

발간등록번호
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

헌법논총

제 32 집



헌법재판소

「헌법논총」은 헌법재판소가 공모하여 선정한 논문 및 내부직원의 연구논문 등을 수록한 논문집으로서, 게재된 논문은 저자 개인의 견해임을 알려드립니다.

목 차

1. 남북한 특수관계론에서 정상관계론으로 변화가능성 연구	權殷玟 7
2. 여성의 재생산권에 대한 고찰	申玉株 51
3. 혼인과 가족의 의미에 관한 헌법적 연구	許眞誠 99
4. 재외국민 보호의무에 관한 비교법적 연구	成 王 ... 149
5. 오스트리아 헌법과 헌법재판소의 발전 및 오스트리아 근현대사 연구	鄭致彦 ... 183
〈부 록〉	
헌법논총 수록 논문색인	233
헌법논총 제32집 공모 안내문	253

남북한 특수관계론에서 정상관계론으로 변화가능성 연구*

A Study on the Possibility of Change from Special
inter-Korean relations to Normal relations

權 殷 玟(Kwon, Eun-Min)

변호사, 북한학 박사

- 목 차 -

I. 서론	9
II. 남북한 특수관계론 형성 과정	12
1. 남북한 특수관계론 개념	12
2. 남북한 특수관계론이 등장한 시대상황	15
3. 남북한 특수관계론과 독일의 영향	17
4. 법률 규정에 나타난 남북한 특수관계	19
III. 북한의 법적 지위에 대한 시기별 판례의 변화	19
1. 북한의 존재를 부인하고 타도의 대상으로 인식한 시기	21
2. 북한의 실체를 인정하면서 평화통일의 상대방으로 인식한 시기	23

* 이 논문은 헌법논총 제32집 일반주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제32집(2021)

3. 북한을 교류협력의 상대방으로 인식하고 교류협력을 시작한 시기	26
4. 장래 판례의 변화 방향	33
IV. 특수관계론의 변화가능성 검토	35
1. 현실의 변화	35
2. 남북한법제의 변화과정	38
3. 특수관계론에서 정상관계론으로	39
가. 헌법상 영토조항 및 통일조항의 재해석 필요성	40
나. 정상관계론에 따른 법제도 변화방향	41
V. 결론	45
* 국문초록 및 주제어	47
* 영문초록 및 주제어	48
* 참고문헌	49

I. 서론

현재의 남북관계를 법률적으로는 남북한 특수관계론으로 설명하는 것이 다수의견이다. 필자는 장래 교류협력이 진면화¹⁾ 될 시기에는 현재와 다른 법제도가 구축되어야 한다는 문제의식을 가지고 있는바, 이 논문에서 남북한 특수관계론의 변화가능성을 모색해 보고자 한다. 남북한 특수관계론이 형성된 1990년대와 비교하여 변화된 현재의 상황을 먼저 살펴본다.

입법 측면을 보면, 남북교류협력 재개에 대비하여 정부 부처별로 그 부처 소관법률에 남북교류협력에 관한 사항을 포함하는 개정안을 지속적으로 발의하고 있다. 예컨대 문화부는 관광기본법 개정안 제3조 제2항에서 기본계획에는 ‘남북관광 활성화에 관한 사항’이 포함되어야 하며, 제13조의 2에서 ‘정부는 남북교류 증진과 관광사업 육성을 위하여 남북관광을 활성화시키는 데에 필요한 시책을 강구하여야 한다. 정부는 남북관광 활성화를 위하여 북한의 관련 현황 및 정책 등에 대하여 조사 연구하여야 한다.’는 내용이 추가되어야 한다는 입장이다. 이에 대하여 통일부는 반대하는데, 그 이유로 남북관광 활성화를 위한 법적 뒷받침은 남북교류협력법과 남북관계발전법에 따라 충분히 가능하고, 아직 남북관계가 제도화되지 않은 상황을 고려하여 대북관계는 전략적 측면이 중요하다면서 개별법에 구체적 사업 내용을 법제화하기 보다는 현행법체계 내에서 사업을 추진하고 향후 여건 조성시 법제화를 검토하는 것이 바람직하다는 입장이다. 이런 문제는 국토부(철도, 도로, 공항), 문화재청(남북 공동 유네스코 등재)등 여러 부처에서 발생하고 있다. 또한 지방자치단체도 남북협력사업을 독자적으로 추진하려고 한다. 개정된 남북교류협력법 제24조의 2에 따라 지방자치단체가 남북

1) 필자가 상정하는 미래는 남북한 주민이 상대지역에서 장기체류하고, 상대지역에서 투자활동을 하며, 중국과 대만의 양안관계와 같이 일상적 이동이 가능한 상황이다.

교류협력사업의 주체가 됨으로써 남북교류협력사업의 활성화가 가능하게 되었다. 2020년 12월말 기준으로 남북관계에 관한 조례를 제정한 지자체는 161개이다(광역 17, 기초 144)²⁾ 이 문제는 각자 의견이 모두 이유가 있는 바, 새로운 요구가 제기되는 것은 기존의 법체계가 한계에 부딪혔음을 드러내는 것이다. 통일부 중심의 정책, 원칙적 금지와 예외적 허용이라는 포지티브 시스템의 남북협력이 변화해야 함을 보여주는 사례이다.

다음으로 정부 정책 측면에서 보면, 문재인 정부는 한반도평화프로세스를 추구³⁾하는데, 이는 북한을 평화와 통일의 동반자로 인정하고 비핵 평화 및 화해협력과 공동번영을 추진하는 대북 포용정책의 총칭이다. 문재인 정부가 추진하는 한반도 신경제구상의 장래를 예상하여 보면, 남북한 간 교류의 재개에서 시작하여, 일반적인 교역에서 산업부문에 교류를 확장하고, 물류와 생산시스템까지 연결함으로써 남북 공동시장기반을 마련하는 변화를 추구할 것이다.⁴⁾ 이러한 변화에 대비하기 위해서는 변화된 환경에 맞는 법과 제도가 마련되어야 하는데, 남북한 특수관계론으로 이런 변화된 미래를 맞이하기는 어렵다.⁵⁾ 이런 변화를 맞이하려면 법제도도 새롭게 바뀌어야 한다는 것이 필자가 가지는 문제의식이다.

