

# 헌법실무연구

제 21 권  
(2020)

헌법실무연구회 편



헌법재판소



# 발 간 사

지난 한 해는 코로나19로 인하여 우리나라뿐만 아니라 전 세계가 어렵고 힘든 시기를 겪었습니다. 헌법실무연구회도 창립 이래 처음으로 상반기 실무연구회 일정을 모두 취소하는 어려움을 겪었습니다.

그러나 헌법실무연구회는 이러한 어려움에도 불구하고 학계와 실무가들이 함께 하는 소통과 논의의 장이 단절되지 않고 유지될 수 있도록 주의와 노력을 기울였습니다. 정부의 방역지침을 준수하여 온라인 회의로 회의 방식을 변경하였고, 변경된 방식에도 토론요지 수록 등 기존 헌법실무연구회의 성과가 그대로 유지될 수 있도록 노력하였습니다. 특히 헌법실무연구회 회원님들의 변함없는 관심과 참여가 큰 힘이 되었습니다. 그러한 점에서 2020년 헌법실무연구회의 연구 성과는 다른 어느 때보다도 소중하고 값진 결실이라고 생각합니다.

지난 한 해 헌법실무연구회는 ‘기본권경합과 본안심사’, ‘혼돈에 빠진 평등론’, ‘국가의 기본권보호의무론에 관한 비판적 검토’, ‘자유무역협정의 헌법적 정당성에 대한 검토’ 등을 주제로 연구회를 진행하였습니다.

이제 그러한 논의의 결실을 모아 『헌법실무연구』로 발간하게 되어 매우 기쁘게 생각합니다. 이러한 소중한 결실이 나오기까지 아낌없는 수고와 노력을 기울여주신 모든 분들께 진심으로 감사드립니다.

흔쾌히 발표와 지정토론을 맡아주신 교수님들, 헌법연구관님들, 책임연구관님들, 그리고 적극적으로 연구회에 참여하여 논의를 풍부하게 이끌어주신 회원님들께 진심으로 깊은 감사의 말씀을 올립니다. 더불어 보이지 않은 곳에서 헌법실무연구회와 책자 발간을 위해 노력해주신 재판소 직원 여러분들께도 깊이 감사드립니다.

앞으로도 헌법실무연구회는 학계와 실무계의 지속적인 교류를 위하여 끊임없이 노력해나가겠습니다. 헌법실무연구회의 지속적인 발전을 위하여 회원님들의 변함없는 관심과 참여를 부탁드립니다.

2021. 4.

헌법실무연구회 회장 이 선 애

## 일러두기

- (1) 이 책은 2020. 9. 제179회 월례발표회부터 2020. 12. 제182회 월례발표회까지 이루어진 주제발표, 지정토론 및 자유토론을 수록한 것입니다.
- (2) 각 발표문의 체제와 판결인용방법 등은 대체적으로 원문 그대로이고, 별도로 통일시키지 않았습니다.
- (3) 토론요지는 녹음된 자유토론의 내용을 정리하여 수록한 것입니다. 다만 녹음 상태나 발언의 내용에 따라 그 의미를 충분히 알기 어려운 경우가 있었음을 양해바랍니다.
- (4) 발표자, 토론자의 직함은 원칙적으로 발표일을 기준으로 하였습니다.

# 차 례

## 제179회(2020. 9. 28.) 발표문

기본권경합과 본안심사 .....	정 광 현	1
- 기부금품 모집 등록제 합헌결정에 대한 비판		
• 지정토론문 .....		30
• 지정토론문 .....		34

## 제180회(2020. 10. 30.) 발표문

혼돈에 빠진 평등론 .....	정 주 백	39
• 지정토론문 .....		75
• 지정토론문 .....		78
• 토론요지 .....		84

## 제181회(2020. 11. 20.) 발표문

국가의 기본권보호의무론에 관한 비판적 검토 .....	김 현 철	106
• 지정토론문 .....		132
• 지정토론문 .....		137
• 토론요지 .....		145

## 제182회(2020. 12. 21.) 발표문

자유무역협정의 헌법적 정당성에 대한 검토 .....	김 연 식	173
- 독일 연방헌법재판소의 결정을 중심으로		
• 지정토론문 .....		211
• 지정토론문 .....		215
• 토론요지 .....		222

헌법실무연구 수록논문 색인(제1권~제20권) .....		244
--------------------------------	--	-----



## 기본권경합과 본안심사\*

- 기부금품 모집 등록제 합헌결정에 대한 비판

정 광 현\*\*

### I. 서론

이 글은 현재 2016. 11. 24. 2014헌바66등 결정과 현재 2018. 3. 29. 2015헌마 377 결정(이하 통칭하여 ‘대상 결정’) 중 기본권경합에 관련된 판단 부분을 평석한 것이다.

대상 결정과 관련해서는 일련의 선례들이 있다. 먼저, 현재 1998. 5. 28. 96헌가5 결정에서는 구 ‘기부금품모집금지법’(1951. 11. 7. 법률 제224호로 제정되고, 1970. 8. 12. 법률 제2235호로 개정된 것) 제3조에 대해 일반적 행동자유권 침해를 들어 위헌선언을 한 바 있다. 이 법률조항은 허가를 받지 않은 기부금품의 모집을 전면적으로 금지하고, 다만 국제적 모금(제1호), 천재, 지변 기타 이에 준하는 재액을 구휼하기 위한 모금(제2호), 국방기재 헌납을 위한 모금(제3호) 등 7가지 경우에 한하여 모집행위를 허용하고 있었다. 헌법재판소는 설령 기부금품 모집과정에서 일정한 폐해나 부작용이 문제될 수 있다 하더라도, 그것은 기부금품 모집행위를 원칙적으로 금지함으로써가 아니라, 모집행위의 절차나 방법 등에 대한 통제에 한하는 게 상당하다는 관점에서 위 조항이 위헌이라고 판단하였다.

하지만 현재 2010. 2. 25. 2008헌바83 결정에서는 앞서 본 구 ‘기부금품모집

---

\* 이 글은 필자의 출고 ‘기본권경합과 본안심사 - 기부금품 모집 등록제 합헌결정에 대한 비판’, 중앙법학 제20권 제4호(2018. 12), 49쪽 이하를 부분적으로 수정한 것이다.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

금지법’ 제3조와 기본골격 면에서 별로 달라지지 않은 구 ‘기부금품모집규제법’(1999. 1. 18. 법률 제5631호로 개정되고, 2006. 3. 24. 법률 제7908호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 제2항 등에 대해 오히려 합헌선언을 하였다. 종전에는 기부금품 모집허가가 재량행위로서 규정되어 있었던 데 반하여, 심판대상 구 기부금품모집규제법 제4조 제1항, 제2항 등에서는 기속행위로 규정되어 있었고, 모집행위 허가사유도 종전보다 훨씬 포괄적으로 규정된 점 등에 비추어 일반적 행동자유권에 대한 과도한 제한이 있다고 보기 어렵다는 것이 그 이유였다.

그 후 종전의 ‘기부금품모집규제법’이 ‘기부금품의 모집 및 사용에 관한 법률’(이하 ‘기부금품법’)로 개정됨과 동시에 ‘허가제’도 ‘등록제’로 전환되었다. 대상 결정은 바로 이러한 개정법상의 등록제에 관한 규정과 사전등록하지 않은 채 모집행위를 할 경우 그에 대한 처벌규정을 심판대상으로 하였는데, 그 판시내용은 대체로 전술한 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바83 결정의 그것을 답습하였다. 하지만 대상 결정에 이르기까지 전술한 일련의 판례들에서 일반적 행동자유권의 침해 여부 이외에 표현의 자유 침해여부에 관한 판단은 단 한 번도 본격적으로 이루어지지 않았다. 이 글은 이 부분과 관련하여 ‘기본권경합’의 처리방법에 관한 문제를 제기하고자 한다. 이하에서, 대상 결정의 소송경과와 결정요지를 간략히 개관한 다음, 전술한 문제에 대해 검토하도록 한다.

## II. 대상 결정의 소송경과와 결정요지

### 1. 헌재 2016. 11. 24. 2014헌바66등 결정

#### 가. 소송경과

이 결정은 2014헌바66 사건과 2015헌바342 사건의 병합사건에 대한 결정이었다. 병합된 두 사건은 모두 청구인들이 등록청에 기부금품 모집에 관한 사전등록을 하지 않은 채 인터넷 게시판에 기부금품 모집광고를 함으로써 기부금품법을 위반하였다는 공소사실로 형사재판절차 진행중 법원에 위헌법률심판제청을 신청하였으나 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원을 제기한 공통점이 있다.

심판대상조항은 구 기부금품법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2014.

11. 19. 법률 제12844호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 제2항과 기부금품법 (2010. 6. 8. 법률 제10346호로 개정된 것) 제16조 제1항 제1호 중 ‘제4조 제1항에 따른 등록을 하지 아니한 것’에 관한 부분이었다.

청구인들은 1천만 원 이상의 기부금품을 모집하려는 자에 대해 예외 없이 획일적으로 사전등록의무를 부과하고 이를 위반할 경우 형사처벌을 할 수 있도록 한 것은 일반적 행동자유권을 침해한다고 다투었다.

#### 나. 결정요지

헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 전술한 심판대상조항들 모두에 대해 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 내렸는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

『심판대상조항이 일정액 이상의 기부금품을 모집하고자 하는 자에 대해 등록의무를 부과하고 등록 대상을 일정한 경우로 제한한 것은 무분별한 기부금품의 모집을 방지하고 모집된 기부금품의 적정한 사용을 보장하기 위한 것으로서, 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정된다.

또한 기부금품모집에 대한 규제가 종전의 허가제에서 현재의 등록제로 완화된 점, 등록요건에 관한 행정청의 심사가 형식적 심사에 그치는 점, 연간 모집액이 1천만 원 미만인 소규모 모집의 경우에는 이러한 등록의무 없이 자율적인 모집이 가능한 점, 사익만을 목적으로 하거나 불법을 목적으로 하는 사업 등은 등록대상에서 제외함으로써 모집행위를 사전에 제한할 필요가 있는 점, 그 이외의 대부분 공익사업의 경우에는 기부금품의 모집이 가능한 점, 등록하지 아니하고 기부금품을 모집한 자에 대하여 벌금형도 아울러 규정되어 있고 형의 하한이 없어 행위자의 책임에 상응하는 형벌이 부과될 수 있도록 하고 있으므로, 위 조항들의 법정형이 입법재량의 범위를 넘어 과도한 제재를 부과하고 있다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 침해최소성이나 법익균형성을 갖추지 못했다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 일반적 행동자유권을 침해한 것이 아니다.』

## 2. 현재 2018. 3. 29. 2015헌마377 결정

### 가. 소송경과

청구인 A재단법인은 2000년 8월경 공익활동 지원 등을 위해 설립되었다. 청

구인 B는 2006년 1월부터 2012년 2월경까지 위 재단법인의 상임이사, 청구인 C는 2003년 5월경부터 위 재단법인에서 기획홍보국장 등의 직을 각 역임한 자이다. 청구인들은 기부금품 모집 등록을 하지 아니한 채 2010. 12. 14.부터 2011. 1. 10.경까지 결식아동 지원사업을 위한 이른바 ‘결식제로’ 캠페인을 통해 1천만 원 이상의 기부금품을 모집하였다는 혐의로 2015. 1. 13. 기소유예처분을 받았다. 이에 청구인들은 이 기소유예처분의 기본권침해성을 주장하고, 아울러 해당 처분의 근거조항인 기부금품법 제4조, 제16조 제1항 제1호 등에 대해서도 부수적 위헌확인을 해 달라면서 헌법소원을 제기하였다.

심판청구 이유에서 청구인들은 이 기소유예처분의 근거조항이 사전검열금지원칙 위반 등 표현의 자유를 침해하고 있다는 점을 주장하였다.

#### 나. 결정요지

헌법재판소는 심판대상을 ①위 기소유예처분과 ②구 기부금품법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되고, 2013. 3. 23. 법률 제11690호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항, 기부금품법(2007. 5. 11. 법률 제8419호로 전부개정된 것) 제16조 제1항 제1호 중 ‘제4조 제1항에 따른 등록을 하지 아니하고 기부금품을 모집한 자’에 관한 부분이라고 한정 한 후, 결국 심판청구를 모두 기각하였는데, 그 이유의 요지는 다음과 같다.

##### 「(1) 기소유예처분에 대한 판단

이 사건 기소유예처분이 현저히 자의적 처분이라고 볼 만한 자료를 기록상 찾을 수 없다.

##### (2) 근거조항에 대한 판단

(가) 심판대상조항과 실질적으로 동일한 조항에 대해 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바83 결정에서 이미 죄형법정주의의 명확성에 위배되지 않고, 일반적 행동자유권을 침해하지도 않았다는 결정을 내린 바 있다. 이러한 선례의 판시는 정당하고 이 사건에서 그와 달리 판단해야 할 사정변경이 있다고 볼 수 없다.

(나) 청구인들은 심판대상조항이 사전검열에 해당하거나 표현의 자유를 침해한다는 주장도 하였지만, 그 내용을 살펴보면 모집등록 없이는 1천만 원 이상의 기부금품을 모집할 수 없도록 금지·처벌하는 것이 청구인들의 기본권을 침해한다는 취지로 결국 일반적 행동의 자유 침해 여부를 문제삼는 것과 다르지 않다. 그렇다면 앞서 본 것처럼 심판대상조항이 기부금품을 모집할 일반적 행동의

자유를 침해한다고 볼 수 없는 이상, 청구인들의 이 주장은 별도로 판단하지 아니한다.」

### Ⅲ. 평석

#### 1. 기부금품 모집행위 규제와 표현의 자유 제한

대상 결정은 표현의 자유가 침해되었다는 청구인들의 주장에 대해, ‘이것은 내용적으로 일반적 행동의 자유 침해 여부의 문제와 다르지 않다’고 하면서, 본격적 심판에 들어가지 않았다. 그 취지가 표현의 자유에 대한 제한을 아예 부정하고 일반적 행동자유권 제한만 인정한다는 것인지, 아니면 적어도 표현의 자유에 대한 제한은 인정하면서도 일반적 행동자유권 제한의 위헌성 여부 심사로 충분하므로 표현의 자유에 대한 침해여부 심사는 생략한다는 것인지 분명하지 않다. 이하에서는 기부금품 모집행위 규제가 표현의 자유를 제한하는지부터 검토하도록 한다.

#### 가. 외국의 비교사례

##### (1) 미국 판례

1980년에 *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment* 판결에서 미국연방대법원은 기부금품 모집행위가 표현의 자유의 보호영역에 든다고 보았다.<sup>1)</sup> 그 사안은 다음과 같다. *Village of Schaumburg*는 자선단체가 그 지역의 거리에서 또는 집집마다 방문하면서 기부금품 모집행위(이하 ‘거리모집 및 방문모집’)를 하는 것을 규제하고자 1974. 3. 12. 한 조례를 입법하였다. 위 판결에서 문제된 조례규정은 자선단체가 거리모집이나 방문모집을 허가받기 위해서는 장차 기부금의 75% 이상을 해당 자선 목적에 직접적으로 사용할 것이라는 점에 대해 충분한 증명을 요구하고 있었다. 이에 대해 환경보호 개선의 목적으로 설립된 비영리단체인 *Citizens for a Better Environment*는 이 조항이 수정헌법 제1조, 제14조에 위반된다면서 선언적 및 금지적 구제(*declaratory and injunctive relief*)를 신청했다.

1) 444. U.S. 620.

연방지방법원은 위 조례규정이 수정헌법 제1조, 제14조에 의해 금지되는 일종의 사전검열에 해당한다면 그에 대해 문면위헌을 선언하였다. 연방항소법원도 이러한 1심 판결을 유지하였다. 해당 지방자치단체가 그 주민들을 ‘사기행각’이나 ‘사생활침해’로부터 보호하려는 데 대해 정당한 이익이 있다고 할지라도, 이를 위한 규정이 수정헌법 제1조의 법익을 제한하는 한에서 그 규율내용은 엄밀히 한정적이어야 하는데, 위 조례규정은 그렇지 못하다는 이유에서였다. 사건을 수리한 연방대법원도, 자선사업을 위한 거리모집 및 방문모집은 정보의 소통, 견해의 전파·선전, 대의명분의 옹호 등 다양한 표현 이익과 관련되어 있으므로 수정헌법 제1조의 보호에 든다는 점을 확인한 후, 위 조례규정은 문면상 표현의 자유를 과도하게 광범위하게 제한하여 위헌이라고 판단하였다.

미국 판례는 비단 자선단체의 기부금품 모집행위뿐 아니라, ‘구걸행위’도 수정헌법 제1조의 표현의 자유의 보호영역에 든다는 입장이다. 연방제2항소법원은 1993년 *Loper v. New York City Police Department* 판결에서, 구걸을 위해 공공장소에서 어슬렁거리거나 머무르거나 돌아다니는 자는 ‘배회죄’를 범한 것으로(*guilty of loitering*) 규정한 뉴욕시 형법조항에 대해 수정헌법 제1조 위반이라 하여 위헌 선언을 한 1심 판결을 유지하였다.<sup>2)</sup> 구걸은 걸인 그 자신에 대한 금전적 지원이 필요함을 호소하기 위한 표현행위 내지 의사소통행위에 해당하고, 보도 등은 전통적인 ‘공론의 장(*public forum*)’으로 간주되어 왔으며, 구걸행위를 일정한 시간·장소·방법과 관련해서만 제한하는 게 아니라 일체의 공공장소에서 전적으로 제한하는 것은 결국 구걸이라는 표현내용에 기한 제한이라 할 것인바, 이 경우 적용되는 엄격한 합헌성요건을 위 형법조항은 충족하지 못했다는 것이다.

## (2) 독일 판례

한편, 1966년 독일연방헌법재판소는 1934. 11. 5. 제정되었고 1941. 10. 23. 개정된 ‘독일제국 기부금품모집법’에 대해 일반적 행동자유권 침해를 이유로 위헌 결정한 바 있다.<sup>3)</sup>

당해 심판절차는 이른바 ‘추상적 규범통제절차’로서, 제청기관인 연방의회는 제청 당시 다음과 같은 위헌성을 제기하였다. 즉, 위 법률은 전반적으로 매우 전체주의적 성격을 가지고 있다. 특히 기부금 모집에 대한 허가제는 나치당에 의한 모금을 제외하고는 그 이외의 모금행위를 억제하기 위한 경찰국가적 수단에

2) 999 F.2d 699.

3) BVerfGE 20, 150.

다름없었다. 허가제, 즉 ‘허가를 유보한 일반적 금지’는 통상적으로 불법행위에 해당하는 행위에 대해서만 발할 수 있는데, 모금이나 기부는 그런 행위에 해당하지 않는다. 그럼에도 위 법률은 개인의 자발적 선행을 속박하는 점에서 자유로운 인격발현에 관한 권리를 침해하고, 교회가 기부를 권유하고 그 신자가 기부하는 것을 금지하는바, 그런 한에서 종교의 자유를 침해한다. 또한 모금이나 기부 그리고 그 광고의 바탕에 깔려있는 종교적 또는 정치적 신념에 관한 표현을 일반적으로 금지한 점에서 표현의 자유를, 모금을 통한 결사의 후원을 가로막는 점에서 결사의 자유를 각각 침해한다.

이에 대한 심판에서 연방헌법재판소는 우선 위 법률의 규정들을 내용에 따라 다음 세 가지로 분류하였다. 첫 번째 그룹은 제1조부터 제8조까지의 규정이고, 두 번째는 제9조 내지 제12조까지의 규정, 세 번째는 제13조부터 제16조까지의 규정들이었다. 먼저, 제1조부터 제6조에서는 모금을 하려면 허가를 받아야 한다는 것과 어떠한 것들이 그런 모금에 해당하는지를 규정하였다. 그리고 제7조는 허가가 특정한 기간에 대해서만 행해짐을 규정했고, 제8조는 허가가 있기 전까지는 모금의 홍보를 해서는 안 됨을 규정했다. 다음으로, 제9조 내지 12조에서는 허가가 행해진 모금 및 그 모금단체에 대한 감독에 관한 규정들을, 제13조 이하에서는 벌칙규정 및 허가받지 않고 행해진 기부금품의 처리에 관한 규정, 그리고 나치당 및 그 관련 조직에 대해서는 위 법률이 적용되지 않는다는 예외조항을 마련하고 있었다.

연방헌법재판소는 위 세 그룹의 규정들 중 특히 제1조부터 제6조까지의 규정들에 대해서만 위헌성을 심사했고, 그 위헌성이 확인되자, 더 이상 다른 나머지 조항들에 대하여 구체적인 위헌성 심사로 나아가지 않은 채, 위 법률 전체에 대해 위헌선언을 하였다. 판시는 위 법률 제1조 내지 제6조에 의해 도입된 ‘기부금품 모집 허가제’가 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부에만 초점이 맞추어졌고, 이들 조항이 표현의 자유를 비롯한 기타의 기본권을 침해하는지 여부에 대해서는 아무런 명시적 판단이 이루어지지 않았다.

추측건대, 표현의 자유에 대한 제한의 양상은 위 제8조의 ‘허가 전 홍보금지’ 규정에서 노골적으로 나타나는 까닭에, 제1조 내지 제6조의 규정은 표현의 자유 제한을 직접적으로 야기하는 것과 그만큼 더 거리가 있는 것으로 비춰졌을 수 있다. 게다가, 위 제8조 이하의 규정들에 대한 위헌성 심사를 생략한 채 법률 전체에 대하여 위헌선언을 하기로 한 데 따라, 표현의 자유 등 기타 기본권의 침해여부 심사도 더불어 생략된 게 아닌가 생각된다.

### 나. 심판대상조항의 경우

우리나라 기부금품법에서는 기부금품 모집행위를 “서신, 광고, 그 밖의 방법으로 기부금품의 출연(出捐)을 타인에게 의뢰·권유 또는 요구하는 행위”라고 법률상 정의하고 있다(기부금품법 제2조 제2호). 심판대상조항은 이러한 ‘기부금품 모집행위’에 대해 사전등록의무를 부과하고, 만약 그러한 등록의무를 이행하지 않고 모집행위를 한다면, 처벌을 가할 수 있다는 것을 내용으로 한다.

앞서 미국의 판례에서도 확인할 수 있는 바와 같이, 기부금품 모집에 대한 규제는 필연적으로 표현의 자유 제한의 결과를 수반할 수밖에 없다. 더구나, 기부금품 모집행위에 관한 법률상 개념 정의가 의사표현행위 자체에 초점이 맞추어져 있는 만큼, 심판대상조항과 표현의 자유에 대한 제한 간의 연관성은 ‘독일제국 기부금품모집법’ 제1조 내지 제6조의 경우보다 훨씬 더 뚜렷하게 전면에 부각되는 것으로 보인다.

따라서 심판대상조항에 의해 제한되는 기본권에 표현의 자유가 포함되어야 한다.

## 2. 기본권경합과 본안심사방법

### 가. 문제의 제기

심판대상조항에 의해 제한되는 기본권에 표현의 자유가 포함된다고 할 것임에도, 대상 결정은 표현의 자유의 침해 여부에 대한 본격적인 심사로 나아가지 않았다. 그 대신에 일반적 행동자유권 침해여부에 대한 심사만으로 족하다고 보았다. 이러한 식의 처리는 다소 의외로 비친다. 헌법재판소의 주류적 판례에 따르면, 일반적 행동자유권은 “보충적 기본권”으로서, 다른 개별 기본권이 심사될 경우 오히려 그에 대한 심사가 배제되어 왔기 때문이다.<sup>4)</sup> 그러므로 대상 결정의 사안이 기존 판례와는 달리 처리될 만한 어떤 특수성이 있는지 살펴볼 필요가 있다.

다음으로, 대상 결정에서 일반적 행동자유권에 대한 심사가 전혀 배제되지 않는다 하더라도, 그렇다고 역으로 표현의 자유에 대한 심사가 배제될 수 있는지

4) 가령, 헌재 2017. 7. 27. 2015헌바286 참조: “청구인은 심판대상조항이 일반적 행동자유권을 침해한다고 주장하나, 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생하는 일반적 행동자유권은 ‘일반적’이란 용어에서 알 수 있듯이 헌법상 규정된 개별 기본권들이 보호해 주지 못하는 영역에서 보충적으로 적용되는 것이므로(헌재 2006. 6. 29. 2005헌마1167 참조), 심판대상조항과 관련하여 주된 기본권인 재산권 침해 여부에 대하여 판단하는 이상 일반적 행동자유권 침해 여부는 별도로 판단하지 아니한다.”

는 여전히 의문으로 남는다. 이와 관련하여, 혹자는 “하나의 규제로 인해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 경우에는 기본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 한다”는 판례<sup>5)</sup>를 떠올릴지도 모르겠다. 이 판례에 의할 경우, 만약 대상 결정의 사안에서 일반적 행동자유권이 주된 기본권으로 간주될 수 있다고 한다면, 표현의 자유에 대한 침해여부 심사는 별도로 판단되지 않더라도 무방하리라는 결론에 도달할 가능성도 있기 때문이다. 하지만 이에 대해서는 이른바 ‘주된 기본권’의 침해여부만 심사하고 다른 관련 기본권들에 대한 제한의 효과는 도외시해도 된다는 명제가 과연 법이론적으로 타당한가 하는 근본적인 의문이 제기될 여지가 있다.

이하에서는 기본권경합에 관한 일반론을 개관한 후, 전술한 문제들을 검토하기로 하겠다.

#### 나. 기본권경합에 관한 일반론

##### (1) ‘기본권경합’의 개념

특정한 하나의 공권력 작용에 대해 둘 이상의 기본권이 관련되는 경우 그 양상은 여러 가지일 수 있다. 즉, 관련 기본권들이 모두 같은 편에서 공권력 작용에 맞서는 경우가 있는가 하면, 한 공권력 작용을 둘러싸고 관련 기본권들이 서로 반대편에서 길항(拮抗)하는 경우도 있을 수 있다. 예컨대, 낙태의 허용여부와 관련하여 태아의 생명권과 산모의 출산에 관한 자기결정권이 상충하는 이해관계를 드러내는 경우는 후자에 속한다. 이를 ‘기본권충돌(Grundrechtskollision)’이라고 일컫는다. 반면, 대상 결정에서 일반적 행동자유권과 표현의 자유는 공히 심판대상 조항에 대항하는 관계라 할 것이므로 전자의 경우에 속한다.

그런데 자세히 들여다보면, 전자는 다시 두 가지 경우로 세분할 수 있다. 하나는 관련 기본권들이 모두 하나의 동일한 기본권주체에게 귀속되어 있는 경우이고, 다른 하나는 관련 기본권들이 서로 다른 주체에게 귀속되어 있는 경우이다. 이 중 하나의 공권력 작용에 대해 동일 기본권주체의 여러 기본권들이 관련되는 경우를 일컬어 ‘기본권경합(Grundrechtskonkurrenz)’이라 하고, 둘 이상의 기본권주체의 기본권들이 관련되는 경우를 ‘기본권제한의 수평적 누적(horizontal Eingriffskumulation)’

5) 헌재 2017. 10. 26. 2016헌바301; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 참조.

이라 한다.<sup>6)</sup> 예컨대, 당구장업자에 대해 출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 취지를 표시할 의무를 부과할 경우, 하나의 공권력 작용에 의해 당구장업자는 영업의 자유, 18세 미만자는 일반적 행동자유권이 각 제한되고, 이 두 기본권은 공히 해당 공권력 작용에 대립하는바, ‘기본권제한의 수평적 누적’의 사례에 해당한다. 반면, 대상 결정에서는 심판대상조항에 의해 제한된 기본권인 표현의 자유와 일반적 행동자유권이 각각 다른 기본권주체에게 귀속된 게 아니라, 하나의 동일 기본권주체에게 귀속되어 있다 할 것이므로, 기본권경합의 사례에 속한다고 하겠다.

## (2) 기본권경합의 핵심문제로서 기본권제한유보의 상위(相違)

‘기본권제한의 수평적 누적’의 경우나 ‘기본권경합’의 경우에 하나의 공권력 작용에 대해 관련 기본권들이 공히 대항하는 관계에 있다는 것은, 공권력 주체의 입장에서 보면, 그 공권력 작용에 의해 추구되는 공익이 그 모든 기본권제한을 정당화할 만한 성격과 비중을 가져야 함을 의미한다. 다시 말해, 해당 공권력 작용에 의해 제한되는 기본권들이 늘어날수록, 해당 공권력 작용의 정당성을 뒷받침하기 위한 논증 부담은 그만큼 더 커진다. 여기까지는 관련 기본권들 간에 아직 아무런 교착현상도 보이지 않는다. 하지만 만약 관련 기본권들이 각각 상이한 형태의 ‘기본권제한유보’<sup>7)</sup> 하에 놓여 있다면, 어떠할까?

가령, 독일 기본법에서는 모든 기본권에 있어서 제한유보가 획일적으로 설정되어 있지 않다. 예컨대, 기본법 제2조 제2항 제3문에서 신체의 자유는 ‘단지 법률에 근거하여’ 이를 제한할 수 있다고 규정하고, 그 외에 다른 추가적 제한조건을 부가하고 있지 않다. 그런 의미에서 이 기본권은 ‘단순 법률유보(einfacher Gesetzesvorbehalt)’ 하에 놓여 있다고 한다. 반면, 기본법 제11조 제2항에서 거주 이전의 자유는 ‘법률에 의하여 또는 법률에 근거하여’ 제한될 수 있도록 하되, 헌법에서 정한 상황·목적과 관련해서만 그 제한이 이루어질 것을 요구한다.<sup>8)</sup> 이처럼

6) 이에 대해, ‘기본권제한의 수직적 누적(eine vertikale Eingriffskumulation)’이라 함은 하나의 동일 기본권주체에 대해 둘 이상의 공권력 작용이 가해져 복수의 기본권제한을 야기하는 경우를 가리킨다. ‘기본권제한의 누적(Kumulation von Grundrechtseingriffen)’의 개념과 분류에 관한 좀 더 상세한 설명으로는, Klement, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AÖR 134 (2009), 42쪽 이하 참조.

7) 이 글에서 ‘기본권제한유보(Schrankenvorbehalt)’라는 개념은 ‘기본권이 공동체의 법질서 속에서 실제로 어디까지 정당하게 행사될 수 있는지 그 범위 내지 한계를 설정할 수 있음이 헌법상 예정되어 있는 상태’를 가리키는 의미로서 사용하기로 한다.

8) 독일 기본법 제11조 제2항에 따르면, 거주이전의 자유에 대한 제한은 충분한 생활 터전이 마련되어 있지 않고 이로 인하여 공중에 특별한 부담이 발생하는 경우나 연방이나 주의 존립이나 자유민주적 기본

기본권제한유보에 추가적 조건이 부가되어 있는 것을 ‘가중 법률유보(qualifizierter Gesetzesvorbehalt)’라 한다. 한편, 기본법 제4조 제1항의 신앙·양심의 자유나 제5조 제3항의 학문·예술의 자유 등은 법률로써 제한될 가능성이 예정되어 있지 아니하다. 다시 말해, 이들 기본권은 법률유보 하에 놓여 있지 않은 것이다. 이런 다양한 기본권제한유보 체계 하에서는 관련 기본권들 중 일부는 단순 법률유보, 다른 일부는 가중 법률유보 하에 있거나 혹은 법률유보에 의한 제한가능성이 전혀 예정되어 있지 않은 등 기본권제한유보의 상황에 차이가 발생할 수 있게 된다.

물론, 제한된 기본권의 주체가 서로 다른 ‘기본권제한의 수평적 누적’의 경우에는 이러한 상황이 그다지 문제될 게 없다. 기본권주체별로 별개의 기본권제한이 발생한 것으로 보아, 기본권제한에 대한 위헌여부 심사를 상호 독자적으로 전개할 여지가 있기 때문이다. 예컨대, 하나의 법률 규정으로 A에게는 거주이전의 자유를, B에게는 종교의 자유를 제한하는 경우, 기본권제한이 헌법상 정당한 수권에 의한 것인지에 관한 심사는 A의 기본권 제한 부분과 B의 기본권 제한 부분으로 나누어 따로따로 행할 수 있고, 그래서 A의 기본권제한 부분에 한해서는 정당하나, B의 기본권제한 부분에 관한 한 헌법상 정당한 수권이 없다는 식으로 결론을 내리더라도, 논리적으로 꼭 모순이라 볼 수는 없다. 입법자는 이 경우 B의 종교의 자유에 대한 제한의 효과를 배제하기 위하여 가령 적용예외 규정을 만들으로써 그 위헌성을 해소할 수도 있을 터이다.

반면, 하나의 특정 공권력 작용에 의해 동일 기본권주체의 여러 기본권을 동시에 제한하는 ‘기본권경합’의 경우에는 이와 같은 분리된 심사가 가능하지 않다. 하나의 법률 규정으로 A의 거주이전의 자유와 종교의 자유를 동시에 제한하는 경우, 전자의 제한에 관한 한 정당한 수권에 의한 것이고, 후자의 제한에 관하여는 정당한 수권에 의한 게 아니라는 식으로 결론을 내릴 수는 없다. A에게 거주이전의 자유의 행사와 종교의 자유의 행사가 불가분의 단일한 생활사태를 이룬다고 할 때, 그에 개입하는 공권력 작용은 헌법상 정당한 수권에 의한 것이거나 아니거나 둘 중 하나여야 한다. 문제는, 이 경우 거주이전의 자유의 제한이 법률유보 하에 있는 데 주목하여 해당 법률 규정은 헌법상 정당한 수권이 있는 것이라고 한다면, 종교의 자유를 법률유보 하에 들지 않게 한 취지는 무시하는 것처럼 비칠 수 있고, 그 반대로 종교의 자유가 법률유보 하에 있지 않은 데 주목하여 해당 법률

---

질서에 대한 급박한 위협을 방지하거나, 전염병이나 자연재해, 그 밖의 중대한 위난에 대처하기 위해, 혹은 청소년들을 방치로부터 보호하거나 범죄행위를 예방하기 위해 그 제한이 필요한 경우 등에만 법률에 의해 또는 법률에 근거하여 행할 수 있다.

규정은 헌법상 정당한 수권이 없이 A의 기본권을 제한하였다고 한다면, 이번에는 거주이전의 자유에 대한 제한을 법률유보 하에 둔 헌법제정자의 취지를 몰각하는 것처럼 보일 수 있다는 데 있다. 이런 딜레마는 독일처럼 다양한 기본권제한유보 체계를 가진 곳에서 기본권경합이 문제될 때 필연적으로 봉착하게 되는 난제라고 할 수 있다.

### (3) 문제 해결을 위한 여러 방안들

전술한 ‘기본권제한유보의 상위’<sup>9)</sup>로 인한 문제에 대하여는 여러 해결방안들이 논의되어 왔다.

#### (가) 사실관계의 해부와 보호영역의 구획

우선, 기본권경합 자체를 가능한 한 엄격히 인정하는 쪽으로 해결을 모색할 수도 있다. 가령, 사실관계를 해부하여 이를 ‘여러 개의’ 기본권제한 조치들로 재구성할 수 있다면, 기본권경합의 인정 여지를 그만큼 축소할 수 있다. 기본권경합은 그 개념상 ‘하나의 단일한’ 기본권제한 조치를 전제로 하기 때문이다. 가령, 주거에 대한 수색과 압수가 합쳐서 ‘하나의’ 기본권제한 조치라고 하기보다, ‘수색’과 ‘압수’라는 ‘두 개의’ 기본권제한 조치가 있는 것으로 파악하자는 것이다.<sup>10)</sup> 이러한 사실관계의 해부(Sachverhaltszerlegung)를 통해 ‘주거의 자유’와 ‘재산권’은 기본권경합 관계에 있지 않은 것으로 인식될 수 있게 된다. 물론, 사실관계를 개별 기본권과 대응 가능성에만 초점을 맞춰 무제한적으로 분해할 수는 없다. 그러한 분해는 자연적 관점이 아니라, 법적 관점에서 하나의 행위단위(eine rechtliche Handlungseinheit)로 평가될 수 있는 한도 내에서만 행해질 수 있다고 봄이 상당하다.<sup>11)</sup> 즉, 규범적 평가에 의할 때 해당 공권력 작용이 일체를 이루어 분리가 불가능할 경우, 다시 말해 해당 공권력 작용을 더 분해하려 할 때에는 원래의 법적 규율내용이 그 형체를 알아보기 어렵게 되거나 그 법적 본질이 현저히 왜곡·변질되어 기본권침해에 관한 유의미한 심사를 저해할 우려가 있다고 판단되는 경우

9) 독일에서는 ‘Schrankendivergenz’라는 용어가 통용되고 있으나, 실은 ‘제한의 상위(相違)’가 아니라 ‘제한유보의 상위(Vorbehaltsdivergenz)’를 가리키는 의미로 사용되고 있다는 지적으로는, Reßing, Die Grundrechtskonkurrenz, 54쪽 이하 참조.

10) Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 324쪽. 이에 대해 압수·수색영장은 궁극적으로 범행도구 등을 발견·압수하기 위해 발하는 조치로서, 일체를 이루는바, ‘하나의’ 기본권제한 조치가 있는 경우로 볼 수 있다는 지적으로는, Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2, 1382쪽 참조.

11) Stern, 위 책, 1381쪽 참조.

라면, ‘하나의 행위단위’를 이룬다고 하겠다.

한편, 기본권의 보호영역을 넓게 파악할수록 기본권경합의 외관이 생길 가능성도 그만큼 더 커지는바, 보호법익이나 구성요건이 유사한 기본권들 각각의 보호영역을 엄밀히 구획하여 주는 것(Tatbestandsabgrenzung)은 불필요한 기본권경합의 외관을 차단하는 효과가 있을 수 있다. 예컨대, ‘소득활동의 결과물’은 재산권의 보호영역에 들 수 있지만, ‘소득활동 자체’는 재산권보다는 직업의 자유의 보호영역에 든다고 할 경우, 어떤 소득활동에 대한 규제를 직업의 자유와 재산권을 공히 제한하는 조치로 볼 여지는 대폭 줄어들게 된다.

물론, 위와 같은 사실관계의 해부와 보호영역의 구획에 의해 기본권경합 현상이 완전 배제되는 것은 아니다. 하지만 적어도 기본권경합의 외관이 불필요하게 생기는 것을 현저히 축소시키는 효과는 있다고 하겠다.

#### (나) 일반/특별관계에 기한 적용배제

만약 하나의 특정 공권력 작용에 관련되는 여러 기본권들이 서로 일반/특별관계에 있어서 그 중 하나가 다른 하나의 적용을 배제한다면, 기본권제한유보 상위(相違)의 문제는 그로써 해소될 수 있다. 그 대신에 대체 어떠한 기본권들 사이에서 이러한 일반/특별관계가 성립하는지를 규명해야 하는 문제만 남는다.

일반/특별관계의 성립에 거의 의문의 여지가 없는 사례로는, 일반적 행동자유권과 개별 자유권 사이의 관계를 들 수 있다. 개별 자유권은 원래 일반적 행동자유권의 보호영역 내에 완전히 포섭 가능한 자유들 중 특정한 일부를 보호대상으로 하는바, 헌법제정자가 일반적 행동자유권 이외에 굳이 개별 자유권을 규정한 취지는 후자의 자유권의 보호영역 내에서는 후자의 자유권조항이 우선적으로 고려되게 하려는 데 있었다고 논리적으로 추론하는 것이 가능하다. 따라서 개별 자유권이 적용되는 한, 일반적 행동자유권의 적용은 원칙적으로 배제할 수 있다. 이처럼 어느 한 기본권의 규율영역이 다른 기본권의 규율영역을 완전히 포함하는 것으로 볼 수 있는 경우에는 논리적 추론에 의해 헌법제정자가 두 기본권의 관계를 어떻게 인식했는지를 짐작할 수 있고, 그에 기하여 일반/특별관계를 결정할 수 있는바, 문헌에서는 이를 가리켜 ‘규범논리적 특별관계(normlogische Spezialität)’라고 일컫고 있다.<sup>12)</sup>

물론, 일반적 행동자유권과 개별 자유권 사이에 일반/특별관계가 성립하지 않는 경우도 있을 수 있다. 즉, 구체적 사실관계에서 개별 자유권의 보호가 미치

12) Heß, Grundrechtskonkurrenzen, 59쪽 이하 참조.

지 못하는 부분이 잔존한다면, 일반적 행동자유권이 개별 자유권과 더불어 - 하지만 보호의 주안점은 서로 달리하여 - 적용될 여지도 있는 것이다.<sup>13)</sup>

한편, 개별 자유권들 사이에서도 일반/특별관계의 성립을 인정할 수 있을지, 만약 그렇다면, 어떠한 경우에 그런 관계가 성립하는지에 대해서는 논란이 있다. 예컨대, 기본법 제4조 제1항의 양심의 자유와 제4조 제3항의 병역거부의 자유 사이에서라면, 일반/특별관계의 성립을 인정하는 견해가 지배적이다.<sup>14)</sup> 병역거부의 자유는 양심의 자유로도 완전히 포섭 가능한바, 그럼에도 굳이 별도로 규정을 둔 취지를 고려하면, 양자 사이에서는 병역거부의 자유가 우선 적용된다고 봄이 상당하기 때문이다. 다시 말해, 이 경우에도 ‘규범논리적 특별관계’가 성립하는 것이다.

하지만 종교의 자유와 표현의 자유 간의 관계를 보면, (내심영역에서 이루어지는 신앙결정이나 비종교적인 표현행위와 같이) 각각 타방에 의해서는 포섭될 수 없어서 독자적으로 보호를 제공해야 할 부분이 있는가 하면, (종교적 표현행위와 같이) 양자 모두에 의해 포섭될 수 있어서 중첩적으로 보호를 할 수 있는 부분도 있다. 그 중 후자의 경우에 중첩되는 보호의 범위에서 일반/특별관계를 인정할 수 있는지가 문제된다. 여기서 ‘의사표현’의 보호에 초점을 맞추면, 일반적 표현의 자유에 대해 종교적 표현의 자유가 특별관계에 있는 것처럼 보이고, 그래서 표현의 자유보다는 종교의 자유를 우선 적용해야 하는 듯 여겨질 수 있다.<sup>15)</sup> 하지만 만약 ‘종교활동’의 보호에 초점을 둔다면, 일반적 종교활동의 자유에 대해 의사표현적 종교활동의 자유가 특별관계에 있는 것으로 비칠 수 있고, 그래서 종교의 자유보다는 오히려 표현의 자유를 우선 적용해야 한다는 정반대의 결론에 이를 여지도 있다.<sup>16)</sup> 그러므로 이처럼 관련 기본권들 상호 간에 규율영역상 포함관계(Einschlussrelation), 즉 어느 한 기본권의 규율영역이 다른 기본권의 규율영역을 완전히 포함하는 관계가 인정되지 않는 경우에는 전술한 ‘규범논리적 특별관계’

13) 예컨대, 터키 국적을 가진 정육점 업자에게 마취 없이 가축을 도살하는 것이 종교적 의식에 따른 행위라고 할 때, 그럼에도 가축을 도살할 때 마취할 것을 강제하는 것은, 그 업자의 종교의 자유와 일반적 행동자유권 - 참고로, 독일 기본법에서 직업의 자유는 국민의 권리이므로, 외국인도 직업의 자유 대신에 일반적 행동자유권만 주장할 수 있을 뿐이다 - 을 모두 제한하게 된다. 이 경우 일반적 행동자유권은 종교의 자유와 그 보호의 주안점 면에서 다르므로, 적용이 배제되지 않는다고 보아야 한다.

14) Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 160쪽; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 4, Rn. 52; Sachs, Verfassungsrecht II, 278쪽; Morlok, in: Dreier, GG, Art. 4, Rn. 157.

15) 이러한 관점에서, 종교의 자유를 표현의 자유에 대한 특별기본권으로 파악하는 입장으로는, Herzog, in: Maunz/Dürig u.a., GG, Art. 5, Rn. 33; Stern, 위의 책, 1403쪽; Schwabe, 위의 책, 327쪽 참조.

16) 이런 식의 조작 위험성을 지적하며, 종교의 자유와 표현의 자유가 일반/특별관계에 있다고 파악하는데 대해 회의적인 견해로는, Spielmann, 위의 책, 161쪽 참조.

의 성립을 단언하기는 어렵다고 하겠다. 그럼에도 이 경우 사안에 더 밀접하게 관련된 혹은 사안을 완전히 규율할 수 있는 기본권이 무엇인지를 가려 그것을 특별 기본권으로 보려는 시도가 있다.<sup>17)</sup> 관련 기본권들의 사항적 밀접성(Sachnähe)에 관한 규범적 평가를 통해 그 중 우선 적용될 기본권을 정하자는 것인데, 이에 의해 인정되는 특별관계를 ‘규범적 특별관계(normative Spezialität)’라고 일컫기도 한다.<sup>18)</sup>

이러한 종류의 특별관계를 인정하는 것은, 사안의 특수성에 가장 근접한 기본권에 집중하게 하고, 다른 유사한 기본권에 기한 중복된 심사를 피할 수 있도록 하는바, 분명 소송경제적 관점에서는 장점이 있는 듯 보인다. 그러나 법이론적 관점에서는 여러 단점을 노정하고 있음도 간과해서는 안 된다. 첫째, 규범적 특별관계는 추상적으로가 아니라, 단지 구체적으로 개별 사안의 특수성을 감안하여 확정할 수 있을 뿐이다. 그러므로 어떤 사안에서 그러한 특별관계가 인정된다고 해서, 이를 일반화하기란 어렵다.<sup>19)</sup> 둘째, 관련 기본권들 사이에서 사항적 밀접성의 정도를 비교하는 기준이 그리 명확한 것도 아니다.<sup>20)</sup> 이로 인해 특별히 사항적 밀접성을 가지는 것과 그렇지 않은 것을 엄밀히 분간하는 것 자체가 난제로 되거나, 판단의 일관성 결여로 법적 불안정성이 생길 위험이 상존하게 된다. 셋째, 기본권이 제한되면 그 기본권의 보호체계가 작동하는 게 원칙이다. 그럼에도 단지 다른 기본권에 비해 상대적으로 사항적 밀접성이 떨어지는 것으로 보인다고 해서 그 보호체계가 전혀 작동하지 않는다고 하는 게 과연 이론적으로 충분히 근거가 있는지에 대해서는 회의적인 견해가 갈수록 유력해지고 있다.<sup>21)</sup>

이러한 점들에 비추어볼 때, ‘규범논리적 특별관계’만 원래의 의미의 특별관계에 포함시키고, ‘규범적 특별관계’는 후술하는 상상적 경합의 범주에 포함시켜 논의하는 편이 이론적 정합성의 관점에서 더 바람직하다고 생각된다.

(다) 상상적 경합의 경우에 있어서 기본권제한유보 상위의 문제와 그 해법 전술한 일반/특별관계에 해당하지 않는 이상, 관련 기본권들은 일단 관념적으로 모두 적용 가능한 것으로 보게 된다. 이러한 상태를 - 형법적 용어를 빌려 -

17) Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 258쪽, 각주 13; Degen, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, 297쪽 이하.

18) Heß, 위의 책, 62쪽 이하 참조.

19) Heß, 위의 책, 63쪽 참조.

20) Breckwoldt, Grundrechtskombinationen, 167쪽 참조.

21) Breckwoldt, 위의 책, 167쪽 이하; Spielmann, 위의 책, 142쪽 이하; Heß, 위의 책, 63쪽.

‘상상적 경합(Idealkonkurrenz)’이라고 칭하는데, 관련 기본권들 간에 기본권제한 유보 상황이 상이할 경우 이를 어떻게 해결할지가 본격적으로 문제되는 곳이 바로 이 지점이다. 이에 대해서는 그 동안 다양한 해법이 모색되어 왔는데, 그 중 중요한 것 몇 가지만 소개하면 다음과 같다.

### ① 최약효력설

먼저, 상대적으로 더 강한 기본권제한유보가 규정된 - 그런 점에서 보장 정도가 더 약한 - 기본권이 위헌여부 심사결과에 결정적으로 작용하는 것을 허용하는 입장이 있다. Friedrich Klein의 견해에 따르면 기본권은 원칙적으로 ‘체계적인 사항적 보장제한에 의하여(durch systematische sachliche Gewährleistungsschranken)’ 제한될 수 있다. 다시 말해, 법률유보 하에 있지 않은 기본권일지라도 그와 상상적 경합관계에 있는 다른 기본권이 법률유보 하에 있다면, 이들 기본권 사이의 상호관계로부터, 후자의 기본권에 대한 제한 체계에 의해 전자의 기본권이 사실상 제한을 받게 되는 것 같은 현상이 빚어질 수 있다는 것이다. 그리하여 가령 종교의 자유는 법률유보 하에 있지 않고 신체불훼손권은 단순 법률유보 하에 있다고 할 때, 종교적인 이유로 예방접종을 거부하는 자에게 예방접종의무 부과는 신체불훼손권에 대한 제한유보에 의해 정당화될 수 있다고 한다.<sup>22)</sup>

### ② 최강효력설

이에 대해, 정반대로 상대적으로 더 약한 기본권제한유보가 규정되어 있거나 아예 법률유보의 적용을 받지 않는 - 그런 점에서 보장의 정도가 더 강한 - 기본권이 심사결과에 결정적으로 작용하는 것으로 보아야 한다는 입장도 있다.<sup>23)</sup> 구체적으로 예를 들어 설명하자면, 직업적인 트럼펫 연주활동에 일정한 규제를 가하는 공권력 작용은 예술의 자유와 직업의 자유 각각에 예정된 기본권제한 요건을 모두 충족할 것이 요구된다. 마치 민사상 청구권이 경합할 경우 권리자는 어느 청구권에 의하든 자신의 권리의 만족을 추구할 수 있는 것처럼, 기본권의 상상적 경합의 경우 개인은 어느 기본권에 의하든 자신의 기본권적 권익 보호의

22) Klein, in: v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz I, 2. Aufl., 1957, Vorbemerkung vor den Grundrechten, B XV 2b (Stern, 위의 책, 1391쪽에서 재인용).

23) 대표적인 예로서, Berg, Konkurrenzen schrankendivergender Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, 82쪽 이하. 한편, 후술하는 바와 같이 수정을 가하긴 하지만, 기본적으로 최강효력설에 바탕한 것으로 볼 수 있는 견해로는, Rüfner, Festgabe BVerfG II, 477쪽; Stern, 위의 책, 1405쪽 이하 등 참조.

목적 달성할 수 있어야 하기 때문이다. 또한 상식적으로도, 트럼펫 연주를 직업으로 한다고 해서, 그 연주를 단지 취미로 하는 경우에 비해 더 불리하게 취급될 이유가 없다. 그런데 위와 같이 관련 기본권들 각각에 예정된 제한요건을 모두 충족하라는 것은, 결국 더 강하게 보장된 기본권에 대한 제한요건마저 충족할 때에만 해당 공권력이 정당화된다는 것을 의미하게 된다. 즉, 직업의 자유에 대해서는 법률적 규율이 가능하다 하더라도, 예술의 자유는 법률유보 하에 들지 않는 기본권인바, 직업적 트럼펫 연주를 규제하는 것은, 달리 헌법내재적 한계에 의해 예술의 자유에 대한 제한이 허용되는 경우가 아닌 한, 단지 법률적 차원에서 추구되는 공익목적만 가지고 예술의 자유를 제한하는 점에서 그 자체로 이미 헌법상 정당화될 수 없다는 결론에 이를 수 있게 되는 것이다.

### ③ 절충설

한편, 관련 기본권조항의 기본권제한유보의 형태에만 초점을 맞추어 추상적으로 강약을 논하고 그로부터 바로 위헌여부 판단에 직결될 수 있는 기준을 일반적으로 확정하려는 데 대해 비판적인 시각도 있다.<sup>24)</sup> 개별 사안의 복잡한 상황에 상관없이, 가령 (최강효력설의 입장에서) 법률유보 하에 들지 않는 기본권이 조금이라도 관련되기만 하면, 이것을 법률로써 제한하려고 한 점만 가지고 벌써 위헌적이라고 단정하는 식의 형식적 접근법은 전체 공익과 사익의 조화의 관점에서도 바람직하지 않은 것으로 지적되고 있다.<sup>25)</sup> 이에 개별 사안의 특수성을 고려하는 절충적인 해법들이 다양하게 제안되어 왔다.

가령, Herzog는 개별 사안에서 주된 제한대상이 되어 위험상황에 놓인 기본권이 무엇인지에 따라 ‘구체적으로(in concreto)’ 적용될 제한유보 규정을 결정해야 한다는 입장이다.<sup>26)</sup> 이를 위해서는 관련 기본권들 중 어느 것을 제한하는 데 주안점이 있는지를 분석하여, 예컨대 만약 집회에서 표현내용 때문에 집회를 금지하는 경우라면, 전적으로 표현의 자유 제한에 관한 기본법 제5조 제2항을 적용하여야 하는 데 반해, 표현내용과 상관없이 이를테면 창궐하는 전염병의 전파 위험성 때문에 집회를 금지하는 경우라면, 집회의 자유 제한에 관한 기본법 제8조 제2항만 적용하여야 한다고 한다.

기본권제한의 주관적 의도에 초점을 맞춘 Herzog와 달리, Stern은 그 객관적 제

24) Heß, 위의 책, 71쪽, 76쪽 이하; Schwabe, 위의 책, 364쪽, 394쪽 이하.

25) Stern, 위의 책, 1406쪽; Bethge, 위의 책, 258쪽, 각주 13.

26) Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5, Rn. 38 이하.

한양상에 주목하여, 만약 관련 기본권들 중 단지 보호영역의 ‘주변부(Randbereich)’만 건드릴졌을 뿐인 것과 ‘핵심부(Zentralbereich)’가 제한된 것이 있다고 한다면, 후자를 기준으로 제한유보를 적용해야 한다고 보았다.<sup>27)</sup> 다만, 어느 것이 주변부, 어느 것이 핵심부가 제한되었는지를 결정하는 게 그리 간단하지 않을 수 있는바, 이는 ‘구체적 사안에 따라(fallbezogen)’ 판단해야 할 사항으로 유보하였다.

다른 한편, 기본권제한유보의 적용에 있어 우선 순위가 부여될 어느 한 기본권만 선택하고 다른 기본권은 고려에서 배제하는 방식 대신에, 경합하는 기본권들에 대한 제한유보 각각에 대해 저마다 고유하게 기능할 국면을 할당해 주는 식으로 조화를 도모함으로써 기본권제한유보 상위의 문제를 해소하려고 하는 시도들도 있어 왔다.

가령 Rūfner는 모든 자유권은 ‘일반적 법질서(allgemeine Rechtsordnung)’의 한계 내에서만 행사될 수 있다고 전제한다. 여기서 일반적 법질서란 기본법 제5조 제2항에서 말하는 ‘일반적 법률(allgemeine Gesetze)’과 유사한 개념인데, 어떤 자유권의 전형적인 행사 자체를 규제하는 데 그 의도가 있지 아니한 그런 법질서를 가리킨다. Rūfner의 견해에 따르면, 다른 기본권에 대한 제한유보에 근거하여 입법된 법률도 그러한 일반적 법질서를 구성할 수 있다.<sup>28)</sup> 그러므로 예컨대 건축 예술에 대해 도시계획에 따른 제한이 가해지더라도, 그것이 예술활동 그 자체를 규제하려는 취지가 아니었다고 한다면, 재산권 행사의 한계를 설정한 관련 규정은 예술의 자유에 대해 일반적 법질서를 이루는 데 불과한바, 그런 한에서 예술의 자유의 행사도 그 한계를 존중할 것이 요구된다.<sup>29)</sup> 요컨대, Rūfner의 견해는 -Klein과는 달리- 경합관계에 있는 기본권들 중 일방에 규정된 제한유보를 사실상 타방에 그대로 이식하자는 것이 아니라, 그 제한유보에 따른 입법이 타방의 자유권에 대해 일반적 법질서로서 기능하는 한도에서만 후자의 행사가 그 입법적 규율을 받게 되고, 이는 모든 자유권에 내재된 한계의 일환에 해당한다는 것이다. 이로써 관련 기본권들의 제한유보 일체가, 타방 기본권에 대해 일반적 법질서로 기능할 수 있는 한에서, 공히 적용될 여지가 생기게 된다.

이론적 구성은 달리하지만, Scholz도 상상적 경합관계에 있는 기본권들에 규

27) Stern, 위의 책, 1407.

28) Rūfner, *Überschneidungen und Gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte*, Der Staat 7 (1968), 54쪽 이하.

29) 다만, Rūfner는 일반적 법률에 의한 표현의 자유 제한의 경우에 거론되는 이른바 ‘상호작용(Wechselwirkung)’과 유사하게, 일반적 법질서에 의한 제1 자유권 행사의 제한의 경우에도 제한규범이 그 제한을 받는 자유권의 헌법적 의미를 가능한 한 존중해야 하는 기속을 받는 것으로 보고 있다. Rūfner, 위의 논문, 57쪽 이하.

정된 제한유보가 각각 고유한 기능을 담당하면서 하나로 결합하여 적용되는 상황을 상정한 바 있다. 그에 의하면, 특히 경합하는 기본권들 중 하나는 궁극적 목적을 이루는 자유의 내용을, 다른 하나는 이를 실현하는 수단 내지 그 행사를 보장하는 관계에 있을 경우 - 그런 의미에서 전자는 ‘내용적 권리(Inhaltsrecht)’, 후자는 ‘행사적 권리(Ausübungsrecht)’라고 일컫는다 - 이들 기본권에 대한 제한유보는 결합하여 그 중 하나는 자유의 보장내용에 대한 제한에, 다른 하나는 행사에 대한 제한에 관여하는 식으로 기능을 분담한다고 한다.<sup>30)</sup> 가령, 표현의 자유가 학문활동에 기여하는 면에서 행사적 권리로서의 성격이 있다고 할 때, 기본법 제5조 제2항은 표현의 자유를 통한 행사의 국면에서 제한의 기능을 담당할 뿐이고, 학문활동 중 의사소통적 요소와는 무관한 부분에 대해서까지 제한의 효력을 미치지 못하는 못한다고 한다. 반면에, 내용적 권리와 행사적 권리는 목적과 수단의 관계에 있는 만큼, 내용적 권리에 대한 제한이 결과적으로 행사적 권리에 대해서까지 어느 정도 영향을 미칠 여지는 있다. 하지만 그러한 영향은 ‘구체적인 목적/수단의 관계 내부에서만’ 가능할 뿐이며, 이를 넘어서 다른 기본권 및 특정한 행사적 권리를 ‘일반적으로’ 제한하는 것으로 이어져서는 안 된다고 한다.<sup>31)</sup>

상상적 경합의 경우 기본권제한유보 상위의 문제를 어느 한 기본권의 선택과 다른 기본권의 배제에 의해서가 아니라, 양자의 상호조화적인 적용가능성을 모색함으로써 해소하려는 시도들 중 또 다른 사례로서, Degen의 이론을 들 수 있다. 그에 의하면, 기본권제한유보 상위의 문제란 어느 기본권제한유보 조항에 포섭시킬 것이냐의 문제라기보다는, 기본권제한의 정당화를 위한 국가의 논증이 여러 헌법적 요구조건들에 합치해야 할 부담을 진다는 것을 가리킬 따름이다.<sup>32)</sup> 예컨대, 언론직업을 제한하는 경우, 그것은 기본법 제12조 제1항 제2문에서 규정한 직업의 자유 행사 제한에 대한 ‘법률유보의 요청’과 기본법 제5조 제2항에서 의미하는 ‘일반적 법률에 의한 제한의 요청’ 등을 모두 충족하였다는 것을 국가가 논증하지 않으면 안 된다는 것을 뜻한다.

(라) 관련 쟁점: 상상적 경합의 경우에 법익형량 방법

기본권의 침해여부 심사와 관련하여 통상적으로 ‘기본권의 보호영역 확정’

30) Scholz, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 107쪽 이하.

31) Scholz, 위의 책, 113쪽 이하. 한편, 이에 대해, 기본권들 중 어느 것이 내용적 권리이고, 어느 것이 행사적 권리인지를 일반·추상적으로 분류하는 것이 그리 간단하지는 않다는 지적으로는, Heß, 위의 책, 153쪽 이하 참조.

32) Degen, 위의 책, 306쪽 이하.

- ‘제한’ - ‘제한의 한계(Schrankenschränken) 준수 여부’의 세 단계로 검토를 한다. 그런데 상상적 경합의 경우에 핵심적 문제로 취급되는 기본권제한유보 상위(相違)는 주로 ‘기본권제한이 정당한 수권 하에 이루어졌는지’에 대한 심사와 관련된다. 이 단계의 심사를 통과했다고 할 때, 그 이외의 ‘제한의 한계 준수 여부’ 심사에서 상상적 경합 관계에 있는 기본권들은 어떠한 상호작용 하에 놓이는가? 이 문제는 그 동안 기본권제한유보의 상위라는 난제에 가려 충분히 주목받지 못한 감이 있다.

대체로, 경합관계에 있는 기본권들 중 사안에 가장 밀접한 기본권 하나를 선택해 이를 기준으로 제한유보 상위의 문제를 해소하려는 입장에서는 그 이외의 기본권을 사실상 배제시키는 쪽으로 나아가는 경향이 있다 한다.<sup>33)</sup> 그러나 이것이 과연 타당한가? 2002년 독일연방헌법재판소의 이른바 ‘무슬림 도축판결(Schächten-Urteil)’<sup>34)</sup>은 어쩌면 이에 대한 근본적 의문을 제기할 중요한 계기가 될 수 있다고 판단되므로, 간략히 언급하기로 한다.

위 판결에서는 이슬람교를 믿는 터키 국적의 청구인이 종교적인 이유에서 가축을 마취 없이 도살할 수 있도록 허가해야 할지가 문제되었다. 독일 동물보호법 제4a조 제1항에 의하면, 가축은 마취한 상태에서 도살하는 것이 원칙이다. 하지만 청구인의 종교적 신념에 따르면, 이슬람 종교의식에 따라 도살한 가축의 고기만 먹을 수 있었기에, 독일에서 정육점을 운영해 온 청구인은 그 자신과 이슬람 고객을 위하여 동물보호법 제4a조 제2항 제2호의 예외규정에 따라 마취 없이 도축할 수 있도록 허가해 달라고 신청했다. 관할 관청은 이를 거부했다. 청구인은 헌법소원심판절차에서 이로 인해 자신의 종교의 자유와 직업의 자유 등의 기본권이 침해되었다고 주장하였다. 독일연방헌법재판소는 사안에서 일차적으로 제한된 것은 청구인의 직업활동이라고 보았다. 다만, 기본법상 외국인도 직업의 자유를 향유하는 주체가 될 수 없으므로, 청구인으로서의 단지 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동자유권에 의해 그의 직업의 자유가 보장될 수 있을 뿐이었다. 한편, 청구인의 종교의 자유 제한 여부에 대해서는 연방헌법재판소는 모호한 입장을 취하였다. 일단 기본권제한유보의 적용 단계에서는 오로지 기본법 제2조 제1항만 고려했다. 기본법 제4조 제1항의 종교의 자유는 법률유보 하에 있지 않은 기본권인바, 동물보호법 제4a조 제1항, 제2항 제2호의 규정이 이와 합치할 수 있는지에 대해서는 아무런 검토가 없었다. 하지만 그렇다고 종교의 자유와의 관련성을 완

33) Degen, 위의 책, 305쪽 참조.

34) BVerfGE 104, 337.

전히 부인한 것도 아니다. 오히려 비례성 심사의 단계에서는 종교의 자유를 적극적으로 원용하였고, 이에 의해 청구인의 기본법 제2조 제1항의 기본권적 보호가 ‘강화’되는 것으로 보았다. 그리고 그 결과 청구인에게 동물보호법 제4a조 제2항 제2호에 따른 예외를 인정하지 않은 것을 위헌적이라고 평가하였다.

이러한 논증방식은 학계에서 많은 논란을 불러일으켰다.<sup>35)</sup> 우선, 사안에서 일반적 행동의 자유는 실질적으로 외국인의 직업의 자유를 보장하기 위한 것으로서, 종교의 자유와는 보호의 초점이 다른바, 양자는 일반/특별관계에 있지 않다. 하지만 상상적 경합의 경우에 연방헌법재판소가 통상적으로 해 온 것과는 다른 심사방식을 채택한 것이 논란을 야기하였다. 즉, 독일연방헌법재판소는 그 동안 ‘최고 관련성 이론(Meist-Betroffenheits-Theorie)’에 따라 사항적 밀접성이 가장 큰 기본권을 선정하여 이를 중심으로 심사를 하거나, 혹은 경합하는 모든 기본권들을 병렬적으로 심사하는 방식을 취해 왔고, 특히 후자의 경우에는 기본적으로 최강효력설의 입장에서 결론을 내려 왔는데, 위 판결은 기존의 이 두 방식 다 그대로 따르지 않았다.<sup>36)</sup> 기본권제한유보와 관련해서는 오로지 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동자유권만 가지고 심사하는 듯한 모습을 보이는가 하면(이 점에서 후자의 방식은 아니다), 법익형량에서는 일반적 행동자유권 못지않은 비중으로 종교의 자유에 대한 제한적 효과를 고려했다(이 점에서 전자의 방식도 아니다). 이로 인하여 연방헌법재판소가 기본법에 규정된 자유권 체계의 한계를 일탈하여 ‘제3의 길’을 가려고 하는 게 아닌지 의심스러워하는 견해도 있었다.<sup>37)</sup>

다음으로, 일견 종교의 자유에 대한 제한을 확정하기를 회피하면서도 일반적 행동자유권 제한에 대한 과잉금지원칙심사에서 다시 종교의 자유를 기본권보호의 강화의 논거로서 원용한 것을 법이론적으로 어떻게 설명할 수 있을지도 문제되었다. 일설은, 이를 주관적 공권으로서의 종교의 자유가 아니라, 그 객관적

35) 도살판결에 대한 비판적인 문헌들로는, Faller, Schächten als Konkurrenzproblem?, KJ 2002, 227쪽 이하; Spranger, Die Figur der “Schutzbereichsverstärkung”, NJW 2002, 2074쪽 이하; Hain/Unruh, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik?, DÖV 2003, 147쪽 이하; Spielmann, Die Verstärkungswirkung der Grundrechte, JuS 2004, 371쪽 이하 등 참조.

36) Hain/Unruh, 위의 논문, 150쪽에 의하면, 도축판결의 이유에서 심사척도는 “일차적으로” 기본법 제2조 제1항이라고 선언한 점에서 일견 최고 관련성의 이론에 의한 것 같은 인상을 주지만, 실제로는 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동자유권뿐만 아니라 기본법 제4조 제1항의 종교의 자유도 심사에 끌어들였고 어떤 면에서는 이것이 더 중심을 이루었는바, 그런 점에서 위 이론을 따랐다고는 보기 어렵고, 그렇다고 두 기본권을 완전히 병렬적으로 심사하여 최강효력설에 따른 결론을 내지도 않았다고 한다. 유사한 지적으로, Faller, 위의 논문, 231쪽.

37) Hain/Unruh, 위의 논문, 150쪽.

가치질서로서의 측면이 법익형량에 영향을 미친 것으로 풀이한다.<sup>38)</sup> 하지만 종교 의식에 따른 도축을 종교의 행사의 일환으로 파악하지 않는다면, 사안에서 종교의 자유는 주관적 공권으로서는 물론이고, 객관적 가치질서로서도 영향을 미칠 일체의 근거를 상실하게 된다는 점을 감안할 때, 위 견해는 설득력이 없다.<sup>39)</sup>

사실 도축판결은 상상적 경합의 전형적 사례에 해당한다고 봄이 상당하다.<sup>40)</sup> 아마 법률유보 하에 있지 않은 종교의 자유에 대한 입법적 제한이 정당화될 수 있겠는가 하는 우려 때문에 판례는 ‘최고 관련성 이론’에 의지해 일반적 행동 자유권을 위주로 기본권제한유보를 검토한 것으로 보인다. 그러나 앞서 Rūfner, Scholz, Degen 등의 견해에서 본 바와 같이, 기본권제한유보의 상위의 문제는 어느 한 기본권의 선택과 나머지 기본권의 배제에 의해서가 아니라, 양자의 조화적 고려에 의해서도 해결할 여지가 있다. 가령, 동물보호법상 마취 의무에 관한 규정은 종교의 자유의 전형적인 행사 자체를 제한하려는 의도와는 거리가 멀다. 그러므로 Rūfner의 견해에 따르면, 해당 규정은 종교의 자유에 대한 관계에서는 ‘일반적 법질서’로서의 성격을 가지며, 그런 한에서 종교의 자유 행사를 제약할 수 있게 된다.

일단 이런 식으로 기본권제한유보에 관한 심사 단계를 통과하게 되면, 다음 단계로서 기타 기본권제한의 한계를 준수했는지에 대한 포괄적인 심사에 들어가게 된다. 비록 ‘기본권적 보호의 강화’라는 모호한 개념을 사용하기는 하였지만, 이 단계에서 독일연방헌법재판소가 관련 기본권들에 대한 제한을 ‘누적적으로’ 법익형량에 반영한 것은 결과적으로 정당하였고, 그런 한에서 도축판결의 의미를 찾을 수 있다. 더 많은 기본권이 제한될수록, 제한조치의 정당화에 더 큰 논증 부담이 수반됨은 당연하다. 그럼에도 제한된 기본권별로 따로따로 법익의 균형성을 심사한다면, 한편에는 모든 관련된 공익의 총체가, 그 반대편에는 낱낱이 분산된 개개의 사익이 저울에 올려져 형평성에 반한다. 따라서 상상적 경합의 경우에 법익형량은 관련 기본권들 모두를 한편에, 그와 대립되는 공익의 총체를 반대편에 놓고 해야 하는 것이다.<sup>41)</sup> ‘기본권적 보호의 강화’의 정체는 바로 이러한 총체적인 법익형량 방식을 가리키는 것에 다름 아니다.<sup>42)</sup> 물론, 상상적 경합관계에 있는

38) Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 219쪽. 시기적으로 좀 더 앞서 이와 같은 방향의 해석론을 시사한 것으로는, Heß, 위의 책, 161쪽 이하 참조.

39) Spranger, 위의 논문, 2075쪽; Breckwoldt, 위의 책, 178쪽 참조.

40) 같은 견해로는, Hofmann, Grundrechtskonkurrenz oder Schutzverstärkung?, AÖR 133 (2008), 531쪽 참조.

41) Hofmann, 위의 논문, 538쪽 이하; Breckwoldt, 위의 책, 143쪽 이하 참조.

42) Reßing, 위의 책, 276쪽 이하 참조.

기본권들 중 어느 하나에 대한 심사만으로 이미 해당 공권력 작용의 위헌성을 확인할 수 있는 경우 등 특수한 상황 하에서는, 제한된 기본권별로 나누어 순차적으로 심사하는 것을 무조건 배제할 필요는 없을 것이다.<sup>43)</sup>

#### (4) 우리나라에 대한 시사점

독일의 ‘최고 관련성 이론’ 내지 ‘사항적 밀접성’의 이론은 상상적 경합의 경우에 특수하게 문제되는 기본권제한유보 상위의 문제를 해소하기 위한 방편으로서 실무적으로 운용되어 왔다. 하지만 그 이론적 취약성에 대해서는 계속적으로 문제제기가 있어 왔다. 즉, 관련성이나 밀접성의 정도를 대체 무엇을 기준으로 판단해야 할지에 관해 명확한 기준도 없을 뿐 아니라,<sup>44)</sup> 기본권제한유보 단계에서 어느 한 기본권만 선택해서 심사할 경우 그것이 법익형량 단계에서 다른 기본권을 완전히 도외시하는 결과로 이어질 수 있다는 점 등이 지적되고 있었다.<sup>45)</sup>

우리나라의 경우 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보가 존재함으로 인해 독일의 경우와 같은 기본권제한유보상의 현저한 상위의 문제는 야기되지 않는다. 그럼에도 헌법재판소는 독일의 ‘최고 관련성 이론’ 내지 ‘사항적 밀접성’의 이론과 유사하게, “하나의 규제로 인해 여러 기본권이 동시에 제약을 받는 경우에는 기본권침해를 주장하는 청구인의 의도 및 기본권을 제한하는 입법자의 객관적 동기 등을 참작하여 사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권을 중심으로 해서 그 제한의 한계를 따져 보아야 한다”는 원칙을 정립하였다.<sup>46)</sup> 이러한 판례의 태도는 우리나라의 상황에서는 아무런 실익이 없고, 오히려 관련 기본권들 중 일부를 너무 일찍 심사에서 배제하는 폐단만 낳을 뿐이라고 하겠다. 가사 소송경제적 관점에서 불필요한 중복 심사를 피할 수 있게 하는 논리로서 기여하는 면이 있다고 하더라도, 이것이 정당화되는 것은, 굳이 다른 기본권에 대한 추가적인 심사로 나아가지 않더라도, 해당 ‘주된 기본권’에 대한 침해와 그에 따른 위헌의 결론을 확정할 수 있는 경우에 한한다고 할 것이다. 그러므로 만약 그 ‘주된 기본권’에 대한 심사만으로는 위헌성을 확정할 수 없다면, 다른 기본권에 대해서까지 심사를 확장하는 것은 필수불가결하다.

43) Hofmann, 위의 논문, 551쪽 참조.

44) Breckwoldt, 위의 책, 167쪽.

45) Faller, 위의 논문, 231쪽; Spielmann, 위의 논문, 374쪽 이하; Stern, 위의 책, 1407쪽.

46) 헌재 2017. 10. 26. 2016헌바301; 헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 참조.

### 3. 대상 결정의 검토

대상 결정은 심판대상조항으로 인해 일반적 행동자유권이 제한되었다고 인정했다. 하지만 앞서 살펴본 바와 같이 심판대상조항은 표현의 자유도 제한한다. 그렇다면, 이 두 기본권제한은 서로 어떤 관계에 있는가?

먼저, 위 두 기본권이 기본권경합 관계에 있는지부터 검토한다. 기본권경합이란, ① 특정한 하나의 공권력 작용에 대해 ② 동일한 기본권주체의 여러 기본권이 관련되는 경우를 가리킨다. 그런데 심판대상조항은 동일 청구인의 일반적 행동자유권과 표현의 자유를 함께 제한하고 있다고 할 것인바, 일단 위 ②의 요건은 충족되었다.

한편, 심판대상조항은 사전등록 없이는 기부금품 모집을 못하게 규정하고 있는데, 여기서 만약 사전등록의무의 점과 기부금품의 모집 제한의 점을 인위적으로 분해한다면, 전체적인 규율의 형체를 알아보기 어렵게 될 뿐만 아니라, 그로써 기본권침해여부에 관한 유의미한 심사를 저해할 우려마저 있다. 그러한 한에서 심판대상조항의 규율은 더 이상 분해하는 게 곤란할 정도로 일체를 이루었다고 할 것이므로, 법적 관점에서 하나의 행위단위로 봄이 상당하다. 따라서 위 ①의 요건도 충족되었는바, 결국 대상 결정에서 일반적 행동자유권과 표현의 자유는 기본권경합 관계에 있다고 할 것이다.

다음으로, 이들 기본권 간의 경합관계가 구체적으로 일반/특별관계에 해당하는지 아니면 상상적 경합관계에 해당하는지를 검토한다. 원칙적으로, 일반적 행동자유권과 그 밖의 개별 자유권 사이에는 일반/특별관계가 성립한다. 다만, 개별 자유권에 의해 보호되지 않는 자유영역이 존재한다면, 이는 결국 일반적 행동자유권에 의해 보호될 수밖에 없다.

심판대상조항에서 말하는 ‘기부금품 모집’이란, “서신, 광고, 그 밖의 방법으로 기부금품의 출연(出捐)을 타인에게 의뢰·권유 또는 요구하는 행위”라고 정의되어 있다(기부금품법 제2조 제2호). 이러한 법률상 정의대로라면, 일차적으로 규율대상이 된 것은 표현의 자유라고 보인다. 그러한 기부금품의 모집과 관련하여 사전등록의무를 부과하고, 이를 이행하지 않은 채 기부금품의 모집을 할 경우 형사처벌을 예정하였다고 하더라도, 이는 모두 표현의 자유를 제한하기 위한 조치의 일환에 불과하다고 할 것이다. 이처럼 표현의 자유의 제한이 인정되는 한에서는 일반적 행동자유권은 일반/특별관계로 인해 적용이 배제된다.

다만, 심판대상조항의 효과는 단지 위와 같은 표현의 자유 제한에 그치지 않

는다. 비록 간접적, 사실적이기는 하지만, 심판대상조항은 사전등록 없이 기부금품의 모집행위를 한 자로 하여금 기부자로부터 기부금품을 수령하지 못하게 제한하는 효과도 있다. 즉, 기부금품법 제4조 제1항에서 사전등록의무를 부과한 것은 1천만 원 이상의 기부금액을 모집하려는 경우인바, 만약 사전에 모집등록을 하지 않았다면, 모집자가 합법적으로 기부금품을 수령할 수 있는 것은 연간 1천만 원 미만의 금액까지만이고, 그 이상을 수령하는 것은 곧 형사처벌의 위험을 감수해야 한다는 것을 뜻하게 된다. 이에 의해 제한되는 단순한 기부금품 수령행위는 의사소통적 요소가 전혀 개입됨이 없이도 행해질 수 있는 점에서 꼭 표현의 자유의 보호영역에 든다고 보기는 어렵다. 만약 이 사건에서 일반적 행동자유권이 표현의 자유와 일반/특별관계에 서지 않고 상상적 경합관계에 놓일 수 있다고 한다면, 그것은 바로 이와 같은 기부금품의 단순 수령행위의 영역에서일 것이다.

이처럼 관례의 입장을 최대한 선해한다고 할지라도, 사안에서 ‘사안과 가장 밀접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권’은 어디까지나 표현의 자유라고 할 것이지, 위와 같은 간접적·사실적 제약 효과에 그치는 일반적 행동자유권이 아님은 분명하다.

가사 이러한 점을 차치하더라도, 대상 결정에서 일반적 행동자유권의 침해 여부만 심사하여 합헌결정을 하면서, 표현의 자유의 침해여부에 대해서는 별도로 심사하지 않은 조치는 수긍하기 어렵다. 표현의 자유는 일반적 행동자유권에 비해 전반적으로 더 엄격한 제한요건을 설정하고 있다. 그 단적인 예로 헌법 제21조 제2항의 사전검열금지원칙을 들 수 있다. 가령, 과잉금지원칙심사의 관점에서는 그것이 일반적 행동자유권이든 표현의 자유이든 과도하게 침해되었다고 판단하기 힘든 경우에도, 일단 표현의 자유 제한이 인정되고, 나아가 사전검열금지원칙 위반까지 인정되면, 그로써 심판대상조항은 위헌으로 판단될 수 있다.

실제로, 대상 결정에서 청구인들은 심판대상조항이 사전검열금지원칙에 위반됨을 정면으로 제기했다. 심판대상조항은 ① ‘타인에게 기부금품의 출연을 권유·의뢰 또는 요구하려 하는 자’에 대해 그 표현행위를 하기 전에 먼저 그런 의사표현의 목표와 의사표현을 할 지역, 기간 등에 관한 계획서를 제출할 의무를 부과하고(제4조 제1항), ② 등록청으로 하여금 그 모집행위가 기부금품법 제4조 제2항에 열거된 사업에 적합한지 등을 심사하여 모집등록 여부를 결정할 수 있게 하며(제4조 제4항), ③ 이러한 사전등록이 없이는 ‘타인에게 기부금품의 출연을 권유·의뢰 또는 요구하는 의사표현’을 하지 못하도록 하고, ④ 만약 이를 위반하면, 3년 이하의 징역이나 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있게 규정하고 있으며

로(제16조 제1항 제1호), 사전검열의 기본적 요건이 모두 충족된 것으로 볼 여지가 전혀 없지 않다. 특히, 기부금품법 제4조 제2항 제4호에서는 등록가능한 사업이 기본적으로 “영리 또는 정치·종교 활동이 아닌 사업”이어야 함을 정하고 있고, 그 아.목에서는 “그 밖에 공익을 목적으로 하는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업”에 해당하는 경우에 등록이 가능하다고 규정하고 있는바, 어떤 경우에 ‘영리 또는 정치·종교 활동이 아니면서, 그 밖에 공익을 목적으로 하는 사업’이라고 인정할 수 있는지, 그리하여 그 사업과 관련해 기부금품의 출연을 권유·의뢰 또는 요구하는 행위를 할 수 있는지에 관하여 행정부의 실질적인 심사권한이 부여되어 있는 상황이다. 미국이나 독일의 입법례를 살펴보면, 기부금품 모집에 대해 허가제를 도입한 사례가 전혀 없지는 않지만, 그것은 어디까지나 모집행위의 시간·장소·방법 등과 결부된 내용중립적 허가제이지, 우리나라 기부금품법과 같이 모집행위의 중요내용을 이루게 될 사업 범위를 법으로 한정하고, 법에 열거된 사업에 관한 것이 아니면 기부금품의 출연을 권유·의뢰·요구하는 표현행위 일체를 그 시간·장소·방법 여하에 상관없이 전면 금지하는 식의 내용적 규제의 성격을 가진 허가제는 아니다.<sup>47)</sup>

물론, 위에서 언급한 현재 1998. 5. 28. 96헌가5 결정이나 독일연방헌법재판소의 ‘독일제국 기부금품모집법’에 대한 위헌결정에서처럼, 일반적 행동자유권에 대한 침해를 인정할 경우라면, 굳이 표현의 자유에 관한 심사에까지 나아가지 않을 수 있을 것이다. 하지만 대상 결정과 같이 일반적 행동자유권에 대한 심사만으로는 위헌성을 판단할 수 없는 상황이라면, 거기서 그치지 말고 표현의 자유에 대한 침해여부 심사, 특히 청구인 주장의 사전검열금지원칙 위반이 이유있는지를 추가적으로 심사했어야 했다.

47) 예컨대, 독일의 라인란트-팔츠 주의 기부금품법 제1조 제1항에서는 거리나 광장, 식당, 주점 또는 기타 공중이 출입할 수 있는 장소에서(제1호) 또는 호별방문의 방식으로(제2호) 직접적 대인 접촉을 통해 기부금품을 모집할 경우에만 허가를 얻도록 규정하고 있으며, 제2항에서는 다시 이에 대한 일련의 예외조항을 두고 있다. 그 외에 기부금품 모집을 할 수 있는 사업을 한정적으로 열거하는 조항은 두고 있지 않다. 해당 법령은 아래 인터넷 사이트의 것을 참조. [http://landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/o96/page/bsrlprod.psml;jsessionid=1E7D979FCDED76EC7787AE98043E4193.jp13?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-SammlGRPrahmen&doc.part=X&doc.price=0.0#jlr-SammlGRP3P2](http://landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/o96/page/bsrlprod.psml;jsessionid=1E7D979FCDED76EC7787AE98043E4193.jp13?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=jlr-SammlGRPrahmen&doc.part=X&doc.price=0.0#jlr-SammlGRP3P2)

#### IV. 맺음말

대상 결정은, 기부금품의 모집행위를 하려는 자에 대해 사전등록의무를 부과하고 이를 위반한 채 모집행위를 할 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 한 기부금품법 제4조 제1항, 제2항, 제16조 제1항 제1호 중 ‘제4조 제1항에 따른 등록을 하지 아니한 것’에 관한 부분(‘심판대상조항’)이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배되지 않았고, 청구인들의 일반적 행동자유권을 과도하게 침해하지도 않았다고 하였다. 이러한 판단 자체의 타당성은 별론으로 하더라도, 대상 결정은 청구인들이 심판대상조항으로 인해 표현의 자유가 침해되었음을 주장했는데도, 이에 대한 본격적 심사로 나아가지 않았다. 청구인들의 이러한 주장은 “그 내용을 살펴보면 모집등록 없이는 1천만 원 이상의 기부금품을 모집할 수 없도록 금지·처벌하는 것이 청구인들의 기본권을 침해한다는 취지로 결국 일반적 행동의 자유 침해 여부를 문제삼는 것과 다르지 않다.”면서 “심판대상조항이 기부금품을 모집할 일반적 행동의 자유를 침해한다고 볼 수 없는 이상, 청구인들의 이 주장은 별도로 판단하지 아니한다.”고 하였다. 하지만 이는 일반적 행동자유권과 표현의 자유 사이의 일반/특별관계의 성립을 간과한 것이거나, 설령 이 두 기본권의 상상적 경합을 인정한다고 하더라도, 일반적 행동자유권보다는 표현의 자유에 주로 초점을 맞춰 심사했어야 할 것을, 주객을 완전히 전도시켜 판단한 경우에 해당한다. 위와 같은 대상 결정의 판시는 기본권경합이 있을 경우 위헌성 심사를 어떻게 해야 할지에 대한 우리나라 헌법학의 이론적 취약점을 그대로 반영하고 있다고 생각된다.

## 참 고 문 헌

- Berg, Wilfried, Konkurrenzen schrankendivergener Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, Vahlen, 1968.
- Bethge, Herbert, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, Franz Vahlen Verlag, 1977.
- Breckwoldt, Maike, Grundrechtskombinationen, Mohr Siebeck, 2015.
- Degen, Manfred, Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie: Zugleich ein Beitrag zur Problematik von Grundrechtskonkurrenzen, Duncker & Humblot, 1981.
- Dreier, Horst, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, Mohr Siebeck, 2004 (본문에서 인용방식: 집필자, in: Dreier, GG).
- Faller, Rico, Schächten als Konkurrenzproblem? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus Sicht der Grundrechtsdogmatik, KJ 35 (2002), 227-233.
- Hain, Karl-E./Unruh, Peter, Neue Wege in der Grundrechtsdogmatik? - Anmerkung zum Schächt-Urteil des BVerfG nach Änderung des Art. 20a GG, DÖV 2003, 147-155.
- Heß, Reinhold, Grundrechtskonkurrenzen, Zugleich ein Beitrag zur Normstruktur der Freiheitsrechte, Duncker & Humblot, 2000.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 43 (2004), 203-233.
- Hofmann, Ekkehard, Grundrechtskonkurrenz oder Schutzverstärkung? Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „additiven“ Grundrechtseingriff, AÖR 133 (2008), 523-555.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, C.H.Beck, 2004, (본문에서 인용방식: 집필자, in: Jarass/Pieroth, GG).
- Klement, Jan Henrik, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AÖR 134 (2009), 35-82.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter, u.a., Grundgesetz Kommentar, Bd. I, C.H.Beck, 2004 (본문에서 인용방식: 집필자, in: Maunz/Dürig u.a., GG).
- Reßing, Maximilian, Die Grundrechtskonkurrenz: Kohärenz im freiheitsrechtlichen System des Grundgesetzes, Nomos, 2016.
- Rüfner, Wolfgang, Grundrechtskonflikte, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, Mohr Siebeck, 1976, 453-479.
- \_\_\_\_\_, Überschneidungen und Gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat 7 (1968), 41-61.

- Sachs, Michael, Verfassungsrecht II: Grundrechte, Springer, 2002.
- Scholz, Rupert, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, C.H.Beck, 1971.
- Schwabe, Jürgen, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1997.
- Spielmann, Christoph, Die Verstärkungswirkung der Grundrechte, JuS 2004, 371-375.
- \_\_\_\_\_, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, Nomos, 2008.
- Spranger, Tade Matthias, Die Figur der “Schutzbereichsverstärkung”, NJW 2002, 2074-2076.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, C.H.Beck, 1994.

## 제179회 발표회 지정토론문

---

발제문: 기본권경합과 본안심사

발제자: 정광현(한양대학교 법학전문대학원 교수)

일 자: 2020. 9. 28.(월)

조 소 영\*

공권력작용에 의한 기본권침해 여부를 다투는 구체적인 헌법사안에서, 침해  
를 주장하는 기본권의 수가 여러 개인 경우가 일반적인 경우라고 할만큼 우리가  
접하는 기본권경쟁의 사례는 압도적인 다수이다. 그리고 그러한 사례들이 실제적  
인 헌법소송사건이 된 경우에, 문제된 공권력작용의 위헌 여부를 판단하기 위한  
첫 번째의 층위가 판단대상기준이 될 제한된 기본권을 특정하는 것이라고 생각한  
다. 바로 이 단계가 오늘 정 교수님의 발제에서 고민하고 결론지은 부분이고, 가  
장 이론적이지만 가장 현실적이어야 하는 문제라는 점에서, 정교수님의 깊은 학  
문적 고민이 담긴 발제에 감사함을 먼저 말씀드리고자 한다.

기본권 경쟁문제는 그 성질상 기본권의 해석에 관한 문제인 동시에 기본권  
의 효력에 관한 문제이다. 기본권이 서로 경쟁하는 경우 보통은 기본권의 상호보  
완 내지 상승작용에 의해서 국가권력이 기본권에 기속되는 정도가 심화되고 기본  
권의 효력은 오히려 강화되는 것이 헌법이론상의 원칙이다. 하지만 발제문에서도  
설명되고 있듯이, 경쟁하는 기본권의 성질상 상호보완관계가 성립될 수 없는 경  
우에 해결책이 필요했고 이러한 경우를 해결하기 위한 방안으로 대두된 것이 이  
른바 ‘최강효력설’과 ‘최약효력설’의 대립이라는 것은 주지의 사실이다. 그리고  
두 해결방안 중 기본권중중이라는 면에서 최강효력설이 더 설득력을 갖는다는 점

---

\* 부산대학교 법학전문대학원 교수

도 인정되는 바이다. 그러나 정교수님도 설명하고 있듯이 모든 기본권 경쟁문제를 획일적으로 최강효력설에 의해 해결하려고 하는 경우에는, 경쟁관계에 놓인 기본권 중에서 구체적인 사안과 가장 밀접한 관계에 있는 핵심적인 기본권이 오히려 판단의 후위로 물러나게 되는 경우가 발생하게 될 수도 있다. 그래서 특정사안과 가장 밀접한 관계를 갖는 기본권 또는 특정사안에서 가장 침해의 정도가 큰 기본권을 주된 기본권으로 하여 풀어가는 해결방안이 등장하게 된 것이다.

그런데 우리 헌법재판소의 판시에 나타난 것과 같은 이러한 사안 구체적이고 타당성을 추구하려는 해결방안도, 현행헌법처럼 기본권에 대한 제한가능성과 제한정도를 기본권마다 다르게 정하고 있지 않은 일반적 법률유보 하의 기본권질서에서는 선행적 판단의 어려움이 존재한다고 할 것이다. 때문에 헌법재판의 현실에서는 당해 기본권을 제한하는 공권력작용의 의도와 동기, 기본권 침해를 주장하는 기본권주체의 입장 등을 감안한 개별적 판단을 적용할 수밖에 없었다고 생각된다. 구체적인 사안에서 기본권주체가 주장을 해서이건, 아니면 재판부가 위헌성 판단을 전개하기 위한 우선적 작업을 수행하기 위해서이건, 경쟁하는 기본권관계의 정리는 반드시 필요한 것이기 때문이다. 이러한 필요성은 정교수님의 말씀처럼 소송경제적 효율성을 확보하기 위한 것이라는 점도 인정되지만, 적어도 헌법재판에 있어서는 ‘더 위헌’이나 ‘덜 위헌’의 구분이 중요하지 않고 “위헌”인가의 여부가 결정의 본질이기 때문이라고 생각된다. 따라서 기본권제한유보 단계에서 어느 한 기본권을 어떤 기준에 의해서 선택할 것인가가 기본권경쟁관계 해결에 있어서 본질적이고 중요한 문제라는 점에는 동의하지만, 이러한 선택적 심사결과가 다른 기본권을 완전히 도외시하는 결과로 이어질 수 있다는 우려에 대해서는 동의하기 어렵다.

