

기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법

헌 법 재 판 소

憲法裁判所에서는 1989년부터 매년 學術團體 등에 研究用役을 의뢰하여 憲法裁判制度에 관한 研究를 하여 왔습니다. 이 책자는 2008년도 研究계획에 의하여 (社)韓國公法學會로부터 제출받은 研究報告書로서 憲法裁判制度研究에 활용되도록 하고자 발간한 것입니다.

머 리 말

금년은 헌법재판소가 출범한지 20년이 되는 해이다. 그동안 헌법재판소의 결정들은 우리들 국가생활에 광범위한 영향을 미쳤다. 입헌주의의 확립에 기여하였고, 헌법이 법전 속에 추상화되어 있는 것이 아니라 생활 속에 구체화된, 살아있는 법이 되게 하는데 큰 역할을 하였다. 그와 함께 헌법학의 내용도 다양해지고 풍성해졌다.

그러나 그와 함께 헌법재판이 보다 성숙하고 발전적으로 나아가기 위한 주문도 많다. 그러한 요구로 헌법재판소의 조직이나 절차에 관한 문제도 있으나 헌법실체법에 대한 보다 치밀하고 일관성있고 발전된 심사기준을 발전시켜야 한다는 요구도 있고, 또 헌법재판소가 국회나 정부와의 관계에서 어떤 역할을 하는 것이 헌법상 민주주의와 헌법재판이 조화되는 것인가에 대하여 깊이 고민하여야 한다는 지적도 있다. 특히 기본권은 다양하고 개별기본권마다 그 법적 성격이나 내용, 효력이 다르므로 보다 세밀하고 개별기본권의 특성에 맞는 위헌심사기준을 발전시키는 것이 중요한 문제가 아닐 수 없다.

또한 최근 정치의 사법화에 대해 우려하면서 헌법재판소가 일부사안에 대하여 적극적으로 나서 국민의 다수를 대표하는 기관의 의사보다 자신의 의사를 내세우는 것에 대해 비판하는 견해도 있다. 심지어 이를 이용하여 국회나 정부가 정치적으로 부담스러운 사안에 대해서는 헌법재판소 뒤에 숨어 버리는 경우도 생기고 있다. 그런 점에서 헌법재판소가 자신의 적정한 역할에 대하여 깊은 성찰을 하고 그

에 따라 적극적으로 나설 사안과 국민대표기관의 판단을 존중하여야 할 사안을 체계적으로 정립할 필요가 있다. 본연구가 부족하지만 이러한 문제에 대하여 조금이라도 기여할 수 있기를 바란다.

본연구는 4인의 연구자가 일부 부분씩을 분담하여 작성하였다. 따라서 일부 내용이 통일적이지 않을 수 있음을 지적해 둔다. 본 연구를 하는데 도와주신 공법학회와 헌법재판소 관계자 여러분에게 감사한다.

2008년 10월 28일

연구책임자 김 문 현

목 차

I. 서론 - 문제의 제기	1
(1) 문제의 제기	1
(2) 위헌 심사기준의 의의	2
(3) 연구의 내용과 방법	4
II. 심사기준 일반론	7
1. 심사의 강도	7
(1) 미국	7
1) 사법심사기준의 발전	7
2) 심사기준의 내용	11
3) 다단계심사기준의 근거	14
4) 평가	20
(2) 독일	25
1) 학설	27
가) 실체법설	27
나) 기능법설	30
다) 절충설	34
라) 평가	38
2) 기본권제한규범의 위헌심사를 위한 도구	39
가) 과잉금지의 원칙 및 평등원칙	40
나) 유형화	43

다) 입법사실의 확인 및 법률의 실제효과예측	46
라) 입법동기 및 절차에 대한 통제	51
3) 심사기준들의 도식화 가능성	55
4) 심사기준들의 적용영역의 유형화 가능성	55
5) 심사강도 조절과 관련된 실무의 사상적 배경	56
(3) 한국	57
1) 개관	57
2) 기본권제한규범의 심사기준과 그 적용강도의 조절요인	58
가) 개관	58
나) 과잉금지원칙 및 평등원칙	59
다) 사실확인 및 법률의 실제효과예측	62
라) 유형화	67
마) 복잡한 규율대상을 합리적으로 규율하는 데 필요한 경험 축적을 위한 시간의 여지	68
바) 행위규범과 통제규범의 구분	69
사) 입법동기 및 입법절차에 대한 통제	70
3) 실무의 분석결과	74
2. 심사기준	76
(1) 과잉금지원칙	76
1) 판례의 기본입장	76
2) 심사대상	78
가) 목적 및 수단의 정당성	78
나) 수단과 목적 사이의 연관	83
다) 적용범위	92
(2) 신뢰보호의 원칙	95
1) 법치국가원리와 신뢰보호원칙	95

2) 신뢰보호원칙의 내용	97
가) 소급입법금지원칙의 헌법적 근거	97
나) 신뢰보호원칙과 재산권보장의 관계	98
다) 소급효의 유형	99
3) 신뢰보호원칙의 심사 기준과 방법	105
가) 신뢰보호원칙의 심사 기준	105
나) 신뢰보호원칙의 심사 방법	106
(3) 적법절차	110
1) 서설	110
2) 미국연방 수정헌법 제14조 適法節次條項의 編入條項으로서의 기능	112
3) 實體的 適法節次原理의 形成과 發展	114
가) 實體的 適法節次原理의 形成	114
나) 實體的 適法節次原理의 發展	115
4) 節次的 適法節次原理의 形成과 發展	125
가) 節次的 適法節次原理의 形成	125
나) 節次的 適法節次原理의 發展	126
5) 우리 헌법에의 適法節次條項의 도입과 법리의 발전	130
가) 적법절차조항의 우리 헌법에의 도입배경	132
나) 적법절차조항 도입을 전후한 국내의 학설	134
다) 적법절차조항에 관한 우리 헌법재판소 판례의 입장과 최근 학설	137
라) 적법절차 법리의 지속적 발전을 위한 고려사항들	141
6) 소결	142
(4) 본질적 내용침해금지	144
1) 의의와 헌법적 근거	144

2) 본질적 내용의 판단 기준	144
가) 개별적 판단 vs 일반적 판단?	144
나) 절대설 vs 상대설?	145
3) 본질적 내용의 판단 기준과 방법	146
(5) 법률유보원칙 - 포괄위임입법금지원칙	147
1) 포괄적 위임입법금지원칙의 의의	147
2) 포괄위임입법금지원칙 위반 여부에 대한 심사기준: 위임의 범위와 한계	148
3. 심사기준의 경합	149
(1) 과잉금지의 원칙과 적법절차의 원칙	149
1) 경합관계의 발생	149
2) 경합의 해소방법	150
(2) 과잉금지의 원칙과 신뢰보호의 원칙	152
1) 신뢰보호원칙의 헌법적 근거	152
2) 신뢰보호원칙의 보충성	153
가) 기본권보호영역과 신뢰보호의 보충성	153
나) 기본권 내에서의 신뢰보호의 의의	154
다) 재산권의 요소로서의 신뢰보호	154
라) 직업의 자유; 직업의 자유에 대한 제한의 한계로서의 신뢰의 보호	156
(3) 과잉금지원칙과 평등원칙	157
1) 상호 독립적인 심사기준	157
2) 평등권침해심사에 과잉금지원칙의 적용가능성	157
3) 특별평등권심사기준으로 과잉금지원칙의 적용가능성	161
(4) 과잉금지원칙과 법적 명확성의 원칙	162
(5) 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙	162

(6) 일반적 평등원칙과 특별평등규정	165
----------------------------	-----

Ⅲ. 영역별 심사기준과 강도 166

1. 평등권	166
(1) 미국	166
1) 서설	166
2) 평등심사기준에 관한 중요 미국 판례	168
가) Yick Wo판결: 법적용이 합리성 없이 차별적으로 이루어지면 위헌	169
나) Plessy판결: 분리하되 평등의 원칙 확립	171
다) Brown판결: 분리하되 평등의 원칙 파기	173
라) Bolling판결: 평등보호조항의 연방정부에의 적용 확대 ...	176
마) Washington판결: 인종차별과 차별의도의 입증	178
바) Bakke판결: 적극적 평등실현조치와 역차별의 문제	180
사) Feeney판결: 제대군인에 대한 공직채용특혜에 대한 합헌결정	184
아) Romer판결: 동성애자 집단에 대한 차별과 평등심사	186
3) 미국 연방대법원의 평등심사기준의 형성과 3단계 기준 ...	188
가) 평등심사기준 형성의 역사	188
나) 단순 합리성 심사(Mere Rationality Test)	190
다) 엄격심사(Strict Scrutiny)	192
라) 중간수준심사(Middle Level Review)	201
마) 심사기준의 유형화	206
4) 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)와 역차별 (Reverse Discrimination)	207
5) 평등심사와 관련한 연방대법원 판례의 최근 경향	210

6) 소결: 우리 헌법재판소의 평등심사에 주는 교훈	215
(2) 독일	217
1) 독일 기본법상의 평등권 체계	217
2) 개별적 평등원칙의 심사 기준과 방법	217
가) 남녀동권 (독일 기본법 제3조 제2항 제1문)	218
나) 차별금지 (독일 기본법 제3조 제3항 제1문):	
특히 성차별금지	227
다) 장애로 인한 불이익 금지	
(독일 기본법 제3조 제3항 제2문)	235
3) 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법	236
가) 일반적 평등원칙의 적용영역	236
나) 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 세분화	236
(3) 한국	252
1) 서설	252
2) 우리나라 헌법재판소의 결정내용	254
3) 헌법재판소결정에 대한 평가	265
가) 다단계심사기준채택의 문제	266
나) 분류기준 및 심사내용의 타당성 여부	270
2. 자유권	279
(1) 정신적 자유 - 명백·현존하는 위협의 원칙	279
1) 서론	279
2) 수정헌법 제1조상의 표현의 자유와 내용 규제	280
가) 수정헌법 제1조와 표현의 자유	280
나) 표현의 자유의 보장 근거	282
다) 표현의 자유의 적용 방법	283
라) 내용 규제 v. 내용 중립적 규제	284

3) 명백·현존하는 위협의 원칙과 관련된 미국 연방대법원의 주요 판결들	286
4) 명백·현존하는 위협의 원칙의 탄생과 발전	302
가) 탄생 초기	302
나) 명백·현존하는 위협의 원칙의 왜곡기	305
다) 옹호(advocacy)와 선동(incitement)의 구분기	305
라) 선동(incitement)과 위협(danger)의 구분기: 현대적 심사기준의 탄생	306
마) 명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 미국 내의 평가	307
바) 명백·현존하는 위협의 원칙이 우리에게 주는 시사점	310
5) 명백·현존하는 위협의 원칙의 국내에의 도입과 적용	311
가) 학계	311
나) 실무계	312
다) 국내 적용에 대한 평가	324
6) 결론	325
(2) 직업의 자유	326
1) 직업의 자유의 의의	326
2) 직업의 자유의 보호영역	327
가) 인적 보호영역	327
나) 물적 보호영역	328
3) 직업의 자유의 제한	330
4) 직업의 자유에 대한 제한의 헌법적 정당성 여부	331
가) 제한법률의 요건	331
나) 단계이론에 따른 비례성 심사	332
5) 심사기준의 적용례	336
가) 직업수행의 자유	336

나) 직업선택의 자유	339
(3) 재산권	343
1) 재산권의 본질적 내용 침해금지 문제	343
가) 본질적 내용침해의 인정 여부	343
나) 재산권의 본질적 내용의 구체적 내용	348
다) 본질적 내용과 공용수용	351
2) 과잉금지의 원칙	354
가) 문제의 소재	354
나) 재산권에 대한 과잉금지의 원칙의 적용문제	355
(4) 정치적 기본권	363
1) 개설	363
가) 민주주의와 자유와 평등	363
나) 민주주의와 선거 그리고 정당	366
2) 정당의 설립 및 활동의 자유	368
가) 제8조 제1항 전단의 법적 성격	368
나) 정당의 자유에 대한 제한입법의 심사기준	375
다) 정당개념 구체화에 대한 엄격한 심사의 필요성	381
라) 정당의 기회균등	383
3) 선거권	387
가) 경쟁적 민주주의와 선거의 원칙	387
나) 자유선거권	389
다) 직접선거권	399
라) 비밀선거권	401
마) 보통·평등선거권	403
4) 국민투표권	422
(5) 신체의 자유	422

1) 신체의 자유와 일반적 심사기준	422
2) 변호인접견교통권의 심사기준	423
3. 사회적 기본권	424
(1) 사회적 기본권의 개념과 기본권분류체계에서의 지위	424
1) 개념	424
2) 사회적 기본권의 체계적 위치:	
급부권(Leistungsrecht)의 일종	426
(2) 사회적 기본권의 주관적 공권성	429
(3) 확정적 사회적 기본권의 발생요건과 심사기준	432
1) 확정적 사회적 기본권의 발생요건	432
2) 확정적 사회적 기본권의 심사기준	433
(4) 원리모델에 의한 사회적 기본권의 침해 여부의 심사구조 ..	435
(5) 주요 사회적 기본권의 확정적 사회적 기본권성과 심사기준 ..	439
1) 근로의 권리	439
가) 헌법규정과 의의	439
나) 근로의 권리의 확정적 권리성 인정의 현실적 어려움 ..	440
다) 근로기회청구권의 대용물로서의 생계비지급청구권	442
라) 확정적 권리로서의 최저임금제실시청구권	443
마) 기타 국가의 확정적인 법적 의무	444
2) 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조)	445
가) 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항)의	
내용과 보장수준	445
나) 사회보장과 사회복지의 증진을 위하여 노력할 의무	
(헌법 제36조 제2항)	448
다) 여자의 복지와 권익의 향상(제36조 제3항) 및 노인과 청소년의 복지향상을 위하여 노력할 의무(제36조 제4항)	450

라) 생활무능력자의 보호청구권(제34조 제5항)	451
3) 주거청구권(헌법 제35조 제1항)	452
가) 법적 근거 및 성격	452
나) 주택(주거)의 의의	453
다) 주택청구권의 구체적 내용	454
IV. 결어	456
V. 참 고 문 헌	458

I. 서론 - 문제의 제기

(1) 문제의 제기

헌법상 기본권에는 다양한 권리가 포괄되어 있다. 그 법적 성격이나 내용, 효력 등에서 상이한 권리들이 기본권속에 들어 있는 것이다. 예컨대 전형적 분류기준에 의하면 기본권에는 평등권, 자유권적 기본권도 있고 사회적 기본적이나 참정권, 청구권적 기본권 등이 있고 이러한 기본권유형들은 다른 기본권유형과는 다른 특성을 가지고 있다. 또한 기본권에는 구체적 권리로서의 성격을 가진 기본권도 있으나 입법에 의해 그 구체적 내용이 충전되어야 비로소 구체적 권리가 될 수 있는 추상적 권리도 있다. 그래서 자유권적 기본권과 사회적 기본권은 법적 성격이 다르고 국가권력에 대한 구속력에 있어서 차이가 있으며, 추상적 권리의 경우 구체적 권리와 비교하여 입법권과의 관계가 다를 수밖에 없는 것이다. 뿐만 아니라 같은 유형의 기본권들 속에도 또 다양한 권리들이 포함되어 있다. 예컨대 같은 자유권적 기본권이라 하더라도 양심의 자유나 종교의 자유 등 소위 정신적 자유권과 재산권을 비롯한 사회·경제적 자유권은 그 성격이나 효력이 동일하다고 할 수 없다.

그런 점에서 기본권과 관련된 헌법재판에서 입법을 비롯한 제 국가작용의 위헌 여부를 판단하는 기준이나 그 심사의 방법도 동일할 수는 없는 것이다. 그래서 개별 기본권에 특유한 위헌심사기준이 발전하여 오기도 하였고, 같은 위헌심사기준도 기본권에 따라 그 적용되는 모습이 다르게 나타나기도 하였다. 예컨대 언론·출판의 자유와 관련한 위헌심사기준으로서 사전억제금지의 원칙이나 명백하고 현존하는 위협의 법리 등이 재산권이나 직업의 자유 등에 적용될 수는

없는 것이다. 또한 기본권제한에 있어 일반적으로 통용되고 있는 과잉금지의 원칙이 재산권 등에도 적용되는 것인지, 적용된다 하더라도 정신적 자유권에 적용되는 경우와 같은 정도의 엄밀성을 가지는 것인지 하는 문제가 제기되지 않을 수 없는 것이다. 그런 점에서 개별 기본권에 관한 위헌심사기준의 검토는 성숙한 헌법재판을 위한 중대한 과제가 아닐 수 없으며 이러한 문제에 대한 많은 발전을 보이고 있는 미국연방대법원이나 독일연방헌법재판소의 판례의 집적도 결국 이러한 문제에 대한 끊임없는 천착과 탐구의 과정의 결과였다고 할 수 있을 것이다.

(2) 위헌 심사기준의 의의

일반적으로 위헌심사의 기준은 크게 보면 두가지의 의미로 사용되는 경우가 있다.¹⁾ 즉 가) 하나는 헌법재판기관이 입법이나 정책에 대하여 합헌, 위헌 여부를 어느 정도 엄격하게 심사하느냐의 문제로서 예컨대 미국연방대법원의 엄격심사, 중간심사, 최소한의 합리성심사와 같은 다단계심사기준은 이러한 의미의 위헌심사기준을 의미한다. 한편 또 다른 의미로는 나) 입법이나 정책의 위헌 여부를 심사·논증하는 방법 내지 척도로서의 의미로 사용되는 경우로서 예컨대 헌법재판소가 가장 빈번하게 사용하는 과잉금지의 원칙이나 신뢰보호의 원칙, 현존하고 명백한 위협의 법리, 적법절차, 또는 본질적 내용침해 금지 등의 기준이 그러한 예이다.

1) 이 점에 관해 양건교수는 위헌심사기준의 의미에 관하여 a)합헌성문제에 관한 실체적 판단기준 (예컨대 표현의 자유에 있어 명백·현존하는 위협의 원칙)이라는 의미와, b)일정한 헌법판단의 주체가 '어떻게' 일정한 실체적 기준을 설정하거나 적용하고 있으며, 또는 설정하거나 적용하여야 하는가 하는 문제로서 절차적, 방법론적 차원으로서의 의미로 나누어 설명하고 있다. (양건, 「헌법연구」, 1995, 681쪽.)

그런데 전자의 의미로 사용될 때의 위헌 심사기준의 문제는 심사의 엄격성과 합헌성추정, 위헌 여부에 관한 입증책임의 문제로서 현실적으로는 문제된 입법의 위헌 여부의 판단결과에 중대한 영향을 미친다. 엄격심사의 경우 문제가 된 법률은 일반적으로 위헌이라 판단되는 반면 합리성기준심사의 경우 법률의 위헌성을 다투는 당사자가 입증책임을 부담하며 사실상 심사가 없는 것과 같아 합리성심사를 통과하지 못하여 법률을 위헌선언하는 경우는 드물다.²⁾ 그런 점에서 헌법재판소가 위헌법률심판을 통해 국회가 제정한 법률의 위헌 여부를 결정할 때 결정적 의미를 가지는 것이 이와 같은 심사기준이라 할 수 있다. 이 문제는 결국 헌법재판소가 법률의 위헌 여부를 심사하면서 국민의 대표기관인 국회의 판단을 얼마나 존중해 줄 것인가 하는 문제를 의미한다. 만약 헌법재판소가 모든 입법의 위헌심사에 있어 엄격심사를 실시한다면 국회에서 제정된 법률의 대부분이 위헌으로 결정될 것이고 이는 사실상 국민대표기관인 국회의 의사보다는 소수의 헌법재판관에 의한 지배가 될 것이다. 반면 모든 입법에 대하여 합리성심사를 한다면 거의 대부분의 법률은 합헌으로 결정될 것이고 헌법재판소는 사실상 헌법의 수호나 국민의 기본권보장이라는 기능을 포기하는 것이 될 것이다. 그런 점에서 헌법재판소는 어떤 경우에는 가능한 한 국회의 의사를 존중하고 또 어떤 경우에는 스스로가 적극 나서야 할 것인가의 문제를 숙고하지 않으면 안 된다. 그래서 이러한 의미에서의 위헌심사기준에 관한 문제는 국회와 헌법재판소와의 관계, 민주주의와 사법심사제의 상용, 헌법재판소의 적정한 기능, 기본권의 성격, 소수자보호 등 매우 복잡하고 다양한 측면의 문제를 가진 사안이라 할 수 있다.

2) J.M.Shaman, Cracks in The Structure : The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny, 45 Ohio State Law Journal(1984) 161 (162).

반면 입법이나 정책의 위헌 여부를 심사·논증하는 방법으로서의 위헌심사기준은 헌법재판소 등 헌법재판을 하는 기관과 국회, 정부와의 관계의 문제라기보다는 헌법의 추상적 내용을 구체화하여 입법이나 정책의 위헌 여부를 판단할 때 사용할 수 있는 보다 정밀한 잣대를 의미한다는 점에서 앞에서 본 가)의 의미에서의 심사기준과는 의미가 다르다고 할 수 있다.

그러나 이처럼 논리적으로 양자는 구별되는 것이라 할 수 있으나 양자가 사실상 결합하여 있는 경우가 많다. 예컨대 과잉금지의 원칙 자체는 나)의 의미에서의 위헌심사기준을 의미하나 과잉금지의 원칙에의 위배 여부를 어느 정도 엄격하게 심사할 것인가, 특히 침해의 최소성이나 법익의 균형성 판단에 있어 국회의 판단을 어느 정도 존중해 줄 것인가는 가)의 의미에서의 심사기준을 의미한다는 점에서 양자는 구별된다고 할 수 있다. 그러나 헌법재판소가 평등에 대한 위헌심사기준으로 비례심사와 자의심사를 들고 있는 것이나 미연방대법원이 합리성심사의 경우 목적의 정당성 및 목적과 수단의 관련성에 대한 최소한의 합리성심사를, 엄격심사의 경우 목적과 수단의 긴밀한 연관관계 여부와 최소한의 제한수단인가 여부까지를 심사하는 것에서 볼 수 있는 것처럼 양자는 사실상 결합하여 있다고 할 수 있다. 또한 엄격심사가 적용되는 기본권, 예컨대 언론·출판의 자유에 대해서는 완화된 심사가 적용되는 사회·경제적 자유에는 적용되지 않는 위헌심사기준들이 발전되어 있는 것도 이를 보여주는 것이다.

(3) 연구의 내용과 방법

본 연구는 기본권에 관한 입법 등에 대한 위헌심사기준에 관한 연구를 목적으로 한다. 그런 점에서 먼저 가) 기본권 일반에 공동으로

적용된다고 할 수 있는 심사기준을 연구하고자 한다. 여기서는 먼저 앞에서 본 바와 같은 심사의 엄밀성 내지 강도에 관한 문제를 검토하려고 한다. 이는 문제가 된 입법 등 국가작용에 대하여 어느 정도 엄격한 기준으로 심사할 것인가, 즉 완화된 심사를 할 것인가, 아니면 엄격심사를 할 것인가에 관한 연구를 의미한다. 여기서는 위헌심사기준에 관하여 발전된 판례를 가지고 있는 미국과 독일의 판례와 이론의 발전을 보고 우리나라 헌법재판소의 판례를 검토해 보고자 한다.

나) 다음으로 기본권 일반에 관한 국가작용의 위헌 여부를 심사·논증하는 방법으로서 헌법의 추상적 내용을 구체화하여 입법이나 정책의 위헌 여부를 판단할 때 사용할 수 있는 잣대로서 기본권 일반에 적용되는 심사기준에 관하여 검토하고자 한다. 이러한 기준으로 과잉금지 원칙과 신뢰보호 원칙, 적법절차, 본질적 내용침해금지, 포괄적 위임금지원칙 등을 살펴보고 또한 이러한 심사기준이 경합하는 경우, 즉 과잉금지 원칙과 적법절차의 원리, 과잉금지 원칙과 신뢰보호 원칙, 과잉금지 원칙과 평등원칙, 과잉금지 원칙과 법적 명확성의 원칙의 경합 문제를 고찰하려고 한다.

다) 이러한 기본권 일반에 공통적으로 논의되는 위헌심사기준 외에도 앞에서 보았듯이 개별기본권들은 각각 법적 성격이나 효력 등에 있어서 차이가 있으므로 개별기본권에 적용되는 위헌심사기준을 검토할 필요가 있다. 그래서 평등권, 자유권 -정신적 자유, 직업의 자유, 재산권, 정치적 자유, 신체적 자유-, 사회적 기본권 -근로의 권리, 인간다운 생활을 할 권리, 주거청구권-, 그리고 청구권적 기본권 -재판청구권- 등 개별기본권에 문제되는 위헌심사기준을 검토하고자 한

다. 이 중 특히 평등권에 대해서는 미국연방대법원판례, 독일연방헌법재판소판례, 그리고 우리나라 헌법재판소판례를 살펴보고자 한다.

II. 심사기준 일반론

1. 심사의 강도

(1) 미국

미국연방헌법에 있어 위헌심사기준의 문제는 특별한 의미를 가진다고 할 수 있다. 미연방대법원은 종래 헌법소송에 있어 하나의 공통의 위헌심사기준을 적용한 것이 아니라 심사의 정도를 달리하는 다단계심사기준(multi-level system of scrutiny)을 적용하여 왔다.³⁾ 그리고 개인의 헌법상 권리와 평등보호에 관한 헌법소송에 있어 그 판결은 적용되는 위헌심사기준에 따라 그 결과가 달라지게 된다.⁴⁾ 말하자면 합리성심사기준을 적용하는 경우 합헌이 되는 경우가 보통이고 엄격심사기준을 적용하는 경우 위헌이 되는 것이 보통이다.

1) 사법심사기준의 발전

과거 이미 W.Holmes대법관이 *Lochner v. New York*사건(1905)과 *Abrams v. U.S.*사건(1919)에서 경제규제입법은 단순히 합리적 근거를 가지면 합헌성을 가지나 언론의 자유의 제한 입법은 명백하고 현존하는 위협이 있는 경우에만 정당화된다고 하여 유사한 의견을 개진한 바 있긴 하였으나⁵⁾ 미연방대법원의 다단계심사기준의 유래는

3) 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가”, 미국헌법연구 제17권 2호, 2006, 97면 이하 참조.

4) Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law - Principles and Policies-*, 2006, p 539.

5) Jeffrey M. Shaman, *Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of*

보통 United States v. Carolene Prods. Co.사건(1938)의 각주 4에서 찾는다.⁶⁾

20세기 초반 미연방대법원은 보수적극주의-자유방임적 자본주의(laissez-faire capitalism)에 바탕하여 계약의 자유와 실체적 적법절차를 이유로 여러 사회복지관련입법을 위헌이라 판결하였다. 그러나 이러한 보수적 대법원이 프랭클린 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt) 대통령의 뉴딜(New Deal)정책에 바탕한 개혁입법들에 대하여 위헌판결을 함으로써 국민여론의 비판과 대법원개혁플랜 등의 위기에 직면하게 되었고 동판결이 나오기 전해인 1937년 경제적 거래에 대한 의회의 입법을 존중하는 입장을 밝힘으로써 헌법적 위기를 타개하고자 하였다. 그러나 당시 법원개혁위기(The Court - packing crisis) 이후 많은 사람들은 대법원의 제도적 독립이 보장될 수 있을지에 대해서도 의문을 품게 되었고, 법원의 사법심사의 장래가 어찌될지도 아무도 짐작할 수 없는 상황이었다.⁷⁾ 각주 4는 이러한 배경 속에 제시된 대안이라 할 수 있다.

그런 점에서 혹자는 ‘스톤대법관이 한편으로는 과거의 낡은 사법심사를 타파하고 다른 한편으로는 사법심사에 대하여 적대적인 자들로부터 민주적 정당성의 허가를 교묘히 얻어낸 것’이라 평하기도 하였다.⁸⁾ 한편 Gerald Gunther교수는 각주 4가 40년대 초기에 있어 모든 종류의 법률에 대한 위헌심사에서 총체적으로 사법자제를 할 것인가, 아니면 경제적 규제에 대해서는 법관은 참견하지 않고 그 대신 개인

the Levels of Scrutiny, 45 Ohio State Law Journal 161(1984).

6) 동사건은 식물성지방을 첨가한 ‘혼합우유(filled milk)’의 州間運送을 금지한 법률의 합헌성이 문제된 사건이다.

7) Bruce A. Ackerman, beyond Carolene Products, 98 Harvard Law Rev. 713, 714(1985).

8) Felix Gilman, The Famous Footnote Four: A History of The Carolene Products Footnote, 46 S.Tex.L.Rev.163, 166(2004).

적 자유를 침범하는 법률에 대해서는 면밀하게 심사하여야 하는 2중 기준을 채택할 것인가를 둘러싼 논쟁을 예고한 것이라 지적하였다.⁹⁾ 그래서 *United States v. Carolene Prods. Co.* 판결은 'Lochner시대를 마감하고 Carolene Products시대라 명명할 수 있는 시대로 안내한 판결'이라 하는 학자도 있다.¹⁰⁾

동판결에서 스톤(Harlan F. Stone)대법관은 적어도 경제관련입법에 대해서는 민주적으로 선출된 의회의 입법을 존중하여야 함을 인정하였다. 동 각주는 위헌법률심판에 있어 다단계 심사기준을 명시적으로 표현하였다. Stone대법관은 동판결에서 “일반적 상거래에 영향을 미치는 규제적 입법은 알려진 사실이나 일반적으로 사실이라고 추정된 사실에 비추어 그 입법이 입법자의 지식과 경험의 범위내에서 어느 정도 합리적 근거에 기초하고 있다는 추정을 배제하는 그런 성격의 법률이 아닌 한 위헌으로 선언되어서는 안 된다.”고 하여 경제적 입법에 대한 합리적 심사기준을 언급하였다.¹¹⁾ 그러면서 동 각주에서 법률의 합헌성추정이 배제되고 엄격심사를 하여야 하는 경우로 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 “법률이 문면상 수정헌법 제1조부터 제10조와 같은 헌법의 특별한 금지영역을 규율한다면 법률의 합헌성 추정이 적용되는 범위는 더욱 좁아질 것이다. ... 바람직하지 않은 법률을 폐지시킬 것이라고 기대할 수 있는 정치적 절차를 제한하는 법률이, 수정헌법 제14조의 일반적 금지에 근거하여 더욱 엄격한 사법심사를 받아야 하는지 여부는 이제서 의문의 여지가 없다. ... 분리되고 고립된 소수집단에 대한 편견이 소수집단의 권리보호를 위해

9) Peter Linzer, *The Carolene Products Footnote and The Preferred Position of Individual Rights: Luis Luskay and John Hart Ely v. Harlan Fiske Stone*, 12 *Const. Comment.* 277 (1995)의 주3에서 인용.

10) Felix Gilman, *op.cit.*, 169에서 인용.

11) 304 U.S. 144, 152.

통상 사용되는 정치적 과정의 작동을 심각하게 방해할 수 있는 원인이 되고, 이에 상응하여 더욱 면밀한 사법적 심리를 요하는지 여부도 마찬가지이다.”¹²⁾고 하여 합헌성추정이 배제되고 엄격심사가 인정되는 경우로 ① 수정 제1조-제10조의 기본권을 제한하는 입법, ② 통상적으로 바람직하지 않은 입법을 배제할 수 있을 것으로 기대되는 정치적 과정을 제한하는 입법으로서, 선거권을 제한하는 입법, 정보의 자유를 제한하는 입법, 정치적 조직을 규제하는 입법, 평화적 집회를 금지하는 입법, ③ 종교, 국적, 인종에 있어 분리되고 고립된 소수를 겨냥한 입법의 세가지를 들고 있다.

동 각주는 그런 점에서 2단계위헌심사체계의 길을 열었다는 평가를 받고 있다. 여기에서 나타난 이중기준의 원칙 내지 2단계모델(two-tiered model)은 그 뒤 Thornhill v. Alabama사건(1940)¹³⁾이나 Minersville School District v. Gobitis사건(1940)¹⁴⁾ 등 일부판례에서 언급되었다. 그러나 1951년 이후 10년 정도는 미연방대법원뿐 아니라 연방하급법원에서도 동판례는 거의 인용되지 않았다.¹⁵⁾

그 뒤 1960년대에 와서 동판결은 Warren법원에서 다시 적용되었는데 1961년의 Braunfeld v. Brown판결¹⁶⁾에서 브렌넨(Brennan)대법관은 동판결을 인용하여 종교적 자유에 대하여 우월적 지위를 인정하였고 그 이후 이러한 판례가 유지되었다. 그래서 Warren법원은 Carolene Products사건의 로드맵에 의해 움직여갔다고 지적하는 견해도 있다.¹⁷⁾ 특히 대표적으로 워렌(Warren)대법원장과 브렌넨대법

12)304U.S.144, 152-153.

13)310 U.S.88(1940).

14)310 U.S. 586(1940).

15)Felix Gilman,op.cit., 191ff.

16)366 U.S.599(1961).

17) Felix Gilman, op.cit., 179f; J.H.Ely도 Warren 대법원의 접근방법은 United States v. Carolene Prods. Co.판결의 유명한 각주에 의해 예기되었다고 하였

관에 의해 각주 4의 논리가 판결 속에 반영되었다. 그러다가 Burger 법원에 와서 2중심사기준의 경직성에 대한 비판에 따라 중간심사기준이 등장하여 삼중심사기준이 확립되었고 이러한 단계별심사기준에 대한 비판에도 불구하고 아직도 미연방대법원에 의해 유지되고 있다.

2) 심사기준의 내용

평등보호조항과 적법절차조항에 근거하여 위헌 여부를 다투는 법률에 대해 적용되는 삼중심사기준은 합리성심사, 중간심사, 엄격심사의 삼단계로 구분된다.¹⁸⁾

먼저 i) 합리성심사기준(rational basis test)은 문제가 된 법률이 정당한 정부목적과 합리적 관련이 있는 경우(rationally related to a legitimate purpose) 합헌이 된다. 이는 최소한심사(the minimal level of review)를 의미하며 완화된 심사라 할 수 있다. 적법절차조항 내지 평등조항에 근거해서 위헌성이 다투어지는 모든 법률은 적어도 합리성 심사를 거쳐야 한다. 합리성 심사 기준이 적용되는 경우, 어느 법률이 정당한 정부목적과 합리적인 관련이 있는 경우에(if it is rationally related to a legitimate government purpose) 그 법률은 합헌이라 판단된다. 즉 정부목적은 헌법에 위배되지 않는, 정부가 추구하기에 정당한 목적이기만 하면 되는데 정당한 정부목적은 매우 광범위한 개념으로 건강, 안전, 일반복지 등이 모두 여기에 해당한다. 또한 선택된 수단이 이러한 목적을 달성하기 위하여 상당한 방법이 면 합헌으로 판단된다. 즉 정부가 선택한 수단과 국가의 목적간에 최소한의 합리적 관련이 있으면 되고 완전히 자의적이고 불합리한 경우에만 이러한 관련성이 부인된다. 합리성심사기준은 주로 사회경제

다. (J.H.Ely, *Democracy and Distrust*, Harvard Univ. Press, 1980, p 75.

18) 이에 관해서는 E.Chemerinsky, *ibid.*, pp 539 ff.

입법영역에 적용된다. 합리성 심사 기준에 의하는 경우, 법률의 위헌성을 다투는 자가 그 입증책임을 지며 그 법률이 상정할 수 있는 정당한 목적을 가지지 않거나 그 목적을 달성하기 위한 상당한 방법이 아니라는 것을 입증하지 않는 한, 그 법률은 합헌이라 판단된다.¹⁹⁾ 합리성 심사는 의회의 판단을 존중하는 것이고, 법원이 수행하는 특유한 역할이 없음을 의미하는 것으로 그 결과 연방대법원이 합리성 심사를 충족시키지 못한다는 이유로 법률을 무효선언하는 경우는 매우 드물다. 그러나 이 심사기준은 의회나 정부의 판단에 대해 절대적 존중을 보임으로써 사실상 심사를 하지 않는 것과 같다는 비판이 있다.

ii) 중간심사(intermediate scrutiny)는 1970년대 이후에 나타난 심사기준으로 중요한 정부목적과 실질적으로 관련이 있는 경우(if it is substantially related to an important government purpose) 합헌으로 판단된다. 입법목적은 정부가 추구할 수 있는 정당한 목적 이상의 것이어야 하고, 법원이 그 목적을 “중요하다(important)”고 판단해야 한다. 또한 선택된 수단은 그 목적을 달성하기 위하여 합리적인 것 이상의 관련성을 가져야 하며 그 법률이 목적달성과 실질적으로 관련이 있는 것이라 판단해야 한다. 중간심사기준의 상세한 기준에 관해서는 *Craig v. Boren* 사건(1976)²⁰⁾에서 실시된 바 있다. 중간심사기준은 성²¹⁾이나 혼외자²²⁾를 이유로 한 차별, 밀입국외국인아동에 대한 교육에 관한 차별²³⁾, 상업적 언론에 대한 규제²⁴⁾, 공개포럼에서의

19) *ibid.*, p 540.

20) 429 U.S. 190 (1976).

21) *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515(1996); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190(1976).

22) *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248(1983).

23) *Pleyer v. Doe*, 457 U.S. 202(1982).

24) *Central Hudson Gas &Electric Corporation v. Public Service Commission*,

언론규제²⁵⁾등의 입법에 적용된다.²⁶⁾ 또 1970년 후반과 1980년대 초반에는 선거권이나 피선거권을 제한하는 입법에 대하여 사실상 중간심사를 한 판례가 있고 기본적 헌법적 권리라 할 수 있는 州間 여행권에 대한 제한입법에 대하여 엄격심사를 하지 않고 합헌을 인정한 경우가 있다. 중간심사가 적용되는 경우 의회나 정부가 입증책임지는 것이 보통이다. 그런데 중간심사기준의 엄격성과 관련하여 중간심사에 대해서도 덜 제한적인 대안 분석(*less restrictive alternative analysis*)이 사용되어야 하는가는 분명하지 않다.

iii) 엄격심사(*strict scrutiny*)는 필요불가결한 정부목적을 달성하기 위해 불가피한 경우(*if it is necessary to achieve a compelling government purpose*)에만 합헌으로 인정된다. 즉, 법원이 정부의 목적을 필요불가결한(*compelling*, 또는 *overriding*) 것으로 인정해야 하고 그 수단이 목적을 달성하기 위해 불가피한(*necessary*) 정도의 긴밀한 연관관계가 있는 것으로 판단되어야 한다. 필요불가결한 정부의 목적이라 함은 기본적 헌법적 가치의 제한을 정당화할 정도로 중요한 가치를 의미한다. ‘불가피한’ 경우라 함은 그 법률이 최소한의 제한 수단이거나 또는 최소한의 차별 수단이라는 것을 입증할 것을 요함을 의미하며 그 법률이 최소 제한 수단(*the least restrictive alternative*)이 아니라면, 그 경우에는 목적을 달성하기 위해 “불가피한(*necessary*)” 것이 되지 않는다. 이는 대법원이 의회나 정부의 결정을 존중하지 않고 독자적으로 목적과 수단간의 관계의 정도를 판단한다는 것을 의미한다.²⁷⁾ 이의 입증책임은 정부가 부담하며 이 때 그 법률이 최소한의 제한수단이거나 최소한의 차별수단이라는 것을

447 U.S. 557(1980); *Lorillard Tobacco v. Riley*, 533 U.S. 525(2001).

25) *Wand v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781(1989).

26) E.Chemerinsky, *op.cit.*, p 541.

27) John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, 1995, p 601.

입증하여야 한다. 엄격심사기준은 적법절차조항의 경우 기본적인 헌법적 권리를 제한하는 입법의 위헌심사의 경우에 한정되며, 평등보호조항의 경우 기본적인 헌법적 권리의 행사에 있어 차별적 입법과 의심스러운(suspect) 근거에 바탕한 차별적 입법이라는 두 가지 경우에 적용된다. 즉 인종이나 출신국가(national origin)와 같은 의심스러운 근거에 의한 차별, 선거권이나 여행의 자유, 프라이버시, 언론의 자유, 종교의 자유 등의 기본적인 헌법상의 권리(fundamental constitutional rights)의 제한입법이나 그에 대한 차별적 입법에 적용된다.²⁸⁾ 이러한 영역은 전제 Stone대법관의 각주 4의 경우에 해당하는 경우이다. 엄격심사가 적용되면 일반적인 경우 법률이 위헌이라 판단된다. Gerald Gunther 교수지적처럼 엄격심사는 “이론상으로는 엄격한(strict) 것이고, 실제적으로는 치명적인(fatal) 것이다.”

3) 다단계심사기준의 근거

a) ① United States v. Carolene Prods. Co.사건(1938)의 각주 4는 세 단락으로 구성되어 있다. 그러나 사실 United States v. Carolene Prods. Co.사건(1938)의 각주 4에서 미연방대법원이 엄격심사를 하여야 할 사항으로 언급된 3단락의 문장은 전체적으로는 논리적 일관성을 가진 것이 아니고, 세단락 중 첫번째 단락은 다른 두단락과는 그 근거를 달리하는 것이다.²⁹⁾³⁰⁾ 그래서 J.H.Ely에 의하면 첫번째 단

28) E.Chemerinsky,pp 541-542.

29) 당시 Stone대법관의 law clerk으로 실제 각주 4를 작성한 것으로 알려진 L.Lusky에 의하면 첫번째 단락은 당시 대법원장이었던 Hughes의 요청에 의해 추가되었다 한다. 그에 의하면 원래 각주 4는 두 단락으로 되어 있었는데 그 두 단락은 각주 4의 두번째와 세번째 단락으로 반영되었다. 그런데 당시 Hughes대법원장이 서신을 통해 헌법에 명문으로 규정된 사항에 대해서는 재판에 있어 보다 주의를 하여야 한다는 취지의 의견을 제시하였고 그래서 그 내용이 첫 번째 단락에 반영되었다고 한다. 그는 그래서 동 각주가 출처가 다

락은 순수한 해석주의(interpretivism)를 표현한 것으로 민주적 과정에 관한 두번째 및 세번째 단락과는 성격이 다르다고 하였다.³¹⁾ 그런 점에서 정작 동 각주의 작성에 참여했던 L.Lusky는 동 각주가 정부나 대법원이 동의한 사법심사기준으로서 확립된 원칙을 제시한 것이 아니라 논의를 위한 시발점으로서 제시되었다고 하였다.³²⁾

그런데 이 세단락과 관련하여 미연방대법원의 다단계심사기준을 정당화하는 근거에 대해서는 크게 보면 세가지 해석이 있다.³³⁾ 즉 i)해석주의 -헌법규정형식에 바탕한 이론, ii)우월적 자유인가 여부에 기초한 가치이론(Value -Based Theory of Judicial Review; 또는 fundamental- values approach), 그리고 iii)다수지배의 민주주의가 기능하지 아니하는 경우에만 사법적극주의를 인정하는 민주적 과정이론(Political Process Theory of Judicial Review; 또는 대표보완적 접근방법(representation -reinforcing approach)³⁴⁾이 그것으로 그 중에서도 주로 ii), iii)이 주장되어 왔다.

대체로 초기에는 경제적 권리에 대한 우월적 자유에 대한 엄격심

르고 다른 관점에 기초하고 있는 내용이 섞여 있다는 사실을 인정하고 있다.(Louis Lusky, Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence, 82 Columbia L. Rev.1093, 1097, 1099f (1982))

30) 그런 점에서 각주4는 Stone대법관과 Hughes대법원장, 그리고 Lusky연구관의 집단적 아이디어의 결과라고 보는 견해도 있다. (Peter Linzer, The Carolene Products Footnote and The Preferred Position of Individual Rights: Luuis Lusky and John Hart Ely v. Harlan Fiske Stone, 12 Const. Comment. 277, 301f, (1995).

31) J.H.Ely, Democracy and Distrust, Harvard Univ. Press,1980, p 76.

32) Louis Lusky,op.cit., 1098.

33) 이에 관해서는 Lynn A Baker/Ernest A. Young, Federalism and the Double Standard of Judicial Review, Symposium - The Constitution in Exile, 51 Duke L. J. 75, 85ff,(2001); Felix Gilman, op.cit., 173ff; J.H.Ely, op.cit.,p 1 ff.

34) 이 이론은 Felix Gilman에 의하면 각주4에 표현된 명확하지 않은 문장에서 보다는 John H. Ely의 'Democracy and Distrust'라는 책에서 영향받은바 크다고 한다.(Felix Gilman, op.cit., 173).

사를 인정하는 가치이론이 우세하였으나 최근에 와서는 대표적으로 Louis Lusky 와 John Hart Ely의 영향으로 민주적 과정이론이 지배적이라 할 수 있다.³⁵⁾

② 먼저 미연방대법원이 의회의 입법에 대해 의회의 판단을 존중할 것인가, 아니면 그 위헌 여부에 대해 엄격한 심사를 하여야 할 것인가의 판단기준으로 헌법규정을 기준으로 하는 주장이 있다. 각주 4 중 첫번째 단락이 이에 기초한 것으로 당시 Hughes대법원장이 제시한 의견이다. 즉 헌법에 명시적으로 규정된 권리에 대해서는 재판을 함에 있어 보다 주의를 기울여 심사할 필요가 있다는 것이다.³⁶⁾ 이는 순수한 해석주의(pure interpretivism)를 표현한 것이다. H. Abraham은 권리장전중 경제적·재산적 권리의 보장은 매우 일반적 용어로 규정되어 있음에 반해 우리가 일반적으로 기본적인 인간의 자유(basic human freedoms)에 관한 규정은 명백할 뿐 아니라 절대적이라는 점에서 다르다고 설명하기도 한다.³⁷⁾

이러한 설명은 헌법에 명확한 규정이 있는 경우 법원은 이를 적용하여야 하며 이 경우에는 의회가 다수결에 바탕 하여 만든 법률을 위헌이라 판단한다 하더라도 별문제가 없다고 보는 것이다. 그런 점에서 계약의 자유 등에 관해서는 헌법규정이 불명확하여 대법원이 위헌판단을 하기에 전문지식도 부족하고 국민적 명령을 도출할 수도 없으므로 엄격심사를 할 수 없다고 한다.³⁸⁾ J.H.Ely는 이러한 해석주의는 법이 무엇이며 법이 어떻게 작용하느냐에 대한 우리의 일반적

35) Peter Linzer, op.cit., 277-278; F.Gilman, op.cit. 173ff.

36) Louis Lusky,op.cit., 1097.

37) Henry J. Abraham, Freedom and the Court:Civil Rights and Liberties in the United States, 1982, pp 22-23.

38) Lynn A Baker/Ernest A. Young,op.cit., at 85.

관념에 보다 부합하며 법원이 법규정에서 벗어난 해석을 하는 것을 막을 수 있고, 보다 근본적으로는 반대적 접근방법은 민주정부이론과 조화되기 어렵다는 점, 즉 비해석주의는 결국 법원이 사법심사를 통하여 헌법에서 발견되지도 않고 정치적 기관의 결정에서도 명백히 보이지 않는 어떤 관념에 호소한다는 점에서 민주주의이론과 조화되기 어렵다는 점에서 매력이라고 한다.³⁹⁾ 그러나 이러한 헌법규정에 얽매이는 해석주의는 헌법규정의 개방성과 관련하여 사실상 불가능하다고 할 수 있다는 비판을 피할 수 없다.⁴⁰⁾

③ 각주 4에 대한 초기의 해석은 가치이론에 바탕한 것이 우세하였다. 이 이론은 우월적 자유를 제한하는 입법에 대해서는 엄격심사를, 사회·경제적 자유를 제한하는 입법에 대해서는 합리성심사를 주장한다. 즉 우월적 자유권(preferred freedom; preferred position)(주로 수정헌법 제1조상의 표현의 자유와 종교의 자유를 의미한다.)은 민주적 과정에서의 역할 때문이 아니라 가치의 위계질서에 있어 경제적 자유보다 보다 고귀한 가치로서 상위에 있기 때문이라거나, 권리장전에 있어 명확한 표현으로 규정되어 있다는 이유로 보다 강력한 보호를 받는다고 하였다.⁴¹⁾ 그래서 이러한 입장은 대법원의 사법심사에 있어 이러한 기본권을 제한하는 입법에 대한 엄격한 심사의 근거를 ‘보장되는 권리의 중요성’에 기초하여 판단하고 있다.

이러한 입장은 Thomas v. Collins사건(1945)⁴²⁾에서 러틀릿지(Rutledge)대법관이 제시한 다음의 의견에서 명시적으로 드러난다.

39) J.H.Ely, op.cit.,p 3 ff.

40) ibid., pp 11 ff.

41) 예컨대 Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158사건(1944)에서 Murphy대법관은 반대의견에서 수정헌법 제1조에 규정된 인권은 침해될 수 없으며 그를 직간접으로 제한하는 입법은 합헌성추정을 받을 수 없다고 하였다.(at 173)

42) 323 U.S. 516(1945).

그는 “일반적으로 입법에 대한 합헌성추정은 수정헌법 제1조에 의해 보장되는 위대하고 없어서는 안 되는 민주적 자유에 우월적 지위를 부여함으로써 균형을 이루게 된다. 이러한 우월성은 이러한 자유에 대해 의심스러운 침해를 허용하지 않는 존엄성과 강제력을 부여한다. 그리고 심사기준을 정하는 기준이 되는 것은 권리의 성질이 제한의 성질이 아니다.”고 하였다. 43) 그 뒤 *Braunfeld v. Brown*판결⁴⁴⁾에서 브렌넨(Brennan)대법관은 *United States v. Carolene Prods. Co.* 판결을 인용하면서 종교적 자유가 헌법적 위계질서에 있어 우월적 지위를 가짐을 인정하고 ‘우리사회의 최고의 가치의 하나’임을 인정하여 종교의 자유에 대하여 우월적 지위를 인정하였다.⁴⁵⁾ 그 뒤 *Katzenbach v. Morgan*사건(1966)⁴⁶⁾에서도 브렌넨대법관은 기본적인 자유(fundamental liberties)의 우월적 지위를 인정한 바 있다.

④ 그러나 오늘날의 가장 유력한 해석은 정치과정이론(a political theory of judicial review) 내지 대표보완적 접근방법(representation-reinforcing approach)이라 할 수 있다.⁴⁷⁾ 이 이론은 사법심사제도가 민주주의에 맞게 운영되어야 한다는 점에서 출발하고 있고 그런 점에서 헌법의 개방성, 추상성과 관련하여 가치결정은 국민에 의해 선출된 대표들에 의해 이루어져야 하고 법원은 실제적 가치의 문제가 아니라 참여의 문제에 관심의 초점을 두어야 한다고 한다. 이 이론은 각주 4의 두번째 단락과 세번째 단락에 바탕하고 있다. 이 이론은 각

43) *id.*, 530; 이러한 내용에 관해서는 Felix Gilman, *op.cit.*, 179, 189 참조.

44) 366 U.S.599(1961).

45) 336 U.S. at 612.

46) 384 U.S. 641(1966).

47) F.Gilman에 의하면 오늘날 각주 4는 거의 사법심사의 민주적 과정이론으로 이해되고 있다고 한다.(F.Gilman, *op.cit.* 173ff) 그러나 이에 대해 비판적인 견해도 있다.(예컨대 Peter Linzer, *ibid.*, 288ff).

주 4를 작성한 스톤대법관의 연구관(clerk)이었던 L. Lusky와 J.H.Ely등에 의해 주장되었다.

이러한 이론의 대표적 학자라 할 수 있는 J.H.Ely는 United States v. Carolene Prods. Co.사건 각주 4는 ‘참여(participation)’와 연관되며 이는 사법심사에 있어 어떤 실체적 가치가 특히 중요하다거나 기본적이라거나 하는 문제가 아니라 그러한 가치가 적절하게 확인되고 조정되는 과정이나 그 과정을 통해 도달하는 타협에의 참여의 기회가 부당하게 축소되지 않았는가에 초점을 맞추어야 함을 의미하는 것이라 하였다.⁴⁸⁾

그는 헌법규정은 애매하고 개방적이어서 헌법문언만으로는 헌법을 해석할 수 없고 그 실질적 의미가 부여되어야 하는데 민주주의의 관점에서 본다면 선거의 의해 임명되지 아니한 법관의 개인적 가치에 의해 그 실질적 의미가 결정되는 것은 정당하지 않다고 한다. 즉 대의제 민주주의에 있어 가치결정은 국민에 의해 선출된 의원들에 의해 이루어져야 하며 만약 다수의 국민들이 의원들의 가치결정에 동의하지 않는 경우 선거에서 그들을 낙선시키면 된다고 한다.⁴⁹⁾ 그는 임명된 법관은 미국정부체계에서 상대적으로 아웃사이드의 지위에 있고 그런 점에서 미국 국민의 참된 가치를 전해 받는 특별한 통로를 가지지 못하며 그런 점에서 법관은 국민의 대표자가 변화의 채널을 막거나 다수의 전체의 약세사리로 기능함으로써 사실상 국민의 이익을 대표하지 못하고 있다는 주장에 대해서는 판단할 수 있는 입장에 있다는 것이다. 그래서 참여의 과정이 신뢰를 받을 수 없게 작동이 제대로 되지 않는 경우, 말하자면 다수지배의 민주주의가 제대로 기능하지 않는 경우에만 선출되지 아니한 법관이 판단할 수 있다

48) id., p 77.

49) John H. Ely, *ibid.*, p 103.

고 보았다. 그러한 경우로 J.H.Ely는 a)대표의 당락을 정하는 정치적 변화의 채널이 폐쇄된다는가, b)다수에 속하는 대표가 제도적으로 소수자를 불리하게 하여 다른 집단에게 허용된 보호를 거부하는 경우⁵⁰⁾를 들었다. a)는 각주 4의 두번째 단락과 연관된 것이고, b)는 각주 4의 세번째 단락과 연관된 것이다. 그래서 그는 정치적 변화의 채널을 정비하는 경우(Clearing the Channels of Political Change)와 소수자대표를 촉진하기 위한 경우(Facilitating the Representation of Minorities)에 법원이 엄격심사를 하여야 함을 주장하고 있다.

이 이론은 결국 비민주적 가치부여 없는 사법심사제도를 주장하면서 법원은 다원적 민주주의에 있어 ‘심판(refrees)’의 역할을 하여야 한다고 하고 사법심사는 다수지배의 정치과정에 문제가 있을 때 그를 시정하기 위하여, 그리고 소수자보호를 위하여 행해져야 한다고 하였다. 그는 이러한 접근방법, 즉 대표보완적 접근방법(representation-reinforcing approach)이 대표민주주의에 보다 부합하며 법관이 수행하기에도 적합한 역할을 부여한다고 하였다.⁵¹⁾

4) 평가

United States v. Carolene Prods. Co.판결의 각주 4는 사법심사의 2단계모델의 기초가 되었다. 사실 헌법은 다수의 지배를 규정하면서도 한편으로 그에 의해서도 침해할 수 없는 개인의 기본권을 규정하고 있다. 그런 점에서 헌법은 해결하기 어려운 딜레마를 담고 있다.⁵²⁾ 그래서 미국에서 사법심사제는 1800년대 이래로 수시로 그것이

50) Id., 103.

51) *ibid.*, p 102.

52) 이를 Robert Dahl은 ‘Madisonian dilemma’라 한다.(Robert H. Bork, *Judicial Review and Democracy*, Encyclopedia of the American Constitution, 1986, p 1061)

의회에 의해 대변되는 국민의 의사에 대해 간섭한다는 이유로 비판 받아 왔으나⁵³⁾⁵⁴⁾ 다른 한편으로 민주주의를 사법적 보호 하에 두는 것이 다수자의 전제를 방지하는 유일한 방법이라 보는 주장에서⁵⁵⁾ 볼 수 있듯이 다수지배로부터 소수의 인권보장을 위하여, 그리고 다수가 형성되고 정치적 변화를 가져오는 민주적 과정에 있어 문제가 있는 경우 이를 감시하고 교정하기 위해 사법심사의 필요성이 인정 되어 왔다.

Stone대법관에 의해 제시된 동사건 각주 4는 ‘헌법상 가장 유명한 각주(파월(Powell)대법관)’ 나아가 ‘모든 법에서 가장 유명한 각주’ 또는 “헌법상 가장 잘 알려져 있고 가장 논쟁적 각주”라⁵⁶⁾ 불리울 정도로 미국헌법사상 많은 영향을 주었다. 또한, 동 각주를 ‘법관과 다른 국가기관간의 관계를 규정하는 가장 위대하고 현대적인 장전(the great and modern charter)’이라 평하는 학자도 있고⁵⁷⁾ ‘사법심사와 민주주의를 어떻게 조화할 수 있겠는가 하는 까다로운 문제에 대해

53) B.Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 *The Yale Law Journal* 153, 157(2002).

54) 특히 최근에는 Bush v. Gore사건과 일련의 진보적 의회입법에 대한 위헌판결과 관련하여 자유주의법학자들에 의해 민주주의와 사법심사제의 모순을 지적하는 논문들이 많이 나오고 있다.(대표적으로는 Mark Tushnet, *Taking The Constitution away from The Courts* 194(1999); Rachel E.Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102*Colum.L.Rev.*237(2002); Larry D. Kramer, *The Supreme Court, 2000 Term- Foreword: We the Court*, 115*Harv.L.Rev.*4,15-16(2001)(이에 관해서는 B. Friedman, *op.cit.*, 155에서 인용).

55) 윤명선, “사법심사제와 다수결주의-Ely의 ‘과정’이론에 대한 비판적 접근-”, *공법연구* 제18집, 1990, 116면에서 인용.

56) Felix Gilman, *op.cit.*,168 및 Peter Linzer, *op.cit.*,277 참조; 그러나 동 각주의 의미가 과대평가되었다는 주장도 있다. 동 각주에 대한 국내문헌으로 양 건, “법률의 위헌심사의 기준”, *헌법연구*, 1995, 681면 이하; 전일주, “이중기준론에 관한 연구(1)-기원을 중심으로-”, *공법연구* 27집 2호, 1999, 109면 이하 참조.

57) Owen M. Fiss, *The Supreme Court 1978 Term, Foreword : The Forms of Justice*, 93 *Harvard L. Rev.* 1, 6(1979).

지금까지 제시된 것 중 가장 만족스러운 해법'이라고 평가하는 학자도 있다.⁵⁸⁾

그러나 이러한 사법심사기준에 관해서는 일찍부터 비판도 존재해 왔다. 이러한 비판은 심사기준이 가지는 지나친 단순성과 경직적 접근방법에 주로 모아진다.⁵⁹⁾ 말하자면 미연방대법원이 3단계의 심사기준을 설정하였지만 실제적용에 있어 심사기준은 일련의 연속선상에 있다는 점, 이처럼 경직된 심사기준을 적용하는 경우 위헌 여부가 사실상 심사수준의 선택에 의해 결정되어 버려 분석의 범위를 부당하게 제한한다고 비판한다.⁶⁰⁾

E.Chemerinsky에 의하면 이러한 다단계심사기준에 대한 비판은 두가지 측면에서 이루어지는데 하나는 현실적으로는 3단계심사 이상의 심사가 사실상 이루어지고 있으므로 사실적 측면에서 부정확하다는 지적이 그 하나이고, 또 하나는 규범적 측면에서 3단계심사기준은 바람직하지 않다는 지적이 그것이다.⁶¹⁾ 즉 현실적으로 합리성심사를 한다고 하면서 실질에 있어서는 보다 엄격한 심사를 하는 경우도 있고 중간심사를 한다고 하면서 실질적으로는 입법에 대해 매우 존중하는 입장에 있는 경우가 있는가 하면 반대의 경우도 있다. 말하자면 3단계심사를 한다 하지만 실질에 있어서는 일련의 연속된 기준들(a range of standards)을 적용하고 있다는 것이다. 또한 Marshall대법관이나 Stevens대법관이 지적하는 것처럼 이러한 경직된 다단계심사기준의 적용은 결국 위헌 여부의 결정이 심사단계의 선택에 의해 보통 결정되어 부당하게 분석의 범위를 제한한다고 한다. 그래서 오히려 침해되는 법익의 헌법적·사회적 중요성과 차별 내지 제한의 근

58) Felix Gilman, op.cit., 165.

59) Id. at 161ff.

60) E.Chemerinsky, ibid, pp 542-543.

61) ibid., p 542.

거의 불합리성을 연계시키는 연동기준(a sliding scale)을 적용하는 것이 보다 나은 결론에 도달하게 한다고 비판한다.⁶²⁾

Jeffrey M. Shaman도 이러한 단계별 심사기준은 경직성과 분석의 방해, 내재적 모순이라는 문제를 안고 있다고 지적한다. 그에 의하면 이러한 단계별심사기준은 최소한 심사기준을 적용하면 자동적으로 합헌이 되고 엄격심사기준을 적용하는 경우 거의 자동적으로 위헌이 되어 법원으로 하여금 이 심사기준의 틀을 벗어나지 않으려면 납득하기 어려운 판결을 하지 않을 수 없는 선택의 여지밖에 주지 않는다고 비판한다. 이러한 심사기준의 경직성이 특히 최소한의 합리성심사의 경우 사실상 심사를 하지 않는 것과 같고 그 결과 비합리적 입법을 합헌이라 하거나 아니면 그 입법을 위헌이라 하기 위해서는 심사기준을 조작하지 않으면 안 된다고 비판한다.⁶³⁾ 또한 이러한 단계별심사기준은 각 사건의 개별적 특성과 쟁점을 도외시하고 심사기준이라는 보편적 문제로 논의의 초점을 맞추는 문제가 있어 숲은 보나 나무는 보지 않는 우를 범한다고 지적한다. 그래서 사건을 다단계심사기준에 따라 추상적으로 일반화하여 범주화함으로써 헌법소송에서 제기되는 다양한 이익, 가치를 평가하는 개별적 헌법적 분석을 후퇴시킨다고 비판한다.⁶⁴⁾ 또한 다단계심사기준은 내적 모순과 비밀관성을 가진다고 비판한다. 예컨대 회의적 차별에 대해서는 엄격심사기준을 적용하여야 한다고 하면서 법원의 기준에 의하면 회의적 차별에 해당된다고 보아야 할 사항에 관해서 때로는 중간심사를, 때로는 최소한 합리성심사기준을 적용하는 등 모순이 존재한다고 한다.⁶⁵⁾ 그래서 이러한 다단계심사방법은 한 때 전략적 의미는 있었으나 이제 낡

62) *ibid.*, p 543.

63) Jeffrey M. Shaman, *op.cit.*, 173.

64) *id.*, 174-175.

65) *id.*, 175-176.

아 쓸모가 없다거나 실제에 있어 이 심사방법에서 이탈한 판결이 많다고 한다.⁶⁶⁾ 예컨대 최소한의 합리성심사기준을 강화하여(upgrading) 문제가 된 입법을 위헌이라 판단한 사례도 있고 중간심사기준을 완화하여(downgrading) 성에 기한 차별적 처우에 대하여 합헌을 인정한 예도 있으며 경우에 따라 예컨대 주간 여행의 권리(the right of interstate travel)처럼 기본적 권리로서 엄격심사대상임에도 예외를 인정한 경우도 있다.⁶⁷⁾

그래서 단계별 심사보다는 통일적 기준에 의한 심사를 주장하는 견해도 있다. 예컨대 과거 Mashall대법관도 다단계심사기준은 ‘경직화된 접근(rigidified approach)’이라 비판하고 Chicago Police Department v. Mosley사건(1972)⁶⁸⁾에서 ‘문제가 된 정부의 행위에 의해 적절하게 실현된 적정한 정부이익이 있는지(whether there is “an appropriate governmental interest suitably furthered” by the governmental action in question)’ 여부라는 하나의 기준에 의해 판단할 것을 주장하였다. 이 기준도 정부의 이익과 개인의 이익을 교량·평가하는 점에서는 같으나 단계별 심사와 달리 심사 정도를 문제가 된 차별의 성격과 그로 인해 영향 받는 개인과 주의 이익의 상대적 중요성을 고려하여 결정하는 하나의 ‘연동적 척도(sliding scale)’을 주장하는 것이 다르다.⁶⁹⁾

66) id., 182, 172.

67) 이에 관해서는 id., 166-172 참조.

68) 408 U.S. 92(1972).

69) Jeffrey M. Shaman, op.cit., 177ff.

(2) 독일

독일에서는 명문의 규정에 의하여 연방헌법재판소에게 광범위한 헌법재판의 관할권이 부여되었다(기본법 제93조 참조). 그렇기 때문에 미국 연방대법원이 헌법해석을 통해 명시되지 아니한 규범심사권을 행사함으로써 직면하게 된 많은 의문을 피할 수 있었다.

그렇지만, 실정헌법이 헌법재판에 대하여 한계를 설정하고 있다는 것도 분명히 인식되었다. 즉 헌법재판을 비롯한 사법작용을 법과 법률, 특히 기본권에 구속시키고 있는 독일기본법 제20조 제3항 및 제1조 제3항의 규정(헌법의 구속), 조직상으로만이 아니라 기능적으로 입법작용과 사법작용을 구분하고 있는 기본법 제20조 제2항 제2문의 권력 및 기능 분립의 요청, 헌법재판기관의 민주적 책임성의 결여, 헌법의 테두리 안에서 입법자에게 공동체질서 형성권을 부여하고 있고, 따라서 헌법과 양립할 수 있는 한 가급적 폭넓은 형성의 여지를 입법자에게 부여할 것을 요구하고 있는 민주주의원리 등이 헌법재판에 한계를 설정하는 규범적인 근거들로 인식되었다.⁷⁰⁾ 그러나 이러한 헌법적 요청들이 그 자체로서 헌법재판의 한계를 설정하는 구체적인 기획을 포함하고 있는 것은 아니다.

어쨌든 헌법이 설정한 한계를 벗어나는 것을 효과적으로 억제할 수 있는 설득력 있는 헌법해석방법이 존재하지 않는다는 사정 때문에, 즉 실무에서 적용할 수 있는 헌법해석방법을 임의로 선택할 수 있고 또 기본권이론이나 헌법이론도 자유롭게 선택할 수 있을 뿐만 아니라 심판의 기준인 헌법규정들, 특히 기본권규정들이 매우 추상적이고 불명확해서 헌법재판기관의 해석권한 내지 재판권한은 광범위

70) 이에 대하여 상세한 것은 J. Riecken, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2006, S. 273 ff. 참조.

할 수밖에 없고, 더구나 독일 연방헌법재판소를 통제할 수 있는 상위의 심급이 존재하지 않기 때문에 독일 연방헌법재판소는 왕왕 헌법재판의 한계를 유월하고 있다는 비판에 직면하곤 했다. 심지어는 독일 연방헌법재판소의 관할권이 포괄적이기 때문에 연방헌법재판소가 헌법재판을 통해서 모든 다른 최고국가기관들의 위에 군림할 수 있는 사실상의 최고권한(Kompetenz-Kompetenz)의 일부를 보유하고 있다거나⁷¹⁾ 주권행사에 참여한다거나⁷²⁾ 헌법제정권의 일부를 보유하고 있다⁷³⁾는 등의 우려의 소리가 간단없이 제기되었다.

이러한 사정 때문에 독일에서도 헌법재판의 한계를 설득력 있게 설정하려는 다양한 노력들이 행해졌다. 그 중에는 헌법 내지 기본권의 효력범위를 제한하는 헌법이론을 통해 헌법재판에 한계를 설정하려는 시도도 있다. 가령 포르스토프(ForsthoFF)처럼 형식적 법치국가 개념에서 출발하면서⁷⁴⁾ 기본권의 가치로서의 측면을 부정⁷⁵⁾하거나 뵉켄포르데(Böckenforde)처럼 헌법을 요강적 질서(Rahmenordnung)로 파악하면서⁷⁶⁾ 기본권의 원리로서의 성격을 부인하고 기본권을 창조적으로 구체화하는 과제를 전적으로 입법자에게 맡기려는 시도들이 그것이다.⁷⁷⁾ 이러한 헌법이론들은 헌법재판에 한계를 설정할 수 있는

71) Schlaich(정태호 역), 「독일헌법재판론」, 단락번호 470; Brenner, AöR 120 (1995), S. 257 참조.

72) E.-W. Böckenförde, Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, S. 9ff. (13) 참조.

73) E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29(1990), S. 1 ff. (29 f.); ders., NJW 1999, S. 12 f.

74) E. ForsthoFF, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: FS Schmitt zum 70. Geburtstag, S. 61.

75) E. ForsthoFF, in: FS Schmitt, S. 37 ff.

76) E.-W. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), S. 30 f.; ders., Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 71 f.

77) E.-W. Böckenförde, Methoden, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 86 f. 그의 헌법관에 동조하는 이로는 R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung,

상당한 잠재력을 가지고 있으나, 자유가 처한 다양한 위협상황에 탄력적·효율적으로 대처할 수 없다는 문제점 때문에⁷⁸⁾ 학계의 폭넓은 지지를 받지 못하고 또 실무에서도 수용되지 않고 있다.

다른 한편, 헌법재판의 한계를 설정하려는 시도들은 헌법재판소의 통제강도와 통제범위를 조종하는 요인인 헌법규범의 규율밀도(실체법적 관점)와 헌법의 기능질서(기능법적 관점)⁷⁹⁾의 비중과 의미를 어떻게 보느냐에 따라 실체법적 관점을 중심으로 헌법재판의 한계를 설정하려는 실체법설과 실체법적 관점보다는 기능법적 관점에 우위를 인정하는 기능법설, 기능법적 논거에 의거하면서도 실체법의 한계 설정력을 어느 정도 인정함으로써 실체법설과 기능법설을 통합하려는 절충설로 대별할 수 있다. 이하에서는 이 학설들의 내용과 문제점을 살펴보기로 한다.

1) 학설

가) 실체법설

전통적인 견해는 헌법재판의 과제와 그 한계는 개별사건에 해당하는 실체헌법규범의 해석·적용을 통해 밝혀진다고 본다. 각 국가기능을 구속하고 또 그렇기 때문에 통제의 기준이 되어야 하는 헌법이 헌법재판소의 기능영역·권한영역의 근거인 동시에 한계가 된다는 것이다.⁸⁰⁾ 즉, 방법론적 규칙에 따라 해당 헌법규범들의 의미와 효력

Der Staat 20 (1981), S. 202 ff. (207); Ch. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985, S. 94.

78) 그러한 비판에 대해서는 무엇보다도 D. Grimm, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., 1988, S. 221 ff. 참조.

79) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2, 1994, S. 1345; K. Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호. 490 주 70.

범위를 밝히면 그로부터 헌법재판소의 개입의 한계도 논리적으로 추론된다는 것이다.⁸¹⁾

그러나 이러한 입장에 대해서는 헌법재판소에게 사실상 최고의 권한(Kompetenz-kompetenz)을 부여해주는 것이 아니냐는 의문이 제기되고 있다. 헌법재판소가 보유하고 있는 폭넓은 권한들, 다수 헌법규범들의 개방성, 헌법의 규율범위의 포괄성, 헌법재판소가 자신이 원하는 결과를 뒷받침해 줄 수 있는 해석방법을 선택할 수 있을 정도로 다양한 헌법해석방법의 존재 등으로 인하여 통제규준인 헌법에의 구속이 정치권력에 대한 헌법재판의 한계를 어느 정도 정밀하게 설정해줄 수 있다는 생각에 회의가 일고 있다. 많은 학자들은 이러한 생각을 심지어는 “허구”⁸²⁾라고 생각한다. 그 근거로 전통적인 입장을 따라 통제기준인 헌법에 매달린다고 하더라도 헌법재판소가 정치를 포괄적이고도 최종적으로 조종하는 것을 그다지 억제하지 못하며 따라서 그러한 방법은 충분하지 않다는 것을 지적하고 있다.

이 설은 입법자에게 부여되는 형성의 여지를 기본권에 대한 해석을 통해서 실체법적으로 확정한다. 가령 입법자의 형성의 여지 및 미래예측이나 입법사실확인에 대한 통제의 밀도도 전적으로 실체법의 요구강도에 따라 결정된다고 본다.⁸³⁾ 심사의 강도는 헌법규정의 확정

80) 대표적인 학자로는 K. Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 13 이하, 470. 또한 A. Rinke, AK-GG, 2. Aufl., 1989, vor Art. 93, Rn 93; H. H. Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, S. 495 f. 및 같은 곳 주 93; W. Heun, Funktioell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit: Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, 1. Aufl., 1992, S. 31 ff., 38 f., 84.

81) 이에 대해 비판적인 견해로는 G. Roellecke, Aufgaben und Stellung des BVerfG im Verfassungsgefüge, in: HStR II., 1987, S. 676 f.; E. G. Mahrenholz, Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht, in: Verfassungsgericht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, FS K. Hesse zum 70. Geburtstag, 1990, S. 65.

82) 예를 들면 Rinke, AK-GG, vor Art. 93, Rn 95.

정도와 기본권제한조치가 관련 개인에 대하여 갖는 의미에 의해 좌우된다고 본다.⁸⁴⁾ 그러므로 실체법설에 의하면 통제의 강도는 기본권 규범의 규율의 밀도에 의해 결정된다. 실체법설에서도 현저한 정도의 입법형성의 여지가 발생한다. 가령 일반적 평등권, 직업의 자유, 재산권에서 폭넓은 입법형성의 여지가 부여되고 있다.⁸⁵⁾ 실체법설은 기본권이 제기하는 요건을 축소함으로써 입법형성의 여지를 구조적으로 조성해 내는 것이다. 따라서 실체법설은 기본권의 구속력의 강도와 헌법재판소의 통제강도가 일치하는 수렴모델(Konvergenzlösung)을 취하게 된다. 즉 헌법재판소의 단계화된 통제강도는 기본권이 제기하는 단계화된 요구강도와 일치하게 된다.

실체법설은 방어권의 영역에서 자유의 보호필요성이 강도 높은 통제를 요청하는 것이 보통이라고 본다. 기능법론자인 헷세(K. Hesse)도, 헌법재판소는 헌법, 특히 기본권의 수호자이기 때문에⁸⁶⁾ 헌법재판소는 공권력조치가 기본권의 보호범위에 타격을 강하게 가할수록 엄격하게 심사를 하여야 한다는 원칙을 제시하고 있다.⁸⁷⁾ 그렇지만 실체법설에 대해서는 실체법설의 관점에서는 헌법에 의해 부여된 헌법재판소의 해석권한의 범위가 미결의 문제로 남겨나⁸⁸⁾ 충분히 조명되지 못하거나 아예 다뤄질 수 없다는 비판을 받고 있다. 헌법해석자

83) K. Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 13 이하, 470.

84) H. Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: HdBVerfR, 2. Aufl., 1994, § 34 Rn 57.

85) M. Kriele, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, in: HStR V, § 110 Rn 37 ff., 46 ff.

86) 콘라드 헷세(계희열 역), “헌법재판의 기능적 한계”, 「헌법의 기초이론 소수」, 2001, 224쪽.

87) 콘라드 헷세, 전게서, 같은 곳.

88) M. Brenner, Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120 (1995), S. 256 f.; K. Vogel, Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane, 1988, S. 62 참조.

는 규범을 어느 정도로 구체화할 지 아니면 미결로 남겨둘 지를 방법론을 통해서 마음대로 결정할 수 있다는 것이다.⁸⁹⁾ 실체법설은 헌법해석에 내포되어 있는 이와 같은 측면을 포착할 수 없고 또 그렇기 때문에 헌법재판에 한계를 설정할 수 없다는 것이다. 입법자에게 어느 정도의 형성의 여지가 부여되는지를 전적으로 기본권해석을 통해서 확정할 수 있다는 실체법설의 기본권중심주의(Grundrechtsmonismus)에 대해서는 헌법의 통일성의 관점에서도 비판이 제기되고 있다. 즉 헌법의 통일성의 관점에서 볼 때 권력분립원리와 민주주의원리도 기본권해석에 대하여 한계를 설정할 수 있다는 것이다. 규율의 밀도를 기준으로 입법자의 권한범위를 확정할 수 있다는 실체법설의 주장에 대하여는 기본권규정처럼 개방적이고 추상적인 규범들의 규율밀도가 높다는 것을 입증할 수 없다는 비판도 제기된다. 즉 개인의 자유가 헌법질서에서 매우 중요하고 또 그 보호가 헌법재판소의 명백한 중심적 기능이기 때문에 헌법재판소의 강도 높은 심사 대상이 되는 것일 뿐 기본권규정이 언어학적인 관점에서 볼 때 밀도 높은 규율을 하고 있기 때문이 아니라는 것이다. 환언하면, 헌법해석자가 기본권규범의 구체화를 통해서 개방적이고 추상적인 기본권규범들의 규율밀도를 제고하는 것이지 애초부터 개방적이고 추상적인 기본권규범의 규율밀도가 애초부터 높은 것이 아니라는 것이다.⁹⁰⁾

나) 기능법설

기능법설의 이론적 출발점은, 헌법규범의 개방성과 추상성으로 인하여 헌법이 헌법재판관을 구속한다는 사실이 그들이 수행하는 헌법

89) J. Riecken, aaO, S. 277 ff., 441.

90) J. Riecken, aaO, S. 442.

재판의 한계를 충분히 설정할 수 없다는 것이다.⁹¹⁾ 실체법적 관점이 갖는 이와 같은 한계를 보완하는 기능법설의 노력은 두 가지 방향으로 전개된다.

그 하나는, 헌법이 부여한 각 기관의 특성, 작용방식, 구조로부터 헌법이 그 기관에 부여한 기능과 권한을 추론하는 설이다.⁹²⁾ 이 설은 각 기관의 구조적 상이성에 상응하여 각기 그 구조에 적합한 과제를 수행하도록 권한을 부여받고 있으며 역으로 각 기관의 구조도 각 기관에게 부여된 국가과제에 맞게 형성되는 경향이 있다는 사실에 주목함으로써 헌법재판의 한계를 설정하려는 입장이다. 이 설은 “헌법 재판소가 국가기관들로 구성된 협연에서 무엇을 의미 있게 할 수 있으며, 어떠한 역할을 수행할 수 있느냐”를 묻는다.⁹³⁾ 그에 따라 이제 실체법의 조종기능이 아니라 “실체헌법과 헌법적 기능질서 사이의 연관”이 헌법재판의 권한범위를 확정하는 주된 인자가 된다.⁹⁴⁾ 즉, “조직, 인적 구성, 기능, 소송절차” 등의 요소에 의하여 규정되어 있는 헌법재판소의 기관구조는 그에 상응하는 기능배정의 조건이자 기능제한의 조건이 된다.⁹⁵⁾ 어쨌든 이 설의 핵심은 “의심스러운 경우에는 구조적으로 문제의 결정에 가장 근접해 있는 기관이 결정을 내릴 수 있는 정당성을 가지고” 있다는 테제로 요약된다.⁹⁶⁾

91) K. Vogel, aaO, S. 33; H. P. Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung. Zur Funktionsgerechtigkeit von Kontrollmaßstäben und Kontrolldichte verfassungsgerichtlicher Entscheidung, NJW 1980, S. 2104 등 참조.

92) 이 계열의 대표적인 학자로는 Rinke, AK, vor Art. 93 RdNr. 99.

93) F. Ossenbühl, Verfassungsgerichtliche Grundfragen des Länderfinanzausgleichs gemäß Art. 107. II GG, 1984, S. 104.

94) G. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 1; A. Scherzberg, Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”, 1989, S. 135 ff.

95) 이에 대해서는 Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 470 이하 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

이와 같은 권한배분론의 전제는 권한획정의 대상이 되는 헌법기관들의 활동이 내용적 유사성을 띠고 있다는 것이다. 헌법재판과 입법이 아무런 공통점을 가지고 있지 않다면, 두 헌법기관들의 구조 비교를 통해 두 헌법기관의 권한획정을 위한 지침을 추론할 수 없기 때문이다. 실제로 이 설의 대변자인 링켄(Rinken)은 헌법재판이 대체로 법에 엄격하게 구속되는 가운데 이루어지는 보통의 법률적용과는 다르다는 이유로 입법적 성격을 띤다고 보면서도⁹⁷⁾ 법에 구속되는 사법작용적 특성 때문에 입법작용과는 질적으로 구분 된다⁹⁸⁾고 본다. 헌법재판과 입법의 이와 같은 부분적 공통점에 의거하여 어떤 기관이 구조적으로 어떤 결정을 내리는 것이 정당한 것인지를 판단하고자 한다. 즉 입법부와 헌법재판소가 모두 입법 활동을 한다면, 의심스러운 경우에는 헌법재판관이 입법자를 대신하여 또는 입법자와 나란히 더 합리적으로 또는 보다 많은 경험을 가지고 무엇을 할 수 있는지를 판단할 수 있다고 한다.⁹⁹⁾

기능법설의 또 다른 입장은 헌법재판소의 기본권해석에 대한 한계 설정을 위하여 헌법의 구조원리들 내지 헌법이 헌법재판소에게 부여한 기능에 의거한다. 물론 추상적으로 정의된 기능으로부터 법적 효과를 이끌어 내는 것이 아니라 해석을 통해 헌법으로부터 기능을 추론하고자 한다. 이 설은 헌법에 의하여 구현된 권력분립을 전제로 하여 이 국가기능질서에서 입법자에게는 형성기능이 부여되어 있는 반면, 헌법재판소에게는 통제기능이 부여되어 있다거나¹⁰⁰⁾ 원칙적으로

96)Rinken, AK-GG, vor Art. 93, Rn 99.

97)Rinken, AK-GG, vor Art. 93, Rn 94 f.

98)Rinken, AK-GG, vor Art. 93, Rn 102 ff.

99)Rinken, AK-GG, vor Art. 93, Rn 100.

100) K. Hesse, Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzzpflichten des Gesetzgebers, in: FS Mahrenholz, 1994, S. 553; . Vogel, aaO, S. 79 ff., 109 ff. 참조.

위헌적 공권력조치를 폐기할 수 있는 기능¹⁰¹⁾만 부여되어 있는 것으로 이해하려고 한다.

기능법설은 기본권의 구체화와 관련된 입법자의 여지를 확정하는 문제에서 기능적 관점이 실제법적 관점보다 우위를 점한다고 본다. 결국 입법자에게 부여된 기능적 여지는 기본권을 제한하는 효과를 발휘하게 된다.¹⁰²⁾ 이 설도 물론 기능적 고려를 통한 기본권 제한이 어느 정도까지 허용되는지의 문제에 대한 해답을 전적으로 기능법적 측면에만 의거해서는 얻어질 수 없고 실제법적 측면을 함께 고려할 때에만 얻어질 수 있다고 본다.¹⁰³⁾

그러나 기능법설은 사실 그렇게 새로운 것은 아니다. 미국의 정치문제이론이나 사법부자제론 그리고 전래의 권력분립논거나 민주주의 논거 역시 비록 헌법재판의 한계를 설정하는 데 사용되었던 극히 무딘 연장이기는 하지만 기능법적 논거이기 때문이다.¹⁰⁴⁾ 어쨌든 기능법적 논거들에 대해서는 무엇보다도 명확한 윤곽을 결여하고 있을 뿐만 아니라,¹⁰⁵⁾ “구조적으로 가장 근접해 있는” 기관에 권한이 있다는 기능법적 명제가 헌법재판소의 사법기관성과 재판기준에의 구속이라는 전통적인 기준들에 비하여 헌법재판의 범위와 한계에 대하여 보다 확실한 준거를 제공할 수 있는지 의문이고 또 그렇기 때문에 헌법재판으로 하여금 지나치게 까다롭다거나 관대하다는 등의 비판에 쉽게 노출시킬 것이라거나 기본권이 때로는 헌법재판에 형성활동

101) W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit: Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, 1992.

102) R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl., S. 427 참조.

103) J. M. Sieckmann, System richterlicher Bindungen und Kontrollkompetenzen, in: R. Mellinghoff/H.-H. Trute(Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts, 1988, S. 57 f.; J. Riecken, aaO, S. 444.

104) Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 477, 478.

105) Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호482.

을 요구하기도 한다는 비판이 제기되고 있다.¹⁰⁶⁾

다) 절충설

절충설은 순수 기능법적 논거에 비하여 실체법적 측면에 명백히 높은 비중을 부여한다. 그에 따라 기능법설이 헌법재판의 한계설정시 의거하고 있는 통제기능 내지 폐기기능에의 원칙적 한정이라는 기능법적 논거에 절충설은 절대적 우위를 부여하지 않는다. 다만 절충설은 입법자에게 기능적 여지를 인정하는 것이 필요하다고 보기 때문에 실체법설과는 구분된다.

절충설은 다시 행위규범과 통제규범을 구분하는 방식으로 기능법적 측면을 고려하는 헷세(K. Hesse)의 견해와 민주주의원리를 기능법적 고찰의 핵심으로 삼는 알렉시(R. Alexy)의 권한설로 세분할 수 있다.

a) 행위규범과 통제규범의 구분

동일한 헌법규범이 입법자에게는 행위규범으로, 헌법재판소에게는 통제규범으로 작용하기 때문에 그 규범에 의거하여 적극적으로 행위하여야 하는 입법자에게는 헌법재판소가 통제할 수 없는 여지가 발생한다고 보는 헷세의 견해¹⁰⁷⁾는 독일 학계에서 상당한 지지를 모았다.¹⁰⁸⁾ 헷세에 의하면 동일한 규범인 평등원칙이 입법자에게는 행위

106) Schlaich(정태호 역), 전제서, 489 이하 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조. 그 밖에도 그는 존재로부터 당위적 명제를 도출하는 것은 위험하다거나(단락번호 489-490) 법적용과 법제정을 유사한 것으로 보는 것은 잘못(단락번호 475)이라는 비판을 제기하고 있다.

107) K. Hesse, 「헌법재판의 기능법적 한계」, 228쪽; in: FS Mahrenholz, S. 557.

108) B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982, S. 306 ff.; A.

규범으로서 가능한 한 최상의 평등대우를 하여야 할 의무를 부과하는 반면, 헌법재판소에 대해서는 통제규범으로 자의적인 차별이나 합리적 근거가 없는 차별만을 금지한다고 한다.¹⁰⁹⁾ 또 기본권보호의무와 관련해서도 통제규범의 요구는 행위규범의 요구 수준보다 낮다고 본다.¹¹⁰⁾

행위규범과 통제규범의 구분에 대해서는 기본권에서 일반적으로 양자를 의미 있게 구분할 수 있을지 또 어느 정도나 그것이 가능할지 의문이라거나,¹¹¹⁾ 행위규범은, 그것이 강행적 성격의 헌법규범으로 이해되고 있음에도 불구하고 행위규범의 내용이 공허하거나 현실적인 규제력이 없는 단순한 유토피아적 목표에 불과한 것이 되어버린 다거나¹¹²⁾ 헌법의 테두리 안에서 법률을 올바르게 제정하는 것은 본래 정치적인 문제임에도 행위규범이라는 개념을 통해서 헌법해석의 문제가 되고 있다¹¹³⁾는 비판이 제기된다. 또 행위규범과 통제규범의 구분으로 기본권의 실제범위와 헌법재판소의 통제범위 사이에 간극이 벌어지게 되는 것(이산모델; Divergenzlösung)에 대해서도 여러 가지 우려가 제기되고 있다.¹¹⁴⁾ 특히 행위규범과 통제규범으로 헌법규범을 구분하면서 동일한 기본권규범의 실제적 효력과 헌법재판소의 통제권한 사이에 간극을 초래할 수 있는 헌법적 근거가

Scherzberg, Grundrechtsschutz und “Eingriffsintensität”, 1989, S. 115 ff.; Rinken, AK, vor Art. 93 Rn 79; J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR V, § 111 Rn 162 등 참조.

109) K. Hesse, 「헌법재판의 기능법적 한계」, 228쪽.

110) K. Hesse, in: FS Mahrenhokz, S. 557 f.

111) 예외적 상황에서는 타당성을 발휘할 수 있을 것이라고 보는 Heun, aaO, S. 49.

112) Heun, aaO, S. 49 f.

113) Ch. Starck, Die Verfassungsauslegung, HStR VII, § 164 Rn 14.

114) 이에 대해서는 M. Raabe, Grundrechte und Erkenntnis, Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, S. 153 ff. (160).

불확실하다는 지적이 제기된다. 방법론적으로 볼 때는 기능법적인 근거 때문에 실체법적 규범내용을 축소하는 것은 일종의 체계적 해석이기 때문에 행위규범과 통제규범을 일체로 이해하는 것이 타당하다는 것이다.¹¹⁵⁾ 만일 이 설처럼 기본권의 실체적 요구와 헌법재판소의 통제를 분리할 경우 통일적인 규범의 두 차원이 서로 분리되고, 이는 통일적으로 파악되어야 할 실체적 고려와 기능적 고려를 분열시키는 결과를 초래할 것이라는 것이다.¹¹⁶⁾

b) 권한설(Kompetenzieller Ansatz)

알렉시, 라아베(Raabe) 등에 의해 개발된 이른바 권한설은 헌법재판의 한계를 설정하기 위하여 헌법재판소의 심사범위가 아니라 입법자의 권한 및 입법절차에 의거하고 있다. 라아베는 이와 관련하여 “입법자의 여지를 논증하는 데 결정적인 의미를 갖는 것은 입법자의 권한 보호이다. 이에 비하여 논리적으로 입법자의 권한과 맞물려 있는 사법의 無權限은 반사적 효과이지 주된 논거가 아니”라고 주장하였다.¹¹⁷⁾

이 설의 헌법적 토대는 민주주의원리이다. 알렉시는, 민주주의원리가 관례에 의하여 입법자에게 인정된 많은 여지들의 근거라고 본다.¹¹⁸⁾ 민주주의원리는 입법자에게 가능한 한 넓은 여지를 부여할 것을 요구하는 일종의 형식원리로서 실체적 원리인 기본권과 형량을 거쳐 그 관철의 정도가 결정된다.¹¹⁹⁾ 입법자에게 부여되는 확정적인 여지는, 민주주의와 기본권의 형량을 통해서, 그에 따라 민주주의와

115) Heun, aaO, S. 49.

116) J. Riecken, aaO, S. 456.

117) M. Raabe, aaO, S. 285.

118) Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 120.

119) 이론적인 기반은 부분적으로 다르지만 형식원리를

기본권의 비례적 정서를 통해서 결정된다.

권한설은 입법자에게 여지를 남겨둠으로써 헌법재판에 대한 한계를 설정한다. 이 설은 순수 실체법설에 비하여 입법자의 민주적 정당성을 보다 많이 고려하는 동시에 순수 기능법설의 편협성을 극복할 수 있다. 이 설의 장점은 기본권적 측면과 기능적 측면을 상호 대비시켜서 입법자의 여지를 확정한다는 점에서 다른 이론들에 비하여 상대적으로 명쾌한 논증구조를 가지고 있다는 것이다.¹²⁰⁾ 물론 기본권과 민주주의원리의 형량을 통해 다양한 층위가 형성될 수 있을 것이다.

권한설에서는 민주주의원리에 의하여 기본권의 실체적 효력의 범위가 축소되고, 그 결과로서 입법자에게는 기능적 여지가 발생하게 된다. 그러므로 권한설은 기본권의 실체적 효력범위와 헌법재판소의 통제범위가 상호 일치하는 수렴모델의 일종으로 평가할 수 있다.

권한설에 대해서는 먼저 민주주의원리에 의거하여 기본권을 제한할 수 없음에도 불구하고 기본권과 민주주의를 대립시키고 형량함으로써 기본권을 제한하고 있다는 비판이 제기될 수 있을 것이다.¹²¹⁾ 이러한 비판에 대해서는 기본권제한을 정당화하는 것은 정치적 다수파의 의사가 아니라 헌법의 자유민주적 기본질서의 원활한 기능이라는 반론이 가능하다.¹²²⁾ 즉 권한설의 관심사는 기본권과 민주주의의 관계를 적절하게 형성하는 것이고 또 이를 통해 입법자와 헌법재판소의 관계가 이러한 실질적인 헌법원리들을 반영하도록 함으로써 간접적으로 입법자의 권한과 헌법재판소의 권한을 확정하는 것이다. 기본권이 입법자에 대해서도 구속력을 발휘하여야 하는 한편, 헌법에

120) J. Riecken, aaO, S. 460 f.

121) J. Riecken, aaO, S. 463.

122) 이에 대해서는 J. Riecken, aaO, S. 463 참조.

의해 설정된 기능질서를 무력화해서는 안 된다는 일견의 모순은 자유로운 질서와 민주주의 질서의 비례적 정서를 통해 해소된다는 것이다.

권한설에 대해서는 또한 기본권의 소수자보호 기능에 비추어 볼 때 기능법적 고려에 의한 기본권의 효력범위 축소는 허용되지 않는다는 반론이 제기될 수 있을 것이다.

라) 평가

상술한 것처럼 헌법해석에 한계를 설정할 수 있는 방법론의 능력에 대한 독일 학계의 평가는 크게 두 가지로 갈린다. 즉 헌법해석의 방법론적 제한 가능성을 신뢰하는 설과 그러한 가능성을 불신하면서 헌법이론의 역할이나 기능법적 논거를 통한 헌법해석의 제한가능성에 보다 많은 신뢰를 보내는 입장이 그것이다.

생각건대, 법문의 문구가 명백한 경우 해석의 한계를 설정할 수 있다는 것을 완전히 부인할 수 없고, 문법적·체계적·발생사적 해석이 헌법해석의 방향을 어느 정도 제시할 수 있다는 것도 부정하기 어렵다. 그렇기 때문에 전통적인 법해석방법론이 헌법해석에 필요한 헌법이론적 논증에 한계를 설정할 수는 없어도, 헌법이론이나 기능법적 논증이 방법론에 의한 헌법해석의 한계설정 기능을 완전히 대체할 수 없다고 본다. 그러므로 법해석의 수단들을 충분히 활용하는 것은, 비록 헌법재판에 대하여 무시할 수 없는 강고한 한계를 설정하지는 못한다고 하더라도, 한계설정과 관련하여 포기할 수 없는 요소라고 할 것이다.

그렇기 때문에 헌법해석의 한계 설정과 관련한 방법론의 능력을 완전히 부인하는 것이 아니라 방법론의 취약한 한계설정 능력을 헌

법이론 및 기능법적 논거를 통해 보완하려는 절충설이 보다 설득력이 있다고 본다. 절충설 중에서도 헌법규범의 입법자에 대한 구속의 정도와 헌법재판소의 통제권한 사이에 간극을 인정하지 않는 권한설이 보다 타당한 입장이라고 할 것이다.

아래에서 살펴보는 바와 같이 독일의 판례도 실체법설을 근간으로 하면서 기능법적 논거를 활용하는 절충설적 입장에 있다고 평가할 수 있다. 물론 실무는 그때그때 제기되는 사건의 정의로운 해결에 중점을 두기 때문에 전적으로 어떤 하나의 이론모델에 토대를 두고 있다고 평가할 수는 없을 것이다.

2) 기본권제한규범의 위헌심사를 위한 도구¹²³⁾

기본권을 제한하는 규범에 대한 통제가 소수의 통일적 심사기준에 의거하여 이루어지는 현상은 비교법적으로 유례가 없는 미국적 현상이다.¹²⁴⁾ 독일 연방헌법재판소도 우리 헌법재판소와 마찬가지로 이제까지 중요 기본권들과 관련하여 통제도구를 통일적으로 단계화하지 않고 있다.¹²⁵⁾

미국의 심사도구에 비견될 수 있는 것은 무엇보다도 독일 헌법에서 그 적용범위가 확산일로에 있는 비례(과잉금지)원칙을 들 수 있다.¹²⁶⁾ 그러나 이 원칙은 독일에서 미국의 유사한 법원리와는 다른

123) 이에 대한 개관으로는 정태호, “미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교”, 헌법실무연구 2(2001), 466쪽 이하 참조.

124) 이에 대해서는 무엇보다 A. v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit in der westlichen Demokratie, 1992, S. 164 f. 참조.

125) C. Simons, Grundrechte und Gestaltungsspielraum. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Prüfungsinstrumentarium von Bundesverfassungsgericht und US-amerikanischem supreme Court bei der Normenkontrolle, S. 114.

126) 이에 대한 훌륭한 비판적 개관으로는 W. Krebs, Zur verfassungsgerichtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes,

역할을 수행한다. 그리고 공동결정판결을 논외로 한다면 독일에서는 일반적·특별평등규정의 영역에서만 미국이론과 기능적으로도 유사하다고 생각될 수 있는 심사기준이 형성되고 있다고 할 수 있다.

가) 과잉금지의 원칙 및 평등원칙

아) 과잉금지의 원칙 및 평등원칙

독일 연방헌법재판소는 이미 오래 전부터 헌법적 지위를 갖는¹²⁷⁾ 불문의 원칙으로부터 “과잉금지(비례)원칙”¹²⁸⁾을 추론하고, 이 원칙에 기본권을 제한하는 공권력조치에 대한 심사에서 매우 “중대한 역할”을 부여하였다.¹²⁹⁾ 비례원칙은 구체적으로 국가가 추구하는 목적과 이 목적의 달성을 위해 투입된 수단이 정당할 것, 이 수단이 추구되는 목적의 달성을 위하여 적합하고 또 가장 피해를 적게 주는 수단을 통해서 이 목적을 달성할 것, 추구되는 목적의 가치와 기본권적으로 보호되는 법익에 대한 제한의 강도가 비례관계에 있을 것을 내용으로 한다.¹³⁰⁾

한편, 법률의 평등한 보호라는 헌법적 보장은 평등한 법률에 의한 보호의 약속이라는 미국의 판례의 논리는 독일에도 마찬가지로 타당하다.¹³¹⁾ 물론 무엇이 “같고” 또 무엇이 “다르지”는 쉽게 답할 수 없는 경우가 많다. 그렇기 때문에 심사기준의 문제가 각별한 의미를 갖

Jura 2001, S. 228, 330 f. 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조.

127) 명시적으로 BVerfGE 23, 127 (133).

128) 이는 과잉금지의 원칙, 비례의 원칙 등으로 불리운다. 그 용어에 대해서는 E. Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 568, 570 f.

129) E. Grabitz, AöR 98 (1973), S. 568, 569.

130) B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, Rn 279 ff. 참조.

131) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535, 541 (1942). 독일에서는 BVerfGE 1, 14 (16) (요지 18), 52이래의 확립된 판례.

는다.¹³²⁾ 연방헌법재판소는 일반적 평등규정을 처음부터 줄곧 자의금지론으로 이해하여 오다가 여러 차례 수정을 거쳐¹³³⁾ 일반적 평등규정의 침해 여부를 구체적 사건에서의 규율대상과 차별기준 등에 따라 단순한 자의금지론부터 비례성심사를 통한 엄격한 구속에 이르는 세분화된 심사기준에 따라 심사한다는 판례를 정립하기에 이르렀다.¹³⁴⁾

한편, 독일의 경우는 미국과는 달리 헌법에 여러 특별평등규정들이 존재한다. 헌법이 명문의 규정으로 특별한 표지를 차별기준(수단)으로 삼는 것을 금지하면, 그러한 차별기준을 선택하는 것 자체가 헌법에 위반될 수 있다. 물론 상응하는 중대한(필수적인) 차별근거를 입법자가 제시할 수 있는 경우에는 예외적으로 정당화될 수 있다.¹³⁵⁾ 특별평등규정들을 통해서 미국의 엄격심사기준이 적용되는 일련의 사례들에 비견될 수 있는 엄격한 심사기준이 형성되고 있다고 할 수 있다.¹³⁶⁾

b) 위 심사기준의 실체법적 조종과 기능법적 보완

132) 평등원칙에 관한 독일 판례의 변천에 관하여 상세하고도 훌륭한 개관을 제공하고 있는 것으로는 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제”, 헌법논총 제11집(2000), 431, 445 이하; 계희열, 헌법학(중), 211 이하 참조.

133) BVerfGE 55, 72 (88 ff.) - 처음으로 인적 차별대우에 대해서는 자의금지가 아닌 비례성심사를 적용한다는 입장을 천명하였으나, 인적 차별과 물적 차별 내지 생활사태의 차별의 구분기준이 애매하다는 문제점을 안고 있었다(이와 같은 비판에 대해서는 김주환, 전제논문, 431, 459 이하 및 그 곳에서 인용된 문헌 참조). BVerfGE 88, 5 (12) - 이 판례는 생활사태의 차별이라 하더라도 관계자가 자신의 행동을 조정함으로써 차별의 불이익을 피할 수 없을 때에는 비례성심사에 의하도록 함으로써 BVerfGE 55, 72 (88 ff.)를 통해서 제시된 공식을 수정하고 있다.

134) BVerfGE 88, 87, (96 f.).

135) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 20. Aufl., 1995, Rn 436.

136) K. Hesse, Diskussionsbeitrag, in: C. Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposium zum 80. Geburtstag von Leibholz (1982), S. 75, 75 f.; C. Simons, S. 122.

독일 연방헌법재판소는 비례의 원칙에 의한 심사는 압도적으로 실체법적으로 조종되고 있다. 물론 심사기준의 구체적 형성과 관련하여 “명백한” 부적합성, “전적으로 부적합한” 수단, “수인 불가능할” 정도의 제한 등등을 기준으로 비례원칙의 개별 요소들의 충족 여부를 심사하거나 입법자의 책임을 강조하는 독일 연방헌법재판소의 판례들이 기능법적 고려의 소산으로 설명되고 있다.¹³⁷⁾ 그렇지만 그와 같은 통제밀도의 완화현상이 헌법재판 전반에 나타나는 것이 아닐 뿐만 아니라, 통제밀도의 완화 여부가 다분히 실체법적으로 조종되고 있음에 유의할 필요가 있다. 가령 판례에서 법적 규율의 실제효과에 대한 예측과 관련한 입법자의 여지는 관련기본권의 비중 내지 의미, 관련 영역의 특성, 규율의 효과에 대하여 충분히 확실한 판단을 내릴 수 있는 가능성, 비교대상이 되고 있는 법익의 의미 등에 의하여 좌우된다.¹³⁸⁾

독일 헌법에서 자의금지공식은 正義를 정의하기가 불가능하고 法意識이 통일되어 있지 아니한 상황에서 평등위반 여부의 판단을 위한 가능한 최대한의 명확한 척도를 확보해주고(실체법적 기능), 헌법재판소가 입법자의 결정을 감수하여야 하는 한계선을 확정하는, 따라서 사법적 자제를 확보해주는(기능법적 기능) 등 이중기능을 수행하도록 개발되었다.¹³⁹⁾ 그러나 이 자의금지공식은, 최근의 판례에서 새로운 공식들에 의하여 완전히 대체되고 있는 것은 아니나 주변으로 밀려나고 있는 실정이다. 물론 자의금지공식이 통용되던 시절에도 자의금지공식은 관련영역에 따라 그리고 관련이익들의 비중에 따라 그 크기가 달라지는 입법형성의 여지를 인정하는 등¹⁴⁰⁾ 실체법적 조종

137) K. Schlaich(정태호 역), 전거서, 단락번호 482 참조.

138) BVerfGE 50, 290 (332 f.); 57, 139 (159); 62, 1 (50); 76, 1 (51) 등 참조.

139) K. Hesse, AöR 109 (1984), S. 174, 186 f.

140) K. Hesse, Grundzüge, Rn 440 및 주 91; ders., AöR 109 (1984), S. 174,

을 많이 받고 있었다. 그렇다면, 이미 자의금지공식에 의한 과거판례에 비례성심사를 포함하는 새로운 공식의 싹이 내재해 있었다고 할 수 있다.¹⁴¹⁾ 자의금지공식을 적어도 부분적으로 대체하고 있는 새로운 공식은 이제까지 부분적으로만 합리화할 수 있었던 자의금지공식에 따른 판례를 精緻化하려는 시도라는 점에서 주목을 받고 있다. 그렇지만 새 공식은, 헌법의 권력분립의 원칙상 입법자에게 배정된 기능을 헌법재판소가 빼앗지 않으면서 평등심사에서 입법자를 통제할 수 있는 한계선을 제시할 수 있는가라는 의문, 즉 기능법적 관점에서 제기되는 비판을 받고 있기도 한다.¹⁴²⁾

미국 판례에 강하게 영향을 미치고 있는 기능법적 관점에 비추어 볼 때, 다분히 실제법설의 입장에 서있는 독일 연방헌법재판소의 통제모델과 미국의 그것이 현저히 다른 것임을 새삼 강조할 필요가 없다. 독일에서 일반적 평등권과 관련하여 비례성통제를 포함하는 새로운 공식이 등장함으로써 그와 같은 차이는 더욱 선명해졌다.

나) 유형화

190 f., 193 f.; K. Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 481.

141) 그렇기 때문에 D. Kommers, in: C. Link (Hrsg.), Gleichheitssatz, S. 31, 36 처럼 독일판례를 분석한 미국인 분석가들이 독일에서 가장 관대한 심사기준인 합리성심사(자의금지공식에 의한 심사)가 실제로는 훨씬 엄격한 심사강도로 행해지고 있음을 지적하고 있는 것은 적절한 것이다. 그에 의하면 연방헌법재판소가 평등에 적극적 내용을 일체 결부시키고 있지 않다고 말하면서도 그에 아랑곳하지 않고 “평등원칙은 실질적 정의의 원리를 포함하고 있다”는 것으로부터 출발하고 있는 것 같다는 분석을 기초로 동 재판소의 많은 판례들이 미국인에게는 폄하적인 뉘앙스를 내포하고 있는 substantive equal protection 분석처럼 들린다고 한다. “모든 국가행위의 합리성을 판단하는 최종적인 감지기”인 연방헌법재판소의 모습은 경제적 적법절차를 요구했던 Lochner시대의 판례와 같다는 지적도 있다. D. Currie, *The Constitution of the Federal Republik of Germany*, 1994, S. 332 ff., 335, 337 f.; C. Simons, S. 137 f.

142) C. Simons, S. 145 f.

독일 헌법재판에서 “유형화”는 입법에 대한 통제강도를 조종하는 중요한 요인 중의 하나이다. 연방헌법재판소는 이처럼 대규모현상을 몇 가지 유형으로 나누어 규율할 경우에 발생하는 세분화의 부족(Defferenzierungsdefizit)과 그로 인한 불평등 내지 부정의의 정당화 논거로 규범을 적용·집행하여야 하는 행정의 실무적인 어려움을 덜어주는 기능, 즉 「규범집행의 편의성 제고기능¹⁴³⁾, 행정비용의 절감과 절차의 신속화 기능, 통제하기 어려운 시민의 언급에 의거하지 않고 규범을 적용하는 것을 가능하게 하는 이른바 탈법행위 방지기능,¹⁴⁴⁾ 행정이 사실관계의 확인을 위하여 시민의 내밀영역이나 사사의 영역에 침투해 들어가야 하는 사태를 방지하는 사생활보호기능,¹⁴⁵⁾ 수범자의 법적 안정성제고 기능¹⁴⁶⁾ 등을 들고 있다.

규범집행의 간이성은 행정이 개별사례들을 조사·평가·처리하여야 할 경우에 더욱 중요한 의미가 있다. 그렇기 때문에 독일 연방헌법재판소는 실용적인 규율, 따라서 유형화를 통한 규율의 필요성을 무엇보다도 대규모현상을 규율하는 법영역¹⁴⁷⁾인 세법,¹⁴⁸⁾ 사회보험

143) BVerfGE 13, 290 (316); 14, 76 (102); 31, 8 (26); 40, 109 (117); 44, 283 (288 f.); 확립된 판례. 실용성이라는 표현 이외에도 절차의 경제성(Verfahrenökonomie - BVerfGE 60, 16, 48), 행정의 실제적 필요(BVerfGE 6, 55, 83), 효율적인 행정의 필요(BVerfGE 31, 145, 179)와 같은 용어가 사용되기도 한다. 그 밖에 유사한 표현으로는 BVerfGE 80, 109, 118 f., 행정기술적 관점(BVerfGE 6, 55, 83), 합목적성의 관점(BVerfGE 9, 20, 32; 18, 97, 110) 등이 눈에 띈다.

144) BVerfGE 6, 55 (83); 13, 331 (343 f.) 또한 BVerfGE 22, 156 (161 f.); 43, 1 (10).

145) C. Lambrecht, Normative Bindung und Sachverhaltserfassung, in: Friauf (Hrsg.), Steuerrecht, S. 79(115 ff.). 조세법에서는 특히 이러한 사유는 납세의 무자가 유형화로 인한 차별취급에 반하여 자발적으로 자신의 개인적 상황을 공개할 것을 제안함으로써 무력화되는 것은 아닌가 하는 의문이 제기되고 있다. 긍정적인 입장으로는 G. Crezelius, Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung, 1983, S. 214 f.; J. Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 145. 이견으로는 P. Kirchhof, Besteuerung und Eigentum, VVDStRL 39 (1981), S. 263(265 ff.).

146) 가령 BVerfGE 72, 302 (329).

147) BVerfGE 17, 1 (23); 80, 302 (329).

법¹⁴⁹⁾ 등의 분야에서 인정하고 있다.

물론 “대규모현상을 규율하는” 입법자가 “행정의 단순화”를 위하여 “유형화규율”을 하는 것이 허용되더라도 그 규율로 “비교적 소수의 사람들만이 그로 인한 타격이나 부정의를 감수하여야 하고 또 평등 규정에 대한 위반이 그다지 심각하지 아니하여야 한다”.¹⁵⁰⁾ 나아가 유형화를 통한 규율이 허용되는지는 “그러한 규율을 통하여 발생하는 부정의를 피하기 어려우냐”에 달려 있다.¹⁵¹⁾ 그 밖에도 유형화의 한계는 유형화로 인한 차별의 의미 및 비중 그리고 규율대상에 대한 행정의 기술적 난이도의 상호관계에서 밝혀진다고 한다.¹⁵²⁾ 그리하여 불평등대우와 그로 인한 불이익의 정도가 중할수록 그 만큼 세분화된 규율을 할 필요가 있다거나¹⁵³⁾ 경우에 따라서는 평등대우를 위하여 행정관청이 보다 많은 부담을 감수하여야 한다고 한다.¹⁵⁴⁾ 전체적으로 볼 때 연방헌법재판소는 유형화규율의 합헌성심사와 관련하여 명시적이지는 않지만 비례성심사를 하고 있다고 평가할 수 있다.

미국헌법에서 행정편의라는 논거는 합리성심사기준이 적용되는 사례에서 입법자에게 거의 무제한적인 형성의 자유를 확보해주며, 결과적으로 그 형성의 여지를 활용하여 제정된 규율의 위헌성을 입증하는 것은 실제로는 거의 불가능하게 된다. 그러나 독일에서는 유형화로 구체적으로 희생되는 개인적 법익들의 의미 및 비중과 “비례한다”고 생각되는 행정편의만이 정당화근거로 인정되기 때문에 이 문

148) BVerfGE 13, 290 (316); 72, 200 (246).

149) 가령 BVerfGE 23, 135 (144); 28, 104 (116); 63, 119 (128).

150) BVerfGE 63, 119 (128). 마찬가지로 BVerfGE 44, 283, 288; 82, 60, 102; 84, 348, 360, 365; 91, 93, 115.

151) BVerfGE 63, 119, 128.

152) BVerfGE 37, 1, 31.

153) BVerfGE 84, 348, 361 ff. 참조.

154) BVerfGE 25, 101, 109.

제에서 결정적인 역할을 수행하는 것은 역시 기능법적 고려라기보다는 실체법적인 고려라는 것을 알 수 있다. 왜냐하면 법집행의 실용성이라는 목표를 지향하는 간이한 규율은 항상 형량에서 중요한 의미를 갖는 목적 및 평가와 갈등을 일으킬 수 있고, 특히 유형화를 통한 간이한 행정의 요청과 개별화를 요구하는 정의 사이의 긴장지대에 놓일 수 있으며 그에 따라 개별화를 요구하는 정의의 관점에서도 검증되어야 하기 때문이다.

대규모현상을 관리·처리하여야 할 필요에 맞추어 규율이 이루어져야 한다는 주장이 일반적 평등규정에서처럼 통제의 기준이 낮은 경우에도 곧바로 받아들여지는 것이 아니라는 것도 이와 같은 맥락에서 이해되어야 한다.¹⁵⁵⁾

다) 입법사실의 확인 및 법률의 실제효과예측¹⁵⁶⁾

a) 개념과 통제강도의 단계화

독일 연방헌법재판소는 초기부터 입법사실을 독자적으로 확인할 수 있는 권한을 행사해 왔으나, 입법사실을 확인할 수 있는 권한을 뒷받침하는 논거를 처음으로 제시한 것은 1958년 약국판결이었다. 이 사건에서 동 재판소는 다른 법원들이 독자적으로 사실 확인을 하고 있다면 자신도 시민의 자유보호를 위하여 이를 당연히 할 수 있어야 할뿐만 아니라, 헌법문제에 관한 헌법기관인 동시에 법원이라는 자신의 일반적 지위 때문에 다른 법원들에 비하여 입법영역에 부당하게 침입한다는 비난에 적게 직면한다고 주장하였다.¹⁵⁷⁾

155) 그 사례유형들은 E. Benda, Grundrechtswidrige Gesetze, S. 24 ff., 47 ff.

156) 이 문제에 대하여 상세한 것은 정태호, “규범통제에서의 사실확인과 법률의 실제효과예상 —미국 연방대법원 및 독일 연방헌법재판소의 실무에 대한 비교를 중심으로—”, 전남대 법률행정논총 21-1, 2001, 110쪽 이하 참조.

그 후 독일 연방헌법재판소는 처음에는 입법자가 입법사실을 제대로 확인하였는지에 대하여 강도 높게 확인하다가 60년대에는 좀 더 신중한 태도를 취했다. 1968년 함부르크 제방법 판결에서 실제의 사실적 상황과 그에 대한 평가를 처음으로 구분하였다. 그에 따르면 법률의 사실적 기초는 항상 강도 높게 심사되고¹⁵⁸⁾ 잘못된 사실과악에 기초하여 만들어진 법률은 위헌으로 선언되어야 했다.¹⁵⁹⁾ 그런데 본래의 난점은 입법자가 이러한 기초 위에서 행한 예상과 평가의 단계에서 발생하는 것이 보통이라는 점이다. 즉 함부르크 제방법 사건에서는 여전히 분명히 반박될 수 있는 것이거나 명백히 잘못된 것으로 밝혀진 경우에만 헌법재판소가 입법자의 입법사실에 대한 평가를 무시할 수 있었지만,¹⁶⁰⁾ 그 후 전술한 요건이 충족되어 있지 않음에도 불구하고 입법자의 평가를 탄핵하는, 다분히 엄격한 심사를 행함으로써¹⁶¹⁾ 이러한 선명한 공식의 보편타당성을 의문시하는 판례들이 형성되었다.¹⁶²⁾ 입법사실에 대한 통제에서 때로는 이렇게 척도가 달라지는 이유는 판례 스스로 밝힌 바 없다.

독일 연방헌법재판소는 법률효과의 예측에 대한 통제도 처음부터 자신의 권한범위에 속하는 것으로 보았다. 그 출발점이 되었던 것은 다시 1958년의 약국판결이었다. 그렇지만 법률의 실제효과예상에 대해 획기적 의미를 갖는 판례는 1976년의 공동결정판결¹⁶³⁾이다. 여기서도 동 재판소의 철저한 통제를 받는 사실적 기초와 그러한 기초

157) BVerfGE 7, 377 (410). BVerfGE 24, 367 (406)에서는 연방헌법재판소의 “헌법 기관”으로서의 특성에 대한 지적이 결여되어 있다.

158) 예를 들면 BVerfGE 39, 210 (226 ff.); 50, 50 (51).

159) 가령 BVerfGE 36, 47 (60 ff.)

160) BVerfGE 24, 367 (406).

161) 그러한 판례로는 BVerfGE 45, 187 ff.를 들고 있는 이로는 K. Vogel, Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane, 1992, S. 175.

162) 이에 대해서는 K. Vogel, aaO, S. 175.

163) BVerfGE 50, 290.

위에서 행해지는 평가와 진단이 구분된다. 후자의 문제가 공동결정판결과 이 판결을 따르는 관례들의 핵심을 이루고 있다. 연방헌법재판소는 여기서 이미 통용되어 오던 실무를 분명히 체계화하여 명백성 통제, 주장가능성(상대적 타당성)통제, 치밀한 내용통제로 분화되는 3단계통제의 틀을 제시하고 있다.

내용통제는 입법자가 한 예측에 대한 가장 강도 높은 심사로 입법자가 고려하지 아니한 자료에도 기초하여 헌법재판소가 독자적인 예측을 하고, 입법자의 예상이 잘못된 것으로 판단할 경우에는 그 예측을 자신의 예측으로 대체할 수 있다고 본다.¹⁶⁴⁾

“주장가능성(상대적 타당성; 납득가능성) 통제”는 “내용통제”에 비하여 밀도가 낮은 통제로 입법자가 자신이 확보할 수 있는 자료에 기초하여 사실상황을 적정하게 판단하였는지를 통제한다. 입법자의 예상이 객관적으로 유지될 수 없는 것으로 밝혀질 경우에만 연방헌법재판소는 그것을 탄핵할 수 있다. 이러한 통제 역시 기본적으로 내용에 대한 통제이기는 하지만, 사건에 따라서는 특정의 무조건적으로 충족되어야 하는 절차적인 요건의 준수 여부만을 심사하는 것에 그칠 수도 있다.¹⁶⁵⁾

“명백성통제”의 경우에는 입법자는 비교적 많은 자유를 구가할 수 있다. 이 경우에는 입법자의 예측이 입법자가 입법 당시에 활용하였거나 활용할 수 있었던 지식을 기초로 할 때 입법의 근거를 전혀 제시할 수 없을 정도로 그렇게 명백히 잘못되었는지 여부만을 심사한

164) BVerfGE 45, 187 (238).

165) 그리하여 연방헌법재판소는 가령 공동결정판결을 다음과 같은 이유만으로 합헌으로 보았다. 즉, “입법자가 규율이 장차 발휘할 효과를 가능한 한 범위에서 신빙성 있게 예측할 수 있도록 그리고 헌법위반을 피하기 위하여 입수할 수 있는 자료들을 사리에 맞게 또 상대적으로 타당하게 판단하였으며 또 인식을 얻을 수 있는 소스를 모두 활용하였다”는 이유로 합헌성을 인정하였다 (BVerfGE 50, 290, 333 f.) 또한 BVerfGE 55, 37 (66); 65, 1 (55); 68, 193 (220).

다.¹⁶⁶⁾ 연방헌법재판소는 여기서도 종종 일정한 양식의 입법절차를 준수하였는지를 심사하는 것으로 만족한다. 가령 입법자가 한 예측의 내용을 검토하지도 않고 전문가위원회가 권고한 내용을 대체로 수용하였다든가 광범위한 청문절차를 거쳤다는 것을 지적하면서 법률의 합헌성을 인정한다.¹⁶⁷⁾ 가령 동서독기본조약에 대한 판결¹⁶⁸⁾에서 이 통제밀도를 적용하여 동 조약이 동서독의 통일에 미칠 영향에 대한 예상을 정치기관들의 수준에 남겨두었다.

한편, 독일 연방헌법재판소는, 사태의 발전을 정확히 예상할 수 없으며 매우 다양한 요인들 때문에 사태가 예상과는 다른 방향으로 흘러갈 수 있다는 것을 근거로 입법자의 예측이 나중에 잘못된 것으로 판명되더라도 그러한 오류가 입법당시에도 명백했고 또 입법자가 그 오류를 인식할 수 있었을 경우에만 위헌으로 본다.¹⁶⁹⁾ 물론 규율의 대상이 복잡한 경우에도 입법자가 보다 사리에 맞는 문제해결을 위한 충분한 경험이 축적되었음에도 불구하고 사후점검을 통한 세분화를 게을리 하는 경우에는 항상 헌법재판소가 개입할 계기가 존재한다고 본다.¹⁷⁰⁾ 연방헌법재판소는 이처럼 법률의 사후개선의무의 부과를 통해서 입법자에게 단 한차례의 통제만이 행해지는 경우보다 훨씬

166) BVerfGE 30, 292, 317; 37, 1 (20).

167) BVerfGE 50, 290 (335). 마찬가지로 BVerfGE 57, 139 (160).

168) BVerfGE 36, 1 (17). 그러나 이 점에 대하여 비판적인 견해로는 G. F. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, S. 34 f. 그 밖에도 경제안정기금사건에서도 연방헌법재판소는 입법자가 특정 과제를 수행할지 그리고 어떻게 그 과제를 수행할지의 문제에 대한 광범위한 규율의 여지를 입법자에게 맡겨두었고, 수단이 적합하고 필요한 것인지에 관한 입법자의 예측은 같은 정도의 적합성을 띠지만 경제주체들의 자유를 덜 제한하는 수단이 존재한다는 것이 “명백한” 경우에만 문제삼을 수 있다고 보았다(BVerfGE 37, 1, 20 f.).

169) BVerfGE 30, 250 (263).

170) BVerfGE 37, 104 (118). 마찬가지로 BVerfGE 33, 171 (189 f); 37, 38, (56 f.); 49, 89 (130); 50, 290 (335); 57, 139 (162f.); 68, 287 (309); 73, 40 (94).

쥔 지속적 효과를 미치는 부담을 입법자에게 부과하고 있는 것이다.

미국 연방대법원에서 볼 수 있는 것과 같은 관행, 즉 입법자가 그 결정의 토대로 삼을 수도 있었던 합리적인 근거가 객관적으로 존재하지 않는 경우 이를 가정하는 관행은 연방헌법재판소에는 존재하지 않는다.¹⁷¹⁾

b) 입법사실에 대한 통제강도의 조절인자

독일에서 이 문제와 관련하여 기본적인 의미를 갖는 판례는 역시 공동결정판결이다. 이 판례에서 연방헌법재판소는 무엇보다도 3가지가 중요한 의미를 갖는다고 보았다. 즉, 문제되고 있는 사항영역의 특성,¹⁷²⁾ 충분히 확실한 판단을 내릴 수 있는 가능성, 문제되고 있는 법익들의 의미¹⁷³⁾ 등이 제시되고 있다. 학설은 그 밖에도 관련 사항영역에 대한 실체법적 규율의 존재와 종류,¹⁷⁴⁾ 법률에 의한 제한의 정도,¹⁷⁵⁾ 앞으로의 수정가능성,¹⁷⁶⁾ 입법자의 특별한 결정상황 및 결정구조¹⁷⁷⁾ 등이 심사밀도에 영향을 미친다고 지적하고 있다. 여기서 눈에 띄는 현상은 헌법재판소가 확실한 판단을 내릴 수 있으나 여부의 문제를 제외하면 전적으로 실체법적 기준들이 사실확인의 양식을

171) F. Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht in: C. Starck (Hrsg.), BVerfG und GG, Bd. I (1976), S. 458, 484 f.에 들어 있는 입증 참조. 물론 그는 독일과 미국의 실무가 같다고 보고 있으나, 이는 정확한 것이 아니다.

172) BVerfGE 57, 139 (159).

173) BVerfGE 50, 290, (332 f.); 73, 40 (92). 그 기준들을 체계화하기 어렵다는 상황 앞에서 체념적인 태도를 취하는 이로는 K. Stern, StaatsR, Bd. III/2, S. 1353 (§ 91 V 3a).

174) H. Jarass/B. Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1995, Rn 4 zu Art. 93.

175) Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn 216 (§ 13 I 3).

176) Benda/Klein, Verfassungsprozeßrecht, Rn 216 (§ 13 I 3).

177) G.F. Schuppert, Self-Restraints der Rechtsprechung, DVBl. 1988, S.1191, 1194.

결정하는 기준으로 적시되고 있다는 점이다.¹⁷⁸⁾ 그러므로 3단계 통제 밀도를 제시한 공동결정판결을 독일헌법재판소의 판례 일반에 기능법론이 수용되었음을 입증하는 제왕적 증거라고 부르는 것은¹⁷⁹⁾ 현실적으로는 설득력이 없다. 기능법론의 실마리를 포함하고 있는 공동결정판결이 비상할 정도의 학문적인 관심을 불러일으키기는 하였으나 연방헌법재판소의 판례에 체계적으로 반영되고 또 계속적으로 발전되지 못했다.

