

발 간 등 록 번 호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

憲法論叢

第28輯



憲法裁判所

目 次

1. 법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론 · 金鍾昊 …… 5
 2. 기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구 …… 盧昊禎 … 111
 3. 독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의
공법적 의의(公法的 意義) …………… 金重權 … 193
 4. 문화재보호(文化財保護)와 재산권보장(財產權保障)에 관한
소고(小考) …………… 鄭南哲 … 253
 5. 세계헌법 제정에 관한 고찰 …………… 趙柄倫 … 301
 6. 이탈리아의 헌법과 헌법재판제도 …………… 金東鏞 … 379
- 〈附 錄〉
憲法論叢 收錄 論文索引 …………… 463

법치주의와 국가의 폭력독점의
한계에 관한 담론

An Arguments on the Rule of Law and the Limitations of
Violence Monopoly of the State

金 鍾 昊(Kim, Jong-Ho)

湖西大學校 教授

— 目 次 —

I. 서론	8
II. 1970년대 후반부터 1980년대 전반 시기의 독일 공법학에서의 폭력독점론	13
1. 폭력독점 논의의 전제로서 국가론	14
2. 공법에서의 게발트 개념	16
3. 뎃레프 메르텐	21
가. 법과 힘	22
나. 법치국가 원리	22
다. 법치국가와 폭력독점의 결합	23
라. 폭력행사의 국가독점	25

마. 폭력독점의 발생 배경	26
바. 국가계약을 통한 폭력독점의 법제화	28
4. 요제프 이젠제	33
가. 문제의식	33
나. 폭력독점의 역사적 형성과정	34
다. 현대에서 폭력독점의 실천적 귀결	34
5. 소결	35
가. 폭력독점의 정의와 민주정치	36
나. 기본권 보호 의무론 및 경찰개입 청구권의 승인	36
다. 폭력독점의 정도	37
III. 법학에서 폭력독점론에 관한 논의의 활성화 배경	40
1. 사회상황의 변화와 폭력독점론의 전개	40
가. 1950년대: 국가의 재시동과 전통으로 회귀의 시대	40
나. 1960년대: 비상사태 헌법 제정에 따른 APO의 고양과 좌절	41
다. 1970년대 초기~중기: APO의 분해, 독일의 가을, 그리고 슈폰터 비상사태	42
라. 1970년대 중기~1980년대 초기: 뜨거운 가을 - 새로운 사회운동의 활성화	44
2. 불복주장 행동의 옹호론	44
가. 구조적 폭력론	45
나. 저항권론	47
다. 시민적 불복종론	48
3. 불복주장 행동에 대한 비판	49
4. 통치권, 지배권 혹은 고권(Hoheitsakte)의 민영화와 폭력독점론의 변화	52
5. 폭력독점의 논쟁이 등장한 이유	55
IV. 국가의 폭력독점과 그 귀결로서 보호와 복종의 연관성	58
1. 자력구제의 탄압과 근대국가의 형성과정에서의 독일법학의 역사	59

법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론

가. 중세 독일에서의 권리구제 수단으로서 자력구제와 재판	59
나. 자력구제의 규제로서 신(神)의 평화운동(Treue de Dieu)과 란트 평화령(10세기 말~15세기)	60
다. 자력구제의 금지로서 영구 란트 평화령(1495년~)	61
라. 법(Recht)관념의 변화	61
2. 19세기 독일 민사소송법에서의 소권논쟁	63
가. 사법적 소권설과 공법적 소권설	63
나. 추상적 소권설과 구체적 소권설	64
다. 소권 논쟁에서 보이는 사상으로서의 소권론	64
3. 보호와 복종의 연관과 재판을 받을 권리	67
가. 재판을 받을 권리	67
나. 보호와 복종의 영원한 연관	69
4. 국가간 폭력	72
V. 폭력독점론의 논의가 우리나라 공법에 주는 시사점	75
1. 폭력독점의 균열의 시작	75
2. 우리나라에서의 소권론과 법 관념	78
3. 국가의 자유	81
VI. 결론	86
* 국문초록 및 주제어	92
* 영문초록 및 주제어	94
* 참고문헌	97

I. 서론

이 글의 과제는 독일 공법체계 내에서의 국가의 폭력독점(*das staatliche Gewaltmonopol* 혹은 *das Gewaltmonopol des Staates*)¹⁾이라는 개념의 검토를 통해서 독일 공법의 특징의 일단을 밝히고, 우리나라 공법에 대한 시사점, 특히 국가의 안전을 담보할 법리적 단서를 얻고자 하는 것이다. 먼저 본론에 들어가기 전에 폭력독점이라는 법학의 영역에 다소 생소한 개념을 검토하는 이유를 설명하고자 한다. 필자는 우리나라 민주주의 발달과정에서 국민들이 군사독재를 경험한 이유로 인하여 우리 헌법학이 전력(戰力) 또는 군(軍)의 존재에 매우 엄격한 태도를 취하고 있는 한편²⁾ 경찰의 존재를 자명하게 여기고 논의를 전개해 온 것에 많은 사람들이 위화감을 갖고 있다는 사실을 알게 되었다.³⁾ 하지만 군과 경찰은 국가의 안전이라는 문제에 필수 불가결한 핵심기구라는 사실을 깨닫고 관심을 갖게 되었다.⁴⁾ 그래서 필자는 (1) 공법학은 어떤 논리로 국가의 안전을 헌법상 설명하고 있는지, (2) 그 논리는 어떤 역사적·사회적 배경하에서 형성되어 왔는지, (3) 앞으로 공법학은 국가의 안전을 헌법 해석상 또는 헌법이론상 어떻게 평가할 것인가라는 물음을 제시하고자 하며, 우선 경찰에 대한 우리 공법학에

- 1) 이하 본고에서는 폭력독점이라고 부르며, 폭력독점에 관한 논의를 폭력독점론이라고 부른다.
- 2) 군(軍)의 엄정한 정치적 중립성에 대해서는 김철수, 헌법학신론 제21전정판, 박영사, (2013), 121-122면을 참조.
- 3) 본고에서는 경찰을 국가의 대내적 안전을 달성·유지하기 위해서 개인의 기본권을 제약하는 공권력 작용의 의미로 쓰고자 한다.
- 4) 안전한 국가는 흔히 사회적 기본권을 포함한 의미에서 이용되고 있으며 국가의 자유와는 구별하고 있다. 본고에서는 국가의 안전을 물리적 강제력을 최종적인 담보로 하여 국내에 미치는 외부의 위협로부터 국내의 안전을 달성·유지하는 공권력의 모든 활동의 의미로 쓰고자 한다. 독일에서도 *Sicherheit durch Staat*라는 말이 사용되는 경우가 있는데, 그 의미 내용은 거의 같다고 보고 있다. 예를 들어 Michael Kniessel, "innere Sicherheit und Grundgesetz," ZPR 1996, (1996), S.485.

서의 논의를 검토하고자 한다.⁵⁾ 지금까지 드러난 것은 우리나라 공법학은 한편으로는 경찰권 행사방식에 대해서는 자주 비판하여 온 것이 사실이지만, 다른 한편으로는 경찰의 존재 혹은 국가의 안전이라는 것을 자명하게 여겨 왔었다고 진단할 수 있다. 그러나 우리의 공법학에 그리고 또 경찰법학에 큰 영향을 주었던 독일에서는 그 상황이 매우 다르다.

독일 공법에서는 국가의 안전에 대한 설명과 경찰권 행사의 합리화에 관한 심도있는 논의가 이루어져, 각종 이론이 정립되어 존재하며 이때에 국가의 폭력독점이라는 개념을 언급할 수 있다.⁶⁾ 그 일반적인 내용은 “원칙적으로 국내에서의 폭력의 정당한 행사는 국가가 독점하고 사인에 의한 폭력의 행사는 금지된다”는 것이다. 이러한 내용은 사실의 기술로서 이용되기도 하며, 규범적인 명제로서 사용되는 경우도 있다. 이는 주로 막스 베버(Max Weber)에 따른 국가의 개념 정의 중 “일정한 영역 내에서 정당한 물리적 폭력행사의 독점을 요구하고 현실적으로 그것을 행사하는데 성공한 인간 공동체” 등에서 유래한다고 여겨진다.⁷⁾

제2차 세계대전 이후 서독에서는 1960년대부터 거리시위, 농성(Sitzdemonstration), 혹은 건조물 점거(Hausbesetzung) 등의 행동을 통한 불복주장의 제기와 독일 적군파(RAF)의 테러리즘 등이 활발해졌다.⁸⁾ 그리고 1970년대부터 불복제기 행동이나 테러리즘을 논의할 때 폭력독점이 비교적 활

5) 손재영, “경찰의 사전 대비활동,” 공법학연구 제11권 제2호, (2010. 5), 289-307면; 岡田健一郎, “日本公法学における警察についてのメモ,” 一橋法学 第7号 第2巻, (2008), 195-253頁.

6) 예를 들어 Christian Calliess, “Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat,” ZRP 2002, (2002), S.1ff; Christoph Gusy, “Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe,” DÖ 1996, (1996), S.573ff.

7) Max Weber, “Wirtschaft und Gesellschaft,” 1 Halb, 5. revidierte Aufl. (1976), S.29; Max Weber, “Politik als Beruf” (zuerst 1919), in: Wolfgang J. Mommsen/Wolfgang Schluter (Hrsg.), MWG (Max Weber Gesamtausgabe) I/17, (1992), S.158f.

8) 주로 도시재개발 등에 따른 빈집이 점거의 대상이 되었다. 건조물을 소유자의 의사에 반하여 무단으로 점거하고 이용하거나 거주하는 경우가 많았다.

발히 독일의 법학 문헌에 등장하게 된다.⁹⁾ 그 이후에는 기본권 보호 의무론 및 대내적 안전(*innere Sicherheit*),¹⁰⁾ 그리고 최근에는 공권력의 민영화를 논할 때 폭력독점론이 이용되는 경우가 많다. 최근 독일에서도 폭력독점을 다룬 논문이 상당히 공표된 바 있다.¹¹⁾ 2010년에는 폭력독점을 주제로 한 심포지엄도 개최된 바 있다.¹²⁾

한편, 우리나라에서는 정치학은 어쨌든 법학에서 폭력개념과는 달리 폭력독점이라는 개념은 별로 생소한 개념이라고 생각한다.¹³⁾ 하지만 이웃 일본에서는 독일의 폭력독점론을 검토한 선행연구로서 시위 등의 규제,¹⁴⁾ 기본권 보호 의무론,¹⁵⁾ 민법과 헌법 관계,¹⁶⁾ 기본권 보호영역,¹⁷⁾ 그리고 안

-
- 9) Christoph Möllers, “Art. Gewaltmonopol,” in: Werner Heun et al. (Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*, Neuausg. (2006), S.806.
- 10) 국가 대내적 안전의 개념에 대해서는 이부하, “헌법국가에서 국민의 안전보장-독일 헌법학의 논의를 중심으로,” *한·독사회과학논총* 제21권 제1호, (2011. 3), 160-175; 水島朝穂, “現代軍事法制の研究,” *日本評論社*, (1995), 230頁.
- 11) Jörn Axel Kämerer, “Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol,” in: Winfried Kluth et al. (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stober zum 65. Anm.* 86, (2008); Eckart Klein, “§19 Staatliches Gewaltmonopol,” in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, (2010); Benjamin Kneihls, “Verfassungsfragen des sogenannten staatlichen Gewaltmonopols am Beispiel des österreichischen Rechts,” *Der Staat* 2005, (2005), S.265ff.
- 12) Bodo Pieroth, “Das staatliche Gewaltmonopol,” in: Thomas Gutmann/Bodo Pieroth (Hrsg.), *Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols*, (2010).
- 13) 강희원, “법과 폭력: 법의 존재론적 탐구,” *慶熙法學* 제44권 제1호, (2009), 291-324면.
- 14) 高橋明男, “アモの自由と平和性(一)~(二・完)-国家の暴力独占をめぐる西ドイツの法状況,” *阪大法学* 第144号, (1987年), 105頁; 第148号, (1988年), 211頁.
- 15) 小山剛, “基本権保護の法理,” *成文堂*, (1998), 192頁; 鈴木隆, “ドイツにおける保儀義務の基礎,” *早大法研論集* 第76号, (1996), 89頁; 鈴木隆, “ドイツにおける国家任務としての保護,” *早大法研論集* 第81号, (1997), 198頁 以下; 戸波江二, “人権論の現代的展開と保護義務論,” 樋口陽一 외 編, *日独憲法学の創造力(上卷)*, (2003), 718頁, 또 폭력독점이라는 말은 쓰지 않지만 山本敬三, “現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一),” *法学論叢* 第133卷 第4号, (1993), 17頁.
- 16) 宮澤俊昭, “国家による権利実現の基礎理論,” *勁草書房*, (2008), 95頁 以下.
- 17) 中野雅紀, “ドイツにおける狭義の基本権構成要件理論,” *法学新報* 第102卷 第9号,

전에 관한 것 등이 있기는 하지만,¹⁸⁾ 이런 연구들은 모두 폭력독점을 다른 주제에 부수해서 소개하는 형태이다. 그러므로 폭력독점 그 자체를 주제로 우리의 헌법 해석학 또는 헌법이론에 대해서 갖는 의의를 논한 문헌은 매우 적다. 국가의 안전이라는 쟁점에 대한 합리적 대안의 제시에 관해서는 이외에도 다양한 논리에도 불구하고,¹⁹⁾ 특히 폭력독점을 거론하는 것은 독특한 이유가 있다. 즉, 독일 법학에서는 얼핏 보면 권위적 치안국가와 친화적으로 어울릴 것 같이 보이는 폭력독점 개념이 결과적으로는 재판을 받을 권리 등을 이끌어 낸 것이라는 얼핏 수궁이 잘 안 되는 논리전개의 상황이 보인다. 필자는 이러한 점에 관심을 갖고 그 원인을 밝혀야겠다고 생각했다. 이것은 국가의 안전을 위한 권력행사에 적절한 통제를 가하는데 어떤 시사점을 줄 수 있을 것이라는 데 생각이 미쳤기 때문이다. 여기서 미리 결론을 언급하자면 중요한 역할을 하는 하나의 요소가 독일법학의 “법=권리=정의(Recht)”의 관념은 아닐까 생각된다. 이런 관점은 권리구제에 관한 우리와 독일의 논의에 있어서 큰 차이를 가져오고 있는 것처럼 보인다.

이제 여기서 폭력독점의 번역어에 대해서 한마디 언급하고 다음으로 넘어가기로 한다. 그것은 다름 아닌 독일어 Gewalt에는 힘, 권한, 권력, 지배력, 무언의 압박, 육체적 폭력, 격렬함 등의 번역어가 존재한다는 것이다.²⁰⁾ 일반적으로 독일 법학에서 폭력독점이라는 말이 이용되는 경우 베버의 “정당한 폭력행사의 독점을 실효적으로 요구하는 인간 공동체”라는 국

(1996), 154頁 以下.

18) 駒村圭吾, “国家なき立憲主義は可能か,” *ジュリ* 第1422号, (2011), 22頁 以下; 小山剛, “陰画としての国家,” *慶應義塾大学 法学研究* 第80卷 第12号, (2007), 157頁; 小山剛, “憲法学上の概念としての安全,” *慶應義塾大学法学部編, 慶應の法律学 公法 I*, (2008), 329頁 以下; 그밖에 小山剛, “憲法上の権利,의作法,” *尚学社*, (2009), 13頁.

19) 岡田健一郎, “いわゆる‘Gewaltmonopol’について,” *憲法理論研究会編, 憲法学の最先端*, (2009), 166頁 以下.

20) 国松孝二 編集代表, *小学館 独和大辞典 [第2版] コンパクト版*, (2000), 940頁.

가의 정의를 엄두에 두고 있다.²¹⁾ 즉, Gewaltmonopol에서의 Gewalt는 물리적 폭력(physische Gewalt)을 가리킨다. 이하에서 소개하는 독일의 논의도 기본적으로 이런 의미에서 Gewalt를 사용하고 있고, 우리나라에서도 이 문맥에서의 번역으로 폭력이라는 번역어가 자주 이용되기 때문에 본고에서는 Gewaltmonopol을 폭력독점이라는 번역어로 사용하고자 한다. 우리나라에서는 폭력이란 말에서 부정적인 인상이 떠오르기 쉽지만, 본고에서는 그런 이미지를 담고자 폭력이라는 번역어를 선택한 것은 아니다.²²⁾

또 본고의 검토 대상에 대해서 약간의 한정을 추가하고자 한다. 먼저 이 글의 논의의 시간적 범위는 전후 독일 공법으로 특정하고 있는데, 전후 동독 공법은 검토 대상에서 제외한다. 그러므로 통일 전 서독 및 통일 후 독일이 검토 대상이 된다. 더 나아가 본고에서는 공법학 즉, 헌법학 및 행정법학이 주된 검토 대상이다. 다만, 후술하는 바와 같이 폭력독점론은 법제사, 법철학, 그리고 민사소송법 등의 쟁점과도 관련된 것이므로 이러한 영역도 그 한도에서는 검토 대상에 포함한다.

마지막으로 이 글의 구성을 설명하면 다음과 같다. 우선 본 논문은 제II장과 제III장에서 폭력독점론이 비교적 활발히 이용되었던 시기인 주로 1970년대 후반부터 1980년대 전반의 논의에 주목하고 검토하기로 한다.²³⁾ 특히 본고는 제IV장에서 독일 법학의 폭력독점론이 의거하고 있는 역사에 주목하기로 한다. 거기에서 독일 공법이 취하는 폭력사용에 대한 입장의 차이를 넘어 다른 영역과 공유하는 법 관념을 엿볼 수 있기 때문이다. 제V

21) Josef Isensee, “Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates,” in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, (1982), S.23ff.

22) 예를 들어 小山剛, “憲法學上の概念としての安全,” 慶應義塾大學 法學部編, 慶應の法律學 公法 I, (2008), 329頁; 高橋明男, 前掲注 14), 105頁 등.

23) 이희승, “옛센스 국어사전,” [제4판], 민중서림, (1999), 2,766면, 2,768면. 난폭한 힘 혹은 행동. 즉, 남을 거칠고 사납게 제압할 때에 쓰는 (주먹이나 발 또는 몽둥이 따위의) 수단이나 힘을 말한다. 넓은 뜻으로는 무기로 억누르는 힘을 이르기도 한다.

장에서는 우리나라와 독일과의 비교를 통해서 양국의 공법학이 전제로 하고 있는 법 개념의 차이를 밝히고, 특히 국가의 안전에 대해서 현재 우리나라 공법학에 대한 시사점을 검토하기로 한다. 제VI장에서는 전체 논의를 결론으로 정리하기로 한다.

II. 1970년대 후반부터 1980년대 전반 시기의 독일 공법학에서의 폭력독점론

폭력독점의 발생은 목적이 아닌 과정이지만 이때 일정한 영토상에서 그런 격변이 언제 일어났는지 밝히는 것은 매우 어렵다. [그와 같은 격변의 발생을] 결정적으로 촉진한 것은 16세기의 신앙의 분열의 결과로서 일어난 종교적 내란이었다. 사람들은 종교적 내란은 수많은 자립적인 권력 담당자의 무력화(武力化)와 영방 군주들에 분산된 지배권의 집중화에 의해서만 중재할 수 있다고 생각하였다. 사회적 폭력이 극도로 증대하여 모든 지배 권력에 참여한 자의 무력화와 폭력을 한 사람의 손에 집중시키는 것에 의해서만 내란을 극복할 수 있었다. 이것은 첫째 프랑스에서는 폴리틱 당 원으로 인식되어 이론적으로 굴곡된 역사적 경험이다.²⁴⁾ 그 다음에는 프랑스에 이어서 유럽 대륙의 다른 영토에서도 내란이 바로 실행에 옮겨졌다. 반면, 신앙의 분열이 내란에 못 미친 결과 다양한 대권을 포괄적인 공권력으로 합일하여 농축할 필요성이 결여된 영국에서는 이러한 발전은 한참 뒤

24) Martin Kriele, "Einführung in die Staatslehre," Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, (1975); Helmut Quaritsch, "Staat und Souveränität," Frankfurt a.M.: Athenaeum Verlag, (1970); Roman Schnur, "Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des modernen Staates," Berlin: Duncker und Humblot, (1962).

에야 일어나게 되었다.²⁵⁾ 그리하여 이러한 힘의 집중은 주권이라는 개념으로 파악하였다. 주권은 집(家)에서는 법적으로 최고의 권력이며, 보댕(Bodin)의 정의에 의하면 자신은 법적으로 구속되지 않은 만인(萬人) 때문에 법을 제정하고 여기서 법은 지배자의 권능을 뜻하며 대외적으로는 법적으로 독립의 권력을 의미한다. 주권은 당초는 군주에게 인격적으로 귀속하고 있었다.²⁶⁾ 이 때문에 군주가 폐위되거나 기관으로 초인격적인 지배단체에 편입된 후에 주권은 국가로 이행한 것이다. 이처럼 주권과 폭력독점은 서로 관련되어 있는데도 결코 동일한 것이 아니다. 주권이란 통일적 공권력으로 농축된 모든 지배권의 하나하나이다.²⁷⁾ 그 행사에 대해서는 보유자 자신이 결정의 최종 책임자이다. 물리적 폭력은 지배자의 여러 욕구를 관철하기 위한 국가의 최종 수단이다.²⁸⁾ 그러나 폭력독점은 신하들에 대한 권리와 혼동해서는 안 된다.

1. 폭력독점 논의의 전제로서 국가론

종래 국가의 정의는 국가를 국가권력과 동의어로 이해하였으며 국민 혹

25) Norbert Elias, "Über den Prozeß der Zivilisation," Band II. 8. Aufl. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (1982); Dieter Grimm, "The Modern State," in: Franz-Xaver Kaufmann/Giandomenico Majone/Vincent Ostrom (Eds.): "Guidance, Control and Evaluation in the Public Sector," Berlin/New York: de Gruyter, (1986), SS.89-109. [deutsch: Dieter Grimm, "Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft," Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (1987), SS.53-137]; Dietmar Willoweit, "Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozeß des modernen Staates," in: Albrecht Randelzhofer/Werner Stiß (Hrsg.): Konsens und Konflikt, Berlin u.a.: de Gruyter, (1986), SS.313-323.

26) 김철수, 앞의 책(주 2), 135면.

27) 김철수, 앞의 책(주 2), 184면.

28) Georg Jellinek, "Allgemeine Staatslehre," Nachdruck der 3. Aufl. Bad Homburg v.d. Höhe: Gehlen, (1966), S.435ff. bes. S.454ff.

은 인민이라는 피지배자와 대립하는 지배자의 총칭으로 이해하였다. 현대에 있어서 국가는 일정 영역 내에 거주하는 인간집단이 만든 정치적 공동사회를 말한다. 우리말에서 일반적으로 국민이라고 번역되는 Nation이 단체적 측면을 강조하거나 다른 나라(other nation)와의 관계를 강조하는 문맥에서 이용될 때는 국가로 번역하기도 한다. 또 그리스어의 Politeia도 국가로 번역되기도 한다. 예를 들면 플라톤의 저서 ‘국가’의 이름은 그리스어의 Πολιτεία(politeia)로 알려졌다. 또 라틴어로 res publica, 영어의 common wealth 등도 국가로 번역할 수 있다.

중국에서 국가는 제후(諸侯)가 다스리는 나라(國)와 경(卿)이나 대부(大夫)가 다스리는 집(家)의 총칭으로 특정 경계를 가진 지배영역과 지배국민을 의미했다. 서구에서 국가는 오래 전 로마제국에 까지 거슬러 올라간다. 물론 중세 이전의 국가는 국왕과 신하, 영주, 도시국가, 지역공동체와 같은 다양한 중간집단과 중층적인 관계 속에 머물러 있었고 국가는 가족 및 친족의 영역으로 미분화 상태였다. 근대에서 마키아벨리는 이탈리아어 Lo stato(어떤 상태)라는 말을 국가로 이해하면서 이를 현재의 지배체제라는 의미로 전용한 후 정치공동체로 사용했다. 마키아벨리는 군주론에서 국가와 군주의 모습을 논하면서 그 논의의 일부인 정략론에서 로마사에 등장한 공화제 국가의 국민에 대해서 설명하였다. 그는 우선 지배기구인 국가가 있는데 그것이 각각의 힘에 대응하여 토지와 인민을 영유한다고 주장하였다. 이처럼 정치공동체의 요소를 기준으로 파악한 지배기구가 마키아벨리의 stato이다.

민족(people)이 자신들의 독자적인 정부(government) 즉, 통치기구(state)를 갖고 싶다고 생각한 순간에 민족(people)은 국민(nation)이 되는 것이다. People과 Nation을 함께 민족이라고 말할 수밖에 없는 경우가 있는 것은 우리나라 사회과학에서의 개념의 빈곤에 유래한다.

법학과 마찬가지로 정치학에서는 국가의 3요소를 갖춘 것을 국가로 인

정한다. 이는 독일의 법학자 겸 국가학자인 게오르크 엘리네크의 학설에 따른 것이지만 이는 오늘날에도 일반적으로 국제법상 국가의 승인요건으로 인정받고 있다. 사회학에서 국가의 정의는 법학이나 정치학과 달리 국가권력의 내용이 아니라, 어디까지나 그 형식을 기준으로 하고 있다. 사회학적인 측면에서 국가(여기에서는 근대국가)의 정의로 가장 대표적인 것이 막스 베버에 의한 것이다. 막스 베버는 두 가지 측면에서 국가를 정의했다. 첫째는 경찰이나 군대 등 폭력수단을 합법적으로 독점하고 있는 것이며, 둘째는 관료나 의원 등 통치조직의 유지 자체를 직업으로 하여 생계를 해결하는 전문가로 구성되는 정치적 공동체를 국가로 정의하였다. 최근에는 강력한 관료제와 물리적 폭력의 독점을 강조하려는 베버의 논란에 대해서, 원래 국가는 그렇게 견고한 통일성을 가진 통치조직인 것이 아니라 민심이나 사회변동 이전의 불안정 상태에서 통일적인 성격을 갖추는 것이 국가라고 하는 설명이 이루어지기도 한다. 현대사회를 비평하는 논의 중에는 국민, 국가가 이미 무의미하다는 설명도 있지만 사회학의 국가론에서 이런 주장은 부정되고 있다.

2. 공법에서의 게발트 개념

공법은 그 반대말인 사법과 달리 권력과 폭력을 규율 대상으로 규정한 다. 그러므로 게발트(Gewalt)는 공법의 핵심 개념이다.²⁹⁾ 사법은 사인 간의 관계를 대상으로 삼고, 공법은 공권력 또는 국가권력과 국민을 대상으로

29) 독일어 게발트(Gewalt)는 권력과 폭력의 두 가지 의미를 가진 이중 개념이다. 우리말에는 이런 이중 개념이 존재하지 않아 이 단어의 뜻으로 권력 또는 폭력이라고 나누어 번역하기로 한다. 필요한 경우에는 원음을 나타내는 “토”를 달수 있는데 권력 또는 폭력이라는 역어를 사용한 부분에서는 양쪽 모두 원어가 Gewalt인 점에 특히 유의하기 바란다.

한다.³⁰⁾ 공법은 권력 및 국가기구 그리고 그것들의 설치와 행사를 그 중에서도 특히 국가와 개개인 및 사회적 단체들과의 관계를 규율하는 법체계이다.³¹⁾ 그래서 이 경우 게발트는 항상 라틴어의 “potestas”라는 의미의 합법적 권력 즉, 타인에 대한 명령하는 것을 뜻한다. 이는 독일어 단어의 원뜻에 대응하고 있다. 물론 형법에서 다루는 폭력은 다른 개념구조를 이루고 있다.³²⁾ 반면, 라틴어 “violentia”라는 의미의 게발트는 폭력행위라는 개념이 등장한 이후에야 전면에 나타났다.³³⁾ 오늘날에는 그다지 상세하게 특정화되지 않은 게발트의 개념은 오히려 (사적) 폭력의 행사와 결부되어 있다. 반면, 적법한 게발트는 항상 바로 공권력, 국가권력 혹은 고권·직권·통치권 등과 같은 여러 가지의 합성어에서 자주 나타난다.

독일 기본법은 그 전문에서 헌법제정권력을 독일 국민에게 귀속시키고 있다.³⁴⁾ 공동사회의 주도적 원리를 포함한 기본법 제20조는 그것을 예로 들어 다음과 같이 규정한다. “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민에 의하여 선거와 투표를 통해 행사되고, 입법, 집행 및 사법의 특별한 기관을 통해 행사된다.”³⁵⁾ 발동되는 국가권력의 기능 및 그 담당자도 독일어에서는 여러 권력이라는 의미가 내포되어 있다. 통일적인 국가권

30) 국민의 개념은 김철수, 앞의 책(주 2), 169면, 1,286면을 참조

31) 자세한 것은 Dieter Grimm, “Öffentliches Recht,” in: Staatslexikon, Band IV. 7. Aufl. Freiburg: Herder, (1988), S.119-124.

32) 이재상, 형법각론, 박영사, (1989), 122면.

33) Karl-Georg Faber, “Macht, Gewalt I.” in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.): Geschichtliche Grundbegriffe, Band 111. Stuttgart: Klett Cotta, (1982), S.830; Hans Fenske, “Gewaltenteilung,” in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.): Geschichtliche Grundbegriffe, Band II. Stuttgart: Klett Cotta, (1979), S.942ff.

34) 우리 헌법의 경우는 김철수, 앞의 책(주 2), 29-34면.

35) 독일연방공화국 기본법은 연방법률공보 제3장, 표제번호 100-1에 공간된 수정판으로서, 2014년 12월 23일자 법률[BGBI. I S. 2438] 제1조에 의하여 최종 변경된 것을 번역한 것이다.

력은 국민 자신에 의한 것 이외에 다양한 권력 담당자에 의해서 행사되지만 이때에 반드시 폭력이 수반되거나 투입될 필요는 없다. 국가권력·고권·공권력은 오히려 국가와 국민의 기본적 관계를 나타낸다. 즉, 국가는 시민에 대한 권력을 가지고 있다. 그러므로 국가는 시민의 행동을 결정하고 이를 규율할 수 있다. 그러나 이 결정이 반드시 폭력이 수반되어 타당성을 확보할 필요는 없을 것이다. 또한 국가와 시민의 일반 권력관계라는 개념에서도 폭력독점은 쉽게 표현될 수 있다. 그 개념이 의미하는 것은 다음과 같은 것이다. 즉, 국가는 개개인이 따라야 하는 명령을 일반적으로는 법률이라는 형식으로, 특수한 방식으로는 처분·명령·판결 등의 형식으로 내리기도 한다. 이 형식에 따른 이른바 특별권력관계는 공권력 아래 있는 개개인에게 강한 복종의무를 요구한다.³⁶⁾ 예를 들면 군대의 병사, 교도소의 수형자, 공교육의 대상인 학생에게 존재하는 복종의무를 뜻한다. 그리고 기본적 관계인 일반권력관계는 국가의 형성과 함께 주어진 것이므로 국가형식이나 헌법에서 독립한 상태에 있다. 한편, 국가에게 생기는 것은 보통 어떤 목적으로, 어떠한 한도에서 또 어떤 수단을 이용하여 국가가 그 권력을 행사해야 좋을지, 사정에 따라서는 또 어떻게 권력행사의 대상자가 공권력에 대항하고 자위할 수 있느냐 하는 문제가 등장할 수 있다. 권력관계의 허용성에 대해서 이것은 큰 의의가 있다. 그러나 명령과 복종의 기본관념의 배열이 그 관계의 구체적 내용 형성에 의해서 영향을 받지 않는다.³⁷⁾

가장 기본적인 특징은 공권력은 국가에게 자기 목적의 달성을 위해 주어지는 것이 아니라 공공의 복지를 유지하기 위해서 주어진 것이라는 사실이다. 거기에서 공권력은 자신의 정통성을 이끌어내는 것이며, 한편 정통성은 국가권력이 그 명령을 발하여 목적을 수행하는 데 있어서 보통 폭력수

36) 김철수, 앞의 책(주 2), 393면.

37) 김상겸, “헌법국가에 있어서 시민운동의 정당성에 관한 고찰: 시민불복종 운동과 관련하여,” 아·태공법연구 제10집, (2002), 147-168면.

단에 호소할 필요가 없게 작용한다. 국가권력은 스스로의 목적을 자기 내부에 품고 있는 것이 아니라 자신의 외부에 그것을 표출할 때마다 상세히 규정할 수 있다. 그러므로 국가는 공공의 복지의 안에서 스스로의 목적을 찾아야 하며, 이때 확실히 국가권력은 정통성을 필요로 하고 있다. 국가권력은 자신의 지배의 자격을 입증해야 한다. 그 방식은 정당성의 확보이다. 이 정당성은 정치(精緻)한 이론이나 이념에 의해서 의미를 가진 수준으로 그 가치를 실현한다.³⁸⁾ 정당성이 신용할 수 있는 것으로 평가를 받기 위해서는 특히 국가가 그 권력을 규칙대로 즉, 법의 형식으로 행사하는 것뿐이다. 그것은 법이 어떤 내용을 갖고 있는지 그리고 국가가 법치국가라는 명칭에 해당하는지 여부에 상관없이 지배적인 위치에 있는 모든 단체에 해당하는 것이다. 이것에 비교해서 폭력행위라는 의미에서의 사적 폭력은 원리적으로 즉, 특정한 예외를 제외하고는 정당화될 수 없다. 그것은 공권력의 대상이 되는 것이다. 공권력은 폭력(힘)의 행사를 수반하므로 대체로 그 상대방을 억압하게 된다. 이때 주로 이용할 수 있는 것은 가장 어려운 수단 즉, 형법(형벌)에 의해서만 억압하게 된다. 폭력의 금지에 위반한 권력행사에에는 불리한 법적 효과가 결합된다. 즉, 징역·구금·면직·보안처분·집회의 해산 등이 그 예이며, 확실히 비합법적인 사적 폭력과 적법한 공권력이라는 두 개념은 서로 무관한 것이 아니다. 사적폭력의 행사가 나타난 경우 심각한 경우에는 공권력은 사적 이익에 맞서고 공공의 복지라는 이익을 관철하기 위한 폭력이나 힘에 의한 수단을 가지고 들어오게 된다. 폭력을 막기 위해서 대항폭력이 행사될 수도 있다.³⁹⁾ 그러나 국가자신이 그 임무를 달성하기 위해서 폭력행사에 호소하는 한 항상 폭력이 아니라 강제력의 확보가 주된 내용이다. 예를 들면, 국가가 누군가를 체포해서 구속하고 외

38) 본고에서는 Legitimation을 정통성, Rechtfertigung을 정당성으로 번역하였다.

39) Niklas Luhmann, "Die Politik der Gesellschaft," Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (2000), S.192.

국으로 추방하고 또는 그 재산을 압류하는 등의 경우가 그 예이다.

공권력의 특징은 그 일차적 기능 즉, 외적 및 내적 안전의 유지, 이외에도 공공의 복지라는 임무를 달성하기 위해 폭력행사의 권리를 단독으로 요구하는 것이다. 단, 거기에 이르기 위해서 반드시 사적 폭력을 근절할 필요는 없다. 그것은 공권력의 권한의 범주를 넘어선 것이다. 확실히 공권력은 그 행사를 원활하게 하기 위해 무기의 점유를 통제하려 시도할 수 있다. 그러나 공권력은 여러 개인으로부터 특정 상황에서는 무기를 사용할 수 있는 자연력과 모든 일상적 객체를 붙잡아 통제할 수는 없다. 그래서 사적폭력과의 차이는 헌법에 의해서 형성된 국가만이 폭력행사의 권리를 가진 것이므로 이를 원칙으로 삼아야 한다.⁴⁰⁾ 개개인 또는 사회적 단체들은 폭력행사의 권리가 국가에 의하여 부여된 때에 한해 폭력인 힘을 행사할 권리를 갖는다. 이런 상태를 표현하는 데 사용된 적합한 명칭이 바로 국가의 폭력독점이다.

국가와 폭력독점은 불가분적으로 관련되어 있다. 막스 베버는 그것이 법학의 영역에도 잘 알려진 바와 같이 ‘일정한 공간 영역의 내부에서 전통적인 물리적 폭력행위(Gewaltsamkeit)의 독점을 단독으로 행사하는 인간 공동체’를 국가라고 부른다.⁴¹⁾ 이러한 개념정의에 따르면 국가의 폭력독점은 하나의 군더더기가 필요 없는 법적 명제이다. 폭력독점이 결여된 곳에서 국가는 존재하지 않고 다른 종류의 지배력을 행사하는 단체 또는 무정부상태가 있을 뿐이다. 지배력을 행사하는 하나의 단체가 폭력의 독점에 성공하자마자 그 지배단체는 바로 그것에 의해서 하나의 국가로 변화하는 경우가 있다. 이 경우 폭력독점은 정치적 지배의 일반속성이 아니라 지배의 형식 즉, 국가와 같은 형식의 속성을 갖는 것이다.

40) Luhmann, a.a.O., (Anm. 39), S.192f.

41) Max Weber, “Wirtschaft und Gesellschaft,” Studienausgabe der 5. Aufl. Tübingen: Mohr, (1972), S.822. 29f.

국가와 마찬가지로 폭력독점은 근세에서 유럽 대륙에서 발생하였고 그 이후에 결정적인 지배형식으로서 보편적으로 인정을 받았으나 잦은 소멸의 선언에도 불구하고 오늘까지 유지되어 왔다. 이하에서는 폭력독점론의 대표적인 논자인 뎃레프 메르텐(Detlef Merten)과 요제프 이젠제(Josef Isensee)의 견해를 소개하고 주로 1970년대 후반부터 1980년대 전반까지 독일에서의 폭력독점론의 논쟁을 개관하기로 한다.

3. 뎃레프 메르텐

폭력독점론의 논쟁에서 하나의 획기적 계기가 될 수 있다고 평가할 만한 것은 뎃레프 메르텐(Detlef Merten)의 1975년 저서 “법치국가와 폭력독점”의 출간이다.⁴²⁾ 물론 폭력독점이라는 개념은 종래부터 독일에 존재했었다. 즉, 독일에서 폭력독점에 대해서 언급한 최초의 문헌으로는 루돌프 폰 예링(Rudolf von Jhering)의 “법의 목적”⁴³⁾이나 막스 베버의 “직업으로서의 정치”⁴⁴⁾ 및 “경제와 사회”⁴⁵⁾ 등이 있다.⁴⁶⁾ 한편, 전후 독일의 공법 연구에서 폭력독점을 총괄적 형태로 검토한 것은 메르텐의 저서 “법치국가와 폭력독점”이 아마 처음이라고 평가해야 할 것이다. 위 “법치국가와 폭력독점”은 서문(법과 힘), 법치국가의 원리, 법치국가와 폭력독점의 결합, 폭력행사의 국가독점이라는 네 개의 부분으로 구성되어 있으며 본 절에서는 간

42) Detlef Merten, “Rechtsstaat und Gewaltmonopol,” Tübingen: Mohr, (1975), S.1.

43) Rudolf von Jhering, “Zweck im Recht,” Bd. 1. (1877), S.316.

44) Weber, a.a.O., (Anm. 7) (1992), S.158f.

45) Weber, a.a.O., (Anm. 7) (1976), S.29.

46) Andreas Anter, “Das Herz des Staates, Zur Anatomie des Gewaltmonopols,” in: StwStP (Staatswissenschaften und Staatspraxis) 6, (1995), S.451; Christoph Möllers, “Staat als Argument,” Mohr Siebeck, (2000), Kap.13 (insb. 272 und Fn.1); Christoph Möllers, Art. “Gewaltmonopol,” in: Werner Heun et al. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausg, (2006), S.804.

략하게 이를 차례로 소개하겠다.

가. 법과 힘

메르텐은 우선 “법치국가와 폭력독점”의 서문에서 법 또는 권리(Recht)와 힘(Macht)의 긴장관계를 문제 삼는다. 힘에 대한 법의 우위라는 규범적인 요청은 항상 존재했지만 현실에서 독일 국민은 전체주의적 지배체제에서 뿐만 아니라 전후에도 법에 대한 힘의 우위를 몸소 겪었다.⁴⁷⁾ 즉, 독일인들은 삶이나 죽음이나의 선택의 여지가 더 이상 없는 기껏해야 육체적 죽음이나 심리적 죽음이나 라는 선택의 여지밖에 없는 극한 상황에서 살아야 했던 경험을 갖고 있다. 하지만 메르텐은 “힘없는 법은 환상이며, 현실에서는 곧 법 없는 힘에 이를 것이다”고 진단하였다.⁴⁸⁾ 그러므로 법과 힘은 영원히 서로 의존하는 관계에서만 존재할 수 있을 것이므로 그 두 가지의 개념은 올바른 방법으로 통합해야 한다고 하였다.⁴⁹⁾

나. 법치국가 원리

정치적 결사체는 그 단체의 존속 및 그 규율의 타당성이 확보되어야 한다. 최고의 정치적 결사체인 국가는 권력의 집행부문에서 물리적 강제력의 사용이 힘의 위협에 의해서 명확한 지리적 범위 내에서 지속적으로 보증된 경우에 성립한다. 만약, 국가가 집행부문의 규율을 관철하기 위해서 동시에 합법적이고 물리적인 강제력의 독점권을 얻은 경우라면 이를 정치적 결사체라고 불러야 한다. 국가는 정당성을 확보하기 위해 법을 제정하고 법에

47) 또한 여기서 말하는 힘의 우위는 CDU/CSU라는 보수정당 중심의 정치가 아니라 APO(장의 반대파)에 의한 불법인 불복주장(이의신청) 행동을 가리키게 된다는 점에 주의가 필요하다.

48) Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.5.

49) Ebd., S.6.

의하여 강제력을 행사한다.

법치국가는 독일(서독)의 국가질서의 기초이고,⁵⁰⁾ 또한 민주정(民主政)과 서로 구속하는 관계에 있다고 할 수 있기 때문에 민주정부의 법치국가 원리에 우월한 어떤 주장도 부정된다는 것이 메르텐의 생각이다.⁵¹⁾ 형식적 법치국가 원리에 관한 설명에서 메르텐은 법률이 법치국가의 기초라는 것이 지나치게 강조되는 결과⁵²⁾ 법실증주의가 나치를 낳았다면서 이는 신화와 같은 것이라고 진단하였다.⁵³⁾ 오히려 형식적 법치국가 원리는 나치나 칼 슈미트(Carl Schmitt)의 정치적 결단주의의 공격 목표였기 때문이다. 형식적 법치국가에 비해 실질적 법치국가 원리는 다의적이고 애매한 개념이기 때문에 자유롭고 민주적인 법치국가에 대한 혁명의 수단이 될 수 있다고 한다. 또, 연방헌법재판소가 과도한 위헌법률심사를 실시함으로써 의회의 권한을 빼앗고 사법국가(Justizstaat)에 이르는 것이 되어서는 안된다고 강조하였다.⁵⁴⁾

다. 법치국가와 폭력독점의 결합

법치국가에서 법(Gesetz)과 다른 사회규범을 구별하는 것은 폭력 내지 힘(Macht)에 의한 강제성의 유무이다.⁵⁵⁾ 힘(Macht)은 강제력의 원천으로서 뿐만 아니라 사물을 실현하는 수단으로서도 기능하기 때문이다. 법치국가의 실현을 위해서는 법률의 강제적인 집행이 필수적이며 엄격한 법치국가 성만이 국가적 폭력의 독점을 충분히 정당화할 수 있다는 점에 주의할 필요가 있다.⁵⁶⁾ 그래서 폭력독점은 국가의 사활이 걸린 생활상의 이해관계이

50) Ebd., S.7.

51) Ebd., S.9.

52) Ebd., S.11.

53) Ebd., SS.12-13.

54) Ebd., SS.22-23.

55) Ebd., S.31.

며 삶의 이해관계(Lebensinteressen)에 속하는 것이다.⁵⁷⁾ 여기서 폭력독점은 법치국가의 규범적인 요청으로 이해되고 있다. 그리고 메르텐은 여기에서 폭력독점의 역사적 형성과정을 설명하고 있다.⁵⁸⁾ 즉, 누군가가 자신의 이익을 침해당한 경우에는 깃패(Sippe) 등으로 불리는 친족집단이 실행하는 페데(Fehde; 私戰)라고 불리는 폭력을 이용한 자력구제를 실시하고 명예를 회복하는 것이 원칙이었다.⁵⁹⁾ 그러나 근세 이후에서는 원칙으로서 그런 자력구제가 금지되어 공적인 법원을 통한 분쟁해결을 지향한다는 것이다. 다시 말하면 개인의 폭력행사는 금지되어 국가가 그것을 독점함으로써 국가는 침해된 개인의 권리회복을 의무로 지게된 것이다. 이전과는 달리 여기서 폭력독점은 역사적 사실의 기술로서 제시되고 있다.

다양한 지배권의 담당자나 지배단체는 노골적인 폭력의 행사에 의하여 지배한 것이 아니라 긴급한 경우에는 무력에 의해서 스스로 권리를 실현하는 법이 지배했다. 반대로 각자에는 폭력수단에 의한 자기방어의 자격이 있었다. 특히 근세적 관점에서 선호하였고 전쟁과 나란히 꺼내들었던 사투(私鬪)는 단순한 권력투쟁이 아닌 법적 다툼이었다. 이런 과정에서 그것은 폭력이라는 수단에 의해서 결말을 얻었다는 것도 중앙집권적인 법률상의 힘(권한)을 관철하는 기관이 결여되어 있었기 때문이고 또 다른 방법으로는 갈등을 매듭짓지 못하였기 때문이다.⁶⁰⁾ 그러나 폭력행사에는 금지(Sanction)장치에 의해서 뒷받침되지 않은 규범(rule)이 타당했다. 이런 사정

56) 정성진, “한국의 법치주의는 왜 어려운가?-그 원인과 대책을 중심으로,” 건국 60주년 한국법률가대회 심포지엄, 인권과 정의 (2008. 10), 163-174면.

57) Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.33.

58) Ebd., SS.33-34.

59) 또한 여기서 말하는 힘의 상위란 CDU/CSU라는 보수정당 중심의 정치가 아니라, APO(장외 반대파)에 의한 위법인 불복주장 행동을 가리킨다는 것에 주의가 필요하다.

60) Otto Brunner, “Land und Herrschaft,” 6. Aufl. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, (1970), S.1f.

하에서는 폭력이 잠재한 관련 세력이 일을 결정한 것이므로 법적 다툼은 최종적으로는 강자의 법으로 통했고, 폭력과 대항적 폭력의 긴 연쇄 속에서 계속되는 갈등도 드물지 않았다. 그럼에도 불구하고 후에 사적인 대결인 사투에서 금지를 얻는 것과 이를 얻기 위한 거듭된 시도는 사투의 법적 성격 때문에 현존하는 법규범과의 단절을 의미했다.

라. 폭력행사의 국가독점

시민은 이의와 토론으로 의회에 영향을 주는 것은 허용되지만 의회에 폭력으로 자신의 주장을 떠넘겨선 안된다. 기본권을 행사할 때는 평화의 명령(Gebot der Friedlichkeit)을 지키는 것 즉, 폭력행사를 수반하지 않는 것이 요구된다. 이것은 집회의 자유를 보장하는 독일 기본법 제8조에도 명기되어 있다.⁶¹⁾ 폭력행사는 기본3권을 행사하는 것으로 인정되지 않으므로 자신의 의견을 표명하는 데에 폭력을 쓰는 것은 허용되지 않는다.⁶²⁾ 최근에는 법의 권위가 추락하고 폭력이 불법인 것으로 간주되지 않은 경향이 있다.⁶³⁾ 시민운동 특히 학생운동 등이 다수의 위력으로 법을 무시하며 법률을 비판하는 것은 결국은 소수 엘리트가 다수파를 지배하는 결과가 된다.⁶⁴⁾ 그러므로 헌법상 기본권과 고차원의 법 등을 근거로 법률에 위배되는 농성 및 과도한 시위, 건물점거 등을 시도한다면 이는 국가의 폭력독점

61) 독일기본법 제8조 제1항 “모든 독일인은 신고 또는 허가 없이 평온(friedlich)하게 무기를 수반하지 않고 집회하는 권리를 가진다.” 독일의 집회의 자유에 대해서는 Michael Kloepfer, “§164 Versammlungsfreiheit,” in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl., (2009); 赤坂正浩, “基本法8条の集会の自由と集会法による規制,” ドイツ憲法判例研究会編, ドイツの憲法判例 [第2版], (2003); 高橋明男, 前掲注 14).

62) Merten, a.a.O., (Anm. 42), SS.44-45.

63) Ebd., S.46.

64) Ebd., S.51.

을 깨는 것이다. 후술하는 이른바 ‘구조적 폭력론’ 같은 폭력개념은 모호하고 사회의 부정의에 대한 대항폭력을 유발하는 것으로 결코 적절하지 않다.⁶⁵⁾ 독일 기본법 제20조 제4항의 저항권의 행사로서 폭력이나 위법행위를 정당화하는 주장도 있지만 저항권 행사가 허용되는 건 어디까지나 예외적인 경우에 한한다.⁶⁶⁾ 국가는 사인에 대한 폭력을 서슴지 않고 단속할 필요가 있고 또 사인은 경찰개입 청구권⁶⁷⁾을 가지고 있으므로 폭력 대신 이를 행사하여야 한다.⁶⁸⁾

마. 폭력독점의 발생 배경

가장 원칙적인 폭력행사의 자격은 지배권을 가진 모든 단체의 특징에 속한다. 비록 그 지배가 다른 것에 의해서 근거가 있더라도 사정은 바뀌지 않는다. 새로운 것은 독점뿐이다.⁶⁹⁾ 독점이 발생하기 이전 폭력행사의 권능을 포함한 일련의 개별적 지배권이 존재했다. 이들의 개별적 지배권은

65) Ebd., S.52.

66) Ebd., S.59.

67) 경찰(또는 행정)개입 청구권(Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung)에 대해서는 高橋明男, “西ドイツにおける警察的個人保護(一),” 阪大法学 第139号, (1986) 등을 참조. 이 권리는 독일의 이른바 “띠톱(Bandsäge)판결”에서 인정되었다. 이 판결[연방행정대법원결정집] 제11권, 95쪽, 1960년 선고]에서 문제된 것은 주거지역에 설치된 참가인의 석탄제조·하역업소가 사용하는 띠톱(Bandsäge)에서 나오는 먼지·소음으로 인한 피해를 입고 있던, 인근주민인 원고가 관할관청(건축과)에 대해 건축경찰상의 금지처분을 취해 달라고 청구한 내용이다. 원고는 피고의 영업은 허용될 수 없으며 그로 인한 먼지·소음은 참고 지낼 수 없을 정도의 것이라고 주장했으나 관할행정청은 이 주장을 배척했다. 연방행정대법원은 이 판결에서 경찰법상의 일반수권조항의 해석에 있어서, 먼저 주민의 무하자재량행사청구권을 인정하고, 이어서 재량권의 영(零)으로의 수축의 법리를 도출해 냄으로써 개인의 주체적 지위를 근본적으로 강화시키는 결정적 전기를 제공했다.

68) Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.66.

69) Max Weber, “Wirtschaft und Gesellschaft,” Studienausgabe der 5. Aufl. Tübingen: Mohr, (1972), S.516.

다양한 권한이 있는 자들에게 배분되어 있었다. 이들의 담당자는 지배권을 자신의 권리에 근거하여 (대개 대토지 소유 또는 가부장 권력 같은 것으로서 오늘날 사적인 것으로 분류되는 다른 권리에 부속하는 것으로서) 행사했다. 즉, 이 경우의 지배권은 주로 지리적 영역에 대한 것은 아니고 사람에게 대한 것이었다. 그래서 경계를 획정한 하나의 영토에 다양한 지배권이 반드시 서로 충돌하지 않고 활동할 수 있었다. 왜냐하면 그 지배권은 다양한 인물이나 객체에 대한 것이었기 때문이다. 영방 군주도 대개는 특히 다수이고 그 지역이 광범위하게 분할되어 있지만 개별적인 지배권(대권 혹은 고권)의 담당자에 불과했다. 하지만 영방 군주는 그가 가진 지배권의 수와 권력의 중심이라는 특징 때문에 폭력독점을 위한 결정권을 가질 수 있었던 것이다.

국가의 폭력독점과 폭력을 행사하는 국가의 권리는 오히려 구별되어야 한다. 확실히 폭력독점은 사인에게서 폭력행사를 위한 권리를 제거하여 그것을 국가에 이양하는 것이다. 그러나 폭력독점은 스스로 국가에게 자의(恣意)에 의한 폭력의 투입을 수권하는 것이 결코 아니다. 개념적으로는 폭력독점과 연결된 것은 법적 요구와 이익을 폭력으로 관철하는 개인의 권리를 포기하는 것뿐이다. 다른 점에서는 폭력 등 독점은 국가에 대한 다양한 자유의 정도나 권리와 공존할 수 있다. 분명히 내란의 상황에서 국내 평화의 회복을 위해서는 폭력행사의 포기가 부족하다는 관념이 지배적이었다. 나머지 모든 권리조차 포기되어 신체·생명 및 재산의 안전이라는 것보다 더 나은 이익과 교환되어야 했다.

폭력독점의 발전은 이런 형식으로 절대국가로 옮겨가게 되었다. 그러나 절대국가는 폭력독점의 필연적 결과가 아니라 오히려 역사적으로 우발적인 결과였다. 가장 오해할 수 있는 것은 폭력독점이 그 이름과는 달리 완전한 독점인 경우는 드물다는 사실이다. 절대국가는 폭력행사의 권능을 위해 모든 것을 자신의 품으로 끌어당기는 것은 결코 성공하지 못했다. 특히 자립

하지 못한 농민들은 계속해서 오랫동안 영주의 고권 혹은 지배권 내에 살고 있었고, 다른 사단(社團)도 영방에 의해서 폭력행사 자체의 권능을 오래 동안 유지할 수 있었다. 그리고 많은 경우 국가의 요구는 다음 사항에 맞아 떨어졌다. 즉, 이들의 권능이 국가에 의하여 보장된 권한이라고 주장하든가 또는 국가에서 파생된 권한이라고 주장하는 것에 부합한 것이다. 그때 국가는 반드시 이들의 권능의 무기를 그 손에 넣을 수 있다고 할 수는 없으며, 적어도 독자적인 힘에 의해서 조정할 수 있는 것도 아니었다. 오히려 예외적으로 절대군주 국가를 극복하고 모든 중간적 권력을 해소하거나 또는 사유화하는 즉, 그것들의 폭력행사의 자격을 박탈한 근대적 영조물 국가를 창출함으로써 비로소 처음 폭력독점은 완전한 것으로 완성된 것이다.

바. 국가계약을 통한 폭력독점의 법제화

폭력독점의 법제화는 폭력독점의 형성에 의해 확실히 담당자의 권력과 동시에 그 남용의 위험이 보통 이상으로 크게 증가했기 때문이고, 다른 한편으로 정당화 또한 법제화를 통한 제한을 필요로 했기 때문이다. 그러므로 주권의 이론적 근거 규정과 폭력독점이 형성된 바로 뒤에 이어진 것은 국가계약의 이론들이었다. 국가계약설은 분명히 무법이 아니라도 이미 조직된 법률상의 권력을 관철하는 기관이 없는 이전의 지배상태에서 출발했다.⁷⁰⁾ 과거의 지배상태 속에서는 만인이 자신의 권리를 관철할 권한을 갖

70) 국가계약설은 국가의 성립은 인간이 타의에 아닌 의식적·자발적인 자유의지로 국가권력에 복종하겠다는 계약이라고 설명한다. 군민통치계약설과 사회계약설이 있다. 사회계약설은 국가성립 이전의 인간이 처한 상태를 자연상태라고 가정한다(홉스의 사회계약설과 루소와 로크의 사회계약설이 대표적이다). 이러한 이론의 대표적 학자와 저서는 홉스의 리바이어던(Leviathan, 1651), 로크의 시민정부론(Two Treatises of Government, 1690), 루소의 인간불평등기원론(Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes, 1755) 등이 있다.

지만 그러나 이것을 관철할 수 있을지는 본인의 강력한 힘의 보유 여부에 따르고 있었다. 이 처음 상태의 문제는 권리의 근본적인 불확실성으로부터 유래한다. 그러므로 이성적인 여러 인물이 자연적 자유와 권리를 자력으로 관철할 권리를 포기하는 경우 국가의 지배에 스스로 복종하여 여러 조건에서 폭력독점의 정통성과 경계 혹은 한계의 설정을 위한 기준을 이끌어 내야 했다.⁷¹⁾

대부분의 국가계약설은 이때 교환적 정의의 사상을 강조한다. 자신의 이익을 달성하기 위해서 폭력을 행사할 권리를 포함한 자연적 자유의 포기는 국가가 그 반대급부로 신체·생명 및 재산의 확실성을 보장할 경우에만 정당화되었다. 이와는 달리 조건관계를 어지럽히며 폭력을 투입하는 것은 정통이 아닌 것이다. 어쨌든 개인이 정통성이 없는 국가권력에 대해서 저항할 자격이 있고 침략자에 대해서 스스로 방위할 자격이 있다고 인정되는 한에서 폭력행사의 자격은 다시 개인에게 귀속되는 것이다.⁷²⁾ 그러나 내란 상태에서는 시간적 격차가 커지면 개인의 자연적 자유가 불확실성 때문에 구속구석까지 포기돼야 한다는 상정도 무색하게 된다. 그 대신 국가의 권력을 경계할 수 있는 단지 부분적인 자유의 양도라는 관념이 등장했다. 이 관념은 한편으로는 인권으로 추구되었고 다른 한편으로는 권력분립 형태로 추구되었다.⁷³⁾

이론상으로는 선구적으로 탐색된 이들 자유의 양도 가능성은 후에 헌법에서 구속력을 가진 것이 되었다. 국가가 폭력이라는 수단에 호소해도 좋은 여러 요건을 공식화함으로써 이번에는 헌법이 폭력독점을 다시 합법화

71) 박은정, “법치국가와 시민불복종,” 법과 사회 통권 제3호, (1990), 65-96면.

72) Arthur Kaufmann, “Widerstandsrecht,” Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Leonhard E. Backmann (Hrsg.), (1972); Wolfgang Kersting, “Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages,” Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, (1994).

73) 김철수, 앞의 책(주 2), 127면, 1,255면.

하게 되었다.⁷⁴⁾ 이에 따르면 특히 모든 강제조치는 법률의 근거가 필요하겠지만 그러나 법률의 근거는 그것을 공적인 숙의(熟議) 절차에서 의결해야 하므로 국민으로 대표되는 의회에서 유래해야 하는 것이며, 폭력수단을 이용하는 기관이 혼자 스스로 준비할 수는 없다. 그러나 국민대표 의회도 법적 근거를 만들어 내는데 있어서 자유인 것은 아니다. 헌법에 보장된 기본권에 의해서 제한을 가하고 있다. 일정한 폭력수단은 헌법에 의해서 완전히 금지한다. 예를 들면 사형이나 고문처럼 다른 폭력수단은 일정한 전제하에서 또 일정한 목적에 의해서만 최소한으로 투입될 수 있다. 특히 목적과 수단이 적절한 비례관계가 없으면 안 된다. 이러한 논리적 기초위에서 과잉금지가 경찰 강제력의 투입과 관련해서 발전했다.⁷⁵⁾

기본권은 이렇게 탈분화의 금지로 작용한다.⁷⁶⁾ 기본권이 보장하는 것은

74) Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.1; Peter Perenthaler, "Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre," Wien u.a.: Springer, (1986), S.116ff.

75) 우리 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 규정한다. 여기서 "필요한 경우에 한하여"라는 문언이 과잉금지원칙의 표현이다. 이 원칙은 '목적의 정당성(헌법재판소 1997.7.16. 선고 95헌가6결정), '수단의 적합성(헌법재판소 1989.12.22. 선고 88헌가13 결정; 헌법재판소 1993.12.23. 선고 93헌가2 결정; 헌법재판소 2011.12.29. 2007헌마1001결정), '피해의 최소성(헌법재판소 1998.5.28. 선고 96헌가5 결정; 헌법재판소 1998.5.28. 선고 96헌가12 결정; 헌법재판소 2006.6.29. 선고 2002헌바80결정; 헌법재판소 2009.11.26. 선고 2008헌바58결정), '법익의 균형성(헌법재판소 1990.9.3. 선고 89헌가95결정; 헌법재판소 2008.7.31. 선고 2004헌마1010 결정; 헌법재판소 2005.7.21. 선고 2004헌가30 결정)' 원칙으로 구성된다.

76) 탈분화의 금지(Entdifferenzierungsverbote)란 니콜라스 루만의 사회시스템론에서 유래하는 용어이다. 루만에 따르면 전체사회는 정치·법·경제·교육·종교 등 각 기능 시스템에 분화하고 있는 것으로 알려져 있다. 기본권은 단순히 개인의 주관적 권리를 보장할 뿐만 아니라, 전체 사회의 기능분화를 안정화하는 기능을 갖고자 한다. Dieter Grimm이 본문에서 참조한 것을 제시한 것은 후기 Niklas Luhmann, "Die Politik der Gesellschaft," Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (2000) 이지만, 사실 초기 저작으로서 Niklas Luhmann, "Grundrecht als Institution: Ein Beitrag zur

다양한 사회적 기능 시스템이 비교적 폭력 없는 공간에서 스스로 작동하고 그것을 통해서 각각의 시스템에 고유한 합리성과 같은 여러 기준에 타당할 수 있도록 하는 것이다.⁷⁷⁾ 이 효과는 이미 폭력독점의 창출과 함께 그 법적 개념화 이전에 시작되어 있었다. 정치적·경제적·종교적·문화적인 종류의 사회적 분쟁은 이제 폭력에 따라서는 결말을 낼 수 없다. 그러므로 변란이나 권리침해의 경우에 해당자는 오히려 국가에 의한 위협의 방어와 법의 관철을 필요로 한다. 헌법은 이러한 요청과 발전을 다양한 형태로 충족시켜 주고 있다. 즉, 지금 다양한 사회적 기능을 발휘하는 시스템을 정치적 또는 다른 목적의 수단으로 하기 위해서 또 그 일을 통해서 이들 기능이 작동하는 시스템의 사회적 수행능력을 저하시키는 것에 대해서 국가의 폭력을 무분별하게 행사하는 것은 허용하지 않는다는 형태로 보화된 것이다. 그러나 헌법은 국가의 폭력독점을 어떤 것으로도 변화시키지 않는다. 오히려 처음 권력집중이 일어났고 다음에 이 권력집중과 힘(권한)의 경계 형성(한정)이 이루어 졌으며, 이어서 특정한 통일적 규정(헌법)에 접근 가능한 대상으로 근대국가를 창조한 것이다.⁷⁸⁾

헌법의 예방조치는 폭력독점을 전제로 하고 그 행사의 평면에 대해서만 폭력독점을 길들이려고 했다. 특히 권력분립은 분산된 지배권의 전 국가적 상태로의 후퇴를 의미하는 것이 아니라 국가의 권력은 국가의 여러 권한으로부터 구별되어야 한다.⁷⁹⁾ 국가권력은 그것이 분할된 경우에도 결코 침해되지 않는다. 다양한 권력은 국가권력의 경계화된 분담 부분만을 유지한다.

politischen Soziologie,” Berlin: Duncker & Humblot (1965)이 더 유용한 참고가 된다.

77) Luhmann, a.a.O., (Anm. 76), S.56ff.

78) Dieter Grimm, “Entstehungs-und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus,” in: Dieter Grimm: Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (1994), S.37ff.

79) Jellinek, a.a.O., (Anm. 28), S.457.

그러나 여러 권력은 그 분담 부분을 고유의 권리로 가지는가 하면 이와는 달리 고유한 것이 아닌 포괄적인 독점에 의해서 비로소 나온 권능으로만 점유하는 것이다. 그러므로 폭력독점은 권위주의 국가나 전체주의 국가만이 아닌 똑같이 입헌국가를 특징짓는 것이기도 하다. 양자를 구분하는 것은 어떤 목적 때문에 어떠한 조건으로 국가가 폭력을 행사하고 있느냐는 물음에 한해서이다. 헌법은 국가의 폭력에 항거하는 저항권 문제도 완화하였다. 입헌국가에서는 국가의 폭력의 남용에 대해서 그것 자체가 다시 법적인 여러 제한 수단이 존재하며, 그것에 의해서 개인은 국가에 대해서 자위할 수 있는 것이다. 헌법 재판권은 그 가운데 가장 현대적인 것이다.

사법심사는 19세기 초 미국에서 가장 먼저 시작하였으며, 20세기 후반에 드디어 세계적으로 관철되었다.⁸⁰⁾ 이 법적으로 허용된 방어 가능성에 의해서 누구나 국가에 대해서 폭력적인 행동으로 대응할 권리는 필요 없게 된다. 하지만 법적인 방어수단이 결여된 경우 그것 때문에 폭력독점에 대한 대항이 저항권으로 유보되어 있을 뿐이다(예를 들면, 독일 기본법 제20조 제4항).⁸¹⁾ 한정된 규칙위반에 대해서 발동되는 저항권이 인정되어 있다고 해도 이것이 다시 온화한 파생물로서 인정되는 것은 아니다. 즉, 반드시 시민적 불복종이 폭력독점에 맞서는 것은 아니다.⁸²⁾ 일정한 폭력의 행사만 정통성이 없다고 낙인찍으려 해서는 안 된다. 확실히 혁명도 폭력행사의 권리를 단독으로 요구하지만 통상은 폭력독점을 폐지하기 위해서가 아니라 그것을 다른 손으로 옮기기 위한 것이거나 또는 그 행사의 조건인 헌법을 변경하기 위해서인 것이다.⁸³⁾

80) 김철수, 앞의 책(주 2), 67면, 1,627면.

81) 독일기본법 제20조 제4항은 “모든 독일인은 이러한 질서의 제거를 감행하는 자에 대하여, 다른 구제수단이 가능하지 아니한 경우, 저항할 권리를 가진다”고 한다.

82) 최봉철, “시민불복종의 요건과 처벌의 문제,” 저스티스 제33권 제3호, (2000), 142-156면.

83) Thomas Laker, “Ziviler Ungehorsam,” Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft,

4. 요제프 이젠제

메르텐과 함께 폭력독점에 관한 논의에서 가장 자주 인용되는 것이 요제프 이젠제(Josef Isensee)이다. 폭력독점에 관한 이젠제의 정돈된 최초의 논고는 1982년의 “시민의 평화의무와 국가의 폭력독점”이다.⁸⁴⁾ 또 보호의 무문에 관한 독일에서 최초의 전공논문⁸⁵⁾으로서 이젠제의 “안전을 요구하는 기본권”이라는 제목으로 1983년에 공표된 논문이 있다.⁸⁶⁾ 이하에서는 위의 논고를 중심으로 이젠제의 폭력독점론을 개관하기로 한다.

가. 문제의식

파괴적 폭력의 역사는 죄의 역사일 뿐더러 치욕의 역사이기도 하다. 과도한 치욕감이나 죄책감은 우리가 특히 교육과 친밀한 관계가 있는 영역 혹은 정치 영역 등에서 보듯이 트라우마의 기인성(起因性)을 드러내는(顯示) 원인이다. 개인 및 집단이 폭력의 대상인 경우 그들은 치욕을 받고 존엄을 빼앗기는 것이며 항상 그 수치는 공포의 도구로 변질되는 것이다. 하지만 건물점거나 도로봉쇄 그리고 테러리즘 등의 형태로 여러 사적폭력이 독일에서 지속적으로 발생하고 있고, 그뿐만 아니라 그것이 점차 국가의식에서 수용되어 정당성을 획득하기 시작했다는 점은 심각한 문제이다.⁸⁷⁾ 또 자유 특히 국가의 자유를 우선하는 자유주의자(liberalist)의 자세는 문제이며, 안전 특히 개인의 안전을 국가가 보장하는 것의 중요성을 재인식할 필

(1986); Ulrich Matz, “Politik und Gewalt,” Freiburg: Alber, (1975); Perenthaler, a.a.O., (Anm. 74).

84) Isensee, a.a.O., (Anm. 21).

85) 小山剛, 前掲書(註 15), 32頁.

86) Josef Isensee, “Das Grundrecht auf Sicherheit,” Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin, (1983).

87) Isensee, a.a.O., (Anm. 21), S.23; Isensee, a.a.O., (Anm. 86), S.1ff.

요가 있다. 이젠제는 이와 같은 문제에 관심을 기울였다.

나. 폭력독점의 역사적 형성과정

폭력독점의 역사적 형성과정은 이젠제의 논의의 특징이며,⁸⁸⁾ 그 대강은 다음과 같다. 사람들은 우선 만인의 만인에 대한 투쟁을 타파하고자 정당한 폭력을 독점하는 국가를 설립한다. 이를 홉스적 단계라 한다. 여기에서는 사인에 의한 폭력이 금지되어(Gewaltverbot) 시민은 평화의무(Friedenspflicht)를 지고 그 대가로 국가는 시민의 권리를 보호하는 임무를 지게 된다. 이렇게 폭력독점이 실현되고 만인의 만인에 대한 투쟁은 종결되게 된다. 홉스에 의해서 시작되어 로크를 거치고 근세, 현대 독일의 국법 체계에서 또 미국이나 프랑스의 근대헌법에서도 안전이라는 국가임무가 규정되게 되었다.

이어 사람들은 국가의 자유를 확보하기 위한 방안을 채택하기 시작했다. 이 시기를 자유주의적 단계라 한다. 그리고 마지막으로 현재의 독일은 산업사회의 진전에 따른 빈곤 등 사회문제에 대응하는 사회적 법치국가 단계에 이르렀다.⁸⁹⁾ 중요한 것은 사회적 법치국가 단계가 자유주의적 단계로 홉스적 단계라는 기초 위에 성립한다는 사실이다. 그러므로 폭력독점을 포기할 수 없다는 결론이 도출된다.

다. 현대에서 폭력독점의 실천적 귀결

이젠제는 평화성의 유보와 기본권 보호의무의 이론적인 차원에서 자유와 안전의 관계를 논한다. 즉, 안전이 아니면 자유를 누릴 수 없으므로 두 개념은 서로 밀접한 관계에 있고 그 때문에 시민의 평화의무가 있으며 사적

88) Isensee, a.a.O., (Anm. 21), S.26ff; Isensee, a.a.O., (Anm. 86), S.17ff.

89) 김철수, 앞의 책(주 2), 185, 235-245면.

폭력의 금지가 필수적이라고 한다. 그래서 구조적 폭력론처럼 개인의 폭력 행사를 정당화될 수 있는 논의를 허용할 수는 없게 된다. 그리고 독일 기본법 제8조의 평화조항을 근거로 평화의 유보(Vorbehalt der Friedlichkeit) 즉, 사인이 폭력을 포기하는 것이 일반적인 기본권 행사의 전제조건으로 인정된다.⁹⁰⁾ 여기서 이젠제는 폭력독점의 실천적 귀결문제에 대한 구체적 검토를 실시하고 있다. 그는 독일 연방헌법재판소가 1975년에 제1차 낙태 판결⁹¹⁾에서 기본권 보호의무의 존재를 인정했, 보호의무를 제1차적으로 담당하는 것은 입법자이고, 거기에서는 광범위한 재량권이 주어졌다는 것, 법원은 억제적으로 권한을 행사하지 않으면 안 된다는 것, 그리고 사인이 보호의무를 청구할 수 있는 것은 예외적인 경우에 한정된다는 것 등을 개진할 수 있다고 한다.⁹²⁾

5. 소결

폭력독점론의 특징은 이 시기에 메르텐과 이젠제 외에 폭력독점에 대해서 논한 법학자로서는 루페르트 솔츠(Rupert Scholz)⁹³⁾와 마틴 크릴레(Martin Kriele)⁹⁴⁾ 등을 들 수 있다.⁹⁵⁾ 메르텐과 이젠제도 포함하여 이들의 논의의 특징을 대략 다음과 같이 정리하고자 한다.

90) Isensee, a.a.O., (Anm. 21), S.31f.

91) BVerfGE 39, 1 [1975].

92) Isensee, a.a.O., (Anm. 86), S.27ff.

93) Rupert Scholz, "Rechtsfrieden im Rechtsstaat," NJW 1983, (1983), S.705ff.

94) Martin Kriele, "Die Rechtfertigungsmodelle des Widerstands (zuerst 1983)," in: ders., Recht - Vernunft - Wirklichkeit, (1990).

95) 이외에도 이 시기 폭력독점론에 관한 논의로는 Friedrich Gerhard Schwegmann, "Idee und Entstehung des staatlichen Gewaltmonopols," in: Verwaltungsrundschau, 33. Bd. (1987), H. 7 IV., 218ff. 등을 참조.

가. 폭력독점의 정의와 민주정치

폭력독점론에서 폭력(Gewalt)은 물리적 강제력으로 정의하므로 후술하는 구조적 폭력 같은 폭력 개념은 부정된다. 물리적 폭력은 그 희생이 되는 대상에 대한 육체적 우세를 전제로 한다. 그래서 가령 힘센 남자가 여성 및 아이들에게 그것을 행사할 경우가 그 반대의 경우보다도 잦다. 다만, 여기서 주의해야 하는 것은 베버에 의한 국가의 정의에서 행사가 독점되는 것은 단순한 물리적 폭력이 아닌 정당한(legitim) 물리적 폭력으로 알려진 것이라는 점이다. 물론 법에 의해서 폭력을 정당화할 필요성은 이젠제도 의식하고 있었던 것이다.⁹⁶⁾ 문제는 여기서 말하는 법으로는 헌법(기본법)보다 의회 다수파가 제정한 법률이 강조되는 점이다. 이것은 폭력독점론에 있어서 의회제 민주정치의 옹호와 장외 정치활동에 대한 비판이 강조되었던 것과 관련되어 있다. 원칙적으로 시민들은 의회 다수파의 결정에 따라야 한다고 하고 그 결과 의회 밖에서 직접행동의 정당성을 인정받지 못하는 결과가 된다. 이 문맥에서는 후술하는 시민적 불복종론과 구조적 폭력론이 폭력을 선동하는 것으로 도마에 오르고 있다. 또 폭력독점론은 일정한 역사인식을 전제로 한다.⁹⁷⁾ 그것에 의해서 정당화되어 있지만 이 점에 대해서는 후술한다.

나. 기본권 보호 의무론 및 경찰개입 청구권의 승인

메르텐이나 이젠제는 폭력독점의 당연한 귀결(corollary)로 사인 간의 권리침해가 발생한 때 공권력이 개입하고 보호의무를 지는 것을 일반론으로서 인정하고, 이른바 기본권 보호 의무론이나 경찰 또는 행정개입 청구

96) Detlef Merten, "Rechtsstaatsdämierung," in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Rudolf Samper, R. Boorberg, (1982), S.40; Isensee, a.a.O., (Anm. 21), S.25.

97) 하승우, "시민불복종에 관한 정치철학적 고찰-법치주의와 시민권리를 중심으로," 특집 소통과 실천: 기억과 전망 제21호, (2009), 6-35면.

권을 승인하고 있다.⁹⁸⁾ 이젠제는 다음과 같이 언급하고 있다.

폭력독점은 근본적으로 양의적(兩義的)이다. 한편에서는 폭력독점은 잠재적 가해자의 방어권에 한계를 설정하고, 다른 한편에서는 잠재적 피해자가 위협받고 있는 기본권 보호법익에 대한 보호의무를 국가에 배정한다.⁹⁹⁾ 단, 이때는 의회 및 행정 공권력에 광범위한 재량이 인정되기 때문에 공권력에 큰 권한을 미치는 결과를 보이고 있다.¹⁰⁰⁾

힘(Macht)이란 어떤 사회적 관계에서든지 비록 저항을 만나더라도 자신의 의지를 관철하는 모든 가능성을 의미하며, 이 가능성이 무엇에 근거하느냐 하는 것과는 무관하다.

다. 폭력독점의 정도

폭력독점은 국가별로 요구되는 것이기 때문에 그것은 항상 특정 국가의 영역 내에 한정된다. 어떤 국가도 다른 나라의 동의 없이 해당 국가 이외의 타국의 영토에서 고권적으로 활동할 수 있는 자격이 없다. 이 금지의 국제법의 일반규칙에 속한다. 그러나 폭력독점은 자국의 국적을 가진 시민에게만 한정되지 않는다.¹⁰¹⁾ 폭력독점은 인적 고권이 아닌 영토적 고권이며 그러므로 국가의 영역에 머물고 있는 모든 인물을 대상으로 파악하게

98) Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.66.

99) Josef Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte," in: Festschrift für Horst Sandler zum Abschied aus seinem Amt, München, (1991), S.60.

100) 예를 들어 Isensee, a.a.O., (Anm. 86), S.37ff; Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.65.

101) 국가시민(Staatsbürger)은 종래는 공민이라고 번역되는 경우도 많았지만 '국가시민'이라고 번역되는 예도 있었다. 오늘날에는 이 단어는 EU의 시민권 보유자 즉, 연합시민(Unionsbürger)과의 대비에서 사용되는 경우가 많고, 본 번역 원고에서는 국가시민으로 번역한다.

된다. 국적 시민과 외국인과의 차이는 항상 권리 및 의무의 정도에서 결정적인 것이고(대개 국적의 시민은 매우 많은 권리와 의무, 예컨대 선거권 및 병역의무를 가진다), 국가권력에 대한 복종의무에 있어서는 결정적이지 않다. 외국의 국가기관 및 외교적 대표성 때문에 국제법에 의하여 보장된 불가침권만이 예외로 인정되고 있다.

국가의 폭력독점은 비국가적인 합법적 폭력의 영역이 존재하는 것을 허용할 경우가 있는데 이때 가장 중요한 경우는 친권이며 그것은 국가의 폭력과 마찬가지로 권능이지 찬탈의 대상이 아닌 것이다. 그러므로 자(子)는 부(父)의 폭력에 복종하여야 한다. 물론 자(子)의 복지를 위해서 부(父)의 폭력행사는 가족법에서 합리적으로 제한될 것이다.

국가권력이 보호를 적시에 부여하지 않을 때 개인은 법 위반자 또는 타인의 소유권에 대해서 정당방위와 긴급피난 조치 또는 자력구제 하는 자격을 갖고 있다.¹⁰²⁾ 이것에 의해서 국가의 폭력독점과 [개인을] 폭력의 대상에서 수호하는 국가의 보호의무와의 조건관계가 [법조문 상에] 나타나게 된다.¹⁰³⁾ 대개 개인의 폭력행사로 인하여 이들의 한정적인 자격은 그 행위의 위법성을 조각하든가 또는 면책사유로서 나타나게 된다. 반면, 국가권력의 적법한 행사에 대한 저항은 예외 없이 처벌된다. 허용된 사적폭력 행사의 개별 영역에서는 이것이 국가에 의해서 승인된 것일 뿐 본원적인 권능에 관한 문제인가? 아니면 국가에 부여된 권한에 관한 문제인가? 라는 논쟁은 폭력독점이라는 관점에 따라서 달리 인용할 수 있다. 폭력독점은 국가가 강제력 행사의 경우에 항상 그 자신의 직무 담당자를 통해서 행사하는 데 의존하지 않는다. 오히려 폭력독점의 조건이 채워지는 것은 국가가

102) 이재상, 형법총론, 박영사, (1989), 208-218, 222-230, 233-242면.

103) 조건관계가 포함된 법령은 예를 들면, 독일민법전 제227조(Notwehr: 정당방위 혹은 자위권) 이하, 제561조(des Mieters nach Mieterhöhung), 제859조(Selbsthilfe des Besitzers) 및 제860조(Selbsthilfe des Besitzdieners), 제904조(Notstand: 긴급피난), 독일형법전 제32조(정당방위) 이하를 참조.

개인의 폭력행사를 허용하는 요건을 확정할 권리 및 그 요건이 준수되고 있는지를 독점적으로 사후에 심사할 가능성을 가진 경우이다. 국가는 제3자에 의한 폭력행사에 대한 재량권한의 억제력을 갖는 것만으로도 충분한 것이다.¹⁰⁴⁾ 단, 국가가 이러한 권능을 행사함에 있어 자신의 충분한 폭력행사의 잠재력을 보유함이 없이는 결코 실현할 수 없는 것이다.

한편, 폭력행사를 완전히 포기할 정도의 정통성을 향수하는 국가는 없고 폭력은 최종적으로는 더 강한 폭력으로만 억압될 수 있다. 이것은 법제화에 의해서 완화할 수 있는데, 결코 지양(aufheben)할 수 없는 역설이다. 하물며 폭력독점은 계속 사적인 폭력행위가 일어난다고 해서 의문시되는 것은 없다. 여기서 독점이 관계하는 것은 물리적 폭력이 아니라 전통적인 의미에서의 물리적 폭력이다. 그것은 폭력을 허용된 폭력과 허용되지 않는 폭력으로 나누는 것이며, 국가의 폭력행사가 허용되는 것은 사적인 폭력행사를 억압하거나 또는 금지할 수 있기 때문이다.¹⁰⁵⁾ 그럼에도 불구하고 사적인 폭력의 규모와 폭력독점 사이에는 어떤 관계가 있다. 폭력독점은 국가에 의해서 성공적으로 요구되어야 한다. 그것은 일반적으로 국가가 자기 강제 장치를 사적인 폭력행위에 대항하고 투입하는 것을 의미한다. 이때 국가가 모든 개별 사례에서 반드시 일정한 성과를 올릴 것을 의미하지는 않는다. 폭력의 투입의 결여 또는 만성적 실패로 비로소 폭력독점은 폐기된다. 국가의 붕괴가 보일 경우 그 붕괴의 근원은 국가가 폭력독점을 유지하는 데 실패한 것이다.

104) Martin Kriele, "Einführung in die Staatslehre," Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, (1975), S.84ff.

105) Niklas Luhmann, "Die Politik der Gesellschaft," Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (2000), S.192ff.

Ⅲ. 법학에서 폭력독점론에 관한 논의의 활성화 배경

앞 장에서는 메르텐이나 이젠제의 폭력독점론을 소개했다. 그렇다면 왜 독일에서 폭력독점 이론이 등장하였을까? 이 질문에 대한 답으로 다음에는 왜 이 시기(1970년대 후반~1980년대 전반)에 독일에서 이런 내용의 주장이 전개된 것인지를 생각해 보기로 한다. 우선 제2차 세계대전 패전 직후부터 1980년대 초기까지 독일(서독)의 사회상황을 점검하기로 한다. 그리고 국가권력에 대한 불복제기 행동을 옹호한 논의를 개관한 후 이젠제의 논의와 비교하기로 한다.

1. 사회상황의 변화와 폭력독점론의 전개

가. 1950년대: 국가의 재시동과 전통으로 회귀의 시대

1945년 패전을 맞은 바이마르 공화국은 동서로 분할 점령되어 서방 지역은 독일 연방공화국(Bundesrepublik Deutschland)으로 다시 출발해서 기본법을 제정하였다.¹⁰⁶⁾ 1950년대 전후 초기에는 사회학적으로 보면 국가의 재시동과 전통으로 회귀의 시대라고 규정해도 좋을 것이다. 1949년에 콘라트 아데나워(Konrad Adenauer) 정권이 출범한 뒤 잠시 기본적으로 CDU/CSU(기독교 민주동맹·기사당)과 FDP(자민련) 중심의 보수연정이 이어지게 되었다. 그래서 서방제국의 원조 덕분에 독일 민주공화국(구 동독), 그리고 그 배후에 있는 소비에트 또는 사회주의 국가들과 대항하는 형태로

106) 이진모, “독일 역사정치 속의 68운동과 과거극복,” 호서사학회, 역사와 담론 제50호, (2008. 9), 271-297면; 井関正久, “ドイツを変えた68年運動 (シリーズ・ドイツ現代史Ⅱ),” 白水社, (2005); 그 외 다른 것으로는 木村靖二編, 新版 世界各国史13-ドイツ史, 山川出版社, (2001); 平島健司, ドイツ現代政治, 東京大学出版会, (1994). 등을 참조하였다.

의 전후 복구가 국가의 목표로 설정되었다. 그때 서독에서는 반권위주의, 반나치 운동이 학생들을 중심으로 진행되었고 또 동독에서 일정한 지원을 받는 방식으로 등장했다. 당시 독일은 뉘른베르크 재판 등 나치 고위 간부들의 처벌과 나치 관련자 공직추방 등이 행해졌지만 일본과 마찬가지로 냉전의 영향에 의한 불충분한 상태에서 전후처리가 끝난다. 이렇게 나치에 가담한 사람이 적지 않은 상태에서 그들이 사회에 복귀하고 국가 재건에 관여하게 되었다. 또한 당시 일정한 이상의 연령층의 사람들 중에는 정체성의 근거를 들어 이전의 독일로 돌아가자는 요구가 거세게 등장하였고 급기야 전국을 휩쓸고 지나가는 풍조가 매우 강했다.

이러한 경향에 반발을 느낀 학생 등 청년층은 전쟁책임의 추궁 그리고 대학에 남아 있는 권위주의, 비민주적인 정치 타파를 목표로 하는 움직임을 점점 더 높여 갔다. 또 서독은 동독에 대항하는 형태로 1955년에 NATO에 가입했지만 이런 정책도 학생과 시민들에게 위기감을 갖게 됐다. 그 대표적인 표현으로는 1960년에 시작된 대규모 부활절 시위 등이 있다.

나. 1960년대: 비상사태 헌법 제정에 따른 APO의 고양과 좌절

1964년 극우의 독일 국민당이 결성되어 나치즘의 부활에 시민들이 위기감을 품게 되었고, 1965년에는 베를린 자유대학을 중심으로 대학 민주화 등을 호소하는 학생운동이 활발해졌다. 특히 그 해부터 시작된 베트남 전쟁의 북폭(北爆)은 그 움직임이 일반시민에게도 전파되어 폭력의 표출이 가속화 되었다. 이 시기 중요한 것이 우파의 CDU/CSU와 좌파의 SPD(사회민주당)이 대연정을 짜서 나치에 연루된 쿠르트 게오르크 키징거(Kurt Georg Kiesinger)를 수상의 자리에 앉힌 사건이다. 그리고 당시 정권의 최대 쟁점은 비상사태 헌법으로 불리는 기본법 개정을 위한 구상이었다.¹⁰⁷⁾

107) Josef Isensee, "Das legalisierte Widerstandsrecht," Verlag: Gehlen, Bad Homburg/Berlin/Zürich, (1969); 粕谷友介, "西ドイツ緊急事態憲法の制定過程(一)~(六)·

비상사태 헌법에 반대하고 대연정의 결과 이제 의회에 기대할 수 있는 것이 아무것도 없다고 생각한 학생들의 운동은 확대되었고 APO (Außerparlamentarische Opposition) 즉, 장외 반대파로 불리는 세력의 결집에 이르게 되었다. 그리고 1967년 이란 국왕의 독일 방문에 대한 반대시위에 참가한 학생(베를린 자유대학 로만어과 학생 Benno Ohnesorg)이 경찰에 의해서 사살된 사건을 계기로 APO는 더 활성화되었고 다음 해 1968년 APO는 절정을 맞이하였다.¹⁰⁸⁾ 베트남전 테트라 공세와 파리 5월혁명, 그리고 프라하의 봄 등에 자극되어 이후 독일 적군파 멤버에 의한 백화점 방화사건, 학생운동 지도자 루디 도츠크(Rudi Dutschke) 습격 사건 등을 겪으면서 APO도 공세를 강화하여 비상사태 헌법 반대시위 등이 개최되었다. 하지만 노동조합의 이반 등도 있었기 때문에 기본법은 법안으로서 수정된 상태로 개정되어 APO는 활동을 일단 포기하였다.

다. 1970년대 초기~중기: APO의 분해, 독일의 가을, 그리고 슈폰티 비상사태

헌법 성립 후 SPD가 FDP와 연립정부를 구성해서 1969년 빌리 브란트(Willy Brandt) 수반 내각이 시작된다. 전국적인 운동으로 APO는 사실상 해체됐지만 그 참가자들은 다양한 진로를 걷다가 그 하나가 반 나치의 투쟁으로 깨끗한 이미지를 가진 빌리 브란트가 이끄는 SPD가 제4대 연방수상으로 독일을 이끌게 되었다. 그는 공공기관 등에 일자리를 늘리고 체제 내 개혁을 목표로 하는 길을 걷게 된다. 이 움직임은 중국사에 빗대어 제

完),” 上智法学論集 第17卷 第1号, (1973年), 第17卷 第2号, (以下, 1974年), 第17卷 第3号, 第18卷 第1号, 第18卷 第2号, (以下, 1975年), 同 第3号; 初宿正典, “ボン基本法の抵抗権条項,” 法セミ 第312号, (1981) 등을 참조.

108) 강미화, “독일 68운동의 의미와 유산,” 비판사회학회, 경제와 사회 제37호, (1998. 3), 65-97면.

도 내의 장정(langer Marsch durch die Institutionen)으로 불렸다. 당시 주목할 만한 한 가지는 이른바 슈폰티(Sponti) 즉, 자발적 행동파라고 불리는 젊은이들의 소규모의 자발적인 활동이다. 예를 들면, 프랑크푸르트에서는 건물점거나 전차의 운임인상에 대한 반대투쟁 등이 벌어졌다. 그리고 1970년에 결성된 RAF(Rote Armee Fraktion) 즉, 적군파의 참여가 또 하나의 시대적 특징이다. RAF는 독일의 68학생 운동의 혁명적 사상에 뿌리를 두고 있다. RAF는 1970년대 전반 서독에서 은행강도를 시작으로 출판사, 미군시설의 폭파 등 다양한 테러리즘을 반복하였다.¹⁰⁹⁾ 그리고 1977년에는 라이야 사건이나 ‘루프트 한자’ 항공기 납치 등을 실행해서 독일 사회를 공포로 몰아넣었다. 나중에 이 시기는 영화제목을 따서 “독일의 가을(Deutschland im Herbst)”이라 불리게 된다. 즉, ‘독일의 가을’은 1977년 후반의 독일(당시 서독)에서 일어난 일련의 테러 사건을 통칭하는 말이다. 물론 이렇게 맹위를 떨친 RAF의 활동에는 좌익에서도 맹렬한 비판이 쏟아졌다.

이와 함께 좌익에 타격을 준 것이 연방정부 및 주(land)정부가 1972년에 결정했던 과격파 배제의 고시(포고)(Radikalenerlaß)이었다. 이는 나치와 공산당 등 과격한 사회운동에 관여하는 자를 공무원에서 배제하는 것이며, 이후 헌법재판에서도 다투었지만 좌익에 깊은 상처를 주게 되었다.¹¹⁰⁾ 뎃레프 메르텐(Detlef Merten)의 “법치국가와 폭력독점”이 공표된 것은 바로 이러한 시기(1975년)였다.

109) 강태호, “적군파 테러리즘 이후: 영화 ‘레전드 오브 리타’와 ‘내부 안전’의 경우,” 한국독어독문학교육학회, 독어교육 제49호, (2010. 12), 380-394면.

110) 水島朝穂, “西ドイツにおける就業禁止問題と政党特権,” 法の科学 第7号, (1979); 山岸喜久治, “ドイツの憲法忠誠-戦後から統一まで,” (SBC 学術文庫), (1998), 第4章 등을 참조.

라. 1970년대 중기~1980년대 초기: 뜨거운 가을

- 새로운 사회운동의 활성화

정부의 단속 등으로 RAF 활동이 진정된 후 1980년대에는 새로운 사회운동 즉, 환경과 평화문제의 시민운동이 활성화되었다. 그 계기는 이른바 NATO의 이중결정(동쪽과 군축 협상을 하는 동시에 핵미사일 등으로 동쪽에 맞선다는 방침)과 원자력 정책의 추진 등이었다. 이에 대한 APO의 참가자 등이 중심이 되어 다양한 시위가 전개되었고 그 중 녹색당이 1980년에 결성된다.¹¹¹⁾ 1980년에는 브록도르프(Brokdorf) 원전을 반대하는 대규모 브록도르프 시위가 발생하여 이후 헌법재판으로 시비가 가려지게 된다.¹¹²⁾ 이런 일련의 과정은 “뜨거운 가을(Heißer Herbst)”로 불린다.¹¹³⁾ 다양한 형태의 정부정책에 대한 불복주장 운동이 등장하였고 그것의 영향을 받아 사회의식도 바뀐 것이다. 그리고 1982년 폭력독점에 관한 이젠제의 논고가 공표된 것이었다.

2. 불복주장 행동의 옹호론

본 절에서는 메르텐이나 이젠제가 폭력독점론을 이용하여 비판한 불복주장 행동을 옹호하는 견해를 소개한 다음 왜 이들의 견해에 대한 비판 때문에 폭력독점론이 전개될 필요가 있었는지를 검토하고자 한다.¹¹⁴⁾ 이하에서는 특히 메르텐이나 이젠제가 강한 비판을 받은 이유에 대한 논의로서 구

111) 高橋明男, 前掲注 14); 松浦一夫, “環境保護平和運動(緑の党)とその抵抗(一),” 早稲田政治公法研究 第20号, (1986年) 등을 참조.

112) BVerfGE 10, 89 [1985].

113) Heißer Herbst, in: Der Spiegel, Nr.40, (1960), S.23.

114) 여기에서는 적군파 등에 의한 테러리즘이 아니라, 주로 원자력 발전이나 핵미사일 배치 등에 반대하는 가두시위와 점거시위 등을 가리킨다.

조직 폭력론, 저항권론 및 시민적 불복종론을 논의의 주제로 택했다.

가. 구조적 폭력론

구조적 폭력론은 노르웨이의 정치학자 요한 갈통(Johan Galtung)등을 중심으로 논의가 이루어져 왔다. 평화연구(Friedensforschung; Peace Research)에서 이용되는 정치이론이다. 현재의 평화연구의 기원은 제2차 세계대전 전까지 그 시작점이 올라간다고 여겨지지만, 전후(1950년대)는 우선 동서냉전을 주된 연구대상으로 한다. 1960~70년대에는 베트남 전쟁 등을 계기로 남북문제 등으로 무게중심을 옮기게 되었다. 1960년대 후반부터는 구조적 폭력론이 등장하였고 독일(서독)에서도 평화연구가 활발해지고 이것이 불복 주장 행동에 적잖은 영향을 미친 것으로 알려졌다. 그래서 위에 기술한 것처럼 이젠제에게서 폭력독점론 등을 이용한 비판이 제기 되게 되었다. 여기에서는 우선 상술한 폭력독점론이 비판 대상으로 자주 인용한 갈통의 논고 “폭력, 평화, 평화연구”를 이용하여 구조적 폭력론을 개관하고자 한다.¹¹⁵⁾

요한 갈통(Johan Galtung)은 구조적 폭력의 형식으로서 지배 시스템이 개인에 작용하는 강제력을 분석했다. 그는 물리적 및 심리적 폭력은 직접 인간에 의해서 인간에게 행사된다고 하며 이에 비해서 구조적 폭력은 간접적으로 작용한다고 하였다. 그것은 사회적, 경제적, 문화적 상황에 좌우된다고 주장했다.

우선, 갈통에 의하면 폭력은 다음과 같이 정의된다. 즉, “어떤 사람에게 영향력이 행사된 결과, 그가 현실에 육체적, 정신적으로 실현하게 된 것이

115) 요한 갈통의 논의에 관한 구체적인 내용은 Johan Galtung, “Gewalt, Frieden und Friedensforschung,” in: Dieter Senghaas (Hrsg.), Kritische Friedensforschung, (1971), S.55ff을 참조; 또한, 平和研究에 대해서는 Dieter Senghaas, “Editrisches Vorwort,” in: ders. (Hrsg.), Kritische Friedensforschung, (1971), S.7ff; 岡本三夫, “平和学—その軌跡と展開,” 法律文化社, (1999), 286頁 以下; 高柳先男, “ヨーロッパの精神と現実,” 勁草書房, (1987), 173頁 이하 등을 참조.

그의 잠재적 실현 가능성을 밀들었을 경우 거기에는 폭력이 존재하는 것이다.”¹¹⁶⁾ 혹은 “폭력은 가능성과 현실 사이의 즉, 실현가능한 것으로 현실에서 생긴 결과들 사이의 차이를 불러일으킨 원인”이라고 한다.¹¹⁷⁾ 그러므로 여기서 말하는 폭력에는 일반적으로 정치학에서 이용되어 왔던 폭력 이외의 것도 포함된다. 예를 들면, 전형적인 폭력의 특징의 하나로 폭력을 행사하는 주체의 존재가 필요하다. 하지만 갈통의 폭력에는 폭력을 행사하는 주체가 존재하지 않는 것도 포함된다. 갈통은 전자를 개인적 폭력 또는 직접적 폭력이라 부르며 후자를 구조적 폭력 또는 간접적 폭력이라 부른다.¹¹⁸⁾ 그리고 갈통은 구조적 폭력이 존재하는 상태를 사회적인 정의(正義)

116) Galtung, (Anm. 115), S.57.

117) Ebd., S.58.

118) Ebd., SS.61-62. 한편, 폭력(Gewalt)과 공격(Aggression)이라는 개념을 서로 연관 지을 수 있다. 이 두 단어는 종종 동의어로 사용되기도 한다. Aggression이라는 말은 라틴어 aggressio(공격)에서 온 것이다. 이에 속하는 동사 aggređi는 ‘누가 혹은 무엇인가에 맞서서 달려들고, 뿔친다(Pfeifer)는 의미이다. 폭력 및 공격의 두 단어를 비교하면 후자에서 역동적인 요소들이 전자에서는 정적인 요소가 더 지배적이라는 것을 알 수 있다. 사람은 자신의 폭력(Gewalt), 힘(Kraft), 권력(Macht) 중에 안식할 수 있다고 한다. 공격, 공격자, 공격적, 공격성이란 말에서 우리가 떠올리는 것은 초조함의 상태이다. 폭력이라는 개념은 사회학과 모종의 친밀한 관계가 있는데 Aggression이라는 개념은 오히려 심리상태를 가리키고 있다. 그러므로 Aggression은 정서 또는 욕구에 기초한 인간의 공격 태도라고 정의할 수 있다. 특히 정신분석에는 악의, 증오, 복수, 타자 및 자기를 괴롭히고 싶다는 감정이 Aggression으로 분류된다. 폭력을 논제로 삼을 경우에 가장 먼저 주목하는 것은 사회적 차원이다. 공격성의 경우에는 무엇보다 심리적 영역과 관련되어 있다. Aggression의 동의어로서 폭력행위라는 단어도 사용된다. 심리적인 것과 사회적인 것의 힘의 장소는 서로 변증법적인 상호관계에 있다는 것이 전제이다. 한편, 심리적 폭력은 종종 육체적으로 약자인 여성과 아이들의 무기이다. 심리적 폭력을 행사하는 자는 예를 들어 철학적 이념이나 종교적 교의 등으로 정치적·사회적 무능을 보완하고 다른 사람들을 자신들이 절대적 선(善)으로 간주하는 것에 굴복시키고 그들을 희생시키려고 한다. 궁극적으로는 ‘전체의 지배’를 목표로 하는 모든 시도는 경멸과 절망의 철학에 연결되어 있을 뿐 아니라 이 철학에 걸맞은 실천(Camus)으로 이끌게 된다.

라고 부른다.¹¹⁹⁾ 이것에 의해서 사회를 종래와는 다르게 분석할 수 있다. 즉, 객관적으로 피할 수 있는 것이 가능한데도 불구하고 사람이 굶주리는 경우 그곳에는 폭력이 존재하는 것이기 때문이다.¹²⁰⁾ 여기에 존재하는 것이 구조적 폭력이다. 이것에 의해서 물리적 폭력뿐만 아니라 경제적, 사회적, 구조적 폭력의 존재를 지적할 수 있다. 또 그 대책을 찾을 수도 있다.

당시 독일에서 구조적 폭력론은 예컨대 좌파 정치학자인 볼프-디터 나르(Wolf-Dieter Narr)에 의한 당시의 불복주장 행동과 그에 대한 경찰의 대응의 분석 등에 이용되고 있다.¹²¹⁾ 한편, 법학 특히 공법학자로 구조적 폭력론을 이용한 자는 많지 않다. 그 중 한 명인 에르하르트 데닝거(Erhard Denninger)도 구조적 폭력론이 법해석에 직접 도움이 되지 않으며 사회에 존재하는 폭력의 동기와 사회적 배경의 분석에 이바지하는가 라고 의문을 제기하는데 그쳤다.¹²²⁾

나. 저항권론

저항권도 시민 불복종처럼 ‘형식적으로는 합법이지만 다른 고차의 규범에 배치되는 실정법 규범에 따르지 않겠다’는 점에서 공통이다.¹²³⁾ 하지만 전후 독일에서의 저항권에 대한 논란을 다음과 같이 정리할 수 있다. 우선 불법에 대한 저항이란 뜻의 저항권(Widerstandsrecht)은 고래로부터 논의되어 왔고, 전후 독일에서는 1956년 공산당 위헌 결정시에 헌법재판소가 그

119) Galtung, (Anm. 115), S.63.

120) Ebd., S.63.

121) Wolf-Dieter Narr, “Gewalt und Legitimität,” in: Leviathan 1, (1973), S.15ff.

122) Erhard Denninger, “Gewalt, innere Sicherheit und demokratischer Rechtsstaat,” ZRP 1973, (1973), S.273.

123) 이대훈, “시민불복종과 법치주의적 상상력: 합법성의 도그마에 대하여,” 시민과 세계 제3호, (2003), 115-133면.

개념을 언급하고 있다.¹²⁴⁾ 하지만 저항권이 가장 주목된 것은 당초는 노조 등의 주장을 계기로 많은 우여곡절을 거친 후 1968년 기본법 개정 이른바 비상사태 헌법 제정 때 저항권이 기본법 제20조 제4항으로 삽입된 것이다.¹²⁵⁾ 학설에서는 ‘자유로운 민주적 기본질서를 뒤집는 명백한 의도’ 등이 저항권 행사의 조건으로 주장되고 있다.¹²⁶⁾ 그러나 본조는 저항권의 담당자가 일반 사인(私人)에 국한되지 않고 공권력도 그 담당자가 될 수 있다고 해석할 수 있는 점 또한 저항의 대상이 기존의 저항권론에서 상정하고 있는 공권력에 국한되지 않고 사인에 의한 아래로부터의 쿠데타에 대해서도 저항권이 행사될 수 있다고 해석할 수 있는 점 등이 저항권 개념의 전도(顛倒)라고 비판받고 있다.¹²⁷⁾ 이러한 비판이 있는 한편, 불복제기 행동이 저항권에 의해서 정당화된다는 주장도 존재하지만 시위와 점거농성 등의 불복주장 행동이 기본법 상의 저항권 행사요건을 충족한다고 논증하는 것은 매우 어려운 상황이다.¹²⁸⁾

다. 시민적 불복종론

독일에서 한 때 기대를 모았던 것이 시민적 불복종(ziviler Ungehorsam)인데 이것도 저항권과 마찬가지로 불법적인 실정법 규범에 대해서는 불복

124) BVerfGE 5, 85 [1956]; 芹沢齊, “法治國家の敵と抵抗權,” 樋口陽一・野中俊彦編, “憲法學の展望,” 有斐閣, (1991); 松浦一夫, “環境保護平和運動(綠の黨)とその抵抗(一),” 早稻田政治公法研究 第20号, (1986年).

125) 독일기본법 제20조 제4항: 모든 독일인은 이 질서를 배제하는 것을 획책하는 몇 명에 대해서도 다른 구제수단이 불가능한 경우에는 저항할 권리를 가진다.

126) Konrad Hesse, “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,” 20. Aufl. C.F. Müller GmbH, (1999), Rdn. S.313ff.

127) 影山日出彌, “西ドイツにおける國家緊急權,” (初出 1968年), “憲法の原理と國家の論理,” 勁草書房, (1971), 121頁.

128) Jürgen Habermas, “Ziviler Ungehorsam (zuerst 1983),” in: ders., Die Neue Unübersichtlichkeit (1985a), S.82.

종을 허용하겠다는 생각이다. 다만, 일반적으로는 국가질서 그 자체가 위기에 처해 일종의 극한적인 저항권이 문제가 되는 것에 대한 시민적 불복종은 그것보다 시간적으로 앞의 상태(평시)에서 행사가 문제가 된다.¹²⁹⁾

여기에서는 시민적 불복종을 놓고 종종 보수파와 공방을 벌였던 유르겐 하버마스(Jürgen Habermas) 논의를 소개한다. 하버마스는 시민은 다수파에 의해서 제정된 모든 법령에 복종할 의무를 진다는 생각을 권위주의적 리걸리즘(*autoritär Legalismus*)이라고 비판했던 것이다.¹³⁰⁾ 왜냐하면 근대 입헌 국가가 시민에게 법에 복종할 것을 요구할 수 있는 것은 합법적인 것을 정당하다고 인정했기 때문이고 또 때에 따라서는 정당하지 못하다고 기각할 수 있는 원리 즉, 승인할 만한 원리에 국가가 의거하고 있는 경우에 한한다고 보기 때문이다.¹³¹⁾ 하버마스는 이런 논리로 시위를 비롯한 각종의 불복주장 행동을 시민적 불복종의 형태로 옹호했다.

3. 불복주장 행동에 대한 비판

갈통과 하버마스 등의 주장에 대해서는 다시 아래와 같은 비판이 더해졌다. 우선, 구조적 폭력론에 대하여 이젠제는 이를 내전 이데올로기(*Bürgerkriegsideologie*)라고 부르면서 비판하고 있다.¹³²⁾ 이러한 비판은 완전한 사회적 평등이 실현되지 않은 현대사회를 구조적 폭력론에 따르면 평화가 아니고 내전 상태로서 파악하는 것을 전제로 하기 때문이다. 이렇게 사회적 불평등의 철폐를 이유로 사인에 의한 대항폭력(*Gegengewalt*)이 정당

129) 예를 들어 Ralf Dreier, "Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat," in: Peter Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, (1983).

130) Habermas, a.a.O., (Anm. 128), S.91.

131) Habermas, a.a.O., (Anm. 128), S.85.

132) Isensee, a.a.O., (Anm. 21), S.33; Vgl. Isensee, a.a.O., (Anm. 86), S.19 (Fn. 39); Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.51ff; Merten, a.a.O., (Anm. 96), S.43f.

화되어 현재의 권력관계의 전복, 다시 말해 혁명에 이르게 된다고 이젠제는 언급하였다.¹³³⁾ 그러나 구조적 폭력론의 주창자인 갈통은 구조적 폭력의 철폐에 폭력을 이용하는 것을 분명히 부정하고 있다.¹³⁴⁾ 또 전술한 것처럼 구조적 폭력론을 인용해 데닝거는 분명 다른 논고에서는 실력행사를 동반한 시위를 정치적 표현활동으로 규정하고 그것의 민주정치에 대한 필요성을 인정하면서 이에 대한 기본법상의 보호까지 인정하고자 하였다. 예를 들어 파괴와 피를 동반하는 시위를 부정하는 한편 교통방해와 같은 항의행동을 정당화하려는 것을 들 수 있다.¹³⁵⁾ 왜냐하면, 사회에 어느 정도의 분쟁은 필수적이기 때문이다.¹³⁶⁾ 그러나 데닝거는 구조적 폭력론을 폭력 발생이라는 사회적 배경의 분석을 위한 도구로 소개한 것이지 대항폭력을 정당화하기 위해서 거론하는 것은 아니다.

저항권에 대해서도 이젠제는 그 행사요건을 국가가 위협에 직면한 것과 같은 극한적인 경우에 한정하고 현실의 변혁에 저항권을 행사하는 것은 허용되지 않으며, 오히려 혁명을 방지하는 것에 저항권의 목적이 있다고 하였다. 특히 그는 불복을 제기하는 행동에 참여한 자가 법률위반에 대한 처벌을 면하기 위하여 저항권을 주장하는 것은 잘못이라고 비판했다.¹³⁷⁾ 또 시민적 불복종에 대해서는 개개인이 불복한 때에 의거하는 규범은 아무래

133) 요제프 이젠제의 이런 주장에 대하여 에른스트-볼프강 베크엔뢰데(Ernst-Wolfgang Bökenförde)는 구조적 폭력개념을 전쟁, 혁명개념(Kriegs-und Revolutionsbegriff)이라고 부르고 비판한다(Ernst-Wolfgang Bökenförde, "Der Staat als sittlicher Staat," Politik und Geistesgeschichte, Band 14m Duncker & Humblot (1978), S.18 (Fn. 16).

134) Galtung, a.a.O., (Anm. 115), S.83f.

135) Erhard Denninger, "Polizei in der freiheitlichen Demokratie," Frankfurt a.M., Berlin: Alfred Metzner, (1968), S.35.

136) Denninger, a.a.O., (Anm. 135), S.28ff.

137) Josef Isensee, "Ziviler Ungehorsam," in: Güter Birtsch/Meinhard Schröder (Hrsg.), Widerstand und Ungehorsam (Trierer Beiträge), (1988), S.58; Isensee, a.a.O., (Anm. 107), S.13ff; Kriele, a.a.O., (Anm. 94); Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.59.

도 주관적인 판단에 근거하는 경향이 있고, 이런 주장을 인정한다면 사회는 혼란에 빠질 수밖에 없고, 결국 일부 학자와 저널리스트 등 영향력있는 엘리트(Werte-Elite)¹³⁸⁾에 의한 다수파에 대한 전제(專制)에 이르게 되는 것이라고 비판하였다.¹³⁹⁾

이와 같이 특히 구조적 폭력론에 대해서는 좀 과잉이라고도 보이는 비판이 행해지고 있지만 이는 구조적 폭력론이 사회주의 또는 공산주의의 대체 이론으로 포착된 것이 큰 원인으로 보인다. 즉, 경제적 지배관계도 폭력으로 정의한다면 애당초 자본주의 자체가 폭력적인 경제체제인 셈이다. 이는 보수파에게는 견디기 어려운 주장이었을 것이다. 이젠제가 구조적 폭력론에 관해서 네오 마르크스주의적 경향이라고 말하고 있는 것은 그런 의미에서 상징적이다.¹⁴⁰⁾ 더욱이 갈통은 마르크스주의적인 정치경제 분석에 일정한 평가를 해주고 그것과는 독자적인 것으로서 구조적 폭력론을 규정하고 있는 것으로 보인다.¹⁴¹⁾

1980년대 전반에 SPD에서 정권을 탈환한 CDU/CSU와 FDP의 연정은 이른바 폭력위원회를 설치하여 법학, 사회학, 범죄학, 심리학 등의 연구원과 실무자들에게 독일에서의 폭력문제를 조사하여 검토하도록 하였다.¹⁴²⁾ 그 내용은 다방면에 걸치지만 흥미로운 것은 사회학자가 폭력 개념의 정의를 검토한 것이다. 즉, 구조적 폭력론에 대해서는 폭력 개념을 모호하게 한다는 이유로 부정적 평가를 내리면서 판례에 있어서의 폭력 개념의 비실체화(Entmaterialisierung) 또는 정신화(Vergeistigung)의 문제점도 불충분하다

138) Kriele, a.a.O., (Anm. 94), S.419ff.

139) Isensee, a.a.O., (Anm. 115), S.59ff.

140) Isensee, a.a.O., (Anm. 86), S.19 (Fn. 39).

141) 예를 들어 Galtung, a.a.O., (Anm. 115), S.98 (Fn. 19).

142) Hans-Dieter Schwind/Jürgen Baumann(Hrsg.), "Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt," Bd. I. Duncker & Humblot, (1990a); Hans-Dieter Schwind/Jürgen Baumann(Hrsg.), "Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt," Bd. II. Duncker & Humblot, (1990b).

고 지적하였다.¹⁴³⁾ 따라서 구조적 폭력론처럼 경제적 지배관계도 폭력으로 파악한다면 국가는 거기에 재분배 정책 등으로 개입하지 않으면 안 된다. 한편, 거리에서의 불복주장을 펼치는 운동을 폭력으로 간주하고 이를 배격한다면 그것은 재산을 갖지 않는 자에게서 표현의 권리를 뺏고 이어서 자연스럽게 양극화의 결과가 나올 것이다. 아마 구조적 폭력론과 폭력의 정신화 및 비실체화라는 두 종류의 폭력 개념의 확장에서 사실은 체제선택 그리고 민주정치의 문제가 유사하게 다루어진 사건이라 할 수 있다.

4. 통치권, 지배권 혹은 고권(Hoheitsakte)의 민영화와 폭력독점론의 변화

특수한 문제는 국가가 합법적인 폭력행사를 친권과 긴급조치를 넘어 사적인 영역의 일반시민들에게 맡겨야 할지, 맡긴다면 어느 정도 맡길 수 있느냐 하는 것이다.¹⁴⁴⁾ 이 문제는 국가임무를 지속적으로 민영화하고 있는 추세에 근거하여 제기되는 것이다. 이 경향은 다양한 원인이 있다. 가장 중요한 원인은 국가의 재정능력이 저하되는 상황에서도 여러 임무를 국가에 과도하게 요구하는 데에 있다. 민영화는 이 경우 한편으로는 (매번)지출을 경감하고, 다른 한편으로는 서비스 시스템 매각에 따른 (일회적인) 수입을 약속하지만, 근본적인 해결이 안돼 결국 국가의 고권적 작용까지도 민영화가 필요하다는 것인데 이것은 다양한 학문적 분야나 사회적 영역의 신자유

143) Schwind/Baumann, a.a.O., (Anm. 142), S.302ff. 최근의 판례의 폭력 개념의 정신화(精神化)에 대해서는, Arndt Sinn, "Gewaltbegriff," NJW 2002, (2002), S.1024ff 를 참조. 농성에 따른 교통방해 등 사람 등에 대한 직접적으로 물리적 폭력을 행사하지 않는 행위도 형법상 소요죄와 강요죄에 있어서의 폭력에 해당한다고 판단할 것인가의 문제이다.

144) Christof Gramm, "Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben," Berlin: Duncker und Humblot, (2001).

주의적 이념의 대두와도 관련되어 있다.

신자유주의 이론에 따르면 국가는 직접적인 서비스 공급에서 철수할 수 있다. 왜냐하면 이 이론은 국가의 운영도 시장의 경쟁원리를 기초로 하지만 문제가 있을 때 자체 수정이 가능하고, 자원을 효율적으로 분배할 수 있으며, 공적 이익에 부합한다고 전제하기 때문이다. 만일 국가가 서비스 공급을 누락시키거나 질을 해치는 일 없이 또 제공하는 서비스가 민간이 주도권을 쥐는 것보다 훨씬 싸게 제공될 것으로 기대되는 것이라면 그 결과 국가는 관련 사항의 제어에만 한정하여 권력을 행사할 수 있다. 단, 자신의 임무를 전형적으로 물리적 폭력행사를 통하여 수행하는 경우라면 여러 공적 제도가 민간의 손에 넘어간 경우 폭력독점은 이러한 변화로 손해를 받게 된다. 그리고 셀 수 있는 서비스 제공은 군대, 경찰, 교도소, 기타 여러 가지 시설 등이 있다. 확실히 그런 통치권, 지배권 혹은 고권의 민영화와 같은 과감한 시도는 지금까지 독일에서는 드물었다. 그러나 국가경찰을 민간의 도움으로 보완하고 교도소를 민영으로 경영한다는 생각은 존재하지만 그것도 선례가 없는 개혁 지향적인 생각으로만 남아 있다. 민간 경비구역은 이전부터 활용된 주지의 현상이지만 예를 들면 기결수의 신병확보 시설같은 일련의 강제적 관리시설을 민간으로 옮기는 설계만 구상하는 사이 먼저 민간에 의해서 운영되는 사례가 등장하였다.

분명히 폭력행사가 문제가 되는 경우 민간경비 구역은 내외부의 공격이나 위태한 상황이 발생하게 되면 희생자에게도 정당방위, 긴급피난 또는 자력구제의 관점에서 허용되는 행위를 대행하는 것에 한정되어 있다. 그러므로 이들의 권능이 국가의 폭력독점에 맞서는 것이 아닌 만큼 폭력독점은 민간에 위탁된 경비 병력에 의한 권능의 행사에 달리게 된다. 그러나 다른 사례에서는 사태는 다시 복잡하게 된다. 퇴로가 확실히 폐쇄된 시설에 기결수나 기타 의무자를 수용(收容)하는 것은 국가의 결정을 전제로 하지만, 그들에 대한 폭력행사는 직접적으로 닥친 위협의 방어를 훨씬 넘어서는 것이

다. 하지만 이 경우에도 타당한 것은 국가의 폭력독점이 물리적 폭력을 예외 없이 스스로 국가의 관리에 의해서 행사할 것을 요구하지 않는다는 점이다. 민간의 폭력 보유자가 국가의 위탁을 받아 국가에 의해서 제정된 조건에 따라 그 감시 하에 폭력을 행사할 경우에도 폭력독점은 유지된다. 이는 교도소와 경찰 임무의 경우에도 미리 배제되지 않는다.

이처럼 국가의 폭력행사의 권능의 외부 위탁이 반드시 폭력독점을 폐지하지 않는 것이라면 거꾸로 그러한 외부 위탁이 무제한이 되면 반드시 폭력독점을 위태하게 만드는 것이다. 국가로부터 위탁받은 민간의 폭력행사를 유효하게 통제한다는 조건이 충족될 수 있는 것은 국가자신이 민간의 폭력수단을 능가하는 폭력수단을 여전히 이용할 수 있는 경우뿐이다. 그러므로 경찰력 및 군(軍)의 전력(戰力) 문제는 교도소의 운영 문제와는 다른 형태로 제기된다. 국가가 이러한 절차의 직접적 이용 가능성을 내놓겠다고 하면 이것은 말하자면 군대의 지휘권까지 민영화하여야 가능한 일이다. 이 경우 국가가 배타적인 폭력행사 수단의 보유자를 유효하게 통제하고, 필요한 경우에는 자신의 폭력에 의해서 그것들의 법적 한계를 확정하는 것은 이제 불가능하다. 물리적 폭력 행사권의 중심이 국가의 권능 밖에 있을 때 이에 항거해서 장기적으로 존속할 수 있는 정치 시스템은 어디에도 없기 때문이다.¹⁴⁵⁾

이런 이유로 제복을 입은 무장된 민간의 군대인 용병도 폭력독점에 대한 위협을 이룬다.¹⁴⁶⁾ 예를 들면, 시대에 따라서는 정당이 그 같은 민간의

145) Niklas Luhmann, "Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat," München u.a.: Olzog, (1981a) S.82; Niklas Luhmann, "Rechtswang und politische Gewalt," in: Luhmann, Niklas: Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (1981b), SS.154-172.

146) 최은범·박지현, "민간군사기업(PMCs)의 국제인도법상 지위," 人道法論叢 第28號, (2008. 9), 21-52면. 민간용병은 민간군사기업(Private Military Companies, PMCs)을 일컫는 말이다. 세계 각국에서 각종 군사활동 혹은 공작활동을 벌이는 민간업체를 말하며 현대적 의미의 용병이라고 할 수 있다. 과거에 비해 그 규모, 조직

군대를 보유하기도 했다. 민간부문에서의 경비 용역처럼 폭력수단의 사용의 자격이 좁은 범위에 한정되어 있다고 해도 그런 단체는 사실상 국가가 그 권능을 관철하는 것을 현저히 곤란하게 하는 잠재력을 갖고 있기 때문이다. 만약, 국가가 자국의 무장단체에 대한 제어능력을 잃고 이들 무장단체가 이제 국가의 명령에 따르지 않고 자립하든가 또는 정식 권한이 없는 지도자의 명령을 듣거나 할 때 사태는 심각한 상황에 이르게 된다. 이런 상황은 대개 정통성을 상실한 권력행사의 결과가 문제가 되는 것이며 이 정통성의 상실은 [체제]전복에 이르고 강제장치의 사용을 다른 세력에 맡기는 것이다.

5. 폭력독점의 논쟁이 등장한 이유

그럼 왜 폭력독점이 1970년대 후반부터 독일 공법학에서 적극적으로 사용되기 시작한 것인지를 생각해 보기로 하자. 우선 메르텐이 자신의 저서를 공표한 1975년은 독일에서 비상사태 헌법 반대운동으로 APO가 좌절한 지 7년 후이며, 이윽고 나타난 ‘독일의 가을’ 직전의 시기였다. 이미 이 시기에는 적군파에 의한 빌딩폭파 등의 무장투쟁이 시작됐고, 사적 폭력과 위협이 비교적 현실감을 가지고 느껴진 것이 주된 이유라고 생각한다. 또 동시에 APO가 사회정의 등을 근거로 의회비판을 한 것도 비교적 기억에 새로운 것이라고 본다. ‘사적 폭력’ 탓에 의하면 1980년대 전반은 아직 독일사회에 그 여운은 남아 있지만 ‘독일의 가을’의 분위기도 여전히 흐르고 있었다. 한편, APO 등의 사상을 이어받은 형태로 평화환경 운동이 고양된 이른바 ‘뜨거운 가을’이 도래하고 대규모 시위 등의 형태로 적어도 RAF보

구조, 활동방식, 활동영역은 과거의 용병체제를 훨씬 뛰어넘는 수준에 이르러 있다. 민간군사기업은 일반적으로 다양한 국가에 그 법적, 재정적, 인적 기반을 두고 있다.

다는 온건하고 합법적인 형태의 정치적 행동이 계속 표출되고 있었다.

이젠제가 논고에서 말한 문제의식을 우리가 그대로 믿는다면 그의 문제의식은 사적 폭력과 테러리즘 그 자체라기보다는 실행행사를 따른 불복주장 행동이 사회에서 어느 정도 수용되어 정당성을 획득하고 그 결과 폭력독점은 근대국가의 기초가 흔들리고 있다고 느낀 점에 있을 것이다. 특히 신좌익운동의 이론적 지주가 된(것이라고 이젠제가 생각하는) 평화연구의 구조적 폭력론에 대해서 내전 이데올로기 등과 같은 가혹한 비판을 가하고 있는 점을 주목해야 된다.¹⁴⁷⁾ RAF의 테러를 정면으로 지지하는 목소리는 낮았고 그래서 좌익은 ‘독일의 가을’에서 큰 타격을 받게 되었지만 ‘뜨거운 가을’은 이와는 완전히 다르게 나타났다. 원전(原電) 등의 환경문제 그리고 무엇보다 독일 국내에 핵무기를 배치하겠다는 정책은 독일의 광범위한 계층에 위기감을 주는 이른바 새로운 사회운동으로 지지와 정당성을 획득할 수 있었다. 이젠제를 논쟁의 장으로 내몬 것은 아마 이런 점이 원인이었으며 그것 때문에 좌익의 이론적 지주인(것으로 이젠제가 본) 구조적 폭력론 등을 공격할 필요가 있었다고 생각된다.

독일 공법학에서의 국가론의 변화를 검토한 크리스토프 뮐러(Christoph Möllers)에 의하면 전후 독일(서독) 공법은 전쟁 전에 비해서 국가론보다 법 해석과 헌법재판소 판례평석에 편한 자세로 안주하여 왔더니 국가론의 존재감은 희미해지는 경향이 나타났다고 진단하였다.¹⁴⁸⁾ 그러나 1960년대 후반부터 ‘독일의 가을’ 등을 거치면서 국가론을 다시 이용하려는 경향이 등장하였다. 앞의 이른바 비상사태 헌법은 그 흐름의 하나이며 여기서 폭력독점론도 재발견된 것이었다.¹⁴⁹⁾

147) Isensee, a.a.O., (Anm. 21), S.33.

148) Christoph Möllers, “Der vermisste Leviathan, Staatstheorie in der Bundesrepublik,” Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, (2008), 31ff; 林知更, “国家論の時代の終焉? (一)~(二·完),” 法律時報 第77卷 第10号, 第11号, (2005)를 참조.

149) Möllers, a.a.O., (Anm. 46), S.145f; Möllers, a.a.O., (Anm. 148), S.44ff., S.65f;

폭력독점론은 지금까지도 재판을 받을 권리와 공권력의 민영화의 한계 등과 같은 문제에 있어서 이용되고 있지만 뮐러의 지적처럼 이들의 구체적 헌법 해석론에서 폭력독점이 결정적 역할을 하고 있는 것은 아니다.¹⁵⁰⁾ 즉, 폭력독점은 추상적인 국가론으로서는 받아들이고 있지만 개별 구체적 헌법 해석으로는 거의 의미를 갖지 않는다. 그럼에도 불구하고 폭력독점이 아직 공법학의 논의에 검소하게 등장하고 있다는 점에 본 논문을 주목해야 한다고 생각한다.

앞에서는 먼저 불복주장의 행동을 옹호하는 논의를 소개했지만 이들 논자들은 폭력독점론에 관해서 어떤 태도를 취하고 있었을까? 필자의 좁은 식견의 한도에서 판단해 보면 이들은 폭력독점론을 바탕으로 주장되는 기본권 제약을 비판하지만 폭력독점론 자체를 정면에서는 부정하지 않겠다는 것이 폭력독점론에 대한 일반적인 자세였다고 생각된다. 시민적 불복종에 관해서 이젠제를 통렬히 비판한 하버마스조차 폭력독점이 근대국가에 중요한 요소임을 부인하지는 않는다.¹⁵¹⁾

그럼 여기에서의 양쪽 주장의 대립의 축이 무엇인가? 그것은 결국 의회 제정법에 어디까지 복종의무를 인정할 것인가? 제정법의 합법성뿐 아니라 다시 고차원의 정당성도 문제 삼는가? 어디까지 실행행사를 수반한 불복주장이 중립 행동을 허용하는가? 라는 문제에 대한 저항권과 시민적 불복종의 시비의 문제였다고 생각된다. 이것들은 모두 공법학에서 중요한 논점이지만 폭력독점 그 자체를 다루는 것은 아니었다. 이 점에서 폭력독점을 그 논의의 핵심에 둔 것이 아니라고 본다. 독일의 근대국가의 역사적 형성 과

高橋明男은 폭력독점론을 옛날의 경향 내지 슈미트-포르스토프[Forstov] 學派의 특징으로 정리하고 있다. 高橋明男, 前掲注 14), 105-106頁.

150) Möllers, a.a.O., (Anm. 46), Kap. 13.

151) Jürgen Habermas, “Gewaltmonopol, Rechtsbewußsein und demokratischer Prozeß,” in: ders., Die nachholende Revolution, (1990); 毛利透, “市民的自由は憲法学の基礎概念か,” 表現の自由, 岩波書店, (2008), 50-51頁(脚注 24)도 참조.

정을 면밀히 살펴보면 독일 공법에서 폭력독점을 규정하는 방식과 논리의 모습이 드러난 것을 엿볼 수 있다.