한편 우리 헌법재판소가 기본권 경쟁관계를 해결하는 기준으로 제시해 온 것이, 정교수님의 설명처럼 독일의 최고관련성 이론과 사항적 밀접성 이론과 유사한 내용을 포함하고 있음은 인정된다. 다만 우리 헌법재판소가 판시한 기준에는 그 외에도 ‘침해의 정도가 큰’ 기본권을 주된 기본권으로 하여 판단의 대상으로 결정하고 있다. 그리고 구체적인 사건들을 해결함에 있어서, 실제로 헌법재판소는 -가끔 보다는 자주이긴 하지만- 문제된 사안 속에서 침해가 주장된 기본권들 중에 가장 침해의 정도가 큰 기본권을 주된 기본권으로 특정하여 위헌성 여부를 심사해 왔음을 볼 수 있다. 이는 일정한 또는 가상의 기본권 간의 서열을 전제

로 한 기본권의 중요성을 판단기준으로 한 것이 아니라, 침해의 정도를 기준으로 해서 기본권 주된 여부를 판단한 것이라고 생각한다. 다시 말해서 지금까지의 헌법재판소의 기본권 경쟁관계 해결기준에 의하면 판단대상으로서의 주된 기본권의 여부를 당해 기본권 중 침해의 정도가 큰 기본권 해당성에 따라 판단한 것이기 때문에, 주된 기본권에 대한 심사만으로 위헌성을 확정할 수 없는 경우에 주된 기본권이 아닌 다른 기본권에 대해서까지 심사를 확장하는 것이 필수불가결한 판단의 필요성이나 실질적 판단이익을 갖는다고 볼 수 있을 것인지 회의적이다. 그렇기 때문에 헌법재판소의 결정에서 정말로 중요한 부분이 ‘침해의 정도가 큰 기본권’을 어떻게 판단할 것인가의 문제가 된다고 본다. 물론 이 부분은 결국엔 다시 개별기본권의 보호범위(영역)와 정도에 관한 기본권해석의 문제로 회귀하게 된다. 그래서 헌법재판소의 결정내용에는 이 부분의 논증이 반드시 실시되어야만 한다고 생각한다.

상술한 개인적인 시각으로 보았을 때, 정교수님이 발제문에서 대상결정으로 잡고 문제를 제기한 부분에 대해서는 전적으로 공감하고 동의한다. 기부금품의 모집과 관련한 사전등록의무와 불이행에 대한 형사처벌 규정은 어떤 기본권에 대해서 가장 큰 침해적 제한을 초래할 수 있는 것인가에 대한 헌법재판소의 논증이 간과된 부분이 있다고 볼 수 있기 때문이다. 더군다나 기존의 현재 판례 속에서 ‘일반적 행동의 자유’는 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니는 행복추구권에 포함되는 기본권으로 해석되어 왔던 2차적이고 주변적인 권리였다는 점에서 그러하다. 기왕에 헌법재판소는 우리 헌법 제21조 제1항에서 보장하는 ‘표현행위’의 범주를 넓게 인정해 왔고(상업적 광고나 음란물까지도 보호영역에의 포함을 인정했으므로), 표현의 자유의 보호가치와 의의를 중하게 인정해 왔다. 그렇다면 대상법률의 규율대상인 기부금품 모집행위가 표현행위에 해당된다는 것을 부인할 수 없음은 물론이고, 대상법률이 규정하여 강제하고 있는 사전등록제도가 헌법 제21조 제2항이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열의 요건에 해당된다는 것을 인정하지 못할 바가 아니었다. 그러므로 이 사건에서 기본권의 침해가 큰 주된 기본권은 ‘표현의 자유’여야 했으며, 표현의 자유에 대한 침해 여부를 판단하는 것으로 특정한 이상 ‘일반적 행동의 자유’의 침해 여부가 더 추가적으로 판단되어야 할 이유가 헌법적으로 있었는지에 대해서는 달리 판단되어야 할 이유를 찾기 어렵다고 생각한다.

구체적인 사건들을 해결해 감에 있어서 헌법재판소는 일련의 원칙들을 정립해 왔고, 그 원칙들을 적용함에 있어서의 ‘원칙과 예외’의 범주를 구체적으로 정립하기도 한다. 판단의 기준을 원칙으로 정립하는 것보다 더 중요한 것은 적용원칙의 범주와 예외적 인정과 배제의 범주가 사안에 따라 달라질 때 합당한 이론적 설명을 제시해야 하는 점이라고 생각한다. 적어도 헌법학을 연구하는 연구자의 입장에서, 강학 현장에서 학생들에게 판례의 입장과 평석을 정리해서 설명해야 하는 선생의 입장에서, 헌법재판소의 재판부에 대해서 가장 절실하게 요청하게 되는 지점이다. 그러한 지점을 포함한 이 대상결정에 대한 정교수님의 심도있는 분석과 설명에 대해서 다시 한번 감사의 말씀을 드리는 것으로 두서없는 토론을 일단락하고자 한다.

## 제179회 발표회 지정토론문

---

발제문: 기본권경합과 본안심사

발제자: 정광현(한양대학교 법학전문대학원 교수)

일 자: 2020. 9. 28.(월)

장 영 철\*

정광현 교수님의 발표 잘 들었습니다. 발표내용의 핵심은 기부금품모집 등 록제 합헌결정에서 표현의 자유를 심사기준에서 배제한 것은 일반/특별 또는 상 상적 경합의 기본권경합해결방법에 이론적 문제점이 있다는 것입니다.

이와 같은 정교수님의 발표내용에 대한 이해를 심화하기 위하여 선별한 몇 가지 사항에 대한 개인적 의견을 제시하고 이에 대한 정교수님의 답변을 듣고자 합니다.

### 1. 기부금품모집의 일반적 행동자유권에 대한 표현의 자유의 규범논리적 특별기본권관계 내지 상상적 경합관계에 대하여

발표자는 ‘기부금품모집’이란 “서신, 광고, 그 밖의 방법으로 기부금품의 출 연을 타인에 의뢰·권유 또는 요구하는 행위”로 정의한 것에 대하여 표현의 자유 를 제한한 것으로 보고 있습니다. 그 이유로 모집을 위한 사전등록과 그 위반시 형사처벌로 위하하는 것은 표현의 자유제한을 주된 목적으로 하고 일반적 행동자 유권은 간접적·사실적 제약에 불과하다고 합니다.

발표자는 또한 등록을 요하지 않는 1천만 원 미만의 기부금품의 단순 수령행 위는 표현의 자유의 보호영역에 대한 제한이 아닐 수도 있다. 하지만 ‘사안과 밀

---

\* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

접한 관계에 있고 또 침해의 정도가 큰 주된 기본권'은 상상적 경합의 관계에서 표현의 자유라고 하고 있습니다.

발표자는 일반적 행동자유권과 표현의 자유에서 '자유'의 개념'을 동일하게 적극적인 행동의 자유로 한정하여 이해하고 있는 것에 기반하고 있는 것으로 판단됩니다. 그렇게 보면 보호범위가 개방적인 일반적 행동자유권은 항상 보충기본권으로만 기능합니다. 하지만 헌법제정자가 특별한 보호범위를 한정하여 개별기본권으로 명문화한 것은 적극적으로 행동하는 자유를 보장하는 것에 주된 기능이 있는 반면에, 일반기본권은 작위와 부작위를 선택할 수 있는 소극적 자유, 즉 입법에 의해 형성되는 자유를 보호하는 것에 주된 기능이 있다고 볼 수 있습니다. 이는 기본권의 성격이 중세사회에서는 불문의 자연권으로 보호되다가 근대국가에 이르러 로크와 칸트의 영향으로 국가권력의 기본권구속을 관철하기 위하여 프랑스 인권선언, 버지니아 권리장전, 미연방헌법 등에서 개별기본권(즉 신 자연권)으로 명문화한 것에서 방증되고 있습니다.<sup>1)</sup>

기부금품모집에서 문제되는 것은 다양한 이해관계가 얽혀있다는 점입니다. 즉 기부금품모집에 있어서는 기부자, 모집자, 모집종사자 등의 이해관계의 충돌을 실천적으로 조화시키는 것이 관건입니다. 이러한 점에서 작위와 부작위의 선택의 소극적 자유가 기부금품모집에서는 중요합니다. 기부금품모집은 사법상 부담부 증여계약이라는 점도 고려해야 합니다.

이는 또한 기부금품모집에 관한 법률이 1951년 기부금품모집금지법에서 1998년 헌재위헌결정 이후 1999년 기부금품모집규제법으로 2006년 기부금품모집 및 사용법, 2014년 기부문화활성화 및 기부금품모집 및 사용법으로 변천한 것에서도 사회구성원의 동화적 통합의 가치를 반영한 기부금품모집법의 성격을 나타내고 있습니다. 그리고 1천만 원 미만의 기부금품의 모집은 이해관계 충돌조정에 대한 필요성이 적은 경우로 등록절차 없이 자유롭게 기부금품을 모집할 있지만, 1천만 원 이상 10억 원 이하는 지방자치단체장에, 10억 원 초과인 경우는 행정안전부장관에 등록을 하여야 하는 것으로 시행령(제2조)에서 규정한 것도 마찬가지로 해석할 수 있습니다.

발표자도 1천만 원 미만의 기부금품모집은 표현의 자유의 보호영역에 대한 제한이 아닐 수도 있다고 한 것은 이를 인식한 것으로 판단됩니다. 다만 1천만 원 이상인 경우는 표현의 자유의 보호영역에 대한 제한이라는 것은 등록과 형사

1) 자세한 것은 장영철, 일반적 행동자유권, 서울법학, 제28권 제1호(2020.5.), 4면 이하.

처벌을 이유로 하는 것이라는 발표자의 견해입니다. 하지만 예컨대, 등록을 하지 아니하고 학원을 설립·운영한 자에 대한 형사처벌(학원설립 및 운영에 관한 법률 제22조), 등록하지 않고 자동차운전학원을 운영하는 자에 행정벌(도로교통법 제115조), 면허 없는 침구사에 대한 형사처벌을 표현의 자유제한이라 볼 수 없습니다. 이는 현재결정(2013. 6. 27. 2010헌마658, 판례집 25-1, 556; 2010. 7. 29. 2008헌가19 등, 판례집 22-2상, 37)에서 판시한 바와 같이 직업의 자유 내지 일반적 행동자유권 또는 소비자의 선택권의 제한으로 보아야 합니다. 따라서 현재는 그 보호의무위반에 대하여 입법재량을 넓게 인정하는 판시를 하고 있는 것을 볼 수 있다. 이는 입법에 의한 기본권형성을 보호내용으로 하는 일반적 행동자유권을 심사기준으로 한 것으로 판단할 수 있습니다.

## 2. 미국헌법상 표현의 자유의 보호범위에 대하여

미국헌법에서 기본권은 (신)자연권으로 보고 있습니다. 따라서 표현의 자유도 국가권력에 대한 방어권으로서 주관적 공권으로 해석하고 있습니다. 이러한 점에서 발표자가 기부금품모집을 표현의 자유의 보호내용으로 보는 1980년 미연방대법원의 판결의 사안을 정확히 파악할 필요가 있다고 생각합니다.

1980년 *Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment* 미국연방대법원 판결의 사안은 피고인 시민환경단체가 일리노이주 법무부에 등록된 비영리 공익법인이란 모집기관의 특수성이 있는 것으로 기부모집총당비율을 일률적으로 적용하여 기부모집허가제로 규정한 조례의 과도광범성이 문제된 것입니다. 이는 우리 현재의 헌법소원과 비교하여 청구인과 심판대상에서 차이가 있습니다. 따라서 이 판결에서 반대의견을 제시한 렌퀴스트 대법관의 견해를 우리는 오히려 더 참고할 필요가 있다고 생각합니다. 즉 그는 기부금품모집이란 경제적 목적으로 기부를 권유, 요구하는 것은 표현의 자유의 부수적, 간접적 보호범위에 불과하고, 기부금모집단체(CBE)의 특수한 사정을 주민이 사전에 알 수 있는 방법이 없다는 문제점을 지적하고 있습니다. 우리의 현실도 기부모집단체의 투명성과 신뢰성을 기부자들이 기부단체를 선정하는 가장 중요한 기준으로 제시하고 있다는 보고<sup>2)</sup>를 무시할 수는 없다고 생각합니다.

2) 2019 개정판 서울, 기부 길라잡이, 28면.

### 3. 일반적 행동자유권과 표현의 자유에 관한 형성과 제한의 법률경합의 문제로서 해결가능성

살펴본 바와 같이 미국헌법에서 표현의 자유는 개별기본권으로서 명문화된 국가권력에 대한 방어권(신 자연권)으로서 본질을 갖고 있습니다. 이는 우리의 경우도 마찬가지입니다. 하지만 일반적 행동자유권은 자연권으로 불문의 일반기본권의 성격을 갖고 있습니다.

그 보호내용은 계약자유, 사적자치, 기부금품모집, 외국인의 기본권주체성 등 포괄적입니다. 이는 객관적 가치구속 내지 의무를 수반한 자유로 그 보호내용은 입법에 의해 형성되는 기본권의 특성을 갖습니다. 따라서 그 보호수준은 헌법 제정자가 적극적으로 보호범위를 확장한 표현의 자유보다 일반법원과 협력적 권력분립(기능배분)에 의하여 원칙적으로 약한 정도로 보호합니다.

일반적 행동자유권과 표현의 자유에서 ‘자유’의 개념을 적극적 자유로만 이해하는 경우 일반/특별관계에 있고, 상상적 경합관계에서 최강효력설의 입장에서 표현의 자유를 우선 적용할 수 있습니다. 하지만 기본권경합에서 경합하는 기본권이란 사안과 관계없는 ‘추상적’인 기본권규정(Grundrechtsnorm) 그 자체가 아니라 ‘구체적 사안과 관련’하여 적용될 수 있는 기본권규정(Entscheidungsnorm)입니다.<sup>3)</sup> 이는 발표문(20면)의 무슬림 도축판결(BVerfGE 104, 337)에서도 기본권을 연계하여 보호범위를 강화하는 것에서도 방증되고 있습니다.

헌법재판소는 기부금품모집법의 사안과 관련된 헌법소원의 본안 판단을 위한 심사기준 선정에 있어서 “청구인이 주장한 기본권의 침해여부에 관한 심사에 한정하지 아니하고 모든 헌법적 관점에서 심판대상의 위헌성을 심사” 합니다. 이에 따라 표현의 자유보다는 사안 관련하여 일반적 행동자유권이 오히려 침해된 기본권으로 본 것이라 할 수 있습니다.

이러한 점에서 기부금품모집에 관한 심사기준은 기본권경합이론의 문제이지만 ‘법률경합(Gesetzeskonkurrenz)’으로도 해결할 수 있다고 봅니다. 즉 기본권형성 입법인지 제한입법인지에 따라 일반적 행동자유권과 표현의 자유의 보호내용의 해당성이 결정될 수 있습니다. 기부금품모집법은 기부금품모집을 원활하게 하기 위한 기본권형성입법으로 표현의 자유제한입법으로 보는 것은 청구인의 주장에 한정하여 심사하는 경우나 가능할 수 있습니다. 다만 헌법 제21조 제4항 “언론·

3) 장영철, 기본권론, 화산미디어, 2018, 36면.

출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 안 된다.”는 가중적 법률유보로 볼 여지도 있으나 살펴본 바와 같이 표현의 자유의 해당성이 없어 일반적 행동자유권 형성입법으로 보는 것이 타당한 것으로 판단합니다.

#### 4. 1966년 독일연방헌법재판소가 기부금품모집금지법 전체에 대한 위헌선언에 따라, 표현의 자유 등 기타 기본권의 침해여부 심사도 더불어 생략한 것이라는 주장에 대하여

1966년 독일연방헌법재판소(BVerfGE 20, 150)는 1934. 11. 5. 제정되었고 1941. 10. 23. 개정된 ‘독일제국 기부금품모집법’에 대해 일반적 행동자유권 침해를 이유로 위헌결정한 바 있습니다. 1966년의 독일연방헌재결정은 원칙적 금지, 예외적 허가를 내용으로 한 기부금모집금지법의 위헌성을 판시한 것입니다. 이는 연방의회의 ‘추상적 규범통제청구’로 심사한 것으로 객관적 헌법질서수호를 위하여 기본권은 물론 헌법의 기본원리를 포함하여 모든 법적 관점에서 심사해야 합니다. 1966년 연방헌재결정도 일반적 행동자유권 이외에도 법치국가의 원리, 합헌적 법률해석 등을 심사기준으로 결정하였습니다.

따라서 발표자의 추정인 위헌결정이기 때문에 청구인주장의 표현의 자유 심사기준을 생략한 것으로 본다는 것은 근거가 불충분해 보입니다.

#### 5. 기부금품모집법 등록제에 대한 사전검열금지원칙 위반에 대하여

기부금품모집의 등록제는 공익성을 소극적으로 판단하여 수리하는 신고제에 불과합니다. 따라서 허가제에 준하는 사전검열이라 판단할 수 없습니다. 더구나 최근 시민단체출신의 국회의원의 기부금횡령도 행정안전부의 사후감독이 문제가 되지 사전등록의 엄격성이 문제된 것은 아닙니다. 다만 1천만 원을 기준으로 기부금품모집의 등록강제와 함께 형사처벌로 위하하는 것은 기부금품모집자(평석대상결정의 공무원과 같이)의 이타적 동기에 반할 수도 있다. 형사처벌로 정적인 인격침해는 동적인 행동의 전제가 된다는 점<sup>4)</sup>에서 일반적 행동자유권과 인간존엄(헌법 제10조)의 연계로 형사처벌로 위하하는 것에 대하여는 위헌성을 제거할 필요는 있다고 생각합니다.

4) 장영철, 일반적 행동자유권, 30면.

## 혼돈에 빠진 평등론\*

정 주 백\*\*

### 요약

1. 헌법 제11조 제1항의 평등의 의미에 관하여, 학설과 판례는 절대적 평등설과 상대적 평등설을 대비시켜 설명한다. 그러나, 상대적 평등설은 하나의 학설이 아니다. 그 안에는 ①합리적 차별을 허용하는 것이 평등이라는 견해(제1종 상대적 평등설)와 ②같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 처우하는 것이 평등이라는 견해(제2종 상대적 평등설)이 있다. 이들은 그 성격이 달라 하나의 이름으로 불리울 수 없다.
2. 절대적 평등설은 주장하는 사람이 아무도 없으므로, 비판할 가치가 없다. 나아가 절대적 평등설이 틀렸으므로 상대적 평등설이 옳다고 주장하는 것은, 논리적 비약이다.
3. 제1종 상대적 평등설과 절대적 평등설은 ‘평등’의 의미에 관한 대립이 없다. 둘 다 모든 사태에 대하여 같은 처우를 하는 것이 평등한 상태라는 이해를 대유한다.
4. 제1종 상대적 평등설과 절대적 평등설은, 위와 같은 평등한 상태에서 벗어났을 때, 즉 차별이 있을 때, 예외가 인정되는가 하는 점에서 양자는 대립한다. 그러나 이것은 평등의 의미에 관한 대립이 아니다.
5. 제2종 상대적 평등설은 평등의 의미에 관하여 이야기하고 있다. 그러나, 평등이 왜 그렇게 이해되어야 하는가에 대해서는 설명하고 있지 않다. 따로 자신의 학설에 이름도 붙이지 아니하고, 제1종 상대적 평등설과 같은 취지인 양 설명하고 있을 뿐이다.
6. 제2종 상대적 평등설은, 형식을 제공할 뿐 규범의 알맹이가 없다. 분배의 룰이 없으면 제2종 상대적 평등설은 공허하고, 분배의 룰이 정해지면 제2종 상대적 평등설은 불필요하다.(웨스턴의 설명)
7. 다른 처우가 있으면, 바로 차별이 있다고 확인한 후 정당화 심사를 하는 논증은 위의 제1종 상대적 평등설을 따른 것이다. 제2종 상대적 평등설을 따르기 위해서는, 같은 처우거나 다른 처우거나 분배의 룰을 정하기 전에는 차별이 있는지 확인할 수 없다. 분배의 룰을 확인하려는 어떠한 노력도 하지 아니하는 논증은 제2종 상대적 평등설을 따르고 있다고 말할 수 없다.

\* 이 글은 2018년 법학자대회에서 발표한 것을 수정 보완한 것이다. 이 글의 부분들은 필자의 『평등정명론』(충남대학교출판문화원, 2019)에 녹아 있거나 덩어리로 뭉쳐져 있다.

\*\* 충남대학교 법학전문대학원 교수

8. 위와 같은 상대적 평등설이 대두하게 된 것 바탕에는 ‘입법자 구속설’이 있다. ‘법 앞의 평등’은 법 집행자에 대한 명령인데, 이것이 입법자를 구속한다고 말하는 순간, 구분하여 효과를 부여하는 법의 개념과 충돌한다. 그래서 다른 처우를 설명하기 위한 1차적 대처가 제1종 상대적 평등설이고, 제1종 상대적 평등설이 가진 결함(모든 사태에 동등한 처우를 하여야 한다?)을 해소하기 위한 노력이 제2종 상대적 평등설이다.
9. 헌법 제11조 제1항 후문에 제기된 사유를 예시적인 것이라 보면서도, 그 內包(connotation)을 零으로, 外延(extention)을 無限으로 하는 것은 예시설의 본령을 벗어난 것이다.
10. 평등권을 ‘기본권 중의 기본권’이라 하면서도, 통상의 기본권 제한에 적용되는 엄격성(과잉금지원칙)도 제공하지 않는 것은, 평등에 대한 위의 헌사에 어울리는 대우가 아니다. 나아가 기본권 중의 기본권이 문제되고 있는데, 거의 대부분의 경우에 말미에서 우물쭈물 설명하고 마는 것도 평등에 대한 위의 헌사와는 배치된다.
11. 평등은 단순한 규범이다. 헌법 제11조 제1항 전문의 명령은 존재하는 법을 획일적으로 집행함으로써 완성된다. 헌법 제11조 제1항 후문의 명령은 성별, 종교, 사회적 신분을 법문에서 구별의 표지로 사용하지 아니함으로써 완성된다. 내포를 공유하는 다른 요소를 추가적으로 포섭시킬 수 있겠는가 하는 점에 관하여 논의될 수는 있다. 예를 들면, 인종. 오로지 이것만이 헌법 제11조 제1항의 취지이다.
12. 평등은 분배의 룰로서의 정의에 대하여 선결문제일 뿐 정의 자체는 아니다. 평등은 성과주의, 필요주의, 획일주의(평등주의) 어느 것과도 결합할 수 있다. [그림 1] 참조.
13. 본 연구자가 이해하는 법집행의 평등, 법 내용의 평등, 그리고 분배의 룰로서의 정의의 관계는 [그림 2]에 보인 것과 같다.

## I. 도입

헌법 제11조 제1항은 매우 단순하다. “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.” 두 개의 문장으로 이루어진 이 단순한 조항이 내뿜는 에너지는 어마어마하다. 이 조항은 모든 헌법조항을 대치할 수 있다. 이 말이 지나치다고 보아 그 범위를 줄여 말한다면, 모든 기본권 조항을 대치할 수 있다. 지금의 통설과 판례를 따르면 그러하다. 그 기초는 “평등하다는 것은 정의롭다는 것이다”라는 언명이다. 즉, 정의롭지 못한 것은 평등하지 못하다는 것이요, 정의롭지 못한 상태는 ‘평등의 이름으로’ 제거될 수 있다는 것이다. 그렇다면 다른 조항들이 보태어질 필요가 어디에 있겠는가?

결국 평등은 어디에나 적용될 수 있고 그 무엇이든 위헌이라 선언할 수 있는 ‘만능열쇠’가 되었다. 그런데 정작 돌이켜 ‘평등이 무엇인가?’라고 물으면 대답하기가 힘들다. 일본의 헌법학자인 奥平康弘<sup>1)</sup>은 70세가 넘어 쓴 글에서 다음과 같이 탄식하였다.

“나는 헌법학 연구자의 말석에 있는 자로서 여러 不可解·未解決의 문제를 많이 안고 있지만, 그 중에 ‘평등’이라는 개념이 있다. 憲法에 있어서 통상 ‘법 아래 평등’의 관념은 확고하다. 그러나 아무래도 나는 ‘평등’의 주변을 돌고 있을 뿐, 전혀 체득할 수 없다. 부끄럽지만, 그것이 사실이다.”<sup>2)</sup>

평생을 헌법 연구에 바친 노학자가 이와 같이 고백할 정도면, 평등이 본래 어려운 것이 아니라, 우리가 평등을 잘못 이해하고 있다고 봄이 옳다. 만약 평생을 연구한 노학자가 모를 정도로 어려운 관념이라면 평등조항은 폐지되어야 한다. 이 정도의 학자가 도대체 무엇인지도 모르는 헌법조항에 의해서, 민주적 절차에 의해 만들어진 법률이 그 효력을 잃는다는 것은 語不成說이다.

이 글은 ‘평등’은 그와 같이 어려운 규범이 아니라는 것을 말하고자 한다. 우리는 너무도 단순한 조항을 학문의 말로써, 교묘하고도 알아차리기 힘든 비논리로써, 그 누구도 모르는, 그리고 무슨 짓을 할지도 모르는 怪物로 만들어 버렸다. 평등이 다시 단순하고 분명한 상태로 돌아갔을 때 법의 세계는 평화로워질 것이다. 그리고 민주주의는 응당 받아야 할 존중을 받게 될 것이다.

아래의 II.에서는 작금의 통설과 판례가 어떤 어려움에 처해 있는지, 왜 그런 상황에 있게 되었는지를 설명한다. 그리고 III.에서는 본 연구자가 이해하는 평등의 모습을 설명해 보고자 한다.

다만 한 가지만 미리 이야기해 두고 논의를 시작하자. 이 글은 정치학에 관한 글이 아니고, 철학에 관한 글도 아니요, 수학에 관한 글도 물론 아니다. 법학에 관한 글이다. 법학 중에서도 입법학에 관한 글이 아니고, 법철학을 다루는 글도 아니며, 人權을 다루는 글도 아니다. 이 글은 오로지 우리 헌법 제11조 제1항을 어떻게 해석하는 것이 논리적으로 오류 없는 것으로 되겠는가 하는 것만을 다룬다. 이 말이 이 글을 이해하는데 도움이 되었으면 좋겠다.

1) 1929. 5. 19. - 2015. 1. 26.

2) 奥平康弘 『人はすべて平等に創られ……』考(上)』法學セミナー 2000年1月, 86頁.

## II. 통설과 판례에 대한 몇 가지 의문

### 1. 평등의 의미

자, 교과서를 펼쳐 놓고 보자. 평등의 문제에 관하여 어느 교과서든 맨 처음 다루는 문제는 ‘평등의 의미’이다. 그곳에 기술된 내용은 거의 부동문자에 가깝다. 절대적 평등설과 상대적 평등설의 대립이 있으나, 전자는 말도 안 되는 이야기라고 한다. ‘세상의 모든 사람과 사물에 대하여 어떻게 다 똑같이 대우를 해 줄 수 있느냐, 그것은 불가능하다. 그러므로 반대편에 있는 상대적 평등설이 옳다’라는 것이다.

그런데 첫 번째로, 조금 이상하지 않은가? 이른바 절대적 평등설이라고 하는 학설을 주장하는 이가 누구인가? 어느 책을 보아도 그 주장자는 없고, 다만 그런 학설이 존재한다고만 한다. 의아하지 않을 수 없다. 주장하는 사람이 없는 학설을 왜 비판하는 것인가?

두 번째로, 절대적 평등설이 틀렸으면 자동적으로 상대적 평등설이 옳은가? 그렇지는 않다. 상대적 평등설은 자설이 옳음을 논증하지 않았다. ‘사람은 개라는 주장은 틀렸다. 그러므로 사람은 고양이다’라 하고는 자기 할 일을 다 했다고 드러놓는 수준의 논증이다.

세 번째로, ‘절대’라는 말은 언제 쓰는가? 보통 법학에서 절대라는 말은 ‘예외가 없음’의 의미로 쓰인다. 그 예를 모두 들기는 어려우나, 현재의 결정문에 나오는 몇 개의 판시를 들어보자.

“위 조항은 집회·시위의 목적이나 내용이 법관의 직무상 독립에 영향을 미쳐 재판의 관할 법원, 결론, 이유, 절차, 시기 등을 달라지게 할 위험이 있기만 하면, 그 위험이 어느 정도로 구체적이고 실질적인 것인지 여부를 불문하고 그 집회·시위를 예외 없이 일률적으로 금지하는 집회·시위의 절대적 금지사유를 규정하고 있다.”<sup>3)</sup>

“다만, 진리탐구의 자유와 결과발표 내지 수업의 자유는 같은 차원에서 거론하기가 어려우며, 전자는 신앙의 자유·양심의 자유처럼 절대적인 자유라고 할

3) 현재 2016. 9. 29. 2014헌가3 등, 판례집 28-2상, 258, 268. 밑줄은 본 연구자가 추가한 것이다. 이하 같다.

수 있으나, 후자는 표현의 자유와도 밀접한 관련이 있는 것으로서 경우에 따라 헌법 제21조 제4항은 물론 제37조 제2항에 따른 제약이 있을 수 있는 것이다.<sup>4)</sup>

“직업선택의 자유가 제한될 수 없는 절대적 자유가 아닐진대 ……”<sup>5)</sup>

“헌법재판소도 사전검열은 절대적으로 금지되고(헌재 1996. 10. 31. 94헌가6; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9; 헌재 2005. 2. 3. 2004헌가8; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 등), 여기에서 절대적이라 함은 언론·출판의 자유의 보호를 받는 표현에 대해서는 사전검열금지원칙이 예외 없이 적용된다는 의미라고 하고 있다(헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9 참조).”<sup>6)</sup>

이와 같은 구문들로 댈 만한 것은 너무나 많다. 그런데, 평등에 관하여도 헌재가 비슷한 설시를 한 경우가 있다. “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 있어서 평등이라 함은<sup>7)</sup> 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거없이 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 의미하므로, 합리적 근거가 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라 할 것이다.”<sup>8)</sup>

위 판시를 살펴보자. 절대적 평등을 ‘일체의 차별 대우를 부정하는 것’으로 이해하고 있다. 그 반대편에 있다는 상대적 평등에 관한 설시까지 모아 보면, ‘예외가 인정되지 아니하는’ 차별대우를 부정하는 것이 절대적 평등의 의미로 파악된다. 거기에 대비된다는 상대적 평등의 의미는 무엇인가? 한 마디로 하면, 차별을 금지하되, ‘예외가 허용될 수 있다’는 것, 그것이 평등의 의미라는 것이다.

그러면 이상하지 않은가? 이상한 점은 두 가지다. 먼저 위와 같은 대립이, ‘평등의 의미’에 관한 것인가? 위와 같은 절대적 평등설과 상대적 평등설의 대립은, 먼저 ‘평등한 상태가 무엇인지’가 논의된 후에, 그 평등한 상태가 무너지면 그 자체로서 평등권 침해 즉 위헌이 된다고 볼지(절대적 평등설), 아니면 평등한 상태가 무너졌다 하더라도 ‘합리적 근거가 있다면’ 평등권 침해 즉 위헌이라고 판단할 수 없다고 볼지(상대적 평등설)의 관점에서 논의되어야 하는 것이 아닐까?

4) 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 756.

5) 헌재 1989. 3. 17. 88헌마1, 판례집 1, 9, 21.

6) 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75, 판례집 27-2하, 627, 639.

7) ‘00이라 함은 ……」 이렇게 시작하는 구문은 대개 定義를 내놓을 때 쓴다. 이 구문은 의도상 평등을 정의하는 문장이다. 이 점은 아래에서 다시 본다.

8) 헌재 1996. 11. 28. 96헌가13, 판례집 8-2, 507, 517.

두 번째로 이상한 점은, 위의 절대적 평등설이나 상대적 평등설은 모두 평등이 차별에 대한 안티테제(Antithese)라는 점에서 입장을 같이하고 있다는 것이다. 그리고 양자는 평등의 의미에 관하여는 ‘완벽하게’ 같은 입장에 있다. 상대적 평등설도 기실 - 스스로 ‘말도 안 된다’고 일축하는 - 모든 사람과 사물에 대하여 ‘같은 처우’를 하는 것이 차별 없는 상태, 즉 이상적인 상태라고 이해하고 있다. 그런데도 사람들은, 위의 상대적 평등설이 ‘말도 안 되는’ 절대적 평등설을 극복했다고 말한다. 본 연구자로서는 매우 이해하기 어렵다.

그러면 상대적 평등설은 왜 이렇게 이해하기 어려운 주장을 하게 된 것일까? 그 단서는 이른바 입법자 구속설에서 찾을 수 있다. 본 연구자는 오늘의 평등론이 혼돈(chaos)에 빠져 있다고 표현하였는데, 그 바탕에 이 입법자 구속설이 있다고 본다. 아래에서 이 점을 살펴보자.

## 2. 평등의 입법자 구속 여부

교과서들은 이 문제를 어떻게 설명하는가? 설명을 하는 교과서도 있지만, 안하고 넘어가는 교과서들도 많은 것 같다. 평등이 입법자를 구속하지 않는다는 입장이 한 때 있었지만 이는 흘러간 옛 설일 뿐이고, 현재는 입법자를 구속한다는 것이 통설이라고 설명하는 것이 그나마 상세한 설명에 속한다.

그런데, 평등이 왜 입법자를 구속한다는 것인가? 가장 대표적인 설명은, ‘법 내용이 불평등하면 법을 평등하게 집행하더라도 불평등은 그대로 남게 되는 것이므로, 법의 집행뿐만 아니라 법의 내용에 있어서도 평등하여야 한다’는 것이다.<sup>9)</sup>

고개를 갸우뚱하게 만드는 설명이다. 법을 평등하게 집행하는 것은 그 자체로서 독자적 가치를 가지지 않는가? 그것은 법의 내용이 평등한지, 평등하지 않은지의 문제와는 별개의 문제 아닌가? 만약 헌법이 법 집행의 평등을 명령하고 있다면 그 명령은 지켜져야 한다. 그리고 그것이 지켜지면, 법이 평등하게 집행되어야 한다는 헌법의 명령은 100% 달성된 것이다.

그런데 위에서 든 설명은, 법이 평등하게 집행되더라도 법의 내용이 불평등하면 불평등은 그대로 남는다고 한다. 알쏭달쏭한 말이지만, 본 연구자가 보기에

9) 문홍주, 『韓國憲法』, 海岩社, 1974, 192; 장영수, “평등의 헌법상 의의와 실현구조 - 헌법재판소 결정에 대한 분석을 중심으로 -”, 『한독법학』 16호, 266; 김주환, “입법자의 평등에의 구속과 그에 대한 통제”, 『헌법논총』 11집, 헌법재판소, 437.

는 틀린 말이다. 가장 먼저 묻고 싶은 말은 이것이다. 그래서 어쨌다는 것인가?

법을 평등하게 집행하라는 명령이 있는데 그 명령이 충실하게 이행되었으면, 그 명령은 완수된 것이다.<sup>10)</sup> 그렇다면라도 즉 법이 평등하게 집행되더라도, 세상의 부조리가 잔존하면 안 되기 때문에 ‘법을 평등하게 집행하라는 명령’은 ‘평등한 법을 만들라는 명령’으로도 이해되어야 한다는 것인가?

물음을 바꾸어 보자. 위와 같은 필요성이 있다면 ‘평등한 법을 만들라’는 헌법 조항을 새로 만들어야 하는 것이지, 그런 내용을 담고 있지 아니한 헌법 조항에 그런 의미까지도 들어 있다고 우기면 모든 문제가 해결되는 것인가? 그렇다면 헌법전에 흠결이 있으므로 새로운 헌법 조항을 신설하여야 한다는 주장들은 모두 무의미한 것인가? 이미 존재하는 조항을 확장해서 이해하면 될 뿐, 굳이 새로운 헌법조항을 신설할 필요라는 것은 없는 것인가? 예를 들어 재산권이 보장되더라도 자연환경이 훼손되면 재산이 아무 의미가 없으므로 재산권 조항은 환경권도 보장하는 것으로 이해되어야 한다는 말이 옳다고 보아야 할까?

본 연구자가 보기에, 법을 평등하게 집행하여야 한다는 것과 평등한 법을 만들어야 한다는 것은 전혀 다른 문제이다. 이 점을 가장 잘 설명해 주는 예를 Kelsen이 들고 있다.

“법률이 여자가 아닌 남자에게만 선거권을 보장하는 경우라 하더라도, 즉 법률 안에서의 평등이 지켜지지 않는 경우라 하더라도, 법률 앞에서의 평등은 지켜질 수 있다. 위 법률을 적용하여 남자는 선거권이 있지만 여자는 선거권이 없다고 결정하는 법관은, 설령 그가 양자를 동일하게 취급하지 않더라도, 결코 법률 앞에서의 평등의 원칙을 침해하지 않는다. 하지만 그가 백인은 선거권이 있고 흑인은 선거권이 없다고 결정한다면, 그는 법률 앞에서의 평등을 침해한 것이 된다. 왜냐하면 이른바 법률 앞에서의 평등은, 그 법률이 어떠한 내용을 갖고 있든 간에, 설령 그 법률이 동일한 취급을 하지 않고 차별적인 취급을 하고 있더라도 법률의 정확한 적용에 다름 아니기 때문이다.”<sup>11)</sup>

10) “법률이 헌법에 위반되는지 여부는 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전까지는 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없어, 이를 심사할 권한이 없는 공무원로서는 그 법률을 적용할 수밖에 없고, 따라서 법률에 근거한 행정처분이 사후에 그 처분의 근거가 되는 법률이 헌법에 위반된다고 선언되어 결과적으로 위법하게 집행된 처분이 된다 할지라도, 이에 이르는 과정에 있어 공무원에게 고의 또는 과실이 있다고 단정할 수 없는 것이므로, 그 법률이 헌법에 위반되는지 여부는 공무원의 손해배상책임이 성립할지 여부에 아무런 영향을 미치지 못한다”(헌재 2011. 3. 31. 2009헌바286, 공보 제174호, 572, 574). 同旨 헌재 2009. 9. 24. 2008헌바23, 판례집 21-2상, 599, 604; 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바72, 판례집 20-1상, 585, 590.

11) Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit, 김선복 譯, 정의란 무엇인가, 책과 사람들, 580.

입법자 구속설의 탄생은 법학에 있어서의 빅뱅(Big Bang)이라고 할 수 있다. 생각해 보면, 법집행의 평등은 아주 작은 규범이거나, 그 내용의 비중 면에서 본다면 없어도 되는 규범이다. 우선 이것을 설명해 보자.

법을 평등하게 집행하라는 명령은 법대로, 존재하는 법의 명령 그대로 집행하라는 뜻이다. 이 명령의 내용은 법치주의에 모두 포섭된다. 즉 법 집행의 평등 조항이 존재하지 않더라도, 이 부분은 법치주의만으로도 충분히 담보될 수 있다. 그런데, 평등이 그것을 넘어 ‘내용이 평등한 법을 만들라’, 더 나아가서 ‘정의로운 법을 만들라’는 명령까지 담고 있다면, 그것은 앞서 말한 대로 모든 기본권 조항을 전부 대체할 수 있는, ‘만능열쇠’ 조항이 된다. 거의 무의미한 조항(almost nothing)에서 ‘만능열쇠’ 조항(almost everything)을 도출해 내었으니, 이것이 빅뱅이 아니고 무엇이겠는가?

입법자 구속설은 논리적으로도 오류를 내포하고 있다. 입법자 구속설은, 입법자‘도(also)’ 구속한다는 학설이다. 이는 규범의 명령을 적용받는 수범자의 범위가 확장되어야 한다는 것이다. 그런데 수범자가 확장된다는 것이 의미 있기 위해서는 규범이 명령하는바 자체는 그대로 유지되어야 한다. 명령의 내용까지도 달라지면 수범자의 확장만으로는 설명하기 어렵다.

그런데, 입법자 구속설은 법집행자에 대한 명령을 담고 있지 않다. 법 내용을 평등하게 하라는 명령이 ‘입법자’에게는 ‘평등한 법을 만들라’는 것이라면, 법 집행의 평등은 ‘법집행자’가 ‘존재하는 법을 그대로 집행하라’는 것이기 때문이다. 양자는 수범자가 다를 뿐 아니라, 내용도 다르다. 적용대상 즉 수범자만 확장된 것이 아니라는 말이다.<sup>12)</sup>

하나만 더 이야기해 보자. 평등이 입법자‘도’ 구속한다는 설명이 조금은 이상하다는 생각이 들지 않는가? 평등조항이 입법자‘도’ 구속한다는 전제는, 원래는 (originally) 평등조항이 입법자를 구속하지 않는다는 것을 전제로 하는 것이다. 그런데 가령 남녀를 차별하는 법을 평등 조항이 전혀 규율하지 않는다면, 이 역시

12) 입법자 구속설의 논리를 이렇게 비유할 수 있지 않을까? ① 좋은 주인의 명령에 복종하여야 한다는 규범이 있다. → ② 그런데, 종이 주인의 명령을 충실히 따르더라도, 주인이 정의롭지 아니한 것을 명령하면 결국 좋은 정의롭지 아니한 짓을 할 수밖에 없다. → ③ 그러므로, 종이 주인의 명령에 복종하여야 한다는 위 규범은, 주인이 정의로운 명령을 내려야 한다는 규범으로도 이해될 수 있다. 이 비유가 옳다면, 입법자 구속설이 틀렸다는 것은 비교적 분명하다. 조금 더 직관적인 예를 든다면, ‘남자는 산으로 가라’는 명령을 ‘여자는 들로 가라’는 명령까지 포함하는 것으로 확장하여 이해하는 것과 같다. 수범자만 확장되는 것이 아니라 명령의 내용 자체가 변경되고 있다는 것에 주목할 필요가 있다.

뭔가 이상하지 않는가?

위와 같은 사정을 본다면, 현재 이해되고 있는 입법자 구속설은 문제 자체를 잘못 설정한 것이다. 이를 ‘평등이 입법자를 구속하는가’의 문제로 보는 것은 잘못된 표현이고,<sup>13)</sup> ‘모든 국민이 “법 앞에” 평등하다고 하는 구문이 입법자에게도 적용될 수 있는가’의 문제로 보는 것이 옳다.

독일의 경우에도, 1925년에 라이프홀츠가 자신의 두 번째 박사학위 논문<sup>14)</sup>을 낸 뒤 1927년 국법학자 대회를 거치면서, 바이마르헌법 제109조 제1항(우리 헌법 제11조 제1항 전문)이 법집행자뿐만 아니라 입법자‘도(also)’ 구속한다는 입법자구속설이 통설로 되었다. 결국 라이프홀츠는 우리 헌법으로 치면, 헌법 제11조 제1항 전문이 입법자를 구속한다는 주장을 한 것이다.

그리고 이 물음, 즉 헌법 제11조 제1항 전문이 입법자를 구속하는지의 여부에 대한 본 연구자의 대답은 ‘아니오’이다. 헌법 제11조 제1항이 말하는 ‘법 앞에 평등’은 법 집행의 평등을 뜻할 뿐이고, 법 집행의 평등은 법의 내용에 무관심하다.<sup>15)</sup> 조금 더 말한다면, 입법자는 헌법 제11조 제1항 전문이 아닌 후문에 구속된다.

### 3. 상대적 평등설의 입론 경로

위에서 절대적 평등설과 상대적 평등설의 대립관계가 논리적이지 않다고 설명했지만, 위의 입법자 구속설과 연결시켜 생각하면 거기에도 나름대로 이해되는 바가 있다. 이를 설명해 본다.

법 집행의 평등의 요체는 ‘劃一性’이다. 법의 구성요건을 충족하는 경우에는,

13) 현재 1992. 4. 28, 90헌바24, 판례집 4, 225, 231-232. 현재 2000. 8. 31, 97헌가12, 판례집 12-2, 167, 180은, 다음과 같이 실시한다. “헌법 제11조 제1항의 규범적 의미는 이와 같은 ‘법 적용의 평등’에서 끝나지 않고, 더 나아가 입법자에 대해서도 그가 입법을 통해서 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하는 ‘법 제정의 평등’을 포함한다.” 밑줄은 필자가 추가한 것임.

14) ‘법 앞의 평등(Gleichheit vor dem Gesetz).’ 그는 19세 때 종교학에 관하여 첫 번째 박사학위 논문을 썼다. 그가 초대 연방 헌법재판소 재판관이 되어 남서국 결정(Südweststaatsurteil)에서 그의 평등이론을 펼친 것은 유명하다.

15) 안쉬츠는 이 점을 명료하게 정리했다. “평등조항은 법의 내용(Rechtsgleichheit) 내지는 모든 자에 대한 평등한 법(Gleiches Recht fuer Alle)를 정한 것이 아니고, 그것은 법률이 어떠한 사람에 대하여도 평등하게 적용되어질 것을 정한 것으로서 법률 앞의 평등(Gleichheit vor dem Gesetz)을 명명하는 것이며, 법률의 평등(Gleichheit des Gesetzes)을 요구하는 것이 아니다. 따라서 이 평등조항은 입법자의 준칙으로 되는 것이 아니며, 법을 집행하는 자의 기준으로 해석되어야 할 것이므로 행정과 사법만을 구속하는 것이지 법률정립작용인 입법을 구속하는 것은 아니다.” G. Anschuetz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1960, S. 522f. 金啓煥, 男女平等權論, 博英社, 1981, 36에서 재인용.

언제나 그 법이 정한 효과를 부여하여야 한다는 것이다. 그렇게 본다면, 법집행의 평등에 있어서는 비교라는 관념도 필요하지 아니하다.<sup>16)</sup> 그런데, 법을 집행하는 자가 법의 구성요건에 해당하는 사태에 대하여 법의 적용을 거부할 수 있겠는가?

쉬운 예로, 과속차량을 적발했더니 그 차에 출산이 임박한 산모가 타고 있었다고 하자. 그러면 단속한 경찰관은 과속 사실을 눈감아 줄 수 있는가? 이것이 가능하다면, 비록 위법한 법집행이기는 하나 정당한 사유가 있으므로 법 집행의 평등에는 위배되지 않는다고 볼 것이다. 그러나 이 문제는 사실 위와 같은 단속 업무<sup>17)</sup>가 기속행위인가, 재량행위인가 하는 문제로 검토되어야 할 것이고, 적어도 기속행위라고 한다면 경찰관의 위와 같이 ‘눈 감아 주는 행위’는 법 집행의 평등에 어긋난다고 할 수밖에 없다. 신문의 가십란에서는 다정다감한 경찰관으로 칭송받을지 모르겠지만, 법의 관점에서는 그렇게 평가될 수밖에 없다는 것이다. 법 집행의 평등에는 예외가 있을 수 없다.<sup>18)</sup> 굳이 이야기하자면 절대적 평등설이 옳고, 상대적 평등설이 틀렸다.<sup>19)</sup>

그런데, 입법자 구속설을 받아들이고 나면 어떤 문제가 생기는가? ‘법 집행자는 존재하는 법을 劃一的으로 執行하라’는 명령을 입법자에게 적용되는 명령으

16) 불법의 평등이라는 말이 있는데, 위법한 법 집행이 있었던 경우, 자신에게도 그와 같이 위법한 법 집행을 해 달라고 요구하는 것과 관계되는 문제이다. 과속 단속을 하는 경찰관에게 ‘어떤 차는 눈감아 주면서 왜 내 차는 단속하느냐’고 주장하는 경우가 가장 흔히 볼 수 있는 불법의 평등 주장이다. 본 연구자는, 위와 같은 상황에서 그러한 주장은 타당하지 아니하다고 본다. 자신이 단속당하는 것은 법 집행의 평등에 부합하기 때문이다. 다른 차가 단속되는지 아닌지에 따라서 자신에 대한 법 집행의 평등 여부가 결정되는 것이 아니다. 법 집행의 평등을 기반으로 하여 자신의 경우를 눈감아 달라는 요청을 할 수는 없다. 단지 다른 차를 단속하지 아니한 부작위를 다룰 ‘자격 내지는 적격’이 있는가 하는 것만이 문제될 뿐이다.

17) 즉 과태료 부과처분.

18) 저금 더 논의를 이어가자면, 재량행위라고 볼 경우라면 어떻게 처리해야 할 것인가 하는 문제도 있을 것인데, 이 문제는 결국 법의 정립과 법의 집행을 준별하는 문제로 환원될 것이다. 이에 대한 본 연구자의 결론은, 재량이 허용되는 영역에 대하여는 아직 법의 정립이 끝나지 아니하였다는 것이다. 이 점에 대해서는 정주백, “입법자 구속설 비판”, 『법학연구』 제23권 제2호, 충남대, 2012, 16 이하를 참조.

19) 그렇게 본다면, 아래와 같은 판시는 상당히 곤혹스러운 것이다. “헌법 제11조 제1항에 정한 법 앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니나, 법을 적용함에 있어서뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니 된다는 것을 뜻한다. 즉, 사리에 맞는 합리적인 근거 없이 법을 차별하여 적용하여서는 아니 됨은 물론 그러한 내용의 입법을 하여서도 아니 된다.” 헌재 1989. 5. 24. 89헌가37등, 판례집 1, 48, 54; 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27등, 판례집 4, 255, 271; 헌재 1994. 2. 24. 91헌가3, 판례집 6-1, 21, 33; 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11등, 판례집 7-2, 264, 280-281; 헌재 2002. 3. 28. 2000헌마53, 판례집 14-1, 159, 162; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57, 판례집 14-2, 1, 17; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌바55, 판례집 14-2, 810, 818; 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마546, 판례집 14-2, 890, 900. 이는 결국 법 집행에 있어서도 절대적 평등을 부정하고, 합리적 이유가 있는 한 차별이 허용된다는 말이고, 그렇다면 위와 ‘다정다감한’ 경찰관의 행위가 법 집행의 평등에도 어긋나지 않는다고 판단되어질 수 있다.

로 전환시킨다면, ‘입법자는 모든 국민을 劃一的으로 取扱하는 법을 만들라’는 명령으로 이해될 수밖에 없다. 법 집행자에 대한 평등 명령의 내용을 ‘획일적’ ‘집행’ 명령으로 이해하면서, 앞에서 본 것처럼 ‘집행’ 부분은 애써 외면하면서 ‘획일성’ 부분만이라도 살리자고 하게 되면, ‘劃一的’ ‘立法’이 법 내용의 평등의 내용으로 되는 것이다.

그런데 이것은 어떤 문제를 일으키는가? ‘법의 관념에 모순된다. 법이란 ‘要件’과 ‘效果’의 체계이다. 즉, 어떤 사태를 획정해서 다른 사태와 ‘區別’한 후에 그에 따른 ‘법적 효과’를 부여하는 것이다. 따라서 ‘구별’은 법을 구성하는 필수적 관념이다.<sup>20)</sup> 그런데 구별을 하지 말라고 한다면 법이라는 관념 자체가 없어져 버린다. 이것은 곤란하지 않은가.

그래서 다른 처우, 즉 구별 내지 차별을 정당화할 수 있는 메카니즘(mechanism)이 필요하게 되었다. 이 메카니즘으로 등장한 이른바 합리적 차별을 허용한다는 상대적 평등설이라는 것(이하에서 ‘제1종 상대적 평등설’이라 한다)이다. 법이 다르게 처우할 수 있고, 다른 처우를 하더라도, 즉 ‘구별’을 하더라도 평등에 반하지 아니할 수 있다는 논리를 만들어내게 된 것이다.

그러나 위의 제1종 상대적 평등설은 틀린 것이다. 위에서도 언급한 바와 같이, 위 논리에서도 절대적 평등설과 마찬가지로 상정하는 평등의 이상적인 상태는 ‘구별하지 아니하는 것, 차별하지 아니하는 것’이기 때문이다. 즉 차별이 ‘정당화’될 수 있다는 것일 뿐, 그것이 이상적인(다르게 처우하지 않는) 상태라는 것은 아니다.

예를 들어 일한 시간당 만원씩의 임금을 준다는 규칙(rule)에 따라 5시간 일한 A에게 5만원을 주고, 2시간 일한 B에게 2만원을 주었는데,<sup>21)</sup> B가 그 규칙의 불평등성을 주장하는 경우,<sup>22)</sup> 제1종 상대적 평등설을 따른다면 ‘다른 처우’가 있는 이상 차별의 존재 자체는 인정하고, 정당화 여부에 관한 심사를 거쳐 ‘비록 차

20) Ely, John Heart, *Democracy and distrust: A Theory of Judicial Review* 전원일, 민주주의와 법원의 위헌심사, 나남, 312 참고. “입법이라는 것은 본래 그 성격상 분류를 하고, 일부 시민에게는 특정한 혜택을 부여하거나 특정한 행동을 요구하며, 다른 시민에게는 그렇게 하지 않는다.”

21) 엄밀하게 말한다면, 주는 행위가 계약의 이행으로 이해되면 곤란한 문제가 있고, 처분으로서의 성격을 가지고 있어야 보다 확실한 예가 될 것이다. 이것은 평등이 사인 간에 적용될 수 있는가와 관련된다. 본 연구자는 평등이 사인 간에는 적용될 수 없다고 본다. 다른 예로서 아래에서 다시 볼 포도밭의 비유(마태 20장 1절-16절)에는 계약법이 적용되기 때문에, 이를 평등의 문제와 연결시켜 이해하면 곤란하다고 본다.

22) 집행은 규칙에 따라 잘 되었다. 규칙의 내용이 문제될 수 있을 뿐이다.

별을 하는(즉 다르게 쳐우하는) 규칙이지만 차별이 정당화되므로 위헌은 아니다'라는 결론에 이르게 될 것이다. 그렇다면 일을 많이 한 사람이나 적게 한 사람이나 같은 급료를 받는 것이 이상적이기는 하다는 말인가 하는 어려움에 봉착하게 될 것이다. 이 점을 설명하기가 쉽지 아니하다. 이 기이한 상황을 설명하기 위하여 새롭게 등장한 것이 이른바 아리스토텔레스의 정의론을 기반으로 한 평등론이고, 여기에서 드디어 BIG BANG이 일어나게 된다. 아래에서 다시 살펴보자.

#### 4. 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게

이른바 합리적 차별을 허용하는 것이 상대적 평등이고 이것이 (전문과 후문을 모두 포함한) 헌법 제11조 제1항의 평등명령의 내용이라는 주장은 받아들이기 어려운 것이다. 이 점은 위에서 이미 살펴보았다. 이것에 대한 대안으로 제시되었다고 보이는 것이 이른바 '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게' 쳐우하는 것이 평등의 명령이라는 입장이다.

위 주장은 적어도 '합리적 차별을 허용하는 것이 상대적 평등'이라는 명제의 모순은 극복한 것으로 보인다. 우선 모든 사태에 대하여 같은 처우를 하는 것이 이상적이라는 이상한 전제를 하고 있지 않기 때문이다. 서로 같은 것이면 같이 처우하여야 하겠지만, 서로 다른 것이면 다르게 쳐우하는 것이 곧 평등한 상태이므로, 모든 경우에 같은 처우를 하여야 한다는 기이한 전제를 받아들일 필요가 없는 것이다.

위의 급료 문제를 보면, '먼저 급료의 분배원리가 무엇인가? 그것은 일한 시간에 따라 급료의 액수가 정해져야 한다는 것이다. 그러면 두 사람은 그 일한 시간에 따라 급료가 주어졌는가? 그렇다. 그렇다면 두 사람 사이에 차별 자체가 없다. 따라서 정당화 여부에 대한 심사는 불필요하다.'고 하고 논증을 마칠 수 있다.

이 때 문제되는 것은, 위의 예에서 볼 때, 급료의 분배원리를 어떻게 확정할 것인가 하는 것이다. 일한 양에 따라 분배되어야 한다는 원리가 어디서 도출되는가 하는 것이다. 혹자는 그것이 정의로운 것이 아니냐고 할 것이다. 그런데 그러한 정의에 동의하지 않는 사람도 있을 수 있다. 집에서 기다리고 있는 식구 수에 따라 급료가 지급되어야 한다는 사람도 있을 수 있고, 산출해 낸 성과에 따라 분배되어야 한다는 사람도 있을 수 있다. 각자에게는 각자의 정의가 있다.

그런데 보다 큰 문제는, 헌법 제11조 제1항이 이와 같이 해석되는 것이 옳당한 것인가 하는 점이다. 우리 헌법전에 있는, 하나의 條도 아닌, 하나의 項도 아닌, 하나의 項 중의 일부에 불과한, 헌법 제11조 제1항 전문<sup>23)</sup>이 正義를 명령하고 있다고 보고, 모든 不義는 헌법 제11조 제1항 전문의 작동으로써 다 제거될 수 있다고 볼 수 있을까? 自由에 관한 문제든 福祉에 관한 문제든, 選舉에 관한 문제든, 言論에 관한 문제든, 헌법전에 열거된 권리이든 열거되지 아니한 권리든 모두 헌법 제11조 제1항 전문의 작동으로써, 正義의 이름으로써, 그에 관한 모든 不義를 제거할 수 있다는 것인가? 다른 헌법 조항들은 있어도 그만, 없어도 그만인 것일까? 그렇다면 헌법 제11조 제1항 전문이 헌법 그 자체라고 보아야 하지 않을까?

한 가지 지적하고 싶은 것은, 제1종 상대적 평등설이 제2종 상대적 평등설로 ‘전환’되는 논리에 관한 것이다. 제1종 상대적 평등설은 다른 처우가 허용될 수 있다(may)는 것이다. 이에 비하여 제2종 상대적 평등설은 본질적으로 양자가 다르다면, 다른 처우를 하여야 한다(should, have to)는 것이다. ‘다른 처우’가 언급된다는 면에서 양자는 같을지 모르지만, 양자는 전혀 다르다. 전자는 평등으로부터 벗어난 상태의 정당화에 관한 것을 이야기하는 것이고, 후자는 평등의 명령 자체를 이야기하는 것이다. 위 양자의 차이를 무시하고, ‘슬그머니’ 제1종 상대적 평등설이 놓여 있던 자리에, 제2종 상대적 평등설은 갖다 놓은 것, 그것이 학설 전환의 실상이라 본다. 따로 학설의 이름을 붙이지도 아니하고 기존의 상대적 평등설에 편승하는 것을 보아도 이 점을 비교적 분명하게 이해할 수 있다.

위와 같은 입장은, 이른바 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 아리스토텔레스의 정의론을 우리 헌법 해석론으로 그대로 받아들인 것이다.<sup>24)</sup> 한국 헌법 조항을 한 번도 본 일이 없는 아리스토텔레스(BC 384 - BC 322)의 2300년도 더 된 이론이 한국 헌법의 해석론으로 자리잡았다는 것은 참으로 이채롭다.<sup>25)</sup>

23) 통설은 헌법 제11조 제1항 후문은 특별한 의의를 가지지 못한다고 보고, 평등의 모든 규범적 효력은 전문에서 도출된다고 본다.

24) “헌법 제11조의 평등권은 본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것을 요구하는 것.” 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바217, 판례집 24-2하, 443, 455.

25) 본 연구자는 우리 헌법전에서 우리 헌법제정권력의 고뇌가 가장 짙게 남아 있는 조항들 중의 하나가 헌법 제11조의 평등조항이라고 생각한다. 우리 역사에 대한 반작용이 가장 크게 느껴지기 때문이다. 앞에서 규범적으로는 법 집행의 평등이 무의미한 것이라 하였지만, ‘실천적으로’ 우리는 오래도록 법 집행의 평등이 실현되지 아니한 사회에 살았다. ‘無錢有罪 有錢無罪’는 가장 이 점을 가장 잘 드러내는 말들 중 하나다. 나아가 男女差別, 班常差別, 宗教差別의 피비린내 나는 역사를 가지고 있다. 이 역사에 대한 저항으로 헌법 제11조 제1항 후문에 세 가지 사유가 열거되어 있는 것이다. 다행히 우리에게는 人種差別의 역사는 없었다. 그래서 우리 헌법에는 인종차별이 금지되지 아니한 것이다. 알지 못하는 문

아리스토텔레스는 공동체의 가치 또는 부담의 배분질서 그 자체를 이야기한 것이지, 평등을 이야기한 것이 아니다. 그는 공동체의 공동자산을 구성원 각자가 가진 품성의 양에 비례하여 배분되었을 때, 정의롭다고 보았다. A만큼의 품성을 가진 사람이 a만큼의 자산을 분배받고 B만큼의 가치를 가진 사람이 b만큼의 자산을 분배받았을 때, 즉 ‘ $A : a = B : b$ ’의 등식이 성립할 때 정의가 실현된다는 것이다. 비례적 평등은 ‘각 개인의 품성의 양’과 ‘그 사람에게 배분된 공동체의 자산의 양’의 비율이 일정한 상태이다.<sup>26)</sup> 예를 들어 ‘일한 시간’을 급료의 분배원리로 정하였다면, 각 사람이 일한 시간과 그들이 받는 급료의 비율이 일정하여야 한다.<sup>27)</sup>

## 5. 공허한 상대적 평등설

이하에서 다루는 상대적 평등설은 이른바 ‘합리적 차별을 허용하는 것이 평등’이라는 논지의 상대적 평등설, 즉 제1종 상대적 평등설이 아니다. ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 처우하는 것이 평등한 것이라는 상대적 평등설(이하에서는 ‘제2종 상대적 평등설’이라 한다)을 다루는 것이다.<sup>28)</sup>

---

제이기 때문이다. 알았다면 당연히 규정하였을 것이다. 그런데 밀도 끝도 없이 아리스토텔레스의 말 한마디가 우리 헌법상의 평등을 대체하고, 나아가 모든 기본권 조항들을 대체한다는 것은 참으로 의아하다. 남녀를 차별하고, 신분을 차별하였다는 아리스토텔레스의 이야기를 남녀차별 금지 조항의 근거로 삼을 수 있을까.

- 26) 이렇게 본다면 조세에 관해 응능부담원리를 받아들인다 하더라도, 누진세제는 심각한 문제가 있다. 비례성이 인정되지 않기 때문이다. 나아가 카테고리를 설정하는 것도 마찬가지다.
- 27) 위의 급료 배분의 문제를 보라. 일한 시간에 따라 급료가 배분되어야 한다는 것을 정의의 원리로 받아들인다면 A와 B의 급료의 배분 상태는 정의롭다. 그런데, 필요(need)의 양에 따라 자원이 배분되어야 한다는 입장에 선다면, 위에서 예로 든 상태는 부정의하다. 사회주의적 성향이 강한 나라에서는 이와 같이 해석할 것이다. 그렇다면 평등의 내용은 체제에 따라 달라지는 것으로 된다. 이것은 이상한 상태라 하겠다.
- 28) 자칭 상대적 평등설이라고 하는 학설 안에 전혀 이질적인 두 가지 입장이 있다는 점에 대해 인식하고 이 점에 대해 검토를 할 필요가 있다. 현재의 결정문을 들어 본다면, “헌법 제11조 제1항이 규정하는 평등원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적인 평등을 의미하는 것이 아니라, 법의 적용이나 입법에 있어 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안 된다는 상대적·실질적인 평등을 뜻하는 것이므로, 합리적 근거 없이 차별하는 경우에 한하여 평등의 원칙에 반할 뿐이다.”(헌재 2007. 7. 26. 2004헌마 914, 판례집 19-2, 112, 136)는 합리적 차별을 허용하는 것이 평등의 의미라는 입장에서 서 있는 것이고, 이와 같은 입장에 선 판례들은 수도 없이 많다. 헌재 1994. 2. 24. 92헌바43, 판례집 6-1, 72, 75; 헌재 1996. 8. 29. 93헌바57, 판례집 8-2, 46, 56; 헌재 1997. 8. 21, 94헌바2, 판례집 9-2, 223, 234; 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 318; 헌재 1998. 4. 30. 96헌마7, 판례집 10-1, 465, 477; 헌재 1998. 9. 30. 98헌가7등, 판례집 10-2, 461, 476; 헌재 1999. 11. 25. 98헌바36, 판례집 11-2, 529, 539; 헌재 2000. 12. 14. 99헌마112등, 판례집 12-2, 399, 414; 헌재 2011. 4. 28. 2009헌바56, 판례집 23-1하, 1, 11-12. 이에 비하여 “평등의 원칙은 입법자에게 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게, 본질적으로 다른 것을 자의적으로 같게 취급하는 것을 금하고 있다.”라는 판시는 위의 아리스토텔레스의 정의론을

규범이 규범으로 작동하기 위해서는 그 규범이 정한 명령의 내용이 분명하여야 한다. 그런데 제2종 상대적 평등설은 전혀 규범의 내용으로서 지시하는 바가 없다. 심사의 프레임(frame)만을 제공할 뿐이다. 학설은 이를 받아들여 ‘형식적 권리’라고 하고, 그래서 시대 상황에 적응하여 운영할 수 있는 유용성을 가진다고 한다. 그러나 이는, 본 연구자가 보기에는 제2종 상대적 평등설이 공허하고 규범의 알맹이가 없음을 자인하면서 합리화를 시도하는 화술에 불과하다.

나아가 시대의 변화에 따라 ‘누가’ 이 규범을 적절히 운용하는가를 생각해 보면 두려움이 앞을 가린다. 법을 해석할 권한을 가진 사람들이 평등이라는 형식적 권리를 도구로 삼아 세상을 재단하는 것을 허용하겠다는 것이기 때문이다. 무엇이 같은가, 무엇이 다른가를 정하는 것은 법을 정하는 것이다. 이것을 법관이 정한다? 본 연구자는 이것이 민주주의에 반한다고 생각한다. 우리 공동체의 운영을 선출되지 아니한 재판관의 ‘정의관념’에 넘기는 메카니즘이다.

분배원리가 없으면 이 제2종 상대적 평등설은 공허하고, 분배원리가 정해지면 이 상대적 평등설은 불필요하다. 이 점을 가장 잘 지적한 논문을 웨스턴이 1982년에 썼다.<sup>29)</sup> 앞에서 든 급료의 문제로 설명을 해 보자. 앞의 예에서 B가 규칙(rule)의 불평등성을 다투었다고 할 때, B의 주장의 요체는 급여가 일한 양에 따라 분배되어서는 안 된다는 것이다.<sup>30)</sup> 굳이 그가 적극적으로 분배원리를 제시한다면<sup>31)</sup> 가령 필요의 양에 따라 급료가 분배되어야 한다거나, 그가 이룬 성과의 양에 따라 분배가 이루어져야 한다거나 아니면 획일적인 분배가 이루어져야 한다는 주장을 할 수 있을 것이다. 그러면 재판기관은 어떻게 판단하여야 하는가? 그냥 재판기관이 가만히 생각해 보고, 일한 시간에 따라, 또는 필요에 따라, 또는 성과에 따라, 또는 획일적으로 분배가 이루어져야 한다고 ‘선언’할 것인가? 만약

기반으로 한 상대적 평등설이다. 현재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 701; 현재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714, 727; 현재 2002. 5. 30. 2000헌마81, 판례집 14-1, 528, 548; 현재 2010. 4. 29. 2009헌바102, 판례집 22-1하, 37, 50; 현재 2011. 10. 25. 2010헌바272, 판례집 23-2상, 868, 876; 현재 2011. 11. 24. 2010헌마510, 판례집 23-2하, 513, 519. 서로 전혀 다른 이 두 개의 입장이 함께 상대적 평등설이라는 이름을 달고 공존한다는 것은 의아한 일이다.

29) Peter Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982) p.542.

30) 앞에서 합리적 이유 있는 차별을 허용하는 것이 평등이라는 상대적 평등설에 의하면, 양자 사이에 서로 다른 처우가 있다는 점만으로 차별을 확인하고 정당화 심사에 나아간다고 이야기했다. 이 상대적 평등설은 서로 다른 처우가 있다는 것, 법이 사태를 구별하고 있다는 것이 바로 차별이라 이해하는 것이기 때문이다.

31) 물론, 절차법적 문제로서 이와 같은 적극적 분배원리를 청구인이 제시하여야 하는지는 별도로 다루어야 할 것이다.

그것이 허용된다면 그 재판기관은 곧 ‘입법자,’ 헌법에 관하여 말한다면 ‘헌법제정권력자’가 되는 것이다. 그 재판기관은 헌법을 해석하는 것이 아니라 헌법을 제정하는 것이기 때문이다.

만약 다른 헌법 규정이나 해석에 의하여 일한 양에 따른 분배원리가 도출된다면, 굳이 평등의 메카니즘을 도입하지 아니하더라도 B의 주장에 대해 판단을 해 줄 수 있다. 그런데 평등 자체의 알고리즘만으로는 그와 같은 원리를 도출해 낼 수 없기 때문에 평등은 공허하고, 앞의 일한 양에 따른 급료의 배분과 같은 분배원리가 존재한다면 평등이라는 메카니즘은 불필요하다는 것을 웨스튼은 상당히 상세한 서술로써 논증했다. 본 연구자는 그의 논증이 옳다고 본다.

웨스튼이 다 옳은 것은 아니다. 웨스튼은 더 나아가 평등이 공허한 것이므로, 평등을 헌법에서 쫓아내어야 한다<sup>32)</sup>는 말을 틀렸다. 평등이 ‘공허하고 무의미한 것’이 본질적인 것이라 보니 그런 말을 하는 것이다. 평등을 그와 같이<sup>33)</sup> 이해하는 것 자체가 잘못된 것이다. 존재하는 규범을 무의미한 것으로 해석한 후에 그 규범을 축출해야 한다는 주장은, 법을 해석하는 사람이 할 일은 아니다. 법을 의미 있는 것으로 이해할 다른 방법은 없는가를 고민하여야 한다. 따라서 본 연구자가 보기에 웨스튼의 앞부분 설명<sup>34)</sup>은 타당하고, 뒷부분 주장<sup>35)</sup>은 틀렸다. 잘못된 해석을 고치면 평등은 우리 헌법 안에 존재하여야 할 충분한 가치가 있다.<sup>36)</sup>

## 6. 현재의 실무에 대한 몇 가지 비판

위에서 상대적 평등설 안에는 이질적인 두 가지 입장이 있다고 하였다. 제1종 상대적 평등설과 제2종 상대적 평등설이 그것이다. 그런데 이 두 입장은 정리되지 아니한 채로 현재의 결정문 안에 공존한다. 그 자체가 첫째의 문제이다.

그런데, 제1종 상대적 평등설은 평등의 이상적 상태를 ‘모든 사태에 대하여

32) Peter Westen, The Empty Idea of Equality, 95 Harv. L. Rev. 537(1982) p.596.

33) 즉 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게.

34) 아리스토텔레스의 정의론을 기반으로 한 평등이 공허하고 불필요하다는 부분.

35) 즉 평등을 헌법전에서 축출하여야 한다는 주장.

36) 물론 본 연구자는 관념적으로는, 입법자에 대한 평등 명령도 법치주의로써 해소될 수 있다고 본다. 일 반법에 대한 요구가 충족되면, 그것이 곧 평등한 내용을 가진 법이라는 것이다. 그렇게 본다면 평등조 항이 사라지더라도 그 내용은 우리 헌법 안에 남을 수 있다. 그러나 위 본문에서 말한 대로, 그렇다고 하여 평등이라는 관념이 전적으로 무의미한 것은 아니다. 모든 시민의 동등성을 이처럼 쉽게 표상할 수 있는 말이 달리 없다. 평등이라는 말은 인류의 역사와 함께 살아온 말이다.

동등한 처우를 하는 것'으로 보고 있으나, 그것 자체가 법의 관념에 어긋나는 것이다. 이것이 두 번째 문제다.

나아가 '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게'가 평등한 처우라는, 제2종 상대적 평등설을 따른다면, 법이 어떤 사태를 구별하여 규율을 하거나, 구별하지 아니하고 규율한다고 하여 곧바로 차별이 있거나 없다고 말할 수 없다. 차별이 있다고, 혹은 없다고 말하기 위해서는 먼저 분배의 규칙이 무엇인가가 확정되어야 한다. 그것이 확정되지 아니한 채로 차별이 있거나 없다고 말하는 것은 논리적으로 틀린 것이 된다. 이것이 세 번째 문제다.

한 발 더 나아가 그 기준이 일관되지 못한 것은 더욱 문제이다. 아래 판례는 본 연구자가 자주 인용하는 것이다.

현재는 “청구인 ○○건설 주식회사는 이 사건 법률조항이 고급오락장으로 사용하지 않을 목적으로 취득하는 경우에도 취득세를 중과세하도록 규정한 것이 평등원칙에 위배된다고 주장한다. 그러나 위에서 본 바와 같이 취득목적이라는 것은 지극히 주관적이어서 이를 객관적으로 확인하는 것은 매우 어려운 일일 뿐 아니라 고급오락장의 취득목적에 따라 취득세 중과세 여부를 달리하는 것은 그 해석과 법집행상의 자의가 개재될 여지가 있으며 유통세인 취득세의 본질과도 상응하지 않으므로 고급오락장의 취득목적이 “본질적으로 다른 두 개의 비교집단”을 나누는 기준은 될 수 없다 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항이 평등원칙을 위반하여 청구인의 기본권을 침해하였다고 볼 수 없다.”<sup>37)</sup>고 판시하였다.

그 이후의 다른 사건에서 현재는, “앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항의 주된 목적이 사치성 재산의 소비를 억제하고 국민의 건전한 소비생활 정착을 도모하는 데에 있는 한, ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지는 취득행위’와 ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지지 않는 취득행위’는 본질적으로 상이한 집단이라고 하지 않을 수 없다. 그렇다면, 그 취득목적에 따라 취득세 중과세 여부가 달라져야 할 것인바, 이러한 양자의 차이가 반영되지 아니한 채 이 사건 법률조항이 ‘고급오락장으로 사용할 목적을 가지지 않은 취득행위’에 대하여도 적용되는 것은 불합리한 차별취급에 해당하여 평등원칙에 위반된다 할 것”이라고도 판시하였다.<sup>38)</sup>

취득세를 부과하는 법률에서 그 취득 목적이 ‘본질적으로 같은지 다른지’를

37) 현재 2005. 5. 26. 2004헌바27 등, 판례집 17-1, 644, 656.

38) 현재 2009. 9. 24. 2007헌바87, 판례집 21-2상, 498, 512-513.

가르는 요소가 될 수 있는가? 앞의 판례는 그럴 수 없다는 것이다. 그 기본이 되는 생각은 취득세는 세금이므로, 담세력이라는 측면에서만 행위를 평가하면 족하다는 것이다. 그런데 후자는 ‘취득세를 증과하는 목적을 고려한다면 고급오락장으로 사용할 목적의 유무는 본질을 달리한다고 볼 사유가 되고, 이를 달리하는 양자를 함께 취급하는 것은 본질적으로 다른 것을 함께 채우하는 것이며, 나아가 합리적 이유도 인정되지 아니하므로<sup>39)</sup> 평등권을 침해한다고 한다. 이렇게 되면 입법자는 어느 장단에 맞추어 춤을 추어야 하는가 하는 심각한 문제가 생긴다. 입법자는 어떻게 하여야 차별하지 아니하는 법이 되는지를 알 수가 없게 되는 것이다. 헌법의 명확성이 문제된다고 아니할 수 없다.<sup>40)</sup>

## 7. 헌법 제11조 제1항 후문에 열거된 사유의 성격

헌법 제11조 제1항 후문은 차별금지 사유로 세 가지를 들고 있다. 성별과 종교, 그리고 사회적 신분이 그것이다. 이 세 가지 요소를 어떻게 이해할 것인가에 관하여 몇 가지 학설의 대립이 있다. 그 중 하나가 例示的 列舉說이고, 이것이 통설과 판례를 이루고 있다. 그 논지인즉, 평등이 가지고 있는 모든 규범력은 헌법 제11조 제1항 전문에서 도출되고 후문은 단지 그 적용례를 들고 있을 뿐이라고 한다. 그래서 후문에 계기되지 아니한 요소에 기한 차별도 성립한다고 본다.

그런데 이렇게만 말하고 돌아서 버리면 그것은 ‘예시적’ 열거설이 아니다. 예시된 것들의 공통된 속성, 즉 外延(extension)을 정해 주는 內包(connotation)까지 밝혀 주고서 돌아서도 돌아서야 한다. 그냥 ‘예시다’라고만 하고 내포를 말하지 아니하면 예시규정을 운용할 수 없다.

작금의 상황은 내포를 零(zero)으로, 외연은 無限으로 하는 것이다. 그래서 무엇이냐 짝(pair)을 맞춰 주장하기만 하면 모두 평등권 침해 주장으로 받아들여지고, 현재는 그 짝에 대한 같은 채우, 또는 다른 채우에 대한 정당화 심사를 하여 준다.<sup>41)</sup> 크게 이야기 할 만하다. 이것은 예시설이 아니다.

쉽게 예를 하나 들면 해결될 것이라 본다. ‘개, 고양이 등’이라 된 조문이 있

39) 여기에 아무런 논증이 없다는 점도 눈여겨볼 만하다.

40) Potter Stewart 판사의 유명한 말이 생각난다. I know it when I see it. 무엇이 음란한 것인지 미리 말할 수는 없지만, 보면 알 수 있다는 것이다.

41) 다만, 현재가 차별의 존재 자체를 부정하는 사례가 아주 없는 것은 아니다. 아래의 주 47 이하 참조.

다. 그러면 ‘등’을 등에 업고 들어설 수 있는 것이 무엇인가를 궁리하여야 할 것이다. 그것은 내포를 무엇으로 할 것인가에 의해 정해진다. ‘애완동물’이라고 하면, 사자가 들어설 수 없을 것이다.<sup>42)</sup> ‘네발 달린 동물’이라 하면? 뱀은 들어오기 어려울 것이다. ‘동물’이라고 하면 동물은 들어올 것이고, 식물은 들어오지 못 할 것이다. 내포를 어떻게 확정하여야 하는가는 법문, 입법자의 의사 등을 고려하여 정할 일이다.

그런데, 헌법 제11조 제1항 후문의 예시절은 어떤 것인가? 성별, 종교, 사회적 신분을 예들 든 것이라 하면서<sup>43)</sup> 세상의 모든 것이 다 외연에 포섭된다는 것이다. 앞의 ‘개, 고양이 등’에 빗대어 설명하면, 뱀, 나무, 칼, 공기, 풀 …… 무엇이든지 외연에 포섭된다는 것과 마찬가지다. 이것이 예시절인가? 크게 이야기한다. 아니다.

예시절과 관련하여 문제되었던 사례가, 우체국보험 사건이다.<sup>44)</sup> 이 사건은 ‘우체국예금·보험에 관한 법률’ 제45조 중 ‘압류’ 부분<sup>45)</sup>이 우체국보험금 및 환급금 청구채권 전액에 대하여 무조건 압류를 금지함으로써 우체국보험 가입자의 채권자를 일반 인보험 가입자의 채권자에 비하여 불합리하게 차별취급하여 평등 원칙에 위반되는 것인지 여부가 문제되었다. 현재는 헌법불합치 결정을 선고하였다. 이 사건에서 현재는 ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’를 비교대상으로 삼아 차별을 확인한 후, 그 차별이 정당화되지 아니한다고 하였다.<sup>46)</sup>

그런데, 이에 대한 김종대 재판관의 반대의견이 흥미롭다. 김종대 재판관은, 법은 ‘우체국보험’과 ‘일반 인보험’을 구별하고 있을 뿐이므로, 차별 여부를 심사한다면 위와 같은 구별에 대하여 심사를 하여야 한다고 주장했다. 사물 또는 사태

42) 물론 사자를 애완동물로 키우는 사람도 있을 터이니, 학설로는 주관설, 객관설 등의 논란이 있을 수는 있겠다. 하마는 들어오기 어렵지 않을까? 주관설에 의하더라도.

43) 구문상의 근거는 없다.

44) 현재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 판례집 20-1하, 91.

45) 우체국예금·보험에 관한 법률 제45조 (수급권의 보호) 보험금 또는 제38조의 규정에 의한 환급금을 지급받을 권리는 이를 양도하거나 압류할 수 없다.

46) 어떤 채무자가 가지고 있는 우체국보험 채권과 인보험 채권을 각각 압류하고자 하는 자들 사이에 차별이 있을 수 있나? 이들 모두, 집행법상 채무자가 가진 여타의(압류금지기가 되어 있지 않은) 책임재산 전부에 대한 배당에(그리고 이러한 배당에만) 참가할 수 있다. 누가 압류를 하였는가는 문제되지 않는다. 그러므로, 우체국보험 채권을 압류하고자 하는 자와 인보험 채권을 압류하고자 하는 자 사이에는 아무런 차별이 없다. 갑이라는 채권자가 A라는 채무자의 우체국보험 채권을 압류하려 하고, 을이라는 채권자가 B라는 채무자의 인보험 채권을 압류하려 하는 상황이라면 차별의 유무가 문제될 수 있다. 이에 관하여는 더 많은 검토가 필요하지만, 결정문이 이에 대해 언급하는 바는 없다.

에 대한 규율을 사람에게 대한 규율로 전환하여서는 안 된다는 것이다. 김종대 재판관의 지적은 매우 적실한 것이다.

본 연구자가 자주 드는 예가 있다. 대관령을 넘어가는 옛길이 있었는데, 터널을 뚫었다. 옛길은 구불구불하고, 돌아가는 길이다. 이에 비하여 터널은 곧고 바르다. 옛길을 지나가는 사람은 터널을 지나가는 사람에 비하여 불편할 수밖에 없다. 위 사건의 법정의견은 ‘옛길을 지나가는 사람’과 ‘터널을 지나가는 사람’을 비교집단으로 삼아서, 이들은 똑같이 대관령을 넘어가는 사람인데, 새로 생긴 터널은 옛길로 가는 사람을 합리적 이유 없이 불편하게 만드는 것이므로, 양자의 차별은 정당화될 수 없어 위헌이라고 말하는 것과 같다.<sup>47)</sup> 그러나 엄밀히는 ‘옛길’과 ‘터널’이 따로 있는 것이 평등권을 침해한다는 말이다.

이에 대해 김종대 재판관은 법정의견과 같은 방법으로 비교를 하면, “이는 본질적으로 아무런 차이가 없이 단지 우연한 사정에 의해 나누어지게 되는 두 집단을 차별취급하는 것으로서 그 차별취급이 정당화되기는 매우 어렵다. 이러한 비교집단의 설정에 따라 평등원칙 위반 여부를 심사한다면 모든 압류 금지 조항들이 위헌임을 면하기 어려울 것이다.”<sup>48)</sup>라고 일갈하였다.

본 연구자는 이렇게 생각한다. 비유적으로, 세상에 여러 가지 성질의 물건이 있고, 이들 물건의 성상은 모두 공개되어 있다고 해 보자.<sup>49)</sup> 이 때 누구나 자신이 좋아하는 물건을 선택할 수 있으면 아무 문제가 없을 것이다. 그런데 선호가 겹치는 물건이 있을 수 있고,<sup>50)</sup> 이 경우 모든 사람이 그 물건을 가질 수는 없다. 이 경우 어떻게 배분할 것인가 하는 문제가 생긴다. 그 배분의 방법으로는 선착순도 있고, 시험도 있다.<sup>51)</sup>

47) 물론 여기에 대하여, 대관령 옛길을 가는 사람은 스스로 선택한 것인 반면에, 우체국보험가입자의 채권자는 스스로 선택한 것이 아니므로 양자를 동일시하는 것은 곤란하다는 주장을 할 수도 있다. 그러면 상황을 약간 바꾸어서, 어느 쪽으로 가면 더 돌아가는 길이 되어 불편할지를 모르는 상태에서 갈림길을 만났다고 하자. A라는 사람은 a길을 택했고 B라는 사람은 b길을 택했다. 그랬는데 나중에 알고 보니 a길이 불편한 길이었다. 그러면 a길을 선택한 사람과 b길을 선택한 사람 사이에는 차별이 있는 것인가? 이럴 때 우리는 뭐라고 하는가? ‘좀 더 알아보고 선택하지’라고 한다. 이 상황은 Robert Frost의 ‘The Road Not Taken’이라는 시에서 주어진 상황과 같다.

48) 헌재 2008. 5. 29. 2006헌바5, 판례집 20-1하, 91, 111.

49) 제도적으로 말하면, 법은 공개되어 있다. 법률의 부지는 용납되지 못한다는 말이 현재에도 맞는 말인가는 잘 모르겠다. 그러나, 법이 누구에게나 공개되어 있고 알아볼 수 있는 상태에 있는 것만은 사실이다.

50) 각자의 선호는 다를 수 있다. 앞에서 대관령 옛길이 안 좋은 물건인 것처럼 이야기하였지만 어떤 사람은 그 옛길을 지나면서 山川景概를 즐기고 싶어할 수도 있다. 이준관 시인은 ‘구부러진 길’에서 이 점을 아주 잘 표현했다.

51) 축구장의 진영은 어떻게 정하는가? 동전을 던져서 정한다.

‘그 분배의 규칙이’ 누군가를 차별하는가는 ‘평등’의 문제로 될 수 있다. 위에서 본 판례의 사안에서라면 ‘우체국보험 가입자의 채권자’라는 지위와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’라는 지위가 어떻게 결정되었는가 하는 점이 중요할 것이다. 이 지위가 어떻게 결정되었는가? 그 결정 방법에 차별적 요소가 있는가?<sup>52)</sup> 즉, 우체국보험 채권을 압류하고자 한 사람은 애초에 인보험 채권을 압류할 수 없었는가? 혹은, 두 가지 채권 중에서 그 어느 채권도 압류하는 것이 금지되었는가? 그렇지 않다면 차별은 없는 것이다. 위의 판례의 사안에서는 그러한 차별적 요소를 찾아볼 수 없다. 그렇다면, ‘우체국보험 가입자의 채권자’와 ‘일반 인보험 가입자의 채권자’ 사이의 불평등의 문제는 전혀 없다.<sup>53)</sup>

다음으로, 우체국보험에 대하여 집행법상의 특례를 설정하는 것, 즉 ‘일반 인보험’에 대하여서는 인정되지 않는 특례를 ‘우체국보험’에 인정하는 것이 차별의 문제를 야기하는가 하는 점을 살펴보기로 한다. 위에서 김종대 재판관은 이 양자 사이의 차별은 긍정될 수 있다고 한다. 그러나 본 연구자는 동의하기 어렵다.

사물과 사물 사이의 다른 처우는 제도 그 자체이고 그것은 차별의 문제를 야기하지 않는다. 만약 이와 같은 문제를 차별의 문제로 인식한다면, 모든 제도는 하나이어야 한다. 예를 들어 회사법상의 5가지 회사제도도 차별로 인식되어야 한다. 그러므로, 나머지 4가지 제도는 폐지하고 하나의 회사 제도만 남아 있어야 한다. 위에서 본 대판령 길을 예를 들어 말한다면, 터널과 옛길이 공존하는 것은 차별로 인식될 수밖에 없다. 그렇다면, 터널을 뚫지 말든지, 터널을 뚫었으면 옛길을 폐쇄하여야 한다. 더 큰 문제는, 대판령을 넘어가는 길이 이 두 개만 있는 것이 아니라는 것이다. 본 연구자는 다 알지 못하나, 수십 개의 길이 있을 것이라는 것은 능히 짐작할 수 있다. 비유적으로 말하자면, 그 길들이 모두 위험인가?

이 문제는 정부(Government)가 하여야 할 일이 무엇인가 하는 문제와 관련이 있다. 정부의 과업은 국민에게 선택 가능한 대안을 늘려주는 것이다. 어떤 나쁜

52) 예를 들어, 남자는 대판령터널을 통해 대판령을 넘을 수 없고 옛길을 통해야“만” 한다면 그것은 차별이다.

53) 만약 현재의 위 법정의견의 논리를 받아들인다면, 임대차보호법상의 최우선변제권은 바로 위헌으로 될 것이다. 최우선변제권이 있는 주택을 압류한 사람과 최우선변제권이 없는 주택을 압류한 사람 사이에 발생하는 차별을 정당화하기 어렵기 때문이다. 혹자는 최우선변제권자 보호를 들어 정당성을 논증하고자 할 수도 있으나, 그러한 시도는 타당하지 아니하다. 법정의견의 논리와 다를 바 없이 이 경우에도, 최우선변제권이 있는 주택을 압류한 사람과 최우선변제권이 없는 주택을 압류한 사람은 채권의 만족을 얻고자 하는 면에서 본질적으로 같은 집단이고, 채무자가 최우선변제권 있는 임대를 하는가 그렇지 아니한 임대를 하는가는 전적으로 우연한 사정이기 때문이다. 현재는 채무자가 최우선변제권 있는 임대를 한다는 것을 전제로 하여 주택의 담보가치를 평한다. 이를 위 2006헌바5 결정에 적용한다면, 채무자가 우체국보험에 가입할 것을 전제로 채무자의 자력을 평가하여야 할 것이다.

선택지가 있다고 하여 그것이 반드시 ‘악’이라고 할 수는 없다. 누군가는 그 선택지를 선택함으로써 충분한 효용을 얻을 수도 있기 때문이다.

예를 들어 우리 회사법상 5개의 회사제도가 있으나, 대부분 주식회사 제도를 이용하고 있다. 그렇다고 하여 나머지 4개의 회사제도가 차별적이라고 말하는 사람은 없다. 위에서 든 대관령 길을 예로 든다면, 대관령을 넘어가는 길은 많으면 많을수록 좋다. 국민들은 그것들 중에서 자신의 상황에 가장 유리한 길을 이용하면 된다. 각 길의 성격이 다른 것을 두고 차별이라 하고, 그것이 폐지되어야 한다는 생각은 전혀 온당하지 않다.

그런데 현재는 매우 많은 사례에서, 사물과 사물 사이의 처우 문제에 대하여 차별성을 긍정하였다. 2014헌마372 사건은 ‘폴리염화비닐관을 안전·품질표시대상 공산품으로 규정하는 것’을 문제로 다룬 사례이다. 이 사례에서 현재는, “PE관과 PVC관은 양자 모두 소비자가 성분·성능·규격 등을 구별하기 곤란한 공산품으로서 하·배수용으로도 사용된다는 점에서 본질적으로 동일한 비교집단이 된다. 그런데 심판대상조항들은 PVC관만 안전·품질표시대상공산품으로 규정하여 하·배수용 PVC관에 대하여 이 사건 안전기준을 적용하도록 함으로써 하·배수용 PVC관을 제조·판매하는 자와 하·배수용 PE관을 제조·판매하는 자를 차별취급하고 있다.”<sup>54)</sup> 이와 같은 성격의 사례는 너무 많아서 일일이 거론하기도 어렵다.<sup>55)</sup>

그런데 이와 달리, 위와 같은 사물과 사물 사이의 처우 문제에 대하여 차별성을 부인한 판시도 흔하다.

“청구인은 해외에서 제조되고 구매대행 형태로 국내에 반입된 전동킥보드가 이 사건 고시의 적용을 받지 않아 시속 25km를 초과할 수 있는 것과 비교했을 때 평등권이 침해된다고 주장한다. 그러나 소비자는 스스로의 위험부담 하에 시속 25km를 초과하여도 전동기가 작동하는 해외제조 전동킥보드를 구매대행 등을 통하여 구입하여 이용할 수 있다. 해외에서 제조되고 최고속도 시속 25km를 넘는 전동킥보드를 구입하지 못하여 입는 제약은 청구인 스스로가 선택한 결과이지 심판대상조항에 기인한 차별이 아니다. 심판대상조항이 해외제조 모델에 대하여 최고속도 제한을 적용하지 않는 것으로 인해 국내 전동킥보드 제조자의 평등권이 문제될 수는 있을지언정, 소비자인 청구인의 입장에서 최고속도 제한이 없거나 더 빠른 전동킥보드를 구입하려면 해외에서 제조되어 정식 수입이

54) 헌재 2015. 3. 26. 2014헌마372, 판례집 27-1상, 383, 397.

55) 헌재 2015. 12. 23. 2013헌바117, 판례집 27-2하, 499, 509; 2007헌바90

아닌 구매대행 경로만을 이용하여야 하는 불편을 이유로 그의 평등권이 침해되었다고 볼 수 없다.”<sup>56)</sup>

멋진 표현 아닌가? 당신이 선택하면 될 일을 두고, 왜 평등권을 들먹거리는가? 하고 현재는 말하고 있다.