라) 입법동기 및 절차에 대한 통제

아) 의의

원래 평등한 법률이 사실상 관련자들에게 차별적 효과를 발휘할 수 있다는 것은 잘 알려진 현상이다. 그렇지만 이러한 사실상의 효과를 이유로 곧바로 평등규정을 적용할 수 있는가? 이 문제는 평등조항이 법적 평등만을 보장하느냐 어느 정도 사실상의 평등도 함께 보장하고 있다고 볼 것인지, 즉 동 조항이 동등대우만을 보장하고 있다고 해석할 것인지, 아니면 어느 정도 기회 균등도 함께 보장하고 있다고 볼 것인지의 문제이다.

사실적 불평등상태를 판단함에 있어서 독일 연방헌법재판소는 “의

178) K. Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 502; W. Heun, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 37 등은 판례를 적절하게도 그와 같이 분석하고 있다.

179) 그렇게 평가하는 이로는 K. Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 496. 물론 그는 기능법론을 극히 제한된 범위 내에서만(연방헌법재판소의 사법기관성!!) 수용한다. 그와 같은 해석을 지지하는 견해로는 H.P. Schneider, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, S. 2103, 2104 f.; K. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: P. Badura u.a. (Hrsg.), FS f. H. Huber (1981), S. 261, 267 f.; F. Ossenbühl, in: C. Starck (Hrsg.), BVerfG und GG, Bd. I (1976), S. 458, 469 f., 472 ff. 세분화하는 시도로는 C. Rau, Grenzen, S. 232 f.

면적 형식이 아니라 실체법적 내용이 결정적인 의미를 갖는다”¹⁸⁰⁾고 보며, 미국 연방대법원은 달리 입법자에게 악의의 동기가 있을 것을 요구하지 않는다.¹⁸¹⁾

독일 연방헌법재판소는 실제로 일반적 평등규정을 특정된 영역들에서만 “기회균등의 원칙”으로 이해하고 있다.¹⁸²⁾ 동 재판소가 법적 평등의 존재로 만족하지 아니하는 영역들은 저소득층이 사실상의 차별을 받을 수 있는 소송절차에서,¹⁸³⁾ 정당과 다른 후보자,¹⁸⁴⁾ 특별평등규정인 기본법 제3조 제2항과 관련하여 여성에게,¹⁸⁵⁾ 교육제도에 서,¹⁸⁶⁾ 시험관련법에서¹⁸⁷⁾ 그리고 국가의 사립학교지원의무 문제¹⁸⁸⁾에서 인정하였다. 이 모든 영역에서 공통적인 것은 경쟁자들의 기회가 국가기관이 영향을 미치고 있는 상황에 현저하게 의존하고 있다는 것이다. 연방헌법재판소는 “평등규정으로부터 현실적인 기회균등을 조성할 국가의 일반적 의무를 도출해 낼 수 없다”는 다분히 일반적 타당성을 가지는 듯한 평등심사기준을 제시하고 있음에도 불구하고 국가가 사회적 현실에 영향을 미치는 범위에서는 기회균등을 보장할 의무를 국가에 부과하고 있는 것이다.¹⁸⁹⁾

입법절차에 대한 심사가 어느 범위까지 헌법재판소의 과제에 속하

180) BVerfGE 8, 51 (64). 또한 BVerfGE 21, 12 (27); 24, 300 (358) 참조.

181) E. Klein, in: T. Koopmans (Hrsg.), Equality (1975), S. 69, 79.

182) E. Stein, in: AK-GG, Rn 71 zu Art. 3; Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 381.

183) BVerfGE 22, 83 (87 f.); 56, 139 (143ff.); 78, 104 (117 f.); 81, 347 (356 ff.)
(물론 이 판례에서는 사회국가원리 내지 법치국가원리가 추가적인 판단기준이 되고 있다) 참조. 또한 BVerfGE 35, 348 (357)도 참조.

184) BVerfGE 8, 51, (64 ff.); 24, 300 (340).

185) BVerfGE 85, 191 (207).

186) BVerfGE 33, 303 (330 ff.)

187) BVerwGE 55, 355 (360); 87, 258 (261).

188) BVerwGE 23, 347 (350).

189) E. Stein, in: Ak-GG, Rn 72 zu Art. 3.

는가의 문제가 입법자의 동기에 대한 심사의 문제와 밀접하게 결부되어 있다. 물론 헌법에서 명시된 입법절차의 준수 여부는 헌법재판소에 의하여 전면적으로 심사될 수 있다. 그러나 여기서 문제 삼는 것은 헌법에 의하여 규율된 절차의 테두리 안에서 입법자가 어떻게 절차를 형성하여야 하느냐의 문제이다. 입법동기의 통제는 그러한 절차심사의 한 유형이다.

1970년대 말 활발하게 전개된 헌법의무로서의 최적입법방법론을 둘러싼 논의¹⁹⁰⁾가 오늘날에도 여전히 영향을 미치고 있다. 이 논의는 입법절차의 진행과정에서 발생할 수 있는 오류와 절차적 하자가 어느 정도로 헌법적 의미를 갖는지의 문제¹⁹¹⁾를 중심으로 진행되고 있다.¹⁹²⁾ 그러나 이 논의에서 문제되는 것은 입법의 동기탐지만이 아니라, 법률의 제정에 중요한 의미를 갖는 자료의 최적적인 조사·활용·고려이다.¹⁹³⁾ 그러므로 독일의 논의의 범위는 미국의 그것보다 훨씬 넓다.

그러나 독일 연방헌법재판소는 결과통제를 절차통제로 완전히 대체한 적이 없으며, 기껏해야 절차통제를 통하여 결과통제를 보완하고 있다고 보아야 한다. 실제로 법률의 합헌성판단을 위해서 점점 더 빈번하게 입법자가 입법절차를 어떻게 밟았는지를 살펴보는 현상이 관측되고 있으나,¹⁹⁴⁾ 압도적으로 많은 사례들에서는 그것이 가급적 신

190) G. Schwerdtfeger, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: R. Stödter/W.Thime (Hrsg.), FS f. H.P. Ipsen (1977), S. 173 ff.

191) E. Benda, Grundrechtswidrige Gesetze, 1979, S. 21 f.

192) 이에 대해서는 K. Schlaich(정태호 역), 전거서, 단락번호 503 이하.

193) 이에 대해서는 D. Lorenz, Die Kontrolle von Tatsachenentscheidungen und Prognoseentscheidungen, insbesondere in den Neugliederungsverfahren, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bd. III (1983), S. 193, 222.

194) H.P. Schneider, NJW 1980, S. 2103, 2106; H.H.v. Armin, Staatslehre der

빙성 있게 객관적 헌법위반을 확인하기 위해 보조적으로 행해지고 있을 뿐이다. 그 경우 절차상의 오류 자체가 아니라, 여전히 위헌적인 법률 자체가 법률의 위헌을 초래하는 것이다.

이러한 복잡한 사례군에 대한 예외처럼 보이는 것으로는 이미 언급한 바 있는 공동결정판결에서 설명된 주장가능성통제가 행해진 경우를 들 수 있다. 연방헌법재판소는 살균우유판결,¹⁹⁵⁾ 제분소판결¹⁹⁶⁾에서 유사한 방식으로 논증하였다. 이 판례들에서 공통적으로 확인할 수 있는 특징은 입법자가 실험을 하고 있음이 분명한 것에 비추어 볼 때 불확실할 수밖에 없는 법률의 실제효과에 대한 예측이 문제되고 있다는 점이다. 그러한 경우에 헌법재판소로서는 먼저 입법자의 주장, 입법자가 자료를 수집·활용한 방식에 초점을 맞추어 심사하고 입법자의 예측이 전혀 근거가 없는 것으로 밝혀지는 경우에만 스스로 예측을 감행하는 것이 타당하다. 물론 통제의 밀도가 낮을수록 헌법재판소가 그와 같은 절차심사로 그칠 가능성이 높다. 왜냐하면 그 경우 헌법재판소로서는 - 입법의 동기나 결정의 방법이 아닌 - 입법자의 예측이 상대적으로 타당하다고 인정하거나 아니면 명백히 잘못된 것으로 선언하여야 할 것이기 때문이다. 이렇게 입법절차는 “... 적어도 기본권과 과잉금지의 테두리 안에서 형량과정이 필요할 경우 형량의 내재적인 조건이 존중되었는지 여부를 판단할 수 있는 증거”를 제시하고 있다.¹⁹⁷⁾ 그러므로 이 과정도 사실 절차통제가 아니라, 매우 경제적인 형태로 변형된 것이기는 하지만 전통적인 결과통제의 일종임을 알 수 있다.¹⁹⁸⁾ 따라서 헌법심사는 객관적 성격을 띠며 헌

Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 388 ff.

195) BVerfGE 18, 315 (332).

196) BVerfGE 25, 1 (12 f.).

197) K. Stern, StaatsR III/2, S. 1354 /§ 91 V 3a).

198) C. Simons, S. 265 f.

법이 제시한 규칙의 테두리 안에서 입법절차를 형성하는 것은 입법기관의 일이라는 원칙에 대한 주목할 만한 예외는 존재하지 않는다.¹⁹⁹⁾

3) 심사기준들의 도식화 가능성

독일 연방헌법재판소의 판례에서 미국에서 볼 수 있는 것과 같은 심사기준의 엄격한 도식화는 원칙적으로 확인되지 않는다.²⁰⁰⁾ 그 구조적 원인은 무엇보다도 일반적 평등원칙 및 비례의 원칙에서 형성된 심사기준들이 엄격한 심사기준과 관대한 심사기준의 양 극단 사이의 일정 지점에 좌표를 설정 받을 수 없다는 데 있다. 가령 혐의의 비례성요건에서 중요한 권리, 중대한 제한이 문제되는 경우에는 정당화요건은 엄격해지고, 사소한 제한의 경우에는 그 만큼 정당화요건은 약화된다. 평등원칙의 경우에도 자의심사로부터 다양한 요인들의 영향을 받는 연동적 심사기준으로 바뀌었으며, 사실 확인 및 미래예측에 대한 통제의 강도 역시 어떤 기본권이 어떤 구체적인 상황에서 문제되느냐에 따라 가변적이다.

그에 따라 심사기준들이 미국에서처럼 같이 법률의 운명을 어느 정도 확실히 예측할 수 있는 규정력을 갖지 못한다.

4) 심사기준들의 적용영역의 유형화 가능성

독일헌법에서는 미국에서처럼 기본권의 종류나 영역에 따른 심사기준의 분류나 귀속이 거의 불가능하다. 물론 연방헌법재판소는 기본권의 지위와 의미를 심사기준의 선택을 위한 기준이라고 판시하고

199) G. Kisker, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 39 (1981), S. 171, 172.

200) A. v. Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 164 f.

있지만, 이 기준은 다른 관점들과 뒤섞여 통제도구의 탄력적인 운용을 가능하게 하며 미국헌법에서는 볼 수 없는 매우 다양한 형량기준에 의한 연동통제시스템을 낳고 있다.

그에 따라 규범통제분야에서의 독일의 기본권판례는 사항영역이나 생활영역에 따라 분류되기 힘들다. 그렇지만 판례와 문헌은 자신들의 한계설정이 직접 기본권에 기초를 두고 있다고 주장한다. 이러한 기초 위에서 얻어진 결과는 그에 따라 현저한 차이가 나게 된다. 연방헌법재판소가 관대하게 통제된 법률을 항상 합헌으로 선언하는 것이 아닌 것처럼 원칙적으로 엄격하게 심사되는 법률의 범주에 속한다는 사실이 필연적으로 그 법률의 무효를 낳는 것은 아니다.

5) 심사강도 조절과 관련된 실무의 사상적 배경

독일에서도 미국의 Ely의 시도와 유사한 내용을 갖는 v. Armin에 이루어진 판례의 구조화 시도²⁰¹⁾가 있었다. 그러나 이와 같은 견해는 전통적인 입장을 취하는 판례와 이론의 지지를 받지 못했다. 전통적인 견해에 의하면 헌법통제에 관여하는 기관 내지 그 권한이 아니라 법원 내지 헌법재판소의 해석을 통해 적용되는 법적 근거가 고찰의 중점을 이룬다. 법원은 본래의 비정치적 기관, 즉 사법기관으로서 전적으로 해당 헌법규범에만 구속되며 각 기본권제한의 정도와 강도, 이 제한을 정당화하는 사유의 비중 등이 결정적 의미를 갖게 된다. 반면에 경쟁하는 기관들 중에서 어떤 기관이 심판대상이 된 실체적 문제의 해결과 관련하여 더 높은 정도의 정당성을 갖느냐의 문제는 의미가 없게 된다. 결국 해석방법이 각 기관의 권한 및 그 한계를 규정하게 된다. 헌법재판의 한계문제는 이와 같은 관점에서는 헌법에

201) H. H. v. Armin, Staatslehre, S. 381 ff.

의하여 그어진 한계의 문제와 동일한 것이다. 헌법이 실용적인 통제 기준을 담고 있지 않은 곳에서는 헌법재판소의 통제과제도 끝난다.²⁰²⁾ 그에 따라 헌법재판소의 과제는 헌법이 미치는 범위에 관한 문제가 된다.

(3) 한국

1) 개관

국내 학계에서는 헌법재판의 한계 문제에 대하여 주로 국가조직 내지 권력분립원리나 민주주의원리와 같은 거시적 관점에서 논의해오다가, 최근에 심사기준 문제를 중심으로 개별사건에서 입법자의 형성권이 미치는 범위와 미시적인 논의²⁰³⁾가 시작되고 있다. 최근 일부 판례도 심사기준 내지 심사척도²⁰⁴⁾라는 용어를 직접 사용하는 한편, 심사척도를 관련 기본권의 비중, 기본권 제한의 정도 등에 따라 분화함으로써 개별사건에서 입법자와 헌법재판소의 권한범위를 섬세

202) BVerfGE 62, 1 (51): “헌법적 기준이 ... 규정되어 있는 곳에서만 ... 헌법재판소는 헌법침해에 대처할 수 있다.”

203) 가령 한수웅, “헌법재판의 한계 및 심사기준 -헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로-”, 헌법논총 제8집(1997), 185쪽 이하; 계획열, “헌법재판과 국가기능(권력분립의 측면)”, 「헌법재판의 회고와 전망」, 헌법재판소, 1999, 201쪽 이하; 정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰 -입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로-”, 공법연구 제30집 제1호(2001.12), 223쪽 이하; 방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도- 입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 20년간의 판례를 중심으로-”, 헌정 60주년 및 헌법재판소 20주년 기념 한국공법학회 제145회 학술대회(2008.10.18), 발제문 113쪽 이하.

204) 헌재 1999.12.23. 98헌바33, 판례집 11-2, 732 (749); 헌재 1999.12.23. 98헌마 363, 판례집 11-2, 770, 787-788; 헌재 2001.2.22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386 (403) 등 참조.

하게 설정하려는 노력을 하고 있다. 학계의 논의도 대체로 독일이나 미국의 이론을 소개하면서 실무형성의 지침을 제시하거나, 그 이론을 기초로 헌법재판소 판례를 분석함으로써 우리 실무가 어떤 심사기준에 의거하고 있는지, 그리고 그 심사기준의 적용강도를 조절하는 요인이 기능법적 요소인지 아니면 실체법적 요소인지를 분석하거나 헌법재판의 한계를 유월하지는 않았는지를 비판적으로 분석하는 작업을 하고 있다.

한국의 독자적인 심사기준의 체계는 형성되지 못한 상태에서 미국식 심사기준론과 독일식 심사기준론의 경쟁은 적어도 실무영역에서는 독일 심사에서 유래하는 심사기준론의 압도적 우세로 나타나고 있다. 간헐적으로 미국의 심사기준론에서 유래하는 심사기준이나 심사강도의 조절이 무엇보다도 일부 소수의견을 통해서 나타나고 있으나, 주변적인 현상에 머물고 있다.

그렇기 때문에 우리나라에서 각 기본권영역에서 어떤 방식으로 심사기준과 그 강도가 조절되고 있는지, 실체법적 논거와 기능법적 논거가 어느 정도로 심사기준들의 조작에 영향을 미치는지를 확인하려면 먼저 헌법재판소의 실무를 살펴볼 수밖에 없다.

2) 기본권제한규범의 심사기준과 그 적용강도의 조절요인²⁰⁵⁾

가) 개관

곧바로 구체적 사건에 적용될 수 있는 우리 헌법상의 헌법규정들은 별로 없다. 오히려 대부분의 헌법규정들은 조작이 가능한 심사도

205) 이에 대해서는 무엇보다도 정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰 -입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로-”, 공법연구 제30집 제1호(2001.12), 223쪽 이하 참조.

구들로 전환될 때 비로소 구체적 사건에 적용될 수 있는 규범이 된다. 여기서 헌법재판소가 헌법에 의하여 보호되는 법적 지위에 대한 법률적 제한이 헌법에 의하여 허용되는 것인지 여부를 심사하기 위하여 어떤 수단들을 사용하는지의 문제가 중요한 의미를 가짐을 알 수 있다.

기본권영역에서 사용되는 주요 심사도구들로는 과잉금지의 원칙, 자의금지원칙으로 이해되어 온 평등원칙, 신뢰보호의 원칙, 명확성원칙, 적법절차의 원리 등이 있다. 여기서는 과잉금지원칙과 평등원칙이라는 심사기준들의 실제적 적용과정에서 헌법재판소가 실체법적 요인과 기능법적 요인이 어느 정도 영향을 미치고 있는지를 개략적으로 분석해 본다.

나) 과잉금지원칙 및 평등원칙

목적의 정당성, 수단의 적합성, 최소침해성, 법익균형성 등 4대 하위요건을 포함하고 있는 과잉금지원칙에 의한 심사는 헌법재판소의 실무에서 압도적으로 실체법적으로 조종되고 있다. 물론 심사기준의 구체적 형성과 관련하여 “명백한” 부적합성, “전적으로 부적합한” 수단, “수인불가능할” 정도의 제한 등등을 기준으로 과잉금지원칙의 개별 요건들의 충족 여부를 심사하거나 입법자의 형성권을 강조하는 판례들은 기능법적 논거가 활용된 판례로 이해할 수 있는 여지가 있다.²⁰⁶⁾ 그렇지만 기능법적 논거에 의한 통제밀도의 완화현상이 헌법재판소의 실무 전반에 나타나는 것이 아닐 뿐만 아니라, 통제밀도의 완화 여부 역시 다분히 실체법적 조종을 받고 있음에 유의하여야 한다. 가령 “기본권에 대한 침해가 심대할수록 침해규정을 정당화하는

206) K. Schlaich(정태호 역), 전거서, 단락번호 482 참조.

공익이 중대해야 하며, 따라서 기본권의 제한은 더욱 엄격히 심사되어야 한다”,²⁰⁷⁾ “선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것”,²⁰⁸⁾ “헌법재판소의 통제의 강도는 일률적인 것이 아니고 관련된 기본권적 법익의 중대성, 그 침해의 심각성, 그 침해의 빈도 등에 따라서 달라지게 된다”²⁰⁹⁾는 표현은 모두 실체법이 통제의 밀도를, 따라서 입법자의 형성의 여지를 좌우하고 있음을 보여주고 있다. 그러므로 헌법재판소는 기본권구체화 내지 기본권형성과 관련하여 입법자에게 부여되는 여지는 관련 기본권의 비중 내지 의미, 기본권제한의 정도, 관련영역의 특성, 비교대상이 되고 있는 법익의 의미 등 실체법적 요인들에 의하여 결정적으로 좌우된다는 입장을 취하고 있다고 평가하는 것이 타당하다.²¹⁰⁾

헌법재판소는 늘 입법자의 형성의 자유가 존중되어야 한다는 점을 강조한다. 그러나 입법형성의 자유는 충분히 규범적으로 정초되어 있는 것이 아닐 뿐더러 아무런 구조를 갖고 있지 않다. 그것은 실제로는 헌법재판소에 의해서 확정되는 해당 기본권의 효력범위의 이면에 불과한 것이다.²¹¹⁾ 그러므로 판례에서 입법형성의 자유가 강조된다고 해서 과잉금지원칙이라는 심사기준이 주로 실체법적으로 조종되고 있다는 사실이 달라지는 것은 아니다.

207) 헌재 1999.5.27. 98헌마214.

208) 헌재 1994.7.29. 93헌가4.

209) 헌재 1997.1.16. 90헌마110에 대한 재판관 김진우 등의 위헌의견.

210) 이는 법률의 실제효과예측에 관한 입법자의 여지의 크기에 관한 독일 판례인 BVerfGE 50, 290, (332 f.); 57, 139 (159); 62, 1 (50); 76, 1 (51) 등과 유사하다고 할 수 있다. 계획열, 전개논문, 201, 212 이하는 기능법적 관점과 실체법적 관점이 판례에서 공조하고 있다고 분석한다.

211) C. Simons, S. 134. 또한 Schlaich(정태호 역), 전개서, 단락번호 494-495 참조.

한편, 자의금지공식은 正義를 정의하기가 불가능하고 법의식이 통일되어 있지 아니한 상황에서 평등위반 여부의 판단을 위한 가능한 최대한의 명확한 척도를 확보해주고(실체법적 기능), 헌법재판소가 입법자의 결정을 용인하여야 하는 한계선을 확정하는, 따라서 사법적 자제를 확보해주는(기능법적 기능) 등 이중기능을 수행하도록 개발되었다.²¹²⁾ 평등권침해 여부에 대한 심사의 기준을 논하면서 이른바 행위규범적 측면과 통제규범적 측면을 구분하는 등 기능법적 관점을 뚜렷하게 부각시킨 판례도 있다.²¹³⁾ 그러나, 자의금지공식의 적용도 실체법적 조종을 많이 받고 있다. 그 증거로 무엇보다도 헌법재판소가 관련영역에 따라 그리고 관련이익들의 비중에 따라 그 크기가 달라지는 입법형성의 여지를 인정하였음을²¹⁴⁾ 지적할 수 있다. 이러한 현상은 특히 선거영역과 같은 정치영역에서 두드러지게 나타난다.²¹⁵⁾ 헌법재판소는 많은 경우 표면적으로는 자의금지공식을 적용하면서도 실제로는 은폐된 비례성심사를 하는 것이다. 이처럼 자의금지공식이 실체법적 요소에 의하여 강하게 조종 받게 된 원인은 무엇보다도 헌법재판소가 애초부터 “일반적 정의의 최소한을 보장하기 위하여”²¹⁶⁾ “정의사상에 정향된 고찰방식”²¹⁷⁾을 이용하였다는 데 있다고 할 수

212) K. Hesse, AöR 109 (1984), S. 174, 186 f.

213) 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등의 합헌의견 - 교통사고처리특례법.

214) 가령 국유의 잠종재산에 대한 시효취득배제를 ‘자의적 차별’이라 하여 위헌으로 선언한 헌재 1991.5.13. 89헌가97가에서 헌법재판소는 재산권에 대한 잘못된 이해로부터 출발하여 차별의 정도에 상응하는 비중의 합리적 근거가 있는지를 살피는 사실상의 비례성평가를 하고 있다고 볼 수 있다. 독일판례에 대하여 동일한 취지의 비판을 가하고 있는 K. Hesse(계희열 역), 「통일독일 헌법원론」, 2001, 단락번호 440 및 주 91.

215) 가령 헌재 1999.11.25. 95헌마154 - 노동조합에 의한 정치자금기부금지; 1999.11.25. 98헌마141 - 노동조합을 제외한 단체의 선거운동금지; 1999.5.27. 98헌마214, 판례집 11-1, 675, 708 (709); 헌재 1989.9.8. 88헌가6 - 국회의원선거에서의 기탁금제.

216) K. Hesse, AöR 109 (1984), S. 174 (193).

217) 헌재 1989.5.24. 89헌가37 등; 1995.10.26. 93헌마246; 1992.4.28. 90헌바24. 이

있다. 그러나 그러한 판례들은 자의금지의 공식의 관점에서는 합리화되기 어려울 뿐만 아니라 그 공식의 명확한 윤곽을 흐리는 것이다.

헌법이 차별을 금지하고 있거나 차별을 통해 다른 기본권에 대하여 제한을 가할 경우에는 비례성심사를 할 것을 요구하는 헌법재판소의 새로운 공식은 이제까지 부분적으로만 합리화할 수 있었던 자의금지공식에 따른 판례를 精緻化하려는 시도라는 점에서 주목할 만하다. 어쨌든 자의금지원칙과 비례성심사의 구분에도 기능법적 의미가 내포되어 있지 않은 것은 아니지만, 그 구분기준이나 그 적용강도는 다분히 실체법적으로 조정되고 있다.

다) 사실확인 및 법률의 실제효과예측²¹⁸⁾

헌법재판소법 제31조는 직권탐지주의를 명시함으로써 헌법재판소에게 사실확인의 권한을 부여하면서도 그 범위와 한계를 명시하지는 않았다. 헌법재판소는 “헌법재판소가 확인하여 밝힐 수 있는 입법사실과 당해 사건이 계속중인 법원에서 확정하여야 할 사실문제가 중복되어 있는 경우에는 법률의 위헌 여부를 판단하기 위하여 필요한 범위 내에서만 입법사실을 확인하고 밝히는 것이 바람직하다”²¹⁹⁾고 하여 입법사실을 확인할 수 있는 권한이 있음을 명시적으로 밝힌 바 있으며, “입법의 기초되는 사실의 평가”와 “입법자의 예측이 명백히 잘못되었다고 할 수 없다”²²⁰⁾는 표현을 사용함으로써 입법사실을 확

러한 판례의 이론적 기초는 이미 G. Leibholz, Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., 1959, S. 72)가 주장한 명제, 恣意는 정의의 대립적 상관개념이라는 명제에 있다고 지적되고 있다. 이에 대해서는 C. Simons, S. 138 주 228.

218) 이 문제에 대하여는 정태호, “규범통제에서의 사실확인과 법률의 실제효과예상 —미국 연방대법원 및 독일 연방헌법재판소의 실무에 대한 비교를 중심으로—”, 전남대 법률행정논총 21-1, 133쪽 이하도 참조.

219) 헌재 1994.4.28. 92헌가3 결정의 요지 가. 이 결정에서 헌법재판소는 재판의 전체성존부를 판단하면서 이 문제에 대하여 언급하였다.

인할 수 있는 권한이 있다는 전제 위에서 논증을 한 바 있다. 그러나 그와 같은 명시적 언급은 예외에 불과하기 때문에 이로부터 헌법재판소의 입법사실의 확인관행에 대한 추론을 내리기는 어렵다.

결국 헌법재판소가 이 권한을 이제까지 어떻게 사용했는지는 개별 사례들에 대한 분석을 통해 추론을 이끌어내야 하지만, 여기서는 헌법재판소의 실무적 관행을 간략하게 평가해 보기로 한다.

a) 입법사실의 확인

헌법재판소는 초기부터 입법사실을 독자적으로 확인하고 평가하여 왔다. 그러면서도 극소수의 예외를 제외하면 ‘입법사실확인’을 한다는 것에 대해서는 물론 사실확인의 강도 내지 밀도를 조종하는 기준에 대해서도 명시적인 언급을 하지 않았다. 헌법재판소의 판례를 전체적으로 평가해 볼 때 이 문제와 관련하여 헌법재판소가 어떤 일정한 이론적 기초 위에서 움직인다고 볼 만한 단서를 찾기는 어렵다.

먼저 헌법재판소가 입법사실을 엄격하게 심사하였다고 볼 수 있는 예로는 국회의원선거에 입후보하려는 이들에게 정당추천후보자의 경우 1,000만원, 무소속후보자들에게는 2,000만원을 요구한 기탁금규율에 대한 헌법불합치결정²²¹⁾을 들 수 있다. 헌법재판소는 대기업 사원의 초임수준, 국민의 일인당 평균저축액, 경제활동인구의 평균저축액 등에 대한 조사를 기초로 문제의 기탁금액이 젊은 계층이나 서민계층에게는 지나치게 높다는 것,²²²⁾ 그에 비하여 인구수에서 2·30대의 비율이 57%가 넘는다는 것²²³⁾을 확인하고 있다.²²⁴⁾ 그렇지만 기탁금

220) 헌재 1998.10.29. 97헌마345.

221) 헌재 1989.9.8. 88헌가6, 판례집 1, 199 이하.

222) 판례집 1, 198, 220 (221).

223) 같은 판례 227쪽.

224) 유사한 논증방식은 헌재 1991.3.11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 109 (111);

사건에서 헌법재판소의 사실확인과 관련한 태도는 일관성이 없다. 대통령선거와 시도지사선거에서의 기탁금제도에 대해서는 이렇다할만한 독자적인 사실조사 없이 입법자의 판단을 수용하고 있다.²²⁵⁾ 입법사실에 대한 강도 높은 통제는 정치영역만이 아니라, 경제영역에서도 나타난다.²²⁶⁾

헌법재판소가 입법사실을 관대하게 심사했다고 볼 수 있는 사례의 예로는 가령 탁주의 공급구역제한제도에 대한 합헌결정을²²⁷⁾ 들 수 있다. 법정의견인 4인의 합헌의견은 “국민보건에 직접적인 영향을 미치는 주류의 특성상 주류제조·판매와 관련되는 직업의 자유에 대하여는 입법자의 입법형성권의 범위도 광범위하게 인정되는 분야”임을 전제하면서 국민보건위생보호, 중소기업보호, 주세보전이라는 목적의 달성에 완전히 부적합한 제도가 아니라는 이유로 입법사실에 대한 입법자의 확인을 수용하고 있다. 사실 이 사건에서 냉장시설 및 냉장운송수단의 발달, 살균처리된 탁주는 타지역판매가 가능하다는 점에 비추어 볼 때 중소기업보호나 지역경제육성을 이 사건 제도의 목적으로 보기 힘들다는 점, 주세는 제조장에서 출고한 주류의 수량 또는 가격에 응하여 제조자로부터 징수되는 것이어서 주세보전 역시 그 목적으로 파악하기 어렵다는 점, 다른 발효식품과의 차별의 합리적 근거가 희박하다는 점 등에 비추어 보면 4인의 합헌의견은 사실상 입법의 기초가 된 사실확인의 타당성에 의문이 있음에도 불구하고

2001.7.19. 2000헌마91등에서도 볼 수 있다. 그 밖에도 입법사실에 대한 엄격한 심사를 했다고 볼 수 있는 사건으로는 동성동본금혼조항에 대한 헌재 1997.7.16. 95헌가6등.

225) 헌재 1995.5.25. 92헌마269 - 대통령선거에서의 3억원의 기탁금제; 1996.8.29. 95헌마108 - 시도지사선거의 후보등록요건으로 5,000만원의 기탁금제.

226) 가령 헌재 1999.4.29. 94헌바37 - 택지소유상한제; 1996.12.26. 96헌가18 - 자도소주구입명령제.

227) 헌재 1999.7.22. 98헌가5.

독자적인 사실확인과 평가를 자제하였다고 볼 수 있다.

이처럼 헌법재판소는 입법사실의 확인에 있어서 사건의 내용에 따라 차이를 두는 것으로 추정되지만 그 기초가 되고 있는 이론적 틀은 불분명하다. 사실적 상황의 확인의 문제와 사실확인에 입각해 있는 평가행위를 구분하고, 법률의 사실적 기초는 항상 강도 높게 심사되어야 하고²²⁸⁾ 잘못된 사실과악에 기초하여 만들어진 법률은 위헌으로 선언되어야 한다²²⁹⁾는 독일 연방헌법재판소의 논리가 수용되고 있다고 보기도 힘들다.

b) 법률의 실제효과 예측

헌법재판소가 법률의 실제적 효과의 예측에 대한 통제와 관련하여 처음으로 명확한 입장을 밝힌 것은 교통사고처리특례법 사건이었다.²³⁰⁾ 이 사건에서 위헌의견을 낸 김진우 재판관 등 3인은 “기본권적 법익에 관한 보호입법에 대한 심사에 있어서 헌법재판소가 가하는 통제의 강도 역시 보호의무 위반이 일견 명백한 지의 여부에 대한 통제, 입법자가 문제의 법률을 통하여 제시한 보호구상 자체가 설득력이 있는지의 여부에 국한된 통제, 그리고 입법내용에 대한 엄밀한 통제 등으로 분화될 수 있다”고 하여 심사강도의 체계적 분화가능성을 언급하면서, 동 사건에서는 “생명·신체라는 법익의 중대성, 그에 대한 위협의 직접성·심각성·상대적으로 높은 개연성에 비추어” 엄격한 내용심사를 하여야 한다고 보았다. 반면 법정외의견인 합헌의견은 보호의무이행과 관련한 입법자의 광범위한 형성권을 근거로

228) 예를 들면 BVerfGE 39, 210 (226 ff.) - 제분업구조개혁법; 50, 50 (51) - 기초지방자치단체구역의 개편.

229) 가령 BVerfGE 36, 47 (60 ff.) - 인도시 지불부 동물운송(Nachnahmesendung)의 금지.

230) 현재 1997. 1. 16. 90헌마110.

하여 명백성통제를 심사강도로 택하여야 한다고 보았다.

위의 3인의 위헌의견은 위에서 이미 살펴본 바 있는 독일 연방헌법재판소의 1976년의 공동결정판결²³¹⁾의 논리, 즉 법률의 실제적 효과에 대한 입법자의 예측이 옳은 지에 대한 통제의 강도를 명백성통제, 주장가능성(상대적 타당성)통제, 치밀한 내용통제로 분화되는 이론을 따라고 있는 것이다.

일부 판례는 위와 같은 통제강도의 분화에 대한 명시적 언급 없이 입법자의 예측의 여지를 사안에 따라 달리 인정하겠다는 입장을 시사하고 있다. 관대한 심사를 한 대표적인 판례로는 가령 운송수입금의 전액관리제에 대한 합헌결정²³²⁾을 들 수 있다. 이 사건에서 헌법재판소는 “... 입법의 기초되는 사실에 대한 입법자의 평가와 사납금제도가 초래하는 여러 가지 부작용들을 개선하기 위하여 선택한 수단이 장차 발휘하게 될 효과에 대한 입법자의 예측이 명백히 잘못되었다고도 할 수 없다”고 판시하였다.²³³⁾ 다른 한편, 입법자의 예측에 대한 강도 높은 심사를 가한 판례로는 경찰청장퇴임후의 공직취임 등의 제한에 대한 위헌결정²³⁴⁾을 들 수 있다. 이 판례에서 헌법재판소는 “정당설립의 자유를 제한하는 법률의 경우에는 입법수단이 입법목적 달성을 수 있다는 것을 어느 정도 확실하게 예측될 수 있어야 한다. 그런데 ... 경찰청장이 퇴임 후 공직선거에 입후보하는 경우 당적취득금지의 형태로써 정당의 추천을 배제하고자 하는 이

231) BVerfGE 50, 290.

232) 헌재 1998.10.29. 97헌마345.

233) 그 밖에도 헌재 2001.6.28. 2001헌마132: “따라서 이 사건 법률조항보다 완화된 입법수단의 채택은 현실적으로 그 효과가 없을 것이라고 보아 이 사건 법률조항을 신설한 입법자의 판단이 명백히 불합리하다거나 자의적인 것으로는 인정되지 않는다”; 양심적 병역거부자를 처벌하는 병역법사건에서도 유사한 논증이 나타난다. 이에 대해서는 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상) 141 (142) 요지 4 참조.

234) 헌재 1999.12.23. 99헌마135.

사건 법률조항이 어느 정도로 입법목적인 ‘경찰청장 직무의 정치적 중립성’을 확보할 수 있을지 그 실효성이 의문시 된다”고 하여 입법자의 예측을 탄핵하고 있다.

c) 입법사실의 확인강도를 조절하는 요인

헌법재판소가 이 문제에 대하여 명시적으로 입장을 표명한 경우는 많지 않으나, 대체로 실체법적 요인들이 사실에 대한 통제의 밀도를 조절하는 주된 인자가 되고 있다고 분석할 수 있다. 교통사고처리특별법 사건에서 법정의견인 4인의 합헌의견은 예외적으로 기본권보호 의무의 실현구조에 토대를 두고 권력분립의 원리 등 기능법적 요인을 강조하고 있으나²³⁵⁾ 대체로 관련 기본권적 법익의 중대성, 그 침해의 심각성, 규율대상의 특성 등과 같은 실체법적 요인들이 사실확인의 양식을 결정하고 있다.²³⁶⁾ 어쨌든 이 사건에서 제시된 기능법론의 맹아는 학문적인 관심을 그다지 끌지도 못했을 뿐만 아니라 판례에 일관성 있게 반영되면서 발전하지 못하고 있다.

라) 유형화

교통사고처리특별법에 대한 헌법소원사건 헌법재판소의 법정의견이 된 4인의 기각의견²³⁷⁾은 대규모현상을 규율하기 위한 교통사고의

235) 판례집 9-1, 120 (121).

236) 앞의 사례분석의 대상이 된 사건들 참조. 그 밖에도 교통사고처리특별법사건에서 김진우 재판관 등 3인의 위헌의견(판례집 9-1, 131-132); 양심적 병역거부자에 대한 처벌규정에 대한 헌재 2004.8.26. 2002헌가1, 판례집 16-2(상) 141 (142) 요지 4에서도 국방 내지 국가의 안전이라는 중대한 법익과 관련한 무리한 입법적 실험을 용인할 수 없다는 이유로 양심적 병역거부자를 위한 대체복무제를 도입하지 않고, 그들을 처벌하고 있는 입법자의 결정에 대하여 명백성통제를 하고 있다.

237) 헌재 1997.1.16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90 (116).

“類型化”에 수반되는 소수의 불평등은 감수하여야한다²³⁸⁾는 논거를 사용하여 이 사건 법률조항들의 합헌성을 논증하였다. 물론 이 소수의 의견은 그 자체로서만 보면 타당한 위의 논거들을 부적절한 맥락에서 사용함으로써 결과적으로 잘못된 추론을 하는 오류를 범하였다.²³⁹⁾ 어쨌든 유형화논거는 우리 헌법재판소가 기능법적 논거를 끌어들이 입법자에게 폭넓은 입법형성권을 부여한 사례로 빈번하게 인용되고 있다.²⁴⁰⁾

그러나 구조세특례제한법 제119조 제1항 제13호 등 위헌소원사건에서 헌법재판소는 “유형화는 그로 인해 발생하는 문제가 비교적 소수의 사람에게만 해당되고 그 정도가 심하지 않는 한, 입법형성의 재량범위 내로 보아 용인되어야 할 것”²⁴¹⁾이라고 하여 법집행의 편의를 위한 유형화의 한계를 실체법적 관점에서 설정하고 있다.

결국 헌법재판소도 독일 연방헌법재판소의 관련 판례들처럼²⁴²⁾ 유형화로 인한 차별의 의미와 정도에 비례하는 정당화사유를 요구하고 있는 것으로 분석된다.

마) 복잡한 규율대상을 합리적으로 규율하는 데 필요한 경험 축적을 위한 시간의 여지

238) 헌재 1997.1.16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 116 (117).

239) 이에 대해서는 정태호, 「「법집행의 편의」를 고려한 입법의 헌법적 한계 - 헌재 1997.1.16. 90헌마110등에 대한 법정의견의 유형화논거에 대한 비판-」, 인권과 정의 제306호(2002년 2월호), 83쪽 이하; 정태호, “교통사고처리특례법 제4조 제1항에 대한 헌법소원사건(2005헌마764; 2008헌마118)에 대한 참고인 진술서”, 손해보험(2008.10), 13쪽 이하 참조.

240) 가령 방승주, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도 -입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 20년간의 판례를 중심으로-”, 「헌정 60년 및 헌법재판소 20주년 기념 한국공법학회 제145회 학술대회」 발제문 “헌법재판과 민주주의”, 113 (147-148) 참조,

241) 헌재 2004. 10. 28. 2002헌바70, 판례집 16-2(하), 159 (173).

242) 이에 대하여 상세한 것은 정태호, 전게논문, 14-15쪽 참조.

‘규율대상이 복잡하고 동시에 입법자에게 이를 세분화해서 정의롭게 규율할 수 있을 만큼의 경험이 축적되어 있지 않은 경우 잠정적으로는 대강의 유형화로 인한 불평등은 감수되어야한다’는 논거²⁴³⁾도 입법자의 입법형성의 여지를 확장하기 위한 논거로 사용되었다. 우리 헌법재판소는 그 밖에도 급부영역이나 특별부담금사건에서 평등의 단계적·상향적 실현을 용인함으로써 입법자에게 폭넓은 형성의 여지를 인정하고 있다.²⁴⁴⁾

이 논거도 헌법재판소가 헌법재판의 한계를 설정하기 위하여 기능법적 논거하고 있는 전형적인 예로 평가되고 있다.

바) 행위규범과 통제규범의 구분

헌법재판소는 일부 관례에서 독일의 헌법학자인 Hesse의 행위규범과 통제규범 구분론을 원용하여 입법자의 기본권보호의무준수 여부에 대한 헌법재판소의 통제강도를 낮춘 이래,²⁴⁵⁾ 생활무능력자에 대한 생계보호기준사건,²⁴⁶⁾ 조세사건²⁴⁷⁾에서 입법자의 폭넓은 형성권을 논증하기 위하여 이 논거를 활용하였다.

헌법재판소는 “입법자의 형성의 자유와 민주국가의 권력분립적 기능질서를 보장하는 차원에서 일반적으로 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지만을 의미한다. 그러므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화

243) 헌재 1997.1.16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 116-117; .

244) 헌재 1991.2.11. 90헌바17등, 판례집 3, 51 (60) - 개발이익환수; 1998.12.24. 98헌가1, 판례집 10-2, 819, 834 (835) - 수질개선부담금; 2001.6.28. 99헌바32 - 공상공무원과 공상균경의 연금지급에서의 차별.

245) 헌재 1997.1.16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90.

246) 헌재 1997.5.29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543.

247) 헌재 2004.9.23. 2004헌마192, 판례집 16-2(상), 604 (613); 2004.1.28. 2002헌바70, 판례집 16-2(하), 159, 169 (170).

할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 때에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 115 참조). 그러나 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 다시 말하여 헌법이 직접 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 기준이나 차별을 특히 금지하는 영역을 제시하는 경우에는 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격히 심사하여야 하며, 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우에도 엄격한 심사척도를 적용하여야 한다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 참조). 여기서 엄격히 심사를 한다는 것은 단지 차별의 합리적 이유의 유무만을 확인하는 정도를 넘어, 차별의 이유와 차별간의 상관관계에 대해서 즉, 비교대상간의 사실상의 차이의 성질 및 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는지에 대해서도 심사함을 의미한다(헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386, 403 ; 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 657 등 참조).²⁴⁸⁾

상술한 바 있는 행위규범과 통제규범의 구분론 자체의 문제점은 별론으로 하고, 이 논거가 헌법재판의 한계를 설정하기 위한 기능법적 논거임은 틀림이 없다. 그러나 헌법재판소는 평등원칙 위반 여부를 심사할 때 다시 차별로 인한 기본권타격의 정도를 고려하여 심사 기준을 분화하고 있기 때문에 기능법적 논거는 실체법적인 통제강도 조절을 보완하는 기능을 수행하는 데 그치고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

사) 입법동기 및 입법절차에 대한 통제

248) 헌재 2004.10.28. 2002헌바70, 판례집 제16권 2집 하, 159, 169 (170).

원래 평등한 법률이 관련자들에게 사실상의 차별효과를 발휘할 수 있다는 것은 잘 알려진 현상이다. 그렇지만 이러한 사실상의 차별효과를 이유로 곧바로 평등규정을 그러한 법률에 대한 위헌심사규준으로 적용할 수 있는가? 이 문제는 평등조항이 법적 평등만을 보장하느냐 어느 정도 사실상의 평등도 함께 보장하고 있느냐, 즉 동 조항이 동등대우만을 보장하느냐 아니면 사실상의 기회의 균등도 함께 보장하느냐의 문제이다.

미국의 경우에는 입법자의 주관적 생각, 의도, 동기가 그러한 문제에 대한 결정적인 기준이 된다.²⁴⁹⁾ 입법자의 동기가 법률의 합헌성을 뒷받침하는 결정적인 기준이 된다면 법률의 결정과정이 이 과정의 “최종산물”보다 중심에 서게 된다. 의회의 결정절차를 상세히 심사하지 않는다면 동기통제는 불가능할 것이기 때문이다. 이는 결국 독일에서 활발히 진행되고 있는 논의, 즉 헌법상 입법자는 법률의 의결에 앞서 결정발견을 위한 합리적인 절차를 거쳐야 할 의무가 있는지 아니면 객관적인 법률만으로 책임을 지는 것인지의 논의로 이어지게 된다.²⁵⁰⁾ 이하에서는 관련판례의 분석을 통해 헌법재판소의 입장을 살펴보기로 한다.

a) 사실상의 차별에 대한 평등권의 보호범위

사실적 불평등상태를 판단함에 있어서 “외면적 형식이 아니라 실체법적 내용이 결정적인 의미를 갖는다.”²⁵¹⁾ 헌법재판소는 객관적인 불평등대우가 평등권을 침해한다는 것을 인정하기 위한 조건으로 입

249) 정태호, “미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교”, 헌법실무연구 2(2001), 506쪽 이하 참조.

250) 이 문제에 대한 개관으로는 Schlaich(정태호 역), 전게서, 단락번호 503 이하.

251) BVerfGE 8, 51 (64). 또한 BVerfGE 21, 12 (27); 24, 300 (358) 참조.

법자에게 악의의 동기가 있을 것을 요구하지 않는다. 평등원칙이 침해되었는지 여부는 규정의 객관적 내용에 달려 있으며, 그 규정이 채택된 경로와는 무관하다.

그리하여 헌법재판소는 일찍이 각종 선거에 입후보하려는 자가 후보등록을 위해 납부하여야 하는 기탁금제도에 대한 결정들에서 사실상의 불평등효과에 주목하였다. 선거법상의 규정들이 선거에 입후보하려는 이들에게 같은 금액의 기탁금을 요구했음에도 불구하고 사실상 상이한 효과를 발휘하는 문제의 규율들 중 일부에 대하여 위헌성이 확인되었다.²⁵²⁾ 또한 모든 소제기자들에게 소송가액의 일정비율의 인지를 첩부하도록 하는 규율에 대한 심사에서도 사실상의 불평등효과에 주목하였지만, 소송구제제도의 존재를 이유로 그 합헌성을 확인하였다.²⁵³⁾ 이는 사실상의 불평등대우도 평등권규정에 의한 보호범위에 속할 수 있다는 것을 의미한다. 물론 판례는 사실상의 불평등대우와 단순한 법적 차별 사이의 차이를 결코 명시적으로²⁵⁴⁾ 그리고 일반적인 문제²⁵⁵⁾로 다루지 아니하였다.

252) 헌재 1989.9.8. 88헌가6; 1991.3.11. 91헌마21; 2001.7.19. 2000헌마91. 반면 합헌결정으로는 헌재 1995.5.25. 91헌마44; 1995.5.25. 92헌마269; 1996.8.29. 95헌마108.

253) 헌재 1994.2.24. 93헌바10; 1996.8.29. 93헌바57; 1996.10.4. 95헌가1 등 - 민사소송에서의 인지첩부. 그 밖에도 헌재 1990.9.3. 89헌마120등(병합)에서도 변호사강제주의에 내포된 무자격자에 대한 사실상의 불평등효과를 국선변호인선임제도를 들어 무마하고 있다.

254) 제대군인가산점사건(헌재 1999.12.23. 98헌마363)에서 헌법재판소는 가산점제가 남녀를 차별하는 제도라는 것로부터 출발하였다. 현행 軍制가 소수의 여성에게만 여군입대의 가능성을 열어 놓고 있다는 사실에 비추어 볼 때 가산점제를 과연 단순한 사실상의 차별이라고 보기는 어려운 점이 있지만, 문제의 규율은 제대군인 여부를 차별의 기준으로 삼고 있다. 이 제도가 제대군인과 비제대군인 사이의 법적 차별에 불과하다고 보는 견해로는 정연주, “가산점제의 헌법적 문제점 -헌재결 1999. 12. 23. 98헌마363을 중심으로-”, 헌법판례연구[2], 2000, 171, 179-180.

255) 법적 평등과 사실적 평등의 관계에 대한 일반론으로는 R. Alexy의 이론에 기초하고 있는 이준일, “법적 평등과 사실적 평등”, 안암법학 12호, 2000, 1쪽

헌법재판소가 일반적 평등규정을 모든 영역에서 사실상의 “기회균등의 원칙”으로 이해하고 있는 것은 아닌 것으로 보인다. 동 재판소가 법적 평등의 존재로 만족하지 아니하는 사건은 제소 및 상소요건으로서의 인지첩부, 변호사강제주의, 후보등록요건인 기탁금사건이었다. 이 사건들의 공통점은 관련개인들의 기회가 국가기관이 영향을 미치고 있는 상황에 현저하게 의존하고 있다는 것이다. 이로부터 헌법재판소는 국가가 사회적 현실에 직접적인 영향을 미치는 범위에서는 사실상의 기회균등을 보장할 의무를 국가에 부과하고 있다는 추론을 할 수 있다.²⁵⁶⁾

b) 입법통제인가 아니면 입법절차통제인가?

입법절차에 대한 심사가 어느 범위까지 헌법재판소의 과제에 속하는가? 물론 헌법에서 명시된 입법절차의 준수 여부는 헌법재판소에 의하여 전면적으로 심사될 수 있다.²⁵⁷⁾ 그러나 여기서 문제 삼는 것은 헌법에 의하여 규율된 절차의 테두리 안에서 입법자가 어떻게 절차를 형성하여야 하느냐의 문제이다. 입법동기의 통제는 그러한 절차심사의 한 유형이다. 독일에서 70년대 말 활발하게 전개된 헌법의무로서의 최적입법방법의 준수의무를 둘러싼 논의²⁵⁸⁾가 오늘날에도 여전히 영향을 미치고 있다. 이 논의는 입법절차에서 발생할 수 있는 오류와 절차적 하자가 어떤 헌법적 의미를 갖는지의 문제를 중심으로

이하 참조.

256) 독일 연방헌법재판소의 판례와 관련해서 그 같은 추론을 하고 있는 이로는 E. Stein, in: AK-GG, 2. Aufl. 1989, Rn 72 zu Art. 3.

257) 가령 헌재 1997.7.16. 96헌라2; 2000.2.24. 99헌라1. 또한 헌재 1998.8.27. 97헌마8.

258) G. Schwerdtfeger, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: R. Stödter/W.Thime (Hrsg.), FS f. H.P. Ipsen (1977), S. 173 ff.

로 진행되고 있다.²⁵⁹⁾ 그러나 이 논의에서 문제되는 것은 입법의 동기탐지만이 아니라 법률의 제정에 중요한 의미를 갖는 자료의 최적적인 조사·활용·고려이다.²⁶⁰⁾

그러나 헌법재판소는 결과통제를 절차통제로 완전히 대체한 적이 없으며 기껏해야 절차통제를 통하여 결과통제를 보완하고 있을 뿐이다.²⁶¹⁾ 그 경우 절차상의 오류 자체가 아니라 여전히 위헌적인 법률 자체가 법률의 위헌을 초래하는 것이다. 입법사실에 대한 주장가능성 통제나 명백성통제가 행해지는 경우에는 예외가 형성될 수 있는 가능성이 있으나, 헌법재판소의 판례에서는 이렇다 할 사례가 형성되고 있지 않다.

3) 실무의 분석결과

헌법재판소의 판례를 통해 다음과 같은 추론을 도출할 수 있다.

첫째, 헌법재판소의 실무는 미국에서 볼 수 있는 것과 같은 심사기준의 엄격한 도식화를 시도하지 않고 있다는 점에서 독일의 실무와 공통점을 보여주고 있다. 가령 협의의 비례성요건에서 중요한 권리, 중대한 제한이 문제되는 경우에는 정당화요건은 엄격해지고, 사소한

259) 이에 대해서는 K. Schlaich(정태호 역), 전제서, 단락번호 503 이하.

260) 이에 대해서는 D. Lorenz, Die Kontrolle von Tatsachenentscheidungen und Prognoseentscheidungen, insbesondere in den Neugliederungsverfahren, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bd. III (1983), S. 193, 222.

261) 가령 교통사고처리특례법사건에서 법정의견이 된 합헌의견은 입법자가 법률 시행의 경험을 바탕으로 문제점의 일부를 개선하였음을 합헌이유의 하나로 제시하고 있다. 방승주, 전제논문, 151-152쪽은 마치 필자가 입법절차의 통제를 완전히 부인하고 있는 것처럼 필자를 비판하고 있으나, 필자는 입법절차의 통제가 우리 판례나 독일 판례에서 단지 보조적인 역할만을 수행하고 있음을 강조하고 있을 뿐이다.

제한의 경우에는 그 만큼 정당화요건은 약화된다. 평등원칙심사에서 판례는 대체로 자의금지원칙에 의거하다가 다양한 요인들의 영향을 고려하여 자의금지원칙과 비례성심사를 구분하고 있으며, 사실확인 및 미래예측에 대한 통제의 강도 역시 어떤 기본권이 어떤 구체적인 상황에서 문제되느냐에 따라 가변적이다. 그에 따라 심사기준들이 미국에서처럼 같이 법률의 위헌 여부를 상당히 확실하게 예측할 수 있게 해주는 규정력을 발휘하지 못한다.

둘째, 우리 헌법에서도 독일 헌법에서처럼 기본권의 종류나 영역에 따라 심사기준을 분류하고 귀속하는 것은 불가능하다. 심사기준들은 다른 관점들과 뒤섞여 통제도구의 탄력적인 운용을 가능하게 하고 매우 다양한 형량기준에 의한 연동통제시스템을 낳고 있다. 그에 따라 규범통제분야에서의 기본권판례를 심사기준 내지 그 적용강도에 의거하여 사형영역이나 생활영역에 따라 분류하기 힘들다. 헌법재판소가 관대한 심사기준으로 통제된 법률이 항상 합헌으로 선언되지 않고, 엄격한 심사기준에 의해 심사된 법률이 필연적으로 위헌으로 선언되지도 않는다.

셋째, 헌법재판소의 판례는 대체로 헌법재판의 한계를 헌법규범에 대한 해석을 통해 확정할 수 있다고 보는 실체법설의 토대 위에 있으며, 독일이론의 압도적인 영향 속에서 기능법적 논거들을 부분적으로 수용하고는 있으나 이를 체계적으로 발전시키고 있지 못할 뿐 아니라 그 영향력 역시 상대적으로 미소한 것으로 분석되었다.

이와 같은 실무의 현황과 관련해서는 무엇보다도 먼저 헌법해석방법론이 충분히 발전하고 있지 못한 우리의 상황에서 과연 “방법이 권한을 지도한다”는 실체법설의 근본사상이 헌법재판의 한계를 올바르게 그려낼 수 있을 것인지에 대해서는 강한 의문을 품을 수도 있을

것이나, 해석방법론이 헌법재판활동에 어느 정도의 한계설정력을 발휘한다는 것을 근본적으로 부정할 수는 없을 것이다. 다른 한편, 실체법설이 헌법해석방법론의 헌법해석에 대한 한계설정 능력에 대한 회의로부터 비롯되는 도전을 특히 실체헌법의 규율의 밀도가 낮은 영역에서 이겨낼 수 있을 지 의문이다. 이 영역에서는 “자제하는 것은 헌법재판소가 아니라 헌법이다”라는 실체법설의 테제를 통한 헌법재판의 한계설정시도는 기능법적 논거를 통한 보완을 필요로 한다고 본다.

즉 우리 헌법에서도 헌법재판에 대한 한계설정은 독일의 절충설에 따라 실체법설의 취약성을 기능법적 논거를 통해 보완하는 것이 적절하다고 본다.

2. 심사기준

(1) 과잉금지원칙²⁶²⁾

1) 판례의 기본입장

헌법재판소는 초기부터 기본권제한은 이른바 “과잉금지원칙 내지 비례원칙”에 따라 행해져야 한다고 보았다.²⁶³⁾ 이 원칙은 헌법 제37조 제2항에 근거가 있는²⁶⁴⁾ 기본권제한의 합헌성을 가늠하는 대표적

262) 이에 대해서는 정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰 -입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로-”, 226쪽 이하 참조.

263) 헌재 1989.3.17. 88헌마1(판례집 1, 9, 21); 헌법재판소의 확립된 판례.

264) 헌재 1989.5.24. 89헌가37 등(병합)(판례집 1, 48, 54); 2001.6.28. 99헌가14; 2001.6.28. 2001헌마132. 일부 판례(가령 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 878)는 과잉금지원칙이 법치국가원리의 파생원리로서 헌법 제37조 제2항

인 심사도구이다. 판례에 의하면 과잉금지원칙은 구체적으로 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소화, 법익의 균형성을 내용으로 한다.²⁶⁵⁾

우리 헌법재판소는 목적의 정당성 요건을 과잉금지원칙의 하부요건으로 과잉금지원칙 준수 여부를 통제할 때 우선적으로 심사하고 있다. 이처럼 목적의 정당성요건을 과잉금지원칙의 요소로 이해하는 판례의 태도에 대하여는 ‘목적의 정당성’은 목적심사에 관한 것이므로 수단의 심사를 목표로 하는 과잉금지원칙의 내용에는 포함해서는 안 된다는 비판이 제기되고 있다.²⁶⁶⁾ 그러나 목적의 정당성을 과잉금지의 원칙에 포함시켜 심사하든지 별도로 분리하여 심사하든지 결론에서는 차이가 없다. 그렇기 때문에 이 논쟁은 실천적인 견지에서 볼 때는 큰 실익이 없다.²⁶⁷⁾ 다만, 과잉금지원칙의 개념에 부합하는 심사체계의 합리적 구성이라는 관점에서는 의미가 있는 논의라고 할 수 있다. 수단과 목적의 상관성 심사는 비례성통제의 대상이 되는 수단과 목적이 헌법이 허용하는 정당한 것임을 그 논리적 전제로 한다는 점을 감안한다면, 수단과 목적의 비례성 통제에 앞서 목적의 정당성 및 수단의 정당성을 심사하는 것이 법리적으로 타당하다고 할 것이다.

오늘날 법률유보의 원칙은 비례성을 충족하는 법률에 의한 제한의 수권을 요구하는 원칙으로 평가될 수 있을 만큼 과잉금지원칙이 기본권제한법률의 위헌성 심사에서 핵심적인 지위를 점하고 있다. 이

에 명문화되었다고 보았다.

265) 가령 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 판례집 4, 853 (878); 1998.12.24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927 (948) 참조; 확립된 판례.

266) 이에 대해서는 무엇보다도 김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구 제3권(2002), 53 (65쪽 이하).

267) 최갑선, 김형성 “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”(헌법실무연구 제3권 [2002], 53쪽 이하)에 대한 토론문, 같은 곳 73-74쪽 참조.

원칙은, 기본권제한적 법률유보에 의해 기본권의 공동화를 예방하는 기본권제한의 한계 체계에서 주된 기능을 수행하고 있다. 반면, 이 원칙의 무분별한 적용은 입법자의 정치적 형성의 자유를 과도하게 제한하여 헌법이 예정한 권력분립의 질서를 왜곡할 수 있고 또 이 원칙을 통해서 추구되는 구체적인 사안에서의 개별적 정의의 실현을 통해 일반성을 띠는 ‘법의 해체’, ‘법질서의 원자화’라는 부작용²⁶⁸⁾이 초래될 수 있다. 그렇기 때문에 과잉금지원칙의 세심한 적용, 이를 위한 심사강도의 적절한 조절은 기본권해석론의 어려운 과제로 등장하고 있다.

2) 심사대상

가) 목적 및 수단의 정당성

a) 입법목적의 정당성 요건

① 입법목적의 확인: 법률에 의한 기본권제한의 합헌 여부가 문제 되면 헌법재판소는 먼저 입법자가 어떠한 목적을 추구하는지를 확인한다.

무엇이 입법목적으로 이해될 수 있는가? 이론적으로는 입법자의 의사 또는 법률에 명시된 목적 내지 법률에 의해 객관적으로 추구되는 목적이나 법률에 의해서 사실상 달성된 목적을 심사의 기초로 삼을 수도 있다.

미국 연방대법원의 판례는 이 문제의 해명에²⁶⁹⁾ 본질적인 도움을

268) 이와 같은 위헌성을 지적하고 있는 김형성, 전제논문, 71쪽 이하 참조.

269) 이에 대한 개관으로는 S. Bice, in: L. Levy u. a. (Hrsg.), *Encyclopedia of the American Constitution*, 4 Bde, 1986, Bd. 3, S. 1146 ff.(입법의도; Legislative Intent). 이에 관하여 상세한 것은 Note, *Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection*, 82 *Yale L.J.* 123, 128 및 주 34, 132

주지 못하지만, 몇 가지 특징을 확인할 수 있다. 먼저, 미국 연방대법원의 심사당시 확실한 판단을 내릴 수 있을 만큼 법률의 효과가 현실에서 검증되지 아니한 경우에는 현실적으로 발생한 법률의 효과가 아닌 법률에 의해 추구되는 목적을 판단의 기초로 삼는다. 법률이 특정의 객관적인, 심지어는 위헌성을 떨 수도 있는 목적을 추구하는 것처럼 보이는 경우에도 그러한 목적이 아닌 다소간 가정적인 다른 목적을 위헌심사의 기초로 삼는 현상이 단순합리성심사의 경우에 나타난다. 이러한 특수 현상을 제외하면 법률의 목적은 압도적 다수의 사례에서는 법률의 문구나 법률의 작용방식 또는 입법자료 등으로부터 객관적으로 밝혀지고 있는 것으로 분석된다.²⁷⁰⁾ 이점은 우리 판례나 독일의 판례에서도 확인될 수 있는 경향과 일치한다고 본다.

미국의 판례가 항상 상술한 것과 같은 경향을 보이는 것만은 아니다. 미국에서 많이 사용되는 주관적 법해석방법, 심사대상 법률이 입법자가 그 법률을 통해서 달성하고자 했던 목적을 달성할 것이라는 추정에 입각하여 입법자의 표상에 의거하여 입법목적을 확인하는 경우도 종종 있다. 그 경우 과연 입법자가 표방하는 목적을 심사대상으로 수용하느냐, 아니면 “진정한” 의도를 탐구하여 이를 심사의 기초로 삼느냐의 문제도 제기된다. 입법동기에 대한 심사를 둘러싼 논의의 출발점을 이룬 것은 법률의 문면이나 그 조항의 면에서 법적으로 의미 있는 차별의 사례가 있다고 볼만한 계기가 없는 고권조치가 야기한 결과, 즉 사실상의 차별이었다. “Washington v. Davis”²⁷¹⁾는 이

ff.(1972).

270) U.S. Railroad Retirement Board v. Fritz, 449 U.S. 166, 176 (1980): 있는 그대로의 언어가 우리 심사의 출발점이자 종착점을 나타낸다.“

271) Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976). 연방대법원은 이 사건에서 입법자로 하여금 그렇게 차별적 효과를 발휘하는 법률을 의결하도록 입법자를 움직인 동기가 무엇인지를 철저하게 심사하였다. 동 법원은 악의는 확인할 수 없다는 결론을 내렸다. 좋지 않은 결과(즉 흑인지원자에 대한 사실상의 차별)

와 같은 사실상의 차별과 관련하여 “차별적 목적의 이론(doctrine of discriminatory purpose)”을 판례에 수용하는 계기가 된 사건으로 평가되고 있다.²⁷²⁾ 그 후의 판례에서 미국 연방대법원은 그 논지를 발전시켜 입법의 악의의 동기를 엄격심사기준의 적용을 유발하기에 충분하다고 보았다. 악의의 동기가 있고 또 입법자가 그러한 동기가 없었다면 문제의 법률을 제정하지 않았을 것이라면 그 악의의 동기가 입법자를 움직인 일련의 동기들 중의 하나에 불과하다더라도 엄격심사를 유발할 수 있다는 것이다.²⁷³⁾ 동기는, 법률이 단순히 그 동기에도 불구하고 제정된 것이 아니라 바로 그 동기 때문에 제정된 경우에 비로소 치명적인 의미를 갖는다.²⁷⁴⁾

② 입법목적 선택과 관련된 입법자의 여지: 입법자는 입법목적의 선택과 관련하여 광범위한 자유를 가지는 것이 원칙이다. 일반적으로 승인된 공동체적 가치만이 아니라 입법자의 특별한 경제·사회적 목표로부터 나오는 공동체적 가치도 정당성을 떨 수 있다.²⁷⁵⁾ 따라서 입법목적 자체가 헌법에 위반되는 경우는 극히 예외적일 수밖에 없

는 경찰인력이 필요최소한의 언어적 표현력을 갖추도록 하자는 본래의 목적의 의도하지 아니한 부작용이었다는 것이다. 그에 따라 연방대법원은 엄격한 심사를 하지 아니하고 하급심의 소기각을 정당한 것으로 보았다.

272) L. Tribe, *Constitutional Law*, S. 1502 (§ 16-20)만을 참조하는 것으로 족하다.

273) *Arlington Heights v. Metropolitan Housing Corp.*, 429 U.S. 252, 265 f. (1977); *Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222, 230 ff. (1985). 요약하고 있는 것으로는 J. Ely, *Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law*, 79 *Yale L.J.* 1205, 1212 ff., 1217 ff., 1267 (1970).

274) *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256, 276 f., 281 (1979) 참조.

275) 가령 현재 2001.7.19. 2000헌바86: “미등기 전매행위로 인한 부동산의 투기적 거래와 조세포탈을 방지함으로써 건전한 부동산 거래질서를 확립”한다는 입법목적은 특별한 사회경제적 목표이지만 헌법재판소는 그 정당성을 인정하고 있다.

다.²⁷⁶⁾

미국 판례에서는 입법목적의 가치는 각 심사기준이 제기하는 합헌 요건(“정당한”, “중요한”, “필수적” 목적)을 판단함에 있어서 중요한 의미를 가지나, 어떤 목적이 그러한 비중을 갖는지에 대해서 미국 헌법은 물론 침묵하고 있다. 따라서 이 문제는 이 문제의 해명에 이익이 있는 헌법기관들인 “입법자”와 “연방대법원”의 각축장이 되어 버렸다. 그 만큼 이 문제에 대한 논의의 향배는 양 기관 상호간의 권한 관계에 중대한 의미를 갖는다. 합리성심사기준과 관련해서 연방대법원은 이제까지 현저하게 관대한 태도를 취하여 왔고, 그에 따라 입법자가 추구할 수 있는 정당한 목적은 문자 그대로 개관할 수 없을 정도로 많다. 게다가 연방대법원은 이 기준에 의한 심사에서 금지된 목적을 이론적으로 대신할 수 있는 다른 정당한 목적을 찾을 수 없는 경우에만 비로소 위헌으로 선언하고 있다.²⁷⁷⁾ 그렇다고 의회가 정치 과정을 통해서 가변적인 사익의 단순한 결집을 넘어가는 공적 목표의 달성을 위해 활동하여야 한다는 요구를 완전히 포기한 것은 아니다.²⁷⁸⁾ 의회가 제정한 입법을 존중하는 경우조차도 연방대법원은 공익의 관점에서 그러한 행위를 정당화할 수 있는 사유를 지적하고 있

276) 헌법재판소가 목적의 정당성을 부인한 사례로는 현재 1997.7.16. 95헌가6등 - 동성동본금혼조항; 1999.11.25. 95헌마154 - ‘노동단체의 정치화 방지’나 ‘노동단체 제정의 부실우려’라는 노동조합의 정치자금 기부금지의 목적. 한편, 현재 2000.4.27. 98헌가16 과외금지사건에서는 입법목적의 ‘잠정적’ 정당성만을 인정하였다. 또한 정당설립의 자유에 대한 제한을 정당화할 수 있는 목적의 범위가 현저하게 축소될 수 있음을 확인하고 있는 현재 1999.12.23. 99헌마 135.

277) L. Tribe, *Constitutional Law*, 2. Aufl., 1988, S. 302 f.; *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, 383 (1968) 참조.

278) 가령 *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534 f. (1973) - 친척관계에 있지 아니하거나 혼인하지 아니한 자들의 가계를 특정 사회적 혜택의 수혜대상에서 제외한 법률은 “히피족”과 그 공동체를 차별하기 위한 목적만을 추구하는바, 그러한 목적은 동 법률을 정당화할 수 없다는 이유로 이를 위헌으로 선언하였다.

기 때문이다.²⁷⁹⁾ 그러나 중간단계의 심사기준과 엄격심사기준에서는 연방대법원의 관례로부터 이 문제에 관한 아무런 실체적인 언급을 발견할 수 없다. 그 이유로 다음과 같은 두 가지 점을 지적할 수 있다.²⁸⁰⁾ 심사기준의 선택으로 심사결과가 사실상 결정되기 때문에 입법목적에 대해서 상술할 필요가 없다는 점, 또 같은 이유로 동 법원이 형량을 하는 경우는 드물기 때문에 입법목적의 질을 평가할 때 드러나는 가치의 위계체계를 고백하여야 할 필요가 없다는 점이다.

우리 관례에서 입법목적이 지닌 가치가 헌법이 요구하는 정도의 중대성을 갖고 있지 않다고 해서 입법목적의 정당성이 부인된 사례가 일부 발견되지만,²⁸¹⁾ 이는 예외적 현상에 머무르고 있다. 입법목적의 헌법적 비중에 대한 평가는 대부분 목적의 정당성 심사가 아니라, 법익균형성 요건 심사단계에서 이뤄진다.²⁸²⁾

c) 수단의 정당성 심사

헌법재판소가 수단의 정당성 심사, 즉 헌법이 금지한 수단을 입법 목적을 달성하기 위하여 동원하고 있지는 않은 지를 독자적으로 심사한 경우는 확인되지 않는다. 그러나 수단의 정당성 심사는 수단과 목적의 비례성을 통제하기 위한 전제이다. 헌법에 의해서 금지된 수단과 정당한 목적의 비례성심사는 무의미하기 때문이다. 가령 고문, 언론에 대한 사전검열, 집회에 대한 허가제와 같이 헌법이 명시적으로 금지한 수단을 국가안전보장, 질서유지와 같은 공익의 실현을 위하여 동원하는 것은 그 자체로서 위헌이다. 헌법재판소도 수단의 정

279) L. Tribe, Constitutional Law, S. 582 f.

280) C. Simons, S. 96.

281) 현재 2006.5.25. 2003헌마715, 판례집 18-1(하), 112 (124) - 비맹제외기준;

282) 가령 현재 2002.4.25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410 (412).

당성이라는 관점에서 심사한 것은 아니지만, 언론의 자유에 대한 제한조치가 사전검열로 판단되면, 과잉금지원칙의 다른 하부 요건들을 심사하지 않고 곧바로 그 조치의 위헌성을 확인해 왔다.

나) 수단과 목적 사이의 연관

a) 수단의 적합성

① 의미: 입법자가 선택한 수단이 입법목적의 실현을 용이하게 하거나 촉진하는 경우 그 수단은 적합성을 띤다. 적합성심사와 관련하여 입법자에게 유리한 제한이 가해진다. 먼저 입법목적의 최적실현을 요구하지 않는다.²⁸³⁾ 따라서 수단이 “전혀 부적합한지”²⁸⁴⁾ 또는 “그 수단에 의하여 원하는 결과의 실현을 촉진할 수 있는지 여부”²⁸⁵⁾만을 통제하는 것이 보통이다. 따라서 적합성이 부정되는 경우는 예외적인 경우²⁸⁶⁾에 한한다.

물론 이러한 기초에서 벗어나 입법자에게 적합성판단의 여지가 부여되어 있다고 보는 것인지가 불분명한 판례도 적지 않다.²⁸⁷⁾ 또 일

283) 이와 관련한 간접적인 표현으로는 가령 헌재 1989.12.22. 88헌가13 - 토지거래허가제: “**과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다**”(판례집 1, 357, 381; 강조표시는 필자).

284) 헌재 1989.12.22. 88헌가13; 1999.7.22. 98헌가5.

285) 헌재 1998.12.24. 89헌마214 - 그린벨트. 헌재 1999.4.29. 94헌바37 - 택지소유상한제(“입법목적을 달성하는 데 어느 정도 기여한다고 볼 수는 있다”). 헌재 2000.4.27. 98헌가16 - 과외금지도 참조.

286) 헌재 1996.12.26. 96헌가181 - 주세보전, 독과점규제를 통한 경쟁질서의 확보, 지역경제육성 및 중소기업보호·육성과의 상관성 내지 적합성 부인; 1997.7.16. 97헌마26 - 검찰총장퇴직후의 정당활동제한; 1999.12.23. 98헌마363 - 군필자가산점제도; 2001.7.19. 2000헌마91등 - 기탁금제도는 후보난립방지에 무용.

287) 가령 헌재 2001.8.30. 2000헌바36 - 민사소송법 제714조 제2항: “가처분에 의한 사전금지청구는 ... (인격권) 보호수단으로서도 적정하다고 판단된다”;

부 판례는 “공법상의 의무불이행을 제재하는 입법목적이 정당성은 있다 할지라도, 그 제재방법과 정도 등 입법목적 달성수단이 합리성을 갖추지 못하였다면 헌법상의 기본권제한의 한계를 벗어나는 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)에 위반된다고 할 것”²⁸⁸⁾이라고 하여 과잉금지의 원칙과 미국식의 합리성통제를 혼동²⁸⁹⁾하는 듯한 인상을 자아내고 있다.

② 적합성판단의 기준시점: 적합성판단의 기준시점과 관련하여 우리 판례에서는 독일²⁹⁰⁾과는 달리 아직까지 원칙적으로 입법당시를 기준으로 적합성 여부를 판단한다는 명시적인 입장을 찾아볼 수 없다.²⁹¹⁾ 입법자에게 입법의 실제적 효과, 따라서 수단의 적합성에 대한 예측의 여지를 인정하고 있으나,²⁹²⁾ 정당설립 및 활동의 자유처럼 헌법질서에서 근본적인 의미를 갖는 자유에 대한 제한의 경우에는 목적실현의 “확실성”을 요구하면서 그 실효성이 의문시되는 수단의 적합성을 부인한 경우도 있다.²⁹³⁾

③ 수단의 적합성 요건과 구분되는 수단의 적정성요건?²⁹⁴⁾: 수단의 적합성과 수단의 적정성 사이에는 개념적인 차이가 존재하는가? 일부 판례는 수단의 적합성²⁹⁵⁾이 아닌 수단의 “적정성”²⁹⁶⁾이라는 용어

2001.7.19. 2000헌바22 - 보안관찰대상자의 출소후 신고의무.

288) 매매대금납부불이행의 경우 계약의 자동해제를 규정한 귀속재산처리법상의 규율에 대한 헌재 2000.6.1. 98헌가13.

289) 양자의 차이점에 대해서는 정태호, “미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교”, 466쪽 이하 참조.

290) 정태호, “미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교”, 476쪽 참조.

291) 다만, 헌재 1997.1.16. 90헌마110 등에 대한 김진우 재판관 등 3인의 소수의 견에서 보호의무이행 여부의 판단기준시점과 관련하여 “여타의 대책들이 충분히 개선될 가능성이 있는 막연한 장래의 시점이 아니라, 입법 당시 내지 심리 종결시라는 점에 유의하여야 한다”고 하여 그에 관해 언급한 바 있다.

292) 가령 헌재 1998.10.29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621 (631).

293) 헌재 1999.12.23. 선고, 99헌마135 - 경찰청장퇴임후의 정당활동의 제한.

294) 이에 대해서는 정태호, “지구당의 강제적 폐지의 위헌성”, 헌법실무연구 제7권(2006), 203 (243-244)쪽 참조.

를 사용하고 있다. 수단의 적절성,²⁹⁷⁾ 수단의 상당성²⁹⁸⁾이라는 용어가 등장하는 판례도 있다. 적합성, 적정성, 적절성, 상당성 등 상이한 용어의 사용은 개념상의 차이에 기반을 두고 있는 것인가? 헌법재판소가 판례에서 이들 용어를 명확히 정의하고 있지 않아 확실한 판단을 내리기는 어렵다. 헌법재판소는 지구당의 강제적으로 폐지한 정당법상의 규율을 다룬 사건에서 지구당 폐지가 “입법목적을 위하여 지구당을 폐지하는 것은 효과적이고 적절한 수단이라고 할 수 있어 수단의 적정성도 인정할 수 있다”²⁹⁹⁾고만 실시하고 있다. 일반적으로 적합성 요건은 공권력이 선택한 수단이 그 목적의 실현을 용이하게 하거나 촉진함으로써 충족되는 것³⁰⁰⁾으로 알려져 있음에 비추어 볼 때 이 판례에서 나타난 헌법재판소의 언술은, 헌법재판소가 수단의 적정성을 수단의 적합성과는 다른 것으로 이해하고 있다는 인상을 주고 있다. 수단이 목적 달성에 긍정적 효과를 발휘한다면, 적합성 요건은 충족됨에도 판례는 “효과적이고 적절하다”는 가중된 심사를 하고 있는 외양을 보이고 있기 때문이다. 그러나 관련 판례들이 수단의 적정성 요건의 각 요소들에 대한 판단을 통일적으로 하고 있어서 실제로 가중된 심사를 하고 있는지는 불분명하다.

어쨌든 이 경우 제기되는 의문은 적정성 요건의 실체와 그 충족 여부를 판단하는 기준이 무엇이나 하는 것이다. 과연 미국의 판례처럼 심사기준³⁰¹⁾에 따라 수단과 목적 사이에 존재하여야 하는 연관의

295) 이 용어를 사용하고 있는 최근 판례는 현재 2005.12.22. 2003헌바88, 헌재공보 111호 95쪽.

296) 가령 현재 2004.12.16. 2004헌마456, 판례집 16-2, 618 (627); 현재 2005.12.22. 2003헌가8, 헌재공보 111호 60쪽.

297) 방법의 적절성이라는 용어를 사용하고 있는 판례로는 현재 2005.12.22. 2004헌가31, 헌재공보 111호 78쪽.

298) 현재 1995.4.20. 92헌바29, 판례집 7-1, 509.

299) 현재 2004.12.16. 2004헌마456, 판례집 16-2, 618 (627).

300) 무엇보다도 계획열, 「헌법학(중)」, 156쪽 참조.

정도를 달리하겠다는 것인지(즉 단순합리성심사의 경우 목적과 수단 사이에 느슨한 연관이 존재하면 족하고, 엄격심사의 경우에는 목적과 수단 사이에 밀접한 관계가 존재하여 수단을 통한 목적의 달성이 거의 확실할 것이 요구되며, 중간단계심사의 경우에는 수단을 통해 목적을 달성할 수 있는 상당한 개연성이 존재하여야 한다), 따라서 적어도 이 문제와 관련하여 미국식 심사방식을 채택하겠다는 것인지 궁극하다. 이 점을 분명히 하지 않는 한, 수단의 적정성 요건은 현재의 주관적 평가에 맡겨질 수밖에 없고 또 그렇기 때문에 실무상으로나 학문적으로나 무용한 심사기준이 될 수밖에 없다. 헌법재판소의 반추가 시급한 문제라고 본다.

④ 사실확인 및 입법효과의 미래예측: 입법자가 선택한 수단을 통하여 입법목적이 달성될 수 있는지에 대한 판단은 사실확인 및 미래예측(Prognose)적 성격을 갖는다.³⁰²⁾ 따라서 입법자에게는 법률의 효과에 대한 사실확인 및 예측과 관련하여 평가의 여지가 인정되며, 입법에 대한 사법적 통제의 범위는 그만큼 제한되게 된다. 일반적으로 입법자에게 부여되는 입법의 기초가 되는 사실의 확인 및 법률의 효과에 대한 예측의 여지의 크기는 법적 규율대상의 특성, 입법자가 확실한 판단을 내릴 수 있는 가능성, 관련된 법익들의 의미에 따라 달라진다.³⁰³⁾

301) 이에 대하여 상세한 것은 정태호, “미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교”, 헌법실무연구2(2001), 463쪽 이하, 특히 466쪽 이하 참조.

302) 계획열, “헌법재판과 국가기능”, 『헌법재판의 회고와 전망』, 헌법재판소 창립 10주년 기념 세미나, 1998, 201 (219쪽 이하) 참조.

303) BVerfGE 73, 40 (92) 참조. 한편, 현재 1999.12.23. 99헌마135 판례집 11-2, 800: “그러나 정당설립의 자유에 대한 제한은 오늘날의 정치현실에서 차지하는 정당의 중요성 때문에 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 헌법의 결정이므로 정당설립의 자유를 제한하는 법률의 경우에는 입법수단이 입법목적을 달성할 수 있다는 것을 어느 정도 확실하게 예측될 수 있어야 한다. 다시 말하면, 헌법재판소는 정당설립의 자유에 대한 제한의 합헌성의 판단과 관련하여 ‘수단의 적합성’ 및 ‘최소침해성’을 심사함에 있어서 입법자의 판단이 명백

적합성요건의 심사와 관련하여 판례는 다수의 사건에서 입법적 조치가 목적달성에 명백히 부적합한지 또는 입법자의 예측이 전혀 타당성이 없는지 여부만을 통제하는 등 매우 신중한 태도를 보이고 있다.³⁰⁴⁾ 다만, 관련기본권의 의미가 중대하고, 그에 대한 제한이 심대한 경우에는 적합성 여부와 관련한 심사기준이 강화될 수도 있다.

헌법재판소는 독일 판례를 따라 입법의 기초가 되는 사실의 확인·평가, 입법의 효과에 대한 예측과 관련한 입법자의 여지의 크기와 관련하여 명백성통제(입법자가 입법당시 확보하였거나 확보할 수 있었던 가용자료에 기초하여 볼 때 입법자의 입법의 기초사실에 대한 평가나 입법의 효과에 대한 예측이 객관적으로 유지될 수 없는 것 인지만을 통제), 상대적 타당성(주장가능성) 통제(입법자가 입법시 입법의 기초되는 사실에 관한 가용자료를 제대로 수집하고 평가하여 일응 주장가능한 예측을 하였는지 여부만을 통제), 치밀한 내용통제(입법자가 고려하지 아니한 자료에도 기초하여 헌법재판소가 독자적으로 입법의 기초사실에 대한 평가와 예측을 하고 입법자의 평가와 예상이 잘못된 것으로 판단할 경우에는 입법자의 그것을 탄핵한다) 등으로 통제강도를 단계화하고 있음은 상술한 바와 같다.

적합성요건은 입법자가 입법시 활용했던 인과지식의 타당성을 검증하는 것이기 때문에 정상적인 입법자라면 전혀 부조리한 인과지식을 전제로 입법활동을 하지 않을 것이다. 그렇기 때문에 어떤 입법조

하게 잘못되었다는 소극적인 심사에 그치는 것이 아니라, 입법자로 하여금 법률이 공익의 달성이나 위협의 방지에 적합하고 최소한의 침해를 가져오는 수단이라는 것을 어느 정도 납득시킬 것을 요청한다.”

304) 우리 헌법재판소도 경제적 입법의 분야에서 그와 같은 신중한 태도를 보이고 있다. 현재 1998.10.29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621 (631): “그러므로 위에서 본 바와 같은 입법의 기초되는 사실에 대한 입법자의 평가와 사납금제도가 초래하는 여러 가지 부작용들을 개선하기 위하여 선택한 수단이 장차 발휘하게 될 효과에 대한 입법자의 예측이 명백히 잘못되었다고도 할 수 없다.”

치가 적합성요건을 충족하지 못하여 위헌으로 선언되는 경우는 예외에 불과하며,³⁰⁵⁾ 비례성심사의 중점은 필요성 및 협의의 비례성심사에 놓이게 된다.

b) 최소침해성

필요성요건으로도 지칭되는 이 요건은 입법자가 투입한 수단이 기본권을 제한하지 않거나 덜 제한하면서도 같은 정도로 입법목적 실현하게 할 수 있는 다른 수단이 없는 경우에 충족된다.³⁰⁶⁾ 필요성요건은 입법자에 의해서 구체적으로 선정된 입법목적과 관련된 상대적 개념이지 정책적 의미에서 입법자의 계획이 필요하냐를 묻는 절대적 개념이 아니다.³⁰⁷⁾

기본권을 최소한 제한하는 수단을 확정하는 기준은 무엇인가?³⁰⁸⁾ 기본권제한조치의 경우에는 그 제한이 관련자에게 미치는 효과를 중심으로 판단하되 일반에 미치는 불이익의 정도도 함께 고려해 넣어야 한다.

복수의 필요한 수단들이 있을 수 있기 때문에 일반적으로 필요성요건의 판단과 관련해서도 입법자에게 평가의 여지가 주어지며, 따라

305) 독일에서 적합성이 부인된 사례는 “도로교통의 안전 및 동승자보호강화”를 위한 승용차동승자소개업의 금지(BVerfGE 17, 306 [315ff.]), 소비자보호를 위하여 소매상인에게 전문지식을 요구하는 법규정(BVerfGE 19, 330 [338f.]), 매사냥증발급요건으로 무기 및 무기소지에 관한 법률에 대한 지식을 요구하는 법규정(BVerfGE 55, 159 [165ff.]) 등이 있을 뿐이다.

306) 현재 2000.3.30. 99헌마143 - 식품등의표시기준; 1999.4.29. 94헌바37 - 택지소유상한제; 1998.5.28. 96헌가5 - 기본권행사의 가부규정에 대한 방법규정 우선의 원칙. 또한 현재 1998.5.28. 96헌가12 - 필요적 규정에 대한 임의적 규정 우선의 원칙(같은 취지의 판례로는 현재 1995.2.23. 93헌가1; 1995.11.30. 94헌가3).

307) E. Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 568, 573 f.

308) Stern, aaO, S.781.

서 보통의 경우에는 기본권을 적게 제한하는 다른 수단들이 있다는 것이 ‘명백히’ 확인될 때에만 그 법률적 규율은 필요 이상으로 기본권을 제한하는 것으로 위헌이라고 할 수 있다.³⁰⁹⁾ 이 때문에 필요성요건의 심사도 일반적으로 명백성통제로 한정되는 경향이 있다. 물론 관련된 중대한 의미를 갖는 기본권에 대한 심대한 제한이 가해지는 경우 그 심사강도가 높아질 수도 있다.³¹⁰⁾

우리 판례도 입법자에게 그가 선택한 수단의 필요성 판단에서도 원칙적으로 어느 정도의 판단의 여지를 인정하고 있다.³¹¹⁾ 그러나 이와 같은 입장이 명백하게 드러나 있지 아니한 판례도 적지 않다.³¹²⁾

c) 협의의 비례성(법익의 균형성)

입법자가 촉진하려는 목적의 가치가 기본권을 통해 보호된 법익에 대한 제한의 강도와 비례관계에 있어야 한다.³¹³⁾ 그러므로 이 심사에서는 목적과 수단 사이의 법익형량이 행해지게 된다.

309) BVerfGE 17, 232 (244f.); 49, 24 (58); Stern, aaO, S.782 참조.

310) 가령 현재 1999.12.23. 99헌마135 판례집 11-2, 800.

311) 현재 1999.4.29. 94헌바37: “과거 우리의 경험에 비추어 위와 같은 제도들만으로는 입법목적을 달성하기 어려우리라는 예측이 가능하고, 법 제정 당시의 심각한 현상을 극복하기 위해서는 택지소유 상한이라는 강력한 처방이 필요하다는 입법자의 판단이 명백히 잘못되었다고 볼 수 없으므로, 택지소유 상한제도 그 자체는 입법목적을 달성하기 위하여 필요한 정도를 넘는 과도한 조치라고 말할 수 없다”(강조표시 필자). 그 밖에도 현재 1989.12.22. 88헌가13; 2001.6.28. 2001헌마132; 2001.8.30. 99헌바92등.

312) 가령 현재 2001.8.30. 2000헌바36: “사전금지 가치분의 허용에 의한 언론의 자유 제한의 정도는 위 가치분의 필요성 및 목적의 정당성, 수단의 적정성 등을 고려할 때 침해 최소성의 원칙에 반하지 아니할 뿐만 아니라”; 2001.2.22. 99헌마365.

313) 현재 1999.4.29. 94헌바37 - 택지소유상한제. 이익형량에 내포된 위험성 때문에 이 요건을 부조리통제로 축소하여 이해하려는 시도로는 Pieroth/Schlink (정태호 역), 「독일기본권론(Die Grundrechte, 15. Aufl. 1999)」, 2000(헌법재판소), 단락번호 293이하.

헌법재판소의 주관적 평가가 아니라 헌법 자체에 담긴 객관적 결정이 각 법익의 비중을 잴 때의 기준이 되어야 한다. 그러나 그러한 비중이 헌법에 명시된 것이 아니기 때문에 3단계의 요건 중 통제기관의 주관이 개입될 소지가 가장 큰 요건이다. 그러므로 입법자에게 법익의 비중 평가와 관련한 여지가 인정되지 않으면 안 된다. 따라서 원칙적으로 입법자의 형량이 명백히 잘못된 경우에만 헌법재판소가 자신의 형량을 관철할 수 있다고 보아야 한다(부조리통제로서의 형량심사). 헌법재판소는 원칙적으로 입법자의 형량이 “현저하게 균형을 잃었거나”³¹⁴⁾ “헌법의 가치질서에 모순될 때에만” 입법자의 결정을 수정할 수 있다고 보아야 한다. 형량주체의 주관성이 개입할 수 있는 가능성이 높다는 사정에 비추어 볼 때 이 요건에 내포된 남용의 위험성을 최소화할 필요가 있기 때문이다.

그렇다고 기본권의 본질적 내용침해금지예에 의하여 절대적으로 보호되어야 할 기본권의 본질을 제외하고는 기본권심사에서 법익형량 내지 법익균형성심사를 완전히 부정하는 견해³¹⁵⁾의 타당성을 인정하는 것은 아니다. 그에 따르면 기본권은 기본권제한조치가 적합하고 필요한 이상 기본권의 본질적인 핵심 이외에는 보호받을 수 없게 되어 기본권의 보호수준이 현저하게 저하될 것이기 때문이다.³¹⁶⁾ 또한

314) 헌재 1998.2.27. 97헌바79; 1998.5.28. 95헌바18: “법률조항에 의하여 보호되는 공익과 제한되는 기본권 사이에 현저한 불균형이 있다고 볼 수 없으므로 법익균형성을 갖추었다고 볼 수 있다”; 1999.4.29. 94헌바37: “재산권 침해의 효과와 소유상환을 통하여 달성하려는 ‘적정한 택지공급’이라는 공익 사이의 합리적인 비례관계를 명백히 벗어났다”; 2000.2.24. 98헌바94; 2000.4.27. 98헌가16: “그 제한을 통하여 얻는 공익적 성과와 제한이 초래하는 효과가 합리적인 비례관계를 현저하게 이탈하고 있다”. 긍정적인 표현으로는 헌재 2001.2.22. 99헌마365: “국민연금제도를 통하여 달성하고자 하는 공익이 개별적인 내용의 저축에 대한 선택권이라는 개인적 사익보다 월등히 크다고 보아야 할 것”; 2000.6.1. 99헌가11(이상 강조표시 필자).

315) Schlink, EuGRZ 1984, S. 462.

316) J. Riecken, aaO, S. 399 f. 참조.

법익균형성 심사의 심사강도를 항상 명백성통제로 국한해야 한다고 주장하는 것도 아니다. 중대한 의미를 가지는 기본권에 대한 심각한 제한의 경우에는 헌법재판소가 기본권의 수호자로서 입법자의 법익형량에 대하여 강도 높은 심사를 할 수 있다고 본다.

목적과 수단의 관계를 형량하는 기준은 무엇인가? 이에 관하여 여러 가지 견해가 있지만, 각 법익이 헌법에서 점하고 있는 비중이 결정적인 비교의 준거가 된다고 보아야 한다.³¹⁷⁾ 일반적으로 협의의 비례성심사는 상충하는 개인의 이익들의 형량, 개인의 이익과 공익의 형량으로 이행하게 된다.

기본권에 의해 보호되는 이익의 헌법적 지위는 헌법이 기본권을 보장하는 목적과 그 이익이 사이에 존재하는 관계의 긴밀성의 정도, 헌법이 해당 기본권을 보호하고 있는 구체성의 정도(구체성의 차이는 법익의 서열에 관한 징표를 줄 뿐 결정적인 의미를 갖지는 않는다. 그러므로 그 징표가 다른 헌법적으로 의미 있는 관점에 의하여 제거되는지 아니면 굳어지는지를 확인하여야; 가령 신체와 자유, 직업선택의 자유와 강제노역의 원칙적 금지), 기본권을 통해 보호되는 이익이 침익받는 정도와 양상(가령 그 이익의 실현을 위하여 다른 사람의 이익이나 지위가 위협받거나 침익을 받게 된다면 그러한 결과를 없애는 경우보다 보호가치가 적다; 사인의 기본권 사이의 충돌인가 공익 사이의 충돌인가)에 달려 있다.

기본권에 의해 보호되는 이익의 희생 하에 실현되어야 할 목적(공익)의 헌법적 지위도 유사한 방식으로 측량되어야 한다. 즉 그 목적과 헌법 스스로 설정하고 있는 목적 사이에 어느 정도의 긴밀한 관계가 존재하는지 그리고 그 목적이 헌법에 제시된 목적들의 체계에

317) R. Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104(1979), S. 414(455f.); Stern, aaO, S. 785.

서 어느 정도의 비중을 갖는 것인지를 판단하여야 한다(인간의 존엄성, 국가의 안전보장, 자유민주적 기본질서 등). 그 목적의 비중을 평가할 때 그 목적이 헌법에 의하여 어느 정도 구체적으로 명시되었는지는 그 지위를 판단하는 징표의 기능을 수행한다. 끝으로 목적이 가지는 헌법적 지위는 기본권에 의하여 보호되는 특정 이익과 충돌함으로써 받는 피해의 존부 그리고 그 피해의 양과 질(시간과 공간) 그리고 그 목적 실현의 긴절성(위험이 명백히 현존하는가 아니면 위험이 실현될 확률이 낮은가)에 달려 있다.

한편, “기본권제한의 정도와 이를 정당화하는 사유의 비중 및 긴급성을 종합적으로 형량할 때 기본권주체의 수인한도가 지켜지고 있는지”를 기준으로 판단하는 판례도 있다.³¹⁸⁾ 그러나 이와 같은 공식이 판례에서 항상 의식되고 또 적용되는 것은 아니다.³¹⁹⁾

다) 적용범위

전술한 4요소들을 포함하는 포괄적인 과잉금지의 원칙이 과연 모든 기본권에 일반적으로 적용될 수 있을 것인가? 헌법재판소의 기본 입장인 과잉금지의 원칙의 4요소가 모두 충족되어야 한다는 것이다.³²⁰⁾ 신체의 자유, 직업의 자유 등과 같이 법적 형성을 요하지 않

318) 헌재 1999.7.22. 98헌가5, 판례집 11-2, 37쪽. 한편, 헌재 1997.11.27. 96헌바60은 “위 법률조항들이 최소침해의 원칙에서 말하는 이른바 수인의 한계점을 일탈했다고는 볼 수 없다”고 하여 수인의 한계라는 공식의 좌표를 잘못 설정하고 있다.

319) 가령 헌재 2001.8.30. 2000헌바36: “이에 의하여 보호되는 인격권보다 이로 인하여 제한되는 언론의 자유의 중요성이 더 크다고는 볼 수 없으므로 법익 균형성의 원칙 또한 충족한다고 볼 것”; 2001.8.30. 2000헌바121등: “이 규정으로 인한 표현의 자유에 대한 제한과 선거의 공정이라는 공익 사이에 균형이 유지되고 있다고 할 것”.

320) 가령 “헌법 제37조 제2항 소정의 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)은 국민의 기본권 제한에 대한 국가작용의 한계를 명시한 것으로서, 목적의 정당성, 방

는 기본권에 대한 제한의 심사기준으로 포괄적인 과잉금지 원칙이 적용된다는 의문의 여지가 없다. 일부 소수의견이 특정 기본권영역에서 미국식 합리성심사기준을 적용할 것을 주장함으로써 필요성심사나 법익균형성심사를 하지 말아야 한다는 견해를 피력한 경우가 있으나, 판례의 대세를 바꾸지는 못하고 있다.³²¹⁾

문제가 되는 것은 가령 공무담임권, 선거권, 재판청구권과 같은 법적 형성을 필요로 하는 보호영역을 가진 기본권이다. 판례는 동요하고 있다. 공무담임권과 선거권의 경우에는 형성의 합리성 여부를 판단기준으로 삼은 판례가 소수 발견되기는 하지만³²²⁾ 과잉금지원칙을 판단기준으로 삼은 판례³²³⁾가 주종을 이루고 있다. 재판청구권 관련 사건들에서는 무엇보다도 그 보호내용을 좁게 설정함으로써 동 권리에 대한 제한의 존재를 부정하거나³²⁴⁾ 합리성심사에 그친 사례도 있지만,³²⁵⁾ 다수의 판례에서는 과잉금지원칙이 위헌심사기준으로 적용

법의 적정성, 피해의 최소화, 법익의 균형성 중 어느 하나에라도 저촉되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙이다”(헌재 1989.12.22. 88헌가13; 1990.9.3. 89헌가95; 2000.6.29. 98헌마67).

321) 가령 헌재 2000.4.27. 98헌가16, 이영모재판관의 소수의견. 합리성심사를 하게 되면 헌법재판소의 통제는 목적의 정당성, 수단의 적합성에 대한 심사에 그치게 된다. 이에 대해서는 정태호, 전개논문, 헌법실무연구(2) 참조.

322) 헌재 2001.6.28. 2000헌마111; 1997.6.26. 96헌마89 - 선거권연령하한: “입법자가 선택한 수단이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 재량에 속하는 것”; 1993.7.29. 93헌마23 - 지방의회의원선거법상의 피선거권제한.

323) 헌재 1999.1.28. 97헌마253 - 선거권부여 요건으로서의 국내거주; 헌재 1997.12.24. 97헌마16 - 선거법과 다른 범죄와의 경합범에 대한 선거권과 피선거권제한; 1995.5.25. 91헌마44 - 지방의회의원선거에서의 기탁금제; 1995.4.20. 92헌마29 - 지방의회의원선거에서의 선거운동방법의 제한.

324) 가령 헌재 1997.8.21. 94헌마2 결정은 검사의 불기소처분에 대한 재판청구의 가능성이 헌법으로부터 도출되지 않는다고 보고 있다. 헌재 1997.10.30. 97헌마37 등도 마찬가지이다. 그러나 이 판례는 결론부분에서 심리불속행제도가 국민의 재판청구권을 제약하지만 정당화된다고 하는 등 앞뒤가 맞지 않는 추론을 하고 있다. 유사한 것으로는 헌재 1993.11.25. 91헌마8. 그러나 헌재 1994.2.24. 93헌마10; 1994.12.29. 92헌마31는 상소권이 재판청구권의 한 내용이라는 전제로부터 출발하고 있다.

되고 있다.³²⁶⁾ 재산권의 경우에도 헌법재판소는 과잉금지원칙을 심사 기준으로 적용하고 있다.³²⁷⁾ 독일 판례와는 달리 공과금의 부과도 재산권을 제한하는 것으로 보는 헌법재판소의 판례는 서울³²⁸⁾이라든가 부담금부과율³²⁹⁾과 관련해서는 입법자에게 폭넓은 형성의 여지를 인정하고 있다.³³⁰⁾ 그러나 헌법재판소는 개인이 국가에 대하여 사실적 급부를 요구할 수 있는 권리인 사회적 기본권에는 이 원칙을 적용한 바 없으며, 오히려 최소한보장의 원칙을 심사기준으로 적용하였다.³³¹⁾

사건으로는 법적 형성을 요하는 기본권의 경우에는 먼저 기본권의 의미 있는 행사를 비로소 가능하게 하는 기본권형성행위³³²⁾와 기본

325) 헌재 1994.2.24. 93헌바10 - 항소, 상고의 경우 제1심에 비하여 각기 2, 3배의 인지를 첩부하도록 하는 규율; 1998.5.28. 96헌바4 - 통고처분에 대한 행정소송 제소를 불허한 관세법상의 규율; 1996.10.4. 95헌바11 - 표준지공시지가의 결정 및 공시에 대한 이의신청기간을 '공시일로부터 60일 이내'로 축소한 규율.

326) 헌재 2001.2.22. 99헌바74 - 민사소송에서의 소송구조의 제한; 1995.9.28. 91헌가11등; 1996.1.25. 95헌가5 - 민사소송에서의 인지첩부액의 정률제; 1997.8.21. 94헌바2에 대한 재판관 이재화 등의 반대이견; 1998.7.16. 95헌바19 등에 대한 재판관 김용준 등의 반대이견 등이 있다.

327) 가령 헌재 2000.2.24. 98헌바94 - 법인의 비업무용토지에 대한 중과; 1999.10.21. 97헌바84 - 카지노사업자에 대한 관광산업진흥부담금부과; 1999.6.24. 98헌바68 - 증여세 미납자에 대한 납부불성실가산세의 부과; 1999.4.29. 94헌바37 - 택지소유상한제; 1999.3.25. 96헌바34 - 부부공유 유체동산에 대한 동산압류방식에 의한 집행.

328) 가령 헌재 2000.2.24. 98헌바94 - 법인의 비업무용토지에 대한 중과.

329) 가령 헌재 1999.10.21. 97헌바84 - 카지노사업자에 대한 관광산업진흥부담금 부과.

330) 그러나 조세가 국가재정수요의 충당을 위하여 부과되고(목적의 일반성) 또 조세수입과 그 지출용도 사이에는 목적세를 제외하면 구속력 있는 연관이 존재하지 않기 때문에 목적과 수단 사이의 연관을 문제삼는 과잉금지의 원칙이 세법의 심사기준으로 적용될 수 있는지는 의문이다. 이러한 이유 때문에 독일의 경우에는 이 원칙은 기본적으로 심사기준으로 적용되지 않는다. 명시적으로 이를 언급하고 있는 BVerfGE 63, 343 (367) 참조.

331) 헌재 1997.5.29. 94헌마33 - 1994년생계보호기준. 이에 대해서는 정태호, 사회적 기본권과 헌법재판소판례, 헌법논총 제9집, 1998, 601, 655쪽 참조.

332) Pieroth/Schlink(정태호 역), 전거서, 단락번호 209 이하 참조.

권에 의하여 보호되는 자유, 법익 등의 향유를 금지 내지 불가능하게 하는 기본권제한행위를 구분하는 작업이 선행되어야 한다고 본다. 물론 기본권형성행위에 대해서도 정당한 근거(즉, 합리성)가 있는지를 심사할 수 있으며, 그러한 근거가 없는 경우에는 그 형성행위는 실패한 형성행위로서 결과적으로 기본권제한과 같은 성격을 띠게 된다.³³³⁾ 그렇지만 형성행위에 대하여는 포괄적인 과잉금지원칙에 대한 심사를 피할 수 있게 된다.

(2) 신뢰보호의 원칙

1) 법치국가원리와 신뢰보호원칙

법치국가에서 법률은 국민이 스스로 자신의 행동을 조정하는 데 필요한 가장 중요한 수단이다. 법률은 그에 대한 신뢰와 법적 안정성을 만들어낸다. 입법자가 법률의 제·개정을 통해 소급효를 부여함으로써 국민이 행동의 기초로 삼았던 법규정을 사후에 달리 규정하면 법률에 대한 신뢰와 법적 안정성이 침해된다. 따라서 과거의 행위로 인한 법적 효과를 입법자가 사후에 불리하게 개정하는 것은 헌법상의 법치국가원리에 따라 특히 정당화될 필요가 있다. 신뢰성은 자유헌법의 기본조건이기 때문에, 개인이 법적으로 중요한 행동을 한 시점에 적용되었던 법적 효과보다 더 불리한 법적 효과를 공권력이 사후에 그 행동이나 그와 관련된 상황에 부여할 수 있다면 개인의 자유는 현저하게 위협을 받을 것이다.³³⁴⁾ 이러한 맥락에서 볼 때 신뢰보호원칙은 법치국가원리에서 도출되는 헌법원칙이다.

333) Pieroth/Schlink(정태호 역), 전게서, 단락번호 649 참조.

334) BVerfG DVBl. 1998, 465.

따라서 법치국가의 원칙상 법률이 개정되는 경우에는 구법질서에 대하여 가지고 있던 당사자의 신뢰가 보호되어야 한다.³³⁵⁾ 법적 안정성이 객관적 요소로서 법질서의 신뢰성·항구성·법적 투명성과 법적 평화를 의미한다면, 신뢰보호원칙은 이와 내적 상호연관관계에 있는 법적 안정성의 주관적 측면으로서 한번 제정된 법규범은 원칙적으로 존속력을 갖고 자신의 행위기준으로 작용하리라는 개인의 신뢰 보호를 의미한다.³³⁶⁾ 따라서 특정한 법률에 의하여 발생한 법률관계는 그 법에 따라 파악되고 판단되어야 하고, 과거의 사실관계가 그 뒤에 생긴 새로운 법률의 기준에 따라 판단되어서는 안 될 것이다.³³⁷⁾

이처럼 국민이 어떤 법률이나 제도가 장래에도 그대로 존속될 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 하여 일정한 법적 지위를 형성한 경우, 국가는 그와 같은 법적 지위와 관련된 법규나 제도의 개폐에 있어서 법치국가의 원칙에 따라 국민의 신뢰를 최대한 보호하여 법적 안정성을 도모하여야 한다. 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고 정당하며, 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙을 위배한다.³³⁸⁾

그러나 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 정책적 필요에 의하여 공권력 행사의 내용은 신축적으로 바뀔 수밖에 없고, 그 바뀐 공

335) 헌재 1997. 11. 27. 97헌바10, 판례집 9-2, 651 (668).

336) 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51 (84).

337) 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등 참조.

338) 헌재 2004. 12. 16. 2003헌마226등, 판례집 16-2하, 580 (590).

권력 행사에 의하여 발생된 새로운 법질서와 기존의 법질서와의 사이에는 어느 정도 이해관계의 상충이 불가피하므로 국가의 공권력 행사에 관하여 국민들이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 절대적인 권리로서 보호되는 것은 아니라고 할 것이다.³³⁹⁾

2) 신뢰보호원칙의 내용

이처럼 신뢰보호원칙이 수행하는 역할은 상황에 따라 다양하다. 소급입법이라고 해서 무조건 금지되는 것은 아니다. 개인에게 유리한 법규범의 경우에는 신뢰보호가 침해되지 않기 때문에 소급효를 인정해도 문제가 되지 않는다.³⁴⁰⁾ 따라서 소급입법금지원칙은 일반적으로 불리한 규범에 적용된다.³⁴¹⁾ 여기에서는 불리한 법률의 소급효 금지를 중심으로 신뢰보호원칙의 내용과 심사방법을 살펴보기로 한다.

가) 소급입법금지원칙의 헌법적 근거

우리 헌법은 소급입법금지원칙의 특별규정들을 두고 있다. “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”고 규정한 헌법 제13조 제1항 전단과 “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다”고 규정한 헌법 제13조 제2항이 그것이다. 헌법 제13조 제1항 전단은 소급형법에 의한 범죄와 형벌의 신설 또는 강화를 금지하고 있고, 제13조

339) 헌재 1993. 5. 13. 92헌가10등; 1994. 4. 28. 91헌바15등; 1995. 3. 23. 93헌바18등; 1996. 4. 25. 94헌마119, 판례집 8-1, 433 (445 이하); 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441 (1466).

340) Maunz/Dürig/Herzog, Art. 20, Rn. 66.

341) BVerfGE 23, 93 참조.

제2항은 소급입법에 의한 참정권의 제한과 재산권 박탈을 금지하고 있다. 이들이 규정하고 있는 독자적인 소급효금지원칙은 이른바 절대적 소급효금지로서 예외가 인정되지 않는다.

나) 신뢰보호원칙과 재산권보장의 관계

문제는 소급입법에 의하여 재산권이 박탈되는 경우가 아니라 재산권적 지위가 제한되는 경우이다. 이 때 소급입법금지원칙의 헌법적 근거가 제13조 제2항인지, 아니면 헌법 제23조 제1항이나 법치국가원리인지 불명확하기 때문이다.

이와 관련, 소급입법 금지 규정이 적용되지 않는 경우 소급입법금지원칙의 헌법적 근거가 무엇인가에 대해서는 논란이 있다. 소급입법을 통해 기본권에 의해 보호되는 법적 지위, 특히 재산권이 제한되는 경우 신뢰보호가 기본권을 통해 직접 보장되는 것인지, 법적 안정성을 보장하는 법치국가원리를 통해 보호되는 것인지 명확하지 않기 때문이다. 또 기본권과 법치국가원리를 통해 보호되는 것이라면 신뢰보호원칙의 헌법적 근거로서 기본권을 우선시할 것인지, 법치국가원리를 우선시할 것인지에 대해서도 해명이 필요하기 때문이다. 독일에서는 그동안 법치국가원리를 우선시하였으나, 최근에는 기본권을 더 우선시하는 경향을 보이고 있다. 특히, 재산권보장의 영역에서 독일 연방헌법재판소는 법치국가원리보다 기본권이 우선함을 인정하였다.³⁴²⁾

우리 헌법재판소도 이와 같은 견해를 취하고 있다. 이에 따르면 헌

342) BVerfG DVBl. 1997, 420 참조.

법상 재산권 보장의 중요한 기능은 국민에게 법적 안정성을 보장하고 합헌적인 법률에 의하여 형성된 구체적 재산권의 존속에 대한 신뢰를 보호하고자 하는 데 있다. 이러한 의미에서 재산권에 관한 법치국가적 신뢰보호원칙은 헌법상 재산권 보장의 원칙을 통하여 고유하게 형성되고 구체적으로 표현되었다고 할 수 있다.³⁴³⁾

따라서 소급입법에 의하여 재산권이 박탈되는 경우가 아니라 재산권적 지위가 제한되는 경우에는 헌법 제23조 제1항이 소급입법금지원칙의 독자적 근거가 된다고 보아야 할 것이다. 재산권보장을 통해 보호되는 이익에 관한 한 개인에게 법적 안정성을 보장하고 합헌적 법률을 통해 형성된 재산권에 대한 신뢰를 보호하는 것은 헌법 제23조 제1항 재산권보장의 기능에 속하기 때문이다.³⁴⁴⁾ 이것은 기본권이 적용되지 않는 경우에는 법치국가원리가 소급입법금지의 헌법적 근거를 이룬다는 것을 의미한다.³⁴⁵⁾

다) 소급효의 유형

전통적으로 소급입법금지원칙의 적용영역은 진정소급효와 부진정소급효로 구별되었다. 진정소급효는 이미 종결된 과거의 사태를 사후입법을 통해 변경시킬 때, 즉 법적 효과가 공포 전의 시점으로 소급하여 발생하는 경우에 인정된다. 부진정소급효는 법규범이 이미 종결된 과거의 사태나 법적 관계에 영향을 미치는 것이 아니라, 아직 종결되지 않은 현재의 사태나 법적 관계에 향후적으로 영향을 미치는

343) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289 (319).

344) BVerfGE 36, 281 (293); BVerfG NJW 2000, 413 (415); Maurer, HdStR III § 60 Rn. 50 참조.

345) BVerfGE 88, 384 (403).

경우에 인정된다.³⁴⁶⁾ 부진정소급효를 통해서도 개인의 법적 지위는 사후 입법을 통해 제한된다. 이에 따르면 진정소급효와 부진정소급효의 구별 기준은 법적 효과가 부여되는 사태의 종결시점이다.

그러나 이 구별은 어떤 법률을 진정소급입법과 부진정소급입법 중 어느 하나의 유형에 속하는 것으로 확실히 판단하기가 어렵기 때문에 그 타당성에 대해 점차 의문이 제기되고 있다. 이 문제에 대해서는 독일 연방헌법재판소 내부에서도 제1재판부와 제2재판부의 입장이 다르기 때문에 각 재판부의 입장을 먼저 확인해 보기로 한다.

a) 독일 연방헌법재판소 제1재판부의 판례: 진정소급효와 부진정소급효

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 진정소급효와 부진정소급효를 구별, 이를 계속 유지하고 있다. 그에 따르면 진정소급효가 있는 불리한 법률은 법치국가원리의 본질적 요소에 해당하는 법적 안정성의 원칙에 위반되기 때문에 원칙적으로 무효라고 한다.³⁴⁷⁾ 법적 안정성의 원칙을 개인의 입장에서 본 것이 신뢰보호원칙이기 때문이다.

그러나 동 재판부는 불리한 법률의 진정소급효 금지에 대해서도 예외를 인정하고 있다. 불리한 법률의 경우 진정소급효 금지는 법적 안정성의 원칙과 신뢰보호원칙을 통해 구체화되는 법치국가원리로부터 나오는 결론이다. 그러나 법적 안정성과 신뢰보호는 입법자가 입법과정에서 고려해야 하는 유일한 가치도 아니고 다른 가치들보다 상위에 있는 것들도 아니다. 따라서 소급효금지의 원칙에도 예외가

346) 이러한 구별에 대해서는 예컨대 BVerfGE 24, 266; 25, 290 참조.

347) BVerfGE 13, 270 f.; 25, 403 참조.

있을 수 있다는 것이다. 동 재판부가 인정하고 있는 예외는 특히 다음과 같은 경우들이다. 주의해야 할 것은 이 예외들이 완결적인 것이 아니라는 점이다.

첫째, 신법이 소급적 한시규정을 포함하고 있는 경우에는 예외가 인정된다. 법적 효과의 발생이 법률에 의하여 소급되는 시점에 그 사항에 대한 신법의 규정을 개인이 이미 예측하고 있었던 경우 그 신뢰는 보호가치가 없기 때문이다.

둘째, 무질서한 혼란상태를 해명하기 위한 경우에도 예외가 인정된다. 즉, 구법이 불명확하고 혼란스러운 경우 당사자의 입장에서 해명을 기대하고 있음이 명백한 때에는 그 구법규정에 대한 신뢰는 보호되지 않는다. 이것은 법적 안정성과 신뢰보호의 기본사상에서 인정되는 예외라 할 것이다.

셋째, 무효인 구법에 의하여 형성된 법적 외관은 신뢰보호의 대상이 되지 않는다. 따라서 입법자는 무효인 법규범을 법적 문제가 없는 법규범으로 소급하여 대체할 수 있다.

넷째, 법적 안정성의 요청과 공공복리가 충돌하는 경우에는 공공복리가 더 우위에 있기 때문에 이 경우에는 예외적으로 불리한 법률의 소급효가 정당화된다고 한다.

다섯째, 당사자의 입장에서 현행의 부당한 또는 체계에 반하는 규범이 입법자에 의해 계속 유지되기를 기대하는 것이 정당하지 않은 경우에도 진정소급효의 예외가 인정된다고 한다.³⁴⁸⁾ 그러나 이 경우

당사자의 기대가 정당한지 여부를 판단함에 있어서 당사자의 실제적 인식가능성은 중요하지 않다는 것이 동 재판부의 입장이다. 이것은 독일 연방헌법재판소가 당사자의 인식가능성을 자신의 정당성판단(Billigkeitsurteil)으로 대체함으로써 신뢰보호의 사실을 공동화시킬 수 있음을 의미한다. 이로 인해 이 예외는 학설에 의해 대체로 거부되고 있다.

b) 독일 연방헌법재판소 제2재판부의 판례: 법적 효과의 소급과 구성요건의 소급

독일 연방헌법재판소 제2재판부는 제1재판부와 달리 부진정소급효를 진정소급효와 같이 ‘소급효’라는 통일적 상위개념 하에서 파악하지 않고 이를 신뢰보호원칙의 문제로 파악하고자 한다. 이에 따라 진정소급효와 부진정소급효의 구별 기준에서 출발해 소급입법금지원칙을 엄밀화하려고 한다.

그 결과, 동 재판소는 진정소급효와 부진정소급효의 구별 대신에 법적 효과의 소급(소급효)과 구성요건의 소급을 구별하고 있다. 이 구별은 법규범의 물적 적용범위와 시간적 적용범위의 구별을 기초로 한 것이다.

동 재판부는 그 형식적 구별기준을 법률의 공포 시점 또는 공포일과 시행일이 다른 경우에는 시행일에서 찾고 있다. 이에 따르면 법적 효과의 소급은 규범의 법적 효과가 법률의 공포 시점 전에 발생하는 것이고, 구성요건의 소급은 규범이 향후적으로만 법적 효과를 미칠

348) 예컨대 BVerfGE 13, 272; 18, 439 참조.

뿐이고 그 구성요건은 공포 전의 상황과 관련된 것이다. 법적 효과의 소급은 원칙적으로 금지되고, 구성요건의 소급은 원칙적으로 허용된다고 한다.

c) 독일 연방헌법재판소 판례의 평가

제1재판부는 제2재판부의 입장에 대한 평가 없이 진정소급효와 부진정소급효의 개념적 구별을 계속 유지하고 있다. 이에 반해 제2재판부는 부진정소급효와 관련하여 제1재판부의 판례와 용어상 구별을 피하고 있다. 그러나 그 구별은 경직된 것이 아니다. 구성요건의 소급을 규정하고 있는 법률이 소급적으로 시행되는 법률과 마찬가지로 개인에게 부담을 주는 경우에는 이 법률도 법적 효과의 소급이 있는 것으로 간주되기 때문이다.³⁴⁹⁾ 그러나 이것은 용어 구별에 불과한 것은 아니지만, 많은 점에서 제1재판부의 판례와 내용적·언어적 유사성이 있기 때문에 거의 모든 사건에서 두 재판부는 동일한 결론에 이르게 된다.

독일 연방헌법재판소의 판례도 결국 각 규범의 유형에 따라 그 구별 문제를 해결하고 있으며, 이로써 점차 제1재판부의 정의로부터 벗어나고 있다. 따라서 지금까지의 구별을 포기하고 보호가치가 있는 신뢰이익에 대한 제한이 허용되는지 여부만을 심사하자는 견해도 제시되고 있다.³⁵⁰⁾ 이에 따르면 소급효로 이해되는 것은 여전히 진정소급효뿐이고, 부진정소급효는 법적 안정성과 신뢰보호의 기준에 따라 기본권의 테두리 안에서 다뤄져야 한다고 한다.

여기서 주목할 만한 것은 제2재판부의 판례는 소급효금지원칙의

349) BVerfG DVBl. 1998, 465 (466).

350) Muckel, JA 1994, 13 (14).

재정립 가능성을 보여주고 있다는 점이다. 이에 따르면 부진정소급효의 문제는 더 이상 소급효이론의 좁은 틀 안에서 전개할 필요 없이 구체적인 보호영역을 고려하여 기본권(당해 기본권이 없는 경우에는 결국 독일 기본법 제2조 제1항)과의 관련 속에서 신뢰보호원칙에 따라 해결해야 한다. 즉, 신뢰보호원칙은 우선 기본권을 통해 실현되기 때문에 부진정소급효의 헌법적 정당성은 당해 기본권의 한계에 따라 판단해야 하는 것이다. 관련 기본권이 없는 경우에만 일반적인 신뢰보호원칙을 적용한다. 물론 제1재판부도 재산권보호의 범위 안에서는 직접 기본권에 의거하여 그 허용 여부를 판단한다. 이 경우 비례의 원칙에 따른 심사의 틀 안에서 법치국가원리에 따라 소급효에 적용하는 한계를 심사한다.

d) 헌법재판소 판례

우리 헌법재판소도 진정소급입법과 부진정소급입법의 구별에서 출발, 각 유형에 따라 입법자의 입법형성권과 신뢰보호원칙의 관계를 원칙적으로 다음과 같이 이해하고 있다.

“과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법을 상정할 수 있다고 할 것이다. 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적 안정성을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법을 하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할

것이나, 후자의 경우에는 구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰 보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일 이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다.”³⁵¹⁾

그러나 헌법재판소는 ‘부진정소급효’라는 용어를 사용하되, 그 문제는 독일 연방헌법재판소 제2재판부와 같이 소급입법의 문제가 아니라 신뢰보호의 문제로 파악하고 있다. “일정한 법적 상태를 새로이 규율하는 규정이 장래에 발생하는 사실관계뿐만 아니라 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니한 채 진행과정에 있는 사실관계에도 적용되는 예는 법률개정 경우 흔히 찾아 볼 수 있는 현상이며, 여기서 발생하는 문제는 소급입법의 문제가 아니라 종래의 법적 상태에서 새로운 법적 상태로 이행하는 과정에서 불가피하게 발생하는 법치국가적 문제, 구체적으로 입법자에 대한 신뢰보호의 문제이다.”³⁵²⁾

3) 신뢰보호원칙의 심사 기준과 방법

가) 신뢰보호원칙의 심사 기준

독일 연방헌법재판소 제2재판부와 우리 헌법재판소의 구별은 개념적 구별에 불과한 것이 아니라, 심사방법의 차이로 연결된다.

우선 법적 효과의 소급(소급효)이 허용되는지 여부는 법치국가원리의 일반적 원칙들, 특히 신뢰보호원칙과 법적 안정성의 원칙에 따라 판단된다. 이 때 추후 개정된 법률의 법적 효과에 의하여 그 보호영

351) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9 (17 이하).

352) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289 (318).

역이 불리하게 제한되는 기본권은 간접적으로 고려된다.

반면 구성요건의 소급은 본래적 의미의 소급효 문제가 아니다. 따라서 그 허용 여부는 우선 법치국가원리에 따라 판단되는 것이 아니라, 기본권에 의거하여 직접 판단되어야 한다. 그러나 이 경우 신뢰보호원칙, 법적 안정성의 원칙, 비례의 원칙과 같은 법치국가원리의 일반적 원칙들이 간접적으로 준수되어야 한다.³⁵³⁾

나) 신뢰보호원칙의 심사 방법

a) 소급효금지원칙과 형량

헌법 제13조 제1항 전단과 제13조 제2항의 특별규정은 절대적 소급효금지로서 이 규정들이 적용되는 경우 소급효는 이익형량과 관계 없이 언제나 금지된다. 이에 반해 법치국가원리의 일반적 원칙들이 적용되는 경우에는 형량이 이루어질 수 있다.

진정소급효는 허용되지 않는 것이 원칙이다. 그러나 입법자는 전술한 바와 같은 예외적인 경우에는 법률에 진정소급효를 부여할 수 있다. 이에 반해 부진정소급효 내지 구성요건의 소급은 원칙적으로 허용된다. 그러나 구체적인 경우에는 신뢰보호의 관점에서 입법자의 입법형성권이 제한될 수 있다. 따라서 이때에는 개인의 신뢰보호와 공공복리 사이에서 형량이 이루어져야 한다. 형량의 결과 개인의 신뢰를 정당화하는 특수한 상황이 있는 경우에만 예외적으로 구성요건의 소급이 허용되지 않는다.

353) BVerfGE 72, 200 (242); BVerfG NJW 1988, 2529 (2533); NJW 1992, 2877 (2878); DVBl. 1998, 465; Möller/Rührmair, NJW 1999, 908.

또 최근의 견해와 같이 구성요건의 소급을 소급효의 문제로 보지 않는다면, 그 허용 여부를 판단하는 기준은 기본권과의 합치성 여부이다. 경우에 따라서는 법률개정이 신뢰보호의 관점에서 허용된다 하더라도 당사자의 불이익을 제거하기 위해서 비례의 원칙에 따라 경과규정(Übergangsregeln)을 마련할 필요가 있다. 경과규정이 필요한지 또 어느 정도로 필요한지는 입법목적과 당사자의 불이익을衡量하여 입법자가 결정한다. 당사자의 법적 지위에 대한 제한이 중대하면 할수록 경과규정의 필요성도 그만큼 커진다.

b) 신뢰보호원칙의 심사 방법

신뢰보호의 원칙은 헌법상 법치국가원리로부터 도출되는데, 그 내용은 법률의 제정이나 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 제정이나 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 그러한 새로운 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다.³⁵⁴⁾ 그러나 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 필요성에 의하여 법률은 신축적으로 변할 수밖에 없고, 변경된 새로운 법질서와 기존의 법질서 사이에는 이해관계의 상충이 불가피하다. 따라서 국민이 가지는 모든 기대 내지 신뢰가 헌법상 권리로서 보호될 것은 아니고, 신뢰의 근거 및 종류, 상실된 이익의 중요성, 침해의 방법 등에 의하여 개정된 법규·제도의 존속에 대한 개인의 신뢰가 합리적이어서 권리로서 보호할 필요성이 인정되어야 한다.³⁵⁵⁾

354) 헌재 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704 (712 이하).

355) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659 (683); 1995. 6. 29. 94헌바39,

그렇다면 신뢰보호원칙의 위반 여부는 한편으로는 침해받은 신뢰이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현코자 하는 공익목적에 종합적으로 비교·형량 하여 판단하여야 한다.³⁵⁶⁾ 법률을 새로이 제정하거나 개정함에 있어서는 기존 법질서와의 어느 정도의 마찰은 불가피한 것인바, 신뢰보호원칙에 위반되는지를 판단하기 위해서는 신뢰보호의 필요성과 새로이 달성하려는 공익 목적을 비교·형량 하여야 한다.³⁵⁷⁾ 신뢰보호의 필요성과 개정법률로 달성하려는 공익을 비교·형량 하여 신뢰보호원칙을 판단하는 것은 부진정소급입법의 경우에도 당연히 적용되어야 할 것이다.³⁵⁸⁾

따라서 신뢰의 보호는 새로운 입법을 통하여 실현하고자 하는 공익을 위하여 제한될 수 있는 것이지만 이 경우에도 그 제한이 위헌으로 되지 않기 위해서는 비례의 원칙이 준수되어야 한다. 따라서 신뢰이익의 제한이 있는 경우에는 신뢰이익과 공공복리의 중요성을 비교형량 하여 비례의 원칙이 지켜졌는지 여부를 판단하고 그에 따라 위헌 여부를 결정하여야 할 것이다.³⁵⁹⁾

판례집 7-1, 896 (910); 2002. 2. 28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106 (116).

356) 헌재 1995. 3. 23. 93헌바18등, 판례집 7-1, 376 (385); 1995. 6. 29. 94헌바39, 판례집 7-1, 896 (910); 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447 (458); 1998. 11. 26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673 (681); 2001. 2. 22. 98헌바19, 판례집 13-1, 212 (220); 2001. 4. 26. 99헌바55, 판례집 13-1, 869 (885); 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441 (1466); 2002. 11. 28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704 (713); 1999. 7. 22. 97헌바76등, 판례집 11-2, 175 (195); 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128 (145 이하); 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399 (412).

357) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등; 1995. 6. 29. 94헌바39 등; 1998. 3. 26. 93헌바12, 판례집 10-1, 226 (251).

358) 헌재 1995. 10. 26. 94헌바12, 판례집 7-2, 447 (458).

c) 개인의 신뢰이익의 보호가치에 대한 판단 기준

법률의 존속에 대한 개인의 신뢰가 어느 정도로 보호되는지 여부에 대한 주요한 판단기준으로는 다음과 같은 2가지 요소를 거시할 수 있다. 먼저, 법적 상태의 존속에 대한 개인의 신뢰는 그가 어느 정도로 법적 상태의 변화를 예측할 수 있는지 혹은 예측하였어야 하는지 여부에 따라 상이한 강도를 가진다. 그런데 일반적으로 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이기 때문에, 원칙적으로 이에 관한 법률의 개정은 예측할 수 있다고 보아야 한다. 다음으로, 개인의 신뢰이익에 대한 보호가치는 법령에 따른 개인의 행위가 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 신뢰의 행사인지, 아니면 단지 법률이 부여한 기회를 활용한 것으로서 원칙적으로 사적 위험부담의 범위에 속하는 것인지 여부에 따라 달라진다. 만일 법률에 따른 개인의 행위가 단지 법률이 반사적으로 부여하는 기회 of 활용을 넘어서 국가에 의하여 일정 방향으로 유인된 것이라면 특별히 보호가치가 있는 신뢰이익이 인정될 수 있고, 원칙적으로 개인의 신뢰보호가 국가의 법률개정 이익에 우선된다고 볼 여지가 있다.³⁶⁰⁾

이에 따르면 예컨대 조세법의 영역에서는 국가가 조세·재정정책을 탄력적·합리적으로 운용할 필요성이 매우 큰 만큼, 조세에 관한 법규·제도는 신속적으로 변할 수밖에 없다는 점에서 납세의무자로서는 구법질서에 의거한 신뢰를 바탕으로 적극적으로 새로운 법률관

359) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338 (346); 2002. 8. 29. 2001헌마159, 판례집 14-2, 203 (210).

360) 헌재 2002.11.28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704 (713 이하).

계를 형성하였다든지 하는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 서울 등 현재의 세법이 변함없이 유지되리라고 기대하거나 신뢰할 수 없다.³⁶¹⁾

(3) 적법절차

1) 서설

영미법계 국가에서 “인권보장의 가장 핵심적인 헌법원리”로³⁶²⁾ 발달한 적법절차원리는 1215년에 제정된 영국의 ‘대헌장(Magna Carta)’에 그 실정법적 기원을 둔다. 그 후 1335년 Edward 3세 치하의 제정법과 1628년의 권리청원 제4조에서 보다 더 구체적으로 규정된 적법절차조항은³⁶³⁾ 이제 영국에서 미국으로 건너가 그 치밀한 법리의 발전을 보게 된다. 19세기 중엽에 남부와 북부간의 복잡한 이해관계의 대립으로 촉발된 미국의 南北戰爭(Civil War, 1861년-1865년)이 北部의 승리로 끝나자, 북부 승리의 전리품에 해당하는 여러 조항들이 미국헌법에 들어가게 되었다.

1868년에 미국헌법에 추가된 수정헌법 제14조도 그 중의 하나인데, 동조 제1항은 “합중국에서 出生 또는 歸化하고, 합중국의 管轄權에 속하는 모든 사람은 합중국 및 그 居住하는 州의 市民이다. 어떠한 州도 합중국 시민의 特權과 免責權을 박탈하는 법률을 制定하거나 施行할 수 없다. 어떠한 州도 適法節次에 의하지 아니하고는 어떠한

361) 헌재 1998.11.26. 97헌바58, 판례집 10-2, 673, 680-683; 2002.2.28. 99헌바4, 판례집 14-1, 106 (116).

362) 허영, 「韓國憲法論」全訂新版, (박영사, 2005년) 349면.

363) 영국에서의 적법절차조항의 출현과 그 발전에 관해서는, 권영성, 「憲法學原論」改訂版(법문사, 2005년) 422면; 김철수, 「憲法學概論」第17全訂新版(박영사, 2005년) 546면; 허영, 전게서 349-350면 참조.

사람으로부터도 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 管轄權 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 平等的 保護를 거부하지 못한다.”는 다소 긴 규정이다. 이 중 “어떠한 州도 適法節次에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며” 부분이 適法節次條項을 구성한다.

또한 南北戰爭 以前인 1891년에 미국헌법에 추가된 權利章典條項들 중 수정헌법 제5조도 “누구라도, 大陪審에 의한 고발 또는 起訴가 있지 아니하는 限, 死刑에 해당하는 죄 또는 破廉恥罪에 관하여 審理를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 戰時나 事變時에 복무 중에 있는 民兵隊에서 발생한 사건에 관하여서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 犯行으로 생명이나 신체에 대한 위협을 再次 받지 아니하며, 어떠한 刑事事件에 있어서도 자기에게 不利한 증언을 강요당하지 아니하며, 누구라도 適法節次에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 正當한 補償없이, 私有財産을 公共用으로 收用당하지 아니한다.”라는 다소 긴 규정 속에 “누구라도 適法節次에 의하지 아니라고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다”라는 적법절차조항을 갖고 있다. 수정헌법 제5조와 수정헌법 제14조의 이 부분들이 바로 미국헌법상의 ‘適法節次條項’이라 불리는 조항들이다. 그리고 이 부분들에 근거해 영국에서 도입된 적법절차의 법리가 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 형성되고 발전된 것이다.

이들 적법절차조항은 미국 연방대법원에 의해 위헌이나 합헌 판단의 근거로 일찍부터 활발히 사용되어 왔다. 심지어 1791년에 추가된 미국 수정헌법 제9조가 “본 헌법에 특정 권리들을 列舉한 사실이, 인민이 보유하는 그 밖의 여러 권리들을 否認하거나 輕視하는 것으로 해석되어서는 아니된다”라고 규정함으로써 自然權思想에 기초하여

새로운 기본권들이 도출될 수 있는 창구를 만들어 놓았음에도 불구하고, 미국 연방대법원은 수정헌법 제9조 보다는 오히려 수정헌법 제5조와 제14조의 適法節次條項을 더 많이 활용하면서 새로운 기본권들을 형성해오고 있기 때문이다.

여기서는 우선 이렇듯 큰 중요성을 가진 영미법상의 適法節次條項이 구체적으로 미국 연방대법원의 어떤 판례들을 통해 어떻게 형성되고 발전되어져 왔느냐를 고찰하고, 적법절차조항의 編入條項으로서의 기능, 實體的 適法節次原理, 節次的 適法節次原理의 구체적 내용을 개관한다. 다음으로, 일본헌법 제31조를 거쳐 우리 헌법 제12조 제1항과 제3항에 도입된 적법절차조항이 학설과 헌법재판소 판례를 통해 어떤 방향과 내용의 법리 발전을 보았는지를 살펴봄으로써, 적법절차조항이 우리 헌법에 도입된 후의 실제적 운용방향을 분석해본다. 이러한 연구의 궁극적 목적이 적법절차조항의 제대로 된 활용 방안을 모색해 보는 데 있음은 물론이다.

2) 미국연방 수정헌법 제14조 適法節次條項의 編入條項으로서의 기능

1878년에 처음 제정된 미국 建國憲法은 입법부의 구성 및 권한에 관한 제1조, 대통령을 수반으로 하는 행정부의 구성 및 권한에 관한 제2조, 연방대법원을 필두로 하는 연방사법부의 구성과 권한에 관한 제3조를 중심으로 하는 7개의 조항으로 이루어져 있었지만, 정작 통치구조 이외에 기본권에 관한 직접적인 조항들은 갖고 있지 못했다. 이에 기본권조항이 없는 헌법은 무의미하다는 비판이 일자, 불과 4년 후인 1891년에 표현의 자유와 종교의 자유 등 중요한 기본권들을 담고 있는 수정헌법 제1조를 필두로 하여 주로 基本權에 관한 10개의

조항들이 한꺼번에 미국헌법에 수정헌법 제1조에서 제10조에 걸쳐 추가되게 되었으며, 따라서 이 기본권에 관한 조항들을 따로 權利章典(Bill of Rights)이라 부르게 되었다.

그러나, 이 權利章典條項들은 연방정부를 그 규율대상으로 할 뿐, 州에 대해 직접 주장될 수는 없다는 한계를 지니고 있었다. 수정헌법 제1조는 연방정부기관의 하나인 “聯邦議會(Congress)”가 언론의 자유 등을 침해하는 연방법률을 만들 수 없다고 규정하고 있었고 그 외의 권리장전조항들에도 “州(State)”라는 단어는 등장하지 않았다. 권리장전조항들의 규율대상자 내지 주장대상자는 “州”가 아니라 “聯邦政府”에 한정되고 있었던 것이다.³⁶⁴⁾ 미국 연방대법원도 그러한 취지의 판결들을 내림으로써,³⁶⁵⁾ 權利章典條項들의 “州”에의 적용은 애초에 봉쇄되고 말았다.

이러한 문제의 해결사 역할을 해낸 것이 바로 미국연방 수정헌법 제14조의 適法節次條項이다. 同條項은 “어떤 州(State)도” 適法節次에 의하지 않고 주민의 생명, 자유, 재산을 박탈하지 못한다고 규정함으로써, “州”를 그 규율대상자로 명시해 놓고 있으며, 이 조항의 “자유(liberty)” 속에 權利章典상의 基本權들을 編入(incorporation)시킴으로써, 이 조항을 통해 權利章典상의 基本權들이 “州”에 대해서도 주장될 수 있게 되었던 것이다. 즉, 수정헌법 제14조의 적법절차조항이 수정헌법 제1조에서 제10조의 基本權을 州에게도 주장할 수 있게 하는 “編入條項”으로서의 구실을 하게 된 것이다. 이것은 미국연방 수정헌법 제14조의 적법절차조항이 “聯邦主義(federal system)”를 채택

364) 수정헌법 제14조 적법절차조항의 편입조항으로서의 기능에 관해 자세히는 JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 368-70 (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000) 참조.

365) 대표적인 판결로는 Barron v. Mayor of Baltimore 32 US(7 Pet.) 243 (1833) 참조.

하고 있는 미국헌법 하에서 기본권 조항들의 적용이 聯邦政府를 넘어 州로 확대되어 나가는 통로로서의 구실을 하는 중요한 조항임을 의미하게 하였다.

3) 實體的 適法節次原理의 形成과 發展

가) 實體的 適法節次原理의 形成

미국연방 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 일정한 의미를 부여하기 위해 연방대법원은 위에서 본 權利章典上的의 基本權들 이외에 몇몇 자연권개념, 일반적인 공평성의 이념, 역사, 전통, 그리고 일반적인 미국의 慣行이나 美國國民의 合意 등을 同條項에서 도출해냈다. 많은 판결들에서 수정헌법 제14조 적법절차조항의 “自由(liberty)”는 권리장전상의 기본적 자유들과 함께 연방헌법에 明示的으로 규정되지 않은 일련의 암시된 기본권들을 상징하게 되었다. 미국 헌법의 根底에는 항상 自然權思想이 자리 잡고 있었다. 그 自然權思想은 비록 헌법에 명시적으로 규정되어 있지는 않지만 정부가 월등한 정당화 논리를 가지지 않고는 침범할 수 없는 ‘根本的 權利’라는 것이 존재한다고 보았다.³⁶⁶⁾ 그러한 자연권사상의 ‘근본적 권리’에 대한 논의가 바로 수정헌법 제14조 적법절차조항에서 그 등지를 튼 것이다.

적법절차조항을 州政府나 聯邦政府가 개인들에게 ‘根本的 公正性(fundamental fairness)’을 갖고 행동할 것을 요구하는 조항이라고 봤을 때, 그 요구를 두 가지 다른 측면에서 살펴볼 수 있다. 實體的인 면과 節次的인 면이 그것이다. 節次的인 면에서의 적법절차는 州가 공정하게 행위 하는 한, 헌법이 명시적으로 금하는 것이 아니면 州는

366) 이 자연권사상이 잘 나타난 미국 연방대법원 판례로는 Fletcher v. Peck 10 US(6 Cranch) 87 (1810) 참조.

무엇이든 할 수 있다는 것을 의미한다. 그러나, 실체적인 면에서의 적법절차는 그 절차가 아무리 공정하다 하더라도, 또 헌법이 明示的으로 이를 금하고 있지는 않다 하더라도, 州政府나 聯邦政府가 할 수 없는 일도 있다는 것을 뜻한다. 즉, 실체적인 면에서의 적법절차는 州政府나 聯邦政府의 권한에 내재적인 한계를 드리우는 것이라 볼 수 있다. 이것이 ‘實體的 適法節次原理’의 기본적 의미이다.

그런데, 이 실체적 적법절차원리의 가장 큰 맹점은 그 개념의 不確定性(indeterminateness)에 있다. ‘適法節次’란 애매모호한 용어다. ‘根本的 公正性’도 더 구체적인 용어가 되지 못한다. 법원이 적법절차의 법리를 합헌성심사에 사용하고 때때로 정부의 공권력 행사를 위헌무효화 시킬 때, 법원은 정부 행위에 대한 실체적 한계이자 정부 행위의 정당성의 측정수단으로서의 ‘根本的 權利’들을, 어떻게 또 헌법상의 어느 조항에 근거해서 도출하느냐의 문제가 발생한다. 그리고 그런 ‘根本的 權利’들이 明示的 규정에 기반 하지 못한 默示的인 것이기 때문에, 판사가 헌법상의 제한이라는 미명하에 자기 자신의 價値選擇을 판결에서 강요하려 할 때 무엇이 이를 막을 수 있는가의 문제도 발생한다.

적법절차조항과 관련하여, 연방대법원은 實體的 適法節次 분야에 몇몇 논란거리들을 만들어 놓았고, 이 조항에서 몇몇 중요한 묵시적 근본권리들을 도출해냈으며, 이 조항에 근거해 그 영향력이 광범위한 중요한 헌법판결들을 형성해왔다. 이러한 연방대법원 판결에 대한 의회 등의 반발과 어떤 默示的 권리들을 根本的 權利라 선언함으로써 의회의 법률을 무효화시킨 법원의 태도는, 둘다 헌법적 문제에 있어 위헌심사의 현 절차와 기술들을 형성하는데 중차대한 역할을 했다.

나) 實體的 適法節次原理의 發展

적법절차조항은 인간생활의 어떤 부분을 규율하는 州의 실제적인 권한까지도 제한할 수 있다는 면에서 實體的 適法節次原理를 발전시킨다. 그런데 이 실제적 적법절차원리는 주로 미국연방 수정헌법 제5조와 제14조의 “자유(liberty)”의 해석을 통해 발전해왔다. 즉, 인간행동에 대한 어떤 유형의 州에 의한 규제는 인간의 중요한 권리를 너무도 불합리하게 간섭하는 것이어서 “자유”에 대한 ‘不合理한 否定’에 까지 이른다는 것이며, 이러한 규제가 실제적 적법절차원리에 반해서 위헌이라는 것이다.

a) 經濟와 社會福祉 분야에서의 規制

위헌판단의 근거로서의 실제적 적법절차원리는 경제규제 법률에 대한 위헌판단, 그 중에서도 ‘契約의 自由’에 관련된 사건판결들에서 처음으로 나타나기 시작했다. 이 사건판결들에서 연방대법원은 미국연방 수정헌법 제14조에 의해 보호되는 “자유”를 육체적 자유뿐만이 아니라 “그의 모든 재산을 자유롭게 사용하고 향유할 권리, 모든 합법적 방법으로 그의 재산을 자유롭게 사용할 권리, 그가 살고자 하는 곳에서 살고 그가 일하고자 하는 곳에서 일할 권리, 어떤 직업이라도 合法的 職業으로 그의 생계를 꾸려나갈 권리, 자유롭게 직업을 선택할 수 있고 그 목적을 위해 적절하고 필요하며 본질적일 수 있는 모든 계약을 체결할 수 있는 권리”로³⁶⁷⁾ 인식했다. 적법절차조항에 관한 初期判決이라 할 수 있는 1897년의 *Allgeyer v. Louisiana*판결이 그 예이다. 그 후에도 상당기간 연방대법원은 이러한 적법절차조항으로부터 도출된 ‘契約의 自由’를 제한하는 법률에 대해 엄격한 합헌성 심사기준을 들이대며 많은 위헌판결을 내렸다. 1905년의 *Lochner*판

367) *Allgeyer v. Louisiana* 165 US 578, 589 (1897).

결이 그 대표적인 예이다.

그러나, 연방대법원은 1930년대 중반에 와서 이 ‘契約의 自由’나 넓게는 ‘經濟規制’에 관한 법률들의 위헌심사기준을 크게 완화하는 大反轉을 보인다. 1934년에 시작된 일련의 판결들에서 연방대법원은 경제규제에 관한 법의 합헌성심사에 훨씬 완화된 기준인 ‘合理性 審査’ 기준을 채택하기 시작한 것이다. 이는 1930년대 미국 경제공황을 타개하기 위한 루즈벨트 대통령의 여러 경제개혁 입법들이 경제규제에 관해 엄격한 합헌성 심사기준을 적용하던 당시의 연방대법원에 의해 위헌판결을 받아 무효화 되자, 이에 자극받은 루즈벨트 대통령이 대법관 수의 増員을 위한 法院再構成計劃(court packing plan)을 발표하게 되고, 이에 위기감을 느낀 연방대법원이 그 입장을 전면 수정함으로써 이루어졌다.³⁶⁸⁾ 이것은 경제관련 입법뿐만이 아니라 사회규제 입법에 대한 합헌성 심사에도 확대되었다. 이러한 연방대법원의 새 경향은 사회적·경제적 문제에 관한 州政府나 聯邦政府의 규제에 대한 위헌심사에 연방대법원이 不介入의 原則을 세운 것으로 보게 했다. 오늘날에도 이러한 경향은 이어져, 연방대법원은 헌법에 의해 금지되지 않은 목적은 그것이 무엇이건 정당한 목적으로 받아들이고 합리성의 요건도 이를 넓게 해석하여 州政府나 聯邦政府의 사회적·경제적 규제에 대해 웬만하면 그 규제의 합리성을 인정하여 이를 합헌으로 보고 있다. 財産權의 경우, 미국 연방대법원은 실체적 적법절차원리로 재산권을 보호하려 애썼지만 많은 논란을 낳자 Blaisdell판결이나 Causby판결에서와 같이, 실체적 적법절차원리가 아니라 헌법 제1조 제10항의 契約條項과³⁶⁹⁾ 수정헌법 제5조의 收用條項을³⁷⁰⁾ 적

368) 루즈벨트 대통령의 법원개혁계획과 연방대법원의 입장 변화에 관해 자세히는 G. EDWARD WHITE, THE CONSTITUTION AND THE NEW DEAL 198-236 (Cambridge/ Massachusetts: Harvard Press, 2000) 참조.

369) 미국 연방헌법 제1조 제10항의 계약조항은 “어느 州라도.....계약상의 의무에

용해 재산권을 보장하려 노력하게 되었다. 그 중에서도 특히 收用條項이 그 이후 연방대법원 판례에서 재산권 보장의 원칙적인 근거규정으로 크게 활용되어 오고 있다. 收用條項은 실제적 적법절차원리와는 달리 州政府나 聯邦政府의 규제를 무효화시키지 않고 다만 수용된 재산에 대한 ‘正當한 補償(just compensation)’만을 州政府나 聯邦政府에 요구한다. 그러나, 그 보상이 때때로 경제적 규제를 비현실적인 것으로 만들기도 한다. ‘收用’은 개인 재산에 대한 물리적 침탈이 있을 때 가장 명확하게 일어난다. 초기의 실제적 적법절차원리의 援用時와는 달리, 收用條項을 원용할 때에 비록 經濟規制와 물리적 收用の 구분선을 선명하게 가르기가 어렵다는 것이 일찍이 증명되었지만, 연방대법원은 收用條項을 자주 원용함으로써 경제규제 자체를 위헌무효로 선언하는 것을 회피해왔다.³⁷¹⁾

b) 根本的 權利들에 영향을 주는 非經濟規制

州政府나 聯邦政府의 규제가 근본적 권리들을 제한하는 非經濟規制일 때, 연방대법원은 적법절차조항 위배이냐를 판단함에 있어 합헌성 심사 기준으로 嚴格審査(strict scrutiny)를 채택해왔다. 嚴格審査를 통과해 합헌이 되려면 규제의 목적이 그냥 ‘正當한(legitimate)’ 것인 것만으로는 안 되고 ‘緊切한(compelling)’ 것이어야 한다. 또한, 州政府나 聯邦政府가 선택한 수단이 그 긴절한 목적 달성에 ‘必要한(necessary)’ 것이어서 피해가 輕微한 다른 수단이 있어서는 안 된다.

해를 주는 법률 등을 제정하거나.....할 수 없다.”고 규정하고 있다.

370) 미국연방 수정헌법 제5조의 收用條項은 “누구라도.....정당한 補償없이 사유 재산을 公共用으로 收用 당하지 아니한다.”고 규정하고 있다.

371) NORMAN REDLICH, JOHN ATTANASIO & JOEL K. GOLDSTEIN, UNDERSTANDING CONSTITUTIONAL LAW 177 (2nd ed., Mathew Bender & Company, 1999).

立證責任도 전환되어 그 법이 위헌임을 주장하는 측이 아니라 그 법이 합헌임을 주장하는 州政府나 聯邦政府가 여러 증거의 제출 등으로 그 법이 합헌임을 입증해야 한다.

實體的 適法節次와 관련하여 ‘根本的 權利’로 인식되어 온 소수의 권리들은 바로 ‘프라이버시권’이라는 다소 그 보호범위가 불확정적인 기본권과 관련된 것들이었다. 때때로 이 분야는 自己決定權(right to autonomy)과 관련된 것이라 설명되어지기도 한다. 즉, 고도로 개인적인 문제들에서 자신에 의한 결정을 내릴 권리에 관한 것인 것이다. 낙태권에 관한 Roe v. Wade(1973)판결에서 Blackmun대법관의 多數意見에 잘 나타나 있듯이, 연방대법원은 수정헌법 제14조 적법절차조항의 “자유” 속에서 프라이버시권을 끌어내고 있다.³⁷²⁾

프라이버시권 혹은 自己決定權에 속하는 권리들은 모두 결혼, 출산, 자녀 양육에 관련된 것들이다. 따라서, 결혼의 자유, 피임약이나 피임기구를 사용할 권리, 가족과 함께 살 권리, 자녀 양육과 교육을 감독할 권리 등이 적법절차조항의 실체적 적법절차원리에서 말하는 ‘根本的 權利’에 해당하게 된다. 이에 비해서, 유부남이나 유부녀가 배우자 이외의 異성과 합의에 의한 섹스를 할 成人의 利益과 같은 것은 이 영역에 속하지 못해서 ‘根本的 權利’가 되지 못한다. 낙태권도 Roe v. Wade(1973)판결 이래로 근본적 권리의 하나로 인식되어 왔지만, 1992년의 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey판결은 낙태권을 準根本的(quasi-fundamental) 권리로 격하시켰고, 이 후로 연방대법원은 이러한 입장을 계속 유지해오고 있다. 이 각각의 근본적 권리들에 대해 살펴보자.

372) 그 전의 Griswold v. Connecticut 381 US 479 (1965) 판결에서 다수의견을 쓴 Douglas대법관은 권리장전의 몇몇 조항들이 모여 형성한 권리의 周緣部(penumbra)로부터 프라이버시권이 도출된다고 본 바 있다.

첫째, 피임약이나 피임기구를 사용할 권리는 ‘根本的 권리’이다. 따라서 성인남녀는 결혼 여부와 무관하게 피임에 근본적 권리를 향유하며 州政府나 聯邦政府는 엄격심사를 통과할 정도가 아니면 피임할 권리에 간섭하지 못한다. 이것은 Griswold v. Connecticut(1965)판결에서 확인되었고 위의 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey(1992)판결에서도 깨지지 않고 지속되었다. 다만, 未成年者들도 피임에 관한 권리를 근본적 권리로 향유할 수 있는가에 대해서는 논란이 있다. 연방대법원은 여러 판례들을 통해 성인남녀의 피임에 관한 권리만을 ‘根本的 權利’로 한정해왔기 때문이다.

둘째, 낙태권은 실제적 적법절차에 의해 보호되는 ‘근본적 권리’의 대표적인 예이다. Roe v. Wade(1973)판결에서 임신기간에 대한 3分期理論으로 형성된 落胎權은 그 후의 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey(1992)판결에서 약간의 후퇴를 보게 된다. Casey판결 이후 연방대법원이 밝힌 낙태권의 범위와 내용은 다음과 같다. 임신부는 태아가 生存能力(viability)을 갖추기 以前에는 낙태 여부를 자유롭게 결정할 수 있는 헌법상의 프라이버시 권을 가지지만, 그 기간에도 州政府는 ‘잠재적 생명(potential life)’을 보호해야할 이익이라는 임신부의 낙태권과 상충되는 이익을 가진다. 따라서, 비록 州는 태아가 생존능력을 갖추기 以前 기간에는 일반적으로 낙태를 금할 권한을 가지지 못하지만, 全般的으로는 Casey판결 以前보다도 훨씬 더 강력한 낙태절차에 대한 규제권을 가지게 된다. 심지어 태아가 생존능력을 갖추기 以前이라도 州의 규제가 임신여성의 낙태권에 대한 “不當한 負擔(undue burden)”이 되지 않을 때에는 낙태에 대해 규제할 수 있게 되는 것이다. 이 때 “不當한 負擔”이란,

태아가 생존능력을 갖추기 이전에 낙태를 하려는 임신여성에게 “낙태시술에 실질적 장애를 주겠다는 목적이나 효과를”³⁷³⁾ 州의 규제가 가지게 되는 경우를 뜻한다. Casey판결로 임신여성의 낙태권은 더 이상 ‘根本的 權利’에 해당하지 않게 되었고, 따라서 이에 대한 합헌성 심사도 더 이상 嚴格審査를 받지 않게 되었다. Roe v. Wade판결 법리와 결별이 일어났던 것이다.

州는 다른 유형의 수술에 公的 자금을 지원할 수는 있지만 낙태에 관해서는 의료보험 등의 公的 자금 지원을 거부할 수 있다. 또한, 가족계획 관련 병원들에 公的 지원을 하는 대신, 州는 그 병원들의 의사가 낙태를 권하지 않고 다른 낙태시술자에게 환자를 소개시켜 주지 않을 것을 요구할 수는 있다.³⁷⁴⁾ 州는 낙태를 허용할 경우에도 그 시술되는 落胎의 類型을 규제권한을 가진다. 예를 들어 2번째 분기인 임신 4개월에서 6개월 사이의 낙태에 대해 반드시 병원에서 이를 행하도록 요구할 수 있는 것이다.³⁷⁵⁾ 그러나, 州가 落胎의 類型을 규제할 때에도 임신부의 생명과 건강을 보호하기 위한 목적으로 행해져야 한다.³⁷⁶⁾

셋째, 家族關係(family relations)에 관련된 사항은 실체적 적법절차 원리에 의해 보호받는 ‘根本的 權利’에 해당하는 경우가 많다. 우선, 가족이나 친척들은 ‘같이 살 권리(right to live together)’를 가진다.

373) Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 505 US 833, 840 (1992).

374) 이 법리는 Rust v. Sullivan 500 US 173 (1991) 판결에서 확립되었다.

375) Casey판결 이전의 판결인 Akron v. Akron Center for Reproductive Health, Inc. 462 US 416 (1983)에서 이 점에 관해 반대의 결론을 내린 적도 있었다.

376) 미국 연방대법원은 Stenberg v. Carhart 530 US 914 (2000) 판결에서, 州는 ‘부분출산(partial birth)’ 낙태 방식이 임신부를 위해 가장 안전한 방법이 아닌 경우가 아니면, 이 방식을 금할 수 없다고 판시하였다.

이 권리는 Moore v. East Cleveland판결에서³⁷⁷⁾ 판시된 바와 같이 ‘根本的 權利’에 속한다. 그러나 미국연방 연방대법원은 혈연관계나 결혼으로 인한 가족이나 친척이 아닌 사람과 같이 살 권리는 여기에 해당하지 않음을 분명히 했다.³⁷⁸⁾

또한 연방대법원은 자녀양육과 교육에 관련된 부모의 권리도 ‘根本的 權利’로 인정했다. 부모들은 자녀들이 어떻게 교육받을 것인가를 결정할 근본적 권리를 가지기 때문에, 州는 부모들이 자녀들을 공립 학교에 보내게 강요할 수 없다고 선언한 1925년의 Pierce v. Society of Sisters판결이³⁷⁹⁾ 이에 관한 대표적 판결이다. 부모로서 양육을 계속할 권리도 근본적 권리에 속하므로, 州가 판단하기에 양부모 가정이 자녀 양육을 위해 더 좋다 하더라도 그 이유만으로 州는 아이를 부모에게서 빼앗아 갈 수 없다. 심지어 비록 친부모에 의한 아동학대가 있다 하더라도 근본적 권리로서 친부모의 양육권은 계속 존속하는 것이다. 따라서 ‘根本的 權利’인 친부모의 양육권을 제한하여 州가 아이를 다른 養父母 가정에 맡기기 위해서는 그 아동의 보호에 관한 州의 이익이 ‘緊切한(compelling)’ 것이어서 엄격심사를 통과해야만 한다.³⁸⁰⁾

結婚의 자유도 가족관계와 관련된 ‘根本的 權利’에 속하므로, 결혼의 자유를 제한하는 법률은 嚴格審査를 통과해야만 합헌이다. 이와 관련해서는, 前婚으로부터 과생된 모든 경제적 부담을 이행하지 않고

377) Moore v. East Cleveland 431 US 494 (1977). 동 판결에서 연방대법원은 市가 사촌들끼리 함께 사는 것을 금하는 條例를 제정할 수 없다고 판시했다. 핵가족제도 하에서도 친척이나 가족끼리 함께 살 권리는 ‘근본적 권리’이므로 그것을 금하는 州法은 합헌성 심사에서 엄격심사의 대상이 된다는 것이 그 이유였다.

378) Belle Terre v. Boraas 416 US 1 (1974) 판결에서 이러한 구분을 하였다.

379) Pierce v. Society of Sisters 268 US 510 (1925).

380) 이와 관련해서는 양육 부모의 반대에도 불구하고 아동의 祖父母가 아동 접근권을 가질 수 있는지를 다룬 Troxel v. Granvill 530 US 57 (2000) 참조.

있는 경우가 아닌 限, 州는 재혼을 금할 수 없다고 판시한 Zablocki v. Redhail(1978)판결이³⁸¹⁾ 주목을 끈다.

넷째, 실제적 적법절차와 관련해 미국 연방대법원의 최근 판례경향을 읽을 수 있는 부분이 바로 ‘죽을 權利(right to die)’ 혹은 ‘원하지 않는 의료서비스를 拒否할 權利(right to decline unwanted medical procedures)’이다. 이 부분은 지금까지도 그 법리가 형성되고 있는 중에 있다. 우선, 행위능력 있는 成人은 수정헌법 제14조의 적법절차에 의해 人爲的인 생명연장조치 같은 원치 않는 의료서비스를 제공받지 않을 이익을 가진다. 하지만, 그것이 ‘根本的 權利’이냐의 여부는 아직까지 논란이 진행 중이다. 이와 관련해 州도 이와 충돌되는 이익으로서 생명을 유지시킬 이익을 가진다. 이 이익충돌의 해결이론으로 미국 연방대법원은 Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health판결에서³⁸²⁾ ‘明白하고 說得力있는 證據(clear and convincing evidence)’ 기준을 제시하였다. 즉, 瀕死狀態에 빠진 환자가 생명연장조치를 自發的으로 거부했을 것이라는 ‘明白하고 說得力있는 證據’가 존재하지 않는 한, 생명 유지를 위한 州의 이익은 州로 하여금 생명연장장치를 제거하지 말라고 강제할 수 있게 한다는 것이다. 그러나, 이 ‘죽을 權利’ 혹은 ‘원하지 않는 의료서비스를 拒否할 權利’는 ‘自殺의 權利’와는 구분된다. 연방대법원은 回生可能性이 없는 환자도 실제적 적법절

381) Zablocki v. Redhail 434 US 374 (1978).

382) Cruzan v. Director, Mo. Dept. of Health 497 US 261 (1990). 이 사건의 사실관계를 보면, 병원에 입원한 환자는 혼수상태에서 튜브를 통해 음식물을 제공받으며 인공호흡기로 호흡을 하고 있었다. 환자의 부모는 생존가능성이 없자, 튜브를 통한 음식물 공급과 인공호흡장치를 통한 호흡을 중단할 것을 병원측에 요청했다. 이에 대해 미국 연방대법원은, 환자가 의식이 있을 때 그러한 인공적 장치에 의해 생명을 연장하지는 않으리라는 의사를 보여주었다고 인정할만한 ‘명백하고 설득력 있는 증거’를 그 부모들이 제시하지 못한다면, 州는 그 생명연장조치들을 계속 제공할 것을 요구할 수 있다고 판시했다.

차로부터 도출되는 “자유”의 하나로서 자살할 권리를 가지지는 못한다고 보았다. 더 나아가 Washington v. Glucksberg³⁸³⁾판결에서 환자가 그의 자살을 도울 제3자를 募集할 權利도 없다고 보았다. 따라서, 州는 의사가 환자의 자살을 도울 목적으로 故意的으로 致死量の 약을 처방하는 것을 重犯罪로 다룰 수 있는 것이다.

다섯째, 그 외에도 실체적 적법절차원리는 그 불확정성으로 인해 헌법에 명시적으로 규정되지 않은 많은 새로운 근본적 권리들의 導出倉庫가 되고 있다. 그 예로서, 우선 ‘읽을 權利’를 들 수 있다. 인간은 자신이 읽기를 원하는 것을 읽을 근본적 권리를 가진다. 이에 근거해 미국 연방대법원은 오래 전의 Stanley v. Georgia판결에서³⁸⁴⁾ 州가 비록 포르노그래피를 他人에게 파는 것을 범죄로 규정할 수는 있지만, 집에서 혼자 포르노그래피를 읽는 것을 금할 수는 없다고 판시한 바 있다. 자신의 외모를 자신이 원하는 방법으로 꾸밀 권리도 근본적 권리의 하나로 수정헌법 제14조의 實體的 適法節次로부터 도출된다. 이에 근거해 Kelly v. Johnson판결에서³⁸⁵⁾ 연방대법원은 경찰관의 머리카락 길이와 스타일을 규제하는 법을 이 근본적 권리의 침해로 위헌이라 판시했다. 그 외에도 결혼한 부부는 성행위와 관련해 실체적 적법절차에 의해 인정되는 프라이버시권에 의해 근본적 권리를 가진다. 즉, 부부간의 성행위가 육체적으로 위험하지 않고 夫婦雙方의 合意에 의한 것이며 비공개 장소에서 이루어지는 것인 한, 부부는 심지어 ‘非正常的인 성행위(deviant sex)’를 할 권리까지도 근본적 권리로 향유한다.³⁸⁶⁾ 그러나 주의할 것은, 아무리 成人間의 合

383) Washington v. Glucksberg 521 US 702 (1997).

384) Stanley v. Georgia 394 US 557 (1969).

385) Kelly v. Johnson 425 US 238 (1976).

386) 예를 들어 부부간의 오럴 섹스는 실체적 적법절차에 근거해 도출되는 프라이버시권이 보호하는 결혼 영역 내에 속하기 때문에, 州는 오럴 섹스를 법으로 금할 수 없다.

意에 의한 성행위라 하더라도 다른 성행위에 대해서는 연방대법원이 이를 실제적 적법절차에 의한 근본적 권리로 인정하지 않고 있다는 점이다. 예를 들어, 연방대법원은 同性愛에 대해 *Bowers v. Hardwick*(1986)판결에서³⁸⁷⁾ 成人은 同性愛를 행할 근본적 권리를 갖지 않으므로 州가 동성애를 금할 수 있을 뿐만 아니라 이를 형사적 범죄로 처벌할 수도 있다고 판시했다.³⁸⁸⁾ 또한, 혼인관계 외에서 이루어지는 성행위에 대해 근본적 권리가 인정되는 경우는 없다. 따라서 州는 법으로 간통을 금하고 처벌할 수 있게 된다.

4) 節次的 適法節次原理의 形成과 發展

가) 節次的 適法節次原理의 形成

節次的 適法節次原理란 州가 주민의 생명, 자유, 재산을 박탈함에 있어 적절하고 공정한 절차에 따라 행동해야 한다는 요구이다.³⁸⁹⁾ 따라서, 州政府나 聯邦政府가 주민의 생명, 자유, 재산을 빼앗지 않으면

387) *Bowers v. Hardwick* 478 US 186 (1986).

388) 그러나 이러한 입장은 곧 바뀔 가능성이 크다. 1996년의 *Romer v. Evans* 517 US 620 (1996) 판결에서 연방대법원은 비록 적법절차가 아니라 평등보호 조항의 문제로 이 사건을 해결하기는 했으나, 동성애가 反同性愛的 차별로부터 보호받을 수 없다고 규정한 법을 위헌판결함으로써 이러한 변화의 물꼬를 튼 바 있다.

389) 이런 이유로, 보기에 따라서는 절차적 적법절차란 同語反復일 수 있다. 왜냐하면 ‘적법절차’라는 말 자체가 공정한 법에 정해진 절차를 의미하므로 이미 절차를 지킨다는 의미가 그 속에 들어있기 때문이다. 이런 관점에서 보았을 때, ‘실체적 적법절차’란 용어상 모순을 안고 있다. 공정한 법에 정해진 절차를 준수한다는 의미의 ‘적법절차’는 원래 그 語義상 절차적인 것이지 실제적인 것은 아니기 때문이다. 물론 법에 정해진 절차에 따르되 그 법의 내용도 정당하다는 의미로 ‘실체적’ 적법절차라는 말을 쓰고 있기는 하다. 이런 견해에 대해 자세히는 MARTIN SHAPIRO & ROCCO J. TRESOLINI, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 292-302 (6th ed., Macmillan Publishing Co., 1992) 참조.

절차적 적법절차의 문제는 발생하지 않는다. 다시 말해, 정부가 공정한 절차에 따라 행동하게 할 일반적 이익이나 권리는 존재하지 않으며, 오로지 생명, 자유, 재산의 박탈이 있을 때에만 절차적 적법절차의 문제가 제기되게 되는 것이다. 또한, 실체적 적법절차의 문제와 절차적 적법절차의 문제도 명확히 구별되어야 하는데, 節次的 適法節次原理는 생명, 자유, 재산의 박탈에 해당하는 ‘개개인에 대한 결정들(individual determination)’이 내려질 때에만 적용된다는 점이 실체적 적법절차원리와 다르다. 즉, 어떤 특정인에 대한 불이익 처분이 내려지기 전에 공정한 절차가 사용되어졌느냐를 따지는 것이 절차적 적법절차의 문제인 것이다.

미국 연방대법원은 절차적 적법절차원리의 적용에 있어 ‘2단계 분석(two-step analysis)’의 틀을 확립했다. 첫 번째 단계가 그 사건에서 침해된 이익이 수정헌법 제5조와 제14조 적법절차조항이 규정하고 있는 “생명, 자유 혹은 재산”에 해당하느냐의 여부이다. 그 중 하나에 해당한다면 州政府나 聯邦政府는 주민에게서 그것을 빼앗기 전에 절차적 적법절차를 제공해야만 한다. 이렇게 1단계가 끝나면 2단계로 넘어가게 되는데, 2단계는 그러면 어떤 유형의 절차가 적법절차이며 언제 그 절차가 적법절차가 되느냐를 분석하고 심사하는 단계이다. 다음에서 연방대법원판례를 통해 이러한 2단계 분석틀이 다듬어져 나가는 과정을 살펴보고 그것을 통해 절차적 적법절차원리의 발전과정과 발전방향도 검토해보자.

나) 節次的 適法節次原理의 發展

제1단계 분석에서 정부의 어떤 행위가 “생명, 자유, 혹은 재산”의 박탈에 해당하는가를 따짐에 있어 “생명”은 그 의미가 명확하여 따

로 추가적인 설명을 요하지 않는다. 그러면 첫째, 節次的 適法節次에서 이야기 하는 適法節次에 의하지 아니한 박탈 금지의 대상으로서의 “自由(liberty)”란 무엇을 의미하는가?

우선, ‘身體의 自由(physical liberty)’가 이 “自由”에 해당한다. 監禁되었을 때, 혹은 신체적 움직임의 자유가 없는 기타 다른 상황들에 처해졌을 때 신체의 자유가 침해된다. 또한, 신체 움직임의 자유에 관련되지 않는 무형적인 것들을 할 수 있는 권리도 절차적 적법절차 원리가 적용되는 “자유”에 속한다. 구체적으로 어떤 권리들이 여기에 해당하는지 일일이 열거할 수는 없지만, 운전할 권리, 직업수행의 권리, 가족을 돌 볼 권리 등이 여기에 속한다. 그러나 Paul v. Davis(1976) 판결에서³⁹⁰ 판시된 바와 같이 자기에 대한 좋은 평판을 갖는데 따른 이익은 이 “자유”에 속하지 않는다.

둘째, 무엇이 適法節次條項상의 “財產(property)”에 해당하는가? 우선, ‘종래 전통적인으로 재산으로 인정되어 온 재산(conventional property)’은 여기에 해당한다. 罰金이나 재산의 沒收도 이 “재산”의 박탈에 해당하여 절차적 적법절차에 따라야 한다. 州가 주채이거나 적어도 州가 관련된 債權推尋(debt collection)도 이 “재산”의 박탈에 해당한다. 만약 私人인 채권자 소송개시 전에 債務者의 은행예금을 押留하도록 州가 허락한다면 그 일시적인 압류행위도 “재산”의 박탈에 해당하며, 私人인 채권자가 채무자의 賃金を 押留하도록 州가 허락한 경우도 이 “재산”의 박탈에 해당하게 되는 것이다.

제공되고 있던 州의 생활보조 등의 복지혜택도 이 “재산”에 해당한다. 따라서, Goldberg v. Kelly(1970)판결에서³⁹¹ 판시된 바와 같이

390) Paul v. Davis 424 US 693 (1976). 이 사건에서는 경찰이 적법절차도 없이 원고의 이름과 사진 밑에 “활동 중인 들치기(active shoplifter)”라고 적힌 전 단지를 상인들에게 배포한 것이 문제가 되었다.

391) Goldberg v. Kelly 397 US 254 (1970).

주민이 이미 州가 제공하는 복지혜택을 제공받고 있었다면 그 주민은 복지혜택을 계속 받을 “재산”적 이익을 가지므로 州政府은 절차적 적법절차에 의하지 않고는 그러한 복지혜택 제공을 중단할 수 없다. 그러나, 만약 복지혜택 제공에 관해 규정하고 있는 州法이 “이 복지혜택의 제공은 언제든지 중단될 수 있다”고 규정하고 있다면 절차적 적법절차가 적용되는 “재산”적 이익은 존재하지 않게 된다. 주민이 지원과정 중에 있어 아직 제공된 적이 없는 복지혜택도 절차적 적법절차가 보호하는 “재산”이 될 수 없다.

갖고 있던 州政府나 聯邦政府의 일자리도 이 “재산”에 해당하는 경우가 있다. 일반적으로 州政府나 聯邦政府의 일자리는 任意로(at will) 해고될 수 있는 자리인 경우가 많다. 이 경우는 그 일자리에 대한 “재산”적 권리가 없어 절차적 적법절차에 의하지 않고도 해고될 수 있다. 그러나, 州法이나 聯邦法 또는 州政府나 聯邦政府의 慣行이 해당 공무원에게 그 일자리를 유지할 ‘正當한 要求權(legitimate claim of entitlement)’을 주고 있는 경우에는, Perry v. Sindermann(1972)판결이³⁹²⁾ 판시한 바와 같이 해당 공무원은 그 일자리에 대해 “재산”적 이익을 인정받게 되어 절차적 적법절차원리가 적용된다. 물론 정부에 일자리를 갖기 위해 지원 중에 있는 사람들에게는 그 일자리와 관련하여 “재산”적 이익이 인정되지 않아 절차적 적법절차원리가 적용되지 않는다.

주장되는 이익이 제1단계 분석에서 수정헌법상의 “生命” “自由” 혹

392) Perry v. Sindermann 408 US 593 (1972). 이 사건에서는 ‘임기보장이 없는 (non-tenured)’ 일년 계약직의 텍사스 주립대학 강사 자리가 절차적 적법절차가 적용되는 일자리에 해당할 수 있느냐가 주된 쟁점이 되었다. 연방대법원은, 만약 주립대학이 일년 전의 解雇通告없이 계약직 교원을 정당한 이유에 의하지 않고 해고하지 않는다는 ‘공표된 관행(publicized custom)’을 따라 왔다면, 그 계약직 교원은 解雇通告 후 일년 동안은 그 계약직 지위를 유지할 “재산”적 권리를 가진다고 판시했다.

은 “財産”에 해당하면 제2단계 분석으로 넘어와 일정한 절차가 진행 되게 된다. 제2단계에서는 그러면 ‘어떤 절차가 적법절차인가(what process is due?)’가 문제된다. 제2단계 심사의 내용은 그것이 司法節次인가 非司法節次인가에 따라 달라지게 된다.

우선, 어떤 국민이 공식적 司法節次에서 소송당사자인 경우인 ‘司法節次’를 보면, 절차적 적법절차의 충족을 위해 매우 다양한 절차적 보호장치들이 헌법 자체에 의해 요구된다. 즉, 州는 그 당사자에게 聽聞權(right to a hearing), 證人召喚權(right to call witnesses), 변호사의 助力을 받을 권리(right to counsel), 公正하고 客觀的인 재판을 받을 권리(right to a fair and objective trial), 上訴權(right to an appeal) 등을 보장해 주어야 한다. 이 때 적법절차조항 이외에 다른 헌법 조항들로부터 追加的인 節次的 保護裝置들이 주어지는데, 그 대표적인 예로 형사소송에서 陪審裁判을 받을 권리, 자기에게 불리한 증인과 對質審問을 받을 권리, 소송당사자가 資力이 없을 경우 國選辯護人을 지명 받을 권리 등을 규정하고 있는 수정헌법 제6조를³⁹³⁾ 들 수 있다. 미국 法院史에서 특히 Warren대법원이 형사절차와 관련해 적법절차원리를 엄격하게 적용하여 피의자나 피고인의 인권보장에 큰 발전을 보게 했다. 그러나, 이런 Warren대법원도 의회의 반발, 범죄의 증가, 국민들의 여론, 심지어 대법원 내부로부터의 비판을 받기도 했고 州大法院長들에 의해 ‘미국형사제도의 위험한 발전’이라는 혹평을 듣기도 했다.³⁹⁴⁾

393) 공정한 재판을 받을 여러 권리들에 대해 규정하고 있는 미국 연방 수정헌법 제6조 규정내용은 다음과 같다. “모든 형사소송에 있어서, 피고인은 범죄가 행하여진 州 및 법률이 미리 정하는 지구의 공정한 배심에 의한 신속한 公判을 받을 권리, 사건의 본질과 이유에 대해 통고받을 권리, 자기에게 불리한 증인과 對質審問을 받을 권리, 자기에게 유리한 증인을 얻기 위하여 強制的 手續을 취할 권리, 자신의 변호를 위해 변호인의 助力을 받을 권리가 있다.”

394) Warren 대법원의 형사절차상의 엄격한 적법절차 적용과 관련한 찬반논란에

둘째로, 非司法節次에서는 州가 개인에게 司法節次에서 요구되었던 것과 같은 다양한 절차적 보호장치들을 제공할 필요는 없다. 다만, 聽聞權(right to a hearing)과 같이 개인인 원고가 보장받아야 한다고 주장하는 특정한 절차적 보호장치들에 대해 법원은 이익형량심사(balancing test)를 행한다. 이 때, 그 절차적 보호장치를 제공받는데 따른 원고이익의 강도와 부가적인 부담을 지지 않는데 따른 정부이익의 강도가 형량 되게 된다. 위에서 본 Goldberg v. Kelly(1970)판결에서 연방대법원은, 만약 주민이 복지혜택을 받아왔다면 그 복지혜택의 부당한 중단은 그것이 비록 일시적인 것이라 할지라도, “이와 대비되는 큰 정부이익도 없이”³⁹⁵⁾ 그 주민을 극단적 곤궁에 처하게 한다며 이익형량을 통해 절차적 적법절차 위배를 선언했다. 이에 비해, Cleveland Board of Ed. v. Loudermill(1985)판결에서는³⁹⁶⁾ 任期保障된(tenured) 공무원이 정부공무원직에서 해고될 때에도 司法節次에서 보다는 덜한 절차적 보호를 받는다고 보았다. 그 공무원은 처벌이 내려질 것이라는 통지를 받았고 抗辯의 證據를 제출할 기회를 제공받았지만 변호인의 助力을 받으며 완전한 對立當事者主義에 입각한 ‘證據聽聞(evidentiary hearing)’을 받을 기회는 가지지 못했다. 이에 대해 연방대법원은 節次的 適法節次 위배가 아니라고 선언했다. 왜냐하면, 만족스럽지 못한 공무원을 신속하게 해고할 수 있는데 따른 政府의 利益이, 연방대법원의 이익형량의 결과 더 크다고 판단되었기 때문이다.

5) 우리 헌법에의 適法節次條項의 도입과 법리의 발전

대해 자세히는 윤명선, “적법절차의 법리” 「경희법학」 제26권 제1호(경희대 법학연구소, 1992년) 75-76면 참조.

395) Goldberg v. Kelly 397 US 254, 261.

396) Cleveland Board of Ed. v. Loudermill 470 US 532 (1985).

앞에서 본 바와 같이, 적법절차원리는 미국의 발명품이 아니라 원래는 1225년에 개정된 영국의 대헌장에서 유래한 것이었다. 이것이 영국에서의 발전을 거쳐 미국헌법에 전해지게 되었고, 미국 수정헌법 제5조와 제14조를 거쳐 제2차 세계대전 후의 일본헌법 제31조에³⁹⁷⁾ 도입되게 되었다.³⁹⁸⁾

영국에서는 1215년의 대헌장(Magna Carta)에 “국법에 의하지(by the law of the land) 아니하고는”³⁹⁹⁾ 생명, 재산이나 여타의 개인적 권리를 침해할 수 없다고 규정했다. 왕과 제후들 간의 권력투쟁으로 대헌장은 이후 20년간 30회 이상이나 개정되게 된다.⁴⁰⁰⁾ 그 후, 1355년의 Edward 3세의 제정법에서 “적정한 법의 절차(due process of law)”로 대체되면서 현재와 같은 ‘적법절차’라는 구체적인 용어로 규정되게 된 것이다. 이들 규정은 조문의 위치상 모두 국민의 기본권 제한에 관한 총론적 규정 속에 위치하고 있었다. 그런데 적법절차에 관한 일본헌법 제31조는 ‘신체의 자유’에 관한 규정이었다. 일본헌법은 “법률이 정하는 절차”에 의하지 않고는 각종 신체의 자유를 제한할 수 없다고 규정하고 있다. 즉, “법률이 정하는 절차”라고 했지 “법률이 정하는 정당한 절차”라 규정되어 있지는 않아 적법절차에서 “적(due)”의 개념이 조문에서는 빠져 있다. 그러나, 일본 공법학계의 다수설은 이를 영미의 적법절차조항의 총괄규정으로 이해하고 있다. 이

397) 일본헌법 제31조는 “누구나 적법절차에 의하지 아니하고는 그 생명 또는 자유를 박탈당하거나 기타 다른 형벌이 과해지지 않는다”고 규정한다.

398) 독일헌법은 적법절차원리에 관한 명문규정은 가지고 있지 않으나, 생명권과 신체의 자유 등을 “법률에 의해서만” 제한할 수 있다고 한 헌법 제2조 제2항이나 자유박탈의 경우 상세한 권리보장장치들을 두고 있는 제104조 등이 적법절차조항의 간접적 근거규정이라 볼 수 있다.

399) 1215년의 Magna Carta 제39조.

400) Charles A. Miller, The Forest of Due Process of Law, the American Constitutional Tradition, in DUE PROCESS(Pennock and Champman eds., New York University Press), at 5-6.

러한 일본헌법의 규정양식을 주로 본 따 우리 헌법에서도 1987년의 현행헌법에서부터 ‘신체의 자유’에 관한 제12조 제1항 제2문과⁴⁰¹⁾ 제12조 제3항에⁴⁰²⁾ ‘적법절차’조항이 자리 잡게 된다.

가) 적법절차조항의 우리 헌법에의 도입배경

군사정권의 대통령간선제에 반대하며 1983년 이후 본격적으로 제기된 대통령직선제의 국민적 요구가 1987년의 6월항쟁에 이르러 정점에 다다랐고 드디어 1987년 6월 29일에 여당 측이 대통령직선제를 받아들이는 6·29선언을 발표했다. 그 후부터 9월 18일에 여야합의에 의한 대통령직선제 헌법개정안이 국회에서 발의되기 까지⁴⁰³⁾ 여야대표들의 협상에 의해 헌법개정안이 다듬어지게 된다. 당시 여야는 각각 서로 대비되는 정치적 이해관계를 갖고 있었고 나름대로 집권에 대한 자신감도 강했다. 여기에 몇 달 밖에 안 되는 짧은 여야의 개헌협상기간이 여러 중요한 개헌쟁점들에 대해 정치권의 야합에 의한 졸속적인 타협으로 이어졌으며, 적법절차조항도 그 중 하나였다. 여러 정치세력들의 압력 속에서 시간에 쫓겨 공법학자들에 의한 철저한 전문적 검토도 없이 서둘러 정치적 타협이 이루어졌던 것이다.

당시 민감한 쟁점중의 하나였던 사회안전법상의 ‘보안처분’에 대한 헌법적 근거규정 마련을 놓고, 여야가 극명한 입장차를 드러내고 있었다. 야당 안은 보안처분에 대해 “법원의 판결에 의하여” 이를 내릴 수 있도록 하고 있었으나, 여당 측은 법원의 판결에 의하지 않으면

401) 우리 헌법 제12조 제1항 제2문은 “누구든지...법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정한다.

402) 우리 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다”고 규정한다.

403) 대통령직선제 개헌안이 여야합의에 의해 만들어지기까지의 배경에 관해 자세히는, 김철수, 전게서, 77-78면 참조.

보안처분을 내릴 수 없게 되는 헌법명문상의 구체화를 끈질기게 반대하고 있었다. 개헌협상 막판에 이런 여야 입장이 극적으로 절충된 것이 바로 1987년 헌법 제12조의 ‘적법절차조항’이다.⁴⁰⁴⁾ 여당으로서는 법원의 판결에 의해서만 보안처분이 가능하게 되는 명문규정을 두지 않을 수 있게 되었고, 야당으로서는 적법절차조항을 헌법에 넣어 장래의 헌법해석과 입법을 통해 명문규정을 두는 것과 비슷한 효과를 거둘 수 있다는 기대를 갖게 된 것이다. 특이한 것은 원래 보안처분만이 여야협상의 정치적 쟁점이었는데 결과적으로는 처벌과 강제노역 및 체포 등 각종 강제처분의 영장발부에 적법절차조항이 명문의 규정을 통해 적용될 수 있게 된 점이다.

이런 줄속 절충안은 현행헌법 제12조 제1항과⁴⁰⁵⁾ 제3항에⁴⁰⁶⁾ ‘적법절차’라는 용어를 넣게 되었는데, 줄속 타협안이라는 한계 때문에 규정상의 몇 가지 허술함을 드러낼 수밖에 없었다. 헌법 제12조 제1항에서 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문에 있어서는 “법률”에 의하도록 하고 처벌, 보안처분, 강제노역에 있어서는 “법률과 적법한 절차”에 의하도록 하여 체포 등의 강제처분과 처벌, 보안처분 및 강제노역을 구분하는 듯한 규정방식을 취하였다. 같은 12조 제3항에서는 “적법한 절차에 따라...법관이 발부한 영장을 제시”하도록 규정하여 적법절차원리가 체포, 구속, 압수, 수색의 전체적 요건이라기보다는 영장

404) 적법절차조항을 둘러싼 여야 개헌협상 과정에 대해 자세히는 김상철, “헌법 제12조의 적법절차” 「대한변호사협회지」 제146권 (대한변호사협회, 1988년 10월) 67-78면 참조.

405) 우리 헌법 제12조 제1항은 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”고 규정한다.

406) 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다”고 규정한다.

발부의 요건으로만 좁게 해석될 수 있는 여지를 제공하였다. 적법절차원리의 적용범위의 혼선을 막고 표현을 보다 더 명확히 한다는 점에서는 헌법 제12조 제1항에서 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색·심문·처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다”고 규정했어야 했다는 비판이⁴⁰⁷⁾ 주목을 끈다.

나) 적법절차조항 도입을 전후한 국내의 학설

아) 적법절차조항 도입 직전의 국내 학설

적법절차조항이 도입되기 이전에 신체의 자유에 관한 헌법 제11조 제1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다”고 규정하고 있었다.

이에 대해 당시 공법학계의 다수설은 “법률에 의하지 아니하고는”이라는 규정 속에 이미 “적법한 절차”에 따라야 한다는 제한이 내포되어 있다고 보고 이런 관점에서 영미의 적법절차조항이 이미 우리 헌법에 도입되어 있다고 주장했다.⁴⁰⁸⁾ 1215년 영국 대헌장의 “국법에 의하지 아니하고는”이라는 규정이 당시의 우리 헌법규정과 닮아 있는데다가 대헌장의 이 조항을 적법절차조항의 기원으로 삼는다는 점을 이유로 들었다.

그러나, 영국 대헌장의 “국법에 의하지 아니하고는”이란 조항이 그 후 “적정한 법의 절차”로 대체되어 사용되어 온 영미법상의 전통이나, 형식적 법치주의의 근거로 “법률주의”를 채택해 온 대륙법계의

407) 김상철, 전계논문, 67면.

408) 권영성, 「憲法學原論」(법문사, 1981년) 315면; 김철수, 「憲法學概論」(박영사, 1987년) 142-43면; 한상범, 「韓國憲法」(예문사, 1973년) 등 참조.

헌법구조에 비추어 볼 때, 우리 헌법상 “법률에 의하지 아니하고는”이라는 조항 자체를 적법절차원리가 내포된 조항으로 보기는 곤란하다는 소수설도 존재했다.⁴⁰⁹⁾

그러나, 당시 학설은 헌법 제11조 제1항의 “법률에 의하지 아니하고는” 속에서 적법절차원리의 근거를 찾기는 했으나, 이 적법절차원리라는 것이 어떤 구체적 내용을 갖고 있고 신체의 자유를 위시한 국민의 기본권 제한에서 실제적으로 어떤 헌법상의 기준으로 적용될 수 있는지에 대해서는 아직 본격적 논의를 진행시키지 못하고 있었다. 이 점에서는 판례도 마찬가지로 대법원은 적법절차원리를 구체적 재판에 있어 재판규범으로 적용하지 못하고 있었다.

b) 적법절차조항 도입 초기의 국내 학설

적법절차조항 도입 이전에도 “법률에 의하지 아니하고는”의 문구 속에서 적법절차원리를 찾아낸 다수설이 있기는 했지만, 적법절차조항이 1987년 헌법개정에서 명문규정을 통해 도입되고 보장되게 되었다는 것은 종래 해석론 속에서만 존재하던 적법절차원리가 이제 명문의 근거규정을 헌법전 속에 두게 되었다는 점에서 큰 실제적 의미를 가지게 되었다.

① 注意的 규정설

적법절차조항 도입 전의 다수설이 이제는 소수설이 되었다. “법률에 의하지 아니하고는”이라는 규정 속에 이미 “적법한 절차”에 따라야 한다는 제한이 내포되어 있다고 본 이 소수설은 적법절차조항이 헌법에 명문규정을 통해 도입되자, 새 적법절차조항은 당연한 것을

409) 예를 들어, 윤명선, 전제논문, 78면.

확인해 놓은 일종의 주의적 규정이라고 해석했다.⁴¹⁰⁾

② 兩分說

우리는 대륙법계에 속해 영미법계 헌법과는 논리구조상 상이하다는 점을 전제로, 적법절차조항을 헌법에 도입한 경우에도 그 해석방법이나 의미내용은 동일할 수 없고 우리 헌법상의 규정방식에 따라 해석되어야 한다고 주장한 소수설이다. 즉, 헌법 제12조 제1항의 “적법한 절차”는 죄형법정주의에 관한 규정을 우리 헌법이 별도로 두고 있기 때문에 ‘절차’가 적정한 내용의 법률로 정해질 것을 요구하는 ‘절차 적정 법정주의’로 해석하고, 헌법 제12조 제3항의 적법한 절차는 ‘절차’와 ‘실체’가 모두 적정한 내용의 법률로 정해질 것을 요구하는 ‘절차·실체 적정 법정주의’로 해석하였다.⁴¹¹⁾

③ 절차·실체 適正 法定主義說

영미법상의 적법절차원리를 받아들여 헌법 제12조 제1항과 제3항의 “적법한 절차”는 그 법률의 내용이 ‘절차’에 있어서나 ‘실체’에 있어서 모두 적정할 것을 요구하는 것으로 해석했다. 대륙법계의 법률주의 하에서 법정절차가 ‘적법성’만을 요구하는데 반해 우리가 도입한 적법절차원리는 ‘적정성’까지 요구하고 있는 점을 그 근거로 하였다. 다수설이었다.⁴¹²⁾

410) 한상범, “개정된 신체의 자유 규정과 그 문제점” 「월간고시」 12월호(월간고시사, 1987년) 125면; 양건, “새 헌법의 기본권 조항” 「고시계」 11월호(고시계사, 1987년) 36면.

411) 권영성, 「憲法學原論」(법문사, 1981년) 344면.

412) 김철수, 「憲法學概論」(박영사, 1989년) 358면; 안용교, 「韓國憲法」(고시연구사, 1991년); 허영, 「韓國憲法論」(박영사, 1990년) 345면; 윤명선, 전개논문, 80면 등 참조.

그런데, 이 입장을 취하는 대부분의 학자들도 적법절차조항이 신체의 자유에 관한 제12조에 규정되어 있다는 점에 큰 의미를 부여하면서 적법절차를 ‘신체의 자유’에만 적용되며 형사절차에서만 문제되는 원리로 좁게 이해하려는 입장을 취하고 있었다. 헌법상의 적법절차조항은 형사절차와 보안처분절차에서만 명문의 헌법규정으로 적용될 뿐이고, 보안처분의 종류에 따라 다소 문제가 될 수는 있으나 대체로 신체의 자유 박탈절차에만 적용되고, 일반의 행정절차와 민사절차에서는 재판청구권 등 청구권적 기본권에 따른 보장으로 파악될 뿐이라고 보는 입장도⁴¹³⁾ 이에 속한다.

다) 적법절차조항에 관한 우리 헌법재판소 판례의 입장과 최근 학설

a) 우리 헌법재판소의 입장

우리 헌법재판소는 수많은 판결들을 통해 “적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대되고 있다”⁴¹⁴⁾ 입장을 거듭 밝힘으로써 위의 절차·실체 적정 법정주의설과 비슷한 입장을 취하고 있다. 즉, 미국 적법절차조항의 절차적 적법절차원리와 함께 실체적 적법절차의 원리도 받아들인 것이다.

그러나, 그 적용범위나 대상에 대해서는 여러 판결들을 통해, 적법절차조항은 비록 ‘신체의 자유’에 관한 헌법 제12조에 나타나고 있기는 하지만 그런 규정양식이나 규정위치에 관계없이 신체의 자유 뿐

413) 김상철, 전계논문, 69면.

414) 헌재 1992. 12. 24. 92 헌가 8

아니라 모든 기본권에⁴¹⁵⁾ 적용되고 형사절차 뿐 아니라 행정절차,⁴¹⁶⁾ 입법절차⁴¹⁷⁾ 등 모든 절차에 적용되면서 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법상의 기본원리라고 선언하게 되었다.⁴¹⁸⁾ 적법절차원리가 우리 헌법전반에 걸쳐 적용되는 우리 헌법의 ‘기본원리’로서 높이 인정받게 된 것이다.

다음에서는 헌법재판소의 적법절차원리 관련 주요 결정을, 미국의 실제적 적법절차의 원리와 유사하게 법률내용의 합리성과 정당성을 이유로 위헌이라 선언한 결정, 미국의 절차적 적법절차원리를 받아들여 적법한 절차를 거치지 않았다는 이유로 위헌을 선언한 결정의 두 가지를 중심으로 나누어 살펴본다.

① 법률내용의 합리성과 정당성 결여를 이유로 한 위헌결정

절차와 실체의 ‘적법성’ 뿐만 아니라, 절차와 실체를 규정한 법률의 ‘적정성’ 즉, ‘합리성과 정당성’ 결여를 이유로 헌법재판소가 위헌결정을 내린 사건들은, 법의 ‘적정성’까지 적법절차 위배의 근거로 잡아냈다는 점에서 미국의 실제적 적법절차원리의 적용이나 실질적 법치국가원리의 적용과 일맥상통하는 면이 있다.

415) 예를 들어, 국회의원선거법 제33조 및 34조에 대한 위헌결정은 입법절차를 통해 정치적 타협에 의해 만들어진 불합리하게 만들어진 선거법이 국민의 참정권을 적법절차에 위배해 침해했다는 등의 이유를 들었다.

416) 예를 들어, 법무부장관이 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 업무정지명령을 내릴 수 있게 한 변호사법 제15조가 적법절차를 위반해 위헌이라고 한 결정이 있다. 헌재 1990. 11. 19. 90 헌가 48.

417) 예를 들어, 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한한 국회의원선거법 제33조 및 제34조에 대한 위헌심판에서 정치적 타협에 의한 입법절차를 통해 만들어진 법률이 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적법절차원리에 반한다고 보았다. 헌재 1989. 9. 8. 88 헌가 1.

418) 헌재 1996. 12. 26. 94 헌바 1; 헌재 1992. 12. 24. 92 헌가 8 등.

그 예로는, 형사소송법 제221조의 2에서 공판기일전 증인신문절차에의 피고인 참여를 판사의 재량사항으로 한 것에 대해 피고인의 공격·방어권을 과도하게 제한하고 그 입법목적을 달성하기에 필요한 입법수단으로서의 합리성 내지 정당성이 인정될 수 없어 공정한 재판을 받을 권리 이외에 적법절차원리에도 위배된다고 본 결정,⁴¹⁹⁾ 자기에게 아무런 책임 없는 사유로 출석하지 못한 피고인에 대하여 별다른 증거조사도 없이 곧바로 유죄판결을 선고할 수 있도록 한 ‘소송촉진 등에 관한 특례법’ 제23조의 궐석재판제도가 그 내용이 심히 적정치 못한 경우로서 적법절차원칙에 반한다고 본 결정,⁴²⁰⁾ 귀속재산 처리법 제21조의 3이 일정기간 내에 매매대금을 납부하지 않으면 귀속재산 매매계약이 자동적으로 해제되도록 함으로써 매수자가 정당한 사유에 의하여 대금을 납부하지 않는 예외적인 경우까지 매매계약이 해제되도록 한 것은 헌법상의 정당성과 합리성을 갖춘 적정한 조치라 볼 수 없어 적법절차원리에 위배된다고 본 결정⁴²¹⁾ 등이 있다.

② 절차적 적법절차원리 위배를 이유로 한 위헌결정

보안처분, 처벌, 강제노역 등 일체의 불이익 처분이 가해지기 전, 사전 고지와 청문절차를 통한 정당한 방어와 변명의 기회가 주어지지 않아 적법절차를 위반 했다고 한 판례로는, 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 법무부장관이 업무정지를 명할 수 있게 한 변호사법 제15조가 청문의 기회가 보장되지 않아 적법절차를 위반해 위헌이라고 한 결정,⁴²²⁾ 공소제기된 사립

419) 헌재 1996. 12. 26. 94 헌바 1

420) 헌재 1998. 7. 16. 97 헌바 22.

421) 헌재 2000. 6. 1. 98 헌가 13.

학교 교원을 반드시 직위해제하도록 규정한 사립학교법 제58조의 2 제1항 단서조항이 징계절차와 같은 청문기회를 보장하지 않아 당해 교원이 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 방법조차 없는 것이어서 적법절차가 존중되지 않고 있다고 한 결정,⁴²³⁾ 중형에 해당하는 사건에 대해 피고인에게 출석기회 및 공격·방어의 기회를 주지 않고 피고인에게 불출석에 대한 개인적 책임을 전혀 물을 수 없는 경우까지 결석재판을 할 수 있게 한 ‘반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법’ 제7조 제5항이 적법절차조항에 위배된다고 본 결정,⁴²⁴⁾ 구 관세법 제215조 중 제181조 부분이 관세법상 압수된 물건에 대해 범인이 불출두하거나 도주하고 압수된 날로부터 4월이 경과하면 그 압수물을 국고 귀속토록 하고 있었는데, 이처럼 재판이나 청문의 절차도 밟지 않고 압수한 물건에 대한 피의자의 재산권을 박탈하는 것은 적법절차원칙에 위배된다고 한 결정,⁴²⁵⁾ 형사재판의 증인으로 채택된 자를 검사가 소환하여 검사실에 유치한 행위에 대해, 이를 통해 증인의 증언 전에 일방당사자인 검사만이 증인과의 접촉을 독점하게 되면, 상대 당사자는 증인이 어떤 내용을 증언할 것인지 알 수 없어 그에 대한 방어를 준비할 수 없게 되어 상대방에 가해지는 예기치 못한 공격에 그대로 노출될 수밖에 없으므로 적법절차원리에 반한다고 본 결정⁴²⁶⁾ 등 다수가 있다.

b) 최근 학설의 입장

헌법재판소의 적법절차조항 관련 판결이 쏟아져 나온 이후, 최근

422) 헌재 1990. 11. 19. 90 헌가 48.

423) 헌재 1994. 7. 29. 93 헌가 3 등.

424) 헌재 1996. 1. 25. 95 헌가 5.

425) 헌재 1997. 5. 29. 96 헌가 17.

426) 헌재 2001. 8. 30. 99 헌마 496.

학설의 다수설은 헌법재판소의 입장을 따르고 있다. 즉, 적법절차의 원리란 모든 공권력의 행사가 절차상의 적법성을 갖추어야 할 뿐 아니라 공권력 행사의 근거가 되는 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖추어야 한다는 법리로 이해하며, 동 원리의 적용대상 및 범위와 관련해서도 헌법 제12조 제1항 제2문의 “처벌·보안처분 또는 강제노역”은 열거된 것이 아니라 예시된 것으로 국가 공권력 행사가 국민에게 일체의 불이익을 줄 때, 어떤 기본권에 대해서건 어떤 절차에 관해서건 적용되는 우리 헌법상의 기본원리 중의 하나라고 보게 되었다.⁴²⁷⁾

라) 적법절차 법리의 지속적 발전을 위한 고려사항들

그러나, 이렇듯 중요한 우리 헌법의 기본원리인 적법절차원리에 관해 그 구체적 내용에 관해서는 아직까지 학계나 실무계에서 체계적이고 정밀한 이론구성을 완벽하게 이루어내지는 못하고 있는 실정이다. 따라서, 적법절차원리의 법리가 가장 잘 발달했다고 평가받는 미국의 관련 법리들을 자세히 살펴보고 바르게 이해해 이를 우리 적법절차조항의 합리적인 운용에 접목시켜 나가는 작업이야말로 시급하고도 중차대한 과제이다. 물론 우리 헌법이 그 규정방식, 인권구조, 법문화와 전통에 있어 영미법계국가와 다르므로 그 해석방법이나 의미내용이 동일할 수는 없으나,⁴²⁸⁾ 우리나라 영미법계 국가만의 특수성이 아니라 세계 각국이 공유하는 보편성이 존재하는 부분에서는 우리 헌법의 해석론으로서의 적법절차원리의 개념, 법적 성격, 내용과 적용대상 및 범위 등의 논의를 발전시키는데 미국 등의 적법절차법리가 좋은 지침이 될 수 있으리라 생각한다.

427) 예를 들어, 권영성, 「憲法學原論」改訂版, 법문사, 2005년, 423-424면 참조.

428) 윤명성, 전계논문, 77면.

적법절차의 원리는 구체적 사안에 따라 그 구체적 적용이 달라질 수 있고 달라져야 하는 추상적이고 포괄적인 원리이다. 따라서, 앞으로 그 법리는 학설이나 판례의 축적을 통해 무궁무진하게 발전할 수 있는 여지가 있다. 특히 우리는 절차적 적법절차 법리와 관련해 아직도 많은 발전여지를 남겨두고 있다고 믿는다. 우리는 미국의 법리처럼 절차적 적법절차의 적용내용을 司法節次인가 非司法節次인가에 따라 구분하고 있지 않다. 또한, 미국처럼 非司法節次에 司法節次에서 요구되었던 것과 같은 다양한 절차적 보호장치들을 제공하지 않으면서 聽聞權(right to a hearing)과 같이 개인인 원고가 보장받아야 한다고 주장하는 특정한 절차적 보호장치들에 대해 법원이 이익형량 심사(balancing test)를 하고 있지도 않다. 따라서, 非司法節次에 대한 적법절차원리의 적용에 사법부에 의한 이익형량의 법리가 발달하게 되면, 적법절차원리의 법리가 그 판례나 학설이론의 축적과 함께 더 깊어질 수 있는 것이다. 구체적 사건에 따라 事前的 청문절차가 아니라 事後의 청문절차로 족할 수도 있고,⁴²⁹⁾ 예외적으로 다른 절차적 보장장치가 있다는 이유로 청문절차를 생략할 수도 있게 되는 법리의 발전이 그 예가 될 수 있다.⁴³⁰⁾

6) 소결

以上에서 보았듯이, 미국에서의 적법절차원리는 실체적 적법절차원리이든 절차적 적법절차원리이든 공히 인권보장의 가장 핵심적인 헌법상 원리로 활용되어 왔다. 미국에서도 원래 적법절차원리는 주로

429) 事案에 따라 이를 이유로 사후의 청문절차를 통해 각종 사회보장급여 지급의 철회, 정부고용관계의 취소가 이루어질 수 있다.

430) 재소자 재물손괴의 경우, 불법행위소송 등 다른 구제장치가 존재하는 학생체벌 등이 그 예가 될 수 있다.

신체의 자유를 보장하기 위해 채택되었지만, 그 후 국가권력으로부터 국민의 생명, 자유, 재산을 보장하기 위한 실체법의 적정성까지 요구하게 되었으므로 적법절차는 절차적 적법절차와 실체적 적법절차가 서로 맞물려 돌아가면서 궁극적으로 기본권 보장으로 나아가는 인권 보장의 핵심원리라 할 수 있다. 우리도 우리 헌법재판소의 판례가 지적인 바와 같이 비록 적법절차원리가 신체의 자유에 관한 헌법 제12조에 규정되어 있지만 이는 모든 기본권, 모든 절차, 모든 국가작용에 적용되는 우리 헌법전반에 걸치는 기본원리라는 점을 명심하고, 앞으로 이 적법절차원리가 미국에서와 같이 ‘인권보장’을 위한 가장 핵심적인 헌법상 원리이자 중요한 기본원리로 자리매김해 갈 수 있게 그 법리를 발전시켜 나가야 할 것이다.

또한, 미국의 절차적 적법절차원리가 행정절차에 적용되어 이를 민주적으로 통제해 나가는 점도 우리에게 시사하는 바가 크다. 우리는 적법절차원리의 적용을 헌법재판소 판례를 통해 행정절차에도 확대해 놓고서, 정작 행정절차에서 요구되는 적법절차의 내용이 무엇인지에 관해 명확한 법리를 발전시키지 못하고 있다. 특히, 미국에서 불이익 처분의 事前 통지, 대립당사자주의 하의 청문절차 제공, 청문절차를 통한 공격과 방어기회의 제공 등과 같은 절차적 보호장치들이 절차적 적법절차에 의해 행정절차에 제공되어 질 수 있고, 불이익 처분의 대상인 私人の 私益과 그러한 불이익 처분으로 확보되는 정부의 公益을 이익형량하여 그 절차적 보호장치들의 제공범위가 달라질 수 있다는 점은, 이 분야에서 절차적 적법절차의 구체적 내용과 기준을 아직 세밀하게 발전시키지 못하고 있는 우리에게 참으로 많은 시사점을 던져주고 있다고 믿는다.

(4) 본질적 내용침해금지

1) 의의와 헌법적 근거

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 하여 기본권의 본질적 내용 침해 금지를 규정하고 있다. 따라서 기본권의 본질적 내용 침해 금지는 기본권 제한의 합헌성 여부를 판단할 때 적용하는 중요한 위헌심사기준이 된다.

문제는 본질내용보장의 내용이 무엇인가에 대해서 판례와 학설의 입장이 매우 다양하다는 것이다. 그러나 이 규정이 실무에서 가지는 의미가 그리 크지 않다는 점, 그리고 학설들 사이에 뚜렷한 차이점이 있는 것도 아니라는 점을 볼 때 본질내용보장의 내용과 관련하여 견해의 차이를 강조하는 것은 그리 바람직한 일이 아니다. 본질내용보장의 내용에 관해서는 기본적으로 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

2) 본질적 내용의 판단 기준

가) 개별적 판단 vs 일반적 판단?

기본권의 본질적 내용을 판단하는 기준이 무엇인가에 대해서는 우선 개별적 판단설과 일반적 판단설이 대립하고 있다.⁴³¹⁾ 개별적 판단설에 의하면 기본권의 본질적 내용은 기본권이 각 기본권주체에게

431) 이에 대해서는 G. Manssen, Grundrechte, 2000, Rn. 156 f. 참조.

어떤 의미를 갖는지에 따라 판단된다. 즉, 기본권 제한 조치가 허용되는지 여부는 그 조치가 당해 기본권주체와 관련하여 기본권의 본질적 내용을 침해하는지 여부에 따라 판단된다는 것이다. 하지만 헌법 제37조 제2항은 기본권제한 법률에 대해서도 적용된다. 따라서 본질적 내용은 개별 기본권주체의 기본권을 기준으로 판단할 것이 아니라, 개별 기본권주체와 관계없이 당해 기본권 자체를 기준으로 일반적으로 판단해야 할 것이다. 물론 일반적 판단설에 따르더라도 기본권의 본질적 내용은 개별 기본권마다 다를 수 있을 것이다.⁴³²⁾ 예컨대 토지재산권의 본질적 내용은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화(形骸化)되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다.⁴³³⁾

나) 절대설 vs 상대설?

기본권의 본질적 내용을 판단하는 기준이 무엇인가에 대해서는 또한 절대설과 상대설이 대립하고 있다.⁴³⁴⁾ 절대설에 의하면 모든 기본권은 기본권의 핵심으로 환원될 수 있다고 한다. 이 핵심은 구체적인 경우에 입법을 통해 추구하는 이익이 무엇이나와 관계없이 침해될 수 없는 것이라고 한다. 여기서 말하는 기본권의 핵심은 기본권보장의 기본내용, 즉 당해 기본권의 특수성이다.

432) 헌재 1995. 4. 20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499 (509); 1996. 1. 25. 93헌바5등, 판례집 8-1, 27 (34).

433) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13, 판례집 1, 357 (373).

434) 이에 대해서는 계희열, 헌법학(중), 2007, 159쪽 이하; G. Manssen, 전거서, Rn. 158 f. 참조.

이에 대해서는 절대설이 개별 사건에 따라 본질내용보장을 적용하는 것을 불가능하게 만든다는 비판이 있다. 즉, 절대설은 구체적인 기본권제한을 통해 추구하는 공익이 제아무리 중대하다고 하더라도 이를 고려할 수 없게 만든다는 것이다. 이러한 비판을 면하기 위해서 절대설을 주장하는 입장에서도 구체적인 경우에는 기본권의 핵심이 제한되는 경우 예외적으로 헌법 제37조 제2항의 본질내용보장에도 불구하고 기본권제한을 허용하게 된다. 그러나 이러한 예외가 이미 절대적 본질내용을 상대화시키게 된다.

따라서 오늘날에는 상대설이 다수설의 입장이 되었다. 상대설에 의하면 기본권의 본질적 내용은 구체적인 경우에 기본권이 불충분한 이유로 제한되거나 기본권제한으로 인해서 그 기본권이 공동체생활에서 더 이상 효력을 발휘할 수 없을 때에만 침해된 것으로 간주된다. 그 결과, 상대설은 구체적인 경우에 발생하는 기본권제한과 관련하여 기본권제한의 최후의 한계로서 작용하는 본질내용보장을 비례의 원칙과 거의 동일하게 만든다. 따라서 상대설은 항상 충돌하는 보호이익과의 형량을 통해 기본권보장의 범위를 결정한다는 장점이 있다.

3) 본질적 내용의 판단 기준과 방법

기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우 기본권 그 자체가 무의미해지는 경우에 그 본질적인 요소를 말한다. 기본권의 본질적 내용을 판단하는 기준으로는 일반적 판단설과 상대설을 취하는 것이 다수설의 입장이다.

예컨대 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미하

지만, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라고 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이다.⁴³⁵⁾

상대설에 의하면 기본권의 본질적 내용은 기본권제한을 정당화하는 근거와 제한을 반대하는 근거 사이의 형량을 통해 결정된다. 그러나 그렇게 되면 기본권의 본질적 내용은 실제로는 비례의 원칙에 따른 심사를 통해 결정된다. 따라서 상대설을 취하는 경우에는 그에 따라 비례의 원칙을 적용함으로써 위헌 여부 판단이 종료되기 때문에 헌법 제37조 제2항의 본질내용보장은 위헌심사기준으로서 독자적인 의미를 가지지 못하기 때문에 굳이 이를 적용할 필요가 없다.

(5) 법률유보원칙 - 포괄위임입법금지원칙

1) 포괄적 위임입법금지원칙의 의의

현대국가의 행정국가화 경향이 심화됨에 따라 행정부에 광범위한 행정입법권이 부여되고 있다. 하지만 법률의 위임에 의한 행정입법권 행사에도 일정한 한계가 있어 그 때의 위임도 헌법 제75조에 규정된 대로 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”에 관해서만 행정입법을 할 수 있기 때문에 포괄적인 위임입법은 법치국가원리에 반하는 것으로 위헌이 된다.

435) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537 (546).

따라서, 포괄위임입법금지원칙이란 법치국가원리의 한 구성요소로서, ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하지 않고 명령 등 행정입법에 백지위임을 하는 것은 금지된다는 원칙’을 말한다. 즉, 개별적·구체적 위임의 형식만을 인정하는 원칙을 말한다.

2) 포괄위임입법금지원칙 위반 여부에 대한 심사기준: 위임의 범위와 한계

그러면, 헌법 제75조에 규정된 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여”가 포괄위임입법금지원칙 위반 여부에 대한 헌법 명문규정상의 심사기준이 될 것이다. 이 때 “구체적으로”의 의미는 일반적·추상적이어서는 안 된다는 의미이며 이와 관련해 문제가 될 수 있는 것은 국회의 전속적 입법사항과 처벌법규가 위임의 대상이 될 수 있는가이다.

첫째, 헌법의 명문규정을 통해 국회의 전속적 입법사항으로 규정된 것은 그에 관한 입법권을 위임할 수 없다. 헌법 제2조 제1항의 국적취득 요건, 헌법 제59조의 조세의 종목과 세율, 헌법 제117조 제2항의 지방자치단체의 종류는 헌법이 법률로 정하도록 명문규정을 두고 있기 때문에 이에 관한 입법권은 위임할 수 없는 것이다.

둘째, 처벌의 종류와 정도도 죄형법정주의에 입각해 헌법 제12조 제1항에 따라 반드시 법률과 적법한 절차로 정해져야 한다. 그러나 구성요건은 반드시 법률로 규정해야 하지만, 처벌의 수단과 정도는 모범이 최고한도를 정한 후에 그 범위 안에서 명령으로써 구체적인 범위를 정하도록 위임할 수 있다.⁴³⁶⁾

436) 김철수, 「학설·판례 헌법학」, 박영사, 2008년, 1837면; 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008년, 1008면 참조.

3. 심사기준의 경합

동일한 사건의 동일한 기본권심사에서 복수의 심사기준이 적용되는 경우가 대부분이다. 각 심사기준들이 상이한 관점에서 상이한 효과를 발휘할 수도 있지만, 심사기준들에 따라서는 그 기능과 효과가 중복될 수도 있다. 이처럼 기능과 효과가 일치하는 심사기준들을 동일한 사건에서 순차적으로 적용하여 기본권심사를 진행하는 것은 비효율적일 뿐만 아니라, 모순된 판단을 내릴 위험성도 내포하고 있다. 그렇기 때문에 기능과 효과가 중복되는 심사기준들의 상호관계를 명확히 함으로써 해당 심사기준들의 경합을 해소하는 것은 중요한 실천적인 의미를 갖는다고 할 것이다.

(1) 과잉금지의 원칙과 적법절차의 원칙

1) 경합관계의 발생

헌법재판소는 수많은 판결들을 통해 “적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대되고 있다”⁴³⁷⁾ 입장을 거듭 밝힌 바 있다.

또한 적법절차조항은 비록 ‘신체의 자유’에 관한 헌법 제12조에 나타나고 있기는 하지만 그런 규정양식이나 규정위치에 관계없이 신체의 자유 뿐 아니라 모든 기본권에⁴³⁸⁾ 적용되고 형사절차 뿐 아니라

437) 헌재 1992.12.24. 92헌가8 참조.

438) 예를 들어, 국회의원선거법 제33조 및 34조에 대한 위헌결정은 입법절차를 통해 정치적 타협에 의해 만들어진 불합리하게 만들어진 선거법이 국민의 참

행정절차,⁴³⁹⁾ 입법절차⁴⁴⁰⁾ 등 모든 절차에 적용되면서 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법상의 기본원리라고 선언하고 있다.⁴⁴¹⁾ 적법절차원리는 이와 같은 판례를 통해 우리 헌법전반에 걸쳐 적용되는 헌법의 ‘기본원리’로서 높이 인정받게 된 것이다.

현행 헌법상 적법절차의 원칙을 이처럼 법률이 정한 절차와 그 실제적인 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해하고 또 그 적용범위도 모든 기본권으로 확대한다면, 어떤 법률이 기본권의 제한입법에 해당하는 한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권제한법률의 정당성 요건, 특히 과잉금지원칙과 개념상 중복되는 측면이 있다.⁴⁴²⁾ 따라서 과잉금지원칙을 준수하지 못한 법률은 동시에 적법절차의 원칙에도 위배되게 된다.

2) 경합의 해소방법

정권을 적법절차에 위배해 침해했다는 등의 이유를 들었다.

439) 예를 들어, 법무부장관이 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 업무정지명령을 내릴 수 있게 한 변호사법 제15조가 적법절차를 위반해 위헌이라고 한 결정이 있다. 헌재 1990.11.19. 90헌가48 참조.

440) 예를 들어, 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한한 국회의원선거법 제33조 및 제34조에 대한 위헌심판에서 정치적 타협에 의한 입법절차를 통해 만들어진 법률이 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적법절차원리에 반한다고 보았다. 헌재 1989.9.8. 88헌가1 참조.

441) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-878 참조. “적법절차의 원칙이 법률의 위헌 여부에 관한 심사기준으로 작용하는 경우 특히 형사소송절차에서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도 내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정된다는 의미를 가진다.”고 설시하고 있는 헌재 2004.9.23. 2002헌가17등, 판례집 16-2(상), 379, 389-390도 참조.

442) 헌재 1992.12.24. 92헌가8, 판례집 4, 853, 876-878 참조.

가) 적법절차원리가 실제적 적정성 요청을 포함하는 것으로 볼 경우

적법절차의 원리를 판례처럼 넓게 이해하여 절차의 적정성만이 아니라 법 내용의 적정성까지 보장하는 원리로 이해한다면, 과잉금지원칙은 법 내용의 적정성에 관한 한 적법절차원리에 대한 특별법이 될 것이다. 따라서 과잉금지원칙에의 위배 여부를 심사한 경우 다시 실제적 적법절차의 원리가 침해되었는지 여부를 심사할 필요는 없다고 본다.

나) 적법절차원리가 절차적 적정성 요청만을 포함하는 것으로 볼 경우

미국 헌법에서는 과잉금지원칙이나 본질적 내용침해금지와 같은 실제적 적정성을 구현하는 기본권제한의 한계요건이 명문화되어 있지 않다. 따라서 미국에서는 적법절차의 원리를 실제적 적정성 요청을 포함하는 것으로 넓게 이해할 필요가 있었다. 그렇지만 우리 헌법은 헌법 제37조 제2항 후단에서 그와 같은 요청을 명문화하고 있다. 그렇기 때문에 적법절차의 원리에 관한 미국 헌법의 해석론을 우리 헌법의 해석에 그대로 수용하는 것은 타당하지 않다는 해석론이 가능하다.⁴⁴³⁾

이처럼 적법절차원리의 개념을 좁게 설정한다면, 과잉금지원칙과 적법절차원리는 그 적용영역이 중복되지 않게 될 것이며, 두 원리의 침해 여부는 각기 별도로 심사되어야 할 것이다.

443) 미국의 적법절차 원리 수용의 문제점에 대해서는 윤명선, “적법절차”, 월간고시(1992.2), 50쪽 이하 참조.

다) 적법절차원리의 적용대상을 헌법 제12조 제1항 제2문 및 제3항에 국한시키고 그 절차의 적정성만을 요구하는 규정으로 이해할 경우(제한적 열거설)

판례와는 달리 적법절차원리가 모든 기본권 제한이 아닌 처벌·보안처분·강제노역 그리고 영장발부에만 적용되고 또 절차적 적정성만을 요구하는 것으로 보는 이른바 제한적 열거설⁴⁴⁴⁾에 의한다면, 과잉금지원칙과 적법절차의 원리는 그 적용영역을 달리한다. 이 설에 의하면 신체의 자유에 대한 일정 유형의 제한에 대한 절차적 요건의 충족 여부를 가리기 위하여 적법절차의 원리가 적용되고, 그 제한의 내용적 적정성 심사를 위해서는 과잉금지원칙이 적용되어야 한다.

라) 적법절차원칙의 특별한 표현과 적법절차의 원칙

한편, 우리 헌법은 법률에 의한 처벌의 원칙, 형벌불소급의 원칙, 일사부재리의 원칙, 연좌죄금지, 고문금지 등 미국헌법에 명시되어 있지 아니한, 적법절차를 구체화한 특별규정을 두고 있다. 적법절차원칙의 이와 같은 특별한 표현이 적용될 수 있는 범위에서는 일반법인 적법절차의 원칙은 후퇴하여야 함은 방법론상 당연하다.

(2) 과잉금지의 원칙과 신뢰보호의 원칙

1) 신뢰보호원칙의 헌법적 근거

신뢰보호의 원칙이 헌법에 직접 명시되어 있지는 않지만 우리 헌

444) 윤명선·김병목, 「헌법체계론」, 1996, 494쪽.

법에는 신뢰보호의 사상이 구체적으로 표현된 규정이 있다. 헌법 제 13조 제1항(형벌불소급), 제2항(소급입법에 의한 재산권 및 참정권의 박탈금지)이 그것이다. 그러나 이는 특정된 생활영역에서의 개인의 신뢰보호의 문제이고, 그와 같은 특별규정이 해당하지 않는 여타의 영역에 적용되는 일반 원칙으로서의 신뢰보호원칙의 헌법적 근거는 무엇인가?

이 문제와 관련하여 매우 다양한 견해가 존재하지만 대체로 두 가지 견해로 압축되고 있다.⁴⁴⁵⁾ 법치국가원칙의 중요한 요소인 법적 안정성의 주관적 측면이 신뢰보호라고 하여 법치국가원리에서 그 근거를 찾는 견해와 신뢰보호의 주관적 성격에 비추어 볼 때 국가공권력에 대한 포괄적인 방어적 기능을 하는 개인의 주관적 공권인 자유권에서 그 근거를 찾아야 한다는 입장이 그것이다. 생각건대, 기본권은 그 보호영역이 미치는 한에서만 신뢰를 보호할 수 있다. 그러나 신뢰보호의 문제는 기본권의 보호영역 밖에서도 제기될 수 있기 때문에 법치국가원리에 신뢰보호원칙의 포괄적 근거가 있다고 보아야 한다. 판례도 이러한 입장에 가담하고 있다.⁴⁴⁶⁾

2) 신뢰보호원칙의 보충성

가) 기본권보호영역과 신뢰보호의 보충성

445) 아래에서 소개되는 견해 이외에도 신의성실의 원칙, 사회국가원리 등이 각각 그 근거로 제시되기도 하며, 심지어는 신뢰보호 자체를 독자적인 법원칙으로 보는 견해도 있다.

446) "법적 안정성은 객관적 요소로서 법질서의 신뢰성·항구성·법적 투명성과 법적 평화를 의미하고, 이와 내적인 상호연관관계에 있는 법적 안정성의 주관적 측면은 한번 제정된 법규범은 원칙적으로 존속력을 갖고 자신의 행위기준으로 작용하리라는 개인의 신뢰보호원칙이다."(헌재 1996.2.16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51 <84>). 대법원 판례도 또한 같다(1983.4.26. 81누423 [대] 31-2, 121쪽 이하).

그러나 법치국가원리로부터 직접 도출된 신뢰보호의 원칙은, 이 문제를 대체로 기본권침해 여부와 별도로 심사하고 있는 헌법재판소의 실무에서와는 달리 독일의 재판실무에서는 기본권에 의하여 구속당하고 기본권이 해당되지 않는 경우에만 직접 적용되고 있다. 즉 소급적으로 개인의 법적 지위를 불리하게 변경하는 법률의 합헌성 여부, 그에 따라 신뢰보호의 문제는 기본권침해 여부를 심사할 때 비례성 심사의 테두리 안에서 함께 심사하는 경우가 많다.⁴⁴⁷⁾

그 밖에도 다른 특별한 헌법규정이 신뢰보호의 구체적 표현인 경우에는 해당 특별규정이 우선적으로 적용된다.

나) 기본권 내에서의 신뢰보호의 의의

그렇다면 문제는 신뢰보호가 어떻게 해석론적으로 기본권에 포용될 수 있는가, 신뢰보호가 기본권보장의 내용으로 흡수되는 것인가, 신뢰보호가 비례원칙의 일부가 되는 것인가, 아니면 - 내재적이든 외재적인 것이든 - 독자적인 기본권제한의 한계가 되는 것인가이다. 이 문제에 대해서는 일반적인 타당성을 갖는 해답이 아니라, 각 기본권의 특성에 따라 개별적으로 해답이 주어져야 할 것이다.

다) 재산권의 요소로서의 신뢰보호

헌법 제23조의 재산권은 개인의 수중에 있는 구체적인 재산권을 보장하는 개인을 위한 존속보장과 재산권 자체를 확보하고 재산권의 법적 형성과 관련한 일정한 요건을 부과하는 제도보장을 포함하고

447) 물론 독일의 실무가 항상 일관된 입장을 보이고 있는 것은 아니다. 부진정 소급입법의 경우 신뢰보호의 문제는 관련 기본권의 테두리 안에서 심사되지만, 진정소급입법의 경우 주로 신뢰보호와 법적 안정성을 기준으로 심사하고 있다. 이와 같은 구분의 이유는 분명하지 않다.

있다. 재산권의 보호는 일차적으로 존속보호이고 또 그에 따라 신뢰의 보호이기도 하다. 개인은 자신의 재산권이 헌법 제23조에 의하여 보호받고 있기 때문에 그 존속을 신뢰할 수 있으며 또 그렇게 신뢰하고 있다. 그런데 제23조 제1항의 재산권에 속하는 것은 법적 규율에 앞서 존재하거나 제23조 자체에 의하여 정의되는 것이 아니라, 입법자에 의하여 일반적·추상적 규정에 의하여 상세하게 확정된다. 물론 입법자는 재산권에 관한 규율에 있어서 무제한적 자유를 누리지 아니한다. 오히려 입법자는 한편으로는 자유의 물질적 기반인 재산권에 대한 원칙적 보장(제23조 제1항)을 존중하여야 하고, 다른 한편으로는 재산권의 사회적 구속(제23조 제2항)을 존중하여야 한다. 이와 관련하여 비례의 원칙과 신뢰보호의 원칙도 존중되어야 한다. 오늘날 재산권이 전반적으로 법률에 의하여 규율되어 있고 또 (거의) 모든 재산권규율이 기존의 재산권보장에 대한 수정을 의미하기 때문에 더욱더 그러하다. 재산권에 대한 제한은 기존의 재산권과 관련해서도 비례의 원칙 및 신뢰보호의 원칙을 존중하여야 한다. 비례의 원칙은 실질성을 띠고 또 재산권에 대한 제한이 적합하고, 필요하며 상당할 것을 요구한다. 반면 신뢰보호에 의해서는 시간의 요소가 재산권보장에 유입된다. 신뢰보호는 재산권의 기존의 가능성과 이용행위에 준거하고 또 이 기존의 가능성과 이용행위가 장래에도 유지되고 또 그러한 가능성에 대한 제거는, 그것이 필요한 경우라도, 재산권주체의 이익을 고려하면서 이루어져야 할 것을 요구한다. 그러므로 재산권을 장래를 향해서는 헌법적인 문제없이 규율하고 있는 법률규정도, 그것이 과거에 성립한 법적 지위에 대도 제한하는 경우에는, 위헌이 될 수 있다.

요컨대 신뢰보호는 재산권의 영역에서는 한편으로는 제23조 제1항의 존속보장으로 흡수됨과 동시에 이 존속보장의 윤곽을 형성하며,

다른 한편으로는 입법자가 재산권의 내용·한계를 규정함에 있어서 존중하여야 할 지침이 된다. 그러므로 신뢰보호는 법치국가원리에서 파생하여 제23조 제1항의 재산권에 대하여 외적으로 가해지는 한계 요인 또는 재산권의 내재적 한계가 아니라, 재산권보장 자체의 구성 요소이다. 즉 재산권은 신뢰보호의 특수한 발현형식이다.⁴⁴⁸⁾ 제한의 한계라는 관념은 재산권개념이 헌법에 의하여 미리 확정되어 있어서 법률에 의한 재산권규율이 자체 존재하는 재산권을 제한한다는 것을 전제한다. 그러나 입법자가 재산권을 법적으로 형성할 권한을 행사하되 그 경우 여러 가지 헌법적 지침을 존중하여야 한다는 점을 고려하면 신뢰보호는 이러한 지침 중의 하나인 것이다. 물론 어떤 견해에 의하든 결과에 있어서는 차이가 없다. 신뢰보호는 재산권보호의 영역에 속하는 한 요소이고 또 이로써 기본권적으로 볼 때 특수한 의미를 획득한다. 신뢰보호가 절대적인 효력을 갖는 것은 아니며, 다른 한계요인들과의 형량을 거쳐 관철될 수 있는 범위에서만 효력을 갖는다.

라) 직업의 자유; 직업의 자유에 대한 제한의 한계로서의 신뢰의 보호

재산권과는 달리 헌법 제15조의 직업의 자유는 입법자가 제37조 제2항의 제한유보에 입각하여 제한을 가할 수 있는 자유권이다. 물론 입법자는 이 자유를 제한함에 있어서 신뢰보호의 원칙을 존중하여야 한다. 즉 직업의 자유에 대한 제한의 한계 중의 하나이며,⁴⁴⁹⁾ 비례의

448) 헌재 1999.4.29. 94헌바37. 그러나 이와 같은 인식에도 불구하고 헌법재판소의 이 판례는 재산권의 침해 여부에 대한 심사 후에 별도로 신뢰보호의 원칙의 침해 여부를 심사하고 있다. 시간의 요소는 비례성심사로 흡수하는 것이 일관성 있는 문제 해결방법이 아니었나 생각된다.

원칙을 심사할 때 신뢰이익의 침해문제를 함께 고려하는 것이 합리적이다.

(3) 과잉금지원칙과 평등원칙

1) 상호 독립적인 심사기준

과잉금지원칙이 국가와 개개의 기본권주체의 수직적 관계에서 기본권제한의 적정성 여부를 가리는 심사기준이라면, 평등원칙은 국가의 조치가 기본권주체들의 수평적 관점에서 볼 때 정의로운 것인지를 판단하는 심사기준이다. 그러므로 과잉금지원칙과 평등원칙은 다른 관점에서 공권력조치의 위헌성을 심사하는 심사기준이기 때문에 상호 배타적인 관계에 있지 않다. 따라서 별도로 그 준수 여부가 심사되어야 하는 것이 원칙이다.

2) 평등권침해심사에 과잉금지원칙의 적용가능성⁴⁵⁰⁾

과잉금지원칙은 전통적으로 보호영역의 확정, 제한의 존부 확정, 이 제한의 정당성 심사로 이루어지는 3단계심사모델에 의거하여 그 침해 여부에 대한 심사가 이루어져 온 자유권적 기본권의 심사기준으로 적용되어 왔다. 이에 비하여 평등원칙은 헌법적 의미 있는 차별

449) 헌재 2001.9.27. 2000헌마152. 헌법재판소는 이 사건에서 국세관련 경력공무원에 대하여 세무사자격을 부여하지 않도록 개정된 세무사법 제3조가 직업선택의 자유를 침해하지 않는다고 보면서도 신뢰이익의 침해를 인정하였다. 같은 취지로 변리사법 개정규율의 위헌성을 확인한 헌재 2001.9.27. 2000헌마208도 참조. 기본적으로 동일한 심사방법을 채택하고 있는 것으로는 관세사 자격요건의 개혁과 관련한 헌재 2001.1.18. 2000헌마364.

450) 이에 대해서는 정태호, “보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견”, 미국헌법연구 19권 2호(2008), 63 (93쪽 이하) 참조.

의 존부 확정, 이 차별의 정당성심사로 이루어지는 2단계심사모델에 의거하여 진행되어왔다. 평등권이 제한될 수 있는 실질적 보호법의 내지 보호영역을 가지고 있지 않다는 것, 다시 말하면 평등권에서는 자유권에 전형적으로 나타나는 보호영역과 실제적 보장영역의 구분이 가능하지 않다는 것이 위와 같은 심사구조 분화의 결정적인 이유이다.⁴⁵¹⁾ 그에 따라 평등규정은 전통적으로 통상적인 기본권제한 개념이 뜻하는 제한이 가능하지 않다는 설⁴⁵²⁾이 유력하게 받아들여졌다.

그렇지만, 우리⁴⁵³⁾나 독일⁴⁵⁴⁾의 판례가 과거와는 달리 차별의 정도와 의미에 따라 자의금지원칙만이 아니라 비례성심사기준도 적용함으로써 평등권침해심사도 자유권침해심사 구조 및 심사기준에 근접하고 있다. 헌법재판소는 예외적인 경우이기는 하지만 아예 평등권침해 여부를 과잉금지원칙에 의거하여 심사한 경우도 있다.⁴⁵⁵⁾ 최근 독일 학자들에 의해 평등권침해심사에 자유권, 특히 방어권침해심사모

451) G. Lübke-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrechte, 1988, S. 258.

452) M. Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980, S. 54.

453) 헌재 1999.12.23. 98헌마363; 2001.3.15. 2001헌가1 이래의 확립된 판례. 동일한 사상은 이미 헌재 1996.8.29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 56; 1997.1.16. 90헌마110 결정에 대한 김진우 재판관 등 3인의 위헌의견(판례집 9-1, 90, 132-133); 1995.5.25. 92헌마269 결정에 대한 김진우 재판관의 반대의견(판례집 7-1, 768, 785-786). 또한 이영모 재판관도 헌재 1997.6.26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674; 1997.7.16. 95헌가6등, 판례집 9-2, 1; 1997.8.21. 94헌바2, 판례집 9-2, 223의 소수의견에서 심사기준을 분화하는 시도를 이미 한 바 있다. 이에 대해서는 「소수와의 동행 그 소리에 귀를 열고」, 2001에 수록된 이 인호의 평론 “재판관 이영모의 헌법정신에 대한 탐구”, 28-31쪽도 참조.

454) 이에 대해서 상세한 것은 계희열, 「헌법학(중)」, 2007, 239쪽 이하; 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제”, 헌법논총 제11집(2000), 431, 445 이하 참조.

455) 가령 헌재 1991.6.3. 89헌마204; 1992.6.26. 91헌가8등; 1990.6.25. 89헌가98등 - 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제7조의 3. 이에 대해서는 정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰 - 범형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로-”, 공법연구 제30집 제1호, 2001, 223 (232쪽 이하) 참조.

델을 응용하려는 다양한 시도들이 행해지고 있다.

가령 평등권을 특정 양식의 국가활동을 방어하는 양태적 방어권(modales Abwehrrecht)⁴⁵⁶⁾의 일종으로 파악하면서 방어권침해심사 모델을 적용하려는 시도가 있다.⁴⁵⁷⁾ 그에 따르면 평등권은 “불평등한 방식으로” 행해지는 국가활동의 부작위 청구권 내지 불평등조치의 방어권이며,⁴⁵⁸⁾ 평등권의 실질적 내용은 불평등 처우의 부작위 또는 제거라고 한다.⁴⁵⁹⁾ 평등권은 제한대상이 될 수 있는 실질적인 보호법익을 가지고 있지 않지만, 양태적 방어권처럼 평등권에 내포된 규범적 명령을 어길 가능성은 존재하고, 따라서 평등권도 자유권처럼 제한되는 것으로 볼 수 있다고 한다.⁴⁶⁰⁾

평등권을 통설과는 달리 상대적 평등이 아닌 절대적 평등, 즉 인격, 행태, 여타의 상황과 관련하여 사실상 존재하는 차이에도 불구하고

456) 이 개념은 원래 J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 23에서 발원한다.

457) M. Sachs, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheit als Abwehrrechte, DÖV 1984, S. 411 ff.; M. Kloepfer, aaO, S. 54.

458) M. Sachs, DÖV 1984, S. 411 (416).

459) M. Sachs, DÖV 1984, S. 411 (416).

460) 구체적인 논거나 논증의 방식은 다르지만 유사한 결론에 이르고 있는 것으로는 M. Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980. 그는 평등규정 위반 여부의 심사가 매우 불투명하게 이루어지고 있다는 문제의식을 가지고 자유권의 심사구조를 평등권에 전용하면서, 결국 자의금지과 과잉금지가 별개의 심사기준이지만 공통점을 가지고 있음을 논증하고 있다; H.H. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 345 ff. 그는 모든 종류의 기본권에 적용되는 통일적인 심사구조를 개발하는 것을 목표로 설정하고, 자유권심사모델에서 그 가능성을 모색하고 있다; S. Huster, Rechte und Ziele, Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1993. 그는 이른바 내재적 차별목표(가령 응징과세의 원칙처럼 비교대상인 인적 집단들 사이에 존재하는 차이의 구현)의 경우에는 자의금지를, 외재적 차별목표(비교대상 인적 집단에 내재하는 차이에 기초를 둔 것이 아니라 공익을 위하여 인적 집단 사이의 차별 시도)의 경우에는 비례성심사를 한다고 보는 한편, 평등권의 보호영역을 평등대우 및 불평등대우의 보장으로 이해한다면 자유권심사의 모델을 평등권심사에 응용할 수 있다고 본다.

고 모든 사람을 동등하게 다루라는 공권력에 대한 명령으로 이해하는 한편, 입법시 불가피하게 제기되는 세분화 내지 차별의 요청과 독일 기본법상 법률유보 없이 보장된 평등권 사이에 발생할 수밖에 없는 충돌을, 평등권을 목적론적으로 축소해석 하면서 불문의 법률유보 하에 있다고 봄으로써 해소하려는 견해도 있다.⁴⁶¹⁾ 그는 이렇게 이해된 평등권의 침해 여부 심사도 자유권심사와 같은 구조로 이뤄질 수 있다고 본다. 즉 일반적 평등권은 포괄적인 평등대우라는 보호영역을 가지고 있고, 모든 차별은 일반적인 평등권에 대한 제한을 의미하며, 불문의 법률유보가 입법자에게 차별적 규율을 할 수 있는 권한을 부여한다고 한다. 그는 차별의 정당성을 우리 판례나 독일 판례처럼 자의금지와 비례성심사로 분화하지 않고 전적으로 과잉금지원칙에 의하여 심사할 수 있다고 본다.⁴⁶²⁾

물론 이와 같은 시도들이 아직까지 전폭적인 동의를 이끌어내고 있는 것은 아니다. 그러나 그러한 해석론이 활발하게 시도되고 있는 것은 평등권해석론에서 일고 있는 동요를 극명하게 보여주고 있는 것이다. 전통적인 기본권해석론이 평등권과 자유권 사이에 존재하는 규범구조적 차이에 주목하였다면, 최근에는 양자 사이에 존재하는 공통점에 주목하면서 자유권심사구조 및 그 심사기준을 평등권에 응용함으로써 평등권심사를 보다 합리화하려는 시도들이 눈에 띄고 있다. 이는 선거평등권과 같은 특별평등권의 해석론에도 영향을 미칠 수밖에 없다.

사건으로는 일반적 평등권심사에 항상 과잉금지원칙을 적용하자는 견해에는 동의하기 어렵다고 본다. 그 이유는 무엇보다도 일반적으로

461) P. Martini, Art. 3 Abs. 1 GG als Prinzip absoluter Rechtsgleichheit, 1997 참조.

462) P. Martini, aaO, S. 275.

과잉금지원칙이 과도한 부담 부과를 통제하는 데 비하여 평등원칙은 차별적인 혜택부여도 통제하기 때문이고,⁴⁶³⁾ 일반적 평등권 심사에 항상 과잉금지원칙을 적용하면 심사기준이 너무 강화됨으로써 입법자의 형성권한이 너무 축소될 우려가 있기 때문이다.

3) 특별평등권심사기준으로 과잉금지원칙의 적용가능성

상술한 바와 같이 최근의 판례와 기본권해석론의 발전 추세에 비추어 볼 때 자유권과 평등권 사이에 존재하는 규범구조적 차이나 과잉금지(Übermaß)와 차별금지(Gleichmaß) 사이에 존재하는 심사구조의 차이가 자유권심사구조, 따라서 과잉금지원칙을 평등심사에 전용하는 데 이제 극복할 수 없는 장애요인이 아니다. 특히 보통·평등선거권과 같은 특별평등권의 규범구조는 자의금지가 원칙적 심사기준으로 적용되어 온 일반적 평등권과는 달리 자유권의 규범구조와 매우 유사하다.⁴⁶⁴⁾ 이와 같은 특별평등권의 경우 보호영역은 물론 그에 대한 제한을 분명히 관념할 수 있고, 따라서 한계적 사고에 바탕을 둔 자유권심사구조를 적용하는 데 무리가 없다. 즉 일반적 평등권에서와는 달리 자유권에서처럼 원칙과 예외의 관계가 선명하게 형성된다.⁴⁶⁵⁾ 이 영역에서는 원칙적으로 차별은 금지되고, 예외적으로만 차별이 정당화될 수 있기 때문이다.

이 영역에서는 모든 차별은 부담부과를 의미하기 때문에 과잉금지와 평등심사의 기능적 차이도 과잉금지를 평등권심사에 전용하는 것

463) J. Ipsen, Staatsrecht II, Grundrecht, 5. Aufl., 2002, § 19 Rn 775 참조.

464) M. Breuer, Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Wahlrecht der Auslandsdeutschen, 2001, S. 166; N. Nahrgang, aaO, S. 165 참조.

465) B.-O. Bryde/R. Kleindiek, Der allgemeiner Gleichgrundsatz, Jura 1999, S. 36 (38)는 일반적 평등권에 과잉금지원칙을 적용하기 위한 전제로서 자유권처럼 원칙과 예외의 관계가 형성되어 있을 것을 요구하고 있다.

을 방해하지 않으며, 헌법제정자가 일정한 표지에 의한 차별을 특별히 금지하였기 때문에 과잉금지원칙의 적용으로 심사기준이 너무 강화된다는 비판이 들어설 여지도 없다.

(4) 과잉금지원칙과 법적 명확성의 원칙

법적 명확성의 원칙이란 법률을 비롯한 법규범의 내용이 관련 개인이 해당 규범에 의하여 요구되고 있는 것을 인식할 수 있을 정도로, 즉 개인이 국가의 작용을 예상하고 계산할 수 있어서 자신의 행위를 그에 맞추어 조절할 수 있을 정도로 명확하고 정확하게 조문화되어야 한다는 원칙을 말한다.

기본권제한의 문제와 관련하여 법적 명확성원칙이 독자적인 기본권제한의 한계요인이 될 수 있는지에 대하여 회의적인 주장도 있다. 그 견해는 불명확한 법률은 법률의 목적을 달성하기에 필요한 것 이상으로 기본권을 제한하는 것을 가능하게 하기 때문에 과잉금지의 원칙(특히 최소침해요건)을 침해한다는 것을 그 논거로 제시한다. 그렇지만 법률의 명확성의 원칙은 개인이 객관적으로 예측하고 계산할 수 있는 것을 기준으로 삼는다는 점에서 과잉금지원칙에 대한 독자적인 의미를 갖는다고 할 것이다. 즉, 법률이 개인의 관점에서 볼 때 너무 불명확한 경우에는 비례성심사를 거치지 않고도 위헌으로 선언될 수 있다.⁴⁶⁶⁾

(5) 과잉금지원칙과 과소보호금지원칙⁴⁶⁷⁾

466) 이에 대해서는 Piroth/Schlink(정태호 역), 독일기본권개론(Grundrechte. Staatsrecht II, 15. Aufl.,1999), 2000, 단락번호 312.

기본권보호의무 이행을 위하여 제3자의 기본권에 대한 제한이 필요 없는 경우에 과소보호금지의 원칙이 입법자의 재량에 한계를 두고, 따라서 동 원칙이 독자성을 갖는다는 점에 대해서는 현재 다툼이 없다. 그러나 기본권보호의무의 이행을 위하여 제3자의 기본권에 대한 제한이 필요한 경우에는 특별한 검토가 필요하다. 이 기본권적 3각 관계에서 입법자의 조치는 과소보호금지의 원칙을 충족시켜야 할 뿐만 아니라, 과잉금지의 원칙에 의하여도 정당화되어야 한다.⁴⁶⁸⁾ 즉 입법자의 입법은 과잉금지의 원칙과 과소보호금지의 원칙의 틈새에 놓이게 되는 양상을 보이게 된다.

이러한 기본권적 3각 관계에서 과소보호금지원칙이 과잉금지원칙에 대하여 독자성을 갖는지에 대하여는 다툼이 있다.

부정설⁴⁶⁹⁾의 주장은 다음과 같다. 즉 기본권적 3각 관계에서는 ‘과잉금지원칙 자체로부터 밝혀지는 것 이상이 과소보호금지의 원칙으로부터 나오지 아니한다. 입법 활동의 최저한도와 최고한도, 그 하한과 상한 사이에 틈새는 존재하지 아니한다. 오히려 보호를 위한 입법 활동의 최저한과 그로 인한 기본권제한의 최고한은 상호 일치 한다’는 것이다.⁴⁷⁰⁾ 부정설은 ‘기본권제한을 받는 자의 관점에서 (기본권제

467) 이에 대해서는 정태호, “기본권보호의무”, 인권과 정의 제252호(1997.8), 83 쪽 이하 (105쪽).

468) Isensee, HStR V, § 111 Rn 165; Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeit in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 163f.; H. D. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110 (1985), S. 384; J. Dietlein, Das Untermaßverbot, ZG 1995, S. 131ff., 특히 S. 136ff. 등 참조.

469) K. E. Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? DVBl. 1993, S. 983; Ch. Starck, Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens. Zum zweiten Abtreibungsurteil des BVerfG, JZ 1993, S. 817; P. Unruh, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 87.

470) K. E. Hain, DVBl. 1993, S. 983.

한이) 허용되는 최고한도의 문제와 보호를 구하는 자의 시각에서의 최소한의 보장수준의 문제는 모두 과잉금지의 원칙에 의하여 해결될 수 있다'⁴⁷¹⁾는 것을 그 논거로 내세운다. 즉 과잉금지의 원칙에 의하면 복수의 적합한 수단들 중에 기본권을 가장 적게 제한하는 수단만이 필요성요건을 충족시키기 때문에 기본권제한의 필요를 확인함으로써 동시에 기본권을 덜 제한하면서 보호의무를 이행할 수 있는 다른 수단은 존재하지 아니한다는 것이 확정된다는 것이다.⁴⁷²⁾ 그에 따라 과소보호금지의 원칙은 기본권이 충돌하는 기본권적 3각 관계에 있어서는 독자적인 존재의미가 없다고 주장한다.

생각건대, 과잉금지원칙은 법률내재적인 목적-수단의 관계를 통제함으로써 불필요한 기본권제한을 배제하고자 하는 데 비하여 보호의무, 따라서 과소보호금지원칙은 기본권보호라는 목표만을 제시할 뿐 목표달성을 위하여 투입하여야 할 수단의 선택을 보통 입법자의 결정에 맡기고 있기 때문에 입법자가 설정한 목적을 기준으로 삼는 과잉금지원칙의 “필요성”은 헌법에 제시된 목표를 기준으로 삼는 과소보호금지원칙의 “필요한 보호수준”에 대하여 원칙적으로 아무런 정보를 제공하지 아니하고,⁴⁷³⁾ 따라서 과소보호금지의 원칙에 3각 관계에서의 독자적인 존립의 정당성을 인정하여야 한다고 본다.

다만, 기본권보호의무가 그 규범의 성격상 하나의 원리인데다가, 목표만을 제시할 뿐 그 달성방법에 대하여는 보통 침묵하고 있는 목적프로그램(Finalprogramm)으로서의 성격을 갖기 때문에 입법자에게는 폭넓은 형성권이 주어지는 것이 일반적이다. 그에 따라 과소보호금지원칙도 기본권보호의무의 그러한 특성을 그대로 이어받을 수밖에

471) Hain, ebda.

472) Hain, ebda.

473) J. Dietlein, ZG 1995, S. 137.

에 없다. 그러므로 과소보호금지의 원칙으로부터 입법자가 이행하여야 하는 규범적 급부의 수준에 관한 명확한 판단기준을 얻기 힘든 경우가 대부분일 것이다. 바로 이 점 때문에 헌법재판소는 입법자의 형성의 자유를 침해하지 아니하려면 보호입법의 통제와 관련하여 대부분 명백성의 통제에 머물러야 하는 것이다.

(6) 일반적 평등원칙과 특별평등규정

특별 평등규정들은 보호영역을 갖고 있는 것이 아니라 공권력조치에 의한 차별에 대한 정당화요건을 제시하고 있기 때문에 특별 평등규정이, 특별한 자유권과 일반적 행동의 자유의 관계에서와는 달리 일반적 평등규정을 배척하지 아니한다. 따라서 특별평등규정이 불평등대우를 금지하지 않는 경우에도 항상 일반적 평등규정에 의한 심사가 이루어져야 한다.

가령 입법자가 특정 여성스포츠종목이 평균이상의 사고율을 기록하고 있다는 이유로 법률을 통하여 금지하였다면, 평균이상의 사고율을 기록하고 있는 다른 스포츠종목들은 허용되고 있는 경우에는 그 법률이 남녀차이가 아닌 해당 스포츠종목의 고도의 위험성에 토대를 두고 있다는 이유로 헌법 제11조 제1항 제2문의 남녀차별금지에 저촉되지 않는다는 판단이 내려지더라도 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등규정이 침해되었는지가 추가적으로 검토되어야 한다.⁴⁷⁴⁾

474) 이에 대해서는 Pieroth/Schlink(정태호 역), 전게서, 단락번호 501a와 502 참조.

Ⅲ. 영역별 심사기준과 강도

1. 평등권

(1) 미국

1) 서설

미국 연방대법원에 의해 어떤 법률이나 법률규정이 헌법에 위배되느냐를 심사하는 사법심사(Judicial Review) 내지 위헌법률심사에서는 그 합헌성 판단에 세 가지 단계의 기준이 적용된다. 단순합리성심사(Mere Rationality Test), 엄격심사(Strict Scrutiny), 중간수준심사(Middle Level Review)가 그것이다. 이 세 단계 합헌성 심사의 기준은 미국 헌법상의 논의에서 줄기차게 등장하며 각 헌법규정의 위배 여부가 문제될 때 어떤 헌법 조항의 위배 여부에 대해서는 단순합리성심사가, 어떤 헌법규정의 위헌 여부 심사에 있어서는 엄격심사가, 또 어떤 다른 헌법규정의 위배 여부를 심사할 때에는 중간수준심사가 이루어진다. 하지만, 세 가지 단계의 기준이 다 적용될 수 있는 경우에는 미국 수정헌법 14조의 평등보호조항에의 위배 여부를 심사할 때가 유일하다. 즉, 평등심사에 있어서는 세 단계의 합헌성 판단의 기준이 그 차별(classifications)의⁴⁷⁵⁾ 유형이나 근본적 권리들

475) “Classification”이라 하면 보통 “분류” 또는 “분류를 통한 구별”로 해석된다. 따라서 예를들어 법이 여자와 남자를 분류화하고 구별하는 것을, 백인과 유색인종(colored people)을 분류화하고 구별하는 것을 법을 통한 “classification”이라 하는 것이다. 그러나 이를 한국어로 “분류”로 번역할 경우 “구별”의 의미가 없어지면서 한국어의 어감상으로는 너무 약한 의미로 전달될 수 있다. “Classification”은 분명 ‘법에 있어서의 분류화와 그 분류화를 통한 구별’의 의

(fundamental rights)의 침해 여부에 따라 다 적용될 수 있는 것이다.