2) 민주평통 운영위원회 자료인 2021년 민주평통 중점 추진활동 자료집 참조

3) “한반도 평화프로세스는 선택이 아니라 반드시 가야만 하는 길입니다. 하노이 회담 결렬 이후 오랜 교착상태를 하루 속히 끝내고 북미 대화와 남북관계에 새로운 돌파구를 마련하여 평화의 시계가 다시 움직여 나가도록 최선의 노력을 기울여 나갈 것입니다. 뜻이 있는 곳에 길이 있는 법입니다. 평화와 번영의 한반도는 온 겨레의 염원입니다.” 2021.1.21. 문재인 대통령 국가안전보장회의 발언 내용

4) 김갑식 외, 새로운 한반도 구상 추진전략과 정책과제, 통일연구원 2020, 201~205

5) 이인영 통일부 장관의 1민족 2국가 2체제 1시장으로 접근하자는 발언도 같은 맥락이다. “2030에 통일 강요 말아야” 서울신문 2021.4.22.자 인터뷰 기사, “통일 방안보다 이제는 거기까지 가는 로드맵이 훨씬 중요해졌다. 1단계 교류와 협력, 투자촉진과 활성화, 2단계 산업과 자원의 연합, 3단계 화폐와 시장의 공유 또는 통합, 4단계 재정과 정치의 통일 준비단계가 있다. 굳이 얘기하면 시장통일론인데, 1민족 2국가 2체제 1시장 이렇게 접근해야 한다… 그러면 삶에서의 통일이 시작될 수 있다.”

마지막으로 국민의 통일인식 변화 측면이다. 통일연구원이 진행한 2020년 조사는 통일에 대한 인식이 임계점을 넘어서고 있다는 것을 보여준다. 더 이상 혈연적 민족주의에 기반한 당위적 통일론으로는 국민들의 공감을 얻을 수 없고, 설문참가자들은 통일이 장기적으로 국가에 이익이 될지 몰라도 그 과정에서 개인들이 부담해야 할 생활수준의 하락에 대해 걱정하고 있다. 따라서 통일의 의미와 필요성, 그리고 그것이 구체적으로 우리의 삶에 미칠 영향에 대한 새로운 연구와 국민적 토론, 그리고 합의가 이루어지지 않는다면 정부의 통일 및 대북정책 수행에 대한 구체적인 합의 도출이 힘들어질 것이다.^{6) 7)} 통일인식조사 결과를 보면, 국민의 통일인식이 질적으로 변하고 있음을 알 수 있다. 법과 제도도 국민의식변화에 맞추어 변화해야 할 것인데, 그 시작은 북한의 법적 지위에 대한 인식 변화⁸⁾와 남북관계에 대한 인식변화에서 시작되어야 할 것이다. 이런 이유로 이 논문에서는 기존의 남북관계에 대한 법이론인 ‘남북한 특수관계론’을 비판적으로 재검토하고 대안을 모색해 보고자 한다.

필자는 이 논문을 쓰면서 북한연구에서 법의 역할이 무엇인지를 생각해 보았다. 분단이후 대한민국 초기에 북한문제는 정치와 군사분야의 영향이 강했고 법이 개입할 여지가 적었다. 국가보안법이 주로 문제되었던 시기에 벗어난 것은 1988년 7.7 선언이후 북한과도 교류와 협력을 할 수 있다는 사고의 전환에서 시작되었다. 이때부터 법이 북한문제에 개입할 수 있

6) 이성신 외, KINU 통일인식조사 2020, 통일연구원 2020, 60.

7) 한편 변화된 현실을 인정하면 오히려 남과 북이 하나가 되어야만 정전체제를 끝낼 수 있다는 강박관념으로부터 벗어날 수 있는 조건이 된다는 의견도 있다. 박태균, ‘남북한 유엔 가입 30주년을 맞으며’ 한겨레신문 칼럼 2021.5.19.자, 통일을 거부하는 것이 아니라 불안정한 정전체제를 평화상태로 변화시키면서 긴 호흡으로 통일을 준비할 수 있는 조건이 마련된 것이라는 견해를 취한다.

8) 권은민, “북한의 법적 지위에 대한 서론적 고찰:북한의 국가성 인정의 관점에서” 북한법연구 제25호, 2021 상반기, 필자는 위 논문에서 북한을 남한과는 별개의 국가로 인정하자고 제안한다.

었다. 이때 고안된 이론이 북한의 이중적 지위론 내지 남북한 특수관계론이다. 그로부터 다시 30년이 지났다. 한 세대가 지나는 사이에 교류협력은 확대와 중단을 반복하고 있고, 그에 맞추어 법률의 제정과 개정이 계속되었다. 이런 과정을 거치면서 북한문제에서 법도 하나의 독자적인 영역이 되었다. 그런데 현재의 법과 제도로 미래로 나아갈 수 있을까를 생각해 보면, 이 시점에서 또 한 번의 사고 전환이 필요하다는 생각을 하게 되었다.⁹⁾ 필자가 주장하는 변화의 방향은 현실에 근거하여 미래지향적으로 접근하는 것이다. 남북관계에서 법이 문제되는 영역은 주로 교류협력의 일선에서 발생한다. 이때 법의 역할은 고고한 원칙을 선언하는 것이 아니라 당면한 문제를 해결하고 통일을 지향하는 방향으로 제도를 개선하는데 이론적 근거를 제공하는 것이어야 한다.

II. 남북한 특수관계론 형성 과정

1. 남북한 특수관계론 개념

남북한 특수관계론은 남북관계의 특수성을 규범적 측면에서 설명하는 헌법이론이다. 남북관계에서 발생하는 법률의 충돌과 모순을 해결하는 이론적 도구이며 헌법규범과 헌법현실, 남북한의 국내법적 지위와 국제법적 지위 사이의 모순을 합리적으로 설명하려는 규범적 분석틀이다. 기존의 논의를 살펴본다.

이효원은 남한과 북한은 자신을 한반도의 유일한 합법정부로 주장하면서 상대방을 규범적으로 인정하지 않기 때문에 남한의 입장에서 북한의 법적

9) 이계수, “지식의 고고학과 행정법학의 에피스테메” 행정법학 제20호, 2021.3.는 기존의 주류 행정법 담론에게 계속해서 질문하기를 통해 새로운 길을 찾는데, 필자도 기존의 주류 담론에게 질문을 함으로써 대안을 모색해 보려한다.

지위를 어떻게 인정할 것인가가 문제라면서 3가지 측면에서 설명한다.¹⁰⁾ 국내법적 규범영역의 소극적 의미는, 남북관계가 나라와 나라 사이의 관계가 아니라는 의미인데, 남북관계를 규율할 직접적인 기준을 제시하는 것은 아니다. 국내법적 규범영역의 적극적 의미는 북한의 이중적 지위다. 북한이 반국가단체로 활동하는 영역에서는 국가보안법등 국내법이 적용되고, 대화와 협력의 동반자로 활동하는 영역에서는 북한의 실체를 인정하고 국제법 원칙을 적용¹¹⁾한다. 국제법적 규범영역에서는 국제사회에서 남북한이 각각 국제법의 주체로서 활동하고 있는 현실과 국내법을 이유로 국제법의 적용을 배제할 수 없다는 국제법원칙이 고려되어야 하고, 따라서 남북한이 제3국이나 국제기구와 법률관계를 형성할 경우에는 원칙적으로 국제법원칙이 적용된다.¹²⁾

한편 송진호는 남북한 특수관계론이란 헌법 제3조와 제4조의 규범조화적 해석, 남북기본합의서, 남북교류협력에 관한 법률, 남북관계 발전에 관한 법률, 대법원 판례, 헌법재판소 결정례 등을 근거로 하여 "남북한 사이의 관계는 나라와 나라 사이의 관계가 아닌, 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계"라는 기본원리에서 이를 구체적인 법률관계에 적용할 수 있도록 도출된 법이론이라 한다.¹³⁾ 구체적 적용에서 남북한 관

10) 이효원, 통일법의 이해, 박영사 2014. 제4장 남북관계에 대한 규범체계 91 이하

11) 이효원, 위 책 95는 남북관계에서 국제법원칙을 적용할 경우에는 국가간 관계가 아니라는 대원칙에 반할 우려가 있으므로 국제법원칙을 적용할 근거를 법률에 명시적으로 규정하는 것이 바람직하다고 하는바, 이는 논리구조는 다르지만 개별법률에서 북한의 지위와 역할을 적극적으로 규정하자는 필자의 주장과 같은 입장이다.