“청구인들은 위 조항이 정치인 개인에게 기부하는 자와 정당에 기부하는 자를 합리적 이유 없이 차별하여 평등권을 침해한다고 주장하나, 위 조항은 ‘모든 국민’에 대하여 개인 후원을 허용하고 정당 후원을 금지하여 동등하게 취급하고 있으므로 차별적 취급이 존재하지 아니한다.”<sup>57)</sup>거나, “위 조항은 행위주체에 관하여 아무런 제한을 가하고 있지 아니하므로 일반 유권자인 청구인들로서는 위 조항에 의하여 그 누구와 대비하여서도 부당한 차별대우를 받는다고 볼 수 없다.”<sup>58)</sup>거나, “실화라고 하는 우연적인 사정에 의하여 국민 누구나 빈부의 구별 없이 피해자 또는 가해자가 될 수 있는 것이어서 이 법에 의한 재산권 제한이 재력이 없는 소위 서민계층 등 특정 계층의 국민들만을 성별, 종교 기타 사회적 신분에 따라 선정하여 이들을 다른 계층의 국민들에 비하여 합리적인 이유 없이 차별하는 것이라고 볼 수도 없으므로 헌법 전문 및 동 제11조 제1항에 위배되는 것이라고 할 수도 없다.”<sup>59)</sup>는 것이 그 예들이다.

헌재가 “평등원칙 위반의 특수성은 대상 법률이 정하는 ‘법률효과’ 자체가 위헌이 아니라, 그 법률효과가 수범자의 한 집단에만 귀속하여 ‘다른 집단과 사이에 차별’이 발생한다는 점에 있기 때문에, 평등원칙의 위반을 인정하기 위해서는 우선 법 적용에 관련하여 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’을 일정한 기준에 따라서 구분할 수 있어야 한다. 그런데 단순 집행유예를 선고받은 자와 사회봉사명령부 집행유예를 선고받은 자는 형의 집행을 유예하는 경우에 사회봉사를 명할 수 있도록 규정한 형법 제62조의2의 적용 이전에 존재하고 구분할 수 있는 집단이 아니라, 위 조항을 적용하여 사회봉사명령을 한 결과 그 효과로서 비로소 나누어

56) 헌재 2020. 2. 27. 2017헌마1339, 공보 제281호, 401, 405.

57) 정당에 대한 재정적 후원을 금지한 정치자금법 조항이 문제된, 헌재 2015. 12. 23. 2013헌바168, 판례집 27-2하, 511, 527.

58) 탈법방법에 의한 문서, 인쇄물의 배부·게시를 금지·차별하는 공직선거법 조항이 문제된, 헌재 2014. 4. 24. 2011헌바17등, 판례집 26-1상, 628, 656.

59) 1차 실화책임법 사건 헌재 1995. 3. 23. 92헌가4등, 판례집 7-1, 289, 304. 실화자의 우연한 사정에 따라 피해자가 배상을 받을 수 있는가가 결정되어지는 것이므로, 위의 우체국보험 사건의 판시를 따른다면 차별이 발생하였다고 할 수 있다. 가해자가 중과실인 경우의 피해자와 가해자가 경과실인 경우의 피해자 사이의 차별. 2차 사건에서는 헌법불합치 결정을 하였다. 헌재 2007. 8. 30. 2004헌가25, 판례집 19-2, 203.

지는 집단이므로 평등원칙이 적용되는 비교집단이라고 할 수 없다”<sup>60)</sup>고 판시한 것은 매우 중요하다고 생각한다.

그 중요한 포인트는 두 가지이다. 하나는, ‘어떤 법률조항에 의해서 비로소’ 구획되는 집단은 평등권 심사에 있어서 상호 배타적인 ‘두 개의 비교집단’이 될 수 없다는 것이다. 다른 하나는, ‘상호배타적’인 비교집단이어서야 한다는 것이다. 이 말을 뒤집으면 동일인에게 귀속될 수 있는 두 개의 처우는 평등의 문제를 야기하지 않는다는 것이다. 이것은 사물 또는 사태에 대한 다른 처우에 대하여 평등권 침해 주장을 할 수 없다는 것이다. 이 점은 뒤에서 다시 본다.

## 8. 심사 기준

현재는 평등권 침해 여부에 대한 심사, 즉 차별이 정당인가에 대한 심사는 원칙적으로 완화된 심사, 즉 자의성 심사로 족하다고 한다. 그러면 자의성 심사의 내용은 무엇인가? 현재는 이렇게 말하였다. “입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 되(며), …… 헌법재판소가 행하는 규범에 대한 심사는 그것이 가장 합리적이고 타당한 수단인가에 있지 아니하고 단지 입법자의 정치적 형성이 헌법적 한계에 머물고 있는가 하는 것에 국한시켜야”<sup>61)</sup> 한다고 한다.

한 번 생각해 보자. 평등권의 성격에 대하여 현재는 그 지위를 한껏 고양하여 ‘기본권 중의 기본권’이라 한다. 그 설시를 그대로 보자. “평등의 원칙은 국민의 기본권 보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유 없이 불평등한 대우를 하지 말 것과, 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권인 것이다.”<sup>62)</sup>

평등을 ‘기본권 중의 기본권’이라고 하면서, 왜 평등이 무너진 상태, 즉 차별이 있는 상태에 대해 “차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게” 되는 것인가? 앞에서는 평등을 女王(Queen)이라 하고서는 실제로는 侍女(Maid)로 취급하는 것이 아닌가? 기본권 중

60) 현재 2012. 3. 29. 2010헌바100, 판례집 24-1상, 414, 422.

61) 현재 1997. 1. 16. 90헌마110, 판례집 9-1, 90, 115.

62) 현재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1, 1, 2. 같은 취지 현재 1989. 1. 25. 88헌가7, 판례집 1, 1, 2.

의 기본권이라고 한다면, 그 기본권의 침해가능성에 대해 엄격히 위헌심사를 하여야 하는 것이 아닌가? 기본권 중의 기본권에 속하지 아니하는, 속된 말로 平民인 기본권의 제한에 대해서도 엄격한 심사를 하는데, 왜 여왕에게는 이리 無禮하단 말인가?

이 문제를 이해하기 위해서는 평등권의 적용영역을 다시 한 번 살펴볼 필요가 있다. 평등을 ‘기본권 중의 기본권’이라고 말하는 것은, 평등이 인격 존엄의 동등성을 보장하기 때문이다. 평등은 성을 이유로 한 차별을 배제하고, 개인이 가진 종교를 이유로 한 차별을 배제하고, 사회적 신분을 이유로 한 차별을 배제하는 법적 기제를 제공하여 주었기 때문에 규범적으로 모든 인간은 인격적으로 동등하게 존재하게 되었다.<sup>63)</sup> 그래서 위에서 든 사유들을 요소로 하는 차별은 엄중히 금지된다.<sup>64)</sup>

그런데 위에서 말한 바와 같이 통설과 판례는 평등을 정의에 대한 요구로 확장하고 후문에 제기된 사유를 예시라 보면서도, 그 내포를 확정하지 아니함으로써 외연이 무한대로 확장되었다. 나아가 이 논문에서 상세히 다루지 아니한 하나의 주제, 즉 서로 같은 처우를 하는 것도 차별의 문제로 인식될 수 있다고 하니,<sup>65)</sup> 세상에 평등이라는 잣대로 다루어야 할 이슈가 거의 한정이 없다.

생각해 보자. 통설과 판례에 따르면 세상의 모든 법적인 문제는 평등의 문제로 전환될 수 있다. 물론 현재는 몇 가지 문제에 있어서 그것은 평등의 문제가 아니라고 하면서 그 주장의 싹을 잘라버린 경우도 있지만,<sup>66)</sup> 그 이유가 타당한가는 따로 따져 보아야 할 문제라고 본다.

이와 같이 평등의 성격이 전환되면서 평등의 잣대로 다루어야 할 이슈가 엄

63) 인간이 사실적으로 동등하다는 것은 환상이다. 지력, 체력, 사교력 등등에 있어서 모두 다르다. 이 점을 긍정하면서 사회국가원리, 복지국가원리가 태동한 것이다. 그렇지만 규범적으로 성별, 종교, 사회적 신분을 이유로 하는 다른 처우만큼은 허용하지 않겠다는 것이 헌법 제11조 제1항 후문의 정신인 것이지, 모든 인간이 사실상 동등하다는 것을 말하는 것이 아니다.

64) 현재는 제대군인가산점 사건(헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787)에서 ‘헌법이 특별히 평등을 요구하고 있는 경우’ 엄격한 심사를 하여야 한다고 판시하였으나, 헌법 제11조 제1항 후단의 성별(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 454 병역법 사건), 사회적 신분(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141 등, 판례집 23-1상, 276, 311 친일재산귀속법 사건)에서 각각 엄격한 심사를 거부하였다.

65) 예를 들어 헌재 2012. 5. 31. 2011헌바127, 판례집 24-1하, 480, 486; 헌재 2012. 5. 31. 2009헌바190 판례집 24-1하, 347, 360-361; 헌재 2010. 10. 28. 2009헌마272, 판례집 22-2하, 264, 274-275; 헌재 2016. 5. 26. 2015헌바378, 공보 제236호, 921, 925 등.

66) 헌재 2018. 2. 22. 2015헌마552, 공보 제257호, 452 457; 헌재 2016. 2. 25. 2013헌마830, 판례집 28-1상, 227, 238; 헌재 2011. 8. 30. 2007헌가12 등, 판례집 23-2상, 132, 155-156 등.

청나게 늘어나게 되었고, 그 대상들에 대하여 모두 엄격한 심사기준을 적용하는 것은 불가능한 것이 되었다. 그렇다 보니 기본권 중의 기본권이라 하면서도 그 침해 여부에 관한 심사기준은 자의성 심사라고 할 수밖에 없는, 조금은 아귀가 안 맞는 상황에 이르게 된 것이다.

이 상황을 설명하고자 하는 현재의 노력은 다음과 같은 판시에서 볼 수 있다. “평등원칙은 행위규범으로서 입법자에게, 객관적으로 같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구하고 있다. 그러나 헌법재판소의 심사기준이 되는 통제규범으로서의 평등원칙은 단지 자의적인 입법의 금지기준만을 의미하게 되므로 헌법재판소는 입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언하게 된다.”<sup>67)</sup>

그러나, 그러한 노력이 성공하였는지는 의문이다. 우선 ‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 규범의 대상을 실질적으로 평등하게 규율할 것을 요구’하는 문제와 ‘입법자의 결정에서 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아 볼 수 없는 경우에만 평등원칙의 위반을 선언’하는 문제가 동일한 평면에서 비교될 수 있는지가 문제된다. 전자는 어떠한 상태가 평등한 상태인가, 헌법이 평등을 통하여 입법자에게 어떤 것을 명령하고 있는가에 대한 물음이고, 후자는 입법에 대한 헌법의 명령이 달성되지 못하면 바로 위헌으로 되는지, 바로 위헌으로 되지 않는다면 (즉 차별이 허용된다면) 어떤 경우에 차별이 허용되는지의 문제에 대한 응답이다.

즉 전자는 평등의 의미에 관한 것이고, 후자는 차별의 정당화에 관한 것이다. 양자는 동일한 평면에서 비교될 수 있는 것이 아니다. 나아가 평등이 입법자에 대해 가지는 의미와 헌재에 대해 가지는 의미가 다르다고 보는 것은 매우 당혹스러운 관점이다. 양자가 달라질 수는 없다. 평등이 헌재에만 별도의 의미를 가질 수 없는 것이고, 단지 평등이라는 조항이 입법자에게 가지는 의미를 입법자가 존중하였는지를 헌재가 판단하는 것일 뿐이다. 나아가 현재의 판시와 같이 평등이라는 규범이 가지는 의미가 입법자와 헌재 사이에서 분리될 수 있다면 이것은 모든 헌법 조항, 조금 좁히더라도 모든 기본권 조항에 대해 생기는 일반적인 문제이지, 평등에 대해서만 생기는 것은 아니다. 그런데도 헌재는 평등에 관해서만 이와 같이 기이한 판시를 하는 것이다.

67) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 115.

### Ⅲ. 적극적 해석론

#### 1. 개인적 견해

앞서 II.에서는 학설과 판례를 비판하고, 왜 그와 같은 입장이 대두되게 되었을지에 관하여 나름대로 생각하는 점 등을 설명해 보았다. 그러면, 도대체 당신의 아이디어는 무엇인가, 라는 질문이 이어질 것은 비교적 자명하다. 본 연구자의 아이디어는 간단하다. 헌법 제11조 제1항을 다시 한 번 찬찬히 읽어보자는 것이다. 그리고 그 문리에 맞춰 생각을 해 보자는 것이다.

헌법 제11조 제1항은 다음과 같다. “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.” 그런데, 헌법 제11조 제1항 전문은 ‘모든 국민’은 ‘법 앞에’ ‘평등’하다고 한다. 이 구문에 대해서는 입법자 구속설과 관련하여 논의했다. 입법자 구속설을 주장하는 사람들도 위 구문의 문리상 법 집행자에 대한 명령으로 이해하는 것이 타당하다는 것을 부인하지는 않는다(다만 입법자·도’ 구속된다는 것이다). 그러면 일단 그런 해석이 옳다고 해 보자. 그러면 헌법 제11조 제1항 전문으로부터, 법을 집행하는 자는 존재하는 법을 그대로 집행하여야 한다는 명령이 도출된다.<sup>68)</sup> 이 때 법을 집행하는 사람들은 법이 옳은 것인가, 옳지 않은 것인가에 대해서는 다룰 일이 아니다. 나쁜 법이라도 그대로 집행함으로써 법 집행자에 대한 헌법 제11조 제1항의 명령은 완수된 것이다.<sup>69)</sup> 이것은 법치주의의 귀결이다.

그렇다면 평등이 입법자에게는 어떤 명령을 주었는가? 그것은 헌법 제11조 제1항 후문에 기재되어 있다. 그 내용을 한 마디로 말하면, 성별, 종교, 사회적 신분을 구별 요소(Merkmal)로 하는 법을 만들면 안 된다는 것이다. 헌법 제11조 제1항 후문은, 법이 다른 처우의 근거로 삼아서는 안 되는 표지를 나열한 것이다. 본 연구자는 이것이 일반법에 대한 요구라고 본다. 이 또한 법치주의의 요구로 이해될 수 있다.<sup>70)</sup>

68) 평등은 ‘같음’ 이외의 의미로 이해될 수 없고, 평등의 자리에 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’를 대치하는 것은 곤란하다. ‘모든 국민은 법 앞에 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게”이다.’라는 이해는 곤란하다. 술어는 주어와의 관계 속에서 의미를 갖기 때문이다.

69) 헌재 2011. 3. 31. 2009헌바286, 공보 제174호, 572, 574; 헌재 2009. 9. 24. 2008헌바23, 판례집 21-2상, 599, 604; 헌재 2008. 4. 24. 2006헌바72, 판례집 20-1상, 585, 590.

70) 위에서도 말한 바와 같이, 헌법 제11조 제1항은 궁극적으로 법치주의에 대한 요구와 일치한다고 말할

‘정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서’가 무엇을 의미하는가에 대해서는 심각하게 논의된 바가 없는 것으로 안다. 그리고 특별히 의미가 있는 것으로 보이지도 않는다. 법의 모든 규율영역 안에서 위와 같은 차별금지 명령은 유효하다는 것으로 족할 것이다.

이와 같이 이해하게 되면 후문에서 열거하지 아니한 다른 사유를 들어서 법이 구별을 하는 것 자체는 헌법 제11조와 무관한 것으로 이해된다. 물론, 여기에 가령 ‘인종’이 계기되지 아니하였지만 차별이 금지되는 사유로 이해될 수 있겠는가, 하는 것이 논의될 수 있다. 후문에 계기된 사유를 ‘예시적 열거’라고 이해하는 바탕에서 ‘예시적으로 열거’된 사유들의 공통된 속성을 어떻게 파악하는가에 따라 ‘인종’이 포섭되어질 수도 있을 것이다.

그렇더라도, 예컨대 ‘일한 시간’이나, ‘필요’와 같은 속성들은 헌법 제11조 제1항 후문이 다른 처우를 금지하는 요소가 아니다. 이 말은 헌법 제11조 제1항 후문이 특정한 분배원리를 명령하는 바가 없고, 어떤 특정한 분배원리를 거부하는 것도 아니라는 것이다. 그 분배원리가 헌법적으로 규정될 필요가 있다면 이는 다른 헌법 조항에서 규율될 것이다. 예를 들어 헌법 제31조 제1항은 교육이라는 가치의 분배가 ‘능력’에 따라야 함을 규정하고 있다.<sup>71)</sup> 헌법 제41조 제1항은 선거권이 ‘평등’하게 분배되어야 함을 정하고 있다.<sup>72)</sup> 이와 같이 헌법이 명문으로 규정하고 있거나, 해석에 의하여 헌법상의 분배원리로 받아들여지지 아니한 부분에 관해서는 입법자가 정할 수 있다. 그것이 민주주의다(헌법 제40조: 입법권은 국회에 속한다).

단지 헌법 제11조 제1항을 오래도록 쳐다보기만 해도 그 안에 내재하는 분배원리가 보인다는 것은 도저히 이해하기 힘들다. 판례는 “평등원칙이 세법 영역에서 구현된 것이 조세평등주의로서, 조세의 부과와 징수는 납세자의 담세능력에 상응하여 공정하고 평등하게 이루어져야”<sup>73)</sup> 한다고 보는데, 통설에 따르더라도

수 있다. 일반법을 제정하라(후문), 그리고 그 법에 쓰인 대로 집행하라(전문). 이렇게 본다면, 이론상 헌법 제11조 제1항은 없어도 되는 조문이라고도 볼 수 있고, 이는 법치주의를 전제로 할 때 그렇다. 다만 그렇더라도 이 조항의 정치적 함의를 그리 쉽게 무시할 수 있는 것은 아니다. 하지만, 그렇다고 하여 이 조항이 위 범위를 넘어서 ‘正義’를 실현하라는 요구를 담고 있다고 이해하는 것은 이 조항의 문리와 너무도 어긋난 것이다.

71) 헌재 1994. 2. 24. 93헌마192, 판례집 6-1, 173, 179-181는 헌법 제31조 제1항이 능력주의가 아니라 평준화 교육을 명령하고 있는 것으로 이해하나, 수긍하기 어렵다.

72) 대개의 학설은 헌법 제41조 제1항의 평등선거를 헌법 제11조 제1항의 구체적 표현이라고 이해하는 것으로 보이나, 본 연구자는 동의하지 않는다. 헌법 제41조 제1항의 ‘보통선거’가 헌법 제11조 제1항과 뿌리를 같이하는 것일 뿐, 평등선거는 헌법 제11조 제1항과 무관하다. 평등선거는 지적 능력, 또는 세금 부담액 등을 요소로 하는 차등선거에 대한 안티테제(antithese)일 뿐이다.

73) 헌재 2014. 6. 26. 2012헌바299, 판례집 26-1하, 506, 514.

‘형식’일 뿐인 헌법 제11조 제1항에서 ‘실질적 분배의 규칙’이 도출된다는 것은 매우 의아한 것이다.<sup>74)</sup>

이와 같은 이해를 바탕으로 하면, 헌법 제11조 제1항 후문에 반하는 법률조항은 매우 엄격한 심사를 받게 된다. 인격의 존엄, 인격의 존엄의 동일성을 훼손하는 것이기 때문이다.<sup>75)</sup> 나아가 헌법 제11조 제1항 후문이 문제되는 경우라면, 당연히 그 심각성을 반영하여 모든 심판이유의 첫머리에서 검토되어야 할 것이다.<sup>76)</sup>

## 2. 기독교적 평등

서양식 평등 관념 안에 基督敎的<sup>77)</sup> 傳統이 상당히 강하게 남아 있음에 대해서는 이론이 없는 것 같다. 이 기독교의 성경 안에도, 서로 다르게 다루어서는 안

74) 앞에서 본 바와 같이, 만약 이것을 긍정한다면, 헌법을 ‘해석’하는 권한을 가진 기관이 헌법을 ‘제정’하는 권한도 겸유하는 형국이 된다.

75) 그런 점에서, 성별(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 454 병역법 사건)과 사회적 신분(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141 등, 판례집 23-1상, 276, 311 친일재산귀속법 사건)에 따른 차별에 대하여 엄격한 심사를 거부한 현재의 결정은 매우 아쉽다. 나아가 논리적으로 생각해 본다면, 평등권 침해가 문제되는 경우에는 그 심사의 강도가 과잉금지원칙보다 더 엄격한 것이어야 한다. 앞에서도 말한 바와 같이, 보통의 기본권 - 위에서는 평민인 기본권이라 표현했다 - 에 대해서 과잉금지원칙에 따른 심사를 하는데, 기본권 중의 기본권, 제왕적 기본권 조항에 대하여 과잉금지원칙에도 미치지 아니하는 수준의 심사를 하거나, 그와 같은 수준의 심사만을 한다는 것은, 논리적으로 틀린 것이다. 더 나아가서 생각을 해 본다면, 평등권이 문제되는 경우에는 논리적으로 과잉금지원칙 계통의 심사가 이루어질 수 없다. 왜 그런가? 과잉금지원칙 계통의 심사는 어떤 공권력 행사로 인하여 달성되는 공익과 사익을 비교衡量하는 것을 기본적인 메카니즘으로 한다. 그런데, 남녀를 차별하여 어떤 공익을 달성할 수 있다는 것은 어불성설이다. 종교도 마찬가지고, 사회적 신분도 마찬가지이다. 본 연구자가 짐작하기로는, 위의 병역법 사건에서 엄격한 심사를 채택할 수 없었던 것은, 병역법이 남녀를 차별하여 달성할 수 있는 공적 이익이라는 것을 상정하기 어려웠기 때문이라고 생각한다. 그래서 결국 엄격한 심사를 포기한 것이라 본다. 물론 결론에 대한 고려도 있었을 것이라고 본다. 성별, 종교, 사회적 신분을 이유로 하는 차별이 문제되는 경우, 그 심사기준은 오로지 하나일 수밖에 없다. 그런데 그 요소를 채택할 수밖에 없는 절박한 이유가 있었는가? 본 연구자는 사실상 없다고 본다. 성별, 종교, 사회적 신분을 기능적 관련성과 연결하여 보면 그 자체가 스테레오타입이다. 예를 들어 병역법 사건에서 남성은 “무기의 소지·작동 및 전장의 이동에 요청되는 근력 등이 우수”(헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 454) 하고 여성은 그렇지 못하다고 보는 것이 대표적이다. 위 결정문은 이어서 바로 위와 같은 인식이 스테레오타입임을 인정한다.(위 결정문, 같은 쪽)

76) 굳이 이 말을 하는 이유는, 거의 대부분의 결정문에서 평등권 침해 여부는 결정문의 맨 마지막에 마치 못해 다루는 듯한 모양새로 언급되기 때문이다. 다른 기본권 침해 문제로 흡수되어 따로 다루어지지 않는 경우도 많다. 헌재 2003. 9. 25. 2003헌마30, 판례집 15-2상, 501, 511, 515. 헌재 2016. 3. 31. 2013헌마585 등, 판례집 28-1상, 453, 468; 헌재 2017. 12. 28. 2016헌바254, 공보 제255호, 98, 101; 헌재 2018. 2. 22. 2017헌마438, 공보 제257호, 470, 471의 경우는 아예 따로 판단하지 않겠다고 한다. 본 연구자는 이 형국이 ‘기본권 중의 기본권’을 대하는 바른 모습이라고는 생각하지 않는다.

77) 표현상 기독교가 옳은지 예수교가 옳은지도 매우 논쟁적인 주제이지만, 본 연구자가 다룰 수 있는 범위가 아니므로 이는 다루지 않는다.

되는 요소와 서로 다르게 다룰 요소가 혼재되어 있다. 본 연구자는, 전자의 것을 평등의 문제라고 생각하고, 후자의 것을 ‘구원’이라는 가치를 배분하는 질서라고 본다.

우선 전자에게 관해서는 “너희는 유대인이나 헬라인이나 종이나 자유인이나 남자나 여자나 다 그리스도 예수 안에서 하나이니라”<sup>78)</sup>라고 하는 경우가 대표적이라 할 수 있고, 후자에 관해서는 “예수께서 이르시되 나는 부활이요 생명이니 나를 믿는 자는 죽어도 살겠고, 무릇 살아서 나를 믿는 자는 영원히 죽지 아니하리니 이것을 네가 믿느냐”<sup>79)</sup> “하나님이 세상을 이처럼 사랑하사 독생자를 주셨으니 이는 그를 믿는 자마다 멸망하지 않고 영생을 얻게 하려 하심이라”<sup>80)</sup>라고 하는 경우를 들 수 있다. 기독교는 모든 사람에게 다 구원을 주겠다고 하고 있지 않다. 오로지 ‘믿는 자’에게 구원을 주겠다고 한다. 그런데, 믿기만 하면, ‘유대인인가, 헬라인인가’ 또는 ‘종인가, 자유인인가’, 또는 ‘남자인가 여자인가’는 영향을 미치지 않는다는 것이다. 후자가 평등이다.

본 연구자가 기독교적인 평등의 문제를 다룰 때 가장 어려웠던 것이 마태복음 20장 1절-16절의 포도밭의 일화였다. 이를 그대로 옮겨 보면 다음과 같다.

1. 천국은 마치 품군을 얻어 포도원에 들여보내려고 이른 아침에 나간 집 주인과 같으니
2. 저가 하루 한 데나리온씩 품군들과 약속하여 포도원에 들여보내고
3. 또 제 삼시에 나가보니 장터에 놓고 섰는 사람들이 또 있는지라
4. 저희에게 이르되 너희도 포도원에 들어가라 내가 너희에게 상당하게 주리라 하니 저희가 가고
5. 제 육시와 제 구시에 또 나가 그와 같이하고
6. 제 십일시에도 나가 보니 섰는 사람들이 또 있는지라
7. 가로되 너희는 어찌하여 종일토록 놓고 여기 섰느냐 가로되 우리를 품군으로 쓰는 이가 없음이니이다 가로되 너희도 포도원에 들어가라 하니라
8. 저물매 포도원 주인이 청지기에게 이르되 품군들을 불러 나중 온 자로부터 시작하여 먼저 온 자까지 샅을 주라 하니
9. 제 십일시에 온 자들이 와서 한 데나리온씩을 받거늘
10. 먼저 온 자들이 와서 더 받을 줄 알았더니 저희도 한 데나리온씩 받은지라

78) 갈라디아서 3장 28절.

79) 요한복음 11장 25절-26절.

80) 요한복음 3장 16절.

11. 받은 후 집 주인을 원망하여 가로되
12. 나중 온 이 사람들은 한 시간만 일하였거늘 저희를 종일 수고와 더위를 견딘 우리와 같게 하였나이다
13. 주인이 그 중의 한 사람에게 대답하여 가로되 친구여 내가 네게 잘못된 것이 없노라 네가 나와 한 데나리온의 약속을 하지 아니하였느냐
14. 네 것이나 가지고 가라 나중 온 이 사람에게 너와 같이 주는 것이 내 뜻이니라
15. 내 것을 가지고 내 뜻대로 할 것이 아니냐 내가 선하므로 네가 악하게 보느냐
16. 이와 같이 나중 된 자로서 먼저 되고 먼저 된 자로서 나중 되리라

본 연구자에게 든 의문의 요체는, 기독교에서는 일을 많이 하든지 적게 하든지 똑같이 급료를 주어야 한다고 보는가 하는 것이었다. 이것은 강학상 ‘절대적 평등설’<sup>81)</sup> 또는 제1종 상대적 평등설의 내용과 같은 것이기 때문이다. 나중에 본 연구자는, 이 문제를 계약의 문제로 이해하고 넘어가기로 하였다. 새벽부터 나와 일한 사람도, 한 데나리온을 받기로 하고 일을 하였으므로 한 데나리온을 받는 것으로 주인과 품군 사이의 주고 받음은 완성되었다.<sup>82)</sup> 계약이 작동하는 영역에서는 평등이 문제되지 않는 것이다.<sup>83)</sup>

### 3. 평등에 관한 몇 가지 말들

마틴 루터 킹 목사가 1963년에 한 유명한 연설, 이른바 ‘I have a dream’ 중에는 그가 의식하였건 의식하지 아니하였건, 본 연구자와 같은 인식을 드러낸 구절이 있다.

“I have a dream that my four little children will one day live in a nation where they will not be judged by the color of their skin but by the content of their character.” (“저는 제 네(4) 아이들이 언젠가 자신들의 피부 색깔이 아니라, 그들이 가진 품성이 어떠한지에 따라서 판단되는 나라에서 살게 되기를 꿈꿉니다.”)

81) 그 표현 자체가 온당하지 아니한 것임은 이미 앞에서 이야기하였다. 단지 지적하기 위하여 이 표현을 사용한 것이다.

82) 13절을 보라.

83) 이 문제는 사인간에 평등이 작동하는가 하는 문제로 논의된다. 물론 여기서 말하는 평등은 헌법상의 평등을 말하는 것이고, 사인간에 적용하기 위하여 따로 법률이 만들어진다면 별론이다. 그러한 법률로는 차별금지법은 대표적인 것이라 할 수 있다. 어쨌든 헌법상의 평등은 공권력 행사의 주체에게만 작동한다. 왜 공권력 행사의 주체는 평등의 적용을 받는가? 그들이 공적인 가치와 부담의 배분을 결정하기 때문이다. 개인간에는 그러한 부담이 없다. 개인은 ‘자유’를 누릴 수 있다. 시민은 ‘자의적으로’ 사랑하는 사람을 고를 수 있고, 그에게 자신의 모든 것을 내어줄 수 있다.

그가 거부한 것은 피부 색깔에 따른 다른 처우이다. 그의 아이들이 가진 품성에 따라 평가받는 것을 거부하는 것이 아니다. 그 품성은 업적, 능력, 성과, 필요 등이 될 것이나, 거기에 대해서는 킹 목사도 언급하지 아니하고 있다. 그것은 평등의 문제와 무관하기 때문이다. 즉, 그가 평등의 문제로 이야기하고 싶었던 것은, 사람을 피부 색깔로써 평가하는 것이었다.

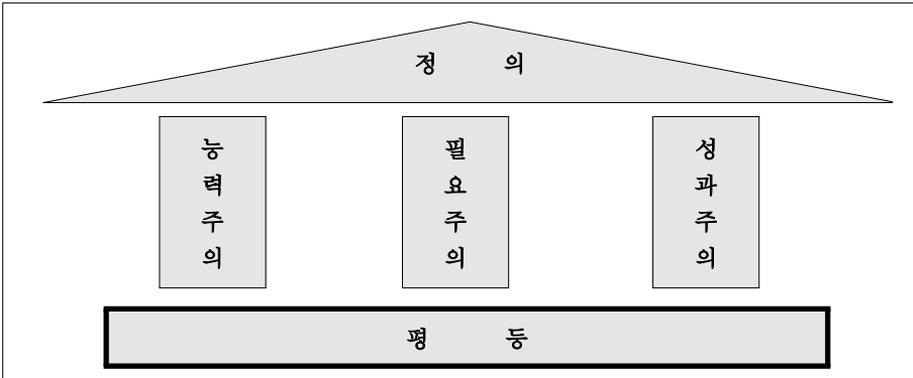
아래에서 조르바의 이야기를 한 번 들어 보자. 여기에 필자는 평등의 모든 것이 들어 있다고 본다. 조르바는, (1) 단계에서 출신에 따라 사람을 다르게 보았다. 그 때는 그 사람이 ‘좋은 사람’이라 하더라도, 미워하였다. 그러나 (2) 단계에는 그렇지 않다고 한다. 출신이 중요한 것이 아니라는 것이다. 좋은 사람, 나쁜 놈만 남아 있다고 한다. 이 상태 중 전자가 우리가 지금 다루는 평등이다. 후자 좋은 사람, 나쁜 놈은 평등의 문제가 아니다. 그러면 (3)은 무엇인가? 좋은 사람, 나쁜 놈을 구별하지 않으니 평등인가? 아니다. 이것을 설명하는 것이 어렵기는 하지만, 헌법 제11조의 평등은 아니다. 우리 헌법 제41조에서 ‘평등선거’를 정하고 있는데 딱 여기에 맞는 자리다. 평등선거는 헌법 제11조의 평등과 무관하다. ‘보통선거’가 헌법 제11조의 발현이다. 다 말하지 못 하였지만, 궁리해 보자. 이 점을 따로 다루어서 논문으로 낼 생각이 있다.

“(1) 한 때는 이놈은 터키 놈, 저놈은 불가리아 놈, 이놈은 그리스 놈, 하고 구분했었죠. 대장, 난 조국을 위해서라면 대장이 소름이 끼칠 정도로 못된 짓을 저질렀다우. 먹을 따고, 약탈하고, 마을을 불태우고, 여자들을 강간하고, 온 가족을 몰살하고 …… 왜냐고요? 그건 그들이 불가리아 놈들이고 터키 놈들이었으니까요. 난 자주 ‘이 악당놈아, 나가 뉘져버려라! 이 바보 얼간아, 나가 뉘져버리려고!’ 하고 나 자신에게 말하면서 저주를 퍼부었죠. 하지만 대장, (2) 이제는 나도 생각을 좀 하고 사람을 보죠. 그리고 이렇게 말합니다. 이 사람은 좋은 사람이고, 저 사람은 나쁜 놈이다. 불가리아인인가 그리스인인가 하는게 문젠니까? 이제 내게는 다 똑같아요. 이제는 이 사람은 좋은 사람인가 아닌가만 묻죠. (3) 그리고 정말이지 나이를 먹을수록, 밥을 더 많이 먹을수록, 난 점점 더 아무 것도 묻지 않게 됩니다. 보세요. 좋은 놈, 나쁜 놈이란 구분도 잘 맞질 않아요. 난 모든 사람이 불쌍할 뿐이에요. 사람을 보면, 내가 비록 잘 자고 마음에 아무런 시름이 없어도, 가슴이 찢어지는 것 같아요. 누구든 먹고, 마시고, 사랑하고, 두려워하고, 그리고 자신만의 하느님과 악마를 모시다가 뉘지면 땅에 쪽 뺨고 누울 거고, 그러면 구더기들이 그 살들을 파먹을 거고 …… 아, 불쌍한 인생! 우리는 모두 형제들이예요 …… 구더기 밥인 고깃덩어리들이라고요!”<sup>84)</sup>

84) 니코스 카잔차키스(유재원 역), 『그리스인 조르바』 문학과지성사, 2018, 393-394. 밑줄과 번호는 필자가

#### 4. 도식

이상과 같은 본 연구자의 생각을 아래와 같은 [그림 1]로 표현한 일이 있다. 하나의 토대 위에 세 개의 기둥이 있고, 그 위에 지붕이 얹혀 있는 집의 모습을 생각하면 되겠다.



[그림 1]

비록 엉성한 그림이지만 말하고자 하는 바는, 평등은 정의로운 분배질서 이전의 문제이고, 어떠한 분배질서와도 모순 없이 결합할 수 있다는 것이다. 생각해 보라. 우리와 같은 자유주의 국가에만 평등이 있는 것이 아니다. 사회주의 국가에도 당연히 평등은 있다. 이 말은 평등이 능력주의, 필요주의, 성과주의 중 어느 하나와만 결합할 수 있는 것이 아니라는 것이다.

이와 같은 생각을 바탕으로 우리 헌법상의 평등을 이해하는 틀을 제시해 본 것이 아래의 [그림 2]이다. 먼저 이를 간단히 설명해 보기로 한다.

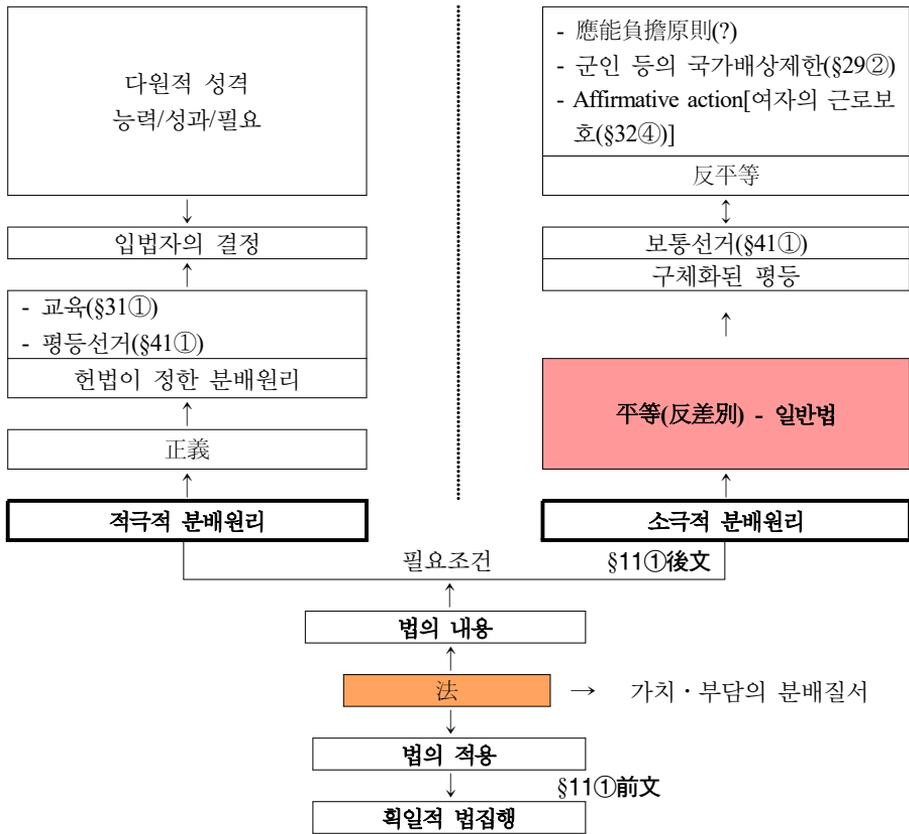
우선 법은 가치와 부담의 배분질서를 정한 것이라 보았다. 이 법이 ‘적용’되는 단계의 문제를 “法”의 아래 방향 화살표로 표현했다. 헌법 제11조 제1항 전문의 내용이다. 그 내용은 존재하는 법을 그대로, 획일적으로 집행하라는 것이다.

“法”의 위 방향으로는 법의 내용에 관한 문제를 다루고 있다. 그 중 오른쪽은 우리 헌법 제11조 제1항 후문의 평등문제를 다루고 있다. 一般法을 제정하라는 명령, 그것이 법 내용에 관한 평등 명령이다. 消極的 命令이다. 성별이나 종교, 사회적 신분을 표지로 하여서 법을 만들면 난 된다는 것이다. 우리 헌법상 개별영역

추가한 것이다.

에서 구체화된 것이 헌법 제41조 제1항의 ‘보통선거’다.<sup>85)</sup> 본 연구자는 應能負擔原則이나, 군인 등의 국가배상제한<sup>86)</sup>, 근로에 있어서의 여성보호<sup>87)</sup> 조항은 헌법상 예외로서의 反平等을 규정한 내용이라 본다.

한편 “法”의 위 방향 중 왼쪽은 헌법의 積極的 命令을 다루고 있다. 이는 가치 또는 부담의 적극적 배분질서, 즉 물적 분배질서를 다룬다. 그 중에는 헌법이 스스로 정한 것이 있다. 교육이나 선거권의 배분에 관한 규정이 그것이다. 반면에 헌법에 정해지지 아니한 부분은 입법자에게 맡겨진 것이다. 이것이 민주주의라고 본 연구자는 이해하고 있다.



[그림 2]

85) 평등선거가 아니다. 평등선거는 적극적 분배원리 중의 하나다.

86) 헌법 제29조 제2항.

87) 헌법 제32조 제4항 전단. Affirmative action에 해당하는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 명령과 허용 사이의 구별 문제이다.

## 5. 무엇이 달라지는가

통설, 판례를 따를 때와 본 연구자의 해석을 따를 때 무엇이 달라지는가? 이 점은 무척 중요하다. 가장 큰 것은, 현재의 권한이 달라진다는 것이다. 우선은 평등의 적용 영역이 매우 좁아질 것이고, 사물에 대한 규율들이 문제되는 경우들은 전부 평등권 심사에서 벗어날 것이다. 나아가 동등한 처우가 차별로 인식되는 일도 없을 것이다. 그래서 결정문에서 평등이 언급되는 경우가 거의 없을 것이다. 본 연구자가 보기에 우리 현재의 결정례 중에서 참으로 헌법 제11조 제1항의 문제로 다루어졌어야 할 경우는, 남자만 징집의 대상으로 삼고 있는 병역법 사건<sup>88)</sup> 뿐이었던 것 같다.<sup>89)</sup>

그 대신 논리적으로 선명한 결정문을 얻게 될 것이라고 본다. 나아가 평등권이 문제되는 상황이라면, 위헌으로 결정될 가능성이 매우 높아질 것이라고 본다.

## IV. 결론

길게 이야기하였다. 우선 통설과 판례가 가진 허점들을 이야기해 보았다. 논자에 따라서는 본 연구자가 오해한 것이라 볼 수도 있을 것이다. 그런 점들을 서로 이야기해 보는 기회를 가졌으면 좋겠다.

가장 쉬운 이야기 하나만 하자. 모든 사람과 사물에 대해 똑같이 처우하는 것이 어불성설이라고 하면서도, 모든 학자들의 저술과 현재 결정문은 이것을 전제로 하고 있다. 두 개의 집단 사이에 서로 다른 처우가 있으면 바로 ‘차별이 존재한다’고 보고 논의를 시작하는 것을 보아 이를 알 수 있다.

그런데 어떨 때는 서로 같은 처우를 하는 경우에도 차별이 있다고 한다. 이 생각은 아리스토텔레스의 정의론, 즉 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’를 기반으로 하는 것이다. 이러한 두 개의 평등 관념이 공존할 수 있다는 생각은 이해하기 어렵다.

88) 헌재 2010. 11. 25. 2006헌마328, 판례집 22-2하, 446, 454.

89) 개인적으로는 이 병역법에 관한 헌법소원이 부적법하다고 본다. 이 점에 대해서는, 정주백, “2006헌마 328 병역법 사건에 관한 절차법적 검토”, 『법학논고』 제46집, 경북대, 2014. 참고.

이 점을 한 번 곰곰이 생각해 보면 우리의 평등론이 뭔가 잘못되었다는 것을 이해할 수 있을 것이라고 본다. 왜 이렇게 어색한 생각들이 학계 또는 실무계에 공유되기에 이르렀는가에 대해서는 나름대로 설명해 보았는데, 충분하다고 말하기는 어렵다. 서로 좀 더 논의를 하여야 할 문제라고 생각한다. 본 연구자가 내놓은 몇 개의 논문이 조금은 도움이 될 수 있을 것이라고 본다.

헌법 제11조 제1항의 명령은 아주 단순한 것이다. 앞에서도 누차 언급했지만, 법치주의로서 전부 설명할 수 있는 내용인 것이다. 간단히 말한다면, 성별, 종교, 사회적 신분을 다른 처우의 기준으로 삼지 말라, 즉 구성요건적 표지로 삼지 말라(후문), 그리고 그렇게 만들어진 법(일반법)을 누구에게나 그대로 적용하라(전문)는 것이 전부이다.

어느 분은 평등이 결론을 이끌어 내기에 유용한 도구인 것 같은데,<sup>90)</sup> 정작 그 내용은 모르겠더라고 하였다. 본 연구자는 이러한 상태가 곤란하다고 본다. 법치주의, 민주주의에 심대한 타격과 혼란을 줄 수 있다고 보기 때문이다.

굳이 평등에 대해 한 마디만 더 하자면, 평등은 물이나 공기와 같은 것이어서 꼭 필요한 것이지만, 그것이 행복을 주는 것은 아니라고 본다. 소중한 것들은 다 그러하다. ‘平和’도 그렇다.

---

90) 사회권이 문제되는 영역에서 이 점이 선명하게 드러난다. 사회권에 법적 성격 등에 관한 논의를 하지 아니하고도 결론을 이끌어 낼 수 있다.

## 제180회 발표회 지정토론문

---

발제문: 혼돈에 빠진 평등론

발제자: 정주백(충남대학교 법학전문대학원 교수)

일 자: 2020. 10. 30.(금)

전    중    의\*

정주백 교수님의 발표를 잘 들었습니다. 정교수님이 오랫동안 고민하고 연구해온 주제를 간략하게 정리해주신 발표를 통하여 평등에 관한 내용을 잘 정리할 수 있었습니다. 헌법 제11조의 의미에 대한 발표내용에 대체로 공감하면서 법집행의 평등보다는 헌법재판에서 주로 문제되는 법내용의 평등과 관련하여, 발표문을 읽으면서 가졌던 생각들을 몇가지 말씀드리는 것으로 지정토론을 갈음하려 합니다.

### 1. 평등의 의미

발표자는 헌법상 평등의 의미와 관련하여 절대적 평등설과 상대적 평등설을 제시하고 대부분의 헌법교과서 등에서 채택하고 있는 소위 상대적 평등설을 형식만을 가진 공허한 개념으로 비판하고 있다. 상대적 평등설이 ‘합리적 근거가 있는 차별은 허용된다’는 의미를 가지거나 또는 대안으로 제시되는 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 처우하라’는 의미를 가지는 경우에도 별도의 자원분배에 대한 원리가 제시되지 않는다면 입법에 대한 위헌심사에서 의미를 가지기 어렵고, 따라서 그 자체로는 공허한 개념에 불과하다는 발표자의 주장은 설득력을 가진다.

---

\* 서울대학교 법학전문대학원 교수

예를 들면 현재 일반적으로 평등권 침해여부를 판단하는 위헌심사에서 적용하는 ‘자의금지심사’는 ‘당해 차별을 정당화할 수 있는 합리적인 이유를 찾아볼 수 있는지 여부’를 의미하는 것이다. 차별의 합리성은 영역별로 서로 다르게 존재하는 분배원리에 따라 당해 차별이 이루어졌는지 여부에 의하여 결정되므로 결국 평등심사는 경제적인 자원, 교육의 기회, 공직, 노동 등 각 자원의 성질과 영역별로 어떠한 분배원리가 작동되는 것이 적절한 것인지를 찾아야 가능한 것이 된다. 이와 같이 평등권 침해여부의 심사를 위해서 먼저 영역별로 헌법이 제시하고 있는 자원배분의 원리를 찾아야 한다면 ‘차별이 합리적이어야 한다.’는 명제가 실질적인 심사기준을 제시하지 못하는 형식적인 것에 불과하다는 점은 분명해진다.

이와 같이 상대적 평등개념을 인정하지 않는다고 하여도 평등의 개념이 명확해지는 것은 아니다. 발표문에 의하면 법집행의 영역에서 평등은 ‘법의 명령 그대로 집행하라’, 즉 다른 요소들에 의하여 집행시 법의 명령이 변경되어서는 안된다는 것을 의미하며, 이는 절대적 평등의 요구에 해당한다. 반면 법내용의 영역에서 평등은 ‘일정한 요건으로 차별하지 않을 것’, 즉 차별금지를 의미한다. 이와 같이 발표문은 법집행과 법내용별로 평등을 서로 다르게 서술하고 있다. 여기에서 차별금지는 절대적 평등과 같은 의미로 볼 수도 있으나 완전히 같은 것으로 볼 수도 없다. ‘상대적 평등’이 아니라고 한다면 발표자가 보는 평등의 의미는 무엇인가?

## 2. 평등권 침해 심사

발표문과 같이 헌법 제11조 제1항 제1문을 법집행의 평등에 대한 것으로 보고, 제2문을 법내용의 평등으로서 일정한 차별을 금지하는 것으로 보면, 법률의 위헌심사는 심판대상 법률이 ‘성별, 종교, 사회적 신분’을 구별요소로 하는 경우로 축소되어 이루어지게 된다. 게다가 종교에 의한 차별은 헌법 제20조의 정교분리원칙이 먼저 적용되고, 사회적 신분에 의한 차별은 사회적 신분의 의미 자체가 불분명하며 헌법 제11조 제2항의 ‘사회적 특수계급’의 해석과도 관련되므로 결국 ‘성별에 의한 차별’에 대한 엄격한 심사만이 의미있는 사례들로 남게 된다. 실제로 ‘관련 기본권에 대한 중대한 제한’의 경우를 제외하고 헌법재판소의 판례 중 엄격한 비례심사에 의한 사례들의 상당수가 성별에 의한 차별에 해당하는 것을

보면 이미 헌법재판소도 이러한 경향에 따르는 것으로 보인다.

헌법 제11조 제2문의 차별금지사유들을 그것만으로 한정된 것으로 보면 이와 같이 평등권 침해심사는 대단히 좁은 범위에서 이루어지게 된다. 헌법 제11조 제2문이 과연 차별금지사유들을 한정하고 있는 취지인지 아니면, 이와 유사한 다른 사유들에 의한 차별 역시 금지하고 있는 취지인지 나아가 그렇다면 어떠한 사유들이 추가될 수 있는지 여부는 당해 규정에 대한 단순한 해석만으로는 결정할 수 없으며 폭넓은 역사적, 비교법적 연구들이 선행되어야 결정할 수 있는 것으로 생각된다.

발표문의 일부는 ‘예시적 열거설’을 인정하고 있는 것으로 보이기는 하나, 명확하게 밝히고 있지는 않다. 발표자의 입장과 그에 따른 이 부분의 보다 구체적인 해석을 듣고 싶다.

### 3. 평등의 요구

발표문과 같이 헌법 제11조의 해석을 받아들인다 하더라도 평등과 관련된 이론적인 문제가 모두 해결되는 것은 아니다. 자유의 보장과 평등의 실현을 근대 입헌주의 헌법의 근간을 이루는 중심적인 과제라 할 때 우리 헌법도 이러한 평등의 요구를 국가공동체 내에 실현하기 위하여 관련 조항들을 규정한 것으로 보아야 한다. 평등과 관련한 헌법문언의 올바른 해석을 넘어 헌법이 실현하고자 하는 평등은 무엇을 의미하는지, 헌법이 지향하고 있는 평등이 실현된 사회는 어떠한 모습이어야 하는지, 그리고 지금의 헌법조항들은 그러한 요구에 적절하게 규정되어 있는지 등의 문제들이 규명되는 것이 필요하다.

공동체의 구성원 모두가 모든 면에서 동일하다면 평등실현의 문제는 발생하지 않는다. 구성원들이 개별적으로, 집단적으로 모두 다르고 구별될 수 있을 때 평등의 실현 문제가 비로소 발생한다. 왜냐하면 평등은 기본적으로 서로 다른 존재들을 같게 취급하는 것을 요구하는 것이기 때문이다. 헌법상 법내용의 평등을 일정한 경우의 차별금지로 받아들인다면, 그 전제로 어떠한 형태로든 ‘서로 다른 존재들을 같게 취급함’이 존재해야 한다. 발표자에게 그러한 의미에서 평등의 요구는 무엇인지, 즉 우리 헌법은 모든 국민을 어떠한 점에서 같게 취급하도록 하고 있는지 견해를 듣고 싶다.

## 제180회 발표회 지정토론문

---

발제문: 혼돈에 빠진 평등론

발제자: 정주백(충남대학교 법학전문대학원 교수)

일 자: 2020. 10. 30.(금)

이 재 회\*

발표논문은 평등의 개념으로서 절대적 평등, 상대적 평등의 대립적 구분이 실제적 의미를 담고 있는 것이 아니라는 인식에서 시작하여, 상대적 평등에 대한 설명속에도, 정당화논증을 통해 차등대우가 허용될 수 있다는 것과, 종래 일반적으로 설명되었던 ‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게’ 대우하라는 명령이 혼재되어 있다고 분석하고, 상대적 평등 이해의 문제점을 지적하고 있습니다. 평등명령이 일반적으로 입법자를 구속한다고 볼 경우 입법에 본질적으로 수반되는 사항들 사이의 구분은 항상 평등과 충돌하게 되고, 사항 구분이 정당화되면 평등위반이 아니라는 의미에서의 상대적 평등 논증과, 이것의 문제점을 해소하기 위하여 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 대우하는 상대적 평등 논증을 함께 쓰게 된다고 설명합니다. 그리고 이 과정에서 평등에 대해 서술하는 결정문의 판시들 사이의 불일치, 논리적 모순이 나타나는데, 이러한 평등에 대한 설명의 난맥상을 해결하기 위한 방안으로, 우리 헌법 제11조 제1항 제1문은 (입법자가 이에 구속되는 것은 아닌) 법적용의 평등 명령이고, 제11조 제1항 제2문의 성별, 종교, 사회적 신분은 차별이 금지되는 표지로서 입법자를 구속하는, 법내용에서 이를 기준으로 한 구분을 금지하는 명령으로 볼 수 있다고 합니다. 그리고 제11조 제1항 제2문은 구분기준으로 삼을 수 없는 표지를 ‘나열’한 것인데, 여기에 열거되지 않은 것으로서 이렇게 금지되는 기준이 될 수 있는 것으로 ‘인종’의 예를 들고 있습니다. 이렇게

---

\* 헌법재판연구원 책임연구원

이해함으로써 헌법상 평등 보장의 이해에 대한 난맥상을 극복할 수 있고, 헌법 제11조 평등조항을 간명하고도 문구 그대로 이해할 수 있으며, 대신에 헌법에 금지된 표지에 기한 차별에 대해서는 매우 엄격한 심사를 적용하여 심각한 문제로서 심사하고, 그 외에 논리일관적이지 않게 으뜸패처럼 사안마다 적용할 수 있었던 불필요한 평등심사의 어려움을 피할 수 있다고 보고 있습니다. 평등이론 적용에 대한 실무에서의 고민과 현실의 문제상황 제시에 공감하며, 평등이론의 본질적인 내용에 천착해 들어가는 분석과 이를 뒷받침하는 판례에 대한 검토를 아우르면서 평등론을 전개하고 있기에, 발제문을 보면서 많은 것을 생각하고 배울 수 있었습니다. 이에 토론자의 짧은 소견으로 더 청해듣고자 하는 부분과 이 주제에 대해 갖고 있던 문제의식을 중심으로 토론문을 작성하였습니다.

## 1. 평등개념 발전의 역사성과 보편성의 고려

우선 우리 헌법 제11조 제1항 제1문에 규정된 ‘법 앞의 평등’에 대한 것입니다. 이 ‘법 앞에 평등하다’는 문구를 어떻게 이해해야 할 것인지, 문구 그대로 본다면 평등한(확실적인) 법집행만을 의미한다고 봐야 하는 것은 아닌지, 제11조 제1항 제1문에 너무 많은 의미와 기능을 부여하는 것은 아닌지 충분히 문제제기될 수 있습니다. 그런데 이 조항을 이해하기 위해서는 평등개념이 역사적으로 어떻게 발전해온 것인지 그리고 근대입헌주의 성립 이래 이러한 발전상이 현재 우리의 헌법 이해에도 적용될 수 있는 것이 아닌지 살펴볼 필요가 있습니다.

제헌헌법부터 현행 헌법까지 이어져 온 ‘법 앞의 평등’ 문구는 서구의 신분제 폐지, 근대국가 성립을 통해 도출된 평등보장의 규정을 이어받은 것입니다. 서구에서 평등은 존재하던 차별로부터의 해방의 결과로서 단계적으로 성취되어 왔습니다. 이론적으로는 계몽철학과 사회계약 이론, 자연법사상을 토대로 하여서, 신분제 국가에서의 차별에 대한 거부로서 등장하였습니다. 서구 중세에서 근대로의 시대상황의 변화 - 상공업 발달과 신흥 부르주아 계급의 등장, 보다 직접적으로는 시민혁명 - 를 계기로 봉건적 신분제와 신분제적 특권이었던 동일 신분 사이에서만 부분적 평등 관념이 폐기되었고, 근대적 의미의 국가 내에서의 신분적 구분 없는 국가시민 전체 사이에서의 평등이라는 관념이 자리잡게 되었습니다. 이러한 근대 헌법의 평등보장의 형태로서 알려져 있는 것이 ‘법 앞의 평등’ 보장

입니다. 다만 근대국가 성립기의 이같은 평등 관념은 형식적 법적 평등으로 출발한 것이고, 여전히 부분적 제한적으로 적용되기 시작한 것이라는 한계를 가졌습니다.

이러한 제한적인 평등 관념이 지속된 것은 아니었는데, 정의의 내용으로서 평등개념에 대한 이론적 발전 경향이 점진적으로 실현되어 갔으며, 헌법상의 평등 보장 범위의 확대를 이끌었습니다. 헌법상 보장되는 평등은 신분제 국가에서의 형식적 법적 평등으로부터, 소득과 능력에 따른 참정권 배분의 차등을 금지하는 정치적 평등으로, 그리고 국가뿐 아니라 전체 사회의 구성에 있어서 고려되어야 하는 실질적·내용적인 법적 평등의 요청으로 그 내용이 차츰 확대되었던 것입니다. 예컨대, 프랑스에서의 법 앞의 평등 보장(égalité devant la loi)은 혁명과 그 후의 변혁기를 거치면서 법의 평등 보장(égalité par la loi)의 의미를 포함하는 것으로 그 범위가 확대되었습니다. 미국에서는 수정헌법 제14조에 ‘법의 평등 보장(equal protection of the laws)’이 규정되었고, 도입 초기에는 남북전쟁의 경험과 흑인노예해방운동의 역사, 민권운동의 실질화 노력 등 입법사적 배경을 고려하여 이 규정을 흑인에 대한 차별에만 적용되는 것으로 매우 제한적으로 해석하려고 시도되었으나, 현실의 차별문제가 심각해지면서 이 문언은 연방대법원의 판례를 통하여 점차 일반적 평등 보장으로 그 의미가 확대되어 왔습니다. 독일에서는 법 앞의 평등의 형식적 이해를 고수하는 것이 입법에 의한 평등 침해에 무력함을 경험하면서 - 특히 나치스 정권에서의 인종탄압의 역사적 배경 등 - 법 앞의 평등은 법의 평등을 포함하도록 요청되었습니다. 그리고 이는 독일 기본법 제1조 제3항을 통하여 다시금 확인된 것이기도 합니다.

법 앞의 평등을 법적용의 평등으로만 이해하는 경우 입법 자체에 의한 불평등이 초래될 수 있으며, 법 앞의 평등은 법 자체의 평등이 보장될 때 실현될 수 있는 것이었습니다. 따라서 법적용·집행에서뿐 아니라 입법에 있어서의 평등 보장이 요청되었으며, 평등원칙의 구속을 받게 된 입법자는 (그러나 합당한 배분기준이 무엇인가의 물음에 대하여) ‘입법작용’을 통해 권리나 의무를 분배할 때 그가 적용한 가치평가 기준을 정당화하도록 요청받는 것입니다.

법 앞의 평등이라는 문구는 고정되어 전해졌으나, 그 안에 담긴 내용은 평등의 역사적 발전 상황을 반영하여 확대되어 온 것이고, 인류사의 발전에 있어서 평등의 가치가 갖는 보편적 의미에 따라 우리 헌법의 평등규정에도 (직접 같은 역사를 겪은 것은 아니더라도) 이러한 평등 개념의 확대된 내용이 반영되어 해석될 수 있는 것이 아닌가 합니다.

## 2. 헌법 제11조 제1항 제2문 규정의 이해

헌법 제11조 제1항 제2문의 “성별, 종교 또는 사회적 신분”에 의한 차별금지 규정에서, 차별금지사유가 예시적 규정인지에 대하여 견해가 나뉘어 있습니다. 발제문에서 적절하게 문제제기하고 있듯이, 헌법 제11조 제1항 제2문에 명시된 차별금지사유를 예시규정이라고 보는 입장에서는, 그렇다면 성별, 종교, 사회적 신분과 같은 특히 차별이 금지되는 표지가 어떤 속성을 갖고 있는 것인지, 따라서 그밖에 다른 어떤 표지들이 성별, 종교, 사회적 신분과 같은 성격을 갖고 있어서 제2문의 차별금지가 적용되는 것인지 설명해야 할 것입니다. 발제자는 이러한 문제제기와 함께 발제자는 제2문에 규정된 사유들의 공통된 특성을 고려하건대, 인종이 여기에 해당할 수 있다고 설명하고 있습니다.

제11조 제1항 제2문 규정의 이해에 대한 문제의식에 공감하는 바입니다. 이 규정에서 차별금지사유를 특별히 명시한 헌법문언적 강조의 의미를 도외시킬 수는 없으나, 명시된 차별금지사유만으로는 불충분하여 차별문제상황을 제대로 반영하지 못하는 것 또한 사실이기에, 이 차별금지사유 규정은, 열거된 사유 및 열거된 사유에 준하는 정도의 중대한, 차별근거가 되어서는 안되는 사유를 가리키는 것으로 해석하고자 할 수 있겠습니다. 따라서 헌법 제11조 제1항 제2문은 [성별, 종교, 사회적 신분]과, [이에 준하는 것]으로서, 변경불가능한 개개인의 인적 속성에 해당하고 그 차별이 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이 될 수 있으며, 뿌리깊은 차별의 사회적 문제가 제기되어온 것으로서, ‘현재로서는’ [인종, 장애]에 기한 ‘특별한’ 차별금지명령이 포함된다고 볼 수 있겠습니다.

## 3. 차별에 대한 판단 구조

발제자의 상대적 평등설 이해에 대한 비판적 입장은, 다음과 같은 차별에 대한 판단 및 정당화 여부 심사구조 분석의 관점에서 의미있는 문제제기가 될 수 있을 것 같습니다.

차별이 문제되는 사안에서 첫 번째 단계는, 적용할 차별금지·평등권 보장 규범의 요건을 해석하고 사실관계를 검토하는 것입니다. 먼저 문제되는 사실관계를 검토하고 비교의 기준(s)이 되는 표지 또는 속성을 확정하는데, 이 때, 비교 기

준 s는 헌법적 관점에서 이 문제의 비교 기준으로 쓰일 수 있는 중요한(본질적인) 관련성이 있는 것이어야 하고, 그 여부는 가치평가과정을 통해 판단될 수 있습니다. 그리고 비교 대상 또는 집단(A, B)을 특정합니다. 비교 대상은 비교 기준에 비추어 유의미한 공통적 상위개념의 범주 하에 속하는 것이어야 합니다. 검토대상 문제가 헌법상 특별히 규정된 평등 보호 또는 차별금지 표지에 해당하거나 특수성을 갖는 개별영역에 해당하는지 살펴보고, 관련 헌법 및 법률의 규정을 해석하여, 비교대상들이 비교기준에 비추어 보아 동등한 조건에 있어서 동등한 대우를 요청할 수 있는 지위에 있는지 아니면 다른 조건에 있어서 그만큼 다른 대우를 요청할 지위에 있는 것인지 해당 사안에서 문제되는 평등권의 내용을 확인합니다.

다음 단계에서는 차별취급의 존부를 확인합니다. 평등하게 대우한다는 것은 같은 것은 같게, 다른 것은 (그 다른 정도, 성질만큼) 다르게 대우해야 하는 것인데, 같은 것을 다르게 대우하였거나, 다른 것을 그만큼 다르지 않게 또는 같게 대우한 것이라면, 차별취급이 존재한다고 할 수 있습니다. 구체적으로 차별의 존부를 확인하기 위해서는 우선, 설정한 비교기준에 비추어 같은 조건에 있는지, 다른 조건에 있는지 살펴보아야 한다. 다음으로 검토한 요건에 비추어 대상에 대한 대우를 비교하였을 때 차별취급이 존재하는지 확인합니다. 비교 대상들이 같은 조건에 있음에도 다르게 대우하였거나, 다름에도 그 다른 만큼 충분히 다르지 않게 또는 다름에도 같게 대우한 것인지, 즉 차별취급이 있었는지 판단하는 것입니다.

세 번째로, 차별취급이 존재함이 확인되면, 다음으로 이 차별취급이 정당화되는 것인지 여부를 검토해야 합니다. 차별취급의 정당화 여부는 사물의 본성(Natur der Sache)의 측면에서 이러한 차별취급이 정당화될 수 있는가 하는 평등 판단 내적인 측면 또는 비교적 측면에서의 검토와, 이러한 차별취급이 요청되는 특별한 다른 공익적 사유가 있는가 하는 평등 판단 외적인 측면에서의 검토를 통해 이루어질 수 있습니다.

비교를 통한 평등 판단 내적 측면에서는, (i) 평등권 침해 여부 판단과정의 첫 번째 단계에서 이루어지는 요건 및 기준 해석과 관련하여서, 차별취급과 차별취급의 기준, 비교대상의 설정이 사물의 본성에 기인한 관련성을 갖고 있는 것이 아니라면 이러한 차별취급은 정당화될 수 없게 됩니다. 특히 평등 내적 측면에서 비교 자체의 타당성에 대한 검토로서, 비교 기준 확정과 비교 대상 설정이 적절한지, 헌법이 특히 기준으로 적용할 수 없도록 명령한 표지를 비교기준으로 하였거나 그러한 속성을 갖고 있는 그룹을 비교 대상으로 하고 있는 것은 아닌지 문제됩니다. (ii) 조건의 차이와 취급의 차이의 비례적 관련성 여부와 관련하여서, A와

B가 s를 기준으로 비교하였을 때,  $\pi$  만큼의 차이가 있음에도 같게 대우하거나 혹은  $\pi$ 가 아닌 다른 정도로 X와 Y의 차등대우를 하였거나, 반대로 A와 B 사이의 차이인  $\pi$ 가 무시할 수 있을 정도로 경미하거나 0에 가까움에도(즉, A와 B가 같음에도) X와 Y로 각각 달리 대우한 것이라면 조건의 차이와 취급의 차이의 비례적 불합치에 대한 정당화 사유가 제시되지 않으면 평등보장에 반하게 됩니다.

평등 판단 외적 측면에서는, 어떤 특별한 공익적 목적을 추구하기 위하여, A와 B에 대하여 X와 Y로 불평등대우하는 것이 정당화될 수 있는지, 혹은 이러한 불평등대우를 헌법이 정당화하고 있거나 나아가서 명령하고 있는 것은 아닌지 평가하여 차별취급의 목적과 차별취급이라는 수단 사이의 관계를 판단하고 이에 따라 차별취급이 정당화되는지 결정하게 됩니다. 그리고 이 때 차별금지가 요청되는 성별, 인종, 장애와 같은 인적 속성을 기준으로 차별대우가 행해졌거나, 어떠한 인적 집단에 속하는지를 구분하여 차별이 행해지는 경우, 종교 등 개인의 내적 정체성을 형성하는 본질적 요소를 기준으로 차별이 행해지는 경우 등 심사기준강화요소에 해당하는 경우, 그만큼 심사강도를 더 강화하여서, 문제되는 차별이 이러한 심각한 헌법위반의 소지가 있음에도 정당화될 수 있을 만큼 중요하고 정당한 목적을 추구하는 것인지, 차별대우로 추구하는 목적과 차별취급의 수단 사이에 적절성, 필요성, 법익균형성 요건이 충족되는지에 대하여 세부내용을 더 엄격하게 심사할 수 있습니다.

발제자께서 종래의 평등에 대한 이해가 논리적 문제를 갖고 있음을 비판적으로 지적하신 것은, 이러한 평등위반심사에서의 판단구조가 혼재되어 이루어지고 각 단계에서의 평등의 의미가 구분되지 않음으로 인해 발생하는 혼란상을 포착하신 것이 아닌가 합니다.

중요한 주제에 대하여 날카로운 문제인식과 대안에 대한 통찰을 담은 발제문을 보고, 공부하고 토론할 기회를 갖게 되어 영광입니다. 뜻깊은 자리를 마련해주신데 대하여 감사드립니다.

## 제180회 발표회 토론요지

---

간 사: 오늘 제180회 헌법실무연구회는 혼돈에 빠진 평등론이라는 주제로 진행됩니다.

바쁘신 중에도 발표를 맡아주신 충남대학교 법학전문대학원 정주백 교수님, 지정토론을 맡아주신 서울대학교 법학전문대학원 전종익 교수님, 헌법재판연구원 이재희 책임연구원님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 회의는 먼저 정주백 교수님의 발표를 듣고 이어 전종익 교수님, 이재희 책임연구원님의 지정토론을 듣도록 하겠습니다.

그럼 정주백 교수님께 발표를 부탁드립니다.

### <주제발표자 발표>

간 사: 예, 교수님 감사합니다.

그러면 이어서 전종익 교수님께 지정토론을 부탁드립니다.

지정토론자(전종익): 반갑습니다. 방금 소개받은 전종익입니다.

우리 이선애 재판관님, 직접 뵙고 인사를 드려야 되는데 이렇게 화면으로만 뵈서, 아무튼 곧 직접 여러분들 다 뵙고 말씀드릴 수 있는 기회가 있었으면 좋겠고요.

우리 정주백 교수님이 말씀하셨지만 사실은 그때 정교수님이 쓰신 글을 바탕으로 저희가 연구관 세미나를 갔을 때 정교수님이 발표를 하셨고, 제가 토론을 했었습니다. 그러니까 이게 한 14, 15년 된 것 같아요. 사실은 똑같은 주제로 똑같이 발표를 하고, 다시 토론을 하게 되어서 아주 감회가 새롭습니다.

사실은 제가 토론문에 쓴 것처럼 대체로는 제가 정주백 교수님하고 사실 생각을 같이 하고요. 대체로 같이 하고, 사실은 정교수님하고 저하고 그때부터 지금까지 계속 정교수님 쓰신 글 보고 얘기하고, 사석에서 만나서 또 얘기하고, 우리 판례를 보고 얘기를 많이 나눴기 때문에 사실은 무엇을 토론하는 게 좋을까 하는 생각을 해서 토론문을 좀 적어본거고요. 그리고 토론문을 드렸더니 상당히 많은 부분을 지금 발표에서 말씀을 하셨어요. 사실 대표적으로 평등권 침해 심사에

서 차별금지, 그 성별, 종교, 사회적 신분과 관련해서 어떤 생각을 갖고 계신지가 두 번째 2번 평등권 침해 심사라고 하는 부분이었는데, 이 부분에 대해서도 거의 발표에서 말씀을 해주셨습니다.

그리고 첫 번째 제가 써놓은 부분은 정교수님한테 조금 더 명확하게 하기 위해서 써놓은 것이기는 한데, 당시에 그 2004년인가 2005년에 저희가 연구관 세미나 갔을 때의 발표 제목은 소위 절대적 평등론이었지요.

발 표 자: 맞아요.

지정토론자(전종익): 예, 그래서 평등이라고 하는 것은 절대적 평등론이어야 한다. 이게 결국은 상대적 평등론의 공허함을 상대적 평등론을 중심으로 하는 우리 현재 판례가 이 방향으로 가면 안 됨을 말씀을 하신 것이었는데 사실은 발제문 자체에는 절대적 평등론에 대한 얘기가 별로 없어서 제가 발표자가 보는 평등이 무엇이냐? 그러니까 상대적 평등론에 대한 비판은 있으나 없어서. 그러면 우리 정교수님이 절대적 평등론은 이제 아니라는 생각을 가지시는가 싶어서, 여전히 그 당시의 생각을, 그런데 지금 발표를 들어보면 절대적 평등론이 여전히 유지되고 있는 것으로 생각이 됩니다. 그래서 그 부분은 조금 더 정교수님이 발제문에서는 언급을 하지 않으셨는데 좀 더 보완을 해서 이 체계에서 절대적 평등론이 갖고 있는 의미 내지는 위치, 뭐 이런 것들을 좀 더 구체화해 줬으면 좋겠다 싶은 생각이 들어서 예전 발제를 듣고 했던 게 생각이 나서 말씀을 드린 겁니다.

사실은 상대적 평등론 내지는 아까 그 법제도가 갖고 있는 기본적인 요건과 효과로 인한 구획, 그로 인한 효과에 대한 평등심사, 이게 가지고 있는 문제점이 어떻게 보면 이번 발제문의 가장 주된 주제라고 생각을 하고요. 사실 그 부분은 학교에서 로스쿨 학생들한테 강의를 할 때 학생들이 판례를 가지고 와서 물어봐요. “선생님, 이게, 그러니까 쟁점을 어떤 사례를 가지고 쟁점을 잡아야 되는데 어떤 것을 평등 쟁점이 있는 것으로 해야 합니까?”라고 질문을 하고, 들고 오는 사례들을 보면 정교수님 말씀하신 것과 같이 사실은 평등이 아니라고 할 수 있는 게 하나도 없습니다. 지금 현재 판례에 의하면.

그러니까 헌법재판소는 그렇게 얘기할 수가 있는데 판례에서 이권 평등권 침해 아니다라고 말할, 결론이 그렇게 나기 위해서 앞에서 이권 평등, 이렇게 평등으로 볼 수 있지만 이권 아니다라고 얘기하면 상관은 없어요. 재판소로서는 뭐 위헌으로 가는 것도 아니고 그렇기 때문에. 그렇지만 사실은 쟁점을 잡아, 이 사

안이 평등과 관련된, 평등이 쟁점인 사안인지 여부를 가려야 되는 입장에서는 사실은 구획이 하나도 없는 게 되지요. 세상 모든 법이 다 평등문제가 된다고 해서 학생들한테 저희가 강의를 할 때 우리 판례를 가지고 강의를 할 때 상당히 애를 먹습니다. 더군다나 재판소에서 이런 얘기 하는 게 적절한지는 모르겠지만 변호사시험이나 이런 데서 채점을 하고, 점수를 줘야 되는 입장으로 들어가면 굉장히 난감한 상황에 놓이게 되고요. 이게 저희가 설명하기 어려운 부분이 있기 때문에 사실은 우리 정주백 교수님이 얘기하신 그런 문제들은 평등문제가 아니다라고 하는 것이 사실은 그 얘기가 아까 정교수님이 “문언에는 어딘가에는 있겠지만 못 찾았다.” 이렇게 말씀하시는데 사실은 온갖 문언들에 다 나와 있거든요. 뭐 독일 주석서나 이런 데 보면 평등에 관한 논의를 할 때 초반에 몇 줄로 간단하게 나와 있습니다. 거의 모든 주석서에 다 나와 있어요, 그런 부분은. 이제 그런 부분이 핵심이고, 저 역시 거기에 대해서 상당히 공감을 많이 하는 편입니다.

다만, 이제 남은 거는 제가 여쭙보고 싶은 것, 들어보고 싶은 것은 결국은 3번인데 이걸 조금 정교수님 책의 초반에 정교수님이 “나의 평등론은 이것이다.” 라고 확정한 것을 조금 넘어서 사실은 정의론이나 이런 부분들은 우리 정교수님이 많이 공부를 하셨기 때문에, 하신 것을 우리가 알기 때문에 한번 이런 정도로 체계를 잡아서 이야기를 해보면 어떨까 싶은 그런 생각으로 한번 여쭙보려고 생각을 한 거고요.

그러니까 결국은 그냥 일반적인 평등, 우리가 흔히 얘기하는 법규정이 만들어지면서 생기는 평등문제가 다 평등문제가 아니라고 하고, 소위 아까 말씀하신 일정한 차별금지만이 평등문제다라고 해서 성별, 종교, 사회적 신분으로 축소를 하고, 근데 사실은 종교는 여러분 잘 아시다시피 종교를 가지고 차별하는 건 거의 없잖아요, 우리 법이. 종교를 가지고 차별을 하는 문제가 그렇게 많이 발생하지도 않고, 사실 그건 종교의 자유하고 정교분리 문제하고도 결합이 되기 때문에 이게 평등의 고유한 문제냐고 생각하면 그게 쉽지 않습니다.

그리고 아까 사회적 신분 얘기를 하시지만 그 자체도 굉장히 불분명한 개념이어서 온갖 게 들어갈 수도 있지만 사실 온갖 게 안 들어갈 수도 있는 부분이고, 그게 확정이 되지 않는 한은 이게 작동하기는 쉽지 않거든요. 그러면 이제 차별, 우리가 평등과 차별, 정교수님의 체계로 들어가면 평등과 차별 문제에서 우리 헌법에서 남는 것은 성별밖에 없게 되는 거죠. 사실 그렇게 됩니다.

그래서 다른 예시적 열거설에 의해서 어떤 것을 우리가 그 차별의 징표로 쓸 수 있는 후보 중에 어떤 것이 있고, 어떤 생각을 가지시는지를 여쭙보는 것인데,

그러니까 우리가 어떤 차별을 우리 헌법에서는 금기, 그러니까 절대적 금지라고 하기에는 좀 쉽지는 않고, 아무튼 금기시하느냐 하는 것의 체계를 아까 인적 속성이라고 말씀을 하셨는데, 그런 것들을 제대로 해석해내기 위해서는 결국은 상위에서 과연 우리 헌법이, 우리 헌법을 만든 사람들이 우리 공동체에서 어떤 평등을 실현하고자 하느냐 하는 문제의 틀에서 바라보는 것은 어떨까 하는 생각을 해봤습니다. 아까 설명은 하셨지만 기본적으로는 세상에 같은 것은 하나도 없거든요. 세상의 자유로움 이런 얘기가 있죠. 세상에 자유로운 것도 하나도 없고. 세상에 같은 것도 하나도 없는데 우리가 자유롭고자 하고, 우리가 평등하고자 하는 것일 뿐이죠. 그리고 완전한 자유도 없고, 완전한 평등도 없기 때문에 헌법에서, 법에서, 규범에서 일정한 자유와 일정한 평등을 실현하고자 하는 것이지요. 규범화라고 하는 것, 조문화라고 하는 것은 그것을 만든 사람들이 또는 그 공동체를 구성하고 있는 사람들이 머릿속에 그리고 있는 바람직한 세상, 이게 자유롭고 평등한 세상은 어떤 모습일까를 그려보고, 그 모습을 만들어 갈 때 필요한 요소들을 조문화하는 것이라고 생각을 할 때 결국은 개별 조문들의 의미와 그게 논리적으로 서로 연결이 되고, 제대로 해석이 되지 않을까 하는 생각을 해봅니다. 결국은 개별 조문의 해석도 중요하지만 제11조에서, 그다음에 다른 사회권 뭐 이런 조문들의 해석도 다 중요하지만 그 개별 조문들을 모아 모아서 상위에 있는 우리 헌법이 그리고 있는 자유롭고, 평등한 사회의 모습은 무엇일까 하는 생각을 해보면 어떨까 싶은 생각이 들고요. 이게 너무 무리한, 지금 이 발표와 토론에서 무리한 것일지도 모르고, 사실은 이 질문은 제가 십몇 년을 우리 정교수님하고 같이 이야기를 해왔지만 처음 여쭙보는 것이어서 어떠실지는 모르겠는데, 그러니까 그런 틀에서 해석을 해내면 소위 이제 어떤 차별을 하면은 안 되는지의 문제도 풀리는 것은 아닐까? 그리고 그런 어떤 차별이 안 되는 것이냐에 대한 제 두 번째 질문, 토론문에 있는 두 번째 질문에 대한 생각도 정교수님이 가지고 계신 그런 생각이 그쪽으로 올라갈 수 있는 것은 아닐까? 아까 말한 인적 속성, 만약에 그렇다면 그런 생각, 그걸로 차별하는 세상은 안 된다는 것, 뭐 이런 정도로 해석할 수 있는 것은 아닐까? 두 번째와 세 번째가 좀 같이 얽혀있는 것이라고 생각을 합니다. 그래서 그런 부분을 좀 말씀을 해주시면 어떨까 싶은 생각이 들고요.

그리고 한마디만 더 말씀을 드리면 사실은 헌법재판소 초기에, 그러니까 제가 기억하기 초기 한 20년 정도에서의 평등에 관한 논쟁이, 첫 번째 논쟁이 평등이 원칙이냐, 권리냐 하는 부분이었어요. 당시에 이제 원칙의 입장을 취하는 사람과 권리의 입장을 취하는 사람이 서로 열띤 토론을 했었고 결론은 이제 권리로

났는데, 이게 권리로 나고 나서는 어떤 문제가 생기느냐면 권리라고 해놓고 지금 우리 정교수님이 문제제기한 온갖 것이 다 평등이다라고 들어가 버리면 헌법소원 심판에서 적법요건으로서의 기본권이라고 하는 게 의미가 없어집니다. 모든 법을 만드는 건 다 평등의 문제고 이게 평등권의 침해가 제한이 되면 적법요건에서 기본권 침해 가능성이라는 게 의미가 없어져버리죠. 그래서 저는 그 당시에 사실은 원칙론 쪽의 입장에 있었는데 뭐 아무튼 1차 논쟁에서는 안 됐고, 두 번째 평등에 관한 논쟁이 이게 정주백 교수님이 2000년대 초반에 제기했던 논쟁이었고, 그 부분은 여전히 지금 판례가 해결을 못한 달까 아니면 해결을 안 한 달까 하고 계속 해서 어디가 무엇이 우리의 평등문제인지를 확정하지 못하고 있는 것은 아닐까라는 생각을 지금도 가지고 있습니다. 그래서 우리 정교수님의 발표가 좀 더 의미가 있고, 가치가 있다고 하는 생각을 해봅니다.

예, 토론 이것으로 마치겠습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

저희가 점점 어려운 주제로 이어지고 있는데요. 여기서 정주백 교수님의 말씀 들으면 다음 지정토론을 들을 수 없을 것 같아서 먼저 이어서 이재희 책임연구관님의 지정토론을 듣고 정주백 교수님의 말씀을 듣도록 하겠습니다.

그럼 이재희 책임연구관님께 지정토론을 부탁드립니다.

지정토론자(이재희): 예, 안녕하세요. 헌법재판연구원 이재희 책임연구관입니다.

사실 발제와 토론하시는 교수님들 말씀을 들으면서 이미 상당 부분 제가 여쭙고 싶고, 더 듣고 싶었던 내용들이 해소되는 것 같아서 이 미미한 토론을 덧붙이는 게 의미가 있을지 걱정이 되기는 합니다. 그런데 또 다른 한편으로는 그동안 헌법재판소와 역사를 같이 하시면서 평등이라는 주제에 대하여 끊임없이 탐구해 오시는 그 여정들을 제가 옆에서 지켜본 느낌이라서, 감격스럽기도 하고, 또 얼마나 고심을 하셨을까 생각해봤습니다. 그리고 현재 현재에 계신 연구관님들께서도 계속해서 이 문제에 대해서 고심을 하고 계시지 않을까, 그런데 앞으로도 이게 해결되기 어려운 문제가 아닐지, 결국 우리는 알 수 없는 그 무언가를 손에 쥐고 계속 그것이 무엇인지, 알 수 있을 것인지, 혹은 알 수 없으니까 존재하지 않는 것인지를 끊임없이 고민하는 과정 속에 있는 게 아닐까 합니다.

이미 많은 내용을 설명해주셔서 토론은 간략하게 하겠습니다. 정주백 교수

님 발제논문에서는, 정당한 논증을 통해서 차등대우가 허용될 수 있다는 것과 또 종래 일반적으로 설명된 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 대우하라’는 상대적 평등에 대한 설명들이 혼재되어 있고, 판례에서도 정리되지 않은 채 나타나고 있어서 사실 이것이 실체가 있는 것인가, 그리고 양자의 구분이 가능한 것인가의 문제의식에서 시작하십시오. 그리고 우리 헌법 제11조 제1항 제1문은 법 적용의 평등으로 국한해야 되는 것이 아닌지, 헌법 제11조 제1항 제2문의 해석방식에도 문제가 있는 것이 아닌지 지적하시고, 이런 점들을 개선해서 우리 헌법재판소가 평등심사를 함에 있어서 부딪치는 많은 난제들을 극복할 수 있고, 조금 더 심사를 간명하게 만들어야 하지 않을까 하는 고민을 해주신 것 같습니다.

평등이론의 본질에서 시작해서 이를 뒷받침하는 많은 판례의 분석과 이론을 전개해주신 것들을 읽으면서, 읽을수록 맞는 말씀인 것 같다는 생각을 하게 되었습니다.

다만 거기에 더해서 조금만 더 붙이고자 한다면 순서를 조금 바꿔서 생각해 볼 필요가 있습니다. 상대적 평등 이외에 여러 문제점을 지적하신 부분에 대해서는 충분히 의미있는 문제제기라고 동의합니다. 다만 상대적 평등에 대한 이해가 혼용되고 있다거나, 구조적으로 문제가 있는 게 아닌가라는 말씀을 하시게 된 데에는, 차별판단구조를 단계적으로 나누어서 살펴볼 수 있는데 이것을 한꺼번에 보기 때문에 그런 것이 아닌가 합니다. 단계별로 분석해보면 달리 볼 수 있지 않을까요. 사실 우리가 차별에 대한 판단을 할 때 일단 차별인지 아닌지 판단을 하려면 무엇이 기준이 되는가, 그리고 기준에 따라서 어떤 비교집단들을 이것이 차별대상, 비교집단으로 포착을 할 것인가 하는 비교집단을 설정하는 문제가 있고, 그리고 나서 그에 따라서 봤을 때 차별대우가 있는가, 그리고 그 차별대우가 정당화되는가 하는 순차적인 판단과정이 있습니다. 그런데 이렇게 설명을 할 때는 이렇게 단계적으로 구분해서 하지만 실제로 재판소에서 판단을 하실 때 그리고 저희가 판단을 할 때에는 이러한 단계들이 동시에 일어나는 것이기도 하거든요. 사실 첫 번째 비교집단 설정에 대한 것이나, 이 기준이 과연 정당한 기준인가에 대한 판단부분이 그 기준을 정할 때, 그리고 비교집단을 가를 때에도 나타나고, 그것이 정당화됐는지를 판단할 때도 나타나고, 그러다 보니까 이게 명확하게 분리되지 않는 것처럼 보이는 상황 속에서 마치 상대적 평등이 여러 갈래로 설명되는 것처럼 보신 것이 아닌가 그런 생각을 했습니다. 그래서 정주백 교수님의 비판은 차별대우에 대한 판단과 정당화 여부 심사구조 분석을 정교하게 해야 한다는 점에서 의미 있는 지적이 되는 것이 아닌가 생각합니다. 만약에 조금 더 분

석을 정밀하게 나눠서 할 수 있다면 이런 부분들이 조금 더 명확하게 보여질 수 있지 않을까요.

다음으로, 제가 공부가 짧음에도 불구하고 이 ‘평등개념 발전의 역사성과 보편성의 고려’ 항목을 토론문에 넣었던 이유를 말씀드리겠습니다. 사실 헌법 제11조 제1항 제1문에 법 앞의 평등은 그것 하나만으로 으뜸패처럼 무엇이든 해결할 수 있을 것처럼 보이기도 하고, 어디에도 적용되는 것 같기도 하고, 그러나 실제 문제를 해결함에 있어서 정말 이게 기준이 되는 것이 맞는지, 정의를 지향하는 게 맞는지, 어떤 내용이 맞는 것인지 알 수 없게 만들기도 하는 것인데요. 그렇다고 해서 그럼 손에 잡히지 않고 명확하게 확인되지 않으니까 이걸 포기할 것인가, 보이지 않으니 없다고 할 수 있을 것인가 하는 고민이 있었습니다. 사실 우리 헌법 제11조 제1항 제1문에 들어온 이 법 앞의 평등이 그냥 정말 쉽게 들어온 문구 일까요? 헌법사적으로 검토해 봐야 하는 것이지만, 우리 헌법사 이전에 우리 헌법에 이 평등개념이 들어오기 전까지의 전사까지 고려를 한다면, 그리고 그 헌법상의 평등개념 발전의 역사성이 비단 한 국가나 공동체에서만 아니라 일종의 보편성을 갖는다는 점을 고려한다면 이 제11조 제1항 제1문에 있는 법 앞의 평등으로부터 의미를 끌어내려고 더 노력해 볼 수 있지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

다음으로 제11조 제1항 제2문의 해석에 대한 지적은 정주백 교수님 말씀에 크게 동의하는 바인데요. 우리 헌법 제11조 제1항 제2문의 성별, 종교, 사회적 신분에 의한 차별금지규정에서 이게 예시적 규정인가 아니면 한정적 예시인가 견해가 나뉘어져 있고, 또 적절하게 문제제기 하셨듯이 만약에 예시규정이면 도대체 성별, 종교, 사회적 신분과 같은 특히 차별이 금지되는 표지가 어떤 속성을 갖는지, 따라서 그밖에 다른 어떤 표지들이 이런 것과 같은 성격을 갖고 있어서 제2문의 차별금지가 적용이 되어야 되는지 설명을 해야 하는 것입니다. 그런데 이 부분은 충분히 논의되고 있지 않습니다. 그리고 사실 이 우리 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지표지는 세계 다른 헌법례들에 비하면 굉장히 부족하게 규정되어 있습니다. 그렇다면 차별금지표지를 충분히 규정하고 있지 않으니 규정하고 있지 않은 차별금지내용을 포기할 것인가 하면, 그럴 수는 없습니다. 그러나 그렇다고 해서 규정이 없는데 어느 정도의 내용을 이끌어낼 수 있을 것인가 하는 것도 해결이 어려운 부분이거든요. 따라서 이러한 문제들에 대하여 타당한 기준을 제시해야 되는 것이 아닌가 하는 정주백 교수님의 지적에 의미가 있는 것 같습니다. 이 문제에 대하여 저는 이 규정에서 차별금지사유를 특별히 명시한 헌법 문언적 강조의 의미를 도외시킬 수는 없고, 그러나 명시된 차별금지 사유만으로는 불충분

해서 차별 문제 상황을 제대로 반영하지 못하는 것도 사실이기 때문에 이 차별금지 사유 규정은 열거된 사유 및 열거된 사유에 준하는 정도의 중대한 차별 근거가 되어서는 안 되는 사유를 가리키는 것으로 해석해야 된다고 생각합니다. 헌법 제 11조 제1항 제2문은 성별, 종교, 사회적 신분과 이에 준하는 차별을 금지하는 것입니다. 그리고 이에 준하는 차별에 해당할 수 있는 공통된 기준을 뽑는다면, 변경 불가능한 개인의 인적 속성이 해당될 수 있고, 그 차별이 인간의 존엄과 가치를 침해하는 경우가 해당될 수 있고, 뿌리 깊은 사회적 문제가 되어온 것이 이에 해당될 수 있습니다. 그럼 구체적으로 해당되는 차별금지가 무엇인가에 대하여는 저는 현재로서는 인종, 장애에 기한 특별한 차별금지명령이 포함될 수 있다고 봅니다. 그러나 이 표지만으로 한정되는 닫힌 기준인 것이 아니라 이 기준을 토대로 해서 인종, 장애 외의 경우에도 헌법의 특별한 차별금지대상이 될 가능성은 열려 있다고 생각합니다.

중요한 주제에 대해서 굉장히 날카로운 문제인식과 통찰력을 보여주셔서 이 발제문을 읽는 자체만으로도 큰 공부가 되었습니다. 공부하고, 토론할 기회를 주셔서 감사드립니다.

간 사: 감사합니다.

두 분의 지정토론까지 저희가 오늘 많은 것을 생각하고, 배울 수 있는 기회를 가졌었는데요. 그럼 정주백 교수님께서 두분의 지정토론에 대해서 하실 말씀이 있는지 먼저 들어보도록 하겠습니다.

발 표 자: 사실 저는 우리 헌법 제11조 제1항 제1문하고, 제2문하고는 전혀 관계가 없다고 생각을 합니다. 그러니까 자꾸 많은 게, 이 혼돈들의 그 시초가 제11조 제1항 제1문을 자꾸 이 법 내용에 적용시키려고 하니까 문제가 생겼다고 생각합니다. 제1문은 법을 집행하는 사람한테 법이 있으면 그대로 적용해라 하면 그 제1문의 역할은 끝나는 겁니다. 일단 사실은 그거로부터 이제 제 논문 중에는, 논문인지 잡글인지는 모르겠습니다만 그러니까 빅뱅, 헌법에 있어서 빅뱅이 일어났다고 하는 것은 사실 헌법 제11조 제1항 전문은 저는 없어도 된다고 생각합니다. 법치주의의 귀결이거든요. 법이 있으면 법대로 해야지요. 법에 위배되는 집행을 하면 안 되는 거지요. 근데 그걸 (온라인 연결 끊김) 편향성이란 관점, 생각을 조금 더 유지하면은 사실 저는 제11조 제1항 후문도 없어도 되는 것 아닌가라는 생각을 합니다. 법의 일반성(generally) 누구에게나 적용되는 법 (온라인 연결 끊김)

간 사: 교수님, 중간에 온라인 연결이 원활하지 않았습니다. 죄송하지만 다시 말씀해 주실 수 있으신지요.

