

발간등록번호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

헌법논총

제 31 집



헌법재판소

목 차

1. 한국정치와 헌법재판 朴漢徹 5
 2. 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 등 사회보상법과
헌법재판 全光錫 69
 3. 중국의 인격권과 개인정보권 검토 申侑眞 ... 131
 4. 숨겨진 빈곤과 공공부조에서의 보충성원칙 李恩宣 ... 175
 5. 단순고권작용에 의한 기본권침해와 헌법소원의 위헌심사기준
..... 鄭南哲 ... 219
- 〈부 록〉
- 헌법논총 수록 논문색인 257

한국정치와 헌법재판*

Korean Politics and Constitutional Adjudication

朴 漢 徹(Park, Han-Chul)

제5대 헌법재판소장

서울시립대학교 법학전문대학원 초빙교수

- 목 차 -

I. 서론	7
II. 한국정치의 현주소	9
III. 한국의 사회갈등 상황	12
IV. 사회갈등과 헌법재판	15
1. 사회적 갈등과 헌법재판	17
가. 제대군인 가산점 사건(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770)	17
나. 호주제 사건(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1)	19
다. 시각장애인 안마사 독점사건(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등, 판례 집 18-1하, 112; 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상,	

* 이 글은 2019년 10월 19일 서울시립대학교 100주년 기념관에서 특별강연한 내용을 수정·보완한 것임.

헌법논총 제31집(2020)

1089; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌마664등, 판례집 22-2상, 427; 헌재 2013. 6. 27. 2011헌가39등, 판례집 25-1, 409; 헌재 2017. 12. 28. 2017헌가15, 판례집 29-2하, 264)	21
라. 친일재산환수 사건(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등, 판례집 23-1상, 276)	22
마. 긴급조치 사건(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70등, 판례집 25-1, 180) ..	24
바. 간통죄 사건(헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17등, 판례집 27-1상, 20) ..	30
2. 정치적 갈등과 헌법재판	32
가. 수도권전 사건(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1)	32
나. 미디어법 권한쟁의 사건(헌재 2009.10.29. 2009헌라8등, 판례집 21-2하, 14)	33
다. 통합진보당 해산 사건(헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1)	36
라. 국회선진화법 권한쟁의 사건(헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 170)	38
마. 대통령 탄핵사건(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609 <노무현>; 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1 <박근혜>)	40
V. 사회통합을 위한 헌법재판의 역할	42
VI. 헌법재판의 과제	45
1. 사회적 기본권의 실질적 보장 강화	47
2. 추상적 규범통제의 도입 검토	51
VII. 결론	54
* 국문초록 및 주제어	59
* 영문초록 및 주제어	61
* 참고문헌	64

I. 서론

정치란 국가권력을 획득하고 행사하며 유지, 관리하는 사회적 활동의 총칭으로서 민주주의 국가에서는 헌법의 최고가치인 인간의 존엄을 실현하고 사회통합 및 사회질서를 유지하는 데 그 목적이 있다.¹⁾ 즉 구성원인 시민의 행복을 구현하고 사회발전 방향을 제시하며 사회통합 및 사회질서를 유지하는 것이 정치의 고유의 기능이자 책무라고 할 수 있다.²⁾ 다양한 사람들이 모여 사는 사회에서는 정치, 경제, 사회, 문화적 이해관계를 둘러싸고 다툼이나 수많은 갈등이 생겨나기 마련이고, 역사적으로도 인간사회에서 갈등이 없는 시대는 없었다고 할 정도로 자연스러운 사회현상의 일부이기도 하다. 따라서 정치는 필연적으로 이러한 갈등을 적절히 조정하고 해결함으로써 공동체의 공존과 지속, 번영을 도모하는 데 최고의 지향점을 두게 된다. 우리나라는 70여년의 짧은 기간 동안 세계가 주목하는 경제성장을 이루어 내었고 민주주의의 수준에 있어서도 괄목할만한 성과를 거두었다. 그럼에도 불구하고 오늘날 한국정치의 현실에 대하여는 많은 비판이 이루어지고 있다.³⁾ 한편, 우리나라는 국가권력이 헌법의 구속을 받는 입헌

1) 정치학에서는 정치의 개념을 “권력의 획득·유지를 둘러싼 항쟁 및 권력을 행사하는 활동, 또는 권력을 둘러싼 인간의 활동”이라고 정의하고 있다. - 정인홍 외 2인 (1994), 『정치학대사전』, 박영사, 1321-1322쪽. 그러나 일반적으로 정치의 개념은 외연적으로 확장되어 매우 다양한 의미로 사용된다. 예를 들면, 법과 정치의 관계에서는 인식론적(욕망, 이익, 권리의 성취)·사회적(공동체 의사형성, 분배)·역사적(체제 이데올로기) 정치개념으로 제한하여 구분하는 경우도 있다. - 이상돈(2017), 『법학입문』, 법문사, 189-193쪽.

2) 박찬욱(2013)은 “정치의 기능은 한 사회의 다양한 구성원을 배제함이 없이 포용하여 구성원으로서의 정체성을 갖도록 통합하는 것이다.”라고 주장한다. - 박찬욱(2013). “사회통합의 방향: 한국정치의 과제”, 한국법학원, 『저스티스』 통권 제134호, 61-93, 62쪽.

3) 한국정치의 현실에 대하여는, 일반적으로 과도한 권력집중적 대통령제(소위 ‘제왕적 대통령제’), 사생결단식의 편가르기 정치(소위 ‘너 죽고 나 살기’식 정치문화), 분노

주의 국가로서, 입헌국가는 헌법의 최고규범성, 즉 헌법의 우위를 본질적 내용으로 한다.⁴⁾ 헌법의 우위를 실현하는 제도적 장치가 바로 헌법재판이다. 우리나라는 제헌헌법 이래 헌법재판제도를 도입하였으나, 1987년 개정 헌법에 의하여 헌법재판소가 창립됨으로써 종래 유명무실하였던 헌법재판 기능이 비로소 실질화되었으며 헌법 수호에 중심적 역할을 담당하고 있다.⁵⁾ 헌법재판소는 헌법을 심사기준으로 하여 국가권력 행사의 합헌성 여부를 통제함으로써 정치가 그 본래의 목적을 달성할 수 있도록 견제, 조정, 보완, 통제하는 역할을 하게 된다. 정치와 헌법재판은 사회통합이라는 국가적 공동목표 아래에서는 같은 방향의 역할을 수행하게 되므로 상보적 관계를 보여주기도 하지만, 공권력 행사취소나 위헌결정을 하는 등 개별사안에 따라서는 많은 경우에 있어 긴장관계를 보여주기도 한다.

(혐오)조장 정치, 정당의 과두화와 정당존속의 단기성, 정당의 지역주의 현상, 지역감정 부추기기와 지나친 포퓰리즘적 선거운동, 불투명한 정치자금과 정치인의 부패, 체계적인 시민정치교육 체제의 부재 등 다양한 문제점이 거론되고 있다.

- 4) “국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체 내에서 상위규범은 하위규범의 효력의 근거가 되는 동시에 해석근거가 된다.”(헌재 1989.7.21. 89헌마38, 판례집 1, 131, 145).
- 5) 제1공화국의 헌법위원회는 10년간 6건을 심사하였으며 제2공화국의 헌법재판소는 5·16으로 구성되지도 못하였다. 제3공화국은 대법원이 위헌법률심사권한을 부여받아 2건의 위헌판단과 몇 건의 합헌판단을 한 바 있으며, 제4공화국 및 제5공화국에서는 헌법위원회가 설치되었으나 위헌법률심판을 한 건도 하지 않았다. - 목영준(2013), “국민의 기본권 신장을 위한 대한민국 헌법재판소의 성과와 역할”, 한국공법학회, 『공법연구』 제41집 제4호, 2-3쪽.; 그리고 현행 헌법상의 헌법재판소가 1988. 9. 1. 창립된 이후 그 성과와 관련하여, 김성수(2018)는 “지난 30년간 한국의 헌법재판제도는 누적된 한국사회의 폐해와 그릇된 관행의 청산, 표현의 자유와 재산권의 보호, 공동체의 명운과 정치적 지향성에 대한 결정을 통하여 ‘사법을 통한 사회의 변화’라는 한국사회의 새로운 경험의 지평을 열었다.”라고 평가하고 있다. - 김성수(2018), “헌법재판 30년 - 헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?”, 헌법재판소, 『헌법논총』 제29집, 403쪽.

II. 한국정치의 현주소

한국정치를 규정하고 평가하는 방법은 다양한 접근 방식이 있을 수 있다. 그러나 여기서는 헌법재판과 직접적으로 관련되는 범주로 한정하여 살펴보기로 한다.⁶⁾ 오늘날의 한국정치는 많은 문제를 안고 있다. 그 단적인 징표는 다음과 같은 두 가지 사실을 통하여 살펴볼 수 있다. 첫째, 미국 Washington Post지는 2016년 1월 31일 ‘한국의 젊은이들은 그들의 나라를 지옥이라고 부른다’(Young South Koreans call their country ‘hell’ and look for ways out)라는 제목의 특집 기사를 게재하였다.⁷⁾ 그 내용은 한국사회가 금수저(golden spoon)를 입에 물고 태어난 사람들은 최상의 대학에 들어가 모두가 선망하는 직업군(the plum jobs)이 보장되지만, 흙수저(dirt spoon)를 물고 태어난 사람들은 그런 혜택이 없어 저임금으로 장시간 일할 수밖에 없고 미래나 희망이 없다는 것이다. 따라서 한국의 청년들은 자신의 조국을 ‘헬조선’(Hell Joseon)이라고 지칭할 정도로 현실에서 깊은 절망감을 느끼고 있으며, 다양한 방식으로 그 탈출구를 모색하고 있다는 것이다. 실제로 우리의 현실은 많은 젊은이들이 학업 및 취업과정에서 지나친 경쟁에 내몰리고 치열한 노력에도 불구하고 상당수가 취업에 성공하지 못하고 있다. 최근 청년실업률은 통계청 통계에 의하면 2020년 6월 기준

-
- 6) 여기서는 선거제 민주주의에서 나타나는 대통령 중심의 정치, 정당중심의 대립적인 의회정치, 정치의 무기력화 현상 등에서 파생한 한국정치의 현실(계층갈등, 이념갈등, 정치갈등, 노사갈등, 지역갈등, 세대갈등, 남녀갈등 등)을 주로 다루기로 한다. 박찬욱(2013)은 한국정치의 현실을 “민주화 이후 한국 사회에서는 지역갈등, 계층갈등, 이념갈등, 세대갈등 등이 동시다발적으로 전개되고 있다. 영남과 호남의 갈등이 지속되고 경제·사회적 양극화가 심화되고 있으며, 진보와 보수 세력 간 이념갈등, 그리고 세대갈등이 표출되고 있다.”라고 주장한다. - 박찬욱(2013), 앞의 논문, 90쪽.
- 7) 워싱턴포스트, www.washingtonpost.com, 검색일자 2019. 9. 30. https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/young-south-koreans-call-their-country-hell-and-look-for-ways-out/2016/01/30/34737c06-b967-11e5-85cd-5ad59bc19432_story.html.

10.7%에 이르나(전체실업률은 4.3%),⁸⁾ 청년체감실업률은 25%이상에 이른다는 언론보도도 반복적으로 나오고 있다.⁹⁾ 또 많은 젊은이들은 우리 사회의 부가 세습되고 있으며 부모의 재력과 배경이 자신들의 운명을 결정한다고 믿고 있다. 그럼에도 불구하고 우리의 정치권은 이 문제의 심각성을 인식하고 적극적으로 해결할 능력이나 의지를 보여주지 못하고 있는 것이 현실이기도 하다. 둘째, 영국 BBC가 2018년 4월 세계 27개국을 대상으로 여론조사기관(IPSOS)에 의뢰하여, 나라별로 사회를 분열시키는 가장 큰 갈등요인들을 파악한 여론조사 결과, 한국의 경우 정치갈등(tention between people with different political views: 61%)으로서 연정과 협치의 정치문화가 자리잡은 벨기에, 프랑스, 이탈리아, 스웨덴, 독일 등 유럽 선진국들의 20-30% 대에 비하여 매우 높은 수준으로 평가되었다.¹⁰⁾ 또 한국의 사회갈등지수(Social Conflict Index)는 OECD 35개국 중 10위(2017년 기준)로 매우 높은 반면, 사회갈등관리지수(Social Conflict Management Index)는 34개국 중 27위로 최하위 수준이라고 할 수 있다.¹¹⁾ 삼성경제연구소는 2010

8) 통계청, 『경제활동인구조사』 www.kosis.kr 검색일자 2020. 7. 25.

9) 오마이뉴스, “청년일자리 해결에 올인하라”, 김택환, 2019. 5. 8. 08:18., <http://www.ohmynews.com> 네이버 검색일자 2019. 9. 30.; 특히, 최근에는 ‘코로나19로 인한 고용 한파가 계속되면서 2020. 6월 글로벌 금융위기 이후 처음으로 4개월 연속으로 감소했고 실업자와 실업률도 역대 최고치로 치솟았으며, 특히 청년층 체감실업률이 27%에 근접하며 통계 작성 이후 가장 높았다’고 보도되고 있다. - 동아일보, “코로나발 ‘고용한파’에 실업률 역대 최고치 … 취업자 수도 4개월 연속 감소”, 남건우 기자, 2020. 7. 15. <https://www.donga.com/news/article/all/20200715/101989445/1> 네이버 검색일자 2020. 7. 25.

10) 중앙일보(중앙선데이), “‘정치갈등으로 사회분열’ 한국은 61% 유럽은 20%대”, 박성훈기자, 2018. 5. 5. <https://news.joins.com/article/22598105> 구글 검색일자 2019. 9. 30.; Ipsos MORI, “BBC Global Survey: A world divided?“, 2018. 4. 23., <https://www.ipsos.com>ipsos-mori/en-uk/bbc-global-survey-world-divided> 구글 검색일자 2020. 7. 25. - 동 여론조사에 의하면, 벨기에 21%, 프랑스 23%, 이탈리아 26%, 스웨덴 26%, 독일 33% 등으로 나타나고 있다.

11) 오영석/주관연구책임자 외 4인(2018), “사례분석을 통한 효율적 갈등관리방안”, 동국대학교 경주캠퍼스 갈등치유연구소(동국대학교 경주캠퍼스 산학협력단), 2018. 4.

년 ‘한국 사회갈등의 현주소’라는 보고서에서 사회갈등으로 인한 경제적 비용이 연간 최소 82조원에서 최대 246조 원(2010년 명목GDP 기준)에 이

20., 8-16쪽. - 동국대학교 경주캠퍼스 산학협력단(갈등치유연구소)이 대통령직속 정책기획위원회에 제출한 동 보고서(2018)에 의하면, “우리나라의 사회갈등지수(지니계수, 만주주의지수, 정부효과성지수를 측정변수로 하여 Rodrick의 갈등의 경제적 모형을 바탕으로 산출)는 OECD 29개국 중 7위(분석모형별 차이는 있으나 우리나라 사회갈등 수준이 높다는 사실에는 차이가 없음)에 해당하며, G7 국가들과 비교하였을 때 높은 수준의 공공갈등으로 인해 잠재경제성장률의 0.3%p 손해를 보고 있는 것으로 분석된다(현대경제연구원, 2016). (2017년) 우리나라의 사회갈등지수는 OECD 35개국 중 10위(갈등치유연구소, 2017)에 해당하며, 기존연구에 의하면 선진국에 비해 높은 갈등 수준 때문에 1인당 GDP의 27%를 갈등비용으로 지불하고 이를 비용으로 환산하면 경제적 손실이 최대 246조원에 이른다(삼성경제연구원, 2010). 2017년, 갈등이 가장 심각한 국가는 터키(2.08)이며 멕시코(1.08), 이스라엘(0.7), 칠레(0.68) 등 순으로 갈등지수가 높게 나타났다. 갈등지수가 가장 낮은 국가는 덴마크(0.31)이며 노르웨이(0.32), 핀란드(0.32), 스웨덴(0.34), 스위스(0.35) 등 순으로 갈등지수가 낮게 나타났다.”라고 기술하고 있다.; 이부형/박용정(2016), “사회적 갈등의 경제적 효과 추정과 시사점”, 현대경제연구원, 『경제주평』 16-45(통권 718호), 2016. 11. 11., 1-2쪽. - 동 보고서는 “2009-2013년 한국의 평균 사회갈등지수(Social Conflict Index)는 OECD 29개국 중 7위로 상대국들에 비해 매우 높은 수준이며, 국가 중 사회갈등지수는 터키가 가장 높고 한국은 칠레에 이어 7번째로 높게 나타나고 있다. 한국의 사회갈등지수는 OECD 평균 0.51을 상회하는 0.62 수준이며, 터키는 2.34(1위)로 가장 높게 나타나고, 미국은 0.49(10위), 일본은 0.40(14위), 독일 0.36(15위), 핀란드는 0.18(29위)로 가장 낮게 나타나고 있다. 한국의 사회갈등지수는 악화되고 있을 뿐 아니라 OECD 회원국 평균과의 격차도 확대되고 있다.”라고 기술하고 있다. 정영호/고숙자(2015), “사회갈등지수 국제비교 및 경제성장에 미치는 영향”, 한국보건사회연구원, 『보건복지포럼』(2015. 3), 48쪽. - 동 논문은 사회갈등관리지수(정부효과성, 규제외 질, 부패통제, 정부소비지출비중으로 구성하여 각각에 0.25의 가중치를 부여하여 선형합산한) 산출 결과 “우리나라는 34개 OECD국가 중에 27위로 취약한 상황임을 알 수 있었다.”라고 기술하고 있다.; 은재호/한국행정연구원 연구위원(2016), “한국 사회 갈등해소를 위한 과제”, 『The Chungnam Review』 2016 · 가을, 121-122쪽. - 동 논문은 “주어진 갈등을 얼마나 잘 예방하고 해결하는지를 측정하는 (우리나라) 갈등관리지수는 OECD 회원국 36개국 중 27위로서 갈등은 심각한데 관리역량은 하위를 기록해 갈등수준과 관리역량 사이의 차이가 더욱 두드러진다.”라고 평가하고 있다.; 시사저널 1606호, “사는 건 힘들고 불만은 쌓이고 ... 사회갈등에 대처하는 대한민국”, 김윤주 인터넷기자, 2018.09.07., <http://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=177375> 구글 검색일자 2020. 7. 25.; 연합뉴스, “한국, 갈등관리능력 OECD 국가 34개국 중 27위”, 김병규 기자, 2015. 3. 24. 06:11., <http://m.yna.co.kr>view>AKR20150323172700017> 구글 검색일자 2020. 7. 25.

른다고 추산하였다.¹²⁾ 이는 1인당 GDP의 27%를 사회적 갈등관리 비용으로 쓰는 것으로 갈등지수가 OECD 평균으로 완화될 경우 평균 1인당 GDP 기준(2002-2005)으로 5,023달러가 증가하는 효과를 가져올 것이라고 지적하였다.¹³⁾ 또한 현대경제연구원은 2016년 ‘사회적 갈등의 경제적 효과 추정과 시사점’ 보고서에서 한국의 사회적 갈등 수준이 OECD 평균 수준으로 개선되면 실질 GDP가 약 0.2%p 추가 상승하고, G7 국가의 평균 수준까지 개선되는 경우 약 0.3%p 추가 상승할 것으로 분석하였다.¹⁴⁾ 이와 같이 우리나라 사회갈등의 상황과 정도는 더 이상 방치할 수 없을 만큼 매우 심각하다고 할 수 있음에도 불구하고 한국의 정치는 갈등해결과 사회통합의 주체이자 책임자로서 적극적인 해결은커녕 오히려 경쟁적 포퓰리즘에 매몰되어 갈등을 확대 재생산하거나 분열을 조장하고 극대화하기도 하는 것이 현실이다.

Ⅲ. 한국의 사회갈등 상황

현대 민주주의 사회는 복잡하고 다원화된 특징을 가지고 있다. 경제적

12) 입소스(2019), “한국사회 갈등 현황과 주요 시사점”, Ipsos GAME CHANGERS, 이슈리포트 32호(2019년 2월 18일), 1쪽.; FKI전국경제인연합회(www.fki.or.kr), 보도자료(2013-08-21), “한국 사회갈등, OECD 27개국 중 2번째로 심각-사회갈등으로 인한 경제적 비용 82조-246조 원으로 추정”, 임석진 선임조사역/사회협력팀.; 박준/삼성경제연구소 수석연구원, “[제2차 국민대통합 심포지엄] 한국 사회갈등 현 주소”, cfe자유경제원 갤러리(<https://cfekorea.tistory.com/518>), 2013. 9. 1., 5쪽.

13) 박준 외 2인(2009), “한국의 사회갈등과 경제적 비용”, 삼성경제연구소, 『CEO Information』 제710호, 2009. 6. 24., 11쪽.

14) 이부형/박용정(2016), 위 보고서, 7-8쪽.; 입소스(2019), 위 이슈리포트, 1쪽. - 위 이슈리포트는 “지속적인 경제성장을 이룩하고 있는 국가는 대부분 신뢰라는 사회적 자본이 풍부한 국가로 입증된다. 그러나 한국의 경우 사회갈등이 매우 심각한 수준으로 한국의 사회통합지수는 OECD국가 중 최하위 수준이다.”라고 지적하면서, ‘삼성경제연구소’와 ‘현대경제연구원’의 위 통계들을 그대로 인용하고 있다.

부나 자원, 권력 등 이해관계를 둘러싸고 다양한 의견이 자유롭게 표출되기 마련이고 대화와 타협을 통하여 조정되는 과정을 거치게 된다. 그러나 경우에 따라서는 상반된 두 이익을 주장하는 개인이나 집단이 강경하게 서로 힘을 겨루거나 충돌하기도 한다. 이는 양 당사자 간의 갈등으로 나타나게 되고 그것이 바로 해결되지 못하는 경우 사회갈등으로 확대되기도 한다. 이러한 사회갈등은 제한된 자원을 더 많이 소유하려는 경쟁으로 유발되기도 하고(realistic conflict theory), 타인 또는 타 집단과 비교하여 만족 또는 불만족을 느끼게 되면서 그 괴리, 즉 상대적 박탈감으로 인하여 유발되기도 한다(relative deprivation theory). 이러한 갈등은 가치관 또는 신념에 따른 인식의 차이(소위 ‘보수’와 ‘진보’의 대립)로 더욱 증대되기도 한다.¹⁵⁾ 한편, 개인이나 집단은 자신들의 이익을 관철시키기 위해 정치나 정책결정 과정에 참여하게 되고, 이 경우 사회갈등은 정치과정을 거치면서 더욱 심화되거나 증폭되기도 하며 이는 격렬한 정치적 대립으로 발전하기도 한다.¹⁶⁾ 최근 우리나라는 정치, 경제, 사회, 문화 등 다양한 영역에서 계층 사이의 이해관계 상충과 정치적, 사회적 대립이 크게 증가하고 있다. 최저임금 인상, 근로시간 단축, 비정규직 근로자, 파견근로자, 복지제도의 재원, 국민건강보험료 부과체계 문제 등 계층 사이의 갈등이 심화되고 있

15) 사회갈등의 원인에 대하여는 일반적으로 구조적 갈등(빈부격차, 양성평등 문제, 장애인 이동권 보장), 이해관계로 인한 갈등(노사갈등), 기회의 불평등으로 인한 갈등(교육, 취업 등), 시각·가치관 차이로 인한 갈등(개발과 보전 문제, 세대갈등), 개인·집단 간의 불신·오해로 인한 갈등(의사소통 부재로 인한 갈등), 사실관계로 인한 갈등(원자력의 안정성에 대한 논란), 권력집중으로 인한 갈등(정치적 갈등) 등이 거론된다.

16) 박찬욱(2013)은 사회갈등과 정치에서 “한국정치가 민주화되기 전에는 사회갈등에 대한 포용력이 약하여 강압에 의해 은폐하거나 억압하여 일시적으로 갈등의 표출을 억제할 수 있었다. 그런데 독재체제는 장기적으로 갈등을 효과적으로 관리하지 못하여 시민의 저항에 봉착하고 무너져 버렸다. 민주화 이후 한국 사회에서는 지역갈등, 계층갈등, 이념갈등, 세대갈등 등이 동시다발적으로 전개되어 왔다.”라고 설명하고 있다. - 박찬욱(2013), 앞의 논문, 72쪽.

으며, 정치권은 국회선진화법, 테러방지법, 노동관계법, 선거제도 개편법, 검찰개혁 관련법, 공수처 설치법, 헌법개정안 등 정치적 쟁점법안의 처리를 둘러싸고 치열하게 대립하였거나 아직도 합의점을 찾지 못한 채 대립 중에 있다. 지난 정부의 국민대통합위원회가 발표한 전국 만 19세 이상 성인남녀 2,000명을 대상으로 한 ‘국민의식 조사’ 결과(2016년)에 의하면, 가장 심각하다고 인식하고 있는 갈등은 계층갈등(83.3%), 이념갈등(76.5%), 노사갈등(75.4%), 세대갈등(59.6%), 지역갈등(57.3%), 환경갈등(54.1%), 다문화갈등(43.7%), 남녀갈등(39.5%) 순이었다.¹⁷⁾ 또 헌법재판소가 시민 6,552명을 상대로 설문조사(2016년)한 결과, 95.6%(6,267명)가 우리 사회의 갈등이 심각한 수준이라고 지적했으며, 그 원인으로는 이념(정치)갈등 48.3%, 계층(세대)갈등 30.6%, 노사갈등 4.5%, 지역갈등 4.2% 등이었다.¹⁸⁾ 아울러 위 설문조사에서 시민 5명 중 4명(81%)은 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다’는 헌법상 평등원칙이 잘 지켜지지 않는다고 생각하며, 그 원인으로는 사회지도층의 특권의식(23.2%), 불평등한 사회구조적 문제(20.8%) 등으로 조사되었다.¹⁹⁾ 또한 한국리서치와 한국사회갈등해소센터가 발표한 ‘2018 한국인의 공공갈등 의식조사’에 따르면, 응답자 10명 중 9명(90%)이 ‘우리 사회의 집단 간 갈등이 심각하다’고 답했으며, 52.4%가 ‘현 정부 내에서 갈등이 더 늘었다’고 지적했다.²⁰⁾ 위 국민대통합위원회 조사결과에 따르면, 이와 같이 심각한 사회갈등을 해소하고 국민통합을 이루기 위한 우선적 방안

17) 국민대통합위원회(<http://18pnc.go.kr/>), 『2016년도 국민통합에 관한 국민의식조사: (주)코리아리서치』, 6쪽.

18) 헌법재판소(<https://www.court.go.kr/>), 2016. 8. 31. 보도자료, 『헌법재판 역할 중 국민 기본권 보호 가장 중요 - 헌재 설문조사 결과, 온·오프라인 통해 6천552명 참여 -, - ‘권력 통제’, ‘사회갈등 해소’, ‘헌법 수호’ 순으로 꼽아 -』, 2쪽.

19) 헌법재판소(<https://www.court.go.kr/>), 위 보도자료, 4쪽.

20) 한국일보, “[단독] 국민 52%가 문정부서 사회갈등 늘었다”, 박지윤 기자, 2019. 1. 28. 04:40 <http://www.hankookilbo.com/News/Read/201901271656356177> 구글 검색일자 2019. 9. 30.

으로서 우리 국민들은 각종 사회갈등의 원만한 해소(24.4%), 자유와 권리에 맞는 책임과 의무 이행(23.0%), 헌법존중 및 법과 질서 준수(20.2%), 다양한 가치관 공존(19.7%) 등의 순으로 인식하고 있으며,²¹⁾ 이는 결국 헌법적 가치의 적극적 실현이 사회통합에 급선무임을 지적한 것으로서, 위 헌법재판소 조사결과²²⁾에서도 이와 비슷한 조사결과가 나왔다. 그렇다면 우리 국민들은 헌법이야말로 사회갈등을 해소하고 국민을 하나로 묶는 사회통합의 핵심으로 인식하고 있다고 말할 수 있다.²³⁾

IV. 사회갈등과 헌법재판

헌법재판은 다양한 헌법적 분쟁 사건에 대하여 헌법의 해석을 통하여 최종적인 가치 판단과 방향을 제시함으로써 분쟁을 종국적으로 해결하고 사회통합에 기여하게 된다. 헌법재판은 정치적 규범인 헌법을 심사기준으로 삼기 때문에 헌법재판소의 판단은 본질적으로 정치적 성격을 가진다.²⁴⁾

21) 국민대통합위원회(<http://18pncn.pa.go.kr/>), 위 국민의식조사, 123쪽.

22) 사회적 갈등 해소를 위해서는 ‘다양한 가치관에 대한 존중과 배려’(35.9%)가 가장 필요한 것으로 조사됐지만, 50대와 60대 이상에서는 ‘헌법 정신과 법질서 존중’(각 29.6%, 45.0%)이 우선 필요하다고 답한 것으로 분석됐다. 그 다음 순위로는 ‘누구에게나 공정한 기회보장’이 전 연령대에 걸쳐 12-15.7%를 차지하고 있다. - 헌법재판소 (<https://www.ccourt.go.kr/>), 위 보도자료, 3쪽.

23) 방승주(2013)는 “사회통합은 국민들 내부에 존재하는 계층간, 빈부간, 노사간, 지역간의 갈등과 대립을 해결하는 과제를 암시하는 개념이라고 지적된다. 즉 사회통합이란 격차를 최소화하고 양극화를 예방함으로써 사회구성원 모두의 복지를 보장할 사회적 역량을 지칭한다. 그리고 통합적 사회란 민주적 수단을 통해 공통의 목표를 추구하는 자유로운 개인들로 구성된 상조적 공동체를 지향한다(European Committee for Social Cohesion, 2004). 그러나 이러한 입장들은 사회통합의 문제는 헌법과 법생활을 떠나서 생각하기 어려움에도 불구하고, 헌법과 법을 통한 통합의 문제는 전혀 언급하고 있지 않다는 데 문제가 있는 것으로 보인다. 헌법과 법은 사회통합의 가장 핵심적인 도구라고 할 수 있을 것이다.”라고 강조하고 있다. - 방승주(2013), “사회통합과 헌법재판”, 한국법학원, 『저스티스』 통권 제134-2호(2013.2. 특집호 I), 354쪽.

24) 허영(2020)은 “헌법재판이 다른 유형의 재판작용과 달리 정치형성으로서의 특성을

특히 헌법의 개방성으로 인하여 헌법재판소가 일종의 법 창조적인 해석을 통해 헌법규범의 내용을 최종적으로 구체화하고 확정함으로써 국회, 행정부 등 정치적 헌법기관에 대한 활동범위와 한계를 제시하는 점에서 헌법재판의 정치적 성격은 더욱 뚜렷하게 드러난다고 할 수 있다. 그러나 헌법재판소의 최종 판단이 정치적 파급효과와 영향력을 가진다 하더라도 분쟁의 심사기준은 어디까지나 법규범으로서의 헌법이라는 점에서 법적 판단이며 본질적으로 사법기능에 해당한다.²⁵⁾ 따라서 대상이 되는 국가기관의 공권력작용이 과연 정치적으로 타당한지, 합목적적인지 여부에 관하여 판단하는 것이 아니라 그 행위 및 결과에 있어서 헌법적 허용 여부, 즉 위헌 여부를 판단할 뿐이다. 즉 헌법재판은 기본적으로 정치적 형성 작용이 아니라 사후적인 사법적 법인식 작용인 점에서 정치적 기관의 적극적 정치 형성 기능과는 현저한 차이가 있다. 헌법재판소는 구체적으로 ① 국회 내부에서 의사절차의 합법성 여부를 둘러싼 권한쟁의 또는 국회와 행정부 사이의 권한쟁의에 관하여 심판하면서 위헌적 법률의 효력을 무효화 또는 취소하거나, ② 국회의 탄핵소추에 의하여 고위공직자를 파면하고, ③ 정부의

가지고 있다.” 라고 하면서, 그 이유는 “헌법재판은 특히 헌법문제에 관한 다툼을 그 대상으로 하고 있고, 헌법문제에 관한 다툼은 바로 ‘정치규범으로서의 헌법’에 관한 다툼으로서 국가의 정치질서와 직결되기 때문이다.”라고 주장한다. - 허영(2020), 『한국헌법론』, 박영사, 901쪽.

25) 헌법재판의 법적 성격에 관하여는 학자들 간에 다양한 견해가 다음과 같이 대립하고 있다. ① 헌법규범에 대한 해석과 적용을 그 본질로 하는 전형적인 사법적 법인식작용이므로 이는 사법작용으로 보아야 한다는 견해, ② 헌법문제의 다툼은 그 본질상 ‘법률분쟁’이 아닌 ‘정치분쟁’이기 때문에 정치적 작용이라는 견해, ③ 헌법의 해석은 법률의 해석과 달리 헌법을 구체화하고 보충하는 기능을 가지고 있으므로 일종의 입법작용이라는 견해, ④ 입법·집행·사법의 모든 국가작용을 통제하는 기능을 가지므로 제4의 국가작용이라는 견해로 나누어진다. - 한수웅(2020), 『헌법학』, 법문사, 1389쪽. 그러나 필자는 헌법재판은 비록 분쟁의 성격상 정치와 긴밀한 연관성을 가지고 있으나, 헌법적 분쟁을 심사하는 기준은 어디까지나 최고규범으로서의 헌법이며, 헌법재판의 결정은 공권력작용의 헌법적 허용 여부에 대한 법적 판단을 통하여 최종적인 구속력을 가지므로 본질적으로는 사법기능에 해당한다고 본다.

소추에 따라 위헌정당을 해산하며, ④ 법원의 위헌법률심판 제청에 따라, 또는 국민의 헌법소원에 따라 위헌적 법률을 무효화하거나 위헌적인 공권력행사를 취소 또는 무효확인함으로써 정치에 필연적으로 관여하게 된다. 특히 정치적 쟁점을 둘러싼 권한쟁의심판, 정당해산심판과 탄핵심판은 그 성질상 정치적 영역에서 발생하는 분쟁을 사법심사를 통해 해결하는 제도이므로 그 실질적 작동 여부는 헌정질서의 유지와 국정의 안정적 운용이라는 측면에서 매우 중요하다. 이와 같이 헌법재판소는 첨예한 사회갈등의 국면에서 정치적·사회적 파장이 큰 사건들을 해결함으로써 분쟁을 종국적으로 종식시키고 정치적 평화 보장과 소수자 보호, 사회 안정에 기여하게 된다. 아래에서는 우리 사회에서 심각한 갈등을 야기하였던 구체적 사례들과 이에 대한 헌법재판소의 판단에 대하여 살펴보기로 한다. 분쟁과 갈등이 주로 문제되었던 영역에 따라 사회적 갈등과 정치적 갈등으로 나누어 살펴본다.

1. 사회적 갈등과 헌법재판

가. 제대군인 가산점 사건(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770)

이 사건은 제대군인이 공무원채용시험에 응시한 때에 가산점을 부여하는 것이 여성, 신체장애자 등 제대군인이 아닌 응시자의 평등권과 공무담임권 등 기본권을 침해하므로 재판관 전원일치의 의견(9:0)으로 위헌이라고 결정한 사건(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363)이다. 헌법재판소는 “제대군인에 대하여 여러 가지 사회정책적 지원을 강구하는 것이 필요하다 하더라도, 그것이 사회공동체의 다른 집단에게 동등하게 보장되어야 할 균등한 기회를 박탈하는 것이어서는 아니 되는데, 가산점제도는 아무런 재정적 뒷받침 없

이 제대군인을 지원하려 한 나머지 결과적으로 여성과 장애인 등 이른바 사회적 약자들의 희생을 초래하고 있으며, 각종 국제협약, 실질적 평등 및 사회적 법치국가를 표방하고 있는 우리 헌법과 이를 구체화하고 있는 전체 법체계 등에 비추어 우리 법체계 내에 확고히 정립된 기본질서라고 할 ‘여성과 장애인에 대한 차별금지과 보호’에도 저촉되므로 정책수단으로서의 적합성과 합리성을 상실한 것이다.”라고 판단하였다. 여기서 제대군인가산점 제도란 제대군인이 조기에 사회정착을 할 수 있도록 지원하기 위해 현역복무를 마치고 전역한 자와 상근예비역으로 근무를 마치고 소집 해제된 자가 6급 이하 공무원시험 등에 응시한 때 각 과목별 득점에 각 과목별 만점의 5%(2년 이상 복무) 또는 3%(2년 미만 복무)의 가산점을 부여하는 제도이다. 이 제도는 1961년부터 40년 가까이 시행되어 온 제도로서, 여성은 군에 복무한 극히 일부만이 혜택을 받을 수 있는 반면, 남성은 대부분이 그 혜택을 받을 수 있으므로 실질적으로 성별에 따른 차별을 야기하고 장애인이나 신체가 건강하지 못한 남자(병역면제자나 보충역 복무를 한 남자)도 차별하는 결과를 가져 왔다. 이에 따라 1990년대 중반부터 여성제로부터 폐지운동이 본격적으로 제기되었고, 1997년 외환위기로 취업경쟁이 치열해지고 여성의 사회참여 확대가 활발해지면서 폐지 목소리는 더욱 높아졌다.²⁶⁾ 1999년 12월 헌법재판소의 위헌결정에 의하여 이 제도가 폐지됨으로써 여성고용정책의 큰 변화를 가져왔으며, 여성과 장애인들에게 적극적인 공직사회 진출의 기회를 제공하는 계기가 되었다. 그 결과 7급 공무원 여성합격자 비율 변화를 살펴보면, 1995년 당시 여성의 합격률은 1.5%에 불과하였으나, 군가산점제도 폐지 후 실시된 2000년 17%, 2002년 28.4%, 2007년 32.3%, 2015년 37.4%로 지속적으로 상승하고 있다.²⁷⁾ 그러

26) 헌법재판소(2017), 『(현장에서 보는 또 다른 시선) 헌법재판소 결정과 대한민국의 변화: 1988-2017』, 헌법재판소 사무처 홍보심의관실, 41-43쪽.

27) 헌법재판소(2017), 앞의 책, 46쪽.

나 군가산점 제도에 대한 논란은 아직도 진행 중에 있다. 재향군인회 등 일각에서는 군복무자에 대한 인센티브 부여 내지는 군필자에 대한 역차별이라는 이유로 이를 다시 부활시키려는 움직임이 계속되고 있기도 하다.

나. 호주제 사건(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등, 판례집 17-1, 1)

이 사건은 호주제, 즉 호주를 정점으로 ‘가(家)’라는 관념적 집합체를 구성하고, 이러한 ‘가’를 직계비속남자를 통하여 승계시키는 제도(남계혈통을 중심으로 가족집단을 구성하고 이를 대대로 영속시키는 가족제도)가 헌법에 합치되지 않는다고 결정(6:3)한 사건(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등)이다. 헌법재판소는 “호주제는 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별로서, 호주승계 순위, 혼인 시 신분관계 형성, 자녀의 신분관계 형성에 있어서 정당한 이유 없이 남녀를 차별하는 제도이고, 송조(崇祖)사상, 경로효친, 가족화합과 같은 전통사상이나 미풍양속은 문화와 윤리의 측면에서 얼마든지 계승, 발전시킬 수 있으므로 이를 근거로 호주제의 명백한 남녀차별성을 정당화하기 어렵다. 호주제는 당사자의 의사나 복리와 무관하게 남계혈통 중심의가의 유지와 계승이라는 관념에 뿌리박은 특정한 가족관계의 형태를 일방적으로 규정·강요함으로써 개인을 가족 내에서 존엄한 인격체로 존중하는 것이 아니라가의 유지와 계승을 위한 도구적 존재로 취급하고 있는데, 이는 혼인·가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 헌법 제36조 제1항에 부합하지 않는다.”라고 판단하였다. 오늘날 가족관계가 매우 다변화되고, 여성의 경제력 향상, 이혼율 증가 등으로 여성이 가구주로서 가장의 역할을 맡는 비율이 점증하고 있는 상황에서 이러한 호주제는 호주승계 순위, 혼인 시 신분관계 형성과 자녀의 신분관계 형성에 있어 남녀를 차별함으로써, 모와 자녀로 구성되는 가족이나 재혼부부와 그들의 전혼소생자녀로 구성되는 가족 등 수많은 가족들이 현실적인 상황과 여건에 맞는 법률적 가족관계를 형성하

지 못하고 그로 인하여 많은 불편과 고통을 겪게 되었다. 또 무엇보다 우리 사회의 뿌리 깊은 남녀 성차별 의식의 잠재적 요인으로 작용해 왔던 사실도 무시할 수 없었다. 이러한 상황 하에서 호주제에 대한 반대운동은 1990년대 후반 여성계의 시민단체 활동으로 본격화되었고 여성인권운동의 핵심사업으로 발전하였다.²⁸⁾ 현재 결정으로 호주제는 1960년 민법 시행 이후 45년(민적법이 제정·시행된 1909년부터 계산하면 96년) 만에 역사 속으로 사라지게 되었다. 호주제 폐지로 인하여 남성중심사회에서 양성평등 사회로 가는 법적 기반이 형성되었다. 아울러 사회 전반적으로 양성평등의 방향으로 법, 제도, 관습과 국민들의 의식이 바뀌게 되었다. 가정이 수직관계에서 수평관계로 바뀌고 남녀차별, 부부차별의 가족제도가 남성과 여성의 평등, 부모와 자녀의 평등 방향으로 나아가게 되었다. 이에 따라 여성차별이라는 이유로 부성주의(父姓主義)를 규정한 민법 제781조 제1항의 개정과 여성에 대해 6개월간 재혼금지 기간을 둔 민법 제811조의 폐지도 이루어졌다.²⁹⁾ 2015년 11월 26일 미국 월스트리트 저널(WSJ)은 ‘남초 현상에 분투하는 아시아-한국은 성비 불균형의 물결을 어떻게 되돌렸는가’(Asia Struggles for a Solution to Its Missing Women Problem: How South Korea turned the tide on a demographic imbalance threatening economic growth and social structures)라는 제목의 기사에서 한국은 다른 아시아 국가와 달리, 호주제 폐지 이후 한국 전통사회의 남아선호 사상의 뿌리가 점차 흔들리기 시작하여 남녀 성비의 균형을 이루는데 성공하였다고 높이 평가하였다.³⁰⁾

28) 헌법재판소(2017), 앞의 책, 21-24쪽.

29) 2005. 3. 31. 법률 제7427호로 민법을 전문개정하면서 각기 개정 또는 삭제되었다. 헌법재판소(2017), 앞의 책, 25-32쪽.

30) WSJ, www.wsj.com, 검색일자 2019. 9. 30. <https://www.wsj.com/articles/asia-struggles-for-a-solution-to-its-missing-women-problem-1448545813>.; 동아일보, “WSJ 한국, 교육의 힘으로 남아선호 벗어나”, 이설기자, 2015.11.28., <https://www.donga.com/news/article/>

다. 시각장애인 안마사 독점사건(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등, 판례집 18-1하, 112; 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마1098등, 판례집 20-2상, 1089; 헌재 2010. 7. 29. 2008헌마664등, 판례집 22-2상, 427; 헌재 2013. 6. 27. 2011헌가39등, 판례집 25-1, 409; 헌재 2017. 12. 28. 2017헌가15, 판례집 29-2하, 264)

헌법재판소의 시각장애인 안마사 독점 사건 중 2003헌마715등 사건은 시각장애인에 한하여 안마사 자격을 부여한 보건복지부령 규정(안마사에 관한 규칙 제3조 제1항 제1호, 제2호)이 법률유보원칙 또는 과잉금지원칙에 위배되어 위헌이라고 결정(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등/7:1 위헌)한 사건이다. 현재의 이 위헌결정은 시각장애인연합회 등 유관단체의 엄청난 반발을 불러일으켰으며, 시각장애인들이 투신하기도 하였다.³¹⁾ 그렇게 되자, 2006년 9월 국회는 의료법을 개정하여 시각장애인에 한한 안마사 자격제도의 근거를 마련하였다. 이 개정 법률에 대하여 다시 헌법소원(2006헌마1098등)이 제기되었고, 사회적 논란은 지속되었다. 이에 대하여 현재는 시각장애인에 대한 복지대책이 미흡한 현실에서 안마사가 시각장애인이 선택할 수 있는 거의 유일한 직업이라는 점, 안마사 직역을 비시각장애인에게 허용할 경우 시각장애인의 생계를 보장하기 위한 다른 대안이 충분하지 않다는 점, 시각장애인은 역사적으로 교육, 고용 등 일상생활에서 차별을 받아온 소수자로 실질적 평등을 구현하기 위해서는 이들을 우대하는 조치가 필요하다는 점 등을 이유로 위 조항이 비시각장애인의 직업선택의 자유나 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다(헌재 2008. 10. 30. 2006헌마

all/20151128/75067606/1 네이버 검색일자 2019. 9. 30.

31) KBSNEWS, “시각장애인 안마사 4명 투신”, 2006. 5. 30., <https://mn.kbs.co.kr/mobile/news/view.do?ncd=1161201> 구글 검색일자 2019. 9. 30.; 복지뉴스(순천시장애인종합복지관), “시각장애인 안마사들 마포대교서 투신”, 장경민 기자, 2008. 9. 5., <http://www.scrw.or.kr/bbs/view.php?wcode=03&wnum=1286> 네이버 검색일자 2019. 9. 30.

1098등/6:3 합헌). 아울러 이 결정에서 “장애인에 대한 복지정책은 제1차적으로 장애인의 생존권을 보장하는 데 있지만 거기에 그쳐서는 안 되고, 사회통합의 이념에 기초하여 소수자인 장애인이 진정한 사회공동체의 일원으로 대우받을 수 있도록 제반 여건을 형성하는 데에도 초점을 맞추어 헌법 제10조 및 제34조에 따라 인간의 존엄과 가치를 지키며 인간다운 삶을 영위할 수 있도록 하여야 한다. 다만, 장애인에 대한 적극적인 복지정책은 때로 일반국민에 비하여 장애인을 우대하는 형태로 나타나게 되는데, 그로 말미암아 일반국민의 기본권 행사가 제한받게 될 경우 입법자로서는 장애인의 보호와 일반국민의 기본권 보장이라는 양 법익 사이에 조화와 균형을 이룰 수 있도록 하여야 하므로 그와 같은 범위 안에서 형성의 자유를 가진다.”라고 지적하였다. 현재의 합헌결정 이후에도 동일한 조항에 대하여 마사지사협회, 경혈지압학회 등 비시각장애인 단체들 또는 개인이 시각장애인만이 안마사업을 독점토록 하는 것이 위헌이라는 취지로 여러 차례 헌법소원심판 청구나 위헌법률심판제청신청을 제기하였으나, 헌법재판소는 모두 합헌결정을 하였다(헌재 2010. 7. 29. 2008헌마664등; 헌재 2013. 6. 27. 2011헌가39등; 헌재 2017. 12. 28. 2017헌가15).

라. 친일재산환수 사건(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등, 판례집 23-1상, 276)

이 사건은 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’에서 과거사 청산을 위해 친일행위로 축적한 재산을 국가로 귀속시키도록 한 것에 대해 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 사건(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등)이다.³²⁾ 헌법재판소는 “이 사건 귀속조항은 민족의 정기를 바로 세

32) 합헌 법정 의견에 대하여, ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’ 제2조 제2호 후문의 ‘이 사건 추정조항’(러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지 친일반민족행위자가 취득한 재산을 친일행위의 대가로 취득한 친일재산으로 추정)에

우고 일본제국주의에 저항한 3·1운동의 헌법이념을 구현하기 위한 것이므로 입법목적이 정당하고, 민법 등 기존의 재산법 체계에 의존하는 방법만으로는 친일재산의 처리에 난항을 겪지 않을 수 없으므로 이 사건 귀속조항은 위 입법목적 달성을 위한 적절한 수단이 된다. 위 조항은 반민구명법이 정한 여러 유형의 친일반민족행위 중에서 사안이 중대하고 범위가 명백한 네 가지 행위를 한 자의 친일재산으로 귀속대상을 한정하고 있고, 이에 해당하는 자라 하더라도 후에 독립운동에 적극 참여한 자 등은 예외로 인정될 수 있도록 규정해 두었으며, 친일반민족행위자 측은 그 재산이 친일행위의 대가로 취득한 것이 아니라는 점을 입증하여 얼마든지 국가귀속을 막을 수 있고, 선의의 제3자에 대한 보호 규정도 마련되어 있으므로 이 사건 귀속조항은 피해의 최소성원칙에 반하지 않으며, 과거사 청산의 정당성과 진정한 사회통합의 가치 등을 고려할 때 법익의 균형성 원칙에도 부합한다. 따라서 이 사건 귀속조항은 재산권을 침해하지 않는다.”라고 판단하였다. 해방 이후 일제 과거사 청산문제에 대하여는 청산작업이 실효적으로 이루어지지 못했다는 정치적·사회적 논란이 지속적으로 제기되었고, 이에 대한 사회적 공감대가 형성됨에 따라 2005년 12월 위 특별법이 제정·시행되었다. 이에 따라 친일반민족행위자재산조사위원회가 조사절차를 거쳐 친일반민족행위자 후손들의 재산을 국가로 귀속시키자, 이에 대하여 그 후손들이 헌법소원을 제기함으로써 사회적 논란을 더욱 크게 불러 일으켰다. 현재는 친일재산의 취득경위에 내포된 민족 배반적 성격, 대한민국임시정부의 법통계승을 선언한 헌법전문 등에 비추어 친일반민족행위자 측으로

관해서는 추정조항 중 ‘취득’에 ‘사정에 의한 취득’까지 포함된다고 해석하는 한 헌법에 위반된다는 2인(이동흡, 목영준)의 한정위헌 반대의견이, 위 특별법 제3조 제1항 본문의 ‘이 사건 귀속조항’(친일재산을 그 취득·증여 등 원인행위 시에 국가의 소유로 하도록 규정)에 관해서는 별도의 헌법적 근거 없이 진정소급입법에 의해 재산권을 박탈하므로 헌법 제13조 제2항에 위반된다는 2인(이강국, 조대현)의 위헌 반대의견이 각기 있다.

서는 친일재산의 소급적 박탈을 충분히 예상할 수 있었으며, 친일재산 환수 문제는 그 시대적 배경에 비추어 역사적으로 매우 이례적인 공동체적 과업으로서 이러한 소급입법의 합헌성을 인정한다고 하더라도 이를 계기로 진정소급입법이 빈번하게 발생할 것이라는 우려는 충분히 불식될 수 있으므로 귀속조항은 예외적으로 정당화될 수 있는 진정소급입법에 해당하고, 귀속되는 재산의 범위가 과도하지 않으므로 재산권을 침해하지 않는다는 이유로 합헌선언을 함으로써 논란을 종식시켰다. 이 결정으로 친일재산 환수작업은 중단 없이 지속될 수 있었으며 1,000억 원 이상의 토지가 국가로 귀속되는 등 10년 이상이 지나면서 상당부분 정리되었다.³³⁾

마. 긴급조치 사건(헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70등, 판례집 25-1, 180)

이 사건은 유신헌법 제53조에 따라 발령된 대통령 긴급조치 제1호(1974. 1. 8. 제정, 1974. 8. 23. 해제), 제2호(1974. 1. 8. 제정), 제9호(1975. 5. 13. 제정, 1979. 12. 7. 해제)에 대하여 위헌심판 권한이 헌법재판소에 있고 모두 헌법에 위반된다고 재판관 전원일치의 의견(8:0)으로 결정한 사건이다 (헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70등). 유신헌법 하에서 정부에 비판적인 태도를 보였던 많은 사람들이 위 긴급조치에 의해 처벌을 받았다. 그러나 당시의 억압적인 시대분위기와 긴급조치에 대한 사법심사를 금하는 유신헌법 규정 등으로 인해 긴급조치의 위헌여부 판단이 제대로 이루어지지 못했다. 그 뒤 민주화가 된 이후 2000년대 들어 과거사 진상규명 움직임에 따라 긴급조치위반 사건들에 대하여 재심이 개시되었고 긴급조치의 위헌여부 문

33) 친일재산조사위는 2006년부터 2010년까지 4년 간 활동했다. 친일파 168명의 부동산 2,457필지, 1,300만㎡를 환수했다. 공시지가로 1,267억 원 어치였다. - SBS, “[마부작침] 끝나지 않은 ‘친일 청산’ - 친일 재산 환수. 정의를 언제까지 지연할 것인가”, 심영구기자 외 3인, 2019. 8. 17. 17:55, <https://news.sbs.co.kr/> 검색일자 2019. 9. 30.

제가 본격적으로 제기되기 시작했다. 헌법재판소는 유신헌법에 대한 비판, 유신헌법 개정 주장, 유언비어 날조 등을 처벌하면서 그 위반자는 법관의 영장 없이 체포·구속·압수·수색할 수 있다고 규정했던 긴급조치 제1호와 이를 위반한 자를 심판하기 위해 설치했던 비상군법회의의 조직법이었던 긴급조치 제2호는, 대한민국 헌법의 근본원리인 국민주권주의와 자유민주적 기본질서에 부합하지 않으므로 목적의 정당성과 방법의 적절성이 인정되지 않는다고 판단했다. 구체적으로는 국가긴급권의 발동이 필요한 상황과는 전혀 상관없이 헌법과 관련하여 자신의 견해를 단순하게 표명하는 모든 행위까지도 처벌하고, 처벌의 대상이 되는 행위도 구체적으로 특정하고 있지 않으므로 이는 표현의 자유 제한의 한계를 일탈하여 국가형벌권을 자의적으로 행사한 것이고, 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되며, 국민의 헌법개정권력 행사와 관련된 참정권, 국민투표권, 영장주의 및 신체의 자유, 법관에 의한 재판받을 권리 등을 침해한다고 선언하였다. 아울러 학생의 모든 정치관여행위를 금지하고 그 위반자에 대해서는 제적을 명하고 소속학교의 휴업, 휴교, 폐쇄조치를 할 수 있도록 한 긴급조치 제9호에 대해서도 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정하지 않았다. 또 제9호는 학생의 집회·시위의 자유, 학문의 자유와 대학의 자율성 내지 대학자치의 원칙을 본질적으로 침해하고 헌법상 자기책임의 원리에도 위반된다고 선언하였다. 위 현재결정의 가장 큰 의미는 긴급조치가 외형상으로는 당시 유신헌법에 법적 근거를 두고 있었으나, 현행헌법에 비추어 실은 위헌적인 행위이며 그와 같은 전체주의적 인권침해는 우리 헌법상 결코 용납될 수 없음을 확인하고, 그러한 폭력적 억압의 시대가 결코 다시 반복되어서는 안 된다는 확고한 역사적 반성을 천명했다는 사실이다. 아울러 이를 통해 권위주의 시대의 공권력 남용을 법적으로 청산함과 동시에 그 피해자들에 대한 법적 배상 및 보상의 길을 열어 놓았다는 점에 있다. 현재의 결정은 큰 파장을 몰고 왔다. 위헌결정이 난 후 긴급조치 제1·2·9호 관련자들이

국가를 상대로 영장 없는 체포와 감금·가혹행위를 이유로 한 형사보상금 청구와 손해배상청구 소송을 잇달아 제기했다.³⁴⁾ 한편, 종래의 대법원 판례는 긴급조치는 유신헌법에 근거한 것으로서 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다거나 대통령의 통치행위로서 그 위헌 여부를 다룰 수 없다고 판시해 왔다(대판 1975. 4. 8. 74도3323; 77. 3. 22. 74도3510; 대결 77. 5. 13. 77모19 등). 그러나 2010. 12. 16. 대법원 전원합의체는 긴급조치 제1호 위반 재심사건에 대하여 무죄 선고를 하면서 현재의 위헌심사 대상이 되는 법률은 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률을 의미하고 형식적 의미의 법률이 아닌 경우에는 국회의 동의나 승인과 같이 국회의 입법권 행사라고 평가할 수 있는 실질을 갖추어야 하는데, 긴급조치는 이에 해당하지 아니하므로 위헌여부의 심사권한이 대법원에 있고, 긴급조치가 헌법상 요구되는 발동요건을 갖추지 않은 채 국민의 기본권을 침해하였으므로 위헌 무효라고 선언하였다(대판 2010. 12. 16. 2010도5986). 현재의 위 위헌결정 이후 대법원은 2013년 4월 긴급조치 제9호에 대하여도 동일한 이유로 위헌 무효를 선언하였고(대결 2013. 4. 18. 2011초기689), 같은 해 5월 긴급조치 제4호에 대해서도 위헌무효를 선언하였다(대판 2013. 5. 16. 2011도2631). 이러한 대법원의 위헌판결은 그 이유의 당부를 논외로 하더라도 현재의 위헌결정과 달리 대세적 효력을 갖지 않고 그 효력이 당해사건에 국한된다는 한계를 가지고 있었다. 즉 변경된 대법원 판례는 새로운 증거가 나타나거나 수사·재판과정의 명백한 위법이 판결로 확인되어 법원이 재심신청을 받아들인 사건에만 적용할 수밖에 없어 이에 해당하지 않는 국민의 입장에서 결코 만족할 만한 해결책이 되지 못하였다.³⁵⁾ 이와 함께 대법원은 긴급조치 피해자들에 대한 국가배상 문제와 관련해서는 유신헌법상의 긴급조치를 적용한 수사·재판은 그 당시 위헌무효 선언되지 아니하였던 이상,

34) 헌법재판소(2017), 앞의 책, 267쪽.

35) 헌법재판소(2017), 앞의 책, 264-265쪽.

그 자체로는 불법행위가 아니라서 손해배상의 대상이 되지 않는다고 하거나(대판 2014. 10. 27. 2013다217962),³⁶⁾ 긴급조치가 위헌·무효로 선언되었다 하더라도 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 대통령이 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다는 판결을 하여(대판 2015. 3. 26. 2012다48824),³⁷⁾ 새로운 사회적 논쟁을 불러일으켰다. 이들 대법원 판결에 대하여 ‘민주사회

36) “형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌결정으로 소급하여 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 그 법령이 위헌으로 선언되기 전에 그 법령에 기초하여 수사가 개시되어 공소가 제기되고 유죄판결이 선고되었더라도, 그러한 사정만으로 수사기관의 직무행위나 법관의 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하여 국가의 손해배상 책임이 발생한다고 볼 수는 없다. ‘긴급조치 제9호’는 그 발령의 근거가 된 ‘유신헌법’ 제53조가 규정하고 있는 요건 자체를 결여하였을 뿐만 아니라, 민주주의의 본질적 요소이자 유신헌법과 현행 헌법이 규정한 표현의 자유, 영장주의와 신체의 자유, 주거의 자유, 청원권, 학문의 자유를 심각하게 제한함으로써 국민의 기본권을 침해한 것으로 위헌·무효라고 할 것이다. 그러나 당시 시행 중이던 긴급조치 제9호에 의하여 영장 없이 피의자를 체포·구금하여 수사를 진행하고 공소를 제기한 수사기관의 직무행위나 긴급조치 제9호를 적용하여 유죄판결을 선고한 법관의 재판상 직무행위는 유신헌법 제53조 제4항이 ‘제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다.’고 규정하고 있었고 긴급조치 제9호가 위헌·무효임이 선언되지 아니하였던 이상, 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당한다고 보기 어렵다. 다만 긴급조치 제9호 위반의 유죄판결에 대하여 재심절차에서 무죄판결이 확정되었다면 피고인이나 그 상속인은 일정한 요건 아래 「형사보상 및 명예회복에 관한 법률」에 따른 형사보상을 청구하여 그 피해에 대한 정당한 보상을 받을 수 있을 것이다.”(출처: 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다217962 판결 [손해배상청구의소] > 종합법률정보 판례)

37) “긴급조치 제9호가 사후적으로 법원에서 위헌·무효로 선언되었다고 하더라도, 유신헌법에 근거한 대통령의 긴급조치권 행사는 고도의 정치성을 띤 국가행위로서 대통령은 국가긴급권의 행사에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 대통령의 이러한 권력행사가 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성한다고는 볼 수 없다.”(출처: 대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결 [손해배상(기)] > 종합법률정보 판례)

를 위한 변호사모임’은 2015년 8월 “법원과 헌재가 위헌으로 본 내용을 판결에 적용해 기본권을 침해한 경우여서 심판대상이 된다.”는 이유로 헌법소원심판을 청구하면서, 법원판결에 대한 헌법소원을 금지하는 헌법재판소법 제68조 제1항에 대해서도 헌법소원을 제기하는 등 법적 논란이 계속되었다.³⁸⁾ 이에 대하여, 헌재 2018. 8. 30. 2015헌마861등 결정(판례집 30-2, 429) 및 헌재 2019. 2. 28. 2016헌마56 결정(판례집 31-1, 164)은 대법원의 판결을 다투는 청구는 재판소원임을 이유로 부적법 각하하고, 헌법재판소법 제68조 제1항에 대한 청구는 기각하였다. 또 헌재 2020. 3. 26. 2016헌바55등 결정(공보 282호, 462)은 긴급조치 사안 관련 국가배상청구권의 성립 요건으로서 공무원의 고의 또는 과실을 규정하여 무과실책임을 인정하지 않은 구 국가배상법 제2조 제1항 본문 중 ‘고의 또는 과실로’ 부분이 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다. 한편, 청구인 중 긴급조치로 인한 피해자가 있었던 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180등 결정(판례집 30-2, 259)³⁹⁾에서는, ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 심의 위원회’의 보상금 등 지급결정에 동의한 경우 재판상 화해가 성립된 것으로 간주하는 구 ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’ 제18조 제2항은 ‘민주화운동과 관련하여 입은 피해’ 중 불법행위로 인한 정신적 손해에 관한 부분은 국가배상청구권을 침해하여 헌법에 위반된다고 판단하였다. 또한 헌재

38) CBS노컷뉴스, “민변 ‘긴급조치 정당화’ 대법 보수적 판결에 헌법소원”, 이지혜 기자, 2015.08.24., [www. nocutnews.co.kr/news/](http://www.nocutnews.co.kr/news/) 네이버 검색일자 2019.09.30.

39) “민주화보상법상 보상금 등에는 정신적 손해에 대한 배상이 포함되어 있지 않은바, 이처럼 정신적 손해에 대해 적절한 배상이 이루어지지 않은 상태에서 적극적·소극적 손해에 상응하는 배상이 이루어졌다는 사정만으로 정신적 손해에 대한 국가배상청구마저 금지하는 것은, 해당 손해에 대한 적절한 배상이 이루어졌음을 전제로 하여 국가배상청구권 행사를 제한하려 한 민주화보상법의 입법목적에도 부합하지 않으며, 국가의 기본권 보호의무를 규정한 헌법 제10조 제2문의 취지에도 반하는 것으로서, 국가배상청구권에 대한 지나치게 과도한 제한에 해당한다. 따라서 심판대상조항 중 정신적 손해에 관한 부분은 민주화운동 관련자와 유족의 국가배상청구권을 침해한다.”(출처: 헌법재판소 2018. 8. 30. 2014헌바180등 결정, 헌법재판소 판례검색)

2018. 8. 30. 2014헌바148등 결정(판례집 30-2, 237)⁴⁰⁾(청구인 중 긴급조치 피해자는 없음)은, ‘민간인 집단 희생사건’, ‘중대한 인권침해사건·조작의혹사건’ 등의 경우 불법행위로 인한 손해배상청구권 소멸시효와 관련하여 ‘불법행위를 한 날’을 소멸시효 기산점으로 하는 민법 조항들을 그대로 적용(하도록 규정)하는 것은 헌법에 위반된다고 판단하였다. 이는 헌법 제10조 제2문에 따라 개인이 가지는 기본권을 보장할 의무를 지는 국가가 오히려 국민에 대해 불법행위를 저지른 경우에 사후적으로 회복·구제하기 위해 마련된 특별한 기본권으로서 국가배상청구권의 보장 필요성과 입법형성의 지도 원리 등을 해명하고, 국가폭력 피해자가 금전적 배상을 받을 길을 열어 놓은 결정이다. 이 위헌 결정의 효력에 따라 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다233686 판결은 피해자의 국가배상청구에 대한 국가의 장기소멸시효 완성 항변을 배척하였다.

40) “불법행위의 피해자가 ‘손해 및 가해자를 인식하게 된 때’로부터 3년 이내에 손해배상을 청구하도록 하는 것은 불법행위로 인한 손해배상청구에 있어 피해자와 가해자 보호의 균형을 도모하기 위한 것이므로, 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호에 규정된 사건에 민법 제766조 제1항의 ‘주관적 기산점’이 적용되도록 하는 것은 합리적 이유가 인정된다. 그러나, 국가가 소속 공무원들의 조직적 관여를 통해 불법적으로 민간인을 집단 희생시키거나 장기간의 불법구금·고문 등에 의한 허위자백으로 유죄판결을 하고 사후에도 조작·은폐를 통해 진상규명을 저해하였음에도 불구하고, 그 불법행위 시점을 소멸시효의 기산점으로 삼는 것은 피해자와 가해자 보호의 균형을 도모하는 것으로 보기 어렵고, 발생한 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 지도원리에도 부합하지 않는다. 그러므로 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호에 규정된 사건에 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 ‘객관적 기산점’이 적용되도록 하는 것은 합리적 이유가 인정되지 않는다. 결국, 민법 제166조 제1항, 제766조 제2항의 객관적 기산점을 과거사정리법 제2조 제1항 제3, 4호의 민간인 집단희생사건, 중대한 인권침해·조작의혹사건에 적용하도록 규정하는 것은, 소멸시효제도를 통한 법적 안정성과 가해자 보호만을 지나치게 중시한 나머지 합리적 이유 없이 위 사건 유형에 관한 국가배상청구권 보장 필요성을 외면한 것으로서 입법형성의 한계를 일탈하여 청구인들의 국가배상청구권을 침해한다.”(출처: 헌법재판소 2018. 8. 30. 2014헌바148등 결정, 헌법재판소 판례검색)

바. 간통죄 사건(헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17등, 판례집 27-1상, 20)

이 사건은 간통 및 상간행위를 2년 이하의 징역에 처하도록 하는 형법 제241조 간통죄가 헌법에 위반된다고 결정한 사건이다(헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17등/7:2 위헌). 이 위헌결정이 있기 전 헌법재판소는 모두 네 차례에 걸쳐 간통죄 조항이 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고한 바 있다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306/6:3 합헌; 헌재 1993. 3. 11. 90헌가70, 판례집 5-1, 18/6:3 합헌; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 480/8:1 합헌; 헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17등, 판례집 20-2상, 696/4:5 합헌). 간통죄는 그동안 우리 사회에서 여성의 지위가 상대적으로 취약했던 상황에서 여성과 가정을 사실상 보호하는 역할을 해온 점을 무시할 수 없었으나, 개인의 자유가 중시되는 개방사회로 급속히 발전하면서 큰 사회적 논란을 불러왔다. 특히 간통죄의 특성상 그 수사나 재판과정에서 간통 현장의 적발과 관련한 인권침해는 물론, 개인 간의 은밀한 사적·성적 영역이 세간에 노출되어 세인의 관음적 흥미를 끌게 됨으로써 이로 인한 인권침해의 문제도 적지 않았을 뿐 아니라, 특히 정치인의 경우 정치적으로 악용되거나 유명인의 경우에도 이로 인한 피해가 적지 않았다. 현재의 네 차례에 걸친 합헌결정에서 보는 바와 같이, 재판관들의 인식과 의견도 당시 사회 상황에 따라 많은 고민이 있었음을 보여 주고 있다. 여성계는 일반여성들의 간통죄 폐지 반대여론과 함께 진보성향의 여성단체는 찬성 견해를 표명하여 입장이 나뉘어 있었고, 유림단체나 기독교계는 폐지 반대 입장을 주장해 왔다.⁴¹⁾ 현재의 간통죄에 대한 위헌결정의 이유는 재판관 5인은 사회구조 및 결혼과 성에 관한 국민의 의식이 변화되고, 성적 자기결정권을 중요시하는 인식이 확산됨에 따라 간통행위에 대한 형사처벌이 적정한지에 대해 더 이상 국민의 의식이 일치되지 않으며, 간통죄의 보

41) 헌법재판소(2017), 앞의 책, 433-438쪽.