12) 이 견해를 필자가 주장하는 남북한 정상관계론으로 설명하면, 국내법적 규범영역이 바뀌게 된다. 즉 소극적인 의미는 나라와 나라사이의 관계이고, 적극적 의미는 북한의 별개 국가로서의 단일지위가 된다. 이렇게 될 경우에는 법적용기준이 명확하여 일관된 법적용이 가능하고, 그 동안 공백으로 두었던 각종 법률에서 북한을 적극 규정할 수 있게 된다.

13) 송진호, "남북한 특수관계에서 국가면제이론의 유추적용 문제에 대한 고찰", 통일과 법률 2021.2. 15. 이러한 남북한 특수관계론은 남북관계에서 발생하는 법률의 충돌

계가 국내법적 규범영역에서 적용될 경우에는 북한의 이중적 지위에 따라 북한이 반국가단체로서 활동하는 영역과 대화와 협력의 동반자로 활동하는 영역으로 구분하여 전자는 남한법을 후자는 국제법을 적용한다고 설명한다.¹⁴⁾

특수관계론에 대한 주장¹⁵⁾들은 남한 헌법은 규범적으로 북한을 인정하지 않고 있어 남북관계에서는 국제법을 적용할 수 없으며 분단으로 인해 한반도 전체에 단일한 국내법을 적용할 수도 없는 현실¹⁶⁾에서 구체적인 사안에서 법을 적용하기 위해 고안된 이론이다. 그런데 이 이론은 적용과정에서 해당 사례가 국내법적 규범영역에 속하는지 혹은 국제법적 규범영역에 속하는지 구분해야 하고, 국내법적 규범영역에 속하는 경우에도 또 다시 반국가단체로 활동하는 영역인지 혹은 교류와 협력의 동반자로 활동하는 영역에 속하는지 구분해야 한다. 이론적으로 이런 구분이 가능할 수도 있지만 실제 현실에서 발생하는 사안은 국내법과 국제법이 혼재하고, 또한 북한을 보는 시각에 따라 반국가단체 활동인지 교류와 협력 활동인지 구분하는 기준과 범위가 달라질 수 있기 때문에 특수관계론의 적용이 명쾌하지 않다¹⁷⁾. 따라서 필자는 특수관계론은 일시적 잠정적인 이론이 될 수

과 모순을 해결하는 이론적 도구이면서 헌법규범과 헌법현실 그리고 남북한의 국내법적 지위와 국제법적 지위의 모순을 합리적으로 설명하는 규범적 분석틀로서 기능하고 있다.

14) 송진호, 위 논문 15.

15) 제성호, “해외 탈북자의 법적 지위와 처리방안”법조 제52권 제1호, 2003.1.65 도 남 북한 특수관계론을 전제로 주장하고 있다.

16) 이효원은 위 책 98에서 헌법 제3조가 국가의 본질적 요소인 영토의 범위를 규정한 것으로 목적적이고 가치적인 규범력을 가지고 있는 반면 제4조는 그러한 범위와 조화를 이루면서 그 범위 내에서 실천적이고 수단적 규범으로서 의미를 가지는 것이라 하며 제3조가 제4조에 비해 우월한 효력을 가진다는 견해를 취하였다.

17) 송진호, 위 논문 43.에 의하면, 국가면제이론이 문제된 사례를 검토한 바에 의하면, 국가보안법 형사사건에서 특수관계론이 실시된 사례가 있으나 대부분의 민형사 사건에서 법원은 일관되게 헌법 제3조에 따라 북한이 반국가단체의 지위에 있음을 전제로 하여 판단하고 있어 남북한특수관계론의 법리가 충분히 반영되었다고 보기는

는 있지만 교류와 협력이 전면화될 시기에는 필연적으로 한계를 드러낼 수밖에 없는 이론이라고 본다.

2. 남북한 특수관계론이 등장한 시대상황

남북한의 관계 및 북한의 국가성 인정에 대한 기존의 논의를 정리해 보면, “대한제국은 일제강점기와 미소점령기에도 계속해서 존재하였고, 남북한에 정부가 수립되면서 대한제국은 소멸되었지만 대한민국은 1948년 당시 UN에 의해 승인된 유일한 합법적인 정부로서 대한제국과 계속성과 동일성을 가진다.”¹⁸⁾는 견해가 다수의견이다. 그런데 위 주장의 근거가 된 1948년 유엔 결의문에는 당시 선거가 가능한 지역에 대한 합법적 정부라는 내용이 있는바, 실효적 지배가 가능한 현재의 남한 영역에만 효력을 미친다고 보는 것이 현실적일 것인데, 다수의견은 효력의 범위를 한반도 전역으로 확장하고 있다.¹⁹⁾

남북한 특수관계론이 등장한 것은 냉전체제의 해체라는 국제환경의 변화에 남북이 대응한 결과라 할 수 있다. 1989년 미소정상은 몰타회담에서 냉전체제의 종식과 평화공존을 선언하였고, 그 결과 미소의 전략무기감축협

어렵다는 판단을 하고 있다.

- 18) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 122~123; 김철수, 헌법학신문, 박영사, 2013.138; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016, 103; 도회근, “영토조항과 북한의 법적 지위”, 한국헌법학회, 헌법판례100선, 법문사, 2012, 38~39; 한명섭, 통일법제 특강, 한울 아카데미, 2016, 59; 이근관 “1948년 이후 남북한 국가승계의 법적 검토” 서울국제법연구 제16권 제1호 2009; 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014, 54; 홍종현, “한반도 평화체제에 대비한 법제정비방향” 학술대회 자료집, 2020.12., 3.
- 19) 이효원, 위 책 51~53. 1948년 12월 제3차 유엔총회는 대한민국을 승인한 반면에 북한은 유엔의 승인을 받지 못하였다. 이런 이유로 이 결의문이 대한민국 정부가 한반도 전체에 유효한 지배와 관할권을 미치는 유일한 합법정부라는 것을 직접적으로 선언하는 것이 아님에도 불구하고 대한민국 정부에 정치적 정통성과 규범적 합법성을 부여하는 근거라고 주장되었다.