발 표 자: 예, 그러니까 저는 제11조 제1항 전문이 법 집행의 평등이고, 후문을 저는 법 내용의 평등이라고 생각하는데, 제가 참 제가 가장 이거 공부하면서 가장 기뻐할 때가 언젠가 하면은 아, 이거 없어도 되는 조문이구나. 그러니까 법치주의가 바로 이거하고 똑같은 얘기를 하고 있는 거구나라는 걸 깨달았을 때 제가 일본에 있을 때 깨달았지 싶은데, 깨달았다는 말은 좀 이상한데 그건 맞다는 걸 전제로 하는 것 같아서. 법치주의하고 평등은 같은 말을 하는거다라는 생각을 하게 되었습니다.

이거 뭐 좀 설명하려면 좀 긴지는 모르겠습니다만은, 그러니까 사실 역할이 공감되어진다고 한다면은 굳이 제11조 제1항 전문에다가 법리 내용의 평등까지도 이야기되는가라는 것은 제 표현으로 하면은 남자는 동쪽으로 가라고 하는 이 법이 여자는 서쪽으로 가라는 것까지도 도출해낼 수 있다라는 말이 되어서 저는 조금 뭐 제가 논리적으로 지금 설명을 못 드리더라도 제가 써놓은 거에 보면 조금은 이해가 가는 부분이 있지 않을까? 저는 말주변이 없어서 그렇습니다. 그러니까 저는 뭐 제11조 제1항 후문에 뭐가 적으니까 포기해야 된다, 저는 그런 생각을 하지 않습니다. 저는 지금만 해도 충분히 커버할만하다고 생각을 하고요.

제가 이 헌법재판소의 결정에 있어서 가장 근본적으로 드리고 싶은 말씀은 아까 전종의 교수님도 얘기했지만은 차별인 거하고 아닌 거가 있을 수 있다. 그러니까 지금 헌법재판소의 입장은 뭐든지 짝만 맞춰보면은 차별이다라고 하는 것은 아니다. 그런데 제가 어디 출제하러 갔다가 기출문제로 봤던 문제 중의 하나가 다음 중 헌법재판소가 차별이라고 보지 아니한 것은 하는 문제를 보고는 사실 기절할 뻔했었습니다. 그 학생들이 그걸 어떻게 아나요? 제가 생각하기에는 청구인이 그 두 개의 짝을 갖고 가지고 이거 이렇게 차별이다라고 하니까 헌법재판소가 “차별인 것 같기는 한데, 위헌이라고 할 것까지는 아니야.” 정도의 결정을 하지 않았을까 싶은 생각이 들거든요. 뭔가 이 규범에 대해서는 이런 차별이 논리적인, 그러니까 이런 차별만이 논리적으로 도출되었을 수 있고, 그것 외의 것은 차별이 아니다. 뭐 이런 생각을 전제로 하는 시험문제였던 것 같은데, 누가 출제했는지 제가 쫓아가서 좀 만나보고 싶은 생각이 들 정도로. 그렇지 않습니까?

그러니까 저는 기본적으로는 지금 헌법재판소의 입장은 뭐든지 짝만 맞춰오면 차별이라고 보는 데에는 큰 문제없이 지나간다는 생각이, 제가 받아들이기

가 가장 어려운 것이고요. 차별인 것과 아닌 것이 있다. 그런데 아까 말씀드린 그럼 어디까지가 차별인가? 뭐 우리 아까 말씀드린 그거하고 똑같은 거죠. 성별, 종교, 사회적 신분만 되는지, 그것 외에 플러스알파가 있는 것인지. 그런 정도의 논의가 이루어진다면 되는 것이고, 그 알파가 무엇인지라는 것은 사실 지금 논의하기에는 너무 멀리 있는 거죠. 수십 년 동안 우리가 안 해왔고, 전 세계가 안 하고 있는 일인 겁니다. 사실 그거는 그렇게 어렵지는 않을 거라고 생각하는 건 우리 헌법, 아까 말씀드린 연좌제의 성질하고 차별은 똑같은 거다라고 저는 생각을 합니다. 연좌제하고. 왜 연좌제가 금지되었느냐를 생각해 보시면은 차별금지로서 포섭되어질 수 있는 사회도 얼마든지 정리되어 질 수 있을 거라고 생각을 합니다.

예를 들어가지고 제가 여기 있는 것처럼 뭐 대관령 구길하고, 대관령 구길은 꾸불꾸불하고 터널은 왜 곧은가요? 이런 식의 얘기를 하면 안 된다는 겁니다. 이쪽 길도 있고 저쪽 길도 있는데 이쪽 길로 가는 바람에 잘못되었다. 뭐 이런 얘기가 나오는데, 그거는 자기가 책임져야 되는 것이죠. 우리 헌법재판소가 말하는, 헌법재판소가 지향하는 인간상 자유와 책임이라는 얘기를 하지 않습니까? 알아보고 선택을 해야 되는 것이지요. 이 모든 정보들이 오픈되어 있다는 것이죠. 오픈되어 있으니까 아까 말씀드린 PE관을 선택하면은 PE관을 생산하면 이렇게 될 것이고 PVC관을 생각하면 이런 법적효과가 부여된다는 것이 공개되어 있는 거지요. 근데 공개되어 있지 않았는데 나중에 그 법적효과가 달라지면 그건 신뢰의 문제가 생기는 겁니다.

그죠? 알아보면 되는 거죠. 그럼 우리는 많이 알아보지 않습니까? 이쪽으로 가면 어떻게 되나요? 저쪽으로 가면 어떻게 되나요? 이 땅 사면 망하는 거 아니에요? 이런 것들 알아보고 하잖아요. 근데 사실 극단적으로 말씀드리면 헌법재판소는 무책임하게 아무거나 선택지를 선택해놓고 어, 이거는 왜 이러는 거예요? 하는 푸념을 들어주는 거 하고 똑같은 겁니다. 대표적으로 여기 제가 들고 있는 우체국 보험 사건이 저는 그 얘기라고 생각합니다. 그 당시의 법도 우체국보험을 자기가 압류할 수 없다는 것은 공개되어 있는 정보입니다. 우체국보험은 압류할 수 없다. 그러니까 우체국보험의 무슨 환급금을 압류할 수 없다. 우체국보험법에 정해져 있는 것이지요. 근데 그걸 안 알아보고 선택을 한 거지요. 그래놓고 나중에 보니까 어, 나는 왜 우체국보험을 잡았는데 왜 이거 압류가 안 돼요? 하는 푸념을 헌법재판소가 받아준거다. 이거는 우리 민사소송법에 보면 압류금지 물품들이 쪽 있지 않습니까? 손가락은 압류 안 되거든요. 그럼 딱 채무자 집에 가서 손가락을 잡지 말아야지요. 손가락을 잡으면은 이거 나중에 돌려줘야 될지 모른다는 것도 알아

야 되는 거죠. 왜? 법에 공개되어 있으니까요. 그렇죠? 물론 여기 문제에 있어서 손가락을 잡았는데 어떤 방법으로 연결이 되었느냐라는 건 상당히 중요합니다. 예를 들어 남자는 반드시 손가락만 압류할 수 있어. 이렇게 되면 문제가 되는 거죠. 남자는 반드시 손가락만 압류할 수 있는데 손가락은 압류금지야. 이렇게 하면 문제가 생기는 거죠. 이걸 차별입니다. 그죠? 근데 누구든지 막 100m 달리기해가지고 쫓아가가지고 압류한 물건을 잡아라라고 했는데 나는 재수 없이 손가락을 잡은 거예요, 옆에 사람은 금붙이를 잡았고. 나가가지고는 어, 너는 손가락 잡았네. 이거 압류 안 돼. 돌려줘. 옆에 금붙이 잡은 사람은 어, 갖고 가네? 그러면 손가락 잡은 사람하고 왜 금붙이 잡은 사람을 차별하느냐? 이걸 차별이라고 하면 안 된다는 거죠. 뭐 전통사찰 보호법도 마찬가지지요. 그 사건도 압류금지 채권에 관한 이야기들을 하고 있지요. 그게 알려져 있으니까 그거는 압류를 하면 안 되는 거죠. 지금 우리 가장 잘 알려진 게 뭐니까? 주택임대차보호법에 최우선변제권이 라는 게 있지요? 최우선변제권이 있으니까 세입자가 있는 주택에 대해서는 가차액을 공제하든지, 아예 저당을 안 잡아주든지 다 대책을 세워놓고 있거든요. 그리고 어떤 모델은 저당을 설정해주고는 어, 이거 최우선변제권이 있는 거네. 어, 저 옆에 거는 최우선변제권이 없네. 왜 나만 차별하는 거야? 몰랐나? 저 같으면 그렇게 물어보는 거죠. 몰랐나? 이렇게 물어보는 거죠. 그 말씀을 좀 드리고 싶고요.

그다음에 절대적 평등설은 아까 말씀하신 대로 2008년도, 2009년도인가 제가 세미나 가서 절대적 평등설에 관해서 발표를 했었는데 사실 그때 하고 생각은 조금 다릅니다. 다른데, 제가 지금 가지고 있는 사유는 어떻게 보면 헌법이 금지하고 있는 몇 개의 사유, 제한된 열거든지 예시된 열거든지. 그것만을 이유로 하는 차별은 허용되지 아니한다. 나머지 다른 처우들은 평등의 문제가 아니더라는 겁니다. 그러니까 모든 사물, 사태에 대해서 동일한 처분을 해야 된다는 의미에서의 절대적 평등설은 저는 아닌 겁니다. 그 부분은 분명히 달라집니다. 그럴 수 없다. 그거는 법의 이념에 부딪친다라는 것이고요.

다음에 제가 생각하는 평등한 세상이라고 하는 게 뭐냐라는 것은 제가 말씀 드린 것처럼 킹 목사가 얘기하는 게 제 생각하고 똑같습니다. 내가 선택하지 아니한 속성들에 의해서 내가 불이익을 받지 않는 세상. 내가 어떤 불이익을 받으면, 그걸 자기책임 원리라고 하지 않습니까? 내가 불이익을 받으려면 내 안에 이유가 있어야 된다는 것이지요. 내가 선택했기 때문에. 그죠? 그러니까 이쪽으로 가면은 100원을 주고, 저쪽 길로 가면 1,000원을 준다는 건 알려져 있는데 이쪽 길을 선택해놓고 “나는 왜 100원밖에 안 줘요?” 이런 얘기는 평등의 장에서 얘기하면 안

된다. 그러니까 그러면 그 안의 분비물을 어떻게 할 것이냐라는 것은 저는 평등의 문제가 아니기 때문에 사실은 제가 다룰 문제는 아니다라고 생각을 하는 겁니다. 급료를 일한 양에 따라서 줘야 되느냐 아니면은 집에 식구가 몇 명인지에 따라서 줘야 되느냐. 이것은 평등의 문제가 아니라 그것은 헌법이 결정하든지, 헌법이 결정하지 않았으면 입법자가 결정하는 겁니다. 그런데 지금 문제는 헌법재판소에서 이 문제를 헌법재판소가 결정해야 된다는 입장을 가지고 있다는 게 저는 받아들이기 어렵다는 겁니다라는 말씀을 좀 드리고 싶고요.

그다음에 이게 뭐 사실 헌법재판소가 제 생각을 무척 탐탁치 않아 할 거라는 것은 분명합니다. 헌법재판소가 엄청나게 중요한 칼을 놓아야 되는 거죠. 어떤 문제나 위헌이라고 결정할 수 있는 칼을 놓아야 되는 것이지요. 그러니까 헌법재판소가 제 이론을 받아들이면 행복해진다라고 하면 옛날에 받아들였겠죠. 어떻게 보면 헌법재판소한테 헌법을 운용함에 있어서의 융통성을 완벽하게 버려놨다는 거지요. 그렇게 되면 사실은 결정문 중에 평등권에 관한 논의가 없는 결정문은 제가 보기에는 뭐 한 5%나 될까 싶은데, 사실 제가 보기에는 헌법재판소를 제 관점에서 본다면 진정한 의미에서 제가 보는 관점에서의 평등이 문제되는 이슈는 헌법재판소 결정문 중에 한 100개도 안 될 거다라고 생각을 합니다. 나머지는 차별이 없다. 차별의 문제가 아니다라고 다 각하해야 될 문제라는 겁니다.

그러니까 헌법재판소로서는 엄청난 거죠. 예를 들어가지고 우체국보험법 사건을 위헌결정 해줬던 것 같은데 그런 건 위헌결정이 안 되는 거지요. 위헌결정이 안 되는 거죠. 그런데 그거는 근본적으로 인간을 어떻게 볼 것이냐라는 문제를 평등의 관점에서 보는 것이라면은 이것은 PE관하고 PVC관하고 대우가 다른 게 어떻게 인간의 근본적인 존엄하고 관련이 있겠습니까? 한날 PE관을 이런 처우를 받고, PVC관을 내가 생산해서 팔면 이런 처우를 받게 될 것이라고 공개되어 있는데 이걸 선택해놓고 저쪽으로 가는 사람은 세제혜택을 주는데 왜 PVC관은 세제혜택을 안 주느냐? 이게 인간의 존엄을 모토로 한다면 충분히 문제라고 보는 건 저는 좀 받아들이기 어렵다. 그다음에 PE관과 PVC관의 세제혜택을 달리하는 것은 앵솔루트리(Absolutely) 저는 평등의 문제는 아니다라고 생각합니다.

제가 대답이 되었는지 모르겠습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그러면 정주백 교수님 말씀에 대해서 지정토론해주신 교수님과 책임연구관님께서 더 부연하고 싶으신 것이 있으신지요?

그럼 오늘 주제에 대하여 토론시간을 갖도록 하겠습니다.

발표나 지정토론을 해주신 교수님들, 책임연구원들께 궁금한 점이나 여쭙고자 하는 내용, 토론하시고 싶은 내용이 있으신 분은 먼저 채팅창으로 손들기 기능을 이용해서서 알려주십시오. 그러면 쌍방향 소통이 가능한 기기를 가지고 계신 분들은 직접 발언을 하시면 되고, 채팅만 가능하신 분은 채팅창에 질문을 적어주시면 제가 대독을 해드리도록 하겠습니다.

**토 론 자(류지현):** 헌법재판소 류지현 연구관입니다. 우선 평등은 저희 재판소 연구관들도 상당히 난해한 주제고 너무 어려운 문제인데, 오늘 이것에 대해서 발표해주신 교수님께 감사드립니다. 그리고 교수님 발표문을 보면서 앞으로는 좀 더 근본적인 문제의식을 갖고 접근을 해야겠구나, 그런 생각이 들었고요. 다만 제가 교수님 말씀을 제대로 이해를 했는지 조금 자신이 없어서, 토론보다는 한번 좀 질문을 드렸으면 좋겠습니다.

우선 교수님께서 제1종 상대적 평등설, 제2종 상대적 평등설 이렇게 말씀을 주셨는데, 제가 읽다가 특히 9페이지의 시간당 만원씩 임금을 주는 경우에 이거를 제1종 상대적 평등설과 제2종 상대적 평등설이 어떻게 받아들이는가에 대해서 이렇게 쓰셨더라고요. 그런데 제1종 상대적 평등설에 따르면 이제 시간당 만원씩 준다고 했을 때 이것은 차별이 있지만 합리적 이유가 있어서 괜찮다라고 넘어갈 거고, 제2종 상대적 평등설에서는 차별 자체가 없다라고 결론을 내릴 것이라고 하셨는데, 갑자기 의문이 든 게 그럼 차별이라는 게 대체 뭐냐? 어떤 법률이 있을 때 요건이 있고 효과가 있을 때, 그러니까 요건이라고 하면 어떤 상수를 넣어서 결과값을 배출을 시켰을 때 제1종 상대적 평등설에서는 차별이라는 것을 그 결과값을 차별이라고 받아들이고 있는 건지, 그래서 그렇게 받아들이면 안 되는데 제1종 상대적 평등설에서 그렇게 이해를 하고 있다는 게 잘못이다라는 취지이신 건지, 그러면 제2종 상대적 평등설에 따르면 차별이 없다라고 한 이유는 이게 다른 것은 다르게, 그러니까 일한 시간이 다르니까 받은 금액도 달라서 차별이 없다라고 보시는 건지. 그런데 만약에 그렇다면 지금의 그 시간당 만원이라는 그런 원칙이 아니라 오만원, 아니, 다섯 시간 이상 일하는 사람은 시간당 만원, 다섯 시간 미만은 시간당 오천원, 그런 법칙을 만들어서 적용을 했을 때 이 경우에도 그러면 제2종 상대적 평등설에서는 일한 시간이 다르니까 받은 금액 다르고, 그것이 정당한지 여부는 차치하고 차별이 없다라고 결론이 나가는 건지. 근데 얼핏 생각하기에는 그 요건, 상수가 차별을 전제로 해서 만들어져 있으면 그걸 차별이

아니다라고 보기에는 좀 어렵지 않은가라는 의문이 들어서 교수님 말씀을 제가 제대로 이해한 것인지 좀 의문이 들었고요.

그리고 두 번째 제가 마이크를 잡은 김에 쪽 말씀을 드리면, 두 번째 질문은 21페이지, 22페이지 관련해서 이 사회적 제11조 제1항 후문 말씀을 주셨는데, 그러면 성별, 종교, 사회적 신분을 신분 이외의 구별요소로 차별을 하고 있는 법이 만들어졌을 때 그러면 이것이 평등문제가 아니라는 취지는 아니신 거지요? 그러면 완화된 심사로 해야 된다는 취지이신 건지, 그게 제가 제대로 이해를 했는지 잘 모르겠습니다. 그러면 ……

발 표 자: 하나씩, 하나씩 하면 어떨까요? 자꾸 더 길어지면 제가 기억하기가 어려워서요. 우선 두 번째 문제는 아까 말씀드린 것처럼 성별, 종교, 사회적 신분에 속하지 아니하는 것, 그리고 또 플러스알파라는 게 있을 수 있다고 말씀을 드렸지요. 그죠? 세 가지, 플러스알파에도 포함되지 아니하는 구별이라는 건 차별이 아니라는 것이지요. 그러니까 완화된 심사를 하느냐의 문제가 아니고 평등의 문제, 바깥으로 가는 거지요.

토 론 자(류지현): 어, 그런데 사회적 신분이라는 것을 재판소가 조금 넓게 보고 있는 ……

발 표 자: 그러니까 제가 말씀드리는 것은 거기 들어가느냐, 마느냐는 새로운 논의인거고, 들어간다면 사회적 신분에 의하면 차별로서 평등심사를 받는 거고, 거기에 안 들어간다고 하면은 사회적 신분에도 안 들어가고, 플러스알파에도 안 들어간다고 한다면은 헌법이 금지하지 아니하는 구별이 되는 거지요. 평등이 구별하지 아니하는, 그죠?

토 론 자(류지현): 예.

발 표 자: 평등이 금지하지 아니하는 구별, 그죠?

토 론 자(류지현): 알겠습니다.

발 표 자: 그 앞에 말씀하신 거는 오만원 이상, 오만원 이하의 다섯 시간

이하에 따라서 룰이 달라지는 문제를 말씀하셨던 것 같은데, 사실 우리가 지금 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게라고 얘기하지만은 원리론적으로 봤을 때 아리스토텔레스가 처음에 얘기했던 것은 같은 것은 같게 다른 것은 다르게, 또 나와 같이 그 비율에 따라서 이렇게 얘기를 했었습니다. 사실 은근슬쩍 이게 그 비율 얘기를 빼냈지요. 사실 그 비율 얘기가 들어오면 가장 심각해지는 문제가 누진세 문제입니다. 누진세는 다르더라도 그 비율에 따라서 다르지 않기 때문에 아리스토텔레스의 생각에 따르면은 나쁜 거지요. 그쵸? 그러면 대답이 될까요?

그러니까 예를 들어가지고 5시간 이상 하면 시간당 만원, 5시간 이하는 시간당 오천원이라고 한다면은, 그러니까 이게 사실 참 어려운 얘기지요. 하나의 기준만을 가지고 그 비율적으로 관측해 낸다는 게 가능한가? 제가 옛그제 어디 지나가다가 봤던 재밌는 것 중에 하나가 참 재밌는데 그 틀을 가진 것들, 틀 있는 것들의 ..... 라고 하는 ..... 검사의 법률신문에 실린 글인데 너무 재밌게 읽었습니다. 이게 법률가가 어떤 기준을 세우고 뭔가 결정을 한다는 것이 얼마나 우스꽝스러운 결과를 도출해내느냐라는 이야기를 ..... 검사님이 너무나도 재밌게 설명을 했었어요. 사실 우리가 조세부담만 해도 응능부담원칙이라는 것을 받아들이고 있습니다만은 응능부담에 따르지 않는 논리들이 얼마나 많이 들어가 있습니까? 식구가 많으면은 인적공제해주고 이런 것들은 사실 응능부담이 아닌 내용이 아니거든요. 사실 세상에 이 엄청나고 복잡한 문제들을 예를 들어가지고 대학입시를 가지고 제가 아까 말씀드리긴 했는데 우리 헌법 제31조는 능력에 따라, 그가 공부할 수 있는 능력에 따라서 좋은 학교를 가고, 나쁜 학교를 가야 된다는 겁니다. 사실 헌법재판소는 그렇게 이해를 안 하고 있습니다만은, 그런데 그렇게 보더라도 얼마나 그 이외의 요소들이 많습니까? 지방, 그 지역인재할당제, 뭐 빈곤가정할당제 뭐 이런 것들은 그 원리에 따른다고 본다면은 다 위헌이지요. 위헌 의심을 받아야 된다는 것이지요. 사실 이 복잡하고 다기한 세상에 하나의 룰을 찾아내고, 그 룰을 관찰한다는 건 저는 불가능하다고 생각합니다.

우리 세금을 한번 생각해보십시오. 얼마나 많은 복잡한 룰들이 있습니까? 그렇지? 대답이 되었나요?

토 론 자(류지현): 좀 하나만 더. 아까 계속 평등권을 재판소에서 기본권 중의 기본권, 그렇게 판시를 했다고 말씀을 주셔서 좀 찾아봤는데 사실 예전에 한 두건 정도에서는 그 재외동포법에서 정부 수립 이전 이주동포를 제외한 것, 그리고 국가를 피고로 했을 때 가집행에서 제외를 한 것, 그 정도에서 이 평등을

기본권 중의 기본권이라고 하면서 헌법불합치나 위헌으로 나갔던데 사실 그 이후에는 교수님께서도 말씀을 하셨듯이 재판소에서 평등을 그렇게 중요하게 생각하고 있는가? 기본권 중의 기본권이라는 표현을 써가면서 중요하게 생각하고 있는가? 잘 모르겠더라고요.

**발 표 자:** 별로 많지는 않은 것 같아요. 제가 보기에는 많지는 않은 것 같은데, 학설상으로 보더라도 기본권 중의 기본권이라고 하는 것들에 대해서는 대응하고 있는 인식이라고 저는 생각을 하거든요. 인간의 근본에 대한 생각인 것이지요. 사실, 그러니까 근본적으로 인간을 어떻게 볼 것이냐라는 문제라는 것이지요, 평등이라고 하는 것이. 그렇지 않을까요? 그러니까, 그렇다고 나도 그냥 뭐 극단적으로 말씀드리면 기본권 중의 기본권, 제가 그래서 여왕 기본권이라는 말을 썼습니다만, 그게 아니라고 하시면 또 그다음에는, 그다음에 또 있느냐 하면 그렇지 않거든요. 그런데 사실 그렇게 앞에선 얘기해놓고 실제로는 그렇게 대우하고 있지 않다라는 이야기를 하고 있는 거지요. 그 사이에 저는 엄청난 괴리가 있다는 것이지요. 왜 그 괴리가 생겼느냐? 너무나도 커버리지가 넓어졌기 때문에 그렇다. 진짜 집중해야 될 때에 집중하지 못하고, 그러니까 모든 문제를 다 커버하는 규범은 약화될 수밖에 없다. 그죠? 옛날 히틀러가 그랬다지요. 나는 독일의 모든 여성을 사랑한다 그랬는데 모든 여성을 사랑한다는 얘기는 아무도 사랑하지 않는다는 얘기하고 똑같습니다. 평등이 세상의 모든 문제에 적용된다고 말하는 순간 평등은 자기의 힘을 잃어버릴거다라고 저는 그렇게 생각을 합니다.

그러니까 유독 그런 얘기들을 하지요. 도구 같은 걸 살 때 펜치를 사든지 뭐를 사든지 살려면은 단일한 목적을 가진 물건을 사라, 범용 물건을 사면 안 된다. 아빠들은 그런 얘기들을 하셨지요. 이것도 안 되고 저것도 안 되고 다 안 된다는 거죠. 여기도 쓰고 저기도 쓰는 물건들은 하나도 제대로 일을 못한다는 거죠.

**토 론 자(류지현):** 예, 이상입니다.

**간 사:** 감사합니다. 다른 또 질문 있으신 분? 예. 이진철 연구관님.

**토 론 자(이진철):** 평소 존경하는 교수님들 그리고 이재희 연구관님 발표, 토론 되게 유익하게 잘 들었습니다.

이 발제문이 굉장히 명쾌하게 잘 되어 있어서, 또 사실 이 문제는 교수님하

고 되게 굉장히 얘기를 많이 했던 주제이기도 해서 교수님께서 얼마나 깊이 연구를 해오셨는지 저도 잘 알고, 또 재미있게 읽었습니다.

저도 발제를 듣다 보니까 궁금한 부분이 좀 생겨서 질문을 좀 드리고 싶습니다. 일단 저도 질문은 두 가지인데요, 한 가지씩 하도록 하겠습니다.

발 표 자: 예.

토 론 자(이진철): 일단 저는 이제 잘 아까 얘기가 나오지 않은 법집행의 평등 쪽에 질문을 하나 드리고 싶습니다. 좀 이론적인 것인데요, 사실 아까 교수님 말씀하신 것처럼 이 헌법 제11조 제1항의 명령이라는 게 사실은 법치국가 원리를 그냥 규정한 게 아니냐라는 지적에 대해서 저도 굉장히 공감을 했습니다. 이게 그리고 그냥 그 내용 그대로 그렇게 공감이 갔고, 이제 또 교수님께서 그걸 기초로 전문과 후문의 적용영역을 잘 도식화해서 설명하고 계십니다. 그래서 명확하게 이해가 잘 됐는데 거기서 이제 한 가지 의문이 들었던 것은요, 제11조 제1항 후문에 규정된 것이 차별금지 사유이지 않습니까? 근데 그것은, 그러면 전문은 법집행자한테 적용이 되는데, 그럼 후문은 법집행자한테는 적용이 안 된다고 보시는 것인지. 그걸 이제 아까 전에 제1문과 제2문은 전혀 관계가 없다고 생각하신다고 하셨는데, 뭐 굳이 차별금지 사유를 법집행자한테는 적용을 안 할 이유가 있는 것인지 약간,

발 표 자: 예, 그거 제가 설명을, 제 이 논문에는 없는 것 같고 제 책에는 설명이 되어 있는 걸로 저는 생각을 하는데, 사실은 커버리지로 보면은 사실 제1항의 커버리지가 워낙 커서, 그죠? 거기에 보면은 어떠한 사유로도 차별하면 안 되는 거죠. 법이 적혀있는 법이 구별하는 것은 그대로 구별하고, 구별하지 않은 것은 구별하지 않아야 되는 것이지요. 그죠? 그 커버리지가 실천된다면은 제2항에서 말하는 몇 개의 개별적인 사유에 의한 차별을 금지한다라는 것이 사실상 무의미한 것이지요. 그죠? 그러니까 뭐랄까 제1항에서 이만큼 커버하고 있는데 제2항에서 이만큼 커버를 하고 있는 형국이어서, 그죠? 중첩되는 것이지요, 어떻게 보면은. 그러니까 법을 집행하는데 여자니까 하면 안 돼, 그게 안 된다는 것이지요. 제1항만 하더라도 여자니까 뭘 법이 구별하지 아니할 것이지 않습니까, 그죠? 성별이라고 하는 것은 거기에 따라서 구별하면 안 되는 것이지요. 그러니까 뭐 관념적으로는 그게 가능할지는 모르겠지만은 실익이 없다라고 저는 생각을 하는

겁니다.

**토 론 자(이진철):** 이렇게 되면 질문이 하나 더 늘어나서 제가 세 가지를 질문을 드리고 싶은데, 사실 이게 그 집행자는 확일적으로 집행하라. 그것이 이제 법치국가의 명령이다라고 하면 사실 언뜻 잘 이해가 가기는 하지만 사실 법의 지배가 그러면 집행자한테 일체의 재량을 부정하는 것이냐라고 하면 사실 법의 지배,

**발 표 자:** 일단 설명을 드릴게요.

입법자가 누구냐라는 논쟁인데요. 그러니까 입법자 구속설 비판이라는 파트에 보면 돼 있습니다. 입법자를 기능적으로 볼 것인가 아니면 기관으로 볼 것인가라는 겁니다. 저는 재량이 주어져 있다는 것은 법이 덜 만들어졌다고 생각을 합니다. 그러니까 행정, 그러니까 여기 입법자를 꼭 국회라고 얘기할 필요가 없다는 겁니다. 그러니까 기능적으로 봐서 법이 확정되었는가, 안 되었는가 이렇게 나누어진다고 저는 그렇게 생각해가지고 아마 그 부분에 관한 논의가 입법자 구속설 비판인가 거기에 보편은 아마 있을 겁니다.

**토 론 자(이진철):** 예, 그 부분은 다시 이해가 되었습니다.

마지막 질문인데요. 또 이것도 이제 발제를 듣다 보니까, 또 문득 약간 유치한 어떤 질문일 수도 있습니다. 그런데 아까 전에 차별금지 사유가 뭐냐 그러면 그거에 대해서 말씀을 해주시면서 내가 선택한 것이 아닌, 그리고 인적인 것 이제 이렇게 말씀을 해주셨는데 그렇게 놓고 보면 아까 말씀하신 장애 중에서 선천적인 장애 같은 경우에는 내가 선택한 것이 아니고, 또 이것은 인적인 것이기 때문에 제 생각에는 차별금지 사유가 될 수 있을 것 같은데 후천적인 장애, 내가 막을 수 있었던 장애라고 하면 그때는 차별금지 사유가 되는지, 만약에 이것은 안 된다고 하면 그건 또 평등에 반하는 게 아닌가라는 생각이 들어서.

**발 표 자:** 저는 그런 생각은 안 하고요. 저는 그런 후천적 장애하고 뭐 똑같은 성격이라고 볼 수는 없겠습니다만은 기본적으로 종교가 그런 속성을 가지고 있지요. 종교도 선택하는 것 아니냐라고 생각할 수 있습니다. 이게 성별이나 사회적 신분하고 달리 종교처럼 A 종교를 탄압하면 B 종교로 가면 되는 것 아니냐? 그렇게 우리 헌법제정 권력자들은 그렇게 안 봤다는 거지요. 종교라는 건 우리

근본적으로 아마 동학에 관한 뭐 탄압이라는 우리 구한말의 역사적 경험이 저는 반영되어 있었을 거라고 저는 생각하는데, 그것은 인간의 근본에 관한 문제라고 보았던 거죠. 예를 들어가지고 뭐 이 집 가면 디스카운트해주고, 저 집 가면 디스카운트 안 해주는 문제라고 안 본 거지요, 종교의 문제는. 그러니까 그것도 개인적으로 자유롭게 선택하는 문제가 아니더라고 보았기 때문에 종교가 제11조 제1항 후문에 들어갔다라고 생각을 합니다. 그러나 그런 면에서 보면은 적어도 이게 후천적으로 장애를 입었다는 것도 이게 뭐 사회적 신분에 관해서는 학설상 대립이 있지요. 선천적 신분설, 후천적 신분설에 관한 대립이 있는데, 이것도 자의로 선택한 건 아니지요. 그렇다면 얼마든지 저는 사회적 신분으로서의 후천적 신분으로 편입될 수 있는 가능성이 얼마든지 있다고 생각을 합니다. 우리가 아까 PE 관 장사를 할 것이냐, PVC관 장사를 할 것이냐라는 문제는 아니라는 것이지요. 좀 대답이, 예.

토 론 자(이진철): 답변 감사합니다. 혹시 시간이 허락되면 질문을 하나 더 드려도 될까요?

토 론 자(이진철): 사실 너무 발제문도 재밌었고요. 아이디어 자체가 이렇게 명쾌하고, 참신해서 사실은 교수님께 여쭙보고 싶은 내용이 많은데, 한 가지만 더 제가 여쭙보고 싶습니다. 조금 이번에는 과격할 질문을 한번 해볼까 하는데요.

교수님 말씀하신 것처럼 이제 상대적 평등설이라는 게 빅뱅이다, 만능열쇠 아니냐 이진. 최근의 이제 실무경향은 아까 얘기가 나온 것처럼 조금 다른 것 같기는 하지만 그래도 과거에 어느 재판관님께서 이제 공공연히 그런 말씀을 하시기도 하셨고, 평등이라는 것이 언제든지 내가 쓸 수 있는 그런 카드다. 말씀하시기도 하셨고 해서 왜 그러면 그런 평등개념이 자리를 잡았을까라고 생각을 해보면 평등이라는 게 이재희 연구관님 말씀하신 것처럼 역사적인 개념 그리고 또 이론적인 개념, 그리고 또 하나가 제가 생각하는 것은 혁명적인 개념이 아닌가. 역사적으로 평등이라는 것은 입헌주의 혁명과 함께 했고, 또 혁명을 거치면서 이론적으로 발전해왔습니다. 그러니까 혁명적이라는 것은 우리가 당연하다고 생각하는 것을 어떻게 보면 이진 당연한 질서라고 생각하는 걸 무너뜨리는 역할을 해왔던 게 아닌가 하는 생각이 있습니다. 그래서 가령 예전에 미국에서 내가 비싼 돈을 주고 구입한 노예가 왜 내 것이 아니냐? 내건 당연한 건데. 가령 아니면 식민지의 열등한 사람이 어떻게 나하고 같은 권리를 가질 수 있겠어? 이런 어떤 과거에

는 당연하다고 생각되는 질서가 평등을 통해서 이렇게 평등의 어떤 혁명적인 속성을 통해서 무너져온 것이 아닌가라는 부분을 생각해보면 사실 지금도 어떻게 보면 우리는 인식하지 못하지만 우리도 모르게 다른 사람들과 이렇게 선을 긋고, 집단을 구별하고, 이런 건 여전히 인간의 본능처럼 행해지고 있을 텐데, 지금은 아니지만 언젠가는 또 우리가 당연하게 생각하는 것들이 혁명처럼 다가올 수 있는 가능성이 저는 있다고 보는데요. 그러면 이제 형법이 평등을 규정한 것이 그런 문제들을 혁명이 아니라 헌법 안에서 해결되기를 원하기 때문이라면 평등에 있어서는 이런 차별금지 사유를 본문에다가 박아 넣는 것보다는 법관의 어떤 법인식이라는 작용을 통해서 차별금지 사유를 인식해내는 쪽이 유리한 것이 아닌가? 거기에 이점이 있는 것이 아닌가라는 생각을 했습니다. 그런데 만약에 교수님의 평등이론에 따르면 평등의 적용영역도 매우 좁아지지만 차별금지 사유도 이제 굉장히 한정적으로 되는데, 과연 이것이 곧 다가올 혁명을 미리 알아채지 못하는 이 우매한 우리에게 오히려 위험한 선택이 되는 것은 아닌가 하는 질문을 드리고 싶습니다.

**발 표 자:** 그렇지는 않다고 생각하는데요. 사실 저도 비슷한 얘길 들은 적이 있어요. 평등한, 너무나도 편리한데 나는 그것이 무엇을 의미하는지 하나도 모른다. 누가 얘기했는지는 제가 말씀을 안 드리겠습니다만, 근데 이게 자꾸 헌법재판소가 이진철 연구관님 말씀에도 뭔가 재판소가 융통성을 가져야 되는 것 아니냐라는 말씀을 하시는 것 같아요. 사실 그런데 저는 거기에 대해서 크게 차문하지 않는 것은 민주주의를 우리가 다루지 않습니까? 왜 300명의 의원들의 결정을 우리가 그렇게 융통성을 가지고 핸들링을 해야 되죠? 만약에 헌법재판소가 없으면 나라가 망할까요? 그러니까 이게 근본적인 문제죠. 헌법재판소 없는 나라는 다 망했느냐? 저는 민주주의적 결과물들을 헌법이 금지하고 있지 않다면 그냥 그대로 옳은 것으로, 옳다기보다도 헌법이 위헌이라고 금지하지 아니할 규모로 우리가 손을 떼겠다라고 하면 되는 것이지요.

그다음에 저는 개인적으로는 그 보편적인 시기라고 하는 게 상당히 위험한 면이 있습니다. 미시시피 사건에 보면 그런 얘기가 나옵니다. 기자가 미시시피 가문에 가가지고 어떤 여자분한테 물어요. 여기에서 흑인들이 어떻게 대우받고 있다고 생각을 하느냐? 미시시피라 그러면 짐 크로우 시대 1963년도 정도의 일입니다, 미국의. 그런데 그분의 얘기가 그렇죠. 적절하게 대우를 받고 있다고 생각합니다. 그 시대는 그게 맞았다는 것이지요. 그러니까 우리도 법에 의지하지 아니하

고 어떤 사람의 인식에 의지하게 되면은 상당히 위험한 결과를 도출할 수도 있을 거다. 그 반대의 경우도 있을 수 있거든요. 저는 아까 말씀하신 것처럼 이진철 연구관님이 말씀하신 혁명적인 사태라고 하는 것 중에 저는 가장 깊이 생각하는 것 중에 하나가 동물을 우리의 패밀리라고 보는 시대가 오지 않을까라는 겁니다. 그러니까 사실 인류의 역사를 가만히 보면은 우리의 확장의 역사거든요. we, 우리의 역사. 우리의 이 확장의 역사입니다. 지금은 백인들이 흑인까지 가가지고 이렇게 쪽 갔지요. 그죠? 우리 인간 휴먼비잉(human being)까지 간 겁니다. 지금 사실은 애니멀도 we 아니냐라는 논의들이, 뭐 동물권이라는 얘기를 하면서 이야기되고 있어요. 저도 가끔 우리집 고양이를 보면 재도 우리 식구인가 이런 생각이 들거든요. 언젠간 한번 그런 때가 올 거라고 지금, 우리가 동물을 we에 안 집어넣었던 것은 1800년대, 1700년대에 백인이 흑인을 안 집어넣었던 것과 똑같은 상황일 수도 있다. 그렇다고 내가 단정은 할 수 없어요. 그래도 어쨌든 지금으로 봐서 휴먼비잉이라고 40대는 하고, 애니멀하고 같이 다루는 건 좀 저도 불편하기는 하지만 저는 애니멀하고 사람하고를 차별하는 것에 관한 리스트가 생길 수도 있을 거 다라고 생각을 하는 겁니다.

간 사: 예, 감사합니다.

토론시간이나 질의시간을 좀 더 드리고 싶은데요, 시간이 좀 많이 흘러서 죄송하지만 여기서 질의나 토론을 마무리해야 할 것 같습니다.

마지막으로 정주백 교수님, 전종익 교수님, 이재희 책임연구관님께서 혹시 더 추가하거나 마지막으로 언급하실 것이 있으신지요?

발 표 자: 제가 딱 한 가지만 한다면 사실은 제가 학자들, 법학을 하는 사람들은 궁극적인 이 세상 뭔가를 뭔가 이게 결정, 재판에 영향을 이만큼이라도 끼치고 싶다는 겁니다. 그런 꿈으로 학자들은 연구를 하는 겁니다. 그런 점에서 본다면은 사실은 결정문에 가장 가까이 계시는 재판관님을 모시고, 연구관님을 모시고 이런 기회를 가진다는 것은 스칼라로서는 엄청난 영광이라고 생각을 합니다.

그리고 제가 재판소에 있을 때부터 뭐 2004년도 10월부터 이 고민을 해왔다고 아까 말씀을 드렸습시다만, 재판소에서부터 뿌리가 생긴 생각들을 제가 학교에 와가지고 한 10여년 지나서 다시 여러 연구관님들하고 얘기하게 된 게 저는 너무 기분이 좋습니다. 너무 기분이 좋고, 언제든지 불러가지고 새로 설명을 해달라, 강의를 해달라라고 하면은 뭐 제 차비만 가지고 가서 강의해드릴 용의가 있습

니다.

예, 감사합니다.

간 사: 긴 시간 정말 감사합니다.

그럼 이것으로 제180회 헌법실무연구회를 마치도록 하겠습니다.

여러 가지로 정말 바쁜 일정 속에서도 실무연구회를 위해서 귀한 시간을 내 주신 정주백 교수님, 전종익 교수님, 이재희 책임연구원님 그리고 참여해주신 모든 분들께 다시 한 번 깊이 감사드립니다. 무엇보다도 건강이 소중한 시기인 것 같습니다. 모두들 건강 조심하시고, 평안하시길 바라겠습니다. 그럼 이만 회의를 종료하도록 하겠습니다. 감사합니다.

# 국가의 기본권보호의무론에 관한 비판적 검토<sup>\* \*\*</sup>

김 현 철<sup>\*\*\*</sup>

## 목 차

I. 들어가는 글	2. 검토
II. 기본권보호의무의 용어의 문제	IV. 보호대상 기본권적 법익의 범위
1. 헌법의 규정과 헌법재판소의 사용례	1. 독일과 우리나라에서의 논의
2. 검토	2. 우리나라의 경우
III. 헌법적 근거	3. 검토
1. 독일과 우리나라에서의 논의	V. 나오는 글

\* 이 발표문은 『법학연구』 제23집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2020.3.31., 65-105쪽에 실린 필자의 논문(“국가의 기본권보호의무론의 재정립에 관한 시론”)에서 발췌·수정한 것임.

\*\* 2020년 10월까지 헌법재판소 결정에서 국가의 기본권보호의무를 언급한 사례는 다음과 같다.: ① 현재 1997. 1. 16. 90헌마110등 (제1차 교통사고처리특례법상 불처벌특례조항 사건); ② 현재 2008. 7. 31. 2004헌바81 (민법상 손해배상청구권에 있어서의 태아의 지위 사건); ③ 현재 2008. 7. 31. 2006헌마711 (제1차 공직선거법상 확정기 소음규제기준 사건); ④ 현재 2008. 12. 26. 2008헌마419등 (미국산 쇠고기 수입과 국민의 생명보호 사건); ⑤ 현재 2009. 2. 26. 2005헌마764등 (제2차 교통사고처리특례법상 불처벌특례조항 사건); ⑥ 현재 2011. 2. 24. 2009헌마94 (태평양전쟁 전후 ‘국내’ 강제동원자 지원배제 사건); 현재 2011. 8. 30. 2008헌가22등 (양심적 병역거부 사건); ⑦ 현재 2015. 4. 30. 2012헌마38 (담배사업법 사건); ⑧ 현재 2015. 9. 24. 2013헌마384 (공장식 가축사육시설 사건); ⑨ 현재 2015. 10. 21. 2012헌마89등 (방사선 피폭선량 한도 사건); ⑩ 현재 2016. 10. 27. 2015헌바358 (산업통상자원부장관의 전원개발사업 실시계획에 대한 승인권한 사건); ⑪ 현재 2016. 10. 27. 2012헌마121 (평가서 초안 작성 시 ‘중대사고’ 제외 사건); ⑫ 현재 2016. 12. 29. 2015헌바280 (산업단지개발계획 시 의견청취동시진행조항 사건); ⑬ 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 (박근혜 대통령 탄핵 사건); ⑭ 현재 2018. 5. 31. 2015헌마1181 (한약제제 등의 품목허가·신고에 관한 규정 사건); ⑮ 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 (양심적 병역거부 사건); ⑯ 현재 2018. 6. 28. 2016헌마1151 (주방용오물분쇄기 판매·사용금지 사건); ⑰ 현재 2018. 8. 30. 2014헌바148등 (민간인 집단희생 사건 등 국가배상청구권 소멸시효 사건); ⑱ 현재 2019. 12. 27. 2018헌마730 (제2차 공직선거법상 확정기 소음규제기준 사건); ⑲ 현재 2020. 3. 26. 2017헌마1281 (구 동물보호법상 동물장묘업의 지역적 등록제한사유 사건)

\*\*\* 전남대학교 법학전문대학원 교수

## I. 들어가는 글

헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여, 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 주체임을 천명하고 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 이에서 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보장하고 이를 실현할 의무가 있음을 선언하고 있다. 헌법재판소는 “국가의 기본권보호의무란 기본권적 법익<sup>1)</sup>을 기본권 주체인 사인(私人)에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위협으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는 것이므로,<sup>2)</sup> 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손이 문제되는 사안이 아닌 경우에는 이에 대해 판단할 필요가 없다.”고 판시하고 있다.<sup>3)</sup> 그리고 헌법재판소는 “헌법 제10조 제2문에서 선언하고 있는 국가의 기본권보호의무는 국가가 국민과의 관계에서 국민의 기본권보호를 위해 노력하여야 할 의무가 있다는 의미뿐만 아니라 국가가 사인 상호간의 관계를 규율하는 사법(私法)질서를 형성하는 경우에도 헌법상 기본권이 존중되고 보호되도록 할 의무가 있다는 것을 천명한 것이다.”라고 판시하여,<sup>4)</sup> 국가의 기본권보호의무의 헌법

1) ‘기본권적 법익’(Grundrechtsgüter)이라는 표현은 대국가적 방어권으로서의 기본권을 넘어서는 것을 나타내기 위함이다. 즉, 방어권으로서의 기본권은 국민과 국가의 관계 속에서만 존재하는 반면, ‘기본권이 보호하려는 법익’은 국가와 국민 관계와 무관하게 “절대적으로” 존재함을 표상하는 것이다. 따라서 ‘사인에 의한 기본권침해’는 엄밀히 말하자면 “사인에 의한 기본권적 법익의 침해”라고 불려야 한다. D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Berlin, 1985, S. 94f. 서경석, “국가의 기본권보호의무 비판”, 『헌법학연구』 제9권 제3호, 한국헌법학회, 2003.9, 394쪽. 이와 같이 국가에 의해 보호되는 것은 기본권 그 자체가 아니라 기본권에 의해 보호되는 다양한 자유·행위·이익이므로, 정확하게는 ‘기본권보호의무’라고 하기보다 “기본권법익보호의무”라는 견해로 小山剛, 『基本權保護の法理』, 成文堂, 1998, 246쪽; 松本和彦, “基本權の私人間效力と日本國憲法”, 『阪大法學』 53(3·4), 2003.11, 279쪽. 이해진, “일본의 기본적 인권의 사인간 효력”, 『비교헌법연구 2017-B-4』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017.8, 57쪽.

2) 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764등 (제2차 교통사고처리특례법상 불처벌특례조항 사건), 판례집 21-1상, 156, 177.

3) 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바40 (친고죄에 있어서 고소 취소가 가능한 시기 사건), 판례집 23-1상, 1, 6; 헌재 2015. 12. 23. 2011헌바139 (대한민국 국적 미소지자 위로금 지급대상 제외 사건), 판례집 27-2하, 456, 464.

4) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등 (제1차 교통사고처리특례법상 불처벌조항 사건), 판례집 9-1, 90, 119-120; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 (민법상 손해배상청구권과 태아의 지위 사건), 판례집 20-2상, 91, 103; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등 (양심적 병역거부 사건), 판례집 23-2상, 174, 198; 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38 (담배사업법 사건), 판례집 27-1하, 12, 27-28; 헌재 2016. 10. 27. 2012헌마121 (평가서 초

적 근거를 제10조 제2문에서 찾고 있다.<sup>5)</sup>

나아가 헌법재판소는 “국가의 기본권보호의무의 이행은 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는 것이고, 국가가 그 보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 입법자가 제반사정을 고려하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것이다. 물론 입법자가 기본권보호의무를 최대한 실현하는 것이 이상적이지만, 그러한 이상적 기준이 헌법재판소가 위헌여부를 판단하는 심사기준이 될 수는 없으며, 헌법재판소는 권력분립의 관점에서 소위 ‘과소보호금지원칙’을, 즉 국가가 국민의 기본권보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 심사하게 된다. 따라서 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해는 입법자의 보호의무에 대한 명백한 위반이 있는 경우에만 인정될 수 있다. 다시 말하면, 국가가 국민의 법익을 보호하기 위하여 아무런 보호조치를 취하지 않았든지, 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여 헌법재판소는 국가의 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.”라고 판시하여,<sup>6)</sup> 기본권보호의무 위반여부에 대한 심사기준은 ‘과소보호금지원칙’임을 밝혔다.<sup>7)</sup>

여기에서 기본권보호의무에 관한 몇 가지 문제가 제기된다. 즉, ① 기본권‘보호’의무의 용어의 문제, ② 기본권보호의무의 헌법적 근거, ③ 보호대상 기본권적

안 작성시 ‘중대사고’ 제의 사건), 판례집 28-2상, 654, 664; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바280 (산업단지 개발계획시 의견청취동시진행조항 사건), 판례집 28-2하, 513, 524-525; 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379 등 (양심적 병역거부 사건), 판례집 30-1하, 370, 430; 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바148등 (민간인 집단희생 사건 등 국가배상청구권 소멸시효 사건), 판례집 30-2, 237, 250 등.

5) 다만 최근에 헌재 2019. 12. 27. 2018헌마730 (제2차 공직선거법상 소음규제 사건)에서는, “헌법 제10조의 규정에 의하면 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지고, 기본권은 공동체의 객관적 가치질서로서의 성격을 가지므로, 적어도 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해에 대해서는 그것이 국가가 아닌 제3자로서의 사인에 의해서 유발된 것이라고 하더라도 국가가 적극적인 보호의 의무를 진다.”고 판시하여 ‘헌법 제10조 제2문’과 함께 ‘기본권의 객관적 가치질서로서의 성격’을 언급하고 있다(판례집 31-2하, 315, 321). 同旨, 헌재 2020. 3. 26. 2017헌마1281 (구 동물보호법상 동물장묘업의 지역적 등록제한사유 사건), 공보 282, 546, 548.

6) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등 (제1차 교통사고처리특례법상 불처벌조항 사건), 판례집 9-1, 90, 121-122. 이 결정은 국가의 기본권보호의무에 관한 이론을 사실상 최초로 헌법재판소 판례로 도입하여 정착시켰다는 데에 그 학문적 의의가 크다는 견해로 방송주, “국가의 기본권보호의무”, 『헌법판례 100선 (한국헌법학회 편)』, 법문사, 2012, 136쪽.

7) 헌법재판소가 개소 이래 기본권보호의무 위반으로, 즉 과소보호금지원칙 위배로 위헌이라고 판단한 사례는 단 한 건, 즉 헌재 2019. 12. 27. 2018헌마730 (제2차 공직선거법상 소음규제 사건) 결정이 유일하다. [<주문>: “공직선거법(2010.1.25. 법률 제9974호로 개정된 것) 제79조 제3항 제2호 중 ‘시·도지사 선거’ 부분, 같은 항 제3호 및 공직선거법(2005.8.4. 법률 제7681호로 개정된 것) 제216조 제1항은 모두 헌법에 합치되지 아니한다. 위 법률조항들은 2021. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”]

법익의 범위, ④ 기본권보호의무의 발생요건과 법적 효과, ⑤ 방어권 등 다른 개념과의 비교, ⑥ 과잉금지원칙과의 관계, ⑦ 기본권보호의무 위반여부에 대한 심사의 강도, ⑧ 기본권보호청구권의 문제가 그것이다. 이번 발표에서는 시간 및 지면관계상 기본권보호의무의 핵심쟁점인 위 ①, ②, ③의 문제를 집중적으로 검토하기로 한다.<sup>8)</sup>

## II. 기본권보호의무의 용어의 문제

### 1. 헌법의 규정과 헌법재판소의 사용례

우리 헌법재판소가 국가의 기본권‘보호’의무라는 용어를 쓴 것은, 독일의 연방헌법재판소가 사용하고 있는 “Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates”라는 용어를 “국가의 기본권보호의무”로 번역한 것으로 보인다. 그러나 헌법 제10조 제2문은 기본권 “보호”가 아니라 “보장”이라는 용어를 사용하고 있다.<sup>9)</sup> 한편 헌법은 여러 곳에서 ‘보호’라는 용어를 사용하고 있는데, 그 중 국가의 국민(기본권)의 보호와 관련된 규정을 보면 다음과 같다. 즉, 헌법은 제2조 제2항에서 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 **보호**할 의무를 진다.”<sup>10)</sup>고 규정하고, 제8조 제3항에서 “정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 **보호**를 받으며”<sup>11)</sup>라고 규정하고 있으며, 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 **보호**한다.”<sup>12)</sup>고 규정하고 있다.

제32조 제4항은 “여자의 근로는 특별한 **보호**를 받으며, 고용·임금 및 근로

8) 나머지 쟁점 중 ⑥, ⑦, ⑧에 대하여는 필자의 논문 “기본권보호의무론에 관한 몇 가지 쟁점”, 『세계헌법연구』 제26권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2020.4, 31-65쪽을 참조 바람.

9) 법제처 홈페이지의 영문헌법[<http://www.law.go.kr/engLsSc.do?tabMenuId=tab45#>]은 제10조 제2문을 “It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals.”라고 번역하고 있다. 한편 ‘외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 **보장**된다.’고 규정한 제6조 제2항은 “The status of aliens shall be guaranteed as prescribed by international law and treaties.”로 번역되고 있으며, ‘교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 **보장**된다.’고 규정한 제31조 제4항은 “Independence, professionalism and political impartiality of education and the autonomy of institutions of higher learning shall be guaranteed under the conditions as prescribed by Act.”라고 번역되고 있다.

10) “It shall be the duty of the State to protect citizens residing abroad as prescribed by Act.”

11) “Political parties shall enjoy the protection of the State and may be provided with operational funds by the State under the conditions as prescribed by Act.”

12) “The rights of authors, inventors, scientists, engineers and artists shall be protected by Act.”

조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.”<sup>13)</sup>고 규정하고 있으며, 제5항은 “연소자의 근로는 특별한 **보호**를 받는다.”<sup>14)</sup>고 규정하고 있다. 또한 제34조 제5항은 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 **보호**를 받는다.”<sup>15)</sup>고 규정하고 있으며, 제6항은 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 **보호**하기 위하여 노력하여야 한다.”<sup>16)</sup>고 규정하고 있다. 한편, 제36조 제2항은 “국가는 모성의 **보호**를 위하여 노력하여야 한다.”<sup>17)</sup>고 규정하고 있고, 제3항은 “모든 국민은 보전에 관하여 국가의 **보호**를 받는다.”<sup>18)</sup>고 규정하고 있다.<sup>19)</sup>

이와 같이 우리 헌법은 ‘보장’과 ‘보호’를 달리 사용하고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소가 국가의 기본권 ‘보호’의무의 근거로 ‘보장’이라는 용어를 사용하고 있는 헌법 제10조 제2문을 들었다면, 위와 같이 헌법문언상 다른 표현인 ‘보장’과 ‘보호’가 각각 고유한 특별한 내용을 담아 사용된 것이 아니라 ‘단지 표현상 혹은 수사(修辭)상 차이에 불과한 것’ 내지는 ‘경우에 따라서는 완전히 동일한 것’으로 이해될 수 있음을 논증했어야 한다.<sup>20)</sup> 그런데 헌법재판소는 이에 대하여 어떠한 설명도 없다.

## 2. 검토

앞에서 본 바와 같이 우리 헌법은 ‘보장’(保障)과 ‘보호’(保護)를 다른 의미로 사용하고 있으며, 영문헌법에서도 전자는 ‘guarantee’로 후자는 ‘protection’으로 표

13) “Special protection shall be accorded to working women, and they shall not be subjected to unjust discrimination in terms of employment, wages and working conditions.”

14) “Special protection shall be accorded to working children.”

15) “Citizens who are incapable of earning a livelihood due to a physical disability, disease, old age or other reasons shall be protected by the State under the conditions as prescribed by Act.”

16) “The State shall endeavor to prevent disasters and to protect citizens from harm therefrom.”

17) “The State shall endeavor to protect mothers.”

18) “The health of all citizens shall be protected by the State.”

19) 그 밖에 기본권관련 규정은 아니지만 제123조 제3항은 “국가는 중소기업을 **보호**·육성하여야 한다.”(The State shall protect and foster small and medium enterprises.)고 규정하고 있고, 제4항은 “국가는 농·수산물물의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하여 가격안정을 도모함으로써 농·어민의 이익을 **보호**한다.”(In order to protect the interests of farmers and fishermen, the State shall endeavor to stabilize the prices of agricultural and fishery products by maintaining an equilibrium between the demand and supply of such products and improving their marketing and distribution systems.)고 규정하고 있다.

20) 김해원, “기본권관계에서 국가의 의무 - 확인의무·보장의무·보호의무를 중심으로,” 『공법학연구』 제12권 제4호, 한국비교공법학회, 2011.11, 89쪽의 각주 19.

기하고 있다. 독일기본법의 용례에서도 전자는 ‘Garantie’로,<sup>21)</sup> 후자는 ‘Schutz’로<sup>22)</sup> 엄연히 다르다. 뿐만 아니라 국어사전적으로도 전자는 “일이 잘 되도록 필요한 조건을 보증함” 또는 “어떤 일이 어려움 없이 이루어지도록 조건을 마련하여 보증하거나 보호함”으로, 후자는 “위험 따위로부터 약한 것을 잘 돌보아 지킴” 또는 “위험이나 곤란 따위가 미치지 아니하도록 잘 보살펴 돌봄”으로 풀이되고 있다.<sup>23)</sup> 따라서 헌법 제10조 제2문에서 말하는 ‘보장’이란 국가가 자신이 침해하지 않는다고 하는 차원을 넘어서, 개인이 가지는 기본적 인권이 실현될 수 있도록 하기 위해서 법과 제도를 통해서 적극적인 보호조치를 하는 것을 의미하며, 이것은 우선 기본권의 실현을 위한 법적·제도적 장치의 형성행위(법제도와 조직 및 절차의 보장과 사전적 권리구제절차), 그리고 기본권이 침해된 경우에 이를 구제해 주기 위한 법적·제도적 장치의 형성행위(기본권구제를 위한 절차의 보장과 사후적 권리구제절차)를 포함하는 개념으로 보아야 할 것이다.<sup>24)</sup>

그리고 기본권보호의무란 국가의 포괄적 의무를 가리키는 것이 아니고, 기본권에 의하여 보호되는 기본권적 법익을 사인인 제3자의 위법적 제약으로부터 보호하여야 할 국가의 의무를 말한다. 즉, 기본권 보호의무는 ① 기본권적 법익이 제약되거나 제약될 위험이 국가가 아닌 다른 사인에 의해 야기되고 있고,<sup>25)</sup> ② 국가가 그 제약 또는 제약될 위험으로부터 적극적으로 국민의 기본권적인 법익을 보호하는 제반조치를 취할 의무를 부담하는 상황에서 발생한다. 다시 말하면, 기

21) 기본법 제115조 제1항 참조. 다만, 여기에서의 Garantien은 ‘채무이행의 보증’, ‘거래안전의 보증’과 같이 “보증”으로 번역함이 더 자연스럽다.

22) 기본법 제5조 제2항(Schutze der Jugend, 청소년보호), 제6조 제1항(Schutze der staatlichen Ordnung, 국가질서의 보호), 제6조 제4항(den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft, 공동체의 보호와 부조), 제45b조(Zum Schutz der Grundrechte, 기본권을 보호하기 위하여), 제72조(Naturschutz, 자연보호), 제73조 제1항 제1호(Schutzes der Zivilbevölkerung, 민간인보호), 제73조 제1항 제5호(Grenzschatzes, 국경보호) 등 참조.

23) 『새로나온 국어사전』, 민중서관, 2001, 1113·1118쪽; 『국립국어원 표준대사전』 [https://stdict.korean.go.kr/search/searchResult.do?pageSize=10&searchKeyword= 보장 및 보호] 참조.

24) 방승주, “헌법 제10조”, 『헌법주석서 I』, 법제처, 2010.3, 379쪽.

25) 그런데 헌법재판소는 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바148등 결정에서, “헌법상 기본권보호의무를 지는 국가가 소속 공무원들의 조직적 관여를 통해 불법적으로 민간인을 집단 희생시키거나 국민에 대한 장기간의 불법구금 및 고문 등에 의한 허위자백으로 유죄판결 등을 하고 사후에도 조작·은폐 등을 통해 피해자 및 유족의 진상규명을 저해하여 오랫동안 국가배상청구권을 행사하기 어려운 상황이었음에도, 그에 대한 소멸시효를 불법행위시점(민법 제766조 제2항) 내지 객관적으로 권리를 행사할 수 있는 시점(민법 제166조 제1항)으로부터 기산함으로써 국가배상청구권이 이미 시효로 소멸되었다고 선언하는 것은 헌법 제10조에 반하는 것으로 도저히 받아들일 수 없기 때문이다.”라고 하여(판례집 30-2, 237, 250), 사인이 아닌 국가(공무원)의 불법행위로부터 국민의 기본권(국가배상청구권) 보호의무가 발생한다는 취지로 판시하였는데, 이는 헌법 제10조 제2문 소정의 기본권“보장”의무에 해당할 수는 있어도 사인인 제3자에 의한 침해를 요건으로 하는 기본권“보호”의무의 문제는 아니라는 점에서 타당하지 않은 판시라고 할 것이다.

본권보호의무는 국가 - 피해자 - 가해자의 3각관계<sup>26)</sup> 속에서 발생하는 기본권 제약을 적극적으로 해결하기 위한 개념틀이고, 결국 기본권보호의무의 문제영역은 사적 영역에서 사인 간에 이루어지는 기본권의 제약, 즉 사인 상호간의 자율적인 영역에 국가가 개입하도록 의무지우는 범위의 문제에 관한 것이 된다. 즉, 기본권 보장 의무와 기본권보호의무는 그 대상영역이 다른 개념이라고 보아야 할 것이다.

### Ⅲ. 헌법적 근거

#### 1. 독일과 우리나라에서의 논의

##### 가. 독일의 경우

##### (1) 연방헌법재판소

1949년에 제정된 독일 기본법에는 제1조 제1항<sup>27)</sup>이 인간의 존엄을 존중하고 보호하는 것을 모든 국가권력의 의무라고 하는 것 외에, 기본권규정 중에서 국가의 보호의무를 일반적으로 표현하고 있는 규정은 없다. 따라서 기본권보호의무를 도출하는 근거에 대해서는 견해차가 작지 않다. 독일에서 기본권보호의무 이론이 본격적으로 논의된 계기가 된<sup>28)</sup> 1975년의 제1차 낙태판결<sup>29)</sup>에서 연방헌법재판소는 태아의 생명보호를 위한 기본권보호의무를 생명권(기본법 제2조 제2항 제1문)<sup>30)</sup> 및 기본권의 객관적 가치질서에서 도출하고,<sup>31)</sup> 부수적으로 기본법 제1조

26) 일본에서는 (법적) ‘3각관계’라고 부르기도 한다. 小山剛, 민병로 옮김, 『憲法上の 權利 作法』, 전남대학교 출판문화원, 2019, 184쪽.

27) “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.” (인간의 존엄은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.)

28) 이재희, “사적 영역에서의 평등권 보장”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2012, 184쪽.

29) BVerfGE 39, 1. 추상적 규범통제 방식으로 진행된 이 판결에서 연방헌법재판소는 ‘국가의 기본권보호 의무’라는 법리를 전개했다. 즉, 방어권에 의한 구제에는 해당하지 않지만 기본권의 중요성을 감안할 때 기본권에 근거한 구제를 거부할 수 없는 경우에 기본권이 지닌 객관법적이고 가치결정적인 측면을 매개하여 방어권을 초월한 법적 작용이 도출된다는 것이다. 서경석, 앞의 글, 393-394, 396쪽.

30) “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.” (누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 가진다.)

31) “보호의무의 헌법적 근거는 실정 기본권규범(제2조 제2항 제1문)이며, 또한 주관적 방어권과 더불어 존재하는 기본권의 객관적 가치질서 즉 헌법적 근본결단으로서 법의 모든 분야에서 효력을 가지며 입법·행정·사법에 지침과 동기를 부여하는 객관적 가치질서의 차원이다.”(BVerfGE 39, 1, [41]) [‘기본권의 객관적 가치질서’라는 개념은 우리 헌법재판소에서도 수용하고 있다. 헌재 1995. 6. 29. 93헌바45:

제1항 제2문을 원용하였는데, 1993년의 제2차 낙태판결에서는 태아의 생명에 대한 보호의무를 기본법 제1조 제1항 제2문으로부터 직접 도출하고,<sup>32)</sup> 국가의 보호의무의 대상과 정도 등은 구체적인 기본권(예컨대 이 사안과 같은 생명권의 경우에는 제2조 제2항)에서 찾았다.<sup>33)</sup> 연방헌법재판소는 이 제2차 낙태판결에서 ‘과소보호금지원칙’을 처음으로 언급하였다.<sup>34)</sup>

그러나 이들은 낙태판결의 특수성에 기인하는 것으로 보아야 하며, 다른 사건들에서는 대체로 기본권의 객관적 가치질서<sup>35)</sup> 또는 객관법적 내용<sup>36)</sup>을 근거로 제시하고 있다.<sup>37)</sup> 즉, 1978년의 ‘Kalkar 결정’<sup>38)</sup>에서는 기본법 제1조 제1항은 보호의무가 명기되어 있는 예시적 조문에 불과하고 정작 보호의무를 근거지우는 것은 객관적 가치결정으로서의 개별기본권이라 하였고, 1979년의 ‘Mülheim-Kärlich 결정’<sup>39)</sup>에서는 보호의무를 기본법 제2조 제2항의 객관법적 측면으로만 도출하였으며, 1987년의 ‘화학무기(C-Waffen) 결정’<sup>40)</sup>에서는 “객관법적 측면으로부터의 도출”을 연방헌법재판소의 확립된 판례로 지칭하였다.<sup>41)</sup> 이와 같이 연방헌법재판

“국민의 기본권은 국가권력에 의하여 침해되어서는 아니된다는 의미에서 소극적 방어권으로서의 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라, 헌법 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 선언함으로써, 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다. 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로, 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다.”(판례집 7-1, 873, 879-880)

- 32) “이 보호의무의 근거는 국가에 명문으로 인간의 존엄 존중과 보호를 의무지우는 제1조 제1항이고, 그 대상(……)과 정도는 신체의 불가침을 규정하는 제2조 제2항에 의해 상세히 획정된다.”(BVerfGE 88, 203 [251]) 이 판결에 따르면, 보호의무의 근거는 제1조 제1항뿐이다. 그러나 후술하는 (기본권의 객관법적 측면에서 근거를 찾는) 판례의 태도와 비교해 볼 때 연방헌법재판소가 태아의 생명과 같은 인간의 존엄에 매우 밀접한 범의 경우에 태도를 바꾼 것이라고 볼 수는 없다. 서경석, 앞의 글, 402쪽. 이 판례에 대한 소개로 홍완식, “독일연방헌법재판소의 낙태판결에 관한 고찰”, 『강원법학』 제10권, 강원대학교 비교법학연구소, 1998, 545쪽 이하 참조.
- 33) 방승주, “국가의 기본권보호의무와 그 이행여부에 대한 헌법재판소의 통제(上)”, 고시연구 2004년 8월호, 174쪽; 정문식, “생명윤리법상 국가의 기본권보호의무”, 『공법학연구』 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007.8, 173쪽.
- 34) BVerfGE 88, 203 [254]. 이부하, “기본권보호의무의 헌법적 쟁점”, 『법조』 제68권 제2호(통권 제734호), 법조협회, 2019.4, 38쪽.
- 35) BVerfGE 49, 89 [142]; 57, 250 [284ff.]; 77, 170 [214].
- 36) BVerfGE 56, 54 [73].
- 37) 계획열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2007, 108쪽.
- 38) BVerfGE 49, 89. 연방헌법재판소는 이 결정에서 “기본권보호의무는 입법자의 입법형성권에 의해 수행된다.”고 강조했다. 이부하, 앞의 글, 38쪽.
- 39) BVerfGE 56, 54.
- 40) BVerfGE 77, 170.
- 41) 서경석, 앞의 글, 401쪽.

소의 판례는 기본권보호의무의 근거를 ‘인간의 존엄’에서 ‘기본권의 객관법적 측면’으로 옮겨가는 경향이 뚜렷하다. 그래서 학자 중에는 기본법 제1조 제1항이 기본권보호의무의 일반적 근거로서의 성격을 상실했다고 평가하는 사람도 있다.<sup>42)</sup>

국가의 보호의무를 명문으로 규정하고 있는 인간의 존엄 규정(기본법 제1조 제1항)이 아니라 해당되는 개별 기본권들을 보호의무의 근거로 삼음으로써 기본권보호의무는 국가의 개입범위가 확장될 수 있는 길을 활짝 열었다. 예컨대 기본법 제12조 제1항의 직업의 자유를 보호하기 위해 국가는 종래 사적자치(私的自治) 영역으로 간주되던 영역에 입법적(立法的) 방식이나 사법적(司法的) 방식으로 개입하는 것이 가능해졌다.<sup>43)</sup> 기본권보호의무는 생명 등의 인간의 존엄에 직결된 특정 기본권을 넘어서서 자유권적 기본권 일반에 타당하는 법리로서 전개되는 단서를 얻게 된 것이다.<sup>44)</sup>

## (2) 학설

학설의 경우 기본법 제2조 제2항을 중심으로 하면서도 생명·건강에 한정되지 않고 성립할 수 있다고 해석하는 견해,<sup>45)</sup> 기본법 제1조 제1항이 명문으로 국가의 보호를 명하고 있기 때문에 인간의 존엄에 대해서만 보호의무를 승인한 것이라고 보는 견해,<sup>46)</sup> 사인에 의한 기본권적 법익의 침해가 있으면 기본권 보호의무를 위반한 것이 아니라 그 방어적 기본권이 국가에 의해서 침해된 것으로 재구성하려고 하는 견해<sup>47)</sup> 등이 있다. 이러한 견해 차이는 기본권보호의무를 인정하는 범위를 모든 기본권으로 할 것인가, 인간의 존엄성과 관련된 범위 내에서의 기본권으로 한정할 것인가, 생명·신체의 안전에 관한 기본권 등 특히 중요한 기본권으로 그 범위를 한정할 것인가로 각기 결론이 달라지게 된다.

한편 보호의무 이론의 체계화에 많은 기여를 한 Isensee는 ‘객관적 가치질서’를 원용하는 것은 결코 설득력이 있는 근거가 아니라고 지적하고 있다. 왜냐하면

42) K. Stern *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* III/1, München, 1998, §67 V, S. 943. 서경석, 앞의 글, 399쪽.

43) 사인간의 대리상(代理商) 계약에 포함되어 있는 경업회피조항이 문제된 ‘대리상결정’에서 연방헌법재판소는, “경업회피조항을 담고 있는 계약이 기본법 제12조 제1항 직업의 자유에 반하고, 특히 당사자간에 힘의 차이가 있는 경우에 기본권을 보호하기 위해 국가에게 입법적 개입 또는 사법적 개입이 요청된다.”고 판시하였다.(BVerfGE 81, 242 [254ff.])

44) 서경석, 앞의 글, 401-402쪽.

45) 예컨대 K. Stern (Anm. 40), S. 943ff.

46) 예컨대 Stark와 Böckenförde의 입장이 그러하다. 小山剛, 앞의 책(각주 1), 126쪽 이하.

47) 서경석, 앞의 글, 398쪽.

이러한 객관적 가치질서라고 하는 개념 자체가 법학적 근거를 제공하기에는 너무나 추상적이고 유동적인 개념이기 때문이라는 것이다.<sup>48)</sup> 여기에서 Isensee는 국가의 기본권보호의무를 기본권 외적인 근거, 즉 “안전”이라고 하는 국가적 과제에서 찾고 있다.<sup>49)</sup> 안전은 현대국가가 존재하기 때문에 국민들로 하여금 복종을 요구하게 할 수 있는 국가의 기본적인 존립목적이라는 것이다. 그리고 안전이라고 하는 국가적 과제는 결코 헌법적으로 실정화되어야 할 필요가 있는 것은 아니라고 한다. 그것이 헌법적으로 규정되어 있든지 아니든지 안전이라고 하는 국가적 과제는 실체적 헌법의 중대한 구성부분이라는 것이다. 이것을 방어권을 유추해서 정의한다면 안전이란 “기본권주체의 다른 사람의 침해로부터의 자유”라는 것이다.<sup>50)</sup>

## 나. 우리나라의 경우

### (1) 헌법재판소

위에서 본 바와 같이 헌법재판소(다수의견)는 국가의 기본권보호의무의 헌법적 근거로 헌법 제10조 제2문을 들고 있다.<sup>51)</sup> 그러나 이에 대하여 제1차 교통사고처리특례법상 불처벌특례조항 사건의 재판관 3인의 위헌의견은 헌법 전문, 제10조, 제30조, 제37조 제1항을,<sup>52)</sup> 형법 제9조 (14세미만 형사미성년자) 사건의 재

48) J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, Bd. V, 2000, §111, Rdnr 81. 그는 ‘객관적 가치질서’라는 개념의 의미는 기본권이 단지 방어권으로서 머무르게 되는 것을 방지하고 그 밖의 다른 기능들을 가능하게 하기 위한 데에 있다고 한다. 방승주, 앞의 글(각주 31), 174쪽.

49) J. Isensee (Anm. 46), §111, Rdnr 83.

50) J. Isensee (Anm. 46), §111, Rdnr 84. 방승주, 앞의 글(각주 31), 174-175쪽.

51) 현재 1997. 1. 16. 90헌마110등 (제1차 교통사고처리법상 불처벌특례조항 사건), 판례집 9-1, 90, 119-120; 현재 2008. 7. 31. 2004헌바81 (민법상 손해배상청구권에 있어서의 태아의 지위 사건), 판례집 20-2상, 91, 103; 현재 2011. 8. 30. 2008헌가22등 (양심적 병역거부 사건), 판례집 23-2상, 174, 198; 현재 2015. 4. 30. 2012헌마38 (담배사업법 사건), 판례집 27-1하, 12, 27-28; 현재 2016. 10. 27. 2012헌마121 (평가서 초안 작성 시 ‘중대사고’ 제외 사건), 판례집 28-2상, 654, 664; 현재 2016. 12. 29. 2015헌바280 (산업단지개발계획 시 의견청취동시진행조항 사건), 판례집 28-2하, 513, 524-525; 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 (양심적 병역거부 사건), 판례집 30-1하, 370, 430; 현재 2018. 8. 30. 2014헌바148등 (민간인 집단희생 사건 등 국가배상청구권 소멸시효 사건), 판례집 30-2, 237, 250 등. 한편, 앞에서 본 바와 같이 현재 2019. 12. 27. 2018헌마730 (제2차 공직선거법상 소음규제 사건) 결정 및 현재 2020. 3. 26. 2017헌마1281 (구 동물보호법상 동물장묘업의 지역적 등록제한사유 사건) 결정에서는 헌법 제10조 제2문과 함께 ‘기본권의 객관적 가치질서로서의 성격’을 언급하고 있다

52) 현재 1997. 1. 16. 90헌마110등: “헌법 전문의 ‘우리 대한민국민은 (……) 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서’라는 부분, 제10조의 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인

판관 1인의 보충의견은 여기에서 헌법 전문을 제외하고 제10조, 제30조, 제37조 제1항을 기본권보호의무의 근거규정으로 보았다.<sup>53)</sup>

## (2) 학설

한편, 학설은 가히 백가쟁명(百家爭鳴)의 모습이다. 즉, ① 우리 헌법재판소의 종래의 입장(다수의견)에 찬성하는 견해<sup>54)</sup>뿐만 아니라 ② 독일연방헌법재판소의 주류 판례와 같이 실정 헌법규정이 아니라 기본권이 가지는 객관적 가치질서의 측면으로부터 그 근거를 찾는 견해,<sup>55)</sup> ③ 입헌주의헌법과 민주공화국의 선언 규정으로부터 기본권보장(보호)의무를 도출하고 헌법 제10조 제2문이나 헌법 전문은 단지 이를 확인하는 것으로 보는 견해,<sup>56)</sup> ④ 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격과, 개인의 안전보장이라고 하는 국가목적, 헌법 전문의 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보하고” 부분, 헌법 제10조 제2문, 헌법 제30조 모두를 헌법적 근거로 드는 견해,<sup>57)</sup> ⑤ 기본권보호의무의 우선적 근거는 헌법 제10조 제2문이고, 그 밖에 헌법 전문의 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 …… 확보”, 제21조 제4항의 “언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.”

하고 이를 보장할 의무를 진다.’, 제30조의 ‘타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.’, 제37조 제1항의 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.’는 규정내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다고 할 것이다.”(판례집 9-1, 90, 126, 재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형의 위헌의견)

- 53) 헌재 2003. 9. 25. 2002헌마533: “헌법 제10조의 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’, 제37조 제1항의 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.’는 규정 및 제30조 범죄피해자의 국가구조청구권의 내용으로부터 국민의 생명·신체의 안전에 대한 기본권과 그 생명·신체를 사인에 의한 침해로부터 적절히 보호할 국가의 의무가 도출된다.”(판례집 15-2상, 479, 489, 재판관 전효숙의 보충의견)
- 54) 이승우, “국가의 기본권보호의무”, 『현대공법과 개인의 권리보호 - 근재 양승두교수 화갑기념논문집(1)』, 홍문사, 1994, 1182쪽; 한수용, “헌법소송을 통한 사회적 기본권 실현의 한계 - 법적 권리설로부터의 결별-”, 『인권과정의』 1997년 1월호, 73쪽; 장영철, 장영철, “기본권의 제3차적 효력과 기본권보호의무”, 『공법연구』 제29집 제2호, 2001.2, 167쪽; 표명환, “입법자의 기본권보호의무의 헌법적 통제”, 『헌법학연구』 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005, 212쪽; 정문식, 앞의 글, 174쪽.
- 55) 정태호, “기본권보호의무”, 『인권과정의』 제252호, 대한변호사협회, 1997.8, 92-99쪽; 계희열, 앞의 책, 107-108쪽; 이부하, “헌법영역에서 기본권보호의무”, 『공법학연구』 제8권 제3호, 한국비교공법학회, 2007.8, 131쪽.
- 56) 송기춘, “국가의 기본권보장의무에 관한 연구”, 법학박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1998, 108쪽.
- 57) 김선택, 『헌법사례연습』, 법문사, 2000, 286쪽.

는 규정, 제30조의 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”는 규정도 기본권보호의무를 간접적으로 시사하고 있다는 견해,<sup>58)</sup> ⑥ 먼저 기본권의 이중적 성격과 실정 헌법에서는 헌법 전문의 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서”라는 규정, 제10조 제2문, 제30조, 제36조, 제124조가 모두 국가의 보호의무를 규정한 것으로 보는 견해,<sup>59)</sup> ⑦ 객관적 가치 질서로서의 자유권적 성격, 헌법 제10조 제2문의 ‘국가의 인권보장 의무’, 그리고 국가목표로서 내적 평화와 법익의 안전에 대한 보장을 드는 견해,<sup>60)</sup> ⑧ 헌법 제10조 제2문의 기본권보장의무, 국가의 내적 안전보장, 국가의 권력독점, 헌법 제30조와 더불어 개별 기본권의 객관적 측면을 드는 견해,<sup>61)</sup> ⑨ 헌법이 정하고 있는 기본권보장과 국가의 본질적 기능과 목적 그리고 헌법 제10조 제2문을 근거로 드는 견해,<sup>62)</sup> ⑩ ㉠헌법전문상 근거로 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐”하는 헌법 전문, 제10조 제2문, 제30조, 그 밖에 제18조, 제36조 제1항, 제32조 제3항·제4항, 제21조 제4항, 제36조 제3항을 들고, ㉡기본권의 객관적 질서, ㉢국가존립의 근거와 자력구제의 금지 등을 종합적으로 고려하는 견해,<sup>63)</sup> ⑪ 헌법 제11조와 결부된 헌법 제2조 제2항을 근거로 드는 견해,<sup>64)</sup> ⑫ 실정법적 근거로 헌법 전문의 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보” 부분, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 제30조의 범죄 피해자구조청구권을, 이론적 근거로 기본권의 객관적 원칙규범 성격을 드는 견해<sup>65)</sup> 등이 있다.

58) 방승주, 앞의 글(각주 31), 176-177쪽; 同人, 앞의 글(각주 21), 382-383쪽.

59) 김상겸, “제3자의 기본권침해에 대한 보호의무로서 기본권보호의무”, 『고시연구』 2003년 6월호, 255-256쪽.

60) 한수용, 『헌법학』, 법문사, 2018, 433-435쪽.

61) 허완중, “기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충들의 관계”, 『헌법논총』 제25집, 헌법재판소, 2014, 19쪽; 同人, 『헌법외딴편(기본권론)』, 박영사, 2020, 54쪽.

62) 정중섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016, 345쪽.

63) 이민열, “기본권보호의무의 구조와 보호권”, 『헌법재판연구』 제5권 제2호, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2018.12, 264-272쪽.

64) 김해원, 앞의 글, 99-100, 102쪽: “헌법 제2조 제2항은 ‘국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다’라고 규정하여 ‘재외국민’에 대한 국가의 ‘보호의무’를 명시하고 있다. 그리고 이 조항을 헌법 제11조의 ‘평등’과 결부해서 이해한다면 비록 헌법이 명시하고 있지만 ‘국내거주국민’에 대한 국가의 ‘보호의무’ 또한 당연히 긍정된다고 해야 한다.”

65) 김학성, 『헌법학원론』, 피앤씨미디어, 2017, 346-347쪽.

## 2. 검토

### 가. 기본권보호의무의 근거가 될 수 없는 것

#### (1) 헌법 전문

헌법 전문(前文)에는 “…… 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 ……”라고 규정하고 있는데, 이 ‘안전’의 확보로부터 국가가 개인의 안전, 특히 기본권 보호를 위해 노력해야 할 의무가 있음을 알 수 있다. 그러나 헌법 전문에 규정된 ‘안전’의 확보가 국가의 목적이면서 동시에 국가의 기본권 보호를 위해 노력할 의무에 대한 선언이지만, 이 문언만으로 법적 의무로서의 기본권보호의무가 발생하는 직접적인 근거가 되기는 어렵다.<sup>66)</sup> 나아가 헌법 전문의 재판규범성 인정여부에 대하여는 효력부정설, 효력인정설, 간접적(제한적) 인정설이 대립하는데, 헌법 전문의 규범적 성격과 효력을 적극적으로 인정하는 헌법재판소의 입장<sup>67)</sup>을 따른다 하더라도 “기본권”보호의무의 근거는 헌법상 “기본권” 조항에서 찾아야 한다는 점에서 보더라도 헌법 전문은 그 근거조항이 될 수 없다고 생각한다.

#### (2) 제2조 제2항

헌법 제2조 제2항에서 말하는 ‘재외국민’이란 대한민국의 국민으로서 외국의 영주권을 취득한 자 또는 영주할 목적으로 외국에 거주하고 있는 자를 말하는데(재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률 제2조 제1호), 재외국민을 국가가 보호해야 하는 이유는 그들도 우리나라의 인적인 존립기반을 이루고 있기 때문이다.<sup>68)</sup> 한편, 헌법 제2조 제2항이 규정하듯 재외국민이 거주국에 있는 동안 받는

66) 정태호, 앞의 글, 90쪽; 이재희, 앞의 글, 192쪽.

67) 헌재 1989. 9. 8. 88헌가6: “우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다.”(판례집 1, 199, 205) 同旨, 헌재 2006. 3. 30. 2003헌마806: “헌법 전문은 헌법의 이념 내지 가치를 제시하고 있는 헌법규범의 일부로서 헌법으로서의 규범적 효력을 나타내기 때문에 구체적으로는 헌법소송에서의 재판규범인 동시에, 헌법이나 법률해석에서의 해석기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다.”(판례집 18-1상, 381, 391) 그 밖에 헌법 전문을 직접 재판규범으로 활용한 사례로는 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49 결정 및 헌재 2003. 7. 24. 2001헌바96 결정 참조.

68) 헌재 2006. 3. 30. 2003헌마806, 판례집 18-1상, 381, 391.

보호는 조약 기타 일반적으로 승인된 국제법규와 당해 거류국의 법령에 의하여 누릴 수 있는 모든 분야에서서 정당한 대우를 받도록 거류국과의 관계에서 국가가 하는 외교적 보호와 국외거주 국민에 대하여 정치적인 고려에서 특별히 법률로써 정하여 베푸는 법률·문화·교육 기타 제반영역에서의 지원을 뜻한다는 점에서,<sup>69)</sup> 헌법 제2조 제2항도 국가의 기본권보호의무의 근거로 삼을 수 없다고 할 것이다. 헌법 제2조 제2항은 “기본권” 조항이라고 볼 수 없다는 점에서도 동 조항이 기본권보호의무의 근거가 될 수는 없다고 생각한다.

### (3) 제10조 제2문

현행헌법 제10조 제2문과 같은 국가의 기본권‘보장’의무가 우리 헌법에 처음으로 도입된 것은 1962. 12. 26. 헌법 제6호(소위 ‘제3공화국헌법’)에 의해서이다. 다만, 당시 헌법 제8조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 이를 위하여 국가는 국민의 기본적 인권을 최대한으로 보장할 의무를 진다.”고 규정하여, 현행 헌법과는 달리 ‘기본적 인권의 최대한 보장’만을 선언하였다.<sup>70)</sup> 즉, 동 조항은 독일에서 기본권보호의무가 처음으로 언급된 제1차 낙태판결이 선고된 1975년보다 먼저 우리 헌법에 도입된 것이므로, 동 조항은 독일의 기본권보호의 무론에 영향을 받아 규정된 것이 아니다.

헌법 제10조 제2문으로부터 국가가 일반적으로 개인의 기본권을 침해하지 않고 보장할 의무를 도출할 수 있는 것은 당연하지만, 이 규정의 문언으로부터 곧바로 사인이 다른 사인의 기본권을 침해하는 것으로부터 피해자의 기본권을 보호할 국가의 의무가 도출되는 것은 아니다.<sup>71)</sup> 즉, 개별 기본권이 전통적인 내용의 주관적 권리의 보장 이외에 사인에 의한 기본권적 법익의 제약에 대한 보호기능을 수행한다는 것이 헌법 명문의 개별 기본권규정 또는 동 규정의 해석에 의하여 확인될 때 비로소 기본권보호의무를 포함시킬 수 있다. 이러한 점을 감안할 때 헌법 제10조 제2문은 기본권의 ‘보호’가 아닌 ‘보장’을 규정하고 있고, 그 보장범위는 개별 기본권이 아닌 기본권 전부를 가리키는 것이므로, 동 조항은 기본권보호의무의 직접적인 근거가 되기 어렵다고 할 것이다.

69) 헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 622, 646.

70) 한편, 1980. 10. 27. 헌법 제9호(소위 ‘제5공화국헌법’)는 제9조에서 현행헌법 제10조와 같이 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여 국가의 기본권‘확인’의무가 포함되었다.

71) 이재희, 앞의 글, 193쪽.

#### (4) 헌법 제21조 제4항 및 제30조

헌법 제21조 제4항의 법적 성격에 대하여 헌법재판소(다수의견)는 ‘언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조하는 동시에 언론·출판의 자유에 대한 제한의 요건을 명시한 규정’으로 보고 있는바,<sup>72)</sup> 이에 따르면 이 조항은 국가의 기본권보호의무와는 관계가 없다.<sup>73)</sup> 또한 헌법 제30조는 “타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러나 이 규정은 문언상에 의하더라도 타인의 생명·신체에 대한 침해 자체를 방지할 의무를 정하고 있는 것이 아니며 타인의 ‘범죄행위’로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 경우에, 즉 “사후에” 국가로부터 구조를 받을 수 있음을 규정한 것에 불과하다. 따라서 헌법 제30조 역시 국가의 기본권보호의무의 근거규정으로 볼 수 없다고 할 것이다.

#### (5) 기본권의 객관적 측면

기본권의 객관적 측면 내지는 객관적 법내용은 ‘가치질서’(Wertordnung), ‘객관적 권리내용’(objektiv-rechtliche Gehalte), 또는 ‘객관적 질서의 요소’(Element der objektive Ordnung)란 이름으로 실시했던 일련의 독일연방헌법재판소 결정들을 통해 크게 네 범주로 구분할 수 있다. ① 기본권의 제3자적 효력(Drittwirkung der Grundrechte), ② 기본권보호의무(Grundrechtliche Schutzpflicht), ③ 절차와 조직(Verfahren und Organisation, ④ 제도보장(Einrichtungsgarantie)이 그것이다.<sup>74)</sup> 이와 같이 기본권보호의무는 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격과 밀접한 관련을 가진다. 그런데 기본권 보호의무를 객관적 가치질서로부터 전면적으로 인정하게 된다면 독일과 같이 모든 자유권에 대하여, 우리나라는 모든 기본권에 대해서 국가의 기본권보호의무가 인정된다고 보아야 할 것이다.

그러나 기본권보호의무가 기본권의 객관적 가치질서와 밀접한 관련을 가진다고 해도, 실정 헌법의 기본권규정으로부터 그 근거를 찾을 수 있다면 굳이 기본권의 객관적 가치질서로부터 기본권보호의무의 근거를 도출해야만 하는 것은 아니다.<sup>75)</sup> 그리고 기본권보호의무는 국가의 적극적인 작위를 요구하고, 그것도 사

72) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109, 판례집 21-1하, 545, 559-560.

73) 한편, 동 조항을 헌법상 ‘표현의 자유의 보호영역의 한계’로 이해하고 있는 소수의견에 따르면이라도 동 조항을 기본권보호의무의 근거조항으로 볼 수 없다.(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109, 판례집 21-1하, 545, 571, 재판관 김희욱, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 별개의견; 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157, 판례집 22-2하, 684, 705, 재판관 이동흡, 재판관 목영준의 반대의견 참조)

74) 정문식, 『독일헌법 기본권 일반론』, 전남대학교출판부, 2009, 59-60쪽.

75) 기본권보호의무의 헌법상 근거규정에 대하여는 필자와 다른 입장이지만, ‘우리 헌법 제10조 제2문은

인 간의 법률관계에 개입할 것을 요구하므로 사적자치에 반하고, 더군다나 피해자에 대한 기본권보호의무는 국가가 가해자의 기본권을 제한하는 법률의 형식을 취하게 되므로 입법자의 형성의 자유를 제약한다는 점에서 민주주의원리와 권력분립원리에 반하는 측면이 있다. 따라서 국가의 기본권보호의무를 기본권의 객관적 측면을 이유로 모든 기본권에 대하여, 또는 일부 양보하더라도 자유권 일반에 대하여 인정하는 것은 문제가 있다.

#### 나. 기본권보호의무의 근거가 될 수 있는 헌법조항

##### (1) 헌법 제8조 제3항

헌법 제8조가 보장하는 정당의 자유는 비록 우리 헌법의 기본권목록(제2장)이 아닌 제1장 총강 부분에서 규정하고 있지만 기본권이라는 점에 대하여는 의문이 없다.<sup>76)</sup> 헌법은 정당제 민주주의에 바탕을 두고 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하고(제8조 제1항), 정당의 목적·조직·활동이 민주적인 한(제2항) 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 이를 보호하며(제3항) 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있도록 하여(제4항) 정당을 일반결사에 비하여 특별히 두텁게 보호하고 있다. 헌법의 정당에 대한 위와 같은 보호는 정당이 국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직으로서, 다른 집단과는 달리 그 자유로운 지도력을 통하여 무정형적(無定型的)이고 무질서한 개개인의 정치적 의사를 집약하여 정리하고 구체적인 진로와 방향을 제시하며 국정을 책임지는 공권력으로까지 매개하는 중요한 공적 기능을 수행하기 때문인 것이며, 그와 같은 정당의 기능에 상응하는 지위와 권한을 보장하고자 하는 헌법정신의 표현이라 할 수 있다.<sup>77)</sup> 따라서 사인이 다른 사인의 정당의 자유를 침해하는 경우 국가는 이를 보호할 의무가 있는 것이므로, 헌법 제8조 제3항도 기본권보호의무의 근거가 될 수 있다.