호법적인 혼인과 가정의 유지는 당사자의 자유로운 의사와 애정에 맡겨야지 형벌을 통하여 타율적으로 강제될 수 없고, 간통죄의 처벌 비율과 사회적 비난 역시 상당한 수준으로 낮아져 형사정책적 효과를 거두기도 어려우므로 간통죄에 대한 형사처벌은 과잉금지원칙에 위배하여 성적 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해한다고 판단하였다. 이에 대해 위헌의견을 표명한 다른 재판관 1인은 사실상 혼인관계의 회복이 불가능한 파탄상태로 인해 배우자에 대한 성적 성실의무를 더 이상 부담하지 않는 간통행위나 미혼인 상간자의 상간행위와 같이 비난가능성 내지 반사회성이 없는 경우가 있음에도 불구하고 일률적으로 형사처벌하는 것은 성적 자기결정권을 과도하게 제한하는 국가형벌권의 과잉행사로서 헌법에 위반된다고 보았다. 또 다른 재판관 1인은 소극적 소추조건인 중용이나 유서의 개념이 명확하지 않아 수범자인 국민이 국가공권력의 행사의 범위와 한계를 확실히 예측할 수 없으므로 명확성원칙에 위배되며, 반드시 징역형으로만 응징하도록 한 것은 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 배제함으로써 책임과 형벌간의 비례의 원칙에 위배되어 헌법에 위반된다고 보았다. 한편, 합헌의견을 표명한 재판관 2인은 간통은 일부일처제에 기초한 혼인이라는 사회적 제도를 훼손하는 것이고, 이를 형사처벌하도록 한 입법자의 판단이 자의적이지 않으며, 구체적인 경우 위법성이 조각될 여지도 있고 형벌이 지나치게 과중하지도 않다는 등의 이유로 합헌이라는 의견을 개진하였다. 결국, 위헌의견 중 2인의 재판관은 간통죄의 처벌대상이 부적정하거나 형벌이 과중하다는 등 사실상 간통죄의 존치를 전제로 하는 의견이므로, 간통죄가 완전히 폐지되어야 한다는 의견은 5인에 불과하다. 따라서 간통죄의 종국적 폐지 여부와 폐지에 따른 보완대책(여성 및 가정 보호)에 대해서는 국회에서 국민여론 수렴과 논의과정을 거쳐 최종결론을 도출하는 것이 타당하다고 할 것이다.⁴²⁾

42) 국회는 이러한 고려가 전혀 없이 2016. 1. 6. 법률 제13719호에 의해 형법에서 간통

2. 정치적 갈등과 헌법재판

가. 수도이전 사건(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1)

이 사건은 노무현 정부가 선거공약사항을 이행하기 위해 신행정수도를 충청권에 건설하여 대한민국의 수도를 이전하는 것을 내용으로 하는 ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법’에 대하여 위헌결정을 한 사건(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등/위헌 8: 각하 1)이다. 그 이유는 서울이 수도라는 점은 불문의 관습헌법이므로 헌법 개정절차에 의하여 새로운 수도 설정의 헌법조항을 신설함으로써 실효되지 아니하는 한 헌법으로서의 효력을 가지는 바, 헌법 제130조에 의하면 헌법의 개정은 반드시 국민투표를 거쳐야만 하는데, 신행정수도법은 헌법개정사항인 수도 이전을 헌법 개정절차를 밟지 아니하고 단지 법률제정의 형태로 실현시킨 것이므로 이는 헌법개정에 있어 국민이 가지는 국민투표권을 침해한 것으로서 헌법 제130조에 위반된다(7인의 다수의견; 그밖에 “수도이전에 관한 의사결정을 국민투표에 붙이지 아니하는 것은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 헌법 제72조에 위반된다.”는 1인의 별개위헌의견이 있음)는 취지이다. 수도이전이 핵심적 헌법사항으로서 관습헌법에 해당한다는 근거에 대하여는 서울이 우리나라의 수도인 것은 조선시대 이래 600여 년간 당연한 규범적 사실이 되어 왔으므로 전통적으로 형성되어 있는 계속적 관행이라고 평가할 수 있고(계속성), 이러한 관행은 변함없이 오랜 기간 실효적으로 지속되어 중간에 깨어진 일이 없으며(항상성), 서울이 수도라는 사실은 우리나라의 국민이라면 개인적 견해 차이를 보일 수 없는 명확한 내용을 가진 것으로서(명료성), 오랜 세월 굳어져 와 국민들의 승인과 폭넓은 컨센서스를 이미 얻어(국민

죄를 삭제, 폐지하였다.

적 합의), 국민이 실효성과 강제력을 가진다고 믿고 있는 국가생활의 기본 사항이라는 것이다. 따라서 서울이 수도라는 점은 “우리의 제정헌법이 있기 전부터 전통적으로 존재하여온 헌법적 관습이며 우리 헌법조항에서 명문으로 밝힌 것은 아니지만 자명하고 헌법에 전제된 규범으로서, 관습헌법으로 성립된 불문헌법에 해당한다.”고 판단하였다. 신행정수도법의 추진과정에서 이 문제는 엄청난 정치적 논쟁을 불러왔다. 현재결정 직전 여론조사 결과는 팽팽하게 대립했다. 2004년 6월 동아일보와 코리아리서치센터가 시행한 여론조사에서는 수도이전에 대한 찬성이 41%, 반대가 50%였으나, 리서치앤리서치의 여론조사에서는 찬성(47.5%)이 반대(43.3%)보다 높았고, 한국갤럽의 조사에서는 반대(48%)가 찬성(46.2%)보다 높았으며, 현대리서치조사에서는 찬성이 40.9%, 반대가 51.0%였다.⁴³⁾ 그러나 현재결정 이후 논란은 급속히 일단락 됐다. 결정 직후인 2004년 10월 21일 중앙일보 조사에 따르면 ‘현재의 결정에 따라 수도이전 계획을 전면 중단해야 한다.’는 의견이 66%로, ‘개헌을 해서라도 수도를 이전해야 한다.’는 의견 30%를 압도했다. 수도이전 전면 중단 의견은 서울 79%, 인천과 경기 73% 등 수도권 지역에서 높게 나타났고 연령별로는 40대(74%), 50대(74%) 등 중년층 이상이 높게 나타났다. 한편 개발 반사이익을 기대했던 충청권의 반발은 피할 수 없었고, 현재의 관습헌법 논리를 둘러싼 비판도 제기되었다.⁴⁴⁾

나. 미디어법 권한쟁의 사건(현재 2009.10.29. 2009헌라8등, 판례집 21-2하, 14)

이 사건은 당시 야당이던 민주당 등 소속 국회의원들이 국회의장 등을 상대로 ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률 전부개정법률안’, ‘방송법

43) 헌법재판소(2017), 앞의 책, 77쪽.

44) 헌법재판소(2017), 앞의 책, 77쪽.

일부개정법률안’, ‘인터넷멀티미디어 방송사업법 일부개정법률안’ 등 소위 미디어법안의 심의·표결 등 처리과정에서 국회의원의 심의·표결권을 침해하였다고 제기한 권한쟁의심판 사건으로서, 헌법재판소는 피청구인 국회의장 등이 2009. 7. 22. 개의된 국회 본회의에서 위 신문법안과 방송법안 등 2개 법률안을 직권 상정하여 가결을 선포한 행위는 청구인인 국회의원들의 심의·표결권을 침해하였다고 결정(신문법안 6:3, 방송법안 5:4)하면서도, 두 법률안의 가결선포행위에 관한 무효확인 청구는 기각(신문법안 6:3, 방송법안 7:2)하였다(헌재 2009. 10. 29. 2009헌라8등). 당시 여당인 한나라당은 방송산업의 경쟁력을 강화하고 미디어 산업의 발전을 꾀한다는 명분으로 지상파의 20%, 종합편성·보도전문채널 PP의 49%까지 신문과 자본의 방송시설 참여가 가능하도록 하고, 방송사 지배주주 1인의 소유제한이 30%에서 49%로 상향하는 등의 미디어법안의 개정을 추진하였다. 이에 대해 민주당과 언론노조 등 야권은 미디어법 개정이 언론의 다양성을 해치고 여론의 독과점을 가져오는 악법으로서 여당과 재벌, 수구언론이 여론을 장악함으로써 장기집권의 토대를 만들려는 술수라고 하면서 격렬하게 대립하였다.⁴⁵⁾ 현재는 피청구인이 신문법안을 다른 법안들과 일괄 상정하고 위원회의 심사를 거치지 않았음에도 질의·토론 없이 또 의안내용을 사전에 제공하지 않은 채, 신문법 수정안에 대한 표결을 선포하였고, 신문법 수정안이 회의진행시스템에 입력되자마자 약 30초 후에 투표가 시작된 점 등을 고려할 때, 청구인들이 표결 선포 전에 질의나 토론신청을 준비하는 것은 물리적으로 불가능하였으며 이러한 사정을 종합하면, 피청구인의 의사진행은 청구인들에게 신문법 수정안에 대한 질의·토론을 신청할 수 있는 기회를 사전에 부여하였다고 볼 수 없다거나, 국회의장이 질의·토론 신청이 있었는지 여부를 확인하거나 이를 언급도 하지 아니한 채 질의·토

45) 중앙일보, “미디어 법안 막아내는 것은 한나라당 장기 집권 막는 것”, 이상복·천인성 기자, 2009. 1. 2., <https://news.joins.com/article/3441936> 구글 검색일자 2019. 9. 30.

론을 생략하고 곧바로 표결처리에 나아가는 의사진행은 국회의장의 의사진행 권한의 한계를 넘어 청구인들의 질의·토론의 기회를 봉쇄하는 것으로서 정당화될 수 없으므로 국회법 제93조를 위반하여 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다고 판단하였다(6인 다수의견). 또 방송법 수정안 가결선포행위에 대하여는 1차 투표 결과 재석의원 부족으로 가결이 되지 아니하자 재투표를 독려하여 2차 투표를 한 후 가결선포한 행위는, 전자투표에 의한 표결의 경우 국회의장의 투표종료선언에 의하여 투표결과가 집계됨으로써 안전에 대한 표결 절차는 실질적으로 종료되므로, 1차 투표가 종료되어 재석의원 과반수의 출석에 미달되었음이 확인된 이상 방송법 수정안에 대한 국회의 의사는 부결로 확정되었다고 보아야 하므로, 피청구인이 이를 무시하고 재표결을 실시하여 그 표결 결과에 따라 방송법안의 가결을 선포한 행위는 일사부재의 원칙에 위배하여 청구인들의 표결권을 침해한다고 판단하였다(5인 다수의견). 아울러 신문법안 가결선포행위에 대한 무효확인 청구에 대하여는 국회입법에 대한 자율권을 존중하여 위헌·위법상태의 시정은 피청구인에게 맡겨두는 것이 타당하다거나, 헌법규정을 명백히 위반한 경우에 해당하지 않는다는 등의 이유로 기각하였으며(6인 다수의견), 방송법안 가결선포행위에 대하여도 국회법에 위반하여 청구인들의 심의·표결권을 침해하였으나 그 하자가 입법절차에 관한 헌법규정을 위반하는 등 취소 또는 무효로 할 정도에 해당한다고 보기 어렵다거나 국회의 자율적 의사결정에 의해 해결할 영역이라는 등의 이유로 기각하였다(7인 다수의견). 현재의 이러한 결론은 이 사건의 심판대상은 법률 개정행위로서 국회 절차과정에서 위법성은 인정되나 법률은 유효하다는 것으로 이에 대하여 야당과 진보언론, 법학계에서 많은 비판이 있었다.⁴⁶⁾ 그러나 법률의 제·개정 과정에 있어서의 위법은 그 하자가 중대하지 아니한 이상 가급적 정

46) 법률신문, “‘미디어관련법’ 현재결정… 법학계서 논란”, 류인하 기자, 2009. 10. 30., www.lawtimes.co.kr 네이버 검색일자 2019. 9. 30.

치적 형성권을 가진 의회에 그 해결을 맡긴다는 것으로 삼권분립의 정신에 따라 입법부를 존중한다는 의미라고 할 수 있다. 어쨌든 위 결정에서 국회 의원의 심의·표결권이 침해되었다는 현재의 확인으로 국회는 법질서와 합치하는 상태를 회복해야 할 의무를 지게 되었다. 그럼에도 국회가 이에 따른 조치를 이행하지 아니하자, 2009년 12월 청구인들 중 일부는 새로 발의한 신문법, 방송법 폐지법률안에 대한 심의·표결권을 행사할 수 있도록 아무런 조치도 취하지 아니한 국회의장의 부작위가 청구인들의 심의·표결권을 침해하였다고 주장하며, 2차 미디어법 권한쟁의심판을 청구하였다(2009헌라12). 이에 대해 현재는 권한쟁의심판의 기속력에 의하여 위헌·위법성을 제거하는 방법은 전적으로 국회에 맡겨져 있다는 이유로 기각하였다(현재 2010. 11. 25. 2009헌라12, 판례집 22-2하, 320).⁴⁷⁾ 당시 개정법률에 따라 신설된 종편 다수가 보수적 색채가 강하고 정치적 편향이 심할 것이라는 우려와 논란이 있었으나, 2016년 말 탄핵정국에서 종편의 활약을 돌이켜 보면 매우 역설적인 결과라고 아니할 수 없다.

다. 통합진보당 해산 사건(현재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1)

이 사건은 헌법재판소가 결정한 우리 헌정사상 최초의 정당해산 사건으로서, 정부의 정당해산 청구에 따라 헌법재판소가 통합진보당의 목적과 활동이 헌법상 민주적 기본질서에 위배됨을 이유로 동 정당을 해산하고 소속 의원직을 상실하게 한 사건이다(현재 2014. 12. 19. 2013헌다1/인용 8: 기각 1). 이 결정으로 통진당의 잔여재산은 국고에 귀속되었고, 유사한 대체정당도 금지되었다. 헌법재판소는 이 결정에서 우리 헌법 제8조 제4항의 ‘민주

47) 동 결정의 의견은 각하 4: 기각 1: 인용 4로 나뉘어졌으나, 어느 의견도 독자적으로 심판정족수를 충족하지 못하여 종래 헌법재판소 실무례로 적용하고 있는 주문별 평결방식에 따라 법정의견은 ‘기각’이 되었다.

적 기본질서'는 개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적, 자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말하며, 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적인 권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 주요한 요소라고 하였다. 또한 민주적 기본질서에 '위배'된다는 것은 민주적 기본질서에 대하여 실질적인 해악을 끼칠 수 있는 구체적 위험성을 초래하는 경우를 의미한다고 하였다. 이에 더하여 정당해산이 정당화되기 위해서는 엄격한 비례원칙을 충족해야 한다고 했다. 이상의 요건해석을 바탕으로, 현재는 통진당의 목적이 민주적 기본질서에 위배된다고 판단했다. 통진당이 내걸었던 강령 등의 문언적 의미 외에 그 도입경위, 현재 당을 주도하고 있는 세력의 이에 대한 인식 및 이념적 지향점을 종합적으로 살펴보면, 통진당 주도세력의 목표는 최종적으로 북한식 사회주의의 실현에 있고, 북한식 사회주의는 우리 헌법상 민주적 기본질서에 반한다는 것이다. 또한 일부 당원들이 내란관련 회합을 개최한 것은 개최경위, 참석자들의 당내 지위, 이 사건에 대한 당의 옹호 태도 등을 종합할 때, 통진당의 활동으로 귀속된다고 판단했다. 나아가 통진당의 비례대표 부정경선 등의 행위에 대하여도 민주주의 원리에 위반됨을 지적했다. 이와 같이 통진당의 목적과 활동이 민주적 기본질서에 위배됨을 확인한 후, 이를 이유로 정당을 해산하는 것이 비례원칙에 부합하는지 여부도 추가로 검토하였다. 현재는 북한식 사회주의를 실현하고자 하는 통진당의 목적과 활동에 내포된 중대한 위험성, 대한민국 체제를 파괴하려는 북한과 대치하고 있는 특수한 상황, 해산 결정 외에는 통진당의 고유한 위험성을 제거할 수 있는 다른 대안이 없는 점, 그리고 민주적 기본질서의 수호가 정당해산 결정으로 인한 통진당의 정당활동의 자유에 대한 제약 등에 비하여 중요한 점 등을 들어 해산결정이 비례원칙에 위배되지 않는다고 판단했다.

이 사건은 우리 사회의 오래되고 뿌리 깊은 이념과 북한 문제에 대한 논쟁이 폭발한 사안으로 통진당 소속 국회의원이던 이석기가 내란음모 사건으로 재판을 받게 되면서 이 논쟁은 정치권과 언론, 재야단체 등에서 더욱 치열하게 전개되었다. 이 의원은 1심에서 내란음모와 내란선동 모두 유죄판결을 받았다. 그러나 항소심인 서울고법은 1심과 달리 내란선동 혐의만 유죄로 인정하고 내란음모 혐의에 대해선 무죄를 선고했다(대법원은 2015. 1. 이를 그대로 확정했다.). 이로 인하여 헌법재판소 법정 안팎에서는 더욱 격렬한 논쟁이 이어졌다. 그러나 그 뒤 이어진 현재의 정당해산 결정으로 이념논쟁은 법적으로 큰 가닥을 잡았고, 특히 극좌사상이나 종북 사회주의는 우리 헌법질서 하에서는 더 이상 용납되지 않는다는 인식이 확산되었다. 현재 결정 직후 중앙일보 조사연구팀이 2014년 12월 실시한 여론조사에서 ‘통진당은 이 전의원과 지하 혁명조직 등이 주도하는 정당으로 민주적 기본질서에 위협이 된다.’는 현재결정의 근거에 동의한다는 응답자가 69.7%에 달했다. 이는 통진당 해산에 반대하는 응답자 중에서도 일부는 이 질문에 동의했다는 분석이 가능하다. 실제로 새정치민주연합 지지층에서도 과반(51.9%)이 동의한다고 응답했다. 현재결정이 ‘당연한 심판’이라는 답변은 58.7%인데 반해, ‘민주주의 체계의 기초인 정당 활동 자유에 대한 훼손’이라는 답변은 33.8%에 그쳐, 통진당 해산 결정을 수긍하는 기류가 확연히 강했다고 할 수 있다. 이밖에도 여론조사 전문기관 리얼미터가 행한 여론조사에서도 ‘올바른 결정’이라는 의견(60.7%)이 ‘무리한 결정’이라는 의견(28.0%)을 2배 이상 압도하는 것으로 나타났다.⁴⁸⁾

라. 국회선진화법 권한쟁의 사건(헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1, 판례집 28-1하, 170)

제18대 국회(2008-2012)는 쟁점법안 통과를 둘러싸고 지속적으로 물리적

48) 헌법재판소(2017), 앞의 책, 177쪽.

폭력이 난무한, 소위 ‘동물국회’라는 여론의 비판을 받게 되자, 2012년 5월 쟁점안건 심의과정에서의 물리적 충돌을 방지하고 대화와 타협을 통한 심의와 소수의견 개진 기회 보장과 함께 효율적인 심의를 위해 국회의장의 심사기간 지정 요건을 엄격하게 제한하고, 그 대신 상임위원회에 회부된 안건에 대해 일정한 요건이 갖춰지면 신속처리 안건으로 지정할 수 있도록 하는 내용 등이 포함된 개정 국회법, 소위 ‘국회선진화법’을 가결, 시행하였다. 당시 입법을 주도한 한나라당과 민주통합당은 각기 소수당으로 전략할 가능성을 염두에 두고 국회선진화법에 동의하였으나, 국회선진화법이 본격 시행된 제19대 국회에서는 여야가 합의하지 않는 한 아무것도 할 수 없는 소위 ‘식물국회’라는 비판을 다시 받게 되자, 여당인 새누리당은 권한쟁의 심판청구를 통하여 국회선진화법에 대한 위헌 무효화 주장을 하였다. 새누리당 소속 국회의원 157명은 2015. 12. 16. 국회의장에게 서비스산업발전 기본법안 등 10건의 법률안에 대하여 직권상정을 요청하였으나, 2016. 1. 6. 국회의장은 그 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 심사기간 지정을 거부하였고, 청구인들은 그들의 법률안 심의·표결권을 침해하였다고 주장하였다. 현재는 청구인들의 법률안 심의·표결권에 대한 침해 위험성은 해당안건이 본회의에 상정되어야 비로소 현실화되므로, 국회의장의 심사기간 지정거부행위로 말미암아 청구인들의 심의·표결권이 직접 침해당할 가능성은 없다는 이유로 각하 결정(헌재 2016. 5. 26. 2015헌라1/각하 5: 기각 2: 인용 2)을 하였다. 특히 국회법 해당조항의 위헌주장과 관련해서는 ‘의장이 각 교섭단체대표의원과 합의하는 경우’를 심사기간 지정사유로 규정한 국회법 제85조 제1항 제3호가 헌법에 위반된다고 하더라도, 심사기간 지정 여부에 대해 여전히 국회의장에게 재량이 인정되므로 위 조항의 위헌 여부는 이 사건 심사기간 지정 거부행위의 효력에 영향을 미칠 수 없다고 판단하였다. 또 국회 재적의원 과반수가 의안에 대하여 심사기간 지정을 요청하는 경우, 국회의장이 의무적으로 심사기간을 지정하도록 국회법 제

85조 제1항에 규정하지 아니한 입법부작위에 대한 위헌 주장에 대하여도 이는 입법의 공백이 발생한 진정입법부작위에 해당하므로 그 위헌여부 또한 이 사건 심사기간 지정 거부행위에 어떠한 영향을 미칠 수 없다고 판단하였다. 나아가 국회와의 관계에서 헌법재판소가 가지는 기능적 한계에 비추어 보더라도 현제가 근거규범도 아닌 입법부작위의 위헌 여부에 대한 심사에까지 나아가는 것은 부적절하므로 그 심사를 최대한 자제하여 의사절차에 관한 국회의 자율성을 존중하는 것이 바람직하다고 지적하였다. 현재의 이 사건에 대한 각하결정으로 국회선진화법은 그 실제 기능상의 문제점이나 부작용 논란에도 불구하고 현재까지도 여전히 살아 있어 국회의 의안처리 과정에 있어 일응 다수당의 횡포에 소수파가 견제를 하는 제도적 장치로서의 역할과 기능을 어느 정도는 수행하고 있다. 결국 이 사건은 민주주의의 기본인 대화와 타협이 실종된 우리 국회와 정치의 후진성을 여실히 보여주고 있으며, 국회 선진화의 본질적인 과제가 무엇인지를 정치권에 최우선의 화두로 던져주고 있다고 할 것이다.⁴⁹⁾

마. 대통령 탄핵사건(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609 <노무현>; 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1 <박근혜>)

헌법재판소는 창립 이래 2건의 대통령 탄핵사건을 처리하였다. 2004년 노무현 대통령 탄핵사건은 기각되었고(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1), 2016년 박근혜 대통령 탄핵사건은 인용되어 대통령이 파면되었다(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1). 두 사건 모두 탄핵소추 및 재판과정 전후에 걸쳐 커다란 정치적 파장을 불러왔다. 탄핵 지지파와 반대파로 나뉘어 극단적으로 대립하는 등 국론이 분열되었으며, 그 후 엄청난 정치적 변화가 초래되었다. 두

49) 문화일보, [‘패스트트랙’ 후폭풍] 대화·타협 없이 고발만 난무… 한계 드러낸 ‘국회 선진화법’, 김병채 기자, 2019.05.01., <http://www.munhwa.com> 구글 검색일자 2019. 9. 30.

탄핵사건과 관련하여 헌법재판소가 결정문에서 밝힌 명확한 메시지는 한마디로 ‘최고권력자인 대통령도 결코 헌법과 법 위에 군림할 수 없다.’는 헌법적 확인과 선언이었다.⁵⁰⁾ 노무현 대통령 탄핵사건에서 헌재는 대통령이 선거에 임박한 기자회견에서 특정정당을 지지하고 중앙선거관리위원회로부터 선거법위반 여부와 관련하여 경고를 받는 상황에서 선거법을 ‘관권 선거시대의 유물’로 폄하하고 법률의 정당성에 대하여 공개적으로 의문을 제기하는 한편, 헌법상 허용되지 않는 재신임 국민투표를 제안하는 등의 행위를 한 것은 공무원의 선거중립 의무와 대통령의 헌법수호 의무를 위반하는 것으로 보았다. 그러나 헌법재판소법 제53조 제1항에 규정된 “탄핵심판청구가 이유 있는 때”라 함은 헌법 또는 법률 위배가 있는 모든 경우를 말하는 것이 아니라, 공직자의 파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 법위반이 있는 경우를 말하고, 대통령을 파면할 정도로 중대한 법위반이란 ‘대통령의 직을 유지하는 것이 더 이상 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없거나 대통령이 국민의 신임을 배신하여 국정을 담당할 자격을 상실한 경우’를 말하는 것이므로 이 사건에서 인정되는 정도의 대통령의 법위반은 그러한 경우에 해당하지 않는다는 이유로 기각하였다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1). 반면, 박근혜 대통령 탄핵사건에서는 헌재는 재판관 전원일치의 의견(8:0)으로 탄핵심판청구를 인용하여 대통령을 파면하는 결정을 하였다(헌재 2017.

50) 탄핵심판은 정치적 동인(動因)에 의한 의회의 소추절차와 독립된 사법기관에 의하여 헌법과 법률에 따라 진행되는 사법(심판)절차로 구성되어 있다(독일, 오스트리아, 이탈리아 등의 예와 같다. 이는 하원에 탄핵소추권을 부여하고 상원에 탄핵심판권을 부여하는 등 탄핵심판을 정치적 절차로써만 구성하고 있는 미국, 영국, 러시아, 멕시코 등과는 현저한 차이가 있다). 따라서 두 대통령에 대한 헌법재판소의 탄핵재판은 국민여론이나 정치적 압력과는 상관없이 ‘대통령의 법위반 행위가 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없는 중대한 헌법 및 법률 위반행위인지 여부’가 핵심적인 쟁점이자 본질이었다. 또 그 최종결론도 ‘헌법에 의한 권력 통제’와 ‘헌법의 수호’를 어떻게 실현할 것인가에 중점을 두고 있다. 그럼에도 불구하고 정치권은 이를 각기 이해관계에 따라 정치적으로 해석하여 ‘헌법의 수호’라는 본질적 의미와 법치주의를 훼손 시킴으로써 지속적 갈등을 부추기고 있다.

3. 10. 2016헌나1). 그 이유는 ‘최서원 국정개입 허용과 권한남용’ 부분과 관련하여 대통령이 공무상 비밀문건을 유출하고 평소 각별한 친분관계에 있던 특정인물의 사익추구를 돕는 과정에서 현행법을 심각하게 위반했다고 보았다. 대통령의 거짓말과 은폐시도 등도 파면결정에 있어 법익형량의 이유로 제시됐다. 즉, 헌법은 공무원을 ‘국민전체에 대한 봉사자’로 규정하여 공무원의 공익실현의무를 천명하고 있고, 이 의무는 국가공무원법과 공직자윤리법 등을 통해 구체화되고 있는데, 대통령은 특정 지인의 이익을 위해 대통령의 지위와 권한을 남용하여 기업의 재산권과 기업경영의 자유를 침해하였고, 대통령의 지시 또는 방치에 따라 직무상 비밀에 속하는 많은 문건을 유출하여 국가공무원법상의 비밀엄수의무를 위반하였으며, 이와 같은 대통령의 헌법과 법률 위배행위는 국민의 신임을 배반한 행위로서 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없는 중대한 법 위배행위라고 보아야 하며, 따라서 헌법질서에 미치는 부정적 영향과 파급효과가 중대하므로, 대통령을 파면함으로써 얻는 헌법수호의 이익이 압도적으로 크다는 것이었다.

V. 사회통합을 위한 헌법재판의 역할

앞서 본 바와 같이 최근 우리나라는 정치, 경제, 사회, 문화 등 다양한 영역에서 계층 사이의 이해관계 상충과 사회적 대립이 크게 증가하고 있다. 그럼에도 불구하고 사회갈등을 적극적으로 해결해야 할 국회와 정치권은 두 손을 놓은 채 경쟁적 포퓰리즘과 편가르기, 극단 대결을 통하여 고유의 역할인 정치를 실종시키고 있고 이로 인하여 사회갈등은 더욱 심화되고 고착화되는 경향이 나타나고 있다(정치과정과 정치력의 무기력화 현상). 이러한 현상은 문제와 갈등을 최대한 키울 대로 키우고 결국 극단적 파행 상태를 만든 다음 헌법재판소와 사법의 영역에 모든 것을 떠맡기는 식의

행태를 반복하게 되며, 이것이 오늘날 우리의 정치 현실이기도 하다(정치의 과도한 사법화 현상⁵¹⁾). 이러한 정치의 과도한 사법화 현상은 사법기관에 대한 소위 코드인사⁵²⁾와 맞물릴 경우 헌법재판이나 사법이 헌법과 법치주의의 실현을 넘어서서 재판관 개인 또는 그가 대표하는 정치적, 사회적 세력의 특정한 정치적 입장을 대변하거나 추종하고자 하는 숨겨진 정치행위로 전락할 위험성을 갖게 되거나, 명백한 정치적 판단은 아니라 하더라도 헌법정신과 정치적 의도를 적당히 절충·조정하는 타협적 판결에 이르게 할 가능성을 갖게 된다.⁵³⁾ 그 결과, 사법기관에 대한 ‘코드인사’는 심각한 사법의 신뢰저하 문제로 연결되고 국가 전체적으로는 헌법 시스템의 약화와 훼손을 가져옴으로써 국가 공동체의 위기를 초래하는 악순환을 만들게 될 우려가 크다. 따라서 헌법재판소는 그 결정을 통하여 불가피하게 정치적 영향력을 행사하게 되므로 정치적으로 민감한 사안일수록 정치적 세력과는 일정한 거리를 두고 오로지 헌법과 헌법정신에 따라 독립적으로 판단하여야 하며, 이것이야말로 헌법재판의 존재이유이자, 그 정당성이 인정되는 근거이기도 하다. 만일 헌법재판관의 임명에 있어 임명 주체와의 친밀성이나 정치적 성향이 그 조건이 된다면 이는 헌법재판소의 권위와 신뢰에 치명적인 악영향을 주게 된다. 특히 다른 나라에 비해 헌법재판관의 임기

51) 정치, 사회 영역이 사법에 의존적이게 되어가는 현상에 대하여, 박은정(2010)은 “사법심사제 도입과 상당히 연관되나, 더 다양한 배경과 사회구조적 변화요인에 따른 것이라고 봐야 한다.”고 설명하고 있다. - 박은정(2010), “‘정치의 사법화’와 민주주의”, 서울대학교 법학연구소, 서울대학교 『법학』 제51권 제1호, 2010. 3., 3쪽.

52) 인사권자가 인물의 능력과 자질이나 인품, 도덕성과 관계없이 정치적 이념이나 성향, 학연, 지연 등에 의하여 특정인물을 공직에 임명하는 것을 말한다. 특히 사법기관에 대한 ‘코드인사’는 구체적인 법적 분쟁이 발생한 경우 무엇이 법인가를 선언함으로써 법질서와 법적 평화를 유지하는 사법권의 기능을 손상시키고, 결국 사법기관의 존립과 권위를 훼손함으로써 법치주의를 심각하게 침해할 우려가 크다는 점에서 더욱 큰 문제가 될 수 있다.

53) 김하열(2016)은 이를 ‘사법의 정치화’라고 정의하고 있다. - 김하열(2016), 『헌법소송법』, 박영사, 31쪽.

(6년)가 짧고, 연임 가능성이 열려 있는 경우⁵⁴⁾ 이러한 우려는 헌법재판소의 독립성을 심하게 손상시키는 결과로 이어질 수 있다. 따라서 재판관은 비록 임명 당시에는 정치적 성향에 따라 임명되었다 하더라도 헌법재판의 정치적 중립성과 독립성을 확고히 인식하여 오로지 헌법에 충실한 해석과 적용을 통하여 헌법적으로 타당한 결론을 추출하는 데 주력하여야 할 것이다. 만일 그렇지 아니한 경우 스스로의 존재 의의를 부정하는 결과가 될 것이기 때문이다. 이러한 복합적 위기상황 하에서 헌법의 우위를 실현하고⁵⁵⁾ 헌법수호의 임무를 지니고 있는 헌법재판소로서는 헌법적 분쟁으로 사건화된 사회갈등에 대하여 헌법의 해석과 적용을 통해 위헌 여부의 판단을 함에 있어, 우리 헌법이 지향하는 헌법적 가치를 철저히 구현함으로써 이를 통해 갈등을 최종적으로 조정하고 해결하여 사회통합에 기여하지 않으면 안 된다. 만일 그렇지 아니한 경우에는 이해당사자를 포함한 국민이 승복할 수 있는 종국적인 사회통합, 나아가 국가통합이 결코 이루어질 수 없기 때문이다. 헌법적 가치를 구현하는 구체적 방법으로는 첫째, 주로 경제양극화, 노사갈등, 세대갈등, 다문화갈등 등 사회적 갈등 영역에서는 “각인의 기회를 균등히 하고 능력을 최고도로 발휘하게”(헌법 전문) 하는 방향으로 적극적인 헌법해석을 하여야 한다. 이 경우 사회적 약자 및 소수자

54) 우리 헌법 제112조 제1항은 “헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이에 비하여 미국은 종신이고 오스트리아는 임기 제한이 없으며(다만 70세 정년 제한이 있음), 독일은 12년, 이탈리아 9년, 스페인 9년, 포르투갈 9년 등으로서 모두 연임은 할 수 없도록 규정하고 있다.

55) 슈타르크(Christian Starck)는 “헌법의 우위를 보장해야 하는 헌법재판소는 헌법 해석에서 큰 책임이 있다. 즉 헌법재판소는 헌법 해석에서 최종 선언을 한다. 다시 말하면 헌법재판소는 헌법이 정치과정에 부과하는 한계를 결정한다. 그러나 헌법의 효력 우위는 헌법재판의 결정 우위를 의미하는 것은 아니다. 따라서 헌법재판소는 승인된 법률 해석 원칙에 복종한다. 그래야만 정해진 척도의 통제로 헌법재판을 보장할 수 있다.”라고 설명하고 있다. - 김대환 대표편역(2015), 『슈타르크 헌법논집 민주적 헌법국가 - 헌법재판소 · 기본권 · 정부제도』, 시와진실, 188쪽.

보호와 국민의 기본권 실현을 위한 적극적인 배려가 필요하다. 또 갈등의 근본원인을 해결하기 위해서는 사회안전망과 계층이동의 사다리가 제대로 작동될 수 있도록 그 장애요인을 적극 제거하거나, 제도화를 촉구하는 노력도 필요하다. 이러한 과정을 통하여 비로소 민주적인 다양성을 존중하면서도 포용성을 발휘하는 헌법적 통합이 이루어지게 될 것이다. 둘째, 주로 정치갈등, 이념갈등, 지역갈등 등 정치적 갈등 영역에서는 “자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히”(헌법 전문) 하는 방향으로 헌법해석을 하지 않으면 안 된다. 이 경우 정치적 헌법기관들 간에 상호 견제와 균형이 이루어지고 권력분립의 원칙이 지켜지면서도 국가기능의 원활한 수행을 도모해 나가도록 하는 노력이 필요하다. 특히 권력이 일방에 집중되지 않고 헌법상의 통제장치가 제대로 작동되도록 분쟁을 조정하며, 모든 부문에서 시민의 참여와 지방자치가 확대될 수 있도록 하고 소수파를 보호함으로써 자유민주주의의 기반을 확충하고 보편화하는 것이 중요하다. 결국 헌법재판을 통한 사회통합은 철저하게 헌법 및 헌법정신에 기반을 둔 헌법적 통합이 되지 않으면 안 된다고 말할 수 있다.

VI. 헌법재판의 과제

오늘날 정치적 헌법기관들이 각기 고유의 사회통합을 위한 책무와 역할을 제대로 수행하지 못함에 따라 헌법재판소의 부담은 현저히 늘어나고 있다. 특히, 국민의 대표자로 구성된 다원적 합의체로서 공개토론 절차를 통하여 다양한 이익 충돌의 조정, 타협을 주도적으로 추진해야 할 국회가 정파적 이해관계나 여야 간의 극단적 대립으로 그 고유의 기능을 제대로 발휘하지 못하고 있는 것이 현실인 여건 하에서는 더욱 그러하다. 결국 헌법재판소로서는 사법작용의 한계를 벗어나지 않는 범위 내에서 일정 부분 정

치의 역할과 책임을 대신 수행할 수밖에 없는 상황으로 내몰리고 있다. 특히 사회적 약자나 소수자 보호 측면에서 정부나 국회의 적절한 역할을 촉구하거나 방향을 제시하지 않으면 안 된다. 또 사회적 갈등은 많은 경우 사회적·경제적 이익의 배분과 관련이 있기 때문에 사회적 기본권의 적극적인 실현과 큰 연관성을 가진다. 무엇보다 경제적 양극화에 의해 빈부 격차와 불평등이 심화되는 경우 사회적 안전망을 구축 또는 회복하는 등 적극적으로 대처하지 아니하면 심각한 사회적 양극화 내지 분열로 이어질 것이기 때문이다.⁵⁶⁾ 아울러 정치적 분쟁·갈등에 있어서는 때로 시의적절한 개입을 하지 않으면 안 되는 상황이 빈번하게 발생하게 된다. 이 경우 그 시기를 놓치게 되면 엄청난 사회적 비용은 물론, 회복 불가능하거나 치유가 곤란한 사태에 이를 수 있기 때문이다. 이 점에서 우리 헌법상 인정되지 않는 추상적 규범통제 제도의 도입 여부에 대한 검토가 필요하다.⁵⁷⁾

56) 토마 피케티(Thomas Piketty)는 “우리는 현대의 경제성장과 지식의 확산 덕분에 마르크스적인 종말은 피할 수 있었지만, 자본과 불평등의 심층적인 구조가 바뀐 것은 아니었다. 적어도 제2차 세계대전 이후 낙관적인 수십 년 동안 상상할 수 없었던 만큼의 변화는 일어나지 않았다. 자본의 수익률이 생산과 소득의 성장률을 넘어설 때 자본주의는 자의적이고 견딜 수 없는 불평등을 자동적으로 양산하게 된다. 19세기에 이런 상황이 벌어졌으며, 21세기에도 그렇게 될 가능성이 상당히 높은 것으로 보인다.”라고 주장한다. - 토마 피케티(Thomas Piketty) 지음/장경덕 외 옮김(2019), 『21세기 자본』, 글항아리, 8쪽.

57) 규범통제란 헌법재판소가 하위법이 상위법에 근거하지 않고 이를 위반할 경우 그 하위법의 효력을 상실시키는 것을 말한다. 규범통제의 형태로는 사전적(예방적) 규범통제, 추상적 규범통제, 구체적 규범통제로 구분할 수 있다. 추상적 규범통제란 구체적 소송사건의 발생과 상관없이 법률의 위헌 여부를 일정한 국가기관의 청구에 의해서 헌법재판소가 심사하는 제도를 말한다. 필자는 2016. 3. 18. 신문방송편집인 협회 토론회에서 “우리 사회에서 소모적 논쟁과 갈등이 날로 심각해지고 있다.”며, “이를 해결하기 위해 추상적 규범통제를 도입할 필요가 있다.”고 주장한 바 있다. - MBC 이브닝뉴스, 제목 『박한철 헌재소장 “추상적 규범통제 도입 필요”』, 김태윤, 2016. 03.18., <https://imnews.imbc.com/> 네이버 검색일자 2019. 9. 30.

1. 사회적 기본권의 실질적 보장 강화

사회적 기본권은 국민이 생존을 유지하거나 인간다운 생활을 영위하기 위하여 국가에 대하여 적극적인 급부 또는 배려를 요구할 수 있는 권리를 말한다. 현대산업사회에서 상당수의 개인은 인간의 존엄과 자유를 누리기 위한 경제적·사회적 조건을 스스로 형성할 수 없기 때문에 국가의 적극적인 급부와 지원에 의존하지 않으면 안 된다. 국민의 중요한 경제적·사회적 생활 근거는 무엇보다 안정된 직장과 교육으로서 국가는 그 사회적·사실적 조건을 적극적으로 형성하고 제공해야 할 책임과 의무를 지며, 사회적 기본권은 이러한 조건을 보장하기 위한 것이다. 사회적 기본권의 법적 성격에 관하여는 학계에서 많은 논의가 있지만, 사회적 기본권의 실현은 적극적인 국가과제의 실현 및 급부의 제공을 전제로 하는 것이므로 이는 제한된 국가의 재정능력과 다양한 국가과제 간의 우선순위 선정 문제와 직결된다.⁵⁸⁾ 자유권의 경우 헌법해석은 구체적인 보호영역의 침해에 대한 소극적인 배제 내지 통제에 관한 것으로 소극적으로 헌법적 한계(과잉제한인지 여부)를 제시하면 족하지만, 사회적 기본권은 입법자에 의한 구체적 형성을 필요로 하므로 입법자가 입법형성권을 제대로 행사했는지 여부가 문제된다. 따라서 사회적 기본권의 경우 헌법해석은 미래지향적인 적극적 형성에 관한 것으로 규범해석의 범위를 벗어나 주관적인 헌법해석과 정치적 형성의 위협을 안게 된다. 아무런 정치적 책임을 지지 않는 사법기관이 자원배분에 관하여 적극적으로 판단하는 경우, 이는 스스로 소위 ‘대체입법

58) 사회적 기본권의 경우에는 자유권에 있어서와 같은 4단계 비례심사 척도가 유용하지 않다. 왜냐하면 보장되어야 할 급부의 내용이 우선적으로 국가의 재정적 가능성에 유보되어 있는 까닭이다. 또 재정적으로 가능한 범위 내에 있다 하더라도 한정된 자원을 어떻게 적정하게 배분할 것인가 하는 문제와 관련되어 있기 때문에 구체적인 수급자격, 급부의 종류나 범위, 방법 등은 입법자의 광범위한 형성재량 범위 내에 놓이게 된다.

자'가 되는 것이어서 권력분립의 원칙에 반한다는 비난을 피할 수 없게 될 것이므로 적극적으로 입법재량을 통제하는 데에는 한계가 있다. 따라서 헌법재판소는 사회적 기본권과 관련해서는 입법위임 범위 준수 여부, 포괄위임입법 금지 등의 규율형식이나 다른 기본권 침해가 문제되지 아니하는 한, '명백히 재량을 일탈하지 아니하였다면 헌법에 위반되지 아니 한다'(명백성통제 기준)고 판단하여 형식적, 소극적 심사에 그치고 있다.⁵⁹⁾ 이 경우 일반적으로는 국가가 사회적 기본권의 실현을 위해 적절하고 효율적인 최소한의 조치를 취해야 할 의무를 제대로 이행하였는지 여부(과소보장금지 원칙)만이 문제된다.⁶⁰⁾ 그러나 국가의 급부나 활동이 인간의 존엄성과 직결되거나 인간다운 생활의 본질적 영역에 해당하는 경우에는 입법자의 결단이나 재정적 가능성에만 맡길 수 없고 헌법재판소의 적극적 심사를 요한다고 할 것이다.⁶¹⁾ 따라서 입법자의 폭넓은 형성재량을 고려하더라도 그

59) 헌법재판소는 1994년 생계보호기준 위헌확인 사건(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543)과 2002년도 국민기초생활보장 최저생계비 위헌확인 사건(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195)에서 “국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는 국가가 생계보호(최저생활보장)에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다.”라고 판시하고 있다.

60) 장영철(2014)은 “헌법재판소의 기본권보호의 밀도에서는 제한유보의 정당성 심사기준인 과잉금지원칙이 직업의 자유제한의 단계이론, 상업광고제한입법에 대한 완화된 비례의 원칙 등으로 이중 내지 삼중기준으로 발전하고 있지만, 기본권형성입법에 대한 형성권의 위헌심사기준은 과소보호금지원칙, 본질내용침해금지원칙 및 완화된 비례의 원칙으로 일정한 기준 없이 다양하게 나타나고 있다. 이는 제한과 형성유보의 구분을 고려하지 않기로는 제한유보를 심사하는 과잉금지원칙의 심사요소 만큼, 형성유보의 심사기준의 이론적 개발이 이루어지지 않은 것에 기인한다.”라고 지적하고 있다. - 장영철(2014). “기본권유보에 관한 고찰 - 기본권과 법률의 관계정립방안”, 서울시립대학교 법학연구소, 『서울법학』, 22, 2014. 11, 717쪽.

61) 따라서 이 때 급부관련 입법 또는 행정이 수익적 효과와 함께 침익적 효과를 가져오거나 침익적 효과를 간주할 수 있는 경우 그 침익효과와 관련해서는 엄격심사를 할 여지가 있다. 그러나 침익적 효과와 전혀 연결시키기 어려운 경우에는 기본권 주체의 측면에서는 그가 입게 되는 피해(법적 상황)의 심각성이 수인가능한지 여부, 또는

재량이 ‘0’ 또는 최소한으로 수축하여 구체적인 어떤 급부수준이나 급부가 확정적으로 도출될 수 있는 영역, 즉 개인의 생명·생존과 직결되거나⁶²⁾ 최저생계비(기본적인 의식주 및 경제적·사회적·문화적 생활의 최소한의 수요 충족)와 관련되는 경우⁶³⁾에는 입법자의 예측판단에 대하여 엄격한 내

인간의 존엄 내지 인간다운 생활을 할 권리의 본질적 측면에서는 헌법적 ‘기대가능성’(또는 ‘최소한의 신뢰보호’의 필요성)이 있는지 여부를 엄밀하게 검토해 보아 심사 기준과 강도를 높일 필요가 있다고 할 것이다.

한편, 급부행정의 침익적 효과와 관련하여서는, 김대환(2005)은 “급부행정과 관련하여서도 헌법상의 자유와 권리의 제한이나 제약 또는 침해와 관련되는 한 과잉금지원칙은 적용가능성을 가진다. 예컨대 수익적 효과와 침익적 효과가 동시에 일어나는 경우에는 침익과 관련하여 과잉금지원칙의 적용여지가 있고, 수익적 효과와 관련하여서는 적어도 평등원칙과 관련되는 한 역시 과잉금지원칙이 적용된다.”고 설명하고 있다. - 김대환(2005). “우리나라 헌법상 과잉금지원칙”, 한국비교공법학회, 『공법학연구』, 6(3), 191-223, 217쪽.

- 62) 헌법재판소는 A형 혈우병 환자들 중 ‘1983.1.1. 이후에 출생한 환자’에게만 유전자제 조합제제를 제공할 수 있도록 한 보건복지부 고시조항에 대하여, 사회적 기본권에 대한 검토는 없이(다만, 차별의 합리성 여부의 판단 내용 중 일부로서 보험제정의 약화 가능성 여부에 대해 검토하고 있다), ‘환자의 출생시기에 따라 요양급여 허용 여부를 달리 취급하는 것은 합리적인 이유가 있는 차별이라고 할 수 없어 평등권을 침해한다.’는 이유로 위헌결정을 하였다(헌재 2012. 6. 27. 2010헌마716, 판례집 24-1 하, 754). 당해 사건에서 청구인들은 건강과 행복을 지키려는 행복추구권을 침해한다고 주장하고 있으나, 이에 대해서는 요양급여를 요구할 권리가 포괄적 자유권인 행복추구권의 내용에 포함되지 않는다는 이유로 배척하였다.
- 63) 독일 연방헌법재판소는 최저생계보장과 관련한 Hartz IV 법률에 대한 판결(BVerfG 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09)에서, 최저생계비 산정 절차에 대하여 ‘밀도 있는 통제’를 하되, 산정 절차의 목표는 소득하위계층의 수준에 맞추는 것에 정향되어 있어야 한다는 최소평준화 원칙을 채택하였다. 나아가 산정 절차에 대한 밀도 있는 통제를 위하여 결과정합성, 투명성 및 공정성, 타당한 수요충족 등 엄격한 평가기준을 제시하고 있다. 이에 따라 ① 입법자가 설득력 있는 이유를 제시하지 아니한 채 통계모델의 기본원리로부터 벗어나 있는 점, ② 의무교육을 이행하기 위하여 소요되는 필요비용 등 아동의 특별수요를 고려하지 않고 아동에 대한 법정급여의 수준을 일률적으로 성인의 60% 내지 80%로 정한 것에 아무런 경험적 근거가 없었다는 점, ③ 최저생계비를 구성하는 구체적인 항목들이 현재의 실질적 수요를 반영하고 있지 않은 점, ④ 확정금액의 형태로 법정급여를 보장하는 것은 원칙적으로 허용되지만, 지속적으로 존재하는 특별수요를 최저생계의 일부로서 보장하고 있지 않은 점 등을 이유로 하여 최저생계보장 관련 심판대상 조항들이 헌법에 합치되지 아니한다

용통제를 받도록 하는 등 적극적인 헌법해석을 할 필요가 있다.⁶⁴⁾ 아울러 일정 정도의 재량권을 배제할 수 없어 비록 헌법재판소가 위헌결정에까지는 이르지 못하더라도 헌법 우호적이지 못하거나 바람직하지 아니한 사회적 기본권 관련 국가작용에 대하여는 체계적이고 설득력 있는 논리에 기반하여 바람직한 방향을 제시할 수 있다면, 위헌결정 못지않은 정치적 효과를 가질 수 있을 뿐 아니라 헌법재판의 정치교육적 효과로 갈등해소에 긍정적인 영향을 미칠 수 있을 것이다. 2016년 9월 헌법재판소는 근로자가 사업주의 지배관리 아래 출퇴근하던 중 발생한 사고의 경우에만 업무상 재해로 인정하던 산업재해보상법 조항에 대하여 헌법불합치 결정(6:3)을 하였다(헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 판례집 28-2상, 316). 이는 같은 재판부가 2013년 9월에 선고한 합헌결정(헌재 2013. 9. 26. 2011헌바271; 헌재 2013. 9. 26. 2012헌가16, 판례집 25-2상, 630)을 변경한 것으로서 산업재해보상보험제도는 사업주의 무과실배상책임을 전보하는 기능 외에도, 오늘날 산업재해로부터 근로자와 그 가족의 생활을 보장하는 기능도 하고 있는데, 통상의 출퇴근 재해를 업무상 재해로 인정하여 근로자를 보호하는 것이 산재보험의 생활보장적 성격에 부합한다고 지적하면서, 합리적 이유 없이 사업주로부터 교통수단을 제공받지 못하는 근로자를 차별하므로 평등원칙에 위배된다고 판단하였다.⁶⁵⁾ 뿐만 아니라 2017년 9월에는 일반근로자인

고 판시하였다. - 이은선, “지정토론문: 한국과 독일의 심사기준 비교”, 『아시아의 항구적인 평화와 번영의 길』, 박한철 헌법재판소장 문집 간행위원회(2017), 서라벌이엔피, 532-534쪽.

64) 박한철, “사회적 기본권의 적극적 보장 방안 - 제1회 한·독 재판관 공동세미나(2) 발표문”, 『아시아의 항구적인 평화와 번영의 길』, 박한철 헌법재판소장 문집 간행위원회(2017), 서라벌이엔피, 475-476쪽.

65) 이 결정에서 종전 견해를 변경하여 다수의견에 합류한 재판관 1인(안창호)은 산재보험수급권과 같은 사회적 관련 영역에서의 평등심사는 그 심사강도를 강화할 필요가 있다고 보충의견(헌재 2016. 9. 29. 2014헌바254, 재판관 안창호의 보충의견, 판례집 28-2상, 316, 329-333)을 제시하였다.

청원경찰관의 복무에 관하여 국가공무원법을 준용함으로써 노동운동을 금지한 청원경찰법 조항에 대하여 재판관 전원 일치로 헌법불합치 결정을 선고하였다(헌재 2017. 9. 28. 2015헌마653, 판례집 29-2상, 485). 그 이유는 청원경찰 업무의 공공성은 근로3권을 제한하는 근거가 될 수 있지만, 청원경찰은 경찰과 달리 제한된 구역만의 경비를 목적으로 필요한 범위에서 경찰관의 직무를 수행할 뿐이고, 신분보장도 공무원에 비해 취약하고, 국가기관이나 지방자치단체 외의 곳에서 근무하는 청원경찰이 실질적으로 동등한 지위에서 근로조건을 결정하기 위해서는 근로3권이 일률적으로 부정되어서는 안 되며, 따라서 심판대상조항이 모든 청원경찰의 근로3권을 전면적으로 제한하는 것은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 근로3권을 침해한다는 것이었다. 이는 2008년 7월의 합헌결정(2008. 7. 31. 2004헌바9, 판례집 20-2상, 50/4:5 합헌)을 변경한 것이다. 이러한 현재결정의 취지는 대학교원에 대하여 단결권을 인정하지 않는 교원노조법에 대한 헌법불합치 결정으로 이어졌다(2018. 8. 30. 2015헌가38, 판례집 30-2, 206/7:2 불합치).

2. 추상적 규범통제의 도입 검토

추상적 규범통제란 구체적 소송사건의 발생과 상관없이 법률의 위헌 여부를 일정한 국가기관의 청구에 따라 헌법재판소가 심사하는 제도를 말한다. 이는 기본권을 침해당한 당사자가 소송을 제기하여 그에 관한 재판이 진행되는 과정에서 법률의 위헌 여부를 심사하는 구체적 규범통제 제도에 대응하는 개념으로 우리 헌법은 구체적 규범통제 제도를 채택하고 있다(헌법 제111조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제41조). 추상적 규범통제의 주된 목적은 주관적인 권리보호에 있는 것이 아니라 객관적인 법질서의 유지와 보장에 있다고 할 수 있는데, 그 기능은 일차적으로 헌법의 수호이며, 나아가 법질서의 단계적 서열의 보장 및 중앙정부와 지방자치단체 사이의 권한

배분질서의 보장을 포함한다. 추상적 규범통제는 위헌심사가 이루어지는 시점에 따라 법규범의 공포 이전에 그 위헌 여부를 심사하는 사전적 규범통제와 법규범 공포 이후 시점에야 비로소 위헌여부를 심사하는 사후적 규범통제로 구분된다. 독일, 오스트리아, 스페인 등은 사후적 추상적 규범통제를 채택하고 있고, 프랑스, 포르투갈, 헝가리 등은 사전적 추상적 규범통제를 채택하고 있으며, 이 중 포르투갈과 헝가리는 사전적 추상적 규범통제와 사후적 추상적 규범통제를 동시에 채택하고 있다.⁶⁶⁾ 우리 헌법은 추상적 규범통제를 헌법재판소의 관장사항으로 받아들이고 있지 아니하나, 헌법재판소는 헌법해석을 통하여 일정 부분에 대하여는 실질적으로 추상적 규범통제를 인정한 것과 같은 효과를 거두고 있다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾ 첫째, 위헌법률심판에서 재판의 전제성이 인정되지 아니함에도 개별사건을 떠나 일반적 의미가 있고 기본권 침해가 반복될 위험성 등 헌법질서의 수호·유지를 위하여 중대한 의미가 있는 경우에는 헌법적 해명의 필요성을 인정하여 심판의 대상으로 삼고 있다.⁶⁹⁾ 이는 구체적 규범통제의 경우 당해사건의 해결을

66) 한수웅(2017), “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입 문제”, 『아시아의 항구적인 평화와 번영의 길』, 박한철 헌법재판소장 문집 간행위원회(2017), 서라벌이앤피, 334-335, 346-347쪽.

67) 한수웅(2017)은 실질적으로 추상적 규범통제에 귀속시킬 수 있는 영역으로서 아래의 첫째 및 둘째 사례를 언급하고 있다. - 한수웅(2017), 앞의 논문, 324-333쪽.

68) 한수웅(2020), 앞의 책, 252쪽.

69) 헌법재판소는 법원의 보석허가결정 등에 대한 검사의 즉시항고를 허용하는 형사소송법 제97조 제3항에 대한 위헌법률심판결정에서, “동 법률조항으로 인한 기본권의 침해가 반복될 위험성이 있는데도 좀처럼 그 법률조항에 대한 위헌심판의 기회를 갖기 어려운 경우에는 위헌제정 당시 재판의 전제성이 인정되는 한 당해소송이 종료되었더라도 예외적으로 객관적인 헌법질서의 유지·수호를 위하여 심판의 필요성을 인정하여 적극적으로 그 위헌여부에 대한 판단을 하는 것이 헌법재판소의 존재이유에도 부합하고 그 임무를 다하는 것이 된다.”(헌재 1993. 12. 23. 93헌기2, 판례집 5-2, 578, 591)라고 판시하는 등 재판의 전제성이 없는 경우에도 헌법적 해명이 필요한 사안이어서 예외적으로 객관적인 헌법질서의 수호·유지를 위하여 심판의 필요성이 인정되는 경우에는 위헌제청의 적법성을 폭넓게 인정하고 있다. - 이동흡(2015), 『헌법소송법』, 박영사, 2015, 207-209쪽.

전제로 함에도(재판의 전제성 요건) 당해사건의 해결과는 직접적인 관계가 없어 사실상 추상적 규범통제로 전환되는 효과를 가져 온다고 할 수 있다. 둘째, 법령의 제·개정을 계기로 하여 법령 제·개정 절차 및 효과의 위헌 여부를 심판대상으로 하는 권한쟁의심판에 있어 법령(제·개정행위)의 위헌 여부를 판단하는 경우⁷⁰⁾ 그 실질에 있어서는 구체적 사건의 발생 여부와 관계없이 국가기관 등의 청구에 의해 법규범의 위헌여부를 심사하는 추상적 규범통제와 유사한 성격을 가지게 된다(예컨대, 앞의 미디어법 권한쟁의사건의 경우). 셋째, 법령에 대한 헌법소원심판에서 법령이 아직 시행되기 전임에도 기본권 침해의 직접성과 자기관련성을 폭넓게 인정하여 본안 판단을 하는 경우 이는 구체적 사건의 발생을 전제로 하지 않는 추상적 규범통제와 유사한 효과를 가져 온다. 언론인과 사립학교관계자가 부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 적용을 받아 법에 따른 의무를 부과 받고 그 위반 시 처벌토록 한 조항들에 대해 헌법소원을 청구한 사건(소위 ‘김영란법’ 사건)에 관하여 법률이 시행(2016. 9. 28. 시행 예정)되기 약 3-6개월 전에 헌법소원이 제기되었고 아직 시행 전임에도 본안판단을 한 바 있다(헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236등, 판례집 28-2상, 128). 첫째와 셋째 사례의 경우에는 헌법재판소가 법적 안정성을 도모하고 사회적 혼란을 최소화하기 위하여 불가피하게 헌법해석의 폭을 넓힌 것이라 할 수 있다. 그러나 현재의 이러한 헌법해석만으로는 한계가 있으며 추상적 규범통제 제도의 도입을 신중하게 검토할 필요가 있다.⁷¹⁾ 오늘날 우리 국가가 고

70) 헌법재판소법 제66조 제2항은 권한쟁의심판에 있어 헌법재판소는 심판의 대상이 된 국가기관 또는 지방자치단체의 권한의 유무 또는 범위에 관하여 판단하면서, “권한 침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인”할 수 있도록 규정하고 있으므로, 법령 제·개정절차의 하자가 문제된 권한쟁의심판의 경우 법령 제·개정행위의 취소 또는 무효확인(실질적으로는 법령의 무효선언과 같은 효과 초래)이 문제될 수 있다.

71) 이강국(2018), “헌법재판소의 도전과 과제”, 헌법재판소, 『헌법논총』 제29집, 27쪽.; 한수용(2017), 앞의 논문, 355쪽.

유의 국민여론 수렴과 조정 역할을 제대로 하지 못하고 여야 간에 극단적으로 대립함으로써 말미암아 엄청난 국가적 혼란과 비용, 심각한 정치갈등을 초래함에 따라 국가기능을 조기에 정상화하거나 문제를 최소화하기 위해서 뿐만 아니라, 헌법상의 권력분립질서 내에서 국회의 소수정파를 보호하고 헌법의 감시자로 만드는 긍정적 효과를 기대할 수 있기 때문이다. 또한 법규범이 현실에서 적용되어 법적 효과가 광범위하게 발생하기 이전에 조기에 규범통제가 이루어질 수 있다는 점에서 법적 안정성 실현에도 기여할 수 있다.⁷²⁾ 한편, 이에 대하여는 국회의 소수정파가 쟁점 법률에 관한 정치적 논쟁을 헌법재판소의 심판절차를 통하여 지속시키는 등 정치적으로 남용할 수 있고, 헌법재판소로서도 정치적 분쟁에 휘말리게 됨으로써 사법적 재판기관으로서의 위상을 손상시킬 수 있다는 비판이 있다.⁷³⁾ 이 점에 대하여는 도입 초기에는 추상적 규범통제의 요건을 보다 엄격하게 규정함으로써 가능한 부작용을 최소화할 수 있을 것이다.

Ⅶ. 결론

헌법은 모든 법질서의 기초이며, 국가·사회의 공존과 번영을 위한 타협의 결과물이자 청사진이라고 할 수 있다. 즉, 헌법은 국민투표의 방식으로 국민 모두가 합의한 이념과 가치의 총체로서, 모든 사회갈등이나 분쟁 해결의 준거이자 척도이기도 하다. 19세기 근대 입헌주의하의 헌법은 주권자로서의 국민의 자유가 우선시되는 헌법으로서, ‘권력과 자유의 조화의 기술’(앙드레 오류, André Hauriou)로서의 성격이 중요한 징표라고 표현할 수 있으나,⁷⁴⁾ 20세기 사회복지국가 헌법은 단순히 형식적 자유의 보장에서 나

72) 이강국(2018), 앞의 논문, 26-27쪽.

73) 한수웅(2017), 앞의 논문, 320, 340-342쪽.

74) 성낙인(2016), 『헌법학』[제16판], 법문사, 6쪽.

아가 실질적으로 국민의 자유와 권리를 보장하기 위해 국가의 적극적 역할을 인정하는 헌법이다.⁷⁵⁾ 나아가 오늘날 온갖 갈등과 위협이 일상화된 21세기 현대 정보화사회에서의 헌법은 공동체의 안전과 번영을 위해 더욱더 적극적인 역할을 담당하지 않으면 안 된다.⁷⁶⁾ 21세기 현대헌법은 종래의 근대입헌주의 및 사회국가적 헌법의 의미를 기본으로 하되, 이를 한 단계 더 뛰어넘어 ‘인간존엄과 공동번영을 약속하는 기본가치질서 내지 이를 구체화하는 전략적 인프라’로서 자리매김 되어야 한다(21세기 ‘사회통합국가’ 헌법).⁷⁷⁾ 즉 민주주의의 본질인 다원성과 자율성을 기초로 하면서도 국민

75) 한수웅(2020), 앞의 책, 295-296쪽.

76) 성낙인(2016)은 “20세기 후반에 시작된 정보사회의 급속한 전개는 이제 헌법학의 이해와 실천에 그 누구도 예측할 수 없는 엄청난 변화를 초래하고 있다. 21세기 전자민주주의시대의 전개에 따라 전통적인 새로운 도전에 직면하고 있으며, 지난 2세기에 걸쳐 정립된 헌법상 기본권도 재발견과 재해석이 불가피하다.”라고 주장한다. - 성낙인(2016), 앞의 책, 10-11쪽.

77) 토마 피케티(Thomas Piketty)는 “사유재산에 바탕을 둔 시장경제는 그대로 내버려 두면 특히 지식과 기술의 확산을 통해 격차를 좁혀가는 강력한 수렴의 힘을 지니고 있다. 그러나 시장경제는 또한 민주사회와 그 사회의 기반이 되는 사회정의의 가치에 대한 잠재적 위협이 될 양극화의 힘도 지니고 있다. 불안정을 초래하는 주된 힘은, 민간자본의 수익률(r)이 장기간에 걸쳐 소득과 생산의 성장률(g)을 크게 웃돈다는 사실과 관련이 있다. 기업가는 필연적으로 자본소득자가 되는 경향이 있으며, 자신의 노동력 밖에 가진 게 없는 이들에 대해 갈수록 더 지배적인 위치를 차지한다. 이것이 부의 분배의 장기적인 동향에 미치는 영향은 어쩌면 끔찍할 수도 있다. 자본 수익률이 초기의 투자규모에 따라 달라지며 부의 분배의 양극화가 전 세계적으로 일어나고 있다는 점을 함께 생각하면 특히 그렇다.” 라고 지적하고 있다. - 토마 피케티(Thomas Piketty, 2019), 앞의 책, 689-690쪽.

아울러 미구에 닥쳐올 남북통일이 현실화될 경우, 남·북한 지역의 경제적 격차 해소 및 북한지역의 경제회복 문제, 북한지역 신생정당들에 대한 기회균등 보장 문제, 통일 전 북한 불법체제의 청산에 따른 공공기관 재편과 북한 공무원들의 일괄해고 및 재임용 문제, 북한정권의 몰수재산 및 월남주민의 북한 소재 재산권 처리 문제, 북한공직자 등의 연금전환 기타 사회보장 문제 등 남·북한 간 정치·경제·사회 전반의 통합을 추진하면서 그 과정에서 발생하는 사회갈등을 최소화하고 실질적 국가통합을 이루기 위해서도 21세기 ‘사회통합국가’ 헌법 개념은 매우 중요하다고 할 수 있다. ‘독일 통일에서 동·서독간 실질적 통합을 위한 헌법상 제도적 보장’에 관한 주요 쟁점과 독일 연방헌법재판소의 역할에 대해서는, 박한철 헌법재판소장 문집

통합으로 나아가는 적극적 국가 원동력으로서의 역할이 더욱 중요해지고 있다. 이러한 의미에서 헌법재판소는 보다 적극적인 헌법해석을 통하여 우리 헌법이 구체적 갈등해결의 목표이자 수단으로 작동될 수 있도록, 단계적 가치판단에 있어 헌법을 준거의 틀로 활용함과 동시에, 정치와 권력기관들에게는 공동체가 나아가야 할 방향을 보다 구체적이고, 적극적, 지속적으로 제시함으로써 밝은 미래를 향한 사회통합의 나침반이 되지 않으면 안 된다.⁷⁸⁾ 물론 헌법재판소의 이러한 역할은 주도적인 역할이라기보다는, 어디까지나 국회나 정부가 사회통합의 중심 역할을 할 수 있도록 도와주는 유도적, 조장적 역할에 그쳐야 할 것이다. 헌법규범이 갖는 정치적 성격이나 헌법재판의 사법작용으로서의 한계⁷⁹⁾에 비추어 모든 헌법적 이슈와 쟁

간행위원회(2017), 앞의 책, “제2회 한·독 공동세미나 개요”, 558-641쪽 참조.

78) ‘미래의 헌법재판의 역할’과 관련하여, 김성수(2018)는 “한국사회가 당면한 미래의 도전 중 하나는 세계의 어느 나라보다도 빠르게 진행되고 있는 고령화, 고령사회, 그리고 초고령사회로의 진입이다. 여기에 더하여 저출산 문제도 이미 심각한 수준을 넘어섰다. 저출산과 고령화 극복을 위한 한국사회 미래의 커다란 변혁과정에서 헌법재판은 과연 어떠한 역할과 책무를 수행할 것인가? 인구의 축소는 상수이며 이민정책이나 남북관계의 개선을 변수로 볼 때 고용과 산업의 고도화를 위해서 입법자와 헌법재판은 시장의 자율성과 혁신을 한층 존중할 필요가 있다. 작은 인구로 움직이는 역동적인 경제는 기업과 시장의 주도적인 혁신 없이는 가능하지 않기 때문이다. 물론 시장의 혁신과 역동성은 일부 기업에 대한 시장지배를 의미하는 것이 아니기 때문에 기업과 시장의 건전한 생태계를 유지하기 위한 상생과 동반성장, 공정한 경쟁 등은 헌법재판이 주목해야 할 부분이다. 결국 고령화, 저출산 대책은 재정문제로 귀결된다. 헌법재판은 국가와 자치단체의 역할과 권능을 원칙적으로 존중하면서도 이들이 자신의 재정건전성을 해치지 않도록 공공부문의 재정활동의 한계에 대한 유의미한 심사기준을 마련하고 국민의 부담을 최소화하는 헌법적 통제기준을 확립하여야 할 것이다. 여기에는 전통적인 비례성원칙과 함께 재정의 건전성원칙, 효과성원칙이나 경제성원칙 등을 법적 원칙과 심사기준으로 적용하는 문제를 깊이 고민할 필요가 있다. 오늘날 한국인들은 생활 속에서 가장 시급하게 해결해야 할 문제로 미세먼지와 오염된 물을 들고 있다. 결국 미래에 헌법재판은 환경문제와 마주 앉아야 한다. 헌법재판소는 헌법상 환경권이 자유권과 생존권 등의 성격이 혼합된 종합적 권리로 보면서 환경보호를 위한 입법의 수준에 대하여 이른바 과소보호금지원칙을 적용하고 있지만 현재의 명백성 통제기준만을 가지고 향후 환경입법의 위헌 여부를 판단할 수 있을지는 의문이다.”라고 주장한다. - 김성수(2018), 앞의 논문, 439-440쪽.

79) 헌법재판소는 헌법의 추상성·개방성으로 인하여 구체적 심판사건에서 헌법의 내용

점이 헌법재판소를 통하여 재단되는 것은 권력분립원칙이나 민주적 정당성⁸⁰⁾ 원리에 비추어 결코 바람직하지는 않기 때문이다.⁸¹⁾ 한편, 개인이나 집단은 모두가 국가공동체의 구성원으로서 21세기 ‘사회통합국가’ 헌법의 목표와 비전 하에 서로의 다양성을 인정하고 ‘자율과 조화를 바탕으로’ 국

을 해석하고 구체화할 수 있는 법창조적·최종적 권한을 가지고 있다. 예를 들면, 헌법재판소가 헌법의 내용을 사실상 무제한 확대 또는 축소하여 결정하더라도 다른 헌법기관의 통제를 받거나 그 결정에 의하여 구속된 국가기관이 불복할 구제절차가 없다. 이에 대하여 한수웅(2020)은 “헌법재판소는 ‘통제받지 않는 통제자’로서의 한계를 지니고 있다.”라고 하면서 “헌법재판소에 의한 포괄적이고 빈틈없는 헌법의 구체화는 필연적으로 권력분립원칙 및 민주주의 원칙과의 충돌을 의미한다. 다른 국가기관도 각자에게 귀속된 헌법상의 기능을 행사함으로써 헌법을 실현하기 때문에, 헌법재판소가 다른 국가기관에 의한 헌법의 구체화의 실현을 일정 범위 내에서 존중해야만 각 기능의 독자성이 유지될 수 있다. 그러므로 권력분립원리 및 민주주의원리는 헌법재판소에 의한 헌법실현의 한계를 요구한다.”라고 주장한다. - 한수웅(2020), 앞의 책, 1390-1392쪽.

- 80) 헌법 제1조 제2항은 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”라고 하여 국민주권원리를 규정하고 있으며, 국민주권원리에 의하여 창설된 국가권력은 주권자인 국민으로부터 정당성을 인정받아야 한다. 즉 국가의 통치권력은 권력분립을 형성한 국민에게 소급된다고 간주되어야만 민주적 정당성을 보장받을 수 있다. 민주적 정당성은 유일하지는 않지만 우선적으로 국민의 직접선거에 의해 부여된다. 이러한 점에서 헌법재판소는 민주적 정당성이 취약하다고 볼 수 있다. 허영(2020)은 “헌법재판소의 구성에서 권력통제기능을 효율적으로 수행하기에는 그 민주적 정당성이 취약하다는 점을 지적하지 않을 수 없다.”라고 한다. - 허영(2020), 앞의 책, 817쪽. 한편, 장진호(2010)는 “헌법재판이 권력분립적 역할을 통해 승인받는 민주적 정당성도 국민의 직선이나 대표기관에 의한 간접 선임이라는 어떤 형태를 취하든 주권자인 국민에서 유래된 정당성이라면 주권적인 민주적 정당성인 것이다. 그러므로 헌법재판소의 민주적 정당성은 국민에게 확고한 위상의 선언과 각인으로 극복할 수 있다.”라고 주장한다. - 장진호(2010), “헌법재판소의 민주적 정당성 연구 - 민주적 재조정을 위한 권력분립적 역할”, 성균관대학교 박사학위 청구논문, 39, 268쪽.
- 81) 이상경(2010)은 매우 강한 사법심사권을 가진 미국연방대법원의 위헌심사권 행사도 “선거를 통하여 나타난 국민의 정치적 의사와 그에 근거하여 연방의회에서 제정된 법률의 내용에 대해서 존중하는 태도(deference)를 취하게 되는데, 이는 또한 권력분립원칙의 내용인 견제와 균형의 관점에서 정당화될 수 있는 입법부의 형성재량권의 존중의 정신에 입각한 것이라고 할 수 있다.”라고 설명한다. - 이상경(2010), “헌법적 쟁점에 대한 판단자제의 원리 - 미국 연방대법원의 위헌성·위법성 통제의 구별 -”, 한국공법학회, 『공법연구』 제38집 제4호, 2010년 6월, 4쪽.

