공적 상황을 보도하는 신문의 공적 임무이다. 그리하여 Schmidt가 신문에서 이 기사를 반박했을 때에도 똑같이 공적 이익의 옹호라는 것이 정당하게 성립하고 있다고 하지 않으면 안 된다. Schmidt는 여기에서 Spiegel이 허위로 인한 공적 사항을 바로 잡아 여론이 왜곡되는 것을 방지하려 한 것이다. 따라서 원판결이 그의 언사를 자기의 명예가 어떻게 반박하는가 즉 도발된 토론에 어떻게 답하는가 하는 것은 Spiegel의 보도의 방식과 그것이 여론에 미치는 영향에 대응하는 필요성에 의해 결정된다는 관점이 필요하다. 이 관점에서 볼 때에는 Spiegel은 자기의 평가를 낮추는 계기를 스스로 만든 것이며, 이 평가는 감수하지 않으면 안 된다. 원심이 인정한 바에 의하면, ‘불가’기사는 Schmidt의 정치적 입장의 단편을 나타내어 그의 주장을 왜곡하여 전하고 또 그의 정치적 신조를 바르게 이해하는데에 적합한 사실을 고의로 은폐하였으며 서술에 악의의 액센트를 붙였다. 이러한 비난에 대하여 원판결이 오직 사실적인 반박만을 허용한 것은 옳지 않다. 이 경우 사실적으로 반박하는 것은 지난하며 독자가 많은 본지의 강력한

인상을 극복하는 것은 거의 불가능한 것이다.

(4) 이상에서 보건대, 만일 재판소가 도색문학에 비할 수 있는 정신상의 폭로를 독자의 자극제로서 용인하고 이에 대한 반격에 대하여 정당이익의 옹호를 구하는 정당한 이유를 인정하지 않는다면, 재판소는 Schmidt가 오직 그의 개인적 명예의 방위라는 점에서 형법 제193조의 의미에서의 정당이익을 갖는 데 지나지 않는다는 전제에서 있는 것으로 된다. 그러나 형법 본조 속에는 기본법 제5조 제1항이 살아 있는 것이며 그리하여 공무원 정치라는 중요문제에 관한 여론형성에의 영향이라는 관점에서 정당이익을 평가할 것을 명하고, 올바르지 않은 보도에 대한 반박으로서 그의 언사를 평가할 것을 명하고 있는 것이다. 원판결의 판단은 이점에서의 음미를 결함으로써 Schmidt의 기본법 제5조 제1항의 기본권을 침해하고 있다.<sup>92)</sup>

### 3) 사생활의 비밀과 자유

#### (가) 새로운 기본권으로서의 사생활 보호

국민의 알 권리 충족기능을 갖는 언론이라 하더라도 그 보도내용이 개인의 프라이버시를 침해하여서는 아니 된다. 특히 현대정보화사회에서 컴퓨터를 통한 정보의 축적관리가 행해지는 상황에서 국민은 ‘유리알 인간’으로 발가벗

---

92) 김철수, 판례교재헌법, 332-334면

겨 지게 된다.

개인의 프라이버시보호는 100여 년 전인 1890년 Warren Brandeis가 ‘황색언론’으로부터 프라이버시보호의 필요성을 적시한 이래 특히 오늘날 컴퓨터화한 사회의 진전과 더불어 이를 입법화 하기에 이루었다. 1974년 미국의 Privacy Act나, 1978년 프랑스의 정보의 축적, 관리와 자유에 관한 법률, 일본의 개인정보보호법, 독일의 국세조사판결이후 연방데이터보호법이 제정되어 있다.

그 동안 끊임없이 개인의 사생활보호의 필요성이 제기되었지만 그것이 단순한 사법상의 권리가 아니라 헌법상의 가치를 갖는 자유와 권리로서의 성격을 갖게 된 것은 오늘날 정보화사회의 진전에 따라 새로이 사생활보호의 중요성이 부각된 1970년대 이후의 일이다.<sup>93)</sup> 이에 우리 헌법에서도 1987년에 새로이 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”(제17조)라는 규정을 두어 개별적 기본권으로서의 위상을 분명히 하고 있다. 이러한 헌법이념의 공적부문에서의 구체화 법률로서 개인정보보호법이 제정되어 있다.

#### (나) 개인 정보 보호와 언론

##### 가) 사생활 비밀보호의 특수한 범주로서의 개인정보보호법

---

93) 권영성, “사생활권의 의의와 역사적 변천”, 언론중재(언론중재위원회), 1983 여름호, 6-14면.



개인의 사생활보호와 언론의 국민의 알 권리 충족이라는 기능사이의 갈등구조는 그 한계와 기준을 일의적으로 논할 수 없으나, 공적인 존재·공적인 이익이 분명한 경우에는 언론의 자유에 우월적 지위를 부여할 수밖에 없을 것이다. 그러나 대중에 영합한 상업적이고 선정적인 언론보도는 사생활침해의 문제를 흔히 야기하게 될 뿐만 아니라 그것은 곧 형사적 제재를 받게 된다(형법 제319조 이하).

개인정보보호법상 규율대상인 정보는 공공기관이 컴퓨터에 의하여 처리하는 개인정보에 한하고 있다.

첫째 이 법의 규율대상은 공공기관의 정보에 한한다. 따라서 공공기관이 아닌 사적기관이 처리하는 정보는 이 법의 규율대상이 아니다. 예컨대 오늘날 재벌기업의 정보관리실, 언론기관, 정보용역회사 등은 엄청난 양의 국민 개개인에 관한 정보를 집적유통시키고 있지만 이 법의 규율대상이 아니다. 1994년 세상을 놀라게 한 이른바 ‘지존과 일당’이 백화점 신용카드 고객의 거래정보를 입수하여 이를 범행에 악용하려 하였으나 거래 정보 누출에 따른 법적 규제는 개인 정보 보호법의 규율 대상이 아니다. 이에 앞으로 사적 부문에 의해 처리되는 개인 정보에 대해서도 이 법의 적용 범위를 확대하거나 아니면 새로운 법의 제정이 필요상이 제기되고 있다.<sup>94)</sup>

---

94) 이에 관한 상세는 성낙인, “행정상 개인정보보호 - 공공기관의개인 정보보호에관한법률을 중심으로”, 공법연구(한국공법학회), 1994.6, 286-324면 참조. 특히 사적부문에 대한 규율까지 이 법이 통괄적으로 관리하게 될 경우에는 개인정보보호에 관한 지도감독 권리구제에 관한 새로운 기구의 설치가 불가피하다.

둘째 이 법의 규율대상인 정보는 컴퓨터에 의하여 처리되는 정보에 한한다. 즉 수기정보는 이 법의 규율대상이 아니다. 이 법의 출현성격이 정보화사회의 진전에 따른 법적 대응이라는 점에서 일응 수궁할 수 있는 법규율의 태도이다. 따라서 수기정보에 대해서는 여전히 전통적인 사생활보호의 일반법리에 입각한 보장과 규제가 행해지게 된다. 앞으로 가능한 범위내에서는 수기정보도 규율범위로 포괄할 수 있어야 한다.

셋째 개인정보라 함은 생존하는 개인에 관한 정보로서 당해 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등의 사항에 의하여 당해 개인을 식별할 수 있는 정보를 말한다. 개인에 관한 정보란 개인의 정신, 신체, 재산, 사회적 지위, 신분 등에 관한 사실·판단·평가를 나타내는 일체의 정보를 말한다.<sup>95)</sup>

#### 나) 개인정보보호법에 따른 언론 보도의 제한

개인정보보호법 상의 개인정보는 원칙적으로 정보 주체 이외의 자에게는 누설 공개되어서는 아니 된다. 그런데 언론이 갖는 특수한 성격과 기능상 공공 기관이 보유 관리하는 개인 정보를 유용하여 국민의 알 권리를 충족시키려는

---

95) 총무처, 축조해설 개인정보보호법, 31면. 개인에 관한 정보의 구체적인 예는 다음과 같다. 1. 내면의 비밀 : 사상, 신조, 종교, 가치관, 양심 등, 2. 심신의 상태 : 체력, 건강상태, 신체적 특징, 병력 등, 3. 사회경력 : 학력, 범죄경력, 직업, 자격, 소속정당·단체 등, 4. 경제관계 : 재산상황, 소득, 채권채무관계 등, 5. 생활·가정·신분관계 : 성명, 주소, 본적, 가족관계, 출생지, 본관 등.

행태가 출현할 수밖에 없다. 원칙적으로 개인정보는 법상의 제도적 장치에 의하지 아니하고는 어느 누구에게도 누출되어서는 아니 된다.

보유기관의 장은 다른 법률에 의하여 보유 기관의 내부에서 이용하거나 보유기관외의 자에게 제공하는 경우를 제외하고는 당해 개인정보 화일의 보유목적외의 목적으로 정보처리를 이용하거나 다른 기관에 제공하여서는 안 된다(제10조 제1항). 정보처리를 다른 기관으로부터 제공받을 수 있도록 명시한 법으로는 행정심판법 제28조(증거조사), 출입국 관리법 제74조(관계 기관의 협조), 토지초과이득세법 제29조(관계 기관의 협조 의무), 공직자윤리법 제10조(등록재산의 공개) 등이 있다.

다만 정보 주체 또는 제3자의 권리나 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우가 아니면, 다음 각 호의 경우는 보유목적외의 목적으로 처리 정보를 이용하거나 다른 기관에 제공할 수 있다(제2항) : 1. 정보주체의 동의가 있거나 정보 주체에게 제공하는 경우, 2. 다른 법률에 정하는 소관 업무를 수행하기 위하여 당해 처리 정보를 이용할 상당한 이유가 있는 경우, 3. 조약 기타 국제 협정의 이행을 위하여 외국 정부 또는 국제 기구에 제공하는 경우, 4. 통계 작성 및 학술 연구 등의 목적을 위한 경우로서 특정 개인을 식별할 수 없는 형태로 제공되는 경우, 5. 정보주체외의 자에게 제공하는 것이 명백한 정보주체에게 이익이 된다고 인정되는 경우, 6. 범죄의 수사나 공소의 제기 및 유지에 필요한 경우, 7. 법원의 재판 업무 수행을 위하여 필요할

경우, 8. 기타 대통령령이 정하는 특별한 사유가 있는 경우.

위와 같이 법상 개인 정보의 이용이 비교적 폭넓게 인정되고 있을 뿐만 아니라, 정보공개법 시안에서도 비록 개인 정보에 관한 사항이라 할지라도 “공개하는 것이 공익상 유익한 정보”는 정보 공개의 대상이 될 수 있도록 배려를 하고 있다. 이러한 논리에 비추어 본다면 국민의 알 권리를 충족시켜 주는 언론이 갖는 공익 내지 공공적 성격에 비추어, 비록 그 정보 자체는 개인 정보로서 공공 기관이 관리·보유하는 정보라 하더라도 언론 기관 스스로 “공익상 유익한 정보”라고 판단하여 이를 개인 정보 보호법상의 방법이 아닌 비공식적인 방법으로 취득하여 보도할 경우에 이를 단순히 개인 정보 보호의 차원에서 논하여야 할지 아니면 공익적 차원에서 논하여야 할 것인지는 신중한 검토를 요한다.

더구나 개인정보 보호법상의 개인정보의 개념이 매우 넓게 설정되어 있기 때문에 이들 정보가 공공 기관의 정보관리 체계 하에 있는 정보라는 이유로 해서 언론의 정보원에 대한 접근 이용이 원천적으로 봉쇄 당한다는 것은 자칫 언론의 공공적 차원에서의 사생활 보도를 사실상 불가능하게 할 위험이 있다.

이러한 논리는 현실적인 문제 상황에 대한 인식에도 기초해 있다. 즉 개인 정보 보호법이 시행되기 이전의 단계에서 의료보험 관련 자료를 담당자가 유출하여 선거에 이용한 사례, 주민등록기록을 열람함 후 독신녀 주거지를 강

도 대상으로 선정된 사례, 자동차관리 전산망을 통하여 외제 고급 승용차의 차주를 확인하여 강도 대상으로 선정된 사례 등이 있었다.<sup>96)</sup> 비록 개인정보보호법이 제정시행되고 개인 정보의 유용에 대하여는 범위반에 따른 처벌을 받게 될 것이지만 그렇다고 하여 개인 정보의 유용이 완전히 차단되리라고 볼 수는 없다. 심지어 정부가 보유 관리하는 개인정보가 정보용역회사의 매매 거래의 대상이 되고 있는 실정이다. 이러한 상황하에서 개인정보 보호법상의 개인정보라는 사실만으로 국민의 알권리 충족이라는 차원에서 행하는 언론의 취재 보도가 원천적으로 제한을 받아서는 안될 것이다. 그것은 종래 언론 보도와 관련한 사생활 보호를 이른바 공익 이론을 원용할 여지를 남겨 준다. 즉 공익의 입장에서의 보도는 개인의 사생활 보호에 우선할 수 있는 것이다. 공적 인물에 대하여서는 그 사회적 지위에 부응하여 사생활 보호에 일정한 한계가 따를 수 있다는 공적 존재의 이론도 참조할 가치가 있어 보인다.<sup>97)</sup>

하지만 어떠한 경우도 언론보도는 특히 개인정보에 관한 정보화사회가 진전될수록 더욱 더 신중해야만 한다. 정보화사회에서의 개인은 발가벗겨져 있는 것이나 다름없는 상황하에서 언론에 의한 무차별적인 사생활에 관한 보도는 약자인 개인의 이익 보호에 우선하여야 하는 언론의 사명에도 부합하지 않을 것이다.

---

96) 총무처, 축조해설 개인정보보호법, 1994, 7면.

97) 박용상, “표현 행위의 위법성에 관한 일반적 고찰”, 공법 이론과 판례연구회(1994.10) 발표 논문 참조.

#### (다) 사생활비밀과 언론

개인의 사생활보호와 언론의 국민의 알 권리의 충족기능 사이의 갈등 구조는 그 한계와 기준을 일의적으로 논할 수는 없겠으나 공적인 존재, 공적인 이익이 분명한 경우에는 언론의 자유에 중점을 둘 수밖에 없을 것이다. 그러나 대중적·상업적 매스 미디어의 범람으로 인하여 야기되는 사생활의 분명한 침해는 처벌(형법 319조 이하)되거나 불법행위가 된다.

#### 4) 공중도덕과 사회윤리

공중도덕과 사회윤리에 관한 사항은 특히 음란·외설적인 보도와 관련된다. 형법 제243조는 음란한 문서·도화등을 반포·판매·임대하거나 공연히 전시한 자는 처벌하고 있으나 음란개념의 불명확성이 특히 문제된다. 통설은 ‘성욕의 흥분 또는 만족을 목적으로 하는 행위로서 선량한 풍속에 반하고 사람으로 하여금 수치나 혐오를 느끼게 하는 것’으로 보고 있다. 대법원은 ‘성욕을 자극하여 흥분시키는 동시에 일반인의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회의 풍기를 해칠 가능성이 있는 것’<sup>98)</sup>을 음화로 보고 있다. 음란한 표현에 대한 규제는 언론의 사회적 이익과 음란성

---

98) 대판 1970. 10. 30, 70도 1879

규제의 이익과의 이익 형량을 통해서 결정되어야 한다.

<한국판례>

① 서울형사지법 1969.12.15, 69고27460 : 작가가 작품을 기술함에 있어서 독자의 흥미에 영합하기 위하여 성교 장면을 지나치게 묘사하여 이를 제조·판매하는 행위는 형법 제243조 및 제244조에 각 해당한다.

② 대판 1970.10.30, 70도1879 : 대법원은 고야의 명화 ‘나체의 마야’를 음sett으로 인쇄하여 성냥갑 속에 넣어서 판매한 것을 음화라 하였다. 비록 명화집에 실려 있는 그림이라 하여도 이를 예술·문학·교육 등 공공의 이익을 위해서 이용하는 것이 아니고, 다른 상품 특히 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 그 카드 사진을 복사 제조하거나 시중에 판매할 때에는 이를 보는 자에게 성욕을 자극하여 흥분시키는 동시에 일반의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회의 풍기를 해칠 가능성이 있다고 할 것이므로 이를 음화라고 본다.

③ 서울형사지판 1973.11.6, 71노3160 : 문학작품의 음란성 여부는 그 작품 전체와 관련시켜 이를 판단하여야 할 것이므로 그 표현에 있어 과도하게 성욕을 자극시키거나 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고 볼 수 없으면 음란한 작품이라고 단정할 수 없다.

④ 대판 1975.2.9, 74도976 : 자아 발견을 주제로 한 작품이라면 그 표현에서 음란성을 인정할 수 없다. 작품 반노

는 인간의 성에 대한 본능을 주제로 하고 있고 몇 군데 성교 장면이 나오기는 하나, 남녀간의 성교에서 향락적이고 유희적인 면을 탈색해 버리고 본능에 의한 맹목적인 성교와 그 뒤에 오는 허망함을 반복 묘사함으로써 그 전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는 과정에서 이끌어 매듭된 사실을 인정할 수 있으니, 이에 비추어 이 건 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수 없다고 판단하고 있으므로 여기에 소론과 같은 위법이 없다고 할 것이다.

<미국판례><sup>99)</sup>

① Kingsley Books Inc. V. Brown, 354U.S.436 (1957) : 외설문서의 반포로부터 주민을 보호하는 수단으로서 통상의 기소절차·형사적 민사소송(quitam action) 또는 금지명령절차중의 어느 것을 채택할 것인가는 주의회의 입법정책의 문제이다. 일반적으로 사전억제 즉 위헌이라고 생각하기 쉬운데 사전억제의 개념은 그 자체가 만능이 아니다. 필요한 것은 개념이 아니라 특정 상황에 있어서 규제작용의 프로그래밍한 평가이다.

---

99) 미국에서의 외설물과 관련된 판례는 문흥주교수의 기본적인권연구에서 최근의 판례까지 완전하게 정리되어 있다. 문교수는 이하에서 1. 외설의 기준, 2. 외설물의 소지·제작, 3. 외설물의 판매, 4. 외설물의 우송과 통신, 5. 외설물의 상영, 6. 외설물의 압수·수색으로 나누어 상론하고 있다, 205-225면 참조. 이하에서는 그간의 흐름을 연대별로 정리해 보았다.



② *Butler v. Michigan*, 352U.S.380 (1957) : 청소년에게만 외설한 서적을 일반 대중에게까지 금지시킴은 부당하다.

③ *Roth v. Unites States*, *Alberts v. California*, 354 U.S.476 (1957) : 외설문서의 반포는 언론·출판의 자유에 속하지 아니한다. 외설한 출판물의 우송을 금지한 연방법률과 외설한 물품의 소지 판매를 금지한 주법률은 합헌이다.

④ *Smith v. California*, 361U.S.147 (1959) : 외설한 언론과 간행물은 언론·출판의 자유의 헌법적 보장에 속하지 않는다. 그러나 주는 외설하지 않은 서적의 배포를 제한할 권한을 갖지 않는다. 판매자가 서적의 내용을 알고 있을 것을 처벌의 요건으로 하는 규정을 두지 않는 법률은 헌법상 보호되는 간행물에 대한 공중의 접근까지도 엄격하게 제한하지 않을 수 없게 되며, 서적판매상은 그 재고를 자신이 개별적으로 검사한 서적에 국한시키게 될 것이다. 문제의 캘리포니아 시조례는 “외설하거나 야비한 서적을 판매장소 또는 판매를 위한 보관장소에 소지하는 자를 처벌하고 있다.”

⑤ *Marcus v. Search Warrants* 367U.S.717 (1961) : 경찰관이 음란하다고 판단한 서적에 대해 판사가 압수 수색 영장을 발부 할 수 있도록 한 규정과 판결 기일에 관한 시간적 제한을 두지 않은 미주리주법률에 대한 사건이다. 이 법률 규정은 비음란문서에 대한 보호 절차를 결여하고 있다. 이 같은 보호 절차는 헌법상 보장되어 있으므로 주법

률은 위헌 무효이다. 이 법률은 경찰관의 종국적 진술에 의거하여 영장을 발부할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 영장을 집행하는 경찰관은 무엇이 음란한가에 관하여 현장에서 결정하지 않으면 안 된다.

⑥ *Manual Enterprises Inc., et al. v. Day, Postmaster General*, 370U.S.478 (1962) : 외설 여부의 판단은 당시 사회의 ‘평균인’의 감정을 기준으로 해야 한다.

⑦ *Bentam Books, Inc. v. Sullivan et al*, 372U.S.58 (1963) : 도의양양위원회의 출판물 판매금지 권고는 위헌이다. 상기 위원회의 활동은 정부가 하는 검열과 다름없으며 외설의 규제에 대해 헌법적으로 요구되는 보호 절차를 결하는 것으로서 헌법위반이다. 비외설적인 도서를 억압하는데 대한 아무런 보호 절차도 마련되어 있지 않다.

⑧ *A Quantity of Copies of Books et al. v. Kansas*, 378U.S.205 (1964) : 검사의 외설하다는 선서공소장을 받아 심리절차를 밟지 않고 법관이 영장을 발부하여 서적을 압수함은 위헌이다.

⑨ *Redmond et al., v. United States*, 384U.S.264 (1966) : 부부간에 각자의 나체사진을 우송교환하는 것은 물건의 우송죄가 성립되지 아니한다.

⑩ *Memoirs v. Massachusettes*, 383U.S.413 (1966) : 외설 여부의 판단에 있어서 사회적 가치가 고려되어야 한다.

⑪ *Ginzberg v. New York* 390U.S.629 (1968) : 나체사진이 실린 잡지를 17세 미만 연소자에게 판매를 금지한 뉴욕주 형법은 합헌이다.

⑫ *Stanley v. Georgia*, 394U.S.557 (1969) : 외설한 필름의 단순한 소지는 개인의 자유에 속하며 이를 처벌하는 조지아주법은 위헌이다.

⑬ *Rowan, dba American Book Service, et al., v. United States Post Office Department et al.*, 397U.S.728 (1970) : 수취인은 우편물에 의한 음란물에 대하여 수령을 거부할 권리가 있다.

⑭ *United States v. Photographs*, 403U.S.363 (1971) : 외설한 사진을 수입하는 것을 금지하는 법률은 위헌이 아니다.

⑮ *Blount v. Rizzi*, 400U.S.410 (1971) : 외설한 우편물은 우체국장이 배달을 금지할 수 있다는 우편제조직법의 규정은 외설여부에 대한 사법심사제도가 마련되어 있지 않으므로 위헌이다.

⑯ *United States v. Riedel*, 402U.S.351 (1971) : 본인이 성인이라고 한 자에게 외설물을 우송하는 것을 금지하는 법은 위헌이 아니다.

⑰ *Paris Adult Theatre I et al. v. Slaton, District Attorney, et al.*, 413U.S.49 (1973) : 외설물건은 언론의 보장에 들어가지 않으며 성인극장에서 외설영화의 상영은 프라이어비시와 아무런 관계가 없다.

⑱ *Miller v. California*, 413U.S.15 (1973) : 외설에 관한 사실심에서는 전국적 기준이 아니고 지역사회의 지배적인 판단 기준에 따라야 한다.

⑲ *Young v. American Mini Theater*, 427U.S.50 (1976)

: 성인 영화 극장의 거리 제한은 위헌이 아니다.

⑳ McKinney v. Alabama, 424U.S.669 (1976) : 검사가 법원에 제소하여 외설물이라고 결정된 잡지를 판매한 탓으로 기소된 경우에 그것이 외설물인가에 대하여 심의하는 것을 못하게 함은 위헌이다.

㉑ California ex rel. Cooper v. Mitchell Brother's Santa Ana Theater, 453U.S.90 (1981) : 영화가 음란한가에 대한 입증은 '명백하고 확신을 갖게 하는' 입증이면 되고, 형사사건에서 요구되는 '합리적인 의심의 여지가 없는' 입증까지 요구하는 것은 아니다.

㉒ New York v. P.J.Video, Inc., 475U.S.868 (1986) : 외설물의 압수 수색 영장 발부에는 상당한 이유가 있으면 된다.

㉓ Arcara v. Cloud Books, Inc., 478U.S.697 (1986) : 매춘 행위와 음란한 행위를 하는 책방을 폐쇄할 수 있다.

㉔ Renton v. Playtime Theaters, Inc., 475U.S.41 (1986) : 성인극장을 학교·교회 등에서 일정거리를 격리시킴은 위헌이 아니다.

㉕ Massaxhusettes v. Douglas Oaks, 491 U.S.576 (1989) : 미성년자의 누드모델을 찍는 것을 금하는 주법률은 너무 광범한 제한이기 때문에 무효라는 주대법원의 판결을 파기하고, 그 법률이 개정된 경우 이를 피고인에게 적용하는 것이 합헌이지를 심리하도록 사건을 환송한다.

㉖ Fort Wayne Books, Inc. v. Indiana (no. 87-470) : Shapenfield, v. Indiana. (no.87-614), 489U.S.46 (1989) :

성인용서점의 음란서적을 공판전에 일반적으로 압수한 것은 위헌이다.

⑳ Clyde Osborne v. Ohio, 495U.S.-,110 S.Ct.1691 (1990) : 어린이를 주제로 한 음란서적의 소유 및 열람을 금지한 것은 합헌이다.

㉑ Sable Communications of Cal. Inc. v. Federal Communications Commission, 492U.S.115 (1989) : 음란하거나 외설한 주간 상업 전화 통신의 금지는 음란에 대하여만 위헌이 아니다.

#### <일본판례>

최고재 소화 32년 3월13일 대법정판결, 소화 28년 제 1713호 : 차탈레이 부인의 사랑이라는 소설의 번역물이 외설에 해당하는 것이라고 판시한 원심을 확정하고 있다. 즉 성적 질서를 지키고 최소한도의 도덕율을 유지하는 것이 공공의 복지의 내용을 이루는 것에 대하여 의문의 여지가 없으므로, 본건 역서를 외설문서라고 인정하여 그 출판을 공공의 복지에 위반하는 것이라고 한 원판결은 정당하며 논지는 이유 없다.

공중도덕·사회윤리를 침해한 방송국에 대하여는 방송위원회가 그 제재 등을 행하고 있다. 즉 방송위원회는 공중도덕과 사회윤리 등에 관한 심의규정을 정하고(방송법 제 20조 2항), 이에 위반되는 경우 사과·정정·해명 또는 취소 등을 명할 수 있다 (제21조). 방송위원회는 방송의 공정

성·공공성·공적 책임의 준수여부에 대한 심의를 보좌하기 위하여 심의 위원회를 둔다(제19조). 종합 유선방송의 공공성·윤리성 보장을 위하여 종합 유선방송 위원회를 두고 있다(종합 유선 방송법 제34,38조).

언론이 사회적 책임을 다하는 길은 무엇보다도 언론인 스스로에 의한 자율 규제에 의하여 언론인의 직업 윤리를 확보하는 길이다. 이러한 노력은 1952년 ‘언론인 및 정보업무종사원의 명예에 관한 국제강령’ 초안에서 비롯되었다. 우리 나라에서도 이러한 직업윤리 제고를 위한 노력이 한국신문편집인협회에서 ‘신문 윤리 강령, 신문 윤리 실천 강령’을 채택한 이래 각 신문사, 방송국별로 각기 윤리 실천 강령을 채택한 바 있다.

## 5) 선동

선동이란 문서·도화 또는 언동으로 타인으로 하여금 실행의 결의를 하게 하거나 이미 한 결의를 조장시키는 자국을 말하고 선동된 행위의 실행 여부는 관계가 없다. 선동행위가 처벌되는 경우는 형법(제90조 2항, 제120조 2항)과 국가보안법(제4조 1항 6호, 제7조)에 규정되어 있다. 선동죄는 선동된 행위의 실행위험성만으로 처벌되는 것이므로 특히 언론의 대정부 비판과 관련하여 표현의 자유를 침해할 위험성이 농후하다. 이에 따라 법규정의 해석이 보다 엄격하고 한정적이어야 할 것이다.

<한국판례>

① 대판 1986.9.23, 86도1499 : 피고인들의 발언이나 글이 단지 우리 나라의 현행 교육제도에 관한 모순점을 지적한 것에 불과한 것이 아니라, 나아가 계층간의 알력과 불화를 조장하며 우리의 사회·경제체제를 선진 자본주의 국가의 신식민지 내지 종속관계로 선전하면서 반미사상을 고취·선동하고 자본주의체제 자체를 비방하며 반공교육 등을 비난하는 등의 내용이 포함되어 있고, 피고인들의 지식정도에 비추어 피고인들은 그들의 행위가 복귀를 이롭게 한다는 점을 인식하고 있었다고 볼 것이라면, 피고인들의 판시 소위는 국가보안법 제7조 제1항에 해당한다.

② 대판 1992.4.24, 92도256 : 사노맹은 전국적인 조직과 지휘통솔체계를 갖추었고 강제모금활동과 철저한 암호체제 및 점조직으로 사회주의학생운동연구소·노동자대학·노동해방문학사 등 각 단체와 관련을 맺으면서 비밀인쇄소를 통해 각종 유인물을 제작·배포하여 사회주의폭력혁명을 선동하였고 노사분규현장에의 개입·파출소습격 등 국가변란을 목적으로 하는 반국가단체에 해당한다.

③ 대판 1993.1.29, 90도450 : 피고인이 자극적이고 투쟁을 고취하는 내용의 연설을 하였으며 이로써 농성분위기가 고조되었다면, 아무리 노조원들을 위문·위로하고자 하는 취지에서 방문하고 연설을 하여도 연설을 하게 된 경위와 방법, 연설의 내용, 연설이후의 결과 등에 비추어 볼 때, 이는 노동쟁의조정법에서 규정한 선동·조정에 해당한다고 하겠다.

<미국판례>

① Tally v. California, 362U.S.60 (1959) : 발행인 없는  
뼈라의 무조건 금지는 위헌이다.

② Brandenburg v. Ohio, 395U.S.444 (1969) : 무법행동  
의 선전이 아니고 단순한 어떤 결과의 옹호는 언론의 자유  
에 속하며 이를 처벌할 수 없다.

③ Street v. New York, 394U.S.576 (1969) : 국가가 필  
요 없다는 발언만으로 처벌함은 부당하다.

<영국판례>

R. v. Aldred, 1909 22 Cox I Central Criminal Court :  
문서에 의하든 구두에 의하든 언어에 의하여 국가에 관련  
된 공적인 무제에서 물리적인 힘이나 폭력을 사용할 것을  
선동 또는 고취한 자는 선동죄를 진다는 것은 너무나 명백  
하다. 내용이 진실하다거나 동기가 순수하다는 것은 변명  
이 될 수 없다. 문제는 사용된 언어가 국가적 문제에 있어  
서 공공 질서의 혼란이나 물리적 힘 또는 폭력을 증진시키  
는 것이라고 볼 수 있는가의 여부에 달려 있다. 우선 그  
대상을 고려할 수 있다. 교수나 성직자가 그 대상이라면  
무해할 언어라도 청년이나 무교육자들의 흥분한 대상에게  
사용되면 다른 결과를 낳을 수 있다. 다음에 대중의 감정  
의 상태를 고려할 수 있다. 언어의 효과는 그 사용된 시계  
에 따라 다를 수 있다. 모든 사람은 어떠한 공적 문제에  
관해서도 명예훼손이나 신의 모독이나 또는 풍기문란의



문제에 저촉되지 않는다면 다른 사람들에게 아무리 혐오스러운 의견이라도 그것을 표현할 권리가 있다. 법원이나 배심은 이러한 문제에 관해 재판관이 될 수 없다. 예컨대, 독재주의나 과두정치나 공산주의나 또는 무정부주의나 어떤 것이라도 주장할 완전한 자유가 있다. 정치인이나 정부를 공격할 수 있으며 특정정책에 대해 행정부에 항의할 수 있다. 그가 반대하는 정책을 시행할 경우에는 통탄스럽게도 반란이나 폭력 사태나 또는 암살 등이 불가피하게 자연적으로 일어날 것이라고 주장할 수 있다. 이 모든 것은 무해한 것으로도 허용된다. 그러나 반면 공공 질서의 혼란, 반란, 폭동, 암살, 폭력 사태 또는 어떠한 물리적 힘이나 폭력을 옹호하거나 고취한다고 볼 수 있는 언어를 사용한다면 그 동기나 의도가 어떻든 이것은 선동죄의 증거가 된다고 볼 수 있을 뿐만 아니라 또한 그렇게 보지 않으면 안 된다고 생각한다. 출판물에 실린 모든 글과 그 효과에 관하여 출판자인 피고는 책임을 지지 않으면 안 된다.

#### <일본판례>

소화 24년 5월 18일 대법정 판결 소화23년 제1308호 : 국민이 정부의 정책을 비판하고 그 실정을 공격하는 것은 그 방법이 공안을 해치지 않는 한 언론 기타 일체의 표현의 자유에 속할 것이다. 그렇지만 현금에 있어서 빈곤한 식량사정하에 국가가 국민 전체의 주요 식량을 확보하기 위하여 제정한 식량 관리법이 소기의 목적 수행을 위하여 정하는 동법의 규정에 기한 명령에 의한 주요 식량의 정부

의 매도에 관하여 이것을 하지 않을 것을 선동하는 것과 같은 것은 소론과 같이 정부의 정책을 비판하고 그 실정을 공격하는데 그치는 것이 아니고 국민으로서 부담하는 법률상의 중요한 의무의 불이행을 중용하고 공공의 복지를 해하는 것이다. 그러면 이러한 행위는 신헌법이 보장하는 언론의 자유의 한계를 일탈하고 사회생활에서 도의적으로 책할 것이므로 이것을 범죄로서 처벌하는 법규는 신헌법 제21조의 조규에 반하는 것이 아니다.

## (6) 언론·출판의 자유의 침해구제

언론·출판의 자유는 국가권력이 언론·출판의 자유를 침해하는 경우에는 언론·출판의 자유의 우월적 지위의 이론에 의해 보장받아야만 한다. 반면에 보도의 자유를 중심으로 한 언론의 특권을 향유하는 언론기관에 의하여 개인의 자유와 권리가 침해되는 현상이 증대되고 있다.

현대적인 정보의 홍수 속에서 이를 신속하게 보도하여야 하는 언론의 특성상 그 과정에서 개인의 자유와 권리가 침해되는 것은 보도의 자유의 보장이라는 차원에서 이를 방치할 단계를 넘어선 상황이다. 이에 헌법 제21조 제4항 제2문은 ‘언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다’라고 하여 언론의 사후 책임을 명시하고 있다.

### 1) 구제방법

언론 침해에 의한 피해의 구제방법으로는 언론사에 직접 시정 요구하는 방법, 피해 구제기구를 이용하는 방법, 소송을 통한 구제방법이 있다. 이러한 언론 침해에 대한 구제방법으로 언론사의 자율적인 구제나 민간단체를 통한 구제방법을 현실적으로 만족스러운 정도로 정착되지 못하고 있다.

따라서 법적인 효과를 동반하는 ① 손해배상청구, ② 사정유지, ③ 사죄광고, ④ 반론권에 의한 구제방법을 생각할 수 있다.

이 중 사죄광고제도는 종래 일반화된 방법중의 하나였으나 헌법재판소의 위헌판결<sup>100)</sup>에 의하여 판결문공시의 방법으로 대체되었다. 그런데 이러한 일반적인 구제제도는 언론침해의 경우에 있어서도 ① 고의·과실 등 귀책사유를 전제로 하고 손해 기타 법익의 침해에 대한 구체적 입증이 필요하며, ② 그 구제절차인 소송제도의 성질상 신속한 구제를 기대하기 어려운 점 등을 생각하면 언론에 의해 공격 받은 개인의 법익 보호를 위하여 미흡한 점이 많다.<sup>101)</sup> 이에 정기간행물의 등록 등에 관한 법률(제16조, 제20조)과, 방송법(제41-42조)은 반론권의 일종으로서의 정정보도청구권과 추후보도청구권을 규정하기에 이르렀다.

100) 성낙인, “사죄광고제도에 대한 헌법재판소의 위헌결정”, 언론중재 1992 봄호 참조.

101) 언론의 책임을 귀속시키기 위한 위법성의 판단에 관한 법리의 전개에 관해서는, 박용상, “표현행위의 위법성에 관한 일반적 고찰”. 공법이론과 판례연구회, 1994.9. 발표문 참조.

## 2) 반론권의 제도화와 언론중재

반론권은 신문·방송 등 언론기관의 보도에 의하여 피해를 입은 자가 이에 대한 반론의 게재 또는 방송을 할 수 있도록 언론 기관에 요구할 수 있는 권리이다. 1789년 프랑스인권선언 이래 언론의 검열제도가 폐지됨에 따라 언론의 남용이 문제되자 뒤로르위원의 제안에 따라 관청의 정강제제도의 취지를 개인에게도 확대함으로써 개인적 권리로서의 반론권을 제안한 것이 오늘날 반론권제도의 원류를 이룬다. 이에 1822년 프랑스 출판법에서 반론권이 규정된 이래 오늘날 세계 30여개 국가에서 입법화하고 있다.

“모든 권리의 출발점인 동시에 그 구심점을 이루는 인격권이 언론의 자유와 서로 충돌하게 되는 경우에는 헌법을 규범조화적으로 해석하여 이들을 합리적으로 조정하여 조화시키기 위한 노력이 따르지 않을 수 없고, 이는 각 나라의 역사적 전통과 사회적 배경에 따라 조금씩 다른 모습을 보이고 있다… 영국이나 미국에서는 … 엄중한 손해배상책임을 지우는 방법에 의하여 그 해결책을 찾았다… 반론권 제도를 받아들인 나라들의 법제는 오늘날 크게 프랑스형과 독일형을 들 수 있다. 프랑스형의 반론권은 사실상의 주장은 물론 논평·비판 등의 의견이나 가치판단에 대해서도 반론을 허용하여 반론권의 범위를 넓게 인정하는데 반하여 독일형의 경우는 사실적 주장에 의해서만 반론을 허용하여 반론권의 범위를 좁게 해석하는 것이 다르다.”<sup>102)</sup>

<프랑스판례>

Cour de cassation(Ch. crim.) 1987.1.20, Rimasson : 1881년 7월 29일 법률 제13조에 의거한 반론권은 일반적이고 절대적이다. 반론의 범위, 내용, 효용 및 형식에 관해서는 오로지 청구인만이 판단할 수 있다. 법률, 선량한 풍속, 제3자의 정당한 이익 혹은 언론인의 명예에 반하는 경우가 아니고서는 반론게재를 거부하는 것은 정당화될 수 없다 (참조판례 : Cour d'appel de Lyon(4 ch., sect. A)1985.10.25, Lignel c. Sté Agence Havas).

(가) 정정보도청구권<sup>103)</sup>

정기간행물과 방송에 공표된 사실적 주장에 의해 피해를 입은 자는 그 공표가 행해진 후, 신문·방송·통신의 경우에는 14일이내에, 그 밖의 정기간행물의 경우에는 1월이내에 서면으로 발행인이나 편집인 또는 방송국의 장이나 편성책임자에게 정정보도의 게재 또는 방송을 청구할 수 있다(정간법 제16조, 방송법 제41조). 정정보도청구에 관한

---

102) 헌재 1991. 9. 16, 89헌마165 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌여부에 관한 헌법소원; 프랑스의 반론권제도에 관해서는, Rolland Dumas, op. cit., pp. 587-607.

103) 권영성, “언론피해자의 정정보도청구권”, 월간고시, 1993.11, 53-65면; 동, “정정보도청구권과 언론중재제도”, 정중학 박사 회갑기념논문집, 1993; 양삼승, “반박보도청구권”, 대한변호사협회지, 1989년 5월호 참조.

분쟁을 중재하고, 정기간행물의 게재내용에 의한 침해사항을 심의하기 위하여 언론중재위원회를 두고 있다(정간법 제17조, 방송법 제42조). 법원에 정정보도청구를 신청하려면, 그 전에 언론중재위원회의 중재를 거쳐야 한다, 다만 위의 정정보도청구의 신청은 중재가 성립되지 아니한 때로부터 14일이내에 제기되어야 한다.

헌법재판소는 ‘정정보도청구권은 정기간행물의 보도에 의하여 인격권 등의 침해를 받은 피해자가 반론의 게재를 요구할 수 있는 권리, 즉 이른바 “반론권”을 뜻하는 것으로서 헌법상 보장된 인격권, 사생활의 비밀과 자유에 그 바탕을 둔 것이며, 나아가 피해자에게 반박의 기회를 허용함으로써 언론보도의 공정성과 객관성을 향상시켜 제도로서의 언론보장을 더욱 충실하게 할 수 있다는 뜻도 함께 지닌다.’고 판시하여 그 합헌성을 인정하고 있다.<sup>104)</sup>

#### <한국판례>

① 헌재 1991.9.16, 89헌마165, 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌 여부에 관한 헌법 소원 : “헌행 정정보도 청구권제도는 언론의 자유와는 비록 서로 충돌되는 면이 없지 아니하나 전체적으로 상충되는 기본권 사이에 합리적인 조화를 이루고 있으므로 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항은 결코 평등의 원칙에 반하지 아니하고, 언론의 자유의

104) 헌재 1991.9.16, 89헌마165, 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌여부에 관한 헌법소원.

본질적 내용을 침해하거나 언론 기관의 재판청구권을 부당히 침해하는 것을 볼 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다.”

② 대판 1986.1.28, 85다카1973 : 정정보도청구권은 그 제목이 표현과는 달리 언론사에 대하여 정기간행물이나 방송의 보도 내용을 진실에 달리 언론사에 대하여 정기간행물이나 방송의 보도 내용을 진실에 부합되게 시정할 것을 요구하는 권리가 아니라 그 보도 내용에 대하여 피해자가 주장하는 반박 내용을 보도해 줄 것을 요구하는 권리이므로 이의 대상이 된 보도 내용의 진실 여부는 그 권리행사의 요건이 아니다(이런 점에서 위 권리의 제목이 정정보도청구권이라고 되어 있는 것은 정확한 표현이 아니며 반박보도청구권이라고 표현하였어야 옳을 것이다). 위 규정의 의의는 피해자에게 보도 내용의 진실을 가리기 위하여 장황하고 번잡한 사실 조사에 시간을 낭비케 함이 없이 신속하고 대등하게 반박문공표의 기회를 부여하려는 데에 있다고 보여지거니와, 언론사측으로서도 보도내용에 대하여 이의가 있을 때마다 일일이 그 진실여부를 소상히 가려내어 정정보도를 하여야 한다면 언론의 신속성과 신뢰성은 저절로 위축될 수밖에 없으므로 위 규정의 취지를 이의가 제기된 보도내용의 진실여부를 가려 그 시정을 요구하는 것이 아니라 단지 일정한 요건 하에 피해자가 주장하는 반박내용의 게재를 요구라고 있는 것으로 풀이함은 언론의 신속성 유지라는 측면에서도 타당하다고 생각된다.

③ 제주지법 1994.6.16, 94카합27 : 정정보도심판에 따라 반박 보도를 게재하는 언론사가 여전히 종래의 사실적 주

장을 고수하는 경우에 별도의 기사가 아닌 반박보도문안에서 그 주장을 간략하게나마 실을 수 있도록 하여 독자들이 쉽게 비교, 대조하여 취사, 선택할 수 있도록 하는 것이 실정법상 명문의 근거는 없으나 반박보도청구권의 본질상 언론사에 대하여 이러한 보충적 반박권 내지 재반론권을 허용하는 것이 필요, 타당할 뿐만 아니라, 헌법상 언론의 자유나 평등조항의 취지에도 부합된다는 점에서 정정보도심판을 행하는 법원의 재량에 의하여 이를 인정할 수 있다고 해석할 것이다.

④ 서울 민사지법 1995.1.21, 94카기4881 : 조선일보사 발행 월간 ‘필’에 실린 서울대 사회대 출신 여학생의 호스티스 수기는 허위로 작성된 것이므로 정정보도해줄 의무가 있다.

#### (나) 추후보도청구권

정기간행물에 의하여 범죄 혐의가 있다거나 형사상의 조치를 받았다고 보도 또는 방송된 자는 그에 대한 형사절차가 유죄판결 이외의 형태로 종결된 때에는 그 날로부터 1월이내에 서면으로 발행인이나 편집인에게 그 사실에 관한 추후 보도의 게재나 추후 방송을 청구할 수 있다(정간법 제20조, 방송법 제42조). 이 때 추후보도·방송의 내용은 청구인의 명예나 권리회복에 필요한 범위에 국한하고 그 청구·중재 및 법원의 심판절차에 관해서는 정정보도청구권에 관한 규정이 준용된다.



### 3) 방송위원회의 심의

방송 위원회는 방송의 공적 책임 및 공정성과 공공성을 유지하고 방송내용전반의 질적 향상을 도모하기 위하여 설치되는 위원회이다(방송법 제11조). 방송위원회는 방송관계 전문가 및 학식·경험과 덕망이 있는 자 중에서 대통령이 임명한 9인의 위원으로 구성되는데, 위원 중 3인은 국회의장이 추천한 자를, 3인은 대법원장이 추천한 자를 임명한다(제12조). 위원회에는 위원장 1인과 부위원장 1인을 두며, 위원장과 부위원장은 위원 중에서 호선한다(제13조). 위원장·부위원장·위원의 임기는 각각 3년이며, 위원은 임기 중 직무상 외부의 어떠한 지시나 간섭을 받지 아니하며, 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우와 장기간의 심신상의 장애로 인하여 직무를 수행할 수 없게 된 경우를 제외하고는 그의 의사에 반하여 면직되지 아니한다(제14·16조).