---

기본권보호의무를 직접 규정하고 있기 때문에 독일연방헌법재판소가 제시하는 기본권의 객관적 질서에 의한 이론구성은 불필요하다'는 견해로 박규하, “헌법국가에 있어서의 국가의 기본권보호의무와 입법부작위에 관한 소고 - 헌법소원과 관련하여 -”, 『외법논집』 제19집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2005, 168쪽.

76) 헌재 2006. 3. 30. 2004헌마246 결정에서 헌법재판소는, “정당설립의 자유는 비록 헌법 제8조 제1항 전단에 규정되어 있지만 국민 개인과 정당의 ‘기본권’이라 할 수 있고, 당연히 이를 근거로 하여 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”고 판시하였다.(판례집 18-1상, 402, 411)

77) 헌재 1991. 3. 11. 91헌마21, 판례집 3, 91, 113; 헌재 1997. 5. 29. 96헌마85, 판례집 9-1, 558, 566-567; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마193, 판례집 13-2, 526, 536.

## (2) 헌법 제35조 제1항

헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”라고 하여 국가와 국민에게 환경보전을 위하여 노력하여야 할 ‘의무’를 따로 규정하고 있다. 헌법재판소는 헌재 2008. 7. 31 2006헌마711 (제1차 공직선거법상 소음규제) 결정에서 “환경권의 내용과 행사는 법률에 의해 구체적으로 정해지는 것이기는 하나 헌법의 취지는 입법자가 환경권을 그 취지에 부합하도록 법률로써 구체화하도록 한 것이며, 환경권 보호를 위한 입법이 없거나 현저히 불충분하여 국민의 환경권을 과도하게 침해하고 있다면 헌법재판소에 그 구제를 구할 수 있다.”고 판시하였는바,<sup>78)</sup> 여기에서 말하는 환경권의 침해는 다른 사인에 의한 침해도 포함되는 것이라고 할 것이다. 이와 같이 환경권은 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지할 뿐만 아니라 이를 넘어 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 (기본권보호) 의무를 적극적으로 부과하는 것이라는 점에서 환경권의 영역에서 이 조항이 기본권보호의무의 근거가 될 수 있다.

## (3) 헌법 제36조 제1항

헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”고 규정하고 있다. 헌법재판소는 이 조항의 의미에 대하여 헌재 2002. 8. 29. 2001헌바82 (부부 자산소득 합산과세) 결정에서 “헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활을 스스로 결정하고 형성할 수 있는 자유를 ‘기본권’으로서 보장하고, 혼인과 가족에 대한 ‘제도를 보장’한다. 그리고 헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족에 관련되는 공법 및 사법의 모든 영역에 영향을 미치는 ‘헌법원리 내지 원칙규범’으로서의 성격도 가지는데, 이는 적극적으로는 적절한 조치를 통해서 혼인과 가족을 지원하고 제3자에 의한 침해 앞에서 혼인과 가족을 보호해야 할 국가의 과제를 포함하며, 소극적으로는 불이익을 야기하는 제한조치를 통해서 혼인과 가족을 차별하는 것을 금지해야 할 국가의 의무를 포함한다.”고 판시하였는데,<sup>79)</sup> 이에 따르면 혼인과 가족에 대한 제3자에 의한 침해에 대하여 이를 보호할 국가의 의무가 도출되므로 이러한 영역에 대한 국가의 기본권보호의무의 근거규정이 될 수 있다고 할 것이다.<sup>80)</sup>

78) 판례집 20-2상, 345, 358.

79) 판례집 14-2, 170, 180.

80) 한편, 동조 제2항은 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하고 있는데, 이는 그 규정

#### (4) 헌법 제36조 제3항

헌법 제36조 제3항은 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”고 규정하고 있는데, 이 조항은 헌법 제32조 제6항이 규정하는 “국가의 재해위험으로부터의 국민의 보호의무”와는 달리 여기에서 말하는 국가의 보호는 국민의 질병 자체로부터의 보호뿐만 아니라 다른 사람에게 의하여 야기되는 보건에 대한 위해(危害)로부터의 보호도 포함된다고 할 것이다. 따라서 이러한 한에서는 제36조 제3항도 국가의 기본권보호의무의 근거규정이 될 수 있을 것이다. 헌법재판소는 “헌법 제36조 제3항에 따라 국민의 보건에 관한 보호의무도 지는 입법자”라고 하였고,<sup>81)</sup> 나아가 “(생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권일 뿐만 아니라), 헌법은 제36조 제3항에서 국민의 보건에 관한 국가의 보호의무를 특별히 강조하고 있다. 따라서 국민의 생명·신체의 안전이 질병 등으로부터 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가는 그 위협의 원인과 정도에 따라 사회·경제적인 여건 및 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적인 의무를 진다(헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등).”고 판시하였는바,<sup>82)</sup> 기본권보호의무의 1차적인 수범자가 입법자라는 점에서도 헌법 제36조 제3항도 기본권보호의무의 근거조항이 될 수 있다<sup>83)</sup>고 할 것이다.

#### (5) 기타 조항

그 밖에도 헌법 제22조 제2항은 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”고 하여 학문연구와 예술활동의 결과물에 대한 국가

---

문언으로 보아도 ‘기본권보호의무’ 규정이라기보다는 ‘국가목표’ 규정이라고 보아야 할 것이다. 국가목표규정이란 모든 국가활동에 원칙과 지침을 제시하고 명령과 지시를 통해 특정한 방향으로 국가활동을 정향(定向)시키고 실질적 과제를 부여한다는 것이다(계희열, 앞의 책, 709쪽). 국가목표규정 역시 법적 구속력을 지니나 기본권조항과 다른 것은 국가목표규정에 따라 개인에게 주관적 권리가 부여되지 않는다는 것이다(김학성, 앞의 책, 250쪽의 각주 1).

81) 헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75, 판례집 22-2상, 232, 256.

82) 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38, 판례집 27-1하, 12, 28.

83) 헌법 제36조 제3항의 ‘보건권’을 침해되는 기본권으로 보고 국가의 기본권보호의무 위반여부를 판단한 사례로 헌재 2018. 5. 31. 2015헌마1181: “심판대상조항은 일정한 한약서에 수재된 처방에 해당하는 품목의 한약제제를 의약품 품목허가·신고를 위한 안전성·유효성 심사대상에서 제외하고 있는데, 이는 한약제제를 복용하는 국민의 건강에 관련된 문제이므로, 심판대상조항이 헌법 제36조 제3항에서 보장하는 보건권을 침해하는지가 문제된다. (……) 따라서 이 사건의 쟁점은, 심판대상조항이 건강의 유지에 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 국민의 권리에 대응하여, 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 국가의 기본권보호의무를 위반하였는지 여부이다.”(판례집 30-1하, 238, 250)

적 보호에 대하여 규정하고 있고,<sup>84)</sup> 제32조 제4항은 “여자의 근로는 특별한 보호를 받”는다고 규정하고, 제32조 제5항은 “연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.”고 규정하고 있는바, 이들 조항도 각각 제3자인 사인으로부터 해당 기본권(지적재산권, 근로의 권리)이 침해당하는 경우 국가의 기본권보호의무의 근거조항이 될 수 있을 것이다.

#### 다. 소결

이상 살펴본 바와 같이 “기본권” “보호” 의무의 헌법적 근거는 우리 헌법상 개별 기본권목록 또는 해석상 기본권으로 인정된 자유 또는 권리를 규정하고 있는 헌법의 명문조항으로부터 구해야 할 것이다. 그런 의미에서 독일과 같이 기본권의 객관법적 측면에서 그 근거를 구하거나, 우리 헌법재판소와 같이 헌법 제10조 제2문에서 그 근거를 구하는 것은 우리 헌법의 해석론으로서는 타당하지 않다고 생각한다.

## IV. 보호대상 기본권적 범익의 범위

### 1. 독일과 우리나라에서의 논의

#### 가. 독일의 경우

독일에서 기본권보호의무의 논의는 주로 독일연방헌법재판소에 의하여 전개되어 왔는데, 독일연방헌법재판소가 인정한 보호의무의 범익은 생명,<sup>85)</sup> 재산권,<sup>86)</sup> 신체의 자유,<sup>87)</sup> 건강,<sup>88)</sup> 인간의 존엄,<sup>89)</sup> 직업의 자유,<sup>90)</sup> 단체행동권<sup>91)</sup> 등 자

84) 명재진, “헌법 제22조”, 『헌법주석서 I』, 법제처, 2010.3, 847쪽.

85) BVerfGE 39, 1; 88, 203

86) BVerfGE 49, 89

87) BVerfGE 49, 304

88) BVerfGE 56, 54; 79, 174; 85, 191

89) BVerfGE 64, 261

90) BVerfGE 81, 242

91) BVerfGE 84, 212

유권적 기본권의 법익들이다.<sup>92)</sup> Isensee는 이를 ① 부모의 자녀에 대한 양육권 행사에 대한 국가의 감독의 경우, ② 태아의 생명권을 낙태로부터 보호하는 경우, ③ 테러에 대한 국가의 안전책 강구, ④ 범죄의 일반예방을 위한 형집행, 그 밖에 ⑤ 현대의 기술과 과학발전에 따른 시설의 위험과 환경으로부터의 보호 등으로 분류하였다.<sup>93)</sup>

독일 헌법학계의 통설에 의하면, 우선 침해의 대상은 자유권적 기본권의 모든 보호법익(생명, 재산권, 인신의 자유 등)이며, 자연재해와 기본권주체의 법적 책임영역과 상관없는 그 밖의 사건들은 배제된다. 침해는 기본권주체인 사인에 의하여 야기되어야 한다. 따라서 ‘국가’에 의한 침해와 ‘외국’에 의한 침해 그리고 ‘국제기구’에 의한 침해는 배제되며, ‘자해’(自害) 역시 구성요건에서 배제된다<sup>94)</sup>고 하였다.<sup>95)</sup> 다만, 스스로 초래하는 위험 즉 자초위해(自招危害)<sup>96)</sup>에 대해서는 기본권보호의무의 법적 구조상 3각관계로 이루어지지 않는다는 이유로 보호의무의 대상이 될 수 없다는 견해가 다수설이나<sup>97)</sup> 자초위해로부터의 보호도 이론상 다른 위험으로부터의 보호와 동일시될 수 있다는 견해<sup>98)</sup>도 있다.<sup>99)</sup>

## 2. 우리나라의 경우

### (1) 헌법재판소

헌법재판소는 현재 2002. 11. 28. 2001헌바50 (한국보건산업진흥원의 고용승계배제) 사건에서, “(헌법 제15조가 보장하는 직업선택의 자유에 포함되는 직장선택의 자유는) 원하는 직장을 제공하여 줄 것을 청구하거나 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리를 보장하지 않으며, 또한 사용자의 처분에 따른 직장 상

92) 이부하, 앞의 글(각주 32), 45-46쪽.

93) J. Isensee (Anm. 46), §111, Rdnr 79. 방승주, 앞의 글(각주 31), 173쪽.

94) J. Isensee (Anm. 46), §111, Rdnr 100-120 참조.

95) 방승주, 앞의 글(각주 31), 178쪽.

96) 이에 대하여는 허완중, “자초위해와 기본권보호”, 공법연구 제40집 제4호, 한국공법학회, 2012.6, 135면 이하 참조.

97) J. Isensee (Anm. 46), §111, Rdnr 113; G. Hermes (Anm. 120), S. 208; Chr. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München, 1992, S. 147f.; J. Dietlein (Anm. 44), S. 219ff. 정태호, “기본권보호의무”, 『현대공법학의 재조명 - 김남진교수 정년기념논문집』, 고려대학교 법학연구소, 1997, 365쪽.

98) K. Stern (Anm. 40), S. 736.

99) 이러한 후자의 견해에 대하여는 기본권보호의무를 위험사회에 대한 처방전의 하나로 제시하는 것이지만 이는 동시에 자유와 자율의 영역을 좁히고 기본권 특히 자유권이 내포하는 국가와의 긴장관계를 와해시킬 수도 있다는, 즉 ‘가부장적 후견주의’(paternalism)라는 비판이 있다. 서경석, 앞의 글, 398쪽.

실로부터 직접 보호하여 줄 것을 청구할 수도 없다. 다만 국가는 이 기본권에서 나오는 객관적 보호의무, 즉 사용자에게 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무를 질 뿐이다.”라고 하면서, 이어서 “(헌법 제32조 제1항이 보장하는) 근로의 권리는 사회적 기본권으로서,<sup>100)</sup> 국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그친다. 근로의 권리를 직접적인 일자리 청구권으로 이해하는 것은 사회주의적 통제경제를 배제하고, 사기업 주체의 경제상의 자유를 보장하는 우리 헌법의 경제질서 내지 기본권규정들과 조화될 수 없다. 마찬가지로 이유로 근로의 권리로부터 국가에 대한 직접적인 직장존속청구권을 도출할 수도 없다. 단지 위에서 본 직업의 자유에서 도출되는 보호의무와 마찬가지로 사용자의 처분에 따른 직장상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 국가에 지우는 것으로 볼 수는 있을 것이나, 이 경우에도 입법자가 그 보호의무를 전혀 이행하지 않거나 사용자와 근로자의 상충하는 기본권적 지위나 이익을 현저히 부적절하게 형량한 경우에만 위헌 여부의 문제가 생길 것이다.”라고 하여,<sup>101)</sup> 마치 자유권적 기본권 일반 나아가 사회적 기본권으로부터도 국가의 기본권보호의무가 도출될 수 있다는 취지로 판시하였는데,<sup>102)</sup> 이후 이를 따르는 판례가 없는 것으로 보아 이러한 입장이 헌법재판소의 확립된 견해로 보기는 어렵다.

오히려 위에서 본 바와 같이 우리 헌법재판소는, “국가의 기본권보호의무는 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는 것”<sup>103)</sup>이라고

100) 헌법재판소는 그 후 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670 사건에서 “근로의 권리가 (사회적 기본권인) ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 내포하고 있는바, 후자(後者)는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다.”고 판시하였는데(판례집 19-2, 297, 305), 이에 따르더라도 ‘근로자의 고용승계’ 문제는 ‘일할 환경에 관한 권리’에 포함되지 않는다.

101) 판례집 14-2, 668, 678-679.

102) 위 헌법재판소의 판시에 대하여, “위 결정에서 헌법재판소는 ‘근로의 권리라는 사회적 기본권으로부터 보호의무가 나올 수 없다’는 것을 단호하게 배제하지 못하는 실수를 범하고 있다.”는 비판적 견해로 한수용, 앞의 책, 1017-1018쪽.

103) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419등 (미국산 쇠고기수입 사건), 판례집 20-2하, 960, 974; 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764등 (제2차 교통사고처리특례법상 불처벌특례조항 사건), 판례집 21-1상, 156, 177; 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바40 (친고죄에 있어서 고소 취소가 가능한 시기 사건), 판례집 23-1상, 1, 6; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마94 (태평양전쟁 전후 ‘국내’ 강제동원자 지원배제 사건), 판례집 23-1상, 143, 152; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등 (양심적 병역거부 사건), 판례집 23-2상, 174, 198; 헌재 2012. 7. 26. 2011헌바352 (태평양전쟁 전후 ‘국내’ 강제동원자 지원배제 사건), 판례집 24-2상, 133, 142; 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38 (담배사업법 사건), 판례집 27-1하, 12, 28; 헌재 2015. 12. 23. 2011헌바139 (대한민국 국적 미소지자 위로금 지급대상 제외 사건), 판례집 27-2하, 456, 464; 헌재 2016.

하면서도 그 이유는 밝히고 있지 않다.<sup>104)</sup> 한편 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711 결정에서는 이 사건에서 ‘침해여부가 문제되는 기본권은 환경권’(정온한 환경에서 생활할 권리)이라고 하였는데, 청구인은 “2006. 5. 31. 실시된 전국 동시지방선거를 비롯해 공직선거마다 발생하는 과도한 소음으로 인해 정신적·육체적 피해를 받고 있는바, 이는 이 사건 법률조항<sup>105)</sup>에서 선거운동의 일환으로 휴대용 확성장치 및 자동차에 부착된 확성장치를 사용할 수 있도록 허용하면서도 확성장치 사용에 따른 소음 등의 제한기준을 두고 있지 않은 데 원인이 있다.”고 주장하였으므로, 헌법재판소의 종래 입장에 비추어볼 때 ‘(정신적·육체적) 신체의 훼손’의 범주에 포함시킬 수 있다고 생각된다.

위와 같은 입장에서 헌법재판소는, 친고죄에 있어서 고소취소가 가능한 시기를 제1심 판결선고 전까지로 제한한 형사소송법 제232조 제1항에 대한 사건에서 “이 사건은 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손이 문제되는 사안도 아닐 뿐만 아니라 평등권이라는 기본권 침해여부를 적극적으로 판단하는 바이므로 기본권보호의무 위반여부에 대해서는 따로 판단하지 않기로 한다.”고 하였고,<sup>106)</sup> 소멸시효를 배제하는 등의 특별규정을 두지 아니함으로써 국가배상청구권에 대하여 민법 또는 그 외의 법률상의 소멸시효 규정이 적용되도록 한 국가배상법 제8조에 대한 사건에서는 “아래에서 국가배상청구권이라는 기본권의 침해여부를 적극적으로 판단하는 이상 기본권보장의무 위반여부에 대하여는 따로 판단하지 않기로 한다.”고 하였고,<sup>107)</sup> 태평양전쟁 이후 강제동원된 자 중 국외 강제동원자에 대해서만 위로금을 지급하도록 규정하고 있는 구 국외강제동원자지원법 제2조 제1호에 대한 사건에서는 “청구인이 주장하는 일제의 국내 강제동원으로 인한 종래의 피해에 대하여 국가에 금전적 보상을 요구할 수 있는 권리는, 아래에서 보는 바와 같은 생존권적 기본권과 관련된 것으로 볼 수 있는지 여부는 별론으로

10. 27. 2015헌바358 (산업통상자원부장관의 전원개발사업 실시계획에 대한 승인권한 사건), 판례집 28-2상, 609, 619; 헌재 2016. 10. 27. 2012헌마121 (평가서 초안 작성 시 ‘중대사고’ 제외 사건), 판례집 28-2상, 654, 665; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바280 (산업단지개발계획 시 의견청취동시진행조항 사건), 판례집 28-2하, 513, 525; 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 (양심적 병역거부 사건), 판례집 30-1하, 370, 430.

104) 앞에서 본 바와 같이 헌법재판소는 기본권보호의무의 근거로 헌법 제10조 제2문을 들고 있는데, 그렇다면 동 조항의 위치나 기능으로 볼 때 논리적으로는 기본권 전체에 대하여 국가의 기본권보호의무가 발생한다고 보아야 한다.

105) 당시 시행중이던 공직선거법 제79조 제3항 및 제216조 제1항을 말함.

106) 헌재 2011. 2. 24. 2008헌바40, 판례집 23-1상, 1, 6.

107) 헌재 2011. 9. 29. 2010헌바116, 판례집 23-2상, 594, 598.

하고, 우리 재판소가 채택하고 있는 위와 같은 기본권보호의무 법리와는 관련이 없는 것이다.”라고 하였다.<sup>108)</sup>

## (2) 학설

학설은 ① 기본권보호의무는 인간의 존엄과 가치, 생명 및 신체의 안전성에 국한하여 논의되어야 할 실익이 있다고 하여 헌법재판소의 입장을 지지하는 견해,<sup>109)</sup> ② 국가의 보호의무가 문제되는 주된 영역은 생명권이나 신체불가침이 위협받는 영역이지만, 보호의무는 신체의 안전이나 생명권과 같은 기본권에만 국한되는 것이 아니라 원칙적으로 모든 자유권으로부터 도출되는 일반적 의무라는 견해<sup>110)</sup>, ③ 자유권적 기본권의 모든 법익<sup>111)</sup>뿐만 아니라 자유권적 기본권의 전제가 되는 보호법익<sup>112)</sup>이라는 견해,<sup>113)</sup> ④ 제3자로부터 야기된 위험을 전제로 한 국가의 부작위뿐만 아니라 기본권적 법익에 대해 위해(危害)를 가하는 제3자를 전제로 하지 않는 국가부작위, 나아가 방어권적 기본권에 대한 침범으로서 국가의 작위행위도 포함된다는 견해<sup>114)</sup> 등이 있다.

한편, 기본권보호의무는 기존의 법적 지위를 사인의 위해로부터 확보하는 것을 목표로 하므로, 인간다운 생활에 필요한 재화의 정의로운 (재)분배를 통한 자유의 보장을 목표로 하는 사회적 기본권은 보호대상이 아니라고 한다.<sup>115)</sup> 또한 평등권을 보호하기 위한 국가의 보호의무는 존재하지 않는다고 한다. 우선 국가의 기본권보호의무는 국가가 제3자의 침해로부터 보호하려는 개인의 사적 영역 즉 보호영역을 전제로 하는데, 평등권에 있어서는 그의 고유한 보호영역이 존재하지 않으므로 보호영역에 대한 침해 또한 있을 수 없기 때문이다.<sup>116)</sup> 즉, 기본권에 의하여 보호되는 자유는 국가와의 관계에서 문제될 뿐, 사인 상호간에서는 오

108) 헌재 2012. 7. 26. 2011헌바352, 판례집 24-2상, 133, 142.

109) 이부하, 앞의 글(각주 32), 46-47쪽.

110) 한수웅, 앞의 책, 436쪽. 同旨, 계획열, 앞의 책, 111쪽; 김상겸, 앞의 글, 256쪽; 방승주, 앞의 글(각주 22), 383쪽; 김학성, 앞의 책, 346쪽.

111) 여기에는 혼인의 자유, 직업의 자유, 종교의 자유, 표현의 자유, 결사의 자유, 집회·시위의 자유, 성적 자기결정권, 사생활의 자유 등이 포함된다고 한다.

112) 여기에는 인간의 존엄과 가치, 생명과 신체의 안전성, 사생활의 비밀, 그리고 법률로 형성된 재산권법 법익, 근로권의 일부 측면 등이 포함된다고 한다.

113) 이민열, 앞의 글, 274쪽.

114) 김해원, 앞의 글, 102쪽.

115) 계획열, 앞의 책, 111쪽. 同旨, 이부하, 앞의 글(각주 32), 46쪽.

116) 한수웅, 앞의 책, 437쪽.

히려 개성의 차이, 따라서 현실적 차이가 그대로 투영되는 결과를 동반하는 사적 자치가 지배하기 때문에 평등권은 원칙적으로는 보호의무의 적용대상이 되지 못하는 것이다.<sup>117)</sup> 다만, 학설 중에는 일반적으로는 평등권 일반을 사인 간 침해되지 않을 것을 보장해야 할 보호법익으로 볼 수는 없지만,<sup>118)</sup> ① 사인 간 차별대우를 금지한 헌법규정이 있는 영역<sup>119)</sup>과 ② 기본적 생활필요 영역<sup>120)</sup>에서 정당화되지 않는 차별이 있는 경우에는 평등원칙을 통해서 포착되는 자유권 침해를 매개로 하여 기본권보호의무가 발생할 수 있다는 견해<sup>121)</sup>도 있다.

### 3. 검토

국가의 개입보다는 사회적 자기규율 내지 사적자치가 원칙적으로 우선해야 하므로, 기본권보호의무의 보호법익을 무작정 확대하는 것은 바람직하지 않다. 그렇다고 하여 헌법재판소의 입장과 같이 생명과 신체의 안전성에 한정하는 것은 그 범위가 너무 협소하여 타당하지 않다. 그러므로 현재까지는 앞에서 살펴본 바와 같이 헌법상 기본권 목록에 국가의 기본권보호의무가 규정되어 있는 명문의 조항 또는 어떤 기본권규정의 해석에 의하여 국가의 기본권보호의무를 인정할 수 있는 “정당의 자유”(제8조 제3항), “환경권”(제35조 제1항), “혼인과 가족생활”(제36조 제1항) 및 “신체의 안전성”(건강) 및 그 전제인 “생명권”<sup>122)</sup>(제36조 제3항),

117) 계획열, 앞의 책, 111쪽; 同旨, 허완중, 앞의 책, 55쪽.

118) 평등권에 대한 국가의 기본권보호의무 적용가능성에 대한 자세한 논의는 이재희, 앞의 글, 201-215쪽 참조.

119) 헌법 제32조 제4항이 규정하고 있는 “취로(就勞)의 자유”, 제36조 제1항이 규정하고 있는 “혼인의 자유”, 제31조 제1항이 규정하고 있는 “교육의 자유” 영역이 그것이라고 한다.

120) “기본적 생활필요 영역”이란 혼인, 교육, 근로 이외에도 거주·이동과 같은 모든 생활의 전제가 되는 기본활동과 아울러 수도·가스·전기와 같은 기본적인 의무와 재화의 공급을 받는 것과 같이, 합리적인 인생계획을 실현하기 위해 필요적으로 몸담게 되는 영역을 말한다고 한다.

121) 이민열, 앞의 글, 275-280쪽.

122) 생명권에 대하여는 우리 헌법에 이를 인정하는 명문규정이 없어 그 근거에 관하여는, ① 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 찾는 견해, ② 제12조 제1항의 신체의 자유에서 찾는 견해, ③ 제10조와 제12조 제1항에서 찾는 견해, ④ 제37조 제1항의 열거되지 아니한 기본권에서 찾는 견해, ⑤ 제10조와 제37조 제1항에서 찾는 견해, ⑥ 제10조와 제12조 제1항 그리고 제37조 제1항에서 찾는 견해, 그 밖에 ⑦ 명문규정의 유무에 관계없이 당연한 헌법상의 권리로 인정된다는 견해 등 다양하고, 헌법재판소는 “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.”라고 판시하여(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 545; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 101; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 55; 헌재

기타 “지적재산권”(제22조 제2항), “여자 및 연소자의 근로의 권리”(제32조 제4항·제5항)에 한정된다고 할 것이다.

## V. 나오는 글

기본권보호의무론을 긍정적으로 평가할 수 있는 근거는 사인에 의한 기본권적 법익의 제약행위를 국가가 제지해야 하는 경우에, 국가 특히 입법자와 행정청의 판단여지를 좁히고 적시에 적절한 규제권한의 발동을 의무지울 수 있다는 데 있다. 또한 법이론적 측면에서 본다면, 국가가 법의 각 분야와 각 단계에서 행하는 여러 가지 개입을 기본권보호라는 하나의 헌법적 틀로 재단(裁斷)하기에 쓸모도 있다.<sup>123)</sup> 반면 기본권보호의무론에 대한 비판도 만만치 않다. 우선 기본권보호의무론에는 근본적으로 국가권력의 확장이 내재되어 있기 때문에 그 확장에 비례하여 통제수단이 정비되지 않는다면 기본권보호의무는 권력의 자의적 행사를 가능케 하는 빌미에 지나지 않는다는 것이다. 어떤 사람의 기본권적 법익을 보호하기 위해 다른 사람의 기본권을 제약하는 경우 법률유보원칙이 후퇴하는 조짐을 보일 수 있다는 것이다.<sup>124)</sup> 뿐만 아니라 기본권보호의무에 관한 헌법재판적 통제는 사법국가(司法國家)로의 필연성과 연관되어 더욱 심각한 문제를 제기한다는 비판도 있다. 방어권의 경우 기본권을 침해하는 국가의 조치를 위헌으로 판단하면 기본권이 회복되지만, 보호의무 위반의 경우에는 위헌판단만으로 충분하지 않고 위헌상태를 종료시키는 또 다른 형성적 행위의 필요성으로 인해 사법국가로의 길은 피할 수 없게 된다는 것이다.<sup>125)</sup>

살피건대, 국가는 기본권보호의무를 근거로 모든 기본권관계에 제한 없이 개입할 수 있는 것이 아니다. 개인의 자유는 보장되어야 하고 사적 행위나 사적 영역은 존중되고 보호되어야 하므로, 국가는 보충적으로만 기본권관계에 개입하

2009. 11. 26. 2008헌마385, 판례집 21-2하, 647, 658), 생명권의 근거를 실정헌법이 아닌 자연법에서 구하는 입장으로 보인다. 그러나 생명권 “보호의무”의 헌법적 근거는 제36조 제3항에서 찾아야 할 것이다.

123) J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit - Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* -, Berlin, 1983, S. 44. 서경석, 앞의 글, 396쪽.

124) 서경석, 앞의 글, 404-405쪽.

125) 따라서 독일에서 사법국가로의 길을 차단하기 위해 국가의 기본권보호의무의 성립범위를 인간의 존엄 조항에 국한하려는 시도(베크뢰프테·슈타르크)가 있다. 서경석, 앞의 글, 414·416쪽.

여야 한다.<sup>126)</sup> 그리고 기본권보호의무의 구체적 내용은 개별 기본권 해석을 통해서만 밝혀질 수 있기 때문에,<sup>127)</sup> 이러한 사적 관계에 국가가 개입할 수 있는 근거는 헌법의 기본권적 법익에 관하여 국가의 “보호”의무를 정한 명문규정 또는 해석에 의하여 이를 도출할 수 있는 규정이어야 한다. 그리고 앞에서 본 바와 같이 “보장”(guarantee/Garantie)과 “보호”(protection/Schutz)는 다른 의미를 가진 단어이므로, “기본권의 보장”과 “기본권의 보호”를 같은 개념으로 보거나 기본권의 “보장”은 기본권의 “보호”를 포함하는 광의의 개념으로 보는 견해는 타당하지 않다. 따라서 우리 헌법재판소가 기본권보호의무의 대상인 기본권적 보호법익을 “생명과 신체의 안전성”으로 협소하게 본다든지, 기본권보호의무의 헌법적 근거를 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정한 헌법 제10조 제2문에서 찾는 입장 역시 타당하지 않다고 할 것이다.

그런 점에서 우리 헌법에서 기본권보호의무의 헌법적 근거 및 그 보호대상이 되는 기본권적 법익은 앞에서 본 바와 같이 제8조 제3항(정당의 자유), 제22조 제2항(지적재산권), 제32조 제4항·제5항(여자 및 연소자의 근로의 권리), 제35조 제1항(환경권), 제36조 제1항(혼인과 가족생활) 및 제36조 제3항(생명 및 건강 즉 신체의 안전성)이라고 할 것이다.

---

126) 허완중, 앞의 책, 42쪽.

127) 허완중, 앞의 책, 54쪽.

## 제181회 발표회 지정토론문

---

발제문: 국가의 기본권보호의무론에 관한 비판적 검토

발제자: 김현철(전남대학교 법학전문대학원 교수)

일 자: 2020. 11. 20.(금)

이 부 하\*

### 1. 토론에 들어가면서

존경하옵는 김 교수님께서 작성한 국가의 기본권보호의무론에 대한 비판적 검토라는 발제문을 읽고 평소 깊이 생각하지 못했던 기본권보호의무론의 근본적 문제에 대해 새롭게 생각하는 기회가 되었습니다. 토론자의 소임(所任)을 다하기 위해, 몇 가지 점에 관해서 보충적으로 저의 생각을 피력하는 것으로 토론을 갈음 하겠습니다.

### 2. ‘보장’과 ‘보호’의 구별

발제문에서는 헌법이론상 ‘보장’의무와 ‘보호’의무를 구별하고자 합니다. 그 이유로 헌법에서 보장과 보호를 구별하여 사용한다는 점을 주목하고 있습니다. 그러나 우리 헌법은 보장과 보호를 정확히 구별하지 못하고 혼용하여 사용하고 있습니다. 예를 들면, 보장을 사용하는 조항들을 보면, 우리 헌법 제23조 제1항에서는 “모든 국민의 재산권은 **보장**된다.”고 규정하고 있고, 헌법 제32조 제3항에서는 “근로조건은 기준은 인간의 존엄성을 **보장** ……”고 규정하고 있습니다. 그에 반해 헌법 제32조 제4항에서는 “여자의 근로는 특별한 **보호**를 받으며 ……”고 규

---

\* 영남대학교 법학전문대학원 교수

정하고 있으며, 헌법 제34조 제5항에서는 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”라고 규정하고 있습니다.

독일 헌법학의 기본권 분야에서는 보장과 보호를 구별하지 않고 있습니다. 기본권 보장(보호)라고 할 때, 동일하게 Schutz를 사용합니다. 예를 들면, Schutz der Persönlichkeitsrechte(인격권의 보호), Schutz des Wahlrechts(선거권의 보호) 등 기본권 영역에서는 보호(Schutz)라는 용어를 사용합니다. 반면, 보장국가(Gewährleistungsstaat)라는 용어를 사용할 때 보장(Garantie)을 사용합니다.

사견(私見)으로는 ‘보호’는 사인(私人)에 의한 기본권의 가해(加害)의 경우에 사용하면 좋을 것 같고, ‘보장’은 국가(國家)에 의한 기본권 침해(侵害)의 경우에 사용하는 것이 좋다고 생각합니다.

### 3. 기본권보호의무의 헌법적 근거

이سن제(J. Isensee) 교수님의 주장대로 ‘안전’이 기본권보호의무의 헌법적 근거가 될 수 있는지를 살펴보도록 하겠습니다. ‘안전’이란 공포라는 객관적인 원인으로부터의 자유(탈피)를 말합니다.<sup>1)</sup> 안전은 헌법상 국가과제이며 헌법상 실정화 될 필요는 없습니다.<sup>2)</sup> 따라서 안전은 기본권 보장을 위한 전제조건이라 할 수 있습니다. 우리 헌법에 규정하고 있지 않은 안전권을 기본권보호의무의 헌법적 근거로 삼기에는 어려움이 있습니다.

헌법 전문, 헌법 제2조 제2항, 헌법 제10조 제2문, 헌법 제21조 제4항 및 제30조는 발제 선생님이 기술하신대로 기본권보호의무의 헌법적 근거로 삼기에는 무리가 있습니다. 또한 발표문에서 주장하시는 헌법 제8조 제3항, 헌법 제35조 제1항, 헌법 제36조 제1항, 헌법 제36조 제3항, 헌법 제22조 제2항, 헌법 제32조 제4항, 헌법 제32조 제5항도 기본권보호의무의 헌법적 근거가 되기 어렵다고 생각합니다.

헌법 제8조 제3항은 정당의 자유를 보장하기 위해 국가가 해산 등으로부터 보호한다는 것이고, 국고보조금 등 재정적 지원을 할 수 있다는 의미입니다. 정당

1) J. Isensee, HdbStR V, 2000, §111 Rn. 147.

2) J. Isensee, HdbStR V, 2000, §111 Rn. 83.

을 보호하기 위해 기본권보호의무론을 원용하기에는 무리가 있습니다. 정당과 관련하여서는 ‘민주적 기본질서’가 있습니다. 또한 헌법 제35조 제1항, 헌법 제36조 제1항, 헌법 제36조 제3항은 사회적 기본권 영역의 조항들이며, 이는 대부분의 학설과 판례에서 기본권보호의무의 보호대상이 아니라고 생각하고 있습니다. 사회적 기본권은 기본권보호의무론과 관련이 없습니다. 헌법 제22조 제2항, 헌법 제32조 제4항, 헌법 제32조 제5항도 기본권의 대사인적 효력과는 관련이 있을지는 몰라도 기본권보호의무와는 거리가 있습니다.

헌법 제10조 2문의 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”는 규정은 기본권 ‘보장’에 관한 규정이지, 기본권보호의무와는 관련이 없다고 생각합니다.

사견(私見)으로는 우리 헌법 조항에는 기본권보호의무의 헌법적 근거가 될 만한 조항이 없습니다. 우리 헌법은 국민의 기본권 보장을 위해 주관적 공권에 입각하여 국가의 기본권 침해에 대한 방어권 보장이라는 측면에서 헌법을 제·개정했기 때문에, 우리 헌법은 기본권보호의무론을 염두에 두지 못했습니다. 기본권보호의무의 헌법적 근거를 마련할 생각이나 여념이 없었습니다. 기본권보호의무의 헌법적 근거를 실정 헌법에서 찾을 수 없기 때문에, 기본권보호의무의 헌법적 근거는 기본권의 객관법적 내용에서 찾는 것이 타당하지 않을까 생각합니다.

#### 4. 보호대상 기본권적 법익의 범위

발제문에서 기술하신대로 “국가의 개입보다는 사회적 자기규율 내지 사적자치가 원칙적으로 우선해야 하므로, 기본권보호의무의 보호법익을 무작정 확대하는 것은 바람직하지 않다.”는 입장에 전적으로 동의합니다. 왜냐하면 국가는 사적영역 내지 사회적 자기규율 영역에 되도록 개입하지 않아야 개인의 자유가 폭넓게 보장되기 때문입니다. 그런데 17면에 “헌법재판소의 입장과 같이 생명과 신체의 안전성에 한정하는 것은 그 범위가 너무 협소하여 타당하지 않다.”고 주장하고 계십니다. 기본권적 법익의 범위를 좁게 설정한다고 타당하지 않다고 보기는 어렵다고 생각합니다.

어떠한 견해에서든 간에 기본권보호의무의 보호법익은 자유권적 기본권에 국한된다는 데에는 의견의 일치를 보는 것 같습니다. 즉, 사회적 기본권은 기본권

보호의무의 기본권적 법익에 포함되지 않는다고 보는 것입니다.

기본권보호의무는 사인의 가해 또는 가해의 위험으로부터 기존의 법익을 보호하려는 것이기에 사회적 기본권의 법익은 그 대상에서 제외됩니다. 사회적 기본권은 국가에 의해 생존에 필요한 재화의 정의로운 분배를 통한 자유의 보장을 목표로 하기 때문입니다.<sup>3)</sup> 또한 사회적 기본권의 구조와 목적을 고려할 때, 사회적 기본권에는 기본권보호의무가 발생하기에 부적합한 구조입니다. 기본권보호의무는 가해자(사인) - 국가 - 피해자(사인)이라는 3각 관계를 전제로 함에 반하여, 사회적 기본권은 국가와 사인이라는 2각 관계의 구조를 지니고 있습니다.<sup>4)</sup> 더욱이 사회적 기본권 문제에서는 사인에 의한 기본권 가해라는 상황이 존재하지 않습니다.

헌법 제35조 제1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.”라는 환경권이 기본권보호의무의 보호법익에 포함된다고 주장하는 견해가 있습니다. ‘공직선거법에서 확장장치 사용 등에 따른 소음으로 인한 기본권 제한’ 사건에서 헌법재판소 다수의견은 “일정한 경우 국가는 사인인 제3자에 의한 국민의 환경권 침해에 대해서도 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 지나, 헌법재판소가 이를 심사할 때에는 국가가 국민의 기본권적 법익 보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호조치를 취했는가 하는 이른바 “과소보호금지원칙”의 위반 여부를 기준으로 삼아야 한다.”라고 판시하였습니다.<sup>5)</sup> 이 헌법재판소 결정을 보고 환경권이 기본권보호의무의 보호법익에 포함된다고 생각하는 것은 사실관계 파악에 대한 오해에서 비롯된 것입니다. 이 사건 청구인은 전국 동시지방선거의 선거운동 과정에서 후보자들이 확장장치 등을 사용하여 소음을 유발함으로써 정신적·육체적 고통을 받았다고 하면서, 현행 공직선거법이 선거운동시 확장장치의 출력수 등 소음에 대한 허용기준 조항을 두지 아니하는 등 불충분하여 청구인의 행복추구권 및 환경권을 침해한다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였습니다. 청구인이 환경권을 침해받았다고 주장하였기 때문에 헌법재판소는 환경권 침해 여부를 판단한 것입니다. 정확히 분석하자면, 선거운동 과정에서 확장장치 사용으

3) 허완중, “기본적 인권을 확인하고 보장할 국가의 의무”, 『저스티스』 통권 제115호, 한국법학원 2010. 2, 88면.

4) 이부하, “생명에 대한 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『동아법학』 제62호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 2, 4면.

5) 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711, 판례집 20-2상, 345, 359.

로 인한 소음 유발로 ‘신체의 자유’ 내지 ‘건강권’이 침해받았다고 주장해야 했습니다. 즉, 환경권 침해를 주장한 것은 적절한 기본권 선택이 아니었습니다.

사견(私見)으로 기본권보호의무의 보호법익은 생명권 및 신체의 자유 등에 한정해야 한다고 생각합니다. 그 근거로는 첫째, 기본권보호의무에서 말하는 사인의 위법한 가해는 현재의 가해 내지 급박한 가해를 의미합니다. 자유권적 기본권 중 급박하고 현재의 가해를 유발하는 생명이나 신체의 자유로 한정함이 타당해 보입니다. 둘째, 국가가 사적 영역, 사적 자치가 운영되는 영역에 먼저 개입해서는 안되고, 국가의 개입보다 사회적 자기규율이 원칙적으로 우선해야 하므로,<sup>6)</sup> 극히 제한된 기본권 보호법익에 대해, 국가가 기본권보호의무를 부담해야 합니다. 다른 기본권들은 기존의 권리구제절차를 밟을 기대가능성이나 시간적 여유가 존재하지만, 사인에 의한 국민의 생명권이나 신체의 자유에 대한 위법한 가해에 대해서는 기본권보호의무를 발동할 필요가 있습니다. 셋째, 국가의 적절하고 효율적인 보호조치를 요구하는 기본권보호의무는 광범위하게 인정하기 보다는 제한된 법익으로 인정함이 타당해 보입니다. 따라서 기본권보호의무의 보호법익은 생명권 및 신체의 자유에 국한함이 적절하다고 생각합니다.

지금까지 경청해 주셔서 감사합니다.

---

6) C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, de Gruyter, Berlin und New York, 1999, S. 47.

## 제181회 발표회 지정토론문

---

발제문: 국가의 기본권보호의무론에 관한 비판적 검토

발제자: 김현철(전남대학교 법학전문대학원 교수)

일 자: 2020. 11. 20.(금)

오        환\*

○ 기본권 보호의무에 관한 다양한 헌법적 쟁점에 관하여 숙고할 수 있는 기회를 주신 김현철 교수님께 감사드립니다.

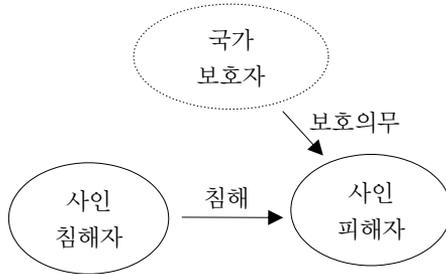
### 1. 기본권 보호의무의 구성요건

○ 기본권 보호의무가 논하여 질 수 있는 구성요건은, 대체로 i) “사인(私人)”인 제3자가 ii) 헌법에 의하여 보호되는 타인의 기본권적 법익에 iii) 위법적으로 가해하였거나 그러한 위험이 있는 경우라고 알고 있습니다.<sup>1)</sup> 즉 기본권 보호의무의 경우에는 항상 사인인 가해자 - 국가 - 사인인 피해자의 삼각관계가 형성된다는 것입니다.

---

\* 헌법재판소 헌법연구관

1) 발제문, 5면; 정태호, 기본권보호의무, 인권과 정의, 84면; 조홍석, 국가의 기본권 보호의무와 개인의 보호청구권, 법과 정책연구, 1102면; 이부하, 헌법영역에서 기본권보호의무, 공법학연구 제8권 제3호, 123면; 허완중, 기본권보호의무에서 과소보호금지원칙과 과잉금지원칙의 관계, 공법연구 제37집, 203면 등.

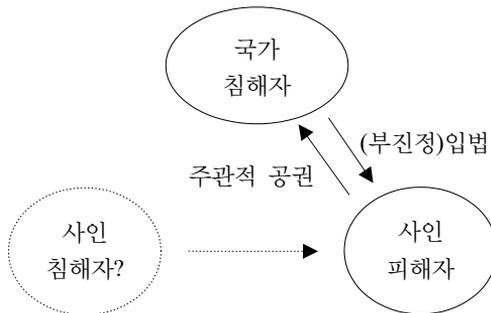


[그림 1]

○ 그런데 지금까지 헌법재판소가 기본권 보호의무를 실시한 사례들을 돌이켜 보면, 위와 같이 정의된 구성요건과 정확히 일치하는지 다소의 의문이 있습니다.

○ 즉 헌법재판소가 최초로 보호의무를 실시한 90헌마110등 교통사고처리특별법 사건을 보면, 심판대상은 종합보험에 가입한 운전자를 상대로 공소를 제기하지 못하도록 규정한 교통사고처리특별법 조항이 청구인의 기본권을 침해하는지 여부이고(그런데 이러한 입법 또는 입법의 결과는 대표적인 공권력 행사에 해당합니다) 청구인이 기본권을 침해 받는 직접적인 원인도 제3자인 사인(私人)의 행위 때문이 아니라, 국가(입법자)가 공권력을 행사한 결과물인 법률조항으로 보여지가 있기 때문입니다.)<sup>2)</sup>

○ 만약 이렇게 본다면, 위 사건의 구조는 [그림 1]이라기보다는 [그림 2]에 가까워지고, 이러한 구조는 국가가 침해자로서의 지위에 서고, 청구인이 자신의 기본권 침해를 국가에 대하여 주장하는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 규범통제의 일반적인 모습을 띠게 됩니다.



[그림 2]

2) 청구인은 ‘사인인 제3자가 청구인에 대하여 교통사고를 일으켜 중상해 등을 가하였다는 점’을 다룬다고 보다, 위와 같은 운전자에게 공소를 제기할 수 없도록 한 국가가 공권력을 행사(입법)를 다룬다고 보여지가 있다.

○ 실제로 위 사건에서 재판관 김용준, 재판관 황도연은 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙 심사를 함으로써 위헌결론에 도달하였는데, 이는 [그림 2]의 구조를 염두에 둔 것으로 보입니다.

“이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에도 위반된다. (중략) 그렇다면 이 사건 법률조항의 규정이 제3조 제2항 단서에 해당되지 않는 그 밖의 중과실로 교통사고를 일으켜 피해자에게 위와 같은 중상해의 결과를 유발한 경우에까지 가해차량이 종합보험 등에 가입되어 있다는 것만을 이유로 공소를 제기할 수 없도록 하여 그러한 유형의 교통사고 피해자로 하여금 형사피해자로서의 재판 절차에서의 진술권을 행사할 수 없게 한 것은 형사피해자의 기본권제한에 있어서 위 규정에 의하여 실현되는 이익과 그로 인하여 제한되는 기본권 상호간에 지켜져야 할 법익상의 균형을 잃은 것이라고 아니할 수 없어 과잉금지의 원칙에 위반된다.”(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90, 150-152 참조)

○ 또한 제2차 교통사고처리특례법 사건(헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764등, 위헌)에서 법정 의견은 심판대상조항이 청구인의 재판절차진술권을 침해하는지 여부에 관하여 과잉금지원칙 위반 심사를 하여 위헌 결론을 내린 다음, 다시 기본권 보호의무위반을 병렬적으로 심사하면서 과소보호금지 원칙 위반 여부를 살핀 결과, 과소보호금지 원칙 위반은 아니라고 보았습니다.

“따라서 이 사건 법률조항은 과잉금지원칙에 위반하여 업무상 과실 또는 중대한 과실에 의한 교통사고로 중상해를 입은 피해자의 재판절차진술권을 침해한 것이라고 할 것이다. (중략) 이 사건 법률조항을 두고 국가가 일정한 교통사고범죄에 대하여 형벌권을 행사하지 않음으로써 도로교통의 전반적인 위험으로부터 국민의 생명과 신체를 적절하고 유효하게 보호하는 아무런 조치를 취하지 않았든지, 아니면 국가가 취한 현재의 제반 조치가 명백하게 부적합하거나 부족하여 그 보호의무를 명백히 위반한 것이라고 할 수 없다.”(헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764등, 판례집 21-1상, 156)

○ 이와 같이 기본권 보호의무 위반여부를 판단하였지만 그 심판대상은 국가가 공권력을 행사한 결과물인 규범(법률조항)으로 잡은 모양새는, 태아가 사산된 경우에 손해배상청구권의 주체가 될 수 없도록 규정한 민법 조항이 심판대상이 되었던 2004헌바81 사건,<sup>3)</sup> 선거운동 시 확장장치의 출력수 등 소음에 대한 제

3) 이 사건에서 조태현 재판관은 (기본권 보호의무에 관한 실시 없이) 민법 제762조가 헌법 제10조에 위반

한기준을 두지 아니한 공직선거법 조항을 다룬 2006헌마711,<sup>4)</sup> 2018헌마730 사건 등 다수의 기본권 보호의무가 문제된 사건에서 볼 수 있습니다.

○ 한편, 태평양전쟁 전후 강제동원된 자 중 ‘국의 강제동원자’에 대해서만 의료지원금을 지급하도록 규정한 ‘태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자 등 지원에 관한 법률’ 조항을 다룬 사건(2009헌마94)과<sup>5)</sup> 일반인의 방사선 피폭선량 한도를 정한 ‘원자력안전법 시행령’ 조항을 다룬 사건(2012헌마89등)에서는<sup>6)</sup> 사인(私人)에 의한 기본권 침해를 포착하기 다소 어려워 보이고, 동물장묘시설 등록의 지역적 제한사유가 불완전·불충분하다고 주장하며 동물보호법 조항을 다룬 사건(2017헌마1281 사건)의 경우, 청구인들의 거주지로부터 어느 정도 거리에 어떤 동물장묘시설이 설치되어야 청구인의 환경권이 침해된다고 볼 수 있는지 알기 어려운 측면이 있어, 사인(私人)에 의한 기본권 침해 유발 여부가 불확실하다고 생각됩니다.

○ 그럼에도 헌법재판소는 위 사건들에서 이를 국가의 기본권 보호의무 사안으로 보아 그 위반 여부를 심사 하였는데, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 대상으로서 공권력의 행사 또는 불행사만이 가능한 현행 헌법소원심판의 소송요건상 사인에 의한 기본권 침해를 다투기 위해서는 사인의 가해행위 자체를 심판대상으로 할 수 없고 이와 관련된 규범을 청구대상으로 삼을 수밖에 없는 점, 기본권 보호의무의 삼각 구조상 종국적으로 국가에 대하여 불완전 불충분한 입법의 불비를 다툴 수밖에 없는 점 등에 비추어 보면, 규범통제의 연장선상에서 기본권 보호의무를 실시한 헌법재판소의 선례는 일견 수긍할 수 있다고

---

된다는 한정위헌의견을 제시하였다.

- 4) 이 사건에서 조대현 재판관은 청구인의 환경권이 침해되는지 여부에 대해서는 과소보호금지 원칙이 아니라 헌법 제37조 제2항이 심사기준이 되어야 한다는 견해를 명시적으로 피력하였다.
- 5) 이 사건에서 청구인은, 대한민국이 1919. 4. 13. 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하고 있으므로(헌법 전문) 국가는 1938. 4. 1.부터 1945. 8. 15. 사이에 발생한 일제의 강제동원 사태에 대하여 책임이 있는데, 국가가 관련 입법을 하면서 ‘국내’ 강제동원자를 지원대상에서 제외한 것은 국가의 기본권보호 의무를 위반한 것이라는 취지의 주장을 하였습니다.
- 6) 한편, 이후 헌법 유형으로 청구된 유사한 내용의 조항을 다룬 사건에서 헌법재판소는 명시적으로 국가의 보호의무 적용 사안에 해당하지 아니한다는 이유로 그 주장을 배척하였습니다. “청구인이 주장하는 일제의 국내 강제동원으로 인한 종래의 피해에 대하여 국가에 금전적 보상을 요구할 수 있는 권리는, 아래에서 보는 바와 같은 생존권적 기본권과 관련된 것으로 볼 수 있는지 여부는 별론으로 하고, 우리 재판소가 채택하고 있는 위와 같은 기본권보호의무 법리와는 관련이 없는 것이다.”(헌재 2012. 7. 26. 2011헌바352, 판례집 24-2상, 133, 142)
- 7) 이 사건에서 청구인은, 원자력안전법 시행령 조항에서 규정한 방사능 유출에 관하여 허용치 이내라는 이유로 국가가 적극적인 조치를 하지 아니하게 되어, 그 기준치 미만의 방사선에 노출될 우려가 있다는 취지의 주장을 하였습니다.

생각합니다.

○ 다만 앞서 살펴 본 바와 같이 기본권 보호의무를 실시한 사건 중에서 사인(私人)에 의한 기본권 침해를 상정하기 어렵거나 불분명한 경우도 보이므로, 실제로 사건을 처리함에 있어서는 i) 국가의 기본권 보호의무를 주장하면서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구한 사안과<sup>8)</sup> ii) 규범이 불완전·불충분하다는 이유로 규범 자체를 다투면서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구한 사안을<sup>9)</sup> 구별하는 것이 용이하지 않을 것 같다는 생각이 듭니다.

○ 기본권 보호의무의 구성요건으로서 ‘사인(私人)에 의한 기본권 침해’라는 요건과 심판대상을 ‘공권력 행사의 결과인 규범’으로 삼는 현상을 어떻게 조화롭게 해석할 수 있을지 교수님의 고견이 궁금합니다.

○ 아울러 국가의 기본권 보호의무를 주장하면서 다투는 사건(본안에서는 통상 과소보호원칙 위반을 심사합니다)과 규범이 불완전·불충분하다는 이유로 규범자체를 다투는 사건(일반적인 규범통제로서 본안에서는 통상 과잉금지원칙 내지 완화된 비례원칙으로 심사합니다)을 구별하는 기준을 어떻게 삼을 것인지, 나아가 우리 헌법의 해석상 사인(私人)에 의한 기본권 침해 이외에도 국가에 의한 기본권 침해의 경우에도 기본권 보호의무를 논할 여지가 있는 것인지 여쭙고 싶습니다.

## 2. 기본권 보호의무의 보호법익

○ 교수님께서서는 기본권보호의무 보호법익과 관련하여 헌법재판소가 보호법익을 생명과 신체의 안정성에 한정하는 것은 그 범위가 너무 협소하므로,<sup>10)</sup> 명문조항이나 기본권 규정의 해석에 의하여 국가의 기본권 보호의무를 인정할 수 있는 “정당의 자유”(제8조 제3항), “환경권”(제35조 제1항), “혼인과 가족생활”(제36조 제1항) 및 “신체의 안전성”(건강) 및 그 전제인 “생명권”(제36조 제3항), 기타 “지적재산권”(제22조 제2항), “여자 및 연소자의 근로의 권리”(제32조 제4항·제5

8) 이 경우 국가는 보호자로서의 지위에 있게 됩니다.

9) 이 경우 국가는 침해자로서의 지위에 있게 됩니다.

10) 헌법재판소는 생명, 신체 이외에 환경권에 대하여도 과소의무이행을 이유로 헌법불합치 결정을 한 바 있습니다. 헌재 2019. 12. 27. 2018헌마730, 판례집 31-2하, 315 참조.

향)로 보호법익을 넓히는 것이 타당하다는 말씀을 하셨습니다(발제문 제17면).

○ 그런데 위 헌법조항들에 의한 보호되는 국면은 사인(私人)에 의한 침해만 예정된 것은 아니고, 국가에 의한 침해의 경우에도 응당 적용되어 보호되어야 하는 것으로 보입니다.

○ 따라서 헌법재판소가 기준에 기본권보호의무의 보호법익으로 보고 있는 생명, 신체 내지 환경권 침해 이외에 정당의 자유나 혼인, 지적재산권 등으로 그 보호법익을 넓힐 경우, 앞서 언급 드린 것처럼 해당 사건이 기본권 보호의무가 문제되는 사안으로서 국가를 보호자로 인식한 다음 과소보호원칙 심사를 함이 타당할지, 아니면 규범통제 심사를 해야 하는 사안으로서 국가를 침해자로 인식하여 과잉금지원칙 위반(또는 완화된 비례원칙 위반)으로 심사를 함이 타당할 것인지에 관하여 혼동이 야기되는 범위를 넓히게 될 우려가 있기 때문에 조심스러운 부분이 있을 수 있다는 생각을 해 보았습니다.

### 3. 기본권 보호의무와 입법부작위에 대한 헌법소원심판청구와의 구별

○ 기본권 보호의무를 다투는 다수의 사건에서 청구인들은 불충분한 입법을 다투고 있습니다(예컨대 확장장치 사용 등에 따른 소음제한 기준을 두고 있지 아니한 것을 다투는 2006헌마711 사건, 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자에 대해서만 의료지원금 지원 대상으로 하고 국내 강제동원자를 제외하고 있는 것을 다투는 2009헌마94 사건, 동물장묘업의 지역적 등록제한 사유를 불충분하게 규제한 것을 다투는 2017헌마1281 사건 등).

○ 또 다수의 문헌에서 기본권 보호의무는 입법자에게 보호필요를 충족시키는 법률을 제정하도록 하는 입법의무를 말하며, 기본권 보호의무의 실현은 입법자에 의한 입법에 의하여 비로소 구체화된다는 점을 밝히고 있습니다.<sup>11)12)</sup>

11) 이부하, 앞의 글, 135면 이하; 표명환, 기본권보호청구권의 구조와 체계에 관한 고찰, 법학연구 제45집, 27면; 조홍석, 앞의 글, 1105면 등.

12) 헌법재판소도 동일한 취지의 설시를 하고 있습니다. “국민의 기본권에 대한 국가의 적극적 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있는 것이기 때문에, 입법자의 입법행위를 매개로 하지 아니하고 단순히 기본권이 존재한다는 것만으로 헌법상 광범위한 방어적 기능을 갖게 되는 기본권의 소극적 방어권으로서의 측면과 근본적인 차이가 있다.”(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판

○ 헌법재판소도 아래와 같이 실시하여 기본권 보호의무가 기실 입법부작위의 문제라는 것을 인식하고 있는 것 같습니다.

“결국 이 사건에서는 국가가 사인에 의한 태아의 생명 침해에 대하여 태아 자신에게 손해배상청구권을 인정하는 입법조치를 취하지 않고 있는 입법부작위 내지 불완전한 입법이 위헌인지 여부가 문제된다.” (헌재 2008. 7. 31. 2004헌바 81, 판례집 20-2상, 91, 102)<sup>13)</sup>

○ 특히 태평양전쟁 전후 국외 강제동원희생자에 대해서만 의료지원금 지원 대상으로 하고 국내 강제동원자를 제외하고 있는 것을 다룬 2009헌마94 사건에서, 반대의견(재판관 김종대, 재판관 송두환, 재판관 박한철)은 이를 진정입법부작위로 보아 (기본권 보호의무 심사가 아닌) 입법의무의 존부를 심사한 다음, 입법자에게 국내 강제동원희생자에 대한 지원을 규정하는 법률을 제정할 헌법상 입법의무가 있으므로 헌법에 위반된다는 의견을 피력한 바 있습니다.

○ 주지하시다시피 진정입법부작위의 경우 헌법재판소는 이를 심사하는 별도의 논증구조를 가지고 있습니다.

○ 즉, 진정입법부작위에 대한 헌법소원은 i) 헌법에서 기본권보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 이를 이행하지 아니한 경우 이거나, ii) 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 입법자가 아무런 입법조치를 취하지 아니한 경우에 한하여 허용된다는 것입니다(헌재 2001. 6. 28. 2000헌마735, 판례집 13-1, 1431, 1437 등 참조).<sup>14)</sup>

○ 그런데 비록 동일하게 입법의 불비를 다루는 사안이라도, 기본권 보호의무가 문제되는 사안으로 보아 심사하게 되면 진정입법부작위에 대한 일반적인 심사구조와 달리 과소보호금지 원칙에 위반되는지 여부로 귀결되게 됩니다.<sup>15)</sup>

례집 20-2상, 91, 103)

13) 태아가 사산된 경우에 손해배상청구권의 주체가 될 수 없도록 규정한 민법 조항이 심판대상이 되었던 사건입니다.

14) 이와 같은 요건에 따라 심사한 결과, 헌법상 입법의무가 부존재하게 되면 통상 ‘각하’ 주문이, 입법의무가 인정되고 그러한 입법의무의 지체가 청구인의 기본권을 침해한다고 판단되면 ‘인용’ 주문이 나가게 됩니다.

15) 기본권 보호의무 위반 여부를 과소금지원칙에 따라 심사한 결과, 과소보호한 것으로 인정되지 않으면

○ 청구인이 헌법재판소법 제68조 제1항에 따라 진정입법부작위를 다투는 경우, 기본권 보호의무 사안으로 보아 과소보호 금지원칙의 심사방법을 하게 된다면, 종래 진정입법부작위의 심사기준 내지 심사구조와의 관계를 어떻게 설정해야 할지가 고민될 수 있을 것 같습니다.

○ 이에 대한 교수님의 고견을 여쭙고 싶습니다.

## 제181회 발표회 토론요지

---

간 사: 오늘 제181회 헌법실무연구회는 국가의 기본권보호의무론에 관한 비판적 검토라는 주제로 진행됩니다. 실무에서도 구체적인 적용범위나 심사방법 등에 관하여 많은 고민을 하게 되는 주제인데요. 연말에 바쁜 일정 중에서도 발표를 맡아주신 전남대학교 법학전문대학원 김현철 교수님, 지정토론을 맡아주신 영남대학교 법학전문대학원 이부하 교수님, 헌법재판소 오훤 헌법연구관님께 깊은 감사의 말씀을 감사드립니다.

오늘 회의는 먼저 김현철 교수님의 발표를 듣고, 이어 이부하 교수님, 오훤 헌법연구관님의 순서로 지정토론을 듣도록 하겠습니다. 그럼 오늘 발표를 해주실 김현철 교수님을 소개해 드리겠습니다.

### 〈주제발표자 발표〉

간 사: 감사합니다. 그럼 이어서 지정토론을 듣도록 하겠습니다.

먼저 지정토론을 해주실 이부하 교수님을 소개해 드리겠습니다. 이부하 교수님은 바쁜 일정 속에서도 헌법실무연구회 지정토론을 흔쾌히 수락해주셨는데요, 다시 한번 깊이 감사드립니다. 그럼 이부하 교수님께 지정토론을 부탁드립니다 하겠습니다.

지정토론자(이부하): 예, 반갑습니다.

제가 2009년 4월에 헌법실무연구회에 가서 기본권보호의무로 발표를 했는데요. 이번에 김현철 교수님의 토론을 맡게 되어서, 10년 지나서 이런 기회가 와서 아주 좋았습니다. 토론문에 기술한 것을 거의 읽다시피 하면서 토론을 같음하도록 하겠습니다.

평소에 굉장히 학구적이시고, 제가 굉장히 존경하는 우리 김현철 교수님께서 국가의 기본권보호의무론에 대해 비판적 검토를 한 발제문을 보내주셔서 이걸 읽고, 얼마나 달라졌는지 여러 가지 생각을 하게 되는 시간이 되었습니다. 하나하나 비판하기보다는 제 토론은 저의 개인적인 생각을 나눔으로써 이 토론을 대신하겠습니다.

첫 번째로 발제문에서는 보장의무와 보호의무를 구별하고 계신데, 우리나라 헌법에서는 보장과 보호를 그렇게 명확하게 구별하여 사용하고 있는 것 같지는 않습니다. 예를 들면, 헌법 제23조 제1항 모든 국민의 재산권은 보장된다. 여기서 는 보장이라고 단어를 사용했고, 또 헌법 제32조 제3항에서는 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장이라는 단어를 사용했고, 헌법 제32조 제4항에서는 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며 라고 규정하고 있고, 헌법 제34조 제5항에서는 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다 라고 규정하고 있는데, 기본권과 관련해서 어떤 특별한 구별기준을 가지고 보장과 보호를 구별하여 사용한 것이 아니라 그때 당시에 어떤 구별기준 없이 좀 임의적으로 사용했던 것 같습니다.

그런데 독일 헌법학의 기본권 규정들을 보면, 독어로 기본권 보장이나 기본권 보호 모두 *schutz*라고 표현합니다. 예를 들면, 인격권의 보장은 *Schutz des Persönlichkeitsrechts* 라고 하고, 선거권 보호는 *Schutz des Wahlrechts* 이렇게 말합니다. 그러니까 엄격히 말하면, 보장이 아니라 보호라는 말인데 우리나라에서는 이를 보장이라고 번역한 것 같습니다. 독일 헌법학에서는 기본권 영역에서 대부분 이렇게 보호(*Schutz*)라는 말을 사용하고, 보장국가에 대해서는 *Garantie*라는 말을 사용하고 있습니다. 그래서 독일의 기본권에 있어서는 보호(*Schutz*)라는 용어가 일반적이라 생각됩니다.

그런데 이는 독일의 학문적 입장이고, 우리 헌법학에서는 어떻게 보아야 되느냐? 우리는 일반적으로 국가에서 기본권이 침해당하면 거기에 대해서 국가는 보장의무가 있다. 그러니까 국가의 기본권 침해에 대해서는 ‘보장’이라는 용어를 사용하는 것이 타당한 것 같고요. 오늘 주제와 같은 기본권보호의무론에서는 제3자인 사인이 다른 사인의 기본권적 법익에 대해 가해를 했을 때 이때는 ‘보호’라는 용어가 적절한 것 같습니다. 이 경우 국가는 보호자의 입장인니까 보호라는 말을 쓰는 게 적절하지 않나? 즉, 사인의 기본권 가해시 기본권보호의무론에 있어서는 보호라는 용어가 적절하다고 생각이 되어 집니다.

두 번째 기본권보호의무의 헌법적 근거에 대해서 이순제(J. Isensee) 교수님은 안전에서 들고 있습니다. 그런데 제 생각에는 안전에 관한 책을 쓰시면서 이걸 정리를 하셨는데, 안전이라는 것은 공포라는 객관적 원인으로부터의 자유, 탈피라 정의할 수 있는데, 안전은 독일 기본법에 규정되어 있지 않습니다.

김 교수님께서 말씀하신 대로 헌법 전문(前文)에는 안전이라는 말이 있습니다. 재작년에 헌법개정 논의가 있을 때 헌법학회에서 기본권으로 안전권을 넣자.

그래서 안전권 조문을 마련하기도 했는데요. 그런데 안전권은 헌법에 규정하든, 안 하든 인정될 수 있는 기본권이기 때문에, 국민의 안전은 기본권의 전제조건이지, 반드시 헌법에 명문으로 규정할 필요까지는 없지 않나 이렇게 생각이 됩니다. 이러한 안전권을 가지고 기본권보호의무론의 헌법적 근거로 삼기에는 너무 막연하지 않나 생각이 되어 집니다.

그리고 헌법 전문(前文)은 기본권보호의무의 헌법적 근거가 되기 좀 어려울 것 같고, 헌법 제2조 제2항, 제10조는 발제문에도 나와 있지만 물론 이제 제3공화국 제5차 개헌 때 인간의 존엄과 가치 규정이 현행 헌법 제10조가 들어왔고, 그 이후에 이제 독일에서 기본권보호의무의 판례가 나왔지만, 제3공화국 헌법 개정시에 이 독일의 기본권보호의무론을 인식하지도 못했고, 이 이론을 한국에서 받아들인 적도 없고, 논의된 적도 없었기 때문에 헌법 제10조는 기본권 보장을 전제로 한 규정이지, 기본권보호의무론과는 전혀 관련이 없다고 생각합니다.

그 다음에 나머지 조항도 발제해주신 김 교수님의 입장은 헌법 제8조 제3항의 정당의 자유와 관련해서 이를 기본권보호의무의 헌법적 근거로 생각하십니다. 그러나 정당의 자유를 침해하는 사인의 가해는 생각하기 어려울 것 같습니다. 이제 사회적 기본권 부분인데 뒤에 나오지만 사회적 기본권은 기본권보호의무의 법익으로 보기 어렵습니다.

그리고 헌법 제10조 2문에 관해 말씀드렸다시피 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무라는 것입니다. 이는 국가가 개인의 기본권을 침해할 때 보장할 의무이지, 기본권보호의무와는 거리가 있습니다.

저는 우리 헌법조항에서 아무리 찾아보아도 기본권보호의무의 헌법적 근거가 될 만한 조항이 없다고 생각합니다. 그럼 독일의 학자 중에는 기본권보호의무의 헌법적 근거를 주관적 공권인 방어권에서 찾는 교수님도 계세요. 그러나 저는 기본권보호의무의 헌법적 근거를 객관법적 내용에서 찾는 것이 타당하지 않을까 생각을 하고 있습니다.

네 번째 이제 보호대상인 기본권적 법익의 보호범위와 관련하여 발제문에서 쓰고 계신데, 국가의 개입보다는 사회적 자기규율 내지 사적자치가 원칙적으로 우선해야 된다. 이 말은 기본권보호의무가 모든 보호법익을 보호해서는 안 되고 국가가 개입할 수밖에 없는 한정된 영역이어야 한다는 것을 의미하는 겁니다. 사회적규율, 사적자치가 이루어지는 데는 국가가 개입해서는 안 된다는 말이니깐요. 이렇게 보면 범위가 상당히 좁아져야 된다고 생각합니다. 그래서 저는 개인적으로, 자유권적 기본권에 국한된다고 보는 것이 타당하지 않을까? 만약 자신의 재

산권, 근로의 권리 침해로 인해 헌법재판소에 헌법소원을 제기한다면 기본권보호 의무의 요건을 갖추지도 못한 사건들이 무제한적으로 청구될 가능성이 높아집니다.

사회적 기본권은 보호대상인 기본권적 법익에 해당되지 않는데, 사회적 기본권의 구조가 다릅니다. 사인이 사인에 대한 기본권 침해 이게 아니라 이 사회적 기본권은 국가가 생존에 필요한 재화의 분배나 급부를 제공해주는 것이지, 사인이 사인을 가해하는 구조가 아니라는 겁니다. 발제문 각주 81번을 보시면, 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 국민의 권리, 이렇게 나와 있습니다. 그러니까 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리인 사회적 기본권은 국가가 해주는 것이지, 사인이 사인을 가해하는 것은 아니다. 따라서 사회적 기본권에서는 이러한 구조 즉, 삼각관계가 성립되지 않는다고 볼 수 있습니다.

제가 2008년 7월 31일 2006헌마711 사건에 대한 논문을 발표한 바 있습니다. 헌법소원에서 환경권을 기본권보호의무의 보호법익으로 보아서 헌법소원심판을 한 바 있는데, 여기서 자세히 보면 이 사건은 선거운동하면서 확성기 장치에 의한 소음이 커서 선거운동해서 그 소음으로 인해서 인근 주민의 고통이 크니까 이렇게 헌법소원심판을 청구한 사건입니다. 이러한 사건은 환경권의 문제가 아니라 자기 건강 내지 신체의 침해를 문제 삼은 것입니다. 그러니까 이것은 정확히 보면 건강권, 신체의 온전성 문제이지 환경권은 관계가 없습니다. 그런데 이것을 환경권으로 논리를 전개한 것은 기본권을 잘못 설정한 것이 아닌가 생각합니다. 청구인이 환경권으로 주장해서 헌법재판소에서 그냥 환경권으로 논리를 전개한 것 같습니다.

그래서 저는 개인적으로는 기본권보호의무의 보호법익은 생명권과 신체의 자유에 한정해야 된다고 생각합니다. 근거로는 첫 번째는 기본권보호의무에서 말하는 사인의 위법한 침해라는 말은 현재의 가해 또는 급박한 가해입니다. 재산권이나 사회적 기본권은 이러한 현재의 가해나 급박한 가해의 요건을 충족할 수 없습니다. 따라서 생명권이나 신체의 자유 등 아주 급박한 가해, 현재의 가해에 한정된다. 두 번째는 국가의 사적 영역, 사적자치가 운영되는 영역에서는 되도록이면 다른 기존 권리구제절차를 받을 수 있기 때문에 그러한 경우에는 기본권보호의무가 배제되어야 하지 않나 생각합니다.

기본권보호의무는 국가가 적절하고 효율적인 보호조치를 취해야 되는데 광범위하게 기본권보호의무를 인정하게 되면 국가가 적절하고 효율적인 보호조치를 취한다는 것이 굉장히 어려운 일이 됩니다. 따라서 생명권과 신체의 자유에

국한함이 적절하다고 생각되어 집니다.

여기까지 토론을 하겠습니다. 감사합니다.

간 사: 감사합니다.

그럼 이어서 오훤 연구관님의 지정토론을 듣도록 하겠습니다.

지정토론자(오훤): 안녕하십니까? 지정토론을 맡게 된 오훤 연구관이라고 합니다.

김현철 교수님과 이부하 교수님의 훌륭한 발제와 지정토론을 잘 들었고요. 그리고 기본권보호의무에 관해서 좀 더 생각할 수 있는 시간이 되어서 좋았던 것 같습니다.

그런데 기본권보호의무는 항상 보편은 저한테는 약간 짙은 안개 속에 있는 것 같은 그런 어떤 테마 중의 하나인 것 같아요. 재판소에서 근무를 하다보면 그런 테마가 종종 있거든요. 그래서 저 같은 경우에는 법률유보라든가, 포괄위임이라든가 아니면 또 소송요건이라든가 이런 부분들이 항상 의견일치를 보기 어렵고 서로 (청취불능) 다 표출되는 주제인데, 이 주제도 제가 워낙 모르기도 하거니와, 그래서 제가 한 지정토론은 지정토론이라기보다는 교수님들의 동영상 강의를 들으면서 질문을 하는 정도 되지 않을까 생각이 되고요.

또 이제 기본권보호의무가 쟁점이 되었을 때 제가 만약에 기본권보호의무가 문제되는 사건을 맡으면 어떤 고민들을 하게 될까? 그런 시각에서 착안을 해봤습니다. 그래서 일단 기본권보호의무 구성요건이 사실은 이 발제에서 큰 주제는 아니었지만 가장 기초적인 부분이었는데, 그 부분에 대해서 제가 고민되는 부분이 있어 적어봤는데요. 아시다시피 기본권보호의무의 구성요건이라는 것은 여러 번 말씀드린 바와 같이 사인인 제3자가 헌법에 의해서 보호되는 타인의 법익에 위법적으로 가해하는 경우 이제 그림1에 나와 있는 것 같은 삼각구조가 있을 때 발생하는 걸로 다 많이 얘기가 되고 있는데요. 그런데 제가 선례들을 쭉 봤을 때는 과연 이 사인에 의한 침해라는 게 뭘까? 그게 좀 의문이 들었는데요. 저희가 가장 유명하고, 저희가 최초로 한 걸로 알고 있는 게 90헌마110 사건입니다. 교통법 사건인데, 이 사건은 다들 아시다시피 교통사고가 났을 때 종합보험에 가입한 경우에는 공소를 제기하지 않도록 하는 조항인데, 그럼 여기서 결국 심판대상조항은 사인의 교통사고 위반행위는 당연히 아니었고 교특법 조항인데 교특법 조항이라는 것은 당연히 가장 대표적인 공권력 행사의 결과물이 되고, 결국 말을 하면 청

구인이 다투고자 하는 게 저 사람이 나에게 교통사고를 당했다는 것보다도 교통사고를 낸 사람에 대해서 불처벌 특례 (청취불능) 어떤 규범을 마련한 그 부분에 대해서 다투는 게 아니냐? 그렇게 보면 이제 약간 그림2 같은 게 됩니다. 그림2에 보시면 결국은 국가가 침해자로 서게 되고 사인이 피해자가 되게 되는데, 여기서 제가 부진정이라고 가로를 치긴 했지만 이 교통법상 사실 부진정도 아니고 그냥 그렇게 입법적 결단을 내린 것이지요. 그래서 그 부분에 대해서 사인을 다투는 구조로 보게 될 수도 있지 않을까? 그런 생각이 들었고요.

물론 나중에 여러 문헌에 보면은 이 지금 삼각그림에서 제가 이게 점점 그림 2인 사인 침해자, 그러니까 국가가 어떤 그 입법의 결과물을 내놨을 때 이 국가 침해자와 이 사인 침해자 사이가 이제 과잉금지가 적용되는 국면이고, 국가 침해자와 사인 피해자 사이가 적용되는 국면이 이제 보호의무영역이다. 이렇게 보통은 보게 돼요. 그런데 어떤 사람 같은 경우에는 사건을 여러 개 해보시면 아시겠지만 국가가 있고, 국가가 양자 사인의 양자에 대해서 다 일정부분 제한을 가하게 되는 구조도 있거든요. 그래서 그렇게 될 경우에도 이제 국가는 주관적 공권, 그러니까 사인이 주관적 공권을 주장하게 되는데 그런 구조가 되기도 합니다. 그래서 어쨌든 그런 부분이 있는데 실제 이 교통법 사건을 읽어보면 그 두 분 재판관님께서도 제37조 제2항에 따른 과잉금지심사를 해서 위헌 결론에 도달하셨습니다. 그래서 아마 그림2 구조이지 않았을까 이런 추측을 해보고요.

3페이지하고 있는데요. 그리고 이제 제2차 교통법처리 사건이 있는데, 이것은 제가 이렇게 찬찬히 읽어본 것은 이번이 처음이었던 것 같은데 저는 이전까지는 이 결정이 과소보호를 위반해서 위헌을 낳았다고 이렇게 기억을 하고 있었는데 다시 읽어보니까 그건 아니었고, 법정의견은 재판진술권을 기본권으로 포착을 한 다음에 이제 과잉금지심사를 해서 위헌을 내린 다음에 다시 병렬적으로 기본권보호의무 위반을 심사 했더라고요. 그래서 이게 참 지금 생각하면 특이한데, 그러니까 무슨 말이나면 같은 하나의 사건에서 국가를 침해자로 보기도 하고, 국가를 보호자로 보기도 하는 그 (청취불능) 바로 한 사건에서 다 심사한 사안이라서 저는 이게 좀 특이한 사건이라고 생각이 되더라고요, 지금 보니까.

그래서 어쨌든 이런 구조, 지금 제가 말씀드린 바와 같이 사인에 의해서 어떤 기본권 침해가 유발은 되었지만 심판대상을 법률조항으로 삼는 구조는 되게 많이 볼 수가 있습니다. 그래서 지금 아시다시피 태아가 사산된 경우 손해배상의 주체가 될 수 없도록 한 사건이라든가, 또 확성기 사건이라든가 이런 것에서 다

이제 됐지요. 그런 사건들에서도 반대의견을 꾸준히 이것 그냥 규범통제로 가는 것 아니냐 하는 의견들이 있었던 것 같아요. 조금 더 이제 구성요건, 지금 아까 말씀드린 그 구성요건 범주, 그러니까 사인에 의한 침해가 특히 문제되는데, 그 부분과 다른 것은 몇 가지 보이는데 저도 다 기본권보호의무 사건을 읽어보지는 못했지만, 특히 이제 태평양전쟁 전후 강제동원 된 자 해서 국외강제동원자에 대해서만 의료지원금을 지급하도록 했었거든요. 그랬더니 이제 국내 동원된 분들이 청구를 하신 사건인데, 또 이 경우에 과연 사인에 의한, 그러니까 누가 침해를 했다고 볼 수 있느냐? 아니면 또 2009헌마94 사건에서는 판사가 피폭선량을 예컨대 법에서 100으로 났는데 그러면 이 100 미만의 방사선이 유출되게 되니까 이것은 부당하다고 이런 사건에서도 사실 누가 방사선을 특별히 지금 쏘거나 이런 사인을 포착하기가 좀 어려운 사건이지 않나 하는 생각이 들었고요.

그다음에 이제 올해인가요? 이렇게 선고되었던 이 동물장묘시설 사건이 있습니다. 이것은 뭐냐면 동물장묘시설을 설치할 때 그 지역을 법에서는 좀 러프하게 그냥 녹지지역이라든가 문화재보호구역이라든가 이런 데는 제외하도록 하였는데, 청구인들의 주장은 조금 더 스트리트, 좀 엄격하게 이 동물장묘시설을 제한해야 되는 것 아니냐? 이제 이런 주장을 하면서 이 조항을 들고 들어온 경우였는데, 이 경우에도 그러면 동물장묘시설이라는 게 진짜 바로 다른 타인의 기본권을 침해하는 사안이나 아니면 이 동물장묘시설이 도대체 얼마나 떨어져 거리가 돼야 침해하고, 또 어떤 정도의 규모가 돼야 되는지에 대한 어떤 속명이랄까 아니면 기록에 현출된 바가 전혀 없어서 이게 과연 사인에 의한 기본권 침해라고 볼 수 있는지 좀 의문이 될 수도 있겠더라고요. 그런데 이제 어쨌든 헌법재판소는 이런 것들을 다 보호위반으로 봤는데 아시다시피 저희 구조가 당연히 사인의 어떤 행위를 바로 포착하기는 어렵게 되어 있고 (청취불능), 가장 중요한 것은 기본권보호의무라는 게 매번 말씀드린 바와 같이 삼각구조를 갖고 있기 때문에 결국 국가에 대해서 어떤 불완전, 불충분을 다룰 수밖에 없다 해서 이런 이유 때문에 규범통제로 갈 수 밖에 없는 것은 당연히 수긍할 수 있는 것 같은데요. 다만 이게 실제 사건이 많이 왔을 때 저희가 청구인이 주장하는 대로 다 보호의무 주장하면 보호의무 해주고 규범통제 주장하면 규범통제를 해주는 것은 아니고, 저희가 어쨌든 판단을 해야 될 때 이게 과연 사인에 의한 침해로 봐서 기본권보호 루트로 갈 것인지 아니면 아, 이거는 그냥 규범통제로 가서 과잉금지심사나 비례원칙심사를 할 것인지가 쉽지는 않겠다라는 생각이 이번에 좀 들었습니다. 그래서 혹시 이 두 개 사건의 어떤 갈림길을 구별하는 기준들을 우리가 좀 삼을 수 있는 건지 아

니면 어쩌면 헌법재판소는 이 요건, 사인에 의한 침해라는 것을 심각하게 고려 대상으로 놓고 있는 것이 아닌 건 아닌지 하는 의심은 좀 들더라고요. 그래서 그런 부분을 한번 교수님 생각을 여쭙보고 싶었고요.

사실 제가 적지는 않았습시다만 이 구성요건 중에 사실 위법적으로 가해 부분도 상당히 좀 모르겠습니다. 그러니까 지금 저희가 본 사례들도 다 보면 법은 이미 정해져 있고, 사실 가해자라는 사람들은 그 법의 테두리 내에서 어떤 행위를 한 거거든요. 그래서 이게 과연 위법한 거냐? 물론 여기에 대해서는 여기의 위법은 법률을 말하는 게 아니라 헌법을 말하는 거다 이렇게도 말할 수 있는데, 근데 만약에 헌법을 위법의 어떤 근거로 본다면 이 기본권보호 루트로 가는 것에 있어서 이미 본안판단을 선취하는 느낌같이 들어가지고 이게 좀 맞는가 하는 의문도 들었습니다. 제 개인적인 궁금증이고요.

어쨌든, 그리고 이제 기본권보호법익을 보시면 평등권이나 사회권이나 자연재해나 이런 부분들은 보호대상이 아니라는 점들은 이제 학계에서 논의가 되는 것 같고요. 근데 이제 이렇게 쪽 저희보다 많이 넓혀놓는데, 그러니까 결국 똑같은 얘기입니다만 저희가 이렇게 다 넓혔을 때, 사건이 들어올 때 저희가 항상 국가를 침해자로 놓고 볼지 아니면 보호자로 놓고 볼지 양면심사를 하게 되는 부담이 있어서 과연 그게 쉬울까? 쉬울까 해서 그런 의문 때문에 저희가 의식을 했던 아니면 무의식이든 이렇게 자연스럽게 좀 한정적으로 국가의 보호의무를 (칭취불능) 점검해야 하니까 해봤고요.

그다음에 이제 세 번째 주제가 이제 입법부작위와의 구별 문제인데요. 이 청구인들 대부분 다 불충분한 입법을 다투고 있지요. 아까 확장기 사건도 그렇고, 태평양전쟁 국외만 지원금을 주는 사건도 그렇고. 그리고 이제 헌법재판소 결정문에 보면 지금 7면하고 있습니다만, 거기에 이제 언뜻언뜻 이렇게 쓰고 있습니다. 그래서 태아의 생명침해에서 손해배상청구권을 입법조치를 취하지 않고 있는 입법부작위 내지 불완전한 입법이 위헌인지 문제입니다, 그래서 아마 이걸 좀 인식하고는 있는 것 같아요. 그리고 강제동원 사건에서도 사실 재판관 세분은 이것은 진정입법부작위 문제다. 그래서 기본권보호의무가 아닌 그냥 입법의무 존부를 심사해서 위헌 결론 피력을 하신 적도 있었는데, 저희는 이제 보통의 진정입법부작위가 들어오면 저희 나름의 어떤 논증구조가 아시다시피 있지 않습니까? 그래서 기본권 보장을 위해서 법령에 명시적인 입법위임을 했음에도 입법자가 이를 이행하지 않는 경우라든가 아니면 특정인에게 어떤 구체적인 기본권이 생겨서 이런 저희가 갖고 있는 틀이 있는데 이 틀이 있고, 또 이제 본안의, 이게 대상의 문

제일 수도 있는데, 그리고 입법부작위 본안에 들어가면 이제 뭐 또 그런 입법을 확인한 다음에 그 이행주체가 정당한 이유가 있느냐? 이제 이런 부분도 살펴보게 되고. 또 주문도 저희는 이제 입법의무가 없게 되면 바로 각하가 되고, 그다음에 본안에 가면 보통 기각은 없고 인용을 하거나 둘 중에 하나가 되게 되는데, 그제가 실제 사안은, 그러니까 보호의무를 하면서 청구는 진정입법부작위를 했는데 저희 재판소 것을 받아서 보통 부진정입법부작위로 받기 때문에 이게 바로 충돌하는 경우까지 제가 반영하지 못했는데, 강학상 이렇게 생각을 해볼 때 혹시 이제 만약에 그렇게 진짜 입법부작위를 갖고 들어올 때 만약에 이걸 기본권보호사항으로 보게 되면은 이제 뭐 과소보호원칙 쪽으로 가게 되고, 또 주문도 인용 아니면 기각 이런 식으로 이제 본안에 가게 되는 루트를 타게 되는데, 그러면 이것을 우리가 종래 가지고 있던 틀인 입법부작위 틀과 이 관계를 어떻게 볼 수 있을까? 이제 이런 이런 고민들이 있었다라는 말씀을 드리고요. 좀 영똥할 수 있는 질문을 드렸는데 한번 이렇게 영똥한 질문들을 해서 기본권보호의무라는 게 어떤 모습인지 과연 좀 알게 되는 계기가 된다고 할까요? 그렇게 됐으면 좋겠다는 마음에서 한번 작성해보았습니다. 이상입니다.

간 사: 예, 감사합니다.

두 분의 지정토론까지 어려운 주제에 대해서 다양한 관점을 생각하고, 배울 수 있는 기회였는데요. 그럼 김현철 교수님께서 두 분의 지정토론에 대하여 하실 말씀이 있는지 먼저 청해듣도록 하겠습니다.

발 표 자: 두 분의 지정토론 감사드립니다. 먼저 이부하 교수님 견해는 질문 이라기보다는 본인의 견해를 말씀하셨는데, 저의 견해하고 많이 달라서 전체가 다 질문이라고 봐도 될 것 같아요. 이부하 교수님은 기본권보호의무에 관한 논문을 여러 편 쓰셨고, 저도 제가 찾을 수 있는 한도 내에서는 다 읽어봤어요. 이부하 교수님 글을. 여기 발표문에서 인용하지 않은 것도. 제가 기본권보호의무론을 연구하면서 이부하 교수님과 방승주 교수님 그리고 서경석 교수님, 이 세 분의 글에서 많은 아이디어를 얻고, 또 거기에 대한 저의 생각도 정리하고 그랬는데, 서경석 교수님은 기본권보호의무론 자체에 대해 회의적인 시각이거든요. 그 글을 통해서도 제가 많은 시사점을 얻었어요. 이부하 교수님은 그런 입장은 아닌데 독일 유학 다녀오셔서 독일의 사정도 밝고, 또 정리가 잘 돼서 글도 이해하기 쉽게 쓰셨고, 그래서 기본권보호의무론에 대해서는 이부하 교수님의 견해가 탄탄한 것

같아요. 학자들의 지지나 헌법재판소의 입장이라 비교할 때 …… 그런데 기본적으로 저는 다른 입장에서 생각해 본 거고요.

그런 점에서 이부하 교수님하고는 견해가 상충될 수밖에 없고, 서로 주장을 하는 거지요. 이부하 교수님은 설득력 있는 논설인 것 같은데, 저는 새로운 주장인데다가 좀 더 다듬어야 될 그런 부분이 있는 것 같습니다. 어쨌든 토론 감사드리고요. 오훤 연구관님은 실무에서 생각했던 것을 많이 문제제기해 주셨는데 이 중에는 제가 현재에 있을 때 고민했던 부분도 있어요. 그래서 나만 이런 고민을 한 게 아니구나, 이런 생각이 들었습니다.

오훤 연구관님의 지정토론은 질문을 하셨으니까 질문에 답변하는 방법으로 하도록 하겠습니다. 기본권보호의무의 구성요건 부분은 오늘 제가 발표한 주제는 아니었지만 중요한 주제이기도 하거든요. 교통사고처리특례법 사건에 대해서 말씀하셨는데, 이 구조가 과연 어떻게 되는 것인가? 그런데 헌법재판소의 1차 교통법 사건에서 재판관 네분의 합헌 의견과 재판관 세분의 위헌 의견은 기본권보호의무론을 수용했거든요. 그러니까 일곱 분이 기본권보호의무론을 수용했어요. 나머지 두 분은 기본권보호의무를 수용하지 않은 분들이기 때문에 평등원칙 위배를 먼저 논증하고, 그 다음에 과잉금지원칙심사를 했거든요. 그러니까 이 사안에서 평등권침해 여부를 우선으로 생각한 것 같아요. 다른 일곱 분은 기본권보호의무론을 받아들였어요. 그러니까 다수의견이 형성된 거지요. 그런데 이 사안을 어떻게 기본권보호의무로 구성했을까? 그런 의문이 들지요. 오훤 연구관님도 그런 의문하신 것 같은데, 제가 생각하기에는 이 사안이 교통사고잖아요. 가해자가 있어요, 교통사고를 낸 가해자가 있는 거지요. 그래서 그걸 상정한 것 같아요, 재판관 일곱 분이. 재판관 일곱 분의 견해에서는 교통사고 가해자가 있고, 피해자가 있고, 국가가 있으니까 삼각구도가 형성이 된 거지요. 다만 교통사고를 막는 법은 아니지요, 심판대상이 된 교통법 조항이. 이 법을 통해서 교통사고를 막을 수는 없잖아요. 다만 청구인이 주장하는 바대로 처벌하는 영역을 넓히면 그게 간접적으로 교통사고를 조심하게 되고, 사고를 좀 줄이는 그런 효과는 있다고 볼 수는 있겠지요. 그런 점에서 간접적이지만 이런 구조는 태아의 손해배상 청구사건도 똑같다고 생각해요. 그 사건에서는 헌법재판소가 조금 언급을 했어요. 다시 교통법 사건으로 돌아와 보면, 일단 이 사안에서는 교통사고 자체를 막는 건 아니지만 교통사고에 따른 처벌, 처벌범위를 넓히면 교통사고가 좀 줄어들 수는 있겠다, 그런 점에서 교통사고의 가해자와 피해자가 있고, 국가가 있으니까 이 삼각구도는 형성됐다, 그런 측면에서 기본권보호의무론을 수용한 것 같고요. 다만 재판절차진술

권이나 평등권 침해여부도 판단했는데, 평등권은 별론으로 하더라도 재판절차진술권을 중요한 논거로도 삼았고, 특히 2차 교특법 사건에서는 그걸 과잉금지심사해서 위헌 결정까지 이르게 됐잖아요. 그거는 사후에 이 사람들을 처벌하고자 하는 청구인들의 욕구, 그런 의지, 이런 것이 결국 재판절차진술권으로 나타나고, 재판절차진술권이 기본권인데 그 기본권을 교특법이 제한하는 거지요. 그래서 과잉금지심사를 하고, 나아가 기본권보호의무 위배여부가 심사기준으로 동시에 나타나는 것이 아닌가 이렇게 생각이 듭니다. 다만, 방승주 교수님은 오훤 연구관님과 비슷한 입장에서, 교특법 사건은 기본권보호의무 위배여부로 판단했어야 한다는 견해인 것 같습니다.