가, 사회가 지속적으로 발전해 나갈 수 있도록 공동의 노력을 기울이지 않으면 안 된다. 사회갈등의 보다 근본적인 해결을 위해서는 개인이나 집단 스스로 인권존중, 준법정신, 공정성, 책임성, 관용 등 윤리적 덕목의 내면화가 필요하다. 즉, 일상생활에서부터 주인의식을 가지고 설득과 관용을 통하여 문제를 해결하려는 공동체 의식, 다른 사람의 의견을 경청하고 대화와 토론을 통해 타협하고 해결하는 민주적 절차 준수, 정치권의 포퓰리즘적인 선동에 빠져들지 않고 비판적이고 미래지향적으로 바라볼 수 있는 안목과 능력, 태도 등이 무엇보다 중요하다고 할 수 있다. 결국, 갈등의 시대를 극복하기 위해서는 정치권력은 물론, 개인이나 집단 모두 각기 민주주의의 다양성을 존중하고 소통과 양보, 타협을 통해 대안을 찾아가는 등 상생, 화합의 헌법정신과 인간의 존엄과 행복추구를 지향하는 헌법가치를 적극적으로 구현함으로써 갈등의 부정적 에너지를 긍정의 에너지로 바꾸어 미래와 희망이 있는 사회를 만들어 나가는 것이 그 궁극적인 해답이 될 것이다.

[국문초록]

오늘날의 한국 정치는 많은 문제를 안고 있다. 한국 청년들은 자신의 나라를 ‘헬조선’이라고 부르는 등 현실에 대한 깊은 절망감을 느끼고 있다. 한국의 사회갈등 지수는 OECD 35개국 중 10위(2017년 기준)로 매우 높은 반면, 사회갈등 관리지수는 27위로 최하위 수준이다. 이러한 상황에도 불구하고 국회와 정치권은 이 문제를 적극적으로 해결할 능력이나 의지를 보여 주지 못하고 있다.

헌법재판은 기본적으로 사법작용이라는 한계가 있으나, 정치적 규범인 헌법의 해석을 통해 헌법적 분쟁에 최종적인 가치판단과 방향을 제시함으로써, 분쟁을 종국적으로 해결하고 사회통합에 기여한다. 헌법재판소는 그동안 우리 사회에서 심각한 갈등을 야기하였던 많은 사안에서 사회통합의 역할을 적절하게 수행해 왔다. 대표적인 사회적 갈등 해결사례로는 제대군인 가산점 사건, 호주제 사건, 시각장애인 안마사 독점 사건, 친일재산환수 사건, 긴급조치 사건, 간통죄 사건 등이 있다. 대표적인 정치적 갈등 해결 사례로는 수도이전 사건, 미디어법 권한쟁의 사건, 통합진보당 해산 사건, 국회선진화법 권한쟁의 사건, 대통령 탄핵 사건 등이 있다. 많은 경우에 정치권은 경쟁적 포퓰리즘과 편가르기, 극단대결 양상을 보이면서(정치과정과 정치력의 무기력화), 정치 문제와 갈등을 극단적 파행상태로 만든 다음, 사법의 영역에 해결을 떠맡기는 행태를 반복하고 있다(정치의 과도한 사법화). 이는 사법의 정치화 또는 신뢰약화를 초래하고, 결국 헌법시스템의 약화와 훼손, 국가공동체의 위기라는 악순환을 만든다.

이러한 복합적 위기상황에서 헌법의 우위를 실현하고 헌법수호의 책무를 지니고 있는 헌법재판소로서는, 정치적 중립과 독립성을 확고히 지키고, 헌법적 가치를 철저히 구현하여야 한다. 그렇지 아니하면 이해당사자와 국민

이 승복할 수 있는 중국적인 사회통합·국가통합이 이루어질 수 없다. 사회적 갈등은 많은 경우 사회적·경제적 이익의 배분과 관련이 있다. 따라서 사회적 약자와 소수자 보호를 위하여 사회적 기본권의 적극적 실현과 실질적 보장의 강화가 필요하다. 정치적 분쟁과 갈등은 시의적절한 해결시기를 놓치면 엄청난 사회적 비용 및 회복이 어려운 결과를 초래할 수 있으므로, 추상적 규범통제 제도의 도입을 적극적으로 검토하여야 한다.

결론적으로 온갖 갈등과 위협이 일상화된 21세기 현대정보화사회에서, 헌법은 국가공동체의 안전과 번영을 위해 더욱 적극적인 역할을 담당하여야 한다. 21세기 현대헌법은 19세기 근대입헌주의 및 20세기 사회복지국가 헌법을 바탕으로 하되, 이를 넘어 ‘인간존엄과 공동번영을 약속하는 기본가치질서 내지 전략적 인프라’가 되어야 한다(21세기 ‘사회통합국가’ 헌법). 헌법재판소는 보다 더 적극적인 헌법해석을 통하여, 헌법을 갈등해결의 목표와 수단이자 가치판단의 준거 틀로 적극 활용하여야 한다. 동시에 헌법재판소는 정치와 권력기관들에게는, 공동체가 나아가야 할 방향을 더 구체적이고 능동적, 지속적으로 제시함으로써 사회통합의 나침반이 되어야 한다. 물론 헌법재판소의 이러한 역할은 사법작용이라는 기능적 한계에 비추어 주도적인 역할이라기보다는, 국회나 정부가 사회통합의 중심적 기능을 다할 수 있도록 도와주는 유도적, 조장적 역할에 그쳐야 한다.

주제어

정치, 사회갈등, 헌법재판, 사법작용, 사회통합, 사회적 기본권, 추상적 규범통제

[Abstract]

Korean politics today has many problems. Korean youths are feeling a deep sense of despair over harsh reality, calling their country 'Hell Joseon'. Korea's social conflict index is very high at 10th place among 35 OECD countries (as of 2017), while its social conflict management index is at 27th place. Despite this situation, Korean politicians have failed to show their ability or willingness to actively resolve the problems.

The Constitutional adjudication is basically judicial action and it has the functional limitations stemming from its judicial nature. It, however, ultimately resolves social disputes and contributes to social integration by presenting final value judgments and directions to constitutional disputes through the interpretation of the Constitution, a political norm. The Constitutional Court of Korea has properly played the role of social integration in many issues that have caused serious conflicts in Korean society. Examples of social conflict resolution include the case on the extra points conferred on discharged soldiers, the family headship ('*hoju*') system, the monopoly of massage therapists by visually impaired, the confiscation of property awarded for pro-Japanese-occupation collaboration, presidential emergency decrees and the case of adultery. Examples of major political conflicts include the case on the relocation of the capital, the competence dispute of the media law, the dissolution of the Unified Progressive Party, the so-called National Assembly advancement act, and the cases on presidential impeachment. In many cases, politicians show competitive populism, bias and extreme confrontation(the dysfunction of political process and power), making

political issues and conflicts into extremely crippled states, and then repeat the action of leaving the settlement to the judiciary branch (the excessive judicialization of politics). This leads to the politicization or weakening of the trust of the judiciary, eventually creating a vicious cycle of weakening and damaging the constitutional system and the crisis of the national community.

In this complex crisis, the Constitutional Court, which has the duty of realizing the superiority of the Constitution and protecting the Constitution, must firmly maintain political neutrality and keep independence, and thoroughly implement constitutional values. Otherwise, the ultimate social integration and national unity that the people including interested persons can accept cannot be achieved. Social conflicts are often associated with the distribution of social and economic interests. Therefore, for the protection of the socially disadvantaged and the minority, it is necessary to actively realize socio-economic rights and strengthen practical guarantees for socio-economic rights. Political disputes and conflicts can lead to enormous social costs and irrecoverable damages if a timely resolution is missed, so the introduction of an abstract judicial review of statutes should be positively considered.

In conclusion, in the contemporary information society of the 21st century, where all kinds of conflicts and risks have become common, the Constitution should play a more active role for the safety and prosperity of the national community. The constitution of the 21st century, based on the 19th modern constitutionalism and the constitution of the 20th century social welfare state, should go a step further and become the “fundamental value order or strategic infrastructure that promises human dignity and co-prosperity” (the 21st century ‘Social Integration State’ Constitution). Through more active constitutional interpretation, the Constitutional Court should actively use the

Constitution as a goal and means of resolving conflicts and as a framework for value judgments. At the same time, the Constitutional Court should serve as a compass for social integration by providing more specific, active, and consistent directions to the politics and the state power agencies. Of course, this role of the Constitutional Court should not be a leading role in light of the functional limitations of the judiciary, but rather an inducing and encouraging role in helping the National Assembly and the Executive fulfill the central function of social integration.

Key words

Korean Politics, Social Conflict, Constitutional Adjudication, Judicial Action, Social Integration, Socio-economic Rights, Abstract Judicial Review of Statutes

참고문헌

[국내문헌]

1. 단행본

- 김대환 대표편역(2015), 『슈타르크 헌법논집 민주적 헌법국가 - 헌법재판소 · 기본권 · 정부제도』, 시와진실.
- 김하열(2016), 『헌법소송법』, 박영사.
- 박한철 헌법재판소장 문집 간행위원회(2017), 『아시아의 항구적인 평화와 번영의 길』, 서라벌이앤피.
- 성낙인(2016), 『헌법학』[제16판], 법문사.
- 이동흡(2015), 『헌법소송법』, 박영사.
- 이상돈(2017), 『법학입문』, 법문사.
- 정인홍외 2인(1994), 『정치학대사전』, 박영사.
- 토마 피케티(Thomas Piketty) 지음/장경덕 외 옮김(2019), 『21세기 자본』, 글항아리.
- 한수웅(2020), 『헌법학』, 법문사.
- 허영(2020), 『한국헌법론』, 박영사.
- 헌법재판소(2017), 『(현장에서 보는 또 다른 시선) 헌법재판소 결정과 대한민국의 변화: 1988-2017』, 헌법재판소 사무처 홍보심의관.

2. 논문

- 김대환(2005). “우리나라 헌법상 과잉금지원칙”, 한국비교공법학회, 『공법학연구』, 6(3).
- 김성수(2018), “헌법재판 30년 -헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?”, 헌법재판소 『헌법논총』, 제29집.
- 목영준(2013), “국민의 기본권 신장을 위한 대한민국 헌법재판소의 성과와 역할”, 한국공법학회, 『공법연구』 제41집 제4호.
- 박은정(2010), “‘정치적 사법화’와 민주주의”, 서울대학교 법학연구소, 서울대학

- 교 『법학』 제51권 제1호, 2010. 3.
- 박찬욱(2013), “사회통합의 방향: 한국정치의 과제”, 한국법학원, 『저스티스』 통권 제134호.
- 박한철, “사회적 기본권의 적극적 보장 방안-제1회 한·독 재판관 공동세미나 (2) 발표문”, 『아시아의 항구적인 평화와 번영의 길』, 박한철 헌법재판소장 문집 간행위원회(2017), 서라벌이애펬.
- 방승주(2013), “사회통합과 헌법재판”, 한국법학원, 『저스티스』 통권 제134-2호 (2013. 2. 특집호 I).
- 은재호/한국행정연구원 연구위원(2016), “한국 사회 갈등해소를 위한 과제”, 『The Chungnam Review』 2016 · 가을.
- 이강국(2018), “헌법재판소의 도전과 과제”, 헌법재판소, 『헌법논총』 제29집.
- 이상경(2010), “헌법적 쟁점에 대한 판단자제의 원리 - 미국 연방대법원의 위헌성·위법성 통제의 구별 -”, 한국공법학회, 『공법연구』 제38집 제4 호, 2010년 6월.
- 이은선, “지정토론문: 한국과 독일의 심사기준 비교”, 『아시아의 항구적인 평화와 번영의 길』, 박한철 헌법재판소장 문집 간행위원회(2017), 서라벌이애펬.
- 장영철(2014). “기본권유보에 관한 고찰 - 기본권과 법률의 관계정립방안”, 서울시립대학교 법학연구소, 『서울법학』, 22, 2014. 11.
- 장진호(2010), “헌법재판소의 민주적 정당성 연구 -민주적 재조정을 위한 권력분립적 역할”, 성균관대학교 박사학위 청구논문.
- 정영호/고숙자(2015), “사회갈등지수 국제비교 및 경제성장에 미치는 영향”, 한국보건사회연구원, 『보건복지포럼』(2015. 3).
- 한수웅(2017), “현행 헌법재판제도에서 추상적 규범통제의 도입 문제”, 『아시아의 항구적인 평화와 번영의 길』, 박한철 헌법재판소장 문집 간행위원회 (2017), 서라벌이애펬.

3. 보고서 및 보도자료

국민대통합위원회(2016), 「2016년도 국민통합에 관한 국민의식조사: (주)코리아

헌법논총 제31집(2020)

리서치」.

박준 외 2인(2009), “한국의 사회갈등과 경제적 비용”, 삼성경제연구소, 『CEO Information』 제710호, 2009. 6. 24.

박준/ 삼성경제연구소 수석연구원, “[제2차 국민대통합 심포지엄] 한국 사회갈등 현 주소”, cfe자유경제원 갤러리(<https://cfekorea.tistory.com/518>), 2013. 9. 1.

FKI전국경제인연합회, 보도자료(2013-08-21), 「사회갈등, OECD27개국 중 2번째로 심각 - 사회갈등으로 인한 경제적 비용 82조-246조 원으로 추정」
오영석/주관연구책임자 외 4인(2018), “사례분석을 통한 효율적 갈등관리방안”, 동국대학교 경주캠퍼스 갈등치유연구소(동국대학교 경주캠퍼스 산학협력단), 2018. 4. 20.

이부형/박용정(2016), “사회적 갈등의 경제적 효과 추정과 시사점”, 현대경제연구원, 『경제주평』 16-45(통권 718호), 2016. 11. 11.

입소스(2019), “한국사회 갈등 현황과 주요 시사점”, Ipsos GAME CHANGERS, Daumsoft기획, 『이슈리포트』 32호, 2019. 2. 18.

Ipsos MORI, “BBC Global Survey: A world divided?“, 2018. 4. 23.

헌법재판소, 2016. 8. 31. 보도자료, 「헌법재판 역할 중 국민 기본권 보호 가장 중요 - 현재 설문조사 결과, 온·오프라인 통해 6천552명 참여 -, - ‘권력 통제’, ‘사회갈등 해소’, ‘헌법 수호’ 순으로 꼽아 -」.

4. 기타(인터넷 검색 등)

노컷뉴스, www.nocutnews.co.kr

대법원, www.scourt.go.kr

동아일보, www.donga.com

문화일보, www.munhwa.com

법률신문, www.lawtimes.co.kr

복지뉴스(순천시장애인종합복지관), www.scrw.or.kr

시사저널, www.sisajournal.com

SBS, news.sbs.co.kr

MBC이브닝뉴스, imnews.imbc.com
오마이뉴스, www.ohmynews.com
워싱턴포스트, www.washingtonpost.com
월스트리트 저널, www.wsj.com
중앙일보, news.joins.com
KBSNEWS, mn.kbs.co.kr
통계청, www.kosis.kr
한국일보, www.hankookilbo.com
헌법재판소, www.ccourt.go.kr
헌법재판정보, search.ccourt.go.kr

국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 등 사회보상법과 헌법재판

- 독립유공자예우에 관한 법률, 고엽제후유의증 환자
지원에 관한 법률 등을 포함하여 -

Critical review on the constitutional decisions concerning
Veterans Compensation Act(VCA)

全 光 錫(CHEON, Kwang-Seok)

延世大學校 法學專門大學院 教授

- 목 차 -

I. 이 글의 목적과 서술범위	73
II. 국가유공자법의 체계; 이념과 제도의 부정합	73
1. 이념과 제도의 발전; 역사적 부담	73
2. 이론과 체계의 미성숙	77
가. 이론	77
나. 체계	78
3. 국가유공자법의 정치적 성격	81

III. 국가책임법의 구조와 헌법	82
1. 국가책임법의 구조와 국가유공자보상	82
가. 국가유공자보상에서 국가책임	82
나. 국가책임의 유형화	86
2. 헌법과 헌법재판	87
가. 전문	87
나. 헌법 제32조 제6항과 헌법 제34조	88
다. 재산권	93
라. 평등권	94
IV. 사건 및 결정 유형	96
1. 사건 유형	96
가. 국가유공자법	96
나. 독립유공자법, 고엽제법, 참전유공자법, 보훈보상대상자지원법	99
2. 결정 유형	100
가. 국가유공자법	100
나. 독립유공자법, 고엽제법, 참전유공자법, 보훈보상대상자지원법	101
V. 국가유공자보상의 법적 성격과 등록제도	102
VI. 유형화와 평등, 유족의 자격과 범위	104
1. 신분상의 차이와 평등	104
2. 점진적 평등 실현과 차별의 합리성	106
가. 보상청구권과 관련된 시점 선택의 문제	106
나. 차별기준의 선택과 입법재량	108
3. 유족의 수급자격, 유족급여의 성격과 기능	112
가. 유족급여의 수급자격	112
나. 유족급여의 기능과 수급자 선정	115
VII. 헌법 제32조 제6항과 평등권	117

VIII. 보상의 종류와 내용	120
IX. 의회유보 및 위임의 구체성	122
1. 사회보장법과 국가유공자법의 특수성	122
2. 입법기술적인 문제, 위임의 구체성에 대한 재확인 필요성	124
X. 맺는 말	125
* 국문초록 및 주제어	127
* 영문초록 및 주제어	128
* 참고문헌	129

I. 이 글의 목적과 서술범위

이 글은 이론과 체계, 그리고 헌법을 기준으로 국가유공자보상에 관한 헌법재판소의 결정을 비판적으로 검토하는 목적을 갖는다. 국가유공자보상을 실천적으로 점검하는 장(forum)은 흔치 않기 때문에 국가유공자보상의 이론과 체계를 점검하는 데 헌법재판은 중요한 소재(素材)이다.¹⁾ 그동안 국가유공자보상에 대한 학문적 관심은 소홀히 되어 왔으며, 헌법재판소가 이에 대한 심사에서 특유한 논리를 추출하여 적용하지도 못했다. 이와 같은 이유에서 먼저 국가유공자보상의 이해를 위하여 필요한 서술을 하였다. 국가유공자보상의 위상, 헌법적 관련성과 기준을 국가책임법의 구조에서 살펴본다. 이 글에서는 국가유공자법 이외에 같은 책임구조를 갖는 ‘독립유공자예우에 관한 법률’, ‘고엽제후유의증환자 지원에 관한 법률’, 및 ‘고엽제후유의증 등 환자치원 및 단체설립에 관한 법률’, ‘참전유공자예우에 관한 법률’, ‘보훈보상대상자 지원에 관한 법률’에 관한 결정을 서술의 범위에 포함한다.

II. 국가유공자법의 체계; 이념과 제도의 부정합

1. 이념과 제도의 발전; 역사적 부담

국가의 수호와 유지를 위한 활동(공헌) 그 자체 혹은 그로 인하여 발생

1) 사회보장법 일반에서 체계형성의 필요성과 유용성, 그리고 이에 따른 입법의 자기구속력과 평등의 문제에 대해서는 예컨대 전광석, 한국사회보장법의 역사(집현제, 2019), 65면 이하, 75면 이하 등 참조. 이밖에 Ulrich Becker, “Selbstbindung des Gesetzgebers im Sozialrecht. Zur Bedeutung von Konsistenz bei der Ausgestaltung von Sozialversicherungssystemen”, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht(Carl Heymanns Verlag, 2004), 82면 이하 참조.

한 질병, 장애 및 사망(희생)을 보상하는 사고는 인류보편적이며, 또 오랜 역사를 갖는다. 우리나라는 1950년과 1951년 군사원호법과 경찰원호법을 제정하여 이 문제를 규율하기 시작하였다. 전투 혹은 공무로 인하여 발생한 상이 및 사망이 원호의 대상이었다. 1962년 ‘국가유공자 및 월남귀순자 특별원호법’이 제정되었다. 이 법에 의하여 애국지사, 4·19의거 상이자 및 사망자가 원호대상이 되었다. 2001년 개정 국가유공자법은 4·19 혁명‘공로자’를 적용대상에 포함시켰다. 이는 국가유공자보상의 대상과 발전방향에 (오늘날까지 영향을 미치는) 중요한 변화를 가져왔다. 첫째, 독립운동과 같은 행위 자체가 보상의 대상이 되었다. 이로써 보상의 범주가 개방되었고, 또 계속 확대될 것을 예고하였다. 보상의 요건으로 인과관계는 부분적으로 의미를 상실하였다. 공헌의 종류와 내용 자체가 판단기준이며, 희생 및 희생의 원인인 사고와의 인과관계는 논의의 여지가 없기 때문이다.²⁾ 이로써 국가유공자보상에서 국가의 정치적 및 윤리적 책임과 규범적 책임의 구분이 흐려졌다. 둘째, 전통적인 보상의 요건, 즉 전투행위 중에 발생한 상이 및 사망 이외에 4·19의거 관련 상이 및 사망이 추가되었다는 사실은 앞으로 보상의 확대를 예고하였다. 4·19의거 희생에 대한 보상은 국가책임 및 그 정도와 관련하여 일종의 예시의 기능을 갖기 때문이다. 즉 이는 앞으로 유사한 정치적 의미를 갖는 역사적 사실과 연계하여 보상 및 보상의 확대를 논의하는 기반이 되었다. 헌법적으로 보면 입법의 자기구속에 따른 평등, 혹은 합리적 이유에 의한 차별을 소명하는 부담이 생겼다.

마지막으로 전투행위 및 그로 인한 희생과는 달리 4·19의거 상이 및 사망에 있어서는 국가가 직접 혹은 적어도 밀접하게 관련되어 있으며, 이는 불법행위책임을 부과하는 상황이 될 수 있다. 이와 같은 유형의 국가책임을 국가유공자법에 포섭될 가능성이 열린 셈이다. 이는 5·18민주화운동

2) 이를 대체하는 다른 절차 요건에 대해서는 아래 각주 60 참조.

으로 인한 희생에 대한 보상의 방법론과 관련하여 집중적으로 검토되었다.³⁾ 미래지향적으로 보면 유사한 사안에 불법행위책임을 적용하여 개별적으로 배상할 것인가, 입법에 의한 일괄적인 보상의 방법을 선택할 것인가, 또 후자의 경우에도 배상 및 보상책임과 사회보장책임 중 어디에 중점을 둘 것인가 등의 문제를 남겼다.

그동안 국가유공자보상의 적용대상과 보상의 종류 및 내용을 확대하는 관련 법률이 다양하게 제정되었다. 1980년대 중반까지 국가유공자법에 해당하는 법률로, 군사원호보상법, 군사원호보상 급여금법, 군사원호대상자 임용법, 군사원호대상자 고용법, 원호대상자정착 대부법, 군사원호대상자 자녀 교육보호법, 국가유공자 등 특별원호법이 제정되었다. 이 법률들은 1984년 ‘국가유공자예우 등에 관한 법률’이 제정되면서 폐지되고 여기에 통합되었다. 이 법은 1997년 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률’(이하 ‘국가유공자법’으로 줄임)로 이름을 바꾸었다. 1997년 개정 법률은 전통적인 유공행위, 즉 교육훈련, 직무수행으로 인하여 발생한 희생, 그리고 그 밖의 공상을 구분하여 차등 보상하였다. 1994년 순국선열과 애국지사에게 적용되는 ‘독립유공자예우에 관한 법률’(이하 ‘독립유공자법’으로 줄임)이 독자적으로 제정되었다. 이 법은 국권의 수호를 위한 공헌 및 희생을 특별히 지원하는 목적을 가졌지만 실제 기존의 보상을 넘어서지는 않았다.⁴⁾ 희생이 수반되지 않는 공헌에 대해서 보상 외에 예우를 보충하는 방법론은 새로운 사고의 틀이 되었다. 이밖에 국가유공자법이 포섭하는 데 어려움이 있지만 보상의 필요성이 있는 경우에는 특별법을 제정하였다. 월남전 참전 군인이 입은 고엽제피해는 전투행위와의 인과관계가 명확하지 않았기 때문

3) 이에 대해서는 아래 각주 72 참조.

4) 독립유공자를 특별히 지원하기 위한 입법배경과 실제 제도의 괴리, 그리고 이에 대한 비판에 대해서는 예컨대 이호용, “독립유공자예우에 관한 법정책적 문제점과 개선방안 - 독립유공자 보훈체계의 개선을 중심으로”, 한양법학 제21집(2007), 730면 이하 참조.

에 이를 보상하기 위하여 1993년 ‘고엽제후유의증환자지원에 관한 법률’이 제정되었다. 이 법은 2012년 ‘고엽제후유의증 등 환자지원 및 단체설립에 관한 법률’호 이름을 바꾸고 개정되었다(두 법률 모두 ‘고엽제법’으로 줄임).

위와 같이 국가유공자 관련 법률은 분화와 통합, 그리고 보완을 겪어 왔다.⁵⁾ 그러나 국가유공자보상의 이론과 체계에 대한 의문은 계속 제기되었고, 또 적용대상, 보상요건, 그리고 보상의 종류와 내용이 정형을 갖지 못하면서 발전하여 왔다.⁶⁾ 실제 이에 관한 문제의식이 있었고, 또 부분적으로 정비되었다. 다음 두 가지 입법을 들 수 있다. 첫째, 위에서 언급한 1997년 개정 법률은 실질적인 변화를 가져오지 못했고, 이에 2005년 보훈대상을 객관적으로 구분·분류하고 정비하기 위하여 ‘국가보훈기본법’이 제정되었다.⁷⁾ 국가유공자보상에 관한 법을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 기본이념에 맞도록 하여야 한다(법 제4조). 그러나 국가보훈기본법은 보상의 이념을 유형화하는 데 그쳤고(법 제3조 제1호), 입법 및 해석의 혼란을 제거하지는 못했다. 규율대상을 명확히 하는 가장 기본적인 목적도 실현되기 어려웠다. 국가보훈기본법과 국가유공자법이 보상의 대상을 유형화하였지만 아래에서 지적하는 바와 같이 그 범주가 정형화될 수 없었기 때문이다. 둘째, 2011년 ‘군인이나 경찰·소방공무원으로서 국가의 수호, 안전보장 또는 국민의 재산 보호와 직접적인 관련이 있는 교육훈련

-
- 5) 국가유공자법의 기원과 이후 전개에 대해서는 예컨대 오진영, “한국보훈정책의 성찰적 회고와 전망 - 보훈대상과 보상 수준의 문제점과 개선방안을 중심으로”, 한국사회정책 제15권 제1호(2008), 45면 이하; 전광석, 위 각주 1의 책, 166면 이하, 236면 이하, 283면 이하, 360면 이하, 407면 이하; 정영훈, 국가유공자 보상·지원의 법률적 형성에 관한 헌법적 검토(헌법재판소 헌법재판연구원, 2016), 14면 이하 등 참조.
 - 6) 전체적인 보훈체계의 특징과 문제점에 대해서는 예컨대 김용하, “국가보훈 연금체계의 개선방안 연구”, 사회보장연구 제21권 제1호(2005), 209면 이하; 오진영, 위 각주 5의 논문, 55면 이하 등 참조.
 - 7) 이 법의 제정배경과 주요 내용 및 문제점에 대해서는 예컨대 전신욱, “『국가보훈기본법』의 문제점과 제언”, 한국보훈논총 제2호(2005), 86면 이하 참조.

또는 직무수행 중 상이를 입은 자'를 국가유공자법의 규율대상으로 하고, 직접적인 관련성이 없는 유공자는 '보훈보상대상자 지원에 관한 법률'을 제정하여 규율하였다. 그러나 국가유공에 직접적인 관련이 있는 경우와 그렇지 않은 경우를 구분하는 것이 타당한가, 그리고 해석상 가능한가에 대해서는 여전히 논란이 있었다. 무엇보다도 이와 같은 입법의 가능성과 타당성에 앞서 국가유공자보상의 이념과 제도를 다른 체계 및 법률과의 관계에서 종합적으로 점검하고, 이에 기초하여 기능을 분담하는 사고와 인식은 아직 존재하지 않았다. 예컨대 국가책임법 및 사회보장법의 구조에서, 그리고 이와 비교하여 국가유공자보상의 위상과 입법방향을 정립하고, 이를 기반으로 논의를 선도하는 단계에 이르지 못했다. 이는 국가유공자보상에 역사적 부담이 되었다.

2. 이론과 체계의 미성숙

가. 이론

국가유공자법이 정형이 없이 발전한 것은 이에 관한 이론과 기본원칙의 미성숙에 근본적인 원인이 있었다. 그리고 여기에는 다음과 같은 상황이 작용하였다. 국가유공자보상은 '유공행위' 중에 발생한 '피해(희생)'를 구성요건으로, 그리고 유공행위 중 발생한 사고와 희생과의 '인과관계'를 확인하여 보상의 여부 및 정도를 결정한다. 그런데 이와 같은 보상의 구조는 아직 추상적이고 개방적이다. 따라서 입법과 제도에 의하여 보상요건을 구체화하는 과정을 거쳐 귀납적으로 기본원칙을 추출하고, 또 이와 같이 형성된 기본원칙을 입법과 제도에 재조명하여 평가하면서, 즉 기본원칙과 입법 및 제도의 상호 관계를 점검하면서 이론이 형성된다. 또 이때 비로소 제도가 공고화될 수 있다. 이를 위해서는 보상의 구조가 어느 정도 제도적으로 정형화되고, 또 이는 객관적·합리적 입법이유로 받아들여질 수 있어

야 한다.

국가유공자보상은 이론형성을 위하여 필요한 위와 같은 조건에 있어서 취약하다. 우선 보상의 요건이 - 위에서 지적한 바와 같이 - 전체적으로 정형화될 수 없을 만큼 개방되어 있고, 또 개방의 가능성을 내포하고 있다(공헌의 경우). 4·19혁명 관련 공로와 희생 및 국가사회발전특별공로, 상이 및 순직 등이 이러한 예에 해당한다. 또 아래에서 살펴보듯이 다른(국가책임법) 혹은 유사한 법체계(사회보장법)와의 기능적 공통점과 차별성이 뚜렷하게 인식되지 못했다. 5·18민주화운동 희생을 예컨대 4.19혁명 희생에 대한 국가책임과 비교하는 작업이 없었고, 실제 이는 전혀 다른 형태로 제도화되었다. 공상군경과 공상공무원, 전투행위와 일반적 공무수행의 동질성과 차별성이 혼재해 있으며, 사회보장법과 기능분담도 통일되어 있지 않다. 공무원연금과 군인연금이 국가유공자보상과 병급(併給) 혹은 조정되는 문제가 균형 있게 형성되지 못했다.⁸⁾ 무공수훈 및 참전행위 등이 보편적인 희생을 넘어서 특별한 희생으로 성격을 전환하는 계기 역시 불분명하다. 이와 같은 이론의 미성숙은 국가유공자법이 내부적으로 독자성을 형성하고, 또 외부적으로 다른 법체계와의 구분과 기능분담을 통하여 독자성을 강화하는 입법 및 해석에 부정적인 영향을 미친다. 아래에서는 이 점을 살펴본다.

나. 체계

(1) 유공자보상 체계 자체의 문제

국가보훈기본법에 의한 보훈대상자는 일제로부터의 조국의 자주독립, 국가의 수호 또는 안전보장, 대한민국 자유민주주의의 발전, 그리고 국민의

8) 이에 대해서는 아래 각주 12 참조. 전체적으로 국가유공자법에서 급여 조정이 불균형하게 형성되어 있는 문제에 대해서는 예컨대 오진영, “공무상 재해보상제도의 문제점과 개선방안”, 사회보장법학 제5권 제2호(2016), 204면 이하 참조.

생명 또는 재산의 보호 등 공무수행을 위하여 희생 혹은 공헌한 사람으로 ‘개념’적으로는 명확하다(국가보훈기본법 제3조 제1호). 그러나 이와 같은 개념에 포섭되는 희생과 공헌의 ‘범주’는 명확하지 않다. 예컨대 전자 3개의 보상요건은 비교적 특수한 역사적 상황을 배경으로 하였고, 분단 이후 이념적 분열의 부담에서 벗어나 유공행위 자체를 보상하려는 입법목적을 표현한 것이었다.⁹⁾ 이에 비해서 마지막 요건, 즉 ‘국민의 생명 또는 재산의 보호 등 공무수행을 위하여 희생 혹은 공헌’은 과거뿐 아니라 미래지향적이고, 그만큼 그 범주가 개방적이다. 구체적으로 보면 이와 같은 보상의 원인관계는 다양하다. 또 1984년 ‘국가유공자 등 예우에 관한 법률’에 도입된 국가사회발전특별 공로 및 부상과 사망 등의 요건이 보여주듯이 보상요건은 해석과 입법적 보충을 통하여 구체화되어야 하며, 그만큼 앞으로 국가유공자보상에 어떠한 부담으로 작용할지 불명확했다. 국가의 불법행위가 원인인 경우, 국가가 직접적으로 개입하지 않았지만 직무수행 중 희생이 발생한 경우, 혹은 제3자의 행위가 원인인 경우도 있다.

또 체계에 대한 인식이 있는지도 의문이다. 예컨대 공상군경과 공상공무원의 차별적 보상을 신분(군경과 공무원)을 기준으로 정당화하는 논리는 보상요건을 중심으로 보면 문제의 본질을 벗어나는 듯하다. 국가유공자보상의 본질적인 기준은 - 해당 규정이 보상법에 포섭될 수 있는 경우에는 - 국가책임에의 귀속 여부 및 정도이기 때문이다.¹⁰⁾ 국가유공자보상이 사

9) 이 점에 대해서는 예컨대 이현환, “전환기의 보훈정책 - 국가정체성의 재정립을 위한 시론”, 공법연구 제47집 제4호(2019), 136면 이하 참조. 이때 보훈이념 간의 긴장관계에 대해서는 김주환, “보훈이념을 통해서 본 대한민국의 국가정체성 연구: 국가정체성 구성요소들 간 갈등 사례를 중심으로”, 한국보훈논총 제14권 제2호(2015), 49면 이하 참조. 이와 같은 시각은 북한의 보훈정책을 주목하는 계기가 되었다. 이에 대해서는 예컨대 강석승, “남북한의 ‘국가보훈’에 대한 인식과 그 특성 비교”, 북한학보 제37집 제1호(2012), 56면 이하; 이성춘, “북한의 보훈정책 고찰과 통일 대비 한국보훈정책 발전방안”, 융합보안논문지 제15권 제2호(2015), 75면 이하 등 참조.

10) 이에 대해서는 아래 VI.1. 참조.

회보장에 편입되어 독자적인 체계를 형성하고, 헌법재판에서 의미 있는 기준으로 적용되는가의 문제 역시 검토가 필요하다.

(2) 유공자보상체계와 외부체계의 연계적 사고

국가유공자법의 이론과 체계는 국가유공자보상이 유사한 목적과 기능을 갖는 다른 법률과 독자성을 가지며, 또 부분적으로는 적용대상이 중첩되는 문제와 관련되어 있다. 국가유공자법은 국가책임에 귀속되는 희생 및 공헌, 그리고 일반적인 (군)복무 및 (공무원)재직관계에서 발생하는 희생과 공헌을 구분하는 사고가 없었다. 이는 부분적으로는 국가유공자보상의 역사적 성격과도 관련이 있다. 위에서 언급했듯이 군인 및 공무원의 전투행위 혹은 공직 수행 중에 발생한 희생을 보호할 필요성은 처음부터 인식되었다. 그러나 이후 공무원연금 및 군인연금이 시행되면서 국가유공자보상과 연금제도의 기능분담이 적시(適時)에 조정되지 못했고, 이와 같은 부담이 계속 영향을 미쳤다. 예컨대 공상군경은 국가유공자보상의 대상이면서, 동시에 공무원연금법과 군인연금법이 적용되어 장해연금이 지급된다. 그런데 공무원연금법에 의하면 보훈급여의 상당액이 공제되는 반면(공무원연금법 제41조 제1항), 군인연금법에서는 공제에 관한 규정이 없이 두 급여를 병급(併給)할 수 있다(군인연금법 제20조 제1항). 이는 군인연금법과 공무원연금법의 문제이지만 동시에 국가유공자법이 연금법 자체, 그리고 연금법과 국가유공자법을 연계하여 과제와 기능을 검토하지 않았던 결과였다.¹¹⁾ 헌법재판소가 이와 같은 불균형을 설명하고 정당화하는 논리를 제시하였지만 설득력이 있지는 않았다.¹²⁾

11) 이밖에 국가배상과 유공자보상의 조정 역시 우연한 요소, 즉 국가배상을 먼저 받은 경우와 유공자보상을 먼저 받은 경우에 각각 달리 조정되고 이다. 이 점에 대해서는 대판 2017.2.3., 2014두400012 참조.

12) 이에 대해서는 현재 2013.9.26., 2011헌바272, 25-2(상), 683면 이하 참조.

이밖에 국가보훈기본법에서 ‘국민의 생명 또는 재산의 보호 등 공무수행을 위하여 희생 혹은 공헌’의 요건은 부분적으로는 복무 혹은 재직관계에서 발생하는 위험으로서 1차적으로는 내부적인 법률관계에서 규율하는 것이 체계정합하다.¹³⁾ 복무관계 혹은 재직관계에서 발생하는 질병 및 부상은 국가가 위험상황에 관련되어 있다는 이유만으로 특별희생의 성격을 갖는 것은 아니다.¹⁴⁾ 이에 기존의 복무 및 재직관계에 적용되는 법률을 기능적으로 보완하거나 새로운 입법의 필요성과 가능성이 검토되어야 한다. 복무관계 혹은 재직관계에서 발생하는 희생은 예컨대 산업재해보상보험법에서 업무상의 재해에 대한 책임이 사용자에 귀속되는 구조와 유사하다. 이와 같은 구조개편을 통하여 국가유공자법은 내부체계와 제도를 공고히 하고 적용대상을 정비할 수 있으며, 또 이로써 국가유공자법의 부담은 덜어질 수 있다.

3. 국가유공자법의 정치적 성격

국가유공자법은 위에서 서술한 바와 같은 역사적 부담을 가졌고, 또 그 발전과정에서 규범적 책임과 정치적 및 윤리적 책임이 혼재하게 되면서 입법에 작용하는 정치적 성격은 강화되었다. 이와 같은 경향과 우려는 개인 및 사회의 보상에 대한 인식이 커지면서 그 정도가 깊어졌다. 여기에는 두 가지 변수가 작용하였다.

첫째, 사회보장의 욕구가 일반적으로 증가하였다. 국가유공자보상에서 사회보장의 성격과 기능이 인식될수록 헌법 제34조와 연계하여 국민의 사회

13) 이 점에 대해서는 예컨대 방동희, “공상공무원의 국가유공자 예우·지원과 국가유공자 법제도 개선에 관한 연구”, 법과 정책연구 제10집 제2호(2010), 658면 이하, 666면 이하 등 참조.

14) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, “국가유공자보상의 범위결정 및 보상의 원칙”, 헌법학연구 제10권 제4호(2004), 247면 이하 참조.

보장에 대한 욕구가 증가하고, 또 사회보장의 적용대상, 급여의 종류와 내용이 다양하게 확대되면서 이 점이 국가유공자보상에도 영향을 미친다. 여기에는 위에서 서술했듯이 국가유공자보상이 사회보장을 대체하는 의미를 가졌던 역사적 배경도 작용하였다. 더구나 국가유공자보상에서는 어떠한 형태로든 유공행위가 선재(先在)하기 때문에 그 역사적·상징적(국민정서적) 의미로 인하여 정치적 성격은 더욱 강화되고, 그만큼 법논리와 체계의 언명력은 약화될 수 있다. 둘째, 우리 사회가 이미 고령사회에 진입해 있다는 사실은 국가유공자보상에 또 다른 의미를 갖는다. 이는 이중적이다. 한편으로 고령사회가 깊어지면서 사회보장의 사고가 국가유공자보상의 부담을 가중(加重)할 수 있다. 그러나 다른 한편 고령사회의 다양한 상황을 포섭하는 사회보장의 기제가 세분화되고 진화하면서 국가유공자보상이 부분적으로 이에 포섭되고, 그 결과 국가유공자보상의 부담이 덜어질 수도 있다. 이는 일반적인 사회보장의 과제와 국가유공자보상의 특유한 과제를 구분하고 재정렬하는 계기가 되어야 한다. 사회보장, 특히 사회보험이 보편화되고, 최저생활을 보장하기 위한 제도가 세분화되면서 국가유공자보상에 특유한 과제가 아닌 사안을 사회보험과 최저생활보장을 위한 제도에 편입시키고, 국가유공자보상은 부담을 덜 수 있어야 한다.

Ⅲ. 국가책임법의 구조와 헌법

1. 국가책임법의 구조와 국가유공자보상

가. 국가유공자보상에서 국가책임

국가유공자보상의 체계, 그리고 관련 이념과 제도에 대한 종합적 이해가 성숙하지 못한 데에는 그 책임구조가 기존의 국가배상 및 보상과 비교하여

명확하지 않다는 점이 작용하였다. 국가유공자보상은 국가배상청구권, 형사보상청구권 및 수용보상청구권 등 기존의 국가책임법의 구조에 포섭되지는 않는다.¹⁵⁾ 따라서 국가유공자법에 관한 헌법재판에서 국가배상제도와 비교하여 평등권 침해를 주장하는 청구는 인용될 수 없었다.¹⁶⁾

국가책임법에 포섭되는 청구권은 불법적 혹은 합법적인 국가작용, 경우에 따라서 국가의 부작위가 원인이 되어 직접적으로 개인에게 신체, 생명 혹은 재산에 대한 피해가 발생한 경우 이를 전보하는 목적을 갖는다. 이에 비해서 국가유공자보상은 다음과 같은 점에서 기존의 국가책임과는 차이가 있다. 첫째, 국가유공자보상에서 국가는 희생이 발생하는 상황에 사전적이고 보편적으로 관련되어 있으며, 따라서 국가작용은 개인의 희생에 간접적인 영향을 미칠 뿐이다. 다만 위험이 발생하는 상황에 국가가 어느 정도 관련되어 있으며, 관련성의 정도에 따라 책임의 여부 및 정도가 달라질 수 있다. 이때 관련성의 정도는 다음과 같이 차별화될 수 있다. 개인이 해당 상황에 처하도록 국가가 강제하는 경우(예컨대 전투행위), 이를 권고하는 경우(예컨대 감염병 예방을 위한 접종), 국가가 예방의 과제가 있음에도 해당 상황이 발생하여 개인이 피해를 입은 경우(예컨대 범죄) 등이다. 둘째, 국가유공자보상에서는 희생, 그리고 희생의 원인이 되는 사고의 발생에 국가의 행위 혹은 부작위가 직접 개입되어 있지는 않다. 위의 유형화된 사례에서 보면 전투행위에서는 적국의 사상행위가, 접종의 경우 접종의 일반적인 부작용과 개인의 특별한 신체 및 생리적 상태가, 그리고 범죄의 경우 가해자인 제3자의 행위가 희생에 대한 직접적인 원인관계를 구성한다. 또 공무수행 중에 발생한 피해에 대한 책임은 재직관계에서 사용자의 지위에

15) 이와 같은 변형된 국가책임의 다양한 유형에 대해서는 전광석, 한국사회보장법론(집현재, 2019), 431면 이하 참조. 이밖에 Ulrich Becker, Soziales Entschädigungsrecht (Nomos, 2017), 90면 이하 참조.

16) 예컨대 헌재 2011.7.28., 2009헌마27, 23-2(상), 114면 참조.

있는 자에 귀속된다. 셋째, 유공행위 중에 발생한 희생은 일반적으로 국가의 수호 및 안전보장에 기여하지만 이때 희생이 의도적으로, 그리고 개별적으로 발생하는 것은 아니며, 규범적으로 국가책임에 귀속되는 성격을 갖지는 않는다. 따라서 이와 같은 희생이 기존의 국가책임의 구조에서 보면 특별희생은 아니다. 다만 유공행위와 희생이 국가의 수호 및 안전보장을 위하여 특별한 기여를 하고, 이를 개인에게 부담시키는 것은 타당하지 않기 때문에 정치적 및 입법적 결정에 따른 보상이 필요하게 된 것이다.

위와 같은 구조에서 보면 국가유공자보상이 ‘특별희생에 대한 보상 혹은 보훈의 성격’(그리고 사회보장의 성격)이 있다는 이해 방법은 오해의 여지가 있으며, 설명을 필요로 한다.¹⁷⁾ 헌법재판소가 명시적으로 설명하지는 않았지만 이때 ‘특별희생’이 일반적인 국가책임법상의 ‘특별희생’을 의미하는 것은 아니다. 수용보상청구권 및 희생보상청구권은 국가의 적극적 행위에 기인하여 국가책임에 귀속되는 재산 및 생명, 신체에 대한 피해가 발생하였고, 이는 다른 국민과의 관계에서 특별희생이라는 구상에 기초하여 있다. 그리고 이를 보상하여 상실된 형평을 회복시키는 목적을 갖는다.¹⁸⁾ 그런데 국가유공자보상에서는 희생의 직접적인 원인인 국가작용이 존재하지 않고, 또 보상의 대상은 희생뿐 아니라 공헌 그 자체를 포함한다. 희생보상청구권의 성립요건과 관련된 용어에 따르면 일반적인 위험이 현실화된 것이며, 특별희생이 존재하는 것은 아니다.¹⁹⁾ 국가유공자보상은 보상의 기준

17) 예컨대 헌재 2002.12.18., 2001헌마546, 14-2, 901면 참조.

18) 특히 국가유공자보상의 희생보상청구권과의 유사성 및 차별성, 그리고 이에 포섭하는 한계에 대해서는 예컨대 진광석, “국가유공자보상에 대한 헌법적 보호의 가능성”, 헌법학연구 제6권 제4호(2000), 127면 이하 참조.

19) 희생보상청구권의 성립요건으로 특별희생과 이와 구분되는 일반적인 생활위험의 현실화에 대해서는 홍정선, 행정법원론(상)(박영사, 2020), 907면 이하 참조. 이밖에 독일 공법에서 기원하는 희생보상청구권(Aufopferungsanspruch)의 성립요건과 내용에 대해서는 Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht(C.H.Beck, 2013), 142면 이하 참조. 이를 프랑스 행정법상의 이른바 ‘공법상의 위험책임’으로 설명하는 입장이 있다. 예

과 방법에 있어서도 희생보상청구권과는 차이가 있다. 즉 희생과 공헌이 함께 고려되며, 또 이로 인하여 현실적으로 혹은 가정적으로 발생하는 소득능력 및 가족부양과 관련된 불이익이 보상의 기준이 된다. 보상은 피해자의 장기적이고 안정적인 생활보장을 목적으로 하며, 상실된 형평을 회복하는 이념이 적용되는 것은 아니다. 이와 같이 국가유공자보상은 보상의 근거 및 대상, 보상의 종류와 내용이 개방적이기 때문에 입법적 결정이 필요하고, 또 입법재량이 넓게 인정된다.

국가유공자보상에서 공헌과 희생에 대한 국가책임의 인정 여부는 유동적이다. 그렇더라도 유공행위로 의제되는 추상적 희생, 그리고 구체적인 희생에 대한 국가작용의 관련성과 이에 따르는 책임은 어느 정도 유형화되어야 하며, 이를 기준으로 보편적인 희생에 국가책임이 인정되는 특별한 상황, 그리고 이와 같이 국가책임으로 전환하는 이론이 구성되어야 한다. 이때 공헌과 특히 희생에 관련된 국가작용이 불법행위에 근접하는 정도에 따라 유형화될 수도 있다. 이 경우 불법행위책임을 적용하여 희생을 개별적으로 배상하기보다는 희생자의 생활보장을 위하여 입법에 의한 일괄적 보상이 보다 적합하다고 판단할 수도 있다. 4·19혁명 공로, 상이 및 사망에 대한 보상이 이러한 예에 해당한다. 이에 비해서 5·18민주화운동 희생에 대한 구제는 다른 방법을 선택한 바 있다.²⁰⁾

컨대 박근성, 행정법론(상)(박영사, 2015), 962면 이하 참조. 이는 국가가 위험상황을 조성하는 데 따르는 책임을 말한다. 그러나 이러한 요건은 너무 추상적이어서 정형화되기 어렵고, 이와 같은 책임이 배상책임 혹은 보상책임인지도 명확하지 않다. 따라서 이는 입법론의 기반이 될 수 있지만 국가유공자보상의 이론적 근거로는 아직 취약해 보인다.

20) 현재 2015.9.24., 2015헌바48, 27-2(상), 619면 참조. 배상책임을 일시금으로 이행하는 결과 나타나는 문제, 즉 피해자의 장기적이고 안정적인 생활을 보장할 수 없는 문제에 대해서는 예컨대 전광석, “국가유공자보상의 범위결정 및 보상의 원칙 - 5.18 민주유공자법에 대한 규범체계적 접근을 중심으로”, 민주주의와 인권 제9권 제2호(2009), 18면 이하 참조.

나. 국가책임의 유형화

전몰 혹은 전상군경에 대한 보상은 국가수호 및 안전보장을 위하여 국가가 적극적으로 개인을 해당 상황에 처하게 한 데에 따른 책임으로 구성할 수 있다. 이때 국민의 의무와 이에 상응하는 국가의 강제가 개입되어 있다는 점에서 보면 국가 및 사회의 정치적 책임은 크며, 이 점이 국가유공자보상의 계기가 된다.²¹⁾ 애국지사 및 순국열사의 희생과 공헌은 자발적인 동기에 의한 행위 및 결과였으며, 또 국권회복을 위한 특별한 기여를 인정하여 보상의 대상이 되었다.²²⁾ 다만 이로써 구체적인 보상의 요건과 내용이 개방되는 문제가 있다. 이에 애국지사 및 순국선열의 경우 조사와 인정행위의 절차를 거쳐야 한다. 즉 이들은 건국훈장·건국포장 또는 대통령 표창을 받았어야 한다.²³⁾ 단순 무공수훈자 혹은 참전유공자에 지급되는 수당은 - 용어의 의미가 설명을 필요로 하지만 - 특별희생에 대한 직접 보상의 성격을 갖지 않는다.²⁴⁾ 이는 국가유공자보상의 법논리에서 보면 이질적이며, 희생에 대한 보상이 아니라 예우의 성격을 갖는다.²⁵⁾

4.19혁명 희생에 대한 보상은 복합적인 성격을 갖는다. 이는 민주주의 수호를 위한 공헌 및 희생에 특별한 가치를 둔 것이며, 이 점에서 독립유공자보상과 유사하다. 다만 4.19 혁명 희생에는 헌법의 가치와 법질서를 훼손하는 국가 혹은 공무원의 불법행위가 개입되었다는 차이가 있다. 그런데 불법행위책임에서는 구성요건과 인과관계의 요건이 엄격하기 때문에 입

21) 이와 같은 행위의 강제성을 보상의 계기로 주목하는 견해로는 예컨대 이무상, “체력 단련행위 중 공상을 당한 의무복무 병(兵)에 대한 지원공상군경으로의 보상”, 저스티스(2011.10), 252면 이하; 전광석, 위 각주 14의 논문, 240면 이하 등 참조.

22) 독립유공행위 자체 및 그 자발적 동기에 따른 우월한 가치를 부여하는 결정으로는 현재 2008.12.26., 2008헌마345, 20-2(하), 955면 이하; 2010.6.24., 2009헌바111, 22-1(하), 541면 등 참조.

23) 이 점에 대한 판단으로는 현재 2010.6.24., 2009헌바111, 22-1(하), 529면 이하 참조.

24) 현재 2007.3.29., 2004헌마207, 19-1, 285면 참조.

25) 이에 대해서는 아래 각주 40 참조.

법에 의한 보상의 방법이 선택된 것이다. 범죄피해자구조는 또 다른 범주에 해당한다. 범죄의 발생에 어떠한 형태로든 국가작용이 관련되어 있지 않다.²⁶⁾ 따라서 이는 범죄로 인하여 피해자의 정상적인 생활이 저해되었다는 상황에 대한 사회적 지원이라고 할 수 있다. 이와 같은 위상에서 보면 범죄피해자구조를 기본권으로 보장하고 있지만(헌법 제31조), 이는 기본적으로 입법정책의 문제이다. 이와 같이 범죄피해자구조는 국가책임과 관련성이 없기 때문에 피해자와 가해자 간의 사법적인 권리구제가 될 수 없을 때 비로소 적용된다(범죄피해자보호법 제16조 제1호).

2. 헌법과 헌법재판

가. 전문

국가유공자보상에 관한 이론 및 체계의 미성숙, 이로 인하여 제도 및 개인의 법적 지위가 불안정한 문제에 헌법은 제한적이지만 부분적으로 유용한 기준이 될 수 있다. 헌법재판에서 국가유공자보상의 심사기준으로 전문, 제34조 인간다운 생활을 할 권리, 제32조 제6항 국가유공자 및 그 유가족에 대한 근로의 권리의 특별한 보호 등이 적용되었다. 이밖에 인간의 존엄에 관한 제10조가 적용되었다.

전문 중 “……우리 대한민국은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19 민주이념을 계승하고 …… 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고”, “… 국민생활의 균등한 향상을 기하고…”, “… 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서…” 등의 문언이 국가유공자법의 헌법근거 혹은 이와 관련이 있는 것으로 제시되었다. 헌법 전문의 규범력이 부인되는 것은 아니

26) 이 점에 대해서는 예컨대 전광석, 한국헌법론(집현재, 2020), 519면 이하 참조.

다.²⁷⁾ 그러나 헌법 전문이 국가유공자법을 정렬 혹은 재정렬하는 유용한 기준은 아니다. 위와 같은 문언은 국가유공자보상에 관한 특유한 언명을 포함하지 않기 때문이다. 헌법 전문은 국가유공자보상의 시대적 배경(… 대한민국의정부의 법통과 불의에 항거한 4·19 민주이념을 계승), 추상적인 보상의 목표와 제도의 지향점(… 국민생활의 균등한 향상을 기하고…, … 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서…)을 제시하고 있을 뿐이다. 실제 이러한 문언이 헌법재판에서 구체적인 심사기준으로 적용되지도 않았으며, 또 국가유공자보상의 헌법적 근거, 혹은 보상에 관한 지침 또는 주관적 권리의 근거가 될 수는 없었다.

나. 헌법 제32조 제6항과 헌법 제34조

(1) 기존의 논리

국가유공자보상이 사회보장의 성격을 갖는다는 명제는 사회보장의 체계에 편입되어 정상적인 생활을 보호·지원하여 미래지향적으로 생활을 안정적으로 보장할 수 있을 때 비로소 헌법적 의미를 갖는다. 그러나 국가유공자보상의 이론, 그리고 내부적 독자성과 외부체계와의 기능적 관련성이 밝혀지지 않은 상황에서 헌법재판소가 헌법의 내용을 안정적으로 형성하기는 어려웠다.

국가유공자보상과 헌법 제34조의 연계가 적합하게 구성되지 못했다. 헌법재판에서 헌법 제34조는 주로 최저생활을 보장하는 국가의 과제로 이해되었다. 이는 국가유공자보상의 입법목적, 즉 희생과 공헌의 정도에 상응하여 예우 및 지원을 하는 구조와 연계될 수 없는 이해방법이다.²⁸⁾ 또 헌법

27) 헌법 전문의 규범력에 대해서는 예컨대 1989.9.8., 88헌가6, 1, 205면; 2006.3.30., 2003헌마806, 18-1(상), 391면 등 참조. 이에 대해서는 예컨대 장영수, “헌법 전문”, 한국헌법학회(편), 헌법주석[1](박영사, 2013), 40면 이하 참조.

28) 이는 사회보험법에 관한 헌법심사에서도 마찬가지이며, 이러한 문제는 여러 결정에서 노출되었다. 아래 각주 31 참조.

재판소는 헌법 제34조로부터 “... 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다”고 보았다.²⁹⁾ 사회적 기본권이 심사기준이 되는 경우 일반적으로 제시되었던 이러한 논리는 국가유공자법에 대한 심사에서 그대로 반복되었다. 그러나 구체적인 권리가 도출되는 상황이 아직 제시되지는 못했다.³⁰⁾ 실제 헌법 제34조는 국가유공자보상의 내용을 종합적으로 고찰했을 때 최저생활보장의 권리를 명백히 침해하는 것은 아니라는 추상적인 평가를 하면서 합헌의견을 보충하는 역할을 하는 데 그쳤다.³¹⁾

(2) 논리의 재구성

국가유공자보상에 직접 관련된 헌법규정은 국가유공자 및 유가족에게 우선적으로 근로의 기회를 부여하는 헌법 제32조 제6항이다. 노동은 가장 중요한 생활기반이라는 점을 주목하여 헌법은 이에 대한 지원을 명시하였고, 또 이는 헌법심사에서 유용한 기준이 되었다. 헌법재판소는 이를 유공자보상에 대한 구체적 예시에 해당하며, 국가는 국가유공자에 대한 포괄적 예

29) 헌재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 30면 이하; 2000.6.1., 98헌마216, 12-1, 647면; 2003.5.15. 2002헌마90, 15-1, 600면 이하; 2006.11.30., 2005헌바25, 18-2, 477면 등 참조.

30) 이와 같은 시도에 대해서는 예컨대 전광석, “최저생활보장과 헌법재판”, 헌법학연구 제25권 제1호(2019), 139면 이하 참조.

31) 헌재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 31면 이하; 1998.2.27., 97헌가10등, 10-1, 30면 이하; 2003.5.15., 2002헌마90, 15-1, 601면; 2007.3.29., 2004헌마207, 19-1, 285면 이하; 2016.7.28., 2009헌마27, 23-2(상), 115면 이하 등 참조. 이와 같은 추상적인 논리는 최저생활보장의 권리, 사회보험수급권 등을 심사하는 경우에도 적용되었지만 유용한 헌법논리가 되지는 못했다. 예컨대 최저생활보장의 권리와 관련된 결정으로는 헌재 1997.5.29., 94헌마33, 9-1, 552면 참조. 사회보험법에 관한 결정으로는 헌재 2001.4.26., 2000헌마390, 13-1, 989면 이하(국민연금법); 2011.11.24., 2010헌마510, 23-2(상), 524면 이하; 2012.8.23., 2010헌바425, 24-2(상), 501면 이하(공무원연금법) 등 참조.

우의 의무를 갖는다고 보았다.³²⁾ 그러나 이와 같은 포괄적 의무가 규범적 성격을 갖는지는 의문이며, 이 점에 대해서는 위에서 서술하였다. 또 이 규정의 적용범위는 아래에서 서술하는 바와 같이 논란이 있었다.³³⁾ 국가유공자보상은 헌법 제34조 제1항 및 제2항 인간다운 생활을 할 권리, 국가의 사회보장의 과제에 포섭되고 헌법적 관련성을 가질 수 있도록 재구성되어야 한다. 이 점을 헌법재판소는 ‘생명 또는 신체의 손상’이라는 특별한 희생에 대한 국가보상으로 표현하였다. 그런데 이때 ‘생명 또는 신체의 손상’ 역시 예시적 요건으로서 이와 다른 내용의 희생, 그리고 희생이 없는 공헌을 동시에 포함하는지는 명확하지 않다. 또 재산적 손해 역시 포함되는가에 대해서도 논의가 필요하다.

국가의 사회보장의 과제와 유공자보상의 입법목적을 고려하면 헌법 제34조는 다음과 같이 재구성될 수 있다. 첫째, 헌법 제34조는 개인이 스스로의 능력으로 생활을 형성 혹은 유지할 수 없는 추상적 상황을 유형화하여 보호하거나 혹은 개별적인 상황을 구체적으로 보호·지원하여 실현된다. 사회보험과 공공부조가 각각의 예에 해당한다. 국가유공자보상은 ‘생명 또는 신체의 손상’이라는 특별한 희생’으로 인하여 정상적인 생활을 할 수 없는 상황을 의제하여 추상적으로 보호하고, 또 구체적인 상황을 기준으로 보충적으로 지원하고 있다. 보상금이 전자의 예에, 생활조정수당이 후자의 예에 해당한다. 추상적인 상황을 의제하여 보호하는 기능은 유족보상금의 수급요건 및 보상의 내용에 영향을 미친다. 즉 유족보상금은 국가유공자의 사망으로 인한 부양상실을 보상하기 때문에 기본적으로 수급자는 국가유공자와 생계를 같이 하였어야 한다. 이때 수급자가 여러 명 있는 경우에 생활의 정도, 혹은 나이에 따라 우선순위를 정하는 것은 사회보장의 체계와

32) 예컨대 헌재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 20면; 2000.6.1., 98헌마216, 12-1, 639면 이하 등 참조.

33) 아래 VII. 참조.

정합성이 있지 않다.³⁴⁾ 둘째, 생명 또는 신체의 손상이 없는 공헌 그 자체가 대한 헌법적 평가는 이중적이다. 공헌이 국권의 회복, 국가의 수호 및 안전보장에 기여하는 행위이며, 또 이로 인하여 소득활동 및 가족부양이 소홀히 되었다는 점에서 희생을 의제할 수 있다. 그러나 이와 같은 공헌과 희생의 인과관계는 보상의 요건으로 정형화하기에는 너무 추상적이다. 나아가서 희생이 아니라 순수한 공헌 그 자체를 사회보장의 성격 및 기능과 연계시키는 의제는 이론적 근거가 미약하고, 또 체계형성의 기준으로서는 지나치게 포괄적이다. 즉 구체적 상황의 유형화와 추상적 규범화의 기준이 개방되어 있다.

위와 같은 논리는 국가유공자보상에 관한 입법형성 및 헌법심사에 있어서 단계적 사고로 발전할 수 있다. 첫째, 공헌은 가장 기본적인 보상요건이며, 이때 공헌은 국가유공행위와 다른 의미가 아니다. 공헌 혹은 국가유공행위의 범주, 이에 대한 보상 및 예우의 종류와 내용은 법률에 의하여 형성되며, 이때 입법재량이 넓게 인정된다. 다만 정책선택 및 정책의 우선순위에 관한 설명은 여전히 필요하며, 이에 관한 사안에서 입법의 자기구속과 체계정합성에 따른 평등권이 심사기준으로 남는다. 둘째, 유공행위 중 발생한 생명 및 신체의 손상은 소득능력 및 부양능력에 영향을 미친다. 따라서 미래지향적으로 보호의 필요성을 기준으로 보상의 대상 및 종류와 수준이 결정되어야 한다. 이 점에서 헌법재판소가 국가유공자보상이 특별희생에 대한 보상과 사회보장의 성격을 함께 갖는다는 명제는 유용한 입법방향을 제시한다. 이 경우 공헌과 희생 그 자체보다는 희생에 대한 치료의 필요성, 그리고 소득능력의 감소 및 상실이 입법기준이 될 수 있기 때문이다.³⁵⁾ 또 애국지사과 순국열사와 같이 본인을 기준으로 미래지향적인 보상

34) 이에 관한 예로는 아래 각주 100 참조.

35) 이와 같이 입법체계의 명확성을 위하여 국가유공자보상이 희생으로 인한 신체의 완전성이 훼손된 여부 및 정도를 기준으로 재편되어야 한다는 견해로는 예컨대 전신

이 형성될 수 없는 경우에는 유가족의 생활보장을 위하여 필요하고 적합한 기준이 적용될 수 있다. 국가보훈기본법이 제시하는 전국가구의 가계소비 지출액이 좋은 예이다(법 제19조 제1항). 비교법적으로 보면 대부분의 국가는 유공행위 중 발생한 희생이 생활에 미치는 영향을 기준으로 보상의 여부 및 내용을 결정하고 있다.³⁶⁾ 이 경우 보상은 어느 정도 생활수준, 적어도 최저생활을 보장하여야 한다. 유공행위 중 발생한 희생에 대한 보상이 목적론적 급부인 최저생활보장에 미달해서는 안되기 때문이다. 헌법재판소가 헌법 제34조를 최저생활보장의 권리로 이해하고, 또 이를 국가유공자법 규정에 대한 심사에서 적용한 것은 규범구조에 적합하지 않다는 점을 다시 확인할 수 있다. 이 단계에서 사회보장의 방법론이 차별화되어야 하며, 또 부분적으로 이는 헌법문제가 될 수 있다. 희생의 원인이 되는 상황과 국가 작용의 관련성 여부 및 정도가 평등권 심사의 대상이 될 수 있다.

마지막으로 희생이 따르지 않는 공헌행위 자체는 엄격히 보면 예외의 대상이다. 다만 공헌에 희생이 따른다고 의제하고, 이에 보상금 및 각종 지원을 제공할 수 있다. 이와 같은 경우에는 희생의 경우와 마찬가지로 보상의 종류와 내용은 공헌의 종류와 내용, 공헌행위가 소득활동에 미치는 추상적 혹은 구체적인 상황이 모두 고려요소가 된다. 이러한 문제는 희생을 보상의 요건으로 하면서 공헌을 고려하여 보상의 종류와 내용을 결정하는 경우에도 나타난다.³⁷⁾ 예컨대 국가유공자법은 보상금을 상이등급에 따라서

육, 위 각주 7의 논문, 91면; 오진영, 위 각주 5의 논문, 55면 이하, 77면 등 참조. 같은 취지의 견해는 정영훈, 위 각주 5의 책, 36면 이하 참조.

36) 이 점에 대해서는 Ulrich Becker, 위 각주 15의 책, 63면 이하 참조. 예컨대 독일 사회법전 제1권(SGB I) 제5조는 사회보상에 관한 규정에서 유공행위 그 자체가 아니라 유공행위 중 발생한 건강의 훼손을 보상의 대상으로 하고, 이에 의료급여와 생활보장을 위한 급여를 하도록 하고 있다. 이에 대해서는 Ulrich Becker, 위 각주 15의 책, 23면 이하; Friedhelm Hase, "Soziales Entschädigungsrecht", Ruland/Becker/Axer (편), Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2018), 63면 이하 등 참조.

37) 국가유공자보상에서 공헌을 고려하는 다양한 유형에 대해서는 전광석, 위 각주 14의

차등화하면서, 전상군경에게는 추가로 전상수당을 지급하고 있다(법 제12조 제1항 제1호, 시행령 별표 4의 2).

다. 재산권

국가유공자보상이 희생에 대한 반대급부의 성격을 갖기 때문에 재산권이 의미 있는 심사 기준이 될 것으로 기대할 수 있다. 그런데 실제 그렇지 않았다. 사회보험에서는 가입자가 납부한 보험료에 대한 반대급부로서 급여가 지급되며, 이는 자기성취성이 인정되기 때문에 재산권에 의하여 보호된다. 다만 사회보험에서 재산권 보장은 상대적이다. 사회보험에서는 보험의 원칙과 함께 이를 수정하는 사회적 조정의 원칙이 적용된다. 후자의 원칙을 실현하기 위한 급여는 사회적 성격이 강하며, 이에 재산권적 보호의 정도는 약화된다. 또 사회보험은 가입자 개인뿐 아니라 전체 가입자, 그리고 미래 수급자의 생활을 안정적으로 보장하여야 하며, 이 점에서 입법형성 및 헌법심사에 있어서 기본권 제한의 요건인 공공복리의 사고가 강하게 작용한다. 이 점이 국가유공자보상에서는 보다 뚜렷하게 나타난다.

헌법재판소는 국가유공자보상이 특별한 희생에 대한 반대급부이며, 따라서 재산권에 의하여 보호된다는 점을 부인하지는 않는다.³⁸⁾ 그러나 실제 재산권은 다음과 같은 이유에서 유용한 심사기준이 될 수 없었다. 국가유공자보상은 추상적으로 보면 희생과 공헌에 따라 형성되며(국가보훈기본법 제18조; 국가유공자법 제7조), 따라서 재산권에 의한 보호의 요건인 자기성취성을 갖추고 있다. 그러나 유공행위의 여부, 그리고 공헌과 희생을 정형화하여 보상하는 문제를 재산권의 심사구조에 편입하여 구체화하는 기반은 취약하다. 기존에 보상금의 구성요소였던 기본연금과 부가연금의 예를 들어보자. 기본연금으로 상이의 정도에 관계없이 (상이등급 7급을 제외하고

논문, 238면 이하 참조.

38) 헌재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 22면 참조.

는) 동일한 액이 지급되었으며, 이는 기초생활을 보장하는 기능에 해당한다.³⁹⁾ 헌법재판소는 기본연금에 보은(報恩)의 성격이 있다고 보았으며, 이는 희생에 대한 보상이 아니라 예우의 성격이 강하다는 의미인 듯하다. 헌법재판소는 예컨대 무공영예수당이 특별희생이 아니며, 직접 보상의 성격을 갖지 않는다고 하면서 이와 같은 표현을 사용한 바 있다.⁴⁰⁾ 그러나 기본연금은 상이의 정도에 따라 산정되지는 않지만 여전히 상이를 요건으로 하며, 따라서 희생에 대한 보상의 성격이 있다. 헌법재판소는 기본연금의 성격과 기능을 혼동한 것이었다.⁴¹⁾ 부가연금은 공헌과 희생의 정도 및 개인의 여건에 따라 차등화되었고, 이때 상이 정도와 60세 연령기준이 고려되었다. 이와 같이 기본연금은 기초생활을 보장하고, 부가연금은 희생 정도에 따라 차등 산정되었지만 여기에도 희생과 (희생이 의제되는 혹은 순수한) 공헌이 혼재되어 있으며, 그 결과 보상금은 자기기여의 성격과 사회적 성격이 혼재되어 있었다. 더구나 - 헌법재판소의 표현에 따르면 - 공헌과 희생에 대한 직접보상의 성격을 갖지 않는 급여는 공헌에 희생이 따른다는 입법적 의제를 하는 경우와는 달리 처음부터 재산권이 심사의 기준이 될 수 없다. 실제 국가유공자법에서 재산권을 침해하였다는 이유로 위헌으로 결정된 규정은 없다.