방송 위원회는 ① 1. 방송의 운용·편성의 기본 정책과 광고 방송에 관한 사항, 2. 특별법에 의하여 설립된 방송법인의 이사임명의 추천, 3. 방송내용의 향상을 위한 조사·연구 및 연수에 관한 사항, 4. 방송국 및 방송종류상호간의 관계, 공동사업 및 협조에 관한 사항, 5. 방송의 기본정책에 관한 사항으로서 공보처장관이 요청하는 사항, 6. 시청자 불만의 처리에 관한 사항, 7. 위원회의 규칙 제정 및 개폐, 8. 방송법 제21조 1항의 규정에 의한 시정 및 제재 조

치에 관해 심의·결정하며, ② 방송국이 방송한 내용이 공정성과 공공성을 유지하고 있는지의 여부를 심의·결의하고, ③ 방송이 국민 문화의 향상에 기여하게 하고, 그 내용의 공정성과 공공성을 유지하기 위하여 방송용 극영화 등 일정한 방송물에 대하여 방송되기 전에 그 방송여부를 심의·의결한다(제17조 1·2·3항).

<한국판례>

대판 1995.1.12, 94누9948 : 방송법 제20조 제1항의 규정에 따른 방송위원회의 ‘방송심의에 관한 규정’ 제128조 제1항은 ‘제124조 제1항 제2호의 방송 불가 결정을 받은 신청인은 위원회에 재심을 청구할 수 있다’고 규정하고 있는 바 이는 임의적인 규정으로서 당사자가 반드시 재심의 청구를 하여야 하는 것은 아니고, 방송법이나 방송 심의에 관한 규정에 행정심판법의 적용을 배제한다거나 위 재심의 결정에 대하여 막바로 행정소송을 제기할 수 있다는 등의 특별규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 재심의 청구기간(불복신청기간) 또는 재심의 결정에 대한 불복방법 등에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않으며, 기록에 의하면 재심의 결정이 재결형식이 아닌 위원장의 방송 불가 결정이라는 형식에 의하고 있고, 만일 당사자의 재심의 청구에 대한 방송위원회의 재심의 결정을 재결로 본다면 방송 심의에 관한 규정 제128조 제2항 소정의 위원장의 직권부에 의한 재심의결정의 성질과 다르게 되어 같은 방송위원회의 재심의결정의 성질에 관하여 논리의 일관성을 유지할

수 없는 점등의 사정을 고려한다면, 방송심의에관한규정 제128조 제1항 소정의 당사자의 재심의청구를 행정심판 청구로 보거나 방송위원회의 재심의결정을 재결로 볼 수는 없을 것이고, 따라서 당사자가 방송심의에관한규정 소정의 재심의 절차를 거쳤다고 하더라도 다시 행정심판법상의 행정심판을 거쳐야 한다고 보아야 할 것이다.

## (7) 언론법제의 과제

앞에서 언론 법제를 원칙적으로 ‘언론의 자유보장’이라는 헌법상 이념과 그 이념이 구체화된 법제를 전체적으로 법이론의 관점에서 살펴보았다.

이러한 논술태도는 우선 ‘언론법’이라는 것이 언론에 관한 법이라고 하지만 기본적으로 법학적인 어프로치가 불가피하며 외국에서의 언론법 연구도 기본적으로 헌법(이념)에서부터 출발하고 있음을 할 수 있다.

### 1) 언론에 관한 기본법제의 문제

현대국가에서 갖는 언론·언론 기관·언론인의 특수성을 고려하여 이를 하나의 체계적인 틀을 구축하려는 시도가 1980년 언론기본법이다. 동법은 독일의 제도보장 이론과 미국의 사회적 책임 이론에 기초한 언론의 공적 과업을 강조한 법률이다. 사실 자유민주주의 국가에서 언론의 전문

성·자율규제의 능력과 법적 규제와는 반비례의 관계에 있다고 볼 수 있다. 따라서 언론계 스스로 자율규제 능력이 제고되었을 경우에는 이러한 법적인 규제는 그만큼 불필요해 지게 된다.<sup>105)</sup> 언론기본법이 많은 새롭고 혁신적인 내용을 담고 있음에도 불구하고 권위주의시대의 대표적인 악법의 하나로 점지되어 1987년 해체되기에 이른 것은 그 법이 만들어진 시대적 상황이 커다란 요인일 수 있다.

사실 언론기본법이 도입한 언론의 정보청구권(제6조), 취재원비닉권(제8조), 국가로부터 조세상의 특혜나 재정상의 지원을 받을 수 있는 특권(제4조)과 같은 것은 헌법이론상으로도 논란의 여지가 있는 문제를 과감히 실정법화한 혁신적인 입법이다. 특히 정보공개법이 제정되어 있지 않고 분단국의 상황하에서 정보의 비밀주의가 팽배하고 있는 현실에서 이들 권리를 계속 존치시켜 둘 가치가 있는 충분한 규정인데<sup>106)</sup> 1987년 언론기본법의 폐지와 더불어 사라지게 되었다. 그 외 언론의 공적 책임(제3조), 위법표현물의 압수(제7조), 언론의 주의 의무(제9조), 언론 기업의 겸영금지(제12조), 언론기업의 업무집행기관(제13조), 언론인의 윤리(제15조), 결격사유(제16조) 등에 관한 규정은 특별히 논란의 대상도 아닌 오히려 당연한 규정이라 볼 수 있다.

따라서 언론기본법은 언론 탄압이라는 시대적 특수 상황하에서 제정되었기 때문에 이른바 독소 조항인 문화공보부

---

105) 최대권, '언론과 법', 헌법학, 법문사, 1989, 224면

106) 최대권, 전게서, 263면; 이효성, "한국방송법과 방송제도의 문제점", 방송연구9(방송위원회), 1993 여름호, 128면.

장관의 등록 취소 또는 발행정지(제24조) 등이 부각되었지만, 법 자체가 폐지되어 마땅할 정도의 악법이라고만 치부할 것은 아니라는 평가도 가능하다. 특히 일부 독소 조항은 헌법재판소를 통한 위헌법률심판을 통해서 문제 해결이 가능하였을 것이다. 언론기본법이 그 이념적 전제로 삼고 있던 언론의 공적 책임은 사실상 언론이 그 자유를 충분히 만끽하는 상황하에서 강조하더라도 언론의 생리상 법적인 규제라는 측면에서 저항의 소지가 있는데 언론의 자유가 극도로 위축된 상황하에서 강조된 공적 책임론이 범규범으로서 사회적 적응력을 갖추지 못한 것이 아닌가 생각한다. 언론기본법을 대치하는 법률로서 정기간행물의등록등에관한법률과 방송법이 제정되었으나 방송법에서만 방송의 공적 책임을 명문화하는데 그치고 있다. 언론이 사회에 미치는 엄청난 영향력에 비추어 본다면 어떠한 형태로든 문민정부하에서의 언론의 공적 책임을 보다 구현할 수 있는 법제의 정비가 필요하다고 본다.

한편 적어도 언론의 입장에서 이에 관한 기본법이 아니라 하더라도 정보화사회에서의 정부, 언론, 국민과의 관계에 관한 기본적 요구를 충족시키는 법률의 제정이 시급하다.<sup>107)</sup> 언론기관에는 국민의 알 권리를 충족시킬 수 있는 제도적 장치로서 정보공개법을 통한 정보에 대한 접근·이용(access)이 법적으로 보장되어야 한다. 반면 언론기관으

---

107) 국민이 주체적으로 언론문제에 관한 접근논의는, 김종서, “국민의 언론통제 - 표현의 자유 실현을 위한 실천적 모색”, 한국공법학회 학술대회 주제발표문, 1994.3. 참조.

로부터 국민의 프라이버시를 보호하기 위한 사생활보호법의 제정도 시급한 입법적 과제이다. 이들 법률의 제정을 통해서 언론의 자유와 책임에 관한 최소한의 기준설정이 가능할 것이다.

## 2) 반론권의 제도화와 그 정비

언론기본법상의 정정보도청구권은 언론기본법의 폐지와 더불어 각각 정기간행물의등록등에관한법률과 방송법에 수용되어 있으나 그것이 이들 법률과 부합하는지 의문이다. 또한 현행 정정보도청구권의 그 본질상 ‘보도된 사실의 진실여부에 관계없이 언론에 보도된 자에 대하여 반론의 기회를 부여하는 반론권’의 제도화임에도 불구하고 그 용어상의 ‘정정보도’라는 표현 때문에 그 실질과 형식의 괴리 현상을 보여주고 있다. 이러한 논지는 판례를 통해서도 이미 확인된 바 있다 : “그 성격에 있어서 … 반론권임에도 불구하고, … 이를 정정보도청구권이라고 표현하고 있고, 이에 관한 실무도 ‘정정보도문’이라는 제목을 사용하고 있어 마치 언론기관이 자신의 보도에 대하여 잘못을 시정하는 내용의 정정문을 신는 것인 양 오해를 불러일으킬 소지가 있다.”<sup>108)</sup> 이와 같은 문제점을 시정하기 위하여 이의 입법적 보완이 절실히 요망된다.<sup>109)</sup>

최근 언론중재제도개선에 관한 정책토론회에서도 이의

---

108) 헌재 1991.9.16, 89 헌마 165, 헌재판례집 (1991), 527면.

109) 이에 관해서는 위 사건의 소수의견에서도 이를 분명히 하고 있다.

입법적 보완책을 제시한 바 있다.<sup>110)</sup> 제도의 점진적 개선이라는 차원에서 기존법률의 개정형식을 취하고 있으나 제도의 본질에 비추어 본다면 반론권의 제도화에 관한 독립된 법률의 제정이 보다 바람직할 것이다.<sup>111)</sup>

사실 일반 국민의 입장에서 거대한 언론과 맞대응하여 자기의 권리를 주장하고 싶지 않은 것이 현실이다. 이러한 차제에 비록 제도상 문제점은 안고 있으나 언론중재위원회를 통한 반론권의 행사는 지난 10여년간 최소한의 성과를 거두었다고 볼 수 있다. 그러나 현행법상 반론권은 소극적인 사후적·교정적 권리에 불과함에 비추어 보다 적극적인 일반국민의 언론접근권의 보장이 요망된다. 그것은 언론이라는 상품을 이용하는 국민의 소비자보호의 차원에서의 접근방식도 고려할 수 있다.<sup>112)</sup> 이와 관련하여 최근 언론계 스스로 독자란, 언론옴부즈만제도의 도입 등을 통하여 독자들의 적극적인 의견개진 및 반론의 기회를 제공하고 있음은 환영할 만한 일이다.<sup>113)</sup> 또한 방송위원회도 시청자불만처리업무를 수행하고 있다(방송법 제17조 1항 제6호).

### 3) 신문 및 방송정책의 재정립

---

110) 언론중재. 1993 겨울호, '언론중재제도의 개선에 관한 정책토론회' 참조.

111) 언론중재, 1993 겨울호, 언론중재위원회 (박용상·양삼승 편), 가칭 '언론침해의 구제에 관한 법률(안)' 참조.

112) 이러한 활동은 최근 언론피해구제협회, KNCC의 언론피해대책특별위원회, 서울YMCA의 좋은 방송을 위한 시청자 모임, 여성단체협의회, 여성민우회, 민주언론운동협의회 등으로 확대되고 있다.

113) 언론중재 1993 여름호, '특집/진단. 언론자율규제' 참조.

현행 한국의 언론 법제에 관한 정책은 특히 방송법제와 관련하여 새로운 방향 정립이 요망되는 시기에 이르고 있다. 이미 민영방송의 개설로 공영 방송제는 사실상 폐기되기에 이르렀고, 나아가서 종합유선방송법의 제정으로 케이블 TV, 다채널종합유선방송의 시대가 눈앞에 다가왔다. 여기에 위성 방송 시대의 개막을 예고하고 왔다. 이제 방송 질서도 민영화, 상업화, 국제화, 뉴미디어의 도입, 미디어독점 등 새로운 변화의 시대를 맞이하고 있다.<sup>114)</sup> 이러한 시대적 상황하에서 고전적인 언론 법제에 입각한 정부의 규제나 개입은 오히려 방송 전파의 공공적 성격에 얽매어 새로운 시대적 흐름에 부응하지 못할 위험이 있다. 따라서 방송 정책도 이제 더 이상 단순한 언론 정책의 차원이 아니라 정치, 경제, 사회, 문화 등을 종합적으로 그러한 국가 정책적 차원이 법 제재정립이 검토될 때가 되었다.

#### 4) 언론문제의 법과 현실

언론의 자유보장이라는 이상을 구현한다는 것은 결국 언론에 관한 법적인 개입을 최소화하는 대신 언론 스스로의 자율에 맡기는 것이 이상적임은 말할 나위가 없다. 특히 언론기관 내부의 자유의 문제와 관련하여서는 이를 법적으로 구체화시키기에는 한계가 따를 수 밖에 없다.

---

114) 신문과 방송, 1993. 7, '한국의 뉴미디어정책' 참조.



그럼에도 불구하고 한국적 현실에서 언론의 경영과 편집의 갈등 구조 및 편집 책임자와 일선 기자와의 갈등 구조는 한국 언론이 해결하여야 할 현실적 문제이다. 이들 문제는 법의 개입 영역이 일정한 한계가 따를 수밖에 없는 것이고 보면 어차피 언론의 자율 기능에 의존할 수밖에 없어 보인다.

자본주의국가에서의 언론이 어차피 기업적 형태를 취할 수밖에 없는 것이고 보면 언론 기업의 책임성과 윤리성을 객관적으로 담보할 수 있는 제도적 장치의 도입이 요망된다. 언론소비자의 입장에서는 예컨대 광고를 게재할 경우에 각 언론의 정확한 위상에 걸맞는 객관적인 제도의 도입이 요망된다. 요즘 논의되고 있는 ABC제도(신문발행부수공시제도)는 언론계 스스로 해결하여야 할 과제이다.

어떠한 형태의 공권력이 개입이 없이 자율적으로 ABC 제도를 정착시키는 것은 한국 언론의 공적 책임을 국민 앞에 나타내 보이는 하나의 중요한 시험대로 볼 수 있다. 언론의 자율 기능이 강화되면 될수록 언론‘법’에 의한 규제나 개입은 자연히 최소화 될 수 있기 때문이다. 언론의 자유보장의 과정에서 야기되는 국가권력과 언론, 언론내부관계, 언론과 국민의 관계에 관한 언론법(이론)은 궁극적으로 기존의 언론법이론에 기초하여 구체적 사안에 따른 판례이론의 형성 및 그에 관한 언론법학계의 수용으로 보다 구체적이고 현실적인 ‘살아 있는 법’의 모습으로 제시될 수 있을 것이다.

### 3. 집회·결사의 자유

#### (1) 의의

헌법 제21조 제1항에서는 언론·출판의 자유와 더불어 집회·결사의 자유를 규정하고 있다. “모든 국민은 … 집회·결사의 자유를 가진다.” 언론·출판·집회·결사의 자유는 총괄해서 표현의 자유로 볼 수 있다. 이중 언론·출판의 자유는 개인적 사상이나 의견의 표현의 자유라면 집회·결사의 자유는 이러한 언론·출판의 자유의 집단적 성격의 표현이라 할 수 있다. 현대국가의 사회생활에서 국민은 자기의 의사를 적극적으로 표현하는 방법으로서 다중적인 집회나 단체의 결성을 통하여 이를 나타내고 있다. 그러나 이러한 집회나 결사는 그것이 미치는 사회의 질서유지에 미치는 영향력이 언론이나 출판보다 훨씬 강력하기 때문에 언론·출판의 자유보다 더 강력한 국가적 통제를 받게 된다.

집회·결사의 자유는 집단적 성격의 표현의 자유의 한 모습이라는 점에서 동일한 차원에서 논술되고 있는 것이 일반적이다.(한국헌법, 미국헌법 수정1조, 일본헌법 21조). 그러나 독일헌법에서는 집회의 자유와 결사의 자유를 별개의 조항에서 규정하고 있다(제8, 9조). 이하에서는 집회·결사의 자유는 집회의 성격과 결사의 성격상의 차이를 고려하여 집회의 자유와 결사의 자유를 분리하여 설명하기로

한다.

## (2) 집회·결사의 자유의 기능

집회·결사의 자유는 집회나 집단행동을 통하여 단순한 자신의 의사 표명에 그치는 것이 아니라 다른 사람과의 의사교환을 통하여 새로운 여론을 조성할 수 있는 유효한 수단이다. 이에 집회·결사의 자유는 ‘표현의 자유의 실질화의 조건 또는 보완적 기능’을 갖게 된다. 또한 집회·결사의 자유는 민주주의의 실천을 위한 불가결한 전제로서 특히 소외된 정치적 소수자들이 자기의 목소리를 정치과정에 반영할 수 있는 방편이라는 점에서 다수결원리에 의해 진행되는 현대대의제도의 기능을 보완하는 기능을 갖는다.<sup>115)</sup>

### <한국판례>

헌재 1992.1.28, 89헌가8, 재판관 변정수의 반대의견 : “집회 및 시위의 자유는 같은 의사를 가진 사람들과의 집회 및 시위를 통하여 자신들의 의사를 결집하여 집단적으로 표현함으로써 국정을 공개적으로 강력히 비판하여 민주

---

115) 헌재 1992.1.28, 89헌가8, 국가보안법 제7조 등에 관한 헌법소원(1. 1991.5.31. 개정 전 국가보안법 제7조 제5항, 제1항의 위헌여부, 2. 1989.3.29. 전면개정 전 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항의 위헌여부) 재판관 변정수의 반대의견, 헌재판례집 제4권(1992), 30면.

정치의 바탕이 되는 여론을 형성하게 된다. 때로는 다수로 부터 소외된 소수의 의사가 국정에 반영될 소지를 넓혀 줌으로써 소수자의 정책결정 참여를 가능케 하며 다수자의 독주를 예방하고 정치적 안정에 기여하는 등 그 민주적 기능이 지대하다. ... 특히 오늘날과 같은 대중매체의 독과점 현상 아래서는 집회 및 시위의 자유는 민주국가에 필수적인 공개성과 다원성을 확보하여 주고 소수자 보호에 기여하는 민주주의의 불가결한 조건으로서 그 의의가 크다.”

집회·결사의 자유는 한편으로는 국민의 기본권으로서 적극적으로 보호되어야 하지만 다른 한편으로는 그것이 갖는 위험한 성격 때문에 상당한 제약이 불가피하게 따른다. 바로 그런 점에서 집회·결사의 자유의 최대한 보장이라는 원리와 그것이 민주적 질서에 대한 위협을 야기하지 않도록 하는 제도적 구현이 집회·결사의 자유에 대한 현실적 이해와 결부될 수밖에 없다.<sup>116)</sup>

### (3) 집회의 자유

#### 1) 집회의 자유의 법적 성격·주체·효력

##### (가) 집회의 자유의 법적 성격

집회의 자유가 국가권력의 간섭이나 방해를 배제할 수

---

116) J. Morange, La liberté d'association en droit français, P.U.F., 1977, pp.9-26

있는 주관적 공권이라는 데에는 이론의 여지가 없다. 그러나 집회제도 자체의 제도보장에 관하여서는 학자들 사이에 이론이 제기되고 있다. 긍정하는 입장에서는 “집회의 자유는 개인에게 집회하는 공권을 보장하는 것이고, 이 공권으로서의 집회의 자유권은 국가에 대한 권리로서 자연권적 성질을 갖는 것이 아니라 국가내적인 권리의 성질을 갖는다고 보는 것이 독일의 다수설이다. 나아가서 집회의 자유는 민주적 기본질서의 한 구성요건으로서, 여론표현과 여론형성의 불가결한 요소로서의 집회제도 자체를 보장하는 것이라고 보아야 할 것이다. 이 점에서 집회의 자유권과 집회제도의 제도 보장이 결합된 것으로 본다.”<sup>117)</sup> 이에 대해 집회의 자유의 전국가적 자연권성을 인정하는 입장에서는 집회에 대한 제도 보장을 부인하고 있다. “집회의 자유를 보장하는 목적은 인간의 절대적 고립화를 방지하려는 것이기 때문에 집회의 자유는 초실정법적 권리이다. ... 집회의 자유는 제도적 보장이 아니다. 집회란 사회적 현상으로서 집단적 기본권을 행사하는 것일 뿐 제도 자체가 아니기 때문이다.”<sup>118)</sup> 다른 한편 집회의 자유를 객관적 가치질서로서의 성격을 인정하면서 제도 보장을 부인하는 입장이 있다. “집회의 자유는 민주정치의 실현이라는 객관적 가치질서로서의 성격은 가지나, 제도적으로 보장되는 계속적인 것은 아니다.”<sup>119)</sup> “집회의 자유는 ... 개인의 주관적 공권인

---

117) 김철수, 헌법학개론, 468면.

118) 권영성, 헌법학원론, 532면.

119) 구병삭, 신헌법원론, 447면.

동시에 정치적 집회·비정치적 집회 등 민주주의를 실현시키는 사회공동체에서 없어서는 안될 객관적 가치질서로서의 성격을 가진다. 집회의 자유는 결사의 자유와 달라서 제도적으로 보장으로서의 성격을 가지는 것이 아니다. 다수인의 일시적 모임은 법리상 제도적으로 보장될 수 있는 성격의 것이 아니기 때문이다.”<sup>120)</sup> “다수인의 계속적인 결함을 뜻하는 결사에 있어서는 입법형성권에 의해서 그 결사형태, 결사조건, 결사의 유형 등을 법률로 정할 수 있기 때문에 적어도 입법형성권에 의해서 침해될 수 없는 ‘결사제도’ 그 자체를 보장했다고 보는 것이 의미가 있지만, 다수인의 일시적인 모임인 집회의 경우에는 입법권에 의한 제한의 한계는 문제될 수 있어도 집회 그 자체의 권리가 문제될 수 없기 때문이다.”<sup>121)</sup>

위의 학설을 종합해 보면 ① 초실정법적 권리로서의 주관적 공권, ② 주관적 공권성과 객관적 가치질서, ③ 국가내적인 주관적 공권과 제도보장으로 나누어 볼 수 있다. 생각건대 집회의 자유의 법적 성격으로서의 주관적 공권성에 관해서는 이론의 여지가 없음에도 불구하고 제도보장성에 관해서는 논란을 안고 있는 것은 집회의 본질에 관한 이해뿐만 아니라 기본권의 법적 성격의 이해에 관한 상충에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 적어도 집회의 경우 이를 집회제도로 파악하느냐에 따라서 달라 질 수 있는 문제로 보여진다.

---

120) 안용교, 한국헌법. 435면.

121) 허영, 한국헌법론. 533면.

#### (나) 주체

집회의 자유의 법적 성격을 여하히 파악하느냐의 여부에 관계없이 집회의 자유의 주체가 결정적으로 달라질 사유는 없다. 즉 그 법적 성질을 인간의 권리로 파악하든 국민의 권리로 파악하든 간에 집회의 자유의 주체는 원칙적으로 국민이다. 다만 외국인이나 무국적자에 대해서도 헌법상의 원리에 입각하여 특별히 금지할 사유가 없을 경우에는 널리 인정하여야 한다. 자연인뿐만 아니라 법인도 일정한 범위내에서 집회의 자유의 주체가 될 수 있다.

#### (다) 집회의 자유의 효력

집회의 자유는 개인적 공권이므로 모든 국가권력을 구속한다. 집회의 자유의 대사인적 효력에 관해서는 기본권일반이론상의 대사인적 효력에 관한 간접적용설의 원리에 따라 집회의 자유는 보장된다. 집회및시위에관한법률 제3조는 집회의 자유의 대사인적 효력을 수용하고 있다 : “① 누구든지 폭행·협박 기타의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다. ② 집회 또는 시위의 주최자는 평화적인 집회 또는 시위가 방해될 염려가 있다고 인정될 때에는, 관할 경찰관서에 그 사실을 통고하여 보호를 요청할 수 있다.”

## 2) 집회의 자유와 내용

### (가) 집회의 개념

집회라 함은 다수인이 일정한 장소에서 공동목적을 가지고 회합하는 일시적 결합체를 말한다. 다수인은 최소한 3인이상을 의미한다. 일시적 결합체란 점에서 결사와 구별된다. 공동의 목적의 의미에 관해서는 논란의 소지가 있다. 집회에 참가한 다수인 상호간에는 적어도 “내적인 유대감에 의한 의사접촉”이 있어야 한다고 본다.<sup>122)</sup> 따라서 단순한 군집 혹은 카페에 앉아 있는 손님들과는 구별된다.<sup>123)</sup>

#### <프랑스판례>

C.E. Ass. 1933.5.19, Benjamin, Rec., 541, Concl. Commi. du gouvernement Michel : 집회란 사상이나 견해를 표현하기 위하여 혹은 이익의 옹호를 위하여 이를 구체화하기 위하여 형성된 인(personnes)의 일시적 결합체(un groupement momentané)이다.

정당·신앙·학문·예술을 목적으로 하는 집회, 근로자의 집회는 각각 헌법 제8조·제20조·제22조·제33조의 적

---

122) 허영, 앞의 책, 534-535면. 공동의 목적의 범위에 관해 협의(공동생활관련 공적인 사항), 광의(오락적 성격의 모임만 제외), 최광의(내면적 유대에 의한 의사접촉의 요소)로 나누어 설명하면서 광의설을 취하고 있다 ; 권영성, 앞의 책, 531면 ; 구병삭, 앞의 책, 448면.

123) Jean Rivero, op. cit, pp. 361-362.



용을 받는다.

집회의 자유에 있어서 집회의 개념에 시위가 포함되느냐의 여부에 관해 논란이 있다. 집회및시위에관한법률에서는 시위의 개념을 “다수인이 공동목적을 가지고 도로·공원·광장 등 공중이 자유로이 통행할 수 있는 장소를 진행하거나 위력 또는 기세를 보여 불특정다수인의 의견에 영향을 주거나 제압을 가하는 행위”(제2조 2호)로 정의하고 있다. 시위의 형태로서 나타나는 집단행위·집단시위행위는 헌법상 집회의 자유의 범주에 포함되지 아니한다는 입장도 있다. 그러나 집회의 자유란 집회를 통하여 단체로서의 의사를 형성하고, 형성된 의사를 표현하며, 나아가서 그 의사를 관철하기 위한 활동의 자유까지 포함하는 것으로 보아야 한다. 따라서 시위행진은 ‘장소이동적인 집회’, ‘움직이는 집회’ 혹은 ‘이동하는 집회’<sup>124)</sup>로써 집회의 자유에 포함되어야 한다(통설·판례).<sup>125)</sup>

#### (나) 집회의 종류

---

124) 헌재 1992.1.28, 89헌가8, 국가보안법 제7조 등에 관한 헌법소원, 헌재판례집 제4권(1992), 16면.

125) 시위의 자유에 관한 상제는, 이재홍, “시위의 자유의 범위와 한계”, 인권과 정의(대한변호사협회), 1990년 5, 6월호 참조. 집회와 시위는 공동의 목적을 갖는다는 점에서는 동일하지만 그 장소가 시위의 경우에는 도로 등으로 한정되어 있다는 점에서 차이가 있다. 그런 점에서 프랑스에서는 법적인 규제가 차이가 나는 점에 착안하여 집회와 시위를 따로 분리하여 논술하는 경향이 있다. J. Rivero, op. cit, p. 370 이하.

가) 장소에 따른 분류 : 옥내 집회와 옥외 집회

옥내집회란 천장이 덮혀 있고 사방이 폐쇄될 수 있는 옥내에서의 집회를 말한다. 다수의 참가자가 옥내에서 집회하는 가운데 개별참가자가 옥외에서 방청하며 토론에 참가하더라도 옥내집회로 보아야 한다. 옥외집회란 천장이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 곳에서의 집회를 말한다(집시법 제2조 1호). 집회 및 시위에 관한 법률상의 신고대상인 집회는 옥외집회와 시위이며 옥내집회는 신고대상이 아니다.

나) 공개 여부에 따른 분류 : 공개 집회와 비공개집회

일반인에게 널리 공개된 집회와, 특정집회 목적을 가진 인사들이 일반인에게 알리지 아니하고 비공개로 진행하는 비공개 집회로 구분할 수 있다. 프랑스에서는 이를 공적 집회와 사적 집회로 구별하고 있다. 비공개 집회 즉 사적 집회는 어떠한 규제도 받지 아니한다. 공개 집회와 비공개 집회의 구별은 장소적 관념이 아니라 일반인의 접근여부에 따른 것이다. 공개 집회는 신문이나 벽보를 통해서 광고할 수도 있다. 사적인 집회는 초대받은 측정인에 의해 조직된 집회 뿐만 아니라 단체나 조합에서 가입자만 참가할 수 있도록 한 집회도 사적인 비공개집회로 보아야 한다. 공개집회를 비공개집회로 위장하는 경우로는 초대인사를 백지로 한다면 일반인에게 초대장을 배부하는 경우이다. 그러나

이러한 경우는 공개 집회로 보아야 한다.<sup>126)</sup>

<프랑스판례>

C.E. 1936.12.23, Bucard, Rec, p. 1151 : 백지초청장 즉 무기명초청장이 일반인에게 대폭적으로 배포된 상태에서 파시스트 경향을 가진 정당이 알사스에서 동일자로 개최한 집회는 공개집회로 보아야 한다(참조판례 : C.E. 1937.2.5, Bujadoux)

다)시간에 따른 분류 : 주간집회와 야간집회

집회의 시간이 일출후 일몰전의 시간대에 개최되는 경우를 주간집회라 하고, 그 이외의 시간에 개최되는 집회를 야간집회라 한다. 특히 야간집회는 질서유지의 어려움으로 인하여 주간집회보다 더 강력한 제한이 뒤따를 수밖에 없다(집시법 제10조).

라) 무장여부에 따른 분류 : 무장집회와 비무장집회

집회참여자들이 무장을 하고 있는 경우와 무장을 하고 있지 않은 경우를 구별 할 수 있다. 그러나 일반적으로 민주국가에서의 집회는 비무장집회를 의미한다.

---

126) J. Rivero, op. cit., pp. 361-364

마) 성질에 따른 분류 : 평화적 집회와 비평화적 집회

집회가 평화적인 방법으로 진행되는 평화적 집회가 원칙이다. 그러나 특수한 경우 비평화적 집회가 발생하는 경우가 있다. 이 경우 흔히 폭력적인 방법이 동원되는데 이러한 집회는 원칙적으로 불법적인 집회이므로 엄격한 실정법상의 통제를 받을 수밖에 없다.

바) 목적에 따른 분류 : 정치적 집회와 비정치적 집회

정치적 목적의 집회인지 비정치적 목적의 집회인지의 여부는 현실적으로 구분이 어렵다. 비정치적 목적의 집회는 예능·학술·친목을 위한 집회를 들 수 있다.

(다) 집회의 자유와 구체적 내용

집회의 자유의 내용으로는 적극적으로 집회를 주최하는 자유, 집회를 사회·진행하는 자유 및 집회에 참여하는 자유와, 소극적으로 집회를 주최하지 않을 자유와 집회에 참가하지 않을 자유를 포함한다.

집회에서의 연설·토론은 언론·출판의 자유로 보는 견해와 집회의 자유로 보는 견해가 있다. 허영 교수는 “집회는 집단적인 의사형성 내지는 의사표현의 수단이기 때문에 집회에서 의견교환이나 의사표현이 행해지는 것은 당연히 집회의 본질적인 내용에 속한다. 사실상 집회에 참여하는

그 자체가 일종의 추상적인 의사표현이라 볼 수 있기 때문에 의사표현과 무관한 집회를 생각할 수 없다. 국내의 일부학자가 집회에서 행해지는 연설이나 토론 등은 언론의 자유에 속한다고 하지만, 그것은 집회의 당연한 내용이므로 언론의 자유가 문제되는 것은 아니다. 결국 집회에서 행해지는 의사표현의 내용에 따라 집회의 성격이 정해지게 되는데, 집회에서 행해지는 의사표현의 내용에 따라 그 보호의 진지성에 차등을 두는 것은 마치 집회의 검열(허가)제에 해당되기 때문에 허용되지 않는다고 할 것이다.”<sup>127)</sup>라고 본다. 한편 권영성교수는 “집회에서 연설이나 토론을 하는 것은 언론의 자유로서 보장되는 것이 아니라 집회의 자유의 일환으로서 보장된다.<sup>128)</sup> 집회의 자유는 언론의 자유에 대한 특별법적 성격을 가지기 때문이다.”<sup>129)</sup>라고 본다. 이에 대하여 김철수 교수는 “... 엄밀한 의미에서 언론의 자유에 포함된다고 본다. 그러나 집회·결사의 자유를 언론·출판의 자유와 동일조항에 규정하고 있는 우리 헌법으로서의 실익이 크지 않은 학설대립이라고 하겠다.”<sup>130)</sup>라고 보고 있다. 생각건대 이러한 의견상의 학설대립은 그 실질에 있어서 본질적인 차이가 있는 것은 아니라고 본다. 왜냐하면 현실적으로 연설·토론이 없는 집회란 침묵시위이외에는 별로 상정할 수 없다는 점을 고려한다면 연설·토론은 당연히 집회의 자유의 한 부분을 형성할 수

---

127) 허영, 앞의 책, 536면.

128) 동지, 안용교, 앞의 책, 436면; 구병삭, 앞의 책, 450면.

129) 권영성, 앞의 책, 532면.

130) 김철수, 앞의 책, 470면.

밖에 없다고 볼 수 있다. 그러나 다른 한편 집회의 자유보다 언론·출판의 자유가 더 강한 보호를 받고 있음에 비추어 집회행위 그 자체는 집회의 자유로 보더라도 연설·토론은 언론·출판의 자유의 일환으로 보호하는 것이 현실적으로 국민의 자유보호에 더 유리할 경우에는 이를 언론·출판의 자유로 볼 수 있을 것이다.

### 3) 집회의 자유의 제한

“헌법이 보장하는 집회의 자유도 스스로 한계가 있어 무제한의 자유가 아닌”<sup>131)</sup> 상대적 기본권이므로 헌법 제37조 제2항에 의하여 법률에 의한 제한을 받게 된다. 이에 관한 기본법으로서 ‘집회및시위에관한법률’이 제정되어 있다. “이 법은 적법한 집회 및 시위를 최대한 보장하고 적법한 시위로부터 국민을 보호함으로써 집회 및 시위의 권리의 보장과 공공의 안녕 질서가 적절히 조화되게 함을 목적으로”(제1조) 하는 것과 같이 집회의 자유 보장과 또 필요한 제한의 조화를 기하기 위하여 제정한 법이다. 사실 과거의 집회및시위에관한법률이 집회의 자유의 보장을 위한 법률이라기보다는 오히려 집회의 자유를 제한하기 위한 법률이라는 비판에 직면하여 현재의 법률은 1991년 사실상 제정과 마찬가지로 전면개정된 법률이다.

#### (가) 집회의 사전제한 - 신고제

---

131) 대판 1987.7.21, 87도1081 ; 대판 1987.3.10, 86도1246 제3부.

## 가) 의의

표현의 자유의 최대한 보장의 원리에 따라 언론·출판의 자유는 ‘사전 검열제’를 금지하고 있는 것과 마찬가지로 법리에 따라 집회의 자유는 ‘사전 허가제’를 금지하고 ‘사전 신고제’로 하고 있다. 집회의 허가제는 일반적으로 집회가 금지되어 있는 사항을 다만 당국의 재량적 행정처분에 따라 특정한 경우에 금지를 해제하여 주는 것이다. 즉 집회의 허가제는 집회의 원칙적 금지를 전제로 하여 일정한 경우에 그 제한을 풀어 준다는 의미이므로 표현의 자유의 사전억제금지의 원리에 어긋난다. 이에 우리 헌법에서는 집회에 대한 허가제를 명문으로 금지하고 있다. 그러나 집회나 시위가 미치는 사회경제적 혼란을 예방하고 공물의 안전관리를 기하기 위하여 집회에 대한 사전신고제는 인정되고 있다. 이에 관해서는 집회및시위에관한법률에서 상세히 규정하고 있다.<sup>132)</sup>

### <미국판례>

Shuttlesworth v. City of Birmingham, 394U.S.147 (1969) : 집회시위의 사전허가제에 있어서 애매한 기준에 의한 무한한 재량권은 위헌이다.

---

132) 집회 시위의 사전제한에 관한 미국·영국·독일·일본의 비교법적 검토에 관해서는 양건, 헌법연구, 265-290면 참조.

<일본판례>

최고재 소화 29년 11월 24일, 형집8권 1866 : 신사현공안 조례 위반사건에서 집단행동에 대한 규제의 한계로서 일반 허가제로서 이를 사전에 규제하는 것은 헌법의 취지에서 보아도 허용되지 않으며, 특정한 장소 또는 방법에 대하여, 합리적이고 명확한 기준하에, 공공의 안전에 대하여 명백하고 급박한 위험을 미칠 것이 예견될 때에만 이를 불허가하는 경우에 한하여 합헌이다.

나) 집회 및 시위의 신고

옥외집회 또는 시위를 주최하고자 하는 자는 그 목적·일시(소요시간을 포함한다)·장소, 주최자(단체인 경우에는 대표자를 포함한다)·연락책임자·질서유지인의 주소·성명·직업과 연사의 주소·성명·직업·연제, 참가예정단체 및 참가예정인원과 시위방법(진로 및 약도를 포함한다)을 기재한 신고서를 옥외집회 또는 시위의 48시간전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다. 다만, 2이상의 경찰서의 관할에 속하는 경우에는 관할 지방경찰청장에게 제출하여야 하고, 2이상의 지방경찰청의 관할에 속하는 경우에는 주최지를 관할하는 지방경찰청장에게 제출하여야 한다(집시법 제6조 1항).

“주최자”라 함은 자기 명의로 자기 책임 아래 집회 또는 시위를 개최하는 사람 또는 단체를 말한다. 주최자는 주관자를 따로 두어 집회 또는 시위의 실행을 맡아 관리하도록



위임할 수 있다. 이 경우 주관자는 그 위임의 범위 안에서 주최자로 본다”(제2조 3호). “‘질서유지인’이라 함은 주최자가 자신을 보좌하여 집회 또는 시위의 질서를 유지하게 할 목적으로 임명한 자를 말한다”(제2조 4호). “집회 또는 시위의 주최자 또는 질서유지인은 특정인이나 특정단체가 집회 또는 시위에 참가하는 것을 배제할 수 있다. 다만, 언론기관의 기자는 그 출입이 보장되어야 하며, 이 경우 기자는 신분증을 제시라고 기자임을 표시하는 완장을 착용하여야 한다”(제4조).

집회 또는 시위의 주최자는 집회 또는 시위에 있어서의 질서를 유지하여야 한다(제14조 1항). 집회 또는 시위의 주최자는 집회 또는 시위의 질서유지에 관하여 자신을 보좌하게 하기 위하여 18세이상의 자를 질서유지인으로 임명할 수 있다(2항). 집회 또는 시위의 주최자는 제1항의 규정에 의한 질서를 유지할 수 없을 때에는 그 집회 또는 시위의 종결을 선언하여야 한다(3항). 집회 또는 시위의 주최자는 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다. : 1. 총포·폭발물·도검·철봉·곤봉·석괴 기타 타인의 생명·신체에 위해를 가할 수 있는 기구를 휴대 또는 사용하게 하는 행위, 2. 폭행·협박·손괴·방화 등으로 질서를 문란하게 하는 행위, 3. 신고한 목적·일시·장소·방법 등 그 범위를 현저하게 이탈하는 행위(제14조 1항). 옥내 집회의 주최자는 확성기 설치 등 주변에서의 옥외 집회를 유발하는 행위를 하여서는 아니 된다(2항).

질서 유지인은 주최자의 지시에 따라 집회 또는 시위의

질서가 유지되도록 하여야 한다(제15조 1항). 질서 유지인은 제14조 제4항 각호의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다(2항). 질서유지인은 질서유지인임을 표시한 완장을 착용하여 참가자 등이 알아 볼 수 있도록 하여야 한다(3항). 관할 경찰서장은 질서유지인의 수를 주최자와 협의하여 적정수를 조정할 수 있다(4항).

집회 또는 시위에 참가하는 자는 주최자 또는 질서유지인의 질서 유지를 위한 지시에 따라야 한다(제16조 1항). 집회 또는 시위에 참가하는 자는 제14조 제4항 제1호 및 제2호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.(2항)

신고서를 접수한 관할 경찰서장 또는 지방경찰청장(이하 “경찰관서장”이라 한다)은 접수 일시를 기재한 접수증을 즉시 신고자에게 교부하여야 한다(제6조 2항, 동조는 1991년 5월31일 개정됨). 신고서의 기재에 미비한 점이 있는 경우에는 관할 경찰관서장은 접수증을 교부한 때로부터 8시간 이내에 주최자에게 12시간을 기한으로 그 기재사항을 보완할 것을 통고할 수 있다(제7조 1항). 보완 통고는 보완할 사항을 명시하여 서면으로 하되 주최자 또는 연락 책임자에게 송달하여야 한다(제7조 2항).

#### <한국판례>

① 대판 1990.8.14, 90도870 : 집회장소 사용승락을 하지 않은 갑 대학교측의 집회저지요청에 따라 경찰관들이 갑 대학교 출입문에서 신고된 갑 대학교에서의 집회에 참가하려는 자의 출입을 저지한 것은 경찰관직무집행법 제6조의

주거침입행위에 대한 사전저지조치로 볼 수 있고, 비록 그 때문에 소정의 신고없이 을 대학교로 장소를 옮겨서 집회를 하였다 하여 그 신고없이 한 집회가 긴급피난에 해당한다고 할 수 없다.

② 대판 1991.6.28, 91도944 : 옥외시위를 주최함에 있어 관할경찰서장에게 사전신고를 하도록 의무화한 집회및시위에 관한법률 제6조 제1항의 규정은 소론이 주장하는 바와 같이 그 시위에 소요된 시간이 단시간이라거나 시위가 평화롭게 이루어졌다 하여 적용이 배제된다고 볼 수 없다.

#### 다) 집회 및 시위의 방해금지

누구든지 폭행·협박 기타의 방법으로 평화적인 집회 또는 시위를 방해하거나 질서를 문란하게 하여서는 아니 된다(제3조 1항). 누구든지 폭행·협박 기타의 방법으로 집회 또는 시위의 주최자 및 질서유지인의 이 법이 규정에 의한 임무의 수행을 방해하여서는 아니 된다(2항). 집회 또는 시위의 주최자는 평화적인 집회 또는 시위가 방해될 염려가 있다고 인정될 때에는 관할 경찰관서에 그 사실을 통고하여 보호를 요청할 수 있다. 이 경우 관할 경찰관서의 장은 정당한 이유없이 보호요청을 거절하여서는 아니 된다(3항).

#### 라) 집회 및 시위의 금지통고

신고서를 접수한 관할 경찰관서장은 신고된 옥외집회 또

는 시위가 금지대상에 속하는 집회·시위(제5조 1항)이거나 일출시간 전·일몰시간 후의 집회·시위 등일 때(제10조 1항), 그리고 신고서의 기재사항을 보완하지 아니한 때(제7조 2항), 그리고 주요도시의 주요 도로에서의 교통소통을 위해 금지할 집회 또는 시위라고 인정할 때(제12조 1항) 그 신고서를 접수한 때부터 48시간 이내에 집회 또는 시위의 금지를 주최자에게 통고할 수 있다(제8조 1항). 집회 또는 시위의 시간과 장소가 경합되는 2이상의 신고가 있고, 그 목적으로 보아 서로 상반되거나 방해가 된다고 인정될 경우에는 뒤에 접수된 집회 또는 시위에 대하여 제1항의 규정에 준하여 그 집회 또는 시위의 금지를 통고할 수 있다(제8조 2항). 집회 또는 시위의 금지통고는 그 이유를 명시하여 서면으로 하되 주최자 또는 연락책임자에게 송달하여야 한다(제8조 3항).

#### 마) 집회 및 시위의 금지통고에 대한 이의신청

집회 또는 시위의 주최자는 제8조의 규정에 의한 금지통고를 받은 때로부터 72시간 이내에 당해 경찰관서의 행정구역 관할하는 서울특별시·직할시 또는 도지사에게 이의를 신청할 수 있다(제9조 1항). 이의신청을 받은 때에는 서울특별시·직할시 또는 도지사는 접수일시를 기재한 접수증을 즉시 이의신청인에게 교부하고 접수시부터 24시간 이내에 이를 재결을 하여야 한다. 접수시부터 24시간 이내에 재결서를 발송하지 아니한 때에는 관할 경찰관서장의

금지통고는 소급하여 효력을 잃는다(제9조 2항).

금지통고가 위법 또는 부당한 것으로 재결되거나 그 효력을 잃게 된 경우에는 이의신청인은 최초에 신고한 대로 집회 또는 시위를 개최할 수 있다. 다만, 금지통고 등으로 인하여 시기를 놓친 경우에는 일시를 새로이 정하여 집회 또는 시위의 24시간전에 관할 경찰관서장에게 신고함으로써 집회 또는 시위를 개최할 수 있다(제9조 3항).

재결에 불복하는 이의신청인은 재결서를 송달받은 날로부터 10일 이내에 재결청의 소재지를 관할하는 고등법원에 행정소송을 제기할 수 있다(제9조 4항). 이 경우 법원은 3월 이내에 판결을 선고하여야 한다(제8조 5항).