그리고 3페이지에 있는 사산된 태아의 손해배상청구권, 이 사건도 마찬가지로예요. 여기에서는 헌법재판소가 약간 언급을 했어요. 거기에 보면 이것 가지고 생명권을 보호할 수는 없지만 사산한데서 손해배상 요인이 발생, 불법행위 요인이 발생한 이 사안에 있어서 이제 생명권과 깊이 관련이 있다, 이렇게 썼거든요. 거기까지만 나갔는데, 그 의미는 사산된 태아에게도 손해배상청구권을 인정하고, 그러면 가해자, 여기에서도 가해자라는 개념을 쓰지는 않았지만 가해자는 상상할 수 있잖아요. 이제 태아를 사산시킨 의사, 이런 경우 가해자가 있고, 피해자가 있고, 국가도 있는 거지요. 다만 아까 본 교통법 사건하고 비슷하게 직접적으로 그걸 막는 법은 아니잖아요. 사고를 막는 법도 아니고, 태아의 사산을 막는 것도 아니지만 앞의 사건은 처벌하는지 여부, 뒤의 사건은 손해배상청구를 통해서 간접적으로 그런 제어효과가 있지 않을까? 그런 점에서 삼각구도를 인정한 것 같습니다.

앞에서 제가 발표할 때 얘기했지만 기본권보호의무의 기본적인 출발점은 삼각구도가 형성되는 거예요. 그런데 삼각구도가 되느냐, 안 되느냐에 대해서는 견해가 다를 수 있고, 특히 사회적 기본권에 대해서 삼각구도가 되는지, 안 되는지에 대해서 견해가 다를 수가 있겠습니다.

어쨌든 이 사안에서는 삼각구도가 형성될 수 있다. 다만 전형적인 그런 구도가 아니고 간접적인 방법으로, 직접 교통사고를 막는 것 아니고, 태아의 사산을 막는 것은 아니지요. 그렇지만 간접적으로 처벌하는 범위를 넓힘으로써 또는 손해배상청구권을 인정함으로써 간접적으로 가해를 막는 그런 효과는 있을 것이다. 여기에 착안한 것 같습니다.

그리고 그 공직선거법 조항도 마찬가지지요. 가해자인 선거운동원들이 시끄럽게 하는 것에 피해를 받는 사람들이 있고, 국가가 있지요. 삼각구도가 형성되는 거지요. 다만 그런 점에서 이게 사회적 기본권인 환경권으로 접근하는 것인지 아

니면 이부하 교수님처럼 생명 또는 신체, 정신적 고통도 신체의 범위에 포함시킬 수 있으니까 그런 것으로 접근하는지 그런 차이는 있을 수 있지만, 가해자 또는 피해자 그리고 국가의 삼각구도는 형성된다, 그렇게 생각합니다.

제가 갖는 의문은 토론문 4페이지에 있는 2009헌마94 사건이에요. 태평양전쟁 이후 국외강제동원 희생자 사건, 여기에서 오 연구관계서 잘 지적하시고 의문을 제기해주셨는데, 제가 자꾸 얘기하지만 삼각구도가 형성되는지 그게 문제잖아요. 그런데 이 사안의 가해자가 누구인가요? 피해자는 동원된 사람들인데, 국가는 당연히 있는데 가해자가 누군가? 이것에 대해서는 판결문에 언급이 없어요. 그런데 그때는 일제강점기 시대니까 가해자가 일본 정부라고 생각할 수 있는데 이것은 외국 정부지요, 개인인 사인이 아니고. 혹시 그 사이에 한국인이 개입되어 그런 강제동원에 그 사람들이 무슨 역할을 한 것인가? 상당히 의문이 드는데 판결문에 안 나와서 구체적으로 그 당시에 어떤 일이 있었는지는 모르겠지만 삼각구도가 상당히 의문스러워요. 다만 결정문을 읽어보니까 청구인이 기본권보호의무 위반을 주장했더라고요. 그래서 거기에 답변하는 과정에서 “기본권보호의무에 위반되지 않았다.” 이렇게 판단했는데, 이걸 기본권보호의무로 구성하려면 가해자의 존재를 언급해야 되는 것이 아닌가? 만약에 청구인이 그렇게 주장했더라도 이것은 기본권보호의무의 문제가 아니라고 하였으면 아무 문제가 없었을 것 같은데, 기본권보호의무 위배가 아니라고 본안판단 하면서 기본권보호의무의 구조에 대한 설명이 없는 거예요. 그걸 추정해 볼 수 있는 단서도 없어요. 그냥 독자들의 생각은 일본 정부라고 생각할 것 같은데, 그럼 외국의 정부도 가해자인 사인에 포함되나? 만약에 그렇게 포함시킨다면 문제없지요. 이 헌법재판소 결정의 논증에 아무런 문제가 없지요. 그런데 가해자인 사인이라 할 때 외국 정부도 사인으로 볼 수 있나? 만약에 국내 사인이 개입되어서 그 사람들이 주도적인 역할을 했다면 최소한 그런 역사적인 배경을 사건의 개요를 통해서라도 좀 밝혔더라면 그렇게 추정할 수 있는 단서가 있을 수 있을 것 같은데, 그런 점에서 이 사건은 좀 의문입니다. 저도 개인적으로 의문이에요.

또 다음 사건은 원자력, 방사선 문제인데, 이것은 청구대상이 두 개거든요. 원자력 발전 부분하고, 그 다음에 식품에 방사선이 있으니까 두 가지 다 문제가 있을 수 있는데, 식품 관련된 부분에 대해서 오 연구관님은 거론 안 하셨어요. 그 부분은 식품 제조하는 사람이 있으니까 가해자를 상정할 수 있을 것 같아요. 물론 결정문에 그 부분은 안 나오는데 식품 자체가 제조자라는, 사인인 가해자를 상정할 수 있는 단서가 보입니다. 그런데 원자력 같은 경우는 어떻게? 이것은 조금 잘

단서가 보이지는 않는데 원자력 발전이 우리나라는 국가, 한국수력원자력이 국가 기관은 아니지만 거의 국가처럼 행위하는데, 이 부분을 어떻게 봐야 될까? 그런데 방사선이 꼭 원자력발전소에서만 나오는 거는 아니잖아요. 거기 보면 해당 조항에 일반인에 대한 피폭기준과 그 운반하는 사람 또는 상시 출입하는 사람, 그 다음에 거기에 관련된 사람 이렇게 세 가지로 나누어서 피폭선량을 다르게 했습니다. 예를 들어서 학교 실험실에서 방사선이 나올 수 있잖아요. 공대 이런 데서. 그런 데까지 이렇게 넓혀보면 가해자라고 상정할 수 있고, 그런 데까지 그 규정이 적용된다고 보면, 기본권보호의무로 접근하는 것은 그런 가해자를 상정한 것이 아닐까? 식품은 분명하고, 원자력에 관련된 부분도 방사선 피폭 그것도 상업용 발전, 우리나라에는 없지만 상업용 발전이 있을 수도 있고, 실험실에서의 방사선 문제, 이런 것도 삼각구도가 가능할 수는 있을 것 같다 그런 생각이 듭니다.

그리고 5페이지 이하에서 국가에 의한 기본권 침해의 경우에 기본권보호의무가 있는지 부분이 있었고, 그 다음에 기본권보호의무나 입법부작위, 헌법소원의 관계 이런 주장도 상당히 중요한 쟁점이라는 생각이 들어요. 그런데 저는 미국산 수입쇠고기 사건, 오 연구관님은 그 부분을 언급 안했지만 미국산 수입쇠고기 사건에서도 기본권보호의무 위배여부가 중요한 쟁점이었잖아요. 그런데 거기에서도 삼각구도에 대해서는 언급이 없어요, 판결문에. 누가 가해자인가요? 생각해 볼, 상정할 수 있는 것은 미국산 쇠고기 수입업자가 가해자일 수는 있겠다. 30개월령 이상 되는 소고기를 수입한다면 그럼 그 사람들이 가해자다, 그런 생각을 할 수 있겠는데, 실제로 이 사안을 보면 국가가 보호수준을 전에 있던 기준에서 낮춘 거거든요. 쇠고기 수입업자들이 그 기준을 낮춰 달라 이렇게 요구한 바는 없어요, 기록상으로는. 실제로 그랬는지는 모르겠지만. 그런 점에서 이런 경우는 가해자의 존재가 희미하고, 오히려 국가가 가해자가 아닌가요? 이런 의문이 들어요. 미국산 쇠고기 수입사건에서. 왜냐하면 피해를 일으킨, 종전에는 괜찮았는데 그 피해를 일으킨 또는 일으킬 가능성이 있다고 주장된, 미국산 쇠고기가 들어오게 된 것은 국가가, 정부가 그 수입기준을 낮춘 거잖아요. 실제로 그 사안을 보면 부시 대통령하고 정상회담하기 전에 미국 축산업자들이 그 기준을 좀 낮춰주길 원했고, 그래서 우리 정부가 배려를 한 거라는 그런 얘기가 있었거든요. 그건 사실이고. 그러면 가해자는 미국 정부인가, 미국 축산업자인가? 그런데 직접적으로는 우리나라 국가가 한 거지요. 국가가 그 기준을 개정함으로써 낮춘 거지요. 그런 점에 있어서 미국산 쇠고기 수입사건에서 기본권보호의무의 심사구조가 상당히 의문입니다. 다만, 그것도 보호기준을 설정한 거니까. 처음에 보호기준을 설정한

것도 국가지요. 그렇게 보호기준을 설정했다가 이번에는 이렇게 설정하겠다. 보호기준을 첫 번째는 A로 설정하고, 그 다음에 B로 설정해서 낮춘 건데, 어쨌든 보호의 강도, 보호 정도, 이걸 국가가 정한 거니까 그것도 결국 기본권보호의무의 범위에 포섭할 수 있겠다. 이렇게는 생각할 수 있을 것 같아요. 그런 점에서는 이것도 어차피 기본권보호수준을 높이든, 낮추든 국가가 정한 거니까 그게 피해자의 입장에서 기본권 보호가 제대로 이루어졌는지에 대해서 다룰 수 있다. 이렇게는 가능할 것 같고, 아마 결정문에서 그런 내용까진 말하진 않았지만 그런 전제에서 쓴 것 같아요. 그러나 직접적인 원인이 이 사안은 국가의 기본권 보호수준을 낮춘 그 고시로 미국산 쇠고기 수입기준을 낮춘 행위는 국가의 행위였기 때문에 좀 다른 의문을 제기할 수 있겠습니다.

그리고 기본권보호의무와 입법부작위의 상관관계는 어떻게? 또 국가가 어떤 때는 보호자가 되고 어떤 때는 침해자가 되고, 동시에 보호자가 되고 동시에 침해자가 될 수 있을까? 이거는 제 생각인데 삼각구도가 형성되느냐, 그리고 거기 가해자가 누구냐, 여기에 초점을 맞출 수 있을 것 같아요. 가해자가 있는 경우와 가해자가 없는 경우 다 입법부작위 또는 불완전한 입법이 있을 수가 있지요. 불완전한 입법에 대해서 헌법소원 또는 규범통제를 할 수 있는데, 입법부작위에 대해서는 규범통제를 할 수 없으니까 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원만 제기할 수 있는 것이지요. 그런데 국가가 입법을 안 했다 또는 불완전하게 했다. 그 원인이 뭐냐를 따져봐야 될 것 같아요. 가해자가 있는데 국가가 입법을 안했다. 입법부작위이면서 보호의무에 관한 것이지요. 두 개가 중첩되는 것이지요. 그런 경우에 어디에 초점을 맞추어서 판단할 것인가라는 판단의 문제만 남는데 심사기준이 과소보호금지원칙인데, 또 입법부작위에 대한 심사기준이 별도로 되어 있잖아요. 그러나 그 심사의 강도, 통제수준은 비슷하다는 생각이 들어요. 양쪽 다 “명백성 통제”라는 점에서 결론은 크게 달라지지는 않는데 논증구조에 있어서 가해자가 없으면 당연히 입법부작위로 가는 것이고, 사인인 가해자가 있는 경우에 논증구조는 저 개인적으로는 기본권보호의무로 가는 것이 맞다고 생각합니다.

그리고 국가가 보호자이면서 침해자인 경우 이런 경우는 제가 잘 기억이 안 나는데 저의 발표문의 견해를 약간 비판하는 견해에서 말씀하신 것 같기도 한데 혹시 다른 질문의 취지가 또 있었나요? 오 연구관님, 국가가 보호자이면서 피해자인 경우가 어떤 경우를 말하는 것이지요?

지정토론자(오훤): 아, 그 맥락은 아까 교특법 사건 두 번째 사건에서요, (청취

불능) 심사도 하고 과소보호 심사도 했지 않습니까. 그러니까 그거 말씀드린 겁니다.

발 표 자: 아, 예. 앞에서 설명한 것 같습니다.

지정토론자(오훤): 예, 그런데 그게 과연 저희가 이제 두 가지를 동시에 심사하는 게 제가 잘 보지 못한 구조여가지고 뭐가 어떻게 되는지 궁금합니다.

발 표 자: 그것에 관련된 대답은 아닌 것 같은데, 기본권보호의무와 관련하여, 가해자에 관해서는 가해자를 제압하는 법을 만들어야 되니까 그때는 과잉금지 원칙, 그다음에 피해자를 보호하는 법에 대해서는 과소보호금지원칙 이 두 가지 심사기준이 적용될 수 있습니다. 그래서 학설에서는 모든 사건에서 과잉금지 원칙과 과소보호금지원칙을 다 적용해야 양쪽을 다 고려할 수 있는 판단이 나올 수 있다는 견해도 있습니다. 그런데 실제로는 하나의 사안을 두고 가해자와 피해자가 동시에 헌법소원을 하는 경우는 없을 것이라는 생각이 들어요. 충분히 대답되었는지 모르겠지만 이 정도로 답변 마치겠습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

김현철 교수님 말씀에 대해서 이부하 교수님이나 오훤 연구관님 더 추가하실 말씀 있으신지요? 없으신가요?

지정토론자(이부하): 삼각관계와 관련하여 말씀드리면, 미국 소고기 수입사건 같은 경우에, 사건의 개요를 읽어보면 미국 소고기 수입업자를 가해자로 상정을 하고 있는 것 같습니다.

그리고 확장장치 사용 등에 관한 소음제한기준을 두지 않은 사건에서, 선거운동을 하는 사람들이 선거운동을 하면서 소음을 유발한 경우이다. 이 사건에서 공직선거법에서는 선거운동에 있어서 1개조의 확장기와 1대의 차로만 할 수 있도록 규정해놓았기 때문에 이러한 기준이 선거운동에 의해 유발되는 소음으로 피해를 받고 있는 청구인 입장에서는 불충분한 공직선거법 규정이라고 하여 헌법소원을 제기한 것입니다. 생활소음 규제는 데시벨(db)로 규제하는 것이 보통인데 선거운동에 있어서 확장장치 사용으로 인한 소음 규제는 데시벨 규제가 아니라 1조 1대로만 규정하고 있기 때문에 소음에 대한 규제규정이 불충분하다는 것이다. 그래서 이러한 경우 부진정 입법부작위 사건으로 다루어야 합니다.

마지막으로 하나만 더 말씀드리면, 기본권보호의무에 있어서 삼각관계의 정립인 것 같습니다. 삼각관계와 관련하여 예외도 있습니다. 예를 들면, 자살의 경우입니다. 자살의 경우에는 사인에 의한 사인의 가해라 보기 어렵습니다. 그러나 자살의 경우에도 외부적인·묵시적인 가해를 제3자라 볼 수도 있고, 특정할 수 없는 제3자인 다수인에 의한 가해가 이루어지는 경우도 있습니다. 따라서 삼각관계의 요건은 완화시키고, 기본권보호의무의 보호법익은 한정해야지만 헌법재판소가 기본권보호의무 관련 사건을 제대로 심사할 수 있지 않을까? 하는 것이 개인적인 생각입니다.

발 표 자: 예, 감사합니다.

간 사: 그러면 질의토론 시간으로 넘어가도록 하겠습니다. 예, 광원석 선임 연구관님.

토 론 자(광원석): 안녕하십니까, 광원석 연구관입니다.

오늘 국가의 기본권보호의무, 보장 의무. 그러니까 교수님의 발제 정말 잘 들었고요. 아까 오현 연구관님께서도 말씀하셨다시피 실무에 있어서 국가의 기본권 보호의무는 참 판단하기 어려운 그런 어떤 난제 중에 하나가 아닌가라는 생각이 들면서도, 그러면서도 가장 또 흥미가 가는 그런 영역이 아닌가 생각을 합니다.

제가 일단 짧게 김현철 교수님께 여쭙보고 싶은 것은요, 김현철 교수님께서 기본권의 객관적 가치질서와 국가의 기본권보호의무와는 약간 분리해서 보시는 것 같습니다. 발제문에도 나와 있다시피 기본권의 객관적 가치질서에서 국가의 기본권보호의무를 도출하는 것에 대해서는 좀 반대하시는 입장 같은데요. 그런데 제가 항상 국가의 기본권보호의무를 공부하면서, 연구하면서 드는 생각이 특히 국가의 그 기본권의 객관적 가치질서로부터 나오는 기본권의 대사인효와의 관계가 저는 항상 이게 좀 알듯하면서도 말듯하면서도 이게 되게 헛갈리더라고요. 어쨌든 기본권에 대해서는 저희가 주관적 공권과 함께 객관적 가치질서라는 이중적 지위를 지금 헌법학계에서는, 뭐 헌법재판도 그렇고 다 인정을 하고 있고, 그런 어떤 기본권의 객관적 가치질서로부터 기본권의 대사인효가 나온다는 것까지는 제가 봤을 때는 통상 대체적으로 다 인정을 하고 있는 것 같습니다.

그런데 이제 문제는 기본권의 대사인효를 인정하면서도 그 국가의 어떤, 사 인간의 어떤 침해에 의한 어떤 국가가 개입하는 국가의 기본권보호의무에 대해서

는 또 거기서는 교수님 발제문에 나와 있다시피 서로 다른 여러 의견들이 다 이렇게 다르거든요. 그래서 저는 교수님께 묻고 싶은 게 일단 우리가 기본권의 객관적 가치질서를 인정을 하고, 거기서 나오는 기본권의 대사인적 효력을 인정하는 전제에서 거기에 상응하는 국가의 기본권보호의무를 뭐 조금 제 개인적인 견해로는 당연히 인정해야 되는 것 아닌가라는 솔직히 그런 의문이 듭니다. 거기에 대해서 혹시 교수님의 좀 견해를 말씀해 주시면 감사하겠습니다.

**발 표 자:** 예, 이거는 좀 어려운 문제이기도 하고요. 헌법재판소의 입장이 아까도 얘기했듯이 제10조 제2문에서 구하다가 최근에 기본권의 객관적 측면을 추가했는데, 그래서 제가 처음에 그런 질문을 했었잖아요. 이것이 추가된 이유, 거기에 대해서 연구관들의 토론이 있었는지, 재판관님들의 논의가 있었는지. 판결문에 그런 것을 다 신지 못하니까. 그런 점에서 발제문 11페이지에 보면 기본권의 객관적 측면에, 네 가지 내용이 나온다는 것을 소개했는데, 물론 그것도 독일 학자의 견해를 소개한 건데, 기본권의 제3자적 효력은 또 다른 주제이고, 기본권의 제3자적 효력하고 기본권의 보호의무하고 꼭 어떻게 다르냐? 이거는 또 다른 논의인 것 같습니다. 그 부분은 제가 다 설명할 수는 없을 것 같고요, 또 능력의 한계도 있고. 제가 기본적으로 가지고 있는 생각은 기본권보호의무의 근거는 헌법조문에서 찾아야 된다는 생각이고, 헌법조문에서 찾을 수 없으면 기본권의 객관적 측면으로 가는 것이지요. 이부하 교수님이 그런 입장인 것 같습니다. 헌법재판소가 기본권보호의무의 근거를 헌법 제10조 제2문에서 찾았다는 것은, 그것이 맞는지 또는 그른지는 별론으로 하고 어쨌든 근거는 헌법조문에서 찾아야 되는 것이거든요. 그 점에 대해서는 저는 공감하고, 찬성합니다.

제 개인적인 생각은 헌법조문에서 근거를 찾자. 헌법조문에서 찾을 수 있는 것이 어떤 것이 있는가? 헌법조문의 문언뿐만 아니라 헌법재판소의 그 문언에 대한 해석, 이 두 가지를 기준으로 한 것이거든요. 그런 점에서 기본권의 객관적 측면보다도 우리 헌법조문에서 찾자는 노력의 일환으로 이렇게 봐 주시면 되겠습니다. 질문 감사합니다.

**간 사:** 지금 채팅창으로 이문주 연구관님이 질문해 주신 내용이 있는데요. 제가 대신 읽도록 하겠습니다. 김현철 교수님께 질문사항인데요.

김현철 교수님께서는 기본권보호의무 위반을 이유로 헌법소원을 인정하시는지? 그게 첫 번째 질문사항이었고요. 두 번째 사항은 오늘날 정보 비대칭으로

다양한 안전 규제에 있어 국가의 역할이 사인보다 더 중요한데, 예를 들면 가슴기살균제 사건에서 국가가 위험물질을 더 잘 파악할 수 있는 것 아닌가, 이런 것처럼 이런 국가의 역할이 더 중요한데, 이 경우 기본권 침해 상황을 사인보다 국가가 더 결정적인 역할을 한 것으로 볼 수 있는 것은 아닌지? 그걸 두 번째 질문으로 물어봐주셨고요. 세 번째는 이런 측면에서 기본권보호의무보다 생명, 신체에 한정하여서는 안전권을 기본권으로 인정하는 것은 어떤지? 이 세 가지 사항에 대해서 질문을 주셨습니다.

발 표 자: 첫 번째는 뭐라고 그랬지요?

간 사: 기본권보호의무 위반을 이유로 헌법소원을 인정하시는지.

발 표 자: 혹시 기본권보호청구권 질문인지 모르겠는데요. 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원을 말하는 거지요? 제68조 제2항 헌법소원이 아니고. 제68조 제1항 헌법소원을 제기하려면 기본권 침해 가능성 또는 법적 관련성이 있어야 되는데 그러려면 관련된 기본권이 있어야 되고, 기본권보호의무 위반을 제68조 제1항 헌법소원으로 제기하려면 그 연결고리가 필요하니까. 그래서 이부하 교수님은 잘 아실 것 같은데, 기본권보호의무가 객관적 의무인데 그것을 다시 재주관화해서 주관적인 보호청구권을 인정하자 하는 것이 이제 보호청구권 이론이잖아요. 그런데 결론적으로 먼저 이야기하면 보호청구권은 필요없다는 것이 제 개인적인 생각이예요. 헌법재판소도 보호청구권은 언급하지 않고 있잖아요. 그런데 기본권 보호의무 위반을 주장하는 사람은 자기가 가해자인 제3자의 행위에 의해서 자기의 이런 기본권이 침해되었다고 주장하는 것이지요. 헌법재판소는 생명과 신체의 자유만 인정하지만, 저같은 경우에는 조금 더 넓게 보자. 학설에서도 저처럼 그렇게 넓게 보자는 견해도 좀 있어요. 그 가해행위로 기본권이 침해되었고, 그것은 국가의 행위는 아니지만 국가가 그것을 방치 내지는 부족하게 대응해서 즉 입법 부작위 또는 부진정입법부작위 이런 형태가 될 텐데, 어쨌든 관련된 기본권이 나오는 것이지요. 대표적으로 공직선거법상 소음규제 사건에서도 이 사람들이 환경권 또는 생명이나 정신적인 고통 이런 것을 호소해서 헌법소원을 한 것이지요. 그런 점에서 기본권 침해를 주장할 수 있다. 다만 이제 정말 어려운 부분이 거기서 말한 기본권 침해는 원래는 국가가 침해한다는 것이 방어권 형식의 기본권 침해인데, 사인에 의한 기본권 침해를 가지고 제68조 제1항 헌법소원을 제기하는

것이 과연 논리적 타당성이 있는가? 그런 부분이 지금 약하기는 해요. 그런 점에서 기본권보호청구권 이론이 생겨난 것인데, 저는 거기에 대한 깊은 연구는 부족한데 개인적으로는 청구인이 자기 기본권이 침해되었다는 것을 주장하고, 국가가 거기에 대해서 반응하지 않고 있다 또는 부족하게, 불충분하게 반응했다. 이런 정도 주장하면 가능하다는 입장입니다. 혹시 이부하 교수님 거기에 대해서 더 첨언하실 것 있으신가요?

지정토론자(이부하): 잘 말씀해 주신 것 같습니다.

발 표 자: 혹시 인정하시는 견해는 아니시고?

지정토론자(이부하): 예, 인정해야지요. 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원으로 갈 수 있을 것 같습니다.

발 표 자: 보호청구권은 어떻게 생각하시나요?

지정토론자(이부하): 예, 인정해야지요. 인정구조로 가야지 제68조 제1항의 헌법소원으로 갈 수 있을 것 같습니다, 그렇게.

발 표 자: 아까 다음 질문이 또 있었던 것 같은데요. 가습기 관련해서. 그것도 구조는 똑같은 것 같아요. 가습기 살균제 만든 사람은 사인이니까 사인이 가해행위를 한 것이지요. 거기에 국가가 역할을 얼마만큼 했는지, 가습기로 인해서 침해되는 것은 생명권과 신체의 자유니까 전형적인 헌법재판소가 인정하고 있는 그 영역에 속하기도 하고, 그런 경우에 기본권보호의무로도 충분히 가능하다는 생각이 듭니다. 이 경우에 국가 역할을 어느 정도 인정할 것인가 또는 보호의무를 어느 정도 인정할 것인가는 이제 심사척도, 심사강도 이것의 문제인데, 헌법재판소가 가지고 있는 과소보호금지의 원칙에 따르면 인정되기가 굉장히 어렵잖아요. 공직선거법 그 사건 빼고는 인정된 게 하나도 없으니까. 그런 점에서 심사강도를 높이자, 그런 논의가 있지요. 우리 헌법재판소의 소수의견에서도 그런 의견이 나왔고, 학설 중에서도 명백성 통제 말고 조금 단계가 높은 타당성 통제 이런 주장도 있는데, 제 개인적인 생각을 말씀드리면 입법자가 입법부작위하는 것은 권력분립원칙이라든지 민주주의원칙 때문에 과소보호원칙이 맞다는 생각이

되는데, 행정입법 포함해서 행정부가 하는 기본권보호영역 부분은 심사강도를 좀 높일 수 있다고 생각이 듭니다. 또 하나 피해정도에 따라서도 심사강도를 높일 수 있다는 것이 제 개인적인 생각입니다.

세 번째 질문은 안전권 인정 여부 문제인데요. 안전권에 대해서는 이부하 교수님이 아까 조금 말씀하셨는데, 안전권 논의가 헌법개정과 관련되어서 논의가 있다는 것은 저도 듣고, 그 헌법개정안도 봤습니다. 그런데 안전권을 헌법에 넣는 문제는 이부하 교수님은 좀 소극적으로 말씀하셨는데, 저는 넣는 것도 괜찮다는 생각이 들어요. 안전권을 헌법에 넣음으로써 최소한 지도적 역할을 할 수 있다는 생각이 들어서 안전권이라는 새로운 기본권, 헌법에 없어도 안전권은 인정될 수도 있지만, 헌법에 넣음으로써 더 좋다고 생각합니다. 예, 이 정도로 답변하겠습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

지금 채팅창으로 강재원 부장님 질문 주셨는데요. 제가 읽어드리겠습니다.  
강재원 부장님 질문사항입니다.

특정 법률조항이 어떤 채권을 제한하고 있는 경우 청구인은 과잉금지원칙에 반한다고 주장할 수도 있고, 자신의 채권을 과소보호하고 있다고 주장할 수도 있을 것 같습니다. 이런 경우 과잉금지원칙이 우선적으로 심사대상이 된다고 판단한 선례가 있는 것으로 아는데, 청구인의 주장에 따라 과소보호원칙 위반 여부는 보충적 심사기준인지 아니면 과잉금지원칙과 상호배타적 심사기준인지에 대해서 교수님의 견해를 듣고 싶습니다.

발 표 자: 예, 그 보호법익이 채권이에요?

간 사: 예, 지금 질문사항에서는 채권을 제한하고 있는 경우인데요.

발 표 자: 헌법재판소는 채권을 기본권보호의무에 포섭하지 않는 것 같아요. 아까도 (발표 때) 잠깐 얘기했지만 직업의 자유하고 근로의 권리에서 언급한 적은 있었는데 채권이라든지 재산권이라든지 이런 것에 대해서는 명시적으로 배척하기도 했고, 그런 점에서 채권과 관련되어서 기본권보호의무론을 주장하는 것은 헌법재판소 입장에서는 받아들이기 어려울 것 같은데요. 그것과 상관없이 채권에 관해서도 과소보호금지원칙을 주장하고, 채권에 대해서 과잉금지원칙을 주

장하는 경우, 만약 제한의 주체가 법이라면 법이 어떤 규정을 통해서 자신의 채권이라는 재산을 제한한다, 이런 구조일 것 같고, 또 그 입법이 또 다른 차원에서 자신의 채권을 과소하게 보호한다, 이런 주장이 성립할 수 있을지 좀 의문입니다, 개인적으로는.

저의 기본적인 컨셉은 사인인 가해자가 있는 경우는 과소보호로 가는 거고, 가해자가 아니고 국가가 제한하는 경우에는 과잉금지원칙으로 가는 거라서 가해자가 사인도 되고, 국가도 된다. 만약에 그런 것이 가능하다면, 그런 경우가 있을 수 있는지는 모르겠네요. 간단하게 얘기하면 과잉금지하고 과소금지는 동시에 주장할 수는 없을 것 같아요. 다만 이제 가해자 측면에서 국가가 가해자를 제압하는 방법으로 피해자의 기본권보호를 하게 되니까 그런 측면에서 과잉금지심사를 하는 것이거든요. 그런데 피해자가 국가에 대해 요구하는 것은 과소보호금지원칙인데, 조금 아까 말했듯이 하나의 사건에서 피해자가 주장하면 과소금지원칙으로 가고, 가해자가 주장하면 과잉금지원칙으로 하는 구조잖아요, 우리 헌법재판소 판례가. 그런데 학설 중에는 어느 한쪽에서 주장한다 하더라도 다른 쪽도 같이 심사하자, 이런 주장도 있어요. 저는 개인적으로는 거기에 찬성하지는 않습니다. 똑같은 피해자가 국가에 대해서 과잉금지 주장하고, 또 과소보호금지원칙도 주장하는 것은 성립하기 어려울 것이라고 생각이 들고요. 그런 판례가 어떤 판례인지 모르겠네요. 혹시 있으면 제 연구과제가 될 것 같은데, 혹시 나중에라도 알려주면 제가 한번 살펴보도록 하겠습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

혹시 이부하 교수님께서도 이 주제에 대해서 더 추가해 주실 말씀 있으신가요?

지정토론자(이부하): 김 교수님께서 잘 말씀해주셔서 추가할 사항은 별로 없는데, 어떤 연구관님이 질문했는데 기본권의 제3자효와 기본권보호의무 간의 관계를 질문하셨습니다. 제가 생각하기에는 기본권의 제3자효는 우리나라에서는 적용되기가 어렵습니다. 왜냐하면 우리나라 헌법재판소법에서는 재판소원 금지 규정이 있기 때문에, 기본권의 제3자효는 우리 헌법체계에서는 적용될 여지가 없습니다.

그런데 기본권의 제3자효는 특별히 재산영역이라든가 근로의 권리 이러한 분야에 집중되어 있고, 기본권보호의무는 제가 주장하는 바에 의하면 생명이나

신체의 자유에 국한되어 있습니다. 그러니까 양자는 적용영역이 약간 다릅니다. 그리고 기본권의 제3자효는 법원이 우선적으로 사법(司法)상 사법(私法)의 해석과 적용할 때 기본권을 잘 고려해야 된다는 것이기 때문에 법원에게 우선적으로 효력이 미치는 것이고, 기본권보호의무는 입법자에게, 기본권 가해자가 기본권 피해자에게 가해를 할 때 최소한 이상의 보호수준을 유지하라는 헌법적 명령으로 입법자에게 중점이 있습니다. 이러한 점에 차이가 있습니다.

발 표 자: 감사합니다. 열심히 잘 설명하셨습니다.

간 사: 예, 감사합니다. 그럼 혹시 더 질의사항이 있으실까요?

두 분이 동시에 들었는데요. 그럼 먼저 정인경 선임헌법연구관님이 하시고, 그다음에 임효준 연구관님 하는 순서로 하겠습니다.

토 론 자(정인경): 예, 빨리 마치겠습니다. 오늘 잘 들었습니다.

김현철 교수님 견해는 기본권 보호의무 이론을 다른 헌법조항을 기초로도 확대할 수 있다는 것인데, 교수님이 말씀하신대로 본다면 진정입법부작위가 문제 되는 경우 기존의 틀과 다르게 기본권보호의무로 접근해서 달리 볼 수 있는 굉장한 장점이 있는 것 같습니다. 그런데 어떤 형태로든 입법이 되어 있는 경우에는, 불충분하다고 주장할 수밖에 없고 그런 경우 규범을 심판대상으로 삼을 수밖에 없는데요. 청구권적 기본권이나 환경권과 같은 종합적 성격의 기본권 경우 입법 재량이 넓다고 보고 입법재량의 한계를 일탈하였는지 정도를 심사하고 사회권적 기본권의 경우 입법재량 한계 일탈 또는 과소보호금지원칙 등을 적용하고 있는데, 만약 어떠한 입법이 되어 있는 상태에서 이러한 기본권들의 침해 문제를 기본권보호의무 문제로 보고 적절성 통제를 한다면, 기존의 심사방식과 결론적으로 어떤 차이를 가져올 수가 있는지 궁금합니다.

발 표 자: 진정입법부작위 같은 경우에는 별도의 심사기준이 있잖아요. 그건 과소보호금지의 원칙하고는 다른 양상인데 그 심사기준의 문언적 표현이. 그런데 아까도 말씀드렸지만 그 통제의 강도는 명백성 통제라는 점에서는 같다는 생각이 들어요. 그래서 진정입법부작위 경우에는 큰 차이는 없다고 생각이 들고요. 부진정입법부작위같은 경우 기본적으로 출발점은 삼각구도고, 거기에 가해자는 사인이고, 이런 것에서 출발해서 사인이 이러이러한 가해행위를 하는데 국가

가 입법으로 가해자는 억제하고, 피해자는 보호하는 구조지요. 이런 삼각구도가 형성되는 그런 사안이라면 기본권보호의무로 가야 된다고 생각이 들어요. 이걸 부진정입법부작위에 의한 일반적인 법률에 대한 헌법소원 또는 법률에 대한 규범 통제로 가서 심사를 하려면 국가에 의한 침해라는 것이 전제가 되어야 되는데, 국가에 의한 침해를 예를 들어서 불충분하게 보호했으니까 국가가 침해한 것이다. 이렇게 봐야 되는데 그건 좀 기존의 이론이나 판례나 학설에 좀 맞지 않는 것 같은데, 지금 질문 취지가 그런 것인지는 잘 모르겠는데.

**토 론 자(정인경):** 예, 제한의 문제로 접근하게 되면 규범이 있으니까 불충분하게 입법이 되어 있어서 제한을 받는다고 주장을 할 수 있잖아요. 사실 많은 사건이 그러한 방식으로 심판청구 되고 있고요. 그런데 그런 제한에 대해서 저희가 실질적으로는 입법자가 입법재량을 명백하게 일탈했는지 정도 심사만 하고 넘어가는 권리들이 좀 있잖아요. 그런 경우에 교수님께서 삼각구도인 경우에는 제한으로 접근하지 말고 기본권보호의무론으로 접근을 하면 훨씬 더 기본권 보장에 더 충실할 수 있다는 취지신지요?

**발 표 자:** 예, 기본권 보장에 더 충실하지 못할 수도 있어요. 왜냐하면 기본권보호의무에 과소보호금지원칙이 워낙 낮은 강도의 심사니까. 그런데 논리적으로 봐서 그렇다는 것이지요. 다만 이제 기본권보호 수준을 높이자는 그런 견해도 있으니까 아까 잠깐 얘기했듯이 생명이나 신체에 피해가 큰 경우에는 조금 높아져. 그리고 그 주체가 입법자인 경우는 아까 말했듯이 권력분립원칙이나 민주주의원칙에 따라서 입법자에게 법을 강요할 수는 없으니까 기본적인 심사강도는 낮추지만, 행정부 같은 경우에는 그 대신 심사강도를 높이자, 타당성 통제 같은. 그런데 그런 식의 논의는 가능한데, 그러면 심사강도가 올라갈 수 있는데 헌법재판소의 입장은 아직 거기까지는 가지 않았으니까 기본권보호의무로 접근하면 보호 정도가 높을 수가 없을 것 같아요, 현재 헌법재판소의 입장에 의하면. 그런데 저는 기본적으로 가해자가 있는데 국가가 또 새롭게 침해할 수가 있나? 그런 의문이 드는 거예요. 그래서 피해자가 입법을 상대로, 부진정입법부작위라는 그 입법이라는 공권력을 상대로, 부진정입법부작위라는 그 법률을 대상으로 기본권 침해를 주장해서 과잉금지심사든 또는 입법재량 영역이라서 합리성 심사를 하는 경우도 마찬가지로 기본권 침해 구조에 대한 심사라고 생각이 드는데, 사인인 가해자가 있는 경우에는 그런 구조가 저는 어울리지 않다고 생각이 들고요. 다만 헌법

재판소에서 가해자가 있음에도 불구하고 잘 드러나지 않는다든지 또는 청구인이 자신의 기본권 침해만 주장한다든지 이런 경우가 혹시 있을 수 있겠는데, 그런 영역에서 입법재량이 넓은 영역, 국가가 가해자를 어떻게 배려하는지, 제지하려고 얼마나 신경을 쓰는지 이런 것까지 포함해서 넓은 입법재량으로 이렇게 판시를 할 수는 있을 것 같기는 한데, 엄격히 논리적으로 보면 저는 구조가 다르다고 생각해요. 국가가 관여하는 정도라든지 국가에 요구하는 정도 이런 것이 기본권 보호의무이고, 국가에 의한 기본권 침해를 전제로 하는 이런 구도는 심사강도가 과잉금지심사든 입법재량에 의한 합리성으로 완화된 심사든 구조 자체가 다르다고 생각합니다.

토 론 자(정인경): 예, 감사합니다.

간 사: 예, 감사합니다. 그럼 임효준 연구관님.

토 론 자(임효준): 예, 임효준 헌법연구관입니다. 삼각구도에 관한 두 가지 질문이 있습니다. 먼저 첫 번째는 앞서 정인경 부장님과 강재원 부장님이 하셨던 질문이랑 좀 맞닿아 있는 것인데, 삼각구도에서 과연 하나의 사안을 두고 가해자와 피해자가 명확하게 구별이 될 수 있는가라는 의문입니다. 김현철 교수님께서도 정당의 자유량 환경권에 대해서는 보호의무가 둘 다 가능하다고 보시는 입장 이니까, 예를 들어 어떤 확성기 사용이 정당활동의 일환으로 이루어진 경우를 생각해 보면, 확성기를 20데시벨까지만 사용할 수 있다라는 입법이 있다고 봤을 때 흔히 생각하면 당연히 가해자가 정당활동을 한 사람이고, 피해자는 평온한 환경에서 살려고 했던 주민들이라고 생각할 수 있지만, 거꾸로 정당활동을 하는 입장에서 정상적인 정당활동을 하기에는 20데시벨로 부족하다, 정상적인 정당활동의 자유가 보호되기 위해서는 한 50데시벨은 되어야 된다, 이렇게 이제 주장을 하게 되면, 오히려 평온한 생활을 할 주민들의 기본권이 가해행위가 되는 것이고, 자신의 정당활동의 자유가 오히려 피해를 받는 권리가 될 수도 있지 않나라는 생각이 들었거든요. 이런 구도를 더 연장시키면 주민들의 입장에서도 20데시벨이 기본권보호의무를 다하는 국가의 입법으로 불충분하다라는 주장을 할 수도 있지만, 국가가 오히려 그러한 입법을 했기 때문에 정당이 20데시벨씩이나 소음을 사용할 수 있게 된 것 아니냐? 그런 식으로 보면 다시 기본권 제한의 문제가 되는 게 아닌가? 그런 생각이 들어서 어떤 한 사안을 두고 가해자와 피해자 내지는 기

본권 제한과 보호의무의 구별이라는 게 명확하게 될 수 있는 기준이 있을지 그게 조금 의문이 들었고요.

그다음에 두 번째 질문은 앞선 질문을 전제로 봤을 때 이렇게 사인들끼리 문제가 있는 경우에는 기본권 제한이라는 대안적인 심사기준도 있고, 민사상 손해배상을 청구한다거나 하는 다른 구제방안도 있는데 오히려 가해자가 없는 경우에는 대안적인 심사기준이 없으므로 국가의 보호의무라는 게 훨씬 더 보장이 되어야 된다. 또는 효과적인 구제수단이 될 수 있지 않은가라는 생각이 들었습니다. 아까 이부하 교수님께서도 사인의 가해요건의 완화 이런 말씀도 해주시기는 했는데, 아예 사인이 없는 경우에는 국가의 보호의무를 논할 수가 없는 것인지, 그렇다면 그때는 기본권 제한도 아니고 기본권보호의무도 아닌데, 어떻게 기본권과 관련된 심사를 진행을 해야 될지 의문이 들었습니다. 가장 전형적인 예로 요새 코로나 상황을 봤을 때 이렇게 질병이라고 하는 것은 특정한 가해자가 있기가 어렵다고 생각이 드는데, 질병이 창궐하는 시기에 국가가 아무런 행위를 하지 않고 있다라고 가정했을 때 보호의무가 적용이 되지 않는다고 하면 어떤 기준으로 심사를 할 수 있을지라는 의문이 들었습니다. 이상입니다.

**발 표 자:** 예, 감사합니다. 먼저 공직선거법 부분을 보면 거기도 몇 가지가 더 섞여있는 것 같은데, 일단 평온한 생활을 하고 싶어 하는 사람의 입장에서 그런 주장이 정당활동하는 또는 선거운동하는 사람이 가해자가 될 수 있다 그런 말씀인데, 일단 가해행위를 할 때는 뭔가 액션이 있어야 되지요. 부작위를 가지고는 가해행위라고 말할 수는 없다고 생각합니다, 기본권보호의무에서. 따라서 평온한 활동을 주장하는 사람의 입장에서 그게 정당활동을 하는 사람이 피해를 본다. 그거는 아마 그 앞에 가서 “시끄럽게 하지 말아라” 이렇게 항의하는 행위는 생각해 볼 수 있는데, 일단 선거운동이 법적으로는 가능하니까요. 그런 부분은 정당활동 또는 선거활동하는 사람이 피해자일 수도 있다, 이제 이런 개념은 현행법 하에서는 성립이 안 된다고 생각이 들고요.

그다음에 두 번째 사항에서 가해자가 없는 경우, 이거는 또 다른 주제예요. 여기에 관해서는 다른 논의들이 있는 것으로 알고 있는데, 예를 들어서 자연재해에 관한 것도 마찬가지거든요. 코로나라는 것은 자연재해는 아니지만 자연재해에 유사한 그런 형태지요. 그런 경우에 그것도 보호의무의 문제라고 할 수 있는 것이 아닌가. 그런데 기존에 나와 있는 우리가 소위 말하는 기본권보호의무는 가해자라는 것을 전제로 하는데 기본권보호의무는 삼각구도였고, 그 삼각구도의 방법은

가해자를 억압하는 방법이에요. 입법을 통해서 또는 입법에 따른 행정행위를 통해서 가해자를 억압하는 것이지요. 그런 점에 차이가 있다고 생각이 들어요. 그렇게 해서 자연재해와 같은 가해자가 없는 그런 영역에서 뭔가 요구할 수는 있을 것 같은데 그것이 기존에 논의하고 있는 기본권보호의무에서의 그 영역으로, 그 장으로 끌어들이 수는 없다고 생각이 듭니다. 그걸 소송으로 할 수 있을까? 코로나를 예방하는 것을 못했다고 소송을 할 수 있을까? 그거는 입법청원은 가능할 것 같은데, 소송으로 하는 것은 또 다른 법리가 필요할 것 같습니다. 기본권보호의무의 영역으로 넣기는 어려울 것 같고. 다만 아까 말씀드렸듯이 이론적으로는 그렇게 주장하는 견해가 있어요. 독일에서도 있고 우리나라에서도 아마 있는 것 같은데, 그런 주장은 성립은 된다고 생각하는데, 다만 구조가 다를 것 같아요. 심사기준도 명백성 통제라는 측면에서는 같을 것 같기는 한데, 어떤 이론으로 구성할지는 저도 생각해 보지 못했습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그럼 혹시 이 주제에 대해서 더 추가하시거나 언급하고 싶으신 것이 있으신가요?

발 표 자: 아까 처음에 질문한 건데, 기본권보호의무의 근거로 기본권의 객관적 측면을 최근에 추가했는데 혹시 거기에 대해 아시는 분이 있으신가요? 혹시 이부하 교수님 말씀 듣고 그것이 추가되었나요? 개인적으로 두 개가 서로 상치된다고 생각이 들거든요. 제10조 제2문으로 하든, 기본권의 객관적 측면으로 하든 둘 중에 하나를 해야 될 것 같은데, 결정문에서는 아무런 설명이 없이 그냥 추가되었는데 그 이유가 혹시 있는지? 논의가 있었는지?

발 표 자: 이부하 교수님, 어떻게 생각하세요? 둘이 병립하는 게 가능하다고 생각하세요?

지정토론자(이부하): 뭐 제 입장을 받아들인 것 같습니다.

발 표 자: 앞에 것을 빼야 되지 않나요?

지정토론자(이부하): 예, 빼야지 좋습니다, 저는. 제10조 제2문은 빼지요.

발 표 자: 양자가 병립이 논리적으로 좀 납득하기가 어려운 것 같아요. 제 개인적으로는.

간 사: 예, 알겠습니다.

교수님께서 질문을 해주셨는데 저희가 답을 드리지 못해서 죄송합니다. 그러면 지금 질문사항은 더 없으신 것 같습니다. 그러면 질의나 토론은 이것으로 마치고요. 혹시 오늘 김현철 교수님, 이부하 교수님, 오훤 연구관님께서 마지막으로 말씀하고 싶으신 것이 있으신지요?

발 표 자: 이런 기회를 통해서 제가 몸은 여기 광주에 있지만 헌법재판소의 여러분과 함께 할 수 있어서 너무 감사드리고요. 여기 얼굴 몇 분 보이는데 아는 분도 있고 모르는 분도 있는데, 헌법재판소에 있을 때 너무 행복했습니다. 그런데 지금은 더 행복합니다.

간 사: 감사합니다. 이부하 교수님께서도 마지막 마무리 말씀이 있으신지요?

지정토론자(이부하): 한 가지만 말씀드리면, 우리는 지금 과잉금지원칙 즉, 비례성원칙 심사는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성이라는 4단계 심사를 하는데, 제가 논문에 여러 번 썼는데 받아들여지지 않았지만, 과소보호금지원칙에 대해서는 수단의 적절성, 수단의 효율성, 법익의 균형성 이렇게 3단계 심사를 하면 어떨까? 여기서 과소보호금지원칙의 3단계 심사는 실제 법적 심사기준입니다. 헌법재판소가 과소보호금지원칙에서 사용하는 명백성 통제는 기능법설에서 사용하는 심사기준입니다. 독일에서는 명백성 통제만 가지고 심사하는 것이 아니라 명백성 통제, 주장가능성 통제, 내용통제 3단계 심사기준을 사용합니다. 따라서 기능법설에 의거하여 명백성 통제, 주장가능성 통제, 내용통제를 하든가 아니면 제가 주장하는 실체법설에 따라서 수단의 적절성, 수단의 효율성, 법익의 균형성 3단계 심사를 하든가 하나를 선택해야 할 것 같습니다. 지금 현재로서는 헌법재판소가 기능법설인지 실체법설인지 일정한 입장을 취하고 있지 않은 것 같습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그럼 이것으로 제181회 헌법실무연구회를 마치도록 하겠습니다. 여러 가지로 바쁜 일정 속에서도 실무연구회를 위해서 귀한 시간을 내주신 김현철 교수님, 이부하 교수님, 오훤 헌법연구원님, 그리고 참여해주신 모든 분들께 다시 한 번 깊이 감사드립니다.

## 자유무역협정의 헌법적 정당성에 대한 검토: 독일 연방헌법재판소의 결정을 중심으로\*

김 연 식\*\*

### [초록]

유럽 연합은 캐나다와 「캐나다-유럽 연합 포괄적 경제 및 무역협정 (Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement, 이하 CETA)」을 체결하였다. 당시 독일은 유럽 연합 내부의 협정 체결 절차에 따라 유럽 연합 이사회에서 CETA와 관련한 의사 결정을 앞두고 있었다. 이러한 상황에서 독일 국민과 독일 연방의회 소속 의원은 당시 독일이 행사할 예정인 CETA 관련 의사 결정을 대상으로 헌법 소원과 권한쟁의 소송에 관한 가치분 소송을 제기하였다. 여기서 핵심적인 쟁점은 CETA 임시 적용 승인, CETA 공동위원회 설치 승인, 그리고 투자법원 설치의 위헌성 문제였다. 독일 연방헌법재판소는 이 결정에서 화려한 법리적 공중 곡예를 감행하였다. 독일 연방헌법재판소는 가치분 심사의 결과 형량 과정에서 CETA 규정의 위헌적 요소가 있다는 점을 지적하였다. 하지만 이와 동시에 위헌적 결과를 회피하거나 경감할 수 있는 조건을 함께 제시하였다. 여기에 기초해서 독일 연방헌법재판소는 독일 연방 정부가 동 재판소가 제시하는 조약 해석과 그에 따른 정부의 조치를 따른다면 이 사건의 쟁점에서 초래될 수 있는 잠재적 위헌성

\* 이 발표문은 2019년 공법학연구 제20권 제3호에 게재된 논문입니다. (김연식, 자유무역협정의 헌법적 정당성에 대한 검토: 독일 연방헌법재판소의 결정을 중심으로, 「공법학연구」 제20권 제3호, 2019) 이 논문은 저작권을 가진 비교공법학회 허가 아래에 헌법재판소의 182회 헌법실무연구회 발표 및 토론을 위해 토론자에게 보내는 원고입니다. 해당 학회로부터의 별도 허락 없이 복제 및 배포하지 마시기 바랍니다.

\*\* 성신여자대학교 지식산업법학과 교수

논란을 비껴갈 수 있다고 판단하였다. 이런 전제 아래에서 가치분 청구를 인용할 때 독일 정부가 감수해야 할 외교적 위험이 해당 청구를 기각할 때 발생하는 위험보다 더 크다고 판단하였다. 이 결정으로 독일 연방헌법재판소는 CETA 좌초라는 정치적 책임을 피하면서도 CETA로 상징되는 유럽 통합에 대한 헌법적 통제 권한을 유지할 수 있었다. 이러한 독일 연방헌법재판소의 결정은 유럽 연합에 관한 사례이지만, 오늘날 세계화된 국제 사회에서 대외 정책 수립과 집행에 대한 헌법적·민주적 통제와 관련하여 우리에게 의미하는 시사점 역시 적지 않다.

**[핵심어]**

캐나다-유럽 포괄적 경제 및 무역협정(CETA), 유럽 연합, 헌법적 정체성, 독일 연방헌법재판소, 가치분, 투자자-국가 분쟁 해결, 공동통상정책

**목 차**

I. 들어가며	2. 가치분 신청 인용으로 인한 불이익의 중대성과 불가역성 판단 근거
II. 헌법소송 제기 배경: 리스본 조약 체결 이후 공동통상정책과 투자법원	3. 가치분 신청 기각으로 인한 불이익과 이에 대한 경감 조건 제시
1. 공동통상정책과 EU 통상 조약 체결 절차	IV. 정치와 법치 사이에서 사법부가 벌인 법리의 공중 곡예
2. 투자자-국가 중재 제도의 개혁과 제로서 투자법원 설치	1. 외교 정책에 대한 사법적 통제의 근거로서 주권국가의 한계
3. CETA에 대한 독일 연방헌법재판소 결정의 의의	2. 외교 정책에 있어서 민주적 정당성 흠결과 사법적 구제
III. 독일 연방헌법재판소의 CETA에 대한 사법적 통제의 논리: ‘그럼에도 불구하고’	3. 행정부의 정책 재량에 대한 형식적 존중과 실질적 사법 통제 확대
1. 본안 소송에 관한 위헌성 심사의 배제	V. 결론: 공중 곡예는 끝났는가?

**I. 들어가며**

이 논문은 유럽 연합과 캐나다 사이에 체결된 「캐나다-유럽 연합 포괄적 경제 및 무역협정(Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement, 이하 CETA)」의 헌법적 정당성에 대한 독일 연방헌법재판소의 결정을 분석하고자 한다. 유럽 연합은 2004년에 CETA 협상을 시작하여 2009년에 완료하였다. 하지만 협정 체결 직전에 양 당사자는 투자법원체계를 도입하기로 전격 합의하여 2016년

에야 비로소 CETA 최종 초안이 도출되었다. 이후에 협정의 정식 발효를 위한 절차를 밟는 중에 독일에서는 협정 체결의 위헌성을 주장하는 권한쟁의 심판과 헌법소원 청구에 관한 가치분 청구 소송이 제기되었다. 이 논문은 이 가치분 청구 소송에 관한 내용을 다루고 있다.

결론부터 이야기하면, 독일 연방헌법재판소는 가치분 청구를 기각하였다. 결과만 놓고 보면, CETA를 주도했던 독일 정부와 유럽 연합은 CETA 체결이 수포가 되는 최악의 상황은 피했다. 하지만, 이후에 자세하게 살펴보는 바와 같이 독일 연방헌법재판소는 가치분 신청 기각의 전제 조건을 제시하는 방식으로 독일 연방정부의 권한 행사를 통제하였다. 가치분 청구가 기각될 때 CETA가 초래할 위헌적 상황과 그로 인해 청구인이 감내해야 하는 불이익을 무시할 수 없다는 점을 인정하였다. 그러나, 이와 동시에 독일 연방헌법재판소는 독일 연방 정부가 충분히 위헌 상황을 통제할 수 있다고 판단하였다. 이러한 판단은 유럽 연합 조약에 대한 독자적인 해석론에 기초하고 있다. 그래서 독일 연방 정부가 독일 연방헌법재판소가 제시하는 조약 해석과 행동 방침을 따른다면 독일의 CETA 관련 결정은 합헌으로 보아야 한다고 판단한다. 반대로 해석하면, 독일 연방헌법재판소가 제시한 해석과 방침을 따르지 않으면, 협정 체결은 위헌이 될 수 있다. 독일 연방 정부의 정책 재량은 이러한 독일 연방헌법재판소의 해석 범위 안에서 있어야 한다.

이 결정은 그동안 독일 연방헌법재판소가 마스트리히트 조약, 리스본 조약<sup>1)</sup> 및 전면적 통화 거래(Outright Monetary Transaction: OMT)제도<sup>2)</sup>에 관한 결정에서 제시하였던 헌법적 정체성(constitutional identity) 법리에 기초하고 있다.<sup>3)</sup> 주권 이전과 같은 독일의 중요한 정책이 의회를 통한 독일 국민의 실질적 참여 없이 이루어진다면, 헌법적 정체성의 하나인 민주주의와 국민주권 원리가 침해된다고 볼 수 있다. 특히, 국민이 선거를 통해 국가 주요 정책에 자신의 의사를 전달하는 길이 막힌다면, 민주주의 원리가 부정되어 개별 국민의 선거권이 침해된 것으로 본다. 독일 연방헌법재판소는 선거권의 실질적 이해에 기초해서 개별 국민이 선거

1) Jan-Herman Reestman, "The Franco-German Constitutional Divide Reflection on National and Constitutional Identity", 『European Constitutional Law Review』 제5권 제3호, 2009, 374쪽 이하; Steve J. Boom, "The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany Be the "Virginia of Europe?""', 『The American Journal of Comparative Law』 제43권 제2호, 1995, 177쪽 이하 참조.

2) 재정위기를 겪는 국가를 대상으로 유통시장에서 무제한으로 국채를 매입할 수 있는 제도이다.

3) Mehrdad Payandeh, "The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court: Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture", 『European Constitutional Law Review』 제13권 제2호, 2017, 400쪽 이하 참조.

권 침해에 근거하여 헌법소원을 청구할 수 있는 길을 열어 놓았다.

이 결정은 유럽 통합 및 CETA 협정 체결을 주도하고 있는 독일 정부를 대상으로 하고 있다. 그래서 그 결정이 미치는 파급효과 그 의의는 여러 분야에 걸쳐 상당하리라 예상한다. 이러한 점을 고려하여 아래에서는 먼저 문제의 가치분 소송이 제기된 배경을 검토해 보도록 한다. (II) 다음으로 여기서 주로 논의된 쟁점을 추려보고, 쟁점별로 독일 연방헌법재판소가 어떻게 논리를 전개하였는지 살펴 보도록 한다. (III) 다음으로 독일 연방헌법재판소 CETA 결정 의의를 살펴보도록 하겠다. (IV)

## II. 헌법소송 제기 배경: 리스본 조약 체결 이후 공동통상정책과 투자법원

### 1. 공동통상정책과 EU 통상 조약 체결 절차

청구인의 가치분 소송은 유럽 연합과 캐나다 사이의 무역협정 체결 과정을 배경으로 하고 있다. 2009년 4월 유럽 연합 이사회(Council of the European Union)는 유럽 연합 집행위원회(European Commission)의 CETA 협상 개시를 승인하였다. 이후 캐나다와 유럽 연합은 2009년 6월 10일부터 2014년 8월 1일 동안 협상을 진행하여 합의안을 도출하고, 같은 해 9월 정상회담에서 협상 종료를 선언하였다. 유럽 연합 집행위원회는 협상 종료 후 유럽 연합 위원회에 CETA 대한 조인, 체결 및 임시 적용 결정에 관한 승인을 요구하였다. 이때 독일은 유럽 연합 이사회에서 CETA 승인 여부에 대한 입장 표명을 앞두고 있었다. 당해 헌법소송은 유럽 연합 집행위원회의 결정에 대한 유럽 연합 이사회의 승인 절차가 개시되기 직전에 제기되었다.

#### (1) 공동통상정책과 잠정 적용 제도

헌법소송을 제기한 맥락을 정확히 이해하려면, 국제 협정 체결에 관한 유럽 연합 내부 절차를 살펴보아야 한다. 국제 협정 체결 일반 절차는 「유럽 연합의 기능에 관한 조약(Treaty on the Functioning of the European Union, 이하 TFEU)」 제5편에 규정되어 있다. 유럽 연합 이사회는 교섭 개시에서 체결에 이르는 모든

단계에 관하여 최종 결정 권한을 갖는다.<sup>4)</sup> 그런데 TFEU 제218조 제1항에 따르면 공동통상정책(common commercial policy)에 대하여는 TFEU 제207조의 특별 규정이 우선 적용된다. 공동통상정책이란 유럽 연합이 다른 나라와 맺는 무역관계에 있어서 유럽 연합이 단일한 주체가 되어 수립하고 유럽 연합 전체에 적용하는 통일적인 대외 무역 정책을 의미한다. 공동통상정책은 공동농업정책과 함께 유럽 통합 과정 초기부터 유럽 통합 정책의 기본 바탕이 되는 것으로서, 1957년 「유럽 경제 공동체 (EEC)의 설립 조약(Treaty establishing the European Economic Community)」에서 처음으로 등장하였다. 초기 공동통상정책은 개별 회원국의 통상정책을 단순 종합하는 데서 출발하였다. 하지만, 그 개념은 꾸준히 확대되어 최근 리스본 조약에서는 유럽 연합에 폭넓은 배타적 권한을 부여하고 있다. 오늘날 공동통상정책은 경제적 통합을 상징하는 중심 개념 중 하나로서 정치적 통합의 추진 동력이라고 해도 될 정도로 유럽 통합에 중요한 역할을 하고 있다.<sup>5)</sup>

앞서 간단하게 언급한 바와 같이 공동통상정책은 유럽 연합의 배타적인 권한(exclusive competence)에 속한다. 배타적 권한은 유럽 연합만이 법률을 제정하고 이행하는 영역에 관한 권한을 의미한다. 공동통상정책은 관세율, 관세 및 무역협정 체결, 지적 재산의 상업적 측면, 외국인의 직접투자, 자유화 조치의 통일, 수출정책, 덤핑 및 정부 보조금 등 무역 조치에 대한 공동 원칙 수립 및 적용을 목적으로 한다.<sup>6)</sup> 이에 따라 서비스 교역 및 상업적 측면의 지적 재산, 외국인 직접투자, 문화 및 시청각 서비스 교역, 교육 및 사회 보건 서비스에 대한 조약을 체결할 때에도 공동통상정책을 적용할 수 있다. 공동통상정책의 내용에는 관세 연합, 경쟁법의 제정, 화폐 정책, 공동수산업정책 내에서 해양생물체 보존 문제 등이 포함된다.<sup>7)</sup>

국제협정조약이 공동통상정책에 관한 내용을 다루고 있다면, 그 협정의 체결 권한은 유럽 연합의 배타적 권한 영역에 속한다. 이때 유럽 연합은 회원국을

4) TFEU 제218조 제2항 참조.

5) 심영규, “EU의 공동통상 정책과 FTA”, 『최신 외국법제정보』 2010, 174-179쪽; 박덕영, “EU 공동통상 정책과 한-EU FTA에 관한 고찰”, 『법학연구』 제22권 제2호, 2012, 160-161쪽; 주현수, “리스본 조약 발효 이후 체결된 Canada-EU CETA 투자 분야 분석 및 우리나라 투자협정에의 시사점 고찰”, 『홍익법학』 제14권 제4호, 2013, 689-692쪽. 또한, 공동통상정책과 유럽 연합의 배타적 권한에 관하여는 Plarent Ruka, “The Limitations of the Common Commercial Policy as an Exclusive Competence of the European Union”, 『Hungarian Yearbook of International Law and European Law』, 2016, 637쪽 이하 참조.

6) TFEU 제206조 및 제207조 참조.

7) TFEU 제3조 참조. 더 자세한 내용은 박덕영, 위의 논문(각주 5), 159쪽; 심영규, 위의 논문(각주 5), 173쪽 참조.

대표하여 협상을 진행하고 체결할 수 있으며, 개별 회원국은 이 협상에 조약 체결 주체로 참여할 수 없다. 공동통상정책에서 유럽 연합이 가지는 배타적 성격은 개별적 주권국가인 회원국이 자기 권한을 유럽 연합에 귀속시켰다는 개념적 전제에 기초하고 있기 때문이다. 공동통상정책이 적용되는 영역에서는 개별 회원국은 유럽 연합의 수권(授權) 없이 스스로 정책을 결정하고 시행할 수는 없다.<sup>8)</sup> 반면, 유럽 연합 집행위원회는 유럽 연합 이사회의 수권 아래에 독자적으로 공동통상정책에 관한 결정권을 행사한다.<sup>9)</sup> 유럽 연합 이사회는 유럽 연합의 실질적인 입법기구이자 최종 정책 결정기구인데, 회원국의 각료 1명씩으로 구성된다. 각 회원국의 국익은 이 이사회에서 반영된다. 유럽연합 집행위원회는 유럽연합 이사회의 위임에 따라 협상을 수행하고 체결할 수 있다. 유럽 연합 집행위원회가 공동통상정책에 해당하는 협정에 관한 교섭을 하려고 하면, 유럽 연합 이사회에 교섭 개시 권고안을 제출하여 승인을 받는다.<sup>10)</sup> 협상이 종료된 이후에도 유럽 연합 집행위원회는 TFEU 제207조 제4항에 따라 협정문의 조인, 잠정 적용 및 최종 체결 승인에 관한 발의를 하고 이사회의 승인을 받아야 한다.

이런 절차에 따라 2016년 7월 유럽 연합 집행위원회는 CETA에 관하여 다음 사항을 발의하였다. 첫째, 유럽연합 집행위원회는 TFEU 제207조 제4항에 따라 CETA 서명(sign) 및 체결을 승인하는 결정을 채택할 것을 발의하였다. 둘째, TFEU 제218조 제5항에 근거해 삽입된 CETA 제30.7조 제3항에 따라, 공식적인 조약 성립 및 이에 필요할 절차가 종료될 때까지 CETA의 잠정 적용(provisional application) 선언 결정을 채택할 것을 발의하였다.

여기서 잠정 적용제도는 독일 연방헌법재판소가 다룬 가치분 소송의 핵심 쟁점 중의 하나였다. 유럽 연합의 복잡한 구조 때문에 자유무역협정 체결까지는 상당한 시간이 소요된다. 정식 발효를 위한 절차를 밟는 과정에서 협정의 효력 발생이 지연되어 불필요한 손실이 발생할 수 있다.<sup>11)</sup> 그래서 유럽 연합 집행위원회가 조약이 정식으로 체결되어 발효되기 전에 유럽 의회의 동의를 거치지 않고 일부라도 우선 발효하도록 하고 있는데, 이를 잠정 적용제도라고 한다. 잠정 적용제도는 조약 체결이 지체되면서 발생하는 무의미한 손실을 예방하려는 취지가 있

8) 심영규, 위의 논문(각주 5), 180-181쪽; 박덕영, 위의 논문(각주 5), 158쪽 이와 함께 리스본 이후의 무역 및 투자협정 체제에 대하여는 August Reinisch, "The Future Shape of EU Investment Agreements", 『ICSID Review: Foreign Investment Law Journal』 제28권 제1호, 2013 참조.

9) 심영규, 위의 논문(각주 5), 171-172쪽 참조.

10) TFEU 제207조 제3항.

11) 심영규, 위의 논문(각주 5), 183쪽.

지만, 경제적 효율성을 앞세워 민주주의의 절차적 정당성을 무시하고 있다는 비판을 받기도 한다.

## (2) 유럽 연합 이사회에서 독일의 결정이 가지는 의미

유럽 연합의 내부 절차에 따라 독일은 유럽 연합 이사회에서 유럽 연합 집행위원회의 발의 채택 여부에 관하여 결정권을 행사해야 했다. 일반적으로 유럽 연합 이사회는 가중다수(qualified majority)로 의결하는데, 공동통상정책 중에서 서비스 무역 및 지적 재산의 통상적 측면 그리고 외국인 직접투자에 관한 협정으로 서 내부 규정(internal rule)의 채택에 관한 협정을 교섭하거나 체결을 하면 이사회 의 전원일치 결정이 필요하다.<sup>12)</sup> 만약 독일이 유럽 연합 이사회에서 CETA에 대한 거부권을 행사하면 CETA의 체결이 무산되는 상황이었다.

독일 연방헌법재판소의 가처분 소송은 유럽 연합 이사회 소집을 앞두고 결정권을 행사하기로 한 시점에 제기되었다. 독일의 소비자 보호 단체와 플루트 개인 교습자를 포함한 125,000여 명의 청구인이 헌법소원을 제기하였다. 청구인 주장의 요지는 CETA 서명, 잠정 적용 및 최종 타결에 대한 유럽 연합 이사회 의 결정이 「독일 연방기본법(이하 기본법)」을 위반하여 청구인의 기본권을 침해하였다고 주장하였다. 이와 함께 원내 극좌 정당인 좌파당(Die Linke)이 입법권 침해와 관련하여 권한쟁의심판을 청구하였다. 이들은 이러한 본안 소송과 별도로 가처분 청구를 하였는데, 이 가처분 소송이 논문의 분석대상이다.<sup>13)</sup>

## 2. 투자자-국가 중재 제도의 개혁과제로서 투자법원 설치

CETA는 유럽 통상정책뿐만 아니라 국제투자법과 관련하여도 중요한 의미를 지니었다. 앞서 말한 바와 같이 2014년 협상 종료 후에 양국은 그동안 국제투자법에서 논의되었던 새로운 개혁안을 협정문에 반영하기로 하였다. CETA에서 채택된 새로운 접근법은 국제투자법 영역의 초미의 관심사였다. 이전까지는 국자투자 분쟁해결의 기본 모델은 미국이 주도하는 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement, NAFTA)을 통해 당시에 보편화하였던 투자자-국가 중재 체계였다. 이에 대하여 CETA가 도입하려고 하는 투자법원 체계는 미국

12) TFEU 제207조 제4항 참조.

13) BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016 - 2 BvR 1368/16 -, Rn. (1-73) [http://www.bverfg.de/e/rs20161013\\_2bvr136816.html](http://www.bverfg.de/e/rs20161013_2bvr136816.html) (2019년 8월 10일 방문, 이하 CETA Urteil) 참조.

중심의 자유주의적 분쟁해결 제도를 벗어난 새로운 대안으로 주목받았기 때문이었다.

CETA가 채택한 개혁안은 1990년대부터 2000년대 초반까지 국제투자법의 분쟁 해결을 지배했던 투자자-국가 중재 제도에 대한 반성에서 비롯되었다. 투자자-국가 중재 제도는 투자자 개인이 투자 유치국을 상대로 국내 법원을 우회하여 국제 중재를 제기하도록 하고 있다. 빛이 강하면 그림자가 어두워진다. 투자자-국가 중재 제도는 투자자를 효율적으로 보호한다는 주장에 비례하여 투자 유치국의 정당한 규제 권한을 지나치게 제한한다고 비판하는 목소리도 함께 커졌다. 이렇게 투자자-국가 중재 제도를 포함한 국제투자법체계 전반에 대한 비판적 여론이 거세지자 여러 곳에서 국제투자법 체계를 개혁하기 위해 노력하였다. 특히 국제투자법 개혁의 대안으로 상설 투자법원 설립이 유력하게 논의되었다.<sup>14)</sup>

유럽 연합과 캐나다는 CETA 협정을 통해 혁신적이고 대담한 제안을 현실화하였다. 비상설(ad hoc) 중재 제도와 당사자가 선임하는 중재인을 대체하는 상설 투자법원과 전문 법관을 두기로 하였다. 이와 함께 국내 사법체계와 비슷한 상소 제도를 마련하기로 하였다. 그리고 윤리적 책무와 관련한 규정을 두어 분쟁해결 과정에서 발생하는 이해 충돌 문제 등 윤리 문제를 다루기로 하였다. 또한, 재판 규범이 되는 투자 보호 조항과 관련하여 그동안 국제투자규범이 국가의 규제 권한을 지나치게 축소하였다는 비판적 견해를 반영하였다. 투자 보호와 자유무역 증진에 비례하여 공중 보건, 안전, 환경 보호, 공중도덕 및 문화 다양성 증진과 같은 정당한 공익적 목적을 달성하려는 당사국의 규제 권한도 함께 존중받아야 한다는 점을 재확인하였다.<sup>15)</sup>

하지만, 헌법소송의 청구인은 새로운 개혁 대안도 기본법 제79조 제3항 아래에서 보호되는 민주주의와 법치주의 원칙을 훼손할 수 있다고 주장하였다. 이에 따르면, 협정문은 법적 근거 없이 주권을 이양하여 투자법원이 실효적이고 최종적인 결정을 내릴 수 있도록 하고 있다. 이렇게 투자법원에 사법권이 이전되면 국가의 사법 독점이 침해될 수 있다고 주장하였다. 또한, 투자법원 체계의 규제 냉각 효과(regulatory chilling effect)는 민주적 의사 결정을 제한하는 기능을 한다.

14) 이에 대한 소개는 이재민, “투자법원, 투자분쟁해결절차의 합리적 개선방안인가? - 상설법원 도입 움직임의 제도적 함의 및 법적 쟁점”, 『통상법률』 제132호, 2016, 70쪽 이하 참조.

15) 이상 CETA 투자 장에 관한 자세한 소개는 강성진, “리스본 조약 이후 EU의 투자자-국가 분쟁 (Investor-State Dispute Settlement) 관련 입법 동향 및 한국에의 시사점”, 『동북아법연구』 제8권 제3호, 2015, 167-173쪽; 강준하, “CETA 투자자-국가간 분쟁해결제도에 대한 법적 고찰: 한국-캐나다 FTA와의 비교를 중심으로”, 『홍익법학』 제20권 제1호, 2019, 176-184쪽 참조.

투자법원에서 국가가 패소하면 엄청난 손해 배상을 감수해야 한다. 결국, 입법부는 소송 위험을 회피하기 위해 적극적인 공공 정책을 삼가거나 철회하는 경향을 보인다. 이런 현상을 규제 냉각 효과라고 한다. 이러한 이유로 청구인들은 투자법원이 연방의회의 정치적인 자유를 제한하여 궁극적으로 대의 민주주의 원칙을 위태롭게 한다고 주장한다.<sup>16)</sup>

### 3. CETA에 대한 독일 연방헌법재판소 결정의 의의

#### (1) 유럽 통합의 발판으로서 CETA

이런 배경에서 CETA가 유럽과 국제 사회에 가지는 무게감은 상당하였다. CETA는 리스본 조약이 체결된 이후 추진된 가장 중요한 자유무역협정이었기 때문이다. 따라서 많은 사람이 이 소송의 결과 CETA가 좌절된다면 유럽 사회에 미치는 영향이 상당하리라 예측하였다. 이 결정의 의의를 정확히 이해하려면 리스본 조약의 의의를 간략하게나마 되짚어보아야 한다.

2005년 유럽 각국에서 「유럽 헌법 제정 조약(Treaty establishing a Constitution for Europe)」이 부결되었고, 그 결과 유럽 단일 국가 형성이라는 정치적 목표가 좌절되었다. 리스본 조약은 단일한 정치적 공동체를 추구하려고 했던 유럽 헌법 제정 조약이 좌절된 상황에서 체결되었다. 리스본 조약은 유럽 통합이라는 거대한 흐름에서는 ‘이보 후퇴 후 일보 전진’이라고 볼 수 있다. 정치적 통합의 측면에서는 리스본 조약은 퇴보라고 볼 수 있다. 하지만 경제적 통합이라는 측면에서 리스본 조약은 단일한 대외 정책을 추진할 법적 기초를 마련하였다는 점에서 중요한 의미를 지니었다. 유럽 통합 과정을 돌이켜 볼 때 유럽은 정치적 통합이 좌절될 때마다 경제적 통합을 다졌다. 그리고 그것에 기초해서 다시 한번 정치 통합을 도모했다. 유럽 통합 과정은 이렇게 정치적 통합 좌절을 경제적 통합을 통해 극복하는 나선형식 발전 경향을 보여준다. 이런 맥락에서 볼 때, 리스본 조약은 분명 유럽 통합의 분위기를 반전시키는 계기였다.

공동통상정책은 리스본 조약의 핵심 내용 중의 하나였으며, 공동통상정책이 어떻게 연착륙하는지는 유럽 연합의 전망을 진단하는 척도로 이해되었다. 공동통상정책에 따라 유럽 연합은 회원국 개별 이익을 초월한 유럽 연합 자체의 독자적인 경제 정책을 추진할 수 있는 배타적 권한을 갖게 되었다. 그리고 유럽 연합이

16) CETA Urteil, Rn. 22-23 참조.

체결하는 자유무역협정은 공동통상정책의 중요한 부분이다.<sup>17)</sup> 유럽 연합은 통상 조약 체결에 대하여도 완전한 권한을 행사한다는 해석에 따라 자유무역협정을 추진하였다.<sup>18)</sup> 대외통상에 관하여 유럽 연합이 국제 사회에서 독립적인 결정권을 행사하는 주체로 활동할 수 있다는 점은 유럽 통합의 맥락에서 중요한 의미를 상징한다. 최소한 경제 영역에서 제3국에 대하여 유럽 연합은 단일한 국제법적 통합 주체로 존재할 수 있기 때문이다. 이런 맥락에서 많은 사람이 공동통상정책과 여기에 기초한 투자협정이 성공적으로 안착할 수만 있다면 유럽 통합이 재도약의 발판을 마련할 수 있다고 여겼다.

이러한 정황을 고려해 보면 CETA의 성공 여부는 앞으로 유럽 통합의 방향을 가늠하는 중요한 척도이다. CETA는 리스본 조약 체결 이후에 유럽 연합이 부여받은 권한에 기초해 거대 경제권역과 맺은 최초의 자유무역협정이기 때문이다. 물론, 당시에 유럽 연합은 싱가포르 등과도 자유무역협정을 추진하고 있었다. 하지만, 경제적·지정학적 중요성을 생각해 보면 캐나다와 추진하고 있던 자유무역협정이 주목을 받을 수밖에 없었다.

## (2) 국제투자법의 발전 방향제시

이와 함께, CETA의 성공은 향후 국제투자법의 발전 방향에서도 지대한 영향을 미칠 수 있다고 생각되었다. 그동안 국제투자법에서 투자협정(investment treaty)이나 자유무역협정의 투자 장(investment chapter)은 미국이 자국 협상용으로 만든 양자 간 투자조약 표준문안(Model BIT)과 대동소이한 내용을 담고 있었다. 실제 투자협정 협상 과정에서는 협상 당사자가 미국이 아니더라도 미국 표준문안을 참고하여 초안을 만들었다. 개별 국가가 자국의 표준문안을 가지고 있다고 하더라도 그 내용은 미국 모델을 참조하고 있다. 유럽에서는 개별 국가별로 표준문안을 가지고 있는 예가 있었지만, 유럽 연합 차원에서 통일된 표준문안은 만들어 지지 않았다. 왜냐하면, 리스본 조약 체결 이전에는 유럽 연합이 투자 규제에 대하여 배타적 권한이 없었기 때문이다.

이런 상황에서 세계 사회에서 무시하지 못하는 거대한 북미 경제권의 주축

17) 심영규, 위의 논문(각주 5), 182쪽; 주현수, 위의 논문(각주 5), 688-689쪽 참조.

18) 물론 이전에도 한국을 비롯하여 여러 국가하고 자유무역협정을 맺었다. 하지만, 투자 규제와 같은 몇몇 영역에 대하여는 배타적 규제 권한을 갖지 못하였기 때문에 투자 보호와 관련한 많은 내용이 빠진 채로 자유무역협정이 체결되었다. 실제로 한-EU 자유무역협정에서도 투자 장은 매우 간략하게 되어있는데, 이것도 당시 유럽 연합이 협상을 개시할 때에는 투자 분야에 대하여 조약 체결 권한이 없는 이러한 형태의 자유무역협정은 투자분쟁해결제도를 포함하는 투자협정을 그 일부로 하는 자유무역협정의 보편적 형태와는 다르다. 박덕영, 위의 논문(각주 5), 170-171쪽 참조.

인 캐나다와 유럽이 맺는 자유무역협정 투자 장은 앞으로 유럽이 다른 나라와 체결하는 투자협정에 있어서 중요한 선례가 될 것이다. 물론, CETA 이후에 유럽 연합이 투자협정 표준문안을 만들 수 있을지는 알 수 없다. 하지만, CETA 투자 장은 미국의 양자 간 투자협정 표준문안과 함께 미래에 체결될 투자협정 문안을 작성할 때 관련 국가가 참고할 수 있는 하나의 대안이 될 수 있다. 특히, 투자법원설립은 국제투자법의 발전 방향을 가르는 중요한 분기점이 된다. 투자법원은 투자 분쟁 해결제도를 공법적 체계로 보고 있는데, 이러한 관점은 투자 분쟁을 사적 분쟁으로 보고 비상설 중재에서 해결책을 모색하는 미국식 분쟁 해결 모델과는 대척점을 이루고 있다. 이처럼, CETA의 체결과 성공적 운영은 새로운 국제투자법체계 모델을 제시한다는 점에서 중요한 의미가 있다.

### Ⅲ. 독일 연방헌법재판소의 CETA에 대한 사법적 통제의 논리: ‘그림에도 불구하고’

#### 1. 본안 소송에 관한 위헌성 심사의 배제

청구인은 임박한 유럽 연합 이사회 소집을 앞두고 유럽 연합 이사회에서 독일이 해야 하는 CETA 관련 승인 결정을 대상으로 가처분 청구를 하였다. 이에 관하여 독일 연방헌법재판소는 가처분 결정의 일반 법리를 명확히 하면서 논의를 시작한다. 독일 연방헌법재판소법 제32조 제2항은 헌법 쟁송에 있어서 가처분이 허용되는 조건을 제시한다. 이에 따르면, 독일 연방헌법재판소는 중대한 손실을 막고, 급박한 폭력을 저지하거나 공공복리를 보장해야 할 때, 긴급하게 필요한 범위 안에서 가처분 조치를 내릴 수 있다. 독일 연방헌법재판소는 이 조항에 따라 가처분으로 인해 발생할 수 있는 잠재적 결과를 고려해야 한다. 이때에는 해당 사안이 처음부터 각하 사유이거나 명백하게 근거가 없을 때를 제외하고는 본안 소송의 위헌 여부를 고려하지 않는다. 일반적으로 두 가지 가설에서 예측되는 결과를 형량하여 결정한다. 즉, 가처분이 내려지지 않은 상태로 본안에서 위헌성이 확인되는 경우에 발생할 수 있는 불이익과 가처분 조치가 내려졌지만 합헌성이 인정되어 청구가 기각될 때 발생할 불이익을 비교 형량한다.<sup>19)</sup>

19) CETA Urteil, Rn. 34-35 참조.

특히 해당 가치분이 국제법 또는 외교 정책과 관련이 있으면 더욱 엄격하게 가치분 여부를 심사한다.<sup>20)</sup> 조약에 대한 사법적 통제는 일반적으로 조약이 체결되어 효력이 발생한 사후 심사가 일반적인 방법이다. 하지만 조약 체결 이전에 사전적 심사가 불가능한 것은 아니다.<sup>21)</sup> 국제 조약에 대한 승인 행위에 대한 가치분 심사는 가설적 결과 형량과 함께 독일 연방헌법재판소법 제32조 제1항에 따른 약식 심사(summarische Prüfung)를 포함할 수 있다. 이처럼 가치분에서 본안의 위헌 여부를 함께 심사하는 것은 가치분의 일반 법리와 다르다. 일반적인 가치분 심사에서는 원칙적으로 본안에 대한 위헌성 여부가 가치분 청구 인용 여부에 영향을 미치지 않는다. 하지만, 연방헌법재판소는 국제협약 서명이나 동의와 같은 행위에 대한 가치분 심사를 할 때 재판소가 단지 가치분 결정의 결과 형량에만 한정할 필요는 없다고 보고 있다. 가치분 심사 과정에서 국제협약에 대한 승인 행위의 위헌성도 함께 고려할 수 있다.<sup>22)</sup>

독일 연방헌법재판소는 조약의 가치분 심사에서 실제적 위헌성 심사를 함께 하는 이유 설명할 때 국제 질서에서 국가가 처한 특수한 상황을 언급한다.<sup>23)</sup> 일반적으로 국가가 곤란한 상황에 처하는 때는 가치분이 기각되어 조약이 체결된 후에 헌법재판소가 해당 조약에 대하여 위헌 결정을 할 때이다. 이렇게 본안에서 위헌 결정이 나오면, 정부는 체결된 조약의 의무이행을 거부해야 한다. 하지만, 국내 위헌 결정의 효력은 국제법상 국가의 의무이행에 영향을 미치지 않는다. 결국, 국가는 국제법과 헌법 사이에서 딜레마에 빠질 수밖에 없고, 이러한 상황에서 위헌적 상황을 치유하는 국가의 권능은 제한될 수밖에 없다. 그래서 독일 연방헌법재판소는 가치분 심사를 하는 과정에서 조약에 대한 본안 소송의 위헌성 심사

20) CETA Urteil, Rn. 36 참조.

21) 비교법적 검토 차원에서 조약에 대한 사법적 심사에 관한 독일의 헌법재판 실무를 분석한 내용은 Mario Mendez, "Constitutional Review of Treaties: Lessons for Comparative Constitutional Design and Practice", 『International Journal of Constitutional Law』 제15권 제1호, 2017, 102-106쪽 참조. 특히 독일 연방헌법재판소는 2012년 유럽안정기구(European Stability Mechanism)에 따라 조약 체결 완료 요건인 승인 입법 서명에 대한 가치분 신청을 받아들였다. 이에 대하여는 Mattias Wendel, "Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012", 『German Law Journal』 제14권 제1호, 2013, 24-26쪽; Karsten Schneider, "Yes, But ..... One More Thing: Karlsruhe's Ruling on the European Stability Mechanism", 『German Law Journal』 제14권 제1호, 2013; Susanne K. Schmidt, "A Sense of Déjà Vu? The FCC's Preliminary European Stability Mechanism Verdict", 『German Law Journal』 제14권 제1호, 2013 참조. 한편 유럽안정기구에 관한 유럽 연합의 논의에 대하여는 정문식, "신재정협약의 헌법 및 유럽법적 문제점과 유럽통합과정상 의미", 『유럽헌법연구』 제17호, 2015; 정문식, "ESM조약과 유럽연합조약 - 유럽연합재판소의 프링글(Pringle) 판결을 중심으로", 『공법연구』 제43권 제3호, 2015 참조.

22) CETA Urteil, Rn. 36 참조.

23) CETA Urteil, Rn. 36 참조.

를 함께 하여, 국가가 위험적 조약에 가입할 가능성을 최대한 줄이고자 한다.

하지만, 독일 연방헌법재판소는 이 사건에는 앞서 설명한 조약 체결에 관한 가처분의 특수한 예외 법리가 적용되지 않는다고 판단하였다. 독일 연방헌법재판소는 가처분이 기각되고 나중에 본안에서 위헌이 결정된다고 하더라도 위헌성을 치유하는 시기를 놓치지 않는다고 판단하였다. 독일이 나중에라도 조약 체결을 거부할 여지가 있었기 때문이다. 당시 CETA 체결 절차가 완료되지 않아서 협정이 최종적으로 구속력을 가지고 발효되지 않았다. 그리고 CETA 제30.7조 제3항 c 목에 따르면, 회원국은 협정의 임시 조치를 언제든지 거부할 수 있다.<sup>24)</sup> 이와 함께, 재판부는 현시점에서 조약안과 발의 내용이 아직 명확하게 구체화하지 않았다는 사정도 고려하였다. 당시 공개된 CETA 협정문은 최종 타결된 CETA 협정문과 큰 차이가 없을지라도 변경 가능성이 없다고 단언할 수는 없었다. 구체적으로 어느 CETA 조항이 잠정 조치에서 배제될 것인지, 그리고 CETA 공동위원회의 구성이 어떻게 될 것인지는 유동적인 상황이었다. 따라서 당시 시점에서는 독일 연방헌법재판소는 위헌 여부에 대한 실체적 심사를 진행하기 힘든 상황이라고 보았다.<sup>25)</sup> 이처럼, 독일 연방헌법재판소는 협상 최종안이 명확하게 제시되지 않고, 시기상 급박한 필요가 없는 상황에서 가처분 심사에서 무리하게 위헌성 심사를 끌어들이 필요가 없다고 판단한 것으로 보인다. 이에 따라 독일 연방헌법재판소는 본안에 대한 실체적 심사를 하지 않고, 결과 형량을 통해 가처분 신청을 판단하겠다고 하였다.<sup>26)</sup>

독일 연방헌법재판소는 가처분에 관한 결과 형량을 하기 전에 심사 대상을 확정하였다. 먼저 독일 연방헌법재판소는 CETA의 서명 및 체결에 대한 독일의 승인에 대한 가처분 신청은, 그 행위로 인해 당사자에게 직접적인 법적 효력을 발하지 않기 때문에 이유가 없다고 하였다.<sup>27)</sup> 당시 시점에서는 CETA의 서명과 승인이 이사회에서 결정된다고 해서 그것만으로는 어떠한 법적 효과도 발생하지 않기 때문이다.<sup>28)</sup> 독일 연방헌법재판소의 TFEU 해석에 따르면 CETA는 유럽 의회가 비준하고 개별 회원국에서 비준 절차를 거친 후에 채택된다.<sup>29)</sup>

24) CETA Urteil, Rn. 37-38 참조.

25) CETA Urteil, Rn. 39-40 참조.

26) CETA Urteil, Rn. 37-40 참조.

27) CETA Urteil, Rn. 42 참조.

28) CETA Urteil, Rn. 73 참조.

29) TFEU 제218조 제6항 참조. 이하에서 TFEU 및 TEU에 대한 조문 번역은 채형복 역, 리스본 조약, 국제환경규제 기업지원센터, 2010 참조하였으며, 번역 오류에 대한 책임은 전적으로 필자에 있음을 밝힌다.

하지만 협정의 잠정 적용은 사정이 다르다. 유럽 연합 이사회에서 잠정 적용을 선언하면 최종 체결 이전에 CETA의 효력이 발생하기 때문이다. 그래서 독일 연방헌법재판소는 잠정 적용 결정에 집중하여 가치분 심사 허용 여부를 판단하고 있다.

## 2. 가치분 신청 인용으로 인한 불이익의 중대성과 불가역성 판단 근거

재판부의 논리에 따르면, 가치분 신청 인용 결과 독일이 통상 조약 체결의 일반적 관행으로 여겨지는 잠정 적용을 거부한다면, 현실적으로 해당 조약의 초래할 편익을 반감시키는 것은 물론이고 상대국에 CETA 자체를 거부한다는 정치적 메시지를 줄 우려가 있다. 잠정 적용 제도는 「조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)」 제25조 규정되어 있으며, TFEU 제218조 제5항<sup>30)</sup>에 규정되고 있는 제도로서 통상 조약의 일반적 관행으로 여겨진다. 이런 맥락에서 CETA 초안 역시 제30.7조 제3항에 잠정 적용 조항을 삽입하였다.

물론 독일이 유럽 연합 집행위원회에서 잠정 적용을 승인하지 않다고 하더라도, 유럽 연합과 캐나다는 당사국의 후속 비준 절차를 종료하면 정식으로 CETA를 발효할 수 있다. 하지만, 독일 연방헌법재판소는 이러한 정식절차와 별도로 잠정 적용 거부가지는 정치적 효과에 대한 현실적 측면을 고려하지 않을 수 없다고 본다. 독일은 CETA 협상을 주도했고 유럽 연합 질서에서 상당한 영향력을 미치고 있다. 이러한 점을 참작할 때 독일이 자유무역협정의 일반 관행인 CETA 잠정 적용을 거부한다면, 이것은 협약 실패의 가능성을 암시하는 중요한 징표가 될 수 있다고 분석한다.<sup>31)</sup>

이렇게 조약 체결이 실패하게 되면, 모든 당사국이 조약에 대하여 재협상을 하거나 새로운 협상을 하여 만족하는 합의안을 도출하는 과정을 다시 밟아야 한다. 독일 연방헌법재판소는 가치분 결정이 초래할 손해를 평가하는 데 있어서 경제적 관점보다는 정치·외교적 측면에 초점을 맞추어서 그 위험을 분석하고 있다. 특히, 가치분이 초래한 위험에 대한 정치·외교적 평가에 관하여 독일 연방헌법재판소는 대외 정책을 담당하는 정부의 권한을 존중하고 있다. 대외 정책에 대한 정부의 권한 범위는 거꾸로 이에 대한 사법적 판단의 한계가 된다.<sup>32)</sup>

30) TFEU 제218조 제5항: 협상책임자의 발의에 따라 협정의 서명을 승인하고 필요한 때에 당해 협정이 발효되기 이전에 그것의 잠정 적용을 승인하는 결정을 채택한다.

31) CETA Urteil, Rn. 43-48 참조.