라. 평등권

국가유공자보상의 헌법심사에서 핵심적인 기준은 평등권이었다. 평등권

39) 이 점에 대해서는 현재 2003.5.15., 2002헌마90, 15-1, 581면 참조. 이와 같은 기본연금과 부가연금의 구분은 1999년 개정 법률에서 폐지되었다. 그 이전 기준 보상금구조의 문제점에 대해서는 예컨대 김용하, 위 각주 6의 논문, 203면 이하, 215면 이하 등 참조.

40) 현재 2007.3.29., 2004헌마207, 19-1, 285면; 2011.7.28., 2009헌마27, 23-2(상), 114면 등 참조.

41) 헌법재판소의 이와 같은 이해에 대해서는 현재 2000.6.1., 98헌마216, 12-1, 639면 참조.

심사는 몇 가지 차원으로 분류될 수 있다. 첫째, 특정 유공행위 혹은 이로 인한 희생이 보상에서 제외되어 평등권을 침해하는가 여부이다. 둘째, 보상의 종류와 내용은 공헌과 희생의 정도에 따라 결정되는데, 그와 같은 차별의 정당성 여부가 평등권 심사의 대상이 되었다. 셋째, 국가유공자에 대한 취업지원은 취업시험에서 경쟁관계에 있는 국민과의 평등권 침해의 문제를 발생시켰다.

첫 번째와 두 번째 범주의 사안에서는 입법재량이 넓게 인정된다는 전제 하에 완화된 심사기준이 적용되었다. 특히 공헌에 대한 예우의 경우 그러했다. 이때 두 가지 논증방법이 사용되었다. 우선 상대적인 상황의 차이를 비교하였다. 예컨대 공상군경과 달리 공상공무원을 (보상)연금수급의 대상에서 제외하는 것은 공헌과 희생, 업무의 위험성 등에 있어서 차이가 있다는 이유로 정당화하였다.⁴²⁾ 또 독립유공자의 공헌 및 희생이 그 밖의 공헌 및 희생에 비해서 월등하다고 보았다.⁴³⁾ 그러나 절대적으로 보면 모두 보상의 필요성이 인정되거나 혹은 적어도 부인될 수 없는 경우에는 다음과 같은 논리를 반복하였다. 즉 “... 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않는다. ... 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적인 개선을 추진할 수 있다.” “... 그것이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙 때문에 그 시행이 불가능하게 되기 때문이다.”⁴⁴⁾ 평등을 실현하는 단계에서 과도기적으로 나타나

42) 헌재 2001.6.28., 99헌바32, 13-1, 1242면 이하 참조.

43) 위 각주 22 참조.

44) 예컨대 헌재 2001.6.28., 99헌바32, 13-1, 1251면; 2006.6.29., 2006헌마87, 18-1(하), 524면; 2007.3.29., 2004헌마207, 19-1, 285면 이하 등 참조.

는 불평등은 헌법에 위반되지 않는다는 것이다. 무공수훈자 중 60세 이상의 사람에게 한하여 무공영예수당을 지급하는 규정에 대한 합헌결정이 이와 같은 논리를 따랐다.⁴⁵⁾ 다만 평등을 점진적으로 실현하는 단계에서 자의적인 기준이 적용되었기 때문에 평등권을 침해하는가는 남은 문제였다. 세 번째 범주의 사안은 취업지원으로 인하여 일반 국민의 기본권을 제한하기 때문에 국가유공자보상의 구조 자체, 그리고 이에 관한 헌법적 기준에만 의존할 수 있는 문제가 아니었다. 국가유공자법에 관한 헌법심사에서 유일하게 위헌 취지의 결정(위헌 및 헌법불합치결정)은 이와 관련된 것이었다.⁴⁶⁾

IV. 사건 및 결정 유형

1. 사건 유형

가. 국가유공자법

특정한 인적 범위 혹은 희생과 공헌을 보상에서 제외하는 규정에 대한 헌법심판이 다수 청구되었다. 공상공무원에 비해서 사립학교교원을, 그리고 공상군경과 달리 공상공무원을 연금지급대상에서 제외하는 규정, 특수부대원을 유공자에 포함하지 않는 규정, 국내 대학 재학생과는 달리 해외 대학에 재학하는 자녀를 교육지원에서 제외하는 규정, 무공수훈자 중 60세 이상의 자에 한하여 무공영예수당을 지급하는 규정 등이 이러한 유형에 해당한다.⁴⁷⁾ 같은 유형으로 유족의 수급자격이 여러 차례 심사의 대상이 되었

45) 헌재 2007.3.29., 2004헌마207, 19-1, 284면 이하 참조.

46) 헌재 1999.12.23., 98헌바33, 11-1, 732면 이하; 2006.2.23., 2004헌마675등, 18-1(상), 269면 이하 등 참조.

47) 헌재 1994.6.30., 91헌마161, 6-1, 653면 이하; 2001.6.28., 99헌바32, 13-1, 1242면 이

다. 희생 및 공헌이 유가족의 생활에 미치는 영향을 고려하여 일부 유가족이 보상의 대상에서 제외되었기 때문이다. 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 경우에는 자녀를 6·25전몰군경자녀수당의 지급대상 및 취업보호의 대상에서 제외하는 규정, 유공자의 자녀가 생존하는 경우와는 달리 사망한 경우에는 손자녀를 지원하지 않는 규정, 전사한 전몰군경의 자녀와는 달리 부상을 입은 후 사망한 군경의 자녀를 6·25전몰군경자녀수당의 대상에서 제외한 규정, 일반양자와는 달리 사후양자를 제외하는 규정, 자녀가 미성년이거나 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 경우에 한하여 연금수급자격을 부여하는 규정, 형제자매를 유족의 범위에서 제외하는 규정 등이 심사의 대상이 되었다.⁴⁸⁾

희생과 공헌에 상응하는 보상의 종류와 내용에 관한 결정에서는 입법재량이 넓게 인정되었고, 또 최저생활보장의 권리를 침해하지는 않는다는 이유로 모두 기각되었다.⁴⁹⁾ 특히 무공영예수당과 같이 단순한 예우에 해당하는 경우에는 대상자 선정뿐 아니라 보상의 종류와 내용에 대한 입법재량이 넓고, 따라서 헌법심사의 가능성은 제한적이었다.⁵⁰⁾ 이밖에 보상요건의 확인방법에 대한 심판청구가 있었다. 유공자로 등록 신청한 시점부터 보상이 지급되며, 희생과 공헌이 있는 시점에 소급하여 보상하지 않는 규정이 여러 차례 심사의 대상이 되었다.⁵¹⁾ 이 규정은 주로 보상청구권이 법률에 의

하; 2000.4.27., 99헌마76, 12-1, 556면 이하; 2003.5.15., 2001헌마565, 15-1, 568면 이하; 2007.3.29., 2004헌마207, 19-1, 276면 이하 등 참조.

48) 현재 2002.12.18., 2001헌마546, 14-2, 890면 이하; 2008.12.26., 2008헌마345, 20-2(하), 945면 이하; 2006.6.29., 2006헌마87, 18-1(하), 510면 이하; 2018.11.29., 2017헌바252, 30-2, 602면 이하; 2003.11.27., 2003헌바39, 15-2(상), 297면 이하; 2007.4.26., 2004헌바60, 19-1, 427면 이하; 2010.5.27., 2009헌바49, 22-1(하), 244면 이하 등 참조.

49) 현재 2000.6.1., 98헌마216, 12-1, 622면 이하; 2003.5.15., 2002헌마90, 15-1, 581면 이하; 2015.6.25., 2013헌마128, 27-1(하), 553면 이하 등 참조.

50) 현재 2007.3.29., 2004헌마207, 19-1, 276면 이하 참조. 이는 참전명예수당에도 적용되는 논리이다. 현재 2003.7.24., 2002헌마522등, 15-2(상), 180면 참조.

51) 현재 1995.7.21., 93헌가14, 7-2, 26면 이하; 1998.2.27., 97헌가10등, 10-1, 15면 이하;

하여 형성되었을 때 비로소 구체적인 권리의 성격을 갖는다는 논리에 따라 정당화되었다. 다만 과거 발생한 공헌과 희생을 보상하는 특별법과의 관계에서는 평등권이 심사기준이 되었다.⁵²⁾ 국가유공자 및 그 유가족에게 가산점을 부여하여 취업을 지원하는 규정이 3차례 심사의 대상이 되었으며, 그 중 2건이 위헌과 헌법불합치로 결정되었다.⁵³⁾ 위에서 언급한 바와 같이 이는 국가유공자법 자체의 논리가 아니라 일반적인 헌법논리에 따라 심사되어야 했고, 그만큼 보상의 종류와 내용에 대한 입법재량이 축소되는 구조가 나타났다. 이밖에 취업지원에서 계약직공무원, 지도직공무원을 가산점에 의한 지원에서 제외하는 규정, 선발인원이 3명 이하인 경우 가산점을 적용할 수 없도록 하는 규정이 심사되었다.⁵⁴⁾

일반적으로 사회보험, 특히 건강보험 및 지역연금에서 위임의 구체성이 빈번하게 헌법심사의 기준이 되었다. 국가유공자법에서 이에 해당하는 결정이 2건 있었다.⁵⁵⁾ 이중 ‘국가의 수호와 안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호와 직접적인 관련이 있는 교육훈련 또는 직무수행 중 상이를 입은’ 요건에 관한 규정은 법적 명확성뿐 아니라 이와 같은 구분의 실제법적 타당성과 형평성을 점검하는 계기가 되었다.

2006.11.30., 2005헌바25, 18-2, 471면 이하; 2011.7.28., 2009헌마27, 23-2(상), 104면 이하; 2019.6.28., 2018헌바189, 31-1, 679면 이하 등 참조. 독립유공자법에 있어서 같은 사안에 대한 결정으로는 현재 2015.9.24., 2015헌바48, 27-2(상), 613면 이하 참조.

52) 아래 각주 72 참조.

53) 위 각주 46 참조. 합헌결정으로는 2001.6.28., 99헌바32, 13-1, 1242면 이하 참조.

54) 현재 2012.11.29., 2011헌마533, 24-2(하), 194면 이하; 2016.10.27., 2014헌마254등, 28-2(상), 701면; 2016.9.29., 2014헌마541, 28-2(상), 510면 이하 등 참조.

55) 현재 2009.3.26., 2008헌바105, 21-1(상), 457면 이하; 2016.12.29., 2016헌바263, 28-2(하), 629면 이하 등 참조.

나. 독립유공자법, 고엽제법, 참전유공자법, 보훈보상대상자지원법

독립유공자법은 1945년 8월 15일 이전 국권회복을 위한 행위 및 이로 인한 사망을 보상하기 때문에 자녀가 사망한 경우 혹은 자녀에 대한 보상금이 미흡한 경우 손자녀를 수급권자로 하였다. 손자녀는 유공자와 한 세대를 건너뛰기 때문에 사회보험에서 유족의 수급자격에 일반적으로 적용되는 기준, 즉 ‘사망 당시 (유공자에 의한) 생계유지’의 기준을 적용할 수 없었다. 이에 독립유공자법에서 손자녀의 나이, 생활정도 등이 수급기준이 되었다. 같은 사안은 보훈보상대상자지원법에서도 제기되었다.⁵⁶⁾ 이에 관한 결정이 전체 8건 중 4건이었다.⁵⁷⁾ 보상의 방법과 내용과 관련하여 2개의 결정이 있었다. 취업지원에서 동점자 처리기준으로 유공자 및 유가족을 우선 선발하는 규정, 순국선열의 유족을 애국지사과 같은 내용으로 보상하는 규정이 심판의 대상이 되었다.⁵⁸⁾ 독립유공자법에서도 여러 차례 희생 및 공헌이 있었던 시점으로 소급하여 보상하지 않는 문제가 쟁점이 되었다.⁵⁹⁾ 이밖에 독립유공자의 경우 건국훈장, 건국포장 또는 대통령 표창을 받아야 한다는 보상의 요건이 일반 국가유공자와 비교하여 평등권에 의한 심사의 대상이 되었다.⁶⁰⁾

기준에 고엽제법은 피해자가 생존하여 있는 경우에 한하여 자녀에게 교육 및 취업지원을 하였다. 개정 법률은 피해자가 사망한 경우에도 지원을 하였지만 이 규정은 피해자가 법률 시행 시점 이후 사망한 경우에 한하여

56) 헌재 2018.6.28., 2016헌가14, 30-1(하), 339면 이하 참조.

57) 헌재 2007.12.27., 2006헌바34, 19-2, 787면 이하; 2011.4.28., 2009헌마610, 23-1(하), 117면 이하; 2013.10.24., 2011헌마724, 25-2(하), 263면 이하; 2018.6.28., 2015헌마304, 30-1(하), 635면 이하 등 참조.

58) 헌재 2006.6.29., 2005헌마44, 18-1(하), 319면 이하; 2018.1.25., 2016헌마319, 30-1(상), 161면 이하 등 참조.

59) 헌재 2015.9.24., 2015헌바48, 27-2(상), 613면 이하 참조.

60) 헌재 2010.6.24., 2009헌바111, 22-1(하), 529면 이하 참조.

적용되었다. 헌법재판소는 사망의 시기는 차별취급의 합리적인 기준이 될 수 없다는 이유로 위헌결정을 하였다.⁶¹⁾ 고엽제후유증 피해자의 자녀와는 달리 고엽제후유증 환자의 자녀를 보상에서 제외하는 규정은 점진적 평등실현의 논리에 따라 합헌으로 결정되었다.⁶²⁾ 고엽제법에 있어서도 등록 신청한 시점 이후에 보상이 이루어지고, 발병 시점으로 소급하여 보상하지 않는 규정이 심사의 대상이 되었다.⁶³⁾

참전유공자법에서는 70세 이상의 나이를 기준으로 참전명예수당을 지급하는 규정의 위헌 여부, 상이를 입은 경우 보상금 이외에 참전명예수당은 지급되지 않기 때문에 상이를 입지 않은 자에 비해서 오히려 불리한 취급을 받는 점이 문제가 되었다.⁶⁴⁾ 이밖에 고엽제전우회의 회원 가입자격이 있는 자는 월남전참전자회의 가입자격을 인정하지 않는 규정이 결사의 자유 및 평등권에 의한 심사의 대상이 되었다. 그러나 이는 국가유공자보상에 관한 실체법적 문제는 아니었다.⁶⁵⁾

2. 결정 유형

가. 국가유공자법

2019년 말 기준으로 국가유공자법 규정에 대한 결정은 35건이 있었다. 위헌결정과 불합치결정은 각각 1건으로 비중이 낮은 편이다. 이는 모두 가산점을 부여하여 취업을 지원하는 규정에 대한 결정이었다.⁶⁶⁾ 25건의 청구

61) 헌재 2011.6.30., 2008헌마715등, 23-1(하), 430면 이하 참조.

62) 헌재 2014.4.24., 2011헌바228, 26-1(하), 16면 이하 참조.

63) 헌재 2000.7.20., 98헌가4, 12-2, 1면 이하 참조.

64) 헌재 2003.7.24., 2002헌마552등, 15-2(상), 169면 이하; 2010.10.28., 2009헌마272, 22-2(하), 264면 이하 등 참조.

65) 헌재 2016.4.28., 2014헌바442, 28-1(상), 632면 이하 참조.

66) 헌재 1999.12.23., 98헌바33, 11-1, 732면 이하; 2006.2.23., 2004헌마675등, 18-1(상),

는 기각 혹은 합헌으로 결정되었다. 8건이 각하결정이었다. 국가유공자보상에 대한 인식과 권리의식이 커지면서 보상을 위하여 헌법소원심판을 청구하였지만 기본권 침해는 이미 종료되었기 때문에 부적법한 심판청구로 결정되는 경우가 많았다. 또 행정소송을 제기하고 패소한 후 청구한 경우 원처분에 대한 헌법소원심판에 해당하여 각하로 결정된 경우도 있었다.⁶⁷⁾

32건이 헌법소원심판이었으며, 권리구제형 헌법소원심판과 위헌심사형 헌법소원심판이 각각 12건과 20건이었다. 권리구제형 헌법소원심판도 대부분 법률을 대상으로 하였다. 위헌법률심판은 2건이었으며, 이는 모두 유공자 등록 및 신청의 시점부터 보상하는 규정을 대상으로 하였다.

나. 독립유공자법, 고엽제법, 참전유공자법, 보훈보상대상자지원법

독립유공자법 규정에 대한 결정은 8건이 있었다. 수급자격이 있는 손자녀가 여러 명 있는 때 연장자에 한하여 1인에게 보상금을 지급하는 규정이 헌법불합치로 결정되었다. 보훈보상대상자지원법의 같은 규정 역시 헌법불합치로 결정되었다.⁶⁸⁾ 6건의 청구가 기각 혹은 합헌으로 결정되었다. 1건은 각하되었다. 8건 모두 헌법소원심판이었고, 5건이 권리구제형 헌법소원심판, 3건이 위헌심사형 헌법소원심판이었다. ‘고엽제법’ 규정에 대한 결정은 3건이 있었다. 위헌결정이 1건, 합헌결정이 2건이었다. 위헌법률심판, 권리구제형 헌법소원심판, 위헌심사형 헌법소원심판이 각 1건이었다. 참전유공자법 규정에 대한 헌법소원심판은 모두 기각 혹은 합헌으로 결정되었다.

269면 이하 등 참조.

67) 헌재 1999.1.28., 98헌마16, 11-1, 654면 이하; 2008.10.30., 2006헌바80, 20-2(상), 806면 이하 등 참조.

68) 헌재 2013.10.24., 2011헌마724, 25-2(하), 263면 이하; 2018.6.28., 2016협가14, 30-1(하), 339면 이하 등 참조.

V. 국가유공자보상의 법적 성격과 등록제도

국가유공자보상을 받기 위하여 등록을 신청하여야 하며, 이 시점부터 보상이 이루어진다(국가유공자법 제9조 제1항). 즉 희생과 공헌이 있었던 시점으로 소급하여 보상을 하지는 않는다. 유공자보상의 법적 성격이 보상의 시점에 영향을 미쳤다. 즉 국가유공자보상은 구체적인 법률에 의하여 형성되며, 이때 보상시기에 관하여 입법재량이 인정된다. 보다 구체적인 논리는 다음과 같다. 즉 등록과 신청 시점에 보상청구권이 발생할 때 소요예산을 예측할 수 있고, 소급하여 보상을 하는 경우 국가재정에 부담이 된다. 희생과 공헌의 시점에 소급하여 보상을 하는 경우 과거 사실을 중심으로 인과관계를 판정하기 어렵다. 또 이미 대부분의 청구권자가 등록제도를 통하여 보호를 받고 있다. 이 점에서 국가유공자보상은 국가배상청구권과는 차이가 있다.⁶⁹⁾ 국가배상청구권은 불법행위가 존재하지 않았더라면 있었을 상태를 회복하여야 하며, 이때 배상의 범위에는 과거의 소극적 피해와 미래의 적극적 손해가 모두 포함된다. 이와 같은 제도의 본질상 청구권의 발생 시기와 배상의 범위가 법률에 의하여 정해질 수는 없다. 따라서 국가배상법이 제시하는 배상기준이 구속력을 갖지 않으며, 또 배상의 상한을 의미하는 것도 아니다.⁷⁰⁾ 또 국가배상을 대체하는 특별법이 배상법의 성격을 유지하는 한 국가배상의 범주를 제한하는 것은 허용되지 않는다.⁷¹⁾ 국가유

69) 헌재 2011.7.28., 2009헌마27, 23-2(상), 114면 이하 참조.

70) 이 점에 대해서는 대판 1970.1.29., 68다1203 참조.

71) 이와 같은 이유로 정신적 피해를 배상의 대상에서 제외하였던 ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’의 규정이 위헌으로 결정된 바 있다. 헌재 2018.8.30., 2014헌바180등, 30-2, 242면 이하 참조. 다만 국가배상법 규정에 대한 심사의 기준이 재산권이 되는가는 의문이다. 이 경우 국가배상법에 대한 입법형성권은 다시 넓어지기 때문이다. 국가배상청구권을 재산권으로 이해하는 헌법재판소의 결정으로는 헌재 1994.12.29., 93헌바21, 6-2, 390면 이하; 1996.6.13., 94헌바20, 8-1, 484면; 2018.8.30., 2014헌바180등, 30-2, 272면 이하 등 참조.

공자법의 성격에 따르는 위와 같은 특징은 예컨대 ‘5·18민주화운동 희생에 대한 보상’과도 차이가 있다. 이 법에 따른 보상은 그 명칭에도 불구하고 배상과 보상이 혼재하여 있기 때문이다.⁷²⁾ 이와 같은 책임법적 성격에 상응하여 ‘5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률’에서는 피해가 발생한 시점으로 소급하여 이를 기준으로 보상금이 산정된다(법 제5조).

등록과 신청의 시점 이후부터 보상하는 규정이 경우에 따라서 국가유공자보상의 이념에 반할 수 있다는 인식도 필요하다. (예컨대 고엽제 피해와 같이) 유공행위와 피해의 인과관계가 피해의 발생 이후 시점에 밝혀진 경우, 혹은 (예컨대 특수부대원의 경우와 같이) 유공행위가 공식적으로 알려질 수 없었던 사정이 있는 경우에는 당사자의 귀책사유 없이 보상이 이루어졌기 때문에 보상청구권의 성립시기를 달리 보아야 하기 때문이다.⁷³⁾ 이 경우에 국가유공자보상의 보상법적 성격과 사회보장법적 성격이 경합하게 된다. 전자의 입장에서는 과거에 발생한 희생이 소급적으로 보상되어야 하지만, 후자의 입장에서는 미래지향적 생활보장이 입법목적이 되어야 한다. 다만 정책적 타당성 여부를 떠나 이에 관한 헌법적 기준이 존재하는 것은 아니며, 등록 및 신청제도가 갖는 문제점을 인식하는 것은 필요하다.

72) 헌재 2015.9.24., 2015헌바48, 27-2(상), 619면 참조. 이 점에서 헌법재판소가 5·18 민주화운동 관련자에 대한 보상을 ‘위로금’의 성격을 갖는다고 이해하는 것은 옳지 않다. 헌재 2011.7.28., 2009헌마27, 23-2(상), 115면 참조. 배상과 보상의 성격을 혼합하여 일괄적으로 입법적 해결을 시도하는 또 다른 예로는 ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’이 있다. 이 법의 복합적인 성격에 대해서는 예컨대 헌재 2018.8.30., 2014헌바180등, 30-2, 272면 이하 참조.

73) 이와 문제에 대해서는 헌재 2000.7.20., 98헌가4, 12-2, 1면 이하 참조. 다만 고엽제법은 아직 전투행위와 고엽제 피해 사이의 인과관계가 확정되지 않은 상태에서 이를 의제하여 피해자를 보호하기 위한 입법이었으며, 따라서 엄격하게 보면 사후에 인과관계가 확정된 경우에 해당하지는 않는다.

Ⅵ. 유형화와 평등, 유족의 자격과 범위

1. 신분상의 차이와 평등

입법은 모든 구체적인 사안 자체를 규율대상으로 하지는 않으며, 구체적인 사안을 유형에 따라 추상화하여 이에 법적 효과를 부여하는 방법으로 이루어진다. 국가유공자보상은 신분을 기준으로 대상 여부를 결정하였으며, 이때 유공자에서 제외되는 사람의 입장에서 보면 유형화의 합리성에 의문을 제기한다. 공상공무원과는 달리 사립학교교원을 국가유공자에 포함시키지 않은 규정은 이러한 예에 해당한다. 이때 유형화의 기준은 공직의 보유와 수행 여부이며, 공직의 수행에는 헌법 제7조에 따른 의무가 부과된다는 점이 차별의 근거였다. 사립학교교원은 퇴직 후 생활보장과 관련하여 공무원과 함께 통일적인 제도(사학연금, 공무원연금)에 의하여 규율되고 있다.⁷⁴⁾ 그러나 이와 같은 사실이 유공행위의 성격을 사립학교교원으로 확대하는 의미를 갖는 것은 아니다.

헌법재판소는 국가유공자보상의 적용대상을 ‘공상교원’으로 하였다면 ‘교원’의 여부가 입법형성의 기준이 되기 때문에 ‘사립학교교원’을 배제하는 규정이 위헌이었을 것이라고 보았다.⁷⁵⁾ 그러나 이는 올바른 가정은 아니다. 공직과 그 밖의 직무는 유형적으로 구분될 수 있는 반면 교원의 경우 그 밖의 직무와의 구분은 명확하지 않고, 이로써 평등권 심사의 지평은 제한 없이 확대된다. 이 결정에서는 차별의 기준이 뚜렷하기 때문에 ‘국가의 재정능력, 전체적인 사회보장에 관한 국가유공자에 대한 평가기준 내지 사회적 가치관’ 등을 논거로 입법형성권이 넓게 인정된다는 논증은 필요가 없

74) 이 점에 대해서는 예컨대 헌재 2000.6.29., 98헌바106, 12-1, 844면 참조.

75) 헌재 1994.6.30., 91헌마161, 6-1, 669면 참조.

었다.⁷⁶⁾ 공무원인 교원과 사립학교 교원이 모두 공교육을 담당한다는 점에서 직무상의 동일성이 있고, 따라서 사립학교교원에게도 보훈 및 예우를 하는 것이 바람직하다는 서술도 오해의 여지가 있었다.⁷⁷⁾ 이로써 유공자의 범위가 지나치게 확대되고, 국가유공자보상의 부담이 과중해지기 때문이다.

공상군경과는 달리 공상공무원을 연금지급의 대상에서 제외하는 규정에 대한 심사에서는 신분상의 차이와 점진적 평등의 관점이 동시에 고려되었다. 이는 1950년대 초 군인(군사원호법)과 경찰(경찰원호법)이 우선 보상의 대상이 되었고, 이후, 즉 1974년과 1992년 공무원을 국가유공자에 포함하였지만 이들에게 교육보호 등 지원을 실시하면서 연금 및 수당을 지급하지는 않았던 경로가 그대로 유지된 결과였다. 이 결정에서 헌법재판소는 다음과 같은 단계적 논리로 합헌판단에 이르렀다. 첫째, 연금 및 수당의 지급 대상은 기본적으로 입법재량에 의하여 결정된다. 특히 공상군경은 공헌과 희생, 업무의 위험성의 정도 등에 있어서 공상공무원과는 차이가 있다. 둘째, 입법자는 법적 가치를 상향적으로 실현하는 과정에서 단계적으로 개선하는 조치를 취할 수 있으며, 이때 과도기적으로 나타나는 불평등이 평등권을 침해하는 것은 아니다.⁷⁸⁾ 군경은 업무의 위험성에 있어서 일반 공무원과 차이가 있기는 하다. 그러나 엄격히 보면 국가와 사회를 위한 희생과 공헌에 대한 판단에 있어서 군경과 공무원의 신분상의 차이가 차별의 기준이 될 수는 없다. 오히려 일반 공무원을 국가유공자의 범위에 포함시킨 경우에는 희생과 공헌의 여부 및 정도가 입법형성의 기준이며, 신분상의 차이에 따른 점진적 평등실현의 논리를 적용할 수는 있다. 이밖에 국가예산이나 재정, 전체적인 사회보장의 수준 등을 고려하여 단계적으로 해결하는 것이 합리적이고 타당하다는 헌법재판소의 논리는 지나치게 포괄적이며,

76) 헌재 1994.6.30., 91헌마161, 6-1, 668면 참조.

77) 헌재 1994.6.30., 91헌마161, 6-1, 670면 참조.

78) 헌재 2001.6.28., 99헌바32, 13-1, 1251면 참조.

또 국가유공자보상의 구조에 충실하지 않다.⁷⁹⁾

2. 점진적 평등 실현과 차별의 합리성

가. 보상청구권과 관련된 시점 선택의 문제

국가유공자법은 과거에 보상이 충실하지 못했던 상황을 개선하면서 주로 재정적인 이유에서 일정한 시점을 기준으로 개선입법의 적용범위를 제한하였다. 이와 같은 시점의 선택과 관련된 두 개의 결정에서 평등권이 심사의 기준이 되었다. 이는 모두 6·25전몰군경 유가족 지원에 관한 문제였다.

6·25전몰자녀수당이 도입되었지만 시행 시점인 1998년 1월 1일 이후 유족 중 1인이 연금을 받은 사실이 있는 경우에는 지급대상에서 제외되었다. 연금을 지급받은 경우에는 가족의 부양상실은 보상되며, 따라서 자녀에게 수당을 지급할 필요가 없다고 의제한 것이다. 이에 비해서 시행 시점 이전에 연금수급이 종결된 경우에는 당시까지 전몰군경에 대한 보상이 열악했고, 따라서 사후에 이를 보상할 필요가 있었다. 이와 같은 시점에 따른 차별이 자의적이라고 할 수는 없다.⁸⁰⁾ 그러나 구체적인 상황을 중심으로 보면 시행 시점 이후 연금을 수급하였더라도 예컨대 연금수급자가 조기에 사망하고 남은 자녀가 생활을 유지하는 능력이 없는 경우에는 자녀수당을 지급하는 것이 바람직하다. 다만 이와 같은 구체적인 상황이 모두 국가유공자법의 과제는 아니다. 결정 이후 해당 규정은 시점에 관계 없이 유족이 보상금을 지급받고 있는 경우에 한하여 자녀수당을 지급하지 않도록 개정되었다(법 제16조의 3 제1항 단서).

6·25 전몰군경의 손자녀에 대한 취업지원도 유사한 상황을 배경으로

79) 이와 같은 헌법재판소의 논리로는 현재 2001.6.28., 99헌바32, 13-1, 1253면 이하 참조.

80) 현재 2002.12.18., 2001헌마546, 14-2, 890면 이하 참조.

도입되었으며, 또 같은 논리에 따라 심사가 이루어졌다.⁸¹⁾ 6·25전몰군경의 배우자가 1993년 1월 1일 이후 연금을 받은 사실이 있는 경우에는 손자녀는 취업지원의 대상에서 제외되었다. 이는 6·25전몰군경의 유족에 대한 보상이 실질적으로 개선된 시점이었다. 헌법재판소는 국가유공자의 손자녀는 헌법 제32조 제6항의 적용대상이 아니라고 보았다.⁸²⁾ 그러나 아래에서 서술하는 바와 같이 이와 같은 해석이 타당한가는 의문이다.⁸³⁾ 또 기본적으로 배우자, 자녀, 부모 등만을 보상 및 지원의 대상에 포함하며, 손자녀는 제외된다는 논리는 법률 규정을 기준으로 헌법을 해석하는 결과가 되었다. 그렇다고 손자녀가 헌법 제32조 제6항에 의하여 구체적인 보상청구권을 갖는 것은 아니며, 이는 기본적으로 유공행위의 시기, 수급권자의 연령, 그동안 보호의 충실 여부를 기준으로 법률에서 결정되어야 한다. 손자녀를 취업지원의 대상에서 제외한 것은 6·25 전몰군경의 배우자가 받은 연금이 부양상실을 대체한다고 보았기 때문이다. 이와 같은 차별이 평등권을 침해하는 것은 아니다. 다만 6·25 전몰군경자녀수당의 경우와 마찬가지로 1993년 1월 1일 이후 연금을 지급받은 사실 자체가 아니라 계속해서 연금을 지급받는가의 여부가 보다 중요한 기준이며, 이에 관한 입법적 검토가 필요하다.

이 결정에서 헌법재판소의 주목할 만한 논리는 독립유공자와 그밖에 유공자의 차별에 관한 의견이다. 독립유공자법에 의하면 손자녀가 지원의 대상이며(법 제5조 및 제16조 제2항 제1,2호), 심지어 손자녀가 질병·장애 또는 고령 등으로 인하여 취업이 어려운 경우 그 손자녀의 자녀 1인이 지원될 수 있다. 헌법재판소는 독립유공자의 공헌 및 희생이 6·25전몰군경의 공헌 및 희생에 비해서 월등하므로 이와 같은 차별이 정당하다고 보았

81) 현재 2008.12.26., 2008헌마345, 20-2(하), 945면 이하 참조.

82) 현재 2008.12.26., 2008헌마345, 20-2(하), 954면 이하 참조.

83) 아래 각주 112 참조.

다.⁸⁴⁾ 그러나 이에 대한 헌법적 및 규범적 근거가 있지는 않다. 국가보훈 기본법은 일제로부터의 조국의 자주독립 및 국가의 수호 또는 안전보장을 위한 희생 및 공헌을 병렬적으로 규정하여 전자와 후자의 우열관계를 직접 결정하고 있지는 않다(법 제3조 제1호 가,나). 순국선열 및 애국지사의 경우 대부분 자녀가 취업적령을 초과하였기 때문에 일반적으로 손자녀의 취업을 지원하는 필요성이 있는 반면 6·25전몰군경의 경우 이와 같은 필요성이 개별적으로 판단되어야 하며, 따라서 유형화에 따른 차별이 정당하다는 논리가 보다 타당하다.

나. 차별기준의 선택과 입법재량

평등실현을 위한 입법에서 차별기준은 기본적으로 입법재량에 따라 선택되지만 자의적인 기준이 허용되는 것은 아니다. 다음과 같은 결정이 비판적 검토를 필요로 한다.

헌법재판소는 교육지원의 대상에서 국외 대학에 취학한 자녀를 제외하는 것은 합리적인 기준에 따른 차별로서 평등권을 침해하지 않는다고 판단하였다. 대학에서 교육지원은 수업료를 면제하고, 대학에 수업료의 50%를 지원하는 방법으로 이루어진다. 이는 중·고등학교에서 교육지원과 차이가 있다. 중·고등학교에서는 수업료, 입학금 등이 직접 지원되고 있다. 이와 같은 제도의 차이를 헌법재판소는 두 가지로 설명하였다. 첫째, 대학에 대한 수업료 지원은 교육지원의 범위를 벗어난 것으로서 대학의 일반적인 재정부담을 경감하는 목적이 있다. 둘째, 국외에서 대학교육을 받는 것이 아직 일반화되어 있지는 않다. 이에 따라 국가의 재정부담능력 등을 고려하여 제도를 단계적으로 개선하면서 우선 국내 대학에 취학한 자를 지원하는 것이 현저히 자의적 기준에 의한 차별은 아니다.⁸⁵⁾ 그러나 헌법재판소의

84) 헌재 2008.12.26., 2008헌마345, 20-2(하), 955면 이하 참조.

85) 헌재 2003.5.15., 2001헌마565, 15-1, 577면 이하 참조.

제도이해와 정당화 논리는 검토를 필요로 한다. 중·고등학교에 상당 규모의 국고가 지원되며, 여기에는 국가유공자 자녀에 대한 특별한 보호가 부과되어 있다고 볼 수 있다. 이에 비해서 대학은 공교육이 위임된 기관은 아니며, 대학에 대한 국고지원은 교육과 연구를 진흥하는 목적을 갖는다. 즉 이와 같은 재정지원이 국가유공자 교육지원을 보상하는 의미를 갖지는 않는다. 이에 국가는 수업료 면제에 따르는 부담을 덜어주기 위하여 별도로 수업료 지원에 관한 규정을 둔 것이다. 이와 같은 이해방법에 따르면 대학에서 수업료 지원이 국가유공자법에 의한 교육지원의 범위를 벗어나며, 이와 같은 교육지원과 본질적으로 차이가 있는 것은 아니다. 다만 그 실현방법이 다를 뿐이다. 또 수업료 지원은 오늘날 대학교육이 보편화되어 있는 상황에서 주관적으로는 국가유공자 자녀의 교육기회에 직접적인 영향을 미친다. 아직 해외 유학이 일반적이라고 볼 수 없다는 점이 보다 설득력 있는 합헌의 논리이다. 이때 점진적 평등실현의 논리가 적용될 수 있다. 그러나 국내 대학에서의 수학과 해외 유학이 본질적으로 다른 상황인지는 의문이다. 교육기회를 보장하는 목적에서 보면 국내 혹은 국외 대학인가는 합리적인 차별기준은 아니며, 또 이를 보장하는 데 현실적인 장애가 있는 것도 아니다. 예컨대 국내 대학에 재학하는 자가 받는 지원액에 상응하는 수준의 지원을 할 수 있기 때문이다. 이 결정의 반대의견은 이 점을 지적하였다.⁸⁶⁾

희생의 원인이 되는 유공행위는 1차적으로는 법률에 의하여 확정된다. 전쟁수행 및 전투행위는 가장 전형적이고, 또 대표적인 유공행위이다. 이밖에 국가유공자법은 공상군경, 즉 군인이나 경찰·소방공무원이 교육훈련 또는 직무수행 중 상이를 입은 경우를 포함시켰다(법 제4조 제1항 제6호). 그런데 이 경우 보상의 대상이 지나치게 확대될 수 있기 때문에 단순 교육

86) 헌재 2003.5.15., 2001헌마565, 15-1, 579면 이하 참조.

훈련 또는 직무수행과 구분하여 ‘국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호’와 ‘직접적인 관련’이 있는 경우로 대상을 축소하였다. 이로써 이에 해당하는 군경과 그 밖의 군경에 대한 차별이 발생한다. 그러나 ‘국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호’와 ‘직접적인 관련’이 있는 경우와 그 밖의 경우가 유형화될 수 있는가, 그리고 타당한가는 의문이다. 첫째, 보상의 대상이 되는 군경의 직무수행과 그 밖의 직무수행을 구분하는 경계가 불명확하다. 둘째, ‘직접적인 관련’에 대한 판단기준 역시 찾기 어렵다. 이와 같은 문제를 인식하였기 때문에 헌법재판소는 ‘직접적인 관련성’에는 ‘실질적인 관련성’의 요소가 포함되어 있다는 보충 논리를 제시하였다.⁸⁷⁾ 그러나 ‘실질적인 관련성’과 그 밖의 관련성이 구분되는 기준은 모호하고, 그 결과 해당 규정의 적용범위는 여전히 명확하지 않다. 유공행위의 구체적인 기준과 범위를 결정하는 데 고려되어야 할 사항을 제시한 규정(법 제4조 제2항)도 같은 문제를 갖고 있다. 전투 또는 이에 준하는 직무수행의 범위(제1호)는 비교적 명확하지만, ‘직무수행이나 교육훈련과 국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호와의 관련 정도’(제2호)는 이에 관한 심판대상인 규정의 내용을 반복하고 있을 뿐이다. 구체적으로 이 사안에서 청구인은 해안경계근무 중 상이를 입었다. 그런데 청구인의 등록신청을 거부한 사유가 해당 상이가 ‘국가의 수호·안전보장 또는 국민의 생명·재산 보호’를 위한 행위에 해당하지 않기 때문인지, 아니면 해당 행위와 직접적인 혹은 실질적인 관련성이 없기 때문인지는 불분명하다.⁸⁸⁾ 적어도 이 사안에서 차별의 합리성이 확인되지는 않으며,

87) 헌재 2016.12.29., 2016헌바263, 29-2(하), 640면 이하; 2019.6.28., 2018헌바189, 31-1, 67면 이하 등 참조.

88) 헌법재판소가 인용한 대법원 판결은 주로 기존의 질병 및 부상이 악화된 경우에는 국가유공자 요건을 충족하기 위하여 필요한 인과관계가 결여된다는 취지였다. 대판 2016.7.27., 2015두46994; 2017.3.9., 2016두55933 등 참조. 따라서 이 판결이 헌법재판소의 결정에서 국가유공자와 보훈대상자의 구분이 명확해졌다는 판단의 근거가

그 결과 자의적인, 즉 평등권을 침해하는 법집행의 우려가 있다.

점진적인 평등실현의 논리가 합헌결정의 근거로 적합하지 않은 경우도 있다. 군경과 공무원의 신분 차이에 따른 차별이 점진적 평등실현의 논리가 적용될 수 있는 사안이 아니라는 점은 위에서 지적하였다. 국가유공자법은 6·25전몰군경자녀수당을 도입하면서 1953년 7월 27일 이전에 전투기간 중 전사한 군경의 자녀를 수급권자로 하였다. 이에 따라 해당 전투기간 중 부상을 당하고 이후에 사망한 군경의 자녀는 수급자격을 가질 수 없다. 헌법재판소는 전투기간 중 사망한 경우에는 가족이 부양을 상실하는 반면 부상 후에 사망한 경우에는 보상의 필요성과 절실함이 덜하기 때문에 해당 규정이 합리적인 기준을 벗어난 것은 아니라고 보았다.⁸⁹⁾ 국가유공자 보상은 유공행위, 그로 인한 희생, 그리고 유공행위와 희생 간의 인과관계를 요건으로 성립된다. 그리고 일반적으로 사회적 위험의 원인관계를 중심으로 법률관계를 형성하는 사회보장법에서는 해당 행위 중 사망한 경우뿐 아니라 부상 혹은 질병이 발생한 후 이를 원인으로 사망한 경우를 보상한다. 산업재해보상보험법, 공무원재해보상법, 군인재해보상법 등이 이러한 예에 해당한다.⁹⁰⁾ 실제 헌법재판소는 이와 유사한 사안을 심사한 바 있다. 즉 공무원연금법과는 달리 군인연금법에서 군인이 재직 중 질병 및 부상으로 인하여 퇴직 후 폐질에 이른 경우를 상이연금의 지급대상에 명시하지 않은 규정에 대해서 헌법불합치결정을 하였다.⁹¹⁾ 이와 같은 논리는 국가유공자법 규정에 대한 심사에도 적용되어야 했다. 헌법재판소는 전투행위 중 부상을 입은 이후에 사망한 경우 그 자녀에 대한 지원의 필요성을 부인하

될 수는 없다.

89) 헌재 2018.11.29., 2017헌바252, 30-2, 608면 이하 참조.

90) 공무원재해보상법 제3조 제1항 제3호, 군인재해보상법 제4조 제1항 제4호 등 참조.

91) 헌재 2010.6.24., 2008헌바128, 22-1(하), 473면 이하; 2016.12.29., 2015헌바208, 28-2(하), 456면 이하 등 참조. 헌법불치결정의 해석 및 적용에 있어서 기본권 우호적인 법원의 판결로는 대판 2011.9.29., 2008두18885 참조.

지는 않았으며, 따라서 해당 규정에 불평등의 요소가 있다는 점은 인정하였다. 그리고 이를 점진적 평등실현의 논리로 정당화하였다.⁹²⁾ 그러나 이는 이와 같은 논리가 적용될 수 있는 사안은 아니다. 오히려 보상의 구조에 충실하게 사망 시기에 관계없이 유공행위 중 발생한 희생과 인과관계를 기준으로 차별의 합리성이 판단되어야 하며, 이때 (위에서 언급한 바와 같은) 유사한 구조를 갖는 법률과 비교하는 작업이 필요했다. 결정 이후 심판대상 규정은 개정되어 상이를 입고 요양 중 상이를 원인으로 사망한 경우에도 자녀수당 수급자격을 인정하였다(시행령 제3조의 2, 별표 1).

3. 유족의 수급자격, 유족급여의 성격과 기능

가. 유족급여의 수급자격

유족급여의 수급자격에 관한 국가유공자법 규정은 부분적으로 사회보장법에 일반적인 입법례를 벗어났다. 다음과 같은 특수성이 있기 때문이다. 첫째, 유공행위가 오래 전에 발생한 경우 본인은 물론이고 자녀도 더 이상 취업지원에 적합한 연령에 있지 않기 때문에 손자녀 등으로 유족의 범위를 확대하였다. 둘째, 국가유공자보상의 사회보장의 성격을 주목하는 경우, 민법의 상속자격 및 순위와 달리 유족의 범위가 독자적으로 형성될 수도 있다. 다만 아래에서 살펴보는 바와 같이 국가유공자법에 대한 심사에서는 이 점이 쟁점화되지는 않았다. 이밖에 사후양자의 수급자격이 쟁점이 되었다. 이는 사회보험법에서 일반적으로 제기되는 문제로서 국가유공자법에 특유한 것은 아니었다.

국가유공자 또는 그 유가족이 사망한 경우에는 보상을 받을 권리는 소

92) 헌법재판소의 이러한 논리에 대해서는 현재 2018.11.29., 2017헌바252, 30-2, 607면 참조.

멸한다(법 제9조 제2항). 이에 따라 6·25전쟁 중 전사 혹은 순직한 사람의 자녀인 수급권자가 사망한 경우에는 보상권 자체가 소멸하며, 이로써 손자녀의 수급자격을 인정하는 근거는 없어진다. 이에 비해서 수급권자인 자녀가 생존해 있는 경우에는 취업지원의 대상이지만 자녀는 이미 취업적령을 벗어나 있기 때문에 자녀를 대신하여 손자녀를 취업지원의 대상에 포함시켰다. 헌법재판소는 주로 국가유공자법 제9조에 의하여 수급권이 소멸되었다는 규범 내용을 확인하고, 또 유족의 수급자격은 입법재량에 의하여 결정된다는 논리로 해당 규정을 합헌으로 결정하였다.⁹³⁾ 그러나 국가유공자법의 구조에서 보면 심사의 기준은 다음과 같이 구체화되어야 했다. 유족급여는 유공자의 사망으로 인한 부양상실을 보상한다. 그런데 위 규정은 수급권자인 유공자 또는 그 유가족이 사망한 이후의 상황이 더 이상 국가유공자법의 과제가 아니라는 의제에 기초해 있다. 그 결과 구체적으로 보면 자녀가 사망한 경우와 같이 오히려 보호의 필요성이 큰 경우 그 손자녀는 지원의 대상에서 제외되었다. 이로써 국가유공자법이 예정하는 추상적인 상황과 실제 구체적인 상황이 차이가 있게 된다. 국가유공자법이 이와 같은 구체적인 상황을 개별적으로 지원하는 과제를 갖지는 않는다. 따라서 이에 관한 규정이 명백히 불합리한 기준이 적용된 차별이라고 볼 수는 없다.

국가유공자법은 유족급여의 수급자격을 미성년자녀로 하고, 성년자녀의 경우 생활능력이 없는 정도의 장애가 있는 경우에 한하여 수급자격을 인정하였다. 유족급여가 유공자의 사망으로 인한 부양의 상실을 대체한다는 점을 고려하면 성년자녀의 수급자격을 제한하는 것이 미성년자녀와의 관계에서 평등권을 침해하는 것은 아니다.⁹⁴⁾ 일반적으로 부양은 자녀교육을 포함하며, 오늘날 대학교육이 보편화되어 있는 상황에서 교육과정에 있는 경우

93) 헌재 2006.6.29., 2006헌마87, 18-1(하), 524면 이하 참조.

94) 헌재 2003.11.27., 2003헌바39, 15-2(하), 297면 이하 참조.

에는 성년자녀에게 수급자격을 부여하는 것이 바람직하다. 헌법재판소는 사회보험에서 유족급여의 수급자격과 관련하여 이 점을 지적한 바 있다.⁹⁵⁾ 다만 국가유공자법은 자녀교육을 독자적으로, 그리고 성년 이후에도 지원하기 때문에 성년자녀의 수급자격을 제한하는 규정이 평등권 및 인간다운 생활을 할 권리를 위반하는 정도가 사회보험에 비해서는 약화된다. 형제자매의 수급자격을 인정하지 않는 규정 역시 평등권 혹은 인간다운 생활을 할 권리를 침해하는 것은 아니다. 이 경우 사회보험법에서는 유족의 상속권 침해 여부가 주요 쟁점이었다.⁹⁶⁾ 그러나 국가유공자법에서 이 점이 심사의 기준이 되지는 않았다. 헌법재판소는 보다 일반적인 기준에 따라 사안을 판단하였다. 즉 입법목적, 수혜자의 상황, 국가예산 내지 보상능력 등을 고려하여 유족의 범위가 결정될 수 있으며, 이에 따르면 형제자매를 제외하는 것이 현저하게 합리성을 결여하고 있지는 않다.⁹⁷⁾ 그러나 이는 사회보장법을 포함하여 급부법에 대한 헌법심사에서 일반적으로 제시되는 논리로서 이 사안에 적용하기에는 너무 포괄적이다. 유족급여는 부양상실을 보상하는데, 형제자매는 사망한 유공자와 부양관계에 있지는 않다는 특유한 논리가 제시되어야 했다.

국가유공자법은 일반 양자와는 달리 사후양자에게는 유족급여의 수급자격을 인정하지 않았으며, 다만 사후양자로 이미 등록된 사람은 수급자격을

95) 헌법재판소의 이와 같은 문제인식에 대해서는 헌재 1999.4.29., 97헌마333, 11-1, 516면 이하; 2014.5.29., 2012헌마515, 26-1(하), 432면 이하 등 참조.

96) 공무원연금법에서 형제자매의 유족급여 수급자격에 관한 심사로는 예컨대 헌재 2014.5.29., 2012헌마555, 26-1(하), 441면 이하 참조. 공무원연금법에 관한 헌법심사에서 사회보장수급권과 상속권의 관계에 관한 헌법재판소의 논리가 일관되지는 않았다. 사회보장수급권을 상속의 대상으로 인정하지만 상속의 법리를 따라야 하는 것은 아니라는 입장, 혹은 사회보장수급권은 상속권과는 헌법적 기초와 제도적 취지를 달리한다는 입장이 공존하였다. 헌재 1998.12.24., 96헌바73, 10-2, 866면 이하; 1999.4.29., 97헌마333, 11-1, 514면; 2010.4.29., 2009헌바102, 22-1(하), 47면; 2010.5.27., 2009헌바49, 22-1(하), 244면 이하 등 참조.

97) 헌재 2010.5.27., 2009헌바49, 22-1(하), 253면 이하 참조.

유지한다. 헌법재판소는 사후양자의 수급자격을 인정하지 않는 근거로 두 가지를 들었다.⁹⁸⁾ 첫째, 양자제도가 기존에 가(家)를 위한 제도에서 부모 및 자녀 등 가족구성원을 위한 제도로 변화하였다. 이로써 양자를 입양하여 가(家)를 계승하는 의미가 상실되었으며, 따라서 양자에 수급자격을 인정할 필요가 없다는 의미인 듯하다. 둘째, 사후양자는 국가유공자가 사망한 후에 비로소 양자의 자격을 갖게 된 것이며, 따라서 국가유공자의 사망 시점에 사망으로 인하여 부양관계에 영향을 받지 않는다. 그만큼 부양상실을 보상하는 필요성이 약화된다. 첫 번째 논리는 이 사건 결정에 직접적인 영향을 미치지 않으며, 두 번째 논리를 보충하는 의미를 가질 뿐이다. 일반적으로 사회보험에서 사망 당시 가입자에 의하여 생계를 유지하고 있는 유족에게 수급자격을 부여하며, 퇴직 후 혼인한 배우자와 퇴직 후 입양된 자녀에게는 수급자격을 인정하지 않는다.⁹⁹⁾ 예컨대 공무원연금법은 퇴직일 이후에 출생한 자녀에게도 유족급여 수급자격을 인정하지 않고 있다. 이러한 논리는 국가유공자법에도 타당하며, 따라서 해당 규정이 일반양자와 사후양자를 차별하는 데에는 합리적인 이유가 있다.

나. 유족급여의 기능과 수급자 선정

독립유공자법은 유공자가 1945년 8월 14일 이전에 사망한 경우에 손자녀 1명에 보상금을 지급하였다. 손자녀가 2명 이상인 경우에는 나이가 많은 자를 우선하였다. 보훈보상대상자지원법 역시 같은 규정을 두고 있었다. 이는 일반적인 사회보장법의 입법례와는 차이가 있다. 사회보장법에서는 이 경우 두 가지 기준이 적용된다. 첫째, 사망한 자에 의하여 생계를 유지하고 있던 자가 우선 수급권자가 되거나(국민연금법 제73조 제1항) 혹은 민법의 상속순위에 따른다(공무원연금법 제31조). 둘째, 같은 순위의 자가

98) 헌재 2007.4.26., 2004헌바60, 19-1, 438면 이하 참조.

99) 국민연금법 제73조 제1항 및 공무원연금법 제3조 제1항 등 참조.

2명 이상인 경우에는 유족급여는 똑같이 나누어 지급한다(국민연금법 제73조 제3항, 공무원연금법 제32조). 헌법재판소는 심판대상인 규정을 헌법불합치로 결정하였다.¹⁰⁰⁾ 연장자를 우선하는 규정은 국가보훈과 사회보장의 어떠한 성격과도 정합하지 않으며, 자의적인 차별에 해당한다. 사회보장의 기능에서 보면 해당 손자녀가 사망한 독립유공자와 생계를 같이 하는가의 여부가 본질적인 기준이지만 이를 사안에 적용하기는 어렵다. 독립유공자와 손자녀가 일반적으로 생계를 같이 하지 않았기 때문이다. 헌법재판소는 적어도 연령에 따른 차별은 헌법에 합치하지 않는다는 결정을 하면서 입법 개선의 방향을 제시하였다. 이는 국가유공보상의 성격과 기능을 다시 검토하는 계기가 되었다. 다만 개정 법률이 헌법재판소가 지적한 위헌적 요소를 제거하지는 못했다. 즉 연장자 우선의 기준은 여전히 유지되어 있다.¹⁰¹⁾

헌법재판소는 연장자 우선의 규정을 헌법불합치로 판단하면서 다음과 같이 대안을 제시하였다. 즉 같은 순위의 유족에게는 생활정도에 따라 보상금을 분할하여 지급하거나, 다른 유족에 비하여 특별히 경제적으로 어려운 자가 있고, 그 외의 유족에게 생활보호의 필요가 없다면 경제적으로 생활이 어려운 자에 한정하여 보상금을 지급할 수 있다.¹⁰²⁾ 실제 결정 이후 개정 법률은 협의에 의하여 1명을 수급자로 하지 않는 한 국민기초생활보장법의 수급자를 우선하도록 하였다. 이는 독립유공자보상의 체계에 적합한 입법은 아니다. 독립유공자보상은 기본적으로 희생과 공헌의 정도에 따라야 하며, 실제 보상금은 이와 같은 기준에 따라 정해져 있다(법 제7조, 시행령 제6조 및 별표 1). 그리고 유족보상금은 사망으로 인한 부양상실을

100) 헌재 2013.10.24., 2011헌마724, 25-2(하), 263면 이하; 2018.6.28., 2016헌가14, 30-1(하), 339면 이하 등 참조.

101) 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 개정 법률에 대한 합헌 취지의 기각결정을 하였다. 헌재 2018.6.28., 2015헌마304, 30-1(하), 635면 이하 참조.

102) 헌재 2013.10.24., 2011헌마724, 25-2(하), 272면 이하; 2018.6.28., 2016헌가14, 30-1(하), 347면 이하 등 참조.

추상적으로 의제하고 이를 대체하는 급여이다. 그런데 헌법재판소의 제안은 유족보상금에 공공부조의 요소를 도입하는 결과가 된다. 유족의 구체적인 생활정도에 따라 지급 여부 및 수준을 결정하기 때문이다. 이는 평등의 원칙에 반할 뿐 아니라 재산권을 침해하는 평가를 피할 수 없다.¹⁰³⁾ 또 이와 같은 논리에 따르면 유족에 대한 구체적인 보호의 필요성이 없는 경우에는 유족보상금을 제한하는 가능성도 열리게 된다.

Ⅶ. 헌법 제32조 제6항과 평등권

헌법재판소는 제대군인에게 가산점을 부여하여 취업을 지원하는 국가유공자법 규정을 위헌으로 결정하였다.¹⁰⁴⁾ 이 결정은 국가유공자보상이 일반 국민의 기본권을 제한할 수 있다는 점에서 헌법적 논의의 지평을 넓혔고, 무엇보다도 평등권 심사에 새로운 기준을 적용하는 계기가 되었다. 병역복무는 일반적인 의무의 이행이기 때문에 제대군인은 헌법 제32조 제6항의

103) 국가유공자법에서 유족급여에 대한 재산권 보호에 대한 결정이 아직 있지는 않다. 자기기여가 인정되는 급여관계를 규율하는 직역연금에서 헌법재판소는 유족급여에 대한 재산권에 의한 보호를 부인하지는 않았지만 그 보호의 정도가 약화된다고 보았다. 헌재 1999.4.29., 97헌마333, 11-1, 512면, 517면 등 참조. 이에 비해서 국민연금법상 유족연금의 성격에 대한 이해는 미세한 차이가 있었다. 즉 유족연금을 재산권에 의한 보호대상에서 명시적으로 제외하는 것은 아니었지만 이를 전제하는 듯하다. 이에 대해서는 헌재 2019.2.28., 2017헌마432, 31-1, 210면 참조. 독일 연방헌법재판소는 유족급여를 재산권에 의한 보호의 대상에서 제외한 바 있다. BVerfGE 97, 283면 이하 참조. 그러나 이는 타당한 결정이 아니었다. 이에 대한 비판적인 견해에 대해서는 예컨대 Friedhelm Hase, "Hinterbliebenenrente als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn", *Juristen Zeitung*(2000), 591면 이하; Franz Ruland, "Rentenversicherung", Ruland/Becker/Axer(편), *Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2018)*, 909면, 963면 등 참조.

104) 헌재 1999.12.23., 98헌바33, 11-2, 732면 이하 참조. 이는 심판 당시에는 '제대군인 지원에 관한 법률'에서 규율되고 있었으며, 해당 조항 역시 위헌으로 결정되었다. 헌재 1999.12.23., 98헌마363, 11-2, 770면 이하 참조.

적용대상은 아니다. 또 헌법재판소는 헌법 제39조 제2항 불이익 금지는 병역의무의 이행으로 인한 사실상 및 경제상의 불이익을 보상하는 취지는 아니라는 점을 명확히 하였다.¹⁰⁵⁾ 가산점은 제대군인에게 규범적 이익을 발생시키고, 이로써 병역의무를 이행할 수 없는 여성 및 장애인을 차별하는 결과가 되었다. 그런데 여성 및 장애인에 대한 차별금지와 보호는 헌법의 기본질서이기 때문에 제대군인 가산점은 헌법과 정합성이 없다. 또 공직수행에 현역복무를 감당할 수 있는 건강 정도가 요구되는 것은 아니기 때문에 가산점제도는 자의적인 차별이며, 이는 공무담임권을 중대하게 침해한다. 이와 같이 헌법이 금지하는 차별기준이 적용되고, 기본권이 중대하게 제한되는 경우에는 입법형성의 범위는 줄어들고, 비례의 원칙이 심사기준으로 적용된다. 이에 제대군인에게 3-5%의 가산점을 응시 횟수에 제한 없이 부여하는 규정은 비례의 원칙을 벗어나서 헌법에 위반된다고 판단하였다.¹⁰⁶⁾

이 결정은 국가유공자 및 유가족에게 가산점을 부여하여 취업을 지원하는 국가유공자법 규정에 대한 위헌심사를 예고하였다. 실제 이에 대한 심판이 청구되었고, 헌법재판소는 처음에는 합헌, 그리고 이후 헌법불합치결정을 하였다. 국가유공자 및 그 유가족에 대한 취업지원은 헌법에 직접 근거가 있다는 점이 제대군인의 경우와는 다른 상황이었다. 이 점을 고려하면 심사의 기준은 자의금지의 원칙이 되어야 한다. 그러나 가산점을 통하여 일반 국민이 공직에 평등하게 접근하는 권리가 제한된다는 점을 주목하였으며, 이에 헌법재판소는 비례의 원칙에 따르되 완화된 형태로 적용된다는 절충을 하였다.¹⁰⁷⁾ 이때 완화된 비례의 원칙의 의미와 효과가 무엇인지, 그리고 헌법 제32조 제6항이 국가유공자 및 그 유가족을 우선적 지원의

105) 이 점에 대해서는 예컨대 헌재 1999.2.25., 97헌바3, 11-1, 133면; 2009.7.30., 2008헌바162, 21-2(상), 291면; 2010.11.25., 2006헌마328, 22-2(하), 454면 이하 등 참조.

106) 헌재 1999.12.23., 98헌바33, 11-2, 753면 참조.

107) 헌재 2001.2.22., 2000헌마25, 13-1, 405면 참조.

대상으로 명시하였음에도 비례의 원칙이 적용되어야 하는지는 의문이었다. 비례의 원칙은 특히 법익균형성을 중심으로 심사되었다. 그런데 10%의 가산점이 응시 횟수에 제한이 없이 부여되고, 또 국가유공자의 채용 비율에 제한도 없었다. 국가유공자 채용 비율의 상한에 관한 규정은 이후 도입되어 30%를 넘지 못하도록 하였다. 그러나 당시 시점에 합격자 중 취업보호 대상자가 차지하는 비율이 10%를 약간 넘었으며, 특히 전체 일반직공무원 중 이들이 차지하는 비율은 아직 3%에도 미치지 못했다는 점이 법익균형성의 판단에 영향을 미쳤다.¹⁰⁸⁾

두 번째 결정에서 헌법재판소는 기존 결정을 변경하여 헌법불합치로 판단하였으며, 여기에는 상황의 변화가 영향을 미쳤다. 국가유공자 유가족의 수, 가산점 대상자 중 유공자 본인에 비해서 유가족의 비율이 크게 증가하였고, 공무원 임용시험의 경쟁이 치열해 졌다. 이와 같은 사실관계의 변화를 배경으로 헌법 제32조 제6항에 대한 새로운 해석을 하였다.¹⁰⁹⁾ 헌법 제32조 제6항에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는 대상을 이전의 결정과는 달리 이해하였다. 즉 국가유공자와 상이군경 자신, 그리고 전몰군경의 유가족이 적용대상이다. 이에 비해서 국가유공자의 유가족 및 상이군경의 유가족에 대한 지원은 입법정책의 결과이다. 이들에 대한 지원이 헌법에 직접적인 근거가 없으면서 일반 응시자의 공무담임권을 중대하게 침해하기 때문에 엄격한 비례의 원칙이 적용되어야 한다. 이와 같은 결정은 사실관계의 변화를 배경으로 일반 응시자가 불이익을 받는다는 문제를 헌법해석을 통하여 극복하기 위한 노력이었다. 그러나 이는 지나치게 결과중심적인 논리였고, 또 헌법해석, 국가유공자법의 개념 및 입법목적에 충실한 것은 아니었다. 사실 헌법해석의 혼란은 헌법 문언 자체가 제공하였다.¹¹⁰⁾

108) 헌재 2001.2.22., 2000헌마25, 13-1, 408면 이하 참조.

109) 헌재 2006.2.23., 2004헌마675등, 18-1(상), 288면 이하 참조.

110) 헌법 문언이 기원하는 맥락에 대해서는 정영훈, 위 각주 5의 책, 19면 이하 참조.

국가유공자법에 따르면 상이군경과 전몰군경이 모두 상위 개념인 국가유공자에 해당한다(법 제4조 제1항 제3,4호). 취업지원은 유공자가 유공행위 혹은 유공행위 중 발생한 희생으로 인하여 취업에 필요한 역량을 갖추는 기회를 가질 수 없었고, 또 자녀교육에 충실할 수 없었다는 점을 고려한 것이다. 이와 같은 취지에서 보면 취업지원의 대상이 상이군경 본인, 그리고 전몰군경의 유가족에 한정되지는 않는다.¹¹¹⁾ 따라서 헌법 제32조 제6항에 대한 헌법재판소의 이해방법은 헌법해석의 한계를 벗어난 것이었다. 이 결정 반대이견은 이 점을 지적하고 있다.¹¹²⁾

사회적 기본권의 특성상 취업지원의 대상과 방법은 법률에 의하여 구체화된다. 취업지원은 장기적으로 생활의 안정을 보장하는 목적을 갖는다. 따라서 예컨대 계약직 공무원과 같이 한시적인 취업의 경우는 취업지원의 목적과 어울리지 않는다. 이밖에 일반적으로 계약직은 전문지식 및 기술이 요구되며, 따라서 일반경력직공무원이 대체할 수 없는 업무를 수행하기 때문에 취업지원의 대상에서 제외되었다. 이는 지도직공무원의 경우에도 적용될 수 있는 논리였다.¹¹³⁾

Ⅷ. 보상의 종류와 내용

국가유공자보상은 현금, 그리고 현물 및 서비스의 형태로 지급되며, 이때 급여의 종류에 따라 서로 기능을 대체하는 경우에는 급여의 병급(併給)과 선택, 그리고 조정의 문제가 발생한다. 이는 국가유공자가 양로시설에

111) 나아가서 헌법 제32조 제6항을 국가유공자법과 연계하여 해석할 필요성이 있는가 하는 의문에 대해서는 예컨대 정영훈, 위 각주 5의 책, 53면 이하 참조.

112) 헌재 2006.2.23., 2004헌마675등, 18-1(상), 290면 이하 참조.

113) 헌재 2012.11.29., 2011헌마533, 24-2(하), 201면 이하; 2016.10.27., 2014헌마254등, 28-2(상), 706면 이하 등 참조.

입소하는 경우에 급여를 조정하는 규정과 관련하여 심판의 대상이 되었다. 이 경우 부가연금과 생활조정수당 및 간호수당은 대통령령이 정하는 바에 따라 지급을 정지하고, 기본연금은 계속 지급된다. 위 규정은 국가유공자법의 전체적인 급여구조를 재검토하는 계기가 되었다.

국가유공자보상은 전체적으로 희생과 공헌에 대한 반대급부의 성격이 있고, 또 기본연금과 부가연금, 그리고 간호수당은 강행규정에 따른 급여이다. 이로써 이들 연금과 수당은 재산권에 의하여 보호된다.¹¹⁴⁾ 다만 공헌 자체 및 공헌에 의하여 의제되는 희생에 대한 보상에는 자기기여의 성격과 단순 예우의 성격이 혼재하여 있어 재산권이 심사의 기준으로서 유용성은 낮다. 이에 비해서 생활조정수당은 재량급여이며, 따라서 재산권이 심사기준이 될 수는 없다. 헌법재판소는 유공자가 양로시설에 입소하는 경우 부가연금 및 생활조정수당의 지급정지는 국가의 재정부담능력, 전체적인 사회보장의 수준, 국가유공자에 대한 평가기준을 고려한 입법재량에 따른 판단이며, 또 양로시설에 입소하는 경우 기초생활이 보장되기 때문에 위 규정은 정당하다고 보았다.¹¹⁵⁾ 그러나 이는 국가유공자보상의 구조에 충실하지 않은 포괄적인 논리이며, 또 올바른 것도 아니었다. 이에 관한 심사를 위해서는 기본연금과 부가연금의 법적 성격과 기능에 대한 이해가 필요하다.

기본연금과 부가연금이 같은 기능을 갖는 다른 급여에 의하여 대체되는 경우에는 그 자체가 재산권 판단에 영향을 미치지 않는다. 희생과 공헌이 현금 형태로 보상되어야 하는 것은 아니기 때문이다. 이에 비해서 생활조정수당은 공공부조의 성격을 갖는다. 이는 기본연금과 부가연금으로 생활을 유지할 수 없는 수급자에게 최저생활을 보장하기 위한 국가의 일방적인 급여이다. 이와 같은 성격에 상응하여 생활조정수당은 수급자의 가족 수 및 생활정도에 따라 일정한 소득에 미치지 못하는 경우 표준생계비, 임

114) 위 각주 41 참조.

115) 헌재 2000.6.1., 98헌마216, 12-1, 641면 이하 참조.

금 및 물가수준 등을 고려하여 결정된다. 이는 기본연금이 희생과 공헌에 대한 반대급부로서 기초생활을 보장하는 점과 차이가 있다. 기능적으로 보면 국가유공자가 양로시설에 입소하는 경우 기초생활이 보장되며, 따라서 기본연금과 생활조정수당의 지급이 정지된다고 해서 평등권이 침해되는 것도 아니다. 이에 비해서 부가연금의 지급정지는 절대적으로 보면 희생과 공헌에 따른 보상을 실현하지 못하여 재산권을 침해하며, 상대적으로 보면 희생과 공헌의 정도를 고려하지 않고 일률적으로 취급하는 결과가 된다. 헌법재판소는 부가연금이나 생활조정수당 등의 지급이 정지되는 경우에도 국가유공자가 시설보호를 받음으로써 거주비, 식비, 피복비의 대부분을 스스로 부담하지 않게 되어 사실상 종전에 지급받던 보상금 중 상당 부분에 갈음하여 다른 형태의 보상을 받는다고 보았다.¹¹⁶⁾ 이는 기본연금 및 생활조정수당의 경우에는 적용될 수 있는 논리이다. 그러나 이들 지원이 소득 능력의 상실 혹은 감소를 보상하는 부가연금을 대체할 수는 없으며, 따라서 입법재량의 범위를 벗어난다.

IX. 의회유보 및 위임의 구체성

1. 사회보장법과 국가유공자법의 특수성

그동안 사회보장법에 관한 헌법심사에서 위임의 구체성은 여러 차례 쟁점이 되었고, 또 부분적으로 위헌결정이 내려졌다. 그러나 전체적으로 보면 헌법재판소가 이 점을 적극적으로 심사하였다고는 볼 수 없다.¹¹⁷⁾ 국가유

116) 헌재 2000.6.1., 98헌마216, 12-1, 643면 이하 참조.

117) 적극적인 심사의 예로는 예컨대 헌재 1998.5.28., 96헌가1, 10-1, 509면 이하(의료보협법); 2003.9.25., 2000헌바94등, 15-2(상), 254면 이하(공무원연금법); 2009.3.26., 2007헌가5등, 21-1(상), 312면 이하(군인연금법) 등 참조.

공자보상법에 있어서는 의회유보 및 위임의 구체성을 엄격하게 적용하기 어려운 다음과 같은 상황도 작용한다. 보상요건인 희생과 공헌의 내용은 개방적이며, 유형화의 가능성이 제한적이다. 보상과 예우의 성격이 복합적으로 작용한다. 또 보상은 희생과 공헌의 정도뿐 아니라 생활정도, 가족상황 등을 고려하여 결정된다. 소득 및 부양상실을 보상하기 위하여 현금뿐 아니라 각종 현물 및 서비스 형태로 급여가 지급된다. 이를 모두 법률에서 구체적으로 규율할 수는 없으며, 어느 정도 행정입법에 위임하는 것은 피할 수 없다. 그러나 국가유공자보상은 개인에게 생활의 기반을 안정적으로 보장하여야 하며, 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리를 실현하는 수단이기 때문에 보상의 요건과 내용이 국회에서 충실히 공론화되고 법제화되어야 한다. 또 행정입법에 위임하는 경우에는 법률에서 구체적인 범위를 정하여야 한다. 이 점에서 의회유보 및 위임의 구체성은 국가유공자법에 대한 심사에서도 유용한 기준이 되어야 한다. 이때 개인은 자신의 법적 지위 및 법적 지위의 변화를 알거나 적어도 예측할 수 있으며, 행정입법에 의하여 비로소 이를 인식할 수 있어서는 안된다.