#### <한국판례>

대판 1991.11.21, 91도1870 : 헌법이 보장하는 집회의 자유도 스스로의 한계가 있어 무제한의 자유가 아닌 것으로 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위하여 집회 및 시위의 주최자로 하여금 미리 일정한 사항을 신고하게 하고 신고를 받은 경찰서장이 제반사항을 검토하여 일정한 경우 위 집회 및 시위의 금지를 통고할 수 있도록 한 집회및시위에 관한법률 제6조, 제8조 및 그 금지통고에 대한 이의신청절차를 규정하고 있는 같은 법 제9조가 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

(나) 금지되는 집회 및 시위

1989년 3월 29일 개정된 집회및시위에관한법률 제3조에 서는 금지대상인 집회 또는 시위를 지나치게 광범위하게 규정하였고, 특히 제4호는 “현저히 사회적 불안을 야기할 우려가 있는 집회 또는 시위”를 제한하였다. 이에 대해 대법원은 합헌판결을 내렸지만, 헌법재판소는 한정합헌판결을 내린 바 있다. 이에 따라 1989년 3월의 법률개정으로 제3조 제4호는 삭제되었고, 제5조에서는 금지대상집회를 한정하고 있다.

#### <한국판례>

① 대판 1987.3.10, 86도1245 : 집회 및 시위에 관한 법률 제3조 1항 4호가 금지하는 현저한 사회적 불안을 야기시킬 우려가 있는 집회인가의 여부는 그 시위의 구체적인 상황을 객관적으로 평가하여 가려내는 것이므로, 위 조문이 그 구성요건을 엄격하고도 구체적으로 제정하지 아니하였다고 하여 위헌입법은 아니다.

② 헌재 1992.1.28, 89헌가8, 헌재판례집 제4권(1992), 5면 이하 : 가. “현저히 사회적 불안을 야기할 우려가 있는 집회 또는 시위”를 주최하거나 개최한 자를 처벌하고 있는 개정된 집회및시위에관한법률 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항은 문언해석상 그 적용범위가 과도하게 광범위하고 불명확하므로, 헌법상 보장된 집회의 자유를 위축시킬 수 있고 법운영당국에 의한 편의적 자의적 법운영집행을 가능하게 함으로써 법치주의와 권력분립주의 및 법운영집행을 가능하게 함으로써 법치주의와 권력분립주의 및 죄형법정

주의에 위배될 수 있으며 법집행을 받는 자에 대한 평등권 침해가 될 수 있어 기본권제한의 한계를 넘어서게 되어 위헌의 소지가 있다. 나. 그러나 체제전복을 시도하는 집회·시위나 공공의 질서에 관한 법익침해를 명백한 위협있는 집회·시위까지 집회의 자유라는 이름으로 보호하는 것이 헌법이 아닌 것이며, 대중적 집회에는 뜻밖의 자극에 의하여 군중의 흥분을 야기시켜 불특정 다수인의 생명·신체·재산 등에 위해를 줄 위험성이 내재되어 있는 것으로 이를 막자는 데도 위 조문의 취의가 있다고 할 것인즉 위 조문의 합헌적이고 긍정적인 면도 간과해서는 안될 것이므로, 헌법과의 조화, 다른 보호해야 할 법익과의 조정하에 해석상 긍정적인 면을 살리는 것이 마땅하다. 따라서 위 조문은 각 그 소정행위가 공공의 안녕과 질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석하에 헌법에 위반되지 아니한다.

누구든지 다음 각 호의 1에 해당하는 집회 또는 시위를 주최하여서는 아니 된다 : 1. 헌법재판소의 결정에 의하여 해산된 정당의 목적을 달성하기 위한 집회 또는 시위, 2. 집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 또는 시위(제5조 1항). 누구든지 제1항의 규정에 의하여 금지된 집회 또는 시위를 할 것을 선전하거나 선동하여서는 아니 된다(제5조 2항). 이와 관련하여서는 화염병사용 등의 처벌에 관한 법률이 있다.

<한국판례>

① 대판 1968.3.5, 66도1056 : 구국학생연맹의 한일협정준비무효화데모는 학생시위를 체계있고 광범위하게 전개, 한일협정비준을 무효화시키려는 운동을 한 것이지 국가의 기본조직을 강압으로 해산, 그 기능을 불가능하게 할 목적이 없었으며, ‘코민테른’을 선언서에 인용하였으나 이는 복괴를 고무·찬양한 것이라고는 볼 수 없다.

② 대판 1990.7.24, 90도470 : 피고인이 100여명의 학생들과 함께 화염병·쇠파이프 등을 들고 구호를 외치면서 시위를 하고 전경들을 체포하려고 하였다면 이는 집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호 소정의 “집단적인 협박 등의 행위로 인하여 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가한 것이 명백한 시위”에 해당한다.

③ 대판 1992.3.31, 91도3279 : 화염병과 돌맹이들을 진압경찰관을 향하여 무차별 던지는 시위현장에 피고인도 이에 적극 참여하여 판시와 같이 돌맹이를 던지는 등의 행위로 다른 사람의 화염병투척을 용이하게 하고 이로 인하여 타인의 생명 신체에 대한 위협을 발생케 하였다면 비록 피고인 자신이 직접 화염병투척의 행위는 하지 아니하였다 하더라도 그 화염병투척(사용)의 공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다.

<미국판례>

① Grayned v. City of Rockford, 408U.S.104 (1972) : 학교부근에서의 막연한 시위금지는 위헌이고 학교부근에서



수업에 지장을 주는 소란금지는 합헌이다.

② Carey, States Attorney of Cook Counts v. Broan, 447 U.S. 454(1980) : Illinois주 법률이 노동자의 피고용장소에서 시위는 허용하면서, 일반적으로 주택지에서의 시위를 금지함은 부당한 차별이다.

③ NAACP v. Claiborne Hardware Co., 458U.S.886 (1982) : 비폭력시위는 보장된다.

④ Frisby v. Schultz and Braun, 487U.S.474 (1988) : 개인주택 앞에서 옆에서 시위하는 것을 금지하고 있는 시조례는 위헌이 아니다.

#### (다) 옥외집회 및 시위의 시간 제한

누구든지 일출시간 전, 일몰시간 후에는 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다. 다만, 집회의 성격상 부득이하여 주최자가 질서유지인을 두고 미리 신고하는 경우에는 관할 경찰관서장은 질서유지를 위한 조건을 붙여 일출시간 전, 일몰시간 후에도 옥외집회를 허용할 수 있다(제10조).

#### (라) 옥외집회 및 시위의 장소 제한

누구든지 다음 각 호에 규정된 청사 또는 저택의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서의 옥외집회 또는 시위를 하여서는 아니 된다(1991.11.30 개정) : 1. 국회의사당, 각급법원, 헌법재판소, 국내주재외국의 외교기관, 2. 대통령 관저, 국회의장공관, 대법원장공관, 헌법재판소장공관, 3.

국무총리공관, 국내주재 외국의 외교사절 숙소. 다만 행진의 경우에는 예외로 한다(제11조).

<영국판례>

Chandler and others v. Director of Public Prosecutors, 1964, A.C. 763 House of Lords : 핵무기반대시위를 하기 위하여 공군기지 앞에서 시위도중 공무상비밀법 위반으로 처벌받은 사례이다. 대법원은 국방장관에 의해 그 침해, 방해, 차단이 적에게 유리한 지역으로 선언된 금지구역을 침해, 방제한 것은 위법이라고 판시하고 있다.

<일본판례>

최고재 소화 28년 12월 23일 대법정판결, 소화 27년 제 1150호 : 황거위원의 관리에 의한 국민공원관리규칙에 의거한 국민공원 사용허가신청에 대한 거부처분에 대하여 지방법원은 이를 헌법상 보장된 집회의 자유에 반하는 것으로 보아 위법한 것으로 판시하였으나 고등법원 및 대법원은 동 거부처분을 관리권의 적정한 운용을 거르친 것이라고 볼 수 없다고 보아 적법한 것으로 판시하였다.

(마) 교통소통을 위한 제한

관할 경찰관서장은 대통령령이 정하는 주요도시의 주요도로에서의 집회 또는 시위에 대하여 교통소통을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 이를 금지하거나 교통질서유지

를 위한 조건을 붙여 제한할 수 있다(제12조 1항). 집회 또는 시위의 주최자가 질서유지인을 두고 도로를 행진하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 금지를 할 수 없다(2항).

<일본판례>

최고재 소화 35년 7월 20일 대법정판결, 소화 35년 제 112호 : 도로에서 연설 또는 기타의 방법으로 사람을 모으는 것은 경우에 따라서는 도로교통의 방해가 되며 나아가서는 도로교통상의 위험의 발생 기타 공공의 안정을 해할 우려가 없지도 않으므로 연설 기타의 방법으로 사람을 모이게 하는 것은 경찰서장의 허가에 의하게 하고, 무허가로 연설 등을 위하여 사람을 모이게 하는 것을 처벌하는 것은 공공의 복지를 위하여 필요하다.

(바) 적용의 배제

학문·예술·체육·종교·의식·친목·오락·관혼상제 및 국경행사에 관한 집회는 제6조 내지 제12조의 규정을 적용하지 아니한다(제13조).

(사) 집회의 사후제한

집회의 자유를 사후에 제한할 경우에도 ‘명백하고 현존하는 위험의 원칙’등과 같은 표현의 자유의 우월적 지위에 관한 이론이 원칙적으로 적용되어야 할 것이다.

#### 가) 경찰관의 출입

경찰관은 집회 및 시위의 주최자를 통보하고 그 집회 또는 시위의 장소에 정복을 착용하고 출입할 수 있다. 다만, 옥내집회장소에서의 출입은 직무집행에 있어서 긴급성이 있는 경우에 한한다(제17조 1항). 집회나 시위의 주최자·질서유지인 또는 장소관리자는 질서를 유지하기 위한 경찰관의 직무집행에 협조하여야 한다(2항).

#### 나) 집회 또는 시위의 해산

관할 경찰관서장은 다음 각 호의 1에 해당하는 집회 또는 시위에 대하여는 상당한 시간이내에 자진 해산할 것을 요청하고 이에 응하지 아니할 때에는 해산을 명할 수 있다 : 1. 제5조 제1항, 제10조 본문 또는 제11조의 규정에 위반한 집회 또는 시위, 2. 제14조 제3항의 규정에 의한 종결선고를 한 집회 또는 시위, 3. 제6조 제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 제8조 또는 제12조 제1항의 규정에 의하여 금지된 집회 또는 시위, 4. 제10조 단서 또는 제12조의 규정에 의한 조건에 위반하여 교통소통등 질서유지에 직접적인 위험을 명백하게 초래한 집회 또는 시위(제18조 1항).

집회 또는 시위가 제1항의 규정에 의한 해산명령을 받았을 때에는 모든 참가자는 지체없이 퇴거하여야 한다(2항).

<한국판례>

① 대판 1960.6.8, 4293형상51 : 정치적 목적을 위하여 4명이 대로상에서 다수인에 대하여 만세를 고창하면서 뼈라를 살포한 피고인의 행위는 국시의大本에 입각하여 국민의 기본권에 유관한 입법을 저지·반대함을 목적으로 한 순전한 정치적 의도에서 행하여진 것을 알 수 있고, 그 방식에 있어서 또한 질서교란을 결과할 만한 것이 아님은 심분 규지할 수 있는 바, 이를 불법시하고 전혀 그 취지와 목적을 달리하는 경범죄처벌법 제1조 28호를 들어서 문책하려 함은 동법 자체 내에 규정된 동법 남용금지의 원칙에 위배된다 할 것이다.

② 대판 1960.6.22, 4292형상875 : 피고인들이 민의원에서 통과된 국가보안법 및 지방자치법의 개정법률 등 국민의 기본적 권리에 유관한 입법을 저지하고자 하는 목적 외에 타의 없음을 규지할 수 있는 바, 원심은 특히 질서의 교란이나 국가목적에 저촉됨이 없는 이러한 행위를 함부로 문책하려 함에 있어 전혀 그 취의를 달리하는 경범죄처벌법(제1조 제28호) 및 도로취체규칙(구)을 들어서 하였음은 특히 동 법규 자체 내에 규정된 동법남용금지원칙에도 위배되는 것으로서 이를 지적·비의한 상고취지에 따라 원판결은 파기를 면할 수 없다.

③ 대판 1983.2.8, 82도2655 : 피고인들이 당초부터 시위의 성격을 반미독재시위로 규정하여 반미투쟁의 상징을 시위 도중에 성조기를 소각하는 한편, 유인물에 부산미국문

화원방화사건을 찬양하고 그와 같은 행동을 선동한 내용과 한미관계를 정치경제적 종속관계로 단정하여 반미구호를 주창한 내용을 담아 이를 살포했다면, 피고인들의 행위는 그 내용이 객관적으로 주한미군의 철수를 주장하고 우리 사회의 경제체제를 미일 등 제국주의의 식민지 내지 매판 체제 또는 종속적 지배관계로 허위선전하여 반미활동을 책동하고 있는 것은 북한공산집단을 이롭게 한 것이라 볼 수 있고, 피고인들의 지식정도로 보아 피고인들은 피고인들의 행위가 반미단체인 북한공산집단을 이롭게 하는 내용이라는 것쯤은 인식하고 있었다고 볼 수 있으므로 국가보안법 제7조 1항을 적용함은 정당하다

#### <미국판례>

Lloyd Corp. Ltd. v. Tanner, 407U.S.551 (1972) : 월남전을 반대하는 집회에의 참가를 종용하는 삐라를 Lloyd쇼핑센터에 배포한 행위를 Lloyd의 보안원들이 제지하자 그 주위의 공용보도에서 삐라배포를 계속하였다. 이러한 Lloyd측의 행위에 대하여 연방지방법원은 동 쇼핑센터가 ‘공공장소와 동일한 기능’을 갖는 것으로 보고 삐라배포금지수정헌법 제14조를 통해 주를 구속하는 수정헌법 제1조의 침해를 구성한다고 판시하였다. 이미 연방대법원은 Logan Valley사건에서의 사유의 쇼핑센터내에서 그 센터 내에 있는 특정상점의 반노조적 성격을 일반에게 알리기 위해 행해진 평화적인 피켓팅은 수정헌법 제1조에 의해 보장된다고 판시하였다. 이 판결에서 ‘쇼핑센터는 공동체적 사무가

행해지는 구역'이고 공중에 자유롭게 개방되므로 동 장소는 공공장소와 동등한 기능을 갖는다는 사실을 강조하였다. 이에 대해 이 사건에서 연방대법원은 Logan Valley 사건은 '그 목적에 있어서 동 장소의 사용과 직접적인 관련성이 있는' 표현활동이나 Lloyd사건에서는 '직접적인 관련성'이 없다. Logan Valley에서와 달리 Lloyd사건에서는 주의에 뼈라배포를 위한 대체적 공공장소가 있고 따라서 사유재산의 침해를 피할 수 있다는 점에서 원심을 파기하였다.

<영국판례>

① Charge to The Bristol Grand Jury, 1832, 5C.Zp. 259n.(b) = 172 E.R.966 : 보통법상 모든 사인은 영장이나 치안판사의 재가없이 그 자신의 권한으로서 모든 가능한 수단을 동원하여 소요를 진압하기 위해 합법적으로 노력할 수 있다. 다중을 해산시킬 수 있고 또는 해산시키는 것을 도울 수 있으며 다중이 그 목적을 수행하지 못하도록 방지할 수도 있고 소요에 참가하지 못하도록 막을 수도 있다. 이것은 그의 권한일 뿐만 아니라 국왕의 충실한 신민으로서의 본분이다. 소요가 일반적이고 위험한 것일 경우에는 무장할 수도 있다. 다만 그러한 행위를 함에 있어서 모든 사람은 판사나 보안관 또는 기타의 국왕의 대리자에게 조력을 하는 것이 보다 신중한 행동이 된다. 그러나 사태가 급박한 행동을 요구하고 치안판사의 조언이나 재가를 얻을 기회가 없을 때에는 스스로 그 자신의 책임으로서 행동하

는 것이 모든 사람의 의무이다.

② *Beatty and others v. Gillbanks*, 1882, 15Box 138 Divisional Court : 구세군의 평화적 시위에 대해 Skeleton Army의 반대로 인하여 질서가 교란되자 경찰이 제지하는데도 불구하고 시위를 강행하여 유죄판결을 받은 시안에 대하여 구세군의 시위의 정당성을 인정하고 있다. 즉 구세군은 공공의 평화를 파괴하는 불법적이며 소란한 집회를 할 의사도 폭행행위를 할 목적도 없었다는 것이다. 오히려 반대로 평화의 파괴는 전적으로 Skeleton Army의 불법적이고 정당화될 수 없는 방해에 의해 유발된 것이다. 원심판결에 의하면 합법적인 행위를 한 자라도 그의 행위로 인하여 불법한 행위를 유발시키게 된 것을 알고 있는 자는 처벌할 수 있다는 결론에 이른다.

③ *Duncan v. Jones*, 1936, 1 K.B. 218 : 동일인이 개최한 집회에서 소동이 일어났던 장소에서 또 다시 동일인이 집회를 개최할 경우에는 이를 금지시킬 수 있다.

#### (마) 집회의 자유의 예외적 제한

집회의 자유는 기본권 제한의 일반원칙에 대한 예외의 경우와 마찬가지로 헌법 제76조의 긴급명령, 제77조의 계엄령에 의한 제한 및 특수신분관계에 따르는 제한(국가공무원법 제66조 등)이 있다.

#### (바) 집회의 자유의 제한의 한계



헌법 제37조 제2항 후단의 규정에 따라 집회의 자유의 ‘본질적 내용에 대한 침해’가 되는 제한은 할 수 없다. 집회의 자유의 본질적 내용에 해당되는 경우로는 사전허가제를 들 수 있다. 사전신고제라 하더라도 그것이 사실상 허가제와 마찬가지로일 경우에는 본질적 내용에 대한 침해가 된다.

#### (4) 결사의 자유

##### 1) 결사의 자유의 법적 성격·주체·효력

###### (가) 결사의 자유의 법적 성격

결사의 자유의 법적 성격에 관해서도 주관적 공권성 이외에 제도보장 혹은 객관적 가치질서성을 인정할 것이냐에 관해 논의가 있다. “결사의 자유는 자연인과 법인에 대한 개인적 자유권이며, 동시에 결사의 성립과 존속에 대한 결사제도의 보장을 뜻한다.”<sup>133)</sup> 나아가서 결사의 자유의 객관적 가치질서성을 인정하는 전제하에서 제도적 보장을 주장하기도 한다. “현대민주주의에서 결사의 자유가 올바른 여론형성 특히 정당활동의 전제가 된다는 점을 생각할 때,

---

133) 김철수, 앞의 책, 468면.

결사의 자유는 언론·출판의 자유와 마찬가지로 민주주의의 구성원리로서 객관적 가치질서에서 귀결되는 ‘제도적 보장’의 성격을 아울러 지니는 것으로 보아야 한다.”<sup>134)</sup> “... 결사의 종류·수·존립요건 등은 입법권자기 그 입법권형성권에 의해 임의로 정할 수 있지만 결사의 자유에는 결사 그 자체의 보호가 함께 내포되어 있기 때문에 정치적·경제적·학문적·예술적·사교적 결사 등 결사를 제도적으로 금지하는 입법권형성권의 행사는 허용되지 않는다는 결사제도의 보장이라는 성격을 가지고 있다.”<sup>135)</sup> “그러나 결사의 자유에 내포된 제도보장은 C. Schmitt적인 사상의 세계에서 주장되는 ‘제도보장’이 아니고, 또 P. Häberle적인 ‘제도적 기본권이론’과도 다르다는 것을 주의할 필요가 있다.”<sup>136)</sup> 반면에 제도보장을 부인하는 입장도 있다. “일반적 결사의 자유는 개인 또는 집단(단체)의 자유권적 기본권이면서 정치적 기본권이라고 하는 복합적 성격을 가진다. 종래에는 결사의 자유를 전적으로 국가에 대한 개인 및 집단의 소극적 방어권으로 이해... 오늘날 결사의 자유는 정치적 의견을 형성하고 전파하기 위한 불가결의 수단으로서 자유민주적 기본질서의 본질적 요소인 여론형성을 위한 기본적 전제가 된다. 이와 같이 헌법 제21조의 결사의 자유는 개인적 또는 집단적 자유권을 의미할 뿐 제도적 보장을 의미하는 것은 아니다.”<sup>137)</sup> 결국 결사의 자유의 법

---

134) 구병삭, 앞의 책, 447면.

135) 안용교, 앞의 책, 439면

136) 허영, 앞의 책, 539면.

137) 권영성, 앞의 책, 537면.

적 성격에 관해서는 주관적 공권성을 인정하는 전제하에서 ① 제도보장, ② 객관적 가치질서성과 제도보장, ③ 제도보장 부인으로 나누어 볼 수 있다. 생각건대 결사의 자유의 법적 성격에 관한 한 집회의 자유와는 구별되게 제도보장을 인정하는 다수설의 입장이 타당해 보인다. 다만 그 제도보장의 의미를 보는 시각은 기본적으로 기본권을 보는 시각에 따라 다소 차이가 있음을 알 수 있다.

#### (나) 주체

결사의 자유의 법적 성격을 여하히 파악하느냐의 여부에 관계없이 결사의 자유의 주체가 결정적으로 달라질 사유는 없다. 즉 그 법적 성질을 인간의 권리로 파악하든 국민의 권리로 파악하든간에 결사의 자유의 주체는 원칙적으로 국민이다. 다만 외국인이나 무국적자에 대하여도 헌법상의 원리에 입각하여 특별히 금지할 사유가 없을 경우에는 널리 인정하여야 한다. 자연인뿐만 아니라 법인도 일정한 범위 내에서 결사의 자유의 주체가 될 수 있다.

#### (다) 결사의 자유의 효력

집회의 자유의 효력과 대체로 동일하다. 결사의 자유도 개인적 공권이므로 모든 국가권력을 구속한다. 결사의 자유의 대사인적 효력에 관해서는 기본권일반이론상의 대사인적 효력에 관한 간접적용설의 원리에 따라 결사의 자유

는 보장된다.

## 2) 결사의 자유의 내용

### (가) 결사의 개념

결사라 함은 다수인이 일정한 공동의 목적을 위하여 계속적인 단체를 결성하는 것을 말한다. 즉 결사란 2인 이상의 자연인 혹은 법인이 스스로의 자의적인 의사결정에 따라서 자유롭게 그들의 공동목적 달성을 위하여 계속적으로 유지되는 단체를 결성하여 참여한 자의 당해 결사에 대한 가입과 탈퇴의 자유까지 보장되고 있는 단체를 말한다.<sup>138)</sup>

독일법상 단체의 개념은 “법적 형식에는 관계없이 다수의 자연인 또는 법인이 비교적 장기간에 걸쳐 공동의 목적을 위하여 자유의사로 결성한 조직된 의사형성에 따르는 모든 결사”로 규정되어 있다(1964년 8월 5일의 공적 결사권의 규율에 관한 법률(단체법)(BGB1. I S. 693)의 제2조 1항).<sup>139)</sup>

### <한국판례>

---

138) J. Rivero, op. cit., pp. 381-384. 결사에는 이익추구의 목적이 있을 필요성은 없다.

139) Konard Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechte der Bundesrepublik Deutschland, 15. Auflage, 계획열 역, 독일헌법원론, 삼영사, 1987, 249-250면.

대판 1982.9.28, 82도2016 : 결사라 함은 공동의 목적을 가진 특정다수인의 임의체적인 계속적 집합체라 할 것이므로 ① 결사에 구성원은 2인 이상임을 필요로 하고, ② 결사에는 공동목적이 있어야 하고, 그 공동목적이 있는 이상 그것이 결사조직의 유일한 목적임을 요하지 않고 다른 목적이 있어도 결사임에는 무방하고, ③ 결사는 다수인의 임의적 결합이어야 하고, ④ 결사는 계속성이 있어야 한다. 그러나 이 계속은 사실상 계속하여 존재함을 요하지 않고 계속시킬 의도하에서 결합된 이상 결사임에는 틀림없다. 이상 네가지 요건을 구비한 결합은 결사인 것으로 구성원이 회합한 사실이 없거나 사척이 정하여 있지 않거나, 간부가 없어도 결사의 성립에는 영향이 없고 결단식 또는 결당식, 창립의 모임같은 형식을 거치지 아니하였어도 결사의 성립에는 지장이 없으며, 또 결사의 명칭이나 대표자가 정하여져 있지 아니하여도 무방한 것이라고 풀이된다.

#### (나) 결사의 종류

##### 가) 목적에 따른 분류

결사는 목적에 따라 정치적 결사와 비정치적 결사로 구분할 수 있다. 헌법 제21조의 결사는 결사의 자유에 관한 일반법적 성격을 갖는 조항이다. 따라서 정치적 결사로서의 정당은 헌법 제8조에서 특별히 보호하는 규정을 두고 있기 때문에, 정당에 관한 헌법 제8조의 규정은 헌법 제21

조의 결사에 대한 특별법적 규정이라 할 수 있다. 또한 비정치적 결사로서 특수한 결사인 종교적 목적의 결사인 종교단체·교단은 헌법 제20조, 학문 또는 예술적 목적의 결사인 학회·예술단체는 헌법 제22조, 근로조건향상을 위한 근로자의 결사인 노동조합은 헌법 제33조의 적용을 우선적으로 받게 된다.

#### 나) 비밀성 여부에 따른 분류

결사는 그 비밀성 여부에 따라 비밀결사와 공개결사로 구분할 수 있다.

#### 다) 적용법규에 따른 분류

결사의 성립근거 및 활동규제에 관한 법규가 공법인가 사법인가에 따라 공법상 결사와 사법상 결사로 구분할 수 있다. 그러나 공법상 결사에는 결사의 자유가 원칙적으로 인정되지 않는다.

### 3) 결사의 자유의 제한

결사의 자유도 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로서 제한할 수 있다.

#### (가) 결사의 신고제

## 가) 의의

결사의 자유에 관해서는 ‘사회단체신고에관한법률’(1994년 1월7일 전면 개정)이 사전적 제한으로서 사회단체의 신고를 규정하고 있다. 이 법은 사회단체의 신고에 관한 사항을 규정함으로써 국민의 사회단체의 활동을 촉진하고 건전한 사회질서를 유지하는 데에 기여함을 목적으로 한다(제1조).

구 ‘사회단체등록에관한법률’에서의 결사의 등록제를 규정하고 있었다. 또한 등록된 단체가 목적이외의 활동을 한 때에는 등록을 취소할 수 있도록 규정하고 있었다(제8조). 그러나 동 규정의 남용가능성에 관한 비판으로 개정법률에서는 삭제되었다. “사회단체의 등록은 결사의 성립· 존속· 활동요건이 아니고, 다만 이에 관한 행동의 참고자료를 얻기 위한 수단에 지나지 않는 것이요, 결사의 활동과 조직은 등록하지 아니하고도 할 수 있다.”<sup>140)</sup> 이러한 결사

---

140) 1967.7.18 대판 65누172 : 사회단체등록에관한법률에 의하면 제3조, 제4조에 의한 등록은 헌법 제18조(현 21조)에 규정된 결사의 성립· 존속· 활동요건 등이 아니고 다만 이에 관한 행정의 참고자료를 얻기 위한 수단에 지나지 아니한다 할 것이요, 헌법 제18조에 의하면 모든 국민은 결사의 자유를 가지며 결사에 대한 허가는 인정되지 아니하는 것이고, 다만 헌법 제32조 2항(현 제37조 2항)에 의하여 결사의 자유는 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있을 뿐이며, 이에 근거하여 국가보안법 제1조, 반공법 제2조· 제3조, 형법 제114조에서는 불법결사의 조직을 금지하고 있으나 그 이외의 경우에 있어서는 모든 국민은 헌법 제18조에

의 등록제는 전면개정된 새 법률에서 신고제로 전환되었다. 경과조치(부칙 제2조)에 의하면 이 법 시행당시 종전의 사회단체등록에 관한 법률에 의하여 신고대상인 사회단체 또는 그 지부는 각각 이 법에 의하여 신고를 한 사회단체 또는 그 지부로 본다.

다만 개별법률규정에 의해 특정한 결사가 금지되는 경우도 있다. 국가보안법 제3조, 형법 제114조 등의 규정이 반국가단체 범죄단체의 결사를 금지하고 있다. 그런데 범죄단체조직죄를 규정하고 있는 형법 제114조는 첫째 구성요건이 막연하고, 둘째 범죄단체를 조직하거나 그에 가입만 하면 그 목적인 죄를 실행한 행위와 동일한 형으로 처벌한다는 점에서 죄형법정주의에 위배되는 위헌성이 제기되고 있다.<sup>141)</sup> 한편 정당법에서는 위헌선언으로 해산된 정당의 대체조직을 금지하고 있다(정당법 제42조).

프랑스에서는 1901년 법률 제3조에서 “법률이나 선량한 풍속에 반하는 불법적인 동기와 목적을 가졌거나 혹은 영토보전 및 공화제 정부형태를 침해할 목적을 가진 모든 결사”는 법원의 판결에 의하여 해산된다. 한편 극우파의 준동에 대한 대책으로서 1936년 1월 10일 법률에 의하여 일정한 결사에 대하여서는 국무회의의 심의를 거친 대통령령으로 해산을 명할 수 있도록 하고 있다. 즉 ㉠ 도로에서

---

의하여 사회단체등록에 관한 법률 제4조 1항에 의한 등록 여부에 불구하고 자유롭게 결사를 조직하고 모든 활동을 할 수 있는 권리를 보유하고 있는 것이며, 이 권리를 사회단체등록에 관한 법률에 의하여서도 이를 제한할 수 없는 것이라 할 것이요.

141) 김철수, 앞의 책, 476면.



무장시위를 야기하는 단체, ㉞ 사적인 무장전투단체, ㉟ 무력으로 공화국 체제를 침해할 목적으로 결성된 단체, 이는 자유민주적인 공화국을 부인하는 것으로서 이를 실현하기 위한 주요수단이 바로 무력이기 때문이다, ㊱ 공화국의 영토를 침해하려는 단체, ㊲ 인종주의자 단체, 이 조항은 1972년 개정법률에서 종교적, 인종적, 국적상, 언어상의 차별을 야기하는 단체로 구체화되었다. 이 법률은 1972년 단 한번 개정되었다(1972년 7월 1일 법률). 이 법률에 의거하여 1958년 제5공화국 성립이래 약40여차례 해산명령이 발동된 바 있다.<sup>142)</sup>

독일헌법상 그 목적이나 활동이 형사법에 위반되거나 헌법질서 또는 국제적 협약의 이념에 반하는 단체는 금지된다(제9조 2항).

#### <한국판례>

① 대판 4289.6.29, 4289형상60 : 형식상 국헌을 위배하여 정부를 참칭하는 단체에 해당한다 하더라도 조직과 주장이 비과학적이며 초현실적으로서 흑세무민의 소업에 불과한 것인 경우에는 국가보안법위반으로 처벌할 수 없다.

② 대판 1969.3.18, 68도1772 : 민족주의비교연구회의 주요간부직을 맡고 있음을 기화로 우리나라를 넘어뜨리고자 하는 북괴의 활동에 이익이 된다는 것을 잘 알면서 한일회담반대데모를, 그로 인하여 정부가 전복되는 지경에 이르

---

142) Jean Morange, Libertés publiques, pp.221-222.

도록 난동화시키는데 있어 민비회가 이를 주동하도록 음모 함으로써 민비회로 하여금 위에서 본 바와 같은 행위를 목적으로 하는 불법단체를 변질되게 음모했다는 것이므로 원심판결에는 반공법 제4조 제5항, 제1항 후단의 범리를 오해할 위험이 있다고 할 수 없다.

③ 대판 1973.1.16, 72도2220 : 소위 혁명위원회는 현정권이 타도된 후의 질서유지를 위한 과도적인 통치기관으로서 피고인이 구성하려던 것이므로 국가를 변란할 목적으로 결사한 것이라고 볼 수 없다.

④ 대판 1975.4.8, 74도3323 : 국가보안법 제4조는 목적범이나 그 목적의 내용은 폭력으로서 정부를 전복할 것을 기도하는 동시에 정부전복후의 새로운 정부의 수립을 구체적으로 구상함을 요한다고 해석하여야 할 것이다. 따라서 용공성이 없는 반국가단체의 경우에는 폭력에 의한 정부전복의 새 정부수립에 관한 구체적인 구상까지를 목적으로 하였느냐의 점에 관한 사실을 확정하여야 할 것이다.

⑤ 대판 1987.7.21, 87도1081 : 북한공산당의 소위 평화조국통일촉진위원회는 무력에 의하지 않고 평화적으로 대한민국전역을 공산화할 목적하에 조직된 단체이므로 국헌을 위배하여 국가변란을 목적으로 하는 단체에 상위없다.

⑥ 서울고법, 1969.11.5, 69구141 : 사위 기타 부정 등 방법으로 등록한 사실이 있을 때 사회단체의 등록을 취소할 수 있다.

⑦ 대판 1990.10.12, 90도1744 : 북한 및 조총련의 지시에 따라 구성된 종전의 한민통(한국민주회복촉진국민회의일본

본부)이 1989.2.12 명칭만을 한국민주통일연맹(한통연)으로 바꾸었을 뿐 실체에 아무런 변동이 없으므로 이는 반국가 단체라 할 것인 바, 현재까지 국가보안법이 시행되고 있는 이상 비록 한통연 주요 간부들이 범민족대회 참석을 위한 입국이 허가되었다고 해서 위 단체에 대해 국가보안법의 적용을 면제 내지 유보하겠다는 법집행의 관행이 생겨난 것이 아니니, 위 단체를 여전히 반국가단체로 볼 수 밖에 없다.

<미국판례>

① Fiske v. Kansas, 274 U.S. 380 (1927) : 캔사스주는 범죄신디칼리즘법을 제정하였다. Fiske는 I.W.W.의 창설자이며, I.W.W.현장전문은 노동계급이 고용주와 투쟁할 것을 주장하였다. 그러나 피고는 자기가 폭력을 지지한 적이 없으며 범죄신디칼리즘이 I.W.W.에 의해 옹호되고 있다는 데에 대해서도 모른다고 하였다. 이에 대해 연방대법원은 단순히 I.W.W.현장전문만으로 범죄신디칼리즘에 해당한다고 입증하기에는 불충분하다. 피고인은 전문내용을 실천함에 있어서 취해야 할 조치의 개요를 말한 적이 없으며 폭력의 사용이 필요하다고 말한 적이 없다 라고 하여 원심을 파기하였다.

② New York Ex Rel. Bryant v. Zimmermann, 278 U.S. 63 (1928) : 뉴욕주의 법률에 의하면 20명 이상의 회원을 가진 단체로서 그 가입조건으로 서약이 요구되어 있는 단체는 그 단체의 현장·회원 및 간부의 명단을 주내무장관에

게 제출하도록 규정하였다. 다만 노동조합과 기타 일정한 자선단체는 제외되었다. 나아가서 이 법률의 준수를 거부하는 단체에 그 사실을 알면서 가입하고 있는 사람은 경죄에 해당한다고 규정하고 있다. 피고는 KKK단 지부의 회원으로서 이 단체가 위 법률의 준수를 거부하고 있다는 사실을 알고 있었으며 이에 따라 유죄판결을 받았다. 이에 대해 연방대법원은 원심을 인정하고 있다. 수정헌법 제14조는 결사의 자유를 보장하고 있으나 이 자유는 경찰권의 합리적 행사에 필연적으로 종속된다. 주는 그 경찰권에 의하여 그 가입조건으로서 서약을 요구하는 단체에 대해 그 목적과 활동이 타인의 권리와 공공복리에 일치하는 범위내에 국한되도록 하기 위하여 합리적인 규제를 할 수 있다. 본건에서 문제된 법률은 주경찰권의 범위내에 속하는 것으로서 합리적인 규제이며 따라서 수정헌법 제14조에 위반되지 않는다.

③ De Jonge v. Oregon, 299U.S.353 (1937) : 오레곤주 법에 의하면 공산당선전을 포함하여 범죄 신디칼리즘을 금지하였으며 또한 범죄 신디칼리즘을 창도하는 조직이 행하는 집회에 후원하는 행위도 금하고 있었다. 이에 대해 연방대법원은 평화적 집회의 권리는 언론·출판의 자유와 동계(cognate)의 권리이다. 피고인이 공산당이라는 사실 그리고 동 집회가 공산당에 의해 개최되고 그 후원을 받았다는 사실은 주가 금지시켜야 할만큼 충분한 위협이 되지 않는다. 문제된 법률은 수정헌법 제14조에 의해 보장되는 집회의 자유를 위법하게 침해하는 것으로서 무효라고 판시하고

있다.

④ *Thomas v. Collins*, 323U.S.516 (1945) : 텍사스주법에 의하면 노동조합에의 가입을 권유하는 사람들에 대하여 주당국에 등록하도록 규정하고 있다. 이에 대해 연방대법원은 다음과 같이 판시하고 있다. 수정헌법 제1조의 언론 및 집회의 자유는 다른 헌법적 자유보다 더 중요하다. 따라서 주에 대한 ‘명백하고 현존하는 위협’이 없는 한 이들 자유는 침해되어서는 아니 된다. 주는 그 지역내에서 업무에 종사하는 사람들에 대해 등록을 요구할 권리를 가지지만, 등록을 하지 않음으로써 오는 위협은 언론 및 집회의 자유를 침범하게 될 요건의 부과를 허용할 만큼 큰 것은 아니다. 위 텍사스주법은 헌법상 보장된 언론 및 집회의 자유에 대한 위헌적 침해이며 무효이다.

⑤ *Gibony v. Empire Storage and Ice Co.*, 326U.S.490 (1949) : 업자들이 개인의 영업의 자유를 제한하기 위한 단결을 행하는데 대해 주가 이를 금지시킬 수 있음은 지극히 당연하다. 영업의 제한을 금지시키는 주법은 노동조합에도 적용할 수 있다. 주법위반을 이유로 피켓팅을 금지시키는 것은 언론의 자유의 박탈이 아니다.

⑥ *Poulos v. New Hampshire*, 345U.S.395 (1953) : 뉴햄프셔주법은 지방의회의 허가없이 공도를 행진하거나 옥외 집회를 하는 것을 금지하고 있다. 그런데 여호와의 증인이라는 종교단체는 공원에서 포교집회신청허가를 내었으나 거부되었고 그럼에도 불구하고 집회는 강행되어 법률위반으로 유죄판결을 받았다. 이에 대해 연방대법원은 이러한

주법은 시민이 질서있는 사회에 살기 위하여 지불하지 않으면 안 되는 대가로 보고 있다. 이에 대해서는 Douglas, Black판사의 반대의견이 있다.

⑦ N.A.A.C.P. v. Alabama, 357U.S.449 (1958) : 비영리 법인 단체의 회원명부의 공개에 대하여, 주당국에 의한 회원명부검사로부터의 자유는 본건에서 회원이 적법한 이익을 사적으로 추구하는 권리 및 그렇게 함으로써 타인과 자유롭게 결합할 수 있는 권리와 밀접한 것이며, 따라서 수정헌법 제14조에 의해 보호되는 것이다. 그리고 알라바마 주당국은 회원명부의 공개가 결사의 권리의 자유로운 향수에 주게 될 저지적인 효과를 정당화하기 위한 압도적인 이유를 증명할 수 없었다고 결론짓는다.

⑧ Staub v. city of Baxley, 355U.S.313 (1958) : 회비를 징수하는 단체가입을 권유하는데 허가를 요구함은 위헌이다.

⑨ Scales v. United States, 367U.S.203 (1961) : 불법한 목적과 의도를 가진 적극적 구성원에 대해서만 기소하는 것은 형사책임에 대한 합헌적 기준이라고 할 것이다. 폭력에 의한 정부전복을 창도하기 위한 단체는 헌법상 보호되는 단체가 아니다.

⑩ Edwards v. South Carolina, 372U.S.229 (1963) : 일단의 흑인들이 사우스 카롤라이나주청사앞에서 인종분리를 반대하는 평화적 시위를 하였는바, 경찰은 해산명령을 내렸고 이에 불응한 시위대는 평화파괴죄로 기소되었다. 이에 연방대법원은 시위대는 가장 본래적이고 고전적인 기본

적 권리를 행사한 것으로 보고, 이 기본권에 대한 간섭을 정당화할 만한 질서 및 복리에 대한 위협이 없었음을 판시하고 있다.

⑪ *Brotherhood of Railroad Trainmen v. Virginia*, 377U.S.1 (1964) : 조합원은 헌법에 근거한 각종의 철도입법에 의해 주어진 그들의 권리를 행사하는데 있어서 상호조언하기 위해 결사할 수 있는 권리를 가지며, 이 권리를 수정헌법 제1조의 언론 결사의 자유에 필연적으로 포함된다. 이 권리는 또한 무엇이 노조원들의 이익에 합치하는가를 결정할 대변인을 선정할 수 있는 권리를 포함한다.

⑫ *Cox v. Louisiana*, 379U.S.536 (1965) : 민간단체의 고문인 이들은 그 전날 학생시위대의 체포에 항의하여 법원건물에 이르기까지 2마일을 행진하고 노래를 불렀다. 이에 경찰은 피고인들의 행위가 무질서하다는 이유로 해산을 명하였으나 응하지 않자 최루탄을 발사하여 강제해산시켰다. 이러한 평화적 시위에 대해 교통방해혐의로 유죄인정을 할 수 있을 것인가에 대하여 연방대법원은 시위가 성질상 평화적이었으며 적대행위의 표시가 없었던 경우에 이에 대한 유죄판결은 언론 및 집회의 자유권에 대한 침해이며, 평화적 집회를 위한 도로사용에 대한 규제의 권한이 지방행정당국에 부여되어 있는 경우에 그 규제가 부당하게 차별적이고 일관성이 없을 때에는 이는 언론 및 집회의 자유에 대한 부당한 제한(*unwarranted abridgement*)이다 라고 판시하고 있다.

⑬ *Brandenburg v. Ohio*, 395U.S.444 (1969) : KKK단의

리더로서 오하이오주의 범죄신디칼리즘법에 의거하여 범죄, 사보타지, 폭력 기타 산업적 또는 정치적 개혁의 수단으로서 불법한 테러리즘을 고취한(advocate)혐의 및 범죄신디칼리즘의 교조를 가르치거나 고취시키기 위해 형성된 어떠한 단체나 다중과도 자발적으로 회합한 혐의로 기소되어 유죄판결을 받았다. 이에 대해 연방대법원은 원심을 파기하였다. 1927년에 본대법원은 캘리포니아주의 범죄신디칼리즘법을 합헌이라고 판시한 바 있는데, 동 법률의 내용은 오하이오주법과 매우 유사하다.(Whitney v. California, 274U.S.357, 1927). 동 판결의 근거는 정치경제적 변화를 일으키기 위한 폭력적 수단을 고취하는 것만으로도 주가 이를 불법화할 만큼 주의 안보에 대한 위협이 된다는 것이었다. 그러나 위 판결은 그 후의 판결에서 철저히 배척되었다(Dennis v. U.S.341U.S.494, 1951). 즉 언론·출판의 자유에 대한 헌법적 보장으로 인하여 폭력의 사용이나 법률위반의 고취가 급박한 불법행동을 유도 또는 야기시키거나 그러한 급박한 불법행동을 유도 또는 야기시킬 개연성이 있는 경우를 제외하고는 각주는 폭력사용이나 법률위반을 고취하는 행위를 금지할 수 없다. Noto v. United States, 367U.S.290, 1961에서 판시한 바와 같이 단순히 추상적으로 무력과 폭력에 의존하는 것의 도덕적 정당성 나아가 그 도덕적 필요성을 가르치는 행위는 폭력행위를 위한 단체를 준비하는 행위와 동일시할 수 없다. 이러한 구별을 하지 않는 법률은 수정헌법 제1조 및 제14조에서 보장된 자유를 부당하게 침해하는 것이다.



<프랑스판례>

Conseil constitutionnel 1971.7.16 : (사실관계) 파리경찰청이 내무부장관의 지시에 따라 ‘인민의 지지자’라는 단체의 단체결성신고접수증을 거부처분에 대해 파리행정법원은 동 처분을 무효라고 판시하였다. 이에 정부는 결사의 자유에 관한 1901년 7월 1일 법률을 개정하여 특정한 단체에 대하여 경찰국장의 발의에 따라 사법기관의 사전적 통제를 받을 수 있도록 하였다. (판결요지) 공화국법률에 의하여 확인되고 헌법전문에서 엄숙히 재확인된 기본원리하에서 결사의 자유의 원리를 이해하여야 한다. 단체는 자유롭게 조직되며, 사전신고를 제출한 것만으로써 공개될 수 있다. 결사의 조직이 비록 무효인 것으로 나타나거나 또는 불법적인 것이라 하더라도 그 유효성에 관해서 행정청이나 법원의 사전개입은 있을 수 없다. 동 판결은 결사의 자유의 사전적 제한을 금지한 판결일 뿐만 아니라 프랑스 제5공화국헌법하에서 최초로 내려진 위헌법률심판이라는 점과 헌법전문에 법적 효력의 인정 및 1789년 인권선언의 실정헌법적 가치를 인정한 최초의 판결이라는 점에서 의의가 크다.<sup>143)</sup>

나) 설립신고

---

143) 동 판결의 사실관계 및 판결문전문에 관해서는 성낙인, 프랑스헌법학, 667-680면 참조.