정체결과 전술핵 폐기선언으로 이어지면서 냉전체제가 해체되었다. 이 시기 남한은 사회주의 국가들을 상대로 적극적인 외교정책을 펼치는 북방정책을 추진하였는데 1989년 헝가리와 수교한 이후 동구권 국가들, 소련, 중국과 국교를 수립하였다. 남한은 국내적으로도 1988년 7.7.선언에서 남북 상호교류와 자유왕래를 포함한 남북한 협력방안을 제안하고, 1990년 남북 교류협력법을 제정함으로써 남북교류를 제도화하였다. 한편 이 시기 북한은 냉전체제 붕괴로 위기가 심화되었다. 이미 생산성 저하, 관료주의, 폐쇄 사회의 경직성 등 사회주의 체제의 구조적 결함을 안고 있었고, 북한에 우호적이었던 사회주의권이 경제적 지원을 중단함에 따라 북한의 산업은 거의 마비상태에 이르게 되었다. 이런 위기에서 북한은 남한과의 관계개선을 통해 활로를 찾고자 했다.²⁰⁾

남북한은 이러한 시대상황의 변화에 따라 1991년 남북한의 유엔 동시가입,²¹⁾ 남북기본합의서 체결, 한반도 비핵화 공동선언 채택을 통해 공존전략을 선택하였다. 특히 남북기본합의서는 남북한의 대표가 공식적 접촉을 통해서 합의를 도출하였으며 남북한의 공식 국호와 서명자의 직함이 명시되었다는 상징성이 있고, 또한 남북한이 통일을 과정으로 이해하고 이를 위해 남북관계의 개선과 평화공존을 기본적인 방향으로 제시했다는 의미가 있다.²²⁾ 남북기본합의서의 전문은 "(남북 쌍방은) 나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성된 특수관계"라 규정했다.

20) 박종철, "남북기본합의서 체결 30주년의 의미와 과제" 민족화해 110호, 2021. 5. 7.

21) 남북한 유엔 가입의 의미는, 상대방을 대화의 상대로 인정할 수 있는 근거 및 국제법적으로 남북간의 합의를 인정받을 근거가 마련된 것이다. 또한 1953년의 정전협정은 어느 일방도 승리하지 못한 상황에서 협정을 맺었고, 남과 북이 상대방을 정부로 인정하지 않았던 구조적 모순이 있었기 때문에 다른 나라의 사례와는 다른 특성이 있다. 박태균, 앞의 칼럼.

22) 박종철, 앞의 논문 8. 남북기본합의서 체결 이후 1992.11. 팀스피리트 훈련 재개 결정을 이유로 북한이 공동위원회 및 남북고위급회담에 불참한다고 통보함으로써 후속 진행이 중단되었다.

3. 남북한 특수관계론과 독일의 영향

남북기본합의서는 독일의 동서독기본조약에 영향받은 것이라는 견해가 있다. 여기서 동서독의 합의과정을 살펴본다. 1969년 10월 28일 서독수상 빌리 브란트는 ”독일에 두 개의 국가가 존재하더라도 그 국가는 상호 외국이 아니며, 그 상호관계는 특수한 종류인 것“이라 했다. 이 말의 의미는 독일에 두 개의 나라, 독일연방공화국과 독일민주공화국이 존재하고 있다는 사실을 서로 인정하자는 것이고, 그리고 그 두 국가는 서로 외국이 아닌 특수관계라는 의미를 부여했다. 즉 하나의 민족이 이룬 두 개의 국가로서 특수하다고 한 것이다.²³⁾

한편 1972년 체결된 동서독기본조약은 서문, 10개 조문의 구조로 되어 있는데, 조약 쌍방을 정식국호인 독일연방공화국과 독일민주공화국으로 분명히 칭하고, 두 국가의 주권과 영토를 상호 인정한다는 것을 전제로 하고 있다.²⁴⁾ 독일연방헌법재판소는 1973년 7월 31일 판결에서 양독간의 특수한 관계에 대하여, 첫째 동독은 국제법상 국가로서 국제법 주체이기는 하나 이것은 서독에 의한 동독의 국제법상 승인문제와는 별개이고, 둘째 서독이 동독과 기본조약을 체결한 것은 동독을 ‘특수한 형태의 사실상 승인’을 한

23) 김상준, 코리아 양국체제, 아카넷, 2019, 51~54.

24) 위 조약 중 일부를 살펴보면, 제1조. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 동등한 권리의 토대 위에서 정상적인 우호 관계를 발전시킨다. 제2조. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 유엔헌장에 명시되어 있는 제반 목표와 원칙을 준수한다. 제3조. 유엔헌장의 정신에 따라, 독일연방공화국과 독일민주공화국은 갈등을 오로지 평화적인 수단을 통해서만 해결하며, 무력 위협과 무력 사용을 포기한다. 쌍방은 현존하며 앞으로도 존속할 경계선의 불가침을 재확인하고 존중한다. 제4조. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 어느 한쪽이 상대방을 국제사회에서 대신하거나 대표할 수 없음을 동의한다. 제6조. 독일연방공화국과 독일민주공화국은 각자의 권력이 각자의 영토 내에서만 행사될 수 있다는 원칙을 고수한다. 쌍방은 국내 및 대외 문제에 있어서 상대방의 독립과 자주성을 존중한다. [네이버 지식백과] 동서독 기본 조약 - 통일로 가는 작은 길 (조약의 세계사, 2014.12.22, 함규진)

것으로 간주될 수 있고, 셋째 기본조약은 형식적으로는 국제법상의 조약으로 다른 국제법상의 조약과 같은 효력을 갖는 2 국가 간의 쌍무조약이나 내용상으로는 전체 독일이라는 포괄적 국가의 두 부분인 양독간의 내부관계를 규정하는 이중적 성격의 조약이다.²⁵⁾라고 설명했다. 김상준은 남북기본합의서가 동서독기본조약에 비해 상호인정의 수준이 크게 떨어지는 불완전한 합의라 지적한다. 남북기본합의서는 합의서 전체에서 합의 당사자를 서로의 정식국호로 부르지 못하고 쌍방 또는 남과 북이라 애매하게 지칭하는데, 이는 반쪽국가 의식에 머물렀기 때문이라 평가한다. 그에 비해 독일은 기본조약을 통해 서로를 주권국가로 인정함으로써 반쪽국가 의식을 극복하고 양국체제로 확실히 이행하였다는 견해를 취한다.²⁶⁾

필자는 남북기본합의서의 ‘나라와 나라 사이의 관계가 아닌’이란 말이 무슨 뜻일까 생각해 보았다. 굳이 이렇게 표현한 것은 현실에서 두 나라²⁷⁾이기 때문에 우리끼리는 그렇게 보지 말자는 합의를 한 것은 아닐까 싶다. 또한 이 내용이 곧바로 남북한 특수관계론의 내용과 같이 북한의 법적 지위를 이중적 지위로 본다는 의미인지 의문이 든다. 이런 의문이 이 논문을 작성하게 된 이유이기도 하다. 이런 문제는 엄밀한 법학의 영역이라기보다는 정치의 영역이 강한 분야이고, 현실과 규범 중간에 끼인 분야라 법적으로 엄밀한 논증이 어렵다는 생각도 하게 되었다.