국가유공자법에서 위임의 구체성에 관한 결정은 2건으로 드물었다.¹¹⁸⁾ 이 중 공상군경의 보상요건에 관한 심사에서 쟁점이 되었던 법적 명확성 및 포괄위임의 문제에 대해서는 위에서 서술한 바 있다. 위임의 구체성에 관한 쟁점은 청구인이 적극적으로 제기하지도 않았다. 예컨대 가산점에 의한 취업지원의 대상에서 계약직 공무원과 지도직 공무원을 제외하는 규정은 법률이 아니라 시행령에 두었다. 이는 개인의 기본권을 실현하는 데 본질적인 요소이며, 또 규율에 입법기술적인 한계가 있지도 않기 때문에 의회유보의 원칙에 충실한 것은 아니었다.¹¹⁹⁾

118) 헌재 2009.3.26., 2008헌바105, 21-1(상), 457면 이하; 2016.12.29., 2016헌바263, 28-2(하), 629면 이하 등 참조.

119) 헌재 2012.11.29., 2011헌마533, 24-2(하), 194면 이하; 2016.10.27., 2014헌마254등.

2. 입법기술적인 문제, 위임의 구체성에 대한 재확인 필요성

보상금의 산정기준은 전국가구 가계소비지출액을 고려하여 희생과 공헌의 정도에 따라 결정되며, 그 지급액, 지급방법, 그밖에 지급에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하였다(법 제12조 제4,5항). 위임의 구체성이 쟁점이었던 사안에서는 순직군경의 경우 유족보상금이 현저히 낮은데, 이 점이 법률을 통해서 예측할 수 없으며, 시행령에 비로소 규율되었다는 점이 문제였다. 헌법재판소는 이 규정이 위임의 구체성을 위반하지 않는다는 논거로 두 가지를 들었다.¹²⁰⁾ 첫째, 국가유공자에게 지급되는 보상금과 추가 수당 등을 모두 법률에 규정하는 것은 입법기술적으로 어려움이 있다. 또 이를 모두 구체적으로 법률에 직접 규율하는 경우에는 보상의 내용을 탄력적으로 조정하는 데 장애가 된다. 둘째, 법률 규정에 의하여 순직군경의 유족들이 보상금을 구체적으로 산정하는 기준에 관한 내재적인 한계를 객관적으로 분명히 예측할 수 있다.

보상금 산정의 고려요소인 전국가구 가계소비지출액은 모든 보상금에 적용되는 기준이며, 수급자에게 개별적으로 보상금의 수준을 예측하는 기준이 될 수는 없다. 또 보상금의 산정기준인 희생과 공헌의 정도는 개인이 보상의 종류와 내용을 예측하기에는 너무 추상적이다. 이 경우 극단적으로는 법 제12조 제4항 이외의 입법적 결정이 없어도 위임의 구체성에 반하지 않는다는 평가에 이를 수 있다. 헌법재판소의 두 번째 논리는 기존의 위임의 구체성에 대한 이해방법을 벗어난다. 먼저, 보상금의 산정기준에 대한 내재적 한계를 분명히 예측할 수 있다는 논리의 의미와 내용을 파악할 수 없다. 내재적 한계는 일반적으로 법률 규정 자체에 이미 어느 정도 구

28-2(상), 701면 이하 등 참조. 이에 관한 실체법적 판단에 대해서는 위 각주 113 참조.

120) 헌재 2009.3.26., 2008헌바105, 21-1(상), 470면 이하 참조.

체적인 내용이 포함되어 있거나, 혹은 법률 전체 혹은 다른 법률을 종합적으로 고찰하였을 때 행정입법의 내용을 어느 정도 예측할 수 있다는 의미로 사용되어 왔다.¹²¹⁾ 그런데 이 결정에서 내재적 한계는 어떠한 의미이며, 또 그에 따라 어떠한 내용을 포함하는지 전혀 논증하지 않고 있다.

X. 맺는 말

국가유공행위로 인하여 발생한 희생을 보상하는 사고는 보편적이다. 국가유공자보상은 사회보장의 체계에 편입되어 유공 희생자의 생활을 장기적·안정적으로 보장하여야 한다. 이와 같은 보상의 요건, 그리고 보상의 종류 및 내용은 일반적인 국가책임법에 의한 청구권과는 차이가 있으며, 비교적 개방적이라는 특징이 있다. 이는 국가유공자보상에서 이론과 체계가 형성되지 못하고, 정치적 성격을 강화하는 원인이 되었다. 이와 같은 문제는 국가유공자보상을 헌법 제34조 인간다운 생활을 할 권리에 편입하여 입법형성에서 최소한의 기준을 적용하여 정비될 수 있다. 인간다운 생활을 저해하는 혹은 저해하는 것으로 의제될 수 있는 희생과 공헌을 기준으로 국가유공자보상이 재구성되어야 하며, 헌법재판은 심사기준을 이 점에 집중하여야 한다. 이와 같은 기준은 유족의 범위 및 유족급여의 종류와 내용을 심사하는 경우에도 존중되어야 한다. 이와 같은 헌법적 평가는 국가유공자보상의 중요한 내용이 국회에서 공문을 거쳐 법률에 규정되고, 또 행정입법의 필요성이 인정되는 경우에도 법률에 구체적인 위임이 되어 있을 때 가능하다. 사회보장의 수단이 세분화되어 가고 있는 상황에서 국가유공자보상의 본질적인 기준에 따라 포섭될 수 없지만 보호의 필요가 있는 경

121) 후자의 이해방법에 따른 결정으로는 예컨대 1997.12.24., 95헌마390, 9-2, 829면 이하; 2000.1.27., 99헌바23, 12-1, 73면 등 참조.

헌법논총 제31집(2020)

우 다른 제도를 적용하는 가능성도 적극적으로 밝혀져야 한다. 이와 같은 이론 및 체계의 기반 위에서 국가유공자보상은 내부적 동질성을 강화하여 제도를 공고하게 할 수 있고, 또 다른 제도와의 기능분담을 통하여 체계적인 기준에 따라 부담을 덜 수 있다.

[국문초록]

국가유공자법은 보상의 이념이 비교적 명확하지만 보상의 요건과 내용은 개방적이다. 이에 이념과 제도가 정합성을 갖추지 못하고 발전하여 왔다. 이는 국가유공자보상의 이론과 체계가 정립되지 못한 데에 가장 근본적인 원인이 있었다. 그 결과 국가유공자법은 정치적 성격을 강화하고, 이론과 체계는 형성될 수 없었다. 또 국가유공자법은 학문적 논의의 장도 협소하였다. 이 글은 헌법재판소의 국가유공자법에 대한 결정을 검토하여 국가유공자법을 정비하는 최소한의 기준을 얻을 수 있다는 기대와 목적을 갖는다. 이를 위하여 먼저 국가유공자법의 내부적 독자성과 외부체계와의 차별성, 국가유공자법의 국가책임법에서의 위상을 서술하였다. 이어서 국가유공자법을 헌법구조에 편입하여 헌법이 심사기준으로 기능할 수 있도록 정리하였다. 이와 같은 분석의 틀에 기초하여 헌법재판소의 결정을 유형에 따라 배치하고, 해당 쟁점을 비판적으로 검토하여 앞으로 헌법심사 및 입법형성에 기초를 제공하는 시도를 하였다.

주제어

국가유공자보상, 헌법재판, 국가책임법, 점진적 평등실현, 가산점

[Abstract]

VCA is relatively clear in its idea, but open in its condition and contents. This characteristics resulted in its disconformity between idea and institutions in last decades. This again lies primarily in the immaturity of its theory and system. Consequently the political character has been strengthened, whereas impact of theory and system weakened. Additionally the field of scientific discussion about was restricted. This article aims critically to analyse the decisions concerning VCA in order to get the minimum criteria for the systematic formation of VCA. For the purpose internal homogeneity and external heterogeneity and its system in the state's liability act are described. Then VCA is aligned in the constitutional structure, which can be applied as judging standards. Based on this constitutional framework the decisions are sorted according to the themes, and evaluated the controversial issues. It is anticipated to deliver the standards for the formation and constitutional review in this field.

Key words

veterans compensation act, constitutional review, state's liability act, progressive realization of equality, additional points

참고문헌

[국내문헌]

- 강석승, “남북한의 ‘국가보훈’에 대한 인식과 그 특성 비교”, 북한학보 제37집 제1호(2012)
- 이성춘, “북한의 보훈정책 고찰과 통일 대비 한국보훈정책 발전방안”, 융합보안 논문지 제15권 제2호(2015)
- 김용하, “국가보훈 연금체계의 개선방안 연구”, 사회보장연구 제21권 제1호 (2005)
- 김주환, “보훈이념을 통해서 본 대한민국의 국가정체성 연구; 국가정체성 구성 요소들 간 갈등 사례를 중심으로”, 한국보훈논총 제14권 제2호(2015),
- 박균성, 행정법론(상)(박영사, 2015)
- 방동희, “공상공무원의 국가유공자 예우·지원과 국가유공자 법제도 개선에 관한 연구”, 법과 정책연구 제10집 제2호(2010)
- 오진영, “공무상 재해보상제도의 문제점과 개선방안”, 사회보장법학 제5권 제2호(2016)
- 오진영, “한국보훈정책의 성찰적 회고와 전망 - 보훈대상과 보상 수준의 문제점과 개선방안을 중심으로”, 한국사회정책 제15권 제1호(2008)
- 이무상, “체력단련행위 중 공상을 당한 의무복무 병(兵)에 대한 지원공상군경으로의 보상”, 저스티스(2011.10)
- 이현환, “전환기의 보훈정책 - 국가정체성의 재정립을 위한 시론”, 공법연구 제47집 제4호(2019)
- 이호용, “독립유공자예우에 관한 법정책적 문제점과 개선방안 - 독립유공자 보훈체계의 개선을 중심으로”, 한양법학 제21집(2007), 730면 이하 참조.
- 장영수, “헌법 전문”, 한국헌법학회(편), 헌법주석[1](박영사, 2013)
- 전광석, “국가유공자보상에 대한 헌법적 보호의 가능성”, 헌법학연구 제6권 제4호(2000)
- 전광석, “국가유공자보상의 범위결정 및 보상의 원칙 - 5.18민주유공자법에 대

헌법논총 제31집(2020)

한 규범체계적 접근을 중심으로”, 민주주의와 인권 제9권 제2호(2009)
전광석, “국가유공자보상의 범위결정 및 보상의 원칙”, 헌법학연구 제10권 제4호(2004)

전광석, 한국사회보장법의 역사(집현재, 2019)

전신욱, “『국가보훈기본법』의 문제점과 제언”, 한국보훈논총 제2호(2005)

정영훈, 국가유공자 보상·지원의 법률적 형성에 관한 헌법적 검토(헌법재판소 헌법재판연구원, 2016)

홍정선, 행정법원론(상)(박영사, 2020)

[국외문헌]

Franz Ruland, “Rentenversicherung”, Ruland/Becker/Axer(편),
Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2018)

Friedhelm Hase, “Hinterbliebenenrente als Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinn”, Juristen Zeitung(2000)

Friedhelm Hase, “Soziales Entschädigungsrecht”, Ruland/Becker/Axer(편),
Sozialrechtshandbuch(Nomos, 2018)

Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht(C.H.Beck, 2013)

Ulrich Becker, “Selbstbindung des Gesetzgebers im Sozialrecht. Zur Bedeutung von Konsistenz bei der Ausgestaltung von Sozialsicherungssystemen”,

Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht(Carl Heymanns Verlag, 2004)

Ulrich Becker, Soziales Entschädigungsrecht(Nomos, 2017)

중국의 인격권과 개인정보권 검토

Review of China's Personality Rights and Personal Data Rights

申 侑 眞(Shin, You-Jin)

中國社會科學院大學校 博士科程生

— 목 차 —

I. 서론	133
II. 인격권과 개인정보권 개관	135
1. 서신비밀권	135
2. 프라이버시권과 인격권	137
3. 개인정보권	140
III. 중국 개인정보보호 법제 현황	142
1. 개인정보보호 법제화 과정	142
가. 1단계(1949년~1981년): 전통적인 음사(陰私)개념 사용	143
나. 2단계(1982년~2002년): 개혁개방과 프라이버시(隱私) 개념 등장	145
다. 3단계(2003년~현재): 정보화 시대 도래와 개인정보(個人信息) 개념 등장	146
2. 현행 개인정보보호 관련 법규	148

가. 헌법	148
나. 권리침해책임법 및 형법	149
다. 전국인민대표대회 상무위원회의 네트워크 정보 보호 강화에 관한 결정	151
라. 소비자권익보호법	153
마. 네트워크안전법	153
바. 민법총칙	154
3. 개인정보권 내용과 함의	154
가. 개인정보 정의와 개인정보권 내용	154
나. 개인정보권의 법적 성질	155
IV. 개인정보보호법 입법 쟁점	157
1. 민법전 개인정보 관련 규정	158
가. 제1032조~제1033조 프라이버시와 침해금지 규정	158
나. 개인정보 정의(제1034조)	159
다. 개인정보 처리원칙 및 민사책임 면책조항(제1035조~제1036조)	160
라. 자연인의 개인정보 열람·복제·시정·삭제 등 청구권(제1037조)	160
마. 개인정보처리자의 개인정보 유출, 훼손, 제3자제공 금지(제1038조)	161
바. 국가기관 및 행정기관 개인정보보호의무(제1039조)	161
사. 예외 규정(제999조)	161
2. 개인정보보호법(초안)	162
가. 법 적용 범위	163
나. 국가기관의 개인정보 처리에 관한 특별 규정(제33조~제37조)	163
다. 개인정보의 국가 간 제공(제38조~제43조)	164
3. 소결	165
가. 민법전: 인격권과 개인정보권의 관계	165
나. 개인정보보호법: 국외 개인정보 제공 기준	167
V. 결론	168
* 국문초록 및 주제어	171
* 영문초록 및 주제어	172
* 참고문헌	173

I. 서론

“China might have data and the U.S. might have money, but Europe has purpose”¹⁾ 구글, 쿠팡, 페이스북 등에 역대 과징금을 부과하면서 세계에서 가장 강력한 독점 파괴자, 실리콘 밸리의 저승사자라는 별명을 얻은 EU 집행위원회의 Margrethe Vestager 의원이 올해 2월 EU의 AI 전략을 소개하는 자리에서 남긴 말이다. EU 역내 데이터 경제의 활성화를 위하여 AI 및 데이터 분야 양대 강국인 미국과 중국을 견제하겠다는 의미가 담긴 것으로 보인다.

우리나라는 헌법상 민주주의를 기본질서로 한다는 점에서 이념적으로는 미국에 가깝지만, 유교 및 한자 문화권이라는 점에서 문화적으로는 중국에 가깝다. 92년 한중 수교 이후, 중국과 교역 규모가 점차 증가하여 최근 3년간 수출입 규모 면에서 세계 1위를 차지하는 등²⁾ 경제적으로 중국과 더욱 밀접해졌고 한국 안의 중국, 중국 안의 한국을 대표하는 유학생, 관광객, 장기 체류자 등 양국 간에 인적 교류도 활발하다. 이처럼 경제적, 인적 교류가 활발해지면서 우리나라 법원에 중국법을 준거법으로 제시된 사건도 늘고 있다. 또한 최근 5년간 우리 국민의 개인정보 불법 유통 적발 건수가 가장 많은 나라는 미국과 중국이었다.³⁾ 이처럼 중국 법제의 성숙도가 우리 국민의 권익에 영향을 미치게 되었다.

기준에는 법 해석론 또는 입법론에 직접 도움이 되는 독일법, 프랑스법, 미국법을 연구할 필요성이 있었다면 우리 법제의 수준이 높아진 지금 현실

-
- 1) The Economic Times, “EU fights for ‘purpose’ in grand plan for technology, AI rules”(20.2.17 방문)
 - 2) 관세청, “수출입통계 국가별 수출입 실적” <https://unipass.customs.go.kr/ets/> (20.8.10. 방문)
 - 3) 디지털 투데이, “우리 국민 개인정보, 온라인서 버젓이 불법 유통” (19.9.20 방문)

적으로 제기되는 법적 쟁점을 해결하기 위하여 중국법에 대한 지식이 필요하게 되었다. 기존의 선진 법제를 연구하는 목적과 달리 현실적 필요 즉, 구체적 사건을 해결하기 위한 연구 필요성이 생긴 것이다. 그러나 그동안 우리나라에서는 중국이 사회주의 국가에 법치주의가 확립하지 못했다는 인식 등으로 중국의 법제에 대해서는 상대적으로 관심이 부족하였다.

최근에는 국내에서도 중국법에 관심을 가지고 본격적으로 연구하기 시작하였지만 중국의 개인정보보호법에 대한 체계적인 연구와 소개는 아직 부족한 편이다. 중국에서는 2003년 국무원⁴⁾의 의뢰로 중국사회과학원 저우한화 교수를 책임자로 한 TF를 구성하여 개인정보보호법 초안 작업을 시작하였고, 2005년 관련 부처에 전문가 의견을 제출하였다. 2008년에는 동의견안을 기초로 한 개인정보보호법 초안을 제출하였고 오랜 논의 끝에 올해 5월 전국인민대표대회 상무위원회 업무 보고에 주요 업무계획으로 개인정보보호법에 관한 내용을 명시하였다.⁵⁾ 현재는 상무위원회 심의를 거친 후 초안을 공개하여 의견 수렴중에 있다.⁶⁾

2014년에 중국소비자협회의 개인정보보호현황조사에서 응답자 중 약 3분의 2가 지난 1년 동안 개인 정보가 유출되거나 탈취되었다고 대답했다. 응답자들은 ‘서비스제공업체가 본인 동의 없이 비밀리에 개인 정보를 수집했다’고 응답해 소비자 개인 정보가 유출되는 가장 주요한 경로로 64.8%를 차지했다.⁷⁾ 중국정보통신연구원의 한 조사에 의하면 80%에 달하는 응답자들이 프라이버시유출이 심각하지만 막기 어렵다고 대답했다.⁸⁾ 2016년

4) 현행 중화인민공화국 헌법 제85조는 중화인민공화국 국무원, 즉 중앙인민정부는 최고 국가권력기관의 집행기관이며, 최고 국가행정기관이라고 명시하고 있다.

5) 北京青年报, “全国人大常委会: 将制定个人信息保护法、数据安全法纳入下一步主要工作”(20.05.27 방문)

6) www.npc.gov.cn (20.10.21 방문)

7) 中国消费者协会, “2014年度消费者个人信息网络安全状况报告”(2015.3.), 21면.

8) 中国信息通信研究院, “电信和互联网用户个人信息保护年度报告(2014版)”(2015.5), 38면.

에 사이버안전사건을 당한 네티즌의 비율은 전체 네티즌의 70.5%에 달했는데 그중 인터넷사기는 네티즌들이 겪고 있는 가장 큰 인터넷 안전문제이며 39.1%의 네티즌들이 이런 안전사건을 당한 적이 있고 대답했다.⁹⁾ 2016년말 서옥옥사건¹⁰⁾에서 개인정보 침해는 통신·인터넷 사기 등 새로운 범죄를 유발할 뿐 아니라 납치, 공갈 등 강력범죄와도 연계될 수 있다는 사실을 확인하였다. 또한 국제 경제무역 교류에 참여하려면 개인정보보호 법률체도를 구축해야 하며 그렇지 않을 경우 국제 규칙 체계에서 배제될 가능성이 높다. 이처럼 개인정보보호법 제정에 관한 중국의 국내외적 수요가 충분하므로 곧 개인정보보호법이 제정될 수 있을 것으로 기대된다. 비록 우리나라와 같은 단일법은 존재하지 않지만 개인정보와 관련된 법률, 행정법규 등이 존재한다. 이에 중국의 개인정보보호법제를 소개하고 그 시사점을 도출하고자 한다.

II. 인격권과 개인정보권 개관

1. 서신비밀권

오늘날 프라이버시권, 개인정보권 등의 근원은 서신 비밀 보호에서 찾을 수 있다. 봉건적 신분 제도의 모순을 극복하고 정치적 자유와 법 앞의 평등을 획득하고자 일어난 시민 혁명 시대에 시민사회가 왕권으로부터 보장 받아야 할 중요한 권리는 ‘서신의 비밀’이이었다. 권력의 부당한 침해로부터 사상과 표현의 자유를 보장받고 인간의 존엄성을 지키기 위해서는 서신의 비밀이 보장되어야 했다.

9) 中国互联网络信息中心, “第39次中国互联网络发展状况统计报告” (2017.1), 86면.

10) 16년 해킹을 통해 여고생의 개인정보를 취득, 학자금을 탈취한 사건이다. 피해 여고생은 정신적 충격으로 인한 심장마비로 사망하였다.

프랑스 대혁명이 일어난 1789년 프랑스 인권선언의 초안에 서신의 비밀 보호를 단독으로 명시하였다가 그 다음해 시민 의회는 서신의 비밀 보호가 제11조 사상과 표현의 자유¹¹⁾에 포함되는 것으로 해석하여 1790년 인권선언문(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)에서는 빠지게 된다.

독일에서는 1831년에 제정된 독일 헤센주 헌법 제38조를 통해 서신의 비밀 보장(briefgeheimnis)을 명시하였다. 1849년 프로이센헌법 제142조는¹²⁾ 원칙적으로 서신의 기밀성을 보장하고 형사 조사와 전쟁 시 필요한 제한 사항은 법률에 정하도록 하였다. 이때, 'Briefgeheimnis'의 의미가 우체국 이외의 공공 기관에 대해서도 넓게 사용될 수 있다는 것을 형법의 해석론에서 인정하기 시작하였다. 1919년의 바이마르 공화국 헌법 제117조는¹³⁾ 이를 분명히 언급하면서 우체국에 대한 서신의 비밀(Postgeheimnis)과 기타의 정부 기관에 대한 서신의 비밀(Briefgeheimnis)을 구분하고 있음은 물론이고, '전보와 전화 수단을 통한 비밀 보호(Telegraph-und Fernsprechgeheimnis)'를 별도로 구별하여 근대적 의미의 통신 비밀 보호 개념을 정립한 것으로 볼 수 있다. 이후 1949년의 독일 연방헌법(Grundgesetz) 제10조는 'Telegraph-und Fernsprechgeheimnis'를 'Fernmeldegeheimnis'로만 바꿨을 뿐 내용은 크게 달라지지 않았다.

이처럼 프랑스에서 탄생해 독일에서 완성된 '헌법적 권리로서의 통신의 비밀'은 이후 유럽의 인권협약, 세계인권선언 뿐만 아니라 우리나라, 일본

11) La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. 생각과 의견의 자유로운 의사소통은 인간의 권리 중 가장 소중한 권리 중 하나이다. 법에서 정한 경우를 제외하고 모든 시민은 자유롭게 말하고 쓰고 출판할 수 있다.

12) Das Briefgeheimniß ist gewährleistet. Die bei strafgerichtlichen Untersuchungen und in Kriegsfällen nothwendigen Beschränkungen sind durch die Gesetzgebung festzustellen.

13) Das Briefgeheimnis sowie das Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis sind unverletzlich. Ausnahmen können nur durch Reichsgesetz zugelassen werden.

등 아시아에도 지대한 영향을 미치게 된다.

미국은 헌법에서 통신의 비밀보장을 명시적으로 규정하지는 않았지만, 수정헌법 제4조의 해석을 통해서 초창기부터 통신의 비밀을 보장하였다. 수정헌법 제4조는 영국 세관원이 당시 식민지였던 미국의 밀수를 단속한다는 명목으로 미국인들의 집을 수색하는 데에 대한 반발로 입법한 것으로¹⁴⁾ 수정헌법 제4조로 정부에 의한 부당한 수색, 체포, 압수에 대하여 서류 등의 안전을 보장받는다고 명시하고 있다.¹⁵⁾

시민혁명시대의 서신비밀권은(오늘날 통신 비밀권) 절대 권력으로부터 시민의 자유를 찾아가는 과정에서 사상과 표현의 자유를 확보하는 중요한 수단이자 인간의 존엄성을 실현하기 위한 공적인 프라이버시의 영역이었다.

2. 프라이버시권과 인격권

1888년 쿨리(Thomas Cooley)판사는 처음으로 프라이버시 권리를 개인의 홀로 있을 권리(the right of the individual to be let alone)로서 설명하였다. 그러나 이러한 프라이버시권은 초기에 별다른 주목을 받지 못하다가 1890년 워렌(Charles Warren)과 브랜다이스(Louis D. Brandeis)가 ‘The Right to Privacy’라는 제목의 논문에서 ‘홀로 남겨질 권리’ (The Right to be let Alone) 를 개념화한 후, 프라이버시가 하나의 법적 권리 개념으로 명확하게 등장한 것으로 보는 것이 통설이다.

당시 출판·인쇄술의 발달로 신문과 잡지가 대량으로 출간·배포되면서 개인의 사생활 영역을 침해하자 워렌과 브랜다이스는 쿨리판사의 홀로 있

14) Kaplan, John. “Search and Seizure: A No-Man's Land in the Criminal Law.” California Law Review 49, no. 3 (1961) 참조.

15) The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

을 권리를 향유하기 위해서는 새로운 법적 구제 수단이 필요하다고 보았다. 이들은 보통법상의 유형적 재산권에 대한 초기의 승인으로부터, 불법방해 및 명예훼손, 저작권에 이르기까지 개인의 지적, 감정적 삶을 보호하기 위해 해악의 개념을 확대시킨 과정을 설명하면서 법의 보호가 유형적 이익에서 무형적인 것으로, 그리고 신체상의 상해로부터 단순한 상해의 위협으로, 나아가 명예와 지적재산으로 확대되었음을 보여주었다. 이를 통하여 보통법으로부터 무형의 재산권에 관한 보호를 이어 받아 프라이버시에 대한 침해가 불법행위의 개념적 구조에 포함되는 것이며, 따라서 손해배상의 근거가 된다고 주장하였다. 이러한 워렌과 브랜다이즈의 프라이버시권 체계를 다시 검토한 학자는 불법행위의 대가인 프로서(Prosser) 교수였다. 그는 1960년의 논문을 통하여 프라이버시의 침해유형을 ① 사적인 사실의 무단 공개(Public Disclosure of Private Facts) ② 공중을 오인하게 하는 행위(False Light in the Public Eye) ③ 성명 또는 초상의 남용(Misappropriation of Name or Likeness) ④ 사적 영역에의 침범(Intrusion upon Solitude or Seclusion)으로 나누었다. 이 중 사적인 정보의 무단 공표는 특히 언론보도와 관련이 있어 표현의 자유와 이익형량이 중요한 쟁점이다. 여기서는 원고가 공인인 경우와 공인이 아닌 경우를 구분하여, 원고가 공인인 경우나 공중의 관심의 대상인 경우에는 그들의 개성과 관련 사건이 이미 공중에 공개되어 더 이상 사적인 영역에만 남아있지 않게 된다는 점에 주목하였다. 즉, 원고의 사적 정보는 보도되더라도 공중의 알권리와 언론·출판의 자유에 근거하여 프라이버시 침해가 인정되지 않는다는 것이다.¹⁶⁾

워렌 등은 프라이버시가 보통법상의 권리이므로 법원에 의해 인정받을 필요가 있다고 보았고, 개인 동의 없이도 개인 작품은 물론 글, 음성, 생각 등에 관한 것을 공개하지 않을 수 있다고 주장했다는 점에서 당시 프라이

16) 정다영, “디지털 미디어 환경 변화에 따른 개인정보 자기결정권 및 인격권의 보호”, 미디어와 인격권, 제3권 제1호, 104면.

버시의 법적 성격은 헌법상의 기본권보다는 민법상 불법행위 책임에 가까웠다.

유럽과 미국에서 헌법상 기본권으로 도입된 서신비밀권이 국가 권력으로부터 개인의 영역을 보호하는데 목적이 있었다면 최초의 프라이버시권 이론은 사적 주체로부터 개인의 영역을 보호하고 이를 해결하기 위하여 불법행위법에 근거하여 손해배상 필요성을 인정한 것이다.

1965년 미국 연방 대법원에서 기혼자의 피임약 사용을 제한하는 코네티컷 주법을 은밀한 결정권(intimate decision)¹⁷⁾을 해치는 위헌으로 판시하면서(Griswold 판결)¹⁷⁾ 프라이버시권을 판단의 근거로 제시함으로써 프라이버시권이 헌법상의 보호를 받는 권리로 발전하게 된다. 이후 1974년에 제정된 프라이버시법(Privacy Act of 1974)에서 “프라이버시권은 미국 헌법에 의해 보호되는 개인적이고 기본적인 권리이다.”라고 명시함으로써¹⁸⁾ 헌법상 인격권으로 인정받았다.

한편, 유럽에서는 제2차 세계 대전이 끝난 후 이전의 나치 정권이 인권을 유린한 것에 대해 반성하며 인격 존엄을 존중하고 보장해야 할 필요성을 느꼈다. 인격 존엄성의 가치를 제도적인 차원에서 반영하고 국가 법률체계의 핵심 가치로 수립하고자 하였다. 이러한 배경에서 제정된 1949년의 독일연방공화국 기본법 제1조는 인격존엄의 존중과 보장을 모든 국가공권력기관의 가장 중요한 의무로 명시하면서 제2조 제1항은 모든 사람이 그 인격을 자유롭게 발현할 권리(일반적 인격권, *allgemeine Persönlichkeitsrecht*)를 갖는다고 규정하였다. 그리고 이 일반적 인격권 속에 당연히 프라이버시권이 포함된다고 보았다.

독일의 연방 헌법 재판소도 낙태와 성생활에 대한 침해는 개인의 ‘자유

17) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)

18) Pub. L. 93-579, §2, Dec. 31, 1974, 88 Stat. 1896, provided that: “(a) The Congress finds that- (4) the right to privacy is a personal and fundamental right protected by the Constitution of the United States; and

로운 인격권 형성'을 침해하는 것이라고 판시¹⁹⁾함으로써 개인적 결정을 내릴 자유는 프라이버시권의 일부로 간주하였다. 이처럼 독일은 프라이버시권을 스스로 결정할 수 있는 권리로 보았고²⁰⁾ 1983년에 소위 센서스 사건에서 정보의 자기 결정권(informationelles Selbstbestimmungsrecht)으로 판시함으로써²¹⁾ 정보사회에서의 프라이버시 의미를 명확히 한 바 있다.

독일과 미국 모두 프라이버시권을 자기결정권으로 보고 일반적 인격권의 일부로 이해한 점은 동일하지만 독일에서는 민주주의를 유지하기 위한 수단으로 보고 프라이버시권을 일반적 인격권으로부터 도출한 반면, 미국은 프라이버시권을 인격권에서 파생하는 것으로 보지 않고 수정헌법 제4조 등에 대한 해석론에서 발전시켰다는 점에서 그 차이가 있다.

3. 개인정보권

개인정보권은 기술의 발전과 함께 탄생한 개념이다. 유럽과 미국에서는 일찍이 행정적으로 개인정보를 수집하였고 정보통신 기술이 도입되면서 개인정보 사용과 남용에 관심을 가지게 되었다. 어떤 기록에 대한 접근을 제한하거나 초기 용도 이외의 용도로 사용을 제한하여 개인정보가 남용되지 않도록 보호하였다. 이를 토대로 각국은 점차 개인정보 보호에 관심을 가지게 되었다. 1973년 스웨덴에서 처음으로 데이법(Datalagen)을 제정하였고 미국에서는 1974년에 프라이버시법(Privacy Act of 1974)을 제정하였다. 1980년 OECD는 프라이버시 보호 및 개인정보의 국제적 유통에 관한 지침

19) BVerfGE 39, 1 at 43; BVerfGE 60, 123 at 134.

20) Blanca Rodríguez Ruiz, "Privacy in Telecommunications: A European and an American Approach" 36면.

21) BVerfGE 65, 1 at 68-9(재인용: S. Simitis, Reviewing Privacy in an Information Society 135 University of Pennsylvania L.R. 707면, 734면 (1987)).

(Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flow of Personal Data)을 제정했다. 이처럼 개인정보 보호 제도 도입 초기에는 각국의 법제와 문화적 차이에 따라 프라이버시와 개인정보 개념이 서로 혼재되어 있었다.²²⁾

개인정보보호에 있어 줄곧 그 흐름을 주도한 유럽연합(EU)은 1981년 개인정보의 자동처리와 관련한 개인의 보호에 관한 협약(Convention for the Protection of Individuals with regards to Automatic Processing of Personal Data) 1995년 개인 정보의 처리와 자유로운 유통에 관한 개인정보보호지침(Directive of the European Parliament of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 95/46/EC)을 제정하였다. 이때까지도 프라이버시(privacy)와 개인정보(personal data)를 같이 사용하여 양자의 관계가 명확하지 않았다.²³⁾ 2009년 리스본 조약(Treaty of Lisbon)의 발효로 EU 기본권헌장이 법적 구속력 가지게 됨에 따라 개인정보 보호권(the right to the protection of personal data)은 별도의 기본권 지위로 격상되었다.²⁴⁾ 2016년 개인정보보호법(General Data Protection Regulation, GDPR)을 제정하여 프라이버시를 배제하고 개인정보 개념을 적용하였다.

한편, 국제연합(UN)은 1990년 컴퓨터화된 개인정보파일의 규율에 관한 지침(Guideline for the regulation of computerized personal data files)을 공포하였다. 기본적으로 개인정보(personal data) 처리에 관한 지침이며 개인

22) 周汉华, “个人信息保护的法律定位” 法商研究(2020年第3期), 47면.

23) Whereas the difference in levels of protection of the rights and freedoms of individuals, notably the right to privacy, with regard to the processing of personal data afforded in the Member States may prevent the transmission of such data from the territory of one Member State to that of another Member State;

24) European Union Agency for Fundamental Rights, “Handbook on Europeandata protection law”, 2014, 3면.

정보의 국경 간 이동 시 보호수단이 보장되는 경우 자유롭게 이동할 수 있도록 하되 프라이버시 보호를 위해 제한될 수 있음을 명시하였다.²⁵⁾

Ⅲ. 중국 개인정보보호 법제 현황

1. 개인정보보호 법제화 과정

개인정보보호를 위한 입법방식은 크게 미국식의 자율규제와 개별 법률을 통한 보호 방식, 나아가 유럽연합(EU)과 같이 그 명칭에 관계없이 개인정보보호법이라는 단일 법률을 통해서 보호하는 통합 보호방식이 있다. 우리나라는 2011년 개인정보보호법 제정을 통해 유럽연합(EU) 방식을 취하고 있다. 중국에는 개인정보와 직간접적으로 관련된 법률과 법규의 수가 적지 않지만 개인정보보호와 관련된 일반법 혹은 기본법이 존재하지 않는다. 이와 관련하여 중국의 대다수 학자들은 개인정보보호에 관한 일반법 제정을 주장하고 있다.²⁶⁾ 이처럼 개인정보 보호 적용 규칙은 끊임없이 세분화되어 왔지만 통일된 개인정보 보호법 제정은 여전히 각국의 미래의 입법 추세가 될 것으로 보인다.²⁷⁾

25) A. PRINCIPLES CONCERNING THE MINIMUM GUARANTEES THAT SHOULD BE PROVIDED IN NATIONAL LEGISLATIONS, 9. Transborder data flows When the legislation of two or more countries concerned by a transborder data flow offers comparable safeguards for the protection of privacy, information should be able to circulate as freely as inside each of the territories concerned. If there are no reciprocal safeguards, limitations on such circulation may not be imposed unduly and only in so far as the protection of privacy demands.

26) 손한기, “중국 개인정보보호법제 고찰”, 강원법학(2018.2.), 83~84면 참고.

27) 朱开鑫, “五大趋势要注意! 全球互联网法律政策2020年第一季度观察”, 腾讯网络法专报 (2020年4月刊)

각국의 개인정보보호 입법례를 살펴보면, ‘프라이버시 및 개인정보’에 대한 개념과 정의는 각국의 전통과 시간의 흐름에 따라 조금씩 변하였다. 가장 긴 역사를 가진 나라 중 하나인 중국의 경우, 특히 봉건사회 2000년의 역사가 큰 영향을 미쳤다. 고대 중국에서 사람들은 개인보다 국가와 가정에 더 많은 관심을 기울이는 경향이 있었다. 중국어로 국가는 国家로, 이 단어는 땅(国)과 가족(家)의 두 글자를 합쳐서 만든 단어이다. 국가와 가족은 긴밀하게 연결되어 있으며, 국가의 구성원으로 존재하는 한 개인이 국가와 가족 모두에 책임을 다해야 한다는 관념이 반영된 것이다. 고대 중국의 법률은 범죄와 개인의 의무를 강조하고 민법과 인권을 무시했다. 개인의 일상적인 행위는 도덕, 의식, 유교적 또는 봉건적 윤리 강령에 의해 지배되었다.²⁸⁾ 개방 이후에도 현대중국의 법문화에서는 집단주의적 특성이 드러난다.²⁹⁾

이러한 집단주의적 문화 속에서 개인정보보호에 대한 관념도 우리나라와는 다른 양태를 보이는데 저우한화 교수는 2009년에 발표한 논문에서 중국의 개인정보 관념의 변천 과정을 3단계로 구분하였다(周汉华·苏苗罕, “我国信息化法律法规建设”). 아래에서 관련 내용을 소개하고자 한다.

가. 1단계(1949년~1981년): 전통적인 음사(阴私)개념 사용

첫번째 단계는 1949년부터 1981년까지로, 이 단계의 입법에서는 음사(阴私)³⁰⁾라는 단어가 사용되었다. 본래 민간에서 사용하던 용어를 그대로 법 제정에 사용한 것으로 1956년 비공개 심리 사건에 관한 전인대 상무위원

28) Cao Jingchun, “Protecting the Right to Privacy in China”, Victoria University of Wellington Law Review(2005.9), 646면.

29) 김철, 한국법학의 반성, 한국학술정보, 2009, 363면 참고.

30) 阴은 은밀한, 숨기다, 私는 개인적이, 사적인을 의미한다. 전통적으로 阴私를 은밀한 비밀로 인식하여 이에 대해 말하는 것을 부끄러운 일로 여기고 공개하기를 원하지 않은 것으로 보인다.

회의 결정(全国人大常委会关于不公开进行审理的案件的決定)에서 처음 사용하였다. 이 결정문은 인민법원은 국가기밀과 관련된 사건, 당사자의 음사에 관한 사건, 18세 미만 소년의 범죄와 관련된 사건을 비공개로 진행할 수 있다고 명시하고 있다. 비공개심리의 기본원칙을 확립하였으며 그 내용과 규정 방식은 그 후 소송법에 계속 적용되었다.

79년에 제정된 형사소송법 제111조³¹⁾와 인민법원조직법 제7조³²⁾ 모두 음사(陰私)를 사용하였다. 음사의 함의에 대해서는 1981년 “최고인민법원이 법에 의거한 공개심판에 관한 최고인민법원의 초보의견”(最高人民法院关于依法公开审判的初步意見)에서 설명하였는데, “개인 음사와 관련된 사건이란 일반적으로 성행위와 여성을 모욕하는 것과 관련된 범죄 사건을 말한다”고 명시하고 있다.

이 시기 개인정보에 관한 법률, 법규를 통해 알 수 있는 사실은 모두 엄격히 음사의 범주로 제한함으로써 전통문화의 영향을 구현하고자 했다는 점, 보호하고자 했던 법익은 주로 소송 당사자의 비공개 심리에 관한 권리라는 점이다.³³⁾

31) 人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家机密或者个人隐私的案件，不公开审理。十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由：1 심 재판은 공개적으로 해야 한다. 그러나 국가기밀 또는 음사에 관련되는 사건은 심리를 공개하지 않는다. 14세 이상, 16세미만의 미성년자의 범죄사건은 일률적으로 심리를 공개하지 않는다. 16세 이상 18세미만의 미성년자의 범죄사건도 일반적으로 심리를 공개하지 않는다. 심리를 하지 않는 경우에는 법정에서 심리를 하지 않는 이유를 밝혀야 한다.

32) 人民法院审理案件，除涉及国家机密、个人隐私和未成年人犯罪案件外，一律公开进行：인민법원은 국가 기밀과 음사에 관련된 사건과 미성년자 범죄 사건을 제외하고, 일률적으로 공개 심리를 한다.

33) 周汉华·苏苗罕, “我国信息化法律法规建设” 电子政务10(2009), 54면.

나. 2단계(1982년~2002년): 개혁개방과 프라이버시(隱私)³⁴⁾ 개념 등장

현재 전 세계적으로 통용되고 있는 프라이버시 개념은 경제 성장과 민주주의 발전이 그 원인이 되었다. 중국에서도 경제체제의 개혁과 함께 근대적 프라이버시 개념이 정립될 수 있는 환경이 조성되기 시작하였다. 1978년 11기 중앙위원회 3차 전체회의(3중전회)에서 “당 사업 중심의 경제 건설로의 전환”이라는 이름으로 개혁·개방을 결정했으며, 화궈핑에서 덩샤오핑으로의 권력 중심의 이전이 시작되었다. 79년 미국과의 국교 수립에 이어 81년 11기 6중전회에서 화궈핑이 실각함으로써 중국의 개혁·개방을 이끈 덩샤오핑 체제로의 전환이 완성된다.³⁵⁾

개혁·개방 정책으로 경제가 발전하고 세계화로 교류가 늘면서 중국의 학자들이 프라이버시 개념에 대한 연구를 하기 시작했다. 1980년대, 특히 90년대 초 이후 정부 문서·입법·민간을 막론하고 은사를 프라이버시로 대체하는 것이 일반화됐다. 1982년에 제정된 민사소송법 제45조³⁶⁾에서 음사 대신 프라이버시라는 단어를 처음으로 사용하였다. 그러나 프라이버시가 음사를 완전히 대체하였다고 보기는 어려운데, 인민법원조직법은 83년 개정 당시에도 여전히 음사를 사용하다 86년에 개정하면서 프라이버시로 바꾸었기 때문이다.³⁷⁾

34) 또는 은사권이라고 번역하기도 한다.

35) 안치영, “개혁 이후 정치경제 체제의 변화와 한계” 중국 근현대사강의(2019.5.), 318~319면 참고.

36) 经人民法院许可, 当事人可以查阅本案的庭审材料, 请求自费复制本案的庭审材料和法律文书。但是, 涉及国家机密或者个人隐私的材料除外: 인민법원의 허가를 받아 당사자는 본안 재판소 자료를 열람하고, 본안 재판자료와 법률문서를 자비 부담으로 복사할 수 있다. 단, 국가기밀이나 개인의 은사(사생활)에 관한 자료는 제외한다.

37) 실체권만 놓고 보면 여전히 은사 개념을 사용한 법률 또는 사법해석들이 그 개념에 대하여 정의를 내리거나 그 권리의 범위를 확정하지 않았기 때문에 다년간 입법상 또는 실정법상 줄곧 모호한 상태에 있었다. 이에 따라 입법기관들도 정확하게 식별하

이 시기 법률상 개념의 변화와 더불어 확인할 수 있는 특징은 ①법상 보호이익이 과거 단순 소송절차의 권리에서 민사상 권리의 영역으로 확장되었다는 점, ②권리 보호의 방법은 소송 절차상 비공개하고 민사상 권리 침해 발생 시 권리 구제를 하는 이원적 보호 체제로 발전하였다는 점, 그럼에도 불구하고 ③소송절차의 권리에 있어서는 최고인민법원이 “은사사건”의 범위에 대해 새로운 해석을 내놓지 않는 등 기존의 사법해석이 유효하였기 때문에 전통적인 “음사”개념에서 완전히 벗어났다고 보기는 어렵다는 점 등을 들 수 있다. 다시 말해 실체법상 프라이버시권에 대한 개념 정의와 범위가 모호한 상태로 남아있어 프라이버시권이 효과적으로 보호받지 못하였다.³⁸⁾

다. 3단계(2003년~현재): 정보화 시대 도래와 개인정보(个人信息) 개념 등장

90년대 말 특히 2000년 이후의 시점을 기준으로 중국에서는 급격한 정보화 발전화와 권리 의식의 제고로 정보화 IC카드 관리, 신용징수체계 구축, 인터넷 이용과 관리 및 정부 업무 자동화 등에 관한 지방의 정보화가 이루어졌다. 먼저 정보화와 소비자권리보호라는 두 개의 영역에 대한 지방 입법이 이루어지기 시작하였으며 개인정보란 개념이 점진적으로 출현하여,³⁹⁾ 2003년에 공포된 주민등록법 제6조⁴⁰⁾는 처음으로 “개인정보”를 명시하였다. 또한, 이를 위반하고 개인정보를 유출하여 합법적인 권익을 침해한

고 사용하지 못하여 적용과정에서 필연적으로 당사자의 프라이버시권을 효과적으로 보호하지 못하였다.

38) 周汉华·苏苗罕, “我国信息化法律法规建设” 电子政务10(2009), 54면 참고.

39) 손한기, “중국 개인정보보호법제 고찰”, 강원법학(2018.2), 80면.

40) 公安机关及其人民警察对因制作、发放、查验、扣押居民身份证而知悉的公民的个人信息, 应当予以保密: 公安기관과 그 인민경찰은 주민등록증을 작성, 발급, 검수, 압류하여 알게 된 공민의 개인정보를 비밀로 한다.

경우 동법 제19조⁴¹⁾에 따라 행정 처분을 하거나 형사책임을 물을 수 있다고 규정하였다. 2006년에 통과된 여권법 제12조⁴²⁾ 및 제20조⁴³⁾는 여권 발급 등으로 알게 된 개인정보를 누설한 경우 행정처분 또는 형사책임을 묻는다고 명시하였다. 이 시기 법제상에서 프라이버시 또는 개인정보가 음사를 완전히 대체하게 된 것으로 보인다.

그리고 2012년 12월 전인대 상무위원회 제30차 회의에서 전국인민대표대회 상무위원회의 네트워크 정보 보호 강화에 관한 결정(全国人民代表大會常務委員會關於加強網絡信息保護的決定)이 통과되었다. 이 결정은 일반 법률과 같은 효력을 가지는데 그 주요 목적은 개인 인터넷 정보와 공공의 이익을 강화하기 위한 것으로 중국의 개인정보 보호 법규의 중요한 이정표로 볼 수 있다.⁴⁴⁾

중국의 개인정보보호 발전 3단계에 있어 중요한 변화는 ①보호 범위가 넓어졌다는 점이다. 예를 들어 개인의 성명·주소·전화·직업·학력 등 객관적인 개인정보를 부당하게 수집·사용·공개·교환하거나 전파하는 행위는 전통적인 권리침해 이론상 이를 침해행위로 보기 어렵지만, 개인정보

41) 人民警察有下列行为之一的, 根据情节轻重, 依法给予行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任: (중략) (五) 泄露因制作、发放、查验、扣押居民身份证而知悉的公民个人信息, 侵害公民合法权益的. 인민경찰은 다음의 행위 중 하나로 경중에 따라 법에 따라 행정 처분을 하고 범죄를 구성하는 자는 법에 따라 형사책임을 묻는다. (중략) (5) 주민등록증을 작성, 발급, 검수, 압류 알게 된 공민의 개인정보를 유출함으로써 합법적 권익을 침해한 경우

42) (생략) 护照签发机关及其工作人员对因制作、签发护照而知悉的公民个人信息, 应当予以保密: 여권발급기관과 그 실무자는 여권발급 등으로 알게 된 공민의 개인정보를 비밀로 하여야 한다.

43) 护照签发机关工作人员在办理护照过程中有下列行为之一的, 依法给予行政处分; 构成犯罪的, 依法追究刑事责任: (중략) (五) 泄露因制作、签发护照而知悉的公民个人信息, 侵害公民合法权益的; …… :여권발급기관의 장은 여권발급 과정에서 다음 행위의 하나로 법률에 따라 행정처분을 하고, 범죄를 구성하는 자는 법에 따라 형사책임을 묻는다. (중략) (5) 여권 제작, 발급 과정에 알게 된 공민의 개인정보를 유출함으로써 공민의 합법적 권익을 침해한 경우

44) <https://global.asc.upen.edu/tag/prc/> (20.8.16방문)

보호의 원칙을 적용할 수 있다. 개인정보 개념 도입으로 프라이버시의 범위보다 보호 범위는 커지고 권리를 확대할 수 있게 된 것이다. ②민사상 보호에서 벗어나 정부의 관리 책임을 강조하는 등 행정법적 보호 방식을 추가하여 전통적인 사후 보호에서 개인정보 생애주기 전 단계에 걸쳐 보호 수단을 제공하는 방향으로 변화하였다는 점이다.⁴⁵⁾

2. 현행 개인정보보호 관련 법규

중국에는 개인정보 보호를 직접적으로 명시한 법 외에도 인간의 존엄성, 개인의 프라이버시, 개인의 비밀 등 개인정보와 관련된 범위를 규정해 개인정보를 보호하는 법률, 행정법규, 행정규장이 있다. 그 수가 80여개에 달하여⁴⁶⁾ 아래에서는 기본법 등 주요 법률을 중심으로 살펴보기로 한다.

가. 헌법

현행 중국헌법 상 개인정보와 직접 관련된 근거 규정은 없으나 제38조 인격존엄불가침조항,⁴⁷⁾ 제33조 제3항 국가의 인권 존중 및 보장 조항,⁴⁸⁾ 제39조 주택불가침 조항,⁴⁹⁾ 제40조 통신자유 및 통신 비밀조항⁵⁰⁾을 통해

45) 周汉华·苏苗罕, “我国信息化法律法规建设” 电子政务10(2009), 55면 참고.

46) <http://fayuanjiansuo.com/> 개인정보, 프라이버시, 인격권등과 관련된 법률 조회 (20.08.19. 방문)

47) 第三十八条 中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。중화인민공화국 공민의 인격적 존엄은 침해받지 아니한다. 어떠한 방법으로든지 공민에 대하여 모욕·비방·무고한 모함하는 것을 금지한다.

48) 第三十三条 国家尊重和保障人权。국가는 인권을 존중하고 보장한다.

49) 第三十九条 中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。중화인민공화국의 공민은 주거를 침해받지 아니한다. 공민의 주거에 대한 불법수색이나 침입을 금지한다.

50) 第四十条 中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全

개인정보권을 헌법상의 권리로 도출할 여지는 있으나 헌법 상 명문의 근거가 있다고 보기는 어렵다. 이에 개인정보권을 구체적 인격권설, 즉 민사상의 권리로 보는 다수설의 견해에 따라 민법전 편찬을 통해 민법상에 구체적인 근거를 마련하였다. 이와 관련 중국 헌법이 근본법으로서의 권위를 충분히 확보하지 못했다는 점, 헌법의 해석을 통한 기본권의 도출보다는 법률을 통한 명시적인 근거 규정 확보를 중시한다는 점을 그 배경으로 보는 견해도 있다.⁵¹⁾

나. 권리침해책임법⁵²⁾ 및 형법

2009년 공포한 권리침해책임법(侵权责任法)은 프라이버시권을 독립적인 민사상 권리의 하나로 인정한 최초의 법이다.⁵³⁾ 동법 제2조는 민사상의 권의 침해는 본 법에 따라 책임을 져야 한다고 규정하면서 민사권익에 생명권, 건강권, 성명권, 명예권, 초상권, 프라이버시권 등이 포함된다고 명시하였다. 또한 제36조에서 인터넷 이용자, 인터넷 서비스 제공자가 인터넷을 이용하여 타인의 민사권익을 침해한 경우 반드시 침해의 책임을 져야 하며, 피침해자는 인터넷 서비스 제공자에게 삭제, 접속 차단 등의 조치를 취하도록 통지할 권리가 있다. 인터넷 서비스 제공자가 제공하는 인터넷 서비스를 이용하여 사용자(침해자)가 타인의 민사권익을 침해하였음을 알고

或者追查刑事犯罪的需要, 由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外, 任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密. 중화인민공화국 공민은 통신의 자유와 통신의 비밀을 법률로 보호받는다. 국가 안전 또는 형사 범죄 수사의 필요에 의하여 공간기관이나 검찰기관이 법률이 정하는 절차에 따라 통신에 대한 검사를 하는 경우를 제외하고는, 어떠한 조직이나 개인이든지 어떠한 이유로든 공민의 통신의 자유와 통신의 비밀을 침해할 수 없다.

51) 손한기, “중국 개인정보보호법제 고찰”, 강원법학(2018.2), 85면.

52) 국내에서는 불법행위(책임)법, 침권책임법등으로 번역함. 민법전 제7편에 편제되어 민법전 시행(2021.1.1.)과 함께 폐지 예정.

53) 张新宝, “个人信息收集: 告知同意原则适用的限制”, 北大法宝法学期刊库, 比较法研究, (2019年第6期), 7면.

도 필요한 조치를 취하지 않은 경우 해당 인터넷 서비스 제공자는 침해자와 연대책임을 진다.

민법의 인격권보호는 주로 권리침해법 상 보호인데 인격권법의 발전은 곧(인격) 권리침해법의 발전이라고 할 수 있다. 인격권 보호에 대한 각국 민법의 공통점은 ‘유형 확인 + 권리침해책임’으로 요약된다. 즉 법률이 규정하거나 판례를 통하여 인격권의 유형을 확인하는데 이를 특별인격권이라고 하며 각종 인격권을 침해하는 가해행위를 권리침해법의 적용 범위에 포함 시켜 가해자에 대하여 권리침해책임을 추궁한다. 확인된 인격권 유형 외의 인격이익이 침해를 받은 사건은 일반인격권침해형(또는 법익침해사건형)으로 취급하여 가해자의 권리침해책임을 추궁한다.⁵⁴⁾ 이처럼 프라이버시 침해책임을 규정하면서 인터넷상에서 이루어지는 침해에 대해서도 규정하고 있다.

같은 해 공포된 형법 개정안(7)(『中华人民共和国刑法修正案(七)』)은 개인정보를 판매·불법적으로 제공한 죄와 국민의 개인정보를 불법으로 취득한 죄 두 가지를 명시하고 있다.⁵⁵⁾ 2015년에 공포된 개정안(9)(『中华人民共

54) 梁慧星, “民法典编纂中的重大争论——兼评全国人大常委会法工委两个民法典人格权编草案” 甘肃政法学院学报 (2018年第3期), 10면.

55) 七、在刑法第二百五十三条后增加一条, 作为第二百五十三条之一: “国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员, 违反国家规定, 将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息, 出售或者非法提供给他人, 情节严重的, 处三年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处罚金。”

7, 형법 제253 조의 1을 다음과 같이 신설 한다. 제253조 1로 “국가기관 또는 금융, 전신, 교통, 교육, 의료 등 사업장의 임직원이 국가 규정을 위반하고 본 사업장에서 직책을 이행하거나 서비스를 제공하는 과정에 수집한 국민의 개인정보를 판매하거나 불법적으로 타인에게 제공하였고 그 사안이 중한 경우 3년 이하의 유기징역 또는 거역형에 처하고 벌금형을 병과하거나 단독으로 부과 한다.

“窃取或者以其他方法非法获取上述信息, 情节严重的, 依照前款的规定处罚。”

“상기 정보를 절취하였거나 기타 방법으로 불법적으로 수집하였고 그 사안이 중한 경우에는 전항의 규정에 따라 처벌한다.”

“单位犯前两款罪的, 对单位判处罚金, 并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员, 依照各该款的规定处罚。”

앞의 2개 항의 죄를 범한 경우에는 단위에 벌금을 과하고 그 직접 책임을 지는 주요 관리인과 그 밖의 직접 책임자에 대해서는 해당 항의 규정에 따라 처벌한다.

和国刑法修正案(九))은 해당 규정을 보완하여 두 가지 죄를 ‘공민 개인정보 침해죄로 통합’하고, 네트워크 안전관리 의무 불이행죄를 신설하였다.⁵⁶⁾

다. 전국인민대표대회 상무위원회의 네트워크 정보 보호 강화에 관한 결정

2012년 공포되어 앞서 설명한 바와 같이 개인정보의 의미와 범위를 확장한 법률로 개인정보보호를 비교적 체계적으로 규정하였다.⁵⁷⁾ 비록 결정의 형식을 취하고 있으나 전인대 상무위원회에서 제정한, 법률의 효력을 가지는 문건이다. 12개 조항⁵⁸⁾으로 구성된 비교적 간단한 내용이지만, 개

56) 十七、将刑法第二百五十三条之一修改为：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

17. 형법 제253조의 1을 다음과 같이 개정한다. “국가의 관련 규정을 위반하고 타인에게 공민의 개인정보를 판매 또는 제공하였고 그 사안이 중한 경우에는 3년 이하의 유기징역 또는 기역형에 처하고 벌금형을 병과하거나 단독으로 부과 한다. 그 사안이 특별히 중한 경우에는 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처하고 벌금형에 처한다. “违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。”

“국가의 관련 규정을 위반하고 직책을 이행하거나 봉사를 제공하는 과정에 수집한 공민, 정보를 판매 또는 타인에게 제공한 자는 전항의 규정에 따라 중하게 처벌한다. “窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。”

“공민의 개인정보를 절취하였거나 기타 방법으로 불법적으로 획득한자는 제1 항의 규정에 따라 처벌한다.

“单位犯前三款罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

“사업장이 전 3개 항의 죄를 범한 경우에는 사업장에 벌금을 부과하고 그 직접 책임을 지는 주요 관리인과 그 밖의 직접 책임자에 대해서는 각 항의 규정에 따라 처벌한다.

57) 周汉华, “探索激励相容的个人数据治理之道——中国个人信息保护法的立法方向” 法学研究 (2018年02期), 12면.

58) 인터넷 정보의 안전을 보호하고 공민, 법인과 기타 조직의 합법적인 권익을 보장하며 국가의 안전과 사회의 공공이익을 수호하기 위하여 특히 다음과 같이 결정한다.

1. 국가는 공민의 개인신분을 식별할수 있고 공민의 프라이버시와 관련되는 전자정

인 전자정보의 불법적인 취득 금지, 개인 전자정보의 판매 또는 불법적인 제공의 금지, 네트워크 서비스 제공자의 개인 전자정보 보호 의무 등 개인의 전자정보보호를 위한 원칙적인 내용을 규정하고 있다.⁵⁹⁾

보를 보호한다. 그 어떤 조직이나 개인이든지 국민의 개인전자정보를 절취 또는 기타 불법적인 방식으로 획득하여서는 안되며 국민의 개인전자정보를 판매하거나 불법적으로 타인에게 제공하여서는 안된다.

2. 네트워크 서비스 제공업체 및 기타 기업 및 기관이 사업 활동에서 국민의 개인 전자 정보를 수집 및 사용하는 경우, 적법성, 정당하고 필요한 원칙을 준수하고, 정보의 수집 및 사용 목적, 방법 및 범위를 명시하며, 법률, 규정 및 양 당사자의 동의를 위반하여 정보를 수집하거나 사용할 수 없다.
3. 네트워크 서비스 제공자 및 기타 기업, 기관 및 그 직원은 사업 활동에서 수집 된 국민의 개인 전자 정보를 엄격하게 기밀로 유지해야하며, 이를 유출, 변조 또는 훼손해서는 안되며 이를 타인에게 판매하거나 불법적으로 제공해서는 안된다.
4. 네트워크 서비스 제공자 및 기타 기업 및 기관은 정보 보안을 확보하고 업무 활동에서 수집 된 국민의 개인 전자 정보의 유출, 훼손 및 분실을 방지하기 위해 기술적 조치 및 기타 필요한 조치를 취해야한다. 정보 유출, 훼손 또는 손실이 발생하거나 발생할 수 있는 경우 즉시 시정 조치를 취한다.
4. 네트워크 서비스 제공자는 이용자가 공개 한 정보에 대한 관리를 강화하고, 법령에 의해 공개 또는 전송이 금지 된 정보를 발견 한 경우에는 즉시 해당 정보의 전송을 중지하고 삭제, 관련 기록 저장, 관련 감독자에게 신고, 부서별 보고 등의 조치를 취해야 한다.
6. 네트워크 서비스 제공자는 이용자를위한 웹 사이트 접속 서비스를 처리하고, 유선 전화, 휴대 전화 등의 네트워크 접속 절차를 처리하거나 이용자에게 정보 게시 서비스를 제공하며 이용자와 계약을 체결하거나 서비스 제공 여부를 확인할 때 이용자에게 정확한 신원 정보를 제공하도록 요구한다.
7. 어떠한 기관이나 개인도 전자 정보를 제공받는 자 또는 전자 정보를 제공받는 자의 동의나 요청 없이 자신의 전화, 휴대폰 또는 개인 이메일로 상업적인 전자 정보를 전송 하여서는 안 된다.
8. 개인 신원 공개, 개인 정보 유포, 상업용 전자 정보의 침해 등 정당한 권익을 침해하는 네트워크 정보를 발견한 국민은 네트워크 서비스 제공자에게 관련 정보의 삭제를 요청하거나 그 밖에 필요한 조치를 취할 권리가 있다.
9. 모든 조직 또는 개인은 국민의 개인 전자 정보를 타인에게 훔치거나 취득, 판매 또는 불법적으로 제공하는 불법 및 범죄 행위와 기타 네트워크 정보의 불법 및 범죄 행위를 관련 당국에 신고하거나 고발할 권리가 있다. 고발 부서는 법률에 따라 신속히 처리하여야한다. 침해자는 법률에 따라 소송을 제기 할 수 있다.

59) 서의경, “중국의 개인정보보호 입법에 관한 연구”, 중국연구(2017), 132면.

라. 소비자권익보호법

2013년에 개정된 소비자권익보호법(中华人民共和国消费者权益保护法)은 경영자가 부담해야 할 개인정보 보호의무를 추가함으로써 개인정보권을 소비자의 기본 권리의 하나로 명확히 규정한 법률이라고 할 수 있다. 동법 제14조는 상품구매 및 서비스 접수 시 인격 존엄성, 민족적 풍습에 대한 존중 받을 권리를 누리며 개인정보를 법에 따라 보호받을 수 있다고 명시하였다.

또한 제56조에서는 소비자의 인격존엄·인신자유·개인정보 보호 받을 권리를 침해한 경우 민사상 책임외에 기타 법률·법규에 따라 처벌 받을 수 있도록 규정하고 있는데 법률·법규에 규정되어 있지 않은 경우 공상 행정 관리 부서 또는 기타 관련 행정부서에 의해 시정 명령을 받게 되며, 경고 또는 몰수, 위법 소득의 2배 이상 10배 이하의 벌금에 처할 수 있으며, 위법 소득이 없는 경우에는 50만 위안 이하의 벌금에 처하고 사안이 중한 경우 영업 정비를 명령하거나 영업 허가를 취소한다.

마. 네트워크안전법

2016년에 통과되어 17년 6월 1일부터 시행되고 있는 네트워크 안전법(中华人民共和国网络安全法)은 현재까지 법률의 형식으로 제정된 것 중에 네트워크상의 개인정보 보호를 규정한 전문법으로서 가장 최근에 제정된 법률이지만⁶⁰⁾ 그 입법목적은 개인정보보호보다는 인터넷 보안을 통한 국가 안보 유지에 있다. 또한, 개인정보 규정 중 최초의 포괄적인 입법이라고 할 수 있는데, 네트워크 운영자가 건전한 이용자 정보보호 제도를 구축하도록 명시적으로 요구하고 있어 네트워크 보안과 개인정보보호 관련 내용을 하

60) 김정애, “중국 내 개인정보의 수집 및 해외이전에 관한 법적 보호에 대한 연구” 법학연구 제20권 제2호(통권 78호), 175면 참고.

나의 법으로 체계화시켰다.

바. 민법총칙

2017년에 통과되어 당해연도부터 시행된 민법총칙(中华人民共和国民法总则)은 개인정보보호와 관련하여 가장 많은 주목을 받기도 하였다. 권리 침해책임법과 마찬가지로 민법전에 편제되어 민법전의 시행과 동시에 폐지될 예정이다. 민법총칙 제111조는 “자연인의 개인정보는 법률의 보호를 받는다. 어떠한 조직이나 개인도 타인의 개인정보를 필요로 할 경우에는 법에 따라 취득하여야 하고, 정보의 안전을 보장해야 하며 불법으로 타인의 개인정보를 수집·사용·가공·전달 할 수 없으며, 타인의 정보를 불법으로 매매·제공 또는 공개할 수 없다”⁶¹⁾라고 규정하였다. 민법전 제111조에 동일하게 명시하였다.

3. 개인정보권 내용과 함의

가. 개인정보 정의와 개인정보권 내용

최근 중국에서 개인정보 관련 법률, 규정이 많이 제정되었지만 단일법이 존재하지 않아 개인정보의 개념과 범위가 명확하지 않다. 이에 주요 법률에서 확인할 수 있는 개인정보의 정의와 개인정보권의 내용을 살펴보고자 한다.

우선, 2012년 공포된 전국인민대표대회 상무위원회의 네트워크 정보 보호 강화에 관한 결정에서는 개인정보 정의에 대해 명시하지는 않았지만

61) 第一百一十一条 自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

“국가는 국민의 개인신분을 식별할 수 있고 국민의 개인비밀과 관련되는 전자정보를 보호한다.”⁶²⁾고 규정하고 있다. 2016년에 공포된 네트워크안전법 제76조 제5항은 “개인정보란 전자 또는 기타 방식으로 기록되어 단독 또는 기타 정보와 결합하여 자연인 개인신분을 식별할 수 있는 각종 정보로서, 자연인의 성명·출생날짜·신분증번호·개인생물식별정보·주소·전화번호를 포함하지만 여기에 한정되지 않는다”⁶³⁾고 규정하고 있다. 이상 주요 현행법 및 법률(안)의 개인정보 규정을 보면 공통적으로 “식별성”이 준거가 된다는 점, 개인정보에 속하는 사항을 비교적 자세히 열거했다는 점을 들 수 있다.

중국에서도 개인정보권은 개인정보와 함께 이미 특정한 함의를 가진 법적 개념으로 성립되었는데 정보주체 본인이 법에 따라 누리는 개인정보에 대한 지배, 통제, 배제의 권리로서 그 권리의 내용은 구체적으로 정보 결정권, 정보 비밀 보호권, 정보 조회권, 정보 정정권, 정보 차단권, 정보 삭제권과 보상 요구권을 포함한다고 본다.⁶⁴⁾

나. 개인정보권의 법적 성질

현재 개인정보권에 대한 중국 내 학계의 시각은 크게 다르지 않다. 그러나 개인정보권의 법적 성질 및 그 권리 객체의 범위에 대해서는 다양한 견해가 존재한다.⁶⁵⁾ 중국 개인정보권의 법적 성질에 대한 견해는 크게 개인정보권을 헌법상의 기본권으로 보는 ① “헌법인권설”,⁶⁶⁾ 개인정보권이 일

62) 国家保护能够识别公民个人身份和涉及公民个人隐私的电子信息

63) 个人信息, 是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息, 包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等

64) 齐爱民, “论个人信息的法律保护” 苏州大学学报 (2005年02期), 35면.

65) 唐慧俊, “论消费者个人信息权的法律保护”, 消费经济(2013年12月) 第29卷第6期, 72면.

66) 王岳丽, “论个人信息宪法保护的重要意义”, 现代交际(2018年20期), 48면.

반인격권 범주에 속하며 단일의 구체적인 인격이익으로 개인정보의 범위를 포괄할 수 없다고 보는 ② “일반인격권설”⁶⁷⁾과 독립된 구체적 인격권으로서 새로운 유형의 권익으로 보고 민사상 보호해야 한다고 보는 ③ “독립적 인격권설”,⁶⁸⁾ 프라이버시권과 동일하게 보는 ④ “프라이버시권설”,⁶⁹⁾ 개인정보를 재산권의 범주에 포함시키는 ⑤ “재산권설”,⁷⁰⁾ 인격권과 재산의 이중적 속성을 지닌다고 보는 ⑥ “신형권리설”⁷¹⁾로 나눌 수 있다. 이중 다수설은 “독립적 인격권설”⁷²⁾로 개인정보권을 헌법상의 권리로 보는 우리나라와 달리 중국학자들 상당수가 개인정보권을 민사상 권리로 이해하고 있다.

독립적 인격권설에 따르면, 개인정보 이익이 정보사회의 자연 인격에 필수 불가결한 부분이며, 개인정보 이익에 대한 침해는 자연인의 자유와 존엄성 및 독립 인격의 완전성과 불가침성에 대한 직접적인 파괴라고 본다. 개인정보 이익은 정보사회의 민사 주체가 독립된 인격을 유지하는 데 필요한 이익이자 개인정보 보호의 기본가치가 여기에 있다고 생각한다. 그러나 개인정보권이 일반적 인격권과는 다르다고 보는데 그 차이점은 다음과 같다. ① 독특한 분야와 범위가 있다. 개인정보의 이익은 개인정보의 수집, 취급, 활용이라는 분야에서 이루어지는 인격적 이익이며, 자연인이 개인정보를 향유하는 기반은 개인정보의 존재에 있다. ② 데이터베이스의 내용을 구성한다. 개인정보의 이익은 일반적인 인격권이 가지지 않는 경제적 가치, 즉 수집되어 데이터베이스로 만들어진 이후 수집인의 재산으로 바뀔 수 있

67) 马俊驹 “个人资料保护与一般人格权(代序)”, 齐爱民, “个人资料保护法原理及其跨国流通法律问题研究”, 武汉大学出版社2004年版, 1면.

68) 王利明, “论个人信息权的法律保护—以个人信息权与隐私权的界分为中心”, 现代法学(2013), 참고.

69) 张平, “大数据时代个人信息保护的立法选择”, 北京大学学报(2017年第3期), 148면.

70) 孔令杰, “个人资料隐私的法律保护”, 武汉大学出版社2009年版, 75면.

71) 张莹, “个人信息的法律属性研究”, 석사학위논문, 吉林大学(2008), 12면.