이 법의 적용을 받는 사회단체를 조직하거나, 조직된 사회단체의 회원수가 50인을 초과한 때에는 사회단체의 대표자는 사회단체를 조직한 날 또는 회원수가 50인을 초과한 날부터 10일 이내에 다음 각 호의 사항을 본부소재지를 관할하는 서울특별시·직할시·도지사 또는 서울특별시·직할시·도 교육감(이하 본부‘신고청’이라 한다)에게 신고하여야 한다 : 1. 명칭, 2. 정관 또는 규약, 3. 사무소의 소재지, 4. 대표자 및 주요간부의 주소·성명, 5. 조직 연월일, 6. 회원의 수(제3조 1항).

신고한 사회단체의 지부대표자는 다음 사항을 지부소재지를 관할하는 시·군·구의 장 또는 시·군·구 교육청의 교육장에게 신고하여야 한다 : 1. 본부설립신고이전에 지부를 설립한 경우 본부설립신고를 한 날로부터 10일 이내, 2. 본부설립신고후 지부를 조직한 경우 지부를 조직한 날로부터 10일 이내(2항).

신고를 하고자 하는 자는 사회단체 또는 그 지부설립신고서에 대표자 또는 지부대표자의 주민등록등본 및 취임동의서를 첨부하여야 한다(3항).

#### <미국판례>

① Shelton et al., v. Tucker et al., 364U.S.479 (1960) : 교원에게 모든 단체가입상태의 신고를 강요함은 위헌이다.

② Schamburg v. Citizens for Better Environment, 444 U.S.620 (1980) : 자선단체의 모금액중 75%를 자선사업에 충당하여야 한다는 것은 위헌이다.

③ Citizens against Rent Control v. Berkeley, 454U.S. 290 (1981) : 법안을 지지 또는 반대하기 위하여 조직된 단체에 대한 기부금을 250달러로 제한함은 집회의 결사의 자유와 표현의 자유에 위반된다.

④ Seattle Times Co. v. Rhinehart, 467U.S.20 (1984) : 종교단체 회원명부 제출명령과 동시에 명단발표를 소송당사자에게 금지시킨 것은 위헌이다.

⑤ Secretary of State of Md. v. Joseph H. Munson Co., 467U.S.947 (1984) : 자선단체 모집에 비용이 25%이상 될 수 없다는 규정은 합헌이다.

⑥ Roberts v. United States, 468U.S.609 (1984) : 청년회의소의 정회원에 여자를 배제함은 부당하다.

⑦ Board of Direction of Rotary International v. Rotary Club of Duarte, 481U.S.537 (1987) : Rotary Club 정회원에 여자를 배제함은 위헌이다.

New York State Club Association, Inc. v. City of New York, 487U.S.1 (1988) : 400인 이상의 회원을 가진 단체는 인종·성별등 차별을 할 수 없다.

#### 다) 신고의 수리 및 신고증접수

신고청이 사회단체 또는 그 지부설립신고서를 접수한 때에는 신고대장에 기재한 후 10일 이내에 신고증을 당해 신고인에게 교부하여야 한다(제4조 1항). 신고청은 이 법상 요구된 형식상 요건을 갖추지 못하였을 때에는 신고의 수

리를 거부하고 그 보정을 명할 수 있다(2항). 지부신고청이 사회단체의 지부의 설립신고를 수리한 때에는 7일 이내에 그 신고사항을 본부 신고청에 보고하여야 한다(3항).

<한국판례>

대판 1989.12.26, 87누308 전원합의체 : (다수의견) 사회단체 등록신청에 형식상의 요건불비가 없는데 등록청이 이미 설립목적 및 사업내용을 같이 하는 선등록단체가 있다 하여 그 단체와 제휴하거나 또는 등록없이 자치적으로 설립목적을 달성하는 것이 바람직하지 않다는 이유로 원고의 등록신청을 반려하였다면 그 반려신청은 사회단체등록에 관한 법률 제4조에 위반된 것이 명백하고, 국가기관이 공식으로 등록을 하여 준 단체와 등록을 받지 못한 단체 사이에는 유형, 무형의 차이가 있음을 부인할 수 없으며 특히 선등록한 단체와 경쟁관계에 서게 되는 경우 등록을 받지 못한 단체가 열세에 놓이게 되는 것은 피할 수 없으므로 이 건 등록신청의 반려는 원고의 자유로운 단체활동을 저해한다는 점에서 헌법이 보장한 결사의 자유에 역행하는 것이며 선등록한 단체의 등록은 수리하고 원고의 등록신청을 반려했다는 점에서는 헌법이 규정한 평등의 원칙에도 위반된다고 할 것이고, 행정소송에서 소의 이익이란 개념은 국가의 행정재판제도를 국민이 이용할 수 있는 한계를 구획하기 위하여 생겨난 것으로서 그 인정을 인색하게 하면 실질적으로는 재판의 거부와 같은 부작용을 낳게 될 것이므로 이 사건의 경우에는 소의 이익이 있다고 보아야 할 것

이다. (보충의견) 사회단체등록에관한법률에 의한 등록신청의 법적 성질은 사인의 공법행위로서의 신고이고 등록은 당해 신고를 수리하는 것을 의미하는 준법률행위적 행정행위라 할 것이니 법 제4조 제1항의 형식요건의 불비가 없는 데도 불구하고 등록의 거부처분을 당한 신고인은 우선 법 제10조 소정의 행정벌의 제재를 벗어나기 위하여 또한 법의 정당한 적용을 청구하는 의미에서도 위와 같은 거부처분에 대한 취소 청구를 할 이익이 있는 것이다. (반대의견) 사회단체등록에 관한 법률이 규정한 등록은 사회단체의 존속 및 활동의 요건으로서가 아니라 단순히 주무관청에서 사회단체의 현상을 파악하고 행정적 규제와 행정의 참고자료를 얻기 위한 행정편의적인 방편으로 마련한 절차에 불과한 것으로서 등록거부는 사회단체를 조직하고 활동하는데 아무런 영향을 미치지 않는다고 보아야 하며 또 이렇게 봄으로써만 위 법률의 합헌성이 유지될 수 있는 것이고, 따라서 그 등록신청을 수리하거나 거부하는 행정관청의 행위는 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 처분이라고 볼 수 없으므로 항고소송의 대상이 될 수 있는 행정처분으로서의 처분성을 결여한 것이라고 하지 않을 수 없으며, 국민은 부당한 등록거부처분에 대하여는 언제든지 그 효력을 무시할 수 있고 구태여 항고소송을 제기하여 다툴 필요는 없는 것이다.

라) 변경신고

사회단체의 설립 신고를 한 자는 신고 사항에 변경(회원수의 변경의 경우는 회원수가 50인 이하로 변경된 경우에 한한다)이 있는 때에는 그 변경이 있는 날로부터 10일 이내에 변경된 사항을 신고청에 신고하여야 한다(제5조).

#### 마) 해산신고

신고를 한 사회단체 또는 그 지부가 해산한 때에는 그 대표자가 해산한 날부터 10일이내에 사회단체 또는 지부해산신고서에 신고증을 교부하여 신고청에 신고하여야 한다(제6조).

#### (나) 적용배제

다만 다음에 예시된 특정한 단체에 대해서는 이 법을 적용하지 아니한다(제2조) : 1. 다른 법률에 의하여 행정관청의 허가·인가 또는 승인을 얻어 설립되는 단체<sup>144)</sup>, 2. 다른 법률에 의하여 행정관청에 등록 또는 신고하도록 되어 있는 단체<sup>145)</sup>, 3. 종교단체, 4. 학술의 연구 발표를 주된 목적으로 하는 단체, 5. 친목을 주된 목적으로 하는 단체, 6. 법인, 7. 체육분야등의 단체로서 대통령령이 정하는 단체,

144) 타법률에 의한 허가단체로는 의료법상 의사회와 간호사회, 인가단체로는 변호사법상 변호사회 및 토지개발사업법상 공공조합 등이 있다.

145) 노동조합법상 노동조합, 독점규제및공정거래에관한법률상 사업자단체.

8. 회원수가 50인 이하의 단체(단체조직후 그 회원수가 50인 이하로 된 경우를 포함한다).

(다) 결사의 사후제한

적법하게 성립한 결사라 할지라도 그 활동이나 목적이 원래의 목적이나 활동에 반하는 것으로 볼 수 있는 결사로서 나타날 경우는 사후적인 제한이 불가피하다. 결사의 자유를 사후에 제한할 경우에도 ‘명백하고 현존하는 위협의 원칙’등과 같은 표현의 자유의 우월적 지위에 관한 이론이 원칙적으로 적용되어야 할 것이다.

(라) 결사의 자유의 예외적 제한

결사의 자유는 기본권제한의 일반원칙에 대한 예외의 경우와 마찬가지로 헌법 제76조의 긴급명령, 제77조의 계엄령에 의한 제한 및 특수신분관계에 따르는 제한(국가공무원법 제66조 등)이 있다.

(마) 결사의 자유의 제한의 한계

헌법 제37조 제2항의 후단의 규정에 따라 집회의 자유의 ‘본질적 내용에 대한 침해’가 되는 제한은 할 수 없다. 결사의 자유의 본질적 내용에 해당되는 경우로는 사전허가제를 들 수 있다. 사전신고제라 하더라도 그것이 사실상 허

가제와 마찬가지로 경우에는 본질적 내용에 대한 침해가 된다.



# 제 4 장 재산권

김형성

(대전대학교 법대 조교수)

## 1. 서 설

오늘날 우리는 재산의식적 사회에 살고 있다. 많은 사람들은 가치있는 재산을 가지고 있고, 그것을 가지려고 하며, 정의로운 재산분배에 대해서도 말하고 있다. 인간생활에 가장 중요한 요소 중의 하나인 재산에 관한 질서는 동서고금을 막론하고 사회공동체가 해결해야 할 본질적 과제다. 특히 현대 자본주의 경제구조속에 있는 자유주의적 법치국가 시대와 사회·경제적 상황에 맞는 정의로운 재산질서를 통하여 사회구성원에게 자유의 실현과 물질적 삶의 기초를 보장한다. 자유와 재산은 어느 한쪽도 다른 쪽 없이는 생각할 수 없을 정도로 불가분의 관계에 놓여있으나 재산권이야 말로 자유를 의미있고 가치있는 것으로 만드는

것이며, 이런 점에서 자유민주적 기본질서는 재산민주적 기본질서로 변화해 가고 있다.<sup>1)</sup>

근대 시민 민주주의의 중요한 바탕 중의 하나가 바로 사유재산권의 보장이며, 개인주의적·자유주의적 사상을 기초로 했던 근대입헌주의국가에서는 재산권을 국가권력이 침해할 수 없는 인간의 신성불가침한 절대적 기본권으로 파악했었다. 봉건사회의 붕괴 후 성립한 근대시민사회는 근대 초기의 계몽사상 및 자연법사상과 로마법의 영향으로 모든 사람을 평등한 인격자로 생각하고 개인의 자유스러운 사회 활동과 소유권에 제약이나 부담이 따르지 않는 절대적인 소유권의 보장을 요구하였고, 그것을 배경으로 근대 자본주의가 급속한 발전을 하게 되었던 것이다<sup>2)</sup>. 따라서 당시의 토지소유권은 절대적 사권으로서 보장되었으며, 토지소유권의 절대성은 불란서 인권선언의 “소유권은 신성불가침”이라는 규정으로 극명하게 표현되었다.

그러나 이러한 계약자유와 절대적 소유권의 보장은 근대 시민사회의 이상을 실현시키지 못했다. 노동을 상품으로 팔 수밖에 없는 도시노동자나 소작민에게는 아무런 의미가 없었으며, “계약자유”의 미명아래 가진 자로부터 착취당하여 결국에는 부의 편재현상이 심화되고, 사회계층간의 분화와 대립갈등이 첨예화하는 상황에 이르게 되자

---

1) W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums, Berlin, 1972, S.9.

2) J. Chlosta, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, Berlin, 1975, S. 115 ff.; H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art.14 Rdnrn. 18 ff.

재산권절대의 원칙은 대폭 수정될 수밖에 없게 되었다. 형식적인 것에 그친 자유와 평등이 아니라 모든 사람에게 인간으로서의 생존권을 보장하기 위하여 바이마르(Weimar) 헌법을 효시로 하여 재산권은 더 이상 절대적인 것일 수 없고 상대화되어 공공의 이익 내지 공공복리의 증진을 위하여 의무를 부담하거나 제약을 수반하는 것으로 변화되었다. 이로써 재산권의 절대성이나 신성불가침성은 부인되고 재산권의 사회적 기속성이 논의되기에 이르렀다. 이러한 재산권의 사회적 제약 내지 사회적 기속을 강조하는 것은 재산권의 절대적 보장에서 나오는 사회적 폐단을 최소화하고 사유재산제도의 기본이념을 보호하려는 것으로서 사유재산제도의 유지·존속을 위한 최소한의 자기희생 내지 양보인 것이다.

현행 헌법은 제23조를 중심으로 모든 국민에게 물질적 삶의 터전을 마련하도록 하기 위해 포괄적 개념으로서의 재산권을 보장하고 있다. 헌법 제23조의 재산권 보장은 다른 재산권 관련규정(제 13조 제 2항의 소급입법에 의한 재산권 박탈금지, 제 22조 제 2항의 지적소유권, 제 119조의 경제에 관한 규제와 조정, 제 120조 제 1항의 특허권, 제 120조 제 2항 및 제 122조의 국토개발상 필요한 국토·자원 등에 대한 제한, 제 121조의 농지소작제도의 원칙적인 금지, 제 124조의 소비자보호를 위한 생산품규제, 제 126조의 사영기업의 국공유화 내지는 그 경영의 통제·관리의 예외적인 기능)들과 함께 국민 개개인에게 자유스러운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬

수 있도록 하고, 사유재산의 자유로운 이용·수익과 그 처분 및 상속을 보장한다. 또 이러한 보장은 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극적으로는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이다<sup>3)</sup>. 그 뿐만 아니라 재산권 규정은 재산질서에 관한 헌법적 표현으로서 국가 내에 있어서 개인의 지위와 전체로서의 사회질서를 위해 가장 중요한 의미를 지니고 있다. 따라서 사회국가 이념과 재산권의 조화로운 해석이 사회·경제질서의 형성을 위한 법적·정치적 논의의 핵심에 자리하게 되는 것은 당연한 결과이다. 즉 국민 개개인의 권리보장과 함께 재산권의 사회적 제약 내지 사회적 기속을 강조함으로써 헌법이 추구하고 있는 사회국가 이념과 재산질서의 조화를 꾀하고 있다.

이와 같은 재산권 보장의 중요성에 부응하여 헌법재판소도 그 동안 다소 부정적으로 평가받기도 했던 정치적 분야에서와는 달리 다른 어떤 기본권보다도 재산권 분야에서는 국민의 기본권 보호를 위해 적극적이고 선구자적인 역할을 해 왔다.

본 연구는 재산권보장에 관련된 헌법규정의 체계적이고 조화로운 해석을 위해 나름대로의 기준을 제공하는데 기여하고자 해석상의 문제점이 많은 부분을 중심으로 재산권에 관한 개괄적 정리를 하였다.

## 2. 헌법상 재산권 보장의 의의와 기능

---

3) 헌재판례집 5-2, 36, 44.

## (1) 재산권 보장과 자유권

헌법 제23조 제1항은 개인의 재산권을 법제도로서 뿐만 아니라 개별 재산권자의 주관적 권리로서 보장한다<sup>4)</sup>. 이 규정은 주관적 공권의 의미에 있어서 재산권적 자유외에 재산권의 객관적 법제도를 보장한다. 법적 장치로서의 재산권의 보장은 주관적 권리로서의 기본권보장에 기여하며, 사적 재산권의 보장과 개인적 자유의 기본권적 보장 사이에는 밀접한 연관성이 있다. 헌법의 재산권 보장은 계몽의 철학적 전통뿐만 아니라 재산권 보장을 인권으로서 존중하고 자유와 재산권 사이의 강한 의존관계로부터 출발하는 법치국가 헌법의 전통 위에서도 있다. 즉 재산권 보장에는 다른 기본권 보장과의 관계에서 볼 때 국민에게 재산법적 영역에 있어서 자유영역을 확보해주고 그를 통해 국민 개인의 생활에서 자기책임적 형성을 가능하게 하기 위한 기능이 추가된다<sup>5)</sup>.

원칙적으로 옳은 것으로 판단되는 자유와 재산권 사이의 보완성은 자유신장을 위한 본질적 기초의 보장이라는 의미에서 재산권 보장의 일방적 도구화로 오해되어져서는 안 된다. 헌법 제 23조 제 1항의 이해에 있어서 안정성 측면(Sicherheitsaspekt)이 배제될 수 없지만, 그러한 측면은 재산권 보장의 배타적이고 우선적인 기능규정과 내용규정에

---

4) 헌재판례집 1, 357, 370; 3, 202, 213; 5-2, 36, 44.

5) BVerfGE 24, 367, 389; 50, 290, 339.

는 적절하지 않다. 재산권 보호가 권리자의 개별적 의존성과 재산권 대상의 존재보장적 기능성에 따라 인정하게 됨으로 인해 안전성 측면은 제 23조 제 1항 제 1문의 보장내용을 전부든 제한으로 오도할 수도 있다. 그런 의미에서 헌법 제 23조 제 1항 제 1문은 생성배경으로 보나 실질적·기능적 의미에서 볼 때, 있어서도 안되고 있을 수도 없는 인격적 재산권의 보장으로 직접 연결된다<sup>6)</sup>. 따라서 자유신장의 물질적·경제적 기초를 위한 이 조항의 이러한 일방적 도구화는 최소한의 존재를 보장한다는 면에서 재산권 보장을 지나치게 노후화 시키거나 비현실적인 것으로 이끌게 될 뿐만 아니라, 그때 그때의 기능성에 상응하는 모든 재산적 지위를(특히 공법적 종류) 헌법의 재산권보호영역 속으로 무차별적으로 끌어들이는 오류를 범하게 된다<sup>7)</sup>. 이것은 국가에 의한 재산권 박탈 금지, 축소금지 그리고 대체 금지로서의 헌법 제 23조의 기본 구조와도 일치하지 않는다.

안전성 측면에 비례한 재산권 보장의 과잉되고 배타적인 기능 및 내용규정은 그 외에도 재산적 가치있는 주관적 사권의 다양한 유형을 갖고 있는 사법질서에도 적당하지 않다. 존재 유지의 도구로서 이해되는 헌법 제23조 제1항 제 1문의 보장은 항상 단지 재산적 가치있는 (최소)잔액에 한

---

6) O.Kimminich, in: Bonner Kommentar, Art. 14 Entstehungsgeschichte I 2.

7) P. Krause, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, Berlin, 1982, S. 42 ff.

정된다<sup>8)</sup>. 결과에 있어서 그리고 가치에 따를 때, 지금까지의 권리자에게 지금까지의 재산상태가 유지되는 한 내용을 결정하는 입법자는 마음대로 주관적 사권을 폐지할 수도 있고 다른 유형의 권리를 통해 대체하거나 변형할 수도 있다. 그러므로 헌법 제 23조는 일반적 재산보호라는 방향으로 권리평준화 경향을 띄게 된다.

나아가서 재산권과 자유의 보완성과 연관성은 좀 다른 차원에 놓여 있기도 하다. 즉 헌법 제 23조는 주관적 사권 즉 사회질서 형성의 수단으로서의 법적으로 인정된 의지력을 보장하고 요청한다. 그리고 개인은 자기책임하에 사적 목표달성을 통하여 법질서 및 사회질서형성에 동참한다. 그는 사회·경제적 생활에서 적절한 비율의 조정을 위한 공적 계획집행자로서 투입되는 것은 아니며, 사회생활의 결정근거 또한 공적 이해관계만은 아니다. 헌법은 사회·경제적 형성의 수단으로서 민주적으로 정당화된 고권적 행위의 전체성을 알지 못하며 사회와 경제에 관한 정치적 민주주의의 절대적 지배도 알지 못한다<sup>9)</sup>. 헌법 제 23조는 법인격으로서의 개개 국민에게 사회형성에 있어 일정한 지분을 보장한다. 따라서 개인적 사용과 요구에는 부응하나 단체경제적이고 전체사회적으로는 기능하지 않는 재산권만이 이 기본권의 의미에 있어서 재산권은 아니다. 헌법 제 23

---

8) Vgl. H.-J. Papier, aaO., Rdnr. 3; ders., Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35, S. 82.

9) Siehe demgegenüber A. Arndt, Das Problem der Wirtschaftsdemokratie in den Verfassungsentwürfen, SJZ 1946, S. 137.

조는 입법자에게 재산권의 사적 이용을 위한 행사가 공익과 자유실현 요청이 일치하는 조건을 보장하는 것이다. 즉 재산권 보장은 재산법적 영역에 있어서 사적자치의 특별한 보장형태로서 작용하며 여기에는 헌법의 법치국가원칙을 확인하는 힘의 분배 또는 권력분립 기능이 자리하고 있는 것이다<sup>10)</sup>.

뿐만 아니라 헌법 제 23조는 국가에 의한 재산박탈금지와 재산분해금지를 근거해 준다<sup>11)</sup>. 사적으로 재산가치있는 법적 지위의 보장으로 헌법 제 23조는 공권력에 의한 재산 축적의 금지를 의미하며 국가권력의 부작위 또는 불가침의무를 규정하는 것이다. 헌법의 재산권 조항에는 또 일종의 평화보장기능이 있다. 즉 선거와 정치적 다수형성이 분배에 대한 투쟁으로 타락하는 것을 방지한다. 선거와 정치적 다수를 통하여 국민의 어떤 집단이 다른 집단의 지갑에 손을 넣어서는 안 된다. 우리 사회의 재산 질서는 정치적 인기 때문에 변화하는 다수의 단기적 처분에 맡겨서는 안 된다<sup>12)</sup>.

## (2) 재산권 보장과 사회국가의 실현

헌법재판소의 판례<sup>13)</sup>에서 부분적으로 암시되고 있는 바

---

10) H.-J. Papier, VVDStRL 35, S. 83.

11) P. Krause, aaO., S. 21 ff.

12) H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 14 Rdnr. 5.

13) 헌재판례집 6-1, 543, 550: “퇴역연금수급권은 경제적 가치가 있는 권리로써 헌법 제23조에 의해 보장되는 권리이다”.



와 같이 공법적 지위를 헌법 제 23조의 재산권에 포함시키게 되면 재산권 보장규정은 또 다른 기능과 효력을 지니게 된다. 즉 자유의 조건으로서의 물질적 최저생활과 인간다운 생활을 뒷받침해 주기 위한 각종 사회보장정책은 결국 사회적 영역에 있어서의 재산권 보장을 불가피하게 할뿐만 아니라 이러한 영역에 있어서 국가의 역할과 지분을 확대시키게 되며 입법자에 의해 행해지고 책임지워진 재산분배 기능이 추가된다<sup>14)</sup>.

결국 기본권에 기속되는 국가권력은 급부채무자로 되며 기존의 급부수준을 유지할 의무를 지게 된다. 따라서 사회법적 지위의 재산권적 확보는 최소한의 재산형성과 인간다운 생활을 뒷받침하여 사회국가의 실현에 결정적 역할을 하지만 장래의 납세자의 지갑을 본의 아니게 넘보는 결과를 초래하게 된다.

공법적 지위의 재산권적 보호는 그런 의미에서 자유권 내지는 방어권을 급부참여권으로 전환시켜 사회국가의 실현에 기여하게 된다. 그러나 기본권적 급부참여권은 자유권에 고유한 엄격성과 기속성을 가지고 있지는 않다. 그것은 오히려 입법자에게 비교형량의 지침을 주고 재정적 가능성의 유보 속에 놓여 있을 따름이다. 여기에서 사회국가적 기본권의 확장으로 전통적인 방어권적 보호기능이 비례적 권리로 질적 저하될 위험성에 놓이게 될 수도 있다<sup>15)</sup>.

---

14) H. Schneider, Der verfassungsrechtliche Schutz von Renten der Sozialversicherung, Heidelberg und Karlsruhe, 1980, S. 26.

15) E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpre-

### (3) 재산권과 제도보장

재산권의 보장은 개개 권리주체에 대한 기존의 그리고 새로 생기는 구체적 권리의 보호를 의미할 뿐만 아니라 나아가서 사적 재산권이 법제도로서 유지되는 것에 대한 헌법적 확증을 포함한다<sup>16)</sup>. 이때 법제도로서의 사적재산권 보장은 생산수단의 사유를 허용하는 법률제도를 의미한다. 이러한 재산권 보장을 무엇보다 입법자를 향해서 작용되며 사유재산의 존재가능성 그리고 사적 유용성을 가능하게 하고, 사적으로 이용되는 재산에 대한 충분한 절차법적 그리고 실체법적 보장을 통하여 공동복리에 따른 의무성에도 불구하고 사회질서 속에서 확고한 위치를 가질 수 있도록 하는 규범의 핵심요소를 입법자는 충분히 고려해야 할 의무를 지게된다. 재산권의 제도보장은 개인의 법적 지위보장 즉 구체적 권리보장과 관계에 있어서는 보충적 기능을 가지며 헌법상의 재산권 개념이 확대되게 된 원인도 거기에 따른 것이다. 물론 주관적 재산권의 이질성으로 인해 제도보장에서는 단지 소수의 일반적 구조원리가 근거될 뿐이고 극히 다른 주관적 재산권에 관한 분류가 필요하게 되는 것도 그 때문이다.

헌법 제23조의 제도보장으로 헌법은 자유로운 처분에 말

---

tation, NJW 1974, S. 1536

16) 헌재판례집 1, 357, 370; 3, 202, 213; 5-2, 36, 44; 6-1, 543, 550; BVerfGE 58, 300, 339.

겨진 재산권의 존재를 보장한다. 이러한 주관적 사권으로서의 재산권 보장은 법적으로 인정된 개인의 의사력으로서 그리고 자기책임으로 이루어지는 사회질서의 형성에 공동 참여의 도구로서의 역할을 한다<sup>17)</sup>.

제도보장으로 사회생활의 특정 제도에 대한 규범적 기본 장치 그리고 제도 그 자체는 입법자에 의한 폐지나 본질적 변화로부터 보호된다. 그러나 제도의 전형적 기본구조와 제도를 유지하는 기본 노선만 그대로 유지된다면 개별 경우에 있어서 법제도의 규범적 형성은 입법자에 의한 개정으로부터 보호되지 않는다. 제도보장은 입법자에게 재산법적 영역에서 기본권적 보호를 받아야 할 핵심적 요소에 해당하는 것을 사법질서로부터 떼어내는 것을 금지한다<sup>18)</sup>. 그렇다고 해서 헌법에 근거한 개개의 법적 재화가 사적 유용성과 기본적 처분권을 통해 확인되는 사법적 지배하에 놓여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 특정 재산재가 중요한 공공복리를 위한 위협의 제거를 위해 행정법적 지배하에 놓인다고 해서 곧 법적 제도보장이 훼손되는 것은 아니다<sup>19)</sup>.

소유권자의 양도자유는 헌법 제 23조가 사유재산권을 제도로서 보장하는 법규범의 핵심요소에 속한다. 헌법 제 23조 제 1항은 소유권을 양도하는 권리를 중요한 구성부분으로 하고 있는 소유권 질서의 분야에서의 행위의 자유를 신

---

17) Siehe H.-J. Papier, VVDStRL 35, S. 82 f.

18) BVerfGE 24, 367, 389; 58, 300, 339.

19) BVerfGE 58, 300, 339.

장시킨다. 그러므로 양도금지는 극히 예외적인 경우에만 제도보장과 일치하게 된다.

양도금지가 어떤 공익을 위해 이루어진다는 것만으로는 불충분하며 정당성은 오히려 공익의 중요성과 연관된다. 즉 재산권 보장과의 관계에서 공익적 중요성이 현저하게 우선된다고 여겨질 때 비로소 가능하며 그 경우에도 엄격한 비례성원칙의 적용을 받는다<sup>20)</sup>.

법제도로서의 사유재산 제도는 주관적 기본권의 효력을 원칙적으로 강화시키는 역할을 한다. 그러나 그것은 국가가 헌법 제23조의 기본권을 향유할 수 있도록 하는 수단을 제공할 의무를 지는 것을 의미하지는 않는다. 즉 재산권의 제도보장이 효과적인 기본권 향유의 사회경제적 기본전제를 충족시켜 주는 것은 아니다. 따라서 제도보장으로서의 헌법 제23조로부터는 국가가 부담해야 할 재산분배요청이나 물질적인 기본권 전제조건 성취를 위한 개인의 주관적 급부청구권은 전혀 고려의 대상이 되지 않는다.

사유재산권의 역기능적 집중에 대한 방어는 경제재산권의 집중에 반대하는 국가의 반기업집중 입법 뿐만 아니라 재산형성을 위한 국가로부터의 장려도 요청한다. 원칙적으로 이와 관련한 국가의 법적 의무는 헌법 제 23조 제 1항 제 1문의 재산권의 제도적 보장으로부터 나온다. 사유재산의 심각한 불균형적 분배구조는 일반적으로 헌법과 경제질서에, 특수하게는 재산권의 제도보장에 잠재적인 그러나

---

20) Vgl. BVerfGE 26, 215, 222.

현존하는 위험이 된다. 사유재산권에 기초한 사회질서가 경제적·정치적 위기의 시대도 아닌데 대다수의 가지지 않은 사람들에게 의해서 주도된다는 것은 기대하기 어렵다. 따라서 생산수단에 있어서도 마찬가지로 분배구조의 위기를 극복하는 것은 단지 분별과 이성의 요청만이 아니라 헌법 제23조 제1항 제1문의 제도보장에 의한 헌법의 요청이기도 하다<sup>21)</sup>.

#### (4) 재산권 보장과 경제질서

헌법 제 23조는 개인의 구체적 재산권 뿐만 아니라 법적으로 형성된 사회질서 제도로서의 재산도 보호하고 있다. 이와 같이 사유재산 제도를 보장하고 있는 헌법상의 재산권보장규정은 우리 헌법이 추구하고 있는 경제질서의 형성에 있어서 헌법적 기초를 의미할 뿐만 아니라 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 그 바탕으로 하는 자본주의적 시장경제질서의 전제조건이다. 그러나 사유재산제도가 재산권 보장의 중요한 내용임은 부인할 수 없으니 그렇다고 해서 그것이 곧 특정경제체제를 표방하는 것은 아니다. 사유재산제도는 사인의 자유로운 활동이 폭넓게 인정되고 계약의 자유와 경쟁의 자유 등이 보장될 수 있는 어떠한 경제질서와도 조화를 이룰 수 있다<sup>22)</sup>. 따라서 재산권 보장만으로 우리 헌법의 경제질서를 결정지을 수는 없으며 다

---

21) Vgl H.-J. Papier, VVDStRL 35, S. 92.

22) 허 영, 『한국헌법론』 (서울:박영사, 1995), 454면.

른 일반적 행동자유권, 일반적 평등원칙, 직업의 자유, 결사의 자유, 근로기본권 그리고 경제조항의 제규정을 함께 검토해야 경제체제의 윤곽을 파악할 수 있을 것이다.

우리헌법이 어떤 경제체제를 표방하고 있는가 하는 문제에 대해서는 이미 대부분의 국내학설과 판례는<sup>23)</sup> 사회적 시장경제질서를 거론하고 있다. 그 헌법적 근거로써 헌법 제 119조 제 1항은 자유시장경제의 원칙을 선언하고 있고, 동조 제 2항은 사회적·경제적 약자의 보호를 위한 사회적 정의의 요청에 따라 자유방임적 자본주의가 아니라 자유시장원리를 원칙으로 하면서 자본주의 경제질서와 사회주의 경제질서간의 조화의 한 형태으로써 경제의 규제와 조정이 인정되는 수정자본주의에 입각한 사회적 시장경제질서를 우리 경제헌법의 기본원리로 삼고 있다고 한다. 그리고 헌법 제 120조 이하의 경제조항은 사회적 시장경제질서를 구체화하는 내용으로 파악하고 있다. 우리 경제헌법이 가지고 있는 이런 측면에서의 성격을 부인할 수 없음에도 불구하고 우리 경제헌법이 사회적 시장경제에 입각하고 있다는 단적인 표현에는 문제점이 있다.

우리헌법의 경제조항은 시장경제의 자기파괴적 요소를 극복하기 위해 독과점의 배제를 통해 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하여 공정한 시장기능을 유지하려고 할뿐만 아니라 적절한 소득의 분배와 경제주체간의 조화를 통해 사회적 정의의 요청에 따른 규제와 조정을 할 수 있도록

---

23) 헌재판례집 3, 268, 283(소수반대의견).

록 하고 있다. 그러나 규제·조정은 여기에서 그치는 것이 아니라 중요한 생산수단인 농지나 토지의 경우에는 이를 적극적으로 통제할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 더 나아가서 국토와 자원의 균형있는 개발·이용과 농어촌의 종합 개발과 관련하여 광범위한 계획을 할 수 있게 하고 사유재산의 국유 또는 공유까지도 규정하고 있다. 이런 헌법의 경제조항들은 부분적이긴 하나 특정분야에서의 단순한 사회적 정의의 실현이라는 차원을 넘는 내용으로 사회조정적이고 계획적인 시장경제의 특징과 사회주의 경제질서에 가까운 요소까지도 내포하고 있다. 헌법이 어떤 특정 경제헌법을 택하고 있는가는 헌법규정들의 상호의존성 속에서 도출되어져야 한다. 즉 헌법적 기본원칙은 물론이고 헌법의 제정에서 다양한 경제정책적 의도와 상이한 이념에서부터 출발한 경제에 관한 헌법 속의 특별규정들도 고려되어져야 한다.<sup>24)</sup> 따라서 경제에 관한 일련의 조항이 총체적으로 경제질서를 구성한다고 보아야 하며 이런 관점에서 볼 때 우리의 경제헌법은 사회적 시장경제질서라는 표현만으로는 수용하기 어려운 내용들을 포함하고 있으며, 그러므로 정확한 표현이 아니다. 그런 관점에서 볼 때 우리의 경제의 헌법적 기본질서는 혼합경제체제 또는 자유주의적 혼합경제체제로 보는 것이 보다 더 정확한 표현이라고 생각된다<sup>25)</sup>.

---

24) P. Badura, Grundprobleme des Wirtschaftsverfassungsrechts, JuS 1976, S. 205, 206.

25) 여기에 관해 자세한 것은 줄고 한국헌법의 경제질서, 대전대학교

뿐만 아니라 국가에 의한 통제를 규정한 경제조항을 경제의 규제와 조정에 대한 권한을 행정부에게도 부여하고 있는 헌법적 수권규정으로 볼 수밖에 없다. 특히 헌법 제 119조 제 2항의 규정에 따르면 광범위한 경제규제가 행정부의 직접적 통제하에 놓여있다. 이와 같은 경제간접적 권한을 가진 행정기관의 공적 관리와 경제적 자유의 보장이 조화될 때 이것은 바로 경제헌법의 혼합체제를 의미하는 것이다<sup>26)</sup>. 그러므로 우리헌법의 경제질서는 사회적 시장경제질서라는 표현으로는 적어도 부족하거나 부정확하다고 볼 수 있으며, 우리의 경제헌법에서 어떤 질서체계를 도출한다면 혼합경제체제가 가장 타당하다<sup>27)</sup>.

헌법재판소는 우리헌법이 추구하고 있는 경제체제가 무엇인가에 관해서 매우 신중한 입장을 보이고 있다. 노동조합의 제 3자 개입금지 조항의 헌법소원 결정에서 “헌법이 이와 같이 근로 3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서…”라고 하면서 구체적 경제체제에 대한 표현은 극도로 자제하고 있으며<sup>28)</sup>, 대한선주주식회사의 정리와 관련한 헌법소원심

---

사회과학논문집, 제11권 제2호(1992), 123면 이하 참조.

26) E. R. Huber, Grundgesetz und vertikale Preisbindung, in : Der Betriebs-Berater, 1969, S. 144 ; W. Thiele, Einführung in das Wirtschaftsverfassungsrechts, S. 99.

27) 동지: 한태연, 「한국헌법에 있어서의 재산권의 보장」, 『고시연구』 (1990.3), 185면.

28) 헌재판례집 5-1, 29, 40.



판에서도 “재산권의 보장과 사영기업의 자유를 골간으로 하는 우리헌법상의 경제적 기본질서 아래에서 사영기업의 존속 및 활동에 대한 공권력 개입의 한계를 밝혀야 하는 중요한 헌법문제가 내포되고 있고…”라는 표현으로 역시 특정경제질서의 채택을 회피하고 있다<sup>29)</sup>. 즉 판례의 태도를 종합해 보면 재산권 보장과 시장경제의 원리가 제대로 기능할 수만 있다면, 사회·경제적 상황에 따라 국가가 매우 융통성있는 경제정책을 수행할 수도 있다는 것을 간접적으로 암시하는 것으로 보인다. 뿐만 아니라 재산권 보장은 사유재산제도와 경제활동에 대한 사적자치의 원칙을 기초로하는 자본주의 시장경제질서를 기본으로 하여 국민 개인에게 자유스러운 경제활동을 통하여 생활의 기본적 수요를 스스로 충족시킬 수 있도록 하고 사유재산의 자유로운 이용·수익과 그 처분 및 상속을 보장해 주는 것이다. 헌법재판소는 나아가서 이런 재산권 보장이 자유와 창의를 보장하는 지름길이고 궁극에는 인간의 존엄과 가치를 증대시키는 최선의 방법이라고 하고있다<sup>30)</sup>. 그러므로 재산권의 보장은 혼합경제체제하에서 일어날 수 있는 다양한 경제정책적 수단의 합헌성 심사에는 핵심적 역할을 하게 된다.

### 3. 재산권 보장규정의 구조적 특성과 법적 성격

#### (1) 재산권 보장규정의 헌법구조적 특성

---

29) 헌재판례집 6-1, 462, 482.

30) 헌재판례집 5-2, 36, 44.

우리 헌법은 재산권 보장과 관련하여 여러가지 규정을 두고 있는데 이는 유용한 입법기술로 평가되는 상반구조적 특징과 헌법해석의 혼란을 초래할 수 있거나 불필요한 제한과 보장의 다중구조적 특징으로 대변될 수 있다.

### 1) 상반구조적 법규구조

헌법 제 23조 제 1항은 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하도록 하고 있는 바, 이는 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에 재산권을 제한한다는 측면보다는 재산권 형성이라는 쪽에 더 큰 의미를 부여하는 것이다. 즉 기본권형성적 법률유보라고 보는 것이 타당하다. 헌법재판소도 재산권의 구체적 모습은 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률에 형성된다고 보고 있다.<sup>31)</sup>

한편 헌법 제 23조 제 2항은 제 1항의 내용과 한계를 법률로 정한다는 규정과 결부되어 재산권의 사회적 기속이라는 재산권 행사의 헌법적 한계를 밝히고 있다. 즉 재산권형성적 법률유보와 재산권의 헌법적 한계를 동시에 규정함으로써 헌법규정의 현실적응과 현실의 헌법적응력을 높일 수 있는 상반구조적 규범구조를 택하고 있다. 이러한 규범구조는 변화하는 재산권의 개념의 측면을 고려해 볼 때 역사의 발전에 따라 커지는 헌법규범과 사회현실의 괴리를 극복하고 헌법을 실현시킬 수 있는 유용한 입법기술이

---

31) 헌재판례집 5-2, 36, 44

다<sup>32)</sup>.

## 2) 다중적 규범구조

현행 헌법은 재산권의 보장에 있어 헌법 제 23조를 중심으로 하고 있으나, 제 13조 제 2항에서는 소급입법에 의한 재산권박탈을 금지하고 있고, 또 제 22조 제 2항에서는 학문 및 예술의 자유와 관련하여 지적재산권 그리고 제 120조 제 1항에서는 특허권의 보장을 규정하고 있다.

헌법 제 23조의 재산권 개념에는 당연히 지적재산권이 포함된다는 점과 재산권 보장의 내용에 재산권 박탈금지개념이 내재되어 있다는 점을 고려하면 헌법 제 13조 제 2항의 규정과 헌법 제 22조 제 2항의 규정이 없더라도 헌법 제 23조의 규정만으로 충분히 보장할 수 있는 내용이다. 따라서 이는 불필요한 다중 내지는 중복 보장구조라 아니할 수 없다. 이러한 다중보장구조는 재산권보장의 특정내용을 관련사항과 함께 명시하여 보다 분명하게 보장하겠다는 헌법제정자의 의도가 들어 있다고 보아 긍정적으로 볼 수도 있으나, 해석에 있어서의 불필요한 혼란을 야기할 수도 있다.

이러한 다중보장구조와는 달리 헌법은 특히 토지재산권과 관련하여 헌법 제 23조에 있어서는 내용과는 별도로 헌법 제 120조, 121조, 122조, 124조, 125조, 126조 등을 통하여 직접 또는 간접으로 재산권을 제한할 수 있는 다중적

---

32) 허영, 『헌법이론과 헌법(상)』 (서울 : 박영사, 1985), 37면.

제한구조를 취하고 있다. 물론 이것을 경제조항을 통한 특화로 본다면 큰 문제가 없을 수도 있으나, 헌법 제 37조 제 2항의 일반적 법률유보 내지는 기본권제한입법의 한계 규정 내에서 해결할 수 있음에도 불구하고 이와 같은 규정들을 두고 있음은 헌법의 통일적 해석에 커다란 어려움을 야기한다. 이로 인한 문제의 심각성은 이러한 다중적 규정을 단순한 중복규정으로 볼 것인가, 아니면 의도적으로 특화된 규정으로 볼 것인가에 따라 크게 달라진다. 단순한 중복규정으로 본다면 헌법 제37조 제2항의 적용과 관련하여 큰 문제가 없겠으나, 후자의 경우라면 상황은 다르다. 이 경우에도 헌법 제 37조 제 2항에 규정된 기본권제한의 한계가 그대로 적용되어야 할 것이지, 아니면 이러한 경우의 제한에는 위 규정의 적용이 배제되는 것인지에 대해서는 해석상의 어려움이 있다. 의도적 중복규정을 수용한다는 전제하에서 해석한다면, 예컨대 토지재산권에 대해서는 사회적 기속을 다른 재산권에 비해 더 강하게 인정해야 한다는 결론에 도달할 수밖에 없다.

따라서 구체적 한계로서 비례성원칙과 관련해서는 협의의 비례성원칙의 보다 유연한 적용은 불가피하며, 본질내용침해금지원칙과 관련해서는 헌법재판소의 판례와 같이 처분권 자체가 완전히 배제되지 않는 이상 위헌으로 볼 수 없는 결과에 이르게 된다<sup>33)</sup>.

---

33) 헌재판례집 1, 357, 376 : 국토이용관리법이 규제하고자 하는 것은 모든 사유지가 아니고 투기우심지역 또는 지가폭등지역의 토지에 한정하고 있다는 점과 규제기간이 5년 이내인 점, 설사 규제되더라도

그러나 헌법의 통일적 해석이라는 측면을 생각하면 경제 조항에 있는 토지재산권과 관련된 재산권침해법률은 헌법 제 37조 제 2항에 근거하여 위헌적 침해여부가 가려지는 것이 아니고, 단지 경제조항과 무관한 재산권침해법률만 헌법 제 37조 제 2항의 적용을 받게 되어 모든 기본권침해를 전제로 한 헌법의 기본권제한 입법에 대한 한계로서의 취지에 어긋난다. 이렇게 되면 국민의 기본권영역이 경제 조항의 우회적 침투로 인하여 크게 좁혀지게 된다. 또 나아가서 경제조항의 목적에만 부합되면 관련된 재산권의 본질적 침해까지도 가능하게 되는데, 이는 헌법의 통일적 해석과는 거리가 멀 뿐만 아니라, 오늘날 재산권을 바탕으로 한 경제적 자유와 경제적 능력이 다른 기본권을 실현시키는 결정적 전제가 된다는 점을 고려할 때 이와 같은 기본권의 공동화 현상은 수긍하기 어려우며 판례의 입장도 이와는 다르다<sup>34)</sup>. 그러므로 경제조항의 법률유보에 근거한 재산권 제한도 헌법 제 37조 제 2항의 적용대상으로 보아야 한다. 이렇게 볼 때 여러 가지 재산권 제한규정은 그것이 없더라도 사회국가원리 및 경제의 규제와 조정을 통해

---

거래목적, 거래면적, 거래가격 등에 있어서 기준에 위배되지 않는 한 당연히 당국의 거래허가를 받을 수 있어 처분권이 완전히 금지되는 것은 아닌 점 및 당국의 거래불허가처분에 대하여서는 불복방법이 마련되어 있는 점 등을 종합해볼 때 토지거래허가제는(토지 등의 거래계약이 허가되었을 경우에는 제한의 해제로서 별 문제될 것이 없고 토지 등의 거래계약이 불허가 되었을 경우에도) 사유재산제도의 부정이라 보기는 어렵고 다만 그 제한의 한 형태라고 봐야 할 것이다.

34) 헌재판례집, 1. 357. 373

서, 또 재산권의 사회적 기속으로 충분히 달성할 수 있는 목적에 불과하며, 오히려 해석상의 어려움만 야기시킨다. 나아가서 위에서 본 바와 같이 헌법재판소도 경우에 따라서는 제한의 논리로 또 경우에 따라서는 보장의 논리로 특별한 객관적 기준없이 이러한 다중적 제한규범구조를 오용하고 있다. 입법적으로 해결되어야 할 문제 중의 하나이다.

## (2) 재산권 보장규정의 법적 성격

### 1) 학설

헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”라고 규정하고 있는데, 이 조항의 법적 성격에 관해서는 몇 가지 견해가 대립되고 있다.