32) CETA Urteil, Rn. 46-47 참조.

이러한 전제 아래에 독일 연방헌법재판소는 가치분 신청 인용으로 유럽 연합 정책, 외교 및 대외 경제 관련 분야에 있어서 독일 연방 정부의 재량권이 침해될 수 있다고 판단한다. 독일 연방헌법재판소는 외교 정책에 있어서 정부에게 광범한 재량을 인정한다. 하지만 그러한 재량 인정 근거는 국가 주권의 절대적 권능이 아니라 국제 사회에서 독일 연방공화국이 일반적으로 결정할 수 없는 사안이 있다는 점, 즉 주권의 한계에서 도출된다. 사법적 통제 권한의 한계는 이렇게 국가 주권이 제한되는 범위에서 그어진다. 이 재량에 비례하여 대외 정책의 결과로 발생하는 여러 가지 위험을 판단할 정부의 권한도 함께 존중받아야 한다.<sup>33)</sup>

이와 함께, 독일 연방헌법재판소는 가치분 인용으로 발생할 불이익이 불가역적이라는 점을 강조한다. 독일 연방헌법재판소는 CETA 체결이 좌초될 때 그 파급효는 유럽 연합과 캐나다의 대외 관계에만 한정되는 것이 아니라 미래 유럽 대외 무역협정 협상 및 체결에도 부정적 영향을 미칠 것으로 판단하였다. 이에 따라 가치분 조치는 유럽 대외 무역 정책과 유럽의 국제적 지위에 상당히 부정적 영향을 미칠 것이다. 특히 유럽 연합이 추구하고자 하는 국제 무역 관계 형성에도 영향을 미칠 것이 분명하다고 보고 있다. 잠정 적용 제도가 국제법상 허용되고 있고 유럽에서도 이미 광범위한 관행으로 자리 잡은 현실을 고려하면, 잠정 적용 거부는 CETA 자체의 실패로 이어질 가능성이 커진다. 잠정 적용 없이 협정이 타결되거나 재협상을 하는 것이 가능하더라도, 대외 관계 측면에서 이 협정을 추진했던 독일과 유럽 연합의 신뢰는 회복하기 힘든 부정적 영향을 받을 것이다. 그리고 앞으로 유럽 연합이 무역 협상을 할 때도 불리한 위치에 놓일 수밖에 없다.<sup>34)</sup>

### 3. 가치분 신청 기각으로 인한 불이익과 이에 대한 경감 조건 제시

(1) 혼합협정과 공동통상정책의 해석에 기초한 잠정 적용의 권한 유월 여부  
독일 연방헌법재판소는 가치분 신청 기각으로 인한 불이익을 판단할 때, 잠정 적용으로 인해 협정 효력이 발효될 경우 발생할 수 있는 위험적 요소를 고려했다. 동 재판소는 잠정 적용 여부를 결정할 때 회원국이 배제된다면 유럽 연합의 결정 행위는 자기에게 부여된 권한을 유월하는 행위로 봐야 한다는 견해를 취한다. 이러한 판단에 내재한 전제는 CETA가 혼합협정이라는 점이다. 유럽 연합은

33) CETA Urteil, Rn. 47-48 참조.

34) CETA Urteil, Rn. 49 참조.

조약이 관할하는 영역 일부가 유럽 연합의 권한을 벗어나면 회원국과 공동으로 혼합협정(mixed agreement)을 체결했다. 혼합협정에서는 유럽 연합과 공동으로 개별 회원국이 당사자가 된다. 이러한 혼합협정의 법적 성격에 대하여는 아직 논란의 소지가 많다.<sup>35)</sup>

실제로 유럽 연합 집행위원회는 CETA를 혼합협정으로 보지 않으며 공동통상정책 권한에 기초한 협정으로 보고 있다. 2016년 6월 유럽 연합 집행이사회 의장은 CETA가 공동통상정책의 일환이므로 유럽 연합이 배타적 권한을 행사하는 조약으로 본다는 의견을 제시하였다. 하지만, 독일을 비롯한 유럽 연합 이사회의 각국 각료 대다수는 이 협정을 혼합협정으로 본다는 주장을 굽히지 않았다. 이런 상황에서 유럽 연합 집행위원회는 전략적으로 CETA를 혼합협정으로 발의하였다. 회원국들의 반발을 불러일으켜 불필요한 정치적 소모전을 치를 수 있다고 판단하였기 때문이다.<sup>36)</sup>

한편, 독일 연방헌법재판소는 CETA를 혼합협정으로 보고 있다.<sup>37)</sup> 그래서 CETA에는 유럽 연합과 유럽 연합 회원국에 각각 배타적으로 귀속되는 규제 권한이 중첩되어 있다고 판단한다. 따라서, 만약 개별 회원국의 승인이 없이 또는 아예 참여에 배제된 상황에서 유럽 연합 이사회가 CETA 전체에 대한 임시 적용을 승인한다면 유럽 연합에 부여된 권한을 넘어서는 것으로 볼 수 있다.

더 나아가 독일 연방헌법재판소는 정부가 유럽연합 이사회에서 이 위헌적 결정에 동의한다면 국민의 권리 및 의회의 권한을 침해했다고 보고 있다. 이와 관련하여 청구인은 다음과 같이 주장하였다.<sup>38)</sup> 기본법 제59조 제2항에 따르면, 연방의 정치적 관계 및 연방 입법사항에 관한 조약은 그에 관한 연방 입법에 대하여 관할이 있는 기관이 연방 법률에 따라 동의나 협력을 해야 한다. 한편, CETA가 다루는 많은 사안 중 일부는 배타적 권한이 없는 사항이며, 그 때문에 이에 관한 사항은 독일 연방의회의 입법사항이 된다. 이러한 절차적 요건을 충족하지 못한 채 유럽 연합 이사회에서 독일이 CETA 발의를 승인한다면 연방 입법권을 침해하는 것으로 볼 수 있다.

물론, 유럽 연합은 외국 직접투자와 관세 및 무역협정 등과 같이 TFEU 제

35) 박덕영, 위의 논문(각주 5), 162-163쪽; 고영노, “Brexit의 법적 영향”, 『통상법률』 제129호, 2016, 5-6쪽 참조.

36) 이에 대하여는 Tobias Dolle · Bruno G. Simões, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, 『European Journal of Risk Regulation』 제7권 제3호, 2016, 617-619쪽 참조.

37) CETA Urteil, Rn. 51 참조.

38) CETA Urteil Rn. 18-24 참조.

207조 제1항에 규정되어 있는 내용을 다루는 조약 체결에 대하여 배타적 권한을 가질 수 있다. 하지만, 독일 연방헌법재판소는 포트폴리오 투자, 투자 보호, 국제 해상 운송, 전문 자격증 상호 인정 및 노동 보호와 관련하여 유럽 연합은 협정 체결 권한이 없다고 보고 있다. 다시 말해서 이 영역은 공동통상정책의 영역 안에 포함되지 않는다는 해석 판단을 하고 있다.<sup>39)</sup> 더 나아가, 독일 연방헌법재판소는 구체적으로 어떤 사안이 회원국인 독일의 규제 권한 범위에 속하는지를 구체적으로 규정하고 있다. 거꾸로 말하면, 독일 연방헌법재판소가 열거하는 영역은 리스본 조약으로 유럽 연합의 배타적 영역으로 여겨지는 공동통상정책에서 배제되어 주권국인 회원국의 관할이 된다. 따라서 이에 대한 협정을 체결하거나 잠정 적용을 발효시킬 때에는 반드시 회원국의 승인이 있어야 한다.

첫째, 유럽 연합은 직접 투자에 관하여 규제할 권한을 가진다. 그러나, 투자자에 직접적인 영향력을 행사하지 않고 이익을 내는 것을 주된 목적으로 하는 포트폴리오 투자는 유럽 연합의 규제 대상에 포함되지 않는다.<sup>40)</sup>

둘째, 독일 연방헌법재판소는 CETA 협정문 투자 장의 투자 보호 조항에 대하여도 유럽 연합의 규제 권한을 인정하고 있지 않다.<sup>41)</sup> 특히 보호 대상이 되는 투자와 투자자에 대한 대우<sup>42)</sup> 그리고 수용<sup>43)</sup> 등에 관한 권한은 TFEU 제207조 제1항에 열거하는 공동통상정책의 내용에서 도출되지 않는다. 특히, 독일 연방헌법재판소는 투자 보호와 관련하여 논란이 되는 수용의 개념과 관련하여 CETA 제 8.12조의 수용 조항이 외국 자산의 단순한 보호를 포함하지 않는다고 보고 있다. 독일 연방헌법재판소의 이러한 해석은 TFEU 제345조에 근거하고 있는데, 이에 따르면 어떠한 조약도 개별 회원국의 재산권 체계에 부정적 영향을 미쳐서는 안 된다고 보고 있다.<sup>44)</sup>

셋째, 독일 연방헌법재판소는 항만 시설과 해상 부대 서비스에 관한 조항은 유럽 연합의 권한에 속하지 않는 것으로 보고 있다.<sup>45)</sup> 이러한 해석의 근거를

39) 이에 대한 논란은 서철원, “리스본조약 발효 이후 EU의 국제투자관련 권한의 변경”, 『법학논총』 제33권, 2015, 11-16쪽; 주현수, 위의 논문(각주 5), 692-694쪽 참조.

40) CETA Urteil, Rn. 52-53 참조.

41) CETA Urteil, Rn. 54 참조.

42) CETA 제8.10조 참조.

43) CETA 제8.12조 참조.

44) 해당 조항의 원문은 다음과 같다: TFEU Article 345 The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.

45) CETA Urteil, Rn. 55 참조.

TFEU와 CETA 조항에 대한 해석에서 찾고 있다. 먼저 TFEU 207조 제5항<sup>46)</sup>은 운송 영역을 공동통상정책에서 배제하여 별도로 규정하고 있다. 또한, CETA 제14장 국제 해상운송에 관한 협정 의무사항 중에서 일부가 회원국과 그 지방정부에 유보되어 있다.<sup>47)</sup>

마찬가지로, 독일 연방헌법재판소의 결정에 따르면 유럽 연합은 제11장에 규정된 전문자격의 상호 인정에 관한 내용에 대하여도 배타적 권한이 없다. 전문자격의 상호 인정에 대하여는 아직 유럽 연합 내부에서도 합의가 모이지 않고 있다. 유럽 연합은 현재 유럽 연합 시민의 전문자격만을 다루고 있을 뿐이라고 지적하면, 유럽 연합 외부의 제3국인에 대하여는 여전히 회원국이 규제 권한을 가지고 있다고 보고 있다.<sup>48)</sup>

또한, 동 재판소는 유럽 연합은 노동과 무역에 관한 CETA 제23장의 내용에 관하여 권한이 없다고 판단한다.<sup>49)</sup> 유럽 연합은 TFEU 제153조 제1항에 규정되어 있는 노동자의 보건 및 안전 보호를 위한 작업 환경 개선과 같은 목적을 이루기 위해 회원국 사이에 협력을 강화하는 다양한 조치를 취할 수 있다. 하지만 이러한 조치 중에서 회원국 법률의 조화(harmonisation of the laws and regulation of the Member States)를 도모하는 조치는 배제된다.<sup>50)</sup> 노동 영역에서 회원국과 유럽 연합의 관계는 같은 법 제154조에 의해 다시 한번 확인된다. 이에 따르면 유럽 연합에서 채택된 규정은 사회보장제도의 기본원칙에 대한 회원국의 권한을 침해해서는 안 된다. 또한, 이 제도가 추구하는 재정적 균형을 현저하게 곤란하게 해서는 안 된다고 규정하고 있다. 또한, 회원국이 제 조약에 부합하기 위해 엄격한 보호 조치를 유지하거나 도입하는 것을 방해해서는 안 된다.<sup>51)</sup> 이 조항과 CETA 노동 관련 조항을 종합하여 보면, 먼저 CETA 제23.3조에 따라 조약의 당사국은 국제노동기구(International Labour Organization) 등과 같은 다자간 국제기구가 만든 국제 기준을 존중해야 한다. 또한, 개별 회원국이 비준한 「ILO 협약」을 효과적으로 이

46) TFEU 제207조 제5항은 “운송 분야에서 국제협정의 교섭 및 체결에 대해서는 제3부의 제6편 및 제218조의 구속을 받는다”라고 규정되어 있다. 이에 따라 운송 분야는 배타적 권한에 속하는 공동통상정책에 배제되어 유럽공동운송정책(Common Transport Policy)에 의해 조정되고 있다. (TFEU Article 90) 이에 대하여는 이근호, “유럽연합(EU)의 공동운송정책(CTP)과 철도의 역할 및 위상”, 『평화연구』 제14권 제1호, 2006, 133쪽 이하 참조.

47) CETA 제14.4조 참조.

48) CETA Urteil, Rn. 56 참조.

49) CETA Urteil, Rn. 57 참조.

50) TFEU 제153조 제2항 a 목 참조.

51) TFEU 제154조 참조.

행하기 위한 노력을 해야 한다. 이러한 해석에 따르면, 국제 기구의 기준에 부합하기 위해 개별 회원국이 유럽 연합 규정보다 더 높은 노동 보호 기준을 적용할 수 있다. 즉, 유럽 연합의 정책과 별도로 개별 회원국이 노동 보호 기준을 강화할 수 있다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 해석 논리에 기초해서 개별 회원국이 노동 보호 규제 권한을 가지고 있다는 점을 방증한다고 보고 있다.

## (2) CETA 공동위원회와 투자법원 설치의 위헌성

### ① 헌법적 정체성(Constitutional Identity)의 법리

독일 연방헌법재판소는 공동통상정책과 더불어 CETA 공동위원회 설치의 위헌성도 검토하고 있다. 동 재판소는 유럽 연합 이사회가 회원국의 승인 없이 투자법원과 CETA 공동위원회 관련 규정을 잠정 적용할 때 위헌적 상황을 초래할 수 있다는 사실을 지적하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 새로운 투자 분쟁 절차와 CETA 공동위원회 설치 및 관련 절차에 대한 권한은 개별 회원국의 관할에 속하는 주권적 사항으로 보고 있다. 따라서 이에 대한 잠정 적용 허용 여부는 회원국의 입법부인 독일 연방 의회의 동의가 수반되어야 하는 사항이라고 판단한다.<sup>52)</sup>

이 사안에서 독일 연방헌법재판소는 CETA 공동위원회가 기본법이 규정하고 있는 민주주의의 원리를 위반하여 헌법적 정체성을 훼손할 수 있다고 보고 있다.<sup>53)</sup> 더 나아가 이러한 헌법적 정체성 훼손은 국민의 기본권 침해로 이어져 개별 국민이 헌법소원을 제기할 수 있다고 보고 있다. 독일 연방헌법재판소의 이러한 해석은 헌법적 정체성(constitutional identity) 법리에서 도출된다. 헌법적 정체성 법리는 선거권을 매개로 하여 민주주의 원리가 침해된 경우에 헌법재판소가 사법적 판단을 도모하기 위해 제시한 법리이다. 독일 연방헌법재판소는 마스트리히트 조약(Maastricht Treaty)에 대한 사법심사<sup>54)</sup>에서 시작하여 리스본 조약 및 전면적 통화 거래(Outright Monetary Transaction: OMT) 제도 시행에 대하여 헌법적 규범 통제를 개시하는 근거로 이 법리를 사용했다.<sup>55)</sup>

52) CETA Urteil, Rn. 58-59 참조.

53) CETA Urteil, Rn. 59 참조.

54) Gunnar Beck, "The Problem of Kompetenz-Kompetenz: A Conflict between Right and Right in Which There is No Practor", 『European Law Journal』 제17권 제4호, 2011, 42쪽 이하 참조.

55) 헌법적 정체성에 관한 논의는 박진완, "리스본 조약에 대한 독일연방헌법재판소결정의 분석", 『세계헌법연구』 제18권 제1호, 2012, 307-310쪽; 은승표, "독일연방헌법재판소의 리스본-결정", 『유럽헌법연구』 제12호, 2012, 232-238쪽; 강일신, "국가의사결정에 대한 헌법재판을 통한 민주적 통제가가능성 -독일연방헌법재판소의 'OMT 결정'에 대한 비판적 평석", 『세계헌법연구』 제20권 제1호, 2014, 192-195쪽; Gerhard van der Schyff, "EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the

독일 연방헌법재판소는 리스본 조약에 대한 사법심사와 관련하여 독일 연방 공화국이 유럽 연합의 하나의 주와 같은 형식으로 재구성된다면 그것은 기존의 헌법의 정체성이 유지되지 못하고 새로운 헌법으로 그 정체성을 전환하는 것으로 볼 수 있다고 판단한다. 물론 기본법은 기본법의 폐지 자체를 막고 있지 않다. 기본법 제146조는 독일이 통일된 이후에 국민이 새로운 헌법을 만들 때 기존의 기본법은 효력을 잃는다고 규정하고 있다. 이 조항은 독일 통일을 염두에 둔 놓은 조항이었다. 그런데 이 조항은 독일 통일뿐만 아니라 유럽 연합에도 적용될 수 있다. 유럽 통합 과정에서 국민의 자유로운 결정이 가능하다면 새로운 헌법적 질서로 전환하는 것이 불가능하지 않다고 해석할 수 있다. 다만, 이와 같은 헌법적 정체성 전환이 가능하려면 기존의 기본법의 효력을 정지하고 새로운 헌법을 제정해야 한다.<sup>56)</sup>

한편, 기본법 제24조는 유럽 통합의 근거이자 제한 논리가 된다.<sup>57)</sup> 이에 따르면 연방은 법률을 통해 국제기구에 주권을 이전할 수 있다. 하지만, 독일 연방 헌법재판소는 기본법 제24조가 기본법의 자체 기본 구조를 개정하는 것까지 개방해 놓은 것은 아니라고 판단하고 있다.<sup>58)</sup> 유럽 통합과 관련하여 기본법 제24조는 같은 법 제23조 제1항과 관련하여 해석해야 한다. 기본법 제23조 제1항은 유럽

---

Netherlands as Polar Opposites rison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites”, 『Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht』 제76권 제1호, 2016, 170-176쪽; Elke Cloots, “National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU”, 『Netherlands Journal of Legal Philosophy』 제2권 2016, 91-92쪽; Monica Reestman Jan-Herman Claes, “The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case”, 『German Law Journal』 제16권 제4호, 2015, 919-931쪽; Pietro Faraguna, “Constitutional Identity in the EU - A Shield or a Sword”, 『German Law Journal』 제18권 제7호, 2017, 1617쪽 이하; Matthias Mahlmann, “The Politics of Constitutional Identity and Its Legal Frame - The Ultra Vires Decision of the German Federal Constitutional Court”, 『German Law Journal』 제11권 제12호, 2010, 1407쪽 이하 참조. 헌법적 정체성 범리는 원래 유럽 체포영장(European Arrest Warrant) 이행에 관한 독일 연방헌법 재판소의 결정에서 기원한다. 이에 대하여는 Georgios Anagnostaras, “Solange III? Fundamental Rights Protection under National Identity Review”, 『European Law Review』 제42권 제2호, 2017, 237-239쪽 참조. 한편 헌법적 정체성 범리를 19세기 독일 헌법 이론의 전통에서 찾으려는 시도에 대하여는 Monika Polzin, “Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power: The Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law”, 『International Journal of Constitutional Law』 제14권 제2호, 2016, 411쪽 이하; Monika Polzin, “Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul”, 『German Law Journal』 제18권 제7호, 2017, 1595쪽 이하 참조.

56) 은승표, 위의 논문(각주 55), 233-234쪽 참조.

57) Erich Vranes, “German Constitutional Foundations of, and Limitations to, EU Integration: A Systematic Analysis”, 『German Law Journal』 제14권 제1호, 2013, 77쪽 참조.

58) 앞의 논문, 82-83쪽 참조.

통합을 위한 연방의 주권 이양의 근거이자 한계이기도 하다.<sup>59)</sup> 기본법 제23조는 유럽 통합과 관련해서 기본법 제24조의 특별법이라고 이해할 수 있다. 기본법 제23조 제1항 제1문에 따르면 독일 연방공화국이 기본법이 규정한 기본 원리와 기본권을 보장하는 한에서 유럽 연합의 발전에 이바지할 수 있도록 하고 있다. 같은 항 제2문에서는 연방 의회의 동의가 필요한 법률을 통해 주권을 이양할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 제3문에서는 이와 관련한 기본법의 개정에는 같은 법 제79조 제2항 및 제3항이 적용된다.

기본법 제79조 제3항은 영속성 조항이라고 불리는데, 기본법 개정의 한계를 설정하고 있다. 이 조항에 따르면 기본법 개정과 관련해서 “제1조 및 제20조에 규정된 원칙들에 반하는 기본법 개정은 허용되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이처럼 개정이 허용되지 않는 조항을 통해 연방헌법재판소는 헌법적 정체성의 내용을 도출한다. 영속성 조항을 통해 기본법은 기본법 제1조에서 제20조에 이르는 헌법적 정체성의 내용 윤곽을 그린다. 특히 문제가 되는 것은 기본법 제20조 제1항에 규정되어 있는 민주주의 원리와 국민주권에 관한 내용이다.<sup>60)</sup> 헌법적 정체성의 하나로서 민주주의 원리는 유럽 통합의 한계를 설정하고 있다. 즉, 민주주의의 원리를 훼손하는 유럽 통합과 그와 관련한 유럽 연합의 활동은 기본법이 규정한 헌법적 정체성을 훼손하는 것으로서 허용되지 않는다.

이렇게 헌법적 정체성이 훼손되면, 국민은 개인 자격으로 기본권 침해를 이유로 한 헌법소원이 가능하다. 여기에서는 기본법 제38조의 선거권 관련 조항이 문제 된다. 이 조항을 통해서 헌법적 정체성의 내용으로서 기본법 제20조 제1항에 의해 보호되는 민주주의의 원칙이 실체화된다.<sup>61)</sup> 법원은 민주적 참여권에 대한 개인의 권리와 국민의 이름으로 정책을 수립할 연방의 의무<sup>62)</sup> 사이에 형성된 연관성을 확인하였다. 여기에 기초해서 독일 연방헌법재판소는 선거권을 형식적으로 이해하지 않고, 민주주의의 원리 실현이라는 의미에서 선거권을 실질화한다. 민주주의 원리 아래에 개별 선거권자는 연방의 국가권력 행사 참여하고 그 행사여

59) 앞의 논문, 84-85쪽 참조.

60) 앞의 논문, 85-88쪽 참조.

61) Jo Eric Murkens, *From Empire to Union*, Oxford University Press, 2013, 181쪽 참조.

62) 『독일 연방기본법』 제20조 ② 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민에 의하여 선거와 투표로, 그리고 입법, 행정 및 사법의 특별 기관을 통하여 행사된다. 『독일 연방기본법』 및 『독일 연방헌법재판소법』의 번역은 헌법재판소 역, 국가별 법령집(독일기본법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙) (헌법재판소, 2016) <<https://ri.ccourt.go.kr/cckri/cr/world/selectLawList.do>>을 참조하였으며, 인용과정 관련한 번역 오류는 필자의 책임임을 밝힌다.

영향을 미치고 정당화할 권한을 가지고 있다.<sup>63)</sup> 독일 연방헌법재판소는 기본법 제 38조에 규정된 선거권은 기본법에 보장된 민주적 참여권을 요청할 수 있는 권리이며<sup>64)</sup>, 민주주의 원칙은 국민의 제한적 권력에 대한 존중을 의미한다.<sup>65)</sup> 따라서 국가권력의 재조직과 관련하여 국민의 민주적 참여가 보장되지 않는다면 그것은 기본법 제38조의 침해로 볼 수 있으며 국민은 개인 자격으로 이에 대하여 헌법소원 심판을 청구할 수 있다. 즉, 민주주의의 핵심이라고 볼 수 있는 국민의 자기 결정이 무력화되어 국민이 헌법의 동일성 또는 정체성을 유지하는 핵심적인 영역에 관하여 결정할 수 없다면, 기본법 제38조에 규정된 기본권이 침해된 것으로 볼 수 있다는 논리이다.<sup>66)</sup> 독일 연방헌법재판소는 마스트리히트 조약, 리스본 조약 및 전면적 통화 정책 등 유럽 통합의 중요 고비마다 이러한 법리에 기초해서 헌법소원을 받아들여서 해당 사안에 대한 사법적 통제를 시도하였다.

## ② CETA 공동위원회

이 사안에서는 독일 연방헌법재판소는 이러한 법리에 기초하여 CETA 공동위원회가 기본법상 헌법적 정체성 훼손할 우려가 있다는 점을 검토하였다.<sup>67)</sup> CETA 제26.1조에 따르면 캐나다와 EU가 참여하는 CETA 공동위원회는 무역과 투자에 관하여 당사자 사이에 발생하는 문제에 대처하며, CETA의 적용과 이행을 담당하고 있다. 이와 함께 CETA 공동위원회의 결정은 당사국을 구속하며<sup>68)</sup> 협정 및 의정서와 부속서에 대한 개정 권한이 있다.<sup>69)</sup>

독일 연방헌법재판소는 공동위원회의 역할과 그 결정의 구속력을 무시할 수 없는 반면에 CETA 공동위원회 결정 과정에서 당사국의 참여가 적절하게 이루어지고 있지 않다고 지적한다. CETA 공동위원회는 유럽 연합과 캐나다의 대표로 구성된다고 하고 있을 뿐, 그 공동위원회의 구성과 의사 결정 과정에 대하여는 명확하게 정해져 있지 않았다. 앞서 언급한 바와 같이 독일 연방헌법재판소는 CETA가 유럽 연합 전속 사항과 회원국 권한이 중첩된 혼합협정이라는 사실을 언급하면서, CETA 공동위원회의 관할 범위가 어디까지인가 명확하지 않다는 점은

63) BVerfGE 89, 155 <171 ff> 참조.

64) BVerfGE 123, 267, <340, 341> 참조.

65) BVerfGE 123, 267, <340> 참조.

66) 강일신, 위의 논문(각주 55), 194-195쪽 참조.

67) CETA Urteil, Rn. 60-61 참조.

68) CETA 제26.3조 제2항 참조.

69) CETA 제26.1조 제5항 c 목 참조.

문제라고 지적한다. 이러한 사정에도 불구하고 현재 CETA 규정은 공동위원회가 유럽 연합과 캐나다의 대표로 구성되어야 한다고 규정되어 있을 뿐이다.<sup>70)</sup> 구체적으로 회원국이 공동위원회의 운영과 결정 과정에 어느 정도의 의석을 가지고 어떻게 투표를 하는 등에 관한 절차에 관하여는 규정해 놓고 있지 않다. 따라서, 회원국의 영향력이 배제된 것만큼 그 회원국 국민의 참여와 결정에 대한 민주적 책임성은 취약할 수밖에 없다.<sup>71)</sup>

물론, 독일이 유럽 연합 이사회에 참가할 수 있다면 CETA 공동위원회의 결정에 영향을 미치는 것이 불가능하지는 않을 것이다. 협정문에 따르면 CETA 공동위원회의 결정은 당사자 사이의 상호 동의에 기초하고 있다.<sup>72)</sup> 또한, CETA 공동위원회 결정은 그 결정에 대한 상대국의 내부적 절차 요건을 충족하는 것을 전제로 그 구속력이 발한다. TFEU에 따르면 협정으로 설치된 기관이 법적 효력이 있는 행위를 채택하려고 할 때 이사회는 협정 적용을 주지하는 결정을 채택하고 그 기관이 유럽 연합의 입장으로 취하는 내용을 정하는 결정을 할 수 있다.<sup>73)</sup> 그리고 독일 연방헌법재판소는 CETA 공동위원회가 의정서와 부속 합의를 개정하거나 그 위원회가 협정의 구속력 있는 해석을 채택할 때에는 일반적으로 TFEU 제218조 제9항이 적용된다고 보고 있다. 이러한 점을 고려할 때, 공동위원회는 유럽 연합의 입장과 배치되는 결정을 할 수 없고, 유럽 연합이 공동 입장을 형성하는 과정에 독일이 참여할 수 있는 여지가 있다.<sup>74)</sup>

하지만 독일 연방헌법재판소는 그러한 간접적 영향력 행사의 가능성만으로는 불충분하다고 보고 있다.<sup>75)</sup> 회원국의 권한 또는 유럽 통합의 범위에 영향을 미치는 결정이 독일의 승인으로 내려질 때 민주적 정당성은 보장된다. 하지만 이사회에서 독일의 영향력은 가중다수에 의해 상대화된다. 유럽 연합 이사회 결정에 독일 국민의 의사가 독일 대표를 통해 관철된다는 보장은 없다. 즉, 독일이 영향력을 발휘할 수 있다는 것은 사실이지만, 그 영향력이 반드시 독일 의사대로 관철된다는 보장은 없다. 이러한 점을 종합하여, 독일 연방헌법재판소는 제20조 제1항 및 제2항의 관점에서 CETA 공동위원회 결정에 대한 민주적 정당성 확보와 통제는 불명확한 것으로 남아있다고 판단하고 있다. 따라서 CETA의 공동위원

70) CETA 제26.1조 제1항 제1문 참조.

71) CETA Urteil, Rn. 62 참조.

72) CETA 제26.3조 제3항 참조.

73) TFEU 제9조 참조.

74) CETA Urteil, Rn. 63-64 참조.

75) CETA Urteil, Rn. 64-65 참조.

회 관련 조항은 연방의회의 입법 권한을 침해하고 더 나아가 궁극적으로 민주주의 원칙에 기초한 개별 국민의 선거권을 침해하고 있다고 결론내린다.

### (3) 위헌 상황 회피를 통한 불이익 경감 가능성

앞서 언급한 바와 같이 독일 국내외에서 CETA의 운명은 유럽 연합 그리고 국가 투자법 체계의 발전 경로에 지대한 영향을 미치는 결정이었다. 이에 대하여 독일 연방헌법재판소는 현실적 측면에서 정부의 손을 들어주어 가치분을 기각하기는 하였다. ‘그럼에도 불구하고’ 독일 연방헌법재판소는 기각 결정에 몇 가지 조건을 달았다. 이러한 조건 제시는 독일 연방헌법재판소의 유럽 연합 조약 해석과 CETA의 위헌성 평가에서 기초하고 있다. 즉, 독일 연방헌법재판소는 CETA의 임시조치에 대한 독일 정부의 승인이 가져올 위헌적 요소에 대하여 지적한다. 하지만, 그로 인해 초래될 실제적인 위험은 다양한 법적 장치를 통해 효과적으로 경감될 수 있다고 판단한다.<sup>76)</sup> 결국, 결정문에서 명시적으로 협정 내용에 대한 위헌성 심사를 하지 않겠다고 밝혔음에도 ‘불구하고’ 독일 연방헌법재판소는 사실상 CETA 자체에 대한 위헌성 여부를 검토하였다. 그리고 위헌적 요소를 제거하기 위한 전제 조건을 다음과 같이 제시하여 독일 정부의 행동반경을 제한하고 있다.

먼저, 독일 연방헌법재판소는 독일 정부가 잠정 적용에 예외를 둘 수 있다고 보고 있다. 회원국 별로 잠적 적용의 예외를 둘 수 있다면, 유럽 연합 집행위원회가 잠정적용을 하더라도 유럽 연합 회원국의 전속 권한이 침해되지 않을 수 있다. 이것이 가능하다면, 독일 연방 정부는 유럽 연합 이사회에서 유럽 연합에 배타적으로 권한이 있는 부분에 대하여만 동의할 수 있으며, 그러한 한에서 위헌은 아니라고 본다. 동 재판소는 실제로 독일뿐만 아니라 다른 회원국들도 이미 잠정 적용과 관련하여 다양한 유보 조항을 두고 있다는 점도 함께 언급하고 있다.<sup>77)</sup>

둘째, 독일 연방헌법재판소가 보기에 독일 정부는 연방헌법재판소의 해석에 따라 회원국의 권한으로 남아있는 분야에는 잠정적용을 승인하지 않을 것이며, 만약 유럽 연합 집행위원회가 독일 정부의 견해(정확히는 독일 연방헌법재판소의 견해)와 저촉되는 영역에 대하여 잠정 적용을 할 것을 발의한다면, 독일 정부는 이사회에서 반대 의견을 낼 수 있으며 내야 한다.<sup>78)</sup> 만약 독일 정부가 그렇게 하지 않으면, 그러한 행위는 위헌적인 것으로 판단될 수 있다.

76) CETA Urteil, Rn. 66 참조.

77) CETA Urteil, Rn. 67-69 참조.

78) CETA Urteil, Rn. 70 참조.

셋째, 독일 연방헌법재판소는 CETA 공동위원회가 기본법에 따른 헌법적 정체성을 침해할 위험도 감소할 수 있다고 판단한다. CETA 제30.2조 제1항에 따르면 당사자의 합의에 따라 협정문의 개정이 가능하다고 규정하고 있다. 다만, 동조 제2항에 따르면 CETA 공동위원회는 협정의 부분을 구성하는 의정서(protocol)와 부속서(annexe)에 대한 개정을 결정할 수 있도록 하고 있다. 이러한 결정에 대하여 양 당사국은 내부 절차에 따라 공동위원회의 결정을 승인하도록 하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 의정서 또는 부속서의 개정, 그리고 구속력 있는 해석 선언에는 TFEU 제218조 제8항이 아니라 제9항이 적용된다고 본다. TFEU 제218조 제9항은 “이사회는 협정에 의해 설치된 기관이 법적 효력을 가지는 행위를 채택해야 하는 때”에 관하여 규정하고 있는데 여기서 CETA 공동위원회를 “협정에 의해 설치된 기관(a body set up by an agreement)”으로 해석하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 이 경우 이사회의 결정은 만장일치에 기초해야 한다고 해석한다.<sup>79)</sup>

마지막으로 만약 독일 연방 정부가 유럽 연합 이사회에서 헌법적 정체성 위반을 회피하지 못하는 상황이라면, 최후 수단으로 서면 통지를 통해 일방적으로 잠정 적용을 거부할 수 있다고 보고 있다.<sup>80)</sup>

## IV. 정치와 법치 사이에서 사법부가 벌인 법리의 공중 곡예

### 1. 외교 정책에 대한 사법적 통제의 근거로서 주권국가의 한계

독일 연방헌법재판소의 CETA 결정은 국가 외교 정책에 대한 사법적 통제의 근거와 한계에 대하여 고민해 보는 계기를 마련해 준다. 독일은 유럽 통합 정책의 하나로 CETA 체결을 추진하였다. 독일 정부 관점에서 보면, 유럽 통합 정책은 고도의 정치·외교적 행위이다. 그리고 결정 이유에서 독일 연방헌법재판소는 독일 연방 정부가 CETA 체결에 관하여 정책 재량이 있으며, 사법부는 이러한 재량권을 원칙적으로 존중해야 한다는 점을 지속해서 인정하고 있다.

하지만 동시에, 독일 연방헌법재판소는 외교 정책에 대한 사법적 심사의 가능성을 열어 놓고 있다. 특히, 독일 연방헌법재판소는 조약 체결과 같은 외교 행

79) CETA Urteil, Rn. 71 참조.

80) CETA Urteil, Rn. 72 참조. 이러한 논리는 CETA 제30.7조 제3항 c 목의 해석에 기초하고 있다.

위에 대한 사법적 통제와 관련하여 사후적 통제보다는 사전적 통제에 초점을 맞추고 있다. 독일 연방헌법재판소는 CETA 결정에서 보듯이 조약 체결 등과 관련한 국가의 대외 정책 활동을 대상으로 하는 가치분 청구에 대한 심사를 허용하고 있다. 더 나아가 독일 연방헌법재판소는 조약 체결에 관한 가치분 심사를 할 때 더 적극적으로 사법적 권한을 행사할 수 있다고 보고 있다. 그래서 일반적인 가치분 심사와 달리 조약 체결에 대한 가치분 신청은 조약 자체에 대한 위헌 심사를 포함하도록 하고 있다.

이와 관련하여 주목해볼 만한 지점은 독일 연방헌법재판소가 위헌 심사 권한을 확대하는데 제시한 정당화 근거이다. 독일 연방헌법재판소는 전형적인 주권적 행위라고 할 수 있는 외교 정책에 사법부가 개입할 수밖에 없는 이유를 오늘날 국제질서에서 주권국가 처한 현실에서 도출하고 있는 것으로 보인다. 독일 연방헌법재판소는 주권국가의 주권의 절대성이 아니라 상대화에 초점을 맞추고 있다. 주권국가라고 할지라도 국제질서에서 자신의 정치적 재량이 제한될 수밖에 없다. 이러한 전제 아래에서 가치분 심사의 취지를 고려하여 가치분 심사를 할 때 본안에 관한 위헌 심사를 함께 수행하고자 하는 것으로 보인다. 앞서 언급하였듯이 가치분 심사는 중대한 손실을 방지할 긴급한 필요성이 있는 경우에 허용된다. 국제 사회에서 국가의 주권적 권능이 제한된다는 사실을 고려해 보면, 조약 체결 행위 또는 국가의 외교적 행위의 위헌성이 초래할 위험은 막대하다. 국제 사회에서는 사후에 국가가 발생한 위험을 수습할 때 국가가 행사할 수 있는 재량권의 범위가 매우 제한적이다. 예를 들어 가치분 청구가 기각되어 조약이 체결되었는데 본안 심사에서 그 조약이 위헌으로 결정되었다고 가정해 보자. 이런 상황에서 조약은 대내적으로 무효가 되고 국가는 해당 조약을 철회해야 하지만, 대외적으로는 그와 관련한 국제법적 의무를 부담해야 한다. 따라서 국가의 대외 정책이 조금이라도 위헌이 될 여지가 있다면, 이중 가설에 따른 법의 효력의 기준점은 완전히 바뀌어야 한다. 이러한 점을 고려해 보면 조약 체결에 대한 가치분 심사가 그 본래의 취지를 살리려면 위헌성 여부를 함께 검토해 주어야 한다.

## 2. 외교 정책에 있어서 민주적 정당성 흠결과 사법적 구제

독일 연방헌법재판소는 헌법적 정체성 법리를 통해 국민이 개별적으로 국가의 유럽 통합 추진 정책에 제동을 걸 수 있는 길을 열었다. 이 결정에서는 독일 연방헌법재판소는 선거권을 개별 국민과 대의기관의 연결 매개로서 이해하고 있

다. 물론 이러한 법리가 다소 논리 비약이라는 견해도 무시할 수는 없다.<sup>81)</sup> 대의제 민주주의 아래에서 국가 기관에 대한 국민의 위임 관계는 개별 국민과 대표 사이에 지속적 관계를 전제하고 있는 것이 아니라, 추상화된 주체로서 국민과 맺은 자유 위임 관계에 기초하고 있기 때문이다. 그래서 독일 연방헌법재판소가 헌법소원의 길을 확대하면 사법부가 유럽 통합에 관여할 수 있는 범위가 지나치게 커질 위험도 있다.

그러나, 독일 연방헌법재판소의 법리는 오늘날 국가 외교 정책의 민주적 정당성 흠결이 문제가 된다는 현실에서 그 구체적 타당성을 인정할 수도 있다. 세계화에 따라 국가 간의 교류와 상호 관련성이 증가하면서 국가 대외 정책의 파급력이 국민 개개인의 삶에 미치는 영향력이 커지고 있다. 하지만 이에 비례하는 정도로 민주적 참여가 보장되지 못하고 있다는 사실도 부정하기 힘들다. 현실의 국가의 외교 정책은 정치적 관계라는 단일한 평면에서만 끝나는 것이 아니라, 법제화로 이어진다. 즉, 정치적 타협은 주로 조약의 체결과 같은 규범적 체계의 정립으로 이어지고 이러한 국가 행위를 통해 정치적 사안은 법적 사안으로 전환된다. 이런 의미에서 외교 정책의 수행이라는 국가 작용은 정치적 지도 작용과 조약 체결이라는 사법적 행위로 구분되지만, 한편에서는 이 둘은 또 밀접하게 연결되어 있다. 또한, 세계화가 점차 빠르게 진전되면서 국가 외교 정책의 결과로 체결된 조약과 그 조약에 기초한 국제법 질서가 국민의 생활과 밀접하게 관련을 맺고 있다. 국가는 각종 국제법상의 의무를 이행하는 과정에서 국민의 기본권을 보장하기도 하고 한편에서는 제한하기는 등의 조치를 취한다. 이러한 변화된 상황을 고려해 볼 때, 국가의 외교 정책에 대한 사법적 통제에 소극적인 태도를 보여야 한다는 주장은 점차 설 자리를 잃고 있는 것이 현실이다.

독일 상황도 크게 다르지 않다. 독일뿐만 아니라 유럽 대부분 국가에서 행정부나 의회가 유럽 통합 과정을 주도하였다. 그런데, 국가의 제도 정치와 국민 여론이 괴리되면서 유럽 통합의 방향 설정에 국민의 적절한 참여가 보장되고 있지 않다는 지적이 확산되고 있다. 국가는 대의 권력이라는 법형식적 권한을 가지고 유럽 통합의 방향을 좌지우지하는 반면, 국민의 의사는 적절히 반영되지 않고 있다.<sup>82)</sup> 이런 상황에서 유럽의 시민들은 행정부와 의회의 정치 엘리트들이 시장 중

81) Murkens, 위의 책(각주 61), 182-183쪽; 강일신, 위의 논문(각주 55), 198-199쪽 참조.

82) 유럽 통합 과정에서 대의 민주주의와 민주적 정당성의 문제에 대한 분석은 Stephan Brecht, "Prospects and Limits of Democratic Governance in the EU", 『European Law Journal』 제17권 제1호, 2011, 35쪽 이하 참조.

심의 국가 통합을 추진하고 있다고 생각한다. 그러는 사이 원래 유럽 통합이 지향했던 유럽적 가치는 화석화되었다. 구체적으로 유럽 연합의 성립과 법체계가 확립되면서 유럽 연합의 결정이 독일 국민의 기본권 행사에 상당한 영향을 미치게 되었다. 어떤 의미에서는 국내법보다 유럽 연합법이 국민의 실생활에 밀접하게 관련을 맺는 영역이 점점 늘어나고 있다. 그런데 유럽이라는 단일한 정체성이 확립되지 않은 상황에서 독일 국민은 독일의 국가 정체성이 급속하게 해체되고 있다고 생각하기 시작한다.<sup>83)</sup> 기존의 정체성의 붕괴 속도와 새로운 정체성 성립 속도의 불일치에서 발생하는 문제는 커지고 있지만, 여기에 국민이 개입할 여지는 점차 줄어들고 있다.

특히, 독일 국민의 불만이 많았던 이유는 국민이 정치에 직접 참여할 수 있는 제도들이 상대적으로 취약하였기 때문이다. 다른 유럽 국가의 유럽 통합 과정을 보면, 국민 투표 등을 통해 결정적인 순간에는 국민의 목소리가 어느 정도 직접 대의기관에 전달된다. 하지만 독일은 대표를 통하지 않고 국민이 정책 형성에 참여할 기회가 많지 않다. 이렇게 직접 민주주의 요소가 축소된 까닭은 제2차 대전 전에 독일의 히틀러가 정권 창출을 위해 직접 민주주의적 제도를 동원했던 역사적 반성에서 찾을 수 있다. 독일 연방헌법재판소는 이런 상황을 타개하려고 개별 국민의 기본권 침해를 이유로 한 헌법소원을 인정한 것으로 보인다. 외교 정책에 대한 헌법적 통제의 가장 바람직한 형태는 외교 정책 수립과 집행 과정에서 의회가 적절히 개입하는 것이다. 하지만 그것이 실효적으로 작동하지 않는 상황에서 국민이 기댈 최후의 보루는 사법부일 수밖에 없다. 독일 연방헌법재판소는 국민의 기본권 침해에 관한 사법적 구제 제도를 통해 대의 정치에서 발생하는 민주적 정당성을 흠결을 보완하려고는 시도를 하는 것으로 보인다. 즉, 독일 연방헌법재판소는 형식화된 대의제에 영향을 미칠 수 있는 직접 민주주의적 제도가 미흡한 현실에서 새로운 사법적 우회로를 만들었다.

### 3. 행정부의 정책 재량에 대한 형식적 존중과 실질적 사법 통제 확대

독일 연방헌법재판소는 CETA 결정에서 CETA 좌초라는 정치적 책임을 피하면서도 CETA로 상징되는 유럽 통합에 대한 헌법적 통제 권한을 유지하기 위해 화려한 법리적 공중 곡예를 하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 협정의 위헌 여부

83) 리스본 조약 이후 유럽의 국가 정체성에 관한 고찰은 조소영, “헌법의 존재의미로서의 국가성: EU의 국가성 고찰 - 리스본 조약에 대한 분석을 중심으로”, 『헌법학연구』 제14권 제1호, 2008, 99-102쪽 참조.

에 관한 실체적 사법심사를 배제하고 있으나 간접적인 방식으로 그와 유사한 효과를 거두고 있다. 독일 연방헌법재판소는 조약 체결이 현실화하지 않은 상황에서 조약에 대한 실체적 심사를 할 필요성은 없다고 선을 긋는다. 하지만, 실제로 결정 이유를 들여다 보면, 연방헌법재판소는 가치분 기각에 따른 손해를 판단하는 과정에서 사실상 위헌성 심사를 하였다. 독일 헌법재판소는 잠정 적용으로 조약의 효력이 발생할 때 예측 가능한 위험으로 위헌성을 언급하면서 협정의 위헌적 요소를 분석하였다.

또한, 독일 연방헌법재판소는 매우 정교한 법리 논증을 통해 가치분을 기각하면서도 행정부의 외교 정책 권한 범위를 축소하는 결정을 내렸다. 독일 연방헌법재판소의 논리에 따르면, 아무런 제한 없이 현재 상태로 잠정 적용이 발효된다면 위헌적 상황을 초래할 위험이 크다. 하지만, 독일 연방헌법재판소가 제시하는 일정한 전제 조건을 받아들이는 한도 내에서 독일 정부가 잠정 적용이 초래할 위험 요소를 사전 또는 사후적으로 배제할 수 있다고 판시하고 있다. 이 논리를 거꾸로 해석하면 이러한 전제 조건을 인정하지 않거나 헌법재판소가 제시하는 조치를 취하지 않는다면 해당 사안은 본안 심사에서 위헌으로서 무효가 될 수 있다는 경고가 된다.

## V. 결론: 공중 곡예는 끝났는가?

브렉시트 이후 유럽 통합의 전망이 불투명해진 상황에서 독일 연방헌법재판소의 결정은 상당한 논란을 불러일으켰다. 무엇보다 공동통상정책의 범위에 관한 독일 연방헌법재판소와 유럽 집행위원회의 해석 충돌은 리스본 조약 이후 향후 유럽 연합의 장래에 무시하지 못할 영향을 끼칠 것으로 예측되었다. 앞서 언급한 바와 같이, 독일 연방헌법재판소는 가치분 결정의 위헌 여부에 대하여 심사를 하지 않고, 결과 형량을 하겠다고 하였다. 하지만 매우 교묘하고 정밀한 방법으로 일종의 논리적 ‘뺨’을 놓아서 독일 연방 정부의 외교 정책에 대한 재량 범위를 사법적으로 통제하고 있다. 먼저, 독일 연방헌법재판소는 임시 적용이 초래할 위헌적 상황에 근거하여 가치분 신청 기각으로 인한 불이익을 판단한다. 재판부는 이러한 위헌적 상황은 가치분 신청 인용으로 인해 발생할 불이익에 못지않다고 분석한다. 다만, 독일 연방헌법재판소는 이에 관하여 정부가 일정한 조치를 취한다

면 그러한 위험을 충분히 막을 수 있다는 논리를 전개한다. 이러한 논리에 따르면 독일 정부는 유럽 연합 이사회에서 CETA의 임시적용을 승인할 수 있지만, 그러한 임시적용 승인은 독일 연방 정부가 독일 연방헌법재판소가 제시하는 조약의 해석과 그에 따른 정부의 조치를 따르기로 한다는 것을 전제한다. 그렇지 않으면 임시적용 승인은 위헌적이고 되어 결과 형량의 최종 판단이 뒤집힐 수 있다. 이것은 가처분 이후에 본안에 대한 헌법소송에서 위헌성 판단의 근거가 된다.

독일 연방헌법재판소의 결정은 이 사안이 유럽사법재판소(European Court of Justice)에 다루어지고 있는 도중에 나왔다. 결국, 유럽 연합 집행위원회는 TFEU 제218조 제11항에 따라 2015년에 유럽사법재판소에 이에 대한 의견을 구하였다. 동 조항에 따르면 회원국, 유럽의회, 이사회 또는 위원회는 체결 예정인 협정과 조약의 적합성에 관하여 유럽사법재판소에 사법적 판단을 구할 수 있다. 다만 이 사안에서는 CETA 대신 CETA와 유사한 내용의 조항을 담고 있던 유럽 연합-싱가포르 자유무역협정을 문제 삼았다. 명확하지는 않지만 유럽 연합에서 중요한 지분을 가지고 있는 독일의 최고 법원과 유럽 연합 집행위원회가 대립각을 세우고 있다는 사실은, 유럽사법재판소에도 상당한 부담으로 작용하였을 것이다.

한편, 독일 연방헌법재판소의 결정은 유럽 전역에 CETA에 관한 찬반 논의와 사법적 통제를 강화하는 계기가 되었다. 프랑스 역시 헌법위원회에서 CETA의 헌법적 정당성을 심사하기에 이르렀다. 이러한 배경에서 2017년 유럽사법재판소는 직접투자가 아닌 간접투자(예를 들면 포트폴리오 투자)에 관한 규정과 투자자-국가 분쟁해결에 관한 내용은 유럽 연합 집행위원회의 독점적 관할권에 포섭되지 않다고 판단하였다.<sup>84)</sup> 이에 따라 유럽 연합 집행위원회는 무역과 투자협정을 별도로 분리해 서명을 추진하였다.

이와 함께 독일 연방헌법재판소는 CETA 공동위원회의 민주적 대표성의 흠결을 지적하면서, 이것이 독일 국민의 기본권 침해로 이어질 수 있다는 논리를 전개하고 있다. 특히, 헌법적 정체성 법리는 헌법소원의 길을 열어주고 유럽 통합에 대한 국민 참여의 길을 우회적으로 열어주었다. 이러한 독일 연방헌법재판소의 태도는 유럽 연합뿐만 아니라 우리에게도 많은 시사점을 주고 있다. 오늘날 세계화된 국제 사회에서 국민의 기본권과 밀접한 대외 정책 수립과 집행 과정에서 직접적인 당사자인 국민의 의사가 제대로 반영되지 않거나 형식적인 수준에

84) Opinion 2/15 of 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376. 이에 대한 설명은 Rumiana Yotova, "Opinion 2/15 of The CJEU: Delineating the Scope of the New EU Competence in Foreign Direct Investment", 『Cambridge Law Journal』 제77권 제1호, 2018, 29쪽 이하 참조.

그치고 있다는 점을 깨닫게 해주는 계기가 된다.

독일 연방헌법재판소는 이런 배경에서 정치와 법의 교묘한 법리 줄타기를 하였다. 독일 연방헌법재판소는 대외 정책에 대한 사법적 통제의 필요성을 인식하면서도, 그것이 독일 연방 정부의 대외 정책의 정책 재량을 침해하여 궁극적으로 CETA 자체의 좌절로 이어지지 않도록 애쓴 흔적이 보인다. 이러한 노력은 CETA 체결 실패의 정치적 책임을 지지 않으려는 독일 연방헌법재판소의 전략적 고려에서 부분적으로 기인하는 것으로 보인다.

하지만, 독일 연방헌법재판소가 성공적으로 곡예를 마치고 줄에서 내렸는지는 의문스럽다. 특히, 독일 연방헌법재판소의 유럽 연합 조약해석은 유럽 연합법 및 국제법 전문가의 비판 대상이 되고 있다. 예를 들어서 결정문에서 독일 연방헌법재판소는 CETA 제30.7조 제3항 c 목에 따라 개별 회원국인 독일이 일방적으로 잠정 적용을 거부할 수 있다고 해석하고 있다.<sup>85)</sup> 그런데 독일 연방헌법재판소의 해석과 같이 CETA를 혼합협정으로 보면, 협정 체결권자는 유럽 연합과 독일을 포함한 유럽 연합 개별 회원국 모두가 된다. 일단 유럽 연합 이사회가 조약의 잠정 적용을 승인하였다는 것은 최소한 혼합협정에서 유럽 연합 부분에 대한 효력이 발생하였다는 것을 의미한다. 이 경우에 독일은 유럽 연합 법의 일반적인 구속력을 받게 된다.<sup>86)</sup> 이 경우에 독일이 나중에 이 부분에 위헌적인 부분이 발생하였다는 이유로 일방적으로 CETA의 유럽 연합 부분에 대한 잠정 적용을 종료할 수 있는지는 의문이다.

또한, 독일 연방헌법재판소는 유럽 연합 이사회에서의 결정이 만장일치를 요구하기 때문에 독일이 언제든지<sup>87)</sup> 협정 적용 종료를 선언할 수 있다고 해석한다. 하지만, 잠정 적용 종료 선언 결정은 만장일치로 내려져야 한다. 따라서, 이론적으로 유럽 연합 이사회에 참가하는 다른 나라를 설득하여 만장일치로 협약 종료를 선언할 수는 있다. 하지만, 독일이 유럽 연합 이사회나 다른 회원국을 대신하여 협약 종류를 선언할 수도 없으며 그러한 선언은 국제법적으로 캐나다에 어

85) 정확한 원문은 다음과 같다: CETA Art. 30.7(3)(c) provides: “A Party may terminate the provisional application of this Agreement by written notice to the other Party. Such termination shall take effect on the first day of the second month following that notification.”

86) TFEU 제216조 제2항 참조.

87) 이에 대하여는 Jelena Baumler, ‘Only a Brief Pause for Breath: The Judgment of the German Federal Constitutional Court on CETA’ (2016) <<https://www.iisd.org/itm/2016/12/12/only-a-brief-pause-for-breath-the-judgment-of-the-german-federal-constitutional-court-on-ceta-jelena-baumler-baumler/>>, 2019년 8월 10일 방문 참조.

떠한 효력도 발하지 못할 것이다.

이와 함께 청구원인 중의 하나였던 투자법원에 대하여 독일 연방헌법재판소는 그 헌법적 정당성에 대하여 명확하게 언급하지 않았다. CETA는 당시 투자자-국가 중재 제도가 국가의 규제 권한을 과도하게 제한하면서 공적 통제를 맞지 않는다는 비판에서 제기된 개혁안이었다. CETA는 이러한 투자자-국가 분쟁 해결제도 개혁안이 처음으로 조약 규범으로 정립하여 체결된 사례였다. 그런데 이러한 개혁안에 대해서도 여전히 위헌성 시비가 있었다. 그래서 CETA 투자법원의 성공은 국제 투자법체계의 향방에 큰 영향을 끼칠 것으로 예상하였고, 이에 대한 헌법적 정당성은 중요한 문제로 주목받았다. 그동안 투자자-국가 중재 제도에서 제기된 위헌적 요소들이 CETA의 투자법원 모델에서는 해소될 것으로 판단했기 때문이다. 이러한 배경에서 헌법소원 청구인은 CETA의 투자법원 관련 조항이 공동통상정책에서 배제되는 것임은 물론이고, 더 나아가 그것이 가진 위헌성을 함께 지적하였다. 하지만, 독일 연방헌법재판소는 투자법원 도입의 여부가 회원국의 전속 관할 사항이라는 점만 강조하였을 뿐, 회원국이 투자법원 설치를 승인하였을 때 그것이 독일 헌법 질서에 부합하는지는 명확히 언급하지 않았다. 이후 유럽사법재판소는 투자법원 제도가 유럽 연합 법체계에 위반되지 않는다는 견해를 확인하였다.<sup>88)</sup> 하지만, 이것이 여전히 국내법적으로 볼 때 합헌적인지에 대하여는 여전히 사법적 결론이 확실하게 나지 않은 것으로 보인다.

이처럼 독일 연방헌법재판소의 CETA 결정은 국제법, 국제투자법 그리고 유럽 연합법체계의 측면에서 많은 논란을 제기하였다. 그리고 그만큼 많은 쟁점을 제기하고 있는 것은 물론이고 헌법 이론 차원에서 많은 고민거리를 던져주고 있는 것으로 보인다. 앞으로 독일 연방헌법재판소와 유럽 연합의 법리적 곡예 대결이 어떤 식으로 끝날 것인지, 그리고 그 과정에서 헌법 이론적 차원에서 우리에게 어떤 시사점을 줄 것인지에 관하여 후속 연구를 통해 주목해보아야 한다.

88) Opinion 1/17 of 30 April 2019, ECLI:EU:C:2019:341 참조. 사건 심사 과정에서 제출된 법률 자문관(Advocate General)은 유럽사법재판소에 의견서를 제출하였는데 이에 대한 소개는 강병근, “유럽연합의 투자법원제도(안)와 유럽연합법제도의 양립가능성에 관한 사례 연구”, 『통상법률』 제143권 2019, 14-20쪽 참조.

## 참 고 문 헌

## I. 국내문헌

- 강병근, “유럽연합의 투자법원제도(안)와 유럽연합법제도의 양립가능성에 관한 사례 연구”, 『통상법률』 제143권 2019.
- 강성진, “리스본 조약 이후 EU의 투자자-국가 분쟁 (Investor-State Dispute Settlement)관련 입법 동향 및 한국에의 시사점”, 『동북아법연구』 제8권 제3호, 2015.
- 강일신, “국가의사결정에 대한 헌법재판을 통한 민주적 통제가능성 - 독일연방헌법재판소의 ‘OMt 결정’에 대한 비판적 평석”, 『세계헌법연구』 제20권 제1호, 2014.
- 강준하, “CETA 투자자-국가간 분쟁해결제도에 대한 법적 고찰: 한국-캐나다 FTA와의 비교를 중심으로”, 『홍익법학』 제20권 제1호, 2019.
- 고영노, “Brexit의 법적 영향”, 『통상법률』 제129호, 2016.
- 박덕영, “EU 공동통상정책과 한-EU FTA에 관한 고찰”, 『법학연구』 제22권 제2호, 2012.
- 박진완, “리스본 조약에 대한 독일연방헌법재판소결정의 분석”, 『세계헌법연구』 제18권 제1호, 2012.
- 서철원, “리스본조약 발효 이후 EU의 국제투자관련 권한의 변경”, 『법학논총』 제33권 제-호, 2015.
- 심영규, “EU의 공동통상 정책과 FTA”, 『최신 외국법제정보』 2010.
- 은승표, “독일연방헌법재판소의 리스본-결정”, 『유럽헌법연구』 제12호, 2012.
- 이근호, “유럽연합(EU)의 공동운송정책(CTP)과 철도의 역할 및 위상”, 『평화연구』 제14권 제1호, 2006.
- 이재민, “투자법원, 투자분쟁해결절차의 합리적 개선방안인가? - 상설법원 도입 움직임의 제도적 함의 및 법적 쟁점”, 『통상법률』 제132권, 2016.
- 정문식, “신재정협약의 헌법 및 유럽법적 문제점과 유럽통합과정상 의미”, 『유럽헌법연구』 제17호, 2015.
- 정문식, “ESM조약과 유럽연합조약 - 유럽연합재판소의 프링글(Pringle) 판결을 중심으로”, 『공법연구』 제43권 제3호, 2015.
- 조소영, “헌법의 존재의미로서의 국가성: EU의 국가성 고찰 - 리스본 조약에 대한 분석을 중심으로”, 『헌법학연구』 제14권 제1호, 2008.
- 주현수, “리스본 조약 발효 이후 체결된 Canada-EU CETA 투자 분야 분석 및 우리나라 투자협정에의 시사점 고찰”, 『홍익법학』 제14권 제4호, 2013.

## II. 외국문헌

- Anagnostaras, Georgios, “Solange III? Fundamental Rights Protection under National Identity Review”, 『European Law Review』 제42권 제2호, 2017.
- Beck, Gunnar, “The Problem of Kompetenz-Kompetenz: A Conflict between Right and Right in Which There is No Praetor”, 『European Law Journal』 제17권 제4호, 2011.
- Boom Steve J., “The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany Be the “Virginia of Europe?””, 『The American Journal of Comparative Law』 제43권 제2호, 1995.
- Bredt Stephan, “Prospects and Limits of Democratic Governance in the EU”, 『European Law Journal』 제17권 제1호, 2011.
- Claes, Monica and Reestman Jan-Herman, “The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case”, 『German Law Journal』 제16권 제4호, 2015.
- Cloots, Elke, “National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU”, 『Netherlands Journal of Legal Philosophy』 제2권 2016.
- Dolle, Tobias and Bruno G. Simões, “Mixed Feelings about “Mixed Agreements” and CETA’s Provisional Application”, 『European Journal of Risk Regulation』 제7권 제3호, 2016.
- Faraguna, Pietro, “Constitutional Identity in the EU - A Shield or a Sword”, 『German Law Journal』 제18권 제7호, 2017.
- Mahlmann, Matthias, “The Politics of Constitutional Identity and Its Legal Frame - The Ultra Vires Decision of the German Federal Constitutional Court”, 『German Law Journal』 제11권 제12호, 2010.
- Mendez, Mario, “Constitutional Review of Treaties: Lessons for Comparative Constitutional Design and Practice”, 『International Journal of Constitutional Law』 제15권 제1호, 2017.
- Murkens, Jo Eric, From Empire to Union, Oxford University Press, 2013.
- Payandeh, Mehrdad, “The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court: Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture”, 『European Constitutional Law Review』 제13권 제2호, 2017.
- Polzin, Monika, “Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power: The Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law”, 『International Journal of Constitutional Law』

- 제14권 제2호, 2016.
- \_\_\_\_\_, “Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul”, 『German Law Journal』 제18권 제7호, 2017.
- Reestman, Jan-Herman, “The Franco-German Constitutional Divide Reflection on National and Constitutional Identity”, 『European Constitutional Law Review』 제5권 제3호, 2009.
- Reinisch, August, “The Future Shape of EU Investment Agreements”, 『ICSID Review: Foreign Investment Law Journal』 제28권 제1호, 2013.
- Ruka, Plarent, “The Limitations of the Common Commercial Policy as an Exclusive Competence of the European Union”, 『Hungarian Yearbook of International Law and European Law』, 2016.
- Schmidt, Susanne K., “A Sense of Déjà Vu? The FCC's Preliminary European Stability Mechanism Verdict”, 『German Law Journal』 제14권 제1호, 2013.
- Schneider, Karsten, “Yes, But …… One More Thing: Karlsruhe's Ruling on the European Stability Mechanism”, 『German Law Journal』 제14권 제1호, 2013.
- Schyff, Gerhard van der, “EU Member State Constitutional Identity: A Comparison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites rison of Germany and the Netherlands as Polar Opposites”, 『Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht』 제76권 제1호, 2016.
- Vranes, Erich, “German Constitutional Foundations of, and Limitations to, EU Integration: A Systematic Analysis”, 『German Law Journal』 제14권 제1호, 2013.
- Wendel Mattias, “Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012”, 『German Law Journal』 제14권 제1호, 2013.
- Yotova, Rumiana, “Opinion 2/15 of The CJEU: Delineating the Scope of the New EU Competence in Foreign Direct Investment”, 『Cambridge Law Journal』 제77권 제1호, 2018.

### III. 기타 자료

- 채형복 역, 리스본 조약, 국제환경규제 기업지원센터, 2010.
- 헌법재판소 역, 국가별 법령집(독일기본법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙, 헌법재판소, 2016, <<https://ri.court.go.kr/cckri/cr/world/selectLawList.do>>, 2019년 8월 10일 방문.

Jelena Bäuml, 'Only a Brief Pause for Breath: The Judgment of the German Federal Constitutional Court on CETA' (2016) <<https://www.iisd.org/itn/2016/12/12/only-a-brief-pause-for-breath-the-judgment-of-the-german-federal-constitutional-court-on-ceta-jelena-bauml-bauml/>>, 2019년 8월 10일 방문.

# The Constitutional Legitimacy of the Free Trade Agreement: Focusing on the Cases of the Federal Court of Justice in Germany

Younsik Kim\*

## Abstract

The European Union and Canada co-signed the Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). At the time, Germany was about to make a decision on CETA at the Council of the European Union session that was scheduled for the adoption of a decision on the trade agreement. Against this backdrop, the German people and members of the German Federal Parliament filed a constitutional suit to pursue an injunction against Germany's decision on the CETA in the Council. The key issues here were approval of the provisional application of CETA, approval of the establishment of the CETA joint committee, and the unconstitutionality of an investment court establishment. In this decision, the German Constitutional Court carried out a spectacular legal acrobatic move. The Court pointed out unconstitutional elements of the CETA regulation for its reasoning. However, at the same time, the Court provided conditions that could help the government avoid or mitigate unconstitutional consequences. Based on this, the German Constitutional Court determined that the German federal government could deflect the potential unconstitutional controversy that could arise from the issue if it follows the interpretation of the treaty and action guidelines suggested by the tribunal. Under this premise, the Court confirmed that the diplomatic risk that the German government would have to take when allowing an injunction was higher than the risk that would arise from rejecting the claim. The decision allowed the German Federal Constitutional Court to retain its constitutional control over European integration, which is symbolized

---

\* Associate Professor  
College of Law, Sungshin University

by CETA while avoiding political responsibility caused by the failure of CETA. This decision by the German Federal Constitutional Court is related to the perspective of the European Union, but there are also many implications for us regarding constitutional and democratic control of foreign policymaking in today's globalized, international society.

**Keywords:** Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), European Union, constitutional identity, German Federal Constitutional Court, injunction, investor-state dispute resolution, Common Commercial Policy.

## 제182회 발표회 지정토론문

---

발제문: 자유무역협정의 헌법적 정당성에 대한 검토

발제자: 김연식(성신여자대학교 지식산업법학과 교수)

일 자: 2020. 12. 21.(월)

강 일 신\*

김연식 교수님 발제를 통해 국가공동체의 운명을 결정짓거나 주권의 일부를 이양하는 외교적 의사결정에 국민들이 참여할 수 있는 방안과 그러한 참여권 침해를 헌법소원심판을 통해 다룰 수 있는 가능성을 고민해보는 계기를 갖게 되었습니다. 발제문의 내용과 관련해서는 별 다른 이견이 없는지라, 이하 토론문에서는 독일 연방헌법재판소(이하, 연방헌재) 법리구성에 대한 헌법적 평가와, 그것이 우리 헌법 이론·실무에 제공해줄 수 있는 시사점을 중심으로 간략히 小見을 전달하는 것으로 토론자로서의 소임을 갈음할까 합니다.

### 1. 연방헌재 법리구성과 최근 결정

유럽통합과 관련된 일련의 결정들에서 연방헌재는 너무 많은 권한이 유럽연합에 이양되거나 유럽연합의 기관들이 명백히 그들의 권한을 유월하는 경우를 문제삼아왔습니다. 이러한 권한이양이나 권한유월을 통제함에 있어서, 발제문에서도 소개하고 있는 바와 같이, 연방헌재는 그 헌법소송법적 관문으로 기본법 제38조 제1항 제1문 선거권침해를 원용해왔습니다. 아래 소개하는 최근 두 결정에 비추어 볼 때, 연방헌재는 발제자께서 “법리적 공중곡예”라고 표현한 통제권 행사

---

\* 경북대학교 법학전문대학원 교수

를 향후에도 지속·강화할 것으로 예상됩니다.

2020년 5월 5일 연방헌재는 처음으로 유럽사법재판소의 선결적 결정에 대해 반대견해를 표명하면서 (유럽사법재판소의 선결적 결정 또한 권한을 유월했다고 판단함) 유럽중앙은행의 ‘공채매입프로그램’이 그 권한유월이라고 판단했습니다.<sup>1)</sup> 연방정부와 연방의회는 유럽중앙은행이 공채매입프로그램과 관련하여 비례성 원칙 충족 여부를 적절히 평가하지 않았다는 점에 대해서 다투었어야 함에도 불구하고, 그러지 않았다는 점에서 그러한 부작위의 선거권 침해를 인정했습니다.

2020년 2월 13일 연방헌재는 ‘통합특허법원협정’에 관한 동의법률에 대한 헌법소원사건에서, 이 협정이 주권의 일부인 사법권을 통합특허법원에 이양하는 것을 내용으로 하고 있고, 따라서 기본법 제23조 제1항, 제72조 제2항에 따라 헌법개정에 요구되는 가중정족수를 충족하여야 함에도 불구하고, 연방의회에서 그 정족수를 충족하지 못했기 때문에, 헌법개정절차 위반이고 선거권 침해에 해당한다고 결정했습니다.<sup>2)</sup> 이 결정은, 발제문에서 검토하고 있는 가치분결정에서 명확히 표명되지 않았던 사법권 이양과 관련된 쟁점을 다루고 있고, 전형적인 권한유월이 문제된 경우가 아님에도 불구하고 기본법 제38조 제1항 제1문 선거권 침해를 이유로 헌법소원을 허용하였다는 점에서 주목해볼 필요성이 있습니다.

## 2. 연방헌재 법리구성에 대한 평가

이처럼 유럽통합과 관련한 쟁점에 있어서 연방헌재는 기본법 제38조 제1항 제1문 선거권을 헌법소원심판이 청구인적격이라는 “병목”을 통과하도록 하는 수단으로 활용해오고 있습니다. 이러한 연방헌재의 법리구성에 대해서는 찬반양론이 맞서고 있습니다. 일각에서는 국민투표제도를 두고 있지 않은 상황에서 이러한 선거권침해 논변이 대의제를 보충하거나 간접적으로 국민투표의 효과를 달성하는 수단으로 활용되고 있다는 점에서 긍정적인 평가를 내놓고 있습니다. 반면, 다른 일각에서는 이러한 선거권침해 논변이 “민중소송”(actio popularis)의 수문을

1) 2 BvR 859/15.

2) 2 BvR 739/17.

열어젖히고 유럽통합과 관련된 연방정부와 연방의회의 권한을 부당히 제약하게 되리라는 우려를 표명하고 있습니다.

연방헌재의 법리구성에 대해서는 비판적인 견해들이 적지 않은데, 크게 보면 세 측면에서 비판이 전개되고 있습니다. 첫째, 다른 실체적 기본권의 침해없이 선거권 침해만을 근거로 헌법소원심판을 인정하는 것은 문제라는 점, 둘째, 부작위에 대한 헌법소원이 허용되려면 연방정부나 연방의회에 특정한 행위를 요구할 수 있어야 하는데 청구인이 선거권을 갖고 있다고 해서 이러한 헌법기관들에게 특정한 조치를 요구할 수 있는 주관적 권리를 갖게 되는 것은 아니라는 점, 셋째, 연방헌재의 통제권 강화는 권력분립원칙에 위반될 소지가 있다는 점 등이 그것입니다.

### 3. 연방헌재 법리구성의 시사점

우선, 유의해야할 점은 연방헌재의 선거권침해 논변이 유럽통합 과정에서 발생하는 주권이양이나 유럽연합 기관들의 권한유일과 관련해서만 주로 문제된다는 것입니다. 민주적 자기결정권으로서 선거권은 국민들이 연방정부나 연방의회에 특정한 행위를 요구할 수 있는 권리가 아니고, 의사결정과정에서 국민들이 직접 참여할 수 있는 권리를 내용으로 하는 것 또한 아닙니다. 이러한 논변은 유럽연합 기관들의 권한유일을 통제하기 위한 헌법소송법적 관문으로서 사실상 연방헌재의 관할권을 확장하는 수단으로 활용되고 있습니다. 이 점에서 유럽연합과 같이 중층적 헌법구조가 형성되어 있지 않는 이상 연방헌재의 법리구성이 우리에게 주는 시사점은 크지 않다고 할 수 있습니다.

그럼에도 불구하고, 중요한 외교적 행위에 대해서 국민주권원리 측면에서 민주적으로 통제할 수 있는 방안을 모색해볼 필요성은 있다고 생각합니다. 우선 다른 실체적 기본권 침해를 이유로 하는 헌법소원심판을 인정하는 이외에, 참정권 침해를 이유로 하는 헌법소원심판을 별도로 인정할 실익이 있는지 문제될 수 있습니다만, 실체적 기본권 침해와 참정권 침해는 다른 층위의 쟁점으로 판단됩니다. 국가공동체의 운명을 결정짓거나 주권의 일부를 이양하는 외교적 의사결정에 대해서 국민들이 영향을 미칠 수 있는 통로를 마련하고, 경우에 따라서는 헌법

소원심판의 형식으로 이러한 의사결정을 민주적 공론화과정에 붙이지 않은 점을 다루는 것을 허용할 필요성은 인정될 수 있기 때문입니다.

다만, 우리 헌법은 국민주권원리를 실현하는 방식으로 국민투표제도를 규정하고 있다는 점에서 그 법리구성은 독일의 경우와 달리해야 할 것 같습니다. 만약 헌법개정사항에 해당하는 것을 국민투표없이 결정한다면, 그러한 외교적 의사결정은 헌법 제130조의 국민투표권을 침해하는 것이고, 헌법소원심판을 통한 통제의 대상이 된다고 할 수 있습니다. 하지만, 이 경우에도 헌법 제60조가 ‘주권의 제약에 관한 조약’을 국회의 동의사항으로만 규정하고 있는 이상 실질적 헌법개정사항에 해당하는 내용을 확정하는 작업이 쉽지만은 않아 보입니다. 문제는 헌법개정사항에 속하지 않으면서, 국민일반의 삶에 중대한 영향을 미치는 외교적 의사결정에 대한 통제방법입니다. 이 경우 헌법 제72조 국민투표권 침해를 이유로 하는 헌법소원심판이 고려될 수 있지만, 대통령이 이를 국민투표에 부의하지 않는 이상 그 부의요구권을 인정하기는 쉽지 않아 보입니다.<sup>3)</sup>

한편 발제자께서는 조약에 대한 가치분결정 활용 필요성을 제언하고 있습니다. 체결되어 공포된 조약의 경우에는 그 조약의 효력 정지를 구하는 가치분신청이 고려될 수 있을 것입니다. 다만, 이미 효력을 발생한 조약에 대한 통제는 국내 법적 효력을 정지시키는 문제일 뿐이고 국제법적 효력에는 영향이 없다는 점에서, 대통령의 조약 체결행위를 그 자체를 대상으로 하는 가치분신청 허용을 고민해볼 필요성이 있을 것 같습니다. 다만, 이 경우에도 대통령의 조약 체결행위를 중재하는 내용의 가치분을 인용할 수 있을 것인지를 둘러싸고는 논란이 있을 수 있을 것 같습니다.

3) 이 경우에도 신행정수도의건설을위한특별조치법위헌확인 사건에서 김영일 재판관이 제시한 헌법 제72조의 국민투표권 확장논리를 헌법소원을 통한 외교적 의사결정에 대한 민주적 통제를 가능케 하는 법리로 고려해볼 수는 있습니다. 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등, 판례집 16-2하, 1, 50-66. (재판관 김영일의 별개의견)

## 제182회 발표회 지정토론문

---

발제문: 자유무역협정의 헌법적 정당성에 대한 검토  
발제자: 김연식(성신여자대학교 지식산업법학과 교수)  
일 자: 2020. 12. 21.(월)

정 문 식\*

독일 연방헌법재판소의 소위 CETA(Canada-EU Comprehensive Economic and Trade Agreement) 결정에 대한 평가는 다양하게 이루어지고 있다.<sup>1)</sup> 여기서는 개별적인 평가보다 연방헌법재판소가 CETA 결정에서 적용한 위헌심사기준(발제문 15면 이하)을 중심으로 살펴보고, CETA 결정에 대한 주관적인 평가로서 토론에 갈음한다.<sup>2)</sup>

### 1. EU 권한행사에 대한 연방헌재 위헌심사기준의 헌법상 근거

유럽연합(EU)의 통합과 발전에 협력해야 하는 독일연방공화국의 헌법상 의

---

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

- 1) CETA 결정에 대해서는 대표적으로 Bernd Grezeszick, Völkervertragsrecht in der parlamentarischen Demokratie, NVwZ 2016, S.1753ff.; Till Patrik Holterhus, Die Rolle des Deutschen Bundestags in der auswärtigen Handelspolitik der Europäischen Union, EuR 2017, S.234ff.; Martin Nettesheim, Das CETA-Urteil des BVerfG, NJW 2016, S.3567; Karsten Nowrot/ Christian Tietje, CETA an der Leine des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2017, S.137ff.; Matthias Ruffert, Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht: Zustimmung zur vorläufigen Anwendung von CETA, JuS 2016, S.1141ff.; Wolfgang Weiß, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 2016, S.286ff. 등 참조.
- 2) 여기서 서술한 기본적인 내용은 주로 정문식, 유럽연합재판소와 독일연방헌법재판소의 OMT 판결, (전남대)법학논총 제38권 제1호, 2018, 344-347면의 내용임을 밝힌다.

무와<sup>3)</sup> EU법과 회원국법 간 충돌 내지 경합 시 그 관계에 있어서 유럽연합재판소 (EUGH: CJEU)의 판례를 통해 발전해 온 EU법 적용우위(Anwendungsvorrang)원칙 때문에,<sup>4)</sup> 연방헌재가 독일연방헌법을 기준으로 EU 기관의 권한행사를 함부로 심사할 수는 없다. 그러나 EU의 통합과정에 독일의 고권이 연방헌법 제23조 제1항을 통해서 EU에 이양되고 이에 따라 유럽법의 적용우위가 인정되는 것처럼, 독일연방헌법 제23조 제1항 제3문과 헌법개정의 한계라고 일컬어지는 제79조 제3항에 근거하여<sup>5)</sup> EU에 대한 고권이양의 한계 및 유럽법 적용우위에 대한 한계도 설정된다.<sup>6)</sup>

## 2. EU 권한행사에 대한 위헌심사근거로서 민주주의와 국민주권

연방헌재에 따르면<sup>7)</sup> 연방헌법 제79조 제3항은 헌법개정뿐만 아니라 EU 통합과정에서도 변함없이 유지되어야 할 헌법정체성을 규정하고 있는데, 연방헌법 제20조 제1항과 제2항에 규정된 민주주의 원칙이 이에 해당한다.<sup>8)</sup> 국민이 선거권

### 3) 제23조

(1) 하나의 통일유럽 실현을 위해 독일연방공화국은 민주주의, 법치국가, 사회주의 그리고 연방주의 원칙과 보충성 원칙에 구속되며, 본 연방헌법과 본질적으로 같은 기본권을 보장하는 유럽연합의 발전에 협력한다. 이를 위하여 연방은 연방상원의 동의를 얻어 법률로서 고권을 이양할 수 있다. 유럽연합의 설립과 본 연방헌법의 내용이 변경 또는 보충되거나 또는 그러한 변경이나 보충을 가능하게 하는 조약상 기초, 또는 그와 같은 규정의 개정에는 제79조 제2항과 제3항이 적용된다. (중략)

(2) 연방의회는 유럽연합 사무에 참여하고, 주는 연방상원을 통해 그 사무에 참여한다. 연방정부는 연방의회와 연방상원에 대해 포괄적으로, 가능한 신속히 보고해야 한다.

(3) 연방정부는 유럽연합의 입법에 참여하기 전에 연방의회에 의견표명의 기회를 부여한다. 연방정부는 입법과정에서 연방의회 의견의 고려한다. 자세한 내용은 법률로 정한다. (이하 생략)

4) 이에 대해서는 대표적으로 Rudolf Streinz, *Europarecht*, 11. Aufl., 2019, Rn.198ff. 특히 원칙적인 유럽연합법의 우위에 대해서는 Rn.207ff. 참조.

### 5) 제79조

(3) 연방을 주(州)로 분할편성한 것, 입법에 있어서 주의 기본적 협력 또는 제1조와 제20조에 규정된 기본원칙에 저촉되는 헌법개정은 허용되지 않는다.

6) BVerfGE 142, 123(187f. Rn.120) - OMT.

7) BVerfGE 142, 123(188 Rn.121).

### 8) 제20조

(1) 독일연방공화국은 민주적 그리고 사회적 연방국가이다.

(2) 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 국가권력은 국민이 선거와 투표를 통해 그리고 입법, 행정, 사법의 특별기관이 행사한다.

을 통해 자기결정권(Selbstbestimmung)을 행사한다는 것은 독일연방헌법상 민주주의 원칙의 핵심이다. 인간은 자주적으로 생활관계를 형성할 수 있는 인격을 가지고 있기 때문에, 정치적·사회적 영역에서 국가기관(Obrigkeits)이 국민(Untertanen)의 복리향상에 노력한다는 것만으로는 불충분하고, 가능하면 모든 사람이 국가전체를 위한 결정에 참여하는 것이 바람직하다. 이로써 국민은 민주적 자기결정권을 가지는 것이다.<sup>9)</sup> 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 국민주권원칙은, 국민이 선거권을 행사하여 국가권력기관을 형성하고, 국민은 민주적 정당성을 가지는 권력기관의 공권력행사에만 기속됨을 의미한다.<sup>10)</sup>

독일연방헌법 제23조는 EU 통합과정에 고권을 이양하는 근거를 제공하지만, 다른 한편 선거를 통해 정당화된 국가기관이 EU 통합과정에서 자신의 권한을 상실하지 않도록 보장한다. 권한의 권한(Kompetenz-Kompetenz)을 이양하는 것이 아니라<sup>11)</sup> 독일연방의 고권을 백지위임하는 것도 방지한다.<sup>12)</sup> 이 때문에 독일헌법기관에게는 EU 통합과정에 대한 통합책임이 인정된다.<sup>13)</sup> 만일 EU 조약에 근거 없이 또는 민주적 정당성 없이 EU가 권한을 행사하면 국민주권원칙에 위반되는 것이다.<sup>14)</sup> 따라서 제38조 제1항 제1문, 제20조 제1항과 제2항, 제79조 제3항에 따라 인정되는 “민주주의 청구권(Anspruch auf Demokratie)”은 EU 권한행사의 처분대상이 될 수 없다.<sup>15)</sup>

### 3. 심사방법으로서 헌법정체성(Verfassungsidentität) 통제

민주주의와 국민주권이라는 헌법원칙이 침해되지 않았는지, 특히 제79조 제3항을 통해 보장되는 인간존엄과 민주국가, 법치국가, 사회국가, 연방국가원리라는 독일헌법정체성이 침해되지 않았는지, 이를 통해 연방의회가 실질적으로 정치적 의미를 가지고 있는지를 판단하기 위하여 연방헌재는 EU기관의 권한행사에

9) BVerfGE 142, 123(189 Rn.123).

10) BVerfGE 142, 123(191 Rn.127ff.).

11) BVerfGE 89, 155(187f., 192, 199) - Maastricht.

12) BVerfGE 123, 267(351) - Lissabon.

13) BVerfGE 123, 267(351f.). 통합책임(Integrationsverantwortung)에 대한 내용은 정문식, 유럽통합과정상 국민주권과 민주주의 흠결보충을 위한 사법권 통제, 공법연구 제42집 제3호, 2014, 152-168면 참조.

14) BVerfGE 142, 123(191ff. Rn.130ff.).

15) BVerfGE 142, 123(193ff. Rn.133ff.).

대하여 정체성통제(Identitätskontrolle)심사를 수행할 수 있다.<sup>16)</sup> 물론 연방헌재의 정체성통제가 EU에 대한 충실협력의무(loyale Zusammenarbeit)나 유럽법우호주의에 위반되는 것은 아니다.<sup>17)</sup> 헌법정체성을 보호하려는 회원국의 노력은 다른 회원국 최고재판소 판례에서도 쉽게 찾아볼 수 있다.<sup>18)</sup>

#### 4. 심사방법으로서 권한위반(ultra-vires) 통제

하나의 법공동체(Rechtsgemeinschaft)로서 EU가 자신의 권한을 변경하려면, 조약체결의 주체인 각 회원국의 헌법적 근거와 협력에 따른 조약개정이 필요하다. 이러한 조약개정 없이 EU 기관이 권한을 위반한 조치를 취하면 국민주권원칙과 독일연방헌법 제38조 제1항 제1문의 선거권을 침해하는 것이다. 연방헌재의 통합책임은 EU 통합과정에서 민주적 정당성이 충분히 유지되도록 보장하는 것이므로, 민주주의 원리 측면에서 EU의 권한행사에 대한 연방헌재의 권한위반 통제(Ultra-vires-Kontrolle)는 포기할 수 없는 것으로 본다.<sup>19)</sup>

EU의 권한위반 통제는 모든 권한위반 행위를 심사하는 것이 아니라, 충분히 가중된 권한위반(hinreichend qualifizierte Kompetenzüberschreitungen)만을 확인하는 것이다. 충분히 가중적인 권한위반이란 먼저 권한위반이 명백한(offensichtlich) 경우를 의미하는데, 이 때 명백한 경우란 권한행사의 법적 근거를 찾기 어려운 경우를 의미한다. 이런 명백성통제는 법적 근거에 대한 해석상 차이를 부정하는 것은 아니며, 비록 권한행사의 법적근거를 입증할 수 있더라도 주의깊고 상세하게 근거지운 해석(sorgfältige und detailliert begründete Auslegung)을 통해 결과적으로 명

16) BVerfGE 142, 123(194f. Rn.136ff.). 리스본조약 결정에서는 정체성 통제(Identitätskontrolle)로 언급되었는데(BVerfGE 123, 267(353)), OMT 결정에서는 정체성을 헌법정체성으로 표현하고 있어서, 위헌심사 기준을 헌법정체성 통제로 명명할 수 있다.

17) BVerfGE 142, 123(196f. Rn.140f.). EU 연합조약 제4조 제3항의 충실한 협력의무에 대해서는 대표적으로 Schill/Krenn, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art.4 EUV, Rn.59ff.(Stand: Aug. 2018); Puttler/Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV · AEUV 5.Aufl., 2016, Art.4 EUV Rn.23ff.; Obwexer, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Bd.1, 7.Aufl., 2015, Art. 4 EUV, Rn.59ff.; Franzius, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV · GRC · AEUV, Bd.I, 2017, Art. 4 EUV, Rn.90ff. 등 참조.

18) BVerfGE 142, 123(197f. Rn.142)에는 회원국 최고법원들 예컨대 덴마크, 에스토니아, 프랑스 최고법원들의 결정을 언급하고 있다.

19) BVerfGE 134, 366(384 Rn.26) - OMT 사전판단결정.

백한 위반을 입증할 수도 있다.<sup>20)</sup> 둘째로 충분히 가중적인 권한위반이란 EU와 회원국 간 권한분배에 있어서 구조적으로 중대한 의미(*strukturelle Bedeutung*)를 가진 권한위반을 의미한다. 예컨대 민주주의, 국민주권, 제한적인 개별수권(*begrenzte Einzelermächtigung*) 원칙 등을 형해화하거나 명시적인 조약개정 없이 조약개정 효과를 나타내는 경우 등이 이에 해당한다.<sup>21)</sup> 권한위반행위는 법치국가원리에도 위반되는 것이므로, 권한위반통제는 법치국가원리에도 기여한다.<sup>22)</sup>

## 5. 정체성 통제와 권한위반 통제의 관계 및 한계

정체성 통제와 권한위반 통제는 독자적으로 심사할 수 있는 병렬적 관계에 있다. 양 심사기준 모두 제79조 제3항과 관련된다는 점에서 동일하다. 그러나 권한위반은 헌법정체성도 제한할 수 있으므로 일반적인 헌법정체성 통제에 대해서 권한위반 통제는 특별한 지위에 있기도 하다. 권한위반 통제는 제23조를 근거로 하는 반면, 헌법정체성 통제는 제79조에 근거하며 주로 독일연방헌법 제1조와 제20조의 원칙을 위반했는지 판단하는 것이다.<sup>23)</sup>

권한위반통제와 정체성통제는 독자적으로 수행하되 소극적으로 하고, 유럽법우호원칙을 준수하면서 실시된다는 한계를 가진다. 소극적으로 유럽법우호원칙을 준수한다는 것은 연방헌재가 양 통제심사를 수행하되, 필요한 경우에는 유럽연합재판소에 사전판단결정을 신청한다는 것이다. 또한 심사를 수행할 때에는 유럽연합재판소가 발전시킨 법발견의 방식과 EU 조약의 특성을 존중한다는 것이다.<sup>24)</sup> 물론 이렇게 수행된 심사에도 불구하고 EU의 권한위반이 확인된 행위는 독일연방 내에서는 적용할 수 없고 독일기관에 대해서도 법적 효력이 없다.<sup>25)</sup> 다만 이 때 EU 기관의 권한행사에 대한 회원국 헌법기관의 통제에 있어서 구체적 한계는 어디까지 허용되는지는 여전히 판례를 통해서 형성되어야 할 문제로 남는다.

20) BVerfGE 142, 123(200f. Rn.148ff.).

21) BVerfGE 142, 123(201f. Rn.151).

22) BVerfGE 142, 123(202 Rn.152).

23) BVerfGE 142, 123(203 Rn.153).

24) BVerfGE 142, 123(203ff. Rn.154ff.).

25) BVerfGE 142, 123(207 Rn.162).

## 6. EU의 권한위반과 헌법정체성 침해에 대한 독일 헌법기관의 대응의무

독일헌법기관은 EU 통합과정에서 통합책임을 지기 때문에, 한편으로는 독일연방헌법에 위반됨이 없이 고권을 이양하며 EU 통합과정에 참여하지만, 다른 한편 EU 기관들이 권한을 위반하지 않도록 통합과정을 감독해야 할 책임도 있다.<sup>26)</sup> 통합책임이 있는 헌법기관은 EU 통합과정에 포함될 수 없는 영역, 예컨대 “민주주의 권리(Recht auf Demokratie)”나 외교권한 등 통합성격에 맞지 않는 분야에서 어떻게 헌법적 정체성과 권한관계를 보장할 것인지 노력해야 한다.<sup>27)</sup>

## 7. CETA 결정의 의미: 민주적 정당성 보안을 위한 사법적 강제 노력

독일에서는 CETA 결정에 대해서 혼합조약의 문제에 대해서 EU의 권한행사에 적용되는 기준이 그대로 적용될 수 있는지에 대한 논란으로부터 연방헌법 제 23조가 적용될 가능성이 없다는 주장들에 이르기까지 비판적인 견해가 많은 것으로 보인다.<sup>28)</sup> 그 동안 유럽통합과정은 주로 경제적·정치적 지도층에 의해서 (위로부터 또는) 법적 통합으로 이루어진 것에 대해서 제기된 민주주의 흠결이라는 비판에 직면하였다.<sup>29)</sup> 이에 대해 독일 연방헌법재판소는 유럽통합과정에서 부족한 민주적 정당성을 사법적인 적극주의를 통해 보완하려는 노력을 기울였다.<sup>30)</sup> 마스트리히트 결정의 권한의 권한 이양에 대한 권한위반 통제, 리스본조약 결정

26) BVerfGE 123, 267(352ff.). 이에 대해서는 정문식, 앞의 논문(유럽통합과정), 159-161면 참조.

27) BVerfGE 123, 267(341).

28) 앞에서 언급한 문헌 외에도 예컨대 Andreas von Arnould, Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 2016, S.268ff.; Claus Dieter Classen, Die Unterwerfung demokratischer Hoheitsgewalt unter eine Schiedsgerichtsbarkeit, EuZW 2014, S.611ff.; Bernd Greszick/Juliane Hettche, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 2016, S.225ff.; Arne Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement(CETA) als „gemischtes Abkommen”, NVwZ-Extra 18/2016, S.1ff.; Christian Tietje, Ganz, aber doch nur teilweise, 2016 등 참조.

29) 이에 대해서는 대표적으로 Michael Kloepfer, Verfassungsrecht Bd.I, 2011, §43, Rn.58ff. 참조.

30) 이에 대해서는 대표적으로 정문식, 앞의 논문(유럽통합과정), 169면 참조.