25) 제성호, 남북한 특수관계론, 한울 아카데미 1995, 20. 동서독기본조약의 이중성은 분단국 내부의 특수한 관계를 보여주는 것으로 대외적으로는 두 개의 국제법상 주권국가이나 대내적으로는 민족내부의 특수관계로 규정되는 이중적 법구조를 의미한다.

26) 김상준, 앞의 책 51~54.

27) 2019년 현재 남한을 국가로 인정한 나라는 190개 국가이고, 북한을 국가로 인정한 나라는 161개 국가이며, 남북한이 동시 수교한 국가는 157개 국가이다. 이것이 현실일 것이다.

4. 법률 규정에 나타난 남북한 특수관계

현행 법률 중에서 남북한 특수관계론과 관련된 조항을 살펴본다.

『남북관계발전에 관한 법률』 제3조 제1항은 “남한과 북한의 관계는 국가간의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계이다.” 동조 제2항은 “남한과 북한간의 거래는 국가간의 거래가 아닌 민족내부의 거래로 본다.”

『남북교류협력에 관한 법률』은 제1조에서 “이 법은 군사분계선 이남지역과 그 이북지역 간의 상호 교류와 협력을 촉진하기 위하여 필요한 사항을 규정함으로써 한반도의 평화와 통일에 이바지하는 것을 목적으로 한다.” 제3조에서 “남한과 북한의 왕래·접촉·교역·협력사업 및 통신 역무(役務)의 제공 등 남한과 북한 간의 상호 교류와 협력을 목적으로 하는 행위에 관하여는 이 법률의 목적 범위에서 다른 법률에 우선하여 이 법을 적용한다.”

『남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특례법』은 제2조에서 “이 법을 해석·적용할 때에는 남한과 북한의 관계가 국가 사이의 관계가 아닌 평화적 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계임을 고려하여야 한다.”

위 법률의 규정은 모두 남북한 특수관계론에 기초하고 있다.²⁸⁾

Ⅲ. 북한의 법적 지위에 대한 시기별 판례의 변화

북한의 국가성 인정여부에 대해 남한 헌법학계는 1972년 7.4남북공동성명이 발표된 이후 기존의 판례에 비판적인 견해가 발표되기 시작하다가

28) 이효원, 앞의 책, 93.

1987년 헌법 개정 이후에 본격적으로 논의되었다. 평화통일조항의 신설(1987), 남북교류협력법 제정(1990), 남북한 유엔 동시가입(1991), 남북기본합의서 체결과 발효(1992) 등의 현실변화에 따라 북한이 더 이상 불법단체가 아니라 합법적인 국가로 존재한다는 새로운 해석이 나타났다.²⁹⁾

학설 중에는 남북한 특수관계론의 틀 안에서는 북한의 국가성을 인정하기 어렵다는 견해³⁰⁾가 있고, 헌법학계는, “북한에도 대한민국의 주권이 미치고 있다. 따라서 북한은 반국가단체로서 활동하고 있다. 대법원과 헌재도 반국가단체로 인정하고 있다.³¹⁾”는 견해를 택하는데, 다수의견이다. 다수의견의 주요 논거는 판례인데, 여기서는 실제 사건에서 판례는 어떤 입장을 취하였는지를 살펴봄으로써 북한에 대한 법적 취급의 변화과정을 검토한다. 시기별 구분에 대하여는 기준이 다양할 수 있지만,³²⁾ 여기서는 9차례의 헌법 개정 중 북한 관련하여 증대한 변화가 있었던 1972년과 1987년 헌법에 주목하여 남한헌법을 3개의 시기로 구분한다.³³⁾ 특히 판례가 결론

29) 도회근, “영토조항과 북한의 법적 지위”, 한국헌법학회, 헌법판례100선, 법문사, 2012, 38~39, 학설에는 북한의 실체를 인정해야 한다는 관점에서 영토조항의 삭제론, 헌법변천론, 미래목표조항론, 평화통일조항 우선적용론 등 영토조항 효력 부정론과 북한의 국가성을 부인하는 관점의 북한 반국가단체론, 이중적 성격론, 법률적 관점과 사실적 관점 분리론 등 영토조항 효력인정론으로 갈리고 있다.

30) 김현귀, 북한주민의 지위, 헌법재판연구원 2019, 52. 그 동안 남한은 북한의 실체를 부정해온 역사가 있고, 헌법 제3조 영토조항을 그렇게 해석해 왔고 그 연장선에서 헌법 제3조와 제4조의 관계를 논의했다.

31) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 122~123; 김철수, 헌법학신론, 박영사 2013, 138.; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016, 103; 도회근, “영토조항과 북한의 법적 지위”, 한국헌법학회, 헌법판례100선, 법문사, 2012, 38~39; 한명섭, 통일법제 특강, 한울 아카데미, 2016, 43.

32) 건국 후 현행 헌법 개정 전까지의 국가보안법 시대(1948~1987), 현행 헌법이 도입되어 민주화가 시작된 후 6.15 남북공동선언이 이루어진 2000년까지의 교류협력시대(1987~2000), 2000년 이후의 남북관계 발전시기(2000~현재)로 구분하는 견해도 있다. 도회근, “남북관계법제의 발전과 한계” 헌법학연구 제14권 제3호, 2008 159~188; 조성규 외, 통일교육과 통일법제를 이해하는 열두 개의 시선, 동방문화사, 2020 11~15.

33) 권영성, 위 책 122~124.도 같은 취지이다. 이 책은 대한민국의 영역이란 항목에서 제

에 도달한 과정의 논리전개에 주목한다.

1. 북한의 존재를 부인하고 타도의 대상으로 인식한 시기

1948년 제정된 남한 헌법은 북한과 통일에 대해 아무런 규정을 두지 않았고, 제4조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정³⁴⁾함으로써 북한의 실체를 인정하지 않고 북한지역도 대한민국의 일부라고 선언하였다.³⁵⁾ 1948년 8월 15일 정부수립시 이승만 대통령은 대한민국이 한반도의 유일한 합법정부임을 천명하고 무력을 사용해서라도 선거가 보류된 북한지역의 국회의원 의석 100석이 조속히 채워지도록 하겠다고 선언했다. 이 시기의 남한은 북한지역을 남한의 영토인데 미수복된 지역으로, 그곳을 지배하는 북한은 국가보안법상 반국가단체로 보았다. 한편 1962년 제5차 개정헌법 부칙 제8조에는 “국토수복후의 국회의원의 수는 따로 법률로 정한다.”고 규정했다. 이는 한반도가 분단되어 있다는 사실을 처음으로 헌법에 반영한 것이다.