먼저 자유권설에 의하면 재산권은 원칙적으로 자유권적 기본권이지만 그 내용과 한계가 법률로 정하여지고 그 행사도 공공복리에 적합하여야 한다는 고도의 사회적 의무성을 수반한다는 것이다<sup>35)</sup>. 여기에 반해 제도보장설에 따르면 재산권의 보장은 천부인권으로서의 보장이 아니고 개인이 재산을 사유할 수 있다는 법제도, 즉 사유재산제의 보장을 의미한다고 한다<sup>36)</sup>.

35) 예를 들어 문흥주, 『한국헌법』 (서울 : 해엄사, 1987), 290면.

36) 예를 들어 강병두, 『신헌법』 (서울 : 수학사, 1963), 176면.

이 견해는 사회적 정의를 헌법적 원칙으로 하고 있는 국가에서의 재산권 보장이란 상대적 보장이지 천부인권이 아니라는 것이다. 국내에서는 소수설에 불과하지만 우리나라의 경제질서를 사회적 시장경제로 이해하는 입장에서는 사회적 필요에 의한 사유재산에 대한 제한의 가능성을 들어 합리적 측면을 지녔다는 주장도 있다. 끝으로 절충설은 권리와 제도를 함께 보장한다는 견해이다<sup>37)</sup>.

## 2) 사건

우리나라에서의 학설과 판례도 헌법 제 23조 제 1항의 재산권보장은 사유재산을 허용하는 법률제도와 그것에 의해 인정되는 구체적인 권리를 함께 보장하는 절충설의 입장이 주류를 이루고 있다. 헌법재판소는 민법상의 점유로 인한 부동산 취득시효제도에 대한 헌법소원결정에서 재산권 보장은 개인이 현재 누리고 있는 재산권을 개인의 기본권으로 보장한다는 의미와 개인이 재산권을 향유할 수 있는 법제도로서의 사유재산제도를 보장한다는 이중적 의미를 가지고 있는 것으로 판시하고 있다<sup>38)</sup>. 독일에서의 학설과 판례<sup>39)</sup>는 기본법상 재산권 보장의 성격과 관련하여 절충설의 입장을 견지하고 있다.

재산권의 자유보장적 기능으로부터 나오는 재산권의 사

---

37) 김철수, 『헌법학개론』 (서울 : 박영사, 1995, 421면 주 3) 참조.

38) 헌재판례집 5-2, 36, 44.

39) BVerfGE 20, 352, 355; 50, 290, 339.

적 유용성과 임의처분권은 사유재산제도를 전제로 해서만 가능하기 때문에 권리·제도 동시보장설의 입장이 옳다고 생각된다. 따라서 권리보장과 제도보장의 구별이 주관적 기본권과 객관적 제도보장 사이에 대립관계를 형성하는 것으로 잘못 인식되어서는 안 된다. 현행 헌법하에서 기본권의 제도적 측면은 기본권 주체의 법적 지위를 우선적으로 강화시킨다. 즉 권리주체는 입법자가 재산권 보장을 존중하도록 요청할 수 있다. 따라서 헌법 제23조는 방어권으로 재산권자가 재산범영역에서 위헌적 법률을 통해 침해되어지는 것으로부터 보호한다. 재산권에 관해 입법형성권을 행사하는 입법권자는 사유재산제도와 그를 바탕으로 한 구체적 권리가 보장될 수 있도록 해야 한다.

#### 4. 재산권의 개념과 범위

##### (1) 재산권의 개념

헌법 제23조의 재산권 개념은 민법상의 개념과 일치하는 것은 아니다. 오늘날 재산권 개념은 공·사법상의 모든 재산적 가치있는 권리로 확장되어 있으며 이러한 확장된 개념에 대한 반론은 적절한 것으로 인정되지 못하고 있다. 재산적 영역에 관한 국민의 보호라는 측면에서 볼 때 재산권의 헌법적 개념은 민법적 개념에 얽매일 수 없으며 이것은 바로 재산권 개념의 변천 내지는 확장을 의미한다. 즉



헌법상의 재산권 개념은 민법상의 개념보다 훨씬 넓은 뿐만 아니라 내용상으로도 구속되지 않는다.

물론 이것이 절대적으로 일반법에 대한 헌법의 독립을 뜻하는 것은 아니다. 왜냐하면 재산권의 내용은 헌법에 따른 법률의 총체로부터 나오기 때문이다. 이때 재산권의 형성에 있어서 입법자는 완전히 자유롭지 못하며 재산권의 보장의 헌법적 핵심은 재산권 개념이 아니라 내용과 한계를 정하는 입법자의 이러한 한계속에 놓여 있다.

일반적으로 넓은 의미의 헌법상 재산권 개념을 전제로 할 때 헌법이 보장하는 재산권은 사법상·공법상 경제적 가치가 있는 모든 권리 또는 사회통념에 의하여 형성된 모든 재산가치적 법익을 뜻한다. 여기에는 민법상의 물권·채권과 특별법상의 권리 및 자기성취로 얻은 것이나 특별한 희생에 의해 얻은 재산가치있는 공법상의 권리도 포함한다. 기대나 기회에 대해서는 일반적으로 재산권 보장성을 인정하지 않는다. 그러나 단순한 개념적 분리는 잘못된 것이며 그것은 침해행위의 위법적 내용에 대한 고려나 신뢰관계 등을 고려해서 결정되어야 할 것이다<sup>40)</sup>. 따라서 기업의 이윤기회(Gewinnchance)에 대한 침해는 재산권 보장에 반한다<sup>41)</sup>.

## (2) 재산권의 범위

---

40) I. v. Münch, GG-Komm., Art. 14 Rdnr. 21.

41) BGHZ 76, 387, 392 f.

넓은 재산권 개념은 다양한 재산권과 대상물의 전형적 분류를 필요로 한다. 왜냐하면 그러한 넓은 개념은 재산권 보장의 보호방향의 고려하에 역시 상이한 취급을 요청하는 일련의 다른 지위를 포함하기 때문이다. 이러한 상황하에서 획일적 재산권 개념을 주장하려면 넓은 재산권 개념의 기초위에 재산적 가치 있는 권리의 추상화에 머무르게 될 것이다. 이러한 구별은 그의 개념에서가 아니라 오히려 재산권의 형성에서 출발되는 것으로 보아야 한다. 재산권 개념의 개방성은 이미 보호영역의 차원에서 여러 가지 재산적 가치있는 권리가 재산권 보장하에 어느 정도나 자리잡을 수 있는지 구별된 심사를 할 것을 요구한다. 기본권 체계적 이유나 다른 기본권에 대한 경합관계에서 볼 때도 마찬가지다. 그러므로 아래에서는 몇몇 중요한 재산권 항목을 중심으로 그 범위와 내용을 살펴보고자 한다.

### 1) 동산과 소비재

동산과 소비재에 대한 개인의 재산권은 이론없이 그리고 특별히 강하게 보호된다. 그러나 그러한 재산권의 개인적 자유에 대한 특별히 밀접한 관계로 인해, 여기서는 재산목적물의 사용이 재산권 이용이 아니라 자유권 행사로 나타나며, 따라서 헌법 제 23조의 보호 범위가 아니라 다른 자유권의 보호범위에 속한다는 결과에 이르게 된다. 거기에 반해 구입과 양도권은 재산권적으로 보호된다<sup>42)</sup>.

## 2) 토지

포괄적 개념의 재산권 보장에 있어서 중핵을 이루는 적용범위는 토지소유권을 비롯하여 토지와 관련된 각종 권리, 즉 토지재산권에 있다. 지표에 대한 독점으로서의 의미를 갖는 토지는 인간의 모든 생활과 생산활동에 있어서 결코 없어서는 안될 불가결의 기초를 이루는 것으로서 인간 생활의 기본인 동시에, 국가형성의 기반으로서 국민의 사회적, 경제적, 정치적, 그리고 문화적인 생활에 있어서 필수적 요소이다. 그런 의미에서 역사적으로도 토지의 분배와 이용이 어떤 형태로 이루어지느냐에 따라 그 사회의 사회적·경제적 질서가 달라져 왔으며, 사회구성원들의 삶의 모든 영역이 상이한 모습을 갖게 되었다. 그러므로 헌법재판소는 토지재산권의 특수한 사회적 기속성을 강조해 왔다<sup>43)</sup>. 즉 늘어나지 않으면서 없어서는 안될 토지는 자유로운 힘이나 개개인의 의사에 전적으로 맡겨져서는 안되며, 공익이 재산적 제도에 있어서 보다 광범위하고 철저하게 강조되어야 한다. 이러한 특별한 사회적 기속은 토지재산권의 내용과 한계를 정하는 입법자의 가장 중요한 활동영역 중의 하나로 되었으며, 공용침해법의 거의 유일한 적용영역이 되었다. 따라서 토지재산권과 관련하여 사법적 재산권질서 역시 상당한 정도로 행정법적 이용질서에 의해 규제된다.

---

42) BVerfGE 42, 229, 232.

43) 헌재판례집 1, 357, 371면 이하.

건축의 자유가 사실상 토지재산권의 구성요소에 해당하  
는지 그리고 오히려 구조적인 공법적 이용할당에 기인하는  
것은 아닌지 의문스럽다<sup>44)</sup>. 현행 건축법은 건축상의 이용  
성을 광범위하게 공법적으로 규정하고 있다. 따라서 추상  
적 건축자유는 인정하기 어렵지만, 그것은 건축법과 건축  
계획이 법치국가적 원칙으로부터 자유롭다는 것을 의미하  
지도 않는다. 사법상의 재산권과 공법상의 이용질서가 결  
합되어 있다. 토지의 소유권자는 법률의 범위내에서 자기  
의 땅에 건축을 할 권리가 있을 뿐만 아니라 건축계획에서  
그의 이익이 고려되도록 청구할 수도 있으며, 입법자는 건  
축관계 입법에서 재산권 보장을 존중해야 한다. 바로 그런  
점에서 재산권 보장을 사실상 토지재산권자에게 공법상의  
이용질서 형성과 관련하여 법적지위를 설정해 주기 때문에  
토지재산권과 결부된 잠재적 건축자유를 거론하는 것도 타  
당성이 있다<sup>45)</sup>.

입법자는 특정 이용가능성을 토지재산권으로부터 제외시  
킬 수도 있다. 예를 들어 별로 중요하지 않는 지하자원은  
토지에 종속되지만 반대로 경제적으로 중요한 것은 토지재  
산권으로부터 분리되며 그의 사용은 형성적 행정행위에 의  
해 부여되는 바, 광산채굴권이 여기에 해당한다. 광업권은  
사람들이 그것을 공법상 또는 사법상의 권리에 귀속시키는  
가와는 별개로 재산권 보장의 범주에 속한다.

---

44) I. v. Münch, aaO., Rdnr. 14.

45) P. Badura, in: Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 685.

### 3) 영업권

헌법 제 23조의 재산권은 설립되고 개시된 영업에 대한 권리도 포함한다<sup>46)</sup>. 영업은 영업의 본질적 존재 뿐만 아니라 영업에 사용되는 토지 및 건축물, 기타 시설물, 재고품, 채권, 영업상의 관계, 고객 등 구체적 영업에 있어 재산적 가치가 있는 모든 것을 뜻한다<sup>47)</sup>. 즉 영업은 영업권자의 손에서 통일된 구성요소로 파악되는 물적, 인적, 그리고 영업상의 모든 기타 수단의 총칭으로 이해되어야 한다. 도로에 접해 있는 영업에 있어서는 도로에서의 특별한 위치 즉 도로에서의 접촉도 영업권의 범주내에서 보호되어야 할 부분이다. 도로에 인접한 사람을 위한 외부로의 접촉은 토지재산권 뿐만 아니라 영업권의 구성요소이기도 하다<sup>48)</sup>.

공도로로의 접근과 출입이 유지되어야 하며 영업권자에게 유동교통과 유동인구의 영향이 미칠 수 있게 되어야 한다. 그러나 영업의 공도로로의 이전은 헌법 제 23조하에 보호될 수 없으며 따라서 허가를 필요로 하는 특별이용에 해당한다.

헌법 제 23조를 통한 영업권의 보장으로 영업활동 그 자체가 보장되는 것은 아니다. 재산권보호는 현존하는 구체적 가치에만 미친다. 따라서 물적, 인적 그리고 기타의 수단이라는 존재하는 조직(장치)위에 기초한 실행된 영업 및

---

46) Vgl. BVerfGE 1, 264, 276 ff.; P. Badura, in: Handbuch des Verfassungsrechts, S. 692 f.

47) BGHZ 23, 157; 45, 150, 155; BVerfGE 13, 225, 229; 45, 142, 173.

48) BGHZ 45, 150, 157; 55, 261, 263; 57, 359, 361.

기업활동 만이 제 23조의 범주에 포함된다.

장래의 그리고 아직 더 이루어져야 할 영업으로부터 나오는 이익에 대한 전망은 보호되어야 할 영업권에 속하지 않는다. 그러므로 직업 또는 영업상의 인·허가의 거부와 그것과 연관된 영업기회의 상실은 헌법 제 23조의 의미에 있어서 재산권이 아니다<sup>49)</sup>. 어떤 영업의 시작과 확장이 단지 계획되거나 준비되어 졌다고 재산권 침해가 생기는 것은 아니다. 그러나 당해 공권적 행위없이도 즉시 그리고 제한없이 영업을 할 수 있도록 설비되어 있는 경우에는 이미 존재하는 것으로서 다르게 취급되어야 한다.

영업과 관련한 재산권 보호의 광범위한 확장은 영업자에게 이익을 증가시키고 이익의 기초를 이루며 또 그것을 유지시키는데 작용하는 모든 법적 그리고 사실상 주어진 것을 다 포함하는 것으로 오해되어 저서는 안 된다. 영업은 구체적인 법적, 정치적, 경제적 그리고 지역적인 여건으로부터 이것들을 끌어낼 수는 있으나 이러한 상황과 그것으로부터 나오는 기회는 영업에 속하는 것으로 볼 수 없다<sup>50)</sup>. 밖으로부터 오는 우연한 여건의 계속에 대한 기업가의 신뢰는 일반적으로 법적으로 보호할 가치는 없다. 그러한 상황에 시장자료 역시 마찬가지다. 헌법 제 23조는 법적, 정치적 그리고 경제적 조건범주 내에서 그리고 시장환

---

49) H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 14 Rdnr. 99.

50) P. Badura, Die Rspr. des BVerfGE zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 98(1973), S. 153, 167 ff.

경으로 확인된 상황적 전제하에서 보장되며 외부로부터 주어진 여건이나 상황전제적 영업기회와 유리한 고지의 변화에 대해서까지 보장하는 것은 아니다. 단지 기업가가 그러한 여건이 장기간 또는 적어도 일정 기간 동안 유지되고 그가 그의 보호할 만한 신뢰를 토대로 특정 투자나 현저한 비용을 지출했을 경우에만 예외적으로 재산권의 보장이 된다<sup>51)</sup>. 이것은 공권력의 특정 합의, 약속 또는 그외 특별히 신뢰를 주는 행위양식 등에서 발견될 수 있다.

영업의 계속은 많은 경우 단순한 영업적 행위를 위한 것이든, 특정구조물이나 하천수와 같은 특정 자연적 요소의 사용을 위한 것이든 공법상의 허가가 유지되는 것에 종속될 수도 있다. 법률이나 주변규정에 내재된 기간이 경과하거나 행정법상 허용된 취소로 인해 불가피한 공법적 허가가 없어지면 제23조에 따른 영업권은 취소의 정지나 허가를 새로 내줄 것을 요구할 권리를 보장하지는 않는다<sup>52)</sup>.

공법적 허가의 취소와 새로운 허가의 결정이 담당공무원의 재량에 놓여있는 한 설립된 영업의 존재사실은 이익형량과 비례성심사의 요소로서 법적으로 무시할 사항은 아니다. 기존의 영업에 대하여 허가 이후 아무런 사실상 또는 법적 사항이 변화하지 않았다면 취소결정은 예외없이 재량권의 남용이다.

#### 4) 재산권 보장과 공법상 금전의무의 부과

---

51) BGHZ 45, 83, 87 f.; P. Badura, AöR 98(1973), S. 168 f.  
52) Vgl. BVerfGE 58, 300, 353.

헌법 제 23조가 국민에게 모든 재산적 가치있는 권리를 보장하고 있다는 것은 조세를 비롯한 그 외의 공법적 금전 납부의무부과에 영향을 미친다. 과거에는 제 23조가 국가의 재정권력 앞에서 별다른 의미를 갖지 못하는 것으로 이해되어 왔다. 그러나 오늘날은 조세의 부과를 통해서 국민의 재산권 침해가 발생하는 것으로 보는 것이 다수의 견해이다<sup>53)</sup>. 즉 재산권의 보장범위는 재산권보장의 기능적 의미 때문에 조세부과를 통해서도 직접 재산권침해가 생기는 것으로 간주된다. 재산권 보장과 함께 재산권적 영역에 있어서 개인적 자유공간 자기책임하의 생활형성의 유지가 기초되는데 공법상의 조세의무를 통해 이러한 자유영역이 직접 축소된다. 재산적 부담은 납세의무자에게 그의 수입재산을 자유롭게 그리고 자기의 의사결정에 따라 사용하는 것을 가로막는 결과를 초래한다. 우리 헌법재판소도 이러한 취지에 따라 국세기본법 제 35조 제 1항 제 3호의 위헌 심판에서 먼저 성립하고 공시를 갖춘 담보물권이 후에 발생하고 공시를 전혀 갖추고 있지 않은 조세 채권에 의하여 그 우선순위를 추월당함으로써, 합리적인 사유없이 저당권이 그 본래의 취지에 따른 담보기능을 발휘할 수 없게 되어 담보채권의 실현에 전혀 기여하지 못하고 있다면 그것은 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 본다<sup>54)</sup>. 뿐만 아니라 토지초과이득세법의 헌법불합치결정과 관련해서

53) H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art 14 Rdnr. 156 ff.

54) 헌재판례집 2, 245, 257; 유사판례로서 헌재판례집 3, 569, 577.



도 헌법재판소는 토초세법상 여러 과세기간에 걸쳐 장기간 토지를 보유하는 경우, 조세 보유기간 동안의 지가의 변동 상황에 대처함에 있어서는 아무런 보충규정도 두고 있지 않은 결과, 장기간에 걸쳐 지가의 상승과 하락이 반복되는 경우에 최초 과세기간 개시일의 지가와 비교할 때는 아무런 토지초과이익이 없을 경우에도 그 과세기간에 대한 토초세를 부담하지 않을 수 없는 불합리한 결과가 발생할 수 있게 되고, 이는 토초세 과세로 인하여 원본 자체가 잠식되는 경우로서 소득세인 토초세의 본질에도 반함으로써 사유재산권 보장의 취지에 반한다고 하며, 토초세는 그 계층의 객관성 보장이 심히 어려운 미실현이익을 과세 대상으로 삼고 있는 관계로 토초세 세율을 현행법과 같이 고율로 하는 경우에는 자칫 가공이익에 대한 과세가 되어 원본잠식으로 인한 재산권 침해의 우려가 큰 것으로 보고 있다.<sup>55)</sup>

독일 연방 헌법재판소도 국가에 의한 조세권을 통해 재산권 침해의 발생가능성을 적극적으로 인정하고 있으며 판례에 따르면 납부의무가 국민을 과도하게 부담지우며 그의 재산관계를 근본적으로 침해하는 극단적 경우에는 예외없는 재산권 침해를 인정하고 있다<sup>56)</sup>. 특히 토지초과이익세나 양도소득세와 같이 조정적 조세의 합헌성 심사에는 비례성원칙이 유용한 기준이 되고 있다.<sup>57)</sup>

55) 헌재결 1994. 7. 29, 92 헌바 49, 52(병합)

56) BVerfGE 50, 290, 339.

57) 여기에 관해서 자세한 것은 Kim, Hyung Sung, Die Bedeutung des

## 5) 재산권 보장과 화폐가치의 절하

물가인상과정은 화폐가치의 축소로 이어지며, 경우에 따라서는 원래의 교환가치와 구매력의 부분적 상실로 연결되고 이것은 일정한 조건하에서는 헌법 제 23조의 재산권 보장과 연관된다. 동전과 지폐로 구체화된 화폐는 민법상 동산에 해당한다<sup>58)</sup>. 사법질서에 있어서 화폐의 지위는 구매력의 주체라는 그것의 경제적 기능이나 특성보다 오히려 화폐가 동산이라는 사실에 의해 결정된다.

헌법이론이 화폐에 대한 물권적 성격을 인정하고 돈이라는 동산에 대한 소유권을 확인하는 한, 또 그렇기 때문에 화폐는 제 23조의 보호영역하에 있다. 그렇기 때문에 학설과 판례에 따르면, 화폐의 국가적 가치 보장이나 안정은 화폐가치의 유지를 위한 통화정책적 또는 경제정책적 노력을 포함하는 것은 아니며, 따라서 안정된 통화에 대한 기본권을 부정하며 화폐가치에 대한 헌법적 보호나 권리보장은 없는 것으로 보고 있다<sup>59)</sup>.

헌법 제 23조의 기본권 속에 돈을 포함시키는 것은 재산권 보장의 기능과 관련하여 교환가치의 원칙적 보장을 의미한다<sup>60)</sup>. 헌법상의 재산권 보장은 배타적으로 돈을 민법

---

Verhältnismäßigkeitsprinzips bei den wirtschaftslenkenden Gesetzen, Göttingen 1988, Diss., S. 137 ff.

58) Vgl. E. Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl, 1979, S. 17.

59) BVerfGE, HFR 1969, S. 347; H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 14 Rdnr. 175.

적 개념인 동산이나 물권적 질서의 객체로서 파악하게 되면 불가능하다. 왜냐하면 화폐에는 물건에 비할만한 그리고 교환가치로부터 독립된 점유 내지는 사용가치가 없기 때문이다. 즉 제 23조의 보장으로부터 교환가치를 배제시키게 되면 화폐는 교환가치로부터 독립되고 독자적인 사용가치가 없으므로 자기책임적 활동을 위한 자유영역을 보장받기 어렵게 된다. 그러나 화폐를 제 23조의 재산권 보호범위 속에 포함시키는 것은 오늘날의 사회적 그리고 경제적 조건하에서는 물건으로서의 가치에만 아니라 화폐가치에도 경제적으로 보장된 개인의 신장을 위한 근본적 의미가 부여된다는 인식에 더 큰 이유가 있다<sup>61)</sup>.

이러한 기능과 관련해 볼 때 재산권 보장은 화폐의 교환가치보장으로 되고 그것은 곧 화폐의 구매력이나 교환가치의 저하는 헌법 제 23조의 의미에 있어서의 재산권 침해를 뜻하게 된다. 따라서 국가의 재정목적을 위한 행위가 화폐가치의 저하의 직접적인 원인으로 작용되는 극단적인 경우에는 재산권 침해의 가능성이 고려되어질 수 있다<sup>62)</sup>.

## 6) 특분재산권

회사법적으로 생겨난 주식과 같은 지분재산권 역시 헌법 제 23조의 재산권 보호 영역에 속한다<sup>63)</sup>. 주식은 회원권적

---

60) H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art 14 Rdnr. 176.

61) H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art 14 Rdnr. 176.

62) Vgl. H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art 14 Rdnr.

177.

요소와 재산권적 요소를 동시에 지니며 따라서 소유자에게 이익분배와 관련하여 회원으로서의 권리뿐만 아니라 재산권적 청구권도 보장된다. 지분소유권의 특성은 권리의 처분을 제외하면 그것이 권리자에 의해 직접 이용될 수 없으며 그것의 처분은 오로지 회사의 기관들을 통해서만 인정된다는 점에 있다. 지분권자의 처분권은 회사의 종류와 형식에 따라 다양하며 그 범위에 있어서도 단순한 지분소유권자와 자기의 재산을 직접 운용하고 그것에 대해 전적인 책임을 지는 기업소유권자 사이의 차이에 따라 다를 수밖에 없다. 그러므로 여기에서는 지분소유권의 내용과 한계를 정하는 입법자의 형성권이 결정적 의미를 갖게 된다<sup>64)</sup>.

## 7) 기업에 대한 재산권

헌법 제 23조는 기업, 특히 기업을 경영하는 회사에 대한 기업가의 재산권을 인정한다. 이것은 회사의 외부적 관계뿐만 아니라 회사의 내부적 의사형성에 있어서도 마찬가지로 지이다. 즉 재산권 보장은 기업의 의사 결정을 규정하는 절차, 기구 그리고 당해 기업 또는 회사를 기능적 무능력으로 이끌 수도 있는 공동의사 결정권으로부터 기업소유권을 보호한다. 예를 들면 기업의 의사 형성과정의 너무 복잡하게 형성되어 있어서 수긍할만한 시간적·물적 비용으로도 기업의 어떤 중요한 결정이 내려질 수 없는 경우가

---

63) Vgl. BVerfGE 25, 371, 407; 50, 290, 341 ff.

64) BVerfGE 50, 290, 351, f.

이에 해당할 수 있다<sup>65)</sup>.

## 8) 상속권

우리 헌법은 바이마르(Weimar)헌법이나 독일 헌법과는 달리 재산권 보장규정에 상속권에 관해서는 따로 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 명문규정의 유무를 떠나서 상속권의 보장은 무릇 사유재산제가 인정되고 있는 한 당연히 인정되어야 할 권리이다. 상속권은 재산권으로부터 따로 독립시켜 생각할 수 없는 불가분의 부분을 이룬다<sup>66)</sup>. 오늘날 대다수의 사람들에게 있어서 생존의 기초와 자주적인 생활형성의 가능성은 기득 재산에 의해서가 아니라 주로 노동과 그 밖의 작업에 의한 수입에 의존하고 있다. 상속권은 바로 이런 측면에서 볼 때 노동의 성과를 다음 세대로 연결해 주는 하나의 방법을 의미하기 때문에 상속권의 보장없는 재산권의 보장은 항구적이지 못하여 부분보장에 그치게 된다. 따라서 재산권 보장에 있어서 상속권의 배제는 사유재산제의 본질내용을 침해하게 된다. 이러한 상속권은 동시에 유언자(피상속인)에게 상속의 자유 내지는 유언의 자유도 보장한다<sup>67)</sup>. 유언자의 처분권과 상속인의 재산취득권(Eigentumserwerbsrecht)은 기본권으로 보장되는 상속권자유의 불가분적 구성요소다<sup>68)</sup>.

---

65) BVerfGE 50, 290, 351 f.

66) 한태연, 『헌법학』 (서울 : 법문사, 1985), 193면.

67) O. Kimminich, aaO., Art. 14 Rdnr. 94.

68) H.-J. Papier, in : Maunz/Dürig, GG-Komm, Art 14 Rdnr. 241.

## 9) 공법상의 지위

재산적 가치가 있는 공법상의 청구권이 헌법 제 23조에 의해서 보호되는 권리인가에 대해서는 학설이나 판례의 입장이 확실하게 정리되어 있지는 않은 바, 연방대법원은 제한없이 인정하는 입장이었으나<sup>69)</sup> 독일연방헌법재판소는 오히려 부정하는 입장이었다가 그 후에는 공법적 청구권의 종류에 따라 구분하게 되었다<sup>70)</sup>. 여기에 대해서는 원인관계에 의한 구별기준이 매우 유용하다고 생각된다. 우선 자기책임적 성취를 통해서 얻어진 모든 재산가치있는 공적권리는 재산권 보장의 범위 내에 있다. 즉 급여의 원인관계로서 일정한 기여에 대한 반대급부(erdiente Leistung)를 내용으로 하는 청구권만이 재산권적 보호의 대상이 된다는 것이다<sup>71)</sup>. 이러한 기준에 따른 공무원의 급여나 연금청구권 등은 재산권적 보호의 대상이 된다. 헌법재판소도 군인연금법에 관한 위헌심판에서 “퇴역연금은 군인이 장기간 충실히 복무한 공로에 대한 공적보상으로서 지급된다고 하는 은혜적인 성질을 갖는 한편 퇴직연금 중 기여금에 상당한 부분만은 봉급연불적인 성질을 갖는다 할 것이다.”라고 판시하면서 연금수급권자의 기여부분에 대해서는 재산권적 보호의 대상임을 밝히고 있다.<sup>72)</sup>

69) BGHZ 6, 270, 278.

70) BVerfGE 4, 219, 240 f.; 14, 288, 293; 45, 142, 170; 53, 257, 289 f.

71) BVerfGE 53, 257, 291 f.

72) 헌재판례집 6-1, 543, 549.

그러나 사회보장적 성격을 가진 청구권이나 기대는 그 대상에서 제외된다. 따라서 생활보호법에 의한 급여 및 노인수당 등 각종 수당제도에 의한 급여는 재산권적 보호대상이 아니다. 사회보험급여와 관련해서는 개인의 일정한 기여에 의해 형성된 부분과 순수 사회목적적 고려에서 주어지는 급여의 비율에 따라 재산권적 보호의 정도가 다르게 나타난다<sup>73)</sup>.

다음으로는 생명, 신체 자유와 재산에 대한 특별한 희생을 통해 생긴 공법상의 보상청구권에 관한 것이다. 이 사회보상급여는 순수한 사회목적적인 이유에서 국가로부터 일방적으로 주어지는 급여가 아니다. 생명 및 신체의 손상이란 개인의 특별한 희생에 대한 반대급부라는 점과 자본 및 노동과 개인의 희생을 재산권적으로 동등한 가치로 인정하는 일반적 견해를 고려해 볼 때 사회보상급여에도 재산권적 보호를 인정하는 것이 타당하다고 생각된다<sup>74)</sup>

## 5. 재산권 보장의 주체와 제 3자적 효력

### (1) 재산권 보장의 주체

기본권의 주체는 대한민국 국민만이 아니라 경우에 따라서는 모든 사람이다. 기본권 주체라는 의미에서 볼 때 헌법 제 23조의 경우는 모든 사람에게 보장되는 기본권이다.

---

73) BVerfGE 53, 257, 292.

74) 전광석, 「재산권과 사회보장청구권」, 『고시연구』(1991. 5), 81면.

제 23조의 기본권은 내국법인에게도 인정되지만 사법상의 법인에게만 해당된다. 공법상의 법인은 본질적으로는 기본권의 주체가 아니며 따라서 재산권의 주체도 아니다<sup>75)</sup>. 이것은 공적 과제의 해결을 위한 권력적 작용과 관련해서 뿐만 아니라 공적과제 해결영역 밖에서도 마찬가지다. 재산권 보장은 기본권 주체에게 재산법적 영역에서 자유로운 영역을 확보해주는 기능을 가지며 따라서 사인의 손에 있는 재산만을 보호하며, 그럴 경우에만 재산권 보장의 기능적 의미에 충분할 수 있다. 사유재산권은 제 23조를 근거로 우리 사회의 질서로서 특별한 가치를 지니고 있으나, 공법상의 법인 수중에 있는 재산권은 사적 자치, 사적 이용성 그리고 개별적 자기책임성의 기초가 될 수 없다<sup>76)</sup>.

독일의 경우 기본법 제 19조 제 3항에서 기본권의 본질에 따라 적용이 가능한 경우에는 내국법인에게도 기본권 주체성을 인정하고 있다. 그런 규정을 갖고 있지 않은 우리의 경우에도 이러한 맥락에서의 내국법인에 기본권 주체성을 인정함에는 이론이 없다. 다만 이 경우에는 다른 기본권 주체들과 연계해서 가능할 것이다. 여기에 따라 재산권을 포함한 기본권적 자유권은 그의 본질에 따라 원칙적으로 오직 사법상의 단체에게만 가능하며, 그러한 경우에도 법인을 기본권 주체의 범주에 포함시키는 것은 법인의 구성과 활동이 자연인의 자유로운 신장의 표현으로 볼 수 있는 경우에만 해당하는 것으로 보아야 한다<sup>77)</sup>.

---

75) Siehe BVerfGE 21, 362 ff.; 45, 63 ff.

76) Vgl. BVerfG, NJW 1982, S. 2173, 2175.



이런 논리에 따라 독일연방헌법재판소도 공법상 법인의 기본권 주체성을 극히 제한하고 있다<sup>78)</sup>. 즉 구성원의 개별 권리의 관리자로서 증명될 수 있는 경우, 예를 들어 대학의 경우가 여기에 해당되고, 이러한 예시를 충족시키는 전제조건이 지방자치단체의 경우에는 존재하지 않는 것으로 보고 있다<sup>79)</sup>. 따라서 공기업의 경우 공법적 주체가 모든 지분을 소유하고 있는 경우는 물론이고 사법인이라 하더라도 공법적 주체가 모든 지분을 소유하고 있는 한 기본권주체로서의 자격을 인정받기는 어렵다. 기본권 주체성은 조직형태의 선택에 달려 있지 않다<sup>80)</sup>. 공법적 목적을 달성하기 위해 어떠한 조직형태를 취할 것인가는 일반적으로 형성주체의 재량에 달려 있어서 조직의 지위와 관련하여 자유로운 선택이 가능하기 때문에 기본권 주체성의 인정 여부는 반드시 이와 일치하지 않는다. 이와 관련하여 법인에게는 헌법소원권도 고려되지 않는다.

## (2) 재산권 보장과 제 3자적 효력

헌법 제 23조로부터 나오는 기본권의 대상자는 국가와 기타 공법상의 법인에 한정되며 사적 주체는 여기에 속하지 않는다. 기본권은 공권력의 권력적 그리고 비권력적 내지는 사법적 활동에 있어서 보조 역할을 하는 것이 직접

---

77) BVerfGE 21, 362, 369.

78) BVerfGE 15, 256, 262; 21, 362, 373 f.; 45, 63, 79; 53, 366, 387.

79) G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG-Komm, Art 19 Abs. 3, Rdnr 48.

80) Vgl, BVerfGE 45, 63, 80.

적인 제 3자적 효력은 인정되지 않는다<sup>81)</sup>. 다시 말해 재산권 보장은 직접 사인을 구속하지 않는다. 사법적 질서에 제 23조의 영향을 얼마나 고려할 것인가는 우선적으로 사법입법자의 과제다.

물론 그것은 일반적인 사법을 해석하고 적용하는 국가기관이 특히 사법의 불확정 개념이나 일반 조항의 해석과 적용에 있어서 사유재산권을 위한 헌법 제정자의 기본적인 가치결정을 충분히 인정해야 하며 또 그것을 기초로 해야 한다는 점을 배제하지는 않는다. 사법질서에 구체화되어야 할 불확정 개념과 일반조항이 발견되면 법적용자는 구체화 과정에서 전체 법질서의 원칙으로서 작용하는 기본권의 기능을 존중해야 한다<sup>82)</sup>. 여기에서 기본권은 자유에 대한 최소보장을 의미하고 사법질서는 사적 자치에 보다 넓은 활동영역을 제공하려고 한다는 점이 고려되어야 한다. 이것은 기본권 구속이라는 미명하게 축소되어질 수 없다. 보통 사법적 거래에 있어서는 제 3자의 기본권도 존중되어져서 한쪽 당사자의 기본권에 대한 일방적 고려는 일어날 수 없다. 법적용자는 이러한 경우에 해석과 이익형량 과정에서 공동체의 객관적 질서요소로서의 해당 기본권을 생각해야 한다. 만약 그가 개별 기본권을 무시하고 전체법질서의 원칙으로서의 기본권의 가치를 오해하면 위헌적 적용을 하는 것이 된다.

공동체의 객관적 질서요소로서의 기본권은 그것 없이는

---

81) G. Dürig, aaO., Art, 1 Abs. 3, Rdnrn 127 ff.

82) Vgl. BVerfGE 7, 198, 205 ff.; 25, 256, 263 ff.

전체 법질서의 법적 윤리가 성립될 수 없는 이원 구조나 모순에 빠지게 되는 자유에 대한 최소한을 보장할 수 있다. 바꾸어 말해 사법 질서에 대한 기본권의 영향은 기본권 보장과 사적 자치의 형성 영역의 조치에 대한 최소한의 기준을 달성할 수 있는 것에 불과하다. 헌법 제 23조의 간접적 3자효는 무엇보다도 전체 법질서의 객관적 원칙으로서의 기본권 제한의 정도에 달려 있다. 여기에 따라서 기본권의 객관적 보장기능이 어느 정도 남아 있으며, 또 얼마나 광범위하게 그리고 얼마나 집중적으로 재산권이 사법적 거래에서 활용되는가가 본질적 문제인데, 이것은 다시 얼마만한 사회적 그리고 경제적 힘으로 기본권 제한이 이루어지는가에 달려다<sup>83)</sup>. 사법상의 거래에 있어서 기본권제한이 헌법적으로 정당화된 근거에 의해서 이루어질 수 있는지, 가능하다면 얼마나 될 수 있는지, 그리고 그러한 근거가 기본권적으로 보호된 활동의 결과인지도 중요하다. 그런 경우라면 구체적으로는 모순되더라도 기본권적으로 보호된 이익은 상호 교량 되어져야 한다<sup>84)</sup>.

## 6. 재산권의 사회적 기속

### (1) 사회적 기속의 의의

---

83) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD., 14 Aufl., Karlsruhe, 1984, S. 142, Rdnr. 357.

84) H.-J. Papier, in : Maunz/Dürig, GG-Komm., Art 14 Rdnr. 207.

재산권의 사회적 기속은 자본주의의 역사적 발전에 기인한 사회 모순의 심화에 따른 사상적 변화의 표정으로 재산권 절대의 원칙으로 집약되는 개인주의적·자유주의적 재산권 관념이 상대화됨으로써 재산권의 사회 공동체에의 기속을 인정하여 재산 질서의 형성에 관한 임무와 권한을 부여하며, 다른 한편으로는 재산권자에게 공익을 고려하여 그 권리를 행사할 것을 명하는 것으로, 소극적으로는 보상부 공용침해의 반대개념<sup>85)</sup>으로서 보상 없는 재산권의 제한을 의미하여 적극적으로는 타인의 생존적 재산권의 보장, 국가전체의 부의 효율적인 향상, 빈부격차 해소, 토지소유의 편중 규제, 토지거래규제, 개발이익 환수 등 사회정의에 따른 재산질서의 형성과 그에 따르는 제한을 의미한다. 재산권의 사회적 관계·사회적 기능은 사회적 기속을 통하여 기초 지워지며<sup>86)</sup>, 재산권의 사회적 기속은 개인의 재산권 보장에 있어서 가장 의미있는 한계라고 할 것이다.

## (2) 사회적 기속과 이념적 기초

### 1) 사회국가사상

헌법상 재산권의 사회적 기속에 관한 규정은 재산권에 대한 사회국가원리의 표현이다<sup>87)</sup>. 사회국가원리는 헌법의

---

85) Vgl. W. Leisner, aaO., S. 11, 17, 43.

86) K. Nüßgens/K. Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, München, 1987, S. 69.

다른 국가구성원리에 비하여 그 내용이 불확정적이고 장래의 국민의 합의와 입법에 광범위하게 개방되어 있으며 그 전개양상도 나라에 따라 다양하다. 또 사회국가의 개념이 무엇인지, 장래에 대한 전망인가 아니면 현실국가에 대한 인식인지도 분명하지 않으나, 일반적으로 다음과 같이 파악할 수 있을 것이다.

첫째, 사회국가는 산업사회에서 발생하는 계급갈등을 사회혁명이 아닌 사회개혁을 통하여 극복하려는 국가를 의미한다. 여기서 사회개혁의 의미는 산업사회에서 발생하는 긴장·대립·갈등을 해소하기 위한 방안으로서 사회를 구성하고 있는 계급 또는 집단을 융합하는 사회적 통합으로 나타난다. 따라서 사회국가는 전래의 시민적 법치국가와 산업화된 계급사회의 대립을 사회적 통합을 통하여 극복하려는 현대 산업사회의 국가라고 할 수 있다<sup>88)</sup>.

둘째, 사회국가는 이와 같은 사회적 통합을 사회정의의 이념에 따라 실현하는 국가라고 할 수 있다. 사회적 법치국가이념의 결정적 요소는 사회정의의 요청이며 사회적 법치국가는 정의국가를 의미한다<sup>89)</sup>. 이러한 사회정의의 이념은 사회구성원 전체의 이익이 조정·보호되고 모든 국민의

---

87) V. Götz, Grundpflichten als Verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41, S. 30; K. Nüßgens/K. Boujong, aaO., S. 68.

88) E. R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat in der Modernen Industriegesellschaft, in: E. Forsthoff(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968, S. 599 f.

89) O. Bachof, Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, S. 40.

복지와 부담의 분배가 평등하게 이루어짐으로써 국민 각계층의 모두 적절한 경제적·문화적 생활을 향유할 수 있도록 하는 분배의 원리를 뜻한다<sup>90)</sup>.

셋째, 사회국가는 사회정의의 실현을 위하여 기존의 질서를 수정하고 새로운 질서를 형성하며 국민의 복지를 적극적으로 증진시키는 국가여야 한다. 따라서 기존의 사회질서는 더 이상 정당한 것이 아니며 국가가 사회에 개입하지 않을 수 없으므로 사회질서는 국가에 의한 형성의 대상이 된다<sup>91)</sup>. 이러한 국가에 의한 형성은 현대의 기술발전과 사회발전을 수용하고 그에 따른 사회적 긴장과 갈등을 해소하며 개인의 인간다운 삶을 보장하기 위하여 국가가 적극적으로 계획하고 배분·형성하는 것을 의미한다<sup>92)</sup>.

넷째, 사회 국가에 있어서는 시민적 법치국가의 국가와 사회의 분리 현상이 수정되어 한편으로는 국가가 종래 사회에 맡겨졌던 영역으로 확장하기도 하고, 다른 한편으로는 종래 국가의 결정과 규율에 맡겨졌던 영역으로 사회가 확장하게 된다. 이러한 국가와 사회의 접근과 상호침투는

---

90) H. v. Mangoldt/F. Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Frankfurt, 1966, S. 608.

91) W. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und Sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: E. Forsthoff(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968, S. 119.

92) E. Benda, Gedanken Zum Sozialstaat, RdA 1981, S. 139; K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: E. Forsthoff(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968, S. 565.

사회국가의 본질적 특성을 이루게 된다<sup>93)</sup>.

다섯째, 사회국가에 있어서는 개인주의적 가치관이 부정되고 국가의 개인 생활에 대한 책임뿐만 아니라 사회구성원 상호간의 책임과 개인의 사회전체에 대한 책임도 고려된다. 개인이 사회적 권리를 가진다는 것은 뒤집어 보면 타인도 같은 상황에서 같은 사회적 권리를 가진다는 것을 전제로 하는 것이다. 따라서 개인이나 집단의 이기주의는 타인이나 타 집단의 동일한 사회적 요구에서 그 한계를 가진다<sup>94)</sup>.

따라서 사회국가에 있어서 재산권은 고립된 개인의 물적 지배가 아니라 사람간의 인적 관계로서의 의미를 가지며 재산 질서에 대해서는 국가의 광범위한 형성과 개입이 이루어진다. 사회 국가는 기존의 재산 질서를 보호·유지하는데 그 목적을 두고 있는 것이 아니라 사회정의의 이념에 따라 이를 수정·형성하는 것을 의미하는 것이다. 이에 따라 자유주의적 근대 시민적 법치국가에서 천부인권으로 그 불가침성이 강조되던 절대적 재산권이 사회국가에 와서는 빈부 격차, 계급 갈등, 사회적 불평등 등의 주된 원인의 하나가 됨으로써 국가에 의한 제한이 폭넓게 인정되는 것이다.

이러한 변화에 따라 헌법상 재산권 규정은 근대 시민국

---

93) K. Hesse, in: E. Forsthoff(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S. 567.

94) E. R. Huber, in: E. Forsthoff(Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, S. 605 f.

가적 의미에서의 재산권이 아니라 사회국가에 있어서의 재산권으로서 사회국가원리에 따라 해석되어야 한다. 그리고 재산권의 내용과 한계를 규정하는 입법자의 입법형성권과 행정·사법의 범집행도 사회국가원리에 구속된다.

우리 헌법 제 23조 제 2항의 재산권의 사회적 기속규정은 독일기본법에 있어서와 마찬가지로 사회국가원리의 표현이다. 현행 헌법상 사회국가원리는 단순히 선언적이고 프로그램적 의미를 가지는 것에 불과한 것이 아니라 국가의 모든 권력을 구속하는 규범력을 가진다<sup>95)</sup>. 이는 재산질서를 국가의 지도사항으로 받아들인다는 것과 사회정의에 따른 재산질서의 형성과 수정을 의미한다. 따라서 이의 표현으로서 재산권의 사회적 기속에 관한 규정도 단순히 개인의 사회윤리적 차원의 문제가 아니라 헌법적 구속력을 가지는 것으로 이해하여야 한다<sup>96)</sup>.

## 2) 신자유주의사상

재산권의 사회적 기속은 사회국가원리와는 또 다른 차원인 신자유주의(Neoliberalismus, Ordoliberalismus)에 의하여 근거지워진다. 18세기 후반과 19세기 전반의 서구를 지배한 고전적 자유주의는 여러 입장에서 비판에 직면하게 되었는데, 그 중에 자유주의의 기초를 유지하면서 새로운

---

95) 허영, 앞의 주 22)의 책, 152-153면 참조.

96) 권영성, 『헌법학원론』(서울: 법문사, 1995), 488면; 김철수, 전게서, 428면 허영, 앞의 주 22)의 책, 451면; 헌재판례집 1, 357, 371.



시대적 상황에의 적응을 위해 고전적 자유주의를 수정한 것이 신자유주의로서, 특히 경제부분에 있어서는 1920년대의 세계공황, 그리고 2차 대전 후 독일에 있어서 국가사회주의에 대한 반동으로 등장하였다<sup>97)</sup>.