폭력독점이라는 개념은 기본권 특히 집회의 자유 등의 제한과 오로지 친화적으로 조응하는 것으로 생각되지만 재판을 받을 권리라는 관계에서는 그것과는 다른 일면을 보여 준다. 이것은 법=권리=정의(Recht)라는 등식의 관념에 대한 인식이 독일과 우리나라 사이에 차이가 있기 때문이라고 생각한다. 그리고 그 차이는 권리구제에 관한 우리와 독일의 논란에도 차이를 가져오고 있다고 생각된다. 이렇게 문제를 진단하면서 그 해결을 위한 단서로서 다음 장에서는 독일 법제사와 이어서 민사소송법학의 역사를 차례로 검토하기로 한다.

IV. 국가의 폭력독점과 그 귀결로서 보호와 복종의 연관성

이하에서는 우선 독일의 근대국가의 역사적 형성과정을 점검한다. 더 정확히 말하면 전후 독일 공법학의 폭력독점론에서 일반에게 공유되고 있는 독일의 근대국가의 역사적 형성과정이다. 그 이유는 이 시기의 역사가 독일 공법학에서 폭력독점의 규범적 정당화에 자주 이용되고 있기 때문이다. 여기에서는 폭력을 수반하는 자력구제의 금지, 대내적 평화의 실현, 근대국가의 성립이 한 쌍의 주제로 논의되었고 그 결과 폭력독점이 근대국가의 전제조건으로 규정된다. 독일 기본법상 명문의 근거규정이 없는 폭력독점의 개념에 있어서 역사는 중요한 발판인 것이다. 그러나 이 역사는 평화의 무라는 형태로 기본권 제한과 결부되고, 법이 국가를 구속한다는 의미의

법치국가 원리 그리고 재판을 받을 권리에도 연결되어 있다.¹⁵²⁾ 여기서 열쇠가 되는 것이 폭력을 수반하는 자력구제를 역사적으로 어떻게 평가하는 가라는 문제이다. 이하에서는 이 점에 유의하면서 아주 간략하게나마 독일 법의 역사를 개관하고 그 위에서 법=권리=정의(Recht)의 관념을 검토하기로 한다.

1. 자력구제의 탄압과 근대국가의 형성과정에서의 독일 법학의 역사

가. 중세 독일에서의 권리구제 수단으로서 자력구제와 재판

지리적 영역에서 아직 공권력이 성립하지 못한 시대에는 자신의 이익이 침해되었을 경우 그 구제수단으로는 자력구제가 주된 것이었다. 이때 자력구제는 귀족 등 일정한 신분의 사람만이 허용된 페더(Fehde)라 불리는 사전(私戰)과 농민 등에도 허용된 피의 복수(Blutrache)로 나뉜다. 이들 방식에는 상대에 대한 사전(Fehde)의 통보 등 일정한 명예로운 규칙이 존재하고 있었다.¹⁵³⁾ 이들 외에 공동체에 의한 재판도 존재했지만 제소하고 응소한 후 판결의 집행 등으로 이어지는 일련의 절차는 원칙으로서 당사자에 맡겨졌고 결과적으로 이것은 자력구제의 성격을 질게 가진 것이었다.¹⁵⁴⁾

152) 엄순영, “폭력이 아닌 법의 가능성: 법과 폭력의 21세기 공간,” 기획특집-우리 사회의 폭력, 지식의 지평 18, (2015), 48-63면.

153) 이 항목의 기술을 위해서는 주로 다음의 문헌을 참조하였다. Isensee, a.a.O., (Anm. 21), S.26; Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.32ff; Scholz, a.a.O., (Anm. 93); Schwegmann, a.a.O., (Anm. 95). 비교적 최근의 것으로는 Hans-Jürgen Becker, “Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit des Bürgers,” NJW 1995, (1995), S.2077ff; Markus Möstl, “Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung,” 1 Aufl. Mohr Siebeck, (2002), S.5ff; Eberhard Schmidt-Aßmann, “§26 Der Rechtsstaat,” in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. (2004), S.547ff.

이러한 자력구제는 현재 시각으로는 얼핏 야만적이고 무서운 것에 지나지 않는다고 생각될지도 모른다. 그러나 이 당시 자력구제는 각자가 가진 정당한 권리로 인식되었던 것이다.¹⁵⁵⁾

나. 자력구제의 규제로서 신(神)의 평화운동(Treue de Dieu)과 란트 평화령(10세기 말~15세기)

전쟁을 수행하는 국가는 개인의 경우라면 명예실추가 될 수 있는 어떤 비열한 행위도 어떤 폭력행위도 서슴지 않는다. 국가는 허용된 책략만을 쓰는 것이 아니라 자각적인 허위, 고의적 기만을 적에게 이용하는 것이다. 전쟁에서 선(善)은 존재하지 않는다. 인류의 전사(戰史)를 면밀히 분석해보면 전쟁은 그 동안의 관습을 넘어설 수 있을까 라고 의문시 하는 그 이상의 행위를 항상 자행해 왔다.

유럽 중세사회에서 자유인 사이에 특히 기사계급인 봉건영주(제후와 귀족)끼리 혹은 도시간 벌어졌던 사전(私戰)인 페더(Fehde)가 당사자 이외의 사람들에게 미치는 피해를 경감할 필요가 있었기 때문에 이때부터 페더(Fehde)의 시기, 대상 등을 제한하고 교회 주도의 “신(神)의 평화(Gottesfriede)” 운동과 세속권력이 주도하는 란트 평화령(Land friedensgesetz)의 시도가 등장한다. 하지만 이들은 여전히 지역적인 공권력의 결여 등의 이유로 어디까지나 페더(Fehde)의 금지는 아니다. 시기, 장소, 대상 등에 관한 제한에

154) 법제사 등에서 폭력독점을 다룬 것으로는 Bernd Hesse, “Querulatorischer Terrorist oder Kämpfer um’s Recht?,” NJW 2003, (2003), S.621ff; Michael Stolleis, “Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt,” in: Nikolaos Alivizatos et al. (Hrsg.), Essays in honour of Georgs I. Kassimatis, (2004), S.578ff; Willoweit, a.a.O., (Anm. 25), S.317ff.

155) Christine Reinle, Art. “Fehde,” in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., (2008), S.1515ff; 山内進, “掠奪の法觀念史,” 東京大学出版会, (1993), 228頁 이하 등도 참조하였다.

머무를 수밖에 없었다.

다. 자력구제의 금지로서 영구 란트 평화령(1495년~)

이 시기가 되면 게르만 시대 이래 “피의 복수”로부터 발전한 페더(Fehde)를 원칙적으로 금지하고 권리침해에 대해서는 법원의 이용을 의무화하며 범죄자뿐만 아니라 범죄자에게 자력구제를 실시한 사람에게도 형벌을 가한다는 “영구 란트 평화령(ewiger Landfriede)”이 제후의 협력을 얻어 황제 막시밀리안 1세에 의해 발표되었다. 동시에 평화령 위반자를 검거 및 처벌하기 위한 기관으로 황실재판소(Reichskammergericht), 제국 궁내법원(Reichshofrat) 등이 설립되었다. 그렇다고 상술한 대로 자력구제는 각자가 가진 정당한 권리라는 관념의 존재 또한 강력한 공권력의 미성숙함 같은 이유로 하루 아침에 평화령이 실현된 것은 아니었다. 그러나 현재의 독일에 해당하는 지역에서는 폭력독점의 점진적인 실현을 통해서 소위 근대국가로의 길을 걸어가고 있었다.

라. 법(Recht)관념의 변화

이상의 역사에 있어서 법관념의 변화는 매우 큰 것은 아니지만 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉, 중세까지 법은 페더(Fehde) 같은 실력에 뒷받침된 주관적 권리의 집합체였다. 그것은 사람이 만드는 것이 아니라 이미 존재한 규범을 발견하고 확인하는 것이었다. 즉, 중세 독일에서 자력구제권은 주관적 권리(subjektives Recht)인 동시에 그 집합체가 “옛날의 좋은 법(gutes altes Recht)”이라는 이른바 객관법(objektives Recht)을 구성했던 것이다.¹⁵⁶⁾ 그러나 근세 이후의 독일에서는 자력구제가 원칙적으로 금지되어

156) 박병석, “규범적 다원주의의 이론적 발전과 특성: 독일에서의 신다원주의를 중심으로,” 한국정치학회, 한국정치학회보 제25권 제2호, (1992. 4), 88-110면; 小貫幸

국가가 운영하는 법원의 이용이 강제되는 것으로 주관적 권리와 실행행사가 절단되어 갔다. 또 거기에서는 인위적인 법 즉, 군주의 명령, 의회 제정법이 등장하였다. 거기에서는 제정법을 무기로 하는 영방군주의 행정권(Polizei)과 신민의 사권을 보호하려는 제국의 법원과의 긴장관계가 형성되었고 전자가 후자를 침식하려는 경향이 나타났다.¹⁵⁷⁾

이처럼 자력구제의 금지 등을 통해서 자력구제권은 주관적 권리가 박탈되어 마침내 공권력으로 대체되었다. 전형적으로는 행정의 권한과 의무라는 다른 객관법 즉, 공공선 혹은 공공의 복지(allgemeines Wohl)로 치환되어 갔다.¹⁵⁸⁾ 즉, 현대의 권리구제 제도는 권리구제에 관한 주관적 권리가 객관적인 법제도 위에 성립하고 있다. 그 결과 과거에는 가능한 자력구제가 현대에서는 금지되어 이른바 국가가 운영하는 법원의 이용이 강제되는 것이다.

하지만 여기서 유의해야 하는 것은 페더(Fehde) 등의 주관적인 자력구제권의 잔재가 사인의 수중에 일정 정도 남았다는 것이다. 그 하나가 민사소송에서의 소권(訴權)이다. 이 소권을 둘러싸고 19세기 독일 민사소송법에서는 논란이 벌어졌다. 그 때에 중요한 역할을 한 것이 “국가의 자력구제 금지와 그 대가로서의 재판”이라는 논리이다. 이하에서는 우선 독일 소권논쟁을 개관하고 거기서 무엇이 다루어지고 있는지를 알아보기로 한다.

浩, “近代人權宣言と抵抗權の本質について,” 早稲田法学会雑誌 第41卷 (1991), 134頁; 村上淳一, “法律の一般性について—近代的法律概念の成立と変質,” 鈴木祿弥ほか編, 概観ドイツ法, (1971), 17頁 以下, 92頁 以下. 또한 村上淳一, “ドイツ市民社會の成立,” 法学協會雑誌 第86卷 第8号, (1969), 937頁도 참조.

157) 村上淳一, “近代法の形成,” 岩波書店, (1979), 139頁.

158) 小貫幸浩, 前掲書(註 156), 134頁 以下; 村上淳一, 前掲書(註 156), 98頁.

2. 19세기 독일 민사소송법에서의 소권논쟁

소권은 소송을 통하여 법원의 심판을 받기를 원하는 것으로서 민사소송 제도의 이용자 측의 권능으로 보는 경우에 쓰이는 말이다.¹⁵⁹⁾ 그 권능의 성질과 내용을 둘러싼 논란은 소권론이라는 논쟁으로 오래 전부터 민사소송법의 기본문제로 지적되어 온 것으로 알려져 있다.¹⁶⁰⁾ 19세기 독일의 소권논쟁은 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.¹⁶¹⁾

가. 사법적 소권설과 공법적 소권설

당초 19세기 독일의 민사소송법에서 소권(Klagerecht)이란 실체적 개인에 내재하는 기능이라는 사법적 소권설이 전개되어 오고 있었다.¹⁶²⁾ 즉, 사법상의 권리는 그것이 침해되었을 때 피해자는 가해자에 대한 소권을 가진다고 하였다. 이것에 대응해서 등장한 것이 이른바 공법적 소권설인데 이 주장은 국가기관인 법원을 통하여 소권을 행사하여야 한다는 국가에 대한 권리로 소권을 이해하였다. 공법적 소권설은 이윽고 사법적 소권설을 통설 자리에서 몰아내 버렸다. 이것으로 민법상의 성격을 가진 실체적 개인의 수혜자가 사인인 것에 대한 공법적 성격을 가진 소권의 수혜자는 공권력이라고 주장되기에 이르렀다. 다시 말하면 소권은 공권력인 법원을 통해서 자신의 실체적 권리를 주장할 수 있다는 논리가 확립된 것이다.

159) 이시윤, *신민사소송법*, 제5판, 박영사 (2010), 189면.

160) 金子宏의 編, *法律学小辞典* [第4版 補訂版], 有斐閣, (2008), 775頁.

161) 海老原明夫, “公権としての権利保護請求権,” *法曹協會雜誌* 第108卷 第1号, (1991), 5頁; 新堂幸司, *新民事訴訟法* [第4版], 有斐閣, (2008), 230頁 이하를 참조.

162) Savigny, Windscheid 등 19세기 독일의 보통법 시대의 학자들에 의하여 제창된 학설이다. 이시윤, 앞의 책(주 159), 190면. 이 당시 소권이란 “사권에 내재하는 힘,” “사권에서 파생하는 본질적인 권능,” “사권의 속성 내지는 그 변형물”로 이해하였다. 海老原明夫, 前掲書(註 161), 5頁 以下.

나. 추상적 소권설과 구체적 소권설

공법적 소권론은 크게 둘로 나뉘어 대립하고 있다. 첫째, 소권은 법원에 대해서 본인에게 유리한(günstiges Urteil) 어떠한 판결을 요구할 권리라는 추상적 소권설이며,¹⁶³⁾ 둘째, 법원에 요구하는 판결에 어떤 구체적 내용을 담아달라고 요구하는 구체적 소권설(권리보호 청구권설, 본안판결 청구권설)이다.¹⁶⁴⁾ 그리고 후자의 대표가 소권은 법원에 자신의 권리를 보호해 달라고 요청할 권리가 있다는 권리보호 청구권설이다.

권리보호 청구권설에는 다음과 같은 통렬한 비판이 가해졌다. 즉, 법원의 판단에 의해서 처음으로 어느 당사자에게 권리가 있는지가 드러난다. 그러므로 결론이 나오기 전에 보호받는 권리가 있다는 것은 논리적으로 어긋난다. 권리보호 청구권설은 원고의 단순한 희망의 표명에 지나지 않는다는 것이다. 그러므로 이 학설은 애당초 권리의 이름값을 못한다. 이에 대해서는 법정에서 잘 아는 것만 주장하면 승소할 수 있다는 것은 정의의 부정이나 다름없다는 반박이 가능하다. 그리고 판사의 자의적인 재판은 용서되지 않으며, 어디까지나 법에 구속되는 것을 소권은 요구하는 것이라는 입장에서 권리보호 청구권설의 반론이 전개되었다.

여기에서는 법원이란 제3자에 의해서 자신의 운명이 결정되는 것에 저항하려는 기존의 권리 관념과 이제 아무리 자신이 권리를 지닌다고 믿어도 법정에서 잘 주장하지 못하면 권리가 있다고 인정되지 않는다는 사실을 수용하려는 기존의 반권리 관념이 충돌했다고 할 수 있다.

다. 소권 논쟁에서 보이는 사상으로서의 소권론

이상의 소권론에서는 폴 라반트(Paul Laband)를 비롯한 공법학에서의 학

163) 이시윤, 앞의 책(주 159), 190면.

164) 海老原明夫, 前掲書(註 161), 22頁 以下.

설이 중요한 역할을 한 것을 주목해야 한다.¹⁶⁵⁾ 여기서 열쇠가 된 것이 “개인의 자력구제를 원칙적으로 금지한 국가는 그 대가로 재판을 제공하고 권리를 구제하는 의무를 지게 된다”는 논리였다. 즉, 국가는 백지상태에서 설립된 것이 아니라 그 전 단계가 있다. 이때 사인은 자력구제의 권리를 갖고 있었으므로 그러니까 국가가 폭력을 독점하고 자력구제권을 수용한데 대한 보상으로 재판을 받을 권리가 공권으로 보장되어 정당한 실력을 독점한 공권력을 특히 법원이 붙잡고 있다고 하였다.

라반트는 이르기를 재판에 관해서 국가의 임무는 개인의 민법상의 법률 관계나 사권의 내용을 적극적으로 형성하는 것은 아니다. 오히려 국가의 임무는 국가에 복종하는 여러 개인에게 권리보호를 주는 것이다. 즉, 국내의 평화(Landfrieden)를 유지하는 것, 자력구제를 배제하는 것, 그리고 그 대신 국가권력에 의해서 개인에게 여러 권리를 연계 하는 것에만 국가의 임무가 존재한다고 하였다.¹⁶⁶⁾ 이러한 임무의 수행을 국가가 자기의 의무로서 승인하고 그 결과 여기에서 국가의 권리보호의 보장을 필요로 하는 한 개인은 그것을 요구할 권리를 갖는다는 논리적 귀결이 이루어진다.

이런 논리는 공법적 소권설 및 권리보호 청구권설에 이론적 기반을 제공하였다. 결국 소권론으로 분쟁 대상은 일단 무장해제된 사인이 법원이라는 공권력이 갖는 재량을 어디까지 구속할 수 있느냐는 문제였다. 이것은 법 해석학으로 소권론 뿐만 아니라 사상으로서의 소권론이 성립했다고 평가할 수 있다.¹⁶⁷⁾ 그리고 당시의 공법학자는 이러한 국가와 시민의 존재방

165) 海老原明夫, 前掲書(註 161), 28頁 以下, 40頁 以下; 또한 山本弘, “權利保護の利益概念の研究(二),” 法曹協會雜誌 第106卷 第3号, (1989), 396頁 이하를 참조.

166) Paul Laband, “Das Staatsrecht des deutschen Reiches,” 5. Aufl., 3. Bd. (1913), S.372; Richard Schmidt, “Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,” 1. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblot, (1898), S.1; Richard Schmidt, “Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts,” 2. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblot, (1906), S.1도 참조.

167) 樋口陽一の ‘思想으로서의 保護義務’로부터 느낌을 얻었다(樋口陽一, “近代の公理の法学上の再発見とその問題性,” 日本学士院紀要 第64卷 第3号, (2010), 262頁).

식을 메르텐이나 이젠제의 법치국가¹⁶⁸⁾와는 조금 다른 의미에서 법치국가의 조건의 하나로 인식하고 있었다.¹⁶⁹⁾ 조금 길어지지만 당시의 독일에서 공법뿐만 아니라 민사소송법의 연구자이기도 했던 리하르트 슈미트(Richard Schmidt)의 말을 인용하면 다음과 같다.

한편으로 소송법은 일부는 암묵적으로 민법상의 여러 관계를 참조하고 또 일부는 명시적으로 특정 상황을 강조함으로써 특정 개개인에게 판결 및 집행에 의한 권리보호의 배분을 한정하고, 다른 한편으로는 이들 개개인에게 주어진 조건하에서 판결 및 집행을 요구하는 확실한 권리를 근거 지운다. 이때 판결과 그 집행은 국가의 자유의 사에 맡기는 것이 아니라 소송법상의 규정에 의하여 국가에 부과된 의무의 내용인 것이다. 국가는 누구나 이용할 수 있는 권리보호 제도 즉, 사법(私法)으로서 민사법을 조직하고 일반적인 법원칙인 명제에 의해서 그 발동을 위한 사실상의 조건을 정한 그 순간에 독단적인 자력구제를 억압한 보상으로 위와 같은 의무를 떠맡는 것이다.¹⁷⁰⁾

국가와 시민 사이의 의무관계는 민사사법의 영역에서 국가와 시민 사이의 다음과 같은 관계의 특별한 적용을 표현한 것이나 다름없다. 즉, 국가가 특정한 시민에게 급부를 부과하거나 혹은 시민국가이기 때문에 급부 및 제한을 부과하는 것은 법치국가의 관계(Rechtsstaatsverhältnis)라는 이름으로

168) 海老原明夫, 前掲書(註 161), 56頁 以下, 72頁 以下; 山本弘, “權利保護の利益概念の研究(一)~(三・完),” 法曹協會雜誌 第106卷 第2号, 第106卷 第3号, (1989)(一) 184頁, (二) 396頁 以下.

169) 현재의 독일 민사소송법에서 자력구제의 금지에 관하여 언급하는 것으로서, Othmar Jauernig, “Zivilprozessrecht,” 29 Aufl. Verlag: C.H. Beck, (2007), S.1; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, “Zivilprozessrecht,” 16. Aufl. C.H. Beck, (2004), S.2f.

170) Schmidt, a.a.O., (Anm. 166), S.18.

총괄되는 관계이다. 법적인 인연은 법적으로 설정된 한계 내에서 해결해야 하고 각각의 시민에게 국가에 대한 납세와 병역의무의 수행이나 형벌, 경찰강제의 수인을 의무화하는 것은 법치국가라는 의미에서의 국가에 대해서는 확실히 법적 조건이 충족되는 경우에만 한정되는 것이다. 하지만 이는 법률상의 의무에 근거하여 시민의 권리보호를 부여하도록 구속하는 것이다.¹⁷¹⁾

3. 보호와 복종의 연관과 재판을 받을 권리

법치국가의 완성이 보증될 수 없는 경우에는 국가에 의한 폭력의 독점은 확실히 국가기구의 결정권을 장악하는 권력집단의 위험한 도구로 변하게 된다. 그러나 법치의 조건 하에서 폭력의 독점이 완전히 국민을 보호하고 인격적 불가침성만은 침범하지 않는 기능을 가질 수 있다. 그래야만 기본권이 보장될 수 있다.

가. 재판을 받을 권리

여기서 에버하르트 슈미트 아스만(Eberhard Schmidt-Aßmann)의 폭력독점론을 소개하고자 하는데 그것과 연관지어 상기하고 싶은 것은 이것이 헌법상의 소원보장(Rechtsweggarantie), 사법(司法)행위 청구권(Justizgewähranspruch) 같은 이른바 우리나라의 헌법상의 재판을 받을 권리를 설명하고 있다는 점이다.¹⁷²⁾ 공법학에서 민사소송법에 영향을 미친 것은 “국가의 자

171) Schmidt, a.a.O., (Anm. 166), S.19.

172) 반영기·성낙인, “상고의 제한과 재판을 받을 권리,” 고시계사, 고시계 제55권 제9호, (2010. 8), 231-239면; 천진호, “형사피고인의 신속한 재판을 받을 권리,” 경북대 법학논고 제14호, (1998. 12), 129-155면; Eberhard Schmidt-Aßmann, “Art. 19 Abs. 4,” in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar (Stand: 2003), (2003), Rdn. S.16ff; Vgl. Hartmut Maurer, “Der Justizgewä-

력구제 금지와 그 대가로 재판의 제공”이라는 논리이고 법사상으로서의 소권론은 오늘날의 공법학에서도 여전히 살아남아 있다. 이 점은 전후 독일의 판례에서 최초로 폭력독점이라는 말이 등장한 것이 하나의 증거이고, 테러나 불복주장의 행동에 관한 사건이 아닌 (1980년) 연방헌법재판소의 이른바 상고거부 결정이었던 것은 흥미로운 사실이다.¹⁷³⁾ 본 건은 대상이 일정 금액 이하의 경미한 민사사건에 관한 상소를 제한한 개정 민사소송법에 대한 헌법상의 이의사건이며 독일 연방헌법재판소는 개정 민사소송법에 대해서 ‘승소 가능성 있는 상소를 법원은 기각할 수 없다’는 헌법 적합적 해석을 선고했다. 본 결정에서 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시하고 있다.

“사인 간의 권리요구의 [주장에 대해] 독단적이고 폭력적인 실현을 거절하는 것은 법치국가성(Rechtsstaatlichkeit)의 하나의 중심적 관점이다. 당사자들은 법원이 제시한 길(해결책)을 지시 받는다. 그래서 당사자들은 질서화된 소송에서 자신의 분쟁에 대해 [분쟁을] 비폭력으로 매듭지을 수 있다. 그리하여 마침내 [당사자는] 구속력을 가진 결정을 얻게 된다. 재판권에는 국내적인 폭력금지와 국가의 폭력독점이 분명히 나타나고 있다.¹⁷⁴⁾

hrungsanspruch,” in: Steffen Detterbeck (Hrsg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit*, Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Berlin, (2009), S.538f; Hans-Jürgen Papier, “§153 Justizgewähranspruch,” in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1. Aufl. (1989), Rdn. S.1ff; Schmidt-Aßmann a.a.O., (Anm. 153), S.541ff. 재판을 받을 권리를 독일과 일본을 비교한 것으로서 笹田栄司, “実効的基本権保障論,” 信山社, (1993). 또한; 石川健治, “自由概念の比較史とその現代的位相,” *比較法学* 第42卷 第2号, 未来社, (2009), 161頁.

173) BVerfGE 54, 277 [1980]. 독일의 법률 데이터베이스 JURIS (<http://www.juris.de>)에 의한 검색 결과를 인용한 것이다.

174) BVerfGE 54, 277 (292).

연방헌법재판소가 폭력독점에 대해 언급한 것은 법치국가에서는 자력구제가 아니라 재판에 의해서 분쟁이 해결되지 않으면 안 되고,¹⁷⁵⁾ 그래서 재판절차에 관한 규칙이 중요함을 알리기 위해서였다.¹⁷⁶⁾

나. 보호와 복종의 영원한 연관

한편, 이젠제와 메르텐이 폭력독점에서 내린 논리적 귀결로서 눈에 띄는 것은 기본권 특히 불복제기 행동으로 문제가 되는 집회의 자유 등에 대한 제한을 평화성의 유보, 폭력금지, 평화의무 등의 논리로 정당화하는 것이다. 이러한 주장을 지지하는 것이 자연상태에서 인간은 인간에게 늑대인 상태를 벗어나기 위해서 국가가 설립된 것이라는 홉스주의적(Hobbesismus) 사회계약론이다.¹⁷⁷⁾ 그 특징은 칼 슈미트의 말을 빌리자면 “보호와 복종의 영원한 연관(ewige Zusammenhang von Schutz und Gehorsam)”이라고 표현할 수 있을 것이다.¹⁷⁸⁾

175) 다만, 여기서 폭력독점은 직접적으로는 재판을 받을 권리에 관한 것이 아니라, 재판에 관한 규칙에는 명확성이 필요하다는 점을 강조하는 것이다. 즉, 폭력독점은 그 해석에는 한계가 있다는 것을 말하는 문맥에서 이용되고 있다. 다시 말해, 헌법 적합적 해석에는 한계가 있다는 것이다. 최종적으로 독일 헌법재판소는 본건의 헌법 적합적 해석은 해석의 한계를 넘지 않았다고 결론짓고 있다.

176) 본 판결과 폭력독점의 관계에 대해서는 Pieroth, a.a.O., (Anm. 12), S.57을 참조. 또한 피에로트(Pieroth)는 헌법재판소가 법원의 권리보호의 설명에 있어서 폭력독점 개념을 이용한 것에 비판적이며, 이런 논점에서 중요한 것은 폭력독점보다도 독일 기본법 제19조 제4항 등이라고 말했다(Pieroth, a.a.O., (Anm. 12), S.60).

177) Jürgen Habermas, “Recht und Gewalt (zuerst 1984),” in: ders., Die Neue Unübersichtlichkeit (1985b), S.107ff.

178) Carl Schmitt, “Der Begriff des Politischen (zuerst 1932),” Duncker & Humblot: Berlin, (1963), S.53. 또한 Isensee는 “보호와 복종의 연관”(die Konnexität von Schutz und Gehorsam) (Josef Isensee, “Abschied der Demokratie vom Demos,” in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat, Berlin, (1989), S.714), Denninger는 “보호와 복종,” 즉 시민의 법적 복종과 국가의 보호의무의 근본적 연관(grundlegende Zusammenhang von ‘protection and obedience,’ vonbürgerlichem Rechtsgehorsam und staatlicher Schutzpflicht) (Erhard Denninger, “Zehn Thesen

근대국가는 종교전쟁의 극복에 의하여 등장했다는 사실적인 역사인식에서 내전을 원치 않는 사람은 대내적 평화의 보장과 주권국가를 희구하지 않으면 안된다는 규범적인 귀결을 이끌어 갈 필요가 있다는 생각을 하게 되었다. 게외르그 하버카테(Görg Haverkate)는 이러한 생각을 모종의 비아냥거림을 담고 있는 내전증후군(Bürgerkriegssyndrom)이라고 부른다.¹⁷⁹⁾ 이젠제가 종교전쟁인 내전을 전형적인 우어트라우마(Ultrauma)¹⁸⁰⁾라고 부르는 것을 대표적인 것으로 이해해도 좋을 것이다.¹⁸¹⁾

어찌 보면 폭력독점론에서 재판받을 권리를 도출해 내는 논리와 기본권 제한을 이끌어 내는 논리는 멀리 떨어져 있는 것으로 보인다. 그러나 후자의 논리도 사실은 모종의 보호와 복종의 연관 위에 이루어진 것은 빼놓을 수 없다. 즉, 법원을 통한 권리구제라는 보호가 다른 아닌 자력구제의 자제라는 것이다.

재판을 받을 권리나 기본권의 제한 모두 폭력독점에 대한 복종의 조건이 되어 있는 점에서는 마찬가지이다. 한편으로는 아마 이젠제도 일종의 사상으로서의 소권론을 받아들이고 있다고 판단해도 좋을 것 같다. 즉, 폭력독점이라는 논리가 직접 의미하는 것은 국가가 정당한 폭력행사를 독점하고 원칙적으로 사인의 폭력행사를 금지하는 것뿐이다. 폭력독점이라는

zum Ethos der Polizeiarbeit (zuerst 1987),” in: ders., *Der gebändigte Leviathan* (1990), S.437)으로 표현하고 있다.

179) 게외르그 하버카테는 그런 견해를 주장하는 자를 내전 이론가(Bürgerkriegstheoretiker)라고 부른다. Görg Haverkate, “Verfassungslehre-Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung,” C.H. Beck, München, (1992), S.26, S.33.

180) Josef Isensee, “§15 Staat und Verfassung,” in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. Müller, Heidelberg, (2004), S.44.

181) 하버마스는 나치정권 탈취가 독일에 있어서 트라우마이고 보수파에게 전후의 불복주장 운동은 이 트라우마를 상기시키는 것이기 때문에 규제해야 하는 것으로 보이는 것을 지적하고 있다. Habermas, a.a.O., (Anm. 177). 불복주장 운동을 바 이마르기의 나치에 빚대는 것으로서 Kriele, a.a.O., (Anm. 94), S.425.

논리를 순수한 형태로 따진다면 국가는 개인의 활동을 압도적인 폭력에 의해서 일방적으로 규제하는 국가를 일컫는다. 이를 우선의 권위적 치안국가라고 부르는 것이다. 그러나 이젠제의 주장은 그렇지 않다. 그의 논조는 거리의 불복주장 행동에 대하여는 강경한 자세로 임하겠다는 것으로 아무래도 그쪽에 관심이 쏠리게 되는데 한편 그는 ‘기본권 보호 의무론’이나 ‘경찰개입 청구권’도 폭력독점의 당연한 귀결로 제시했다. 물론, 보호의무론 등에 대해서는 거리에서 폭력을 행사하는 시민에게서 다른 시민을 국가가 보호하는 것을 주로 염두에 두고 논의에 들어간다. 한편, 보호의무 등이 입법부나 행정부의 재량을 일정한 정도로 구속하는 것 또한 이젠제는 인정하고 있다. 즉, 이젠제가 주장하는 국가는 완전한 권위적 치안국가에서는 인정 될 수 없다.

결국 폭력독점론이 권위적 치안국가로 인정받지 못한 점이 독일법학의 특징이 아닌가라고 필자는 생각한다. 이 점에 대해서 이하에서는 하나의 가설을 제시하고자 한다. 하지만 여기서 열쇠가 된다고 보는 것은 근대국가에 의해서 탄압된 자력구제 즉, 만약 페더(Fehde) 같은 자력구제가 전혀 정당성을 갖지 못한다면 국가가 그것을 금지하는 것은 당연하다. 본래 그 대가는 필요 없을 것이기 때문이다. 그러나 독일 법학에서 “국가의 자력구제 금지와 그 대가로서 재판제도의 제공”이 같다는 논리 그리고 사상으로서의 소권론이 지금도 여전히 살아 있는 것은 왜일까? 아마 그 이유에 대한 단서는 중세의 페더(Fehde)와 피의 복수의 기능은 불법 자력구제가 아닌 불법에 대한 보상 및 보상방법의 회복이라는 메르텐의 말에서 답을 찾을 수 있을 것이다.¹⁸²⁾ 즉, 여기에 표현되고 있는 것은 자력구제를 하나의 정당한 법 제도로서 인정하는 자세가 아닐까? 이러한 자세를 알아낸 자가 바로 루돌프 폰 예링이다. 그는 한 개인의 권리를 위한 투쟁을 권리자 자

182) Merten, a.a.O., (Anm. 42), S.33f.

신과 국가 공동체에 대한 의무의 형태로 파악하고 있다.¹⁸³⁾

물론, 예링이 살던 당시에 이 논리가 그대로 사회에 통용된 것은 아니었을 것이다. 그래서 ‘권리를 위한 투쟁’이 쓰는 다른 의미가 있었다. 더구나 현대에서는 더욱 그렇다. 하지만 “각자가 법=권리=정의(Recht)의 실천자이며 그 실현은 권리이자 의무이다”는 법관념은 표면적으로는 지금까지도 존재하고 있다. 이 법관념이 바로 폭력독점에서 “국가의 자력구제 금지와 그 대가로서의 재판”이라는 논리 그리고 사상으로서의 소권론을 이끌고 있는 것은 아닐까 생각한다. 다만, 상술한 바와 같이 이는 필자가 제시하는 하나의 가설이며 여기서 자세한 논증은 하지 않는다.

4. 국가간 폭력

국가의 폭력독점은 폭력독점을 요구하는 국가자신과 마찬가지로 영토를 경계로 한다. 모든 국가는 그 영토에 관련하여 폭력독점을 가지고 있다. 그러므로 폭력독점은 국가와 주민의 관계에서만 작용하게 되며 국가의 상위에 어떤 강제권력도 존재할 수 없다. 폭력독점의 관철에 의해서 오히려 그동안 분산되어 있던 무력분쟁의 권리도 국가로 이행한 것이며 그동안 국가에서 박탈된 것은 아무것도 없다. 전력(戰力)을 유지하고 그것을 경우에 따라 투입할 권리는 국가로서 자기방어를 구성하는 것이며 이런 것을 주장할 수 있는 권리는 모든 공동체에 속한다. 그것은 국가 간의 폭력행사가

183) Rudolf von Jhering, “Der Kampf ums Recht,” 21 Aufl. Berlin, Verlag “Der Syndikalist” Fritz Kater, ohne Jahr (1925), S.19f. 또한 村上淳一, 前掲書(註 156), 16頁도 참조. 단, 이 논리의 경우 자력구제의 담당자 즉, Recht의 담당자는 자력구제를 실행할 실력·신분의 여부 등으로 한정된다. 그러므로 “강자와 약자 사이에서 평등을 실현하기 위해서 폭력독점이 필요한 것”이라는 주장이 등장하는 셈이다(Martin Kriele, “Freiheit und Gleichheit,” in: Ernst Benda et al. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, (1983), S.135f).

시민 간의 폭력행사와는 달리 기본적으로는 금지되지 않았다는 것을 뜻한다.

중앙집권화된 법의 관철은 여러 국가 간의 관계에 있어서 그동안 형성되지 않은 것이기 때문에 법의 관철의 수단으로서의 전쟁은 그 자체로서 위법은 아니다. 다른 나라와 군사적 분쟁에 돌입하는 결단은 국가 내부의 의사형성에 관련된 일이다.¹⁸⁴⁾ 주권이라는 원칙은 그때 모든 국가에 법적인 측면에서 완전한 독립을 보장한다. 그것은 다른 나라에 대해서 압력과 협박을 배제하지 않고 있다. 현실적으로 여러 국가사이에는 다양한 역학관계와 의존관계가 존재하니까 다른 국가들의 반응은 국가내부의 의사형성에 있어서 정치적으로 매우 중요하다. 그러나 모든 국가에 평등하게 인정되는 주권은 어떤 외국이 다른 나라의 내부의 의사형성에 간섭할 것을 방해하는 것이다. 단, 국가는 특별한 수권에 근거하여 예를 들면 전후의 항복에 근거하여 간섭할 수 있는 권한을 가질 수 있다. 그런 복속은 해당 국가에게서 반드시 그 국가성을 모두 뺏는 것은 아니다. 다만, 그 완전한 주권은 깨지게 된다. 하지만 모든 국가는 전쟁 수행의 권리에 관해서 스스로 자제할 수 있다. 자제는 주권 하나하나의 회복 즉, 타국의 지배에서 법적으로 독립하고 자국의 정치적 의사를 스스로 형성할 권리 하나하나를 침해당하지 않는다. 그 자제는 국제 분쟁에서의 군사적 수단의 행사를 통해 일방적으로 포기하게 할 수 있다.¹⁸⁵⁾ 예를 들면 독일연방 공화국의 기본법 제26조에서 침략전쟁(일반화되지 않은 전쟁)을 포기한 것처럼 그 자제는 또한 양자 또는 다자조약에 의해서 폭력을 포기하는 형식으로도 존재할 수 있다.

국가는 자신의 주권을 포기하지 않고 전력 투입 결정권을 다른 나라 또는 초국가제도에 법적으로 자발적인 방식으로 이양할 수 있다. 영세중립국

184) 노동일, “전쟁권과 헌법상 권력분립원리의 변화,” 국제법무연구 제12권 제2호, (2008), 2-25면.

185) 김용구, 세계외교사, (上·下 合本), 서울대학교 출판부, (1995), 2면 이하.

의 선언과 유엔 평화유지군의 파견을 상상하면 좋을 것이다. 주권은 법적으로 여러 가지 구속 상태의 결여와 같은 뜻은 아니다. 전쟁 수행의 권리가 행사되면 과거 사투(私鬪)의 권리를 행사하기 위한 법적인 규칙이 존재했던 것처럼 국가는 전쟁수행의 권리를 위한 법적 규칙을 찾을 것이며, 그것들은 전쟁선포, 항복수락, 포로대우, 군사적 대응의 필요, 군사적 대응의 분별 및 비례, 사용 가능한 전쟁무기의 제약 등과 같은 규정이 포함된 이른바 전시 국제법(jus in bello)으로 구성된다.¹⁸⁶⁾ 그러나 이들의 규칙은 국내에서 유효한 규칙처럼 국가권력에 비견할 수 있는 초국가적인 강제력에 의해서 관철할 수는 없다. 베스트팔렌 조약(Westfälischer Friede)에 근거를 두었던 고전적 국제법이 매우 오랫동안 타당했지만 다른 나라의 저항을 넘는 금지 메커니즘이 이 조약에는 전혀 결여되어 있다.¹⁸⁷⁾

모든 국가가 직접 자국의 권리의 관철을 수행해야 하니까 최종적으로는 강자의 법이 통했고 그래서 권리의 관철이라는 차원에서는 특히 권리의 유지를 보장할 수 없다는 것이 현실이다. 이것은 사투의 권리와 마찬가지로 국제법에도 맞아 떨어졌다. 이외의 다른 것은 19세기 말 및 20세기 초 이후에야 창설된 각 국가의 법원에서 국가가 미리 재판권을 행사할 것을 인정한 경우에만 책임을 추궁 당할 수 있게 되었다. 모든 국가가 주권을 갖는다는 것은 다른 나라가 어떤 국가에 대해 특정 행동을 명하는 권리를 갖지 않는다는 것이다. 국제법에서 타국의 국내사항에 대한 불간섭 원칙은 모든 국가에 속하는 주권의 발로로서 그 의의를 갖는다. 그 점에서 국가는 타국 영토상에 체류하는 자국의 국적 시민을 외교에 의해서 보호하는 데 국한된다. 그 결과 어떤 국가가 자신의 폭력독점을 자국 내에서 어떻게 행사하더라도 다른 나라에 간섭할 권한을 주는 것은 아니다. 또한 그 행사방

186) 김용구, 위의 책(주 185), 2-5면.

187) Leo Gross, "The Peace of Westphalia," The American J. of Int'l Law Vol.42 No.1 (1948 Jan.), pp.20-41.

법을 올바르게 행사하기는커녕 강제적으로라도 행사해야 하는 경우 이것이 제 원리에 모순되는 경우에도 간섭권한을 주지 못하는 것이다.

한편, 그런 국가와의 교류 속에서 예컨대 통상 금지를 부과하고 이를 통해서 간접적인 압력을 가함으로써 여러 가지 결과를 도출하는 것은 원칙적으로 국가의 자유재량에 맡겨져 있다. 불간섭의 원칙은 오랫동안 평화의 전제로서 타당하며 또 그렇게 작용했다. 왜냐하면, 간섭은 전쟁의 원인이었기 때문이다. 그 점에서 최근 겨우 하나의 변화가 등장하였다.

V. 폭력독점론의 논의가 우리나라 공법에 주는 시사점

국가의 폭력독점은 국가가 물리적 폭력을 투입한 후 자신의 권리를 지속적으로 행사하는 것을 요구하지 않는다. 분명히 물리적 폭력은 국가지배의 특수한 수단이지만 결코 유일한 수단은 아니다. 폭력은 결핍된 자원이다. 만약, 모든 국가행위가 폭력적인 관철을 필요로 했다면 자신의 자원은 빠르게 고갈된 상태가 다가올 것이다. 그러한 상태에서는 국가적 질서는 구성원들의 수용을 필요로 하고 있다. 질서의 수용은 폭력행사의 부담을 경감하게 된다. 확실히 질서의 수용은 폭력행사의 위협에 의해서 향상될 수 있다. 그러나 국가지배에서 질서의 수용의 결여는 한정적으로만 폭력, 협박, 폭력 행사로 보완되어야 한다.

1. 폭력독점의 균열의 시작

국가의 폭력에 대한 관계에 대해서 최근의 국제법에서는 두 가지 점에서 주목해야 할 변화가 생겼다.

첫째의 변화는 폭력 투입의 자격에 관해서이다. 유엔헌장에서 회원국은 그 국제관계에서 영토 불가침 또는 국가의 정치적 독립에 반하는 것은 어떤 것도 할 수 없다. 모든 폭력에 의한 위협 또는 폭력의 행사를 중단해야 하는 것이 일치된 의무이다(제2조 제4호).¹⁸⁸⁾ 자위권 및 안보동맹을 창설할 권리는 이 조문에는 여전히 영향을 받지 않는다. 유엔헌장의 의무는 회원국 간의 관계에만 타당한 것은 아니다. 회원국은 오히려 국제관계 일반에서 열거된 여러 가지 목적을 위한 폭력을 포기해야 한다. 그러나 이 규칙은 점차 조약으로 국제법을 넘어 성장하여 일반 국제법의 강행규범(*ius cogens*)으로 승인을 얻었다.

유엔헌장 제2조 제4호에서 말하는 폭력은 군사적 폭력이다. 폭력 개념을 확대하고 정치적 또는 경제적 압력도 금지에 해당하는 범주로 끌어들여는 모든 시도는 지금까지 줄곧 거부당했다. 또한 폭력금지는 국가의 외교관계에 한정되어 있다. 폭력금지는 국내적 분쟁에는 타당하지 않다. 국가가 이러한 분쟁을 어떤 수단으로 해결하는지는 해당 국가가 스스로 결정해야 하는 것이다. 그 결과 여전히 국가는 타국의 국내 분쟁의 경우에 비록 이 분쟁이 폭력적으로 싸우고 있다고 해도 간섭해서는 안 된다. 1970년 유엔의 우호관계 선언은 외국에서의 파괴활동의 조직화와 지원뿐만 아니라 내전의 성격을 띤 여러 투쟁에 대한 간섭도 명문으로 금지하고 있다(유엔헌장 제1조 제2항).

두 번째 변화는 바로 간섭의 금지에 유엔이 관여하고 있다. 군사적 수단에 따른 인도적 활동이 문제가 될 경우 이 원리의 더욱 철저한 예외가 관찰되고 있다. 국내 사건에 대한 불간섭과 거국 중립이라는 고전적인 원칙에 대해서 인권문제는 유엔이 우위를 점하는 경향이 있다.¹⁸⁹⁾ 이미 1948년

188) 유엔헌장의 번역은 몇 개의 번역본이 있지만, 여기에서는 독일어의 뉘앙스를 살리려는 원문에 인용된 텍스트보다 독자적으로 번역했다.

189) Henry J. Steiner & Philip Alston, "International Human Rights in Context," 2.

‘집단살해 방지에 관한 유엔협약’에 근거하여 유엔에게는 적극 개입이 허용된다.¹⁹⁰⁾ 국가의 중대한 인권침해가 사람들에게 대해서 특히 그 영토 위에 생활하고 있는 (김정은 정권과 같은) 인적 집단에 의하여 행해질 때 다른 나라의 군사적 간섭의 정당화 사유로 여겨진다. 하지만 개별적으로 크게 다루고 있는 것은 그러한 활동이 유엔헌장과의 일치가 점점 논쟁의 대상이 되고 있는데, 인권의 보편성의 문제와 그 해석(contested universals), 간섭을 정당화하는 침해의 한계, 절차에 맞는 여러 전제 등이 관련 주제들이다.

결국, 최근 들어 국제 형사재판권이 형성되어 자연스럽게 간섭과 개입권이 인정될 것이라고 해석한다.¹⁹¹⁾ 그것은 전통적인 국제법 주체 즉, 국가와 국가기구를 무시하고 개별 혐의자가 국가대표로 행위했는지 또는 국가최고 지도부의 명령에 따른 행위였는지 여부에 관계없이 혐의자에 준한 취급을 한다. 평소에 국가원수 또는 최고의 대표자에게 인정하고 있는 불가침 특권은 국제 형사법에 의해서 판단한다. 이때 형사법상 유책성은 피의자의 국적이나 국가공조에도 의존하지 않는다. 그런 인물을 국적 국가의 동의에 관계없이 국제형사재판소(International Criminal Court, ICC)에 제소하는 법이 발전하고 있다. 물론 이 점에서도 사태는 아주 유동적이다. 그러나 이러한 법제의 발전이 다시 역류하는 것은 불가능하다고 보면 될 것 같다.

국가의 폭력독점은 따라서 대외 차원에서 상대화되는 것이다. 외국 세력

Auf. Oxford: Oxford Univ. Press, (2000), pp.735-838.

190) 우리말로 정식명칭은 ‘집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약’이다. 체결일자: 1948년 12월 9일, 체결장소: 프랑스 파리, 발효일: 1951년 1월 12일. 통칭으로서 제노사이드 조약이라고도 한다.

191) Antonio Cassese, “On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law,” in: *European Journal of Int’l Law* 9, (1998), p.2; Theodor Meron, “War Crimes Law Comes of Age,” Oxford: Oxford University Press, (1998); Symposium, “Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity,” *Fordham Int’l L. J.* 23 (1999) (Beiträge verschiedener Autoren), pp.275-527.

이 타국의 영토에서 그 국가의 의사에 반하여 강제력을 투입하면서 활동하는 것을 국제법이 허용하는 경우가 있음에도 불구하고 이런 제도의 발전이 초국가적 폭력독점의 형성을 수반하는 것은 아니다. 분명히 간섭의 결의를 하는 것은 보통 유엔과 같은 초국가적 기구이다. 그러나 지금까지 초국가 기구는 그런 사명을 완수할 수 있는 고유의 강제장치를 이용하지 못하고 있다. 오히려 초국가기구는 국가의 폭력수단을 빌려야 한다. 그러기 위해서는 요청된 국가의 동의를 얻지 않을 수 없고 해당 국가는 이 동의에 대해서 헌법에 규정된 절차에 따라 결정하는 것이다.

2. 우리나라에서의 소권론과 법 관념

독일 법학이 이제까지 논의한 법 관념을 가진다고 하는 경우 우리나라의 법학은 어떤 법 관념을 가지고 있는가? 독일과 마찬가지로 민사소송법의 소권론에서 그 답을 살펴보고자 한다. 우리나라의 민사소송법의 소권론에서는 소권은 법원에 본안판결을 청구할 권리가 있다는 본안판결 청구권설이 일반적으로 주장되고 있다.¹⁹²⁾ 하지만 현재는 소권을 논하는 것은 구체적인 민사소송법 해석론에는 별로 의미가 없다는 소권 부정설을 펴는 등 우리나라의 민사소송법에서 소권론은 과거보다 훨씬 학문적 열기를 잃고 있다고 생각한다. 그런데 1980년대 일본에서는 소권론이 다른 법률 분야 즉, 서양 특히 독일 법제사로 거론된 바 있다.¹⁹³⁾ 따라서 우리 민사소송법학에 커다란 영향을 미친 일본에서의 논의를 중심으로 검토하기로 한다.

우선, 일본에서는 무리카미 준이치(村上淳一)가 “권리를 위한 투쟁을 읽고”라는 저서(1983년)에서 이 문제를 거론하였다. 일본과 독일의 소권론의

192) 이시윤, 앞의 책(주 159), 189-192면.

193) 坂原正夫, “訴権について,” (慶應義塾大学) 法学研究 第77卷 第12号, (2004), 350頁 以下.

차이는 어디에서 유래하는지 라는 질문을 던진 것이다. 또한 에비하라 아키오(海老原明夫)도 1990년대 초에 이 문제를 거론한 바 있다.¹⁹⁴⁾ 에비하라 아키오(海老原明夫)는 전후 카네코 하지메(兼子一)를 염두에 두고 언급한 것이다. 그는 소권론은 분쟁해결과는 규범적 색채를 불식한 일종의 즉물적 관념이며 국가에 의해서 주어지는 분쟁해결이 법적 분쟁해결인 것조차도 결코 내재적이거나 필연적인 요청은 아니라고 한다. 즉, 국가가 소제기에 대하여 내놓은 응답이 우연히 법률적인 판결의 형태를 취하였다는 우연적이고 외재적인 사정으로 이해하고 당사자의 주장도 법적 청구라는 형태를 채택한 것에 불과한 것으로 평가절하 하였다.

카네코 하지메(兼子一)는 소권론에서 이른바 본안판결 청구권설을 주장하면서 법적 평화유지를 민사소송의 목적으로 삼고 추상적 소권설을 주창한 독일 민사소송법학자 하인리히 데겐콜프(Heinrich Degenkolb)를 인용하고 있다. 어찌 보면 이 논의는 카네코 하지메(兼子一)의 견해에 비슷하다. 그런데 에비하라 아키오(海老原明夫)에 의하면 반드시 그렇지 않다. 에비하라 아키오(海老原明夫)는 말하기를 데겐콜프가 이해한 소송이란 바로 “권리를 위한 투쟁”의 장이다. 이 투쟁은 당사자에게 윤리적으로 불가피한 것이며, 그 때 당사자는 자신만의 이익 주장을 하는 게 아니고 권리일반과 법일반의 존재를 걸고 싸우는 것이다. 판결이 선고되기 전이라도 또 국가의 법적 규제가 강화되기 전이라도 사람들은 권리를 행사하고 법을 주장하고 생활하고 있다는 것이 독일의 민사소송법 학자의 당연한 전제였다. 카

194) 海老原明夫, 前掲書(註 161), 14頁 이하. 그 중에서 주로 참조되는 것은 兼子一, “實體法と訴訟法,” 有斐閣, (1957), 112頁, 113頁; Heinrich Degenkolb, “Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen,” Breitkopf & Härtel, (1877), SS.29, 33, 35. 또한 이 海老原明夫의 논문은 笹倉秀夫, 書評, “權利のための闘争を読む,” 法制史研究 第34号, (1985)에 제기된 村上淳一의 비판에 대한 약간 변형된 응답이다. 또, 海老原明夫, 前掲書(註 161), 5頁 이하도 참조. 108頁.

네코 하지메(兼子一)에 의해서 제창되어 우리나라 학계에 강력한 영향을 미치고 있는 분쟁해결설에는 독일법의 전통과는 결정적으로 이질적인 발상법에 입각한 것이라고 생각한다. 또 에비하라 아키오(海老原明夫)의 견해에 큰 영향을 미쳤다고 생각하는 “권리를 위한 투쟁을 읽고”에서 무라카미 준이치(村上淳一)는 말하기를 ‘독일의 민사소송법 학설이 민사소송을 실력 투쟁의 대체물로 해석하고 있다’¹⁹⁵⁾는 것에 대한 일본의 민사소송법 이론 특히 카네코 하지메(兼子一)는 ‘원래 가능한 실력행사의 대체물이라는 생각을 정면으로 내놓지 않고 실력행사의 금지를 전제로 당사자의 불편과 불안을 제거하기 위해서 국가가 법원을 만들고 당사자에게 그 이용을 허용한다’고 설명했다.¹⁹⁶⁾

이처럼 유럽에서는 실력행사에 의해서 뒷받침되고 있지 않는 권리는 사실 권리가 아니라는 오랜 전통이 있는 반면, 우리나라에서는 기본적 인권을 천부인권이라고만 가르치고 있지 않나 생각한다. 기본적 인권의 전국가성과 불가침성은 하늘에서 주어진 것이라고 이념적으로만 주장할 뿐 군주가 득세하기 이전부터 각자의 실력에 의해서 가장 잘 실현되고 있었던 권리의 역사적인 전국가성에 의해서 설명하는 논거는 어디에도 없다. 힘이 없더라도 권리를 지키고 그것을 누릴 수 있다는 것은 분명히 행복한 상태이며 근대국가다운 모습이라고 생각하지만 그것만으로는 전통에 기인한 근대 유럽의 권리 관념과 법 관념은 제대로 이해할 수 없다.¹⁹⁷⁾

최근 일본에서는 자력구제의 금지라는 논리를 써서 민사소송 제도와 재판관을 받을 권리를 설명하는 민사소송법¹⁹⁸⁾과 헌법의 학설이 등장하였다.¹⁹⁹⁾ 하지만 에비하라 아키오(海老原明夫)와 무라카미 준이치(村上淳一)의

195) 村上淳一, “權利のための闘争を読む,” 岩波書店, (1983), 47頁.

196) 村上淳一, 前掲書(註 195), 48頁.

197) 村上淳一, 前掲書(註 195), 84頁.

198) 上原敏夫・池田辰夫・山本和彦, “民事訴訟法,” [第5版], 有斐閣, (2006), 16頁.

199) 石川健治, “隠蔽と顕示,” 法学教室 第337号 有斐閣, (2008), 45-46頁; 笹田栄司,

지적이 옳다고 한다면 일반적으로 일본 법학에서 “자력구제의 금지와 그 대가로서의 재판의 제공”이라는 논리가 먹히고 있는지 의심스럽다. 단, 이들의 지적이 카네코 하지메(兼子一) 이외의 민사소송법 학설에도 그리고 일본의 다른 법 분야에도 널리 적용되는지 더 조사와 논의가 필요하다.²⁰⁰⁾

3. 국가의 자유

마지막으로 이상의 폭력독점론에 관한 논의가 우리나라의 공법학에 대해서 어떤 의의를 갖는지 살펴보기로 한다. 독일 법학에 관한 가설로 설명하면 “각자가 Recht의 주체이고, 그 실현은 권리이자 의무이다”라는 법 관념은 “자신의 권리구제를 위하여 주도권을 행사하지 않는 자는 그것을 단념할 수밖에 없다”는 좀 가혹한 귀결을 함의한다. 결국, 이상에서 논의한 문제는 법의 관념 및 법의 담당자인 사회 구성원의 인간상을 구별짓게 한다. 독일 같은 전국가적(前國家的)인 자력구제권이라는 권리관념이 존재하지 않거나 혹은 그 관념이 약한 국가에서 폭력독점론을 주장하는 것은 국가의 구속과 통제는 학문적 담론으로 이어지지 않고 있다. 이런 척박한 사상(思想)의 시장에서는 오로지 국민의 프라이버시 보호라는 명목으로 전단배포에 대한 규제를 정당화하는 저급한 결과를 초래할 것이 예상된다.

우리나라에서 폭력독점론을 직접적으로 헌법 해석론에 들여와야 하지 않겠느냐 하는 것이 현 시점에서 이 글의 견해이다. 그럼 우리나라의 법학 특히 공법학에서 폭력독점은 전혀 쓸데없는 논리인가? 그렇지 않다. 우리나라에서 폭력독점론에 의미가 있다면 그것은 다음과 같다고 생각된다. 즉, 슈미트-아스만(Schmidt-Aßmann)의 사상으로서의 소권론에서 보듯이 폭력을

前掲書(註 172), 173頁; 高橋和之, “立憲主義と日本国憲法,” [第2版], 有斐閣, (2010), 282頁; 樋口陽一, “国法学” [補訂], 有斐閣, (2007), 271頁.

200) 村上淳一, 前掲書(註 195) 보강을 참조.

독점한 국가들을 법 특히 헌법으로 국민을 구속하려는 의미에서 법치국가 또는 입헌국가(Verfassungsstaat)의 논리를 도출하고 있다.²⁰¹⁾ 메르텐의 법치국가론이 “법률 즉, 의회 제정법에 대한 개인의 복종”을 이끌어 내는 것에 대한 이 법치국가론은 이른바 “헌법을 통한 국가에 복종”을 이끌어 낼 것이다. 후자는 입헌주의란 폭력수단을 박탈당한 국민이 정당한 폭력독점자인 국가권력을 통제한다는 본래 아크로바틱한 시도가 유지 가능한 한에서 그것은 기적적인 것이라는 사실 인식에 근거한 것으로 평가할 수 있다.²⁰²⁾ 보도 피에로토(Bodo Pieroth)는 폭력독점을 경험적, 법 이론적, 그리고 헌법 해석적이라는 3가지 관점에서 분석하고 있다.²⁰³⁾ 본고는 이를 참고하여 폭력독점을 사실로서 폭력독점론과 규범으로서의 폭력독점론으로 나누어 살펴보고자 한다.

이젠제는 사실로서 폭력독점론에서 규범으로서의 폭력독점론을 직접적으로 도출하고 이를 법 해석에 담고자 하였던 것에 비해서, 슈미트-아스만은 규범으로서의 폭력독점론의 중요성을 인정하면서도 사실로서 폭력독점이 시민에게 위협이라는 것을 중시하는 법에서 공권력의 구속을 중시한다. 여기에는 헌법학이 국가의 자유 또는 국가의 안전의 의의를 인정해 주기를 바라면서도 국가의 자유를 중시할 이유가 있다는 것이 시사점으로 도출될

201) Schmidt-Aßmann, a.a.O., (Anm. 153); Stolleis, a.a.O., (Anm. 154), S.583ff.

202) 毛利透, “首相公選制を考える,” *ジュリ* 第1205号, (2001), 54頁. 이것을 생각하면 長谷部恭男이 말하는 국가의 자유는 지극히 사소한 일이었을 것이다. (長谷部恭男, “国家による自由, 憲法の理性,” 東京大学出版会, (2006), 129頁; 高見勝利, “憲法と私法論におけるミッシング・リンクの再定位-立法史の視座から,” *憲法問題* 第21号, 三省堂, (2010), 24頁 참조). 여기에는 헌법학이 국가의 자유에 집착할 이유가 시사되고 있다고 생각된다.

203) Pieroth, a.a.O., (Anm. 12), S.57ff. 또 피에로토는 베버에게 폭력독점을 포함한 국가개념은 규범적인 개념이 아니라 어디까지나 역사적 기술이라고 주장하였다. 그리고 베버의 국가개념을 규범화한 대표자가 이젠제임을 지적하였다(Pieroth, a.a.O., (Anm. 12), S.53ff). 또한 Isensee, a.a.O., (Anm. 99), S.55도 참조.

수 있을 것으로 보인다.²⁰⁴⁾

우리나라의 헌법학에서는 국가의 자유가 기본권의 원형이며 헌법은 국가를 구속하는 것이라는 명제를 주어진 전제로 하면서 말하자면 거기로부터의 예외로 국가의 자유 그리고 사인 간의 효력을 검토하겠다는 생각이 일반적인 것으로 보인다. 그러나 우리 헌법의 기본권론이 참조하는 것이 독일이든 미국이든 국가의 자유의 중시와 헌법은 사인을 직접적으로 구속하지 않는 것이라는 논리는 다분히 역사적 배경 하에 형성된 것이다.²⁰⁵⁾ 그러므로 우리나라에서는 왜 국가로부터의 자유인가? 왜 우리 헌법은 제1차적으로 사인이 아닌 국가를 구속하는가? 라는 질문을 던질 때의 소재로 사실로서 폭력독점론이 도움이 될 가능성은 충분하다고 생각한다.²⁰⁶⁾

이쯤에서 상기하고 싶은 것이 근대 입헌주의란 국가권력을 구속하고 국가가 독점하는 거대한 실력을 특정 방법으로만 행사하려는 것은 법 원리에 불과하다²⁰⁷⁾는 등의 폭력독점론의 의의를 지적해온 몇 안 되는 헌법학자의 한 사람이 히구치 요오이치(樋口陽一)이다. 이하, 좀 길어지지만 그의 논의를 인용해 보기로 한다.

204) “총력전으로서의 전쟁은 국가가 국민을 무장해제하고 무기와 무장폭력을 독점적으로 관리한 후에 국민 징병군을 동원하고 행하는 것이다.” “다행히 중세 세계에 그런 조건은 없었다”고 진단한 서양 역사가 服部良久의 지적을 참조. 服部良久·山辺規子·南川高志編, “大学で学ぶ西洋史 [古代・中世],” ミネルヴァ書房, (2006), 310頁. 또 하버카테는 근대국가는 내란 극복을 위한 제도이지만 국가권력의 장악을 둘러싼 경쟁에서 내전이 생긴다. 거기에 근대국가의 위험성이 있다고 지적한다(Haverkate, a.a.O., (Anm. 179), S.32).

205) 권영설, “헌법과 사법의 관계,” 송실대 법학논총 제12집, (2000), 39면 이하.

206) 최근 일본에서 화제인 3단계 심사론의 성패는 이른바 분배원리-원칙으로서의 자유/예외로서의 제한을 법원이나 사회가 받아들일지 여부에 크게 의존한다고 생각한다(松本和彦, “三段階審査論の行方,” 法律時報 第83卷 第5号, 日本評論社, (2011), 35頁 以下 등). 폭력독점의 검토는 어쩌면 그런 원리적 문제를 생각할 때에도 유익할지 모른다.

207) 樋口陽一, “近代立憲主義と現代国家,” 勁草書房, (1973), 152頁.

권력의 뒷받침을 얻어 금지(sanction)[를 강제]하는 사회규범을 법이라고 부른다면 여기 국가로 권력이 집중된 사회에서는 흔히 ‘전국가적 권리’라 불리고 있는 것과 그것이 권리일 수도 있는 것은 국가법에 의해서 규정되고 있기 때문이며, 또 그것을 원용하고 실정법상의 법적 보호를 요구하는 국민은 어떤 국가기관 보통은 법원의 최종 판정에 불복할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 국가법에 의한 국가권력의 구속이라는 정식이 실질을 가지게 된 것은 구체제(양시앵레짐)하에서 주장한 과거의 자연법이 한편으로는 국가법의 규범 내용으로 흡수되고 다른 한편으로는 시민 편에서의 권력 비판적 정신태도, 국가를 나쁜 적어도 필요악으로 보는 정신사적 전통이 되어 국가법을 지지함으로써 겉으로는 드러나지 않은 채 진행(伏流)했기 때문이었다.²⁰⁸⁾

폭력독점을 기초로 하는 근대국가는 압도적 힘을 가진 것 때문에 개인에게 위협적인 것임에도 불구하고 개인이 국가를 필요로 한다는 상반된 이해를 받아들인다면 국가를 필요한²⁰⁹⁾ 것으로 계속 파악하는 것은 국가의 핵심은 자유라는 측면에서 보면 약간 이해하기 어려운 자세가 아닐까 생각한다.²¹⁰⁾

여기서 처음의 물음으로 돌아가 보면 (1) 독일 공법은 자력구제의 금지 대상으로서 국가의 안전을 문제 삼고 있으며, (2) 그 논리는 중세에 있어서 정당한 것으로 광범위하게 인정받던 자력구제를 점진적으로 제한하고 빼앗아 가서 이른바 근대국가의 형성과정에서 만들어졌다고 할 수 있다. 그리고 (3) 앞으로 공법학이 국가의 안전을 헌법 해석상 또는 헌법 이론상 어

208) 樋口陽一, 前掲書(註 207), 154頁.

209) 또한 Walter Schmitt-Glaeser, “Private Gewalt im politischen Meinungskampf,” 2. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, (1992), S.174f를 참조.

210) 渋谷秀樹, “憲法,” 有斐閣, (2007), 135頁도 참조.

떻게 평가할지에 대해서 필자는 아직 적절한 응답을 가지고 있지 않지만, 우선 여기에서는 다음과 같은 것을 언급하고자 한다.

히구치 요오이치(樋口陽一)가 독일의 공법학자 게오르크 엘리네크(Georg Jellinek)를 언급하면서 독일 공권론에서의 권리보호 청구권의 중요성을 강조하는 것,²¹¹⁾ 또한 다른 부분에선 루돌프 폰 예링의 “권리를 위한 투쟁”은 경직성이 강하다고 하면서 강한 개인보다 정확히는 강자이고 약자에 대한 선호를 다양한 유보를 바탕으로 주장을 펴고 있음이 중요하다고 생각한다.²¹²⁾ 반복하지만 입헌주의란 폭력수단을 박탈당한 국민이 정당한 폭력독점자인 국가권력을 통제한다는 본래 아크로바틱한 시도로 유지 가능한 한에서 기적적인 것이다.²¹³⁾ 그러므로 정당한 폭력을 독점하고 중간단체를 분쇄하는 막강한 국가는 오로지 국가의 안전을 요구하는 수동적 개인이 아닌 자신의 권리(Recht=법=정의) 때문에 싸우는 개인이 아니면 통제할 수 없는 것이다. 다시 말하면 궁극적으로 자력구제를 마다하지 않는 사람들이 국가의 안전을 안전하게 누릴 수 있다는 것인지도 모른다.²¹⁴⁾ 그러나 때에 따라 준엄한 이러한 명제를 우리나라에서 헌법 이론상 또는 헌법 해석상 받아들여야 할지에 대해서는 향후의 추가 논의가 필요하다. 마지막으로, 다음 장에서 이상의 논의를 요약하고 이 글을 마무리하고자 한다.

211) 樋口陽一, “国法学” [補訂], 有斐閣, (2007), 89頁(脚注 10); 笹田栄司, 前掲書(註 172), 173頁; 高橋和之, “立憲主義と日本国憲法” [第2版], (2010), 282頁.

212) 樋口陽一, 前掲書(註 207), 54頁 以下.

213) 毛利透, 前掲書(註 202), 54頁.

214) 樋口陽一의 다음 발언도 참조. “민약 *res publica, public matter*에 관심을 갖지 않는 인간도 헌법은 이를 허용한다. 그러므로 무임승차의 자유를 헌법은 제공한다. 그러나 무임승차의 인간이 인구의 몇 퍼센트 이상을 넘으면 그 공공사회는 유지할 수 없게 된다는 매우 어려운 긴장관계를 곧바로 헌법자신이 제시하고 있다(樋口陽一, ”討論要旨“, 公法研究 第67号, (2005), 202頁).

VI. 결론

근대국가에서 개인은 원칙적으로 자력구제를 포기하는 대신에 국가의 권리보호를 받게 되었다. 하지만 아마도 독일에서는 재판에 한하지 않고 입법과 행정까지 포함하여 그 시스템이 적절히 기능하도록 하기 위해서 개인은 궁극적으로는 법과 자신의 권리를 스스로 보호하라는 *Recht*의 관념 혹은 신화가 중요한 역할을 하고 있을 가능성이 있다. 지금도 여전히 독일의 법학 문헌에 조신하게 등장하는 폭력독점 개념은 그것을 우리에게 시사하고 있다. 하지만 유럽연합이라는 국가연합이 등장하여 특수한 사례가 되었다. 이하에서는 국가연합의 경우 폭력독점이 어떻게 변하였는지 결론으로 정리해 보기로 하자.

유럽연합은 초국가조직 안에서도 특수한 지위를 차지하고 있다. 왜냐하면, 회원국은 유럽연합에 일련의 고권을 이양했기 때문이다. 이런 와중에도 유럽연합이 여러 회원국에 대한 직접적 효력을 갖고 행사하는 법 제정의 권능도 점점 규모를 확대하고 있다. 그러므로 통상의 국제법상 합의된 의무와는 달리 유럽연합의 법적 행위는 국내법의 변경을 필요로 하지 않는다.²¹⁵⁾ 유럽연합 공동체의 법은 오히려 직접적 효력을 보유하고 있어서 법 단계라는 측면에서 보면 국내법보다 우위이다. 유럽연합 공동체 법에 대립하는 회원국 국내법은 국내기관에 의해서 적용되어서는 안 된다. 국내법원을 포함한 모든 국가부서는 유럽연합 공동체 법의 적용상의 우위를 고려해야 한다. 그러므로 유럽연합은 이런 한에서는 유럽연합의 여러 기관에 의

215) 법적 행위(*Rechtsakte*) 개념은 법에 의거하여 법적으로 중요한 인간의 행동이라는 일반적인 의미에서도 이용되는 경우가 있는데, 특히 유럽공동체와 유럽연합의 법적 행위가 언급될 경우에는 지침·지령·규칙·결정·권고·의견 등을 발하는 것이다. Vgl. Gerhard Köbler, "Juristisches Wörterbuch: Für Studium und Ausbildung," 11 Aufl. (2002).

해서 공동체 법을 철저히 주장할 필요가 없지만 공동체와 회원국 사이의 분쟁에서 결정을 내리는 법원을 포기하는 것은 아니다. 그래서 회원국에서 그 자신의 시민들 대해서 직접적 효력을 지닌 공권력을 행사하는 것은 유럽연합의 권능이다. 이로써 유럽연합은 다른 모든 초국가조직보다 출중하다 할 것이다. 그럼에도 불구하고 유럽연합은 아직 국가가 아니다. 그래서 유럽연합이 보유하고 있는 공권력은 국가권력도 아니다. 이 두 개념은 지금까지 동의어로서 사용할 수 있었지만 이제 서로 분리하고 있다.

유럽연합에는 국가의 성질이 결여되어 있다. 왜냐하면 유럽연합은 자신의 기초, 일차적인 공동체 법에 대해서는 자기가 결정하지 않기 때문이다. 이러한 결정은 오히려 회원국이 국제법상 조약의 방법으로 확정하는 이른바 정부 간 회의에서 정한다. 이 조약에 근거하여 그 안에서 발생하는 일차적인 공동체 법 및 공동체의 기관에 의한 그 규범적용과 같은 법적 행위가 처음으로 유럽연합 자신의 행위가 되는 것이며 그래서 그 법적 근거에 대하여 말한다면 유럽연합은 타자가 결정한 것이며, 바로 이러한 점에서 자기결정의 원리가 타당한 국가와 구별되는 것이다.²¹⁶⁾

공동체화는 폭력독점의 적용 앞에서 아직도 꿈쩍하지 못하고 정지하고 있다. 분명히 유럽연합은 자신의 법 규범에 의해서 회원국에 대한 폭력행사의 조건을 정할 수 있다. 회원국은 이 조건을 준수해야 한다. 그러나 법적 행위의 집행이 문제가 되자마자 유럽연합은 회원국의 강제장치에 의지해야 하는 것이지 직접적으로 그 강제장치를 이용할 수는 없다. 확실히 회원국은 필요한 일을 할 법적 의무를 지고 있다. 하지만 회원국이 의무를 다하지 않은 경우 유럽연합에는 제소할 수 있는 수단이 남아 있을 뿐이다.

유럽연합은 국가의 강제장치에 활동을 강제하거나 어느 한 연방국가의

216) Dieter Grimm, "Braucht Europa eine Verfassung?," München: Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, (1995), SS.239-258. [englisch: Peter Gowan/Perry Andersen (Eds.), "The Question of Europe," London/New York: Verso, (1997)].

강제장치처럼 한 국가의 강제장치 대신 활동하는 등의 고유의 강제장치를 동원할 수는 없다. 이것은 내무 및 사법정책 협력(ZBJI)의 틀 안에서 달성된 유럽연합 경찰청(Europol) 같은 제도에도 타당하다.²¹⁷⁾ 유럽공동체 즉, 유럽연합의 첫 번째 기둥 내부에서 공동체화와는 달리 그 공통 외교안보 정책 및 내무 및 사법정책의 협력이라는 다른 두 개 기둥의 경우에는 통상의 국제법에 의한 정부 간 협력이 중요하다. 유럽연합 경찰청은 정보교환을 위한 유럽연합 규모의 시스템이며, 유럽연합 시민과 회원국 주민에 대해서 직접적인 강제력을 행사할 권리를 부여하고 있는 경찰은 아니다.

암스테르담 조약에 의해서 ZBJI(내무 및 사법정책 협력)의 일정한 여러 영역은 첫 번째 기둥의 공동체 법질서로 이행되고 있다. 다른 영역에 대한 제어 내용은 계속 보강됐고 현재는 상세히 규정되어 있다. 대규모의 제도적 통제 하에 생활할 수 있게 된 결과, 세 번째 기둥은 전혀 새로운 모습을 나타내게 되었다. 하지만 폭력독점의 관점에서 본 유럽연합 경찰청의 평가를 한다 해도 어떤 내용으로 변화하는 것은 아니다. 그래서 물리적 폭력이라는 최후의 수단에 대해서 말하자면, 국가의 폭력독점이 유럽연합 내부에서도 여전히 효력을 발휘하고 있다. 국가의 폭력독점은 예를 들면 연방국가의 그것처럼 개별 국가와 중앙국가들 사이의 기관과 사항에 알맞게 분배되어 있는 것도 아니다. 그 결과 폭력독점에 대해서는 전체 국가의 관점에서만 논할 수 있다. 유럽연합은 의심의 여지없이 가장 진보된 초국가적 조직이며 거기에서는 광범위한 정치영역이 공동체화 되어 있다. 그래서 이제 권력의 행사는 개별국가에 의해서가 아니라 여러 국가공동체에 의해

217) 유럽연합경찰(Das europäische Polizeiamt, Europol)는 1992년의 마스트리흐트 조약에서 합의되어 1994년 1월 3일에 설립되었으며 논자에 따라 다양한 번역이 주장되고 있다. 예를 들어 유럽연합경찰, 유럽국제경찰, 유럽공동경찰, 유럽경찰청, 유럽경찰국, 유럽형사경찰기구 등이다. 본고에서는 김성룡, “유럽연합형사법협력체(Eurojust) 연구, 법제처 세계법제연구 보고서, (2010), 4면에 기재된 번역어로서 유럽연합경찰을 따르기로 한다.

서 결정되는 것이다. 하지만, 자신의 법적 행위의 강제적 관철에 관해서는 회원국의 모든 권력기구를 믿고 있는 것이지, 유엔이 당초 및 예외 사례에서 가진 것처럼 어떤 회원국의 강제장치에 다른 회원국이 활동을 위탁할 가능성을 갖지 않는다.

이제 또 다른 쟁점으로 글로벌화의 조건 하에서 폭력독점은 어떤 변화가 있는지 정리하기로 한다. 우리의 주제와 관련해서는 글로벌화라는 제목 아래에 드러내는 많은 현상이 특별한 영향력을 가지고 있다. 즉, 경제의 행동범위가 확대하고 가장 앞선 영역에서는 전 지구적 규모에 이르고 있지만, 한편으로 본질적으로 여전히 국민 국가적으로 조직되어 있는 정치의 행동범위는 경제활동의 행동반경을 지지할 수 없다. 그 결과 경제적 거래와 정치적 규제 사이에는 더 골이 넓게 열리게 되었다. 글로벌 영역에서 활동하는 개인이나 기업들은 점점 그 활동을 국내법 질서와 국내법 관철 기관만 제치면 동시에 국내법의 타당성 요구 및 유럽연합 공동체법 같은 초국가적인 법의 타당성 요구마저 무효로 하는 것이 가능하다. 그럼에도 불구하고 글로벌 활동가들의 활동도 법적 장치를 필요로 하고 있는데, 이 법적 틀은 국민국가의 입법에 따라서는 제공할 수 없다. 그러므로 그 결과 의욕하는 상태의 일부는 세계무역기구(WTO) 같은 국제기구가 충원하는 것이며 나머지 일부는 아바타들이 자신의 법을 만들어 내는 것이다. 이때 활동가 자신의 법은 그것이 타당한 근거를 국가의 법적 명령 또는 국제법적 구속력 있는 협정에서 찾는 것이 아니라 사적인 합의에서 찾는다. 그것도 국가에 의한 혜택에 의해서가 아니고 자발적인 의무의 성격에 근거한다. 다국적 기업들은 자신들의 협동의 규칙에 대해서 합의하는 것이다. 이 규칙은 다국적 기업을 이제 더 이상 국내 재판권과 국내 실체법의 적용에 해당하지 않는다고 한다. 분쟁이 발생한 경우 다국적 기업들은 오히려 국내법에서 독립한 중재 재판정에 중재를 의뢰하고 있다. 그리고 중재 재판정은 많은 경우 그 사건의 해결에 적용하는 규범을 처음으로 창조되는 트랜

스 내셔널인 상법의 규범을 적용한다.²¹⁸⁾

국제화된 법질서가 계속 국가에 의존하고 있는 여러 영역에서 국가 자신은 부분적으로 트랜스 내셔널 법의 창설에 의해서 대응해야 한다. 물론, 이러한 의존의 가장 중요한 이유 중 하나는 바로 국가의 폭력독점이 존속하는 데 있다. 그리고 국가의 폭력독점은 지금까지 세계 또는 일부 지역을 덮고 있으나 이 폭력독점에 의해서 조금도 국가권능이 보완된 적이 없고 하물며 그 어떤 것으로 대체된 것도 없다. 이 영역에서 특히 중요한 것은 적용 대상에서 폭력독점에 인접한 영역 즉, 국가안전보장법이다. 그러므로 조직범죄에 대한 국제적인 투쟁과정에서 국가는 법 제정에서의 자신들의 우위를 오히려 경제법의 영역 이상으로 주장할 수 있다.

폭력독점에 있어서 이러한 법제의 발전은 그동안 오히려 간접적인 결과를 따랐다. 그 결과 변화된 것은 독점의 폭력행사가 허용되는 법적 전제의 확정이다. 국가에 강제수단을 투입할 자격을 부여하는 법적 근거는 국경을 넘는 일이 문제가 되는 한 점점 국가자신에 의해서는 정하지 않고 국가의 참여 아래이기는 하지만 이제 단독 책임에 대해서가 아니라, 국제기구와 다수의 국가별로 조약의 방법으로 해결한다. 그 경우 국가는 자기의 폭력을 이제 자신 스스로 제정한 법이 아닌 다른 사람의 입법에 의존하게 된다. 그러나 강제적인 관철이 문제가 되는 한 그동안은 국가가 필수적이었다. 이때 그러한 발전의 논리에 놓인 것은 폭력행사를 위한 자격을 다변화하겠다는 것이다. 다만, 글로벌화된 경제의 수요 때문에 이 발전이 폭력행사의 대상인 여러 권리가 단편화된 전근대적인 형식으로 되돌아가는 것은 현재로서는 불가피하다.

218) Gunther Teubner, "Des Königs viele Leiber: Die selbst dekonstruktion der Hierarchie des Rechts," in: Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner (Hrsg.): Globalisierung und Demokratie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (2000), SS.240-273; Gunther Teubner, "Global Law Without a State," Aldershot u.a.: Dartmouth, (1997).

국가의 힘의 확대와 폭력독점화 사이의 이러한 관련은 이미 막스 베버가 지적한 것이다.²¹⁹⁾ 앞으로의 전망으로서 미래에는 이제 영토적으로 서로 경계를 그은 많은 국가들 사이에 폭력독점이 존재하지는 않게 될 것이다. 오히려 연방국가의 경우와 유사하게 되고, 이러한 독점은 법의 관철을 위한 폭력행사의 자격을 초국가제도와 공유할 것이고, 이 초국가제도는 국가의 강제장치의 여러 부분을 이용하는 권력도 갖지 않고 고유의 강제장치를 구축할 이유도 없어지게 된다. 결국 폭력독점은 역사적인 현상이며 그 정의대로 정치적 지배단체에 속하는 것은 아니므로 아마도 그 때는 해소될 것이다. 단, 공권력 그 자체는 해소되지 않을 것이다. 공권력은 오히려 다른 상태로 이행할 것이다.

219) Weber, a.a.O., (Anm. 69), S.519.

[국문초록]

이 글의 과제는 독일 공법체계 내에서의 국가의 폭력독점이라는 개념의 검토를 통해서 독일 공법의 특징의 일단을 밝히고, 우리나라 공법에 대한 시사점, 특히 국가의 안전을 담보할 법리적 단서를 얻고자 하는 것이다.

독일 공법에서는 국가의 안전에 대한 설명과 권력행사의 합리화에 관한 심도있는 논의가 이루어져, 각종 이론이 정립되어 존재하며 이때에 국가의 폭력독점이라는 개념을 언급할 수 있다. 그 일반적인 내용은 “원칙적으로 국내에서의 폭력의 정당한 행사는 국가가 독점하고 사인에 의한 폭력의 행사는 금지된다”는 것이다. 한편, 우리나라에서는 정치학은 어쨌든 법학에서 폭력독점은 아주 생소한 개념이라고 해도 좋을 것이다. 하지만 이웃 일본만 해도 독일의 폭력독점론을 검토한 선행연구로서 시위 등의 규제, 기본권 보호의무론, 민법과 헌법 관계, 기본권 보호의 영역, 그리고 안전에 관한 것 등이 발표되어 있다. 그러나 우리나라에서는 폭력독점 그 자체를 주제로 우리의 헌법 해석학 또는 헌법이론에 대해서 갖는 의의를 논한 문헌은 매우 적다.

국가의 안전이라는 쟁점에 대한 논쟁에 관해서도 그 다양한 논리에도 불구하고, 특히 폭력독점을 거론하는 것은 독특한 이유가 있다. 특히 독일 법학에서는 얼핏 보면 권위적 치안국가와 친화적으로 보이는 폭력독점 개념이 결과적으로 재판받을 권리 등을 이끌어 낸 것이라는 분석도 있다. 필자는 이러한 다양한 각도에서의 폭력독점에 관심을 갖고 그 원인을 밝혀야겠다고 생각했다. 이것은 국가의 안전을 위한 권력의 적절한 통제에 어떤 시사점을 줄 수 있다는 생각이 제시되었기 때문이다.

본 연구에서는 왜 폭력독점이 논의되어야 하는지 문제제기에 이어 독일 공법학에서의 폭력독점론을 시대 상황별로 검토하였다. 특히 공법에서의

폭력 개념에서는 뎃레프 메르텐(Detlef Merten)과 요제프 이젠제(Josef Isensee)의 논의를 자세히 검토하였다. 폭력독점 이론이 활발하게 전개된 시대 배경을 밝히고, 불복주장 행동의 옹호론과 불복주장 행동에 대한 비판론을 살펴보고, 폭력독점의 논쟁이 등장한 이유를 논의하였다. 근대국가의 형성과 더불어 재판권을 받을 권리가 폭력독점을 대체한 이론적 근거를 고찰하였으며, 권리구제 수단으로서 자력구제와 재판의 관계를 살펴보았다. 민사소송에서의 소권론에 대해서도 논의하였다. 현대에 들어와 폭력독점론의 균열이 시작된 상황을 설명하였다. 특별히 국가간 폭력의 문제와 국가연합으로서 유럽연합이 탄생한 이후 폭력독점은 어떻게 논리적 구조가 변경되었는지 그리고 글로벌화의 조건 하에서 폭력독점은 어떤 모습으로 변화하는지에 대하여도 언급하였다. 본고의 학문적 성과는 법과 권리와 정의가 어떻게 조화를 이루어야 하는지를 탐색한 결과이다.

주제어

폭력독점, 국가, 기본권, 재판권을 받을 권리, 안전한 국가, 불복주장, 국가연합

[Abstract]

The purpose of this article is to clarify the characteristics of the German public law by examining the notion of violence monopoly of state in the German public law system and to suggest the implications for the public law in Korea, in particular, it aims to obtain judicial clues to secure safe state. In German public law, there are in-depth discussions on the explanation and rationalization of safe state, and various theories have been established, and at the same time, the concept of violence monopoly of state can be mentioned. The general content is, in principle, that “the legitimate exercise of violence within the state is monopolized by the state and that the use of violence by private is prohibited.”

On the other hand, in Korea, whatever the status of this notion may be in the political science, the violence monopoly may be regarded as a very unfamiliar concept in the legal field. However, neighboring countries in Japan have already reviewed the violence monopoly theory of Germany as a precedent study, such as the regulation of protests, the obligation of protection of fundamental rights, the relations between civil law and constitutional law, the domain of protection of fundamental rights, and safety. However, there is very little literature discussing the significance of our constitutional interpretation or constitutional theory on the subject of violence monopoly itself.

Regarding the debate on the issue of national security, despite its diverse logic, there is a particular reason to address violence monopoly. In particular, in German law, there is an analysis that, at first glance, the

concept of violence monopoly, which seems to be friendly to authoritarian police state, ultimately leads to the right to trial. I was interested in the monopoly of violence in these various angles and thought that I should reveal the cause. This is due to the idea that it can give some implication to appropriate control for the safe state. In this study, I investigated why the monopoly of violence should be discussed, and then examined the monopoly theory of violence in German public law in the context of its times.

Especially, in the concept of violence in the public law, the discussions of Delef Merten and Josef Isensee was examined in detail. This study explores the background of the period when the theory of violence monopoly has been actively developed, argues the criticism of protestation and advocacy of assertive action, and discusses why the argument of violence monopoly emerged. In addition to the formation of the modern state, the rationale for the substitution of violence monopoly by the right to trial is examined, and the relation between self-relief and trial is examined as a remedy for rights. I also discussed the theory of the right to bring an action in a court in civil litigation. I further explained the situation of the crack of violence monopoly theory in the modern times.

In particular, since the formation of the European Union as a state alliance and the issue of violence monopoly among nations has also reviewed about how the logical structure has changed and how the monopoly of violence changes under the conditions of globalization. The academic achievement of this article is the work of exploring how justice, rights, and law should be harmonized.

憲法論叢 第28輯(2017)

Key words

violence monopoly, state, fundamental right, right to trial, safe nation,
protestation, confederation of state

참고문헌

[국내문헌]

- 강미화, “독일 68운동의 의미와 유산,” 비판사회학회, 경제와 사회 제37호, (1998. 3), 65-97면.
- 강태호, “적군과 테러리즘 이후: 영화 ‘레전드 오브 리타’와 ‘내부 안전’의 경우,” 한국독어독문학교육학회, 독어교육 제49호, (2010. 12), 380-394면.
- 강희원, “법과 폭력: 법의 존재론적 탐구,” 경희법학 제44권 제1호, (2009), 291-324면.
- 권영설, “헌법과 사법의 관계,” 송실대 법학논총 제12집, (2000), 39면 이하.
- 김상겸, “헌법국가에 있어서 시민운동의 정당성에 관한 고찰: 시민불복종 운동과 관련하여,” 아·태공법연구 제10집, (2002), 147-168면.
- 김성룡, “유럽연합 형사사법 협력체(Eurojust) 연구, 법제처 세계법제연구 보고서, (2010), 4면
- 김용구, “세계외교사,” (上·下 合本), 서울대학교 출판부, (1995), 2면 이하.
- 김철수, 헌법학신론 제21진정판, 박영사, (2013), 121-122면.
- 노동일, “전쟁권과 헌법상 권력분립원리의 변화,” 국제법무연구 제12권 제2호, (2008), 1-29면.
- 박병석, “규범적 다원주의의 이론적 발전과 특성: 독일에서의 신다원주의를 중심으로,” 한국정치학회, 한국정치학회보 제25권 제2호, (1992. 4), 88-110면.
- 박은정, “법치국가와 시민불복종,” 법과 사회 통권 제3호, (1990), 65-96면.
- 반영기·성낙인, “상고의 제한과 재판을 받을 권리,” 고시계사, 고시계 제55권 제9호, (2010. 8), 231-239면.
- 손재영, “경찰의 사전 대비활동,” 공법학연구 제11권 제2호, (2010. 5), 289-307면.
- 엄순영, “폭력이 아닌 법의 가능성: 법과 폭력의 21세기 공간,” 기획특집-우리 사회의 폭력, 지식의 지평 18, (2015), 48-63면.

- 이대훈, “시민불복종과 법치주의적 상상력: 합법성의 도그마에 대하여,” 시민과 세계 제3호, (2003), 115-133면.
- 이부하, “헌법국가에서 국민의 안전보장-독일 헌법학의 논의를 중심으로,” 한·독 사회과학논총 제21권 제1호, (2011. 3), 160-175.
- 이시윤, 신민사소송법, 제5판, 박영사, (2010), 189면.
- 이재상, 형법총론, 박영사, (1989), 208-242면.
- 이재상, 형법각론, 박영사, (1989), 122면.
- 이진모, “독일 역사정치 속의 68운동과 과거극복,” 호서사학회, 역사와 담론 제 50호, (2008. 9), 271-297면.
- 정성진, “한국의 법치주의는 왜 어려운가?-그 원인과 대책을 중심으로,” 건국 60주년 한국법률가대회 심포지엄, 인권과 정의, (2008. 10), 163-174면.
- 천진호, “형사피고인의 신속한 재판을 받을 권리,” 경북대 법학논고 제14호, (1998. 12), 129-155면.
- 최봉철, “시민불복종의 요건과 처벌의 문제,” 저스티스 제33권 제3호, (2000), 142-156면.
- 최은범·박지현, “민간군사기업(PMCs)의 국제인도법상 지위,” 人道法論叢 第28號, (2008. 9), 21-52면.
- 하승우, “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰-법치주의와 시민권리를 중심으로,” 특집 소통과 실천: 기억과 전망 제21호, (2009), 6-35면.

[일본문헌]

- 赤坂正浩, “基本法8条の集会の自由と集会法による規制,” ドイツ憲法判例研究会編, ドイツの憲法判例 [第2版], (2003).
- 石川健治, “隱蔽と顯示,” 法学教室 第337号, 有斐閣, (2008).
- 石川健治, “自由概念の比較史とその現代的位相,” 比較法学 第42卷 第2号, 未来社, (2009).
- 井関正久, “ドイツを変えた68年運動 (シリーズ・ドイツ現代史II),” 白水社, (2005).

- 上原敏夫・池田辰夫・山本和彦, “民事訴訟法,” [第5版], 有斐閣, (2006).
- 海老原明夫, “紛争解決と訴権論(その一)~(その三),” *ジュリ* 第958号, 第960号, 第961号, (1990).
- 海老原明夫, “公権としての権利保護請求権,” *法曹協會雑誌* 第108卷 第1号, (1991).
- 岡田健一郎, “日本公法学における, 警察, についてのメモ,” *一橋法学* 第7号 第2卷, (2008).
- 岡田健一郎, “いわゆる‘Gewaltmonopol’について,” *憲法理論研究会編, 憲法学の最先端*, (2009).
- 岡本三夫, “平和学—その軌跡と展開,” 法律文化社, (1999).
- 小貫幸浩, “近代人権宣言と抵抗権の本質について,” *早稲田法学会雑誌* 第41卷, (1991).
- 影山日出彌, “西ドイツにおける国家緊急権,” (初出 1968年), “憲法の原理と国家の論理,” 勁草書房, (1971).
- 粕谷友介, “西ドイツ緊急事態憲法の制定過程(一)~(六・完),” *上智法学論集* 第17卷 第1号 (1973年), 第17卷 第2号 (以下, 1974年), 第17卷 第3号, 第18卷 第1号, 第18卷 第2号 (以下, 1975年), 同 第3号.
- 片山智彦, “裁判を受ける権利と司法制度,” 大阪大学出版会, (2007).
- 兼子一, “實體法と訴訟法,” 有斐閣, (1957).
- 金子宏ほか編, “法律学小辞典 [第4版 補訂版],” 有斐閣, (2008).
- 木村靖二編, 新版 “世界各国史13-ドイツ史,” 山川出版社, (2001).
- 国松孝二編集代表, “小学館 独和大辞典” [第2版]コンパクト版, (2000).
- 駒村圭吾, “国家なき立憲主義は可能か,” *ジュリ* 第1422号, (2011).
- 小山剛, “基本権保護の法理,” 成文堂, (1998).
- 小山剛, “陰画としての国家,” (慶應義塾大学) *法学研究* 第80卷 第12号, (2007).
- 小山剛, “憲法学上の概念としての, 安全,” 慶應義塾大学法学部編, *慶應の法律学 公法 I*, (2008).
- 小山剛, “憲法上の権利の作法,” 尚学社, (2009).
- 坂原正夫, “訴権について,” (慶應義塾大学) *法学研究* 第77卷 第12号, (2004).

憲法論叢 第28輯(2017)

- 笹倉秀夫, 書評, “権利のための闘争を読む,” 法制史研究 第34号, (1985).
- 笹田栄司, “実効的基本権保障論,” 信山社, (1993).
- 笹田栄司, “裁判を受ける権利の再生と行政裁判手続,” 長谷部恭男編著, リーディングズ現代の憲法, (1989).
- 渋谷秀樹, “憲法,” 有斐閣, (2007).
- 初宿正典, “ボン基本法の抵抗権条項,” 法セミ 第312号, (1981).
- 新堂幸司, “新民事訴訟法 [第4版],” 有斐閣, (2008).
- 鈴木隆, “ドイツにおける保儀義務の基礎,” 早稲田大法研論集 第76号, (1996).
- 鈴木隆, “ドイツにおける国家任務としての保護,” 早稲田大法研論集 第81号, (1997).
- 芹沢齊, “法治国家の敵と抵抗権,” 樋口陽一, 野中俊彦編, 憲法学の展望, 有斐閣, (1991).
- 高橋明男, “西ドイツにおける警察的個人保護(一)~(二・完),” 阪大法学 第139号 (1986), 第140号, (1989).
- 高橋明男, “デモの自由と平和性-国家の暴力独占をめぐる西ドイツの法状況(一) ~ (二・完),” 阪大法学 第144号, (1987年), 第148号, (1988年).
- 高橋和之, “立憲主義と日本国憲法,” [第2版], 有斐閣, (2010).
- 高見勝利, “憲法と私法論におけるミッシング・リンクの再定位-立法史の視座から,” 憲法問題 第21号, 三省堂, (2010).
- 高柳先男, “ヨーロッパの精神と現実,” 勁草書房, (1987).
- 戸波江二, “人権論の現代的展開と保護義務論,” 樋口陽一ほか編, 日独憲法学の創造力(上巻), (2003).
- 中野雅紀, “ドイツにおける狭義の基本権構成要件理論,” 法学新報 第102巻 第9号, (1996).
- 長谷部恭男, “国家による自由, 憲法の理性,” 東京大学出版会, (2006).
- 服部良久・山辺規子・南川高志編, “大学で学ぶ 西洋史 [古代・中世],” ミネルヴァ書房, (2006).

- 林知更, “国家論の時代の終焉? (一)~(二・完),” 法律時報 第77卷 第10号, 第11号, (2005).
- 樋口陽一, “近代立憲主義と現代国家,” 勁草書房, (1973).
- 樋口陽一, “討論要旨,” 公法研究 第67号, (2005).
- 樋口陽一, “国法学” [補訂], 有斐閣, (2007).
- 樋口陽一, “憲法” [第3版], 創文社, (2007).
- 樋口陽一, “近代の公理の法学上の再発見とその問題性,” 日本学士院紀要 第64巻 第3号, (2010).
- 平島健司, “ドイツ現代政治,” 東京大学出版会, (1994).
- 松浦一夫, “環境保護平和運動(緑の党)とその抵抗(一)~(二・完),” 早稲田政治公法研究 第20号, (1986年), 第21号, (1987年).
- 松本和彦, “三段階審査論の行方,” 法律時報 第83巻 第5号, 日本評論社, (2011).
- 水島朝穂, “西ドイツにおける就業禁止問題と政党特権,” 法の科学 第7号, 日本評論社, (1979).
- 水島朝穂, “現代軍事法制の研究,” 日本評論社, (1995), 230頁.
- 宮澤俊昭, “国家による権利実現の基礎理論,” 勁草書房, (2008).
- 村上淳一, “ドイツ市民社会の成立,” 法学協会雑誌 第86巻 第8号, (1969).
- 村上淳一, “法律の一般性について—近代的法律概念の成立と変質,” 鈴木禄弥ほか編, 概観ドイツ法, (1971).
- 村上淳一, “近代法の形成,” 岩波書店, (1979).
- 村上淳一, “権利のための闘争を読む,” 岩波書店, (1983).
- 毛利透, “首相公選制を考える,” ジュリ 第1205号, (2001).
- 毛利透, “市民的自由は憲法学の基礎概念か,” 表現の自由, 岩波書店, (2008).
- 山内進, “掠奪の法観念史,” 東京大学出版会, (1993).
- 山岸喜久治, “ドイツの憲法忠誠—戦後から統一まで,” (SBC 学術文庫), (1998).
- 山本敬三, “現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)(二・完),” 法学論叢 第133巻 第4号, 第133巻 第5号, (1993).
- 山本弘, “権利保護の利益概念の研究(一)~(三・完),” 法曹協會雑誌 第106巻 第2

憲法論叢 第28輯(2017)

号, 第106卷 第3号, 第106卷 第9号, (1989).

[독일문헌]

Andreas Anter, “Das Herz des Staates, Zur Anatomie des Gewaltmonopols,” in: StwStP (Staatswissenschaften und Staatspraxis) 6, (1995), S.449ff.

Andreas Anter, “Max Webers Theorie des modernen Staates,” Berlin: Duncker und Humblot, (1995).

Arndt Sinn, Gewaltbegriff, NJW 2002, (2002), S.1024ff.

Arthur Kaufmann, “Widerstandsrecht,” Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Leonhard E. Backmann (Hrsg.), (1972).

Benjamin Kneihls, “Verfassungsfragen des so genannten staatlichen Gewaltmonopols am Beispiel des österreichischen Rechts,” Der Staat 2005, (2005), S.265ff.

Bernd Hesse, “Querulatorischer Terrorist oder Kämpfer um's Recht?,” NJW 2003, (2003), S.621ff.

Bodo Pieroth, “Das staatliche Gewaltmonopol,” in: Thomas Gutmann/Bodo Pieroth (Hrsg.), Die Zukunft des staatlichen Gewaltmonopols, (2010).

Carl Schmitt, “Der Begriff des Politischen (zuerst 1932),” Duncker & Humblot: Berlin, (1963).

Christian Calliess, “Sicherheit im freiheitlichen Rechtsstaat,” ZRP 2002, (2002), 1ff.

Christine Reinle, Art. “Fehde,” in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., (2008), S.1515ff.

Christoph Gusy, “Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe,” DÖ 1996, (1996), S.573ff.

Christoph Möllers, “Staat als Argument,” Mohr Siebeck, (2000).

Christoph Möllers, Art. “Gewaltmonopol,” in: Werner Heun et al.(Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, Neuausg, (2006).

- Christoph Möllers, "Der vermisste Leviathan, Staatstheorie in der Bundesrepublik," Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M., (2008), 31ff.
- Detlef Merten, "Rechtsstaat und Gewaltmonopol," Tübingen: Mohr, (1975).
- Detlef Merten, "Rechtsstaatsdämmerung," in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Rudolf Samper, R. Boorberg, (1982).
- Dieter Grimm, "Öffentliches Recht," in: Staatslexikon. Band IV. 7. Aufl. Freiburg: Herder, (1988), SS.119-124.
- Dieter Grimm, "Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus," in: Grimm, Dieter: Die Zukunft der Verfassung. 2. Aufl. Frankfurt: Suhrkamp, (1994), SS.31-66.
- Dieter Senghaas, "Editrisches Vorwort," in: ders.(Hrsg.), Kritische Friedensforschung, (1971), S.7ff.
- Dietmar Willoweit, "Die Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols im Entstehungsprozeß des modernen Staates," in: Albrecht Randelzhofer/Werner Süß (Hrsg.), Konsens und Konflikt, Berlin u.a.: de Gruyter, (1986), S.313ff. S.997.
- Eberhard Schmidt-Aßmann, "Art. 19 Abs. 4," in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar (Stand: 2003), (2003).
- Eberhard Schmidt-Aßmann, "§26 Der Rechtsstaat," in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. (2004).
- Eckart Klein, "§19 Staatliches Gewaltmonopol," in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, (2010).
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Der Staat als sittlicher Staat," Politik und Geistesgeschichte, Band 14m Duncker & Humblot (1978).
- Erhard Denninger, "Polizei in der freiheitlichen Demokratie," Frankfurt a.M., Berlin: Alfred Metzner, (1968).
- Erhard Denninger, "Gewalt, innere Sicherheit und demokratischer Rechtsstaat, ZRP 1973," (1973), 268ff.

- Erhard Denninger, "Zehn Thesen zum Ethos der Polizeiarbeit (zuerst 1987)," in: ders., *Der gebändigte Leviathan* (1990).
- Friedrich Gerhard Schwegmann, "Idee und Entstehung des staatlichen Gewaltmonopols," in: *Verwaltungsrundschau*, 33. Bd. (1987), H. 7 IV., 218ff.
- Georg Jellinek, "Allgemeine Staatslehre," Nachdruck der 3. Aufl. Bad Homburg v.d. Höhe: Gehlen. (1966), 435ff. bes. 454ff.
- Görg Haverkate, "Verfassungslehre-Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung," C.H. Beck, München, (1992).
- Hans-Dieter Schwind/Jürgen Baumann(Hrsg.), "Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt," Bd. I. Duncker & Humblot, (1990a).
- Hans-Dieter Schwind/Jürgen Baumann(Hrsg.), "Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt," Bd. II. Duncker & Humblot, (1990b).
- Hans Fenske, "Gewaltenteilung," in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.): *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band II. Stuttgart: Klett Cotta, (1979), SS.923-958.
- Hans-Jürgen Becker, "Das Gewaltmonopol des Staates und die Sicherheit des Bürgers," *NJW* 1995, (1995), S.2077ff.
- Hans-Jürgen Papier, "§153 Justizgewähranspruch," in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1. Aufl. (1989).
- Hartmut Maurer, "Der Justizgewährungsanspruch," in: Steffen Detterbeck (Hrsg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit*, Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Berlin, (2009).
- Heinrich Degenkolb, *Einlassungszwang und Urteilsnorm: Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Breitkopf & Härtel, (1877).
- Helmut Quaritsch, "Staat und Souveranität," Frankfurt a.M.: Athenaeum Verlag, (1970).

- Johan Galtung, "Gewalt, Frieden und Friedensforschung," in: Dieter Senghaas (Hrsg.), *Kritische Friedensforschung*, (1971).
- Jörn Axel Kämerer, "Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol," in: Winfried Kluth et al. (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stober zum 65. Geburtstag*, (2008).
- Josef Isensee, "Das legalisierte Widerstandsrecht," Verlag: Gehlen, Bad Homburg/Berlin/Zürich, (1969).
- Josef Isensee, "Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates," in: *Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, (1982).
- Josef Isensee, "Das Grundrecht auf Sicherheit," *Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin, (1983).
- Josef Isensee, "Ziviler Ungehorsam," in : Güter Birtsch/Meinhard Schröer (Hrsg.), *Widerstand und Ungehorsam (Trierer Beiträge)*, (1988).
- Josef Isensee, "Abschied der Demokratie vom Demos," in: *Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat*, Berlin, (1989).
- Josef Isensee, "Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte," in: *Festschrift für Horst Sendler zum Abschied aus seinem Amt*, München, (1991).
- Josef Isensee, "§15 Staat und Verfassung," in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 3. Aufl. Müller, Heidelberg, (2004).
- Jürgen Habermas, "Ziviler Ungehorsam (zuerst 1983)," in: ders., *Die Neue Unübersichtlichkeit* (1985a).
- Jürgen Habermas, "Recht und Gewalt (zuerst 1984)," in: ders., *Die Neue Unübersichtlichkeit* (1985b).
- Jürgen Habermas, "Gewaltmonopol, Rechtsbewußsein und demokratischer Prozeß," in: ders., *Die nachholende Revolution* (1990).

- Karl-Georg Faber, Macht, Gewalt I. In: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.): Geschichtliche Grundbegriffe. Band 111. Stuttgart: Klett Cotta, (1982), SS.817-820.
- Konrad Hesse, "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland," 20. Aufl. C.F. Müller GmbH, (1999).
- Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, "Zivilprozessrecht," 16. Aufl. C.H.Beck, (2004).
- Markus Möstl, "Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung," 1. Aufl. Mohr Siebeck, (2002).
- Martin Kriele, "Einführung in die Staatslehre," Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, (1975).
- Martin Kriele, "Freiheit und Gleichheit," in: Ernst Benda et al. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, (1983).
- Martin Kriele, "Die Rechtfertigungsmodelle des Widerstands (zuerst 1983)," in: ders., Recht-Vernunft-Wirklichkeit, (1990).
- Max Weber, "Wirtschaft und Gesellschaft," 1. Halb., 5. revidierte Aufl. (1976).
- Max Weber, "Wirtschaft und Gesellschaft," Studienausgabe der 5. Auflage. Tübingen: Mohr, (1972).
- Max Weber, "Politik als Beruf (zuerst 1919)," in: Wolfgang J. Mommsen/Wolfgang Schlüter (Hrsg.), MWG (Max Weber Gesamtausgabe) I/17, (1992).
- Michael Kloepfer, "§164 Versammlungsfreiheit," in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. (2009).
- Michael Kniesel, "innere Sicherheit und Grundgesetz," ZPR 1996, (1996), S.482ff.
- Michael Stolleis, "Das staatliche Monopol legitimer physischer Gewalt," in: Nikolaos Alivizatos et al. (Hrsg.), Essays in honour of Georgs I. Kassimatis, (2004).

- Niklas Luhmann, "Rechtssoziologie," Reinbek bei Hamburg: Rowohlt, 1977) (1972).
- Niklas Luhmann, "Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat," München u.a.: Olzog, (1981a).
- Niklas Luhmann, "Rechtswang und politische Gewalt," in: Niklas Luhmann: Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (1981b), SS.154-172.
- Niklas Luhmann, "Die Politik der Gesellschaft," Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (2000).
- Norbert Elias, "Über den Prozeß der Zivilisation," Band II. 8. Aufl. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (1982).
- Othmar Jauernig, "Zivilprozessrecht," 29. Aufl. Verlag: C.H.Beck, (2007).
- Paul Laband, "Das Staatsrecht des deutschen Reiches," 5. Aufl., 3. Bd. (1913).
- Peter Perenthaler, "Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre," Wien u.a.: Springer, (1986).
- Ralf Dreier, "Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat," in: Peter Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, (1983).
- Richard Schmidt, "Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts," 1. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblot, (1898).
- Richard Schmidt, "Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts," 2. Aufl. Leipzig: Duncker & Humblot, (1906).
- Roman Schnur, "Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des modernen Staates," Berlin: Duncker und Humblot, (1962).
- Rudolf von Jhering, "Zweck im Recht," Bd. 1. (1877).
- Rudolf von Jhering, "Der Kampf ums Recht," 21. Aufl. Berlin, Verlag "Der Syndikalist" Fritz Kater, ohne Jahr (1925).
- Rupert Scholz, "Rechtsfrieden im Rechtsstaat," NJW 1983, (1983), S.705ff.

Walter Schmitt-Glaeser, "Private Gewalt im politischen Meinungskampf," 2. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, (1992).

Wolf-Dieter Narr, "Gewalt und Legitimität," in: Leviathan 1, (1973), S.7ff.

Wolfgang Kersting, "Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages," Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, (1994).

[영미문헌]

Antonio Cassese, "On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law," in: European Journal of International Law, Vol.9, No.2, (1998).

Dieter Grimm, "The Modern State," in: Franz-Xaver Kaufmann/Giandomenico Majone/Vincent Ostrom (Eds.): "Guidance, Control and Evaluation in the Public Sector," Berlin/New York: de Gruyter, (1986), SS.89-109. [deutsch: Dieter Grimm, "Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft," Frankfurt a.M.: Suhrkamp, (1987), SS.53-137.]

Dieter Grimm, "Braucht Europa eine Verfassung?," München: Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, (1995), [englisch: Peter Gowan/Perry Andersen (Eds.), "The Question of Europe," London/New York: Verso, (1997), pp.239-258.]

Gunther Teubner, "Global Law Without a State," Aldershot u.a.: Dartmouth, (1997).

Henry J. Steiner & Philip Alston, "International Human Rights in Context," Aufl. 2. Oxford: Oxford University Press, (2000).

Leo Gross, "The Peace of Westphalia," The American J. of Int'l Law Vol.42 No.1 (1948 Jan.), pp.20-41.

Symposium, "Genocide, War Crimes, and Crimes Against Humanity," Fordham International Law Journal 23 (Beiträge verschiedener Autoren), (1999), pp.275-527.

법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론

Theodor Meron, "War Crimes Law Comes of Age," Oxford: Oxford University Press, (1998).

(논문접수일: 2017. 8. 31. 논문심사일: 2017. 10. 17. 게재확정일: 2017. 11. 13.)

기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구

A Study on the Constitutional Bases of Basic Income

盧 昊 昶(Roh, Ho-Chang)

湖西大學校 教授

－ 目 次 －

I. 서론	113
II. 기본소득에 관한 주요 내용	119
1. 개념 및 이론적 근거	119
2. 기본소득 구상의 간략한 역사	120
3. 기본소득의 종류	123
4. 성격 - 사회보장제도 vs 경제정책	124
5. 찬반 논쟁	129
6. 적용 영역과 시민권의 문제	133
7. 몇 가지 외국 사례	136
가. 알래스카	136
나. 마카오	137
다. 브라질	139
라. 스위스	143

III. 기본소득과 관련된 우리나라에서의 실험적 시도와 법적 검토	145
1. 기본소득 도입과 관련된 법령상 쟁점	145
2. 기본소득 도입을 둘러싼 지방자치단체의 권한쟁의심판	150
3. 기본소득 도입과 관련된 헌법상 쟁점	155
4. 기본소득 도입의 규범적 함의	158
IV. 기본소득 도입의 당위성에 관한 헌법적 근거의 논의	161
1. 문제의 소재	161
2. 기본소득 도입의 직접적 근거가 될 만한 예	161
가. 평등권	161
나. 사회적 시장경제질서 조항	164
3. 기본소득 도입의 간접적 근거가 될 만한 예	165
가. 인간의 존엄과 가치	165
나. 행복추구권	166
다. 인간다운 생활권	167
라. 사회국가원리 및 사회연대원리	168
마. 이익균점권	170
4. 기본소득 도입의 부정적 근거가 될 만한 예	171
가. 근로권	171
나. 근로의 의무	172
V. 결론	174
* 국문초록 및 주제어	182
* 영문초록 및 주제어	184
* 참고문헌	186

I. 서론

지난 2012년 제18대 대통령 선거 때 새누리당에서는 “기초노령연금의 급여수준(2012년 94,600원)이 너무 낮아 평생동안 우리나라의 경제발전에 애쓰신 어르신들의 경제적 어려움을 덜어주지 못하고 있으므로 65세 이상 모든 어르신에게 현재의 2배 지급”¹⁾ 지급하겠다는 공약을 약속한 바 있었다. 소위 ‘기초연금’이라고 하던 당시의 공약은 집권 이후 그대로 실행되지는 않았으나 이러한 공약의 바탕에 깔린 전제는 패러다임을 바꿀 만큼 획기적인 것이었다고 본다. 왜냐하면 그 공약은 연금 지급에 있어서 노동의 무 기타 어떤 조건을 부가하지도 않았고 당사자의 자산 상태를 조사한다는 내용도 없어서 빈부에 관계없이 문자 그대로 65세 이상이면 누구에게나 지급한다는 것이어서 연령 요건을 낮춘다거나 제거한다면 ‘복지’ 관점에서만 보아도 기존의 복지제도와는 전혀 다른 것이었기 때문이다. 즉 이런 식의 제도는 지금까지 존재한 바 없는 제도였던 것이다.

이처럼 어떤 공동체의 구성원 지위만 있으면 누구라도 근로 기타 어떤 의무도 요구하지 않고 또한 자신이 가진 재산이나 소득에 관계없이 그에게 일정액의 소득을 현금으로 정기적으로 지급하는 제도를 ‘기본소득’이라고 한다.²⁾ 예컨대, 일정 연령 이상의 노인 모두에게 일률적으로 매 일정기간마다 얼마씩 지급한다면 이는 ‘노인’기본소득이라 볼 수 있고, 일정한 연령대의 아동 모두에게 매월 일정 액수의 양육비를 지원하는 정책도 넓게 보면 ‘아동’기본소득에 해당하는 것으로 이해할 수 있다.³⁾

1) 새누리당, “세상을 바꾸는 약속, 책임있는 변화”(제18대 대통령선거 새누리당 정책 공약집), 2012, 57면.

2) <http://basicincome.org/basic-income/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).

3) 노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 『노동법연구』 제36호, 서울

기본소득에 대한 공식적인 언급이 2012년 처음 있었던 것은 아니지만⁴⁾ 관련 논쟁이 사회적으로 부각된 것은 박근혜 정부 시절 서울시와 성남시에서 청년수당, 청년배당이라는 사업을 실험적으로 추진하면서 중앙정부와 마찰을 빚기 시작하면서이다.⁵⁾

서울시는, 2015년 11월, 서울에 1년 이상 주민등록을 둔, 가구소득이 중위소득의 60% 이하인 19세부터 29세까지의 사람 중 사업계획서를 검토하여 선발한 3,000명에게 월 50만원을 최대 6개월 지급한다는 계획을 발표하였는데, 보건복지부가 대상자 선정의 객관성 결여, 사후 모니터링의 부족 등을 이유로 반대하자, 가구소득이 60% 이하에 속하는 청년 중 창업 내지 취업을 준비하는 자로 대상을 한정하여 미취업 기간이 긴 자나 저소득층에 우선권을 부여하는 수정안을 제시한 바 있었으나 보건복지부는 성과지표나 급여항목 등이 미흡하다는 이유로 불수용하였다.⁶⁾ 그럼에도 불구하고 서울시는 보건복지부와 추가적 논의과정을 거쳐 3천명에게 6개월간 매월 50만 원씩 청년수당을 지급하겠다고 밝힌 후 그 지급을 실시하였다.⁷⁾ 그러나 이에 대해 보건복지부는 부동의 통보(2016.06.30.), 시정명령(2016.08.03.), 직권취소(2016.08.04.)를 하는 등 대립하였다.⁸⁾ 보건복지부가 시정명령을 내린 이유는 사회보장기본법 제26조 제2항의 협의⁹⁾ 결과 ‘부동의’ 및 동조

대학교 노동법연구회, 2014 상반기, 405면.

- 4) 2007년 17대 대선 때 당시 사회당 후보였던 금민은 자신의 공약으로 기본소득을 제시한 바 있었다. 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 405면 각주2 참조.
- 5) 예컨대, 연합뉴스, “복지부, 성남시 ‘청년배당’도 불수용 통보”, 2015.12.11.자 기사 (<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/12/11/0200000000AKR20151211039100017.HTML>, 최종방문 2017.08.31.); 서울신문, “복지부, 서울특별시 청년수당에 시정명령 이어 직권취소 처분”, 2016.08.04.자 기사 (<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20160804500050>, 최종방문 2017.08.31.) 등 참조.
- 6) 김태환, “지방자치단체의 복지재정 집행에 관한 고찰 - 서울특별시 청년수당 갈등을 중심으로”, 『사회법연구』 제30호, 한국사회법학회, 2016, 39면 참조.
- 7) 김태환, 앞의 논문, 40면 참조.
- 8) 김태환, 앞의 논문, 40면 참조.

제3항의 사회보장위원회의 ‘조정’절차¹⁰⁾ 미준수이고, 직권취소 사유는 지방자치법 제169조 제1항의 시정명령¹¹⁾ 불이행이었다.¹²⁾ 서울시는 보건복지부의 직권취소에 대해 취소처분과 가처분을 구하는 소를 대법원에 제기하는 등으로 대응하였다. 그리고 서울시는 2017년에도 청년수당 참여자를 모집하였다.¹³⁾ 대상은 2017.1.1.이전까지 주민등록상 주소지가 서울시에 전입되어 있는 만 19세~29세 미취업 청년으로서 대학졸업예정자이거나 주 30시간 미만 일하고 있는 자이어야 한다. 대학교 및 대학원 재학생, 주 30시간 이상 근로자로 정기소득이 있는 자, 실업급여수급자 및 정부사업에 참여하는 자, 기준 중위소득 150% 이상에 해당하는 가구에 속한 청년은 제외되며,¹⁴⁾ 가구소득, 미취업기간, 부양가족 수 등을 고려하여 최종적으로 선발된 5천 명에게는 ‘청년보장카드’를 발급하여 구직활동 직접비(응시료, 학원 수강비 등), 간접비(식비, 교통비 등)를 최소 2개월 동안은 무조건, 3개월째부터는 활동결과를 결과로 지급하고 취업하거나 창업하는 경우는 그 다음 달까지 지급한다.¹⁵⁾ 이러한 청년수당은 「서울특별시 청년 기본조례」 제10

- 9) 사회보장기본법 제26조(협의 및 조정) ② 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 신설 또는 변경의 타당성, 기존 제도와의 관계, 사회보장 전달체계에 미치는 영향 및 운영방안 등에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 보건복지부장관과 협의하여야 한다.
- 10) 사회보장기본법 제26조(협의 및 조정) ③ 제2항에 따른 협의가 이루어지지 아니할 경우 위원회가 이를 조정한다.
- 11) 지방자치법 제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정) ① 지방자치단체의 사무에 관한 그 장의 명령이나 처분이 법령에 위반되거나 현저히 부당하여 공익을 해친다고 인정되면 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 기간을 정하여 서면으로 시정할 것을 명하고, 그 기간에 이행하지 아니하면 이를 취소하거나 정지할 수 있다. 이 경우 자치사무에 관한 명령이나 처분에 대하여는 법령을 위반하는 것에 한한다.
- 12) 김태환, 앞의 논문, 41면 참조.
- 13) <https://youthhope.seoul.go.kr/front/user/main.do?jsessionid=AEAB2C1EAEC149A5F8A3AA1E9B7A73> (서울시 청년수당 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- 14) https://youthhope.seoul.go.kr/front/intropage/intropageShow.do?page_id=18634fec499e45158eaac8369b66130f (서울시 청년수당 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- 15) http://gov.seoul.go.kr/archives/98753?tr_code=hotissue (서울시 기획감사정보기획사회

조 제3항 및 제4항에 근거를 두고 있다.¹⁶⁾ 구체적으로는 선발된 청년에 대해 매월 50만원씩 최소 2개월에서 최장 6개월간 지원하게 되었다.¹⁷⁾ 기본소득의 개념에 비추어보면 서울시의 청년수당은 엄밀히 보면 기본소득이라고 하기는 어렵다고 본다.

성남시는 청년배당을 도입하기 위해 「성남시 청년배당 지급 조례」를 제정하였다(2015.12.18.제정, 2016.1.1.시행). 성남시 청년배당 지급 조례는 청년배당의 법적 근거로 청소년기본법 제8조 및 제49조, 사회복지기본법 제5조, 지방자치법 제8조 및 제9조를 제시하고 있으며 청년배당의 목적으로 성남시 청년의 복지향상과 취업역량 강화, 성남시 지역경제 활성화를 들고 있다(제1조).¹⁸⁾¹⁹⁾ 동 조례에서는 청년 및 청년배당의 개념을 정의하고 있고,

혁신 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).

- 16) 서울특별시 청년 기본조례 제10조(청년의 참여 확대 등) ① 시장은 청년의 참여를 확대하고 민주시민으로서의 학습과 경험을 지원하기 위해 노력하여야 한다.
 - ② 시장은 서울시의 각종 위원회와 정책 결정과정에서 청년의 의사를 반영하고 청년의 참여를 보장하기 위해 노력하여야 한다.
 - ③ 시장은 청년의 능동적인 사회참여 기회를 보장하기 위해 청년활동을 촉진하고 활성화하는 지원·육성 방안을 강구하여야 하며, 예산의 범위 내에서 활동비 등을 지급할 수 있다. <신설 2016.1.7.>
 - ④ 청년활동 지원 방안에는 다음 각호를 포함한다. <신설 2016.1.7.>
 1. 청년활동 활성화를 위한 교육·캠페인·프로그램 운영, 활동비 지급 등의 행정적·재정적 지원
 2. 청년활동 지원을 위한 활동비 지급 대상 선정 기준·방법·절차, 그밖에 필요한 사항 수립·시행
 3. 청년활동 지원 업무의 효율적인 추진을 위해 업무의 전부 또는 일부를 전문기관 등에 위탁
- 17) https://youthhope.seoul.go.kr/front/intropage/intropageShow.do?page_id=f637a1b9b0ec443bbcd15ec58ca3bb97 (서울시 청년수당 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- 18) 성남시 청년배당 지급 조례 제1조(목적) 이 조례는 「청소년기본법」 제8조와 제49조, 「사회복지기본법」 제5조, 「지방자치법」 제8조와 제9조의 규정에 따라 성남시에 거주하고 있는 청년에게 청년배당을 지급하여 성남시 청년의 복지향상과 취업역량 강화를 도모하는 동시에 성남시 지역경제 활성화에 이바지함을 목적으로 한다.
- 19) 이 외에도 헌법 제34조, 고용정책기본법 제25조(청년·여성·고령자 등의 고용촉진의 지원), 청년고용촉진 특별법 제3조(국가 및 지방자치단체 등의 책무) 등도 법적

시장의 책무, 청년배당의 지급대상·범위·지급기준·지급액·절차 등을 규정하고 있다. 동 조례에서 청년이란 청소년기본법 제3조 제1호의 청소년 중 만 19세부터 24세까지의 사람을 말하며(동 조례 제2조 제1호), 청년배당이란 이 조례에 따라 청년에게 지급되는 사회보장적 금전을 의미한다(동 조례 제2조 제2호). 청년배당의 지급대상은 신청일 기준으로 3년 이상 성남시에 주민등록을 두고 계속하여 거주하고 있는 청년으로 하되(동 조례 제4조 제1항), 성남시장으로 하여금 재정여건을 감안하여 이 중에서 해당 년도의 지급대상자를 선정할 수 있도록 하고 있다(동 조례 제4조 제2항). 청년배당은 분기별로 매분기의 시작 월 20일 개인별로 지급하며(동 조례 제5조 제1항, 제7조 제2항 본문), 25만원 이내로 성남시 내에서만 사용이 가능한 지급수단으로 지급한다(동 조례 제5조 제2항). 신청 및 확인 절차가 있고 확인하는 내용은 지급대상자의 사망, 전출, 거주기간 등 수급자격의 적정 여부이다(동 조례 제7조 제1항). 지급대상자가 사망·전출·말소 등으로 수급자격이 없거나, 수령을 거부하거나 기타 부정수급이 발견된 경우 지급이 중지된다(동 조례 제8조). 성남시의 청년배당 역시 중앙부처와 대립각을 형성하였고 관련 소송이 제기된 바 있다.²⁰⁾ 성남시의 청년배당의 경우 청년을 대상으로 하는 ‘청년’기본소득으로 볼 여지가 없지 않으나 지급수단이 어디서나 사용이 가능한 화폐가 아니라 ‘성남시 내에서만 사용이 가능한 지급수단’이라는 점에서, 기본소득은 현금소득(cash income)을 전제로 해야 한다는 견해에²¹⁾ 따를 때에는 기본소득에 부합하는지 의문이 있

근거로 제시되고 있다. 강남훈, 성남시 청년배당 실행방안 연구(정책연구보고서), 성남시, 2015, 161~165면.

20) 성남시 사회복지과 생활보장팀, “‘힘내라 청년!’ 성남시 두 번째 청년배당 시작”, 성남시 보도자료, 2016.04.20.자 (<http://www.seongnam.go.kr/synap/skin/doc.html?fn=62494.hwp&rs=synap/result/201709>, 성남시 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

21) Van Parijs · Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Harvard University Press, 2017, pp. 12~14.

을 수 있다.

서울시의 청년수당이나 성남시의 청년배당은 그 자체가 기본소득이나 아니냐를 떠나서 많은 논란을 낳았지만 서울이나 성남시의 시도는 기본소득에 대한 인식을 확산시키는데 기여하였고 2017년 제19대 대통령 선거에서도 주요 화두로 제시되기도 하였다.²²⁾

한편, 기본소득이라는 개념은 정치적 논란을 떠나서 미래적 관점에서도 상당히 논의되고 있는 것이 현실인데 그 중심에는 바로 인공지능을 중심으로 하는 4차 산업혁명과 일자리 감소의 문제가 자리하고 있다. 인공지능의 발달로 인간의 일자리를 기계 등이 대체하게 되고 필연적으로 일자리 자체가 줄어들 수밖에 없는데 그렇게 일자리를 상실하게 된 사람에게는 기본소득이 필요하지 않는가라는 것이 논의의 골자인 것이다.²³⁾

현재 우리나라에서는 기본소득이 아직 법률로 인정되고 있지는 않지만 개헌론과 관련하여 헌법 개정을 통해 도입해야 한다는 목소리도 등장하고 있고 또 해외에서는 이미 실험적으로 실시하고 있는 지역도 있으며 스위스에서는 헌법에 도입하자는 시도까지 있었다. 이런 상황에서 기본소득에 대해 법적 관점에서 논의해보는 것은 반드시 필요하다고 보이며 과연 현행 헌법을 기준으로 보았을 때 도입의 근거가 존재하는지, 헌법과 관계없이 도입가능한지 아니면 도입해서는 안 되는 것인지 관련 법적 검토를 해볼 필요가 있다.

22) 예컨대, 조세일보, “이재명 “기본소득, 4차 산업혁명 일자리 감소 대비책””, 2017. 03.24.자 기사

(<http://www.joseilbo.com/news/htmls/2017/03/20170324319961.html>, 조세일보 홈페이지 최종방문 2017.08.31.)

23) 강남훈, “인공지능과 기본소득의 권리”, 『마르크스주의연구』 제13권 제4호, 경상대학교 사회과학연구원, 2016.11, 13면.

II. 기본소득에 관한 주요 내용

1. 개념 및 이론적 근거

기본소득의 정의에 관하여는 아직 논의가 진행 중이고 여러 견해가 제시되고 있으나, 기본적인 사항에 대하여는 어느 정도 합의가 된 듯하다. 기본소득에 관한 사상적 기초들이 제시된 이후 많은 사람들의 논의를 거쳐 현재 기본소득에 관해 공감대를 가진 세계 각지의 여러 사람들이 모여서 기본소득지구네트워크(Basic Income Earth Network, 이하 'BIEN')라는 단체를 결성하여 활동 중에 있다.²⁴⁾ BIEN은 기본소득을 “자산심사나 근로요건 없이 모든 개인에게 무조건적으로 지급되는 정기적인 현금지급”(A basic income is a periodic cash payment unconditionally delivered to all on an individual basis, without means-test or work requirement.)이라고 정의하고 있다.²⁵⁾ BIEN에서 제시한 기본소득의 정의에 따르면, 기본소득은 정기성(periodic), 현금성(cash payment), 개별성(individual), 보편성(universal), 무조건성(unconditional)의 5가지 성격을 가지고 있는 것이다.²⁶⁾

기본소득의 근거를 찾자면, 누구나 자신이 속한 공동체의 공동자산에 대해 동등한 지분을 가지고 있으므로 이를 향유할 권리가 있다는 발상에서일

24) 기본소득유럽네트워크(Basic Income European Network)가 1986년 설립되었고 그 후 2004년 유럽에서 지구로 범위를 확대하여 기본소득지구네트워크를 결성하였다. 기본소득지구네트워크는 기본소득에 관심이 있거나 지지하는 개인 및 단체를 연결하여 논의를 전 세계에 전파하고 있다. 상세한 내용은 홈페이지 참조. <http://basicincome.org/about-bien/#overview> (기본소득 지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).