헌법과 1972년 헌법 그리고 1987년 헌법을 기준으로 다양한 견해를 설명하고 결론적으로 헌법재판소의 판단을 존중한다.

- 34) 권영성, 위 책 122는 영토조항이 갖는 정치적 의미는 대한민국의 영역은 대한제국의 국가영역을 기초로 한다는 것과 우리의 영토범위를 명확히 함으로써 타국의 영토에 대한 야심이 없음을 선언하는 것이고, 또한 규범적 의미는 한반도에서 유일한 합법 정부는 대한민국뿐이고 휴전선 이북지역은 인민공화국이 불법적으로 점령한 미수복 지역이라는 해석론의 근거가 된다고 설명한다.
- 35) 헌법의 초안자인 유진오 박사는 이 조항에 대해, “대한민국의 헌법은 결코 남한에서만 시행되는 것이 아니라 우리나라 고유의 영토전체에 시행되는 것이라는 것을 명시하기 위하여 특히 본조를 설치한 것이다”라 했다. 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949. 22~23. 위 내용은 영토조항에 대한 다수의견이 주장하는 바인데, 필자는 다수의견에 의문이 있다. 남한의 헌법조문과 그 초안작성자의 의도가 남한지역을 넘어서 북한지역까지 영향력을 미치는 이유에 대한 설명이 부족하기 때문이다. 만일 북한에서 남한지역도 북한의 일부라고 주장하고 법을 만들었다고 가정해 본다면 그런 주장의 문제점은 분명해 진다.

이 시기 대법원 판례를 살펴본다. 대법원 1961.9.28. 선고 4292형상48 판결은, “헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하고 있어 법리상 이 지역에서는 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체도 인정할 수가 없는 것이”라고 선언하였고, 이후의 판례에서 자주 인용되었다³⁶⁾.

같은 취지의 판례로는 대법원 1954.9.28. 선고 4286형상 109 판결 등이 있고, 이러한 판례의 입장은 현행 헌법 이전까지 지속되었다. 판례는 북한의 법적 지위에 대해 “헌법 제3조에 따르면 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 하는데, 대한민국이 한반도 내 유일한 합법정부이고 북한은 반국가단체로서 국가보안법 등에 따라 처벌대상으로 삼는 등 국가성을 인정하지 않고 있다.”³⁷⁾고 선언한다.

생각건대 이 시기 판례의 판단근거는 헌법 제3조의 문언이다. 그런데 필자는 헌법 제정에 참여하지 않은 북한지역과 그 주민에게 제헌헌법이 효력을 가진다는 것은 민주적 정당성의 측면에서 문제가 있다고 보는바, 헌법 제3조의 효력범위가 남한의 실효적 지배 영역에 한정된다고 보는 입장에서 영토조항의 효력범위를 한반도 전체로 확대하는 판례의 결론에 동의하기 어렵다.³⁸⁾ 한편 이 시기 판례가 형성된 사건은 주로 국가보안법위반 형사 사건이었는바, 이 영역은 정치적 판단이 우선되는 사안으로 엄밀한 의미의

36) 대법원 1990. 9. 25. 선고 90도1451 판결 등.

37) 홍중현 앞의 논문, 9, 이른바 유일합법정부론은 대법원 판례의 일관된 입장이다. 대법원 1955.9.27. 선고 1955형상246 판결; 대법원 1961.9.28. 선고 1959형상48 판결 등에 따르면 북한은 대한민국의 일부이므로 입법, 행정, 사법의 삼권과 충돌하는 어떠한 주권도 법리상 인정될 수 없고, 반국가불법단체로서 국가로 인정할 수 없다고 한다.

38) 분단국가의 영토조항에 대한 비교사례로 독일을 살펴본다. 통일 전 서독기본법은 그 전문에서 독일국민의 통일을 위한 노력을 규정하고 기본법의 효력범위는 11개 지방에 국한되어 있음을 선언하는 한편 제146조에서 통일헌법의 제정과 함께 실효함을 규정하고 있다. 따라서 서독기본법은 서독영역 내에서만 효력을 가졌다. 김철수, 앞의 책, 152.

법해석이라고 하기는 어려운 점이 있다.

한편 이 시기 북한 헌법을 살펴보면, 1948년 9월 8일 제정된 조선민주주의인민공화국 헌법은 남북관계와 통일에 대해 직접적으로 규정하지 않았다. 하지만 제7조, 제53조, 제103조를 종합해보면 북한의 영토에는 남한지역도 포함되는 것으로 선언한 것으로 해석되고, 이러한 입장은 1972년 헌법 개정 전까지 유지된다.³⁹⁾

2. 북한의 실체를 인정하면서 평화통일의 상대방으로 인식한 시기

1972년 7.4 남북공동성명 발표는 지금까지 서로의 존재를 부정하던 남과 북이 서로의 실체를 인정한 첫 사건이라는 점에서 의미가 있다. 1972년 제7차 개정헌법에서 “조국의 평화적 통일”은 헌법전문에서 역사적 사명으로 규정되었고, 통일주체국민회의가 국가의 최고 의사결정기관이 되었으며(제35조), 대통령에게는 “조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무”가 부과되었다(제43조 3항, 제46조).

이 시기의 변화는 먼저 정치적인 선언으로 남과 북이 그 실체를 서로 인정한 이후 헌법에 통일에 관한 규정이 등장하는 순서로 진행되었는데, ‘북한’과 ‘통일’이라는 정치성이 강한 분야에서는 정치적 판단이 법률 규정에 우선하는 현실을 보여준다. 1972년 헌법은 한반도가 남한과 북한으로 분단되어 있다는 현실을 인정하고 평화통일을 민족의 사명으로 명시하였다는 점에서 의미가 있다. 그런데 한편 1972년 헌법 개정은 박정희 대통령이 통일을 명분으로 초헌법적 조치를 단행함으로써 통치권강화를 위해 통일을 이용한 측면이 있었고, 그런 이유로 남북관계와 통일에 관한 헌법규정이

39) 이효원, 앞의 책 59~62.