신자유주의의 내용은 주장하는 학자에 따라 그 견해가 다양하여 통일적으로 파악하기 어렵기는 하나, 일반적으로 i) 개인의 자유의 원칙, ii) 체계적 경제정책의 원칙, iii) 강한 국가의 원칙으로 집약할 수 있다<sup>98)</sup>.

첫째, 신자유주의는 고전적 자유주의와 마찬가지로 인격적 존재로서의 실체적 개인에서 출발하나, 그 개인은 고전적 자유주의의 고립적이고 원자적인 개인이 아니다. 인간 생활은 본질적으로 상호관련성을 가진다. 자유는 개인의 권리라기 보다는 사회구성의 불가결의 요소이며 타인을 이성적 존재로 대우하는 의무에 기초하고, 자유라는 기초를 통해 사회적 연대성이 확립된다. 개인의 권리와 의무는 공동선에 의하여 확정되며, 개인의 권리는 공동선과 대립할 수도 없고 공동선을 무시한 어떤 개인의 권리도 있을 수

---

97) 신자유주의는 정치사상적인 측면에서는 Thomas Hill Green 등에 의하여 경제사상적인 측면에서는 독일의 사회적 시장경제질서의 이론적 근거를 제공한 소위 Freiburg 학파를 구성하는 Walter Eucken, Franz Böhm, Hans Grossmann-Doerth, Wilhelm Röpke, Alexander Rüstow, Alfred Müller-Armack 등에 의하여 전개되었는데, 미국의 Chicago 학파에 속하는 경제학자들이 이에 속하며, John Maynard Keynes를 중심으로 하는 Keynes 학파도 넓은 의미에서의 신자유주의에 포함된다고 할 수 있다.

98) F. Pilz, Das System der Sozialen Marktwirtschaft, München, 1981, S. 21 ff.

없다.

둘째, 신자유주의는 사회·경제 질서의 기초를 개인의 자유에서 구하나 자유방임주의와는 달리 방임된 자유에 의한 예정조화적 자동 조절을 인정하지 않는다. 예컨대 2차 대전 후 독일 경제부흥의 이론적 기초를 제공한 Freiburg 학파에 의하여 시장에서의 안정경쟁을 통한 시장경제에 있어서 개인의 자유의 보장이 의도되긴 하였지만 그것은 국가에 의해 조직·보장된 경쟁에 의하여 이루어져야 한다고 함으로써 질서정책을 통한 경제적 출발의 형성이 주장되었다. 즉 고전적 자유주의와는 달리 경쟁질서는 자연적으로 주어지는 것이 아니라 국가의 개입에 의해 조직되고 내재적 붕괴경향을 억제하는 법질서를 통하여 보장되어야 한다고 하여 경제적 자유에 대한 범규범상의 효력으로 창조함으로써 경쟁질서를 형성하려고 하였다.

셋째, 이리하여 자유시장 경제질서에 있어서와는 달리 강력한 국가가 요망되고 사적 경제력이나 활동에 대하여 국가의 광범위한 통제와 개입이 인정되게 되었다. 이 경우 국가는 자유시장기능의 병리현상을 막고 경쟁질서를 유지하기 위한 역할을 수행해야 하며 통화공급 증대와 공공투자를 통하여 유효수요와 고용을 창출하여야 한다. 다만 Freiburg 학파에 의하면 국가의 이러한 개입은 경제과정의 출발에 대해서만 인정되고 경제과정 자체는 자유로이 흘러가야 된다고 한다<sup>99)</sup>. 따라서 신자유주의에서는 경쟁 질서

---

99) F. Pilz, aaO., S. 21; W. Thiele, aaO., S. 47.

를 유지하는 경제질서정책과 경제활동의 기반을 제공하는 산업기반정책을 국가가 행하는 것으로 한다.

그러나 개개의 경제활동에 국가가 직접 개입하는 경제과정정책은 부정하고 있다. 그리하여 국가는 우선 개인이 시장에서 자유로이 경쟁할 수 있도록 하는 규칙을 정하고 그 규칙에 기한 심판관의 역할을 부담함으로써 시장에서 실질적으로 경쟁할 수 있는 조건을 마련하여야 한다.

이상과 같은 신자유주의적 입장을 독일의 경우 사회적 시장경제체제로 나타나서 전후 독일 경제이론의 지배적인 관점이 되었다. 또한 소위 Keynes혁명이라고 할 정도로 서구경제에 큰 영향을 미친 John Maynard Keynes의 경제이론은 미국의 뉴딜정책 이후 서구 자본주의 국가에 있어서 혼합경제의 규범이 되었다.

신자유주의적 입장에 있어서는 개인의 자유와 존엄에 기초하여 소비재뿐만 아니라 생산수단의 사유재산권을 보장하고 이를 시장경제질서의 전제로 삼는다. 이는 생산수단에 대한 사유의 부정이 자유경쟁을 부정한다는 의미에서도 그러하다<sup>100)</sup>. 그러나 이러한 입장에서의 재산권 관념은 이미 절대적인 재산권을 의미하지는 않는다. 개인의 재산권은 공동선을 고려하여 파악되어야 하며, 국가의 경제·사회정책에 의한 제한, 즉 완전경쟁이라는 시장경제의 조건을 달성하기 위한 재산권의 제한, 즉 예컨대 독과점규제, 재정정책을 통한 시장조건적 소득분배의 조정, 사회복지정

---

100) A. v. Brünneck, aaO., S. 97 f.

책, 자연자원의 보호 등을 통한 재산권의 제한이 인정된다<sup>101)</sup>.

신자유주의에 있어서 재산권은 한편으로는 개개 재산권자의 자유와 이익, 다른 한편으로는 국가의 질서 임무 간의 긴장관계 속에 놓여 있다고 할 수 있다. 다만 신자유주의에 입각한 사회적 시장경제 질서는 자유방임적 경제 질서도 아니고 중앙관리경제질서도 아니므로 개인의 이익과 전체 이익간의 조화로운 관계가 유지되어야 하며 따라서 재산권도 이러한 전제하에서 보장, 제한된다고 할 것이다.

### (3) 사회적 기속의 헌법적 근거

재산권의 사회적 기속의 헌법적 근거는 현행 헌법 제 23조 제 2항에서 찾는 것이 일반적이다.

구체적으로는 헌법 제 23조 제 2항에 관하여 법률로써 그 내용과 한계가 이미 확정된 개별적·구체적 재산권 행사의 공공복리 적합의무를 규정한 것으로 이해하거나<sup>102)</sup>, 헌법 제 23조 제 2항은 동조 제 1항과 결합하여 재산권의 내용과 한계를 법률로 정하는 데 있어서 가급적 공공복리에 적합하도록 규정해야 한다는 것과 재산권의 행사에 대한 공공복리적합성으로 이해하기도 한다<sup>103)</sup>.

---

101) F. Pliz, aaO., S. 98 f. ; W. Thiele, aaO., S. 46.

102) 권영성, 전계서, 488면; 안용교, 『한국헌법』(서울 : 고시연구사, 1992), 436면; 허 영, 『헌법이론과 헌법(중)』(서울 : 박영사, 1985), 313면.

103) 구병삭, 『신헌법원론』(서울 : 박영사, 1993), 685면.

헌법규정의 문언상으로만 보면 제 23조 제 2항은 동조 제 1항 제 2문에 의하여 내용이 정해진 재산권의 행사에 대한 공공복리 적합 의무를 규정한 것으로 이해할 수 있으나, 재산권의 내용과 한계라는 것을 개별의 개념이 아니라 같은 실체의 양면으로 이해한다면 이러한 해석은 일면적이라 생각되고, 재산권의 사회적 기속과 재산권의 내용 및 한계규정의 양자는 개별적인 개념이 아니라 같은 실체의 양면을 의미하기 때문에 헌법 제 23조 제 1항도 사회적 기속의 근거가 될 수 있다고 본다.

공공복리는 재산권 보장을 위한 지향점이면서 재산권의 제한에 대한 한계점을 의미한다고 하는 독일연방헌법재판의 견해<sup>104)</sup>에서 볼 수 있는 것과 마찬가지로 헌법 제 23조 제 2항은 동조 제 1항 제 2문에 기한 입법의 방향타이며 입법에 의하여 그 내용이 실현되는 것이라고 할 수 있다. 따라서 재산권의 사회적 기속의 일반적 근거는 헌법 제 23조 제 2항과 동조 제 1항 제 2문에 있다고 본다.

그리고 헌법 제 23조 제 2항의 내용은 현행 헌법상의 사회 국가 원리에 관한 규정, 생존권의 보장 등과 관련하여 충전된다는 점에서 사회국가원리에 관한 제헌법규정, 즉 사회 정의의 실현, 기회균등, 국민 생활의 균등한 향상을 선언하고 있는 헌법전문, 국민의 인간다운 생활을 할 권리의 보장·국가의 사회보장 의무·복리 증진을 위한 의무(제 34조), 환경권의 보장(제 35조)등 일련의 사회적 기본

---

104) BVerfGE 25, 112, 117 f. ; 50, 290, 339 f.

권과 헌법 제 119조를 위시한 경제질서에 관한 규정 등은 헌법 제 23조 제 2항과 동조 제 1항 제 2문을 매개로 한 사회적 기속의 간접적인 근거규정이 된다고 할 것이다. 특히 토지재산권에 관하여는 제 120조 제 2항에서 국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 국가로 하여금 수립할 수 있게 함으로써 국토관계법령에서 계획에 따른 토지의 이용규제가 실정법으로 규정될 수 있는 근거를 제시하고 있다. 그리고 헌법 제 122조에서 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보존을 위하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있음을 명문으로 밝힘으로써, 국토의 이용·개발 및 보존과 관련해서는 국토관계법령에서 필요한 제한을 가하고 의무를 부과할 수 있게 하고 있다. 헌법 제 121조는 농지에 대하여는 특별히 경자유전의 원칙을 달성하기 위한 국가의 노력을 의무화하고 소작제도를 금지하되(제 1항), 농업 생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영을 인정하고 있다(제 2항).

또한 헌법 제 35조도 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 하며 국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다고 규정함으로써 환경 및 주거관련 입법에 있어서 토지재산권제한의 근거가 되고 있다. 토지와 관련된 이들 제규정은 공공복리의 실현을 위한 토지재산권의 제한에 대하여는 다른 재산권에 비하여 폭넓은 사회적 기속을 인정하는 근

거규정이 될 수 있다. 토지와 같이 재산권의 객체가 특별한 사회적 관계와 사회적 기능을 가지고 있는 경우라면 입법자의 입법형성권은 보다 광범위할 수도 있다<sup>105)</sup>.

#### (4) 공용침해 및 사회화와의 구별

##### 1) 공용침해와의 관계

재산권의 사회적 기속은 공용침해에 대한 반대 개념이며 재산권의 사회적 기속의 범위는 공용침해와의 관계에서 설정된다. 공용침해의 개념적 범주를 어떻게 설정하느냐는 구체적 문맥에 따라서 달리 이해되어야 할 것이나, 재산권의 사회적 기속의 범위확정과 관련하여 공용침해를 논할 때는 공용사용·공용제한을 제외한 좁은 의미로서의 공용침해 개념이 아니라 손실보상을 요하는 일체의 재산권침해라는 의미로 이해하여야 할 것이다<sup>106)</sup>.

공용침해와 사회적 기속의 구별은 고전적 공용침해의 개념에 있어서는 비교적 분명한 듯 하였으나 확장된 공용침해의 개념에 있어서는 매우 애매하여 대상이나 외적 형식, 침해형태, 침해목적 등의 경우에는 그 구별이 인정되지 않게 되었다. 결국, 양자를 구별하는 본질적 표지는 손실보상

---

105) BVerfGE 50, 290, 340 f.

106) 다만 수용유사침해와 수용적 침해 등에 대하여 보상을 인정할 것이냐의 여부에 따라서는 공용침해의 개념적 범주 및 재산권의 사회적 기속과 공용침해를 이원적으로 구성할 것이냐의 여부가 달라질 수도 있겠으나, 이는 별론으로 한다.

의 여부에 있다고 하겠다. 그런데 손실보상을 요하는 재산권의 침해정도에 관한 기준은 매우 다양하게 주장되고 있다.

## 2) 사회화와의 관계

사회화의 개념은 다양하게 정의되나, 사회학적 방법으로 접근하거나 법학적 방법으로 접근하여 이해할 수 있을 것이다. 사회학적 의미로서의 사회화의 개념은 ‘경제헌법의 형성에 있어서 사회주의의 실현형태’ 또는 ‘시민적·자유적 자본주의 경제헌법에 대하여 무산자계급이 경제적 재산권에 대한 집단적 처분권한을 가지는 공동경제체제로 대체하려고 하는 현대 산업사회의 사회주의운동의 집행행위’로 이해될 수 있을 것이다<sup>107)</sup>.

사회화는 보통 두 가지의 형태를 가지게 되는데 하나는 사회적 개량을 통하여, 또 다른 하나는 사회적 혁명을 통하여 이를 수행하려는 것으로, 전자는 사회국가에 있어서의 사회화를 의미하는데 반하여 후자는 사회주의국가에 있어서의 사회화를 의미한다<sup>108)</sup>.

사유재산제도를 근간으로 하는 자본주의 경제 체제에 있어서는 사회화가 중대한 예외적 현상이기는 하나 상당수의

---

107) H. v. Mangoldt/F. Klein, aaO., S. 459 f.

108) 이에 관한 자세한 내용은 민경식, 「서독기본법에 있어서의 사회화에 관한 연구」(박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1987), 35-37면 참조.



자본주의국가에서 이를 인정하고 있는데, 이러한 국가에 있어서의 사회화의 의미가 사회주의국가에 있어서의 그것과 같은 의미일 수 없다는 것은 의문의 여지가 없다.

사회국가에 있어서의 재산권의 사회화는 현행 경제헌법의 전면적 개혁이나 사회주의 경제체제로의 이행을 의도하는 것이 아니라 단지 기존의 경제·사회헌법의 발전적 개조와 개선을 목적으로 하는 것으로서, 이를 통하여 종래의 경제구조의 변화, 특히 소유관계와 기간산업의 새로운 질서형성이 가능하게 된다<sup>109)</sup>. 법적 의미로서의 사회화의 개념은, 경제적 재산권에 대한 처분권한을 집단화하면서 경제헌법, 사회헌법을 변형시키는 헌법형성적 행위 또는 어떤 경제재를 사적 소유로부터 공유재산 내지 다른 공동체 소유형태로 바꾸는 국가적 침해를 의미하며, 그 본질적 표지는 경제헌법의 수정을 위한 재산권 배분의 개조라고 할 수 있다<sup>110)</sup>.

사회화는 개인의 재산권을 박탈하고 이에 대한 보상을 한다는 점에서 공용침해의 한 형태로 이해하기도 한다<sup>111)</sup>. 재산권의 제한을 공용침해와 사회적 기속으로 양분하여 보상여부에 따라 이를 구분한다든가 또는 확장된 공용침해개념에 의할 때 이러한 여지는 존재한다고 할 수 있다.

---

109) T. Maunz/R. Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 27. Aufl., München, 1988, S. 246.

110) F. Klein, Eigentumsbindung, Enteignung, Sozialisierung und Gemeinwirtschaft im Sinne des Bonner Grundgesetz, Tübingen, 1972, S. 5.

111) W. Leisner, aaO., S. 66.

그러나 사회화는 공용침해의 한 특수한 예가 아니라 독자적인 법제도이며, 공용침해와는 비교할 수 없는 크기로 이해되고 있다. 사회화는 재산권의 침해라고 하는 측면에서가 아니라 재산의 경제적 이용방법이라는 측면에서 공용침해와 구별되며 사회·경제정책적 동기에 있어서도 공용침해와 다르다<sup>112)</sup>. 사회화는 단순한 개인의 재산권의 박탈만을 의미하는 것이 아니라 경제헌법에 대한 수정을 의미한다는 점에서 그리고 개별적 처분이나 처분법률에 의해서가 아니라 일반적 조치를 통해서 가능하며, 특정경제영역에 있어서의 집단적 사회화만이 가능하다는 점에서 공용침해와는 다르다고 할 수 있다<sup>113)</sup>.

사회화는 국유화와 혼동되어서 사용되는 경우도 있으나 엄밀히 국유화와는 그 개념적 범주를 달리한다. 국유화는 사회화의 한 수단으로 이용되기도 하지만 국유화가 사회화의 유일한 형태는 아니다. 사회화를 통한 권리주체는 다양하여 국가 외에도 지방자치단체나 그 밖의 공공단체에 의한 재산처분권의 집단화까지도 포함하며, 국유화는 재산, 군사, 경제정책 필요에 의해서 인정되기도 하지만 사회화는 이러한 목적을 위해서가 아니라 공동관리경제를 실현하기 위해서 인정되는 것이다<sup>114)</sup>.

이상과 같이 보면 사회적 기속과 사회화는 다음과 같이 파악될 수 있다. 첫째, 목적이라는 측면에서 본다면 자본주

---

112) F. Klein, aaO., S. 66.

113) T. Maunz/R. Zippelius, aaO., S. 246.

114) F. Klein. aaO., S. 18 ff.

의국가에 있어서의 사회화는 사회주의국가에 있어서의 그것과는 달리 사회국가 원리의 한 구체적 표현이며 이런 점에서 사회적 기속과 같은 맥락을 가진다<sup>115)</sup>. 따라서 양자는 사회국가의 실현을 통한 수정자본주의 경제체제의 재산권영역에서의 표현이며 재산권개념의 상대화를 나타내 주는 것이라 할 수 있다.

둘째, 이러한 양자의 목적의 공통성에 비추어 사회화는 강화된 사회적 기속의 표현이라고 볼 수 있다. 즉 사회화는 사회적 기속을 특정재산권 영역에서 강화하고 사회적 기속의 정도를 초과하여 보상하는 것이라 할 수 있다. 이 점에서 양자는 침해의 정도가 다르다.

사회화는 재산에 대한 처분권능이 개인에게서 공동체의 수준으로 넘어가는 것으로 재산처분권의 집단화를 의미한다. 이는 재산에 대한 사적 이용성에 기초하면서 재산권을 제한하는 사회적 기속과는 다르다. 이와 같이 재산권에 대한 침해의 정도만 가지고 본다면 사회화는 공용침해와 같은 범주에 속한다고 볼 수 있다<sup>116)</sup>. 사회적 기속과 사회화는 보상의 요부에 의하여 구별된다. 이러한 보상의무의 존재 및 보상액의 동일성과 관련하여 사회화는 사회적 기속의 범위를 넘어 침해의 정도가 공용침해의 정도에까지 이른 경우에 인정되는 것이다. 사회화에 관한 보상의 정도에 대하여 독일기본법은 공용침해의 경우를 준용하도록 하고 있다(독일 기본법 제 15조, 제 14조 제 3항). 우리 헌법은

---

115) F. Klein, aaO., S. 4; W. Leisner, aaO., S. 65.

116) W. Leisner, aaO., S. 66 ff.

사회화에 따른 손실보상에 관하여 독일기본법 제 15조 제 2문과 같은 규정을 두고 있지 않으나 헌법 제 23조 제 3항을 준용하여 보상하여야 할 것이다.

셋째, 사회화가 인정되는 재산권의 경우 이는 그 재산권의 사회적 기속이 다른 재산권에 비하여 더욱 넓게 인정된다는 것을 나타낸다<sup>117)</sup>. 여기서 헌법상 사회화가 인정되는 재산권에 대하여는 헌법해석상 강화된 사회적 기속이 인정될 수 있다.

## (5) 사회적 기속의 내용과 범위

### 1) 사회적 기속의 내용 - 공공복리 -

재산권의 사회적 기속은 현행 헌법 제 23조 제 2항에 규정된 바와 같이 공공복리(Gemeinwohl)를 그 목적으로 한다. 따라서 사회적 기속의 내용적 범주는 그 목적개념인 공공복리의 개념에 의하여 결정된다고 할 수 있다.

공공복리개념은 일반적으로 극히 다의적이어서 많은 논의가 되어 왔고, 역사적으로 많은 변화가 있었기 때문에 간단하게 구체적으로 확정하기는 곤란한 불확정적인 개념이긴 하지만, 재산권의 내용과 한계를 정하는데 있어서 헌법질서를 운용하는 입법자의 재량의 폭을 가늠하는 척도로 기능한다.

---

117) H. P. Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL 10, S. 95.

그런데 현대 사회국가에 있어서 공공복리개념의 범주를 어떻게 이해하여야 할 것이냐에 관하여는 다음과 같은 문제점이 전제된다.

첫째, 재산권의 사회적 기속이 사회국가원리의 표현이라고 한다면 사회국가원리가 사회적 기속규정을 통하여 어느 정도 실현되어야 한다고 볼 것이냐 또는 사회적 기속을 통한 재산질서의 수정·형성을 어느 정도 인정할 것이냐에 대한 평가와 연결된다. 사회적 기속을 통한 새로운 재산질서·배분질서의 형성을 인정하는 입장에서는 사회해악적인 경우 뿐만 아니라 적극적으로 새로운 질서형성을 위한 경우도 공공복리의 개념에 포함시키는 반면 이에 소극적인 입장에서는 공공복리개념도 사회해악적인 것으로 축소시키려고 한다.

전자의 입장에서는 재산권의 수정에 대한 권한이 인격의 자유로운 발현을 규정한 독일기본법 제 2조 제 1항을 침해하는 것은 아니며, 재산권의 사회적 기속도 입법에 의한 재산권의 내용규정이상의 것이 아니라는 구조적 특성과 관련하여 제 2조 제 1항이 적용되지 않는다고 한다<sup>118)</sup>. 반면 후자의 입장에서는 통합적 공동생활을 위하여 불가피한 경우에 재산권의 가치를 감소시키는 것은 가능하나 국가의 사회정책적 개혁을 위한 사회적 기속은 인정 할 수 없다고 보아 만약 그러한 제한이 있는 경우 그것은 공용침해가 된다고 한다<sup>119)</sup>.

---

118) H. P. Ipsen, aaO., S. 85 f.

119) W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums nach Privatum und

둘째, 다른 경제적 기본권의 경우도 마찬가지지만 재산권과 다른 기본권, 특히 정신적 자유권과의 관계를 어떻게 이해하느냐하는 점이다. 이는 미국의 판례를 통하여 발전된 이중기준(double standard)의 원칙<sup>120)</sup>이나, 일본의 헌법 해석에 있어서 재산권은 다른 정신적 자유권에 비하여 보다 광범위하고 완화된 기준에 의하여 제한될 수 있다는 입장<sup>121)</sup>에서 나타난다.

공공복리의 개념을 형식적으로 보면 사회 전체의 공통의 이익이라고 할 수 있지만, 실질적으로 어떠한 내용의 이익이 사회 전체의 공통의 이익에 해당하는가에 대하여는 다양한 이념이나 가치판단의 상위에 의하여 견해가 갈라지게 된다<sup>122)</sup>.

재산권의 사회적 기속의 목적개념으로서 공공복리의 개념을 이해하기 위하여는 다음의 두 가지 측면으로 접근하여야 할 것이다. 첫째는 근대에서 현대로의 이행에 따른 헌법의 발전과정에 있어서 공공복리가 어떻게 파악되어 왔는가 하는 것과 공공복리의 이익을 향유해야 할 주체의 문

---

öffentlichen Recht, NJW 1975, S. 239.

120) 이에 관하여 상세한 것은 H. J. Abraham, Freedom and the Court (New York: Oxford University Press, 1982), pp.9-11; B. H. Siegan, Economic Liberties and the Constitution(Chicago: The University of Chicago Press, 1980), pp.184-186 참조.

121) 이에 관해서는 浦部法穂, 「經濟的 自由」, 『憲法講義 2 (基本的人權)』 (동경 : 유비각, 1979), 188면 이하 참조.

122) R. Schnur, Gemeinwohl und öffentliches Interessen in den Verfassungen und der Gesetzen des sozialen Rechtsstaats, in: Wohl des Allgemeinheit und öffentliche Interessen, München, 1968, S. 63.

제이고, 둘째는 현대헌법에 있어서 다른 기본권과 비교하여 재산권에 인정되는 사회적 기속의 목적개념으로서의 공공복리는 어떠한 의미를 가지느냐 하는 것이다.

(가) 공공복리의 현대적 의의

원래 재산권의 구체적 내용은 국가의 법질서에 의하여 정해지는 것이고 그 법은 당시의 공공의 이익이라는 관점에서 제정되는 것이므로 재산권이 공공복리의 규제를 받는다고 하는 점에 있어서는 근대 시민사회의 재산권이나 현대국가의 재산권이나 다른 바가 없다.

그러나 문제는 공공복리라는 개념이 불변적·고정적 개념이 아니라 그 당시의 사회적 상황과 가치 관념에 따라 변화하는 개념이라는 것이다. 그러므로 공공복리의 현대적 의의는 먼저 근대 헌법의 발전단계에 따른 변천과정의 탐구로부터 시작되어야 할 것이다.

인간의 사회공동생활이 성립하면 거기에는 사회생활을 유지하는 각인의 공통의 이익이라고 하는 것이 상정된다. 만일 그러한 이익이 존재할 수 없다고 한다면 사회의 공동생활은 성립될 수 없고 그 사회는 분열되고 말 것이다. 그러나 통일적인 사회생활의 존재를 인정한다면 사회 전체의 공통의 이익이 당연히 전제로서 성립되어 있어야 할 것이다. 그것은 개인의 이익에 우선하는 사회의 전체적인 이익으로서 그 유지와 촉진을 위하여 사회의 권력지배를 근거 지우려는 것으로 넓은 의미의 복지국가 내지는 경찰국가의

사고이다. 이 경우 이익 향유의 주체는 개인을 초월한 국가 그 자체로서, 국가는 그의 독자적 이익을 유지하기 위하여 필요하다면 권력으로 개인의 이익에 대하여 어떠한 제한도 가할 수 있었다. 이 때에 특히 개인의 이익에 우선하는 공공복리가 강조되는 것이며, 이것이 권력절대주의적인 경찰국가의 관념에 의거하는 공공복리의 사고였다.

이에 대하여 근대 시민국가에 있어서의 공공복리는 자유주의적 재산질서를 유지하고 개인의 재산적 자유를 향유하도록 하기 위한 개인주의적이고 자유주의적인 공공복리의 개념을 의미하였다. 그런 의미에서 그것은 재산권의 자유와 재산권의 절대성에 내재하는 제한을 의미하였으며 그에 대한 제한은 재산권의 사적 성질과 일체적인 것을 의미하는 것이었다. 따라서 그것은 시민법적 재산질서의 유지라고 하는 소극적인 목적을 가지는 것에 한정되었고 자유주의 국가에 있어서의 소극적 공공복리를 의미하는 것에 불과하였다. 따라서 재산권자의 사적 이익과 구별되는 개별의 독립된 사회 전체의 이익으로서의 공공복리는 관념되지 않았다. 이 경우 공공복리라고 하는 이익의 향유주체는 개인에 대립하는 권력주체로서의 국가가 아니라 각 개인 그 자신이며 개인의 이익을 기본으로 하여 사회의 이익이 관념되는 것이므로 인권과 공공복리와의 사이에서 발생하는 상호대립적인 관계는 없어지게 된다.

그러나 현대의 사회생활에 있어서는 개인주의 내지 자유주의의 인권 사상만으로는 판단할 수 없는 문제가 경제생활의 영역에서 발생하게 된다. 경제의 균형 회복과 생존의



보장을 위하여 약자의 보호를 어떻게 할 것인가가 문제되는 바, 여기에 공공복리의 현대적 의의가 중요하게 등장한다. 왜냐하면 일면에서는 개인의 자유를 보호하기 위하여 국가권력을 법적으로 제한함으로써 개인의 인권보장을 실현함과 동시에, 다른 한편으로는 국민의 생존을 보장하기 위하여 국가로 하여금 적극적인 정책을 펴도록 의무화하고 있기 때문이다. 이 두 가지 요청의 조정원리로서 공공복리가 강조되는 것이다.

현대적인 공공복리는 개인의 이익으로서의 인권에 대립하여 이에 우선하는 것으로 관념된 경찰국가적인 복지개념이 아니고, 사회구성원의 공통의 입장에서부터 파악되어야 할 공통의 이익을 의미하는 것이다. 이러한 이익의 주체는 개인에 우월하는 권력의 주체로서의 국가 그 자체도 아니고, 또 개개의 이익의 주관적인 주장자로서의 각 개인 그 자신도 아니다. 공동사회의 구성원으로서 각 개인을 포함한 공통의 이익의 주장자인 사회의 일반 대중이 그 주체이다.

따라서 현대적인 공공복리는 단체주의국가나 사회주의국가의 경우와 같이 사회적 또는 단체적 계기가 사적 계기를 압도하는 것이 아니며, 개인주의·자유주의 국가의 경우와 같이 개인의 가치의 중심에 있으며 재산권의 사적 계기가 그 사회적 계기와 분리되어 있는 것을 뜻하지 않고, 재산권의 사회관련적 의미를 인정하여 공익과 사익의 조화를 실현하는 것을 의미하는 것으로 개인의 재산권을 실질적으로 공평하게 존중하고 개인에게 인간적 생존을 보장하는

사회국가적 공공복리를 의미하는<sup>123)</sup> 한편, 인간상호간의 모순·충돌을 조정함으로써 사회적 정의를 실현하는 것을 의미한다. 그러므로 이것은 시민사회에서의 개인주의적 재산권관념이 계급갈등과 불평등, 인간소외 등을 초래함에 따라 국가가 그러한 재산권을 규제·조장하여 사적 재산권의 사회적 폐해를 막고 사적 이익의 충돌, 특히 자본주의적 소유권과 국민의 생존권과의 대립과 충돌을 조정하는 것을 의미한다.

(나) 기본권의 일반적 제한목적으로서의 공공복리와  
관계

재산권의 사회적 기속의 목적개념으로서 헌법 제 23조 제 2항의 공공복리는 다른 기본권에 공통적으로 적용되는 기본권의 일반적 법률유보인 헌법 제 37조 제 2항에 규정된 공공복리와 어떤 관계에 있는가. 현행 헌법 제 37조 제 2항과 같은 일반적 법률유보조항을 두고 있지 않은 독일기본법이나 일본헌법의 경우 기본권의 내재적 한계 또는 독일기본법 제 2조 제 1항, 일본헌법 제 12조 제 2문 및 제 13조 제 2문과 관련하여 문제된다.

독일기본법의 해석론을 보면 기본법 제 14조 제 2항의 공공복리에 대해서는 기본권의 내재적 한계로서 논의되는 일반공동체유보(der allgemeine Gemeinschaftsvorbehalt)

---

123) 구병삭, 『헌법학 I』 (서울 : 박영사, 1981), 685면; 김철수, 전게서, 427-428면; 문홍주, 전게서, 292면.

또는 제 2조 제 1항의 세 가지 한계(Schrankentrais)인 타인의 권리, 헌법 질서, 도덕률과 동일한 범주로 이해하는 입장과, 다른 범주의 것으로 이해하는 입장이 있다. 동일한 범주로 이해하는 입장에 의하면 재산권을 가장 중요한 자유의 하나로서 흥정의 대상이나 사회 정책의 실험장이 될 수 없는 기본권으로 파악하여, 동적 개념이 아니라 불변적 개념인 재산권의 사회적 기속은 기본법 제 2조 제 1항 또는 일반공동체유보의 구체화를 의미한다고 하며, 기본법 제 14조 제 2항을 재산권의 내재적 한계가 헌법적 원칙으로 고양된 것으로 보고 재산권의 사회적 기속을 공동체의 이익(die Interesse der Gemeinschaft)이라는 측면에서 이해하고 있다<sup>124)</sup>.

다른 범주의 것으로 이해하는 입장에 의하면 재산권에 관하여는 기본법 제 2조 제 1항이 적용되지 아니하며 따라서 타인의 권리, 헌법질서, 도덕률 이외의 목적을 위해서도 그 내용과 한계를 설정하는 것이 가능하다고 하여 재산권의 사회적 기속을 기본권의 내재적 한계의 문제와는 다른 것으로 본다<sup>125)</sup>.

일본헌법의 해석론을 보면 첫째, 양자를 동일한 범주의 것으로 이해하는 입장으로, 일본헌법 제 12조, 제 13조는 인권보장의 본질에서 논리필연적으로 파생되는 공공복리에 의한 인권의 제한원리를 주의적으로 규정한 것이며, 제 29

---

124) K. Rudolph, Die Bindung des Eigentums, Tübingen, 1960, S. 16 ff.

125) H. P. Ipsen, aaO., S. 85 f.

조에서 규정하는 공공복리도 특별한 의미가 있는 것이 아니라 제 12조, 제 13조의 그것과 동일한 것으로 보고, 재산권의 제한도 다른 기본권의 그것과 마찬가지로 자유국가적인 것과 사회국가적인 것의 두 가지 측면을 가지는 공공복리에 의하여 제한된다고 한다<sup>126)</sup>.

둘째, 다른 기본권의 경우는 헌법 제 12조, 제 13조에 주의적으로 규정된 내재적 제한만을 받음에 반하여 재산권의 경우에는 헌법 제 29조 제 2항의 규정에 의하여 특별히 공공복리에 의한 제한이 인정된다는 입장으로, 헌법 제 12조, 제 13조를 훈시규정으로 보아 헌법 제 22조, 제 29조의 경우에만 공공복리에 의한 제한이 가능하고 따라서 재산권의 경우 다른 기본권과 같은 기본권의 실질적이고 평등한 보장이라는 측면에서의 내재적 제한을 받을 뿐만 아니라, 헌법 제 29조 제 2항에 의한 사회적·경제적 약자의 생존보호라는 정책적 제한을 받는다고 한다<sup>127)</sup>.

우리나라에 있어서는 현행 헌법이 제 37조 제 2항에서 일반적 법률유보에 관하여 규정하고 있기 때문에 독일이나 일본처럼 재산권에 대한 사회적 기속의 목적개념인 공공복리와 기본권의 내재적 한계로 논의되는 일반공동체유보, 타인의 권리·헌법질서·도덕률 또는 공공복리의 관계는 별로 문제되지 않고, 헌법 제 23조 제 2항의 공공복리개념과 제 37조 제 2항에 규정된 공공복리개념의 관계가 문제

---

126) 宮澤俊義, 『憲法 II』 (동경:유비각,1983), 231면

127) 俵靜夫, 「基本的人權と公共の福利」, 『憲法講座2』 (동경 : 유비각, 1977), 15면.

된다. 이에 대하여 직접적인 견해는 찾아보기 어려우나, 양자를 공통적으로 사회국가 내지 복지국가적 공공복리를 의미하는 것으로 보는 견해<sup>128)</sup>, 헌법 제 23조 제 2항의 공공복리는 헌법 제 37조 제 2항의 공공복리와 동일한 범주의 것이며, 제 23조 제 2항은 주의적 규정에 불과하다는 견해<sup>129)</sup>등이 있다.

생각건대 헌법 제 23조 제 2항을 규정한 의미는 우선 제 23조 제 1항 제 2문과 결합하여 법률에 의한 재산권의 제한적 의미뿐만 아니라 형성적 의미도 포함한다고 하는 점에서 공공복리에 의하여 사회정의에 합당한 재산권의 형성이 입법자에게 의무지워진다는 점, 그리고 근대 입헌주의 아래에서 형성되었던 신체의 자유, 정신적 자유, 재산의 자유라는 삼위일체의 인권 구성이 무너지고 재산권 중 자본주의적인 재산권은 열위의 권리로 전락하고 따라서 국가의 사회경제 정책에 의하여도 제한될 수 있는 권리로 되었다는 점을 표현하는데 있다고 생각된다.

## 2) 사회적 기속의 범위 -공용침해와의 구별-

재산권에 대한 국가적 규제는 그 합법성 여부에 따라 위법한 침해와 적법한 침해로 나눌 수 있는데, 전자는 국가배상의 문제이고 후자는 사회적 기속과 공용침해의 문제이다. 합법적인 재산권의 규제로서 사회적 기속과 공용침해

---

128) 김철수, 전거서, 278면, 398면; 문홍주, 전거서, 292면, 349면.

129) 최대권, 『헌법학』 (서울 : 박영사, 1989), 201-202면.

는 상호 반대개념(Gegenbegriff)이며, 재산권의 사회적 기속의 범위는 공용침해와의 구별에서 설정된다. 재산권의 사회적 기속이란 재산권의 주체가 그 재산에 대하여 무보상으로 일반적이고 적절한 그리고 기대가능한 제한을 받게 됨을 의미한다. 이러한 의미의 사회적 기속은 보상을 요하지 아니하는 사회적 제약이라는 점에서 그리고 통상적이고 계속적인 사회적 제약이라는 점에서 특별한 희생을 수반하는 보상부의 공용침해와 구별된다.

따라서 보상하여야 할 특별한 희생의 범위를 어느 정도까지 인정할 것인가 하는 것이 문제된다. 현대국가에 있어서 재산권에 대한 사회적 기속은 증대하고 있으며 재산권에 대한 각종의 제한 및 침해는 다양해지고 정도가 높아져 가고 있는 바, 이에 대하여 재산권자가 어느 정도까지 수인해야 하는 가는 결국 재산권에 대한 무보상의 사회적 기속과 보상부 공용침해와의 구별에 관한 문제로 귀착된다. 이하에서는 사회적 기속과 공용침해와의 구별기준에 관한 독일, 일본, 미국 그리고 우리나라의 학설과 판례를 살펴보고자 한다.

#### (가) 독일의 학설과 판례

독일에서는 Weimar헌법 이래로 문제가 된 재산권의 침해가 보상을 요하는 특별한 희생에 해당하는가, 보상을 요하지 않는 사회적 기속에 해당하는가의 구별에 관하여 상이한 여러 학설이 주장되어 왔다.

### 가) 형식적 기준설

이는 재산권의 침해에 대한 보상 여부의 구별 기준을 재산권을 침해하는 행위가 일반적인 침해인가 아니면 특정인 또는 특정 제한된 범위의 개인의 권리에 대한 침해인가, 즉 근거법규의 일반성·추상성과 피해자의 수와 범위 등의 형식적 기준에 두는 입장으로 개별행위설(Einzelakttheorie)<sup>130)</sup> 또는 특별한 희생설(Sonderopfertheorie)<sup>131)</sup>이라고도 한다. 형식적 기준설은 원래 Weimar헌법하의 제국법원(RG)의 판례를 통하여 발전되었는데 독일기본법하의 연방최고법원(BGH)도 기본적으로 이에 따르고 있다<sup>132)</sup>.

이 견해에 의하면 법률이 불특정 다수인에게 일반적으로 가한 재산권의 침해는 불평등하게 희생을 가한 것이 아니라 누구에게나 공공복리를 위하여 가해지는 부담이기 때문에 보상을 할 필요가 없는 반면에, 특정인에게 가한 재산권의 침해는 다른 사람에게 부과되지 않은 특별희생을 불평등하게 부담시킨 만큼 이에 대하여는 보상이 주어져야 한다고 한다. 이와 같이 형식적 기준에 의존함으로써 사적

---

130) 독일에서는 개별행위설이라는 명칭이 보편적으로 사용되고 있다. H.-U. Erichsen/W. Martens(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin/New York, 1986, S. 462; O. Kimminich, Enteignung und Sozialbindung, Jura 1979, S. 372; F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., München, 1991, S. 119.

131) H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., München, 1988, S. 522.

132) BGHZ 6, 270, 280 ; 60, 126, 130.

효용설이나 목적위배설과 같은 가치평가를 시도하는 이론에 비하여 법적 안정성에 보다 더 기여할 수 있다고 한다.

그러나 이 견해는 다음과 같은 문제점이 있다<sup>133)</sup>. 첫째, 어떤 제한이 권리자 일반에 관한 것이고 어떤 제한이 개인 또는 특정 집단에 관한 것인가에 대한 아무런 기준을 제시하지 않고 있다. 특히 침해를 받아야 할 범위가 극히 좁게 한정되어 있다든가, 혹은 침해를 받아야 할 범위가 극히 넓어서 거의 모든 국민에 미친다고 하는 극단적인 경우는 제쳐놓고라도 그 중간 정도에 위치하는 재산권의 침해에 관하여 이것을 일반적 침해로 할 것인가 개별적 침해로 할 것인가를 결정하기 곤란한 경우가 있다.

둘째, 비록 특정개인 또는 집단에 대한 재산권의 침해라 하더라도 침해의 양태는 다양한데 이를 모두 공용침해로 한다거나 또는 반대로 모두 사회적 기속으로 보는 것은 타당하지 않다. 침해의 정도를 고려하지 않고 수만으로 공용침해의 여부를 결정하는 것은 아무리 작은 침해라 하더라도 소수자에 대한 것은 보상을 해주고 아무리 중대한 침해라든 다수인에 대한 것은 보상해 주지 않는 불합리한 결과가 된다.

셋째, 이는 또한 결과적으로 대략적 침해에 대하여 프리미엄을 주는 것이 되고 기본법 제 14조가 보장하는 재산권 보장을 왜곡하는 것이 된다. 즉 수용법에 의해 침해된 자의 범위가 크면 클수록, 박탈·침해된 재산이 많으면 많을

---

133) W. Leisner, NJW 1975, S. 136 f.



수록 그 침해는 사회적 기속에 가까워지게 되고, 극단적으로 모두에게서 모든 것을 박탈하는 경우에는 아무 것도 보상해 주지 않아도 된다는 결과가 되고 만다.

넷째, 평등원칙의 위배여부를 피해자의 수만으로 판단하는 것은 타당하지 않다. 평등이 평균적 정의를 의미하지 않고 분배적 정의를 의미한다고 한다면 평등의 기준이 되는 헌법적 가치의 문제는 고려하지 않고 형식적인 수만 가지고 평등원칙의 위배여부를 논할 수는 없는 것이다. 그 밖에 입법에 의한 침해여부의 구별만을 중심으로 전개되어 행정행위에 의한 재산권의 침해에 대하여는 아무런 기준을 제시하지 못한다.

#### 나) 실질적 기준설

이는 형식적 기준설의 결함을 지적하면서 특별한 희생과 사회적 기속의 구별기준을 재산권을 침해하는 행위의 내용, 즉 침해행위의 본질성(Wesentlichkeit) 내지 그 강도(Intensität) 등의 실질적 표준에 의하여 구별하고자 하는 입장으로, 보호가치설(Schutzwürdigkeitstheorie), 수인한도설(Zumutbarkeitstheorie), 목적위배설(Zweckentfremdungstheorie), 사적효용설(Privatnutzigkeitstheorie), 상황구속성설(Theorie der Situationsgebundenheit), 사회기속성설(Sozialbindungstheorie) 등이 있으나 서로 명확히 구별되는 것도 아니고 학설로서 나타날 수 있을 정도로 완성된 것도 아니다.

가. 보호가치설

이 학설은 Weimar시대 후기에 등장한 것으로 형식적 기준설이 완전하지 못하고 특히 중요하지 않은 개별적 침해에 대하여도 보상이 인정된다는 점을 비판하며 등장한 견해이다<sup>134)</sup>. 이 견해는 Walter Jellinek에 의하여 대표되는데, 그 내용은 재산권에 있어서 보호할 만한 것과 그렇지 않은 것의 구별을 전제로 보호할 만한 재산권에 대한 침해만이 보상을 요하는 공용침해라고 한다<sup>135)</sup>. 보호할 만한 가치가 있는가 여부의 결정은 역사적·일반적 사상, 언어의 관용, 법률의 종합적인 취지 등으로부터 구해져야 한다고 한다<sup>136)</sup>.

그런데 이 견해에 의하면 무보상으로 행하여지는 재산권의 사회적 기속과 보상을 요하는 공용침해를 구분함에 있어서 그 실제적 표준으로 보호가치성이라는 애매한 개념을 사용함으로써 국민의식상의 다양한 가치개념을 충족시킬 수 있는 통일적인 기준을 제시하는 데는 문제를 가지고 있으며, 법적 안정성을 저해할 가능성이 있고 때로는 보상의 범위를 확대 내지 축소시킬 수 있는 가능성을 내포하고 있다. 또한 Walter Jellinek는 이 이론을 통하여 다양한 기준을 통합하려 하였으나, 체계적 관련성이나 우선성의 형량 없이 이를 절충하였고 개념적 단일성이 결여되어 사실상

---

134) F. Ossenbühl, aaO., S. 122; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3.

Aufl., Offenburg, 1948, S. 314

135) F. Ossenbühl, aaO., S. 122.

136) W. Jellinek, aaO., S. 314.

사회적 기속과 공용침해의 구별을 포기한 것이 됨으로써 입법자에게 무제한의 재량권을 주는 결과가 될 수도 있다.

#### 나. 수인한도설

이 학설은 기본적으로는 보호가치설과 유사한데 재산권에 대한 침해 행위의 본질과 그 강도를 구별의 표준으로 하여, 재산권 제한의 강도에 비추어 재산권의 주체에게 그 제한의 수인을 기대할 수 있는 정도이면 사회적 기속이고, 그 정도를 넘으면 보상을 요하는 공용침해가 된다고 한다. 즉 헌법상의 재산권 보장은 사유재산제와 개인의 재산권을 보장하는 것으로서 재산권의 내용과 지배의 범위는 법질서에 의하여 결정되나 그 범위를 넘어서서 사유재산제의 핵심인 재산권의 본질을 이루는 배타적 지배권을 침해하는 것은 평등원칙에 반하여 그 권리자에게 무거운 부담을 지우는 것으로 공용침해가 되고 따라서 보상이 지급되어야 한다는 입장이다. 이 견해는 R. Stödter에 의하여 대표되며, 사회적 기속과 공용침해의 구별은 수인을 기대할 수 있는가의 여부로 판단해야 한다고도 한다<sup>137)</sup>.