25) <http://basicincome.org/basic-income/> (기본소득 지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).

26) <http://basicincome.org/basic-income/> (기본소득 지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).

것이다. 지구적(地球的) 차원에서는 인간은 누구나 모든 인류의 공동자산에 해당하는 지구에 대해 생래적으로 균등한 지분을 가지고 있다는 것이다. 다만 지구는 너무나 거대하고 추상적인 관념이므로 공동체의 범위를 좁혀, 예컨대, 국가적 차원에서 본다면, “좋은 교육, 삶의 질 향상, 환경 개선, 연대의식 고취, 정의 고양, 범죄와 폭력 철폐, 빈곤 퇴치, 진정한 자유와 존엄성 확보와 같은 인간 조건의 보장을 위해서” “모든 사람은, 출신·인종·성별·연령·기혼여부·사회경제적 지위에 관계없이, 누구나 국부(國富)에 참여할 권리로서 자신의 삶에 반드시 필요한 것을 준비하기 위해 충분히 가능한 수단이 되는 소득을 받을 권리”(“o direito de cada pessoa - não importa a sua origem, raça, sexo, idade, condição civil ou socioeconômica - receber uma renda, na medida do possível suficiente para atender às suas necessidades vitais como um direito de participar da riqueza da nação”)를 가지고 있고 이러한 권리가 바로 기본소득이라는 것이다.²⁷⁾ 또한 기본소득을 실질적인 기회의 균등이라는 관점에서 본다면, 기본소득은 “누구의 몫을 빼앗은 착취나 수탈이 아니라 자연과 인류가 역사적으로 사회적으로 우리에게 넘겨준, 각자의 노력을 넘어서는 자원과 행운에 대한 제대로 된 기회의 평등으로서 $1/n$ 의 청구권”이라는 것이다.²⁸⁾

2. 기본소득 구상의 간략한 역사

모든 시민에게 대가 없이 똑같이 무엇인가를 주자는 발상의 기원은 최근의 것은 아니다. 기본소득 내지 그와 유사한 개념 자체는 오래 전에 제

27) Eduardo Matarazzo Suplicy, *Renda Básica de Cidadania*(3ª ed.), L&PM, 2008, p. 7.

28) 광노완, “분배정의와 지속가능한 최대의 기본소득”, 『시대와 철학』 제24권 제2호, 한국철학사상연구회, 2013, 25면. 이 논문에서는 기본소득의 경제철학을 체계적으로 제시한 판 빠레이스(Van Parijs)의 기본소득론에 대해 분석하고 있다.

시된 것이고 다만 최근 들어 그 관심이 증폭되었고 관련된 논의가 다양하게 등장하고 있는 것이다.

일반적으로는 영국 출신의 미국의 사상가이자 혁명가인 페인(Thomas Paine, 1737~1809)을 중요한 인물로 취급하고 있다. 페인은 1769년 자신의 논문 ‘토지분배의 정의’(Agrarian Justice)에서 21세가 되면 15파운드의 무조건적인 일시금을 지급받고 50세가 되면 10파운드의 연금을 지급받을 수 있도록 국민기금(National Fund)을 창설하자고 주장하였는데, 이것이 기본소득을 제안한 것으로 평가되고 있다. 페인은 세계가 인류의 공동재산인데 사유재산제가 생기면서 박탈과 빈곤이 초래되었다고 판단했다. 그는 또한 사유재산제는 그러한 공동재산에 대한 수탈을 인정하는 것이므로 토지 소유자에게 그 과실수취권을 인정하는 것처럼 그 과실의 일부를 모두를 위한 기금으로 내놓아야 한다고 보았다. 그는 이에 대해, 이는 자선이 아니라 수탈에 대한 보상이며 사회구성원 누구나 국부(國富)에 참여할 수 있는 권리의 실현 방법이라고 이해했다.²⁹⁾

이후 벨기에의 작가인 샤를리에(Joseph Charlier, 1816~1896)가 자신의 논문 ‘사회문제의 해법 또는 인도적 헌법’(Solution du problème social ou constitution humanitaire, 1848)에서 자산 심사나 유급 노동과의 연계를 모두 부정하고 일정 소득에 대한 무조건적인 권리를 주장하였다. 그는 누구나 자신의 모든 필요를 충족하기 위해서 신의 섭리에 의해 창조된 천연자원에 대한 사용권(usufruct)을 향유한다고 하였다. 이후 그는 자신의 논문 ‘사회문제의 해결’(La Question sociale résolue, 1894)에서 이를 ‘토지 배당’(territorial dividend)이라고 명명하였다.³⁰⁾

29) Tony Fitzpatrick, *Freedom and Security*, Palgrave, 1999, p. 40; Eduardo Matarazzo Suplicy, “시민기본소득: 한국과 브라질을 위한 좋은 제안”, 『한국사회과학』 제31권, 서울대학교 사회과학연구원, 2009, 126~127면.

30) <http://basicincome.org/basic-income/history/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종 방문 2017.08.31.); Eduardo Matarazzo Suplicy(2009), 앞의 논문, 127면.

영국의 철학자인 러셀(Bertrand Russell, 1872~1970)은 자신의 저서 『자유로 가는 길: 사회주의, 아나키즘, 생디칼리즘』(Proposed Roads to Freedom: Socialism, Anarchism and Syndicalism, 1918)에서 노동 여부를 떠나 생존에 필요한 최소한의 소득은 누구에게나 보장되어야 한다고 주장하였다.³¹⁾

1920~30년대에 걸쳐서는 영국의 엔지니어인 더글러스(Clifford H. Douglas)가 매월 5파운드씩 모든 시민에게 배당하는 사회신용(Social Credit)이라는 명칭의 기본소득을 주장하였다. 이는 그 당시 평균 근로소득의 3분의1에 해당하는 정도의 액수로서 수요를 보장하고 소비를 촉진시키기 위한 구상이었으나 채택되지는 못하였다.³²⁾ 더글러스는 공장 근로자들의 임금을 모두 합쳐도 그 공장에서 생산된 생산품을 전부 살 수는 없다는 사실을 확인하고는 수요와 공급의 불일치를 해결하기 위한 경제정책으로 이를 주장하였다.³³⁾

미국에서는 1968년 토빈(James Tobin, 1918~2002)이 사무엘슨, 칼브레이크 등 다수의 경제학자와 함께 데모그란트(demogrant)라는 기본소득을 주장하여 1972년 맥거번 민주당 후보의 대선 공약에 포함시키기도 하였으나 공화당의 닉슨 후보의 승리로 도입이 되진 못했다.³⁴⁾

프랑스에서는 1985년 철학자 고르(André Gorz, 1923~2007)가 2만 시간 동안 사회적 활동을 하는 것을 요건으로 하여 평생 동안 기본소득을 지급할 것을 주장하였다가 이후 노동사회가 문화사회로 이행할 것이라고 전망하면서 소득을 획득하는 것이 반드시 임금노동을 전제로 할 것은 아니라고

31) <http://basicincome.org/basic-income/history/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종 방문 2017.08.31.); Eduardo Matarazzo Suplicy(2009), 앞의 논문, 127면.

32) <http://basicincome.org/basic-income/history/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종 방문 2017.08.31.); Tony Fitzpatrick, *op. cit.*, p. 42; Eduardo Matarazzo Suplicy (2009), 앞의 논문, 129면.

33) C. H. Douglas(이승현 역), 사회신용, 역사비평사, 2016.

34) <http://basicincome.org/basic-income/history/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종 방문 2017.08.31.); Eduardo Matarazzo Suplicy(2009), 앞의 논문, 130면.

보아 1997년부터는 조건 없는 소득을 지지하게 되었다.³⁵⁾

3. 기본소득의 종류

기본소득은 한 가지만 존재할 수 있는 것은 아니고 지급되는 소득의 수준이나 도입하려는 단계적 상황에 따라서는 완전기본소득(Full Basic Income), 부분기본소득(Partial Basic Income) 및 전환기 기본소득(Transitional Basic Income)으로 나누어 볼 수도 있다. 완전기본소득은 생활에 필요한 기본적인 수요를 충족하는 금액을 지급하는 것을 말한다. 부분기본소득은 기본적인 수요를 완전히 충족하기에는 부족한 금액을 지급하는 것을 말한다. 그러므로 인간다운 생활을 위해서는 다른 사회보장급부에 의한 보충이 필요하다. 전환기 기본소득은 완전기본소득이나 부분기본소득을 도입하기 전에 전환기적 조치로서 이루어지는 것인데 사회 여건에 따라 다양한 형태로 적절히 채택될 수 있다.³⁶⁾ 예컨대, 특정 지역의 일정 연령 이하의 모든 아동에게 동일 액수의 양육비를 지급한다면 전환기 기본소득의 예시가 된다. 왜냐하면, ‘모든’이라는 요건과 ‘조건없이’라는 요건을 갖추고 있으므로 기본소득의 요건을 갖추고 있지만 특정 지역의 일정 연령층에게만 지급되고 있기 때문이다.³⁷⁾

즉, ‘모든’과 ‘자산심사 기타 조건없이’라는 두 가지 요건을 갖추고 있다

35) André Gorz, “노동사회에서 문화사회로의 이행: 노동시간의 단축-쟁점과 정책”, 『후기자본주의와 사회운동의 전망: 마르크스주의의 위기와 포스트 마르크스주의 III』, 의암출판문화사, 1993;

<http://basicincome.org/basic-income/history/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종 방문 2017.08.31.)

36) 박홍규, “기본소득(Basic Income) 연구”, 『민주법학』 제36호, 2008.3, 135면; Tony Fitzpatrick, *op. cit.*, pp. 35~38.

37) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 407면.

면 기본소득에 해당하고 다만 현실에서 구현될 때는 사회적 여건에 따라 액수 혹은 수급연령 등에 있어 다양한 형태가 존재할 수 있다.³⁸⁾ 다만 그 방식에 있어서는 오로지 현금지급만 가능한 것인지 의문을 가질 수 있으나 현물의 경우 개인의 선택가능성이 없다는 점에서 현금 방식이 BIEN에서 제시한 기본소득의 개념에 부합한다고 본다.

그밖에 최소한 사회에 보탬이 되는 최소한의 활동을 할 것을 요건으로 하는 형태의 조건부 기본소득도 생각할 수 있고 이를 ‘참여소득’(participation income)이라 하기도 한다.³⁹⁾ 다만 참여소득의 경우 시민사회에 대한 참여 의지의 유무, 인정되는 활동과 그렇지 않은 활동을 누가 판단할 것인가 등의 비판이 있고 결국은 그 지급을 위해서 자산조사를 요구하는 단계로 이어질 수 있다는 우려가 있다.⁴⁰⁾

4. 성격 - 사회보장제도 vs 경제정책

기본소득은 사회보장제도인가? 일견 공동체의 구성원 누구나에게 정기적으로 소득을 지원한다는 측면에서 사회보장제도 혹은 사회복지제도로 보이는 측면이 있는바, 현행 법령을 기준으로 그 성격을 파악해볼 필요가 있다. 왜냐하면 그 성격이 무엇인가에 따라서 규범적 기초가 달라지고 규범적 기초가 달라지면 보장의 강도나 사법심사의 기준이나 방법 등이 달라지기 때문이다.

우리 헌법은 제34조에서 ‘인간다운 생활을 할 권리’(동조 제1항)와 특별히 ‘사회보장·사회복지의 증진에 노력할 국가의 의무’(동조 제2항)를 규정

38) Tony Fitzpatrick, *op. cit.*, p. 3.

39) Atkinson, *Incomes and the Welfare State*, Cambridge University Press, 1995, pp. 147~148.

40) 박홍규, 앞의 논문, 137면.

하고 있는데, 이러한 헌법적 요청을 규범적 기초로 하여 사회보장 전반에 걸친 지도원리, 지침, 방향 등을 제시한 기본법으로서 『사회보장기본법』을 지적할 수 있다. 동법에서는 ‘사회보장’의 의미를 정의하고 있는바, ‘사회보장’이란 “출산·양육·실업·노령·장애·질병·빈곤 및 사망 등의 사회적 위험으로부터 모든 국민을 보호하고 국민 삶의 질을 향상시키는 데 필요한 소득·서비스를 보장하는 사회보험, 공공부조, 사회서비스”를 의미하는 것으로 규정하고 있다(사회보장기본법 제3조 제1호).⁴¹⁾ 여기서 출산과 양육이 왜 사회적 위험인가와 관련하여서는 의문의 여지가 있을 수 있으나, 출산과 양육으로 인해 소득상실의 위험이 있다는 점에서 사회적 위험으로 규정된 것으로 선해(善解)할 수 있다.

사회보장기본법은 사회보장의 세 가지 방법에 대해 설명하고 있는데, 이는 ‘사회보험’, ‘공공부조’, ‘사회서비스’이다. 첫째, ‘사회보험’이란 “국민에게 발생하는 사회적 위험을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도”를 말한다(사회보장기본법 제3조 제2호). 관련 법률로는 「산업재해보상보험법」, 「고용보험법」, 「국민건강보험법」, 「국민연금법」 등이 있다. 둘째, ‘공공부조’(公共扶助)란 “국가와 지방자치단체의 책임 하에 생활 유지 능력이 없거나 생활이 어려운 국민의 최저생활을 보장하고 자립을 지원하는 제도”를 말한다(사회보장기본법 제3조 제3호). 관련 법률로는 「국민기초생활보장법」, 「의료급여법」, 「주거급여법」, 「긴급복지지원법」 등이 있다. 셋째, ‘사회서비스’란 “국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지·보건의료·교육·고용·주거·문화·

41) 사회보장 이외에 일상적으로는 사회복지라는 용어가 보편적으로 사용되고 있다. 다만 ‘사회복지’라는 용어는 법적으로 정의되어 있지는 않다. 예컨대, 실정법에서 ‘사회복지’라는 용어가 사용되는 대표적인 법은 「사회복지사업법」이지만 ‘사회복지’의 정의 규정은 없다. 일반적으로 ‘사회복지’는 사회정책과 마찬가지로 사회문제를 해결하기 위한 총체적인 영역을 의미하기도 하고, 사회보장의 한 방법으로 이해되기도 한다. 전광석, 「한국사회보장법론」, 집현재, 2016, 71~72면.

환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담·재활·돌봄·정보의 제공·관련 시설의 이용·역량 개발·사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도”를 말한다(사회보장기본법 제3조 제4호).⁴²⁾ 사회보험과 공공부조로 분류되지 않는 나머지 사회보장제도들이 사회서비스 분야로 분류될 수 있다. 사회서비스 분야에 속할 수 있는 법제도는 사실상 경계가 없다고 볼 수 있고 사회적 필요가 있다면 얼마든지 입법이 가능한 분야로 보아도 무방하겠다. 관련 법률로는 「장애인복지법」, 「아동복지법」, 「노인복지법」, 「응급의료에 관한 법률」, 「한부모가족지원법」, 「사회복지사업법」 등이 있다. 이에 더하여 사회보장기본법은 평생사회안전망 개념도 도입하고 있는데,⁴³⁾ 포괄적으로는 사회서비스의 범주에 속하는 것으로 이해된다.

핵심적 요소를 기준으로 각각의 내용을 정리하자면, 사회보험은 개인의 노동에 의한 자기기여(사회보험료 납부)를 핵심으로 한다. 사회보험의 경우 각 제도의 취지가 다르고 보호되는 사회적 위험이 서로 다르기 때문에 제도마다 적용요건에도 차이가 조금씩 있다. 공공부조는 국가의 자산조사를 통하여 자신의 경제적 상태가 일정한 빈곤선 하에 있으며 부양의무자가 없거나 부양의무자로부터 부양을 받을 수 없다는 상태에 있다는 것이 핵심적인 요건이다. 이 두 가지 범주를 제외⁴⁴⁾ 나머지 제도들은 ‘사회서비스 및 평생사회안전망’(이하 ‘사회서비스’) 분야에 속하게 된다. 사회서비스 분

42) 종래에는 「사회보장기본법」에서 ‘사회복지서비스’라는 용어를 사용하였으나 개정된 「사회보장기본법」(2012.1.26., 법률 제11238호)에서부터 사회서비스로 용어가 변경되었다.

43) 사회보장기본법 제3조(정의) 5. “평생사회안전망”이란 생애주기에 걸쳐 보편적으로 충족되어야 하는 기본욕구와 특정한 사회위험에 의하여 발생하는 특수욕구를 동시에 고려하여 소득·서비스를 보장하는 맞춤형 사회보장제도를 말한다.

44) 우리나라 사회보장법제 형성의 초기에 제정된 「사회보장에관한법률」(1963.11.5.제정, 법률 제1437호)에서는 사회보장의 구성체계를 사회보험과 공공부조의 2가지로만 파악하는 것에서 출발하였다.

아에 속하는 제도들은 그때그때의 필요에 따라 일정한 인구학적 기준이 충족되면(아동, 장애인, 노인 등) 기여금과 관계없이 또한 자산조사 없이 현금급여, 현물급여, 서비스 등이 제공되는데 국가 부담(일반조세)으로 혹은 수익자 일부 부담 등 방식을 혼용하여 급여가 필요한 특정한 범주의 대상자에게 금전, 물품, 서비스, 시설수용 등 다양한 방식으로 급여가 제공된다.

그렇다면 기본소득이 사회보장기본법에서 제시하고 있는 사회보장의 3가지 방법 중 어딘가에 속하는 것이 맞는지 살펴보자.

첫째, 기본소득은 어떤 조건도 요구하지 않고 그저 공동체의 구성원이기만 하면 되기 때문에 노동과 소득이라는 나름 합리적인 연결고리를 단절시켜 버린다.⁴⁵⁾ 따라서 기본소득은 사회보험에 속할 수가 없다.

둘째, 기본소득은 자산조사 기타 아무런 요건심사가 없으므로 공공부조의 특성도 없고 공공부조가 가지는 사회적 낙인효과와 같은 부작용과도 무관하다. 이런 이유로 기본소득은 공공부조도 아니다. 다만 기본소득은 어느 정도로 지급하느냐에 따라서는 공공부조가 필요없게 될 수도 있다.⁴⁶⁾ 반대로 기본소득을 도입하는 대신 공공부조를 폐지하였는데 기본소득의 액수가 적은 경우 공공부조보다도 더 못한 제도가 될 수도 있다.

셋째, 기본소득은 누구에게나 조건없이 지급하는 것이라는 본질적 성격상 사회서비스에서 요구하는 필요성의 원칙과도 관계가 없어서 사회서비스에 속한다고 보기도 어렵다.

기본소득이 현행 사회보장기본법에서 제시하는 3가지 사회보장제도에 속하지 않는다는 점은 분명하다. 그렇지만 사회보장기본법에서 제시하는 3가지 방법은 어디까지나 헌법 제34조 제2항 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”라는 조항의 예시적 구체화이므로, 기본소득이 사회보장기본법에서 3가지로 제시하고 있는 사회보장에는 속하지 않을지

45) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 409면.

46) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 409면.

몰라도 헌법 제34조 제2항에서 규정하고 있는 사회보장·사회복지에 속하지 않는다고 단정할 수는 없는 것이다. 왜냐하면, 헌법 제34조 제2항에서 규정된 사회보장·사회복지가 사회보장기본법 제3조 제1호 사회보장의 정의 조항에서 규정된 범위에 한정된다고 볼 수는 없는 것이기 때문이다. 또한 이렇게 보아야 ‘헌법상의 인간다운 생활권은 법률에 의하여 구체화될 때 비로소 인정되는 법률상의 권리’라든가 “헌법상의 사회보장권은 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성”되는 권리라고 보는 헌법재판소의 입장에도⁴⁷⁾ 부합할 것이다. 왜냐하면 기본소득을 법제도를 통해서 인정한다면 이는 국가에게 자유를 침해하지 말 것을 요구하는 입법이 아니라 국가에 대해 적극적으로 급부를 요구하는 것을 내용으로 하는 입법이 될 것이기 때문이다. 요컨대, 기본소득은 기능적으로 사회보장적 성격이 없다고 단정하기 어렵고, 사회보장·사회복지의 개념 자체가 헌법상으로는 불확정적이고 포괄적인 개념이라는 점을 고려한다면 기본소득이 사회보장기본법에서 제시하는 사회보장제도에는 포함되지 않을 수 있어도 그보다 더 포괄적인 의미에서 해당하는 헌법상의 사회보장·사회복지에는 포섭될 수 있다고 본다.

그렇다면 기본소득을 경제정책으로 볼 수는 없는가? 사회보장제도에 속하는 노령연금, 산재보험, 실업보험, 질병보험 등이 등장하기 시작하던 19세기 말의 경우 산업사회로의 이행과 자본주의의 병폐가 함께 발생하던 때인데 이 때에도 기본소득에 대한 구상이나 논의자체는 존재하였으나 기본소득에 대해 사회복지제도 혹은 사회보장제도로서 그 성격을 규정한 것 같지는 않다. 사회보장제도가 확립되고 세계적으로 전파되던 20세기 초중반 무렵의 경우 영국의 베버리지 모델 혹은 독일의 비스마르크 모델이 사회보

47) 헌법재판소 1995.7.21.자 93헌가14 결정; 헌법재판소 2002.12.18.자 2002헌마52; 헌법재판소 2004.10.28.자 2002헌마328 결정 등.

장제도의 모델로 정착되었었지만 베버리지 모델이나 비스마르크 모델은 기본적으로 사회보험을 기반으로 하는 시스템이었다.⁴⁸⁾ 즉 사회보장제도가 등장하기 이전에는 사회보장의 개념 자체가 설정된 바 없었으므로 기본소득을 사회보장제도로 바라볼 수 없었고 사회보장제도가 등장한 이후에도 기본소득을 사회보장제도로 인식하지는 못했던 것이 아닐까 추정해본다. 오히려 기본소득에 해당하는 사회신용을 주장했던 더글러스(Clifford H. Douglas)의 경우 수요와 공급의 불균형을 해소하기 위한 수단으로 이를 주장했던 점을 고려한다면 기본소득을 경제정책으로 바라보는 것도 설득력이 있다고 본다.

결론적으로 현재 우리나라에서는 아직 기본소득이 법제도로 도입되어 있는 것은 아니므로, 만약에 기본소득을 사회보장제도 내지 사회복지제도로 인식해야 한다면 기본소득은 기존의 사회보장제도인 사회보험, 공공부조, 사회서비스에 속하지 않는 제4의 사회보장·사회복지제도에 해당한다고 보아야 할 것이고,⁴⁹⁾ 기본소득을 경제정책으로 인식해야 한다면 사회보장적 효과를 가진 경제정책으로 보아야 할 것이다.

5. 찬반 논쟁

기본소득은 공동체 구성원 모두에게 연령에 관계없이 지급할 것이냐, 일정 연령층에게만 지급할 것이냐, 액수를 어느 정도로 할 것이냐 등 설계 형태에 따라서는 현존하는 조세제도나 사회보장제도를 상당한 규모로 변화시킬 수 있다. 기본소득은 또한 임금노동과 소득의 결부라는 강력한 경제

48) 양자의 비교에 대해서는 Paul Spicker, *How Social Security Works*, The Policy Press, 2011, pp 67~70 참조.

49) 사회보장·사회복지제도의 경제적 효과에 대해서는 후생경제학에서 논의되고 있는 것이므로 굳이 경제정책적 효과가 있는 사회보장·사회복지제도라는 식의 언급은 불필요할 것 같다.

적 합리성을 깨뜨리는 제도이기 때문에 이데올로기적인 혹은 정치적인 맥락을 제거하고 논의하기도 쉽지 않다.⁵⁰⁾ 단적인 예로, 공동체의 구성원에게 매월 1만원씩 지급하는 것과 매월 100만원씩 지급하는 것은 본질적으로는 같아도 그 정치적·경제적·사회적 함의는 상당히 달라지며 구성원 전부에게 지급할 것이냐 일부에게 지급할 것이냐도 마찬가지로 그 함의나 효과는 매우 다르다. 그런 이유로 기본소득은 소위 보수·진보로 대변되는 정치진영 내에서 뿐만 아니라 동일 진영 내에서도 찬반양론이 대립하는 독특한 주제이다. 예컨대, 자유주의자들이 제안하는 기본소득은 임금노동과 소득의 연결이라는 경제적 합리성을 그대로 인정하는 전제 위에서 주장된다. 그러니까 ‘일하지 않는 자 먹지도 말라’라는⁵¹⁾ 전제 위에서, 고용되지 않고 살아가기에는 부족한 수준으로 기본소득 액수를 책정하되 기존의 사회보장·사회복지제도는 상당 부분 철폐하자는 논리이고, 반면, 좌파적 관점에서는 기본소득만으로도 ‘충분히’ 먹고 살 수 있는 수준의 액수를 요구하는 동시에 공공서비스라든가 사회보험 등에 대한 방어도 포기하지 않는 식으로 주장된다.⁵²⁾ 그렇다면 흔히 좌파 진영으로 분류되는 진보적인 투쟁의 최전선에 서있어 왔던 노동조합은 기본소득에 대해 호의적인가? 이채롭게도 노동조합은 기본소득에 별로 호의적이지 않은 것 같다. 노동조합의 입장에서는 기본소득이 실시될 경우 공공부조 및 사회보험의 약화, 불안정·저임금 일자리 확대, 노조 지도자의 이권 상실, 임금 노동자를 기반으로 하는 노조의 권력기반 약화, 정규직 남성 근로자로 구성된 노조의 이익에 적합하지 않은 점 등이 우려되기 때문에 기본소득을 지지하기 쉽지 않다고 한다.⁵³⁾ 반대로 노조의 권력 약화를 원하는 사용자들은 기본소득을

50) Tony Fitzpatrick, *op. cit.*, pp. 3~8.

51) 성경 데살로니가 후서 3장 10절.

52) Mona Chollet(정기현 역), “모든 인간에게 기본소득을 허하라”, 『르몽드 디플로마티크』 제56호, 르몽드 코레, 2013.5.

53) Van Parijs · Vanderborght, *op. cit.*, pp. 174~181.

지지하는 경향이 있다고 한다.⁵⁴⁾

기본소득에 대해서는 찬성론과 반대론이 팽팽히 대립하고 있다. 우선 반대론이 제시하는 논리는 다음과 같다. 예컨대, 임금노동과 소득 간의 연결 논리인 ‘경제적’ 합리성을 절단하기 때문에 근로유인이 사라진다고 노동 을 거부하게 될 것이라는 점, 무상급식 논란 때처럼 왜 부자에게도 지급해야 하는가라든가 거부하는 부자에게도 지급해야 하느냐는 반론,⁵⁵⁾ 재원 마련이 불가능하다는 점, 보편복지로서의 기본소득이 그 액수가 적정하지 않다면 빈곤층은 오히려 보호 수준이 더 열악해지므로 적정한 액수를 보장하지 못할 바에는 도입하지 않는 것이 낫고 선별복지를 유지해야 한다는 점 등이 제시된다.⁵⁶⁾

찬성론은, 기본소득의 액수는 책정하기에 따라서는 사회문제 기타 개인 적 불안의 원천이 되는 실업이 더 이상 문제되지 않게 된다는 점,⁵⁷⁾ 기본 소득을 통해 빈곤층의 소비촉진 및 빈곤층의 범죄 방지에 기여할 수 있다는 점, ‘완전고용’이라는 국가적 목표를 위한 사회적 비용을 줄일 수 있다는 점, 근로시간 단축으로 일자리 나누기가 가능해진다는 점, 기본소득이 개인의 협상력을 향상시키므로⁵⁸⁾ 굳이 저임금의 열악한 일자리에 머물 필요가 없게 되어 좋은 일자리 형성에 기여하게 된다는 점, 기본소득이 임금

54) Van Parijs · Vanderborght, *op. cit.*, pp. 181~184.

55) 이는 부자에게도 지급할 때 빈자도 더 많이 지급받게 된다는 ‘재분배의 역설’로 설명이 가능하다. 백승호, “기본소득제도의 소득재분배 효과 분석”, 『1등만 기억하는 더러운 세상을 뒤집어라』, 매일노동뉴스, 2010, 294~295면.

56) Paul Spicker, *op. cit.*, pp. 121~122; Tony Fitzpatrick, *op. cit.*, pp. 58~69.

57) 자산조사를 통해 수급요건을 정하는 공공부조에서는 실업합정(수급자격을 유지하기 위해서 실업상태에 머물러 있고자 하는 현상)이 부작용으로 거론되는데 기본소득은 실업합정을 제거할 수 있다고 평가된다. Bruce Ackerman, Anne Alstott and Philippe Van Parijs(ed.) et al.(너른복지연구모임 옮김), 『분배의 재구성』, 나눔의 집, 2010, 32면.

58) Bruce Ackerman, Anne Alstott and Philippe Van Parijs(ed.) et al.(너른복지연구모임 옮김), 앞의 책, 37~38면.

노동을 비롯한 개인의 노력을 배제하는 것이 아니어서 더 많은 소득을 원하는 자에게는 근로유인을 오히려 증대시킬 수 있다는 점, 행정조사에 해당하는 자산조사가 불필요해지므로 행정비용을 절감하고⁵⁹⁾ 낙인효과를 제거할 수 있어서 개인의 사생활을 더욱 존중해준다는 점, 부부 중에서 직장을 원하는 자가 취업하면 되므로 성별 분업에 근거한 가족모델에서 해방될 수 있다는 점, 그동안 가치평가를 받지 못하던 가사노동이나 돌봄노동 등 비임금노동에 대해 가치 부여가 이루어진다는 점, 사회보장의 사각지대 해소에 도움이 된다는 점, 적절한 설계를 한다면 얼마든지 인플레이션을 유발하지 않고 분배를 통한 경제활성화에 기여할 수 있다는 점⁶⁰⁾ 등을 근거로 든다.⁶¹⁾ 게다가 기본소득이 실현된다면, 기존의 임금노동을 통한 소득은 단순히 근로의 대가라든가⁶²⁾ 생활의 수단이라는⁶³⁾ 성격에서 벗어나서 노동에 대한 개인의 노력 혹은 기능에 대한 특별한 보수로 그 성격이 고양될 수 있을 것이다. 또한 기본소득 하에서 노동자는 협상력이 증대하므로

59) 자산조사를 통해 수급요건을 엄격히 파악하는 공공부조에 비해 보편적이고 사전적인 기본소득이 행정비용이 적게 든다. 왜냐하면 모두에게 지급하면 특정한 빈자를 찾는 데 비용을 들일 필요가 없기 때문이다. Bruce Ackerman, Anne Alstott and Philippe Van Parijs(ed.) et al.(너른복지연구모임 옮김), 앞의 책, 44면.

60) 브라질의 경우 기본소득은 아니지만 공공부조의 일종인 Bolsa Família 제도를 통해 빈곤층의 중산층으로의 성장 및 그로 인한 경제 활성화의 경험을 가지고 있다. 상세한 내용은 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 437~438면.

61) 강남훈·곽노완·김종철, “모두에게 존엄과 자유를-기본소득, 왜 필요한가”(좌담), 『녹색평론』 제131호, 녹색평론사, 2013.7, 17~39면; 박홍규, 앞의 논문, 133면; Tony Fitzpatrick, *op. cit.*, pp. 48~57; Paul Spicker, *op. cit.*, 121~122면; Mona Chollet(정기현 역), 앞의 논문; Benjamin Fernandez(허보미 역), “인도의 한 작은 마을에서 일어난 기적”, 『르몽드 디플로마티크』 제56호, 르몽드 코레, 2013.5에서 종합적으로 정리.

62) 근로기준법 제2조 ① 5. “임금”이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품을 말한다.

63) 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 1. “근로자”라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.

저임금의 열악한 일자리에서 굳이 머물러야 할 이유가 없어지고 개인의 자주적 선택권에 기초하여 보다 나은 일자리로 나아갈 수 있도록 자신을 교육·훈련시킬 수 있는 기회를 얻게 된다. 따라서 인간 노동은 수동적 노동에서 능동적 노동으로 고양될 수 있다. 또한 종래 가치평가를 받지 못하던 돌봄노동 등에 대한 인식도 달라질 것이고 가정책임 분담에 있어서 고정적인 성별분업이 수정될 것이다. 그 결과 노동의 성격이 보다 더 인간적으로 될 것이고 문화활동, 취미활동, 자원봉사 등 인간활동이 보다 더 다양하게 가능해질 것이다.⁶⁴⁾

6. 적용 영역과 시민권의 문제

기본소득은 일정한 공동체에 속하는 모든 자에게 지급한다는 의미에서 보편성을 속성으로 가지고 있다. 그런데 여기서 말하는 모든 자는 문자 그대로 지구의 모든 자를 의미하는 것이 아니라 기본소득이 시행되는 공동체 단위의 구성원 전체를 의미한다. 이런 점에서 공동체 단위라는 것은 기본소득이 가진 ‘유일하게 중요한 조건적인’(conditional in one important sense) 요소이다.⁶⁵⁾ 기본소득의 주장자들도 기본소득 수급자는 ‘영역적으로 정의된 특정한 공동체의 구성원’(members of a particular, territorially defined community)일 것을 요구하고 있다. 다만 이 조건은 영주(permanent residence)나 국적(citizenship)이 아닌 재정적인 거주(fiscal residence)를 의미한다는 전제에서, 현지의 개인소득세 적용을 받지 않는 여행자나 미등록 이주민 혹은 외교관이나 국제단체의 직원은 배제된다고 본다.⁶⁶⁾

64) 강남훈·곽노완·김종철, 앞의 좌담, 17~39면; 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 427면.

65) Van Parijs·Vanderborght, *op. cit.*, p. 8.

66) Van Parijs·Vanderborght, *op. cit.*, p. 9.

중중 전지구적인 기본소득의 도입론이 제기되기도 하지만⁶⁷⁾ 이는 현실적으로 발현되기에는 아직은 쉽지 않을 것이다. 그러므로 기본소득의 영역적 요건으로서의 ‘공동체’는 일반적으로는 국가를 의미하기 쉽다. 그렇지만 그렇다고 하여 반드시 국가에 한정된다고 볼 필요는 없고, 국가보다 낮은 단위의 지방자치단체나 초국가적인 지역(예컨대, EU) 차원에서도 기본소득은 충분히 가능하다. 즉 기본소득은 얼마든지 다양한 영역적 단위에서 탈집중적(decentralized)으로 도입될 수 있다.⁶⁸⁾ 반드시 기본소득이 국민국가(nation-state)에 한정되어야 하는 것도 아니다.⁶⁹⁾

따라서 지방자치단체 수준에서 기본소득 제도를 도입하고 실시한다고 하더라도 개념상 문제가 있는 것은 아니다. 실제로도 현재 전세계적으로 이루어지고 있는 기본소득 도입 논의의 전면에는 각국의 지방자치단체 내지 소규모 지역이 부각되고 있으며, 우리나라에서도 기본소득 혹은 그와 유사한 제도의 현실적인 도입 논의나 실험은 주로 지방자치단체를 중심으로 이루어지고 있다. 기본소득이 국민국가를 전제할 필요가 없는 것은 현실적인 측면에서의 이유도 있을 것이다. 현재로서는 기본소득이 실험적인 성격이 있다고 보기 때문에 국가 전체라는 단위에서보다는 지역공동체에서 우선 시행해보는 것이 정치적·경제적 부담이 덜할 것이다.

67) 지구적 기본소득이라는 관점에서 예술가 피터 코이스트라(Pieter Kooistra, 1922~1998)는 “모든 사람을 위한 UN소득(UNO inkomen voor alle mensen)”을, 정치철학자 토마스 포지(Thomas Pogge)는 “지구적인 자원배당금(global natural dividend)”를 주장하였다. 탄소를 흡수하는 대기(atmosphere)의 능력은 모든 인간이 동등한 권리를 가지는 천연자원이라는 점을 고려한다면 지구적 기본소득이 분배정의를 실현할 수 있는 방법이라는 발상은 일응 설득력을 가지는 것 같다. Van Parijs · Vanderborght, “기본소득, 지구화와 이주”, 『도시인문학연구』 제2권 제1호, 2010, 182~186면.

68) Van Parijs · Vanderborght, *op. cit.*, p. 243.

69) <http://basicincome.org/basic-income/faq/#nation-state> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

한편 기본소득의 영역적 요소 측면에서 수급 대상과 관련하여 시민(citizen)이 언급되고 있다. 여기서 말하는 시민을 국가나 법적 의미의 시민에 한정시키게 되면 기본소득을 받을 권리는 권리의무와 결합된 의미의 자격과 결부하게 되어 수급대상의 범위는 좁아지게 된다. 그렇지만 배제를 배격하는 정책으로서 기본소득을 바라보게 되면 수급자는 좁은 의미의 법적 시민뿐만 아니라 영주민을 포함하는 넓은 의미로 그 자격을 확대할 수 있게 된다. 즉 엄밀한 의미에서는 비시민(non-citizen)이어도 영주민(legal permanent resident)이라면 기본소득의 수급자로 편입될 수 있는 것이다.⁷⁰⁾ 물론 영주민으로 인정되기 위해서 일정한 기간의 거주(minimum length of past residence) 요건을 두거나 조세목적을 위한 거주(residence for tax purposes)가 요건으로 설정될 수도 있다.⁷¹⁾ 그렇다면 기본소득이 시행되면 시민권(citizenship)을 실현한다든가 고양시킨다는 평가에서 지칭하는 시민권은 국적을 의미하는 좁은 개념은 결코 아닐 것이고 또한 마샬(T. H. Marshall)은 시민권을 공민권(civic right), 정치권(political right), 사회권(social right)이라는 세 가지 요소로 구성된 권리 개념으로 파악하고 있는 바,⁷²⁾ 기본소득에 관한 논의들에서 언급되는 시민권은 단순히 하나의 권리 또는 자격이라는 엄격한 의미라기보다는 사회적 영역, 경제적 영역, 정치적 영역을 포괄하는 권리의 수급대상 문제로 확대하여 이해하고 있는 것으로 보인다.

70) <http://basicincome.org/basic-income/faq/#nation-state> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

71) <http://basicincome.org/basic-income/faq/#nation-state> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

72) Bruce Ackerman, Anne Alstott and Philippe Van Parijs(ed.) et al.(너른복지연구모임 옮김), 앞의 책, 153~176면 참조.

7. 몇 가지 외국 사례

가. 알래스카

미국 알래스카 주는 1982년부터 석유 등 천연자원에서 나오는 수입의 25%로 조성한 알래스카영구기금(Alaska Permanent Fund)을 별도로 설치하고 이를 재원으로 하여 배당금(dividend) 신청일 이전 알래스카 주에 1년 이상 거주한 사실이 있는지 여부를 기준으로 하여 매년 변동하는 배당금을 지급하고 있다.⁷³⁾ 구체적 수급요건으로는 신청일 현재 1년 이상 거주, 신청일 현재 영구 거주 의사 표명, 신청일 기준 1년 이내에 다른 주(州)에 거주 요청을 하지 않았고 거주 요청을 원인으로 급여를 받은 적이 없을 것, 신청일 이전 1년 이내에 중범죄로 유죄판결을 받거나 투옥된 적이 없을 것, 180일 이상 알래스카에 부재한 경우 허용되는 경우였을 것, 신청일 이전 년도 혹은 그 전년도에 어느 시점에 최소 연속되는 72시간 동안 알래스카에 물리적으로 존재하고 있었을 것 등이다.⁷⁴⁾

1982년 알래스카 주의 인구는 464,300명으로 집계되었고, 다른 주에서 이주해온 인구까지 포함하여 484,344명이 배당금을 신청하여 총 469,741명이 각 1,000달러를 배당받았다.⁷⁵⁾ 최근인 2016년에는 알래스카 주 인구는 739,828명인데 675,599명이 신청하여 635,997명이 1,022 달러를 배당받았다.⁷⁶⁾ 다만 이 배당금 제도 자체는 1976년에 도입되었으나 당시에는 거주

73) Eduardo Matarazzo Suplicy(2008), *op. cit.*, pp. 76~80; 서정희, “기본소득의 국가별 실험”, 『월간 복지동향』 제221호, 참여연대사회복지위원회, 2017.3, 23면.

74) <https://pfd.alaska.gov/Eligibility/Requirements> (알래스카영구기금 배당금 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

75) <https://pfd.alaska.gov/Division-Info/Summary-of-Applications-and-Payments> (알래스카영구기금 배당금 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

76) <https://pfd.alaska.gov/Division-Info/Summary-of-Applications-and-Payments> (알래스카영구기금 배당금 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

기간에 따라 배당금에 비례적 차등을 두었고 이에 대해 위헌소송이 제기된 바 있었고 연방대법원은 실제 주민인지 아닌지 판단하기 위해 일정 기간 거주 요건을 규정한 것 자체는 문제가 되지 않으나 거주 기간의 차이에 따라 배당금을 달리하는 것은 영구적인 계층(permanent class)을 창설하는 것이어서 평등권 침해로 보았다.⁷⁷⁾ 그런 이유로 이후 수정되어 거주요건 1년 이상에 동일한 금액 지급으로 정착된 것이다.

알래스카의 배당금 제도에 대해서는 ‘정의에 부합하는 진정한 기본소득’(genuine basic income, as defined)이라는 평가가 있다.⁷⁸⁾ 그런데 알래스카의 배당금 제도에 대해서는, 기본소득이 생산수단을 집단적·사회적으로 소유하는 형태와 결합된 형태라고 보고, 이는 사회배당(social dividend)이라 하여, 기본소득과 유사하지만 구별되는 것으로 보는 견해도 있다.⁷⁹⁾

나. 마카오

마카오는 중국의 특별행정구로서 정식 명칭은 중화인민공화국 마카오특별행정구(中華人民共和國澳門特別行政區)이다. 2011년 이래 마카오 정부는 ‘현금분향계획(現金分享計劃, Wealth Partaking Scheme)’이라는 제도를 두어 주민들에게 현금을 지급하고 있으며,⁸⁰⁾ 구체적인 지급계획은 매년 별도로 수립하고 있다.⁸¹⁾ 지급의 규범적 근거는 ‘마카오특별행정구기본법’(澳門特別行政區基本法, Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau)

77) Zobel et Ux. v. Williams, Commissioner of Revenue of Alaska et Al. 457 U.S. 55. (<https://www.courtlistener.com/opinion/110733/zobel-v-williams/>, 최종방문 2017.08.31.).

78) <http://basicincome.org/basic-income/faq/#nation-state> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

79) Tony Fitzpatrick, *op. cit.*, pp. 137~150; Eduardo Matarazzo Suplicy(2008), *op. cit.*, pp. 76~80.

80) Van Parijs · Vanderborght, *op. cit.*, p. 152.

81) http://www.planocp.gov.mo/2017/default_e.html (마카오 2017년도 현금분향계획 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

제50조 제5항에 따라 매년 제정되는 마카오특별행정구 행정법규에 두고 있다. 예컨대, 2017년도 현금분향계획의 규범적 근거는 마카오특별행정구 제 18/2017호 행정법규(澳門特別行政區 第18/2017號 行政法規, 2017年度現金分향計劃; REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU, Regulamento Administrativo n.º 18/2017, Plano de comparticipação pecuniária no desenvolvimento económico para o ano de 2017)이다.⁸²⁾

현금분향계획에 의해 지급되는 현금은 권리발생 또는 의무부과를 위한 목적에 따른 수입으로 간주되지는 않는다(제18/2017호 행정법규 제1조 제2항). 지급요건은 전년도 말일 기준 주민등록 여부에 따라 결정되며 마카오 특별행정구의 영주민신분증(Bilhete de identidade de residente permanente) 혹은 비영주민신분증(Bilhete de identidade de residente não permanente)으로 자격증명을 한다(제18/2017호 행정법규 제2조 제1항). 2017년에 지급되는 금액은 영주민(residente permanente)에게는 9,000빠따까(pataca, 원화 약 125만원, 2017.08.31. 기준), 비영주민(residente não permanente)에게는 5,400빠따까(원화 약 75만원, 2017.08.31. 기준)가 지급되었다(제18/2017호 행정법규 제3조 제1항).⁸³⁾ 영주민이나 비영주민이나에 따른 차등지급은 전년도 말일의 체류자격을 기준으로 결정된다(제18/2017호 행정법규 제3조 제2항). 지급형태는 계좌지급 또는 수표지급을 원칙으로 한다(제18/2017호 행정법규 제4조 제1항). 지급회수는 1년에 한 번이고 지급시기는 연령대별로 상이하다.⁸⁴⁾ 해외에 있어 주민등록을 갱신하기 어려운 주민이나, 보호

82) http://www.planocp.gov.mo/2017/legislacao_cp.html (마카오 2017년도 현금분향계획 법규 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.). 마카오는 과거 포르투갈 식민지였고 1999년 중국에 반환되기 전까지 포르투갈의 해외주(海外州)였기에 포르투갈어(Portuguese)가 공식 언어였고 현재도 공식문서에 사용되고 있다.

83) 이 액수는 2016년에도 동일하다. http://www.planocp.gov.mo/2016/legislacao_cp.html (마카오 2016년도 현금분향계획 법규 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

84) http://www.planocp.gov.mo/2017/default_e.html (마카오 2017년 현금분향계획 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

자 없는 미성년자나, 금치산자(*incapaz*) 및 형벌 등에 의하여 자유가 박탈된 자 등에 대한 지급은 사회사업국(*Instituto de Acção Social*)의 책임사항으로 유보되어 있다(제18/2017호 행정법규 제11조).⁸⁵⁾ 마카오의 제도에 있어서는 비영주민이더라도 주민등록요건을 충족하면 기본소득을 지급하되 영주민과 사이에서 금액에 차이를 두는 점이 중요한 특징으로 지적된다.⁸⁶⁾

마카오의 현금분향계획에 따른 지급수준은 마카오의 1인당 GDP의 1%를 약간 상회하는 수준으로 매년 즉각적인 개별 입법을 마련한다는 면에서 알래스카의 모델과는 다르지만⁸⁷⁾ 마카오의 사례는 알래스카의 사례와 함께 수년 간 제대로 된 기본소득을 실시하고 있는 두 가지 사례로 평가되기도 한다.⁸⁸⁾

다. 브라질

브라질에서는 빈곤선 하의 주민에게 자녀를 학교보내는 것을 조건으로 소득보조를 해주는 교육조건부 자산조사형 소득보조정책에 해당하는 Bolsa Familia(프로그램)를 시행하던 중인 2004년, 연방 상원의원 에두아르두 수벨리시(*Eduardo Matarazzo Suplicy*)가⁸⁹⁾ 발의한 ‘시민기본소득법’(Lei da Renda Básica de Cidadania, 2004.01.08., 법률 제 10,835호)을 공포하였다.⁹⁰⁾ 기본소득이 법률로 제정되어 공포된 것은 브라

85) http://www.planocp.gov.mo/2016/files/press_rel_20160704_e.html (마카오 2016년도 현금분향계획 보도자료, 최종방문 2017.08.31.).

86) 이상협, “지방자치단체의 기본소득 제도에 관한 연구: 법적 쟁점을 중심으로”, 『제18회 지리산 워크숍 자료집』, 서울대 사회보장법연구회, 2017.5, 55면.

87) Van Parijs · Vanderborght, *op. cit.*, p. 152.

88) Van Parijs · Vanderborght, *op. cit.*, p. 323.

89) 그는 1990년대 중반부터 기본소득을 주장하였다고 한다. Van Parijs · Vanderborght, *op. cit.*, p. 191.

90) 기본소득법은 전체 조문이 5개이며 법의 목적, 권리성 여부, 적용범위, 적용순서, 행정부 권한, 재원마련의무 등을 규정하고 있다. 수벨리시는 기본소득지구네트워크

질이 세계 최초인 것으로 보인다.⁹¹⁾

브라질 기본소득법의 내용은 다음과 같다.⁹²⁾

첫째, 2005년부터 기본소득이 시행되며 브라질의 모든 국민과 브라질에 최소 5년 이상 거주하는 외국인은 어떤 사회적·경제적 조건과 관계없이 매년 현금급여를 받을 권리가 있다(법 제1조 본문). 반드시 국적자에 한하지 않고 일정 기간 거주한 외국인도 자격을 부여받을 수 있다는 점에서 기본소득의 수급자격으로서 ‘시민권’ 개념을 일정부분 도입하고 있으며⁹³⁾ 공동체 구성원인 ‘시민’의 개념이 국적보다는 넓다는 것을 천명하고 있다. 그리고 기본소득을 받는 것이 시혜가 아니라 ‘권리’라고 명시한 점이 획기적이다.

둘째, 기본소득의 시행은 행정부의 판단에 따라 가장 절박한 계층부터 시작하여 단계적으로 확대된다(법 제1조 제1항). 이와 관련하여 ‘가장 절박한 계층부터’ 우선 실시한다는 점이 기본소득의 개념에 부합하는 것인지 의문이 들 수 있다. 그런데 기본소득이 모든 시민에게 정기적으로 일정한 액수의 소득을 지원하는 것이라고 하더라도 반드시 방법론에 있어서 처음부터 모두에게 일률적으로 그렇게 할 필요는 없을 것이라 본다.⁹⁴⁾ 공동체의 여건에 따라서는 얼마든지 범위를 구분하여 단계적 시행이 가능하다. 브라질은 남한의 90배에 가까운 정도의 엄청난 면적을 가지고 있는데 도시와 농촌, 북부와 남부 간 지역적 격차가 매우 커서 특정 지역을 우선적으로 선별하여 기본소득을 실시하고 여건에 맞추어 확대해나가고자 하는

의 의장을 역임하였다.

91) Eduardo Matarazzo Suplicy(2008), *op. cit.*, p. 8.

92) 이하의 기본소득법 조문 번역 및 내용은 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 430~436면에서 인용 및 보완하였다.

93) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 430면.

94) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 431면.

취지로 보인다.⁹⁵⁾

셋째, 급여는 국가 발전정도와 예산상 능력을 고려하여 모두에게 동등한 액수로 되어야 하고, 각자가 식량·교육·건강에서 최소한의 지출은 할 수 있을 정도로 충분해야 한다(법 제1조 제2항).

넷째, 급여는 월 단위로 동일한 액수로 분할가능하다(법 제1조 제3항).

다섯째, 급여는 소득세를 부과하는 목적의 과세소득은 아닌 것으로 간주된다(법 제1조 제4항).

여섯째, 급여액은 행정부에서 결정하되 재정책임법[Lei de Responsabilidade Fiscal, 2000.05.04., 보족법(Lei Complementar) 제101호] 제16조 및 제17조를 준수해야 한다(법 제2조).

일곱째, 행정부는 법 제2조를 준수하면서 기본소득 계획의 첫 번째 단계를 수행하기 위해 2005년 재정집행을 위하여 충분한 예산 배정을 결정한다(법 제3조).

여덟째, 2005년의 재정집행부터 다년간 계획과 예산상 지침에 관련된 법률안은 기본소득의 시행을 위해 필요하다고 판단되는 기타 다른 조치 및 지출의 취소나 이전을 명시해야 한다(법 제4조).

아홉째, 기본소득법은 공포일로부터 시행한다(법 제5조).

수벨리시는 기본소득 시행을 위해 자원마련 방안에 대해서도 제안했다. 그는 토마스 페인(Thomas Paine)이나 알래스카영구기금에서 시사를 받아 ‘브라질시민기금(Fundo Brasil de Cidadania) 설립을 주장하였다. 그는, 기금의 초기 자본은 공기업 자본에 연방이 참여하고 있는 10% 지분으로 하고, 천연자원 채굴로 발생하는 로열티의 50%, 공공서비스 허가에서 발생하는 수수료의 50%, 연방이 소유하는 부동산 임대료의 50% 및 기타 기부금 등을 통해 기금을 마련할 수 있다고 하였다. 그의 제안은 1999년 상원에

95) Eduardo Matarazzo Suplicy(2008), *op. cit.*, p. 137.

회부되어 ‘헌법 및 정의(正義) 위원회’(Comissão de Constituição e Justiça)와 ‘사회적 의제 위원회’(Comissão de Assuntos Sociais)에서 통과하였다.⁹⁶⁾ 그리고 2006년 8월 상원에서 ‘2006년 상원법률안 제7,430호’(Projeto de Lei do Senado Nº 7430, de 2006)로 통과되었으며 2007년 하원의 ‘사회보장가족위원회’(Comissão de Seguridade Social e Família)에서 통과되었으나 2017.8.31. 현재 하원에서 통과되었다는 소식은 없는 듯하다.⁹⁷⁾

지역차원에서는 2009년 6천명의 인구를 가진 산투 안토니우 두 빼냐우(Santo Antonio do Pinhal)시(市)에서 처음으로 기본소득市法이 제정되었고 동법에서는 1년에 1회 그 시의 원주민과 5년 이상 거주하고 있는 자에게 현금급여를 보장하고 있다.⁹⁸⁾ 2013년에는 앙시에따(Anchieta)시(市)에서 기본소득市法이 제정되었다.⁹⁹⁾ 각각의 시법은 기본소득법을 토대로 해당 지자체에서 필요한 내용을 규정하고 있다. 예컨대, 기본소득 시위원회 설치라든가 기금조성 방법 등을 규정하고 있다. Anchieta시의 경우 시민기본소득 기금(Fundo de Renda Básica de Cidadania)은 석유 및 가스의 로열티에서 징수되는 시(市) 세수의 3%, 영세어장지역(área pesqueira artesanal)에 조성되는 대규모 항만프로젝트에서 징수되는 시(市) 세수의 3%, 국내외 개인·법인으로부터 받는 기부금, 연방정부나 주정부에서 내려받는 이전지출, 처분가능 자원의 응용 산출물 기타 재원으로 구성된다(Anchieta 기본소득법

96) Eduardo Matarazzo Suplicy(2008), *op. cit.*, p. 117.

97) 2017년 8월 31일 현재 이 법률안이 통과되었다는 언급을 발견하지 못했다.
<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/106586-SEGURIDADE-APROVA-FUNDO-BRASIL-DE-CIDADANIA.html> (브라질 연방 하원 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

98) <http://ptnosenado.org.br/suplicy-cobra-liberacao-de-emenda-para-renda-basica/> (브라질 연방상원 PT당 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

99) <http://www3.camaraanchieta.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/L8062012.html> (브라질 앙시에따 시의회 기본소득법 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

제4조).¹⁰⁰⁾

브라질에서 세계 최초로 기본소득법이 제정 및 공포된 것은 갑자기 그렇게 될 수 있었던 것은 아니고 이전부터 장기간에 걸쳐 빈곤퇴치를 위한 제도들과 정책적 실험들의 축적으로 인해 기본소득법 제정의 분위기가 형성되었기 때문이라고 보아야 한다. 그러나 기본소득법 제정을 주도했던 수 켈리시 의원이 소속되어 있던 PT당은, 자당 출신의 대통령 지우마 후세피(Dilma Rousseff)가 2016년 탄핵되고 그 이전 대통령인 룰라(Lula)와 연계된 부패 스캔들이 연이어 터지고 선거에서 참패하는 등 여러 악재가 겹쳐 정치적 주도권을 상실하였기 때문에 기본소득의 구체적인 확대 시행은 요원하게 되어버린 것이 아닌가 한다. 다만 아직은 볼사 파밀리아 정책이 여전히 시행 중이므로 당분간은 이를 기본소득에 상당하는 제도로 보아도¹⁰¹⁾ 아주 틀린 견해는 아닐 듯하다.

라. 스위스

스위스에서는 2013.10.4. 126,000명이 서명하여 10만명 이상 서명이라는 요건을 갖춘 ‘기본소득 도입 국민발의’(Volksinitiative für ein bedingungsloses Grundeinkommen)가 제출되었었다. 내용은 헌법에서 ‘기본소득’을 보장하자는 것이었다.¹⁰²⁾ 국민투표는 2016년 실시되었고 결과는 투표자의

100) <http://www3.camaraanchieta.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/L8062012.html> (브라질 양시에파 시의회 기본소득법 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

101) Van Parijs · Vanderborght, *op. cit.*, p. 307, n. 79.

102) 국민발안의 의제는 헌법 제100조a를 신설하는 것이며 내용은 다음과 같다.

제100조a 조건 없는 기본소득(bedingungsloses Grundeinkommen)

1. 연방은 조건 없는 기본소득의 도입을 준비한다(Der Bund sorgt für die Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens).
2. 기본소득은 모든 주민에게 인간다운 생활과 공적인 삶에 대한 참여를 가능하게 해 주어야 한다(Das Grundeinkommen soll der ganzen Bevölkerung ein menschenwürdiges Dasein und die Teilnahme am öffentlichen Leben

76.9%의 반대로 부결되었으나, 전국적으로 기본소득에 대한 격렬한 논쟁을 불러일으켰고, 스위스 내에서 기본소득 논의가 국가적 차원에서 진행되었다.¹⁰³⁾ 2013년의 국민발의 및 국민투표 회부 성공에 대해서는 기본소득 도입을 헌법개정사항으로 하되 구체적인 입법을 입법부에 위임했기 때문이라는 분석이 있다.¹⁰⁴⁾

스위스에서는 기본소득 도입에 대한 국민투표와 별도로 기본소득 제안자들이 입법안도 제시하였는데, 그 내용은 정부는 합법적으로 거주하는 성인에게 1인당 월 2,500스위스프랑(약 297만원)의 기본소득을 보장하고, 19세 미만의 자녀에게는 월 625스위스프랑(약 76만원)을 지급해야 한다는 것을 골자로 한다.¹⁰⁵⁾ 스위스의 기본소득 입법안은 기본소득의 원칙의 주요 원칙, 즉 보편성 원칙, 무조건성, 충분성의 원칙에서 고려할 때, 온전한 기본소득에 가깝다고 평가된다.¹⁰⁶⁾

2013년 국민발안 후 스위스 정부는 기본소득이 시행될 경우 매년 2,080억 스위스프랑(약 240조원)이 들어갈 것이라고 주장하며 반대하였다. 특히 스위스 내무장관 알랭 베르세(Alain Berset)는 기본소득은 현존하는 사회보장시스템에 큰 영향을 미칠 것이며, 세금부담이 필연적인데다 공공지출 감

ermöglichen).

3. 특히 기본소득의 재원과 액수에 관해서는 법률로 정한다(Das Gesetz regelt insbesondere die Finanzierung und die Höhe des Grundeinkommens).

<https://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis423t.html> (스위스 연방내각 국민발안 헌법 개정안 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

103) <http://basicincome.org/news/2016/06/the-worldwide-march-to-basic-income-thank-you-switzerland/> (기본소득 지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

104) 금민, “스위스의 ‘기본소득을 위한 국민발의’”, 『좌파』 11월호, 2013.11, 109~110면. http://www.basicincome.kr/bbs/board.php?bo_table=pds&wr_id=59 (기본소득한국네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

105) <http://www.basicincome.org/news/2016/06/the-worldwide-march-to-basic-income-thank-you-switzerland/> (기본소득 지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

106) 백승호, “해외 기본소득 실험들 비교 평가”, 『복지이슈』 제48호, 서울시복지재단, 2017.3, 5면.

소, 근로의욕의 감소 등으로 인해 사회와 경제 및 정치 시스템에 타격을 줄 수 있다고 주장하였다. 시민들의 경우 기본소득 하에서 자발적 근로의 선택, 기존 근로소득과 비슷한 수준의 수입 유지, 이전과 같은 삶의 방식을 선택하고도 생산성을 유지할 수 있는가에 대한 우려를 표시하였다.¹⁰⁷⁾

반면 기본소득을 지지하는 ‘기본소득스위스(BIS)’는 달리 보았다. 정부가 주장하는 2,080억 스위스프랑을 기준으로 하더라도 중복되는 사회보장비용을 제외하고 또 사용자가 기본소득을 제외한 급여를 근로자에게 지급할 것이라는 점 등을 고려한다면 기본소득을 위해 실제 들어갈 재원은 연간 250억 스위스프랑(약 29조원)에 불과하다고 주장하였다. 기본소득 도입을 주도하는 단체는 시민권으로서의 보편적 기본소득은 가장 기본이 되는 사회안전망으로서 기능해야 하며 이를 통해 시민은 선택적인 삶의 방식을 추구할 수 있다고 주장하였다.¹⁰⁸⁾

Ⅲ. 기본소득과 관련된 우리나라에서의 실험적 시도와 법적 검토

1. 기본소득 도입과 관련된 법령상 쟁점

서울시의 청년수당이나 성남시의 청년배당의 실시와 관련하여 이러한 사업이 기본소득이나 아니냐는 차치하고 일단 이와 관련해서 현실적으로는 지자체와 중앙부처인 보건복지부 간에 극심한 법적 분쟁이 진행되고 있다

107) 이상의 내용은 이현숙, “2016년 스위스 ‘보편적 기본소득’ 국민투표와 이슈들”, 『복지이슈』 제48호, 서울시복지재단, 2017.3, 13면.

108) 이상의 내용은 이현숙, 앞의 자료, 13면.

는 점에 주목할 필요가 있다.

보건복지부 측에서는 청년수당 사업이나 청년배당 사업은 새로운 복지제도 신설에 해당하기 때문에 사회보장기본법에 근거하여 보건복지부 장관과 사전에 협의를 해야 하는데¹⁰⁹⁾ 이를 거치지 않았다는 이유로 예산안에 대한 재의요구, 지방교부세 삭감, 직권취소 등을 활용하여 반대하였다. 이에 대해서 서울시나 성남시에서는 대통령을 상대로 권한쟁의심판(2016헌라3, 2015헌라6)을 청구하거나 직권취소처분 취소소송(대법원 2016추5124) 등으로 다투는 상황이다.

지방자치단체 수준에서 기본소득 내지 유사 제도를 도입하는 것이 과연 우리 법질서 하에서 가능한 것인지에 대한 규범적 검토가 필요하다. 이는 지방자치단체가 기본소득을 자체적으로 도입할 권한이 있느냐의 문제로, 현실적인 역량이 있느냐의 문제와는 구별되는 것이다.¹¹⁰⁾ 지방자치단체가 기본소득을 도입한다고 했을 때 그 근거규범을 무엇으로 할 것인가가 관건이 된다. 그 근거를 헌법에 둘 것인가, 법률에 둘 것인가, 자치입법에 둘 것인가를 생각해볼 수 있는데, 최근 우리나라에서 기본소득을 헌법에 명시하지는 주장이 제시되고 있어서 시의성이 있는 쟁점이다.¹¹¹⁾

기본소득은 헌법의 해석을 통해서 그 근거를 찾을 수도 있겠지만, 구체

109) 사회보장기본법 제26조(협의 및 조정) ① 국가와 지방자치단체는 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 기존 제도와의 관계, 사회보장 전달체계와 재정 등에 미치는 영향 등을 사전에 충분히 검토하고 상호협력하여 사회보장급여가 중복 또는 누락되지 아니하도록 하여야 한다.

② 중앙행정기관의 장과 지방자치단체의 장은 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 신설 또는 변경의 타당성, 기존 제도와의 관계, 사회보장 전달체계에 미치는 영향 및 운영방안 등에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 보건복지부장관과 협의하여야 한다.

③ 제2항에 따른 협의가 이루어지지 아니할 경우 위원회가 이를 조정한다.

110) 이상협, 앞의 논문, 65면.

111) <http://basicincomekorea.org/ubi-for-all-170830-press-release/>(기본소득한국네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

적인 제도를 반드시 헌법으로 정하여야 할 사항은 아니라고 할 수 있다.¹¹²⁾ 더구나 국가의 기본적인 조직사항과 국민의 기본적인 법적 지위 등은 형식적인 의미의 헌법인 헌법전에 담는 것이 원칙일 것이지만 그렇지 않은 것까지 언제나 반드시 헌법에서 명시해야 하는 것은 아니다.¹¹³⁾ 다만 헌법에서 특별히 법률로 정하도록 규정하고 있는 사항 및 헌법에 명시적인 규정이 없다고 하더라도 국가나 국민에게 중요한 영향을 미치는 사항이라든가 국민의 자유와 권리에 관련된 중요한 규율이나 통치조직의 작용에 관한 본질적 사항은 최소한 법률로는 정해야 할 것이다. 이와 관련하여 법률로 규율해야 할 국민의 자유와 권리에 관한 중요한 사항으로서 구체적으로 제시되는 내용으로는 첫째, 국가와 시민이 당사자로서 서로 대립하는 일면적 기본권 규율(개인의 기본권 영역에 대한 국가적 침해로부터의 예방적으로 기본권을 보호할 필요가 있는 경우), 둘째, 국가가 기본권 주체 상호간의 기본권 영역을 구획해 주어야 하는 다면적 기본권 규율(기본권 영역상 목적충돌의 필수적 이해조정과 결정을 도모할 필요가 있는 경우), 셋째, 위 두 가지 요소가 포괄된 복합적 기본권 규율(상이한 정치적·사회적·세계관적·법적인 이익과 관점을 조정할 필요가 있는 경우) 등이 있고 이러한 사항은 최소한 법률로 규정되어야 할 것이다.¹¹⁴⁾

그렇다면 만약에 기본소득을 전국에 걸쳐서 도입하고자 한다면 최소한 그 규범적 근거는 법률이 되는 것이 타당할 것이다. 그러나 기본소득의 개념에서 기본소득의 시행 단위는 국민국가일 필요가 없고 또한 우리나라에서 기본소득과 유사한 제도가 실험적으로 추진되고 있는 단위가 지방자치

112) 제헌헌법 이래 기본소득에 관한 논의는 헌법의 입안자 등이 염두에 두었던 사항이 아닐뿐더러 오히려 이익균점권에 관한 규정을 둔 예가 있는 점에 비추어, 현행 헌법이 기본소득을 배제한다고 볼 수는 없다. 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 448면.

113) 이상협, 앞의 논문, 65면.

114) 국회법제실, 「입법이론과 법제실무」, 국회사무처, 2008, 20~21면.

단체인 점을 고려한다면, 현재로서는 기본소득의 도입이 국가의 기본적이고 핵심적인 사항이라고 단정하기는 어렵다. 또한 기본소득을 지방자치단체 수준에서 도입하는 것이 국가의 조직적 질서를 해친다거나 국민 간의 기본권 충돌을 가져오는 사항이라고 단정하기도 어렵다. 기본소득에 관해서 반드시 특정한 형식의 규범으로 해야 한다는 당위성이 존재하지 않거나와 도입단위가 반드시 국민국가일 필요는 없다는 점에서 기본소득을 도입한다고 해서 반드시 헌법에 규율해야 한다는 당위성은 존재하지 않는다.

다만 기본소득 도입을 법률로 정하여야 할 것인지 아니면 조례 등 자치입법으로 족한 것인지 여부에 대하여는 반드시 국회에서 법률로 정할 필요가 없다고 쉽게 단정할 수는 없을 것 같다.¹¹⁵⁾ 왜냐하면, 목적이나 대상에 따라서는 헌법에 규정되어 있지 않은 것이라도 자유롭게 정할 수 있는 법률과는 달리, 자치입법은 그 사무의 성질,¹¹⁶⁾ 법률유보의 문제, 법률우위의 문제에서 자유롭게 않아서 헌법이나 법률로 정해져 있지 않은 사항이라고 해서 임의로 정할 수 있는 것이 아니기 때문이다.¹¹⁷⁾

우선 법령 우위의 원칙에 비추어, 최소한 기본소득의 도입에 배치되는 내용의 법률은 없어야 할 것이다.¹¹⁸⁾ 헌법 제117조 제1항은 자치입법권, 예컨대, 조례제정권을 법령의 범위 안에서 행사할 수 있는 것으로 규정하고 있고¹¹⁹⁾ ‘법령의 범위 안’이라 함은 기본적으로 ‘법령 우위의 원칙’을 의미하기 때문이다.¹²⁰⁾ 다만 ‘법령의 범위 안’의 의미가 법률유보도 포함하고 있는 것으로 보긴 하지만 그 정도에 있어서 조례제정에서의 법률유보는

115) 이상협, 앞의 논문, 65면.

116) 대법원 1995.12.22. 선고 95추32 판결.

117) 박균성, 『행정법강의』(제13판), 박영사, 2016, 1006~1014면 참조.

118) 이상협, 앞의 논문, 65면.

119) 헌법 제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

120) 정종섭, 『헌법학원론』(제11판), 박영사, 2016, 1010면.

명령 또는 규칙 제정에서의 법률유보와 달리 지방자치의 성질상 지방자치 단체의 내용, 목적, 범위 등에서 보다 자유롭게 정할 수 있다고 인정되고 있으며¹²¹⁾ 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항이 아니고 벌칙을 정하는 것도 아니며 단지 주민에게 권리를 부여하거나 급부를 제공하는 것에 불과한 경우에는 법률의 위임이 필요없는 것으로 보는 것이 판례의 입장이기도 하다.¹²²⁾ 그러므로 만약 기본소득의 도입으로 인해 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하게 되는 경우가 생긴다면 현행 지방자치법 제22조에 따라 법률의 위임이 있어야 할 것이다.¹²³⁾ 특히 기본소득의 재원에 관하여 조세법상의 조치가 수반된다면 관련 법률도 함께 정비하여야 할 가능성이 높다.¹²⁴⁾

한편 규범적인 이유에서보다는 현실적인 필요 혹은 입법정책적인 효과 측면에서 기본소득을 도입하더라도 법률로써 도입하는 것이 유용할 수는 있을 것이다.¹²⁵⁾ 현행 지방자치법은 지방자치단체 장의 명령·처분 또는 지방의회 의결이 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해친다고 보이는 경우, 시·도에 대하여는 주무부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사 시정 내지 재의를 요구하고, 이에 따르지 않으면 취소, 제소, 집행정지 등을 할 수 있도록 되어 있어서(지방자치법 제169조) 지자체와 중앙부처 혹은 지자체 간에 갈등이 발생할 소지가 크기 때문에 이러한 갈등예방을 위해서라도 미리 법률로 제정하는 것이 필요할 수 있다.

121) 정중섭, 앞의 책, 1011면.

122) 대법원 1992.6.23.선고 92추17 판결.

123) 지방자치법 제22조(조례) 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.

124) 이상협, 앞의 논문, 66면.

125) 이상협, 앞의 논문, 66면.

2. 기본소득 도입을 둘러싼 지방자치단체의 권한쟁의심판

현재 서울시와 성남시가 대통령을 상대로 청구한 권한쟁의심판이 헌법재판소에 계속 중이다. 성남시는 우선 2015.12.17. 대통령을 상대로 주위적 청구로는 대통령의 지방교부세법 시행령 제12조 제1항 제9호 개정행위¹²⁶⁾ 청구인의 자치권한을 침해하여 무효라는 확인을 구하였고, 예비적 청구로는 사회보장기본법 제20조 제4항이 위헌이라는 확인을 구하였다. 이후 성남시는 2016.4.29. 피청구인으로 국회를 추가하였고, 예비적 청구로 사회보장기본법 제20조 제4항, 제26조 제2항 내지 제4항의 위헌 확인도 추가하였다(2015헌라6). 서울특별시는 대통령의 지방교부세법 시행령 제12조 제1항 제9호 개정행위가 서울특별시의 자치권한을 침해하여 무효임을 확인을 구하였다(2016헌라3). 그리고 서울시의 청년수당 지급에 대해 보건복지부가 직권취소를 하자 서울시는 취소소송을 제기한 상태다(대법원 2016추5124).¹²⁷⁾

우선 성남시와 서울시는 지방교부세법 시행령 개정행위로 인해 지방자치단체가 사회보장제도를 신설·변경하는 경우 사회보장기본법상 협의·조정 절차를 거치지 않거나 그 결과에 따르지 않으면 교부세를 감액·반환받을 수 있으므로 자치사무인 주민복지사무 처리에 관한 자치재정권, 자치권한

126) 지방교부세법 제11조 제2항에서는 “지방자치단체가 법령을 위반하여 지나치게 많은 경비를 지출하였거나 수입 확보를 위한 징수를 계속리한 경우”에 행정자치부장관이 그 지방자치단체에 교부할 교부세를 감액하거나 반환을 명할 수 있도록 정하고 있는데, 피청구인 대통령은 2015.12.10. 대통령령 제26697호로 지방교부세법 시행령을 개정하면서(2016.1.1.시행) “지방자치단체가 사회보장기본법 제26조 제2항, 제3항에 따른 협의·조정을 거치지 아니하고 사회보장제도를 신설 또는 변경하여 경비를 지출하거나 협의·조정 결과를 따르지 아니하고 경비를 지출한 경우”를 지방교부세법 제11조 제2항 소정의 “지방자치단체가 법령을 위반하여 지나치게 많은 경비를 지출한 경우” 중 하나로 정하였다.

127) 헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

침해의 현저한 위험이 있고 모법인 지방교부세법의 위임없이 시행령을 개정하는 것이 법률유보원칙과 법률우위원칙 위배라고 주장하였다.¹²⁸⁾

또한 서울시와 성남시는, 사회보장기본법 제26조에서 정한 협의·조정제도는 선언적 의미만을 갖는 것이고, 법적 구속력이 있는 관계기관의 동의를 요구한 것이 아니므로, 대통령의 시행령 개정행위로 인하여 지방자치단체로서는 중앙행정기관의 장과의 협의 결과를 따를 수밖에 없게 되었으므로 결과적으로 주민복지사무에 관한 자치권한이 침해된 것이며, 만일 사회보장기본법 제26조에서 정한 협의·조정제도를 청구인이 아닌 피청구인이 주장하는 대로 필수적 절차로서 중앙행정기관의 동의가 반드시 요구되는 것이라고 한다면 이 조항은 주민복지사무에 관한 자치권한을 침해하는 조항으로 위헌이라고 주장하였다.¹²⁹⁾

이에 대해 대통령은, 헌법 및 지방자치법이 규정하고 있는 지방행정과 지방재정 제도는 법령의 범위 내에서 합법적으로 이루어져야 하는 것으로, 지방자치단체의 사회보장제도 역시 국가의 감독권한의 대상이 되고, 사회보장기본법상 협의절차는 중앙행정기관의 장의 동의를 얻어야 함을 의미하는 것이므로 그 협의 결과는 법적 구속력이 인정되며, 교부금의 감액 등은 재정상 불이익일 수는 있지만 그 자체로 지방자치단체의 정책수립·운영이 불가능해진다거나 금지되는 것은 아니므로 대통령의 시행령 개정행위가 지방자치권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라고 주장하였다.¹³⁰⁾

우리 법제상 ‘지방자치단체 수준의 기본소득’과 관련이 있다고 보이는 쟁점은 ‘사회보장기본법 제26조에서 정한 협의·조정 제도의 법적 의미가 무엇인지’ 및 ‘협의절차 및 그 결과에 법적 구속력이 있는지 여부’이다.¹³¹⁾

128) 헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

129) 헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

130) 헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

131) 김태환, 앞의 논문, 50면; 이상협, 앞의 논문, 67면.

우선 서울시의 청년수당과 성남시의 청년배당이 사회보장사업에 해당하는지 여부가 문제될 수 있다.¹³²⁾ 사회보장사업이 아니라면 사회보장기본법의 대상이 아니고 보건복지부가 관여할 필요가 없기 때문이다. 청년수당이나 청년배당이 사회보장사업이 아니라고 주장할 수도 있으나, 헌법 제34조 제2항의 사회보장·사회복지의 개념 자체가 포괄적인 개념이고 헌법상의 사회보장 개념이 사회보장기본법상 사회보장 개념으로 축소하여 이해되어야 할 이유는 없는 것이므로, 청년수당이나 청년배당에 사회보장적 성격이 없다고 보기는 어려울 것이다. 더구나 실제로 기본소득이 도입된다면 현재의 사회보장제도 중 상당수는 보완되거나 대체될 수밖에 없기 때문에 경제정책으로 기본소득이 도입되든 사회보장제도로 기본소득이 도입되든 관계 없이 기본소득은 사회보장의 성격을 가지지 않을 수 없을 것이다.

사회보장기본법 제26조 제2항에서는 지방자치단체 장이 사회보장제도를 신설하거나 변경할 경우 보건복지부 장관과 협의할 것을 규정하고 있는바, 사회보장기본법에서 지칭하는 사회보장은 사회보험, 공공부조, 사회서비스를 의미하므로 신설하거나 변경하는 사회보장제도가 이 세 가지에 속하는 경우 당연히 협의절차가 필요하다는 해석이 도출된다. 그런데 기본소득처럼 이 세 가지 범주에 속하지 않는 사회보장제도라면 어떤가? 사회보장기본법에서 협의절차를 둔 취지가 결국 지방자치단체의 임의대로 사회보장제도를 신설·변경하는 것을 좌시하지만은 않겠다는 의도라면 사회보장기본법상의 사회보장제도에 속하지 않는 사회보장제도를 만드는 경우에도 협의절차를 거쳐야 한다는 해석으로 귀결될 것 같다.

그러므로 청년수당이나 청년배당이 사회보장기본법상의 사회보장제도에 속하든 아니면 그에 속하지는 않지만 헌법상의 사회보장에는 속할 수 있는 사회보장사업이든 간에, 사회보장기본법이 요구하는 협의절차를 거쳐야 할

132) 이상협, 앞의 논문, 68면.

것으로 보인다. 그렇다면 그 협의절차의 성격이 무엇인지 문제될 것이다. 서울시와 성남시가 주장하는 바와 같이 단순히 의견청취를 거치면 족한 것인지 아니면 보건복지부가 주장하는 바와 같이 ‘동의’ 내지 ‘합의’를 요하는 것인지가 문제된다. 서울시와 성남시의 입장에 따른 협의는 주된 지위에 있는 주무행정청이 부차적인 지위에 있는 관계행정청의 구속력 없는 의견을 구하는 경우인 강학상의 협의이고,¹³³⁾ 보건복지부의 입장에 따른 협의는 업무가 둘 이상이 행정청의 권한과 관련이 있고 관계행정청 모두 주된 지위에 있는 경우에 주무행정청으로 지정된 행정청을 구속하는 다른 관계행정청의 의견인 강학상 동의를 의미한다고 볼 수 있을 것이다.¹³⁴⁾ 관계기관의 협의의견은 원칙적으로 주무행정청을 구속하지 않지만 법령상 ‘협의’로 규정되어 있다 하더라도 해석상 동의라고 보아야 하는 경우에는 그 ‘협의’는 실질적으로 동의로서 법적 구속력을 갖는다는 것이 판례의 입장이다.¹³⁵⁾ 동의를 받아야 함에도 동의 없이 행해진 경우 무권한의 행위가 되어 원칙적으로 무효로 취급되므로¹³⁶⁾ 법적 성질이 무엇인가는 매우 중요한 문제가 된다.

강학상 협의의 경우에는 협의의견에 주무행정청이 구속되지 않으므로 만일 서울시와 성남시의 주장대로 사회보장기본법 제26조의 협이가 강학상 협의라면 보건복지부의 부동의 의견은 그 자체로서는 서울시와 성남시의 사업에 어떤 법적 영향을 줄 수 없고, 다만 협의절차를 거치지 않았다면 이를 행정행위의 하자로 보아 취소할 여지가 있을 뿐이다.¹³⁷⁾ 이에 대하여 보건복지부는 사회보장기본법 제26조 제3항에서 “협이가 이루어지지 아니

133) 협의의 개념에 대해서는 박균성, 앞의 책, 929면.

134) 동의를 개념에 대해서는 박균성, 앞의 책, 930면.

135) 대법원 1995.3.10.선고 94누12739 판결.

136) 박균성, 앞의 책, 930면.

137) 박균성, 앞의 책, 930면.

할 경우 위원회가 이를 조정한다”고 규정하고 있는 것이므로 ‘협의’가 양 기관 간 의견의 합치, 즉 ‘합의’ 또는 ‘동의’를 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 입장이다.¹³⁸⁾

사회보장기본법 제26조 제1항은 사회보장사업에 관한 국가와 지방자치단체의 관계를 ‘상호협력’으로 규정하고 있고, 동조 제3항에서는 중앙행정기관과 지방자치단체가 협의에 이르지 못하는 경우 ‘위원회’가 조정하도록 한다고 하고 있다. 여기서 위원회는 사회보장기본법 제20조에 의해 설치되는 사회보장위원회를 말한다. 그런데 사회보장위원회는 보건복지부 장관 소속이 아닌 국무총리 소속의 위원회이다(동법 제20조 제1항). 그렇다면 지방자치단체로서는, 비록 협의절차 자체는 거쳐야 한다고 하더라도, 국가와 상호협력하는 대등한 입장에서 독자적인 사업을 진행할 수 있는 것이고, 최소한 국무총리 산하의 사회보장위원회가 아닌 보건복지부의 의견에 구속되는 것은 아니라고 볼 수도 있을 것이다.¹³⁹⁾ 또한 사회보장기본법 제26조의 협의는 ‘동의’를 의미하는 것이라는 보건복지부의 입장은 교부금의 감액에도 불구하고 각 지방자치단체가 어떤 정책을 수립·운영하는 것이 불가능하게 된다거나 원천적으로 금지되는 것이 아니라는 피청구인의 주장과는 모순적으로 보인다.¹⁴⁰⁾ 게다가 중앙정부의 입장대로라면, 중앙정부가 추진하는 사회보장제도와 다른 새로운 사회보장사업을 지방자치단체에서 실시하는 경우 ‘협의’를 가장한 ‘동의’ 또는 ‘합의’를 거쳐야만 추진할 수 있는 것으로 해석되는데, 현행법령대로라면 지방자치단체들이 예산의 비중을 많이 차지하고 있는 지방교부세를 감면당할 위험에 노출되면서까지 새로운

138) 보건복지부, “보건복지부, 서울시의 청년수당 대법원 제소에 엄정히 대응키로”, 보건복지부 보도자료, 2016. 8. 19.자. (http://www.mohw.go.kr/front_new/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=1&CONT_SEQ=333930&SEARCHKEY=TITLE&SEARCHVALUE, 최종방문 2017.08.31.).

139) 이상협, 앞의 논문, 69면.

140) 이상협, 앞의 논문, 69면.

사회보장사업을 추진하려 시도할지도 매우 의문스럽다.¹⁴¹⁾

그럼에도 불구하고 사회보장기본법 제26조의 협의란 강학상 동의를 의미한다는 해석을 고수한다면, 결국 사회보장기본법 제26조와 지방교부세법 시행령 조항을 사건의 전체적인 맥락에서 바라볼 때, ‘지방자치단체도 나름대로 사회보장사업을 실시할 수는 있지만, 중앙정부의 허락을 반드시 받아야만 하며 그렇지 않으면 재정지원을 받을 수 없다’는 취지로 해석될 수밖에 없을 것이다.¹⁴²⁾ 보건복지부는 협의조정 절차가 자치권한 침해가 아니라고 주장하고 있으나 보다 엄밀한 검토가 필요한 부분으로 보이고 향후 권한쟁의심판 결과가 주목된다.

3. 기본소득 도입과 관련된 헌법상 쟁점

기본소득은 그 개념 정의에서부터 영역적 요건을 두고 있다. 구체적으로는 일정한 지역 내에서 일정한 기간 이상 해당 공동체의 구성원일 것을 요구한다. 성남시나 서울시의 청년배당이나 청년수당의 경우에도 이러한 요건을 두고 있는데, 이는 헌법상 평등권 침해 여부의 쟁점을 낳는다.

헌법은 평등권을 규정하고 있는바, 지자체 수준의 기본소득을 도입한다고 했을 때, 첫째, 특정 지역의 주민이라는 요건이 타당한지, 둘째, 일정한 기간 이상 거주라는 요건이 타당한지, 셋째, 거주 기간에 따라 액수에 차이를 두는 것이 타당한지 문제될 수 있다.

첫째, 만일 특정지역 주민일 것을 자격요건으로 할 수 없다면 지방자치단체 수준의 기본소득은 상정하기 어려울 것이다. 이 부분에 관하여 만일 사법심사가 이루어진다면 특정 지역의 주민과 다른 지역의 주민이 평등원

141) 김태환, 앞의 논문, 55면.

142) 이상협, 앞의 논문, 70면.

칙 위배 여부의 심사를 위한 비교집단으로 설정될 것이다.¹⁴³⁾ 헌법재판소는 거주요건을 전제로 자경농지의 양도소득세를 면제할 수 있도록 한 구조세특례제한법 제69조 제1항 제1호의 위헌여부와 관련하여 “이 사건 법률조항의 입법목적은 외지인의 농지투기를 방지하고 조세부담을 덜어줌으로써 농업·농촌의 활성화를 도모하는 것이고, 이는 농업의 보호와 지원을 규정한 헌법 제123조 제1항에 비추어 볼 때 정당하고, 그러한 입법목적에 비추어 농지소재지 거주자와 비거주자는 상이하게 취급될 합리적 이유가 있다고 할 것이고 따라서 양도소득세 면제대상을 농지소재지 거주자로 한정하는 것이 합리적 이유 없이 농지소재지 비거주자를 차별하는 것은 아니라 할 것이다”고 판시한 바 있다.¹⁴⁴⁾ 이러한 판단은 거주요건을 전제로 특정 지역에 한정된 기본소득을 도입하더라도, 그러한 특정 지역에 대한 기본소득의 필요성이 특별히 헌법에 규정되어 있거나 다른 지역에 비교하여 볼 때 목적의 정당성이 인정될 수 있다면 평등원칙 위반이 아닌 것으로 이해할 수 있다.¹⁴⁵⁾ 헌법재판소의 입장에 따른다면 최소한 농어촌 등의 지역에 대한 거주요건을 설정하고 기본소득을 특정 지역을 범위로 하여 도입하는 법률을 제정하더라도 평등권 침해로 판단되지는 않을 것으로 보인다.¹⁴⁶⁾

둘째, 특정 지역에 일정 기간 이상 거주하였을 것을 요건으로 설정하는 것이 타당한지 문제된다. 예컨대, 성남시의 경우 청년배당 관련하여 3년 이상의 거주를 요건으로 하고 있다.¹⁴⁷⁾ 해당 지역에 전입신고를 하고 거주하

143) 이상협, 앞의 논문, 70면.

144) 헌법재판소 2003.11.27.자 2003헌바2 결정.

145) 이상협, 앞의 논문, 71면.

146) 이상협, 앞의 논문, 71면.

147) 성남시 청년배당 지급 조례 제4조(지급대상 및 범위) ① 청년배당 지급대상은 신청일 현재 성남시(이하 “시”라 한다)에 3년 이상 주민등록을 두고 계속하여 거주하고 있는 제2조제1호의 청년을 대상으로 한다.

고 있는 주민이라도 기간을 충족하지 못한 경우가 있을 것이다. 이런 경우 기간을 채운 주민과 그렇지 못한 주민간의 차별이 합리적인 것인지 문제된다. 헌법재판소는 이와 관련하여 구 조세특례제한법 제70조 제1항에 관한 위헌소원에서 거주기간을 요건으로 한 조세감면 규정에 관하여 해당 규정이 거주자와 비거주자를 차별하는 것을 전제로 평등원칙 위배 여부를 검토하였고, 2003헌바2 결정과 마찬가지로 해당 조항이 평등원칙에 위배되지 않는다고 보았다.¹⁴⁸⁾ 그렇지만, 거주자이지만 거주기간 요건을 충족하지 못하여 비거주자와 마찬가지로 취급되는 자와의 차별취급 여부에 대하여는 명시적으로 판단하지 않았다. 포괄위임입법금지원칙 위배 여부와 관련하여서는 ‘거주기간’ 요건을 두는 것에 대해 자경농민에 대한 면세혜택을 주려는 규정의 취지를 실현하기 위하여는 ‘자경’을 담보할 필요가 있기 때문이라는 취지로 해석하였다.¹⁴⁹⁾ 수혜적 제도의 입법목적은 달성함에 있어서 그 자격을 확인하는 방법으로 일정기간 이상의 거주를 요구하는 것은 허용될 수 있다는 취지로 이해할 수 있을 것이다.¹⁵⁰⁾ 기본소득의 개념상 공동체의 구성원인지 여부는 수급자격을 결정하는 요소이므로 부정수급을 방지하거나 구성원으로 편입되었다고 보기 어려울 정도의 단기 거주자를 배제하기 위해서라도 일정한 거주 기간 요건을 두는 것은 타당하다고 본다.

셋째, 거주한 기간에 따라 지급되는 금액에 차이를 두는 것이 타당한지 문제된다. 최소 기준을 충족한 경우 그 이상의 요건 충족에 대해서 혜택에 차등을 두는 사례는 우리나라의 경우 「고용보험법」에서 찾아볼 수 있다. 고용보험법상 실업급여를 들 수 있는데, 이직(離職)전 18개월 동안 180일 이상의 피보험단위기간을 충족하면 실업급여를 받을 수 있고(동법 제40조) 그 이상의 재직 기간에 대해서는 재직 기간에 따라서 실업급여를 지급받을

148) 헌법재판소 2014. 6. 26. 자 2012헌바299 결정.

149) 헌법재판소 2014. 6. 26. 자 2012헌바299 결정.

150) 이상협, 앞의 논문, 71면.

수 있는 기간이 늘어난다(동법 제50조). 알래스카의 배당금 사례의 경우 거주 기간에 따라 액수에 차이를 두는 것을 위헌으로 판단하였지만,¹⁵¹⁾ 마카오의 경우 마카오 주민이더라도 영주민과 비영주민을 구분하여 금액에 차이를 두고 있다. 캐나다의 경우처럼 노령연금(Old Age Security pension)에 있어서 거주기간에 따라 지급액수를 달리하는 입법례도 역시 찾아볼 수 있다.¹⁵²⁾ 거주기간에 비례한 차별적인 액수 지급의 타당성 여부는 공동체마다 구체적인 제도와 사회문화적 맥락에 따라 판단이 달라질 수 있기 때문에 거주기간의 차이에 따른 차별적 지급이 합리성이 없다고 일률적으로 단정해서는 곤란할 것이다.¹⁵³⁾

4. 기본소득 도입의 규범적 함의

기본소득은 이를 사회보장제도로 보는 경제정책으로 모든 국민에 대한 금전적 지원이라는 점에서는 마찬가지이다. 그렇다면 이를 국가적 관점에서 법률로써 입법적으로 추진한다면 규제입법이 아니라 형성입법이 될 것이다. 그러므로 굳이 헌법에 그 근거가 명시적으로 존재하지 않거나 헌법 해석을 통해서 그 입법적 당위성을 도출해내지 않더라도 국회의 입법형성권 행사 즉 입법자의 결단만으로 충분히 법률적 차원에서는 풀어낼 수 있는 사안일 것이다. 다만 기본소득에 관한 법률이 제정될 수 있을지 여부라든가 언제 제정될 수 있을 것인지 여부는 국회에 달려있다. 한편 기본소득의 근거 법률을 제정하게 된다면 법률 제정시 예산확보 방안이 마련되는

151) Zobel et Ux. v. Williams, Commissioner of Revenue of Alaska et Al. 457 U.S. 55. (<https://www.courtlistener.com/opinion/110733/zobel-v-williams/>, 최종방문 2017.08.31.).

152) <https://www.canada.ca/en/services/benefits/publicpensions/cpp/old-age-security/benefit-amount.html> (캐나다 정부 연금 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

153) 이상협, 앞의 논문, 72면.

것이 필수적이므로 예산마련에 대한 논의가 반드시 이루어져야 할 것이다.¹⁵⁴⁾

그런데 만약 기본소득을 헌법개정을 통하여 헌법에 도입을 하게 된다면 국민투표를 거쳐야 할 것이므로 국민적 공감대를 얻었다는 정치적 정당성을 확보한다는 매우 중요한 의미를 가질 수 있을 것이다. 그리고 헌법이가진 최고규범성, 골격규범성, 개방성, 정치규범성 등 속성상¹⁵⁵⁾ 기본소득을 헌법에 규정한다면, 예컨대, “국가는 법률이 정하는 바에 따라 기본소득을 지급하여야 한다.”처럼 신설하는 것이 무난할 수 있다. 헌법에서 기본소득의 지급대상, 지급요건, 액수, 지급방법 등을 상세히 규정하는 것은 적절치 않으므로 시대변화에 따라 현실에 탄력적으로 대응할 수 있도록 법률에 위임하는 것이 타당할 것이다. 다만 헌법에 명시하게 되면 기본소득을 언젠가는 반드시 실시해야 한다는 헌법적 요청이 현실화된다는 의미를 가진다. 그러므로 헌법적 결단이 없이는 기본소득은 폐지할 수 없는 공고한 그 무엇이 될 수도 있다. 적어도 법률을 통하여 기본소득을 폐지하거나 기본소득의 본질을 훼손할 수는 없게 될 것이다. 그것이 기본권이든 제도가 되든 마찬가지다. 또한 기본소득이 기본권이냐 제도냐를 둘러싸고 풍부한 헌법적 논의가 전개될 것이다. 예컨대, 기본소득을 기본권으로 보느냐 제도로 보느냐에 있어서 법적인 논의상 차이점이 존재할 수 있을 것이다.¹⁵⁶⁾ 보장되는 대상이 권리냐 제도냐, 보장의 정도에 있어서 최대보장이냐 최소보장이냐, 침해시 헌법재판을 통한 구제가 가능하냐 아니냐 등의 차이가 있을 것이다. 또한 입법형성권 측면에서는 제도로 인정되는 경우가 기본권으로 인정되는 경우보다 입법형성권이 클 것이다. 반면 위헌심사 강도에 있어서는 기본권으로 인정되는 것이 제도로 인정되는 경우보다 심사강도가 더욱

154) 정중섭, 앞의 책, 1109~1110면.

155) 정중섭, 앞의 책, 29~35면.

156) 헌법재판소 1997.4.24.자 95헌바48 결정 참조.

클 것이다.¹⁵⁷⁾

일단 기본소득이 헌법에 규정되거나 법률로 도입되는 경우 이에 대해 헌법상 기본권이나 법률상 권리냐의 문제는 별론으로 하고 이를 권리가 아닌 단순한 시혜로 보긴 어려울 것이다. 왜냐하면, 기본소득은 국가 내지 지자체가 국민 개개인에게 정기적으로 일정한 소득을 지원하는 것이므로 공법(公法) 영역에서 고권적(高權的) 주체에게 어떤 의무가 생기는 것인데, 일반적으로 어느 일방 사인(私人)의 법적 의무가 다른 사인(私人)의 법적 청구권(Rechtsanspruch)과 연결되는 사법(私法)에서와는 달리 공공의 이익을 위해 국가에 대해 일방적인 의무를 설정할 수 있는 공법(公法)의 영역에서는 원칙적으로 권리에 대응하지 않는 법적 의무가 가능하다고 인정될 수 있지만, 국가의 그러한 의무를 규정한 실체적 법규범이 공공의 이익뿐만 아니라 개인의 이익에도 기여하도록 규정되어 있으면 주관적 권리를 인정할 수 있기 때문이다.¹⁵⁸⁾ 물론 어떤 법규정이 국민에게 이익을 준다는 사실 하나만으로는 아직 주관적 권리의 존립 근거가 확정되지 않고 단지 한 가지 유리한 ‘법의 반사’(Rechtsreflex, 반사적 이익)가 존재한다고 할 수 있을 뿐이지만, 이러한 이익이라도 국민을 위하여 법률로 규정된다면 주관적 권리는 얼마든지 성립할 수 있는 것이다.¹⁵⁹⁾

이에 더 나아가 기본소득이 법적 권리 내지 법적 이익으로 인정될 수 있게 되면, 국가는 가능한 한 예산을 확보하여 그 권리를 실현시킬 의무를 지게 되고, 예산이 없다는 이유로 그 권리성을 부정할 수는 없게 된다. 이는 설사 기본소득을, 입법자의 광범위한 형성의 자유를 인정하여 법률을

157) 정종섭, 앞의 책, 306~309면 참조. 다만 정종섭은 제도보장규정을 재판규범으로 보면서도 제도보장규정을 근거로는 헌법소원을 제기할 수 없다는 태도를 보이는 기본권보장-제도보장 준별론을 비판하는 입장에 있다.

158) Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2009, p. 166

159) Hartmut Maure, *op. cit.*, p. 167.

통해 구체화할 때 비로소 법률상 권리로 인정될 수 있다고 보는 사회적 기본권의 영역에 속하는 대상으로 본다 하더라도 마찬가지다.¹⁶⁰⁾

IV. 기본소득 도입의 당위성에 관한 헌법적 근거의 논의

1. 문제의 소재

현재 기본소득이 법으로 도입되어 있지는 않다. 그렇지만 기본소득을 헌법 개정을 통해 도입하자는 목소리가 증가하고 있다. 현재의 입법 상태를 기준으로 했을 때, 과연 기본소득을 도입해야 하는 헌법적 당위성이 있는지 그 근거를 헌법 조항들을 통해 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 기본소득을 옹호할 만하다고 생각되는 헌법 조항들을 추출하여 비판적으로 살펴보고 기본소득 도입에 반대로 작용할 만하다고 생각되는 헌법 조항들도 검토해보고자 한다.

2. 기본소득 도입의 직접적 근거가 될 만한 예

가. 평등권

헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다, 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생

160) 이와 관련하여 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 129~130면.

활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하여 평등권을 보장하고 있다. 사회 내에서 인격발현의 기회와 재산이 불평등하게 분배되었다면 법적인 평등의 보장은 큰 의미가 없기 때문에, 인간은 자유를 행사할 수 있는 기회를 법적으로 평등하게 보장받을 뿐만 아니라 자유를 행사할 수 있는 실질적 기회에 있어서도 평등해야만 평등하다고 할 수 있다.¹⁶¹⁾

그러나 기본소득을 도입하고 있지 않은 입법부작위에 대해 평등권 침해라는 위헌판단이 내려지지는 않을 것이다. 이 경우 기본소득을 도입하고 있지 않은 입법부작위를 세 가지 경우로 나누어 판단해볼 필요가 있다.

첫째, 그 입법부작위가 단순입법부작위인 경우이다. 이는 입법 여부가 전적으로 국회에 맡겨진 경우에 국회의 입법형성의 자유에 의하여 입법을 하지 아니하는 것을 말한다.¹⁶²⁾ 이러한 경우 국회는 입법의무를 지는 것은 아니므로 국민은 이에 대해 다룰 수 없다는 것은 헌법재판소의 확립된 태도이기도 하다.¹⁶³⁾ 기본소득을 도입하지 않고 있는 것이 단순입법부작위일 가능성이 있고 이런 경우엔 다룰 길이 없다.

둘째, 그 입법부작위가 진정입법부작위인 경우이다. 이는 헌법이 국회에 입법의무를 지우고 있음에도 불구하고 국회가 현실적으로 그 입법의무를 이행하지 아니하여 법률이 존재하지 아니하는 경우를 말한다. 즉 헌법상 국회에게 주어진 법률을 제정할 의무를 전혀 이행하지 아니한 경우이다.¹⁶⁴⁾ 현행 헌법상 기본소득에 관한 법률을 제정할 의무를 명시적으로 국회에 지운 바 없다. 게다가 현행 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권으로서 기본소득을 받을 권리가 생겼다고 보기도 어렵다. 그런 이유로 기본소득을 도입하고 있지 않은 것이 진정입법부작위는 될 수 없다. 그러므

161) 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2016, 304면.

162) 정종섭, 앞의 책, 1575면.

163) 헌법재판소 1989.3.17.자 88헌마1 결정; 헌법재판소 1989.9.29.자 89헌마13 결정.

164) 정종섭, 앞의 책, 1576면.

로 이 경우에도 다툼 방법이 없다.

셋째, 그 입법부작위가 부진정입법부작위인 경우이다. 부진정입법부작위는 헌법이 국회에게 입법의무를 지우고 있고 그에 따라 국회가 입법의무를 이행하여 법률을 제정하거나 개정하였지만 그 법률이 헌법상의 입법사항에 있어서 불완전하거나 불충분하게 규정하여 입법행위의 적극적인 부분과 소득적인 부분이 나누어져 그 소극적인 불완전 또는 불충분한 부분에 있어서 사실상 입법작용이 없는 경우이다.¹⁶⁵⁾ 즉 이 경우는 적극적인 입법행위의 흠결이 아니라 입법행위에 흠이 있는 경우이다. 부진정입법부작위는 공권력의 행사로 보아 법률에 대한 헌법소원으로 다투어야 한다는 것이 헌법재판소의 입장이다.¹⁶⁶⁾ 기본소득은 헌법상 사회보장에는 속할 수 있어도 사회보장기본법상 사회보장의 3가지 체계에는 속하지 않으므로 사회보장기본법을 대상으로 기본소득을 도입하지 않은 것이 부진정입법부작위임을 들어 다툼 여지가 있다. 그러나 「사회보장기본법」이 기본소득을 제4의 사회보장 제도로 도입하지 않은 것이 위헌으로 판단되지 않는 것이다. 왜냐하면, 일단 기본소득이 도입되어 있지 않다는 것은 기본소득을 받는 자와 그렇지 않은 자라는 비교대상이 존재하지 않는 상황이어서 차별적 취급이 존재하고 있다고 단정하기 어렵고, 게다가 설사 기본소득을 도입하고 있지 않은 것이 부자와 빈자를 차별하는 것으로 본다면 할지라도 평등권 침해 여부에 대해서 특별히 헌법에서 평등을 요구하고 있는 상황이 아니고 또 차별적 취급으로 인해 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하는 상황이라고 보기도 쉽지 않으므로 위헌심사기준은 비례원칙이 아니라 자의금지 원칙을 적용할 것이기 때문이다.¹⁶⁷⁾ 즉 「사회보장기본법」에서 사회보험, 공공부조, 사회서

165) 정중섭, 앞의 책, 1575면.

166) 헌법재판소 1993.9.27.자 89헌마248 결정; 헌법재판소 2009.6.25.자 2008헌마393 결정 등 참조.

167) 헌법재판소 1989.5.24.자 89헌가37 결정; 헌법재판소 2001.2.22.자 2000헌마25 결정; 헌법재판소 2009.2.26.자 2005헌마764결정 등 참조.

비스만 인정하고 기본소득을 제4의 사회보장제도로 도입하지 않은 부작위가 자의금지 원칙의 위배가 될 수는 없을 것이다.

요컨대, 권력분립의 원칙상 의회의 입법권을 존중해야 하는 헌법재판소로서도 기본소득 도입에 관한 헌법상 명확한 요청이 있는지 알 수 없는 현 상황에서 입법부가 기본소득을 법률로 도입하고 있지 않은 부작위를 명백한 헌법 위반이라고 판단하는 것은 쉽지 않을 것이다.

그런데 현재 기본소득을 도입하고 있지 않은 부작위가 헌법상 평등권 위반이 아니라는 점이 곧 평등권 조항으로부터 기본소득의 당위성을 이끌어내지 못한다는 의미는 아님을 주의해야 한다. 지구적인 관점, 국가적인 관점, 지역공동체 관점에서 구성원은 누구나 그 공동체가 가진 부(富)에 대해 참여할 지분 내지 권리가 있다는 전제에 선다면 경제적 평등권의 관점에서 기본소득의 당위성을 도출할 수 있는 여지도 있다고 본다.

그렇다면 기본소득을 결과의 평등을 지향하는 제도로 보든지 기회의 평등을 지향하는 제도로 보든지 간에 평등권은 중요한 검토 과제가 된다. 특히 기회의 평등이라는 관점에서 기본소득을 바라보는 경우, 이는 롤스(J. Rawls)가 정의론에서 제시한 정의의 3가지 원칙(동등한 자유의 원칙, 차이의 원칙, 동등한 기회의 원칙)이 실현될 수 있는 제도로 평가될 수 있다는 점을 주목할 필요가 있다.¹⁶⁸⁾

나. 사회적 시장경제질서 조항

헌법은 제119조 제2항에서 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이에 대해 헌법재판소는 “우리

168) Eduardo Matarazzo Suplicy(2009), 앞의 논문, 139면.

나라 헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”고 판시한 바 있다.¹⁶⁹⁾

기본소득은 공동체의 모든 구성원에게 보편적이고 일정한 소득보장을 제공한다는 점에서 적절한 소득분배 및 경제주체 간의 조화를 통한 경제민주화를 규정한 헌법 제119조 제2항의 사회적 시장경제질서 조항과 부합한다고 보며, 그런 점에서 사회적 시장경제질서 조항으로부터 기본소득의 당위성을 도출할 수 있다고 본다.

3. 기본소득 도입의 간접적 근거가 될 만한 예

가. 인간의 존엄과 가치

인간의 존엄과 가치는 기본권 보장에 있어서 대전제가 되는 이념적 기초이자 기본권 보장에 있어서 최고의 원리이다. 인간의 존엄성이 실현되기 위해서는 국가권력으로부터 개인의 자유를 보호하는 자유권의 보장 즉 국가로부터의 자유뿐만 아니라 자유행사의 실질적인 조건을 형성하고 유지하는 국가의 적극적인 활동 즉 국가에 의한 자유도 함께 필요로 한다.¹⁷⁰⁾ 자유행사의 실질적 조건을 최저생계의 유지라고 본다면, 최저생계의 보장은 인간다운 생존을 위한 근본요건에 속하므로, 국가가 과세를 통하여 개인의 최저생계의 가능성을 박탈함으로써 인간다운 생존의 기본조건을 위협하거나 자력으로 자신의 생계를 유지할 능력이 없는 국민에게 최저생계를 보장

169) 헌법재판소 1996.4.25.자 92헌바47 결정.

170) 한수웅, 앞의 책, 311면.

하지 않는다면 이는 인간의 존엄의 침해에 해당할 수 있다.¹⁷¹⁾ 그러나 현재 사회보험, 공공부조, 사회서비스라고 하는 3대 사회보장체계가 마련되어 있고 이를 통해서 최저생계의 유지가 제도적으로는 보장되어 있는 상황에서 왜 여기에 더하여 기본소득을 도입해야 하는가라는 당위성을 인간의 존엄과 가치에서 직접 도출하기는 쉽지 않아 보인다.

게다가 인간의 존엄은 어떠한 경우에도 국가권력에 의하여 침해되어서는 아니 되는 절대적 권리로서 다른 기본권과는 달리 헌법 제37조 제2항에 따른 국가안전보장이나 공공복리를 이유로도 제한될 수 있는 기본권이 아닌 것으로 보는 견해가 있는 반면에¹⁷²⁾ 이는 구체적인 권리로서의 기본권이 아니어서 위헌법률심판에서는 그 위반여부를 다룰 수 있다 하더라도 헌법소원심판에서는 그 침해여부를 다룰 수 없다는 상반된 견해도 있고¹⁷³⁾ 헌법소원심판 사건에서 헌법 제10조가 규정하고 있는 인간과 존엄의 가치가 침해되었는지 여부가 판단된 적이 있으나¹⁷⁴⁾ 이것이 곧바로 독자적인 기본권으로서 ‘인간의 존엄과 가치권’을 인정한다는 것인지는 분명하지 않다는¹⁷⁵⁾ 점에서도 인간의 존엄과 가치에서 기본소득의 당위성을 직접 끌어 내기에는 어려움이 있는 것 같다.

나. 행복추구권

다른 개별적 기본권이 구체적이며 특정한 사항에 대한 권리인 것과는 달리 행복추구권은 추상적이고 포괄적인 형태로 표현되어 있으며 그 성질에 있어서도 개별 사항을 규율하고 있지 않아서 이를 헌법상의 기본권으로

171) 한수용, 앞의 책, 538면.

172) 한수용, 앞의 책, 535면.

173) 정중섭, 앞의 책, 410면.

174) 헌법재판소 2000.6.1.자 98헌마216 결정.

175) 헌법재판소 2011.8.30.자 2006헌마788 결정 참조.

볼 수 있는지 논란이 있다.¹⁷⁶⁾ 헌법재판소는 행복추구권으로부터 개별적 기본권을 도출한 경우도 있으며¹⁷⁷⁾ 행복추구권 그 자체를 독자적인 권리로 본 경우도 있다.¹⁷⁸⁾ 다만 행복을 추구하는 수단이 다양하게 보장되어 있는 오늘날의 상황에서 이 조항으로부터 왜 반드시 기본소득이어야 하는가라는 당위성을 직접 이끌어내기는 쉽지 않아 보인다.

다. 인간다운 생활권

헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다. 동 조항에 대해서는, 동 조항이 “모든 국민”을 권리의 주체로 명시하고 있고 그에 더하여 특별한 조건을 규정하고 있지 않다는 점을 고려하여 기본소득에 가장 직접적인 근거가 될 수 있다고 보기도 한다.¹⁷⁹⁾

기본소득이 만약에 법률로 이미 입법화된 상황이라면 기본소득의 가장 강력한 규범적 기초는 아마도 헌법 제34조의 인간다운 생활권이 될 것이다. 왜냐하면 기본소득을 받을 권리는 기존의 사회보장제도와는 다른 방식으로 인간다운 생활권을 실현하는 한 가지 방법이 될 것이기 때문이다. 기본소득에서 말하는 ‘기본’은 ‘인간다운 생활’이 가능한 ‘기본적 필요’를 충족시켜 준다는 의미인데, 이는 기본소득의 바탕 위에서 임금노동 기타 다른 방법을 통해 소득을 추가적으로 얻는 것을 배제하지 않는¹⁸⁰⁾ 동시에 임금노동을 물적 기초로 하는 기존의 사회보험을 배제하지도 않는다는 점에서 그러하다.

176) 정중섭, 앞의 책, 431~433면.

177) 헌법재판소 1990.9.10.자 89헌마82 결정.

178) 헌법재판소 1995.7.21.자 93헌가14 결정; 헌법재판소 1997.11.27.자 97헌바10 결정.

179) 홍석한, “기본소득의 헌법적 정당성에 관한 시론적 고찰”, 『공법학연구』 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017.8, 187면.

180) 박홍규, 앞의 논문, 143면.

그렇지만 인간다운 생활권은 어디까지나 기본소득이 법제도로 도입이 된 이후에라면 헌법적 근거로 지적할 수 있는 가장 강력한 근거가 될 수 있을지는 모르겠지만, 아직 도입되지도 않았고 동시에 인간다운 생활권을 실현하기 위한 구체적인 제도들이 다수 마련되어 있는 현 상황에서 왜 굳이 또 ‘인간다운 생활을 위해 기본소득이어야 하는가’라는 당위성을 직접 이끌어 내기에는 어려움이 있다고 본다. 이런 점은, 사회적 기본권과 관련된 부진정입법부작위에 대한 헌법소원에서 인간다운 생활을 할 권리를 비롯한 사회적 기본권 전반에 대하여 인정되는 ‘광범위한 입법형성의 자유’로 인해 기본권 보장이 실효적으로 이루어지고 있지 못하고 있으며 헌법재판소 창설 이래 사회적 기본권의 침해를 이유로 한 입법부작위에 대한 헌법소원을 인용한 사례를 찾기 어렵다는¹⁸¹⁾ 쓰라린 비판에서도 충분히 짐작할 수 있다.

라. 사회국가원리 및 사회연대원리

사회국가는 모든 국민에게 그 생활의 기본적 수요를 충족시킴으로써 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있게 하는 것이 국가의 책임이고 그것에 대한 요구가 국민의 권리로 인정되어 있는 국가이다.¹⁸²⁾ 사회국가원리는 사회정의의 이념에 입각하여 사회개량을 실현하려는 국가적 원리로서, 사회정의라 함은 사회구성원 전체의 이익이 조정되고 모든 국민의 복지가 균등하게 추구되며, 갖가지 공적 부담이 균등하게 부과되고 개개인에게 적정 수준의 경제적·문화적 생활을 보장하는 공평분배의 원리를 의미한다.¹⁸³⁾ 그러므로 사회국가원리는 국민의 자유를 제한하는 대신 국민이 부족한 것

181) 김복기, 앞의 논문, 132면.

182) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 139면.

183) 권영성, 앞의 책, 140~141면

을 국가를 통해 보충하는 것을 그 본질로 하고 있다고 볼 수 있다.¹⁸⁴⁾

그렇지만 사회국가라 하더라도 자유의 영역을 완전히 포기하거나 그 본질이라고 할 수 있는 내용을 훼손할 수는 없으며 국가에 의한 포괄적인 부조는 사회적 법치국가의 원리에 부합하지 않을 뿐만 아니라 공동체를 급양국가(Versorgungsstaat)로 변질시킨다는 비판이 존재하고, 그런 이유로 사회국가원리는 사회국가라는 목표를 실현함에 있어서 사회개량적인 방법을 벗어날 수 없다는 개념본질상의 한계, 법치국가원리에 의한 한계, 기본권제한의 한계, 재정·경제력에 의한 한계, 보충성의 원리에 의한 한계 등을 가지므로, 사회국가 형성을 위해서 폭넓은 여지가 존재하고 입법자 또한 광범위한 형성의 자유를 가지는 것으로 인정되고 있다.¹⁸⁵⁾

우리나라 헌법은 자유시장경제질서를 기본으로 하여 사회국가원리를 수용함으로써 실질적인 자유와 평등을 함께 달성하는 것을 근본이념으로 하고 있다.¹⁸⁶⁾ 헌법상 사회국가원리는 단순히 정치적·이념적 지표에 그치는 것이 아니라 규범적 성격을 가지며, 사회국가원리는 헌법개정권력을 구속하고, 법령해석의 기준이 되며, 재판규범으로서의 성격을 가진다고 평가되고 있다.¹⁸⁷⁾

그리고 종래 사회보험수급권의 규범적 정당성을 논하는 헌법재판소 결정들에서는 사회연대원리도 함께 언급하여 왔다.¹⁸⁸⁾ 특히 헌법재판소는 “사회연대의 원칙은 국민들에게 최소한의 인간다운 생활을 보장해야 할 국가

184) 노호창, “사회보험수급권의 재산권적 성격에 관한 소고”, 『노동법연구』 제31호, 서울대학교 노동법연구회, 2011 하반기, 311면.

185) 김해원, “사회보험수급권의 헌법적 의미”, 『사회보장연구』 제26권 제1호, 한국사회보장학회, 2010.2, 150~151면.

186) 헌법재판소 1998.5.28.자 96헌가4 결정; 헌법재판소 2001.2.22.자 99헌마365 결정.

187) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2016, 277면.

188) 헌법재판소 1996.10.4.자 96헌가6 결정; 헌법재판소 1998.12.24.자 96헌바73 결정; 헌법재판소 2000.6.29.자 99헌마289 결정 등.

의 의무를 부과하는 사회국가원리에서 나온다.”고 지적하기도 하였다.¹⁸⁹⁾ 사회연대는 인간 사이의 상호의존과 상호원조를 의미하는데 본래는 공동소유에 기초한 채권채무관계를 지칭하기 위해 등장한 연대채권채무라는 관념으로 로마법에서 사용된 사법상의 개념에서 출발했으나 프랑스혁명을 계기로 그 혁명정신의 확장으로 인해 공법적 의미로 확장되어 복지국가 출현의 이념적·정치적 기초가 되었다고 한다.¹⁹⁰⁾

이에 사회연대원리나 사회국가원리가 기본소득 도입의 당위성에 대한 직접적인 헌법적 근거가 될 수 있는지 검토해볼 필요가 있다.

우리 헌법상 사회연대원리나 사회국가원리가 명문으로 규정되어 있지는 않지만 각종 사회적 기본권 보장이나 경제질서 하에서의 재분배 등으로부터 규범적으로 수용되었다고 인정되고 있다. 자본주의질서를 인정하는 전제 위에서 분배를 통해 모든 구성원의 인간다운 삶을 향상시키는 것이 목표라는 점에서 기본소득은 결국 기존의 사회보장제도들과 지향점은 다르지 않다고 하겠다.

그렇다면 기본소득에 있어서도 사회연대원리나 사회국가원리가 그 헌법적 기초가 될 수 없다고 볼 것은 아니다. 그러나 이 경우에도 역시 기본소득은 사회연대원리나 사회국가원리를 실현하는 한 가지 방법에 불과하다는 점에서 사회연대원리나 사회국가원리로부터 왜 반드시 기본소득이어야만 하는가라는 그러한 당위성을 직접 이끌어내기는 어렵다고 본다.

마. 이익균점권

근로자의 이익균점권은 제헌헌법에 규정되어 이어져왔으나 1962년 정당한 절차에 의하지 않고 삭제되어 버렸다.¹⁹¹⁾ 그러나 명문으로 존재하지 않

189) 헌법재판소 2000.6.29.자 99헌마289 결정.

190) 김해원, 앞의 논문, 155~156면.

191) 이익균점권의 탄생 및 전개과정 등에 대해서는 황승흠, “근로자 이익균점권의 탄

있다고 해서 사라진 것은 아니었고 생활균점사상, 건강균점사상 등을 통해 이어져 산업재해보상보험, 국민기초생활보장, 국민건강보험 등 사회보장제도의 사상적 근거가 되어왔다.¹⁹²⁾ 이익균점권은 그 주체가 근로자로 명시되어 있으므로 보편적인 성격의 기본소득의 근거로는 한계가 있는 것은 아닌가 의문이 있을 수 있으나, 기업이나 국가나 공동체라는 점에서는 동일하므로 기업을 국가로 치환하고 근로자를 국민으로 치환한다면 충분히 기본소득의 근거로 적극적 해석이 가능하다고 볼 여지가 있다. 그러나 현행 헌법에 명시되어 있지 않다는 점은 가장 큰 약점일 수밖에 없고 현재 열거되지 않은 기본권으로 볼 수 있는지조차 불분명한 측면이 있다. 그런 이유로 이익균점권이 기본소득 도입의 직접적 근거가 된다고 단정하기는 쉽지 않다고 본다.

4. 기본소득 도입의 부정적 근거가 될 만한 예

가. 근로권

헌법상의 근로권은 임금노동을 통한 생존확보의 근거가 될 뿐만 아니라 인간의 자기실현으로서의 노동향유권의 보장이기도 하다.¹⁹³⁾ 더구나 일한다는 것 그 자체로부터 인간을 사회적인 존재로 승인하는 것을 보장하는 의미도 가진다.¹⁹⁴⁾ 임금노동을 통하여 자신의 생존을 도모하는 것이 가장

생과 그 법률제정의 좌절, 그리고 전승”, 『노동법 제정 60주년과 사회권의 현대적 의미』, 노동법 제정 60주년 기념 학술대회 자료집, 2013.10, 11~45면 참조.

192) 이익균점권의 사회보장법으로의 구현에 대해서는 이흥재, “사회보장법 형성의 풍토적 특징”, 『서울대학교 법학』 제52권 제3호, 서울대 법학연구소, 2011, 381~414면 참조.

193) 이흥재, “해고제한에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1988, 38면 이하; 이흥재, “고용보장의 법적 구조에 관한 시론”, 『서울대학교 법학』 제32권 제1·2호, 서울대학교 법학연구소, 1991, 103면.

194) Yoshimi Kikuchi, “Social Polarization and Social Security Law in Japan”, 『사회

바람직할 수 있으나 일자리 감소, 고령으로 인한 은퇴 등으로 일을 하고 싶어도 임금노동 일자리를 가질 수 없는 경우에는 공공부문의 다양한 유급 자원봉사 형식의 일자리라도 만들어 나가는 것이 필요할 수도 있다.¹⁹⁵⁾ 근로권에서 말하는 근로가 반드시 임금노동만을 전제하는 것이 아니고 널리 인간이 자아실현을 할 수 있는 노동 전반을 의미한다고 한다면 이러한 논의가 충분히 가능할 것이다. 물론 일자리 지원의 사회적 성격을 과도하게 강조할 경우 발생할 수 있는 강제노동의 위험성에 대해서는 주의해야 할 것이다.

이러한 관점에서 일을 한다는 것과의 관계를 단절시키고 무조건 최저생활을 유지할 수 있는 수준의 금전급부를 행하는 기본소득의 구상은 사회적 포섭을 위한 대응을 단념하는 것이 됨과 동시에 개인의 고립화를 초래할 위험성이 존재할 수 있고 개인의 자율성이나 주체성에 과도한 부하를 가할 우려가 있다는 점도 지적된다.¹⁹⁶⁾

근로권 조항은 일할 능력이 있음에도 불구하고 스스로의 확신에 찬 의도에 근거하여 일하려고 하지 않는 자에게는 원칙적으로 적용되지 않는다고 본다. 그렇지만 이런 자에게도 기본소득은 지급된다. 그렇다면 근로권 조항은 최소한 기본소득을 옹호하는 근거로 작용하지는 못할 것으로 보인다.

나. 근로의 의무

근로의 의무를 헌법에서 규정하고 있는 것은 자본주의 법질서와 부합하

보장법학」 제5권 제2호, 한국사회보장법학회, 2016, 79면.

195) 자원봉사자의 근로자성 여부에 관한 논의 및 관련 쟁점 연구로는 노호창, “자원봉사자에 관한 법적 쟁점의 연구”, 『노동법학』 제58호, 한국노동법학회, 2016.6. 참조.

196) Yoshimi Kikuchi, *op. cit.*, p. 79.

지 않는 것처럼 보인다. 왜냐하면 자본주의 사회에서 일을 할 것이냐 말 것이냐는 어디까지나 개인의 결정 혹은 선택의 문제이기 때문이다. 따라서 근로의 의무를 법적 의무로 볼 수는 없을 것이다. 다만 우리 헌법은 건국 헌법 당시부터 근로의 의무를 규정하고 있었던바 식민지에서 해방된 후 국가재건이라는¹⁹⁷⁾ 목표와 노동관의 변화 및 노동천시사상의 극복 등의 사상이 반영된 것으로 본다면,¹⁹⁸⁾ 근로의 의무를 법적 의무가 아니라 윤리적·도덕적 의무로 보는 것이 타당할 수 있다.¹⁹⁹⁾

그런데 우리 헌법에서 규정하고 있는 근로의 의무를 윤리적 의무로 보는 것은 법철학적·법윤리적 관점에서 볼 때는 의미있는 해석일 수 있지만, 그렇다 할지라도 근로의 의무는 어디까지나 사회주의 체제에서나 윤리적 혹은 법적으로 인정될 수 있는 것이라고 보아야 하지 자본주의 체제에서와는 맞지 않는다고 본다. 기본적으로 근로의 의무는 자본주의 체제에서는 법적으로도 윤리적으로도 존재할 수 없는 것이어서 헌법규정의 해석상으로도 맞지 않다. 또한 근로의 의무는 근로의 권리와도 전혀 관계가 없어서 같은 조항에 규정되어야 할 것도 아니어서 오히려 헌법 조문의 이해를 그릇되게 할 수 있다고 하면서 비판하는 견해도 있다.²⁰⁰⁾ 이처럼 우리 헌법에서 근로의 의무 규정에 대해서는 적극적이고 긍정적인 의미를 부여하는 것이 쉽지 않다.²⁰¹⁾

그럼에도 불구하고 만약 기본소득을 도입한다고 했을 때 이 조문이 특별한 의미를 가질 수 있다는 견해가 있다. 예컨대, 근로의 의무에 대한 궁

197) 국회사무처, 제헌국회 속기록, 제1회 제18차 본회의 헌법안 제1독회 과정에서 유진오 전문위원의 발언 참조.

198) 노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 『노동법연구』 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011 상반기, 137면.

199) 권영성, 앞의 책, 724면; 이병태, 『노동법』, (주)중앙경제, 2008, 82면 참조.

200) 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001, 90면.

201) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2008, 599면; 임종률, 『노동법』(제10판), 박영사, 2012, 14면; 이영희, 앞의 책, 90면 등.

정적 해석을 통해 기본소득의 전 단계에 해당하는 ‘참여소득’(또는 ‘조건부 기본소득’)의 근거를 추출할 수 있다는 것이다.²⁰²⁾ 그러나 이 경우에도 결국은 기본소득의 본래적 개념과 부합하지는 않기 때문에 근로의 의무 조항에 대해 지나치게 호의적으로 바라보려는 태도가 아닌가 한다.

V. 결론

기본소득은 사회보장기본법이 제시하고 있는 사회보장의 3대 체계와는 이질적이다. 기본소득은 사회보험의 본질에 해당하는 임금노동과 소득의 연결이라는 합리성, 공공부조의 본질에 해당하는 자산심사와 생계비보조의 연결이라는 보충성, 사회서비스의 본질에 해당하는 필요성의 원칙을 배제하고 접근한다. 그런 이유로 기본소득은 장차 다가오는 새로운 사회에 있어서 개인, 공동체, 국가 간의 관계가 어떻게 재구성되어야 할 것인가에 대한 근본적인 질문이 될 수 있다.

하느님이 카인에게 “네 형제 아벨은 어디 있느냐?”라고 물었을 때, 카인이 이르기를 “모릅니다. 내가 아우를 지키는 사람입니까?”라고 답하였고, 그 대답은 아벨의 죽음과 카인에 대한 별로 이어졌다.²⁰³⁾ 기본소득을 카인과 아벨의 사건과 연결지어 본다면, 기본소득은 어쩌면 형식논리가 가진 합리성 저 너머에 존재하는 가치를 제시하는 것인지도 모른다. 그것은 “공동체의 일원으로서 우리 자신이 우리 모두의 보호자로서의 책임을 인식하는 것”이라고 할 수 있을 것이다.²⁰⁴⁾ 기본소득은 타인의 소득을 보장해 주기 위해서 내가 일해야 한다고 강요하는 것이 아니다. “내가 일하지 않으

202) 박홍규, 앞의 논문, 143면.

203) 성경 창세기 4장 1절~15절 참조.

204) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 447면.

면 나의 임금이 줄어들 뿐이고 나의 기본소득이 줄어들 뿐이다.”²⁰⁵⁾ 즉 기본소득은 공동체 전체의 산물을 물적 토대로 하는 것이기에 내가 지금보다 더 나은 기본소득과 지금보다 더 나은 임금을 얻기 위해 일할 필요가 있을 뿐이다. 요컨대 기본소득은 “나를 위하는 길이 곧 공동체를 위하는 길도 될 수 있는 한 가지 패러다임”을 제시하는 것이다.²⁰⁶⁾

오늘날 우리 사회는 저출산, 저성장, 실업, 기술발전으로 인한 일자리 감소 등 여러 가지 악재에 시달리고 있다. 우리의 삶은 안전하게 지탱될 수 있을 것인가. 현재의 사회보험, 공공부조, 사회서비스로 이루어진 사회보장시스템이 과연 미래에도 훌륭한 사회안전망으로 지속될 수 있을까. 언젠가는 지금의 사회보장시스템을 대체하는 새로운 사회적 안전망 혹은 경제정책으로서 기본소득을 도입해야 할 수도 있다. 물론 도입한다고 할지라도 충분히 공론화를 거쳐 장기간에 걸쳐 점진적으로 추진해야 할 것이다. 사회보장제도로서 도입한다면 임금노동에 기반하고 있는 현재의 사회보험 중심의 복지제도에서 오랜 기간에 걸친 이행과정을 거쳐 점진적으로 기본소득 중심으로 나아가야만 할 것이다.²⁰⁷⁾

만약 우리나라에서 기본소득을 도입한다고 하면, 규범적 관점에서는 ‘어느 범위에서 도입할 것인가’, ‘규범 형식을 무엇으로 할 것인가’, ‘헌법적 기초는 어디에서 찾을 것인가’ 등이, 경제적 관점에서는 ‘재원을 어떻게 마련할 것인가’, ‘물가 상승 기타 부작용은 없을까’ 등이, 사회적 관점에서는 ‘노동능력이 있으면서 일하지 않는 자에게 왜 주어야 하는가’, ‘부자도 받아야 하는가’ 등이 논란으로 등장할 것이다. 특히 기본소득과 관련해서는

205) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 447면.

206) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 447면.

207) 이와 관련하여 Tony Fitzpatrick은 장기간에 걸친 과정을 통해 ‘사회보험’ → ‘사회보험+전환기 기본소득’ → ‘참여소득’ → ‘부분기본소득’ → ‘완전기본소득’이라는 단계로 이행해가는 것이 가능하다고 보았다. Tony Fitzpatrick, *op. cit.*, p. 70.

종래 법학을 제외한 다른 사회과학 분야에서 활발히 논의되어 왔지만 법학 분야에서는 아직도 논의가 부족하다. 왜냐하면 해석론을 중요한 방법론으로 삼는 법학과 관련하여 기본소득은 법률에 규정된 바가 없었기 때문이다. 더구나 기본소득 도입에 관한 입법론을 제시하는 경우에도 헌법적 근거에 대해서는 많은 논란이 야기될 것이다. 왜냐하면 우리의 헌법 제정자들은 기본소득에 대해 아는 바가 없어서 그 근거를 헌법에 넣을지 말지 고민한 적이 없었기 때문이다. 이는 곧 우리의 헌법 제정자들은 기본소득을 배제할 의도를 가진 적은 전혀 없었다는 의미이기도 하다. 결국 기본소득의 규범적 근거를 찾는 작업은 헌법 개정을 통해서 명시하지 않는 한에서는, 현재 시점에서 우리 헌법을 어떻게 해석할 것인가의 문제이다.²⁰⁸⁾

지금 당장이라도 기본소득을 지방자치단체의 조례라든가 국회의 법률로 도입하는 것은 일응 가능할 것으로 본다. 왜냐하면 기본적으로 기본소득의 규범적 근거를 만들 때 이는 규제입법이 아니라 형성입법이기 때문이다.

그러나 헌법 개정이 아닌 상황에서 현행 헌법의 해석만으로 기본소득을 도입해야 하는 당위성 및 규범적 기초를 헌법에서 끌어낸다는 것은 한 마디로 대단한 도전이다. 왜냐하면 우리나라에서는 아직 기본소득제도가 법률로조차 도입된 바가 없었기 때문이다. 기존에 이미 존재하고 있던 사회보험이나 공공부조 기타 사회서비스 관련 법률들은 이미 존재하고 있는 것이기에 때문에 그 규범적 기초를 헌법에서 이끌어내는 것이 어렵지 않다. 그렇지만 기본소득은 현재 법률로 도입되어 존재하는 제도도 아니고, 또 기존의 사회보장기본법상의 3대 사회보장제도와는 이질적이며, 기본소득에 관한 선구적인 구체적 논의 중에서는 기본소득을 ‘고용 이외의 형태로 시민들의 소득을 보조하여 생산과 소비의 균형을 맞추는 경제정책’으로 구상한 것도 있을 정도로²⁰⁹⁾ 기본소득의 성격을 규정하는 것이 우선 쉽지 않기

208) 노호창(2014 상반기), 앞의 논문, 448면.

209) C. H. Douglas(이승현 역), *Social Credit*(사회신용), 역사비평사, 2016.

때문이다. 다만 기본소득이 사회보장기본법이 제시하는 3대 사회보장제도에 속하지는 않지만 헌법 제34조 제2항에서 말하는 포괄적 의미의 사회보장·사회복지에 속하지 않는 것으로 볼 이유는 없으며 심지어 사회보장적 효과를 가진 경제정책으로 보아도 일단 무방할 것 같다. 다만 현재 기본소득을 논의할 때 일반적으로는 보편적 복지제도로 이해되고 있는 것 같긴 하다.

어찌되었든 현재 상태에서 헌법으로부터 왜 꼭 기본소득이어야 하는가를 도출한다는 것은 쉽지 않은 작업이다. 특히 인간다운 생활권, 인간의 존엄과 자유로운 인격발현의 보장, 사회국가원리 등으로부터 반드시 기본소득을 해야 한다는 필연성을 이끌어내기는 어렵다. 즉 이미 사회보험이나 공공부조 기타 사회서비스 등으로 실현하고 있는데 왜 여기에 또 기본소득이어야 하는 점 때문이다. 더구나 기본소득은 사회보험이 가진 임금노동과 사회보험료의 결합, 공공부조가 가진 보충성 원칙, 사회서비스가 가진 필요성 원칙이라는 그 나름의 강력한 합리적인 근거를 깨뜨리는 것이기 때문에 기존의 사회보장제도 그 어디에도 속하지 않는다.

특히 헌법상 근로권 조항이나 근로의 의무 조항의 경우 기본소득 도입에 장애물로 작용할 가능성도 있다고 본다. 기술발전 및 인공지능의 발달로 인간의 일자리를 대체하고 인간을 일자리에서 몰아내는 것이 과연 필연적인 것이고 이를 당위적으로 받아들여야 하는 것인가. 만일 그렇다면 근로권의 존재 의의는 무엇인가. 오늘날과 같은 급속히 변화하는 시대에서라면 오히려 기술발전의 속도와 관계없이 인간을 굳이 대체하지 않아도 되는 영역이라면 인간으로 하여금 임금노동이든 유급자원봉사든 어떤 형태로든 노동을 할 수 있는 기회를 최대한 남겨두는 것이 근로권의 존재의의가 아닐까. 기술발전과 근로권의 조화로운 공존은 인간을 기계로 대체할 수 있어도 하지 않고 인간을 배려하여 그로 하여금 성격이 무엇이든 노동의 기회를 남겨주는 것이 근로권에 부합하지 않을까. 그렇다면 헌법상 근로권

조항의 존재는 기본소득 도입에 걸림돌이 되지는 않을지라도 최소한 옹호하는 근거는 되지 못할 것이다. 근로의 의무 조항의 경우 이를 윤리적 의무로 보게 되더라도 기본소득 도입의 근거는 될 수 없을 것이고 오히려 기본소득이 윤리적으로 바람직하지 않다는 근거로 원용될 가능성을 배제할 수 없다. 기본소득이 가진 많은 장점에도 불구하고 기본소득이 바람직하지 않을지도 모른다는 의심은 기본소득 도입의 가장 큰 장애물이 될 수 있다. 오히려 재원은 문제가 되지 않을지도 모른다. 다만 굳이 근로의 의무를 긍정적으로 해석한다면, 기본소득의 전단계인 ‘참여소득’ 내지 ‘조건부 기본소득’의 근거로 활용할 여지는 있을 수 있다.²¹⁰⁾

장기적인 실업, 기술발달, 인공지능의 일자리 대체 등으로 앞으로의 미래 시대에는 완전고용을 이루는 것이 불가능할 것이고 이러한 불가능한 목표에 천착한다면 그 끝은 전쟁이 되거나 암울한 미래가 될 수밖에 없다.²¹¹⁾ 그렇다면 기본소득의 전제가 되는 임금노동과 소득의 분리 내지 임금노동과 관계없는 소득의 지급이 다가오는 미래에는 합리성을 획득할 수 있을지도 모른다.

다시 돌아와서, 기본소득의 필연성을 헌법으로부터 찾는다면 그 구체적 근거는 무엇으로 보는 것이 설득력을 가질 수 있을 것인가. 사전으로는 헌법상 평등권 조항이나 사회적 시장경제질서 조항이 가깝다고 본다.

지구라는 자연은 본래 인류 모두의 공동자산이며 이 인류는 현세대뿐만 아니라 아직 태어나지 않은 미래세대를 포함한다. 범위를 좁혀서 국가를 생각해보자. 국가에 속한 자연은 국민 모두의 공동자산이다. 따라서 현 세대나 미래 세대나 국민은 누구나 국가에 속한 자연에 대해서는 평등한 권리를 가지고 있고 또 가지는 것이 타당하다. 그렇다면 인류 공동의 자산인

210) 박홍규, 앞의 논문, 143면.

211) C. H. Douglas, “전쟁의 원인”(1934년 BBC에서 행한 강연), 『녹색평론』 제116호, 녹색평론사, 2011.1~2. 참조

자연에 대해서는 인간은 누구나 생래적으로 균등한 소득이 보장되어 있어야 하고 또한 자신의 노력으로 얻게 된 것에 대해서는 그 노력한 자에게 권리를 인정하는 것이 타당하다. 이 점이 바로 경제적 영역에서의 평등권 및 사회적 경제질서 하에서의 적정한 분배의 의미가 될 것이다.²¹²⁾

이렇게 본다면 토지에 대해 소유를 한다는 것은 사실 맞지 않는 이야기가 된다. 그렇다면 토지소유권은 무엇인가? 이는 관념적인 의미에서 인류 공동의 자산으로서의 자연에 속하는 토지라는 추상적이고 균일한 대상 그 자체에 대해 소유권을 인정한다는 의미가 아니고 토지의 개량물에 대해 소유권을 인정한다는 의미가 된다. 즉 토지라고 하지만 사실은 토지의 개량물에 소유권을 인정한 것이다. 그런데 토지의 개량물이든 본래 자연으로서의 토지든 어느 누구에게 독점적인 소유를 인정하게 되면 다른 자는 배제되게 되어 있다. 자연에 대해 인류의 일원으로서 균등한 지분을 가지고 있음에도 불구하고 말이다. 여기서 끝나면 괜찮을지도 모르겠다. 문제는 토지 소유권의 인정이 불로소득을 부당하게 토지소유자에게 보유되게 하고 토지를 가지지 못한 자는 자신의 노동의 대가마저 착취당하게 되어 있다는 점이다.

평등을 구현하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 하기 위해서는 어떻게 해야 하는가? 인간의 순수한 자신의 노력에 대한 대가를 제외하고 토지소유를 통해서 가지게 되는 지대(地代)에 대해서는 누구나 공평한 권리를 누릴 수 있도록 해주어야 한다.²¹³⁾ 이는 토지 이외의 경우에도 마찬가지이다.

212) 이런 측면에서 보자면, 기본소득은 자원의 효율적 이용과 환경보전에도 기여할 것이라는 헌법적 기대효과를 생각해볼 수 있다. 홍석한, 앞의 논문, 189~190면.

213) 지대(地代)라는 것은 토지의 이용가치 그 자체를 말하는 것으로 지가(地價)를 의미하는 것이 아니다. 지가가 0이 되어도 토지의 이용가치는 존재하므로 지대는 0이 아닌 것이다. 토지 소유의 불로소득은 바로 이 지대로부터 발생한다. Henry George 지음(A. W. Madsen 편집, 김윤상 옮김), 『간추린 진보와 빈곤』, 경북대학교 출판부, 2014, 238~239면.

예컨대, 현대 이후의 시대에는 토지 이외에 인공지능을 통해서도 지대가 발생하고 누군가는 그 지대를 가져갈 것이다. 그런데 인공지능에 필요한 데이터는 인터넷을 통해서 축적되었다. 여기서 인터넷이라는 공간은 어느 누구의 소유가 아니라 공유지라는 점을 주목해야 한다. 그렇다면 인터넷에 산재한 데이터를 활용하여 만들어진 인공지능은 공유자산에 속한다고 보아야 하며 인공지능이 만들어낸 부(富)의 일부에 대해서는 모든 사람이 분배 받을 권리가 있다. 왜냐하면, 인공지능이 만들어지고 활용되기 위해 투입된 인간의 노력에 대해서는 당연히 그 개발자·운용자 등에게 이익이 돌아가야 하겠지만, 정당한 수준의 이익을 초과하는 이윤, 즉 지대에 대해서는 그러한 지대가 발생할 수 있도록 인공지능을 위한 데이터를 제공한 우리 모두에게 보상이 이루어져야 하기 때문이다. 데이터를 제공한 자가 아무런 보상을 받지 못한다면 이는 곧 착취가 될 수 있다.²¹⁴⁾ 이러한 불공정한 상황을 교정하기 위해서는 기회균등이라는 조건 하에서 공정한 분배가 필요하고 이러한 권리를 향유하는 방법은 자본주의 체제에서는 결국 금전지급의 방법을 통해 이루어질 수밖에 없고 이는 곧 ‘기본소득’을 뜻하는 것으로 이해해도 좋을 것이다.

그렇다면 이제, 예컨대, 토지소유에 관하여 인정하고 있는 현행 법체제로 돌아와서 생각해보자. 민법에서 말하는 토지란 무엇인가? 토지에 대해 소유를 인정한다는 것은 어떤 의미인가? 소유권이란 본래 자연적인 개념이 아니다. 인간이 만든 법과 제도의 산물이다. 인간이 만든 법과 제도의 산물에 해당하는 토지소유권이라는 것이 인류공동의 자산인 지구(地球) 내지 국가에 속한 본래적 자연으로서의 토지에 대한 소유권을 의미하는 것인가? 그렇게 볼 수는 없다. 왜냐하면 그 본래의 자연은 우리 모두의 공동 자산이기 때문에 소유라는 개념이 적절치 않다. 그렇다면 국민 공동의 자산으

214) 강남훈(2016.11.), 앞의 논문, 14~22면.

로서의 자연에 해당하는 토지에 대해서는 누구나 평등한 권리를 가지는 것이 타당하다. 그러므로 지대에 대한 권리도 평등해야 한다. 이를 위해 자신이 가진 것만큼 기본소득을 위한 세금을 비례적으로 납부하고 이를 재원으로 하여 모두에게 기본소득을 지급한다면 지대에 대한 평등한 분배가 가능하지 않을까. 기본소득의 헌법적 근거를 구성해야 한다고 했을 때, 경제적 평등권 및 사회적 시장경제질서의 관점에서 그 기초를 찾아내는 것이 가능할 것이라 본다.

[국문초록]

최근 스위스에서 기본소득을 헌법에 도입하자는 국민투표가 있었고 우리나라에서는 청년수당, 청년배당 등이 지방자치단체에서 시행되어 논란을 일으키면서 기본소득에 대해 널리 알려지고 관심이 높아졌다. 특히 청년배당과 청년수당을 둘러싸고 지방자치단체와 중앙정부 간에 사회보장기본법의 해석을 둘러싸고 갈등도 벌어진 만큼 이제는 기본소득에 관한 법적 논의를 전개해볼 시점도 되었다.

기본소득은 공동체의 모든 구성원에게 그 어떤 요구조건도 없이 자산조사도 하지 않고 정기적으로 일정한 소득을 보장해주는 것을 의미한다. 특히 인공지능, 기술발전 등으로 인한 일자리 감소와 맞물리면서 기본소득에 관한 논의가 증폭되고 있다. 일각에서는 임금노동을 기초로 하는 사회보험 중심의 현행 사회보장체제의 한계를 극복할 수 있는 대안으로 평가하기도 한다. 기본소득을 옹호하는 측에서는 기본소득이 가지는 사회적·경제적·정치적 순기능을 주목한다. 그런데 기본소득을 반대하는 목소리도 적지 않고 찬반양론 자체가 진영논리와는 관계가 없을 정도로 논란의 양상도 복잡하다. 게다가 기본소득은 일반적으로는 사회보장제도로 받아들여지고 있지만 그 법적 성격이 무엇인지는 논의가 필요하다. 일단 기본소득은 현행 사회보장기본법에서 제시하는 3대 사회보장제도(사회보험, 공공부조, 사회복지서비스)에 속하지는 않는다. 다만 헌법 제34조 제2항에서 제시하고 있는 사회보장·사회복지에는 속할지 모르겠다. 기본소득을 수요와 공급의 균형을 맞춰주는 경제정책으로 이해하는 견해도 있다.

기본소득에 대한 논의가 분분한 가운데, 정권 교체 후 등장한 개헌론에서는 헌법 개정을 통해 기본소득을 도입하자는 목소리도 등장하였다. 그렇지만 우리나라에서 기본소득을 시행한다고 했을 때 반드시 헌법에 근거가

있어야 하는 것은 아닐 것이다. 왜냐하면, 우리의 헌법 제정자들이 기본소득을 반대한 적이 없기 때문이다. 그리고 기본소득을 도입한다고 하더라도 그 규범형식은 헌법도 가능하고 법률도 가능하고 자치입법도 가능할 것이다. 다만 형식적 근거가 무엇이냐에 따라서 규범적 함의는 달라질 수 있다.

만약에 기본소득을 도입해야 한다고 했을 때, 그 당위성에 대해서는 아직 우리사회에서 사회적 합의가 이루어진 바는 없다. 그렇지만 언제 어느 때고 도입해야 한다고 했을 때 도입의 당위성을 헌법해석을 통해서 끌어낼 수 있을까. 헌법적 논의가 필요한 이유는, 기본소득은 법률로써 도입하더라도 아무런 문제가 없지만 법률로써 도입하지 않는다고 하더라도 헌법 위반이 되지는 않기 때문이다. 그런 이유로 선제적인 법적 논의가 필요하다. 아직 우리나라에서 기본소득이 도입되어 있지 않은 상황에서 헌법해석을 통해서 그 근거를 도출해야 한다면 평등권 혹은 경제질서 조항이 가장 가깝지 않을까 한다.

주제어

청년수당, 청년배당, 기본소득, 사회보장, 경제정책, 헌법, 헌법해석, 평등권, 경제질서

[Abstract]

After the referendum vote to introduce basic income into the Constitution in Switzerland and the implementation of Youth Allowance and Youth Dividend in Korea, basic income became widely known and attracted much attention. In particular, conflicts between the local governments and the central government over the interpretation of the Social Security Basic Act have been raised in relation to Youth Allowance and Youth Dividend. Now it is time to start a legal discussion on basic income.

Basic income means a periodic cash payment unconditionally delivered to all on an individual basis, without means-test or work requirement. Especially, the debate on basic income has been amplified with the decrease of job due to artificial intelligence and technological development. Some people rate it as an alternative to overcome the limitation of social security system centered to social insurance based on wage labor. Those who advocate basic income pay attention to the positive social, economic and political functions of basic income. However, there are many voices opposing basic income, and the aspect of controversy is so complicated that pros and cons is not related to the camps' logic. In addition, basic income is generally accepted as a social security system, but further discussion is needed on what its legal nature is. Once basic income does not belong to the three social security systems (social insurance, public assistance, and social services) proposed by the Social Security Basic Act. However, it may belong to social security and social welfare mentioned in

Article 34 (2) of the Constitution. There is also a point of view understanding basic income as an economic policy that balances demand and supply.

After the regime change, emerged voices to introduce basic income through amendment of the Constitution. However, although we have to implement basic income in our country, it should not necessarily be based on the Constitution. It is because our founding fathers have never opposed basic income. And even if basic income would be introduced, the normative form can be Constitution, statutes, or ordinances. However, the normative implications may vary depending on what the formal basis is.

Even if basic income should be introduced, there is no social consensus on its inevitability in our society. But anytime we should introduce it, can we derive the justification of its implementation through constitutional interpretation? The reason why constitutional debate is necessary is that basic income does not have any problem even if it is introduced through an act, but even if it is not introduced through an act, it does not constitute a violation of the Constitution. For that reason, preliminary legal discussion is necessary. Although basic income is not yet introduced in our country, if we should derive the justifiable reason to introduce it from constitutional interpretation, equality right or economic order clause will be the closest to that.

Key words

Youth Allowance, Youth Dividend, basic income, social security, economic policy, Constitution, constitutional interpretation, equality right, economic order

참고문헌

- 강남훈, “인공지능과 기본소득의 권리”, 『마르크스주의연구』 제13권 제4호, 경상대학교 사회과학연구원, 2016.11.
- 강남훈, 『성남시 청년배당 실행방안 연구』(정책연구보고서), 성남시, 2015.
- 강남훈·곽노완·김종철, “모두에게 존엄과 자유를-기본소득, 왜 필요한가”(좌담), 『녹색평론』 제131호, 녹색평론사, 2013.7.
- 곽노완, “분배정의와 지속가능한 최대의 기본소득”, 『시대와 철학』 제24권 제2호, 한국철학사상연구회, 2013.
- 국회법제실, 『입법이론과 법제실무』, 국회사무처, 2008.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 금 민, “스위스의 ‘기본소득을 위한 국민발의’”, 『좌파』 11월호, 2013.11.
- 김복기, “사회적기본권의 법적 성격”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014 상반기.
- 김태환, “지방자치단체의 복지재정 집행에 관한 고찰 - 서울특별시 청년수당 갈등을 중심으로”, 『사회법연구』 제30호, 한국사회법학회, 2016.
- 김해원, “사회보험수급권의 헌법적 의미”, 『사회보장연구』 제26권 제1호, 한국 사회보장학회, 2010.2.
- 노호창, “기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토”, 『노동법연구』 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014 상반기.
- 노호창, “사회보험수급권의 재산권적 성격에 관한 소고”, 『노동법연구』 제31호, 서울대학교 노동법연구회, 2011 하반기.
- 노호창, “자원봉사자에 관한 법적 쟁점의 연구”, 『노동법학』 제58호, 한국노동법학회, 2016.6.
- 노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 『노동법연구』 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011 상반기.
- 박균성, 『행정법강의』(제13판), 박영사, 2016.
- 박홍규, “기본소득(Basic Income) 연구”, 『민주법학』 제36호, 2008.3.

- 백승호, “기본소득제도의 소득재분배 효과 분석”, 『1등만 기억하는 더러운 세상을 뒤집어라』, 매일노동뉴스, 2010.
- 백승호, “해외 기본소득 실험들 비교 평가”, 『복지이슈』 제48호, 서울시복지재단, 2017.3.
- 서정희, “기본소득의 국가별 실험”, 『월간 복지동향』 제221호, 참여연대사회복지위원회, 2017.3.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2016.
- 이병태, 『노동법』, (주)중앙경제, 2008.
- 이상협, “지방자치단체의 기본소득 제도에 관한 연구: 법적 쟁점을 중심으로”, 『제18회 지리산 워크숍 자료집』, 서울대 사회보장법연구회, 2017.5.
- 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001.
- 이현숙, “2016년 스위스 ‘보편적 기본소득’ 국민투표와 이슈들”, 『복지이슈』 제48호, 서울시복지재단, 2017.3.
- 이흥재, “고용보장의 법적 구조에 관한 시론”, 『서울대학교 법학』 제32권 제1·2호, 서울대학교 법학연구소, 1991.
- 이흥재, “사회보장법 형성의 풍토적 특징”, 『서울대학교 법학』 제52권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2011.
- 이흥재, “해고제한에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 1988.
- 임종률, 『노동법』(제10판), 박영사, 2012.
- 전광석, 『한국사회보장법론』, 집현재, 2016.
- 정종섭, 『헌법학원론』(제11판), 박영사, 2016.
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2016.
- 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2008.
- 홍석한, “기본소득의 헌법적 정당성에 관한 시론적 고찰”, 『공법학연구』 제18권 제3호, 한국비교공법학회, 2017.8.
- 황승흠, “근로자 이익균점권의 탄생과 그 법률제정의 좌절, 그리고 전승”, 『노동법 제정 60주년과 사회권의 현대적 의의』, 노동법 제정 60주년 기념 학술대회 자료집, 2013.10.

- André Gorz, “노동사회에서 문화사회로의 이행: 노동시간의 단축-쟁점과 정책”, 『후기자본주의와 사회운동의 전망: 마르크스주의의 위기와 포스트 마르크스주의 III』, 의암출판문화사, 1993.
- Atkinson, *Incomes and the Welfare State*, Cambridge University Press, 1995.
- Benjamin Fernandez(허보미 역), “인도의 한 작은 마을에서 일어난 기적”, 『르몽드 디플로마티크』 제56호, 르몽드 코레, 2013.5.
- Bruce Ackerman, Anne Alstott and Philippe Van Parijs(ed.) et al.(너른복지연구모임 옮김), 『분배의 재구성』, 나눔의 집, 2010.
- C. H. Douglas(이승현 역), *Social Credit*(사회신용), 역사비평사, 2016.
- C. H. Douglas, “전쟁의 원인”(1934년 BBC에서 행한 강연), 『녹색평론』 제116, 녹색평론사, 2011.1~2.
- Eduardo Matarazzo Suplicy, “시민기본소득: 한국과 브라질을 위한 좋은 제안”, 『한국사회과학』 제31권, 서울대학교 사회과학연구원, 2009.
- Eduardo Matarazzo Suplicy, *Renda Básica de Cidadania*(3^a ed.), L&PM, 2008.
- Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.Auflage, Verlag C. H. Beck, 2009.
- Henry George 지음(A. W. Madsen 편집, 김윤상 옮김), 『간추린 진보와 빈곤』, 경북대학교 출판부, 2014.
- Mona Chollet(정기현 역), “모든 인간에게 기본소득을 허하라”, 『르몽드 디플로마티크』 제56호, 르몽드 코레, 2013.5.
- Paul Spicker, *How Social Security Works*, The Policy Press, 2011.
- Tony Fitzpatrick, *Freedom and Security*, Palgrave, 1999.
- Van Parijs · Vanderborght, “기본소득, 지구화와 이주”, 『도시인문학연구』 제2권 제1호, 2010.
- Van Parijs · Vanderborght, *Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Harvard University Press, 2017.
- Yoshimi Kikuchi, “Social Polarization and Social Security Law in Japan”, 『사회보장법학』 제5권 제2호, 한국사회보장법학회, 2016 하반기.

국회사무처, 제헌국회 속기록, 제1회 제18차 본회의 헌법안 제1독회.
새누리당, “세상을 바꾸는 약속, 책임있는 변화”(제18대 대통령선거 새누리당
정책공약집), 2012.

헌법재판소, “9월 공개변론 안내”, 헌법재판소 보도자료, 2016. 9. 6.자.

성경 데살로니가 후서.

성경 창세기.

Zobel et Ux. v. Williams, Commissioner of Revenue of Alaska et Al. 457 U.
S. 55. (<https://www.courtlistener.com/opinion/110733/zobel-v-williams/>,
최종방문 2017.08.31.).

<http://basicincome.org/about-bien/#overview> (기본소득 지구네트워크 홈페이지,
최종방문 2017.08.31.).

<http://basicincome.org/basic-income/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종방문
2017.08.31.).

<http://basicincome.org/basic-income/faq/#nation-state> (기본소득지구네트워크 홈페
이지, 최종방문 2017.08.31.).

<http://basicincome.org/basic-income/history/> (기본소득지구네트워크 홈페이지, 최종
방문 2017.08.31.).

<http://basicincomekorea.org/ubi-for-all-170830-press-release/> (기본소득한국네트워크
홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

http://gov.seoul.go.kr/archives/98753?tr_code=hotissue (서울시 기획감사정보기획사
회혁신 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

<http://ptnosenado.org.br/suplicy-cobra-liberacao-de-emenda-para-renda-basica/> (브라질
연방상원 PT당 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

http://www.basicincome.kr/bbs/board.php?bo_table=pds&wr_id=59 (기본소득한국
네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).

<http://www.basicincome.org/news/2016/06/the-worldwide-march-to-basic-income-th>

- [ank-you-switzerland/](#) (기본소득 지구네트워크 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- http://www.planocp.gov.mo/2016/files/press_rel_20160704_e.html (마카오 2016년도 현금분향계획 보도자료, 최종방문 2017.08.31.).
- http://www.planocp.gov.mo/2016/legislacao_cp.html (마카오 2016년도 현금분향계획 법규 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- http://www.planocp.gov.mo/2017/default_e.html (마카오 2017년 현금분향계획 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- http://www.planocp.gov.mo/2017/legislacao_cp.html (마카오 2017년도 현금분향계획 법규 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/106586-SEGURIDADE-APROVA-FUNDO-BRASIL-DE-CIDADANIA.html> (브라질 연방하원 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- <http://www3.camaraanchieta.es.gov.br/Arquivo/Documents/legislacao/html/L8062012.html> (브라질 앙시에타 시의회 기본소득법 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- <https://pfd.alaska.gov/Division-Info/Summary-of-Applications-and-Payments> (알래스카연구기금 배당금 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- <https://pfd.alaska.gov/Eligibility/Requirements> (알래스카연구기금 배당금 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- <https://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis423t.html> (스위스 연방내각 기본소득 국민발안 헌법개정안 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- <https://www.canada.ca/en/services/benefits/publicpensions/cpp/old-age-security/benefit-amount.html> (캐나다 정부 연금 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- https://youthhope.seoul.go.kr/front/intropage/intropageShow.do?page_id=18634fec499e45158eaac8369b66130f (서울시 청년수당 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- https://youthhope.seoul.go.kr/front/intropage/intropageShow.do?page_id=f637a1b9b

기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구

- 0ec443bbcd15ec58ca3bb97 (서울시 청년수당 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).
<https://youthhope.seoul.go.kr/front/user/main.do;jsessionid=AEAB2C1EAECCA149A5F8A3AA1E9B7A73> (서울시 청년수당 홈페이지, 최종방문 2017. 08.31.).
- 보건복지부, “보건복지부, 서울시의 청년수당 대법원 제소에 엄정히 대응키로”, 보건복지부 보도자료, 2016. 8. 19.자.
(http://www.mohw.go.kr/front_new/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&page=1&CONT_SEQ=333930&SEARCHKEY=TITL E&SEARCHVALUE, 최종방문 2017.08.31.).
- 서울신문, “복지부, 서울특별시 청년수당에 시정명령 이어 직권취소 처분”, 2016.08.04.자 기사
(<http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20160804500050>, 최종방문 2017.08.31.).
- 성남시 사회복지과 생활보장팀, ““힘내라 청년!” 성남시 두 번째 청년배당 시작”, 성남시 보도자료, 2016.04.20.자
(<http://www.seongnam.go.kr/synap/skin/doc.html?fn=62494.hwp&rs=/synap/result/201709>, 성남시 홈페이지, 최종방문 2017.08.31.).
- 연합뉴스, “복지부, 성남시 ‘청년배당’도 불수용 통보”, 2015.12.11.자 기사
(<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2015/12/11/0200000000AKR20151211039100017.HTML>, 최종방문 2017.08.31.).
- 조세일보, “이재명 “기본소득, 4차 산업혁명 일자리 감소 대비책””, 2017.03.24.자 기사 (<http://www.joseilbo.com/news/htmls/2017/03/20170324319961.html>, 조세일보 홈페이지 최종방문 2017.08.31.).
- (논문접수일: 2017. 8. 31. 논문심사일: 2017. 10. 17. 게재확정일: 2017. 11. 13.)

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일
연방헌법재판소 판결의 공법적 의의(公法的 意義)

The Germany's Federal Constitutional Court's Decision
about Germany's the Second Nuclear Power Phase-out

金 重 權(Kim, Jung-Kwon)
中央大學校 教授

- 目 次 -

I. 처음에 - 탈원전을 둘러싼 격심한 갈등상황	195
II. 제13차 개정원자력법(제2차 원전폐쇄법)의 주요 내용	197
1. 경과	197
2. 원자력법의 기조의 변화: 핵의 평화적 이용의 부정을 통한 잔여리스크의 부정	199
3. 심판대상과 관련한 제13차 법개정의 주요 내용	201
가. 원전의 운전가동의 종결	201
나. 잔여전력량의 이전	202
III. 독일의 원전폐쇄의 역사	203
1. 2002년 제1차 원전폐쇄	203

2. 2010년 제11차 원자력법개정	205
IV. 제13차 원자력법개정 이후 소송상의 전개양상	207
1. 헌법소송	207
2. 국제중재소송	208
3. 행정소송과 손해배상청구소송	209
4. 핵연료세에 대한 소송	211
V. 2016.12.6. 선고 독일 연방헌재 판결의 주요 내용	213
1. 판결요지	213
2. 핵에너지이용에 관한 새로운 정치적 평가에 의거한 원전폐쇄의 허용성 여부 문제	214
3. 원전운영자의 헌법상 보호되는 법적 지위의 문제	217
가. 문헌상의 논의	217
나. 독일 연방헌재의 판단	219
4. 사안이 공용개입의 문제인지 아니면 내용한계결정의 문제인지 여부 ..	221
가. 공용개입 개념의 광협(廣狹)을 둘러싼 논의	221
나. 독일 연방헌재의 판단	224
5. 제13차 개정원자력법의 구체적인 개개 문제점 검토	226
가. 원전가동의 확정된 종료시점을 규정한 것의 문제점	226
나. 추가전력량의 박탈의 문제점	227
다. 2002년의 잔여전력량을 자체 원전에서 소진하는 것이 불가능한 것의 문제점	230
라. 추가전력량에 의거한 투자의 좌절 문제	236
마. Vattenfall의 기본권주체능력의 문제	237
6. 입법자의 새로운 규율의무의 전망 및 최근의 상황	239
VI. 맺으면서 - 변혁의 시대에 공법학의 임무	242
* 국문초록 및 주제어	245
* 독문초록 및 주제어	246
* 참고문헌	248

I. 처음에 – 탈원전을 둘러싼 격심한 갈등상황

문재인 정부가 출범한 후 선거공약으로 내세운 정책전환으로 인해 나라가 새롭게 세워질 정도로 거의 모든 것에서 엄청난 변화가 일어나고 있다. 특히 원자력발전소와 관련한 원전정책은 지금 대한민국 전체를 달구고 있다.¹⁾ 6월 26일에 국무회의에서 신고리 원전 5·6호기 건설을 일시 중단하고, 향후 어떻게 할지는 공론에 부쳐 결정하기로 하였다. 이에 따라 한국수력원자력의 이사회가 7월 14일 공사일시중단을 의결하였고, 「신고리 5·6호기 공론화위원회 구성 및 운영에 관한 규정」(국무총리훈령 제690호)에 의거하여 9인을 위원으로 하는 공론화위원회가 7월 24일 출범하였다. 신고리 원전 5·6호기 건설의 일시중단은 대통령선거의 공약인 탈원전정책의 첫걸음이자, 향후 원전을 포함한 전체 에너지정책을 어떻게 전개할 것인지의 물음의 시작이기도 하다. 이를 두고서 가히 공동체가 양분될 정도로 찬반의 주장이 강하게 제시된다.²⁾

한편 독일 연방헌법재판소 제1원이 2016.12.6.에 2011년의 제13차 개정 원자력법 즉, 제2차 원전폐쇄법에 대한 헌법소원심판사건에서 일부 헌법불합치판결을 내렸다.³⁾ 대체적으로 제13차 개정입법의 합헌성을 확인하고 단지 일부에서 헌법불합치를 내세워 조절(조정)규율의 존재를 요구하였다. 독

-
- 1) 상업용 원자력이용을 위한 원자력발전소가 세계 최초로 1954년 6월에 러시아 오브닌스크에서 가동을 개시한 이래로, 2017.11.21. 현재 전 세계적으로 448기의 원전이 가동되고 있고, 58기가 건설 중에 있다. The Power Reactor Information System(PRIS) Database.
 - 2) ‘신고리 5·6호기 공론화위원회’는 2017.10.20.에 기왕에 건설에 들어간 신고리 5·6호기는 공사를 계속하되, 앞으로 원전은 축소하는 방향을 제시하는 권고를 하였고, 정부는 그것을 존중하여 정책을 수립하겠다는 것을 천명하였다.
 - 3) BVerfG, Urt. v.6.12.2016 - 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12= NVwZ-Beilage 2017, 9ff.

일 연방헌재의 종래 입장은 사회는 원자력과 관련한 잔여리스크를 감수해야 한다는 것이다. 일찍이 독일 연방헌재 Voßkuhle 소장은 후쿠시마의 비극에 직면하여 독일 연방헌재가 자신의 종래 입장을 과연 고수할 것인지 여부를 기다려야 한다고 지적하였는데,⁴⁾ 이제 그에 관한 헌법적 판단이 내려진 셈이다.⁵⁾

독일 연방헌재는 이번 판결을 통해 재산권보장, 공용개입, 신뢰보호 등의 중요한 공법적 쟁점을 다루었다. 우리의 경우 세월호 비극과 같은 초유의 사태를 겪으면서 자연스러운 현상이긴 하나⁶⁾ 자칫 과도한 불안감이 국

4) Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, NVwZ 2013, 1(7).

5) Ludwigs 교수는, 비록 금번 판결이 2011년의 신속한 원전폐쇄를 둘러싼 모든 물음에 대해 완결적으로 답하지는 못하였지만, 일종의 이정표로서 향후 전개에 영향을 미칠 수 있으며, 갑작스런 에너지전환정책에 대해 법치국가원리적 제한을 행한 셈이라고 평하였다. Ders., *Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011 - Karlsruhe locuta, causa finita?* NVwZ-Beilage 2017, 3(8).

6) 이 점에서 현재 진행되는 개헌논의에서 안전권을 기본권으로 규정하려는 것을 자연스럽다. 한편 독일에서는 국가의 기본권적 보호의무(*Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*)를 도그마틱적으로 근거지우는 데 있어서 ‘안전에 관한 독립된 기본권’의 구성을 필요로 하는지 여부가 논란이 있었다. ‘안전에 관한 기본권’이란 개념이 문헌에서 널리 사용된 결과(대표적으로 Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983), 그것이 일부에서 정당하게 여겨지고 있지만, 이에 대한 반론이 매우 거세다. 일찍이 독일에서 안전에 관한 권리(안전권)가 다루어진 의회 전문가심의회에서 그것을 헌법조문에 수용하는 것이 채택되지 않았다. 이유가 기본권적 보호의무의 부인은 아니며, 오히려 안전에 관한 권리를 ‘개인적 자유의 발로’로 보았다. 안전은 기본권적으로 보장된 자유의 일부라는 것이다. 그리하여 ‘안전에 관한 기본권’(안전기본권) 개념은 기본권적 보호의무를 선진효과와 차원에서 표현한 것이고, 독립된 법적 본질을 갖지 않는다고 보며, 나아가 ‘안전에 관한 기본권’을 운위하는 것은 잘못된 인상을 야기하기에, 학문을 위해서는 그 개념을 버리는 것이 바람직하다고 강변한다(Ullrich, *Gefahrenabwehrende Verwaltung und Schutz suchender Bürger im Spannungsfeld von Schutzpflicht, Grundrechtskollision und Ermessen*, *VerwArch* 2011, S.383(392)). 나름의 사회안전망을 비롯한 공동체 전체의 안전수준이 상당한 정도에 다다른 독일과 비교해서 세월호사고와 같은 초유의 불행을 겪은 우리의 경우 안전권에 관한 인식은 다를 수밖에 없다. 독일에는 ‘in dubio pro libertate(의심스러우면 자유에 유리하게)’의 명제가 주효할 수 있지만, 우리는 ‘in

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

가의 합리적 의사결정에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다. 후발의 이점의 차원에서, 독일 연방헌재 판결의 내용을 살펴서 향후 우리네에 전개될 관련 논의에 도움이 되는 시사점을 찾고자 한다.⁷⁾

II. 제13차 개정원자력법(제2차 원전폐쇄법)의 주요 내용⁸⁾

1. 경과

2011.3.11. 후쿠시마 원전재난에 접하여 독일 연방정부의 수반인 메르켈 수상은 2011.3.14.에 기자회견의 형식으로 독일 내 모든 원전의 안전성심사와 제11차 원자력법 개정에서 규정된 -평균적으로 12년인- 가동연장을 3개월간 중단하는 것을 내용으로 하는 일련의 비상가동중단조치(Moratorium)

dubio pro securitate(의심스러우면 안전에 유리하게)의 명제가 통용되어야 한다. 다만 기본권으로서의 안전권의 도입과 관련해서 우리의 경우 개인의 안전(Safety)과 공동체의 안전인 안보(Security)가 명확히 구분되지 않는 점을 유의하여야 한다. 안전권의 도입은 법원칙으로서의 안전성의 원칙의 성립을 전제로 한 것인데, 전체 公法秩序속에서 동 원칙을 자리매김하는 것이 다루어져야 한다. 안전과 국가의 위험방지임무에 관한 상론은 김중권, 국가법연구 제10집 제2호, 2014.8.31. 31면 이하 참조..

7) 필자는 독일의 제2차 원전폐쇄의 공법적 논의를 처음으로 소개하였고(독일 원전폐쇄의 공법적 문제점, 행정법학 제6호(2014.3.31.), 행정법의 기본연구IV, 2013, 458면 이하 소수), 그에 관한 독일 연방헌법재판소의 판결의 내용 역시 처음으로 소개하였다(김중권, 제2차 원전폐쇄에 관한 독일 연방헌법재판소의 판결의 의의, 법률신문 제4015호(2012.3.15.)). 참고문헌: 정남철, 원전폐쇄와 재산권보호, 헌법논총 제25집(2014.11), 205면 이하).

8) 이하의 내용은 김중권, 행정법기본연구 IV, 463면 이하에서 인용.

를 발하였다.⁹⁾ 그리고 그 다음날인 2011.3.15.에 메르켈 수상과 바이에른 주지사 등이 모든 원전에 관한 안전성심사의 실시만이 아니라, 가동중인 노후 원전 7개의 정지를 Moratorium의 이름으로 공표하였다.¹⁰⁾

후쿠시마 원전사고에 따라 에너지정책의 대전환을 위한 법제정비 작업과 병행하여 독일 연방수상은 2011.3.22.에 ‘안전한 에너지공급’을 위한 ‘윤리 위원회’(Ethik- Kommission Sichere Energieversorgung)를 발족시켜, 동위원회에 대해 안전한 에너지공급을 위한 결정근거와 결론을 만들어 낼 것을 맡겼다.¹¹⁾ 동위원회의 임무는 원전의 종국적이고 가능한 짧은 가동기간을 통해 에너지전환을 성립시킬 수단을 강구하는 것이다. 동위원회는 원전사고의 실제양상이 잔여리스크의 평가에 실질적으로 영향을 미치며, 사고의 직접적인 통제가 불가능할 수 있다는 것이 국가의 범주에서 중핵적인 의의를 갖는다고 결론을 내렸다. 그리하여 동위원회는 2011.5.30.의 보고서에서¹²⁾ ‘독일원전에서 기인할 리스크를 장래에 배제하기 위하여’ 전력생산을 위한 핵에너지이용으로부터 벗어날 것을 권고하였다. 즉각적인 원전폐쇄를 위한 권고의 결정적인 이유는 잔여리스크조차도 현실화될 수 있다는 것이

9) [http://www.bundestkanzlerin.de/nn_683698/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/ 2011/03/2011-03-14bkin-lagejapan-atomkraftwerke.html](http://www.bundestkanzlerin.de/nn_683698/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2011/03/2011-03-14bkin-lagejapan-atomkraftwerke.html).

10) 핵 Moratorium에 관한 연방주무부서인 연방환경부(Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit: BMU)의 문서공개는 2011.3.16.에 있었다.

11) Ethik-Kommission Sichere Energieversorgung. 원자력법개정의 결정적인 출발점이 된 윤리위원회의 활동과 관련하여, 위원들의 전문지식의 결여는 물론, 의회로부터 수권을 받지 않아서 민주적 정당성이 결여된 점이 비판되었다(Degenhardt, a.a.O., 207(212)). Degenhardt는 정치적 책임의 탈의회화의 위험이 윤리위원회의 결과지향적인 자문활동에 의해 심화된다고 지적하였다. 우리의 신고리 5·6호기 공론화위원회에 대해서 제기되는 비판과 비슷한데, 독일에서 이런 비판이 크게 부각되지 않았다.

12) Deutschlands Energiewende-Ein Gemeinschaftswerk für die Zukunft, 2011: http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2011/07/2011-07-28-abschlussbericht-ethikkommission.pdf.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

다.¹³⁾ 그 후 이 권고를 결정적인 근거로 삼아 2011.6.30. 연방의회는 압도적 다수로(513/600) 원전폐쇄를 내용으로 하는 제13차 원자력법개정(제2차 원전폐쇄법)을 하였고, 2011.7.8.의 연방참의원의 동의와 2011.8.1.의 연방대통령의 서명을 거쳐 2011.8.6.부터 그것이 발효하였다.

2. 원자력법의 기조의 변화: 핵의 평화적 이용의 부정을 통한 잔여리스크의 부정

국민의 생명과 신체의 보호를 최고 우위에 두면, 국가는 최대의 위험방지과 리스크사전대비(배려)의 원칙이 충족되도록 리스크한(잠재적으로 위험스러울 수 있는, riskant) 기술을 규율해야 한다.¹⁴⁾ 그러나 불확실성의 세계에서 불가피한 잔여리스크는 여전히 존재하며 허용될 수 있다. 왜냐하면 그렇지 않다면 위험스러울 수 있는 모든 자유 활동이 그것의 잠재적 영향을 이유로 금지될 수밖에 없기 때문이다.¹⁵⁾

종래 독일 원자력법은 위험발생의 개연성정도에 따라 위험, 리스크와 잔

13) 하지만 윤리위원회의 이런 확인이 불충분한 지식베이스에 바탕을 둔 것이라고 비판이 가해진다. 즉, 후쿠시마 사고는 잔여리스크의 영역과는 무관하고, -원전안전위원회의 보고서에서 드러나는 것처럼- 원전설비가 대비한 리스크가 실현된 것이라고 한다. 원전안전위원회의 보고서는 일본에서 쓰나미는 잔여리스크의 영역에 들어가지 않으며, 일본의 원전이 100년에 한 번 이상의 발생확률인 홍수에 대해 설비상의 결함을 드러내었다고 평가하였다.

14) 한편 우리의 경우 영어상의 'risk'와 'danger'에 해당하는 독일어의 'Risiko'와 'Gefahr'를 의미에 맞게 옮기기란 쉽지 않다. 의견이 분분하다. 일부에선 'Risiko'를 위험가능성, 위험성, 위험도 등으로 부르는 데 대해서, 일부에선 정반대로 'Gefahr'를 위험해로, 'Risiko'를 위험으로 부르고 있다. 이제까지의 용례를 좇아 'Gefahr'는 危險으로, 'Risiko'는 리스크로 옮긴다. 이에 관한 상론은 김종권, 약사법상의 신약의 허가과 재심사에 관한 연구, 중앙법학 제8권 제3호, 2006.10.31, 31면 이하 참조.

15) Kersten/Ingold, Die Beschleunigung des Atomausstiegs - Verfassungsrechtliche Anforderung, ZG 26 (2011), 350(360).

여리스크(Restrisiko)로 나눈 이른바 삼단계적 모델을 취하였다.¹⁶⁾ 그리하여 상당한 개연성이 있는 상태인 위험(Gefahr)에 대해, 리스크(Risk, Risiko)는 낮은 개연성을 지닌 위험으로 설정하고, 잔여리스크는 단순한 가정적(家庭的) 가능성(可能性)으로서 개연성(蓋然性)을 갖지 않는 수준으로 설정하였다.¹⁷⁾ 자동차운행과 같이 잔여리스크는 통상 사회전체의 리스크로 받아들여져 그 자체는 종래 별다른 법적 물음이 제기되지 않았고, 법적 통제 대상에서 제외되었다. 그리하여 원자력의 평화적 이용이 허용되는 근거를 그것이 잔여리스크에 해당하는 데서 찾았다. 1978년 Kalkar I 결정에서 원자력의 평화적 이용의 헌법적 허용성이 문제되었는데, 연방헌법재판소는 그것을 기본법위반으로 보지 않았다.¹⁸⁾ 그리고 이런 입장을 1년 뒤 Mühlheim-Kärlich 판결에서도 입증하였다.¹⁹⁾ 당시에 독일 연방헌재는 원자

16) BVerfGE 49, 89(137-143); 53, 30(59); Breuer, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, DVBl. 1978, 829, 835f.; Bender, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge als Gegenstand nukleartechnischen Sicherheits, NJW 1979, 1425. 한편 이런 3단계적 모델에 대해 범주의 관계를 회전시켜, 리스크를 상위개념(上位概念)하여 가능성(可能性)에 따른 구분을 지향하는 2단계적 모델이 모색된다. 이에 의하면 위험은 훼손발생의 개연성에 국한하지만, 리스크는 훼손발생의 가능성과 관련이 있다. 여기서는 원칙적으로 수용가능한 잔여리스크는 더 이상 존재할 수가 없다. 왜냐하면 수용가능의 한계 그 자체가 불확실하기 때문이다. 가능성기준에 의해 비로소 리스크개념은 위험개념으로부터 해방되고 고유한 특질을 얻는다. 이런 리스크개념이 독일에선 1990년대에 성립하여, 문헌상으로 실현됨으로써, 법학으로선 리스크의 법적 개념을 정립하는 데 성공한 셈이라고 한다. 대표적 삼단계적 모델인 원자력법이 개정됨으로 인해 리스크법제에 새로운 전기가 마련된 셈이다. 리스크개념에 관한 논의는 김남진, 위험의 방지와 리스크의 사전배려, 고시계 제53권 제3호(613호) 50면 이하; 김종권, 행정법의 기본연구 IV, 2013, 326면 이하; 문병효, 독일의 원자력에너지 리스크관리법제, 행정법연구 제30호(2011.8.), 1면 이하 참조.

17) 원전의 안정성과 잔여리스크에 관해서는 이종영, 원자력발전소의 안전성과 잔여위험가능성 : 원자력 정책방향과 법적 대응, 과학기술법연구 제2집(1996.12.) 167면 이하 참조.

18) BVerfGE 49, 89(91).

19) BVerfGE 53, 30.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

력이용의 ‘잔여리스크’를 -국민이 져야할 사회적으로 합당한 부담으로서- 감수가능하다고 여겼다.²⁰⁾

개정이유서에 의하면, 전체적으로 제13차 개정원자력법(AtG-Novelle)은 기왕에 수궁한 잔여리스크에 관한 새로운 평가 즉, 그것의 부정에 터 잡았다. 독일 입법자는 동일한 회기에서 그 자신이 몇 달 전에 의결하였던 가동기간연장을 원점으로 되돌려 신속한 원전폐쇄를 결의하였다. 과거 2002년의 제1차 원전폐쇄법이 원전과 관련한 잔여리스크의 존재를 전제로 한 것이라면, 금번 제2차 원전폐쇄법은 종래 용인되었던 잔여리스크를 배제함으로써, 원자력법의 기초를 근본적으로 바꾸었다.²¹⁾

3. 심판대상과 관련한 제13차 법개정의 주요 내용

가. 원전의 운전가동의 종결

2010년 제11차 법개정에 의해 설정된 추가전력량을 삭제하였고, 추가적으로 모든 원전에 대해 운전가동권의 소멸시점을 처음으로 확정하였다. 즉, 제11차 법개정에 의해 설정되었던 추가적인 전력량이 새로이 포함된 원자력법 제7조 제1항의 a 제1문과 제2문에 의해 취소되었다.²²⁾ 동법의 부록 3의 4번째 난(欄)이 삭제되었다. 이런 추가전력량의 축소로 인해, 2002.4.22.

20) 한편 잔여리스크와 관련해서 독일 연방헌재가 과거 Kalkar I 결정에서 내린 평가가 오늘날에도 여전히 타당할 수 있는지 여부에 대해 M. Kloepfer는 의문을 표하였다. Ders., 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437(1440).

21) 제1차 원전폐쇄와 제2차 원전폐쇄는 출발상황 및 그에 따른 규율내용, 정책적 목표와 입법자의 헌법적 고려 등에서의 중요한 차이가 있다. Vgl. Wallrabenstein, Die Verfassungsmäßigkeit des jüngsten Atomausstiegs, HFR, 11/2011 S.2(3f.).

22) 제11차 개정법으로 연정된 가동기간을 이렇게 삭제한 것에 대해 독일 연방헌재는 입법자가 평균 12년 원전가동을 단축시켜서 현저한 범위에서 리스크축소를 행한 것으로 판단하였다(BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.303).

의 법률의 부록 3의 난 2에 있는, 종전의 잔여전력량만이 통용된다. 그동안 개개 원전의 이들 잔여전력량 가운데 상당 부분이 소모되었다.²³⁾

나아가 동법 제7조 제1항의 a 제1문의 새로운 규정에 의해 개개 원전의 운전가동의 종료시점이 처음으로 확정되었다.²⁴⁾ 그리하여 Moratorium에 의해 이미 가동이 중단된 8개 원전들의²⁵⁾ 경우 개정법이 발효하면서 즉, 2011.8.6.부터 바로 운전가동권이 소멸하게 되었고, 다른 세 원전들의²⁶⁾ 경우 2022.12.31.이 경과하여 운전가동권이 소멸하고, 그 나머지 원전들의²⁷⁾ 경우 원전가동권이 2022년 이전에 단계적으로(2015/2017/2019/2021) 종료하게 설정되어 있다. 결국 독일의 모든 원전은 2022.12.31.을 최종시한으로 하여 가동이 종료된다. 그런데 동법은 잔여가동기간의 축소에 따른 재정적 조절(조정)에 관한 규율을 담고 있지 않았는데, 이번 헌법소송에서도 결국 이것이 문제되었다.

나. 잔여전력량의 이전

독일의 판례와 다수 문헌에 의하면, 잔여전력량은 원자력법에 의거한 공법적 할당이다.²⁸⁾ 새로이 추가된 원자력법 제7조 제1항의 b의 제4문은 매

23) 그러나 2010.12.8.의 제12차 개정법은 제13차 개정과는 무관하다(BGBI I, 1817). 이는 2010.12.14부터 발효되었다. 그리하여 특히 동법 제7조의 d-리스크에 대한 계속적인 사전대비를 위한 규율-는 변함없이 통용된다.

24) 이로써 잔여전력량의 탄력적인 이전가능성 역시 분명히 제한을 받게 되었다.

25) 노후원전 7개(Biblis A(1975년 가동개시), Neckarwestheim 1(1976), Biblis B(1977), Brunsbüttel(1977), Isar 1(1979), Unterweser(1979), Philippsburg 1(1980))와 Krümmel (1984) 총 8개 원전이다. 이 가운데 Brunsbüttel 원전은 2012년 11월부터 해체에 들어갔다.

26) Isar 2(1988), Emsland(1988), Neckarwestheim 2(1988년).

27) 2015: Grafenrheinfeld(1982), 2017: Gundremmingen B(1984), 2019: Philippsburg 2(1985), 2021: Grohnde(1985), Gundremmingen C(1985), Brokdorf(1986)

28) BVerfG, NVwZ 2009, 921(923); Kloepfer, a.a.O., 1437(1438); Bruch/Greve, Atomausstieg 2011 als Verletzung der Grundrechte der Kernkraftwerksbetreiber?

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

우 중요하다. 이에 의하면 부록 3의 2번째 난(欄)에 있는 전력량은 운전가동권이 소멸한 뒤에도 -동법 제7조 제1항의 a 제1문 제1호에서 제6호까지 언급된- 일정 원전으로부터 다른 원전으로 이전될 수 있다. 입법자는 운전가동의 종료이후의 이전가능성을 통해 원전운영자에게 가동종료하명을 -적어도 부분적으로- 보전할 수 있는 기회를 주려고 하였다. 이런 규율이 실제로 어느 정도로 또한 누구에게 효과적인지는, 전력시장에 대한 다양한 경제적 전가가능성 및 동법의 실제적 엄격함으로 인해 불확실하다. 자세한 예측이 입법절차에서 행해지지 않았고 또한 그것은 현재에도 불가능하다. 아무튼 제13차 법개정의 발효로 인해 더 이상 가동불가한 원전의 운영자로서, 부록 3의 2번째 난(欄)에 의해 할당되었지만 사용하지 않은 잔여전력량과 관련해서는 분명 처음부터 그것을 매각하는 것이 주된 관심사이다. 물론 2002.4.22.의 개정 이래로 잔여전력량을 위한 이전규율과 관련한 다툼은 여전히 중요한데, 문제는 잔여전력량이 신규의 원전시설로부터 오래된 원전시설로 이전될 수 있는지 여부 혹은 단지 오래된 것에서 신규의 것으로의 원칙이 통용되는지 여부이다.

Ⅲ. 독일의 원전폐쇄의 역사

1. 2002년 제1차 원전폐쇄

2000.6.14.에 좌파연합의 연방정부(die rot-grüne Bundesregierung)는 거대 전력회사와의 협상에서 핵에너지로부터의 전력생산을 정연하게 종료하기로

DÖV 2011, 794(795). 이에 대해 Ossenbühl은 개별 원전의 허용된 전력량을 이용권능으로 파악하여 반론을 주장한다(후술).

의견의 일치를 보았다. 이런 핵합의의 산물로 ‘영리적인 전력생산을 위한 에너지이용의 정연한 종료를 위한 법률(2002.4.22.)’이 제정되어 원자력법이 수정되었다. 그것은 핵에너지사용을 종료시키기 위해 다음과 같은 두 가지 결정적인 요소를 담고 있다. i) 원전의 신규건설의 금지, ii) -개개 원전에 대해 최대 전력생산량을 확정함으로써- 개개 원전의 일정한 가동기간(32년)의 확정.²⁹⁾ 그리고 그에 따라 2000.1.1.부터 통용되는 소위 잔여전력량이 동법률의 부록3의 2 번째 난(欄)에 규정되어 있다. 동시에 개정된 동법 제7조는 잔여전력량이 한 원전에서 다른 원전으로 이전될 수 있다고 규정하였다. 원래 시설운영(가동)허가(Anlagengenehmigung)에 대해서는³⁰⁾ 가동기한이 설정되어 있지 않았는데,³¹⁾ 동법률에서 확정된 잔여전력량은 32년이라는 원전의 전체 가동기간을 상정하여 계상되었다. 이런 법률적 규정이 지속될 경우에 잔여전력량을 어느 정도로 이전할 것인지 확실히 말할 수는 없지만, 아무튼 약 2023년까지는 원전이동이 가능할 것이라고 평가되었다.

한편 그 당시의 상황을 어떻게 평가할 것인가가 문제된다. 왜냐하면 제2

29) 2000년의 핵합의에서 합의된 32년의 가동연수에 대해, 압도적인 다수 문헌은 투자회수와 상당한 이윤획득을 보장하는 데 충분하다고 여긴다. 반면 투자회수기간을 그보다 짧게 하더라도 충분하다고 여기는 입장도 있다: Denninger는 25년 내지 26년으로 충분하다고 보며(Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, 2000, S.87), Schmidt-Preuß은 15년으로 충분하다고 하면서 25년 수익기간을 요구하였다(NJW 1995, 985(989)).

30) 이것의 전제가 되는 금지의 법적 성질이 문제되는데, 일반적으로 -예외적 승인의 전제가 되는- 면제유보부 금지가 아니라, -통제허가의 전제가 되는- 허용유보부 예방적 금지로 본다. 독일 연방헌재 역시 Kalkar 원전사건에서 이런 입장을 취하였다(BVerfGE 49, 89(145)). 한편 원전폐쇄법의 제정이후에는 원전운영(가동)허가와 관련해서 예방적 금지가 역제적 금지로 바뀐 것으로 볼 수 있다(Ossenbühl, Eigentumsschutz von Reststrommengen beim Atomausstieg, DÖV 2012, 697(699)). 행정법상의 금지의 유형에 관해서는 김중권, 행정법, 2016, 221면 이하 참조.

31) 비록 운영(가동)기간이 정해져 있지 않더라도 그것이 무기한부는 아니다. 설계수명이 있기에 그에 따라 운영이 종료하게 된다.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

차 원전폐쇄를 제1차의 것에서 분리시켜 접근할 것인지 아니면 제1차의 것의 환원으로 접근할 것인지에 따라 신뢰보호의 강도가 다르기 때문이다. 이는 2010년의 제11차 법개정을 어떻게 볼 것인지에 연결된다. 따라서 제13차 법개정에 대해 소송을 통해 다투는 전력회사들은, 그 당시에는 그들이 ‘핵타협’(Atomkomproiss)과 ‘핵합의’(Atomkonsens)의 차원에서 그리고 2002년 법률의 법상황의 존속을 신뢰하여 권리구제를 포기하였다고 주장하였다.³²⁾

2. 2010년 제11차 원자력법개정

기독교민주당을 비롯한 독일 우파세력은 2009년의 연방의회선거에서의 승리를 기회로 원전의 가동기간과 잔여전력량을 바꾸는 원자력법개정을 강구하였다. 그리하여 2010년 말에 이런 법률개정에 연방참의원(Bundesrat)의 동의가 필요한지 여부의 물음에 관해 각 정파간에 격심한 정치적 논의가 전개되었지만,³³⁾ 드디어 2010.12.8. 제11차 개정이 행해졌다.³⁴⁾ 그리하여 그때까지 통용되어 온 2002년의 원전폐쇄규정이 전면적으로 수정되었다. 즉, 동법 제7조 제1항의 a의 부록 3에 난4를 추가하여 아직 가동중인 개개의 원전에 대해 가동기간연장을 위해 현저하게 추가된 (생산가능)전력량을 설정하였다. 이에 따른 가동기간연장은 평균적으로 노후원전, 즉 1980년 이전에 가동에 들어간 7곳의 원전의 경우에는 8년, 덜 오래된 원전, 즉 나머지 10곳의 원전의 경우에는 14년에 해당하였다. 평균적으로 원전가동기

32) 제13차 법개정에 부정적인 입장을 피력하는 문헌에서도 이 점을 크게 부각시킨다. Degenhart, Grundlagen und Direktiven legislativer Abwägungsentscheidungen - Verfassungsfragen der 13. AtG-Novelle, DVBl. 2013, 207(207).

33) 관련문헌의 현황은 Sellner/Fellenberg, Atomausstieg und Energiewende 2011-das Gesetzespaket im Überblick, NVwZ 2011. 1025(1027) Fn.32.

34) BGBl I, 1814.

간을 12년 연장하는 것을 내용으로 한다. 독일의 우파는 핵에너지를 포기할 수 없는 경과기술과 가교기술(Übergangs- und Brückentechnologie)로 접근하여, 재생에너지가 포괄적으로 도입되기 전까지는 원자력발전소가 가동되어야 한다고 보았다. 제11차 법개정은 우파연합이 핵에너지에 대해 가교적 기능을 부여하면서 도모한 것이다.³⁵⁾

한편 제11차 개정과 제1차 원전폐쇄법의 관계가 문제되는데, 헌법소송에서 청구인측은 제11차 개정을 통한 추가전력량의 부여를 입법자가 2002년 제1차 원전폐쇄법 이전의 상태로 부분적으로 되돌아 간 것으로 해석하고자 시도하였지만, 독일 연방헌재는 이에 대해 부정적인 태도를 견지하였다.³⁶⁾

한편 제11차 개정법과 함께 핵연료세(Kernbrennstoffsteuer)가 도입되어 2011.1.1.부터 핵연료세법이 발효하여 2016.12.31까지 핵연료세가 징수되었다(한시법). 핵연료 1 그램당 145 유로의 핵연료세가 부과되었다.³⁷⁾ 핵연료세의 도입은 원전 반대측이 오래 전부터 요구하였는데, 그 목적은 원전가동기간의 연장에 따른 경제적 이점을 축소하기 위함이었다. 핵 Moratorium에 따른 에너지정책의 대전환에 즈음하여 연방정부는 핵연료세를 폐지하려는 생각을 가졌는데, 연방의회는 제2차 원전폐쇄법을 의결하면서 핵연료세법은 원래의 시한(2016.12.31.)까지 유지되게 하였다.³⁸⁾

결국 독일 입법자는 제13차 원자력법개정을 통해 동일한 회기에서 그 자신이 몇 달 전에 의결하였던 가동기간연장을 원점으로 되돌려 신속한 원전폐쇄를 결의하였다. 그리고 이를 통해 핵에너지는 이제 가교기술이 아니

35) 그러나 몇몇 주와 야당은 헌법재판을 통해 특히 입법절차의 차원에서 연방참사원(Bundesrat)의 동의 문제를 제기하였다. 관련 문헌현황은 vgl. Wallrabenstein, Die Verfassungsmäßigkeit des jüngsten Atomausstiegs, HFR, 11/2011, S.2 Fn.4.

36) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.301.

37) 매년 20억 3천만 유로의 수입이 예상된다.

38) 한편 독일의 좌파당은 핵연료세를 유지하려고 하였지만, 그것은 받아들여지지 않았다.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

라, 일종의 방해(저지)기술(Verhinderungstechnologie)이 되어 버렸다.

IV. 제13차 원자력법개정 이후 소송상의 전개양상³⁹⁾

1. 헌법소송

먼저 헌법재판의 측면에서 지방공기업에 해당하는 EnBW AG을⁴⁰⁾ 제외한 RWE, E.ON(현재 PreussenElektra GmbH), Vattenfall 그리고 Krümmel 원전의 운영회사(Betriebsgesellschaft)가 제13차 개정법에 대해 헌법소원심판을 제기하였다. 원자력의 평화적 이용 그 자체에 대한 부정을 현재의 기본법으로부터는 도출할 수가 없다. 따라서 전력회사들은 제13차 개정법에 대해 기본권적 논거에 바탕을 두고서 원전폐쇄가 손실보상이 요구되는 공용개입이거나 최소한 -잘못된 사실적 근거와 위반된 신뢰보호에 의거하여- 보전이 요구되는 재산권의 내용결정에 해당한다고 하여 동 개정법에 대해 헌법소원심판을 제기하였다. 여기서 후쿠시마의 원자로노심용해의 경우 잔여리스크가 현실화된 것이 아니라, 결정적으로 개별적인 해석의 잘못, 법률의 위반, (운영주체 등의) 칠칠치 못하였다는 점을 핵심적인 착안점으로 삼았다.

한편 헌법소원심판을 제기함으로써, 당해 거대전력회사(콘체른)는 내부적으로 적어도 상당한 재무적 이익을 누릴 수 있었다. 원전운영자는 상법상

39) 그밖의 후속 법제도의 변화상은 vgl Mann/Sieven, Der Atomausstieg und seine Folgeprobleme im Kontext der Energiewende, VerwArch 106(2015), 184(211ff.).

40) 한편 (주)한국수력원자력이 이에 비견될 수 있다. 왜냐하면 동 회사는 시장형 공기업인 한국전력공사가 100%지분을 가진 자회사인 점에서 기본권주체능력을 인정할 수 없기 때문이다.

으로 원전의 중단과 해체를 위한 예비비를 조성할 의무를 지는데, 이런 예비비는 과세가 면해지고 거대전력회사가 자유로이 사용할 수 있다. 헌법소송의 계속으로 인해 그 이전에 정지된 원자로의 해체가 계속 지연되기 때문에, 거대전력회사는 독일 연방헌재의 판결이 내리기까지 이런 예비비를 사용할 수 있었다. 거대전력회사는 결과적으로 무이자의 용자를 받은 것과 유사하게 된다.

2. 국제중재소송

투자보장과 관련해서 스웨덴 국영기업인 Vattenfall은⁴¹⁾ 독일 연방정부를 상대로 2013.12.20. 워싱턴의 국제투자분쟁조정센터(ICSID)에 투자중재소송(Investitionsschiedsverfahren)을 제기하였다. 이를 위한 법적 근거는 에너지 헌장(Energiecharta) 제26조에 따른 분쟁해결절차인데, 이것은 투자자와 계약상대방사이에 중재절차의 개시를 가능케 한다.⁴²⁾ EU 내부적인 분쟁에 해당하는 이 소송에서 Vattenfall은 독일에서의 원전폐쇄로 인해 자신의 투자권리가 침해되었으며, 자신 소유의 Brunsbüttel 원전과 Krümmel 원전 및 자신이 지분 참여한 Brokdorf 원전과 관련한 자신의 투자가 상실되었다고 지적하였다. 제기하는 손해배상액은 40억 7천만 유로에 이른다. 그것의 결과전망은 일반적으로 연방헌재에 대한 소송의 경우보다 더 높다. 왜냐하면

41) 정식명칭은 Vattenfall 유럽 핵에너지 유한회사(Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH)이다. 스웨덴국가기업인 스웨덴 전력회사 Vattenfall AB의 독일 자회사이다. 독일에서는 4번째 전력공급회사이고 독일에 3개 원전에 출자하였는데 Brunsbüttel 원전은 67%, Krümmel 원전은 50%, Brokdorf 원전은 20%의 지분을 갖고 있다. Vattenfall 콘체른은 유럽에서 가장 큰 전력회사의 하나이다.

42) 에너지 헌장 제26조가 EU 내부적인 분쟁을 배제하는지 여부가 문제되는데, 중재 재판소는 명시적으로 긍정하였다(ICSID Case No. ARB/07/19, Electrabel v. Hungary, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (30.11.2012) Rn. 5.37.).

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

중재소송에서 의거하는 판정규준에 의하면, 투자자의 신뢰의 침해가 가능하다고 여겨지기 때문이다.⁴³⁾ 좌절된 추가투자에 대한 신뢰보호 차원의 손실보상을 긍정하는 Ludwigs는 투자중재소송의 결과가 헌법재판의 경우와 비슷하리라 평가하였다.⁴⁴⁾

3. 행정소송과 손해배상청구소송

RWE AG는 3개월의 Moratorium의 방법으로 Hessen 주 환경청에 의해 자신의 Biblis A 원전과 Biblis B 원전에 대해 일시 가동정지조치를 받은 상태에서, 제13차 법개정을 통해 이들 원전에 대한 종국적인 가동중지의 상황을 맞이하였다. 이에 RWE AG는 2011.3.1. 자신의 원전에 대한 Moratorium에 대해 취소소송을 제기하였고, 동년 7.26.에 취소소송을 계속적 확인소송(Fortsetzungsfeststellungsklage)으로 변경하였다. 피고측이 계속적 확인소송의 이익이 없다고 주장하였지만, VGH Kassel은 -Hessen 주에 대한 민사손해배상소송이 소이익이 있다는 이유로- 중간판결로써 원전운영자의 계속적 확인소송의 허용성을 시인한 다음,⁴⁵⁾ Biblis A 원전과 Biblis B 원전과 관련해서 Moratorium의 형식적, 실체적 위법성을 확인하였다.⁴⁶⁾ 즉, 사전에 청문을 실시하지 않은 형식적(절차적) 하자가 있으며, 수권근거의 요건이 존재하지 않고 적절하게 재량을 행사하지 않은 실체적 하자가 있다는 것이다. 독일 Kassel 고등행정법원은 Moratorium을 ‘대안부재의 행위’라고 말할 수 없으며, ‘대안부재’의 미사여구는 법학적으로 영(0)이라고 판시

43) Mann/Sieven, a.a.O., 184(208).

44) ders., Atomausstieg und die Folgen: Fordert der Paradigmenwechsel in der Energiepolitik einen Paradigmenwechsel beim Eigentumsschutz? NVwZ 2016, 1(6f.).

45) VGH Kassel, Urt. v. 4. 7. 2012 – 6 C 824/11.T =NVwZ 2012, 1350.

46) VGH Kassel, Urt. v.27.2.2013, ZUR 2013, 367ff. 상론은 김중권, 행정법기본연구 IV, 467면 이하 참조.

함으로써, 극단적인 비상상황에서도 법의 좌표를 모색하여 법치국가원리를 여하히 관철하려고 하였다. 그리고 이 판결은 Hessen 주의 항소가 연방행정법원에서 기각되어 확정되었다.⁴⁷⁾ 사실 대부분의 문헌들, 심지어 제13차 법개정의 합헌성을 지지하는 Ewer, Kloepfer, Bruch/Greve 조차도 2011.3.에 내려진 Moratorium에 대해 비판적 입장을 피력했다.⁴⁸⁾ Biblis A 원전과 Biblis B 원전의 정지로 인해 RWE가 입은 손해가 언론에서는 약 2억 3500만 유로에 이른다고 한다. E.ON(현재 PreussenElektra GmbH) 역시 자신의 Isar 1 원전과 Unterweser 원전에 대한 위법한 정지조치를 이유로 2014년에 3억 8000만 유로의 손해배상을 주장하였다.

한편 지방공기업에 해당하는 EnBW AG 역시 Bonn 지방법원에 연방과 자신의 최대주주인 Baden-Württemberg 주를 상대로 소를 제기하였다.⁴⁹⁾ 이런 손해배상요구를 위한 청구권적 근거로서 국가배상(직무책임)청구권과 준공용개입(수용유사침해)에 따른 손실보상청구권이 고려된다. 결정적인 구성요건적 징표는 국가활동의 위법성의 존재이다. VGH Kassel의 확정된 판결은 그 존재를 이미 확인하였다. 기본법 제14조의 재산권자의 이용권에 대한 직접적인 고권적 개입은 이미 시인되었다. 손해배상청구권이 인정되기 위해서는 추가적인 징표로서 유책성의 확인이 요구된다. Moratorium의 실제에서 주행정청에 대한 연방환경부의 사실상의 지시가 있음에도 불구하고

47) BVerwG, Beschl. v.20.12. 2013, ZUR 2014, 236ff.

48) 비판적 문헌현황은 vgl. Battis/Ruttloff, Vom Moratorium zur Energiewende- und wieder zurück, NVwZ 2013, 817(817) Fn.4. 반면 Frenz 교수는 위험인정에서의 역비례원칙을 들어 -후쿠시마 원전사고에서 나타난 것과 같은- 극히 고도의 잠재적 위험상태의 경우에는 원자력법상의 위험개념을 낮게 설정해야 한다고 주장하면서, Moratorium을 위해 원자력법 제19조 제3항 제2문 제3호가 충분하다고 주장하였다 (ders., Energieträger zwischen Klimaschutz und Kernschmelzen NVwZ 2011, 522(525)).

49) 2014.12.22.자 Die Welt 지는 “에너지거인이 자신의 소유자에게 제소하였다.”고 기사를 실었다.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

고, VGH Kassel은 Hessen주의 원전감독청이 가동중단에 대해 책임을 진다는 것을 확인하였다.⁵⁰⁾

앞에서 보았듯이, 제13차 원자력법개정은 잔여가동기간의 축소에 따른 재정적 조절(보전)에 관한 규율을 담고 있지 않았다. 그것이 기본법 제14조 제3항의 공용개입에 해당하지 않기 때문에, 손해배상요구를 위한 가능한 청구권적 근거로서 새롭게 준공용개입이나 손해배상청구권이 고려된다.⁵¹⁾ 그리하여 RWE, E.ON, Vattenfall은 손해배상청구권을 주장하고자 하였다. E.ON(현재 PreussenElektra GmbH)은 연방정부에 적어도 80억 유로를, RWE는 20억 유로를 요구하였다. 물론 헌법소원이 기각되면 손해배상청구 소송은 성공전망이 없을 것이지만, 이번처럼 (일부)위헌으로 판시된 경우에도 입법자는 원전폐쇄가 비례원칙에 부합하도록 사후적 손실보상규율을 발할 수 있을 것이다.⁵²⁾

4. 핵연료세에 대한 소송

한편 제11차 개정법과 함께 도입되어 2016년까지 납부하여야 할 핵연료세(Kernbrennstoffsteuer)와 관련해서 제2차 원전폐쇄법의 등장으로 그것의 반환을 RWE, E.ON(현재 PreussenElektra GmbH), 그리고 EnBW는 강구하였다. 당연히 거대전력회사는 높은 성공전망을 하였다. RWE, E.ON(현재 PreussenElektra GmbH), 그리고 EnBW는 재정법원에 이 조세에 대해 제소를 하였다. Hamburg 재정법원은 핵연료세가 소비세(Verbrauchssteuer)가 아니어서 연방은 새로운 조세를 도입해서는 아니 된다는 점에서 과연 연방이

50) VGH Kassel, Urteil v.27.2.2013, ZUR 2013, 367(373f.).

51) Wagner, in: Di Fabio/Durner/Wagner(Hrsg.): Atomausstieg 2011. Die 13. AtG-Novelle aus verfassungsrechtlicher Sicht, 2013, S.176.

52) Mann/Sieven, a.a.O., 184(210).

그에 관한 입법권한이 있는지 여부가 의문스럽다고 하면서 납부중지를 판시하였다.⁵³⁾ 그 후 Hamburg 재정법원은 그것의 위헌성을 확신하여 독일 연방헌재에 대해⁵⁴⁾ 그리고 유럽연합법의 궁극적인 위반을 이유로 유럽최고재판소에 대해⁵⁵⁾ 위헌제청을 하였다. 그리고 Hamburg 재정법원은 27건의 사례에서 원전운영자에 대해 임시적(가) 권리보호를 부여하고 핵연료세의 집행을 취소하였다.⁵⁶⁾

정반대로 Baden-Württemberg 재정법원은 2012년에 연방이 징수한 핵연료세가 합헌적이고 유럽법에 합치한다고 판시하였다. 그리고 Hamburg 재정법원이 행한 일련의 납부중지를 연방재정법원이 2014.11.25. 취소함으로써,⁵⁷⁾ 독일 연방헌재의 소송절차가 완료되기까지 조세는 납부되어야 했다. 연방 재정법원은 핵연료세의 허용성 여부에 대해서는 미확정으로 두었다. 유럽 최고재판소 역시 2015.6.4.에 독일의 핵연료세가 유럽연합지침(EU-Richtlinien)에 위반되지 않는다고 판시하였다.⁵⁸⁾ 그러나 최근 2017.4.13.에 독일 연방헌재는 핵연료세가 소비세(Verbrauchssteuer)가 아니어서 그것을 창설하는 것은 연방의 입법권한에 속하지 않음을 들어 핵연료세법이 위헌이라고 판시하였다.⁵⁹⁾ 이에 따라 전력회사들은 독일 연방정부로부터 이자를 포함하여 60억 3천만 유로를 반환받을 것으로 기대한다.

53) FG Hamburg, Beschl. v.16.9.2011, NVwZ 2011, 1401ff.; 동지: FG München, Beschl. v.5.10.2011, ZUR 2012, 255ff.

54) FG Hamburg, Beschl. v.29.1.2013, EnWZ 2013, 422ff.

55) FG Hamburg, Beschl. v.29.1.2013, DStRE 2014, 1255ff.

56) FG Hamburg, Beschl. v.14.4.2014, DStRE 2014, 1333ff.

57) BFH, Beschl. v. 25.11.2014, DStRE 2015, 243ff.

58) EuGH Urt. v. 4.6.2015 - C-5/14 (Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH/Hauptzollamt Osnabrück)= NVwZ 2015, 1122ff. Vgl. Kahl/Bews, Letztes Rückzugsgefecht der Atomenergie? - Die Kernbrennstoffsteuer vor dem EuGH, NVwZ 2015, 1081ff.

59) BVerfG, Beschluss vom 13.4.2017 - 2 BvL 6/13=NJW 2017, 2249ff.

V. 2016.12.6. 선고 독일 연방헌재 판결의 주요 내용⁶⁰⁾

1. 판결요지

i) 원전폐쇄를 신속화를 목표로 하는 제13차 개정원자력법은 기본법과 광범위하게 일치한다.

ii) 국내에서 영리활동하며, 유럽연합의 회원국의 지배를 받는 사법의 법인은 기본법의 유럽법친화성으로 인해 예외적으로 재산권적 자유를 주장할 수 있으며 헌법소원을 제기할 수 있다.

iii) a) 2002년과 2010년에 법률에 의해 부여된 전력량은 재산권적 보호의 독립된 대상에 해당하지 않고, 중요한 이용수치로서 이시설의 재산권적 보호에 참여하는 것이다.

b) 공법적 허가에는 원칙적으로 재산권이 성립하지 않는다.

iv) 기본법 제14조 제3항에 따른 공용개입은 재산권귀속을 변화시킴으로 인한 재산권의 박탈과 항상 재산획득도 요건으로 한다. 2011.7.31.의 제13차 개정원자력법에 의한 원전폐쇄의 신속화를 위한 규율은 이에 의하면 공용개입에 해당하지 않는다.

v) 재산권상의 이용권과 처분권의 제한이 기본법 제14조 제1항 제2문의 의미의 내용한계결정으로서 구체적 재산권적 지위의 -재산획득에 이바지하지 않는- 박탈로 돌아갈 경우, 그것의 비례성에 관한 고양된 요청을

60) 이하의 내용은 헌법소송에서 참고인인 Baden-Württemberg 주와 Schleswig-Holstein 주의 소송대리인으로 활동한 G. Roller가 재판 이후에 발표한 글(Die verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs 2011, ZUR 2017, 277ff.)을 바탕으로 작성하였다.

설정하여야 한다. 그것은 항상 보전규율에 대한 물음을 제기한다.

vi) 2010년 말에 법률에 의해 행한 원자력발전소의 -평균 12년의- 가동 연장을 제13차 개정법으로 보상 없이 취소한 것은 추가전력량의 유지에 관한 여러 측면에서 제한된 신뢰를 고려하면, 원칙적으로 합헌적이다. 입법자가 설령 새로운 위험의 인식(지식)이 없더라도 후쿠시마에서의 원자로사고를 국민의 보건과 환경을 보호하기 위해 원전폐쇄를 신속화하는 것의 계기로 삼는 것은 허용된다.

vii) 세 심판청구인 가운데 두 심판청구인이 2002의 잔여전력량의 실제적 부분을 아직 자사내에서 이용할 수 없는 한, 제13차 개정원자력법은 원전시설의 법률상 확정된 잔여가동기간을 고려한 즉, 그리고 이런 경우에 특별히 인정된 신뢰보호로 인하여 수인할 수 없는 재산권의 내용한계결정을 담고 있다.

viii) 기본법 제14조 제1항은 일정한 요건하에서 투자근거로서의 법상항의 존속, 재산권과 그 이용가능성에 관한 정당한 신뢰를 보호한다.

2. 핵에너지이용에 관한 새로운 정치적 평가에 의거한 원전폐쇄의 허용성 여부 문제

독일 연방헌재는 판결의 앞부분에서 핵에너지 리스크에 관한 정치적 새로운 평가가 원전폐쇄법과 결합된 기본권개입을 위한 정당화로서 충분한지 여부, 즉 원전폐쇄를 위해 실제로 새로운 리스크상황이 발생할 필요가 있는지 여부를 문제삼았다.⁶¹⁾ 독일 연방헌재에 의하면, 입법자의 새로운 결

61) 헌법소원청구인 측에서도 서두에서 이 문제를 강조하였다. BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.59, 86.

단을 위해서는 새로운 (안전과 관련한) 인식에 좌우되는 것은 아니다.⁶²⁾ 그리고 입법자가 핵에너지의 평화적 이용과 같은 고(高)리스크기술을 허용할 것인지 여부와 어떤 조건에서 허용할 것인지는 현재의 리스크의 충분한 인식에서 정치적 결단에 해당하는데, 입법자는 이런 결단을 고(高)리스크기술에 관한 사회적 수용에도 좌우되게 할 수 있다.⁶³⁾ 결국 원자력이용과 결합된 리스크의 정치적 새로운 평가만으로도 입법자의 근본결단을 바꿀 수 있다는 것을 분명히 하였다. 그리하여 “입법자가 비록 핵에너지의 위험성과 제어가능성에 관한 실체적으로 새로운 인식이 결코 존재하지 않더라도, 핵에너지이용에 유리하게 발해진 원래의 결정을 미래를 위해 변경하는 데 지장을 받지 않는다. 입법자가 일본에서의 원자로재난과 같은 사고에 대해서도 반응할 수 있으며, 국민의 증가된 공포심과 변화된 리스크관용에서 결론을 끌어낼 수 있는 것은 -민주적 책임에서 본질적으로 정치적 관점에 따라 결정을 내리는- 연방정부와 입법자와 같은 헌법기관을 위해 의문의 여지가 없다.”고 판시하였다.⁶⁴⁾ 새로운 입법적 평가를 내리는 데 있어서 새로운 위험상황을 필요로 하지 않다는 것이 독일 연방헌재의 입장이다. 따라서 입법자가 제13차 개정법제정 몇 달 전에 가동기간연장을 결의하였고, 새로운 위험상황이 없음에도 불구하고 이것을 취소하는 것은 모순적으로 행동한 것이라는 반대논거가 수긍되지 않았다.⁶⁵⁾

과거 Kalkar 결정에서 표현된 것처럼,⁶⁶⁾ 독일 연방헌재는 입법자의 (정치적) 최종책임(Letzverantwortung)을 강조하였다. 종종 핵에너지이용폐지의 결단이 전적으로 정치적으로 내려졌다고 의문을 제기하는데, 이런 의문제기의 뒤에는 원전폐쇄를 위한 근거는 원래 존재하지 않고, 궁극적으로 자

62) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.304.

63) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.307.

64) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.307.

65) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.306.

66) BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978, BVerfGE 49, 89(143).

의적이고 유권자투표지향적인 즉, 포퓰리즘에 따라 결정이 내려졌다는 것이다. 이에 대해 Roller는, 일체의 정치활동에 선거전략적 고려가 중요한 역할을 할지 몰라도, 그 뒤에 있는 원칙적인 가치결정을 인정하지 않는 것은 잘못이라고 지적하였다. 즉, 얼마나 안전한 것이 충분히 안전한가? 의 물음에 대한 대답은 최종책임의 차원에서 보면 ‘정치적’ 대답이 될 수밖에 없다. H. Schulze-Fielitz 역시 “의회가 리스크처리의 중력중심(Gravitationszentrum)으로서 정치적으로 최종 언급을 하여야 한다.”고 강조하였다.⁶⁷⁾ 설령 개개 원전시설과 관련해서 상대적으로 높은 안전성수준이 확인된다 하더라도 탈원전의 정치적 대답은 가능하다. 왜냐하면 현존한 안전조치의 존재에도 불구하고 관련시설의 전체 리스크가 법적으로 타당할 수 있는지 여부의 물음이 관건인데, 이런 물음에 대답을 하는 것은 오로지 입법자의 정치적인 책임에 속한다고 한다.⁶⁸⁾

그렇지만 리스크에 관한 새로운 정치적 평가의 허용성과는 별도로, 설령 입법자의 결정여지가 광범하게 인정된다 하더라도 법치국가원리의 차원에서 근본적인 정책변화가 현존한 존속보호와 신뢰보호의 문제를 어느 정도로 해소할 수 있는지는 다른 문제이다. 여기서 독일 연방현재는, 전적으로 바뀐 정치적 평가나 증대된 국민적 공포가 원전폐쇄의 신속화처럼 관련인의 기본권을 현저히 개입하는 조치까지도 어느 정도로 견디어낼 수 있는지는 일반적으로 정해질 수 없으며, 현저한 기본권개입을 정당화하기 위해서는 현실에 맞게 인식가능한 위협이나 리스크를 평가하는 근거의 차원에서

67) ders., Risikosteuerung von Hochrisikoanlagen als Verfassungsproblem, DÖV 2011, 785(793).

68) Roller, a.a.O., 277(278). 여기서 국민의 삶을 바꾸는 근본결단은 기본적으로 정치적 행위라는 점을 확인할 수 있다. 독일의 경우 선거공약의 차원에서 탈원전에 관해 국민적 다수지지 확인되지 않은 상황에서 후쿠시마 원전재난에 따라 급변한 국민 여론 일반에 바탕을 두고서 대전환을 한 반면, 우리의 경우 지난 대통령선거에서 탈원전이 선거공약으로 제시된 점이 의미가 크다.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

충분히 중요한 공공복리적 근거를 필요로 한다고 판시하였다. 그리고 현존한 신뢰보호의 지위가 무가치하게 되는 한, 국민들의 바뀐 평가에 대응하는 정치적 바람만으로는 단기간의 정책변화를 지지하지 못할 것이라고 강조하였다.⁶⁹⁾ 하지만 독일 연방헌재는 원자력과 같은 고(高)리스크기술의 위험리스크가 특별한 정도로 정치적 평가는 물론, 특별한 방법으로 공중(公衆)의 수용에 좌우되기 때문에, -설령 새로운 위협스러운 상황이 인식되지 않더라도- 이런 리스크에 관한 공중(公衆)의 의식만을 변화시키는 사고에 대해서도 나름의 비중이 주어질 수 있다고 판시한다. 그리하여 제13차 개정법이 후쿠시마 원전사고에 대응한 것을 두고서, 그 원전사고에서 새로운 위험인식이 도출될 수 없다는 점을 이유로 비판해서는 아니 된다고 강조한다.⁷⁰⁾ 결국 법치국가원리의 견지는 고수하되, 극히 낮은 현실화개연성과 극히 광범위한 범위의 손해발생과 같은 원자력법의 특성을 감안하여 핵에 대한 국민적 관용의 태도변화가 재판에 수용될 수 있다는 점을 시사하였다.

3. 원전운영자의 헌법상 보호되는 법적 지위의 문제

가. 문헌상의 논의

원자력법상의 원전운영(가동)허가 그 자체는 고권적 행위로서 기본법 제14조 제1항의 재산권에 해당할 수 없다.⁷¹⁾ 하지만 허가에 기하여 건설되고 운전가동중인 관련 시설은 당연히 재산권적 보호에 포함된다. 하지만 여태껏 독일 원자력법에서 완결적으로 해소되지 않은 물음이 원전운영자의 재

69) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.308.

70) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.308.

71) Kloepfer, a.a.O., 1437(1438); Bruch/Greve, a.a.O., 794(795).

산권적 지위가 본질적으로 어디에 있는지이다.⁷²⁾ 이 문제는 궁극적으로 원전운영자에게 주어진 전력량 및 잔여전력량의 법적 성질의 문제이다.

이와 관련해서는 공법적 권능으로 보는 입장과 재산권적 이용권능으로 보는 입장이 맞선다.⁷³⁾ -기본적으로 독일 연방헌재가 취하는- 공법적 권능으로 보는 입장에 의하면, 2002년 제1차 원전폐쇄법이 정해 놓은 잔여전력량은 원자력법에 근거한 공법적 할당이어서 당연히 그것을 전제로 보호영역의 전개가 고려된다. 공법적인 법적 지위는 단지 예외적으로만 기본법 제14조 제1항의 보호영역에 포함된다. 이를 인정하기 위해서는, 관련 법적 지위가 일종의 전속적 권리에 따라 개인에게 귀속되어 있어야 하고,⁷⁴⁾ 대저 개인의 고유한 급부에 의해 획득되었어야 한다.⁷⁵⁾ 독일의 다수 문헌은 2002년 제1차 원전폐쇄법 이래로 잔여전력량을 일종의 공법적 권능으로 재산적 가치가 있는 권리로 여겨, 기본법 제14조 제1항 제1문에 의한 보호영역에 들어간다고 본다.⁷⁶⁾

반면 재산권적 이용권능으로 보는 입장을 대표하는 Ossenbühl에 의하면, -자연적 자유회복의 메커니즘인- 통제허가로서의 원전운영(가동)허가의 본질에 비추어 그것은 본래의 이용권능을 부여하는 것이 아니라, -원래의 허용을 전제로 하여- 그 범위를 확인하는 것으로 보아야 한다. 그리하여 원전운영자가 갖는 원전이용권능의 재산권적 보호는 원전설비재산권의 본질적인 구성요소인 동시에 그 자체로서 바로 기본법 제14조에 의해 보호된다

72) 이 물음 일반적으로 다른 영업상의 시설허가와 관련해서도 제기된다. 최근 오염방지법상의 허가와 관련해서 vgl. C. Ziehm, ZNER 2017, 7.

73) 그밖에 국가적 허가의 필수성에서 원자로이용이 재산권적 보호를 누리지 못한다는 주장도 있다(Wallrabenstein, a.a.O., 109(115)).

74) Vgl. BVerfGE 69, 272(300); 72, 175(195).

75) Vgl. BVerfGE 18, 392(397); 48, 403(413); 53, 257(289).

76) 이를 받아들여 독일 연방행정법원 역시 Mülheim-Kärlich 판결(BVerwG, NVwZ 2009, 921(923))에서 잔여전력량을 원자력법에 의거한 공법적 할당으로 보았다.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

고 주장한다.⁷⁷⁾

원전운영(가동)허가에 따른 효과로서의 전력량에 관한 이런 상이한 입장은 그것에 대한 제한인 잔여전력량과 관련해서 -그것의 재산적 가치가 있는 권리로서 보는 데는 차이가 없지만- 과도한 재산권개입인지 여부 즉, 보전유무를 판단하는 데 있어서 다른 접근을 가능케 한다. 당연히 후자의 입장에 의하면, 원전운영자는 강한 존속보호(신뢰보호)를 누릴 수 있고, 원전폐쇄의 정당성(합헌성)에 관한 요구치가 높게 설정된다.

나. 독일 연방헌재의 판단

Ossenbühl의 주장은 강학상의 허가가 자연적 자유를 회복시켜 본래 인정된 자유의 범위를 그것이 확인하는 데서 기인한다. 하지만 제1원은 원전운영(가동)허가 그 자체는 금지가 해제되는 국가의 허용에 해당하지 결코 재산권적 보호가 인정되는 주관적 공권에 해당하지 않는다고 본다.⁷⁸⁾ 독일 연방헌재의 판결에 의하면, 허가로 인한 수범자가 누리는 법적 지위가 재산권적 보호가 인정되는 주관적 공권이 되기 위해서는 그것의 무보상적 박탈이 법치국가원리의 본지에 반할 정도로 그 법적 지위가 강력해야 하고, 그것이 인정되기 위해서는 처분권이 제한을 받는다는 점과 현저한 범위에서 자신의 노력에 의해 얻어져야 한다는 점이 확인되어야 한다.⁷⁹⁾ 제1원은 이런 두 가지 점이 원자력법상의 운영(가동)허가에는 없다는 점을 확인하였다.

77) Ossenbühl, a.a.O., 697(700); 동지: Degenhart, a.a.O., 2013, 207(209f.). Ossenbühl은 2002년의 잔여전력량 배정은 일괄해결의 차원에서 일종의 화해적 해결방안의 일환으로 행해진 점을 들어 잔여전력량을 공법적 권능으로 본 Mülheim-Kärlich 판결은 특별케이스로 접근해야 한다고 지적한다.

78) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.231

79) BVerfGE 14, 288(293f.); 18, 392(397); 30, 292(334); 53, 257(291f.); 69, 272(300); 72, 9(19f.); 72, 175(193); 97, 67(83).

운영자에게 주어진 잔여전력량은 자신의 노력이 결여되어 있다. 그리하여 독일 연방헌재는 잔여전력량은 기본법 제14조 제1항에 의한 독립된 보호를 누리지 못하고, 헌법적 재산권보호의 일부에 해당한다고 판시하였다.⁸⁰⁾ 독일 연방헌재에 의하면, 잔여전력량은 두 가지 특징을 지닌다. 먼저 원전폐쇄와 함께 행해진 원전시설재산권의 제한으로의 성격을 가진다. 왜냐하면 그로 인해 원전이용의 종료가 확정되기 때문이다. 그리고 그것은 가동을 위해 결정적인 요소가 되는데, 왜냐하면 그것이 사용과 수익을 위해 개개의 원전발전소에 대해 주어지고 그래서 '사적 효용의 차원에서의 가치결정적 징표'에 해당하기 때문이다.⁸¹⁾ 그리하여 독일 연방헌재는, 전력 회사와 관련하여 재산권적으로 고려할 점은, 관련 부지와 원전시설 그리고 -잔여전력량에 의해 구체화된- 원전이용을 위한 재산권적 보호에 한정된다는 점을 분명히 하면서, 아울러 제13차 법개정에 의한 원전운영의 신속한 종결에 대한 다른 헌법적 재산권적 보호는 '개시되어 행사된 영업'이란 법형상(Rechtsfigur des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs)을 통해서도 주어지지 않는다는 점을 강조하였다.⁸²⁾ 잔여전력량과 관련한 이상의 논의는 2010년의 추가전력량을 위해서도 통용된다.⁸³⁾ 따라서 추가전력량은 독립된 재산권적 보호를 받을 수 있는 법적 지위에 해당하지 않기에, 당연히 공용개입의 대상이 될 수 있는 박탈대상이 될 수 없다.

80) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.233.

81) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.235. 사실 2011년 원전폐쇄법의 제정으로 핵에너지의 이용은 이런 잔여전력량에 의해 구체화된 것이라 할 수 있다(BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.240).

82) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.240.

83) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.239.

4. 사안이 공용개입의 문제인지 아니면 내용한계결정의 문제인지 여부

가. 공용개입 개념의 광협(廣狹)을 둘러싼 논의⁸⁴⁾

독일에서 그들 기본법 제14조 제3항의 공용개입(Enteignung)의 개념을 둘러싸고 심대한 논쟁이 진행되어 왔다. 종전에 독일 대법원(BGH)의 판례

84) 기왕에 통용되는 용어의 문제를 검토하고자 한다. 독일에서 기본법 제14조 제3항의 (보상부) ‘Enteignung’ 개념은 재산권으로서 보호되는 재산적 가치가 있는 법적 지위의 전부 또는 부분적 박탈(Entzug)을 뜻한다. 이용제한이나 처분제한의 경우에는 그것들이 법적으로 강화되고 독립된 지위와 관련이 없는 한, ‘Enteignung’ 개념의 표지인 부분적 박탈에 들어가지 않고, 내용·한계결정의 구체화에 해당한다고 한다(Maurer, Allg. VerwR, 18.Aufl., 2011, §27 Rn.47). 반면 우리는 (보상부) ‘Enteignung’ 개념에 해당하는 것이 (보상부) 공용수용사용·제한이다. 여기서 독일의 ‘Enteignung’ 개념을 무엇으로 옮겨야 할지, 그리고 (보상부) 공용수용·사용·제한을 전체로 무엇으로 불러야 할지 문제된다. 통상 공용침해로 명명하는데, 여기서는 ‘공용개입’(또는 ‘공용계약’)이란 용어를 사용하고자 한다. 통상 ‘Eingriff’를 ‘침해’로 옮기는데, 침해는 위법성을 전제한 개념이어서 논증에서 종종 난맥에 봉착한다. 왜냐하면 ‘Eingriff’는 위법, 적법이 전제되지 않은 그 이전의 개입(제한) 상황을 의미하기 때문이다. 그리고 대부분의 문헌에서 사용하는, 수용유사적 침해와 수용적 침해의 용어 역시 각기 준공용개입과 결과적(부수적) 공용개입으로 바꾸어 사용하고자 한다. 아울러 문헌에서 통례적으로 사용하는 침해행정, 침해유보 등도 하루바삐 시정되어야 한다. 한편 독일어 ‘Ausgleich’의 번역이 문제된다. 통상 ‘조절적(조정적) 보상’이란 용어가 사용되는데, 자칫 손실보상과의 구별이 무색해질 우려가 있다. 따라서 調整(調節)이나 補填으로 옮기고자 한다. 왜냐하면 ‘Ausgleich’의 동사형인 ‘ausgleichen’는 ‘고르게 하다, 차이를 없애다, 완화(해소)하다, 메우다, 보충하다’를 의미하기 때문이다. 다만 보전의 경우 통상 손해배상과 손실보상을 함께 아울러서 “손해보전”이란 용어를 사용하기에 자칫 오해를 빚을 수도 있는데, 이런 오해를 불식시키기 위해선, 양자를 ‘손해보전’보다는 오히려 광의의 국가책임의 범주로 설정하는 것이 바람직스럽게 여겨진다. ‘Kompensation’ 역시 통상 補償으로 옮기는데 오히려 상쇄와 조정의 의미를 담은 ‘보정(補正)’이나 대상(代償)이 더 적합한 것 같다. 종래 문헌에서 이들 용어를 ‘보상’으로 통칭한 나머지 기왕의 손실보상과의 구별이 모호해져서 논의전개에서 바른 이해가 저해되곤 하였다. 용어가 개념의 내포를 발현한다는 점에서, 바른 용어사용은 바른 개념 형성의 출발점이다.

는 공용개입개념을 더욱더 넓게 확대시켰다. 광의의 의미상의 공용개입은 재산권으로 보호받는 법적 지위의 일체의 제한을 의미하였다. 그리하여 여기서의 제한은 기본법 제14조 제1항 제2문에 의한 재산권의 사회적 구속(내용·한계의 결정)을 넘어서고 그래서 관련자에게는 특별희생(特別犧牲, Sonderopfer)을 의미하였다. 사회적 구속과 공용개입은 서로 틈새 없이 연계된 개념적 짝에 해당하였다. 더 이상 무보상부 사회적 구속에 속하지 않는 것은 곧바로 보상부 공용개입인 셈이었고, 그 반대 역시 당연히 받아들여졌다. 여기서 특별희생이론 내지 실질적 기준이론은, 그때그때의 전환이 일어나는 경계(境界)라인을 정하는 기능을 가졌다. 그리하여 과거 독일 연방대법원(BGH)는 광의의 공용개입 개념에 의거하여 이른바 ‘경계이론(境界理論, Schwellentheorie)’ 또는 변환이론(變換理論, Umschlagtheorie)에 터 잡아 이른바 준공용개입(수용유사적 침해) 및 결과적(부수적) 공용개입(수용적 침해)의 보상의 법리를 전개하였다.⁸⁵⁾

반면 독일 연방헌재는 BGH보다 좁은 공용개입개념을 주장하여, 재산적 가치있는 법적 지위의 박탈(Entzug)을 결정적인 기준으로 강조한다. 이에 따라 일정한 공적 과제를 수행하기 위하여 의욕된 고권적 법적 행위에 의해서 기본법 제14조 제1항 제1문상의 재산적 가치 있는 법적 지위를 완전히 또는 부분적으로 박탈하는 것(만)이, 공용개입에 해당한다. 그리하여 결정적인 기준이 되는 것은 개입의 형식과 목적지향이지, 강도나 성질이 아니다.⁸⁶⁾ 독일 연방헌재의 이런 협의의, 형식적인(formal) 공용개입 개념으로 인해, 일정한 조치가 공용개입적 성격을 갖는지 또는 갖지 않는지 여부는 개입발생이후에 비로소 확인하는 것이 아니라, 처음부터 확인할 수 있

85) 대법원은 -이론은 있지만- 헌법재판소와는 달리 기본적으로 경계이론(변환이론)을 취한다고 할 수 있다. 김중권, 分離理論下에서 공용개입유사적 개입의 인정의 問題點, 법률신문 제4031호 (2012.5.14.).

86) Vgl. BVerwGE 94, 1.

다. 이런 공용개입개념에 관해선 이미 독일 연방헌재가 그 이전에도 모색한 바가 있었는데,⁸⁷⁾ 자갈채취결정(Naßauskiesungsentscheidung)으로 확고하게 굳어졌다.⁸⁸⁾ 그리하여 이제는 연방행정법원은 물론 BGH 역시 이를 따른다.⁸⁹⁾⁹⁰⁾

요컨대 협의의 공용개입 개념에 의할 때, 내용한계결정, 입법적 공용개입 그리고 행정적 공용개입이 각기 독립된 법제도이며, 이들을 독일 기본법은 분명히 상호 떼어 놓고 있다고 하겠다.⁹¹⁾ 공용개입의 징표는 현재의 재산권질서를 무너뜨리기 위해 재산권에 대해 목적을 갖고서 장악하는 것이다. 그리하여 독일 연방헌재가 공용개입으로 분류한 사안의 경우 예외 없이 권리주체상의 변동을 대상으로 하였다. 그리하여 실제로 공용개입 개념은 이미 널리 공공기관에 의한 재산(재화)의 획득(조달)로 -원래의 의미로- 축소되어 버린 셈이다.⁹²⁾ 하지만 독일 연방헌재 판례에 의하면 환지(Baulandumlegung)판결이 내려지기까지는 권리이전이 공용개입 개념의 창설적 징표가 되지는 아니 하였다.⁹³⁾

87) BVerfGE 24, 367, 394; 42, 263, 299; 52, 1, 27.

88) BVerfGE 66, 248, 257; 70, 191, 199f.; 72, 66, 76; 74, 264, 280; 79, 174, 191; 83, 201, 211; 100, 226, 239f.

89) BVerwGE 77, 295, 297f.; 81, 329, 340; 84, 361, 366; 87, 241, 243; 94, 279, 283; BGHZ 99, 24, 28f.; 120, 38, 42.

90) 상론은 김종권, 행정법기본연구Ⅱ, 2009, 177면 이하 참조.

91) 그런데 유럽 기본권헌장(EU-Grundrechtecharta)과 유럽인권협약(EMRK)은 간접적 공용개입 역시 포함하고 그것의 적법성을 원칙적으로 재산권손실에 대한 보상에 연계시킨다. Vgl. Ludwigs, Atomausstieg und die Folgen, 1(2).

92) Osterloh, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, DVBl. 1991, 906(911); Lege, Enteignung als Güterbeschaffungsvorgang, NJW 1993, 2565ff.

93) BVerfGE 83, 201(211).

나. 독일 연방헌재의 판단

제13차 원전폐쇄법이 원전발전소의 이용가능성을 상실을 규정하여 재산권에 대한 개입을 낳기에 그 개입의 성격이 무엇인지 다투어진다. 즉, 내용한계결정에 해당하는지,⁹⁴⁾ 아니면 공용개입에 해당하는지의⁹⁵⁾ 문제이다. 만약 후자의 경우라면, 동시조항(Junktivklausel)에 의해 요구되는 보상규정을 제13차 원전폐쇄법이 전혀 규정하고 있지 않기에, 동법은 위헌에 처하게 된다.

환지판결에서 독일 연방헌재는 법적 지위의 박탈이 공용개입의 성립요건의 필요조건이긴 하나 충분조건은 아님을 확인하고 분명히 하였다. 다른 한편 개입목적이 다음과 같이 구체화되었다: “공용개입은 구체적 법적 지위의 박탈을 전제 조건으로 하나, 모든 박탈이 기본법 제14조 제3항상의 공용개입은 아니다. 공용개입은 -공임무의 이행에 이바지하는 구체적인 사업을 시행하게 할 재산(재화)이 조달(획득)되는 경우에 국한된다.”⁹⁶⁾ 그리하여 공용개입이 공임무의 이행에 이바지하는 구체적인 사업을 위하여 시행된다는 것이 결정적이다.

그러나 규준적 기준이 일정한 공임무의 이행에 존재하는지 여부나 마찬가지로 재산획득이 반드시 존재하여야 하는지 여부가 완전히 분명하지는 않았기에, 환지판결과 관련해서 논의의 여지가 있었는데, 금번 독일 연방헌

94) Kloepfer, a.a.O., 1437(1439); Mann/Sieven, a.a.O., 184(197ff.); Schlömer, ZNER 2014, 363(367); Ludwigs, Atomausstieg und die Folgen, 1(2f.).

95) Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, 53 ff.; K.-A. Schwarz, DVBl 2013, 133(140).

96) BVerfG, Beschl. v. 22.5.2001, BVerfGE 104, 1(10) - Baulandumlegung. 이를 다시 확인한 것으로 BVerfG, Beschl. v. 15.4.2009, BeckRS 2009, 34063. 환지판결의 의의를 두고서 문헌상으로 방향전환점으로 간주되고 있다. Vgl. Roller, Umweltschutz und Eigentum, in: Umweltrecht und Umweltwissenschaft, Festschrift für Eckard Reh binder, 2007, S.91-92.

재의 판결은 이 점을 다음과 같이 분명히 하였다: “기본법 제14조 제3항의 공용개입은, 재산권적 권리에 대한 고권적 장악(공취(攻取), Zugriff)인 동시에, 공공기관이나 기타 공용개입수익자에게 유리한 재산획득(재화조달)에 해당한다는 것을 반드시 전제로 한다.”⁹⁷⁾ 그리하여 독일 연방헌재는 분명한 자리매김을 하면서, 재산획득을 -공용개입과 내용한계결정의- 본질적인 구분징표로 삼았다.⁹⁸⁾

재산획득의 징표는 분명한 구분의 장점을 제공한다. 공용개입을 -원래의 의미로 환원된 것처럼- 헌법상으로 좁게 한정된 특별성립요건으로 축소시킨다.⁹⁹⁾ 하지만 이런 관점이 기본권보호의 상실과 결코 결합되지는 않는다. 즉, 제1원은 반대논거가 재산권적 성립요건의 공공복리적 관점을 충분히 고려하지 않았으며, 해석을 전적으로 관련 재산권자의 관점에서 행하였다는 점을 적절하게 강조하였다.¹⁰⁰⁾ 과거 사적보호결정(史蹟(保護決定)에서¹⁰¹⁾ 독일 연방헌재가 “법적 지위가 재산권의 이름을 얻을 가치가 없을 정도로 재산권자의 부담이 심대한 경우에는 입법자에 대해 공용개입의 방법을 주의하도록 되어 진다.”고 방론(Obiter dictum)에서 언급함으로써, 불명료성이 야기되었는데, 이번 2016.12.6. 현재 판결이 그런 점을 일소시켰다.

요컨대 이번 독일 연방헌재 판결은 내용한계결정과 공용개입을 구분하는

97) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.246.

98) 한편 독일 연방헌재가 재산획득적 징표가 견지된다고 판시한 것과 관련해서, Rolle는 판례가 여지껏 명료한 모습을 보이지 않았기에 견지된다는 표현은 지나치다고 지적한다(verfassungsrechtliche Bewertung, 277(280)).

99) 권리이전적 접근에 찬동하는 문헌의 현황은 Roller, Die verfassungsrechtliche Bewertung, 277(281) Fn.45.

100) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.256.

101) BVerfGE 100, 226ff. 동 결정은 조절(조정)의무부 내용결정(ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung)의 존재를 연방헌법재판소판례의 차원에서 확인하여 기본권적으로 필요한 조절이 개입의 적법성을 위한 조건이 되게 함으로써, 재산권법제에 새로운 전기를 제공하였다.

것과 관련해서 늘 거론이 되는 문제점을 중국적으로 종결시켰다.¹⁰²⁾ 원전 폐쇄법은 재산획득을 대상으로 하지 않기에, 당연히 제13차 개정법을 판단하는 데 있어서 공용개입의 차원에서 접근해서는 아니 되고, 전적으로 내용한계결정의 차원에서 접근해야 한다. 그리고 잔여전력량과 추가전력량은 이용가능성에 불과하고 결코 독립된 재산권적 권리에 해당하지 않으므로, 이들의 삭제는 공용개입이 가능한 법적 지위의 박탈에 해당할 수 없다.¹⁰³⁾

5. 제13차 개정원자력법의 구체적인 개개 문제점 검토

가. 원전가동의 확정된 종료시점을 규정한 것의 문제점

입법자는 재산권의 내용을 결정하는 데 있어서 광범위한 형성여지를 갖는다. 사안에서의 원전가동(Kernkraftwerksbetrieb)은 재산권적 이용의 문제이다. 제13차 개정법의 핵심은 동법 제7조 제1항의 a에 의해 도입된 원전가동의 확정된 종료시점이다. 즉, 모든 원전이 시간차를 두고서 가동(운영)권(Berechtigung zum Leistungsbetrieb)을 상실하게 된다. 과거 2002년의 핵에너지개혁은 원전가동의 종료시점을 확정적으로 규정하지 않은 취약점이 있었는데, 제13차 개정법을 통해 -시간적으로 산정가능한 폐지의 목표에 맞춰서- 그런 취약점이 제거되었다.

원전폐쇄의 신속화가 입법자의 중심목표이기에 원전가동의 확정된 종료시점의 도입은 불가피한 조치이다. 우선 독일 연방현재는 이런 조치로써

102) 이 점에서 동 판결은 -당해 사안을 넘어서- 기본법 제14조의 해석을 위해 광범위한 의미를 갖는다고 한다. Roller, Die verfassungsrechtliche Bewertung, 277(281). 그러나 재산획득의 징표를 분명히 한 것에 대한 다른 평가로 vgl. Froese, Der Eigentumsentzug ohne Güterbeschaffung als Enteignung „light“?, NJW 2017, 444ff.

103) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.263, 264.

정당한 규율목표가 적합하고 필요한 수단으로 추구된다는 점을 확인하였다.¹⁰⁴⁾ 원전폐쇄의 신속화는, “핵에너지와 더불어 불가피하게 수인해야 할 잔여리스크를 가능한 신속하게 그리고 가능한 널리 제거하는” 목표를 추구한다. 신속화의 정당한 목표와 관련해서, 이런 목표가 잔여리스크의 수용에 관한 정치적인 새로운 평가에 바탕을 두었다 하더라도 다르지 않다.¹⁰⁵⁾ 오히려 입법자로서는 이런 새로운 평가를 기본법 제2조 제2항 제1문과 제20조 a로부터의 (기본권적) 보호의무에 의거할 수 있다. 이상의 조치가 적합하고 필요하다는 점은 명백하다.

탄력적인 전력량할당량의 책정과 비교해서 원전가동의 확정된 종료시점의 도입은 운영자의 처분의 자유를 일반적으로 제한하는 것인데, 독일 연방헌재 역시 이런 제한이 수인가능하다(zumutbar)고 여겼다.¹⁰⁶⁾ 그 이유로 주어진 2002년의 잔여전력량이 대체적으로 그들 원전발전소에서 독립되게 사용될 수 있는지 여부의 중요한 물음이 전력공급회사에 대해 유리하게 답이 내려졌다는 점을 들었다. 청구인이 주장한 확정된 종료시점의 불이익은 비례성에 맞는 내용한계결정으로 판명된다고 판시하였다.¹⁰⁷⁾

나. 추가전력량의 박탈의 문제점

2010년 제11차 개정법의 새로운 부록 3의 네 번째 난(欄)의 도입으로 원전운영자에 대해 전체적으로 1804 TWh(테라와트시)의 추가전력량이 주어졌는데, 이는 원전가동기간을 평균 12년 연장시킨 것이다. 그런데 제13차 개정을 통해 네 번째 난(欄)을 삭제한 데 따른 전력생산능력의 소멸은 매우 두드러지고, -물권과 결합되어, 궁극적으로 할당된 전력량에 좌우되는-

104) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.284ff.

105) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.283.

106) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.384.

107) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.385.

이용권이 무가치하게 되었다. 왜냐하면 삭제된 추가전력량의 수준이 제11차 개정 당시를 기준으로 남아 있는 잔여전력량의 거의 두 배에 가까운 양이기 때문이다.

독일 연방헌재 제1원은 이런 추가전력량과 관련한 재산권적 지위가 여러 면에서 제한을 받는다고 판시하였다.¹⁰⁸⁾ 일찍이 독일 연방헌재는 자신의 Kalkar 결정에서 핵에너지이용의 특수성을 고려한 즉, 핵의 평화적 이용의 법적 허용성에 관한 찬반의 규범적 결정은 의회입법자에게 유보되어 있다는 점과 다른 법영역에서 인정되는 헌법상의 제 원칙을 간과하는 것이 정당화되는 특수성이 원자력법의 경우 수반된다는 점을 강조하였다.¹⁰⁹⁾ 그로부터 독일 연방헌재는 핵에너지의 평화적 이용의 여부와 그 방법에 관해서 입법자의 광범한 형성여지를 도출하였다. 그리하여 이런 형성여지의 인정이 필요한 조절규율의 완전한 면제(부재)에 연결되지는 않지만, 추가전력량과 관련하여 원전시설의 이용과 관련한 재산권적 보호는 그런 시설의 강한 사회적 관련성을 넘어서 국가의 영향미침에 대해서 널리 제한을 받는다고 판시하였다.¹¹⁰⁾

아울러 독일 연방헌재는 널리 제한된 신뢰보호가 추가전력량에도 통용된다고 보았다. 왜냐하면 추가전력량은 자신의 노력으로 배분된 것도 아니고, 재산권적 법개정에 대한 보정(補正, 대상(代償), Kompensation)으로 주어진 것도 아니고, 입법자의 에너지정책적 결단(즉, ‘가교기술’로서 원자력이용을 연장시킨 것)에 의거하여 주어진 것이기 때문이다.¹¹¹⁾ 그리하여 독일 연방헌재는, 비록 추가전력량이 원전발전소에 관한 재산권의 이용을 직접적으로 형성하긴 해도 그것은 극히 제한된 범위에서 원전시설재산권의 파생에

108) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.295.

109) BVerfGE 49, 89(127, 146)=NJW 1979, 359.

110) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.298.

111) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.300.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

불과하며, 정치적 동기에서 주어졌기에 재산권적 존속보호를 극히 낮은 정도로 누린다고 판시하였다.¹¹²⁾

그리고 독일 연방헌재는 시간의 문제를 제기하였다. -추가전력량을 통한- 평균 12년의 가동연장을 지속적으로 목표로 삼아 그에 상응한 범위에서 투자를 했다는 일반적인 전제를 성립시키기에는, 즉 추가전력량의 존속에 관한 원전소유자의 일반적 신뢰를 성립시키기에는 2010년 제11차 개정법의 존속기간 역시 너무 짧다는 것이다.¹¹³⁾ 왜냐하면 제11차 개정법이 2010.12.13.에 공포된 이후, 얼마 지나지 않아 2011.3.16.에 Moratorium이 공포되어서 (일반적으로) 추가전력량의 규율이 존속하지 않으리라는 사실은 분명하였기 때문이다. 이런 배경에서 전체적인 형량에서 운영자의 재산권자적 이익에 대해서 공공복리의 중요함이 관철될 수 있다. 추가전력량의 박탈을 위해서는 결코 새로운 지식(인식)은 필요하지 않고, 정치적 새로운 평가만으로도 충분하다. 그리하여 우파 연합의 입법제안이유서도 새로운 지식을 주장하지 않고, 핵에너지이용과 관련된 리스크에 관한 -일본에서의 사고로 인한- 새로운 평가를 지적하였다.¹¹⁴⁾

결론적으로 입법자는 추가전력량을 손실보상 없이도 박탈할 수 있다. 이런 박탈은 공용개입에 해당하지 않을 뿐만 아니라, 예외적인 조절(조정)의 무부 내용한계결정에도 해당하지 않는다. 독일 연방헌재는 “전체형량의 분명한 결론을 고려한 즉, 손실보상의무는 부인되어야 하고, 2010년의 추가전력량을 보상 없이 박탈하더라도 기본법 제14조 제1항과 일치하다.”고 판시하였다.¹¹⁵⁾

112) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.301.

113) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.302.

114) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.304.

115) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.309.

다. 2002년의 잔여전력량을 자체 원전에서 소진하는 것이 불가능한 것의 문제점

제13차 개정법은 단계적인 시간표에 따라 2022년까지 폐쇄될 “신규”원전과 -후쿠시마 사고발생에 즈음하여 ‘Moratorium’에 의거해서 바로 중지되어 그 상태로 폐쇄되어 버린- 노후원전을 구별하였다.¹¹⁶⁾ 신규원전은 개정에서 확정된 종료시점의 범위내에서 원래 할당된 전력량을 사용할 수 있다. 반해 ‘Moratorium’의 대상이 된 노후원전은 자신의 할당량을 당연히 이용할 수 없었다. 원전운영자는 다른 원전에 자신의 할당전력량을 이전시킬 수 있는데, 이런 이전과 관련해서 다른 원전운영자에게 파는 경우보다는 자신의 계열 원전에서 처리하는 것이 당연히 유리하다. 더 이상 사용할 수 없는 전력량은 실제로 전적으로 Krümmel 원전과 Mühlheim-Kärlich 원전과 관련된 할당량이다. RWE와 Vattenfall의 경우 그들 소속의 Mühlheim-Kärlich 원전과 Krümmel 원전의 중지에 기인하여 성립한 할당량을 자사 내부적으로 사용하는 것이 불가능하다는 데 다툼의 여지가 없다. 독일 연방현재는, 이런 할당량을 다른 두 경쟁회사(EnBW AG, E.ON (현재 PreussenElektra GmbH))에 판매할 가능성에 대해 그것은 ‘기대가능한 사용의 선택’은 결코 아니라고 표현하였다.¹¹⁷⁾ 수요자들이 RWE와 Vattenfall의 요구를 완전히 충족시킬 수 있는 추가적인 사용능력이 극히 제한적이어서 자신에게 유리한 경우에만 잔여전력량이 인수된다. 그리하여 경쟁자들이 이런 시장부재를 고려한 즉, 가격을 주도적으로 정할 수 있기 때문이다. 이런 점에서, 독일 연방현재는 전력량이 자체 내부적으로 사용될 수 있는 경우에만 비례원칙에 맞는 재산권형성이 존재한다는 요청을 도출

116) 유의할 점은 전술한 것처럼 이 Moratorium은 위법한 것으로 연방행정법원에 의해 확정되었다. BVerwG, Beschl. v. 20.12.2013, ZUR 2014, 236.

117) BVerwG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.320.

하였다. 반면 독일 연방정부와 입법자는, 거대전력회사를 넘어선 고찰 역시 재산권자의 이익을 충분히 고려해야 할 것이라는 점을 착안점으로 삼았다.

이런 잔여전력량의 사용(소진)의 불가능성(Nichtverstrombarkeit von Reststrommengen)은 매우 중대하다. 왜냐하면 총량이 양적으로 현저하고 고양된 재산권적 보호를 누리고, -자신의 잔여전력량을 전체적으로 자사 내부적 사용할 수 있는- 다른 경영자에 대해서 불이익을 끼치는 것도 존재하기 때문이다.¹¹⁸⁾ 독일 연방헌재의 입장에 의하면, 2002년의 잔여전력량은 특별한 존속보호를 누린다. 그 이유인 즉, 이런 잔여전력량은 경과규율의 핵심적인 대상이기 때문이다.¹¹⁹⁾ 2002년 잔여전력량이 보정(대상, Kompensation)적 성격을 지닌다는 것은 확실히 부정되어서는 아니 된다. 잔여전력량을 도입함으로써, 입법자는 그때까지 통용되었던, 원전설비재산권의 무한정한 이용권을 이제는 어느 정도 ‘탄력적으로 기한설정된’ 권리로 변환시켰다. 그리하여 신뢰보호와 관련한 독일 연방헌재의 입장에 의하면, 2002년 잔여전력량은 2010년의 추가전력량의 경우와는 근본적으로 다른 상황에 처하게 된다. 결국 2010년의 추가전력량은 실제적으로 거의 신뢰보호를 누리지 못하는 반면, 2002년 잔여전력량은 각별히 높은 정도의 신뢰보호가 통용된다. 그리하여 이런 재산권적 지위를 -내용한계결정의 차원에서- 조절(조정) 없이 박탈하는 것과 관련하여, 독일 연방헌재는 단지 정치

118) Vattenfall의 경우 2002년에 분배된 잔여전력량에서 더 이상 전력생산이 불가능한 규모가 최저 46651 GWh에서 최고 45890GWh로 예측되며, 자사 내부적 사용할 수 없는 잔여전력량의 규모가 2002년에 할당된 잔여전력량의 30%에 달한다. 원전의 평균발전량의 4년 반치에 해당한다. 반면 RWE의 경우 자사 원전에서 사용할 수 없는 잔여전력량의 규모는 최저 35821 GWh에서 최고 42079 GWh로 예측되어, 원전의 평균발전량의 4년에 해당한다. 그 수준은 2002년 배분된 잔여전력량으로 가늠하면 5~6%에, 2010년 잔여전력량의 현재고에 의하면 19~22%에 달한다. 하지만 독일 연방헌재는 Krümmel 원전과 Mühlheim-Kärlich 원전에 대해 공히 자사내에서 사용불가능한 규모가 현저하다고 평가한다. BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.330ff.

119) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.334.

적 새로운 평가만으로는 충분하지 않다고 보았다. 이하에서는 Krümmel 원전과 Mühlheim-Kärlich 원전에 관해 상론한다.

(1) Mühlheim-Kärlich 원전의 특별사례

Mühlheim-Kärlich 원전은 이미 2002년 제1차 원전폐쇄법의 발효 당시에 예상불가한 시한부로 가동이 정지된 상태이었다. 왜냐하면 적법한 허가를 얻지 못하였기 때문이다.¹²⁰⁾ 연방행정법원이 Mühlheim-Kärlich 원전과 관련하여 1975.1.9.에 발해진 제1차 부분허가(Teilgenehmigung)를 1988.9.9.에 취소판결을 내린 데 따라 RWE가 허가청인 Rheinland-Pfalz 주에 대해 공사비용, 정지상태에서의 운영비용, 정지(유예)비용 등에 관해 손해배상청구 소송을 강구하였는데, 일부는 기각되고 일부는 하급심으로 환송하였다.¹²¹⁾ 2000년도의 핵합의협상에서 Mühlheim-Kärlich 원전의 처리가 포함되어 RWE는 관련 소송을 취하하였다. 그리하여 RWE에 대해 잔여전력량이 인정되었는데, Mühlheim-Kärlich 원전 자체는 생산을 할 수 없어서 다른 원전에 이전은 허용되었다. 그런데 제13차 개정법의 가동기간의 축소로 인해 이런 이전가능성이 널리 제한받게 되었다. 구체적으로 이런 제한은 법적, 사실적 측면에서 실현되었다. 법적으로는 각주의 개정으로 즉, 가동정지된 Biblis B 원전(RWE 소유)이 삭제됨으로 인한 것이고, 그리고 사실적으로는 Mühlheim-Kärlich 원전의 전력량을 수용할 것으로 잠재적으로 고려되는 기타의 원전의 경우에도 가동기간이 축소됨으로 인한 것이다. 원전의 4년치

120) 지진위험을 감안하여 원래 예정한 부지로부터 70미터 떨어진 곳에 신규건설허가 없이 원자로가 건설되었고, 이런 위법사유로 가동을 개시한 다음 해인 1988년 9월에, 정상가동 100일만에 가동중단에 처해졌다(BVerwG, 09.09.1988 - 7 C 3.86). 그 뒤 주정부가 1990년에 새로이 건설허가를 발하였는데, OVG Koblenz가 행정청이 원전에 대한 지진리스크를 철저히 충분하게 조사·평가하지 않았음을 이유로 신규 건설허가에 대해 취소판결을 내렸고, 연방행정법원 역시 이를 확인하였다(BVerwG, Urteil v. 14. 1. 1998 - 11C11 13/96).

121) BGHZ 134, 268=BGH, NVwZ 1997, 714ff.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

생산량에 해당하는 잔여전력량을 RWE 내부적으로 사용하는 것이¹²²⁾ 더 이상 불가능하게 되었다.

제1원의 견해에 의하면, Mühlheim-Kärlich 원전과 관련한 전력량 역시 - 위에서 보았듯이- 그것이 궁극적으로 재판상 화해(gerichtlicher Vergleich)에 바탕을 두고 있기에 특별히 보호할 만하다는 것이다.¹²³⁾ 이유는 잔여전력량은 금전적 청구권의 관철을 포기한 데 따른 반대급부로 보아야 하기 때문이라는 것이다. 그 당시의 손해배상청구소송의 사실상의 상태를 고려한 즉, 이런 청구권은 그다지 고평가되지 않는다고 이의를 제기할지 모른다. 이유는 BGH가 원고가 허가의 위법성을 알았음을 이유로 신뢰근거로서의 제1차 부분허가가 부적합하다고 여겼기 때문이다.¹²⁴⁾ 그럼에도 불구하고, Mühlheim-Kärlich 원전건을 전체규율에 수용하고 모든 관련인에게 법적 안정성을 조성하는 것이 2002년 핵합의 당시에는 불가피하였다. 즉, RWE의 손해배상청구소송이 이런 법적 안정성을 위태롭게 할 수도 있어서, 관련 손해배상청구소송의 포기와 Mühlheim-Kärlich 원전에 대한 잔여전력량의 부여가 2002년 원전폐쇄의 전체 협정에 들어갔다. 그리하여 독일 연방헌법에 의하면, Mühlheim-Kärlich 원전에 대한 잔여전력량은 2002년의 다른 잔여전력량과 마찬가지로 강한 신뢰보호를 누린다는 것이 명백하다.