실질적으로 규범력을 갖는 데는 한계가 있었다.⁴⁰⁾

생각건대 평화적 통일은 상대방이 있는 개념이다. 통일은 다수가 하나가 되는 것이고, 이는 분리된 서로 다른 하나 또는 여럿의 상대방이 있어야 한다. 그런데 분리된 여럿이 별개의 국가인지 분단국인지가 통일의 성취여부와 직접적인 관련이 있는 것은 아니다.⁴¹⁾ 또한 평화적 통일은 상대방을 부정하고 일방적으로 무력으로 점령하거나 강제 병합시키는 것을 부정한다. 따라서 평화통일은 상대방의 실체를 인정하지 않으면 성립될 수 없다. 1972년 헌법은 북한을 통일의 상대방으로 인정하였다는 점에서는 적대관계로 보던 종전의 태도를 바꾼 것이지만 헌법 개정의 주된 의도가 통치력 강화에 있었고, 통일에 대한 주장은 명분으로 이용당한 측면이 있었기 때문에 실제 사건에서 판례의 변화로 이어지지는 못했다. 이 시기에는 정부 차원의 남북대화가 있었으나, 대표단의 이동과 회담은 통치행위의 차원에서 이행되었고 법과 제도의 틀로 규율하지는 못하였다.

이 시기의 판례를 살펴본다. 먼저, 대법원 1983. 3. 22. 선고 82도3036 판결은, 판결이유에서 “북한괴뢰집단은 우리 헌법상 반국가적인 불법단체로서 국가로 볼 수 없음은 소론과 같으나, 간첩죄의 적용에 있어서는 이를 국가에 준하여 취급하여야 한다는 것이 당원의 관례이며, 현재 이 견해를 변경할 필요는 느끼지 않는다. 위와 같은 견해가 헌법에 저촉되는 법률해석이라는 논지는 독단적 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.”라 하였다. 이를 분석하여 보면, 북한괴뢰집단이라는 용어가 현재의 관점에서는 낯선 표현이고, 변호인이 기존의 판례가 헌법에 저촉된다는 주장을 하였지만 대법원은 특별한 논증없이 기존의 견해를 유지하였다. 또한 간첩죄의 적용 등

40) 이효원, 위 책, 56~57.

41) 법률에서 북한을 별개의 국가로 인정하지는 필자의 견해가 통일에 장애가 될 수 있다는 우려가 있을 수 있으나, 필자가 생각하는 통일은 장래 남북한 주민의 선거를 통한 의사에 달려있는 것이지, 남한의 헌법과 법률에서 북한을 독립된 국가가 아닌 남한의 일부라고 주장한다고 하여 통일에 도움이 되는 것이 아니라고 본다.

법적용의 구체적인 영역에서는 북한을 국가에 준하여 취급하여야 한다고 예외를 인정하는 문제점이 발견되었다. 전체적으로 보면, 이 시기의 판결은 정치적 판단을 전제하고 그 틀 안에서 법리적인 해결책을 모색하고 있었음을 알 수 있다.

또 다른 사건⁴²⁾에서, 변호인은 국가보안법이 헌법에 위배된다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은, “헌법이 지향하는 조국의 평화통일과 자유민주적 기본질서를 부인하면서 공산계열인 북한공산집단등 불법집단이 우리나라를 적화변란하려는 활동을 봉쇄하고 국가의 안전과 국민의 자유를 확보하기 위하여 제정된 국가보안법이 헌법에 위배된다고 할 수 없다.”고 판단하였다. 논리적 주장과 정치적 판단이 격돌하던 시기였다. 이 판결은 서적소지가 문제되었는데, 대법원은 “헌법상 학문의 자유도 진리의 탐구를 순수한 목적으로 하는 경우에 한하여 보호를 받는 것이므로 객관적으로 북괴의 대남선전 활동과 그 내용을 같이 하는 내용이 담긴 서적을 **반국가단체를 이롭게 한다는 인식하에 소지하고 있었다면 그것은 학문의 자유에 대한 한계를 넘는 것이라 하겠고 또 그 서적이 국내에서 번역 출판된 것이라 하여도 순수한 학문의 목적으로 소지하는 것이 아닌 이상** 국가보안법 제7조 제5항, 제1항의 구성요건을 충족함에 아무런 영향이 없다.”는 견해를 취하였다. 서적을 소지한 동기가 무엇인지에 따라 유무죄가 구분된다는 논리는 학문의 자유를 제한⁴³⁾할 수 있는 근거로 삼기에는 무리하다. 결국 이 시기의 판례는 정치적인 판단을 전제로 하고 그 한계 내에서 법을 해석한 것으로 평가한다.

또 다른 사건은 집회, 시위와 관련된 사건⁴⁴⁾인데, 대법원은 “국가보안법

42) 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1784 판결.

43) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006, 445에는, “연구의 자유는 학문의 자유의 핵심적인 영역에 속하고, 학술활동의 자유의 전제가 되므로 그 제한은 매우 신중하게 이루어져야 한다. 먼저 학문영역에서의 자율적인 통제를 우선적으로 하고, 그 다음 단계로 헌법 제37조 제2항에 의한 제한을 하는 것이 타당하다.”고 설명한다.

44) 대법원 1987. 7. 21. 선고 87도1081 판결.

은 헌법이 지향하는 조국의 평화통일과 자유민주적 기본질서를 부인하면서 공산계열인 북괴등 불법집단이 우리나라를 적화변란하려는 활동을 봉쇄하고 국가의 안전과 국민의 자유를 확보하기 위하여 제정된 것이어서 **헌법에 위배될 리가 없다.**”고 하였는데, 이 표현은 변호인의 주장에 대한 논리적 해명이라기보다는 국가보안법의 의도에 대한 긍정적인 신념의 표현이다. 마치 국가보안법의 위헌성 여부는 대법원의 판단 영역이 아니라는 고백처럼 보인다.

한편 북한은 1972년 헌법에서 북한이 유일하게 정통성을 지닌 합법정부라는 입장을 유지하면서도 한반도가 남북으로 분단되어 있는 사실과 북한의 통치권은 남한지역에 미치지 않는다는 현실을 헌법에서 명시적으로 규정하고 평화통일을 국가적 목표로 설정한 것에 의미가 있다. 그 이후 1991년 신년사에서 김일성은 ‘하나의 민족, 하나의 국가, 두 개의 제도, 두 개의 정부에 기초한 연방제’를 주장하였다.⁴⁵⁾

3. 북한을 교류협력의 상대방으로 인식하고 교류협력을 시작한 시기

1987년 개정된 현행헌법⁴⁶⁾은 전문에서 “대한국민은 …조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의 인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고…”라 하여 통일에 대한 사명을 규정하고, 대통령의 평화적 통일을 위한 의무 등은 기존 헌법을 유지하면서 제4조를 신설하여 “대한민국

45) 이효원, 앞의 책, 62~64.

46) 현행 헌법은 6.10 민주화항쟁을 계기로 시작되었지만 당시 헌법개정의 주체는 집권자와 그 대리인들이었고 그들만의 폐쇄적 논의구조 안에서 일종의 정치적 협약으로 탄생하였다는 지적이 있다. 김선택, “민주적 개헌논의의 헌법적 조건”, 헌법학회 세미나 자료집, 2021.6.