그러나 이 견해도 보호가치설과 마찬가지로 그 기준으로 제시한 재산권의 본질 또는 수인기대가능성이라는 관념이 매우 애매하여 보상 여부에 대한 유용한 기준이 되지 못하고 그 해석에 대한 재량의 범위가 너무 커 법적 안정성을

---

137) F. Ossenbühl, aaO., S. 122.

저해하게 되는 문제가 있다.

#### 다. 목적위배설

이 학설은 이미 Weimar시대에도 주장된 것이나 유력한 학설로 등장한 것은 기본법하에서인데 Ernst Rudolf Huber, Ernst Forsthoff 등에 의하여 주장되었으며, 재산권을 침해하는 행위가 당해 재산권에 대하여 종래부터 인정되어 온 목적을 위배하느냐의 여부에 의하여 공용침해의 여부를 결정하려는 견해이다<sup>138)</sup>. 이는 보호가치설이나 수인한도설과는 달리 무보상의 사회적 기속과 보상부 공용침해를 구별하는 기준을 보다 명확하고 객관적인 형태로 포착한 것이라고 하는 점에 특색이 있다고 할 것이다.

이 견해에 의하면 법률이 재산권을 그 목적에 따라 파악하고 재산권자에게 그 객체의 기능적합적 사용만을 의무지우는 경우 재산권자의 처분권능은 사회적 기속의 범위 내에서 제한되는 것이나, 반대로 재산권자에게 그 객체의 목적에 위배되는 의무를 부과하는 경우 이는 공용침해가 된다고 한다. 그리고 이 견해는 특히 토지이용에 관한 입법에 유용한데 예컨대 만약 어떤 토지가 건축가능지로 인정받은 경우 이에 건축을 하지 않은 때에는 보상없이 건축자격을 박탈할 수 없으나, 반대로 그 토지가 건축금지된 곳인 경우 보상이 필요없다고 한다<sup>139)</sup>. 이 견해에 의하면 어

---

138) W. Weber, Eigentum und Enteignung, in: P. Neumann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner(Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, Berlin, 1954, S. 374.

면 재산권의 객체에 대하여 이제까지의 목적을 박탈하고 새로운 임무를 준 경우는 공용침해가 된다.

그러나 이 견해는 다음과 같은 점에서 비판을 받고 있다<sup>140)</sup>. 첫째, 재산권은 그 본질에 의하여 그 자체로서 파악될 수 있는 목적을 가지지 않는다. 재산권은 그 물건을 이용하고 그 이용에 있어 타인을 배제할 수 있는 가능성이 인정된 것으로 그 목적은 이러한 이용인 것이며 이 이용에 관한 변경의 모두가 공용침해가 된다고는 할 수 없다.

둘째, 그렇다면 재산권의 목적변경은 이러한 이용이 아니라 다양한 이용방법을 목적으로 해야만 파악될 수 있는데, 이용방법은 재산권의 목적이 아니며 양자를 동일시하는 경우 국민경제적 목적개념에 귀착하게 되고 재산권자의 목적과는 구별되게 된다. 사회적 기속과 공용침해의 구별에 있어 문제가 되는 것은 기본권 주체인 재산권자와의 관계이다.

셋째, 이 견해는 사물의 본성이나 내재적 제약에 의하여 사회적 기속을 규정하는 것과 다름이 없다. 넷째, 국가사회주의 시대에는 공적 목적을 사적 목적에 침투시켜서 이 이론이 정당화될 수 있었으나 오늘날의 국가관에는 합당하지 않다.

#### 라. 사적 효용설

---

139) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., München, 1973, S. 344.

140) W. Leisner, NJW 1975, S. 178 ff.

이 학설은 목적위배설과 매우 유사한 것으로 R. Reinhardt에 의하여 시도되었다. 이에 의하면 공용침해는 사적 효용의 원리를 본질적으로 방해하는 것과 같은 재산권의 침해인데 반하여, 사회적 기속은 사적 효용의 원리를 존중하여 재산권의 기능에 적합하게끔 이용을 확보하기 위하여 행하여지는 재산권의 침해라고 한다<sup>141)</sup>. 따라서 이 견해는 기본적으로 기본법하의 헌법·경제·사회질서가 사적 이니셔티브와 사적 이익을 동인으로 하여 기초된 것이라는 관념에 근거하고 있다.

여기서 사적 효용이라 함은 물건의 기능적합적 사용을 의미하며, 사회적 기속은 이러한 사적 효용을 제한하지 않는 모든 재산권의 침해를 말하고 공용침해적 효과가 있는 침해는 해당 물건의 목적을 사적인 것에서 공적인 것으로 바꿈으로써 사적 효용성을 배제하는 것이라고 한다<sup>142)</sup>.

요컨대 재산권이 제한된 상태에서 아직도 사적인 유용성이 유지되고 있으면 그것은 재산권의 단순한 사회적 기속이고 재산권이 현재와는 완전히 다른 목적에 제공되고 있다면 보상을 해야 하는 재산권의 침해<sup>143)</sup>이므로, 재산권의 박탈은 언제나 공용침해가 되고, 토지의 위치로부터 나오는 구속의 구체화는 보통 사회적 기속이며, 대체되는 영리 활동을 위하여 이용될 수 있는 재산권의 침해도 사회적 기속이다<sup>144)</sup>.

---

141) R. Reinhardt/U. Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, München, 1965. S. 12.

142) W. Leisner, NJW 1975, S. 173.

143) BGHZ 15, 268, 284 ff.

이에 대한 비판도 전술한 목적위배설과 유사한데, 이 견해가 기본적으로는 타당한 방향을 제시해 주고 있기는 하나, 구체적이고 새로운 해결방안을 도출하지는 못하고 있으며, 대체되는 영리활동을 위하여 이용될 수 있는 재산권의 침해는 사회적 기속이라는 점과 관련하여 시장경제를 무의미하게 하고 경제적 자유를 파괴할 우려가 있다는 비판이 있다<sup>145)</sup>.

#### 마. 상황구속성설

이 설은 주로 토지의 이용제한과 관련하여 판례이론으로 형성·발전된 것으로서, 토지재산권에 대한 공법적 규제가 사회적 기속에 해당하는가 아니면 공용침해에 해당하는가 하는 문제는 경제적 관점에서 당해 토지의 상황구속성 내지 지역구속성, 예컨대 그 위치적 관계, 지금까지의 경제적 용도, 당해 토지의 역사적 발전 및 그 주변 상황 등을 참작해서 판단해야 한다는 것이다<sup>146)</sup>. 즉 일정한 토지는 그 가 놓여있는 사실상의 위치로 인하여 일정한 이용이 규제받게 되는데, 그것은 이와 같은 지리적 위치에서 오는 일정한 토지이용의 부작위의 의무를 수반하기 때문에 그 상황에 일치된 토지이용의 금지가 구체적으로 결정되더라도 이는 보상의 대상이 되는 공용침해가 아니라 재산권에 내재하는 사회적 기속이라고 한다<sup>147)</sup>.

---

144) W. Leisner, NJW 1975, S. 178 ff.

145) W. Leisner, NJW 1975, S. 174 ff.

146) H. Maurer, aaO., S. 547.

147) H. Maurer, aaO., S. 526 ff.; H. Rittstieg, Grundgesetz und

이 견해에 의하면 토지의 물리적 위치로 인한 제약은 실정법 규정에 의해서가 아니라 그 성질에 의해 주어진 의무이며 입법자가 토지소유권에 이미 내재하는 한계를 실현하여 의무를 구체화하더라도 이는 토지소유권의 내용을 규정하는 것이 된다. 따라서 토지의 이용 제한은 그 지역적 특성상 당연히 존재하는 제약을 구체화한 것으로 보상을 요하지 않게 된다.

연방일반법원에 의하면 “특별한 상황에 있는 토지소유권은 실정법의 법률을 통해서 생기는 것이 아닌 그의 성질에 의하여 부담하게 되는 한정된 의무성을 수반한다”<sup>148)</sup>고 하고, “상황구속성의 범위는 무엇보다도 환경에 있어서 자연이 부여하는 토지의 상황에 의하여 결정된다. 이 때 토지의 어느 이용을 중단해야 하는 상황에 수반되는 부담은 이성적이고 현명한 소유자가 스스로 주어진 상황을 고려하여 당해 토지의 특정 이용을 하지 않을 것이라고 판단하는 범위에 미친다. 왜냐하면 이러한 행위양식은 이성적이고 현명한 소유자가 자기의 이익과 일반의 공공복리에 봉사하는 질서인 모든 사람에게 명백한 필연적 요청이 충돌하는 경우에 기대될 수 있기 때문이다”<sup>149)</sup>라고 한다.

이 견해는 토지소유권에 대하여는 타당한 결론을 도출하는데 매우 유용하다고 할 수 있겠으나, 의무성 평가의 기준이 되는 상황구속성이 무엇인지 불명확하여 결국은 언제

---

Eigentum, NJW 1982, S. 721.

148) BGHZ 23, 30, 33.

149) BGHZ 90, 17, 25.



나 공공복리와 사익의 충돌에 대한 가치형량으로 귀착하게 되며, 상황구속성의 가치 규범적 요소가 강조되어 합리적이며 현명한 토지소유자의 행동은 토지계획이 합리적인 이상 그것과 일치할 것이 기대되기 때문에, 재산권 보장이 다분히 입법정책적인 것으로 변질됨에 따라 보상문제도 입법정책적으로 결정하는 여지를 넓혀주는 결과가 된다는 점이 문제라고 하겠다.

#### 바. 사회기속성설

독일에 있어서는 우리나라와 일본과는 달리 재산권의 사회적 기속을 보다 강조하여 건축의 자유나 개발의 자유를 보다 강력히 제한하고 있다. 그 근거는 “소유권은 의무를 수반하고 그 이용은 동시에 공공복리에 이바지하여야 한다”고 규정한 기본법 제 14조 제 2항에 있다<sup>150)</sup>. 또 동법 제 14조 제 3항에 따라 공용침해는 법률에 의하여야 하고 보상을 요하나 사회적 기속은 보상을 요하지 않는다. 이에 따라 사회적 기속이란 개념은 헌법상 손실 보상을 불가결로 하는 공용침해의 대립어로서 보상없이 행하는 것이 헌법상 가능한 것과 같은 재산권의 고권적 제약을 의미하는 것이라고 한다<sup>151)</sup>.

사회기속성설은 이러한 기본입장에서 종래의 이론이 사회적 기속과 공용침해의 구별기준을 재산권에 대한 공용침해의 규정에서 파악하는데 반하여 그 기준을 재산권의 사

---

150) 권영성, 『독일헌법론(상)』 (서울 : 박영사, 1976), 248면.

151) W. Leisner, Sozialbindung des Eigentums, S. 43.

회적 기속이라는 관점에서 추출하려는 점에 특색이 있다<sup>152)</sup>. 즉 사회적 기속을 넘어서 모든 재산권의 침해는 보상을 요하는 공용침해라고 하나, 일반적인 기본권 이론에 의하여 허용되는 재산권의 침해인가의 여부를 따져 그 정도를 넘어서지 않으면 보상을 요하지 않는 사회적 기속이라 한다<sup>153)</sup>.

연방헌법재판소도 사적 재산권이라 하더라도 우월한 공익 및 공공 질서를 위하여 일정한 제약을 가하는 것은 재산권의 제도보장과 양립될 수 있고<sup>154)</sup>, 국가는 재산권에 의해 유발되는 사회공동체의 법익에 대한 위험을 방지해야 하며, 양심적인 재산자라면 그 이용이 공공에 위험을 초래하므로 당연히 스스로 제한하여야 할 것에 대하여 국가가 제한하는 것은 사회적 기속이고, 반대로 공권력이 공적 목적을 위하여 재산권을 이용하여 재산권자에게 실질적이고 공격적 침해를 가한 경우는 공용침해가 된다<sup>155)</sup>고 한다.

이 견해는 사회적 기속과 공용침해의 구별을 기본권 이론에 비추어 구성하려고 한 점에서는 그 의의가 있으나 토지재산권의 특수성이 고려되지 않는 점과 이 견해 자체만으로는 양자의 구별에 실질적인 기여를 하지 못한다는 점이 문제된다.

---

152) 김남진, 『행정법의 기본문제』(서울 : 법문사, 1993), 431면; 석중현, 『일반행정법(상)』(서울: 삼영사, 1993), 639면.

153) H. Maurer, aaO., S. 545 ; E. Stein, Staatsrecht, 10. Aufl., Tübingen, 1986, S. 166.

154) BVerfGE 58, 300, 339.

155) BVerfGE 20, 351, 358 ff.

## (나) 일본의 학설과 판례

일본의 경우도 독일의 학설과 판례의 영향을 받아 형식적 기준설과 실질적 기준설에 바탕을 둔 다양한 견해가 있다. 학설을 대별하면 형식적 기준과 실질적 기준을 종합적으로 고려하여 해결하려는 입장과, 실질적 기준에 의하여 구별하려는 입장이 있다<sup>156)</sup>.

### 가) 형식적·실질적 기준설

이 견해에 의하면 특별한 희생이 아닌가의 여부는 침해행위의 대상이 일반적이냐, 다시 말하면 널리 일반인을 대상으로 하고 있는가 그렇지 않으면 특정인 또는 특정범주에 속하는 사람을 대상으로 하고 있는가, 피침해자가 전체에 대하여 어떠한 비율을 차지하고 있는가의 여부(형식적 기준) 및 침해행위가 재산권의 본질적 내용을 침해할 정도의 강한 것인지의 여부, 즉 사회통념에 비추어 그 침해가 재산권에 내재하는 사회적 제약으로서 수인하지 않으면 안 될 것인가의 여부(실질적 기준)의 양 요소를 함께 고려하여 객관적·합리적으로 판단하여 결정하는 것이 타당하다

---

156) 今村成和, 『損失補償制度の研究』(東京: 有斐閣, 1968), 30-33面; 藤田宙靖, 「財産權の制限と補償の要否」, 『ジュリスト増刊 憲法の争點』(東京: 有斐閣, 1985), 98-99面; 荒秀, 「土地利用制度と補償」, 『現代行政法大系6(國家補償法)』(동경: 유비각, 1986), 261면 이하.

고 한다<sup>157)</sup>.

나아가 이러한 일반론을 전제로 하여 보다 구체적으로는 침해행위의 목적과 그 상태를 고려하여 판단하고 있다. 물론 이 견해가 현재에도 그 통용력을 완전히 잃고 있는 것은 아니지만, 일반적이냐 특별한 경우이냐 및 본질적 침해인가 그 정도에 이르지 아니한 경우인가는 사실 상대적·유동적인 것으로서 그 어느 쪽이라고 판단하기 어려운 경우가 많다.

이에 따라 형식적 기준을 충족하지 않을 때에도 실질적 기준을 충족하면 보상을 인정하여야 한다는 주장이 제기되기에 이르렀다<sup>158)</sup>.

#### 나) 실질적 기준설

이 견해는 형식적 기준에 중점을 두지 않고 실질적 기준만을 고려한 것으로서 구체적으로는 재산권의 박탈 또는 당해 재산권 본래의 효용의 발휘를 방해하는 침해에 대하여는 권리자가 이를 수인하여야 할 이유가 없는 한 당연히 보상을 요하는 것으로 보아야 하고, 그 정도에 이르지 않는 재산권의 규제에 대하여는 당해 재산권의 존재가 사회적 공동생활과의 조화를 유지해 나가기 위하여 필요한 것인 경우에는 재산권에 내재하는 사회적 기속으로서 보상을 요하지 않는다고 하고, 다른 특정한 공익목적에 위하여 당

---

157) 田中二郎, 『新版行政法(上)』(동경: 홍문당, 1988), 211면.

158) 荒秀, 전게논문, 261면.

해 재산권 본래의 사회적 효용과는 관계없이 우연히 가해진 규제가 있을 때에는 보상을 요한다고 하면서, 보상을 요하지 않는 재산권의 사회적 기속과 보상을 요하는 공용침해와의 구별은 행위의 외형에 의하여는 구별될 수 없고 재산권 보장의 목적을 고려하여 위의 기준에 의하여 구별하여야 한다고 한다<sup>159)</sup>.

#### 다) 경찰제한 공용제한설

실질적 기준을 구체화하는 기준으로 소극적 제한과 적극적 제한 내지는 경찰제한과 공용제한이라는 구별이 있다. 이에 의하면 소극적으로 사회공공의 안녕의 유지 또는 사회공동생활과의 조화의 유지를 위하여 가해진 제한이나 당해 재산의 본질적 가치를 감소하지 않는 범위에서 재산에 기인하는 타인의 생명, 신체 및 재산에 대한 장애의 발생을 예방하기 위하여 가해진 제한은 경찰제한으로서 재산권에 내재하는 사회적 기속이고 따라서 보상은 필요없으며<sup>160)</sup>, 또한 이러한 제한은 공공복리를 위하여 재산권을 가지는 자에 대하여 일반적으로 가해지는 것이기 때문에 특별한 희생에 해당하지 않는다고 한다<sup>161)</sup>.

이에 반하여 공익사업이나 도시의 정비·개발, 자연보전이라는 국토의 종합적·적극적 이용을 위하여 가해지는 토

---

159) 今村成和, 전계서, 31-32면.

160) 田中二郎, 전계서, 215면.

161) 荒秀, 전계논문, 262면.

지이용제한과 같은 적극적 목적을 위한 규제, 즉 재산권의 본래적 효용을 다하게 하기 위한 규제가 아니라 어떤 외적 목적을 위하여 가해지는 규제에 대하여는 경미한 제한 등의 경우를 제외하고는 특별한 희생으로 보아 원칙적으로 보상을 필요로 한다고 한다<sup>162)</sup>.

그러나 이 견해는 소극적 제한이라고 하여 그 침해의 구체적 강도를 전혀 무시하고 언제나 보상을 하지 않는 것은 타당하지 않으며, 또한 소극적 행정작용과 적극적 행정작용의 구별이 상대적·유동적이라는 점에 문제가 있다<sup>163)</sup>.

#### 라) 내재적 제약론

이 견해는 재산권의 규제와 보상의 관계를 파악하는데 있어 양자의 개념 구별보다는 그 내용이 무엇인가 하는 것에서 구별의 기준을 구하는 입장으로, 인간이 사회적 존재이고 재산권도 인간의 사회적 관계에서 행사되는 권리인 이상 인간의 사회생활을 영위하기 위하여 필요한 최소한도의 제한은 재산권에 당연히 내재하는 것으로 이러한 제한을 구체화하는 재산권의 제한은 누구나 수인해야 하는 제한으로서 보상을 요하지 않으나, 그 범위를 넘어선 것은 공용침해가 된다고 하는 견해<sup>164)</sup>, 재산권의 본래적 효용을 유지하기 위한 규제는 내재적 제약으로서 보상을 요하지

---

162) 田中二郎, 전계서, 215면.

163) 荒秀, 전계논문, 263면.

164) 藤田宙靖, 전계논문, 98-99면.

않는다는 견해<sup>165)</sup>, 토지에 있어 자연적 지역적 특성 및 계획에 기하여 행하여지는 규제는 내재적 제약으로서 보상을 요하지 않는다는 견해<sup>166)</sup> 등이 있다.

내재적 제약은 무보상의 근거로 자주 원용되는 것이나, 용어자체가 그다지 적절하지 않아 재산권의 연역적인 의미에서의 내재적 계약이라 할 필요는 없고, 재산권이 사회적 문제로 있는 한 사회적 제요인과의 관계에서 영향을 받는 것이므로 사회적 제약이라는 호칭으로 통일해야 한다는 주장도 있다<sup>167)</sup>.

#### (다) 미국의 학설과 판례

공용침해와 그 보상에 관한 미국 수정헌법 제 5조는 공용침해와 공적 규제에 관하여 아무런 기준을 제시해 주고 있지 않다. 미국에 있어 공용침해(taking)와 공적 규제(public regulation)의 구별은 그 행위가 경찰권(police power)의 행사로 볼 것인가 아니면 공용침해권(the power of eminent domain)의 행사로 볼 것이냐로 나누어, 전자에 대하여는 보상이 필요없다고 하고 후자에 대하여는 보상이 필요한 것으로 파악되어 왔다. 그러나 이 양자의 구별, 합헌성 및 판단기준에 관한 학설과 판례는 다양하여 아직 정설은 존재하지 않는다.

---

165) 小高剛, 「공용제한과손실보상」, 『법학잡지』 제 28권 제 3호 (대판: 대판대학교 법학회, 1982), 98-99면.

166) 遠藤博也, 『계획행정법』 (동경: 학양서방, 1982), 210-212면.

167) 荒秀, 전게논문, 263면.

양자의 구별에 관하여 미국 연방대법원이 사용한 기준은 다음과 같다. i) 행정청이 물리적으로 피해자의 소유물을 사용하거나 점유하느냐의 여부, ii) 피해자가 입은 손해의 정도, iii) 피해자의 손해가 그로 인한 공공의 이익에 의하여 초과되느냐의 여부, iv) 타인에게 해가 되는 행동에 대한 자유의 제한과는 관계없이 피해자에게 손해가 있었느냐의 여부 등의 네 가지 기준이 있는데 이중 iii)이 가장 유력하였다<sup>168)</sup>. 이하 이러한 기준과 다수의 학자들에 의하여 주장되고 있는 견해에 관하여 살펴본다.

#### 가) 물리적 침해(Physical invasion)기준

이 이론은 공용침해는 물리적 침해이어야 한다는 이론으로 현재 미국의 법원에서는 거의 채택되고 있지 않다. 여기서 물리적 침해라 함은 협의로는 정부가 피해자의 토지를 점유하던가 취득함으로써 타인의 토지에 대한 권한을 사실상 획득한 것을 의미하고 이 경우에만 공용침해를 인정하며, 광의로는 협의의 개념을 포함한 그밖에 주법에 의거하여 정부가 직접적으로 또는 계획적·조직적으로 사인의 토지소유를 침해한 경우까지도 포함한다<sup>169)</sup>. 정부에서

---

168) F. I. Mickelman, "Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'just Compensation' Law", 80 Harvard Law Review 1165, 1184 (1967); J. L. Sax, "Takings and Police Power", 74 Yale Law Journal 36, 46-47 (1964).

169) Harvard Law School, "Development in the Law-Zoning", 91 Harvard Law Review 1427, 1466 (1978).



물리적 침해가 발생할 토지이용에 대하여 규제를 하기 위하여는 공용침해권에 의하지 않으면 안 된다고 한다<sup>170)</sup>.

이 기준에 의하면 정부 행위의 피해자에 대해 미치는 경제적 효과는 문제삼지 않고 재산권의 규제와 공용침해에는 단순히 정도의 차이가 아니라 질적 차이가 있음을 전제로 하여 공익을 위한 재산권의 박탈이 아니고 단지 사회공동체에 유해한 사용에 대한 제한에 불과한 것으로 정부가 자신의 이익을 위하여 재산권을 박탈한 것이 아니고 여전히 소유권자의 점유하에 있으면 공용침해가 아니라고 한다. 그리하여 소유권자가 그 재산을 여전히 사용·처분할 수 있고 또 주가 이를 박탈하지 않고 다만 공익을 위해 그 사용에 개입하는 것은 공용침해가 아니라고 한다<sup>171)</sup>.

그러나 이 기준은 i) 명확히 공용침해권을 행사하지 않으면 아니하는 경우를 나타내기 위한 편의에 지나지 않으며 그 밖에도 공용침해권을 행사하지 않으면 아니 되는 경우가 있으므로<sup>172)</sup> 물리적 침해의 존재는 공용침해권 행사를 위한 필요충분 조건이 아니며, ii) 비물리적인 침해가

---

170) C. J. Bergers, "A Policy Analysis of the Taking Problem", 49 New York Law Review 105, 172 (1974). 이 이론에 입각하고 있는 판례로는 예컨대 Hooker v. New Haven & Northampton Co., 14 Conn, 184; Goodall v. City of Milwaukee, 5 Wis, 32(1856); Mugler v. Kansas, 123 U. S. 623(1887); Pumpelly v. Green Bay Co., 80 U. S. (13 Wall), 166 (1871); Transportation Co. v. City of Chicago, 99 U. S. 635 (1878); United State v. Central Eureka Mining Co., 357 U. S. 155 (1958) 등이 있다.

171) J. L. Sax, op. cit, pp. 38-40.

172) F. I. Michelman, op. cit., p. 1228.

예외가 아니라 원칙이 되어 있는 현대사회에서 물리적 침해기준은 여러 경우에 비추어 부적절하다<sup>173)</sup>는 것이 문제점으로 지적되고 있다.

나) 유해적 침해(noxious invasion)기준<sup>174)</sup>

이 이론은 침해 여부를 문제가 된 토지의 소유나 이용이 외부적으로 어떤 효과를 가져오느냐에 따라 결정하려고 한다. 즉 토지이용의 성질에 따라 그 이용이 대중에 대하여 해악적인 경우에는 그러한 토지에 대한 규제는 공용침해가 아님에 반하여 그 토지의 이용이 외부에 대하여 아무런 해악적 효과를 가져오지 않음에도 이를 규제하는 것은 공용침해가 된다고 보는 것이다<sup>175)</sup>. 왜냐하면 토지의 이용자 자신이 대중의 안전에 대한 위험을 만들어 낸 점을 이유로 그 규제가 정당화되기 때문이다<sup>176)</sup>.

이 이론은 기본적으로 개인의 재산권은 단순히 공적 편익을 위해 침해되어서는 안되나 개인의 재산권도 공공의 이익을 침해하여서는 안 된다는 점에 기초하고 있다. 이 이론을 적용하는 경우 물리적 침해 기준에 비하여는 공용침해의 범위가 확대된다고 할 수 있다.

---

173) Harvard Law School, op. cit., p. 1468.

174) 이를 외부적 효과기준설(Externality Test)이라고도 한다. Harvard Law School, op. cit., p. 1469.

175) Harvard Law School, op. cit., pp. 1470-1472; F. I. Michelman, op. cit., 1196-1198.

176) J. L. Sax, op. cit., p. 48

이 기준에 대하여는 공용침해의 여부가 문제되는 대부분의 경우는 재산권의 사용 자체가 사회적으로 유해한 경우 보다는 재산권의 무해한 사용간의 충돌로 인하여 어느 한 쪽의 사용을 규제하는 경우이므로 이 이론은 어떤 해결책을 제시하지 못하고, 예전처럼 불법방해(nuisance)가 확정된 개념이었을 때에는 문제가 없으나 사회경제적 변화와 그 변화를 중재하는 정부의 역할증대에 따라 어떤 원인이 유해사유가 되는지 불분명하게 된 경우 이 기준은 곤란한 문제를 야기한다<sup>177)</sup>는 등의 비판이 있다.

#### 다) 가치감소(diminution in value)기준

정부의 규제 범위가 확대되어 규제의 경제적 효과가 문제되어 Harlan대법관의 주장이 더 이상 유지될 수 없게 되자, Holmes대법관의 경제적 효과에 따른 양자의 구별기준이 등장하게 되었는데<sup>178)</sup>, Holmes대법관의 견해는 가치감소기준의 대표적인 것으로 인용되었다<sup>179)</sup>. 이 이론은 보상여부의 기준을 규제가 재산의 시장가치를 현저하게 저하시키는 경우에는 공용침해가 된다고 본다<sup>180)</sup>.

Holmes대법관은 경찰권의 행사와 공용침해 사이에는 질적 차이가 있는 것이 아니라 공적 필요에 따라 연결된 재

---

177) Harvard Law School, op. cit., pp. 1471-1472.

178) J. L. Sax, op. cit., p. 40.

179) F. I. Michelman, op. cit., 1190; Harvard Law School, op. cit., p. 1477.

180) Harvard Law School, op. cit., p. 1476-1477.

산권의 규제로서 보상의 여부는 그 규제에 의한 경제적 침해의 정도에 의하여 결정해야 된다고 본다. 그는 이 문제에 대한 법의 역할은 상충되는 충돌을 공정·평등하게 해결하는데 있다고 보고 공정성 기준을 도입하였다. 그리하여 그는 공용침해의 여부를 규제에 의하여 피해자에게 가해진 경제적 침해의 정도에 의할 것을 주장하고 규제가 지나치면 공용침해가 된다고 한다<sup>181)</sup>.

이 기준에는 i) 모든 합법적으로 획득된 현존의 경제적 가치는 재산권에 포함되며, ii) 이러한 경제적 가치는 어느 정도는 보상 없이도 감소될 수 있으나 지나치게 감소된 경우, 즉 재산권의 모든 경제적 가치의 박탈에 이른 경우에는 보상을 해야 한다고 하는 관념이 결합되어 있다<sup>182)</sup>.

그러나 이 기준에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다.

i) 이 기준에 의하면 토지이용의 영향은 그 토지만이 아니라 그 인근에까지 미치는 것이 일반적인 사실임에도 불구하고 인근에의 영향을 고려하지 않는다<sup>183)</sup>. ii) 가치의 감소는 어느 쪽 권한을 행사할 것인가를 결정함에 있어서의 중요한 요소이기는 하지만 가치의 감소만이 유일한 기준은 아니다<sup>184)</sup>. iii) 이 기준은 가치가 지나치게 감소할 경우를 공용침해로 보고 있지만, 어느 정도의 경제적 침해를

---

181) *Pennsylvania Coal Co. v. Maham*, 260 U. S. 393, 413, 415 (1922).

182) J. L. Sax, *op. cit.*, p. 50.

183) J. L. Sax, "Takings, Private Property and Public Rights", 81 *Yale Law Journal* 149, 152 (1971).

184) F. I. Michelman, *op. cit.*, 1191.

가치의 감소로 볼 것인지가 명확하지 않아 그때 그때의 판단에 의존하는 위험성이 있다<sup>185)</sup>.

#### 라) 형량(Balancing)기준

이 이론은 재산권의 규제를 요구하는 공익과 이로 인하여 수반되는 사적 침해를 형량하여 후자가 더 큰 경우에는 공용침해가 되고 전자가 더 큰 경우에는 공적 규제에 그친다고 본다.

이 기준에 대하여는 다음의 비판이 있다. i) 규제에 의하여 침해된 개인의 재산적 손해는 인식할 수 있고 계량화할 수 있으나 공적 이익이란 때로는 포착하기 어렵고, ii) 설사 그것이 계량화되어 비교된다 할 지라도 이것이 문제를 해결하기는 어렵다. 왜냐하면 공적 이익이 사적 이익을 초과한다 해도 그것은 그러한 규제가 효율적이라는 것을 의미하는 것이지 피해자에게 보상을 해주지 않아야 될 이유는 될 수 없는 것이다<sup>186)</sup>.

#### 마) 효용(utility) · 공정성(fairness)기준

이 이론은 F. I. Michelman에 의하여 보상여부의 문제에 대하여 효용성과 공정성에 기초한 두 가지 접근방법으로

---

185) Harvard Law School, op. cit., p. 1480; J. L. Sax, 74 Yale Law Journal 36, 41 (1964).

186) F. I. Michelman, op. cit., 1194.

제안되었다<sup>187)</sup>. 첫째, 보상여부의 문제를 재산권의 재조정을 통한 사회전체의 효용을 극대화하는 측면에서 파악하여, 효율이득(efficiencygains)<sup>188)</sup>, 의욕저하비용(demoralization costs)<sup>189)</sup>, 해결비용(settlementcosts)의 세 가지를 형량하여 보상의 여부를 판단한다. 즉 의욕저하비용과 해결비용의 양자가 효율이득을 상회할 경우에는 규제를 하지 않는 것이 바람직하나, 반대로 효율이득이 의욕저하비용과 해결비용의 양자를 상회하는 경우에는 규제를 행할 만한 가치가 있다. 그리고 규제를 할 때에는 i) 해결비용이 의욕저하비용과 효율이득 양자 보다 적은 경우 보상은 지급되어야 하나, ii) 해결비용이 의욕저하비용보다는 적고 효율이득보다는 많은 경우 그 규제 조치는 보상의 여부와 관계없이 부적절하며, iii) 의욕저하비용이 해결비용을 상회하는 경우에는 보상을 하는 것이 적절하며 그렇지 않은 경우는 보상을 하는 것이 부적절하다고 한다<sup>190)</sup>.

둘째, 그러나 보상여부의 문제는 효용성의 문제로서만 파악될 수 없고 정의의 관점에서 공정하게 이루어져야 한다고 한다<sup>191)</sup>. 이에 의하면 i) 사회제도가 타인의 자유와

---

187) Harvard Law School, op. cit., pp. 1483-1486.

188) F. I. Michelman, op. cit., p.1214.

189) 이는 보상이 주어지지 않음으로서 피규제자와 그 관련자들에게 생겨난 생산의욕의 상실이라고 하는 비효용을 없애기 위하여 필요한 금전적 가치와, 보상받지 못한 피해자, 동조자 및 유사한 취급을 받을 가능성이 있다고 생각하는 제 3자의 생산의욕의 저하로 말미암아 야기된 장래의 생산감소에 대한 현재의 금전가치의 총액을 의미한다.

F. I. Michelman, op. cit., 1214.

190) F. I. Michelman, op. cit., 1214-1215.

양립할 수 있는 한 모든 구성원들에게 평등하게 최대한의 자유를 보장하는 것이어야 하고, ii) i)의 원리에 반하여도 누구나가 차별적 대우를 받을 수 있는 기회를 가지고, 그 제도가 합리적으로 모든 구성원에게, 특히 문제가 된 제도에 의하여 최소한의 이익이 귀속될 자에게 이익이 될 것이라고 생각할 수 있는 한 정당화된다는 것이다. 그리하여 피해자가 반대 결정에 의한 어떤 경우보다 그러한 결정에 의한 것이 자신과 같은 사람에게 보다 작은 장기적 위험을 줄 것이라고 평가할 수 있는 한은 보상을 하지 않는 것이 공정하다고 한다. 이것은 해결 비용이 낮을 때, 효용이득이 불명확할 때, 어떤 특정인에게 가해진 침해가 이례적으로 클 때에는 보상이 인정되어야 하나 부담과 이익이 상호적이거나 보상이 거부된 부담과 유사한 부담이 동시에 많은 사람들에게 부과된 경우에는 보상이 완화되어야 한다고 한다<sup>192)</sup>.

이러한 F. I. Michelman의 견해에 대하여 i) 효용성에 의한 접근 방법의 경우 그 변수의 양정이 곤란하여 그 적용이 어렵고, ii) 공정성에 의한 접근 방법에 있어서도 이러한 문제가 야기되며, iii) 이러한 접근 방법은 어느 것도 보상을 요하는 공용침해의 대상이 되는 재산권을 명확하게 제시하지 못한다는 비판이 있다<sup>193)</sup>.

---

191) F. I. Michaelson, op. cit., pp. 1218-1220.

192) F. I. Michelman, op. cit., pp. 1223-1226.

193) Harvard Law School, op. cit., p. 1485.

(라) 우리나라의 이론전개상황 및 결어

우리나라의 이론전개상황도 독일이나 일본의 경우와 크게 다르지 않다. 즉 우리나라에 있어 사회적 기속과 공용침해의 구별은 헌법 제 23조 제 2항, 제 3항을 헌법 제 11조의 평등원칙 그리고 헌법 제 37조 제 2항의 기본권 제한에 있어 본질내용침해금지과 비례성원칙을 중심으로 논의된다고 할 수 있는데, 형식적 기준설은 평등의 원칙에 실질적 기준설은 재산권 제한의 본질내용침해금지과 비례성원칙에서 접근하고 있다.

여러 입장을 대별해 보면 먼저 실질적 기준을 원칙으로 하고 형식적 기준을 고려하자는 견해가 있다. 실질적 기준으로서 침해 행위가 본질적이냐 아니냐, 다시 말해서 그 침해가 사회통념상 재산권의 내재적 제약 이상의 것이라고 인정할 만한 정도의 것이냐를 우선 표준으로 하고 형식적 기준으로서 침해 행위가 일반적이냐 개별적이냐를 참작하여 그에 대한 보상여부, 즉 특별한 희생의 유무가 결정되어야 할 것이라는 견해<sup>194)</sup>가 그것이다.

그 다음으로 실질적 기준설에 입각하면서도 강조점에 따라서 다소 차이가 있는 몇몇 입장이 있다. 특별한 희생이란 특정인의 부담으로 방치하는 것이 정의·공평의 원칙에 반한다고 인정되는 권익의 박탈이라고 할 수 있다. 즉 재

---

194) 김도창, 『일반행정법론(상)』 (서울: 청운사, 1993), 603면; 석중현, 전게서, 640면; 윤세창, 『행정법(상)』 (서울: 박영사, 1985), 387면; 이오구, 『신고행정법원론』 (서울: 대명출판사, 1993), 404-405면.



산권의 경우 그에 대한 침해가 재산권에 내재하는 사회적 제약을 넘어 재산권의 본래적 효용을 저해함으로써 그것을 개인에게 수인시키는 것이 사회 정의와 공평에 어긋난다고 인정되는 때에 이를 가리켜 특별한 희생이라고 할 수 있다는 견해<sup>195)</sup>, 공권력 작용이 국민 전체에 대하여 일반적으로 발동되고, 그 결과 모든 사람에게 균등하게 손실이 생긴 경우에는 공평 부담의 원칙에 의한 보상이 행하여질 이유가 없으며, 따라서 특정인 또는 특정 범위의 사람에 대하여 생긴 손실(형식적 기준)에 대하여 보상의 문제가 생기는 바, 이러한 손실도 모두 보상의 대상이 되는 것이 아니고, 재산권의 실질적·본질적 제한의 유무는 실질적 기준설이 주장하는 목적 위배, 기능에 적합한 이용, 상황적(지역적) 구속성 등의 기준을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다는 견해<sup>196)</sup>, 특별한 희생을 특정인의 부담으로 방치하는 것이 정의·공평의 원칙에 반하는 것으로 보면서, 목적위배설과 같이 재산권에 대한 침해 행위에 당해 재산권에 대하여 종래부터 인정되어 온 목적에 위반하는 경우를 포함시켜야 하며, 경우에 따라서는 상황적 구속성설의 견해를 보완적으로 함께 고려할 필요가 있다는 견해<sup>197)</sup> 등이 있다.

위에서 보는 바와 같이 재산권의 사회적 기속과 공용침해의 구별에 관한 각국의 이론과 입장은 다양하고 대단히

195) 이상규, 『신행정법론(상)』 (서울: 법문사, 1993), 577면.

196) 박운훈, 『최신행정법강의(상)』 (서울: 국민서관, 1993), 705면.

197) 석종현, 『토지행정법론』 (서울: 경진사, 1993), 165-166면.

혼란스럽다. 그러나 이로부터 몇 가지 결론을 도출해 본다면, 우선 학설과 판례의 대체적인 입장은 실질적 기준에 의하여 양자를 구별하려는 경향이 있으나 그 실질적 기준 자체가 다양하며 어느 하나만이 절대적 기준이 될 수는 없다는 것이다. 따라서 어떤 고정된 자연법적인 절대적 재산권이라는 것은 존재할 수 없으며 재산권의 관념이나 그에 대한 평가가 역사적 발전에 의하여 시대나 사회적 상황에 따라 변하는 개방적인 개념이기 때문에 재산권의 사회적 기속과 공용침해의 구별도 어떤 확고하고 불변적인 기준이 있는 것은 아니며<sup>198)</sup>, 재산권 개념의 역사적 발전에 따라 입법자에게 법정 기준에 대한 이니셔티브가 주어져 있다고 생각된다<sup>199)</sup>. 사회국가적 경향의 확대는 재산권의 사회적 기속의 범위를 더욱 넓혀 상대적으로 종래 공용침해에 해당하던 재산권의 침해가 사회적 기속으로 전화될 수 있다.

그러나 이러한 재산권의 상대성 또한 무제한의 것은 아니다. 독일 연방헌법재판소의 견해<sup>200)</sup>도 재산권의 본질을 이루는 사적 이용성과 처분권능 자체를 박탈하거나 비례성 원칙 내지 과잉금지의 원칙 및 부담의 평등성이 침해된 경우는 이미 재산권의 사회적 기속의 범위를 벗어난 것으로 공용침해에 해당되어 보상이 따라야 하며 만약 보상에 관한 규정이 없다면 그 법률은 헌법위반이 된다고 보고 있다.

---

198) F. Ossenbühl, aaO., S. 118.

199) 동지; 김남진, 전거 『행정법의 기본문제』, 427면.

200) BVerfGE 50, 290, 341.

그리고 재산권의 본질을 이루는 사적 이용성과 처분권능의 침해는 그 재산권이 보장되는 취지, 즉 인간의 자유실현과 자기책임적 삶의 형성이라는 측면과 사회적 효용성이라는 측면에서 파악되어야 하고 또한 재산권 취득의 정당성을 담보하는 근거로서 노동이라는 측면도 고려되어야 한다. 그런 점에서 양자의 구별에 있어서는 재산의 종류와 법익에 따라 보상 여부의 판단이 달라야 하며, 특히 토지 재산권의 경우는 개인의 생존재산보다 사회적 기속의 범위가 확대될 것이다.

결론적으로 사회적 기속과 공용침해의 구별에 관한 문제는 어떤 획일적 이준에 따라 해결될 성질의 것이 아니며, 재산권의 종류와 사회적 여건에 따라 관련 문제를 유형화하여 보다 구체적으로 검토할 필요가 있다.

## 7. 공용침해

### (1) 의의

헌법 제 23조 제 3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다”라고 규정하여 사회국가에 있어서의 재산권 개념변화의 본질적 내용에 해당하는 재산권의 사회적 기속(Sozialbindung des Eigentums)의 강화와 그에 근거한 재산권 침해에 대한 보상의 원칙을 정하고 있

다. 여기에서 재산권의 수용이란 재산권의 박탈을, 재산권의 사용이란 재산권의 박탈에 이르지 아니한 일시적 사용을, 재산권의 제한이란 소유자 기타 권리자에 의한 재산권의 사용과 그로부터 얻는 수익을 제한하는 것을 의미하며, 이에 대한 포괄적 개념으로 공용침해(Enteignung) 또는 광의의 공용제한이라는 용어를 사용하고 있다.

이러한 공용침해는 오로지 공권력 주체에 의해서 공권력의 행사로 행해지는 고권적 행위여야 하며<sup>201)</sup> 재산권에 대한 침해가 공권력에 의해 의도되고 유목적적인 것이어야 함을 의미한다. 따라서 사인에 의한 행위나 우연히 일어난 고권적 행위는 공용침해의 범주에 속하지 않는다<sup>202)</sup>. 뿐만 아니라 공용침해는 공권력의 적극적 행위를 전제로 한다. 공권력의 단순한 부작위는 경우에 따라 위법한 행위가 될 수는 있겠지만 여기서 말하는 공용침해의 개념과는 어울리지 않는다. 그러나 부작위라 하더라도 행정청에 대한 허가신청이 거부된 경우와 같이 재산권자의 권리를 직접 침해하는 효과가 있는 부작위의 경우에는 다르게 평가되어야 한다<sup>203)</sup>.

그러므로 헌법 제 23조 제 3항의 의미에서 공용침해란 공공복리에 의해 요청되는 구체적 공익목적을 위해 필요한

---

201) Vgl. H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm, Art. 14 Rdnr.

451; I. v. Münch, aaO., Art. 14 Rdnr. 70

202) Vgl. BGHZ 12, 52, 57; 23, 235, 240; E. Forsthoff, aaO., S. 359.

203) Siehe auch B. Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 105 ff.; F.

Ossenbühl, aaO., S.157 ff.; aus der Rspr.: BGHZ 12, 52, 56; 56, 40, 42.

재산적 가치있는 권리에 대한 적법하고 고권적인 재산권의 침해를 뜻한다. 이 공용침해의 개념은 재산권의 내용 및 한계규정과 그로부터 나오는 사회적 기속과 구분되며 공익 목적이 아닌 형벌 내지는 질서벌과 같은 다른 목적을 위한 침해와는 구분되어 진다<sup>204)</sup>.

헌법상의 공용침해규정은 근대 시민사회의 자유주의적이고 개인주의적인 재산권 개념으로부터 단순한 탈피가 아니라 공익을 위한 재산권의 사회적 기속성의 한계를 넘은 적법한 재산권의 침해와 그에 대한 보상의 원칙을 명문화하고 있다는 점에서 사회국가의 이념을 적극적으로 실현하고 또 거기에 적합한 재산질서를 형성하고자 하는 데에서 커다란 의미를 찾을 수 있다.

## (2) 공공필요

현행 헌법 제 23조 제 3항은 재산권의 수용·사용 및 제한의 정당성 사유로서 공공 필요를 규정하고 있다. 일반적으로 공공필요란 공공이익을 위해 일정한 공익사업을 시행하거나 공익목적 달성을 위하여 재산권의 제한이 불가피한 경우를 말한다<sup>205)</sup>. 이때의 공공필요란 개념은 추상적이고 전형적인 불확정개념이기 때문에 내용의 구체화는 개별입법자에게 맡겨지게 되고<sup>206)</sup> 궁극적으로는 헌법재판소

---

204) I. v. Münch, aaO., Art. 14 Rdnr. 76.

205) 허 영, 전게 『한국헌법론』, 462면.

206) F. Ossenbühl, aaO., S. 165.

의 통제하에 한계 지워져야 할 개념이다.