“평등”은 가장 미국적인 주제라고 생각한다. 종교적 박해와 각종의 부당한 차별을 뒤로한 채 목숨을 걸고 대서양과 태평양을 건너온 사람들이 이룩한 국가가 미국이기 때문이다. 또 이 평등조항은 미국연방헌법에 일찍이 규정되면서 헌법재판에 자주 인용되는 중요한 조항으로서의 구실을 했으며 이런 면에서 평등은 미국사회에서 가장 많이 논의되는 헌법적 주제 중의 하나가 될 수 있었다. 미국 연방 수정헌법 제14조의 끝부분에는 적법절차조항 다음으로 평등보호조항이 - 우리로 치면 평등권 조항 - 규정되어 있다. “어떠한 주도 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다”는 조항이 그것이다. 이 평등보호조항은 노예제도 등을 둘러싼 미국 남부와 북부의 갈등으로 폭발한 남북전쟁(1861-65) 직후에, 노예제 폐지에 관한 수정헌법13조, 흑인의 투표권에 대한 수정헌법15조와 더불어 미국 연방헌법에 편입되었으며⁴⁷⁶⁾ 그 주된 목적은 미국사회에서 대대로 부당한 차별을 받던 흑인들에 대한 자유와 평등 보호를 보장하기 위한 것이었다. 그러나 이러한 수정헌법 조항들이 헌법에 편입된 초창기에 미국법원은 이 조항들이 “차별(classifications)의 영역이 무엇이건, 차별의 기준이 무엇이건, 차별의 사용에 일반적 제한을 가하려는”⁴⁷⁷⁾ 의도로 만들어진 것이라고 이 조항들의 의미를

미이므로 필자는 이를 “차별”이라고 번역한다. “차별”의 뜻을국어사전으로 찾아보면 “차가 있게 구별함”이라고 해석되어 있다. 따라서, 원래 우리말의 “차별”의 의미에는 ‘부당한’ 구별이라는 식의 부정적인 의미가 없다. 이런 이유로 “classification”을 차별이라 번역하는 것이 가장 적합하다고 생각한다. 물론 이때의 “차별”은 그러한 차별에 “합리적 기준이 있느냐”의 여부를 따지기 以前의 ‘분류화를 통한 구별’의 의미로서 부정적인 의미가 없는 “차가 있는 구별”이다.

476) 정확하게는 수정헌법 13조는 1865년에, 수정헌법14조는 1868년에, 끝으로 수정헌법 15조는 1870년에 미국연방헌법에 추가되었다.

477) GERALD GUNTHER & KATHLEEN SULLIVAN, CONSTITUTIONAL LAW 676 (13th ed. Foundation Press, 1997)

넓게 해석했다.

차별은 도처에서 다반사로 이루어진다. 특히 법에 의한 어떤 집단이나 부류의 구별과 그에 차이를 두는 차별은 아주 자연스럽게 또 흔하게 이루어지고 있다. 이런 이유일까? 평등조항은 우리 헌법재판소에서 위헌판단에 가장 많이 원용되는 조항이라고 한다. 이 점은 미국에 있어서도 비슷하다. 평등보호조항은 수정헌법 5조와 수정헌법 14조에 규정되어있는 적법절차조항과 함께 가장 대표적인 포괄적 일반조항으로 기능하고 있다. 따라서 평등보호조항과 평등권에 대해 알아보는 것은 미국헌법의 이해에 아주 중요하며, 또한 평등보호조항과 관련해서는 판례나 이론도 아주 많다. 이런 이유로 미국 로스쿨들에서는 보통 적법절차의 원칙과 평등보호조항을 ‘헌법 2 (Constitutional Law II)’로 해서 한 학기 내내 강의한다. 특히 그 강의는 평등보호조항에 대한 설명에 훨씬 더 많은 시간을 할애한다. 그렇듯 중요하고 양이 많은 미국의 평등보호조항과 평등심사에 대해 논문 하나로 속 시원히 규명을 한다는 것에는 다소간 무리가 따른다. 이런 이유로 본 연구에서는 미국 연방대법원의 평등보호조항 위배 여부에 관한 평등심사와 그 3단계 기준들에 초점을 맞추어 논의를 전개해 볼까 한다. 그리고 미국 연방대법원 판례를 통해 발전된 적극적 평등실현조치에 대해 알아보고, 이것이 평등심사기준에 끼친 영향은 없는지, 평등심사기준에 관한 대법원의 최근 판례의 경향은 어떠한지를 살펴보면, 끝으로 이러한 논의들 중에 우리 헌법재판소의 평등심사에 참고할만한 것들을 몇 가지 생각해보는 데에서 이 연구의 목적을 찾고자 한다.

2) 평등심사기준에 관한 중요 미국 판례

미국에서는 판례가 일차적 法源이다. 따라서 판례가 중요하다. 이런 이유로 평등심사기준에 관한 구체적 논의들을 살펴보기 전에 평등심사와 관련된 중요한 대법원판례들 몇 가지를 살펴보고 그 판결이 가지는 의미를 규명해 봄으로써, 뒤에 나오는 구체적 논의들에 대한 깊이 있는 이해의 발판을 마련해 보고자 한다. 이 중요 판례들은 역사적 흐름과도 연관 지을 수 있게 연도순으로 배열하여 보았다.

가) Yick Wo판결: 법적용이 합리성 없이 차별적으로 이루어지면 위헌

미국에 연방대법원이 생기고 몇 년이 지나지 않아 나온 아주 오래된 초기 판결로서 1886년의 Yick Wo v. Hopkins(1886)⁴⁷⁸)을 들 수 있다.

a) 사실관계

San Francisco시의 시조례는 그 세탁소가 돌이나 벽돌로 만들어진 것이 아니라면 감독위원회의 동의 없이 세탁소를 운영하는 것을 불법으로 금하고 있었다. 그 시조례 하에서 감독위원회는 ‘중국계 외국인(Chinese aliens)’에게는 세탁소 운영 허가를 내어주지 않고 백인들에게는 이를 내어주었다. Yick Wo는 그 시조례 위반으로 체포되었고, 하급심에서 유죄판결을 받았다. 이에 그는 그 시조례가 차별적 방법으로 운영되고 있다는 것을 근거로 연방대법원에 상고했다.

478) Yick Wo v. Hopkins 118 U.S. 356 (1886)

b) 다수의견의 논점과 추론 그리고 판시

Matthews대법관에 의해 집필된 대법원의견은 법 자체는 유효하더라도 그 법이 자의적이고 차별적으로 적용된다면 이는 위헌이라고 판시했다. 다음은 그 추론의 요지이다.

본 사안에 있어서와 같이 법이 부당하게 차별적으로 적용된다는 것이 객관적으로 입증된다면 법원은 그 법을 위헌판결할 수 있다. 그 시조례 자체의 합헌성이나 유효성을 따지지 않고도 우리는 이러한 결론을 내릴 수 있다. 비록 그 시조례 자체는 합헌적이고 유효하다 하더라도, San Francisco시의 감독위원회는 중국계 주민을 세탁업에서 배제하기 위해 그 시조례를 매우 차별적이고 체계적인 방법으로 적용했다. 그러한 차별대우는 미국 연방 수정헌법상의 평등보호조항의 정신과 규정에 모두 위배되는 것이므로 Yick Wo에 대한 유죄판결을 파기한다.

c) Yick Wo판결이 가지는 의미

그 법 ‘내용’ 자체가 아니라 그 법의 집행이나 행정부나 지방자치단체에 의한 ‘적용’이 부당하게 차별적이라도 그 법은 위헌판결을 받을 수 있다는 점이 同判決을 통해 선언되었다. 그러한 ‘민족적 기원(national origin)’에 따른 차별 혹은 인종차별의 다른 예로서 배심재판에서 흑인이 배심원단 구성에서 의도적이고 체계적으로 배제되는 것에⁴⁷⁹⁾ 대한 인종차별 여부를 묻는 헌법소송들이 많이 제기되었다.

479) 배심재판이 열릴 경우 재판이 열리기 전에 원고측과 피고측은 배심원 선별 절차에 참여하여 배심원 후보들의 적격성을 다투게 되는데 이를 ‘voir dire(에 비심문)’이라 한다. 이 절차에서 형사배심사건의 경우 검사측에 의해 많은 흑인배심 후보들이 배심원단 구성에서 탈락되었다.

나) Plessy판결: 분리하되 평등의 원칙 확립

1896년에 선고된 Plessy v. Ferguson(1896)⁴⁸⁰판결도 평등심사와 관련하여 내려진 비교적 초기의 판결이다.

a) 사실관계

1890년에 제정된 Louisiana주법은 州內에서 승객을 운송하는 철도 회사에게 백인열차칸과 흑인열차칸을 따로 만듦으로서 백인과 유색인종에 대해 같은 요금에 “분리하되 평등한(separate but equal)” 열차시설을 하도록 규정하고 있었으며 또한 인종에 맞지 않는 열차칸에 탑승한 승객에 대해 차장이 인종에 맞는 다른 열차칸으로 옮기라는 명령을 내릴 수 있게 하였고 이에 불응할 시 체포하고 벌금이나 구류로 처벌할 수 있도록 하고 있었다.⁴⁸¹ 이러한 주법에 대해 여러 번 여러 곳에서 다양한 형태의 시민불복종운동이 전개되고 있었다.

Plessy는 7/8은 백인피를 1/8은 흑인피를 가지고 있으면서 피부색은 하얀 혼혈인이었는데, 그는 백인열차칸에 앉아 있다가 차장에게 적발되었으며 이에 유색인종 열차칸으로 옮기라는 차장의 명령을 거부하고 체포되어 위 주법 위반으로 기소되었다. 일심에서 유죄판결이 내려지자 그는 열차칸의 인종분리는 흑인들에게 오명을 씌우고 그들의 마음에 ‘열등의 징표(badge of inferiority)’를 각인하므로 그 인종분리가 수정헌법 13조(노예제 폐지에 관한 규정)와 14조에 위배된다고 주장하면서 항소했다. 일심법원은 Plessy의 이러한 주장에 대해, 그 법은 Louisiana주의 관행, 관습, 전통에 근거해 생각해 봤을 때 주경찰권의 합리적 행사의 하나일 뿐이라는 이유에서 Plessy에게 유죄

480) Plessy v. Ferguson 163 U.S. 537 (1896)

481) 163 U.S. 537, 538.

를 판결했었다.⁴⁸²⁾

b) 다수의견의 논점과 추론 그리고 판시

Brown대법관에 의해 집필된 다수의견은, 주가 만약 그 시설이 “분리하되 평등한” 시설이라면 인종을 분리해 수용해도 평등보호조항에 위배되지 않는다고 하면서 이 Loisiaana주법을 합헌이라고 판시했다. 다음은 추론요지이다.

이것은 주의 경찰권의 합헌적이고 유효한 행사이다. 수정헌법 14조의 평등보호조항 위반인가의 여부는 “합리적” 차별인가에 달려있고, 다시 합리적 차별인가의 판단을 위해서는 州内の 관습, 관행, 전통이 고려되어야만 한다. 만약 인종에 따른 열차칸 분리가 주내에서 확립된 관습, 관행, 전통이라면 그러한 분리는 공공의 평화와 질서유지를 위해 계속 요구되어질 수 있다. 즉, 불합리한 차별이 아니다. 또한 실제로 이런 분리수용을 지지하는 법원판결들이 계속해서 내려진 바도 있다. 인종에 따른 열차칸 분리수용은 수정헌법 13조가 금하는 “노예제”의 징표도 아니며 위의 이유로 수정헌법 14조에 위배되지도 않는다. 또한 인종에 따른 분리수용은 Plessy나 다른 흑인들의 그것에 대한 평가와는 무관하게, 노예제의 징표도 아니고 열등의 상징도 아니다. 하급심의 유죄판결을 인용한다.

482) 권영성 교수님은 「헌법학원론」에서 “미국의 연방대법원은 1896년 Plessy v. Ferguson(163 U.S. 537)사건에서 黑白人共學問題와 관련하여 「분리하되 평등(separate but equal)」의 이론에 따라 「교사·교육과정·교원봉급 기타 유형적인 것은 동등하고 교육의 장소만을 분리하는 것은 합헌이다」라고 판시하였”(권영성, 「헌법학원론」보정판(법문사, 2001) 375면 각주 (1) 참조)다고 적고 계시나, Plessy판결은 후의 Brown판결(1954)처럼 교육영역에 있어 흑백간의 ‘분리교육’에 관한 것이 아니고, 교통영역에 있어 州内에서 운행되는 열차의 흑백에 따른 ‘열차칸 분리탑승’에 관한 것이었다.

c) Harlan대법관의 반대의견

이 Plessy판결은 만장일치의 합헌판결이 아니었고 Harlan대법관의 반대의견이 개진된 판결이었다. 그의 반대의견은 간명한 문장으로도 유명하고 그 후의 후속판결들에서 많이 논의된 것으로도 유명하므로, 그 주된 내용을 살펴본다.

Louisiana주법은 다른 사람들과 자유롭게 교섭하려는 개인의 자유를 침해한다. 연방헌법은 피부색에 따른 차별을 하지 않는, '피부색 색맹(color-blind)'이다. 모든 시민은 같게 대우받아야 한다. 흑인은 종속적이거나 열등하지 않다. 그들도 미국시민이며 미국시민이 누리는 모든 특권을 누릴 자격을 부여받고 있다. 열차칸의 강제된 분리수용은 이러한 특권과 자유들에의 허용될 수 없는 부담이다. 따라서 하급심의 유죄판결은 파기되어야만 한다.

d) Plessy판결이 가지는 의미

Plessy판결은 “분리하되 평등”의 원칙, 즉 소위 Plessy원칙을 확립시킨 판결로서, 뒤에서 곧 보게 될 1954년의 Brown판결에 의해 뒤집어질 때까지 58년의 긴 세월 동안 굳건한 선관례원칙을 낳은 판결이었다. 그러나, 이 판결은 남북전쟁 후 1968년에 연방헌법 수정14조에 편입된 평등보호조항을 공허하게 만든 판결로 많은 비판을 받았다.

다) Brown판결: 분리하되 평등의 원칙 파기

위의 Plessy판결이 나온 지 58년 만인 1954년 5월 17일에 그 유명한 Brown v. Board of Education of Topeka(1954)판결⁴⁸³이 선고되

483) Brown v. Board of Education of Topeka 347 U.S. 483 (1954)

었다.

a) 사실관계

Kansa주법은 15,000 이상의 인구를 가진 주내 도시들은 공립학교에 있어서 흑인학생과 백인학생에 대해 각각 분리된 교육시설을 설치할 수 있도록 규정하고 있었고 이에 Kansas주 내의 Topeka시 교육위원회는 교과과정, 통학 교통, 학교의 시설, 교사의 질, 교사의 봉급 등의 ‘유형적인 요소(tangible factors)’는 다 동일하되, 교육장소에 있어서만 백인학생과 흑인학생들을 분리하는 분리된 초등학교를 가지고 운영하고 있었다. 이에 Topeka시의 흑인학생 Brown은 그 법에 의해 백인초등학교에의 입학이 불허되어 흑인초등학교에 다녀야만 했다. 이에 Brown을 위시한 여러 흑인학생들에 의해 이러한 주법의 집행 금지를 구하는 소송이 Kansas지구 연방지방법원에 제기되었고, 연방지방법원은 공립학교에서의 인종에 따른 분리교육이 흑인학생들에게 유해한 효과를 끼친다는 점은 인정했지만, 흑인학교와 백인학교가 위의 유형적 요소들의 측면에서는 평등하다는 것을 이유로 원고 패소 판결을 내렸다.⁴⁸⁴⁾ 이에 연방대법원에 ‘직접 상고(direct appeal)’되었고 South Carolina, Virginia, Delaware주에서 올라온 유사사건과 병합되어 심리되게 되었다.

b) 만장일치의견의 논점과 추론 그리고 판시

Warren대법원장에 의해 집필된 만장일치의견은, 인종에만 근거한 공립학교에서의 아동 분리교육은 유형적 요소가 평등하다 하더라도 소수인종의 아동들에게 법의 평등보호를 빼앗는 것으로 수정헌법 14

484) 347 U.S. 483, 486 note 1.

조의 평등보호조항에 위배되어 위헌이라고 판시했다. 다음은 그 추론 요지이다.

우선, 평등보호조항에 위배되는지 여부를 따짐에 있어 유형적 요소들뿐만이 아니라 ‘무형적 요소들(intangible factors)’도 고려되어야만 한다. 그러므로 흑인학교와 백인학교에서 학교시설과 다른 유형적 요소들이 평등하다는 것이 전부는 아니다. 공립학교에서의 흑백분리교육은 분리정책 그 자체가 흑인학생들의 열등함을 나타내는 것으로 해석되기 때문에 흑인학생들에게 有害한 영향을 준다. 인종을 이유로 아동들을 분리 교육시키는 것은 흑인아동들의 가슴에 풀릴 수 없는 ‘열등의식(sense of inferiority)’을 심어주며 이것은 흑인아동들의 학습동기에 악영향을 주면서 이들의 정신적 교육적 발전을 저해한다. 또한 더 나아가 인종에 따른 분리교육은 흑백인종이 통합된 교육에서 얻을 수 있는 이익들, 예를 들어 흑인학생이 같은 학급의 백인학생과 토론하고 의견을 교환할 수 있는 기회를 흑인아동들로부터 박탈하는 것이다. 이런 이유로 인종에 의한 공립학교에서의 분리교육은 무형적 요소들에 있어 불평등한 것이다. Plessy v. Ferguson판결을 뒤집는다. “분리하되 평등”의 원칙은 교육의 영역에서는 설 자리가 없다. 분리된 시설은 본래적으로 불평등한 것이다. 그것은 흑인학생들에게서 법의 평등보호의 권리를 빼앗은 것으로 위헌이다.

c) Brown판결이 가지는 의미

1896년의 Plessy판결에서 확립된 “분리하되 평등”의 원칙은 58년 만에 1954년의 이 Brown판결에 의해 깨졌다. 이 Brown판결 이후에도 연방대법원은 다른 공공시설에서의 인종에 의한 분리정책을 위헌판결 내렸다. 즉, Brown판결에서의 “교육”영역의 강조에도 불구하고 후속판결들은 해변, 버스, 골프장, 공원 등과 같은 다른 공공시설에서

의 인종분리에 대해서도 이 Brown판결을 인용하면서 만장일치로 위헌판결을 내려줬던 것이다.

d) Brown 2 판결

위의 Brown판결은 인종에 의해 분리하되 유형적 요소들이 평등하면 평등보호조항에 위배되지 않는다고 자위하고 있던 당시의 미국사회에 엄청난 파급효과를 불러왔고 보수적 백인들로부터 다소간의 反司法的 저항을 낳았다. 이에 약 1년 뒤인 1955년 5월 31일에 연방대법원은 Brown 2 판결을⁴⁸⁵⁾ 내리면서 구체적인 흑백분리정책 폐지를 통해 Brown 1 판결의⁴⁸⁶⁾ 집행을 시행하고 감독할 수 있는 권한을 각 연방지방법원에 부여함으로써, Brown 1 판결의 판시내용이 “여러 지역적 특수사정을 고려한 신중한 속도로(all deliberative speed)” 시행되고 실현될 수 있는 장치를 마련하였다.

라) Bolling판결: 평등보호조항의 연방정부에의 적용 확대

Brown판결이 내려진 바로 그날인 1954년 5월 17일에 Bolling v. Sharpe(1954)⁴⁸⁷⁾판결도 내려졌다.

a) 사실관계

Bolling은 수도인 Washington D.C.에서 행해지는 인종에 의한 분리교육의 관행에 대해 그 합헌성을 다투었다. Washington D.C. 당국은 “분리하되 평등한 학교시설”은 Washington D.C.에서 오랜 동안

485) Brown v. Board of Education of Topeka 349 U.S. 294 (1955)

486) 1954년의 Brown판결과 1955년의 Brown판결을 구별하기 위해 전자를 Brown 1 판결, 후자를 Brown 2 판결이라 부른다.

487) Bolling v. Sharpe 347 U.S. 497 (1954)

관행으로 굳어져왔고 법원도 이를 합헌으로 인정해왔다고 주장했다. Bolling은 이것이 노예제도의 상징이며 유색인종에 대한 부당한 차별에 해당한다며 이의 합헌성 여부를 묻는 소송을 제기했다.

b) 다수의견의 논점과 추론 그리고 판시

Warren대법원장에 의해 쓰여진 판결문은 인종에 의한 강제분리가 근본적으로 불공정한 것이어서 미국 연방 수정헌법 제5조의 적법절차조항에 위배된다고 판시했다. 다음은 추론의 요지이다.

평등보호조항을 포함하고 있는 수정헌법 제14조는 “州”에게만 적용된다. 하지만, 차별이 너무 근본적으로 불공정해서 公平과 正義의 미국의 이념을 훼손할 정도에 이른다면 그것은 수정헌법 5조의 적법절차조항에 위배된다. 인종에 의한 차별은 본질적으로 위헌의 의심이 가는 것이고 사법심사에서 그 합헌성 여부가 주의 깊게 심사되어야 한다. 인종차별이 미국 국민의 기본권과 충돌을 일으킨다면, 그것은 ‘가장 긴절한 정부의 이익(the most compelling governmental interests)’에 의해서만 정당화될 수 있다. 인종에 의한 분리교육은 어떤 적절한 정부목적과도 연관되어 있지 않다. 그러한 불합리한 차별은 개인의 자유의 자의적인 박탈을 가져오고 연방헌법상의 적법절차조항에 위배된다. 오늘 내려진 Brown v. Board of Education판결과 같은 입장에서 연방정부도 주정부와 똑같은 분리교육 철폐의 의무를 부담함을 판시한다.

c) Bolling판결이 가지는 의미

평등조항을 포함한 수정헌법 제14조는 그 명문규정을 통해 “州”를 규율대상으로 하고 있지 “연방”을 규율대상으로 하고 있지 않아, 이

조항이 연방정부에도 적용될 수 있는가가 문제가 되었다. 그러나, 수정헌법 14조와 함께 적법절차조항을 규정하고 있는 수정헌법 5조는 “누구라도....적법절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다”라고 규정하고 있어 연방정부도 그 규율대상으로 할 수 있는 조항이었다. 이에 Bolling판결은 수정헌법 5조의 적법절차조항이 수정헌법14조의 평등보호조항을 편입한다(incorporate)고 하면서, 수정헌법 14조의 평등보호조항은 수정헌법 5조의 적법절차조항을 통해 ‘연방정부’에도 적용된다고 밝힌 점에서 주목을 끈다. 동판결문에서 Warren 대법원장은 “수정헌법 14조의 평등보호조항이 주가 인종분리의 공교육을 하지 못하게 금하는 것이라면, 동조항이 연방정부에는 이보다 더 가벼운 의무를 부담하게 하는 것이라고 볼 수는 없다”⁴⁸⁸⁾ 것을 연방정부에의 확대적용의 이유로 밝히고 있다. Brown 1 판결과 Bolling판결은 다른 인종분리의 영역들에도 적용되어 왔는데, 교통시설에서의 인종분리, 위락시설에서의 인종분리, 식당에서의 인종분리, 공중휴게소나 공중화장실에서의 인종분리 등이 그 예였다.

마) Washington판결: 인종차별과 차별의도의 입증

1970년대의 평등심사 판결로는 Washington v. Davis(1976)⁴⁸⁹⁾판결이 유명하다.

a) 사실관계

Washington D.C.의 경찰직 지원자들은 취직시험을 보게 되어 있

488) 347 U.S. 497, 500 (1954)

489) Washington v. Davis 426 U.S. 229 (1976)

었는데 그 시험은 “테스트 21”이라고 알려진 연방공무원임용제도를 통해 공무원위원회(Civil Service Commission)에 의해 개발된 것이었다. 이 시험의 흑인탈락자 수는 백인탈락자 수의 4배나 될 정도로 많았다. 그 시험에 차별의 의도가 있음을 증명할 수는 없다는 점, 그 시험은 ‘인종에 대해 중립적(race-neutral)’이라는 점, 그 시험은 언어 구사력, 어휘력, 독해력과 같이 경찰관직 수행과 관련이 있는 사항들을 테스트했다는 점들에도 불구하고, 흑인인 Davis는 소수인종 합격자수의 過小와 같은 그 시험의 소수인종에 대한 불균형적 효과가 평등보호조항이 인정한 평등보호를 부인하고 있다고 주장하면서 그 위헌성을 다투는 소송을 제기했다. 연방지방법원은 종래와 같이 차별의도의 입증이 없다는 이유로 그 시험에 대해 합헌결정을 내렸으나, 연방항소법원은 ‘차별적 영향(discriminatory impact)’만으로도 위헌성을 보여주기 충분하다는 이유로 원심판결을 깨고 위헌결정을 내렸다. 이에 연방대법원은 사전심사를 통해 이 사건에 대해 사건이송명령장(writ of certiorari)를 발하고 본 사건을 본안에서 다루게 되었다.

b) 다수의견의 논점과 추론 그리고 판시

White대법관이 쓴 다수의견은 비록 시험 결과 백인지원자에 비해 불균형적으로 많은 수의 소수인종지원자가 탈락한다 하더라도, 그 직업과 有關한 사항을 테스트 하는 인종중립적 테스트의 운영은 연방헌법상의 평등보호조항에 위배되지 않는다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

수정헌법 14조의 평등보호조항의 주목적은 인종에 근거한 公的 차별을 금지함에 있다. 단지 인종적으로 불균형적인 영향을 야기한다는 이유만으로 어떤 법이나 정부의 행위가 위헌이라고 법원이 선언한 적은 없었다. 인종에 따른 분리교육 철폐에 관한 앞의 대법원 판결들

은 어떤 법이 평등보호원칙을 침해하는 부당한 차별이 되려면, ‘인종 차별의 목적(racially discriminatory purpose)’이 그 법 뒤에 도사리고 있어야 한다고 판시해 왔다. 연방헌법은 연방정부가 그 소속공무원들의 의사소통능력을 향상시킬 목적으로 그러한 능력을 테스트하는 인종중립적 시험을 실시하는 것을 금하고 있지 않다. 따라서, 비록 시험 결과 백인지원자에 비해 불균형적으로 많은 수의 소수인종 지원자가 탈락한다 하더라도, 그 직업과 有關한 사항을 테스트하는 인종중립적 테스트의 운영은 연방헌법상의 평등보호조항에 위배되지 않는다. 위헌이 되기 위해서는 ‘차별의 의도나 목적(discriminatory intent or purpose)’이 입증되어야 한다.

c) Washington판결이 가지는 의미

우리는 어떤 법이 문면상(文面上)으로는 중립적이지만, 그 뒤에는 차별의 목적이나 의도·계획이 숨어있는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 경우 차별의 목적·의도·계획이 입증된다면 그것은 ‘법률상의(de jure)’ 차별이 되어, 문면상의 중립성에도 불구하고 위헌이 된다. 이 판결은 이러한 차별의 목적·의도·계획에 대한 입증없이 결과적인 차별효과만으로 평등보호조항 위배를 이야기하기에는 불충분하다는 점을 명확히 한 점에서 그 가치를 가진다.

바) Bakke판결: 적극적 평등실현조치와 역차별의 문제

적극적 평등실현조치가 자리를 잡아가자 역차별의 문제가 발생하였고 이 역차별 문제에 대해 1978년에 Regents⁴⁹⁰⁾ of the University

490) "Regents"는 대학의 평의회를 일컫는 말이다. 캘리포니아 주립대학(University of California)은 Berkeley의 본교를 시작으로 L.A., Davis등에 여러 분교를 두고 있다. Berkeley본교와 각 분교에는 Chancellor라 하여 총장이

of California v. Bakke(1978)⁴⁹¹)판결이 내려졌다.

a) 사실관계

캘리포니아주립대학 Davis 분교 의과대학은 100명의 신입생 중 16%인 16명을 소수인종 중에서만 뽑는 인종할당제(quota system)를 두고 있었다. 장래 내과의를 꿈꾸던 백인남성 Bakke는 자기보다 학부성적이 낮고 의과대학 입학적성테스트 점수도 낮은, 자기보다 자격요건이 못한 소수인종 지원자들이 이 의대에 합격한 반면, 자기는 이 인종할당제 때문에 1973년과 1974년 두 차례에 걸쳐 이 의과대학에 불합격하게 되었다고 주장했다. 이에 그는 1964년의 민권법 제6조 위반과⁴⁹²) 연방헌법과 캘리포니아 주헌법상의 평등보호조항 위배를 이유로 이 할당제에 대해 소송을 제기했다. 인종에 따른 차별은 엄격 심사의 대상이었다. 소수인종 출신의 전문직 종사자 수의 증가라는 주의 목표는 ‘긴절한 주의 이익(compelling state interest)’으로 간주 되어졌지만 캘리포니아 주대법원은 덜 기본권 침해적인 다른 방법이 있다고 판시했다. 캘리포니아 주대법원은 인종에 근거해 자격이 못한 지원자를 자격이 더 좋은 지원자보다 더 선호하여 자격이 더 좋은 지원자를 불합격 처분하는 것은 연방 수정헌법 제14조의 평등보호조항이 금하는 바라고 판시했다. 그러한 소수인종 우대 입학정책이 시

있지만, 이 총장들을 중심으로 캘리포니아 주립대학 전체의 중요의사를 결정하는 평의회(Regents)가 구성되고 다시 이 Regents의 長으로 캘리포니아 주립대학 전체의 총장(President of the University of California)이 존재한다. 따라서 이 사건의 일심 피고는 바로 이 Regents of the University of California가 되는 것이다.

491) Regents of the University of California v. Bakke 438 U.S. 265 (1978)

492) 이 법은 연방자금의 지원을 받는 프로그램에서 인종적, 민족적 선호로 차별을 하는 것을 금하고 있었다. 캘리포니아 주립대학도 일부 연방정부의 보조금을 받고 있었으므로 이러한 주장이 가능했다.

행되지 않았더라도 Bakke가 그 의대에 합격할 수는 없었다는 것을 캘리포니아 주립대학측이 입증하지 못했기 때문에 Bakke는 법원에 의해 입학허가명령을 받아 그 의대에 입학하게 되었다.

b) 다수의견의 논점과 추론 그리고 판시

본 사건에 대한 대법관들의 입장은 5대 4로 첨예하게 갈렸다. Powell대법관에 의해 집필된 다수의견은, 수정헌법 14조의 평등보호 조항은 적극적 평등실현조치에 의한 소수인종에 대한 특혜라는 ‘자애로운 차별(benign discrimination)’까지도 금하는 것으로 캘리포니아 주립대학의 인종 만에 근거한 일정 비율의 학생선발은 위헌이라고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

헌법상의 평등보호조항은 인종에 상관없이 차별을 금지한다. 그 조항은 소수인종도 보호하지만 다수인종인 백인도 보호하는 것이다. 백인의 희생하에 소수인종을 우대하는 ‘자애로운 차별’은 인종이 유일한 기준이거나 그러한 차별의 유일한 정당화 근거라면 문면상 위헌이고 무효이다. 인종이 차별의 근거인 경우 사법부에 의한 합헌성판단에 있어 엄격심사가 요구된다. ‘위헌의 의심이 가는 차별(suspect classification)’을 정당화하기 위해서는 첫째, 주의 목적이 실질적이고 합헌적인 것이어야 하며 둘째, 그 차별이 그 목적달성과 주의 이익들의 보호에 필요한 것이어야 한다. 이 사건에서의 차별은, 소수인종 지원자들에게는 그들의 인종 때문에 선발예정수인 100석 모두를 놓고 경쟁할 기회를 주는 대신, 백인 지원자들에게는 100석 모두를 놓고 경쟁할 권리를 부정하기 때문에 그 차별은 본래적으로 ‘위헌의 의심이 가는’ 차별이다. 이 인종할당제에 대한 주의 여러 정당화 근거들, 즉, 일반적인 사회적 차별을 교정하려는 구제적(remedial) 노력, 민족별 균등, 의료혜택을 상대적으로 적게 보는 인종집단에 대한 원

조 등은 인종만에 근거한 학생선발을 정당화하기에 충분치 못하다. 적절한 인종적 균형을 이루기 위한 인종할당제의 사용은 문면상 무효이다. 캘리포니아 주립대학은 과거에 인종차별을 한 적이 없으며 따라서 과거의 인종차별에 따른 구제를 위한 본 법원의 다른 사건 판시사항들을 이 사건에 적용할 수도 없다. 무고한 제3자가⁴⁹³⁾ 과거의 일반적인 사회적 차별에 대한 보상 때문에 불이익을 보아서는 안 된다. 캘리포니아 주립대학의 이 특별 입학정책도 그에 따른 어떤 요구사항들도 의료서비스를 받지 못한 영역에의 의료지원 제공과 관련이 없다. 그러므로, 이 입학정책은 이런 근거로 정당화될 수는 없다. 학생구성의 인종적·민족적 다양성은 적절한 목표이지만, 그것만으로 이 입학정책을 정당화 하기는 불충분하며, 그것이 대학의 목표라면 ‘덜 기본권 제한적인 다른 방법(other less intrusive methods)’도 있다. 특별입학사정에 유일한 기준으로서의 ‘인종’은 그러한 다양성을 달성하는 데 부적절한 근거이다. 입학 여부가 명백한 인종차별에 근거해 이루어진다면 그것은 수정헌법 14조의 평등보호조항에 위배되는 것이다. 적절한 입학정책은 인종을 학생선발의 여러 기준들 중 하나의 기준으로만 고려할 수 있으며, 캘리포니아 주대법원 판결이 인종 고려를 무조건적으로 금지한 면에서는 너무 광범위한 제한이어서 이를 과기한다. 따라서 캘리포니아 주대법원 판결을 일부 인용하고 일부 과기한다.

c) Bakke판결이 가지는 의미

미국 연방대법원의 판례를 통해 탄생되고 입법부의 법률제정으로 확립된 적극적 평등실현조치(affirmative action)로 인해 사회적·경

493) 여기서는 적극적 평등실현조치로 상대적 역차별을 당하는 Bakke와 같은 백인을 말한다.

제적 다수자요 강자인 백인이나 남성에게는 역차별(reverse discrimination)의 문제가 발생했다. 이 역차별의 문제가 처음으로 그리고 본격적으로 연방대법원의 판단을 받게 된 것이 바로 이 Bakke 판결이다. 그러나, 이 Bakke판결은 많은 ‘일부 동조, 일부 반대 (concurring in part, dissenting in part)’의견들로 나누어짐으로써 아주 약한 5인에 의한 다수의견을 가졌다는 약점을 지닌다. 동판결은 일정비율 신입생의 인종 만에 근거한 선발을 5인의 다수의견으로 위헌선언을 했다. 따라서, 만약 대학이 인종은 여러 특별입학사정의 고려요소들 중의 하나일 뿐이라거나, 따라서 입학은 여러 요소들을 고려하여 그 구체적 사정에 따라(on a case-by-case) 결정된다는 식으로 입학정책을 적절하게 다시 수립한다면, 그러한 인종별 할당은 합헌일 수 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 입학사정에 있어 비공식적인 자애로운 차별은 다양한 학생집단의 구성이라는 명분에 의해 쉽게 정당화될 수 있다. 따라서, Bakke판결은 소수인종 우대정책인 적극적 평등실현조치에 아주 제한적인 효과만을 미쳤을 뿐이었고, 모든 적극적 평등실현조치 자체를 위헌판결한 것은 아니었다.

사) Feeney판결: 제대군인에 대한 공직채용특혜에 대한 합헌결정

1979년의 Personal Administrator of Massachusetts v. Feeney(1979)⁴⁹⁴도 성차별이 되기 위한 중요한 요소로서 차별적 고의를 들었다.

a) 사실관계

Massachusetts주법에 의하면, 제대군인은 비슷한 자격조건을 가진

494) Personal Administrator of Massachusetts v. Feeney 442 U.S. 256 (1979)

비제대군인에 비해 공무원직 채용에 우선적 고려대상이었다. 제대군인들은 거의 전부가 남자였기 때문에 Feeney는 그 우선적 대우가 여성에 비해 남성을 우대하는 것으로 운영되었으므로 헌법상의 평등보호조항에 위배된다고 주장하면서 소송을 제기했다. 하급심법원들은 위헌판결을 내렸고 이에 Feeney는 연방대법원에 상고했다.

b) 다수의견의 논점과 추론 그리고 판시

Stewart대법관에 의해 쓰여진 다수의견은, 성에 따른 차별의 목적을 입증하지 못하면 주로 남성들로 구성된 집단에게 공무원직 채용의 특혜를 주는 법은 헌법상의 평등보호조항에 위배되지 않는다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

그러한 특혜는 제대군인들에 대해 군복사를 통한 희생에 대한 보상으로 고안된 조치라는 점에서 정당화될 수 있다. 대부분의 제대군인이 남성이라는 사실은 제대군인에 대한 특혜가 여성에 대해 불이익으로 작용했다는 것을 의미한다. 그 법은 문면상으로는 ‘성 중립적(gender-neutral)’이다. 이 법에 대한 공격은 Massachusetts주가 소수의 여성이 제대군인이 되는 것을 막으려는 차별적 연방법률을 고의적으로 주법으로 구체화 시켰다는 주장에 집중되었다. 그 법의 영향은 그 법 제정의 자연스럽고 예견 가능한 결과이다. 이 법을 만든 사람들이 그 차별적 영향을 예견했었다고 이야기할 수 있지만, 평등보호조항에 위배되기 위해서는 차별적 결과를 단순히 예견하는 것을 넘어서는 더 많은 차별적 의도가 요구된다. 따라서, 성에 따른 차별의 목적을 입증하지 못하면 주로 남성들로 구성된 집단에게 공무원직 채용의 특혜를 주는 법은 헌법상의 평등보호조항에 위배되지 않는다. Feeney는 그러한 목적을 입증하는데 실패했다. 하급심의 유죄판결을 파기한다.

c) Feeney판결이 가지는 의미

Feeney판결은 법이 문면상으로는 차별적이 아니라면, 그 차별의 결과가 이럴 수 있겠다는 정도의 차별목적이 아니라 더 고의적인 정도의 차별목적이 있어야 그것이 부당한 차별이 되어 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위배된다는 점을 분명히 했다. 또한, 성에 따른 차별을 “위헌의 의심이 가는” 차별이 아니라 사법심사의 기준 단계에 있어 중간수준의 영역에 해당하는 차별로 범주화했다. 법원의 다수의견에 따르면 그러한 차별은 중요한 정부의 이익에 밀접하고 실질적인 관련을 가져야만 한다고 한다. 이것은 “긴절한 정부의 이익” 심사와 단순합리성심사의 중간 영역에 속하는 것이라고 보았다.

4) Romer판결: 동성애자 집단에 대한 차별과 평등심사

비교적 최근인 1996년에 동성애자 집단과 관련한 Romer v. Evans 판결⁴⁹⁵⁾이 내려졌다.

a) 사실관계

1992년에 콜로라도주 주민발의가 주민투표로 통과되었는데 그 주법은 ‘수정 주법률 제2조(Amendment 2)’로 불리워졌다. 同法은 ‘성적 선호(sexual preference)’를 이유로 한 차별 금지를 주 내의 지방자체단체가 조례로 만들지 못하게 했다. 즉, 특이한 ‘성적 경향’을 가진 주민들에 대한 차별을 가능하게 하는 주법을 통과시킨 것이다. 콜로라도 주대법원은 동법에 대해 평등조항위배를 이유로 위헌판결을 내렸고 연방대법원에 상고되었다.

495) Romer v. Evans 116 S.Ct. 1620, 134 L. Ed. 855 (1996)

b) 다수의견의 논점과 추론 그리고 판시

Kennedy대법관에 의해 집필된 다수의견은, 지방자치단체가 어떤 집단의 사람들에 대한 차별을 금하는 것을 다시 금지하는 주법을 주가 만들 수 없다고 판시했다. 문제가 된 ‘수정 주법률 제2조’가 ‘정치적 과정(political process)’에의 접근이라는 면에서 특별한 부담을 지우고 있기 때문에 하나의 특정 집단에 넓고 특별한 부담을 지우는 것으로 받아들였다. 즉, 이 법에 의해 영향을 받지 않는 집단들이 이러한 정치적 과정에 더 큰 접근가능성을 가지고 있는 것으로 본 것이다.

이런 점에서 동법은 연방 수정헌법 제14조의 평등보호조항과 명백히 관련되며, 따라서 동법은 정부의 정당한 목적에 합리적 관련성을 가져야만 하는데도, 동법은 그 어떤 정당한 목적에 기여함이 없이 다만 그 자체의 목적만을 위해 ‘성적 경향’이라는 특수한 상태에 근거해 주민을 부당하게 차별하는 법으로 위헌이라고 본 것이다.

c) Romer판결이 가지는 의미

흥미롭게도, 동판결은 동성애에 관해 주법이 이를 범죄화하는 것은 합헌이라고 판시한 10년 전의 *Bowers v. Hardwick*판결(1986)과는⁴⁹⁶⁾ 차이를 보여주고 있다. 주가 동성애를 범죄로 처벌하는 주법을 만들 수는 있지만, 평등보호조항과 관련해 동성애자들 집단을 차별하는 지방자치단체의 조례 제정을 주가 금할 수는 없다는 점으로 밝힌 판결로 평가된다.

496) *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986)

3) 미국 연방대법원의 평등심사기준의 형성과 3단계 기준

가) 평등심사기준 형성의 역사

미국연방 수정헌법 제14조는 어떤 "州"도 그 주민에게 법의 평등 보호를 부인할 수 없다고 함으로써 "주정부"를 평등보호조항의 규율 대상으로 하고 있다. "연방정부"도 이 평등보호조항의 규율대상이라는 헌법상의 명문규정이 없어 문제였으나, Warren대법원 때인 1954년에 - 위의 중요판례에서 본 바와 같이 - *Bolling v. Sharpe*(1954) 판결에 의해 수정헌법 14조의 평등보호조항은 이제 주정부 뿐만이 아니라 수정헌법 제5조의 적법절차조항을 통해 연방정부에도 적용될 수 있게 되었다.

이러한 평등보호조항이 헌법에 존재한다 하더라도 모든 차별이 다 이 평등보호조항에 위배되는 것은 아니다. 법은 그 일반적 속성상 사람들에게 대한 다른 대우를 상정하고 있기 때문이다. 즉, 법이 모든 사람을 똑같이 대우할 수는 없다. 오직 비합리적이고 자의적인 차별이 있을 때에만 평등보호조항에 위배되게 된다.⁴⁹⁷⁾ 이렇듯 법에 의한 차별이 "합리적 근거(rational basis)"가 있는 차별이면 합헌적 차별이 되는 것이어서, 이러한 차별의 "합리적 근거" 유무를 위헌판단의 기준으로 삼던 것이 전통적 평등심사의 기준인 "단순합리성심사(Mere

497) "평등권"의 "평등"의 의미에 관해서는 과거 절대적 평등설과 상대적 평등설의 대립이 있었다. 절대적 평등설은 어떠한 차별도 금지하는 것이고 상대적 평등설은 "같은 것은 같게 다른 것은 다르게" 취급할 수 있다고 하면서, 그 차별의 기준이 미국의 경우는 "합리성"을 띠는 것이, 독일의 경우는 "자의적이 아닐 것이" - 미국의 "합리적 기준에 의한 차별 인정"과 독일의 "자의적 차별금지"는 비슷한 내용으로 보인다 - 요구되었다. 그런데 이 "합리성"이나 "자의금지" 그 자체가 또 다른 가치판단을 필요로 하므로 합리적인 차별이나 의 여부, 비자의적인 차별이나의 여부는 그 시대의 평균적인 정의감정에 비추어 파악되어야 할 것이다. 절대적 평등설과 상대적 평등설에 대한 설명으로 자세히는 권영성, 전게서 369면; 김철수, 「헌법학개론」 第13全丁新版 (박영사, 2001년) 398-400면; 허영, 「한국헌법론」 新版 (박영사, 2001년) 322면 참조.

Rationality Test)이다. 이 단순합리성심사는 1953년에 Warren대법원(1953년-1969년)이 나타나기 이전까지 극히 오랜 기간 동안 미국 연방대법원에 의해 사용되어지던 평등심사의 유일한 기준이었다.

Warren대법원 이전의 미국연방대법원은 인종이나 국적(national origin)이외의 것을 근거로 한 차별에 관해서는, 심지어 이를 평등보호조항 위반으로 별로 중요하게 다루지는 않았다. 입법부에 의한 법적 차별이 ‘입법목적에 합리적으로 관련되는(reasonably related to the legislature’s purpose)’ 한 그 법은 합헌판결을 받았다. 그러나 “그 입법목적 자체가 합헌적인 것인가에 대해서는 법원이 별다른 주목을 하지 않았다”고⁴⁹⁸⁾ 한다. 이것은 20세기 초반에 미국 연방대법원이 평등보호조항보다는 적법절차조항을 차별 입법의 합헌성심사에서 더 많이 원용하고 있다는 점에서도 역력히 나타난다. 즉, 대법원은 경제입법이나 사회복지입법의 경우 평등보호조항에 위배된다는 이유보다는 적법절차조항에 위배된다는 이유로 위헌판결을 더 많이 내렸다. 그 일례로 1902년부터 1932년까지 30년의 긴 세월 동안 미국 연방대법원의 대법관으로 재직한 그 유명한 Holmes판사조차도 1968년에 미국연방헌법전에 들어온 수정헌법 14조의 평등보호조항을 “위헌논의의 마지막 수단(last resort of constitutional arguments)”으로⁴⁹⁹⁾ 이해하는 정도였다.

Warren大法院期에 와서 연방대법원은 평등심사와 관련하여 ‘2단계 기준(two-tier standard)’을 발전시킨다. 사회·경제적 차별입법의 심사에는 있어 미국 연방대법원은 과거의 전통적인 단순합리성심사 기준을 적용함으로써 주의회의 입법재량권을 존중하는 태도를 보였다. 그러나 법이 의도적으로 ‘위헌의 의심이 가는 차별(suspect

498) GERALD GUNTHER & KATHLEEN SULLIVAN, 전계서 629-30면 참조.

499) Buck v. Bell, 274 U.S. 200, 47 S. Ct. 584, 71 L. Ed. 1000 (1927).

classification)’에 기한 차별을 하거나 시민의 ‘기본적 인권에 중대한 부담을 지우는(significantly burdens fundamental rights)’ 경우에는 그 법의 합헌성판단에 ‘엄격심사(strict scrutiny)’가 사용되었다. 즉, 그 차별은 ‘긴절한 (주)정부의 이익에 필요한 것이어야만(must be necessary to a compelling government interest)’ 정당화되었고 합헌이었다. Burger대법원기에 세 번째 평등심사 단계로서 합리성심사와 엄격심사의 중간쯤의 단계에 해당하는 ‘중간수준심사(middle or intermediate level scrutiny)’가 나타나 性(gender)과 非嫡出性(illegitimacy)에 기한 차별심사에 사용되었고 그 차별이 ‘중요한 (주)정부의 이익에 실질적으로 관련될 경우(substantially related to an important governmental interest)’에만 합헌이라고 판시하게 되었다. 물론 몇몇 대법관들은 평등심사에 있어서는 단 하나의 단계 내지 기준만 있으며, 그 하나의 평등심사의 단계 내지 기준에 있어 그 심사의 엄격성의 정도는 그 ‘차별의 본질(nature of the discrimination)’과 ‘차별에 의해 제한되는 이익의 중요성(the significance of the interests burdened by the classification)’에 따라 사안별로 변화한다고 힘주어 주장하기도 한다.⁵⁰⁰⁾

이런 역사적 과정을 통해 미국 연방대법원에 의해 발전된 이 3가지 평등심사 단계 내지 기준에 관해 다음에서 하나하나 살펴본다.

나) 단순 합리성 심사(Mere Rationality Test)

수정헌법 14조의 평등보호조항은 전통적으로 법제정시 차별을 규정함에 있어 넓은 재량을 주에게 부여하는 조항으로 오랜 기간 동안

500) JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, CONSTITUTIONAL LAW 190 (4th ed., West Publishing Co., 1995).

해석되어져 왔다. 법에 규정된 차별이 어떤 합리적 근거를 가지는 한, 즉 그 차별이 ‘정당한 (주)정부의 이익에 합리적으로 관련되는 (rationally related to a legitimate government interest)’ 한 평등보호조항에 위배되지 않는다고 보았다.

이 단순합리성심사에서는 다음과 같은 요소들이 고려된다. 첫째, 법에 의한 차별이 평등보호조항 위배를 이유로 다투어질 때, ‘그 법을 지지할 (sustain the law)’ 어떤 ‘사실들의 상태(state of facts)’가 합리적으로 생각되어질 수 있을 때, 그 법 제정시에도 그 사실들의 상태는 존재했었던 것으로 이 간주된다.⁵⁰¹⁾ 둘째, 입증책임의 문제로서 평등보호조항에 근거해 위헌성을 다투는 자는, 그 차별이 정당한 정부목적에 합리적 관련이 없으며 본질적으로 자의적 차별임을 입증할 책임을 진다. 그러한 청구인측 입증책임은 최근까지 입증하기가 곤란한 고도의 입증책임으로 인식되어져 왔다.⁵⁰²⁾ 따라서, 이 단순합리성심사의 대상이 되는 법률은 웬만하면 합헌결정을 받아왔던 것이다. 예를 들어 위에서 본 Yick Wo판결(1886)의 경우, 미국 연방대법원의 아주 초기 판결이었는데, 동판결에서 Yick Wo측은 법이 합리적 기준 없이 중국계 주민을 세탁업에서 배제시킴으로써 San Francisco 시조례가 비합리적으로 차별적인 방법으로 적용된다는 것을 객관적으로 입증할 수 있었고, 따라서 대법원은 이 시조례를 위헌 판결할 수 있었다. 이 Yick Wo판결에서 한 가지 더 추가된 것은 위에서 본 바와 같이 그 법 ‘내용’ 자체가 아니라 그 법의 집행이나 행정부나 지방자치단체에 의한 ‘적용’이 비합리적으로 차별적이더라도 그 법은 위헌판결을 받을 수 있다는 점이었다.

일반적으로 이야기해서, 이 심사기준은 후에 엄격심사기준과 중간

501) Id. at 190.

502) Id. at 191.

수준심사기준이 생기면서 그 둘의 대상이 되지 않는 차별 법률의 합헌성심사에 사용되어오고 있기는 하지만, 특히 課稅에 있어서의 차별과 같은 경제적-사회적 규제(economic-social regulation)를 위한 차별을 내용으로 하는 법률의 평등심사에는 거의 반드시 적용되고 있다. 1992년의 Nordlinger v. Hahn⁵⁰³⁾ 그 예가 될 수 있다. 동 판결은 부동산 취득시의 가액을 과세대상으로 함으로써 과세에 있어 부동산의 새 소유자를 구소유자에 비해 차별했던 ‘주민발안 13(Proposition 13)’이라 불리던 캘리포니아주 부동산세법을 합헌이라 결정했다. 대법원은 그 세법 조항이 부동산 소유자의 신뢰이익을 보호함으로써 합리적으로 주정부의 정당한 이익을 촉진시키므로 단순 합리성심사의 요건들을 충족시켜 합헌이라고 판시했다.

다) 엄격심사(Strict Scrutiny)

Warren대법원에 와서야 평등보호조항이 적법절차조항과는 별도로, 법률의 위헌판결에서 자주 인용되고 국민의 자유와 권리를 보장하는 중요한 조항으로 부각되었다. 특히, Warren대법원은 종래의 단순합리성심사와는 구별되는 ‘엄격심사’의 기준을 판례를 통해 형성하였다. 엄격심사는 원래 ‘성’, ‘민족적 기원(national origin)’, 때에 따라서는 ‘외국인 지위(alienage)’와 같은 집단(class)을⁵⁰⁴⁾ 차별대상으로 하거

503) Nordlinger v. Hahn, 505 U.S. 1, 112 S. Ct. 2326, 120 L. Ed. 2d 1 (1992).

504) 평등보호조항은 부적절한 차별을 만드는 것을 금하는 것이다. 그러나, 여기서 우리가 주의해야 할 것은 법상의 차별이 적절한 것이라면 그 사건에서 문제가 된 특정의 그 개인이 어느 부류(class, 차별사유)에 속하느냐는 평등보호의 문제가 아니다. 대신에 이것은 ‘법의’ 해석의 문제이며 따라서 적법절차조항의 문제이기도 하다. 따라서 평등보호조항 자체는 차별사유가 되는 차별의 부류를 만드는 데에만 적용되는 것이지 개인적 상황의 재판에 관한 것은 아니다. NOWAK & ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 597 (5th ed., West Publishing Co., 1995).

나 차별사유로 하여 이루어지는 차별에 이용되었는데, 그러한 차별을 ‘위헌의 의심이 가는 차별(suspect classification)’⁵⁰⁵⁾로 불렀다. 후에 여기에 ‘근본적 권리(fundamental right)’에 실질적 부담을 과하는 까지 추가되어 같이 그 평등심사에서 ‘엄격심사’가 이루어지는 경우로 자리 잡았다.

엄격심사의 중요한 요건으로는 첫째, 대법원이 엄격심사를 행할 경우 입증책임이 정부쪽으로 전환되어 그 법률이 위헌임을 주장하는 소송 청구인이 아니라 그 법을 만든 주정부나 연방정부가 그 차별이 ‘긴절한 정부이익(compelling government interest)’을 달성하는데 필요한 것임을 입증해야한다. 그리고 둘째, 그 긴절한 정부이익을 달성하는, ‘기본권제한의 정도가 더 경미한 다른 가능한 대안(less burdensome latternative available)’⁵⁰⁶⁾이어서는 안 된다. 셋째, 엄격심사의 대상이 되는 법률에 대해서는 법률에 대한 합헌성추정의 원칙(the ordinary presumption of constitutionality)이 배제된다. 정부가 이러한 입증책임을 충족시키는 것은 대단히 어려운 것으로 이해되고 있다. 따라서, 엄격심사의 대상이 되면 그 법률은 웬만하면 위헌이 된다.

이 엄격심사에서 주의해야할 점은 첫째, 차별의 고의성의 문제가

505) 엄격심사의 대상이 되는 ‘위헌의 의심이 가는 차별(suspect classification)’이냐를 결정짓는 데에는 다음과 같은 요소들이 고려될 수 있고 그 결과 현재까지 성, 민족 기원, 때에 따라서는 외국인 여부가 이러한 차별대상이 될 수 있었다. 첫째, 평등보호조항의 역사적 목적, 둘째, 그 집단(class)에 대한 과거의 광범위한 차별의 역사, 셋째, 그 차별이 그 집단에게 ‘오명을 씌우는 효과(stigmatizing effect)’를 내는지 여부, 넷째, 그 차별이 인간이 컨트롤할 수 없는 불변의 지위나 상태에 기한 차별인지 여부, 다섯째, “정치적으로 고립된 소수”에 대한 차별인지 여부가 그 고려요소들이라 한다. JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, 전게서 194면 참조.

506) 이것은 후에 미국에서 LRA(Less Restrictive Alternative) rule로 발전하는데, 우리 헌법재판소가 법률에 의한 기본권제한의 한계의 하나로 인정하고 있는 과잉금지 원칙 중 ‘피해의 최소성(최소침해성)’이 이와 유사한 개념이다.

다. 즉, 이 엄격심사가 사용되어지기 이전에 어떤 법률이 위헌이라고 주장하는 청구인은 그 차별이 명시적으로든 묵시적으로든 고의적인(purposeful) 것임을 증명해야 한다. 차별의 영향(impact)이나 효과(effect)가 차별의 고의성의 증거가 될 수는 있지만, 보통 그것 자체만으로는 차별의 고의성을 입증하기에 불충분하다. 위에서 본 Washington판결(1976)이 그 예이다. 즉, 비록 시험 결과 백인지원자에 비해 불균형적으로 많은 수의 흑인지원자가 탈락한다 하더라도, 그 직업과 有關한 사항을 테스트하는 인종중립적 테스트의 운영은 평등보호조항에 위배되지 않는 것이며, 위헌이 되기 위해서는 ‘차별의 의도나 목적(discriminatory intent or purpose)’이 입증되어야만 하는 것이다. 만약 그러한 법률이 부분적으로만 차별적 고의에 의해 만들어졌다면, 차별적 고의유무에 상관없이 같은 결정에 이르러 그러한 차별적 법률을 만들었을 것이라는 점을 (주)정부가 입증하면 그 (주)정부는 엄격심사를 피해갈 수 있다.

둘째, 이 차별의 고의성과 관련하여 ‘법률상 차별(de jure discrimination)’과 ‘사실상 차별(de factor discrimination)’이 이야기될 수 있다. 간단히 말해서 법이 문면상 차별적이거나, 문면상은 차별적이 아니더라도 차별의 고의성이 입증될 수 있는 차별이면 ‘법률상 차별’이다. 즉, 어떤 법이 문면상으로는 중립적이지만, 그 뒤에는 차별의 목적이나 의도·계획이 숨어있는 경우, 차별의 목적·의도·계획이 입증된다면 그것은 ‘법률상의(de jure)’ 차별이 되어, 문면상의 중립성에도 불구하고 위헌이 된다. 또한 법이 문면상으로는 중립적이더라도, 그 적용이나 집행이 차별적인 방법으로 행해질 경우도 ‘법률상 차별’이 될 수 있다.⁵⁰⁷⁾ ‘사실상 차별’은 차별의 고의성이 없거나 그

507) 위에서 본 Yick Wo판결의 경우 1886년의 미국 연방대법원이 엄격심사를 적용하지는 않았지만, 법의 내용은 문면상 중립적이더라도 주의 행정부나 지

것이 입증될 수 없는 차별을 말한다. 예를 들어 Brown(1954)판결 등에서 나타나는 인종에 의한 분리교육의 경우, 그 분리가 (주)정부에 의해 의도적으로(intentionally) 만들어지지 않았을 때, 그것을 ‘사실상 분리(de facto segregation)’라 하여 ‘사실상 차별’의 한 형태로 보았다.

a) 차별대상(class) 내지 차별사유로서의 ‘인종’과 ‘민족 기원(national origin)’

수정헌법 14조 평등보호조항의 첫 번째 목표는 위에서 본 바와 같이 소수인종, 그 중에서도 특히 흑인에 대한 법적 차별을 막는데 있었다. 따라서 현재까지 인종을 이유로 한 소수인종에 대한 차별이 정당화되는 경우는 거의 없었다. ‘인종’은 역사적으로 매우 오욕적인 효과를 가진 아주 가시적인 차별사유 내지 차별대상이었다. 그것은 인간으로서 어떻게 변화시킬 수 없는 사유이다. 또한 흑인과 같은 소수인종은 대대로 ‘일반적인 정치적 과정(ordinary political process)’을 통해서 그들의 이익을 잘 대변하고 보호할 수 없었다. 이런 이유로, 인종은 ‘위헌의 의심이 가는 차별(suspect classification)’이다. 고의적인 인종차별은 (주)정부에게 무거운 합헌의 입증책임을 지운다. 즉, 엄격심사가 적용되는 것이다. ‘민족 기원(national origin)’은 중국계, 일본계와 같이 어느 민족출신인가를 말하는데, ‘인종(race)’과 거의 구별되지 않고 같이 쓰이고 있다.

인종차별과 관련해서는 특히 교육 등의 공공시설영역에서의 인종차별이 인종간 분리의 합헌성 여부와 관련하여 크게 문제되었다. 위에서 본 바와 같이 1896년의 Plessy판결은 열차요금, 열차칸의 시설,

방자치단체에 의한 법의 적용이나 집행이 차별적일 때에도 ‘법률상 차별’이 될 수 있음을 밝힌 바 있다.

열차칸을 오가는 차장 등의 유형적 요소가 같으면 비록 인종에 따라 탑승 열차칸을 분리하더라도 유형적 요소가 같기 때문에 평등보호조항 위배가 아니라, ‘분리하되 평등의 원칙(separate but equal)’의 원칙을 확립하였다. 그러나, 이 원칙이 오랜 동안 미국사회를 지배하다가 58년이 지난 1954년의 Brown판결에 의해 깨졌다. Brown판결은 평등하기 위해서는 유형적 요소 이외에 무형적 요소도 평등해야 하는데, 인종간의 공립학교에서의 분리교육은 인종간 통합교육이 가져올 수 있는 여러 이익들을 - 예를 들어 흑인학생이 백인학생과 수업 시간에 토론하고 의견을 교환할 기회 - 박탈하고, 흑인학생들의 가슴에 씻을 수 없는 ‘열등의식(sense of inferiority)’을 심어줌으로써, 이 무형적 요소에 있어서의 불평등을 초래하여 평등보호조항 위반으로 위헌이라고 판시했다. 이 판결의 엄청난 사회적 파급효과와 反司法府的 저항으로 말미암아 이 판결의 시행이 잘 이루어지지 않자, 대법원은 1년 후인 1955년의 Brown 2 판결을 통해 흑백분리교육 폐지라는 Brown 1 판결의 판시사항을 집행하고 감독할 수 있는 권한을 각 연방지방법원에 부여함으로써, Brown 1 판결의 판시내용이 “여러 지역적 특수사정을 고려한 신중한 속도로” 시행되고 실현될 수 있게 했다. 더욱 주목을 요하는 것은 이 Brown판결 이후에도 연방대법원은 다른 공공시설에서의 인종에 의한 분리정책에 위헌판결 많이 내렸다는 점인데, 이 후속판결들은 해변, 버스, 골프장, 공원 등과 같은 다른 공공시설에서의 인종분리에 대해서도 이 Brown판결을 인용하면서 만장일치로 위헌판결을 내려갔다. 즉, 모든 공공시설에서 인종에 의한 분리 수용이 금지되어갔던 것이다.

b) 차별대상(class) 내지 차별사유로서의 ‘외국인 지위(alienage)’

주가 외국인 지위에 근거해 차별을 할 경우, 다른 심사기준이 적용

되는 경우도 간혹 있지만, 보통 엄격심사가 적용된다. 그러한 차별은 사법부의 별도의 세심한 배려를 요구하는 ‘분리되고 고립된 소수(a discrete and insular minority)’인 외국인에 대한 차별이기 때문이다. 예를 들어 1973년의 *In re Griffith*판결에서⁵⁰⁸⁾ 미국시민에게만 변호사 자격을 주고 있던 주법원규칙이 평등보호조항에 위배된다고 판시했다. 이 사건에서 주정부는 외국인에 대한 그 차별이 긴절한 주정부의 이익을 달성하는데 필요한 것임을 입증하지 못했기 때문이었다. 즉, ‘외국인 지위’에 따른 차별에 대해 엄격심사를 적용한 것이다.

그러나, ‘정치적 기능의 예외(Political Function Exception)’가 인정된다. 주가 선거인의 자격을 규정하거나 중요한 주정부요직에 임명될 공무원의 자격을 정하는 것과 같이 州의 定義와 州의 自治에 관련되는 사항에 있어 외국인에게 가해진 차별은 엄격심사가 아니라 단순합리성심사에 의한 합헌성심사를 받게 된다. 예를 들어 1978년의 *Foley v. Connelie*판결은⁵⁰⁹⁾ 주경찰관이 될 수 있는 자격을 미국시민에게만 한정하고 있는 주법을 엄격심사가 아니라 단순합리성 심사를 통해 합헌판결 했다.

c) ‘근본적 권리나 이익(fundamental rights and interests)’을 실질적으로 제한하는 경우

① 근본적 권리

엄격심사는 또한 차별에 의해 제한되는 권리나 이익의 본질 때문에도 사용되어진다. 차별이 기본적인 개인적 인권의 행사를 심대하게 제약하는 경우 정부는 보통 그 차별이 긴절한 정부의 이익을 위해

508) *In re Griffith*, 413 US 717 (1973).

509) *Foley v Connelie*, 435 US 291 (1978).

필요한 것임을 입증해야만 한다. 그러나 대법원은 엄격심사에서 이탈하려는 움직임을 제의하면서 심사기준을 정의함에 있어 여러 변화된 용어들을 증가적으로 사용해 왔다. 기본적 인권은 헌법규정들로부터 독립적으로 도출되어질 수도 있고 혹은 평등보호조항 자체로부터 도출될 수도 있다. 후자의 예로 투표권 혹은 투표의 이익, 사법접근권 - 우리로 치면 재판받을 권리 - 혹은 사법접근의 이익을 들 수 있다.

차별이 기본적 인권의 행사에 어떤 효과를 가진다는 사실만으로 엄격심사가 적용되지는 않는다. 어떤 경우들에 있어 법이 기본적 인권의 행사를 방해하거나 처벌하거나 혹은 심대하게 제약하는 경우에도 대법원은 엄격심사가 아니라 전통적인 단순합리성심사를 적용해 왔다.

기본적 인권의 예로는 첫째 수정헌법 제1조상의 권리를 들 수 있다. (주)정부의 차별이 언론·출판의 자유, 집회·결사의 자유, 양심의 자유, 종교의 자유와 같은 수정헌법 제1조상의 기본적 인권을 심대하게 제약할 경우 대법원은 엄격심사기준을 평등심사에 적용해 왔다. 그 예로 1990년의 *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*판결을⁵¹⁰⁾ 들 수 있다. 동판결은 법인이 선거운동자금을 일반회계자금으로부터 지출하는 것을 금하는 주법의 적용은 평등보호조항에 위배되지 않는다고 보았다. 법인의 선거운동자금 지출에 관한 규제는 정치적 과정으로부터 법인에 주어진 법적 이득의 도움으로 정치적 활동자금을 모으려는 부패 효과를 제거하려는 긴절한 주의 이익에 이바지하기 위해 ‘정확히 만들어(precisely tailored)’졌기 때문이었다. 즉, 엄격심사를 만족시켜 합헌이었던 것이다. 이 법원에서 언론법인을 제외하는 것 또한 대중에게 정보를 주고 대중을 교육하는 언론의

510) *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990).

독특한 사회적 역할을 고려할 주의 긴절한 이익이 존재하기 때문에 정당화된다고 보았다.

둘째, 여행의 자유(Right to Travel)도 여기서 말하는 기본적 인권이다. (주)정부가 州間의 여행을 어떤 이익들을 박탈하는 근거로 사용할 경우 그 차별은 여행의 자유라는 기본적 인권을 제약하는 것이어서 엄격심사가 적용된다. 1969년의 Shapiro v. Thompson판결이⁵¹¹⁾ 그 예이다. 동판결에서 대법원은 복지수당 신청직전에 최소한 1년간 그 주에 거주하지 않은 주민에게 복지수당을 지급치 않을 것을 규정한 주법이 위헌이라고 판시했다. 그러한 차별은 여행의 자유라는 기본적 인권을 제약하는 것이고 따라서 그 차별에 대해 엄격심사를 했을 때 긴절한 주의 이익을 촉진하지 못한다는 것이 그 이유였다.

셋째, 프라이버시권도 여기서 말하는 기본적 인권에 해당한다. 따라서 프라이버시권의 행사를 심대하게 제약하는 차별적 주법은 엄격심사의 대상이 된다. 이 원칙은 여성의 낙태권이라는 프라이버시권에 관한 Maher v. Roe(1977)판결에서⁵¹²⁾ 적용된 바 있고 심지어는 치료적 낙태에 관한 Harris v. McRae(1980)판결이나⁵¹³⁾ Williams v. Zbaraz(1980)판결에서도⁵¹⁴⁾ 적용된 바 있다.

넷째, 결혼의 자유도 기본적 인권에 속한다. 결혼의 자유는 Loving v. Virginia(1967)판결이⁵¹⁵⁾ 밝힌 바와 같이 “기본적인 개인의 私的 자유”이며 인간의 존재와 생존 자체에 관계되는 기본적 인권이다. 이

511) Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969).

512) Maher v. Roe, 432 US 464 (1977). 참고로 당사자 이름에 “Roe”나 “Doe”가 나오는 것은 한국말로 “모모” “홍길동”에 해당하는 가명이다.

513) Harris v McRae, 448 US 297 (1980). 이 사건에서 그 차별법률은 연방법이었다.

514) Williams v. Zbaraz, 448 U.S. 358 (1980). 이 사건에서 차별법률은 주법이었다.

515) Loving v Virginia, 388 US 1 (1967).

Loving판결은 타인종간의 결혼을 금한 주법에 대해 엄격심사를 적용해 위헌판결을 내렸다.

② 근본적 이익

대법원은 투표나 형사재판청구와 같은 기본적 이익들에 관한 차별에 대해서도 엄격심사를 적용했다. 이러한 이익들에 대한 접근은 독립된 다른 권리가 아니라 평등보호조항 자체에 의해 보호된다. 즉, 대법원은 이 경우 다른 독립된 권리의 제약 여부를 따지지 않는다. 대법원이 이러한 선례를 명백히 깬 적은 없지만, 다른 이익들의 중요성에 기해 엄격심사의 적용을 자주 기피해오고 있다. 오늘날에는 이러한 기본적 이익의 제약이 아니라 보통 독립된 헌법적 권리들의 행사에 있어서의 차별이 평등보호조항하의 엄격심사의 적용을 부른다.

첫째, 투표이익을 보면, 헌법에 투표권에 대한 명문규정은 없다. 그러나, 대법원은 투표는 ‘기본적 이익’이며 다른 권리 침해에 대한 방패막 임을 선언해 왔고 특히 수정헌법 제1조의 권리들에 밀접히 연관되어 있음을 밝혀왔다. (주)정부가 투표자격에 있어 차별을 하거나 다른 방법으로 참정권에 심대한 제약을 가할 때 (주)정부는 그 차별이 긴절한 정부의 이익을 촉진하기 위해 필요한 것임을 입증해야 했다. 즉, 엄격심사가 적용된 것이다. 이 원칙은 그것이 총선거이든 특수한 목적의 보궐선거이든 관계없이 적용되었다. 예를 들어 1969년의 *Kirkpatrick v. Preisler*판결에서⁵¹⁶⁾ 대법원은 헌법상의 규정은 선거구인구수에 있어 제한된 편차만을 허락한다고 판시했고 그것은 엄격심사를 통과해야만 한다고 보았다.

516) *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526 (1969).

둘째, 형사재판에의 접근의 이익이다. 형사피고인을 위해 재판에의 접근은 기본적 중요성을 띤다. 적어도 형사절차의 주도권이 정부에게 있을 때, 경제적 富의 차이가 피고가 받는 형사재판의 종류나 질을 결정해서는 안 된다. 형사재판에의 평등한 접근에 관한 사건들은 종종 평등보호조항이 아니라 적법절차조항에 의해 심리되어지기도 한다. 예를 들어 *Douglas v. California*(1963)판결은⁵¹⁷⁾ 피고가 변호사를 고용할 경제적 능력이 있느냐가 주법하의 유일한 상소 여부를 결정하는 것은 평등보호조항에 위배된다고 판시했고, *Evitts v. Lucey*(1985)판결은⁵¹⁸⁾ 더 나아가 피고는 변호인의 효과적인 조력을 받을 권리가 있음을 밝혔다. 두 경우 다 이러한 법률의 합헌성 심사 에 엄격심사를 적용했다.

라) 중간수준심사(Middle Level Review)

Burger대법원과 Rehnquist대법원은 Warren대법원의 평등심사기준을 크게 후퇴시키지도 않았지만, Warren대법원의 판결들이 궁극적으로 추구했던 정도로까지 그 시대의 평등심사기준의 적용영역을 확대시키지도 않았다. 예를 들어 ‘위헌의 의심이 가는 차별’에 해당하는 차별사유 혹은 차별대상(class)을 더 이상 추가시키지도 않았고 ‘기본적 인권’의 목록도 실질적으로 추가하지 않았다. 그러나 Warren대법원에 의해 ‘위헌의 의심이 가는 차별’에 해당할 수 있는 정도의 차별일 경우, Burger대법원과 Rehnquist대법원의 이에 대한 사법심사도 매우 엄격한 엄격심사였다.

Burger대법원과 Rehnquist대법원에 있어 평등심사와 관련하여 가장 흥미로운 발전은 소위 ‘중간수준심사(middle-level or intermediate

517) *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).

518) *Evitts v Lucey*, 469 US 387 (1985).

level test)’라는 평등심사의 새로운 단계가 출현한 것이다. 性(gender), 非適出性(illegitimacy)을 차별사유로 하는 차별에 있어, 그 법은 엄격심사를 받지는 않지만, 그렇다고 일반적인 경제적 혹은 사회복지적 차별에 적용되는 것과 같은 단순합리성심사를 받는 것도 아니었다. 그런데, Burger대법원과 Rehnquist대법원의 어떤 다수도 이런 경우 그들이 중간수준심사를 따르고 있음을 공식적으로 인정하는 없다. 그러나 여러 번에 걸쳐 그러한 중간수준의 심사를 명백히 제외하는 말들을 판결문에 썼다. 맥주를 마실 수 있는 연령에 남녀간의 차별을 둔 Oklahoma주법을 중간수준심사를 통해 평등조항 위배로 위헌선언한 Craig v. Boren(1976)판결이⁵¹⁹⁾ 그 대표적인 예이다.

이 중간수준심사의 요건으로 첫째, Craig판결(1976)에서도 판시된 바와 같이 이 중간수준심사에 그 차별 법률이 합헌이기 위해서는 그 차별이 ‘중요한 (주)정부의 목적 달성에 연관되어있어야(related to achieving an important government objective)’ 한다. 둘째, 이 때 (주)정부의 이익은 ‘실제적인(actual)’ 것이어야 하고 차별과 그 정부 이익 사이에 ‘긴밀한 관련(close correspondence)’이 요구된다. 즉, 차별이라는 수단과 정부이익이라는 목적이 ‘실질적으로(substantially)’ 연관되어 있어야 하는 것이다. 예를 들어 대법원은 Mississippi University for Women v. Hogan(1982)판결에서⁵²⁰⁾ 여성만의 입학을 허가하는 주간호학교의 입학정책은 여성의 차별에 대한 보상이 실제적 주정부 이익이 될 수 없기 때문에 중간수준심사의 요건을 만족시키지 않아 평등보호조항에 위반된다고 위헌판결을 내렸다.

a) 차별대상(class) 내지 차별사유로서의 ‘性’

519) Craig v. Boren 429 U.S. 190 (1976).

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

미국 헌정사의 오랜 기간 동안 연방대법원은 수정헌법 제14조의 평등보호조항이 성차별을 금지하는 것으로 해석하지 않았다. 즉, 성에 따른 차별은 애초에 부당한 차별이 아니었고 ‘합리적’ 차별이었던 것이다. 1948년의 *Goesaert v. Cleary* 판결에서⁵²¹⁾ 대법원은 허가받은 주점 소유자의 처나 딸이 아니며 여자는 바텐더를 할 수 없다는 Michigan 주법을 합리적 차별이라는 이유로 합헌결정 했다. 그러던 것이 1971년의 *Reed v. Reed*(1971) 판결에서⁵²²⁾ 부터는 성차별에 대법원이 좀더 높은 합헌성심사기준인 중간수준심사를 적용하기 시작했다. 이 사건판결은 동산관리자로 같은 자격의 여성보다 남성을 더 우대하는 주법을 위헌판결 했다. 州는 이 분야에서 남성이 여성보다 더 많은 직업적 경험을 가지고 있으며 따라서 동산관리자로 더 좋은 자격을 갖추었다고 가정했다. 대법원은 주의 이러한 가정을 깨고 개별적 경우에서 남성과 여성의 그 직업이 요구하는 자질을 조사해야 한다고 보았다. 그 2년 후인 1973년에는 대법원은 성차별에 ‘위헌의 의심이 가는 차별’의 합헌성 판단기준을 확대하려는 시도를 하기도 했다. *Frontiero v. Richardson*(1973) 판결이⁵²³⁾ 그것이다.⁵²⁴⁾

이처럼 성에 의한 차별의 합헌성심사기준이 점점 더 엄격해진 데에는 여성에 대한 차별이 인종에 따른 차별과 공통된 특성을 가지고 있다는 사고가 한 몫을 했다. 즉, 여성에 대한 차별은 인종차별과 마찬가지로 오랜 역사 동안 계속되어왔고 광범위하게 행해져 왔으며, ‘性別’이라는 것은 ‘人種’과 같이 매우 가시적이며 당사자의 의지에

521) *Goesaert v. Cleary* 335 U.S. 464 (1948)

522) *Reed v. Reed* 404 U.S. 71 (1971).

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

524) NORMAN REDLICH, JOHN ATTANASIO, JOEL K. GOLDSTEIN, UNDERSTANDING CONSTITUTIONAL LAW 287-88 (2nd ed., Matthew & Bender, 1999)

따라 바꿀 수 있는 것이 아닌(immutable) 것이다. 또한 법에 의한 성의 차별은 종종 性사이의 의미 있는 차이보다는 ‘해묵은 고정관념(archaic stereotype)’을 반영하므로 더욱 문제인 것이다. 그러나 어떤 경우들에 있어서는 법에 의한 성차별이 성별에 따른 고정관념보다는 실제적인 사실적·생리적 차이를 이유로 한 경우도 있었고⁵²⁵⁾ 따라서 이런 경우는 엄격심사로 까지 나아가기는 어려웠다. 이러한 이유로 성차별 법률에 대한 대법원의 합헌성 심사는 중간수준심사로 굳어졌다.⁵²⁶⁾ 그런데 성에 따른 차별에 대한 중간수준심사에서는 다음의 사항들을 유의해야 한다. 첫째, 성차별에 엄격심사보다 더 완화된 기준을 적용한다는 면에서 더 나아가 많은 성차별 입법의 경우 대법원은 중간수준심사의 요건들을 매우 완화하여 적용하고 있다. 즉, 심사에 있어 차별의 실제목적(actual purpose)보다는 여러 혼합된 입법동기(mixed legislative purpose)에 강조점이 두어진다. 그리고 차별과 (주)정부이익과의 관련성은 대부분의 다른 중간수준심사 사건들만큼 밀접하고 엄밀할 필요가 없다. 예를 들어 연방법률이 남성만의 군대징집을 규정한 것에 대한 평등 침해 여부를 다룬 Rostker v. Goldberg(1981)판결은⁵²⁷⁾ 연방의회가 남성만을 군대징집의 대상으로 규정한 것에는 전투력이 없는 여성을 배제시킴으로써 얻을 수 있는 국가방위나 군사력 증강 등의 여러 혼합된 ‘입법동기’가 존재하고 성차별 징집이 그러한 입법동기에 관련이 되므로 합헌이라고 판시했다.

525) 예를 들어 Michael M. v. Superior Court(450 U.S. 464, 1981)사건의 경우, 의제강간(statutory rape)을 처벌하는 주법이 미성년 여성은 놔두고 남성만을 처벌하는 것은 성에 따른 차별이므로 중간수준심사를 적용할 수 있는데, 이때 중요한 정부이익은 미성년임신의 방지로서 임신은 여성만 할 수 있다는 남녀의 사실적·생리적 차이에서 오는 차별이고, 그 정부이익이라는 목적에 남녀차별이라는 수단이 실질적으로 연관되어 있으므로 합헌이라고 판시했다.

526) JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, 전거서 205-207면 참조.

527) Rostker v. Goldberg (1981, US) 69 L Ed 2d 478.

둘째, 성차별에 있어 차별효과는 차별목적의 증거가 될 수는 있지만, 차별효과의 존재만으로 중간수준심사가 행해지지 않는다는 점에 따라 차별하려는 정부의 고의 내지 목적이 존재해야지만 단순합리성심사가 아닌 중간수준심사가 이루어진다. 위에서 본 Feeney판결(1979)의 경우가 그 좋은 예이다. 제대군인에 대한 공직채용특혜를 규정한 州法은 사실상 여성을 차별하는 효과는 가지지만, 이 차별의 목적은 제대군인의 군생활을 통한 봉사에 대한 ‘보상(compensation)’에 있지 여성에 대한 차별에 있지 않다. 따라서 이것은 중간수준심사가 적용되는 성차별이 아니어서 단순합리성심사를 거쳤다. 그 결과 그 차별은 제대군인에 대한 보상이라는 목적에 합리적으로 연관되어 있으므로 합헌판결을 받았다.⁵²⁸⁾

b) 차별대상(class) 내지 차별사유로서의 非適出性(illegitimacy)

非適出性(庶子性, illegitimacy)에 기한 차별은 ‘위헌의 의심이 가는 차별(suspect classification)’의 많은 특징들을 가지고 있다. 그것은 아이의 통제를 넘어서는 신분상의 지위라는 점, 비적출자에 대한 광범위한 차별의 역사가 존재했다는 점, 비적출자는 정치적으로 고립된 소수라는 점이 그 특징들이다. 대법원은 비적출성에 기한 차별대우에

528) 이 사건은 우리 헌법재판소의 군가산점위헌결정(1999. 12. 23, 98헌마363)과 사실관계가 거의 같다. 그러나, 결론은 정반대이어서 우리는 성별에 따른 부당한 차별로 평등권을 침해한다는 등의 이유로 위헌판결을 내렸지만, 미국 연방대법원은 합헌판결을 내렸다. 왜냐하면 그 가장 큰 이유중의 하나가, 미국에서는 중간수준심사가 적용되는 성별에 따른 차별이 되기 위해서는 결과적으로 여성 공무원 합격자수가 작다는 ‘차별결과’가 아니라 여성을 차별하겠다는 입법부의 ‘차별목적 혹은 차별의 고의성’이 인정되어야 한다고 본 반면에, 우리는 “여성의 합격자수가 극히 적고 심한 경우 만점을 받고도 불합격 할 수 있다”는 사실상의 차별효과 내지 결과만으로 이를 성별에 따른 차별로 보았고 헌법 제11조가 “사회적 신분” “종교”와 함께 “성별”을 차별금지사유로 규정하고 있다는 이유로 이 사건에서 엄격심사를 하여 평등권을 침해한다고 보았다.

고정되지 않고 유동적인(ambivalent) 입장을 취해왔었고 오늘날에는 그 합헌성판단에 중간수준심사를 사용하고 있다. 즉, 이 경우 그 차별은 중요한 (주)정부의 이익에 실질적으로 연관되어야만 합헌이다. 그 차별이 비적출자에 대한 편견을 더 많이 나타내는 것일수록, 그 법은 위헌판결을 받기가 더 쉽다. 1978년의 *Lalli v. Lalli*판결이⁵²⁹⁾ 그 대표적인 예이다. 동판결은 관할권 있는 법원이 生父가 살아있을 때 친자확인판결을 했을 경우에만 비적출자가 다른 주의 生父의 재산을 상속할 수 있다고 규정한 주법을 합헌판결 했다. 비적출자에게 부과된 부담 내지 차별은 생부의 사망 시에 적정하고 규율있는 생부 재산의 처리라는 중요한 주의 이익에 실질적으로 연관되어 있기 때문이었다.

마) 심사기준의 유형화

이상에서 본 미국 연방대법원의 평등심사기준을 표로 정리해 보면 맨 끝 페이지의 표-1과 같다. 차별대상(class)이나 차별사유가 인종·민족 기원·외국인 지위이나 성별·비적출성이나 조세와 같은 경제적-사회적 규제이냐에 따라서도 심사기준 내지 심사단계가 달라지며 특히 근본적 권리나 근본적 이익에 심대한 제약을 가하는 경우는 이러한 차별대상(class)이나 차별사유에 관계없이 엄격심사가 적용된다.

또한 심사기준에 있어서도, 가장 엄격한 엄격심사는 ‘긴절한 정부의 이익을 촉진하기 위해 필요한 경우에만’ 이러한 차별이 합헌이고, 덜 엄격한 중간수준심사는 ‘중대한 정부목적에 실질적으로 관련되는 경우에만’ 이러한 차별이 합헌이며, 가장 덜 엄격한 단순합리성심사

529) *Lalli v Lalli*, 439 US 259 (1978).

는 차별이 ‘정당한 정부목적에 합리적 연관성을 가지면’ 합헌이다.

여기에 덧붙여 입증책임의 문제에 주목해야 한다. 위에서 본 바와 같이 첫째, 단순합리성심사에서는 그 차별의 위헌성을 다투는 국민인 ‘청구인’이 그 차별이 정당한 정부목적에 합리적 관련이 없으며 본질적으로 자의적 차별임을 입증할 책임을 진다. 그러한 청구인측 입증책임은 최근까지 입증하기가 곤란한 고도의 입증책임으로 인식되어져 왔기 때문에, 이 단순합리성심사의 대상이 되는 법률은 웬만하면 합헌결정을 받아왔던 것이다.

둘째, 엄격심사를 행할 경우는 입증책임이 정부쪽으로 전환된다. 따라서 그 법률이 위헌임을 주장하는 소송 청구인이 아니라 그 법을 만든 주정부나 연방정부가 그 차별이 ‘긴절한 정부이익’을 달성하는데 필요한 것임을 입증해야한다. 그리고 엄격심사의 대상이 되는 법률에 대해서는 법률에 대한 합헌성추정의 원칙(the ordinary presumption of constitutionality)이 배제되기 때문에, 정부가 이러한 입증책임을 충족시키는 것은 대단히 어려운 것으로 이해되고 있다. 따라서 엄격심사의 대상이 되면 그 법률은 웬만하면 위헌이 된다.

4) 적극적 평등실현조치(Affirmative Action)와 역차별 (Reverse Discrimination)

미국 연방대법원은 취업이나 입학 등에 있어 특히 국가적 도움을 필요로 하는 흑인이나 여성 등의 경제적·사회적 약자에 대해 우선적 처우(preferential treatment)나 적극적 조치(affirmative action) 등의 특혜를 부여함으로써 실질적 평등을 기하려 노력하였다. 이 특혜

는 보통 이들에 대한 취업·입학에 있어서의 할당제(quota system)의 형태로 많이 나타났다. 이것이 적극적 평등실현조치이다. 이 적극적 평등실현조치는 연방대법원의 판례를 통해 발전되었으며 그 후 주의회나 연방의회의 立法化와 학자들에 의한 理論化를 통해 더욱 발전되어 갔다. 그런데, 여기서 흑인이나 여성과 같은 경제적·사회적 약자에게 우선적 처우와 같은 특혜가 주어지는 것은 “대대로 학대받고 차별받던” 이들 소수자들에 대한 과거의 차별에 대한 “보상”의 의미라는 점을 연방대법원은 여러 판결을 통해 일관되게 밝혀왔다. 그리고 이러한 취업·입학상의 특혜는 이러한 경제적·사회적 약자들에 대한 과거의 차별이 어느 정도 보상되어 이들이 어느 정도 실질적 평등을 이루게 될 때까지만 잠정적·일시적으로 제공되는 것이라는 점도 대법원의 판결이 줄기차게 강조해 온 적극적 평등실현조치의 핵심내용이다.

그런데 이러한 흑인이나 여성 등의 경제적·사회적 약자들에 대한 잠정적인 취업·입학상의 특혜가 상대적으로 백인이나 남성에게는 “역차별(Reverse Discrimination)”의 문제를 발생시켰다. 이 적극적 평등실현조치의 시행으로 발생하는 역차별의 문제가 연방대법원의 심판을 받게 된 최초의 사건이 바로 위에서 살펴본 Bakke판결(1978)인 것이다. Bakke는 의대에 진학하여 장래 유능한 내과의사가 되는 그의 목표를 추구했다. U.C. Davis의과대학은 학생선발과 구성에 있어 더 큰 인종적·민족적 다양성을 추구했다. 이 두 추구목표 사이의 충돌이 바로 연방대법원에 의한 적극적 평등실현조치와 관련된 첫 번째의 중요한 헌법재판을 있게 한 것이다.⁵³⁰⁾ 이 사건을 조금 더 상

530) Timothy J. O’Neil, Regents of the University of California v. Bakke in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Kermit L. Hall ed. Oxford University Press, 1992) at 714.

세히 들여다보면, 하급심인 캘리포니아 주지방법원과 주대법원은 Davis의과대학의 인종할당제는 인종차별에 근거해 소수인종에 대한 선호를 나타내었고, 적극적 평등실현조치가 인정되는 취지가 과거의 차별에 대한 보상에 있다는 면에서 살펴보아도, 캘리포니아 주립대학 자체에 의한 과거의 소수인종에 대한 부당한 차별은 존재치 않았기 때문에, 이 인종할당제는 평등보호조항에 위배되는 것이라고 보았다. 일체의 차별없이 오직 실력에만 근거해 학생들을 선발하겠다는 약속은, 과거와 현재에까지도 일부 이어지는 인종차별의 희생자들을 위한 다는 주의 긴절한 필요와 다시 충돌을 일으킨다. 캘리포니아 주립대학측은 또한 그러한 인종할당제의 이익들에 대해서 강조하고 나섰다. 다양한 인종의 학생구성을 통해 의학교육 자체의 발전을 가져올 수 있는 점, 소수인종의 어린이들에게 자기도 열심히 하면 저렇게 의사가 될 수 있다는 꿈을 심어주는 점, 소수인종사회에 의료서비스를 확충할 수 있다는 점 등이 그것이었다.⁵³¹⁾

이 사건에서 연방대법원은 인종별 할당비율이 매년 “고정”되지 않는 한 대학이 인종을 입학사정의 한 기준으로 고려할 수 있다고 판시했다. 이 사건판결에서 5인이 가담한 다수의견을 집필한 Powell대법관은 ‘덜 배타적인(less exclusionary)’ 적극적 평등실현조치의 정당성의 근거를 수정헌법 제1조의 대학의 자유 보장에서 찾았다는 점도 주목할 만하다. 즉, 대학은 다양한 출신배경을 가진 학생집단을 구성할 이익을 가지므로 학생선발에 있어 이를 위해 인종을 선발기준으로 고려하는 것은 ‘대학의 자유’의 하나라는 것이다.

이 판결이 소수인종 학생들의 대학원이나 전문대학원에의 - 의과대학이나 법과대학 같은 - 입학에 위축효과를 가져오리라는 우려에도 불구하고 실제로는 이 판결은 이러한 면에 별 효과를 가져 오지

531) Id. at 714.

않았다. 적극적 평등실현조치에 대한 명확한 대답을 주는 대신, Bakke판결은 그 문제를 살짝 건드리기만 하면서 주립대학 입학에 있어서의 인종할당이라는 좁은 문제만을 해결하고, 다른 영역에서의 적극적 평등실현조치의 적합성에 대한 판단은 그 후의 판결들에 남겨두었던 것이다.⁵³²⁾ 그 후에도 연방대법원은 적극적 평등실현조치 자체에 대한 그리고 적극적 평등실현조치의 전체영역에 대한 헌법적 판단을 계속해서 회피해 왔다. 그러자, 이에 대한 폐지논의는 대법원이 아니라 주민발안의 주법의 형태로 나타나기 시작했다. 캘리포니아에서는 주민발안(initiative)으로 적극적 평등실현조치의 폐지를 내용으로 하는 법안이 주민투표에 부쳐졌고, 이것이 주민투표에서 통과되어 캘리포니아 州內에서의 적극적 평등실현조치의 폐지의 길로 들어서게 되었다. 유색인종의 비율이 다른 주에 비해 월등히 높고 진보적 성향을 가진 것으로 유명한 캘리포니아주에서 이 적극적 평등실현조치에 대한 폐지법안이 그것도 주민발의와 주민투표로 통과되었다는 것은 참으로 아이러니였다. 이러한 적극적 평등실현조치 폐지의 경향은 이 캘리포니아를 시발로 미국 전역으로 확산되어가는 추세에 있다.

5) 평등심사와 관련한 연방대법원 판례의 최근 경향

분명 적극적 평등실현조치의 발전과 확립은 평등심사와 관련해 큰 변화를 몰고 올 수 있는 변수였다. 이로 인해 대법원에 의한 평등심사의 3단계기준이 흔들리지 않을까 우려하는 목소리도 높았다. 하지만, Georgetown대학 로스쿨의 Mark V. Tushnet교수가 지적한 바와 같이 적극적 평등실현조치의 문제들이 나타난 이후에도 미국 연방대

532) Id. at 715.

법원은 평등심사의 3단계기준을 꾸준히 고수해오고 있다. 즉, Tushnet교수는 “적극적 평등실현조치의 문제들에 관한 대법원의 분석은 그 문제가 판결을 통해 어떻게 해결되느냐에 관계없이 많은 사람들에게 대법원이 그 사건들이 제시하는 복잡한 규범적 문제들에 둔감하게 대응하는 것으로 보이게 한다. 이런 비판에도 불구하고 대법원은 3단계 접근방식에 꾸준히 또 착실하게 매달려 왔다”⁵³³⁾고 평가한 것이다. 이러한 평가가 미국의 대다수 법학자나 법실무가들에 의한 평가이다.

단순합리성심사에 있어서 비교적 최근의 연방대법원은 과거 보다 좀 더 엄격한 접근을 시도하고 있는 것으로 보인다. 이러한 경향을 나타내는 사건들에서, 연방대법원의 사건분석은 그 법의 합리성을 심사하기 위해 ‘진정한 특별목적의 이익형량(true ad hoc balancing)’에 밀접히 가까워지고 있다.⁵³⁴⁾ 즉, ‘합리적 차별’이 되기 위한 합리성의 수준을 높여가고 있는 것이다. 예를 들어 Metropolitan Life v. Ward(1985)판결은⁵³⁵⁾ 州内の 보험회사에게 주 외의 보험회사보다 훨씬 더 낮은 세율을 적용하는 주의 세법에 관한 판결이었다. 이 판결에서 대법원은 주가 경쟁을 하려는 주 외의 회사를 차별대우함으로써 주내의 사업들을 장려하려는 것은 “정당한 주정부의 이익”이 아니며 차별에 의해 촉진될 때에는 주의 자산에 대한 투자의 장려도 ‘정당한 주정부의 이익’이 될 수 없다고 판시했다. 따라서 높아진 합리성의 수준으로 인해 심사대상이 된 법들이 단순합리성심사에서 조차도 그 합리성을 결하여 평등보호조항 위배로 위헌판결을 받는 경

533) Mark V. Tushnet, Equal Protection in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Kermit L. Hall ed. Oxford University Press, 1992) at 259.

534) JEROME A. BARRON & C. THOMAS DIENES, 전게서 192-93면 참조.

535) Metropolitan Life v. Ward, 470 U.S. 869 (1985).

우가 많아졌다.

엄격심사의 대상이 되는 인종차별과 관련해, 오늘날 미국의 연방지방법원은 1955년의 *Brown 2*의 판시사항 대로 공립학교 교육에 있어 인종에 의한 ‘법률상의 분리’를 획책하고 있는 교육위원회들에 대해 광범위한 감독권을 행사하고 있다.⁵³⁶⁾ 그러나, 1990년대에 들어서 일어나고 있는 인종간의 재분리(resegregation) 교육에 대해서는 대법원이 유연한 입장을 취하고 있다. 즉, *Oklahoma City v. Dowell*(1991)판결에서는⁵³⁷⁾ 만약 그 교육위원회가 연방지방법원의 원래의 분리철폐명령에 ‘선의로(in good faith)’ 따라왔고 과거의 인종차별 흔적들이 실제적인 범위로까지 제거되어져 왔다면 그 교육위원회는 단일인종학교를 결과할 수도 있는 새로운 통학버스계획(busing plan)을 실시할 수 있다고 보았다. 1년 후인 1992년의 *Freeman v. Pitts*판결에서⁵³⁸⁾ 연방대법원은, 연방지방법원의 궁극적 목적은 헌법상의 평등보호조항 위반을 시정·구제하고 그리고 나서는 학교시스템의 통제권을 지방자치단체에게 되돌려주는 것이라고 판시했다. 따라서 연방지방법원은 완전한 평등보호조항 준수를 이루기 전에 어느 정도 위헌성이 제거되면 교육위원회에 대한 감독과 통제를 그만둘 수 있게 되었다.

또한 엄격심사가 적용되는 인종차별과 관련해 연방대법원은, 평등심사의 기준은 적극적 평등실현조치가 연방의회에 의해 이루어지는지 주나 지방자치단체정부에 의해 이루어지는지에 따라 다르다고 판시하고 있다.

첫째, 주나 지방자치단체에 의한 적극적 평등실현조치의 경우, 주

536) *Id.* at 199.

537) *Board of Education of Oklahoma City v. Dowell*, 498 U.S. 237 (1991)

538) *Freeman v. Pitts*, 503 U.S. 467 (1992)

정부가나 지방자치단체정부는 그 인종의식적(race-conscious) 프로그램이 긴절한 정부이익에 필요한 것이라는 점을 입증해야만 한다. 즉, 엄격심사의 대상이 되는 것이다. 이를 통해 주나 지방자치단체정부는 자신의 과거의 인종차별의 과오와 개인에 의한 인종차별에 대해 수동적 지지를 한 것에 대해 보상하게 되는 것이다. 이 때 이 프로그램은 ‘좁게 만들어(narrowly drawn)’져야만 하고 인종중립적 수단들이 고려되어져야만 한다. 위에서 본 Bakke판결(1978)에서도 유색인종에 대해 인종할당제를 실시하는 주립대학의 입학프로그램에 대해 다수의견에 의해 엄격심사가 행해졌고, 이 엄격심사를 통과하지 못해 위헌판결이 내려졌다.

둘째, 그러나 연방의회에 의한 적극적 평등실현조치의 경우는 엄격심사를 충족시킬 필요가 없다. 연방의회의 입법제량권에 대한 존중 때문이다. 이 때 그 법은 연방의회의 권한 내에서 중요한 국가이익에 이바지해야 하고 그러한 목적달성에 실질적인 관련을 가져야만 한다. 중간수준심사가 적용되는 것이다. 이 기준은 비록 그 연방의 조치가 확인 가능한 법적 과오를 시정하기 위해 만들어진 것이 아니더라도 충족될 수 있다. 다른 중요한 정부이익들로 충분하다. 예를 들어 1980년의 Fullilove v. Klutznick판결에서 대법원은, 지방의 공무 프로젝트에 부여된 연방자금의 10%는 법이 확정된 소수인종집단의 구성원들에 의해 소유되고 컨트롤되는 사업들로부터의 서비스나 물자공급을 획득하기 위해 쓰여 져야만 한다는 연방법률은 수정헌법 5조에 의해 인정되는 평등보호조항에 위배되지 않는다고 판시했다. 이 때 중간수준심사가 사용되었고 그 프로그램은 이 심사를 통과했다. 즉, 그 프로그램은 제한적이고 좁게 짜여진 프로그램이며 미래에 효과를 발휘하고 건설업에서의 과거의 차별을 보상하기 위해 고안되었다고 보았다. 또한 이로부터 혜택을 입는 특정 소수인종집단의 의회

선택이 과소포함(under-inclusive)으로 인해 다른 확정 가능한 소수 인종집단에 대해 악의적 차별로 작용하는가에 대한 입증이 없다고 보았다. 대법원은 그 프로그램은 그것이 연방의회의 보상의 목적에 한정될 것이라는 합리적 확신을 심어주므로 문면상 과대포함(over-inclusive)도 아니라고 본 것이다.

중간수준심사가 적용되는 성차별과 적극적 평등실현조치가 관련된 사건에 대해 연방대법원은, 과거의 차별을 보상하기 위해 남성이 아니라 여성들에게만 특혜를 제공하는 차별은 과거의 과오를 보상하기 위해 좁게 만들어지면 합헌이라고 판시해 왔다. 그러나 이 경우 대법원은 주장된 ‘자애로운 목적(benign purpose)’이 진짜 목적인지를 결정하기 위해 면밀한 조사를 하여야 한다. 이 예로는 1974년의 Kahn v. Shevin⁵³⁹⁾ 판결을 들 수 있다. 동판결은 과부들에게는 재산세를 면제해주고 홀아비들에게는 이를 면제해주지 않는 주법은 과부들의 더 큰 재정적 어려움을 고려해 보았을 때 합헌이라고 판시했다.

끝으로 최근에는 동성애자 집단과 관련한 평등심사가 심심찮게 이루어지고 있어 눈길을 끈다. 위에서 본 Romer판결은 동성애에 관해 주법이 이를 범죄화하는 것은 합헌이라고 판시한 10년 전의 Bowers v. Hardwick⁵⁴⁰⁾판결(1986)과는 약간 다른 입장을 보이고 있어 주목을 끈다. 주가 동성애를 범죄로 처벌하는 주법을 만들 수는 있지만, 평등보호조항과 관련해 동성애자들 집단을 차별하는 지방자치단체의 조례 제정을 주가 금할 수는 없다는 점을 밝힌 것이다.

539) Kahn v. Shevin, 416 U.S. 351(1974).

6) 소결: 우리 헌법재판소의 평등심사에 주는 교훈

이상에서 살펴보았듯이 미국 연방대법원은 평등심사와 관련하여 여러 단계의 세밀한 심사기준들을 개발하고 또 이것을 적용하며 보완해 왔다. 이에 비해 우리 헌법재판소의 평등심사는 독일식의 합리성(자의금지)심사에, 평등권의 범률에 의한 제한의 한계에 관한 헌법 37조 2항으로부터 도출되는 과잉금지의 원칙이 보태지는 정도였었다. 그러다가 1999년의 군가산점위헌결정 등에서 볼 수 있는 바와 같이 평등권에 관해 규정하고 있는 우리 헌법 제11조에 특히 규정된 세 가지 차별금지 사유인 “여성, 종교, 사회적 신분”에 대해서는 헌법이 이 세 가지를 굳이 규정한 이유가 이들 차별사유에 의한 차별에는 더 엄격한 기준이 적용되어야 한다는 것이라 보고 이들 차별사유에 의한 차별에 대해서는 엄격심사를 행하고 있다. 그러나, 우리의 평등 심사기준은 솔직히 미국처럼 구체적이지도 못하고 잘 정비되어 있지 못해서 문제이다.

첫째, 미국처럼 3단계로 나누어지지 못하고 최근의 엄격심사를 포함시켜도 2단계에 불과하다. 또한 성별, 종교, 사회적 신분이 엄격심사의 대상이 되는 차별금지사유가 된 이유도 석연치 않고 - 특히 미국에서는 성별에 기한 차별이 엄격심사가 아니라 중간수준심사에 머물러 있음도 주목할 만하다 - 다른 엄격심사의 대상이 되는 차별금지사유를 헌법재판소판례가 제시하지도 못했다. 이런 면에서 미국의 3단계 평등심사기준이나, 그 차별사유, 합헌조건 등에 대한 상세한 구분 등은 우리에게 시사해 주는 바가 크다고 생각한다.

둘째, 위에서 본 것처럼 우리는 ‘엄격심사’의 대상이 되는 차별금지의 사유만 헌법규정에서 따왔지, 이 엄격심사는 구체적으로 기존의 합리성심사와 어떻게 다른지, 이 엄격심사를 통과해 합헌결정을 받으

려면 어떤 조건을 만족시켜야 하는지에 대해 판례가 명백히 밝히고 있지 못하고 있다. 이러한 심사의 요건이나 합헌이 되기 위한 조건에 관해 상세하고 명백한 기준이 헌법재판소 판례를 통해 계속적으로 제시되었으면 한다.

셋째, 필자의 판단으로는 엄격심사의 생명은 합헌성추정원칙의 배제와 그에 따른 입증책임의 전환에 있다고 생각한다. 미국에서는 이러한 점에 착안하여 엄격심사시에는 입증책임이 주 정부 측으로 전환되어 그 법률이 위헌이라고 주장하는 국민인 청구인이 아니라 정부가, 그 법률이 합헌임을 입증하게 - 즉, 긴절한 정부이익을 촉진하기 위해 필요함을 입증하게 - 하고 있다. 우리 헌법재판소는 아직 여기에까지는 나가지 못하고 있으나, 엄격심사에서의 이러한 입증책임의 전환도 생각해 볼만하다고 믿는다.

넷째, 평등심사에 있어 미국처럼 ‘차별의 영향’과 ‘차별의 고의성’을 구별하고 차별인정을 위해 ‘차별의 고의성’ 입증을 필요케 하는 식의 보다 세밀화된 평등심사기준의 마련이 요청된다. 위에서도 보았지만, 미국의 Feeney판결은 우리 헌법재판소의 군가산점위험결정과 사실관계가 거의 흡사하다. 둘 다 남자가 대부분인 제대군인에 대해 공무원직 채용에 특혜를 준 법이 평등심사를 받은 사건이기 때문이다. 그러나 우리와 미국은 결론에 있어서는 위헌과 합헌으로 전혀 달랐다. 거의 흡사한 사실관계에 그렇게 정반대의 결론이 난 이유는, 미국의 성차별에 대한 평등심사에서는 결과적으로 또 사실적으로 공무원시험에의 여성합격자수가 극히 적다는 ‘차별의 효과’만으로는 이것이 성에 기한 차별로 되지 못하고 ‘차별의 고의나 목적’이 존재함으로써 ‘법률상 차별(de jure discrimination)’이 되어야만 성에 기한 차별이 되는데 비해, 우리 헌법재판소에는 이런 세밀한 기준이 마련되어 있지 않아 ‘차별의 고의’유무는 따질 여유도 없이 “여성 합격자

수가 극히 적고 심한 경우 만점을 받고도 불합격할 수 있다”는 사실적·결과적인 ‘차별의 효과나 영향’만으로 쉽게 이 사안을 제대군인과 비제대군인의 차별이 아니라 남성과 여성의 성차별로 끌고 가버린 성급함이 엿보인다. 이것이 바로 세밀화된 평등심사기준과 그 요건들의 개발이 부족하기 때문이다. 이러한 부분들에 대한 우리 헌법재판소의 노력이 요청된다.

(2) 독일

1) 독일 기본법상의 평등권 체계

독일 기본법은 제3조 제2항(남녀동권), 제6조 제5항(혼인중의 자와 혼인외의 자의 평등), 제38조 제1항(평등선거)에서 개별적 평등권 내지 평등대우명령을 규정하고 있으며, 제3조 제3항 제1문(성차별 등 금지)과 제2문(장애인차별금지), 제33조 제3항(국민의 권리 등에서 종교차별금지)에서 개별적 차별금지원칙을, 제33조 제1항(국민의 권리와 의무의 평등)과 제2항(공무담임권의 평등)에서는 평등대우명령과 차별금지를 동시에 규정하고 있다. 그런가 하면 이 규정들이 적용되지 않는 경우에 평등보호의 흠결을 보완하기 위하여 제3조 제1항에서 “모든 인간은 법률 앞에 평등하다”는 일반적 평등원칙을 규정하고 있다. 이 원칙은 주관적 공권의 헌법적 근거로서 작용할 뿐 아니라, 객관적 평등대우명령 및 차별금지로서도 작용한다. 이하에서는 이와 같은 평등권 보장 체계에 따라 독일의 평등권 심사 기준과 방법이 무엇인지 확인해 보기로 한다.

2) 개별적 평등원칙의 심사 기준과 방법

여기에서는 위 개별적 평등원칙들 중에서 남녀동권원칙, 차별금지 원칙, 장애로 인한 불이익금지원칙의 심사기준과 방법을 설명하기로 한다.

가) 남녀동권 (독일 기본법 제3조 제2항 제1문)

독일 기본법 제3조 제2항 제1문은 “남자와 여자는 동등한 권리를 가진다”고 하여 남녀동권원칙을 규정하고 있다. 이 원칙의 규범적 내용과 심사 기준 및 방법은 다음과 같다.⁵⁴⁰⁾

a) 절대적 차별금지

독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙이 객관적으로 정당한 사유가 있는 경우에 차별을 허용하고 있는 반면, 제3조 제2항 제1문의 남녀동권원칙은 남성 또는 여성이라는 이유로 이루어지는 차별을 원칙적으로 금지하는 절대적 차별금지를 규정하고 있다. 그러나 남성과 여성이 동일한 권리를 가져야 한다고 해서 항상 똑같은 권리를 가져야 한다는 것은 아니다. 그것은 남성과 여성의 생물학적 차이 때문에 이미 불가능하다.

성차별금지원칙은 제3조 제2항 제1문을 통해서만 실현되는 것이 아니다. 제3조 제3항 제1문도 모든 영역에서 성별에 의한 차별을 금지하고 있다. 이로 인하여 제3조 제3항 제1문의 성차별금지원칙과 제3조 제2항 제1문의 남녀동권원칙의 경합이 발생하게 된다. 이 경우 독일 연방헌법재판소는 법적 성차별에 대하여 제3조 제2항 제1문보

540) 이하의 서술은 김주환, 양성평등원칙의 구체화, 공법학연구 제8권 제3호, 2007, 193쪽 이하의 내용을 일부 수정한 것임.

다 제3조 제3항 제1문이 우선 적용됨을 인정하고 있다.⁵⁴¹⁾ 성차별금지원칙의 효력내용, 성차별의 정당화 사유, 성차별의 위헌 여부 판단 기준 등에 대해서는 제3조 제3항 제1문의 범위에서 설명하기로 한다.

b) 남녀동권의 사실적 관철

제3조 제1항의 일반적 평등원칙이나 제3조 제3항 제1문의 성차별금지원칙이 소극적 방어권의 차원에서 불평등이나 성차별을 금지하는 데 반해, 제3조 제2항 제1문의 남녀동권원칙은 이를 넘어 남녀 사이에 존재하는 ‘사실적’ 불평등을 제거하라는 헌법위임이나 그 정당화 근거를 포함하고 있다. 즉, 이 원칙은 사회국가원리를 구체화하고 있는 규정으로서 사회적 조정 내지 사회적 균형을 적극적으로 실현하라는 헌법위임을 포함하고 있다. 따라서 이 원칙은 법적 차별의 제거를 넘어 남녀동권의 사실적 관철을 위해서도 적용된다. 그러나 이 원칙은 국가의 적극적 평등 실현 조치를 명령하면서도 그 한계를 명확하게 제시하지 않음으로써 예컨대 여성할당제와 관련, 남녀동권의 사실상 관철이 무엇을 의미하는지, 이로부터 도출되는 평등권의 구체적 효력내용과 기능이 무엇인지의 문제를 제기하고 있다.

① 남녀동권의 사실상 관철을 위한 지원 의무

‘사실상의 남녀동권’이란 남성과 여성의 생활관계가 법적으로 동일할 뿐만 아니라, 사회적 현실에서도 실제로 동일해야 한다는 것을 의미한다.⁵⁴²⁾ 따라서 이 규정은 특히 간접적 성차별을 제거하는 데 그 의미가 있다.

541) BVerfGE 85, 191 (207).

542) Gubelt, 독일 기본법 제3조, 법학방법론과 기본권해석론, 김주환 (편역), 홍익대학교 출판부, 2007, 87쪽 이하, Rn 93 c 참조.

남녀동권의 사실상 관철을 위한 노력은 두 가지 의미로 이해될 수 있다. 첫째 사실상의 남녀동권을 관철하기 위한 미래지향적 작용으로서의 지원(Förderung)과, 둘째 과거 회고적 관점에서 여성이 받은 기존의 불이익을 제거하기 위한 조정 작용이 그것이다.⁵⁴³⁾ 그러나 국가가 남녀동권을 실현하기 위해 행위할 수 있는 권한과 남녀동권을 실현할 책임은 인정되지만, 사실상의 남녀동권 실현을 결과로서 보증해야 하는 보증인적 지위까지 인정되는 것은 아니다.⁵⁴⁴⁾

‘남녀동권의 사실상 관철’이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 대해선 견해가 엇갈린다. 그 목적이 결과평등의 실현에 있다고 보는 견해와 사실적 기회평등에 있다고 보는 견해가 대립하지만, 후자가 지배적이다. 이에 대해선 여성할당제의 위헌 여부와 관련, 후술하기로 하겠다.

문제는 남녀동권의 사실상 관철을 위해 사실적 기회평등을 마련하는 입법조치가 남성의 인격 발현이나 행동의 기회를 제한함으로써 남성의 자유, 예컨대 독일 기본법 제2조 제1항(일반적 행동의 자유), 제12조(직업의 자유) 등을 침해할 수 있다는 것이다. 남녀동권을 실현하기 위한 지원조치라 하더라도 그것이 사실상의 남녀동권을 넘어설 수 없고, 또 이 경우에는 기본권 충돌이 발생하기 때문에, 입법자는 사회적 평등과 자유주의적 자유보장 사이에서 실제적 조화를 달성해야 한다. 이 때 실제적 조화는 일반적 평등원칙의 경우와 달리 비례의 원칙을 통해서만 달성될 수 있다.⁵⁴⁵⁾

543) 이에 대해서는 Huster, Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität, AöR 118 (1993), S. 109 ff. (118 ff.) 참조.

544) 이에 대해서는 Gubelt 전개논문, Rn. 93 c; Hofmann, Die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung in dem neuen Art. 3 II S. 2 GG, FamRZ 1995, S. 257 ff. (261 f.) 참조.

545) 일반적 평등원칙의 해석과 적용에 있어 실제적 조화의 달성에 대해서는 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 헌법논총 제11집, 2000, .478

② 기존의 불이익 제거 의무

남녀동권원칙은 성별에 의한 불이익을 제거해야 할 국가의 의무를 포함한다. 이것은 남녀동권의 사실상 관철을 강화한다. ‘성별에 의한 불이익’이란 생물학적 차이에서 비롯된 불이익을 말한다.⁵⁴⁶⁾ 그러한 불이익은 예컨대 여성의 경우 임신이나 출산으로 인해 발생했을 수 있다. 그러나 생물학적 차이로 인해 발생한 불이익이 아니라 사회적 편견으로 인해 발생한 불이익이라 하더라도 여기서 말하는 불이익에 해당하는 것으로 보아야 한다. 독일 연방헌법재판소는 “전형적으로 여성이 받는 사실상의 불이익”도 여기에 포함되는 것으로 보고 있다.⁵⁴⁷⁾ 불이익이 있는지를 확인하기 위해 통계자료를 증빙자료로 활용하는 것도 가능하다.⁵⁴⁸⁾

기존의 불이익을 제거할 수 있는 조치는 매우 다양하다. 하지만 일반적인 방법은 수혜규정을 통해 불이익을 제거하는 것인데, 이 경우 다음과 같은 사항이 준수되어야 한다.⁵⁴⁹⁾

첫째, 수혜규정은 불이익과 관련된 것이어야 한다.

둘째, 이 불이익은 남성 또는 여성이 받고 있는 불이익으로서 제거되어야 할 불이익이어야 한다.

셋째, 수혜규정을 통한 보상은 불이익과 같은 영역에서 이를 제거하기 위한 것이어야 한다. 즉 직업생활의 불이익은 직업생활의 이익

쪽 이하 참조.

546) 이와 같은 맥락에서 ‘성별에 의한 불이익’을 이해하고 있는 견해로는 예컨대 BVerfGE 74, 163 (180) 참조.

547) BVerfGE 85, 191 (207).

548) 이런 맥락에서 통계학적 집단비교를 강조하는 입장으로는 Ebsen, Zur Koordinierung der Rechtsdogmatik beim Gebot der Gleichberechtigung von Männern und Frauen zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und innerstaatlichem Verfassungsrecht, RdA 1993, S. 11 ff. (14).

549) Gubelt, 전제논문, Rn. 93 e.

을 통해서만 조정될 수 있다. 따라서 객관적으로 불이익과 관계없는 이익을 통해 이뤄지는 보상은 허용되지 않는다.

넷째, 수혜규정을 통한 보상과 불이익 사이에는 비례의 원칙이 준수되어야 한다. 따라서 불이익이 제거된 시점을 초과해서 이뤄지는 수혜는 어떠한 경우에도 허용되지 않는다.

c) 특수문제: 여성할당제의 위헌 여부

여성의 권익 향상을 위한 입법조치로서 여성할당제를 도입하는 것이 헌법적으로 허용되는가 하는 문제에 대해서는 견해가 엇갈린다.

① 여성할당제의 유형과 위헌 여부

여성할당제는 그 유형에 따라 위헌 여부가 달라질 수 있다.

우선 일정한 백분율을 정해 놓고 그에 이를 때까지 무조건 여성을 우대하는 이른바 경성할당제(starre Quoten)가 위헌이라는 데 대해선 대체로 의견이 일치한다.⁵⁵⁰⁾

이에 반해 이른바 연성할당제(weiche Quoten)의 위헌 여부에 대해선 견해가 엇갈린다. 연성 할당제란 일정한 생활영역에서 여성의 수적 열세가 인정되는 경우에만 여성할당제를 적용하되, 남성의 사회적 상황 등과 같이 중대한 사유가 있을 때에는 여성할당제의 적용을 금지하고 남성에게 기회를 주는 예외조항, 즉 구제조항 내지 사회적 개

550) EuGH, NJW 1995, S. 3109 - Kalanke; 이에 대해서는 Di Fabio, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, AöR 122 (1997), S. 404 ff. (431 ff.); Laubinger, Die „Frauenquote“ im öffentlichen Dienst, VerwArch 87 (1996), S. 305 ff. (306 ff.); Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl., 1996, S. 408 f.; Schmidt, Die Kalanke-Entscheidung des EuGH - das Aus für die Quotenregelung?, NJW 1996, S. 1724 ff. 참조.

방조향을 두고 있는 규범복합체를 말한다.

이에 대해서는 제3조 제2항의 헌법위임이 제3조 제3항 제1문의 방어권보다 우선한다는 입장에서 이를 긍정하는 견해가 있다. 특히 유럽재판소는 공직 승진에 있어 각 승진예정 직급에서 여성의 수적 열세가 인정되고 적성·자격·전문적 업무수행능력 등 남성 후보자와 여성 후보자의 자격조건이 동일한 경우, 남성에게 중대한 개인적 사정이 없는 한, 여성을 우선 승진시키는 규정은 허용될 수 있다고 판시하였다.⁵⁵¹⁾

하지만 이에 찬성하는 입장에서도 다음과 같은 사항들이 전제조건으로 요구된다.⁵⁵²⁾

첫째, 승진 심사에서 객관적 심사대상은 각 후보자의 지원내용이며, 심사에 있어 각 후보자와 관련된 모든 기준이 고려되어야 한다.

둘째, 이 기준들 가운데 하나 이상이 남성에게 유리하게 작용하는 경우 여성을 우대해서는 안 된다. 남성에게 유리하게 작용할 수 있는 기준으로는 예컨대 자녀양육, 부양가족, 장애, 질병 등이 있다. 그러나 이에 해당하는 사유가 있다 하더라도 그 사유가 일시적 사유에 불과한 것이 아닌지, 심사할 필요가 있다. 왜냐하면 경우에 따라서는 일시적 사유가 여성지원을 위해 인정되는 여성의 우선권보다 중대하다고 볼 수 없기 때문이다.

셋째, 그 기준들이 여성차별적 효과를 발휘하는 것이어서는 안 된다.

그러나 이에 대해서는 제3조 제2항이 명하고 있는 것은 결과평등이 아니라 기회평등이라는 입장에서 이에 반대하는 견해가 다수설이다. 이에 따르면 여성할당제는 남성에 대한 역차별을 초래하기 때문

551) EuGH, NJW 1997, S. 3429 ff. (3430) - Marschall.

552) Gubelt, 전계논문, Rn. 93 f. 참조.

에 제3조 제3항 제1문의 성차별금지원칙에 위반된다고 한다.

② 결과평등 vs 기회평등?

이와 같은 논쟁은 직업생활에서 차지하는 여성의 역할과 능력에 대한 과거의 편견과 진부한 관념에서 비롯된 것이라 할 수 있다. 여성이 임신·출산·육아 등의 사유로 결근하는 횟수가 더 많고 가사로 인해 직업활동을 중단하거나 시간제 근로를 더 선호한다는 의식이 여성차별을 초래했으며, 이로 인해 여성들이 일반적으로 받은 불이익을 조정하기 위한 조치가 바로 여성할당제 규정이기 때문이다.

남녀동권원칙의 목적이 결과평등의 실현에 있다고 보는 입장에서는 여성의 수적 열세가 인정되는 경우 여성이 남성과 동등한 자격과 능력을 갖추고 있는 한 여성을 우대하는 것이 허용된다고 주장할 수 있을 것이다.

그러나 제3조 제2항은 “남녀동권”이란 표현만 쓰고 있고 “사실적 평등”이나 “수적 평등” 또는 “할당제”와 같은 표현을 쓰고 있지 않다. 이것은 제3조 제2항이 여성 집단과 남성 집단의 수적 평등을 추구하고 있는 것이 아니라, 개인적 기회평등, 즉 여성 개인과 남성 개인의 기회평등을 추구하고 있다는 것을 의미한다.⁵⁵³⁾ 따라서 제3조 제2항으로부터 모든 생활영역에서 남성 집단과의 수적 평등을 요구할 수 있는 여성 집단의 집단적 권리(Gruppenrecht)는 도출되지 않는다.

그렇다고 해서 제3조 제2항의 목적을 넘어 일정한 생활영역에서 남성 집단과 여성 집단의 수적 평등을 달성하거나 여성을 대규모로 직업생활의 영역에 편입시키기 위해 여성지원 정책을 추진하는 것이

553) 이에 대해서는 Schweizer, Der Gleichberechtigungssatz - neue Form, alter Inhalt?, 1998, S. 141 참조.

완전히 금지되는 것은 아니다. 이를 추진하는 것은 입법자의 입법형성권에 해당하는 사항이기 때문이다. 따라서 입법자가 이를 통해 다른 헌법규범, 특히 기본권을 침해하지 않는 한, 이것이 입법형성권의 한계를 벗어난 것이라고 말할 수는 없다. 여성에 대해 역차별을 초래할 수 있는 남성할당제의 도입도 마찬가지다.

하지만 제3조 제2항의 목적이 사실상의 기회평등을 추구하는 데 있을 뿐이라고 본다면, 여성들이 과거에 일반적으로 받은 불이익을 남성 개인이 희생을 통해 보상할 의무를 지거나, 그 이유가 무엇이든 여성보다 남성이 더 많이 선택한 직업 분야에서 발생한 여성의 수적 열세에 대해서까지 남성 개인이 책임을 지는 것은 비례의 원칙에 반한다고 보아야 한다.⁵⁵⁴⁾

d) 남녀동권원칙의 제3자적 효력

양성평등원칙은 입법·집행·사법을 구속하는 직접적 효력규범으로서 이들에게 행위의 지침과 자극을 부여하고, 이를 통해 사인(私人)에 의한 성차별을 사전에 예방하거나 그에 적합한 규정이나 조직·절차 등을 마련할 보호의무를 국가에 부과하거나 법규범의 해석에 영향을 미친다. 따라서 남녀동권원칙은 입법자의 법률 제정과 법관의 이익 조정을 통해 모든 법 영역에 방사적 효력을 미친다. 그렇다고 해서 남녀동권원칙, 특히 성차별금지원칙이 사인 간의 관계에 직접적인 제3자적 효력을 미치는 것은 아니다.⁵⁵⁵⁾ 이 원칙은 사법(私法)의

554) 김주환, 여성할당제의 위헌성 여부, 고시계, 2004. 11, 40쪽 이하 (46쪽) 참조.

555) 직접적인 제3자적 효력을 인정하는 견해로는 BAGE 66, 264 (277); Slupik, Gleichberechtigungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot im Grundgesetz, JR 1990, S. 317 ff. (318, 320); Suelmann, Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, 1994, S. 113 ff., 128.

일반조항이나 불확정개념을 통해 사인 간의 관계에 간접적인 제3자적 효력을 미칠 뿐이다.⁵⁵⁶⁾

이와 관련, 제3조 제2항의 남녀동권원칙은 특히 노동법 영역에서 중요한 의미를 가진다. 이에 따르면 근로관계가 시작할 때부터 종료할 때까지, 즉 직업교육·고용·임금·승진·근로조건·해고 등의 단계에서는 물론 전통적인 남성의 직업 영역에서도 여성에게 기회평등이 보장되어야 한다.⁵⁵⁷⁾ 이를 위해서는 근로관계 형성 과정에서 성차별을 한 사용자에게 일정한 배상의무를 부과하거나,⁵⁵⁸⁾ 근로자가 직접적 또는 간접적 성차별이 있었음을 추정케 하는 사실을 설득력 있게 주장할 때에는 사용자에게 성차별이 없었음을 증명할 책임을 부과할 필요가 있다.⁵⁵⁹⁾ 그렇다고 해서 사용자에게 모든 지원자와 근로계약을 체결할 의무까지 부과할 수는 없다.⁵⁶⁰⁾

제3조 제2항의 남녀동권원칙은 임금평등원칙을 포함한다.⁵⁶¹⁾ 동일 노동에 대한 동일 임금의 원칙은 남녀 모두에게 적용되기 때문에, 동일 노동 또는 동일 가치의 노동에 대해 성별을 이유로 더 적은 임금을 지급하는 것은 금지된다. 따라서 이에 반하는 사용자의 행위는 민법 제138조, 제242조, 제826조 등에 따라 무효가 된다고 보아야 한다.