(2) Krümmel 원전의 특별사례

1984년에 본격적인 가동에 들어간 Krümmel 원전은¹²⁵⁾ 2007.6.28.의 변

122) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.352.

123) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.346.

124) BGHZ 134, 268=BGH, NVwZ 1997, 714(722). 그렇지만 BGH는 허가절차의 그 밖의 절차에서 제1차 부분허가의 결함을 치유하려는 시도가 있으면 보호가치가 있는 신뢰가 성립할 수 있을 것이라는 것을 배제하지는 않았다.

125) 동 원전은 PreussenElektra(구 E.ON)과 Vattenfall이 각각 50%의 지분을 갖는 Kernkraftwerk Krümmel GmbH & Co. oHG에 의해 운영되고 있다.

압기화재와 합선으로 2009.6.19.까지 동력조작에 들어갈 수 없었고, 가동재개 이후 2주만인 2009.7.4.에 발전기변압기(Maschinentransformator, generator transformer)상의 장애에 기인한 원자로비상정지(Reaktorschnellabschaltung: RESA, Scram)가 발해졌고, 그 이후에 동 원전은 가동이 정지된 채 제13차 개정법의 상황에 처해졌다. 동 원전의 원자로로는 비교적 오래되지 않았음에도 불구하고, 비등수형(沸騰水型)원자로(Siedewasserreaktoren)의¹²⁶⁾ 69형(Baulinie 69)¹²⁷⁾ 속하고 그리하여 옛날의 안전성컨셉에 의해 만들어졌다. 그리하여 동 원전은 노후원전으로 분류되고 제13차 개정법의 발효와 함께 원전가동권을 상실하였다. 그 결과 2002년에 주어진 자신의 잔여전력량을 스스로 더 이상 사용할 수 없게 되었다. 27년에 불과한 동 원전의 전체 가동기간도 다른 원전에 대해 주어진 평균 32년보다도 짧았다. 운영자들은 이런 분류를 위하여 우선적으로 주의 정책적 근거를 해결하였지만, 연방정부는 물론 주정부도 동 원전의 원자로의 낮은 안전여유(Sicherheitsreserve)를¹²⁸⁾ 논거로 들었다.

126) 비등수형 원자로(Boiling Water Reactor, BWR)는 경수를 감속재 및 냉각재로서 이용하며 이것을 비등시켜 직접 발전기의 터빈을 구동하는 증기를 얻을 수 있는 원자로이다. 비등수형 원자로로는 가압수형 원자로와 비교할 때 별도의 증기발생기가 필요하지 않으며, 단위시간당 원자로 내부로 급수되는 냉각수의 양이 적고, 계통내 압력이 낮아 기기(器機) 설계상의 이점이 있다. 그러나 방사능물질을 함유한 증기가 터빈까지 순환하게 되므로 방사선 방호설비를 강화해야 한다는 단점도 있다. 전 세계에서 가동되는 원전의 70%는 가압수형 원자로인데, 우리나라에는 비등수형 원자로로는 없다. 후쿠시마원전이 제1세대 비등수형 원자로이다(두산백과, 한국원자력연구원 전자도서관 원자력백과 등).

127) 이는 비등수형 원자로 가운데 독일 원전유니온 회사(Die Kraftwerk Union AG: Siemens와 AEG가 공동출자하여 만든 자회사)가 1969년 고안한 안전 컨셉에 의거해서 만든 것을 말한다. 이런 69형 원전에 속하는 것은 Brunsbüttel 원전, Isar 1 원전, Philippsburg 1 원전인데, 사실 Krümmel 원전은 가장 나중에 만들어졌다.

128) 안전여유(safety margin, 안전역)란 어떤 사물에 대해서 그것이 손상, 손해, 위해(危害)를 받지 않기 위한 여유, 또는 그러한 일을 받을 위험성이 없도록 하기 위한 여유를 말한다(산업안전대사전).

동 원전은 오래 기간 가동이 정지되어 있었으므로, 자신에게 주어진 잔여전력량을 2002년과 2011년 8월 사이의 대략 10년 동안에 현저하게 사용할 수 없었다. 따라서 동 원전으로서는 전력생산이 불가능하였다. 그 이유는 결정적으로 원전운영자의 영역에 있다. 동 원전의 운영자는 만약 운영상의 이유에 기인하여 그리고 안전성컨셉의 전환에서의 지연에 기인하여 수년간 정지되지 않았더라면 그 자신이 2002년에 주어진 잔여전력량의 현저한 부분을 소진시킬 수 있을 것이라고 주장했지만, 독일 연방헌재는 이런 논거를 수긍하지 않았다. 잔여전력량의 사용불가의 책임이 운영자 자신에게 귀속된다는 논거를, 독일 연방헌재는 재산권적 부담의 현저성의 관점에서 평가하였다.¹²⁹⁾ 그리하여 다음과 같이 판시하였다: 2011년 8월 이전에 법상황은 확고한 차단기간이 아니라 -개개의 원전에 주어진- 전력량에 맞춰졌고, 원전운영자들 역시 자신의 행동을 여기에 맞추었기에 좀 더 긴 정지기간도 수인하였다. 2002년 원전폐쇄법의 '구조적 취약점'이 형량에서 고려되어야 할 신뢰의 근거로 판명되었다. 나아가 동 원전운영자가 핵에너지이용의 즉시종결이라는 법률목표를 의식적으로 무력하게 만들었을 것이라는 점은 분명하지 않다.¹³⁰⁾ 이와 관련해서 Roller는, 비록 2002년 원전폐쇄법의 효과를 그에 맞춰 시간적으로 연장된 운영을 통해 흡수하고 노후원전을 2009년 연방의회선거를 통해 구제하는 것이 드러났다 하더라도, 동 원전에 유리한 이상과 같은 근거에 동의할 수밖에 없다고 지적하였다.¹³¹⁾

한편 RWE와 Vattenfall을 다른 원전운영자에 대해서 차별적으로 대우하는 것 역시 수인한도성의 심사의 범주에서 영향을 미쳤다.¹³²⁾ 반면 개개의 원자로의 구분된 잔여가동기간은, 동일한 회사에 속하면, 관계가 없다. 그

129) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.330ff.

130) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.332.

131) ders., Die verfassungsrechtliche Bewertung, 277(284).

132) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.348.

리하여 Krümmel 원전과 같은 노후원전인 Gundremmingen B, C 원전이 4년의 다른 잔여가동기간을 갖는다는 사실에¹³³⁾ 대해서는 아무런 이의가 제기되지 않았다.

라. 추가전력량에 의거한 투자의 좌절 문제

2010년의 제11차 개정법이 원전가동기간을 연장시킴에 따라 각 원전운영자들은 적극적으로 투자에 나섰는데, 제13차 개정으로 인해 그것이 무산된 것에 대한 법적 문제가 제기된다.¹³⁴⁾ 독일 연방헌재는 독일 기본법 제14조 제1항이 재산권과 그 이용가능성에서의 투자의 근거로서 법상항의 존속에 관한 정당한 신뢰를 일정한 요건에서 보호한다고 전제하면서, 좌절된 투자를 위한 조절(조정)에 관한 규율을 전혀 두고 있지 않는 한, 제13차 개정법은 위헌이라고 보았다. 다만 독일 연방헌재는 원전가동연장의 법률 공포(2010.12.8.)로부터 핵 Moratorium의 문서공개(2011.3.16.)까지의 짧은 기간에 국한시켜 정당한 신뢰보호가 성립할 수 있다고 판시하였다. 그리고 헌법소원청구인의 견해와는 달리, 가동기간의 연장에 관한 보호가치가 있는 신뢰가 제11차 법개정을 위한 우파 연합의 합의의 공포시점(2009.10.26.)은 물론 동법안의 의회 제출시점(2010.9.28.)에는 성립할 수 없다고 보았다. 그리하여 새로운 법상항에 관한 정당한 신뢰는 새로운 법률에 관한 의회결의로써 비로소 성립할 수 있으며, 의회결의 이전에는 투자자가 자신의 리스크를 무릅쓰고 행동에 나선 것이라 보았다. 그리고 2011.3.16.에 연방정부가 행한 핵 Moratorium의 문서공개로써, 원전운영자들은 통용되는 법상항의 근거에 관한 정당한 신뢰를 더 이상 가질 수가 없

133) Gundremmingen B 원전은 2017.12.31.이고, Gundremmingen C 원전은 2021.12.31.이다.

134) 그런 투자가 사실상 존재하였는지 여부는 -연방헌재가 결정내릴 필요는 없는- 미확정의 물음이다. 원전운영자들이 그에 상응한 주장을 제기하긴 했지만, 실은 주의 허가관청에 대해 관련 변경허가신청이 없었던 것은 분명하였다.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

었다고 판시하였다.¹³⁵⁾

결국 독일 연방헌재에 의하면, 추가전력량에 의거한 투자의 좌절에 따른 신뢰보호의 대상은 2010.12.8.로부터 2011.3.16.까지의 3개월 남짓의 짧은 기간에 국한된다.¹³⁶⁾

마. Vattenfall의 기본권주체능력의 문제

RWE, E.ON(현재 PreussenElektra GmbH), Vattenfall, 그리고 Krümmel 원전의 운영회사(Betriebsgesellschaft)가 제13차 개정법에 대해 헌법소원을 제기하였고, 지방공기업에 해당하는 EnBW AG은 처음부터 기본권주체능력(기본권주체성)의 결여로 헌법소원을 제기하지 않았다. 그런데 Vattenfall의 경우 스웨덴 국가가 100% 지분을 갖기에 기본권주체능력(Grundrechtsfähigkeit, 기본권주체성)의 물음이 제기되었다.

문헌상 압도적 견해는 과거 독일 연방헌재가 전개한 인격적 기초(토대)설에¹³⁷⁾ 의거하여 부정적인 입장이다.¹³⁸⁾ 놀랍게도 독일 연방헌재는

135) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.371, 373, 377. 그런데 여기서 추가전력량과 관련해서, Roller는 독일 연방헌재의 이런 태도가 이전에(BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.302) 부인된 일반적 신뢰보호와의 모순이 성립하는 것 같다고 지적하였다. 즉, 2010년의 새로운 규율이 일반적인 신뢰보호를 매개하기에는 전체적으로 너무나 짧게 통용된 경우에는 그 새로운 규율에 근거해서 행한 투자에 관해 아무런 신뢰보호도 성립할 수 없다고 결론내리는 것은 그 자체 자명하다고 주장하였다(ders., Die verfassungsrechtliche Bewertung, 277(284)).

136) 동지: Ludwigs, Atomausstieg und die Folgen, 1(2f.). 한편 독일 연방헌재는 법개정과정에서 제기된 -연방참사원의 동의요부를 둘러싼- 제11차 개정법의 위헌성 논란은 보호가치 있는 신뢰의 성립에 아무런 해를 끼치지 않는다고 지적하였다(BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.378).

137) BVerfGE 21, 362 (369) = NJW 1967, 1411; BVerfGE 61, 82 (101) = NJW 1982, 2173; BVerfGE 75, 192 (195f.) = NVwZ 1987, 879; BVerfG-K, NJW 1990, 1783(1783) = NVwZ 1990, 852Ls.; BVerfG-K, NVwZ 2009, 1282 = NJW 2009, 3644Ls.

138) Bruch/Greve, Atomausstieg 2011 als Verletzung der Grundrechte der Kernkra-

Vattenfall의 기본권주체능력의 인정에 대한 다수의 이의를 따르지 않고, 예외적으로 헌법소원의 허용성을 긍정하였다.¹³⁹⁾ 독일 연방헌재는 결정적인 논거로 거주이전의 자유(Niederlassungs-freiheit)에 의거하였는데, 제1원은 다른 유럽연합내 국가상의 공기업에 대해 헌법소원심판의 제기가능성이 부인되면 거주이전의 자유가 침해된다고 보았다. 즉, 헌법소원심판의 제기가 능성이 부인되면 -제한이 직접 법률에 의해 발생하므로- 권리보호의 가능성이 전혀 없으며, 권리보호의 가능성은 매우 중대하기 때문이라고 지적한다.¹⁴⁰⁾ 더해서 기본권주체능력의 부인에 따라 헌법소원심판의 제기가 불허되면, Vattenfall이 다른 경업자와 관련해서 경쟁상의 불이익이 발생한다는 점도 들었다. 이유인즉, 이들 다른 경업자들은 헌법소원심판을 제기하는 데 아무런 문제가 없기 때문이다.

독일 연방헌재의 이런 예외적 접근에 대해 결론적으로 Krümmel 원전건에 관해 헌법적 판단이 내려질 수 있게 된 점에서 환영하면서도 다음과 같은 문제점이 제기된다:¹⁴¹⁾ 먼저 Vattenfall이 헌법소원심판을 제기할 수 없다면 다른 경업자와 비교해서 경쟁상의 불이익이 발생한다는 논거는 부분적으로만 타당하다. 공기업인 EnBW처럼 주정부의 지배를 받는 기업에 대해서는 정반대의 상황이 빚어진다. 기본권을 주장할 수 없는 독일의 공기업과 비교하면 (Vattenfall이) 경쟁상의 이익을 갖는 셈이다. 이 점에서 독일 공기업이 아무런 보호를 받지 못하는 상황은 매우 의문스럽다. 그리

ftwerksbetreiber? DÖV 2011, 794(796); Kahl/Bews, Rechtsfragen der Energiewende - Teil 1, Jura 2014, 1004(1008f.); Ludwigs, Atomausstieg und die Folgen., 1(2); 반대견해로 Kloepfer, a.a.O., 1437(1439); de Witt, Ist der Atomausstieg 2011 mit Art. 14 GG vereinbar? UPR 2012, 281(283).

139) 한편 그 이전에는 독일 연방헌재는 Vattenfall이 기본권주체성을 갖는지 여부가 미확정이라고 언급하였는데(BVerfG-K, NVwZ 2010, 373(374)), 그 입장을 바꾸었다.

140) BVerfG, Ur. v. 6.12.2016, Rn.196ff.

141) Roller, Die verfassungsrechtliche Bewertung, 277(285).

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

고 비 유럽연합 국가의 공기업 역시 기본주체능력을 갖는지 여부는 여전히 미확정이다. 인권을 준수하지 않는 국가의 기업조차 독일에서는 국가적 개입에 대해 기본권을 주장할 수 있다는 점은 현저한 불쾌감을 유발할 수 있다.

그런데 최근 제2원 재판부는 외국의 고권주체가 독일에서 기본권을 주장할 수 없다는 점을 분명히 하였다.¹⁴²⁾

6. 입법자의 새로운 규율의무의 전망¹⁴³⁾ 및 최근의 상황

이상에서 보았듯이, 독일 연방헌재는 다음의 두 부분에서 비례성에 위배된 부담(내용한계결정)의 존재를 인정하여 헌법불합치판결을 내렸다: 2002년의 잔여전력량을 자사 내부적으로 사용할 수 없는 것과 2010년 원전가동기간연장에 의거하여 행해진 투자의 집행이 좌절된 것. 이런 위헌인 부분을 입법자는 2018.6.30.까지 새로운 규율을 통해 헌법합치적으로 개선할 의무를 지는데, 그 방법에서 입법자는 여러 가지 선택방법을 취할 수 있다.¹⁴⁴⁾

우선 전자와 관련해서 제1원의 견해에 의하면, RWE과 Vattenfall에 속한 개개의 원전의 가동기간을 연장하면 비례원칙에 부합하는 선택이 될 것이다. 그러나 이런 가동기간의 연장의 방식은 극히 이론적으로 그렇다는 것

142) BVerfG, Beschl. v. 8.3.2017, Az. BVERFG Aktenzeichen 2BVR48317 2 BvR 483/17,

http://www.bverfg.de/e/rk20170308_2bvr048317.html.

143) Roller, Die verfassungsrechtliche Bewertung, 277(286ff.).

144) 여기서 입법상의 불법의 차원에서 국가배상책임의 문제가 제기될 수 있는데, 기본적으로 유책성의 요소로 인해 성공할 수 없을 것이다. Schmitt/Werner는 준공용개입 및 결과적 공용개입에 따른 손실보상으로 문제를 해결할 수 없음을 들어 이런 권리구제의 공백을 메운다는 차원에서 입법상 불법에 상응한 개혁의 필요성을 제기한다. Ders., Die Staatshaftung für legislatives Unrecht am Beispiel des Atomausstiegs, NVwZ 2017, 21ff.

이고, 입법자의 원칙적인 신속화바램과는 배치되기에 이런 선택은 배제될 것이다. 나아가 Vattenfall의 경우 스스로 다른 원전발전소를 사용할 수 없으며, Krümmel 원전을 재차 가동시키는 것 역시 기술적으로 불가능할 뿐더러 정치적으로도 성사될 수 없다. 그런데 제1원은 자사 내부적으로 더 이상 사용불가능한 전력할당량을 ‘경제적으로 수인가능한 조건’하에 제3자에게 전달할 수 있음을 법률적으로 확고히 하는 것은 가능하다고 보았다.¹⁴⁵⁾ 그러나 본질적으로 이런 방법은 다소간 제약강제는 물론, 다른 두 기업자에게 최저가구매의 이점을 주는 것을 법률적으로 확고히 할 우려가 있다. 현실적 고찰을 하면, -세부적으로 구분된 형성이 가능한- 조절(조정)규율의 선택만이 고려된다.¹⁴⁶⁾ 비례원칙에 따른 조절(Ausgleich)이 관건이 될 것이다. 독일 연방헌재는 그 조절의 정도가 상당성의 원칙에 부합할 정도는 되고 반드시 완전한 가치보전(Wertersatz)에 합치할 필요는 없다고 판시하였다.¹⁴⁷⁾ 조절(조정)금액의 정도와 관련하여 입법자의 상응한 형성여지가 통용되기에, 제기되는 물음은 조절금액의 조사에서 시장가격, 특히 원전시설의 수익가치에 초점을 맞추어야 하는지 아니면 원전시설의 시가에 초점을 맞추어야 하는지이다. 특히 헌법소원심판청구인은 소송에서 손실과 관련하여 원전시설의 수익가치를 근거로 삼았지만, 원전시설의 시장가격이 신청가액평가절차에 따라 정해질 수 있는지 여부는 의문스럽다. 그리하여 원전시설의 계속가동에 의한 장차 가능한 수익이 신뢰훼손의 정도를 위한 기준

145) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.404

146) 이 경우 결코 재정적 보정만을 염두에 둔 것은 아니고, 우선적으로 예외와 면제나 경과규율이 고려된다. 즉, 재산권의 내용·한계의 결정으로 인한 과도한 부담이 경과규정이나 예외규정 및 면제규정에 의해서는 피할 수 없는 특별한 경우에만 재정적(금전적) 보정이 필요하다(BVerfG-K, NVwZ 2010, 512; BVerfGE 100, 226(245f.); BVerwGE 87, 332(383); 94, 1(12)).

147) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn. 404. 그런데 독일 연방헌재는 기본적으로 공용개입의 손실보상의 경우에도 완전한 가치보전에 결코 도달할 필요는 없다고 강조한다(BVerfG, Beschl. v. 23.2.2010, NVwZ 2010, 512(515)).

으로 기초가 될 것이다. 하지만 자타가 공인하는 대로 기본법 제14조 제1항은 상실한 이득은 보호하지 않는다. 그래서 원전시설의 재산가치를 목표로 하여야 한다. 이것이 오염방지법에서의 실무에도 합치한다.¹⁴⁸⁾ 이에 의하면, 제작비용에 설비보완비용을 더한 금액에서 원전설비의 경제적인 가치상실을 공제해야 하는데,¹⁴⁹⁾ 원전가동 32년이 그 기초가 되어야 한다. 이밖에 조절규율은 법률을 발할 당시에 이미 예측할 수 있었던 부담만을 보전해야 한다. 잔여가동기간 중에 미처 예상하지 않은 정지기간에서 비롯된 부담까지도 보전해야 한다는 사고는 잘못된 것이다. 연방정부는 물론, 원전운영자의 예측은 원전의 평균적인 사용가능성을 바탕으로 하는데, 여기에 이미 기술적 정지상태가 포함되어 있다.¹⁵⁰⁾

좌절된 투자와 관련해서 독일 연방헌재는 입법자의 자세한 형성의 필요성을 지적하였는데,¹⁵¹⁾ 중요한 점은 그와 관련된 신뢰가 단지 2010.10.8.부터 2011.3.16.의 기간내에서만 성립한 것으로 인정될 수 있다.¹⁵²⁾ 결국 이 기간내에 가동기간연장과 관련해서 입증가능하게 행해졌거나 손해를 보았던 투자만이 보정(대상)의무(Kompensationspflicht)에 의해 포착된다고

148) OLG Hamm, Urt. v. 22.1.1990, NVwZ 1990, 695.

149) 상론은 Roller, in: Roßnagel/Roller, Die Beendigung der Kernenergienutzung durch Gesetz, 1998, S.111-115.

150) 그리하여 독일 연방헌재가 구체적으로 언급한 Krümmel 원전과 Mühlheim-Kärlich 원전이 전적으로 문제가 된다. 다만 2002년 잔여전력량이 예측한 범위에서 이용될 수 없었던 점이 추후에 판명된다고 하더라도, 다른 조절규율이 추가적으로 필요하지는 않다.

151) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.406.

152) BVerfG, Urt. v. 6.12.2016, Rn.377. 판결이 내려지기 전에 Ewer는 이 점을 들어 당해 원전운영자가 신법에 의해 부여된 새로운 법적 지위의 존속을 신뢰하여 현저한 정도로 투자를 할 수 있었다고 하는 것은 개연성이 극히 낮다고 평하였다. Ders., Der neuerliche Ausstieg aus der Kernenergie-verfassungskonform und entschädigungsfrei? NVwZ 2011, 1035(1038). 다만 극히 짧은 기간이라도 만약 장기적인 투자회수를 염두에 둔 투자가 행해졌다면 보상청구권이 처음부터 배제되지는 않을 것이라고 부연했다.

하겠다.

한편 최근 2017.7.26. 연방정부와 원전콘체른은, 핵폐기물의 임시저장 및 최종저장을 위한 책임을 연방에 이전하면서, 그에 대응해서 원전콘체른은 240억 유로를 국가처리기금에 출연하고 -Vattenfall이 제기한 국제중재소송을 제외한- 자신의 모든 소송을 종결하는 것을 내용으로 하는 협약을 체결하였다.

Ⅵ. 맺으면서 – 변혁의 시대에 공법학의 임무

제2차 원전폐쇄(핵폐지)법(Atomausstiegs-gesetz)에 해당하는 독일 제13차 원자력법개정은 후쿠시마 원전재난에 따른 독일의 ‘에너지대 전환’의 핵심이자, 핵의 평화적 이용 자체를 부정하여 원자력법상의 원전운영(가동)허가의 법률적 형성에 있어서 잔여리스크의 종언(終焉)을 고하는 등 극변(劇變)한 전개의 종결점이다.¹⁵³⁾ 제13차 개정원자력법을 둘러싼 헌법소송은, 국민적 광범한 공감대를 바탕으로 정치적으로 정당의 경계를 넘어 의견의 일치를 본 결단을 대상으로 한, 일종의 후속전투의 성격을 지닌다.¹⁵⁴⁾

독일 연방헌재에 의하면, 핵에너지이용에 관한 새로운 정치적 평가에 의거하여 원전폐쇄를 결단하더라도 그것 자체는 문제가 되지 않는다. 새로운 입법적 평가를 내리는 데 있어서 새로운 위험상황을 필요로 하지 않는다고

153) Degenhart, a.a.O., 207(207).

154) 그동안 독일 공법학은 제2차 원전폐쇄법의 위헌성 여부를 두고서 진지한 찬반양론이 전개되었다. 위헌론의 입장에서는 목적의 정당성 및 과학적 근거없는 잔여리스크의 배제를 문제로 삼는 반면, 합헌론의 입장에서는 입법형성의 자유의 관점에서 위헌성을 불식시키려 한다. 그런데 합헌론에서도 대부분 급변 판결에서 지적된 신뢰보호를 위한 보전수단의 결여는 문제를 삼았다. 상론은 김종권, 행정법기본연구 IV, 474면 이하 참조.

하였으며, 핵에너지이용폐지의 결단이 전적으로 정치적으로 궁극적으로 자의적이고 유권자투표지향적인 즉, 포퓰리즘에 따라 결정이 내려졌다는 비판을 수긍하지 않았다.¹⁵⁵⁾ 그렇지만 리스크에 관한 새로운 정치적 평가의 허용성과는 별도로, 설령 입법자의 결정여지가 광범하게 인정된다 하더라도 법치국가원리의 차원에서 근본적인 정책변화가 재산권과 관련해서 현존한 존속보호와 신뢰보호의 문제를 어느 정도로 해소할 수 있는지는 다른 문제이다. 여기서 헌법재판이 기능하는데, 전체적으로 독일 연방헌재는 법치국가원리의 견지는 고수하되, 원자력법의 특성을 감안하여 핵에 대한 국민적 관용의 태도변화를 재판에 수용하였다. 독일 연방헌재의 균형이 잡힌 이번 판결을 통해 독일에서 핵에너지이용의 종료가 헌법적으로도 반복될 수 없게 확정되었다.¹⁵⁶⁾ 그리하여 결국 이제는 원전폐쇄 여부는 더 이상 쟁점거리가 되지 않고, 단지 방법론적 차원에서 이론(理論)이 제기될 수 있을 뿐이다.¹⁵⁷⁾

원전폐쇄에 따른 과도한 손실보상의 요청을 분명히 거부한 것이 보여주듯이, 독일 연방헌재의 이번 판결은 최고 사법기관이 정치가 지향하는 실질과 법이 지향하는 형식의 간극을 민주적 법치국가원리의 견지에서 메워 공동체를 위한 조화로운 해결을 강구하였다는 점을 증명한다. 일찍이 예링은 “법학은 변혁에 대항하기보다는 반대로 이를 즐거이 환영하여야 한다. 왜냐하면 법학은 그에 의하여 새로운 개념형성 활동의 기회를 가지게 되기

155) 여기서 우리의 경우 지난 대통령선거에서 탈핵을 핵심선거공약으로 제시한 문재인 후보가 국민의 선택을 받았다는 점을 상기할 필요가 있다.

156) Roller, Die verfassungsrechtliche Bewertung, 277(287).

157) 독일의 탈원전 결단은 비록 후쿠시마 원전재난이 계기가 된 정치적 대반전의 산물이긴 해도, 핵에너지 이용과 관련해서 잔여리스크, 사전배려, 보호의무 등 공법적 물음에 관한 심도 있는 논의가 오랜 동안 전개되었고, 에너지정책에서 전망위적이고 미래지향적인 대전환을 함께 강구한 점에 주목해야 한다. 그리고 원래의 허가와 다르게 공사한 점을 들어 상업용으로 100일만 가동하고 영구히 멈춰버린 독일 Mühlheim-Kärlich 원전 건은 많은 점을 시사한다.

때문이다.”고 지적하였다.¹⁵⁸⁾ 최근 문재인 정부의 출범에 따른 가히 국가개조에 상응한 상황에 즈음하여, 당연히 제기되는 공법적 물음에 대해 공법학은 시대정신과 민주적 법치국가원리에 의거하여 고양된 설득력을 지닌 답을 해야 한다.¹⁵⁹⁾ 특히 안전이 최우선 국정과제가 되어 국가개입의 요구치가 너무 높아진 지금의 상황에서, 독일 연방헌재 재판관을 역임한 Di Fabio 교수(Bonn대)가 “법치국가적 원리의 제방을 리스크사전대비란 우리의 해도(海圖)에 더욱 명료하게 기입할 필요가 있다.”고¹⁶⁰⁾ 지적한 것을 되새길 필요가 있다.

158) 양창수(역), 예링, “다시 지상에서-어떻게 개선할 것인가?”, 서울대 법학 제39권 제3호, 1998, 77면.

159) 그런데 우리의 경우 향후 전개 양상이 독일과는 다를 것으로 예상된다. 독일은 법률을 통해 원전폐쇄를 천명하였기에 개정법률을 대상으로 논의가 전개된 반면, 우리의 경우 현행 원자력안전법의 체제하에서는 현재의 원전을 설계수명이 다하여 해체하는 것이다. 설계수명 이전에 폐쇄하는 것과 설계수명에 달함에 따라 법률상의 조치를 취하는 것은 구별된다. 전자의 경우 독일의 원전폐쇄와 마찬가지로 공법적 문제점을 야기하겠지만, 후자의 경우 현행법에 따른 법집행의 과정이어서 입법 차원의 문제는 생기지 않는다. 향후 원전건설을 추진하지 않겠다는 것은 관련 허가를 하지 않겠다는 것인데, 이는 불허가 방침의 문제이다. 이는 -현재 건설추진중인 신고리 5·6호기의 문제와는 달리- 전기사업법 제25조의 전력수급기본계획의 문제가 되어 결국 정책문제가 되어 버린다. 이런 정책기조의 전환에 따른 정치적 책임은 당연하다. 그리고 우리의 경우 독일과는 달리 모든 원전을 기본권주체능력이 부인되는 공기업의 자회사인 (사)한국수력원자력이 소유하고 있다는 점도 중요하다.

160) ders., Risikovorsorge-uferlos?, ZLR 2003, 163(172).

[국문초록]

문재인 정부가 출범한 후 선거공약으로 내세운 정책전환으로 인해 나라가 새롭게 세워질 정도로 거의 모든 것에서 엄청난 변화가 일어나고 있다. 특히 원자력발전소와 관련한 원전정책은 지금 대한민국 전체를 달구고 있다. 2011.3.11. 후쿠시마 원전재난에 접하여 독일은 에너지정책의 대전환을 도모하였다. 제2차 원전폐쇄(핵폐지)법에 해당하는 독일 제13차 원자력법개정은 후쿠시마 원전재난에 따른 독일의 ‘에너지대전환’의 핵심이자, 핵의 평화적 이용 자체를 부정하여 원자력법상의 원전운영(가동)허가의 법률적 형성에 있어서 잔여리스크의 종언(終焉)을 고하는 등 극변(劇變)한 전개과정의 종결점이다. 독일 연방헌법재판소 제1원이 2016.12.6.에 2011년의 제13차 개정원자력법 즉, 제2차 원전폐쇄법에 대한 헌법소원심판사건에서 일부 헌법불합치판결을 내렸다. 대체적으로 제13차 개정입법의 합헌성을 확인하고 단지 일부에서 헌법불합치를 내세워 조절(조정)규율의 존재를 요구하였다. 핵에너지의 평화적 이용에 관한 헌법적 판단이 내려진 셈이다. 독일 연방 현재의 균형이 잡힌 이번 판결을 통해 독일에서 핵에너지이용의 종료가 헌법적으로도 반복될 수 없게 확정되었다. 안전이 최우선 국정과제가 되어 국가개입의 요구치가 너무 높아지는 지금의 상황에서, 당연히 제기되는 공법적 물음에 대해서 공법학은 시대정신과 민주적 법치국가원리에 의거하여 고양된 설득력이 있는 대답을 해야 한다.

주제어

원자력발전소, 독일 제2차 원전폐쇄(핵폐지)법, 독일 제13차 원자력법개정, 독일의 ‘에너지대전환’, 잔여리스크, 헌법불합치판결, 민주적 법치국가원리, 조절(조정)규율, 재산권보장

[독문초록]

Die Reaktorkatastrophe im japanischen Fukushima vom 11.3.2011 führte zur globalen Atomausstieg in der Welt. Die Angst vor Kernenergienutzung wird immer höher, obwohl es den technischen Unterschied zwischen dem Kernkraftwerk Fukushima Japan und unseren Kernkraftwerken gibt, Der Ruf zur Beendigung von Kernkraftnutzung findet sich mehrheitlich in der Bevölkerung. Nach der Reaktorkatastrophe Fukushima wurde am 14.3.2011 das Moratorium ausgerufen und dann am 31.7.2011 die 13. AtG-Novelle(der zweite Atomausstiegsgesetz) verabschiedet. Mit dem zweiten Atomausstiegsgesetz wurde die -durchschnittlich zwölf Jahre- Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke durch die 11. AtG-Novelle von 2010 zurückgenommen und die bestimmte zeitliche Befristung(Endtermine) der Betriebsberechtigung jeder Kernkraftwerke erstmals eingeführt. Mit Urteil vom 6.12.2016 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht die 13. AtG-Novelle zwar als im Wesentlichen mit den Grundgesetz vereinbar erklärt. In der 13. AtG-Novelle gibt es keine Kompensation gegen Einschränkungen, die die Kernkraftwerkbetreiber durch den unvorhergesehenen beschleunigten Atomausstieg erfahren. Das Gericht hält diese Rechtslage ohne Ausgleichsregelungen für unverhältnismäßig und daher für unvereinbar mit der Eigentumsgarantie. Der Gesetzgeber wird deshalb verpflichtet, eine Neuregelung spätestens bis zum 30. Juni 2018 zu treffen. Das Gericht hat die Vielzahl grundrechtsdogmatischer Fragen bezügliches Eigentumsrechts beantwortet. Insgesamt steht das deutsche Bundesverfassungsgericht auf dem ausgewogen Standpunkt. Auf die derzeitige Atomausstiegspolitik bei uns sollten die Wissenschaftler für

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

Öffentliches Recht abhängig vom demokratischen Rechtsstaatsprinzip
reagieren.

Key Words

Atomausstieg, Atom-Moratorium, die 13. AtG-Novelle, Energiewende, Restrisiko,
Rechtsstaatsprinzip, Eigentumsgarantie, Vertrauensschutz

참고문헌

[국내문헌]

김중권, 행정법, 2016.

_____, 행정법기본연구 I (2008), II(2009), III(2010), IV(2013).

한수웅, 헌법학, 2017.

김남진, 위험의 방지와 리스크의 사전배려, 고시계 제53권 제3호(613호) 50면 이하.

김종천, 과학기술발전에 따른 리스크·위험방지를 위한 국가의 안전보호의무, 외법논집 제33집 제1호(2009.02), 339면 이하.

김중권, 국가법연구 제10집 제2호, 2014.8.31. 31면 이하.

_____, 후쿠시마 원전비극에 따른 독일 원자력법개정에 관한 小考, 법률신문, 제4015호, 2012.3.15.

_____, 分離理論下에서 公用개입유사적 개입의 인정의 問題點, 법률신문 제4031호 (2012.5.14.)

_____, 公用介入類似的(收用類似的), 公用介入的(收用的) 介入의 適用領域에 관한 小考, 토지공법연구 제43집 제2호, 2009.2.25., 1면 이하.

_____, 약사법상의 신약의 허가과 재심사에 관한 연구, 중앙법학 제8권 제3호, 2006.10.31, 31면 이하.

문병효, 독일의 원자력에너지 리스크관리법제, 행정법연구 제30호(2011.8.), 1면 이하.

이종영, 원자력발전소의 안전성과 잔여위험가능성 : 원자력 정책방향과 법적 대응, 과학기술법연구 제2집(1996.12.) 167면 이하.

양창수(역), 예링, “다시 지상에서-어떻게 개선할 것인가?”, 서울대 법학 제39권 제3호, 1998.

정남철, 원전폐쇄와 재산권보호, 헌법논총 제25집(2014.11), 205면 이하.

[외국문헌]

- Di Fabio, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999.
- Di Fabio/Dürner/Wagner(Hrsg.): Atomausstieg 2011. Die 13. AtG-Novelle aus verfassungsrechtlicher Sicht, 2013.
- Ehlers/Pünder, Allg. VerwR, 15.Aufl., 2015.
- Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983.
- Maurer, Allg. VerwR, 18.Aufl., 2011.
- Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012.
- Schmidt-Aßmann, Bes. VerwR, 14.Aufl., 2008.
-
- Battis/Ruttloff, Vom Moratorium zur Energiewende-und wieder zurück, NVwZ 2013, 817ff.
- Bender, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge als Gegenstand nukleartechnischen Sicherheits, NJW 1979, 1425ff.
- Breuer, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, DVBl. 1978, 829ff.
- Bruch/Greve, Atomausstieg 2011 als Verletzung der Grundrechte der Kernkraftwerksbetreiber? DÖV 2011, 794ff.
- Cosack/Enders, Atomenergie nach Fukushima, DVBl 2011, 1446ff.
- Di Fabio, Risikovorsorge-uferlos?, ZLR 2003, 163ff.
- Degenhart, Grundlagen und Direktiven legislativer Abwägungsentscheidungen - Verfassungsfragen der 13. AtG-Novelle, DVBl. 2013, 207ff.
- Enzensperger, Gehört der Atomausstieg in das Grundgesetz? HFR 2013, 30ff.
- Ewer, Der neuerliche Ausstieg aus der Kernenergie-verfassungskonform und entschädigungsfrei? NVwZ 2011, 1035ff.
- Ewer/Behnsen, Das “Atom-Moratorium” der Bundesregierung und das geltende Atomrecht, NJW 2011, 1182ff.

- Frenz, Energieträger zwischen Klimaschutz und Kernschmelzen NVwZ 2011, 522ff.
- Froese, Der Eigentumsentzug ohne Güterbeschaffung als Enteignung „light“?, NJW 2017, 444ff.
- Kahl/Bews, Letztes Rückzugsgefecht der Atomenergie? - Die Kernbrennstoffsteuer vor dem EuGH, NVwZ 2015, 1081ff
- Kahl/Bews, Rechtsfragen der Energiewende - Teil 1, Jura 2014, 1004ff.
- Kersten/Ingold, Die Beschleunigung des Atomausstiegs - Verfassungsrechtliche Anforderungen, ZG 26(2011), 350ff.
- Kloepfer, 13.Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl. 2011, 1437ff.
- Lege, Enteignung als Güterbeschaffungsvorgang, NJW 1993, 2565ff.
- Ludwigs, Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011 - Karlsruhe locuta, causa finita? NVwZ-Beilage 2017, 3ff.
- _____, Atomausstieg und die Folgen: Fordert der Paradigmenwechsel in der Energiepolitik einen Paradigmenwechsel beim Eigentumsschutz? NVwZ 2016, 1ff.
- Mann/Sieven, Der Atomausstieg und seine Folgeprobleme im Kontext der Energiewende, VerwArch 106(2015), 184ff.
- Ossenbühl, Eigentumsschutz von Reststrommengen beim Atomausstieg, DÖV 2012, 697ff.
- Osterloh, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, DVBl. 1991, 906ff.
- Rebentisch, “Kernkraftwerks-Moratorium” versus Rechtsstaat, NVwZ 2011, 533ff.
- Roller, Die verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs 2011, ZUR 2017, 277ff.
- Roller, Umweltschutz und Eigentum, in: Umweltrecht und Umweltwissenschaft, Festschrift für Eckard Reh binder, 2007, 87ff.
- Schröder, Verfassungsrechtlicher Investitionsschutz beim Atomausstieg, NVwZ 2013, 105ff.

독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의

Sellner/Fellenberg, Atomausstieg und Energiewende 2011-das Gesetzespaket im Überblick, NVwZ 2011, 1025ff.

Schmitt/Werner, Die Staatshaftung für legislatives Unrecht am Beispiel des Atomausstiegs, NVwZ 2017, 21ff.

Schulze-Fielitz, Risikosteuerung von Hochrisikoanlagen als Verfassungsproblem, DÖV 2011, 785ff.

Ullrich, Gefahrenabwehrende Verwaltung und Schutz suchender Bürger im Spannungsfeld von Schutzpflicht, Grundrechtskollision und Ermessen, VerwArch 2011, S.383(392).

Wallrabenstein, Die Verfassungsmäßigkeit des jüngsten Atomausstiegs, HFR, 11/2011, 2ff.

Wollenteit, Vom Ende des Restrisikos ZUR 2013, 323ff.

Voßkuhle, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1ff.

(논문접수일: 2017. 8. 31. 논문심사일: 2017. 10. 17. 게재확정일: 2017. 11. 13.)

문화재보호(文化財保護)와
재산권보장(財産權保障)에 관한 소고(小考)
- 특히 기념물보호와 관련된 독일 입법례와의
비교법적 고찰을 중심으로 -

Protection of Cultural Properties and the Guarantee of
Property Rights
- Focused on comparing and analyzing german law related to cultural
monument protection -

鄭南哲(Chung, Nam-Chul)
淑明女子大學校 教授

- 目 次 -

I. 서론	255
II. 문화재의 제한과 재산권 보호	260
1. 보존공물로서의 문화재의 특성	260
2. 보존공물의 공용지정과 공권	261
3. 보존공물의 제한과 시효취득	264

III. 문화재보호를 위한 토지이용제한	265
1. 문제의 소재	265
2. 헌법재판소의 판례	267
3. 독일 연방헌법재판소의 기념물보호판결	269
4. 검토 및 비판	273
IV. 문화재의 공용수용과 손실보상	275
1. 보존공물과 공용수용	275
2. 공용수용의 요건과 판단기준	276
3. 공용수용의 판단기준에 관한 대법원 판례의 입장 및 문제점	281
4. 독일 연방헌법재판소의 원전폐쇄 결정 및 학계의 반향	284
5. 평가 및 과제	287
V. 결론	290
* 국문초록 및 주제어	293
* 독문초록 및 주제어	295
* 참고문헌	297

I. 서론

문화재의 보호는 헌법상 ‘재산권’ 보장과 매우 밀접한 관련을 가지고 있다. 문화재의 보호는 대체로 문화재의 제한이나 수용, 문화재보호를 위한 토지이용제한 등에서 재산권보장이 문제된다. 문화재보호법 제2조 제1항에서는 문화재를 “인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적인 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 것”이라고 정의하고 있다. 이러한 문화재의 종류에는 유형문화재, 무형문화재, 기념물 및 민속문화재가 있다. 독일에서는 특히 문화재의 하나인 기념물보호와 재산권 보장에 대해 오래 전부터 논의가 있었다.¹⁾ 혹은 ‘기념물보호’와 ‘재산권보장’에 관한 문제를 “종식(終熄)되지 않은 논제(論題)” 중의 하나로 평가하고 있다.²⁾ 기념물보호의 목적을 위해 재산권이 제한되는 것은 원칙적으로 정당화되지만, 이러한 제한이나 폐지로 인해 사적인 용도의 토지사용이 불가능하게 되거나 의미 있는 이용가능성이 전혀 남지 않는 경우에는 허용될 수 없다.³⁾

우리 헌법에는 ‘문화재’에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 헌법 전문에서 “유구한 역사와 전통”을 언급하고 있다. 또한 전문에는 “... 문화의 모든 영역에서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며”라고 규정하여, 문화영역에서의 기회균등을 강조하고 있다. 그리

1) 문화재보호법 제2조 제3호에는 ‘기념물’의 구체적 내용으로 “절터, 옛무덤, 조개무덤, 성터, 궁터, 가마터, 유물포함층 등의 사적지(史蹟地)와 특별히 기념이 될 만한 시설물로서 역사적·학술적 가치가 큰 것”, “경치 좋은 곳으로서 예술적 가치가 크고 경관이 뛰어난 것”, 그리고 “동물(그 서식지, 번식지, 도래지를 포함한다), 식물(그 자생지를 포함한다), 지형, 지질, 광물, 동굴, 생물학적 생성물 또는 특별한 자연현상으로서 역사적·경관적 또는 학술적 가치가 큰 것”을 열거하고 있다.

2) A. Guckelberger, Denkmalschutz und Eigentum, NVwZ 2016, S. 17.

3) Wendt, in: Sachs (Hg.), GG, Kommentar, 3. Aufl., Art. 14 Rn. 131 f.

고 헌법 제9조에는 “전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달 노력”에 관한 규정을 두고 있다. 이러한 조항들을 근거로 우리 헌법에서도 ‘문화국가원리’가 인정된다고 보는 견해가 지배적이다.⁴⁾ 그러나 문화국가의 구체적인 내용에 대해서는 합의를 이루지 못하고 있다. 헌법재판소도 ‘문화국가원리’를 인정하고 있다.⁵⁾ 또한 이러한 헌법상 ‘문화국가원리’의 이념에 따라 “문화재를 보존하여 민족문화를 계승”하기 위해 법률로써 『문화재보호법』, 『매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률』, 『무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률』 등을 제정하고 있다. 이러한 문화재도 헌법 제23조의 재산권의 보호범위에 속하는지가 문제된다. 헌법상 재산권이란 “모든 재산적 가치 있는 사법상·공법상의 권리”⁶⁾를 의미한다. 따라서 비록 공법적 규제가 수반되나, 후술하는 바와 같이 문화재에 대해 사소유권이 인정된다는 점에서 문화재 중 사유공물은 헌법상 재산권의 보호가치 있는 권리에 속한다고 볼 수 있다.

한편, 문화의 개념은 매우 다의적이다.⁷⁾ 유력설은 “인간이 일정한 목적

- 4) 김철수, 헌법학개론, 제17전정신판, 박영사, 2005, 90-91면; 권영성, 헌법학원론, 개정판, 법문사, 2005, 146-149면; 허영, 한국헌법론, 전정3판, 박영사, 2007, 165-167면 등. 한편, 문화국가원리를 우리 헌법의 기본원리의 하나로서 파악하고, “현대민주적 헌법의 과제인 정치적 통일을 형성하고 국가의 과제를 수행하는 데 있어서 그 준거가 되는 지도적 원리”로 이해하는 견해도 있다(계희열, 헌법학(상), 신정판, 박영사, 2004, 411면).
- 5) 헌재 2003. 12. 18. 2002헌가2, 판례집 15-2하, 367. 문화국가원리에는 문화의 자율성을 보장함과 동시에 문화의 지원과 육성 등이 내포되어 있다. 이와 관련하여 문화의 다양성·개방성 등을 보장해야 한다는 견해가 있다(한수웅, 헌법학, 제2판, 법문사, 2012, 352-353면 참조). 최근 사회적 문제가 된 문화예술계 블랙리스트 사건에서 보는 바와 같이, 문화의 지원 및 육성에 있어서는 정치적 편향성을 가지고 차별적 조치를 취해서는 아니 된다. 그러한 의미에서 소위 문화적 평등권의 보장이 간과되어서는 아니 된다. 한편, 문화국가원리에 관해서는 김수갑, 헌법상 문화국가원리에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1993 참조.
- 6) 헌재 1992. 6. 26. 90헌바26.
- 7) 문화재라는 용어는 문화재보호법에서 유래하였다고 지적하면서, 유네스코가 규정된 ‘문화유산’이라는 개념을 사용할 것을 주장하는 견해도 있다(박정희, “문화재보

이나 생활이상을 실현하려는 활동의 과정과 그 과정에서 이룩해낸 모든 물질적·정신적 소득”⁸⁾을 의미하는 것으로 이해하고 있다. 이러한 ‘문화’ 개념의 포괄성은 문화국가원리의 내용을 확정하기 어렵게 하고, 열린 개념으로 이해해야 하는 한계도 있다.⁹⁾ 이와 관련하여 국내학설 중에는 문화국가원리를 근거로 법률 제·개정 등에 관한 입법자의 의무를 강조하는 견해도 있다.¹⁰⁾ 헌법재판소도 이와 유사하게 국가의 문화재보호의무를 인정하고 있다. 즉 “문화국가의 이념을 천명함과 동시에 국가에 전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달을 위한 노력의무를 부과하고 있는바, 이러한 헌법적 요청에 따라 국가는 문화재를 보호할 의무가 있다”고 결정한 바 있다.¹¹⁾ 그러나 문화재보호를 위한 국가의 노력의무는 선언적일 뿐 구속력을 가질 수 없고, 문화개념의 포괄성으로 인해 그 구체적인 내용은 입법자의 형성적 자유에 맡겨져 있을 뿐이다. 문화국가원리로부터 어떠한 구체적인 국가(또는 입법자)의 의무가 도출될 수 있고, 이에 상응하는 공권을 인정할 수 있을지는 의문이다. 독일기본법에서도 기념물보호 그 자체에 대한 명시적 규정을 찾을 수 없지만, 기념물보호는 주(란트)의 문화고권(Kulturhoheit)에 속한다고 보는 것이 일반적이다. 따라서 기념물보호에 관한 입법권한은 전적으로 주(란트)에 맡겨져 있다.¹²⁾ 다만, 연방에는 주로 독일 문화재의 해외 반출에 대한 보호에 대해서만 입법권한을 가지고 있다(독일기본법 제

호의 법리에 관한 연구”, 법학연구 제31집(2008. 8), 92면).

8) 계희열, 전정판(상), 411면.

9) Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 1995, § 25 Rn. 11 ff.

10) 예컨대 문화유산을 보호하기 위한 법령을 만들 입법자의 법률개선 의무를 주장하는 견해(홍완식, “문화재 보호법제의 개선방안에 관한 연구”, 토지공법연구 제44집(2009. 5), 237-239면), 또는 입법자가 문화유산의 보존·관리 등에 적합한 방향으로 제정이나 개정할 의무를 부담한다는 견해(우성기, “문화재의 지속가능한 보호를 위한 법제의 개선방안”, 행정법연구 제31호(2011. 12), 6면) 등이 있다.

11) 현재 2011. 7. 28. 2009헌바244, 판례집 23-2상, 33.

12) Guckelberger, a.a.O., S. 18.

73조 제1항 제5a호). 이와 관련하여 독일에서는 해외반출에 대한 국가문화재의 보호 외에 문화재의 반출·입, 문화재의 교류 등을 규율하기 위해 문화재보호법(KGSG; Kulturgutschutzgesetz)이 제정되어 있다.¹³⁾ 그 밖에 토양권에 관한 규정을 근거로 건설법전(BauGB)이 제정되어 있다. 독일 건설법전에는 기념물 보호에 관한 규정을 다수 발견할 수 있다(독일 건설법전 제1조 제6항 제5호, 제35조 제3항 제1문, 제136조 제4항 제2문 제4호 및 제164b조 제2항 제1호 등 참조).¹⁴⁾ 즉 지방자치단체의 건설기본계획의 수립에 있어서 기념물보호의 이익을 고려하여야 하며(건설법전 제1조 제6항 제5호), 사업계획안이 기념물보호의 이익을 침해하는 것은 공익을 침해하는 것으로 규정하고 있다(동법 제35조 제3항 제1문). 또한 도시계획법상 정화조치는 공익뿐만 아니라, 기념물보호의 필요성을 고려하도록 해야 한다(건설법전 제136조 제4항 제2문 제4호). 그 밖에 연방은 주(란트)와 행정협의의 방식으로 도시계획의 정화조치의 장려를 위해 지방자치단체에 대한 재정적 지원을 할 수 있고, 그러한 재정적 지원의 핵심 중의 하나에 기념물의 보호와 진흥에 관한 이익이 포함되도록 규정하고 있다(건설법전 제164b조 제2항 제1호).¹⁵⁾

이러한 문화재에 대해서는 사소유권을 가진 문화재의 소유자에 대한 각종 공법적 규제로 인해 재산적 가치가 제약되는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 재산권의 제약이 보상을 요하는 공용수용에 해당하는지가 문제된다. 이러한 문화재와 관련된 재산권의 제약은 구분해서 접근해야 한다. 즉 문화재의 소유자에 대한 제한이나 금지 등에 의해 재산권의 제약이 발생하는 경우가 발생할 수 있다. 예컨대 문화재보호법 제42조 제1호부터 제3호

13) 이에 대해서는 Elmenhorst/Heimann, Die Neuregelung des Kulturgutschutzrechts, NJW 2016, S. 3398 ff.

14) Guckelberger, a.a.O., S. 18.

15) 기념물보호와 국토공간계획에 관한 독일의 논의에 대해서는 Hönes, Denkmalschutz und Raumordnung, NVwZ 2008, S. 1299 ff. 참조.

까지에 규정된 ‘행정명령’¹⁶⁾을 이행하여 손실을 입은 경우에는 동법 제46조에 따라 보상을 청구할 수 있다. 이러한 손실보상의 정당성이나 그 헌법적 의미에 대해서는 후술하기로 한다(III).

또한 문화재보호와 관련된 조치나 규제 등에 의해 그 해당 지역 또는 그 주변지역에 있는 토지소유자가 재산권의 제약을 받는 경우가 발생할 수 있다. 이러한 경우 제3자(인근주민)의 재산권의 제약이 보상부 공용수용에 해당하는지, 아니면 보상을 요하지 아니하는 재산권의 사회적 기속에 해당하는지가 문제된다. 예컨대 문화재보호를 위해 건축물의 고도를 제한하거나 건축물의 신축이나 재축을 제한하는 경우가 그러하다. 독일 연방헌법재판소는 1999년에 문화건축기념물의 제거와 관련하여 라인란트·팔츠 주(란트) 기념물 보호 및 진흥법(rheinland-pfälzisches Denkmalschutz- und pflegegesetz)에 규정된 제한 요건이 소유자의 이익을 충분히 고려하지 않아 기본법 제14조에 합치되지 아니한다고 결정하였다.¹⁷⁾ 이에 관한 독일 연방헌법재판소의 기념비적 판례에 대해 살펴보고, 재산권보장과 관련된 연방헌법재판소의 최근 판례 및 독일의 문헌 등을 바탕으로 우리나라의 문화재보호와 관련된 재산권 보장에 대해 검토하기로 한다. 따라서 이하에서는 재산권의 보호대상으로서 문화재의 제한과 재산권보호(II), 문화재보호를 위한 토지이용제한(III), 그리고 문화재의 공용수용과 손실보상(IV) 등에 대해 살펴보기로 한다.

16) 문화재보호법 제42조 제1호에 규정된 행정명령에 관한 용어는 정비될 필요가 있다. 이러한 표현은 최근에는 거의 사용되지 않고 있다. 또한 종래 행정규칙을 행정명령으로 사용한 경우도 있어, 명확히 표기할 필요가 있다. 문화재보호를 위한 금지나 제한, 수리, 시설의 설치나 장애물의 제거 및 원상회복 조치 등 문화재의 ‘보호조치’에 관한 것이다. 따라서 입법론적으로는 ‘보호조치’ 정도로 표제를 변경하는 것이 바람직하다.

17) BVerfGE 100, 226; NJW 1999, 2877.

II. 문화재의 제한과 재산권 보호

1. 보존공물로서의 문화재의 특성

문화재는 보존공물의 하나로서 ‘공물’의 특성을 가지고 있다. 우리나라의 공물체제는 공물의 공공성을 중시하여 공물에 대한 사권을 부인하는 공소유권제가 아니라, 사인의 사소유권을 인정하면서도 공적 목적에 제공되는 한도에서 사소유권의 행사가 제한받는 ‘사소유권제’에 기반하고 있다. 공적 목적을 위한 공용지정을 통해 사유재산권은 제한을 받는다. 이러한 입법례는 독일이 대표적이다. 공물로 지정된 사유재산권은 원칙적으로 민법에 따라 통일된 법체계를 위한 형식을 구축하면서도, 공용지정을 통한 공법상 이용가능성에 의해 제한된 물권을 행사한다. 이와 같이 공물은 이원적 법구조의 법적 지위를 가지며, 이를 “야누스의 법구조”(janusköpfige Rechtskonstruktion)라고 부르고 있다.¹⁸⁾ 우리나라의 문화재보호법에서는 소유자관리의 원칙을 규정하고 있으며, 국가지정문화재의 소유자는 선량한 관리자의 주의로써 해당 문화재를 관리·보호하여야 한다(문화재보호법 제33조). 따라서 사인도 문화재를 소유할 수 있으나, 공물의 특성상 일정한 제한을 받지 않을 수 없다.

이와 같이 보존공물은 국유나 공유인 경우도 있지만, 사유물인 경우가 적지 않다. 이러한 보존공물은 형체적 요소 외에 문화재 지정행위와 같은 공용지정 내지 공용개시(Widmung)가 있어야 성립한다. 예컨대 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 유형문화재 중 중요한 것을 보물로 지정하거나, 보물 중 인류문화의 관점에서 그 가치가 크고 유례가 드문 것을 국보로 지정할 수 있다(문화재보호법 제23조 제1항 및 제2항). 또한 사적, 명

18) Papier, *Recht der öffentlichen Sachen*, 3. Aufl., S. 10.

승, 천연기념물의 지정에 있어서도 대체로 동일하다(문화재보호법 제25조). 그리고 국가유형문화재도 무형문화재위원회의 심의를 거쳐 문화재청장이 지정할 수 있다(문화재보호법 제24조).

한편, 독일에서는 이러한 기념물의 보호가 “미래세대에 대해 정신적·문화적 유산을 보존”하는 것을 특징으로 하고 있다.¹⁹⁾ 기념물 목록에 등재하는 것은 공용수용이 아니라 “허용된 재산권의 기속”으로 파악하고²⁰⁾, 일관되게 보상을 요하지 않는다고 보고 있다. 그러나 이러한 기념물보호법상의 규율이 비례의 원칙을 위반하여 소유권자에게 재산권의 제약이나 부담을 주거나 그러한 제한을 피하기 위한 아무런 보호조치를 두지 않는 것은 허용되지 아니 한다.²¹⁾

2. 보존공물의 공용지정과 공권

행정소송에서는 문화재의 지정 또는 그 취소를 구하는 사례가 적지 않다. 이 경우 취소소송의 원고적격이 인정되는지 여부가 다투어지고 있다. 문화재보호법에서는 국가지정문화재에 관한 규정을 두고 있다. 문화재청장은 문화재위원회의 심의를 거쳐 보물이나 국보를 지정할 수 있다. 이러한 지정 여부에 관한 판단은 문화재청장의 재량행위라고 볼 수 있다. 그러나 문화재위원회의 구체적인 심의에 있어서는 고도의 전문적·기술적 판단이 요구된다는 점에서 ‘판단여지’로 보아야 한다. 제3자가 문화재의 지정처분권에 대해 다툼 법률상 이익이 있는지가 쟁점사항이다. 경남 남해군 평산리에 있는 분묘 1기가 고려말 성리학자인 ‘백이정’의 묘로 구전되어 오던 중 학술상으로 원형보존의 가치가 있다는 이유로 경상남도 도지사는 구 문

19) Guckelberger, a.a.O., S. 18.

20) Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 62a.

21) BVerfGE 100, 226 (244 ff.).

화재보호법 제55조 제1항, 제5항 및 구 경상남도문화재보호조례 제11조 제1항 등에 근거하여 이를 도문화재로 지정하는 처분을 내렸다. 이에 보령시에 백이정의 진묘가 별도로 존재한다고 주장하는 원고 중증이 해당 지정처분의 취소를 구하였다. 이에 대법원은 구 문화재보호법상의 도지정 문화재 지정처분으로 인하여 침해될 수 있는 특정 개인의 명예 내지 명예감정이 그 지정처분의 취소를 구할 법률상 이익에 해당한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 그 지정처분으로 인하여 불이익을 입거나 입을 우려가 있다는 사정을 이유로 특정 개인에게 그 지정처분의 취소 또는 해제를 구할 조리상 신청권이 인정될 수 없다고 판시하고 있다.²²⁾ 이와 같이 대법원은 도문화재 지정처분의 취소를 구하는 중증의 원고적격을 부인하였다.

또 다른 사례는 당사자가 문화재 지정행위를 요구한 경우이다. 즉 경기 민요보유자 추가인정 거부처분에 대한 취소를 구하는 소송²³⁾에서도 이러한 입장을 확인할 수 있다. 이 사건에서 대법원은 중요무형문화재 보유자의 추가인정 여부는 문화재청장의 재량사항으로 보고, 특정개인에게 이러한 추가인정을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정되지 않는다고 보고 있다. 이러한 신청권은 일반적으로 대상적격과 관련된 것이지만, 이 사건에서 거부행위는 대체로 명백하다. 거부처분에 대해 법규상 또는 조리상의 신청권이라는 요건은 불필요하다. 이러한 신청권의 문제는 ‘원고적격’ 내지 ‘본안판단’의 문제에서 논하는 것이 타당하다. 일련의 판결을 통해 문화재지정행위가 재량행위에 속하며 개인이 이를 요구할 법률상 이익 내지 공권을 인정하고 있지 않다는 점은 분명히 확인할 수 있다. 이와 관련하여 독일의 하급심은 대체로 주(란트)의 기념물보호법이 공익의 보호에 기여하고, 제3자의 보호가 부인된다고 보고 있지만, 일부 하급심²⁴⁾과 연방행정법

22) 대법원 2001. 9. 28. 선고 99두8565 판결.

23) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013두20585 판결.

24) VGH München, Beschl. v. 27. 3. 1992 - 26CS 91.3589.

원²⁵⁾에서 기념물보호법도 제3자 보호적이라는 점을 인정하여 제3자의 소권(원고적격)을 인정한 사례도 있다.²⁶⁾

한편, 문화재보호에 있어서 긴급한 경우나 중대한 위험이 발생할 수 있는 경우에 재량의 감축을 통한 ‘행정개입청구권’의 법리가 적용될 수 있는지가 문제된다. 예컨대 「무형문화재 보전 및 진흥에 관한 법률」 제13조에는 국가긴급보호무형문화재의 지정에 관한 규정을 두고 있다. 즉 문화재청장은 무형문화재 중에서 위원회의 심의를 거쳐 특히 소멸할 위험에 처한 무형문화재를 긴급히 보전하기 위하여 국가긴급보호무형문화재를 지정할 수 있다. 이러한 경우에 제3자가 국가긴급보호무형문화재의 지정을 신청할 수 있는지가 문제된다. 그러나 대체로 문화재위원회의 심의에는 전문적 판단이 요구될 뿐만 아니라 행정청(문화재청장)에 비교적 광범위한 재량 내지 판단여지가 인정되어, 재량감축은 현실적으로 어려운 것이 사실이다. 다만, 이러한 재량감축이 어려운 경우에 행정청에 대해 ‘무하자재량행사청구권’의 법리를 통해 문화재의 지정을 적정하게 행사할 수 있도록 요구할 수 있다. 이와 같이 행정청에 재량행위 내지 판단여지가 인정되어 소의 ‘성숙성’ 요건이 흠결된 경우에 독일에서는 무하자재량행사청구권이 고려되며, 행정청은 원고가 희망하는 적정한 재량결정을 해야 할 의무가 있을 뿐이다.²⁷⁾ 다만, 무하자재량행사청구권의 법리를 적용하기 위해서는 행정소송법에 의무이행소송의 특별한 유형인 재결정명령소송 내지 적정재량결정소송(Bescheidungsklage)이 규정되어 있어야 한다(독일 행정법원법 제113조 제5항 제2문 참조). 이와 관련하여 2013년 3월 20일 입법예고한 법무부 행정소송법 개정안에는 이러한 소송유형을 도입하고 있다. 행정소송법 개정안

25) BVerwGE 133, 347; BVerwG, NVwZ 2009, 1231.

26) 이에 대해서는 Hornmann, Drittschützende Wirkung des Denkmalschutzrechts, NVwZ 2011, S. 1235 ff.

27) Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl., Rn. 303.

제44조 제2호에는 의무이행소송의 특수한 유형으로 “행정청이 처분을 하지 않는 것이 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있다고 인정하는 경우에는 행정청에게 판결의 취지를 존중하여 처분을 이행하도록 선고”할 수 있다는 내용을 규정하고 있다.²⁸⁾ 이러한 소송유형이 도입될 경우 무하자재량행사 청구권의 법리를 충분히 고려할 수 있고, 문화재 지정에 관한 제3자의 공권을 허용할 것인지 여부에 관한 논의도 더욱 활발히 전개될 수 있다고 판단된다.

3. 보존공물의 제한과 시효취득

문화재는 보존공물에 해당하므로 공물의 특성상 유통성이 제한되는 경우가 대부분이다. 특히 보존공물은 공적 목적에 제공되는 한에서 일정한 사항 대해 신고의무를 부과하는 경우가 적지 않다. 국가지정문화재의 소유자, 관리자 또는 관리단체는 그 관리자를 선임하거나 해임하는 경우, 국가지정문화재의 소유자가 변경된 경우 등에는 그 사실과 경위를 문화재청장에게 신고하여야 한다(문화재관리법 제40조 제1항). 또한 사유공물인 경우에는 유통성이 인정되는 경우에 한하여 강제집행이 허용된다.

이러한 공물은 시효취득에 있어서도 제한이 있다. 대법원은 행정재산에 대해서는 사법상 거래의 대상이 될 수 없다고 보고 있다.²⁹⁾ 다만, 헌법재판소는 국·공유의 잡종재산(일반재산)에 대해 시효취득을 인정하지 않는 것은 위헌이라고 결정하였다.³⁰⁾ 따라서 일반재산을 비롯해서 행정재산이 아닌 한, 시효취득을 인정할 수 있다고 해석할 수 있다. 민법상 시효취득에

28) 이러한 소송유형에 대해 “지령소송”, “재량행위요구소송”, “재결정명령” 등 다양한 용어를 사용하고 있으나, 용어의 통일적 사용이 필요하다. 용어상의 문제점에 대해서는 정남철, 행정구제의 기본원리, 제1전정판, 412-413면(각주 31) 참조.

29) 대법원 1983. 6. 14. 선고 83다카181 판결.

30) 헌재 1991. 5. 13. 89헌가97; 헌재 1992. 10. 1. 92헌가 6, 7.

관한 규정이 공물에도 인정되는지가 학설상 다투어지고 있다. 이와 관련하여 공용폐지가 없으면 시효취득의 대상이 될 수 없다는 부정설, 공적 목적에 제공하는 법적 제한이 붙은 한도에서 시효취득이 제한적으로 인정된다는 견해, 그리고 묵시적인 공용폐지가 인정되므로 완전한 시효취득의 대상이 될 수 있다는 긍정설 등이 대립하고 있다.³¹⁾

한편, 국유재산법 제6조 제2항 제4호에는 행정재산의 하나로 ‘보존용재산’을 규정하고 있다. 이러한 보존용재산이 보존공물과 일치하는지는 분명하지 않다. 국유재산법에는 보존용재산을 “법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 재산”이라고 정의하고 있다. 그러나 이러한 보존용재산은 국유재산법의 입법취지나 규율범위 등을 고려하여 보존공물 중에서도 국유재산에 제한하여 이해해야 한다. 또한 보존재산은 국유나 공유인 경우도 있으나, 공용재산이나 공공용재산과 구별된다.³²⁾ 사유공물인 문화재에 대해서는 이론적으로 시효취득의 가능성이 열려있다. 그러나 실제 문화재의 지정해제행위가 없는 상황에서 명시적 공용폐지는 물론, 묵시적 공용폐지를 인정하기는 쉽지 않을 것이다.

Ⅲ. 문화재보호를 위한 토지이용제한

1. 문제의 소재

문화재 그 자체의 제한뿐만 아니라 문화재보호를 위해 타인(제3자)의 토

31) 이에 대한 자세한 학설 소개는 정남철, “행정재산의 시효취득가능성”, 행정판례평선(한국행정판례연구회 편), 개정판, 2016, 1134면 이하 참조.

32) 김춘환, “문화재보호법에 있어서 문화재보호”, 토지공법연구 제38집(2007. 11), 473-490/ 476면.

지이용을 제한하거나 재산적 권리를 제약하는 경우가 있다. 이러한 재산권의 제한을 보상을 요하는 공용수용 또는 공용제한으로 이해할 것인지, 아니면 재산권의 내용한계로 보아야 할 것인지가 문제된다.³³⁾ 후자의 경우에는 예외적으로 비례의 원칙이나 평등원칙을 위반하여 조정적 보상부 내용한계규정(ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung)에 해당하는 것으로 보아야 하는 경우도 있다. 헌법 제23조 제3항에 의한 공용수용과 이에 따른 손실보상은 정당한 보상을 해야 하고 완전한 보상을 내용으로 하고 있다. 그러나 조정적 보상을 요하는 내용한계규정은 원칙적으로 실손의 보상에 그치고 있을 뿐만 아니라, 입법자가 보상규정을 마련하는 경우에 한하여 손실보상을 청구할 수 있다. 독일에서도 기념물보호와 관련하여 토지소유자의 재산권 제약의 문제가 발생하고 있다. 주(란트) 기념물보호법상 소정의 요건이 의무자의 이익(사익)에 반해서는 아니 되며, 강제적으로 통상적인 관례에 의한 정화조치보다 더 높은 비용이 드는 방식으로 요건을 규정해서도 아니 된다.³⁴⁾

한편, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」(이하 “국토계획법”이라 한다) 제6조 제4호에 의하면, 문화재의 보전을 위하여 필요한 지역을 용도지역의 하나인 ‘자연환경보전지역’으로 지정할 수 있다. 또는 문화재보호를 위해 도시·군관리계획으로 보존지구를 지정할 수도 있다(국토계획법 제37조 제6

33) 일부학설은 문화재의 지정이 행정처분에 해당하고, 이를 공용제한으로 이해하는 경우도 있다(예컨대 김민섭, “문화재보호법상 손실보상”, 법학논총 제26권 제2호(2013), 45면; 최철호, “문화재 보호와 손실보상”, 공법학연구 제12권 제1호(2011. 2), 389면). 나아가 이러한 견해들은 이러한 제한으로 문화재 보호구역 내의 토지소유자 등에게 특별한 희생이 발생할 경우 손실보상을 해야 한다고 주장한다. 손실보상이 없는 경우에도 수용유사침해이론을 적용할 수 있다고 보고 있다. 그러나 이러한 주장은 헌법 제23조의 구조와 체계, 재산권보장의 이론적 내용에 비추어 타당하지 않다. 또한 후술하는 바와 같이 우리 헌법재판소나 독일연방헌법재판소의 관례에서도 이러한 재산권의 제약을 재산권의 내용한계규정에 해당한다고 보고 있음에 주의할 필요가 있다.

34) Guckelberger, a.a.O., S. 19.

호). 용도지역에서의 건축물이나 그 밖의 시설의 용도·종류 및 규모 등의 제한을 할 수 있으나, 문화재 또는 천연기념물과 그 보호구역에 대해서는 문화재보호법에 따르도록 하고 있다(국토계획법 제76조 제1항 및 제5항 제4호 참조). 이에 따라 문화재보호법 제42조에는 국가지정문화재 등의 보호를 위해 각종 제한에 관한 규정을 두고 있으며, 이에 대해 동법 제46조에는 손실보상에 관한 규정을 두고 있다. 국가지정문화재의 보호를 위한 강한 공익성이 인정됨에도 불구하고 이에 대해 손실보상을 규정한 것은 이례적이다. 다만, 이러한 손실보상에 관한 규정을 헌법 제23조 제1항 제2문에 근거한 ‘조정적 보상’으로 해석해야 하는지도 논의가 필요하다. 이와 관련하여 베를린 주(란트) 기념물보호법(Gesetz zum Schutz von Denkmälern in Berlin) 제16조에는 “조정적 보상을 요하는 재산권 제한”을 규정하고 있다. 즉 동법 제8조 및 제9조에 따라 기념물의 보호와 이용을 위한 조치 명령을 통해 특별한 사용이 필요하고, 경제적으로 수인할 수 있는 정도를 넘어서는 경우 이로 인해 발생한 재산상 손실에 대해 이용권자는 상당한 보상을 금전으로 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 다만, 여기에서 말하는 보상은 재산권의 내용한계규정에 근거한 ‘조정적 보상’을 의미한다. 이하에서는 헌법재판소의 판례와 독일 연방헌법재판소의 결정을 서로 비교해서 살펴보기로 한다.

2. 헌법재판소의 판례

헌법재판소는 구 국토계획법 제37조 제1항 제2호 등 위헌소원사건³⁵⁾에서, 국토해양부장관, 시·도지사가 ‘도시관리계획’으로 ‘역사문화미관지구’로 지정하고 이로 인해 해당 지구 내의 토지소유자들에게 건축제한과 같은 재

35) 헌재 2012. 7. 26. 2009헌바328, 판례집 24-2상, 64.

산권제한을 하면서 아무런 보상조치를 규정하지 않고 있는 구 국토계획법의 관련 규정들이 비례원칙을 위반하지 아니한다고 결정하였다. 즉 “이 사건 법률조항들에 의하더라도 일정한 층수 범위 내에서의 건축은 허용되고, 기존 건축물의 이용이나 토지 사용에 아무런 제약을 가하고 있지 않다. 따라서 이 사건 법률조항들로 인하여 부과되는 재산권의 제한 정도는 사회적 제약 범위를 넘지 않고 공익과 사익 간에 적절한 균형이 이루어져 있으므로, 비례의 원칙에 반하지 아니 한다”고 결정하였다.

이 사건에서 청구인 H건설 주식회사는 1978. 4. 26. 서울특별시 △△구 ○○동 등의 토지 30,176㎡(이하 “이 사건 토지”라 한다)를 매수하여 지하 3층, 지상 12층 본관 건물 및 지상 5층의 별관 건물을 신축하여, 1986. 7. 31. 사용승인을 받고 다시 본관 건물을 15층으로 별관건물을 8층으로 증축하여 1996. 1. 13. 및 1997. 8. 22. 사용승인을 받았다. 그 후 H건설 주식회사는 다른 청구인들과 이 사건 토지와 건물의 일부 지분을 취득하여 공유하고 있다. 서울특별시장은 1983. 7. 22. △△구 주변지역 일대 645,000㎡를 서울특별시 고시 제375호로 제4종미관지구(2000. 7. 1. “역사문화미관지구”로 명칭이 변경됨)로 지정·고시하였다. 그러나 이 사건 토지는 여기에서 제외되어 ‘중심지미관지구’로 지정되었다. 그 후 서울특별시장은 2005. 5.경 문화적으로 보존가치가 큰 북촌과 경복궁, 창덕궁의 미관을 유지·관리하기 위하여 역사문화미관지구에서 제외된 이 사건 토지들을 역사문화미관지구로 포함시키는 등의 내용이 담긴 ‘북촌장기발전 추진계획’을 수립하여, 2007. 1. 23. 소정의 절차를 거쳐 역사문화미관지구로 추가 지정하는 내용의 도시관리계획 변경결정(이하 “이 사건 처분”이라 한다)을 하였다. 청구인들은 2007. 11. 15. 이 사건 처분 중 이 사건 토지에 대한 부분의 취소를 구하는 소를 제기하였으나 기각되자, 항소를 제기하였다. 또한 이 소송의 계속 중 이 사건 처분의 근거가 되는 구 국토계획법 제37조 제1항 제2호 및 이 사건 처분에 다른 건축제한에 관하여 규정하고 있는 동법 제76조

제2항에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건 헌법소원심판을 청구한 것이다.

헌법소원의 청구인들은, 용도지구(역사문화미관지구)의 지정으로 토지재산권이 제한되어 종래 자신의 토지에 대해 합법적으로 사용해 오던 토지사용권 및 수익권 등 이미 형성된 재산권의 기능을 제대로 행사할 수 없게 되었다고 주장한다. 또한 청구인들은 재산권에 내재하는 사회적 제약범위를 넘는 제한을 받게 되었음에도 불구하고, 이 사건 처분 근거조항은 물론 이 사건 재산권 제한조항 어디에도 보상에 관한 규정을 두지 않은 것이 ‘사회적 수인한도’를 넘는 재산권 제한으로서 헌법에 위반된다고 주장한다. 청구인들은 경계이론의 실질적 기준의 하나인 ‘수인가능성설’에 근거하여 위헌이라고 주장하고 있다. 이에 대해 헌법재판소는 이 사건 법률조항들이 재산권의 내용한계에 해당한다고 판단하고 있다. 즉 헌법재판소는 이 사건 법률조항들이 “입법자가 토지재산권에 관한 권리와 의무를 일반·추상적으로 확정하는 재산권의 내용과 한계에 관한 규정이자 재산권의 사회적 제약을 구체화하는 규정”이라고 결정하고 있다. 나아가 이러한 재산권의 제약이 과잉금지의 원칙에 따라 소위 조정적 보상을 요하는 내용한계규정에 해당하는지 여부를 심사하고 있다. 여기에서 과잉금지의 원칙 내지 비례의 원칙을 다른 기본권의 제한 입법의 심사와 마찬가지로 매우 광범위하게 심사하고 있다.

3. 독일 연방헌법재판소의 기념물보호판결

독일 연방헌법재판소 제1재판부는 1999. 3. 2. 독일 건축기념물의 제거에 관하여 라인란트·팔츠 주(란트) 기념물 보호 및 진흥법 제13조 제1항 제1호의 규정이 독일 기본법 제14조 제1항의 재산권보장과 일치하지 않는

다고 결정하였다.³⁶⁾ 이 사건은 독일 건축기념물의 제거에 대한 결정의 경우 입법자가 토지소유자의 이익을 고려하는 것을 규정하지 않는 것이 헌법상 재산권 보장과 일치하는지가 쟁점이 된 것이다. 라인란트·팔츠 주(란트) 기념물 보호 및 진흥법 제13조 제1항 제1호에는 법률에 의해 보호되는 문화기념물의 파괴, 철거, 해체 및 제거의 경우에는 허가를 얻도록 규정하고 있다. 또한 허가는 문화재의 보호 및 진흥의 이익보다 더 우월한 다른 공익의 필요성이 있을 때에 발급된다(동조 제1항 제2문). 이 경우 소유자의 이익이 고려되지 않았는데, 라인란트·팔츠 주(란트) 기념물 보호 및 진흥법 제1항 제2문의 규정이 재산권보장의 규정과 합치되는지가 문제되었다. 라인란트·팔츠 주(란트) 기념물 보호 및 진흥법 제30조 제1항 제1문에는 다른 수인할 수 있는 방식으로 유지할 수 없는 경우에 문화기념물이 수용될 수 있다. 주(란트)는 소유자가 기념물보호법상의 조치로 인해 그의 토지를 더 이상 종전처럼 이용할 수 없고 경제적 이용가능성이 전체적으로 중대하게 제한될 수 있는 경우에 그 소유자에게 상당한 보상을 하여야 한다(동법 제31조 제1항 제1문). 그리고 기념물 보호법상의 조치가 그 밖의 방식으로 수용의 영향을 미치는 경우에도 상당한 보상을 하여야 한다.

애초의 소송에서 원고인 기업체 A주식회사는 19세기 후반에 건립된 문화기념물인 빌라(Villa)의 소유자인데, 해당 빌라는 원고의 공장지대의 인근에 위치하고 있었다. 관련 지방문화재청은 해당 빌라는 궁궐 형식의 호화저택으로 건축되었고, 기업가정신과 건립시기의 문화진흥을 표현하고 있다고 보았다. 그러나 1981년 원고는 영업적 목적으로 사용을 할 수 없음을 이유로 해당 빌라의 철거를 위해 허가신청을 하였다. 그러나 해당 지방문화재청은 철거신청에 동의하지 않고 하급기관에 해당 빌라를 문화보호물로 보호조치를 하도록 하였다. 이에 원고는 행정심판을 제기하였으나 기각되

36) BVerfGE 100, 226.

었고, 행정법원과 고등행정법원도 전문가의 감정에 따라 기념물의 성질을 긍정하였다. 동시에 다른 지방문화재청도 원고의 철거허가 신청을 거부하였다. 그러나 해당 행정청은 원고의 허가신청을 정당화할 수 있는 공익적 이유가 없다고 판단하였다. 또한 원고가 건물에 대해 이용을 할 수 없고 유지비용이 비경제적으로 높다는 이유는 라인란트·팔츠 주(란트) 기념물 보호 및 진흥법 제13조 제1항 제2문에 따른 결정에 있어서 고려될 수 없다고 주장한다. 이에 대한 이의신청(행정심판) 및 소는 기각되었다. 상고심은 독일 기본법 제100조 제1항에 따라 연방헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

이에 대해 연방헌법재판소는 해당 기념물보호법상의 규정이 재산권의 내용한계규정에 해당한다고 판단하였다. 그러나 이러한 결론에 이르기 전에 공용수용의 요건에 해당하는지를 면밀히 검토하고 있다. 즉 공용수용은 공적 과제의 이행을 위해 독일 기본법 제14조 제1항 제1문에 근거한 구체적인 법적 지위를 전면적 또는 부분적으로 박탈하는 것을 목적으로 한다는 것을 전제로 하여, 해당 규정이 이러한 요건에 해당하는지 여부를 심사하고 있다. 나아가 직접 법률에 의한 입법수용이나, 수권법률에 근거한 개별행위로 이루어지는 행정수용인지 여부를 검토하고 있다. 이러한 심사결과에 의해 기념물의 제거에 대한 허가 의무의 근거 규범이나 그 허가의 거부가 모두 공용수용의 요건에 해당하지 않는다는 결론에 이르고 있다. 이러한 심사를 바탕으로 라인란트·팔츠 주(란트) 기념물 보호 및 진흥법 제13조 제1항 제2문이 독일 기본법 제14조 제1항 제2문의 재산권의 내용한계에 해당한다고 판단한 것이다.³⁷⁾

연방헌법재판소는 공용수용의 요건에 관한 심사를 한 후, 비례의 원칙을 위반하였는지 여부를 검토하고 있다. 즉 이러한 규정에 의한 토지소유자에

37) BVerfGE 100, 226(239 f).

대한 부담이 비례의 원칙에 위반되는 것을 배제하지 않고, 그러한 재산권의 제한을 피하기 위한 보호조치도 포함하지 않는다면, 해당 규정은 헌법 제14조 제1항에 일치하지 않는다고 결정하였다. 또한 당사자에게 금전보상만 허용하도록 제한하는 경우에 특별히 가혹한 사례에서 비례의 원칙을 준수해야 하는 조정적 보상에 관한 규정도 충분하지 않다고 보고 있다. 무엇보다 독일기본법 제14조 제1항 제1문의 존속보장은 소유자에게 비례의 원칙을 위반한 재산권의 이용제한을 실제로 피하고 사적 이용을 최대한 보장하는 것을 내용으로 하는 보호조치를 취할 것을 요구하고 있다. 그리고 연방헌법재판소는 규범적 차원에서 재산권의 내용과 한계에 관한 규정에 조정적 보상의 요건, 종류 및 범위를 어떻게 규율할 것인가가 입법자의 형성적 자유에 맡겨져 있다고 보고 있다. 이러한 논거로 독일 연방헌법재판소는 라인란트·팔츠 주 기념물 보호 및 진흥법 제13조 제1항 제2문이 기본법 제14조 제1항의 재산권보장의 규정에 합치되지 아니한다고 결정하였다.

그 밖에 독일 연방헌법재판소는 헌법합치적 해석을 통해, 또한 기념물보호 판결에서 기념물 소유자의 허용된 재산권 제약의 한계에 대해 규범적으로 정하고 있는 “경제적 수인불가능성”이라는 일응의 판단기준을 적용하고 있다.³⁸⁾ 즉 연방헌법재판소는 종전처럼 이용할 수 없고 경제적 이용가능성이 전체적으로 중대하게 제한될 수 있는 경우에 상당한 보상을 해야 한다고 보고 있다. 이러한 기준은 조정적 보상의 판단기준으로 작용하고 있다고 볼 수 있다. 분리이론에 따르면 재산권의 제약이 재산권의 내용한계규정에 해당하더라도 예외적으로 가혹하여 비례원칙이나 평등원칙 등을 위반한 경우 입법자에 의해 조정적 보상에 관한 규정이 마련되어야 한다.

38) Raimund Körner, Denkmalschutz und Eigentumsschutz: Neues aus der Rechtsprechung, LKV 2013, S. 60.

4. 검토 및 비판

헌법재판소는 공용수용의 요건에 대한 검토 없이 곧바로 이 사건 법률조항들이 재산권의 내용한계에 해당한다고 판단하고, 다른 기본권의 제한 입법에 대한 심사와 마찬가지로 비례의 원칙에 관한 심사를 하고 있다. 그러나 이 사건은 논증방식에 있어서 문화재보호를 위한 건축제한 등에 의한 재산권의 제한이 헌법 제23조 제3항의 공용수용에 해당하는지를 면밀히 검토해야 한다. 이 사건 토지를 역사문화미관지구로 추가 지정하는 내용의 도시관리계획 변경결정으로 인한 재산권의 제약이 공용수용의 요건에 해당하는지 여부를 검토하여야 했다. 이러한 결정이 공적 과제의 달성을 위해 이미 형성된 구체적인 재산권 권리를 전면적 또는 부분적으로 ‘박탈’하거나 ‘제한’하고 있는지를 검토하는 것이 선행되어야 한다. 물론 이러한 도시계획변경결정이 재화획득을 목적으로 한 의도된 재산권의 박탈에 해당한다고 보기 어렵다. 다만, 이러한 재산권의 제약이 보상을 요하는 재산권의 ‘제한’에 해당하는지 여부는 면밀히 검토할 필요가 있다. 이러한 제한은 공용수용의 요건 중 ‘재화획득’을 반드시 필요로 하는 것은 아니다. 이 부분에 대한 해석은 여전히 학설상 미궁(Labyrinth)이다. 재산권보장의 특성을 감안하지 않고 일반적인 기본권 제한과 같이 곧바로 비례원칙 내지 과잉금지원칙의 위반 여부만을 심사하고 있는 것이다. 이러한 점은 후술하는 독일 연방헌법재판소의 기념물보호에 관한 대표적인 판례와 대비되고 있다.

독일 연방헌법재판소는 라인란트·팔츠 주(란트) 기념물 보호 및 진흥법 제13조 제1항 제1호의 규정이 공용수용과 상당한 보상에 관한 독일 기본법 제14조 제3항이 아니라 재산권의 내용한계를 규정한 독일 기본법 제14조 제1항과 관련되었다고 판단하고 있다. 이러한 심사에 있어서 공용수용의 요건을 심사하면서, 문화기념물의 제거를 위한 허가 의무나 허가 거부

독일 기본법 제14조 제3항의 공용수용에 해당하지 않는다고 판단하였다. 나아가 입법자는 재산권의 내용한계에 관한 규정과 관련하여 토지소유자의 이익과 공익을 서로 정당하게 조정하여야 하고, 비례의 원칙이나 평등원칙에 기속된다고 보았다. 나아가 독일 연방헌법재판소가 조정적 보상의 판단에 있어서 법령에 근거하여 “경제적 수인불가능성”이라는 기준을 적용하고 있는 점도 특기할 만하다. 다만, 이러한 요건은 경계이론에서 주장하는 수인가능성설과는 구분된다.

이상의 검토를 통해 헌법재판소가 2009헌바328 결정에서, 공용수용의 요건을 정면으로 심사하지 않고 곧바로 이를 재산권의 내용한계로 판단한 것은 재고될 필요가 있다. 이러한 수용이 비록 행정수용이 아니라 입법수용인 경우에도 이러한 과정을 통해 논증해야 하고, 공용수용의 요건에 해당하지 아니한 경우에 비로소 재산권의 내용한계로 판단하여야 한다. 또한 이러한 경우 비례의 원칙에 관한 심사는 일반적인 기본권 제한 심사와 구별을 하여야 한다. 재산권의 내용한계에 있어서 비례의 원칙을 심사하는 것은 조정적 보상에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 것이다. 따라서 문화재보호법 제46조의 손실보상에 관한 규정은 조정적 보상에 관한 규정으로 해석해야 한다. 특히 측량, 발굴, 장애물의 제거, 그 밖에 조사행위로 인해 발생한 손실에 대해서도 보상을 규정하고 있다(문화재보호법 제46조 제3호). 이러한 사실행위로 인한 재산권의 제약은 분리이론에 근거한 공용수용의 요건(고권적 법률행위)에 포함되지 않는다.

IV. 문화재의 공용수용과 손실보상

1. 보존공물과 공용수용

공물은 공적 목적에 제공된 재산이므로 공용수용의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이지만, 일정한 경우에는 다른 공적 목적을 위해 수용을 해야 하는 경우도 있다. 판례는 지방문화재로 지정된 토지도 공용수용의 대상이 된다고 판시하고 있어³⁹⁾, 보존공물도 공용수용의 대상이 된다. 문화재청장이나 지방자치단체의 장은 문화재의 보존·관리를 위해 필요한 경우 지정문화재나 그 보호구역에 있는 토지, 건물, 입목, 그 밖의 공작물을 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”이라 한다)에 따라 수용하거나 사용할 수 있다(문화재보호법 제83조 제1항). 따라서 문화재청장이나 지방자치단체의 장은 토지보상법에 따라 문화재의 소유자와 ‘보상협약’⁴⁰⁾을 할 수 있고, 이러한 보상이 결렬된 경우 지방토지수용위원회나 중앙토지수용위원회에 수용재결을 신청할 수 있다. 다만, 판례는 보존공물의 경우에는 공용폐지를 하지 아니하고도 공용수용의 목적물이 될 수 있다고 보고, 지정문화재로 지정된 토지가 공용수용의 대상이 된다고 판시하였다.⁴¹⁾ 문화재보호법 제83조 제1항에는 문화재 그 자체뿐만 아니라, 그 보호구역에 있는 토지·건물·입목 등에 대해서도 공용수용이나 공용사용을 할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 이에 대해서는 토지보상법이 준용된다.

39) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누13241 판결.

40) 이러한 보상협약에 의한 취득에 대해 대법원은 사법상 계약으로 보고 있으나, 공법적 원인(공용수용권)에 의해 발생한 수용절차에 의한 것이므로 공법상 계약으로 보는 것이 타당하다.

41) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누13241 판결.

한편, 문화재청장은 국가지정문화재를 지정할 때 문화재보호를 위해 보호물 또는 보호구역을 지정할 수 있다. 이와 관련하여 문화재구역 내 토지소유자 甲이 문화재청장에게 토지수용법 제30조 제1항에 의한 재결신청을 청구하였으나, 문화재청장이 이를 거부하는 회신을 하였다. 이에 대해 甲이 문화재청장의 거부회신에 대해 취소소송을 제기한 사건에서, 대법원은 해당 ‘회신’이 항고소송의 대상이 아니라는 이유로 원심판결을 파기하고 원고의 항소를 기각하였다.⁴²⁾ 이러한 경우와 같이 토지소유자에게는 재결신청을 할 권리가 보장되어 있지 않다는 점에서 보호구역 내의 재산권의 침해에 대하여 손실보상을 청구할 기회가 보장되지 않는다. 입법론으로는 문화재의 소유자를 보호하기 위해 일정한 경우에 매수청구권을 보장할 필요가 있다. 이와 달리 일본의 토지수용법에서는 토지소유자가 기업자(起業者)의 의사에 반하여 토지수용의 재결신청을 할 수 있다(동법 제39조 제2항).⁴³⁾

2. 공용수용의 요건과 판단기준

위에서 언급한 2009헌바328 사건에서 헌법재판소는 공용수용의 요건을 면밀히 검토하지 않고, 곧바로 비례의 원칙을 심사하였다. 이와 관련하여 헌법재판소는 향후 공용수용의 요건을 보다 명확히 확정하는 노력을 기울여야 한다. 헌법재판소의 판례에서도 보상부 공용수용과 무보상부 재산권의 내용한계 사이의 구별에 대해 일응의 기준을 제시하고 있다. 즉 헌법 제14조 제3항의 공용수용 및 공용제한은 “구체적인 공적 과제를 수행하기 위하여 이미 형성된 구체적인 재산권 권리를 전면적 또는 부분적으로 박탈

42) 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두22966 판결.

43) 일본의 공용수용 절차에 대해서는 정남철, 잔여지수용청구의 소송법적 쟁점, 특별법연구 제9권(대법원 특별소송실무연구회 편), 사법발전재단, 2011, 198면.

하거나 제한하는 것”이라고 보고 있다. 이에 대해 재산권의 내용한계를 “입법자가 장래에 있어서 추상적이고 일반적인 형식으로 재산권의 내용을 형성하고 확정하는 것”이라고 파악하고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 이러한 구별기준도 의미가 있지만 개별 사건에서 공용수용의 요건을 단계적으로 검토하는 것이 중요하다. 재산권의 내용한계에 관한 정의는 ‘입법수용’과의 구별을 어렵게 하며, 보상부 공용제한과 재산권의 내용한계와의 구별도 쉽지 않은 일이다. 그 밖에 부분수용에 있어서도 양적으로 가분적(可分的)인 경우에는 큰 문제가 없지만, 질적으로 내용상 부분수용을 하는 경우에는 공용수용에 해당하는지, 아니면 보상부 공용제한에 해당하는지를 판단하기가 쉽지 않다.⁴⁵⁾

이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 공식화된 수용개념을 확립하고 있다. 즉 “특정한 공적 과제의 수행을 위해 독일 기본법 제14조 제1항의 구체적인 주관적, 재산적 지위를 전면적 또는 부분적으로 박탈하는 것을 목적으로 하는 것”이라고 이해하고 있다.⁴⁶⁾ 이를 “형식적 수용개념”이라고 한다. 이러한 수용개념은 우리나라의 수용개념에 큰 영향을 주고 있음을 보여주는 것이다. 다만, 박탈 외에 ‘제한’을 언급하고 있는 것은 ‘수용’ 외에 ‘사용’과 ‘제한’을 규정한 우리 헌법 제23조 제3항의 특수성을 반영하는 것이다. 이러한 개념의 해석에 대해서는 아직 명확한 기준을 제시한 사례가 없다.

한편, 언급한 수용개념을 통해 개별 사례에서 재산권 제약의 내용이 보상부 공용수용에 해당하는지 검토할 필요가 있다. 따라서 이러한 개념을

44) 이에 대해서는 현재 1999. 4. 29. 94헌바37 등.

45) 한편, 후술하는 제2차 원전폐쇄 결정에서 연방헌법재판소는 질적인 부분수용(quantitative Teilenteignung)이 재산권 또는 분리할 수 있는 그 일부의 귀속에 변경을 가져오지 않는한, 공용수용이 아니라 이용제한에 해당한다고 판단하고 있다(BVerfG, Urt. v. 6. 12. 2016 - 1 BvR 2821/11, 1 BvR 1456/12, 1 BvR 321/12). 이에 대해서는 Entscheidung des BVerfG zum Atomausstieg, NVwZ·Beil. 1/2007, 16 f. 참조.

46) BVerfGE 58, 300; 66, 248; 70, 191; 72, 66; 101, 239 등,

보다 세부적으로 분석하는 것이 요구된다. 공용수용이 되기 위해서는 먼저 재산권에 대한 전면적 또는 부분적 박탈행위에 해당하여야 한다. 이러한 박탈행위는 재산권의 이전 내지 이양을 요건으로 한다. 둘째, 재산권에 대한 의도된, 고권적 법률행위이어야 한다. 즉 직접 법률에 의한 ‘입법수용’에 의하거나, 법률에 근거한 ‘행정수용’에 의하여야 한다. 사실행위에 의한 재산권의 제약은 여기에서 제외된다. 셋째, 수용은 ‘공공필요’를 위한 것이어야 한다. 수용이 정당화되기 위해서는 공적 과제의 수행을 위한 것이어야 한다. 공공필요의 개념은 불가분(不可分)의 고유한 개념으로서 “특별히 중대한 공익적 필요성”으로 해석해야 한다. 그러나 법률에 의해 ‘공공필요’의 개념이 구체화되는 것이 더욱 바람직하다. 사인을 위한 공용수용을 위해서는 사기업의 이익을 고려하더라도 “충분히 중대하고, 긴요한 공익”이 있어야 한다. 그 밖에 공용·사용’과 공용·제한’은 공용수용에 준하는 재산권의 침해로 보아야 한다. 보상부 공용수용과 재산권의 내용한계를 구별하는 분리이론의 입장을 일관되게 유지하기 위해서는 이와 같이 제한적으로 해석하여야 한다. 이러한 공용수용의 요건에 해당하지 아니하는 그 밖의 재산권 제약은 모두 재산권의 내용한계에 해당한다. 다만, 예외적으로 비례원칙이나 평등원칙을 위반하는 경우에 조정적 보상부 내용한계에 해당할 수 있다. 그러나 이러한 부분의 판단은 입법자의 형성적 자유에 맡겨져 있다.⁴⁷⁾

이러한 요건 중 ‘박탈’의 개념에 ‘재화조달’ 내지 ‘재화획득’(Güterbeschaffung)이 필요한지 여부가 다투어졌다. 이러한 요건은 고전적인 수용개념의 요건으로 이해되고 있다. 독일의 일부견해는 초창기 연방헌법재판소의 판례에서 ‘재화획득’의 요건을 중시하였으나, 2001년 광산법상 선매권과 관련된 결정⁴⁸⁾에서 이러한 요건을 완화하여 박탈뿐만 아니라 이로 인한 권리나

47) 이에 대해서는 정남철, “공용수용의 요건과 한계”, 법조 통권 제584호(2005. 5), 122-155면 참조.

48) BVerfGE 83, 201(211).

재산의 손실에 대해서도 공용수용을 인정하였다고 보고 있다.⁴⁹⁾ 그러나 제 2차 원전폐쇄에 대한 결정에서는 다시 ‘재화획득’이 공용수용의 요건이 된다는 점을 명백히 밝히고 있다. 이 결정으로 독일 연방헌법재판소는 결국 고전적인 수용개념으로 다시 귀환하였음을 보여주고 있다.⁵⁰⁾ 일부견해는 재화획득을 공용수용의 요건으로 확정된 이유에 대해 넓은 의미의 재산권이 훼손되고 다른 방식으로 공익적 부담으로 재산권이 이용되는 경우 재화획득이 없는 단순한 재산권 박탈에 대한 실제적 필요에서 인정되며, 또한 공용수용과 재산권의 내용한계를 명확한 구별하기 위한 것이라고 분석한다.⁵¹⁾

그러나 우리 헌법 제23조 제3항에는 공용수용 외에 공용제한 또는 공용사용에 관한 규정을 두고 있다. 예컨대 토지보상법 제73조 제1항에 규정된 ‘잔여지감가보상’은 보상부 공용제한에 해당한다. 잔여지의 가치감소에 대해서는 잔여지수용청구와 마찬가지로 토지보상법령에 따라 손실보상을 해야 한다. 이러한 잔여지감가보상은 동일한 소유자에게 속하는 일단의 토지의 일부가 취득되거나 사용됨으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하거나 그 밖의 손실이 있을 때 인정된다. 즉 자신의 소유에 속하는 일단의 토지 일부에 대한 수용으로 인하여 잔여지의 가격이 감소하는 경우이다. 그러나 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 현저히 곤란할 때에는 해당 토지소유자는 사업시행자에게 잔여지를 매수하여 줄 것을 청구할 수 있으며, 사업인정 이후에는 관할 토지수용위원회에 수용을 청구할 수 있다(토지보상법 제74조). 따라서 잔여지감가보상은 단순한 가치의 감소에 불과한 것이

49) Fritz Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstieg aus der Kernenergie, 2012, 36 f.

50) Roller, Die Verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs 2011, ZUR 2017, S. 287.

51) Ludwigs, Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011: Karlsruhe locuta, causa finita, NVwZ 2017, S. 4.

아니라 매수청구나 수용청구에 이르거나 이에 준할 정도로 현저히 가격이 하락한 경우로 제한해서 해석되어야 한다. 이러한 가격감소를 넘어 잔여지를 종래의 목적에 사용하는 것이 곤란한 경우에는 잔여지매수청구나 잔여지수용청구의 대상이 된다. 잔여지감가보상의 경우에도 비록 ‘재화획득’은 없지만, 공용수용에 준하는 재산권의 제한이 발생한다. 따라서 ‘재화획득’이라는 요건은 적어도 보상부 공용제한과 공용수용의 구별에 도움을 줄 수 있다. 이 경우에도 보상부 공용제한과 무보상부 재산권의 내용한계의 구별은 여전히 어려운 문제로 남는다. 그러한 이유에서 보상부 공용제한은 공용수용의 개념파악과 요건의 해석에 있어서 중대한 장애물이다.

독일은 1981. 7. 15. 소위 ‘자갈채취판결’(Nassauskiesungsurteil)⁵²⁾ 이후 재산권보장 및 공용수용에 관한 이론에 있어서 중대한 “패러다임의 변화”가 생겼다.⁵³⁾ 이러한 자갈채취판결에 의해 종전에 지배적이었던 경계이론(Schwellentheorie)에서 분리이론(Trennungstheorie)으로 전환된 것이다. 분리이론의 핵심은 공용수용과 재산권의 내용한계규정이 이종(異種)(aliud)이라는 점을 분명히 하였다.⁵⁴⁾ 또한 이러한 분리이론에 따라 재산권의 내용한계에 해당하는 경우에도 보상이 가능하게 되었다. 이를 소위 ‘조정적 보상부 내용한계규정’이라고 부르고 있다. 경계이론에서 재산권의 내용한계에 대해 보상을 할 수 없다는 전제는 잘못되었다는 비판도 있다. 즉 단순한 재산권의 내용한계는 보상을 요하지 않지만, 자연보호법이나 기념물보호법 등에서 대체로 재산권의 사회적 기속에 해당하는 내용은 법률로 구체화하여 보상이 가능하다는 견해가 그러하다.⁵⁵⁾ 종전에는 침해의 정도에 따라

52) BVerfGE 58, 300.

53) 다만, 공용수용과 재산권의 내용한계를 명확히 구분하는 이론의 단초는 이미 1979. 6. 29. 소정원(小庭園)결정(Kleinartenbeschluss)에서 찾을 수 있다(BVerfGE 52, 1(27)).

54) Rozek, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, S. 21 f.

55) Lege, 30 Jahre Nassauskiesung: Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentums-

공용수용과 재산권의 내용한계규정을 구별하였다. 즉 강한 침해는 수용으로 파악하여 보상을 해야 하는 반면, 약한 침해는 재산권의 내용한계규정으로 보상을 요하지 아니하는 것으로 파악하였다. 그러나 분리이론은 공용수용(독일기본법 제14조 제3항)과 내용한계규정(독일기본법 제14조 제1항 제2문)이 엄격히 구분된다고 본 것이다.⁵⁶⁾ 그러한 의미에서 이를 ‘분리’(Trennung) 이론으로 부르고 있다. 독일 연방헌법재판소의 자갈채취판결에서 간과할 수 없는 것은 “법률 없이 보상은 없다”(Keine Entschädigung ohne Gesetz)는 사실이다. 이러한 법언(法諺)은 ‘보상법률주의’를 언급한 것이며, 또한 보상의 ‘법률’ 형식을 함축하고 있는 것이다. 보상의 적법성 원칙(Grundsatz der Gesetzmäßigkeit), 엄밀히 말하자면, 보상의 ‘법률성’ 원칙(Grundsatz der Gesetzlichkeit)이며, 이러한 원칙은 공용수용뿐만 아니라 재산권의 내용한계규정의 영역에서도 적용된다.⁵⁷⁾ 그러한 점에서 대법원이 간접손실과 관련하여 법률에 전혀 보상에 관한 근거규정이 없음에도 불구하고 관계 법령의 시행규칙을 유추적용하여 보상을 인정한 사례가 있다. 이하에서는 공용수용의 요건과 관련하여 간접손실에 대해 유추적용을 통해 손실보상을 인정한 대법원 판례의 문제점에 대해 살펴보기로 한다.

3. 공용수용의 판단기준에 관한 대법원 판례의 입장 및 문제점

대법원은 공공사업의 시행 결과 공공사업의 기업지 밖에서 발생한 ‘간접손실’에 대하여 사업시행자와 협의가 이루어지지 않고 그 보상에 관한 명문의 법령이 없는 경우에 피해자는 공공용지의취득및손실보상에관한특례법

grundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, JZ 2011, S. 1086.

56) 이에 관한 참고문헌은 a.a.O., S. 1087 참조.

57) Lege, a.a.O., S. 1087 f.

시행규칙상의 손실보상에 관한 규정을 유추적용하여 사업시행자에게 보상을 청구할 수 있다고 판시하고 있다.⁵⁸⁾ 이 사건에서 원고인 甲수산업협동조합은 수산물 위탁판매장을 운영하면서 위탁판매 수수료를 지급받아 왔고, 그 운영에 대하여는 구 수산자원보호령(1991. 3. 28. 대통령령 제13333호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항에 의하여 원고(甲)에게 그 대상지역에서의 독점적 지위가 부여되어 있었다. 그러나 공유수면매립사업의 시행으로 그 사업대상지역에서 어업활동을 하던 조합원들의 조업이 불가능하게 되어 일부 위탁판매장에서의 위탁판매사업을 중단하게 되어 손실을 입게 되었다. 이로 인해 수산업협동조합이 상실하게 된 위탁판매수수료 수입은 사업시행자의 매립사업으로 인한 직접적인 영업손실이 아니고 간접적인 영업손실이라고 하더라도 피침해자인 수산업협동조합이 공공의 이익을 위하여 당연히 수인하여야 할 재산권에 대한 제한의 범위를 넘어 수산업협동조합의 위탁판매사업으로 얻고 있는 영업상의 재산이익을 본질적으로 침해하는 ‘특별한 희생’에 해당한다고 판단하였다. 대법원은 사업시행자가 공유수면매립면허 고시 당시 그 매립사업으로 인하여 위와 같은 영업손실이 발생한다는 것을 상당히 확실하게 예측할 수 있었고 그 손실의 범위도 구체적으로 확정할 수 있으므로, 위 위탁판매수수료 수입손실은 헌법 제23조 제3항에 규정한 손실보상의 대상이 된다고 보고 있다.

이러한 대법원 판례는 몇 가지 관점에서 문제가 있다. 우선 ‘간접손실’에 대해 법률에 명문의 규정이 없음에도 불구하고 이를 인정하고 있다는 점이다. 또한 이러한 간접손실에 대해서도 손실보상을 해야 할 헌법적 정당성은 어떻게 도출할 수 있는지도 의문이다. 대법원도 언급하고 있는 바와 같이 “수산업협동조합이 상실하게 된 위탁판매수수료 수입은 사업시행자의 매립사업으로 인한 직접적인 영업손실이 아니고 간접적인 영업손실”에 해

58) 대법원 1999. 10. 8. 선고 99다27231 판결.

당한다. 이러한 손실은 헌법재판소가 제시한 공용수용의 요건 중 “재산권에 대한 의도된, 고권적 법률행위”로 인한 것이 아니다. 이러한 침해는 적법하지만 “비전형적이고 예상하지 못한 부수적 효과로 인한 재산권침해에 해당하며, 후술하는 소위 ‘수용적 침해’에 해당한다. 그러나 이 사건에서 수용적 침해이론을 명백히 인정하였다고 단정하기는 이르다.

둘째, 대법원은 헌법재판소가 실시한 공용수용의 요건을 전혀 고려하지 아니한 채, 종전의 경계이론에 따라 ‘특별한 희생’에 해당하는지 여부만 검토하고 있다. 즉 대법원은 “공공의 이익을 위하여 당연히 수인하여야 할 재산권에 대한 제한의 범위를 넘어 수산업협동조합의 위탁판매사업으로 얻고 있는 영업상의 재산이익을 본질적으로 침해하는 특별한 희생에 해당한다”고 판단하였다. 이와 같이 대법원은 일부 판례에서 손실보상의 판단기준으로 헌법재판소의 기준과 달리 “특별한 희생”, “특별한 손해” 등의 기준을 사용하고 있다.⁵⁹⁾ 그러나 이러한 기준이 동일한지 여부가 불확실할 뿐만 아니라, 이러한 기준의 내용이 매우 추상적이다.

한편, 위 95다29161 판결에서 주목할 점은 ‘특별한 희생’의 기준으로 ‘수인가능성’을 사용하고 있다는 점이다. 그러나 구체적으로 누구를 기준으로 어떠한 정도의 수인이 가능한지 여부에 대해서는 명확히 밝히고 있지 않다. 종전의 대법원 판례 중에는 공용수용에 의한 영업손실에 관한 규정은 사업시행지(기업지) 밖에 미치는 간접손실에 대해서는 해당 공공용지의 취득및손실에관한특례법 시행규칙의 관련 규정을 적용할 수 없다고 판시한 사례도 있다.⁶⁰⁾ 따라서 어떠한 경우에 수인가능성이나 예측가능성을 기준

59) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2001다44352 판결; 대법원 2004. 4. 27. 선고 2002두8909 판결; 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013두12478 판결 등.

60) 대법원 1998. 1. 20. 선고 95다29161 판결: “토지수용법 제51조가 규정하고 있는 ‘영업상의 손실’이란 수용의 대상이 된 토지·건물 등을 이용하여 영업을 하다가 그 토지·건물 등이 수용됨으로 인하여 영업을 할 수 없거나 제한을 받게 됨으로 인하여 생기는 직접적인 손실, 즉 수용손실을 말하는 것일 뿐이고 공공사업의 시

으로 손실보상을 인정할 것인가가 여전히 문제로 남는다.⁶¹⁾

마지막으로 간접손실에 대하여 토지보상법 제79조 제2항에 직접 규정하지 않고 국토교통부령에 포괄적으로 위임하고 있다. 즉 토지보상법 제79조 제2항에는 “공익사업이 시행되는 지역 밖에 있는 토지등이 공익사업의 시행으로 인하여 본래의 기능을 다할 수 없게 되는 경우에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 그 손실을 보상하여야 한다”고 규정하고 있을 뿐이다. 우리 헌법 제23조 제3항에는 “그에 대한 보상은 법률로써”라고 규정하고 있다. 재산권 침해에 관한 근거 법률에는 이에 관한 보상을 규정하여야 하며, 이를 규정하지 아니한 경우 해당 법률은 위헌·무효이다. 이러한 불가분조항(Junktimklausel)의 법리는 우리 헌법에도 적용되어야 한다. 불가분조항은 권리구제의 기능뿐만 아니라 입법자에 대한 경고 기능을 가진다는 점에서 이를 인정하는 것이 바람직하다.⁶²⁾

4. 독일 연방헌법재판소의 원전폐쇄 결정 및 학계의 반향

최근 독일 연방헌법재판소는 제2차 원전폐쇄에 관한 결정에서 재산권보장 및 공용수용의 요건과 관련된 중요한 쟁점을 제시하고 있다. 이에 관한 연방헌법재판소의 판례 및 학설의 반향에 대해서도 살펴하기로 한다. 연방헌법재판소 제1재판부는 제2차 원전폐쇄 결정, 즉 2011년 원자력법 제13차

행 결과 그 공공사업의 시행이 기업지 밖에 미치는 간접손실을 말하는 것은 아니므로, 그 영업상의 손실에 대한 보상액을 산정함에 있어 같은 법 제57조의2에 따라 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙 제23조의5, 제23조의6 등의 간접보상에 관한 규정들을 준용할 수 없고, 따라서 토지수용법 제51조에 근거하여 간접손실에 대한 손실보상청구권이 발생한다고도 할 수 없다.”

61) 이러한 문제점에 대해서는 박윤훈, “간접손실의 보상가능성”, 행정판례평선(한국행정판례연구회 편), 개정판, 628-631면.

62) 자세한 내용은 정남철, 행정구제의 기본원리, 제1전정판, 113면 참조.

개정 법률의 위헌 여부를 결정하였고, 이 사건에서는 여러 가지 헌법적 문제가 쟁점사항이 되었다. 가장 문제가 된 것은 원전폐쇄결정으로 인한 원전사업자의 재산권이나 직업의 자유를 침해하는지 여부였다. 그 중에 핵심적인 쟁점은 잔여전력량이 재산권의 보호대상에 해당하는지에 관한 것이었다. 또한 원전사업자에 따라 원전중단의 종료일이 서로 달라 평등원칙의 침해도 문제되었다. 그 밖에 추가적인 전력량의 폐지로 인해 신뢰보호원칙의 침해 여부도 제기되었다.⁶³⁾

이에 대해 독일 연방헌법재판소는 2016. 12. 6. 제13차 원자력법 개정 법률이 독일기본법에 합치된다고 보았지만, 헌법소원 청구인 중 2개 에너지회사의 경우(Vattenfall, RWE) 콘체른(Konzern) 내부의 전력화가 불가능하게 된 것은 헌법에 위반된다고 판단하였다.⁶⁴⁾ 이 부분은 결국 입법자의 판단에 따라 조정적 보상에 관한 규정을 마련해야 한다.⁶⁵⁾

또한 스웨덴 에너지회사인 Vattenfall(VENE; Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH)은 스웨덴의 지분이 100%이며, Krümmel 원자력발전소는 해외지분(Vattenfall)이 50%를 차지하고 있다. 이러한 에너지회사에 대해서도 기본권주체성(기본권능력)을 인정할 것인지가 문제되었다.⁶⁶⁾ 이에 대해

63) 이에 대한 상세는 김종권, “독일 원전폐쇄의 공법적 문제점”, 행정법학 제6호 (2014. 3), 89-124면; 김종천·왕승혜·정남철, 미래 특수분야의 재난으로부터 안전성 확보를 위한 법제전략연구(I), 한국법제연구원, 2015, 130-142면 참조.

64) BVerfG, Urt. v. 6. 12. 2016 - 1 BvR 2821/11, 1 BvR 1456/12, 1 BvR 321/12.

65) Roller, a.a.O., S. 282 ff.

66) 외국법인의 기본권주체성에 대하여 독일의 학설은 부정적 입장이 압도적이었다 (Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 20). 독일 기본법 제19조 제3항에서도 “기본권은 그 본질상 적용될 수 있는 한, 내국법인에 대해서 적용될 수 있다”고 규정하고 있어, 이에 관한 중요한 근거를 제시하였다. 이와 관련하여 근거가 충분하지는 않지만 국제 분규와 관련하여 외국법인에 대해서도 재산권 보장을 확대하여야 한다는 견해가 있다(Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, S. 2216 f). 국내 학설 중에도 외국법인에 대해서는 상호주의에 따라 인정할 수 있다는 견해도 있다(이에 대해서는 계희열, 헌법학(중), 신정판, 67-68면 참조).

Vattenfall은 기본권주체성이 없어 헌법소원이 각하될 것으로 보는 견해가 유력하였다.⁶⁷⁾ 그러나 독일 연방헌법재판소는 이와 관련하여 “국내에서 영업활동을 하는 사법상 법인이 유럽연합(EU) 회원국에 완전히 등록이 된 경우에 독일 기본법의 친(親)유럽법성(Europarechtsfreundlichkeit)으로 인해 예외적으로 재산의 자유와 관련이 있고, 또한 헌법소원을 제기할 수 있다”고 결정하였다.⁶⁸⁾

연방헌법재판소는 2002년과 법률을 통해 할당된 전력량이 재산권보호의 대상이 되지 않는다고 결정하였다. 잔여전력량에 대해서는 재산권의 보호 대상이 된다는 견해⁶⁹⁾와 이를 부정하는 견해⁷⁰⁾가 첨예하게 대립하였다. 연방헌법재판소는 부정설의 입장을 따랐다. 연방헌법재판소는 잔여전력량(Reststrommengen)은 개별 원자력발전소에 할당된 것으로서 독일 기본법 제14조 제1항에 규정된 독자적인 재산권 보호를 향유하지 못하고, 허가된 원자력시설에 대한 재산의 이용에 대해 보장하고 있는 재산권보호의 일부를 가질 뿐이라고 판단하였다. 또한 재산권의 보호범위와 관련하여 논란이 되었던 원자력법상 원자력발전소의 설치 및 운영 허가에 대해서도 재산권의 보호범위에 속하지 아니한다고 결정하였다.

그리고 재산권의 이전 내지 이양을 내용하는 ‘재화획득’이 공용수용의

67) Ludwigs, Der Atomausstieg und die Folgen: Fordert der Paradigmenwechsel in der Energiepolitik einen Paradigmenwechsel beim Eigentumsschutz?, NVwZ 2016, S. 2.

68) Ludwigs, NVwZ 2017, S. 4.

69) Huber, Restlaufzeiten und Strommengenregelungen, DVBl. 2003, S. 159; Bruch/Greve, Atomausstieg 2011 als Verletzung der Grundrechte der Kernkraftwerksbetreiber?, DÖV 2011, S. 795.

70) 이와 관련하여 부정설 중에는 “공적 경제재(öffentliche Wirtschaftsgüter)”로 보는 견해(Di Fabio, in: Di Fabio/ Durner/Wagner(Hg.), Kernenergieausstieg 2011: Die 13. AtG-Novelle aus verfassungsrechtlicher Sicht, 2013, S. 25 f.), 원전운영자의 사적 이용권의 할당이라고 보는 견해(Ossenbühl, Eigentumsschutz von Reststrommengen beim Ausstieg, DÖV 2012, S. 697 f.) 등이 있다. 이에 대한 상세는 정남철, “원전폐쇄와 재산권보호”, 헌법논총 제25집(2014), 215-216면.

요건인지가 논란이 되었는데, 학계 일각의 주장과 달리 연방헌법재판소는 이를 공용수용의 요건으로 인정하였다. 제2차 원전폐쇄에 대한 연방헌법재판소의 결정에서 ‘재화획득’과 ‘재산권의 법적 이양’의 요건은 공용수용을 판단하는 결정적 기준이 되었다. 재화획득이나 재산권의 법적 이양은 공용수용의 구성적 요소로 파악되었다.⁷¹⁾ 이러한 요건을 확정함으로써 제13차 원자력법 개정을 통한 재산권의 제한은 단순히 내용한계규정으로 파악되었다고 보면서, 이 사건에서 재화획득이 없는 재산권의 박탈이라는 새로운 유형이 만들어졌다고 보는 견해도 있다.⁷²⁾ 이 견해는 재화획득을 요건으로 하는 구별기준이 조정적 보상이 필요한 내용한계와 조정적 보상이 필요 없는 내용한계의 구분에 있어서 결국 재산권 침해의 중대성에 의존할 수밖에 없고, 따라서 이러한 구별기준은 종래 연방행정법원이 채택한 ‘중대성설’로 복귀하는 것이라고 비판하고 있다.⁷³⁾ 나아가 2010년 말 법률을 통해 원전의 가동을 12년 연장하는 것에 보상규정을 두지 않는 것이 이 추가적인 전력량에 대해 신뢰보호원칙을 위반한 것이라는 주장도 있었으나, 연방헌법재판소는 여러 가지의 측면에서 제한된 신뢰와 관련된 것으로 보아 헌법에 합치된다고 결정하였다.

5. 평가 및 과제

독일 연방헌법재판소는 기념물보호판결을 비롯한 일련의 판례를 통해 공용수용의 요건에 관한 이론적 체계를 확립해 나가고 있다. 특히 제2차 원전폐쇄에 관한 연방헌법재판소의 결정은 대체로 고전적인 수용개념에 기초

71) Roller, a.a.O., S. 280 f.

72) Judith Froese, Zur Rechtsprechung: Der Eigentumsentzug ohne Güterbeschaffung als Enteignung „light“?, NJW 2017, S. 444.

73) Froese, a.a.O., S. 446.

해서 공용수용의 요건을 엄격히 하고 있으며, 해당 결정을 앞두고 학계에서 다루어졌던 ‘재화획득’에 대해서도 이를 공용수용의 요건으로 인정하여 공용수용을 좁게 해석하고 있음을 알 수 있다.

우리나라에서도 구 도시계획법 제21조에 관한 위헌소원 사건⁷⁴⁾ 이후 독일의 분리이론의 영향으로 수용법제에 관한 이론을 발전시키고 있는 반면, 대법원의 판례이론은 이러한 새로운 흐름에 부응하지 못하고 있다. 수용법제의 기본적 구조와 체계에 있어서 헌법재판소와 대법원 사이에 어느 정도 상응함이 있어야 한다. 경계이론을 적용해 오던 독일 통상법원(BGH)도 독일 연방헌법재판소의 수용 개념을 따르고 있음은 주지의 사실이다. 공용수용에 관한 법리는 헌법 제23조의 규정과 구조를 도외시할 수 없다. 헌법 제23조 제3항에는 다른 입법례와 달리 ‘사용’과 ‘제한’을 규정함으로써 해석상 혼란을 초래하고, 재산권의 내용한계와의 구별을 어렵게 한다. 나아가 공용사용과 공용제한에 관한 헌법 제23조 제3항의 규정은 공용수용의 요건을 확정하는 것을 어렵게 하고 있다. 근래에 국회를 중심으로 헌법 개정 논의가 한창인데, ‘사용’과 ‘제한’에 관한 규정을 정비하는 것이 필요하다. 역설적이지만, 이러한 규정은 법률에 근거할 경우 오히려 재산권의 침해를 쉽게 허용할 수 있다. 존속보장의 관점에서 재산권 침해는 공용수용의 경우에 제한해야 한다. 따라서 공용수용의 요건을 명확하고 엄격히 규정하고 해석하는 것은 오히려 헌법상 재산권을 보호하고 존속보장의 취지에 부합하는 것이다. 지금까지 학계는 재산권의 ‘방어’보다는 ‘보상’에 집중하다 보니 보상의 범위나 대상 등을 확대하는 것에 주안점을 두었다. 이러한 논리에 따라 침해행위의 유형을 수용뿐만 아니라, 제한이나 사용까지 확대하였다. 또한 법률행위(입법수용 또는 행정수용)뿐만 아니라 사실행위도 포함시키고 있다.

74) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 등.

대법원 판결에서는 전술한 바와 같이 경계이론에 기초한 “특별한 희생”, “특별한 손해” 등의 기준을 사용하여 공용수용을 판단하고 있으나, 그 실질적이고 구체적인 기준은 명확히 제시되어 있지 않다. 이러한 점은 개별 사례에서 결국 법원의 판단에 좌우될 수밖에 없을 뿐만 아니라, 설사 공용수용에 해당하는 경우에도 법률의 근거 없이 구체적인 보상의 기준과 범위 등을 확정하는 것은 현실적으로 어렵다. 또한 독일 연방통상법원의 판례와 같이 경계이론의 입장에 따라 경계이론에 가까운 입장을 취하고 있다. 독일에서도 위법한 재산권 침해에 대한 수용유사적 침해(enteignungsgleiche Eingriffe)뿐만 아니라, 적법하지만 “비전형적(이형적)이고 예상하지 못한 부수적 효과”로 인한 재산권침해에 대한 수용적 침해(enteignende Eingriffe)를 인정하는 견해가 있는 것이 사실이다. 이러한 법리가 국가책임의 간극(間隙)을 메우고 보상을 확대하여 국민의 권리구제 확대에 기여한 것은 부인할 수 없으며, 이론적으로도 우리나라 수용법제의 발전에 기여한 바가 적지 않다. 그러나 이러한 이론들은 판례에 크게 반영되지 못하고 사실상 유명무실한 법리로 남아 있다. 무엇보다 대법원 판례에서도 보상에 대한 법률적 근거 없이 손실보상청구권을 인정하는 것이 현실적으로 쉽지 않다.

독일에서는 수용유사적 침해이론이나 수용적 침해이론의 법적 근거를 자갈채취판결 이후 더 이상 기본법 제14조 제3항에서 찾을 수 없고, 오히려 이러한 이론이 프로이센일반국법 제74조 및 제75조에 근거한 희생보상의 원칙에 의해 근거하고 있음을 인정하고 있다. 이러한 법적 근거의 상실은 이론적 근거가 매우 박약하다는 점을 보여주는 것이다. 이러한 희생보상의 전통을 보유하지 못한 우리의 보상법제에 있어서 수용유사적 침해이론 및 수용적 침해이론을 그대로 고수하는 것이 타당한지에 대해 숙고할 필요가 있다. 연방통상법원도 이러한 연방헌법재판소의 도그마틱(Dogmatik)을 따르고 있다.

따라서 헌법재판소는 분리이론의 핵심요소인 공용수용의 요건을 명확히

하여 향후 대법원 판결에서도 이를 적용할 수 있는 이론적 토대를 구축할 필요가 있다. 대법원 판례에서 제시하는 ‘특별한 희생’ 내지 ‘특별한 손실’ 등의 요건은 더 이상 수범자의 입장에서 예측가능성을 담보할 수 없다. 이러한 판단은 결국 개별 사례에서 법관의 재량에 달려 있고, 통일된 기준보다는 법관의 개별적 결정(ad-hoc decision)에 의할 수밖에 없다. 대법원 판례에서도 이러한 요건을 적극적으로 반영할 수 있도록 공용수용의 요건을 보다 구체적으로 확립해야 한다.

V. 결론

문화재는 특정한 국가나 민족의 역사와 전통을 투영하고 있을 뿐만 아니라, 학술적·예술적인 가치가 있거나 인류 전체를 위해 보호해야 할 보편적 가치가 있는 경우에는 세계문화유산으로 지정되기도 한다. 또한 문화재는 흘러간 역사에 불과한 것이 아니라, E. H. Carr의 주장처럼 “과거와 현재의 끊임 없는 대화”를 할 수 있는 매개체이기도 하다. 문화재를 통해 우리는 현재의 시각으로 과거를 반추하면서 지나간 역사의 흔적을 느낄 수도 있다. 이러한 문화재는 현세대뿐만 아니라 미래세대를 위한 유산이기도 하다. 그러한 의미에서 문화재는 역사적·예술적, 그리고 학문적으로 이를 보호해야 할 중요한 공익적 가치를 가진다. 이러한 문화재는 사인의 소유권이 인정되는 사유공물인 경우에도 공물법의 영역에서 ‘보존공물’의 특징을 가지며, 여러 가지 공법적 규제를 받는다. 그러나 문화재의 보호가 중대한 공익에 기여하고 있는 것은 부인할 수 없는 사실이지만, 이와 충돌하는 사인의 재산권보장도 간과할 수 없는 중요한 기본권 중의 하나이다. 공익적 목적으로 문화재 그 자체의 수용이나 제한의 경우뿐만 아니라, 문화재 보

호의 목적으로 토지이용을 규제하는 경우에 재산권보호의 문제가 부각된다. 따라서 이러한 충돌하는 공익과 사익을 어떻게 합리적으로 조율할 것 인지는 입법정책적으로 매우 중요한 과제임에 분명하다.

종래 문화재보호와 재산권보장에 관한 문제에 대해 다양한 견해가 있었지만, 대체로 ‘가치보장’의 관점만 부각된 점이 없지 않았다. 학설은 손실보상의 확대를 주장하고 있지만, 헌법재판소가 기초하고 있는 분리이론의 입장에서 접근하는 노력은 부족하였다. 문화재의 보호를 위한 토지이용제한에 대해서도 공용수용으로 보고 손실보상을 청구할 수 있다는 견해가 대부분이다. 그러나 문화재의 강한 공익적 성격 때문에 의도된 고권적 박탈 행위나 이에 준하는 재산권의 제한행위인 경우를 제외하고, 문화재 그 자체에 대한 규제, 또는 문화재보호를 위한 토지이용제한은 보상을 요하지 않는 재산권의 내용한계로 이해하는 것이 타당하다. 헌법재판소의 판례도 기본적으로 이러한 입장에서 있지만, 그 논증과정에서 공용수용의 요건을 심사하는 것이 선행되어야 한다. 독일 연방헌법재판소의 기념물보호판결은 그러한 점에서 모범이 될 만하다. 헌법재판소 2009헌바328 결정에서 공용수용의 요건을 심사하지 않고 재산권의 내용한계로 단정한 것은 재고될 필요가 있다. 또한 이 결정에서 비례의 원칙에 관한 심사를 일반적인 기본권 제한 심사와 구별하지 못한 것도 문제점으로 지적할 수 있다. 문화재보호법 제46조의 손실보상에 관한 규정은 그 해석에 있어서 주의를 요하며, 헌법 제23조 제3항의 정당한 보상이 아니라 헌법 제23조 제1항 제2문에 근거한 ‘조정적’ 보상에 관한 규정으로 해석해야 한다. 이러한 보상은 예외적인 것이며, 입법자의 형성적 자유에 맡겨져 있는 것이다.