72) 王晓锦, “人工智能对个人信息侵权法保护的挑战与应对”, 海南大学学报人文社会科学版(2019.9)第37卷第5期, 128면.

다는 점에서 개인정보 보호는 일반적인 인격권의 보호와는 뚜렷한 차이가 있다. 예를 들어 그 보호는 주로 개인정보의 수집, 취급, 이용 등 개인정보 처리에 관한 행위에 집중되어 있다. ③ 적극적이고 능동적인 특성이 있다. 전통적인 인격 이익은 일종의 수동적 이익으로, 소극적 방어, 즉 타인이 침해하지 않기만을 요구하는 것으로 충분하지만 개인정보의 이익은 개인정보에 대한 조회, 정정 등 적극적 방어 성격을 띤다.⁷³⁾

IV. 개인정보보호법 입법 쟁점

최근 몇 년간 중국 법학계에서는 개인정보보호의 본질이 권리인지 권익인지 개인정보권이 인격권인지 재산권인지 민법 및 행정법상 보호 관계 등 많은 논란이 일었다. 대다수 학자가 개인정보권을 독립적인 인격권으로 보는 중국 민법학계에서는 민법전(中华人民共和国民法典)에서 개인정보권의 법적 지위를 명확히 한 뒤 개인정보보호법을 제정하는 것이 합리적인 선택이라고 보는 전문가들이 많다. 개인정보보호법이 민법의 특별법이라는 것이다.⁷⁴⁾

민법전은 기본법으로 전인대 제3차회의에서 이미 통과되었고 개인정보보호법은 기본법 외의 법률에 해당하므로 전인대 상무위원회에서 제정할 예정이다.⁷⁵⁾ 현재 상무위원회 심의를 거친 후 초안을 공개하여 의견 수렴 중에 있다.⁷⁶⁾ 이에 내년 시행 예정인 민법전과 현재 의견 청취중인 개인정보보호법(초안)을 살펴보고, 쟁점을 검토해보기로 한다.

73) 张里安·韩旭至, “大数据时代下个人信息权的私法属性”, 法学论坛(2016.5)第3期(第31卷, 总第165期), 127면.

74) 周汉华, “个人信息保护的法律定位” 法商研究(2020年第3期), 54면.

75) “法工委: 明年将制定个人信息保护法、数据安全法” 北京青年报 (20.5.27 방문)

76) www.npc.gov.cn (20.10.21 방문)

1. 민법전 개인정보 관련 규정

이번에 제정된 민법전은 기존 민법총칙의 조문 제111조 외에 인격권을 별도로 편제하여(제4편) 프라이버시와 개인정보에 관한 규정(제6장)을 두었다. 관련 조항은 제1032조~제1039조로 제1032조 및 제1033조 프라이버시와 프라이버시 침해 금지에 관한 사항, 제1034조 개인정보에 관한 정의 및 자연인의 개인정보 법률적 보호, 제1035조 개인정보처리 정의 및 그 원칙, 제1036조 개인정보처리자에 대한 민사책임 면책조항, 제1037조 자연인의 개인정보 열람·복제·삭제등 청구권, 제1038조 개인정보처리자의 개인정보 유출, 훼손, 제3자제공 금지⁷⁷⁾ 및 개인정보 안전 확보 의무와 유출 등 발생 시 자연인에게 고지 및 주관부서 보고 의무, 제1039조 국가기관, 법정기관 및 그 담당자의 프라이버시 및 개인정보보호 의무를 명시하고 있다.

가. 제1032조~제1033조 프라이버시와 침해금지 규정

자연인은 프라이버시 권리를 향유한다. 어떤 조직이나 개인이 남의 사생활에 대한 탐지, 침입, 유출, 공개 등을 통해 침해해서는 안 된다. 프라이버시는 자연인의 사생활의 안녕과 타인을 위해 알기를 꺼리는 사적인 공간, 사적인 활동, 사적인 편지이다.

민법전 제1032조는 프라이버시를 명확하게 규정하고 타인의 프라이버시를 침해하는 행위를 명시적으로 금지하였다. 프라이버시는 대표적인 방어적 권리로, 해당 규정은 사생활의 안녕, 사적 공간, 사적 활동 및 사적인 정보 보호에 초점을 맞추고 있다. 개인정보 조항은 정보의 보호와 합리적인 이용에 중점을 두도록 제정하였다. 개인정보도 인격적 속성을 가지고 있지만 상업적 이용이 광범위하게 이루어지고 있다는 점에서 프라이버시와 개인정

77) 가공을 거쳐 개인을 식별할 수 없고 복구할 수 없는 경우 예외

보의 차이점을 고려하여 인격권에서 별도의 조항으로 두어 프라이버시와 개인정보 보호를 분명히 구분한 것으로 보인다.

나. 개인정보 정의(제1034조)

개인정보는 전자 또는 기타 방식으로 특정 자연인을 개별적으로 또는 다른 정보와 결합해 식별할 수 있는 각종 정보로, 자연인의 이름, 생년월일, 주민등록번호, 생체인식 정보, 주소, 전화번호, 전자우편, 건강정보, 행적정보 등을 포함한다. 개인정보 중의 비밀정보는, 프라이버시에 관한 규정⁷⁸⁾을 준용한다. 규정이 없는 경우에는 개인정보 보호에 관한 규정을 적용한다.⁷⁹⁾

민법전 제1034조는 개인정보가 법률로 보호되고 개인정보가 보호되어야 할 민사상 이익으로 간주된다고 규정하고 있으며, 이를 ‘개인정보권’으로 명시하지 않았다. 이는 개인정보 보호에 대한 공식적인 권리를 확보하지 못한 채 방어적 이익으로 간주해 보호하는 입법 태도를 보이고 있다. 이와 관련하여 개인 정보 권리는 특정 인격권, 절대권 및 지배권이 아니라 법으로 보호되는 인격권이라는 점, 개인정보보호는 자연인의 권리와 이익 보호, 정보의 자유와 합리적인 사용 간의 균형이 필요하다는 의견도 있다.⁸⁰⁾ 이러한 민법전의 소극적 입장은 개인정보의 무해화 이용을 촉진하고 정보산업을 활성화하려는 의도로 생각된다.

78) 동법 제1032조~제1033조

79) 第一千零三十四条 自然人的个人信息受法律保护。个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

80) 程啸, “我国民法典对隐私权和个人信息的保护” (20.7.30 방문)

다. 개인정보 처리원칙 및 민사책임 면책조항(제1035조~제1036조)

개인정보를 처리할 때에는 합법, 정당, 필요원칙에 따라야 하고, 과도하게 처리하여서는 안되며, 다음과 같은 요건을 충족해야 한다.

- (1) 자연인 또는 그 보호자의 동의를 받아야 한다. 다만, 법률, 행정법규에서 별도로 정한 경우에는 그러하지 아니하다
- (2) 정보처리 공개 원칙
- (3) 정리 목적, 방식, 범위를 명시한다.
- (4) 법률, 행정법규와 쌍방의 약정을 위반하지 않는다.

개인정보의 처리에는 수집, 저장, 사용, 가공, 전송, 제공, 공개 등이 포함된다.

개인정보 처리에 있어 다음과 같은 경우 중 하나에 해당하는 경우 행위자는 민사 책임을 지지 않는다.

- (1) 해당 자연인 또는 그 보호자가 동의한 범위 내에서 합리적으로 실시하는 행위
- (2) 해당 자연인이 스스로 공개하거나 또는 그 밖의 합법적으로 공개된 정보를 합리적으로 처리하는 경우. 다만, 해당 자연인이 해당 정보를 명시적으로 거부하거나 해당 정보를 처리하는 것이 중대한 이익을 침해하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- (3) 공공의 이익 또는 해당 자연인의 합법적인 권익을 보호하기 위하여 합리적으로 실시하는 기타 행위

라. 자연인의 개인정보 열람·복제·시정·삭제 등 청구권(제1037조)

자연인은 법에 따라 개인정보를 열람하거나 복제, 잘못된 정보를 발견한 경우에는 이의를 제기하고 시정 등 필요한 조치를 즉시에 취할 것을 정보처리자에게 청구할 권리가 있다. 자연인은 정보처리자가 법률·행정법규의

규정을 위반하거나 쌍방의 약속을 어기고 그 개인정보를 처리한다는 것을 알게 되면 정보처리자에게 즉시 삭제하도록 청구할 권리가 있다.

최근 몇 년간 EU를 중심으로 많은 논의 대상이 된 ‘잊혀질 권리’에 대해서는 기술 발전이 이를 뒷받침할 수 없다는 한계를 감안하여 성급하게 입법화하지 않는 신중한 태도를 보이고 있다.⁸¹⁾

마. 개인정보처리자의 개인정보 유출, 훼손, 제3자제공 금지(제1038조)

정보처리자는 수집·저장된 개인정보를 유출하거나 변조할 수 없으며, 자연인의 동의 없이 타인에게 그 개인정보를 불법으로 제공할 수 없다. 다만, 가공을 거쳐 특정 개인을 식별할 수 없고 복구할 수 없는 경우는 그러하지 아니하다.

정보처리자는 수집·저장하는 개인정보의 안전성 확보를 위해 기술적 조치 및 기타 필요한 조치를 취하여야 한다. 정보 유출, 변조, 분실을 방지하고, 개인정보 유출, 변조 또는 분실이 발생하거나 발생할 수 있는 경우에는 즉시 보완조치를 취하고 규정에 따라 자연인에게 고지한 후 관련 주관 부서에 보고해야 한다.

바. 국가기관 및 행정기관 개인정보보호의무(제1039조)

국가기관 및 행정 기능을 담당하는 법정기관 및 그 실무자는 직무 수행 과정에서 알게 된 자연인의 프라이버시와 개인정보에 대하여 비밀을 지켜야 하며, 누설하거나 타인에게 불법으로 제공하여서는 안 된다.

사. 예외 규정(제999조)

공공이익을 위해 언론보도와 여론감독 등 행위를 실시할 경우 민사 주

81) 李媛, “民法典为个人信息保护确立方向” (20.07.22 방문)

체의 성명, 명칭, 초상, 개인정보 등을 합리적으로 이용할 수 있다. 불합리하게 민사 주체의 인격권을 침해한 경우에는 법에 따라 민사상 책임을 부담하여야 한다.

2. 개인정보보호법(초안)

이번에 공개된 개인정보보호법 초안은 제1장 총칙, 제2장 개인정보처리규칙, 제3장 개인정보 국외 제공 규칙, 제4장 개인의 개인정보처리활동중의 권리, 제5장 개인정보처리자 의무, 제6장 개인정보보호 업무부서 제7장 법적책임 제8장 부칙으로 이루어져 있고, 제2장 개인정보처리 규칙은 제1절 일반규정, 제2절 민감정보처리규칙, 제3절 국가기관의 개인정보처리 특별 규정으로 나누어져 있다.

우리나라 개인정보보호법과 비교해 보면, 국가기관이 개인정보를 처리하는 경우에 대한 특별 규정, 개인정보를 국외에 제공하는 경우에 대해 별도로 편성한 점은 주목할 만하다.

중국에서는 2016년에 제정한 네트워크안전법, 올해 초안이 공개되어 이미 의견 청취절차를 거친 데이터안전법 등을 통해 데이터 유출을 방지하는데 노력을 기울이고 있어 중국과 교류가 많은 우리나라도 이에 대한 대비가 필요할 것으로 보인다. 아래에서는 쟁점별 주요 규정을 살펴보고자 한다.

중국 개인정보보호법(초안)	우리나라 개인정보보호법
제1장 총칙	제1장 총칙
제2장 개인정보처리규칙	제2장 개인정보 보호정책의 수립
제1절 일반규정	제3장 개인정보의 처리
제2절 민감정보처리규칙	제1절 개인정보의 수집, 이용, 제공 등
제3절 국가기관의 개인정보처리에 관한 특별 규정	제2절 개인정보의 처리 제한
	제3절 가명정보의 처리에 관한 특례

중국 개인정보보호법(초안)	우리나라 개인정보보호법
제3장 개인정보 국외 제공 규칙	제4장 개인정보의 안전한 관리
제4장 개인의 개인정보처리활동중의 권리	제5장 정보주체의 권리 보장
제5장 개인정보처리자 의무	제6장 정보통신서비스 제공자 등의 개인정보 처리 등 특례
제6장 개인정보보호 업무 부서	제7장 개인정보 분쟁조정위원회
제7장 법적책임	제8장 개인정보 단체소송
제8장 부칙	제9장 보칙
	제10장 벌칙

가. 법 적용 범위

개인정보는 전자적으로 또는 기타 방법으로 기록된 식별 또는 식별 가능한 자연인과 관련된 모든 종류의 정보이며 익명화 처리한 정보는 포함하지 않는다. 개인 정보의 처리에는 개인 정보의 수집, 저장, 이용, 처리, 전송, 제공 및 공개가 포함된다(제4조).

중국내·외에서 발생하는 개인정보처리에 모두 적용되며 외국의 개인정보처리자는 중국에 전문기관 또는 지정 대리인을 설치하여 책임져야 한다. (제3조, 제52조)

나. 국가기관의 개인정보 처리에 관한 특별 규정(제33조~제37조)

국가 기관이 법정 업무를 수행하는데 있어 법령 및 행정 규정에서 정한 권한과 절차에 따라 개인 정보를 처리하고 법정 업무 수행에 필요한 범위와 한계를 초과하지 않도록 하고 있다(제34조). 또한 법정 업무를 수행하기 위해 개인 정보를 처리할 때 이 규정에 따라 개인에게 고지하고 동의를 얻어야 한다. 다만, 법령 및 행정 법규에 따라 비밀 유지가 필요하거나, 통보 또는 동의를 구하면 국가 기관이 법정 업무를 수행할 수 없는 경우에는

그러하지 아니하다(제35조).

국가 기관이 처리 한 개인 정보를 법령 및 행정 규정에서 별도로 정하거나 개인적 동의가 있는 경우를 제외하고는 타인에게 공개하거나 제공할 수 없으며(제36조) 해당 개인정보를 중화 인민 공화국 영토 내에 보관하고, 해외에 제공할 필요가 있는 경우 위험성 평가를 실시하여야 한다(제37조).

다. 개인정보의 국가 간 제공(제38조~제43조)

개인정보처리자가 업무상 국외에 개인 정보를 제공해야하는 경우에는 다음 조건 중 하나 이상을 충족해야한다(제38조~제39조).

- (1) 이 법 제40조에 따라 국가 네트워크 통신부서의 보안 평가를 통과
 - (2) 국가 네트워크 통신부서의 규정에 따른 전문 기관의 개인 정보 보호 인증
 - (3) 국외 개인정보 수탁자와 계약을 체결하여 쌍방이 권리와 의무를 이행할 것을 약속하고, 이 법에서 정하는 개인 정보 보호 기준에 부합하도록 개인 정보 처리 활동을 감독
 - (4) 법률, 행정 규정 또는 국가 네트워크 통신부서에서 규정한 기타 조건
- 또한, 해당 개인에게 수탁자 신분, 연락방식, 처리목적, 처리방식, 개인정보 종류 등을 알려야 한다.

처리하는 개인정보 건수가 국가 네트워크 통신부서가 정한 기준에 해당하는⁸²⁾ 개인정보처리자는 중국 내에서 수집 및 생성 된 개인 정보를 중국 내에 보관해야한다. 국외 제공이 꼭 필요한 경우 국가 네트워크 통신부서에서 주관한 보안 평가를 통과해야 하며 법령, 행정 법규, 국가 네트워크 통신부서에서 보안 평가가 필요하지 않을 수 있다고 규정한 경우에는 그 규정을 따른다(제40조).

82) 关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者,应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。

국제 사법 지원 또는 행정법 집행 지원으로 국외에 개인 정보를 제공 할 필요가 있는 경우에는 법에 따라 관련 관할 기관의 승인을 신청하여야한다. 중국이 체결하거나 참여한 국제 조약 및 협정에 국외 개인 정보 제공에 관한 조항이 있는 경우 해당 조항이 우선한다(제41조).

외국 기관 및 개인이 중국 시민의 권익을 해치거나 중국의 국가 안보 및 공익을 위협하는 개인 정보 처리 활동에 관여하는 경우 국가 네트워크 통신부서는 이를 제한하거나 금지 할 수 있다. 개인 정보 제공 목록을 공지 하고 개인 정보 제공을 제한 또는 금지하는 등의 조치를 취한다(제42조).

어느 국가 나 지역이 개인 정보 보호 측면에서 중국에 대해 차별적 금지, 제한 또는 기타 유사한 조치를 취하는 경우, 중국은 실제 상황에 따라 해당 국가 또는 지역에 대해 대응 조치를 취할 수 있다(제43조).

3. 소결

가. 민법전: 인격권과 개인정보권의 관계

민법전과 개인정보보호법은 모두 개인정보보호와 관련된 법률이므로 입법과정에서 상호관계를 분명히 할 필요가 있다. 이번 민법전 제정에서 가장 큰 이슈는 인격권을 별도로 편제하고, 그 안에 프라이버시와 개인정보권을 구분하여 규정한 것이다. 세계 각국의 인격권의 법적 보호에는 헌법 보호, 형법 보호, 민법 보호, 행정법적 보호가 포함된다. 우리나라의 경우, 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에 근거하여 인격권을 인정하고 있고⁸³⁾ 민법에 인격권을 명문의 규정으로 명시하지 않았지만, 제751조 및 제752조에서 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 인격권 침해로 인한 손해배상 책임을 인정하고 있다. 과거에 비해 현대에 들어와 인격 가치의 침해에 대하여 권리의 침해라는 인식이 강해졌고, 민법상의 불비를 법관에 의한

83) 2001. 7. 19. 00헌마546

법 형성에 의하여 해결하고 있다.⁸⁴⁾

구제 효과로 볼 때 인격권은 침해책임의 법적 구성요건을 우선 충족해야 하며, 특히 피해자가 실제 피해를 입었다는 것을 입증해야 하지만 대량으로 개인정보를 처리하는 환경에서 발생한 개인정보 침해는 정보주체가 그 피해를 직접 입증하기 어렵다. 그러나 개인정보처리자에게 개인정보를 보호할 의무를 부여하면 실제 피해가 입증되는지 여부와 관계없이 공법 집행을 통해 개인정보 보호를 구현할 수 있다.

인격권은 전통적인 민사상 권리이고 개인정보권은 새로운 유형의 공법권리로서 정보화와 함께 등장한 새로운 개념이다. 개인정보보호를 사법인격권 범주에 넣으면 필연적으로 논리적 모순과 충돌이 발생할 수밖에 없다.⁸⁵⁾

이번에 제정된 민법전은 인격권을 별도로 편성하고 프라이버시와 개인정보보호에 대한 기본 규칙을 명시함으로써 개인정보보호법의 방향을 확립하고자 했다. 그러나 개인정보권은 프라이버시와 다른 새로운 권리이며 개인정보 보호제도는 독립적인 제도이다. 개인정보보호의 객체는 개인정보이지만 그 범위는 넓다. 일반적으로 이미 식별된 개인 또는 식별가능한 개인정보를 포함하는데, 개인이 알리기를 꺼리는 프라이버시보다 그 범위가 훨씬 커질 수 있다. 만약 개인정보의 정의만을 기준으로 보호객체를 규정한다면 사회에서 일어나는 모든 행위에 관련 규정을 숙지하고 동의해야 하며 정상적인 사회적 교류가 이루어지기 어려울 것이다.

이에 따라 각국의 개인정보보호법은 보편적으로 두 가지 조건을 통하여 보호객체의 범위와 의무주체를 확정한다. 즉 개인정보보호법이 보호하는 객체는 모든 개인정보가 아니라 정보처리자가 처리하는 개인정보이다. 이에 따라 유럽연합(EU)의 GDPR과 많은 나라의 개인정보 보호법은 모두 순수한 개인 또는 가정생활에서 처리하는 개인정보를 법률보호 범위에서 제

84) 송오식, “기본권과 사권의 관계” 법학논총 제37권 1호, 318면.

85) 周汉华, “个人信息保护的法律定位” 法商研究(2020年第3期), 47면.

외한다.

이처럼 개인정보 보호법의 의무주체, 범위 조정, 집행 메커니즘 등은 민법과 다르다. 민법과 중첩되는 부분이 있지만 개인정보보호법을 위반한 행위가 권리자의 민사권익에 손해를 초래하였을 경우에만 민사적 책임에 있어 연계될 수 있다.

개인정보 보호법은 새로운 권리 보호를 위한 공법, 후자는 민사 기본제도의 사법 확립을 위해 법체계에서 각기 다른 역할을 수행하는 것이 바람직하다.

나. 개인정보보호법: 국외 개인정보 제공 기준

개인정보보호법에 따르면 중국 내에서 생성된 개인정보는 중국 내에 보관하는 것이 원칙이고 국외에 개인정보를 제공하기 위해서는 전문기관의 인증을 받는 등 그 기준이 엄격하다. 중국내에서 개인정보를 수집하여 국외 제공할 수 있는 방법은 ① 이 법 제40조에 따라 국가 네트워크 통신부서가 조직 한 보안 평가를 통과 ② 국가 네트워크 통신부서 규정에 따른 전문 기관의 개인 정보 보호 인증 ③ 국외 개인정보 수탁자와 계약을 체결하여 쌍방이 권리와 의무를 이행할 것을 약속하고, 이 법에서 정하는 개인 정보 보호 기준에 부합하도록 개인 정보 처리 활동을 감독 ④ 법률, 행정 규정 또는 국가 네트워크 통신부서에서 규정한 기타 조건을 충족하는 것이다.

다만, 중국이 체결하거나 참여한 국제 조약 및 협정에 국외 개인 정보 제공에 관한 조항이 있는 경우 해당 조항이 우선한다고 명시하고 있어 개별 기업이 대응하기보다는 국가 차원에서 대비책을 마련하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

V. 결론

중국법은 성문법주의를 취하고 있다는 점, 헌법이 국가 최고 근본규범⁸⁶⁾이라는 점은 우리나라와 같지만 이념·내용상으로는 사회주의 법계, 역사 전통과 의식면에서 중화법계의 특징을 지니고 있어⁸⁷⁾ 우리나라와 법체계 및 그 내용에는 차이가 있다.

개인정보보호 제도의 법제화 과정에서도 그 차이점을 찾을 수 있는데, 우리나라에서 개인정보 보호법은 행정절차법의 보완적 수단으로 탄생하였다. 행정절차법의 핵심적 사항이 청문제도이며, 청문제도가 효과적으로 운용되기 위해서는 정부가 독점하고 있는 행정정보를 일반 국민들도 알 수 있도록 알 수 있도록 공개되어야 하는 바 이를 제도적으로 보장한 것이 행정정보공개법이다. 그런데 행정정보를 공개할 때에 행정정보에 포함되어 있는 개인정보까지도 함께 공개됨에 따라 개인의 프라이버시가 침해되는 부작용을 방지하고자 개인정보 보호법이 등장한 것이다.⁸⁸⁾

중국에서는 프라이버시 및 개인정보 관념 발전이 총 3단계를 거친 것으로 볼 수 있는데 1단계는 “음사”로 주로 소송 과정에서 남에게 드러내기 부끄러운 일 이를테면 성행위나 여성을 모욕하는 것과 관련된 범죄사건을 비공개로 심리할 수 있도록 하였다. 민사상 권리로 보기는 어렵고 단순 소송 절차 상 권리에 불과하였다. 2단계는 “프라이버시”로 79년 미국과 국교 수립 후, 외국과 교류가 늘면서 중국의 학자들이 프라이버시 개념에 대해 연구를 하기 시작하였다. 법률상 음사라는 표현이 프라이버시로 바뀌고 민사상 권리의 영역으로 확장되어 소송절차 상 비공개와 침해 발생시 권리 구제를 하는 이원적 보호 체제로 발전하였다. 3단계는 “개인정보”로 정보화

86) 현행 중화인민공화국 헌법 序言에서 헌법이 국가의 근본법이며, 최고의 법적 효력을 가진다고 명시하였다.

87) 정연부, “중국법의 이해” 대학로(2018), 48~49면.

88) 김민호, “행정법강의” 박영사(2020), 334면.

시대의 도래와 함께 권리 관념에 대한 제고 등이 이루어졌다. 중국의 개인정보보호 발전 3단계에서 우리나라와 대비되는 주요 특징은 민사상 보호에서 출발하여 점차 정부의 관리 책임을 강조하는 행정법적 보호 방식이 추가되었다는 점이다.

개인정보권의 법적 성질에 있어서도 다수의 학자와 판례가 헌법 상 기본권으로 보는 우리나라와 달리 중국에서는 다수의 학자가 일반적인 인격권과 다른 독립된 구체적 인격권으로서 새로운 유형의 권익으로 보고 민사상 보호해야 한다는 “독립적 인격권설”을 주장하고 있다는 점이다.

우리나라에서는 개인정보권보다는 개인정보자기결정권이라는 단어가 쓰이며, 이에 대한 법률상에 명문의 근거는 없으나 헌법재판소와 법원은 개인정보자기결정권을 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에서 도출되는 권리로서 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리라고 판시하였고⁸⁹⁾ 국내 헌법학자들은 헌법 제17조의 “모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다”의 규정을 전단과 후단으로 나누어, 전단의 “비밀 침해배제”는 프라이버시권을 후단의 “자유 침해배제”는 개인정보자기결정권을 각각 보장하는 헌법적 근거라고 설명한다.⁹⁰⁾ 개인정보 보호법에는 개인정보 및 정보주체에 대해 정의하고 정보주체의 권리로서 개인정보 열람·정정·삭제 등을 명시하고 있다.

현재 중국은 헌법, 권리침해책임법 및 형법, 네트워크안전법, 민법총칙 등에 직간접적으로 개인정보를 규정하고 있다. 그동안 중국에서는 미국식의 자율규제와 개별 법률을 통한 보호 방식을 취했다면 각국의 입법 추세

89) 2005. 5. 26. 99헌마513, 2016.03.10. 2012다105482.

90) 강경근, “프라이버시 보호와 진료정보”, 헌법학연구 제10권 제2호, 187면; 김민호, “행정법강의” 박영사(2020) 336면 재인용.

에 따라 EU식의 단일법을 제정할 계획이다. 이와 관련하여 민법총칙 및 권리침해책임법 등 민사 관련 단행법을 통합한 민법전을 제정하면서 인격권을 독립적으로 편제하고 그 안에 개인정보 관련 규정을 마련하였다. 중국 민법학계에서는 개인정보 보호법을 민법의 특별법으로 보고 있다. 그러나 대부분의 국가는 개인정보권을 기존의 인격권과 다른, 기술발전과 함께 그 수요가 발생한 새로운 권리로 보고 전문적인 단일법을 제정하였다.

개인정보 보호법상 의무주체, 범위 조정, 집행 메커니즘 등은 인격권과 다르다. 개인정보권과 인격권은 중첩되는 부분이 있지만 양자의 성격과 목적은 근본적으로 다르다. 따라서 개인정보보호법은 새로운 권리 보호를 위한 공법, 민법전은 민사 제도의 확립을 위한 사법으로서 각기 다른 역할을 수행하는 것이 바람직하다.

베른하르트(Bernhard Grossfeld)박사는 다음과 같이 말했다. “미지의 법문화와 대치하는 것이 우리에게 중요하다. 자국 밖에서 일어나는 다양한 일들에 폐쇄적인 태도를 취하는 법질서는 발전할 기회를 스스로 상실하기 때문이다.” 중국의 개인정보보호 법제는 우리와 차이가 있고 아직 단일법이 제정되지 않았다는 점에서 우리에게 주는 시사점이 크지 않다고 볼 수도 있다. 하지만 ① 우리나라 헌법 상 개인정보자기결정권에 대한 명문의 근거가 존재하는지에 대한 논의가 있고⁹¹⁾ ② 개인정보권을 어떤 권리로 파악해야 하는지에 대하여 많이 논의되고 있지는 않지만 헌법 상 기본권으로 보는 견해 외에 개인정보의 재산적 가치에 따라 재산권으로 파악할 수는 없는지에 대한 논의⁹²⁾도 있다는 점에서 중국의 개인정보보호법 입법과정에서 논의되고 있는 쟁점들을 분석하는 것은 개인정보 보호와 활용의 균형을 두고 고민하는 우리에게 새로운 시각을 줄 수 있는 작업이다.

91) 노현숙, “개인정보자기결정권에 관한 검토”, 헌법논총 제30호 (2019.11) 참조.

92) 정상조·권영준, “개인정보의 보호와 민사적 구제수단” 법조 통권 제630호(2009.3) 참조.

[국문초록]

최근 중국과 경제적, 인적으로 교류가 활발해지면서 중국 법제의 성숙도가 우리 국민의 권익에 영향을 미치게 되었다. 기존에 법 해석론 또는 입법론에 직접 도움이 되는 독일법, 프랑스법, 미국법을 연구할 필요성이 있었다면 중국의 경우 현실적으로 제기되는 법적 쟁점을 해결하기 위하여 중국법에 대한 지식이 필요하게 되었다. 기존의 선진 법제를 연구하는 목적과 달리 현실적 필요 즉, 구체적 사건을 해결하기 위한 연구 필요성이 생긴 것이다. 최근에는 국내에서도 중국법에 관심을 가지고 본격적으로 연구를 하기 시작하였지만 중국의 개인정보보호 제도에 대한 체계적인 연구와 소개는 아직 부족한 편이다. 이에 중국의 개인정보보호법제를 소개하고 그 시사점을 도출하고자 한다.

주제어

중국 개인정보보호법 개인정보권 인격권 헌법상 기본권

헌법논총 제31집(2020)

[Abstract]

With the recent brisk economic and human exchanges with China, the maturity of Chinese legislation has affected the rights and interests of the Korean people. Previously, if there was a need to study German, French, and American laws that directly help the theory of law interpretation or legislation, knowledge of Chinese law became necessary to solve the legal issues that were raised in reality in China. Unlike the purpose of studying existing advanced legislation, there has a realistic need, namely the need for research to solve specific cases. Recently, Korea began to study Chinese law in earnest, but systematic research and introduction of China's personal information protection system are still lacking. The article introduces China's personal information protection law and draws implications.

Key words

Personal Information Protection Act in China, Right to personal data, Personality rights, constitutional fundamental rights

참고문헌

[국내문헌]

- 김민호, 행정법강의, 박영사(2020).
- _____, “중국 행정쟁송제도에 관한 연구” 법제논단(2006. 5.).
- 김정애, “중국 내 개인정보의 수집 및 해외이전에 관한 법적 보호에 대한 연구” 법학연구 제20권 제2호(통권 78호).
- 김종우, “빅데이터 시대 중국의 개인정보보호법률제도 현황과 입법과제 연구” 정보법학 제23권 제2호.
- 김 철, 한국법학의 반성, 한국학술정보(2009).
- 노현숙, “개인정보자기결정권에 관한 검토”, 헌법논총 제30호(2019. 11.).
- 서의경, “중국의 개인정보보호 입법에 관한 연구”, 중국연구(2017).
- 송오식, “기본권과 사권의 관계” 법학논총 제37권 1호, 318면.
- 손한기, “중국 개인정보보호법제 고찰”, 강원법학(2018. 2.).
- 안치영, “개혁 이후 정치경제 체제의 변화와 한계” 중국 근현대사강의(2019. 5.).
- 정상조·권영준, “개인정보의 보호와 민사적 구제수단” 법조 통권 제630호(2009. 3.).
- 정 승, 김민호, “중국이 법치주의와 사법제도” 성균관법학(2007. 6.), 제19권 제1호.
- 정연부, 중국법의 이해, 대학로(2018).

[국외문헌]

- Cao Jingchun, “Protecting the Right to Privacy in China”, Vol 36 No 3 (2005): Victoria University of Wellington Law Review
- European Union Agency for Fundamental Rights, “Handbook on Europeandata protection law”, 2014
- 陈姝元, 论最高人民法院司法解释的效力, 学理论(2019年02期)
- 江辉, 十届全国人大及其常委会立法活动统计分析, 人大研究(2008年第7
- 梁慧星, “民法典编纂中的重大争论——兼评全国人大常委会法工委两个民法典人格权编草案” 甘肃政法学院学报 (2018年第3期)

헌법논총 제31집(2020)

马俊驹 “个人资料保护与一般人格权(代序)”

孔令杰, “个人资料隐私的法律保护”, 武汉大学出版社2009年版

唐慧俊, “论消费者个人信息权的法律保护”, 消费经济(2013年12月) 第29卷第6期

齐爱民, “论个人信息的法律保护”, 苏州大学学报(2005年02期)

王岳丽, “论个人信息宪法保护的重要意义”, 现代交际(2018年20期)

王晓锦, “人工智能对个人信息侵权法保护的挑战与应对”, 海南大学学报人文社会科学版(2019.9)第37卷第5期

王利明, “论个人信息权的法律保护—以个人信息权与隐私权的界分为中心”, 现代法学(2013)

周汉华, “探索激励相容的个人数据治理之道—中国个人信息保护法的立法方向”
法学研究 (2018年02期)

_____, “个人信息保护的法律定位” 法商研究(2020年第3期)

周汉华·苏苗罕, “我国信息化法律法规建设” 电子政务10(2009),

朱开鑫, “五大趋势要注意! 全球互联网法律政策2020年第一季度观察”, 腾讯网
络法专报 (2020年4月刊)

中国信息通信研究院, “电信和互联网用户个人信息保护年度报告 (2014版)”

中国消费者协会, “2014年度消费者个人信息网络安全状况报告” (2015.3.)

中国互联网络信息中心 “第39次中国互联网络发展状况统计报告” (2017.1),

张莹, “个人信息的法律属性研究”, 석사학위논문, 吉林大学(2008)

张平, “大数据时代个人信息保护的立法选择”, 北京大学学报,(2017年第3期)

张新宝, “个人信息收集: 告知同意原则适用的限制”, 北大法宝法学期刊库,
比较法研究, (2019年第6期)

张晋藩, “中华法系特点再议” 江西社会科学(2005.8)

张里安·韩旭至, “大数据时代下个人信息权的私法属性”, 法学论坛(2016.5)第3
期(第31卷)

숨겨진 빈곤과 공공부조에서의 보충성원칙

Verdeckte Armut und Subsidiaritätsprinzip in der Sozialhilfe

李 恩 宣(Lee, Eun-Sun)

헌법재판소 헌법연구관

— 목 차 —

I. 머리말	177
II. 숨겨진 빈곤	180
1. 새로운 빈곤 유형에 대한 연구	180
2. 우리나라의 숨겨진 빈곤	181
가. 여성빈곤	182
나. 노인빈곤	184
다. 아동빈곤	185
라. 장애 또는 질병으로 인한 빈곤	187
마. 근로빈곤	189
III. 공공부조의 기본원리	190
1. 통제규범으로서의 헌법	190
2. 헌법의 인간상	192

헌법논총 제31집(2020)

3. 사회법의 인간상	194
4. 공공부조의 기본원리로서 보충성의 원칙	196
가. 독일 사회법에서 보충성의 원칙	197
나. 우리나라 공공부조법에서 보충성의 원칙	198
IV. 독일의 기초보장제도	202
1. 노인 및 근로능력감소자를 위한 기초보장	202
2. 구직자를 위한 기초보장	203
3. 요구와 지원의 원칙	208
4. 성과와 시사점	210
V. 맺음말	212
* 국문초록 및 주제어	214
* 독문초록 및 주제어	215
* 참고문헌	216

I. 머리말

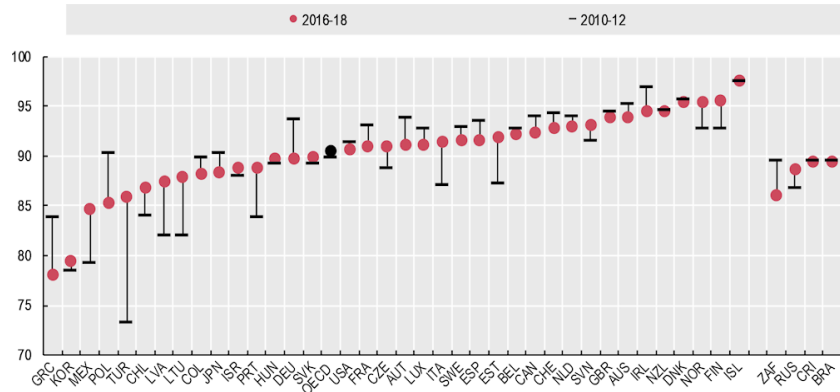
우리나라는 질병, 장애, 노령, 실업, 사망 등의 사회적 위험으로부터 국민을 보호하고 빈곤을 해소하며 국민생활의 질을 향상시키기 위하여 사회보험, 공공부조, 사회복지서비스 및 관련 복지제도를 마련하고 있어, 형식적인 틀에서는 서구 복지국가들과 비슷한 수준의 사회 안전망을 구축하고 있다. 그럼에도 불구하고 우리나라의 공적 복지가 취약한 증거는 곳곳에서 발견된다.

특히 공적 복지가 취약한 사회에서는 부동산이나 자녀의 교육이 개인과 가족의 안전망 역할을 대신하게 된다. 개인의 노력 여하에 따라 부를 축적하거나 자녀를 성공시킬 수 있다는 기대가 만연하다. 이러한 성과주의는 빈곤이 마치 개인의 무능이나 나태에서 비롯된 것이고, 부지런히 노력하면 언제라도 탈출할 수 있는 것처럼 인식하게 한다.

한편 인적, 물질, 정신적 도움이 필요할 때 도움을 받을 수 있는 사적·공적 지원망이 있다는 것은 개인의 삶의 질을 높여주는 동시에 사회의 질을 높여준다. 개인이 사회 안에서 얼마나 안정적인 사회관계망을 형성하고 있는지 알 수 있는 지표로는 ‘사회적 고립도’가 있다. 사회적 고립도란 위기 상황에 도움을 요청할 곳이 없는 사람의 비율을 말하는 것으로, ① 몸이 아파 집안일을 부탁할 경우, ② 갑자기 돈을 빌릴 일이 생길 경우, ③ 낙심하거나 우울해서 이야기 상대가 필요한 경우로 항목을 나누어 부정적인 답변을 한 비율을 산출해 낸 것이다.¹⁾ 경제협력개발기구(OECD) 회원국 가운데 2018년도 기준 한국인의 사회적 고립도는 OECD 평균치의 2배이며, 그 중에서도 50세 이상 노령층의 사회적 고립도는 다른 나라들보다 월등히 높다.²⁾

1) 국가지표체계(<http://www.index.go.kr>), 사회통합 부문, ‘사회적 고립도’ 참조.

2) OECD, 『How's Life? 2020: Measuring Well-being』(<http://www.oecd.org>) 참조.



1. 사회연계지원(social network support)은 친구, 이웃, 공동체 등 사회적 관계망으로부터 경제적, 정서적 지지를 받고 있는 수준을 조사한 것이다.
2. 위 그림은 OECD 회원국 간 사회연계지원의 수준을 비교한 것으로, 2010-12년도와 2016-2018년도 사이의 추이를 보여준다. 한국인의 사회적 관계망은 2010년부터 2018년까지 줄곧 최하위 수준에 머물러 있다.
3. 2020년도 OECD가 발표한 최근 데이터이다.

출처: OECD, 『How's Life? 2020: Measuring Well-being』(<http://www.oecd.org>)

[그림 1] OECD 회원국의 사회연계지원(social network support)

우리나라에 만연한 성과주의적 사고방식과 사회적 관계망의 취약성은 빈곤을 사회가 함께 해결하여야 할 공적 과제라고 인식하기보다는 극히 개인적이고 예외적인 상황으로 받아들이게 한다. 현행 공공부조제도는 ‘최후의 사회안전망’으로서 절대 빈곤에게 최소한의 급부만을 보장하도록 설계되어 있다. 빈곤 상태에 있는 사람은 “자기가 가진 재산이나 능력, 부양의무자의 지원 및 그 밖에 이용 가능한 사회보장급여 등을 활용하여 개인의 빈곤상태를 극복하여야 하며, 그럼에도 부족한 부분이 있는 경우에 공공부조에 의한 보호가 실시되어야 한다.”는 이른바 보충성의 원칙이 공공부조의 기본 급부원리로 받아들여지고 있고, 공공부조제도의 엄격한 소득인정액 기

준과 부양의무자 기준은 공적 복지로의 접근성을 크게 제한하고 있어 대다수의 빈곤층이 공적 복지의 혜택을 받지 못하고 사회적으로 고립된다.

그러나 빈곤은 개별 국가의 경제적 여건이나 사회보장 여건에 좌우되는 일국적인 현상이면서 동시에 전 세계의 고용시장이나 경제적 여건, 보건상황이나 시대적 흐름에 크게 좌우되는 성격을 갖는다. 특히 인구의 고령화, 1인 가구 및 단독양육자의 증가, 영세 자영업자를 포함한 비정형 노동자(non-standard worker)의 급증으로 인한 근로빈곤의 확대는 우리나라만의 현상은 아니며 전 세계가 맞닥뜨린 위기이다. 오늘날 세계화의 물결을 거스를 수 있는 지역은 세계 어디에도 존재하지 아니하며, 몰가치적인 세계화와 반세계화는 미래의 대안이 될 수 없다. 수많은 나라들이 이러한 세계적인 변화에 대비하기 위하여 사회보장제도의 변화를 모색하고 있다.

이에 이 논문은 새로운 빈곤 유형에 대한 논의 현황을 살펴보고 그에 따라 빈곤의 범주를 확대함은 물론, 공공부조제도가 최후의 안전망으로서 보충적으로만 기능하여야 한다는 기존의 입장에서 벗어나 헌법적 관점에서 새롭게 공공부조의 급부원리를 정립할 필요가 있음을 주장하며, 공공부조제도의 과감한 변혁을 통하여 숨겨진 빈곤을 양성화한 독일의 사례를 들어 우리나라 공공부조제도가 변화하고 개선되어야 할 당위성을 도출하고자 한다.

본문에서는 먼저 우리나라 기초보장의 사각지대를 형성하고 있는 숨겨진 빈곤의 실태를 살펴보고(제II장), 헌법과 사회법이 예정하는 인간상과 그에 부합하는 공공부조제도의 새로운 급부원리를 모색하며(제III장), 다층적 구조로 설계된 독일의 실업부조제도를 검토함으로써 우리나라 공공부조제도에 주는 시사점을 제시하면서(제IV장) 결론을 맺는다.

II. 숨겨진 빈곤

1. 새로운 빈곤 유형에 대한 연구

빈곤이 무엇을 의미하는지는 아직 학문적으로 명확하게 합의된 바가 없다. 빈곤에 대한 가치판단은 개인이 속한 사회적, 경제적, 문화적, 정치적 배경에 따라 다르기 때문이다. 그러나 빈곤연구의 한 가지 분명한 경향성은, 종전의 빈곤 연구가 경제적, 물질적 차원의 결핍이나 부족을 문제 삼았다면 새로운 유형의 빈곤(이하 ‘신빈곤’이라 한다)에 대한 연구는 빈곤 원인의 다차원성이나 빈곤의 재생산 구조에 주목하고 있다는 점이다.³⁾ 구빈곤과 구별되는 신빈곤의 특징은 상대적 빈곤, 근로빈곤, 복합적인 빈곤상황 그리고 심리적 고립상태의 양상을 띤다는 데에 있다.⁴⁾ 구빈곤은 개인의 역량만으로 탈출할 수 있다는 희망이 있지만, 신빈곤은 개인의 역량만으로는 탈출이 어려운 ‘절망의 빈곤’이라고 할 수 있다.⁵⁾

-
- 3) 이러한 경향성에 대하여는 김윤태/서재욱, 빈곤의 다차원성: 이론적 논쟁의 검토, 『비판사회정책』 제48호(2015), 147면 참조.
 - 4) 그 밖에 빈곤을 측정하는 분석틀로는 “상대적 빈곤(relative poverty)” 개념과 “합의적 방식(consensual method)” 등이 있다. 구체적인 내용에 대하여는 김은주, 다차원 빈곤지표로 측정된 한국의 아동빈곤: 새로운 지표의 적용가능성 탐색, 『한국사회정책』 제22권 제3호(2015), 107-108 참조. 한편 절대적 빈곤이나 상대적 빈곤이 자원의 양을 중시한다면, 아마르티아 센(Amartya Sen)은 자원을 능력으로 변환시키는 데 필요한 사회적, 문화적 조건의 결여를 빈곤으로 파악한다. 물질적 자원의 박탈이 아니라, 개인이 생산관계나 분배관계, 노동시장 등에 참여할 수 있는 권리(entitlement)를 박탈당했을 때 필연적으로 빈곤에 빠질 수밖에 없음을 역설하고 있다. 이에 대하여는 아마르티아 센, 『자유로서의 발전』, 김월기 역, 갈라파고스(2013) 참조. 센의 역량접근법을 수용하여 유엔개발계획(UNDP)에서는 매년 인간개발지수(Human Development Index)를 발표하고 있다.
 - 5) 신명호 외 7, ‘사회적 배제’의 관점에서 본 빈곤층 실태 연구, 국가인권위원회 인권상황실태조사보고서, 16면 참조.

새로운 빈곤 개념에 접근하려는 시도로는, ‘사회적 배제’(social exclusion) 개념을 통하여 빈곤문제를 파악하고자 하는 관점이 대표적이다. 유럽연합(EU)은 사회적 배제를 공식적인 지표로 활용하고 있다. ‘사회적 배제’의 개념을 일관되게 정의하기는 어려우나, ‘사회구조적으로 다양한 영역에서의 박탈과 결핍, 불이익을 당해 사회, 경제, 정치 활동에 제대로 참여할 수 없게 됨으로써 인간으로서의 최소한의 기본권마저 침해당하는 상황’이라고 정의될 수 있을 것이다.⁶⁾ 사회적 배제의 관점에서 분석하면, 오늘날 빈곤은 ① 안정적인 생활공간이 확보되지 아니하는 데에서 초래되는 주거 영역에서의 사회적 배제, ② 저학력, 미숙련, 심신장애, 노령 등의 이유로 일자리에서 배제되는 고용 영역에서의 사회적 배제, ③ 새로운 정보기술의 습득 기회를 가질 수 없는 데에서 오는 교육 영역에서의 사회적 배제, ④ 만성질환이나 심신장애로 인하여 사회 경제적 활동에 참여하지 못하는 데에서 오는 건강 영역에서의 사회적 배제, ⑤ 가난한 사람으로 낙인 찍혀 친인척, 이웃, 친구들과의 관계로부터 단절되는 이른바 사교 영역에서의 사회적 배제가 상호 복합적으로 작용하면서 물질적 결핍은 물론 사회적 고립감을 심화하거나 재생산한다.⁷⁾

2. 우리나라의 숨겨진 빈곤

우리나라의 사회보장제도는 임금노동, 특히 지속적인 취업노동에 기반한 기여금 적립을 전제로 한 것이어서 노동시장의 주변부를 점하고 있는 사람들 가령, 장기간의 실업이나 보험혜택이 적용되지 않는 영세사업장의 취업자, 비정규직, 저임금직에 고용되어 있는 사람들을 사회정책에서 배제시킨다. 이들이 실업, 질병, 이혼이나 양육 등을 이유로 경제적 위기상황에 봉

6) Ibid.

7) Ibid.

착할 경우, 사회보장제도로부터 기대할 수 있는 지원은 국민기초생활보장 법이나 기타 사회복지서비스법에서 제공하는 공공부조뿐이다. 그러나 공공 부조는 극소수의 절대빈곤층에 대한 최후의 그리고 최소한의 사회안전망일 뿐이다.⁸⁾ 게다가 현행 공공부조제도는 소득기준과 재산기준을 동시에 적용 하고 있어서, 상당수의 저소득 빈곤가구가 기초보장의 사각지대를 형성하 고 있다.

가. 여성빈곤

신빈곤 개념에 따를 때, 여성빈곤의 범주는 공공부조의 대상이 되는 여 성에만 국한되지 않는다. 공공부조와 시장노동의 영역을 넘나들거나 반복 적으로 절대빈곤을 경험하는 여성들, 그리고 현재는 빈곤하지 않지만 시장 의 주변부에 종사함으로써⁹⁾ 특정의 계기가 주어질 경우, 가령 남편과의 이 혼, 별거, 사망 혹은 질병과 고령화 등으로 인하여 빈곤에 노출될 가능성이 있는 잠재적 빈곤여성 집단이 모두 여성빈곤의 범주에 포함된다.¹⁰⁾

특히 단독양육모는 사회법상의 특별한 보호를 필요로 한다. 단독양육모 는 혼자서 자녀들의 양육을 책임져야 하므로 생업활동이 불가피하지만, 육 아부담으로 인하여 고소득의 직업군보다는 저임금의 직업군을 선택하고 있 어서, 이미 직업활동의 진입단계에서부터 빈곤선 이하로 소득수준이 떨어 질 수 있는 위험을 갖고 있다. 최근 개정된 한부모가족지원법에 따르면, 소

8) 2018년 1인가구를 기준으로 할 때 생계급여는 소득인정액이 501,632원 이하(기준 중 위소득의 30%), 의료급여는 668,842원(기준 중위소득의 40%) 이하, 주거급여는 719,005원(기준 중위소득의 43%) 이하, 교육급여는 836,053원(기준 중위소득의 50%) 이하인 사람들에게 지급된다.

9) 저임금, 짧은 근속 연수, 소규모 기업 등 소위 ‘여성 직종’의 특성에 대하여는, 김혜 영 외 2, 여성빈곤의 구조적 요인과 빈곤의 여성화 - 가족, 노동시장, 복지정책에 관 한 여성주의적 재고, 『아시아여성연구』 제44권 제1호(2005. 5.), 7면 참조.

10) 김혜영 외 2, 앞의 글, 16면 참조.

득인정액¹¹⁾이 기준 중위소득 52% 이하(2018년 기준 월 소득 148만 원)인 단독양육모에게 만 18세 미만의 자녀 1인당 월 20만 원의 아동양육비를 지급하고(한부모가족지원법 제12조 제1항 제1호, 같은 법 시행령 제13조 제1항에 따른 여성가족부 고시 제2019-49호 ‘2020년도 한부모가족 지원대상자의 범위’ 참조), 이렇게 지급된 아동양육비는 국민기초생활보장 수급자 선정 시 소득평가액에서 제외된다(국민기초생활보장법 시행령 제5조의2 제3호 참조). 그럼에도 불구하고 한부모가족의 특성을 고려하지 아니한 소득 인정액 산정 방식으로 인하여,¹²⁾ 여전히 공적 지원으로부터 배제된 단독양육모들이 존재한다. 여성가족부가 발표한 ‘2018년 한부모가족 실태조사’에 따르면 한부모가족 중 49.04%는 가구빈곤 상태에 있고, 그 중 54.98%가 여성가구주인 것으로 나타났다.¹³⁾

출산이나 육아로 경력이 단절된 여성의 경우, 공적 연금의 가입기간을 늘려 주거나 공적 보험의 보험료를 면제, 감액하는 등의 방법으로 상실한 소득을 보전해 줄 필요가 있다.¹⁴⁾ 가정 내에서 돌봄 노동에만 종사한 여성

-
- 11) 소득인정액이란 국민기초생활보장 수급자를 선정하는 기준이 되는 것으로 소득평가액과 재산의 소득환산액의 합으로 계산되어진다. 소득평가액이란 개별가구의 근로소득, 사업소득, 재산소득, 이전소득을 합한 실제소득에서 장애, 질병, 양육 등 가구 특성에 따른 지출요인, 근로를 유인하기 위한 요인, 그 밖에 추가적인 지출요인에 해당하는 금액을 제외한 금액을 의미하며, 재산의 소득환산액은 개별가구의 주거, 금융재산, 자동차 등을 합한 재산가액에서 기초생활의 유지에 필요한 기본재산액 및 부채를 제외한 금액에 소득환산율을 곱하여 산정한 금액을 의미한다(국민기초생활보장법 제6조의3 제1항, 제2항 참조).
 - 12) 가령 단독양육자가 장애인용이나 생업용이 아닌 일반 자동차를 보유하고 있거나 사보험에 가입한 경우에는 실제 소득에 비하여 소득인정액이 월등히 높게 책정되어 수급자가 되기 어렵다.
 - 13) 오성은/김한성, 사회적 배제가 한부모가족 가구주의 우울에 미치는 영향, 『사회과학연구』 제31권 제1호(2020), 215면 참조.
 - 14) 참고로 국민연금법 제19조 제1항은 2 이상의 자녀가 있는 가입자 또는 가입자였던 자가 노령연금수급권을 취득한 때에는 자녀 수에 비례하여 최대 50개월까지 국민연금 가입기간을 추가 산입하도록 정하고 있다.

들의 경우에는, 경제적 위기 시 자신의 돌봄 노동만으로도 직접적인 연금 수급권을 행사할 수 있는 제도적 배려가 필요하다.¹⁵⁾

여성노동의 저임금화나 돌봄노동의 사회적 저평가 등 전반적인 성차별적 사회구조에 살고 있는 한, 여성들의 대다수는 잠재적 빈곤여성에 해당한다. 또한 빈곤여성의 상당수가 노인빈곤으로 이어지고, 여성가구주의 빈곤이 피부양자인 아동의 빈곤으로 확장되므로, 여성빈곤은 빈곤문제의 일부가 아니라 빈곤문제의 핵심이며 전통적인 빈곤정책만으로 해결할 수 없는 구조적 모순의 결과라 할 것이다.¹⁶⁾

나. 노인빈곤

여성빈곤이 사회구조적 모순의 결과라면, 노인빈곤은 ‘숨겨진 빈곤’(verdeckte Armut)의 양상을 띤다. 특히 국민기초생활보장법상의 부양의무자 기준¹⁷⁾은 부양의무자가 아예 없거나 있더라도 부양을 기피하거나 거부하는 경우에 해당할 것을 요구하는바, 단순히 자녀들이 부모를 부양할 형편이 되지 않는다는 소명만으로는 수급권자가 될 수 없고, 실질적으로 가족관계가 해체상태에 이르러 정상적인 가족기능을 상실하였음을 소명할 수 있는 구체적이고 내밀한 자료의 제시를 요구한다. 이러한 절차는 가난하더라도 부모를 부양하는 것이 정상적이고 이상적인 가족이라는 프레임을 만들어 수급자 자신과 그 부양의무자에게 무력감과 수치심, 낙인감을 주며, 동시에 다른 사회 구성원에게는 국가가 엄격한 심사절차를 통해 부정수급자를 색출, 근절, 적발하고 있다는 인상을 주어 수급자에 대한 감시와 통제를 정당화한다. 결국 상당수의 빈곤한 노인들은 자신과 자녀들이 겪게 될 수치

15) 김혜영 외 2, 앞의 글, 13면 참조.

16) 김혜영 외 2, 앞의 글, 10면 참조.

17) 부양의무자는 수급권자를 부양할 책임이 있는 사람으로서 수급권자의 1촌의 직계혈족 및 그 배우자를 말한다. 다만, 사망한 1촌의 직계혈족의 배우자는 제외한다(기초생활보장법 제2조 제5호).

심, 낙인감 그리고 감시와 통제를 걱정하여 급여 신청을 스스로 포기하게 된다.¹⁸⁾

그럼에도 다수의 연구자들은 부양의무자 기준의 완전 폐지가 아니라 ‘점진적’ 폐지를 주장한다. 우리나라 노인들 중에는 연금수급자의 비율이 상대적으로 낮기 때문에, 기초보장에서 부양의무자 기준을 완전히 폐지하는 경우 상당수의 노인들이 기초보장수급자가 될 것이라는 우려 때문이다. 이러한 이유로 현재 국민기초생활보장법상의 부양의무자 기준은 교육급여와 주거급여에 대하여서만 폐지된 상태이고, 생계급여와 의료급여에 대하여서는 여전히 유효하다.

다. 아동빈곤

아동은 가구주의 소득이나 거주환경, 보건환경에 종속되기 때문에, 인구집단 중에서도 사회보장제도에 있어 가장 취약한 계층이라고 할 수 있다. 따라서 아동빈곤은 금전적인 결핍만으로 빈곤 여부를 판정할 수 없으며, 주거환경, 보육 및 교육환경, 지역사회환경 등 다양한 영역에서의 결핍, 즉 사회적 배제 여부를 기준으로 빈곤을 판단하여야 한다.¹⁹⁾

통계개발원이 발표한 2018년도 아동종합실태조사에 따르면, 소득 외에 식생활, 교육자원, 사회활동 등을 포함한 UNICEF 아동결핍지수(child deprivation index)로 빈곤상태를 측정한 결과, 우리나라의 아동빈곤율은 14.5%로 OECD 평균 13.1%에 비해 1.4% 높게 나타났다. 2018년도 아동인구는 총 8,176,335

18) 이러한 비판에 대하여는 장애인의 빈곤실태와 정책과제, 『2007 빈곤과 사회권』, 국가인권위원회(2007), 355면 참조.

19) 1989. 11. 유엔총회에서 채택되고 1991. 비준된 유엔아동권리협약(UN Convention on the Rights of the Child)은 아동에게 ‘생명을 유지하고 최상의 건강과 의료급여를 받으면서 생존할 권리’, ‘차별, 학대, 방임 및 착취로부터 보호받을 권리’, ‘정규, 비정규 교육을 포함한 모든 종류의 교육을 받고 발달할 권리’, ‘건강과 의료, 보호와 재활 등 사회보장의 혜택을 받을 권리’, 그리고 ‘아동이 관련된 일에 대해 자신의 의사를 자유롭게 표현하는 참여의 권리’가 있음을 명시하고 있다.

명이므로, 위 통계에 따른 빈곤아동의 수는 약 119만 명으로 추산된다.²⁰⁾ 아동의 삶의 질에 가장 결정적인 영향을 미치는 요소는 주거환경이다. 우리나라의 공적 복지제도는 아동수당 등으로 양육자의 소득을 보전해 주는 데에 그칠 뿐, 빈곤 아동들의 주거환경이나 보육환경을 개선하기 위한 정책은 미미한 수준이다.²¹⁾



1. 위 사진은 경기도 소재 한 아파트 단지 내 놀이터를 필자가 직접 촬영한 것이다.
2. 이 아파트는 2003년부터 주택재개발사업을 추진하였으나 2017. 12. 현재까지 사업수익성이 낮다는 이유로 사업시행자를 찾지 못하였다. 아동을 포함한 120여 세대가 실제 거주하고 있으나 놀이터를 비롯한 주민복지시설들이 낙후된 채로 방치되어 있다.

[그림 2] 빈곤아동의 거주환경

- 20) 보건복지부가 발표한 「2018년 국민기초생활수급자 현황」에 따르면, 2018년도 국민기초생활수급자 중 만 18세 이하 아동은 약 37만 명이다.
- 21) 통계청이 발표한 「2018년도 아동의 거주지역 생활환경에 대한 주양육자의 접근성에 대한 인식」 조사에 따르면, “놀이터는 창의적이고 안전하게 설치되어 있는지” 여부에 대한 질문에 대하여 중위소득 150% 이상인 응답자의 27.8%만이 “그렇지 않다”고 답변한 데 반하여, 중위소득 50% 미만인 응답자의 46.3%가 “그렇지 않다”고 답변하였다. 한편 주택건설기준 등에 관한 규정(2013. 6. 17, 대통령령 제24621호로 개정된 것) 제55조의2는 신규 주택단지에 어린이놀이시설의 설치를 의무화하고 있으나, 설치의무를 배제할 수 있는 예외조항도 함께 두고 있다. 아동의 주거환경에 대한 낮은 인식 수준을 보여주는 대표적인 예라 할 수 있다.

라. 장애 또는 질병으로 인한 빈곤

선천적 혹은 후천적으로 신체나 정신상의 장애를 입은 사람들은 적절한 교육기회로부터 단절되고 이로 인해 이후 고용시장 진입에 있어서 사회적 배제를 경험하게 된다. 우리나라는 OECD 회원국 중에서 장애인과 비장애인간의 소득 격차가 가장 큰 나라에 해당한다.²²⁾ 장애로 인하여 아예 취업할 수 없거나 경제활동 경험이 없는 장애인은 사회보험에 가입할 수 있는 자격을 갖지 못하고 공공부조에 의존할 수밖에 없다. 그나마 경제활동을 하다가 사고나 질병으로 장애가 발생한 경우에는 사회보험급여를 받을 수 있으나 의료비 등 추가비용의 부담이 크거나 부양부담으로 인하여 경제적 상황이 급격히 악화될 가능성이 크다.

현행 기초생활보장법 시행령 제5조의2는 장애인 가구의 소득을 평가할 때, 장애인연금법에 따른 기초급여액 및 부가급여액과 장애인복지법에 따른 장애수당, 장애아동수당과 보호수당, 그리고 장애인이 장애인복지시설 등에서 실시하는 직업재활사업에 참가하여 받은 소득의 50%를 공제할 수 있도록 배려하고 있다. 그럼에도 불구하고 장애인 가구의 특성을 고려하지 아니한 채 비장애인 가구와 동일한 소득산정방식을 적용하는 것은 결국 사회보험수급자도 아니면서 기초생활보장수급자격도 인정받지 못하는 사각지대를 양산해 내는 원인이 된다. 또한 장애인복지법 등에서 정한 장애수당 등은 장애인 가구의 추가지출을 충당할 수 없는 수준인데다 기초보장급여만으로는 장애인 가구의 실질적인 최저생계를 보장해 줄 수 없기 때문에, 장애인 가구의 추가지출 비용만큼을 추가적으로 지급할 수 있도록 하는 별도의 최저생계비가 계측될 필요가 있다.

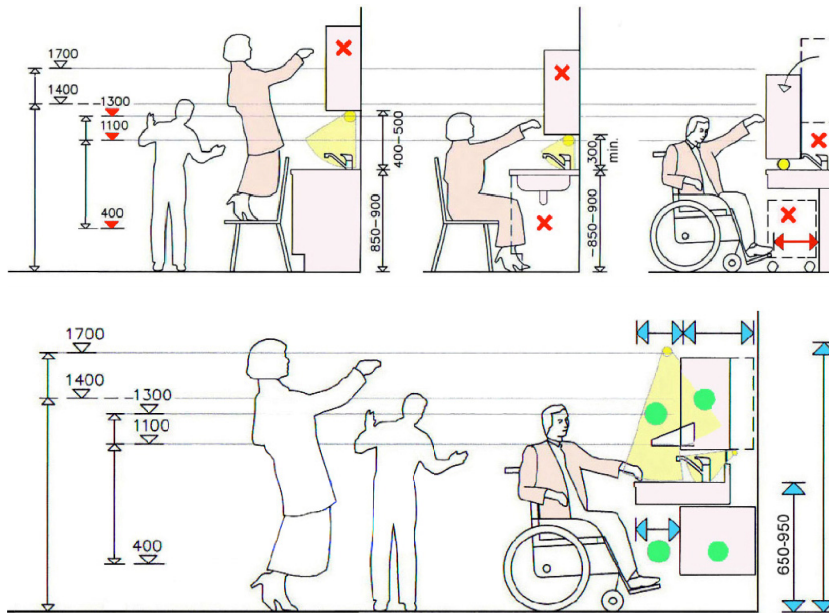
장애인의 빈곤은 경제적 결핍에서만 비롯되는 것은 아니다. 장애인들의 적극적인 사회참여를 제약하는 비장애인들의 태도나 비장애인 중심의 사회

22) 변용찬, 앞의 글, 343면 참조.

인프라 구축이 결과적으로 장애인들에 대한 사회적 배제를 초래하는 원인이 된다. 장애인 관련 법률이 장애인을 소득지원의 대상이 아니라 사회참여의 대상으로 정의하고 그에 맞는 복지프로그램을 마련할 의무를 공적 부문에 부과하도록 개선되어야 하는 이유가 바로 여기에 있다.

우리나라 장애인복지법 등은 장애인을 “신체적, 정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자”로 정의하고 있다. 그에 반해, 독일 사회법전 제9권(장애인의 재활 및 참여에 관한 법률) 제2조는 장애인(Menschen mit Behinderungen)을, “신체적, 지적, 정신적, 인지적인 손상을 가진 자로, 태도나 환경적 장애요인들(Barriere)간의 상호작용으로 인하여 6개월 이상 사회참여에 상당한 제약을 받고 있는 자”로 정의한다.²³⁾ 이러한 개념정의에 따라 독일은 법률로써 연방행정청은 물론 기타 공공시설, 연방이 직접 관리하는 법인, 공법상 기관 및 재단으로 하여금 장애를 초래하는 태도나 환경적인 장애요인(Barriere)들을 없앨 의무, 이른바 “배리어프리 의무”를 부과하고 있다. 독일의 장애인평등법(Behindertengleichstellungsgesetz) 제4조는 배리어프리를, “장애인들이 건축물 및 그 밖의 시설물, 교통수단, 각종 집기, 정보처리시스템, 시청각 자료, 통신시설 및 기타 다른 생활시설을 통상적인 방법으로, 특별한 어려움 없이, 그리고 원칙적으로 다른 사람의 도움 없이 접근, 이용할 수 있도록 하는 것”으로 정의한다. 현재 다양한 법 영역에서 배리어프리 개념이 사용되고 있고, 독일 각 주의 건축법 역시 배리어프리 시공의무(Barrierefreies Bauen)를 명문화하고 있다.

23) 이러한 개념정의는 국제기능장애건강분류에 따른 장애 개념과도 일치한다. 국제기능장애건강분류(International Classification of Functioning, Disability and Health)는 장애를, 건강 상태는 물론 ‘주변환경이나 태도 등과 서로 연관되어 있는 복잡하고 다양한 요소들 간의 상호작용의 결과’로 간주한다.



(출처: <http://www.wikipedia.org>, 검색어: Barrierefreies Bauen)

[그림 3] 일반적인 부엌과 배리어프리 방식으로 시공된 부엌의 차이²⁴⁾

마. 근로빈곤

우리나라는 고용보험법상의 구직급여와 절대빈곤 계층을 위한 공공부조 이외에 장기실직자나 근로빈곤층을 위한 별도의 실업부조제도²⁵⁾를 두고 있지 아니하다.

24) 각 주의 건축법에서는 공공시설은 물론 대중이 출입하는 문화시설이나 교육시설, 숙박시설 등은 모두 배리어프리 방식으로 시공하도록 의무화하고 있다. 좀 더 구체적인 시설기준에 대하여는 <http://www.pflege.de/barrierefreies-wohnen/barrierefreiheit> 참조.

25) 실업급여를 더 이상 받을 수 없는 장기실업자 중 저소득층에 대해 공공부조의 기준인 빈곤선보다 약간 더 높은 수준의 실업부조를 제공하는 공공부조제도를 말한다.

현행 공공부조제도는 원칙적으로 다른 수입이 없는 경우에 보충적으로 지급하는 것이어서 수급자의 근로의욕을 저하시키는 물론 비공식 부문에서 근로하도록 유도함으로써, 수급자와 비수급자간의 형평성 문제를 야기한다. 수급자가 자활사업에 참가하여 받은 소득의 일부를 소득평가액에서 공제하는 등(국민기초생활보장법 시행령 제5조의2 참조) 자활조건부 급여정책을 실시하고 있으나, 수급자 대부분이 취업잠재력이 미약하고 가구여건이 취약하여 탈빈곤이 어려운 구조이다. 재취업이 가능한 가구에는 자활위주의 급여를 제공하고, 재취업이 불가능한 가구에는 보장성을 강화할 필요가 있을 것이다. 현행 공공부조제도는 가구별 소득 외에 가구별 욕구의 특성을 파악하지 못하고 있다.

이러한 사정을 고려하여 현 정부는 한국형 실업부조제도의 도입을 추진하고 있으나, 제도를 도입하기 전에 이미 산업구조가 비정형 근로자 위주로 빠르게 재편되고 있어서, 대량적인 근로빈곤층(working poor)의 양산을 예고하고 있다. 기초보장의 사각지대에 놓인 ‘숨겨진 빈곤’을 양성화하기 위한 노력이 필요한 시점이다.

Ⅲ. 공공부조의 기본원리

1. 통제규범으로서의 헌법

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다.”는 점을 천명하고 있다. 또한 헌법 제34조 제1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.”고 규정하면서, 제34조 제2항에서 “국가는 사회복지·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.”고 규정함과 아울러 제34조 제3항 및 제4항에서 국가에게 여성, 노인, 청소년의 복지향상을 위하여 노

력할 의무가 있음을 강조하였으며, 제34조 제5항에서는 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하고 있다. 이러한 헌법규정들은 “여성, 노인, 청소년은 물론 신체장애인이거나 질병 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민”에게 인간다운 생활을 위하여 국가의 특별한 보호와 배려를 받을 권리가 있고, 이에 대응하여 국가에게 위에서 언급한 인적 집단을 우선적으로 보호하고 지원할 헌법적 의무가 있음을 명시한 것이라 할 수 있다.

“생활능력이 없는 국민”에 대한 보호와 관련하여 헌법재판소는, 「현대의 여러 국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시켜 줌으로써 건강하고 문화적인 생활을 보장하는 것이 국가의 책무라고 하는 사회국가원리를 헌법에 규정하게 되었고, 우리 헌법도 제34조 제1항·제2항에서 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다고 규정하고 여러가지 “사회적 기본권”을 폭넓게 규정함으로써 사회국가원리를 헌법적으로 수용하면서 특히 제34조 제5항에서는 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”고 규정함으로써 생활능력이 없는 국민에 대한 국가의 보호의무를 명시하고 있다.(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543)」고 판시한 바 있다.