556) 이에 대해서는 김철수, 「헌법학개론」, 2007, 541쪽 이하; 허영, 「한국헌법론」, 2003, 329쪽; 홍성방, 「헌법학」, 2007, 412쪽; Gubelt 전개논문, Rn. 82 참조; 기본권의 제3자적 효력에 대해서는 김주환, “기본권의 규범구조와 ‘제3자적 효력’”, 사법행정, 2001. 11, 16쪽 이하 참조.

557) 직업상의 양성평등 및 여성지원에 대해서는 BVerfGE 89, 276 (290 f.); 독일 민법(BGB) 제611조a, 제611조b, 제612조, 제612조a, 제613조a; Schlachter, Berufliche Gleichberechtigung und Frauenförderung, JA 1994, S. 72 ff. 참조.

558) 독일 민법 제611a조 제2항 참조.

559) 이에 대해서는 Röthel, Beweislast und Geschlechterdiskriminierung, NJW 1999, S. 611 ff. 참조.

560) 독일 민법 제611a조 제3항 참조.

561) BAGE 1, 258 (260); 29, 122 (126); 38, 232 (242); 독일 민법 제612조 제3항 참조.

임금평등원칙은 직접차별과 간접차별에 모두 적용된다.⁵⁶²⁾

나) 차별금지 (독일 기본법 제3조 제3항 제1문): 특히 성차별금지

독일 기본법 제3조 제3항 제1문은 성별·가문·종족·언어·고향과 출신·신앙·종교적 또는 정치적 견해로 인한 불이익이나 특혜를 금지함으로써 절대적 차별금지를 규정하고 있다. 이 규정이 금지하고 있는 차별기준들은 예시적인 것이 아니라 열거적인 것이다.⁵⁶³⁾ 이하에서는 이 중에서도 특히 성차별금지원칙의 심사 기준과 방법을 설명하기로 한다. 이 설명은 다른 차별기준들에도 준용된다.

a) 절대적 차별금지로서의 성차별금지

‘성별’은 원칙적으로 남성 또는 여성이라는 속성을 의미한다. 성별은 생물학적 성에 의해 결정되는 것이 보통이지만, 예외적인 경우에는 법적으로 승인된 성전환을 근거로 결정되기도 한다. 하지만 남성이나 여성에 속하지 않는 제3의 성이 있다면, 이 특별한 형태의 성도 독자적인 범주의 성별로 인정해야 할 것이다.⁵⁶⁴⁾ 성별은 개인이 선천적으로 타고난 속성으로서 스스로 이를 바꾸거나 이에 대해 영향을 미칠 수 없을 뿐만 아니라, 국가도 이를 함부로 처분할 수 없는 성질의 것이다. 따라서 성차별의 영역에서는 입법자의 입법형성권이 엄격하게 제한된다.

그러나 성별이란 표지는 자연인에게만 귀속되는 속성이기 때문에

562) 이에 대해서는 EuGH, NJW 1986, S. 3020; BAG, NJW 1990, S. 68 f.; Kirsten, Anforderungen an die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, RdA 1990, S. 282 ff. 참조.

563) Gubelt, 전제논문, Rn. 104.

564) 정종섭, 「헌법학원론」, 2007, 380쪽; Sachs, Verfassungsrecht II. Grundrechte, 2000, Art. 3 Rn. 105.

성별이 같은 사람들의 단체, 예컨대 여성들로 구성된 여성주의단체는 제3조 제3항 제1문으로부터 나오는 기본권을 주장할 수 없다. 법인이거나 권리능력 없는 사단은 제3조 제3항 제1문의 원칙이 아니라, 제3조 제1항의 일반적 평등원칙을 근거로 평등권 침해를 주장해야 한다.⁵⁶⁵⁾

b) 성차별의 유형

성차별금지의 원칙은 성별에 따라 남성과 여성에게 서로 다른 법적 효과를 부여하는 모든 공권력의 행위를 금지한다. 성차별은 작위나 부작위를 통해 이뤄질 수 있다. 이익이나 불이익이 있는지는 당해 성의 입장과 다른 성의 입장을 비교하여 판단한다.⁵⁶⁶⁾ 이익이나 불이익이 있다면, 그 이익이 경제적 이익이든, 정신적 이익이든, 정서적 이익이든 성차별이 있다고 보아야 한다.⁵⁶⁷⁾ 그러나 그 행위가 부당하게 특권을 부여하거나 멸시하는 것으로 평가될 정도의 것이어야 하는 것은 아니다. 또한 제3조 제1항의 일반적 평등원칙과 달리 이익이나 불이익이 경미한 것인지 여부도 문제되지 않는다. 남성과 여성 중 어느 한 성이 그동안 받았던 불이익을 제거하기 위해 국가기관이 보상을 하는 것도 성차별이 될 수 있다. 왜냐하면 보상은 대체로 혜택 부여를 통해 이뤄지는데, 혜택 부여 자체가 다시 성차별이 되기 때문이다.⁵⁶⁸⁾

그러나 ‘성별’과 ‘차별’ 사이에는 인과관계가 성립해야 한다. 성별이 차별의 원인이 아니었음을 증명할 책임은 국가에 있다.⁵⁶⁹⁾ 그러나 행정기관이 성차별 자체를 ‘의도한’ 것이어야 하는지, 즉 행정기관의 성

565) Sachs, Verfassungsrecht II. Grundrechte, 2000, Art. 3 Rn. 98.

566) Ipsen, Gleichheit, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 111 ff. (159 f.) 참조.

567) Sachs, Besondere Gleichheitsgarantien, in: HStR V, 1992, § 126 Rn. 53.

568) Sachs, in: HStR V, 1992, § 126 Rn. 55.

569) Gubelt, 전계논문, Rn. 104.

차별 의사 내지 목적성(Finalität)이 있어야 하는지에 대해선 논란이 있다.⁵⁷⁰⁾

① 직접적 성차별

성차별금지의 원칙은 우선 직접적 성차별을 금지한다. 직접차별이란 성별을 직접적인 구성요건표지로 삼고 이에 따라 남성과 여성에게 서로 다른 법적 효과를 부여하는 모든 행위를 말한다. 따라서 성차별금지의 원칙은 성별을 독자적인 근거로 삼거나 이를 직접 지향하고 있는 차별, 즉 성별이란 표지 외에 그 어떤 표지도 문제되지 않는 차별을 금지한다. 그러나 성차별을 이렇게 ‘직접적 성차별’의 의미로만 이해하게 되면 성차별금지원칙의 엄격성이 공동화될 위험이 있다. 입법자가 전혀 다른 의도로 제정한 규정이 결과적으로 성차별의 효과를 미치거나, 입법자가 성별이 아닌 다른 표지를 구성요건표지로 삼아 성차별금지원칙의 보호목적에 회피할 수 있기 때문이다. 따라서 입법자가 성차별을 목적으로 하고 있는지, 일차적으로 다른 목적을 추구하고 있는지, 차별이 성별의 특성을 기준으로 한 것인지는 중요하지 않다.⁵⁷¹⁾

② 간접적 성차별

이처럼 성별을 직접적인 차별기준으로 삼지 않고 성 중립적 표지를 차별기준으로 삼지만, 그 기준이 성별과 유형적으로 결부되어 있어 남성과 여성에게 서로 다른 법적 효과를 미치는 것을 ‘간접적 성차별’이라 한다. 따라서 성 중립적 규정이나 기준 또는 절차가 주로

570) 과거에는 그러한 입장이 통설이었다. 이에 대해서는 Fuss, Gleichheitssatz und Richtermacht, JZ 1959, S. 329 ff. (336); BVerfGE 75, 40 (70); BVerwGE 75, 86 (96) 참조.

571) BVerfGE 85, 191 (206); 89, 276 (288).

여성들에게 적용되고 그 기준이 양성 간의 자연적 또는 사회적 차이로 소급될 수 있을 때에는 간접적 성차별이 있을 수 있다.⁵⁷²⁾ 성차별 금지원칙의 의미와 목적을 고려할 때 차별의 관점이 무엇이든, 즉 직접적 성차별이든 간접적 성차별이든, 남성과 여성에게 서로 다른 법적 효과를 미치는 규정은 모두 성차별금지원칙에 의해 금지되는 것으로 보아야 한다.⁵⁷³⁾ 더 나아가 성차별금지의 원칙은 ‘은폐된 성차별’, 즉 성별이 국가행위의 명시적 구성요건표지는 아니지만 불문의 구성요건표지로서 성차별 관행의 기초를 이루는 경우에도 적용된다. 예컨대 국가기관에서 시험성적·근무성적 기타 능력이 같은 남성과 여성을 공무원으로 임용함에 있어 오래 동안 여성을 남성보다 낮은 직급이나 직위에 임명해 왔다면, 이것은 비록 ‘성별’이란 표지를 임용심사기준으로 명시하지 않았다 하더라도 성차별금지의 원칙이 적용되는 ‘성차별’에 해당한다. 이러한 의미에서 성차별금지는 ‘절대적 차별금지’라 할 수 있다.⁵⁷⁴⁾

c) 성차별의 정당화 사유

성차별금지가 절대적 차별금지라고 해서 남성과 여성의 차별이 전적으로 금지되는 것은 아니다. 남성과 여성을 서로 달리 대우하는 것이 사물의 본성상 정당화될 수도 있기 때문이다. 하지만 이 영역에서는 성차별금지를 회피할 위험성이 매우 크기 때문에 축소해석이 필요하고, 또 직접차별인지 간접차별인지에 따라 헌법적 통제의 강도도

572) BVerfGE 97, 35 (43).

573) BVerfGE 85, 191 (206) 참조. 이에 반해 간접적 성차별을 일반적 평등원칙의 문제로 보는 견해로는 Sachs, in: HStR V, 1992, § 126 Rn. 89.

574) Gubelt, 전개논문, Rn. 86; Sachs, in: HStR V, 1992, § 126 Rn. 82 참조. 이와 달리 ‘상대적 차별금지’로 이해하는 입장으로는 계획열, 헌법학(중), 2004, 242쪽 이하.

달라진다.

① 직접차별의 정당화 사유

성차별금지의 원칙은 남성과 여성 사이에 생활사태의 비교가능성이 있을 때 적용된다.⁵⁷⁵⁾ 따라서 남성과 여성 사이에 공통점이 없을 때, 즉 문제의 생활사태(예컨대 처녀막 파열, 임신, 출산)가 어느 한 성에만 존재하는 경우에는 비교가능성이 없기 때문에 이에 따라 남성과 여성에게 서로 다른 법적 효과를 부여하는 것이 허용된다. 그러나 비교가능성이 없을 정도의 본질적 성(性)차이가 무엇인가에 대해서는 논란이 있다.

성차별의 정당화 사유로는 흔히 생물학적 차이와 기능적 차이가 언급된다.

우선 남성과 여성의 객관적인 생물학적 차이를 고려할 때 차별대우가 허용되거나 필요하다고 보는 견해가 있다. 이에 따르면 공통요소가 전혀 없거나 생물학적 차이가 그 밖의 공통요소들을 완전히 후퇴시킬 정도로 규율대상이 되는 생활관계의 중요한 특징을 이루는 경우에는 성차별금지의 원칙이 적용될 수 없다고 한다.⁵⁷⁶⁾ 그러나 남성과 여성 사이에 생활사태의 비교가능성이 없을 때 성차별이 허용될 수 있다면, 성차별의 정당화 사유로 작용하는 생물학적 차이도 엄격한 의미로 이해되어야 한다. 따라서 ‘임신’이란 표지와 같이 남성과

575) 규율대상이 되는 생활사태가 본질적으로 비교 가능한 경우에만 성차별금지의 원칙이 적용될 수 있다는 독일 연방헌법재판소의 입장도 이와 같다. 이에 대해서는 BVerfGE 6, 389 (422 f.); 68, 384 (390) 참조.

576) BVerfGE 3, 225 (242). 이와 같은 맥락에서 ‘사실적(생리적)’ 차이를 강조하는 견해로는 권영성, 「헌법학원론」, 2006, 391쪽; 장영수, 「헌법학II」, 기본권론, 2003, 252쪽 참조. 이에 대한 비판은 Seißer, Das Verhältnis des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz) zu besonderen Gleichheitssätzen, Diss. München, 1969. S. 79 f.

여성 중 어느 한 성에만 특수하게 존재하고 다른 성에는 존재하지 않는 표지에 대해서만 생물학적 차이를 인정해야 한다.

생물학적 차이 외에도 기능적 내지 분업적 차이를 성차별의 정당화 사유로 보는 견해가 있다. 기능적 차이란 예컨대 혼인과 가족생활에서 가사와 육아는 여성의 몫이라고 하는 전통적 여성상(像)과 그에 입각한 분업과 같이 남성과 여성 사이에 존재하는 사회적 역할의 차이를 말한다.⁵⁷⁷⁾ 그러나 남성과 여성의 사회적 역할은 시간의 흐름에 따라 계속 변할 뿐 아니라, 남성과 여성 간에도 상호 역할 교환이 가능하기 때문에 남성과 여성 사이에 필연적으로 존재하는 기능적 차이는 없다고 보아야 한다.⁵⁷⁸⁾ 그렇지 않다면, 기능적 차이는 대체로 전통과 관습에 기인하는 것이기 때문에,⁵⁷⁹⁾ 과거에 형성된 기존의 전형적 분업이 여성에 대한 부당한 차별을 정당화하기 위한 논거로 원용될 위험이 있다. 이와 관련, 특히 문제가 되는 것은 기능적 차이가 “전형적인 남성의 직업”에서 여성의 진입을 막는 장벽으로 작용하는 경우이다.⁵⁸⁰⁾ 그러나 기능적 차이는, 그것이 생물학적 차이에 입각한 것이 아닌 한, 성차별의 정당화 사유로 원용될 수 없다.⁵⁸¹⁾

요컨대 규율대상이 되는 생활사태가 남성과 여성 중 어느 한 성에만 존재하기 때문에 생활사태의 비교가능성이 없거나, 남성과 여성 중 어느 한 성에만 특수하게 존재하고 다른 성에는 존재하지 않는 생물학적 차이가 있을 때, 또는 생물학적 차이에 입각한 기능적 차이

577) BVerfGE 3, 225 (242). 이에 대한 비판은 Seißer Das Verhältnis des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz) zu besonderen Gleichheitssätzen, Diss. München, 1969, S. 79 f.

578) 김주환, 여성할당제의 위헌성 여부, 고시계, 2004. 11, 45쪽.

579) Gubelt, 전계논문, Rn. 89.

580) 이에 대해서는 BVerfGE 89, 276 (290 f.) 참조.

581) 기능적 차이에 대한 비판에 대해서는 Hofmann, Das Gleichberechtigungsgesetz des Art. 3 II GG, JuS 1988, S. 249 ff. (253) 참조.

가 있을 때 남성과 여성을 서로 달리 대우하는 것이 허용된다.

따라서 성차별은 그것이 추구하는 목적을 달성하기에 적합하고 또 필요하며, 좁은 의미의 비례성을 충족시킬 때에만 예외적으로 허용된다고 보아야 한다.⁵⁸²⁾ 이처럼 성차별에 대해서는 엄격한 비례성 심사가 적용되기 때문에,⁵⁸³⁾ 일반적 평등원칙의 경우와 달리 입법자에게 광범한 형성의 자유가 인정되지 않는다. 따라서 일반적 평등원칙으로부터 도출되는, 불평등대우의 위헌 여부를 판단하기 위한 원칙들은 양성평등원칙에 적용되지 않는다.⁵⁸⁴⁾

② 간접차별의 정당화 사유

간접차별 내지 사실적 차별은 객관적으로 설득력 있는 차별사유를 통해 정당화되고 성별에 의한 차별과 무관한 경우에 허용된다.⁵⁸⁵⁾ 노동법에서 이에 대한 입증책임은 사용자에게 있다.⁵⁸⁶⁾ 간접차별은 생물학적 차이를 통해서만 정당화되는 것이 아니라, 그 밖의 다른 사유를 통해서도 정당화될 수 있다는 점에서 직접차별과 구별된다. 따라서 간접차별의 정당화 사유는 규율대상에 따라 달라지고, 입법자는 입법형성권의 범위 안에서 비교적 자유롭게 차별목적에 결정할 수 있다.⁵⁸⁷⁾ 이것은 간접차별의 정당화 요건이 직접차별의 정당화 요건

582) BAGE 66, 264 (274).

583) Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 1995, Art. 3 Rn. 57.

584) BVerfGE 3, 225 (240); 15, 337 (343); 85, 191 (206).

585) EuGH, NJW 1986, S. 3020; EuGHE 1994, 571 (600); Kokott, Zur Gleichstellung von Mann und Frau, NJW 1995, S. 1049 ff. (1054 ff.) - 간접차별에 대해서는 독일 기본법 제3조 제2항이, 직접차별에 대해서는 제3조 제3항이 적용되는 것으로 보는 견해로는 Ebsen, RdA 1993, S. 12 ff. 참조.

586) Kokott, 전제논문, S. 1054.

587) Ebsen, 전제논문, S. 15.

보다 덜 엄격하다는 것을 의미한다.⁵⁸⁸⁾ 그러나 모든 법률 규정은 언제나 차별적 효과를 발휘하기 때문에 구체적인 사건에서 실제로 성차별이 있는지를 결정하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 따라서 성차별금지원칙의 무한정 확대 적용을 막기 위해서는 불이익이 중대한 비중을 가지는 경우에만 간접적 성차별을 인정해야 할 것이다.⁵⁸⁹⁾ 여기에서도 비례의 원칙에 따른 비례성 심사가 적용되는 것은 직접차별의 경우와 같다.⁵⁹⁰⁾

d) 성차별금지원칙과 그 밖의 헌법규범들과의 관계

제3조 제3항 제1문의 성차별금지원칙은 제3조 제1항의 일반적 평등원칙보다 우선하여 적용되는 특별규정이다. 따라서 성차별금지원칙이 적용되는 경우에는 일반적 평등원칙의 적용이 배제되기 때문에 일반적 평등원칙의 구조적 개방성으로부터 나오는 자의금지원칙은 적용되지 않는다.⁵⁹¹⁾ 이에 반해, 성차별금지원칙과 그 밖의 평등규범은 양자 사이에 일반법과 특별법의 관계가 성립하지 않는 한 병행 적용된다. 성차별이 다른 기본권의 보호영역에 해당하는 경우에도 마찬가지다.

588) Gubelt, 전계논문, Rn. 91.

589) Gubelt, 전계논문, Rn. 86.

590) Gubelt, 전계논문, Rn. 91; Jarass/Pieroth, 전게서, Art. 3 Rn. 59. - 이에 반해 자의금지원칙의 적용 가능성을 인정하는 입장으로는 성낙인, 「헌법학」, 2007, 356쪽 이하.

591) BVerfGE 3, 225 (240); 15, 337 (343); 85, 191 (206). 따라서 성별의 차이를 부정하는 것 자체가 다시 자의적인 것일 때에만 차별이 허용된다고 보는 견해도 성차별금지원칙의 독자적 의미와 배치된다고 보아야 한다. 이러한 견해로는 BAGE 1, 51 (53); BGHZ 30, 50 (52); Dürig, Art. 3 II GG - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen, FamRZ 1954, S. 2 ff. 참조. 이에 대해서는 Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Art. 3 Abs. 2 GG, 2. Aufl. 1996, S. 137 ff. 참조.

성차별금지원칙은 이와 충돌하는 헌법규범들에 의해 제한될 수 있다. 이때에는 상충하는 헌법적 법익들이 모두 최적의 실현상태에 도달할 수 있도록 실제적 조화(Praktische Konkordanz)가 이뤄져야 한다. 그러나 제6조 제1항 혼인과 가족생활의 보호를 근거로 성차별금지원칙을 제한하는 것은 허용되지 않는다. 헌법이 보장하는 혼인과 가족생활 자체가 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하는 한, 제6조 제1항이 제3조 제3항 제1문보다 우선한다고 볼 수 없기 때문이다.⁵⁹²⁾ 입법자에 의해 비로소 실현되는 헌법원칙들, 특히 사회국가원리를 원용하는 것도 성차별금지의 원칙을 제한하기엔 부적합하다.⁵⁹³⁾ 왜냐하면 성차별금지원칙의 의미는 바로 입법자의 입법형성권을 배제하는 데 있기 때문이다.

다) 장애로 인한 불이익 금지 (독일 기본법 제3조 제3항 제2문)

독일 기본법 제3조 제3항 제2문은 “누구도 장애를 이유로 불이익을 받지 아니한다”고 하여 ‘제한된 차별금지’를 규정하고 있다. 이를 제한된 차별금지라고 부르는 이유는 이 규정이 장애를 이유로 한 불이익만을 금지하고 장애를 이유로 한 이익은 허용하고 있기 때문이다. 즉 제3조 제3항 제2문은 장애를 이유로 한 불이익에 대해서만 절대적 차별금지를 규정하고 있는 것이다.

그러나 장애로 인한 불이익이 무조건 금지되는 것은 아니다. 헌법적 정당화 사유가 있는 경우에는 불이익이 허용될 수 있다. 즉, 일정한 권리를 행사하기 위하여 반드시 요구되는 특정한 정신적 또는 육체적 능력이 장애로 인하여 결여되어 있는 경우에는 장애인에게 그

592) 혼인과 가족생활 자체가 양성평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다는 견해로는 예컨대 BVerfGE 3, 225 (241 f.); 10, 59 (66 ff.) 참조.

593) Gubelt, 전계논문, Rn. 88 참조.

권리를 인정하지 않더라도 이것이 장애로 인한 불이익 금지에 위반되는 것이 아니다.⁵⁹⁴⁾ 그러나 이와 같은 법적 차별은 불가피한 사유가 있을 때에 한하여 허용되는 것으로 보아야 한다. 따라서 장애로 인한 불이익이 허용되는지 여부는 엄격한 비례성 심사에 따라 판단되어야 하며, 장애의 특성을 고려하더라도 그와 같은 불이익조치가 불가피한 경우에만 허용된다고 볼 것이다.

3) 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법

가) 일반적 평등원칙의 적용영역

독일 기본법 제3조 제1항의 일반적 평등원칙은 “법률 앞에서(vor dem Gesetz)”라는 문구에도 불구하고 법적용의 평등뿐만 아니라 법제정의 평등까지 요구하는 것으로 이해된다. 일반적 평등원칙은 평등원칙의 일반조항이므로 그 위반 여부를 심사하기 전에 개별적 평등원칙에 위반되는지 여부를 먼저 심사하여야 한다. 일반적 평등원칙은 개별적 평등원칙이 적용되지 않거나 개별적 평등원칙에 위반됨이 없는 경우에 적용된다. 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법은 다음과 같다.⁵⁹⁵⁾

나) 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 세분화

a) 자의금지원칙

① 자의금지원칙의 내용

594) BVerfG NJW 1999, 1853 (1855).

595) 이하의 서술은 김주환, 입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제, 헌법논총 제11집, 2000, 431쪽 이하의 내용을 요약한 것임.

독일 연방헌법재판소는 1980년 10월 7일의 결정에서⁵⁹⁶⁾ ‘신(新)공식(die neue Formel)’을 제시하기 전까지는 일반적 평등원칙의 심사 기준으로서 자의금지원칙을 적용하였다. 이 심사기준은 이미 학설을 통해서 전개된 것이었으나 독일 연방헌법재판소 제2재판부가 1951년 10월 23일의 ‘남서국(南西國, Südweststaat)’ 판결에서 일반적 평등원칙의 심사 기준으로 도입·확립한 것이다.

자의금지원칙에 따르면 “법률적 차별이나 평등대우를 위한 합리적인, 사물의 본성으로부터 나오는, 또는 그 밖에 객관적으로 명백한 근거를 발견할 수 없을 때, 간단히 말해서 그 규정을 자의적인 것이라고 할 수 밖에 없을 때” 일반적 평등원칙 위반을 인정할 수 있다고 한다.⁵⁹⁷⁾ 이에 따르면 ‘자의적’이라는 개념은 주관적 책임비난을 의미하는 것이 아니라, 객관적으로 명백한 근거가 결여되어 있음을 의미한다.⁵⁹⁸⁾ 즉 “법률규정과 입법자가 규율하려는 영역 사이에 아무런 내적 관련성이 존재하지 않을 때, 또는 그와 같은 내적 관련성이 존재하긴 하지만 완전히 불충분한 관계에 있음이 명백할 때”⁵⁹⁹⁾ 차별의 자의성이 인정된다는 것이다.

이 기준이 확립됨에 따라 독일 연방헌법재판소는 그 이후의 판례에서도 계속 일반적 평등원칙의 핵심을 ‘자의금지’로 보았고,⁶⁰⁰⁾ 이에 대해서는 학설에서도 역시 오래 동안 일치된 견해를 보였다.

596) BVerfGE 55, 72 ff.

597) BVerfGE 1, 14 (52).

598) 가령 BVerfGE 2, 266 (281) 참조.

599) G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, in: DVBl. 1951, S. 193 ff. (195).

600) 가령 BVerfGE 1, 208 (247); 3, 58 (135 f.); 8, 174 (183); 10, 234 (246); 18, 121 (124); 23, 258 (263); 48, 227 (237) 참조.

② 통제규범으로서의 자의금지원칙

그러나 헌법재판소의 통제가 당해 공권력의 행사 또는 불행사에 ‘객관적으로 명백한 근거’가 존재하는지 여부를 심사하는 데 국한되는 한, 헌법재판소의 통제는 단순한 명백성 통제(Evidenzkontrolle)로 그치게 된다.⁶⁰¹⁾ 왜냐하면 여기에서 의미하는 ‘자의’는 공권력의 주체에게 다른 방식의 행위를 취할 수 있는 가능성이 남아 있었다거나 혹은 그가 취한 행위방식보다는 다른 방식의 행위를 취하는 것이 보다 나은 것으로 판단된다고 해서 곧바로 인정되는 것이 아니라, 당해 공권력의 행사 또는 불행사가 어떠한 관점에서도 정당화될 수 없음이 ‘명백한’ 경우에만 인정되기 때문이다. 그렇다면, 자의금지원칙은 헌법재판소가 입법자에 대한 통제를 자제하기 위한 기능법적 형식으로 이해될 수 있다.⁶⁰²⁾

이처럼 자의금지원칙을 일반적 평등원칙의 심사 기준으로 채택한 데에는 다음과 같은 이유가 있다.

일반적 평등원칙의 규범적 내용을 실질적 법치국가원리에 맞게 법 적용의 평등을 넘어 법제정의 평등으로 이해하는 한, 입법자는 항상 정의사상에 입각하여 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 다루어야 할 헌법적 과제를 부담하게 된다. 이를 통해 일반적 평등원칙은 정의의

601) ‘명백성의 통제’에 관해서는 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 헌법논총 제7집 1996, 299쪽 이하 (308쪽 이하) 참조.

602) 이와 같은 기능법적 사고는 검사의 불기소처분에 대한 우리 헌법재판소의 통제에서도 발견된다. 예컨대 헌법재판소판례집 2, 491 (504): “검사가 어느 한쪽에 지나치게 치우쳐 자의적으로 수사를 한 경우와 같이 현저히 정의와 형평에 반하는 수사를 하였다고 볼 수 있는 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 단순한 수사소홀에 대하여는 헌법소원제도를 통하여 헌법재판소가 관여할 일은 아니다.” - 재판관 한병재, 최광률, 김문희의 반대이견.

가치와 밀접하게 결합되고, 또 그에 상응하여 점차 정의의 원리와 동일시됨으로써, 제3조 제1항의 기본권은 점차 ‘정의의 기본권 (Grundrecht auf Gerechtigkeit)’으로 변모하게 된다. 그 결과, 입법자는 단순히 자의적인 법률을 제정해서는 아니 될 의무만을 부담하는 것이 아니라, 더 나아가 법률을 제정함에 있어 항상 ‘정의로운’ 기준을 모색해야 할 의무를 부담하게 된다. 이와 같이 일반적 평등원칙을 정의의 원리와 동일시하게 되면, 입법자는 결국 법률을 제정함에 있어 가장 합목적적인, 가장 합리적인, 가장 올바른, 그리고 가장 효과적인 해결책을 모색해야 할 의무를 부담하게 되는 것이다.⁶⁰³⁾ 그러나 ‘정의’에 관해서는 아직 그 개념적 실체가 명확하게 규명되지도 않았을 뿐만 아니라, “무엇이 정의인가?” 또는 “무엇이 정당한가?”라는 물음에 대해서도 일의적인 대답을 제시하는 것은 불가능하다.

이러한 맥락에서 학설과 판례에서는 입법자의 행위를 구속하는 일반적 평등원칙의 실체법적 차원, 즉 행위규범(Handlungsnorm)과 헌법재판소가 권력분립의 관점에서 입법자의 형성의 자유를 침해함이 없이 입법자를 통제할 수 있는 기능법적 차원, 즉 통제규범(Kontrollnorm)을 분리하려는 시도가 행해졌다.⁶⁰⁴⁾ 이에 따르면 자의 금지원칙은 다음과 같은 두 가지 기능을 갖는다. 우선, ‘정의’의 개념 정의가 불가능하고 또 정의에 관한 통일적 법의식이 존재하지 않는 상황에서 자의금지원칙은 정의에 반한다고 생각되는 중대한 불법만을 배제함으로써 평등심사를 위한 명확한 기준을 제시한다는 장점이

603) G. Robbers, Der Gleichheitssatz, in: DÖV 1988, S. 749 ff. (755).

604) K. Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, in: AöR 109 (1984), S. 174 ff. (185); G. Robbers, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, S. 749 ff. (755); F. Schoch, Der Gleichheitssatz, DVBl. 1988, S. 863 ff. (876).

있다. 그럼으로써 ‘자의’ 개념은 또한 사법자체의 수단으로서 헌법재판소가 입법자의 결정을 수인(受忍)할 수 있는 최후의 기능법적 한계를 의미한다.⁶⁰⁵⁾ 따라서 입법자가 법률을 제정함에 있어서 선택가능한 다양한 해결책들 중에서 가장 합목적적인, 가장 합리적인, 또는 가장 정의로운 해결책을 선택하지 않았다고 해서 곧바로 그의 행위가 자의적인 것으로 판단되는 것이 아니라, 당해 법률규정을 위한 합리적 근거를 전혀 발견할 수 없을 때에만 자의적인 것으로 판단된다고 한다.⁶⁰⁶⁾

③ 자의금지원칙의 문제점

자의금지원칙에 따르면 헌법재판소의 평등심사에서 결정적인 기준으로 작용하는 것은 결국 ‘통제규범’으로서의 ‘자의금지’이기 때문에, 헌법재판소는 입법자의 불평등대우가 내용적으로는 부당하지만 현실적으로는 자의금지에 반하지 않으므로 그것을 ‘합헌’이라고 선언해야 하는 납득할 수 없는 결론에 이르게 된다. 이와 같이 헌법재판소가 입법자의 행위를 통제함에 있어 자의금지에 따른 명백성통제의 범위를 넘어서 어떠한 통제도 할 수 없고 또한 해서도 안 된다면, 도대체 일반적 평등원칙은 어떠한 ‘효력’을 지니고 있는 것인지 진지하게 묻지 않을 수 없다. 이러한 의미에서 학설에서는 행위규범으로서의 평등원칙은 그 내용이 공허한 것으로서, 헌법적 명령으로서의 효력이 없는 단순한 이상향적 목표에 불과하다거나,⁶⁰⁷⁾ 또는 더 나아가 ‘이

605) K. Hesse, AöR 109 (1984), S. 186 f.

606) BVerfGE 55, 72 (89 f.); 65, 141 (148); 78, 232 (248) 참조.

607) W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1992, S. 50; W. Rübner, in: R. Dolzer (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg 1996, Art. 3 Abs. 1 Rn. 105.

빨 없는 법'에 불과하다는⁶⁰⁸⁾ 비판이 행해지고 있다.

사실 입법자와 헌법재판소 사이의 이와 같은 역할분배는 - 즉 입법자는 '정의'를 직접적인 논거로서 주장하고, 이에 반해서 헌법재판소는 '자의'의 명백성통제로 후퇴하는 것은 - 일상적인 국가생활에서 그 실천적 결과를 일관되게 유지할 수 없을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 전혀 터무니없는 결과를 야기할 수도 있다. 왜냐하면 입법자가 자신의 행위를 정당화할 수 없을 정도로 그렇게 명백하게 객관적 근거를 결여하고 있는 법률은 거의 존재하지 않으며, 또한 입법자가 교묘한 입법형식을 취하면 취할수록 입법자의 평등위반을 확인할 수 있는 가능성은 그만큼 더 줄어들 것이기 때문이다. 이와 같은 상황에서는, 헌법재판소가 자의심사를 명목으로 하고 실제로는 입법자의 행위를 엄격하게 통제하지 않는 한, 자의금지의 명백성통제는 필연적으로 일반적 평등원칙의 규범적 의미를 공동화(空洞化)시키고 말 것이다.

게다가 헌법재판소의 관례를 통해서 자유권의 규범적 내용이 계속해서 확장되고 세분화됨으로써 자유보호의 정도가 강화되었다는 사실을 고려한다면, 헌법재판의 실무에서 자유권과 평등권의 보호강도(Schutzintensität)에 있어서의 괴리를 극복하기 위해서는 자의금지원칙을 포기하거나, 아니면 적어도 수정해야 할 필요가 있다.⁶⁰⁹⁾ 그러

608) W. Heun, 전제서, S. 48.

609) 자의금지 정식에 대한 비판에 대해서는 가령 E. Forsthoff, Die Rechtsprechung, in: dems., Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl., München 1971, S. 126 ff. (136); H. Kreussler, Der allgemeine Gleichheitssatz als Schranke für den Subventionsgesetzgeber unter besonderer Berücksichtigung von wirtschaftspolitischen Differenzierungszielen, Berlin 1972, S. 88 ff.; H. Scholler, Die Interpretation

나 자의금지원칙은 명백성의 통제만으로도 정의의 근본조건이 충분히 보장될 수 있는 경우에 국민의 선거를 통해서 직접적인 민주적 정당성을 획득한 입법자에게 폭넓은 형성의 자유를 허용해 줄 수 있다는 장점을 가지므로 이를 완전히 포기할 수도 없다.⁶¹⁰⁾ 그렇다면 이제는 일반적 평등원칙의 행위규범으로서의 차원과 통제규범으로서의 차원을 통일적 상응관계로 파악할 수 있는 심사기준을 모색해야 할 것이다.

④ 자의금지원칙의 실제적 보완과 실용적 재해석

이와 같은 비판이 제기되자 학설과 판례에서는 자의금지원칙을 내용적으로 보완하거나 이를 ‘논증부담규칙(Argumentationslastregel)’으로 대체하려는 시도가 행해졌다. 자의금지를 실제적으로 보완하려는 시도는 입법자에 의한 차별대우의 자의성 여부를 판단함에 있어 ‘사물의 본성’, ‘사항적 적합성’, ‘체계적 일관성’, ‘사물의 법칙성’ 등과 같은 현실관련적 요소들을 주요논거로 제시하거나, ‘헌법의 가치질서’ 또는 ‘일반적 정의의 원리’와 같은 규범적 관련점들을 그 논거로 제시하기도 한다. 그러나 이와 같은 다양한 논증형식들에 의해서도 ‘자의’의 개념 그 자체는 실제적으로 명확하게 규정될 수 없고, 또 무엇이 객관적으로 명백한 근거인가의 문제도 해결될 수 없으며, 오히려 그와 같은 논증방식들에 대해서는 그 자체가 또 다른 문제를 제기하게 된다는 비판이 가해질 수 있다.

이와 같은 논증방식들과는 달리 일반적 평등원칙의 내용을 의미론적 차원이 아닌, 실용적 차원에서 ‘논증부담규칙’으로 파악하려는 시

des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, Berlin 1969, S. 33 ff. 참조.

610) K. Hesse, AöR 109 (1984), S. 129 f.

도는⁶¹¹⁾ 일반적 평등원칙의 구조를 그 밖의 기본권규정들과 구별함으로써, 전자는 후자와 달리 그 규범적 내용에 부합하는 것이 무엇인가를 명시하는 것이 아니라, 오히려 그와 같은 판단을 위한 일정한 절차만을 규정하고 있는 것이라고 주장한다.⁶¹²⁾ 이에 따르면 일반적 평등원칙은 법적 차별의 헌법적 허용성을 부인하는 자에게 유리하게 논증책임을 분배하며, ‘기본권논증을 위한 충분한 설득력’ 없이 주장되는 법적 차별은 언제나 허용되지 않는다고 한다.⁶¹³⁾

그러나 일반적 평등원칙의 기능을 불평등대우의 논증을 소극적으로 배제하는 논증부담규칙으로 파악하는 한, 그와 같은 기능은 자의금지원칙에서 ‘객관적으로 명백한 근거를 발견할 수 없을 때’라는 소극적 구성요건표지에 이미 내포되어 있는 것이다. 따라서 일반적 평등원칙을 논증부담규칙으로 해석하는 것은 자의금지원칙을 전적으로 탈피한 것이 아니라, 오히려 그로부터 파생된 하나의 변형에 불과한 것으로 이해된다.⁶¹⁴⁾

⑤ 자의금지원칙의 신축적 적용?

이러한 맥락에서 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 자의금지원칙을 계속 유지하면서도 이를 규율대상이나 사항영역의 특성에 따라 각각 신축적으로 적용하려는 시도를 행한 바 있다.⁶¹⁵⁾ 즉, 자의금지원칙에서 ‘객관적으로 명백한 근거’라는 표지를 ‘충분한 객관적 근거’

611) N. Luhmann, Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 169 ff.; A. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin 1971, S. 87 f.

612) A. Podlech, 전계서, S. 85 f.

613) A. Podlech, 전계서, S. 87.

614) G. Dürig, in: T. Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München 1994, Art. 3 Abs. 1 Rn. 316 ff.; M. Gubelt, 전계논문, Rn. 32.

615) 예컨대 BVerfGE 76, 256 (329 f.); 93, 386 (397, 400 f.) 참조.

라는 표지로 수정함으로써 평등심사의 강도를 더 이상 명백성 통제
로 제한하지 않고, 이미 과거에도 그러했던 것처럼 규율대상의 특성
에 따라 적극적으로 보다 강한 평등심사를 할 수 있는 가능성을 명
시적으로 열어 둔 것이다. 이에 따르면 헌법재판소의 통제의 강도는
자의심사의 내부에서 신축적으로 변모할 수 있으며, 형식적으로는 자
의금지원칙과 비례의 원칙의 구별을 유지하면서도 실질적으로는 비
례의 원칙을 자의심사의 한 유형으로 적용함으로써 전통적인 자의심
사로부터 벗어나 비례의 원칙에 따른 엄격한 심사를 행할 수 있게
된다.

그러나 이와 같은 방식으로 일반적 평등원칙의 심사기준을 자의금
지원칙으로 통일하고 그 내부에서 헌법재판소의 심사강도를 구조화
하기 위해서는 결국 어떠한 전제조건하에서 어느 정도로 평등심사의
정도가 강화되어야 하는가의 문제가 해명되지 않으면 안 된다.

b) 비례성 심사의 도입: ‘신공식’

① ‘신공식’의 내용

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 1980년 10월 7일의 결정에서⁶¹⁶⁾
일반적 평등원칙의 심사기준으로서 전통적인 자의금지원칙 외에 보
다 엄격한 비례성(Verhältnismäßigkeit) 심사 기준을 적용하는, 이른
바 ‘신공식’을 제시한 바 있다. 그 내용은 다음과 같다.

“이 헌법규범(=일반적 평등원칙)은 법률 앞에서 모든 인간을 평등
하게 대우할 것을 요구한다. 이에 따르면 이 기본권은 특히 일단의

616) BVerfGE 55, 72 ff.

규범수범자들이 다른 규범수범자들과 비교해서 양 집단 사이에 불평등대우를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비중을 지니는 차이점들이 존재하지 않음에도 불구하고 달리 대우받을 때에 침해된다 (...). 기본법 제3조 제1항의 이와 같은 규율내용을 연방헌법재판소는 특히 법률로부터 입법자를 구속하는 사항법칙(Sachgesetzlichkeit)을 도출해 내고 체계위반(Systemwidrigkeit)을 평등원칙의 침해로서 다루려는 시도들과 관련하여 강조한 바 있다 (...).”⁶¹⁷⁾

“정당화되지 못한 다수의 인적 집단의 차별을 금지하는 것 이외의 영역에서 평등원칙은 입법자에게 생활사태 및 사람의 행동을 규율 맥락에 따라서 각각 서로 다르게 취급할 수 있는 광범한 자유를 허용한다. 그렇다면 이와 같은 규정에 맞추어 자신의 행동으로 불리한 영향을 피하는 것은 원칙적으로 당사자의 사항이다. 물론 연방헌법재판소의 판례에 따르면 평등원칙은 정당화되지 못한 규범수범자들의 불평등대우를 금지하는 것으로 끝나지 않는다. 오히려 평등원칙에는 사법(司法)뿐만 아니라 입법에 대해서도 일정한 최 외곽의 한계를 설정하는 근본적 법원리로서의 자의금지가 표현되고 있다.”⁶¹⁸⁾

“이 기준들은 바로 사태를 규율함에 있어서 발생하는 법률적 차별을 판단하는 데에도 적용된다. 따라서 여기에서 입법자의 활동 여지는 규율된 사태들을 불평등 대우하는 것이 더 이상 정의사상에 입각한 고찰방식과 합치될 수 없는 경우에, 즉 법률적 차별을 위한 명백한 근거가 결여되어 있는 경우에 비로소 끝난다 (...). 그러나 법률규정에 대한 이와 같은 자의의 비난은 계속된 판례에 따라 때 그 규정

617) BVerfGE 55, 72 (88) - 괄호 안의 보충과 생략은 필자에 의한 것임.

618) BVerfGE 55, 72 (89).

의 비객관성이 명백할 때에만 가능하다 (...).”⁶¹⁹⁾

일반적 평등원칙에 근거한 기존의 심사가 단순한 자의금지원칙에 의존하고 있었던 반면, 이 신공식은 규율대상에 따라 각각 다른 심사 기준을 적용하고 있다. 이에 따르면 입법자에 의한 불평등대우에 있어서 비교의 대상이 규범수범자들인 경우, 즉 ‘인적 평등’의 영역에서는 보다 엄격한 비례성의 심사기준이 적용되고, 그 밖의 경우에는 여전히 전통적인 자의금지원칙이 적용된다. 따라서 인적 평등의 영역에서 행해지는 입법자의 불평등대우는 비교의 대상인 규범수범자들 사이에 그와 같은 불평등대우를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비중을 지니는 차이점들이 존재하는 경우에만 헌법적으로 허용된다.

전통적인 자의금지원칙이 입법자에 의한 불평등대우와 비교의 대상들 사이에 존재하는 차이점을 상호 매개함이 없이 각각 분리하여 심사하는 듯한 인상을 주는 반면, 이 신공식은 적어도 인적 평등의 영역에서는 양자 사이에 비례적인 내적 관련성이 존재하여야 함을 강조하고 있다.⁶²⁰⁾ 따라서 인적 평등의 영역에서 일반적 평등원칙은 비교의 대상들 사이에 존재하는 사실적인 차이점과 이에 상응하는 불평등대우의 관계가 비례성의 관계를 유지하고 있는가를 형량(Abwägung)함으로써 구체화된다. 그렇다면 이 신공식에 따라 엄격한 비례성의 심사기준이 적용되는 한, 입법자의 형성의 자유는 그만큼 축소되게 된다.

619) BVerfGE 55, 72 (90) - 괄호 안의 생략은 필자에 의한 것임.

620) W. Ruffner, in: R. Dolzer (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1996, Art. 3 Abs. 1 Rn. 25.

② ‘신공식’의 문제점

신공식은 사실 그동안 자유권의 영역에서 인적 관련성의 정도에 따라 실체법적 보호강도와 기능법적 통제강도를 세분화한 것을 고려한 것으로서,⁶²¹⁾ 입법자의 불평등대우로부터 일반적 평등권을 보다 효과적으로 보호하려는 의도에서 전개된 것이다.

문제는 이제 이 신공식에 따라 심사기준을 선택함에 있어 입법자의 불평등대우가 ‘인적 평등’ 내지 ‘인적 집단의 평등’과 관련된 것인지, 아니면 ‘물적 평등’ 내지 ‘생활사태의 평등’과 관련된 것인지를 명확하게 구별하는 데 있다.⁶²²⁾ 그러나 법적으로 규율되는 모든 구성요건에는 항상 인간이 관계되어 있기 때문에, 물적 평등의 침해는 동시에 그 불평등대우의 법적 효과가 귀속되는 규범수범자의 차별, 즉 인적 평등의 침해를 의미하게 된다. 따라서 인적 평등과 물적 평등을 명확하게 구별하는 것은 불가능하다.⁶²³⁾

게다가 물적 평등과 관련된 불평등대우에 있어서 그 법적 효과로서 발생하는 불이익을 당사자가 자력으로 회피할 수 없는 경우에도, 이를 물적 평등의 문제로 간주하여 자의금지원칙을 적용하는 것은 인적 관련성의 정도에 따른 통제강도의 세분화와 부합하지 않는다.

따라서 신공식이 제시하고 있는 엄격한 비례성 심사와 관대한 자

621) 예컨대 BVerfGE 7, 377 (397 ff.); 50, 290 (340 f.) 참조.

622) 가령 BVerfGE 78, 104 (121) 참조.

623) G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz - Ein Nachwort zur Auslegung des Art. 109 Abs. 1 RV (AöR NF 12 [1927], S. 1 ff.), in: dems., Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., 1959, S. 163 ff. (176 f.); H. Triepel, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 3 (1927), S. 51 f.

의성 심사의 적용영역은 재조정되어야 하며, 동시에 비례성 심사의 방식도 보다 명확하게 세분화되지 않으면 안 된다.

③ ‘신공식’의 수정

이러한 맥락에서 볼 때 독일 연방헌법재판소 제1재판부가 1992년 12월 2일의 결정에서⁶²⁴⁾ 제시하고 있는 다음과 같은 공식은 확실히 신공식의 수정이라는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

“일반적 평등원칙으로부터는 규율대상과 차별근거에 따라서 각각 법률규정에 대한 다양한 요청들이 도출된다. 입법자의 형성의 자유는 그가 생활사태들을 서로 다르게 취급하고 또 당사자들이 스스로 다른 규정에 맞추어 자신의 행동을 조정할 수 있을 때 가장 폭넓게 미친다 (...). 이에 반해서 불평등대우가 헌법적으로 보장된 자유에 대해 미치는 영향이 강하면 강할수록 (...) 그리고 개인이 자신의 행동을 통해서 불리한 영향을 피할 수 있는 가능성이 적으면 적을수록, 입법자에게는 그만큼 더 좁은 한계가 설정된다. 기본법 제3조 제1항으로부터 나오는 한계는 특히 일단의 규범수범자들이 다른 규범수범자들과 비교해서 양 집단 사이에 불평등대우를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비중을 지니는 차이점들이 존재하지 않음에도 불구하고 달리 대우받을 때에 유월된다 (...).”⁶²⁵⁾

이 공식은 신공식과 달리 생활사태의 불평등대우라 할지라도 당사자가 자신의 행동을 통해서 불평등대우의 법적 효과를 회피할 수 없을 때에는 인적 평등의 문제와 마찬가지로 엄격한 비례성 심사를 적

624) BVerfGE 88, 5 ff.

625) BVerfGE 88, 5 (12) - 괄호 안의 생략은 필자에 의한 것임.

용하고 있다.

c) ‘최신의 공식’

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 1993년 1월 26일의 제2차 ‘성전환자(Transsexuellen)’ 결정에서⁶²⁶⁾ 신공식의 수정을 통해 확립된 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법을 다음과 같이 엄밀하게 세분화하고 있다.

“일반적 평등원칙으로부터는 규율대상과 차별기준에 따라서 각각 단순한 자의금지로부터 비례성의 요청에의 엄격한 구속에 이르기까지 입법자에 대한 다양한 한계가 도출된다. 이와 같은 요청들의 단계화는 기본법 제3조 제1항의 문구와 의미, 그리고 동 조항과 다른 헌법규범들과의 관계로부터 나온다.

모든 인간은 법률 앞에 평등하다는 원칙은 무엇보다도 우선 정당화되지 못한 인적 차별을 금지한다 할 것이므로, 입법자는 인적 집단을 불평등 대우함에 있어서 원칙적으로 엄격한 구속을 받는다 (...). 이와 같은 구속은 인적관련 표지들이 기본법 제3조 제3항에 언급된 표지들에 수렴하면 할수록, 따라서 이에 근거한 불평등대우가 소수의 차별로 이르게 될 위험성이 크면 클수록 그만큼 더 강해진다. 그러나 보다 강한 구속은 인적관련 차별들에 국한되지 않는다. 그것은 오히려 사태의 불평등대우가 간접적으로 인적 집단의 불평등대우를 초래하는 경우에도 역시 적용된다. 단지 행위관련적 차별의 경우에는 그 구속의 정도는 당사자가 어느 정도로 자신의 행동을 통해서 그 차별표지의 실현에 영향을 미칠 수 있는가에 따라서 좌우된다 (...). 더

626) BVerfGE 88, 87 ff.

나아가 사람이나 사태의 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정된다 (...).

입법자의 형성의 여지의 폭이 다양함에 따라서 헌법재판소의 심사에 있어서 통제의 강도도 단계화된다. 심사기준으로서 자의금지만이 고려된다면, 기본법 제3조 제1항의 위반은 차별의 비객관성 (Unsachlichkeit)이 명백할 때에만 확인될 수 있다 (...). 이에 반해서 인적 집단을 차별대우하거나 기본권행사에 불리한 영향을 미치는 규정들의 경우에 연방헌법재판소는 그 규정된 차별을 위하여 불평등한 법적 효과를 정당화할 수 있을 정도의 속성과 비중을 지니는 근거들이 존재하는가 여부를 구체적으로 심사한다 (...).

이와 같은 단계화의 기초를 이루는 생각들은 입법자가 규율을 행할 당시의 출발상황과 그 규율로 인해서 발생하는 영향들을 판단함에 있어서 입법자에게 어느 정도로 평가의 우선권 (Einschätzungsprärogative)이 인정되는가의 문제와 관련해서도 중요한 의미를 갖는다. 그와 같은 예측들을 심사함에 있어서도 단순한 명백성의 통제로부터 엄격한 내용적 통제에 이르는 세분화된 기준들이 적용된다. 이와 같은 경우에는 특히 각각의 사안의 특성과 문제되는 법익들의 의미를 고려하여야 한다. 그 밖에도 예측의 여지 (Prognosespielraum)는 입법자가 결정을 내릴 당시에 충분히 확실한 판단을 행할 수 있는 가능성에 의해서도 좌우된다 (...).⁶²⁷⁾

‘최신의 공식(die neueste Formel)’이라고 불리는 이 공식은 현재 독일 연방헌법재판소가 채택하고 있는 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법이 무엇인지를 보여주고 있다.

627) BVerfGE 88, 87 (96 f.) - 괄호 안의 생략은 필자에 의한 것임.

d) 자의성 심사와 비례성 심사의 관계

일반적 평등원칙의 심사 기준이 세분화됨으로써 자의성 심사와 비례성 심사의 관계가 문제된다. 최신의 공식에 따르면 양자가 택일관계에 있는 것처럼 보이지만, 이것이 명확한 것은 아니다. 그러나 자의성 심사와 비례성 심사가 모두 정의(正義)를 실현하는 데 기여하고 있지만, 그 중에서도 특히 자의성 심사는 정의 수호를 위한 최후의 보루로서 입법자가 그 한계를 준수하고 있는지 여부를 심사하는 것이다. 한편, 자유권의 경우 비례성 심사에서 문제가 되는 것은 기본권제한의 비례성이지만, 일반적 평등원칙의 경우 문제가 되는 것은 차별취급의 비례성이다. 따라서 여기에서는 우선 입법자가 차별취급을 통해 추구하는 목적이 정당한 것인지, 나아가 차별취급이 목적 달성을 위해 적합한 것인지, 목적 달성을 위해 이 차별취급과 동등하게 효과적으로 기여하는 보다 완화된 수단이 없는지, 또 비교집단 간의 사실상의 차이와 차별취급을 통해 추구하는 목적의 정도 및 비중이 차별취급의 정도 및 비중과 적절한 비례관계를 유지하고 있는지를 심사하여야 한다. 따라서 자의성 심사의 결과로서 일반적 평등원칙에 반하는 차별은 비례성 심사를 적용하더라도 언제나 위헌이다. 이것은 일반적 평등원칙에서 헌법적 정당성 여부를 심사할 때 가장 기본이 되는 것이 바로 자의성 심사라는 것을 의미한다.

자의성 심사 결과와 비례성 심사 결과가 항상 일치하는 것은 아니다. 우선, 자의성 심사 결과가 합헌이라고 해서 비례성 심사 결과도 항상 합헌이 되는 것은 아니다. 자의성 심사와 비례성 심사는 그 결과에서 중대한 차이를 초래할 수 있다. 따라서 자의성 심사가 적용되는 영역에서 비례성 심사를 추가·적용하는 것은 입법형성권을 침해

할 수 있기 때문에 권력분립의 관점에서 허용되지 않는다.

그러나 자의성 심사 결과가 위헌이면 비례성 심사 결과도 항상 위헌이다. 따라서 비례성 심사가 적용되는 영역에서 자의성 심사를 먼저 적용하는 것은 논증의 경제성을 제고할 수 있다. 비례성 심사에 앞서 자의성 심사를 적용하더라도 입법형성권이 침해되지 않으며, 자의성 심사의 결과로서 이미 일반적 평등원칙 위반이라는 결론이 나올 수 있기 때문이다. 물론 자의성 심사 결과는 합헌이지만 비례성 심사 결과가 위헌이 되는 경우에는 비례성 심사를 생략할 수 없다.

그렇다면 자의성 심사만이 적용되는 영역에서 비례성 심사를 추가·적용하는 것은 금지되지만, 비례성 심사가 적용되는 영역에서는 자의성 심사를 먼저 적용하더라도 문제가 되지 않는다는 것을 알 수 있다. 따라서 자의성 심사와 비례성 심사는 택일관계에 있는 것이 원칙이지만, 비례성 심사가 적용되는 영역에서는 선후적용관계에 있다고 보아도 무방할 것이다.⁶²⁸⁾

(3) 한국

1) 서설

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다.”고 규정하여 국가법질서의 기본원칙으로서 평등의 원칙과 개인의 기본권으로서 평등권을 규정하고 있다.

628) 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 기준과 방법의 합리화 방안, 공법학연구 제9권 제3호, 2008, 201쪽 이하 (219쪽 이하); Manssen, Grundrechte, 2000, Rn. 739 참조.

그런데 여기서의 평등이란 절대적 평등이 아니라 상대적 평등을 의미한다는 점에 대해서는 의문이 없다.⁶²⁹⁾ 그러나 상대적 평등의 기준으로 제시되는 합리성이나 정의와 형평, 자의금지 등은 매우 추상적인 개념이어서 사실상 구체적 사건에 있어 평등 여부를 심사하는 기준으로서는 별 의미를 가지지 못하고, 그리하여 판단하는 기관에 따라 그 결과는 다를 수 있다. 그런 점에서 평등 여부를 구체적으로 판단할 때 사용할 수 있는 심사기준이 문제되지 않을 수 없다.

이러한 심사기준의 문제는 한편으로 평등관련 입법이나 정책의 위헌 여부를 보다 구체적으로 검증하는 척도를 의미하기도 하고, 또 한편으로 누가 이를 판단할 것인가, 현실적으로는 헌법재판소가 국회나 정부의 판단을 어느 정도 존중할 것인가의 문제를 의미하기도 한다. 그런데 양자는 결합되어 있는 문제라 할 수 있다. 즉 후술하듯이 엄격심사의 경우 비례성원칙 내지 과잉금지의 원칙을 심사기준으로 사용하게 되고, 반면 완화된 심사의 경우 자의금지 내지 최소한의 합리성심사를 의미하기 때문이다.

이 점과 관련하여 헌법재판소는 최근 미연방대법원 판례 등이 그러하듯이 다단계심사기준을 적용하고 있다. 이에 따라 과연 하나의 통일된 심사기준을 적용하는 것이 타당한 것인지, 아니면 다단계심사기준을 적용하는 것이 타당한 것인지, 만약 다단계심사기준을 적용하는 경우 헌법재판소가 제시하는 기준이 타당한지가 문제된다.

629) 김철수, 「헌법학(상)」, 2008, 585면; 권영성, 「헌법학원론」, 2007, 388면; 허영, 「한국헌법론」, 2008, 335면; 헌재 1989.5.24. 89헌가37등, 판례집 1, 48 (54); 1992.4.28. 90헌바27등, 판례집 4, 255 (271); 1994.2.24. 91헌가3, 판례집 6-1, 21 (33); 1995.9.28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 280-281; 2002.3.28. 2000헌마53, 판례집 14-1, 159, 162; 2002.7.18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1 (17); 2002.12.18. 2001헌바55, 판례집 14-2, 810 (818); 2002.12.18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890 (900).

2) 우리나라 헌법재판소의 결정내용

가) 헌법재판소는 초기에는 평등에 관한 위헌심사기준에 관해 다단계심사기준을 명시적으로 제시하지 않고 기본적으로 합리성심사 내지 자의금지라는 기준을 적용하였다. 그러나 때로는 비례성원칙 내지 과잉금지의 원칙을 적용하여 사실상 엄격심사기준을 적용한 적도 있었다. 그러나 어떤 경우에 합리성심사 내지 자의심사를 하고 어떤 경우에 비례성심사를 하는지에 대한 기준을 제시한 적은 없고, 또 자의심사를 한다고 하여 합헌이 되는 것이 보통이고 비례성심사를 한다고 하여 위헌이 되는 것이 보통인 것과 같은 결과의 차이를 가져 오지도 않았다.⁶³⁰⁾

a) 헌법재판소는 “헌법 제11조 제1항에 정한 법 앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니나, 법을 적용함에 있어서 뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니 된다는 것을 뜻한다. 즉, 사리에 맞는 합리적인 근거 없이 법을 차별하여 적용하여서는 아니 됨은 물론 그러한 내용의 입법을 하여서도 아니 된다.”⁶³¹⁾고 하여 기본적으로 합리성 여부에 따라 평등관련 입법의 위헌 여부를 판단하였다. 또한 “위 입법에 헌법재판소가 관여할 만큼 현저한 합리성이 결여되거나 입법형성권에 명백한 남용 내지 자의가 있어서 평등권의 침해가 있었다고 할 사유를 찾을 수 없다.” 하기도 하고⁶³²⁾, “입법권자의 법제정상의 형성의 자유는 무한정으로 허용될 수는 없는 것이

630) 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집, 1998, 84면

631) 헌재 1989.5.24. 89헌가37등, 판례집 1, 48 (54); 1992.4.28. 90헌바27등, 판례집 4, 255 (271); 1994.2.24. 91헌가3, 판례집 6-1, 21 (33); 1995.9.28. 92헌가11 등, 판례집 7-2, 264, 280 (281).

632) 헌재 1989.3.17.88헌마1, 판례집 1, 9, 22.

며 나아가 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권행사로써 위헌성을 면하기 어렵다고 할 것이다.”고 하기도 하였다. 633)

그리하여 완화된 기준을 적용하여 그 합리성 여부를 판단하였다. 즉 헌법재판소는 “헌법재판소와 입법자는 모두 헌법에 기속되나, 그 기속의 성질은 서로 다르다. 헌법은 입법자와 같이 적극적으로 형성적 활동을 하는 국가기관에게는 행위의 지침이자 한계인 행위규범을 의미하나, 헌법재판소에게는 다른 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하는 기준으로서의 재판규범 즉 통제규범을 의미한다. 평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게, 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다. 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준 만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 즉 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정 축소된다. 따라서 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한시켜야 하며, 그럼으로써 입법자의 형성의 자유와 민주국가의 권력 분립적 기능질서가 보장될 수 있다.”고 한 바 있다.634)

633) 헌재 1992.4.28. 90헌바24, 판례집 4, 225, 231 (232); 1995.10.26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 408; 1995.10.26. 93헌마246, 판례집 7-2, 498, 505.

634) 헌재 1997.1.16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 115.

b) 그러나 때로는 이러한 합리성 여부에 대한 판단기준으로 비례성기준을 들기도 하였다. 즉 헌재 1989.5.24. 89헌가37결정에서 “헌법 제27조 제1항의 재판받을 권리는 국민이 국가에 대하여 사법권의 독립이 보장된 법원에서 자격이 있고 신분이 보장된 법관에 의하여 적법한 절차에 따른 공정한 재판을 청구할 수 있는 기본권이며, 헌법 제37조 제2항의 규정에 미루어 이러한 기본권에 대한 제한이나 차별적인 대우를 하고자 하는 때에는, 첫째, 제한 또는 차별의 목적이 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 정당한 것 이어야 하고, 둘째, 그 수단·방법이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 할 뿐만 아니라 그 정도 또한 적정한 것 이어야 한다고 하겠다.”⁶³⁵⁾ 하여 비례의 원칙을 적용한 바 있다. 또한 헌재 1992.6.26. 91헌가8,9(병합)결정에서는 “... 그 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성 및 법익의 형평성 등의 합리적인 근거를 가지고 있으므로 헌법상 평등원칙에 위배되지 않을 뿐 아니라 재산권보장이나 일반적 법률유보에 관한 헌법 조항에도 위배된다고 할 수 없다.”고 하여 평등원칙에의 위배 여부를 과잉금지 원칙에 따라 판단한 바 있다.⁶³⁶⁾ 또한 그 뒤에도 “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그리고 합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성하기 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단되어야 한다.”⁶³⁷⁾고 하고,

635) 판례집 1, 48, 54 (55).

636) 판례집 4, 323.

“차별을 두는 입법은 그 차별에 의하여 달성하려고 하는 목적과 그 목적을 달성하기 위한 차별을 두기 마련인데, 국민의 기본권에 관한 차별에 있어서 합리적 근거에 의한 차별이라고 하기 위하여서는 우선 그 차별의 목적이 헌법에 합치하는 정당한 목적이어야 하고 다음으로 차별의 기준이 목적의 실현을 위하여 실질적인 관계가 있어야 하며 차별의 정도 또한 적정한 것이어야 한다.”⁶³⁸⁾ 한 바 있다.

나) 그러나 현재 1999.12.23. 98헌마363결정 이래 헌법재판소는 다단계심사기준을 명시적으로 채택하여 적용하고 있다. 그러한 심사기준으로 헌법재판소는 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준, 그리고 완화된 엄격심사기준을 제시하고 있다.

a) 헌법재판소는 1999.12.23. 98헌마363결정에서 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다.”⁶³⁹⁾ 하고 심사기준에 따라 입법자에게 인정되는 입법형성권의 차이가 있음을 인정하였다. 이에 따라 “자의심사의 경우에는 차별을 정당화하는 합리적인 이유가 있는지만을 심사하기 때문에 그에 해당하는 비교대상간의 사실상의 차이나 입법목적(차별 목적)의 발견·확인에도 그치는 반면에, 비례심사의 경우에는 단순히

637) 현재 1994.2.24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72 (75); 1996.8.29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46 (56); 1997.8.21, 94헌바2, 판례집 9-2, 223 (234); 1998.3.26. 97헌마 194, 판례집 10-1, 302 (318); 1998.4.30. 96헌마7, 판례집 10-1, 465 (477); 1998.9.30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 461 (476); 1999.11.25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529 (539); 2000.12.14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399 (414).

638) 현재 1996.8.29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46 (56).

639) 판례집 11-2, 771 (787); 같은 취지 2002.11.28. 2002헌바45, 판례집 14-2, 704 (715).

합리적인 이유의 존부 문제가 아니라 차별을 정당화하는 이유와 차별간의 상관관계에 대한 심사, 즉 비교대상간의 사실상의 차이의 성질과 비중 또는 입법목적(차별목적)의 비중과 차별의 정도에 적절한 균형관계가 이루어져 있는가를 심사한다.”⁶⁴⁰⁾ 하여 완화된 심사기준으로 자의심사를, 엄격심사기준으로 비례심사를 제시하였다. 즉 “엄격한 심사를 한다는 것은 자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적인 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성 원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단 간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행함을 의미한다.”⁶⁴¹⁾고 한 바 있다.⁶⁴¹⁾

그리고 자의심사에 관해서는 “평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게 객관적으로 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하나, 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다. 다시 말하면, 헌법에 따른 입법자의 평등실현의무는 헌법재판소에 대하여는 단지 자의금지원칙으로 그 의미가 한정 축소되므로 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계 내에 머물고 있는가 하는 것에 국한될 수밖에 없다”⁶⁴²⁾ 하였다. 2002.11.28. 2002헌마45결정에서는 “일반적으로 자의금지원칙에 관한 심사요건은 ① 본질적으로 동일한

640) 헌재 2001.2.22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386 (403).

641) 헌재 1999.12.23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787 (789); 1999.12.23. 98헌마33, 판례집 11-2, 732 (749); 2000.8.31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167 (181); 2002.4.25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351 (367).

642) 헌재 1997.1.16. 90헌마110·136 등, 판례집 9-1, 90; 헌재 1998.9.30. 98헌가7 등, 판례집 10-2, 484 (504).

것을 다르게 취급하고 있는지에 관련된 차별취급의 존재 여부와, ② 이러한 차별취급이 존재한다면 이를 자의적인 것으로 볼 수 있는지 여부라고 할 수 있다. 한편, ①의 요건에 관련하여 두개의 비교집단이 본질적으로 동일한가의 판단은 일반적으로 당해 법규정의 의미와 목적에 달려 있고, ②의 요건에 관련하여 차별취급의 자의성은 합리적인 이유가 결여된 것을 의미하므로, 차별대우를 정당화하는 객관적이고 합리적인 이유가 존재한다면 차별대우는 자의적인 것이 아니게 된다.”⁶⁴³⁾고 하여 자의심사의 내용을 보다 구체화하였다.

또 헌법재판소는 2001.2.22. 2000헌마25결정에서 “헌법재판소가 선고한 1999.12.23. 98헌마363 사건의 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 경우의 하나로 들고 있는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하여 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법 제32조 제6항이 근로의 기회에 있어서 국가유공자 등을 우대할 것을 명령하고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.”⁶⁴⁴⁾고 하여 완화된 비례성심사를 인정하고 있다.

b) 이처럼 헌법재판소는 엄격한 심사기준과 완화된 심사기준, 그리고 완화된 엄격심사기준을 제시하면서 이러한 기준의 적용영역과 기준에 관하여 다음과 같이 설명하고 있다.

① 먼저 엄격심사가 적용되는 영역으로 “헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나 차별을 특

643) 헌재 2002.11.28. 2002헌바45, 판례집 제14권 2집, 704, 715 (716).

644) 헌재 2001.2.22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386 (387).

히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”⁶⁴⁵⁾ 하여 엄격심사적용영역을 제시하였다. 그리하여 “가산점제도는 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있는 ‘근로’ 내지 ‘고용’의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다.”⁶⁴⁶⁾고 한 바 있다.

그러나 현재 2003.9.25. 2003헌마30결정에서는 “입법자가 설정한 차별이 국민들 간에 단순한 이해관계의 차별을 넘어서서 기본권에 관련된 차별을 가져온다면 헌법재판소는 그러한 차별에 대해서는 자의 금지 내지 합리성 심사를 넘어서 목적과 수단 간의 엄격한 비례성이 준수되었는지를 심사하여야 할 것이다. 나아가 사람이나 사함에 대한 불평등대우가 기본권으로 보호된 자유의 행사에 불리한 영향을 미칠 수 있는 정도가 크면 클수록, 입법자의 형성의 여지에 대해서는 그만큼 더 좁은 한계가 설정되므로, 헌법재판소는 보다 엄격한 심사척도를 적용함이 상당하다. 헌법재판소는 제대군인 가산점 사건에서 “차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”⁶⁴⁷⁾고 한 바 있는데(현재 1999.12.23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787), 이러한 판시는 차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한

645) 현재 1999.12.23. 98헌마363, 판례집 11-2, 771, 787 (789); 1999.12.23. 98헌마 33, 판례집 11-2, 732 (749); 2000.8.31. 97헌가12, 판례집 12-2, 167 (181); 2002.4.25. 98헌마425등, 판례집 14-1, 351 (367).

646) 현재 1999.12.23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787 (788).

제한을 초래할수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니라고 볼 것이다. 이 사건 조항의 경우, 7급 공무원 시험에서 정보관리기술사, 정보처리기사, 정보처리산업기사 자격 소지자에 대해서는 만점의 2~3%에 해당하는 가산점을 부여하면서, 정보처리기능사의 경우에는 아무런 가산점을 부여하지 않는 바, 이는 같은 유사한 분야에 관한 자격증의 종류에 따라 가산점에 차이를 둬으로써 청구인과 같은 정보처리기능사 자격을 가진 응시자가 공무담임권을 행사하는데 있어 차별을 가져오는 것이므로, 이 사건에서는 그러한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 목적과 수단 간의 비례성이 존재하는지를 검토하여야 할 것이다.”⁶⁴⁷⁾ 고 하여 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에도 엄격심사를 하여야 함을 인정하였다.

그러나 현재 2006.3.30. 2005헌마598결정에서는 “이 사건 법률규정은 교육공무원의 임용을 원하는 미임용등록자에게는 중등교원 임용 시험에 있어서 특별정원을 마련해 주고, 사범대학 재학생 내지 현직 교원이 아닌 사범대학 졸업자에 불과함에도 교원자격증 표시과목을 변경할 수 있는 부진공과정을 별도로 마련해 주는 혜택을 줌과 동시에 교육공무원 임용에서 경쟁관계에 있는 그 밖의 다른 응시자격자들에게는 그러한 혜택을 주지 아니한 결과로, 미임용등록자가 아닌 다른 응시자격자들의 교육공무원 임용의 기회를 상대적으로 제한하는 불이익을 줌으로써 두 집단을 차별하고 있다. 이는 미임용등록자가 아닌 그 밖의 응시자격자들에게는 공무담임권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 관계에 있기 때문에, 이러한 경우 비례의 원칙에 따른 심사를 하여 평등권 침해 여부를 판단하여야 한다.”^{고648)} 하여

647) 판례집 제15권 2집 상, 501, 510 (511).

다시 공무담임권의 중대한 침해라는 이유로 엄격심사를하여야 한다고 하고 있다.

한편 완화된 엄격심사에 관해서는 헌법재판소는 “국가유공자등에 우대지원에관한법률 제34조 제1항 중 같은 법률 제30조 제1항 소정의 ‘국가기관’에 관한 부분의 규정에 따라 국가유공자와 그 유족 등 취업보호대상자가 국가기관이 실시하는 채용시험에 응시하는 경우에 10%의 가점을 주도록 하고 있는 이 사건의 경우는 비교집단이 일정한 생활영역에서 경쟁관계에 있는 경우로서 국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 혜택을 부여하는 것은 그 이외의 자들에게는 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해를 의미하게 되므로, 헌법재판소가 1999.12.23. 선고한 98헌마363 사건의 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 경우의 하나로 들고 있는 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에 해당하여 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법 제32조 제6항이 근로의 기회에 있어서 국가유공자 등을 우대할 것을 명령하고 있는 점을 고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다.”⁶⁴⁹⁾ 하였다.

그러나 현재 2006.2.23. 2004헌마675결정에서는 “이 사건 조항은 일반 응시자들의 공직취임의 기회를 차별하는 것이며, 이러한 기본권 행사에 있어서의 차별은 차별목적과 수단 간에 비례성을 갖추어야만 헌법적으로 정당화될 수 있다. ‘국가유공자의 가족’의 경우 가산점의 부여는 헌법이 직접 요청하고 있는 것이 아니고, 그러한 법률상의 입법정책은 능력주의 또는 성과주의를 바탕으로 하여야 하는 공직취임권의 규율에 있어서 중요한 예외를 구성한다. 헌법적 요청이 있는 경

648) 현재 2006.3.30. 2005헌마598, 판례집 제18권 1집 상, 439, 447 (447).

649) 현재 2001.2.22. 2000헌마25, 판례집 13-1, 386 (387).

우에는 합리적 범위 안에서 능력주의가 제한될 수 있지만, 단지 법률적 차원의 정책적 관점에서 능력주의의 예외를 인정하려면 해당 공익과 일반응시자의 공무담임권의 차별 사이에 엄밀한 범익형량이 이루어져야 한다. 이 사건 조항으로 인한 공무담임권의 차별효과는 앞서 본 바와 같이 심각한 반면, 국가유공자 가족들에 대하여 아무런 인원제한도 없이 매 시험마다 10%의 높은 가산점을 부여해야만 할 필요성은 긴요한 것이라고 보기 어렵고, 입법목적을 감안하더라도 일반 응시자들의 공무담임권에 대한 차별효과가 지나친 것이다. 이 사건 조항의 경우 명시적인 헌법적 근거 없이 국가유공자의 가족들에게 만점의 10%라는 높은 가산점을 부여하고 있는바, 그러한 가산점 부여 대상자의 광범위성과 가산점 10%의 심각한 영향력과 차별효과를 고려할 때, 그러한 입법정책만으로 헌법상의 공정경쟁의 원리와 기회균등의 원칙을 훼손하는 것은 부적절하며, 국가유공자의 가족의 공직 취업기회를 위하여 매년 많은 일반 응시자들에게 불합격이라는 심각한 불이익을 입게 하는 것은 정당화될 수 없다. 이 사건 조항의 차별로 인한 불평등 효과는 입법목적과 그 달성수단 간의 비례성을 현저히 초과하는 것이므로, 이 사건 조항은 청구인들과 같은 일반 공직시험 응시자들의 평등권을 침해한다.”⁶⁵⁰⁾고 하여 국가유공자가족에 대한 가산점제도에 대해서는 공무담임권에 대한 차별이므로 엄격심사를 하여야 한다고 한다.

② 비례성심사가 적용되는 경우 이외에는 자의심사를 하였다. 그리하여 헌법재판소는 2002.4.25. 98헌마425결정에서 “이 사건 규칙조항은 가석방심사에 있어서 심사방법에 관한 내용을 정한 것으로 이는 행형당국의 광범위한 재량이 인정되는 분야에 속하고, 이 문제에 관

650) 헌재 2006.2.23. 2004헌마675, 판례집 제18권 1집 상, 269, 270 (271).

하여 헌법이 특별히 차별금지를 규정하고 있지도 아니하다. 또한 앞서 살펴본 바와 같이 준법서약제에 관한 이 사건 규칙조항은 당해 수형자의 양심의 자유 등 기본권을 침해하고 있지 아니하므로 차별적 취급으로 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 것도 아니다. 따라서 이 사건 규칙조항에 대한 평등위반 여부를 심사함에 있어서는 특별히 엄격한 심사척도가 적용되어야 하는 것이 아니며 완화된 합리성 심사에 의하는 것으로 족하다고 할 것이다.”⁶⁵¹⁾고 하였다. 또한 2002.11.28. 2002헌바45결정에서는 “평등원칙의 위반 여부에 관한 심사기준은 입법자에게 인정되는 입법형성권의 범위에 따라서 달라지게 되는데, 위에서 본 바와 같이 국방의무를 부담하는 국민들 중에서 구체적인 징집대상자를 선정하는 사항은 우리 헌법상 입법자에게 매우 광범위한 입법형성권이 부여된 영역이다. 따라서 이 사건 법률조항의 평등원칙위반 여부에 관하여는 그 차별에 관하여 현저한 불합리성이 있는지 여부, 즉 입법자의 자의성이 있는지 여부만을 심사하면 족하다.”고 한 바 있다.

2004.10.28. 2002헌마328결정에서는 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격심사에 의할 것인지, 완화된 심사에 의할 것인지는 입법자 내지 입법의 위임을 받은 행정부에게 인정되는 형성의 자유 정도에 따라 달라진다고 할 것인데, 이 사건 고시로 인한 장애인가구와 비장애인가구의 차별취급은 헌법에서 특별히 평등을 요구하는 경우 내지 차별대우로 인하여 자유권의 행사에 중대한 제한을 받는 경우에 해당한다고 볼 수 없는 점, 국가가 국민의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 행하는 사회부조에 관하여는 입법부 내지 입법에 의하여 위임을 받은 행정부에게 사회보장, 사회복지의 이념에 명백히 어긋나지 않는 한 광범위한 형성의 자유가 부여된다는 점을 고려하면, 이 사건

651) 헌재 2002.4.25. 98헌마425, 판례집 제14권 1집, 351, 368(368).

고시로 인한 장애인가구와 비장애인가구의 차별취급이 평등위반인지 여부를 심사함에 있어서는 완화된 심사기준인 자의금지원칙을 적용함이 상당하다.”고 하여 이를 분명히 하였다. 652)

또한 시혜적인 법률에 있어서는 “국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법 형성의 자유가 인정된다고 할 것이다. 그러므로 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 내지 보상능력 등 제반 상황을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다고 할 것이고, 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여되어 있는 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.”653)고 하여 자의성심사가 적용된다고 하였다.

3) 헌법재판소결정에 대한 평가654)

헌법재판소는 이처럼 평등에 관한 위헌심사기준으로서 하나의 기준이 아니라 심사정도에 있어 차이가 있는 두단계 심사기준을 제시하고 있다. 헌법재판소가 제시한 평등에 관한 심사기준에 대한 평가는 두가지 측면에서 논의될 수 있다. 즉 헌법재판소가 제시한 다단계 심사기준이 타당하다고 할 수 있을 것인지, 만약 다단계심사기준이 타당하다고 한다면 헌법재판소가 제시한 다단계심사기준의 분류기준이 타당하다고 할 수 있을 것인지가 문제되는데 결국 이 두 측면의 문제는 다단계심사기준의 근거문제로 귀결되므로 상호 연결된 문제라 할 수 있다.655)

652) 헌재 2004.10.28. 2002헌마328, 공보 제98호, 1187, 1194-1194.

653) 헌재 1993.12.23. 89헌마189, 판례집 5-2, 622 (640); 1999.7.22. 98헌바14, 판례집 11-2, 205 (219); 1991.2.11. 90헌가27, 판례집 3, 11, 24.

654) 김문현, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가”, 미국헌법연구 제17권 2호, 2006, 120면 이하 참조.

가) 다단계심사기준채택의 문제

먼저 헌법재판소가 다단계심사기준을 채택한 것에 대해서는 과연 하나의 심사기준을 적용하는 것이 타당한 것인지, 아니면 다단계심사기준을 적용하는 것이 타당한 것인지에 대한 논란이 있을 수 있다. 이 점은 위헌심사기준의 의미와 기능, 그리고 그 효과와 관련되어 있다.

a) 평등관련 입법의 위헌 여부를 판단함에 있어 하나의 단일적 기준을 적용할 것인가, 아니면 다단계심사기준을 적용할 것인가는 차별금지사유나 차별금지영역의 다양성과 특성, 헌법재판기관과 국회 등 국민대표기관의 관계, 다단계심사기준의 경직성 등과 관련하여 평가가 다르다.

다단계심사기준을 채택하고 있는 미연방대법원판례의 경우를 보면 이에 대해서 비판적 견해도 있지만 그 의미를 높게 평가하는 견해도 많고 미연방대법원에서 그대로 유지되고 있다.

다단계심사기준에 대한 비판은 심사기준이 가지는 지나친 단순성과 경직적 접근방법, 내재적 모순, 분석의 방해 등에 주로 모아진다.⁶⁵⁵⁾ 말하자면 미연방대법원이 3단계의 심사기준을 설정하였지만 실제적용에 있어 심사기준은 일련의 연속선상에 있다는 점, 이러한 단계별심사기준은 각 사건의 개별적 특성과 쟁점을 도외시키고 심사기준이라는 보편적 문제로 논의의 초점을 맞추는 문제가 있다는 점, 이처럼 경직된 심사기준을 적용하는 경우 위헌 여부가 사실상 심사

655) 이에 관해서는 김문현, “정신적 자유권관련 몇 가지 헌법재판소결정에 대한 관견”, 공법연구 제33집 제4호, 2005, 87면 이하.

656) Id. at 161ff.

기준의 선택에 의해 결정되어 버려 분석의 범위를 부당하게 제한하고, 그리하여 사건을 다단계심사기준에 따라 추상적으로 일반화하여 범주화함으로써 헌법소송에서 제기되는 다양한 이익, 가치를 평가하는 개별적 헌법적 분석을 후퇴시킨다는 점, 그리고 법원으로 하여금 이 심사기준의 틀을 벗어나지 않으려면 납득하기 어려운 판결을 하지 않을 수 없어 그 결과 비합리적 입법을 합헌이라 하거나 아니면 그 입법을 위헌이라 하기 위해서는 심사기준을 조작하지 않으면 안 된다는 점 등을 비판한다.⁶⁵⁷⁾

그래서 단계별 심사보다는 통일적 기준에 의한 심사를 주장하는 견해도 있는데 과거 Mashall대법관은 Chicago Police Department v. Mosley사건(1972)⁶⁵⁸⁾에서 ‘문제가 된 정부의 행위에 의해 적절하게 실현된 적정한 정부이익이 있는지(whether there is “an appropriate governmental interest suitably furthered” by the governmental action in question)’ 여부라는 하나의 기준에 의해 판단할 것을 주장한 바 있다. ⁶⁵⁹⁾

그러나 차별의 유형에 따라 심사기준을 달리하는 것이 미연방대법원의 확립된 판례이다. 이러한 평등에 있어 다단계심사기준의 적용은 차별사유나 차별에 의해 침해되는 기본권의 성격의 고려, 민주주의와 사법심사의 조화, 사법적극주의와 사법소극주의의 절묘한 절충으로서 의미를 가지고 있다. 사실 헌법은 다수의 지배를 규정하면서 또 한편으로 그에 의해서도 침해할 수 없는 개인의 기본권을 규정하고 있다. 그런 점에서 헌법은 해결하기 어려운 딜레마를 담고 있다.⁶⁶⁰⁾ 이러한

657) E.Chemerinsky, op.cit., pp 520-521; Jeffrey M. Shaman, op.cit., 173ff.

658) 408 U.S. 92(1972).

659) id., 177ff.

660) 이를 Robert Dahl은 ‘Madisonian dilemma’라 한다.(Robert H. Bork, Judicial Review and Democracy, Encyclopedia of the American Constitution, 1986, p 1061).

딜레마와 관련하여 다단계심사기준을 채택한 U.S. v. Carolene Prods. Co.(1938)의 각주 4를 ‘법관과 다른 국가기관간의 관계를 규정하는 가장 위대하고 현대적인 장전(the great and modern charter)’이라 평하는 학자도 있고⁶⁶¹⁾ ‘사법심사와 민주주의를 어떻게 조화할 수 있겠는가 하는 까다로운 문제에 대한 지금까지의 가장 만족스러운 해법’이라고 평가하는 학자도 있다.⁶⁶²⁾ 그래서 예컨대 Schweiker v. Wilson판결(1981)에서 미연방대법원이 ‘만약 어떤 법률이 민주적 과정에서 사법부가 개입하여야 할 의무가 있는 차별로서 그 자체로 불평등한 것이거나 기본적 권리(fundamental rights)를 침해하지 않는 것이 아닌 한, 국민을 대표하여 사회·경제적 문제에 대한 여러 해결책 중 민주적 선택을 하는 의회에 대한 우리 대법원의 사법적 심사는 제한적으로 행사하는 것이 적절하다.’⁶⁶³⁾고 한 것에서 보듯이 다단계심사기준은 대법원이 의회의 판단을 존중하여야 할 사항과 법원이 개입하여야 할 사항을 구별하는 입장에 있다.

b) 헌법재판소가 위헌심사를 하면서 단계별심사를 할 것인지 통일된 기준에 따른 심사를 할 것인지, 단계별심사를 하는 경우 무엇을 기준으로 할 것인지는 대의제 민주주의와 다수지배와 헌법재판, 문제가 차별영역이나 차별사유의 성격, 권리구제에 있어 헌법재판소의 적합성, 헌법문언 등과 관련하여 매우 어려운 문제이다.⁶⁶⁴⁾ 사실 다단

661) Owen M. Fiss, The Supreme Court 1978 Term, Foreword : The Forms of Justice, 93 Harvard L. Rev. 1, 6(1979).

662) Felix Gilman, op.cit., 165

663) 450 U.S. 221, 230

664) 양건교수는 사법적 존중의 정도에 영향을 미치는 요인으로 문제된 이익이 헌법상 명시적으로 특정화되어 있느냐 여부, 민주적 과정의 완전성에 관련되느냐 여부, 소수자의 이익과의 관련 여부, 비사법적 구제의 유용성 여부, 문제된 이익의 중요성 여부, 해석이 차지하는 비중 여부, 관련사실의 확인능력 여부, 사법판단의 기준을 형성할 능력 여부, 입법자의 편파성 여부, 입법자가 관

계심사기준을 적용하는 경우 심사기준의 선택에 따라 위헌 여부가 좌우되어 그 경직성과 구체적 타당성의 결여의 문제가 제기될 수 있는 것도 사실이다.

그런데 차별적 처우를 하는 집단을 분류하는 기준은 다양하며, 그 기준의 의미를 고려하지 않고 일률적인 심사기준을 적용하는 것은 타당하다고 보기 어렵다. 말하자면 입법의 형성과 재량의 여지가 큰 분야와 그렇지 않은 분야의 구별 없이 동일한 심사기준을 적용하는 것은 그것이 엄격심사를 의미하는 경우 사법우월주의 - 지나친 사법적극주의를 초래할 위험이 많고, 반대로 합리성심사를 의미하는 경우 지나친 사법소극주의를 가져와 헌법재판을 무력화할 위험이 있는 것이다. 그런 점에서 국민대표기관인 국회의 입법형성과 재량의 여지가 많은 분야와 입법형성과 재량의 여지가 별로 없어 헌법재판소나 법원이 적극 개입하여야 할 분야로 나누는 것은 의미가 있다고 할 것이다.

그런데 이러한 단계별 심사를 하는 가장 중요한 논거는 민주주의 - 다수지배와 헌법재판의 조화라는 관점이라 생각한다. J.H.Ely의 주장처럼 민주적 과정에 관한 문제와 그에 의해 내려진 가치결정의 문제를 나누고 후자는 국회 등의 소관문제이며 전자가 법원이나 헌법재판소가 사법심사를 통해 결정할 문제라는 지적은 공감할 수 있는 지적이라 할 수 있다. 말하자면 당시의 국민의 의사를 대표하는 국회의 결정을 존중하여야 할 사안에 대해서는 그 위헌성이 명백하지 않는 한 국회의 결정을 존중하고, 국민 다수의 의사에 맡겨둘 수 없는 문제, 예컨대 국민의 의사형성과정-다수의 결정과정의 문제, 소수자의 권리문제 등에 대해서는 엄격심사를 하여야 할 것으로 생각한다.

련문제들을 '실제로' 얼마나 고려했는가 하는 그 정도 여하를 들고 있다.(양건, 「헌법연구」, 1995, 681면 이하)

그리고 차별사유가 미연방대법원판례처럼 인종이나 출신국가와 같이 개인이 선택한 것도 아니고 변경할 수도 없으며 그 자체 차별적 사유로서는 의심스러운 사유에 의한 차별의 경우도 엄격심사하는 것이 타당하다 할 것이다.

나) 분류기준 및 심사내용의 타당성 여부

a) 이렇게 헌법재판소가 위헌심사에 있어 다단계심사기준을 채택한 것 자체는 타당하다고 할 수 있다. 그렇다면 다음으로 헌법재판소가 제시하고 있는 다단계심사기준의 분류기준의 타당성 여부가 문제된다.

b) 헌법재판소가 엄격심사 여부의 기준으로 제시하고 있는 것은 i)차별근거 및 차별영역에 관한 헌법 문언과 ii)관련기본권제한의 정도이다. 그러나 이러한 기준은 다음과 같은 이유에서 의문이 있다.

① 먼저 헌법재판소는 엄격심사 여부에 대한 기준으로 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 안되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역에서의 차별에 대하여 엄격심사를 하여야 한다고 하고 있다. 이 기준은 U.S. v. Carolene Prods. Co.(1938)의 각주 4 의 첫번째 단락, 즉 Hughes대법원장이 제시한 바 있는 헌법 규정에 바탕한 이론 내지 해석주의와 연관되어 있다고 할 수 있으나 그 구체적 내용은 다르다. 이 기준이 헌법 제11조의 차별금지사유나 차별금지영역을 포함하는 것인지, 아니면 헌법 제32조 제4항이나 제36조 제1항같이 특별 규정을 둔 경우만을 예정한 것인지는 불분명하다.

헌법 제11조의 경우를 포함하는 것으로 이해한다면 우리헌법 제11조 제1항은 차별금지사유로 ‘성별, 종교, 사회적 신분’을 들고 있고 차별금지영역으로 ‘정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역’을 들고 있어 매우 포괄적이어서 이에 대하여 엄격심사를 한다면 사실상 평등에 관한 입법에 대해서는 거의 엄격심사를 하여야 하는 문제가 있다.

또한 차별금지사유와 관련하여 일본에서는 헌법에 열거된 사유에 의한 차별은 불평등한 것으로 추정하는 이론이 있으나 우리나라에서는 이를 예시적으로 보는 견해가 지배적이다.⁶⁶⁵⁾ 헌법 제11조 제1항 2문은 불합리한 차별의 금지에 초점이 있고 차별금지사유로 규정된 것 이외의 사유에 의한 차별을 인정하는 것은 아니다. 또한 동조항에 규정된 차별금지사유인 종교, 성별, 사회적 신분이 인종이나 양심, 사상, 출신지역 등 차별사유보다 특히 더 중요한 의미를 가진다든가 이들 사유 모두가 그 자체 합리성이 의심되는 회의적 차별사유에 해당한다고 보기도 어렵다. 그런 점에서 이들 사유는 예시된 것으로 보는 것이 타당하다.

이 점에 관하여 헌법이 절대적 차별금지를 명하고 있는 것은 아니나 입법자가 차별의 근거로 삼아서는 안 되는 징표를 명확하게 규정하고 있으므로 이에 관한 입법에 대해서는 엄격심사를 하여야 한다는 주장이 있다.⁶⁶⁶⁾ 그래서 헌법 제11조 후문에 규정된 차별금지사유를 예시적으로 보는 것은 헌법이 굳이 규정하지 않아도 될 당연한 사실을 둔 규정, 즉 헌법에서 존재의미가 없는 조항으로 전락한다고 비판한다.⁶⁶⁷⁾ 이러한 주장은 앞에서 본 일본에서의 불평등추정사유열

665) 김철수, 전게서, 583면; 권영성, 전게서, 391면; 허영, 전게서, 336면; 성낙인, 「헌법학」, 2008, 413면.

666) 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집, 1998, 90면 이하.

667) 상계논문, 92면.

거절과 유사한 것이라 할 수 있고 해석주의에 바탕한 것이라 할 수 있다. 그러나 헌법이 차별금지사유로 규정하고 있는 종교, 성별, 사회적 신분이 다른 사유, 예컨대 장애 여부, 인종, 사상 등에 비하여 보다 엄격하게 심사하여야 할 특성을 가지고 있다고 할 수 있을 것인가, 차별금지사유로 같이 규정되고 있긴 하지만 과연 종교, 성별, 사회적 신분이 동일한 성격의 차별사유인가에 대해서는 의문이 있다.

사실 미국에서도 헌법 규정에 바탕하여 엄격심사 여부를 판단하는 주장은 일찍 사라진 주장이다. 또 인종이나 장애, 출신지역, 사상 등과 비교하여 성별이나 사회적 신분에 대해서 엄격심사를 하여야 한다는 논리는 납득하기 어렵다. 미연방대법원이 인종, 출신국가, 혈통 등에 대하여 엄격심사를 하는 이유는 그것이 개인이 자유로이 선택한 것도 아니고 변경할 수도 없는 특성에 기초한 차별이기 때문에 그러한 차별은 기본적으로 부당하다는 생각에 바탕한 것이다. 성의 경우에는 엄격심사를 하지 않고 중간심사를 하는 이유는 그것이 생래적 특성이긴 하나 인종의 경우와는 달리 남성과 여성의 차이가 정당한 차별적 처우의 근거가 될 수 있는 경우가 많이 있을 수 있음에 근거한 것이다.

특히 사회적 신분은 그 개념적 범주가 분명하지 않고 또 사회·경제정책과 연관된 사항들이 많으므로 이에 대해서 엄격심사를 주장하는 것은 문제가 있다고 생각된다. 그리고 이러한 기준에 의하면 성이나 사회적 신분에 의한 차별적 입법에 대해서 엄격심사를 하여야 하는데 이는 미연방대법원판례와는 상당히 다른 기준이 된다.

② 관련기본권의 제한정도에 따라 엄격심사 여부를 정하여야 한다는 논리도 문제가 있다고 생각한다. 이 기준은 앞에서 본 미국에서의 가치이론과 연관된 것으로 보이나 그 내용은 다르다. 즉 미연방대법

원의 경우 우월적 자유(preferred freedom)가 다른 권리보다 가치적 위계질서에 있어 상위에 있는 권리이기 때문에 이에 대한 차별적 입법에 대하여는 엄격한 심사를 하는 것에 비하여, 헌법재판소는 관련 기본권이 무엇인가는 문제삼지 아니하고 그 제한의 정도가 중대하면 중대할수록 기본권주체에게 중대한 의미를 가지므로 중대한 제한을 초래하느냐 여부에 따라 엄격심사 여부를 정하여야 한다고 하는 것이다.

이 점과 관련하여 “기본권의 제한 정도에 따라 비례의 원칙의 심사기준을 달리하는 것은 비례의 원칙이 내포하는 중요한 관점, 즉 ‘피해가 클수록 그에 상응하는 공익적 필요성이 커야한다.’는 명제에 부합한다. … 비례의 원칙을 엄격한 것과 완화된 것으로 나눌 경우, 그 적용대상이 되는 기본권제한은 그 제한의 강도에 따라 ‘중대한 제한’과 그렇지 않은 제한, 즉 여기서는 ‘일반적 제한’으로 나누어 볼 수 있을 것이다. … 그러한 중대한 제한의 경우 엄격한 비례성심사를 통과하여야만 그 제한은 헌법적으로 정당화되는 것이다.”고 하여 이러한 입장에 동조하는 의견이 있다.⁶⁶⁸⁾

그러나 ‘관련기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게’되느냐 여부는 매우 불명확한 기준으로서 심사기준의 선택 자체를 모호하게 할 위험이 있고 심사기준을 두는 의미를 퇴색시킬 우려가 있다. 말하자면 관련기본권에 대한 중대한 제한인가 여부는 심사를 해보아야 알 수 있고 또 엄격심사 여부에 따라 결론이 달라질 수 있는 사항인데 이를 엄격심사 여부의 기준으로 삼는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 또 이러한 주장의 논거로 ‘피해가 클수록 그에 상응하는 공익적 필요성도 커야 한다.’는 명제를 드는 것은 동명제가 비례의 원칙의 내용, 즉 법익의 균형을 나타내는 것으로 엄격심사를 할 것인가, 최소한

668) 이명웅, “비례의 원칙의 2단계심사론”, 헌법논총 제15집, 2004, 527 -528면.

합리성심사를 할 것인가의 문제와는 다른 측면의 문제이므로 적절치 않다고 생각한다.

뿐만 아니라 이 기준에 의하면 예컨대 양심을 이유로 차별적 처우를 하는 경우 그 차별의 정도가 중대하면 엄격심사를, 차별의 정도가 약하면 합리성심사를 하고, 경제적 자유와 관련한 차별에 있어서도 차별의 정도가 중대하면 엄격심사를 한다는 결과가 된다. 관련기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 경우 기본권의 본질적 내용에 가까이 가는 제한을 의미하므로 그 취지를 이해할 수 있지만 심사기준을 논의하는 취지를 생각하면 기본권제한의 정도보다는 기본권의 성격에 따라 심사기준을 정하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

③ 헌법재판소가 제시한 평등관련 입법에 관한 심사기준과 기본권 제한입법에 대한 심사기준이 서로 부합하지 않는 문제가 있다. 즉 헌법재판소는 현재 2002.10.31. 99헌바76등 결정에서 “법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위협이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 수 있다. 반면에 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 또는 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다.”⁶⁶⁹⁾고 한 것과는 기준이 일치하지 않는다. 이러한 기준에 의하면 예컨대 신

669) 판례집 14-2, 410 (433).

체의 자유의 경미한 제한과 관련된 차별입법은 최소한 합리성심사를, 신체의 자유의 경미한 제한입법은 엄격심사를 하는 결과를 낳는다. 그래서 양자를 연결시켜 “자유권의 의미가 개인의 핵심적 자유영역에 대하여 크면 클수록 자유권에 대한 보호는 더욱 강화되는 것과 마찬가지로 평등권의 경우에도 입법자가 차별을 통하여 자유권의 핵심적인 영역을 제한할수록 입법형성권은 축소되고 엄격한 심사가 정당화된다고 보는 것이 타당하다. 따라서 차별대우가 인간의 생존이나 핵심적인 자유행사의 기본적인 조건(예컨대 신체의 자유, 인격권, 사생활의 자유, 직업선택의 자유 등)을 제약할수록 입법자의 형성권이 제한되고 엄격한 심사가 정당화된다고 하겠다.”⁶⁷⁰⁾ 고 하는 견해가 있다.

④ 또한 평등관련 입법의 경우 비례심사를 엄격심사로 이해하고 완화된 심사의 경우 자의심사를 의미하는 것으로 보면서 기본권제한 입법의 경우 완화된 심사가 적용되는 사회·경제정책관련입법에 대하여도 비례의 원칙을 적용하는 것은 논리적으로 서로 맞지 않는 것이 아닌가 하는 의문이 있다. 예컨대 재산권관련입법에 대해서 비례의 원칙이 적용된다고 하는 것이 헌법재판소의 일관된 입장이다.⁶⁷¹⁾

이는 사회·경제 분야에 있어서의 차별적 입법에 대한 위헌심사와 사회·경제적 기본권에 대한 제한입법에 대한 위헌심사에 대해 다른 기준이 적용될 수 있는가 하는 문제와 관련된다. 기본권제한입법과 평등관련 입법에 대한 심사기준을 달리 보아야 한다는 견해도 있으나⁶⁷²⁾ 미국연방대법원판례에서 보듯이 이는 심사기준의 문제가 적용

670) 한수용, 전계논문, 95-96면.

671) 예컨대 헌재 1998.12.24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927 (948); 1999.4.29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289 (310).

672) 김현철, “미국연방대법원의 평등보호에 관한 판례와 위헌심사기준”, 헌법은

분야에서 다르게 발현된 것일 뿐 기본적으로 동일한 문제라 할 수 있다.⁶⁷³⁾ 미국의 경우 위헌심사의 대상이 되는 권리 중에는 적법절차만이 문제되는 것도 있고 평등보호조항만이 문제되는 것도 있으나 대부분의 권리는 적법절차조항과 평등보호조항이 동시에 또는 선택적으로 적용되는 것이 보통이다.⁶⁷⁴⁾ 다단계심사기준을 적용하는 근거로 제시되고 있는 가치이론이나 민주적 과정이론 등에 비추어 동일한 영역, 예컨대 재산권을 제한하는 입법과 재산권과 관련한 차별적 입법에 대하여 다른 기준을 적용하여야 할 이유를 찾을 수 없다. 그런 점에서 사회·경제에 대한 차별입법에 대해서는 자의심사를 하고, 재산권을 비롯한 사회·경제적 기본권제한입법에 대해서는 과잉금지 원칙을 적용한다면 논리적으로 맞지 않다 할 것이다.

⑤ 그나마도 이러한 헌법재판소의 심사기준은 적용과정에서 일관되게 적용되고 있지 않는 문제가 있다. 예컨대 헌재 2002.4.25. 98헌마425등(병합)에서는 준법서약제에 관한 이 사건규칙조항은 당해수형자의 양심의 자유 등 기본권을 침해하고 있지 않으므로 관련기본권에 대한 중대한 제한을 초래하는 것은 아니므로 완화된 합리성심사를 적용한다고 하면서 다시 차별취급의 비례성 여부를 판단하고 비례성이 유지되고 있음이 명백하므로 헌법상 평등원칙에 위배되지 않는다고 하고 있다.⁶⁷⁵⁾ 또한 앞에서 본 것처럼 기본권에 대한 중대한 제한을 엄격심사의 기준으로 제시하다가 다른 결정에서는 기본권에

총 제11집, 2000, 379-380면 참조.

673) 예컨대 양심에 의한 차별입법과 양심의 자유의 제한입법을 구별하여 심사기준을 달리하여야 할 이유가 없고 차별은 일반적으로 차별받는 집단의 기본권 제한을 함유한다고 할 수 있다.

674) Erwin Chemersky, *Constitutional Law -Principles and Policies-*, 2006, 792면 이하.

675) 판례집14-1, 351, 367 (369).

대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에도 엄격심사를 하여야 함을 인정하였다.

⑥ 양심의 자유와 관련한 차별문제, 그리고 정당가입이나 선거운동의 자유에 있어서의 차별문제에 대하여도 중대한 제한이 아니라는 이유로 자의심사를 하고 있는데 이것이 타당한지에 대해서 의문이 있다. 즉 앞에서 본 헌재 2002.4.25. 98헌마425등(병합)에서는 양심의 자유와 관련되나 양심의 자유를 침해하지 않으므로 이에 대한 중대한 제한을 초래하는 것은 아니어서 완화된 합리성심사를 적용한다고 하였다. 또한 정당가입이나 선거운동의 자유와 관련한 차별문제에 대하여 합리성심사를 한 경우도 있다. 예컨대 헌재 2004.3.25. 2001헌마710에서는 초중등교원의 정당가입 및 선거운동의 자유제한과 관련한 평등위배 여부를 심사하면서 엄격심사기준을 적용하고 있지 않았다. 또한 2005.9.29. 2004헌바52에서는 선거운동의 자유에 있어 차별을 둔 경우에 대해서 입법부의 명백한 재량권의 한계를 벗어난 자의적 입법이 아닌 한 평등원칙에 반하지 않는다고 하였다. 이처럼 정신적 자유나 선거운동, 정당가입 등 정치과정에 있어서의 기본권에 대한 차별문제에 대하여 자의심사를 하는 것은 미국연방대법원의 판례와는 상당히 다른 입장이고 심사기준의 기본적 문제가 민주주의와 헌법재판의 조화, 소수자의 보호, 헌법재판소와 국회의 관계에 관한 것이므로 이러한 입장은 의문이 있다.

⑦ 그 밖에 완화된 비례성심사기준의 경우 원칙적으로 비례성심사를 하여야 할 것이나 보다 완화된 기준을 적용하여야 한다고 하나 그 심사기준의 내용이 매우 불분명한 문제가 있다.

c) 이상과 같은 문제를 보면 헌법재판소가 심사기준에 관하여 보다 체계적이고 통일적인 기준을 확립할 필요가 있다고 생각한다.⁶⁷⁶⁾ 무엇보다 헌법재판소가 심사기준의 문제의 의미와 기능에 대한 정립된 의견을 가질 필요가 있다. 위헌심사기준의 문제는 기본적으로는 민주주의와 헌법재판의 조화, 헌법재판소의 적정한 역할, 헌법재판소와 국회, 정부의 기능배분과 관계 등과 관련되며 그런 관점에서 엄격심사, 합리성심사 여부의 기준을 정하여야 하지 않을까 생각한다.

그런 점에서 앞에서 본 것처럼 엄격심사 여부의 기본적 기준으로 민주적 과정이론에 바탕 하여 민주적 과정과 소수자인권문제로 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 선거권, 피선거권, 공무담임권, 언론·출판·집회·결사의 자유 등의 기본권과 관련하여 차별이 문제되는 경우 엄격심사기준이 적용되어야 할 것이다. 그 뿐 아니라 다수지배에 맡겨놓을 수 없는 문제, 예컨대 인간의 생명이나 정체성, 소수자의 인권, 예컨대 양심의 자유, 종교의 자유, 학문의 자유 등과 관련한 차별문제 등은 헌법재판소가 엄격심사를 통해 판단하여야 하는 문제가 아닌가 생각한다. 그러나 사회·경제적 문제같은 경우는 당시의 국민 의사를 대표하는 국회나 정부의 판단을 존중하여 합리성심사를 하는 것이 타당할 것이다.

또한 차별사유 자체가 합리성이 의심스러운 경우, 예컨대 인종이나 종교, 출신지역 등에 따른 차별과 같은 경우에는 엄격심사를 하여야 할 것이다.

676) 우리헌법재판소의 심사기준에 관해서는 정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰”, 공법연구 제30집 제1호, 2001, 223면 이하.

2. 자유권

(1) 정신적 자유 - 명백·현존하는 위협의 원칙

1) 서론

미국 헌법에서 권리장전(Bill of Rights)의 첫 조항인 미국 수정헌법 제1조에는 표현의 자유, 종교의 자유를 위시한 여러 중요한 기본권들이 규정되어 있다. 실제로 미국 로스쿨들에서는 ‘수정헌법 제1조 (First Amendment)’라는 과목이 헌법과목으로서 한 학기 동안 강의되는 독립과목을 이룬다. 그만큼 미국 헌법학에서는 수정헌법 제1조의 표현의 자유 등을 중시한다는 방증이다. 이 표현의 자유와 함께 곧 잘 이야기되는 것으로 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이 있다.

표현의 자유의 한계 내지는 표현의 자유를 제한하는 법률의 합헌성 판단기준이 되는 것이 바로 이 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이다. 이 원칙을 어떻게 이해하고 활용하느냐 하는 것은 표현의 자유 보장 확대와 관련해 대단히 중요하다. 왜냐하면, ‘명백·현존하는 위협의 원칙’을 표현의 자유의 ‘한계’로서의 의미에 무게를 두고 이해하면, 이 원칙은 표현의 자유 제한을 정당화하는 이론이 되어 표현의 자유 보장이 좁아지게 되고, 반대로 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’을 표현의 자유를 제한하는 법률의 ‘엄격한’ 합헌성심사기준으로서 이해하게 되면, 이 원칙은 명백하고 현존하는 위협을 발생시키지 않는 한 모든 표현은 자유롭게 개진될 수 있다는 의미로 이해되어 표현의 자유 보장이 넓어지게 되기 때문이다. 적어도 미국 연방대법원에 의해서는 비록 간헐적인 후퇴기나 왜곡기도 있었지만 대체적으로 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이 후자의 의미로 이해되고 활용되면서 표현의 자

유 보장을 확대해주는 이정표로서 기능했다.

이런 의미에서, ‘명백·현존하는 위협의 원칙’의 의미와 내용 및 그 바람직한 적용에 대해 연구하고 그것을 우리에게 맞는 표현 규제 입법의 합헌성 심사기준으로 소화해내는 것은 자못 뜻깊은 일이라 할 수 있다. 이에, 본 연구는 미국 수정헌법 제1조상의 표현의 자유 제한과 관련해 미국 연방대법원을 중심으로 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’이 어떻게 탄생, 발전, 적용되어 왔는지를 살펴보고 그것이 국내에는 어떻게 도입·적용되고 있는지, 적용상의 문제점은 없는지를 탐구해보고자 한다. 그래서 이 땅에서 표현의 자유의 ‘제한’보다는 ‘보장 확대’가 뿌리를 내려 표현의 자유가 ‘자유민주국가 기본권의 꽃’으로서의 제 역할을 다 할 수 있는 방안을 모색해보고자 한다.

2) 수정헌법 제1조상의 표현의 자유와 내용 규제

가) 수정헌법 제1조와 표현의 자유

미국 수정헌법 제1조는 “연방의회는 국교를 정하거나 또는 자유로운 신교행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한, 언론, 출판의 자유나 국민이 평화로이 집회할 수 있는 권리 및 불만사항의 구제를 위하여 정부에게 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다”고 규정하고 있다.

1987년에 제정된 미합중국 헌법은 통치구조에 관한 규정만 두고 있을 뿐 기본권에 관한 본격적인 규정을 갖고 있지 못했다. 이에 기본권 규정이 없는 헌법이 어디 있느냐는 비판이 州權派(Republican)들을 중심으로 강력히 제기되었고 이에 10개의 기본권 규정들이 한꺼번에 1789년 9월 25일에 발의되고 1791년 12월 15일에 비준되어 미국 연방헌법에 들어가게 되었다. 이들 10개의 기본권 조항들을 따로

‘권리장전(Bill of Rights)’이라 부른다. 수정헌법 제1조는 이 권리장전의 첫 조항이다. 우선 조문의 위치상 큰 중요성을 가진다. 특히, 그것이 종교의 자유와 함께 언론, 출판, 집회의 자유와 같은 표현의 자유, 청원권을 규정하고 있다는 데에서 내용상으로도 큰 중요성을 띤다. 그 중에서도 언론, 출판, 집회의 자유와 같은 표현의 자유는 미국 수정헌법 제1조의 가장 핵심적인 기본권이다.

그러나, 이 권리장전조항들은 연방정부를 그 규율대상으로 할 뿐, 州에 대해 직접 주장될 수는 없다는 한계를 안고 있었다. 수정헌법 제1조가 연방정부기관의 하나인 “연방의회(Congress)”가 언론의 자유 등을 침해하는 연방법을 만들 수 없다고 규정하고 있고 그 외의 권리장전조항들에도 “州(State)”라는 단어는 등장하지 않음으로써, 권리장전조항들의 규율 대상자 내지 주장 대상자는 “州”가 아니라 “연방정부”에 한정되어 있었기 때문이다.⁶⁷⁷⁾ 이러한 문제를 해결해 준 것이 바로 수정헌법 제14조의 적법절차조항이다. 同 條項은 “어떤 州도(No State)” 적법절차에 의하지 않고 주민의 생명, 자유, 재산을 박탈하지 못한다고 규정함으로써 “州”를 그 규율대상자로 명시해 놓고 있으며, 이 조항의 “자유(liberty)” 속에 권리장전상의 기본권들을 편입(incorporation)시킴으로써, 이 조항을 통해 권리장전상의 기본권들이 “州”에 대해서도 주장될 수 있게 된 것이다. 즉, 수정헌법 제14조의 적법절차조항이 수정헌법 제1조에서 제10조 즉, 권리장전상의 기본권을 州에게도 주장할 수 있게 하는 “편입조항”의 구실을 하게 된 것이다. 수정헌법 제14조상의 적법절차조항은 “연방주의(federal system)”를 채택하고 있는 미국헌법 하에서 기본권 조항들의 적용이

677) 수정헌법 제14조 적법절차조항의 편입조항으로서의 기능에 관해 자세히는 John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, Constitutional Law (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000) 368-70쪽 참조.

연방정부를 넘어 州로 확대되어 나가는 통로로서의 구실을 훌륭히 해내고 있다. 수정헌법 제1조상의 표현의 자유도 수정헌법 제14조의 적법절차조항을 통해 연방정부 뿐만 아니라 “州”에 대해서도 적용될 수 있는 권리가 된 것이다.⁶⁷⁸⁾

나) 표현의 자유의 보장 근거

이러한 표현의 자유 보장의 근거와 관련해서는 다음과 같은 이론들이 주로 개진되었다.⁶⁷⁹⁾

첫째, 사상의 자유시장이론(Market Place of Ideas)이다. 수정헌법 제1조는 정부가 사상의 자연스러운 투쟁과정 속에서 어느 쪽을 편드는 것을 금하고 있다는 원칙에 근거를 두고 있다. 정부가 사상의 자유시장에 개입해 표현을 제한하지 않는다면 자유롭고 완전한 표현간의 각축의 場에서 최고의 사상이 승리를 거두고 덜 가치로운 사상은 패퇴된다고 본다. 1919년의 *Abrams v. United States* 판결에서 언급되었듯이, “진리 발견을 위한 최상의 방법은 사상의 자유시장 속에서의 경쟁을 통해 어떤 사상이 최상의 사상으로 받아들여지게 하는 것이다.”⁶⁸⁰⁾ 이것은 미국 연방대법원에 의해 오래 동안 받아들여졌던 이론이다.

둘째, 시민참여모델이론(The Citizen Participant Model)이다. 유명한 명예훼손 관련 판결인 *New York Times v. Sullivan* 판결에서⁶⁸¹⁾ 연방대법원은 수정헌법 제1조의 중심적 의미가 공적 이슈와 공적 인물에 대한 활발하고 강건한 토론을 독려하는 것이라고 보았다. 그러

678) 예를 들어, 뒤에 상술되는 *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925) 참조.

679) 사상의 자유시장이론, 시민참여모델이론, 개인적 자유모델이론에 관해 자세히는 John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, 앞의 책, 1060-62쪽 참조.

680) *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919), 630쪽

681) *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964)

한 토론이 사람들을 정치적 과정에 적극적으로 참여케 함으로써 민주적 지배의 핵심을 이루게 된다.

셋째, 개인적 자유 모델이론(The Individual Liberty Model)이다. 표현의 자유는 사회적 목표뿐만이 아니라 개인적 가치의 실현에도 이바지한다. 개인적 자유는 “목적이기도 하고 수단이기도 한”⁶⁸²⁾ 가치로운 것이다. 표현의 자유는 개인적 자율성을 장려하고 자기 결정을 촉진한다.

즉, 어느 이론에 의하건 표현의 자유는 자유민주사회에서 자율적인 개인의 자아실현을 위해 가장 중요하게 취급되고 두텁게 보장되어야 될 기본권임에는 틀림이 없는 것이다. 이것이 미국 권리장전 제1조에 표현의 자유가 위치하고 있는 이유이기도 하다. 특히, 이러한 표현의 자유 보장 근거에 비추어 봤을 때, 정치적 의사에 관한 표명인 정치적 표현은 더더욱 두터운 보호를 받을 필요가 있게 된다.

다) 표현의 자유의 적용 방법

수정헌법 제1조를 문면 그대로 읽으면 표현을 규제하는 모든 법률의 제정이 절대적으로 금지되는 것처럼 읽힐 수 있다. 그러나 곧 자세히 보게 될 Schenck v. United States판결에서 Holmes대법관이 말했듯이 “언론의 자유의 가장 강력한 보장도 극장 안에서 잘못해 ‘불이야’하고 소리친 사람을 보호하지는 않는다.”⁶⁸³⁾ 미국 연방대법원은 표현의 자유와 다른 정당한 공익 간의 조화를 위해 다양한 적용 방법들을 채택해왔다.

우선, 수정헌법 제1조에 의해 보호받지 못하는 표현들을 분류했다. 싸움을 거는 말(fighting words), 음란(obscenity), 명예훼손

682) Whitney v. California 274 U.S. 357 (1927), 375쪽

683) Schenck v. United States 249 U.S. 47 (1919), 52쪽

(defamation) 등이 그것이다. 또한, ‘상업적 표현(commercial speech)’ 처럼 수정헌법 제1조에 의한 완전한 보호대상은 아니고 부분적 보호의 대상인 표현도 존재한다고 보았다.

연방대법원은 정부가 표현의 내용을 규제하려드는 경우에는 정부 규제의 정당화에 무거운 부담을 지우는 엄격심사의 기준을 적용해오고 있다. 그리고 이런 ‘내용 규제’의 경우 명백·현존하는 위협의 원칙이 표현 규제 입법의 합헌성 심사기준으로 등장하고 사용되게 된 것이다. 그런 표현 규제 입법에는 통상적인 합헌성 추정의 원칙이 적용되지 않는다. 오히려, 그 법률은 위헌의 추정을 받는다.

표현의 자유의 적용문제는 어떻게 보면, 표현의 자유를 보장할 때 얻어지는 개인의 이익과 표현의 자유 제한으로 얻어지는 정부의 이익간의 비교형량으로 정해지는 것이라 볼 수 있다. 이 때, 명백·현존하는 위협의 원칙이나 엄격심사는 정부 측에 가혹한, 이익형량의 가장 엄중한(stringent) 형태라 할 수 있다.

라) 내용 규제 v. 내용 중립적 규제

표현행위에 대한 규제는 표현행위의 내용에 근거한 ‘내용 규제(content-based regulation)’와 표현행위가 행해지는 시간, 장소, 방식 등 내용 외적인 것에 대한 규제인 ‘내용 중립적 규제(content-neutral regulation)’으로 나누어 볼 수 있다.

우선, ‘내용 규제’의 경우를 보자. 정부가 표현의 내용 때문에 표현을 규제할 때, 즉, 무슨 말을 했느냐는 것 때문에 표현을 규제할 때, 그 법은 위헌의 추정을 받는다.⁶⁸⁴⁾ 관점에 근거해 차별한다거나 그

684) 예를 들어, *Police Department of the City of Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92, 92 S.Ct. 2286 (1972)에서 연방대법원은 학교 주변에서의 피케팅 시위는 금지하고 노동 피케팅 시위는 인정한 법은 ‘내용 규제’로 보아 위헌이라 반시

주제 내용에 근거해 표현을 분류화한다면 그 법은 ‘내용 규제’의 법률이다. 주제 내용에 근거한 차별은 위헌의 추정을 받는다. 왜냐하면 정부가 공적 논의를 왜곡하거나 특정한 메시지를 선호할 우려 때문이다. 어떤 법이 규정의 문면상 표현의 내용에 근거해 차별을 할 때 뿐만이 아니라, “심지어 법 규정의 문면상으로는 중립적인 규제라 할 지라도 그 법의 명백한 입법목적이 어떤 표현이 전달하는 메시지 때문에 그 표현을 규제하려는 것이라면”⁶⁸⁵⁾ 그것도 ‘내용 규제’이다. 미국 연방대법원은 특정한 표현, 표현자, 사상에 대한 정부의 차별을 막기 위해 평등조항도 사용해오고 있다.⁶⁸⁶⁾ 이러한 ‘내용 규제’에 대해 법원은 “내용을 이유로 어떤 표현을 억압하거나, 그것에 불이익을 주거나, 다른 부담을 부과시키는 것이므로 그러한 규제에는 가장 엄밀한 엄격심사를 적용”한다.⁶⁸⁷⁾ 따라서, 정부는 그 법이 저가치 혹은 무가치한 표현의 영역을 규제함을 증명하거나 혹은 그 법에 ‘내용 규제’를 통해 다른 취급을 하는 것이 “긴절한 정부의 이익을 이루기 위해 필요하고 그 목적을 이루기 위해 표현의 자유를 필요최소한으로 제한하면서 아주 좁고 세밀하게 만들어진 규제입법”임을⁶⁸⁸⁾ 입증해야 한다.

다음으로, ‘내용 중립적 규제’를 보자. 어떤 법이 규제된 표현의 내용에 상관없이 정당화될 때, 그 법은 ‘내용 중립적’이다. 예를 들어, 성인영화관의 위치를 규제하는 법은 ‘내용 중립적’이다. 왜냐하면 그 법의 규제는 성인영화관의 부수적 효과에 관한 것이지 성인영화관에

했다.

685) Turner Broadcasting Systems, Inc. v. F.C.C. 512 U.S. 622 (1994), 645쪽.

686) 예를 들어, Police Department of the City of Chicago v. Mosley 408 U.S. 92, 92 S.Ct. 2286 (1972) 참조.

687) Turner Broadcasting Systems, Inc. v. F.C.C. 512 U.S. 622 (1994), 642쪽.

688) Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board 502 U.S. 105 (1991) 106쪽.

서 상영되는 영화의 내용에 관한 것이 아니기 때문이다.⁶⁸⁹⁾ 표현의 내용과 무관한 정부의 규제는 더 낮은 수준의 위헌심사, 즉 덜 엄격한 합헌성심사를 받는다. 그런 법은 보통 “공적 토론에서 나타나는 어떤 의견이나 관점을 삭제할 실질적인 위협이 덜하다.”⁶⁹⁰⁾ 대법원은 보통 ‘내용 중립적 규제’인 시간, 장소, 방식 규제에 덜 엄격한 이익형량분석을 적용한다. 예를 들어 대법원은 내용 중립적인 법이 합헌이기 위해서는 “중대한 정부 이익에 봉사하기 위해 세밀하게 만들어졌고 의사소통의 충분한 대안적 채널들이 있으면”⁶⁹¹⁾ 된다고 보았다. 만약 표현 규제라는 수단이 직접적이고 효과적인 것이라면 정부가 가장 표현의 자유 제한의 정도가 경미한 수단을 사용할 것도 요구되지 않는다. 즉, 정부의 규제는 중대한 정부 이익의 촉진을 위한 것이라면 충분히 정당화된다. “만약 정부의 이익이 언론의 자유 억압과 무관하고, 표현의 자유에 대한 우발적이고 부수적인 제한이 중대한 정부 이익의 촉진보다 중하지 않다면”⁶⁹²⁾ 그러한 ‘내용 중립적 규제’는 합헌이다. 명백·현존하는 위협의 원칙은 엄격심사와 함께 바로 ‘내용 중립적 규제’ 입법이 아니라 ‘내용 규제’ 입법의 합헌성심사에 사용되는 심사기준이다.

3) 명백·현존하는 위협의 원칙과 관련된 미국 연방대법원의 주요 판결들

가) Schenck v. United States⁶⁹³⁾ - 명백·현존하는 위협의 원칙의 탄생

689) City of Renton v. Playtime Theatres 475 U.S. 41 (1986).

690) Turner Broadcasting Systems, Inc. v. F.C.C. 512 U.S. 622 (1994) 642쪽.

691) Perry Education Association v. Perry Local Educator’s Association 460 U.S. 37 (1983) 45쪽.

692) O’Brien v. United States 391 U.S. 367 (1968) 377쪽.

693) Schenck v. United States 249 U.S. 47(1919).

위법한 행위의 선동 발언도 표현의 자유에 의한 보호를 받을 수 있는 것인가? 이 물음에 대한 한 답이 되어줄 수 있는 명백·현존하는 위협의 원칙이 제1차 세계대전 중의 판결들에서 탄생하게 된다.

a) 사실관계

1919년의 방첩법(Espionage Act)은 고의로 미 육해군에서 불복종, 불충성, 의무이행 거부를 선동하거나 선동하려 하는 행위와 고의로 징병을 방해하는 행위를 처벌토록 규정하고 있었다. 제1차 세계대전 중에 Schenck는 우편으로 징집대상자 2명에게 전단을 보냈다. 그 전단에는 징집법이 위헌이라 쓰여 있었다. 전단은 징병법이 월스트리트의 선택받은 소수의 이익 때문에 인간성에 대항하는 거악이며, 징병반대에 대한 비판은 교활한 정치인들과 돈이라면 무슨 짓이라도 하는 탐욕적인 자본주의 언론사들이 만들어낸 합작품이라고 주장했다. 전단지는 “협박에 굴복치 말라”고 주장했지만, 징병법 폐지 청원과 같은 평화적인 방법만을 충고했다. Schenck는 방첩법을 위반했기 때문이 아니라 이에 위반되는 행위를 하려고 예비·음모했다는 이유로 기소 당했다. Schenck는 전단지가 피징병자들의 징병을 방해하는데 영향을 끼치려는 목적 이외의 다른 목적을 가지지는 않는다는 배심원들의 주장에 대해 이를 부인하지는 않았다.

b) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Holmes대법관에 의해 집필된 만장일치의 판결문은 표현의 자유를 누릴 수 있느냐 여부는 그 표현이 행해진 상황에 의해 영향을 받는다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

모든 행위의 성격은 그것이 행해진 상황이 무엇이냐에 크게 의존

한다. 극장 안에서 갑자기 “불이야”라고 잘못 소리쳐 극장 안을 온통 혼란의 도가니로 만드는 것 까지 표현의 자유가 보호하는 것은 아니다. 중요한 것은 그 표현이 어떤 상황 하에서 행해져서 연방의회가 방지할 권한을 가지는 실질적 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위협을 발생시킬 성격을 갖느냐이다. 그것은 ‘근접성과 정도’의 문제이다. 평화 시에는 괜찮을 표현도 전쟁 중에 행해지면 전쟁 노력에 큰 방해가 되어 허용되지 않을 수 있다. Schenck가 보낸 전단지에는 전시에 행해진 표현으로서 명백하고 현존하는 위협을 발생시킨다. 하급심의 유죄결정을 인용한다.

c) 이 판결이 가지는 의미

헌법에 의해 보호받는 표현의 범위에 대해 미국 연방대법원이 내린 최초의 판결들은 이 Schenck판결처럼 제1차 세계대전 중의 징병이나 전쟁 자체에 대한 반대 선동에 관한 것이었다. Schenck판결은 표현을 규제하는 입법의 합헌성 심사기준인 ‘명백·현존하는 위협의 원칙’을 최초로 선언하고 적용했다. Schenck판결에서 Holmes대법관은 표현행위에 대한 완벽한 면책에는 반대했지만, ‘악행을 낳을 표현의 경향성만 있다면 아무리 해악 발생과의 근접성이 없다 하더라도 그 표현행위 규제입법은 정당하다는 기준,’ 즉, 훨씬 더 제약적이고 훨씬 더 광범위한 표현행위의 규제를 담은 대안적 심사기준에도 반대했다. 같은 1919년의 Frohwerk v. United States판결과⁶⁹⁴⁾ Debs v. United States판결에서도⁶⁹⁵⁾ 방첩법이 수정헌법 제1조에 위배되지 않는다고 판시되었다.