대법원은 여전히 ‘특별한 희생’이라는 모호한 기준만을 사용하고 있으나, 헌법재판소의 공용수용 요건을 도입하는 것이 바람직하다. 이러한 접근은 국민들의 예측가능성을 높일 수 있을 뿐만 아니라 재산권의 방어에도 기여할 수 있다. 최근 독일의 학계에서는 제2차 원전폐쇄와 관련하여 공용수용

의 요건을 둘러싸고 또 다시 큰 논쟁이 벌어졌다. 이에 대해 연방헌법재판소는 ‘재화획득’을 공용수용의 요건으로 확정하여, 고전적인 수용개념의 입장을 더욱 분명히 하고 있다. 이러한 해석은 공용수용과 재산권의 내용한계를 엄별하고 있음을 의미하는 것이다. 이러한 새로운 변화와 동향을 반영하여 우리 헌법의 해석에 부합하는 공용수용의 요건을 확립하는 것이 절실히 요구된다. 독일 연방헌법재판소의 최근 판결은 공용수용의 요건에 대해 어려운 과제를 던져 주고 있다. 이와 관련하여 ‘재화획득’을 공용수용의 요건으로 인정할 것인지, 보상부 공용제한의 개념을 어떻게 확정할 것인지, 그리고 사실행위에 의한 재산권의 제약을 공용수용의 요건에 포함시킬 것인지 등의 문제는 여전히 남아 있다. 지금까지 헌법재판소는 재산권보장에 관한 판례이론을 진취적으로 발전시켜 왔고, 이러한 판례이론은 매우 선구적이라고 평가할 만하다. 그러나 근래에는 이 분야의 판례이론이 답보 상태에 놓여 있다. 독일에서는 재산권 분야에서 패러다임의 변화를 가져온 자갈채취판결 이후 약 30여년의 세월을 거치면서도 공용수용의 문제는 계속해서 활발하게 논의되고 있다. 앞에서 언급한 문제들은 향후 헌법재판소가 숙고해서 해결해야 할 어려운 과제임에 분명하다. 그러나 이러한 과제를 성공적으로 완수하는 것은 헌법재판소 판례이론의 성장과 발전에 있어서 중요한 원동력이 될 것이라고 기대해 본다.

[국문초록]

문화재보호와 재산권보호는 밀접한 관련을 가진다. 독일에서는 기념물보호와 재산권 보장은 중식되지 않은 논제의 하나로 평가받고 있다. 문화재는 한 나라의 역사와 전통을 반영하고 있다. 문화재를 역사적, 예술적, 그리고 학문적인 관점에서 보존하거나 유지해야 할 이유가 있는 경우 공익이 있다고 볼 수 있다. 문화재는 사소유권이 인정되지만, 보존공물로서 각종 공법적 규제를 받는다. 문화재의 보호를 위한 토지이용규제에 대해서도 공용수용으로 이해하고, 특별한 희생이 있는 경우에 손실보상을 해야 한다는 견해도 있다. 이에 반해 우리 헌법재판소는 분리이론에 기초하고 있으며, 이러한 토지이용규제를 재산권의 내용한계로 이해하고 있다. 2009헌바328 결정에서 공용수용의 개념과 요건에 관한 심사를 우선적으로 하지 않은 것은 문제점으로 지적할 수 있다. 이에 반해 독일 연방헌법재판소는 특히 기념물보호판결에서는 건축기념물의 제거에 관한 법률(라인란트·팔츠 주 기념물 보호 및 진흥법)의 해당 규정이 공용수용에 해당하는지 여부를 우선적으로 검토하였다. 또한 재산권 보장과 관련된 비례의 원칙에 관한 심사는 일반적인 기본권 제한 심사와 구별되어야 한다. 1981년 독일 연방헌법재판소는 유명한 자갈채취 판결을 내렸다. 이 판결은 “패러다임의 변화”라고 표현될 정도로 당시에 지배적이던 도그마틱의 변경을 가져왔다. 2011년 원자력법 개정안(원전폐쇄법)에 대한 독일 연방헌법재판소의 결정에서 ‘재회획득’이 공용수용과 재산권의 내용한계의 구별과 관련하여 필요한 요건 인지가 다투어졌다. 연방헌법재판소는 재회획득과정을 공용수용의 구성적 표지로 인정하였다. 보상부 공용수용과 재산권의 내용한계를 어떻게 구별하는지, 재산권의 제약에 관한 규정이 보상부 공용제한이나 공용수용, 또는 단순한 재산권의 내용한계 중에서 어디에 속하는지를 판단하는 것은 매우

憲法論叢 第28輯(2017)

어려운 일이다. 이와 관련하여 헌법 제23조 제3항에 따른 공용수용의 요건을 명확히 확정하는 것이 문제해결의 핵심이다.

주제어

문화고권, 재산권보장, 공물, 문화재보호, 존속보장, 공용수용, 재산권의 내용한계규정, 조정적 보상부 내용한계, 특별희생, 형식적 수용개념, 자갈채취 판결, 분리이론, 원전폐쇄 결정, 기념물보호, 재화획득

[독문초록]

Der Denkmalschutz bezieht sich auf Eigentumsschutz. In Deutschland wird das Thema “Denkmalschutz und Eigentum” heute noch als unendliche Geschichte erfasst. Denkmäler widerspiegeln sich Geschichte und Tradition in einem Land. Wenn historische, künstlerische, oder wissenschaftliche Gründe für Erhaltung und Nutzung von Sachen vorliegen, so besteht ein öffentliches Interesse. Obwohl sich die Denkmäler manchmal im Privateigentum befinden, werden sie als öffentliche Sachen mehrfach beschränkt. In der koreanischen Literatur soll teilweise die Bodennutzungsbeschränkung zum Denkmalschutz entschädigt werden, wenn ein sog. “Sonderopfer” besteht. Demgegenüber basiert sich nicht zuletzt der koreanische Verfassungsgerichtshof (KVerfGH) auf sog. “Trennungstheorie”. Dabei wird die Bodennutzung zum Denkmalschutz als Inhalts- und Schrankenbestimmung verstanden. Es ist sehr problematisch, dass das KVerfGH in einer Entscheidung (2009 Hunba 328) Begriff und Anforderungen der Enteignung nicht nachgeprüft hat. Das deutsche BVerfG hat demgegenüber im sog. Denkmalschutz-Urteil nachgeprüft, ob zunächst eine Regelung im rheinland-pfälzischen Denkmalschutz- und -pflegegesetz zur Beseitigung von Kulturdenkmälern also eine Enteignung ist. Darüber hinaus ist jedoch zu beachten, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Inhalts- und Schrankenbestimmung anders als die als Rechtfertigung von Beeinträchtigungen in den allgemeinen Grundrechten ist. Das deutsche BVerfG erging im Jahre 1981 den berühmte Nassauskiesungsbeschluss. Diese Entscheidung hat die zuvor herrschende Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht

gewechselt. Dies ist von Paradigmenwechsel gesprochen. Im Urteil des deutschen BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011 (Atomausstieg-Urteil) war sehr umstritten, ob eine Güterbeschaffung in Bezug auf die Unterscheidung zwischen Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung noch erforderlich ist. Diesbezüglich hat das deutsche BVerfG auch den Güterbeschaffungsvorgang als ein konstitutives Enteignungsmerkmal anerkannt. Dabei handelt es sich darum, ob und wie sich Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung unterscheiden. Des Weiteren ist umstritten, ob die einschlägigen Bestimmungen entschädigungspflichtige Eigentumsbeschränkung, Enteignung, oder eine bloße Inhalts- und Schrankenbestimmung darstellen. Vor allem kommt es darauf an, Voraussetzung und Begriff der Enteignung nach Art. 23 Abs. 3 Koreanischer Verfassung (KV) festzustellen.

Key Words

Kulturhoheit, Eigentumsgarantie, öffentliche Sachen, Kulturgutschutz, Bestandsgarantie, Enteignung, Inhalts- und Schrankenbestimmung, ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung, Sonderopfer, formeller Enteignungsbegriff, Nassauskiesungsurteil, Trennungstheorie, Atomausstieg-Urteil, Denkmalschutz, Güterbeschaffung

참고문헌

[국내문헌]

- 계희열, 헌법학(상)·(중), 신정판, 박영사, 2004.
- 김종천·왕승혜·정남철, 미래 특수분야의 재난으로부터 안전성 확보를 위한 법 제전략연구(I), 한국법제연구원, 2015.
- 김중권, “독일 원전폐쇄의 공법적 문제점”, 행정법학 제6호(2014. 3), 89~124면.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 제17전정신판, 박영사, 2005.
- 김민섭, “문화재보호법상 손실보상”, 법학논총 제26권 제2호(2013. 10), 40~82면.
- 김수갑, 헌법상 문화국가원리에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1993.
- 김춘환, “문화재보호법에 있어서의 문화재보호”, 토지공법연구 제38집(2007. 11), 473~490면.
- 권영성, 헌법학원론, 개정판, 법문사, 2005.
- 박윤흔, “간접손실의 보상가능성”, 한국행정판례연구회(편), 행정판례평선, 개정판, 2016, 620~634면.
- 박정희, “문화재보호의 법리에 관한 연구”, 法學研究 제31집(2008. 8), 77~96면.
- 우성기, “문화재의 지속가능한 보호를 위한 법제의 개선방안”, 행정법연구 제31호(2011. 12), 1~22면.
- 정남철, 행정구제의 기본원리, 제1전정판, 법문사, 2015.
- _____, “행정재산의 시효취득가능성”, 한국행정판례연구회(편), 행정판례평선, 개정판, 박영사, 2016, 1134~1139면.
- _____, “원전폐쇄와 재산권보호”, 헌법논총 제25집(2014), 205~240면.
- _____, “잔여지수용청구의 소송법적 쟁점”, 특별법연구 제9권(대법원 특별소송실무연구회 편), 사법발전재단, 2011, 178~211면.
- _____, “공용수용의 요건과 한계”, 법조 통권 제584호(2005. 5), 122~155면.
- 최철호, “문화재 보호와 손실보상”, 공법학연구 제12권 제1호(2011. 2), 381~408면.
- 한수용, 헌법학, 제2판, 법문사, 2012.

憲法論叢 第28輯(2017)

허영, 한국헌법론, 진정3판, 박영사, 2007.

홍완식, “문화재 보호법제의 개선방안에 관한 연구”, 토지공법연구 제44집 (2009. 5), 235~258면.

[독일문헌]

Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin/New York 1995.

Bruch, David/Greve, Holger, Atomausstieg 2011 als Verletzung der Grundrechte der Kernkraftwerksbetreiber?, DÖV 2011, S. 794 ff.

Elmenhorst, Lukas/Heinmann, Lisa, Die Neuregelung des Kulturgutschutzrechts: Überblick über die Grundstrukturen des KGSG, NJW 2016, S. 3398 ff.

Di Fabio, Udo/Durner, Wolfgang/Wagner, Gerhard(Hg.), Kernenergieausstieg 2011: Die 13. AtG-Novelle aus verfassungsrechtlicher Sicht, Baden-Baden 2013.

Froese, Judith, Zur Rechtsprechung: Der Eigentumsentzug ohne Güterbeschaffung als Enteignung „light“?, NJW 2017, S. 444 ff.

Guckelberger, Annette, Denkmalschutz und Eigentum, NVwZ 2016, S. 17 ff.

Hönes, Ernst-Rainer, Denkmalschutz und Raumordnung, NVwZ 2008, S. 1299 ff.

Hornmann, Drittschützende Wirkung des Denkmalschutzrechts, NVwZ 2011, S. 1235 ff.

Huber, Peter M. Restlaufzeiten und Strommengenregelung, DVBl. 2003, S. 157 ff.

Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl., München 2012.

Körner, Raimund, Denkmalschutz und Eigentumsschutz: Neues aus der Rechtsprechung, LKV 2013, S. 57 ff.

Lege, Joachim, 30 Jahre Nassauskiesung, Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, JZ 2011, S. 1084 ff.

- Ludwigs, Markus, Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011: Karlsruhe locuta, causa finita?, NVwZ 2017, S. 3 ff.
- Ludwigs, Der Atomausstieg und die Folgen: Fordert der Paradigmenwechsel in der Energiepolitik einen Paradigmenwechsel beim Eigentumsschutz?, NVwZ 2016, S. 1 ff.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011.
- Ossenbühl, Fritz, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstieg aus der Kernenergie, Baden-Baden 2012.
- Papier, Hans-Jürgen, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl., 1998.
- Roller, Gerhard, Die verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs 2011, ZUR 2017, S. 277 ff.
- Rozek, Jochen, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, Tübingen 1998.
- Sachs(Hg.), Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2003.
- Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl., 2000.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, München 2006.

(논문접수일: 2017. 8. 31. 논문심사일: 2017. 10. 17. 게재확정일: 2017. 11. 13.)

세계헌법 제정에 관한 고찰

A Study on Establishment of World Constitution

趙柄倫(Cho, Byong-Yoon)

明知大學校 名譽教授

－ 目 次 －

I. 서론	304
1. 연구의 방법과 의의	304
2. 세계적 입헌주의와 세계헌법 제정의 의의	305
II. 세계헌법 제정의 근거와 필요성	
- 왜 세계헌법을 제정해야 하는가? -	306
1. 세계헌법 제정의 세계 현실적 이유와 필요성	306
2. 세계헌법 제정의 헌법적 근거와 필요성	308
가. 세계헌법 제정의 유토피아성 여부	308
나. 세계적 입헌주의와 세계헌법의 헌법적 근거와 필요성	308
3. 세계헌법 제정의 헌법 철학적 근거와 필요성	
- 세계 인류 모두가 하나이고 단일하고 동일하다는 헌법 철학적	
원리(세발자전거론) -	316
가. 헌법 철학적 근거를 명확히 해야 할 필요성	316

나. 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거로서, 자연법으로서의 진리의 속성	317
다. 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거로서, 세계 인류 모두가 하나이고 단일하고 동일하다는 것을 밝혀 주는 헌법 철학적 원리	318
라. 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거로서의 인간의 존엄성의 헌법 철학적 본질	320
마. 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거로서의 세계적 사회계약과 세계적 일반의사의 헌법 철학적 본질	321
III. 세계헌법제정의 주체와 방법	322
1. 세계헌법제정의 주체의 의의	322
2. 국제연합(UN)을 통한 세계헌법의 제정 방법	323
3. “세계연합”에 의한 세계헌법의 제정	324
가. 세계연합에 의한 세계헌법의 제정의 의의	324
나. 국제연합(UN)을 통한 세계헌법 제정의 문제점과 세계연합에 의한 세계헌법 제정 필요성	324
다. 세계연합의 “세계 사회계약”에 의한 세계헌법의 제정 방법 - 세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)의 세계헌법안 -	326
라. 세계연합의 세계헌법(세계연합 헌법)의 제정 추진 경과	328
IV. 세계헌법의 법적성격과 내용	328
1. 세계헌법의 법적성격	328
가. 단순한 조약이 아닌 최고 헌법규범으로서의 법적성격	328
나. 세계헌법의 법적성격의 특성	330
2. 세계헌법의 내용의 광범위성과 다양성	332
3. 국가 간 공존질서로서의 세계헌법의 내용	333
4. 세계권력 제도화로서의 세계헌법의 내용 - 제도적 세계입헌주의, 세계 권력의 제도화 -	334
가. 세계권력 제도화의 의의	334

나. 세계권력 제도화로서의 국제연합(UN)헌장의 세계헌법으로서의 내용	336
다. “세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”의 세계헌법안의 세계 권력의 제도화 내용	338
5. 최상위 세계 규범으로서의 세계헌법의 내용	338
6. 국가차원 입헌주의의 통합헌법으로서의 세계헌법의 내용	340
7. 인간의 존엄성과 인권보장 근본규범으로서의 세계헌법의 내용	341
V. 세계헌법 제정의 실현 방법론	
- 헌법 교육과 인간의 존엄성 교육의 세계적 실천 -	343
1. 세계헌법 제정에 있어서 세계적 사회계약과 세계적 일반의사의 본질	343
2. 세계헌법 제정의 근거로서 헌법이란 무엇인가?	343
3. “세계적 사회계약”과 “세계적 일반의사”에 의한 세계헌법 제정 실현방법의 본질 구조도 [제6 헌법존재론 도해]	344
가. 제6 헌법존재론 도해의 의의	344
나. 세계헌법 제정 이전의 인류 공멸의 위기상태의 철학적 본질 구조도 - 1도 “피상적 조명(superficial lighting)” -	346
다. “세계적 사회계약”상 “전면양도”와 “세계적 일반의사”의 철학적 본질 구조도 - 2도 “심층적 조명(deep lighting)” -	349
라. 1도 “피상적 조명”과 2도 “심층적 조명”의 존재론적 공존성의 철학적 본질 구조도 - 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)” - ...	354
VI. 결론	365
* 국문초록 및 주제어	367
* 영문초록 및 주제어	370
* 참고문헌	374

I. 서론

1. 연구의 방법과 의의

세계헌법 제정 문제는 매우 광범위하고 복잡하고 난해한 면이 있어 상당히 생소한 주제라고 생각될 수도 있을 것이다. 따라서 육하원칙{(누가(who, 何人), 언제(when, 何時), 어디서(where, 何處), 무엇을(what, 何事), 어떻게(how, 如何), 왜(why, 何故)}에 따라 설명하는 것이 문제의 이해에 도움이 될 수 있을 것이라고 생각된다.

- 1) 누가 세계헌법을 제정한다는 것인가? 즉, 세계헌법제정의 주체인 세계 인류의 공동체(세계연합)의 주권자와 세계헌법제정권자
- 2) 언제 세계헌법을 제정한다는 것인가? 즉, 세계헌법제정의 시기
- 3) 어디서 세계헌법을 제정한다는 것인가? 즉, 세계헌법제정의 장소
- 4) 무엇을 제정한다는 것인가? 즉, 세계헌법의 법적성격과 내용
- 5) 어떻게 세계헌법을 제정한다는 것인가? 즉, 세계헌법제정의 방법론
- 6) 왜 세계헌법을 제정해야 하는가? 즉, 세계헌법제정의 이유와 근거 및 필요성

등 여섯 가지 근본문제에 대하여 이하에서 살펴보는 것이 본고의 목적이고 내용이다.

이상의 여러 가지 문제들은 바로 오늘날 전 세계적으로 학문적, 제도적으로 매우 활발하게 연구되고 확산되고 있는 세계입헌주의(Global Constitutionalism)의 문제이다. 이것은 인간의 존엄성과 인권 및 세계평화와 세계 모든 사람의 안전과 행복을 실현하기 위한 인류의 염원을 현실화하고 있는 세계 인류, 세계인의 현재의 대장정이라고 할 수 있다.

이러한 세계적 추세에 맞추어 우리나라 헌법재판소는 2014년 “제3차 세

계헌법재판관 세계대회(3rd Congress of World Conference on Constitutional Justice)”를 성공적으로 성대하게 개최하였고, 그 결과물로 2016년 “글로벌 입헌주의와 다층적 인권보장의 전망-아시아 인권보장체제 설립 가능성 고찰-”이라는 큰 저서와 “Global Constitutionalism and Multi-layered Protection of Human Rights-Exploring the Possibility of Establishing a Regional Human Rights Mechanism in Asia-”라는 큰 영문 저서를 출간하였다. 또한 우리나라 헌법재판소는 나아가 아시아 인권재판소 설립을 위한 활발한 활동을 주도하고 있다. 아시아 인권재판소는 유럽연합(EU)헌법, 유럽인권재판소, 미주인권재판소 등과 맥을 같이하는 세계입헌주의와 세계헌법 정신과 내용의 표현이라고 볼 수 있을 것이다.

본고는 이러한 세계적 입헌주의의 확산과 발전 및 세계헌법의 제정 문제에 관하여 세계적인 학문적 제도적 실천적 현황을 개괄적으로 살펴보고 조금이나마 그 밑거름으로 기여하기 위한 것이다.

2. 세계적 입헌주의와 세계헌법 제정의 의의

세계헌법의 제정이라 함은 세계 모든 나라와 세계인 모두의 헌법을 제정하는 것을 말한다.

18세기 이래의 입헌주의에 의하면 헌법은 원래 하나의 국가의 최고 법을 의미한다. 그러나 21세기의 현대 세계는 하나의 지구촌이라는 새로운 개념이 부각되고 있다. 그것은 모든 세계인류는 이제 한 가족이라는 새로운 개념이 강조되고 있는 점과 맥을 같이 한다. 이러한 새로운 사상은 세계 모든 사람의 인간의 존엄성과 인권 보장을 통한 행복실현 및 세계평화를 반드시 이루어야 하겠다는 인류의 크고 위대한 의지를 반영하고 있다. 이를 실현하기 위해서는 세계 공통의 최고 규범인 세계헌법이 제정되어야 하겠다는 것이다. 이것을 범세계적 입헌주의라고 한다.

세계입헌주의(World Constitutionalism) 또는 글로벌 입헌주의(Global Constitutionalism)는 국제간의 법질서의 효율성과 공정성을 향상시키기 위해 헌법상의 제 원칙을 국제간의 법적 영역에 확장 적용하는 것을 확인하고 옹호하는 학문적 및 정치적 원리이다.¹⁾

따라서 세계헌법은 세계 모든 사람이 자유, 평등, 박애, 평화의 기본적인 인권을 보장 받고 인간의 존엄성과 궁극적 행복을 성취할 수 있는 새로운 세계질서 창설을 의미한다. 이것을 새로운 세계헌법질서라고 할 수 있다.

이를 위하여 전체 세계 인류시민이 스스로 주권자가 되는 독립된 법인인 세계공동체 즉 세계연합을 새롭게 창립하여, 이 세계공동체의 주권자인 세계 인류시민이 스스로 또는 그들의 대표인 개별국가와 유엔 등 국제기구를 통하여 세계 최고 헌법규범을 제정하는 것이 바로 세계헌법이다.

이제 세계헌법 제정 문제는 세계의 입헌주의가 개별적 국가들 차원의 미시적 입헌주의(Microconstitutionalism)에서 세계적 차원의 거시적 입헌주의(macroconstitutionalism)로 변모되었음을 나타내고 있다.²⁾

II. 세계헌법 제정의 근거와 필요성

- 왜 세계헌법을 제정해야 하는가? -

1. 세계헌법 제정의 세계 현실적 이유와 필요성

이미 수십 년간 세계평화와 인권 보장 및 세계헌법 제정을 위해 활발히

- 1) 세계헌법은 이 세계입헌주의의 원리에 입각하여 제정되고 실시하는 세계 모든 국가와 인류 모두에 적용, 실시되는 세계최고법인 세계헌법을 의미한다.
- 2) Christine E. J. Schwöbel, "Situating the debate on global constitutionalism", 2017 Oxford University Press, pp. 611-635, Internet, web-site 참조

활동하고 있는 세계적인 단체가 “세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA: World Constitution and Parliament Association)”이다. 이 세계적 단체가 이미 제안하고 있는 세계헌법의 전문(前文)은 다음과 같이 세계헌법 제정의 이유를 규정하고 있다. 이것은 오늘날 세계의 많은 국제기구와 학자들이 공감하고 발전시켜 오고 있는 세계적 입헌주의를 반영하는 세계헌법 제정의 의의와 필요성이 무엇인가 하는 것을 기본적으로 종합적으로 대변하고 있다고 할 수 있다.

즉, “오늘날 인류는 역사의 전환점에 이르렀으며 우리는 평화, 번영, 정의와 조화의 시대를 이끌어 줄 새로운 세계 질서의 문턱에 서 있다는 것을 깨닫게 되었다.

그러므로 사람, 국가 및 모든 삶의 상호 의존성을 인식한다. 과학과 기술에 대한 인간의 학대로 인해 인류는 대량 살상 무기의 생산과 생태 및 사회 재앙의 위기에 직면하게 되었다. 군사 방위를 통한 전통적인 안보 개념은 현재와 미래 모두에 대한 완전한 환상임을 깨달았다. 부자와 가난한 사람 사이의 격차가 갈수록 커지는 불행과 갈등을 인식하여야 한다.

임박한 총체적 종말로부터 인류를 구원하기 위한 후손에 대한 우리의 의무를 의식하고, 다양한 국가, 인종, 신념, 이데올로기 및 문화의 존재에도 불구하고 인류가 하나라는 것을 인식하며, 다양성을 가지면서도 전체적, 근본적으로 동일하다는 단일성 원칙은 전쟁이 금지되고 평화가 지배하는 새로운 시대의 기초이다. 지구의 총 자원이 인간의 복지를 위하여 공평하게 사용될 때, 기본 인권과 책임이 차별 없이 모든 사람에게 공유 될 때, 이 세상에서의 삶의 생존을 위한 가장 큰 희망은 민주적인 세계 정부의 수립이라는 피할 수 없는 현실을 의식한 것이다. 따라서 세계 시민으로 이 세계헌법에 따라 통치될 세계연합을 설립하여야 한다.”³⁾

3) PREAMBLE, CONSTITUTION FOR THE FEDERATION OF EARTH (As amended and ratified at the Fourth Constituent Assembly, Troia, Portugal, 1991,

2. 세계헌법 제정의 헌법적 근거와 필요성⁴⁾

가. 세계헌법 제정의 유토피아성 여부

만약 현재의 세계의 수많은 개별적 국가들의 차원에 입각한 입헌주의가 현대적 자유민주주의적 입헌주의의 본래의 진정한 인권보장과 국민주권의 의미를 실현하고 있고 따라서 세계적으로 정당하고 아무런 문제가 없는 것이라고 생각한다면, 세계입헌주의와 세계헌법이 필요하고 발전시켜야 된다는 논의는 단순한 유토피아라고 생각할 수도 있을 것이다. 그러나 이 문제에 대해 더 자세히 분석해 보면, 오늘날 세계에서 전개되고 있는 자유민주주의적 입헌주의와 비민주적인 반 인권적 입헌주의가 충돌하고 있는 것이 명확해진 현 세계 상황에서는, 개별 국가들 차원만에 국한된 입헌주의의 정당성은 초기에 명백했던 것보다 훨씬 복잡하고 문제점이 있으며 논쟁의 여지가 있다는 것이 지적되고 있다.⁵⁾ 오늘날 세계의 많은 학자들은 세계입헌주의와 세계헌법 제정이 단순한 유토피아적 환상이 아니라 실제로 필요한 올바른 방향이라고 강조하고 있다.⁶⁾

나. 세계적 입헌주의와 세계헌법의 헌법적 근거와 필요성

(1) 세계적 입헌주의에 관한 헌법학계의 세계적 동향

세계적 입헌주의와 세계헌법의 헌법적 근거와 필요성은, 세계 대다수 국

Internet web-site 참조.

4) 조병윤, “인간의 존엄성의 범세계적 실현을 위한 세계헌법의 제정방안”, 헌법학연구, 한국헌법학회, 제4집 제2호, 1998, 7-62 면 참조

5) Michel Rosenfeld, IS GLOBAL CONSTITUTIONALISM MEANINGFUL OR DESIRABLE?. Internet web-site 참조.

6) ANNE PETERS, The Merits of Global Constitutionalism, Internet web-site ; Michel Rosenfeld, op.cit.

가의 헌법학자들로 구성된 세계헌법학회(IACL)가 1981년 창립 이래 매 4년마다 세계 6대륙을 순환하며 개최하는 세계헌법대회의 대주제들이 이 문제를 많이 다루고 있는 점에 나타나고 있다. 위 세계헌법학회는 4년마다 정기적으로 열리는 제4차 세계헌법 학술대회(World Congress)를 1995년 여름 수백 명의 세계적 헌법학자들의 참석으로 일본 동경에서 개최하였다. 이 세계대회 개최에 앞서 선정된 가장 큰 주제의 하나는 바로 “범세계적 입헌주의의 개념이 가능할 것인가 또 가능하다면 그 개념은 어떠한 내용으로 정립되어야 할 것인가” 하는 것이었다.⁷⁾ 그 후 4년마다 제5회 네덜란드, 제6회 칠레, 제7회 그리스(2007)에서 개최된 동 세계대회의 주제도 세계적 헌법문제이었다. 2009년 11월 서울에서 “세계헌법학회 한국학회”가 세계헌법학회(IACL)와 공동 주최한 중급 규모(Round Table)의 세계헌법학자대회 대주제도 “21세기 헌법의 세계화와 선진화”라는 같은 맥락이었다. 2010년 12월 멕시코의 제8회 세계헌법대회도 세계헌법의 공통된 문제인 「헌법에 있어서의 원칙」이 주제였다.

(2) 2018년 개최될 제10회 세계헌법대회의 대주제 선정 과정상의 세계적 헌법문제 논의

세계적 입헌주의와 세계헌법의 헌법적 근거와 필요성은, 위의 세계헌법학회 (IACL)가 2018년의 제10회 세계헌법대회의 주제 선정을 하기 위해 전개한 최근 수년간의 학술적 논의과정에서도 다음과 같이 잘 나타나고 있다.

7) 이에 대해 저자는 헌법존재론에 입각하여 범세계적 입헌주의 개념이 가능하다는 것과, 범세계적 입헌주의 개념내용이 무엇인가를 밝히고 그것을 범세계적으로 어떻게 실현할 수 있을 것인가 하는 방법론을 발표하였다. 이에 관하여는 Cho, Byung-Yoon, “Le concept universel du constitutionalisme et la méthodologie de son développement”, in : Constitutional and Political Laws of the Republic of Korea, Korean Constitutional Law Research Institute, Seoul, Korea, 1993, pp.7~24.참조.

즉, 2018년 6월에 세계헌법학회(IACL)가 서울에서 개최할 제10회 세계 헌법대회의 대주제로 “세계화와 영토문제 간의 전쟁과 평화(War and Peace between Globalization and Territoriality)”라는 대주제와 “폭력적 충돌, 평화 구축, 그리고 헌법(VIOLENT CONFLICTS, PEACE-BUILDING AND CONSTITUTIONAL LAW)”이라는 대주제가 논의 되었고, 이 2개의 대주제를 종합하는 의미를 가진 후자의 대주제를 확정 선정하였다. 이 대주제의 취지를 구체화하는 분과별 토의로 그 첫 번째 Workshop의 주제를 “세계헌법 제정에 대한 논의”(The Debate on Establishment of the World Constitution)”로 하기로 결정하였다.⁸⁾⁹⁾

이 두 가지 대주제의 내용은 이 세계헌법학회(IACL)의 세계헌법대회 주제기획위원회(Program Commission)의 위원장인 Lech GALICKI 유럽인권 재판소 재판관과 부위원장인 Bertrand MATHIEU 프랑스 파리 1대학교 헌법교수가, 다수 헌법학자들의 심층적 논의를 바탕으로 하여 다음과 같이 공동으로 작성한 것이다

8) 이 “세계헌법 제정에 대한 논의”(The Debate on the Establishment of World Constitution)”에 관한 위 Workshop의 좌장(Co-chairs)으로는 필자(Cho Byong Yoon)와 미국의 Andrew Strauss 교수가 선정 되었다.

9) 이 대주제들의 선정 배경으로는, 이 2018년 제10회 세계헌법대회를 한국으로 유치 하기 위한 타 국가들과의 유치경쟁 과정에서 한국 유치위원회 대표들이 북한의 핵 문제와 인권 침해에 대한 세계평화를 위한 세계적인 헌법적 대응 필요성과 한반도 평화적 통일의 동북아 및 세계평화를 위한 시급한 필요성 등 세계평화와 세계적인 인권과 인간의 존엄성 보장에 대한 세계헌법적 대응의 긴요성을 강조한 것 등이 크게 영향을 미쳐, 결국 이 제10회 세계헌법대회를 한국 서울에서 개최하기로 유치 경쟁 승리를 가져 오게 된 것이 큰 배경의 하나라고 할 수 있다. 조병윤, “2018년 세계헌법학자대회 유치 경과 보고서-세계헌법학회 제10회 세계대회(2018년) 한국유치 성공과정과 기대효과”-, 세계헌법연구, 제20권 제3호, 세계헌법학회 한국학회, 2014, 183-205면 ; 조병윤, “세계헌법학회 제10회 세계대회(2018년) 한국유치 성공과정과 기대효과 및 대회주제”, 헌법학의 보고(寶庫)-한국헌법학회 48년(1968-2016)의 발자취, 사단법인 한국헌법학회, 2016, 16-31면 참조

(3) “세계화와 영토문제 간의 전쟁과 평화” (War and Peace between Globalization and Territoriality) : 제1안

“세계화와 영토문제 간의 전쟁과 평화”라는 주제의 내용은 다음과 같이 세계적 입헌주의와 세계헌법의 헌법적 근거와 필요성에 관하여 실증적으로 상세히 지적하고 있다.

이 대주제에 대한 3회의 전원출석 학술대회(plenary sessions)의 각 주제는 1) 전쟁, 평화 및 기본적 인권. 2) 전쟁, 평화 및 국경 3) 전쟁, 평화 및 그에 대한 세계헌법 제도적 대응 등이다. 4번째 전체대회(plenary sessions)인 “재판관 중심의 학술대회”도 이 대주제의 헌법문제에 대한 사법적 대응에 관한 것이다.

(가) 전쟁, 평화 및 기본적 인권 문제에 대한 세계 헌법적 대응

인도주의 법에서 전통적으로 개발된 “인권의 세계 보편주의”(universalism of human rights)개념은 최근에 개인 권리의 다른 헌법적 측면으로도 확장되고 있다. 동시에, 국제 테러로 인한 전쟁과 같은 새로운 형태의 전쟁의 출현은 기본적 인권과 관련하여 여타의 많은 다른 국가들에게도 실질적인 헌법적 도전을 안겨주고 있다. 그 중에서도 특정 갈등은 민족, 종교, 성별 또는 연령으로 정의된 세계 일반 인구의 특정 부분의 헌법적 권리를 희생시키는 경향이 있다.

(나) 전쟁, 평화 및 국가영토 경계문제에 대한 세계 헌법적 대응

국가의 고전적 개념은 영토와 관련된다. 국가영토 경계는 주권, 민주주의의 규칙 및 헌법의 적용 가능성과 같은 개념의 영토 범위를 결정한다. 동시에, 국경의 실질적인 모양은 지리적, 문화적, 언어적 요인에 의해서도 결정된다.

이 국경의 고전적인 개념과 기능은 현대에 몇 가지 문제에 직면해 있다. 한편으로는 도구와 갈등 영역으로 발전한 사이버 공간은 경계선을 무시하므로 국제 사회의 공동 대응을 촉구한다. 다른 한편, 특정 영토가 자결권을 주장하고 특정 국가가 다른 국가의 영토 내에 살고 있는 자기의 소수 민족의 보호를 강요할 때, 그러한 주장과 요구는 때로는 일부 국가의 존재 자체를 파괴할 정도로 충분히 강하게 나타난다. 전쟁과 무력 충돌은 종종 그러한 영토 분쟁을 수반하며, 어떤 상황에서는 테러리스트 구조로 쉽게 채워질 가능성을 만들어 낸다.

또한 외국인의 입국과 체류를 통제하는 국가의 특권에 대한 전통적인 특권은 대규모 이민과 특히 경제 및 정치적 이민자의 유입 또는 유입으로 인한 어려움을 해결하기 어렵다.

이러한 문제들은 개별적 국가 수준과 각국의 개별적 헌법 수준에서는 만족스럽게 해결 될 수 없는 것으로 보인다. 실제로 국제적 및 초국가적 기구들이 해결책을 제시하고 기존 갈등의 확대를 방지하기 위해 자율적인 역할을 하기 시작했다.

(다) 전쟁, 평화 및 세계적 제도화 문제에 대한 세계 헌법적 대응

전 세계에 존재하는 여러 가지 위협의 맥락에서 볼 때, 평화 유지의 일반적인 의무는 국가 차원에서 권력의 재분배를 요구한다. 따라서 권력 분립이라는 전통적인 개념을 재검토 할 필요가 있다. 위기 상황에서 정치 부문의 권한과 사법부의 권한 사이의 균형은 매우 신중한 평가가 필요로 할 수 있다.

현재 무력 충돌, 통제되지 않은 이주 과정, 정치적 전환 및 경제 위기의 축적은 거의 모든 국가에 영향을 미치는 제도적 헌법에 중대한 변화를 가져온다.

(4) “폭력적 충돌, 평화구축, 그리고 헌법(Violent Conflicts, Peace-building and Constitutional Law)” : 2018년 6월 18~22일 서울 세계헌법대회 대주제 확정안

헌법의 국제화 과정은 지난 수십 년 동안 상당히 발전했다. 헌법은 역사적으로 국민 국가와 관련되어 있지만, 초국가적 구조의 확산, 정치 및 경제적 맥락의 세계화, 인권 기준 및 요구 사항의 세계적 보편성이 강조되고 있다. 동시에 국제법의 관점에서 국가 정체성과 국가 주권에 대한 고려도 중요성과 타당성을 되찾고 있다. 이것은 때때로 국제법에서 채택된 해결책이 국가 헌법에 따라 요구되는 것에 적합하지 않을 수도 있기 때문에 일정한 긴장감을 조성한다.

그러한 긴장은 전통적으로 대외 관계의 영역에서, 특히 국가 또는 국가와 같은 행위자에 대한 무력 사용과 관련하여 나타났다. 간단히 말해서, “전쟁과 평화”의 헌법 및 국제 체제는 중복 될 뿐만 아니라 때로는 같은 질문에 대해 다른 대답을 제시한다. 이것은 항상 헌법주의자들과 국제주의자들 사이의 학제 간 논쟁을 키워왔다.

최근의 세계 정치 발전에 따르면 무력 충돌과 폭력은 전 세계적으로 여전히 존재한다. 지역적 대립과 결합된 세계 지정학적 긴장은 세계의 다른 지역에서 분출하는 다양한 형태의 갈등을 초래했다. 그들은 종종 “전쟁과 평화”라는 전통적인 관념을 뛰어 넘어 확장되기 때문에 일반적인 국제법의 관점에서만 그것들을 다룰 수는 없다. 따라서 그들의 세계적인 헌법적 측면도 충분히 고려되어야 한다.

그 외에 정부와 정부의 헌법 체제의 정상적인 운영과 국제법의 규칙과 원칙의 전통적 적용에 대한 도전을 야기하는 몇 가지 다른 유형의 폭력적 갈등이 있다. 유럽의 현재 난민 위기는 많은 사례 중의 하나이다.

위에서 언급한 갈등의 모든 유형에는 일반적으로 인기가 없는 소수 계

층에 중점을 두고 항상 여성과 어린이와 같은 가장 취약한 집단에게 특별한 고난을 안겨주는 높은 정도의 폭력이 수반된다. 이것은 폭력적 갈등의 또 다른 차원, 즉 인권의 또 다른 차원을 열어 취약 계층과 사회 부문에 분쟁과 폭력이 미치는 영향에 대한 차별화된 접근법을 필요로 한다.

마지막으로 모든 갈등이 끝나고 나면, 결국 평화 구축, 초국가적인 정의 및 사회의 정상적인 운영의 재건 문제가 세계적인 헌법적 관점에서 고려되어야 한다.

이상이 왜 2018년 세계헌법학회(IACL) 세계헌법대회(IAACL)의 주제로 현대 헌법 국가의 “폭력적 충돌, 평화 구축, 그리고 헌법”적 측면에 중점을 두는 주제가 제안되었는가에 대한 이유이다. 따라서 이 세계헌법대회의 3회 전체대회(plenary sessions)에서는 1) 현대 헌법의 전쟁과 평화, 2) 새로운 유형의 무력적 갈등에 대한 헌법적 대응 (테러, 하나의 국가내의 분리 탈퇴, 긴급 상황, 평화 구축), 3) 이주 과정의 헌법적 도전 과제 (주권, 국경 및 인권) 문제가 다루어지고, 4번째 전체대회(plenary sessions)인 “재판관 중심의 발표대회”도 위에서 언급한 세계적 위기의 헌법문제에 대한 사법적 대응에 관한 것이다.

(가) 현대 헌법의 전쟁과 평화

무력적인 충돌은 항상 정규 전쟁의 “고전적인” 형태를 취하는 것은 아니다. 전통적인 전쟁보다 때로는 더 많은 해를 입히고 파괴하는 무력 충돌 유형에는 여러 가지가 있다. 국제법이나 헌법은 국제 및 내부 무력의 분류법을 아직 정교하게 해석하지 못했다.

전쟁과 평화에 관한 결정은 항상 국가 주권의 핵심에 속해 있다. 그러나 동시에 유엔 헌장은 평화 유지의 일반적인 의무를 수립한다. 이것은 국가 차원에서 권력의 재분배를 요구한다. 따라서 권력 분립의 개념뿐만 아니라 전통적 주권 개념을 재검토 할 필요가 있다. 위기 상황에서 정치 부문의

권한과 사법부의 권한 사이의 균형은 매우 신중한 평가가 필요할 수 있다. 또한 전쟁과 무력 충돌은 필연적으로 인권에 영향을 미치며 인권과 국가와 사회의 보호 사이의 긴장을 조성한다.

(나) 새로운 유형의 폭력적 충돌에 대한 헌법적 대응(테러, 탈퇴, 긴급 상황, 평화 구축)

전쟁과 평화는 더 이상 전통적인 범주에 국한되지 않는다. 우리의 세기는 주권 국가 간의 전통적인 무력 대결 방식을 뛰어 넘는 폭력적인 갈등 유형을 많이 알고 있다. 한편으로는 무력 분쟁의 개념이 내전, 하나의 국가 내의 분리 독립 및 혁명으로 인한 내부 폭력의 상황으로 확대되었다. 반면에, 테러와 다국적 범죄의 확산은 전통적으로 국내적 성격의 위협을 세계화시켰다.

정치적, 군사적, 경제적 성격의 갈등이 끊임없이 늘어나는 상황에서 안보에 대한 논의가 신중히 고려될 필요가 있다. 그러나 안보 조치 강화는 새로운 정책의 첫 번째 희생자가 될 수 있는 기본적인 인권 보호를 위한 조치의 강화에 대한 논의를 불러올 수도 있다. 이 문제는 현대 세계 조직의 세 가지 수준, 즉 세계적, 세계의 각 지역적, 및 국가적 차원에서 다루어져야 한다.

(다) 이주 과정의 헌법적 도전 과제(주권, 국가영토 경계 및 인권)

국제적 난민 등 국제적 이주과정상의 문제들은 국가적 수준과 헌법적 수준만으로는 항상 만족스럽게 해결될 수는 없는 것으로 보인다. 실제로 국제적 및 초국가적 기구가 해결책을 제공하고 기존 갈등의 확대를 방지하기 위해 자율적인 역할을 하기 시작했다. 이 과정에서 서로 다른 가치 집합이 수용되어야 하는데, 특히 개별적으로 분리된 국가들의 각각의 정체성과 세계적 일반적으로 인정되는 세계적 헌법가치 사이의 긴장이 포함되어

야 한다.

3. 세계헌법 제정의 헌법 철학적 근거와 필요성

- 세계 인류 모두가 하나이고 단일하고 동일하다는 헌법 철학적 원리(세발자전거론) -

가. 헌법 철학적 근거를 명확히 해야 할 필요성

여기서 왜 헌법 철학적 근거를 명확히 해야 할 것인가 하는 필요성은, 위의 헌법적 근거에서 본 바와 같이, 세계의 많은 학자들이 세계적 입헌주의와 세계헌법의 실제적 필요성을 인정하고 문제 제기를 하면서도, 그 해결방법에 대한 구체적이고 이론적이며, 헌법 원리적이고 헌법철학적인 근거 제시에 한계가 있음으로 인해 그 해결책을 구체적으로 제시하는데 미흡하고 따라서 설득력과 실천력이 미약한 부분이 많이 있기 때문에, 그 대전제인 이 세계적 문제와 헌법의 근본적 본질 문제들을 명확히 조명하고 밝혀야 하기 때문이다.

따라서 1) 헌법이 무엇인가 하는 헌법 존재론적 헌법철학과, 2) 인류가 왜 하나이며, 따라서 인간이 무엇인가, 그리고 인간이 왜 존엄하며 어떻게 존엄한가 하는 인간의 존엄성의 헌법 철학적 본질과, 3) 인류 생존문제인 세계적 난문제들의 해결책으로서의 세계헌법은 인류 전체의 세계적 사회계약이라는 관점에서, 세계 인류의 세계적 사회계약과 그에 의한 세계 인류의 세계적 일반의사의 본질이 무엇인가 하는 사회계약과 일반의사의 헌법 철학적 본질 및 4) 국민주권이 국민의 일반의사의 표현이라는 관점에서, 국민주권과 세계시민주권의 본질적 동일성과 세계시민주권과 세계시민의 일반의사의 동일성의 헌법철학적 본질을 밝혀야 할 필요성이 매우 긴급

하게 되었다.¹⁰⁾

왜냐하면 이상의 문제들은 헌법의 가장 궁극적이고 근원적인 본질을 밝혀 주는 헌법의 핵심이기 때문이다. 세계헌법의 제정 문제도 이러한 헌법의 궁극적이고 근원적인 핵심 원리에 뿌리를 굳게 내리고 심도 깊게 조명할 때 비로소 올바른 해법을 찾을 수 있을 것이다.

이 점이 본고의 모든 논의 해결의 근본적 밑거름이 되는 핵심 과제라고 할 수 있을 것이다.

이러한 네 가지의 근본 문제를 밝혀 주는 헌법 철학적 원리는 다음과 같다. 즉 그러한 근본적 의문들은 1) 헌법의 자연법으로서의 진리성, 2) 인간의 존엄성의 자연법으로서의 진리성, 3) 국민과 세계시민의 일반의사의 자연법으로서의 진리성, 4) 세계시민 사회계약과 세계시민주권의 자연법으로서의 진리성 등을 명확히 조명할 때 비로소 잘 밝혀질 수 있을 것이다.

나. 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거로서, 자연법으로서의 진리의 속성

위에서 본 여러 가지 측면의 “자연법으로서의 진리성”을 명확히 밝히기 위해서는 그 대전제로 자연법과 진리의 본질과 속성이 무엇인가 하는 것을 먼저 알아 볼 필요가 있을 것이다.

철학적인 관점에서, 자연법의 근원과 그 진정한 헌법적 의의를 밝혀주는 진리는 변함없이 완전무결하게 항상 올바르며 전 우주에 한 점의 예외 없이 존재하고 있다. 따라서 이것을 존재 철학적으로 조명하면, 진리는 1) 시간초월성 2) 공간초월성 3) 무형성 4) 불가분성 5) 단일성과 일체성 6) 완전성과 무오류성 및 7) 단일성과 동일성 및 불가분성에 상응하는 사랑과

10) 이상의 제 근본 문제에 대한 헌법 존재론적 헌법철학에 의한 근원적 해명에 관하여 상세히는, 조병윤, 헌법학원리, 제2판, 성광사, 2010, 3면 이하 참조.

자비의 본성을 가진다.¹¹⁾ 자연법적 진리의 이 사랑과 자비의 본성을 프랑스헌법 제2조는 자유, 평등과 함께 박애(fraternity :형제애, 인류애)라는 이름으로 프랑스 헌법과 국가의 3대지표로 규정하고 있다.¹²⁾

변함없이 완전무결하고 항상 올바른 내용을 가지는 자연법의 진정한 의미와 속성도 이러한 진리의 속성을 동일하게 가지고 있다. 왜냐하면 자연법은 결국 진리와 동일한 다른 표현이기 때문이다. 이것이 존재론적 자연법론의 헌법철학이며 이것을 반영한 헌법관이 헌법존재론이다.¹³⁾

다. 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거로서, 세계 인류 모두가 하나이고 단일하고 동일하다는 것을 밝혀 주는 헌법 철학적 원리

세계적 입헌주의와 세계헌법의 헌법 철학적 근거는 바로 인간의 존엄성이 자연법적 진리성을 그 본질로 하고 있기 때문에, 인간의 존엄성이 세계 보편적 인권이라는 점이다. 이 점은 인간 존재 자체가 자연법적 진리성을 가지고 있기 때문에 세계 인류 모두가 하나이고 단일하고 동일하다는 존재 철학(ontology)적, 헌법 철학적 원리에 바탕을 두고 있다.

이와 같이 세계적 입헌주의와 세계헌법의 헌법 철학적, 헌법적 근거를 명확히 조명하고 밝혀주는 것이 다음과 같은 존재철학(ontology)적, 헌법 철학적 원리(“세발자전거론”)이다.

- 11) 조병윤, “인간의 존엄성의 본질과 “내적진리”의 세발자전거론”, 금광 김철수 선생 팔순기념 논문집 - 헌법과 기본권의 현황과 과제, 경인문화사, 2012, 408면 이하 ; 조병윤, 전계서, 19면 이하
- 12) 현행 프랑스 헌법 제2조는 “The maxim of the Republic shall be “Liberty, Equality, Fraternity(프랑스의 국가적 지표는 자유, 평등, 박애이다.”라고 규정하고 있다.
- 13) 자연법의 본질과 내용에 관한 세계의 여러 학설의 문제점과 자연법의 진리성에 근거한 헌법 존재론적 헌법관의 헌법철학적 조명에 관하여는, 조병윤 전계서 22면 이하 ; 조병윤, “인간의 존엄성의 본질과 “내적진리”의 세발자전거론”, 전계논문, 407면 이하 참조)

즉, 모든 실재적 존재(being, l'être, Sein)의 존재론(ontology)적 구조 속에는, 한편으로는, 눈에 보이는 “외적이고 현상적이고 구체적인 피상적 요소(제1요소)”와, 다른 한편으로는, 무형적이어서 눈에 잘 보이지는 않고 따라서 그 존재 자체와 그 실체를 쉽게 파악하기는 어렵지만, 엄연히 실제로 존재하고 있는, “내적이고 본질적이며 추상적인 심층적 요소(제2요소)”가 혼합적으로 함께 공존하고 있다. 전자는 “유(有)”, 후자는 “진리(Truth, Vérité, Wahrheit)”를 의미한다.¹⁴⁾

이것을 헌법에 관하여 보면, 유(有)(제1요소)는 실정법, 진리(제2요소)는 자연법을 의미한다. 후자(제2요소)는 보통 눈으로 구체적으로 잘 볼 수 없기 때문에 “없음”으로 생각하여 무(無)라고 호칭하는 경향이 있다. 그러나 이 무(無)의 진정한 의미는 단순히 아무것도 없다는 “부존재라는 의미의 무(無)”, 내지 “아무것도 없다는 허무주의적 무(無)”가 아니다. 오히려 이 무(無)의 진정한 의미는, 눈으로 쉽게 볼 수 없고 따라서 그 본질과 실체를 쉽게 파악하기 어려운 자연법과 진리라는 이 제2요소를 알아보게 하고 긍정할 수 있게 하는 “통로 내지 관문으로서의 무(無)”라고 보아야 할 것이다. 이러한 의미에서 이 제2요소(진리)를 지칭하는 무(無)는 단순히 “없을 무(無)”가 아니라 이 제2요소인 진리를 긍정하는 “긍정적 무(無)”라고 보아야 할 것이다. 이 긍정적 무는 위의 제1요소인 “유형적 유(有)”를 초월하여, 제2요소인 진리라는 “또 다른 무형적 유(有)”의 존재로 안내하는 안내자로서의 무”라고 보아야 할 것이다. 이 경우 무는 단순히 “없을 무”가 아니라 “진리를 있는 것으로 알게 해주는 무”라는 의미에서 “진리를 알려주는 무”, “진리 있을 무” 즉 “있을 무(無)”라고 보아야 할 것이다. 이와 같이 여기의 무는 “없을 무”가 아니라 “있을 무”인 것이다.¹⁵⁾

14) 조병윤, “인간의 존엄성의 본질과 “내적진리”의 세발자전거론”, 전계논문, 412면 이하 ; 조병윤, 전계서, 34면.

15) 조병윤, “인간의 존엄성의 본질과 “내적진리”의 세발자전거론”, 전계논문, 420면 ;

라. 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거로서의 인간의 존엄성의 헌법 철학적 본질

세계헌법 제정의 헌법 철학적 근거를 더욱 명확하게 밝히기 위하여, 위에서 본 모든 존재의 존재철학(ontology)원리를 인간 존재와 인간의 존엄성의 존재 철학적 존재구조에 대입 조명하여 살펴보면 다음과 같다.

수십 억 세계 전체 인류를 구성하고 있는 개별적 인간의 위의 본질을 알아보기 위하여, 대표적으로 간단히 인간 “A”와 인간 ”B”의 본질을 먼저 살펴보는 것이 편리할 것이다.

인간 “A”와 인간 “B”는 겉으로 보이는 외형적 모양과 상태 및 이해관계(제1요소)로는 완전히 서로 다른 사람이다. 그러나 위에서 진리의 속성에 관하여 살펴본 바와 같이, 진리(제2요소)는 우주 공간에 없는 곳이 없이 어디에나 존재하는 공간초월성을 가지고 있기 때문에, 인간 “A”와 “B”에게도 당연히 이 진리가 존재한다. 진리는 무형성을 본성으로 하므로, 이 인간 “A”와 “B”의 내에 무형적으로 존재하고 있는 진리를 “A”와 “B”의 각각의 “내적 진리”(위의 제2요소)라고 부를 수 있다.

모든 사람이 다 이 “내적진리”를 자신의 속성으로 가지고 있다는 점에서 인간은 그 본성이 진리체이다. 따라서 모든 사람은 다 위에서 본 진리의 본질과 7대 속성을 가지고 있다. 그러므로 모든 인간은 진리와 같은 내용으로 존엄하다. 인간이 무엇인가, 그리고 인간이 왜 존엄하며 어떻게 존엄한가 하는 문제는 여기에서 비로소 해명된다. 여기에 인간의 존엄성의 본질과 근원적 실체적 내용이 있다.¹⁶⁾

한편, 위에서 진리의 속성에 관하여 본 바와 같이, 진리는 불가분성을 가지고 있기 때문에, 인간 “A”와 “B”의 각각의 “내적 진리”는 단일하고

조병윤, 전계서, 34면 이하.

16) 조병윤, “인간의 존엄성의 본질과 “내적진리”의 세발자전거론”, 전계논문, 419면 이하.

동일한 하나의 진리 즉 우주적 진리이다. 그러므로 인간 “A”와 “B”는 단일하고 동일한 일체이다. 이 점에서 바로 세계 인류 모두가 하나이고 단일하고 동일하다는 헌법 철학적 원리가 밝혀진다. 여기에 인간의 존엄성과 인권의 세계적 보편성과 그에 따른 세계헌법 제정 필요성의 헌법철학적 근거가 있다.

이것에 대한 이해의 편의를 위하여 알기 쉽게 세 개의 원형으로 도해화 해볼 수 있다. 즉, 위에서 본 인간 “A”의 1) 외적이고 피상적인 제1요소와, 2)내적이고 심층적인 제2요소와, 3) 이 두 가지 요소의 혼합인 공존적 존재구조 등 인간 존재 구조의 세 가지 측면을 각 각의 원형 내에 표현한 후, 이 세 개의 원형의 상호관계를 종합적인 도면으로 표시하면 된다. 이 도해가 이른바 “제1 헌법존재론 도해”이다. 이 도해에서 3개의 원형의 상호 관계를 표시한 모양이 마치 세 개의 바퀴가 돌아가고 있는 것과 유사하게 보인다는 점에서 이 도해를 “세발자전거 도해”라고 칭한다. 이와 같이 이 “세발자전거 도해”가 인간의 존엄성의 헌법 철학적 원리를 밝혀준다는 의미에서, “헌법존재론 도해”라고 하고, 그 이론을 “세발자전거론(Theory of Tricycle)”이라고 한다.¹⁷⁾

마. 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거로서의 세계적 사회계약과 세계적 일반의사의 헌법 철학적 본질

(1) 사회계약상 “전면양도”와 “일반의사”의 의미

인류의 생존문제인 세계적인 난문제들과 위기의 해결책으로서의 세계헌

17) “제1 헌법존재론 도해”와 “세발자전거론”에 관해 상세히는, 조병윤, “인간의 존엄성의 본질과 “내적진리”의 세발자전거론”, 전계논문, 405면 이하 및 조병윤, 전계서, 267면 이하 참조. 인간의 존엄성과 내적진리를 이해하기 쉽게 도해에 의해 조명함으로써, “인간과 진리의 존재론적 구조”를 명확히 밝혀주는 “제1헌법존재론 도해”는 조병윤 전계논문 414면, 조병윤 전계서 267면에 있음.

법은 인류 전체의 세계적인 사회계약에 의해 창출된다고 할 수 있다.

원래 루소(Jean-Jacque Rousseau)의 이론에 의해 대표되는 사회계약은, “만인의 만인에 대한 투쟁”의 상태인 자연 상태에서 각각으로 분열되고 독립되어 생긴 자신들의 생존의 위기를 탈피하기 위하여 함께 뭉쳐 함께 잘 살자는 사회계약을 체결한 것을 의미한다. 따라서 그 사회계약의 핵심 계약내용은 이 사회계약 체결자들인 모든 구성원이 각자 자신들의 개인적이고 특수한 이익 모두(위에서 본 인간 “A”의 제1요소)를 공동체에 “전면양도Total alienation, alienation totale : 무화(無化)”한다는 것이다. 그 결과 모든 구성원의 “공동선”인 “일반의사(general will, volonté générale)”(위에서 본 인간 “A”와 “B”의 제2요소 : 내적진리)가 출현하여 구성원 모두가 행복하게 공동체를 잘 운영하게 된다는 것이다.¹⁸⁾

이것이 사회상태로서 오늘날의 바람직한 발달된 선진 민주국가를 의미한다. 그러나 오늘날 현실의 세계상태는 위에서 본 바와 같이 이러한 바람직한 상태가 아니다. 오히려 수많은 원인으로 인해 인류 공멸의 위기에 처해 있다. 이 세계적 위기를 극복하여 인류 모든 사람의 안전과 인간으로서의 존엄성과 모두의 행복을 성취하려는 것이 세계헌법의 제정이다. 여기에 세계헌법 제정의 헌법철학적 근거와 필요성이 있다.

Ⅲ. 세계헌법제정의 주체와 방법

1. 세계헌법제정의 주체의 의의

세계헌법제정의 주체라 함은 누가 세계헌법을 제정하는가를 밝히는 것으로

18) Jean-Jacque Rousseau, *Du Contrat social ; ou, Principes du Droit Politique*, Premiere edition, Marc-Michel Rey, Amsterdam, 1762.

로, 세계헌법제정권력을 누가 가지고 있는가를 의미한다. 따라서 세계의 주권자와 헌법제정권자가 누구인가 하는 문제이다.

세계헌법은 전체 세계 인류시민이 스스로 주권자가 되는 독립된 법인인 세계연합을 새롭게 창립하여, 이 주권자인 세계 인류시민이 스스로 또는 그들의 대표인 개별국가와 유엔 등 국제기구를 통하여 세계 최고 헌법규범을 제정하는 것이기 때문에, 이 세계연합의 주권자와 세계헌법제정권자는 세계 인류시민이 된다. 따라서 세계헌법제정의 주체는 세계연합의 주권자인 세계 인류시민이다. 유엔 등 국제기구가 개별국가들과 함께 세계헌법을 제정하는 경우에도, 그것은 어디까지나 주권자인 세계 인류시민의 수임자인 대표로서 세계헌법을 제정하는 것이라는 점을 세계헌법 자체에 규정함으로써 세계헌법제정의 주체가 명확히 밝혀진다.

이와 같이 세계헌법을 제정하는 방법과 절차로는 1)세계연합의 주권자인 세계 인류시민의 수임자인 대표로서 국제연합(UN)에 의한 제정방법과 2) “세계 모든 국가를 포함한 세계전체시민의 연합체”인 “세계연합”의 주권자인 세계인류시민 스스로 제정하는 방법이 있다.

2. 국제연합(UN)을 통한 세계헌법의 제정 방법

세계헌법 제정을 한다면 이것은 국제연합(UN)이 주도해야 한다는 견해가 있다. 이 경우 국제연합(UN)은 세계연합의 주권자인 세계 인류시민의 수임자인 대표로서 세계헌법을 제정하게 된다. 국제연합(UN)이 세계헌법을 제정하는 경우에는 국제연합(UN)헌장 제18장의 제108조와 제109조의 국제연합(UN)헌장 개정 절차 규정과 국제연합(UN)헌장 제19장의 제110조와 제111조의 비준과 서명 규정을 참조하여, 국제연합(UN)이 세계헌법 제정 절차 규정을 새로이 만들고 이에 따라 세계헌법안을 만들어 세계헌법을 제

정하여야 할 것이다. 이 경우 국제연합(UN)헌장의 개정 절차 규정과 그 비준과 서명 규정은 재검토 될 수 있다.¹⁹⁾

3. “세계연합”에 의한 세계헌법의 제정

가. 세계연합에 의한 세계헌법의 제정의 의의

세계 모든 국가를 포함한 세계시민에 의한 세계헌법의 제정방법은 세계 공동체(세계연합)의 주권자인 세계인류 시민이 자신들의 공존과 번영을 위한 “세계적 일반의사”의 실현을 위해 세계 인류의 실제적인 “세계적 사회 계약” 체결을 하는 세계헌법 제정 방법이다. 세계시민이 직접 세계헌법 제정을 위한 활동을 하게 된 것은 다음과 같이 국제연합(UN)을 통한 세계헌법의 제정이 불가능하고, 적절하지 못하다고 판단되었기 때문이라고 한다.²⁰⁾

나. 국제연합(UN)을 통한 세계헌법 제정의 문제점과 세계연합에 의한 세계헌법 제정 필요성

세계헌법의 제정을 위해서는 2차 세계대전 이후 70여 년간 현재까지 세계 정치 군사 경제 인권 지구환경 등 세계질서를 이끌어 오고 있는 국제연합(UN)체제의 세계질서와의 관계가 무엇인가를 분명히 밝히는 것이 핵심적으로 필요하다. 국제연합(UN)은 회원국 간의 조약에 근거하는 현행의 세계질서 체제이지만, 새로운 세계헌법은 회원국 간의 단순한 조약이 아니라, 세계 모든 인류시민과 모든 국가를 포함하는 독립된 법인인 세계연합을 신

19) UN헌장 제18장 제108조, 제109조, 제19장 제110조 참조

20) Roger Kotila, (Vice President, World Constitution and Parliament Association), Earth Constitution Strategies, Internet web-site 참조

생 국가 탄생과 같이 새롭게 창립하여 그 최고규범인 세계헌법을 제정함으로써 새로운 세계헌법질서체제를 창설하는 것이다.

“세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”의 부회장인 로저 코틸라(Roger Kotila)는 세계헌법(The Constitution for the Federation of Earth : CFE)은 “중요한 유엔 개혁”이 완전히 부적절하다는 가능성을 보여주는 새로운 “민주적 세계연합(democratic world federation)”을 창설하는 청사진이라고 아래와 같이 지적하고 있다.²¹⁾

즉, 유엔이 민주적인 세계연합으로 전환될 수 없다면 세계연합은 공허하게 될 것이다. 세계연합의 전략적 이점은 UN회원 국가들의 승인을 기다릴 필요가 없다는 것이다. 세계연합은 세계헌법을 비준하거나 세계연합의 발전을 도울 세계시민과 공동체를 통해 즉시 세계연합의 창설을 개시할 수 있기 때문이다.

유감스럽게도 많은 세계연합주의자들과 유엔개혁 운동가들은 세계 위기에 대한 해결책을 모색할 때 세계헌법 제정의 중요성을 파악하지 못했으며, 다만 유엔이 “강화되거나” 민주화될 수 있다는 희망에 지나치게 의존했다. 따라서 유엔 체제의 개혁으로 대량 살상 무기, 전쟁, 지구 온난화, 빈곤 및 인권 유린을 제거할 수 없다는 것이 명백해지면, 세계헌법 제정 문제를 비로소 추진해야 하겠다는 생각조차 거의 없었다. 개별적 사안에 대한 시위, 네트워킹, 국제회의 등을 활용하거나, 국제형사재판소와 같이 새로 생기는 특별한 목적을 위한 국제기구 등을 활용하여 문제를 개선하려는 전략이 비록 도움이 될 수도 있지만, 지금까지는 세계헌법 제정과 같은 세계적 문제의 규모와 범위에는 미흡하고 부적절하였다.²²⁾

21) Roger Kotila, op. cit.

22) Roger Kotila. op. cit.

다. 세계연합의 “세계 사회계약”에 의한 세계헌법의 제정 방법 - 세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)의 세계헌법안 -

세계헌법에 대한 “세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”의 공식 명칭인 “지구연합 헌법(The Constitution for the Federation of Earth(CFE))”은, 1959년에 창설된 “세계헌법과 세계의회 협의회”(WCPA : World Constitution and Parliament Association)에 의한 40년이 넘는 헌신적인 노력의 절정을 이룬다. “세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”는 아메라싱(Terence Amerasinghe) 및 다른 사람들의 도움으로 아이슬리(Philip Isely)가 처음 설립한 세계주의자들 단체로 구성되었다.

세계헌법제정을 달성하기 위한 그들의 요청은 전 세계적으로 개인과 국가 정부에 배포되었다. 나중에 세계헌법제정 의회가 3회 개최되었고, 25개국에서 온 수백 명의 시민들이 참여한 가운데 세계헌법안은 1977년 오스트리아 인스부르크에서 채택되고, 1991년 포르투갈의 트로이아에서 59차례 개정된 후 승인되었다.²³⁾

세계연합의 세계헌법 제정 추진 전략은 일하고 성장하는 민주적인 세계연합을 건설하려는 시도 이상의 것이라고 코틸라(Roger Kotila)는 아래와 같이 그 의의를 지적하고 있다.²⁴⁾

즉, “세계헌법과 세계의회 협의회” (WCPA : World Constitution and Parliament Association) 회원들에게 세계헌법 (The Constitution for the Federation of Earth (CFE)은 이상주의가 새로운 기준이 되는 세계에 대한 새로운 비전의 핵심이며 정신이다. 세계연합은 모든 시민, 특히 평화, 환경

23) 주요 인물인 Isely는 유엔의 불같은 비평가였다. 그는 변호사 Amerasinghe, D.M.와 함께 원안 작성위원회에서 근무했다. Spencer(인도)와 Syed Muhammad Husain. 국제 변호사 Max Habicht(스위스)는 CFE가 처음 채택되었을 때 1977년 회의를 주재했다.

24) Roger Kotila, op. cit.

및 인권 운동을 위한 새로운 정신을 상징한다. 세계연합이 추구하는 원칙에는 세계 애국심이 애국심의 가장 높은 형태로 포함된다. 다양성을 가지면서도 단일성을 가진다. 좋은 정부이며, 개방성을 가진 진정한 민주주의이다. 세계연합은 대량 살상 무기의 금지, 전쟁 폐지, 지구 환경 보호, 세계 사법부 운영, 보편적 인권 옹호, 빈곤 감소 등을 목표로 한다. WCPA 회장 글렌 마틴(Glen Martin) 교수는 세계 연합이 세계의 모든 사람을 포함하고 아무도 제외시키지 않는다고 선언한다. 그러므로 모든 인간을 세계시민으로 인정하고 모든 국가가 헌법에 적용되는 모든 권리, 특권 및 이익을 가진 회원으로 포함한다.²⁵⁾ 세계연합(지구 연맹)이 지구상의 멸종 위기를 위협하는 지구적 위기를 해결할 수 있는 유일한 기관임을 분명히 해야 한다고 한다. 성장하고 대중화된 세계연합은 합법적인 세계정부에 필요한 모델을 제공할 뿐만 아니라, 유엔 개혁의 대안이기도 하다. 코틸라(Roger Kotila)박사는 유엔 개혁이 성공하기를 바란다고 지적하고 있다. 그러나 이것이 비현실적이라면, 새로운 대체 전략을 모색하는 것이 당연하다고 한다. 세계연합, 세계헌법, 세계 의회가 모든 것을 바꿀 수 있다. 여기에 유엔 개혁과 대등한 시간과 노력을 기울여야 한다고 지적한다.²⁶⁾

25) Martin, Glen T. A Constitution for the Federation of Earth: With Historical Introduction, Commentary, and Conclusion, Institute for Economic Democracy Press, 2010. ;Martin, Glen T. One World Renaissance: Holistic Planetary Transformation through a Global Social Contract, Institute for Economic Democracy Press, 2016 ; Martin, Glen T. The Earth Federation Movement, IED Press, 2011.; Martin, Glen T.. “Human Dignity and Our Global Social Contract”, Internet web-site ;Martin, Glen T.. Human Rights and Our Global Social Contract, Posted by rgaldowcpa on November 16, 2016, 참조

26) Roger Kotila, op.cit ; 위의 주25)참조.

라. 세계연합의 세계헌법(세계연합 헌법)의 제정 추진 경과²⁷⁾

“세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”는 세계헌법에 따라 세계연합을 창설하는데 헌신하고 있다. 1958년 이래로 이 기구는 전 세계에서 세계헌법을 작성하고 비준하기 위해 전 세계 회원으로 활동해 왔다. “세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”는 또한 그들의 세계헌법안인 “지구 헌법” 제19조의 권한 하에 임시 세계 의회의 12개 세션을 후원하여 과거의 부당한 세계 질서의 틀 안에 자유, 정의, 번영 및 평등이라는 새로운 세계 질서를 구축했다. 이 활동의 전개 과정은 “세계헌법안(지구헌법)의 주요 역사”에 잘 나타나 있다.²⁸⁾

IV. 세계헌법의 법적성격과 내용

1. 세계헌법의 법적성격

가. 단순한 조약이 아닌 최고 헌법규범으로서의 법적성격

세계헌법은 대량 살상 무기의 금지와 세계평화의 달성, 지구 위기 대응과 지구 환경 보호, 보편적 인권 보호, 세계경제와 세계금융, 세계무역, 세계보건과 체육, 세계빈곤 감소와 세계인류의 인간의 존엄성과 생존권 보장 등 세계 인류의 공동 번영과 안전 등 포괄적이고 총체적인 세계 목표를 달

27) 지구 연맹 운동 : 지구의 사람들을 위한 글로벌 사회 계약의 창립, 글렌 T. 마틴, 경제 민주주의를 위한 연구소, 2011

28) Martin, Glen T. A Constitution for the Federation of Earth: With Historical Introduction, Commentary, and Conclusion, Institute for Economic Democracy Press, 2010. ; A Brief History of the Earth Constitution, Internet web-site 참조

성하기 위해, 세계 모든 인류 시민과 모든 국가로 구성되는 독립된 법인인 세계연합을 창설하여 그 단일 불가분의 주권자인 세계인류 시민이 그들의 대표인 개별국가들과 함께, 스스로 정한 세계헌법 제정의 절차와 방법에 의해 스스로 제정한 세계 최고의 법규범이다. 그러나 조약(條約)은 독립된 주권을 가진 주권국가와 주권국가 사이에 맺은 법적 구속력을 가지는 약속이라는 점에서 세계헌법과는 법적성격이 다르다. 세계헌법은 세계 인류시민이라는 단일 주권자가 단일 연방국가와 같은 단일 법인인 세계연합을 창립 선언하여 자신의 주권의 내용인 헌법제정권력을 스스로 또는 자신의 대표인 국가와 유엔 등을 통하여 행사하여 자신의 세계연합의 최고 규범인 세계헌법을 제정하는 것이므로, 독립된 주권국가 간의 조약과는 그 법적성격이 근본적으로 다르다. 세계연합의 구성원인 개별국가들은 연방국가의 주(州)와 같이 그 개별국가 내에서는 주권을 가지고 있지만, 연방국가의 주(州)의 주권과 같이 세계연합의 주권과 세계헌법의 하위에 있는 것으로, 세계 최고헌법인 세계헌법의 규범력의 구속을 받는다는 한계 내에 있다.

국제조약(國際條約)이란 1969년 “조약법에 관한 비엔나협약”이 규정하고 있는 바와 같이, 조약, 협약, 협정, 규약, 규정, 헌장 등 특정의 명칭에 관계없이, 서로 독립된 주권국가와 국제기구가 필요에 의해 상호 합의하여 지키기로 약속한 국제적 합의로서 일종의 국가 간 계약과 같은 것으로, 서로 약속한 내용을 지켜야 하므로 법적 준수가 보장되는 것이다. 예컨대 현재의 유엔 헌장은 유엔에 가입한 모든 국가에게 규범적 구속력을 갖는 다자적 국제조약으로, 회원국은 유엔 헌장에 규정된 내용을 충실히 이행하여야 한다.

세계헌법이 유엔을 통해 제정되는 경우에는 세계의 주권자인 세계 인류 시민이 세계 연합을 창립하여 자신의 주권의 내용인 헌법제정권력을 자신의 대표인 국가와 유엔을 통하여 행사하여 자신의 세계연합의 최고 규범인 세계헌법을 제정하는 것이라는 점을 세계헌법에 규정함으로써 세계헌법의

본래의 목표와 취지를 살릴 수 있을 것이다. 이에 의해 유엔은, 세계 모든 조직과 권력과 기관에 대한 수권적 조직규범인 세계헌법의 산하 기관으로서, 주권자 겸 헌법제정권자인 세계 인류시민의 대표의 지위에 있게 된다. 따라서 이와 같이 유엔을 통해 제정되는 세계헌법도 독립된 단일 주권을 가진 단일 법인체인 세계연합의 최고헌법이므로, 독립된 개별 주권국가 다자간의 조약이 아니라는 점에서 그 법적성격이 조약과는 근본적으로 다르게 된다.

세계헌법은 헌법 일반의 원리를 개별국가들의 차원에서 한 단계 넓혀 세계 모든 국가 차원에서 제정되어 적용되는 전 세계의 최고 법규범이다. 그러므로 세계헌법은 국가들 양자간 또는 다자간의 단순한 조약과는 다르게 헌법의 일반원리에 따라 다음과 같은 헌법적 법적성격으로서의 제 특성을 가진다.

나. 세계헌법의 법적성격의 특성

(1) 세계헌법의 전세계적 포괄적 총체적 규범성

세계헌법은 세계의 최고 법규범이므로 모든 법의 핵심성격인 규범성을 가지는 것은 당연하다. 법의 규범성은 법철학자 예링(Jhering)의 지적과 같이 강제력을 그 핵심 내용으로 한다. 세계헌법은 헌법일반과 마찬가지로 정치성과 이념성 및 역사성과 가치성을 특성으로 하므로, 그 강제력이 각국의 법률보다는 다소 구체화되기 어려운 측면이 있을 수 있다. 그렇다고 하더라도 이로 인해 세계헌법의 규범성을 부정하는 것은 타당하지 아니하다. 세계헌법의 규범성은 상당부분 각 개별국가에 위임되어 실현될 수 있고, 세계의 주요 문제에 대해서는 세계헌법 자체의 규범력을 발휘하여 유효한 각종 국제적 세계적 제재를 통해 세계헌법규정의 규범적 효력을 확보할 수 있다. 조약의 규범적 효력은 조약 당사국의 주권과 헌법의 제약을

많이 받는다는 측면에서 세계헌법의 포괄적 전 세계적 규범력과는 질적 양적으로 큰 차이가 있다.

유럽헌법의 경우에도 유럽헌법 자체에서 보충성의 원칙(유럽헌법 I-11조) 등에 의해 유럽헌법의 일반적 규범력이 미약하고, 영국과 같이 유럽연합에서 탈퇴할 수도 있기 때문에 세계헌법의 헌법으로서의 법적성격과는 다르다. 이러한 점에서 유럽헌법은 일종의 다국간의 조약으로서의 법적성격이 강하다고 지적되고 있다. 세계헌법의 경우에는 신생국가의 탄생과 이에 따른 제헌헌법과 마찬가지로, 새로 탄생하는 세계연합이라는 독립된 법인체의 최고의 헌법으로서의 헌법적 법적성격을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

(2) 세계헌법의 전세계적 최고 근본규범성

(가) 세계 모든 권력기구와 개별국가에 대한 수권적 조직규범성

세계헌법은 헌법일반의 법적 특성과 마찬가지로, 세계 의회, 세계헌법재판소를 포함한 세계사법부, 세계행정부, 유엔과 유엔의 각종기구, 세계 옴부즈만, 세계 검찰과 경찰 등 각종 세계권력 기관과 개별국가의 주권에 대한 수권적 조직규범으로서의 법적성격을 가진다.

이에 의해 세계헌법은 유엔과 안전보장이사회 등 유엔 산하기구와 국제통화기금(IMF), 세계무역기구(WTO), 국제사법재판소, 국제형사재판소 등 기존의 세계적 기구들을 세계헌법 체제 내에 새로운 적절한 내용으로 변경하여 포섭하고 필요한 기구를 새로 창설하여 세계헌법이 규정하는 각종 제재를 통해 전 세계에 규범적 강제력의 효력을 가지도록 한다. 따라서 세계헌법은 개별 국가들의 주권이 우선하는 개별 주권국가 양자간 또는 다자간의 단순한 조약과는 그 법적성격이 근본적으로 다르다.

(나) 세계헌법의 제정과 내용에 관한 세계 최고의 근본규범성

세계헌법은 세계헌법의 내용으로서 인간의 존엄성과 인권보장규범, 세계 권력의 분립과 제한규범, 세계 최고규범, 세계헌법의 제정규범 및 개정규범 등 세계헌법의 제정과 내용에 관한 세계 최고의 근본규범이라는 법적성격을 가진다. 따라서 개별적 주권을 가지고 서로 독립된 상대방인 주권국가들 간의 조약과는 근본적 구조적으로 다르다. 세계헌법은 독립된 단일법법인 세계연합의 최고의 헌법으로서의 헌법적 법적 성격을 가지는 것을 특성으로 하고 있다.

아래에서 보는 세계헌법의 여러 가지 내용들은 세계헌법의 세계 최고 근본규범으로서의 이러한 법적성격이 나타나고 있는 구체적이고 실제적인 내용들이라고 할 수 있다.

2. 세계헌법의 내용의 광범위성과 다양성

세계입헌주의와 세계헌법의 내용에 관하여, 세계헌법의 존재 여부와 출현 여부, 그리고 그렇다면 그 세계헌법이 취하는 형태와 내용은 어떤 것이어야 하는가 하는 문제는 최근의 세계적인 헌법적 논쟁에서 가장 흥미롭고 논란이 되는 주제 중 하나라고 세계 각국의 많은 학자들에 의해 지적되고 연구 발표되고 있다. 이와 같이 극히 광범위하고 다양하며 복잡한 세계헌법의 내용을 파악하고 이해하기 위해서는 이 세계헌법의 내용을 1)국가 간 공존질서로서의 내용, 2)세계권력의 제도화로서의 내용, 3)최상위 세계규범으로서의 내용, 4)국가차원 입헌주의의 상위 통합헌법으로서의 내용, 5)인간의 존엄성과 인권보장 근본규범으로서의 내용 등 몇 가지 핵심적이고 근본적인 차원에서 분석해 보는 것이 필요할 것이다.²⁹⁾

29) Christine E. J. Schwöbel, "Situating the debate on global constitutionalism", 2017

비판적인 연구에 따르면, 세계헌법의 내용에 관한 논의는 매우 복잡하고 다양하면서도, 세계적 입헌주의와 세계헌법의 지배적인 개념과 내용은 모두 자유민주주의 정치사상과 현대적 입헌주의의 원칙과 내용이 중심을 이루고 있음이 명백해진다. 이것은 자유민주주의의 현대적 입헌주의의 다섯 가지 주요 내용과 원칙을 확인함으로써 밝혀진다.³⁰⁾

세계헌법의 내용은 국제 사회에서의 더 큰 협력과 그러한 협력을 합리화하기 위한 국제법적 언어의 더 많은 사용을 가져오는 전환기에 이르러 더욱 증가하고 있다. 이것은 “국제 공동체”, “세계 법치주의” 및 “글로벌 거버넌스(세계적 통치)”와 같은 용어의 유입으로 이어졌다. 이러한 세계헌법의 내용들은 세계적 활동 주체들을 하나의 큰 법 우산 아래로 통합하려는 많은 노력의 결과이다. 한편, 세계적 또는 초국가적인 영역에서의 협력에 대한 증가는 또한 기존의 국제법의 해체에 관한 논쟁을 촉발시켰다. 국가 간의 더 큰 협력의 표현으로 제안되고 국제법의 해체를 관리하는 수단으로 나타나게 된 이 법적 우산이 바로 세계적 입헌주의와 세계헌법이라는 세계적 법 우산의 내용이다.

물론, 세계적으로 공인된 세계 헌법은 아직 없다. 오히려 세계 헌법이 무엇이며 어떠한 내용으로 있어야 하며, 국제 사회에서 세계헌법을 필요로 한다는 점에 관하여 수많은 견해들이 있다. 이와 같이 널리 퍼진 아이디어를 집중적으로 종합하기 위한 것이 세계헌법의 내용이라고 할 수 있다.

3. 국가 간 공존질서로서의 세계헌법의 내용

세계 국가 간의 국제 구조를 공존의 질서로 바라보는 것이 세계헌법의 한 내용이다. 국가참여, 각국의 세계적 문제에 대한 영향 및 이에 대한 각

Oxford University Press, 참조

30) Ibid.

국의 책임 등에 대한 것이 그 내용이다. 이러한 세계헌법의 내용을 세계헌법의 세계사회적 내용이라고 한다.³¹⁾

이 사회적 세계입헌주의 차원의 핵심은 참여, 영향 및 책임에 관한 개념이다. 세계시민과 세계 모든 국가의 참여는 세계적인 절대 권력을 제한하는 궁극적인 형태라고 간주된다. 사회적 세계헌법의 옹호론자들은 포괄적인 공존의 법적 질서를 형성하는 것을 허용한 국제법의 정당성의 관점에서 변화가 일어났다고 믿는다. 세계헌법은 이 새로운 국제 질서를 위한 기본틀을 제공한다고 믿어지고 있다. 세계 권력을 제한하는 수단으로서, 세계 모든 국가와 세계 모든 시민의 참여는 당연히 민주주의, 특히 입헌민주주의의 중심 개념이다. 지금까지 세계입헌주의의 세 가지 주요 주제가 출현했다. 즉 (a)세계권력의 한계, (b)세계헌법의 체계화, (c)개인의 권리이다. 이 세 가지 중 첫 번째가 사회적 세계헌법을 중요시하는 학자들의 중심 내용이 되고 있다.³²⁾

4. 세계권력 제도화로서의 세계헌법의 내용

- 제도적 세계입헌주의, 세계 권력의 제도화 -

가. 세계권력 제도화의 의의

세계의 권력이 국제 사회에서 어디에 위치해 있는지를 분석하고, 이 권력을 제도화하고자 하는 것은 세계헌법의 가장 중심적인 내용의 하나이다. 세계 권력의 제도화에 대한 문제는 세계적 의사 결정권자의 책임성에 크게 관련된다. 세계권력은 그 제한뿐만 아니라 세계권력을 어떻게 분립하고 할 당할 것인가 하는 것이 여기서 중요하다.

31) Christine E. J. Schwöbel, op. cit.

32) Ibid..

세계 권력의 제도화를 옹호하는 사람들의 주요 관심사는 세계 모든 국가와 세계 모든 시민의 참여와 이 참여자의 대표를 통한 세계 권력의 제한과 책임에 대한 문제와 이것에 대한 합법성의 중요성을 제기한다. 세계 권력의 제한이라는 주제는 강력히 특색 지어지며, 특히 그러한 제한을 보장하기 위한 수단으로서 세계 권력의 제도화가 특징적이다.

국제연합(UN)헌장이나 “세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”의 세계헌법안(Constitution for the Federation of Earth)은 아래에서 보는 바와 같이, 이 세계 권력의 제도화를 상세히 규정하고 있다.

인권에 대한 보편적 존중, 민주적 정당성 또는 책임성, 법의 지배 및 환경 존중의 원칙은 국제법의 국제 일반 원칙이기도한 국가 헌법 원칙으로 간주되므로 세계적 헌법 규범으로 인정된다.

현대 저명한 정치철학 학자인 위르겐 하버마스(Jürgen Habermas)는 분권화된 세계 사회의 정치 헌법을 구성하는 다단계 통치 체제에 대해 지적한다. 그의 저서 “분열 된 서부”에서 하버마스는 “국제법의 헌법화는 여전히 기회가 있는가?”라는 문제를 제기하고 있다. 그는 국제 관계의 목적은 세계 평화, 국제 안보, 인권 증진, 민주주의라고 지적한다. 국제 법률가의 문제는 법률이 이러한 목표를 달성하는 데 중요한 역할을 하는지 여부이다. 하버마스는 그것이 두 가지 방법 중 하나가 될 수 있다고 믿는다. 그는 세계적 헌법 문제를 첫째, 평화를 보장하고 인권을 증진하는 것과 관련된 기능을 보장 할 수 있는 초국가적 차원과 둘째, 전 세계적인 국내 정치의 문제에 관심을 갖고 있는 초국가적 차원(유럽 연합을 모델로 한 지역 또는 대륙 정권을 상징함)으로 나누어 분석한다.³³⁾

33) Christine E. J. Schwöbel, op. cit..

나. 세계권력 제도화로서의 국제연합(UN)헌장의 세계헌법으로서의 내용

제도적 헌법은 단일 제도와 제도적 법률을 의미할 수도 있다. 가장 우선적인 국제기구인 유엔과 그 기본 협약인 유엔 헌장이다. 유엔 헌장이 세계 헌법이라는 주장은 많은 학문적 사고의 대상이었고 많은 연구 발표에 영감을 주었다. 로널드 세인트 존 맥도널드와 바르도 파스벤더(Bardo Fassbender)는 유엔 헌장에 “세계 헌법”이라는 표지(라벨)를 부여하는 가장 적극적인 지지자 중 하나이다. 맥도널드는 “유엔 헌장의 내용이 명백하다. 실제로 헌법이며 유엔 헌장을 국제 사회의 헌법으로 취급함에 있어서 우리가 완전히 정당화되어 있다”고 한다.³⁴⁾

유엔 헌장의 헌법적 특성은 다양한 방식으로 기술되고 있다. 유엔 헌장의 세계헌법으로서의 성격을 옹호하는 학자들은 일반적으로 헌법의 형식적 또는 제도적 요소와 실질적 요소의 구분을 강조한다.³⁵⁾

제도적 행정 즉, 유엔 기관들은 조직 전체를 위한 헌장의 헌법적 특성을 나타낼 뿐만 아니라 전체적으로도 마찬가지다. 맥도널드는 국제연합(UN)의 기관 즉, 유엔 헌장 제3장에 명시된 총회, 안전 보장 이사회 등을 설치하

34) Nico Krisch and Benedikt Kingsbury, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, 17 EJIL 1, 2 (2006) ; Christine E. J. Schwöbel, op. cit.. Krisch는 “글로벌 거버넌스의 상황에서, 세계 정치질서를 일관되고 통일된 체제로 강제함으로써, 세계 정치질서를 ‘세계헌법화’하려는 시도는 세계적 정치에서 합법적인 다양성의 범위를 무시하는 경향이 있어 문제가 된다.”라고 지적하고 있다. Nico Krisch, The Pluralism of Global Administrative Law, 17 EJIL 248 (2006). Christine E. J. Schwöbel, op. cit.

35) Ronald St. John Macdonald, The International Community as a Legal Community in RONALD ST. JOHN MACDONALD AND DONALD M. JOHNSTON ED., TOWARDS WORLD CONSTITUTIONALISM - ISSUES IN THE LEGAL ORDERING OF THE WORLD COMMUNITY 879 (2005), Christine E. J. Schwöbel, op. cit.

는 조항은 공식적인 헌법상의 권위를 권력분립적 위임에 의해 기능적으로 반영한 헌법적 규정이라고 한다. 파스벤더(Fassbender)에 따르면, 국제연합(UN)헌장은 입법, 법의 적용 및 판결과 관련된 명시적인 조항을 통해 세계적 통치 질서의 요구 사항을 충족시킨다고 한다.³⁶⁾

국제연합(UN)의 제도적 또는 공식적 헌법적 측면에 대한 주장 외에도, 어떤 실질적인 요소들은 헌법적 특징을 구체화한다고도 한다. 주요 실질 원칙은 유엔 헌장 1 조 1항에 명시된 평화와 안보의 유지; 제2조 (4) 유엔 헌장에 명시된 무력 사용 금지; 분쟁의 평화적 해결 조항 1[1], 2[3] 및 33); 평등권의 원칙과 국민의 자기 결정권(Article 1[2]); 협력 원칙(Article 1[3]); 어떠한 형태의 차별도 없는 인권과 기본적 자유에 대한 존중의 촉진(제1조 [3]); 그리고 모든 회원국의 주권 평등에 대한 존중(제2조 [1]) 또한, 내용상의 우월성은 유엔 헌장 제103조에 기인하는 규범의 형식적인 최우선 가치를 통해 보장된다. 맥도널드는 이에 따라 유엔 헌장 제103조의 “국제연합(UN)회원국의 국제연합(UN)헌장상의 의무와 다른 국제협정상의 의무가 상충되는 경우에는 이 국제연합(UN)헌장상의 의무가 우선한다.”는 규정을 “국제연합(UN)헌장이 실제로 세계헌법이라는 점의 가장 설득력 있는 논거 중 하나”라고 지적하고 있다.³⁷⁾

하버마스(Habermas)는 유엔의 전 세계 포괄성과 유엔헌장의 세계 보편적 규범성이 국제연합(UN)헌장을 세계헌법으로 해석할 수 있게 하는 세 가지 “규범적 혁신”중 하나라고 강조한다. 나머지 두 가지는 첫째, 인권문제 정치를 통한 평화달성 목표이고, 둘째, 무력사용 금지와 형사적 범죄 위협에 대한 제재라고 한다.

파스벤더(Fassbender)는 유엔헌장을 세계헌법으로 지정하는 것이 세계헌법 문제의 “불분명한 헌법적 수사학의 안개에서 벗어나는” 명확한 방법이

36) Christine E. J. Schwöbel, *op.cit.*

37) *Ibid.*

라고 강조한다.³⁸⁾

다. “세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”의 세계헌법안의 세계 권력의 제도화 내용

“세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”가 성안하여 세계적 비준 추진 활동 중에 있는 세계헌법안(The Constitution for the Federation of Earth(CFE)은 세계권력의 제도화에 관해, 세계정부, 세계 의회, 세계사법, 세계검찰, 세계 경찰, 세계 옴부즈만 등을 상세히 규정하고 있다.

5. 최상위 세계 규범으로서의 세계헌법의 내용

규범적 세계입헌주의를 중요시하는 견해들은, 세계 사회의 가장 중심적인 가치를 구체화하는 특정 근본규범이 존재하기 때문에, 이 근본규범이 나머지 국제법과 국내법 체계의 기본 틀을 구성한다고 한다. 세계 전체적으로 볼 때, 이러한 근본규범은 세계헌법이라고 불린다.³⁹⁾

이 근본규범은 위에서 본 “세계적 일반의사”의 표현이라고 할 수 있다. 이러한 근본규범은 비록 국제기구의 규범이나 다른 양자 간 또는 다자간 협약에 규정되어 있지는 않지만 객관적인 존재로 간주된다. “근본 규범”이라는 명칭은 주권과 관련 없이 또는 그 문제에 대한 동의 없이 세계 사회의 모든 구성원에게 적용된다는 것을 의미한다. 이 근본규범은 기본적으로 기본 또는 최소 기준 또는 윤리를 정하는 것으로 간주되는 규범이다. 이것이 세계헌법의 내용이 되어야 한다는 점은 앞에서 세계헌법의 헌법 철학적 근거에서 살펴본 바에 의해 당연한 내용이라고 하겠다.

38) Ibid.

39) Ibid.

세계헌법을 규범주의적 세계입헌주의의 관점에서 파악하는 견해들은 세계시민 모두의 인간의 존엄성과 인권을 중요시하는 차원과 세계사회 이상주의 차원을 동시에 보호하는 점에 중점을 두고 있다.

규범적인 세계입헌주의의 모든 지지자들은 어떤 최상위 세계규범으로서의 우월한 세계적 헌법 규범에 의해 틀을 둔 세계적 법적질서가 존재한다고 주장한다. 이에 따라 오늘날 국제법은 국가의 이기적 이익에 대한 편견과 선입관에서 벗어나야만 하게 되었고, 국가의 권리와 의무의 상대성을 향한 의지로 옮겨 간 것으로 보인다.⁴⁰⁾

이러한 변화는 종종 국제법상의 패러다임 변화로 인한 것이라고 한다.

국제법은 합의 준거법에서 강제적인 세계적 가치인 “세계적 일반의사”와 “자연법으로서의 진리”를 통해 결정되는 법으로 바뀌었다. 여기에 비로소 근본규범으로서의 “세계적 일반의사”가 예링이 말하는 강제력과 실효성을 겸비한 명실상부한 세계헌법으로 제정되게 된다. 여기에, 앞에서 “세계적 사회계약”과 “세계적 일반의사”의 본질에 관하여 살펴본 헌법 존재론적 헌법철학 원리가, 이 세계헌법 제정을 올바른 내용과 방향으로 이루어 질 수 있게 하는 중요한 방법론으로서의 의의가 있다.⁴¹⁾

40) Christian Tomuschat, “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century,” *General Course on Public International Law* 281 *RECUEIL DES COURS DEL’ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL* 237 (1999) ; PHILIP ALLOTT, *EUNOMIA: NEW ORDER FOR A NEW WORLD* (1990) preface xix, Christine E. J. Schwöbel, op. cit.

41) Byung-Yoon CHO(조병윤), “Le concept unversel du constitutionalism et la methodologie de son developpement(헌법의 세계 보편적 개념과 그 발전 방법론)”, in : *Constitutional and Political Laws of the Republic of Korea*, edited by Korean Branch of International Association of Constitutional Law(IACL), Seoul. Korea, 1995, pp. 7-24, 참조, 전제논문 참조.

6. 국가차원 입헌주의의 통합헌법으로서의 세계헌법의 내용

세계 개별 국가들의 국가차원 입헌주의를 통합하는 내용을 세계헌법의 내용이라고 보는 견해가 있다.

세계 영역의 특징과 국내 및 지역 헌법 질서의 특징 간의 유사성을 유추하여 세계헌법의 내용으로 적용하는 하는 것이다. 세계헌법의 이러한 차원의 분석에 기여하는 학자들은 개별적 특수적 법질서상의 헌법적 원리, 즉 하나의 국가 내 또는 유럽연합(EU) 등과 같은 세계의 일정 지역 내에 한하여 적용되고 있는 법질서의 헌법적 원리를 찾아내어 확인하고, 세계 전체의 영역에서도 이와 마찬가지로 헌법적 원리를 찾아낸다.

이러한 유추 적용 방법에 의한 세계헌법 옹호론의 방법론은 국내 및 지역 법체계에서 친숙한 패턴을 찾아내어 이를 국제 관계에 유추 해석 적용하는 것이다. 이 학자들이 적용하는 세계입헌주의의 필수 요소를 이해하기 위해서는 자신이 친숙한 국내 또는 지역 헌법을 살펴보는 것이 좋을 것이다. 주목할 만하게, 이러한 유추 해석 적용을 주장하는 모든 학자들은 유럽인이다. 이 유추해석 적용에 의한 세계헌법은 헌법을 표준화하는 것을 가리킨다. 학자들은 그들이 잘 작동한다고 믿는 시스템을 찾아서 이것을 국제관계에 대한 지침으로 사용한다. 이러한 분석 방법은 세계헌법의 체계화의 핵심 주제로 설명된다.⁴²⁾

세계적 새로운 법질서라는 관점에서의 이른바 세계입헌주의는 복잡하고 다차원적인 논쟁의 대상이 될 수 있다. 슈뢰벨(Christine E. J. Schwöbel)⁴³⁾은 이러한 복잡성에도 불구하고, 모든 차원에서, 세계입헌주의는 동일한 하

42) Christine E. J. Schwöbel, *op. cit.*

43) *Ibid.*

나의 핵심 주제와 중심 아이디어로부터 그 태도를 취하는 것이라고 지적하고 있다.

7. 인간의 존엄성과 인권보장 근본규범으로서의 세계헌법의 내용

국제연합(UN)헌장, 세계인권선언, 유럽인권재판소, 한국헌법재판소, 한국 대법원, 독일연방헌법재판소, 미국연방대법원, 프랑스헌법재판소 등의 세계적인 인권 보장 제도와 판결들은 인간의 존엄성과 인권보장을 위한 세계적 귀감이 되고 있으므로, 인간의 존엄성과 인권보장 근본규범으로서의 세계헌법의 내용이 되고 있다. “세계헌법과 세계의회 협의회(WCPA)”가 성안하여 세계적 비준 추진 활동 중에 있는 세계헌법안(The Constitution for the Federation of Earth (CFE)의 제12조의 “세계 시민을 위한 권리장전”도 마찬가지로 인간의 존엄성과 인권보장 근본규범으로서의 세계헌법의 내용에 포함된다. 이 세계헌법안 제12조의 “세계 시민을 위한 권리장전”의 내용은 다음과 같다.

지구상의 주민 및 지구 시민은 본 협약에 정의된 양도할 수 없는 권리를 가진다. 세계 의회, 세계 집행 기관, 그리고 세계 정부의 모든 기관 및 기관이 이러한 권리를 존중하고 이행하고 집행하는 것은 물론 지구 연맹의 모든 회원국의 중앙 정부도 마찬가지로 해야 한다. 그러한 권리를 침해하거나 방치한 개인이나 단체는 세계 옴부즈만, 집행 시스템 및 고충 처리를 위한 세계 법정을 통해 완전한 제재를 받아야 한다. 양도할 수 없는 권리는 다음을 포함한다.

인종, 피부색, 계급, 국적, 성별, 종교, 정치적 소속, 재산 또는 사회적 지위에 대한 차별이 없는 지구 전체 인류의 평등한 권리, 지구상의 모든 시

민들을 위한 세계 법규 및 세계 법의 동등한 보호와 적용, 폭력의 선전 또는 선동, 무장한 폭동 또는 폭동을 제외하고 사상과 양심, 언론, 서신, 의사소통, 표현, 출판, 방송, 텔레비전 방송 및 영화의 자유, 집회, 결사, 조직, 청원 및 평화적 시위의 자유, 협박 없이 투표할 수 있는 자유, 검열이나 학대 없이 정치 조직과 선거 운동을 할 수 있는 자유, 종교적 또는 종교적 신념을 고백하거나 실천하고 증진할 자유 또는 종교 또는 종교적 신념을 갖지 않는 자유, 정치적 신념이나 정치적 신념을 고백하고 증진할 자유, 조사 및 보고를 위한 자유, 여권이나 비자 없이 여행할 수 있는 자유 또는 국가 간 또는 국가 간 여행을 제한하는 데 사용되는 기타 등록 양식, 노예 제도, 피고인, 비자발적 노역 및 노동 징집에 대한 금지, 자의적 또는 비합법적인 체포, 억류, 추방, 수색 또는 압수로부터의 사람의 안전을 위한 권리, 수색 및 체포 영장 청구 조건, 체포, 구금 또는 구금, 잔인하거나 비정상적인 형벌에 대한 신체적, 정신적 강압 또는 고문의 금지, 자기 자신을 비난하거나 다른 사람을 비난하는 것을 거부할 권리, 민간 군대와 준 군사 조직이 공동의 평화와 안전에 위협이 되는 것을 금지한다.

임의적 압류로 인한 재산의 안전, 합리적인 보상 없이도 저명한 도메인의 권력 행사에 대한 보호, 가족계획의 목표를 달성하기 위한 가족계획 및 무료 공공 지원에 대한 권리, 개인, 가족 및 협회의 사생활권의 보호, 정치적 통제 수단으로서의 감시의 금지가 보장된다.

V. 세계헌법 제정의 실현 방법론

- 헌법 교육과 인간의 존엄성 교육의 세계적 실천 -

1. 세계헌법 제정에 있어서 세계적 사회계약과 세계적 일반의사의 본질

세계적 위기에서 벗어나기 위해서는 세계헌법의 제정을 실현해야 할 것이다. 이를 위해, 위에서 본 “세계헌법 제정의 헌법철학적 근거와 필요성”이론을 “세계헌법을 제정하기 위한 방법론”으로 적용하면 그 원리는 다음과 같다. 즉, 개별 국가들이 그들의 국가 주권을 이기적으로 남용하여 대량 살상 무기의 생산과 위협, 자연생태계의 파괴 및 사회 재앙 등을 야기함으로써 인하여 인류전체가 공멸할 수 있는 생존 위기에 직면하게 되어 있는 것은, 바로 위의 “세계적 사회계약”의 원인인 “자연 상태”를 의미한다고 볼 수 있다. 이에, 세계 인류가 그 생존 위기를 벗어나기 위해 “세계적 사회계약”을 체결하는 것이 바로 세계헌법의 제정이라고 할 수 있다. 이 “세계적 사회계약”에 의해 실현 되는 것이 바로 “세계적 일반의사”이다,

그러므로 세계헌법의 제정은 이 “세계적 일반의사”의 실현으로서의 내용과 실질을 갖추지 않으면 안 될 것이다. 이를 위해서는 먼저 헌법이란 무엇인가? 하는 문제가 선행적으로 해결되지 않으면 안 될 것이다.

2. 세계헌법 제정의 근거로서 헌법이란 무엇인가?

이상의 헌법 존재론적 헌법철학이 조명해 주는 세계헌법제정의 근거로부터, 헌법이 과연 무엇인가 하는 근본문제에 대한 해답이 다음과 같이 나온

다. 즉 헌법이라 함은 주권자인 국민이, 또는 세계헌법의 경우에는 세계 공동체의 주권자인 세계 시민이 스스로의 인간의 존엄성과 안전과 번영 및 가장 큰 행복을 실현하기 위하여 자연법과 진리와 일반의사에 입각하여 제정한 최고의 법으로서, 주권자 자신의 기본적 근본법을 말한다. 따라서 이 헌법 개념을 요약하면, 헌법이라 함은 “일반의사의 표현으로서 최고법”을 말한다. 이점은 국가헌법이나 세계헌법이나 마찬가지이다. 이러한 헌법 개념을 바탕으로 하여 1985년 8월 23일 프랑스 헌법재판소(Conseil Constitutionnel)는 “법률은 헌법에 합치할 때에만 일반의사를 표현한다.”(la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution)라고 판결하고 있다. 이 판결은 헌법이 무엇인가를 밝혀주는 판결로서, 프랑스 헌법 발전에 있어서 그 궁극적이고 최종적인 단계를 나타내고 있다고 프랑스 헌법학자들은 높이 평가하고 있다.⁴⁴⁾

3. “세계적 사회계약”과 “세계적 일반의사”에 의한 세계 헌법 제정 실현방법의 본질 구조도 [제6 헌법존재론 도해]

가. 제6 헌법존재론 도해의 의의

세계헌법의 제정을 바람직하고 올바른 방향으로 추진하고 실현하기 위해서는, 첫째, 세계의 모든 사람에게 자신의 인간의 존엄성이 “세계적 보편성”(universality)을 가지고 있어 “진리”라는 점과, 따라서 자신이 위에서 본 “진리의 7대 속성”을 동일하게 이미 가지고 있는 것이기 때문에, 자신이 “가장 큰 행복”을 이미 현재 실현하고 있는 위대한 존재라는 사실을 다음

44) Philippe Blacher, *Controle de constituionalite et volonté générale*(위헌법률심사와 일반의사), puf, Paris, 2001, p.29

과 같이 알기 쉽게 명확히 밝히고 알려주어야 할 것이다. 둘째, 모든 사람이 그것을 알고 실천할 수 있도록 다음과 같은 내용의 헌법교육과 인간의 존엄성 교육을 전 세계적으로 실질적으로 실시하여야 할 것이다. 이것이 세계헌법 제정의 실현 방법론의 핵심적 내용이다.

이를 위해, 세계헌법 제정의 근거인 “세계적 사회계약”과 “세계적 일반의사”의 본질구조와 그 상호 상관관계를 알기 쉽고 명확하게 도해로 밝혀 보고자 한다. 이 도해는 헌법존재론의 헌법철학을 세계헌법 제정 문제에 적용하는 것이므로, 이를 “헌법존재론 도해”라고 한다.⁴⁵⁾

아래의 [제6 헌법존재론 도해]는 “세계적 사회계약”과 “세계적 일반의사”에 의한 세계헌법 제정의 헌법 철학적 본질 구조도이다.⁴⁶⁾

세계헌법 제정의 헌법철학적 근거는 “무형적인 진리”에 바탕을 두고 있기 때문에, 눈으로 볼 수 없는 추상적인 원리이어서, 이해에 어려움이 있을 수 있다. 따라서, 이해의 편의상 “무형적(無形的)” 진리의 존재와 그 내용을 “유형적(有形的)”인 것으로 나타내어, 누구나 자기 눈으로 직접 보고 확인할 수 있도록 도해로 구체화한 것이다. 이 내용을 세계의 모든 국가와 모든 사람이 다 알고 깨우칠 때 진정하고 올바른 바람직한 세계헌법의 제

45) 헌법존재론 도해는 다음과 같은 5가지 종류가 있다. [제1헌법존재론 도해] : 인간의 존엄성과 진리의 존재 구조도, [제2헌법존재론 도해] : 사회계약론상 일반의사인 자연법과 진리의 존재 구조도, [제3헌법존재론 도해] : 인간의 존엄성인 “내적진리” 실현의 동태적 존재 구조도, [제4헌법존재론 도해] : 사회계약론상 일반의사인 자연법과 진리 실현을 통한 진정한 민주주의 실현의 동태적 존재 구조도, [제5헌법존재론 도해] : 방향하는 인간,국가, 세계의 진정한 지도원리의 존재론적 구조도. 이 제1-제5의 5가지 “헌법존재론 도해”는 필자가 직접 독창적으로 창안(創案)한 것임. 조병윤, “인간의 존엄성의 본질과 “내적진리”의 세발자전거문”, 전계논문, 405면 이하 ; 조병윤, “인간의 존엄성의 범세계적 실현을 위한 세계헌법의 제정방안”, 전계논문, 38-56면. 조병윤, 전계서, 40면(제5헌법존재론 도해), 50면(제2헌법존재론 도해), 59면(제4헌법존재론 도해), 267면(제1헌법존재론 도해), 272면(제3헌법존재론 도해) 참조.

46) 이[제6 헌법존재론 도해]는 필자가 직접 독창적으로 창안(創案)한 것임.

정이 실현될 수 있을 것이다. 이를 위해 이 내용에 대한 교육이 전 세계적으로 실질적으로 이루어지도록 하는 것이 세계헌법 제정의 가장 중요한 방법론이다.

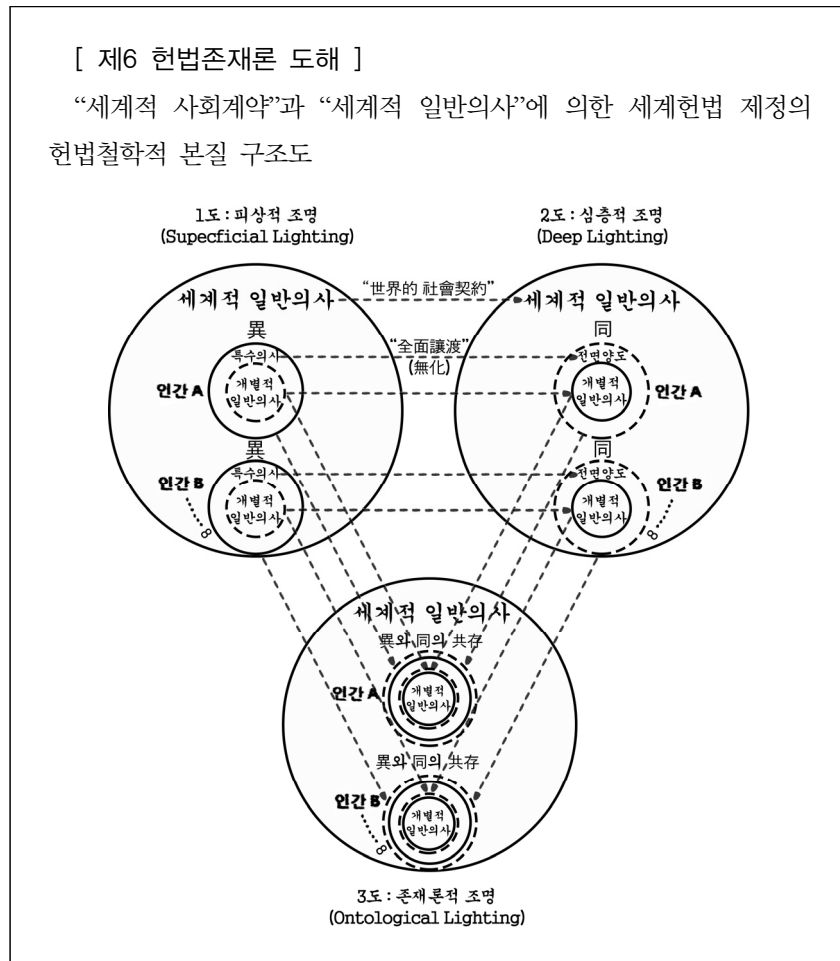
나. 세계헌법 제정 이전의 인류 공멸의 위기상태의 철학적 본질 구조도

- 1도 “피상적 조명(superficial lighting)” -

아래의 [제6 헌법존재론 도해]의 1도 “피상적 조명(superficial lighting)”은 “세계적 사회계약”이 체결되기 이전의 세계의 현실 상태 즉 사회계약론상의 이른바 “자연 상태”, 즉 세계헌법 제정되기 이전의 세계상태를 나타낸다. 이것은 바로 세계헌법이 아직 제정되지 아니한 현재의 세계상태이다. 1도 “피상적 조명(superficial lighting)”에서 가장 큰 원(圓)은 전체 세계를 의미하는 표시이다. 이점은 2도 “심층적 조명(deep lighting)”과 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”에서도 마찬가지로, 가장 큰 원(圓)은 전체 세계를 의미하는 표시이다. 뒤에서 보는 바와 같이 “세계적 일반의사”는 “진리” 즉 “우주적 진리”와 같은 것이므로, 1도, 2도, 3도의 가장 큰 원(圓)은 세계만이 아니라 우주를 나타내는 표시이기도 하다.

[제6 헌법존재론 도해]

“세계적 사회계약”과 “세계적 일반의사”에 의한 세계헌법 제정의
헌법철학적 본질 구조도



이러한 세계 상태는 오늘날의 인류공멸의 세계적 위기 상태를 나타낸다. 이 상태에서는 인간 “A”와 인간 “B”로 대변되는 세계 모든 인간(무한대의 인간)과 세계 모든 국가들은 생긴 모양과 이해관계가 서로 다른 대립적 관계에 있다.

인간 “A”와 인간 “B”는 세계 모든 인간(무한대의 인간)과 세계 모든 국가들을 대표적으로 이 도해에서 나타낸 것이므로, 인간 “A”와 인간 “B”에 대한 이하의 모든 설명은 무한대의 전체 세계인류와 지구상의 모든 국가들에 대해서도 마찬가지로 의미를 가진다. [제6 헌법존재론 도해]의 1도 “피상적 조명(superficial lighting)과 2도 “심층적 조명(deep lighting)” 및 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”의 각 도해에서는 이점을 나타내기 위하여 인간 “A”와 인간 “B”의 아래쪽으로 “무한대”라는 표시($-\infty$)를 하였다.

1도의 “피상적 조명(superficial lighting)” 상태에서는 세계 모든 인간과 세계 모든 국가들은 이해관계가 서로 다른 대립적 관계에 있기 때문에, 세계평화와 인간의 존엄성과 인류의 안전은 보장되지 않아 세계와 인류의 생존은 위협받고 위기에 처해 있다. 위의 도해에서는 이 점을 나타내기 위하여 인간 “A”와 인간 “B” 사이에 “다를 이(異)”자를 표시하였다. 이러한 세계 현실상태에서는, “진리”와 동일한 내용을 가지는 “세계적 일반의사”는 잘 보이지도 않고 따라서 알지도 못하여 중요시하지도 않는다. 오늘날 세계 현실적으로 이러한 무지(無智)의 상태는, 앞에서 본 바와 같이 세계 도처에 만연해 있다.

위 도해에서는 이 점을 나타내기 위하여 인간 “A” 및 인간 “B”와 “세계적 일반의사” 사이에도 “다를 이(異)”자를 표시하였다. 인간 “A”와 인간 “B”는 “세계적 일반의사”의 존재와 내용을 잘 알지 못하기 때문에, 그것이 “진리의 공간초월성”에 따라 실제로는 자신들의 내면에도 이 “세계적 일반의사”가 자신들의 “내적진리” 즉 “개별적 일반의사”로 엄연히 존재하고 있다는 것을 알지 못한다. 위 도해에서는 이 점을 나타내기 위하여 인간 “A”와 인간 “B” 내에 제일 작은 원형(圓形)으로 “개별적 일반의사”를 표시하였다. 또한 인간 “A”와 인간 “B”가 자신의 “내적진리”인 이 “개별적 일반의사”의 존재를 알지 못한다는 점을 나타내기 위하여 이 제일 작은 원형(圓形)의 테두리를 실선(實線)이 아닌 점선(點線)으로 표시하였다.

**다. “세계적 사회계약”상 “전면양도”와 “세계적 일반의사”의 철학적
본질 구조도**

- 2도 “심층적 조명(deep lighting)” -

“제6헌법존재론 도해”의 2도 “심층적 조명(deep lighting)”은 “세계적 사회계약”이 체결된 이후의 세계의 현실 상태 즉 사회계약론상의 이른바 “사회 상태”를 나타낸다.

이러한 세계 상태는 오늘날의 인류 공멸의 세계적 위기를 벗어난 안전하고 행복한 세계평화가 성취된 세계상태를 나타낸다. 이 상태에서는 인간 “A”와 인간 “B”로 대변되는 세계 모든 인간(무한대의 인간)과 세계 모든 국가들은, 각자의 달리 생긴 모양과 상충되는 이해관계를 초월함으로써, 서로 다른 대립적 관계에 있지 않고, 서로의 인간의 존엄성을 존중하고 서로 양보하고 사랑하게 되어 진정한 세계평화가 달성된다. 위의 도해에서는 이 점을 나타내기 위하여 인간 “A”와 인간 “B” 사이에 “같은 동(同)”자를 표시하였다.

인간 “A”와 인간 “B”의 내면에 무형적으로 심층적으로 존재하고 있는 “내적 진리”인 “개별적 일반의사”는 앞에서 본 바와 같이 바로 “진리”이다. “세계적 일반의사” 또한 위에서 본 바와 같이 “진리”이다. 그러므로 인간 “A”와 인간 “B”의 “개별적 일반의사”와 “세계적 일반의사”는 동일한 하나의 불가분한 “진리” 그 자체이다. 위의 도해에서는 이 점을 나타내기 위하여 인간 “A”와 인간 “B” 및 “세계적 일반의사” 사이에도 “같은 동(同)”자를 표시하였다.

인간 “A”와 인간 “B”의 “개별적 일반의사”와 “세계적 일반의사”는 동일한 하나의 불가분한 “진리” 그 자체이므로, 이 “세계적 일반의사”는 [제6헌법존재론 도해]의 1도 “피상적 조명(superficial lighting)”에서의 세계의 개개 인류시민의 “특수의사”의 총계와는 다르다. 이러한 의미에서 루소는

“일반의사는 전체의사와 다르다”고 지적하고 있다. 뒤기(Duguit)는 이점에 관하여, 일반의사에 있어서는 개인의 특수의사는 일반의사에 흡수된다고 한다.⁴⁷⁾

또한 이 2도의 “심층적 조명(deep lighting)”에서는, 인간 “A”와 인간 “B”가 자신의 “내적진리”인 이 “개별적 일반의사”의 존재를 알고 깨우치게 되었다는 점을 나타내기 위하여, 이 제일 작은 원형(圓形)의 테두리를, 위 1도의 “피상적 조명(superficial lighting)”과는 반대로, 점선(點線)이 아닌 실선(實線)으로 표시하였다. 또 인간 “A”와 인간 “B”가 자신의 “내적진리”인 이 “개별적 일반의사”의 존재를 알고 깨우치게 되었다는 것은, 1도에 나타나고 있는 자신들의 이기적이고 탐욕적인 유(有)의 요소들을 무화(無化)시켰다는 것을 의미하기 때문에, 이점을 도해에서 나타내기 위하여 인간 “A”와 인간 “B”의 주변을 둘러싸고 있는 중간 크기의 원(圓)의 테두리를 1도에서의 실선(實線)과는 반대로 점선(點線)으로 표시하였다.

이와 같이 점선(點線)이 실선(實線)으로 변모하게 되고, 또 실선이 점선으로 변모하게 되는 이유와 과정은 바로 “세계적 사회계약”의 핵심 계약 내용인 “전면양도(全面讓渡)”에 있다. 루소(Jean-Jacques Rousseau)는 그의 명저 “사회계약론”에서, 이 사회계약의 계약문서의 핵심내용은 바로 이 “전면양도(全面讓渡)”라고 강조하고 있다. 루소는 이 “전면양도(全面讓渡)”라는 내용의 사회계약의 결과물로 “일반의사(general will, volonté générale)”가 출현하여 사회를 올바르게 바람직한 방향으로 이끌어 준다고 한다. 그러면서 한편 루소는 지구상에는 아직 이러한 “전면양도(全面讓渡)”라는 사회계약이 역사상 한 번도 체결된 바가 없다는 것도 아울러 지적하고 있다. 그러면서 루소는 이 “일반의사(general will, volonté générale)”가 항상 올바르고 잘못을 저지를 수 없는 “무오류성(無誤謬性, infaillibilité)”을 가지고 있

47) Duguit. Traité de droit constitutionnel, tome I, 1928, P. 585.

다고 강조하고 있다. 이것은 “일반의사(general will, volonté générale)”가 위에서 본 진리의 속성인 완전성과 시간초월성을 가지고 있음을 나타낸다. 즉, 일반의사는 진리와 마찬가지로 시간초월성을 가지고 있어 과거, 현재, 미래에 항상 변함없이 동일한 내용으로 존재하고 있으므로, 사회계약 체결 이전이나 이후에나 항상 존재하고 있음에도, 사람들이 이 “일반의사”와 진리가 “무형성”을 가지고 있어 잘 보이지 않아 그 존재를 모르고 있기 때문에, 루소가, 무수한 억압과 공포의 사슬에 얽매어 고통받고 있는 인간들에게, 인간의 존엄성을 실현하여 인간이 진정한 자유를 얻는 길을 알려주고 실현시켜 주기 위하여, 이 일반의사의 존재를 가르쳐 알려주는 “손가락”으로서 “전면양도(全面讓渡)”라는 사회계약 체결을 가정적으로 말하지 않을 수 없었다는 점을 루소 자신이 말하고 있는 것이다.⁴⁸⁾ 프랑스의 헌법학자 샹테부(Chantebout)는 홉스, 루소, 로크 등 모든 사회계약이론의 공통된 점은 그 사회계약이 역사적으로 결코 실제로 체결된 바가 없다는 점과 다만 그 이론전개를 위한 논리적 가설일 뿐이라는 점을 홉스, 루소, 로크 자신들도 완전히 인식하고 있었다는 것을 지적하고 있다.

사회계약이 역사상 아직 명문화되지 않았다는 것은 아직 현실적으로 계약이 체결되지는 않았다는 것을 의미한다. 이와 같이 사회계약은 하나의 가상이라고 해도 좋을 것이다. 그러나 그것이 비록 가상이라고 해도 무의미한 것은 아니다. 비록 가상이라고 하더라도 사회계약이론이 말하는 국가와 인간 존재의 근본원리, 일반의사나 실질적 국민주권을 설명하고 가리켜 주는 “손가락”이라는 점에서 크나큰 의의가 있다. 달이나 북두칠성을 아직 못보고 달이나 북두칠성이 무엇인지 어디에 있는지 모르는 사람에게 있어서는 달이나 북두칠성을 가리키는 손가락이 없을 때에는 달과 북두칠성을 찾아보기 어려운 것과 마찬가지로, 아직 국가의 근본원리, 일반의사의 존재,

48) Bernard Chantebout, Droit constitutionnel et science politique, Aramd Colin, Paris, 1995, p.15 參照.

실질적 국민주권, 인간의 존엄과 가장 큰 행복, 진정한 자유 등의 진정한 뜻이 무엇이며, 자연법이 무엇이며 그것이 어떻게 실현될 수 있는 것인지를 잘 모르는 사람들에게는 바로 그것을 보여주고 가리키는 “손가락”이 반드시 필요한 것이다. 여기에 루소가 비록 가상적이긴 하지만 사회계약을 실제 있는 것으로 가정하여 사회계약이론을 설명하는 것을 통하여, 보이지 않아 그 존재를 잘 모르고 있던 “일반의사”의 존재와 그 내용을 사람들에게 알려주고 있는 이유가 있다. 또 여기에 루소의 인간애와 인간을 자유롭게 행복하게 하고 인간의 존엄성을 확보해 주고자 하는 무한한 사랑과 박애와 자비정신이 나타나 있다고 하겠다.⁴⁹⁾

루소가 사회계약론의 첫머리에서 “모든 사람은 자유롭게 태어났다, 그러나 도처에서 억압과 공포에 시달리고 있다”라고 말문을 열기 시작한 것은 바로 이러한 의미를 가지고 있다. 이점은 세계헌법의 제정 문제의 해결책 강구를 이 세계적위기의 상황과 그에 대한 해결의 긴급한 필요성으로부터 시작한 것과 마찬가지로이다.

루소의 사회계약의 전면양도와 일반의사는 이와 같이 헌법존재론적인 헌법철학에 의거할 때 비로소 그 진정한 의미가 명확히 밝혀진다고 하겠다. 세계헌법의 제정도 이와 마찬가지로, 세계 모든 사람이 원래 자유롭게 존엄한 행복한 존재로 태어났으므로, 이제 이 인간 모두의 자유와 평화와 행복을 원래대로 전 세계 사람들에게 자세히 알려줌으로써 이를 실현하자는 것이다.

“전면양도(全面讓渡)”는 세계의 모든 국가와 세계 구성원들이, 모두의 안전과 평화와 행복을 위해 자신들의 이기적이고 독선적이고 파괴적인 욕심을 “무화(無化)”시켜 초월하는 것을 의미한다. 자신의 이기적 탐욕을 스스로 버리고 초월하여 무화(無化)시키는 것은 지극히 어려운 일이 아닐 수

49) 조병윤, 전계서, 48면 참조

없다. 이 무화(無化)를 실현하는 방법은, 자신의 이 이기적 탐욕의 무화(無化)를 통해, 이 이기적 탐욕과는 비교할 수 없는 자신의 존엄성과 진리체로서의 위에서 본 “진리의 7대 속성”이라는 가장 큰 행복을 이미 이루어 누리고 있다는 사실을 알고 깨우치는 순간, 이 무화(無化)는 저절로 동시적(同時的)으로 실현되는 것이 진리의 속성이다. 그것은 비유컨대, 깜깜한 어둠의 방에서 전기등에 전원 스위치를 켜 방이 환하게 밝아지는 순간 동시적으로 어둠은 사라지는 것과 마찬가지로 하겠다. 이것이 바로 “세계적 사회계약”에 의해 “세계적 일반의사”를 실제로 출현시키는 것이고, 이것이 바로 세계헌법의 제정이다. 여기에 헌법 교육과 인간의 존엄성 교육의 세계적 실천에 의한 인류의 “깨우침”이 세계헌법 제정의 실현 방법론의 핵심이 되는 이유가 있다.

사회계약의 본질적 계약 내용인 “전면양도”는, 위에서 본 바와 같이, 인간 “A”와 “B”의 외형적 피상적 구성요소인 제1요소를 무(無)로 하는 것, 즉 “무화(無化)”하는 것을 의미한다.⁵⁰⁾ 이 “전면양도”에 의해 나타나는 “세계적 일반의사”는 인간 “A”와 “B”의 내면적 심층적 구성요소인 “내적진리”를 의미한다. 프랑스의 최고 헌법학자의 한 사람인 뷔르도(Burdeau)도 사회계약에 의한 “일반의사”의 이러한 특성을 인정하여 다음과 같이 지적하고 있다. 즉, “모든 인간의 내면에는 서로 구별되는 2개의 요소의 사람이 공존적으로 존재하고 있다. 그 하나는 외부 자연 환경에 약하게 흔들리고 잘못을 저지르는 제약된 사람이고, 다른 하나는 그의 이성이 “일반의사”와 같이 항상 올바르고 “깨우친 시민”으로서 주권자인 사람이다.⁵¹⁾

50) 조병윤 . 전게서, 17면 이하

51) Burdeau, Traite de Science politique, Tome II (l'Etat), pp.71~72). “Il y a dans chaque homme deux êtres distincts; ① l'homme naturel faillible et borné-sujet(individus faillible), ② le citoyen dont la raison est droite comme la volonté générale-souverain(citoyen éclairé”.

이와 같이 뷔르도(Burdeau)는 루소의 사회계약과 일반의사의 진정한 존재론적 본질과 구조를 밝히기 위하여, 여기의 “제6헌법존재론 도해”의 1도의 “피상적으로 조명된 사람”과 2도의 “심층적으로 조명된 사람”이라는 두 가지 사람의 공존적 존재를 인정하고 있다. 그리고 그의 이러한 지적은 2도의 사람은, 항상 올바른 “일반의사”를 알고 깨우친 세계시민으로서, 주권자이고 세계헌법제정권자라는 것을 나타내고 있다고 하겠다.

이와 같이 1도의 피상적으로 조명된 인간 “A”라는 사람과, 2도의 심층적으로 조명된 인간 “A”라는 사람은 별개의 두 사람이 아니라, 실제로는, 즉 존재론(ontology)적으로는, 인간 “A” 라는 한 사람의 양면일 뿐이다. 뷔르도(Burdeau)의 위의 지적은 이점을 잘 밝혀 주고 있다.

이러한 1도와 2도의 존재론(ontology)적 공존 관계를 명확히 밝혀 주는 것이 위의 “제6헌법존재론 도해”의 3도이다.