다만 헌법 제34조 제5항에서 말하는 “생활능력이 없는 국민”이 어떠한 상태에 있는 국민을 말하는 것인지, 그리고 생활능력이 없는 국민에게 국가가 구체적으로 어떤 요구를 할 수 있고 또 어떤 지원을 할 수 있는지에 대하여는 언급한 바 없다. 입법지침이나 행정지침으로서의 헌법의 기능에 비하여 통제규범으로서 헌법의 기능은 다소 제한적이다. 인간다운 생활을 할 권리의 심사기준과 관련하여 헌법재판소는, 「국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 세계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다는가

그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다. 또한, 국가가 행하는 최저생활보장수준이 그 재량의 범위를 명백히 일탈하였는지 여부, 즉 인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적인 내용의 최소한을 보장하고 있는지 여부는 특정한 법률에 의한 생계급여만을 가지고 판단하여서는 안 되고, 다른 법령에 의거하여 국가가 최저생활보장을 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준으로 판단하여야 한다(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195 참조).²⁶⁾」고 하여, 완화된 심사기준을 적용하고 있다. 완화된 심사기준을 적용할 때, 현행 법률이 공공부조의 수혜를 받지 못하는 “숨겨진 빈곤”에 대하여서도 최소한의 입법적 배려를 하고 있는지 그리고 공공부조의 수혜를 받고 있는 경우라 하더라도 최소한의 “특별수요”까지 고려하고 있는지 여부에 대하여 적극적인 규범통제를 하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없다.²⁶⁾

2. 헌법의 인간상

“인간의 존엄성”내지 “인간다운 생활”은 모든 국가기관을 구속하는 헌법의 가장 근본적이며 절대적인 가치이다. 그럼에도 ‘인간의 존엄성’이나 ‘인간다운 생활’이 무엇을 의미하는지는 한마디로 정의하기 어렵다. 이는 개인과 사회, 그리고 국가가 처한 역사적, 경제적, 사회·문화적 조건에 따라

26) 반대로 독일 연방헌법재판소는 자녀의 연령대별 특성을 고려하지 아니한 사회수당 기준급여액에 대하여 2010. 2. 9. 위헌 결정을 한 바 있다(BVerfGE 125, 175). 아동 및 청소년의 특별수요를 고려하지 아니한 채, 성인을 기준으로 일정한 비율을 급여액으로 산정한 사회수당 조항이 인간의 존엄성에 위반된다는 것이다. 이 결정에서 연방헌법재판소는 빈곤아동에 대한 관심과 지원을 특별히 강조하였다. 이에 따라 현재 독일 사회법전 제2권에 따른 사회수당은 각 연령대별 특별수요를 고려하여 산출된 급여액으로 지급되고 있다.

다르게 해석될 수 있기 때문이다.

우리 헌법이 어떤 인간상을 예정하고 있는지와 관련하여, 헌법재판소는 “자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555)이 곧 우리 헌법질서가 예정하는 인간상이라고 판시하여 왔다. 특히 헌법재판소는 국가가 후견적인 지위에서 개인의 자율적 영역을 지나치게 제한하고 규제하는 경우에, 이에 대한 반대 논거로서 “각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는” 자기책임적이고 자기규율적인 인간상을 강조하고 있다.²⁷⁾

그러나 우리 헌법이 추구하는 인간상이 “자기책임적이고 자기규율적인” 인간상에만 국한된다고 보기는 어렵다. 오히려 “사회공동체 안에서” 각자의 생활을 결정하고 형성할 수 있어야 할 것인바, 헌법이 추구하는 인간은 고립된 개인이 아니라 사회공동체와 조화를 이루는 개인이라고 보아야 할

27) 가령 ① 누구든지 기부금품의 모집을 할 수 없도록 정한 기부금품모집금지법 조항이 과잉금지원칙을 위반하였는지 여부가 문제된 사건(헌재 1998. 5. 28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541, 555), ② 누구든지 과외교습을 하여서는 안 된다고 규정한 ‘학원의 설립·운영에 관한 법률’ 조항이 과잉금지원칙에 위반되는지 여부가 문제된 사건(헌재 2000. 4. 27. 98헌가16등, 판례집 12-1, 427, 461), ③ 운전자에게 안전띠 착용의무를 부과한 것이 일반적 행동자유권을 침해하였는지 여부가 문제된 사건(헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 201), ④ 게임물 관련사업자에게 게임물 이용자의 회원가입 시 본인인증을 할 수 있는 절차를 마련하도록 한 ‘게임산업진흥에 관한 법률’ 조항이 개인정보자기결정권 등을 침해하는지 여부가 문제된 사건(헌재 2015. 3. 26. 2013헌마517, 판례집 27-1상, 342, 370 반대의견 부분 참조), ⑤ 학원의 심야교습을 제한하고 있는 서울시 학원조례 조항이 인격권 등을 침해하는지 여부가 문제된 사건(헌재 2016. 5. 26. 2014헌마374, 판례집 28-1하, 360, 379 반대의견 부분 참조), ⑥ 임신한 여성의 자기낙태를 처벌하는 형법 조항이 임신한 여성의 자기결정권을 침해하는지 여부가 문제된 사건(헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404, 429 단순위헌의견 부분 참조)과 ⑦ 교원이 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입하는 행위를 금지한 국가공무원법 조항이 교원의 정치적 자유를 침해하는지 여부가 문제된 사건(헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489, 514 반대의견 부분 참조) 등에서 위와 같은 인간상에 대한 설시를 찾을 수 있다.

것이다.

이와 유사한 논의로서, 독일 연방헌법재판소가 초기 결정들에서 강조한 인간상공식(Menschenbild-Formel)에 따르면, “독일 기본법은 고립된 절대적·개인주의적인 인간이 아니라, 개인의 공동체관련성 내지 공동체구속성이 뜻하는 이른바 ‘개인과 공동체 간의 긴장관계’ 속에서 자신의 독자적인 가치를 침해당하지 않는”(BVerfGE 4, 7, 15f.) 인간상을 예정하고 있다. 결국 독일 기본법이 예정한 인간상은 개인주의와 집단주의의 양극단에 대한 방어적 기능을 하는 양자의 중간적 타협으로서 인격주의적인 인간상이면서,²⁸⁾ 동시에 자유주의와 공동체주의의 요소를 조화시킨, 즉 자율적이면서도 동시에 사회와 조화를 이루는 인간상이라고 할 수 있을 것이다.²⁹⁾

3. 사회법의 인간상

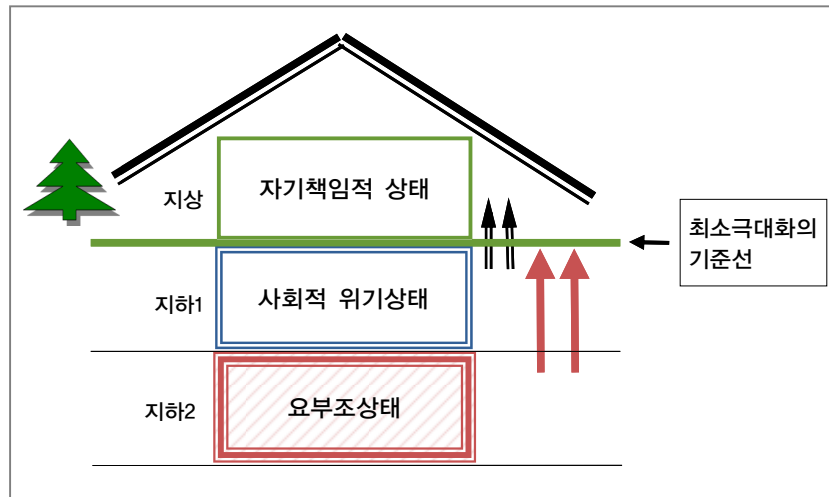
자기책임적이고 자기규율적이며 동시에 사회와 조화를 이루는 인간상은 사회법이 달성하고자 하는 목표이기도 하다. 물론 정상적인 상태에서 인간은 누구나 자율과 책임을 인식하며 사회 속에서 조화롭게 동화되는 가운데, 자신의 고유한 가치를 고양시키면서 살아갈 수 있다. 그러나 사회법의 인간상은 정상적인 건강상태나 정상적인 생활상태에 있는 인간만을 상정하고 있지 아니하다. 인간은 누구나 질병, 노령, 실업, 장애 그리고 빈곤의 위기의 상황에서는 언제라도 부조를 요하는 상태에 놓일 수 있으며, 이러한 위기상황은 현대 사회에서 누구에게나 닥칠 수 있는 위험이다. 따라서 사회법이 예정하고 있는 인간상은, 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 인간이면서도 동시에 일시적 혹은 영속적으로 사회적 위기

28) G. Dürig in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar Bd I, Art. 1, Rn. 44f.

29) 이러한 해석에 대해서는 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 『공법연구』 제33집 제1호(2004), 299면 이하 참조.

상황 아래에 놓여 있어서 언제라도 사회나 국가의 부조를 요할 수 있는 (eigenverantwortlich und hilfebedürftig) 인간상이라고 할 수 있을 것이다.

사회법이 이러한 인간상을 예정하고 있는 한, 사회법은 각 개인이 자신의 책임으로 삶을 영위할 수 있도록 최대한 개인의 주체성과 자율성을 존중하되, 자신의 책임으로 자유를 향유할 수 없는 상태에 있는 경우에는 적극적으로 개인을 지원하는 데에 그 목표를 두어야 한다.



1. 위 그림은 '전 국민을 위한 사회보장제도'를 설명하기 위하여 필자가 스웨덴의 '국민의 집'(Folkhemmet) 개념을 차용하여 그린 것이다. '국민의 집'이란 국가와 시민이 '집' 안에서 하나로 통합되어 있다는 의미로서, 경제와 복지에 대한 국가의 포괄적인 책임을 강조하기 위하여 스웨덴의 정치인들과 국민들이 즐겨 사용하는 개념이다.³⁰⁾
2. 국민은 '국민의 집'이라는 한 지붕 아래에 살지만, 사회보장급여의 수급 여부에 따라 3개의 층위로 계층화된다. 즉 건강·연령·취업 등에 있어서 정상적이고 자율적인 상황에서 사회활동에 참여하고 있는 사람들이 지상층에 거주하는 국민이라면, 질병·노령·실업 등 일시적으로 "사회적 위험 상황"에 있는 사람들은 지하 1층에 거주하는 사람들이라고 할 수 있다. 그들은 사회보험제도를 통하여 언제라도 정상적인 상태에서 사회참여가 가능

30) 이에 대하여는 연뉴 안데르손, 『경제성장과 사회보장 사이에서』, 책세상(2014), 17-21면 참조.

하므로, 국가의 적은 노력만으로도 회복이 가능하다. 반면에 공적·사적 부조를 필요로 하는 상태, 즉 ‘요부조상태’에 있는 사람들은 공공부조급여의 수급대상이거나 잠재적 빈곤 상태에 놓여 있는 사람들로서 국가와 사회에 의한 ‘최우선적인’ 배려가 필요한 사람들이라고 할 수 있다.

3. 존 롤즈는 『정의론』에서 사회구성원들이 모두 동의할 수 있는 사회질서의 원리로서, “그 사회의 최소 수혜자, 즉 가장 약자인 자에게 가장 많은 배분의 이익이 돌아가도록 할 때에만 불평등은 허용된다.”는 이른바 최소극대화(Maximizing the Minimum)의 원칙을 주장한 바 있다.³¹⁾ 급변하는 현대사회에서 누구나 국가 또는 사회의 부조를 필요로 하는 취약계층이 될 수 있음을 부인할 수 없다. 그러나 그 경우에도 개인이 ‘자기책임적이고 자기규율적인 상태’에서 사회활동에 참여할 수 있도록 국가가 취약계층에게 최우선적으로 자원을 배분하여 줄 것이라는 신뢰가 있을 때, 비로소 공적 복지는 사회안전망으로서 제 기능을 수행하고 있는 것이다.³²⁾

[그림 4] ‘국민의 집’ 개념과 최소극대화의 원칙

4. 공공부조의 기본원리로서 보충성의 원칙

헌법과 사회법이 어떠한 인간상을 예정하고 있는지의 문제는, 국가가 사회정책이나 입법을 통하여 어느 정도까지 “장애, 질병, 노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민”에게 개입할 수 있는지의 문제와 결부된다. 다른 국가정책과 마찬가지로 사회정책 영역에서는 개개인의 생활형성에 관하여 개인의 자유와 자기책임으로 맡겨져야 할 부분과 국가가 정책적으로 개입하여야 할 부분을 조정하는 문제가 가장 중요하다. 특히 사회보험은 국민 스스로의 기여를 기초로 여러 가지 사회적 위험에 대처하는 이른바 자기부조의 방식으로 운영되지만, 공공부조는 자기기여를 전제로 하지 않고 국가가 순수히 사회정책적으로 지급하는 것이기 때문에,³³⁾ 국가가 공적 영역과 사

31) 존 롤즈, 『정의론』, 황경식 역, 이학사(2003) 참조.

32) 아마르티아 센 역시 모든 개인이 각자의 조건 속에서 능력을 자유롭게 발휘할 수 있도록 하는 적극적 자유가 중요하다고 강조한 바 있다. 아마르티아 센, 앞의 문헌 참조.

33) 사회보험과 공공부조의 본질적인 차이에 대하여는, 현재 1997. 5. 29. 94헌마33, 판례집 9-1, 543, 554 참조.

적 영역 간의 역할배분이나 사무분담에 대하여 어떠한 관점을 가지고 있는가에 따라 공공부조제도의 규모나 기능은 달라질 수 있다.³⁴⁾

가. 독일 사회법에서 보충성의 원칙

독일 사회정책 영역에서 공적 영역과 사적 영역 간의 역할배분이나 사무분담을 최적화하는 기준으로 적용되는 핵심적인 원리는, 바로 ‘보충성의 원칙(Subsidiaritätsprinzip)’이다. 보충성의 원칙은 통상 ‘개인이나, 가족, 나아가 지역 사회의 자율과 자기책임을 극대화하기 위하여 국가는 원칙적으로 개입을 자제하고, 더 작은 조직의 역량만으로는 충분하지 않을 때에 한하여서만 개입하여야 한다.’는 원칙으로 이해되며, 이러한 이해는 연방헌법재판소 초기 판결과 우리나라 헌법재판소가 강조한 ‘자기책임적이고 자기규율적인’ 인간상과도 맥을 같이 한다.

1960년대까지 공공부조 분야에서도 보충성의 원칙은 “개인이나 가족, 지역공동체와 같은 자율적 조직이 부양을 책임지고 있는 한, 권위적인 국가 조직의 개입으로부터 사적 복지의 자율성은 보호되어야 한다.”는 식의 소극적인 의미로만 이해되었다.³⁵⁾ 그러나 개인의 사회적 위기를 개인의 부양 책임에 우선적으로 맡기고 국가는 최후적 혹은 최종적으로만 개입하여야 한다는 이러한 자유주의적(혹은 신자유주의적) 관점은 오늘날 상당부분 극복되었다.

특히 청소년부조(Jugendhilfe)와 관련하여 1967년 독일 연방헌법재판소는 민간 복지조합은 공공 주체의 공적 사무에 기여하는 것으로서 서로 대립적인 관계가 아닌 상호보완적인 관계에 있다고 판시하였고,³⁶⁾ 이로써 보충성

34) 헌재 2009. 11. 26. 2007헌마734, 판례집 21-2하, 576 등 참조.

35) 자세한 내용에 대하여는 김세규, 사회보장법에 있어서의 보충성원칙, 독일의 경우를 중심으로, 『독일학연구』 제16권(2002. 12.) 참조.

36) BVerfGE 22, 180, 200 참조.

의 원칙은 축소되었으며 사회복지에 대한 국가의 적극적인 지원과 개입이 가능하게 되었다. 이러한 관념은 현재 독일 사회복지제도의 특징인 이른바 조합주의(코포라티즘)적 복지카르텔을 형성하는 계기가 되었다.³⁷⁾

1970년대 이후 조합주의적 복지카르텔에 대항하여 더 작지만 연대적으로 조직된 프로젝트 그룹들이 창설되자, 보충성의 원칙은 보다 더 작은 조직으로부터 수급자에게 더 적절한 복지급여가 가능하다면 이를 우선적으로 고려한다는 이른바 “이로운 지원의 원칙”으로 변모하였다. 이에 따라 사회법전 제8권 제3조 제1항은 “청소년부조는 상이한 가치지향을 가진 다양한 주체들, 다양한 내용, 방법, 업무형태들의 다양성을 특징으로 한다.”고 명시하였으며, 이에 따라 자기부조형식의 지원(Hilfe zur Selbsthilfe)을 강화하고, 수급자에게 더 이로운 조치를 우선적으로 제공하였으며, 이러한 조치들을 모두 고려하여서 개인의 재정적 능력이 평가되어야 한다는 점이 강조되었다. 나아가 사회법전 제8권 제4조 제2항은 민간 청소년단체들에 의한 적절한 설비, 용역 및 서비스가 제공되고 있고, 그러한 설비 등이 적시에 마련될 수 있는 한, 공공부조는 개입하지 아니한다고 정함으로써, 결국 보충성의 원칙은 ‘사적 부문이나 지역 공동체에 다양한 서비스제공자들이 존재하고 그로부터 적시에 적절한 급부가 제공될 가능성이 존재함을 전제할 때, 그 때 비로소 국가에 의한 공공부조는 후순위성(Nachrang der Sozialhilfe)을 갖는다’는 의미로 축소되었다.

나. 우리나라 공공부조법에서 보충성의 원칙

공공부조제도는 원칙적으로 최후의 사회안전망이자 최소한의 보장 장치

37) 오늘날의 독일식 사회보장제도가 형성된 것은 68혁명 이후 본격적으로 경제민주화를 위하여 노사공동결정제도의 도입이 논의되던 시기와 맞물린다. 광업과 철강산업에만 한정적으로 적용되던 노사공동결정제도는 1976년 공동결정법(Mitbestimmungsgesetz)의 제정으로 2000명 이상 상시근로자를 고용하는 모든 대기업에 확대 적용되었다.

로서, 저소득 취약계층이 더 극심한 빈곤상태로 빠지는 것을 예방하는 기능을 담당하는 것으로 이해된다.³⁸⁾ 이에 따라 국민기초생활보장법 제3조는 급여의 기본원칙이라는 표제를 가지고 제1항에서는 “이 법에 따른 급여는 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그의 소득, 재산, 근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 한다.”라고 하고, 제2항에서는 “부양의무자의 부양과 다른 법령에 따른 보호는 이 법에 따른 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다. 다만 다른 법령에 따른 보호의 수준이 이 법에서 정하는 수준에 이르지 아니하는 경우에는 나머지 부분에 관하여 이 법에 따른 급여를 받을 권리를 잃지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이에 대하여 문헌에서는 기초생활보장법이 “보충성의 원칙”을 명시한 것이라고 해석하고 있으며, 여기서 “보충성의 원칙이란 빈곤 상태에 있는 자가 자기가 가진 재산이나 능력, 부양의무자의 지원 및 그 밖에 이용 가능한 사회보장급여 등을 활용하여 개인의 빈곤상태를 극복하여야 하며, 그럼에도 부족한 부분이 있는 경우에 공공부조에 의한 보호가 실시되어야 한다는 원칙을 의미한다.”고 설명하고 있다.³⁹⁾

헌법재판소 역시, 기초생활보장법은 「급여의 기준을 건강하고 문화적인

38) 헌법재판소는, 「기초생활보장제도는 생활이 어려운 자에게 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장함과 동시에 그 자활을 조성함에 목적이 있는 것」으로(국민기초생활보장법 제1조), 개인의 경제적 능력은 물론 사회보험을 비롯한 다른 사회보장제도 적용 이후에도 빈곤이 지속되는 경우에 작동하는 최후의 사회안전망으로서의 성격을 갖는다.」(헌재 2019. 12. 27. 2017헌마1299, 판례집 31-2하, 251)고 하는 한편, 「의료급여제도는 생활이 어려운 사람들에게 의료급여를 제공함으로써 국민보건의 향상과 사회복지의 증진에 이바지함을 목적으로 한다(의료급여법 제1조). 의료급여제도는 사회적 약자의 의료비 지출을 부조하며 최소한의 보장 장치의 역할을 담당함과 동시에 저소득 취약계층이 의료서비스에 대한 과도한 지출로 더 극도의 빈곤상태로 빠지는 것을 예방하는 역할을 담당하고 있다.」(헌재 2020. 4. 23. 2017헌마103, 판례집 32-1상, 403)고 판시하고 있다.

39) 이흥재/전광석/박지순, 사회보장법, 신조사(2013), 225면.

최저생활을 유지할 수 있는 것으로 정하면서(제4조), 이 법에 의한 급여는 수급자가 자신의 생활의 유지·향상을 위하여 그 소득·재산·근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것을 전제로 이를 보충·발전시키는 것을 기본원칙으로 하며, 부양의무자의 부양과 다른 법령에 의한 보호는 이 법에 의한 급여에 우선하여 행하여지는 것으로 한다고 함으로써(제3조 제1항), 이 법에 의한 급여가 어디까지나 보충적인 것임을 명시하고 있다.』(헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328, 판례집 16-2하, 195; 헌재 2012. 2. 23. 2011헌마123, 판례집 24-1상, 365)고 판시한 바 있다.

그런데 앞서 독일의 예에서 본 바와 같이 보충성의 원칙은, 사적 영역과 공적 영역의 관계를 어떻게 이해하느냐에 따라 다르게 이해될 수 있다. 만일 보충성의 원칙이 공공부조제도의 보장성을 국가의 재정적 여건이나 입법자의 의지에 유보한 것으로 이해하거나, 개인의 빈곤이나 가정의 해체에 대하여 국가는 가장 후순위적으로만 개입할 수 있다는 식의 소극적인 의미만을 갖는 것으로 받아들인다면, 보충성의 원칙은 개인의 노력으로 빈곤을 극복하되 극도의 빈곤을 피하기 위한 최후의 수단으로서만 기초생활보장제도를 활용할 수 있다는 의미 외에는 특별한 의미를 갖지 못한다. 설령 보충성의 원칙을 다른 법령에 의한 보호가 부족한 부분에 대하여 국가가 보충적으로 지원해 주는 것으로 이해한다 하더라도, 이러한 이해는 현재의 공공부조제도가 사각지대 없이 요부조상태에 있는 사람들에게 특별수요에 맞는 다층적인 급여를 보장하고 있을 때 한하여서만 타당하다.

이에 필자는 보충성의 원칙이 공공부조급여의 최소보장적 성격이나 무조건적인 후순위성(Nachrangigkeit)을 의미하는 것으로 이해되어서는 안 된다는 점을 강조하고자 한다. 개인과 가정, 나아가 지역사회의 자율성은 존중되어야 하지만, 사적 영역의 자율성과 국가의 개입이 반드시 선후관계에 있는 것은 아니다. 오늘날 사회법이 인간을 자기책임적이면서 동시에 언제라도 요부조 상태에 놓일 수 있는 존재로 이해하고 있음에도 공공부조의

후순위성만 강조한다면 결국 보충성의 원칙은 개인을 사적 영역에 고립시키고 가정해체에 이르기 직전까지는 개인이 자신의 노력으로 부양책임을 다하도록 방치하는 원리로 작동할 것임은 물론, 인간을 자기부조의 의지가 없는 나태하고 게으르며 사회급여를 남용하는 존재로 받아들이게 하여 수급자에 대한 통제나 감시를 정당화하고 수급자에 대한 사회적 배제를 묵인하게 할 것이다.⁴⁰⁾

개인의 책임이 우선이고 국가의 부조는 후순위성을 갖는다는 관념은 더 이상 기능적으로 다양화된 오늘날의 사회구조에 수용되기 어렵다. 오히려 국가의 지원이 선행되고 이후에 개인이나 가족, 또는 지역사회의 자활 노력을 강조하는 관점이 취약계층의 ‘사회적 배제’를 예방하는 데에 더 효과적일 수 있다. 보충성의 원칙은 작은 단위조직이 해결하지 못하는 문제를 큰 단위조직이 방관하는 개념이 아니라, 가족, 이웃, 지역사회가 문제 해결을 할 수 없는 경우에 더 큰 지역사회나 국가가 문제 해결을 위하여 적극적으로 개입하여야 한다는 의미, 즉 “위로부터 아래로의 지원(Hilfe von oben nach unten)”이라는 의미이며 동시에 다양화된 현대 사회에서 자치적인 하부시스템들은 최대한 상호협력적이고 보완적인 관계를 형성해 나가야 한다는 이른바 고양된 사회모델로서 발전되어야 한다. 이 경우에 보충성의 원칙은 ‘가장 취약한 계층에게 가장 우선적으로 자원이 배분되어야 한다.’는 이른바 ‘최소극대화의 원칙’에 부합하며, 동시에 ‘부조를 필요로 하는 사람들에게 개별 수요에 맞는 가장 적합한 사회서비스가 제공되어야 한다.’는 이른바 ‘이로운 지원의 원칙’에 근접하게 될 것이다.

40) 앞서 언급한 기초생활보장법상의 부양의무자 기준은 보충성의 원칙을 가장 엄격하게 해석·적용한 예에 해당한다.

IV. 독일의 기초보장제도

헌법과 사회법이 추구하는 인간상에 부합하는 사회보장제도가 실정법으로 구현되기까지는 수많은 변수가 작용한다. 특히 사회보장제도는 전 세계의 고용시장이나 경제적 여건, 보건상황이나 시대적 흐름에도 크게 좌우되는 성격을 갖는다. 임시직 노동자, 플랫폼 노동자의 증가로 인한 대규모 근로빈곤층의 양산은 일국적인 현상이라 할 수 없고 전 세계적인 현상이라고 할 수 있다.⁴¹⁾ 이러한 세계적인 흐름은 복지의존적 문화를 가지고 있는 유럽인들에게조차 커다란 위기이자 도전이다. 이하에서는 2003년과 2005년 두 차례에 걸쳐 공공부조시스템을 개선하고 취업연계형 실업부조제도를 도입함으로써 숨겨진 빈곤을 양성화하고 근로빈곤계층을 공공복지시스템 내로 편입하는 데에 있어 유의미한 성과를 거둔 바 있는 독일의 사례를 자세히 살펴보기로 한다.

1. 노인 및 근로능력감소자를 위한 기초보장

독일은 2003. 1. 1. ‘노인 및 근로능력감소자를 위한 기초보장에 관한 법률’(Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung)을 시행하고, 65세 이상의 노인과 18세 이상 65세 미만의 근로능력감소자⁴²⁾를 생계급여수급자에서 기초보장수급자로 전환하였으며, 부양의무자의 소득이 연 10만 유로를 넘지 않을 경우 부양의무자 규정

41) 독일의 경우 2018년을 전후하여 푸도라와 같은 인터넷 배달업체, 우버형 운송업체, 인터넷 경리업체, 글로벌 마켓 등이 급성장하면서 비정형 근로자의 수도 급격하게 증가하였다.

42) 6개월 이상 1일 3시간 미만의 근로능력 상태가 지속되는 경우에 근로능력감소자로 분류된다.

을 적용하지 않도록 하는 동시에 부양의무자의 무자력이 법률상 추정되도록 함으로써 부양의무기준을 사실상 폐지하였다(독일 사회법전 제12권 제43조 제5항 참조).⁴³⁾ 부양의무자기준으로 인하여 숨겨져 있던 빈곤이 양성화됨에 따라 2003년 기준 43만 8000명이던 기초보장수급자의 수는 2004년에 50만 여 명으로 증가하였고, 2005년에는 63만 여명으로 증가하였으며, 2016년에는 104만 9099명에 이르게 되었다.⁴⁴⁾ 새로 시행된 기초보장제도는 급여수급에 대한 접근성을 높임으로써 노인빈곤과 질병빈곤의 해소에 상당한 기여를 한 것으로 평가되고 있다.

2. 구직자를 위한 기초보장

한편 독일은 2005년에 취업연계형 실업부조제도인 ‘구직자 기초보장제도’(Grundsicherung für Arbeitssuchende)를 완성하고, 근로능력(1일 3시간 이상 취업활동이 가능한 구직자)이 있는 18세 이상 65세 미만의 사람들을 구직자 기초보장의 급여대상자로 분류하였다. 이에 따라 기존에 근로능력이 있으면서도 생계급여수급자로 분류되었던 사람들은 물론, 생계급여대상자가 아니었던 근로빈곤계층들도 모두 구직자 기초보장제도에 편입되었다. 이로써 생계급여 중심의 공공부조제도는 [표 1]에서 보는 바와 같이 세 가지 기초보장제도로 재편되었다.⁴⁵⁾

43) 부양의무자의 소득이 연 10만 유로를 넘더라도, 피부양 부모나 자녀가 빈곤한 상황이라면 지방자치단체는 기초보장급여 대신 생계급여를 지급하고 사후에 부양의무자에게 구상권을 청구할 수 있다.

44) Destatis, 『Qualitätsbericht 2016』, Statistisches Bundesamt 참조.

45) 기존에 ①이나 ③에 속하지 않았던 숨겨진 근로빈곤층(18세 이상 65세 미만의 취업 가능한 구직자)이 새롭게 실업급여제도에 편입된 것이다.

[표 1] 독일의 기초보장제도

구분	수급자격	부양의무자 기준 ⁴⁶⁾
① 노인 및 근로능력 감소자를 위한 기초보장	65세 이상 노인, 18세~65세 미만의 근로능력감소자	사실상 폐지
② 구직자 기초보장 (제2실업급여 + 사회수당)	18세 이상 65세 미만: 1일 3시간 이상 취업활동이 가능한 구직자	적용됨
③ 생계급여	위 ①이나 ②에 해당하지 아니하는 자 로서 가령, 15세~65세 미만의 일시적인 근로능력 감소자 ⁴⁷⁾ 와 피부양자, 6개월 이상 장기요양시설에 입소한 자 와 그 피부양자, 15세 미만의 아동으로, 부양의무자가 없는 자, 기초보장 수급권이 없는 자, EU-외국인으로서 6개월 이상 독일에 체류한 자, ⁴⁸⁾ 망명신청자	적용됨

46) 독일 민법 제1601조에 따라 직계혈족, 배우자 또는 동반자 사이에 부양의무가 존재한다. 부모 또는 부모의 일방과 동거하는 자녀가 임신을 하였거나 6세 미만의 영유아를 양육하고 있는 경우에는 부모의 소득과 자산을 고려하지 아니하고 생계급여가 지급된다(사회법전 제12권 제19조 제4항).

47) 원칙적으로 3년 이상 완전히 근로능력을 상실한 경우에는 장애연금수급자가 되고, 3년 이하의 기간 동안 한시적으로 완전히 근로능력을 상실한 경우에는 생계급여의 수급자가 된다. 다만 근로능력을 상실한 자가 구직자의 수요공동체 내 구성원인 경우에는 제2실업급여의 수급자가 되므로, 결국 3년 이하의 기간 동안 한시적으로 근로능력을 상실한 자로서, 독립된 가정의 가장에 한하여서만 생계급여의 수급자가 된다.

48) 오로지 구직을 목적으로 독일에 체류하는 경우에는 구직자 기초보장급여를 받을 수 없다. 대신 연방사회법원의 확립된 판례에 따라, 유럽연합(EU) 소속의 외국인은 생계급여를 보장받을 수 있다. 연방사회법원 2015. 12. 3.자 판결, B 4 AS 44/15 R. 등 참조.

‘구직자를 위한 기초보장’은 구직자 및 그 동거인에게 지급되는 제2실업급여(Arbeitslosengeld II)와 그 자녀에게 지급되는 사회수당(Sozialgeld)으로 구성된다. 제2실업급여의 수급요건은 ①15세 이상 65세 미만으로, ②근로능력(Erwerbsfähigkeit)이 있고⁴⁹⁾ ③부조필요성(Hilfebedürftigkeit)이 있으며, ④독일에 상거소가 마련된 사람이어야 한다(사회법전 제2권 제7조 제1항 참조). 기존 생계급여는 수급요건으로서 부조필요성만을 평가하였으나, 제2실업급여의 경우에는 나머지 세 요건이 추가되었다. 또한 근로능력이 있는 요부조자 외에 함께 살고 있는 동거가족이 수요공동체로서 수급권자에 포함되었다(사회법전 제2권 제7조 제2항).

[표 2] 제2실업급여 및 사회수당의 급여기준액(2019년 기준, 단위: 유로)

제2실업급여	독신자 단독양육자(Alleinerziehende) 미성년인 동반자가 있는 성인	424
	생계를 같이 하는 성인 동반자 각자	382
	그 밖에 근로능력 있는 18세 이상 25세 미만의 수요공동체 구성원 또는 고용사무소(Jobcenter)의 동의 없이 동거하는 25세 미만인 자 ⁵⁰⁾	339

49) 통상적인 노동시장 조건 하에서 질병이나 장애로 최소 1일 3시간 이상 근로를 하는데 방해받지 않는 경우에 근로능력이 있는 것으로 간주된다(사회법전 제2권 제8조 제1항). 제1실업급여(통상의 실업급여)의 경우 1주 15시간 미만의 취업상태를 실업으로 보고 이를 신고하도록 하고 있다. 반면 제2실업급여는 실업의 신고를 요하지 아니한다. 따라서 제2실업급여의 경우 실업자라는 개념 대신 구직자나 근로능력 있는 수급자라는 용어를 사용한다.

50) 가령 근로능력이 있으면서도 부모와 함께 사는 대학생이나 고용사무소의 동의를 받지 않고 부모의 주거로 전입한 대학생은 수요공동체 구성원으로서 339유로의 급여를 지급받게 된다. 반대로 고용사무소의 동의를 얻어 부모의 주거로 전입한 대학생은 부모에게 월세를 지불하고 있음을 증명하면 단독 가구로서 424유로의 제2실업급여를 신청할 수 있다.

사회수당 ⁵¹⁾	14~17세 청소년 ⁵²⁾	322
	6~13세 아동	302
	0~5세 아동	245

수요공동체에는 혼인한 배우자는 물론 비혼인생활공동체(nichteheliche Lebensgemeinschaft)의 동반자,⁵³⁾ 함께 사는 비혼 성인 자녀 등도 포함된다. 급여기준액은 수요공동체 구성원의 개별 특성을 반영하여 산정되고, 이를 합산한 총액이 가구별 수급액이 된다. 수요공동체별로 추가급여와 일시 급여, 주거비⁵⁴⁾ 및 난방비가 지원된다. 부조필요성을 판단할 때 수요공동체 내의 배우자나 동거 중인 동반자, 근로능력이 있는 자녀의 소득이나 자산도 함께 고려대상이 되므로, 수요공동체라는 표현 속에는 단순히 부조에 대한 동일한 수요를 가지고 있다는 의미 외에 부양공동체라는 의미가 내포

51) 사회수당은 연방헌법재판소의 판결(BVerfGE 125, 175)에 따라 연령대별 특별수요를 고려하여 산정된다. 이에 대하여는 각주 26 참조.

52) 수요공동체에서 생활하는 자로서 근로능력이 있는 18세 미만의 자를 의미한다.

53) 비혼인생활공동체는 이성 간의 동거를 의미하는 것으로, 혼인외의사의 유무를 묻지 않는다는 점에서 우리나라의 사실혼 개념과는 다르다. 비혼인생활공동체는 이성 간의 결합을 의미하므로, 독일 생활동반자법에 의해 보호되는 동성 간의 ‘등록된 생활동반자(eingetragene Lebenspartnerschaft)’ 개념과도 구별된다.

54) 2015. 4. 29. 뮌헨 구역법원은, 4인 가족(부부와 각 4세, 1세의 자녀들로 구성)이 약 26㎡의 원룸(월세 350유로)에서 함께 거주하는 것은 임대차계약에 반하는 주거의 사용이라고 주장하면서 임대인이 제기한 주택명도소송에서 원고의 청구를 인용하였다(Amtsgericht München, Urteil v. 29. 04. 2015 - 415 C 3152/15). 위 법원은, 성인 또는 13세 미만의 아동에게는 주거공간으로서 1인당 12㎡이 필요하고, 최소한 가족 1인당 평균 10㎡의 공간이 있어야 한다고 판시하였다. 독일의 공공부조 및 실업부조 법상의 주거급여는 아동의 양육에 필수적인 면적을 고려하여서 책정되고 있다. 2018년 기준 뮌헨의 주거급여 상한은 1인 가구 50㎡ 660유로, 2인 가구 65㎡ 869유로, 3인 가구 75㎡ 1,040유로, 4인 가구 90㎡ 1,172유로, 5인 가구 105㎡ 1,426유로, 6인 가구 120㎡ 1,713유로이고, 그 이상인 경우에는 1인 당 15㎡ 270유로씩 가산된다. 상기 상한의 범위 내에서 적절한 주거급여가 제공된다.

되어 있다.

단독양육자(Alleinerziehende)는 “하나 또는 다수의 미성년 자녀들과 함께 살면서 혼자서 자녀들의 부양과 양육을 책임지는 사람”을 의미한다(독일 사회법전 제2권 제21조 제3항). 단독양육자는 비혼, 사별, 별거, 이혼 등의 원인을 묻지 않고, 양부모나 조부모도 단독양육자로서 실업부조법상의 급여를 받을 수 있다. 2018년 현재 단독양육자의 40%가 실업부조 및 공공부조를 통해 생계를 유지하고 있다.⁵⁵⁾ 그 밖에 경제적 불리함을 조정하기 위하여 어린 자녀나 둘 이상의 자녀를 양육하는 단독양육자에게는 사회법전 제2권 제21조 제3항에 따른 추가급여가 지급되고, 공공주택이 우선적으로 제공되거나 별도의 주거수당이 지급된다.

한편 각 가정의 자녀에게는 사회수당 외에 연방아동수당법에 따라 부모의 소득이나 재산과 무관하게 아동수당이 지급되는데,⁵⁶⁾ 2018. 1. 1. 현재 아동수당은 첫 번째와 두 번째 자녀에게는 월 194유로, 세 번째 자녀에게는 월 200유로, 그 이상의 자녀에게는 각 월 225유로 수준이다(연방아동수당법 제6조 참조). 소득세법상의 자녀공제액은 자녀 한 명 당 최대 연 7,428유로 수준인데, 아동수당과 자녀공제는 동시에 제공되지 않고 부모의 소득에 따라 개인에게 유리한 제도가 적용된다.⁵⁷⁾

55) Bundesagentur für Arbeit, 『Jahresbericht 2018』 참조.

56) 18세 미만의 자녀, 18세 이상 21세 미만의 자녀로서 학업은 마쳤으나 미취업 상태에 있는 자녀, 18세부터 25세 미만의 학업 중인 자녀, 그리고 스스로 생계를 유지할 수 없는 장애 아동의 경우에는 25세 이상인 경우에도 계속하여 아동수당을 지급받을 수 있다.

57) 우리나라 구 아동수당법(2019. 1. 15. 개정되기 전의 것) 제4조 제1항은 “아동수당은 6세 미만의 아동에게 보호자와 그 가구원의 소득이나 재산, 가구 특성 등을 반영한 경제적 수준을 고려하여 지급한다. 이 경우 보건복지부장관은 수급아동 가구의 경제적 수준이 2인 이상 전체 가구의 100분의 90 수준 이하가 되도록 지급 대상 선정기준을 정한다.”고 하였으나, 2019. 1. 15. 개정된 현행 아동수당법 제4조 제1항은 소득 및 재산 기준을 삭제하고 “아동수당은 7세 미만의 아동에게 매월 10만 원을 지급한다.”고 규정하고 있다.

3. 요구와 지원의 원칙

구직자 기초보장제도는 국가가 적극적으로 수급자에게 재취업을 요구하되, 재취업이 될 때까지 빈곤을 예방하기 위한 지원을 광범위하게 실시함을 원칙으로 한다. 이러한 관점에서 입법자는 보충성의 원칙이라는 개념 대신 독일 위크페어의 기본 이념인 “요구와 지원의 원칙”이라는 개념을 사용하고 있다.

사회법전 제2권 제2조는 ‘요구의 원칙’(Grundsatz des Forderns)이라는 표제 아래, 제1항에서 “근로능력이 있는 수급자 및 수요공동체 구성원은 부조필요성의 해소 및 감소를 위하여 가능한 모든 노력을 다하여야 한다. 근로능력이 있는 수급권자는 적극적으로 노동시장에 편입되기 위한 모든 조치에 참여하여야 하며, 특히 노동편입계약을 체결해야 한다. 상당 기간 내에 노동시장으로의 정상적인 편입이 불가능한 경우, 근로능력 있는 수급권자는 자신에게 제공된 직업 기회를 수인가능한 것으로 받아들여야 한다.”고 규정하고 제2항에서는 “근로능력 있는 수급권자와 수요공동체 구성원은 자신의 책임으로 생계를 영위할 수 있는 모든 가능성을 활용하여야 한다. 근로능력 있는 수급자는 자신 및 수요공동체 구성원의 생계를 마련하기 위하여 자신의 노동력을 투입하여야 한다.”고 규정하고 있다. ‘요구의 원칙’은 종전에 ‘보충성의 원칙’에 따라 일차적인 부양책임을 부양의무자에게 부과하였던 것을, 지금은 ‘생계를 같이 하는 수요공동체’에게 일차적인 부양책임을 부과하는 정도의 변화에 불과하다고 볼 수도 있다. 그러나 앞서 설명한 바와 같이 수요공동체 개념 속에 다양한 형태의 가족 개념을 포섭함으로써, 위 조항은 수급자 집단을 확대하는 중요한 기능을 하고 있다.

나아가 사회법전 제2권 제14조는 ‘지원의 원칙’(Grundsatz des Förderns)이라는 표제 아래, 제1항에서 ‘본 법률에 따른 급여제공자는, 생업능력 있는 수급자를 노동에 편입시키기 위한 목표를 가지고 포괄적으로 지원한다.’

고 규정하고 제4항은 ‘본 법률에 따른 급여제공자는 경제성 원칙을 준수하여서 개별적인 경우에 노동시장에 편입을 위한 모든 필요한 급여를 제공한다.’고 규정하고 있다. 지원의 원칙은 요구의 원칙에 따라 수급자가 부조필요성을 해소하기 위한 모든 조치를 이행한 경우에는, 고용통합을 위한 포괄적인 지원을 받을 수 있다는 원칙이다. 다만 같은 법 제2조 제1항에서 본 바와 같이, 취업활동이 의무화되어 있기 때문에 수급자는 예외적인 경우를 제외하고는 고용사무소가 제공하는 모든 일자리를 수인가능한 것 (zumutbar)으로서 받아들여야 한다.

요구와 지원의 원칙은 수급자에게 실업상태에 있을 것을 요구하지 않고, 수급자에게 근로능력이 있음을 전제로 하기 때문에, 수급자에게 일정 수준의 소득이 있더라도 부조필요성이 인정된다. 즉 수급자는 제2실업급여 외에 시간제 근로의 경우 160유로까지, 영세 자영업의 경우에는 월 400유로까지 소득활동을 할 수 있고 위 소득상한까지 소득금액은 급여액에서 공제되지 아니한다. 즉 실직자나 미취업자가 아닌, 시간제 근로자나 영세 자영업자도 수급권자가 될 수 있다는 것을 의미한다.

생계급여 중심의 공공부조제도가 구직자 기초보장 중심으로 변모함에 따라, 2005년 기준 18세 이상 65세 미만의 생계급여수급자 약 170만 명 가운데 약 155만 명이 제2실업급여수급자로 전환되었고, 18세 미만의 생계급여수급자 약 110만 명 가운데 약 107만 명이 사회수당수급자로 전환되었다.⁵⁸⁾ 이후 2011년부터 2018년까지 제2실업수당 수급자의 수는 연 평균 400만 명에 이른다.⁵⁹⁾

58) Bundesagentur für Arbeit, 『Jahresbericht 2005』 참조.

59) <http://de.statista.com> 참조.

4. 성과와 시사점

독일의 구직자 기초보장제도는 다른 국가의 실업부조제도에 비하여 광범위하고 이질적이다. 따라서 구직자 기초보장제도에 대해서는 긍정적인 평가와 부정적인 평가가 병존한다.

긍정적인 평가로는 첫째 숨겨진 빈곤이 양성화됨으로써 사회보장의 사각지대가 급격히 감소하였다는 점이다. 근로능력을 광의로 해석함으로써 노동시장의 주변부에 위치한 사람들에 대한 가시성이 높아졌을 뿐만 아니라, 수급자격의 인적 범위도 확대되었다. 기존 생계급여에 비하여 소득 및 자산 요건이 완화되고 주거급여도 현실적인 수준으로 확대되어 잠재된 빈곤 계층까지 모두 수급자격을 요구하게 되었다. 이에 따라 제1실업보험급여의 수급자격이 없는 대학졸업자, 자영업자, 취업 경험이 없는 장기 미취업자, 단독양육모, 체류허가를 받아 독일에 체류하는 비정형 근로자 외에 약물중독자, 노숙인, 전과자와 같은 사회주변인에게도 모두 급여 혜택이 주어진다. 근로능력 있는 수급자 가운데 약 20%가 학력이 전문하고, 약 54%가 직업훈련의 경험이 없는 사람들이다. 이민자, 1인 가구, 2 이상의 자녀를 둔 부부에게도 기존 생계급여에 비하여 유리한 제도로 평가된다. 둘째 기존 생계급여수급자 중에 고용사무소에 등록되지 않았던 수급자들이 기초보장제도에 편입되면서 노동시장에 드러나게 되어 숨겨진 실업이 양성화되었다. 취업을 위한 활성화프로그램에 참가한 지 2년이 지나면 다시 심사를 거쳐 향후 2년 내 계속하여 정규 일자리를 구할 가능성이 없다고 판단되면, 취업취약계층으로 분류되어 정규직 임금의 75%에 해당하는 특별보조금이 기한 없이 지급된다. 그 밖에 채용지원금, 기업 내 훈련, 창업지원금 등이 지원된다.⁶⁰⁾

60) 한국노동연구원, 독일의 실업부조, 『국제노동브리프』 (2012. 9.) 25면 이하 참조.

부정적인 평가로는 첫째 고용사무소가 제안한 일자리는 일단 기대가능하고 수인가능한 것으로 추정되어 실업자에게 원치 않는 노동을 강요한다는 점이 지적된다. 현실적으로 완전고용이 불가능하기 때문에, 수급자는 영세 자영업이나 소위 ‘1유로 잡’에 강제적으로 편입될 수밖에 없고 영세 자영업이나 ‘1유로 잡’은 정규직 고용으로 이어지는 다리 역할을 하지 못하기 때문에 결과적으로 대량의 취업취약계층을 양산하게 된다. 둘째 근로능력과 무관하게 수급자격이 인정되던 생계급여수급자를 다시 ‘일할 수 있는 사람’과 ‘일할 수 없는 사람’으로 구분함으로써 노동프로그램에 따라 인간을 기능적으로 평가하고 있다는 비판을 배제하기 어렵다. 셋째 고용사무소가 제안한 일자리를 거부하는 경우 급여의 단계적인 삭감은 최저생계보장이라는 본래 취지에 부합하지 아니한다. 넷째 동거하는 수요공동체인지 아니면 단순히 주거를 공유(쉐어링)하는 단독 세대인지를 구별하기 위하여 과도한 행정비용이 투입되어야 한다. 다섯째 취업가능인구에 편입되었다 하더라도, 취업가능인구의 상당수는 교육 훈련 중이어서 당장 고용시장에 투입될 수 없는 경우이거나, 일시적으로 건강이 좋지 않은 경우,⁶¹⁾ 돌봄을 받아야 하는 가족이 있거나 상당 시간을 영세 자영업에 종사하여야 하는 경우여서 실질적으로 취업가능인구에 포함된다고 보기 어렵다. 마지막으로 수급자 중 60%는 수급기간이 2년 이상이고, 부조필요성이 해소되어 수급자 집단에서 이탈한 25%의 수급자 가운데 1년 이내 다시 수급자로 복귀하는 비율이 40%를 초과하는 등, 이른바 회전문 효과(revolving door effect)를 보인다.⁶²⁾

복지의존적 문화를 가지고 있는 유럽인들에게 세계화와 신자유주의, 노

61) 노동시장의 통상적 조건 하에서 1일 3시간 이상 근로가 가능한 경우 외에 건강상 문제로 일시적으로 근로불능 상태에 있는 사람도 모두 근로능력이 있는 사람으로 간주하기 때문에, 상당기간 근로를 할 수 없는 사람들도 모두 구직자에 포함된다.

62) Ibid.

동 유연화의 요구는 분명 고통스러운 것이다. 그러나 성장을 통한 고용의 창출과 고용을 통한 빈곤의 개선이라는 원칙은 여전히 유효하며, 복지국가의 지속가능성을 위하여 불가피한 선택이다. 실업부조제도의 도입으로 독일의 고용지표는 개선되었지만, 여전히 빈곤과 불평등은 개선되지 않고 남아 있다. 여전히 청년들은 취업이 걱정되고, 장년층은 연금의 미래를 걱정하며, 노년층은 재취업을 고민한다. 여성의 취업율은 개선되었으나 가시적인 성과는 여전히 미미하다.

그럼에도 불구하고 독일은 실업부조제도를 도입하고 개선해 가는 과정에서, 다양한 문화적 배경과 사회적 조건을 가진 이해당사자들과 함께 대화와 타협을 통하여 공동의 목표를 설정하고 이를 달성하기 위한 방안을 모색해 나가는 모습을 보여 주었다. 고용지표를 개선하기 위하여 취업가능인구를 가혹하게 고용시장으로 내몰았지만, 그 외중에도 아동, 여성, 장애인, 노인세대와 이민자를 사회에서 배제시키지 않으려고 노력하는 모습은 우리에게 시사하는 바가 크다.

V. 맺음말

법학에서 ‘빈곤’은 낯선 주제이다. 헌법학에서는 더욱 생소하다. 빈곤의 개념을 소득의 문제로 국한시키지 않고 장애, 질병, 노령, 실업 등 사회적 위기로 인하여 공적 부조가 필요한 상태로 이해한다면, 빈곤의 문제가 좀 더 가깝게 느껴질지 모른다. 현재 우리가 겪고 있는 세계적인 보건위기 상황은 개인이 언제라도 사회적으로 낙오되거나 배제될 수 있다는 불안을 공유하게 만들기 때문이다. 국가가 개인의 ‘불안’에 어디까지 개입하여야 하는지는 또 다른 문제이다. 그러나 경제적 빈곤이나 사회적 배제로 인한 개인의 불안과 고립감은, 다수의 안전(Sicherheit)과도 직결된다. “안전을 믿고 탄 열차의 기관사가 계약직으로 눈이 충혈될 정도로 일해야 겨우 네 식구

먹여 살릴 수 있는 가장이라면, 태평양 상공을 나는 비행기의 기장이 의료 보험이 적용되지 않는 희귀병을 앓고 있는 아들의 천문학적 수술비를 걱정하고 있다면, 현해탄을 건너는 여객선의 항해사가 은퇴할 나이에 연금과 퇴직금도 없는 비정규직이어서 우울증이 심하다면, 그 사실을 알고도 우리는 마음 편히 그 열차나, 비행기, 배에 올라탈 수 있을까?⁶³⁾라는 질문은 우리의 노동현장과 공적 복지의 현실을 돌아보게 하는 뼈아픈 지적이다.

필자는 이 글을 통하여, ①절대적 빈곤만을 빈곤으로 규정할 것이 아니라 사회적 배제의 개념에 따라 잠재되고 숨겨진 빈곤까지 빈곤의 범주에 포함시켜야 한다는 점, 그리고 ②공공부조의 기본 원리인 보충성의 원칙을 국가 개입의 후순위성이라는 소극적 의미로만 이해하기 보다는, 개인의 자율성과 국가의 지원이 선후관계 없이 상호보완적으로 작용하되 ‘이로운 지원의 원칙’에 따라 부조가 필요한 사람들에게 적시에 가장 적합한 방식으로 지원이 이루어져야 한다는 의미로 해석되어야 한다는 점, 마지막으로 ③ 독일의 새로운 기초보장제도가 숨겨진 빈곤을 양성화하고, 사회 취약자 계층이 사회시스템으로부터 이탈되지 않는 방법을 모색해 가는 과정을 살펴봄으로써 우리나라의 기초보장제도가 숨겨진 빈곤을 해결하기 위해 개선되어야 할 당위성이 있음을 주장하였다. 다른 학문 영역에서와 마찬가지로 헌법학에서도 향후 빈곤의 문제가 정식화되고 공론화된다면, 기초보장제도가 최후의 사회안전망으로서 최소한의 급여만을 보장하는 제도가 아니라 국민 개개인의 불안을 잠재울 수 있는 좀 더 두텁고 촘촘한 사회안전망으로서 제 기능을 하는 데에 중요한 견인차 역할을 할 수 있을 것이다.

63) 안희경, 『문명 그 길을 묻다』, 이야기가 있는 집(2015), 160면.

[국문초록]

오늘날 인구의 고령화, 1인 가구 및 단독양육자의 증가, 영세 자영업자를 포함한 비정형 노동자의 급증, 그로 인한 근로빈곤의 확대는 우리나라만의 일국적인 현상은 아니며 전 세계가 마주하고 있는 위기이다. 이 논문에서는 신빈곤 개념에 따라 빈곤의 범주를 확대함은 물론, 공공부조제도가 최후의 안전망으로서 보충적으로만 기능하여야 한다는 기존의 입장에서 벗어나 헌법적 관점에서 새롭게 공공부조의 급부원리를 정립할 필요가 있음을 주장하며, 공공부조제도의 과감한 변혁을 통하여 숨겨진 빈곤을 양성화한 독일의 사례를 들어 우리나라 공공부조제도가 변화하고 개선되어야 할 당위성을 주장한다. 빈곤이 더 이상 개인적인 물질적 결핍의 문제가 아니라 사회 구조적 모순의 결과이며 다수의 안전과 직결되는 문제임을 인정한다면, 기초보장제도를 최후의 사회안전망이 아니라 숨겨진 빈곤을 양성화하고 잠재적 빈곤을 예방할 수 있는 보다 두텁고 촘촘한 사회안전망으로 활용할 방안을 모색할 필요가 있을 것이다.

주제어

숨겨진 빈곤, 보충성원칙, 사회적 배제, 공공부조, 실업부조, 인간상공식

[Zusammenfassung]

Die Alterung der Bevölkerung, die Zunahme von Einpersonenhaushalten und Alleinerziehenden, die rasche Zunahme atypischer Arbeitnehmer einschließlich kleiner Selbstständiger, und die daraus resultierende Ausweitung der Arbeitsarmut sind nicht nur in Korea zu beobachten, sondern auch eine Krise, der die Welt gegenübersteht.

Der besondere Fokus dieses Artikels liegt darin, dass die Kategorie der Armut nach dem neuen Konzept der Armut erweitert werden sollte, und von der bestehenden Position abweichend, dass das Sozialhilfesystem nur als das letzte soziale Sicherheitsnetz subsidiär fungiert, ein neues Leistungsprinzip des Sozialhilfesystems aus verfassungsrechtlicher Sicht etabliert werden muss. Aus dem Fall Deutschlands, das durch drastische Umgestaltung des Sozialhilfesystems gegen verdeckte Armut bekämpft hat, ist auch die Rechtfertigung herauszufinden, dass das koreanische Sozialhilfesystem geändert und verbessert werden sollte.

In der Erkenntnis, dass Armut nicht länger ein Problem der individuellen materiellen Entbehrung ist, sondern das Ergebnis sozialer struktureller Widersprüche und ein Problem, das in direktem Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit steht, wird es notwendig sein, einen Weg zu finden, um das bestehende Sozialhilfesystem nicht als das letzte soziale Sicherheitsnetz, sondern als dickes und dichtes soziales Sicherheitsnetz zu nutzen, in dem verdeckte Armut zu vermindern und potenzielle Armut zu verhindern ist.

Stichwörter

Verdeckte Armut, Subsidiaritätsprinzip, Sozialhilfe, Menschenbild-Formel, Grundsicherung für Arbeitsuchende

참고문헌

[국내문헌]

- 김미숙 외 4, 『한국의 아동빈곤실태와 빈곤아동지원방안』, 보건사회연구원(2007).
- 김세규, 사회보장법에 있어서의 보충성원칙, 독일의 경우를 중심으로, 『독일학 연구』 제16권(2002. 12.).
- 김윤태, 불평등과 이데올로기 - 능력, 경쟁, 확산의 담론에 대한 비판, 『한국학 연구』 제67권(2018. 12.).
- 김윤태/서재욱, 빈곤의 다차원성: 이론적 논쟁의 검토, 『비판사회정책』 제48호 (2015).
- 김은주, 다차원 빈곤지표로 측정된 한국의 아동빈곤: 새로운 지표의 적용가능성 탐색, 『한국사회정책』 제22권 제3호(2015. 9.).
- 김혜영/이은주/윤홍식, 여성빈곤의 구조적 요인과 빈곤의 여성화 - 가족, 노동시장, 복지 정책에 관한 여성주의적 재고, 『아시아여성연구』 제44권 제1호(2005. 5).
- 박귀천, 실업자와 그 가족에 대한 기초생활보장의 적정수준, 『이화여자대학교 법학논집』 제15권 제2호(2010. 12.).
- 박성민, 평등권 침해를 중심으로 본 부양의무자 기준의 위헌성, 『사회보장법학』 제5권 제1호(2016. 6.).
- 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 『공법연구』 제33집 제1호(2004).
- 변용찬, 장애인의 빈곤실태와 정책과제, 『2007 빈곤과 사회권』, 국가인권위원회 (2007).
- 보건복지부, 『2018 국민기초생활보장 수급자 현황』(2019. 7.).
- 신명호 외 7, ‘사회적 배제’의 관점에서 본 빈곤층 실태 연구, 국가인권위원회 인권상황실태조사보고서(2004).
- 아마르티아 센, 『자유로서의 발전』, 김원기 역, 갈라파고스(2013).
- 안희경, 『문명 그 길을 묻다』, 이야기가있는집(2015).
- 여유진 외 6, 『부양의무자 기준 폐지에 따른 정책과제 연구』, 한국보건사회연

구원(2017. 4).

옌뉘 안데르손, 『경제성장과 사회보장 사이에서』, 박형준 역, 책세상(2014).

오성은/김한성, 사회적 배제가 한부모가족 가구주의 우울에 미치는 영향, 『사회과학연구』 제31권 제1호(2020).

이흥재/전광석/박지순, 『사회보장법』, 신조사(2013).

정관영, 박보영, 사회보장수급권에 대한 헌법 제37조 제2항의 위헌심사기준, 공공부조를 중심으로, 『사회보장법연구』 제3권 제2호(2014. 12.).

정재훈, 『독일 복지국가론』, EM 커뮤니티(2015).

존 롤즈, 『정의론』, 황경식 역, 이학사(2003).

한국노동연구원, 독일의 실업부조, 『국제노동브리프』 (2012. 9.).

[국외문헌]

G. Dürig in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar Bd I, Art. 1.

OECD Better Life Index, 『How's Life?』(<http://stats.oecd.org>).

Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 『BeckOK Sozialrecht』, 57. Edition(2020. 06), C.H.Beck München 2020.

단순고권작용에 의한 기본권침해와
헌법소원의 위헌심사기준

Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung durch
Schlicht-hoheitliches Handeln und Prüfungsmaßstab der
Verfassungswidrigkeit in der Verfassungsbeschwerde in der
Republik Korea

鄭 南 哲(Chung, Nam-Chul)
숙명여자대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

I. 서론	221
II. 단순고권작용과 법률유보원칙	224
1. 단순고권작용의 연혁과 개념	224
2. 기본권의 사실상 침해와 법률유보	226
III. 단순고권작용의 헌법소원 대상성	230
1. 문제의 소재	230
2. 구체적 사례의 검토	231

헌법논총 제31집(2020)

가. 권력적 사실행위	231
나. 경고	234
다. 행정지도	237
라. 비공식적 행정작용	239
마. 공표·공고 등	240
3. 소결	242
IV. 단순고권작용에 대한 위헌심사기준	243
1. 법률유보원칙 위배 여부	243
2. 과잉금지원칙 위배 여부	245
3. 평등원칙 위배 여부	248
V. 맺음말	249
* 국문초록 및 주제어	251
* 독문초록 및 주제어	253
* 참고문헌	255

I. 서론

헌법재판소는 살수차를 이용한 직사살수가 청구인의 기본권(생명권 및 집회의 자유)을 침해하여 헌법에 위반된다고 결정하였다.¹⁾ 근래에는 이러한 사실행위에 의해 기본권이 침해되는지, 또는 이러한 사실행위에 대해 헌법소원을 제기할 수 있는지가 문제된다.²⁾ 국내 문헌에서는 일종의 상위개념으로서 ‘사실행위’라는 용어가 일반적으로 많이 사용되고 있다. 그러나 독일 문헌에서는 이러한 ‘사실행위’ 외에 단순고권적 행정작용(Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln),³⁾ 단순행정작용(Schlichtes Verwaltungshandeln),⁴⁾ 단순고권작용(Schlicht-hoheitliches Handeln)⁵⁾ 등의 개념도 사용되고 있다. 이러한 개념들이 사실행위와 동일한 개념으로 사용되기도 하지만,⁶⁾ 양 개념이 반드시 일치하는 것은 아니다. 독일의 문헌에서도 비권력적 성격에 비중을 두고 ‘단순행정작용’이라는 표현을 사용하는 경우가 적지 않다. 그러나 오늘날에는 이러한 작용에 의한 기본권의 사실상 침해가능성, 그리고 이에 대해 행정소송이나 헌법소원 등 공법상의 권리구제수단을 적극적으로 고려하기 위해 ‘단순고권작용’ 또는 ‘단순고권적 행정작용’이라는 용어를 사용하기로 한다. 이러한 단순고권작용은 사실행위나 비공식적 행정작용, 경고·권고 기타 정보작용 등을 망라한다.

단순고권작용은 전통적인 독일 행정법의 도그마틱(Dogmatik)에서 서자

1) 헌재 2020. 4. 23. 2015헌마1149.

2) 국내 학설 중에는 명예훼손적 발언, 전화의 도청, 강제예방접종 등 사실행위에 의해서도 자유권의 제한이 인정된다는 견해가 있다(한수용, 헌법학, 제7판, 464면).

3) Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 247.

4) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., §15 Rn. 1 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 13. Aufl., §35 Rn. 38 ff.; M. Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln, Tübingen 1995, S. 22.

5) Schmitz, in: Sachs(Hg.), VwVfG, Kommentar, 9. Aufl., §1 Rn. 98.

6) Erichsen, in: Erichsen/Ehlers(Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., §30 Rn. 1.

(庶子) 취급을 당한 것이 사실이다.⁷⁾ 이러한 단순고권작용은 원칙적으로 대외적 구속력을 가지지 않는다고 보는 것이 일반적이다. 단순행정작용에는 사실행위 외에 비공식적 행정작용, 경고 등 있다. 이러한 점은 외부적 효과를 가지는 행정작용인 행정행위와 구별된다. 그러나 독일에서는 오래 전부터 사실행위에 의해 기본권이 사실상 침해될 수 있다는 주장이 제기되었다.⁸⁾ 이러한 기본권의 제약을 어떻게 이해해야 하는지가 문제된다. 사실행위는 원칙적으로 국민의 권리·의무에 영향을 미치지 아니한다는 점에서 비권력적 성질을 가진다. 그러나 우리나라에서는 일본 입법례의 영향으로 ‘권력적’ 사실행위가 인정되고 있으며, 권력적 사실행위의 일부는 행정소송 법상 처분 개념에 포함되고 있다. 세무조사결정에 대해 원심은 사실행위에 해당한다고 보아 처분성을 부정하였으나,⁹⁾ 대법원은 납세의무자의 권리의 무에 직접 영향을 미치는 공권력의 행사에 따른 행정작용으로 보아 항고소송의 대상이 된다고 판단하였다.¹⁰⁾ 그러나 행정사건에서 처분성 여부만 판단할 뿐, 해당 행정작용의 성질을 권력적 사실행위라고 명확히 인정한 사례는 많지 않다. 대법원은 경남도지사의 진료의료원의 폐업결정을 처분으로 판단하였으나, 원심은 해당 폐업명령을 강화상 하명 또는 권력적 사실행위로서 보았다.¹¹⁾

헌법재판소는 권력적 사실행위를 판단하는 일정한 기준을 제시하고 있지만,¹²⁾ 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위의 구별은 현실적으로 쉽지 않

7) Robbers, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, DÖV 1987, S. 272.

8) 대표적으로 Hans-Ullrich Gallwas, *Faktische Beeinträchtigung im Bereich der Grundrechte*, Berlin 1970, S. 12 ff. 참조.

9) 대전고등법원 2009. 11. 26. 선고 2009누124 판결.

10) 대법원 1998. 9. 4. 선고 97누19588 판결.

11) 부산고등법원 2015. 12. 2. 선고 (창원)2014누11529 판결.

12) “당해 행정주체와 상대방의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 여부 등 그 행위가 행하여 질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한

다. 이러한 권력적 사실행위의 등장으로 사실행위에도 법률유보의 원칙이 적용되는지가 문제된다. 사실상의 기본권 침해를 인정하는 입장에서는 법률유보의 원칙을 엄격히 적용해야 한다고 본다. 전통적으로 일반적인 법률유보의 적용영역은 ‘침해행정’이다. 이러한 침해행정은 고권적 법률행위로서 직접성, 목적성 및 명령성을 가져야 한다고 보았으나, 근래에는 사실상 실체적인 침해를 가져 오는 행정작용도 포함한다고 보고 있다.¹³⁾ 예컨대 행정청이 특정한 생필품에 대해 화학적으로 유해한 식품이라고 발표하거나 경고하는 경우를 상정해 볼 수 있다. 오늘날 불확실성을 특징으로 하는 리스크 사회(Risikogesellschaft)에서는 이러한 문제가 자주 발생할 수 있다. 이러한 경고나 발표는 국민의 생명이나 안전과 관련하여 매우 중요한 정보를 제공하는 것이고, 해당 업체에 대해서는 ‘경고’의 성격도 가질 수 있다.

독일에서는 이러한 사실행위에 대하여 행정소송법상의 권리구제가 가능하다. 이러한 사실행위에 대해 일반이행의 소 또는 금지의 소(Klage auf Unterlassung)를 제기할 수 있을 뿐만 아니라, 결과제거청구권도 주장할 수도 있다.¹⁴⁾ 우리나라에서는 이러한 형식의 소송이 인정되지 않고, 공법상 당사자소송을 제기할 수 있는지 여부가 검토되고 있을 뿐이다.¹⁵⁾ 그 밖에 이러한 사실행위에 대해 예방적 금지소송과 가처분이 효과적인 구제방법이라고 보는 견해도 있다.¹⁶⁾ 단순고권작용에 의해 식품을 판매하는 업체들이

다.”(헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462)

13) Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., §6 Rn. 16.

14) Maurer/Waldhoff, a.a.O., §15 Rn. 7.

15) 이와 관련하여 결과제거청구권을 주장하고, 이를 실현하기 위해 당사자소송 차원에서 이행소송을 제기해야 한다는 견해도 있다(김중권, 행정법, 제3판, 462-463면). 일분에서도 이미 사실행위에 대해 공법상 당사자소송을 활용해야 한다는 주장이 유력하게 제기된 바 있다(高木 光, 行政訴訟論, 2006, 132면 이하 참조).

16) 박균성, 행정법론(상), 제19판, 548면. 다만, 독일에서는 원칙적으로 행정행위에 대해 예방적 금지소송(vorbeugende Unterlassungsklage)을 제기할 수 있다고 보는 것이 지배적 견해이지만, 사실행위나 법률하위규범(법규명령, 조례)에 대해서도 이를 허용할 수 있는지에 대해서는 견해대립이 있다(이에 대한 상세한 소개는 정남철, 행정구제

재산상 피해를 입거나 재산권이나 영업의 자유 등 기본권이 침해될 수 있는지도 논란이 되고 있다. 그러한 점에서 사실행위를 포함한 단순고권작용의 특성을 정확히 파악하여 법률유보의 원칙이 적용되는지 여부를 검토할 필요가 있다(II). 또한 이러한 단순고권작용에 대해 헌법소원을 제기할 수 있는지에 대해 유형별로 살펴보도록 한다(III). 나아가 이러한 단순고권작용에 대해 어떠한 위헌심사기준을 적용해야 하는지를 고찰하도록 한다(IV).

II. 단순고권작용과 법률유보원칙

1. 단순고권작용의 연혁과 개념

단순고권작용에도 법률유보의 원칙이 적용되는지가 문제된다. 이러한 문제를 논하기 이전에 유사한 개념과의 구분이 필요하다. 단순고권작용은 우리나라에서 ‘사실행위’로 표현되는 것이 보통이지만, 이론적으로 양자는 구별된다. 단순고권작용이라는 작용형식을 최초로 발견한 사람은 발터 옐리네크(Walter Jellinek)이다. 그는 먼저 공행정을 고권적(高權的) 행정으로 보면서 사법(私法)의 영역에 해당하는 국고행정(fiskalische Verwaltung)과 구별하였고, 또한 고권적 행정을 다시 당국에 의한 ‘관헌(官憲)행정(Obrigkeitsliche Verwaltung)’과 ‘단순고권행정(Schlichte Hoheitsverwaltung)’으로 구분하였다.¹⁷⁾ 특히 발터 옐리네크는 후자를 비(非)관헌적 공행정으로서 ‘사회의 행정(gesellschaftliche Verwaltung)’ 내지 ‘사회적 행정(soziale Verwaltung)’으로 파악하였다. 그러나 발터 옐리네크가 사용한 단순고권행정의 개념은 명확하지 않은 점이 있고, 이러한 개념이 오늘날의 단순고권작용과 일치하는지도

의 기본원리, 제1전정판, 520-521면 참조).

17) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, Nachtrag von 1950 und ein Vorwort zum Neudruck von Prof. Dr. Otto Bachof (Nachdruck 1966), S. 20 ff.

의문이다.

일반적으로 사실행위는 ‘고권적’ 의사표시를 내용으로 하는 행정행위나 공법계약상의 청약 등과 구별된다. 독일에서는 사실행위를 단순행정작용과 동일하게 이해하는 견해도 있지만, 이를 상위개념으로 파악하면서 ‘단순고권적 행정작용’과 ‘단순행정작용’을 구분하는 견해도 있다.¹⁸⁾ 그러나 근년에는 사실행위의 개념과 유사개념을 구분하는 견해가 등장하고 있다. 사실행위라는 용어는 사실적 효과만을 목적으로 하고 있다는 인상을 주지만, 실제 기본권 침해의 문제가 적지 않게 발생하고 있다. 이러한 용어상의 혼란을 피하기 위해 사실행위라는 용어 대신에 ‘단순고권적 행정작용(Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln)’이라는 용어를 사용하면서 사실행위와 단순고권적 의사표시, 그리고 비공식적 행정작용으로 구분하는 견해도 유력하다.¹⁹⁾ 또한 이 견해는 사실행위가 사실적 효과만을 가져오며, 사실행위의 일부 중에는 “의사표시”로 볼 수 있는 경우도 있다고 보고 있다. 예컨대 정보제공, 전문감정서 작성, 권고 또는 화학안전사고의 언론발표 등이 그러하다. 이러한 작용들은 법적 효과를 가지지 아니하고 규율(Regelung)도 포함하고 있지 않지만, 헌법상의 척도에 따라 기본권 침해의 적법성 심사가 배제되지 않는다고 보고 있다.²⁰⁾ 또한 이 견해는 청구의 포기나 계약해지의 통보 등과 같은 단순고권적 의사표시(Schlicht-hoheitliche Willenserklärung)가 행정법관계의 내부에서 이루어진다는 점에서 이를 행정행위나 공법상 계약으로 볼 수 없다고 주장한다.²¹⁾ 이러한 행위에 의해 기본권 침해가 문제되고 있다는 점에서 그 모든 유형을 ‘사실행위’로 분류하는 것이 타당한지에 대해 고민할 필요가 있다. 이러한 유형의 행정작용에 의한 기본권 침해를 이유로

18) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., §

19) Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 247 f.