694) Frohwerk v. United States 249 U.S. 204 (1919).

695) Debs v. United States 249 U.S. 211 (1919).

나) *Gitlow v. New York*⁶⁹⁶⁾ - ‘위험경향의 원칙’ 으로 후퇴

앞의 *Schenck*판결 등은 특정 표현행위를 금지하는 법률을 위반했는지 여부를 다룬 것들이지만, 그 후에는 법률 자체가 일정한 표현을 위험하다고 판단해 직접 금지한 경우에도 명백·현존하는 위험의 원칙이 적용될 수 있는지가 다루어졌다. 그 첫 번째 사건이 바로 이 *Gitlow*사건이다.

a) 사실관계

*Gitlow*는 노동자들에게 파업을 선동하고 정부를 전복해 혁명적 무정부상태를 만들어야 한다는 내용의 ‘사회주의자 선언서’(socialist manifesto)를 출판했다. 그는 뉴욕주의 ‘무정부주의자 처벌법(criminal anarchy statute)’ 위반으로 유죄판결을 받았는데, 동법은 뉴욕주 주의회가 보기에 실질적 해악의 위험을 초래할 개연성이 있는 특정한 성격의 표현들을 금하는 것을 내용으로 하고 있었다. 문제된 법 조항은 위력, 폭력 및 불법한 수단으로 정부를 전복하는 것을 옹호하는 말도 금지하고 있었다. ‘사회주의자 선언서’를 읽고 정부 전복 등의 실질적 해악으로 나아간 사람이 있다는 증거는 없었다. *Gitlow*가 하급심의 유죄결정에 대해 연방대법원에 상고했다.

b) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Sanford 대법관이 집필한 다수의견은, 州議會가 실질적 해악의 위험을 발생시킬 개연성이 있는 표현을 州法으로 직접 금지할 수 있다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

696) *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925).

미국 연방대법원은 앞서 수정헌법 제1조 관련 사건들에 있어서 주된 쟁점은 문제된 표현이 실질적 해악을 초래할 “명백하고 현존하는 위험”을 가지고 있느냐에 있다고 보았다. 그러나 뉴욕주 州法에 의해 구체적으로 성격 규정이 된 어떤 표현 속에 “명백하고 현존하는 위험”이 존재하는지는 뉴욕주의회가 결정해야 한다. Gitlow의 표현은 이러한 금지되는 표현의 범주 내에 든다. 주의회에 의한 결정이 이미 내려져 어떤 표현을 금지하고 처벌하는 것으로 州法이 정했다면, 州法에 의해 금지된 표현이 법원의 관점에서는 “명백하고 현존하는 위험”을 띠고 있지 않다고 해봤자 별 의미가 없다. 즉, 의회가 이미 일정한 유형의 표현은 실질적인 해악을 발생시킨다고 결정했으므로 법원은 그 판단을 존중해야 하고 의회가 법 규정을 통해 이렇듯 표현의 위험성을 판단해버린 경우에는 명백·현존하는 위험의 원칙이 적용되지 않는다. 정말 중요한 것은 그 법 조항 자체가 위헌이나 하는 것이다. 문제된 뉴욕주 州法의 조항은 위헌이 아니다. 州는 실질적 해악 발생의 위험을 초래할 개연성이 있는 표현을 금지할 수 있다.

c) 반대의견

Holmes 대법관에 의해 쓰여진 반대의견은 문제된 뉴욕주법 조항을 위헌으로 보았다. 다음은 그 추론요지이다.

표현의 자유는 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해 보호받는 “자유(liberty)”의 하나이다. 따라서 표현에 대한 유죄결정에 적용될 심사기준은 이미 Schenck v. United State(1919)판결에서⁶⁹⁷⁾ 개진된 대로 실질적 해악 발생의 ‘명백하고 현존하는 위험’이 있느냐가 되어야 한다. 본 사건에서처럼 ‘사회주의자 선언서’의 출판이 해악을 발생

697) Schenck v. United State 249 U.S. 47 (1919).

시킬 수 있는지에 대해 큰 의구심이 든다면, 그 출판은 아마도 금지된 결과를 발생시키는 것과는 너무 동떨어진 것이며 그에 대한 규제는 쓸데없는 것이 된다. 즉, 명백·현존하는 위협의 원칙을 적용해야 한다는 전제 하에서 정부 전복의 현존하는 위협은 없다.

d) 이 판결이 가지는 의미

Holmes 대법관이 Schenck v. United State 판결(1919)에서 ‘명백하고 현존하는 위협’의 심사기준을 상술한 바 있다. 그 심사기준이 본 판결에서는 ‘위험경향 심사(Bad Tendency Test)’ 원칙으로 대체되었다. 그러나 이 Gitlow 판결은 그 후 포기되었으며, 현재 미국 연방대법원의 결정들은 위법한 행위를 선동할 개연성에 다시 초점을 맞추고 있으며 州議會가 州法으로 어떤 표현이 그러한 개연성을 만들 수 있는지를 결정하지 못하게 하고 있다.

다) Whitney v. California⁶⁹⁸⁾ - ‘급박성’의 요건 추가

a) 사실관계

1919년에 Whitney 양은 사회당 전당대회에 참석했다. 그 전당대회가 각 계파의 회합으로 나누어졌을 때, Whitney는 급진파 쪽으로 가서 공산노동당(Communist Labor Party)을 만드는 것을 도왔다. 그 해 말에, Whitney는 공산노동당의 캘리포니아주 支部를 조직하기 위한 또 다른 전당대회에 참석했다. 거기서 Whitney는 정치적 행동을 할 것을 승인하는 결의안을 지지했고 노동자들에게 모든 선거에서 공산노동당 공천 후보에게 투표할 것을 촉구했다. 이 결의안은 부결

698) Whitney v. California 274 U.S. 357 (1927).

되었으며 더 극단적인 정치 행동이 채택되었고 Whitney는 그 결의안에는 반대했다. 캘리포니아주 州法인 ‘캘리포니아 과격단체운동 처벌법(California Criminal Syndicalism Act)’은 산업 소유권 변화나 정치적 변화에 영향을 주려는 수단으로서 위법한 폭력행위를 옹호하는 단체를 결성하는 것을 법으로 금하고 있었다. Whitney는 이 법 위반으로 기소되어 재판을 받던 중, 공산노동당이 과격 테러조직이 되도록 할 의도는 전혀 없었다고 주장했다. 계속해서 그녀는 그녀가 폭력적인 정치변혁정책에서 공산노동당을 도울 의도가 전혀 없었기 때문에 그녀가 단지 공산노동당 전당대회에 참석했다는 사실만으로 그것이 범죄가 될 수는 없다고 주장했다. 따라서 그 법은 적법절차에 의하지 않고 그녀의 자유를, 즉, 언론·출판·집회·결사의 자유를 빼앗은 것이라고 Whitney는 주장했다.

b) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Sanford 대법관에 의해 집필된 다수의견은, 목적 달성에 영향을 주기 위해 불법한 수단의 사용을 옹호하는 조직에 고의적으로 그 구성원이 되는 것을 처벌하는 州法은 헌법에 의해 보장된 적법절차의 원칙과 언론·출판·집회·결사의 자유를 침해하지 않는다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

헌법에 의해 보장된 표현의 자유도 아무런 책임 없이 말할 절대적 권리를 부여하고 있는 것은 아니다. 어떤 표현이 범죄를 선동하거나 평화를 교란하거나 폭력을 통한 정부 전복을 꾀하는 경향을 보일 때 처럼 공공복리에 적대적인 표현인 경우에는, 州는 이를 州에게 부여된 경찰권 행사의 일환으로서 표현의 자유 남용으로 처벌할 수 있다. 본 사건에서 ‘캘리포니아 과격단체운동 처벌법’(California Criminal Syndicalism Act)은 州의 公的 평화와 안정을 위협하는 범죄들을 옹

호하는 조직을 돕거나 고의적으로 그 조직의 구성원이 되는 것이 州의 경찰권 행사에 의해 처벌될 수 있는 것이라 선언하고 있다. 그 처벌행위의 핵심은 불법적 수단의 옹호와 사용을 통해 원하는 목적들을 달성하기 위해 다른 사람들과 결합함에 있다. 이것은 그 성질에 있어 형법상 예비·음모의 단계에 해당하는 것이며 개인의 개별적 행위들보다 公的 안정에 훨씬 더 큰 위협을 수반한다. Whitney양은 본 사건에서 그녀에게 적용된 ‘캘리포니아 과격단체운동 처벌법’(California Criminal Syndicalism Act)이 위헌이라 주장하지만, 그러한 주장은 대법원이 일심법원에서 끝난 사실판단에 관한 평결을 다시 하라는 것이 되므로 본 법원은 이를 받아들일 수 없다.

c) 동조의견 - 사실상의 반대의견

Brandeis대법관에 의해 집필된 동조의견은 문제된 법 조항이 위헌이 아니라는 점에서는 다수의견과 의견을 같이 했지만, 그렇게 본 근거는 다수의견과 달랐다. 이 Brandeis대법관의 동조의견은 그 후의 연방대법원 판결들에 다수의견보다 더 큰 영향을 준 유명한 동조의견이다. 다음은 그 추론요지이다.

Whitney는 여기서 공공의 안전을 멀리서 위협하기만 하는 행위를 준비하던 단계에서 처벌을 받고 있다. ‘캘리포니아 과격단체운동 처벌법’(California Criminal Syndicalism Act)은 과격한 단체운동을 실행에 옮기는 것이 아니라 단지 說諭하는 사람들을 처벌함을 목적으로 한다. 수정헌법 제14조의 적법절차조항에 의해 보장되고 州에 대해 구속력을 가지게 되는 언론·출판·집회·결사의 자유도 州에 대해 정치적, 도덕적, 경제적 危害를 가할 위협이 있는 표현행위들에서는 제한될 수 있다. 그러나 표현이 州에 실질적 해악의 명백하고 급박한 위협을 초래하지 않는다면 그러한 제한은 존재하지 않는다. 연방대법원은 아직 언제 위협이 ‘명백한’ 것이 되는지 결정 기준을 세

우지 않았다. 그러나 예견되는 해악이 아주 급박한 것이어서 그 해악에 관한 논의 기회를 가지기 전에 해악이 발생할 정도가 아니라면 그러한 표현행위로부터 초래될 위험이 명백하고 현존하는 위험일 수는 없다. 그러나 이러한 표현이 州에 중대한 위해를 끼칠 가능성이 있음은 틀림없다. ‘캘리포니아 과격단체운동 처벌법’(California Criminal Syndicalism Act)의 위헌 주장을 본 법원이 심리함에 있어, 언론·출판·집회·결사의 기본적 권리들이 침해당했다고 주장될 때마다, 피고는 명백·현존하는 위험이 그의 행위에 의해 급박한 것이 되었느냐 하는 쟁점에 대해 의견을 개진하도록 허락받아야 한다. 여기서, 미래의 어느 시점에서 야기될 집단행동에 의한 혁명을 지금 이 시점에서 단순히 옹호하는 것은 수정헌법 제14조의 보호범위 내에 있다. 그러나 형법이 금지하고 있는 예비·음모행위에 대한 증거가 있고 그것이 헌법상의 권리를 박탈당했다는 입증이 없는 한 형사 일심재판에서 확정된 사실관계를 본 법원이 다시 심리할 수는 없기 때문에 우리에게 이 사건 사실관계를 다시 심사할 권한이 없다.

d) 이 판결이 가지는 의미

본 판결은 Schenck판결의 ‘명백·현존하는 위험’의 심사기준에 그 위험이 ‘급박한(imminent)’ 것이어야 한다는 요건을 추가했다는 점에서 중요하다. 이런 점에서 본 판결에서 Brandeis 대법관의 동조의견은 일종의 반대의견으로 평가되어질 수도 있다. 주정부에 대항하는 위협적 행위를 ‘단순히 옹호’(mere advocacy)하는 표현을 했다는 이유만으로 이들을 처벌할 수 있다는 다수의견에 Brandeis대법관이 추가한 ‘급박성’의 요건은 중요한 의미를 갖는다. 그래서 ‘단순한 옹호 기준’(mere advocacy test)은 그 후 살아남지 못했다. 오늘날, 과격단체운동을 계속 처벌하는 Smith Act에서도 ‘단순 옹호’에 그친 표현을

처벌하지는 않는다. 처벌이 가해지려면 강력한 정부 전복 행위를 촉구하는 것이 필요하다. 따라서 ‘행위 촉구’(urging action)는 본 판결에서 Brandeis대법관이 개진한 ‘명백하고 현존하는 급박한 위험’(clear and present imminent danger) 심사의 한 현대적 형태이다.

라) Dennis v. United States⁶⁹⁹) - 명백하고 있을 수 있는 위험의 원칙

제2차 세계대전이 일어난 이후에는 공산주의의 발호가 세계적으로 큰 위협이 되었다. 이에 미국 연방의회는 1940년에 New York주의 ‘무정부주의자 처벌법(criminal anarchy statute)’과 비슷한 내용의 Smith법을 제정했다. 이 법 적용과 관련한 최초의 사건이 이 사건이다.

a) 사실관계

Smith법은 위력이나 폭력으로 정부를 전복하도록 가르치거나 이를 옹호하는 행위, 혹은 그것을 위해 사람들을 조직하는 것을 불법으로 규정했다. 또한 앞에서 말한 행위의 모의도 금지했다. Dennis와 공산당 간부들이 정부를 무력으로 전복하고자 모의했다는 이유로 유죄판결을 받았다. 공산당은 규율이 잘 되고 전략적 위치로 침투를 잘하며 별명과 重意法을 잘 쓴다는 점이 여러 증거들에 의해 입증되었다. 공산당은 엄격히 통제되었으며 당원간의 불화를 일체 용인하지 않았다. 공산당의 당헌, 강령, 성명서 등은 무력과 폭력에 의한 성공적인 정부 전복을 옹호했다.

699) Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951).

b) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

Vinson 대법원장에 의해 집필된 4인의 다수의견은, 무력이나 폭력에 의한 정부 전복 옹호와 그 모의를 처벌하는 Smith법이 공산당 간부들에게 적용되는 것이 수정헌법 제1조에 위배되지 않는다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

수정헌법 제1조상의 권리를 제한하는 법률의 합헌성 심사에 있어서 그 심사기준은 다음과 같다. 즉, 표현행위가 비인쇄매체 상에 비언어적으로 이루어졌다면 법 위반의 증거로서의 언론이나 출판에 근거한 유죄결정은 그 언론이나 출판이 금지된 범죄행위를 모의하거나 완수함에 있어 명백·현존하는 위협을 발생시킬 때에만 내려질 수 있다. 이 사건에서 Smith법은 무력이나 폭력에 의한 전복으로부터 정부를 보호하려 하고 있다. 확실히 이것은 정부가 언론을 제한하는 충분한 이유가 될 수 있다. 이제는 명백·현존하는 위협이 존재하느냐가 결정되어야만 한다. 정부 전복 기도의 성공이나 성공가능성은 그 정부 전복 기도가 명백·현존하는 위협을 구성하는지를 판단하는 기준이 될 수 없다. 문제는 표현행위로 발생될 해악의 중대성이 - 비록 발생될 것 같지 않아 그 중대성이 깎이기도 하지만 - 해악 발생의 위험 회피를 위해 필요한 언론의 자유 제한을 정당화하느냐 이다. 다른 나라들에서 유사한 폭동이 있었다는 점, 지금 세계정세가 격해지기 쉬운 불안한 상태라는 점, 공산주의국가와 우리의 관계 등 여러가지를 고려해 봤을 때, 본 사건에서 간부가 시간이 되었다고 판단해 소집만 하면 언제라도 달려올 정도로 일사분란한 규율체계를 갖고 있는 고도로 조직화된 Dennis 주도 단체의 문제된 표현행위들은 우리로 하여금 명백·현존하는 위협이 존재한다고 믿게 만든다. 위협이 있는지의 여부는 헌법문제이지 사실인정의 문제가 아니기 때문에 이것은 배심원이 아니라 판사가 판단하여야 한다. 하급심의 유죄결정을

인용한다.

c) 동조의견들

Frankfurter대법관과 Jackson대법관이 동조의견을 냈다. 우선 Frankfurter대법관 동조의견의 추론요지는 다음과 같다. 법률의 합헌성은 국가의 안전에 대한 이익과 민주사회에서의 언론의 자유에 대한 이익간의 형량에 의해 결정된다. 이러한 이익형량은 법원이 아니라 입법부에 의해서 행해져야만 한다. 법원은 수정헌법 제1조상의 권리를 제한하는 법률을 포함해 모든 기본권을 제한하는 법률에 합리적 근거가 없을 때, 이 법률을 위헌이라 선언할 수 있을 뿐이다. 그런데 Smith법은 의회가 합리적으로 입법한 것이다.

Jackson대법관 동조의견의 추론요지는 다음과 같다. 무력이나 폭력에 의한 정부 전복을 가르치거나 옹호할 목적으로 이를 모의하는 것을 범죄로 규정한 법률은 심지어 명백·현존하는 위험이 없더라도 적용될 수 있으며 이것은 표현의 자유를 침해하지 않는다.

d) 반대의견들

Black대법관과 Douglas대법관이 각각 별개의 반대의견을 냈다. 우선 Black대법관 반대의견의 추론요지는 다음과 같다. 수정헌법 제1조상의 권리는 자유민주주의사회에서 우선적 위치를 가져야만 한다. 그러한 권리를 제한하는 법률들은 단순한 합리성의 근거에서 법원에 의해 지지를 받아서는 안 된다. 다수의견은 수정헌법 제1조에 의해 보장되는 표현의 자유를 자유민주주의사회에서 보장해야 하는 정도로 높게 보장하지 않고 그 중요성을 희석시켰고, 급기야 수정헌법 제1조 규정이 의회에 대해 단순한 경고 이상의 의미를 갖지 않도록 했

다.

Douglas대법관 반대의견의 추론요지는 다음과 같다. 옹호된 해악이 급박하다는 위험을 분명하고 객관적으로 입증할 때에만 수정헌법 제1조상의 권리의 제한이 가능하다. 정부의 폭력적 전복을 옹호하는 Dennis와 다른 공산당원들이 성공할 가능성이 있다고는 도저히 생각조차 할 수 없는 본 사건에서, 이에 대한 입증조차 없다. 상황이 심각하여 언론이 해락을 회피할 시간적 여유가 없을 때에만 언론의 자유를 제한할 수 있다. 또한, 명백·현존하는 위험이 있는지 여부는 판사가 아니라 배심원이 판단해야 한다.

e) 이 판결이 가지는 의미

이 Dennis판결에서 ‘명백·현존하는 위험(clear and present danger)’의 원칙은 ‘명백하고 있을 수 있는 위험의 원칙(clear and probable danger)’으로 후퇴했다. 그리고 급박성(immediacy)의 요건은 가능성(probability) 내지 중대성(seriousness)의 요건으로 바뀌게 되었다. 예상되는 해악 발생의 가능성이 아무리 적더라도 그 중대성을 이유로 언론은 제한될 수 있게 된 것이다. 이러한 기준 하에서 급진적인 정치적 표현은 거의 보장되지 않게 되었다. 그러한 표현은 항상 정부에게 위협이 되고 상상할 수 있는 가장 중대한 해악이 될 수 있을 것으로 보이기 때문이다.

이 판결이 있고 나서 연방대법원은 많은 반성 후에 표현의 자유 보장을 확대하기 위한 여러 이론들을 개발했다. 연방정부는 공산당 간부가 아닌 공산당 평당원들을 피고로 한 Smith법 위반사건들을 법원에 제소했고 Yates v. U.S.(1957)판결에서⁷⁰⁰⁾ 연방대법원은 14명

700) Yates v. U.S., 354 U.S. 298 (1957).

피고들에 대한 유죄판결을 파기했다.⁷⁰¹⁾ Yates판결은 폭력에 의한 정부 전복의 선동에 대비한 Smith법의 규정은 ‘행위의 선동’에 도달해야 적용되는 것이고 ‘추상적인 원리나 사상의 선동’에 그치면 적용되지 않는다는 점을 분명히 했다. 즉, 선동의 원칙으로 ‘행위’의 선동이 어야지 ‘추상적 원리나 사상의 선동’이어서는 표현의 자유가 제한받지 않음을 강조한 것이다.

마) Brandenburg v. Ohio⁷⁰²⁾ - 명백·현존하는 위협의 원칙의 현대적 기준

a) 사실관계

KKK(Klu Klux Klan, 백인우월주의자 집단)단의 리더인 Brandenburg는 텔레비전 방송사에 전화해 Hamilton카운티에서 열리는 KKK단 집회에 기사를 초청했다. 기자에 의해 이 집회는 녹화되고 텔레비전에 방영되었다. 한 녹화필름은 두건으로 얼굴을 덮고 무기를 든 12명의 사람들이 나무 십자가 주위에 모여 그 나무 십자기를 불태우는 장면을 담고 있었다. 유태인과 흑인들을 경멸하는 말들이 녹화필름에서 산발적으로 들렸다. Brandenburg가 연설을 했고 그는 연설 중에 “우리는 보복을 목적으로 하는 단체는 아니다. 그러나 우리의 대통령이, 연방의회가, 연방대법원이 계속해서 백인들을 탄압

701) Yates의 13인은 Smith법 위반을 이유로 기소되고 유죄판결을 받았다. 검찰 측은 첫째, 그들이 무력이나 폭력으로 미합중국 정부를 전복해야 하는 필요성과 의무에 대해 가르치고 이를 옹호하려 한 죄, 둘째, 그렇게 가르치고 옹호하려는 사람들의 단체를 구성한 죄로 기소했다. Yates는 Smith법이 그의 정치적 신념을 이유로 그를 처벌하는 것이어서 위헌이라 주장했다. 연방대법원의 다수의견은 Smith법이 폭력에 의한 정부 전복을 목적으로 한 행위를 선동하려 한다는 것과는 별개로, 추상적 원칙으로서 폭력에 의한 정부 전복을 옹호하고 가르치는 것을 금하고 있지는 않다고 판시했다.

702) Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969).

한다면 어떤 보복조치가 취해져야만 할 수도 있다”고 말했다. 그리고 독립기념일인 7월 4일에는 40만명이 의회 앞에서 시위를 하고 이어서 두 그룹으로 나뉘어 일부는 Florida주로 일부는 Mississippi주로 행군할 것이라고 연설했다.

Brandenburg를 피고로 한 소송이 이들 몇몇 녹화필름들에 근거해 제기되었다. 그는 Ohio주의 ‘과격단체운동 처벌법(criminal syndicalism statute)’에 의해 유죄판결을 받았다. 이 법은 사회변혁 달성의 수단으로 범죄의 의무, 필요성, 정당성을 옹호하거나 태업, 폭력, 불법적 방법의 테러를 옹호하는 것을 금했고 과격단체운동의 원칙을 가르치거나 옹호하기 위해 형성된 단체와 회합하는 것도 금하고 있었다.

b) 다수의견의 논점과 추론 및 판시사항

집필자를 밝히지 않은 판결(per curiam)에서⁷⁰³⁾ 연방대법원은 폭력 사용이나 법 위반의 옹호가 급박한 불법적 행위를 선동하거나 야기하기 위한 것이고 또 그러한 선동 및 야기의 개연성이 있는 것이라면 그러한 폭력 사용이나 불법의 옹호는 수정헌법 제1조와 수정헌법 제14조에 보장된 권리를 침해한다고 판시했다. 다음은 그 추론요지이다.

헌법상의 언론·출판의 자유는 폭력 사용이나 법 위반의 옹호가 급박한 불법적 행동을 선동하거나 야기하기 위한 것이거나 그럴 개연성이 있는 것인 경우 이외에는 州가 그러한 폭력 사용이나 불법의 옹호를 금지하거나 처벌하는 것을 허락지 않는다. 위력이나 폭력에

703) “Per curiam”은 라틴어로서 “by the court as a whole”의 의미를 가진다. 여러 이유로 인해 집필자를 밝히지 않고 재판부 전체 명의로 내린 판결을 ‘per curiam opinion’이라 한다.

호소하는 것의 도덕적 정당성이나 심지어 도덕적 필요성을 단지 추상적으로 가르쳐 주는 것이, 어떤 단체가 그러한 폭력적 행위로 나아가게 돕거나 조장하는 것과 같을 수는 없다. 양자의 행위를 명확히 구분치 못하고 함께 처벌하는 법률은 수정헌법 제1조와 제14조에 보장된 자유를 침해하는 것이다. KKK단의 집회 당시 그 집회에는 KKK단 단원 이외에는 아무도 없었고 집회에서 그들이 행한 인종적 대적 발언이 누구에게도 즉각적으로 신체적 위협을 준 바 없었음에도 불구하고 Brandenburg가 단지 인종적대적 폭력이 ‘도덕적으로 적절함(moral propriety)’을 ‘추상적으로 가르쳤기(abstract teaching)’ 때문에 Ohio주법에 따라 처벌된 것이다. Brandenburg의 발언은 직접적 행동을 선동한 것이 아니고 단순히 어떤 결과를 옹호한 것에 불과하므로 수정헌법 제1조와 제14조에 의해 보장되는 표현의 자유의 보호범위 내에 속한다. 즉, 그의 표현행위는 연방헌법이 정부의 통제로부터 면죄부를 준 ‘비난 발언’(condemnation speech)의 범주 내에 드는 것이다. 문제된 Ohio 州法の 취지는 단순한 옹호 발언을 처벌하려는데 있고, 법에서 서술된 유형의 행위들을 단순히 옹호하기 위해 다른 사람들과 회합하는 것을 금하려는데 있다. 그러므로 하급심 판결은 유지될 수 없다. Brandenburg에 대한 유죄판결을 파기한다.

c) 동조의견

Black대법관과 Douglas대법관이 동조의견을 집필했다. 다음은 그 추론요지이다. 허용되고 정부의 통제를 받지 않는 표현과 불허될 수 있고 정부의 통제를 받는 행위 사이의 경계선은 ‘생각’과 ‘공공연한 행위’ 사이의 경계선이다. 아주 드문 예외적인 경우를 제외하고는 표현행위는 형사소추로부터 면제된다.

d) 이 판결이 가지는 의미

이 판결은 언론의 자유를 제한하는 법률이 합헌성을 획득하기 위해서는 ‘위험의 급박성(imminence of danger)’이 존재해야 함을 잘 보여준다. 이 요건은 그 전 판결인 1966년의 Bond v. Floyd(1966)판결에서도⁷⁰⁴⁾ 강조된 바 있었다. Bond판결에서 연방대법원은 Bond의 하원의원자격을 박탈한 주의회의 결정을 뒤집었다. 그가 징병제도에 반대하는 자를 지지한다는 선언문에 서명하고 베트남전과 베트남전 참전 군인 징병을 비판하는 말을 한 이후로는 진정으로 州憲法과 연방헌법 준수 선서를 할 수 없다는 이유로 하원의원 자격을 박탈한 것이었다. 연방대법원은 Bond가 한 발언에서 불법을 선동한 어떤 점도 발견할 수 없다고 보았다.

4) 명백·현존하는 위험의 원칙의 탄생과 발전

가) 탄생 초기

1919년에 Holmes대법관이 집필한 Schenck v. United States판결을⁷⁰⁵⁾ 통해 명백·현존하는 위험의 원칙이 표현의 자유의 한계 내지 표현의 자유 제한 법률의 합헌성 판단기준으로 탄생하였다. 이 때 명백·현존하는 위험의 원칙이란 이미 위에서 자세히 살펴본 바와 같

704) Bond v. Floyd 385 U.S. 116(1966). 이 사건에서 월남전 반대론자인 Bond는 징병제도에 반대하는 자를 지지한다는 선언문에 서명하고 베트남전과 베트남전 참전 군인 징병을 비판했다. 이에 Georgia주 하원은 Bond가 주헌법과 연방헌법을 진정으로 준수한다고 선서할 수 없다는 이유로 하원의원 취임을 못하게 해 문제가 된 사건이다. 연방대법원은 Bond가 불법적인 징병제 반대 선동을 한 것은 아니고 다만 일반적이고 추상적으로 전쟁반대선언을 한 것이어서 Bond는 제재를 받아서는 안 되며, 따라서 주 하원이 의원자격박탈조치는 Bond의 수정헌법 제1조상의 표현의 자유를 침해한 것이라고 판시했다.

705) Schenck v. United States 249 U.S. 47(1919).

이, 특정한 표현이 제한될 수 있는 경우란 그 표현이 정부가 방지해야 할 ‘실질적 해악(substantial evil)’을 가져올 것이 ‘명백’하고 그 위협이 ‘현존’하는 것이어야 함을 의미했다. ‘실질적 해악’ ‘명백성’ ‘현존성’이 명백·현존하는 위협의 원칙의 중요한 세 가지 요소였다. 이때 ‘실질적 해악’이란 국가가 방지할 필요가 있는 이익에 대한 침해나 위협을 뜻한다. ‘명백성’은 표현과 해악 발생간의 명확한 인과관계의 존재를 의미한다. 여기서의 인과관계의 명확성은 어느 정도이어야 하는가? 이 명확성의 요구는 단순한 합리적 근거 이상의 것이 필요하다고 이야기되어 진다.⁷⁰⁶⁾ ‘현존성’이란 자유토론에 맡겨서는 그 해악의 발생을 방지할 수 없을 정도로 위협의 발생이 시간적으로 근접한 것임을 요구하는 것이다.⁷⁰⁷⁾ Brandeis대법관도 *Whitney v. California*판결에서⁷⁰⁸⁾ “비상상황만이 그러한 표현행위의 규제를 정당화할 수 있다(Only an emergency can justify repression)”고 주장한 바 있다. 이처럼 탄생 당시 명백·현존하는 위협의 원칙의 초점은 표현이 행해질 당시의 상황 하에서 불법적 행위의 ‘근접성’과 위협의 ‘정도’에 두어져 있었다.

같은 해인 1919년에 나온 연방대법원의 *Abrams v. United States* 판결에서는⁷⁰⁹⁾ 명백·현존하는 위협의 원칙이 약간 후퇴한 듯한 분위기가 감지된다. *Abrams* 등은 당시의 러시아 혁명에 우호적인 사회주의자들이었다. 이들은 미국 정부가 해병대를 시베리아에 보낸 것을 러시아 혁명을 진압하기 위한 시도라고 보았다. 이에 대한 대응으로, 이들은 미국의 독일과의 전쟁 수행을 방해할 의도로 전쟁 물자를

706) John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, 위의 책, 1083쪽.

707) Jerome A. Barron/ Thomas Dienes, *Constitutional Law* (5th ed., St. Paul/Minnesota: West Publishing Co., 1995) 25쪽.

708) *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927).

709) *Abrams v. United States* 250 U.S. 616 (1919).

감축 생산하도록 주장하는 수천장의 전단을 뉴욕시에서 인쇄하고 배부했다. 그 전단지는 근로자에게 독일뿐만 아니라 러시아에 대해서도 사용될 수 있는 총탄을 생산하지 않도록 강조했다. 명백·현존하는 위협의 원칙을 계속 적용해야 한다고 주장한 Holmes판사의 반대의 견도 있었지만, 연방대법원의 다수의견은 명백·현존하는 위협의 원칙 보다는 표현자의 ‘의도’나 ‘위험 경향(bad tendency)’에 주목했다. 그래서 피고인에게 미국의 독일에 대한 전쟁 노력을 방해할 ‘의도’가 있었느냐를 먼저 보았다. 피고인의 주된 목적은 러시아를 돕자는 것이지만 러시아를 보호하기 위한 전쟁 물자 생산의 감축은 독일에 대한 전쟁 노력을 해치지 않고서는 달성될 수 없는 것이므로, Abrams 등의 전단지에는 ‘위험 경향(bad tendency)’이 존재하고 방첩법 규정이 금지하는 ‘의도’가 있다고 판단했다. 이러한 ‘위험 경향’의 기준은 후속판결을 통해 곧 줄기차게 이어지지는 않았지만 1951년의 Dennis판결로⁷¹⁰ 본격적인 부활을 보았다.

1927년의 Whitney 판결에 가서, 표현행위로 인한 해악 발생의 위험이 너무 급박하고 중대해서 통상적인 자유토론에 맡길 수 없다는 입법부의 결정은 그 결정이 비록 합리적이라 하더라도 확정적이고 최종적인 것은 아니라는 판결이 나왔다. 입법부가 아니라 법원이 특정의 표현 규제가 그 해악 발생의 위험 때문에 정당화 된다고 확정해 주어야만 한다는 것이다.⁷¹¹ 특히 1930년대 중반부터 1950년대까지 미국연방대법원이 표현의 자유 등 정신적 자유권의 ‘우월적 지위론’을 채택함으로써 명백·현존하는 위협의 원칙은 다수의견의 지위를 계속해서 유지할 수 있었다.

710) Dennis v. United States 341 U.S. 494 (1951).

711) Whitney v. California 274 U.S. 357 (1927).

나) 명백·현존하는 위험의 원칙의 왜곡기

1951년의 *Dennis v. United States*판결에서⁷¹²⁾ 연방대법원은 *Smith*법에 대해 합헌결정을 내리면서 명백·현존하는 위험의 원칙의 중요한 일부인이었던 ‘시간’ 기준의 중요성을 고려하지 않는 듯한 태도를 취하면서 언론의 자유의 광범위한 보호를 위해 삽입했던 심사 기준의 한 중요한 요소를 제거해 버린다. 명백·현존하는 위험의 원칙은 폭동이 일어나기 직전까지 정부가 그 표현을 규제할 수 없다는 뜻이 아니라는 것이다. 연방대법원은 정부 진복의 목적에 대한 성공이나 성공가능성이 기준이라는 주장도 거부했다. 대신, ‘발생 불가능성 때문에 감소되기도 하는 해악의 중대성이 해악 발생의 위험 회피를 위해 필요한 언론의 자유 제한을 정당화하느냐’가 기준이 되어야 한다고 보았다. 이것은 ‘명백·현존하는 위험(clear and present danger)’의 원칙이 ‘명백하고 있을 수 있는 위험(clear and probable danger)’의 원칙으로 왜곡되었음을 의미한다. 이 때 급박성(immediacy)의 요건은 해악 발생의 가능성(probability)을 거쳐 해악의 중대성(seriousness)의 요건으로 바뀌게 된다. 즉, 해악이 중대한 것이면 해악의 발생가능성이 적다하더라도 표현행위에 대한 제한이 허용되는 것으로 다루어졌다.

다) 옹호(advocacy)와 선동(incitement)의 구분기

1950년대 말에 접어들면서 연방대법원은 *Dennis*판결에서 빠져나오면서, 1957년의 *Yates*판결에서 ‘선동’과 단순한 ‘옹호’ 발언을 구분했다. 즉, *Dennis*판결은 ‘선동’과 같은 불법적 행위의 옹호에 대한 정부 규제를 합헌이라 본 것이지, 추상적 원칙에 대한 옹호 발언을 정부가

712) *Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1951).

규제하는 것을 합헌이라 본 것은 아니라는⁷¹³⁾ 것이다. 비록 Yates판결에서 연방대법원이 직접적으로 헌법적 쟁점에 대해 그 입장을 개진한 것은 아니지만, Yates판결은 명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 Dennis판결의 왜곡을 암묵적으로 거부한 것이라는 평가를 받았다.

라) 선동(incitement)과 위험(danger)의 구분기: 현대적 심사기준의 탄생

1960년대 이후에 연방대법원이 명백·현존하는 위협의 원칙을 적용한 사례는 법정모욕사건 등 극소수의 사건을 제외하고는 별로 없었다. 그러던 중 1969년에 나온 연방대법원의 Brandenburg v. Ohio 판결은⁷¹⁴⁾ 표현 규제가 가능하기 위해서는, ‘폭력 선동을 처벌하기 위해 불법적 행동이 의도되고 그 발생이 급박한 것이어야 한다(intent to incite imminent lawless action)’고 판시함으로써 명백·현존하는 위협의 원칙의 요건을 더욱 구체화하고 위험기준을 더욱 엄격하게 적용케 하여 합헌성 심사의 기준을 한 단계 더 높여 놓았다. 즉, 선동을 금지할 수 있는 요건으로, 첫째, 급박한 해악, 둘째, 불법적 행동이 야기될 가능성, 셋째, 불법적 행동을 야기할 의도라는 세 가지 요건이 충족되어야 함을 확실히 함으로써, 표현행위자의 의도의 입증을 추가요건으로 삼아 표현의 자유 보호에 더더욱 만전을 기할 수 있게 된 것이다.

명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 현대적 해석은 그 ‘표현행위의 성격(the nature of the speech)’과 그 표현행위가 보여주는 ‘위험(danger)’에 초점을 맞춘다. 따라서 첫째, 추상적 원칙에 대한 옹호가

713) Yates v. United States 354 U.S. 298 (1957).

714) Brandenburg v. Ohio 395 U.S. 444 (1969).

아니라 불법적 행위에 대한 선동만이 처벌받을 수 있고, 둘째, 그러한 불법적 행위를 선동하거나 그것을 낳을 개연성이 있는 '급박한 불법적 행위에 대한 선동(incitement to imminent lawless action)'만이 정부의 규제를 받을 수 있게 되었다. 최근에 와서는 미국의 이라크 전쟁 등 각종 전쟁 수행과 관련해 전쟁 관련 발언 규제의 합헌성 척도로서 '명백·현존하는 위협의 원칙'이 곧 잘 이야기되어지고 있다.⁷¹⁵⁾

마) 명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 미국 내의 평가

명백·현존하는 위협의 원칙이 1919년의 Schenck판결을 통해 탄생할 때부터 이 원칙에 대한 반대론이 미국 내에서 만만치 않게 제기되었다. 미국 역사상 가장 존경받는 하급심 법관 중 한 사람인 Learned Hand판사는 발언 내용만을 문제 삼지 주위 상황은 고려하지 말자는 심사기준(Learned Hand Test)을 제시했다. 이 심사기준은 그가 집필한 1917년의 연방지방법원 판결인 Masses Publishing Co. v. Patten 판결에서⁷¹⁶⁾ 실제로 적용되었다. 이 사건에서는 反戰 만화와 전쟁 및 징병제를 비난하는 글 등 징병제 반대자들에 대해 큰 동의감을 표시하는 표현들이 문제되었다. 이에 대해 Learned Hand 판사는 이 표현은 反戰 입장에 대한 추상적 옹호에 불과하지 직접적으로 법 위반을 부추기는 표현은 아니라면서 이 표현은 처벌될 수 없다고 판시했다. 이 심사기준에 의하면, 어떤 표현에 의해 발생할 수 있는 효과는 전혀 고려되지 않으며, 거꾸로 어떤 표현이 직접적으로 법 위반을 부추기는 경우에 해당하면 그에 따른 효과가 전혀 발생치

715) 명백·현존하는 위협의 원칙을 적용한 최근의 예로는 Virginia v. Black 538 U.S. 343 (2003)이 유명하다.

716) Masses Publishing Co. v. Patten 244 F. 535 (S.D.N.Y. 1917).

않았더라도 처벌을 면할 수 없게 된다. 그러나 이 심사기준은 Masses Publishing Co. v. Patten 사건의 항소심에서도 받아들여지지 않았으며, 미국에서 그 이후 50여년간 명백·현존하는 위협의 원칙이 지배적으로 적용되었다.⁷¹⁷⁾

둘째, 적어도 명백·현존하는 위협의 원칙 초기 관련 판결인 Schenck 판결이나 Abrams 판결 등에서는 표현의 내용이 사실상 실질적인 해악을 초래했다는 점에 대한 명확한 입증 없이 모두 유죄로 선언되었다는 점에서, 명백·현존하는 위협의 원칙은 표현의 자유 보장 확대에 기여하는 바가 크지 않다는 지적들이 많았었다.⁷¹⁸⁾

셋째, 명백·현존하는 위협의 원칙은 위협 발생의 ‘급박성’이 있는지 여부의 사실인정에 따라 법적 판단이 달라진다. 정치적 표현은 전쟁 등 국가가 위기에 처해있는 경우 ‘대중의 병적 흥분(mass hysteria)’에 의해 항상 공격받기 쉬우며, 따라서 ‘급박성’이 있다는 판단을 받아 표현의 자유가 제한되는 일이 빈발하기 쉽다. 나아가 표현행위와 해악 발생의 결과 사이의 인과관계에 대해 판단함에 있어 ‘명백성’은 추상적이고 애매한 개념이어서 사실상 주관적으로 판단되기 쉽다. 배심원에 의한 이 인과관계의 판단에 있어서도 국가 위기시 대중의 병적 흥분이 영향을 미쳐 유죄평결로 가기 쉽고, 이 때 판사가 이 평결을 번복하기는 매우 어려워진다.⁷¹⁹⁾

비교적 현대에 와서 제기되는 명백·현존하는 위협의 원칙에 대한 비판론도 만만치 않다. 넷째, 몇몇 학자들은 동 원칙이 ‘명백·현존하

717) William B. Lockhart 외 3인, Constitutional Law: Cases, Comments, Questions (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Publishing Co. 2000) 650-53 쪽.

718) John E. Nowak/ Ronald D. Rotunda, 앞의 책, 1080-81쪽.

719) Robert H. Tanenbaum, “Preadhding Terror: Free Speech or Wartime Incitement?” 55 American University Law Review 785 (American University Law School, 2006) 788쪽.

는 위험'이라는 추상적이고 일반적인 기준을 사용함으로써 별 내용이 없는 이익형량심사의 한 형태가 되어 버렸다고 비판한다.⁷²⁰⁾ 예를 들어, Emerson교수는 명백·현존하는 위험의 원칙의 문제점을 여러 면에서 지적하였는데, 이 원칙이 지나치게 초기단계에서 정부가 표현에 간섭할 수 있도록 허용하면서 어떤 발언이 효과적이라는 징조를 보이면 바로 개입해서 그 발언을 저지할 수 있다는 점, 이 원칙이 매번 사안의 특별한 환경을 고려하는 '事案別 기준'(ad hoc test)이어서 헌법상 인정된 언론의 자유를 행사하려는 개개인의 국민은 어떤 한계가 있을지, 또 그 한계로 인해 자기 권리를 충분히 행사할 수 없게 될 지 여부를 사전에 알 수 없게 된다는 점, 명백·현존하는 위험의 원칙의 기준이 모호해 표현이 초래할 미래의 영향에 대한 공무원의 추측에 의존하는 결과를 낳으며 앞으로 나타날 영향을 판단하는 것은 법을 집행하는 검찰이나 경찰뿐만 아니라 법원으로서도 힘든 일이 될 수 있다는 점, 사회적 이익을 보호 또는 침해할 가능성을 고려하지 않고 있기 때문에 불완전한 기준이며 만약 사회적 이익을 보호 또는 침해할 가능성을 고려한다면 단순한 이익형량기준(balancing test)과 차이가 없어진다는 점을 들었다.⁷²¹⁾

다섯째, 또 다른 이들은 명백·현존하는 위험의 원칙이 보호하고자 하는 표현은 원래부터 수정헌법 제1조에 의해 보호되는 표현 영역에 속하지 않는다고 비판한다.⁷²²⁾ 실제로 법원에 의해서도 '선동

720) David. R. Dow & R. Scott Shields, "Rethinking the Clear and Present Danger Test" 73 Indiana Law Journal 1217 (Indiana Law School, 1998) 1243쪽.

721) Thomas I. Emerson, First Amendment Doctrine and the Burger Court, 68 Calif. L. Rev. 422, 437-438 (1980).

722) David R. Dow, "The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test" 6 William & Mary Bill of Rights Journal 733 (William & Mary Law School, 1998) 747쪽.

(incitement)'은 종종 수정헌법 제1조의 영역 밖에 존재하는 표현의 한 형태로서 별도로 다루어지기도 한다.

그러나 이러한 비판론들에도 불구하고 '명백·현존하는 위협의 원칙'은 '언론의 자유의 수호신'이라고 까지 불리어지면서, 표현의 자유 조항에 내실을 부여하고 특히 소수집단의 표현의 자유 보호에 큰 공헌을 해왔다는 긍정적인 평가를 받고 있다.

바) 명백·현존하는 위협의 원칙이 우리에게 주는 시사점

명백·현존하는 위협의 원칙은 표현이 발생시키는 폐해는 그에 대응한 표현으로써 시정되어야 한다는 강경한 자유주의적 입장을 대변하는 것으로, 앞에서 본 사상의 자유시장론에서 국가의 개입을 배척하는 것과 같은 입장에서 서 있다. 이러한 강경한 자유주의적 입장은 미국이라고 하는 안정된 사회에서나 발전될 수 있는 이론이라는 지적도 있다.⁷²³⁾ 하지만, 우리 사회가 '명백·현존하는 위협의 원칙'이 적용되고 발전될 수 없을 정도로 불안정한 사회라 보기는 어려울 것이다. 오히려 역동적이며 할 말은 하는 국민성을 두고 볼 때, 표현의 자유를 넓게 보장하여 역동적인 민주사회로 더더욱 크게 발전해 나갈 수 있게 하는 것이 바람직하다고 믿는다.

미국 연방대법원이 명백·현존하는 위협의 원칙을 적용한 예는 주로 정치적 선동이 문제된 사건과 법정모욕사건에 국한되고 있다는 점에도 주목할 필요가 있다. 또한, 이 원칙은 처음 정치적 선동에 대해 형사적 제재에 의한 직접적 제한을 금지하는 법리로 탄생된 것이었기 때문에 취업상의 제한 등 간접적 규제나 해외여행의 규제 등 기타 행정적 규제의 위헌성 심사에는 적용되지 않았다는 점도, '명

723) 자세히는 박용상, 「표현의 자유」, 현암사, 2002년, 108쪽 참조.

백·현존하는 위험의 원칙'의 본격적인 도입 및 운용과 관련해 우리가 주의해야 할 바다.

5) 명백·현존하는 위험의 원칙의 국내에의 도입과 적용

가) 학계

명백·현존하는 위험의 원칙은 이미 오래 전에 국내 학계에 소개되었다. 대부분의 헌법교과서들이 이 원칙을 언론·출판의 자유를 제한하는 법률이 합헌이 되기 위해 넘어야 할 중요한 합헌성 판단의 심사기준으로 이해해 소개하고 있다.⁷²⁴⁾ 즉, 언론·출판의 자유의 사후 통제로서 법률에 의한 언론·출판의 자유의 제한이 이루어질 때, 다른 기본권 제한과는 달리 그 합헌성 심사에 특별적용 되는 원칙으로서 명백·현존하는 위험의 원칙을 들고 있는 것이다.⁷²⁵⁾

이 원칙에 대한 설명으로는, 표현과 해악 발생 사이의 인과관계가 명백해야(clear) 하고, 해악 발생이 표현과 시간적으로 근접해서 위험이 현존할(present) 때에만 그 표현을 규제하는 법률이 합헌이라는 설명이 공통적이다. 즉, 1919년 Schenck판결에서 Holmes 판사가 제

724) 권영성, 「헌법학원론」改訂版, 법문사, 2006, 507-510쪽; 김철수, 「헌법학개론」 제13 全訂新版 박영사, 2001. 638-639; 허영, 「한국헌법론」全訂2版, 박영사, 2006, 557-559쪽.

725) 그런데, 국내 학자들은 다른 기본권과 달리 언론·출판의 자유에 대한 사후 통제 법률의 합헌성 심사에 특별히 적용되는 특별적용원칙으로 명백·현존하는 위험의 원칙 이외에 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 법익형량이론을 거론하는 경우가 많다. 그러나 명확성의 원칙과 과잉금지의 원칙은 언론·출판의 자유뿐만 아니라 다른 모든 기본권 제한입법의 합헌성 심사에 기준으로 사용되는 것이며, 법익형량이론은 과잉금지의 원칙 중 '법익의 균형성'에 해당하는 기준으로 보아야 하므로 명확성의 원칙, 과잉금지의 원칙, 법익형량이론을 언론·출판의 자유 제한입법의 합헌성 판단기준에만 적용되는 '특별적용의 원칙'으로 보기에에는 곤란한 점이 많다. 예를 들어, 권영성, 위의 책, 507-508쪽 참조.

시한 명백·현존하는 위험 원칙의 법리가 소개되고 있는 것이다. 그 후, Brandenburg판결에 의해 좀 더 정교하게 다듬어진 현대형 명백·현존하는 위험의 원칙에 대해서는 별로 소개가 없다.

나) 실무계

실무계에서는 사정이 더 열악해 Schenck판결에서 제시된 명백·현존하는 위험 원칙의 초기 법리마저도 제대로 적용한 판례를 찾기 힘들다. 그나마 구 국가보안법 제7조 제1항과 제5항 상의 찬양·고무죄 규정에 대한 헌법재판소의 한정합헌결정 등에서 ‘현존’이라는 말이 생략된 채 ‘명백한 위험’이라는 기준이 등장하고 있는 점이 주목을 끈다.

a) 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 대한 헌법재판소의 한정합헌 결정⁷²⁶⁾

① 심판대상

이 사건은 위헌법률심판사건으로서 국가보안법 제7조 제1항의 “反國家團體나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 反國家團體를 이롭게 한 자는 7년이하의 징역(懲役)에 처(處)한다.”와 제5항의 “제1항 내지 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도서 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각 항에 정한 형에 처한다.”를 심판대상으로 하였다.

726) 헌재 1990.4.2. 89헌가113 참조.

② 사실관계

장O현 외 2인은 1989년 10월 10일에 마산지방법원 충무지원에 국가보안법 위반 등의 죄로 기소되었다.⁷²⁷⁾ 기소된 내용 중 국가보안법 위반의 점의 요지는 제청신청인들이反國家團體를 이롭게 할 목적으로 도서 및 표현물을 소지하고 이를 반포해 국가보안법 제7조 제5항 및 제1항의 죄에 해당한다는 것이다. 마산지방법원 충무지원의 담당 재판부는 제청신청인들의 제청 신청에 따라 1989년 11월 10일에 이 재판의 전제가 되는 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항의 위헌 여부에 관한 심판을 제청하였다.⁷²⁸⁾

③ 主文

국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은⁷²⁹⁾ 각 그 소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다.

④ 다수의견의 논점과 추론

어느 쪽의 극한적인 공격도 피해갈 수 있게 한정합헌이라는 절충적 판단방식을 택한 다수의견은 제7조 제1항과 제5항에 대해 그 위헌성을 나누어 판단하고 있다. 다음은 그 주요 논점과 추론요지이다. 우선 제7조 제1항과 관련해 제7조 제1항의 찬양·고무죄는 “구성원” “활동” “동조” “기타의 방법” “이롭게 한” 등 무려 다섯 군데의 용어가 지나치게 다의적이고 적용범위가 광범위하다. 이 부분들에 대한

727) 마산지방법원 충무지원 89고단625사건.

728) 현재 1990.4.2. 89헌가113, 판례집 2, 49, 52 (53).

729) 1980년 12월 31일 법률 제3318호.

문언해석의 내용이 국가보안법 제7조 제1항의 제도 본지일 것으로는 결코 보여 지지 않으며, 문언해석을 한다면 다음과 같은 문제가 생긴다고 본다.

첫째, 헌법상의 언론·출판, 학문·예술의 자유를 위축시킬 염려가 있다. 둘째, 문리 그대로 적용범위가 과도하게 광범위하고 다의적인 것이 되면 법운영 당국에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 생길 것이다. 셋째, 헌법 전문의 “평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고” 부분과 헌법 제4조의 평화적 통일 지향 규정에 양립하기 어려운 문제점이 생길 수 있다. 이러한 문제점의 원인은 법문의 다의성과 그 적용범위의 광범성에 있고 이 때문에 국가 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 해악을 줄 구체적인 위험이 없는 경우까지도 형사처벌이 확대돼 위헌의 소지가 생기게 되는 것이다. 이것은 단순한 입법정책의 문제를 넘어서는 것이다.

그러나, 제7조 제1항의 이러한 위헌 소지 때문에 이를 전면위헌으로 완전폐기 되어야 할 규정으로는 보지 않는다. 완전 폐기에서 오는 법적 공백과 혼란이 문제이다. 또한, 남북 간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 지속되고 있는 마당에서는 완전 폐기에서 오는 국가적 불이익이 폐기에서 오는 이익보다 이익형량상 더 클 것이다. 어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 해석이 가능할 때에는 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위해 합헌적인 해석을 택해야 하며 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면을 살려나가야 한다는 것이 헌법의 일반법리이다.

국가보안법 제7조 제1항 소정의 찬양, 고무, 동조 그리고 이롭게

하는 행위 모두가 곧바로 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 위험이 있는 것은 아니기 때문에 그 행위 일체를 어의대로 해석하여 모두 처벌한다면 합헌적인 행위까지도 처벌하게 되어 위헌이 되게 된다는 것은 이미 위에서 보았다. 그렇다면 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험성이 있는 경우로 처벌을 축소제한 하는 것인 헌법 전문, 헌법 제4조, 제8조 제4항, 제37조 제2항에 합치되는 해석일 것이다. 이러한 제한적 해석은 표현의 자유의 우월적 지위에 비추어 당연한 요청이다. 여기에 해당하는가의 여부는 제7조 제1항 소정의 행위와 위험과의 근접 정도도 기준이 되겠지만, 특히 해악이 크나 작냐의 정도에 따라 결정하는 것이 합당할 것이다.

여기에서 ‘국가의 존립·안전을 위태롭게 한다는 것’은 대한민국의 독립을 위협 침해하고 영토를 침략하여 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴 마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 등일 것이다. ‘자유민주적 기본질서에 위해를 준다는 것’은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이다. 보다 구체적으로 말하면, 기본적 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴하고 변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있다.

다음으로 제7조 제5항을 보자. 제5항의 경우도 제1항의 경우와 마찬가지로 국가보안법의 입법목적 등에 맞추어 그 소정행위에 의해 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명

백한 위험성이 있는 경우에 적용되는 것으로 해석되어야 하며 이와 같이 해석되는 이상 제7조 제5항 역시 전면 위헌이라고 할 수는 없다. 여기에서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 줄 명백한 위험성이 있는 경우란, 특단의 사정이 없는 한 그 표현물의 내용이 그와 같은 경우일 때라고 볼 것이고 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악이 될 정도가 못 되거나 해악이 되는지 여부가 불분명한 경우에는 배제된다고 보아야 할 것이다. 표현물과 외부관련성의 정도도 여기의 위험성 유무를 판단하는 별도의 기준이 될 수 있다고 본다.

⑤ 변정수 재판관의 반대의견

변정수 재판관은 한정합헌의 다수의견과는 달리 위헌의 반대의견을 개진하였다. 다음은 그 요지이다.

표현의 자유는 민주주의의 제도적 토대를 이루는 것으로 헌법에서 보장된 여러 기본권 가운데 특히 중요한 기본권이며, 그러기에 의사표현에 대해 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될 뿐만 아니라 그 의사표현행위를 처벌하기 위해서는 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고 법률에 의해 금지된 해악을 초래할 ‘명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 것’이다.

국가보안법 제7조 제1항의 “찬양, 고무, 동조” 등은 의사표현의 형태를 가리키고 있다는 점에서 공통되며 위 법률조항은 의사표현의 자유를 제한하고 형벌을 과하는 규정이면서도 구성요건이 너무 애매하여 명확성이 결여되고 지나치게 광범위한 것이어서 정부에 대한 비판이나 북한 등 공산계역에 관한 진실한 보도나 정당한 평가 또는 합리적인 언급조차도 권력의 선택에 따라 처벌할 수 있게 되어 있어

국민의 알권리를 철저히 봉쇄하고 있다. 또한 위 법률조항은 표현의 자유를 제한하는 법률이면서도 명확성의 결여뿐만 아니라 표현행위가 대한민국의 안전보장이나 질서유지 또는 공공복리에 명백한 현실적인 위협이 있거나 없거나를 가리지 않고 다만 반국가단체에 이रो울 수 있다는 이유만으로 무조건 표현행위를 제한하고 처벌대상으로 삼고 있다는 점에서 표현의 자유의 본질적 내용을 침해하는 법률이다.

국가보안법 제7조 제1항과 제2항은 다수의견처럼 한정적으로 적용되는 것으로 해석되지 않을뿐더러 설사 그러한 해석이 가능하다 하더라도 대한민국의 존립·안전을 위태롭게 하는 행위이나 아니냐 또는 자유민주적 기본질서에 위해를 주는 행위나 아니냐 역시 객관적으로 뚜렷한 기준 내지 한계를 정할 수 없는 애매모호하고 불명확한 것이어서 결국 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡길 수밖에 없는 구성요건이므로 죄형법정주의에도 反한다. 위 법률조항들의 위헌성을 인정하였으면 헌법재판소로서는 마땅히 위헌을 선언하는 것이 국민에 대한 책무이다.

⑥ 본 결정과 명백·현존하는 위협의 원칙

본 결정에서 다수의견은 국가보안법 제7조 제1항의 의미를 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 무해한 행위는 처벌에서 배제하고 이에 실질적 해악을 미칠 명백한 위협성이 있는 경우로 처벌을 축소 제한하는” 한정합헌 결정 형식을 채택하면서 이러한 축소 해석에 해당하느냐의 여부는 “제7조 제1항 소정의 행위와 위협과의 근접 정도도 기준이 되겠지만, 특히 해악이 크냐 작으냐의 정도에 따라 결정하는 것이 합당할 것이다.”라고 분명히 밝히고 있다. 즉, 명백·현존하는 위협의 원칙 중 ‘명백한 위협’이나 ‘위험의 중대성’은

중시하면서도 행위와 위협의 근접정도 즉 위협의 ‘현존성’ 내지 ‘급박성’은 경시하고 있는 것이다.

오히려 변정수 재판관의 반대의견에서 “의사표현행위를 처벌하기 위해서는 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고 법률에 의해 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위험성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 것”이라 밝힘으로써 명백·현존하는 위협의 원칙을 보다 제대로 적용하고 있다. 명백·현존하는 위협의 원칙의 반쪽자리 적용이라 평가할 수 있다.

b) 국가보안법 제7조 관련 규정의 개정

국가보안법 제7조의 찬양·고무죄 규정에 관한 위의 한정합헌결정은 법 규정의 의미를 축소해석함으로써 위헌결정을 피해나간 형식을 취했다. 따라서 이 결정에 대해 입법부인 국회로부터 큰 반발이 일지는 않았다. 이에 같은 해 6월 25일에도 국가보안법 제7조 제1항에 대한 헌법재판소의 한정합헌결정이⁷³⁰⁾ 이어졌다. 국회는 오히려 그 다음 해인 1991년 5월 31일에 헌법재판소 한정위헌결정의 취지를 받아들여, 헌법재판소가 主文에서 밝혔던 본 조항에 대한 제한적 의미를 거의 그대로 법조문에 추가해주는 수용적 태도를 보여주었다.

그래서 국가보안법 제7조 제1항은 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.”로 제5항은 “제1항·제3항 또는 제4항의 행위를 할 목적으로 문서·도

730) 헌재 1990.6.25. 90헌가11, 판례집 2, 165.

화 기타의 표현물을 제작·수입·복사·소지·운반·반포·판매 또는 취득한 자는 그 각항에 정한 형에 처한다.”로 개정되었다.⁷³¹⁾

그런데, 한 가지 유의할 사실은 이러한 법률개정 과정에서 헌법재판소 판결문의 표현 중 유독 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 실질적 해악을 미칠 명백한 위험이 있는 경우’라는 축소해석 부분 중 “실질적 해악을 미칠 명백한 위험이 있는 경우” 부분만 법개정에서는 빠지고 대신 “情을 알면서”라는 부분이 그 자리를 대체해 들어갔다. 즉, 명백·현존하는 위험의 원칙이 적용되었다는 볼 수 있는 부분이 빠지면서 그 부분이 ‘情을 알면서’라는 주관적 요건으로 대체된 것이다. 이런 과정을 통해 법 개정은 명백·현존하는 위험의 원칙이 찬양·고무죄 규정의 적용에 이용될 수 있는 여지를 제거해 버리는 우를 범했다고 판단된다.

c) 개정된 국가보안법 제7조에 대한 헌법재판소의 합헌결정

이 개정된 국가보안법 제7조 제1항 등에 대해서도 헌법재판소에 헌법소송이 제기되었지만 헌법재판소는 이에 대해 이제는 1996년 10월 4일의 합헌결정으로⁷³²⁾ 화답했다. 즉, 헌법재판소가 판결문에서 스스로 밝혔듯이 국가보안법 “제7조는 현재 1990.4.2. 89헌가113 決定

731) 1991년 5월 31일의 국가보안법 제7조에 대한 개정은 제7조 내의 다른 조항도 손을 대어 “국외공산계열의 활동을 찬양·고무 또는 이에 동조하거나 기타의 방법으로 反國家團體를 이롭게 한 자도 제1항의 형(刑)과 같다.”는 제2항을 삭제하였고 제2항이 삭제됨에 따라 다른 조항들에서도 제2항에 관한 내용이 빠지면서 제3항은 “제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.”로 제4항은 “제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위 사실을 날조하거나 유포한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.”로 제6항은 “제1항 또는 제3항 내지 제5항의 미수범은 처벌한다.”로, 제7항은 “제3항의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.”로 다듬어졌다.

732) 현재 1996.10.4. 95헌가2, 판례집 8-2, 283.

등의 취지를 받아들인 것으로서”⁷³³⁾ 제7조 제1항에서는 “국가의 存立·安全이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 情을 알면서”라는 주관적 구성요건이 추가됨으로써 이 법의 입법목적을 일탈하는 확대해석의 위험은 거의 제거되었고, “구성원”, “활동”, “동조” 등 多義的이고 적용범위가 광범위한 일부 개념도 위와 같이 신설된 주관적 구성요건과 결합해 하나의 구성요건을 이루고 있고 이 주관적 구성요건을 헌법재판소가 위의 한정합헌 결정 등에서 판시한 견해와 같이 제한해석 한다면 이들 개념의 다의성과 적용범위의 광범성은 제거되며, 따라서 위 條項 및 이를 전제로 하는 같은 조 제3항, 제5항은 表現의 自由의 本質的 內容을 侵害하거나 이를 지나치게 制限할 위험성이 있다고 할 수 없고 罪刑法定主義에 위배된다고도 할 수 없다고 보았다.⁷³⁴⁾ 비교적 최근이라 할 수 있는 2004년 8월 26일 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 대한 위헌소원 결정에서도⁷³⁵⁾ 이 조항들이 명확성의 원칙, 양심의 자유, 죄형법정주의나 과잉금지원칙에 위배되지 않는다는 합헌결정이 내려져 1991년 5월 31일에 개정된 국가보안법상의 찬양·고무죄 규정에 대한 우리 헌법재판소의 입장은 일관되게 합헌의 입장을 견지하고 있다.

이러한 국가보안법 제7조 개정조항에 대한 헌법재판소의 연이은 합헌결정은 명백·현존하는 위협의 원칙과 관련해서는, 동 원칙을 찬양·고무죄 규정의 적용 기준에서 탈락시킨 국회에게 면죄부를 준 결과를 낳았다. 즉, 명백·현존하는 위협원칙의 적용과 관련해서는 큰 퇴보를 가져온 것이다. 그리고 1991년 법 개정으로 달라진 것이 전혀 없음에도 합헌결정으로 이를 무시한 것이며 동시에 헌법재판소

733) 헌재 1996.10.4. 95헌가2, 판례집 8-2, 283.

734) Id.

735) 헌재 2004.8.26. 2003헌바85.

가 시대상황에 한참 뒤떨어져 있다는 점을 보여주는 대목이다.

d) 개정된 찬양·고무죄 규정의 일반법원에 의한 적용

① 지방법원 단계: 인천지방법원 98구666 판결⁷³⁶⁾

지방법원 단계에서 명백·현존하는 위협의 원칙을 언급하고 있는 판례로는 거의 유일한 판례로 인천지방법원 1998.9.2. 선고 98구666판결을 들 수 있다. 이 판결은 현수막 설치허가와 관련된 판결로서, 공공 목적의 내용을 담은 현수막만 허가를 내주고 그렇지 않은 현수막은 허가를 내주지 않은 사건에서 인천지방법원은 국민이 현수막을 통해 의견이나 사상을 표현하는 것도 언론·출판의 자유의 보호를 받기 때문에 이것을 제한하려면 “명백·현존하는 위협의 원칙, 비교교량의 원칙, 이중기준의 원칙 등에 위배되어서는 안 된다”라고 하면서 명백·현존하는 위협의 원칙을 언론·출판의 자유 제한의 기준으로 언급한 바 있다. 그러나 이러한 언급만 있을 뿐 명백·현존하는 위협의 원칙의 내용이 어떠한지 어떻게 적용되어야 하는 것인가에 대한 설명은 판결문에 나타나 있지 않은 한계를 지닌다.

② 고등법원 단계: 서울고등법원 97노2228 판결⁷³⁷⁾

피고가 진보정당을 건설하고자 하는 정치단체인 노동정치연대에 가입해 활동한 혐의로 국가보안법 제7조의 찬양·고무죄 위반으로 기소된 사건이다. 피고인은 노동정치연대가 구체적 활동으로 헌정 질서를 파괴한 사실이 없었으므로 명백·현존하는 위협이 없어 피고인의 정치적 자유를 제한해서는 안 되며 따라서 국가보안법상의 찬

736) 인천지법 1998.9.2. 선고 98구666.

737) 서울고등법원 1997.12.12. 선고 97노2228 판결.

양·고무죄를 위반하지 않아 무죄라고 주장했다.

그러나, 법원은 노동정치연대가 노동자 민중계급의 사회 변혁 투쟁을 통한 사회주의정권 수립을 목적으로 하는 단체로서 국가 변란을 선전, 선동하는 행위를 목적으로 하여 우리 헌법상의 자유민주적 기본질서와는 배치되는 단체인 점, 이 단체를 구성한 피고인으로서는 이 단체의 구성이 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 情을 알고 있었다고 볼 수 있다는 점을 들어, “이러한 단체를 구성하고 여기서 활동한 행위는 헌법상 명백하고 현존하는 위협이 있다.”고 판시한 바 있다.

이 판결은 비록 “명백하고 현존하는 위협”이라는 표현을 쓰고 이것을 찬양·고무죄 규정 적용에 사용하고 있기는 하지만, 위협의 현존성(presentness)를 기준으로 적용한 흔적은 판결문 어디에서도 찾아볼 수 없다는 점이 주목을 끈다. 즉, 명백·현존하는 위협의 원칙에서 위협의 ‘명백성’ 내지 ‘중대성’은 기준으로 실제 적용되고 있으나 위협의 ‘현존성’ 내지 ‘급박성’은 사실상 경시되고 있는 것이다.

③ 대법원 판결의 경향

1990년 6월 22일에 선고된 동의대 학생 경찰관 감금 및 치사상 사건 판결에서⁷³⁸⁾ 피고인이 “취득 소지하였던 원심판시 표현물들은 그 내용이 우리나라의 자주독립성을 부정하고 김일성 주체사상을 찬양하며 적화통일을 부르짖은 내용의 것으로, 이는 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위협성이 있는 것들이라고 인정되므로, 원심판결의 소론과 같은 심리미진이나 국가보안법에 관한 법리 오해의 위법은 없다”면서 국가보안법 찬

738) 大判 1990.6.22. 선고 90도767 판결.

양·고무죄 위반 부분에 대해 유죄결정을 내린 바 있다. 이 대법원 판결은 1990년 4월의 헌법재판소 한정위헌결정과 1991년 5월의 국회에 의한 법 개정 사이에 선고된 탓에, “명백한 위험성이 있는 것들”이라는 표현을 쓰고 있다는 점이 주목을 끈다. 즉, “실질적인 해악 발생의 명백한 위험”을 언급한 헌법재판소 결정이 내려진 후, “실질적인 해악 발생의 명백한 위험”이 “情을 알면서”로 대체되는 법 개정이 있기 전에 쓰여진 대법원 판결이었기 때문에, 비록 반쪽자리 적용이지만 명백·현존하는 위험의 원칙이 대법원 판결에 적용되는 선례를 남긴 판결로 평가할 수 있다.

그 후 대법원은 국가보안법 제7조 제5항의 주관적 요건인 ‘이적 목적’에 대해서 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 이적행위가 될 지도 모른다는 미필적 인식만으로도 족하다는 전제 아래 이적표현물을 취득·소지 또는 제작·반포하는 행위가 있으면 이적표현물 소지 등의 죄가 성립하는 것으로 보았다. 그러면서 국가보안법 제7조 제1항의 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서” 부분은 검찰 측이 철저히 입증해야 할 주관적 구성요건에 해당함에도 불구하고 그 입증책임을 완화시켜 주면서 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는” 미필적 고의만 추정될 수 있는 것이면 이 규정 위반의 유죄결정을 내리는 법 적용 경향을 보인다. 예를 들어, 지난 2002년에는 인터넷에서 주체사상 토론에 실명으로 참가한 사람에 대해 찬양고무죄로 유죄판결이 내려진 바가 있으며, 2003년 7월 건국대 학생투쟁위원회 사건에서도 학생들이 민주노총 홈페이지 등에서 퍼온 자료로 만든 수련회 자료집을 이적표현물로 취급하여 제7조를 적용한 바 있다.

2004년 8월 30일 대법원 제1부(주심 이용우 대법관, 박재운 대법관, 이규홍 대법관)는 국가보안법 제7조 위반사건에 대하여 유죄선고

를 내렸는데, 구체적 사건에 있어서의 유죄 여부에 대한 판단을 떠나 대법원이 판결문을 통해 국가보안법 개정 또는 폐지를 반대한다는 정치적 주장을 강력하게 밝히기 까지 했다. 이러한 대법원의 입장은 같은 해 헌법재판소가 국가보안법 제7조 합헌결정을 공개하면서 입법부에서 이를 적극 반영할 것을 주문하여 국가보안법 제7조를 개폐해서는 안 된다고 주장한 것과 같은 맥락으로, 사법부가 입법사항에 대해 개입한 정치적 행보라는 비판을 받기도 했다.⁷³⁹⁾

다) 국내 적용에 대한 평가

헌법재판소는 2004년 국가보안법 제7조에 대한 합헌결정에서 제7조의 합헌이유로 90년 이전의 제7조 규정은 구체성이 결여되어 있어 죄형법정주의에 위배되었으나 91년 개정 국가보안법 제7조에는 ‘국가의 존립, 안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’ 저지른 행위를 처벌하도록 개정했으므로 현행 국가보안법 제7조는 죄형법정주의에 위배되지 않는다는 점을 강조했다. 하지만 이 기준자체가 극히 모호할 뿐만 아니라 ‘정을 알면서’라는 요건 역시 명백하고도 현존하는 위협의 원칙에 부합하지 못하여 표현의 자유를 중대하게 침해하는 것이다. 더욱이 대법원에 의해 ‘정을 알면서’라는 주관적 요건의 입증책임이 완화되고 미필적 고의 정도로 경감됨으로써 1990년 헌법재판소 한정합헌결정의 취지를 무색케 했다. 그리고 실제로 91년 법 개정 이후에도 국가보안법 적용사례 중 제일 많은 부분을 차지하고 있는 것이 바로 이러한 국가보안법 제7조였음은 법 개정으로 달라진 것은 아무 것도 없다는 점을 말해준다. 즉, 1991년 국가보안법 개정 이후인 ‘문민정부’와 ‘국민의정부’ 10년간 국가보안

739) 참여연대 사법감시센터, “국가보안법 사수의지 드러낸 대법원의 정치적 판결” 논평, 2004년 9월 2일.

법 적용 구속자 3,047명중 제7조 관련 구속자가 2,762명으로 90.6%에 이르고 있다. 이것은 1990년 헌법재판소 결정으로 명백·현존위험의 원칙이 국가보안법 제7조의 해석과 적용에 사용되는 길이 열렸다가 ‘실질적 해악의 명백한 위험성’ 부분을 탈락시키는 법 개정이나 대법원의 안이한 법적용으로 명백·현존원칙의 적용 통로가 봉쇄되어 버렸음을 나타낸다.

종합적으로 이야기해서, 아직까지 국내 판례를 통해 명백·현존하는 위험의 원칙이 제대로 적용된 적은 한 번도 없다고 할 수 있다. 이 원칙이 부분적으로 변형의 형태로 적용될 때에도 이 원칙은 우리 재판 실무에서 표현의 자유를 보호하는 표현의 자유 보장 장치로서의 역할은 하지 못하고, 거꾸로 표현의 자유를 제한하는 제한의 정당화 근거로 악용되어 왔다고 볼 수 있다.

6) 결론

만약 정부가 쉽게 정치적 표현을 제한하거나 처벌할 수 있다고 한다면, 정부는 합법적으로 정부에 대해 비판하는 언론도 금지시킬 우려가 있게 된다. 다시 말해서, 표현과 그것이 야기하는 해악 간에 엄격한 인과관계를 요구하고 위험이 현존해야 하며 그 표현이 위험을 직접 선동하여야 한다는 식의 명백·현존하는 위험의 원칙과 같은 표현의 자유 보장 기준을 갖고 있지 않으면 정부는 언론이 단순히 혼란을 야기한다는 이유만으로도 이를 규제하거나 집요하게 처벌하려 들 것이다.

분명 명백·현존하는 위험의 원칙은 표현의 자유의 ‘한계’로서 보다는 표현의 자유를 제한하는 법률의 ‘엄격한’ 합헌성심사기준으로서 이해되어야 한다. 명백·현존하는 위험의 원칙과 같은 표현의 자유 보장 기준이 정부의 표현 규제를 꺼리는 본질적 이유는, 정부가 표현

이 야기할 수 있는 여러 해악을 구실삼아 실제로는 정부가 우려하는 언론의 설득력을 억압하려 한다는 데 있다. 미국 수정헌법 제1조의 존재이유는 정부가 그러한 표현이 각종 해악을 야기하리라는 구실에 호소해 정치적 반대의견 개진을 억압하는 것을 금하는 데서 찾을 수 있다는 점을 다시금 상기할 필요가 있다. 미국 연방대법원 판례를 통해 정교하게 다듬어져 온 명백·현존하는 위협의 원칙이 ‘표현의 자유를 최대한 보장하기 위한 보장 기준’이라는 관점에서 도입되고 우리의 학설·판례에 적용되어야 하는 이유가 여기에 있다.

(2) 직업의 자유

1) 직업의 자유의 의의

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 하여 직업선택의 자유를 보장하고 있다. 그러나 직업선택과 직업수행은 직업활동이라는 통일적 복합체를 구성하기 때문에 엄격하게 서로 분리될 수 있는 것들이 아니다. 따라서 헌법 제15조는 “직업선택의 자유”라는 문구에도 불구하고 자신이 원하는 직업 내지 직종을 자유롭게 선택하는 직업선택의 자유와 자신이 선택한 직업을 자기가 결정한 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 모두 포함하는 것으로 보아야 한다. 이러한 의미에서 ‘직업의 자유’라고도 할 수 있는 이 기본권은 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 헌법 제10조의 행복추구권과 밀접한 관련을 갖는다.⁷⁴⁰⁾

740) 헌재 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537 (543); 1998. 7. 16. 96헌마 246, 판례집 10-2, 283 (307 이하).

2) 직업의 자유의 보호영역

가) 인적 보호영역

헌법 제15조는 직업의 자유의 주체를 “모든 국민”으로 규정하고 있다. 이로 인하여 외국인과 법인도 헌법 제15조의 인적 보호영역에 해당하는가 하는 문제가 제기된다.

독일에서는 직업의 자유의 주체를 “모든 독일인”으로 규정하고 있는 기본법 제12조 제1항을 해석함에 있어 외국인의 직업활동은 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유를 통해서가 아니라, 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유를 통해서 보호되는 것으로 보고 있다.⁷⁴¹⁾ 따라서 우리 헌법 제15조의 해석에 있어서도 직업의 자유를 인간의 권리로 보는 경우에는 외국인도 제15조의 인적 보호영역에 해당한다고 말할 수 있겠지만, 직업의 자유를 인간의 권리가 아니라 국민의 권리로 보는 경우에는 외국인의 직업활동은 헌법 제10조의 행복추구권을 통해서 보호되는 것으로 보아야 할 것이다.⁷⁴²⁾ 그러나 이처럼 국민과 외국인의 직업활동이 서로 다른 기본권을 통해서 보호되는 경우에도 그 보호수준은 원칙적으로 동일한 것으로 보아야 할 것이다.

헌법 제15조는 사법인의 직업활동이 그 성격상 자연인에 의해서 수행되는 것과 마찬가지로 법인에 의해서도 수행될 수 있는 경우에는 그 본질상 사법인에게도 적용되는 것으로 이해된다.

741) BVerfGE 78, 179 (196); NVwZ 1990, 853 (854); Bauer, NVwZ 1990, 1152.

742) 계희열, 헌법학(중), 2007, 530쪽 이하.

나) 물적 보호영역

a) 직업의 개념

직업의 자유에 의해 보호를 받기 위해서는 우선 직업에 해당하는 것이 있어야 하기 때문에 직업의 자유의 내용은 ‘직업’ 개념을 어떻게 정의하느냐에 따라 결정된다고 할 수 있다. 헌법 제15조에서 의미하는 ‘직업’은 다음과 같은 세 가지 표지를 갖춘 활동을 말한다.

첫째, 헌법상의 직업은 생활의 기초를 획득하고 유지하는 것을 목적으로 하거나 그것에 기여하는 활동을 말한다.⁷⁴³⁾ 그 활동이 독립적으로 수행되느냐 비독립적으로 수행되느냐는 중요하지 않다. 그러나 취미생활은 직업이 아니다.

둘째, 헌법상의 직업은 지속적으로 이루어지는 활동을 말한다. 그렇다고 해서 그 활동이 상시적으로 또는 주된 것으로 수행되어야 하는 것은 아니다. 따라서 공무원의 부업, 겸직, 부직 등도 헌법상의 직업 개념에 포함된다. 직업활동은 공무원임의 형태로 이루어질 수도 있고 또 그렇지 않을 수도 있다. 어떤 직업이 공무원임의 형태로 이루어지는 경우에는 헌법 제25조(공무담임권)가 제15조의 특별규정으로 적용된다.

셋째, 헌법 제15조에 의해 보호되는 직업이 되기 위해서는 예컨대 마약판매상, 살인청부업자, 포주 등과 같이 사회적으로 유해한 활동이 아니어야 한다. 이와 관련, 주목해야 할 것은 법률상 허용되는 활동만이 헌법 제15조에 의해 보호되는 것이 아니라는 점이다. 따라서 입법자가 일정한 활동을 금지하는 것은 헌법 제15조의 보호영역을 제한하는 것으로서 헌법적 정당화를 필요로 한다.

743) BVerfGE 7, 377 (397); 54. 301 (313) 참조.

헌법 제15조의 직업의 자유에는 직업선택의 자유, 직업수행의 자유, 전직의 자유, 직장선택의 자유 등이 포함된다.⁷⁴⁴⁾

b) 직업선택의 자유

직업의 자유는 일정한 직업의 선택, 즉 어떠한 직업을 가질 것인가에 대한 결정과 어떠한 직업을 갖지 않겠다는 결정을 보호한다. 따라서 기본권주체는 자신의 직업상을 스스로 결정할 수 있으며, 비전형적인 활동을 직업으로 삼을 수도 있다. 직업선택의 자유는 또한 2차적 직업이나 부업에 대한 선택도 포함한다. 즉, 직업의 자유는 여러 개의 직업을 선택하여 동시에 함께 행사할 수 있는 자유, 즉 겸직의 자유도 포함한다.⁷⁴⁵⁾ 직업선택의 자유에는 직업을 변경하거나 종료할 수 있는 권리도 포함된다.

c) 직업수행의 자유

직업의 자유는 직업선택의 자유뿐만 아니라 직업수행의 자유도 보호한다. 따라서 직업의 자유에는 직업활동의 형식이나 방법, 범위와 내용에 대한 결정이 모두 포함된다. 직업수행의 자유에는 또한 자신의 활동에 대한 보상을 요구할 수 있는 권리와 모집활동이 포함된다. 직업수행의 자유의 내용은 이른바 의사, 약사, 변호사 등 자유업에 대해서도 적용된다.

또한 직업수행의 자유에는 영업 및 기업의 자유와 이를 근거로 한 경쟁의 자유가 포함된다. 경쟁의 자유는 기본권주체가 직업의 자유를

744) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365 (374); 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370 (379 이하).

745) 헌재 1997. 4. 24. 95헌마90, 판례집 9-1, 474 (480).

실제로 행사하는 데에서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다.⁷⁴⁶⁾

d) 직장선택의 자유

직업의 자유는 직업적 활동의 장소, 즉 직장을 선택하고 유지하거나 포기할 수 있는 자유를 포함한다.⁷⁴⁷⁾ 직장선택의 자유는 피고용자에게 보장되는 것이고, 자영업자에게는 직업수행의 자유를 통해 보장된다. 미성년자와 법인도 이 기본권의 주체가 될 수 있다.⁷⁴⁸⁾

e) 직업교육장 선택의 자유

직업교육장이란 일반적 학교교육을 넘어 직업교육을 제공하는 기관을 말한다. 여기에는 대학교, 전문교육기관, 교사와 법률가를 위한 국립연수기관, 기업적 또는 초기기업적 견습생양성기관 등이 속한다. 직업교육장에 들어갈 권리는 그 기관의 수용능력에 따라 제한을 받는다. 그러나 국립직업교육장은 수용능력을 모두 소진할 의무를 진다.

3) 직업의 자유의 제한

직업의 자유는 직업선택이나 직업수행이 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 규제를 받을 때 제한된다. 직업의 자유는 또한 주관적으로 직업을 규제하는 경향을 가진 법률에 의해서도 제한될 수 있다.

746) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 (691).

747) BVerfGE 84, 133 (146); 85, 360 (372 f.).

748) BVerfGE 30, 292 (312) 참조.

허가의무, 신고의무, 근로관계에 대한 보상이나 법률적 폐지에 관한 규정 등이 그 예다.

직업의 자유는 또한 직업선택이나 직업수행에 대한 간접적 또는 사실적 영향에 의해서도 제한될 수 있다. 그러나 이 경우에는 직업규제 경향이 객관적으로 존재하여야 한다.⁷⁴⁹⁾ 그렇지 않으면 직업의 자유가 아니라 헌법 제10조의 일반적 행동의 자유가 제한될 뿐이다.

직업의 자유의 보호영역은 사실행위에 의해서도 제한될 수 있다. 정보제공이나 경고조치 등에 의한 제한이 이에 해당한다. 나아가 국가가 시장원리에 반하는 방법으로 기본권주체와 경쟁을 함으로써 기본권주체를 퇴출시키는 경우에도 직업의 자유가 제한된다.

4) 직업의 자유에 대한 제한의 헌법적 정당성 여부

가) 제한법률의 요건

직업의 자유에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 반드시 “법률로써” 하여야 한다. 따라서 직업의 자유는 형식적 법률에 의하여 또는 형식적 법률에 근거하여서만 제한될 수 있다. 형식적 법률에 근거하여 제한되는 경우 실제적 제한은 법규명령, 조례 또는 행정행위를 통해서 이루어진다. 그러나 직업의 자유는 삶의 보람이요 생활의 터전인 직업을 개인의 창의와 자유로운 의사에 따라 선택·수행케 함으로써 자유로운 인격의 발전에 이바지하게 하는 한편 자유주의적 경제·사회질서의 요소가 되는 기본권이다. 따라서 이를 제한하는 법률 또는 근거법률은 특히 다음과 같은 요건을 충족시켜야 한다.

749) BVerfGE 70, 191 (214).

제한법률은 우선 명확성의 원칙을 준수하여야 한다. 실제적 제한이 법규명령, 조례 또는 행정행위를 통해서 이루어지는 경우에도 제한과 관련된 본질적 사항은 의회유보의 원칙에 따라 형식적 법률 그 자체에 규정되어 있어야 한다. 즉, 제한법률은 충분할 정도로 명확하여 제한의 범위와 한계를 명확하게 알 수 있어야 한다.⁷⁵⁰⁾ 직업의 자유에 대한 제한이 강하면 강할수록 명확성의 요청도 강해진다.⁷⁵¹⁾ 따라서 법규명령에 적용되는 헌법 제75조와 제95조의 요건들도 제한의 강도에 따라 더욱더 강화된다.

나) 단계이론에 따른 비례성 심사

a) 비례성 심사의 특수성

직업의 자유는 다른 기본권과 마찬가지로 절대적으로 보호되는 기본권이 아니다. 따라서 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 이를 법률로써 제한할 수 있다. 그러나 제한하는 경우에도 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등 공익의 목적을 달성하기 위하여 꼭 필요한 경우에 한하여 필요한 만큼만 제한할 수 있을 뿐, 필요한 정도를 넘어 과도하게 제한해서는 안 된다.⁷⁵²⁾

이와 관련, 주목해야 할 것은 직업의 자유의 제한에 대해서는 특수한 방식의 비례성 심사가 행해진다는 것이다. 이 심사방식은 독일 연방헌법재판소가 직업의 자유와 관련하여 비례성 심사를 구체화하면

750) BVerfGE 86, 28 (40).

751) BVerfGE 87, 287 (316 f.).

752) 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329 (336); 2002. 4. 25. 2001헌마 614, 판례집 14-1, 410 (427).

서 발전시킨 이른바 3단계이론을⁷⁵³⁾ 우리 헌법재판소가 채택한 것이다.⁷⁵⁴⁾ 하지만 여기에서도 목적의 정당성, 수단의 적합성, 수단의 최소침해성, 법익균형성 여부를 심사하는 것은 다른 기본권제한의 경우와 마찬가지로이다.

특수한 것은 경제적, 사회적 또는 노동법적 문제들에 대해서 입법자는 상당히 폭넓은 판단의 여지와 입법형성권을 가진다는 점이다.⁷⁵⁵⁾ 직업의 자유를 구체적으로 어느 정도까지 제한할 수 있는지에 관하여 우리 헌법재판소는 직업결정의 자유나 전직의 자유에 비하여 직업종사의 자유에 대하여는 상대적으로 더욱 폭 넓은 법률상의 규제가 가능한 것으로 보고 있다.⁷⁵⁶⁾ 따라서 비례성 심사에서도 직업수행의 자유에 대한 제한(제1단계)과 직업선택의 자유에 대한 제한(제2단계, 제3단계)을 구별해 볼 수 있다. 직업선택의 자유에 대한 제한인지, 직업수행의 자유에 대한 제한인지는 직업상(像)에 따라 결정된다.

b) 직업수행의 자유의 제한과 비례성 심사

직업수행의 자유에 대한 제한의 예로서 전형적인 것은 일정한 영

753) BVerfGE 7, 377 ff. - 이른바 약국판결.

754) 예컨대 헌재 1990. 10. 15. 89헌마178, 판례집 2, 365 (389 이하); 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365 (374 이하) 참조.

755) BVerfGE 39, 210 (225 f.); 77, 84 (106); 77, 308 (332).

756) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365 (374); 1997. 10. 30. 96헌마109, 판례집 9-2, 537 (543); 1998. 5. 28. 95헌마18, 판례집 10-1, 583 (594); 1999. 9. 16. 96헌마39, 판례집 11-2, 343 (350 이하); 2000. 7. 20. 99헌마455, 판례집 12-2, 153 (161); 2001. 6. 28. 2001헌마132, 판례집 13-1, 1441 (1458 이하); 2002. 6. 27. 2000헌마642등, 판례집 14-1, 644 (652); 2002. 7. 18. 99헌마574, 판례집 14-2, 29 (40); 2002. 8. 29. 2000헌마556, 판례집 14-2, 185 (199); 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856 (870).

업에 대하여 신고제나 허가제 또는 특허제를 규정하는 것, 의사 등 자유직업활동의 광고를 제한하거나 금지하는 것, 자유직 종사자의 보수를 규정하는 것 등이다. 직업수행의 자유에 대한 제한은 직업수행의 자유와 공익 사이의 합리적 형량에 의하여 그 제한이 정당화될 때 허용된다.⁷⁵⁷⁾ 이 단계에서는 합목적성의 관점이 중요시되긴 하지만,⁷⁵⁸⁾ 비례의 원칙에 따른 비례성 심사가 적용된다.

c) 주관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한과 비례성 심사

직업선택의 자유에 대한 제한은 주관적 사유에 의한 제한(제2단계)과 객관적 사유에 의한 제한(제3단계)으로 구별된다. 주관적 사유에 의한 제한이란 어떤 직업의 수행을 위한 전제조건으로서 일정한 자격이나 적성과 같은 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것을 말한다. 일정한 신체적 조건을 요구하거나 연령제한을 두는 것이 그 예다. 여기에서 주목해야 할 것은 주관적 요건의 충족 여부가 기본권주체의 책임영역에 속하는 사항이라는 것이다.

이 단계에서 이루어지는 제한이 헌법적으로 정당화되기 위한 요건으로서 우리 헌법재판소는 다음과 같은 요소들을 제시하고 있다. 첫째, 그 제한이 누구나 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이어야 한다. 둘째, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 그 제한이 동일하게 적용되어야 한다. 셋째, 주관적 요건 자체가 그 제한목적과 합리적인 관계에 있어야 한다는 비례의 원칙을 준수하여야 한다.⁷⁵⁹⁾

757) BVerfGE 7, 377 (405 f.).

758) BVerfGE 77, 308 (332).

759) 헌재 1995. 6. 29. 90헌바43, 판례집 7-1, 854 (868).

따라서 이 단계에서 이루어지는 비례성 심사에서는 누구나 그 직업에 종사할 때 발생할 수 있는 공공의 손실과 위험이 무엇인지를 확인하고 이에 맞춰 비례의 원칙을 적용하기 때문에 제1단계에서의 비례성 심사보다 심사강도가 더 높다고 할 것이다.

d) 객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한과 비례성 심사

객관적 사유에 의한 직업선택의 자유의 제한은 제한의 강도가 가장 높은 제3단계 제한에 해당한다. 여기에서는 기본권주체의 책임영역 내지 위험부담영역에 속하지 않는 객관적 사유, 예컨대 수급계획을 고려하여 직업선택의 자유를 제한하게 된다.

이처럼 당사자의 능력이나 자격과 상관없는 객관적 사유에 의한 제한은 특히 중요한 공동체의 이익에 대하여 발생할 수 있는 명백하고도 확실한 위험을 방지하기 위한 경우에만 허용된다. 여기에서 ‘특히 중요한 공동체의 이익’이 무엇인가에 대해서는 논란이 있을 수 있지만, 독일에서는 그 자체가 헌법에 의해 보호되고 있는 법익들을 의미하는 것으로 보고 있다. 따라서 이 단계에서는 엄격한 비례의 원칙이 적용된다.⁷⁶⁰⁾

e) 단계이론에 따른 비례성 심사의 방법

이와 관련, 주의해야 할 것은 단계이론에 따라 상이한 강도의 비례성 심사를 올바르게 적용하기 위해서는 각 단계에 해당하는 사건들을 올바르게 유형화해야 한다는 것이다. 그러나 사건에 따라서는 직

760) 헌재 2002. 4. 25. 2001헌마614, 판례집 14-1, 410 (427 이하).

업수행의 자유에 대한 제한이 직업선택의 자유에 대한 제한과 유사하게 중대한 부담으로 작용할 수 있다. 이 경우에는 직업선택의 자유의 제한에 적용되는, 사건에 따라서는 제3단계의 정당화요건을 직업수행의 자유에 대한 제한에도 적용해야 할 것이다.

5) 심사기준의 적용례

이하에서는 헌법재판소 결정에서 나타난 비례성 심사의 용례를 몇 가지 소개하기로 한다.

가) 직업수행의 자유

아) 변호사 개업지 제한

변호사의 개업지와 관련, 판사·검사·군법무관 또는 경찰공무원으로서 재직기간이 15년에 달하지 아니한 자는 변호사의 개업신고전 2년 이내의 근무지가 속하는 지방법원의 관할구역 안에서 퇴직한 날로부터 3년 간 개업할 수 없도록 하는 변호사법 규정은 직업선택의 자유를 제한한 것으로서 입법취지의 공익적 성격에도 불구하고 선택된 수단이 그 목적에 적합하지 아니할 뿐 아니라, 그 정도 또한 과잉하여 비례의 원칙에 벗어난 것이다.⁷⁶¹⁾

바) 담배자동판매기설치 금지조례

자동판매기를 통한 담배판매는 구입자가 누구인지를 분별하는 것이 곤란하여 청소년의 담배구입을 막기 어렵고, 또 그 특성상 판매자와 대면하지 않는 익명성, 비노출성으로 인하여 청소년으로 하여금

761) 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329 (341).

심리적으로 담배구입을 용이하게 하고, 주야를 불문하고 언제라도 담배구입을 가능하게 하며, 청소년이 쉽게 볼 수 있는 장소에 설치됨으로써 청소년에 대한 흡연유발효과도 매우 크다고 아니할 수 없으므로, 청소년의 보호를 위하여 자판기설치의 제한은 반드시 필요하다고 할 것이고, 이로 인하여 담배소매인의 직업수행의 자유가 다소 제한되더라도 법익형량의 원리상 감수되어야 할 것이다.⁷⁶²⁾

c) 학교환경위생정화구역 안의 당구장시설 금지

① 대학의 경우 : 대학, 교육대학, 사범대학, 전문대학, 기타 이와 유사한 교육기관의 학생들은 변별력과 의지력을 갖춘 성인이어서 당구장을 어떻게 활용할 것인지는 이들의 자율적 판단과 책임에 맡길 일이고, 학교주변의 당구장시설 제한과 같은 타율적 규제를 가하는 것은 대학교육의 목적에도 어긋나고 대학교육의 능률화에도 도움이 되지 않으므로, 위 각 대학 및 이와 유사한 교육기관의 학교환경위생정화구역 안에서 당구장시설을 하지 못하도록 기본권을 제한하는 것은 교육목적의 능률화라는 입법목적의 달성을 위하여 필요하고 적절한 방법이라고 할 수 없어 기본권제한의 한계를 벗어난 것이다.

② 유치원의 경우 : 유치원주변에 당구장시설을 허용한다고 하여도 이로 인하여 유치원생이 학습을 소홀히 하거나 교육적으로 나쁜 영향을 받을 위험성이 있다고 보기 어려우므로, 유치원 및 이와 유사한 교육기관의 학교환경위생정화구역 안에서 당구장시설을 하지 못하도록 기본권을 제한하는 것은 입법목적의 달성을 위하여 필요하고도 적절한 방법이라고 할 수 없어 역시 기본권제한의 한계를 벗어난 것

762) 헌재 1995. 4. 20. 92헌마264등, 판례집 7-1, 564 (574 이하).

이다.

③ 초·중·고등학교의 경우 : 초등학교, 중학교, 고등학교 기타 이와 유사한 교육기관의 학생들은 아직 변별력 및 의지력이 미약하여 당구의 오락성에 빠져 학습을 소홀히 하고 당구장의 유해환경으로부터 나쁜 영향을 받을 위험성이 크므로 이들을 이러한 위험으로부터 보호할 필요가 있는바, 이를 위하여 위 각 학교 경계선으로부터 200미터 이내에 설정되는 학교환경위생정화구역 내에서의 당구장시설을 제한하면서 예외적으로 학습과 학교보건위생에 나쁜 영향을 주지 않는다고 인정하는 경우에 한하여 당구장시설을 허용하도록 하는 것은 기본권제한의 입법목적, 기본권제한의 정도, 입법목적 달성의 효과 등에 비추어 필요한 정도를 넘어 과도하게 직업행사의 자유를 침해하는 것이라 할 수 없다.⁷⁶³⁾

d) 과밀억제권역내 사업용 부동산 취득에 대한 중과세

과밀억제권역 안에서 대통령령이 정하는 본점 또는 주사무소의 사업용 부동산을 취득할 경우에 취득세를 중과세하도록 한 지방세법 규정은 수도권외의 인구 및 경제력 집중을 억제하고 간접적으로 기업의 지방이전을 촉진하기 위하여 정책적으로 마련된 것인바, 이 법률 조항은 이미 과밀억제권역 내에 본점 또는 주사무소용 사무실을 가지고 있다가 같은 권역 내의 다른 곳으로 사무실을 이전하는 경우와 같이 과밀억제권역 내에 인구유입 또는 경제력 집중을 유발하는 효과가 없는 경우에는 적용되지 않는 것으로 좁게 풀이하는 것이 상당하고, 이렇게 풀이할 경우 입법목적도 적절히 달성할 수 있고 과잉규

763) 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196등, 판례집 9-1, 375 (382 이하).

제로 인한 헌법위반의 소지도 없어진다. 결론적으로 그 적용범위를 위와 같은 합헌적인 범위 밖에까지 부당히 확장하지 않는 한, 이 법률조항은 기업 등의 거주·이전의 자유 및 직업의 자유를 헌법 제37조 제2항에 위반하여 침해하는 것이라고 볼 수 없다.⁷⁶⁴⁾

e) 공장총량제

수도권지역에서 공장 신설 등의 총허용량을 정한 뒤 이를 초과하는 부분의 신설 등을 제한하는 공장총량제 규정은 헌법 제120조, 제122조, 제123조에 근거를 두고 수도권에 과도하게 집중된 인구 및 산업의 적정배치를 유도하여 질서 있는 수도권정비와 국토의 균형 발전이라는 중대한 공익을 추구하는 것이며, 수도권 지역에서 공장의 신설 등을 하려는 국민도 총허용량의 범위 안에서는 자유롭게 공장의 신설 등을 할 수 있을 뿐 아니라 언제라도 공장총량의 설정량 및 집행량을 확인할 수 있으므로 기업활동의 예측성이나 안정성이 보장되고 있고, 가사 총량이 모두 소진되어 당해 연도에는 공장의 신설 등이 제한된다 하더라도 그 다음 해에 새로이 배정되는 총허용량의 범위 내에서 공장 신설 등을 할 수 있어 그 시기가 일시 연기되는 것일 뿐 궁극적으로는 그 공장의 신설 등을 할 수는 있다. 그러므로 공장총량제가 직업수행의 자유나 재산권을 침해한다고 할 수 없다.⁷⁶⁵⁾

나) 직업선택의 자유

a) 직업선택의 자유와 자격제

764) 헌재 1996. 3. 28. 94헌바42, 판례집 8-1, 199 (206 이하); 2000. 12. 14. 98헌바104, 판례집 12-2, 387 (396 이하).

765) 헌재 2001. 11. 29. 2000헌바78, 판례집 13-2, 646 (655 이하).

자격제도는 고도의 전문적 지식과 기술이 요구된다고 판단되는 직업분야에 있어서 공공복리를 위하여 헌법상 보장된 직업선택의 자유를 법률로써 전면적으로 금지한 다음, 일정한 자격을 갖춘 자에 한하여 직업선택의 자유를 회복시켜 주는 것으로서 그 자체가 헌법에 위반되는 것은 아니다.⁷⁶⁶⁾

b) 전문분야 자격제도

입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다.⁷⁶⁷⁾ 입법자는 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 그 내용을 구성할 수 있고, 마련한 자격제도의 내용이 불합리하고 불공정하지 않는 한 입법자의 정책판단은 존중되어야 하며, 광범위한 입법재량이 인정되는 만큼, 자격요건에 관한 법률조항은 합리적인 근거 없이 현저히 자의적인 경우에만 헌법에 위반된다고 할 수 있다.⁷⁶⁸⁾

c) 새로운 자격요건의 설정

직업 자체는 역사적, 사회적, 경제적 요인들에 의하여 생성되고 변

766) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338 (344 이하); 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 판례집 13-2, 363 (373).

767) 헌재 1990. 10. 15. 89헌마178; 1996. 4. 25. 94헌마129등, 판례집 8-1, 449 (460); 2000. 4. 27. 97헌바88, 판례집 12-1, 495 (501 이하); 2000. 4. 7. 98헌바95등, 판례집 12-1, 508 (536); 2000. 7. 20. 98헌마52, 판례집 12-2, 114 (123).

768) 헌재 2001. 5. 31. 99헌바94, 판례집 13-1, 1150 (1157 이하); 2001. 9. 27. 2000헌마152, 판례집 13-2, 338 (345); 2001. 9. 27. 2000헌마208등, 판례집 13-2, 363 (374).

화하며 소멸하는 것이므로, 어떠한 법률 규정으로 인하여 직업의 자유가 침해되는지 여부는 그 직업의 구체적인 생성과정과 원인, 그 성질과 실태 등을 파악한 다음 판단되어야 한다. 한의사전문의와 같이 기왕에 존재하던 한의사라는 직업영역 내에서 특화된 새로운 자격을 부여하는 것이 그 직업종사자의 기본권을 침해하는지 여부를 판단함에 있어서는 직업에 대하여 직접적인 제한이 가하여지는 경우와 달리 보아야 한다. 따라서 위와 같이 새로이 설정되는 자격요건과 관련하여 기존에 유사한 조건을 갖추고 있었다고 하더라도 반드시 특별한 우대를 받아야 하는 것은 아니며, 새로운 자격제도가 도입된 시점 이후부터 일정한 자격요건에 부합하는 자만이 그 직업을 갖게 되는 것은 그 성질상 당연한 것이고, 예외적으로 과거의 활동이나 경력에 따라 자격요건을 완화할지 여부는 원칙적으로 입법자의 광범위한 재량에 속한다고 할 것이다.⁷⁶⁹⁾

d) 유료직업소개업의 허가제

직업소개업은 그 성질상 사인이 영리목적으로 운영할 경우 근로자의 안전 및 보건상의 위험, 근로조건의 저하, 공중도덕상 해로운 직종에의 유입, 미성년자에 대한 착취, 근로자의 피해, 인권침해 등의 부작용이 초래될 수 있는 가능성이 매우 크므로 유료직업소개사업은 노동부장관의 허가를 받아야만 할 수 있도록 제한하는 것은 그 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 합리적인 제한이라고 할 것이고 그것이 직업선택사유의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.⁷⁷⁰⁾

769) 헌재 2001. 3. 15. 2000헌마96등, 판례집13-1, 489 (509 이하).

770) 헌재 1996. 10. 31. 93헌가13, 판례집 8-2, 422 (432).

e) 근로자공급사업 허가제도

근로자공급사업은 성질상 사인이 영리를 목적으로 운영할 경우 근로자의 안전 및 보건상의 위험, 근로조건의 저하, 공중도덕상 유해한 직종에의 유입, 미성년자에 대한 착취, 근로자에 대한 중간착취, 강제근로, 인권침해, 약취·유인, 인신매매 등의 부작용이 초래될 가능성이 매우 크므로 노동부장관의 허가를 받은 자만이 근로자공급사업을 할 수 있도록 제한하는 직업안정법 규정은 합리적인 제한이라고 할 것이고, 과잉금지원칙에 위배되어 직업선택의 본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다.⁷⁷¹⁾

f) 신고제에서 허가제로의 개정

구법상의 폐기물재생처리신고업자의 사업이 신법상의 폐기물중간처리업에 해당하는 경우 영업을 계속하기 위해서는 신법 시행일로부터 1년 이내에 폐기물중간처리업의 허가를 받도록 한 폐기물관리법 규정은, 구법상의 재생처리신고업자가 법개정으로 인한 상황변화에 적절히 대처할 수 있도록 상당한 유예기간을 두고 있고 그 기간에도 시계획결정에 관한 새로운 유예기간이 추가된 점에 비추어 볼 때, 지나치게 짧은 것이라고 할 수 없으므로 위 법률조항은 구법상의 재생처리신고업자의 신뢰이익을 충분히 보호하고 있는 것으로서 직업결정의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수 없다.⁷⁷²⁾

771) 헌재 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650 (659).

772) 헌재 2000. 7. 20. 99헌마452, 판례집 12-2, 128 (148 이하).

(3) 재산권

1) 재산권의 본질적 내용 침해금지 문제

가) 본질적 내용침해의 인정 여부

a) 헌법 제37조 제2항은 기본권을 제한하는 경우에도 본질적 내용을 침해할 수 없음을 규정하여 기본권제한입법의 한계를 규정하고 있다. 그런데 헌법 제37조 제2항의 문제는 기본권 제한에 관한 것으로 재산권에 관하여는 헌법 제23조 제1항이 그 한계뿐만 아니라 내용까지도 법률로 정하도록 하고 있으므로 재산권의 내용을 규정하는 입법의 경우에도 기본권제한의 한계로서 본질적 내용침해금지가 적용되는지에 관한 의문이 제기된다. 즉 법률에 의하여 재산권의 내용이 비로소 형성된다고 한다면 입법 이전에 이미 존재하는 재산권의 본질적 내용이라고 하는 것이 존재하는 것인가, 존재한다면 이를 불가침적인 것으로 보아야 할 것인가 하는 것이 의문이 생기는 것이다.

b) 이 점에 관하여 우리헌법의 해석상 법률로써 재산권을 규정하는 경우에 그 본질적 내용은 침해할 수 없다고 보는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이고 지배적 견해이다.⁷⁷³⁾

헌법재판소는 “입법부라고 할지라도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 있는 것은 아니며 사유재산권의 본질적인 내용을 침해하는 입법을 할 수 없음은 물론이다(헌법 제37조 제2항 후단). 토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침

773) 김철수, 「헌법학(상)」, 2008, 870면; 권영성, 「헌법학원론」, 2007, 560면; 허영, 「한국헌법론」, 2008, 492면; 성낙인, 「헌법학」, 2008, 625-626면; 계희열, 「헌법학(중)」, 2007, 579면 이하.

해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화(形骸化)되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다. 사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권 박탈 등이 본질적인 침해가 된다.”고 하여 재산권의 경우도 본질적 내용침해금지에 관한 헌법 제37조 제2항이 적용됨을 인정한 바 있다(헌재 1989.12.22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 373; 1990.9.3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 256). 또한 “국세기본법 제35조 제1항 제3호 중 ‘으로부터 1년’이라는 부분은 비공시(非公示)되고 불확정한 조세채권이 담보물권의 배타적 우선권을 제한하고 담보물권에 우선하도록 허용함으로써 사법사의 담보물권제도에 대한 법적 신뢰성을 허물어 뜨려 헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권의 본질적인 내용을 침해할 뿐만 아니라 과잉금지의 원칙에도 위배된다.”고(헌재 1990.09.03, 89헌가95, 판례집 제2권, 245)하거나 “구 근로기준법 제30조의2 제2항은 퇴직금채권자에게 저당권자에 우선하여 그 퇴직금의 액수에 관하여 아무런 제한 없는 우선변제수령권을 인정하고 있으므로, 그로 말미암아 질권자나 저당권자가 그 권리의 목적물로부터 거의 또는 전혀 변제를 받지 못하게 되는 경우에는, 그 질권이나 저당권의 본질적 내용을 이루는 우선변제수령권이 형해화하게 되므로 위 조항 중 ‘퇴직금’부분은 질권이나 저당권의 본질적 내용을 침해할 소지가 생기게 된다.”(헌재 1997. 8. 21. 94헌바19등, 판례집 9-2, 243, 261)거나 또는 “소지인이 수취인과 발행인에 관한 어음요건을 모두 기재하여 적법한 지급제시를 하는 경우에는 소구권이 부인되지 아니하고, 어음요건을 흠결하고 지급제시 하는 경우에도 소구권만 상실되게 할 뿐이지 원인관계에서의 채권까지 소멸시키는 것은 아닌 점 등 사유재산권이 부인되거나 사유재산제도를 부인하고 있지도 않으므로

재산권의 본질적 내용을 침해한다고 볼 수 없다.”(헌재 2000. 2. 24. 97헌바41, 판례집 12-1, 152, 168)고 하는 등을 통하여 이를 분명히 하고 있다.⁷⁷⁴⁾

c) 한편 독일의 경우에도 기본법 제14조 제1항 2문에서 나오는 입법자의 형성권한은 제19조 제2항에 의해 제한된다고 보는 것이 지배적 견해이다.⁷⁷⁵⁾ 즉 기본법 제19조 제2항의 본질적 내용의 보장은 재산권보장의 절대적, 실체적 핵심을 보장한다는 것이다.⁷⁷⁶⁾ 연방헌법재판소도 재산권에 관한 상대성을 강력히 인정하려는 태도를 보이긴 하나 본질적 내용은 불가침이라 보고 있다.⁷⁷⁷⁾ 또 재산권의 내용 개방성을 역설한 Ipsen같은 학자도 기본법 제19조 제2항에서 제14조 제1항 2문에 근거한 재산권의 입법적 내용규정의 한계를 찾을 수 있을 것이라 하고 재산권의 본질적 내용은 법률적 내용규정을 통해서도 침해될 수 없다고 보았으며⁷⁷⁸⁾ W. Weber도 입법자는 재산권의 내용과 한계만을 규정할 수 있으며 재산권의 본질적인 내용을 침해해서는 안되며 본질을 해체시켜서도 안 된다고 하였다.

또 절대적 재산권 개념은 결여되어 있으나 재산권은 기본권의 범주에 속하므로 기본법 제19조 제2항에 따라 어떤 경우에도 침해할 수 없는 본질적 내용을 가진다고 하거나 ⁷⁷⁹⁾ 기본법 제19조 제1항은

774) 헌법재판소판례에 대해서는 김대환, 「기본권제한의 한계」, 법영사, 2001, 239면 이하 참조.

775) 이에 관해서는 김문현, 「사회·경제질서와 재산권」, 법원사, 2001, 299면 이하 참조.

776) O.Depenheuer, Rdnr. 232 zu Art.14, in: v.Mangolt/Klein/Starck, GG Kommentar, 2005

777) BVerfGE 20, 351 (355); 31, 375 (385); 36, 281 (293); 42, 263 (293); H. Schulte, Zur Dogmatik des Art. 14 GG., 1979, S. 17.

778) H. P. Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDstRL 10, 1952, S. 94f.

779) Gutmann/Klein/Paraskewopoulos/Winter, Die Wirtschaftsverfassung der

기본권 제한에 관한 것이므로 제14조 제1항 2문의 재산권 내용규정적 입법과는 관계가 없다고 하겠으나 기본권의 일반적 실현요구를 고려한다면 재산권보장이 본질적 내용을 침해당해서는 안 된다는 것은 자명한 것이라 보는 견해도 있다.⁷⁸⁰⁾ 같은 의미에서 법실증주의적 의미에서의 입법자의 전능은 기본법 제19조 제2항에 의해 한계지워진다고 하면서 제14조 제1항 2문에 근거하여 재산권자에게 사회적 구속으로서 보상의무 없는 재산권 침해를 규정한 법률이 재산권의 본질적 내용을 침해한 것이 아닌가가 검증되어야 한다는 견해도 있다.

그러나 이에 반대하는 견해도 있다. 예컨대 Knoll은 기본법 제19조 제2항은 개인의 사적 재산권이 아니고 법적 제도로서의 재산제도의 보장에 대해서만 적용된다고 보는데 왜냐하면 사적 재산권은 그 자체 헌법에 의해 불가침적으로 보장된 것이 아니므로 재산권은 수용 가능성과 개인의 재산권의 본질적 내용의 제거가능성이 예견되기 때문이라 한다.⁷⁸¹⁾ 또한 H. Schulte 같은 학자는 사실상 재산권의 본질적 내용보장이 직접적으로 개별 재산권을 보장하지도 않고 제도로서의 재산권을 보장하지도 않는다고 하면서 본질적 내용이란 말은 법률유보가 입법자에게 자의를 주는 것이 아니라 더 정확한 내용을 제시해 주는 것이 아니며 이는 재산권 관계 판결에서 본질적 내용의 보장을 인정하는 연방헌법재판소가 재산권의 광범위하고 명백한 상대성을 인정하여 재산권 개념을 다이나믹화하는 데서도 나타난다고 하면서 본질적 내용논의는 그만두는 것이 타당하다고 하였다.⁷⁸²⁾ H. Schulte에 의하면 과거 독일연방헌법재판소는 이러한 본질

Bundesrepublik Deutschland, 1979, S. 24f.

780) H. Rittstieg, Eigentum als Verfassungsproblem, 1975, S. 402f.

781) v. Mangolt-Klein, a.a.O., S. 433.에서 인용.

782) H. Schulte, Zur Dogmatik des Art. 14, GG. 1979, S. 16f.

적 내용의 불가침성을 인정하여도 본질적 내용의 침해 여부를 엄밀히 규정한 적도 없고 기본권의 본질적 내용의 침해를 이유로 법률의 위헌성을 인정한 적도 없다고 한다.⁷⁸³⁾

d) 한편 일본의 경우 과거 일본최고재판소 판례는 “동조 제1항과의 관계상 공공의 요구가 있는 경우에도 또한 법률에 의해서도 재산권을 그 본질적 내용에 있어 침해하는 것은(예컨대, 권리를 박탈하거나 또는 그 효력을 전면적으로 부정하는 것과 같은 것은 …) 허용되지 않는다.”고 하여⁷⁸⁴⁾ 본질적 내용 불가침적 입장을 보인 바 있다.

e) 생각건대 다른 기본권과는 달리 재산권에 대한 법률의 역할은 단순히 재산권을 제한하는 의미뿐 아니라 재산권의 내용을 형성하는 의미를 가지는 만큼 재산권 내용규정 입법의 경우 논리적으로 헌법 제37조 제2항이 적용된다고 하기 곤란한 점이 있다고 볼 수도 있으나 내용규정 입법과 제한입법은 동전의 양면과 같은 것으로 구별하기 곤란한 측면도 있는 것이 사실이다.⁷⁸⁵⁾ 즉 재산권의 내용과 한계의 구별에 관하여는 공·사법의 구별과 연관하여 사법 규정을 통하여 재산가치를 권리의 범위를 정하는 것은 재산권의 내용규정이고, 공익을 위하여 이를 제한하는 경우 한계 규정이라고 보는 견해도 있고⁷⁸⁶⁾, 시간적 문제로 파악하여 내용규정은 재산권자의 지위를 장래를 향하여 규정하나 제한 규정은 종래의 법에 따라 인정되는 재산권적 지위에 대해 규제하는 것으로 현존상태에 대한 규정은 재산권의

783) ebenda., S.15.

784) 最判昭 38, 6, 26 刑集 17권 5호, p. 521.

785) 이에 관해서는 김 문현, 전게서, 168면 이하 참조.

786) J.Chlosta, Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung, 1975, S. 52.

제한을 의미하고 장래의 것을 규정하면 내용규정이라 보는 견해도 있다.⁷⁸⁷⁾ 그러나 양자는 동어반복으로서 한계 규정은 필연적으로 내용규정을 포함하며 내용규정은 필연적으로 한계규정을 포함한다고 보는 견해도 있다.⁷⁸⁸⁾ 사실 내용규정과 한계규정은 구별은 형식적인 것에 불과하며 새로운 내용규정은 필연적으로 기존의 재산권의 내용에 대한 한계규정을 의미하며 새로운 한계규정은 필연적으로 내용규정을 의미한다는 점에서 양자의 구별은 사실상 불가능하다. 다만 그나마도 외형적으로 구별은 한다면 J.Rozek의 지적처럼 내용규정은 재산권자의 지위를 자래를 향하여 규정하나 한계규정은 종래의 법에 따라 인정된 지위를 제한하는 것이라 할 수 있을 것이다. 그런 점에서 본다면 본질적 내용보장은 내용규정입법에도 적용되어야 하며⁷⁸⁹⁾ 법률이 재산권의 내용과 한계를 정할 때 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다. 이 점은 재산권이 기본권의 하나로 구성되어 있다는 점, 법치국가적 신뢰보장의 원칙, 계속성의 사상 등에 비추어 보아도 그러하다 할 것이며 사유재산제의 보장과 관련하여서도 그러하다. 이렇게 보면 다음으로 문제되는 것은 재산권의 본질적 내용이 무엇이나, 재산권의 본질적 내용과 재산권의 사회 구속성과 공용수용과의 관계는 어떠하나 하는 것이다.

나) 재산권의 본질적 내용의 구체적 내용

a) 재산권의 본질적 내용은 침해되어서는 안 된다고 하지만 그

787) J.Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung- Eine Bestandsaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art. 14 nach 15 Jahren Nassauskiesung, 1998, SS 277-278.

788) Brun-Otto Bryde, Rdnr. 51 zu Art.14,in: I.v. Münch/P.Kunig, Grundgesetz - Kommentar, 2000.

789) v. Mangolt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1966, S. 433.

구체적 내용이 무엇인지는 명확하지 않다.

이 점에 관해 우리헌법재판소는 “토지재산권의 본질적인 내용이라는 것은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 따라서 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화(形骸化)되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 할 것이다. 사유재산제도의 전면적인 부정, 재산권의 무상몰수, 소급입법에 의한 재산권 박탈 등이 본질적인 침해가 된다.”고 한 바 있고(헌재 1989.12.22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 373; 1990.9.3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 256) 또 “결국 먼저 성립하고 공시(公示)를 갖춘 담보물권이 후에 발생하고 공시를 전혀 갖추고 있지 않은 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당함으로써, 합리적인 사유없이 저당권이 전혀 그 본래의 취지에 따른 담보기능을 발휘할 수 없게 된 사정을 엿볼 수 있다. 이는 자금대출 당시 믿고 의지하였던 근저당권이 유명무실하게 되어 결국 담보물권의 존재의의가 상실되고 있음을 보여주는 사례로서, 담보물권이 합리적인 사유없이 담보기능을 수행하지 못하여 담보채권의 실현에 전혀 기여하지 못하고 있다면 그것은 담보물권은 물론, 나아가 사유재산제도의 본질적 내용의 침해가 있는 것이라고 보지 않을 수 없는 것이다.”(헌재 1990.9.3. 89헌가95, 판례집 제2권, 245, 257-257)거나 “구 근로기준법 제30조의2 제2항은 퇴직금채권자에게 저당권자에 우선하여 그 퇴직금의 액수에 관하여 아무런 제한 없는 우선변제수령권을 인정하고 있으므로, 그로 말미암아 질권자나 저당권자가 그 권리의 목적물로부터 거의 또는 전혀 변제를 받지 못하게 되는 경우에는, 그 질권이나 저당권의 본질적 내용을 이루는 우선변제수령권이 형해화하게 되므로 위 조항 중 ‘퇴직금’부분은 질권이나 저당권의 본질적 내용을 침

해할 소지가 생기게 된다.”고 한 바 있다(헌재 1997.8.21. 94헌바19등, 판례집 9-2, 243, 261).

이러한 결정에서 재산권의 본질적 내용은 재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소로서 재산권이 유명무실하게 되고 사유재산제도 또는 재산권이 형해화하게 되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적 목적을 달성할 수 없게 되는 정도에 이르게 된 경우 본질적 내용의 침해가 된다고 보고 사유재산제도의 전면적 부정, 재산권이 무상몰수, 소급입법에 의해 재산권이 박탈, 담보물권이 담보기능을 수행하지 못하여 담보채권의 실현에 전혀 기여하지 못하는 경우 등을 예로 들고 있다.

b) 독일연방헌법재판소는 재산권보장의 근본내용, 즉 객체에 대한 사적 이용성과 원칙적 처분권능을 유지하여야 하며 비례성의 원칙(die Grundsatz des Übermassverbotes)을 존중해야 한다고 하고 몰수에 해당되는 조세와 같이 재산권의 근본적 내용을 박탈하는 법규정은 인정될 수 없다고 보았다.⁷⁹⁰ 그래서 재산권자에게 재산권이라 할 수 있는 법적 지위가 유지되어야 하며 만약 재산권자에게 재산권에 관한 권능을 완전히 또는 거의 완전히 박탈하여 국가 등이 배타적으로 이를 이용할 수 있게 한다면 이는 재산권보장과 합치될 수 없다고 하였다.⁷⁹¹

한편 P. Badura도 입법에 의한 재산권의 내용·한계규정에 있어 개인에 대한 부담의 평등성, 재산권의 사적 이용성 및 그 사용의 평등성 원칙과 관련하여 파악되어야 한다고 하였다.⁷⁹² H. Krüger는

790) BVerfGE 31, 229 (240).; 42, 263 (294).

791) BVerfGE 50, 290 (334 f.); O.Depenheuer, O.Depenheuer, Rdnr. 232 zu Art.14, in: v.Mangolt / Klein / Starck, GG Kommentar(2005).

792) P. Badura, Wirtschaftsverwaltungsrecht,in: Besonderes Verwaltungsrecht,

법률적 내용·한계규정은 전래적 의미에서의 사유재산을 위한 근본적 가치결정을 존중해야 하고 다른 헌법규정과의 일치해야 하며 과잉침해금지원리에 따라야 한다고 하였다.

또한 H. P. Ipsen은 기본법 제19조 제2항의 본질적 내용은 전체 헌법질서에 있어 보호가치 있는 것으로 보이는 것 이외의 다른 것으로는 이해할 수 없다고 보았고⁷⁹³⁾ W. Weber는 기본법 제14조 제1항이 자명하게 전제하고 있는 재산권 개념의 관습에서 나온다고 보았다.

c) 생각건대 재산권의 본질적 내용이란 재산권을 보장하는 근본적 취지, 즉 존엄한 존재로서의 인간의 자유와 생존을 위해 재산권이 보장된다는 점에서 추출되어야 할 것이다. 따라서 개인의 재산권의 제한 또는 박탈이 재산권보장을 공허하게 하여 그 재산권이 사실상 빈껍데기에 불과하여 재산권자의 자유와 생존에 기여하지 못하는 정도에 이른 경우에는 본질적 내용의 침해로 보아야 한다. 그래서 사유재산제에 적대적인 재산제도를 도입하여 재산권자의 재산에 대한 사회적 이용성과 원칙적 처분권능을 박탈하여 사유재산제의 핵심을 침해함으로써 사실상 사유재산제를 폐기한다든가, 재산권자에게 재산권의 귀속상태가 그 권리의 실체가 보장되어야 함에도 그 귀속상태를 침해하거나 그 재산권의 실체를 침해하여 재산권자에게 그 재산권의 사용·수익·처분권능을 사실상 의미없게 만드는 경우 본질적 내용 침해가 된다 할 것이다.

다) 본질적 내용과 공용수용

I.v. Münch,1985,S. 281.

793) H. P. Ipsen, a.a.O., S. 95.

재산권의 본질적 내용침해는 공용수용이 되는 것인가, 그리하여 손실보상을 하면 합헌이 되는 것인가, 아니면 양자는 서로 다른 개념인가와 관련하여 재산권의 본질적 내용과 공용수용의 관계에 대해서는 두가지 다른 견해가 있다.

즉, 첫째는 재산권의 본질적 내용침해는 공용수용이 된다는 견해가 있다. 과거 H. P. Ipsen이나 독일연방일반최고법원(BGH)이 재산권의 본질적 내용침해를 특별희생과 더불어 공용수용의 기준으로 이해한 것은 이러한 입장에 있다.⁷⁹⁴⁾ 공용수용과 재산권의 사회구속성의 구별에 있어 특별희생 여부에 관한 본질침해설도 이러한 논리에 바탕하고 있다.⁷⁹⁵⁾ 이 학설에 의하면 재산권의 본질을 이루는 필수적 경제적 기능이 폐기되거나 결정적으로 침해될 정도로 본질이 침해된 경우 공용수용이 된다고 본다. 또한 소위 경계이론에 의하면 재산권의 내용과 한계규정이 본질적 내용을 침해하여 재산권자의 처분권능이나 이용권능을 사실상 유명무실하게 한 경우 이러한 제한은 수용으로 전환되어 손실보상을 함으로써 해결될 수 있다고 한다.

한편 일본의 일부 학자가 일본헌법상 보상 없이 가해지는 제29조 제2항의 제한은 권리의 박탈 또는 박탈하는 것과 같은 제한이어서는 안 된다고 하면서 본질적 내용을 재산권 제29조 제3항의 보상 여부의 기준으로 파악한 것⁷⁹⁶⁾도 이러한 입장에 있다.