라. 1도 “피상적 조명”과 2도 “심층적 조명”의 존재론적 공존성의 철학적 본질 구조도

– 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)” –

“제6헌법존재론 도해”의 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”은 “세계적 사회계약”이 체결된 이후의 실제적인 세계의 현실 상태 즉 사회계약론상의 이른바 “사회 상태”를 존재론(ontology)적으로 나타낸다. 이 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”은 위에서 본 바와 같이, 1도의 피상적으로 조명된 인간 “A”와 2도의 심층적으로 조명된 인간 “A”는 별개의 두 사람이 아니라, 실제로는, 즉 존재론(ontology)적으로는, 인간 “A” 라는 한 사람의 양면일 뿐이라는 것을 나타내 주고 있다.

2도 “심층적 조명(deep lighting)과 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”은 다 같이 세계헌법이 제정된 이후의 상태를 나타내고 있다는 점은 같다.

그러나 2도 “심층적 조명(deep lighting)”과 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”의 다른 점은 다음과 같다. 즉 2도 “심층적 조명(deep lighting)”은 “세계적 사회계약”이 체결된 이후의 실제적인 세계의 현실 상태 즉 사회계약론상의 이른바 “사회 상태”가 이루어진 원인과 그 결과 내용을 심층적으로 살펴봄으로써, 이 사회상태가 인간 모두의 안전과 존엄성과 행복이 이미 현실적으로 이루어져 있다는 위대한 사실을 실증적으로 눈으로 보여 주어 그것을 쉽게 알고 깨우치도록 하기 위하여, “세계적 사회계약”이 체결되기 이전의 “자연상태”인 1도 피상적 조명(superficial lighting)과는 분리 독립적으로 조명하고 있다. 즉 2도에서 나타내고 있는 인간 “A”는 인간 “A”의 심층적 요소(제2요소)라는 내면적 1면만을 나타내고 있을 뿐이다.

그러나 3도는 1도와 2도에 각각 나타난 인간 “A”의 양 요소를 다 존재론(ontology)적으로 함께 나타내고 있다. 존재론(ontology)이란 모든 사물을 “있는 그대로 파악”하는 존재철학적 원리를 말한다. 모든 사물을 “있는 그대로 파악”한다는 것은, 모든 사물은 눈에 보이는 유형적인 요소와 눈에 보이지 않는 무형적인 요소라는 두 가지 요소로 구성되어 존재하고 있는데, 이 두 가지 요소를 다 “있는 그대로 함께 파악”한다는 것이다. 위에서⁵²⁾본 바와 같이, 모든 실제적 존재(being, l'être, Sein)의 존재론(ontology)적 구조 속에는, 한편으로는, [제6 헌법존재론 도해]의 1도 “피상적 조명(superficial lighting)”과 같이, 눈에 보이는 “외적이고 현상적이고 구체적인 피상적 요소(제1요소)”와, 다른 한편으로는, [제6 헌법존재론 도해]의 2도 “심층적 조명(deep lighting)”과 같이, 무형적이어서 눈에 잘 보이지는 않고 따라서 그 존재 자체와 그 실체를 쉽게 파악하기는 어렵지만, 엄연히 실제로 존재하고 있는, “내적이고 본질적이며 추상적인 심층적 요소(제2요소)”가 혼합적으로 함께 공존하고 있다. 전자는 “유(有)” 내지 “실정법”, 후자

52) 위의 주 14 참조

는 “진리(Truth, Vérité, Wahrheit)” 내지 “자연법”을 의미한다.⁵³⁾⁵⁴⁾

바람직한 세계헌법의 제정을 위한 방법론으로서, 이상과 같이 인간 “A”와 인간 “B”를 심층적으로 분석하는 인간학적 방법론과, 이 인간 “A”와 인간 “B”를 존재철학적으로 분석하는 존재론적 방법론의 이론적 근거와 필요성은, 다음과 같은 현대 세계의 철학과 법철학의 중심적 경향 내용에 비추어 보면 좀 더 이해할 수 있을 것이다.

(1) 세계헌법 제정 방법론에 있어 인간학적 방법

세계헌법 제정의 세계 현실적, 헌법적 근거와 필요성들은 한마디로 인간성 파괴와 말살을 자행했던 과거 역사의 국가권력들과 권력자들을 뒷받침해 준 헌법원리인 이른바 “법실증주의의 폐해”로부터 벗어나 인류를 구제하기 위한 것이다. 이 법실증주의의 폐해는 [제6 헌법존재론 도해]의 1도 “피상적 조명(superficial lighting)”으로 바라보는 인간과 세계를 법학의 면에서 상징하는 것이다.

법실증주의를 극복하는 것을 최대과제로 하는 현대법철학은 그 방법으로 인간학 (Anthropologie)의 연구에 힘을 기울이는 것이 일반화되어 가는 경향에 있다. 그 내용은 오늘날의 인간학에서 인간의 존재구조와 성격이 눈에 보이는 사회학적이고 현실적인 상대적 존재라는 측면과 눈에 보이지 않는 형이상학적이고 현실 초월적이고 영속적인 측면으로 2중 구조를 이루고 있음을 강조한다. 페어드로스(Verdross)는 이것을 “인간학적 자연법론 (anthropolitische Naturrechtslehre)”이라고 한다.

인간의 존엄성을 최대의 이념으로 하는 헌법의 본질을 밝히는 헌법존재론이 [제6 헌법존재론 도해]에서 보는 바와 같이, 인간존재구조에서 출발하

53) 조병윤, “인간의 존엄성의 본질과 “내적진리”의 세발자전거론”, 전계논문, 412면 이하 ; 조병윤, 전계서, 34면 이하

54) 최해태 (崔海泰), “현대자연법과 법존재론-Arthur Kaufmann의 「법존재론적 구조」를 중심으로-”, 영남대학교 논문집 제5집, 1면 이하.

지 않을 수 없는 이유도 이러한 현대법철학의 인간학적 경향에서 더욱 발견된다.

(2) 세계헌법 제정 방법론에 있어 존재론적(存在論的) 방법

현대철학의 가장 큰 특징의 하나는 역시 존재의 본질과 구조를 밝히려는 존재철학(ontology)의 경향을 매우 강하게 나타내고 있는 점이다. 현대의 법철학도 이와 같은 경향을 띠고 있는 것은 자연스러운 일이다. 현대 자연법론이 이러한 존재론적 경향을 띠지 않을 수 없게 된 이유는 바로 [제6 헌법존재론 도해]의 1도 “피상적 조명(superficial lighting)”에서 볼 수 있는 바와 같은, 현실적이고 구체적이며 실력주의적인 법실증주의를 극복하기 위해서는 눈에 보이는 현상을 초월하는 존재구조가 과연 있는지, 그리고 있다면 그것이 무엇인지를 밝혀내지 않을 수 없기 때문이다.

신토마스주의 법철학은 아리스토텔레스와 토마스주의의 존재론(ontology)의 법철학에 기초하여 이를 발전시키고 있다. 막스·셀러와 하르트만의 실질적 가치론이나 코잉(H. Coing)의 법의 최고원칙도 이 경향에 속한다. 벨첼(H. Welzel)의 실질적 정의이론이나 스프랑거(E. Spranger)의 역사적 타력적 자연법론, 미타이스(H. Mitteis)의 문화적 자연법론 등은 법철학의 존재론(ontology)적 경향을 많이 보여준다. 특히 실존주의에 입각하는 자연법론을 강조하는 마이호퍼(W. Maihofer)와 페흐너(E. Fechner) 및 “존재와 시간”⁵⁵⁾이라는 존재철학의 큰 저서를 쓴 하이데거(Heidegger) 등은 그 존재론(ontology)적 경향을 강하게 나타내고 있다.⁵⁶⁾

특히 아르투어·카우프만(Arthur Kaufmann)은 “자연법과 역사성”(Nurrecht und Geschichtlichkeit)이란 논문과 “법의 존재론적 구조”(Die ontologische

55) Martin Heidegger, *l'Être et le temps* (traduction intégrale du “Sein und Zeit” de la 10e édition par Emmanuel Martineau), Authentice, 1985.

56) 최해태, *전계논문* ; 조병윤, *전계서*, 30면 참조

Struktur des Recht)에 관한 논문에서 유형(有形)의 실정법과 무형(無形)의 자연법이 공존적 존재구조를 이루고 있는 것이 법의 존재구조이고 본질이라는 견해를 표명하였다. 이것은 위의 [제6 헌법존재론 도해]에서 밝히고 있는 법존재론을 본격적으로 해명하려고 하는 것으로 의의가 크다.⁵⁷⁾

위의 여러 존재철학적 연구에서 무형적인 자연법의 존재론적 구조와 내용을 밝힘에 있어서는, 위의 [제6 헌법존재론 도해]에서 밝히고 있는 바와 같이, 첫째, “무형적”인 자연법과 “무형적”인 “진리”의 존재론적 동일성을 밝혀내고, 둘째, 이를 근거로 하여 “유형적”인 요소의 “무화(無化)”를 통해 “무형적”인 자연법과 진리의 존재 실체 내용이 실제로 현실에 실현된다는 점을 밝혀냄으로써, 이 “무형적” 자연법의 존재구조와 그 실체적 내용이 더욱 명확하게 해명될 수 있을 것이다. 여기에 현대의 철학과 법철학과 헌법학의 궁극적 좌표와 이정표가 제시되고 있다고 하겠다.

법철학자 슈타믈러(R. Stammler)는 일반의사를 「보편타당한 의지」로 본다.⁵⁸⁾ 슈타믈러(Stammler)가 일반의사를 인류의 보편타당한 원리로 보고 있는 점은 타당하나, 이것을 어떤 인간의 의지로 보고 있는 것은 일반의사가 진리라는 것을 간과하고 있어, 일반의사의 진정한 존재구조와 그 의미를 밝히는 데는 부족한 면이 있다고 보여 진다. 또 페처(I. Fetscher)는 이성에 기초한 자연법으로 본다.⁵⁹⁾ 페처가 일반의사를 자연법으로 보는 것은

57) Arthur Kaufmann, Die ontologische Begründung des Rechts, 1965; Arthur Kaufmann, Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1957; Arthur Kaufmann / Winfried Hassemer, Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Athenäum Verlag GmbH, Frankfurt/M, 1971; Arthur Kaufmann, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 5. Aufl., UTB C.F.Müller, 1989.; 최해태, 전계논문 ; 조병윤, 전계서 31면 참조,

58) R. Stammler, Bedeutung der Volonte Generale bei Rousseau, 1912. in; Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge von Rudolf Stammler, 1925, Bd. I. S.377 ff.

59) I. Fetscher, Rousseaus Politische Philosophie, Zur Geschichte des demokratischen Freiheitsbegriffs, Zweite erweiterte Auflage, Hermann Luchterhand Verlag GmbH,

타당하나, 그것이 인간의 이성에 기초하고 있다고 보는 것은 서양법학자들이 일반적으로 자연법을 인간이성에서 찾으려 하고 그 실체가 무엇인지를 진정으로 해명하지 못하고 있는, 같은 범주에 속한다. 자연법은 진리라고 해석되어야 하므로, 인간이성에서 일반의사를 찾으려는 이 견해도 일반의사의 진정한 구조의 의미를 밝히지 못하고 있다고 하겠다.

법철학에서 해결되기 어려운 문제는 다시 철학의 단계에까지 더 올라가야만 해결될 것이다. 많은 철학자·사상가들에 있어서도 인간에 있어 보이지 않는 이 경지의 실체가 무엇인가를 해명하려는 것이 궁극적 과제의 하나이다. 따라서 철학적 견지에서도 루소의 일반의사는 수많은 연구의 대상이 되었다. 서구사회의 유명한 사상가들 대부분이 루소와의 비교가 많이 연구되어진 것은 이러한 이유에서이다.⁶⁰⁾ 예컨대 루소와 사르트르, 루소와 마르크스, 루소와 헤겔, 루소와 칸트, 루소와 피히테, 흄, 로크, 홉스 등과 같이 수많은 연구의 성과에 의해서 루소의 일반의사의 진정한 의미가 밝혀졌다고 확언할 수 있는가 하는 것이 여기의 최대의 관건이다.

이상의 모든 연구에 있어서도 루소의 일반의사의 진정한 의미는 완전히 밝혀지지는 못하였다고 보여 진다. 왜냐하면 본고에서 보는 바와 같이, 루소의 일반의사 이론은 존재철학의 궁극적인 자리에 위치하고 있어, 우주의 존재구조를 완전히 해명하지 아니하는 한 루소의 일반의사도 완전히 해명할 수 없기 때문이다. 그 이유는 루소의 일반의사를 출현시킨 장본인인 사회계약의 핵심내용이 사회계약참가자들 모두가 “자신의 모든 것을 완전히

1968. S.119f.

60) Léon Duguit, Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel, Extrait de la Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger(n^o82-3, avril-sept.1918), Paris, 1918, p.94; Th. Redpath, Réflexions sur la nature du concept de Contrat social chez Hobbes, Locke, Rousseau et Hume, in : Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau, société les belles lettres, Paris, 1964, p.55; Georges Gurvitch, Kant und Fichte als Rousseau-Interpreten in Kant-Studien, Band X X VII, 1922, pp.138~164.

버렸다”는 전면양도(全面讓渡)에 있기 때문이다. 자신의 모든 것을 완전히 양도했다, 버렸다, 없었다 하는 것은 자신을 버리고 자신의 모든 것을 “무화(無化)” 내지 “무시(無視)”하는 것을 의미한다. 일반의사를 출현하게 한 사회계약의 이 “무(無)”의 의미를 완전히 해명하지 못하는 한 루소의 일반의사도 완전히 해명할 수 없기 때문이다. 그렇기 때문에 존재철학의 궁극적 구조를 해명하고 있는 본고의 헌법존재론에 의할 때 비로소 루소의 일반의사의 진정한 의미가 밝혀질 수 있다. “무(無)”의 존재철학적 의미가 완전히 규명되지 아니하는 한 일반의사의 진정한 의미는 밝혀질 수 없다. 왜냐하면 이 “무(無)”의 의미야말로 모든 철학과 모든 존재의 이치를 밝혀주는 우주궁극의 진리의 세계에 들어가는 “관문(關門)으로서의 무(無)”이기 때문이다. 따라서 이 “무(無)”는 “진리가 있음을 밝혀주는 무(無)”이고, “진리의 실체와 내용을 보여주는 무(無)”이기 때문에, 위에서 본 바와 같이 “없을 무(無)”가 아닌 “진리 있을 무(無)”이며 “진리 무(無)”이기 때문이다. 전술한 바와 같이 서양철학의 모든 노력에도 불구하고 루소의 일반의사의 진정한 의미가 밝혀지지 못하였다고 할 수 있는 근거는, 아직 현 단계에서 서양의 모든 철학과 법철학의 사상이 “없을 무(無)”가 “있을 무(無)”로 되는 원리, “없을 무(無)”가 “진리 무(無)”가 되는 원리를 궁극적으로 해명하지 못하고 있다고 보이기 때문이다. 또한 그것은 서양의 모든 철학자, 사상가와 루소가 거의 다 비교·연구되었지만 『루소와 무(無)』, 『루소와 진리』를 함께 본격적으로 비교한 연구는 다른 사람에게서는 아직 발견되지 않고 있기 때문이다.⁶¹⁾

헌법의 최고궁극의 문제의 하나인 루소의 사회계약론의 일반의사의 진정한 의미는 존재철학을 궁극적으로 해명하고 있는 헌법존재론에 의할 때 비로소 밝혀질 수 있다. 이것을 해결하는 열쇠가 바로 [제6 헌법존재론 도해]

61) Cho, Byung-Yoon, *Ontologie de la souverainete du peuple et de la dignite de l'homme*, These pour le Doctorat en Droit, Universite de Paris II, 1989 참조

[“세계적 사회계약”과 “세계적 일반의사”에 의한 세계헌법 제정의 헌법철학적 본질 구조도]이다. 왜냐하면 이 문제는 가장 궁극적인 철학의 문제이고, 따라서 가장 궁극적 진리에 의해야만 궁극적으로 해결될 수 있는 문제이기 때문이다. 인간이 소우주라고 하는 의미가 여기에서 밝혀진다. 또 인간을 통하여 우주의 진리를 파악하는 방법도 여기에 있다.⁶²⁾

인간의 존엄성이 불가침·불가양의 천부인권으로서의 자연법과 “진리”의 소산이라는 그 진정한 의미를 밝히고 이것을 실현하는 것을 최대의 과제로 하는 세계헌법 제정 방법론에 있어서, 그 세계헌법의 본질과 과제를 밝히려는 헌법존재론이 이러한 철학적, 법철학적 존재이론(ontology)에 근거하지 않을 수 없는 것은 당연하다고 하겠다.

(3) 세계헌법 제정 방법론에 있어 존재론적 자연법론(存在論的 自然法論)의 헌법존재론적 헌법관의 헌법적 의의

헌법을 보는 근본시각을 모든 사물의 존재구조 원리에 부합되는 데서 찾는 헌법관을 존재론적 자연법론의 헌법관이라고 한다. 즉 모든 사물은 가시적이고 입증되고 현실적이며 상대적인 존재구조 측면과, 눈에 보이지는 않지만 불변의 올바른 영속적 존재구조의 측면으로 구성되어 있다는 점에서 출발한다. 따라서 눈에 보이는 유형의 현실적인 실정법과 눈에 보이지 않는 무형의 이상적인 자연법이 함께 공존하고 있다는 헌법관이다.⁶³⁾

[제6 헌법존재론 도해]의 1도 “피상적 조명(superficial lighting)”에서 보는 바와 같은 법실증주의를 극복하는 최선의 방법은 그 실정법의 의의를 무시하고 부인하는 것만이 능사가 아니라, 그 실정법의 존재구조와 의의를 있는 그대로 밝히고, 그 실정법의 본래의 의의를 “제6 헌법존재론 도해”의 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”에서와 같이 존재론적으로 밝혀

62) 조병윤, 전계서, 54면 이하 참조

63) Arthur Kaufmann, op. cit. ; 조병윤, 전계서, 28면 이하 참조

그것을 긍정적으로 이해할 때 비로소 위의 [제6 헌법존재론 도해]의 1도 “피상적 조명(superficial lighting)”에서 보는 바와 같은 법실증주의의 폐단은 이 “제6 헌법존재론 도해”의 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”에서와 같이 극복되는 것이다. 이와 같이 헌법의 궁극적 내용과 과제를 이러한 존재론의 시각에서 해명하려고 하는 헌법존재론의 입장에서 나오는 헌법관이 존재론적 자연법론의 헌법관이다.⁶⁴⁾

세계의 모든 인류의 진정한 자유와 평등과 박애와 행복을 추구하는 범세계적 입헌주의와, 이에 의해 세계 인류의 안전과 평화와 행복을 실현하려는 세계헌법 제정의 올바른 방법론은 바로 이러한 헌법존재론에 입각한 존재론적 자연법론의 헌법관에 의할 때 비로소 올바르게 명확하게 밝혀질 수 있을 것이다.

[제6 헌법존재론 도해]의 3도는 1도의 보이는 인간 “A”와 2도의 보이지 않는 무형의 인간 “A”를 함께 보여주고 있다. 왜냐하면 이 양 요소를 다 가지고 있는 것이 실제에 현실적으로 존재하는 인간 “A”이기 때문이다.

따라서 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”에는 1도에서 “피상적으로 조명(superficial lighting)”한 인간 “A”와, 2도에서 “심층적으로 조명(deep lighting)”한 인간 “A”가 함께 공존적으로 존재하고 있다. 결국 실제의 인간은 유형적 요소와 무형적 요소라는 양 요소를 동시에 함께 가지고 있는 3도이다. 예컨대, 마치 빛을 프리즘을 통해 분해하여 보면 잘 보이지 않아 알 수 없던 빛의 7가지 요소가 7가지 색으로 무지개와 같이 나타나듯이, 이 실제 모습인 양 요소의 인간을 존재철학(ontology)이라는 “프리즘”을 통해 분해하여 비추어 보면, 인간의 양 요소가 1도와 2도의 모습으로 나타나게 된다. 이것이 “제6 헌법존재론 도해”의 1도와 2도와 3도의 관계이다. 즉 3도는 실제의 인간의 모습이고, 1도와 2도는 존재철학(ontology)

64) 조병윤, 전계서, 28면 이하 참조

이라는 “프리즘”을 통해 분해하여 나타난 인간의 양 요소의 분리된 “가상적인” 모습인 것이다. 실제 인간에 있어서 3도가 현실의 실제 인간이고, 1도와 2도는 실제로는 분리되어 있는 것이 아니라 혼합되어 3도의 인간 내에 함께 있는 것이다. 이것을 굳이 분해하여 1도와 2도를 만든 것은, 특히 2도가 무형적인 인간 요소이어서 그것이 존재하고 있다는 엄연한 사실을 사람들이 잘 모르기 때문에, 그리고 거기에 세계 인류의 위기의 원인이 있고 거기에 그 인류 위기의 해결책인 세계헌법 제정의 열쇠가 있기 때문에, 그것을 직접 자기 눈으로 “직접 와서 보고” 알고 깨닫게 하기 위하여 2도로 나타내 보인 것이다.

이점을 다시 프리즘의 역 방향으로 되돌려 비추어, 인간의 본래의 실제 모습을 도해에 나타내기 위하여, 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”에서는, 1도와 2도에서 점선(點線)이나 실선(實線)으로 표시된 인간 “A”와 인간 “B”의 요소들을 다 함께 되돌려 가지고 와 3도에서 표시하였다.

즉, 3도에서 인간 “A”와 인간 “B”의 가장 작은 원의 테두리 선은 1도로부터 점선(點線)을 가져오고, 2도로부터 실선(實線)을 가져왔음을 표시하였다. 따라서 3도의 제일 작은 원의 테두리에는 점선과 실선이라는 두 줄로 이점을 표시하였다. 마찬가지로, 인간 “A”와 인간 “B”의 중간 크기의 원(圓: 개별적이고 이기적이고 탐욕적이고 때로는 폭력적이기도 한 “특수의사”)의 테두리 선은 1도로부터 “현실세계에서 실제로 존재하고 있다”는 의미의 실선(實線)을 가져 오고, 2도로부터 [“세계적 사회계약” 즉 “세계헌법의 제정”이라는 “전면양도”와 “무화”를 통해 이 탐욕적이고 폭력적인 요소를 버리고 초월함으로써, 그에 의해 “세계적 일반의사”가 실제로 실현됨으로써, 그 유형적인 탐욕적이고 폭력적인 쾌락에 집착하는 나쁜 아집이 없어져 더 이상 존재하지 아니한다]는 의미의 “점선(點線)”을 가져왔음을 표시하였다. 따라서 3도의 중간 크기의 원의 테두리에도 점선과 실선이라는 두 줄로 이 점을 표시하였다. 이것은 3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”

에서는 1도 “피상적 조명”과 2도 “심층적 조명”의 양 요소가 존재론(ontology)적으로 공존하고 있는 현실적이고 실제적인 인간 “A”와 인간 “B”의 실제 모습 그대로, “있는 그대로의 그것”을 존재론적으로 나타내고 있다.

즉 인간 “A”와 인간 “B”는 1도와 같이 피상적으로 보면 서로 다른 대립적인 관계, 즉 [다를 이(異)자의 관계]에 있지만, 2도와 같이 심층적으로 보면 하나의 불가분의 진리체로서 서로 같이 존엄한 동일한 관계, 즉 [같은 동(同)자의 관계]에 있는 사람이다. 3도에서는 이점을 도해에 표시하기 위하여, 인간 “A”와 인간 “B”사이에 “다를 이(異)”자와 “같은 동(同)”자를 함께 나타내어 “뿔과 동의 공존”이라고 표시하였다.

여기에 “모든 인류는 모두 다 하나이고 한 몸이니 서로 사랑하라”는 진리의 내용의 진정한 의미와 그 존재론적 구조가 밝혀진다.

마찬가지 이유로, 3도에서는 인간 “A” 및 인간 “B”와 “세계적 일반의사” 사이에도 “뿔과 동의 공존”을 표시하였다. 인간 “A” 및 인간 “B”와 “세계적 일반의사” 사이에 있는 이 “동(同)”자의 의미와 내용을 살려 세계 인류의 최고 법을 만드는 것이 바로 세계헌법의 제정이다. 이 “동(同)”자의 의미와 내용을 살려 세계헌법을 구체적으로 제정하는 방법은, 지금까지 세계 각국의 선진화 민주화된 헌법과 헌법재판제도 등 각종 제도 및 국제연합(UN)과 “세계연합”⁶⁵⁾, “유럽연합(EU)”⁶⁶⁾, 유럽 인권재판소, 한국 헌법재판소, 미국 연방대법원, 독일 연방헌법재판소, 프랑스 헌법재판소 등 많은 국제기구와 조직을 통해, 세계 인류의 지혜가 오늘날까지 발달시켜 온 “현대입헌주의의 5대 원칙”을, 세계 공통의 지혜로 이 “동(同)”자의 의미를 살리는 내용으로 더욱 합리적으로 발전시켜, 1)세계 인류 모든 사람의 세계

65) 위의 주 25) 참조.

66) Philip Alston(Sous la direction de), L'Union Europeenne et les Droits de l'Homme, Academie de Droits Europeenne, Bruylant Bruxelles, 2001. 참조.

보편적 인간의 존엄성과 기본적 인권의 보장주의, 2)세계 인류시민주권주의, 3)세계 권력분립주의, 4)세계 성문헌법주의, 5)세계 경성헌법주의를 “세계적 입헌주의(Global Constitutionalism)의 5대 원칙”으로 새롭게 발전적으로 확립하여 구체적으로 세계헌법으로 제정하는 것이다.

3도 “존재론적 조명(ontological lighting)”에서 인간 “A”와 인간 “B” 사이에 “다를 이(異)”자와 “같을 동(同)”자를 함께 표시하기 위하여 “뿔과 동의 공존”이라고 표시한 것은, 세계의 모든 사람은 서로 다르면서도, 본성상 인간의 존엄성을 가진 진리체라는 동일한 일체로서 같다는 의미를 나타낸다. 이것을 현실적으로 실현하는 것이 인류 모두의 안전과 평화와 행복을 실제로 이루어 주는 “세계적 일반의사” 실현에 의한 세계헌법의 제정이다. 헌법의 이러한 근본원리에 따라, 한편으로는, 이 헌법의 근본원리의 내용을 모든 인류와 모든 국가에게 사회 문화적, 국가적, 세계적으로 헌법교육과 인성교육으로 잘 “교육”하면서, 동시에 다른 편으로는, “현대입헌주의의 5대 원칙”을 “세계적 입헌주의의 5대 원칙”으로 법과 제도적으로 더욱 발전시켜 실제로 세계헌법을 제정하는 것이, 세계 인류 전체의 미래와 희망인 세계헌법 제정을 앞당기고 실현하는 실효적이고 올바른 방법론이라는 점이 여기에서 밝혀질 수 있을 것이다.

VI. 결론

인간의 존엄성 보장은 세계 선진 각국의 국내적으로는 물론이고 세계적으로도 헌법의 최고 궁극의 이념과 목표가 되고 있다. 따라서 세계헌법의 궁극적 목표도 인간의 존엄성 보장과 그에 의한 세계평화와 인류의 안전이다.

이 인간의 존엄성의 실체는 천부인권이라는 자연법적 진리이다. 그러므로 인간의 존엄성의 실현은 인간의 존엄성과 자연법적 진리의 핵심 내용인 사랑과 자비의 실현이라고 할 수 있다. 이 점이 전 세계적으로 공인되고 그것을 위한 헌법교육과 인성교육과 민주주의 교육과 이를 위한 법적 제도적 장치가 세계적으로 추진되고 실천되어야 할 것이다. 헌법의 최고 이념과 목표는 인간의 존엄성 실현이고 이것을 위한 것이 사랑 실천이라는 점에서, 세계적 입헌주의와 세계헌법은 모든 국가와 모든 인류가 헌법실천으로서의 인간의 존엄성 실천 운동과 사랑 실천운동을 하도록 하여야 할 것이다.

범세계적으로 이 인간의 존엄성 실천운동과 사랑 실천운동을 가능케 하는 방법은 지금까지의 인간 개인 차원에서의 인간의 존엄성과 사랑과 자비의 실천을 넘어, 인간의 존엄성과 사랑과 헌법, 인간의 존엄성과 사랑과 권력, 인간의 존엄성과 사랑과 민주주의를 더욱 실천적, 제도적으로 결합하여야 할 것이다. 원래 인권과 권력은 기본적으로 대립적인 불가분의 관계에 있다. 인권 침해의 원인은 주로 권력에 있어 왔기 때문이다. 그러므로, 자연법적 진리로서의 인간의 존엄성에 대한 깨우침에 의한 인간 자유의 길을 열어준 존재철학과, 국가 권력으로부터 인간 자유의 길을 열어준 사회계약과 일반의사의 정치철학이 결합함으로써 권력과 인권의 결합이 가능하게 되어, 인간의 존엄성과 사랑과 자비의 실현이 개인적, 국가내적으로는 물론 범세계적으로 이루어 질 수 있음을 인식하여야 할 것이다. 이와 같이 인간을 자유롭게 하고 그 존엄성을 실현하려는 존재철학과 권력을 해명하고 그 올바른 통제를 실현하려는 정치철학을 결합한 것이 바로 헌법철학이다. 여기에 세계헌법 제정과 아시아 인권재판소 등 세계적 지역적 인권보장제도와 평화체제 확립의 좌표와 이정표가 발견된다고 하겠다.

[국문초록]

“세계헌법의 제정에 관한 고찰”이라는 본 연구는 현재 세계적으로 확산 발전되고 있는 세계적 입헌주의(Global Constitutionalism)를 더욱 발전시켜, 세계평화와 인류의 안전과 행복을 확보하기 위해, 세계헌법을 시급히 제정해야 하겠다는 세계적 시대적 과제에 대한 해결책을 찾기 위한 것이다. 이 세계헌법 제정 문제는 매우 광범위하고 복잡하고 난해한 면이 많이 있어 상당히 생소한 주제라고 생각될 수도 있을 것이다. 따라서 육하원칙(六何原則)에 의거하여, 1)누가 세계헌법을 제정한다는 것인가? 즉, 세계헌법제정의 주체인 세계헌법제정권자와 세계 공동체의 주권자는 누구인가 하는 문제, 2)언제 세계헌법을 제정한다는 것인가? 하는 세계헌법제정의 시기 문제, 3)어디서 세계헌법을 제정한다는 것인가? 하는 세계헌법제정의 장소 문제, 4)무엇을 제정한다는 것인가? 하는 세계헌법의 내용 문제, 5)어떻게 세계헌법을 제정한다는 것인가? 하는 세계헌법제정의 방법 문제, 6)왜 세계헌법을 제정해야 하는가? 하는 세계헌법제정의 이유와 근거 및 필요성 문제에 대하여 고찰하였다.

본고는 이러한 세계헌법 제정 문제가 인간의 존엄성과 인권 및 세계평화와 세계 모든 사람의 안전과 행복을 실현하기 위한 인류의 염원을 현실화하려는 세계 인류, 세계인의 현재의 대장정이라고 할 수 있다는 문제의식을 견지하였다.

이상의 제 점에 비추어, 본 연구에서는 먼저 세계적 입헌주의와 세계헌법 제정의 의미를 알아보고, 이어서 세계헌법제정의 근거와 필요성에 관하여 먼저 세계헌법 제정의 세계 현실적 이유와 필요성을 알아본 후, 세계헌법 제정의 헌법적, 헌법철학적 근거와 필요성을 고찰하였다. 세계헌법 제정의 헌법적 근거와 필요성을 밝히기 위해서는, 먼저 세계헌법 제정 문제가

막연한 유토피아성만을 갖는 것이 아니라 세계적인 수많은 헌법학자의 긍정적 이론적 근거를 제시하고, 세계적 입헌주의와 세계헌법 제정의 필요성을 인정하는 세계 헌법학계의 긍정적 동향을 고찰하였다.

다음으로는 이상의 긍정적 근거를 심층적으로 뒷받침하기 위하여, 세계헌법 제정의 헌법 철학적 근거와 필요성을 고찰하였다. 먼저 세계헌법 제정의 근거가 되는, 세계 인류 모두가 하나이고 단일하고 동일하다는 것을 헌법 철학적으로 밝히기 위하여, 인간의 존엄성의 헌법 철학적 본질 문제를 검토하고, 이를 활용하여 인간의 존엄성이 가지고 있는 자연법으로서의 진리의 속성을 고찰하였다.

또한 세계헌법 제정의 헌법 이론적 근거가 되는 세계적 사회계약과 세계적 일반의사의 헌법 철학적 본질을 밝히기 위하여, 사회계약 이론상의 “전면양도”와 “일반의사”의 의의와 본질을 존재철학 원리를 활용하여 헌법 철학적인 심층적 고찰을 하였다. 사회계약 이론에 의하면 “일반의사”는 항상 올바른 의사를 의미한다는 점에서, 인간의 존엄성과 자연법으로서의 진리와 같다는 점을 헌법철학적으로 고찰하였다. 무형적인 자연법적 진리로서의 인간의 존엄성은 세계 인류 모두에게 공통적이라는 세계적 보편성이 세계헌법 제정의 근거가 되므로, 이 근거를 헌법철학적으로 더욱 명확히 밝히기 위하여 “헌법존재론 도해”(“세발자전거” 도해)라는 헌법존재론 도해를 활용하여 “무형적”인 자연법으로서의 인간의 존엄성을 가상적으로 “유형화”시켜 실증적으로 고찰하였다.

세계헌법제정의 주체와 방법에 관하여는, 세계헌법제정의 주체로서 첫째, 국제연합(UN)에 의한 세계헌법 제정 방법과 둘째, 세계헌법 제정을 위해 40년 이상 세계헌법안을 만들어 현재 세계적인 비준 활동을 지속적으로 전개하고 있는 세계적 시민단체인 “세계연합”에 의한 세계헌법 제정 방법을 구체적, 실증적으로 고찰하였다.

세계헌법 제정의 법적성격과 광범위성하고 다양한 내용으로는, 1)국가

간 공존질서로서의 세계헌법의 내용, 2)세계권력 제도화로서의 세계헌법의 내용, 3)최상위 세계 규범으로서의 세계헌법의 내용, 4)국가차원 입헌주의의 통합헌법으로서의 세계헌법의 내용, 5)인간의 존엄성과 인권보장 근본규범으로서의 세계헌법의 내용을 고찰하였다.

이상과 같은 세계헌법 제정의 기본적 고찰을 바탕으로 하여, 세계헌법 제정의 실현 방법론을 제시하였다. 이 세계헌법 제정의 실현 방법론을 명확하고 알기 쉽게 실증적으로 밝히기 위하여, “세계적 사회계약”과 “세계적 일반의사”에 의한 세계헌법 제정 실현방법의 본질 구조도라는 [제6 헌법존재론 도해 : 세발자전거론 : Theory of Tricycle]를 창안(創案)하여 그 내용을 헌법철학적으로 구체적으로 밝혔다.

이상과 같은 헌법의 근본원리의 내용을 일방, 모든 인류와 모든 국가에게 사회 문화적, 국가적, 세계적으로 헌법교육과 인성교육으로 잘 “교육”하면서, 타방, 인류의 지혜가 현재까지 발전시켜 온 “현대입헌주의의 5대 원칙”을 “세계적 입헌주의의 5대 원칙”으로 새롭게 더욱 발전시켜 실제로 세계헌법을 제정하는 것이, 세계 인류 전체의 미래와 희망인 세계헌법 제정을 앞당기고 실현하는 실효적이고 올바른 방법론이라는 결론을 도출하였다.

주제어

세계적 일반의사, 세계적 사회계약, 내적진리, 무화(無化), 세계헌법, 세계적 입헌주의, 전면양도, 인간의 존엄성, 진리, 자연법, 법존재론, 헌법존재론, 헌법관(憲法觀), 사회계약, 일반의사, 존재론적 자연법론, 세발자전거론

[Abstract]

This study, entitled “A Study on Establishment of World Constitution,” urges the World Constitutionalism, which is now spreading and developed globally, to urgently enact the world constitution in order to secure world peace and human security and happiness, to find a solution to the world-wide challenges of doing that. The issue of constitutional establishment of this world constitution is very broad, complicated and difficult to understand. Therefore, in accordance with the “six-questions rule”, 1). Who constitutes the world constitution? In other words, who is the ruler of the world constitution and the sovereign of the world community who are the subjects of the world constitution enactment, and 2) When will the world constitution be enacted? The issue of the timing of the World Constitution enactment, 3). Where does the World Constitution come into effect? The issue of the place of the world constitution enactment, 4). What do you enact? Contents of the World Constitution. 5). How do you enact the world constitution? The problem of how to enact the world constitution, 6). Why Constitute the World Constitution? The reasons for the establishment of the World Constitution, the basis and necessity of the Constitution were examined.

This article considers that the problem of the establishment of the World Constitution can be considered as the current major event of the world humanity and the world to realize the human dignity, human rights and world peace and the desire of humanity to realize the safety and happiness of all the people of the world. .

In this study, we first examine the significance of global constitutionalism and the significance of the world constitution, and then examine the reasons and necessity of the world realization of the world constitution ; the constitutional and constitutional philosophical grounds. In order to unveil the constitutional grounds and necessities of the world constitution, it is necessary to propose a positive rationale for the constitutional scholars of the world that the issue of the world constitution does not have only a vague utopia, recognizing the necessity of world constitutionality and the establishment of the world constitution. I examined the positive trend of the world constitutional academy.

Next, in order to deeply support the positive grounds above, we examined the constitutional philosophical basis and necessity of the establishment of World Constitution. First, we examine the constitutional philosophical essence of human dignity in order to unveil the constitutional philosophy that all human beings in the world, which are the basis of the world constitution enactment, are one, single, and the same.

In addition, in order to clarify the philosophical essence of the “global social contract” and the constitutional philosophy of the “global general will”, which is the rationale of the establishment of the world constitution, I made a philosophically deep study on the meaning and essence of “full transfer” and “general will”.

According to the social contract theory, the “general will” always refers to the right will, and it is the same as the dignity of humanity and the truth as natural law. The universality that human dignity as an intangible natural legal truth is common to all humans in the world, is the foundation of the world constitution. Therefore, in order to clarify this

basis more clearly in the philosophy of the Constitution, “Constitutional ontology” using the diagrams of the ontology of the Constitution, we hypothetically “typified” the dignity of human beings as “intangible” natural laws.

With regard to the subject and method of the world constitution enactment, it is necessary, firstly, to establish the world constitution by the United Nations, and, secondly, by the global citizen organization that continuously develops its activities, examines the method of enacting the world constitution in concrete and empirical way.

The broad and varied content of the World Constitution enactment. 1) the content of the world constitution as a coexistence order between nations, 2). Contents of world constitution as institution of world power, 3). The contents of the World Constitution as the highest world norm, 4). The contents of the World Constitution as a unified constitution of national constitutionalism, 5). We examined the contents of the world constitution as the fundamental norm of human dignity and human rights guarantee.

Based on the above - mentioned basic examination of the constitution of the world, the methodology of realizing the constitution of the world was suggested. In order to clarify the methodology of realization of the world constitution enactment clearly and easily, it is necessary to create the “Sixth Constitutional Ontological Theory : Theory of Tricycle” which is the essence structure of the “Global Social Contract” and “Global General Will”. The contents were expressed in concrete philosophy.

It is necessary to “educate” the contents of the fundamental principles of the Constitution to one, all humanity and all nations in socio-cultural,

national and global terms with constitutional education and humanity education, The "five principles of constitutionalism "as" the "five principles of global constitutionalism "and establishing a real world constitution is the effective and correct methodology that advances and realizes the world constitutional law enactment,

Key words

Global Constitutionalism, World Constitution, Human Dignity, Truth, Internal Truth, Ontology of Law, Natural Law, Constitutional Ontology, Social Contract, General Will, Global General Will, Ontological Natural Law, Theory of Tricycle

참고문헌

[한국어]

<한국어 저서>

김철수, 학설 판례 헌법학 상,중,하, 박영사, 2009

조병윤, 헌법학원리, 제2판, 성광사, 2010,

<한국어 논문>

최해태(崔海泰), “현대자연법과 법존재론-Arthur Kaufmann의 「법존재론적 구조」
를 중심으로-”, 영남대학교 논문집 제5집, 1면

[외국어]

<외국어 저서>

Blacher, Philippe, Controle de constitutionnalité et volonté générale, puf, Paris,
2001.

Burdeau, G. Les libertés publiques, L.G.D.J., 1972;

Burdeau, G. Traite de Science politique, Tome II (l'Etat),

Cassin, René. Les droits de l'homme, Imprimerie Nationale,

Chantebout, Bernard. Droit constitutionnel et science politique, Aramd Colin,
Paris, 1995,

Constitutional Court of Korea, Global Constitutionalism and Multi-layered
Protection of Human Rights-Exploring the Possibility of Establishing a
Regional Human Rights Mechanism in Asia-, 2016.

Duguit, Léon. Traité de droit constitutionnel, tome I, 1928,

Fetscher, I. Rousseaus Politische Philosophie, Zur Geschichte des demokratischen
Freiheitsbegriffs, Zweite erweiterte Auflage, Hermann Luchterhand
Verlag GmbH, 1968.

Heidegger, Martin. l'Etre et le temps (traduction intégrale du “Sein und Zeit”

- de la 10e édition par Emmanuel Martineau), Authentice, 1985.
- Hoffding, H. Rousseau und seine Philosophie, 1897,
- Kaufmann, Arthu. / Hassemer, Winfried. Grundprobleme der zeitgenössischen
Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Athenäum Verlag GmbH,
Frankfurt/M, 1971
- Kaufmann, Arthur, Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1957
- Kaufmann, Arthur. Die ontologische Begründung des Rechts, 1965.
- Kaufmann, Arthur. Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 5. Aufl.,
UTB C.F.Müller, 1989.
- lechmann, Das Staatsrecht II Grundrechte, 4. Aufl., 1997
- Luchaire, François : De la méthode en droit constitutionnel, R.D.P. 1981,
- Madiot, Yves. Droits de l'homme, Masson, Paris, Milan, Barcelone, Bonn,
1991
- Martin, Glen T. A Constitution for the Federation of Earth: With Historical
Introduction, Commentary, and Conclusion, Institute for Economic
Democracy Press, 2010.
- Martin, Glen T. One World Renaissance: Holistic Planetary Transformation
through a Global Social Contract, Institute for Economic Democracy
Press, 2016
- Martin, Glen T. The Earth Federation Movement, IED Press, 2011.
- Pactet, Pierre. Institutions politiques Droit constitutionnel, 12e éd, Masson,
- Rivero, Jean. Les libertés publiques, 1. 2, Duf. 1987;
- Robert, Jacques. Liberté publiques et droits de l'homme, Montchrestien, 1988;
- Rousseau, Jean-Jacques. Discours sur l'origine et les fondement de l'inégalité
des hommes, 1755
- Rousseau, Jean-Jacques. Du contrat social
- Stammler, R. Bedeutung der Volonte Generale bei Rousseau, 1912. in;
Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vortrage von Rudolf Stammler,

憲法論叢 第28輯(2017)

1925, Bd. I.

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1, 1988; Bd.III/2,
1994;

[외국어 논문]

ALLOTT, PHILIP. EUNOMIA: NEW ORDER FOR A NEW WORLD (1990)
preface xix.

Cho, Byung-Yoon, Ontologie de la souverainete du peuple et de la dignite de
l'homme, These pour le Doctorat en Droit, Universite de Paris II,
1989

Cho, Byung-Yoon., “Le concept universel du constitutionalisme et la methodologie
de son developpement”, in : Constitutional and Political Laws of the
Republic of Korea, Korean Constitutional Law Reseach Institute,
Seoul, Korea, 1993,

Duguit, Léon. Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel, Extrait de la Revue du
Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger
(n082-3, avril-sept.1918), Paris, 1918, p.94

Gurvitch, Georges. Kant und Fichte als Rousseau-Interpreten in Kant-Studien,
Band X XVII, 1922, pp.138~164.

[https://www.academia.edu/s/e5797e4771/human-dignity-and-our-global-social-contra
ct](https://www.academia.edu/s/e5797e4771/human-dignity-and-our-global-social-contract)

Kotila, Roger , Earth Constitution Strategies, Internet web-site

Krisch, Nico / Kingsbury, Benedikt . Introduction: Global Governance and
Global Administrative Law in the International Legal Order, 17 EJIL
1, 2 (2006)

Martin, Glen T.. “Human Dignity and Our Global Social Contract”,

Martin, Glen T.. Human Rights and Our Global Social Contract, Posted by

rgaldowcpa on November 16, 2016

- PETERS, ANNE. The Merits of Global Constitutionalism, Internet web-site
- Redpath, Th. Réflexions sur la nature du concept de Contrat social chez Hobbes, Locke, Rousseau et Hume, in : Etudes sur le contrat social de Jean-Jacques Rousseau, société les belles lettres, Paris, 1964, p.55
- Rosenfeld, Michel. IS GLOBAL CONSTITUTIONALISM MEANINGFUL OR DESIRABLE?, Internet web-site
- Schwöbel, Christine E. J. “Situating the debate on global constitutionalism”, 2017 Oxford University Press,
- Stammler, R. Bedeutung der Volonte Generale bei Rousseau, 1912. in; Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vortrage von Rudolf Stammler, 1925, Bd. I. S.377 ff.
- Tomuschat, Christian. “International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century,” General Course on Public International Law 281 RECUEIL DES COURS DE L’ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL 237 (1999).

(논문접수일: 2017. 8. 31. 논문심사일: 2017. 10. 17. 게재확정일: 2017. 11. 13.)

이탈리아의 헌법과 헌법재판제도
Constitution and Constitutional Justice in Italy

金 東 鏞(Kim, Dong-Hun)
憲法研究官

— 目 次 —

I. 들어가며	381
II. 이탈리아 헌법 개관	383
1. 이탈리아 근현대 헌정사 개략	383
2. 이탈리아 헌법의 구조	386
3. 이탈리아 헌법의 내용	388
가. 기본원칙	388
나. 시민의 권리와 의무	389
다. 공화국의 조직	391
III. 이탈리아의 헌법재판소와 헌법재판제도	403
1. 헌법재판 관련 주요 법령과 법령·판례 인용 방법	403
가. 헌법재판 관련 주요 법령	403
나. 법령 및 판례 인용 방법	406

2. 이탈리아 헌법재판소의 역사와 지위	408
3. 헌법재판소의 구성과 조직	413
가. 헌법재판관과 헌법재판소장	413
나. 헌법재판관의 선출방법	416
다. 헌법재판관의 권리, 의무 그리고 특권	418
라. 헌법재판소의 행정조직	420
4. 헌법재판소의 권한 및 기능	421
가. 위헌법률심판	423
나. 권한쟁의심판	429
다. 탄핵심판	431
라. 국민투표허용성 심판	434
5. 헌법재판소의 재판 과정	436
가. 사건 처리 현황	436
나. 재판 과정	438
6. 재판의 유형과 효력	443
가. 재판의 유형	443
나. 판결의 효력	451
IV. 마치며	453
* 국문초록 및 주제어	455
* 영문초록 및 주제어	457
* 참고문헌	459

I. 들어가며¹⁾

고대 로마와 르네상스가 상징하듯 이탈리아는 지난 2천여 년 동안 견줄 수 없는 역사적·문화적 위상을 지녀 왔다. 법률 분야에서도 예외는 아니었다. 로마법은 그 심오성, 광범위성, 그리고 탁월성 덕분에 중세 후기에 재발견된 이래 근대에는 프랑스와 독일에 계수되어 근대법의 연원이 되었다. 그리고 이 근대법은 다시 이탈리아에 역수입되었는데, 유럽의 이런 유구한 법적 전통이 현대의 이탈리아법으로 이어지고 있다.²⁾ 우리는 바로 이 로마법에서 유래한 근대법 아래 살고 있다.

이탈리아와 우리는 역사에서도 닮은 얼굴을 갖고 있다. 19세기 중반 이후의 경우, 분열(통일 이전의 외세 개입과 내부 분열)과 통일, 독재(파시즘), 전쟁(제2차 세계대전), 좌우 대립(동구권의 몰락까지) 등의 굴곡을 차례로 넘은 이탈리아의 근현대사는 우리의 역사와 짜맞춘 듯 비교된다.

그러나 우리나라에는 이탈리아의 역사·예술·관광 같은 분야에 대한 연구가 주로 이루어지고 있을 뿐 그 국가체제나 정치제도, 나아가 법률에 대한 연구는 별로 없는 형편이다.³⁾ 특히 헌법학 분야의 국내 논문은 해방 이후를 통틀어 예닐곱 편에 불과하다.⁴⁾ 가장 기본이라고 할 수 있는 법령

1) 필자는 헌법재판소의 국외연수 프로그램을 통해 이탈리아 로마의 Università di Roma “La Sapienza”(사피엔차 로마국립대학)에서 2015년 6월부터 2016년 12월까지 연수를 하였습니다. 본고는 이탈리아 헌법 공부에 이탈리아라는 나라에 대한 경험을 합친 결과물입니다. 역사와 사회, 그리고 아름다움에 대해 배울 수 있는 기회를 준 헌법재판소와 이탈리아에 감사하는 바입니다.

2) 이탈리아 법제사에 관해 자세한 것은 Antonio Padoa-Schioppa, “A Sketch of Legal History”, in *Introduction To Italian Law*, Lena, Jeffrey & Mattei, Ugo.(eds.), Hague: Kluwer Law International, 2002, p.1-19 참조.

3) 이탈리아의 헌법과 정치, 경제, 사회의 전반에 관한 종합적이고 깊이 있는 소개로는 김시홍, 『이탈리아 사회연구 입문』, 명치출판사, 1995가 있다.

4) 다음은 헌법 분야에 국한시킨 국내 논문 내지 자료들이다(연도순).

① 이태리공화국 헌법재판소(갈봉근, 중앙대학교 법정논총, 1963)

에 대한 번역, 즉 이탈리아 헌법과 헌법재판 관련 주요 법령들의 번역조차 제대로 없는 상황이며,⁵⁾ 기본적인 제도·기관 등에 대한 용어 번역도 통일되어 있지 않다. 이탈리아의 헌법과 헌법재판은 그 역사가 오래되고 국제적으로도 영향력이 크고 중요함에도 불구하고 외면받아 온 것이다.

물론 이런 상황을 이해하지 못할 바는 아니다. 우선 이탈리아어라는 언어 장벽이 너무 높으며, 이탈리아의 법체계와 법학연구방법이 우리와 같은 대륙법계 국가로서 비슷하기도 하지만 두드러지게 혹은 미묘하게 다른 점도 많기 때문에 그 최초의 접근을 좀처럼 허락하지 않기 때문이다. 영미의 영어권 저자들 또한 이탈리아법에 대한 영어 자료가 부족하다는 점을 지적하고 있다.⁶⁾ 이탈리아의 학자들은 자신들의 법문화를 영어를 통해 외국에

-
- ② 이탈리아 헌법상의 규범통제제도(장영철, 비교법실무연구회-판례실무연구 IV, 2000)
 - ③ 이탈리아 헌법재판제도(이종수, 헌법재판소-외국헌법재판제도 조사자료집, 2009)
 - ④ 이탈리아 헌법의 특징과 통치구조(류시조, 부산외대 비교법학 22집, 2011)
 - ⑤ 이탈리아의 헌법재판제도(전학선, 세계헌법연구 16권 3호, 2014)
 - ⑥ 이탈리아 헌법재판제도에 관한 소고(김중호, 서울시립대 서울법학 22권 2호, 2014)
 - ⑦ 이탈리아 법원과 헌법재판소 사이의 헌법합치적 법률해석에서의 협력관계(김민동, 법조 709호, 2015. 10.) 이 중, 갈봉근의 논문은 이탈리아 헌법재판 관련 법령 몇 개를 독일어 번역을 토대로 1963년에 중역한 것이고, 김중호의 논문은 일본학자 田近 肇의 논문(『イタリア憲法裁判所の制度と運用』, 岡山大学法学会雑誌第62巻第4号, 2013. 3.)을 2014년에 번역한 것이다.
- 5) 이탈리아 헌법의 번역으로는 국회도서관의 『세계의 헌법』(2013, 개정판) 중 이탈리아 편이 있는데, 이탈리아어 원문 번역이 아닌 관계로 세부적인 사항에 들어가는 번역의 정확도가 떨어지는 문제점이 있다. 그밖에 헌법 관련 법령의 번역은 위 갈봉근의 번역을 제외하면 전무하다.
- 6) 예컨대, Mario Comba, “Constitutional Law”, in *Introduction To Italian Law*, Lena, Jeffrey & Mattei, Ugo.(eds.), Hague: Kluwer Law International, 2002, p.61; V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), *Italian Constitutional Justice in Global Text*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p.xii 참조. 특히 후자는 이탈리아 헌법재판소가 가장 이르고 성공적이며 독일과 더불어 유럽의 헌법재판에 가장 큰 영향을 미쳐 왔음에도 불구하고 세계적으로 잘 소개되지 않은 이유를 영

소개하려는 의욕이 별로 크지 않으며, 외국의 학자들은 언어 장벽 때문에 역시나 접근이 어렵다. 요컨대, 이탈리아는 그 국제적 중요성과 개방성에도 불구하고 적어도 법률 분야에 있어서는 (혹은 법률 분야에 있어서도) 고립된 섬과 같은 모습을 동시에 보이고 있는 것이다.

이런 점을 감안하여 본고는 이탈리아의 헌법과 헌법재판제도를 가능한 기초부터 차근차근 소개하는 것을 목표로 한다. 제2편에서는 이탈리아의 헌정사를 개관한 후 이탈리아 헌법의 구조와 내용을 헌법전의 순서대로 간략하게 살펴본다. 그리고 제3편에서는 이탈리아의 헌법재판제도에 관해 다루는바, 우선 헌법재판 관련 주요 법령들을 소개한 다음, 헌법재판소의 역사·구성·심리 과정, 그리고 판결의 유형 등을 차례로 검토한다.

유럽 대륙 중 독일, 그리고 아메리카 대륙의 미국에만 헌법 연구가 편중된 우리의 실정상,⁷⁾ 이탈리아의 헌법과 헌법재판제도에 대한 연구는 새로운 시각과 이해를 줄 것이다.

II. 이탈리아 헌법 개관

1. 이탈리아 근현대 헌정사 개략

이탈리아 반도는 서기 476년 서로마 제국의 멸망 이후 고대 로마의 영광을 뒤로 한 채 중세부터 19세기 중반까지 약 천오백 년 동안이나 외세의 침략과 지배, 그리고 군소국가의 분열로 점철되어 있었다. 크게 보아, 반도의 남부지방(Italia meridionale)에는 스페인과 프랑스의 군주제가, 북부

어 문헌이 적기 때문이라고 지적하고 있다.

7) 국내의 연구가 독일과 미국에 편중되어 있다는 사실은 김종호, 전계논문, p.784-785; 전학선, 전계논문, p.544-545에서도 지적되고 있다.

지방(Italia settentrionale)에는 도시공화국(repubbliche comunali)과 시노리아(signoria)라는 수장제가 행해진 다음 오스트리아 등의 외세 지배와 작은 공국들의 병립이 있었고, 로마를 중심으로 한 중부지방에는 강고한 신권국가, 즉 교황령(Stato pontificio)이 있었다.

19세기 중반에 이르러 프랑스 혁명과 나폴레옹의 영향으로 이탈리아에도 자유주의 국가에 대한 요구가 커지고(예컨대, 1848년의 알베르토 헌장⁸⁾) 민족주의 감정이 고조되어 통일운동(리소르지멘토, Risorgimento)이 전개된다. 마침내 1861년 이탈리아 반도 서북부의 피에몬테를 근거지로 한 사르데냐 왕국이 주체가 되어 반도 전체를 통일하고,⁹⁾ 다른 서유럽 국가들에 비해 뒤늦은 근대국가로의 발전을 전개한다.

그러나 국내적·국제적 상황은 그리 여의치 않았고, 제1차 세계대전에서의 값비싼 참전 끝에 얻은 초라한 결과에 실망한 대중들은 파시스트를 지지하여 1922년 무솔리니가 정권을 잡는다(1922년~1943년, 파시스트 시대). 파시스트는 20여 년 동안 국내의 공산계열, 노동조합 등을 탄압하며 독재를 펼치는 한편,¹⁰⁾ 바티칸 교황청과의 관계를 개선하고,¹¹⁾ 국내의 산업을 일

8) 구 헌법이라고도 하는 일명 ‘알베르토 헌장’(Statuto Albertino)은 1848년 3월 4일 사르데냐 왕국의 국왕 카를로 알베르토(Carlo Alberto)가 프랑스 헌법을 본받아 반포한 것이다. 이것은 파시스트 시대를 거치면서도 법적 차원에서는 유효하여 제2차 세계대전 종전 후 1948년 현행 헌법의 채택 때까지 유지되었다. ‘알베르토 헌법’이라고 번역되기도 하는데, 본고에서는 현행 ‘공화국’ 헌법 이전의 ‘왕국’ 시대의 흥정헌법이라는 측면을 강조하여 ‘알베르토 헌장’이라고 칭한다.

9) 사르데냐 왕국의 국왕 빅토리오 에마누엘레 2세(Vittorio Emanuele II)는 1859년 가리발디(G. Garibaldi)의 남부 헌납과 외교적 수완을 통해 반도의 대부분을 접수하여 1861년 이탈리아 왕국을 공식적으로 선포한다. 이후 1866년 베네치아를 통합하고, 1870년 9월 로마를 수복하여 통일을 완성한 다음 1871년 로마로 수도를 이전하게 된다.

10) 이 시기에는 공선제(公選制)에 의한 하원이 폐지되고, ‘파쇼·노동회의’(Camera dei fasci e delle corporazioni)에 의해 대체되었다. 이 회의는 파시스트당(Partito fascista)의 대표자와 각종 조합의 대표자로 구성되었다.

11) 1929년 무솔리니 정부와 바티칸 교황 사이의 라테라노 협정에 의해 바티칸 시국

으키고 사회질서를 세우는 등의 활동을 하였다. 그러나 독일 편에 서서 제 2차 세계대전에 추축국으로 참전하였고, 결국 패전하고 몰락한다.¹²⁾

전후에는 새로운 체제가 등장하게 된다. 1946년 6월 2일 이탈리아는 국체를 결정하는 국민투표로 왕정 대신 공화제를 채택한다(파시스트 시대도 법적으로는 이탈리아 왕국이었음). 동시에 제헌의회 선거를 통해 의회를 구성하여 오랜 헌법제정 작업 끝에 마침내 1948년 1월 1일 이탈리아 공화국 헌법이 시행된다.¹³⁾

이후 이탈리아는 냉전구도라는 국제 정세에 기반해 우파인 기독교민주당을 만년 여당으로 하여 좌파인 사회당과 공산당이 강력한 야당으로 존재하는 체제를 40년간 유지한다.¹⁴⁾ 이 기간 동안 이탈리아는 가난했던 과거를 딛고 기적이라고 할 정도의 경제성장을 이루어 서방7개국(G7) 중 하나가 된다.

80년대 말에는 동유럽의 구 공산권이 무너지며 변화의 바람이 불기 시작하였고, 그 와중 발생한 1990년대 초 부패수사 사건(*mani pulite*)¹⁵⁾은 기

(Stato della Città del Vaticano)이 인정되었다.

12) 1943년부터 1945년 사이 제2차 세계대전이 종전하고, 이탈리아에는 과도 정부가 구성된다. 1943년 7월 연합군이 시칠리아에 상륙하자 못솔리니가 거세되었고, 1944년 6월 연합군에 의해 로마가 독일군으로부터 해방되었다. 1945년 9월 국가자문회의가 소집되어 제헌의회 구성에 대한 사항과 국체 결정에 관한 국민투표 일정을 확정하였다.

13) 1946년 6월 2일 총선거를 통해 제헌의회(Assemblea Costituzionale)가 구성되었고(총 556석 중 기민당 207석, 사회당 115석, 공산당 104석), 그 산하 헌법위원회(75인 위원회)가 헌법안을 마련하였다. 1947년 12월 22일 공화국 헌법을 채택하고(1947. 12. 27. 임시 대통령 Enrico de Nicola 공포), 1948년 1월 1일 시행에 들어갔다. 한편, 1946년 6월 2일 같은 날 국민투표를 통해 공화제를 채택하였다(공화제 1270만표(54.3%) vs. 군주제 1070만표(45.7%)). 이에 따라 국왕 움베르토 2세는 포르투갈로 망명하였다.

14) 이탈리아어 당명은 다음과 같다: 기독교민주당(DC, Partito della Democrazia Cristiana), 이탈리아사회당(PSI, Partito Socialista Italiano), 이탈리아공산당(PCI, Partito Comunista Italiano).

15) 마니 폴리테(*mani pulite*)는 직역하면 ‘깨끗한 손’이다. 1992년 밀라노 검찰이 한

존 정당과 정치인들을 완전히 몰락시키면서 정계를 개편하게 된다. 이에 바뀐 선거법으로 치러진 1994년 선거를 통해 신생 정당이 약진하는 등 전후 체제는 전면 개편되어 이른바 ‘제2공화국’이 시작되었다.¹⁶⁾ 1990년대 이후 지금까지의 정계는 중도우파 연합 정부와 중도좌파 연합 정부가 번갈아 집권하는 양상을 보여주고 있다.¹⁷⁾ 가장 최근에는 2016. 12. 상원 개혁 등을 내건 헌법개정 국민투표가 부결되어 중도좌파 성향의 렌치 정부가 퇴진한 바 있다.

2. 이탈리아 헌법의 구조

‘이탈리아 공화국 헌법’(Costituzione della Repubblica Italiana)은 총 139조의 본문과 18조의 ‘경과 및 최종 규정’으로 되어 있다. 전문은 따로 없다.¹⁸⁾

본문은 3개 부분으로 구성되어 있는데, ‘기본원칙’(Principi fondamentali), 제1편 ‘시민의 권리와 의무’(Diritti e doveri dei cittadini), 그리고 제2편

정치인의 비리를 수사하면서 시작되어 수천 명의 고위 공직자와 정치인들이 수사를 받은, 정경유착을 파헤친 대표적인 사건이다. 이에 심지어 공산당의 정치인들도 연루되어 있었다. 이로 말미암아 40년간 지속된 이탈리아 정치체제는 변화가 불가피해졌다.

16) 1992년 마니 폴리테로 촉발된 정치 개혁의 결과, 1993년 선거법이 개정되었고, 개정된 선거법에 의해 치러진 1994년 실시된 총선에서는 기존 정당들이 몰락하고 신생 정당이 대두하였다(대표 사례: 베를루스코니의 포르짜 이탈리아 Forza Italia). 언론에서는 이처럼 변화된 체제를 가리켜 이른바 ‘제2공화국’이라고 하는 것이다.

17) 예를 들면, 중도우파 베를루스코니 집권(1994. 5. - 1995. 1. / 2001. 6. - 2005. 4. / 2008. 5. - 2011. 11.), 중도좌파 프로디 집권(1996. 5. - 1998. 10. / 2006. 5. - 2008. 5.), 중도좌파 렌치 집권(2014. 2. - 2016. 12.).

18) 대한민국 헌법은 전문과 본문 130조 및 부칙 6조이며, 본문은 다음과 같은 10개 장으로 되어 있다: 제1장 총강, 제2장 국민의 권리와 의무, 제3장 국회, 제4장 정부, 제5장 법원, 제6장 헌법재판소, 제7장 선거관리, 제8장 지방자치, 제9장 경제, 제10장 헌법개정.

‘공화국의 조직’(Ordinamento della Repubblica)이다.

‘기본원칙’(제1조-제12조, 이하 헌법은 조항만을 표시한다)은 이탈리아의 국가체제, 국가의 근본이념과 지향점을 제시한다. 뒤이어 제1편(Parte I) ‘시민의 권리와 의무’는 제1장(Titolo I) ‘시민적 관계’(Rapporti civili, 제13조-제28조), 제2장 ‘윤리적·사회적 관계’(Rapporti etico-sociali, 제29조-제34조), 제3장 ‘경제적 관계’(Rapporti economici, 제35조-제47조), 제4장 ‘정치적 관계’(Rapporti politici, 제48조-제54조)의 4개 장(titolo)으로 구성된다.¹⁹⁾

다음, 제2편 ‘공화국의 조직’은 제1장 ‘의회’(il Parlamento, 제55조-제82조), 제2장 ‘공화국 대통령’(il Presidente della Repubblica, 제83조-제91조), 제3장 ‘정부’(il Governo, 제92조-제100조), 제4장 ‘사법부’(la Magistratura, 제101조-제113조), 제5장 ‘주·현·시’(le Regioni, le Provincie, i Comuni, 제114조-제133조), 제6장 ‘헌법의 보장’(Garanzie costituzionali, 제134조-제139조)의 6개 장이다.

끝으로 ‘경과 및 최종 규정’(Disposizioni transitorie e finali)은 이탈리아 공화국 건설 초기에 발생하는 여러 문제들, 즉 국가기관의 구성 방법, 선거, 구 왕가에 대한 처리 등에 관한 사항을 규율하고 있다.²⁰⁾

19) 우리 헌법은 ‘장-조’라는 단순한 형식을 취하고 있으나(예컨대, 제1장 총강, 제1조), 이탈리아 헌법은 보다 복잡하게 ‘parte-titolo-sezione-articolo’의 구조로 되어 있다. 그 번역에 있어서는, 예컨대 parte를 ‘편’, ‘장’, ‘부’로 하는 등 다양하지만, 본고에서는 이를 우리 민법전의 ‘편-장-절-(관)-조’ 체제에 맞추어 ‘편-장-절-조’로 칭한다.

20) 위와 관련하여 주요 조문들을 몇 가지만 살펴본다. 사법부에 관한 새 법률이 제정되기 전까지는 현행 규정을 계속 적용한다(제7조). 주의 선출직 선거는 헌법 시행 후 1년 내에 실시한다(제8조). 파시스트당은 어떤 형태로든 설립이 금지된다(제12조). 사보이 왕가의 구성원은 공직에 취임할 수 없고(제13조 제1항), 왕가의 전 국왕 및 남계 자손은 국외로 추방되며(제2항), 왕가의 재산은 국가로 이전된다(제3항). 다만, 참고로, 최근 2002년 10월 23일 헌법적 법률 제1호에 의해 제13조 제1항과 제2항은 적용하지 않기로 하였다.

한편, 헌법전의 분량을 보자면, 이탈리아 헌법은 총 139개 조로 우리의 130개 조나 독일의 146개 조와 조항 수에 있어서는 큰 차이가 없다. 그러나 규정의 길이나 양과 상세성의 측면에서 보자면, 우리 헌법보다는 약간 자세한 편이나, 하위 일반 법률의 조문을 방불케 할 만큼 세밀한 규정을 두고 있는 독일 헌법보다는 그 구체성과 상세성이 훨씬 약한 편이다. 헌법 구조의 측면에서도 우리 헌법과 이탈리아 헌법은 큰 차이가 없는바, 이탈리아 헌법 역시 양분할 때 전반부는 기본권에 관한 것이고 후반부는 통치 구조에 관한 것이다. 이처럼 이탈리아가 헌법전의 외양과 대강의 내용에 있어 우리와 비슷한 이유는 양자 모두 ‘근현대’라는 시대의 ‘민주공화국’이라는 국체를 채택하고 있는 헌법이기 때문이다.

3. 이탈리아 헌법의 내용

이제 이탈리아 헌법의 내용을 헌법전의 편제 순서에 따라 살펴본다.

가. 기본원칙

이탈리아 헌법은 “이탈리아는 노동에 기초한 민주 공화국이다.”(*L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.*)라는 조항으로 시작한다 (제1조 제1항). 첫 조항에서 ‘민주공화국’이라는 국체를 선언하면서, ‘노동에 기초한’ 공화국이라고 하여 노동을 매우 강조하고 있는 것이다.²¹⁾

그리고 공화국(국가)에 대해 여러 가지 의무를 부여하면서 자유와 평등

21) 이 ‘노동에 기초한’이라는 문구는 우리나라는 물론 다른 서유럽 국가의 헌법에도 나타나지 않는 것이다. 이는 이탈리아 헌법이 사회주의 혹은 공산주의에 직접 기초했다는 뜻은 아니다. 그러나 사회당과 공산당을 합쳐 50%를 차지한 제헌의회의 의석 분포에서 알 수 있듯, 헌법 제정 과정에서 우파 정당이 중심이 되기는 했으나 좌파 정당이 그에 협력하였고 또 상당한 영향력을 행사하였다는 점을 말해준다.

의 실현을 위해 노력할 것을 당부하고 있다. 공화국은 개인과 사회집단의 불가침의 권리를 인정하고 보장하며(제2조), 시민들의 평등 실현을 위해 장애물을 제거해야 한다(제3조). 그리고 공화국은 모든 시민의 일할 권리를 확인하고 이를 가능하게 만드는 환경을 촉진시키고(제4조), 지방자치를 촉진하고(제5조), 언어적 소수집단을 보호한다(제6조). 공화국은 문화와 과학·기술 연구의 발전을 촉진하며, 경관²²⁾과 역사·예술 문화유산을 보호한다(제9조).

한편, 국가와 카톨릭교회는 각자 자기 영역 내에서 독립적이며 주권을 가지고(제7조), 모든 종파는 법 앞에 평등하게 자유롭다(제8조). 그리고 외국인의 지위는 국제법과 조약에 따라 정해지며, 망명권을 가진다(제10조).²³⁾ 끝으로 이탈리아는 전쟁을 거부하며 평화와 정의를 보장하는 국제질서를 촉진한다(제11조).

나. 시민의 권리와 의무

기본권과 기본의무는 제1편 ‘시민의 권리와 의무’에 규정되어 있다. 그 중 제1장 ‘시민적 관계’에는 인신·집회·종교·표현의 자유 및 형사절차

22) 이때 경관(paesaggio)이란 자연 풍광 같은 자연 그대로의 경관뿐만 아니라 건축물이나 마을 같은 인공과 그 주변 또는 배경으로서의 자연이 결합된 총체적 경관을 가리키는 것이다. 경관을 보호한다는 것은 삶에 대한 이탈리아적인 생각의 표현이다. 이탈리아인들은 인간이 아름다움(la bellezza) 속에 존재해야만 고양된 인간성을 가지고 높은 수준의 삶이 가능하다고 믿는다. 이에 따라 하위 법령으로서 ‘자연미 보호법’(Legge sulla Protezione delle Bellezze Naturali, 1939) 등을 거쳐 현재는 ‘문화재 및 경관 법’(Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, 2004)이 시행 중이다.

23) 이탈리아 헌법이 우리 헌법에 직접적으로 준 영향은 별로 없으나, 외국인의 법적 지위에 관한 제헌 헌법 제7조 제2항(현행 헌법 제6조 제2항에 상응)은 이탈리아 헌법 제10조 제2항(“외국인의 법적 지위는 국제법과 조약에 따라 법률로 정한다.”)의 영향이라고 설명되기도 한다. 자세한 것은 이종혁, 『외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의』, 『서울대학교 法學』 제55권 제1호, 서울대학교, 2014. 3., p.549-554 참조.

상의 권리 등 자유권이, 제2장 ‘윤리적·사회적 관계’에는 가족과 건강, 교육에 관한 내용이, 제3장 ‘경제적 관계’에는 노동권과 노동조합, 복지, 그리고 재산권에 관한 내용이, 제4장 ‘정치적 관계’에는 선거와 정당, 그리고 국민의 의무에 관한 내용들이 담겨 있다.

사실 기본권을 분류하는 방식은 다양한데, 가장 기본적이고 일반적으로 통용되는 방식은 우리와 마찬가지로 자유권(libertà)과 사회권(복지권, *diritti sociali*)으로 나누는 것이다. 그러나 이러한 양대별이 충분치는 않다. 예컨대, 시민의 자격에서 국가가 제공하는 시설 및 서비스를 이용하는 것이 승인되는 공민적 권리나 국정에 참가하는 것을 목적으로 하는 정치적 권리 같은 경우는 어느 한쪽에 포섭하기 어렵다. 기본권을 세분하자면, ① 개인적 자유(인신의 자유, 주거의 자유, 통신의 자유, 거주이전의 자유), ② 공적 영역에서의 권리(집회의 자유, 결사의 자유, 양심과 종교의 자유, 표현의 자유), ③ 사회권, ④ 경제 영역에서의 권리(노동조합권과 파업권, 재산권), ⑤ 정치 영역에서의 권리로 나눌 수도 있겠다.²⁴⁾

어쨌거나 자유권은 시민적 권리(*diritti civili*) 또는 소극적 권리(*diritti negativi*)와 상통하는 것이다. 이는 원칙적으로 국가가 사적 생활의 어떤 영역에 대해 규제하거나 개입하는 것을 금지하는 것이다. 헌법전상으로는 주로 제1장 시민적 관계(제13조~제28조)에 규정되어 있는바, 인신의 자유(제13조)·주거의 자유(제14조)·통신의 자유(제15조)·거주이전의 자유(제16조)·집회의 자유(제17조)·결사의 자유(제18조)·종교의 자유(제19조)·표현의 자유(제21조) 및 형사절차상의 권리(제24조, 제25조, 제26조) 등이다.

한편, 사회권은 시민적 권리를 완수하기 위한 도구라고 간주된다. 공화국은 시민의 자유와 평등, 그리고 특히 사회 조직에 참여하는 권리와 같은 시민적 권리를 온전하게 향유하는 것을 방해하는 경제적·사회적 장애를

24) 이는 대표적 헌법교과서인 Bin, Roberto & Pitruzzella, Giovanni, *Diritto Costituzionale*, Torino: G. Giappichelli, 2016, p.519 이하에 따른 분류이다.

제거해야(제3조 제2항) 하기 때문이다. 이탈리아 헌법에 의해 인정되는 주요 복지권은 건강(제32조), 교육(제34조), 그리고 사회적 부조(제38조)이다. 사회권은 그 인정을 위해 국가 재정으로부터의 자금 책정을 요구한다는 점에서 모두 ‘비싼 권리’인바, 그런 이유에서 사회권의 대가는 헌법의 여러 조항들에 새겨져 있다. 제41조는 계약의 자유를 인정하지만 동시에 계약은 공익에 반해서는 행해질 수 없다고 규정한다. 제42조는 사적 소유(권)를 인정하지만 이는 ‘사회적 기능’의 고려에 의해 제한될 수 있다. 제43조는 ‘공공서비스 또는 에너지원 또는 독점의 상태와 관련하여 일차적 공익에 관계 있는’ 사적 기업에 대한 수용을 국가에 허락하고 있다.²⁵⁾

끝으로 이탈리아 헌법상의 기본의무에 관해 보자면, 헌법은 사회에의 기여 의무(제4조 제2항), 초등교육의 의무(제34조 제2항), 투표의 의무(제48조 제2항 제2문)²⁶⁾, 국방의 의무(제52조)²⁷⁾, 납세의 의무(제53조), 공화국에의 충성 의무 및 헌법과 법률의 준수 의무(제54조 제1항) 등을 두고 있다. 우리 헌법과 달리 근로의 의무는 규정되어 있지 않다.

다. 공화국의 조직

(1) 의회

이탈리아는 의원내각제 국가인바, 헌법상으로도 ‘공화국의 조직’ 편에 있어 의회가 가장 먼저 등장한다. 의회(il Parlamento)는 상원(Senato)과 하원

25) Mario Comba, 전제논문, p.40.

26) 투표의 의무를 ‘법적 의무’(dovere giuridico)로 할 것인지 ‘도덕적 의무’(dovere morale)로 할 것인지는 제헌의회 때부터 논란이 되었다. 타협점은 “투표권 행사는 시민적 의무이다.”라고 하여 ‘시민적 의무’(dovere civico)라는 애매한 용어를 취하는 것이었다.

27) 모든 시민의 ‘신성한 의무’인 국방의 의무에 있어, 병역은 지원병제도를 도입하면서 2000년 법률 제331호로 폐지되었다. 사회복지 분야에 중요한 기여를 하는 대체복무제의 시행 가능성은 1972년 법률 제772호로 도입되었다.

(Camera dei deputati)으로 구성된다(제55조 제1항). 양원 의원은 직접·보통 선거로 선출되는데, 하원은 630명, 상원은 315명의 의원으로 구성되며(제56조~제58조), 임기는 모두 5년이다(제60조). 각 의원은 국민을 대표하며 위임에 구속되지 않고 그 직무를 행한다(제67조).

이탈리아 의원내각제의 특징으로는, 첫째 다수정당시스템과 비례대표 선거제도라는 2가지 제도를 취한 결과 영국과 같은 양당제가 아니라 여러 정당의 연합으로 정부가 형성되고 또 유지되어 왔다는 것(연합제 모델)²⁸⁾ 그리고 둘째, 상원과 하원이 거의 완전히 동등한 권한을 가진다는 것²⁹⁾을 들 수 있다.

정기회는 매년 2월과 10월의 첫 근무일에 소집되며(제62조 제1항), 각원의 의장이나 대통령, 재적의원 3분의1의 발의로 임시회를 소집할 수 있다(동조 제2항). 의결이 유효하기 위해서는 적어도 재적의원 과반수 출석과 출석자 다수의 찬성투표가 필요하다(경우에 따라 가중되는 경우가 있다, 제64조 제3항). 헌법에서 명시하고 있는 몇몇 경우에는 양 의회가 합동회의를 연다(제55조 제2항).³⁰⁾

의회의 가장 중요한 직무는 입법권의 행사이다. 이에 대해서는 2개의 예외가 있는데, 하나는 주의회의 권한에 속하는 주법(*leggi regionali*)이고, 다른 하나는 ‘폐지적 국민투표’에 의해 법률이 폐지되는 경우이다. 국가법(*leggi statali*)은 보통 법률(*legge semplice*)과 헌법적 법률(*legge costituzionale*)로

28) 그러나 이런 상황은 앞서 본 1990년대 초반의 선거법 개정 등 정치개혁, 더 일반적으로는 ‘제1공화국’을 ‘제2공화국’으로 이끈 이탈리아 정치의 심대한 위기의 결과로 변화하고 있는 중이다.

29) 이로 말미암아 불필요한 중복이 생기고 입법절차가 지연되는 등 이탈리아 정치의 비효율성이 발생하고 있다. 이에 상원을 약화시키려는 개혁안이 줄곧 제기되었는 바, 최근 2016년 12월에 있는 헌법개정 국민투표(부결됨) 역시 그 핵심 내용 중 하나가 상원의 권한 약화와 인원수 축소 등이었다.

30) 예를 들면, 대통령을 선거하는 경우(제83조 제1항), 또는 최고사법평의회 및 헌법재판소의 구성원을 선임하는 경우 등이다(제104조 제4항, 제135조 제1항).

구별된다. 전자는 헌법이 정한 범위 내에서 모든 사항에 대해서 규제하는 것이 가능하고, 후자는 전자와 같은 범위의 제한을 받지 않는 것으로 헌법을 개정하는 것도 가능하다. 보통 법률의 제정 절차는 ① 발안(iniziativa)³¹⁾ - ② 심의·의결(esame e discussione)³²⁾ - ③ 공포(심서³³⁾, promulgazione)³⁴⁾ - ④ 공고(pubblicazione)³⁵⁾의 순서로 진행된다.

-
- 31) 법률의 발안은 상하 양원의 각 의원, 정부, 주의회, 전국경제·노동회의, 국민(적어도 50,000명 이상)에 의해 이루어진다(제71조). 그러나 현실적으로 다수의 법률안은 정부의 발안에 의한 것이다. 여기서 특이한 것은 국민발안이 헌법상 인정되는 것인데, 아직 현실화된 바는 없다.
- 32) 심의·의결의 과정을 보자면, 원칙적으로 법률안은 의장에 의해 상임위원회(commissioni legislative permanenti costituite)의 하나에 넘겨지고, 상임위원회는 이를 심사한 후 심사보고서를 작성하여 본회의에 상정하고, 본회의에서는 조항별로 심의하여 표결에 붙여진다(제72조 제1항). 일원에서 가결된 법률안은 타원에 송부되고, 같은 절차가 행해진다. 그러나 이러한 통상의 절차 외에 헌법은 긴급의 경우 통상의 절차를 단축시키는 ‘긴급절차’(procedura di urgenza)(제72조 제2항), 그리고 상임위원회에서 의결까지 하는 ‘위원회절차’(procedura delle commissioni)(제72조 제3항, 제4항)를 마련하고 있다.
- 33) 여기서 흔히 ‘공포’(公布)라고 번역되는 ‘promulgazione’의 이해가 문제된다. ‘공포’라는 용어는 ‘널리 알린다’라는 의미를 가지고 우리나라 법문화상으로도 관행적으로 그렇게 이해되고 있다(헌법 제53조 제1항, 제6항, 제7항 참조). 그러나 이탈리아에서의 promulgazione는 그렇지 않고 대통령이 승인함으로써 내부적으로 법률안을 확정짓는 것을 의미하고, promulgazione 이후 pubblicazione(관보에의 공고 혹은 출판, 발행)에 의해 비로소 외부적으로 알려지고, 또 이 공고 다음날부터 법률의 효력이 발생하는 것이다. 이는 근대법의 원조인 프랑스도 마찬가지이다. 이러한 문제점 때문에 S. Borghese의 저서(Nozioni di Diritto Costituzionale, 1966)의 번역자는 오해를 불러일으키는 ‘공포’ 대신 ‘심서(審署)’라는 용어를 제안하고 있다(S. Borghese, S. Borghese, 『イタリヤ憲法入門』, 岡部 史郎 역, 有斐閣, 1969, p.61~63 참조). 한편, 우리나라에서의 ‘공포’와 관련한 난맥상을 지적하면서 대안을 제시하고 있는 것으로, 소준섭, 『각국 법률상 ‘공포’ 개념 고찰을 통한 우리나라 ‘공포’ 규정의 개선 방안』, 『입법과 정책』 제3권 제1호, 국회입법조사처, 2001. 6. pp.25~44 참조.
- 34) 의회에서 통과된 법률안은 대통령에 의해 공포(혹은 심서)된다. 대통령은 공포를 거부할 수는 없으며 재의를 요구하는 ‘정지적 거부권’을 가질 뿐이다(제74조 제1항, 제2항).
- 35) 공포에 이어 법률의 공고가 행해진다. 법률은 공포 후 즉시 공고하고 해당 법률에

한편, 의원에게는 그 직무의 위신과 독립을 보장하기 위해 약간의 특권이 부여되는데, 이것을 의원특권(*immunità parlamentari*)이라 한다. 의원은 직무상 행한 발언이나 투표에 대해 책임을 지지 않으며(제68조 제1항), 소속원의 허가 없이는 체포·수색 등을 당하지 않는다(동조 제2항).³⁶⁾

(2) 대통령

공화국 대통령(*Presidente della Repubblica*)은 국가원수(*Capo dello Stato*)이고 국가의 통합을 상징한다(제87조 제1항). 이탈리아는 의원내각제 국가이므로 대통령은 권한을 별로 갖지 않는 상징적 존재로서의 국가 원수이다. 그러나 전형적인 의원내각제의 대통령보다는 실질적인 권한을 갖고 있으며, 또 현실정치에서도 정치의 조정자로서의 역할이 높게 평가받고 있는바, 대개 독일보다는 강하고 프랑스보다는 약한 대통령이라고 본다.

대통령은 국민에 의한 직접 선출이 아니라 이른바 이중선거제(*elezioni di doppio grado*)를 통해 대통령을 선출한다.³⁷⁾ 임기는 7년이고(제85조) 재선

다른 기한이 정해져 있지 않으면 공고 15일 후에 발효된다(제73조 제3항).

36) 위와 같이 의원의 특권에는 2종류가 있다. 첫째, 항구적인 것으로는, 의원을 그만둔 후에도 효력을 가지는 것인데, 직무수행시 표명한 의견 및 표결에 관해서는 책임이 묻어지지 않는다는 것이다(제68조 제1항). 둘째, 임시적인 것으로는, 의원 재직 중에는 소속원의 허락이 없으면 체포되거나 신체와 주거를 압수·수색되거나 하지 않는다는 것이다. 다만, 체포영장을 집행하지 않으면 안 되는 현행범의 경우에는 제외한다(제68조 제2항). 위의 경우와 달리, 민사소송사건에 대해서는 일반시민과 완전히 똑같은 입장에 선다.

37) 대통령 선거인은 개개의 국민이 아니라 의회 합동회의에 출석한 양원 의원과 그것에 주의회의 대표자를 합한 것이다(제83조 제1항, 제2항). 구체적으로 보자면, 대통령은 양원 합동회의에서 선출되는데(제83조 제1항), 여기에는 주의회에서 선출된 각 주의 대표 3명이 참가한다(다만 발레다오스타 주는 1명)(동조 제2항). 따라서 선거인단은 하원의원 630명 + 상원의원 315명 + 종신 상원의원 7명(변동 있음) + 주대표단 58명[19개주×3명+1개주(발레다오스타)×1명]으로 구성되어 총 인원은 약 1010명이 된다. 이 선거인단이 비밀투표에 의해 재적의원 3분의2 찬성이라는 가중다수결로 대통령을 선출하는데, 다만, 3차 투표까지도 결정이 되지 않을 경우, 즉 4차 투표시부터는 절대 다수(재적 과반수)로 족하다(동조 제3항).

이 가능하다.

대통령은 그 직무의 중요성을 감안할 때 최대의 위신과 독립적 지위를 확보하기 위해 직무상 행위에 대해 책임을 지지 않는다는 특별한 법적 입장을 부여받고 있다. 다만, 이 무답책(無答責)은 대통령의 행위가 직무수행 중에 행해진 행위이어야 하고, 반역죄(alto tradimento) 및 헌법침해죄(attentato alla Costituzione)³⁸⁾에 대해서는 책임이 면제되지 않는다는 제한을 받는다(제90조). 위 죄를 범한 경우에는 헌법재판소에 의한 탄핵심판을 받게 된다(이에 대해서는 후술한다).

대통령의 직무권한은 입법기능, 행정기능 및 사법기능이라는 3종의 범주로 구별할 수 있다. 우선, 입법기관에 대해 대통령은 필요한 경우 양원 또는 그 일원을 해산할 수 있다(제88조).³⁹⁾ 법률의 제정은 양원의 의결만으로 충분한데, 대통령은 이유를 명시한 의견서를 의회에 송부하여 재의를 요구하는 정지적 거부권(veto sospensivo)을 가진다(제74조 제1항). 다음으로, 행정기능 분야에서 대통령은 한층 광범한 권한을 가진다. 대통령은 수상, 장관 및 기타 고위급 관리를 임면하고(제87조 제7항, 제92조), 법률을 공포하고(제73조), 법률을 집행하기 위한 규칙을 제정한다(제87조 제5항). 대외관계에 있어서는 국가를 대표하고, 양원의 승인을 얻어 국제조약을 비준한다(제87조 제8항). 끝으로, 사법기능에 대한 대통령의 권한을 보자면, 대통령은 특사를 직접 행하고(제87조 제11항), 의회의 법률에 의해 허가된 대사 또는 감형을 행하는 권한을 가질 뿐이고(제79조),⁴⁰⁾ 사법관의 임면

38) 이를 ‘헌법위반(죄)’라고도 번역하지만, 단순한 헌법‘위반’으로 탄핵되는 것은 아니므로 적절한 번역어는 아니다.

39) 이때 대통령은 해산하고자 하는 원의 의견을 듣지 않으면 안 되지만(obbligatorio), 그 의견에 구속되지는 않는다(non vincolante). 한편, 헌법은 해산의 사유에 대해서는 침묵하고 있다.

40) 이탈리아의 은사(恩赦)는 대사(amnistia), 감형(indulto 또는 condono) 및 특사(grazia)의 3종으로 구별할 수 있다. 대사(amnistia)와 감형(indulto)은 의회의 위임에 근거하여 행해지지만, 특사(grazia)는 대통령에 고유한 행정권한으로 해석되고 있다. 그

등 다른 특별한 권한은 없다.⁴¹⁾

(3) 정부

정부(il Governo)⁴²⁾는 수상(Presidente del Consiglio del ministri)⁴³⁾과 장관(Ministro)⁴⁴⁾으로 이루어지고 이들은 함께 내각(consiglio dei ministri)을 구성한다(제92조 제1항). 정부는 원수가 아니지만 정치적·행정적 지도라는 임무를 수행하기 위해 최고의 집행권력을 가진 기관, 즉 수상, 내각 및 각 각료를 포함하는 복합기관이다.

정부는 양원의 신임(fiducia)을 받아야 하는데, 정부는 구성 후 10일 이내에 신임을 받기 위해 의회에 출석한다(제94조 제1항, 제3항). 정부 제안에 대한 의회의 반대 표결이 사임 의무를 수반하지는 않지만(제94조 제4항), 정부가 자발적으로 사임하는 것은 가능하다. 물론 의회에서 불신임동의⁴⁵⁾가 가결된 때에는 당연히 사퇴하지 않으면 안 된다.

점에서 특사는 협의의 은사이다. 대사와 감형은 일정 종류의 수형자, 일정한 범죄 때문에 소추된 사람들에 대한 집단적 조치로서, 우리의 일반사면과 일반감형에 해당하겠다. 특사는 개개의 수형자에 사면 또는 감형을 행하는 개별적 조치로서 우리의 특별사면에 해당하겠다.

41) 대통령은 사법관의 임면에 관하여는 어떠한 권한도 가지지 않는바, 사법부의 독립과 자율을 위해 사법관의 임면권은 최고사법평의회에 속하도록 하였기 때문이다(제105조).

42) 이는 ‘Governo’를 번역한 것인데, ‘행정부’라고도 한다. 그러나 ‘행정부’라고 할 경우 그 행정기능을 강조한 느낌이 있고, 의원내각제에서의 내각의 위상과 의미를 충분히 살리지 못한다는 점에서 ‘정부’로 번역한다.

43) 이탈리아 수상의 정식 이름은 문자 그대로 ‘각료회의의장’(Presidente del Consiglio del ministri)이지만, 보통 ‘수상’ 또는 ‘총리’라고 번역한다. 여기서는 우리 헌법상의 ‘국무총리’ 이미지를 벗기기 위해 ‘수상’이라는 용어를 택한다.

44) 수상 이외 내각 각료의 명칭은 ‘ministro’인데, 이 명칭은 왕정 및 공화정 내내 변화가 없었다. 일본에서는 이를 아직도 ‘대신’이라고 번역한다. 우리에게서는 ‘장관’이 적당하지만, 필요에 따라 ‘장관’ 또는 ‘각료’를 병용한다.

45) 불신임동의는 해당 원의 적어도 10분의1 이상이 서명해야 하며 제출 후 3일 내에는 의제로 삼을 수 없다(제94조 제5항).

수상은 정부의 일반 정책을 집행하고 그에 대해 책임을 지며, 장관들의 활동을 촉진 및 조정하여 정치적·행정적 정책의 일관성을 보장한다(제95조 제1항).⁴⁶⁾ 현 헌법은 내각의 권한을 명시적으로 규정하지 않지만(제92조~제96조), 헌법 전체로부터 다음과 같이 이해된다. 즉, 내각의 주요 임무는 정부의 정책과 행동의 지침을 정함에 있어 수상과 협력하여 정부 활동의 통일을 확보하고, 개개 각료의 제안을 조정하고, 또 각 부처 사이에 권한 분쟁이 제기되는 경우 이를 해결하는 것 등이다.⁴⁷⁾ 부처(ministeri)의 수, 권한, 조직에 대해서는 법률로 정한다(제95조 제3항).⁴⁸⁾

(4) 사법부

사법부(la Magistratura)는 헌법 제2편에서 의회, 대통령, 정부의 뒤에 이어 제4장에 규정되어 있다. 헌법 제104조는 “사법부는 자율 질서를 구성하며 다른 모든 권력으로부터 독립되어 있다.”고, 제101조는 “판사는 법률에만 복종한다.”라고 정하고 있다. 이러한 규정은 사법부의 ‘독립’이 단순히 다른 국가권력기관에 대해서 뿐만 아니라 사법부(재판소) 내부에 있어서도 인정된다는 것을 의미한다.

우선, 재판소 내부의 독자성과 자주성에 관해 보자면, 재판소는 행정에 고유한 계서제(ordinamento gerarchico)와는 연관이 없으며, 그 분권적인 성

46) 그런데 헌법은 수상의 임명 방법에 대해 규정하고 있지 않아 정부의 구성 절차는 주로 정치적 행위자들에 의해, 즉 일차적으로 정당들에 의해 형성되도록 남아 있다. 이에 대통령은 하원과 상원 모두에서 신임 투표를 통과할 만한 후보자를 찾아 수상으로 임명하기 위해 정당지도자뿐만 아니라 노동조합의 지도자 등 정계의 유력인사들을 두루 만나 의견을 듣는다. 그리하여 그 후보자는 다수당의 영수가 되는 경우가 보통이다. 이렇게 지명된 자는 내각을 인수하고 각료 명부를 대통령에게 제출한다.

47) S. Borghese, 전계서, p.118.

48) 이탈리아 정부 부처는 1946년 21개로 시작하여 20개 내외를 등락하다가 2000년대 중반부터 15개 정도로 감소하여 현재는 총리실(Presidenza del Consiglio dei Ministri)을 포함하여 14개이다.

질상 피라미드적 구조를 갖지 않는다. 재판소 내부의 독자성은 재판소의 오래된 전통에 의해 확립된 것으로, 이는 최고사법회의(Consiglio Superiore della Magistratura, CSM)⁴⁹⁾의 구조에 의해 민주적인 의미로 강화되고 있다.⁵⁰⁾ 다음, 사법부의 외부적 독립을 위한 핵심 요소는 판사와 검사 등 사법관⁵¹⁾의 신분보장에 있다. 이를 위해 사법관은 본인의 동의에 의하지 않고 또는 법률로 정한 이유와 형식에 의해 행해지는 최고사법회의의 결정에 의하지 않으면, 면직·정직·전임·전직되지 않는다(제107조 제1항).

이탈리아 사법체제는 프랑스 모델을 따르고 있다. 사법관들은 기술적 능력을 평가하는 경쟁시험에 의해 선발되고(제106조 제1항), 경력 공무원이다. 한편, 사법관 중 하나인 검사(검찰관, pubblico ministero)는 우리와 달리 행정기관이 아니라 사법기관이다. 검사는 판사에 부여되어 있는 것과 같은 독립성을 헌법상 보장받고 있다(제107조 제3항, 제108조 제2항).⁵²⁾

이탈리아의 재판기관은 크게 통상법원과 헌법재판소로 나눌 수 있다. 통상법원은 다시 민사·형사 재판을 담당하는 일반법원과 그 밖의 사건들을 담당하는 특별법원으로 구분된다(제102조, 제103조). 일반법원은 삼심구조에 따라 크게 지방법원-항소법원-대법원의 3심제로 이루어진다. 1심은 지방법원(Tribunale, 일반 민·형사 재판), 평화판사(Giudice di Pace, 경미한 민·형사 재판), 중죄법원(Corte d'assise, 중범죄 재판), 소년법원(Tribunale

49) 이 번역어로는 ‘최고사법회의’ 외에 ‘최고사법위원회’, ‘최고사법평의회’ 등이 있고, 영역으로는 ‘High Council of the Judiciary’, ‘Superior Council of Judiciary’ 등이 있다.

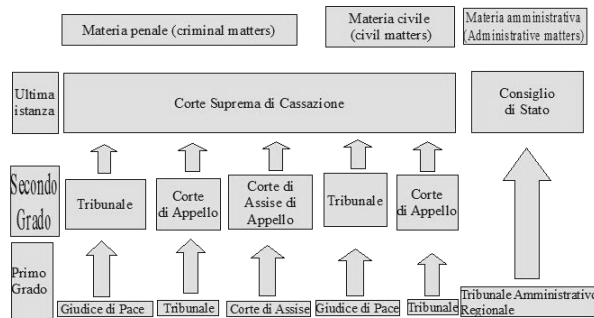
50) S. Borghese, 전제서, p.101.

51) 이탈리아에서는 ‘사법부’ 혹은 ‘재판소’(magistratura)를 구성하는 ‘magistrato’라는 직이 판사(giudice)와 검사(pubblico ministero, procuratore) 모두를 가리키므로, 여기서는 ‘사법관’이라고 번역한다. 단순히 ‘법관’이라고 할 경우 ‘법관=판사’라는 등식이 성립하고 있는 우리나라의 실정상 오해를 불러일으킬 수 있기 때문이다.

52) 검사의 일반적 임무는 법률의 정당한 적용을 청구하고, 한편 이것을 감독하는 것이다. 그 목적을 위해 민사·형사 및 행정의 모든 사건에 개입하고 또는 고발하는 권한을 가진다.

per i miorenni, 18세 미만 재판)이, 2심은 지방법원(Tribunale), 항소법원(Corte di appello), 항소중죄법원(Corte d'assise d'appello)이, 3심은 대법원(Corte di cassazione)⁵³이 담당한다. 특별법원으로는 1심 행정재판을 하는 지방행정법원(Tribunale Amministrativo Regionale, TAR)과 2심이자 중심으로서⁵⁴ 최고행정법원 격인 국가평의회(Consiglio di Stato)⁵⁵가 있으며, 재정·회계 문제에 관한 재판을 하는 회계감사원(Corte dei Conti), 군사재판을 하는 군사법원(Tribunali Militari), 형집행을 감독하는 형집행법원(Tribunale di Sorveglianza) 등이 있다.⁵⁶

- 53) ‘Corte di cassazione’는 ‘파기원’, ‘파훼원’, ‘최고재판소’ 등으로 번역되기도 하는데, 여기서는 우리나라에 맞추어 ‘대법원’으로 칭한다. 2017년 현재 이탈리아 대법원은 6개의 민사부(sezione civile)와 1개의 민사결합부(sezioni unite civili), 그리고 7개의 형사부(sezione penale)와 1개의 형사결합부(sezioni unite penali)로 구성되어 있다. 민사부 및 형사부는 각 5명의 법관으로, 민사결합부 및 형사결합부는 각 부의 부장 등을 포함해 각 9명으로 구성된다. 우리 식의 대법원장은 제1대법관(Primo Presidente)이라 호칭되고, 부대법원장(Presidente Aggiunto)이 있으며, 각 부(部, sezione)마다 부장(presidente di sezione)이 있다.
- 54) 국가평의회에 결정에 대해서는 재판관할권에 대한 다툼 이외에는 대법원에 상고를 할 수 없으므로, 행정사건에 대해서는 국가평의회가 최고법원의 역할을 한다.
- 55) ‘Consiglio di Stato’는 ‘국가평의회’, ‘국무원’, ‘참사원’ 등으로 다양하게 번역되고 있다. 이는 프랑스의 콩세유데타(Conseil d’Eta)와 유사한 것이나, 프랑스의 그것만큼 큰 역할을 하고 있지는 않다고 평가된다.
- 56) 이상을 그림으로 나타내면 다음과 같다(출처 https://en.wikipedia.org/wiki/Judiciary_of_Italy).



(5) 주·현·시

이탈리아 헌법은 ‘기본원칙’에서 “하나이며 불가분인 공화국은 지방자치 (autonomie locali)를 인정하며 또한 촉진한다.”(제5조)라고 천명하고, 본격적으로 제2편 제5장 ‘주, 현, 시’에서 제114조부터 제133조의 20개 조항에 걸쳐 지방의 구성과 자치 권한(입법·행정·과세 등), 중앙과 지방의 관계 및 그 분쟁 등에 대해 상세하게 규정한다.

이탈리아는 하나의 국가이지만, 20개의 주(州, regione)가 모이고, 또 93개의 현(縣, provincia) 및 8,000여 개의 시(市, 코무네, 자치시, comune)⁵⁷⁾가 합쳐진 매우 분권화된 나라이다. 주는 20개가 있는데, 그 중 5개는 ‘특별’주⁵⁸⁾이고 나머지 15개는 ‘일반’주이다. 따라서 이탈리아는 일반적으로 ‘지역국가’(Stato regionale/regional State)로 이해되어 왔다. 즉, 이탈리아는 프랑스와 같은 ‘단일국가’(Stato unitario)도, 미국이나 독일 같은 ‘연방국가’(Stato federale)도 아니고, 스페인 같은 그 중간 형태라는 것이다.

그런데 이런 지역국가 시스템이 최근 두 차례의 헌법개정, 즉 1999년 제1호 헌법적 법률⁵⁹⁾과 2001년 제3호 헌법적 법률⁶⁰⁾에 의해 심대한 변화를 겪게 되었다. 즉, 종전보다 더 분권화된 방향으로 진전한 것이다. 헌법률 1/99는 주현장과 주 선거 시스템에 대한 개정이고, 헌법률 3/01는 주의 입

57) 2016년 12월 현재 이탈리아의 코무네 수는 7,990여 개다. 이와 비견되는 대한민국의 기초자치단체(시·군·구) 수는 226개이다(세종특별자치시와 제주특별자치도 제외).

58) 5개 특별주는 ① 프리올리 베네치아 줄리아, ② 사르데냐, ③ 시칠리아, ④ 트렌티노-알토 아디제, ⑤ 발레 다오스타 이다. 헌법 제116조 제1항: 프리올리 베네치아 줄리아, 사르데냐, 시칠리아, 트렌티노-알토 아디제, 발레 다오스타는 헌법적 법률로 채택된 특별법에 따른 특별한 자치의 형식이 부여된다.

59) Legge costituzionale 22 novembre 1999, n. 1 - “Disposizioni concernenti l'elezione diretta del Presidente della Giunta regionale e l'autonomia statutaria delle Regioni”.

60) Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. - “Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione”.

법, 행정 및 과세 권한에 대한 개정이었다.

주는 주민에 의해 선출되는 입법기관인 주의회(Consiglio regionale)를 갖고 있고, 행정기관인 주정부(Giunta)와 주지사(Presidente della Giunta, 헌법률 1/99에 따라 주민 직접 선출)가 있다(제121조).

헌법률 1/99는 헌법 제123조를 개정하여 이제 주헌장은 (중앙)의회의 사전 승인 없이 주의회에 의해서만 승인되면 되고, 중앙정부는 원할 경우 그 공고 30일 이내에 헌법재판소에 제소할 수 있게 되었다(제123조 제2항).

한편, 이전에 헌법 제117조는 일반주가 입법권을 가지는 17개 분야(영역)를 나열하고 있었는데, 이들은 (국가)법률에 정해진 ‘기본원칙들의 한계 내’ 있었고, 주 법률은 중앙정부의 사전통제 절차를 거쳐야 했다.⁶¹⁾ 그런데 헌법률 3/01은 헌법 제117조를 개정하여 주의 잔여 권한 원칙(the rule of residual power to the Regions)⁶²⁾을 도입하였다. 또한 헌법률 3/01은 주 법률의 승인 절차를 개정하여 중앙정부의 사전적 통제를 제거하였는바, 주 법률은 이제 주의회에 의해 표결되어 주 관보에의 공고로써 효력이 발생한다. 중앙 정부는 원할 경우 주법률을 헌법재판소에 그 공고로부터 60일 이내에 제소할 수 있다(제127조).

행정권에 관해서는, 새 헌법 제118조는 보충성원칙(the principle of subsidiarity)을 도입하고 있는데, 위 조항은 모든 행정권한은 그것을 주나 국가에 줄 필요가 있는 경우가 아닌 한 시에 부여된다고 규정한다.

61) 중앙정부의 사전통제절차는 다음과 같다. 주의 법률은 주의회에 의해 승인된 후 중앙 정부의 승인을 받도록 이송되었다. 중앙 정부는 그것을 승인할 수도, 아무런 응답을 하지 않을 수도(이는 승인으로 간주되었음), 거부할 수도 있었는데, 거부 시 법률은 다시 주의회에 환송되었다. 만약 법률이 주의회의 절대다수로 다시 승인되면, 중앙정부는 헌법재판소에 제소할 수 있었던 것이다.

62) 즉, 중앙정부가 독점적으로 입법권을 가지는 17개 영역(제117조 제2항)과 중앙정부와 주가 결합적으로 권한을 가지는 18개 영역(동조 제3항)을 나열하고, 그 밖의 다른 영역은 주에 독점적 입법권이 부여되도록 하였다(동조 제4항).

과세권과 관련하여서는, 헌법 제119조는 가난한 지방정부를 위한 특별기금이 마련되기는 하지만 지방정부(시, 현, 대도시, 주 모두)는 각자의 세수로 모든 자신의 활동비용을 지출해야 한다고 규정하고 있다.

(6) 헌법의 보장

이제 이탈리아 헌법은 본문의 마지막 제6장에서 ‘헌법의 보장’(혹은 ‘헌법의 수호’, *Garanzie costituzionali*)을 비로소 규정하게 된다. 이는 다시 2부분으로 나뉘는데, 하나는 ‘헌법재판소’에 관한 것이고(제134조~제136조), 다른 하나는 ‘헌법개정과 헌법적 법률’에 관한 것이다(제138조, 제139조). 헌법재판소에 관해서는 다음 장에서 상세히 살펴보기로 한다.

앞서 보았듯이, ‘헌법적 법률’(*legge costituzionale*)은 헌법적 사항을 규율하는 법률인데, 크게 헌법개정을 위한 것과 그 외의 헌법적 사항을 규율하는 것으로 나뉜다(제138조 제1항). 이탈리아에서는 헌법을 개정함에 있어 헌법전 자체를 개정하는 우리 같은 형식보다는, ‘헌법 제○조를 (다음과 같이) 개정/대체/폐지한다’는 내용을 가진 헌법적 법률을 별도로 제정함으로써 헌법을 개정하는 형식을 주로 취한다. 이것이 전자의 헌법적 법률이다. 한편, 후자에 관해 보자면, 기존 주 통합이나 새로운 주 창설에 관해 헌법적 법률에 의하도록 한 것(제132조), 위헌법률심판의 소송요건·헌법재판관의 독립성 보장에 관해 헌법적 법률에 의하도록 한 것(제137조) 등이 있다.

헌법적 법률의 제정 절차에 관해서는 제138조가 규정하고 있는데, 이 규정이 일반 법률의 제정 절차와는 다른 훨씬 강화된 절차(간단히 말하면, 양원 각각에 의한 각 2번의 통과, 즉 ‘이중 특별 심의’와 ‘이중 특별 의결’)를 규정하고 있기 때문에 현행 헌법은 이른바 경성헌법이라 할 수 있는 것이다. 제헌 이후 2017년 현재까지 헌법개정은 총 16회⁶³⁾가 있었다.

63) 헌법개정 차수: ① 1963. 2. 9. ② 1963. 12. 27. ③ 1967. 11. 22. ④ 1989. 1. 16.

‘헌법개정을 위한 국민투표’(제138조 제2항, 제3항)를 거쳐 개정이 이루어진 것은 앞서 본 2001년 헌법적 법률 제3호에 의한 개정 1회뿐이고, 나머지는 모두 의회 차원에서의 헌법적 법률의 제정을 통해 이루어진 것이다.

한편, 헌법은 그 마지막 조문에서 “공화국이라는 형태는 헌법개정의 대상이 될 수 없다.”라고 규정하여 개정금지사항을 정하고 있다(제139조).

Ⅲ. 이탈리아의 헌법재판소와 헌법재판제도

헌법재판소는 의회를 포함한 국가의 모든 기관이 헌법을 존중하도록 감독하고 헌법질서를 수호하는 숭고한 임무를 가진 기관이다. 이하에서는 우선 헌법재판 관련 주요 법령들을 소개하고 법령 및 판례 인용 방법을 설명한다. 다음으로 이탈리아 헌법재판소(이하 ‘헌재’라 한다)의 역사로부터 헌재의 구성, 권한, 재판 과정, 끝으로 재판의 유형과 효력을 차례로 검토한다.

1. 헌법재판 관련 주요 법령과 법령·판례 인용 방법

가. 헌법재판 관련 주요 법령

다음은 헌법재판 관련 주요 법령들의 목록으로서, 헌법적 법률⁶⁴⁾(일반)

⑤ 1991. 11. 4. ⑥ 1992. 3. 6. ⑦ 1993. 10. 29. ⑧ 1999. 11. 22. ⑨ 1999. 11. 23. ⑩ 2000. 1. 17. ⑪ 2001. 1. 23. ⑫ 2001. 10. 18. ⑬ 2002. 10. 23. ⑭ 2003. 5. 30. ⑮ 2007. 10. 2. ⑯ 2012. 4. 20.

64) ‘헌법적 법률’은 헌법적 사항을 규율하는 법률인데, 크게 헌법개정을 위한 것과 그 외의 헌법적 사항을 규율하는 것으로 나뉜다(헌법 제138조). 때로는 ‘헌법률’이라고도 하며, 영어로는 ‘constitutional law’로 번역된다.

법률⁶⁵⁾-헌법재판소 규칙⁶⁶⁾ 순으로 모았다.⁶⁷⁾

이탈리아 법령의 특징은, 우리와 달리 단일법전이 적고 여러 법령들이 제정 시기를 달리하고 내용을 따로 하여 각기 공존하는 경우가 많다는 것이다. 예컨대, 우리나라는 ‘헌법재판소법’이라는 단일법전이 있어 이 법률에서 헌법재판소의 구성이나 조직·심판절차 등 헌법재판에 관한 제반 사항을 망라하며, 하위 세부 사항만을 몇몇 ‘헌법재판소규칙’에서 보완하는 형식을 취한다. 따라서 우리의 경우 ‘헌법재판소법’을 통해 헌법재판소의 전모를 파악할 수 있게 된다. 그러나 이탈리아의 경우, 아래에서 보듯, 여러 개의 헌법적 법률·법률·규칙 등이 병존하고 있는바, 관련 법령들을 두루 살펴 유기적으로 파악하지 않고서는 전모를 알기 힘든 경우가 많다.⁶⁸⁾

65) 앞서 본 바와 같이, 이탈리아의 법률은 그 제정 주체에 따를 때 국가의 법률과 주의 법률(*legge regionale*)로 나눌 수 있다. 국가의 법률은 의회가 제정하며, 일반 법률(보통 법률, *legge semplice*, *legge ordinaria*)과 헌법적 법률(*legge costituzionale*)로 구별된다.

66) 이탈리아 헌법은 “헌법재판소의 구성과 기능에 필요한 기타 사항은 일반 법률로 정한다.”(제137조 제2항)라고 규정하였는바, 이에 따라 1953년 3월 11일 법률 제 87호가 제정되었고, 이 법률은 다시 헌법재판소의 규칙 제정권을 인정하고 있다(제14조 제1항).

67) 이하의 목록은 이탈리아 헌법재판에 관해 핵심적 법원(法源)으로 취급되는 것들을 모두 모은 것이다. 이는 이탈리아 현재 홈페이지에 ‘헌법재판소 관련 법원’(Le fonti di disciplina della Corte costituzionale)으로 소개되어 있는 것이고(<http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/fonti.do> 참조), Elena Malfatti, Saule Panizza & Roberto Romboli, *Giustizia costituzionale*, 4th ed., Torino: G. Giappichelli, 2016에서 별도로 만든 법령 책자에도 수록되어 있는 것들이다.

68) 이런 불편함 때문에 이탈리아에서도 입법기술상 단일법전을 만들려는 노력이 있는 바, 그렇게 하여 제정된 것을 ‘testo unico’라고 한다. 그 형식은 주로 대통령령(*decreto del presidente della repubblica*)에 의하므로, ‘통일법전’ 또는 ‘통일명령’으로 번역할 수 있겠다. 이탈리아에는 수권법에 의한 입법이 많은데, 수권법에 근거하여 상세하게 정해진 대통령령, 즉 입법명령(*decreto legislativo*)을 통일명령으로 제정하는 것이다.

(1) 헌법적 법률(*legge costituzionale*)

- ① 1948년 2월 9일 헌법적 법률 제1호 “헌법재판소의 합헌성 재판 및 독립성의 보장에 관한 제 규범”⁶⁹⁾
- ② 1953년 3월 11일 헌법적 법률 제1호 “헌법재판소에 관한 헌법의 보충규범”⁷⁰⁾
- ③ 1967년 11월 22일 헌법적 법률 제2호 “헌법 제135조의 개정 및 헌법재판소에 관한 제 규정”⁷¹⁾

(2) 법률(*legge*)

- ① 1953년 3월 11일 법률 제87호 “헌법재판소의 구성 및 운영에 관한 제 규범”⁷²⁾
- ② 1962년 1월 25일 법률 제20호 “탄핵의 절차 및 재판에 관한 제 규범”⁷³⁾
- ③ 1970년 5월 25일 법률 제352호 “헌법이 정하는 국민투표 및 국민발안에 관한 제 규범”⁷⁴⁾

69) Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 - Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale.

70) Legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 - Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale.

71) Legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2 - Modificazione dell'articolo 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale.

72) Legge 11 marzo 1953, n. 87 - Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale.

73) Legge 25 gennaio 1962, n. 20 - Norme sui procedimenti e giudizi di accusa.

74) Legge 25 maggio 1970, n. 352 - Norme sui referendum previsti della Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo.

(3) 헌법재판소 규칙(regolamento della Corte costituzionale)

- ① 1966년 1월 20일 헌법재판소 의결⁷⁵⁾ “헌법재판소 일반 규칙”⁷⁶⁾
- ② 2008년 10월 7일 헌법재판소 의결 “헌법재판소에 의한 재판에 관한 보충규범”⁷⁷⁾

나. 법령 및 판례 인용 방법

이탈리아의 법령 및 판례 인용 방법에 대해 몇 가지 사례를 들어 살펴본다. 인용방법에는 여러 가지가 있으나 아래의 것들이 널리 쓰이는 방식이다.

인용시에는 법령의 이름, 형식, 조항, 그리고 재판기관명을 약어로 표시하는 것이 보통이다. 예컨대, L.은 legge(법률)를, D. Lgs.는 Decreto legislativo(입법명령)을 가리키며, codice civile(민법)은 C. C.로, codice penale(형법)은 C. P.로 줄인다. 조문 인용의 경우, 조-항-호는 art(articolo)-comma-lett.(lettura)로 표시한다. 재판기관의 경우, Corte costituzionale(헌법재판소)는 Corte cost.로, Corte di Cassazione(대법원)는 Cass.로, Consiglio di Stato(국가평의회)는 Cons. Stato.로 표기한다.

한편, 이탈리아 헌법재판소는 판례번호(사건명, 사건번호)를 부여함에 있

75) 이탈리아 헌재가 내리는 재판(decisioni, 이에는 판결과 결정이 포함됨)이 아닌, 위와 같은 규칙 제정에서의 결정은 ‘의결’(deliberazione)라고 번역하기로 한다. 재판(판결, 결정), 의결 등의 형식에 관해서는 후술한다.

76) Regolamento generale della Corte costituzionale - 20 gennaio 1966 e successive modificazioni. 본래는 1958. 4. 22. Regolamento generale della Corte costituzionale 이 최초의 것이었으나, 위 1966. 1. 20. 위 규칙으로 대체되었고, 이후로도 작은 개정이 계속되었는바, 최근에는 2009. 7. 14. 개정되었다.

77) Corte costituzionale - Delibera 7 ottobre 2008 - Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale. 최초의 것은 1956. 3. 16.의 것이지만, 이후 개정이 계속되었는바, 지금은 위의 2008. 10. 7.의 것이 이용된다.

어 우리 헌법재판소의 헌가·헌나·헌다·헌라·헌마·헌바·헌사와 같은 약어는 쓰지 않고, 단순히 선고날짜와 사건번호만을 조합하는 방식을 취한다.

(1) 법령 인용 방법

[해당 법령조항 | 법령의 종류 | 제정일자 | 법령번호]

Art. 16, comma 4, lett. a., l. 28 gennaio 1994 n. 84 (1994년 1월 28일 제84호 법률 제16조 제4항 a호)

Art. 456, C. C. (민법 제456조)

L. 13 febbraio 2001 n. 45 (2001년 2월 13일 제45호 법률)

D. Lgs. 29 marzo 1993 n. 119 (1993년 3월 29일 제119호 입법명령)

(2) 판례 인용 방법

[법원명 | 선고일자 | 사건번호 | 판례출판지명(필요시)]

Corte cost., sent. n. 8/1956 (헌법재판소 1956년 제8호 판결)

Sentenza Corte cost. 6 maggio 1985 n. 154 (헌법재판소 1985년 5월 6일 제 154호 판결)

Ordinanza Corte cost. 12 dicembre 1990 n. 572 (헌법재판소 1990년 12월 12일 제 572호 결정)

Cass. pen., sez. I. 30 aprile 1992 n. 2016 (대법원 형사1부 1992년 4월 30일 제2016호 판결)

Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2005 n. 3120 (국가평의회 4부 2005년 6월 14일 제3120호 판결)

2. 이탈리아 헌법재판소의 역사와 지위

1861년 통일 이탈리아 왕국 이후부터만 잡아도 다른 국가기관이 150여 년 역사를 가진 것이라면 ‘이탈리아 공화국 헌법재판소’(Corte costituzionale della Repubblica Italiana)는 이제 겨우 반세기를 넘겼을 뿐이다. 이탈리아 헌재는 어떤 면에서는 신생기관인 셈인데, 제2차 세계대전이 끝난 이후 1948년 제헌헌법 때부터 헌법재판제도가 도입된 것이다. 그러나 헌법재판제도의 구상을 보자면 유럽에서 오스트리아 다음으로 2번째로 만들어진 오랜 것이기도 하다.⁷⁸⁾

헌법재판제도의 필요성에 대해서는 1946년 제헌의회부터 기독교민주당을 중심으로 널리 공감대가 형성되어 있었다. 물론 인민의 의지를 최상위에 두고 그것이 구현된 법률에 대해서는 사법기관에 의한 통제가 인정될 수 없다고 보는 공산당은 반대를 했으나, 별로 거센 것은 아니었다. 제헌의회 산하 헌법위원회(75인 위원회)는 다양한 제도 유형 중 미국식의 일반법원형(비집중형)을 배척하고 오스트리아식의 헌법재판소형(집중형)을 채택했고, 이에 따라 제헌헌법은 헌법재판소를 규정하게 되었다.

그런데 헌법에는 헌재의 권한 및 구성과 같은 최소한의 기본적인 규정들만이 존재했고(제134조~제136조), 소제기 방법이나 헌재의 구체적 구성 방법 등의 문제는 하위법령에 위임되었다(제137조). 이에 1948년 2월 의회는 소제기권자를 규정한 1948년 헌법적 법률 제1호(전문 4조)⁷⁹⁾를 통과시켰다. 그 후 1953년 3월에 이르러 겨우 재판관의 구성, 재판의 운영방법

78) 김중호, 전계논문, p.783.

79) 1948년 2월 9일 헌법적 법률 제1호 “헌법재판소의 합헌성 재판 및 독립성의 보장에 관한 제 규범”: Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 - Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale.

내지 심판방법 등을 구체화한 헌법적 법률 제1호(전문 14조)⁸⁰⁾와 일반 법률 제87호(전문 53조)⁸¹⁾가 통과되어 헌법재판소의 출범을 위한 모든 법적 토대가 마련되었다. 그러나 가중 다수결을 요하는 의회 선출의 5명 재판관을 선출하는데 대립이 있어 다시 2년이 지난 1955년 12월에야 15명의 재판관이 모두 선임되었다. 이제 현재는 콘솔타궁에 들어가 필요한 조직을 갖추고 ‘보충규범’(norme integrative)으로 알려진 내부규칙을 정할 수 있었다. 이리하여 헌법이 제정된 지 8년만에 비로소 현재는 기능을 할 수 있게 되었는데, 1956년 1월 1일 출범하고 같은 해 4월 23일 첫 구두변론을 하고 6월 14일 첫 판결이자 위헌 판결을 하였다.

이탈리아 헌법재판소는 고대 로마의 일곱 언덕 중 하나인 퀴리날레(Quirinale) 언덕 위 18세기 초 지어진 아름다운 건물⁸²⁾에 자리잡고 있다. 작은 도로와 광장을 사이에 두고 건너편에는 이탈리아 대통령의 관저인 퀴리날레궁(Palazzo del Quirinale)이 있다. 이는 이탈리아 현재의 정치적·법적 지위와 역할을 상징적으로 보여준다. 이탈리아에서는 건물의 본래 이름으로 거기에 소재한 기관을 지칭하는 경우가 많다. 현재의 경우에도 마찬가지로, 과거 교황령의 민·형사 재판을 담당하던 교황청 재판소(Santa

80) 1953년 3월 11일 헌법적 법률 제1호 “헌법재판소에 관한 헌법의 보충규범”: Legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 - Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale.

81) 1953년 3월 11일 법률 제87호 “헌법재판소의 구성 및 운영에 관한 제 규범”: Legge 11 marzo 1953, n. 87 - Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale.

82) 이탈리아 헌법재판소가 발간한 소개책자는 건물의 역사와 건설 경위, 건축의 장식적 요소, 그림 등을 소개하는데 몇 페이지를 할애하고 있다. 콘솔타궁은 페르디난도 푸가(Ferdinando Fuga, 1699~1781)가 교황 클레멘테 12세의 재위 중인 1732년~1735년에 지었다. 본래 교황청 재판소인 콘솔타로 오래 쓰이다가 19세기 말 이탈리아 왕국 시절에는 왕족의 거소가 되었으나(퀴리날레궁은 왕의 거소) 이탈리아 공화국이 되자 헌법재판소의 건물이 되었다. 이탈리아 헌법재판소가 발간한 소개 책자 Palazzo della Consulta, *Che cosa è la Corte costituzionale*(“헌법재판소란 무엇인가”), 2016, p.16-17, 62-63.

Consulta)의 원래 건물 콘솔타궁(Palazzo della Consulta)으로부터 이름을 가져와 ‘라 콘솔타’(La Consulta)라고 짧고 간결하게 부른다. 이탈리아인들은 뉴스에서 ‘라 콘솔타’라고 하면 헌법재판소를 가리키는 것으로 이해한다.

사실 헌재가 출범하기 전까지, 즉 1948년 제헌헌법부터 1955년 말까지 법원이 위헌법률심판을 하던 시절도 있었다.⁸³⁾ 그런데 법원은 그에 소극적이었고 파시즘 체제 하의 악법마저도 기계적으로 적용하는데 머물러 새로운 시대에 대한 국민의 기대를 충족시키지 못하였다. 또한 법원들 간에 모순된 판결이 나오기도 하는 등 비집중형인 미국형 위헌심사제도의 문제점이 드러났다. 예컨대, 젊은 진보적 법관과 파시즘 체제 20년을 거친 나이 든 보수적 법관 사이의 이견과 대립은 심각한 것이었다.⁸⁴⁾

이런 상황에서 출범한 이탈리아 헌재는 과감하고 혁신적인 첫걸음을 떼게 된다. 그것이 신생 헌재에게 맡겨진 과제이자 임무이기도 하였다. 헌재가 1956년 6월 개소 반 년만에 내린 최초의 판결은 파시스트 체제하에서 제정된 공공안전에 관한 1931년 법률⁸⁵⁾ 조항에 대한 위헌판결이었다(Corte cost., sent. n. 1/1956). 그 조항은 전단지 배포하거나 포스터를 붙이는데 경찰의 허가를 요구하고 그렇지 않을 경우 처벌하도록 하였다. 이 사건은 위 조항이 헌법 제21조(표현의 자유)에 부합하는지 의문을 가진 이탈리아 전역의 30명 이상의 형사법원 판사에 의해 제기되었다.⁸⁶⁾ 초창기 헌재는

83) 헌법 ‘경과 및 최종 규정’ 제7조 ① 헌법에 따라 사법부에 관한 새 법률이 공포될 때까지 현행 규정을 계속 적용한다.

② 헌법재판소가 구성될 때까지, 제134조에 명시된 분쟁에 관한 판결은 헌법 시행 전에 이미 존재하는 규정의 형식과 한계 내에서 진행한다.

84) 1948년부터 1955년까지 일반 법원에 의한 사법심사의 문제 상황에 관해 상세한 것은 마우로 카펠레티, 『현대헌법재판론』, 구병삭·강경근·김승환 공역, 법문사, 1989, p.80-89; 김종호, 전계논문, p.791-792 참조.

85) Testo unico delle leggi di Pubblica Sicurezza. con R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (Gazz. Uff. 26 giugno 1931, n. 146).

86) 위 사건에서는 헌재가 향후 재판을 해나가는 데 있어 중요했던 또 하나의 선결적

파시즘 시대의 악법을 제거하는 데 그치지 않고 다른 분야에서도 전향적인 판결을 내리기도 하였다. 예컨대, 이탈리아 형법은 간통죄를 규율함에 있어 남편은 처벌하지 않고 부인의 간통만을 처벌하고 있었는데, 현재는 이 조항이 헌법 제3조(남녀 평등)와 제29조(혼인관계에서의 부부간의 평등)의 평등원칙을 위반하였다고 하여 1968년 위헌 판결을 내린다(Corte cost., sent. n. 64/1968).⁸⁷⁾

이처럼 이탈리아 현재는 신생기관임에도 파시즘 시절부터 존속되어 왔으나 해소되지 못하던 법률들이나 시대에 뒤떨어진 법률들을 출범 초기부터 과감히 제거하였다. 또 이후로도 국가적으로 중대한 정치적·법적 사안을 적절히 처리해 나감으로써 이탈리아 국가기관으로서는 드물게 국민으로부터 큰 신뢰를 얻어오고 있다.⁸⁸⁾

요컨대, 이탈리아 현재의 역사적 발전 과정은 과거 파시즘 체제 하의 악법을 실정법질서에서 배제함으로써 새 헌법에 따른 공화국 초기의 법질서를 정비하는 데 주력을 둔 초기 단계와 그 이후 의회에서 새로 제정된 입법을 통제하는 본격적 단계로 양대별할 수 있다.⁸⁹⁾

한편, 또 다른 관점에서 이탈리아 현재의 역사적 전개는 다음과 같은 4

인 논점이 있었다. 바로 현재의 재판권이 1948년 헌법 이전에 제정된 법령에도 미치는지에 관한 것이다. 당시 법무부장은 그런 법령의 폐지 여부는 의회의 권한에 속한다고 주장하며 반대하였으나, 현재는 1948년 이전이든 이후든 상관없이 모든 법률이 사법심사될 수 있다고 판시하였다.

87) 그러나 같은 조항에 대해 1961년에는 합헌 판결이 내려진 바 있었다(Corte cost., sent. n. 126/1961). 이는 현재의 판단이 불변하는 것이 아니라 달라질 수 있음을 보여주는 사례이기도 하다.

88) 이처럼 이탈리아 현재는 지금에 와서는 확고한 자리를 잡았다. 하지만 초창기에는 제대로 된 집기나 보조인력조차 없을 정도로 열악한 상황이었는바, 다른 기관의 무시와 의구심 속에서 헌법재판소의 위상을 정립하기 위한 헌법재판관들의 고군분투가 있었다고 한다. V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전계서, p.27, 34-35 참조.

89) 장영철, 전계논문, p.23.