20) Battis, a.a.O., S. 248.

21) Battis, a.a.O., S. 249.

헌법소원을 제기하는 경우에 이를 공권력작용으로 파악할 수 있는지가 문제된다.

2. 기본권의 사실상 침해와 법률유보

법률유보에 관한 이론 중 전부유보설을 따르지 않는 한 사실행위에 반드시 법률상 수권이 필요한 것은 아니라는 것이 일반적이다. 사실행위는 상대방에게 법적 효과를 발생시키지 아니하므로 법률유보원칙을 엄격히 적용하지 않아도 되었다. 그러나 독일에서는 이러한 사실행위에 의해서도 사실상 기본권이 침해될 수 있다는 주장이 설득력을 가지고 있다. 헌법소원에 있어서 ‘권리침해(Rechtsverletzung)’의 개념에 이러한 사실상의 침해(faktische Beeinträchtigungen)도 포함되는지가 문제된다. 유력설은 이러한 사실상의 침해도 필요한 침해의 성질을 가질 수 있고, 국가의 독점권한(Monopol)이 사실상 기본권제한에 영향을 미칠 수 있다고 보고 있다.²²⁾ 그 구체적 사례로 국가의 ‘정보활동’을 들고 있고, 사인(私人)에 의해서도 사실상 기본권이 침해될 수 있다고 보고 있다.²³⁾ 실제 이러한 사실행위에 의해 사실상 기본권이 침해되는 사례는 매우 다양하기 때문에 이러한 침해과정을 종합적으로 판단해서 침해행위로 고려할 수 있다.²⁴⁾

국가가 시장과 관련된 정보를 알리는 것이 개인의 직업의 자유를 사실상 침해할 수 있는지가 문제된다. 이러한 국가의 정보활동이 그 목표설정이나 효력에 있어서 전통적인 기본권 침해를 대신하는 경우에는 기본권 침해가 인정될 수 있다.²⁵⁾ 독일 연방헌법재판소는 사실상의 효과에 의해 기

22) 이에 대해서는 Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsrecht, 10. Aufl., Rn. 228.

23) Schlaich/Koriath, a.a.O.

24) Lechner/Zuck, BVerfGG, 7. Aufl., §90 Rn. 139.

25) Jarass, in: Jarass/Pieroth, 10. Aufl., GG, Art. 12 Rn. 14a; BVerfGE 105, 252/273.

본권이 침해될 수 있음을 인정하고 있다.²⁶⁾ 그러나 이러한 사실상의 침해는 재산권의 보호범위에 대한 제약이 아니며, 공용수용에 해당하지 아니한다. 종래에는 이러한 사실행위에 의한 재산권 침해를 수용유사적 침해이론이나 수용적 침해이론을 매개로 하여 손실보상을 인정하였다.²⁷⁾ 그러나 근래에는 이를 부정적으로 보는 견해가 압도적이다.²⁸⁾ 예컨대 소방기본법 제25조에는 인명구조나 화재진압 등에 관한 강제처분을 규정하고 있으며, 이로 인해 발생한 재산상 피해에 대해 손실보상을 규정하고 있다. 이를 적법한 사실행위로 인해 특별한 희생이 발생한 경우로 보아 손실보상이 인정된다고 보는 견해가 있다.²⁹⁾ 즉 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 인명구조나 화재진압 등을 위해 필요한 경우 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다(소방기본법 제25조 제1항). 또한 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정할 때에는 제1항에 따른 소방대상물 또는 토지 외의 인근 소방대상물과 토지에 대해서도 제1항에 따른 처분을 할 수 있고, 소방활동을 위하여 긴급하게 출동할 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거하거나 이동시킬 수 있다(같은 법 제25조 제2항 및 제3항). 이는 제3자(비위해발생자, 경찰비책임자)에 대한 위험방지활동이라고 볼 수 있다. 이러한 처분으로 인해 재산상 손실을 입은 경우에는 보상을 청구할 수 있다(같은 법 제49조의2 제1항 제3호). 그러나 이러한 손실보상은 사실행위가 아니라 ‘처분’에 의해 발생한 재산상 피해를 전보하기 위한 것이다. 이러한 손실보상

26) BVerfGE 46, 120/137.

27) 이에 대해서는 김남진·김연태, 행정법 II, 제24판, 375-376면. 그러나 이 견해는 입법을 통한 문제해결이 올바른 해결책이라고 주장한다.

28) Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., §19 Rn. 26.

29) 박윤훈·정형근, 최신행정법강의(상), 개정30판, 491면.

을 헌법 제23조 제3항에 의한 ‘공용제한’으로 보아야 하는지, 아니면 조정적 보상부 내용한계로 보아야 하는지가 문제된다. 특별한 희생으로 보는 경계이론의 입장에서는 전자로 이해하는 것이 보통이지만, 분리이론에 의할 경우 사실행위에 대한 재산권 침해는 재산권의 내용한계로 이해될 뿐이다. 그러나 분리이론의 입장에서도 소위 ‘조정적 보상부 내용한계’로 볼 수 있다.

국내에서는 아직 수용보상과 조정보상의 구분이 명확하지 않다. 양자는 그 헌법적 근거나 범위 등에서 차이가 있다. 법치국가원리에 비추어 사실행위도 법률에 적합하여야 할 뿐만 아니라 법률을 위반하여서는 아니 된다(법률우위원칙). 다만, 사실행위가 사실상 기본권을 침해하는 경우에 법적 근거가 있어야 하는지가 문제된다. 즉 이러한 사실행위에도 법률유보의 원칙이 적용되는지, 또한 어느 정도의 범위에서 이러한 원칙이 적용되는지 등이 문제된다. 소위 범류유보의 강도 내지 밀도의 문제이다. 물론 개별법에 사실행위에 대한 근거를 둔 경우도 적지 않다. 이러한 문제는 대체로 경찰행정법의 영역에서 발생한다. 위험방지를 위한 경찰상의 조치에는 경찰상 법규명령(경찰명령)이나 경찰상 행정행위(경찰허가, 경찰하명 등) 외에 경찰상의 사실행위가 적지 않다.³⁰⁾ 예컨대 경찰상 강제집행이나 즉시강제 등에는 사실행위에 해당하는 경우가 적지 않다. 또한 데이터의 조사·수집과 같은 행정조사도 이러한 사실행위에 속한다. 그리고 개인의 자유나 권리를 중대하게 제한하거나 침해할 수 있는 경찰작용은 법적 근거를 두어야 한다.³¹⁾ 예컨대 경찰관의 무기사용은 생명과 신체 등에 직접적 영향을 미칠 수 있다는 점에서 법률의 수권이 필요하다. 경찰관직무집행법 제10조의 4 제1항에는 “경찰관은 범인의 체포, 범인의 도주 방지, 자신이나 다른 사람의 생명·신체의 방어 및 보호, 공무집행에 대한 항거의 제지를 위하여

30) 이에 대해서는 Götz, Allgemeines Polizeirecht, 15. Aufl., §12 Rn. 1.

31) 대법원 2018. 12. 13. 선고 2016도19417 판결 참조.

필요한 한도에서 무기를 사용할 수 있다”고 규정하고 있다.

사실행위에 대하여 어느 정도의 범위에서 법률유보원칙이 적용될 것인지는 침해의 성질이나 정도 등에 달려 있다.³²⁾ 이러한 무기사용에는 개괄적 수권조항(개괄조항, 일반조항)이 아니라 개별적 수권조항이 필요하다. 그러한 이유에서 경찰관직무집행법 제10조의4에는 무기사용의 요건을 구체적으로 규정하고 있다. 그러나 이러한 국가의 정보작용에 대해서도 기본권제한(Grundrechtseingriff)이 인정되며, 이러한 정보작용에 대해 법률유보가 더 이상 문제되지 않는다는 견해도 있다. 즉 최근 독일 연방헌법재판소의 판례에서는 직업의 자유나 신앙·양심의 자유 등 기본권의 보호범위를 좁게 이해하여 경고나 정보제공 등이 관련되는 경우가 적고, 정보작용은 이러한 기본권의 보호범위 밖에 있다는 것이다.³³⁾ 다만, 이러한 국가의 정보작용이 위법한 경우에는 기본권 침해의 문제가 발생한다.

한편, 국내에서는 단순한 지식표시에 대항하는 정보제공을 제외하고, 경고나 권고 등에 대해서도 법률유보의 원칙이 적용될 수 있다는 견해가 늘고 있다.³⁴⁾ 헌법재판소도 후술하는 바와 같이 방송사업자에게 방송표현 내용에 대한 방송위원회의 경고에 대해 헌법소원을 인정한 바 있다(III. 2). 헌법재판소는 원칙적으로 행정기관 내부의 의사표시를 비롯한 비권력적 사실행위에 대해 헌법소원의 대상을 부정하고 있다. 예컨대 부실기업의 정리와 관련하여 주거래은행의 정상화방안을 실현시키기 위한 정부의 ‘지시’를 비권력적 사실행위에 해당한다고 보아 헌법소원의 대상을 부인하였다.³⁵⁾ 그러나 헌법재판소는 교육부장관의 ‘학칙시정요구’가 일종의 ‘행정지도’로서 비권력적 사실행위에 해당한다고 보면서도, 규제적·구속적 성격을 가

32) Hermes, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, §39 Rn. 81 ff.

33) Zippelius/Würtenberger, a.a.O., §19 Rn. 31.

34) 김중권, 전제서, 469면.

35) 헌재 1994. 5. 6. 89헌마35, 판례집 6-1, 462.

지는 경우에는 헌법소원의 대상이 된다고 보고 있다.³⁶⁾ 또한 전술한 바와 같이 우리나라에서는 독일과 달리 권력적 사실행위가 인정되고 있으므로 이러한 다소 상반된 판례의 입장에 대해서는 이론적으로 면밀한 검토가 필요하다. 이하에서는 실무상 주로 문제되는 권력적 사실행위, 경고, 행정지도, 비공식적 행정작용, 공표·공고 등을 중심으로 헌법소원 대상성을 검토하기로 한다.

Ⅲ. 단순고권작용의 헌법소원 대상성

1. 문제의 소재

단순고권작용은 항고소송의 대상이 될 수 있다. 대법원은 권력적 사실행위뿐만 아니라, 경고나 권고 등 단순고권작용에 대해서도 처분성을 인정하고 있다. 예컨대 불문경고,³⁷⁾ 국가인권위원회의 성희롱결정 및 시정조치권고³⁸⁾ 등에 대해 처분성을 인정한 바 있다. 이와 같이 처분성이 인정되는 권력적 사실행위나 기타 단순고권작용은 보충성의 원칙에 따라 헌법소원의 대상에서 제외된다. 그러한 이유에서 단순고권작용이 헌법소원의 심판대상이 되는지는 유동적인 측면이 있다. 이와 달리 독일에서는 행정청의 조언, 권고, 경고 등 단순고권작용에 대한 방어 내지 권리구제를 위해서 일반이 행소송(allgemeine Leistungsklage)을 제기할 수 있다. 독일에서는 권력적 사실행위를 별도로 논하지 아니한다. 이러한 개념은 일본 입법례로부터 영향을 받은 것이다. 일본에서는 ‘공권력적’ 사실행위가 처분성에 포함되는지가

36) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌마337 등.

37) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001두3532 판결.

38) 대법원 2005. 7. 8. 선고 2005두487 판결.

문제되고 있다.³⁹⁾ 그 구체적 사례로는 사람의 수용, 물건의 유치 기타 계속적 성질을 가지는 것을 말한다.

일본에서도 취소소송의 대상을 판단하는 기준으로 ‘처분성’을 인정하고 있는데, 여기에서 말하는 처분성이란 “처분 기타 공권력 행사”라는 개념해석과 관련된 것이다(일본 행정사건소송법 제3조 제2항 참조). 이러한 ‘공권력 행사’의 개념은 매우 포괄적이다. 우리나라에서는 공권력행사가 처분개념의 핵심적 요소이지만, 일본에서 처분은 이러한 공권력행사의 일종 내지 구체적 예시라는 점에서 차이가 있다. 일본에서는 전통적으로 행정에 의한 권력적 행위(권력성)를 처분성의 핵심적 요소로 파악하였으나, 취소소송제도의 결과로서의 권력성(공정력·불가쟁력)과 처분성을 구별하는 견해가 유력하다.⁴⁰⁾ 나아가 사실행위도 공권력행사에 포함되어 있는데, 여기에는 대집행이나 직접강제, 즉시강제 등이 거론되고 있다.⁴¹⁾ 우리나라에서는 이러한 권력적 사실행위가 처분 개념에 포함된다고 보는 것이 일반적이므로 행정소송과 헌법소송의 경합이 발생할 수 있다. 전술한 바와 같이 대법원은 경고나 세무조사결정 등에 대해서는 처분성을 인정하였으나, 그 밖의 사실행위에 대해서는 여전히 관할권 경합의 문제가 남아 있다. 이하에서는 주로 문제가 되는 단순고권작용을 중심으로 헌법소원의 대상성 문제를 검토하기로 한다.

2. 구체적 사례의 검토

가. 권력적 사실행위

헌법재판소는 일부 행정지도를 제외하고 비권력적 사실행위에 대해서는

39) 南 博方(原編著), 條解行政事件訴訟法, 第4版, 41면 이하.

40) 塩野 宏, 行政法 II, 제6판, 106면.

41) 塩野 宏, 前掲書(II), 107면.

원칙적으로 헌법소원의 대상을 부인하고 있다.⁴²⁾ 전술한 대한선주 정리사건에서 부실기업의 주거래은행 정상화 방안을 위한 정부의 지시 등의 행위는 비권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 아니라고 판단하였다. 이에 반해 권력적 사실행위에 대해서는 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당한다고 보고 있다.⁴³⁾ 이러한 ‘권력성’이나 ‘고권적’ 성격은 헌법소원의 대상을 판단함에 있어서 핵심적 요소이다.⁴⁴⁾ 헌법재판소는 행정주체와 상대방의 관계에 있어서 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여 정도나 태도, 그 사실행위의 목적이나 경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 가부 등을 기준으로 권력적 사실행위를 판단하고 있다.⁴⁵⁾ 그러나 이러한 기준도 여전히 상대적이고 모호한 측면이 있다.⁴⁶⁾ 특히 법령에 의한 명령·강제수단의 발동이 가능한지 여부는 결정적 기준이라고 볼 수 있지만, 이러한 기준은 또한 행정처분의 판단기준이 되기도 한다. 결국 명령·강제 등과 같은 고권적 성격을 가지는 경우에 행정처분에 해당하는지 여부를 판단하고, 이에 해당하지 않는 경우에 기본권의 사실상 침해가능성 여부를 검토하여 권력적 사실행위를 인정할 수밖에 없다. 일본에서도 사실행위에 대한 취소소송에 대해 많은 논의가 있었고, 이와 관련하여 권력적 사실행

42) 학설도 대체로 그러한 입장이다(김하열, 헌법소송법, 제3판, 477면).

43) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2개정판, 252면. 수형자의 인권보호와 관련하여 권력적 사실행위로 판단한 사례가 적지 않다. 예컨대 신체과잉수색행위(헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 판례집 14-2, 54), 차폐시설이 불충분한 유치장내 화장실의 강제적 사용행위(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103) 등이 그러하다.

44) 정태호 주석 헌법재판소법(헌법재판소 헌법재판연구원), 제68조 제1항, 1030면.

45) 헌재 2012. 7. 26. 2011헌마332, 판례집 24-2상, 324.

46) 국내학설 중에는 구별기준의 모호성을 비판하는 견해가 있다(예컨대 성중탁, “사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안”, 행정판례연구 제19권 1호(2014), 318-319면 참조). 그러나 행정소송법의 개정을 통해 ‘처분’ 개념 대신에 사실행위를 포함하는 ‘행정행위’ 개념으로 대체하여 공법상 권리구제의 문제를 해결하자는 주장에는 찬동하기 어렵다(동인, 전제논문, 340면). 이를 허용하는 입법례도 없을 뿐만 아니라 행정행위의 본질에 반한다. 사실행위에 대해서는 무리한 해석을 시도하기 보다는, 이에 적합한 소송형식을 발굴하는 것이 올바른 해결방안이다.

위와 비권력적 사실행위의 구분대신에 ‘강제적’ 사실행위와 ‘임의적’ 사실행위로 분류하자는 견해도 유력하다.⁴⁷⁾

헌법재판소는 소위 ‘국제그룹 해체사건’에서 제일은행장에 대한 재무부장관의 국제그룹 해체준비 착수지시와 언론발표지시를 권력적 사실행위로 파악하고 헌법소원의 대상을 인정한 바 있다.⁴⁸⁾ 또한 미결수용자의 서신검열 등,⁴⁹⁾ 마약류사범에 대한 구치소장의 정밀신체검사⁵⁰⁾ 등 수행자의 인권과 관련된 사실행위에 대해서도 헌법소원의 대상을 인정하고 있다. 그러나 이러한 권력적 사실행위는 행정처분에 해당하여 항고소송의 대상이 될 수 있다. 따라서 보충성의 원칙에 의해 법원이 처분성을 인정하지 않는 권력적 사실행위에 대해서만 헌법소원의 대상을 인정할 수 있다.

모두(冒頭)에서 언급한 바와 같이 헌법재판소는 2015헌마1149 사건에서 직사살수가 청구인(A)의 생명권 및 집회의 자유를 침해하여 헌법에 위반된다고 확인하였다.⁵¹⁾ 이러한 직사살수는 경찰관 직무집행법 제10조 제4항에 의한 경찰장비의 사용에 해당한다. 그러나 ‘살수차’의 사용 근거는 같은 조 제6항의 위임에 의해 제정된 대통령령 구 ‘위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정(1999. 11. 27. 대통령령 제16601호로 제정되고, 2020. 1. 7. 대통령령 제30328호로 개정되기 전의 것)’ 제13조에서 비로소 발견할 수 있다. 그러나 살수차의 관리·운용에 관한 보다 상세한 근거 규정은 법령이 아니라, 경찰청훈령으로 제정된 ‘경찰장비관리규칙’에서 찾을 수 있다. 또한 직사살수의 요령에 대해서는 내부지침에 해당하는 ‘살수차 운용지침’에 규정되어 있다.

47) 高木 光, 前掲書, 120면 이하.

48) 현재 1993. 7. 29. 89헌마31, 판례집 5-2, 87, 105. 다만, 이에 대해 권력적 사실행위가 아닌 ‘하명(처분)’으로 보아야 한다는 견해도 있다(김중권, 전거서, 434면).

49) 현재 1995. 7. 21. 92헌마144, 판례집 7-2, 94, 102.

50) 현재 2006. 6. 29. 2004헌마826.

51) 현재 2020. 4. 23. 2015헌마1149.

여기에서 국민의 생명·신체 등을 직접적으로 그리고 중대하게 침해할 수 있는 살수차의 직사살수에 관한 규정을 ‘훈령’에서 규정하는 것이 타당한 것인지에 대해 의문을 가지지 않을 수 없다. 물론 위에서 언급한 살수차의 사용에 관한 근거에는 과잉금지원칙(특히 침해의 최소성)이 규정되어 있다. 헌법재판소는 이러한 직사살수행위가 과잉금지원칙을 위반하여 청구인(A)의 생명권 및 집회의 자유를 침해하였다고 판단하였다. 이 사건에서는 직사살수행위로 인한 기본권 침해가 법률유보의 원칙을 위반하였는지 여부는 심사되지 않았다. 다만, 헌법재판소는 이 결정에서 밝히고 있는 바와 같이 이미 2018. 5. 31. 2015헌마476 결정에서 최루액을 물에 혼합한 용액을 살수차를 이용하여 살수한 행위(혼합살수행위)가 법률유보의 원칙을 위반하여 청구인들의 신체의 자유 및 집회의 자유를 침해하였다고 판단한 바 있다.

나. 경고

공법상의 경고(警告)는 그 대상이나 사안의 긴급성, 생산품의 위험성 수위 등에 따라 다양하다. 독일에서는 전술한 바와 같이 국가의 공적 경고(Warnungen)가 직업의 자유의 보호범위를 제약할 수 있다는 것이 인정되고 있다.⁵²⁾ 예컨대 국가나 국가의 지원을 받는 사적 단체가 유해하거나 유해하다고 여겨지는 특정한 상품이나 일부 단체에 대해 경고함으로써 영업의 자유(직업의 자유)를 제한하는 것이 그러하다. 국내 학설 중에도 기본권 제한 개념을 확대하고 간접적·사실적 불이익을 주는 공적 경고에 대해 공권력 행사를 인정하자는 견해가 있다.⁵³⁾ 또한 대법원은 이러한 경고에 대

52) BVerfGE 148, 40/50 f.; Kingreen/Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, 35. Aufl., §6 Rn. 300.

53) 이세정, “경찰상의 행위수단으로서 ‘사실행위’의 기본권 제한 여부에 관한 고찰”, 부산대학교 법학연구 제50권 제2호(2009. 10), 17면.

해 종전에는 처분성을 부인하였으나, 근래에는 처분성을 인정하는 판례가 등장하고 있다. 그러나 대법원은 공무원에 대한 소속 장관의 서면 경고가 국가공무원법상의 징계처분이나 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다고 본 바 있다.⁵⁴⁾ 이 사건은 공무원이 소속 장관으로부터 받은 “직상급자와 다투고 폭언하는 행위 등에 대하여 엄중 경고하니 차후 이러한 사례가 없도록 각별히 유념하기 바람”이라는 내용의 서면경고가 문제되었다. 대법원은 이러한 경고를 근무충실에 관한 권고행위 내지 지도행위로서 그 때문에 공무원으로서의 신분에 불이익을 초래하는 법률상의 효과가 발생하는 것이 아니라고 판단하였다. 또한 대법원은 교육규칙에 해당하는 서울특별시교육·학예에관한감사규칙 제11조 ‘서울특별시 교육청 감사결과 지적사항 및 법률위반공무원 처분기준’에 정해진 경고가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 보았다.⁵⁵⁾

그러나 대법원은 금융기관(여신전문금융회사)의 임원에 대한 금융감독원장의 ‘문책경고’가 상대방에 대한 직업선택의 자유를 직접 제한하는 효과를 발생하게 하는 등 상대방의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행위로서 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판단하였다. 또한 이러한 문책경고가 아무런 법률상의 근거 없이 행하여진 것으로서 위법하다고 판단한 바 있다.⁵⁶⁾ 문책경고에 대해 사실상의 기본권 제한이 발생할 수 있으며, 법률유보원칙을 적용하여 위법을 판단하고 있다. 그러나 처분성이 인정되는 경고에 대한 헌법소원은 각하될 수 있다. 헌법재판소는 처분성이 인정되는 공정거래위원회의 경고에 대해 보충성원칙을 이유로 해당 헌법소원 심판청구가 부적법하다고 결정한 바 있다.⁵⁷⁾ 독일에서는 항고소송의 대상

54) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91누2700 판결.

55) 대법원 2004. 4. 23. 선고 2003두13687 판결.

56) 대법원 2005. 2. 17. 선고 2003두14765 판결.

57) 헌재 2012. 6. 27. 2010헌마508, 공보 제189호, 1224.

을 강학상 ‘행정행위’로 규정하고 있다. 따라서 이러한 경고가 행정행위(하명)로 인정되지 않는 한 항고소송의 대상이 되기 어렵다. 그러나 우리나라에서는 항고소송의 대상으로 강학상 행정행위보다 넓은 쟁송법상의 처분개념을 채택하고 있기 때문에 이러한 경고는 처분으로 인정될 수 있다.

한편, 헌법재판소는 이후에 경고에 대해 헌법소원의 대상을 인정한 적도 있다. 즉 피청구인인 방송위원회가 방송사업자에게 방송표현 내용에 대한 ‘경고’를 하는 것이 방송의 자유를 제한하는 것으로서 기본권 제한에서 요구되는 ‘법률유보원칙’에 위배된다고 결정하였다.⁵⁸⁾ 이러한 제한은 헌법 제 37조 제2항에 따라 법률적 근거가 있어야 하지만, 법률이 아닌 구 ‘선거방송심의위원회의 구성과 운영에 관한 규칙’(이하 ‘이 사건 규칙’이라 한다) 제11조 제2항에 근거하고 있었다. 이 결정에서 헌법재판소는 경고에 대한 헌법소원의 대상성을 인정하였을 뿐만 아니라, 이러한 경고가 방송의 자유를 제한하는 것으로 보았다. 이 사건의 별개의견(재판관 민형기, 재판관 목영준)은 이 사건 경고 자체를 공권력의 행사라고 볼 수는 없으나 피청구인이 제정한 방송평가에 관한 ‘규칙’이 기본권을 제한하므로 소송경제상 이들을 일련의 행위로 파악하여 그 전부를 기본권침해의 가능성 있는 공권력의 행사라고 보아 본안판단으로 나아가야 한다고 보고 있다. 또한 재판관 조대현의 반대의견 및 별개의견에서는 이 사건 경고가 공직선거법 제8조의 2에 따라 방송 내용을 사후에 심사하여 위법하다고 판단한 것이므로 청구인들의 언론의 자유를 직접 제한하는 것이라고 보아 적법하다고 보고 있다. 또한 이 사건 규칙 제11조 제2항에서 위반정도가 경미한 경우에 “주의 또는 경고”를 정할 수 있도록 규정한 것은 언론의 자유에 대한 제한 정도를 선거방송의 공정의무를 위반한 정도에 맞추어 필요한 최소한도로 제한하기 위한 것이지만, 이 사건 방송이 불공정한 선거방송이라고 판단하고

58) 헌재 2007. 11. 29. 2004헌마290, 판례집 19-2, 611.

경고한 조치는 공직선거법 제8조나 제8조의2의 본래 취지를 벗어나 선거방송 심사·제재권한을 남용한 것이라고 보고 있다. 그 밖에 이 사건의 또 다른 반대이견(재판관 이동흡)은 이 사건 경고가 공직선거법 제8조의2 제7항의 위임에 따라 같은 조 제5항의 규정 내용을 구체화한 이 사건 규칙 제11조에 따른 것이므로 법률적 근거를 지니고 있어 법률유보원칙에 위배되지 않으며, 청구인 주식회사 ○○방송에 대한 이 사건 경고는 선거방송의 공정성을 확보하기 위하여 행해진 것으로서 피청구인의 판단재량의 범위를 벗어난 것이라 볼 수 없고, 방송의 자유에 대한 제약이 과도한 것이 아니므로 비례의 원칙에 위반된 것이 아니라고 보고 있다. 이러한 헌법재판소의 결정은 ‘경고’의 법적 성질, 그리고 후술하는 위헌심사기준과 관련하여 매우 수준 높은 이론적 논의를 반영하고 있다고 평가하지 않을 수 없다.

다. 행정지도

행정지도는 “행정주체가 일정한 행정질서를 형성하기 위하여 행정객체를 일정한 방향으로 유도할 의도 아래 하는 비권력적 사실행위”로 이해되고 있다.⁵⁹⁾ 이와 같이 행정지도를 임의적 협력을 전제로 하는 ‘비권력적’ 사실행위로 보는 것이 통설적 입장이지만,⁶⁰⁾ 오늘날 규제적 성격의 행정지도가 늘고 있는 것이 사실이다. 실정법에서 행정지도라는 명칭을 사용하는 경우도 있지만, 권고도 일종의 행정지도에 해당하는 경우가 있다. 전자의 경우에는 저탄소 녹색성장기본법 제42조 제4항에 규정된 온실가스감축목표를 위한 행정지도가 해당한다. 후자의 경우에는 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률 제33조 제2항에 따른 중소벤처기업부장관의 사업조정에 관한 권고가 속한다. 대법원은 행정지도의 처분성을 부인하고 있다.⁶¹⁾ 예컨대

59) 이상규, 신행정법론(상), 신판, 479면.

60) 김도창, 일반행정법론(상), 제4전정판, 523면.

61) 대법원 1993. 10. 26. 선고 93누6331 판결.

세무당국이 소외 회사에 대하여 원고와의 주류거래를 일정기간 중지하여 줄 것을 요청한 행위는 권고 내지 협조를 요청하는 권고적 성격의 행위로서 항고소송의 대상이 될 수 없다고 보고 있다.⁶²⁾ 또한 학교법인이 사립학교법상 부동산 매각과 관련된 관할청의 시정요구사항을 이행하지 아니하여 관할청이 임원취임의 취소와 동시에 임시이사를 선임하고 당초의 시정요구사항을 변경하는 통보를 한 경우, 그 시정요구 변경통보가 학교법인에 대한 행정지도의 성격을 가진다고 판단한 사례도 있다.⁶³⁾ 이와 같이 행정지도는 다양한 형태로 나타나고 있다. 한편, 일본에서는 종래 행정지도에 대해서는 처분성을 부정하였으나, 근래에는 이러한 행정지도에 불복종하여 침해적 처분의 성격을 가지는 경우에는 일종의 단계적 행위로서 처분성의 개념에 포함시키고 있다.⁶⁴⁾

헌법재판소는 전술한 바와 같이 행정지도를 비권력적 사실행위로 이해하면서도, 규제적·구속적 성격을 가지는 경우에는 헌법소원의 대상을 인정한 바 있다(2002헌마337등). 이러한 이해는 상호모순된 측면이 있다. 특히 대학총장들에 대한 교육인적자원부장관(교육부장관)의 학칙시정요구는 행정지도가 아니라 권력적 사실행위로 파악하는 것이 보다 타당하다. 이러한 학칙시정요구는 불응할 경우 사실상 일정한 불이익조치를 줄 수 있다는 점에서 (권력적) 사실행위 내지 단순고권작용으로 파악하는 것이 타당하다. 사실상 불이익을 예정하는 학칙시정요구는 임의적 협력을 전제로 하는 행정지도의 특성에 부합하지 아니한다. 최근에 들어와서 헌법재판소는 장학금 신청 등과 관련하여 한국장학재단의 자료제출요구에 대해 각하결정을 하면서, 단순한 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’는 공권력 행사에 해당하지 아니한다고 결정한 경우도 있다.⁶⁵⁾ 향후 비

62) 대법원 1980. 10. 27. 선고 80누395 판결.

63) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001두7138 판결.

64) 塩野 宏, 前掲書(II), 107면.

65) 헌재 2019. 2. 12. 2019헌마82.

권력적 사실행위에 속하는 행정지도에 대해서는 헌법소원을 부인하는 입장을 견지하고, 사실상 기본권을 침해하는 이러한 작용을 ‘단순고권작용’ 내지 ‘권력적 사실행위’의 하나로 분류하여 공권력 행사에 해당하는지 여부를 검토하는 것이 바람직하다.

라. 비공식적 행정작용

단순고권작용에는 사실행위나 정보활동 외에 비공식적 행정작용도 포함된다. 비공식적 행정작용은 ‘비공식적 고권작용’으로 불리기도 한다. 여기에 협상·협약 등이 속하지만, 경고나 권고 등을 포함시키는 경우도 있다. 비공식적 행정작용은 1980년대 초부터 독일의 학계에서 논의되기 시작하였는데, 환경법분야에서 많이 활용되고 있다.⁶⁶⁾ 이러한 작용은 행정의 효율성이나 탄력성 등의 측면에서는 매우 유용하지만, 법치국가적 관점에서는 불명확성을 초래한다는 점에서 비판되고 있다. 이러한 비공식적 행정작용은 행정계약과 달리 구속력을 가진 것이 아니며, 행정청과 사인 사이의 합의에 기초하기 때문에 공권력행사에 포함시키기 어렵다. 그러나 이러한 비공식적 행정작용은 무제한적인 것이 아니며, 법률상의 규정이나 법원칙 등에 기속되는 한계를 가진다.⁶⁷⁾ 다만, 비공식적 행정작용에는 특별한 법률상 수권이 필요하지 않으며, 그 본질상 법률유보의 원칙이 적용되지 아니한다.⁶⁸⁾ 협상이나 협약과 같은 비공식적 행정작용이 헌법소원의 대상으로 인정된 경우도 없다. 헌법재판소는 공용수용의 절차에 있어서 사업시행자가 토지소유자로부터 공익사업에 필요한 토지 등을 협의취득하고 이에 대해 대금을 지급하는 행위를 ‘사법상 행위’로 보고 있다.⁶⁹⁾ 대법원도 이러한 협

66) Maurer/Waldhoff, a.a.O., §15 Rn. 14 ff.

67) Maurer/Waldhoff, a.a.O., §15 Rn. 21.

68) Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013, S. 80.

69) 헌재 1992. 11. 12. 90헌마160, 판례집 4, 787, 793; 헌재 1994. 2. 24. 93헌마213 등.

의취득을 사법상 계약으로 보고 있다.⁷⁰⁾ 그러나 이론적으로 사업시행자에게 수용권이 부여되는 사업인정 이후에는 ‘공법적’ 성질을 가지며, 이러한 협의취득은 공법상 계약으로 이해하는 것이 타당하다. 따라서 이에 대한 쟁송은 공법상 당사자소송을 제기하여야 한다.

마. 공표·공고 등

공표는 대체로 특정한 사람이나 단체 등이 행정법상의 의무위반을 한 사항에 대해 일반 공중에게 알리는 것을 말한다. 예컨대 고액채납자의 명단공표가 그러하다. 이러한 공표행위는 행정목적의 달성과 국민의 알권리를 위해 기여한다. 이러한 위반사항이 국민의 생명이나 건강 등과 관련된 경우는 더욱 그러하다. 식품의 위생·안전 등과 관련하여 행정법상의 의무위반사항이 아니더라도 국민의 생명이나 건강 등에 위해하거나 위해할 수 있는 사항 등을 알리는 경우도 포함될 수 있다. 이러한 공표행위는 사실상 위반한 사람이나 법인 등의 재산권이나 영업의 자유 등을 중대하게 침해할 수 있다. 낙지에 유해한 카드뮴이 검출되었다는 국가나 지방자치단체 소속 연구기관의 발표는 어민들의 생계에 큰 타격을 줄 수 있다. 이러한 발표는 과학적 연구결과의 소산이지만, 사실상 기본권을 중대하게 제한할 수 있다는 점에서 신중한 판단이 필요하다. 종래 이러한 공표행위에는 법적 근거가 반드시 필요한 것은 아니라고 보는 것이 일반적이었지만, 근래에는 영업의 자유나 프라이버시권 등을 침해할 수 있는 경우에는 법적 근거가 필요하다고 보는 견해가 늘고 있다.⁷¹⁾

이러한 공표행위는 비권력적 사실행위에 속하고 공표를 통해 행정목적 달성을 하는 것이 대부분이므로 원칙적으로 처분성이 부인된다. 그러나 최근

판례집 6-1, 183, 189 등.

70) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2010다91206 판결.

71) 정남철, 한국행정법론, 343면.

에 상당한 기간 동안 지속되는 명단공표에 대해 처분성을 인정하지는 견해도 있다. 특히 하급심 중에는 상습고액채납자의 명단공표에 대해 권력적 사실행위로 파악하여 항고소송을 인정한 사례도 있다.⁷²⁾ 대법원은 업무정지 등 처분 취소·요양기관명단공표대상자확정통보처분 취소를 다투는 소송에서 명확한 논거를 제시하지 않고 원심의 판결과 같이 ‘공표’의 처분성을 인정하는 것과 같은 인상을 주는 판결을 내리고 있다.⁷³⁾ 업무정지 등 처분의 취소에 대해서는 논란의 여지가 없으나, 공표처분이라고 판단한 부분은 논증이 충분하지 않다. 이러한 공표행위보다는 그 이전의 ‘공표결정’ 그 자체를 취소소송의 대상으로 삼는 것이 보다 설득력이 있다.

한편, 공고도 공표와 더불어 특정한 사실을 불특정다수인에게 고지하는 행위이다. 이러한 공고는 공표와 달리 행정의 제재적 수단으로 사용되지는 않는다. 또한 단순히 법령에 정한 사항을 알리거나 확인하는 공고는 공권력의 행사라고 판단하기 어렵다.⁷⁴⁾ 그러나 이러한 공고 중에는 응시자의 자격요건을 정하거나 응시자격을 제한하는 내용을 포함하는 경우가 적지 않다. 헌법재판소는 1999년도 공무원채용시험시행계획 공고에 의해 해당 시험의 모집인원, 응시자격의 상한연령 및 하한연령의 세부적인 범위 등이 확정되므로 공권력의 행사에 해당한다고 결정한 바 있다.⁷⁵⁾ 이 사건은 공무원채용시험의 응시연령의 기준일을 그 시험의 최종시행일로 하고 당해 시험의 최종시험일을 예년과 달리 연도말로 정함으로써 전년도 공무원채용시험의 제1차 시험에 합격한 청구인이 응시상한연령을 5일 초과하게 하여 당해 시험의 제2차 시험에 응시할 수 있는 자격이 박탈된 경우이다. 나아가 헌법재판소는 이러한 조치가 해당 응시자의 공무담임권을 침해하고 있

72) 서울행정법원 2011. 10. 21. 선고 2011구합16933 판결.

73) 대법원 2019. 8. 30. 선고 2019두38342, 38366 판결.

74) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2개정판, 251-252면.

75) 헌재 2000. 1. 27. 99헌마123, 판례집 12-1, 75.

다고 판단하였다. 이후에도 이러한 시험공고에 대해 공권력 행사로 인정한 사례는 적지 않다.⁷⁶⁾ 그러나 이미 법령에 구체적으로 정해져 있어 공고가 이와 실질적으로 동일한 내용을 확인하는 정도의 의미에 불과한 경우는 새로운 권리제한이 발생하지 않으며, 이러한 경우에 해당 공고를 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라 볼 수 없다고 보고 있다.⁷⁷⁾ 이러한 시험공고의 내용이 공권력 행사에 해당된다고 보더라도 자기관련성이나 권리보호이익 등의 흠결을 이유로 기각되는 경우도 적지 않다.⁷⁸⁾ 공고의 형식으로 세부요건을 통해 응시자격을 정하거나 이를 제한하는 것은 원칙적으로 법률유보원칙에 위배되며, 명확성이나 예측가능성 등의 측면에서도 법령에서 정하는 것이 바람직하다.

3. 소결

단순고권작용 중에서 경고·권고 등 일부 정보활동이나 권력적 사실행위에 대해서는 공권력 행사를 인정할 수 있다. 물론 이러한 단순고권작용 중에서 처분성이 인정되는 작용은 항고소송의 대상이 된다. 그러나 처분성이 부인되는 권력적 사실행위에 대해서는 헌법소원을 제기할 수 있다. 단순고권작용 중에서 ‘권력성’이나 ‘고권적 성격’을 갖춘 사실행위에 대해서는 기본권의 침해 가능성을 인정하는 것이 타당하다. 그러나 비권력적 사실행위를 인정하면서 공권력 행사를 인정하고, 헌법소원의 대상으로 삼는 것은 신중할 필요가 있다. 대표적으로 행정지도의 경우가 그러하다. 다만,

76) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마159; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882; 헌재 2008. 6. 26. 2007헌마917 등.

77) 헌재 1997. 12. 19. 97헌마317, 판례집 9-2, 751, 760-761; 헌재 2001. 9. 27. 2000헌마173 등; 헌재 2007. 4. 26. 2003헌마947 등.

78) 헌재 2019. 5. 30. 2018헌마1208 등, 판례집 31-1, 640.

일본의 사례에서 보는 바와 같이 이러한 행정지도에 불복중하는 경우에 불이익이 수반될 수 있다는 점을 고려하여 침익적 행정처분의 법리를 고려할 수는 있다. 그러나 행정지도는 여전히 비권력적 사실행위로 보는 것이 국내학설의 지배적 견해이고, 대법원은 그 처분성을 부인하고 있다. 행정지도는 그 불명확성과 다의성으로 인해 법치국가적 관점에서 비판을 받고 있다. 따라서 개별법에 명문으로 행정지도라고 명시하지 않은 사실행위를 무리하게 행정지도의 카테고리에 편입시킬 필요는 없다. 오히려 사실상 기본권 침해를 가져오는 경고·권고 등에 대해서는 권력적 사실행위로 분류하여 공권력 행사의 가능성을 인정하는 것이 바람직하다. 전술한 소위 ‘국제그룹 해체사건’에서, 헌법재판소는 제일은행장에 대한 재무부장관의 지시(국제그룹의 해체준비착수지시와 언론발표 지시)가 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 일종의 권력적 사실행위에 해당한다고 판단한 바 있다. 이를 행정행위로 파악해야 한다는 견해도 있지만, 행정행위의 형식적·실질적 요건을 구비하고 있다고 보기 어렵다. 또한 이를 행정처분으로 보는 경우에도 행정쟁송을 통해 다투는 것을 기대할 수 없다. 이와 같이 사실상 기본권 침해를 하는 사실행위에 대해서는 ‘권력성’을 기준으로 공권력 행사의 준부를 판단할 필요가 있다.

IV. 단순고권작용에 대한 위헌심사기준

1. 법률유보원칙 위배 여부

독일에서는 전통적인 기본권 침해의 심사를 3단계로 구분하여 접근하고 있다. 즉 기본권의 보호영역에 해당하는지를 심사하고, 국가작용에 의한 제약이 있는지, 그리고 마지막으로 이러한 제약이 헌법적으로 정당화되는지

를 심사한다.⁷⁹⁾ 여기에서 난제(難題)는 ‘제약(Eingriff)’의 개념이다. 이러한 기본권의 제약은 종래 목적성, 직접성, 명령성, 법형식성을 누적적으로 갖추어야 한다고 보는 것이 지배적 견해이었다. 이러한 법형식성에 의하면 단순한 사실상의 효과를 가져 오는 국가작용은 기본권 제약에 해당하지 아니한다.⁸⁰⁾ 그러나 현대적 의미의 제약 개념은 귀속의 문제이며, 이러한 요건들이 ‘선택적’이고 인과관계(Kausalität)의 등가성이 요구된다고 이해된다.⁸¹⁾ 따라서 국가작용은 기본권 침해의 원인이어야 하며, 적어도 전통적인 기본권 제약의 요건 중의 하나를 충족하여야 한다.

단순고권작용에 의한 기본권 제한의 한계로서 고려되는 것은 다음과 같다. 기본권을 제한하는 법률의 형식적 요건과 관련하여 ‘법률유보원칙’에 위배되는지 여부를 심사할 수 있다. 이러한 단순고권작용은 기본권의 본질적 내용을 침해할 수는 없고, 과잉금지원칙을 위반하여서도 아니 된다(헌법 제37조 제2항).⁸²⁾ 헌법재판소는 전라남도 교육청 공고 제2010-67호 위헌확인 등 사건에서 고졸검정고시 또는 ‘고등학교 입학자격 검정고시’에 합격했던 자는 해당 검정고시에 다시 응시할 수 없도록 응시자격을 제한한 전라남도 교육청 공고 제2010-67호(2010. 2. 1.) 및 제2010-155호(2010. 6. 2) 중 해당 검정고시 합격자 응시자격 제한 부분(이하 ‘이 사건 응시제한’이라 한다)이 법률유보원칙을 위반하여 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한다고 결정하였다.⁸³⁾ 또한 이 사건 응시제한은 과잉금지원칙을 위반하여 청구인들의 교육을 받을 권리를 침해한다고 보았다. 이러한 사실행위에 의한 기본권 침해 사례는 법률유보원칙과 과잉금지원칙을 위반하는지를 다루는

79) Kingreen/Poscher, a.a.O., §6 Rn. 293 ff.

80) Kingreen/Poscher, a.a.O., §6 Rn. 292.

81) Hobusch, Der moderne Eingriffsbegriff in der Fallbearbeitung, JA 2019, 278 ff.; Kingreen/Poscher, a.a.O., §6 Rn. 294.

82) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103 참조.

83) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마139 등, 판례집 24-1하, 595.

것이 대부분이다. 기왕에 사실행위에 대해 공권력 행사를 인정하고 기본권 침해의 가능성을 인정한다면, 이에 대해서는 법률유보원칙을 적용하는 것이 바람직하다.

한편, 헌법재판소는 청구인은 피청구인 검사에게 접견신청을 하고 검사실에서 머무르다가 이 사건 검사의 접견불허행위로 인하여 결국 피의자 A를 접견하지 못하고 검사실에서 퇴실한 사건에서, 변호인 선임을 위하여 피의자나 피고인이 가지는 ‘변호인이 되려는 자’와의 접견교통권은 헌법상 기본권으로 보호되며, 이 사건 검사의 접견불허행위는 헌법이나 법률의 근거 없이 이를 제한한 것이므로 청구인의 접견교통권을 침해하였다고 결정하였다.⁸⁴⁾ 이에 대해 반대의견(재판관 조용호, 재판관 이은애, 재판관 이종석)은 ‘변호인이 되려는 자’의 접견교통권 역시 피체포자 등의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 기본권으로 인정한 결과 발생하는 간접적이고 부수적인 효과로서 형사소송법 등 개별 법률을 통하여 구체적으로 형성된 법률상의 권리에 불과할 뿐, ‘헌법상 보장된 독자적인 기본권’으로 볼 수는 없다고 보고 있다. 후자의 입장이 타당하다. 이러한 권리는 독자적인 헌법상의 기본권이 아니라 변호인의 조력을 받을 권리라는 기본권에서 파생된 권리로 보는 것이 타당하다.

2. 과잉금지원칙 위배 여부

수형자의 인권보호와 관련된 사건에서도 과잉금지원칙은 중요한 위헌심사기준이다. 헌법재판소는 계구(戒具)사용행위가 과잉금지원칙을 위반하여 신체의 자유나 인간의 존엄을 침해한다고 보고 있다.⁸⁵⁾ 또한 헌법재판소는

84) 헌재 2019. 2. 28. 2015헌마1204, 판례집 31-1, 141.

85) “계구사용행위는 기본권 제한을 최소화하면서도 도주, 자살 또는 자해의 방지 등과 같은 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 헌법 제37조 제2항에 정해진 기본권제한

무작위 음주운전단속이 과잉단속인지가 문제된 사안에서, 음주운전단속행위의 법적 성질에 대해서는 명확히 밝히지 않았으나 경찰작용으로서 법률유보원칙이 준수되어야 한다고 판단하였다.⁸⁶⁾ 도로교통법 제41조 제2항은 “경찰공무원은 교통안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 운전자가 술에 취하였는지의 여부를 측정할 수 있으며, 운전자는 이러한 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다”고 규정하고 있다. 또한 후단에 의한 음주측정은 “제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때”에 한하여 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 무작위 음주운전단속행위는 권력적 사실행위에 해당되며, 법률에 근거하여 이루어진 것이다. 이에 대해 헌법재판소는 ‘적법한’ 경찰작용으로 판단하였다. 이 사건에서도 과잉금지원칙의 위반 여부가 문제된다. 헌법재판소는 음주단속의 필요성이 큰 시간과 장소를 선정하여야 하고, 불편이 극심한 단속을 자제하여야 하고, 그리고 단시간 내에 신속한 실시를 할 것 등 방법의 한계도 준수해야 한다고 보고 있다. 다만, 이 사건에서는 청구인이 도로를 차단하고서 불특정 다수인을 상대로 무차별적으로 음주단속을 하는 것이 그 자체

의 한계를 넘어 필요 이상으로 장기간, 그리고 과도하게 청구인의 신체거동의 자유를 제한하고 최소한의 인간적인 생활을 불가능하도록 하여 청구인의 신체의 자유를 침해하고, 나아가 인간의 존엄성을 침해한 것으로 판단된다.”(헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163, 판례집 15-2하, 562)

86) “경찰작용은 가장 대표적인 침해적 공권력작용의 하나이기 때문에 법률유보원칙이 원칙적으로 엄격히 지켜져야 한다. 즉, 통상의 경우에는 개별적·구체적 위험발생이 현실화한 경우에 비로소 경찰권이 발동되어야 하겠지만, 자동차 운전의 경우 정지시키지 않고서는 운전자의 상태를 파악하기 어려운데다, 위험과 결과의 발생이 거의 동시적으로 순간에 이루어지는 특성을 지니고 있으므로, 비록 자동차 운전으로 인한 개별적·구체적인 위험이 표출되지 않았다 하더라도 사전에 미리 차단하는 것이 반드시 필요하므로 그러한 사전 차단행위 또한 위험방지 활동에 해당하는 것으로 보아야 한다.”(헌재 2004. 1. 29. 2002헌마293, 판례집 16-1, 146)

로 위헌이라고 주장하고 있을 뿐, 이 사건 심판대상 행위와 관련하여 구체적인 단속방법이나 과정에 과잉조치가 있었음을 전혀 다투고 있지 않아 청구인의 기본권 침해가 부정되었다.

한편, 헌법재판소는 변호인에 대한 후방착석요구행위가 피청구인이 자신의 우월한 지위를 이용하여 청구인에게 일방적으로 강제한 것으로서 ‘권력적’ 사실행위에 해당한다고 보면서도, 청구인에게 변호인 참여신청서의 작성을 요구한 행위(참여신청서요구행위)는 비권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되지 아니한다고 판단하였다.⁸⁷⁾ 여기에서 헌법재판소는 후방착석요구행위가 변호인인 청구인의 피의자 신문참여권을 과도하게 제한한다고 보았다. 즉 이 사건 후방착석요구행위는 침해의 최소성 요건을 충족하지 못할 뿐만 아니라, 이 사건 후방착석요구행위로 얻어질 공익보다는 변호인의 피의자신문참여권 제한에 따른 불이익의 정도가 크므로, 법익의 균형성 요건도 충족하지 못한다. 다만, 이 사건에서는 침해되는 ‘기본권’을 두고 견해가 첨예하게 대립하고 있다. 법정의견은 ‘변호인 참여권’이 피의자의 변호인조력권을 실현하는 수단이므로 헌법상 기본권인 변호인의 변호권으로서 보호되어야 한다는 것이다. 이에 대해 별개의견(재판관 강일원, 재판관 조용호)은 후방착석요구행위에 대하여 위헌확인을 하여야 한다는 점에 있어서는 법정의견과 견해를 같이 하면서도, 변호인의 변호권을 기본권이 아니라 ‘법률상’의 권리로 파악하고 후방착석요구행위에 의해 침해되는 기본권을 직업수행의 자유로 보아야 한다고 주장한다. 이 사건 후방착석요구행위 법정의견에 대한 보충의견(재판관 안창호)은 피의자 및 피고인에 대하여 변호인이 조력할 권리가 헌법 제15조에 따른 변호사의 직업수행의 자유 및 헌법 제12조 제4항 등에 의해 보장되는 ‘피의자 및 피고인이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리’에서 도출되는 별도의 헌법상 기본권으

87) 헌재 2017. 11. 30. 2016헌마503, 판례집 29-2하, 224.

로 보고 있다. 그러나 이 사건의 반대의견(재판관 김창중)은 이 사건 후방
작성요구행위를 비권력적 사실행위에 불과하여 헌법소원의 대상이 되는 공
권력의 행사에 해당하지 않는다고 보고 있다. 또한 변호인으로서 조력할
권리도 법률상의 권리에 불과하다고 보고 있다. 생각건대 변호인의 참여권
과 피의자가 가지는 변호인의 조력을 받을 권리는 서로 구별되어야 한다.
이 사건에서 침해되는 것은 변호인의 참여권이며, 이러한 권리를 헌법상
기본권으로 보기는 어렵다. 여기에서 침해되는 기본권은 별개의견(재판관
강일원, 재판관 조용호)이 적절히 지적한 바와 같이 변호사의 직업수행의
자유이다. 이 사건에서는 피청구인의 후방작성요구행위라는 권력적 사
실행위가 과잉금지원칙을 위배하여 변호사의 직업수행의 자유를 침해한 것
이다.

3. 평등원칙 위배 여부

사실행위에 의해 평등원칙을 위반하였다고 주장하는 경우도 있다. 예컨
대 헌법재판소는 2019년도 제56회 변리사 국가자격시험 시행계획 공고 중
2. 실무형 문제 출제 위원확인 사건에서 피청구인의 “2019년도 제56회 변
리사 국가자격시험 시행계획 공고(공고 제2018-151호)” 가운데 ‘2019년 제
2차 시험과목 중 특허법과 상표법 과목에 실무형 문제를 각 1개씩 출제’
부분(이하 ‘이 사건 공고’라 한다)이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행
사에 해당한다고 판단하였다.⁸⁸⁾ 그러나 이 사건 공고가 평등권을 침해하고
있다는 청구인의 주장 부분에 대하여 기각결정을 하였다. 즉 “이 사건 공
고는 달성하고자 하는 목적에 따라 모든 응시자에 대하여 똑같이 변리사로
서 일정 수준 이상의 기술적·전문적 지식 및 실무적 소양을 요구하고 있

88) 헌재 2019. 5. 30. 2018헌마1208 등, 판례집 31-1, 640.

는 것이므로, 합리적인 이유가 있다”고 판단하였다.

헌법재판소는 전문직업인인 변리사로서 일정 수준 이상의 기술적·전문적 지식 및 실무적 소양을 갖추야 한다는 점에 있어 일반응시자와 특허청 경력 응시자가 본질적으로 다른 집단이라고 볼 수 없고, 가사 위 두 집단이 본질적으로 다른 집단이라고 하더라도 일정 수준 이상의 전문지식과 경험 등을 구비하여야 한다고 보고 있다. 이와 같이 사실행위에 의한 기본권 침해의 위헌 심사에서도 일반적인 헌법소원에서 사용하는 기준이 대체로 사용되고 있다. 이와 같이 사실행위에 대한 위헌심사에서 기본권 조항을 비롯해서 법률유보원칙이나 과잉금지원칙, 평등원칙 등이 주요한 기준이 되고 있다.

V. 맺음말

사실행위에 대해 사실상 기본권 침해를 인정하고 헌법소원의 대상으로 삼기 위해서는 이에 대한 명확한 기준이 제시되어야 한다. 특히 침해되는 기본권을 확정하는 것이 중요하다. 전술한 바와 같이 변호인의 참여권이나 변호인의 변호권을 기본권의 하나로 파악할 수 있는지에 대해 첨예한 견해 대립이 있었는데, 사실행위에 의한 기본권 침해의 논증이 쉽지 않다는 것을 보여주고 있다. 비권력적 사실행위에 대해 공권력행사를 인정하는 것은 설득력이 약하다. 사실행위가 ‘공권력 행사’에 해당되기 위해서는 이러한 ‘권력성’이나 ‘고권적 성질’의 요건을 가지는지 여부를 검토하는 것이 바람직하다. 독일과 같이 사실상의 기본권 침해이론을 검토하는 것도 하나의 방안이지만, 우리나라에서는 기왕에 권력적 사실행위를 인정하고 있으므로 이를 적극적으로 활용할 수 있다. 이러한 권력적 사실행위가 항고소송의 대상이 되지 않는 경우에는 이를 헌법소원의 대상으로 인정할 수 있다.

행정지도는 비권력적 사실행위로 분류되는 것이 일반적이므로 이에 대해

헌법소원의 대상을 인정하기는 어렵다. 단순고권작용에 해당하는 행정작용을 행정지도로 분류하는 경우에는 이러한 제약이 수반된다. 따라서 권고나 경고 등과 같이 행정지도의 성격을 가진 단순고권작용에 의해 사실상 기본권 침해 가능성이 인정될 때에는 가능한 한 ‘권력적’ 사실행위로 검토하는 것이 타당하다. 근래에는 앞에서 언급한 바와 같이 경고나 권고 등 정보활동에 대해서는 처분성을 인정하여 항고소송의 대상으로 인정하고 있는데, 단순고권작용의 ‘권력적’ 성격을 반영한 것으로 보인다. 그러나 이러한 권력적 사실행위는 항고소송의 대상이 될 수 있지만, 보충성의 원칙에 따라 이를 헌법소원의 대상으로는 삼기 어렵다. 명단공표의 처분성에 대해서는 대법원 판례의 입장이 아직 명확하지 않지만, 그 처분성을 전제로 본안에 들어간 사례가 있다. 명단공표의 처분성에는 동의하기 어렵다. 하지만 명단공표에 의한 기본권 침해의 가능성은 인정될 수 있으므로 이론상으로는 적어도 ‘공권력 행사’로 보아 헌법소원의 대상이 될 수는 있다.

문제가 되는 것은 시험과 관련된 ‘공고’이다. 이러한 공고는 원칙적으로 특정한 사실을 알려주는 고지행위로서 비권력적 사실행위에 해당한다. 그러나 이러한 공고는 응시자격이나 응시기회를 제한하여 기본권을 사실상 침해할 수 있다는 점에서 법률에 근거를 두어야 한다. 법률의 근거 없이 공고를 통해 응시자격이나 응시기회를 제한하는 것은 법률유보원칙에 위배된다. 이러한 공고에 대해서는 행정심판이나 행정소송을 제기할 수도 없다. 현재로서는 이러한 공고에 대해서는 헌법소원을 제외하고, 공법상 권리구제를 받을 기회가 사실상 봉쇄되어 있다. 따라서 응시자격이나 응시기회 등을 중대하게 제한하는 공고에 대해서는 권력적 사실행위로 분류하고, 다수의 선례에 따라 이에 대해 헌법소원의 대상을 인정하는 것이 바람직하다. 헌법재판소는 이러한 공고에 대하여 법률유보원칙의 적용을 강조하고, 기본권을 본질적으로 제한하는 중요한 사항에 관해서는 법령에서 직접 규정하도록 유도할 필요가 있다.

[국문초록]

근래에 사실행위에도 법률유보의 원칙이 적용되는지가 문제된다. 이러한 사실행위에 의한 기본권 침해가 인정되는지, 그리고 이러한 사실행위가 헌법소원의 대상이 되는지 등이 다투어지고 있다. 단순고권작용은 이론적으로 이러한 사실행위뿐만 아니라 행정청의 정보작용, 나아가 비공식적 행정작용을 망라한다. 점차 경고·권고 등 정보작용에 의한 기본권 침해가 인정되고 있다. 독일에서는 이미 오래전부터 이러한 단순고권작용에 의해 기본권(독일 기본법 제12조의 직업의 자유)이 사실상 침해될 수 있다는 점이 논의되고 있다. 그러한 영향으로 한국 헌법재판소에서도 사실행위에 의한 기본권 침해를 인정한 사례가 있다. 그러나 우리나라에서는 대체로 일본 입법례의 영향으로 ‘권력적 사실행위’가 인정되고 있으며, 권력적 사실행위의 일부는 항고소송의 대상이 되고 있다. 헌법재판소는 비권력적 사실행위에 대해서는 원칙적으로 헌법소원의 대상을 부인하고 있음에도 불구하고, 규제적·구속적 성격을 가지는 행정지도를 공권력행사로 판단한 사례가 있다. 이러한 작용들을 무리하게 행정지도로 파악할 것이 아니라, 권력적 사실행위로 파악하는 것이 타당하다. 시험공고는 원칙적으로 비권력적 사실행위로서 헌법소원의 대상이 되지 않을 뿐만 아니라, 이에 대해 행정심판이나 행정소송을 제기할 수도 없다. 응시자격이나 응시기회 등을 중대하게 제한하는 시험공고에 대해서는 권력적 사실행위로 파악하고, 법률유보의 원칙을 강조하여 이러한 내용을 가능한 한 법령에서 직접 규정하도록 유도하는 것이 중요하다. 기본권을 사실상 침해하는 단순고권작용에 대해서는 권력적 사실행위로 파악하고, 법률유보원칙이나 과잉금지원칙 등을 통해 위헌 여부를 심사하는 것이 바람직하다.

헌법논총 제31집(2020)

주제어

단순고권작용, 사실행위, 사실상의 기본권 침해, 기본권제약, 경고, 행정지도, 공고, 권력적 사실행위, 법률유보원칙, 헌법소원의 대상

[Zusammenfassung]

In jüngster Zeit stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Gesetzesvorbehalts für Realakte gilt. Des Weiteren ist stark in Praxis umstritten, ob Grundrechte durch Realakte beeinträchtigt werden können, und ob Realakte Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind. Schlicht-hoheitliche Handeln umfassen theoretisch nicht nur Realakte, sondern auch behördliche Informationshandeln und informelles Verwaltungshandeln usw. Durch staatliche Informationshandeln wie z.B. öffentliche Warnungen bzw. Empfehlungen können immer wieder Grundrechte beeinträchtigt werden. In der Bundesrepublik Deutschland ist seit langem diskutiert worden, ob Schlicht-hoheitliches Handeln in den Schutzbereich des Grundrechts wie z.B. Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen kann. Unter dem Einfluss des deutschen Rechts hat das Koreanische Verfassungsgericht teilweise Grundrechtsverletzung durch Realakte anerkannt. Die "hoheitlichen Realakte", die als mächtig oder zwingend bezeichnet werden, sind in der koreanischen Literatur und Rechtsprechung anerkannt, und darüber hinaus sie können teilweise Gegenstand der Anfechtungsklage sein. Obwohl das Koreanische Verfassungsgericht grundsätzlich verneint hat, dass nicht-hoheitliche Realakte Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind, hat es widersprüchlich regulative bzw. verbindliche Verwaltungsleitung (administrative guidance) als Ausübung der öffentlichen Gewalt verstand. Derartiges Verwaltungshandeln ist als hoheitliches Realakt zu behandeln. Die amtlichen Bekanntmachungen sind grundsätzlich nicht-hoheitliche Realakte, und sie können außerdem kein Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sein. Gegen die amtliche Bekanntmachung des staatlichen Exams kann man nicht einen Widerspruch oder eine

헌법논총 제31집(2020)

Anfechtungsklage erheben. Die wesentlich Befähigung oder Chancen usw. eines Examens eingreifende amtliche Bekanntmachung ist als ein hoheitliches Realakt zu erfassen. Diesbezüglich ist nicht zuletzt der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts zu akzentuieren, um dies soweit wie möglich unmittelbar im Gesetz vorzusehen. Das Schlicht-hoheitliche Handeln, das tatsächlich in Grundrechte eingreift, ist als hoheitliche Realakte zu erfassen, und es kann vor allem durch den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts und das Übermaßgebot usw. nachgeprüft werden.

Stichwörter

Schlicht-hoheitliches Handeln, Realakte, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung, Grundrechtseingriff, Warnungen, Verwaltungsleitung (administrative guidance), hoheitliche Realakte, Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes, Gegenstand der Verfassungsbeschwerde

참고문헌

[국내문헌]

- 김도창, 일반행정법론(상), 제4전정판, 청운사, 1992.
- 김남진·김연태, 행정법 II, 제24판, 법문사, 2020.
- 김중권, 행정법, 제3판, 법문사, 2019.
- 김하열, 헌법소송법, 제3판, 박영사, 2018.
- 박균성, 행정법론(상), 19판, 박영사, 2020.
- 박윤훈·정형근, 최신행정법강의(상), 개정30판, 2009.
- 성중탁, “사실행위에 대한 사법적 통제 경향 및 그 개선방안: 권력적 사실행위와 비권력적 사실행위에 대한 헌법재판소 관례검토를 중심으로”, 행정판례연구 제19권 제1호(2014), 313-354면.
- 이상규, 신행정법론(상), 신판, 법문사, 1997.
- 이세정, “경찰상의 행위수단으로서 ‘사실행위’의 기본권 제한 여부에 관한 고찰: 공적 경고를 중심으로”, 부산대학교 법학연구 제50권 제2호·통권 62호(2009. 10), 149-171면.
- 정남철, 한국행정법론, 법문사, 2020.
- _____, 행정구제의 기본원리, 제1전정판, 2015.
- 한수용, 헌법학, 제7판, 법문사, 2017.
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 제2개정판, 2015.
- 헌법재판소 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015.

[일본 문헌]

- 塩野 宏, 行政法 I, 第六版, 有斐閣, 2015.
- 高木 光, 行政訴訟論, 有斐閣, 2006.
- 南 博方(原編著), 條解行政事件訴訟法, 第4版, 有斐閣,

헌법논총 제31집(2020)

[독일문헌]

Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2002.

Gallwas, Hans-Ullrich, Faktische Beeinträchtigung im Bereich der Grundrechte,
Berlin 1970.

Götz, Allgemeines Polizeirecht, 15. Aufl., München 2013.

Hobusch, Der moderne Eingriffsbegriff in der Fallbearbeitung, JA 2019, S. 278
ff.

Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts,
Bd. II, München 2008.

Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, 10. Aufl., München 2009.

Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, Nachtrag von 1950 und ein
Vorwort zum Neudruck von Prof. Dr. Otto Bachof, 1966.

Kingreen/Poscher, Grundrechte: Staatsrecht II, 35. Aufl., Heidelberg 2018.

Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 13. Aufl., München 2012.

Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München
2015.

Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017.

Robbers, Gerhard., Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, S. 272 ff.

Sachs(Hg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 9. Aufl., München 2018.

Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl., München 2012.

Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013.

Schulte, M., Schlichtes Verwaltungshandeln, Tübingen 1995.

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., München 1994.

Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008.

헌법논총 수록 논문색인

제 1 집(1990년)

논 제	필 자	수록면수
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓炳宗	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 - 特히 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 憲法の 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

제 2 집(1991년)

논 제	필 자	수록면수
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓炳宗	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

헌법논총 제31집(2020)

논 제	필 자	수록면수
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

제 3 집(1992년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 案	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

논 제	필 자	수록면수
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
權力の 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

제 4 집(1993년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判의 請求人	韓炳索	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
檢事の 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 財産權 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

제 5 집(1994년)

논 제	필 자	수록면수
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金容均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐元宇	99

헌법논총 제31집(2020)

논 제	필 자	수록면수
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裊俊相	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

제 6 집(1995년)

논 제	필 자	수록면수
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	李康懾	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

제 7 집(1996년)

논 제	필 자	수록면수
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의 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

제 8 집(1997년)

논 제	필 자	수록면수
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

헌법논총 제31집(2020)

논 제	필 자	수록면수
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

제 9 집(1998년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 10 집(1999년)

논 제	필 자	수록면수
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

논 제	필 자	수록면수
相續制度의 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.

제 11 집(2000년)

논 제	필 자	수록면수
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
明確性的 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: 桂禮悅)	481

제 12 집(2001년)

논 제	필 자	수록면수
‘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

제 13 집(2002년)

논 제	필 자	수록면수
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

논 제	필 자	수록면수
憲法上의 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌법 제17조의 私生活 의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

제 14 집(2003년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 15 집(2004년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 16 집(2005년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 17 집(2006년)

논 제	필 자	수록면수
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

헌법논총 제31집(2020)

논 제	필 자	수록면수
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

제 18 집(2007년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 19 집(2008년)

논 제	필 자	수록면수
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의 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> 재판소원의 저주와 축복	Otto Depenheuer	819
한국과 프랑스의 헌법재판소에 관한 비교 검토	Thierry Rambaud	859

제 20 집(2009년)

논 제	필 자	수록면수
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의 出現과 制度化	鄭 宗 燮	433
과잉금지원칙의 제문제	黃 致 連	463

제 21 집(2010년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 22 집(2011년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 23 집(2012년)

논 제	필 자	수록면수
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

헌법논총 제31집(2020)

논 제	필 자	수록면수
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

제 24 집(2013년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 25 집(2014년)

논 제	필 자	수록면수
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 중 심으로 -	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 비판 적 고찰	韓秀雄	409

제 26 집(2015년)

논 제	필 자	수록면수
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 관례에 대 한 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

헌법논총 제31집(2020)

논 제	필 자	수록면수
헌법재판소 결정의 효력 -기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로-	鄭 鎬 庚	345
유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토	朴 眞 完	381

제 27 집(2016년)

논 제	필 자	수록면수
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

제 28 집(2017년)

논 제	필 자	수록면수
법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론	金 鍾 昊	5
기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구	盧 昊 昶	111
독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의	金 重 權	193
문화재보호와 재산권보장에 관한 소고	鄭 南 哲	253
세계헌법 제정에 관한 고찰	趙 柄 倫	301
이탈리아의 헌법과 헌법재판제도	金 東 鏞	379

제 29 집(2018년)

논 제	필 자	수록면수
<특별기고논문> 헌법재판소의 도전(挑戰)과 과제(課題)	李 康 國	9

논 제	필 자	수록면수
헌법재판과 헌법실현 -제도와 운영의 성찰-	許 營	39
양성평등에 관한 위헌심사기준	金 文 顯	89
사회적 기본권 이론의 형성과 전개 -인간다운 생활을 할 권리를 중심으로-	全 光 錫	143
기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論)	金 河 烈	217
국회법의 헌법적 지침과 한계	韓 秀 雄	289
정치적 사법화와 헌법재판소의 역할 -주요 사건에 대한 분석을 중심으로-	尹 榮 美	357
<공모논문>		
헌법재판 30년 - 헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?	金 性 洙	401
민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의 - 심의민주주의의 관계를 중심으로	李 章 熙	447
자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무	申 弦 錫	493
헌법재판소 결정의 법률요건적 효력	許 完 重	547

제 30 집(2019년)

논 제	필 자	수록면수
기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석	許 完 重	5
입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석 -유신헌법 제53조 제4항의 해석문을 곁다하여-	李 煌 熙	61
개인정보자기결정권에 관한 검토	盧 賢 淑	109
혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰 -국제조약상 입법화 의무를 중심으로-	韓 渭 洙	141
다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법 해석의 당위성	朴 燦 柱	201



헌 법 논 총 (제31집)

2020년 11월 28일 인쇄

2020년 11월 30일 발행

발행처 : 헌법재판소

주 소 : 서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화 : (代) 708-3456

인 쇄 : 성문인쇄사 02)2272-7553

(비매품)