794) H. P. Ipsen, a.a.O., S. 94f.; BGHZ 6, 145, 147; 同旨 v. Mangolt-Klein, a.a.O., S. 432.

795) 이에 관해서는 김문현, 전거서, 350면.

796) 涉谷秀樹, 「憲法」, 2007, 297면.; 芦部信喜도 손실보상을 요하는 특별희생 여부를 판단하는 기준으로 형식적 요건과 함께 침해행위가 재산권에 내재하는 사회적 제약으로서 수인하여야 하는 한도 내에 있는가, 아니면 그를 넘어 재산권의 본질적 내용을 침해하는 정도인가를 기준으로 제시하여 재산권의 본질적 내용침해 여부를 손실보상을 요하는 수용인가 여부의 기준으로 보고 있다.(芦部信喜, 「憲法」, 1993, 176면; 같은 취지 小林直樹, 「新版憲法講座(上)」, 527면)

둘째로 독일연방헌법재판소의 판결에서 발전한 분리이론에서 볼 수 있는 것처럼 재산권의 본질적 내용은 어떤 경우에도 침해될 수 없다고 보고 재산권의 본질적 내용을 침해한 경우 그것이 공용수용으로 전환되는 것은 아니며, 보상을 한다고 하여 본질적 내용침해라는 위헌성이 없어지는 것은 아니라고 보는 견해가 있다. 그래서 추상적 일반적 입법에 의한 내용 및 한계규정이 비록 사실상 재산권자에게 ‘빈껍데기(leere Hülle)’에 불과한 형식적 법적 지위밖에는 남기지 않는 결과를 가져오더라도 그것이 공용수용이 되는 것은 아니라고 한다. 그래서 일반적 추상적 내용을 규정하는 입법과 구체적 개별적 권리박탈은 범주적으로 분리되는 것이어서 과도한 사회구속성이 위헌적 수용으로 전환되는 것은 아니라고 한다.⁷⁹⁷⁾

재산권의 본질적 내용침해와 공용수용은 동일한 평면에 있는 개념은 아니다. 새로운 입법을 통하여 사유재산제를 사실상 폐기한다든가 재산권을 사실상 공허하게 하는 경우 재산권의 본질적 내용침해가 되나 이것이 공용수용이 되는 것은 아니다. 재산권보장은 원칙적으로 존속보장을 의미한다.⁷⁹⁸⁾ 그러므로 사유재산제도의 핵심을 침해하거나 재산권을 무의미하게 하는 경우 이러한 재산권의 내용 및 한계규정이 공용수용으로 전환되어 손실보상을 해준다고 위헌성이 치유되는 것은 아니다. 그런 점에서 재산권의 본질적 내용을 침해하는 입법이 바로 공용수용이 되는 것은 아니라고 보는 것이 타당할 것이다. 다만 재산권의 내용과 한계를 규정하는 법률이 다른 요건은 모두 헌법에 적합하나 기존 재산권의 제한의 정도가 사적 이용성이나 처분권능을 박탈하는 정도에 이르러 특별희생을 준 경우 보상입법에

797) O.Depenheuer, Rdnr. 233 zu Art.14, in: v.Mangolt/Klein/Starck, aaO.

798) 이에 관해서는 김문현, “재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토”, 공법연구 제32집 제4호, 2004, 12면 이하 참조.

대한 부작위를 다룰 수 있다고 할 것이다.

2) 과잉금지의 원칙

가) 문제의 소재

기본권제한입법의 위헌 여부를 심사할 때 헌법재판소가 일반적으로 적용하는 기준이 과잉금지의 원칙이다. 그렇다면 과잉금지의 원칙은 재산권제한입법의 위헌 여부를 판단할 때에도 적용되는 기준이라 할 수 있는 것인가.

이러한 문제는 헌법재판소가 재산권관련입법의 위헌 여부를 심사할 때 완화된 심사를 하여야 함을 밝히고 있는 것과 관련된다. 즉 헌법재판소는 “법률이 개인의 핵심적 자유영역(생명권, 신체의 자유, 직업선택의 자유 등)을 침해하는 경우 이러한 자유에 대한 보호는 더욱 강화되어야 하므로, 입법자는 입법의 동기가 된 구체적 위협이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게끔 소명·입증해야 할 책임을 진다고 할 것이다. 반면에, 개인이 기본권의 행사를 통하여 일반적으로 타인과 사회적 연관관계에 놓여지는 경제적 활동을 규제하는 사회·경제정책적 법률을 제정함에 있어서는 입법자에게 보다 광범위한 형성권이 인정되므로, 이 경우 입법자의 예측판단이나 평가가 명백히 반박될 수 있는가 또는 현저하게 잘못되었는가 하는 것만을 심사하는 것이 타당하다고 본다.”⁷⁹⁹⁾ 하여 재산권의 경우 기본적으로 입법자에게 광범위한 형성권이 인정됨을 긍정하고 있다. 그에 따라 헌법재판소는 재산권에 관하여는 다음과 같은 심사기준을 제시하고 있다. 즉 “재산권이 법질서 내에서 인정되고 보호받기 위하여는 입법자

799) 헌재 2002.10.31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 433.

에 의한 형성을 필요로 한다. 즉, 재산권은 이를 구체적으로 형성하는 법이 없을 경우에는 재산에 대한 사실상의 지배만 있을 뿐이므로 다른 기본권과는 달리 그 내용이 입법자에 의하여 법률로 구체화됨으로써 비로소 권리다운 모습을 갖추게 된다. 입법자는 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서 헌법상의 재산권보장(헌법 제23조 제1항 제1문)과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 기속성(헌법 제23조 제2항)을 함께 고려하고 조정하여 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다.”(헌재 1998.12.24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 944-945; 2000.2.24. 97헌바41, 판례집 12-1, 152, 163-164; 2000.6.29. 98헌마36, 판례집 12-1, 869, 881)고 하여 재산권이 법질서 내에서 인정받고 보호받기 위하여 입법자에 의한 형성이 필요하다고 한다. 특히 “토지재산권에 대하여는 입법부가 다른 재산권보다 더 엄격하게 규제를 할 필요가 있다고 하겠는데 이에 대한 입법부의 재량의 여지는 다른 정신적 기본권에 비하여 넓다고 봐야 하는 것이다.”(헌재 1989.12.22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 372-373)고 하였다.

그러면 이처럼 재산권에 대해서는 입법자에게 광범위한 형성권이 인정된다고 하는 경우 재산권제한입법에 대해서도 다른 기본권, 예컨대 정신적 자유권에 적용되는 것과 같은 과잉금지의 원칙이 적용된다고 할 수 있는가 하는 의문이 제기되게 된다.

나) 재산권에 대한 과잉금지의 원칙의 적용문제

a) 재산권의 내용 및 한계규정 및 공용수용에 있어 과잉금지의 원칙이 적용된다는 것이 우리헌법재판소의 일관된 입장이다. 즉 헌법재판소는 “토지재산권에 대한 제한입법은 토지의 강한 사회적 내지

는 공공성으로 말미암아 다른 재산권에 비하여 보다 강한 제한과 의무가 부과될 수 있으나, 역시 다른 기본권에 대한 제한입법과 마찬가지로 과잉금지의 원칙(비례의 원칙)을 준수해야 하고 재산권의 본질적 내용인 사적 이용권과 원칙적인 처분권을 부인하여서는 안 된다.”고 하고 “특히 토지재산권의 사회적 의미와 기능 및 법의 목적과 취지를 고려하더라도 당해 토지재산권을 과도하게 제한하여서는 아니 된다.” “요컨대, 공익을 실현하기 위하여 적용되는 구체적인 수단은 그 목적이 정당해야 하며 법치국가적 요청인 비례의 원칙에 합치해야 한다.”고 한 바 있다(헌재 1999.10.21. 97헌바26, 판례집 11-2, 383, 407-408). 또한 “입법자가 헌법 제23조 제1항 및 제2항에 의하여 재산권의 내용을 구체적으로 형성함에 있어서는, 헌법상의 재산권 보장의 원칙과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등 재산권의 사회적 제약성을 비교 형량하여, 양 법익이 조화와 균형을 이루도록 하여야 한다. 입법자가 형성의 자유의 한계를 넘었는가 하는 것은 비례의 원칙에 의하여 판단하게 된다. 공익을 실현하기 위하여 입법자가 적용한 구체적 수단이 비례의 원칙에 합치된다고 하기 위해서는, 우선 그 입법 목적이 정당하여야 하고, 입법자가 선택한 수단이 의도하는 입법 목적을 달성하고 촉진하기에 적정하여야 하며, 입법 목적을 달성하는 데 있어서 효율적인 여러 수단 중에서 가장 기본권을 존중하고 적게 침해하는 수단을 사용하여야 하고, 법률에 의하여 기본권이 침해되는 정도와 법률에 의하여 실현되는 공익의 비중을 전반적으로 비교 형량하였을 때 양자 사이의 적정한 비례관계가 성립하여야 한다.(헌재 1998.12.24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 948; 1999.4.29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 310)”고 하여 재산권관련입법의 위헌 여부에 대한 판단기준으로 다른 기본권의 경우와 마찬가지로 과잉금지의 원칙을 들고 있다. 그리고 이의 표현으로서 “재산권에 대한 제한의 허용정도

는 재산권행사의 대상이 되는 객체가 기본권의 주체인 국민 개개인에 대하여 가지는 의미와 다른 한편으로는 그것이 사회전반에 대하여 가지는 의미가 어떠한가에 달려 있다. 즉, 재산권행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 정당화된다. 다시 말하면, 특정 재산권의 이용이나 처분이 그 소유자 개인의 생활영역에 머무르지 아니하고 일반국민 다수의 일상생활에 큰 영향을 미치는 경우에는 입법자가 공동체의 이익을 위하여 개인의 재산권을 규제하는 권한을 더욱 폭넓게 가진다.”(헌재 1998.12.24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927, 945)고 하여 재산권의 사회성과 관련하여 입법자의 형성의 자유의 범위가 달라질 수 있음을 인정하고 있다.

b) 재산권에 있어서도 비례의 원칙이 적용된다는 것은 독일 연방헌법재판소의 판례도 마찬가지이다.⁸⁰⁰⁾ 비례의 원칙은 기본법 제14조 제1항 2문의 재산권의 내용과 한계규정에 대해서 뿐 아니라 공용수용에 대해서도 적용된다.⁸⁰¹⁾ 그래서 독일연방헌법재판소는 재산권의 구속성은 언제나 비례적이어야 하며 법률적인 재산권구속은 그 법규정이 봉사하는 보호목적보다 더 광범위하게 미쳐서는 안 된다고 한다. 먼저 방법의 적절성과 관련하여 재산권관련규정은 목적에 비추어 적합하여야 한다고 하고⁸⁰²⁾, 침해의 최소성과 관련하여서는 목적을 달성함에 있어 보다 제한의 정도가 적은 대안이 있어서는 안 된다고 한다. 또한 법익의 균형성과 관련하여 법익간의 적정한 균형관계가

800) BVerfGE 75, 78 (97 f.); 76, 220 (238); 92, 262 (273); 이에 관해서는 Jarass, Rdnr. 38 zu Art.14, in: Jarass/Pieroth, GG Kommentar, 2007 참조.

801) Joachim Wieland, Rdnr. 126 zu Art. 14, in: H.Dreier(hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2004.

802) BVerfGE 70, 278 (286).

있어야 하며 또한 기대가능 하여야 한다고 한다.⁸⁰³⁾ 즉 재산권자의 보호가치 있는 이익과 공익의 중요성이 비례성을 가져야 되고 사익 간의 충돌의 경우 관련당사자들의 이익을 공정하게 조정하여 균형된 비례관계가 되도록 하여야 한다고 하였다.⁸⁰⁴⁾ 그리하여 재산권의 사용처분이 재산권자 내부에만 머물러 있으면 있을수록 입법자에게는 좁은 한계가 인정된다고 하는데 왜냐하면 이러한 경우에는 비례적으로 재산권 구속을 정당하게 할 수 있는 목적을 찾는 것이 더욱 어렵기 때문이라 하였다.⁸⁰⁵⁾ 그래서 비례성심사에 있어 관련재산의 사회적 연관성의 정도가 중요한 의미를 가진다고 하고, 재산이 사회적 연관성이 크면 클수록 재산권의 내용과 한계규정에 있어 입법자의 권한은 커진다고 한다.⁸⁰⁶⁾ 그래서 재산권이 재산권자의 개인적 자유의 보장에 중요한 의미를 가지는 경우, 또는 그 재산과 특별한 개인적 연관관계를 입증하는 경우 특별한 보호를 받는다고 한다.⁸⁰⁷⁾ 그런 점에서 개인적 재산권에 대해서는 회사 등의 재산권에 비하여 입법자의 재량의 여지가 훨씬 좁고 또한 사회적 약자에 대해서는 재산권은 특별한 보호를 받는다고 한다. ⁸⁰⁸⁾

또한 공용수용의 경우도 비례성의 원칙을 지켜야 한다고 하며 그래서 공용수용은 그 목적에 적합하여야 하고 공익을 위하여 불가피하여야 하며 그 목적을 달성하는데 보다 덜 제한적인 방법이 없어야 한다고 한다.⁸⁰⁹⁾

803) BVerfGE 74, 203 (214 f.).

804) BVerfGE 101, 239 (259).

805) BVerfGE 50, 290 (341).

806) BVerfGE 102, 1 (17); 79, 292 (302).

807) BVerfGE 79, 283 (289); 100, 226 (241); 112, 1 (109); 이에 관해서는 Jarass, Rdnr. 43 zu Art.14, in:Jarass/Pieroth, aaO., 참조.

808) Jarass, Rdnr. 43 zu Art.14, in:Jarass/Pieroth, aaO.

809) BVerfGE 45, 297(335); 53, 336(349).

그리고 재산권관련입법에 대한 이러한 비례성의 원칙은 다른 기본권의 경우와 다른 특수한 구조를 가지는 것이 아니라 일반적 기본권 이론에 적용되는 것이 그대로 적용된다고 본다. 810)

한편 미국연방대법원은 재산권관련입법에 대해서는 합리성심사를 하고 있다. 합리성심사는 엄격심사가 필요불가결한 정부목적에 위하여 불가피한 경우에만 합헌성을 인정하여 문제가 된 기본권제한입법상의 방법이 최소한의 제한수단임을 입법자가 입증하여야 하는 것과는 달리 정당한 정부목적과 합리적 관련만 있으면 합헌성이 인정되므로 우리헌법재판소가 적용하는 과잉금지의 원칙중 침해의 최소성이나 법익의 균형성은 심사의 대상이 되지 않는다고 할 수 있다.

c) 사실 과잉금지의 원칙이 기본권보장과 법치국가의 본질에서 유래한다는 점을 생각하면 재산권보장의 경우에도 과잉금지의 원칙이 적용되어야 한다는 점은 이해할 수 있다. 그러나 재산권관련 입법에 대해서도 과잉금지의 원칙이 적용된다는 것이 양심의 자유나 표현의 자유 등과 같은 기본권에 대한 제한입법에 대하여 과잉금지의 원칙이 적용된다는 것과 같은 의미로 이해하여야 하는가에 대해서는 의문이다. 말하자면 입법자가 재산권관련입법의 정밀성을 높이기 위하여 과잉금지의 원칙을 적용하는 것은 인정할 수 있다. 그러나 과잉금지의 원칙을 입법자가 재산권관련입법을 하면서 지켜야하는 기준으로 인정한다 하더라도 헌법재판소가 입법 등의 위헌심사에 있어 그 준수 여부를 엄밀하게 심사할 것인가는 또 다른 측면의 문제라

810) 이에 관해서는 Otto Depenheuer, Rdnr. 226 zu Art. 14, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Bd. 1, 5Auffl. ,2005; J.Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung- Eine Bestandsaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art. 14 nach 15 Jahren Nassauskiesung, 1998, 33면 이하.

할 수 있다. 이는 헌법재판소가 국회의 판단을 얼마나 존중해 주느냐 하는 문제이다.

이 점에 관하여 먼저 고려하여야 할 것은 재산권의 보장구조이다. 재산권보장은 다른 자유권과는 다른 구조를 가지고 있다. G. Schwerdtfeger가 신앙, 양심, 표현, 예술, 학문의 자유 등은 아무런 법질서의 평가 없이 그 본질로부터 보호법익이 존재하나 재산권은 법질서의 산물이며 법질서의 평가 없이는 재산권은 존재할 수 없다⁸¹¹⁾ 한 것은 이를 표현한 것이다. 개인이 가지는 구체적 재산권은 이러한 사유재산제에 바탕한 법률에 의하여 인정된 권리이며 그런 점에서 헌법 제23조 제1항이 규정하듯이 재산권의 한계뿐 아니라 내용까지도 법률로 규정되는 것이다. 그리고 그 구체적 재산권은 소위 존속보장을 의미하는 것으로 이러한 재산권보장은 새로운 입법에 의한 기존재산질서의 수정을 부정하는 것이 아니다. 즉 독일연방헌법재판소판결에서 말한 것처럼 재산의 최대한 수익적 사용을 보장하는 것도 아니다.⁸¹²⁾ 또 우리헌법재판소가 1999.4.29. 94헌바37등 결정에서 “재산권이 헌법 제23조에 의하여 보장된다고 하더라도, 입법자에 의하여 일단 형성된 구체적 권리가 그 형태로 영원히 지속될 것이 보장된다고까지 의미하는 것은 아니다. 재산권의 내용과 한계를 정할 입법자의 권한은, 장래에 발생할 사실관계에 적용될 새로운 권리를 형성하고 그 내용을 규정할 권한뿐만 아니라, 과거의 법에 의하여 취득한 구체적인 법적 지위에 대하여 까지도 그 내용을 새로이 형성할 수 있는 권한을 포함하고 있는 것”(헌재 1999.4.29. 94헌바37, 판례집 11-1, 289, 306)이라고 한 것도 이를 지적한 것이라 할 수 있다.

811) G.Schwerdtfeger, Die Dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 1983, S. 13.

812) BVerfGE 100, 242.

다음으로 재산권관련입법에 대하여 과연 헌법재판소가 국회의 판단보다 자신의 독자적 판단을 내세우는 것이 타당하냐 하는 문제다. 사실 사회·경제정책의 문제는 원칙적으로 그 당시 다수의 국민의 의사를 대변하는 국회나 정부의 판단에 맡기는 것이 헌법상 민주주의에 부합하는 것이다. 다양한 판단이 가능한 이러한 문제에 대하여 헌법재판소가 헌법의 이름으로 자신의 가치결정을 실현하는 것은 타당하지 않고 그러한 문제에 대해 판단할 수 있는 전문적 능력이나 지식도 정부나 국회에 비하여 부족한 것이 보통이다. 그래서 이 점에 관해서는 헌법재판소도 입법자의 광범위한 형성영역에 속해 있음을 인정하고 있다.

그렇다면 재산권관련입법에 대해서는 원칙적으로 국회의 판단을 존중하는 것이 타당하며 과잉금지원칙위배 여부를 매개로 하여 침해의 최소성이나 법익의 균형성에 대해서까지 엄격히 따지는 것은 재산권관련입법에 대하여 완화된 심사기준을 적용한다는 의미가 무색해지는 것이다.⁸¹³⁾

이와 관련하여 비례의 원칙을 2단계로 나누어 ‘엄격한 비례의 원칙’과 ‘완화된 비례의 원칙’으로 나누어 적용할 것을 주장하면서⁸¹⁴⁾ 재산권에 대한 중대한 제한의 경우 엄격한 심사를, 그렇지 않은 경우 ‘완화된 비례의 원칙’의 심사대상이 된다고 하고 완화된 비례심사의 경우 입법목적의 정당성과 수단의 적정성 여부가 심사되지만 피해의 최소성은 완화된 형태로만 적용된다고 하는 견해도 있다.⁸¹⁵⁾ 이러한 견해는 재산권에 대하여 완화된 심사기준을 적용하여야 한다는 점을

813) 사실 헌법재판소는 재산권관련입법에 대하여 상당수의 위헌결정, 헌법불합치결정, 일부위헌결정, 한정위헌결정 등을 한 바 있다.(김철수, 「헌법학(상)」, 2008, 893면 이하 참조)

814) 이명용, “비례의 원칙의 2단계심사론”, 헌법논총 15권, 2004, 525면.

815) 상계논문, 539-540면.

인정하면서도 재산권의 제한정도에 따라 중대한 제한의 경우 엄격한 심사를 인정하는 입장에 있다. 말하자면 기본권의 종류와 기본권제한의 정도라는 두기준으로 엄격심사 여부를 정하자고 하는 것이다.

사실 일정입법목적을 달성하기 위해 여러 정책대안에 대해 국회가 그 중 한 대안을 선택하여 입법화한 경우 그것이 전혀 합리성이 없는 것이 아닌 이상 이를 입법목적의 정당성, 방법의 적절성 뿐 아니라 침해의 최소성, 법익의 균형성까지를 따져 과잉금지 원칙위반이라 하여서는 안 된다고 생각한다. 즉 사회정책이나 조세정책, 경제정책 등을 통한 기존재산질서의 수정과 이에 따른 개인의 구체적 재산권의 제한가능성에 대한 입법형성여지는 넓다고 보아야 한다. 만약 이러한 입법에 대해서도 표현의 자유 등에 관한 입법에서와 같은 정도의 엄격한 기준으로 과잉금지 원칙을 적용한다면 장래의 재산질서는 과거의 그것에 광범위하게 구속되며 새로운 재산질서의 형성은 매우 제한적이 될 것이고 재산권관련입법에 대해 다른 기본권과는 다른 넓은 입법형성권이 인정된다는 의미는 사라진다 할 것이다. 설사 과잉금지 원칙을 원용한다 하더라도 그것은 최소한의 합리성 여부를 판단하기 위한 보조적 기준 정도로 이해하여야 할 것이다. 만약 재산권관련입법에 대하여 비례성원칙을 적용하여 엄격심사를 하는 경우 과거 미연방대법원이 20세기 초반 자유방임적 자본주의 - 보수적극주의에 바탕하여 사회경제적 입법에 대해 많은 위헌판결을 함으로써 사법위기를 초래하였던 것과 같은 문제를 야기할 수 있을 것이다. 말하자면 미연방대법원이 민주주의와 사법심사제도를 조화하기 위하여 찾아낸 해법으로 다단계위헌심사기준을 채택한 것에서 볼 수 있는 것처럼 헌법재판소가 재산권관련입법의 위헌 여부를 심사하면서 과잉금지 원칙을 척도로 적극적으로 나서는 것은 적절치 않다고 생각하며, 원용한다 하더라도 침해의 최소성과 법익의 균형성에

대한 판단에 있어서는 국회의 판단을 존중하는 것이 타당하다고 할 것이다.

(4) 정치적 기본권

1) 개설

정치적 기본권, 특히 선거권 및 피선거권을 제한하는 법률의 위헌 여부를 심사하는 심사기준과 그 강도를 올바르게 설정하기 위해서는 선거권을 비롯한 정치적 기본권이 우리 헌법질서, 특히 민주주의질서에서 점하는 위상에 대한 올바른 이해가 전제되어야 한다.

한편, 우리 헌법은 정치적 자유권인 언론·출판·집회·결사의 자유(제21조), 정당의 설립과 활동의 자유(제8조 제1항)와 참정권인 선거권(제24조), 공무담임권(제25조)을 정치적 기본권으로 보장하는 한편, 헌법개정안이나 국가안위에 관한 중요정책에 대한 국민투표가 실시될 경우에 국민투표에 참여하여 직접 정치적 의사를 표시할 수 있는 가능성(제130조 제2항 및 제72조)을 명시하고 있다.

정치적 자유권 중 언론·출판·집회·결사의 자유의 제한에 대한 심사기준은 본고에서는 정신적 자유권 영역에서 다루지기 때문에 여기서는 선거와 관련된 정치적 자유권의 심사기준만을 선거권 및 피선거권의 테두리 안에서 검토한다. 공무담임권 중 피선거권을 제외한 나머지 선거를 통해 구성되지 아니하는 공직에 대한 접근의 자유와 접근기회의 평등의 문제도 생략한다.

가) 민주주의와 자유와 평등

우리 헌법의 민주주의원리는 국가를 통한 정치적 지배를 폐지하거나 극복하는 것이 아니라 이 정치적 지배를 국민의 자결에 입각하여 이뤄지도록 조직하는 원리이다.⁸¹⁶⁾ 국가권력과 이를 통하여 이루어지는 인간의 인간에 대한 지배는 민주주의체제에서도 계속하여 존재하고 또 실제로 작용한다. 그러한 지배가 치자와 피치자의 이념적 동일성을 통해서나 이른바 자유로운 담론을 통해서 소멸되는 것은 아니다. 오히려 민주주의원리는, 정치적 지배가 정치적 운명공동체인 국민의 구성원인 개개의 시민들에 의하여 구성·정당화·통제되고 또 국민들의 평등한 참여가 보장되는 국민의 자결과 자치의 형태로 조직될 것을 요구한다.

정치적 운명공동체인 국민을 구성하는 개인들이 자기 자신에 대한 주인으로서 다른 힘이나 권위로부터 자신의 행위에 대한 준칙을 강요받는 것이 아니라 스스로 그와 같은 준칙을 정립하는 자기 자신에 대한 입법자가 될 때 개인은 자유롭게 된다. 이처럼 민주주의와 자유는 밀접한 관련을 맺고 있다.

우리 헌법의 민주주의는 다수결원리와 같은 민주주의 실현을 위한 제도나 절차만이 아니라, 자유로운 정치과정, 그리고 정치적 다수파의 공격에서 벗어날 수 있는 자유로운 지위의 보장으로도 구성되어 있다.⁸¹⁷⁾ 다수에 의한 전횡 방지는 민주주의를 구체화하는 헌법의 가장 중요한 과제 중의 하나이다. 특히 정치적 소수파가 정치적 다수파와 경쟁할 수 있는 정치적 자유의 보장은 정치과정의 개방성을 유지하는 데 불가결하면, 각 시민들이 공적 문제에 대하여 자신의 견해를 자유롭게 주장할 수 있는 자유는 최대한 보장되어야 한다.

816) 에른스트-볼프강 비켄피르데(김효진/정태호 역), 「헌법원리로서의 민주제, 헌법과 민주주의 -헌법이론과 헌법에 관한 연구-」, 2003, 207, 209쪽 이하 참조.

817) 계희열, 「헌법학(상)」, 2005, 232쪽 이하 참조.

다른 한편, 민주주의는 평등과도 불가분적 관계를 맺고 있다. 민주주의에서는 소수의 국민이 아닌 국민을 구성하고 있는 모든 사람들이 공동으로 그리고 평등하게 국가권력, 따라서 정치적 지배권의 정당성의 원천이어야 하기 때문이다(헌법 제1조 제2항 후단 참조). 즉 정치적 권리의 평등한 보장은 민주주의의 불가결적 요소이다. 그러므로 공동체질서 형성에 참여할 수 있는 자유는 모든 국민에게 평등하게 인정되어야 한다. 요컨대, 민주주의원리가 토대로 하고 있는 국민의 자유와 자결은 모든 사람을 위한 평등한 자유와 자결이다.

민주주의원리가 요구하고 또 내포하고 있는 평등(이하 ‘민주적 평등’이라 약칭)은 국가기관을 통해서 행사되는 정치권력에 접근할 수 있는 평등한 기회를 보장한다. 따라서 민주적 평등원리는 정치권력 획득을 가능하게 하거나 그것을 대상으로 하는 모든 권리, 즉 정치적 참여권에까지 미친다. 정치적 참여권에는 선거권(헌법 제25조), 피선거권을 비롯한 공무담임권(헌법 제26조), 평등한 민주적 참여의 자유를 보장하는 정치적 자유권(무엇보다도 헌법 제21조의 언론·출판·집회·결사의 자유)과 정당의 설립 및 활동의 자유, 특히 정당의 기회균등권(헌법 제11조 제1항과 연계된 제8조 제1항) 등이 있다.

민주주의가 전제로 하고 있는 정치적 참여의 평등은 엄격 평등이며, 일반적 평등, 즉 인간평등과 대비되는 특별한 평등이다. 민주적 평등의 준거(비교의 관점)는 국민의 지위, 즉 국민이라는 정치적 운명공동체에의 소속 여부이다. 이 지위를 결정하는 것은 국적의 보유 여부이다. 민주적 평등은 국적보유 여부에 의한 차별을 알 뿐 품위, 공적, 경험, 교육이나 업적에 따른 단계화나 차별을 알지 못한다. 그렇기 때문에 민주적 평등은 형량적·비례적 평등이 아닌 형식적 성격을 갖는 엄격한 도식적 평등이다.⁸¹⁸⁾ 도식적 평등으로서의 민주적

818) 정당간의 평등을 도식적 평등으로 파악하고 있는 계획열, 「헌법학(상)」,

평등에 대한 예외는 불가피한 정당화사유가 존재할 경우에만 인정될 수 있다. 여기서 민주주의의 無差別的(egalitär) 特性이 나타난다. 민주주의는, 공동체에 대하여 구속력 있는 결정에 참여하는 국민들의 현실적 비중이나 그들이 행사한 투표의 비중을 쟁 수도 없고 재려 하지도 않으며, 단지 이를 산술적으로 셈할 수 있고 또 셈하려 할 뿐이다.⁸¹⁹⁾

나) 민주주의와 선거 그리고 정당

“민주주의는 선거를 먹고 산다”⁸²⁰⁾, “선거 없이는 민주주의 없다”는 말은 선거가 민주주의 실현에 대하여 가지는 근본적인 의미를 웅변하고 있다. 주기적으로 실시되는 선거는 국가권력의 담당자로 하여금 국민의 의사를 살피도록 사실상 강제하기 때문에 국민의 정치의사를 반영하는 제도적 통로로서 기능하면서 국민주권 실현의 현실적인 수단이고, 정치권력의 정당성을 매개해 주며, 정치적 소수파가 다수파가 될 수 있는 가능성을 열어주고 또 언론·출판·집회·결사의 자유, 정당의 설립 및 활동의 자유, 정당의 기회균등 등을 전제로 하기 때문에 선거는 민주주의의 전부는 아니라 할지라도 민주주의의 핵심이라고 할 수 있다.⁸²¹⁾

한편, 현대 민주주의는 정당 없이는 제대로 기능할 수 없다고 할

276쪽 참조. 연방헌법재판소는 확립된 판례에서 정치영역의 평등이 도식적 성격을 띠지 않을 것을 강조하고 또 고수하고 있다. Vgl. 무엇보다도 BVerfGE 6, 84 (91); 11, 266 (272); 11, 350 (361); 14, 121 (132); 28, 220 (225); 44, 125 (146); 58, 177 (190); 82, 322 (337); 특히 정당에 대한 국고보조과 관련해서는 BVerfGE 8, 51 (69); 24, 300 (360); 52, 63 (88); 73, 40 (71 ff.).

819) Ulrich K. Jakobs, “Man soll Stimmen wägen und nicht zählen - über fragwürdige Begrenzungen des Mehrheitsprinzips”; NJW 1989, S. 3205 ff.

820) P. Badura, Über Wahlen, AöR 97(1972), S. 1 (2).

821) 계희열, 「헌법학(상)」, 303쪽.

수 있을 정도로 정당의 국민의 정치의사형성에 대한 직접적 참여는 민주주의의 실현에 불가결적 요소가 되었다. 그리하여 오늘날의 민주주의는 정당국가적 민주주의로 불리고 있다. 즉 국가의 헌법적 구조와 정치가 사실상 그리고 법적으로 정당의 활동에 의해 결정적으로 규정되고 있다. 우리 헌법의 민주질서에서 선거는 국민이 자신의 정치의사를 공식적으로 직접 표출하는 방식 중에서 핵심적인 의미를 갖는다. 따라서 정당이 국민의 정치의사형성에 참여한다는 것은 무엇보다도 선거에 참여하여 국가권력 획득을 지향한다는 것을 의미한다. 정당의 선거참여는 정치적 견해를 주장함으로써 유권자의 의사형성에 영향을 미치거나 공식선거에 후보자를 추천하고 지원하는 방식으로 이루어진다. 그렇기 때문에 선거참여는 헌법적 의미의 정당개념의 본질적이고 포기할 수 없는 요소이고,⁸²²⁾ 또 정당은 이러한 의미에서 선거준비조직이라는 속성을 갖는다. 그렇지만 정당은 단순한 선거준비조직에 불과한 것이 아니라,⁸²³⁾ 그 “이상의” 것이다.⁸²⁴⁾ 우리 헌법의 민주주의는 국민이 정기적으로 자신의 선거권을 행사하여 대표자를 뽑는 정례행사에 그치지 않는다. 오히려 현대 민주주의에서 정당은 유권자의 의사가 선거 이외의 방법으로도 국가의사의 형성에 반영될 수 있도록 해주는 도구, 즉 정치노선의 확정을 둘러싼 항상적 논쟁의 중요한 담당자이다. 정당의 의무는 정치적 목표들을 명료하게 정리하여 국민들에게 전달하고 또 사회나 개인과 관련된 문제들이 인식되고 거론되며 적절하게 해결되도록 하는 데 참여하는 것이다. 민주국가의 정치의사형성과정에 대하여 결정적인 의미를 갖는 국가

822) 계획열, 「헌법학(상)」, 258쪽; 허영, 「헌법이론과 헌법」, 2004, 235쪽; BVerfGE 24, 260 (264); 24, 300 (361); 92, 262 (267 f.) 참조.

823) BVerfGE 8, 51 (63) 참조.

824) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., § 13 III 1 d; Ph. Kunig, Parteien, in: HStR II, 1998, § 33 Rn 48.

기관들과 국민 사이에 피드백이 이루어지도록 하는 것도 정당의 일이다. 국민의 의사형성과 국가기관 안에서의 의사형성은 다양한 방식으로 또 일상적으로 서로 영향을 주고받는데, 이 과정에서 정당이 중요한 역할을 수행한다. 국가기관들의 정치적 프로그램과 행태는 국민의 의사형성에 영향을 미치고 또 그 자체 국민여론의 대상이기도 하다.⁸²⁵⁾

2) 정당의 설립 및 활동의 자유

헌법은 제8조 제1항에서 정당의 설립의 자유를 보장함으로써 대중민주주의 현실에서 거의 불가결적인 현상으로 평가되고 있는 정당을 헌법적 차원에서 명시적으로 승인하고 있다.

가) 제8조 제1항 전단의 법적 성격⁸²⁶⁾

정당 설립의 자유를 제한하는 법률규정에 대한 심사기준과 관련해서 문제가 되는 것은 헌법 제8조 제1항 전단에서 보장된 정당의 설립과 활동의 자유가 주관적 권리인가 아니면 객관적 제도보장인가 하는 것이다. 만일 후자라면 입법자에게 정당현상의 규율과 관련하여 더 넓은 형성권이 부여될 것이기 때문이다. 현재 학설은 대립하고 있다.

a) 기본권설

825) 무엇보다도 현재 1999.12.23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 812 참조. 독일판례로는 BVerfGE 92, 262 (268); 85, 264 (284 f.) 참조.

826) 이에 대하여는 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관건”, 인권과 정의 제343호(2005.3), 97(105쪽 이하) 참조.

이 설은 헌법 제8조 제1항 전단을 ‘개인’의 기본권으로 보는 견해⁸²⁷⁾이다. 이 설은 그 근거로 개인들만이 정당을 설립할 수 있다는 점과 헌법 제8조 제1항 전단은 헌법 제21조의 결사의 자유에 대한 특별규정⁸²⁸⁾이라는 것을 들고 있다. 이렇게 해석하지 않는다면 정당 설립의 자유 때문에 개인의 기본권인 결사의 자유가 정당과 관련되는 범위에서는 객관규범으로 변질되는 결과가 초래된다는 것이다.

이 설은 정당설립의 자유와는 달리 정당활동의 자유는 ‘정당’의 기본권이라고 본다. 기본권적 자유는 인간존엄성에 뿌리를 두고 있으며 특정 사회적 기능의 수행에 봉사해서는 안 된다는 것을 이유로 제8조 제1항 전단의 기본권성을 부인하는 견해도 있으나, 그러한 견해는 법인도 기본권의 본질상 법인에게 적용될 수 있는 기본권의 주체가 될 수 있다는 통설의 입장에 배치된다고 한다. 정당활동의 자유를 기본권으로 보아야 하는 근거 역시 제8조 제1항 전단이 제21조 제1항 결사의 자유에 대한 특별한 기본권이라는 것이다. 결사의 자유가 결사의 존속 및 활동도 보호한다면, 민주적으로 조직된 공동체에 대하여 정당이 갖는 필수적 의미에 비추어 볼 때 헌법 제8조 제1항의 보호수준이 제21조 결사의 자유의 보호수준에 미달한다고 볼 수 없다는 것이다. 그렇다면 제8조 제1항 전단도 정당 자체의 활동의 자유를 보호하는 것이 당연하다는 것이다.

정당활동의 자유는 강령결정의 자유, 타 정당들과의 경쟁의 자유, 정당재정운영의 자유 등으로 세분되며, 다른 특별한 기본권들을 통해

827) 국내 학자들은 구체적인 논거의 제시 없이 정당설립 및 활동의 자유를 기본권으로 파악하고 있다. 가령 허영, 「한국헌법론」, 2004, 510쪽 - ‘정당설립의 자유에 내포된 개인의 자유권적 성격’. 독일에서 기본권설을 주장하는 이론은 Henke, BK, Art. 21 (1991), Rn 216; Seifert, Die politischen Parteien im Recht der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 111; J. Ipsen, in: M. Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 1996(이하 in: Sachs), Art. 21 Rn 28 f.

828) BVerfGE 1, 208 (255); 2, 1, 13 (17); 12, 296 (304); 13, 174 (177); 17, 155 (166).

서 보장되지 아니하는 모든 특별한 정당활동의 자유를 보충적으로 보호한다고 한다.

b) 제도보장설

헌법 제8조 제1항 전단에 의하여 보장되는 정당의 자유는 기본권이 아니라 정당이라는 제도의 보장이라는 설이다.⁸²⁹⁾ 이 설은 정당의 자유가 보호되는 것은 정당이 정치과정에 영향을 미칠 수 있도록 하기 위한 것이므로, 정당의 자유는 정당의 고유가치 때문에 아니라 그 목적 때문에 인정되는 기능적 자유라고 본다. 따라서 정당이라는 목적 단체의 자유는 인간의 존엄에 뿌리를 두고 있는 기본권적 자유와 구분된다고 본다. 그러나 정당은 개인에게 보장되는 개별 기본권들을 통해서 기본권의 보호를 향유하게 된다고 한다. 이 경우 제8조 제1항 전단의 제도보장은 정당의 기능보장을 위하여 정당과 당원에게 귀속되는 개별 기본권들의 보장내용과 한계를 수정한다고 본다. 즉 이 기본권들이 정당의 설립 및 활동의 자유를 보장하기 위하여 정당과 당

829) 독일에서 이 설은 U. Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, 1953, in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften, 1978, S. 665(673, 687); von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz Bd. 1, 2 Aufl., Berlin 1966, Anm. II 4 zu Art. 21 등에 의해서 주장된 뒤 최근에 무엇보다도 A. Mauersberger, Die Freiheit der Parteien, 1994에 의하여 체계화되었다. 그 후 Kunig, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd. 2, 2001, Art. 21 Rn 46; M. Morlok, in: Dreier, Art. 21 Rn 49 등도 이에 가담하고 있다.

한편, 헌법재판소도 1999.12.23. 99헌마135, 판례집 11-2, 810-811에서 “정당의 자유를 규정하는 헌법 제8조 제1항이 기본권의 규정형식을 취하고 있지 아니하고 또한 ‘국민의 기본권에 관한 장’인 제2장에 위치하고 있지 아니하므로, 이 사건 법률조항으로 말미암아 침해된 기본권은 ‘정당설립과 가입에 관한 자유’의 근거규정으로서 ‘정당설립의 자유’를 규정한 헌법 제8조 제1항과 ‘결사의 자유’를 보장하는 제21조 제1항에 의하여 보장된 기본권”이라고 하여 헌법 제8조 제1항이 개인의 주관적 공권을 포함하고 있지 않은 것으로 이해하고 있는 것처럼 보인다.

원에게 적용될 때에는 정당의 기능영역에서 전개되는 활동에 대해서만 보호를 제공한다는 것이다. 요컨대 정당의 자유는 헌법 제8조 제1항 전단에 의하여 객관법적으로 보호되며, 정당의 설립 및 활동에 적용되는 다른 기본권들에 의하여 주관적 권리의 형태로 보호된다는 것이다.

이 설의 대변자인 A. Mauersberger⁸³⁰⁾는 제도보장의 표지로 다음과 같은 것을 들고 있다. (i) 사실상 내지 순수하게 사회적인 사태가 아닌 법적 제도일 것, (ii) 이 제도가 법적으로 또는 사실상 승인을 받고 있을 것(승인 여부는 그 제도가 일정기간 이상 존속하거나 기능하고 있어야 하고 또 특별한 가치를 인정받고 있느냐에 달려 있음), (iii) 헌법이 이 제도의 보장을 지향하고 있어야 한다는 것이다. 이 설의 논리에 따르면 헌법 제8조를 통해 정당은 제도보장의 표지를 모두 충족하였다. 정당은 무엇보다도 사회의 영역에 근거를 두고 있으나 시간이 흐르면서 법제화되었다고 한다. 사회적·정치적 제도에서 법적 제도로의 변천은 기본법 제8조에 의하여, 즉 정당의 권리와 의무가 헌법에 명시됨으로써 승인되었다는 것이다.⁸³¹⁾ 정당은 헌법에 정당조항이 명시되기 이전에도 이미 사실상 존재했고, 정당의 특별한 가치는 민주국가를 위하여 정당이 수행하는 불가결적 기능에 비추어 볼 때 의문의 여지가 없다고 한다. 보장이란 그 제도의 존속과 (또는) 그 작용범위가 보장되어 있어야 한다는 것을 말한다. 헌법 제8조의 내용을 감안하면 이 요건 역시 충족되었다는 것이다. 헌법 제8조 제1항은 정당의 존재를 전제로 그 활동영역을 확정하고 있다는 것이다. 정당에 대한 존립보호는 정당이라는 제도의 특별한 헌법적 보장을 위한 전제요 초석인 정당설립의 자유를 통해서 강화되었

830) A. Mauersberger, aaO, S. 43ff.

831) A. Mauersberger, aaO, S. 45 참조.

으며, 정당해산제도를 통하여 정당에게 존속상의 특권을 부여함으로써 보다 강한 보호요소가 추가되었다는 것이다. 그러므로 헌법 제8조는 정당에 대한 특별한 존속보호를 꾀하고 있다고 볼 수 있다는 것이다. 요컨대 헌법 제8조는 정당이라는 제도의 보장을 포함하고 있다는 것이다.⁸³²⁾ 물론 이와 같은 테제를 통해서 헌법 제8조가 각 개별 정당의 존속을 보장한다거나 국가가 개별 정당의 존속에 책임을 져야 한다는 것을 말하고자 하는 것은 아니다. 헌법 제8조 제1항의 제도보장을 통해서 정당이라는 제도가 기능을 발휘하는 데 필수적인 것만이 보호된다고 한다. 정당이라는 제도의 보장은 정당이나 당원에 대하여 정당의 존립이나 정당의 작용영역 전체가 위협받는 경우에만 그리고 그러한 범위에서만 주관적 권리를 부여한다고 한다. 그에 따라 정당이나 정당원은 헌법 제8조 제1항의 제도보장을 통해서는 중대한 침해에 대해서만 방어할 수 있다고 한다.⁸³³⁾

c) 평가

먼저 제도보장설은 그것이 전제하고 있는 제도보장의 개념 자체에 내재하는 문제점을 차치하고라도 정당을 이 개념에 포섭하는 데 있어서도 오류를 범하고 있다. 먼저 정당은 사회학적 의미의 제도이기는 하지만 법제도가 아니다.⁸³⁴⁾ 정당은 본질상 법에 의하여 구성되는 것이 아니며, 그 활동을 하기 위하여 법의 제정을 필요로 하지도 않는다. 실제로 미국 등 많은 나라에는 정당법이 존재하지 않는다. 정당은 국가기관과는 달리 본래 헌법의 피조물이 아니다. 정당은 사회

832) A. Mauersberger, aaO, S. 48ff. 참조.

833) A. Mauersberger, aaO, S. 58ff., S. 69 참조.

834) K. Hesse, VVDStRL17 (1959), S. 11 (11f.); Henke, in: BK, Art. 21 Rn 26; D. Grimm, HdbfVerfR, § 14 Rn 78; U. Mager, Einrichtungsgarantien, 2002, S. 379ff.

내에 존재하는 다양한 이해관계와 공동체문제에 대한 생각의 차이에 기반을 두고 있는 것이다. 그렇기 때문에 정당의 존재가 헌법의 승인 여부에 좌우되는 것은 아니다. 헌법 제8조도 정당의 기능을 창설하는 것이 아니다. 정당의 기능은 제8조 제2항이 없더라도 존재하고 또 그 정당성이 약화되는 것도 아니다.⁸³⁵⁾

물론 헌법 제8조와 정당법에 의하여 ‘정당’이라는 사회적 현상이 법적 틀을 통해 그 전형적인 모습을 획득한 것은 틀림이 없다. 그렇지만 이 법적 틀들은 창당의 자유와 정당의 기회균등에 비추어 해석되어야 하고 또한 국민의 정치의사형성의 참여라는 정당의 과제를 부인할 수 없다. 헌법이 정당에게 부과한 의무는 그 기능상 기본권의 한계와 같다. 그 의무는 헌법적 의미의 정당의 개념표지도 아니다. 사회적 현상에 대한 법적 승인이 주어졌다는 것만으로는 제도보장의 존재를 인정할 수 없다. 제도보장의 특징적인 딜레마, 즉 법제도가 법률적 규율에 의존하고 또 그에 따라 어느 정도 입법자의 손에 맡겨져 있다고 하는 사정이 정당에는 존재하지 않기 때문이다.⁸³⁶⁾

‘보장’의 측면에서도 바이마르 헌법에서 단순한 프로그램규정과 법적 구속력 있는 규정을 구분하여 주는 의미를 가졌던 특별한 가치는 우리 헌법에서는 의미가 없다. 헌법 제8조 제1항 전단에서 ‘정당은 존재하여야 한다’는 당위를 이끌어 낼 수는 있다. 그러나 문제는, 그 당위가 국가권력이 정당의 존립을 위태롭게 하는 조치만을 금지하는 것인지 아니면 정당의 존립 자체의 보장을 요구하는 것이냐의 문제이다. 정당은 국민의 의사를 결집하여 이를 국가조직에 매개하는 기능을 수행하면서 국민 속에 뿌리를 내리고 있는 것이다. 국가권력이 국민들 속에 존재하는 조직의 존립을 위하여 헌신해야 한다는 것은

835) D. Grimm, aaO, § 14 Rn 78 참조.

836) U. Mager, aaO, S. 380 참조.

헌법이 의도했던 국민과 국가권력 사이에 존재하는 정당성의 사슬에 배치된다. 국가가 정당의 존립에 대하여 걱정을 할 지경에 이르렀다면, 그것은 국가가 스스로 조성할 수 없는 민주주의의 전제가 더 이상 존재하지 않는다는 것을 의미하는 것이다. 정당에게 국민의 의사형성에 참여할 권리를 부여하고, 정당설립의 자유를 보장하며 시민들의 정당활동을 방해하는 것을 금지한 것으로 복수정당체제의 유지를 위하여 헌법적으로 할 수 있는 것을 다한 것이다.⁸³⁷⁾

정당을 ‘헌법적 제도’로 지칭하는 것은, 헌법이 정당의 기능을 부여한 것이 아니라 그 기능을 헌법상 필요한 것으로 승인⁸³⁸⁾ 하였다는 것을 의미하는 것이다. 그 승인의 범위도 국민의 정치의사형성에의 참여에 국한되어 있다. 그러나 이것이 정당의 존립보장을 위한 국가의 적극적 지원의무를 수반하는 법제도보장이 헌법 제8조 제1항 전단에 내포되어 있다고 볼 수 있다는 주장을 뒷받침하는 것은 아니다.

더구나 우리 헌법에는 독일법과는 달리 헌법소원청구의 기초가 될 수 있는 폐쇄적인 기본권 내지 준기본권의 목록이 들어 있지도 않다. 헌법재판소법 제68조 제1항을 통해서 구제를 청구할 수 있는 권리는 ‘헌법상 보장된 기본권’으로만 되어 있을 뿐이다. 또한 헌법 제2장의 표제가 “국민의 권리와 의무”라는 것도 개인의 기본권이 헌법 제2장에만 들어 있다는 것을 의미하지는 않는다.⁸³⁹⁾

그러므로 헌법 제8조 제1항 전단은 헌법 제21조의 결사의 자유에

837) 독일의 통설: W. Henke, in: BK, Art. 21 Rn 30; D. Grimm, in: HdbVerfR, § 14 Rn 30, 31(기본법에서 실질적 다원성에 대한 보장을 기대한다면 이는 잘못이다 ... 민주체제에서 국가가 복수정당제의 자연스런 붕괴를 막기 위하여 사용할 수 있는 수단은 존재하지 않는다); K. Hesse, VVDStRL 17 (1959), S. 11 (35) (남아 있는 불안정 요인은 무시된 것도 제거된 것도 아니라 의도된 것이다); ; Maunz: in: Maunz/Dürig, Art. 21 Rn 21(정당설립의 자유를 통해서 복수정당제는 보장된 것이다).

838) D. Grimm, in: HdbVerfR, § 14 Rn 78.

839) 이설로는 현재 1999.12.23. 99헌마135, 판례집 11-2, 810 (811).

대한 특별법으로서 개인 및 정당 자체의 기본권이라고 보아야 한다.

나) 정당의 자유에 대한 제한입법의 심사기준

a) 정당의 자유의 내용⁸⁴⁰⁾

헌법 제8조 제1항 전단의 정당설립의 자유는 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유에 대한 특별법으로서 정당설립의 자유만이 아니라 정당(활동)의 자유를 포함한다.⁸⁴¹⁾

정당설립의 자유⁸⁴²⁾는 공동의 정치적 프로그램을 중심으로 개인들이 결합할 자유 및 정당가입의 자유, 조직형식 내지 법형식 선택의 자유를 포함한다.⁸⁴³⁾ 또한 정당설립의 자유는 설립에 대응하는 정당해산의 자유, 합당의 자유, 분당의 자유도 포함한다. 정당설립의 자유는 개인이 정당 일반 또는 특정 정당에 가입하지 아니할 자유, 가입했던 정당으로부터 탈퇴할 자유 등 소극적 자유도 포함한다.⁸⁴⁴⁾

정당의 자유는 대내적으로는 조직의 자유, 강령의 자유, 정당가입을 원하는 개인들에 대한 선별영입의 자유를 포함하고, 대외적으로는 정당의 대외적 활동의 자유를 보호한다.

b) 정당의 자유에 대한 제한

840) 이에 대하여 보다 상세한 것은 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관건”, 97 (109쪽 이하) 참조.

841) 헌재 1996.3.28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 1996, 289쪽 이하; 헌재 1999.12.23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800 (813). 정당은 헌법과 법률에 의하여 정당활동의 자유를 가진다고 명시하고 있는 정당법 제30조도 참조.

842) 이와 관련하여 무엇보다도 헌재 1999.12.23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800쪽 이하 참조.

843) M. Morlok, in: Dreier, Art. 21 Rn 57 참조.

844) 헌재 1999.12.23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800 (813); M. Morlok, in: Dreier, Art. 21 Rn 57 참조.

① 헌법적 한계

헌법은, 정당이 현대 정당제민주주의에서 불가결한 기능을 정상적으로 수행할 수 있도록 정당의 자유에 대하여 직접 한계를 설정하고 여타의 결사들이 부담하지 아니하는 의무를 부과하고 있다. 당내 민주주의 실현의무(제8조 제2항)와 민주적 기본질서 준수 의무(제8조 제4항)가 그것이다.

입법자가 법률로서 이와 같은 헌법적 한계를 명확하게 확인하고 구체화하는 한, 그가 정당의 자유를 제한하는 것이 아니라 헌법에 의해서 설정된 정당의 자유의 한계를 명확히 하는 것일 뿐이다. 물론 입법자가 이 한계를 구현하는 작업을 하면서 헌법이 설정한 한계를 넘었는지 여부에 대해서는 엄격한 심사가 필요하다. 왜냐하면 헌법이 정당에 부여한 특권의 인정범위를 입법자가 좌우할 수 있게 되기 때문이다.

② 법률에 의한 정당의 자유의 제한

헌법 제37조 제2항은 정당의 자유에도 적용될 수 있는가? 이 물음은 헌법 제8조 제1항이 헌법 제2장 “국민의 권리와 의무”의 장 밖에 놓여 있기 때문에 제기된다.

이 문제에 대해서는 여러 가지 해석론이 있을 수 있을 것이다.

먼저 헌법 제37조 제2항의 “국민의 모든 자유와 권리”라는 문구 및 헌법 제8조 제1항과 제21조의 결사의 자유 사이에 존재하는 일반과 특별한 관계에 의거하여 정당의 자유에도 헌법 제37조 제2항이 적용된다는 설이 있을 수 있다. 현재 국내의 통설이 이러한 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.

다음으로 헌법 제8조 제1항 전단이 정당의 대외적 자유 중 정당의

설립과 존속에 핵심적인 의미를 가지는 부분만을 보호하고, 나머지 대외적 활동은 각기 테마상 관련 있는 개별 기본권들의 보호를 받는다는 전제하에 헌법 제8조 제1항 전단이 보호하는 범위에서는 헌법 제37조 제2항은 정당의 자유에는 적용되지 않고, 헌법의 통일성에 입각한 헌법내재적 한계만이 그어질 수 있다고 보는 견해가 있을 수 있다.⁸⁴⁵⁾ 그 이유로 헌법 제8조 제1항이 헌법 제21조 제1항에 대한 특별법적 지위를 가지지만, 그것은 체계상 헌법 제37조 제2항의 기본권제한적 법률유보 아래 놓여 있지 않다는 점을 들고 있다. 그에 따르며 정당의 자유에 대해서는 헌법의 통일성원칙상 충돌하는 다른 헌법적 지위를 갖는 법익에 의하여 헌법내재적 한계⁸⁴⁶⁾만이 그어질 수 있다고 본다. 가령 외국인의 정당가입의 자유에 대해서는 헌법 제1조 제2항의 국민주권원리에 의한 한계가 설정될 수 있다. 반면, 헌법 제8조 제1항 전단이 아닌 해당 개별기본권들이 직접 적용되는 대외적 활동의 영역에서는 헌법 제37조 제2항이 타당하다고 본다. 다만, 이 경우에도 정당 및 그 활동이 현대민주주의에 대해서 갖는 의미는 각 기본권의 효력을 강화한다는 점이 고려되어야 한다고 본다.

헌법 제8조 제2항 및 정당의 본래의 목적에 비추어 볼 때 정당의 자유를 독자적으로 보장하고 있는 헌법 제8조 제1항의 보호영역은 결사의 자유의 보호범위를 넘어 정당활동의 핵심영역만이 아니라 정당의 목적 달성에 필요한 활동 전반이 포함되며, 헌법 제8조 제1항은 헌법 제21조에 대하여 특별법적 지위를 가지고 있고, 또 헌법 제37조 제2항의 “국민의 모든 자유와 권리”라는 문구에 비추어 볼 때 헌법 제37조 제2항은 헌법 제8조 제1항의 자유에도 적용된다고 보아야 한

845) 이에 대해서는 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관견”, 인권과 정의 제343호(2005.03), 97 (111쪽).

846) 이에 대해서는 계획열, 「헌법학(중)」, 2007, 135쪽의 기본권에 대한 ‘사리상의 제한’ 참조.

다.⁸⁴⁷⁾ 헌법재판소의 판례도 같은 입장을 취하고 있는 것처럼 보인다.⁸⁴⁸⁾

c) 심사기준과 심사강도

① 정당의 자유에 대한 제한입법의 심사기준과 심사강도

정당의 자유에 대한 제한의 헌법적 정당성 심사기준으로 과잉금지 원칙이 적용됨은 물론이다. 정당 그리고 정당의 자유가 우리 헌법상의 민주주의의 실현에 대하여 가지는 불가결적인 의미에 비추어 볼 때 정당의 자유에 대한 제한은 헌법의 불가결적 법익에 대한 명백하고 현존하는 위협이 존재할 때에만 정당화될 수 있다고 보아야 한다. 이 영역에서 효과가 불확실한 입법적 실험을 하는 것은 허용되지 않는다.

그러나 헌법재판소의 관련 판례들의 입장은 엇갈리고 있다.

먼저, 강도 높은 심사를 한 판례로는 경찰청장 퇴임 후 정당설립 등 정당활동의 자유를 제한하는 경찰청법상의 규정에 대한 헌법소원 사건을 들 수 있다. 헌법재판소는 문제의 법률규정이 정당설립의 자유를 침해한다는 이유로 위헌선언하면서 다음과 같이 심사강도의 강화와 관련된 논거를 제시하고 있다. 즉 “정당설립의 자유에 대한 제한은 오늘날의 정치현실에서 차지하는 정당의 중요성 때문에 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 헌법의 결정이므로 정당설립의 자유를 제한하는 법률의 경우에는 입법수단이 입법목적을 달성할 수 있다는

847) 정태호, “지구당의 강제적 폐지의 위헌성”, 헌법실무연구 제7권(2006), 203 (216-217쪽).

848) 현재 2004.12.16. 2004헌마456, 판례집 16-2, 618 (626).에서 본질적 내용침해 여부를 검토하기 위하여 아무런 논증 없이 헌법 제37조 제2항을 끌어들이고 있다.

것을 어느 정도 확실하게 예측될 수 있어야 한다. 다시 말하면, 헌법재판소는 정당설립의 자유에 대한 제한의 합헌성 판단과 관련하여 ‘수단의 적합성’ 및 ‘최소침해성’을 심사함에 있어서 입법자의 판단이 명백하게 잘못되었다는 소극적인 심사에 그치는 것이 아니라, 입법자로 하여금 법률이 공익의 달성이나 위험의 방지에 적합하고 최소한의 침해를 가져오는 수단이라는 것을 어느 정도 납득시킬 것을 요청한다. 만일, 정당설립의 자유와 같이 원칙적으로 제한될 수 없다는 것을 헌법이 명시적으로 밝히고 있는 경우에도, 헌법재판소가 ‘법률이 그를 통하여 달성하려는 목적을 실현하기에 명백하게 부적합한가’만을 심사한다면, 입법자는 중대한 공익이나 방지해야 할 위험이 현존함을 주장하여 입법목적의 달성에 조금이라도 기여하는, 생각할 수 있는 모든 입법수단을 동원하게 될 것이기 때문이다”라고 하여 엄격한 기준을 들이대며 강도 높은 심사를 한 바 있다.⁸⁴⁹⁾

그러나 다른 사건들에서 헌법재판소의 잣대는 한없이 무너지고 있어서 정당의 자유는 입법자의 정책결정의 자유에 폭넓게 맡겨지고 있다. 과연 헌법재판소가 우리 헌법에서 정당의 자유가 점하는 비중과 의미를 올바르게 평가하고 있는지, 자신의 선례에서 벗어날 경우에 지게 되는 논증상의 부담에 걸맞는 설득력 있는 치밀한 논증을 하였는지 의문이 아닐 수 없다.⁸⁵⁰⁾ 어쨌든 헌법재판소는 정당 내지 정치인들의 불법정치자금조성의 근본적 원인의 하나로 지적되었던 지구당을 강제로 폐지하는 정당법상의 규율에 대하여 헌법재판소는 지구당이 정당조직에서 갖는 의미는 어떠한 시각에서 정당을 이해하는가 하는 것과 밀접한 관련이 있다고 하면서, 대중조직적 정당모델을 이

849) 헌재 1999.12.23. 99헌마135, 판례집 11-2,800, 816 (817).

850) 이에 대한 상세한 비판은 정태호, “지구당의 강제적 폐지의 위헌성”, 203 (235쪽 이하) 참조.

상적인 정당형태로 보는 입장에서는, (i) 지구당 중심으로 정당을 운영하여 지구당의 자율권을 보장하고 지구당에 공직후보 선출권을 부여하며, (ii) 자발적 당원을 확보하고 당원의 당비납부를 제도화하며 자원봉사자를 확보하는 방향의 정당조직을 바람직한 것으로 보는 반면, 포괄적 선거전문가 정당모델을 이상적인 정당형태로 보는 입장에서는, (i) 지구당은 고비용 정치의 주범이므로 이를 폐지하고 대신 선거를 중심으로 한 후보자 사무실을 개설하며, (ii) 평시에는 축소하여 최소한으로 운영하다가 선거시에 선거조직으로 전환하고, (iii) 공천 기능을 수행할 비상설협의체를 설치하는 방향의 정당조직을 바람직한 것으로 본다는 것을 이유로 지구당을 강화할 것인가의 여부에 관한 선택은 법적인 문제라기보다는 헌법의 테두리 안에서 입법자가 합목적적으로 판단할 문제로서 헌법의 테두리를 벗어나지 않는 한 그 선택의 재량을 갖는다고 할 수 있다고 논증한다.⁸⁵¹⁾ 따라서 “가사 지구당을 폐지함으로써 일부 바람직하지 않은 결과가 파생된다 하더라도 그것이 헌법의 테두리를 벗어나지 않는 한, 이는 당·부당의 문제에 그치고 합헌·위헌의 문제로까지 되는 것은 아니므로, 그 구체적인 선택의 당부를 엄격하게 판단하여 위헌 여부를 가릴 일은 아니다. 결국 지구당을 폐지한 것에 수단의 적정성이 있는가 하는 것을 판단함에 있어서는 상대적으로 완화된 심사기준에 의하여 판단하여야 한다. 이러한 관점에서 볼 때, 이 사건 법률조항들에 대하여 그 수단의 적정성은 보다 쉽게 인정될 수 있다”고 판시하였다. 나아가 지구당을 폐지하지 않고서는 문제점을 해결할 수 없다는 한국정당정치의 현실에 대한 입법자의 진단이 타당할 뿐만 아니라 이 사건 법률조항들하에서도 정당활동을 할 수 있는 길이 있으므로 침해의 최소성을 인정할 수 있고, 문제의 규율을 통해서 달성하려는 공익과 이로 인하여

851) 헌재 2004.12.16. 2004헌마456, 판례집 16-2, 618 (628).

침해되는 사익 사이에 현저한 불균형이 있다고 보기 어려워 법익의 균형성을 인정할 수 있으므로, 비례원칙에 반하지 아니한다고 한다.⁸⁵²⁾ 이 결정은 정당의 조직의 자유를 이른바 ‘돈 안드는 깨끗한 정치’라는 매우 불확실한 정치적 실험에 내맡겨버린 것으로 표면적인 심사기준인 과잉금지원칙을 사실상 형해화하고 있다는 비판을 면하기 힘들다고 본다.

그밖에도 헌법재판소는 교육공무원의 정당가입의 자유를 제한하고 있는 정당법상의 규정의 합헌성을 확인하면서⁸⁵³⁾ 표면적으로는 과잉금지원칙에 의한 심사를 하였지만, 실제로는 사실상 미국식 합리성심사에 그침으로써 정당의 자유의 근본적 의미를 외면하였다고 본다.

다) 정당개념 구체화에 대한 엄격한 심사의 필요성

a) 엄격한 심사의 필요성⁸⁵⁴⁾

정당은 헌법에 의하여 일반 정치적 결사에게는 부과하지 아니하는 의무(제8조 제2항)를 부담하는 한편, 국가의 특별한 보호를 받고 정당운영자금을 보조받을 수 있으며(제8조 제3항) 강제해산과 관련한 특권(제8조 제4항)을 부여받고 있다. 헌법의 정당개념은 헌법 제8조의 특별한 의무와 특별한 보장의 적용범위를 정해준다. 그렇지만 헌법 자체에는 정당의 개념에 대한 정의가 없다. 헌법에서는 정당의 개념표지 중 일부만을 읽어낼 수 있을 뿐이다. 법률차원에서도 정당은 중요한 법적 효과를 매개하는 개념이다. 가령 정당만이 비례대표후보

852) 헌재 2004.12.16. 2004헌마456, 판례집 16-2, 618 판례요지 참조.

853) 헌재 1992.11.12. 89헌마88, 판례집 5-2, 145 (152); 2004.03.25, 2001헌마710, 판례집 16-1, 422 (437).

854) 이에 대해서는 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성”, 97 (98-99쪽) 참조.

자의 등록을 신청할 수 있다(공직선거법 제45조 제2항).

그렇기 때문에 정당과 다른 정치적 결사를 개념적으로 구분하는 것은 관련 (헌)법조항의 적용에 있어서 매우 중요한 법적 의미를 갖는다. 아무런 검증도 없이 전적으로 정당법에 의거하여 정당개념을 정의하는 것은, 헌법이 부여하는 정당에 대한 특권을 결국 입법자가 좌우하도록 하는 것이다. 헌법의 우위의 원리는 정당의 개념표지들을 헌법해석을 통해서 헌법으로부터 추출하고, 이를 기준으로 법률의 정당에 대한 정의가 헌법과 합치하는지 여부를 심사할 것을 요구한다. 정당법상의 정당개념이나 정당등록요건이 헌법적 의미의 정당개념에 대한 유권적 해석을 의미하지 않는다.⁸⁵⁵⁾ 정당개념에 대한 헌법해석 시에 정당법상의 정당개념 등은 보조기능만을 수행할 수 있을 뿐이다.

헌법재판소는 정당법을 통한 입법자의 정당에 대한 개념정의에 구속되지 않는다. 헌법재판소는 이 정의가 헌법에 합치하는지를 심사할 수 있다.⁸⁵⁶⁾ 정당이 현대 민주주의에서 점하는 비중과 의미 그리고 정당으로서 인정받느냐 여부가 갖는 효과의 중대성에 비추어 볼 때 헌법재판소는 입법자의 정당개념에 대한 정의를 전면적으로 강도 높게 심사할 수 있다.⁸⁵⁷⁾

b) 판례의 태도

855) M. Morlok, in: Grundgesetz Kommentar, H. Dreier(Hrsg.) Bd. II, 1998, Art. 21 Rn. 32 참조.

856) 독일의 통설. 많은 것 대신에 Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG Kommentar, Stand 1997, § 46 Rn 2; Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, § 4 I 5; K. Stern, Verfahrensrechtliche Probleme der Grundrechtsverwirkung und des Parteiverbotsin: in: FG BVerfG I, 1976, S. 195(219).

857) W. Henke, in: Bonner Kommentar, Stand 1989(이하 BK), Art. 21 Rn 9 참조.

그러나 헌법재판소는 지역당이나 군소정당 출현을 억제하기 위해 도입된 까다로운 정당등록요건⁸⁵⁸⁾에 대하여 합헌성을 확인하면서⁸⁵⁹⁾ 명실상부한 비례성심사를 하지 않고 사실상 미국식의 합리성심사에 근접하는 매우 느슨한 심사를 한 바 있다.

이에 비하여 정당의 등록취소사유를 명시한 정당법상의 규정에 대한 헌법소원사건에서 송인준, 주선희, 조대현 등 3인의 소수의견은 정당하게도 엄격한 심사기준을 제시한 헌법재판소의 판례⁸⁶⁰⁾를 따라 현행 정당법상의 등록취소사유의 일부가 정당의 설립의 자유를 지나치게 제한하여 신생정당의 등장과 성장을 가로막을 정도로 정당의 설립 및 존속의 자유를 침해하고 있다고 주장하고 있다.⁸⁶¹⁾

라) 정당의 기회균등

정당관련 법제는 정치세력간의 경쟁을 전제로 하고 있는 우리 헌법의 자유민주적 기본질서에서는 정치영역의 공정거래법과 같다. 그 과제는 정치세력들 사이의 경쟁이 정당의 기능에 부합하게 전개되도록 법적으로 보장하는 것이다.

아) 정당활동에 있어서의 기회균등권의 주체

정당활동에 있어서의 기회균등권도 개인 및 정당의 기본권이다.⁸⁶²⁾

858) 현행 정당등록제도의 위헌성에 대하여는 정태호, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관견”, 97 (111쪽 이하) 참조.

859) 헌재 2006.3.30. 2004헌마246, 판례집 18-1(상), 402.

860) 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135, 판례집 11-2, 800, 814 (815).

861) 헌재 2006.4.27. 2004헌마562, 판례집 제18권 1집 상, 574, 584 (585).

862) 이는 독일의 지배설이다. BVerfGE 7,99 (107); Seifert, S. 132; Henke, BK, Art. 21 Rn 218; Kunig, HStR II, § 33 Rn 62; Ipsen, in: Sachs, Art. 21 Rn 32; M. Marlok, in: Dreier, Art. 21 Rn 74. 이견으로는 Pieroth, in:

정치의 기본단위는 개개 국민이다. 정치적 의견의 형성에 대한 영향력 행사, 정당에 대한 후원 등 다양한 형태로 전개되는 타인과의 정치적 경쟁에서 균등한 기회는 국민 모두에게 보장된다. 나아가 정당 자신도 이 권리를 향유한다.

유의할 것은 정당의 기회균등이 침해되었는지를 판단할 때 차별조치가 개별 국민에게 미치는 영향이 주된 기준이 되어야 한다는 것이다.⁸⁶³⁾ 가령 정당에 대한 국고지원이나 선거운동을 위한 방송시간의 배정이나 후보초청토론회에서 정당의 정치적 의미에 따라 정당을 차별하는 조치는 정당의 기회균등의 판단준거를 조직으로서의 정당에 미치는 효과로 볼 경우 위헌이라는 판단을 할 수밖에 없을 것이다. 왜냐하면 정치영역에서의 평등은 엄격평등, 기계적 평등, 형식적 평등으로서 중대한 공익을 위한 불가피한 사유가 존재하는 경우에만 차별이 정당화될 수 있을 것이기 때문이다. 그러나 국민 개인의 정치적 영향력 행사 가능성의 평등이라는 관점에서 이 문제를 본다면, 정당이 국민들로부터 얻고 있는 지지도에 따라 정당에 대한 국가의 급부를 차별하는 것이 허용될 뿐 아니라, 오히려 그것이 요청된다. 정치세력들을 평등하게 대우하여야 할 국가의 의무는 정당의 경쟁이 수행하는 기능적인 연관을 고려할 때 국민들의 정당에 대한 선호도의 차이가 국가의 간섭을 받지 않고 표출되고 또 국민들의 정치지향에 따라 정치적 결정과정에 대한 영향력의 차이로 나타날 수 있도록 보장하여야 한다는 것을 의미한다. 정치과정은 이와 같은 방식으로 정치적 승자와 패자를 가른다. 따라서 헌법적 목표는 사회적인 경쟁에서 정치세력들의 평등이 아니라, 정치세력들에 대한 균등한 기회의

Jarass/Pieroth, Art. 21 Rn 12.

863) 이에 대하여는 M. Marlok, in: Dreier, Art. 21 Rn 75; E.-W. Böckenförde, 「헌법원리로서의 민주제」, in: 김효전/정태호 편역, 「헌법과 민주주의」, 2003, 247쪽 이하.

보장인 것이다. 정치과정은 정치세력 사이의 영향력의 차이를 유발하며, 국가기관은 이를 존중하여야 한다. 기회균등의 보장은 국가가 이와 같은 경쟁의 과정을 왜곡하면서 개입하는 것을 금지한다.

b) 정당활동에 대한 기회균등권의 헌법적 근거

문제는 그 실정헌법적 근거를 어디서 찾느냐 하는 것이다. 그 근거를 제8조 제1항 전단 자체에서 찾는 설,⁸⁶⁴⁾ 헌법 제11조 제1문의 일반적 평등권에서 찾는 설, 헌법 제11조 제1문의 일반적 평등권 및 민주주의 원리의 결합에서 그 근거를 찾는 설, 헌법 제41조 제2항 및 헌법 제67조 제2항에 근거를 둔 평등선거의 원칙에서 그 근거를 찾는 설,⁸⁶⁵⁾ 헌법 제116조 제2항의 선거운동의 기회균등에서 그 근거를 찾는 설, 헌법 제11조 제1문, 민주주의원리, 헌법 제8조 제1항의 결합에서 그 근거를 찾는 설⁸⁶⁶⁾ 등이 있을 수 있다.

평등선거의 원칙이나 선거운동의 기회균등을 명시하고 있는 헌법규정들은 모두 정당의 활동과 관련하여 중요하기는 하지만 정당과 관련된 특별한 문제들만을 대상으로 하고 있으므로, 정당활동의 포괄적 기회균등권을 근거지우기 어렵다고 본다. 일반적 평등권만을 그 근거로 제시하는 것은 일반적 평등권이 보통의 경우 자의금지원칙으로 이해되기 때문에 정당의 기회균등을 충분히 보장하기 어렵다. 헌법재판소가 평등권심사에서 비례성심사를 하는 경우의 하나로 차별로 인해 다른 기본권에 중대한 제약이 초래되는 경우를 들고 있는

864) 독일에서 이와 같은 견해를 취하는 이로는 H.R. Lipphardt, Die Gleichheit der politischen Parteien vor der öffentlichen Gewalt, 1975, S. 113ff., 118f., 693; Grimm, § 14 Rn 42; Kunig, § 33 Rn 62.

865) 독일에서 이러한 견해를 취하는 이로는 Badura, Staatsrecht, S. 383.

866) 독일에서 이러한 견해를 취하는 이로는 H.C. Jülich, Chacengleichheit der Parteien, 1967, S. 70ff.; P. Häberle, JuS 1967, 64 (72); Henke, BK, Art. 21 Rn 218; M. Morlok, in: Dreier, Art. 21 Rn 73.

것도 사실 일반적 평등권과 구체적 사건과 테마적으로 관련된 개별 기본권의 기능적 연관을 시사하는 것이다. 헌법 제8조 제1항 전단만을 근거로 할 경우 정당의 기회균등에 관한 실질적인 정보를 충분히 제시하기 어렵다. 그러므로 헌법 제11조 제1문, 헌법 제1조 등으로부터 추론되는 민주주의원리, 헌법 제8조 제1항 전단의 결합에서 그 근거를 찾는 것이 타당하다고 본다. 즉 정당들의 민주적인 경쟁활동의 기능적인 맥락 속에서 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권이 헌법 제8조 제1항 전단에 의하여 수정된다고 보아야 한다.

c) 정당의 기회균등권의 내용과 심사기준

정당의 영역에서 기회균등은 주관적 권리인 동시에 객관법적 원리이다. 양 측면이 공조하면서 민주적 의사형성과정의 자유와 개방성을 보장하는 기능을 수행한다. 이 기본권은 모든 국민들에게 정치적 결정과정에 영향력을 행사할 수 있는 평등한 가능성을 부여함으로써 정치적 정의를 확보하는 역할을 한다. 즉 정치과정참여를 통한 평등한 정도의 자결을 보장하는 기능을 수행한다.

정당 상호간의 경쟁과 관련하여 정당의 기회균등은 엄격하고 형식적으로 적용되어야 한다. 정당영역에서 기회균등이 이처럼 엄밀성을 띠어야 하는 이유는, 그것이 경쟁질서가 제대로 기능하기 위한 요건이기 때문이다. 즉 경쟁질서를 자신에게 유리하게 형성함으로써 현재의 야당에 불리하게 자신의 입장을 개선시키고 싶어 하는 권력자의 잠재적인 기도에 대처하기 위하여 필요한 요건⁸⁶⁷⁾이자 민주적 기본질서의 기초를 형성하는 모든 국민들 사이의 평등에서 추론⁸⁶⁸⁾되는

867) M. Marlok, in: Dreier, Art. 21 Rn 77; A. Kißlinger, Das Recht auf politische Chachengleichheit, 1998, S. 81f. 참조.

868) 무엇보다도 P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: HStR V, §

요건이다.

물론 이 형식적 평등의 명령도 불가결한 공익을 실현하기 위해 “특히 불가피한 사유가 있는 경우”⁸⁶⁹⁾에는 예외를 허용한다.

정당의 영역에서의 평등은 결과의 평등이 아니라 기회의 균등이라는 것은 경쟁의 논리에서 추론된다. 정치적 경쟁은 승자와 패자를 가르는 기능을 수행한다. 물론 이 승패의 기준은 선거에서의 국민의 지지율이다. 국가는 이 경쟁의 결과를 무시할 수 없다. 따라서 정당의 기회균등은 출발점에서의 기회균등이며 경쟁조건에 있어서의 기회균등이다. 정당의 기회균등의 적용영역은 선거나 그 준비에 국한되지 아니하고 경쟁을 통한 정치적 의사소통이 전개되는 정치적 의사형성의 전 영역에 적용된다.

3) 선거권

가) 경쟁적 민주주의와 선거의 원칙⁸⁷⁰⁾

선거권을 제한하는 입법에 대한 심사기준과 심사강도를 올바르게 적용하기 위해서는 선거권이 우리 헌법상의 민주주의에서 점하는 비중과 의의를 올바르게 이해하여야 한다.

헌법은 정당의 설립과 활동의 자유와 동시에 다당제를 보장하는(제8조 제1항) 한편, 복수의 후보자들 및 정당명부들이 경쟁할 수 있도록 함으로써 경쟁적 민주주의(Wettbewerbsdemokratie)를 구조화하

124 Rn 100; 계희열, 「헌법학(상)」, 2005, 276쪽; Böckenförde, 「헌법원리로서의 민주제」, 247쪽.

869) H. H. v. Armin, Der strenge un der formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, 85 (85); BVerfGE 8, 51 (64 f.); 14, 121 (133); 73, 40 (88 ff.)

870) BVerfGE 85, 264 (285); 111, 382 (404); M. Morlok, in: H. Dreier(Hrsg.), GG, 2. Aufl., 2006, Art. 21 Rn 26.

고 있다.⁸⁷¹⁾ 이와 같은 경쟁 민주주의를 규율하고 있는 선거법은 “정치영역에서의 불공정방지법”⁸⁷²⁾의 역할을 수행하여야 한다. 선거의 원칙들은 이로부터 논리적으로 추론된다.⁸⁷³⁾ 공개적인 경쟁기회의 보장은 보통선거의 원칙을 통해서 보장된다. 즉 보통선거의 원칙은 국민들 사이에 존재하는 다양한 차이에도 불구하고 원칙적으로 모든 국민들에게 선거권 및 피선거권을 보장함으로써 정치적 경쟁의 개방성을 유지한다. 정치권력을 획득하기 위한 경쟁기회의 균등, 즉 경쟁의 공정성은 평등선거의 원칙에 의해 확보된다. 즉 모든 국민들이 주권의 주체인 국민(Staatsvolk)이라는 정치적 운명공동체의 일원이기 때문에 국민들 사이에 존재하는 사회적 차이에도 불구하고 모든 국민들은 원칙으로 선거에서 평등한 대우를 받고 평등한 권리를 부여받아야 한다.

민주적 선거의 원칙들은 선거가 본래의 목적을 달성할 수 있도록 보장한다. 이 원칙들은 대의기관들이 온전하게 민주적 정당성을 획득하도록 하는 한편, 대의기관들이 국민의 의사를 존중하도록 보장한다. 국민주권의 이념은 정치적 지배권의 행사로 인해 영향을 받는 모든 사람들이 이 지배권의 결정과 정당화 과정에 참여하여야 한다는 것이다. 즉 국민 전체(보통선거의 원칙)가 스스로(직접선거의 원칙) 현실적으로 존재하는 구체적인 차이에도 불구하고 평등하게(평등선거의 원칙) 정치적 결정권을 자유롭게, 즉 국가권력이나 다른 세력의 강요나 간섭을 받지 않고(자유선거의 원칙) 또 비밀리에(비밀선거의 원칙) 행사할 수 있어야 한다. 그렇기 때문에 선거의 원칙들은 국민

871) 이하의 내용에 대해서는 정태호, “선거권 및 피선거권의 보장과 발전”, 헌법논총 제19집(2008) 소수 예정; 정태호, “보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견”, 66쪽 이하 참조.

872) M. Morlok, in: H. Dreier(Hrsg.), GG, Art. 38 Rn 54.

873) M. Morlok, in: H. Dreier(Hrsg.), GG, Art. 38 Rn 55.

주권이념의 구체적 실현수단이다.⁸⁷⁴⁾

나) 자유선거권

a) 자유선거권의 의의와 헌법적 근거

자유선거원칙은 유권자의 정치적 선호가 아무런 제약을 받지 않고 선거를 통해 표출되도록 보장하는 기능을 수행한다. 선거라는 말 자체가 이미 복수의 대안들 가운데 선택할 수 있는 개인의 자유를 내포하고 있다. 또 유권자의 선택의 자유가 보장될 때만 선거를 통해 선출된 자들은 진정한 정당성을 확보할 수 있으며, 선거의 핵심기능을 수행할 수 있다.⁸⁷⁵⁾

민주주의는 상술한 바와 같이 자유와 불가분적 관계를 맺고 있다. 선거는 정치적 공동체인 국민의 구성원들이 정치적 지배질서 아래서도 자유를 확보하는 수단인 동시에 그 제도가 본연의 기능을 발휘하기 위해서는 선거 과정 자체는 물론 선거의 준비단계에서 정치적 경쟁의 자유가 보장되어 있지 않으면 안 된다. 선거 과정에서는 국민의 다양한 정치적 견해와 이해관계가 가장 치열하게 그리고 집중적으로 주장되고 또 경쟁한다. 그렇지만 동시에 정치적 다수파는 자신의 집권을 영구화하기 위하여 정치권력을 둘러싼 경쟁의 과정과 경쟁의 룰을 자신에게 유리하게 왜곡·구조화하고픈 유혹을 떨치기 어렵다.⁸⁷⁶⁾ 그렇기 때문에 선거운동의 자유를 비롯한 정치적 자유가 충분히 보장되지 않으면 아니된다.

헌법재판소는 선거운동의 자유 내지 선거와 관련된 표현행위를 제

874) M. Morlok, in: H. Dreier(Hrsg.), GG, Art. 38 Rn 55.

875) M. Morlok, aaO, Art. 38 Rn 81.

876) 이성환, “선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점”, 헌법실무연구 제1권(2000), 321, 327쪽 참조.

한하는 공직선거법상의 규정은 선거권 및 공무담임권과 헌법 제21조의 표현의 자유에 대한 제한을 가한다고 본다.⁸⁷⁷⁾ 그러나 위헌 여부의 판단은 주로 헌법 제21조의 표현의 자유를 중심으로 전개되고 있다.⁸⁷⁸⁾ 헌법이 이 선거의 원칙을 명시하고 있지 않은 것이 판례의 그와 같은 태도의 주된 원인일 것이다.

생각건대, 선거운동과 관련된 표현의 자유의 보장은, 선거가 그 기능을 온전히 발휘하기 위한 전제들 중의 하나로서 민주주의원리 실현에 본질적인 의미를 가지고 있기 때문에 특별한 의미와 비중을 가지고 있고, 따라서 보다 강하게 보호되어야 한다.⁸⁷⁹⁾ 그렇기 때문에 선거와 직접적으로 관련이 있는 표현행위는 일반적인 표현의 자유에 대한 특별법인 자유선거권의 내용으로 파악하거나 적어도 자유선거권과의 맥락 속에서 평가하는 것이 합리적이라고 본다.⁸⁸⁰⁾

자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유, 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다.⁸⁸¹⁾ 후보

877) 헌재 1994.7.29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 29 참조.

878) 선거운동의 양면성을 인정하면서도 표현의 자유를 중심으로 그 침해 여부를 가리고 있는 헌재 2001.8.30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174 (193). 참조.

879) “선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다.” (헌재 1994.7.29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 30).

880) 동지: 강태수, “선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향”, 세계헌법연구 14권 2호(2008.2), 1 (10쪽). 이설로는 정중섭, “단체의 선거운동 제한의 위헌 여부”, 헌법판례연구 2, 2000, 276쪽 이하.

881) 헌재 1994.7.29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15 (28); 1995.4.20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499 (506); 1999.9.16. 99헌바5, 판례집 11-2, 326 (336).

자만이 아니라 유권자도 선거운동의 주체가 될 수 있다.

b) 자유선거권의 심사기준⁸⁸²⁾

자유선거권을 제한하는 입법조치에 대한 심사기준은, 자유선거권이 민주주의 실현에 대하여 가지고 있는 이러한 의미와 비중에 비추어 볼 때 매우 엄격해야 한다. 헌법재판소도 “헌법 제116조 제1항은 ‘선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리 하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다’라는 별도의 규정을 두고 있다. 그러나 이 규정의 의미를 선거운동의 허용범위를 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡기는 것으로 해석하여서는 아니된다. 선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것”⁸⁸³⁾이라고 하여 엄격한 심사의 필요성을 확인하고 있다.

그러나 심사기준이 구체적으로 어느 정도의 엄격성을 가져야 되는지에 대해서는 언급이 없다. 생각건대, 자유선거가 가지는 상술한 의미와 기능에 비추어 볼 때 그에 대한 제한조치를 정당화할 수 있려면, 금지되어야 할 특정 방식의 선거운동이 헌법적 지위를 가지고 있는 법익에 대한 명백하고 현존하는 위협을 가하고 있어 그것을 제한하는 것이 불가피해야 한다. 그렇기 때문에 실현될 개연성이 희박한 위협이나 선거관리의 편의를 위해 가해지는 선거동의 자유에 대한 제한은 헌법적으로 정당화될 수 없다.

882) 이에 대해서는 정태호, “선거권 및 피선거권의 보장과 발전”, 헌법논총 제19집(2008) 소수 예정

883) 헌재 1994.7.29. 93헌가4, 판례집 6-2, 15 (30).

c) 자유선거권의 심사기준에 관한 헌법재판소의 실무

헌법재판소는 선거운동의 자유를 제한하는 법률규정에 대한 심사
에서 선거운동의 자유 내지 정치적 의사 표현의 자유에 대한 강력한
보장의 필요성을 인정하면서도 과열·혼탁선거의 예방 및 선거의 공
정성에 높은 비중을 부여하면서⁸⁸⁴⁾ 후보자나 정당 그리고 유권자의
선거운동 내지 정치적 표현의 자유를 광범위하게 제한하고 있는 공
직선거법의 규정들의 합헌성을 대부분 확인하여 주고 있다.⁸⁸⁵⁾ 유권
자를 민주의식이 취약한 미숙한 시민으로 전제하고 누구의 영향도
받지 않고 독자적인 결정을 내릴 수 있는 일종의 진공상태에서 투표
할 수 있도록 국가가 후견을 해주어야 공정한 선거가 가능하다는 관
주도의 후견주의적·권위주의적·획일주의적 선거운동관을 바탕으로
단기의 공식선거운동기간 이외에는 선거운동을 금지함으로써 선거운
동의 자유에 대한 광범위한 제한을 가하는 규정,⁸⁸⁶⁾ 선거운동은 아니
지만 선거에 영향을 미치기 위한 일정한 행위들의 금지를 통해서 정
치적 의사표현의 자유에 대하여 광범위한 제한을 가하는 규정⁸⁸⁷⁾이

884) 가령 “선거의 공정성 확보를 위해서는 어느 정도 선거운동에 대한 규제가
행하여지지 아니할 수 없고, 이는 곧 선거운동의 자유를 제한하는 셈이 되므
로 기본권 제한의 요건과 한계에 따라야 한다.”(헌재 1999.9.16. 99헌바5, 판례
집 11-2, 326 (337); 1999.1.28. 98헌마172, 판례집 11-1, 84 (93). 그 밖에도 가
령 헌재 1999.6.24. 98헌마153, 판례집 11-1, 839, 847; 1999.9.16. 99헌바5, 판례
집 11-2, 326, 337 (338); 2000.3.30. 99헌바113, 판례집 12-1, 359, 369 (370) 등
참조.

885) 가령 헌재 1999.6.24. 98헌마153, 판례집 11-1, 839, 847; 1999.9.16. 99헌바5,
판례집 11-2, 326, 337 (338); 2000.3.30. 99헌바113, 판례집 12-1, 359, 369
(370); 2006.7.27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 228 등 참조.

886) 헌재 2001.8.30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263쪽 이하의 사전선거운동금
지를 합헌으로 판단하고 있다.

887) 선거에 영향을 미치기 위한 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등에
대한 금지의 합헌성을 확인하고 있는 헌재 2007.1.17. 2004헌바82, 판례집
19-1, 1; 2001.8.30. 99헌바92등, 판례집 13-2, 174; 2001.12.20. 2000헌바96등,
판례집 13-2, 830 ; 2001.10.25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526 ; 2002.5.30.

모두 헌법적으로 정당화된다고 판단하였다.

선거운동의 자유를 제한하는 선거법규정의 합헌성을 확인하고 있는 사건들⁸⁸⁸⁾에서 표면상으로는 엄격한 심사기준이 제시되고 있지만 실제로는 매우 느슨한 심사가 이뤄지고 있는 경우가 대부분이다. 정치적 표현의 자유에 대한 제한을 억제하기 위한 각종 법리들을 응용하려는 노력은 찾아보기 힘들고, 선거법규정들이 합헌으로 선언된 사례에서 과잉금지원칙이 심사기준으로 적용되더라도 그 심사는 형식적·의례적 심사에 그치고 있다.⁸⁸⁹⁾ 선거에 영향을 미치기 위한 단합대회 등의 금지도 정당성이 있는 것으로 판단하면서도⁸⁹⁰⁾ 그것이 헌법 제21조 제2항에 명시된 집회의 허가제금지 규정에 부합하는지 여부에 대하여 검토조차도 하지 않은 것은 이해하기 어려운 일이다. ‘선거의 과열로 인한 사회 경제적 손실을 막고 선거의 공정성을 확보한다는 목적’이 거의 모든 제한조치를 정당화해주는 마술지팡이가 되고 있고, 이 목적 앞에서는 선거권 및 피선거권의 국민주권의 실현에 대한 근본적 의미도 무색해진다. 선거운동의 자유를 덜 제한하면서도 같은 정도로 입법목적을 달성할 수 있는 다른 수단이 존재하지 않는지에 대한 진지한 검증도, 제한조치에 의해서 희생되는 선거운동의 자유와 그것을 통해서 실현되는 공익 사이의 추상적·구체적 차원에서의 실질적인 법익형량도 찾아보기 힘들다.

판례의 또 다른 문제점은, 선거운동의 자유를 제한하는 공직선거법상의 개별규정들의 발휘하는 자유제한의 정도나 그 의미를 날개로서

2001헌바58, 판례집 14-1, 499 ; 2006.5.25. 2005헌바15, 공보 116, 803; 1995.4.20. 92헌바29, 판례집 7-1, 499.

888) 가령 헌재 2001.12.20. 2000헌바96 등, 판례집 13-2, 830; 2006.7.27. 2004헌마 215, 판례집 18-2, 204; 2006.7.27. 2004헌마215, 판례집 18-2, 204 등 참조.

889) 동지: 정만희, “선거제도에 관한 헌법재판소 판례의 평가”, 공법학연구 제7권 제1호(2006.2), 149, 189쪽 이하 참조.

890) 헌재 2001.12.20. 2000헌바96 등, 판례집 13-2, 830.

고립적으로 고찰하고 있다는 것이다. 그에 따라 공직선거법상의 개별 규정들이 공직선거법이라는 하나의 체계로 결합되어 유권자나 후보자의 선거운동의 자유를 심각하게 위축시키고 있는 현실을 제대로 측량하지 못하는 결함을 드러내고 있다. 즉 공직선거법상의 개별규정들을 개별적으로 볼 때는 수인할 수 있는 정도로 자유를 제한하지만, 주체, 시간, 장소, 방법, 내용 등 다양한 측면에서 선거운동을 제한하는 다수의 상이한 개별규정들이 누적되면, 후보자나 유권자가 수인할 수 없을 정도로 심각하게 선거운동의 자유가 제한될 수 있다는 점을 간과하고 있다.

결국 선거운동의 자유 내지 선거와 관련된 정치적 표현의 자유는 민주주의에 본질적인 의미를 갖기 때문에 강하게 보호되어야 하고, 그에 대한 제한의 정당성심사에서 엄격한 기준이 적용되어야 한다는 헌법재판소의 명제는 대부분의 사건에서는 걸치레일 뿐이다. 오히려 선거의 과열로 인한 사회 경제적 손실 예방과 선거의 공정성 확보라는 목적을 위해서는 선거운동의 자유는 일반적인 표현의 자유보다도 더 강력한 제한을 받아야 한다는 것이 헌법재판소의 실질적 입장이라고 본다.

d) 사전선거운동 금지의 문제⁸⁹¹⁾

현행 공직선거법이 선거의 공정성을 확보하기 위해 채택하고 있는 핵심적인 수단 중의 하나가 단기의 공직선거운동기간 설정과 그 전에 이뤄지는 사전선거운동의 금지(제59조)라고 할 수 있다. 이 금지에 실효성을 부여하기 위한 다수의 규정들과 쉽게 개관하기 어려운 많은 예외규정들이 공직선거법을 채우고 있다. 사전선거운동금지의

891) 이에 대해서는 정태호, “선거권 및 피선거권의 보장과 발전” 참조.

목적은 금권·과열선거를 방지함으로써 선거로 인한 사회경제적 손실을 방지하고 선거의 공정성을 보장한다는 것이다.

그렇지만 단기간의 공식선거운동기간을 설정하고 그 기간 동안에만 선거운동을 허용하는 방식은, 선거운동의 자유에 대한 광범위한 제한 초래, 정치신인이나 무소속정치인들에 대한 심각한 차별, 공식선거운동 기간전의 선거운동의 금지원칙에 대한 다수의 예외 설정으로 인한 선거법의 복잡성 초래 등 많은 부작용 때문에 위헌시비가 끊이지 않고 있다. 그럼에도 현행 선거법은 원칙적으로 단기의 공식선거운동기간에만 법이 정하는 방법대로만 선거운동을 할 수 있도록 하고 그 위반행위를 처벌하는⁸⁹²⁾ 네거티브 방식을 취함으로써 선거운동의 자유를 광범위하게 희생시키고 있을 뿐만 아니라⁸⁹³⁾ 선거의 공정성도 달성하지 못하고 있다는 비판을 받고 있다.⁸⁹⁴⁾

헌법재판소의 판례와는 달리 사전선거운동금지 및 그 위반행위에 대한 처벌규정(공직선거법 제254조)은 다음과 같은 이유 때문에 위헌이라고 본다.⁸⁹⁵⁾

892) 헌재 2001.8.30. 2000헌마121등, 판례집 13-2, 263쪽 이하는 사전선거운동금지를 합헌으로 판단하고 있다.

893) “우리 헌법은, … 선거운동의 자유도 ‘선거의 공정성의 보장’이라는 공익을 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있음을 분명히 하였고, 특히 제 116조에서는 선거공영제가 선거운동의 기본방식임을 천명하면서 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 ‘법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.’라는 특별규정을 두었는바, 이러한 헌법규정들에 의거하여 이 법은 선거운동에 관하여 그 주체·방법·기간 및 비용의 측면에서 여러 가지 규제를 하고 있다. 이러한 입법자의 의지는, 그것이 선거의 공정과 기회균등의 확보를 위한 것이고 현재 우리나라의 고유한 사정을 고려하여 선거에 있어서의 ‘자유와 공정’의 두 이념이 슬기롭게 조화될 수 있도록 배려한 것인 한, 원칙적으로 존중되어야 한다.” (헌재 1995.5.25. 95헌마105, 판례집 7-1, 826, 836-837).

894) 강태수, 전계논문, 25쪽; 이성환, 전계논문, 328쪽 참조. 선거운동에 대한 지나친 규제는 선거의 공정성도 실현하지 못한다는 지적을 하고 있는 헌재 1994.7.29. 93헌가4, 판례집 6-2, 15, 39-40도 참조.

895) 동지: 이육한, “공직선거및선거부정방지법 제59조 및 제87조의 위헌성에 관

먼저 금지된 행위의 범위가 지나치게 불명확하여 형벌법규의 명확성원칙에 위반된다. 법에 의해서 금지되는 사전선거운동과 선거운동기간이 아니더라도 허용되는 선거운동유사행위(공직선거법 제58조 제1항: 선거에 관한 단순한 의견의 개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위통상적인 정당활동과 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 그리고 해석상 허용되는 직무 내지 업무 행위)의 경계가 매우 모호하여 행위주체의 입장에서는 자신의 행위가 선거운동에 해당되는 지를 가늠하기 어렵다. 뿐만 아니라 선거운동과 선거에 영향을 미치기 위해서 하는 일정한 행위들(공무원 등의 선거결과에 영향을 미치는 행위[공직선거법 제9조 제1항]; 정당, 후보자 등의 선거일전 180일전부터 선거구민을 대상으로 선거에 영향을 미치는 행위[제89조]; 시설물의 설치[제90조], 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등[제93조]; 법정외의 연설회 등의 금지[제101조]; 선거에 영향을 미치기 위한 각종 집회의 금지[103조 제3항])의 경계도 모호하다. 법에 의해 금지된 선거에 영향을 미치기 위하여 하는 행위와 법적으로 허용되는 선거운동유사행위와의 경계도 역시 모호하기는 마찬가지이다.

판례는 선거운동을 “특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위”⁸⁹⁶⁾라고 정의하여 선거운동의 개념표지로 특정성, 목적성, 능동성, 계획성을 제시함으로써,⁸⁹⁷⁾ 법적으로 허용되

한 연구”, 헌법판례연구 제2집(2000), 333, 344쪽 이하; 김래영, “개정선거법의 문제점과 개선방향 -사전선거운동금지규정을 중심으로-”, 공법연구 제33집 제5호(2006.5), 139, 160쪽 이하.

896) 헌재 2001.8.30. 2000헌마121·202병합.

897) 대법원도 유사하게 선거운동을 정의하고 있다. 대판 2007.3.30. 선고 2006도9043 판결 참조.

는 선거운동유사행위와 구분할 수 있다고 본다. 그러나 특정성,⁸⁹⁸⁾ 능동성, 목적성,⁸⁹⁹⁾ 계획성⁹⁰⁰⁾이라는 선거운동의 개념요소들도 판례를 통해 모두 상대화되고 있어 자신의 어떤 행위가 금지되는 선거운동에 해당하는 지, 아니면 합법적인 통상적인 정당활동, 직무행위 내지 업무행위 또는 선거에 관한 단순한 의견개진인지 여부를 행위자가 사전에 합리적으로 판단하여 행위를 조절하기 어려워 선거범을 양산할 가능성이 높고, 선거전의 승자에 의하여 정치적으로 편파적으로 적용될 위험이 매우 크다. 그렇다면, 사전선거운동금지규정은 형벌법규의 명확성원칙에 위배된다고 보아야 한다.

둘째, 사전선거운동금지규정을 통해 제한되는 표현의 자유의 범위가 지나치게 포괄적이어서 과잉금지원칙에 위배된다. 대선 23일, 총선 14일 등 매우 짧은 선거운동기간⁹⁰¹⁾을 통해 후보자나 정당들은 유권자들에게 선거운동을 통해 충분한 정보를 전달·제공할 수 없고 또한 유권자들이 선거와 관련된 정보의 생산자 내지 전달자로서 선거과정에 능동적으로 참여하는 것도 사실상 가로 막고 있다. 5년 주기의 대선, 4년 주기의 총선과 지방선거, 연 2회의 보궐선거가 실시

898) 선거일의 공고가 아직 없다고 하더라도 가령 “후보자등록 이전이라 하더라도 사회통념상 장래의 일정한 시기에 어떠한 선거가 있을 것이라는 사실을 객관적으로 인식할 수 있을 정도이면 선거가 특정되었다고 볼 수 있다”(대판 1975.7.22. 선고 75도1659 판결).

899) 목적성요건도 내심의 의사를 외적으로 드러난 행위의 태양, 방법 등을 통해서 판단할 수밖에 없기 때문에 선거운동의 범위를 명확하게 한정해 주기 어렵다.

900) 능동성 및 계획성의 요건도 정치인의 정치행위들은 궁극적으로 차기선거에서 자신 또는 소속당의 재선 내지 선거승리를 지향하고 있음을 감안한다면 금지된 선거운동의 범위를 명확히 한정하기 어렵기는 마찬가지다.

901) 비례대표국회의원후보자 등의 사전선거운동 등 제한에 대하여 합헌성을 확인하면서 현행 국회의원선거운동기간 14일이 헌법에 위반되지 않는다고 본 헌재 2006.7.27. 2004헌마217, 판례집 18-2, 212 및 지나치게 짧다고 보는 조대현 재판관의 반대이견 참조. 또한 헌재 2005.2.3. 2004헌마216, 판례집 17-1, 184; 2006.2.23. 2003헌마84, 판례집 18-1(상), 110.

되는 상황에서 ‘선거운동’은 물론 ‘선거에 영향을 미치기 위한 행위’마저도 선거일전 180일전부터는 금지되고, 선거운동기간조차도 선거에 영향을 미치는 의사표현에 대한 규제가 심해 유권자는 사실상 선거운동기간 전은 물론 선거운동 기간조차도 마음 놓고 정치적 표현행위를 하는 것이 어렵기 때문이다. 비교법적으로 보더라도 사전선거운동을 금지하고 그 위반행위를 처벌하는 법제는 민주주의의 모델국가라고 보기 어려운 일본을 제외하고는 없다. 선거운동기간을 두고 있더라도 사전선거운동을 금지하지 않고 있기 때문에 선거운동기간은 현실적으로 선거관리기간 내지 선거비용제한제도에 따른 선거비용 계산을 위한 기간으로 기능할 뿐이다. 금권선거를 방지하는 것이 사전선거운동의 목적이라면 선거운동규제는 선거운동자금의 투명하고도 철저한 관리를 통해 하면 된다. 그럼에도 우리 선거법 및 정치자금법은 선거비용 관련 규율을 철저히 준수하도록 하는 실효성 있는 장치는 강구하지 않은 채 선거운동의 자유만을 위축시키고 있다.⁹⁰²⁾

셋째, 사전선거운동금지 및 이 원칙을 떠받치고 있는 관련 규정들을 통해 선거운동의 자유가 포괄적으로 제한되고 있다는 점 또 공식 선거운동기간이 매우 짧다는 점, 현실적으로 거대정당의 후보들은 선거운동기간 전에도 당내경선 과정을 통해서 장기간 사실상의 선거운동을 하고 있다는 점,⁹⁰³⁾ 그 밖에도 기성 정치인들과 유명인들은 자신의 직무상의 활동이나 정당활동을 통해서 자연스럽게 자신의 지명도를 높일 수 있는 반면에 정치신인들은 예비후보자 등록을 통해 자신을 알릴 수 있는 극히 제한적인 활동만을 할 수 있다는 점, 사전선

902) 정만희, “현행 선거법의 문제점과 개선방안”, 51쪽 이하 참조.

903) 권영설, “선거와 선거제도 -현행선거법제의 주요쟁점을 중심으로-”, 제3회 한국법률가대회 발표문, 2002, 193-194쪽 참조.

거운동을 허용하더라도 선거비용에 대한 엄격하고도 투명한 관리를 통해 불공정선거, 부패선거를 방지할 수 있다는 점 등을 종합적으로 감안하면, 사전선거운동금지 및 이 금지의 실효성을 확보해주는 규정들은 기성 정치인들에 비하여 정치신인, 정당에 소속되지 아니한 정치인들을 수인하기 어려울 정도로 차별하여 이들의 평등권을 침해한다.⁹⁰⁴⁾

다) 직접선거권

a) 직접선거원칙의 의의

직접선거원칙은 대의기관의 구성에 유권자가 최대한 영향력을 행사할 수 있도록 보장하는 한편, 다른 세력의 영향력 행사를 최소화하는 기능을 한다. 이를 위해서는 유권자가 미리 자신의 투표가 후보자의 당선 여부에 어떤 영향을 줄 수 있는지를 알 수 있어서 유권자가 선거절차에서 합리적인 결정을 할 수 있어야 한다.⁹⁰⁵⁾ 즉 유권자가 후보자 선택과 관련한 최종적인 결정을 할 수 있어야 한다.⁹⁰⁶⁾ 환언하면, 유권자와 후보자 사이에서 재량권을 가지고 후보자 결정에 영향을 미치는 제3자가 끼어들어서는 안 된다.

직접선거의 원칙은 이렇게 형식적으로 이해하여야 실제적인 사건을 판단할 때 적용할 수 있는 실용적 기준이 될 수 있다. 이 원칙을 실질적으로 이해하면, 위헌으로 되는 경계선을 명확히 획정하는 것이 불가능해 지기 때문이다.

그런데 헌법재판소는 1인1표제방식의 구 비례대표의원선거제와 관련하여 “비례대표의원의 선거는 지역구원의 선거와는 별도의 선거

904) 이성환, 전개논문, 332-333쪽 참조.

905) BVerfGE 95, 335 (330); M. Morlok, aaO, Art. 38 Rn. 74.

906) BVerfGE 3, 45 (49 f.); 7, 63 (68).

이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 함에도 현행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 결국 비례대표의원의 선출에 있어서는 정당의 명부작성 행위가 최종적·결정적인 의의를 지니게 되고, 선거권자들의 투표행위로서 비례대표의원의 선출을 직접·결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배된다.”고 판시하였다.⁹⁰⁷⁾ 그러나 1인1표제 방식의 구 비례대표제선거에서 유권자가 지역구의원선거에서 선택한 후보자의 소속 정당과는 다른 정당의 명부를 선택할 수 없을 뿐 지역구의원 선거에 대한 의사표시를 함으로써 동시에 정당명부에 대한 투표를 하는 것이고, 따라서 유권자와 후보자 사이에 재량권을 가진 제3자가 끼어들어 그가 명부선택권을 행사하는 것이 아니다. 따라서 그와 같은 선거방식은 자유선거의 원칙⁹⁰⁸⁾이나 평등선거의 원칙에 위배되는 것은 별론으로 하고 형식적으로 이해된 직접선거의 원칙에 위배되는 것은 아니다.⁹⁰⁹⁾ 헌법재판소의 입장은 비례대표선거에서 고정명부식이 직접선거의 원칙에 반하지 않는다는 스스로의 평가⁹¹⁰⁾와도 배치된다고 본다. 고정명부식의 경우 명부에 오른 후보자들의 순위에 대한 최종결정권은 정당에게 있고, 유권자는 복수의 명부 들 중 하나를 선택할 수 있기 때문이다.

907) 헌재 2001.7.19, 2000헌마91, 판례집 13-2, 77 (79); 판례와 같은 견해로는 김 문현, “현대 민주국가에 있어서의 선거의 의미와 과제”, 공법연구 제28집 제4호 제1권, 57, 75-76; 성낙인, “선거법론”, 1998, 225-226 등 참조.

908) 이 사건에 대한 재판관 권성의 보충의견(헌재 2001.7.19, 2000헌마91, 판례집 13-2, 77, 101)은 타당하게도 이 점을 지적하고 있다.

909) 필자처럼 직접선거의 원칙을 형식적으로 이해하는 견해로는 김종철, “전국구비례대표제의 투표방식과 의석배분방법의 위헌결정에 대한 비판적 고찰”, 헌법실무연구 제3권(2002), 321, 356쪽; 음선편, “선거의 기본원칙과 비례대표선거제”, 헌법학연구 제7권 제2호, 189, 210은 형식적 이해의 가능성과 경향을 지적하고 있다.

910) 헌재 2001.7.19, 2000헌마91, 판례집 13-2, 77 (96).

b) 심사기준

직접선거의 원칙을 형식적으로 이해한다면, 간선제, 즉 유권자와 후보자 사이에서 재량권을 가지고 후보자를 선택할 수 있는 제3자를 끼어들게 하는 선거제도의 도입은 헌법에 명시적인 근거가 없는 한 금지된다.

라) 비밀선거권

a) 의의

비밀선거권은 유권자의 투표의 내용을 국가권력이나 제3자가 알 수 없도록 함으로써 국가의 강제나 사회세력에 의한 강요로부터 자유롭게 정치적 결정을 할 수 있는 가능성을 유권자에게 보장해 주고 또 선량들을 유권자의 기회주의적 요구로부터 보호해주고 또 그럼으로써 자유위임의 원칙의 실효성을 높여준다.⁹¹¹⁾ 비밀선거에 관한 헌법규정은 주관적 권리일 뿐 아니라, 객관적 법제도⁹¹²⁾이기도 하다. 그렇기 때문에 비밀선거권은 유권자가 임의로 포기할 수 없다. 즉 투표행위의 비밀유지는 유권자의 의무이기도 하다.⁹¹³⁾

b) 심사기준

비밀선거권의 보장은 자유선거권, 특히 투표의 자유의 실효성을 보장하기 위한 전제이다. 그렇기 때문에 비밀선거권에 대한 제한은, 가

911) M. Morlok, aaO, Art. 38 Rn 114.

912) H. Meyer, HstR III, § 46 Rn. 20; M. Morlok, aaO, Art. 38 Rn. 115 참조.

913) K. Stern, Staatsrecht I, S. 314 f.; H. Meyer, HstR III, § 46 Rn. 19 f.; M. Morlok, aaO, Art. 38 Rn. 115 참조.

명 포말후보를 억제하고 선거가 그 기능을 수행할 수 있도록 하기 위하여 무소속후보자나 군소정당후보자들에게 일정 수 이상의 추천인명부 제출을 요구하는 경우나 투표장소에서 선거인명부에 의거하여 본인을 확인하는 것처럼 헌법적 차원의 법익을 확보하기 위하여 불가피한 사유가 있는 경우가 아니면 정당화될 수 없을 것이다.

그러나 헌법재판소는 해외에 영주하는 재외국민의 선거권이나 해외에 일시 체류하는 유권자 또는 해상에서 장기체류하는 선원에 대한 부재자투표권을 인정하지 않는 조치의 위헌성을 확인하는 과정에서 그러한 국민들에게 선거권을 인정할 경우 발생할 수 있는 비밀선거의 원칙, 따라서 자유선거의 원칙과의 충돌의 문제를 고려하지 않았거나 자유선거원칙의 일방적 우위를 선언해 버리는 논증상의 결함을 드러냈다. 특히 해상에서 장기체류하는 선원에 대한 부재자투표의 기술적 가능성이 존재한다는 것을 강조하면서 “선원들로서는 자신의 투표결과에 대한 비밀이 노출될 위험성을 스스로 용인하고 투표에 임할 수도 있을 것”⁹¹⁴이라고 하여 비밀선거권의 임의적 포기가능성을 용인해 가면서까지 모사전송 시스템에 의한 부재자투표를 할 수 있는 기술적 가능성이 존재함에도 이를 인정하지 않은 것을 위헌이라고 보았다.

선거권은 일신전속적 권리이기 때문에 양도할 수 없다. 그렇기 때문에 선거과정에서 본인확인을 위하여 선거인명부를 운영하는 것은 비밀선거와 다소 충돌하는 측면이 있으나 대리투표, 부정투표를 방지하기 위하여 불가피한 것이다. 그렇지만 기권자 명부를 공개하는 것은 비밀선거원칙에 위배된다. 또한 선거인명부에 등재되어 있는 유권자인지를 판별하기 위하여 본인임을 입증할 수 있는 일정한 종류의 신분증 소지를 요구하고, 그러한 신분증을 소지하지 아니한 자에게는

914) 헌재 2007.6.28. 2005헌마772, 판례집 19-1, 899 (900).

선거권을 행사하지 못하도록 하는 것은 입법자에 의한 선거권의 합리적 형성이라고 할 것이다.⁹¹⁵⁾

마) 보통·평등선거권

a) 의의

보통선거의 원칙은 국민들 사이에 현실적으로 존재하는 다양한 개인적 그리고 집단적 차이를 이유로 개인들 또는 그 집단을 정치적 결정 과정에서 배제하는 것을 금지함으로써 국민주권을 실현하는 데 기여한다. 그러므로 선거권의 확대과정의 중착점이 바로 보통선거의 원칙이다.

평등선거의 원칙은, 보통선거의 원칙을 통해 참여의 가능성이 열린 모든 국민들이 현실적으로 존재하는 다양한 사회적 차이에도 불구하고 정치적 결정에 ‘평등하게 참여’할 수 있는 가능성을 보장함으로써 국민주권의 실현에 기여한다. 즉 정치권력을 획득하기 위한 경쟁기회의 균등, 즉 경쟁의 공정성을 확보해 준다.

보통선거의 원칙은 일반적으로 평등선거원칙의 아류로 평가된다.

b) 규범적 특성과 심사기준⁹¹⁶⁾

민주주의는 상술한 바와 같이 평등과 불가분적 관계를 맺고 있다. 선거영역에서의 평등(선거평등)도 민주적 평등의 속성을 이어받는다. 즉 선거평등은 국적보유 여부에 의한 차별을 알 뿐 품위, 공적, 경험,

915) 헌재 2003.7.24. 2002헌마508, 판례집 15-2(상), 158, 165 (166) - 본인임을 입증할 수 있는 신분증의 범위가 너무 좁으면 선거권을 침해한다는 주선회 재판관의 반대이견 있음.

916) 이에 대해서는 정태호, “보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견”, 68쪽 이하 참조.

교육, 업적, 납세실적에 따른 단계화나 차별을 알지 못한다. 민주주의는, 공동체 구성원들에 대하여 구속력 있는 결정을 내리는 데 참여하는 국민들의 현실적 비중이나 그들이 행사한 투표의 비중을 쟁 수도 없고 재려 하지도 않으며, 단지 이를 산술적으로 셈할 수 있고 또 셈하려 할 뿐이다.⁹¹⁷⁾ 절대적인 선거평등의 요구는 민주적 기본질서가 이처럼 모든 국민들을 무조건적으로 평등하게 다루고 있다는 데 기초하고 있다.⁹¹⁸⁾ 따라서 선거에서의 평등도 형량적·비례적 평등이 아닌 형식적 성격을 갖는다.⁹¹⁹⁾ 엄격한 도식적 평등이다.⁹²⁰⁾ 그렇기 때문에 그에 대한 예외는 불가피한 사유가 있는 예외적인 경우에만 정당화될 수 있다.

c) 헌법재판소의 판례의 문제점

① 심사기준의 심각한 동요

헌법재판소는 보통선거권이냐 평등선거권을 제한하는 선거법규정

917) U. K. Jakobs, “Man soll Stimmen wägen und nicht zählen - über fragwürdige Begrenzungen des Mehrheitsprinzips”, NJW 1989, S. 3205 ff.

918) M. Morlok, Demokratie und Wahlen, FS für 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 559 (594, 608).

919) 형식적 평등이라는 용어는 법 적용의 평등이라는 의미로도 사용되고 있다. 이러한 의미의 형식적 평등은 법제정의 평등을 요구하는 실질적 평등과 대립하는 개념이다. 이에 대해서는 계획열, 「헌법학(중)」, 2007, 233쪽 이하 및 그곳에서 인용된 문헌 참조.

920) 독일에서는 바이마르 시대 라이히재판소의 판례부터 선거권의 평등이 가지는 이와 같은 특성을 부각시켰다. 즉 선거권이 민주주의 국가에 대하여 가지는 의의를 근거로 선거권의 평등을 평가에서 벗어난 절대적(산술적) 평등이라고 파악하였다. 이에 대하여는 H.-J. Rinck, Herkunft und Entfaltung der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl, FS Zeidler II, 1987, S. 1119 (1122). 연방헌법재판소는 확립된 판례에서 이를 고수하고 있다. 무엇보다도 BVerfGE 6, 84 (91); 11, 266 (272); 82, 322 (337); 95, 335 (353); 95, 408 (417). 이는 독일의 통설이기도 하다. 국내에서도 명시적으로 이와 같은 특성을 지적하는 견해로는 전광석, 「한국헌법론」, 2006, 60쪽 참조.

에 대하여 입법자에게 폭넓은 입법형성권을 인정하면서 가령 미국식의 합리성심사 내지 자의금지를 심사기준으로 적용한 사례가 있는가 하면,⁹²¹⁾ 형식적으로는 자의금지원칙을 심사기준으로 적용하였으면서도 실질적으로 엄격심사를 한 사례도 있고,⁹²²⁾ 과잉금지원칙을 심사기준으로 적용하여 엄격한 심사를 한듯 하면서도 실질적으로는 형식적인 심사에 그친 사례도 있다.⁹²³⁾ 헌법재판소는 2007년 6월 28일 2004헌마644등 결정⁹²⁴⁾을 통해 “민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 한다. 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37

921) 헌재 1997.6.26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674 (680); 2001.6.28. 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418; 2002.4.25. 2001헌마851(선거권부여연령 하한 규정); 1997.10.30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523 (528)(정당의 추천을 받은 후보자들에게만 2 이상의 선거구 등에 걸쳐 공동연설회를 개최할 수 있도록 한 것 등); 1998.8.27. 97헌마372; 1999.3.25. 97헌마99, 판례집 제10권 2집, 461(공영방송 텔레비전을 이용한 후보자 대담·토론회에 참석할 후보자의 선정기준); 1999.1.28. 98헌마172, 판례집 11-1, 84 (93)(후보자 등이 다른 정당이나 후보자를 위한 선거운동을 할 수 없도록 금지하면서 같은 정당이나 같은 정당의 추천후보자를 지원하는 등의 경우의 예외 인정); 2003.1.30. 2001헌가4, 판례집 15-1, 7 (20)(기초의회의원선거의 경우에만 그 후보자의 정당표방금지); 2005.2.03. 2004헌마216, 판례집 17-1, 184 (195)(예비후보자의 후원회 설립 기간) 등.

922) 헌재 2003.9.25. 2003헌마106, 판례집 15-2(상), 516 (532)(지방자치단체의 장이 국회의원선거에 입후보하려는 경우 180일 전 사퇴 강제).

923) 헌재 1999.1.28. 97헌마253, 판례집 11-1, 54 (63)(재외국민의 선거권 부정); 2004.3.25. 2002헌마411, 판례집 16-1, 468 (469)(선거사범에 대한 선거권제한). 이 판례는 과잉금지원칙을 심사기준으로 적용하면서도 입법자가 선거법을 제정하는 경우에 헌법에 명시된 선거제도의 원칙을 존중하는 가운데 구체적으로 어떠한 입법목적의 달성을 위하여 어떠한 방법을 선택할 것인가는 그것이 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 입법자의 재량영역에 속한다고 판시함으로써 과잉금지원칙에 의한 심사를 부분적으로 무력화시키고 있다.

924) 판례집 19-1, 859 (860) 요지 2, 3 참조.

조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 더욱이 … 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다”, “선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다”고 하여 선거권 제한의 정당성 심사에서 종전 판례에서 볼 수 없었던 매우 엄격한 심사기준을 제시하면서 자신의 종전 판례⁹²⁵를 변경하였다.

전체적으로 볼 때 헌법재판소의 이 영역에서의 심사기준과 선정과 그 적용은 매우 혼란스러운 모습을 보여주고 있다.

② 최근 판례에 나타난 보통·평등선거권의 심사기준으로서의 과잉금지원칙과 ‘선거권제한을 불가피하게 요청하는 구체적인 사유’의 실체

(i) 보통·평등선거권 제한의 정당성심사기준으로서의 과잉금지원칙 : 일부 판례에서는 특별평등권인 보통·평등선거권의 침해 여부를 심사하면서 과잉금지원칙을 그 심사기준으로 적용하고 있다. 이 영역에서 평등권침해의 경우에 자의금지심사나 비례성심사를 했던 다른 영역에서와는 달리 과잉금지원칙이 비교적 자주 적용된 것은 헌법

925) 헌재 1999.1.28. 97헌마253, 판례집 11-1, 54 (63)(재외국민의 선거권 부정); 1999.3.25, 97헌마99, 판례집 11-1, 218, 229 (230): “비록 해외거주자들에 대하여 국내거주자들과 달리 부재자투표를 인정하지 아니하는 차별을 한다고 할 지라도 결코 합리적인 이유가 없는 것은 아니라 할 것”.

제24조가 포괄적으로 선거권을 보장하고 있기 때문인 것으로 추정된다. 어쨌든 이와 같은 실무의 태도가 입법자의 형성권을 지나치게 축소할 위험이 없고, 따라서 이론적으로 충분한 근거를 가지고 있다는 점은 위의 심사기준의 경합에서 이미 확인한 바 있기 때문에 여기서는 다시 상론하지 않는다.

(ii) ‘선거권제한을 불가피하게 요청하는 구체적인 사유’의 실체⁹²⁶⁾: 헌법재판소가 최근 재외국민에 대한 선거권박탈에 대한 헌법불합치 결정에서 제시한 심사기준⁹²⁷⁾은 타당한 핵심을 포함하고 있으나, 지나치게 심사기준이 강화되어 일반화할 경우 입법자의 형성권한을 지나치게 제한할 위험이 있어 주의가 요망된다.

어쨌든 그 판례에 따르면 선거권에 대한 제한은 그 제한을 ‘불가피하게 요청하는 구체적 사유가 명백하게 존재’할 때에만 가능하다고 한다. 그러나 과연 어떤 사유가 ‘선거권의 제한을 불가피하게 요청하는 구체적 사유’가 될 수 있는지는 분명하지 않다. 독일의 판례도 유사한 공식에 의해서 선거평등에 대한 예외 설정의 정당성 여부를 평가하고 있는바, 독일에서 전개된 논의⁹²⁸⁾는 ‘불가피한 사유’의 실체를 구명하는 작업에 중요한 지침을 줄 수 있을 것이다.

독일 연방헌법재판소의 확립된 판례에 의하면 형식성, 절대성을 띠는 선거평등에 대한 예외는 특히 불가피한 사유(besonders zwingende Gründe)⁹²⁹⁾가 존재할 경우에만 인정될 수 있다. ‘불가피한 사유’라는 공식은 선거평등에 관한 독일의 판례를 이해하기 위한

926) 이에 대해서는 정태호, “보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관건”, 89쪽 이하 참조.

927) 현재 2007.6.28. 2004헌마644 등, 판례집 19-1, 859 (860) 요지 2, 3 참조.

928) 이에 대하여 보다 상세한 것은 N. Nahrgang, aaO, S. 123ff. 참조.

929) BVerfGE 1, 208 (225); 95, 335 (376 f.); 95, 408 (417 f.) 등 확립된 판례.

핵심개념이다.⁹³⁰⁾ 동 재판소는 그러한 사유로 헌법적 차원의 가치를 실현하기 위하여 불가피하게 요청되는 경우(즉 다른 선거원칙이나 기본권을 실현하기 위하여 요청되는 경우)⁹³¹⁾나 “헌법에 의해서 정당화되고 또 선거평등에 견줄 수 있는 비중을 가진” 사유⁹³²⁾를 들고 있다. 그에 따라 “대의기관 선거라는 사항의 특성에서 기인하거나” “국가정책적인” 사유⁹³³⁾도 불가피한 사유가 될 수도 있다. 어쨌든 ‘불가피한 사유’라는 요건을 통해서 일반적 평등권이 적용되는 경우에 차별의 정당화 사유로 원칙적으로 요구되는 ‘합리적 근거’에 비하여 차별의 정당화요건은 훨씬 강화되고 있다.

독일 학계에서도 불가피한 사유라는 요건은, 일부 비판⁹³⁴⁾이 없는 것은 아니나 대체적으로 지지를 받고 있다.⁹³⁵⁾ 어떤 사유가 불가피한 사유로 평가될 수 있는지에 대해서는 견해가 뚜렷하게 갈린다. 다수설⁹³⁶⁾은 보통선거권 및 평등선거권이 법률유보 없이 보장되었다는 것을 이유로 헌법적 지위를 갖는 사유만을 불가피한 사유로 본다. 그

930) E. G. Mahrenholz, Über den Satz vom zwingenden Grund, in: FG für Kartin Graßhof, G. Pfeiffer(Hg.), 1998, S. 69 - 선거권의 평등을 이해하기 위한 키워드.

931) BVerfGE 14, 121 (133) 및 136 f.; 59, 119 (125) 참조.

932) BVerfGE 95, 408 (418).

933) BVerfGE 1, 208 (248). BVerfGE 30, 227 (249)는 질서 정연한 선거절차를 위해 거부할 수 없는 기술적인 요청, 선거법과 관련한 중요한 정책적인 고려, 선거체계적인 고려 또는 헌법정책적인 고려를 불가피한 사유로 든 바 있다.