에 나타난 통합책이이론, OMT 결정에서 정리된 권한위반 통제와 헌법정체성 통제의 이론적 내용이 어느 정도 완성되어 CETA 결정에 적용된 것으로 볼 수 있을 것 같다. 그렇다면 CETA 결정은 유럽통합과정에서 연방헌재의 사법적 공증곡예라기보다, 그동안 같고 닦은 위헌심사기준을 능숙하게 적용하기 시작한 결정들의 대열에 있는 것은 아닌지 생각해 볼 수 있을 것이다. 이러한 독일연방헌재의 결정은 다른 한편, 민주적 정당성이 약한 헌법수호기관이 유럽통합과정에서 부족한 민주적 정당성을 보완하도록 국민대표기관인 연방의회와 연방정부에 그 (통합)책임을 부담시키는 노력으로 보인다.

## 제182회 발표회 토론요지

---

간 사: 안녕하세요, 실무연구회 간사 서경미 선임헌법연구관입니다.

2020년 마지막 실무연구회에 참여해주신 모든 분들께 진심으로 감사드립니다.

오늘 제182회 헌법실무연구회는 “자유무역협정의 헌법적 정당성에 대한 검토: 독일 연방헌법재판소의 결정을 중심으로”이라는 주제로 진행됩니다.

연말에 바쁘신 일중에서도 발표를 맡아 주신 성신여자대학교 지식산업법학과 김연식 교수님, 지정토론을 맡아주신 경북대학교 강일신 교수님, 한양대학교 법학전문대학원 정문식 교수님께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 회의는 먼저 김연식 교수님의 발표를 듣고, 이어 강일신 교수님의 지정토론, 정문식 교수님의 지정토론 순서로 듣도록 하겠습니다.

그럼 김연식 교수님께 발표를 부탁드립니다.

### <주제발표자 발표>

간 사: 예, 감사합니다. 교수님.

그러면 이어서 지정토론을 듣도록 하겠습니다.

강일신 교수님을 모시도록 하겠습니다.

지정토론자(강일신): 네, 안녕하세요. 경북대 법전원 강일신입니다.

김연식 교수님 발제문 어려웠지만 흥미롭게 잘 읽었고, 많은 공부가 되었습니다. 발표자께서 발표과정에서 지적해주신 바와 같이, 오늘날 조약 체결과 같은 외교적 의사결정이 국가공동체의 운명과 국민의 삶에 적지않은 영향을 미치는 경우들이 발생하고 있습니다.

발제문에서 다루고 있는 연방헌법재판소 결정은 유럽통합과정에서 회원국들이 공히 직면하고 있는 문제라고 볼 수 있을 것 같습니다. 통합이라고 하는 공동의 과제를 추진하면서 어떻게 하면 개별 국가의 헌법적 정체성을 유지할 수 있을 것인가 하는 쟁점이 중심에 놓여있는 것 같습니다. 아울러 개별 국가 국민들이 어떻게 하면 적절한 수준에서 통합과정에 참여하고, 그에 대해 통제할 수 있을 것인가 하는 쟁점과도 연관성이 있는 것 같습니다.

발제문 내용에 대해서는 큰 이견이 없습니다. 따라서 이 사건 가치분결정을 포함한 일련의 결정에서 연방헌법재판소가 제시해 온 법리구성에 대해서 간단히 말씀을 드리고, 그것이 우리에게 주는 시사점을 생각해 보는 것으로 토론자로서의 소임을 다할까 합니다.

발제자께서 말씀해 주셨습시다만, 이 결정은 협약의 잠정적용이 선거권을 침해한다는 이유로 제기되었던 헌법소원심판과 원내교섭단체인 좌파당이 제기했던 기관쟁의 사건과 관련된 가치분신청에 대한 것입니다.

이 사건을 포함해서 유럽통합과정에서 유럽기관들의 권한유월이 문제되는 경우에 연방헌법재판소는 그러한 권한유월을 통제하는데 있어서 다음과 같은 법리구성을 유지해 왔습니다. 우선 협약을 해석하여 문제되는 권한이 유럽연합의 권한인지 아니면 개별 회원국의 권한인지를 가려내게 됩니다. 그 과정에서 협약의 해석과 관련해서 유럽사법재판소의 선결적 판단을 구하기도 합니다. 여하튼 그 해석의 결과 그것이 유럽연합 기관이 갖는 권한이 아니라고 판단할 경우, 연방정부와 연방의회는 유럽연합기관이 자신의 권한을 넘어서 권한을 행사하는 권한유월 행위에 대해서 조치를 취해야 될 의무를 부담하고 있다고 보게 됩니다. 이 경우 일반적으로 연방정부나 연방의회가 그러한 권한 행사에 대해서 적절한 조치를 취하지 않았다는 측면, 그러니까 부작용에 대해서 헌법소원심판이 청구되게 됩니다. 그러한 부작용에 대한 헌법소원심판에서 청구인은 기본법 제38조 제1항 제1문 선거권 침해를 주장하게 됩니다. 연방헌법재판소는 선거권 속에는 민주주의 원리의 실질적인 내용, 그러니까 모든 국가권력의 정당성의 원천이 국민으로 소급한다는 국민주권의 이념이 포함되어 있다고 보고 있습니다. 국가권력 행사의 정당성 원천이 국민에게로 소급하지 않는다면 그러한 국가권력 행사는 민주주의 원리 위반이면서 선거권 침해가 된다는 논리를 전개하고 있습니다. 민주적 자기결정권이라고 하는 것에 비추어 어떠한 형식으로든 국민들이 민주적 정당성을 부여한 기관만이 국가권력 행사자이어야 하고, 그러한 민주적 정당성 사실이 끊어지게 되면 그러한 국가권력 행사는 민주주의 원리와 선거권 침해로 이어진다는 논리를 전개하고 있는 것입니다. 이러한 논리구성은 마스트리히트 조약 이후 연방헌법재판소가 유럽연합 통합과정에 제동을 거는 수단으로 지속적으로 활용해 왔습니다. 아래에서 소개할 최근에 내려진 두 개의 결정 또한 이러한 법리를 유지하고 있습니다.

첫 번째 결정은 올해 5월에 있었던 것인데 유럽중앙은행의 공채매입프로그램에 대해서 유럽사법재판소가 유럽중앙은행의 권한 행사가 협약 위반이 아니라

고 선결적 판단을 했음에도 불구하고, 연방헌법재판소는 유럽사법재판소에 대한 권한유월 통제 형식으로 유럽사법재판소의 결정에 반대견해를 표명했습니다. 결과적으로 유럽중앙은행 공채매입프로그램은 권한을 유월한 행위이고, 그에 대해서 연방정부와 연방의회가 적절한 조치를 취하지 않은 것은 민주주의 원리와 선거권 침해라는 결론에 이르렀습니다. 이 사건이 의미를 갖는 것은 유럽사법재판소의 결정에 대해서 연방헌법재판소가 처음으로 그것을 번복했다는 데 있습니다.

발표자께서 통상법원의 국내 헌법적 측면이 위헌이나 아니냐를 두고 논란이 있을 수 있는데 가치분 결정에서 이 부분이 명확히 표현되어 있지 않다는 말씀을 하셨습니다. 올해 2월에 있었던 연방헌법재판소의 두 번째 결정은 이 쟁점과 연관성이 있는 것인데 유럽 통합과정에서 통합특허법원 설립과 관련이 있습니다.

아시다시피 독일의 경우 조약은 동의법의 형태로 의회의 승인을 받게 됩니다. 통합특허법원 설립과 관련된 협약에 대한 동의법에 관한 헌법소원이 제기되었는데, 이 사건에서 연방헌법재판소는 통합특허법원에 대해 재판권을 넘겨주는 것은 주권의 일부인 사법권을 넘겨주는 것이고, 그렇다면 그것은 헌법 개정 사항에 해당하고 제79조 제2항이 적용되어 연방하원 재적의원 3분의 2의 찬성을 얻어야 했음에도 불구하고 그러지 못했다는 이유로 민주주의 원리와 선거권 침해라고 판단했습니다.

올해 있었던 이 두 결정을 살펴보다라도 발표자의 표현을 인용하자면 연방헌법재판소의 법적 공중곡예는 앞으로도 지속될 것으로 생각됩니다.

연방헌법재판소가 유럽통합과정에 개입하는 과정에서 착안해낸 이러한 법리구성, 특히 선거권 침해 논변에 대해서는 독일 안에서도 찬반양론이 갈리고 있는 것 같습니다. 찬성하는 진영에서는 독일이 국민투표를 채택하고 있지 않기 때문에 독일헌법 하에서 이러한 법리구성이 대의제에 대한 보완기제로 작동을 하거나 혹은 연방헌법재판소를 통한 간접적인 국민투표의 실현기제로 작동을 하고 있다고 평가하고 있습니다.

반면, 독일 내에서는 부정적인 견해도 만만치 않은데, 부정적인 견해들의 논거를 크게 세 가지로 대별해볼 수 있을 것 같습니다. 첫 번째는 헌법소원의 청구인적격을 인정하려면 어떤 실체적인 권리에 대한 직접적인 침해가능성이 인정되어야 하는데 단순히 형식적이고 절차적인 권리인 선거권의 내용에 민주주의의 실질적인 내용을 포함시켜 놓고, 그에 기초해서 헌법소원심판을 받아들이는 법리구성에 대한 비판입니다. 두 번째는 권한유월 통제의 경우 대부분 연방정부나 연방의회의 부작위를 그 대상으로 하게 되는데 과연 선거권으로부터 연방정부나 연방

의회에 대하여 특정한 작위의무를 도출해낼 수 있겠느냐 하는 점에 대한 비판입니다. 마지막으로 연방헌법재판소 스스로 다른 기관의 특정한 작위의무를 도출해냄으로써 그 자체로 권력분립 원리에 위반하고, 사법권을 남용할 여지가 있다는 점입니다. 그 결과 유럽통합과정에서 연방정부나 연방의회가 가지고 있는 정치적 형성의 재량을 부당하게 축소하게 될 것이고, 결과적으로 유럽통합이 저해될 것이라는 비판이 있습니다.

이상, 간단히 말씀드린 바와 같이 연방헌법재판소의 선거권 침해 논변은 권한유월 통제를 개시하기 위한 일종의 소송법적인 병목 혹은 관문의 역할을 수행하고 있습니다. 연방헌법재판소가 유럽통합과정에서 관할권을 유지하려고 하는 전략적 수단의 하나로 활용되고 있다고 볼 여지도 있습니다. 문제는 그것이 외교적 의사결정에 국민들이 직접 참여하는 것을 내용으로 하고 있는 것도 아니고, 그러한 측면에서 연방헌법재판소가 사실상 선거권을 매개로 국민투표를 우회하고 있다는 비판은 새겨들을 만한 것이라고 하겠습니다.

연방헌법재판소의 권한유월 통제로부터 우리 헌법이론이나 헌법실무에 곧바로 투입될 수 있는 시사점을 도출해내는 것은 쉽지 않을 것 같습니다. 그럼에도 불구하고, 발제자의 문제의식대로 주권의 일부를 이양하거나 국가공동체의 운명과 직결되는 것을 내용으로 하는 외교적인 의사결정에 있어서 국민들이 참여할 수 있거나 개입할 수 있도록 하는 법리구성은 필요해 보입니다.

우리 헌법은 국민투표 형태로 직접민주주의를 도입하고 있기 때문에, 우리의 경우에는 국민투표권 침해를 가지고 이 문제에 대응해볼 수 있습니다. 비록 외교적 사안은 아니었지만 이러한 법리구성 가능성은 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 사건에서 법정의견과 김영일 재판관의 별개의견 속에 이미 나타나 있습니다.

법정의견의 경우 실질적 헌법사항과 헌법적 정체성이라는 개념을 사용하고 있습니다. 그에 대한 법률개정을 통한 변경은 실질적으로 헌법개정에 해당하기 때문에 제130조 국민투표를 거쳐야 함에도 거치지 않았고, 그러한 측면에서 국민투표권 침해라고 하는 논리를 전개하고 있는 것입니다. 김영일 재판관의 별개의견은 제72조 중요 정책에 대한 국민투표와 관련해서 행정법상 재량권 수축이론을 끌어들이어서 제한적이거나 국민들의 국민투표 부의요구권이라고 하는 권리를 도출해내고 있습니다. 어떤 외교적인 행위, 그것이 헌법개정사항에 해당하는 외교적인 행위이거나 혹은 국가의 정체성을 결정하는 외교적인 행위라면, 국민들은 이 두 가지 법리를 활용하여 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구해볼 수 있을 것

같습니다.

한편 발표자께서는 조약에 대한 가치분 결정의 필요성을 말씀해 주셨습니다. 우선 조약의 경우 그 체결행위가 공권력의 행사에 해당하는지 아니면 그 체결의 결과물로서 규범적 효력을 갖는 조약 그 자체가 공권력의 행사에 해당하는지 선결적으로 결정되어야 할 것으로 보입니다. 만약 조약 그 자체가 공권력의 행사에 해당한다고 한다면 조약에 대한 효력을 정지하는 가치분 신청이 허용될 수 있겠습니다만, 이 경우 이미 국제법적으로 효력이 발생한 것이기 때문에 발표자께서 말씀하셨던 가치분 도입의 실효성은 반감될 수밖에 없을 것 같습니다. 그렇다면 조약의 체결행위 그 자체를 공권력의 행사로 보고, 그에 대한 가치분신청을 허용할 수 있을 것인지에 대한 고민이 필요해 보입니다. 이 경우에도 정부의 조약 체결 행위의 정지를 구하는 형태의 가치분 신청이 인용될 수 있을지를 두고는 논란이 있을 것 같습니다.

발제를 통해 흥미로운 주제에 대해 다양한 고민거리를 던져주신 김연식 교수님께 감사의 말씀을 전하면서 부족한 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

간 사: 예, 감사합니다. 교수님.

그러면 이어서 다음 지정토론을 듣도록 하겠습니다.

정문식 교수님을 모시겠습니다.

지정토론자(정문식): 먼저 헌법실무연구회 토론 기회를 주시고, 또 초청해주신 이선애 재판관님께 깊이 감사를 드립니다.

제가 바쁘다고 하면서 여러 가지 겹쳤는데 미리 양해를 못 구하고 우리 귀한 김연식 교수님 발표문에 대한 문언화된 토론문을 제출하지 못한 것에 대해서 깊이 사과의 말씀을 먼저 드립니다.

제가 일주일간 어디 외부 출장을 다녀오고 어제 밤에야 복귀해서 겨우겨우 우리 김연식 교수님 귀한 옥고를 읽고, 또 강일신 교수님 토론문도 읽고 난 뒤에 제가 짧게나마 메모에 근거해서 몇 가지 두 분이 언급하지 않은 부분을 중심으로 토론을 갈음하고, 그다음에 제 생각을 좀 말씀드리도록 하겠습니다.

먼저 독일연방헌법재판소가 유럽연합의 권한 행사에 대해서 위헌성을 판단하는 심사기준에 대해서 저는 주로 말씀을 드리겠습니다. 독일연방헌법재판소가 EU의 권한행사에 대해서 위헌성을 판단하는 헌법상의 근거조문은 독일연방헌법 제23조 제1항과 제2항이고요. 또 우리 김연식 교수님이 영구조항이라고 해석하셨

나요? 소위 말하면 Ewigkeitsklausel 제79조 제3항 헌법개정 의 한계 조항을 근거로 합니다.

독일연방헌법 제23조 아, 죄송하지만 저는 Grundgesetz를 독일연방헌법이라고 말하고, 기본법이라고 말하지 않음을 먼저 양해를 구합니다. 제가 볼 때 기본법은 그냥 단어적, 언어적인 해석인 것이고, Grundgesetz는 의미적으로 실제 독일연방공화국의 헌법이기 때문에 제가 독일연방공화국헌법이라고 일컫더라도 이해 해주시기를 바라겠습니다.

독일연방헌법 제23조는 EU의 권한이양에 대한 조문이고요. 제79조 제3항은 헌법개정 의 한계조항입니다. 그러니까 EU에게 권한을 이양할 수 있지만, 그러나 일정하게 헌법적인 한계가 있다. 이게 기본적인 독일연방헌법재판소의 EU 행위에 대한 헌법적인 조문상 근거를 제시하는 이유입니다.

두 번째로 EU 권한행사에 대한 심사근거는 두 가지로 볼 수 있는데 독일연방헌법 제20조 제1항과 제2항의 민주주의원리와 국민주권원리입니다. 독일은 국민들이 선거권을 행사해서 국가기관을 구성합니다. 이러한 국민들의 선거를 통해 구성된 국민 대표기관 연방의회와 이를 통해 구성된 연방정부, 이 국가기관을 통해서 독일 국민은 국민들의 자기결정권을 행사합니다. 강일신 교수님의 설명과 관련시켜서 이해하시면 되고요. 이러한 국가기관을 통해서 독일 국민들은 국민의 의사를 표현할 수 있습니다.

그런데 이러한 독일 헌법기관, 국가기관의 권한행사가 EU 유럽연합의 권한행사를 통해서 형해화 된다고 한다면 그러면 국민들의 선거권, 그런 국가기관을 형성한 선거권이 침해된다고 본 것입니다. 그래서 이러한 독일연방공화국의 국가기관의 권한행사가 제대로 이루어지지 않고, EU의 권한행사를 통해서 헌법상 부여된 권한이 제한되거나 형해화 된다면 민주주의원리와 국민주권원리에 위반되기 때문에 독일연방헌법재판소는 그것은 곧 민주주의에 대한 청구권(Grundrecht/Anspruch auf Demokratie) 민주주의청구권 혹은 민주주의기본권 이렇게 해석할 수 있는데 그러한 권리를 침해받은 것이고, 그것은 곧 독일연방헌법 제38조 제1항, 우리 헌법상 국회의원의 선거에 관한 선거권 조항에 대한 침해이기 때문에 선거권 침해를 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 이론구성을 하고 있습니다. 이러한 민주주의원리에 있어서 중요한 선거권이나 그런 헌법기관들의 권한행사는 EU의 권한행사의 처분대상에 포함되지 않기 때문에 결코 EU의 권한행사를 통해서 무시될 수 없다고 하는 것이 독일연방헌법재판소가 EU의 권한행사에 대해서 위헌 심사를 하는 헌법적인 이론, 그다음에 조문상의 근거들입니다.

그러면 EU의 권한행사의 심사방법은 뭐냐? 크게 둘로 볼 수 있는데, 제가 둘로 말했지만 실제로 기본권이 관련되면 기본권 통제(Grundrechtskontrolle)를 포함해서 셋이 될 수 있고요. 또 이번에는 적극적으로 설명하지 않았지만 이런 것들을 포함하는 통합책임(Integrationsverantwortung)을 포함하면 넷이라고 말할 수도 있습니다.

하지만 독일연방헌법재판소는 기본적으로 두 가지를 강조하고 있습니다. 첫 번째로는 헌법 정체성 통제“(Verfassungs)Identitätskontrolle”입니다. Constitutional Identity라고 보통 이야기를 하는데 독일연방헌법 제79조 제3항에는 헌법개정 의 한계가 언급되어 있는데 그 헌법개정의 한계는 다 아시다시피 독일연방헌법 제1조의 인간존엄과 제20조의 국가원리의 문제입니다. 그러니까 인간존엄, 민주주의, 법치주의, 사회국가원리, 연방국가원리 이런 것들이 기본적으로 중요한 헌법적인 원리로서 말하자면 헌법개정의 한계라고 규정하고 있습니다. 독일연방헌법재판소는 이러한 것들이 침해된다면 독일연방헌법의 정체성에 대한 침해라고 이해하고 있습니다.

두 번째로는 권한 위반입니다. 이것은 헌법의 침해가 아니라 EU가 조약상의 권한을 넘는(위반하는) 것입니다. 우리 강일신 교수님은 권한유월이라고 보통 표현을 하셨는데, 이 권한위반이라고 하는 것 Ultra-Vires-Kontrolle는 이미 마스트리히트조약부터 언급이 되었던 것이고요. 헌법 정체성 통제는 제 기억으로는 명시적으로는 ESM 결정에서 언급이 되었던 것 같고, 리스본조약결정에서도 도출해낼 수 있을 것 같습니다. 그러나 명시적으로는 ESM조약결정에서 언급이 있었던 것으로 기억을 합니다.

권한위반은 뭐냐하면 EU는 회원국들의 국제조약을 통해서 성립된 국제조약 기구이기 때문에 EU가 권한을 행사하려면 기본적으로 그 조약의 범위 내에서 행사하고, 그 조약을 넘어서는 권한을 행사하기 위해서는 먼저 조약개정이나 각 회원국의 헌법개정이 반드시 필요하다고 보고 있습니다. 만일 그러한 조약개정이나 회원국의 헌법개정 없이 EU가 권한을 넘어서는 조치를 취한다면 그것은 EU 차원에서 권한을 위반한 행위로서 회원국인 독일연방공화국의 주권을 침해한 것으로 위헌적이라고 판단하고 있습니다. 이러한 심사도구 간 관계, 그러면 권한 위반 통제와 헌법 정체성 통제 사이 두 심사기준의 관계는 어떠냐? 두 심사기준은 독일연방헌법 제79조 제3항의 헌법개정의 한계조항에 근거한다는 점에서는 동일성이 있습니다. 그러나 권한 위반 통제는 관례 측면에서 보면 마스트리히트 결정부터 나왔던 이야기이고, 헌법상 제23조 제1항(EU조항)에 근거하고 있습니다.

그런데 헌법 정체성 통제는 판례 측면에서 보면 리스본조약결정과 특히 ESM조약결정에 근거하고 있고 헌법조문상으로는 독일연방헌법 제1조와 제20조에 근거하고 있다는 점에서 양자는 다릅니다. 그러나 병렬적으로 심사를 하는 것으로 보입니다.

이런 독일연방헌법재판소의 권한 통제 심사와 헌법 정체성 통제 심사는 EU법 우호원칙(Europafreundlichkeitsprinzip)에서 일정한 제한을 받습니다. 그냥 뭐 독일이 우리가 최고다라고 해서 결정하는 것은 아니고 EU법을 존중하는 범위 내에서 이러한 심사를 한다고 보고 있습니다.

독일연방헌법재판소는 리스본조약결정에서 EU의 권한행사가 자신들의 권한을 위반했는지 또는 독일연방헌법의 정체성을 침해했는지를 독일연방헌법재판소가 독자적으로 판단하는 것만은 아니고 독일의 연방의회(Bundestag), 연방상원(Bundesrat), 연방정부 등이 기본적으로 EU 통합과정에 참여하기 때문에 그 통합과정에서 EU의 권한을 통제하는, 그래서 EU의 통합에 책임을 지는 일을 통합책임(Integrationsverantwortung)이라고 표현하고, 이러한 책임을 수행한다고 봅니다.

그런데 여기에 독일연방헌법재판소도 함께 그러한 통합책임을 수행하는 것으로 언급하고 있습니다. 그러다 보니까 CETA 가치분 결정에 대해서 한번 생각해볼 수 있는 것은 사실 독일연방헌법재판소가 이러한 EU의 권한행사에 대해서 경고의 메시지를 던진 것은 이번 뿐만은 아니었고, 이미 마스트리히트 결정에서 Ultra Vires Kontrolle를 통해서, 그다음에 리스본조약결정을 통해서도 통합책임 이론으로, 그다음에 ESM조약결정에서는 헌법 정체성 통제라고 하는 심사기준을 내세우며 EU가 권한을 위반해서 독일연방헌법의 정체성을 침해할 때는 언제든지 통제할 수 있다는 것을 지속적으로 이야기해왔습니다.

CETA 결정은 그러한 기존 독일연방헌법재판소의 결정들의 연속선상에서 이루어진 것으로, 비록 아직 체결되지 않은 조약이지만 그러나 연방헌법재판소는 특히 독일연방정부에게 그러한 조약을 맺을 때 EU의 권한에 독일의 헌법적 정체성이 침해되지 않도록 또는 EU가 권한을 침해하지 않도록 통합책임을 수행할 것을 요구한 것이고 김연식 교수님 말씀하신 내용들이 그 기준이라고 말씀드릴 수 있겠습니다.

개인적인 이 CETA 결정에 대한 평가를 조금 달리 해보자면, 유럽통합과정에서 민주적 정당성의 행사를 유기한 혹은 해태하고 있는 헌법기관들(연방의회, 연방정부 등)에 대해서 민주적 정당성이 약한 독일연방헌법재판소(헌법 수호 기관)이 민주적 정당성을 강화하도록 요구하는, 민주적 정당성 통제의 최후 보루로서

의 역할을 한 것이 아닌가, 그렇게 말씀드릴 수 있겠습니다.

사실 이 CETA 결정은 가처분 결정이기 때문에 제가 알기로는, 최근 CETA 결정에 관한 권한쟁의심판이 지난 10월에 독일연방헌재에서 구두변론이 있었고, 유럽연합재판소의 견해가 제시되었던 것으로 기억합니다. 뭐 확인해보시면 될 것 같고요. 우리 김연식 교수님이 충분히 추적하고 계시니까 본안에 대한 판단은 나중에 나올 것으로 보여집니다.

김연식 교수님은 공중곡예로서 위험하다고 말씀하셨는데 저는 연방헌재가 이미 오랫동안 구축해 놓은 심사기준을 능숙한 조교의 시범으로서 다시 한 번 확인한 결정이 아닌가, 그렇게 평가해볼 수 있겠습니다. 다만 근본적인 문제는 EU의 통합을 회원국이 어느 정도 통제할 수 있는가? 특히 민주적 정당성이 약한 연방헌법재판소가 어디까지 통제할 수 있는가의 한계와 그 통제의 심사기준은 무엇인가가 앞으로 우리가 조금 더 주목을 하고, 보아야 될 연구분야가 아닌가? 그러한 생각이 듭니다.

김연식 교수님께는 한번 이제 궁금한 차원에서, 영국은 헌법이 없는데 EU행위에 대한 통제기준을 국내 법원은 어떻게 가지고 있는지, 과연 할 수 있는지, 그 가능성은 있는지? 독일은 헌법을 기준으로 해서 그것을 심사하는데, 영국은 만약에 한다면 무엇을 기준으로 심사할 수 있을지? 이런 의문이 있습니다.

한 가지 조심할 것은 독일에 있어서 EU조약에 대한 내용과 국제조약에 대한 내용은 구별이 되는 것으로 보여집니다. 독일연방헌법에서 제24조가 국제조약에 대한 규정을 담고 있고요. 제23조는 EU조약에 대한 규정을 담고 있습니다. 그렇기 때문에 양자는 구별되는 내용이라서 국제조약의 경우에는 조금 다른 기준이 적용되는 것으로 보입니다.

우리 강일신 교수님이 말씀하신 내용에 대해서는 뭐 저도 개인적으로 이 소위 말하면 청구에 대한 적격의 문제라든지 이런 것들은 뭐 다른 글에서 기술한 내용과 큰 차이가 없기 때문에 거기에 대해서는 말씀드리지 않겠습니다. 다만 토론의 구조화를 위해서 반대입장을 의도적으로 만약에 낸다면, 과연 외교나 통상 문제를 국민들이 직접 결정하는 것이 타당한지, 과연 그것이 가능한지, 왜냐하면 외교 통상 문제는 상당히 전문성이 있는 분야인데 그것을 일반 국민들이 일반적인 상황에서 결정하고 국민투표를 통해서 하는 것이 가능한지, 그래서 부차적인 문제를 매번 국민투표를 통해서 한다면 혹 민주주의원리라고 하면, 대의민주주의라고 하는 우리 헌법상의 기본원리는 약화되는 것은 아닌지? 이런 의문을 한번 가져볼 수 있겠습니다.

또 독일과의 차이점은 뭐냐하면 독일은 헌법개정의 한계조항이 있는데 저희는 헌법개정의 한계조항은 없습니다. 아직 우리 헌법재판소도 헌법개정의 한계를 구체적으로 설명한 경우가 없는데 그럼에도 불구하고 외교 통상적인 부분에 있어서 그러한 내용을 주장할 수 있는지, 독일은 제79조 제3항에 근거해서 그런 위헌심사기준을 설정하고, 행사하는데 과연 우리는 그렇게 할 수 있는지. 헌법상 근거조항이 없을 뿐만 아니라 또 다른 현실을 볼 수 있습니다. 비유하자면 독일은 EU에서 경제적 지위가 강력한 국가이고, 독일의 결정은 EU의 결정에 영향을 미치게 됩니다. 하지만 우리는 우리가 국내적으로 국민들이 결정한다고 해서 과연 대외적인 결정에 영향을 미칠 수 있는지, 자존심은 상하지만 그러한 가능성이 있는 것인지 독일연방헌재가 가처분 결정에서 유연하게 볼 수 있었던 이유는 우리가 적극적으로 결정하지 않아도 ‘우리 독일연방정부와 연방의회는 잘할 거야, 또 우리가 결정하면 다 따라오겠지’, 그러한 여유가 있었기 때문에 가처분을 기각하고도 어느 정도 여유 있게 위헌성에 대한 심사를 한 것이라면 우리는 과연 조약 체결에 앞서서 정부대표나 국회의 동의를 받은 조약에 대해서도 적극적으로 우리 헌법재판소가 위헌심사권을 행사할 수 있는지에 대한 의문이 있습니다. 이론적으로 민주주의원리라든지 헌법재판소의 민주적 정당성에 대한 약점이라든지 이런 것을 헌법재판소의 헌법재판에 대한 전문성을 가지고 극복하기 위해서는 상당히 어려운 점들이 있지 않을까? 그 정도 내용을 말씀드릴 수 있을 것 같습니다.

이것으로 제 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

간 사: 예, 교수님 감사합니다.

오늘 저희가 새로운 주제에 대하여 다양한 관점에서 생각하고 배울 수 있는 기회를 가졌는데요. 먼저 김연식 교수님의 답변 또는 추가 말씀을 듣고, 이어서 두 분의 지정토론 교수님들의 말씀도 듣도록 하겠습니다.

그러면 김연식 교수님, 두 분의 지정토론 교수님 의견에 대해서 더 추가하시거나 말씀하시고 싶은 것이 있으신지요?

발 표 자: 예, 제가 말씀을 좀 드리려고 하는데, 물론 역시 오길 잘했다 하는 생각이 듭니다. 두 분 교수님들 토론을 들으니깐 그동안 공부했던 내용 중에서 긴가민가했던 게 상당히 많았는데 좀 명확해진 것도 있는 것 같고요. 또 그 이후의 상황에 대해서 팔로업을 할 수 있어서 많이 도움이 될 것 같다. 그래서 감사하다는 말씀을 드리도록 하겠습니다.

일단은 제가 이제 말씀을 쪽 들었는데 이 사안은 사실은 저 같은 경우에는 우리가 고민해볼 바는 항상, 이 사안은 사실은 EU법, 그다음에 또 국제법, 그다음에 또 독일의 어떤 법, 그다음에 이것이 이제 한꺼번에 복합적으로 연결된 문제기는 한데요. 그럼에도 불구하고 우리가 이 문제를 바라볼 때 독일법은 이렇더라, EU법은 이렇더라, 이렇게 이것을 보는 이유는 그것을 그대로 받아들이기 위해서가 아니라 그 EU 문제를 뺏을 때, 독일 내 어떤 법리에 대한 문제를 뺏을 때, 그다음에 EU법, 투자법에 관한 논의를 뺏을 때 남는 것이 무엇일까? 이게 바로 이제 우리가 보편적으로 추출해낼 수 있는 어떤 하나의 문제의식이 아닐까 하는 생각이 들었고요.

그것을 갖다가 이제 마지막에 쓴 건데 우리 헌법재판소도 공중공예라고 했던 얘기가 위험하다는 뜻보다는 상당히 어쨌든 간에 그 법리를 갖다가 잘, 물론 장일신 교수님이 말씀하신 것처럼 그게 조금 사법부가 너무 과도한 어떤 권한 행사를 취한 것 아니겠느냐라고 얘기하시는 측면도 있겠지만, 또 어떤 측면에서는 그 독일 민주주의가 갖고 있는 일정한 한계 속에서는 사법부가 어느 정도 충분히 제 역할을 한 것이라고도 볼 수 있지 않을까? 이제 그러다 보니까 좀 과도한 측면에서 법리를 갖다가 어떤 부분은 과도하다고 생각하고 어떤 부분은 상당히 참고요하게 잘 피해갔다. 사실 이 CETA 결정에서도 우리는 위헌심사를 하지 않겠지만 사실상 위헌심사를 한 것과 동일한 효과를 나타내면서 EU의 독일정부에 사실상 EU의 행동반경을 제한하고, 조건화를 했거든요. 이런 것도 우리가 한번 고민해볼 필요가 있지 않을까? 우리가 헌법재판소도 이제 이런 것들을 좀 이런 방식들, 방법론에 치중하면서 우리가 한번 좀 흥미 있게 볼 필요가 있지 않을까 하는 생각이 들어서 이 논문을, 이 결정을 좀 주의 깊게 본 것이 있고요.

그다음에 이제 우리 정문식 교수님께서 말씀하신 것에 대해서 말씀을 좀 드리려고자 한다고 하면 영국 같은 경우에는 사실상은 조약에 대한 심사라든가 EU법은 제가 사실은 정확하게 잘 모르겠습니다. EU법이 영국법에 미치는 직접적인 효력에 대해서는 여전히 좀 논란이 있기는 하지만 제가 영국의 EU법적 해석에 대해 제가 아는 바는 없지만 조약 같은 경우에는 제가 아는 한에서는 일반적으로 사실상 조약에 대해서 그 조약 체결 자체를 갖다가 통제하거나 이렇기는 상당히 힘들습니다.

왜냐하면 EU가 영국 같은 경우에는 의회주권이 매우 강하기 때문에, 다만 이제 그것이 이행법으로 만들어졌을 때 그 이행법에 대해서 사후에 어떤 사후적인 사법적 심사가 가능할 수는 있겠다. 하지만 사실상은 독일과 유사한 문제가

영국에서 발생을 했는데 EU법상의 여러 가지의 어떤 조약들을 갖다가, 조약이라고 뭐 하여튼 EU법의 어떤 여러 가지 협정들을 갖다가 체결하는 과정 속에서 의회가 국민들의 의사를 갖다가 의회주의가 발달했음에도 불구하고 충분히 반영하지 못한다는 비판 속에서 EU의 조약체결절차에서 여러 가지 EU와 관련되어 있는 주권과 관련되어 있는 조약을 체결할 경우에는 그것에 대해서 국민투표를 반드시 부치도록 법제화를 한 것으로 알고 있거든요. 이런 방식으로 이제 민주적 통제를 주로 하고, 사후적 통제를 주로 하는 형식으로 제가 하는 한에서는 알고 있습니다.

그리고 또 사실은 이 문제는 물론 우리가 좀, 다시 한 번 이야기를 하지만 우리가 사법규칙, 그동안 헌법재판소 같은 경우에는 국제조약이라든가 국제조약에 대한 사법적 심사에 대해서 좀 소극적이었지만 좀 더 적극적으로 할 수 있지 않을까? 제가 이제 여담으로 얘기하면 예를 들어서 이라크결정 같은 경우에도 이라크전쟁이 침략전쟁이냐, 아니냐에 대해서 판단할 때에도 국제법적인 시각도 있지만 헌법에 대한 헌법재판소 자체의 조약해석의 가능성도 저는 있다고 생각을 하거든요. 어쨌든 간에 이런 식으로 좀 더 적극적으로 우리가 고민을 해볼 필요가 있지 않을까 이런 생각이 있었다는 생각이 들고요. 이정도로 일단은 좀 압축을 하겠습니다.

간 사: 예, 감사합니다. 그럼 강일신 교수님 혹시 더 하실 말씀이 있으신지요?

지정토론자(강일신): CETA 본안결정은 내년 초로 예정되어 있는 것 같고, 2017년도 그 발효 과정에서 이미 독일정부가 상당한 개입을 했기 때문에 아마 인용결정이 나기는 쉽지가 않을 것 같다는 예측들이 있는 것 같습니다.

정문식 교수님께서 좋은 지적을 해주셨습니다. 관련해서 말씀을 드리자면, 김연식 교수님께서 발제문을 통해 제기하신 문제의식을 우리 헌법 하에서 공유하려고 하면 어떤 범리구성이 필요하겠느냐는 질문을 주셨기 때문에, 그에 대해서 우리 헌법하에서는 제72조 국민투표와 제130조 국민투표가 도입되어 있고, 독일과 같이 선거권 침해 논변을 통해 국민주권의 원리나 민주주의의 원리를 연결지를 필요는 없다는 판단을 했기 때문에 국민투표권을 통해서 청구인적격을 통과할 수 있는 가능성이 열려있다는 취지의 말씀을 드렸던 것입니다. 개인적으로는 사법부가 이러한 영역에 과도하게 개입하는 것은 바람직하지 않다고 생각합니다. 헌법재판소가 반드시 그렇게 해야 된다는 것이 아니고, 우리 헌법하에서 그러한

문제의식을 헌법재판소로 끌고 올 경우 어떠한 법리구성의 가능성이 열려있는지를 일종의 사고실험을 통해 검토해본 것으로서 이해해 주셨으면 합니다.

이러한 쟁점을 헌법재판소가 심사할 수 있는지와 관련하여 또 다른 문제가 남아 있습니다. 이른바 통치행위이론이라고 하는 것인데, 그에 따라 헌법재판소의 사법적 자제가 요구되는 영역인지, 아니면 헌법재판소의 개입이 필요한 영역인지를 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것 같습니다. 그렇게 본다면 사실 이 문제는 정치적 판단에 따라 제72조 국민투표를 활용해서 대통령이 국민투표에 붙이는 것이 가장 적절할 것 같습니다. 이른바 헌법적 정체성에 속하는 문제이거나, 아니면 국가공동체의 운명을 결정하는 정도의 중요한 사안이라면 정치적으로 대통령이 국민투표에 부의해서 국민의 경험적인 의사를 들어보는 것이 가장 적절한 한 법이고, 헌법재판소의 개입은 보충적이어야 한다는 생각을 가지고 있습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그러면 정문식 교수님 혹시 더 추가하실 말씀이 있으신지요?

지정토론자(정문식): 저는 특별히 추가할 것은 아니고요. 한 가지 말씀드리면 제가 그동안 EU법 연구를 다른 분들이 별로 안 해서 상당히 외로움을 많이 느끼면서 공부를 했었는데 우리 김연식 교수님이나 강일신 교수님 두 분 다 EU법 연구를 해 주시는 귀한 연구자들이시고요. 특히 제가 강일신 교수님은 되게 높게 평가하는 게 제가 보통 EU법 논문을 쓰면 저보다 먼저 쓰는 분들이 별로 없는데 저보다 유일하게 먼저 쓰는 한분이 바로 강일신 교수님이라서, OMT결정도 저는 2017년에 논문을 냈는데 강일신 교수님은 이미 2014년에 논문을 쓰시고, 또 CETA도 우리 김연식 교수님은 깊이 다루어주셔서 두 분께 깊은 감사의 말씀을 전하는 것으로 마치도록 하겠습니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그러면 오늘 주제에 대하여 토론시간을 갖도록 하겠습니다.

발표나 지정토론을 해주신 교수님들께 궁금한 점이나 여쭙고자하는 내용, 토론하시고 싶은 내용이 있으신 분은 쌍방향 소통기기가 있으신 분은 화면에 손을 들어주시면 되고, 쌍방향 소통기기가 없으신 분은 채팅창에 전체를 수신자로 해서 질문을 적어주시면 됩니다. 제가 적절히 순서를 정해 기회를 드리도록 하겠습니다.

예, 김광욱 연구관님.

토 론 자(김광욱): 가치분 헌법적 쟁점부터 국제법적 쟁점까지 다 망라되어 있는 굉장히 어려운 결정문이었다고 생각합니다. 김연식 교수님, 강일신 교수님, 정문식 교수님 정말 감사드립니다. 관련해서 두 가지 정도만 질문을 드리고 싶습니다.

하나는 헌법재판에 관한 것이고, 다른 하나는 국제법에 관한 것인데요. 국제법에 관한 것부터 먼저 질문을 드리면, 투자법원을 신설하는 것이 사법권 침해냐 아니냐 문제가 쟁점이 될 수도 있었는데 독일연방헌법재판소는 이것에 대해서는 구체적으로 판단을 하지 않은 것 같다는 의문이 있습니다. 예전에 우리나라에서 한미FTA때도 ISD 중재가 과연 사법주권 침해냐 아니냐 문제가 있었는데, 이러한 부분에 대한 헌법적 판단은 과연 어떠한가라는 의문을 가지고 있었습니다.

마침 강일신 교수님의 지정토론문에서 언급된 통합특허법원협정이 사법권을 침해한다라는 결정을 보니, 별도의 중립국적인 법원이라고 해야 될까요, 아무튼 그러한 법원을 신설하는 게 사법권침해의 문제가 발생하는 것 아닌가라는 중요한 문제가 있는 것 같다는 생각이 들었습니다. 이 투자법원과 관련해서 어떤 헌법적 문제가 있을지? 그러니까 국제법적인 것을 떠나서 이런 식의 법원 신설이 헌법적으로 가능한가? 일부 재판관할권을 외국기관에, 이양이라고 해야 될까요? 넘기는 것이 과연 헌법적으로 허용될 수 있는가에 관해서, 강일신 교수님께서 설명을 해 주시기는 했지만, 김연식 교수님의 의견을 듣고 싶습니다.

다른 하나는 가치분에 관한 것입니다. 순수하게 소송적인 문제이기는 하지만, 일단은 가치분의 대상이라는 게 헌법소원심판 그러니까 본안사건의 대상과 과연 동일한가라는 의문이 있습니다. 제가 독일연방헌법재판시스템을 정확히 이해하지는 못하고 있습니다만, 이 사건 가치분에서 청구인들이 구했던 것은 의사 결정절차를 중지시키라는 것인데, 우리나라에서 이러한 결정절차를, 의사결정을 하지 말라는 식의 심판청구가 있을 때 과연 우리가 헌법소원의 대상으로 삼아야 하는 것이 무엇인가에 대해 어려운 고민이 있을 것 같습니다.

비준행위, 예컨대 이러한 행위가 종결되어 버렸다면 그 행위가 잘못되었다, 그 행위가 위헌임을 확인한다, 그 행위를 취소해달라라고 할 수 있을 텐데, 이 사건 같은 경우는 가치분절차이다보니 그러한 절차를 진행하지 말라라는 식의 부작위를 구하는 것이어서 적합한 방식인 것 같습니다만, 본안사건에서 과연 본안사건의 대상이 무엇이 될지 다소 의문인 점이 있습니다. 아까 정문식 교수님께서

본안사건이 지금 있다라고 말씀을 해 주셨는데, 이 사건의 본안사건도 대상이 어떻게 되는지 개인적으로 궁금합니다.

질문을 두 개 드리려고 했는데 하나를 더 드리겠습니다.

강일신 교수님 표현에 따르면 선거법 논변은, 선거권을 주관적 권리로 잡아서 헌법소원심판청구를 적법하게 만드는 소송법적 기술에 가까워 보입니다. 이러한 선거권 논변이 유럽연합 또는 국제법적 행위, 조약과 관련된 행위에서만 연방헌법재판소가 취하고 있는 논변인지? 아니면 강일신 교수님께서 예로 드셨던 것처럼 한국의 외교행위라든가, 예컨대 신행정수도에서 있었던 김경일 재판관의 별개의견에서 나왔던 것처럼 다른 사건에서도 이런 식의 구성을 하고 있는 것인지? 이런 구성은 오로지 유럽연합이라든가 국제법적인 조약에 관련된 것으로만 한정되고 있는지? 제가 이해하기로는 국제법적인 것으로만 한정되어 있는 것으로 이해는 됩니다만 이 부분을 좀 확실하게 들었으면 합니다.

질문이 두서가 없었습니다만, 감사합니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그러면 먼저 김연식 교수님 말씀부터 듣도록 하겠습니다.

발 표 자: 제가 독일연방헌법재판소의 재판절차라든가 아니면 이후의 본안소송에 대해서는 제가 그 분야에 대해서는 아까 정문식 교수님 말씀하신 것처럼 영국에서 공부했기 때문에 이게 정확하게 모르는 측면이 있어 가지고 다른 두 분이 말씀해 주실 것 같고요.

제가 원래 연구를 하려고 했던 투자자 국가소송제도 자체의 어떤 그런 위헌성에 대한 문제가 이제 쟁점이 될 것 같은데, 그 부분은 사실은 각국 법원에서도 아직까지도 명확한 어떤 결론을 내리고 있는 것 같지는 않습니다, 제가 볼 때는.

그러니까 어떻게 보면 지금 CETA결정도 그 부분 사실은 CETA가 가장 문제가 되었던 이유 중에 하나가 그것 때문에 어떤 사람들은 이게 좋은 무역협정이라고 해서 찬성을 하는 반면에, 어떤 사람들은 그럼에도 불구하고 문제가 있다고 아주 극좌파가 사실은 소송을 제기하게 되었는데, 이거는 또 두 개로도 나눌 수가 있어요. 뭐냐하면 우리가 알고 있는 전반적인 투자자 국가소송 같은 경우에는 이 투자자 국가소송 자체가 기본적으로 상사중지에 기반을 하고 있거든요. 조약에 의해서 양 당사자가 이미 사전적 blanket consent를 이미 한 상태, 그러니까 일괄적으로 다 동의를 한 상태에서 중재의 합의를 먼저 해 놓은 상태에서 분쟁이

있을 경우에 무조건 간다는 식으로 강제관할권을 갖다가 행사하는 상태이기 때문에 이게 외형적으로 그다음에 내용적으로는 상사중재지만 사실상 외형적으로 형식적으로는, 내용적으로는 국가 대 개인의 어떤 공적 분쟁이라는 측면이 있어 가지고 위험적 요소가 되는 측면이 있는데, 지금 이 CETA같은 경우에는 투자법원을 만들자는 것이거든요.

예를 들어서 우리가 국제소송 같은 경우에도 국제소송에 국제법원이 있지 않습니까? 국제인권법원이란가 이런 것들이 있는데, 그렇다고 해서 우리가 그와 관련한 조약을 체결했다고 해서 우리가 무조건 위험이라고 보지는 않잖아요. 이제 그런 측면도 있기 때문에 또 다른 결의에 있어 가지고 그 부분에 대해서는 우리가 좀 더 고민을 해봐야 된다는 것이지요. 그러니까 이 투자법원은 지금 우리 단계에서는 두 개의 모델이 있는 것이지요. 우리의 선택지는요. 그러니까 NAFTA 모델, 그러니까 우리가 한미FTA모델 그것과 또 지금 CETA모델은 완전한 공적법원 International Public Court의 모델을 하는 것 이 두 가지가 있는데 그 두 개의 각각의 위험성은 좀 더 다른 측면이 있는 것이고.

참고로 대법원 같은 경우에는 맨 처음에 한미FTA 자문의견을 낼 때는 여러분들 아시겠지만 신문기사에 난 것처럼 좀 문제가 있다는 식으로 얘기를 했지만 그 이후에 대법원 산하의 국제법연구회인가요? 거기서 이제 판사들이 논란이 되니까 거기서 연구하게 해서 연구결과물이 나와 있습니다, 대법원에서. 거기서는 사법적 주권침해가 안 된다는 식으로 좀 두루뭉술하게 결론을 냈어요. 하지만 지금까지 우리나라도 여태까지 그 문제에 대해서 명확한 어떤 결론을 내리고 있지는 않은 것 같다는 생각이 들고, 좀 더 고민을 해볼 필요는 있지 않겠는가 하는 생각이 듭니다.

간 사: 예, 감사합니다. 그러면 이어서 강일신 교수님의 말씀을 들어보도록 하겠습니다.

지정토론자(강일신): 자세한 내용은 정문식 교수님께서 말씀해 주시면 좋을 것 같습니다. 다만 투자법원하고 통합특허법원은 약간 결이 다른 예인 것 같습니다. 투자법원의 문제는 유럽연합 스스로 조약 체결의 당사자로 나서는 과정에서 사법권이 유럽연합에 귀속되어 있는지, 따라서 유럽연합의 권한을 유월했는지가 쟁점이었다면, 통합특허법원의 문제는 독일 스스로 체결의 당사국인 상황에서 헌법개정 없이 사법권을 이양할 수 있는지 문제된 사건이었습니다.

과문한 탓일 수 있겠습니다만, 이른바 선거권 논변은 유럽통합 쟁점 이외에 독일이 계약 당사국으로 체결하게 되는 조약에는 적용된 예가 없는 것으로 알고 있습니다. 물론 연방헌법재판소가 선거권을 실질적으로 이해해 온 것은 오래되었지만, 선거권에 대한 실질적 이해를 헌법적 정체성과 연결짓는 것을 유럽통합과정 이외의 영역으로 확장한 예는 없는 것으로 알고 있습니다.

한편 우리의 경우 제60조에 보면 주권의 제약에 관한 조약이 국회의 동의사항으로 되어 있습니다. 이 경우 정부가 체결을 하고 국회가 동의를 해준 사법권 일부를 국제기구에 넘겨주는 조약을 과연 위헌이라고 판단할 수 있을지에 대해서는 고민이 필요해 보입니다.

간 사: 예, 감사합니다.

지금 정문식 교수님께서 연결이 끊기셨는데 지금 다시 재접속하는데 좀 어려움을 겪고 계신 것 같아요. 그래서 정문식 교수님 접속이 되시면 아까 질문에 대해서 다시 말씀 들어보도록 하고요.

일단 다음 질문하실 분 계시면 듣고, 진행해 보도록 하겠습니다. 혹시 질문이 더 있으신가요? 예, 공수진 연구관님.

토 론 자(공수진): 안녕하세요. 저는 헌법재판소에서 연구관으로 일하고 있는 공수진입니다.

김연식 교수님 강의가 굉장히 알차게 느껴졌던 이유는 저희 대한민국에서 법조인으로 일하면서는 생각해보기 어려웠던 헌법적인 구조에 대해서 생각할 수 있는 기회가 되었기 때문인 것 같아요.

저희는 이제 헌법소원심판을 다루면서는 국가와 개인 사이의 관계만을 생각하게 되는데, 독일의 경우에는 개인과 국가 그리고 초국가적인 개체인 EU까지 고려해서 헌법소원심판을 처리를 하게 되고, 그 과정에서 민주주의나 국가주권에 대한 이해도 우리가 기존에 가지고 있던 생각과는 굉장히 다른 이해를 하게 되는 것 같습니다.

그래서 저는 이 사건이 어떻게 보면 전통적인 주권국가개념이랑 EU라는 새로운 어떤 개체 사이의 갈등관계 속에서 독일연방헌법재판소가 선거권 논변을 만들어낸 것이 아닌가라고 생각했는데요. 그러니까 저는 이런 사건이 저희 헌재에 왔다면 적법요건을 어떻게 판단할 수 있을지 한번 생각해 봤는데, 이 사건에서 굉장히 다양한 개인들이 당사자가 되었는데 왜 다른 기본권이 아니라 선거권으로

논변을 구성하게 되었는지? 혹시 이 사건에서 다른 기본권으로 주장을 할 수도 있었는데 안 한 것인지? 그 맥락에서는 선거권이 어떤 헌법적 정체성과 관련되어 있고, 또 이제 쉽게 개정할 수 없는 영속성 조항과 관련되어 있기 때문에 선거권 논변이 강력하게 작용할 수 있었던 것인지 그런 것들이 궁금하고요. 그 이유는 일단 선거권으로 헌법소원심판이 허용된다고 하면 이후에 굉장히 많은 사람들이 EU가 관련된 이런 조약 혹은 이런 공권력 행사에 대해서 헌법소원을 제기할 것이고, 헌법재판소가 그 사건 부담을 또 어떻게 처리할 수 있을지? 그 과정에서 또 새로운 논변을 만들어 내야 될 것 같다는 생각도 들거든요. 그래서 그런 부분에 대한 의견이 조금 궁금했습니다. 감사합니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그러면 김연식 교수님 말씀을 좀 들어보도록 하겠습니다.

발 표 자: 물론 본안에서는, 제가 본안을 정확하게 자세히 본 것은 아니지만 본안에서는 관련되는 얘기가 있을 수가 있을 것 같은데, 가치분에서는 일단은 당장의 행위를 중지하기 위해서는 여태까지 해왔던 가장 성공했던 논리를 끌어다 쓰는 것 같은 생각이 들어요. 그래서 이제 그쪽에서 초점을 맞춘 것 같고.

물론 말씀하신 것처럼 또 하나가 다른 기본권 같은 경우에는 그 기본권이 조약이 통과됨으로써 직접적인 어떤 그런 권리의 침해가 발생하기는 쉽지는 않거든요. 조약 자체가 효력을 발생한다고 했을 경우에. 그래서 그런 측면에서는 다른 기본권보다는 선거권 논변을 통해서 하는 것이 좀 더 가치분신청에서는 특히 효과적이지 않았을까하는 생각이 들고. 본안판단은 제가 좀 더 봐야 될 것 같다는 생각이 듭니다.

또 뭐 다른 것은 없습니다. 제가 얘기할 수 있는 부분은 이정도까지입니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그러면 강일신 교수님 혹시 또 여기 더 덧붙이고 싶으신 말씀 있으신지요?

지정토론자(강일신): 독일 내에서도 이런 식이면 선거권 논변을 오만군데 다 갖다 붙일 수 있지 않겠느냐는 취지의 비판이 있는 것 같습니다. 민중소송의 수문을 열었다라고 하는 비판이 여기에 해당하는 것인데, 연방헌법재판소는 실제로 유럽 통합과정 이외에 이 논변을 사용하지는 않고 있는 것 같습니다. 여하튼 굳이

이 논변을 사용하는 이유를 한번 생각해본다면, 제79조 헌법적 정체성하고 연결 지어서 국민주권이나 민주주의 원리에 위반된다는 쪽으로 논리를 끌고 가야하기 때문에 다른 실체적 기본권이 아닌 선거권을 활용하고 있는 것이 아닌가 합니다.

**발 표 자:** 그 민중소송에 대해서는 아까 말씀하신 것처럼 이론적으로는 형식적으로는 그 말씀이 맞는 것 같아요. 그러면 이제 누구나 다 소송을 할 수 있지 않겠느냐라는 측면이 있는데, 그 사건도 보면 사실상은 정확하게 기억은 안 나는데 신문기사에 보면 몇 십만 명이 공동으로 소송을 한 것으로 되었거든요.

사실은 아까 강일신 교수님 말씀하신 것처럼 이 선거권 논변이라고 하는 그러니까 Constitutional Identity Doctrine같은 경우에는 주로 EU와 관련해서만 일반적으로 적용이 되었을 것이고요. 사실 EU같은 경우에는 이거는 약간 법적인 논의가 아니라 정치적인 논의인데, EU같은 경우에는 대부분의 기성 정치권들은 EU에 대해 상당히 뭐랄까 우호적인 입장을 취하는 반면에, 거기서 이제 소송의 주요 당사자 중에 하나가 독일의 좌파정당 중에서 링켄가라고 있습니다. 이름 자체가 조금 뭐랄까 ‘새빨간’ 뭐 이런 쪽인데, 극소수인 사람들이 모여서 하는 형태가 되었기 때문에 그게 누구나 막 전면적으로 이렇게 할 수, 집단화되어 가지고 보통의 경우 집단소송의 형태로 나타나기 때문에 이런 것 같고요.

그리고 이제 이런 선거권 논변이라고 하는 것은 어떻게 보면 독일 민주주의가 가지고 있는, 또 독일 민주주의뿐만이 아니고 브렉시트도 마찬가지인데 브렉시트같이 EU 전체가 갖고 있는 전반적인 문제점 중에 하나인 것이지요. 그러니까 국제적으로는 좀 더 초국화가 되고 있는데 그 초국화되고 있는 그런 흐름 속에서 소외되고 있는 사람들이 분명히 있는데 이 사람들이 뭔가 의사를 발현을 해야 되는데 그게 안 되기 때문에 소송을 통해서 의견을 제시하게 되는 것이고요. 사실 브렉시트도 그런 측면이 있거든요, 영국에서도. 그래서 그런 측면에서 이제 그게 전 국민이 하기 보기 보다는 오히려 반대하는 사람들은 소수였던 것 같다는 생각이 들어요. 정치적으로 볼 때는.

**간 사:** 예, 감사합니다.

지금 정문식 교수님이 어렵게 연결이 되셨는데요. 제가 중간에 연결 문제를 해결하느라 공수진 연구관님의 질문을 제대로 다 못 들었는데, 지금 선거권으로 접근하게 되면 너무 헌법소원의 청구인적격이 늘어난다, 그 취지의 질문이 맞으신지요?

토 론 자(공수진): 예.

간 사: 정문식 교수님, 아까 저희 김광욱 연구관님이랑 공수진 연구관님 질문은 선거권을 인정해서 하게 되면 청구인들이 너무 넓혀지는 부분에 대해서 질의를 했는데요. 말씀해 주시면 감사하겠습니다.

지정토론자(정문식): 실제로 김연식 교수님 말씀하신 게 거의 제대로 보신 것 같고요. 강일신 교수님도 아까 설명하신 것이 맞고. 다만 이제 초기에 약 5만 명씩 헌법소원심판을 청구해서 실제로 집단소송과 같은 형태로 이렇게 이루어진 것 때문에 일부 독일의 교수들이 원래 헌법소원은 민중소송이 아닌데 민중소송화 되고 있는 것에 대한 우려를 표명했습니다.

그런데 아무래도 아까 김연식 교수님 발표문에서도 잠깐 봤던 것 같은데, 소위 직접민주주의의 약화 때문에 그런 것을 인정해 주는 게 아닌가? 한편으로 조금 의심해 본다면 ‘우리(독일연방헌법)에는 직접민주주의 요소가 약화지만 실제로는 직접민주주의 할 수 있어!’ 뭐 이런 것을 독일연방헌재가 약간 트릭으로 보여준다는 느낌이 좀 들고요.

또 독일의 국가법학자대회에 참석을 해보면 독일 내에서도 실제 독일 헌법 교수들, 공법교수들의 입장에서는 직접민주주의의 약점에 대해서는 많이 자성의 비판이 있습니다. 제가 본, 그러니까 외부인으로서 본 EU통합 과정이 사실은 EU의 국민들이 통합을 해 오는 게 아니라 EU의 지도자들이 통합을 해가고 있습니다. 특히 이익집단, 경제 분야를 중심으로 이루어집니다.

우리 김연식 교수님은 정치 분야도 통합을 하는 것처럼 말씀하시는데, 독일 내에서 EU법 우호론자들도 정치적 통합이라는 표현은 유의합니다. 정치적 통합이라고 말하는 순간 다른 나라와 하나가 된다는 것에 대한 상당한 반감이 있지 않나. 그래서 독일 내 EU법에 우호적인 교수들도 정치적 통합은 아니라고 굳이 언급하거나 표현하는 것으로 보입니다. 비록 엘리트계층이 EU통합을 이루어가지만 그러나 국민들의 기본권보장 내지 민주주의 원리에 침해되지 않는 범위 내에서 EU는 국민들에 의한 민주적 정당성을 확보해 가고 있는 것으로 보이도록, 연방헌법재판소는 이런 것을 정당화시켜 주는 제도로서 EU행위에 대한 민중소송 같은 ‘민주주의 기본권’을 인정하는 것으로 보입니다. 사실상 EU통합에 관한 소송 외에 다른 데서 이런 민주주의에 대한 기본권이라고 하는 것을 인정한 사례는 제가 아직 못 본 것 같아서. 이는 이제 EU법의 특수한 내용이지, 다른 분야에서

하기는 쉽지 않을 것 같습니다.

**발 표 자:** 제가 이제 논문을 쪽 쓰면서 고민했던 것 중에 하나가 약간 좀 그 부분은 CETA에서는 중요하지 않았기 때문에 제가 넘어간 부분이 하나가 있는데, 독일 같은 경우에는 조약에 대해서 조약 체결 또는 조약 승인 관련해서 이전에 CETA 이전에 EU 외에 정문식 교수님 말씀하신 것처럼 EU법과 조약은 약간 다른 측면이 있다는 것은 이해를 하거든요. 조약에 관련해서는 상당히 적극적인 심사를 하는 것으로 알고 있는데, 조약의 경우. 왜냐하면 제가 드는 생각이 뭐냐 하면 우리나라 같은 경우도 마찬가지로 한미FTA 결정과정을 쪽 보면 이게 조약 체결을 한 다음에 국회 동의과정에서 보통 문제가 되잖아요. 그러니까 시간으로 치면 12시 59분이 되어서야 우리 국민이 알게 되고 문제가 발생하는데, 그래서 그전에 체결 전 단계에서 뭔가 통제하려고 하는 것 같은 법리가 있는 것 같은데, 그러한 것인지? 그러니까 원래 가치분 자체가 실체적 심사를 하지 않겠습니까? 그래서 실제로 CETA에서도 실체적인 위헌성심사를 하지 않겠다고 해놓고 사실상 위헌성 심사를 해 버렸는데, 어쨌든 간에 조약의 경우에는 예외라는 형식의 어떤 그런 내용을 좀 본 것 같아 가지고 그게 좀 맞는 것인지 어떤 것인지 강일신 교수님과 정문식 교수님 좀 아시는 게 있으면 좀, 궁금하다는 생각이 들고요. 다른 분들하고 같이 해서 더 진행해 주셨으면 좋겠습니다.

**간 사:** 두 분 교수님께 여쭙 보신 것이지요? 그러면 두 분 교수님께서 지금 김연식 교수님의 질문에 대해서 어떻게 생각하는지 들어보도록 하겠습니다.

**발 표 자:** EU법이 아니라 조약에서도 그런 가치분에 대한 심사가 있는지, 그리고 그럴 경우에 위헌심사가 적극적으로 되고 있는지?

**지정토론자(강일신):** 이 부분에 대해서는 저도 지식이 없습니다. 정문식 교수님께 답변을 부탁드립니다.

**지정토론자(정문식):** 저도 모르는데 답을 하기에는 적절하지 않아요.

아마 기본적으로 EU통합이든, 국제조약이든 연방정부가 주도를 하는 것을 비슷하지만, 연방헌법상 근거조문이 달라서 국제조약의 경우에는 독일연방헌법 재판소가 조금 더 적극적으로 통제할 수 있는 가능성이 있고, EU의 통합과정에는

조금 유보적인 자세를 취하는 것이 아닌가, 그냥 그 정도로만 말씀드립니다.

간 사: 예, 감사합니다.

그럼 대답이 좀 되셨는지요, 김연식 교수님?

예, 그러면 혹시 더 질문하실 분 계신지요?

지금 추가적인 질의는 없는 것 같은데요. 그러면 김연식 교수님, 강일신 교수님, 정문식 교수님 혹시 마지막으로 더 추가하고 싶은 말씀 있으신지요?

발 표 자: 제가 마무리 같이 얘기를 해야 될 것 같은데, 일단은 저한테 기회를 주셔가지고 제가 사실은 이 논문에 대해서 사실은 쓰다가 만 편지 같은, 왜 연애편지도 보면 전날 밤에 쓰고 그 다음날 아침에 보면 되게 창피하지 않습니까? 약간 좀 그런 논문이라 가지고. 대신에 나름대로 아, 이런 문제의식을 좀 가질 필요는 있겠다 싶어가지고 과감하게 썼는데 또 어떻게 우연히 아무도 안 읽을 줄 알았는데 발견해 주셔가지고 감사하게 발표를 좀 하게 되었습니다.

아까 뒤에 PPT에 쪽 나와 있던 문제의식이 사실은 연결되는 것이거든요. 그래서 그 부분, 또 아까 정문식 교수님 말씀하신 것처럼 그 부분도 조약 관련한 그런, 우리가 앞으로 헌법재판소가 당장 이거를 갖다가 어디 써먹기는 좀 힘들 수는 있겠지만 우리도 코로나 상황이 이렇게 될지는 모른 것처럼 어떤 상황에서 어떻게 우리가 아까 우리 김광욱 연구관님이 말씀하신 것처럼 소송법적 기술을 발휘해야 될 어떤 필요성이 있는 측면이 있기 때문에 우리도 한 번 어떤 이론적 또는 소송법적 차원에서 고민할 필요가 있지 않을까 하는 생각이 좀 들었습니다.

어쨌든 저도 발표하면서 고민을 많이 했고, 또 들으면서도 많이 배웠고요. 또 여기 연구관님들이 해 주신 날카로운 질문도 많이 도움이 되어 가지고 향후 연구에서 좀 더 발전된 모습을 보여드리도록 하겠습니다.

간 사: 그러면 이것으로 제182회 헌법실무연구회를 마치도록 하겠습니다.

여러 가지 바쁜 일정 속에서도 실무연구회를 위하여 귀한 시간을 내주신 김연식 교수님, 강일신 교수님, 정문식 교수님 그리고 참여해 주신 모든 분들께 다시 한번 깊이 감사드립니다.

## 헌법실무연구 수록 논문 색인(제1권~제20권)

제 1 권	제1회 발표문 (1999. 7. 2.)	택지소유상한에 관한 법률의 단순위헌결정 - 현재 1999. 4. 29. 선고, 94헌바37등(병합) 결정, 판례집 11-1, 289 -	윤홍근
	제2회 발표문 (1999. 9. 3.)	음란물출판사등록취소사건 - 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327 -	이인호
	제3회 발표문 (1999. 10. 1.)	도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 - 현재 1998. 12. 24. 89헌마214등, 판례집 10-2, 927 -	김문현
	제4회 발표문 (1999. 11. 5.)	文通事故處理特例法 제4조 제1항 및 그에 근거한 不起訴處분에 대한 憲法訴願의 適法性: 違憲決定의 遡及效 문제를 중심으로 - 현재 1996. 12. 16. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 -	윤진수
	제5회 발표문 (1999. 12. 3.)	자도소주(自道燒酒)구입명령 판결에 대한 평석 - 현재 1996. 12. 16. 96헌가18, 판례집 8-2, 680 -	박경신
	제6회 발표문 (2000. 1. 7.)	變形決定의 문제점	김운용
	제7회 발표문 (2000. 2. 11.)	구 소득세법 제60조에 대한 헌법불합치결정의 법적 성격과 그 효력 - 현재 1999. 10. 21. 96헌마61등, 판례집 11-2, 461 -	방승주
	제8회 발표문 (2000. 3. 10.)	선거관계법에 대한 헌법재판소 결정의 문제점	이성환
	제9회 발표문 (2000. 4. 7.)	노동3권의 법적 성격과 노동단체법 - 현재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32 -	강희원
	제10회 발표문 (2000. 5. 12.)	위헌법률에 기한 처분의 집행력 허용여부에 관한 검토	남복현
	제11회 발표문 (2000. 6. 2.)	국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의에 관한 현재결정들	박승호

제 2 권	제12회 발표문 (2000. 7. 7.)	법적 안정성과 실질적 정의 - 12·12 및 5·18 사건의 경우 -	이명용
	제13회 발표문 (2000. 10. 6.)	평등의 원초적 해석과 실질적 평등의 논리적 건재 - 제대군인가산점 위헌결정 평석 -	박경신
	제14회 발표문 (2000. 11. 10.)	민주주의의 실패와 사법적극주의 - 동성동본금혼 규정에 대한 헌법재판소 결정의 의의를 중심으로 -	임지봉
	제15회 발표문 (2001. 1. 5.)	헌법상 사립학교의 자유와 헌법재판의 동향	허종렬
	제16회 발표문 (2001. 2. 2.)	청소년보호를 위한 표현물 규제시스템의 헌법적 고찰 - 구 청소년보호법 제2조 제3호 가목등 위헌제청사건 등에 대한 평석을 중심으로 -	황성기
	제17회 발표문 (2001. 3. 2.)	헌법소원사건 결정을 통해서 본 언론에 의한 명예훼손의 법리	박선영
	제18회 발표문 (2001. 4. 6.)	서울대 입시요강사건 - 현재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 76(병합) -	정연주
	제19회 발표문 (2001. 5. 4.)	미국과 독일의 규범통제에서의 심사도구 비교	정태호
	제20회 발표문 (2001. 6. 8.)	사립대학교 재임용제의 헌법적 근거와 한계 - 사립학교법 제53조의 2의 제3항에 대한 헌법소원 결정을 중심으로 -	김종철
	제21회 발표문 (2001. 7. 6.)	가변적이고 예측 불가능한 상황에서의 헌법해석 - 현재 92헌마6 결정을 중심으로 -	박진완

제 3 권	제22회 발표문 (2001. 9. 7.)	대통령직속기관의 설치와 직무범위 - 현재 1994. 4. 28. 선고, 89헌마221 -	유진석
	제23회 발표문 (2001. 10. 12.)	헌법재판소와 사회적 기본권	홍성방
	제24회 발표문 (2001. 11. 2.)	과잉금지의 원칙과 적용상의 문제점	김형성
	제25회 발표문 (2001. 12. 7.)	근로자의 쟁의(행위)권의 행사와 공공복리 - 현재 1996. 12. 26. 선고, 90헌바19 결정, 92헌바41 결정, 94헌바49 결정과 관련하여 -	강희원
	제26회 발표문 (2002. 2. 1.)	공법인의 기본권주체성 - 현재 2000. 11. 30. 선고, 99헌마190 결정 등과 관련하여 -	함인선
	제27회 발표문 (2002. 3. 8.)	기본권의 보장과 제도적 보장의 준별론에 관한 비판적 토론 - 기본권의 최대한의 보장과 제도의 최소한의 보장에 전제된 오해의 극복을 위하여 -	이종수
	제28회 발표문 (2002. 4. 12.)	헌법상 평등의 요청과 국가유공자 유가족에 대한 가산점의 문제점 - 현재 2001. 2. 22. 선고, 2000헌마25 사건에 대한 평석 -	장영수
	제29회 발표문 (2002. 6. 7.)	양심의 자유의 규범구조와 보호범위 - 준법서약제를 중심으로 -	박종보
	제30회 발표문 (2002. 7. 12.)	헌법재판에서의 가치분	황치연
	제31회 발표문 (2002. 9. 6.)	전국구비례대표제의 투표방식과 의석배분방법의 위헌결정에 대한 비판적 고찰 - 현재 2001. 7. 19. 선고, 2000헌마91 · 112 · 134(병합) -	김종철

제 4 권	제32회 발표문 (2002. 10. 11.)	가상공간에서의 표현의 자유와 청소년보호 - 99헌마480과 2001헌가27을 중심으로 -	박선영
	제33회 발표문 (2002. 11. 8.)	특별부담금의 정당화문제	김성수
	제34회 발표문 (2002. 12. 6.)	부부자산소득합산과세는 위헌인가?	이창희
	제35회 발표문 (2003. 2. 7.)	알 권리와 의사공개의 원칙 - 현재 2000. 6. 29. 98헌마443 등 사건에 대한 평석 -	장영수
	제36회 발표문 (2003. 3. 7.)	憲法不合致決定에 관한 새로운 體系의 試圖	황도수
	제37회 발표문 (2003. 4. 4.)	노조법상 유니언숍제도(단결강제제도)의 위헌 여부	이승욱
	제38회 발표문 (2003. 6. 13.)	사회보장법과 세법의 기능적인 상관관계	전광석
	제39회 발표문 (2003. 7. 11.)	권한분쟁에 관한 헌법재판소와 법원의 관할	김하열
	제40회 발표문 (2003. 9. 19.)	우리 違憲法律審判節次 등의 審判對象	김시철

제 5 권	제41회 발표문 (2003. 10. 10.)	명예, 초상, 프라이버시 그리고 표현의 자유에 관한 비교법적 분석 - 한국, 미국, 독일, 프랑스 -	박경신
	제42회 발표문 (2003. 11. 7.)	기본권의 경합	장영철
	제43회 발표문 (2004. 2. 13.)	정당국가적 대의민주제에서의 선거와 정당에 대한 헌법재판소의 결정 평석 - 국회의원선거기탁금, 국회의원의 상임위원회 강제 사임조차, 선거권 연령 기준에 관한 판례를 중심으로 -	이덕연
	제44회 발표문 (2004. 4. 9.)	부실감사죄의 헌법재판 - 헌법재판소의 변형결정의 기속력에 대한 법이론적 이해 -	이상돈
	제45회 발표문 (2004. 5. 7.)	지방자치권에 대한 헌법상의 보장 - 강남구청과 대통령 간의 권한쟁의 (2002. 10. 31. 2001헌라1) -	이광운
	제46회 발표문 (2004. 6. 4.)	내사종결처분의 법적성질 - 2002. 10. 31. 2002헌마369, 헌법재판소 공보 제74호(2002년), 989면 -	신동운
	제47회 발표문 (2004. 7. 2.)	가족법상의 몇 가지 헌법적 문제 - 호주제의 전통성, 자녀의 성, 이혼숙려기간 -	김상용
	제48회 발표문 (2004. 9. 3.)	헌법재판소 판례의 국제법적 분석	정인섭

제 6 권	제49회 발표문 (2004. 10. 1.)	헌법재판에서의 전통에 대한 심사	윤진수
	제50회 발표문 (2004. 11. 5.)	제법상 유형화·포괄화의 이해 - 그 정당성과 한계를 중심으로 -	박종수
	제51회 발표문 (2004. 12. 3.)	헌법재판소의 정치적 역할: 제한적 적극우의를 넘어서	양 건
	제52회 발표문 (2005. 2. 18.)	탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권	정중섭
	제53회 발표문 (2005. 3. 4.)	수도이전특별법 위헌결정에 대한 헌법이론적 검토	전광석
	제54회 발표문 (2005. 4. 1.)	행정입법과 헌법재판	유지태
	제55회 발표문 (2005. 5. 6.)	양심적 병역거부권에 대한 헌법재판소결정에 대한 검토	박진완
	제56회 발표문 (2005. 6. 3.)	입헌적 공화주의의 헌법이해	이국운
	제57회 발표문 (2005. 7. 8.)	상가건물의 업종제한약정에 대한 헌법적 평가	김성태
	제58회 발표문 (2005. 9. 9.)	원고적격의 정치경제학(II): 대법원의 행정소송법 개정안에 나타난 객관소송관을 글감으로 하여	조홍식

제 7 권	제59회 발표문 (2005. 10. 11.)	수용자의 서신검열과 통신의 자유	박인수
	제60회 발표문 (2005. 11. 1.)	헌법재판소 심판사건 통계분석	송기춘
	제61회 발표문 (2005. 12. 16.)	한국에서의 자유민주주의와 헌정주의	강정인
	제62회 발표문 (2006. 2. 10.)	명의신탁 증여의제규정의 개정방안	박 훈
	제63회 발표문 (2006. 3. 10.)	지구당의 강제적 폐지의 위헌성	정태호
	제64회 발표문 (2006. 4. 7.)	법적 추론에 대한 법철학적 고찰 - 헌법의 경우 -	김현철
	제65회 발표문 (2006. 5. 12.)	명백·현존하는 위험의 원칙과 표현의 자유	임지봉
	제66회 발표문 (2006. 6. 9.)	사법적 검토의 재검토: 헌법재판과 비지배적 상호성	곽준혁
	제67회 발표문 (2006. 7. 7.)	생명헌법(bio-constitution)과 체외인공수정잔여배아(surplus embryo in vito fertilization)의 법적지위	강희원
제68회 발표문 (2006. 9. 8.)	신뢰보호원칙에 대한 헌법재판소의 태도	박경철	

제 8 권	제69회 발표문 (2006. 10. 13.)	공무담임권의 보호영역에 관한 헌법재판소의 판례 비판	이인호
	제70회 발표문 (2006. 11. 1.)	헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권	김선택
	제71회 발표문 (2006. 12. 8.)	헌법의 경제학적 이해	신도철
	제72회 발표문 (2007. 2. 2.)	자기정보통제권에 관한 판례의 평석	권건보
	제73회 발표문 (2007. 3. 9.)	과세의 재산권적 한계	방승주
	제74회 발표문 (2007. 4. 13.)	유럽법상의 기본자유와 기본권의 관계	정문식
	제75회 발표문 (2007. 5. 11.)	병역의무와 성차별금지	김주환
		병역법 제3조 제1항에 관한 소고	윤진숙
	제76회 발표문 (2007. 6. 1.)	입헌주의와 민주주의: 그 “모순적 정합성”에 관한 소고	김성호
	제77회 발표문 (2007. 7. 6.)	행정규칙과 헌법소원심판	김중권
		행정규칙의 헌법소원 대상성	정호경
	제78회 발표문 (2007. 9. 7.)	한정위헌청구의 적법성 여부	박순성
		한정위헌청구의 적법성	황도수

제 9 권	제79회 발표문 (2007. 10. 5.)	고등학교 학생선발 및 배정방법과 학교선택권의 보장 문제	허종렬
		고등학교 평준화제도에 대한 헌법적 검토	이기우
	제80회 발표문 (2007. 11. 2.)	헌법재판소 재산권 판례의 경제학적 분석	정기화
	제81회 발표문 (2007. 12. 7.)	변호인의 조력을 받을 권리에 관한 헌법재판소 해석방법론 검토	이완규
	제82회 발표문 (2008. 3. 7.)	헌법재판에서 심판의 기준	김경제
	제83회 발표문 (2008. 4. 4.)	평등권 심사 기준과 방법의 구조화	김주환
	제84회 발표문 (2008. 5. 9.)	미국 연방대법원의 위헌심사기준으로서의 '이중 기준'	이우영
	제85회 발표문 (2008. 6. 13.)	형성적 법률유보를 가지는 기본권에서 과잉금지원칙의 적용여부	한수용
	제86회 발표문 (2008. 7. 11.)	보통·평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견	정태호
	제87회 발표문 (2008. 9. 19.)	미국의 사전 제재 법리와 2002년 불온통신규제결정의 재발견	박경신
제88회 발표문 (2008. 10. 10.)	조세국가의 성격 및 구조와 조세입법에 대한 합헌성 심사의 기준	차진아	

제 10 권	제89회 발표문 (2008. 11. 14.)	법률유보와 의회유보	방승주
	제90회 발표문 (2008. 12. 12.)	헌법재판소 20년 - 그 명암과 굴곡	이현환
		헌법재판 20년과 행정법	김광수
	제91회 발표문 (2009. 2. 6.)	기본권의 대사인적 효력의 적용	이준일
	제92회 발표문 (2009. 3. 6.)	공무원의 노동3권에 관한 입법형성과 그 한계	김진곤
	제93회 발표문 (2009. 4. 10.)	기본권보호의무의 심사기준으로서의 과소보호금지원칙	이부하
	제94회 발표문 (2009. 5. 1.)	불온서적 지정의 위헌성	이재승
	제95회 발표문 (2009. 6. 5.)	헌법상 제도보장에 있어서 핵심영역의 보장	김대환
	제97회 발표문 (2009. 9. 14.)	헌법불합치결정을 둘러싼 법적 쟁점의 검토	남복현
	제98회 발표문 (2009. 10. 9.)	역 로빈훗 방식의 수용권행사의 위헌성	이인호

제 11 권	제99회 발표문 (2009. 11. 6.)	구 종합부동산법 제7조 등 위헌소원사건에 대한 평석	이동식
	제100회 발표문 (2009. 12. 18.)	우리나라 헌법재판제도의 현재와 미래	김철수
	제101회 발표문 (2010. 2. 19.)	헌법불합치결정의 사례분석에 나타난 한정적 청구와 한정적 판단의 필요성 검토	남복현
	제102회 발표문 (2010. 3. 12.)	법률에 의한 쟁의행위의 금지와 근로삼권의 제한	정인섭
	제103회 발표문 (2010. 4. 16.)	인터넷과 선거운동	황성기
	제104회 발표문 (2010. 7. 2.)	헌법불합치결정에 따른 입법자의 법률개선의무위반의 법적 효과	허원중
	제105회 발표문 (2010. 9. 10.)	권한쟁의심판과 법률의 위헌성 심사	차진아
	제106회 발표문 (2010. 10. 15.)	형벌조항에 대한 위헌심사와 책임주의	변종필

제 12 권	제107회 발표문 (2010. 12. 4.)	재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위: 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론	김하열
		원행정처분에 대한 헌법소원	전종익
	제108회 발표문 (2011. 2. 11.)	공무원의 충실의무와 기본권적 지위의 검토	이중수
	제109회 발표문 (2011. 3. 4.)	가산세의 법적 성격과 입법한계	김용희
	제110회 발표문 (2011. 4. 16.)	야간집회금지 헌법불합치결정에 대한 비판적 고찰	이인호
	제111회 발표문 (2011. 5. 13.)	군대내 불온서적 금지 사건 (헌재2010.10.28. 2008헌마638) 평석	김하열
	제112회 발표문 (2011. 6. 10.)	지방자치제도 발전을 위한 헌법재판의 과제	성낙인
		지방자치단체 자치권의 본질과 범위	이승환
		주민소송·주민투표·주민소환을 중심으로 한 주민참여법제 小考	김병기
		지방자치관련 권한쟁의심판사건의 주요 쟁점	노희범
		지방자치단체의 구역 및 경계에 관한 법적 과제	최우용
	제113회 발표문 (2011. 9. 8.)	현행 인터넷상 본인확인제에 대한 헌법적 평가	지성우
	제114회 발표문 (2011. 10. 13.)	헌법재판소 미디어법 관련 권한쟁의심판사건 결정들에 대한 비판적 검토	임지봉

제 13 권	제115회 발표문 (2011. 11. 10.)	헌법불합치결정과 그에 대한 국회 및 법원의 반응 - 2006년 6월 이후의 위헌법률심판 ("헌가" 및 "헌바") 사건을 중심으로 -	방승주
	제116회 발표문 (2011. 12. 9.)	불매운동의 표현행위의 업무방해죄 구성과 합헌적 법률해석의 통계기준 - 서울중앙지방법원 2009노677 판결을 중심으로 -	김진한
		소비자불매운동 규제의 헌법적 한계에 대한 비교법적 고찰 - 영미법을 중심으로 -	박경신
	제117회 발표문 (2012. 3. 15.)	법률에 대한 위헌심사의 기준, 도구(방법), 척도 - 현재 2010.9.2. 2010헌마418 결정에 대한 비판적 고찰 -	김현철
	제118회 발표문 (2012. 4. 12.)	인터넷 선거운동의 헌법적 쟁점에 관한 검토 - 현재 2011.12.29. 2007헌마1001 등 결정을 중심으로 -	조소영
	제119회 발표문 (2012. 5. 10.)	친일재산 국가귀속 특별법의 헌법적 쟁점 - 현재 2011.3.31. 2008헌바141 사건 등을 중심으로 -	이경주
	제120회 발표문 (2012. 6. 14.)	외국인의 기본권주체성 문제에 대한 비판적 고찰 - 현재 2011.9.29. 2007헌마1083 등 (외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 제25조 제4항 등 위헌확인 사건) 의 관련 법리분석을 중심으로 -	정태호
	제121회 발표문 (2012. 9. 12.)	일본군 위안부사건에 대한 헌법재판소 결정의 평석	이승우
	제122회 발표문 (2012. 10. 11.)	포괄위임금지원칙의 심사기준	전종익
	제123회 발표문 (2012. 11. 8.)	구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원 결정을 둘러싼 헌법소송법적 쟁점에 대한 검토 - 현재 2012.5.31. 2009헌바123 · 126(병합) 사건 등을 중심으로 -	방승주

제 14 권	제124회 발표문 (2012. 12. 13.)	정치과정의 개방성 관점에서 본 시민의 정치적 자유 - 최근의 헌법재판소 결정들에 대한 검토를 중심으로 -	윤영미
	제125회 발표문 (2013. 3. 14.)	한정위헌청구 형식의 헌법소원에 있어서 심판의 범위 - 현재 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정에 대한 평석 -	정광현
	제126회 발표문 (2013. 4. 11.)	헌법상 평등의 이념과 심사기준 - 헌법재판소의 평등심사기준 다시 쓰기 -	김진욱
	제127회 발표문 (2013. 5. 9.)	국가주의와 주민통제 - 주민등록법의 헌법문제를 중심으로 -	한상희
	제128회 발표문 (2013. 6. 21.)	성매매 처벌의 문제점과 대안	이경재
	제129회 발표문 (2013. 9. 4.)	동성혼과 평등권 심사기준 - 미국 연방대법원 ‘결혼보호법(DOMA)’ 위헌 판결을 중심으로 -	김지혜
	제130회 발표문 (2013. 10. 10.)	헌법재판소의 사생활의 비밀과 자유 적용에 나타난 문제점 - 성기구 사건(현재 2013. 8. 29. 2011헌바176)에 대한 평석을 중심으로 -	임지봉
	제131회 발표문 (2013. 11. 14.)	국가목표조항의 기능과 심사기준	명재진

제 15 권	제132회 발표문 (2013. 12. 6.)	자유, 복지, 평등	황도수
		복지 생산을 위한 공·사 기능 분담 - 헌법 해석적 접근 -	장철준
		복지국가와 복지수급권의 보장 - 신뢰보호원칙과 재산권보장을 중심으로 -	이준일
	제133회 발표문 (2014. 3. 13.)	2006헌마328 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 사 건에 대한 비판적 검토	정주백
	제134회 발표문 (2014. 4. 10.)	긴급조치 위헌 결정의 문제점 - 심판기준과 심판기관을 중심으로 -	김경제
	제135회 발표문 (2014. 5. 21.)	헌법불합치결정의 문제점	전상현
	제136회 발표문 (2014. 6. 25.)	선거의 민주성과 공정성의 관계 - 공직선거법 제93조 제1항 위헌소원(현재 2014.4.24. 2011헌바17·2012헌바391(병합))을 중심으로 -	오동석
	제137회 발표문 (2014. 8. 29.)	형벌법규에 대한 위헌결정의 효력을 둘러싼 쟁점 - 위헌결정의 소급효제한과 그 제한시점을 중심으로 -	남복현
		최고재판소판례상 인권해석의 최근경향과 그 문제점	戸波江二 (토나미 코지)
		헌법소송론의 위헌심사기준에 관한 학설·판례의 동향	小山剛 (고야마 고우)
	제138회 발표문 (2014. 10. 23.)	재산권의 특수성에 관한 고찰	이황희
	제139회 발표문 (2014. 11. 14.)	불확실성 시대의 위험과 국가의 역할	노진철
	제140회 발표문 (2014. 10. 23.)	유럽인권재판소를 통해 살펴본 지역인권보장체계	김성진
		아시아 지역의 인권기구 설립방안	이상경
		헌법재판에서 국제인권규범의 법원성 검토	김용훈

제 16 권	제141회 발표문 (2015. 3. 12.)	사립학교 규제에 대한 헌법재판소 심사기준의 비판적 검토	이명웅
	제142회 발표문 (2015. 4. 10.)	청소년 보호와 국가후견주의의 한계 - 현재 2014.4.24. 2011헌마659 등, 청소년보호법 제23조의3등 위헌확인의 평석을 중심으로 -	황성기
	제143회 발표문 (2015. 5. 7.)	잊혀질 권리의 헌법적 검토	문재완
	제144회 발표문 (2015. 6. 25.)	보안처분의 확대를 통한 형벌의 강화와 범죄에 대한 국가책임의 회피 - ‘디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률’에 관한 판례 평석을 중심으로 -	이준일
	제145회 발표문 (2015. 9. 24.)	헌법소원심판절차에서 심판비용부담 재판이 필요한지 여부 (현재 2015.5.28. 2012헌사496 참조)	최희준
	제146회 발표문 (2015. 10. 16.)	독일 통일 과정과 통일 후 헌법적 문제 - 독일연방헌법재판소의 역할을 중심으로-	배보운
	제147회 발표문 (2015. 11. 13.)	난민신청자의 지위와 권리에 관한 헌법적 검토	김선희
	제148회 발표문 (2015. 12. 11.)	헌법재판과 언론	박재현
박용현			

제 17 권	제149회 발표문 (2016. 3. 10.)	상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제 - 헌법재판소 판례이론을 중심으로 -	이종훈
	제150회 발표문 (2016. 4. 28.)	대한민국 헌법 개정의 역사 - 정치적 상황을 중심으로 -	서중석
		조선법운용 - 경국대전을 중심으로 -	이이화
	제151회 발표문 (2016. 5. 25.)	명확성원칙에 대한 재검토	김경목
	제152회 발표문 (2016. 7. 13.)	미국의 선거자금규제 판례와 표현의 자유 - 역사적 배경과 판례를 중심으로 -	임성희
	제153회 발표문 (2016. 9. 21.)	혐오표현과 표현의 자유 - 혐오표현에 대한 규제 찬반론을 중심으로 -	우승아
	제154회 발표문 (2016. 10. 26.)	유럽연합의 유연성 - 안정성 균형의 실험과 노동의 대안 -	조돈문
	제155회 발표문 (2016. 11. 23.)	헌법재판소 강제입원 위헌(헌법불합치)결정의 의미와 향후 과제	신권철

제 18 권	제156회 발표문 (2017. 4. 12.)	민주주의의 과거, 현재, 미래/ 책임정부론	박상훈
	제157회 발표문 (2017. 5. 12.)	헌법재판과 공적 참여	이항희
	제158회 발표문 (2017. 6. 9.)	사인에 대한 기본권의 효력	이노홍
	제159회 발표문 (2017. 8. 30.)	외국인의 기본권 주체성	정광현
	제160회 발표문 (2017. 9. 26.)	과잉금지원칙의 논증구조	이재홍
	제161회 발표문 (2017. 11. 8.)	형벌법규 위헌심사기준에 대한 비판적 검토	오영신
	제162회 발표문 (2017. 12. 13.)	정치적 기본권과 헌법재판소	서복경

제 19 권	제163회 발표문 (2018. 3. 16.)	국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 기본권·전문·총강분과 헌법개정안 개관	고문현
		유럽연합의 기본권 헌장상의 기본권 보장규정에 비추어본 우리 헌법상의 기본권 규정의 개정의 필요성	박진완
	제164회 발표문 (2018. 4. 20.)	정치와 사법(司法) - 이론적 고찰	이명웅
	제165회 발표문 (2018. 5. 18.)	노동과 헌법	김선수
	제166회 발표문 (2018. 6. 15.)	선거운동의 개념을 통해 본 선거운동의 자유와 선거의 공정성 - 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결을 중심으로 -	손인혁
	제167회 발표문 (2018. 9. 14.)	긴급조치 발령행위에 대한 국가배상청구와 관련한 헌법적 문제	정태호
		국가에 대한 손해배상청구권과 소멸시효 - 과거사 사건을 중심으로 -	홍관표
		보상금 지급 동의의 재판상 화해 간주와 재판청구권	최희수
	제168회 발표문 (2018. 10. 19.)	재판의 전제성에 관한 비판적 고찰	정주백
	제169회 발표문 (2018. 11. 16.)	혐오표현의 규제 방향: 형사범죄화의 한계와 다원적 규제 대안	홍성수
제170회 발표문 (2018. 12. 14.)	출입국관리법상 강제퇴거 명령의 위헌성 여부 - 현재 2018. 2. 22. 2017헌가29 -	박미숙	

제 20 권	제171회 발표문 (2019. 3. 22.)	공무담임권의 보장내용 - 공무담임권에 관한 헌법재판소결정의 판례평석을 곁하여 -	한수용
	제172회 발표문 (2019. 4. 19.)	한정위헌결정의 실제법적 쟁점에 관한 헌법재판소와 대법원의 견해 비교연구	남복현
	제173회 발표문 (2019. 5. 17.)	개발부담금의 법적 성격에 관한 헌법재판소 판례의 분석과 평가	차진아
	제174회 발표문 (2019. 6. 21.)	개인정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호영역	전상현
	제175회 발표문 (2019. 9. 27.)	영국과 네덜란드의 기본권의 수평효 논의 고찰	이노홍
	제176회 발표문 (2019. 10. 18.)	가짜뉴스에 관한 비교법적 연구 - 가짜뉴스의 개념 및 미국에서의 관련 논의를 중심으로 -	김중현
	제177회 발표문 (2019. 11. 29.)	선거제도 개선을 통한 국회의원의 대표성·비례성 강화방안 연구 - 독일 연방선거법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로 -	신옥주
	제178회 발표문 (2019. 12. 20.)	블록체인 및 가상화폐	박성준
	블록체인의 법적 과제와 규제 방향	김형섭	



## 헌법실무연구 제21권 (2020년)

---

2021년 5월 인쇄

2021년 5월 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

인쇄 성문인쇄사 02.2272.7553

---

(비매품)