따라서 어떤 공용침해 법률에 규정된 특정 종류의 침해 수단이 헌법 제 23조 제 3항과 일치하여 공공 필요성이 인정된다고 하더라도 그 공용침해에 있어서의 구체적 침해행위가 구체적 사례에서의 공익목적에 필요한지도 검토되어야 한다. 뿐만 아니라 이 경우에도 개념의 불확정성으로 인해 적극적 개념정의보다 부정적 개념정의의 방식을 취하고 있다. 예를 들어 행정주체가 그의 재정적 수요를 충족하기 위해 한 침해행위는 공공필요를 위한 경우로 볼 수 없다. 왜냐하면 어떤 개인의 토지에 대한 공용침해와 그에 따른 희생은 특정 공익목적의 달성을 위해 필요한 경우에만 정당화될 수 있기 때문이다<sup>207)</sup>. 따라서 공용수용한 토지를 장기간 그대로 방치하는 것은 허용되지 않으며, 공용수용 당시의 토지소유자 또는 그 포괄승계인에게 환매권이 인정됨은 물론이다<sup>208)</sup>. 또 공용침해는 사인 사이의 분쟁과

---

207) BVerfGE 38, 175, 180; O. Kimminich, in: Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 275.

208) 헌재판례집 6-1, 38, 57. 수용된 토지가 당해 공익사업에 필요없게 되거나 이용되지 아니하였을 경우에 피수용자가 그 토지소유권을 회복할 수 있는 권리 즉 토지수용법 제 71조 소정의 환매권은 헌법상의 재산권 보장규정으로부터 도출되는 것으로서 헌법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 할 수 있다. 또 이 권리는 피수용자가 수용 당시 이미 정당한 손실보상을 받았다는 사실로 말미암아 부정되지 않는다. 왜냐하면 피수용자가 정당한 손실보상을 받는 것은 단지 수용요건 중의 하나에 불과한 것으로서, 피수용자가 손실보상을 받고 소유권의 박탈을 수인할 의무는 그 재산권의 목적물이 공공사업에 이용되는 것을 전제로 하기 때문이다; 대판 1992. 4. 28. 91 다29927 참조.

이해관계를 조정하는 국가의 수단이 아니기 때문에 특정 사인의 이익을 위한 경우는 허용될 수 없다<sup>209)</sup>.

그러나 사경제적 기업이라고 하더라도 공적 생활배려와 그로 인한 실질적 의미에 있어서의 국가적 과제를 수행할 수 있다. 특히 교통과 에너지 부문에서는 사법적으로 조직되고 사경제적으로 운영되는 기업도 생활배려적 기업목적의 틀 속에서는 공익목적을 수행하게 되는 것이고 따라서 공공필요의 개념에 적합한 것으로 볼 수 있다<sup>210)</sup>. 이런 의미에서 공동이용성과 이익추구가 반드시 상호 배타적이지는 않다. 반면에 사기업의 국민경제적 중요성은 특정 경제주체를 위한 공용침해를 합법화시키지는 못한다. 즉 한 경제주체에 대한 배려는 다른 사인의 부담을 가중시키게 되기 때문에 적절한 수단으로 볼 수 없다<sup>211)</sup>.

토지수용법과 같은 개별 법률에서도 공공필요와 공용침해를 할 수 있는 공익사업을 열거하고 있으나 이는 하나의 기준에 불과하고 공공필요의 유무는 결국 개별적·구체적으로 공익과 사익의 비교형량을 통하여 결정되어야 하며, 이는 곧 헌법원칙 내지는 일반적 법원칙으로서의 비례성원칙(과잉금지의 원칙)을 그 기준으로 삼게되는 것을 의미한다. 특히 헌법 제 37조 제 2항은 기본권제한의 한계로서 본질내용침해금지원칙과 비례성원칙을 규정하고 있기 때문에 헌법 제 23조 제 3항의 공공필요와 동법 제 37조 제 2

---

209) M. Bullinger, Der Staat 1(1962), S. 450 f.

210) M. Frenzel, Das öffentliche Interesse als Voraussetzung der Enteignung, Berlin, 1978, S. 75 ff.

211) M. Frenzel, aaO., S. 99 ff.

항의 공공복리는 어떠한 관계에 있는가 라는 문제와 관련하여 견해의 대립이 있다. 대표적으로 김철수 교수는 공공필요는 좁게 해석할 것이 아니라 보다 신축성 있게 해석하여 비록 헌법 제 37조 제 2항의 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위한 경우가 아니더라도 공공필요가 있는 경우에는 재산권의 수용·사용·제한을 정책적 고려하에서도 할 수 있으며 특히 경제의 민주화를 위해서도 제한할 수 있는 것으로 보고 있다<sup>212)</sup>. 권영성 교수는 공공필요는 갖가지 국가적 목적을 실현하기 위한 정책적 고려는 물론 사회정의의 위하여 필요한 경우까지 포함하는 개념으로서 공공복리보다 넓은 개념이라고 보고 있다<sup>213)</sup>. 이에 반해 문홍주 교수는 제 23조 제 3항의 공공필요와 제 37조 제 2항의 국가안전보장 등을 같다고 이해하고 있으며<sup>214)</sup>, 특히 허 교수는 제 37조 제 2항을 기본권제한입법의 한계조항이라고 이해하고 그런 관점에서 재산권제한 사유로서의 공공필요도 마땅히 제 37조 제 2항의 한계내에서만 인정될 수 있기 때문에 그와 같은 논쟁은 무의미하고 불필요하다고 보고 있다<sup>215)</sup>. 요약하면 헌법 제 23조 제 3항의 공공필요를 헌법 제 37조 제 2항의 범주 내로 볼 것인가 아니면 보다 넓은 것으로 보아야 할 것인가, 즉 기본권 제한 목적의 범위에 관한 의견대립이며, 그것은 곧 공공필요에 의한 재산권제한이 제 37조 제 2항의 기본권제한 한계규정의 적

212) 김철수, 전거서, 430면.

213) 권영성, 전거 「헌법학원론」, 489면.

214) 문홍주, 전거서, 293면.

215) 허 영, 전거 『한국헌법론』, 462면.



용을 받는가의 문제이다. 우선 기본권제한 목적의 범위와 관련하여 공공필요가 공공복리보다 넓은 개념이라는 점에 대해서는 견해를 달리한다. 그 범위를 공공필요가 더 넓다고 주장하는 입장은 공용침해의 사회정책적 고려, 사회정의 실현 그리고 경제의 민주화를 위한 경우까지를 고려하여 하기 때문에 공공복리보다 광범위하게 보아야 한다는 것이다. 그러나 적극적 미래형성과 사회적 그리고 경제적 생활관계의 발전적 전개를 목표로 하는 현대 민주국가에 있어서는 사회·경제적 정책을 위한 광범위한 입법권 형성을 인정하고 있기 때문에 특별히 그러한 범위의 차이를 인정해야 할 필요가 없다. 오히려 여기서 문제가 되는 것은 그러한 목적 설정이 기본권을 비롯한 다른 헌법 질서와 조화를 이루는가의 문제가 관건이며 목적 달성을 위한 수단의 선택이 비례성원칙의 부분원칙인 합목적성의 원칙에 부합하는가가 결정적이다. 수단의 적합성과 관련해서는 입법자가 장래의 사실관계에 대한 평가를 얼마나 자유롭게 할 수 있는가의 문제와 궤를 같이 한다<sup>216)</sup>. 따라서 헌법 제 23조 제 3항의 공공필요는 헌법 제 37조 제 2항의 국가안전보장·질서유지·공공복리의 개념보다 특별히 넓게 보아야 할 아무런 이유도 없다. 그러나 기본권제한 입법의 한계와 관련해서는 헌법 제 37조 제 2항이 기본권 제한 한계

---

216) Dazu ausführlich F. Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsach-  
enfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das BVerfGE,  
BVerfGFS I (1976), S. 458 ff.; R. Breuer, Legislative und  
administrative Prognoseentscheidungen, Der Staat 16(1977), S. 21 ff.

조항이라는 점은 동의할 수 있으나, 바로 그 때문에 공공 필요도 그러한 한계 내에서만 인정할 수 있다는 견해에 대해서는 입장을 달리한다. 왜냐하면 무엇보다도 재산권의 수용·사용·제한은 그 자체가 이미 기본권제한입법의 한계인 재산권의 본질내용을 이루고 있으며 따라서 구조적으로 본질내용침해금지의 원칙이 적용될 수 없게 되어 있으며, 바로 그런 점 때문에 부대조항(불가분조항, 결부조항, package deal clause, Junktim-Klausel)을 통하여 교환가치를 보상하도록 하고 있는 것이다. 그러므로 헌법 제 23조 제 3항에 의한 재산권 제한은 기본권 제한의 예외적이고 특수한 형태라 볼 수 있다. 이러한 특수형태의 재산권제한은 재산권의 절대성·불가침성이 자본주의의 발달에 따른 여러 가지 사회문제의 대두와 함께 수정될 수밖에 없는 상황에서 사유재산제도를 원칙적으로 인정하면서도 사회전체의 이익을 위하여 그 제한이 불가피하게 된 사회적, 경제적 그리고 정치적 상황에 기인한다. 기본권제한의 한계로서 본질내용침해금지의 원칙과는 달리 비례성원칙은 실체적 내용을 가진 원칙이 아니고 형식원칙이며, 이미 기본권 제한의 한계를 정하는 원칙으로서의 의미를 넘어 헌법원칙 또는 일반적 법원칙으로 활용되고 있으며, 매우 신축성있게 적용될 수 있기 때문에 헌법 제 37조 제 2항의 목적범위를 넘는 헌법 제 23조 제 3항의 공공필요에 의한 재산권 제한의 한계를 정하는 기준으로서의 역할을 할 수 있는 것이다. 결국 헌법 제 23조 제 3항과 제 37조 제 2항과의 관계는 제한목적과 관련해서는 차이가 없지만 기본권제한입

법의 한계라는 측면에서 보면 일치하지 않는다.

### (3) 법률에 의한 제한

현행 헌법은 공용침해의 법률의 형식을 요청하고 있다. 여기에서의 법률이란 국회가 입법절차에 따라 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것으로 명령이나 규칙 또는 조례에 의한 공용침해는 허용되지 않는다<sup>217)</sup>. 공용침해를 정당화하는 요건으로서의 법률은 일반적 법률을 의미하여 재산권의 제한이 특정인에게 한정되는 처분적 법률은 원칙적으로 배제된다. 법률이외의 형식으로 인정되는 경우는 헌법 제 76조 제 1항에 의한 대통령의 긴급 재정 경제 처분·명령을 들 수 있다. 법률의 위임이 있는 경우 명령의 형식으로도 공용침해가 허용되는가의 문제에 있어서는 우리 헌법의 경우에는 독일과는 달리 법률에 근거하여(auf Grund eines Gesetzes)라는 표현이 없기 때문에 부정설의 입장<sup>218)</sup>이 타당하다고 생각된다. 공용침해 행위 자체는 형식적 법률이 직접 공용침해 자체를 정할 수도 있으며, 형

---

217) 권영성 교수는 공공필요로 말미암아 부득이한 경우에는 그 사용권만을 일정한 범위 내에서 일시적으로 제한하는 것은 허용된다고 보고 있으나(권영성, 전제 「헌법학원론」 491면.), 법률에 의한 제한원칙에 내재된 의미를 고려해 볼 때 찬성할 수 없다.; Vgl. BVerfGE 56, 249, 259 ff.

218) 그렇다고 해서 헌법 제 23조 제 3항의 법률과 제 37조 제 2항의 법률이 다르다는 것을 의미하지는 않는다. 다만 헌법 제 23조 제 3항의 조문형식의 엄격성에 기인한 것이다. 동지: 권영성, 전제 「헌법학원론」, 491면.

식적 법률이 행정부에 대하여 공용침해를 행할 권한을 부여하는 경우도 있다. 그러나 직접 법률에 의한 공용침해는 법률에 대한 관할 법원의 통제가능성을 배제시키고, 헌법상의 권리보장기능을 약화시키는 이유 때문에 헌법체계상 제한적으로 허용되어지는 것으로 간주된다<sup>219)</sup>.

#### (4) 부대조항(Junktiv-Klausel)

공용침해를 근거해 주는 일반적 법률에는 재산권제한사항과 함께 보상의 구체적 내용을 규정해야 한다. 이와 같이 헌법이 입법위임을 하면서 동시에 구 법률이 일정한 다른 요건이나 일정한 내용을 함께 규정하도록 하는 조항을 부대조항 또는 불가분조항이라고 하며 공용침해의 경우가 바로 여기에 해당한다. 따라서 보상규정을 두지 않고 있거나 두더라도 헌법 제 23조 제 3항의 요청을 충족시키지 못할 때에는 위헌이 된다. 이렇게 제한사항 뿐만 아니라 보상에 관한 사항도 함께 규정하도록 하는 것은 규율한 내용이 헌법상의 재산권 제한 요건을 충족시키는지 여부와 이런 경우 공적 예산에 의하여 뒷받침되는 보상이 이루어져야 하는지 또 어떠한 종류의 그리고 어느 정도의 보상이어야 할 것인가를 입법시 미리 고려하도록 요구함으로써 재산권을 제한하려는 법률집행자에게 제한의 결과로서의 재정부담에 대한 경고기능(Warnfunktion)과 개방기능(Offen-

---

219) H.-J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 14, Rdnr. 471 f.

barungsfunktion)을 내포하고 있다는 점에서 그 의의가 크다<sup>220)</sup>. 입법자에 대한 이러한 요청은 결과적으로는 국가재정의 보호와 재정정책에 있어서 의회의 우선권을 인정하는 데에 기여하는 바 또한 크다. 그리고 헌법 제 23조 제 3항의 공용침해는 보상을 결부시킴으로서 재산권침해에 대한 절차적 헌법적합성을 확보하도록 함으로써 재산권 보호기능으로서의 의미도 함께 가지고 있다.

부대조항의 입법취지에 따르면 헌법에서 이미 규정하고 있는 것을 단지 반복하는 것과 같은 그러한 부대조항은 헌법 제 23조 제 3항의 규율 요청에 적합하지 않다. 예를 들면 백지형식에 의한 보상규정(salvatorische Klausel)으로서는 법률에 근거한 조치가 공용침해를 의미하는 경우에 금전에 의한 보상을 제공하여야 한다는 식으로 막연한 보상규정을 두게 되는 경우로서 부대조항의 입법취지에 따라 입법자기 보상이라는 법적 효과가 나타날 수 있도록 구성요건을 명확히 규정해야 한다는 요청을 충족시키지 못하고 있는 것이다<sup>221)</sup>.

헌법 제 23조 제 3항의 기준에 따른 보상청구권의 요청이 규정되어야 하며 이러한 과제가 법 적용 기관에 넘겨져서는 안 된다. 물론 이러한 백지형식에 의한 보상규정은 공용침해개념의 확대화 경향과 함께 재산권의 사회적 기속

---

220) BVerfGE 46, 268, 287; F. Weyreuther, Über die Verfassungswidrigkeit salvatorischer Entsädigungsregelungen im Enteignungsrecht, Berlin, 1980, S. 12 f., 23 ff.

221) F. Weyreuther, aaO., S. 23 ff.

과 공용침해의 경계영역에 있는 재산권침해의 성질에 대한 잘못된 평가의 위험을 줄이기 위해서 불가피한 측면도 없지는 않지만, 공용침해의 부대조항으로서는 적절하지 못한 것으로 평가된다.

## (5) 보상

현행 헌법은 공용침해와 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 관련해서는 두 가지의 문제가 검토되어야 한다. 하나는 법률이 공용침해는 규정하면서 보상규정을 두고 있지 않을 경우의 처리에 관한 문제이고, 다른 하나는 정당한 보상이 과연 어떠한 보상을 의미하는가의 문제이다. 첫번째, 보상규정이 없는 경우에는 두 가지 해결모델이 제시될 수 있다<sup>222)</sup>. 우선 보상규정이 없는 공용침해를 위헌·무효로 보고 국가배상법이 정하는 바에 따라 손해배상청구를 인정하려는 입장이 있고, 다음으로는 독일의 학설과 독일연방최고법원의 판례를 통해서 발전된 준수용적·수용유사적 침해 이론에 따라 직접 헌법 제 23조 제 3항에 근거하여 보상을 청구할 수 있다고 보려는 입장이 그것이다<sup>223)</sup>. 국가보상에 관한 현행 법체계가 적법한 침해에 대한 손실보상제도와 위법·무책의 침해에 대한 손해보상제도만을 인정하고 있고, 위

222) 허 영, 전계 「한국헌법론」, 465면 참조.

223) BGHZ 6, 270, 289 ff.; BVerfGE 58, 300, 319; 45, 63, 75 f.; 46, 278, 287; F. Ossenbühl, aaO., S. 136 f.

법·무책의 침해에 대한 보상제도는 규정하고 있지 않음으로 해서 생기는 실정법상의 흠결을 보충하기 위해 독일과 유사한 국가보상법체계를 가진 우리의 입장에서는, 준수용적 침해(enteignende Eingriff)나 수용류사적 침해(재산권 수용유사의 침해, enteignungsgleicher Eingriff)가 있는 경우 손해배상청구를 인정하려는 전자의 입장보다는 공용수용의 법리에 준하여 직접 헌법에 근거한 손실보상을 인정하는 입장이 보다 더 설득력이 있다고 생각된다<sup>224)</sup>.

정당한 보상의 의미와 관련해서는 완전보상설, 상당보상설 그리고 절충설 등으로 견해가 나누어져 있다. 완전보상설은 주로 자유주의적 재산권 개념을 바탕으로 한 견해이며 미국 수정헌법 제 5조의 정당보상조항을 중심으로 발전된 이론이다. 따라서 이러한 완전보상설은 피침해재산이 가지는 객관적 재산가치를 충분하고 완전하게 보상하여야 한다는 주장으로서 정당한 보상이 되기 위해서는 피침해재산이 가지는 객관적 시장가치뿐만 아니라 침해에 의해서 부수적으로 야기된 부수적 손실(Folgeschäden)도 포함된 완전한 보상이 제공되어야 한다는 것이다<sup>225)</sup>. 우리 헌법재판

---

224) 대판 1993. 10. 26, 93 다 6409: 수용유사적 침해의 이론은 국가 기타 공권력의 주체가 위법하게 공권력을 행사하여 국민의 재산권을 침해하고 그 효과가 실제로 있어서 수용과 다름이 없을 때에는 적법한 수용이 있는 것과 마찬가지로 국민이 그로 인한 손실의 보상을 청구할 수 있다는 것인데, 1980년 6월말경의 비상계엄당시 국군보안사령부 정보처장이 언론통폐합조치의 일환으로 사인소유의 방송사주식을 강압적으로 국가에 증여하게 한 것은 수용유사적 침해에 해당한다고 볼 수 없다.

225) H. -J. Papier, in: Maunz/Dürig, GG-Komm., Art. 14, Rdnr. 516.

소도 이런 입장에서 헌법이 규정한 정당한 보상이란 “손실 보상의 원인이 되는 재산권의 침해가 기존의 범질서안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실 보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서, 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니 된다는 것을 의미한다”고 하고 있다<sup>226)</sup>.

여기에 반해 상당보상설은 독일 연방 헌법재판소와 같이 주로 사회 국가적 입장에서 주장되는 것으로서 보상은 재산권 침해 행위의 공공적 중요성에 비추어 사회국가적 기준에 의하여 정하여지는 적정한 보상이면 족하다고 보는 견해이다<sup>227)</sup>.

절충설의 입장에서는 보상이 무조건 형식적으로 평등하게 이루어질 것이 아니라 사회적 정의의 원칙에 합치되게 경제적 약자에게는 시가 이상의 보상을 해주고 경제적 강자에게는 시가 이하의 보상을 해야 한다는 견해이다<sup>228)</sup>. 즉 원칙적으로는 완전보상을 해야 하지만 특별한 경우에는 상당보상이나 생활보상도 예외적으로 가능하다는 것이다. 이 견해에 따르면 보상의 문제는 개인의 재산권보장이라는 시각에서만이 아니라 개인의 생활보장이라는 측면에서도 파악되어야 한다고 보고 있다. 따라서 정당한 보상은 항

---

226) 헌재판례집 2, 78, 188면 이하.

227) BVerfGE 24, 367, 421 ff.; 46, 268, 285 ff.

228) 김남진, 전거 『행정법 I』, 543면 ; 김철수, 전거서, 432면.



상 획일적인 보상기준이 적용되는 것이 아니라 원칙적으로 완전보상을 해주어야 하는 경우도 있다는 것이다.

공용침해에 대한 보상의 정도에 대한 문제는 헌법의 체계적이고 통일적 해석과 각국의 사회윤리적 가치관에 따라 정해져야 한다. 상당보상설은 재산권의 충실한 보장에 미흡할 수 있다는 점에서 따르기 어렵다. 절충설은 잘만 적용되면 사회적 정의와 실질적 평등을 재산법적 질서에서 실현시킬 수 있는 장점을 가지고 있으나, 상당보상을 해야 할 때와 생활보상까지 해야 할 경우를 적절하게 구별할 수 있는 기준이 마련되지 않는 한, 재산권침해의 또 다른 통로가 될 수 있다는 점을 간과할 수 없다. 따라서 헌법상의 정당보상규정은 완전보상으로 이해하는 것이 가장 타당하다고 본다.

## 8. 재산권제한의 헌법적 한계

헌법은 제 23조 뿐만 아니라 재산권과 관련된 많은 특별 규정들을 경제조항에 두고 있다. 이것을 재산권제한의 한계와 관련지어 볼 때, 헌법 제 23조 제 2항의 사회적 기속에 근거한 재산권제한의 한계는 헌법 제 37조 제 2항의 적용을 받으므로 큰 문제가 없다. 공용침해와 관련해서도 전술한 바와 같다. 그러나 실질적으로 가장 심각한 재산권제한은 토지재산권을 비롯한 바로 이 경제관련 조항과 그로 인한 경제간섭을 통해서 이루어지며, 따라서 여기에는 해

결되어야 할 많은 문제점이 남아 있다.

### (1) 재산권과 관련된 경제조항과 헌법적 한계

우리 헌법은 경제에 관해 광범위하고 자세한 규정을 두고 있는데, 이는 Weimar헌법과 유사하나 전체적 체계로 보아서는 커다란 차이가 있다.

경제에 관해 특별히 다른 규정을 두고 있지 않아서 기본권 이론을 통해 경제간섭의 한계를 도출하게 되는 기본법과는 달리 Weimar헌법은 경제규정을 기본권영역내에 두고 있다. 여기에 반해 우리 헌법은 기본권과는 다른 별도의 장에서 규정하고 있다. 경제에 관한 규정, 특히 통제와 관련된 경제조항은 국민의 권리 그 중에서도 주로 재산권을 침해하는 성격을 갖는 것이 일반적임을 고려할 때 기본권과는 다른 별개의 정에서 규정하고 있음으로 인해 - 그러한 헌법체계가 더 합리적이고 논리적인가 하는 문제는 별론으로 하고 - 헌법해석상의 여러 가지 어려운 문제를 야기하고 있다.

그 하나는 헌법상의 경제조항에 따른 경제규제법률들이 기본권의 일반적 법률유보에서 도출되는 기본권제한의 한계에 구속되는가의 문제이다.

이와 관련해서는 첫째로 헌법 제 37조 제 2항에 규정된 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리의 개념과 경제조항의 유보필요성이 반드시 일치하지 않을 뿐만 아니라 경제정책은 복리의 증진이나 새로운 질서를 적극적으로 형성해

나간다는 점과 둘째로 본질내용침해금지와의 관계에서 헌법 제 120조의 천연자원 등의 사회화나 헌법 제 126조에서의 사기업의 국·공유화를 가능케한 헌법의 취지로 보아 본질내용침해금지의 원칙이 경제조항에는 타당하지 않다는 점등을 들어 경제조항의 법률유보는 일반적 법률유보와는 다르게 해석해야 한다는 견해가 있다<sup>229)</sup>. 그러나 헌법의 통일적 해석이라는 측면을 생각하면 경제조항과 관련된 기본권침해법률이 헌법 제 37조 제 2항에 근거하여 위헌적 침해여부가 가려지는 것이 아니고, 단지 경제조항과 무관한 기본권침해법률만 헌법 제 37조 제 2항의 적용을 받게 되어 모든 기본권침해를 전제로한 헌법의 일반적 법률유보의 취지에 어긋난다. 이렇게 되면 국민의 기본권영역이 경제조항의 우회적 침투로 인하여 크게 좁혀지게 된다. 나아가서 경제조항의 목적에만 부합되면 관련된 기본권의 본질적 침해까지도 가능하게 되는데, 이는 헌법의 통일적 해석과는 거리가 멀 뿐만 아니라, 오늘날 경제적 자유와 경제적 능력이 다른 기본권을 실현시키는 결정적 전제가 된다는 점을 고려할 때 이와 같은 기본권의 공동화현상은 수긍하기 어려우며 판례의 입장도 이와는 다르다<sup>230)</sup>. 그러므로 경제조항의 법률유보에 근거한 기본권제한도 헌법 제 37조 제 2항의 적용대상이 된다고 보아야 한다. 그러나 이러한 해석에도 불구하고 헌법 제 126조의 경우에는 헌법이 직접

---

229) 장석권, 「우리헌법상 경제질서의 기본원칙과 그 법적 성격」, 『월간고시』 (1984. 9), 91면

230) 헌재판례집 1, 357, 367면 이하.

기본권의 본질내용침해를 규정하고 있기 때문에 사실상 일반적 법률유보와는 독립되어 있다고 볼 수밖에 없다. 다만 이런 경우에도 법치국가원칙으로부터 도출되는 헌법원칙인 비례성원칙의 적용을 통하여 기본권 보장과 국가목적의 부분적으로나마 조화시킬 수는 있을 것이다.

앞의 경우와는 달리 우리 헌법의 재산권과 관련된 경제조항은 법률에 의하지 않고 국가가 계획을 수립하거나 규제·조정할 수 있도록 하고 있는 규정들도 있다. 헌법 제 119조 제 2항, 제 120조 제 2항, 제 121조 제 1항, 제 123조, 제 124조, 제 125조, 제 127조 제 1항과 제 2항이 이런 범주에 속한다. 여기서는 우선적으로 국가가 무엇을 의미하는가의 문제다. 국가는 입법부와 행정부로서 동시에 또는 선택적으로 통제의 주체가 될 수 있다. 경제조항이 “...법률이 정하는 바에 의하여” 라는 표현과 “국가는...”이라는 표현을 함께 사용하고 있는 것으로 보아 여기서의 국가는 행정부에 더 큰 비중을 싣고 있는 것으로 보아야 한다. 국회의 입법에 의해서 기본권침해가 이루어지는 경우에는 앞에서 본바와 같이 헌법 제 37조 제 2항에 따른 기본권제한이론의 적용으로 문제를 해결할 수 있다. 그러나 위의 규정들을 행정부에게 규제·조정의 권한을 부여하는 헌법적 수권규정으로 볼 때는 법률적 근거없이 행정부에 의한 직접적 통제가 가능하게 된다. 이런 경우에는 헌법 제 37조 제 2항의 적용이 배제됨으로써, 기본권 보장을 유명무실해진다. 1990년의 5·8부동산 조치는 이런 논리 구성으로 비로소 가능하게 되었다고 생각된다. 경제정책에 대해

서 의회의 광범위한 입법형성권을 인정하는 것이 민주적 정당성을 확보하는 것과 같은 차원에서 국민의 직접선거에 의해 선출된 대통령에게도 그와 유사한 권한이 부여되는 것은 당연한 결과이기도 하다. 그러나 이 경우에도 헌법소원은 가능하며 인용여부의 결정에는 역시 본질내용침해금지의 원칙이나 비례성원칙과 같은 기본권제한이론이 핵심을 이루게 된다. 따라서 기본권 침해에 대한 한계와 관련하여 실질적으로는 큰 차이가 없다고 볼 수 있다.

결국 재산권과 관련된 경제조항과 여기에 근거한 재산권 제한의 한계는 우리 헌법의 해석상 기본권제한의 한계와 거의(헌법 제126조의 경우를 제외하고)일치한다.

## (2) 한계의 개별기준

### 1) 본질내용침해금지

헌법은 기본권의 법률유보를 인정하면서도 제 37조 제 2항에서 “...제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다”고 규정하여 기본권제한의 한계를 명시하고 있다. 여기에서 헌법은 법률유보라고 해서 기본권의 자유보호적 보장내용을 무한정 입법자에게 맡겨 놓는 것이 아님을 강조하고 있다. 따라서 법률을 통한 기본권제한이라 하더라도 헌법적 한계에 봉착하게 된다. 즉 기본권의 보장내용이 불충분한 동기로 인해 침해당했을 때는 이러한 한계를 벗어나는 것이 되며, 또 침해가 당해 기본권

의 보호기능을 상실시키게 되면 이 한계가 완전히 배척당한 것으로 된다.

헌법 제 37조 제 2항의 후단의 본질내용침해금지의 원칙은 두 가지 측면에서 커다란 문제점을 내포하고 있다. 그 하나는 기본권의 본질내용이 무엇이나 하는 것이다. 기본권의 본질내용은 기본권의 개별적 특성과 본질요소에 의해 형성되는 기본권의 핵에 해당한다고 설명하고 있으나, 이러한 기본권 핵심의 보호가 절대적이냐 하는 문제와 관련해서는 입장이 나누어지고 있다. 절대설의 입장에 따르면 기본권의 제한 후에도 기본권의 핵심이 그래도 남아 있을 때에는 본질내용이 침해되지 않는 것이며 이러한 기본권 핵심의 내용은 무제한적인 것으로 보고 있다<sup>231)</sup>. 여기에 반해 상대설에 따르면 모든 기본권침해에 있어서 본질내용은 개별사안에서 상호 경합되는 이익과 가치를 비교함으로써 찾을 수 있다<sup>232)</sup>. 즉 이 입장에 따르면 기본권에 구체적으로 결정되어져야 할 문제와 관련하여 중요성이 더 약할 때에는 위헌적 기본권침해가 일어나지 않는다. 최근에 절대설은 극도로 긴급한 경우라든가 장벽을 고수하기 어려운 경우에는 본질내용개념의 고정성을 완화하고 어느 정도의 개방을 위해 노력하는 상황이고, 상대설은 헌법의 내용에 따르면 법익에는 일정한 확실한 가치체계가 있으며 거

---

231) Vgl. I. v. Münch, aaO., Art. 19 Rdnr. 25 ; T. Maunz, in : Maunz/Durig GG-Komm., Art 19 Rdnr. 3 ; 여기에 대한 판례로는 BVerfGE 16, 194 ; 35, 35, 39 ; 34, 238, 245 등을 들 수 있다.

232) Vgl. I. v. Münch, aaO., Art. 19 Rdnr. 25 ; T. Maunz, aaO., Art 19 Rdnr. 4 ; 현재판례집 1, 357, 374면 이하.

기에 따라 긴급한 경우에는 특정기본권이 다른 법익에 비해 오히려 후순위에 위치할 수도 있다는 점을 강조하고 있다. 따라서 두 입장이 서로 접근하고 있다. 우리 헌법의 해석과 관련해서도 이와 같은 문제해결이 가능하다. 다만 우리 헌법에서는 제한을 위한 법익을 이미 열거하고 있으므로 이의 불가피성과 긴급성을 구체적 고려의 대상으로 삼게 되며 이 경우에는 역시 비례성원칙의 적용관계가 고려되어야 한다. 특히 여기서는 후술하는 비례성원칙의 부분원칙인 협의의 비례성원칙이 중요한 역할을 하게 된다. 재산권의 본질내용과 관련하여 헌법재판소는 사유재산제도 하에서 재산권의 핵심적인 요소라고 할 수 있는 처분권을 제한 또는 금지하고 있는 토지거래허가제는 처분권이 완전히 금지되는 것이 아니며 당국의 거래불허가 처분에 대하여서는 불복방법이 마련되어 있는 점등을 종합해 볼 때 사유재산제의 부정이라고 보기는 어렵고 이의 제한이 부득이한 것이라면 재산권제한의 한 형태로서 재산권의 본질적인 침해는 아니라고 보고 있다<sup>233)</sup>. 이는 우리 헌법재판소가 기본권의 본질내용에 대해서 상대설의 입장을 취하고 있음을 의미하며, 비록 이런 입장이 기본권보장을 형해화할 수 있는 결과에 이르게 되나 헌법 제 122조와의 관련 속에서 본다면 실정헌법의 해석상 불가피하며 여기에 우리 헌법 체계상의 문제가 내재되어 있다. 기본권보장과 경제에 관한 규제조항이 각각 독립된 체계하에 있음으로 인해 경제

---

233) 헌재판례집 1, 357, 374면 이하.

규제조항을 통해서 기본권보장의 공동화 현상이 초래될 수 있는 문이 활짝 열려 있는 것이다<sup>234)</sup>. 따라서 이러한 폐단을 막기 위해서는 전술한 바와 같이 비록 경제조항에 근거한 법률유보라 하더라도 헌법 제 37조 제 2항의 본질내용침해금지의 원칙을 엄격하게 적용해야 하며 이런 측면에서 볼 때 절대설의 입장이 타당하다고 하겠다<sup>235)</sup>.

본질내용침해금지와 관련된 또 다른 문제는 법률에 의하지 않고 헌법적 수권을 통해 행정부에 의해 직접 행해질 수 있는 경제규제나 대외무역에 대한 규제의 경우에도 법률에 의한 제한을 전제로 해서 규정된 본질내용침해금지의 원칙이 적용될 수 있는가의 문제이다. 우리 헌법과는 달리 독일의 기본법은 어떤 경우에도 기본권의 본질은 침해받지 않는다고 규정하여 입법적으로 이러한 문제를 해결하고 있다<sup>236)</sup>. 우리 헌법의 경우 조문에 충실하게 해석하면 법률적 제한이 아닌 경우에는 이 원칙의 적용을 받지 않는다고 할 수밖에 없으며, 이렇게 되면 경제적 영역에 있어서의 기본권 보장이 크게 위협받게 된다. 그렇다고 해서 조문과는 달리 경제규제에 있어서의 헌법적 수권을 무시하게 되면 헌법해석의 한계를 넘는 결과를 초래하게 된다. 따라서 입법적으로 이 문제를 해결하는 것이 가장 바람직하다고 하겠다. 그러나 현행 헌법의 해석상 입법에 의한 기본권제

---

234) 특히 헌법 제 126조와의 관련 속에서 커다란 문제가 제기될 수 있다. 왜냐하면 여기서는 부분적으로 사유재산제도를 부정하게 되어 본질내용침해가 가능하도록 규정되어 있기 때문이다.

235) 김철수, 전계서, 281면 이하.

236) I. v. Münch, aaO., Art. 19 Rdnr. 21.



한에는 본질내용이 침해를 금지하면서 행정에 의한 침해에 대하여 이 원칙의 적용을 부인하는 경우 헌법전체의 체계와 관련해 볼 때 균형적이지 못하며 불균형적이어야 할 합리적 이유도 찾기 어렵다. 그러므로 헌법적 수권에 의한 행정적 경제규제와 그로 인한 재산권 침해의 경우에도 이 원칙의 적용을 인정하는 것이 헌법의 체계적 해석이나 기본권보장의 측면에서 볼 때 가장 적합한 해석으로 생각된다.

## 2) 비례성원칙<sup>237)</sup>

재산권제한입법의 또 다른 한계로서 비례성원칙<sup>238)</sup>을 들

---

237) 비례성원칙에 대한 자세한 내용은 줄고 「비례성원칙과 기본권」, 『대한민국 학술원 논문집(인문 사회과학편)』 제28집(1989), 121면 이하 참조.

238) 비례성원칙에 대한 용어 사용의 문제는 한마디로 아직 대단히 혼란스럽다고 표현할 수 있다. 어떤 국가의 행위가 비례적이어야 한다는 것이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해서도 아직 일치된 견해가 있는 것은 아니다. 19세기말이나 금세기 초에는 그것이 오직 경찰법에 있어서 필요성의 원칙만을 의미했던 것에 비추어 볼 때 오늘날의 광의의 비례성원칙에 대한 명칭은 판례와 학설 모두에게 일치되지 못하고 있다. 이러한 견해의 불일치는 부분 원칙들의 범주와 상부개념하에 있는 그들의 하부 질서와 관련이 있다.

혹자는 비례성원칙에 상위 개념으로 “과잉금지(überma verbot)”라는 용어를 사용하여 그것의 부분 원칙으로 필요성원칙과 협의의 비례성원칙을 -경우에 따라 적합성 원칙도 포함- 드는가 하면, 혹자는 “비례성의 원칙(Der Grundsatz der Verhältnismigkeit)”이라는 상위개념하에 둘 또는 세 가지의 부분 원칙을 들기도 한다. 연방헌법재판소의 판례는 대체로 비례성의 원칙이라는 상위개념하에 적합성, 필요

수 있다 이에 대해서는 우리나라에서도 헌법재판소의 활발한 활동이래 기본권보장과 관련하여 자주 거론되는 한계다.

국가행위의 총체적 지도규범으로서의 비례성원칙은 오늘날의 법질서 속에서 헌법적 위치<sup>239)</sup>를 점하고 있다. 국가

성 그리고 협의의 비례성 원칙을 포함하는 입장을 취하고 있다. 그러나 상이한 용어사용의 문제점이나 개념 정의의 불충분한 명료성에도 불구하고, 비례성 원칙의 구성 요소나 그것의 내용적 범주와 관련해서는 일반적인 합치점을 찾을 수 있다. 우리 헌법재판소에서 용어 사용은 다소 혼란스럽다. 그래서 “비례성원칙”과 “과잉금지의 원칙”을 혼용하고 있으며 같은 관례에서도 동시에 사용하고 있는 경우가 있다. 우리의 경우에 있어서는 현재 독일의 용어를 그대로 번역해서 쓰고 있다고 볼 수 있다. 따라서 본고에서는 비례성 원칙과 과잉금지의 원칙을 동일어로, 그리고 세가지 부분 원칙(적합성, 필요성 그리고 협의의 비례성원칙)을 포함하는 상위 개념으로 사용하기로 한다. 현재 자주 사용되고 있는 “비례의 원칙”은 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit 그리고 Der Verhältnismäßigkeitsprinzip 을 번역한 용어인데 “비례의 원칙” 또는 “비례성원칙”으로 번역하는 것이 더 정확한 표현이라고 생각된다. 헌법재판소에서 “비례의 원칙”이라는 표현을 사용한 예로서 헌재판례집 1, 199, 247; 1,329, 341; 2, 332, 348; 2, 393, 402; 3, 149, 158; 4, 659, 677; 5-1, 312, 333; 6-1, 543, 553 등이 있고, “과잉 금지의 원칙”이라는 표현을 사용한 예로서는 헌재판례집 1, 69, 85; 2, 222, 236; 2, 245, 254; 2, 365, 384; 3, 268, 283; 3, 387, 447, 468; 3, 518, 529; 3, 569, 577; 4, 64, 90면 이하; 4, 194, 210; 4, 362, 373면 이하; 5-1, 29, 53; 5-1, 275, 284; 5-2, 578, 601; 6-1, 72, 76 등이 있으며, 두 표현을 함께 사용하고 있는 예로는 헌재판례집 4, 300, 315; 4, 585, 599; 4, 853, 875 등이 있다.

239) 이 점은 독일의 법이론을 전제로 한 것이며, 예를 들어 BVerfGE 19, 342, 347 ff.; 27, 211, 219 ; P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln 1961 ; M. Gents, Zur Verhältnismäßigkeit

의 행위에 대한 합헌성의 기준으로서 이 원칙의 위상은 판례뿐만 아니라 학계에서도 거의 이론없이 인정되고 있다.

독일의 경우 비례성원칙은 기본권자체의 본질 및 법치국가원칙과 관련하여 기본법 제 1조 제 3항으로부터 그 이론상 근거가 도출되어지며, 따라서 헌법적 지위를 갖게 된다. 여기에 부응하여 연방헌법재판소도 이 원칙의 근거를 기본권자체의 본질과 법치국가원칙에서 찾고 있다<sup>240)</sup>.

그러나 우리의 헌법체계속에서 비례성원칙이 어디에 그 근거를 가질 것인가 하는 문제는 독일의 경우와는 차이가 있다. 왜냐하면 우리의 헌법체계와 규정이 독일의 그것과는 다르기 때문이다. 즉 독일의 기본법에는 구체적으로 이에 관한 직접적 규정을 전혀 찾아 볼 수 없을 뿐만 아니라 흔히 그 근거로 삼고 있는 제 19조 제 2항도 “어떠한 경우에도 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없다”라고 규정하여 본질내용침해금지 이외의 다른 내용을 도출하기는 어렵다. 이에 반해 우리 헌법은 제 37조 제 2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있

---

von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, S. 1600 ff.; E. Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98(1973), S. 568 ff., R. Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104(1979), S. 414 ff.; L. Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981.

240) Vgl. Ch. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Komm, Art. 1 Rdnr. 182.

으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정하고 있다. 여기에서 “필요한 경우에 한하여”라는 표현은 비례성원칙과 관련하여 매우 중요한 의미를 갖는다. 우선 “필요한”이라는 용어는 목적을 위한 수단이고 그 목적달성에 적합해야 한다는 의미로 볼 수 있으며, 이는 비례성원칙에 첫번째 부분원칙인 합목적성 또는 적합성원칙에 해당한다. 그리고 “필요한 경우에 한하여”라는 표현은 목적을 위한 수단인 기본권제한이 최소한에 그쳐야 한다는 점뿐만 아니라 나아가서는 목적과 수단으로서의 제한 사이에 균형을 깨지 않는 비례관계가 성립되어야 한다는 것을 간접적으로 암시하고 있다고 볼 수 있다. 즉 우리 헌법은 직접적으로 “비례성원칙”이라는 용어를 사용하고 있지는 않으나 원칙의 내용을 헌법 제 37조 제 2항에서 직·간접적으로 적시하고 있다. 그러므로 우리 헌법체계에서 비례성원칙은 완전하지 않지만 헌법 제 37조 제 2항으로부터 도출되어 진다<sup>241)</sup>. 이와는 달리 법치국가원칙으로부터 비례성원칙을 도출하려는 견해도 있다<sup>242)</sup>. 우리 헌법이 법치국가원칙에 대해 명시적으로 규정하고 있지는 않지만 법치국가원칙을 구성하는 많은 요소들을 헌법적 내용으로 하고 있기 때문에 불문헌법 원리로서 법치국가원칙을 헌법적 원칙으로 인정하는 것에는 이론이

241) 동지: 김철수, 전게서, 289면 이하 ; 한태연, 전게서, 907면 ; 권영성, 전계 「헌법학원론」, 277면 이하 ; 양삼승, 과잉금지외의 원칙, 헌법논총 제1집, 154면 이하 ; 헌재판례집 3, 149, 158 ; 5-1, 275, 284 ; 5-2, 578, 601 ; 6-1, 543, 553.

242) 예를 들면 헌재판례집 5-2, 578, 601.

없다. 우리 헌법의 체계상 헌법의 직접적 수권에 의하여 행정부가 국민의 경제적 활동의 자유를 제한 할 수 있게 되어 있는 점을 고려하면 행정작용의 헌법적 통제를 위해 법치국가원칙의 중요한 내용으로서 비례성원칙을 포함시키는 것은 기본권 보장이라는 차원에서는 충분한 이유가 있다<sup>243)</sup>. 헌법재판소는 초창기부터 일관성 있게 헌법 제 37조 제 2항만을 비례성원칙의 헌법적 근거로 삼아 왔으나, 최근에는 법치국가원칙도 그 근거로서 동시에 제시하고 있다<sup>244)</sup>. 헌법재판소의 이러한 태도는 위에서 언급한 바와 같이 재산권관련규정의 다중적 구조로 인한 해석상의 문제를 해결하고 재산권 보장의 공동화 현상을 최소화한다는 차원에서 볼 때 타당한 것으로 여겨진다.

결론적으로 우리 헌법의 비례성원칙은 헌법 제 37조 제 2항과 법치국가원칙으로부터 도출되어 진다고 볼 수 있다.

---

243) 동지: 허영, 전계 『헌법이론과 헌법(상)』, 282면 ; 김남진, 『행정법의 이론과 실제』, 40면.

244) 헌법 제 37조 제 2항만을 비례성원칙의 근거로 삼은 판례로는 헌재판례집 1, 69, 85; 1, 199, 247; 2, 365, 384; 2, 393, 402; 3, 202, 220; 3, 387, 447; 4, 64, 94; 4, 194, 210; 4, 362, 372면 이하; 4, 853, 879; 6-1, 543, 553 등이 있고, 법치국가원칙도 그 근거로서 동시에 제시하고 있는 판례로는 헌재판례집 4, 853, 878; 5-2, 578, 601 등이 있다.

## 연구자 약력

### (성낙인)

서울대학교 법과대학 졸업  
서울대학교 대학원 법학석사  
서울대학교 대학원 법학박사과정  
프랑스파리2대학교 법학박사과정(D.E.A)  
프랑스파리2대학교 법학박사(Docteur en droit)  
영남대학교 법과대학 교수  
한국공법학회 상임이사

### (안경환)

서울대학교 법과대학 졸업  
미국펜실바니아대학교 법학석사(L.L.M.)  
미국산타클라라대학교 법학박사(J.D.)  
서울대학교 법과대학 교수

### (김형성)

성균관대학교 법과대학 졸업  
독일괴팅겐대학교 법학석사  
독일괴팅겐대학교 법학박사(Dr. jur.)  
대전대학교 법학과 조교수