934) 가령 H. Meyer, HStR II, § 38 Rn 24 - “개별적인 사건에서 극히 상이한 평가들을 은폐하는 데 사용될 수 있는 방패막”; M. Morlok, in: H. Dreier(Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., 2006, Art. 38 Rn 98 - “윤곽이 뚜렷하지 않은 공식”; ders., FS BVerfG II, S. 559 (680) - 적용영역의 지나친 확대에 의해 윤곽 상실; J. Lege, Überhangmandate und Grundmandatsklausel, Jura 1998, S. 462 (469)는 불가피하다고 볼 수 없는 사유가 포함되고 있다는 것을 이유로 이 공식의 폐기를 주장한다.

935) 이에 대해서 많은 것 대신에 N. Nahrgang, aaO, S. 129 주 837의 문헌고증 참조.

936) M. Morlok, in: H. Dreier(Hrsg.), Art. 38 Rn 98.

러나 선거의 성격과 사유필연적으로 결부되어 있는 모든 사유이면 충분하다고 보는 설도 없지는 않다.⁹³⁷⁾

이 공식의 적용영역도 그 발상지인 보통선거권 및 평등선거권의 보호영역을 넘어서 비밀선거의 원칙,⁹³⁸⁾ 자유선거의 원칙 내지 모든 선거원칙들⁹³⁹⁾의 적용영역에까지 확장하여야 한다는 견해도 주장되고 있다.

독일의 논의결과를 참고할 때 ‘불가피한 사유’라는 공식이 내용적인 측면에서 모호하기는 하지만, 그것을 수용해야 할 이유는 충분하다고 본다. 그 공식이 단순한 합리적인 사유와 불가피한 사유를 구분하는 평등권해석론에 맞추어 정당화기준을 분류하는 것을 가능하게 하고, 선거의 원칙들에 대한 과격을 도입할 때 더 많은 주의를 기울이도록 입법자에게 경고를 보낼 수 있기 때문이다. 남은 일은, 다분히 백지개념성을 띠는 이 공식에 대하여 보다 뚜렷한 내용적 윤곽을 부여함으로써 그 공식 운용의 합리성, 예측가능성을 제고하는 것이라고 본다.

생각건대, 선거평등권이 헌법에 의하여 유보 없이 보장되었기 때문에 헌법적 지위를 갖는 상충하는 법익만이 선거평등권에 대한 제한을 정당화할 수 있다는 점, 선거평등권의 민주주의 및 국민주권의 실현에 대한 불가결적 의미를 감안할 때 실제적인 견지에서 소수의 헌법적 지위를 갖는 법익만이 선거평등권의 후퇴를 정당화할 수 있을 것이라는 점 등을 고려하면, 헌법재판소가 제시한 ‘불가피한 사유’는 “헌법적 지위를 갖는 법익과의 실제적 조화를 위하여 선거평등권의 후퇴를 강요하는 사유”로 국한하여야 한다. 이렇게 헌법재판소가

937) H. Meyer, HStR II, § 38 Rn 22.

938) S. Magiera, in: Sachs(Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 38 Rn 98.

939) M. Morlok, in: H. Dreier(Hrsg.), Art. 38 Rn 61.

제시한 공식을 해석할 때 ‘불가피한 사유’라는 공식은 보다 뚜렷한 윤곽을 얻을 수 있다고 본다.

③ 불가피한 사유와 “국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움”?

헌법재판소는 최근의 재외국민선거권박탈에 대한 헌법불합치결정⁹⁴⁰에서 “선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다”고 부연하여 실시하고 있다.

그러나 이 실시 중 ‘국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등’을 이유로 한 제한이 정당화될 수 없다는 언급은, 유권자가 사실상의 장애를 극복하고 선거권을 행사할 수 있도록 해주어야 할 의무가 국가에게 있는 것처럼 오해될 소지가 크다고 본다. 헌법재판소도 불가피한 사유를 그렇게 이해하고 있는 것처럼 보인다. 그와 같은 오해는 특히 외항선원들에 대한 부재자투표권 불인정에 대한 헌법불합치 결정에서 두드러지게 나타난다. 해외에서 영주하는 재외국민이나 해외일시체류자는 물론 외항선원들이 선거권을 행사하도록 할 수 있는 기술적 가능성(우편선거, 팩스선거)은 존재한다. 전철역, 철도역, 고속버스터미널 등에 전자적인 방식으로 선거를 할 수 있는 투표소를 설치함으로써 가급적 많은 유권자가 선거권을 행사할 수 있도록 할 수 있는 기술적 가능성도 존재한다. 아예 가정

940) 헌재 2007.6.28. 2004헌마644 등, 판례집 19-1, 859 (860) 요지 2, 3 참조.

에서 클릭 한 번으로 선거권을 행사할 수 있는 전자투표의 가능성도 존재한다. 다만, 이러한 기술적 수단들은 비밀선거, 직접선거, 자유선거와 충돌할 수 있고, 또 그렇기 때문에 선거결과의 신뢰성에 타격을 줄 수 있기 때문에 입법자가 그 수단의 채택을 주저해 왔던 것이다.

그러므로 헌법재판소의 부연 설시는 “다른 선거의 원칙들과 충돌하지 않는 범위에서 국가의 노력으로 극복할 수 없는 사실상의 장애로 선거권을 제한할 수 없다”고 제한적으로 이해하여야 한다고 본다.

④ 보통·평등선거권과 관련한 주요 판례의 심사기준과 관련된 문제점

(i) 고액의 기탁금을 통한 피선거권의 제한: 헌법재판소는 기탁금 문제와 관련하여 다수의 판례를 형성하였다. 헌법재판소가 초기에는 일부 기탁금 사건에 대하여 비교적 보통선거권의 규범구조와 의미에 부합하는 결정들을 내렸으나,⁹⁴¹⁾ 이 결정들에 담긴 긍정적인 측면들을 발전시키지 못한 채 점차 후퇴하고 말았다.⁹⁴²⁾ 그에 따라 현실적으로는 고액의 기탁금을 낼 자력이 없는 자를 선거에서 배제하는 제한선거의 제도화에 날개를 달아주고 말았다. 헌법재판소가 우려하는 포말후보, 입후보자의 난립으로 인한 선거관리의 어려움 등은 추천인

941) 가령 헌재 1989.9.08. 88헌가6, 판례집 1, 199 - 무소속 국회의원 입후보요건인 2000만원 기탁금 요건에 대한 헌법불합치 결정; 1991.3.11. 91헌마21, 판례집 3, 91 (104) - 광역의회의원 입후보 요건인 700만원의 기탁금에 대한 헌법불합치 결정; 2001.7.19. 2000헌마91, 판례집 13-2, 77 (88) - 국회의원입후보요건인 2,000만원 기탁금에 대한 헌법불합치 결정.

942) 헌재 1995.5.25. 91헌마44, 판례집 7-1, 687 - 기초의회의원 서건에서의 200만원의 기탁금; 헌재 1995.5.25. 92헌마269, 판례집 7-1, 768 - 대통령선거에서의 3억원의 기탁금; 1996.8.29. 95헌마108, 판례집 8-2, 167 - 시도지사 선거에서 5,000만원의 기탁금; 2003.8.21. 2001헌마687, 판례집 15-2(상), 214 - 국회의원선거에서의 1,500만원의 기탁금; 2004.3.25. 2002헌마383, 판례집 16-1, 460 (467) - 기초자치단체장 선거에서 1,000만원의 기탁금.

명부 요건을 강화함으로써 충분히 해소할 수 있다. 다른 나라들은 포말후보, 입후보자 난립 방지 등을 위해서 기탁금을 요구하더라도 명목적인 금액만을 요구하고 있을 뿐이다.⁹⁴³⁾ 포말후보의 배제는 불가피한 사유로 평가할 수 있으나,⁹⁴⁴⁾ 지지를 거의 받지 못하는 포말후보들이나 정당들 때문에 표가 분산되어 다수형성이 어려워진다는 주장도 자기모순이기 때문에 표의 분산과 소수당의 난립으로 인한 다수당 내지 여당 형성의 곤란은 불가피한 사유로 평가할 수 없고, 후보자가 의미 있는 득표를 한다면 후보자의 진지성에 의문을 제기할 수 없는 것이고 또 후보자가 많아지면 유권자의 선택이 어려워지거나 유권자가 선거에 무관심해지기 때문에 후보자의 수를 인위적으로 줄여야 한다는 주장도 부조리하다.

헌법재판소는 선거비용의 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있도록 한 헌법 제116조 제2항을 고액기탁금제도의 근거로 내세우고 있다. 그러나 이 규정을 공영선거비용을 후보자에게 부담시킬 수 있도록 한 규정으로 새기는 해석은, 헌법 제25조, 제41조 제1항, 제67조 제1항의 보통선거 및 평등선거의 원칙, 국민주권 및 민주주의의 원리에 내포된 정치적 평등의 절대성, 형식성, 도식성을 외면한 해석이다.⁹⁴⁵⁾ 헌법을 통일적으로 해석한다면, 그 규정이 공식적인 공영선거비용의 전부 또는 일부를 후보자에게 부담시킬 수 있는 가능성을 열어주고 있는 것이 아니라 선거에 입후보한 자들이 개인적으로 지출하는 모

943) 현재 1991.3.11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 106 (107)의 비교법적 분석 참조.

944) Meyer, aaO, § 38 Rn 38. 그는 연방의회나 주의회에 5석 미만을 보유하고 있는 정당에 대해서도 추천인명부요건을 요구하고 있는 독일 선거법이 과연 불가피한 사유에 기초하고 있는지 의문을 제기하고 있다.

945) 동지: 전광석, “정치적 평등과 기탁금제도”, 헌법판례연구(2000), 205쪽 이하. 마찬가지로 고액의 기탁금에 대하여 비판적인 견해로는 이덕연, “정당국가적 대의민주제에서의 선거와 정당에 대한 헌법재판소의 결정 평석 -국회의원선거기탁금, 국회의원의 상임위원회 강제사임조치, 선거권연령기준에 관한 판례를 중심으로-”, 헌법실무연구 제5권(2004), 141, 144-1455쪽.

든 선거비용을 국가나 지방자치단체가 국가가 떠맡지 않아도 된다는 의미를 가질 뿐이라고 보아야 한다. 외국의 실태를 보더라도 우리나라처럼 공영선거비용에 충당되는 금액까지 기탁하도록 하는 나라는 찾아보기 어렵다.⁹⁴⁶⁾

매우 까다로운 기탁금 환급 요건에 대해서도 자의금지심사를 통해 합헌성을 확인하여준 것도 설득력이 없다.⁹⁴⁷⁾ 선거에서 패배한 소수자에 대한 금전적 제재의 제도화에 다름없고, 따라서 소수자보호 및 소수자에 대한 균등한 기회의 보장을 요구하는 민주주의원리에도 반하기 때문이다.⁹⁴⁸⁾ 정치자금에관한법률이 제27조 제2항에서 국고보조금을 분배받을 수 있는 정당의 최저득표율기준을 국회의석이 있는 정당의 경우에는 국회의원선거에서의 전국유효득표율 2%, 국회의석이 없는 정당인 경우 지방선거에서의 전국유효득표율 0.5%로 정하고 있는 것과는 균형이 맞지 않는 것이다.⁹⁴⁹⁾ 선거가 공동체 내에 존재하는 다원적인 견해, 이해관계가 표출되고, 경쟁하며, 통합되어 가는 과정이라는 점을 외면하고 선거관리의 편의성을 만들 강조한 부조리한 견해라는 평가를 면하기 어렵다고 본다.

(ii) 공직선거후보자 내지 정당의 차별:

㉠ 기성 정치인과 신인 또는 예비후보자 간의 차별: 정당이나 국회의원후보자에게는 후원회 구성할 수 있도록 하고 단순 입후보예정자에게는 이를 금지한 것,⁹⁵⁰⁾ 국회의원이거나 그 후보자 또는 예비후보

946) 헌재 1991.3.11. 91헌마21, 판례집 제3권 , 91, 106 (107).

947) 헌재 2001.7.19. 2000헌마91, 판례집 13-2, 77 (78)은 유효득표율 20%미만을 반환기준으로 삼고 있는 공직선거법 규정의 위헌성을 확인하고 있는 데 반하여 헌재 2003.8.21. 2001헌마687, 판례집 15-2(상), 214 (216) 요지 다 - 유효득표율 15%라는 기탁금반환요건의 합헌성을 확인하고 있다.

948) 헌재 2001.7.19. 2000헌마91, 판례집 제13권 2집 , 77, 91 (92).

949) 동지: 이덕연, 전계논문, 145-146쪽 참조.

자는 개인후원회를 구성할 수 있도록 하면서 시, 도의원,⁹⁵¹⁾ 기초지방자치단체의 장 후보자에게는 이를 금지한 것⁹⁵²⁾은 각기 나름대로 정책적인 근거가 있는 것은 사실이지만, 그 차별이 불가피하게 요청되는 것인지는 의문이다. 오히려 국회의원들이 잠재적인 경쟁자의 등장을 억제하려는 의도가 숨어 있는 것으로 보인다.

선거운동기간 전에 국회의원의 의정활동보고를 허용하는 것⁹⁵³⁾에 대하여 현직 국회의원의 직무수행으로 인한 것으로 정당화된다고 판시하였으나, 수긍하기 어렵다. 국회의원은 지역구민의 대표자가 아니라 전국민의 대표자라는 점에 비추어 볼 때 의정보고활동을 왜 지역구민에게 해야 되는지, 의정보고가 꼭 필요한 활동인지 의문이기 때문이다. 선거법을 만드는 현직의원들에게 일방적으로 유리한 불공정한 룰이라고 볼 수밖에 없다.

㉠ 대정당과 군소정당의 차별: 국민의 정치적 의사형성에 조력하는 정당에게 민주주의원리에 토대를 둔 평등은, 한편으로는 선거와 정치적 의사형성에 대한 정당의 평등한 참여권의 형태로, 다른 한편으로는 정당의 기회균등권의 형태로 나타난다.⁹⁵⁴⁾ 이 권리는 ‘정당이 국민의 의사를 국가에 매개해 주는 존재’라는 것으로부터 추론된다. 이 권리는 개별 국민들에게 정치의사형성에 평등한 참여를 보장해주는 국민들의 권리에 그 근거가 있으며 또 바로 이 권리로부터 도출된다. 따라서 정당의 평등권은 모든 정당을 위한 절대적 또는 도식적 평등을 내포하는 것이 아니라 추종자 내지 유권자의 지지표의 수

950) 헌재 1997.5.29. 96헌마85, 판례집 9-1, 558.

951) 헌재 2000.6.01. 99헌마576, 판례집 12-1, 724.

952) 헌재 2006.5.25. 2005헌마1095, 판례집 18-1(하), 159.

953) 헌재 2001.8.30. 99헌바92, 판례집 13-2, 174 등.

954) Philipp Kuniig, “Parteien”, HdbStR Bd. 2, 1987, § 33, Rn 62 ff.

에 따라 차별화되는 평등이며, 결과의 평등까지 지향하는 것이 아니라 기회의 평등만을 지향한다.⁹⁵⁵⁾ 일부 국내 학설이 이를 정당간의 비례적 평등으로 보는 경향이 있으나, 이는 정당의 지지자들인 유권자들 사이의 정치적 참여의 평등의 관점에서 보면 비례적 평등이 아닌 엄격평등의 실현인 것이다.

텔레비전 방송의 대선후보자 초청토론회에서 초청대상 후보자를 원내교섭단체 보유 정당의 대통령후보자와 5개 이상의 중앙종합일간지와 3개 텔레비전 방송사가 조사한 후보등록 이전 10일간의 여론조사결과 평균지지율 10% 이상인 후보자로 하고 다만 위 기준에 해당하지 않는 후보자에 대해서는 다른 형태로 대담·토론의 기회를 주는 조치를 통하여 관심이 집중되는 토론회에서 군소후보자를 사실상 배제하는 것⁹⁵⁶⁾의 정당성도 여기에 있다.⁹⁵⁷⁾ 그러나, 헌법재판소의 결정은 결론에 있어서는 타당하나, 차별기준의 합리성, 군소후보자들을 초청하는 별도의 토론회 개최, 유력후보자들 사이의 토론회가 유용한 정보를 생산해 낼 수 있는 가능성이 높다는 점 등만을 논거로 제시함으로써 차별의 근거가 후보자 내지 그가 속한 정당이 획득하고 있는 지지율 및 정당의 국민의사매개기능에 있다는 사실에, 즉 핵심에 접근하지 못했으며, 자의금지를 위헌판단의 심사기준으로 적용함으로써 민주적 평등의 실체에 접근하지 못하고 있다.

955) Hans Herbert v. Armin, “Der strenge und der formale Gleichheitssatz”, in: DÖV 1984, S. 85 (87).

956) 헌재 1999.1.28. 96헌바86, 판례집 9-1, 325.

957) BVerfGE 14, 121 도 참조. 그러나 이 판례의 논증(BVerfGE 14, 121 [135-138]) 역시 위에서 지적한 사항을 뚜렷이 부각시키지 못했다. 미국 연방대법원의 판례(1998.05.18. Arkansas Educational Television Commission v. Forbes, 26 Med. L. Rptr. 1673. 언론중재 1998, 가을, 144쪽)는 공영방송사가 유력후보만을 초청하고 군소후보를 배제한 조치의 합헌성과 관련하여 방송토론회를 비공적 포럼으로 평가하면서 난립해 있는 군소후보를 초청할 경우의 토론회의 질과 교육적 가치의 하락, 방송국의 방송회피위험 등에 비추어 볼 때 방송국이 합리적 재량을 행사할 수 있다고 판시하였다.

선거비용보상 내지 정당에 대한 국고보조금지급에서 교섭단체를 구성한 정당과 이를 구성하지 못한 정당을 차별하는 것이 헌법에 위반되지 않는다고 보았으나,⁹⁵⁸⁾ 교섭단체구성 여부, 의석수, 득표율 등 복합적 기준을 사용하고 있는 현행 정치자금에 관한 법률의 현행 배분 기준이 민주주의 원리에 토대를 둔 엄격평등의 요청을 충족시키는지 못한다. 정당에 대한 국고보조금의 배분이 그와 같은 요청을 충족시키려면 대상 정당들이 선거에서 획득한 유효득표비율에 의거하여야 할 것이다.⁹⁵⁹⁾ 국고보조금이 선거비용에 대한 보상적 성격을 갖는 범위에서는 적어도 일정한 유효득표율을 보인 무소속후보자에 대해서도 보조금을 지급하는 것이 엄격평등의 요청을 충족시킨다고 본다.

정당이 국회에 교섭단체를 구성한 경우 정당별로 전국적으로 통일된 기호를 부여하는 것⁹⁶⁰⁾이 위헌이 아니라고 판단하였으나, 그러한 제도가 선거사무나 유권자의 인식상의 편익을 제고할 수 있을지는 몰라도 지역구의원 선거의 경우 과연 그것이 불가피한 차별인지의 의문이다.

㉔ 정당과 비정당, 정당추천후보자와 무소속후보자의 차별: 무소속후보자의 입후보 요건으로 선거권자의 추천을 받도록 하는 것은, 포탈후보를 방지하기 위해 불가피한 측면이 있으므로 그 정당성이 인정된다.⁹⁶¹⁾

정당에게는 선거기간 개시일 전에 실질적인 선거운동인 당원교육이나 정당의 당사에 선전물의 설치를 허용하면서도 무소속후보자에

958) 헌재 2006.5.25. 2005헌마1095, 판례집 18-1(하), 159.

959) 동지: 정만희, “선거비용제한과 선거공영제”, 공법연구 제28집 제4호 제1권 (2000.6), 115, 131쪽; 이관희, “현행 정치자금법의 문제점과 개선방안”, 공법연구 제25집 제3호(1997), 31쪽.

960) 헌재 2004.2.26. 2003헌마601, 판례집 16-1, 337 (344).

961) 헌재 1996.8.29. 96헌마99, 판례집 8-2, 199.

계는 사전선거운동을 금지한 것에 대해서는 합헌성이 인정되었으나,⁹⁶²⁾ 합헌성이 의문시되는 사전선거운동금지의 소산일 뿐 불가피한 차별이라고 보기는 어렵다.⁹⁶³⁾

정당은 선거운동기간이 아니더라도 통상적인 정당활동을 할 수 있도록 하면서 후보자들에게는 선거운동기간 전에 선거운동기구나 사조직을 만들어 선거운동을 하는 것을 금지하는 것은, 결국 무소속후보자를 차별하는 효과를 발휘함에도 정당제도의 존재이유 때문에 정당화된다고 보았으나,⁹⁶⁴⁾ 역시 합헌성이 의문시되는 사전선거운동금지의 연장선상에 있는 차별이기 때문에 그 타당성이 의문스럽다. 정당의 교섭단체 의석수에 따라 선거에서의 기호를 부여하는 것이나⁹⁶⁵⁾ 정당소속후보자에게 우선적으로 기호를 배정하는 것,⁹⁶⁶⁾ 지방선거에서 통일된 기호를 부여받는 정당이 같은 선거구에 2인 이상의 후보자를 추천하는 경우 후보자 성명의 가나다순 기준으로 기호를 배정하도록 하는 것⁹⁶⁷⁾도 마찬가지이다. 기호배정이 유권자의 선택에 영향을 미친다면, 이처럼 기성 대정당에 일방적으로 유리한 기호배정에 의한 차별이 불가피한 것으로 정당화될 수 있는지 의문이다. 더구나 같은 정당의 같은 지역구의 복수 후보자들의 기호를 성명의 가나다순으로 정하는 것은, 기술적인 측면에서의 합리성은 있는지 모르지만 불가피한 차별은 아니다.

정당만이 선거운동을 할 수 있도록 하고 단체는 그 명칭을 불문하고 선거운동을 할 수 없도록 한 것⁹⁶⁸⁾에 대하여 과열·혼탁선거방지

962) 헌재 1996.8.29. 96헌마99, 판례집 8-2, 200 (210).

963) 정만희, “선거제도에 관한 헌법재판소 판례의 평가”, 167.

964) 헌재 1997.3.27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219.

965) 헌재 2004.2.26. 2003헌마601, 판례집 16-1, 337.

966) 헌재 1996.3.28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289; 1997.10.30. 96헌마94, 판례집 9-2, 523.

967) 헌재 2007.10.4. 2006헌마364, 판례집 19-2, 412.

를 위한 것이라는 이유로 그 합헌성이 확인되었다. 그러나 우리 헌법은 정당에게 정치의 독점권을 부여한 바 없을 뿐만 아니라, 민주주의는 현실적으로 단체다원주의, 이익다원주의 형태로 실현되고 있다는 점을 감안하면 이와 같은 차별이 과연 현실적으로 실효성을 발휘할 수 있을지 그리고 불가피한 것인지, 따라서 정당화될 수 있는 것인지의문이다.⁹⁶⁹⁾ 단체의 선거운동금지는 대중민주주의 현실에서 개인들은 자신과 생각과 이해관계를 함께 하는 이들과 단체를 구성하여 이 단체를 통해 활동할 때 자신의 정치적 입장을 관철시킬 가능성이 높아진다는 점을 감안할 때 결국 개인의 정치적 영향력의 위축을 초래할 수밖에 없고, 오히려 연고주의나 금권에 의한 선거를 조장하는 부작용을 발휘할 위험이 높다.⁹⁷⁰⁾

후보자나 선거사무원 등이 다른 정당이나 후보자를 위한 선거운동을 할 수 없도록 금지하면서 같은 정당이나 같은 정당의 추천후보자를 지원할 수 있도록 예외를 인정하는 것을 후보자들 사이의 담합행위 및 매수가능성을 사전에 차단하여 선거권자의 판단에 혼선을 가져오지 않게 하기 위한 것이라는 입법목적 및 정당활동의 자유를 보장하는 헌법규정에 의하여 정당화하고 있으나,⁹⁷¹⁾ 유권자의 수준을 낮추어 보는 후견주의적 규율이자 정치의 복잡성을 외면한 규율로서 무소속후보자에게 그러한 활동을 막아야 할 불가피한 사유도 존재하지 않는다.

968) 헌재 1995.5.25. 95헌마105, 판례집 7-1, 826. 이 판례를 지지하고 있는 것으로는 정종섭, “단체의 선거운동 제한의 위헌 여부 -공직선거및선거부정방지법 제87조를 중심으로-”, 헌법판례연구 제2집(2000), 257쪽 이하.

969) 이육한, “공직선거및선거부정방지법 제59조 및 제87조의 위헌성에 관한 연구”, 헌법판례연구 제2집(2000), 333 (348)쪽 이하; 박용상, “선거운동과 표현의 자유”, 64쪽 이하 참조.

970) 동지: 박용상, “선거운동과 표현의 자유”, 174쪽 이하.

971) 헌재 1991.1.28. 98헌마172, 판례집 11-1, 84.

정당에게는 선거대책기구를 설치할 수 있도록 하면서 무소속후보자에게 유사기관의 설치를 금지한 것은, 선거운동기구의 난립으로 야기될 과열경쟁과 낭비를 방지하고 후보자간에 선거운동의 균등한 기회를 보장함으로써 선거의 공정성을 확보하기 위한 것이고, 무소속후보자의 선거운동 준비행위를 금지하거나 법정 선거운동을 제한하거나 무소속후보자의 당선기회를 봉쇄하는 것도 아니어서 공무담임권을 침해하는 것이라고 볼 수 없다고 한다.⁹⁷²⁾ 그렇지만, 선기비용상한제를 두면서 그 상한을 초과하는 경우에는 처벌됨은 물론 당선이 무효화될 수 있는 법제에서 과연 이와 같은 차별이 불가피한 것인지는 의문이다.

무소속후보와 정당추천후보의 기탁금액을 달리 정한 것⁹⁷³⁾에 대해서는 선거경쟁에서 모든 입후보자에게 보장해야 할 기회균등을 침해하는 사항이나 경쟁조건을 현저하게 차등을 두거나 정당보다 무소속 입후보자의 출마를 억제하고 제한하기 위한 것으로 정당하게도 위헌임을 확인하였다.⁹⁷⁴⁾ 또한 정당추천후보자에게 무소속후보자보다 더 많은 연설회를 개최할 수 있도록 한 것에 대하여도 마찬가지로 그 위헌성을 확인하였다.⁹⁷⁵⁾

(iii) 유권자의 차별:

㉠ 선거구간 인구편차 허용한계 설정: 선거구간 인구편차의 허용한계와 관련하여 헌법재판소는 1995년 결정⁹⁷⁶⁾에서는 선거구 평균인

972) 헌재 1996.3.28. 96헌마9등, 판례집 8-1, 289 (309); 1999.1.28. 98헌마172, 판례집 11-1, 84 (85).

973) 헌재 1989.9.8. 88헌가6, 판례집 1, 199.

974) 헌재 1989.9.8, 88헌가6, 판례집 1, 199 (236).

975) 헌재 1992.3.13. 92헌마37 등, 판례집 4, 137.

976) 헌재 1995.12.27. 95헌마224, 판례집 7-2, 760. 물론 이 판례에서 재판관 6인이 아닌 5인의 재판관만이 이 기준에 동의하였으며, 4인의 재판관은 도시 유

구치의 상하 60%가 한계로 제시되었다가, 2001년 결정⁹⁷⁷⁾에서는 상하 50%를 한계로 제시하여 허용편차를 적게 인정하는 한편, 33.3%이 이상적인 기준임을 밝힘으로써 향후 투표가치의 평등성을 좀 더 강화할 것을 시사하고 있다. 그러나 최근 시·도의원 지역선거구 간의 인구편차의 허용한계를 선거구 평균인구수의 상하 60%로 설정함으로써⁹⁷⁸⁾ 일관성을 상실하고 투표가치의 평등성 확보를 위한 노력에 후퇴의 조짐을 보이고 있다. 선거구간 인구편차 허용한계를 설정한 것은, 그동안 정치권의 무원칙한 합의 내지 야합에 의하여 국민의사를 왜곡시켜오던 선거구가 획정에 제동을 걸었다는 점에 큰 의미를 갖는다.

헌법재판소는 인구편차허용한계 확정에 영향을 미치는 요인으로 투표가치의 평등 이외에도 국회의원의 지역대표성, 동농간의 인구격차 등을 든 바 있다. 그러나 평등선거권의 상술한 규범구조에 비추어 볼 때 선거구의 구체적 획정방법(선긋기) 자체와 관련해서는 입법자에게 폭넓은 재량이 부여되지만, 선거구 사이의 인구편차와 관련해서는 입법자의 재량의 폭은 좁다고 보아야 한다. 그렇다면 행정구역 중심의 선거구획정 때문에 1:1 원칙을 관철하기 곤란한 기술적 문제로 인하여 부득이하게 발생하는 편차만이 정당화될 수 있다고 본다. 국

형의 선거구와 농촌 유형의 선거구를 구분하고 전국 선거구 평균 인구수에서 그 상하 60%의 편차를 초과함과 동시에 같은 유형의 선거구 평균 인구수에서 그 상하 50%의 편차를 초과하는 경우에만 위헌이라는 의견을 제시하였기 때문에 엄밀히 보면 허용되는 편차는 훨씬 커지게 된다.

977) 헌재 2001.10.25. 2000헌마92 등, 판례집 13-2, 502.

978) 헌재 2007.3.29 2005헌마985등, 판례집 19-1, 287; 이에 대해서는 2:1을 기준으로 해야 한다는 김종대 재판관의 별개의견과 기초자치단체와 광역자치단체의 중층적 구조와 기능의 차이를 고려할 때 기초자치단체별 인구편차는 문제되지 않는다는 이공현, 조대현 재판관의 반대의견이 있다. 만일 광역의회가 연방국가에서의 상원과 같은 지역대표적 기능을 수행하는 것이라면 이 반대의견이 타당할 것이지만, 광역의회가 그러한 기능을 수행하는지, 또 그렇게 선거구나 의원수가 배정되어 있는지는 의문이다.

회의원의 지역대표성, 도농간의 인구격차는 인구편차의 허용정도를 결정하는 법적 요인이 될 수 없다. 국회의원은 헌법적으로 볼 때 지역구민의 대표가 아니라 전국민의 대표이고(헌법 제46조 제2항), 도농간의 인구격차와 같은 요인들을 고려하여야 할 헌법적 근거를 찾을 수 없고 또 그 비중을 측정할 수도 없기 때문이다. 편차 허용한계가 재판관들에 따라 적지 않게 차이가 나는 것도 바로 이처럼 측량할 수 없는 요인들을 고려하고 있기 때문이다. 만일 선거구를 획정할 때 그러한 요인들을 고려하여야 한다면, 헌법재판소는 위 사건들에서 입법자의 결정을 수정할 것이 아니라 오히려 존중했어야 한다고 본다. 위 결정들의 법정의견에 가담한 일부 재판관들이 보충의견 등을 통하여 편차의 허용정도를 조만간에 3:1이나 2:1로 낮출 것을 시사한 것도 그러한 요인들이 편차요인으로 평가될 수 없음을 자인하고 있는 것이다. 또한 이 문제는 성질상 입법자에게 적응을 위한 시간을 부여할 수도 없고 또 그러할 필요도 없는 영역이다. 엄격평등이 요구되기 때문에 정치적 실험을 할 수 있는 영역이 아닌데다가 규율대상이 복잡하거나 법적 효과를 예측할 수가 없어서 입법자에게 경험적 데이터의 축적을 위한 시간을 줄 필요가 없기 때문이다. 따라서 헌법재판소가 2:1 기준이나 보다 엄격한 기준을 제시할 경우에 정치권에 미칠 과장을 고려하여 정치권에 시간을 준 것은 정치적인 견지에서 이해할 수 있으나, 헌법적인 견지에서는 2차례나 적응을 위한 시간을 부여하면서 위헌선언을 회피하는 것은 정당화될 수 없다고 본다.

㉔ 선거운동과 관련한 단체의 차별: 헌법재판소는 한편으로 단체 일반에 대한 선거운동금지의 합헌성을 확인하고,⁹⁷⁹⁾ 다른 한편으로는

979) 현재 1995.5.25. 95헌마105, 판례집 7-1, 826.

노동단체의 선거운동은 예외적으로 허용하는 규정의 합헌성을 확인함으로써⁹⁸⁰⁾ 법적 모순을 범하였을 뿐 아니라, 각 판례 자체로서도 민주주의의 본질을 오인하는 결함을 드러냈다. 이 판례들은, 민주주의가 현실적으로 이익다원주의 내지 단체다원주의의 형태를 띠 수밖에 없다는 사정을 외면하고 있고, 단체의 선거운동금지라는 개인이 단체를 통해서 자신의 정치적 의사를 보다 효과적으로 관철할 수 있는 길을 봉쇄함으로써 결국 개인의 정치적 참여가능성을 심각하게 위축시키고 있고, 헌법이 정당에게 정치의사형성에 대한 독점권을 부여하고 있는 것이 아님에도 단체 중 오로지 정당에게만 선거운동을 허용하는가 하면, 경제인단체와의 차별의 불가피성을 설득력 있게 논증하지 못한 채 정당 이외에 노동단체에게만 선거운동을 허용한 것을 용인하고 있다.⁹⁸¹⁾

4) 국민투표권

국민투표가 실시될 경우 헌법개정안, 국가안위에 관한 정책안에 대한 찬반운동의 자유에 대한 제한, 국민투표에 참여가능성과 관련된 차별, 투표의 직접성과 비밀성의 제한에 대해서는 선거권의 심사기준을 준용할 수 있기 때문에 여기서는 상론하지 않는다.

(5) 신체의 자유

1) 신체의 자유와 일반적 심사기준

980) 헌재 1999.11.25. 98헌마141, 판례집 13-2, 830.

981) 민주주의의 다원주의적 성격에 대해서는 계획열, 「헌법학(상)」, 237; 장영수, 「헌법학」, 2007, 167쪽 이하; 위 판례에 대한 김문희, 이재화 재판관의 반대이견 (헌재 1999.11.25, 98헌마141, 판례집 11-2, 614, 625쪽 이하) 참조.

신체의 자유에는 다시 체포·구속적부심사청구권, 체포·구속 이유 등을 고지 받을 권리, 무죄추정권, 고문을 당하지 않을 권리, 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리, 형사기록의 열람·복사청구권, 신속한 공개재판을 받을 권리, 국민참여재판을 받을 권리, 형서보상청구권 등의 많은 세부적 기본권들이 포함되어 있다. 이 중 ‘변호인의 조력을 받을 권리, 중 변호인접견교통권을 제외한 다른 나머지 세부적인 신체의 자유들은 위헌 심사기준에 있어 다른 일반적인 기본권 심사기준과 다르지 않다. 그러나 변호인접견교통권은 다음에서 보는 바와 같이 어떠한 명분으로도 제한할 수 없는 절대적 기본권이다.

2) 변호인접견교통권의 심사기준

변호인접견교통권은 헌법이 규정하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위한 전제가 되는 기본권이다. 변호인접견교통권은 신체 고속을 당한 피의자나 피고인의 인권보장과 방어준비를 위한 중요한 기본권으로서 수사기관의 처분이나 법원의 결정으로도 이를 제한할 수 없는 절대적 기본권이다.⁹⁸²⁾ 변호인과의 접견은 신체를 구속당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리 중 가장 중요한 것이어서 헌법 제37조 제2항에 의해서도 제한될 수 없는 기본권인 것이다. 따라서 신체의 자유 중 변호인접견교통권의 심사기준은 다른 나머지 신체의 자유의 세부적 기본권들도 다르다. 어떤 경우에도 제한될 수 없는 기본권인 것이다.

982) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008년, 440면 참조.

3. 사회적 기본권

사회적 기본권 침해 여부를 가리는 심사기준을 구명하기 위해서는 어떤 기본권을 사회적 기본권으로 볼 수 있는지, 그리고 사회적 기본권의 기본권분류체계상의 위상을 명확히 할 필요가 있다. 사회적 기본권의 개념 그에 따라 규범적 구조가 달라지면, 심사기준도 달라질 수밖에 없기 때문이다.

(1) 사회적 기본권의 개념과 기본권분류체계에서의 지위⁹⁸³⁾

1) 개념

사회적 기본권이라는 개념이 언제나 통일적으로 사용되는 것은 아니다. 그 내용상 사회적인 연관이 있는 기본권인 경우에는 그 보장양식을 불문하고 이를 사회권으로 분류하는 견해도 있다. 이러한 견해에 있어서는 해당 기본권이 개인적 자유영역의 단순한 존중 내지 방어를 이념적 목표로 하고 있느냐, 아니면 개인에게 결여되어 있거나 필요한 만큼 확보되어 있지 아니한 재화 내지 기회의 부여를 목표로 하느냐의 문제는, 즉 해당 기본권의 보장양식은 중요하지 않게 된다. 이러한 입장에서는 직업의 자유, 재산권, 근로자의 노동삼권⁹⁸⁴⁾과 같

983) 이에 대해서는 정태호, “원리(Prinzip)로서의 사회적 기본권: R. Alexy의 원리모델(Prinzipien)을 중심으로”, 「법과 인간의 존엄」 청암 정경석박사 화갑기념논문집, 1997, 238 (239쪽 이하); 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 헌법논총 제9집(1998), 601 (606쪽 이하) 참조.

984) 우리나라에서도 노동자의 사회적 지위의 개선과 관련되어 있는 노동자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 자유권과 사회권으로서의 성격을 겸하고 있는 것으로 보는 견해가 다수설적인 입장을 점하고 있다. 예를 들면 권영성, 「헌법학원론」, 1997, 588쪽; 김철수, 「헌법학개론」, 1997, 632쪽 이하; 허영, 「헌법이론과 헌법」, 1977, 622-623쪽. 이러한 입장에 서있는 독일의 견

은 직업 및 경제생활에 관한 기본권들은 그 보장의 양식에 있어서는 자유권임에도 불구하고 사회적 기본권으로 분류된다.⁹⁸⁵⁾ 또 다른 견해는 사회적 기본권의 본질적 특성을 어떤 기본권에 집단적 성격이 있느냐, 즉 한 집단의 구성원으로서 타인과의 제휴를 통해서만 행사될 수 있는 권리냐의 여부에서 찾기도 한다.⁹⁸⁶⁾

그러나 위와 같은 분류기준들은 강학상의 의미는 있을지 모르나 헌법재판에서의 실용성은 별로 없다. 기본권을 제한하는 법률의 위헌성 판단의 구조는 해당 기본권의 보장형식에 결정적으로 좌우되기 때문이다. 권리의 보장형식이 원칙적으로 국가의 부작위인지, 아니면 적극적 행위인지, 그리고 후자라면 그 행위의 내용이 단순한 입법활동에 불과한 것인지 아니면 그것을 넘어서 사실적 급부의 제공까지를 포함하는 것인지에 따라 그 권리침해 여부에 관한 논증구조는 질적 차이를 보이게 되기 때문이다. 그렇다면 권리의 보장형식을 중심으로 기본권을 분류할 때에만 헌법재판, 특히 심사기준의 구명에 유용한 정보를 제공해 줄 수 있을 것이다.

그렇기 때문에 여기서는 지배설의 입장을 따라 사회적 기본권은 개인이 충분한 재원을 보유하고 있고 또 시장에서의 공급이 충분한 경우에 사인으로부터도 획득할 수 있는 것을 국가에 대하여 요구할

해로는 예를 들면 K. Lange, Soziale Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung und in den derzeitigen Länderverfassungen, in: (Hrsg.) Böckenförde/Jekewitz/Ramm, Soziale Grundrechte, 1981, S. 49.

그러나 헌법재판소의 노동쟁의조정법 제30조 제3호 등에 대한 위헌소원에 관한 결정에서 5인의 위헌의견은 위 권리가 주로 자유권적 성격을 가진다고 보고 있다(판례집 8-2, 729 [770-771]). 박일경, 「제5공화국헌법」, 1980, 207쪽도 이러한 입장에 서있다.

985) P. Badura, Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 1975, S. 17(31).

986) H. J. Wipfelder, Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte, ZRP 1986, S. 140.

수 있는 개인의 권리를 의미하는 것으로 본다.⁹⁸⁷⁾ 그러므로 근로3권 처럼 이와 같은 사실적 급부에 대한 청구권을 담고 있지 아니한 권리는 그 보장형식의 측면에서 볼 때 본질상 자유권성을 띠고 있고 있기 때문에 여기서는 다루지 아니한다.⁹⁸⁸⁾

또 가령 헌법 제31조 제1항에 내포되어 있는 교육의 자유나 능력에 따라 “균등한” 교육을 받을 권리처럼 사회적 기본권을 보장하는 헌법규범에 내포되어 있는 자유권적 요소들이나 평등권적 요소들의 침해 여부에 대해서는 자유권 및 평등권의 심사기준이 적용되어야 하며, 사회적 기본권의 심사기준을 적용해서는 안 된다. 실제로 헌법재판소가 사회적 기본권과 관련하여 해결한 다수의 사건들이 협의의 사회적 기본권의 침해 여부를 다룬 사건들이 아니라 자유권이나 평등권의 측면들의 침해 여부를 다룬 사건들이었다.⁹⁸⁹⁾

2) 사회적 기본권의 체계적 위치: 급부권(Leistungsrecht)의 일종

고전적 자유주의적 기본권이론⁹⁹⁰⁾에 의하면 자유권의 본질은 개인의 자유영역을 공권력에 의한 제약으로부터 보장하는 것이다. 즉 자유권은 국가권력에 대한 개인의 방어권이다. 자유권은⁹⁹¹⁾ 인간의 특

987) Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, S. 454; Isensee, *Verfassung ohne soziale Grundrechte*, *Der Staat* 1980, S. 367(373); K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I*, 2. Aufl., 1984, S. 937; J. Lücke, *Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge*, *AöR* 107(1982), S. 15(17); D. Murswiek, § 112 *Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte*, in: *HStR V*, 1992, Rdnr. 21.

988) 근로3권의 자유권성에 대해서 상세한 것은 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 601 (610쪽 이하) 참조.

989) 이에 대하여 상세한 것은 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 601 (607쪽 이하) 참조.

990) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. Aufl. 1970, S. 163 ff.

정 활동영역들을 법질서의 보호 하에 두고 이에 대한 국가의 간섭을 완전히 배제하거나 일정한 사유가 있는 경우에 일정한 요건에 따라 서만 그에 대한 제한을 허용한다. 따라서 자유권은 국가권력행사의 소극적 한계규범으로서의 성격도 동시에 갖게 된다. 자유권은 또한 자유의 존재를 전제로 한다. 자유는 법률규정에 의하여 비로소 만들어지는 것이 아니며, 단지 보호되거나 행사될 수 있게 되는 것이거나 제한되는 것이다. 요컨대 자유권은 국가의 소극적 행위(negative Handlung), 즉 부작위 요구권이다. 따라서 자유권은 광의의 소극적 지위(der negative Status)⁹⁹²에 속한다.

반면, 사회권은 국가의 적극적 행위를 요구할 수 있는 권리이기 때문에 협의의 적극적 지위(der positiver Status)⁹⁹³에 속한다. 광의의 “給付” 개념을 기초로 하면 국가의 적극적 행위를 요구할 수 있는 권리는 모두 광의의 급부권으로 분류할 수 있다. 이러한 의미에서 급부권은 국가의 소극적 행위, 즉 부작위를 요구하는 권리인 방어권에 대립되는 개념이다. 급부권의 대상이 되는 국가의 적극적 행위의 종류는 사인을 다른 사인의 공격으로부터 보호하는 것, 절차규범이나 조직규범의 제정, 재화의 급부 등 다양하다. 협의의 급부권은 그 권

991) 자유권의 본질에 관한 설명에 대해서는 E.-W. Böckenförde, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: Böckenförde/Jekewitz/Ramm (Hrsg.). 1981, S. 10 참조.

992) Alexy, aaO, S. 395.

993) 엘리네크는 적극적 지위에 국가의 적극적 행위를 요구할 수 있는 권리만이 아니라 방해행위의 부작위와 같은 국가의 소극적 행위를 요구할 수 있는 권리까지 귀속시킨다(ders., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 105, 111). 이를 여기서는 광의의 적극적 지위라 칭한다. 그러나 이같은 광의의 개념은 방해행위의 부작위청구권과 국가의 적극적 행위가 근본적인 차이가 있다는 점을 도외시하고 있다. 그렇다고 그와 같은 부작위청구권을 적극적 지위에서 배제하면 방어권과 같은 기본권의 핵심적 내용의 하나가 엘리네크의 지위이론의 체계에서 갈 곳을 잃게 된다. 그러므로 이를 광의의 소극적 지위 개념에 포함시키되 이렇게 부작위청구권이 공제된 적극적 지위개념을 ‘협의의 적극적 지위’로 지칭하는 것이 타당하다(Alexy, aaO, S. 240 f.).

리의 주체가 충분한 재원을 확보하고 있고 시장에서의 공급이 원활한 경우에는 사인으로부터도 구입할 수 있는 것을 대상으로 한다.

그럼에도 급부권의 개념을 넓게 이해할 필요가 있는 것은 두 가지 이유 때문이다⁹⁹⁴. 그 첫째 이유는 전형적인 급부권으로 볼 수 있는 다수의 사회권들은 사실적 급부나 규범적 급부⁹⁹⁵를 지향하는 지위(Position)들⁹⁹⁶의 집합이라는 점이다. 예컨대 사회적 기본권의 하나로 분류되는 환경권은 본질상 사실적 급부를 대상으로 하는 인간다운 생활을 할 권리와는 다른 규범적 구조를 갖는 권리이다. 환경권은 극히 상이한 종류의 기본권적 지위들의 집합체이다. 즉 국가에 대하여 환경침해를 하지 말 것을 요구할 수 있는 권리(방어권), 국가에 대하여 제3자의 환경침해행위에 대한 보호를 요구할 수 있는 권리(보호청구권), 환경관련절차에 참여할 수 있도록 해줄 것을 요구할 수 있는 권리(절차형성청구권), 국가에 대하여 환경개선을 위한 사실상의 조치를 취하여 줄 것을 요구할 권리(사실적 급부권; 협의의 사회적 기본권) 등이 환경권의 내용에 포함될 수 있다. 이들 가운데 방어권적 요소를 배제한 나머지 지위들을 완전히 파악하고 체계상 방

994) 이에 관하여 자세한 것은 Alexy, aaO, S. 403ff. 참조.

995) 이 개념에 관해서 자세한 것은 Alexy, aaO, S. 179ff. 참조. 사실적 급부권(Recht auf eine faktische positive Handlung)이란 가령 최저한 생존권의 보장을 요구할 수 있는 권리의 경우에서와 같이 권리의 실현을 위하여 국가에 의한 사실상의 적극적 행위를 필요로 하는 권리를 말한다. 그 권리의 이행이 법적 형식으로 이루어진다는 사실로 인하여 그 권리의 법적 성격이 달라지는 것은 아니다. 이러한 종류의 권리의 결정적인 표지는 권리의 이행을 위한 집행행위의 법적 형식에 구애받지 않는다는 점이다. 이에 비하여 규범적 급부권 내지 적극적 규범제정 요구권(Recht auf positive normative Handlungen)이란 국가로 하여금 일정 방향의 법규범을 제정할 것을 요구할 수 있는 권리(Recht auf staatliche Normsetzungsakte)를 말한다.

996) 알렉시(aaO. S. 163f.)에게 있어서 규범(Norm)이란 법규(Normsatz)가 표현하는 것이다. 반면 지위(Position)라는 용어는 人 및 行爲의 규범적 특성(normative Eigenschaft)과 人과 人 상호간 또는 人과 行爲의 규범적 관계(normative Relation)를 나타내기 위해 사용된다.

어권에 대립시키기 위해서는 광의의 급부권이라는 개념을 유지할 필요가 있다. 광의의 급부권의 개념을 유지하여야 할 두 번째 이유는 국가에 대하여 적극적 행위를 요구할 수 있는 권리들은 방어권에서는 나타나지 아니하는 문제들을 공유한다는 점 때문이다. 방어권은 국가의 목적의 설정과 그 달성방식 등에 한계를 설정하지만 그 목적 자체에 대하여는 아무런 언명을 주지 아니한다. 이에 비하여 국가에 대하여 적극적 행위를 요구할 수 있는 권리들은 국가가 추구해야 하는 목적을 확정하고 있다. 그리하여 국가에 대하여 적극적 행위를 요구할 수 있는 권리들에 있어서는 모두 국가행위의 목적을 구속할 수 있는지 그리고 구속한다면 어느 정도 그러한지의 문제가 발생한다. 모든 헌법상의 권리가 법적 구속력을 갖고 또 헌법재판에 있어서의 통제기준이 되는 헌법에 있어서 이 문제는 결국 헌법재판작용과 입법작용 사이의 권한분배의 문제로 나타난다. 적극적 행위를 요구할 수 있는 권리들이 모두 이와 같은 문제들을 공유하고 있다는 사정 때문에 광의의 급부권이라는 개념을 유지할 필요가 있는 것이다. 그러므로 사실적 급부를 대상으로 하는 전통적인 의미의 사회권은 급부권의 일부분에 지나지 않는 것이다.

(2) 사회적 기본권의 주관적 공권성⁹⁹⁷⁾

이미 실정화된 사회적 기본권을 올바르게 해석하는 모델은 무엇보다도 사회적 기본권의 실정화에 대한 찬·반론거를 적절하게 감안할 때에만 개발될 수 있다. 사회적 기본권의 주관적 공권성을 둘러싸고

997) 이에 대하여 상세한 것은 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 헌법논총 제9집(1998), 601 (624쪽 이하) 참조.

다양한 학설이 전개되고 있지만,⁹⁹⁸⁾ 필자의 판단으로는 후술하는 바와 같이 그러한 논거들에 담긴 의미를 적절하게 반영하거나 자신의 입장을 합리적으로 설명하지 못하고 있으며, 알렉시의 원리-규칙모델만이 전술한 논거들을 적절히 반영하면서 헌법에 보장된 사회적 기본권을 올바르게 해석할 수 있는 이론적 틀을 제공한다고 본다.⁹⁹⁹⁾

알렉시는 법규범을 規則(Regel)과 原理(Prinzip)¹⁰⁰⁰⁾로 구분한다.¹⁰⁰¹⁾ 그의 규범이론에서 規則은 정해진 요건이 충족되면 어떤 것을 확정적으로(definitiv) 명령·금지·허가하거나 확정적으로 어떤 것을 하도록 수권하는 규범을 말한다. 이에 비하여 원리는 최적실현명령(Optimierungsgebot)으로서 ‘어떤 것을 사실적 및 법적으로 가능한 범위 안에서 가급적 높은 정도로 실현하도록 명령하는 규범’을 말한다. 원리적 성격을 갖는 규범들은 일응(prima facie)¹⁰⁰²⁾ 타당한 근거들로서 다른 원리들과 상충하는 경우에는 형량을 통하여 후퇴할 수도 있다. 따라서 원리는 성질상 비례의 원칙과 밀접한 관련을 갖고 있으며¹⁰⁰³⁾, 그러므로 그 적용에 있어서는 형량의 과정이 중점을 이룬다.

원리는 불확정적이고, 유동적이며 동태적 성격을 갖는다. 알렉시는

998) 이에 대한 명료한 개관으로는 무엇보다도 계획열, 「헌법학(중)」, 651-660쪽; 김철수, 「헌법학개론」, 771쪽 이하 참조.

999) 동지: 계획열, 「헌법학(중)」, 660쪽 이하. 그 밖에도 이덕연, “우리는 왜 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 헌법에 규정하고 있는가?”, 헌법판례연구(I), 헌법판례연구회, 1999, 143-204쪽 (특히 164-166쪽)도 부분적으로 원리모델을 이용하고 있다.

1000) 원리를 원칙으로 번역하는 이로는 계획열, 「헌법학(중)」, 655쪽 이하; 이준일, “「원칙」으로서의 기본권과 비례성 「명령」”, 공법연구 제28집 제1호, 1999년 10월, 79쪽 이하.

1001) 이에 관하여 자세한 것은 Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71ff. 참조.

1002) 이를 ‘잠정적’으로 번역하는 이로는 계획열, 「헌법학(중)」, 656쪽, 특히 주 57 참조.

1003) 이에 관하여 자세한 것은 Alexy, aaO, S. 100ff.

원리들 상호간에 하나의 완결된 閉鎖的 序列(소위 抽象的 價値序列)이 있다고 상정하지 아니 한다¹⁰⁰⁴). 오히려 그의 모델에서는 상충하는 복수의 원리들 사이의 구체적 상황에서의 우열이 형량에 의하여 결정되며, 그 결과 원리들 간의 우열은 상황적 여건의 차이에 따라 달라질 수 있게 된다. 또 주관적 권리나 객관적 법 모두 원리로서의 성격을 띠 수 있다. 환언하면 원리는 주관적 권리와 객관적 법에 대하여 중립적인 개념이다.

원리모델은 헌법의 관점에서 그 보장 여부를 전적으로 그때그때의 국회의 다수결에 맡겨둘 수 없을 만큼 중요성을 띠는 법적 지위가 바로 기본권적 지위라는 사실을 진지하게 고려하고자 한다. 이것이 사회적 기본권과 관련하여 의미하는 것은 헌법의 관점에서 그 부여 여부를 입법자의 결정에 맡길 수 없을 정도의 중요성을 띠는 국민의 급부권적 지위가 사회적 기본권의 형태로 헌법에 명시적으로 보장되어 있으며, 따라서 국민은 누구나 그 주체가 될 수 있다는 점이다.

원리모델에 의하면 모든 사회적 기본권은 적어도 일응의 권리로서의 성격을 갖는다.¹⁰⁰⁵) 이 일응의 권리에 국가의 일응의 의무가 대응한다. 일응의 권리로서의 사회적 기본권은 그것이 보장하는 사실적 자유의 비중이 상충하는 다른 원리들의 비중보다 가벼운 경우에는 후퇴할 수 있다. 즉 확정적 권리로 굳어지지 않을 수도 있다. 결국 개인이 어떤 경우에 확정적으로 사회적 기본권을 보유하고 있는지의 문제는 원리들 상호간의 형량의 문제로 나타난다. 저울의 한편에는 사회적 기본권을 통해서 실현하고자 하는 사실적 자유의 원리가 놓이고,

1004) 그러한 가치모델이 내포하고 있는 문제점에 대하여는 Alexy, aaO, S. 138ff. 참조.

1005) 우리 헌법재판소는 명시적으로는 원리모델에 의거하지 않지만, 사회적 기본권들의 주관적 공권성을 인정하고 있다. 이에 대해서 상세한 것은 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 601 (624쪽 이하) 참조.

그 다른 한편에는 입법자의 정치적 결정권한과 권력분립의 원리와 같은 형식적 원리들 및 타인의 법적 자유, 다른 사회적 기본권들 및 집단적 법익과 같은 실체적 원리들이 놓이게 된다.

(3) 확정적 사회적 기본권의 발생요건과 심사기준¹⁰⁰⁶⁾

1) 확정적 사회적 기본권의 발생요건

확정적인 사회적 기본권은, “사회적 기본권을 통해 보장된 사실적 자유의 원리가 그 실현을 매우 긴절히 요구하는 반면에 권력분립원리와 의회의 재정권을 포함한 민주주의원리와 같은 형식적 원리 및 상충하는 실체적 원리들(특히 타인의 법적 자유와 관련된 실체적 원리)이 문제의 사회적 기본권의 보장에 의해서도 상대적으로 적은 정도로 제약받게 되는 경우”에 개인에게 부여된다.¹⁰⁰⁷⁾ 이와 같은 기본조건들은 무엇보다도 인간의 존엄성에 상응하는 생활을 하는 데 필수적인 기본적인 사회적 기본권들, 특히 生存을 위하여 필요한 최소한의 물적 급부에 대한 청구권, 최소한도의 진료를 받을 권리, 현대 산업사회에서 직업을 얻어 자활하는 데 필요한 기본적인 교육을 받을 권리 등과 같은 이른바 ‘작은 사회적 기본권들’의 경우에는 충족된 것으로 보아야 한다. 작은 사회적 기본권들 중 일부는 그 권리의 주체와 보장내용이 이미 헌법 자체에 분명하게 명시되어 있는 것도 있다. 의무교육의 무상성(헌법 제31조 제2항), 최저임금제의 실시무(헌법 제32조 제1항 제2문), 신체장애자, 질병·노령 기타의 사유로

1006) 이에 대해서는 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 601 (655쪽 이하); 정태호, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해 여부의 판단기준 및 심사구조”, 헌법학연구 제13권 제3호(2007.9), 539 (551쪽 이하) 참조.

1007) Alexy, aaO, S. 466.

생활능력이 없는 국민에 대한 국가의 보호의무(헌법 제34조 제5항) 등이 그 전형적인 예이다. 이와 같은 확정적 권리들을 실현하기 위한 입법이 전혀 없거나 있더라도 헌법이 요구하는 수준에 비하여 과도한 급부에 대한 청구권만을 보장한다면 사회적 기본권에 대한 침해를 인정할 수 있다.

2) 확정적 사회적 기본권의 심사기준

사회적 기본권의 준수 여부에 대한 헌법재판소 내지 법원의 통제권도 사회적 기본권규정에 포함된 국가에 대한 확정적 명령이 미치는 곳까지만 미친다. 사회적 기본권으로부터 나오는 확정적 명령의 타당범위가 어디서 시작되고 또 어디서 끝나느냐의 문제에 대한 해답은 쉽게 그리고 명확히 내려질 수 있는 성질은 아니다. 그 해답은 역시 사회적 기본권의 보장목적, 인간다운 생존을 위한 기초적 전제의 보장에서 구할 수밖에 없다고 본다. 각 사회적 기본권이 보장하는 사실적 자유의 전제가 인간다운 생존을 대하여 갖고 있는 의미에 따라 판단할 수밖에 없다.

헌법재판소는¹⁰⁰⁸⁾ 사회적 기본권의 행위규범적 측면과 통제규범적 측면을 구분하면서 헌법재판소는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민이 사실적 자유의 전제를 확보하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다고 판시한 바 있다. 이 판례는 확정적인 권리의 내용을 확정함에 있어서 지나치게 기능법적 기준에 의거하고 있을 뿐 아니라 그 경우에도 입법재량권만을 과도하게 강조하고 있어서 확정적 권리의 범위가 과도하게 축소되어 있다는 인상

1008) 헌재 1997.5.29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 553 (554) - 1994년도 생계보호 기준.

을 지을 수 없다.¹⁰⁰⁹⁾ 어쨌든 상세한 논증이 결여된 헌법재판소의 위 입장은 원리모델의 관점에서 보다 잘 설명할 수 있다.¹⁰¹⁰⁾ 즉 현재의 판례는 사회적 기본권 규정에 의하여 국가가 지는 일응의 의무에 대한 사법적 통제의 특수성을 지적하는 것으로 해석할 수 있다. 그 특수성은 먼저 일응의 의무에 의거하여 일응 국가가 이행하여야 하도록 되어 있는 것 모두가 이행되었는가의 여부가 사법적 통제의 대상이 아니라 사회적 기본권과 충돌하는 일응의 의무들과의 형량을 거친 후에도 남아 있는 의무, 즉 확정적 의무가 이행되어 있는지의 여부가 통제의 대상이라는 점에 있다. 그리고 또 다른 특수성은 사실적 자유의 원리와 상충하는 원리들 가운데는 실제적 원리뿐만 아니라, 민주적으로 정당화된 입법자의 형성권과 같은 형식원리들도 존재한다는 점이다.

한편, 헌법재판소는 사회적 기본권침해 여부를 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로, 즉 ‘最小限 保障의 原則’에 따라 입법자의 입법을 통제하여야 한다고 한다. 그러나 이 공식은 오해의 소지가 있다. 이 원칙이 입법자가 다른 상충하는 원리들과의 관계에서 확정적으로 부담하는 의무의 위반만을 통제하여야 하는 것을 의미하는 것이라면 옳다. 그러나 입법자는 언제나 ‘최소한의 조치’만을 취하기만 하면, 항상 그 위헌판단을 면할 수 있다는 것이라면 이는 동의할 수 없다. 이와 같은 오해를 피하려면 최소보장의 원칙이라는 용어보다는 급부권 일반의 침해 여부를 가릴 때 사용되는 과소(급부)금지의 원칙이라는 용어를 사용하는 것이 적합하다고 생각한다.¹⁰¹¹⁾

1009) 동지; 이준일, 전거서, 802쪽.

1010) 이에 대하여 자세한 것은 정태호, “원리로서의 사회적 기본권”, 256쪽 이하 참조.

1011) 정태호, “원리로서의 사회적 기본권”, 259쪽, 특히 주 63; 이준일, 전거서,

원리들은 이 확정적 명령을 상회하는 입법자에 대한 명령도 포함하고 있다. 그러므로 이 확정적 명령의 내용을 상회하는 것을 입법자가 이행하는 경우, 입법자가 비록 그에 대한 확정적 의무를 지지는 아니하고 헌법재판소도 그 요청의 이행을 강요할 수 없음에도 입법자는 기본권규범을 준수하는 것이다.

(4) 원리모델에 의한 사회적 기본권의 침해 여부의 심사 구조¹⁰¹²⁾

사회적 기본권을 원리로 이해한다면 법률이나 입법부작위에 의하여 그 권리가 침해되었는지를 심사하는 구조는 자유권적 기본권의 침해 여부를 심사하는 구조와 유사하게 3단계로 이루어지게 된다. 사회적 기본권의 침해 여부를 아래와 같이 3단계로 심사할 경우에는 특정 내용의 급부를 특정 사회적 기본권에 의해 주장할 수 있는지를 단번에 심사하는 경우와는 달리 해당 기본권의 확정적 보장내용과 그 범위를 확정하는 단계에서 상충하는 원리들의 비중과 의미를 형량하는 과정이 드러나고, 따라서 형량의 합리성여하를 통제하는 것이 가능해진다. 그렇기 때문에 원리모델에 의한 3단계심사구조가 확정적 보장내용에 관한 해석자의 자의를 줄일 수 있다는 점에서 1단계심사구조에 비하여 우월성을 갖는다고 본다. 여기서 간략하게 그 심사구조를 도식화해 본다.

a) 청구인이 주장하는 급부의 제공을 내용으로 하는 일응의 사

801-802쪽 참조.

1012) 이에 대해서는 정태호, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해 여부의 판단 기준 및 심사구조”, 558쪽 이하 참조.

회적 기본권의 헌법적 근거가 존재하는가?

이 물음은 자유권침해 여부를 따질 때 그 보호영역을 확정하는 의미를 갖는다. 이에 대하여 긍정적 답이 주어질 경우에만 다음 문제로 넘어간다.

b) 청구인이 주장하는 급부의 일부 또는 전부가 적극적·소극적인 방식으로 공권력에 의해 거부되고 있는가?

이 물음은 자유권의 경우 그에 대한 제한의 존부를 따지는 단계와 유사한 것으로 일응의 사회적 기본권이 공권력에 의해서 제한되고 있는지를 묻는 것이다. 이 물음에 대하여 긍정적인 답이 주어질 경우에만 다음 문제로 넘어간다.

c) 공권력에 의한 급부거부가 헌법적으로 정당화되는가?

① 청구인이 주장하는 사실적 급부가 확정적인 사회적 기본권의 보장내용에 속하는가?

이 물음에 대한 답을 하기 위해서는 먼저 해당 급부를 요구할 수 있는 근거가 되는 확정적인 사회적 기본권의 존부를 확인하여야 한다. 다음과 같은 세부 물음에서 모두 긍정적인 판단이 내려져야 한다. 유념할 것은 국가는 확정적 사회적 기본권이 요구하는 것 이상의 급부를 법률을 통해 보장하거나 또 사실적 자유의 실현이 긴질하지 않음에도 국회가 사회정책적 고려에 의하여 사실적 급부를 보장하는 법률을 제정할 수도 있다는 점이다. 확정적인 사회적 기본권에 의하여 부과된 급부의무를 이행하기 위하여 제정된 법률에 의하여 제공되는 급부의 수준이 헌법이 요구하는 최저한의 수준을 하회하는 경우, 즉 확정적 사회적 기본권, 작은 사회적 기본권을 실현하기에 충

분하지 못한 경우에는 해당 사회적 기본권이 침해될 수 있음은 물론이다.

㉠ 청구인이 주장하는 사실적 급부가 그의 사실적 자유의 실현을 위하여 긴절한가?

㉡ 권력분립원리와 의회의 재정권을 포함한 민주주의원리와 같은 형식적 원리 및 상충하는 실체적 원리들(특히 타인의 법적 자유와 관련된 실체적 원리)이 사회적 기본권의 보장에 의해서도 그다지 심각하게 제약받지 않는가?

확정적 사회적 기본권의 보장내용에 청구인이 주장하는 급부가 포함되어 있지 않다면, 공권력이 청구인의 급부청구를 거부한 것은 헌법적으로 정당화된다. 법률에 의하여 제공되는 급부의 수준이 확정적 사회적 기본권이 요구하는 최저한의 수준을 하회하는 경우, 즉 확정적 사회적 기본권, 작은 사회적 기본권을 실현하기에 충분하지 못한 경우에는 해당 사회적 기본권이 침해된다.

위의 물음에 대하여 긍정적인 답이 주어지고 또 청구인이 주장하는 급부가 확정적 사회적 기본권의 보장내용에 속할 경우에는 다음 세부 물음에 답하여야 한다.

㉢ 공권력이 청구인의 확정적 사회적 기본권의 보장내용에 속하는 급부의 이행을 거부할 수 있는 정당한 사유가 존재하는가?

확정적인 사회적 기본권에 의하여 부과된 국가의 급부의무를 이행하기 위한 법률이 일체 존재하지 않는다면, 부작위로 인한 권리의 침해를 인정할 수 있다. 다만, 입법부작위로 인한 사회적 기본권의 침해는 사회적 기본권을 보장하는 헌법규정에 의하여 입법의무가 발생

한 지 “상당기간이 경과”하였음에도 입법이 행해지지 않은 경우에만 인정할 수 있을 것이다. 왜냐하면 법제정과 법의 이행을 위하여 필요한 재원을 확보하고 그 과제를 수행하는 기구를 구성하기 위해서는 상당한 정도의 기간이 필요하기 때문이다. 상당한 기간의 경과 여부를 판단함에 있어서도 사실적 자유의 실현의 긴절성과 이 사실적 자유의 실현을 위한 급부의 이행에 소요되는 재원의 규모 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

한편, 사회적 기본권을 실현하기 위하여 합헌적인 법률이 제정되고 시행되었음에도 불구하고 관할행정청이 동 법률에 포함된 개인의 급부청구권에 상응하는 급부를 이행하지 않거나 법률소정의 급부에 미달하는 급부만을 제공하거나 법률을 잘못 해석·적용함으로써 급부를 거부하는 경우 모두 직접적으로는 법률상의 급부청구권을, 간접적으로는 헌법상의 사회적 기본권을 침해하게 된다. 그러나 이 문제는 법률의 올바른 해석·적용 및 집행과 관련된 전형적인 행정법문제이다.

(5) 주요 사회적 기본권의 확정적 사회적 기본권성과 심사기준

이하에서는 위에서 설명한 원리모델을 응용하여 근로의 권리, 인간다운 생활을 할 권리, 주거에 관한 헌법규정의 법적 성격을 구명하고, 그 침해 여부의 판단기준을 제시해 본다. 이 규정들만을 고찰대상으로 삼은 이유는 그 규정들이 사회적 기본권이 확정적인 사실적 급부청구권을 내포하고 있는지를 둘러싼 논쟁에서 핵심적인 의미를 가지고 있기 때문이다.

1) 근로의 권리

가) 헌법규정과 의의

헌법은 제32조 제1항에서 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.”고 명시하고 있다.

근로의 권리는 국가에 대하여 근로 기회 제공을 요구할 수 있는 개인의 권리이다. 근로의 기회란 근로자와 그 가족이 인간다운 생활을 할 수 있을 정도의 보수를 대가로 근로자 자신이 선택한 직업을 통해 사회경제생활에 참여할 수 있는 기회를 의미한다.

실업은 노동을 통해 사회의 경제생활에 기여할 수 있는 한 인간의 가능성이 실업기간 동안 사라지는 것이며, 지속적으로 실업상태에 있는 자는 결국 직업활동을 통해서 사회를 위하여 헌신할 수 있는 기회를 상실하는 것이다. 그러므로 지속적인 실업은 해당 실업자의 존엄성을 위협할 수 있다. 바로 이러한 이유 때문에 우리 헌법은 근로

의 권리를 기본권의 하나로 헌법에 보장하고 있는 것이다.

나) 근로의 권리의 확정적 권리성 인정의 현실적 어려움

실업의 문제는 세계적으로 산업혁명 이후에 오늘날과 같은 관심사가 되었다. 산업혁명 이후 자본주의국가에서는 정도의 차이는 있으나 어느 나라에서나 경기순환, 계절적 요인, 경제구조의 개혁 등의 요인에 의하여 다량의 실업이 존재한다. 고도지식정보사회의 발전은 실업문제를 더욱 심화시키고 있다. 경제학자들과 정치가들의 많은 노력에도 불구하고 자본주의적 경제질서 안에서 완전고용에 가까운 일자리를 지속적으로 충분히 공급하는 인류의 꿈은 아직 실현되지 못하고 있다. 과거 동구권의 대부분의 현실 사회주의국가에서는 실업이 아닌 만성적 노동력의 부족현상이 있었다. 그러나 사회주의국가들이 갖고 있었던 이와 같은 장점은 경제의 비효율이라는 대가, 궁극적으로는 현실사회주의경제체제의 붕괴라는 대가 위에서 가능한 것이었다.

근로의 권리가 명시되지 아니한 헌법을 가지고 있는 독일 연방헌법재판소조차도 실업해소를 위한 국가의 행위의무를 강조한 바 있다. 즉 일면 실업을, 타면 노동력의 부족을 줄이고 해소하는 것은 전 국민에게 매우 중요한 의미를 가지며 헌법의 사회국가원리를 통해 국가에게 특별히 부과된 생존대책적 과제의 하나라고 본 바 있다.¹⁰¹³⁾

자본주의적 경제질서에서는 기업의 자기자본을 출연한 자본주가 기업의 보유자로서 기업을 경영할 권리를 갖는다. 이 때문에 기업관련 결정을 내릴 때 자본은 최대한의 이윤을 내는 것을 가능하게 하는 방법을 모색하게 된다. 노동력의 사용은 이윤의 극대화라는 목표

1013) BVerfGE 21, 245 (251).

에 부합하는 범위 안에서만 행해진다. 근로의 권리에 확정적 권리성을 부여하려면, 자본에 노동에 대한 우위를 부여하는 서열을 역전시키고 경제를 전면적으로 개조하지 않으면 안 된다. 즉 최대이윤의 추구를 위한 자본의 최적 투입의 원칙이 사회를 위하여 가용인력을 가장 의미 있게 투입하여야 한다는 원칙으로 대체되어야 한다. 자본과 노동 사이의 서열이 이처럼 바뀌기 위해서는 일자리를 좌우하는 결정주체들의 영향력 구조가 바뀌어야 한다. 자본가의 지배구조를 민주적으로 정당화된 결정구조로 대체하여 충분한 수의 일자리 창설과 유지에 대한 국민다수의 이익이 관철되도록 보장하여야 한다는 것이다. 이와 같은 목표 하에 노동자와 기업주의 공동결정의 적용범위가 확대되어야 한다고 한다.¹⁰¹⁴⁾

이렇게 되면 결국 자본주의체제에서 대부분의 일자리를 제공하는 사기업체들이 경쟁력 저하를 무릅쓰고 유희인력 고용을 떠맡아야 한다. 그러나 개방경제체제에서 국민경제 전체의 국제경쟁력이 저하될 위험성이 있음에도 이러한 논리가 현실적으로 관철될 수 있을 지는 의문이다. 자본주의사회에서 근로의 권리가 개인의 자유 실현에 대하여 갖는 의미가 크기는 하지만, 그와 상충하는 실체적 요인들(기업인의 재산권과 직업의 자유, 기업의 생산성과 경쟁력, 개방경제에서의 국민경제의 국제경쟁력 등등)의 비중이 못지않게 크기 때문에 근로의 권리가 이 상충하는 원리들과의 형량을 거쳐 확정적 권리로 굳어 지기는 어렵다고 본다.

헌법 스스로도 근로의 권리를 명시한 제32조 제1항 제1문에 이어서 제2문에서 “국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며 …”(강조표시는 필자)라고 하여 근로의 권리의 확정적 권리성을 부정하고 있다고 해석된다. 만

1014) E. Stein, Staatsrecht, 15. Aufl., 1995, S. 455-456 참조.

일 근로기회제공청구권으로 이해된 근로의 권리가 확정적 권리가 될 수 있다면, 국가는 고용의 증진을 위하여 단순히 노력하여야 하는 것이 아니라, 실업상태의 개인에게 근로의 기회를 제공하여야 할 의무를 이행하여야 하기 때문이다. 따라서 근로의 권리는, 그것을 근로기회제공청구권으로 이해하는 한, 일응의 권리에 불과하다고 보아야 한다.¹⁰¹⁵⁾ 해고예고제도와 같은 근로자보호제도도 확정적인 근로의 권리의 내용이라고 볼 수 없다.¹⁰¹⁶⁾

다) 근로기회청구권의 대용물로서의 생계비지급청구권

사기업체가 경제활동의 중심단위인 자본주의경제에서 근로기회청구권이 확정적 권리가 되기 어렵다면, 실업자는 실업기간 동안에 헌법 제32조의 근로의 권리를 근거로 생계비지급청구권을 행사할 수 있는가? 이 문제에 대한 견해는 갈리고 있다.¹⁰¹⁷⁾

국가가 사회적 기본권을 통해서 인간다운 삶에 필요한 최소한의 것 이상을 보장하기 어렵다는 것을 근거로 하여 실업상태에 있는 자는 후술하는 헌법 제34조의 “인간다운 생활을 할 권리”에 의거하여 인간다운 생존을 위하여 필요한 최소한의 물질적 급부만을 국가에 대하여 주장할 수 있다는 설이 유력하게 주장되고 있다. 그러나 인간다운 생활을 할 권리가 인간다운 삶의 영위에 필요한 최소한의 물질적 급부의 보장을 내용으로 하고 있다는 점을 고려한다면, 직업을 갖고 있던 자들 및 그 가족에게 그와 같은 최소한의 물질적 급부는 삶

1015) 헌법재판소는 근로자의 직장존속보장청구권은 근로의 권리에 내포되어 있지 않다고 판시하였다(헌재 2002.11.28. 2001헌바50).

1016) 헌재 2001.7.19. 99헌마663, 판례집 13-2, 66.

1017) 긍정설: 안용교, 「한국헌법」, 1992, 544쪽; 권영성, 「신헌법학원론」, 1995, 583쪽. 부정설: 계희열, 「헌법학(중)」, 737쪽; 권영성, 「헌법학원론」, 2007, 659-660쪽.

의 질의 급속한 저하를 의미한다. 그러므로 근로의 권리는 인간다운 생활을 할 권리를 통해서 보장받을 수 있는 것 이상을 보장한다고 보아야 한다. 인간이 노동을 하는 이유는 최소한의 물질적 삶의 바탕을 확보하기 위한 것 이상이기 때문이다.

그렇다면 실업자는 재직 중 받았던 급여의 상당 비율을 실업 후 상당 기간 동안 - 적어도 다른 직업을 발견하는 데 필요한 정도의 기간 동안 - 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리가 있다고 보아야 한다. 물론 이 권리는 확정적 권리라기보다는 원리로서의 성격을 갖는다. 즉 사실적·법적으로 가능한 최대한의 급부를 국가에 대하여 요구할 수 있을 뿐이며, 상충하는 원리들과의 형량을 거쳐 이 권리를 통해 확보하려는 사실적 자유의 비중이 상충하는 원리들이 가지는 비중의 총합을 압도할 때 비로소 확정적인 실업급여의 수준과 실업급여의 기간이 결정된다. 물론 입법자는 그 경우에도 이 권리에 의하여 부과된 의무를 실업보험의 형태로 이행할지 아니면 세금을 재원으로 하여 이행할지 여부에 대해서도 선택할 수 있다.

라) 확정적 권리로서의 최저임금제실시청구권

헌법 제32조 제1항 제2문은 최저임금실시를 입법자에게 위임하고 있다. 따라서 입법자는 최저임금제의 구체적 내용을 정하여 실시할 의무를 진다. 만일 입법자가 이 입법의무를 이행하지 않으면, 원리모델에 따르면 개인은 헌법소원을 통해 입법부작위위헌확인청구를 할 수 있다.

최저임금의 수준은 시대와 공간에 따라 달라질 수 있다. “최저임금”의 수준을 정함에 있어서 최저생계비, 노동생산성, 구체적인 경제상황을 고려하여 결정되어야 할 것이다. 최저임금제의 구체적인 실시

방식은 입법자의 형성에 맡겨져 있다. 따라서 노·사대표와 중립위원으로 임금위원회 또는 임금심의회를 구성하여 최저임금을 심의·결정하는 방식(현재 우리나라), 법률에서 최저임금을 직접 결정하는 방식(가령 미국), 노동조합과 사용자 사이에 체결된 임금의 최저 수준에 관한 협약을 일정한 절차에 따라 최저임금으로서 결정하여 협약 체결당사자 이외의 근로자나 사용자에게도 이를 적용하는 방식(가령 독일)을 취할 것인지는 입법자의 합목적적인 판단에 맡겨져 있다. 산업의 구분에 관계없이 모든 산업 근로자에게 적용되는 「일반적 최저임금제」와 특정한 산업의 일정한 계층 근로자에게만 적용되는 「산업별 최저임금제」 중 어떤 유형을 취할 것인지 여부도 역시 입법재량에 맡겨져 있다.

마) 기타 국가의 확정적인 법적 의무

인간존엄성을 보장할 수 있는 근로조건의 기준의 입법위임(헌법 제32조 제3항), 국가유공자 등의 우선적 취업기회보장에 관한 입법위임(헌법 제32조 제6항)에 의하여 모두 입법자에게 어떤 보호수준으로든 해당 입법을 하여야 할 확정적인 법적 의무가 부과되었다.¹⁰¹⁸⁾ 입법자가 이행하여야 할 의무의 내용과 수준과 관련해서는 입법자에게 폭넓은 형성의 여지가 부여되어 있고, 그러한 범위에서는 원리적 성격을 띤다. 원리모델에 의할 경우 개인은 입법자의 입법 의무 이행뿐 아니라, 입법의 내용이 헌법이 요구하는 수준에 부합하는지 여부에 대하여도 헌법소원 등을 통하여 소구할 수 있다.

여자 및 연소자의 근로(헌법 제32조 제4항 전단, 제5항)의 특별보호 역시 국가의 확정적 의무의 성격을 띤다. 이 의무를 이행하기 위

1018) 동지: 계획열, 「헌법학(중)」, 707쪽.

해서는 사인들의 계약체결의 자유나 직업수행의 자유에 대한 제한이 불가피하기 때문에 입법을 필요로 한다. 결국 국가의 관련 보호의무는 명시적인 입법위임의 형태로 부과된 것은 아니지만 실질적으로 입법위임의 일종으로 보아야 하며, 따라서 근로조건 기준의 입법위임에서 설명한 것을 여기에도 준용할 수 있다.

여자의 고용·임금·근로조건에 있어서의 부당한 차별금지(헌법 제32조 제4항 후단)는 노동영역에 있어서의 특별평등권으로 방어권의 성격을 띠는 확정적 권리이다.

2) 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조)

가) 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항)의 내용과 보장수준

이 권리의 보장범위에 대해서는 견해가 복잡하게 갈린다. 현재 인간다운 생활을 할 권리란 인간답게 생활하는 데 필요한 최소한의 물질적 급부를 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리로 보아 보장내용을 좁게 이해하는 견해(제1설),¹⁰¹⁹⁾ 건강하고 문화적인 ‘최저한도’의 생활을 영위하는 데 필요한 급부를 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리로 보아 보장내용을 넓게 이해하는 견해(제2설),¹⁰²⁰⁾ 인간의 존엄성에 상응하는 건강하고 문화적인 생활에 필요한 급부를 국가에 대하

1019) 계획열, 「헌법학(중)」, 665-667쪽; 허 영, 「한국헌법론」, 517쪽; 현재 1995.7.21. 93헌가14, 판례집 7-2, 3, (31); 2003.5.15. 2002헌마90 참조. 권영성, 「헌법학원론」, 2007, 643쪽은 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 ‘인간의 존엄성에 상응하는 건강하고 문화적인 생활’을 의미하는 것으로 보면서도, 헌법이 보장하는 인간다운 생존의 수준은 ‘육체적 정신적 통일체로서의 인간이 정상적인 사회적 생활을 할 수 있을 정도의 인간적 최저생존수준으로 정의함으로써 모호한 입장을 취하고 있다.

1020) 구병삭, 「신헌법원론」, 1996, 613쪽; 안용교, 「한국헌법」, 1992, 528쪽; 불분명하기는 하지만 김철수, 「헌법학개론」, 951.

여 청구할 수 있는 권리로 보아 보장내용을 가장 넓게 이해하는 견해(제3절)¹⁰²¹⁾가 대립하고 있다.

인간다운 생활을 인간의 생존에 필요한 최소한의 물질적 생활 이상으로 넓게 이해하는 견해, 즉 제2, 3절¹⁰²²⁾에 대해서는 동의하기 어렵다.¹⁰²³⁾ 생존의 기초를 마련해 주는 것은 인간다운 생활을 할 권리로부터 도출되는 국가의 의무이지만 인간의 존엄성에 상응하는 ‘문화생활’은 사회적 기본권만이 아닌 관련 자유권적 기본권 등을 통해서도 보장되어야 할 내용이라는 점, ‘인간다운 생활’을 인간의 존엄성에 상응하는 건강하고 ‘문화적인 생활’이라고 넓게 이해하는 경우 인간다운 생활을 할 권리는 모든 기본권을 포괄하는 개념이 되어 결과적으로 ‘인간으로서의 존엄과 가치’를 규정한 제10조와 동일한 기능을 수행하는 결과가 된다는 점을 간과하고 있기 때문이다.¹⁰²⁴⁾

이처럼 인간다운 생활을 할 권리를 인간다운 삶을 영위하기에 필요한 최소한의 물질적 급부를 요구할 수 있는 청구권으로 이해한다면, 이 권리는 작은 사회적 기본권, 즉 국가에 대한 확정적 급부청구권의 성격을 띤다고 보아야 한다. 입법자의 재정권한과 재화분배의 우선순위에 대한 민주적 결정권 내지 권력분립과 같은 형식적인 법

1021) 헌재 1997.5.29. 94헌마33. 국민기초생활보장법의 최저생계비를 정의함에 있어서 이와 같은 견해를 기초로 하고 있다(제2조 제6호). 이준일, 앞의 책, 797-798쪽도 이 권리가 사회적 기본권 영역의 일반조항이라는 이유로 그와 같이 해석하고 있다.

1022) 인간다운 생활을 문화적 생활로 또는 물질적인 최저생활 이상으로 보는 견해로는 전광석, “인간다운 생활을 할 권리의 실현구조”, 고시계, 1991년 11월 호 93쪽 이하(103쪽); 이덕연, 앞의 글, 143(170쪽 이하); 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성 -생계보호기준결정: 헌법재판소 1997.5.29. 선고 94헌마33결정-”, 판례연구 제9집, 고려대학교 법학연구원, 1998, 1(36쪽 이하) 등 참조.

1023) 동지: 계희열, 「헌법학(중)」, 666쪽; 허영, 「한국헌법론」, 517-518쪽.

1024) 장영수, “인간다운 생활을 할 권리의 보호범위와 실현구조”, 「현대공법의 연구」 미봉 김운용 교수 화갑기념논문집, 1997, 410(412-413쪽) 참조.

원리, 이 권리의 실현에 대립하는 타인들의 법적 자유, 국가의 재정 능력과 같은 사실적 한계 등의 비중과 의미를 모두 고려하더라도, 자활능력 없거나 부족한 개인들의 이 권리를 통해서 실현되어야 할 기본적인 사실적 자유가 갖고 있는 비중과 의미에 비하여 크다고 할 수 없을 것이기 때문이다. 국회의 재정권한을 비롯한 정치적 형성권한의 크기도 인간의 최소한도의 생존보장과 관련해서는 매우 좁을 수밖에 없다. 헌법이 어떤 권리를 기본권으로 헌법적으로 보장하는 이유가 그 권리가 갖는 기본적 의미 때문에 입법자가 그 보장 여부를 좌우할 수 없도록 하려는 데 있다면, 확정적 권리로서의 인간다운 생활을 할 권리도 입법자에게 이 권리의 실현을 위하여 필요한 급부의 이행에 우선적으로 국가의 재원을 배정할 의무를 부과하고 있는 것이다. 즉 국회의 재정권한이나 과제이행에 있어서의 우선순위의 결정권도 헌법 앞에서 절대성을 띠지 않는다. ‘최소한도의 생존’을 보장 받을 권리를 인정한다고 하여 타인의 법적 자유가 현저히 위축될 위험도 없으며, 우리의 경제수준과 재정형편도 이 권리를 확정적 권리로 인정할 경우 발생할 추가부담을 감당할 수 있다는 것이 잘못된 평가는 아닐 것이다.

한편, 인간다운 생활을 할 권리의 보장내용을 보다 넓게 파악하는 제2, 3절에 따르면 이 권리는 원리로서의 성격을 가질 뿐이다. 즉 헌법 제34조 제1항은 사실적으로 및 법적으로 가능한 한 높은 정도의 실현을 지향하는 최적실현의 명령을 의미한다. 따라서 개인은 일응 국가에게 인간의 존엄성에 상응하는 문화적인 생활의 실현을 위한 급부를 사실상 그리고 법적으로 가능한 최대한도로 요구할 수 있는 권리를 가지며, 국가는 그에 상응하는 의무를 진다. 헌법재판소가 생계보호기준에 관한 결정(헌재 1997.5.29. 94헌마33)에서 언급한 바 있는 ‘국가가 사회적 기본권과 관련하여 부담하는 가능한 최대한의

실현의무’는 바로 이 일응의 의무를 의미한다고 본다. 그러나 개인의 확정적 권리 및 그에 상응하는 국가의 확정적 의무는 인간다운 생활을 할 권리에 의하여 추구되는 개인의 사실적 자유의 원리의 비중이 이와 상충하는 다른 실체적·형식적 원리들의 비중의 총합보다 큰 경우에 존재한다. 헌법재판소가 위 결정에서 소위 ‘최소한 보장의 원칙’을 심사기준으로 제시하였을 때 이는 일응의 권리가 최소한의 보장을 내용으로 하는 개인의 확정적 권리로 응축될 수 있음을 밝힌 것이다.¹⁰²⁵⁾

다음 문제는“인간다운 삶의 영위에 필요한 최소한의 물질적 급부”인지를 판단하는 기준이 무엇인가 이다. 그 구체적 수준은 시대와 공간에 따라 달라질 수 있으나, 최저생계비¹⁰²⁶⁾를 기준으로 할 때 교육비¹⁰²⁷⁾와 문화비를 제외한 수준에서 결정되어야 할 것이다.¹⁰²⁸⁾ 그러므로 같은 시대라 하더라도 주거지에 따라 물가수준이 다른 만큼 도시거주자와 농촌거주자 사이에 차이가 발생할 수 있음은 물론이다.

나) 사회보장과 사회복지의 증진을 위하여 노력할 의무(헌법 제36조 제2항)

1025) 이에 대해서 자세한 것은 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 657쪽 이하 참조,

1026) 최저생계비의 확정방법과 관련하여 전물량방식, 반물량방식, 상대빈곤선방식 등이 주장되고 있으나, 각 방법마다 장단점이 있으므로 어느 방법을 택할 것인지는 입법재량의 문제라고 보아야 한다.

1027) 교육비는 교육을 받을 권리에 근거해서 청구할 수 있다. 물론 교육비를 별도로 청구할 수 있도록 할 것인지 아니면 최저생존의 보장을 위한 급여비에 포함시켜 지급할 것인지는 입법자가 합목적성의 견지에서 결정할 문제이다.

1028) 그러나 헌법재판소는 1997.5.29. 94헌마33 결정에서 최저생계비의 절반에도 미치지 못하는 생활급여를 최저생계비의 구성요소에 대한 분석도 없이 그리고 이렇다 할 논거도 없이 사회적 기본권의 실현구조를 이유로 합헌으로 본 바 있다. 이 판례의 비판에 대해서는 줄고, “원리로서의 사회적 기본권”, 264쪽 참조.

우리 헌법은 인간다운 생활을 할 권리와 관련하여 제34조 제2항에서 국가에게 사회보장과 사회복지의 증진에 노력할 의무를(제2항) 부과하고 있다. 따라서 기존의 사회보장 및 사회복지 관련 제도나 급부를 아무런 대안 없이 폐지함으로써 사회보장과 사회복지의 수준을 근본적으로 저하시키는 경우에는 헌법 제36조 제2항에 위반될 것이다. 이 규정은 문언상으로 보면 국가에 객관적 의무만을 부과하고 있으나, 원리모델은 일응의 권리가 그에 대응한다고 본다.¹⁰²⁹⁾ 원리모델은 국가의 의무 형태로 규정된 사회적 기본권에 법적 구속력이 있다면 - 그것이 확정적 규칙이든 아니면 원리로서의 성격을 갖든 - 그에 대응하는 개인의 권리가 대응한다고 본다. 그 이유는 크게 두 가지이다. 먼저 사회적 기본권이 비록 국가의 의무의 형태로 규정되었을지라도 그 목적은 ‘개인의 사실적 자유’를 보장하는 것이며, 객관적 질서의 보장이나 집단적 법익의 보호가 아니라는 점을 그와 같은 主觀的 權利化 論據로 들 수 있다. 또 다른 이유는 일반적으로 법규범에 권리성이 인정될 경우에 국가의 의무만을 인정하는 경우보다 그 규범이 실현될 수 있는 가능성이 많아진다는 것이다. 물론 사회보장과 사회복지와 관련한 구체적인 제도의 내용과 형태는 입법자의 광범위한 형성권에 맡겨져 있다.

헌법이 요구하는 사회보장과 사회복지의 수준은 인간다운 생활을 할 권리를 통해서 보장되는 최저한의 물질적 생존수준 이상의 것으로 보아야 한다. 그렇게 볼 때에만 헌법이 인간다운 생활을 할 권리는 제34조 제1항에서 ‘권리’의 형태로 보장하고, 사회보장과 사회복지와 관련해서는 동조 제2항에서 국가에 대하여 단순히 그 증진의무만을 부과함으로써 보장형식에 차이를 둔 것의 합리성이 드러나기 때

1029) 이에 대하여 상세한 논증은 정태호, “원리로서의 사회적 기본권”, 262-263쪽 참조.

문이다. 현실적으로도 각종 연금제도를 통해 개인들이 받는 연금급여의 수준이 다르고 또 개인이 낸 기여금의 수준에 따라서는 국민의 최저생활보장을 위하여 필요한 급여수준을 훨씬 상회하는 것도 이러한 해석의 타당성을 뒷받침해 준다.

다) 여자의 복지와 권익의 향상(제36조 제3항) 및 노인과 청소년의 복지향상을 위하여 노력할 의무(제36조 제4항)

헌법은 제36조 제3항에서 국가에게 “여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하고, 제36조 제4항에서는 “노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다”고 규정함으로써 여성의 복지와 권익의 향상 그리고 노인과 청소년의 복지향상을 각기 국가의 목표로 명시하고 있다. 이 규정들은 규범이론상 원리의 성격을 띤다. 즉 사실적 가능성과 법적 가능성의 테두리 안에서 가급적 높은 정도로 여성의 복지와 권익의 향상, 노인과 청소년의 복지향상이라는 국가목표를 실현할 것을 명하고 있으며, 그에 대응하는 일응의 권리를 포함하고 있다.

국가는 제36조 제3항에 의하여 특히 뿌리 깊은 남성중심의 문화 속에서 조성된 여성차별적 법제도를 철폐하는 소극적인 평등정책의 추진만이 아니라 사실상의 남녀평등을 촉진시키기 위한 정책을 개발·추진하여야 하는 한편, 여성의 사회참여를 확대하고 여성의 복지를 증진하기 위하여 필요한 법적·제도적 장치를 마련하고 이에 필요한 재원을 조달할 의무를 진다. 마찬가지로 국가는 자신들의 이익을 조직적으로 표현해 내기 어려운 집단인 노인과 청소년의 복지를 향상시키기 위한 법적·제도적 장치를 마련하고 이에 필요한 재원을 조달할 의무를 진다.

국가가 여성, 노인과 청소년을 위한 복지정책이나 여성의 권익향상을 위한 정책을 일체 추진하지 않거나 기존의 정책들을 대안 없이 철회하거나 후퇴시키는 경우에는 이 규정에 위반될 수 있다. 그러나 구체적인 정책의 내용은 국가의 광범위한 재량에 맡겨져 있다.

라) 생활무능력자의 보호청구권(제34조 제5항)

헌법은 제36조 제5항에서 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하여 국가에게 생활무능력자의 보호의무를 부과하고 있다. 이 규정은 원리적 성격의 입법위임이다. 따라서 입법자는 사실적 가능성과 법적 가능성의 테두리 안에서 가급적 높은 정도로 신체장애자 등 생활무능력자를 보호하여야 할 의무가 있다.

보호가 필요한 자는 생활능력이 없는 자이다. 헌법이 예시하고 있지 않으나, 유아나 어린이도 자신의 노동력을 통해 삶의 수요를 충족할 수 없을 뿐 아니라 특별한 보호를 필요로 하므로 헌법이 말하는 국가의 보호 대상자에 속한다고 새겨야 하지만 그들에 대한 일차적인 보호의무를 국가가 아닌 부모 등의 혈족이 지고 있을 뿐이다.

장애자를 위한 보호·이동장구의 지급, 입원치료, 방문치료, 간병 등의 의료보호, 복지시설에의 수용 등을 보호조치의 예로 들 수 있지만, 보호조치의 구체적인 내용은 보호대상자가 생활무능력 상태에 빠지게 된 원인과 정도에 따라 다를 수밖에 없다. 입법자는 상충하는 다른 법적 원리들과 사실적 한계와의 형량 속에서 가능한 한 실효성 있는 보호를 제공할 의무를 지지만, 구체적인 생활보호의 방법을 선택함에 있어서는 폭넓은 재량권을 갖는다. 그런데 인간다운 생활을 할 수 있는 최저한의 물질적 급부는 헌법 제34조 제1항에 의하여 이

미 보장되어 있다. 그렇다면 헌법 제34조 제5항은 제1항이 보장하는 내용 이상의 것을 보장할 것을 입법자에게 명하고 있다고 보아야 한다. 보호의 인적 대상이 신체장애, 노령, 질병 등으로 특별한 보호를 필요로 하는 사람들이므로 필요한 급부의 내용과 질도 다를 수밖에 없기 때문이다.

보호대상자는 입법자가 이 규정에 의하여 부과된 보호입법의무를 해태하는 경우에 입법부작위 위헌확인을 구하는 헌법소원을 청구할 수 있으며, 입법자의 보호입법의 내용이 헌법이 요구하는 수준에 미치지 못하는 경우, 즉 과소급부만을 제공하는 경우에는 법률의 위헌확인을 구하는 헌법소원을 청구할 수 있다.

3) 주거청구권(헌법 제35조 제1항)

가) 법적 근거 및 성격

헌법은 제35조 제3항에서 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.”고 규정하여 쾌적한 주거생활의 보장을 ‘국가의 목표’로 설정하고 있다.

규범이론의 관점에서 볼 때 이 규정은 법적 가능성과 사실적 가능성의 테두리 안에서 가능한 한 최적의 주택생활을 보장하여야 할 의무를 부과하는 ‘원리’로서의 성격을 갖는다. 따라서 국가는 능력이 닿는 범위 안에서 자가주택의 보유 지원, 공공임대주택의 건설·보급, 임차인의 보호, 전세 보증금의 직간접적 지원, 월세의 지원 등의 조치를 통해서 국민들에게 적절한 주거를 보장할 의무가 있다.

헌법 제35조 제3항은 문언상 국가에게 의무만을 부과하고 개인에게 권리를 부여하는 형태로 규정되지는 않았지만 원리모델의 관점에서 볼 때 개인은 국가에 대하여 쾌적한 주거의 청구권을 주장할 수

있다. 즉 자가주택의 보유 지원, 공공임대주택의 건설·보급, 임차인의 보호, 전세 보증금의 직간접적 지원, 월세의 지원 등의 조치 등을 강구할 것을 국가에 대하여 요구할 수 있다. 다만 이 권리는 확정적인 것이 아니며, 다른 상충하는 원리들과의 형량을 거쳐 비로소 그것이 확정적 권리인지 여부인지가 결정될 것이다.

나) 주택(주거)의 의의

여기서 말하는 주택(주거)은 개인 또는 부부, 가족, 사실혼공동체와 같은 사회의 기초집단들에 유보되어 있는, 내밀한 사생활이 전개되는 공간을 말한다. 즉 인간의 체류 내지 주거와 활동을 위한 장소로 만들어진, 누구에게나 출입할 수 있도록 개방되지 않은 모든 사적 공간을 말한다.¹⁰³⁰⁾ 따라서 타인들은 거주자의 동의가 있을 때에만 출입이 허용된다.

헌법이 말하는 주택(주거)은 질적인 측면에서 볼 때 난방, 전기, 수도, 화장실과 같은 기본설비를 갖추어 거주자가 최저한의 인간다운 삶을 영위할 수 있어야 한다. 헌법 제14조에 보장된 주거의 자유가 의미 있게 보장되기 위해서는 무엇보다도 개인에게 주거가 보장되어야 한다. 그럴 때에만 개인의 존엄성도 인격의 발현도 보장될 수 있다.

한국전쟁 중의 그리고 그 후 상당기간 우리나라의 주택상황은 매우 비참한 상태였다. 온 가족이 움막이나 이른바 ‘하꼬방’의 허술한 방 하나에서 숙식을 해결하는 가족이 매우 많았다. 소득의 향상과 더불어 주택시장이 형성되고 발전되면서 주택보급율이 100%를 넘기는 등 국민의 주거상황은 많이 개선되었으나, 서울과 같은 대도시의 주

1030) 계획열, 「헌법학(중)」, 371쪽 참조.

거상황은 여전히 어려운 상태다.¹⁰³¹⁾ 국민의 주택에 대한 소유욕구는 유례없이 큰 가운데 주택은 주거수단을 넘어 투기수단으로 변한 지 오래고, 전월세 역시 치솟고 있는 실정이다. 2003년 말 현재 장기공공임대주택재고율은 3.4%에 불과한 상태에서 저소득층의 주거사정은 날로 악화되고 있다.

한편, 2차대전 후 독일의 주택 상황 역시 참담했었지만 당시 독일에서는 국가가 주택이 없는 이들을 위하여 戰禍를 이겨낸 주거공간들을 강제 배정함으로써 누구에게나 거처를 보장하였기 때문에 누구도 노숙을 할 필요는 없었다는 것은 우리에게 시사하는 바가 매우 크다.¹⁰³²⁾

다) 주택청구권의 구체적 내용

모든 국민들에게 거처를 보장할 수 없는 국가는 복지(사회)국가라 할 수 없다. 2차대전 당시와 전후의 독일은 주거상황이 극도로 악화되었을 때조차도 주거가 없는 모든 사람들에게 주거공간을 보장하는 것이 가능하다는 것을 말해준다. 그렇게 어려운 상황에서도 주거의 보장이 가능했다면 전국의 주택보급율이 100%를 넘는 오늘날의 우리 상황에서는 주거의 보장은 더더욱 가능하다고 보아야 한다. 따라서 헌법 제35조 제3항을 문언에만 충실하게 가능한 범위에서 개인에

1031) 행정자치부가 2003년 발표한 ‘전국 가구별 주택소유 현황’에 의하면, 전체 1673만여 가구 가운데 집을 두 채 이상 갖고 있는 1가구 다주택자는 276만여 가구였고, 이들 가구는 814만여 채를 소유해 가구당 평균 2.95채를 갖고 있다. 서울지역에서는 44만가구가 141만여채(평균 3.24채), 강남(서초·강남·송파구)은 5만5천여 가구가 20만여채(평균 3.67채)를 소유하고 있다. 이처럼 다주택 소유자가 늘어남으로써 상대적으로 자가주택보유율은 떨어질 수밖에 없다. 행자부가 밝힌 자가주택보유율은 49.7%로, 이는 지난 2000년 통계청 인구센서스조사 때의 54.2%보다도 낮아진 것이다.

1032) 이에 대해서는 E. Stein, 앞의 책, 451쪽.

게 적절한 주거를 보장하도록 노력할 국가의 의무는 존재하지만, 헌법적으로 보장된 개인의 주택청구권은 포함되어 있지 않다고 주장하는 것은 타당하지 않다.

국가가 없는 것을 줄 수 없음은 물론이다. 개인이 다른 국가과제의 수행에 필요한 재원을 임대주택의 건설로 돌려서 집을 지어 나누어 달라는 요구를 소송을 통해 관철할 수는 없을 것이다. 그러나 국가는 어떤 누구도 엄동설한에 벌보고 자다 일어 죽지 않도록 기본적인 주거를 보장해야 한다. 주거는 사실적 자유의 확보를 위한 기본적인 전제이기 때문이다. 국회의 정책결정권도 사회적 구속을 받는 사인의 재산권도 인간다운 생존의 기본전제인 기본적 주거수요를 충족시켜 줄 필요성에 우선할 수 없다.

국가는 주택매입을 위한 금융지원, 전월세 보조금 등의 지급과 같은 시장친화적인 지원방법이나 공공임대주택의 공급과 같은 시장의 직접적인 개입 등을 통해서도 악화된 주택시장상황에 대처하기 어려운 경우에는 필요 이상의 주거공간을 가지고 있으면서 그 공간을 비워두고 있는 사인들에게 주거가 없는 이들을 수용할 의무를 부과하는 최후의 수단을 사용함으로써 주거비용을 부담할 수 없는 이들에게 주거를 보장하여야 한다.

물론 이와 같은 조치는 필요 이상의 주택을 가진 자의 재산권을 중대하게 제한하는 것이다. 그러나 주거가 없는 개인은 그와 같은 권리를 국가에 대하여 주장할 수 있다고 보아야 한다. 이를 소구할 수 있는 확정적 권리로 해석할 경우 정부로 하여금 주택을 충분히 공급하기 위한 대책을 세우도록 사실상 강제하는 효과가 있으며, 그렇게 되면 오히려 응급수단으로 사인의 주택에 무주택자들을 강제로 수용하는 극단적인 사태는 발생하지 않을 것이다.¹⁰³³⁾

1033) E. Stein, 앞의 책, S. 451-452 참조.

IV. 결어

헌법의 규범성에 대하여는 논란이 있으나 헌법은 기본권보장규범성을 가지고 재판규범성을 가진다는 점에는 의문이 없다. 특히 헌법이 국가권력을 제한하고 국민의 기본권을 보장함에 그 중요한 기능이 있는 만큼 현실적으로 헌법이 재판규범으로서 중요한 역할을 하는 것은 기본권영역에 있어서 라고 할 수 있다. Owen M. Fiss의 지적처럼¹⁰³⁴⁾ 헌법은 국가기관을 구성하고 그 기능, 상호관계를 규정하고, 또한 기본권 등을 포함한 기본가치를 규정하며, 그 기본가치에 의해 통치구조와 작용이 제한된다. 그러나 기본권 등 기본가치는 추상적이며 규범의미는 모호하여 다양한 해석이 가능하다. 그런 점에서 기본권에 대해 구체적이고 보다 명확한 의미의 부여가 필요하다.

사실 헌법재판도 사법작용으로서의 성격을 가지고 있는 만큼 헌법재판의 기준이 보다 정밀하고 합리적이지 않으면 안 된다. 특히 헌법이 가지는 추상성과 개방성과 관련하여 위헌심사의 기준이 정치화되지 못한 경우 헌법재판은 예측하기 어렵고 불안정한 재판이 될 위험이 있고 헌법재판관의 자의에 맡겨질 우려가 있다. 그런 점에서 기본권에 관한 헌법재판이 안정되고 신뢰를 얻기 위해서는 구체적이고 치밀한 심사기준을 발전시키는 것이 중요하다. 특히 기본권에는 다양한 법적 성격과 효력을 가진 권리들이 존재하므로 이러한 개별적 기본권의 특성에 맞는 심사기준을 개발하는 것이 필요하다.

1034) Owen M. Fiss, Foreword: The Forms of Justice, 93 Harvard Law Rev. 1(1979).

그러나 이러한 체계적이고 정밀한 심사기준이 있다 하더라도 기본권보장의 범위와 한계를 둘러싼 헌법해석에는 가치충돌이 있고 그를 둘러싼 의견의 차이가 있을 수밖에 없다. 이처럼 헌법상 가치충돌이 있고 그를 둘러싸고 국가기관간의 헌법해석이 다를 경우 그 조정과 우선순위에 대하여 정할 필요가 있다. 물론 헌법재판소가 헌법해석에 있어 최종적 유권해석기관이지만 헌법재판소만이 헌법을 해석하는 것은 아니며 모든 사안에 대하여 헌법재판소가 나서서 최종적 결정을 하는 것은 우리헌법이 기초하고 있는 민주주의와도 맞지 않는다. 이러한 문제에 있어 헌법재판소가 국회 등의 헌법해석을 어느 정도 존중할 것인가는 헌법재판소의 적절한 역할의 문제와 함께 헌법재판과 민주주의의 조화라는 근본적 문제와도 닿아 있다.

그런 점에서 헌법재판소가 출범한지 20년이 지난 지금 헌법재판소의 결정이 보다 성숙하고 안정적이기 위해서는 위헌심사의 기준과 방법이 보다 정치하게 정립되지 않으면 안되고 또한 헌법재판소가 적극주의의 입장에 서야 할 사항과 국회나 정부의 판단을 존중하여야 할 사항에 대한 보다 정밀하고 설득력 있는 기준을 정립하는 것이 무엇보다 시급한 과제라 할 것이다.

V. 참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 구병삭, 「신헌법원론」, 박영사, 1996.
- 계희열, 「헌법학(중)」, 박영사, 2007.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2008.
- 김대환, 「기본권제한의 한계」, 법영사, 2001.
- 김문현, 「사회·경제질서와 재산권」, 법원사, 2001.
- , 「헌법학개론」, 박영사, 2005.
- 김철수, 「학설·판례 헌법학」, 박영사, 2008.
- 박용상, 「표현의 자유」, 현암사, 2002
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2007.
- 양 건, 「헌법연구」, 법문사, 1995.
- 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2006.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2007.
- 허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2005.
- 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 2007.
- K. Hesse(계희열 역), 「통일독일헌법원론」, 박영사, 2001.
- Gubelt, 독일 기본법 제3조, 김주환 (편역), 「법학방법론과 기본권해석론」, 홍익대학교 출판부, 2007.
- Pieroth/Schlink(정태호 역), 「독일기본권론(Die Grundrechte, 15. Aufl. 1999)」, 헌법재판소, 2000.
- 강태수, “선거운동의 자유에 대한 제한의 문제점과 개선방향”, 세계헌법연구 제14권 제2호, 2008. 2.

- 계희열, “헌법재판과 국가기능(권력분립의 측면)”, 헌법재판의 회고와 전망, 헌법재판소, 1999.
- 권영설, “선거와 선거제도 -헌행선거법제의 주요쟁점을 중심으로-”, 제3회 한국법률가대회 발표문, 2002.
- 김래영, “개정선거법의 문제점과 개선방향 -사전선거운동금지규정을 중심으로-”, 공법연구 제33집 제5호, 2006. 5.
- 김문현, “현대 민주국가에 있어서의 선거의 의미와 과제”, 공법연구 제28집 제4호 제1권.
- _____, “재산권의 사회구속성과 공용수용의 체계에 대한 검토”, 공법연구 제32집 제4호, 2004.
- _____, “정신적 자유권관련 몇 가지 헌법재판소결정에 대한 관견”, 공법연구 제33집 제4호, 2005.
- _____, “평등에 관한 헌법재판소판례의 다단계위헌심사기준에 대한 평가”, 미국헌법연구 제17권 2호, 2006.
- 김상철, “헌법 제12조의 적법절차”, 대한변호사협회지 제146권, 대한변호사협회, 1988. 10.
- 김선택, “인간다운 생활을 할 권리의 헌법규범성 -생계보호기준결정: 헌법재판소 1997.5.29. 선고 94헌마33결정-”, 판례연구 제9집, 고려대학교 법학연구원, 1998.
- 김종철, “전국구비례대표제의 투표방식과 의석배분방법의 위헌결정에 대한 비판적 고찰”, 헌법실무연구 제3권, 2002.
- 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제”, 헌법논총 제11집, 2000.
- _____, “기본권의 규범구조와 제3자적 효력”, 사법행정, 2001. 11.
- _____, “여성할당제의 위헌성 여부”, 고시계, 2004. 11.
- 김현철, “미국연방대법원의 평등보호에 관한 판례와 위헌심사기준”, 헌법논총 제11집, 2000.

- 김형성, “과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점”, 헌법실무연구 제3권, 2002.
- 슬라이히(정태호 역), 「독일헌법재판론」, 2001.
- 양 건, “새 헌법의 기본권조항”, 고시계, 1987.
- _____, “법률의 위헌심사의 기준”, 헌법연구, 1995.
- 윤명선, “사법심사제와 다수결주의-Ely의 ‘과정’이론에 대한 비판적 접근-”, 공법연구 제18집, 1990.
- _____, “적법절차의 법리”, 경희법학 제26권 제1호, 경희대 법학연구소, 1992.
- 방승주, “독일 연방헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도”, 헌법논총 제7집, 1996.
- _____, “헌법재판소의 입법자에 대한 통제의 범위와 강도- 입법자의 형성의 자유와 그 한계에 대한 헌법재판소의 지난 20년간의 판례를 중심으로-”, 헌정 60주년 및 헌법재판소 20주년 기념 한국공법학회 제145회 학술대회, 2008. 10. 18.
- 음선필, “선거의 기본원칙과 비례대표선거제”, 헌법학연구 제7권 제2호, 2001.
- 이관희, “현행 정치자금법의 문제점과 개선방안”, 공법연구 제25집 제3호, 1997.
- 이덕연, “우리는 왜 ‘인간다운 생활을 할 권리’를 헌법에 규정하고 있는가?”, 헌법판례연구(I), 헌법판례연구회, 1999.
- 이명웅, “비례의 원칙의 2단계심사론”, 헌법논총 제15집, 2004.
- 이육한, “공직선거및선거부정방지법 제59조 및 제87조의 위헌성에 관한 연구”, 헌법판례연구 제2집, 2000.
- 이성환, “선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점”, 헌법실무연구 제1권, 2000.

- 이육한, “공직선거및선거부정방지법 제59조 및 제87조의 위헌성에 관한 연구”, 헌법판례연구 제2집, 2000.
- 이준일, “「원칙」으로서의 기본권과 비례성 「명령」”, 공법연구 제28집 제1호, 1999. 10.
- _____, “법적 평등과 사실적 평등”, 안암법학 제12호, 2000.
- 장영수, “인간다운 생활을 할 권리의 보호범위와 실현구조”, 「현대 공법의 연구」, 미봉 김운용 교수 화갑기념논문집, 1997.
- 전광석, “인간다운 생활을 할 권리의 실현구조”, 고시계, 1991. 11.
- _____, “정치적 평등과 기탁금제도”, 헌법판례연구, 2000.
- 전일주, “이중기준론에 관한 연구(1)-기원을 중심으로-”, 공법연구 27집 2호, 1999.
- 정만희, “선거비용제한과 선거공영제”, 공법연구 제28집 제4호 제1권, 2000. 6.
- _____, “선거제도에 관한 헌법재판소 판례의 평가”, 공법학연구 제7권 제1호, 2006. 2.
- 정연주, “가산점제의 헌법적 문제점 -헌재결 1999.12.23. 98헌마363을 중심으로-”, 헌법판례연구 [2], 2000.
- 정종섭, “단체의 선거운동 제한의 위헌 여부”, 헌법판례연구 [2], 2000.
- 정태호, “헌법재판의 한계에 관한 고찰 - 입법형성의 여지를 규정하는 요인들에 대한 분석을 중심으로 -”, 공법연구 제30집 제1호, 2001. 12.
- _____, “「법집행의 편의」를 고려한 입법의 헌법적 한계 - 헌재 1997.1.16. 90헌마110등에 대한 법정의견의 유형화논거에 대한 비판 -”, 인권과 정의 제306호, 2002. 2.
- _____, “지구당의 강제적 폐지의 위헌성”, 헌법실무연구 제7권, 2006.

- _____, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해 여부의 판단기준 및 심사구조”, 헌법학연구 제13권 제3호, 2007. 9.
- _____, “보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견”, 미국헌법연구 제19권 제2호, 2008.
- _____, “선거권 및 피선거권의 보장과 발전”, 헌법논총 제19집(2008) 소수 예정.
- _____, “기본권보호의무”, 인권과 정의 제252호, 1997. 8.
- _____, “정당설립의 자유와 현행 정당등록제의 위헌성에 대한 관견”, 인권과 정의 제343호, 2005. 3.
- _____, “원리(Prinzip)으로서의 사회적 기본권: R. Alexy의 원리모델(Prinzipien)을 중심으로”, 「법과 인간의 존엄」 청암 정경식 박사 화갑기념논문집, 1997.
- _____, “사회적 기본권과 헌법재판소의 관례”, 헌법논총 제9집, 1998.
- _____, “미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교”, 헌법실무연구 제2권, 2001.
- _____, “규범통제에서의 사실확인과 법률의 실제효과예상 —미국 연방대법원 및 독일 연방헌법재판소의 실무에 대한 비교를 중심으로—”, 전남대 법률행정논총 제21권 제1호.
- _____, “헌법 제15조의 직업의 자유 - 단계이론의 정치화를 중심으로”, 「법학과 행정학의 현대적 과제」, 유소 이방기교수 정년기념논문집, 2000.
- 한상범, “개정된 신체의 자유 규정과 그 문제점”, 월간고시, 1987. 12.
- 한수웅, “평등권의 구조와 심사기준”, 헌법논총 제9집, 1998.
- _____, “헌법재판의 한계 및 심사기준 -헌법재판소와 입법자의 관계를 중심으로-”, 헌법논총 제8집, 1997.
- 헛세(계희열 역), “헌법재판의 기능적 한계”, 「헌법의 기초이론 소수」, 2001

2. 국외문헌

- Abraham, Henry J.: Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States, 1982.
- Ackerman, Bruce A.: Beyond Carolene Products, 98 Harvard Law Rev. 713, 714, 1985.
- Badura, P.: Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, I.v. Münch, 1985.
- Baker, Lynn A./Young, Ernest A.: Federalism and the Double Standard of Judicial Review, Symposium - The Constitution in Exile, 51 Duke L. J. 75, 85ff, 2001.
- Barkow, Rachel E.: More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy, 102Colum.L.Rev.237, 2002.
- Benda, E.: Grundrechtswidrige Gesetze, 1979.
- Böckenförde, E.-W.: Grundrechte als Grundsatznormen. Zur Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29, 1990.
- Böckenförde, E.-W.: Verfassungsgerichtsbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW, 1999.
- Böckenförde, E.-W.: Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989.
- Bork, Robert H.: Judicial Review and Democracy, Encyclopedia of the American Constitution, 1986.
- Brenner, M.: Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120, 1995.

- Breuer, M.: Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Wahlrecht der Auslandsdeutschen, 2001.
- _____, : Verfassungsgerichtsbarkeit in der westlichen Demokratie, 1992.
- Brünneck, A. v.: Verfassungsgerichtsbarkeit in der westlichen Demokratie, 1992.
- Bryde, B.-O.: Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982.
- Chemerinsky, Erwin: Constitutional Law – Principles and Policies–, 2006.
- Currie, D.: The Constitution of the Federal Republik of Germany, 1994.
- Dietlein, J.: Das Untermaßverbot, ZG, 1995.
- Dow, David. R./Shields, R. Scott: “Rethinking the Clear and Present Danger Test” 73 Indiana Law Journal 1217 (Indiana Law School, 1998).
- Dürig, G.: in: T. Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, München, 1994.
- Ely, J.H.: Democracy and Distrust, Harvard Univ. Press, 1980.
- Fiss, Owen M.: The Supreme Court 1978 Term, Foreword : The Forms of Justice, 93 Harvard L. Rev. 1, 6, 1979.
- Friedman, B.: The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five, 112 The Yale Law Journal 153, 157, 2002.
- Gilman, Felix: The Famous Footnote Four:A History of The Carolene Products Footnote, 46 S.Tex.L.Rev.163, 166, 2004.

- Grabitz, E.: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98, 1973.
- Grimm, D.: Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl., 1988.
- Gusy, Ch.: Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG, 1985.
- Hain, K. E.: Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot? DVBl., 1993.
- Hesse, K.: Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, in: AöR 109, 1984.
- Hesse, K.: Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: FS Mahrenholz, 1994.
- Hesse, K.: Diskussionsbeitrag, in: C. Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposium zum 80. Geburtstag von Leibholz, 1982.
- Hesse, K.: Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 20. Aufl., 1995.
- Heun, W.: Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit: Reichweite und Grenzen einer dogmatischen Argumentationsfigur, 1992.
- Huster, S.: Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität, AöR 118, 1993.
- Ipsen, J.: Staatsrecht II, Grundrecht, 5. Aufl., 2002.
- Isensee, J.: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR V, § 111.

- Jakobs, Ulrich K.: “Man soll Stimmen wägen und nicht zählen – über fragwürdige Begrenzungen des Mehrheitsprinzips”; NJW, 1989.
- Jarass, H./Pieroth, B.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1995.
- Jarass, H./Pieroth, B.: Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1995.
- Kramer, Larry D.: The Supreme Court, 2000 Term– Foreword: We the Court, 115Harv.L.Rev.4,15–16, 2001.
- Krebs, W.: Zur verfassungsgerichtlichen Verortung und Anwendung des Übermaßverbotes, Jura, 2001.
- Lambrecht, C.: Normative Bindung und Sachverhaltserfassung, in: Friauf (Hrsg.), Steuerrecht.
- Leibholz, G.: Die Gleichheit vor dem Gesetz und das Bonner Grundgesetz, in: DVBl., 1951.
- Linzer, Peter: The Carolene Products Footnote and The Preferred Position of Individual Rights: Luis Lusky and John Hart Ely v. Harlan Fiske Stone, 12 Const. Comment. 277, 1995.
- Lockhart, William B.외 3인, Constitutional Law: Cases, Comments, Questions (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Publishing Co. 2000).
- Lorenz, D.: Die Kontrolle von Tatsachenentscheidungen und Prognoseentscheidungen, insbesondere in den Neugliederungsverfahren, in: Starck/Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bd. III, 1983.
- Luhmann, N.: Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 169 ff.:

- A. Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Berlin, 1971.
- Nowak, John E./Rotunda, Ronald D.: Constitutional Law (6th ed., St. Paul/ Minnesota: West Group, 2000)
- O'Neil, Timothy J.: Regents of the University of California v. Bakke in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Kermit L. Hall ed. Oxford University Press, 1992).
- Ossenbühl, F.: Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht in: C. Starck (Hrsg.), BVerfG und GG, Bd. I, 1976.
- _____, : Verfassungsgerichtliche Grundfragen des Länderfinanzausgleichs gemäß Art. 107. II GG, 1984.
- Raabe, M.: Grundrechte und Erkenntnis, Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, 1998
- REDLICH, N./ATTANASIO, NORMAN./GOLDSTEIN, JOEL K.: UNDERSTANDING CONSTITUTIONAL LAW 287-88 (2nd ed., Matthew & Bender, 1999).
- Riecken, J.: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, 2006.
- Roellecke, G.: Aufgaben und Stellung des BVerfG im Verfassungsgefüge, in: HStR II, S. 676 f.; Mahrenholz, Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht, in: Verfassungsgericht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, K. Hesse zum 70. Geburtstag, 1990.
- Rozek, J.: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und

- Enteignung- Eine Bestandsaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art. 14 nach 15 Jahren Nassauskiesung, 1998.
- Rüfner, W.: in: R. Dolzer (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg, 1996.
- Sachs, M.: Zur dogmatischen Strukturac der Gleichheite als Abwehrrechte, DÖV, 1984.
- Scherzberg, A.: Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität", 1989.
- Schneider, H.P.: Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW, 1980.
- Schuppert, G. F.: Self-Restraints der Rechtsprechung, DVBl, 1988.
- _____, : Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 1; A. Scherzberg, Grundrechtsschutz und "Eingriffsintensität", 1989.
- Schwerdtfeger, G.: Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: R. Stödter/W.Thime (Hrsg.), FS f. H.P. Ipsen, 1977.
- Shaman, Jeffrey M.: Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny, 45 Ohio State Law Journal 161, 1984.
- Sieckmann, J. M.: System richterlicher Bindungen und Kontrollkompetenzen, in: R. Mellinghoff/H.-H. Trute(Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts, 1988.
- Simon, H.: Verfassungsgerichtsbarkeit, in: HdBVerfR, 2. Aufl., 1994, § 34.
- Simons, C.: Grundrechte und Gestaltungsspielraum. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum

- Prüfungsinstrumentarium von Bundesverfassungsgericht und US-amerikanischem supreme Court bei der Normenkontrolle, 1999.
- Slupik, B.: Gleichberechtigungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot im Grundgesetz, JR, 1990.
- Stein, E.: Staatsrecht, 15. Aufl., 1995.
- Tanenbaum, Robert H.: "Preadhing Terror: Free Speech or Wartime Incitement?" 55 American University Law Review 785 (American University Law School, 2006).
- Tushnet, Mark V.: Equal Protection in THE OXFORD COMPANION TO THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (Kermit L. Hall ed. Oxford University Press, 1992).
- v. Armin, Hans Herbert: Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, 1984.
- _____, : "Der strenge und der formale Gleichheitssatz", in: DÖV, 1984.
- Vogel, K.: Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane, 1992.
- Wahl, R.: Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20, 1981.
- Wendt, R.: Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104, 1979.
- White, G. Edward: The Constituion and The New Deal 198-236 (Cambridge/ Massachussets: Harvard Press, 2000).

研究者 略歷

[김문현]

서울대학교 법과대학 졸업(법학사)

서울대학교 대학원 법학과 수료 (법학석사)

서울대학교 대학원 법학과 수료 (법학박사)

전남대학교 법과대학 및 경북대학교 법과대학 교수 역임

사법시험, 행정고시, 외무고시, 입법고시 위원 역임

미국 University of Washington Law School visiting scholar(Fulbright scholar)

(현) 이화여자대학교 법과대학 교수

[김주환]

고려대학교 법과대학 법학과 (법학사)

고려대학교 대학원 법학과 (법학석사)

고려대학교 법학과 (박사과정 5/6학기 이수)

독일 뮌헨대학교 법학과 (법학박사)

육군특수전문요원(소위)

고려대학교 법학연구원 연구원

독일학술교류처(DAAD) 장학생

독일 뮌헨대학교 정치와공법연구소 연구원

헌법재판소 연구원

목포대학교 전임강사

광운대학교 전임강사, 조교수, 부교수

(현) 홍익대학교 법과대학 법학과 부교수

[임지봉]

서울대학교 법과대학 공법학과 조교

UC 버클리 동아시아어학과 강사

UC 버클리 로스쿨 객원연구원

서울대학교 법과대학 강사

경희대학교 법과대학 (강의)전임강사

건국대학교 법과대학 조교수

(현) 서강대학교 법과대학 법학과 부교수

(현) 서강대학교 법학연구소장

[정태호]

고려대학교 법과대학 법학과 및 동 대학원 법학과 졸업

독일 학술교류처(DAAD) 장학생 시험에 합격

독일 Regensburg 대학교 법과대학에서 법학박사 학위 취득

헌법재판소 연구원 역임

전남대학교 법과대학 전임강사, 조교수 역임

(현) 국무총리 행정심판위원회 위원

(현) 경희대학교 법과대학 교수 (직급: 부교수)

版 權

所 有

憲法裁判研究 第19卷

기본권 영역별 위헌심사의 기준과 방법

2008年 12月 24日 印刷

2008年 12月 27日 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 가회로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印 刷 (주)서라벌 E&P

(非賣品)