시기로 구분할 수도 있다.⁹⁰⁾ 제1기는 설립(1956년)부터 1970년대 초반까지로 구법들을 청소하는 시기인데, 기대되는 그런 역할을 하지 못하는 의회를 헌재가 대체 역할을 한 단계이다. 다음 제2기는 1970년대 중반부터 1980년대 중반까지로 이제 구법보다는 제헌 이후 법률에 대한 심사를 본격적으로 진행한 시기로서, 그 결과 정치권 및 다른 헌법기관과의 조화·균형 문제가 제기되는 한편, 사건수가 급증하고 심리가 지연되는(80년대 초부터 시작됨) 단계이다. 제3기는 1980년대 중반부터 2000년대 초반까지로 이 시기에 헌재는 (명백히 허용되지 않음 결정과 명백히 이유없음 결정 등의 재판기법을 이용하여) 사건의 증가를 막는 한편 지연된 사건처리를 서둘러 현재의 기능을 정상화시키게 되었다. 끝으로, 2000년대 초반 이후 지금까지의 제4기에서는 2001년 지방분권 개헌에 따른 중앙정부와 주 사이의 소송 증가, 일반 판사의 역할 변화, EU 재판소와의 관계 정립 등의 상황을 맞고 있다.⁹¹⁾

헌법재판소의 성격 혹은 본질에 관해 이탈리아에서는 헌재가 정치적 성격을 띠는 것을 부정하려 하지 않고 당연한 것으로 인정한다. 즉, 헌재는 정치와 상호작용하지만 정치적 기관은 아니다. 그 기능은 정책이나 이해관계를 대변하는 것이 아니라 공화국의 기본적 법에 대한 광범위한 존중을 보장하는 것인데, 이런 기능을 하는데 있어 헌재는 다른 재판기관과 상호작용을 하지만 그렇다고 하여 온전한 재판기관은 또한 아니라는 것이다.⁹²⁾ 이러한 정치적 사법기관이라는 헌재의 성격은 헌법재판관의 구성 중 3분의 1은 의회에서 선출하는 한편 다른 3분의 1은 사법부에서 지명한다는 점, 그

90) V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전게서, p.37-39.

91) 한편, 김민동은 해석적 기각판결 등을 둘러싼 헌재와 대법원의 갈등과 조화라는 관점에서 헌재의 역사적 발전을 고찰하여, 1956년부터 1965년까지(1단계), 1965년부터 1990년까지(2단계), 1990년 중반부터 지금까지(3단계)로 구분하고 있다. 김민동, 전계논문, p.57-66.

92) 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.16.

리고 재판관이 (법학교수 출신을 포함하여) 모두 법률가라는 점에서 확연히 드러나게 된다. 결국 문제는 현재가 당파성을 띠어서는 안 된다는 것으로 정치적 중립성과 공정성을 확보하기 위해 여러 제도적 장치를 두는 한편, 내부적으로도 노력할 따름이다.

3. 헌법재판소의 구성과 조직

앞서 보았듯, 이탈리아 헌법은 제2편 ‘공화국의 조직’, 제6장 ‘헌법의 보장’, 제1절 ‘헌법재판소’에서 총 4개 조항으로 헌법재판소의 권한(제134조), 구성(제135조), 판결의 효력(제136조), 하위법령에의 위임(제137조)을 규정한다. 이 조항들은 헌법재판에 관한 최소한의 것만을 규정하고 있으므로 그 전체적인 이해를 위해서는 제137조의 위임에 따라 제정된 하위의 헌법적 법률, 법률, 규칙의 보완이 필요하다.

가. 헌법재판관과 헌법재판소장

헌법재판소는 15명의 헌법재판관(*giudice costituzionale*)으로 구성되고(제135조 제1항), 재판관의 임기는 9년이며 재임하지 못한다(동조 제3항). 이 9년이라는 임기(정년 없음)는 헌법상 다른 어떤 선출직 기관의 임기보다 더 긴데,⁹³⁾ 이는 재판관의 독립을, 특히 일부 재판관을 선출하는 정치권으로부터의 독립을 보장한다. 만약 재판관이 임기 만료 이전에 사망이나 사직 등의 사유로 직을 떠나는 경우, 그 후임자는 전임자를 선출했던 그 기관에 의해 새로이 지명되어 9년의 임기를 가진다. 재판관의 임기 종료 시점이 조금씩 다르므로 지명 시점도 달라지고 그 결과 재판소의 구성도 서

93) 이탈리아 대통령의 임기는 7년(제85조 제1항), 하원의원과 상원의원의 임기는 공히 5년(제60조 제1항)이다.

서히 변해 간다. 이런 방식으로 재판소의 사법은 시간을 두고 달라지기도 하지만 그 밑바탕에는 변하지 않는 근본적인 연속성이 있는 것이다.⁹⁴⁾

재판관은 최고 수준의 경험과 실무능력을 가진 법률가들의 제한된 범주에서 선출된다. 헌법재판관이 될 수 있는 자격은 다음과 같다(제135조 제2항): ① 상급 일반 재판기관 및 상급 행정 재판기관⁹⁵⁾의 전·현직 사법관, 또는 ② 대학의 법학 교수, 또는 ③ 20년 이상 경력의 변호사.

역대 재판관의 출신을 분석하면, 15명 중 1/3 내지 1/2 정도는 항상 대학 교수 출신이었고,⁹⁶⁾ 나머지는 대개 사법관 출신이었으며, 드물게 순수 변호사 출신이 있어 왔다. 여성 재판관은 1996년에야 처음으로 임명되었는데 2017년 현재는 전체 15명 중 3명을 차지하고 있다.⁹⁷⁾ 재판관의 최대 혹은 최소 연령 제한은 없으나, 최상위 재판기관 재직경력이나 높은 수준의 학계·변호사업계에서의 경험에 대한 요구 때문에 지명되는 재판관들의 나이는 50대에서 70대에 이르게 된다. 50대는 2-5명 정도의 소수이고, 60대와 70대의 노령이 나머지 다수이다.

재판소장(Presidente della Corte costituzionale)⁹⁸⁾은 헌법재판소를 대표하고, 이를 소집하고, 그 회의를 주재하고, 위원회의 활동을 총괄하고, 법률

94) 이탈리아 헌법재판소, 전개책자, p.28.

95) 여기서 ‘상급 일반 재판기관’은 대법원을, ‘상급 행정 재판기관’은 국가평의회 및 회계감사원을 가리킨다.

96) 대학교수 출신의 역대 재판관의 전공을 살펴보면, 헌법에 한정되지 않고 로마법, 이탈리아법제사, 민법, 형법, 행정법, 노동법, 민사소송법, 형사소송법 등 다양한 전공을 망라하고 있는 점이 특색이다.

97) 1996년 최초의 여성 재판관은 사법관 출신의 Fernanda Contri이고, 2017년 현재의 재판관인 Marta Cartabia(2011년 임명, 1963년 생)는 헌법 교수 출신, Silvana Sciarra(2014년 임명, 1948년 생)는 노동법 교수 출신, Daria de Petris (2014년 임명, 1956년 생)는 행정법 교수 출신이다. 이탈리아 헌법재판소 홈페이지 <http://www.cortecostituzionale.it/actionCollegio.do> 참조.

98) 2017년 현재 소장은 이탈리아법제사 교수 출신의 Paolo Grossi(1933년 생)로서 2009년 대통령에 의해 재판관으로 임명되었고 2016년 2월 소장으로 선출되었다.

및 규칙이 부여하는 기타 권한을 행사한다(1966년 일반규칙⁹⁹⁾ 제22조). 소장은 재판관 중에서 재판관들이 호선하며, 임기는 3년이고 연임 가능하지만, 본래 재판관으로서의 임기만료는 변하지 않는다(제135조 제5항). 따라서, 예컨대, 전체 9년 임기 중 임기가 2년 남은 재판관이 소장으로 선출될 경우 소장의 임기는 3년이 아니라 2년에 한정된다.¹⁰⁰⁾ 구체적인 호선 방법은, 비밀투표에 의해 재판관 중에서 재판관 과반수(15명 중 8명)의 찬성으로 선출하되, 과반수 미달시 3회 투표부터는 상위 득표자 사이에 결선투표를 하여 과반수에 도달한 사람이 당선자가 된다(1953년 법률 제87호 제6조 제1항). 득표수가 동일한 경우에는 선임자¹⁰¹⁾가, 선임자가 없을 경우에는 연장자가 당선자가 된다(동조 제2항). 각 개별 재판관의 투표가 외부로 알려지는 것을 막기 위해 투표용지는 투표 후 즉시 폐기된다(1966년 일반규칙 제7조 제4항). 그러나 최근에는 소장의 이름과 그에 찬성한 투표수를 언론에 공표하는 관행이 채택되었다.¹⁰²⁾

소장을 선출하는 데 있어 재판소가 누리는 자율권은 재판관 사이의 권한평등 혹은 협력관계(collegialità)를 강화한다. 소장은 평의에서 재판관의 의견이 반으로 나뉘었을 때, 즉 투표가 동수인 경우 결정권을 가지는 것

99) 1966년 1월 20일 헌법재판소 의결 “헌법재판소 일반 규칙”: *Regolamento generale della Corte costituzionale - 20 gennaio 1966 e successive modificazioni.*

100) 일반적으로 최선임 재판관이 소장으로 선출되기 때문에 자신의 3년 임기가 지나기 전에 재판관으로서의 임기가 종료되고, 따라서 소장으로서의 임기 역시 종료되는 일이 종종 생긴다. 이것이 많은 소장들의 상대적으로 짧은 재임기간을 설명하는 이유가 되는데, 그에 따라 2016년까지 약 60년의 재판소 존속 기간 동안 40명의 소장이 존재했던 것이다. 한편, 이런 측면에서 미국연방대법원에서와 같이 대법원장의 이름을 따서 재판부를 지칭하는 일(ex. 워렌 법원, 버거 법원, 렌퀴스트 법원)은 여의치 않다. V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전제서, p.46.

101) 재판관의 취임은 선서의 날에 이루어지는데, 재직 연수는 선서의 날로부터 기산한다(즉, 선임자는 나이가 아니라 재직연수에 의해 정해진다). 같은 날에 선서가 이루어진 재판관 사이에는 연장자를 선임으로 본다(1966년 일반규칙 제13조).

102) 이탈리아 헌법재판소, 전제책자, p.32.

(1953년 법률 제87호 제16조 제3항)을 제외하고는, 사건의 심판 과정에 있어 다른 재판관과 완전히 동일한 권한을 가진다. 그는 ‘동료 중 1인자’(primus inter pares)로서 그의 권력은 기본적으로 사건을 보고재판관에 게 배당하며, 구두변론이나 평의에서 다른 사건들의 일정을 정하고, 재판소의 일을 지도하고 회의를 소집하는 것에 있다. 그는 또한 공식적으로 헌법재판소를 대표하며(국가의전 서열상 대통령, 상원의장, 하원의장, 수상에 이은 5번째 지위를 누림), 재판소의 행정을 감독한다(행정은 사무처장에 의해 이뤄짐).

소장에 의해 임명되는 부소장(1명 또는 2명)은 소장이 어떤 이유로든 결석(부재)하게 된 때 소장을 대리한다(1966년 일반규칙 제24조). 소장 및 부소장, 그리고 추천에 의한 2인의 재판관으로 조직되는 이사부(理事部, Ufficio di Presidenza)는 예산·결산·재정·행정상의 여러 조직적·행정적 업무를 규율하는 권한을 가진다(동 규칙 제25조, 제26조). 한편, 이사부의 구성원이 아닌 재판관 중 추천을 통해 선정되는 3명으로 구성되는 위원회(Commissione, 조사및규칙위원회와 도서위원회가 있음)는 특별한 행정 기능(내부규정의 준비, 연구 서비스의 운영, 도서관, 인사)을 다룬다(동 규칙 제27조).

나. 헌법재판관의 선출방법

재판관 15명의 선출방법은 의회와 대통령, 그리고 사법부가 각 1/3씩, 즉 5명씩을 선출하는 것이다(제135조 제1항). 헌법은 헌법재판관에 대한 요구와 기대에 부응하기 위해 재판관의 선출권을 여러 곳에 배분함으로써 미묘하고 복합적인 균형을 달성하고 있다. 즉, 위 선출 시스템은 재판관으로서 공평하고 독립적일 것을 보장하고, 필요한 수준의 법적 기술을 확보하며, 정치적 감각뿐만 아니라 다양한 지식과 경험·문화를 헌법재판소에 들여오

기 위해 섬세하게 디자인된 것이다.¹⁰³⁾

구체적으로 보자면, 사법부 지명의 경우, 5명은 3개의 최상위 재판기관에 의해 선출되는데(3명은 대법원, 1명은 국가평의회, 1명은 회계감사원), 그 각 선출 합의체¹⁰⁴⁾의 절대 다수에 의해 결정되고, 만약 그에 미달할 경우 최다득표를 한 후보자들 사이에 결선투표를 하게 된다(1953년 법률 제 87호 제2조, 1967년 헌법률 제2호 제4조). 이렇게 사법부에 의해 선출되는 재판관들은 고유의 법적 기술과 경험을 갖고 있으며, 특정 정치체의 선택과는 아무런 연결고리가 없다.

다음, 의회 선출의 5명은 의회의 양원 합동회의에서 비밀투표로 선출되는데, 첫 3번의 투표까지는 3분의2 다수 투표를 얻은 사람이 되고, 그 다음 투표(4회차)부터는 약화하여 5분의3 다수표를 얻으면 된다(1967년 헌법률 제2호¹⁰⁵⁾ 제3조). 의회 선출의 재판관은 대개 학계나 변호사업계 출신이며 때로는 현직 사법관 중에서도 나온다. 또 이들은 의회의 정치적 상황이나 세력을 반영하기도 하며, 때로는 자신이 상원이나 하원 의원이었을 수도 있다. 가중된 다수결 선출방법은 그 선출이 단순히 의회 다수파에 의해 이뤄지는 것이 아니라 다른 정치세력들 간의 합의에 의해서만 된다는 것을 말해준다. 즉, 의회 선출의 재판관은 의회 다수파 또는 그 반대파에 의해 선출되는 것이긴 하지만, 선출 정족수에 이르기 위해서는 반드시 다

103) 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.28.

104) 대법원의 합의체는 대법원장(회의 주재), 대법원부(付) 검사장(검찰총장), 대법원 부장들(部長), 대법원부 수석검사들, 대법원 평정관들 및 대법원부(付) 검사장 대리들로 구성되고, 국가평의회의 합의체는 국가평의회장(회의 주재), 부장들(部長) 및 평정관들로 구성되고, 회계감사원의 합의체는 회계감사원장(회의 주재), 부장들(部長), 평정관들, 회계감사원부 검사장들 및 회계감사원부 부(副)검사들로 구성된다(1967년 헌법률 제2호 제4조, 1953년 법률 제87호 제2조).

105) 1967년 11월 22일 헌법적 법률 제2호 “헌법 제135조의 개정 및 헌법재판소에 관한 제 규정”: Legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2 - Modificazione dell'articolo 135 della Costituzione e disposizioni sulla Corte costituzionale.

른 파의 동의를 얻어야 하는 것이다.¹⁰⁶⁾ 그리하여 때로는 합의점에 이르기 위해 많은 시간과 투표가 필요할 수도 있고, 종종 그런 이유로 지연이 생기기도 하며, 이에 따라 15명이 아닌 그보다 적은 인원으로 현제가 운영되기도 한다.

마지막 5명은 국가의 수장, 즉 대통령에 의해 지명되는데, 일반적으로 의회의 세력구도를 존중하면서도 약간의 균형을 달성하기 위해 선택된다. 즉, 대통령에 따라 때로는 의회 다수와 측의 사람을 지명하기도 하고 반대로 소수와 측의 사람을 지명하기도 하는 것이다.

이렇게 하여 이탈리아 헌법재판소는 이탈리아라는 국가의 정치적·법적·문화적 다원성을 가능한도로 거울처럼 반영하게 된다.

한편, 재판관은 그 직무를 맡기에 앞서 의회 양원 의장의 참석 하에 대통령 앞에서 헌법과 법률을 준수할 것을 선서하는데(1953년 법률 제87호 제5조), 재판관의 취임은 선서의 날에 시작된다(1966년 일반규칙 제13조).

다. 헌법재판관의 권리, 의무 그리고 특권

재판관의 독립과 독립이라는 외관, 그리고 심리 중인 사건에 관련된 이해관계로부터의 분리를 보장하기 위해 현재의 구성원들은 그 임기 중 특별한 특권을 누리며 동시에 특별한 의무에 구속되기도 한다.

우선, 특권에 관해 보자면, 재판관은 재임하는 동안 헌법(제68조 제2항)에 의해 양원 의원에게 부여된 면책특권을 누리고(1948년 헌법률 제1호¹⁰⁷⁾

106) 이탈리아의 정치 현실상 집권당이 양원 합동회의의 2/3를 차지한 적은 거의 없었기 때문에 과거에는 집권당인 기민당과 야당들(공산당, 사회당 등)이 타협하여 재판관 5명 중 2명은 기민당이, 1명은 공산당이, 1명은 사회당이, 나머지 1명은 중도파 군소정당이 선출하는 정치적 관행이 성립하였다고 한다. Alfonso Celotto. *La Corte Costituzionale*, il Mulino, 2004, p.32.

107) 1948년 2월 9일 헌법적 법률 제1호 “헌법재판소의 합헌성 재판 및 독립성의 보장에 관한 제 규범”: Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 - Norme sui

제3조 제3항), 직무 수행 중 표명한 의견이나 행한 표결에 관해 설명할 것을 요구받지 않으며(1953년 헌법률 제1호¹⁰⁸⁾ 제5조), 현재의 사전허가 없이는 형사 소추되거나 자유를 박탈당하지 않는다(1953년 법률 제87호 제9조, 1966년 일반규칙 제15조). 또한 재판관은 신체의 이상, 민사상의 무능력 또는 직무수행에 있어서의 중대한 해태를 이유로 하는 현재의 재판에 의하지 않으면 면직·정직되지 않으며, 이는 구성원 3분의2 다수에 의한 의결에 의해서만 결정된다(1948년 헌법률 제1호 제3조 제2항, 1953년 헌법률 제1호 제7조). 끝으로, 재판관은 사법관으로서 최고위직에 해당하는 대법원장에 상응하는 보수를 받을 수 있다(1953년 헌법률 제1호 제6조, 1953년 법률 제87호 제12조).

다른 한편, 재판관은 다른 어떠한 공적·사적 직업이나 일에 종사하거나 그것을 유지할 수 없고, 전문적·상업적 활동을 영위하거나 영리회사의 이사·감사의 직무를 수행할 수 없다(1953년 법률 제87호 제7조). 이는 사법관이나 대학 교수였던 재판관은 그 경력을 임기 동안 중단하여야 하고, 임기를 마친 뒤에야 그 직으로 돌아갈 수 있음을 의미한다. 변호사는 재판관 임기 동안 업무를 할 수 없으며 변호사협회의 구성원으로 남아 있을 수도 없다. 저작권료를 받는 것을 제외한 어떠한 유상 활동도 금지된다. 이때 재판관의 겸직 금지에 관한 문제는 현재가 전속적으로 재판한다(1966년 일반규칙 제14조).

그리고 재판관은 정당에 소속되는 것뿐만 아니라 어떠한 정치적 활동을 하는 것도 금지된다(1953년 법률 제87호 제8조). 또한 오랜 기간 확립된 관행상, 재판관은 정치적 의견을 공개적으로 표현하거나 정치적 이슈 또는

giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale.

108) 1953년 3월 11일 헌법적 법률 제1호 “헌법재판소에 관한 헌법의 보충규범”: Legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 - Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale.

재판소에 계속 중인 사건에 대하여 공개 인터뷰를 하는 것도 허용되지 않는다. 유일한 예외는 소장의 연두 기자회견, 그리고 재판을 대표하여 드물게 행하는 공개 성명이다.¹⁰⁹⁾

임기가 끝나면 재판관은 그의 모든 역할을 종료하고, 재선출되지 못한다. 퇴임하는 재판관은 ‘명예재판관’(giudice emerito)의 칭호를 수여받으며 (1966년 일반규칙 제20조), 연금 등을 받게 된다.

라. 헌법재판소의 행정조직

헌법재판소는 대통령 및 의회와 마찬가지로 그 고유의 활동을 자율적으로 조직하며 그에 필요한 행정 조직(organizzazione amministrativa)을 가지고, 내부 규정, 즉 헌법재판소 규칙에 따라 운영해 나간다(1953년 법률 제 87호 제14조). 행정조직은 일반행정·인사·사건 및 재판 관련 행정·조달·회계·도서관·행사·판례집·출판에 관한 업무를 행한다.

현재의 총괄 행정은 사무처장(Cancelliere/Secretary General)에 의해 수행된다. 사무처장은 고위 사법관, 행정 분야의 관리자, 기타 전문가 집단으로부터 소장에 의해 임명되는 비경력직이다.

한편, 재판소는 독립된 예산을 가지는바(1966년 일반규칙 제5조의1), 이 예산의 범위 내에서 현재와 그 내부 기관은 어떠한 외부적 간섭이나 통제도 받지 않고 자율적으로 지출할 수 있다.¹¹⁰⁾ 현재의 예산은 2012년의 경

109) 위와 같이 헌법재판관의 대외적 활동은 매우 제한되어 있다. 이 때문에 일반 시민 대중과의 소통에 있어 문제를 가져올 수 있다는 우려도 있겠지만, 일반적인 재판기관의 재판과 마찬가지로 헌법재판소의 재판도 공표된 의견으로만 설명되어야 한다는 점, 그에 따라 재판은 언제나 알 수 있고 또 법적 논증에 대해 평가와 비판을 할 수 있다는 점을 유념해야 한다고 한다. 이탈리아 헌법재판소, 전개책자, p.32.

110) 현재의 예산과 지출은 인터넷에 공개된다. <http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/bilancio.do> 참조.

우 5,270만 유로였고, 2016년도 역시 동일하다. 이를 우리의 원화로 바꾸면 약 685억 원이 된다(1유로=1300원 환산).

나아가 각 재판관은 3명까지 개인적으로 선택한 인력의 도움도 받는다. 이들은 헌법연구원(assistenti di studio/research assistants)으로 사법관이나 대학 출신이며, 재판소에서 다루지는 사건들에 대한 연구와 자료 준비를 맡는다. 헌법연구관은 문제되는 법령, 관련 선례, 일반법원의 의견, 유용한 학술 논문 등을 포함하는 연구 자료(ricerca/research packet)를 수집하여 재판관들에게 제공한다.¹¹¹⁾ 재판관들은 또한 행정적 지원을 해주는 비서실(segreteria dei giudici)을 가진다(1953년 법률 제87호 제14조 제4항).

이 모든 조직을 통틀어 재판소에는 항상 대략 300명~350명의 인원이 있다. 재판소는 그 직원의 고용관계에 대한 법적·경제적 규율을 하는데 자율권을 누리며, 직원들이 제기하는 노동관련 문제를 전속적으로 심판할 권한이 있다(1953년 법률 제87호 제14조 제3항, 1966년 일반규칙 제30조). 이러한 자치는 이탈리아 시스템이 전통적으로 가지는 특권이다.

4. 헌법재판소의 권한 및 기능

이탈리아 헌법재판소는 ① 위헌법률심판, ② 권한쟁의심판, ③ 탄핵심판, ④ 국민투표허용성심판이라는 4가지 권한을 가지는데, 헌법상으로는 전자의 3개가 명시되어 있고(제134조), 마지막 1개는 헌법적 법률에 의해 현재

111) 헌법연구관에 대해 정한 헌법재판소 규칙은 없지만, 현실에 있어서는 헌법연구관이 평의를 위한 보고서 작성에 있어 중요한 역할을 한다. 헌법연구관은 대학교원 및 사법관으로부터 재판관의 개인적인 인맥으로 각 재판관에 3인씩(다만, 소장에 게는 4인이 있기 때문에, 합계 46인이 존재한다) 채용되고 있다. 그 구체적인 직무내용도 어떤 재판관에 속하는지에 따라 달라지게 된다. 田近 肇, 『イタリア憲法裁判所』, 『憲法裁判所の比較研究』, 曾我部 真裕·田近 肇 編, 信山社, 2016, p.30-31.

의 권한으로 인정되었다(1953년 헌법률 제1호 제2조).

그 중 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판은 우리나라 헌법재판소의 5가지 권한 중 그것들과 공통된다. 그러나 이탈리아에는 위헌법률심판에 있어 추상적 규범통제 유형이 있다는 점, 탄핵심판이 형사재판과 유사하다는 점, 국민투표허용성심판이 있다는 점, 그리고 헌법소원심판¹¹²⁾과 정당해산심판¹¹³⁾이 없다는 점 등에서 우리와 차이가 있다.

이탈리아 현재의 재판에서 무엇보다 중요한 원칙은 동등한 헌법재판관 모두의 합의에 의해 의사결정이 이루어진다는 것이다. 이를 합의성의 원칙(il principio di collegialità)¹¹⁴⁾이라 한다. 바로 이에 의해 소장도 동료들 중 1인자인 것으로 여겨지게 되고, 평등하고 수평적인 관계에서 재판관들의 토론과 대화가 이루어지며, 또 전원의 최종 합의에 의한 반대의견 없는 단일의견이 현재의 재판으로서 내려지게 되는 것이다.

112) 이탈리아에도 독일의 헌법소원(Verfassungsbeschwerde)과 같이 국민이 직접 헌법재판소에 소송을 제기할 수 있는 헌법소원제도를 도입하자는 논의가 있다. 그러나 도입 시의 부작용을 우려하는 목소리도 강하여 아주 강한 움직임은 없는 것으로 보인다. V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전게서, p.52. 한편, 헌법제정회의에서도 국민이 직접 소제기하는 방안이 있었으나 불채택되었으며 그 이유는 불분명하다는 것으로 김종호, 전계 논문, p.790 참조.

113) 이탈리아는 서유럽에서도 좌파의 세력이 가장 강한 나라로 알려져 있는바, 이는 이탈리아공산당(PCI)이 제2당으로 수십 년간 공식적으로 활동해 온 것으로 명확히 상징된다. 그러나 1980년대 말 동구의 구 공산권이 무너지면서 이탈리아공산당도 해체와 분열, 그리고 재건되고 있는 상황이다. 이렇듯 이탈리아에는 정당해산심판은 존재하지 않는다.

114) 사실 이 ‘합의성’(collegialità)이란 원칙은 매우 오래된 역사와 전통을 갖고 있는 것이다. 고대 로마(특히 공화정)에서는 고위 행정관(예컨대, 콘술, 프라이토르)이 권력을 행사할 때 상호 비토권을 가지게 하여 권한을 공동으로 행사하도록 하였다. 그리고 카톨릭 교회에서는 주교들이 교황과 함께 행정에 참여하는 일을 가리킨다. 이탈리아 현재에 있어서의 합의성 원칙에 대해 더 자세한 것은 V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전게서, p.46-49 참조.

가. 위헌법률심판(il giudizio di costituzionalità delle leggi)

이 위헌법률심판은 직역하자면 ‘법률의 합헌성 심판’이 되겠는데, 2가지 유형으로 나뉜다. 하나는 전제문제형식의 합헌성 심판(il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, 부수적 위헌심판)이고, 다른 하나는 주요문제형식의 합헌성 심판(il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale)이다.¹¹⁵⁾

전자는 법원에 구체적 사건이 발생한 것을 전제로 하여 헌법재판소가 심판하게 되는 ‘구체적 규범통제’이고, 후자는 아직 구체적 사건이 제기되지 않은 상태에서 이루어지는 ‘추상적 규범통제’이다.

(1) 전제문제형식의 합헌성 심판(il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale)

이것은 어떤 법령이 법원 재판의 전제가 된 때 당해법원판사(giudice a quo)의 제청에 의해 헌법재판소가 그 법령의 위헌 여부에 대해 판단하게 되는 형식의 것으로, 간단하게는 ‘부수 통로 소송’(ricorso in via incidentale)라고 부른다. 우리나라의 위헌법률심판(헌가 사건)이라고 할 수 있다.

재판기관의 당해재판(giudizio a quo) 진행 중에 당사자 일방 또는 검사(검찰관)는 합헌성의 문제를 제기할 수 있으며, 당해재판의 판사는 헌법재

115) ‘전제문제형’ 심판은 ‘가정문제형’ 심판으로 번역되기도 하였다(김종호, 전제 논문, p.794-795). 그런데 ‘incidentale’의 본래 뜻이 ‘부차적인; 우발적인’인바, 말 그대로 일반 법원에서의 재판 중에 ‘부수적인 통로를 통해’(in via incidentale) 제기되는 소송이라는 뜻이므로, 직역하자면 ‘부수적 통로를 통한 위헌심판’이 될 것이다. 이 취지로 볼 때 ‘부수적 심판’이 적당할 것이지만, 일반적으로 ‘전제문제형 심판’이 널리 쓰여 왔기에(특히 일본의 경우) 이를 따르기로 한다. 한편, ‘주요문제형’ 심판 역시 직역하면 ‘주된 통로를 통해’(in via principale) 제기되는 소송인바, 이는 관행대로 ‘주요문제형’ 심판이라고 불러도 무리는 없을 것이다.

판소에 제청할지 여부를, 즉 이송 결정(ordinanza di rimessione)으로 정한다. 한편, 판사는 직권으로(di ufficio) 제청(이송결정)할 수도 있다(1948년 헌법률 제1호 제1조, 1953년 법률 제87호 제23조 제1항, 제2항, 제3항). 그러나 당사자나 검사가 직접 현재에 제청하는 것은 허용되지 않는다. 이때 제청신청이 받아들여지지 않는다 해도 불복 수단은 없으나, 다른 심급에서 다시 제청신청하는 것은 가능하다(1953년 법률 제87호 제24조 제2항).¹¹⁶⁾ 판사는 위헌성 문제가 사건과 관련되어 있고 이유가 있다고 볼 경우, 심판 대상과 위반되었다고 하는 헌법 규정, 그리고 신청사실 및 이유를 기재하여 현재에 사건을 이송하고, 현재의 결정이 있을 때까지 당해 사건을 정지¹¹⁷⁾하여야 한다(1953년 법률 제87호 제23조 제2항).¹¹⁸⁾ 그리고 판사는 당사자 및 검사, 수장, 주지사 등 관계자에게 이송결정을 송달한다(동조 제4항).

116) 이탈리아에는 당사자의 제청신청이 기각되었을 때 헌법소원을 제기하는 우리나라 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원(헌바 사건) 같은 제도가 없다.

117) 2008년 보충규범 제18조: 주된 소송의 정지, 중단 및 소멸(La sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale)은 헌법재판소의 재판에 대하여 효력을 생기지 않는다.

118) 1953년 법률 제87호 제23조 ① 재판기관에 의한 재판 진행 중에 당사자 일방 또는 검사는 다음의 사항을 기재하여 합헌성 문제를 제기할 수 있다.

a) 위헌 문제가 있는 국가 또는 주의 법률 또는 법률의 효력을 가지는 법령의 규정.

b) 위반되었다고 하는 헌법 또는 헌법적 법률의 규정.

② 재판기관은 합헌성 문제를 매듭짓지 않고는 당해 사건을 해결할 수 없을 때, 또는 제기된 문제가 명백하게 이유없다고 인정할 수 없는 때에는, 그 문제에 관한 신청 사실 및 이유를 기재하여 사건 기록을 즉시 헌법재판소로 이송하고, 진행 중인 재판을 정지하는 결정을 내린다.

③ 합헌성 문제는 사건이 계속 중인 재판기관이 제1항 제a호 및 제b호 및 전항에 정하는 사항을 기재한 결정에 따라 직권으로 제기할 수 있다.

④ 헌법재판소에의 사건 기록의 이송 결정이 공개 심리에서 낭독되지 않고 당해 사건의 당사자 및 검사의 참여가 필요한 때에는, 재판기관은 검사 등에게 국가의 법률 또는 법률의 효력을 가지는 법령과 주의 그것이 어떻게 문제되는지에 따라 총리 또는 주지사에 대해 사무처의 책임으로 송달하도록 명한다. 그 결정은 사무처장에 의해 국회의 양원 의장 또는 관계 주의회 의장에게 통지한다.

이처럼 위헌심판을 제청할 수 있는 주체는 재판기관(l'autorità giurisdizionale), 즉 판사인데, 이 판사는 그 범위에 있어 일반법원의 정규법관에 한정되지 않고 평화판사(Giudice di pace), 지방행정법원과 같은 특수법원의 판사 등도 포함되는 광의의 것이다. 한편, 제청권을 가지는 이러한 판사의 역할과 관련하여, 판사는 헌법재판소로 들어가는 문을 여닫는 권한을 가지고 있다는 의미에서 '헌법재판의 문지기'(portiere del giudizio di costituzionalità)라고도 불린다.¹¹⁹⁾ 초창기에는 판사가 '문'을 너무 '좁혀' 현재에의 접근을 막지 않을까 하는 우려가 있었지만, 실제로는 오히려 판사들이 매우 자주 문을 열어 그런 우려가 기우였음이 밝혀졌다.¹²⁰⁾

한편, 제청 요건은 법문상으로는 ① 합헌성 문제를 매듭짓지 않고는 당해 사건을 해결할 수 없을 것(rilevanza, 관련성¹²¹⁾)과 ② 명백히 이유 없지 않을 것(non manifesta infondatezza)이 요구된다(1953년 법률 제87호 제23조 제2항). 재판관은 관련성이 인정되지 않거나, 당사자의 주장이 명백히 근거 없는 경우가 아닌 한 위헌심사를 제기해야 할 의무가 있다. 그런데 근래 현재는 실무상으로 위 요건들에 더해 당해법원판사가 제청을 하기 전에 ③ 합헌적 법률해석을 위한 충분한 심사(la doverosa sperimentazione dell'interpretazione conforme a Costituzione)를 하였을 것을 요구하고 있다.¹²²⁾

119) 이는 저명한 정치가, 변호사, 헌법학자인 Piero Calamandrei(1889 - 1956)가 쓴 말로서, 여러 문헌에서 인용되고 있다.

120) 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.36.

121) 이는 때로 '중요성'으로 번역되기도 하나, 문제되는 법령이 당해 법원 재판을 하는 데 있어 '관련'되어 있어야 한다는 의미에서 '관련성'이 타당할 것이다. 우리 헌법재판에서는 이를 '재판의 전제성'이라고 한다.

122) 이 세 번째 요건의 의미에 관해서는 이탈리아 현재와 대법원의 다툼과 화해 과정이라는 관점에서 보다 심층적인 분석이 이루어지고 있다. 즉, 양 기관은 해석적 기각 판결의 효력을 놓고 오랜 세월 다투어 왔으나, 근래 현재는 이 세 번째 요건을 부각시키면서 그것을 통과하지 못하였을 때 각하결정을 내림으로써, 법원의 판사에게 합헌적 법률해석 의무를 부과하는 동시에 판사의 법률해석권을 존중

끝으로, 심판의 대상이 되는 것은 ‘법률’(leggi)과 ‘법률의 효력을 가지는 법령’(atti aventi forza di legge)이다(헌법 제134조 제1호, 1948년 헌법률 제1호 제1조, 1953년 법률 제87호 제23조 제1항). 여기서 ‘법률’이란 의회가 의결하고 대통령이 공포한 형식적 법률이고, ‘법률의 효력을 가지는 법령’이란 형식적 법률은 아니지만 의회가 관여한다는 측면에서 법률과 동일한 효력을 인정해 주는 것으로서, 입법명령(decreto legislativo)¹²³과 명령법(decreto-legge)¹²⁴ 등이 있다. 따라서 의회규칙과 유럽법은 심판의 대상이 아니다. 행정규칙(regolamenti amministrativi)에 대해서도 현재가 판단할 수 없으며, 그 문제는 일반법원 및 행정법원에 맡겨져 있다.

사건을 이송받은, 즉 제청받은 현재는 이에 대해 각하결정(때로는 각하 판결)을 할 수도 있고, 본안판단하여 인용판결 또는 기각판결을 할 수도 있다. 구체적인 재판의 유형과 효력에 관해서는 후술한다.

(2) 주요문제형식의 합헌성 심판(il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale)

이는 앞서본 전제문제형 합헌성 심판과 달리 구체적 사건에 관한 법원 재판의 개재 없이 당사자가 헌법재판소에 직접 합헌성 문제를 제기할 수 있는 심판이다. 국가(중앙정부)와 주 사이에 일어나는 헌법적 분쟁의 경우 중앙정부는 곧바로 주의 법률 등에 대해, 주는 곧바로 중앙 또는 다른 주

하는 태도를 보인 결과 현재와 대법원이 화해를 하고 있다는 것이다. 보다 자세한 것은, 김민동, 전제논문, p.66, 70, 72 참조.

123) 입법명령(decreto legislativo)은 의회가 제정한 수권법(legge di delega, 위임법률)에 의한 행정부에의 위임에 따라 대통령과 행정부가 제정하는 것이다(헌법 제76조). 이는 위임명령(decreto delegato)이라고도 불린다.

124) 명령법(decreto-legge)은 수상이 필요성과 긴급성이 있는 특별한 상황에서 임시로 잠정적 조치를 채택하여 의회에 제출하는 것을 말하는데, 60일 이내에 법률로 전환되지 않으면 처음부터 그 효력을 상실한다(헌법 제77조 제2항, 제3항). 이는 법률명령, 긴급명령, 임시조치법 등으로 번역되기도 한다.

의 법률 등에 대해 헌재에 제소할 수 있다. 따라서 이론적으로 보았을 때 ‘추상적 규범통제’ 유형이라고 할 수 있다. 간단히 ‘주요 통로 소송’(ricorso in via principale)으로도 불린다.

뒤에 살펴보겠지만, 지방분권을 강화한 2001년 개헌 이후 이 유형의 사건은 전제문제형 심판과 비슷한 사건수를 가질 정도로 비중이 늘었다.¹²⁵⁾

이를 세분하면 4가지 유형이 있는데, ① 국가(중앙정부)가 주헌장(statuto regionale)의 합헌성 문제에 대해 제기하는 것(제123조 제2항), ② 국가가 주 법률(legge regionale)의 합헌성 문제에 대해 제기하는 것(제127조 제1항), ③ 주가 국가의 법률 또는 법률의 효력을 가지는 법령에 대해 제기하는 것(제127조 제2항), 끝으로 ④ 주가 다른 주의 법률 또는 법률의 효력을 가지는 법령에 대해 제기하는 것(제127조 제2항)이 있다. 위 ①의 경우는 주헌장의 공고 후 30일 이내에 제기하여야 하고, ②, ③, ④의 경우는 당해 법령의 공고 후 60일 이내에 제기하여야 한다(1948년 헌법률 제1호 제2조, 1953년 3월 11일 법률 제87호 제31조~제36조).

그런데 2001년 헌법적 법률 제3호에 의한 개헌 이전에는 국가가 주에 대해 소를 제기하는 경우와 주가 국가에 대해 소를 제기하는 경우가 비대칭적으로 규정되어 있었다. 즉, 국가 → 주의 경우에는 그 주법률이 시행되기 전에 소제기가 가능했으나, 주 → 국가의 경우에는 국가의 법률 시행 전 소제기가 불가능했던 것이다. 그러나 개헌으로 이제는 국가가 소를 제기하는 경우이든 주가 소를 제기하는 경우이든 공히 ‘법률의 공고 후 60일 이내’에 소제기가 가능하다고 함으로써 사후적인 심판으로 되었다.¹²⁶⁾

다만, 국가가 주헌장에 대해 제기하는 합헌성 심판(위 ①)은 그 성격이 다소 특이하므로 유의할 필요가 있다. 다른 유형들에서 공고(pubblicazione)

125) 김종호, 전계논문, p.793-794의 통계표 및 V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전계서, p.291의 통계표 참조.

126) 보다 자세한 것은 김종호, 전계논문, p.805 참조.

후 60일 이내에 소제기 한다고 할 때의 그것은 최종적으로 법률이 관보에 공고되어 효력을 발생한 이후를 가리키는 것이므로 이때의 소는 사후적인(a posteriori) 것이지만, ①의 경우에는 헌장의 제정 과정을 알린다는 의미에서의 단순한 ‘공시’라고 해석되므로(Corte cost., sent. n. 304/2002), 국가의 주헌장에 대한 소는 사전적인(a priori) 심사가 되는 것이다. 이는 위 ①의 공고(pubblicazione)가 헌법 제123조 제2항과 제3항의 조문 내용, 그리고 제138조의 헌법개정 절차 조문과의 비교를 통해 볼 때, 단순한 ‘공시’라고 해석되기 때문이다.¹²⁷⁾

그런데 전제문제형 심판이 객관적 재판인데 반해, 주요문제형 심판은 국가와 주가 각각의 고유의 이익을 보호하기 위한 당사자재판으로 이해된다. 따라서 원래 소송을 제기할 것인지 여부는 국가와 주의 선택에 맡길 수 있고 당사자가 소송을 취하하는 경우 그 소송은 소멸하게 된다(2008년 보충규범 제23조 제2문).¹²⁸⁾

주요문제형식 심판에서도 심판과정이나 절차는 전제문제형식 심판을 따르고(2008년 보충규범 제23조 제1문),¹²⁹⁾ 그 결과와 효과 역시 유사하다.

한편, 국가와 주 사이 또는 주 사이에 발생하는 분쟁이 법률 또는 법률

127) 이런 점에서 위 ① 유형을 제3의 소송으로 보는 견해도 제기된다. 그러나 이 이론은, 제134조가 “헌법재판소는 국가와 주에 의해 채택된 ‘법률’과 법률의 효력을 가지는 법령의 합헌성에 관해 재판한다.”고 규정하고, 보통주의 헌장이 ‘주에 의해 채택된 법률’에 해당하는 것이 명백하게 보인다는 점에서, 별로 설득력이 없다. 주헌장은 그것들을 승인하기 위해 취해지는 절차를 고려하면 고유한 법률(*sui generis laws*)이지만 여전히 법률인 것이다. Justin Orlando Frosini, “Constitutional Justice”, in *Introduction to Italian Public Law*, Ferrari, Giuseppe Franco.(ed.), Milano: Giuffrè Editore, 2008 p.199-200.

128) 김중호, 전제 논문, p.806; 장영철, 전제논문, p.28 참조.

129) 2008년 보충규범 제23조: 이 장에서 규율되는 재판에 있어, 제4조, 제5조, 제6조, 제7조, 제8조, 제9조 제2항, 제9조 제3항, 제9조 제4항 및 제10조부터 제17조까지는 적용한다. 소의 취하는, 당사자를 구성하는 모든 사람이 동의하는 경우에는, 소송을 소멸시킨다.

의 효력을 가지는 법령에 대한 것이 아니라 규칙·행정명령·사법명령 등과 같이 다른 성격의 것에 대한 경우에는 다른 형식의 제소 메커니즘이 적용된다. 즉, 자신의 자치권을 침해당했다고 주장하는 주는 국가(수상에 의해 대표됨) 또는 다른 주의 권한에 대해 권한쟁의를 제기할 수 있다. 반대로 중앙 정부는 주(주지사에게 의해 대표됨)의 권한의 한계를 넘거나 국가의 권한을 침범하는 행위에 대해 이의를 제기할 수 있다.¹³⁰⁾ 권한쟁의심판에 관해서는 다음 항에서 서술한다.

나. 권한쟁의심판(il giudizio sui conflitti di attribuzione)

국가기관이나 주가 어떤 일정한 조치를 취함에 있어 서로 권한이 있는 것을 주장하는 경우(적극적 쟁의) 혹은 서로 권한이 없다고 주장하는 경우(소극적 쟁의) 권한쟁의가 발생한다.

권한쟁의심판은 그것이 발생하는 주체별로 ① 국가기관 상호 간의 권한 분배에 관한 다툼(i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato), ② 국가와 주(州) 간의 권한분배에 관한 다툼(i conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni), ③ 주 상호 간의 권한분배에 관한 다툼(i conflitti di attribuzione fra Regioni) 등 3유형으로 나누어진다(제134조 제2호, 1953년 법률 제87호 제3장 권한쟁의 제37조~제42조).¹³¹⁾

우선, ① 국가기관 상호 간의 권한쟁의는 국가기관 간에 권한 다툼이 생긴 경우이다. 그러나 국가기관 간의 다툼이 전부 헌법적 성질을 가지는 것은 아니다. 입법·행정·사법의 3권의 각각 내부에 있는 기관들 사이에서 생기는 다툼과 3권 기관의 사이에 있어서의 다툼을 구별할 필요가 있는 것

130) 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.43.

131) 때로는 ①은 기관 간 쟁의(conflitti interorganici)라고, ②와 ③은 합쳐서 주체 간 쟁의(conflitti intersoggettivi, i conflitti di attribuzione fra enti)라고 단순하게 불리기도 한다.

이다. 전자에 관해서는 법률에서 3권의 내부적 최고기관에 쟁의의 해결을 위임하는 것이 보통이다. 또 후자의 경우에도 다툼이 3권 각각의 최고기관이 아니고 하급기관 사이에 생긴 경우에는 헌법상의 권한쟁의가 되지 않는다.¹³²⁾ 결국 국가의 여러 권력 사이의 분쟁이, 귀속하는 권력의 의사를 스스로가 중국적으로 선언하는 권한을 가진 기관(*organi costituzionali*, 헌법기관) 사이에서, 헌법 규범이 여러 권력에 대해 정한 권한 영역을 확정하기 위해 생긴 때에, 헌법재판소가 이를 해결한다(1953년 법률 제87호 제37조 제1항). 현재는 문제가 되고 있는 권한이 어떤 기관에 속하는지를 선언하고, 그 심사에 맡겨져 있는 분쟁을 해결하고, 권한 없는 기관에 의한 하자 있는 행위가 있는 때에는 이를 무효로 한다(동법 제38조).

과거에는 국가기관 간의 분쟁은 사법적 해결이 아니라 정치적 해결에 맡겨져 있었다. 그러나 중재적 기관이 권한 배정에 관한 규율을 공정하게 적용하도록 헌법상 설계되었기 때문에 그러한 분쟁 해결 또한 헌법재판소에 맡겨진 것이다. 예를 들면, 이 유형의 권한 분쟁은 다음과 같은 경우에 발생한다. 헌법에 의해 보장되는 의원의 면책특권과 관련하여 사법기관과 의회 사이, 법원에 관한 문제에 대하여 법무부장관과 최고사법회의 사이, 분류된 자료(국가기밀)에 관하여 정부와 검사 사이, 불신임을 의결한 의회와 장관 사이¹³³⁾, 국민투표의 절차에 관해 심사하는 대법원 중앙사무국과 국민투표 제기자들 사이.¹³⁴⁾

132) 한편, 이 권한쟁의는 ‘관할권의 다툼’(questioni di giurisdizione)과도 다르다. 후자는 관할권을 달리 하는 재판기관들, 예를 들면 행정법원 또는 일반법원 간의 다툼을 가리키는바, 이에 관해서는 “재판관할 문제에 대한 현행 규정은 종전대로 한다.”고 하여(1953년 법률 제87호 제37조 제2항), 대법원 결함부가 이 문제를 해결하고 있다. S. Borghese, 전제서, p.115.

133) 예컨대, 법무부장관이 상원을 상대로 한 권한쟁의가 있었다. 1995년 상원이 법무부장관을 불신임의결하자, 장관은 자신과 상원 사이의 권한쟁의를 다투는 청구를 헌법재판소에 제기하였다(Corte cost., sent. n. 7/1996).

134) 이탈리아 헌법재판소, 전제책자, p.43.

다음으로, ② 국가와 주 간의 권한쟁의, ③ 주 상호 간의 권한쟁의에 관해 본다.

사실 이러한 쟁의는 입법행위보다도 행정행위에 대해서 생기기 쉽다. 이는 입법행위에 대한 다툼은 합헌성에 관한 통제 제도(주요문제형 합헌성 심판)로 해결하는 것이 가능하기 때문이다. 여하튼, 주가 그 행위에 의해 헌법이 국가 또는 다른 주에 부여된 권한 영역을 침해한 때, 국가 또는 각 관련 주는 권한 조정을 요구하는 소를 헌법재판소에 제기할 수 있다. 또한 국가의 행위로 헌법상의 권한 영역을 침해당한 주도 동일하게 소를 제기할 수 있다(1953년 법률 제87호 제39조 제1항). 제소 기간은 이의가 있는 행위의 통지 또는 공고 시 또는 그것을 안 때로부터 60일로 한다(동조 제2항). 이 소는 국가에 있어서는 수상 또는 그 위탁을 받은 장관이 제기하고, 주에 있어서는 주지사가 주 정부의 의결을 받아 제기한다(동조 제3항). 현재는 중대한 사유가 있을 때에는 그 이유를 붙인 결정으로 재판이 진행되는 동안 국가와 주 사이와 주와 주 사이의 권한쟁의를 생기게 한 행위의 집행을 정지할 수 있다(제40조). 이 때 현재는 분쟁이 있는 권한이 어디에 속하는지, 또는 그 권한이 타방의 관할을 침범하지 않고 어떻게 행사될 수 있는지 결정하고, 그리고 최종적으로는 위법적인 법령을 무효로 할 수도 있다(동법 제41조에 의한 제38조의 준용).

한편, 앞서 주요문제형 합헌성 심판에서와 마찬가지로, 권한쟁의에 있어서도 당사자를 구성하는 모든 사람이 동의하는 경우에는 소의 취하가 인정된다(2008년 보충규범 제24조 제6항, 제25조 제5항).

다. 탄핵심판(il giudizio sulle accuse contro il Presidente della Repubblica)

이탈리아 헌법재판소는 대통령에 대한 탄핵심판을 행한다(제134조 제3

호). 국가의 수장이나 정부의 요인이 직무 수행 중 범한 범죄에 대한 형사 절차는 전통적으로 그 특별한 정치적 함의를 고려하여 특수 기관 또는 적어도 특별한 법적 절차에 맡겨져 왔다. 이탈리아 제헌의회도 이런 전통에 따라 헌법재판소가 그러한 형사 소추를 심판하도록 정한 것이다.

앞서 보았듯, 대통령은 반역죄와 헌법침해를 제외하고는 직무수행 중 행위에 대해 책임지지 않는바, 이 경우에만 의회로부터 탄핵된다(제90조). 탄핵소추서는 양원 합동회의의 절대다수 의결에 의해 제출된다. 소추서에는 죄명과 탄핵에 근거를 부여한 증거가 제시되지 않으면 안 된다. 소추서는 2일 이내에 하원의장으로부터 현재소장에게 제출된다(1962년 법률 제20호¹³⁵⁾ 제17조). 소장은, 직접 또는 다른 재판관에게 위탁하여, 형사재판소에 속하는 권한으로서, 필요한 통고를 행하고, 법정을 준비한다(동법 제22조). 재판에는 적어도 21인의 재판관이 참여하고, 참심재판관이 다수를 점하고 있지 않으면 안 된다(동법 제26조 제2항). 현재는 소추장에 포함된 범죄만을 인정할 수 있다(동법 제27조 제1항). 평결시 투표가 동수일 때에는 피고인에게 유리한 의견으로 한다(동법 제28조 제2항). 판결은 최종적인 것으로 어떠한 상소의 수단도 허용하지 않는다(동법 제29조 제1항).

이탈리아 탄핵심판의 특이점 하나는 헌법재판소의 15명 헌법재판관 외에 일반 시민 16명을 추가하여 그 심판체를 구성한다는 것이다(제135조 제7항). 탄핵심판이 정치재판적 성격이 매우 강하다는 점을 고려하여 헌법재판관 외에 일반 시민을 추가하고, 또 그 수도 헌법재판관보다 더 많게 한 것이다. 이 일반 시민 재판관을 ‘참심재판관’¹³⁶⁾(*giudici aggregati, giudici popolari*)이라고 하는데, 이들은 의회 양원 합동회의가 9년마다 선정하는

135) 1962년 1월 25일 법률 제20호 “탄핵의 절차 및 재판에 관한 제 규범”: Legge 25 gennaio 1962, n. 20 - Norme sui procedimenti e giudizi di accusa.

136) 이탈리아 원어로 ‘추가적 재판관’(*giudici aggregati*)이므로 심판에 참여한다는 의미로서 ‘참심재판관’으로 번역한다. 일본에서도 ‘참심재판관’으로 번역한다.

40세 이상의 시민 45명 중에서 추천에 의해 선정된다. 참심재판관은 탄핵심판과 관련하여서는 통상의 헌법재판관과 동일한 신분보장과 보수를 받게 된다. 그 직무수행 중 표명한 의견이나 표결에 대해 책임을 지지 않으며, 일반법원의 최상위 재판관의 보수보다 적지 않도록 법률이 정하는 보수를 받는다(1953년 헌법률 제1호 제11조, 제5조, 제6조).

또 하나의 특이점은 탄핵심판이 형사재판과 유사하다는 점이다. 즉, 헌법재판소는 “공화국 대통령이 저지른 헌법침해도 및 반역죄에 대해 유죄 판결을 선고할 경우, 범죄행위 시점에 효력을 가지고 있던 법률이 정하는 형의 상한 범위 내에서 형사 제재를 결정하고, 범죄행위에 상응하는 헌법상·행정상·민사상의 제재를 결정한다.”(1953년 3월 11일 헌법적 법률 제1호 제15조).¹³⁷⁾

역사상 단 한번 헌재에 의한 탄핵심판이 있었다. 바로 1978-79년 록히드 뇌물수수 사건¹³⁸⁾이었는데, 두 명의 전직 장관이 기소되어, 한명은 무죄, 다른 한명은 유죄 판결을 선고받았다. 그런데 이 재판으로 인해 상당한 기간 동안 재판소의 다른 활동이 정지된 경험을 토대로 현재의 이 특별 형사 재판은 공화국 대통령에 대한 것으로만 축소하는 것이 바람직하다고 여겨졌고, 1989년 헌법개정으로 장관에 대한 부분은 삭제되어 제외되었다(1989

137) 이에 비해 우리 헌법은 “탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지는 아니한다.”(제65조 제4항)라고 규정하고 있어 탄핵결정의 효과는 파면에 그치고 형사재판은 별도로 이루어진다.

138) 록히드 뇌물 사건(Lockheed bribery scandals, Lockheed incident)은 미국의 록히드사에서 1950년대 후반부터 1970년대까지 항공기를 팔기 위해 여러 나라에 뇌물을 뿌렸다가 발각된 일련의 사건이다. 이 사건은 서독, 이탈리아, 네덜란드, 일본의 정치계에 큰 영향을 주었다. 이탈리아의 경우는 이탈리아 공군의 수송기 구매와 관련하여 기독교민주당측 정치인에 뇌물을 준 사건에서 시작하였다. 뇌물 제공의 가능성은 정치잡지 L'Espresso에서 처음 제기되었으며, 전직 내각 의원 루이지 구이, 마리오 타나시, 전직 총리 마리아노 루모르, 전직 대통령 조반니 레오네가 연루되었다고 하였다. 이 결과로 조반니 레오네 대통령은 1978년 6월 15일 사임하였다.

년 1월 16일 헌법적 법률 제1호¹³⁹⁾에 의해 헌법 제96조, 제134조, 제135조가 개정됨). 장관들에 대해서는 특별한 절차를 따르는 일반 형사 법원으로 그 관할이 이전되었다.

라. 국민투표허용성 심판(*il giudizio di ammissibilità sulle richieste di referendum*)

앞서 본 바와 같이, 이탈리아 헌법에는 의회 제정의 법률을 국민투표로 폐지할 수 있는 ‘폐지적 국민투표’가 있는데(제75조), 그 국민투표의 요구가 헌법적으로 허용되는지 여부에 관한 심판, 즉 ‘국민투표 요구 허용성에 관한 심판’ 권한이 헌법재판소에 귀속한다(1953년 헌법률 제1호 제2조 제1항). 심판의 방법은 국민투표 실시를 규율하는 법률로 정하는데(동법 제2조 제2항), 이에 따라 1970년 5월 25일 법률 제352호 “헌법이 정하는 국민투표 및 국민발안에 관한 제 규범”이 제정되었다.

위 법률에 따른 폐지적 국민투표의 세부적 절차는 다음과 같다: 10인 이상 시민으로 구성된 발기인 위원회의 설치 → 대법원(중앙사무국)에의 국민투표 신청 → 기록 작성 및 관보 공고 → 신청일로부터 3개월 내 서명 활동 → 중앙사무국에의 서명부 제출(9. 30.까지) → 신청의 합법성 심사(절차적 적법성: 대법원, 12. 15.까지/ 헌법적 적법성: 헌법재판소, 이듬해 1. 20.까지) → 국민투표 공고, 대통령의 국민투표 일정 공포(4. 15.~6. 15. 실시) → 선거권자 과반수 투표 및 과반수 획득시 승인.

요컨대, 국민투표 요구는 매년 9. 30.까지 제출되어야 하고, 이는 12. 15.까지 대법원 중앙사무국에 의해, 그리고 다음해 1. 20.까지 헌재에 의해 심

139) Legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1. - Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'art. 96 della Costituzione (G.U. n. 13 del 17 gennaio 1989).

사되고,¹⁴⁰⁾ 이후 4. 15.에서 6. 15. 사이에 국민투표가 행해진다.

헌재는 우선 대법원 중앙사무국(Ufficio centrale)이 국민투표 요구가 절차적 요건에 부합하는지 심판한 다음에 국민투표 허용성에 대한 심판을 한다. 헌재가 심판을 개시하도록 어느 쪽이든 그 청구를 제기할 필요도 없다. 국민투표는 헌재가 그것을 승인한 때에만 투표에 붙여진다.

헌재의 역할은 처음에는 국민투표의 대상이 되는 법률이 헌법 제75조가 금지하는 4가지 범주(세금에 관한 법률, 예산에 관한 법률, 국제 조약을 승인·비준하는 법률, 사면에 관한 법률)에 속하는 주제에 관한 것인지를 확인하는 것이라고 생각되었다. 그러나 헌재는 위 4가지 명시적인 금지 사유는 최저한의 것이고 헌법원칙과 국민투표의 본질로부터 추론되는 다른 금지 사유가 있다고 결정했다(Corte cost., sentenza n. 16/1978). 예를 들면, 하나의 투표 사안이 여러 가지 별개의 주제들을 포함하고 있어서 투표자들이 투표의 각 구성부분에 대해 자신의 판단을 각각 행사하지 못하도록 하는 국민투표 요구를 허용하지 않았다. 마찬가지로, 그 내용이 헌법과 구속적으로 연계되어 있는 법률을 폐지하려는 국민투표 또는 헌법 자체를 개정하지 않고는 수정될 수 없는 법률에 대한 국민투표에 대해서도 헌재는 차단했다. 기존의 조문을 단순히 제거하려는 시도보다는 법률 문구를 다시 써서 새로운 조항을 도입하려는 정도에 이르는 국민투표 역시 허용되지 않는다. 또한 국가 측에 국제적 책임이 발생하는 것을 피하기 위해 국제적 의무에 의해 요구되는 법률을 폐지하려는 국민투표도 안 된다.¹⁴¹⁾

이혼허용법 폐지 국민투표(1974년)¹⁴²⁾와 원자력발전 폐지 국민투표(1987

140) 위와 같은 일정은 국민투표 요구가 있는 경우 헌재가 특별히 신속한 진행을 위해 1월에 별도의 평의를 소집하는 이유가 된다. 이런 일은 꽤 종종 일어난다(지난 20년간 1991, 1993, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2004, 2005, 2008, 2011, 2012 등).

141) 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.44.

142) 이혼허용법 폐지 국민투표(1974)는 헌정사상 처음으로 실시된 것으로서, 이 투표

년, 2011년)¹⁴³⁾의 경우와 같이, 제안된 국민투표의 주제뿐만 아니라 정치권과 의회에 미치게 되는 잠재적인 영향력 때문에 현재의 결정은 자주 여론과 정치권의 논쟁의 중심이 되고 있다.

5. 헌법재판소의 재판 과정

가. 사건 처리 현황

근래 이탈리아 현재는 1년에 300-500건 정도의 사건을 접수하고, 매년 300-400건 정도를 처리하고 있다. 접수 사건의 경우 위헌법률심판(합헌성 통제 심판)이 전체의 90% 정도를 차지하는데, 전제문제형 합헌성 심판과 주요문제형 합헌성 심판이 각각 절반 가량 된다.¹⁴⁴⁾ 한편, 사건 처리 시간

가 부결됨으로써 이혼 허용 여부에 대한 이탈리아 사회의 오랜 논란이 마무리되었다. 이탈리아는 오랜 카톨릭 전통 때문에 이혼이 허용되지 않았으나, 성혁명의 시대변화 속에 1970년 마침내 이혼허용법이 의회를 통과하였다. 하지만 이혼 허용에 대한 논란은 사그라들지 않았고 바티칸 교황청과 보수 정당은 이혼허용법의 폐지를 위한 국민투표를 요구하였다. 그리하여 1974년 첫 투표가 실시되었는데, 결과는 투표율 88%에, 폐지찬성(SI) 41%에 의한 부결이었다. 이로써 카톨릭의 모국인 이탈리아에서조차 이혼은 더 이상 논란의 여지가 없는 것이 되었다.

143) 원자력발전 폐지 국민투표(1987, 2011)의 경과는 다음과 같다. 1986년 구 소련의 체르노빌 원자력발전소에서 발생한 방사능 누출사고의 여파로 원자력발전 폐지를 위한 국민투표가 1987년 실시되었다. 투표율 65%에, 폐지찬성(SI) 80%라는 압도적인 지지로 그 폐기가 이루어졌는데, 문제는 이것으로 끝난 게 아니었다. 이후 이탈리아는 유럽 최고 수준의 전기료를 부담하게 되고 산업 경쟁력 약화, 물가 상승 등의 후유증을 겪는다. 이에 2008년부터 베를루스코니 정부는 원자력발전 재개 법안을 마련하였으나, 2011년 일본 후쿠시마 원전 사고가 발생하여 상황은 다시 일변하게 된다. 중도좌파 성향의 정당이 베를루스코니 정부의 계획을 저지하는 국민투표를 주도하여, 54%의 투표율과 94%의 폐지찬성(SI) 투표에 의해 원전 재개 계획을 무산시켰다.

144) 원래는 전제문제형 심판이 80%에 이를 정도로 다수를 차지하였으나, 2001년 개헌에 의한 지방분권 개혁 이후 주요문제형 심판이 크게 늘어 근래에는 양자가 반반 정도를 차지하고 있는 것이다. 자세한 것은, 김종호, 전계 논문, p.792-793 참조.

은 약 1년 정도 걸리고 있다.¹⁴⁵⁾

개소 이래의 사건 수 추이를 살펴보자면, 초창기부터 점진적으로 증가하여 1980년대 중반부터 2000년대 초반까지 고원을 만들다가 이후 감소하는 모양, 즉 종모양을 그리고 있다고 할 수 있다. 구체적으로는 현재가 출범한 첫해인 1956년에 414건으로 시작하여 둘째 해 132건, 셋째 해 80건으로 감소했다가, 이후에는 지속적으로 증가하여 1970년 420건, 1980년 989건(1984년 1490건), 1990년 884건(1996년 1496건), 2000년 983건을 기록하였다가 2010년에는 566건으로 감소하였다.¹⁴⁶⁾

2011년의 예를 들면, 현재는 491건을 접수하고, 342건에 대해 선고했다. 구체적인 접수 내역은 286건의 전제문제형 심판¹⁴⁷⁾, 170건의 주요문제형 심판¹⁴⁸⁾, 권한쟁의 35건¹⁴⁹⁾이었다. 그리고 현재는 342건의 사건에 대해 선고했는데, 166건은 판결이고 176건은 결정이었다.¹⁵⁰⁾

판결과 결정의 비율은 대략 반반 정도가 되는데, 1980년은 판결 116건·결정 82건, 1990년은 판결 241건·결정 354건, 2000년은 판결 194건·결정 398건, 2010년은 판결 210건·결정 166건이었다.¹⁵¹⁾

145) 2012년판 이탈리아 헌법재판소 소개 책자는, 이전에는 사건이 제기되어 판결이 선고되기까지 12개월이 걸렸으나 지난 3년 동안에는 그 간격이 10개월 정도로 줄었다고 한다.

146) V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전계서, p.289의 통계표 참조.

147) 대법원 19건, 항소법원과 민형사 1심법원 125건, 국가평의회 5건, 지방행정법원 96건, 회계감사원 2건, 평화판사 22건 등.

148) 국가 법률에 대한 것 67건, 주 법률에 대한 것 103건.

149) 주가 국가에 대해 제기한 12건, 국가가 주에 대해 제기한 1건, 국가기관 상호간 제기된 22건.

150) 이에 196건의 전제문제형 위헌법률심판 사건, 91건의 주요문제형 위헌법률심판 사건, 국가와 주 간의 권한 쟁의 15건, 국가기관 상호간의 권한쟁의 11건에 대한 결정, 18건의 권한쟁의 결정, 7건의 국민투표 허용에 대한 판결, 4건의 판결경정 등이 있었다.

151) V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전계서, p.290의 통계

나. 재판 과정

이탈리아 헌법재판소의 재판 과정은 ‘접수→심리→평결→공고’의 과정을 거치게 된다. 우리와 다른 점은, 우리처럼 대외적 선고일을 따로 잡고 그 선고일부터 위헌결정의 효력이 발생(헌법재판소법 제47조 제2항)하는 것이 아니라, 평의에서의 평결을 통해 재판이 이루어진 다음(이때가 재판서에 기재되는 재판일자) 재판서를 사무처에 기탁하고 위헌판결을 관보에 공고함으로써 그 다음날부터 효력이 발생한다는 점이다.

사건의 접수는 앞서 본 바와 같이, 기재사항을 적은 서면으로써 한다. 전제문제형 합헌성 심판의 경우 당해법원판사의 이송결정이 현재에 도달하여 사건이 접수되면, 소장은 즉시 이를 관보에 공고하고 필요한 경우에는 관계 주의 공보에도 공고한다(이 공고가 심판의 시작을 표시하는 것이다).

당사자는 당해법원 판사의 이송결정을 송달 받은 후 20일 이내에 사무처에 기탁된 서류를 조사하고 준비서면을 제출할 수 있으며, 수상 및 주지사 또한 같은 기간 내에 재판에 참여하고 준비서면을 제출할 수 있다(1953년 법률 제87호 제25조). 그러나 실무상 구두변론이 있기 전까지 준비서면이 제출되고 있다. 이처럼 헌법재판소의 절차에는 당사자뿐만 아니라 국가 및 주의 기관이 재판에 참여할 권리를 가진다(1953년 법률 제87호 제20조 제2항). 정부는 수상 또는 지정된 장관이 직접 참여하는 경우에도 국사대리인¹⁵²⁾에 의해 대리되는데(동조 제3항), 국사대리인은 전형적으로는 사건이 각하되어야 한다거나 최종적으로 기각되어야 한다고 주장하게 된다. 즉, 그는 일반적으로 법률을 보호하는 입장에 서게 되지만, 드물게는 법률이 위헌이라고 주장하거나 어떤 포지션을 취하는 것을 피하기 위해 재판에 참가하지 않기도 한다.¹⁵³⁾ 한편, 헌법재판소의 절차에 있어 당사자의 대리·

표 참조.

152) 이는 ‘Avvocato generale dello Stato’(Advocate General of the State)를 번역한 것인데, ‘국사변호사’, ‘국사변호인’이라고도 한다.

변호는 대법원의 변호사 자격을 가진 변호사만 할 수 있다(동조 제1항). 헌법재판소의 재판에서는 소송비용이 면제된다(1953년 법률 제87호 제21조, 2008년 보충규범 제30조).

위 기간이 경과하면 소장은 예심¹⁵⁴⁾ 및 보고를 위한 재판관(보고재판관, giudice relatore)¹⁵⁵⁾을 지정하여 사건에 대한 검토와 보고를 명하게 된다(1953년 법률 제87호 제26조 제1항).¹⁵⁶⁾ 보고재판관은 헌법연구관의 도움을 받아 보고서를 작성하고 이를 재판관들에게 배부한다. 이 보고서에는 문제되는 법령, 관련 선례, 일반 법원의 의견, 다른 나라의 입법례와 판례, 유용한 학술 논문 등이 포함된다.

사건은 2가지 방식으로 처리된다. 하나는 구두변론을 열어 재판하는 경우이고, 다른 하나는 그것 없이 내부적인 비공개 평의(camera di consiglio, 이하 ‘평의’라 한다)¹⁵⁷⁾만으로 재판하는 경우이다. 구두변론이 열리는 사건과 아닌 사건은 반반 정도 된다.

153) 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.48.

154) 예심은 구두변론이나 평의에 앞서 증거조사를 하는 것으로, 예심담당 재판관이 사무처장의 보조를 받아 행한다(1953년 법률 제87호 제13조, 2008년 보충규범 제12조, 제13조). 그러나 헌법재판소가 사실 인정을 하는 것은 일반적인 경우가 아니므로, 특히 합헌성 심판에서는 증거조사는 극히 드문 일이다. 김종호, 전계논문, p.811.

155) 보고재판관은 사건을 맡아 보고서를 작성하고 나중에는 재판서도 작성하게 되는 바, 우리 식으로는 ‘주심’이라고 할 수 있다.

156) 소장은 광범한 재량으로 보고재판관을 선택하는데, 사건의 난이도를 고려하고 업무량이 재판관들 사이에 공평하게 분담되어야 한다는 것 외에는 다른 정해진 규칙이 없다. 실무상, 소장은 이미 유사 사건을 처리한 재판관에게 비슷한 사건을 맡기고, (형법, 형사소송, 민법, 노동법, 세법, 또는 행정법의 영역에서) 이전의 경험이나 특화된 훈련을 거친 재판관에게 관련 사건을 할당한다. 물론 이는 대강의 기준일 뿐이고 복잡하고 섬세한 사건들에 대해서는 소장의 보다 특별한 기준에 의해 보고재판관이 선정된다. 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.49.

157) ‘camera di consiglio’는 구두변론과 대비할 때 비공개된다는 점에서 ‘비공개 평의’라고도 할 수 있으나 우리 식으로는 단순히 ‘평의’라고 불러도 무방할 것이다. 이는 closed session이나 behind closed door라고 영역된다.

우선 구두변론(*udienza pubblica*)에 관해 보자면, 이는 국민들에게 공개되는 것으로(1953년 법률 제87호 제15조) 원칙적인 사건 처리 방식이다.¹⁵⁸⁾ 구두변론이 열리면 보고재판관이 사건의 문제점을 간략하게 설명하고, 이후 소장에 의해 정해진 순서대로 당사자의 대리인이 자기의 주장 이유를 간략하게 발언한다(보통 국사대리인이 마지막으로 발언한다). 소장은 심리를 정리하고, 논점을 제시할 수 있다(2008년 보충규범 제16조). 헌법재판관은 정당한 이유로 참가할 수 없는 경우를 제외하고 구두변론에 참가할 의무를 진다(1953년 법률 제87호 제16조 제1항). 구두변론이 끝나면 재판부는 평의에서 회합하여 사건을 평결한다.

다음으로 구두변론 없이 사건 기록에 기초하여 평의에서 곧바로 다루는 경우가 있다. 이 단순화된 절차는 당사자가 없는 경우 또는 당사자가 있더라도 사건이 명백히 이유 없거나 허용되지 않는 경우에 이용된다(1987년 법률 제87호 제26조 제2항, 2008년 보충규칙 제9조 제1항, 제2항).

평의에서의 투표에 의해 재판(*decisioni*), 즉 판결(*sentenze*) 및 결정(*ordinanze*)이 평결된다. 평의는 보통 구두변론(격주 화요일 09:30 개최)이 없는 격주로, 09:30~13:00, 그리고 16:00~19:00 동안 열린다. 즉, 1년에 약 18주, 월요일 오후부터 금요일, 그리고 매일 6~7시간 평의가 있게 되는 것이다. 토론은 보고재판관의 제안이 아무 이의 없이 곧바로 채택되는 경우에는 단 몇 분밖에 걸리지 않기도 하며, 사건의 복잡성과 논쟁성에 따라 온 종일이 걸리기도 한다. 재판관들은 사건기록(*atti*)과 연구자료(*materiale della ricerca*)를 가지고 토론하는데, 이때 토론이 보고재판관에 의해 미리 준비된 의견 초안에 기초하지 않는다는 것이 중요하다. 토론은

158) 구두변론은 우리 헌법재판소의 공개변론을 연상할 수 있을 것이나, 우리의 공개 변론이 중요한 사건에 한해 예외적으로 열리는 것이라면 이탈리아의 경우는 구두 변론 없이 재판할 수 있는 사건이 아니라면 변론이 열린다는 점에서 차이가 있으며, 변론 진행 절차도 다소간 다르다.

보고재판관의 모두 발언과 함께 시작하는데, 적법요건상의 문제점에서부터 본안 문제까지 이른다. 보고서(relazione/report)는 보고재판관의 선택에 따라 하나의 제안으로 끝나기도 하고 여러 가능한 해결 방법들의 제시로 끝나기도 한다.¹⁵⁹⁾

재판은 사건의 심리 종결까지 모든 구두변론에 출석한 재판관에 의해 평의에서 평결되는데(1953년 법률 제87호 제16조 제3항), 평의에는 전체 15명의 재판관 중 적어도 11명 이상이 참석하여야 한다(동조 제2항).¹⁶⁰⁾ 참석한 투표자 과반수의 투표로 결정하되, 가부 동수인 경우에는 소장이 결정한다(동조 제3항). 보고담당 재판관이 먼저 투표하고, 다음으로 다른 재판관이 신임자부터 투표하고, 소장은 마지막으로 투표한다(2008년 보충규범 제17조 제2항).

재판일자는 평결이 (승인)된 날짜로 한다(2008년 보충규범 제17조 제5항). 평결 후 판결 및 결정의 기안은 집필재판관(giudice redattore)이 맡는 바, 보고재판관이 이를 할 수 없거나 다른 이유로 소장이 다른 재판관에게 맡기는 경우를 제외하고는 보고재판관이 집필재판관이 된다(동조 제4항). 판결 및 결정은 합의체가 평의에 의해 그 재판서를 승인하고, 소장 및 집필재판관이 서명한다(동조 제6항).

한편, 사건이 ‘명백히 부적법’하거나 ‘명백히 이유없는’ 경우에는, 결정문 집필자는 ‘결정’(ordinanza)이라는 형식의 짧은 재판서를 작성하여 재판관들에게 회람한다. 만약 표현이나 다른 사항에 관해 반대가 없으면 회람 수일 내에 재판서는 소장과 집필재판관에 의해 서명되고, 사무처장에 기탁되는데, 이로써 최종적이고 공개적으로 된다.

159) 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.51-52.

160) 참고로, 1966년 일반규칙 제6조 제3항은 재판 이외의 회의는 9인 이상 참석 및 출석 과반수로 의결(deli-berazioni)하며, 규칙에 관한 의결은 과반수를 8인으로 한다고 규정한다.

사건이 본안까지 이르렀을 때는 ‘판결’(sentenza)이라는 상세한 결정문이 있게 되는데, 집필재판관은 초안을 다른 모든 재판관들에게 회람한다. 그 후 재판관들은 다같이 모여 재판서를 검토한다. 집필자는 큰 소리로 재판소의 법적 해석을 담고 있는 법리 부분을 낭독한다(lettura, 독회). 사실관계나 당사자의 주장 같은 부분은 낭독하지 않는다. 낭독이 끝나면 재판관들은 자신의 코멘트나 반대를 말한다. 다수가 초안에 동의하지 않는 경우 집필자는 다른 초안을 제출해 달라거나 어떤 부분을 바꾸거나 더해 달라는 요청을 받는다. 어떤 경우에는 새 재판서 초안이 회람될 때까지 독회가 연기되기도 한다.¹⁶¹⁾

전원이 합의한 단일 재판만이 표명되고, 반대의견 혹은 소수의견, 그리고 찬반 인원수는 공개되지 않는다. 이에 대해서는 소수의견을 공개해야 한다는 주장이 학계는 물론 재판소 내부에서도 제기되고 있으나, 반대하는 의견도 있어 실현되지는 않고 있다.¹⁶²⁾¹⁶³⁾

판결은 재판으로부터 20일 이내에 사무처에 기탁해야 한다(1953년 법률

161) 이탈리아 헌법재판소, 전계책자 책자, p.54-55.

162) 반대의견 표시의 장점은 그것이 현재의 책임성, 투명성, 그리고 논증의 정밀성을 높인다는 것이다. 그러나 반대 측은 합의성의 원칙에 의한 단일결정이야말로 헌재를 정치의 압력과 간섭으로부터 보장하는 방법이라고 한다. 즉, 재판관이 재판소 외부에 자신의 입장을 정당화할 필요 없이 자신의 생각을 오히려 자유롭게 펼칠 수 있다는 것이다. 그리고 타협에 의한 결정은 때로는 모호한 논증으로 이어지기도 하지만 그런 결정이야말로 다양한 원칙들과 가치들의 균형을 대표하는 헌법재판소의 본질에 부합한다는 것이다. 보다 자세한 것은 V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전계서, p.47 참조.

163) 한편, 이탈리아 헌법재판소의 소개 책자는 이 문제를 다음과 같이 소개하고 있다. 소수의견 공표를 찬성하는 주장은, 다수의견은 소수의견에 직접적으로 응답할 필요가 있으므로 소수의견이 다수의견을 더 명확하게 만들 것이다. 그러나 한편으로는, 반대의견이 헌법재판의 과도한 ‘개인화’(personalizzazione)를 만들어 개인 재판관을 외부의 압력에 노출시키고, 재판소 결정의 권위를 약화시키며, 재판관들이 광범위한 콘센서스를 찾아가려 하는 동기를 약화시킨다는 우려도 있다. 이탈리아 헌법재판소, 전계책자, p.57 참조.

제87호 제26조 제3항). 기탁된 재판서는 누구든지 이를 열람하고 그 사본을 얻을 수 있다(동법 제19조). 한편, 판결과 결정은 위 기탁으로부터 2일 이내에 당해사건 법원에 송부한다(동법 제29조). 위헌 판결은 위 기탁으로부터 2일 이내에 법무부장관이나 주지사에게 송부하고, 즉시 늦어도 10일 이내에 관보에 공고한다(동법 제30조 제1항). 위헌으로 선언된 규범은 공고 다음날부터 적용할 수 없다(동법 제30조 제3항).

모든 재판은 공화국 관보(Gazzetta Ufficiale della Repubblica)에 전문을 공고하며 재판의 대상이 주법률을 대상으로 한 경우에는 그 주의 관보에도 공고한다(2008년 보충규범 제31조). 그리고 판결과 결정은 연차별로 번호를 붙여 정기적으로 ‘헌법재판소 공식 판례집’(Raccolta ufficiale delle sentenze e delle ordinanze della Corte costituzionale)에 게재된다(2008년 보충규범 제33조).

6. 재판의 유형과 효력

가. 재판의 유형

(1) 재판 유형의 개관

이탈리아 헌재가 하는 행위에는 크게 소송에 관한 판단, 즉 재판(decisione)¹⁶⁴과 행정사항이나 내부규칙 제정 등에 관한 의결(deliberazione)¹⁶⁵이 있다. 다시 재판은 판결(sentenza/sentence, judgement)과 결정

164) ‘decisione’는 직역하자면 ‘결정’이라고 할 수 있지만, ‘ordinanza’를 ‘결정’이라 칭하는 것이 가장 좋으므로, 그 구분을 위해 decisione는 ‘재판’이라고 번역하기로 한다.

165) 예컨대, 현재의 규칙(regolamento)은 의결(deliberazione)로 제정한다(1966년 일반규칙 제5조의1제2항, 제3항).

(ordinanza/order)으로 나뉘고 평의라는 합의체에서 선고한다. 한편, 재판절차 진행 사항에 관하여는 소장에 의한 명령(decreto/decreet)¹⁶⁶⁾이 내려질 수도 있다(1953년 법률 제87호 제18조).¹⁶⁷⁾

판결은 최종적이고 불복불가능한 재판으로 이로써 절차를 종결짓는 반면, 결정은 절차적 문제에 관해 내려지는 것이다(그러나 때로는 절차적인 문제에 대해서도 판결이 가능하다). 달리 말해, 판결은 본안(merito)에 들어간 경우에, 결정은 본안 판단 이전의 적법성 문제가 있을 때 내려지는 것이 원칙이다.

판결은 이탈리아 국민의 이름으로 선고되며, 사실 및 법리에 대한 이유를 설명하는 부분(parte motiva) 외에 주문(dispositivo), 재판 기일, 재판관 및 사무처장의 서명을 포함해야 하므로(1953년 법률 제87호 제18조 제3항) 상세한 반면,¹⁶⁸⁾ 결정(ordinanza)에는 간결한 이유를 붙인다(동조 제4항). 다만, ‘명백히 관련성없음 또는 명백히 이유없음’을 이유로 한 결정을 내릴 때는 적절하게 이유를 붙여야 한다(동법 제24조 제1항).

판결에는 인용판결과 기각판결이 있다. 사실 이 두 형식만이 이탈리아 헌법재판 관련 법령에서 인정되는 것이지만(1953년 법률 제87호 제27조 참조, 이를 순수형 내지 단순형이라고도 한다), 실제로는 상당히 다양한 형식

166) 예컨대, 소장은 명령(decreto)으로 구두변론기일을 정하고 재판소를 소집한다(2008년 보충규범 제8조). 재판에서 어떠한 당사자도 구성되지 않는 때에는 소장은 명령으로 헌법재판소의 평의를 소집할 수 있다(2008년 보충규범 제9조 제1항).

167) 이에 비할 때 우리 헌법재판소는 ‘판결’과 ‘결정’의 구분 없이 모두 ‘결정’이라는 용어를 사용하여, 예컨대, 합헌결정, 위헌결정, 인용결정, 기각결정, 그리고 각하하는 경우에도 각하결정을 내린다. 다만, 재판장은 명령(ex. 보정명령)을 내리기도 한다. 이에 대해, 우리 법원은 ‘판결’(ex. 인용판결/유죄판결)과 ‘결정’(ex. 가압류결정/보석허가결정), 그리고 ‘명령’(ex. 담보제공명령/증거제출명령)을 구분하고 있다.

168) 이처럼 판결은 크게 3부분, 첫째, 사실관계를 요약해 놓은 사실 부분(parte in fatto), 둘째, 법리적 판단과 이유를 실시한 법리 부분(parte in diritto), 셋째 최종 결론인 주문(dispositivo)으로 구성된다.

의 재판(우리 식으로 말하자면 변형결정)이 이루어지고 있다. 변형결정은 헌재가 수많은 사건 처리를 하는 과정에서 필요에 의해 등장하여 발전하게 된 것이다.

한편, 이런 여러 유형의 재판에 대한 분류법 역시 다양한데, 아래에서는 가장 대표적이고 중요한 재판 형식에 대해 살펴본다.

(2) 각하재판(decisione di inammissibilità)

본안심사를 할 절차적 조건이 충족되지 않을 때 헌재는 사건을 부적법하다고 각하하는 결정을 내린다. 관련된 규정들을 보자면, ‘명백히 관련성이 없는 경우 또는 명백히 이유없는 경우’(1953년 법률 제87호 제24조), ‘당사자가 구성되지 않는 경우’(동법 제26조 제2항), 그리고 ‘소가 명백히 이유없는 경우, 명백히 부적법한 경우, 소가 취하된 경우, 또는 이송결정판사에게 사건기록이 반환될 경우’(2008년 보충규범 제9조 제2항)등에 각하결정이 내려질 수 있다.

즉, 전제문제형 합헌성 심판에 관해 보자면, 제청을 한 기관이 판사로 정의될 수 없는 기관인 때,¹⁶⁹⁾ 구체적 사건 계속 중에 제청된 경우가 아닌 때, 나아가 제청된 법률이 당해사건과 관련성이 없는 때, 헌재에 의해 위헌 심사될 수 없는 대상(예컨대, 의회규칙)에 대해 제청이 이루어진 때, 법률이 자기집행적 EU법에 저촉되는 때(당해사건 판사는 단지 국내법을 적용하지 말아야 한다) 각하결정된다(ordinanza di inammissibilità, 때로는 판결).

또한 헌재는 사건이 명백히 이유없는 경우에도 각하결정(때로는 판결)을 내리는데, 이를 명백히 이유없음 결정(ordinanza di manifesta infondatezza)이라 한다. 위 두 경우에 헌재는 사건을 당해법원판사에 돌려보내게 된다.

169) 이 판사의 범위는, 1단계(1956년-1971년)에는 위헌제청을 활성화시키기 위해 확대국면이었고, 2단계(1971년 이후)에는 더 이상의 활성화가 필요 없어 축소국면이 되었다고 본다. V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), 전제서, p.55~56.

또 다른 각하 사유로는 다투고자 하는 법조항 또는 헌법적 기준이 정확히 지시되지 않은 사정 때문에 심판의 대상(*thema decidendum*)을 확정하기 어려운 경우를 들 수 있다. 끝으로, 다소 미묘한 각하 사유는 현재가 사건을 ‘의회의 재량에 대한 심사’에 해당하는 문제라고 생각하는 경우이다.¹⁷⁰⁾

(3) 기각판결 및 인용판결(*sentenza di rigetto, sentenze di accoglimento*)

법률이나 법률의 효력을 가지는 법령이 헌법을 위반하지 않는다고 판단할 때는 청구를 기각하는 기각판결(*sentenza di rigetto*)을, 그것이 헌법을 위반한다고 판단하는 때에는 청구를 인용하면서 위헌을 선언하는 인용판결(*sentenza di accoglimento*)을 내린다.

기각판결은 사건의 당사자만을 기속하는 당사자효(*efficacia inter partes*)를 가지고, 인용판결은 대세효(*efficacia erga omnes*)를 가진다.

판결은 엄격히 제청된 사건에 관한 것이어야 하는바, 즉 심판의 대상이 된 것과 현재의 대답은 완벽한 대응을 이루어야 한다. 이것을 청구와 선고의 호응 원칙(*il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato*)이라고 한다. 다만, 예외가 있는데, 현재는 제청된 법률조항에 대한 위헌선언에 의해 결과적으로 무효가 되는 다른 규정도 위헌선언할 수 있다(1953년 법률 제87호 제27조).

(4) 해석적 판결(*sentenza interpretativa*)

해석적 판결은 심판대상 규정에 대한 다양한 해석의 가능성을 인정하여 어느 특정한 해석에 의한다면 합헌 혹은 위헌이라고 판단하는 방법이다.

170) 1953년 법률 제87호 제28조: 법률 또는 법률의 효력을 가지는 법령에 대한 헌법재판소의 합헌성 통제는, 모든 정치적 성격에 대한 평가 및 모든 국회 재량권 행사에 대한 심사는 제외한다.

우리의 한정합헌 및 한정위헌 결정과 유사한 것이다. 이에 해석적 인용 판결(*sentenza interpretativa di accoglimento*)과 해석적 기각판결(*sentenza interpretativa di rigetto*)이 있다.

이 판결 기법은 규정(*disposizione/provision, text*)과 규범(*norma/norm*)의 차이에 기초한 것으로, 규정이란 법령에 씌어진 텍스트이고 규범은 헌재가 그 해석 권한을 행사함으로써 규정에 부여된 의미를 가리킨다. 간단히 보자면, 해석적 인용판결은, 헌법에 부합하는 해석도 가능하지만(*Norma A*) 실무상 헌법에 위반하는 방식으로 규정을 해석하는 것(*Norma B*)을 인정하여 인용판결을 하는 것이다. 반대로 해석적 기각판결은, 당해사건 판사에 의해 규정에 부여된 해석(*Norma A*)은 위헌적이지만 헌법에 부합하는 다른 해석(*Norma B*)이 가능하므로 이를 채택하여 기각판결 하는 것이다. 우리 식으로 말하자면, 해석적 인용판결은 한정위헌 결정이고 해석적 기각판결은 한정합헌 결정이 되겠다.

여기서 문제되는 것은, 앞서 본 바와 같이 인용판결은 대세효를 가지지만 기각판결은 당사자효밖에 없다는 원칙에 비추어 볼 때 해석적 기각판결이 법원의 판사들에게 구속력을 가지는가 하는 점이다. 실제로 이탈리아 대법원은 해석적 기각판결이 자신의 법률해석권에 대한 현재의 간섭이라고 반발하였고(현재=헌법해석, 법원=법률해석), 법원의 판사들은 마치못해 현재의 판결에 따르기도 하였는바, 양 기관 사이에 다툼이 발생해 온 것이다.¹⁷¹⁾

그 결과 다음과 같은 일이 종종 일어난다. 헌재가 먼저 해석적 기각판결을 하고, 그럼으로써 심판대상조항이 위헌이 아니라고 선언한다. 이때 헌재에 의해 지시된 규범을 일반법원이 따르지 않을 경우에는, 헌재는 이를 사실로 인정하고, 그 결과로 다시 당해 조문이 다투어지는 경우 이제 헌재는

171) 해석적 기각판결을 둘러싼 수십 년에 걸친 이탈리아 헌재와 대법원 사이의 오랜 갈등과 근래의 화해에 관해 보다 자세한 것은 김민동의 전제 논문 참조.

해석적 인용판결을 내리고 법률을 무효로 한다. 그러면 판사들도 위헌판결의 일종인 해석적 인용판결에 따르게 되는 것이다.

(5) 조작적 판결(sentenza manipolativa)

이는 현재가 심판대상조항을 단순히 위헌 선언하는 것이 아니라 그것을 특정 방식으로 직접 수정(대체)하거나 부족한 부분을 추가하여 완전한 것으로 만들기 때문에 ‘조작적’(manipulative)이라고 불리는 것이다. 즉, 현재가 일종의 입법자가 되어 법규정을 직접 고친다. 우리 입장에서는 상당히 생소하고 심지어 현재의 위헌적인 권한 남용이라고까지 여겨지는 것이라 할 수 있다.

조작적 판결은 매우 드물게 내려지지만, 많은 헌법학자들은 이 판결을 강하게 비판하고 있다.¹⁷²⁾ 법률의 해석과 관련하여 현재와 일반법원의 관계에서 많은 문제를 일으키고 의회의 입법권에 대한 간섭도 된다고 보기 때문이다.

이는 여러 헌법학자에 의해 다양한 방식으로 유형화되어 왔으나 여기서는 다음 3가지 유형을 살펴보기로 한다. 조작적 판결에는 인용판결만이 있다.

① 일부 인용판결(sentenza di accoglimento parziale)

이 유형에서 현재는 전체가 아니라 조항의 일부에 대해 위헌 선언을 하는데, 판결은 주문에서 ‘...라고 정하고 있는 부분에 있어서(nella parte in cui prevede ...) 위헌이다’와 같이 실시한다.

현재는 종종 법률이 규정된 방식 때문에 이러한 판결 형식을 취하는 것이 강제된다. 법률(조항)이 복잡한 방식으로 규정되어 있는 경우 현재는 법률의 다른 부분은 그냥 두고 특정한 부분만이 위헌이라고 선언하게 되는

172) Bin, Roberto & Pitruzzella, Giovanni, 전제서, p.498-499; Justin Orlando Frosini, 전제논문, p.203~204 참조.

것이다. 그 바탕에 있는 원칙은 법률을 불필요하게 전부 무효로 하는 것을 피하려는 것이다(*utile per inutile non vitatur*).

② 부가적 판결(*sentenza additiva*)

현재는 부가적 판결을 통해 어떤 법률이 헌법적으로 필요한 특정 규범이 흠결된 범위에서 헌법에 위반된다고 선언하고, 그 흠결된 규범을 법률에 ‘추가’한다. 어떤 규정이 ‘... 이라 정하지 않은 부분에 있어서(*nella parte in cui non prevede ...*) 위헌이다’라는 주문을 낸다.

예를 들자면, 증인 선서에서 판사가 증인에 대해 ‘선서의 도덕적 중요성 및 종교적 중요성’을 혼계해 ‘선서에 의해 하느님 앞에 지는 책임’의 자각하에 선서시키는 것을 정한 민사소송법 제251조 제2항의 규정이 소극적인 종교의 자유(헌법 제19조)에 반하는지 여부가 다투어진 사례가 있다. 현재는 증인이 종교 신자인 경우에 한정되고 있는 것을 문제 삼아 이 규정은 ‘신자인 경우에는’이라고 하는 삽입구를 포함하지 않은 부분에 있어서 위헌이라는 판결을 내렸다(*Corte cost., sentenza n. 117/1979*).

그러나 이런 유형의 판결이 많은 비판에 직면하자 현재는 근년에 새로운 유형의 부가적 판결을 발전시켰다. 여기서 현재는 심판대상규정에 대해 흠결을 이유로 위헌선언하지만, 종래의 부가적 판결에서와 같이 누락된 규범을 추가하는 대신 단순히 의회가 법률을 제대로 만들기 위해 따라야 할 원칙들을 제시할 뿐이다(원칙 부가적 판결, *sentenza additiva di principio*).

③ 대체적 판결(*sentenza sostitutiva*)

현재의 ‘창조성’(*creatività*)은 대체적 판결을 할 때에 매우 두드러지게 나타난다. 이는 단순히 법률을 무효로 하는 대신 실제로 ‘대체’(*substituzione*)를 실행하는 것으로, 현재가 단순히 일부 인용판결을 내릴 경우 발생하게 될 법적 공백을 메우려는 목적을 가진 것이다.

법률 조항이 마땅히 규정되어야 할 규범을 정하지 않고 그것과는 다른 규범을 정하고 있다는 점에서 그 조항을 위헌으로 선언하는 것이다. 이 경우 헌법재판소는 해당 규정이 'Y가 아니라 X라고 정하는 부분에 있어서 (nella parte in cui prevede X anziché Y) 위헌이다'고 선언한다. 이 형식의 판결은 그 구조로는 규범을 정하고 있는 부분에 대한 일부 인용판결과 정해야 할 규범을 정하지 않은 부분에 대한 부가적 판결의 복합적인 판결로 볼 수 있다.

대체적 판결의 대표적 사례는 헌법기관(이 사건에 있어서는 헌재였음) 모독 행위에 대한 소추권을 법무부장관에게 부여한 형법 제313조 제3항에 관한 것이었다. 현재는 독립된 헌법기관으로서의 지위를 근거로 헌재에 대한 모독행위에 대해 법무부장관에게 그 소추권을 부여한 것이 위헌이라고 하면서, 헌재 자신에게 그 권한을 부여하는 규정으로 대체하였다(Corte cost., sent. n. 15/1969).

(6) 권고적 판결(sentenza monitoria o esortativa)

끝으로, 헌재가 내리는 또 다른 특이한 결정, 이른바 '권고적 결정'을 본다. 이는 추상적으로 위헌이라고 간주될 수 있는 규범을 접했을 때 헌재가 잠정적으로 청구를 배척(따라서 이는 기술적으로는 기각판결이다)하되, 의회에 대해 법률을 개정하라는 '경고'를 주는 것이다. 그런 판결은 의회에 대한 단순한 요청일 수도 있고, 때로는 헌재가 의회에 대해 어떻게 규정이 정비되고 개정되어야 하는지 지시하는 것일 수도 있다.¹⁷³⁾

만약 입법자가 권고에 따르지 않은 채 있으면, 헌재는 추가적으로, 즉 어떤 지점에서는 최종적으로 위헌이라고 결정함으로써 조항을 무효로 하는 판결을 내릴 수도 있다.

173) Bin, Roberto & Pitruzzella, Giovanni, 전게서, p.501~502.

나. 판결의 효력¹⁷⁴⁾

앞서 보았듯이, 판결에는 인용판결과 기각판결이 있는데, 그 효력 문제를 다룸에 있어 양 판결이 반드시 표리의 관계는 아니라는 점을 유의해야 한다. 즉, 기각판결은 당해법원이 제청한 합헌성 문제제기에 이유가 없다고 할 뿐 당해 규정이 합헌이다 혹은 위헌이 아니다라고 선언하지 않는다. 반면, 인용판결은 합헌성 문제제기에 이유가 있다고 하면서 당해 규정에 대해 위헌을 선언한다. 이로부터 양 판결의 효력 차이가 발생하게 된다.

기각판결이 있는 경우 당해법원판사는 당해 규정을 적용해 사건을 해결하지 않으면 안 되고 동일한 심급에서 재차 동일한 합헌성 문제를 제기할 수 없을 뿐이다. 즉, 기각판결은 당사자효(*efficacia inter partes*)밖에 갖고 있지 않다.

이에 대해 인용판결의 효력은 헌법 제136조 제1항이 다음과 같이 정하고 있다. “헌법재판소가 법률 또는 법률과 같은 효력을 가지는 법령의 위헌성을 선언한 때에는 그 규정은 판결의 공고 다음날부터 효력을 잃는다.” 따라서 위헌으로 선언된 규정은 효력을 잃어 법질서로부터 종국적으로 제거되기 때문에 위헌판단은 대세효(*efficacia erga omnes*)를 가지는 것이다. 그런 한편, 이 조항에 따르면 위헌판결에 소급효는 없는 것처럼 보인다. 그러나 명문 그대로 장래효(*ex nunc*)만을 인정하고 소급효(*ex tunc*)를 부정한다면 위헌법률심판의 취지가 몰각되므로, 적어도 당해 사안과 계속 중의 모든 사건에 대해서는 소급적용된다고 해석되고 있다.¹⁷⁵⁾

이리하여 위헌판결의 효력은 과거에도 미치는 것이 되는데, 문제는 일반적으로도 소급효를 가지는 것인가 하는 점이다. 이에 관해 현재는 ‘위헌선

174) 이하는 Bin, Roberto & Pitruzzella, Giovanni, 전게서, p.492-495와 井口文男, 『合憲性判断の手法とその拘束力』, 初宿正典先生還暦記念論文集 『各国憲法の差異と接点』, 成文堂, 2010, p.364~368을 주로 참고하여 정리한 것이다.

175) Bin, Roberto & Pitruzzella, Giovanni, 전게서, p.493~494.

언의 경우에는 당해 규정은 제정 당초부터 무효로 되고, 법질서로부터 배제되고, 법관계에 적용하는 것이 불가능하게 된다.’고 하였는바(Corte cost., sent. n. 127/1966), 결국 기왕의 법상황에도 영향을 미치는 것이 된다. 다만, 이에는 중요한 예외가 있는데, 법률로 명시적으로 정한 기판력이 있는 경우, 나아가 당해 법상황이 확정된 경우이다.¹⁷⁶⁾

한편, 1953년 법률 제87호 제30조 제4항은, “위헌으로 선언된 규범을 적용하여 유죄의 확정 판결이 선고된 때에는, 그 집행을 중지하고, 모든 형사상의 효력은 소멸한다.”고 정하고 있는바, 이는 헌법 제136조 제1항의 (장래효) 규정에 대한 명시적 예외가 된다. 이것은 형벌의 가혹함에 비춰볼 때 형벌의 기초가 된 규정의 위헌성이 승인된 때에는 그 소급효를 미치는 것이 정의·형평의 관념에 부합한다고 하는 견지에서 채용된 것이다.¹⁷⁷⁾

정리하자면, 인용판결의 효력에 대해서는 헌법이 규정상으로는 장래효를 정하고 있는 것처럼 보이지만, 해석에 의해 실무적으로는 상당히 광범위한 소급효를 인정하고 있는 상황이라 할 것이다.¹⁷⁸⁾

176) 위 예외의 경우에 대해 현재는 ‘당해 법상황이 중국적으로 확정되고, 지금은 소멸(esauriti)했다고 간주해야 하는 경우’(Corte cost., sent. n. 58/1967)라고 하여 약간 표현을 달리하여 실시하고 있다. 여기서 학설은 소급효를 한정하는 ‘소멸한 법관계’란 무엇인가를 고찰하게 되었다. 우선, 판결이 기판력을 가져 확정된 경우가 거론되는데, 이 때에는 동일한 법관계에 대한 재소(再訴)가 차단되기 때문에 당해 법관계는 확립된 것으로 되고 위헌으로 판단된 법률 규정의 소급효가 부정된다. 다음으로, 시간의 경과에 의해 법상황이 확정적으로 고정화한 경우로서, 소멸시효(prescrizione), 법정기간의 도과에 의한 권리행사 가능성의 상실(decadenza) 등이다. 井口文男, 전계논문, p.366.

177) 위와 같은 규정 내용은 우리 헌법재판소법과 매우 유사하다. 우리의 경우 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.”(제47조 제2항), 그러나 “제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”(동조 제3항)고 규정한다.

178) 나아가, 일견 헌법의 명문 규정에 반하는 것처럼 보이는 위 실무와 해석의 모순적 상황에 대한 이론적 해명에 관해서는 井口文男, 전계논문, p.367~368 참조.

IV. 마치며

지금까지 이탈리아의 헌법과 헌법재판제도를 개괄적으로 살펴보았다. 우리나라에 소개된 자료가 매우 부족하다는 점을 감안하여 기초부터 시작하여 전체적 윤곽을 그려보는 데 집중하였다.

우선, 이탈리아 헌법에 대한 우리의 연구 상황에 대해 진단하였고, 제2편에서는 그에 입문하기 위한 전제로서 이탈리아의 헌정사를 둘러보고 이탈리아 헌법의 구조와 내용을 헌법전의 순서대로 고찰하였다. 그리고 제3편에서는 이탈리아의 헌법재판소와 헌법재판제도에 관해 다루었는데, 헌법재판 관련 주요 법령을 소개하고 법령 및 판례 인용 방법에 대해 설명한 다음, 이탈리아 헌법재판소의 역사·구성·재판 과정, 그리고 판결의 유형과 효력 등을 차례로 검토하였다.

이탈리아는 설명하기 어려운 모순과 매력을 품은 나라이다. 역사가 장구하고 문화나 예술은 감탄할 만하지만, 법과 정치는 비효율적이고 부패해 있으며 사회는 뭔가 제대로 돌아가지 않는다는 이미지가 강하다. 분명 이는 사실이기도 하지만 그럼에도 이탈리아의 법과 정치는 규범과 현실이 뼈격거리면서도 또 한편 잘 운용되고 있는 듯도 보인다. 무심한 듯 아무것도 아닌 듯 행동하는 속에서의 탁월함, 어려운 일을 마치 쉬운 일처럼 우아하게 처리하는 것이 스프레짜투라(sprezzatura)라면, 이탈리아는 법과 정치에 있어서도 이를 실천하고 있는 것인지도 모른다.

그런 점에서 볼 때, 이탈리아의 헌법은 민주공화국과 의원내각제라는 유럽 공통의 체제를 취하면서도, 경관 보호 조항, 수공업 보호 조항 같은 특유의 규정을 두고 폐지적 국민투표, 국민발안, 최고사법평의회, 강한 지방분권 등 매우 흥미롭고 독창적인 제도를 곳곳에 마련하고 있다.

또한 이탈리아 헌법재판소는 적극적인 판결로써 헌법질서를 수호하는 데

큰 역할을 하면서도 정치적 사법기관이라는 본질을 잘 보여주고 있다. 즉, 재판소의 독립성과 중립성을 엄격히 지키는 한편, 공개 구두변론을 원칙으로 하는 재판을 통해 국민들과 소통하고, 대법원이나 의회와 같은 다른 기관과의 관계도 원만하게 처리하고 있다. 그리고 각하재판을 통해 사건부담을 줄이면서 해석적 판결·조작적 판결과 같은 독특한 판결기법을 활용하여 사건처리에 적절하게 대처하고 있다.

이탈리아의 헌법과 헌법재판제도가 주는 영감을 얻어 그 제도들을 우리의 실정에 맞도록 재해석해 수용하기를 기대한다.

[국문초록]

이탈리아는 그 역사적 중요성과 국제적 위상에도 불구하고 우리나라에는 헌법과 헌법재판제도에 대한 소개와 연구가 거의 이루어지지 않고 있다. 이에 본고는 헌법의 기본적인 구조와 내용에서 시작하여 헌법재판소 및 헌법재판제도까지 살펴봄으로써 이탈리아의 헌법과 헌법재판제도에 대한 전체적 윤곽을 그려보려는 시도를 하였다.

이탈리아는 19세기 후반부터 왕정과 파시스트 체제를 거쳐 제2차 세계 대전 종전 후 1948년에 이르러 마침내 민주공화국 및 의원내각제 체제의 헌법을 제정하였다. 헌법은 총 139조의 본문과 18조의 ‘경과 및 최종 규정’으로 되어 있는데, 본문은 ‘기본원칙’, ‘시민의 권리와 의무’, 그리고 ‘공화국의 조직’으로 구성되어 있다.

한편, 이탈리아 헌법재판소는 1948년 헌법에서 처음으로 채택된 제도로서, 15명의 헌법재판관으로 구성되어 합의성의 원칙에 따라 재판을 하는바, 이탈리아 공화국 초기에는 과거 파시즘 체제 하의 악법을 청소하고 이후에는 의회 제정 법률을 통제하는데 적극적인 활약을 하고 있다.

이탈리아는 예로부터 역사적 보편성을 획득하면서도 자기만의 독특한 고유성을 가져 왔다. 이러한 특성은 헌법과 헌법재판제도에도 유감없이 드러나고 있다. 즉, 이탈리아의 헌법은 의원내각제라는 유럽 공통의 체제를 취하면서도, 경관보호 조항, 수공업보호 조항 같은 특유의 규정을 두고 폐지적 국민투표, 국민발안, 최고사법평의회, 강한 지방분권 등 매우 흥미롭고 독창적인 제도를 곳곳에 마련하고 있다.

또한 이탈리아 헌법재판소는 정치적 사법기관이라는 본질을 잘 보여줘 왔는바, 재판소의 독립성과 중립성을 엄격히 지키면서도 공개 구두변론을 원칙으로 하는 재판을 통해 국민들과 소통하고, 대법원이나 의회와 같은

다른 기관과의 관계도 원만하게 처리하고 있다. 그리고 각하결정을 통해 사건부담을 줄이면서 해석적 판결·조작적 판결과 같은 독특한 판결기법을 활용하여 사건처리에 적절하게 대처하고 있다.

이러한 이탈리아의 헌법과 헌법재판제도가 주는 영감을 얻어 그 제도들을 우리 실정에 맞도록 재해석하여 수용하기를 기대한다.

주제어

이탈리아 헌법, 이탈리아 헌법재판소, 헌법재판관, 폐지적 국민투표, 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 국민투표허용성심판

[Abstract]

The constitution and the constitutional justice of Italy has rarely introduced and studied in Korea despite Italy's historical significance and international status. In this article, it is attempted to draw a general outline of the Constitution and the Constitutional justice of Italy by starting from the basic structure and contents of the Constitution.

Italy passed through the monarchy and fascist regime from the late nineteenth century, and after the end of World War II the Constitution of the democratic republic and the parliamentary system was enacted finally in 1948. The Constitution consists of 139 articles and 18 'transitional and final provisions'. The text consists of 'Fundamental Principles', 'Rights and Duties of Citizens', and 'Organization of Republic'.

On the other hand, the Italian Constitutional Court was first adopted by the Constitution of 1948. It consists of fifteen constitutional judges, who make decisions in accordance with the principle of collegiality. In the early days of the Italian Republic, the Constitutional Court was active in cleansing the law under the fascist regime and later in controlling the legislation of parliament.

Italy has inherited historical universality from ancient times, but has also brought its own unique identity. These qualities are shown in the Constitution and the Constitutional Court system too.

In other words, the Italian Constitution adopts a common European system, which is a parliamentary system of the Parliament, but it also has special provisions such as a landscape protection clause and a handicraft

protection clause, and it also has very interesting and original institutions such as a abrogative referendum, national initiative, Superior Council of Judiciary, and strong local autonomy.

In addition, the Italian Constitutional Court is showing the essence of being a political judiciary. While strictly observing the independence and impartiality of the Court, it also communicates with the public through a trial based on the public hearings, and smoothly deals with relations with other institutions such as the Supreme Court and the Parliament. And, it reduces the burden of cases through the decisions of inadmissibility and uses unique judgment techniques such as interpretative judgments and manipulative judgments.

The Italian Constitution and the Constitutional justice system are expected to be reinterpreted and adopted in Korea.

Key words

Italian Constitution, Italian Constitutional Court, Constitutional Judge, Abrogative Referendum, Constitutional Review, Judgment of Jurisdictional Disputes, Judgment of Impeachment, Judgment of Admissibility of Abrogative Referendum

참고문헌

- 갈봉근, 『이태리공화국 헌법재판소』, 『법정논총』, 중앙대학교, 1963
- 김민동, 『이탈리아 법원과 헌법재판소 사이의 헌법합치적 법률해석에서의 협력 관계』, 『법조』 제709호, 2015. 10.
- 김시홍, 『이탈리아 사회연구 입문』, 명치출판사, 1995
- 김종호, 『이탈리아 헌법재판제도에 관한 소고』, 『서울법학』 제22권 제2호, 서울시립대학교, 2014
- 류시조, 『이탈리아 헌법의 특징과 통치구조』, 『비교법학』 제22집, 부산외국어대학교, 2011
- 소준섭, 『각국 법률상 ‘공포’ 개념 고찰을 통한 우리나라 ‘공포’ 규정의 개선 방안』, 『입법과 정책』 제3권 제1호, 국회입법조사처, 2001. 6.
- 이중수, 『이탈리아 헌법재판제도』, 『외국헌법재판제도 조사자료집』, 헌법재판소, 2009
- 이중혁, 『외국인의 법적 지위에 관한 헌법조항의 연원과 의의』, 『서울대학교 법학』 제55권 제1호, 서울대학교, 2014. 3.
- 장영철, 『이탈리아 헌법상의 규범통제제도』, 『판례실무연구』 IV, 비교법실무연구회, 박영사, 2000
- 전학선, 『이탈리아의 헌법재판제도』, 『세계헌법연구』 제16권 제3호, 세계헌법학회, 2014
- 마우로 카펠레티, 『현대헌법재판론』, 구병삭·강경근·김승환 공역, 법문사, 1989
- Palazzo della Consulta, Che cosa è la Corte costituzionale, 2016
- Antonio Padoa-Schioppa, “A Sketch of Legal History”, in Introduction To Italian Law, Lena, Jeffrey & Mattei, Ugo.(eds.), Hague: Kluwer Law International, 2002

- Justin Orlando Frosini, “Constitutional Justice”, in Introduction to Italian Public Law, Ferrari, Giuseppe Franco.(ed.), Milano: Giuffrè Editore, 2008
- Mario Comba, “Constitutional Law”, in Introduction To Italian Law, Lena, Jeffrey & Mattei, Ugo.(eds.), Hague: Kluwer Law International, 2002
- Alessandro Pizzorusso & Giuseppe Branca, Commentario della Costituzione, Zanichelli, 1981
- Alfonso Celotto, La Corte costituzionale, il Mulino, 2004
- Elena Malfatti, Saule Panizza & Roberto Romboli, Giustizia costituzionale(4th ed.), Torino: G. Giappichelli, 2016
- Gustavo Zagrebelsky & Valeria Marcenò, Giustizia costituzionale, il Mulino, 2012
- Bin, Roberto & Pitruzzella, Giovanni, Diritto Costituzionale, Torino: G. Giappichelli, 2016
- V. Barsotti · P. Carozza · M. Cartabia · A. Simoncini(eds.), Italian Constitutional Justice in Global Text, Oxford: Oxford University Press, 2016
- S. Borghese, 『イタリア憲法入門』, 岡部 史郎 訳, 有斐閣, 1969 (Sofa Borghese, Nozioni di Diritto Costituzionale, Milano: Casa editrice L. di G. Pirola, 1966)
- 井口 文男, 『イタリア憲法史』, 有信堂, 1998
- 井口文男, 「合憲性判断の手法とその拘束力」, 初宿正典先生還暦記念論文集 『各国憲法の差異と接点』, 成文堂, 2010
- 芦田 淳, 「イタリア憲法裁判所の特質と近年における変化」, 『比較法研究』 75 号, 比較法学会, 2013
- 田近 肇, 「イタリア憲法裁判所」, 『憲法裁判所の比較研究』, 曾我部 真裕・田近 肇 編, 信山社, 2016
- 田近 肇, 「イタリア憲法裁判所の制度と運用」, 岡山大学法学会雑誌第62巻第4号, 2013. 3.

이탈리아의 헌법과 헌법재판제도

田近 肇, 「イタリアにおける憲法裁判所と国会」, 『憲法裁判所の比較研究』, 曾
我部 真裕・田近 肇 編, 信山社, 2016

(논문접수일: 2017. 8. 31. 논문심사일: 2017. 10. 17. 게재확정일: 2017. 11. 13.)

憲法論叢 收錄 論文索引

第 1 輯(1990年)

論 題	筆 者	收錄面數
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓 炳 宋	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李 時 潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊 精 一	83
過剩禁止의 原則 - 특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁 三 承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金 鍾 彬	159
스페인 憲法의 發展過程	金 泳 哲	189
美國 憲法裁判所制度和 裁判에 관한 根本理論	孫 容 根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹 眞 秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭 宗 燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李 石 淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李 宰 鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金 顯 哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛 奉 起	483

第 2 輯(1991年)

論 題	筆 者	收錄面數
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓 炳 宋	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李 時 潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘 秉 朔	135

憲法論叢 第28輯(2017)

論 題	筆 者	收錄面數
社會的 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟的 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審査의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 - 우리 制度와의 比較를 中心으로 -	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 - 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가? -	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法吏	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯 性」의 判斷基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

第 3 輯(1992年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 宗	7
憲法裁判에 관한 管見(III)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

論 題	筆 者	收錄面數
憲法訴訟과 行政訴訟 : 現行 命令 · 規則에 대한 違 憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭 宗 燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金 顯 哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李 明 雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李 郁 漢	445

第 4 輯(1993年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判의 請求人	韓 炳 宗	7
判斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂 禧 悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭 宗 燮	149
檢事의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李 石 淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃 道 洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金 顯 哲	265
法律의 해석 · 적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李 明 雄	321
憲法上的 財產權 概念과 正當補償의 內容	崔 在 健	369
시청자의 법적 지위와 권리	金 鍾 書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅 仁 均	485

第 5 輯(1994年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金 容 均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐 元 宇	99

憲法論叢 第28輯(2017)

論 題	筆 者	收錄面數
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裒 俊 相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓 相 範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭 宗 燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴 洪 佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜 潤 遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛 奉 起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅 仁 均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金 鍾 書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳 虎 澤	537

第 6 輯(1995年)

論 題	筆 者	收錄面數
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘 秉 朔	5
環境權考	金 哲 洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李 康 懨	121
憲法學論 및 憲法學 教育	崔 大 權	153
原處分에 대한 憲法訴願	黃 道 洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁 泰 鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金 顯 哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛 奉 起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅 仁 均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓 秀 雄	481

第 7 輯(1996年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判과 新當事者主義	徐 元 宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席安全띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金 柱 賢	25
行政指導와 憲法訴願	李 景 民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃 道 洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜 潤 遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法の 獨自性	丁 泰 鎬	255
獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 強度	方 勝 柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法義務	辛 奉 起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔 甲 先	385

第 8 輯(1997年)

論 題	筆 者	收錄面數
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金 哲 洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權 寧 星	43
憲法上 宗教의 自由	桂 禧 悅	61
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -	金 善 擇	77
裁判의 前提性에 관한 考察	金 柱 賢	105
憲法裁判의 限界 및 審査基準 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 中心으로 -	韓 秀 雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 評決방식을 기초로 -	崔 甲 先	243

憲法論叢 第28輯(2017)

論 題	筆 者	收錄面數
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

第 9 輯(1998年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	211
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權 - 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론 -	張 哲 朝	431
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

第 10 輯(1999年)

論 題	筆 者	收錄面數
集會의 自由-集團的 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129

論 題	筆 者	收錄面數
相續制度的 憲法的 根據	尹 眞 秀	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究	黃 道 洙	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題	李 明 雄	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否	韓 秀 雄	283
憲法 제27조의 裁判請求權	韓 秀 雄	339
自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準	崔 甲 先	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 產權保障 - 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	431

(註) 「헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부(* 필자: 한수웅)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제 10집에 게재됨.

第 11 輯(2000年)

論 題	筆 者	收錄面數
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性의 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禧悅)	481

第 12 輯(2001年)

論 題	筆 者	收錄面數
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由	金 善 擇	229
選舉와 法治 그리고 美國民主主義	裴 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

第 13 輯(2002年)

論 題	筆 者	收錄面數
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 국교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넨(Brennan)의 헌법관 - 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -	成 鮮 濟	443
憲法 第8條(政黨條項)의 兩面性	李 明 雄	471
1人1票 國會議員選舉制度의 違憲性 - 현재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -	鄭 然 宙	513
自由權의 基本權의 “制限”에 관한 考察 - 이른바 사실상의 기본권제약을 중심으로 -	丁 泰 鎬	561

論 題	筆 者	收錄面數
憲法上の 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌 법 제17조의 私生活 의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

第 14 輯(2003年)

論 題	筆 者	收錄面數
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 觀點 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杓	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단 에의 그 응용 -	丁 泰 鎬	401
憲法 第36條 第1項에 의한 婚姻과 家族生活의 保障	崔 甲 先	497
規範統制決定의 既判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

第 15 輯(2004年)

論 題	筆 者	收錄面數
경제활동과 표현의 자유	朴 容 相	5
環境憲法の 바람직한 규정형태	高 文 炫	107
憲法慣習의 法規範性에 대한 考察	金 昇 大	133
刑事司法制度에 관한 우리나라와 美國의 憲法 등에 대한 比較法的 檢討 - 美國의 憲法이 우리 刑事司法制度에 미친 영향 등을 중심으로 -	金 時 徹	177
補償規定 없는 財産權制約法律에 대한憲法的 審査	金 顯 哲	271
搜查上 電子通信資料의 取得에 關한 憲法的 問題	吳 奇 斗	347
憲法·家族法·傳統	尹 眞 秀	411
미연방대법원의 국가행위심사기준 중 긴밀 관련성 (Close Nexus) 이론에 관한 고찰	李 魯 弘	471
비례의 원칙의 2단계 심사론	李 明 雄	509
헌법 제5조 제1항 ‘침략적 전쟁 부인’의 의미	全 種 杓	545
公權力 行使 및 根據法律에 대한 憲法訴願審判 併合請求의 問題點 - 憲裁 1997. 1. 16. 宣告 90헌마110·136 決定 評釋 -	鄭 求 桓	581
사립학교법상 기간임용제의 헌법적 문제 - 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 구 사립학교법 제53조의 2 제3항 위헌소원 사건을 중심으로 -	鄭 然 宙	629
위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로 -	池 成 洙	665
소급입법 과세금지원칙	崔 甲 先	705
정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) - 정치공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단 -	Sean Christopher Hayes	753

第 16 輯(2005年)

論 題	筆 者	收錄面數
언론의 자유와 공정한 재판	朴 容 相	5
출생전 인간생명의 헌법적 보호	金 善 擇	145
위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의	金 時 徹	181
憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察	金 顯 哲	255
사인에 대한 헌법적용문제에 대한 고찰 - 미국의 논의를 중심으로 -	李 魯 弘	315
Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점	李 明 雄	351
재산권의 보호영역	全 鍾 杓	399
憲法訴願의 對象으로서 소위 法令補充的 行政規則	鄭 南 哲	445
정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질	丁 泰 鎬	479
행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여	河 明 鎬	549
國家經濟政策의 憲法的 根據와 限界 - 헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로 -	韓 秀 雄	631

第 17 輯(2006年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권	李 永 模	5
憲法解釋에 관한 決定理由와 先例拘束의 原則	金 時 徹	35
개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 된 보충성(補充性) 요건 - 오스트리아의 헌법재판제도 -	金 又 洙	97
法令에 대한 憲法訴願의 直接性 要件	金 顯 哲	167
상업광고 규제의 합헌성 심사기준 - 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -	盧 熙 範	207
수용자의 기본권 제한	李 明 雄	255

論 題	筆 者	收錄面數
기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도	李 承 桓	299
私人을 위한 公用收用の 違憲性判斷	鄭 南 哲	373
위헌결정의 기속력 - 이른바 반복입법의 허용문제를 중심으로 -	鄭 然 宙	403
인간생체정보의 이용의 헌법적 한계에 관한 고찰	丁 泰 鎬	431
직업공무원제도와 공무원임권과의 관계 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -	池 成 洙	501

第 18 輯(2007年)

論 題	筆 者	收錄面數
憲法裁判所決定의 效力과 넓은 의미의 具體的 規範統制의 法的 性格 - 先例拘束의 原則의 적용 및 本案的 規範統制와 附隨的 規範統制에 대한 비교·검토를 중심으로 -	金 時 徹	5
헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자	金 顯 哲	95
기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -	盧 熙 範	139
권한쟁의심판제도의 문제점	明 載 眞	165
위헌결정의 효력발생시기 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 ‘결정이 있는 날로부터’에 대한 해석론을 중심으로 -	史 奉 官	203
민주주의와 헌법재판 - 헌법재판의 정당성 문제 -	李 明 雄	243
한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여	李 俊 相	273
광고의 규제와 표현의 자유	韓 渭 洙	341

第 19 輯(2008年)

論 題	筆 者	收錄面數
헌법재판과 입법	許 營	9
헌법재판소와 대법원의 관계 - 비교법적 검토 -	金哲洙	53
韓國 憲法裁判 및 憲法裁判所の 改革	鄭宗燮	91
憲法裁判과 行政法	洪準亨	129
민주주의와 법치주의-헌법재판의 정치학	崔大權	177
헌법재판과 남북한 통일	金昇大	225
간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관	金日秀	263
규범통제제도의 형성과 발전 - 규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로 -	韓秀雄	315
헌법소원제도의 형성과 발전	黃道洙	373
권한쟁의심판의 발전과 과제	金河烈	415
헌법상 인격권의 보장체계와 보호법익 - 헌법재판소판례를 중심으로 -	金善擇	489
평등권의 보장과 발전	成基鏞	525
財産權의 保障과 限界 - 憲法裁判所判例에 대한 評價를 중심으로 -	金文顯	563
신문법 및 언론피해구제법에 관한 헌재결정 - 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 신문법 등 위헌확인 사건 -	朴容相	599
선거권 및 피선거권의 보장과 발전	丁泰鎬	685
사회적 기본권과 헌법재판	全光錫	741
조세법과 헌법재판	金性洙	773
<外國論文>	Otto	819
재판소원의 저주와 축복	Depenheuer	
한국과 프랑스의 헌법재판소에 관한 비교 검토	Thierry Rambaud	859

第 20 輯(2009年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가의 중립성 원칙과 정부언론	朴容相	5
인터넷상 表現의 自由와 사이버 侮辱罪	金顯哲	205
헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심쟁점의 부조화 분석	南福鉉	243
IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구	明載眞	287
부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -	李垚根	321
헌법불합치결정의 사유 및 효력	李明雄	369
헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로-	全光錫	407
韓國憲政史에서 憲法訴願制度的 出現과 制度化	鄭宗燮	433
과잉금지원칙의 제문제	黃致連	463

第 21 輯(2010年)

論 題	筆 者	收錄面數
민사절차상의 재판을 받을 권리	李時潤	5
헌법상 사전검열금지의 원칙	朴容相	75
안전 관념의 변천이 기본권에 미친 영향	金敏培	251
電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜查權	吳奇斗	289
의료분야 헌법판례의 분석	李明雄	399
표현의 자유와 민사책임 - 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향 -	李鍾根	445
지역통합과 역대사법기구에 대한 전망	李鎬善	491
실질과세원칙의 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 -	曹瑛植	525

第 22 輯(2011年)

論 題	筆 者	收錄面數
독점금지법상 제약강제의 헌법적합성 - 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -	李奉儀	5
미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화 - 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -	李相莖	45
헌법상 평생교육의 개념 정의(定義)	李濬熙	83
빈곤사회와 생존권 논쟁 - 일본의 학설과 판례를 중심으로 -	金敏培	129
친권포기각서의 위헌성	李準一	177
미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차 - Writ of certiorari 제도를 중심으로 -	金珍漢	207
미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정	李明雄	249
프랑스 헌법재판소 결정의 효력 - 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -	金慧眞	311
헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무	許完重	357
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 - 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -	韓秀雄	447

第 23 輯(2012年)

論 題	筆 者	收錄面數
학문의 자유와 대학의 자치 - 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -	李準一	5
미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점 - Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) -	李明雄	49

論 題	筆 者	收錄面數
야간옥외집회금지 조항의 허가제성 - 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청 사건에 대한 분석 -	鄭柱白	93
선거구 획정과 평등선거 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -	金敏培	135
학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시 - 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -	李鍾根	189
현행 의료법의 문제점	金慶濟	229
헌법불합치결정과 입법시한	池成洙	275
행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성	鄭光賢	315
헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기	朴燦柱	353

第 24 輯(2013年)

論 題	筆 者	收錄面數
국가기능으로서의 ‘집행개념’에 관한 소고	桂禧悅	5
헌법개정에 대한 위헌심사	李煌熙	45
헌법의 실종과 헌법을 만드는 미국의 사법부	文光三	105
평등권의 심사 기준 - 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격을 중심으로 -	鄭柱白	185
미연방헌법 수정 제1조와 정부언론의 법리	李鍾根	225
헌법재판소의 사회적 기본권에 대한 심사방법과 심사기준	池成洙	271
명령·규칙에 대한 헌법불합치결정	許完重	311
위치추적 전자감시제도의 소급적용에 대한 비판적 고찰	朴贊傑	347
憲法裁判所の 判例가 行政法에 미친 影響에 관한 小考	金重權	393

第 25 輯(2014年)

論 題	筆 者	收錄面數
기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계	許完重	5
방송의 자유의 주체	金顯龜	65
종교조항과 위헌심사의 기준	金敏培	129
原電閉鎖와 財産權保護 - 독일 원자력법 제13차 개정 법률의 위헌성 여부를 중심으로 -	鄭南哲	205
동성결혼의 헌법적 문제	李鍾根	241
이산가족의 ‘가족에 관한 권리’	李準	289
한국 헌법재판소의 역할과 기능 재조명 - 소수자 보호를 중심으로 -	郭沅錫	327
헌법재판의 정치화에 대한 이론적 검토 - 미국 연방대법원의 경우 -	李明雄	371
위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판적 고찰	韓秀雄	409

第 26輯(2015年)

論 題	筆 者	收錄面數
통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -	崔恩碩	5
주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위	朴燦柱	67
성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 판례에 대한 헌법적 고찰	李熙勳	173
평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점	韓秀雄	241
법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견(管見)	鄭柱白	299

憲法論叢 第28輯(2017)

헌법재판소 결정의 효력 —기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로—	鄭鎬庚	345
유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토	朴眞完	381

第 27輯(2016年)

論 題	筆 者	收錄面數
미국에 있어 ‘살아있는 헌법’ 논의에 관한 소고	金文顯	5
헌법해석과 원의주의의 쟁점	金敏培	61
아리스토텔레스 정식 비판	鄭柱白	141
알 권리의 법적 성격과 내용	金培元	183
정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성	朴燦柱	245
브라질의 헌법재판에 관한 연구	盧昊昶	359

版 權
所 有

憲法論叢 (第28輯)

2017年 11月 28日 印刷

2017年 11月 30日 發行

發行處：憲法裁判所

주 소：서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화：(代) 708-3456

인 쇄：성문인쇄사 02)2272-7553

(非賣品)