은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”고 규정하였는바, 이는 통일에 대한 기본원리와 방법을 구체적으로 제시한 것이며 영토조항과 관련하여 규범적 의미에 대해 다양한 해석의 기초를 제공하였다. 또한 노태우 대통령의 1988년 7.7선언과 동구 사회주의권의 붕괴, 남북한 유엔 동시가입, 남북기본합의서 체결, 남북교류협력법 제정 등의 변화를 통해 헌법규정의 규범력을 강화하였다. 1994년 8월 15일 김영삼 정부는 ‘한민족공동체 건설을 위한 3단계 통일방안’을 발표하였는데, 이는 하나의 민족공동체를 건설하는 것을 목표로 통일의 과정을 화해협력단계, 남북한 연합단계, 통일국가의 완성단계로 구분하여 점진적으로 통일국가를 완성하자는 내용이며 현재까지 남한의 공식적인 통일방안이다.

이 시기에는 판례도 변화하기 시작했다. 변화는 헌법재판소 사건에서 먼저 나타났다.

“현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리자유민주체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 한편 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서, 전자를 위하여는 남북교류협력에관한법률 등의 시행으로써 이에 대처하고 후자를 위하여는 국가보안법의 시행으로써 이에 대처하고 있는 것이다.”⁴⁷⁾고 함으로써 북한의 이중적 지위를 인정하였다. 이 판례는 천주교전국사제단이 1989.7. 미국영주권을 가

47) 헌법재판소 1993. 7. 29. 92헌바48, 이 사건은 재판의 전제성이 없다는 이유로 각하되었지만 기존 대법원판결과 달리 당사자의 주장에 대해 논증을 통한 구체적인 답변을 하였고, 종래 판례의 입장을 바꾸었다. 이 결정에서 등장한 이른바 ‘이중적 성격론’은 대법원도 2003.4.8. 선고 2002도7281 판결에서 수용함으로써 남한의 최종적 유권해석이 되었다.

진 재외국민인 신부 문규현을 북한에 파견한 사건에 대한 것인데, 방북목적은 남한과 북한과의 남북교류 및 협력이었고, 방북 전에 뉴욕주재 대한민국 총영사에게 신고를 마친 사건이다. 검찰은 국가보안법 제6조의 잠입·탈출죄에 해당한다고 기소하였는데 변호인은 남북교류협력법이 적용되어야 한다고 주장하였다. 변호인은 “남·북한을 왕래한 남·북한 주민에 대하여 남북교류협력법의 전면적 적용원칙을 일부 배제하고 ‘정당하다고 인정되는 범위 안에서’만 적용하도록 하였는데, ‘정당하다고 인정되는 범위’라는 개념은 매우 애매하여 보는 사람의 입장과 주관에 따라 그 뜻을 달리할 수 있는 막연한 표현이어서 이는 인신보호 대헌장인 죄형법정주의에서 요구되는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다. 남북을 왕래한 행위가 정당한 것이냐의 여부를 오로지 법집행기관이나 재판기관의 주관적 판단에 맡겨짐으로써 이쁘면 처벌하지 않고 미우면 처벌한다는 식의 법률이 되고 만 것이다. 결국 위 법률조항은 죄형법정주의와 평등의 원칙에 반하여 위헌이다.”고 주장하였다.⁴⁸⁾ 변호인의 논리적인 주장에 대해 헌법재판소가 기존의 논리에 얽매이지 않고 합리적인 대안을 제시하였다. 이때 개발된 논리가 현재까지 지속되고 있다.

한편 위 결정문에는 재판관 변정수의 반대의견이 있는바, “**과거 권위주의적 군사정부하에서는 대북한관계에 대하여 경직된 냉전적 사고로 일관하여** 북한을 우리의 자유민주주의체제의 전복을 획책하는 반국가단체로서만 취급했음은 주지의 사실이다. 바로 이 당시에 이러한 행위를 처벌하기 위하여 제정된 법률이 국가보안법이었으며 동법상의 ‘잠입·탈출’이라는 행위는 이처럼 과거 북한을 반국가단체로서만 파악하던 냉전시대에서의 행위

48) 현실의 변화는 몹으로 부딪치는 사람들에서 시작된다. 남북한 정치상황의 변화가 있자, 그런 변화를 행동으로 옮긴 사람이 있었기 때문에 판례가 변할 수 있었다. 정치현실의 변화가 먼저 나타나고 판례는 나중에 그 현실을 해석하는 과정에서 정립되는 순서를 볼 수 있다. 이런 특성을 고려할 때 남북한 문제에서 과거에 형성된 판례에 집착하여 미래의 발목을 잡아서 안 된다.

유형으로서 그 당시의 입법자의 시각에서는 타도해야 될 반국가단체로서의 북한과의 그 어떤 ‘왕래’도 바로 ‘잠입·탈출’에 해당될 수밖에 없었던 것이다. 그러나 북한에게 평화적 통일을 같이 완수해야 하는 동반자협력자로서의 지위도 부여해야 하는 오늘날 남·북한을 오고 가는 행위를 모두 ‘잠입·탈출’이라고 할 수는 없으므로 남·북한을 오고 가는 행위 중 남북교류협력을 위한 행위는 ‘왕래’로 분류하여 남북교류협력에관한법률을 적용하고 그렇지 아니한 경우에는 ‘잠입·탈출’로 분류하여 국가보안법을 적용시키고자 하는 것이 바로 남북교류협력에관한법률이다.”라는 의견을 제시하였다. 이 판결의 논리전개를 보면 북한의 법적 지위를 어떻게 볼 것인가는 논리적인 이유가 아니라 현실적인 이유, 즉 시대상황에 대한 정치판단에 큰 영향을 받고 있음을 알 수 있다. 필자는 변정수의 의견에 동의하면서, 더 나아가 2021년 현재의 시점에서 북한의 지위를 어떻게 볼 것인가는 새롭게 논의할 필요가 있다고 생각한다. 이것이 30년 전에 형성된 판례를 재검토하는 이유이다.

위 결정에 대하여, 남북관계의 특수성을 반영하여 북한의 이중적 지위를 인정하고 북한을 대화와 협력의 일방 당사자로 인정하는 헌법적 근거로 제4조를 직접 제시한 점⁴⁹⁾, 또한 북한을 반국가단체로 보는 법적 근거로 ‘국가의 안전과 국민의 자유보장, 자유민주적 기본질서의 유지라는 헌법적 가치를 위협하고 있는 객관적 실체라는 점’을 제시하고 있을 뿐 헌법 제3조를 제시하지 않은 것은 제3조의 규범력을 제4조와의 관계에서 상대적인 것으로 이해하려고 하는 노력으로 판단된다⁵⁰⁾는 평가가 있다.

한편 이 시기 대법원 판결을 살펴본다. “비록 남북 사이에 정상회담이 개최되고 그 결과로서 공동선언이 발표되는 등 평화와 화해를 위한 획기적인 전기가 마련되고 있다 하더라도, 그에 따라 남북관계가 더욱 진전되어

49) 이효원, 앞의 책 103.

50) 이효원, 앞의 책 103.

남북 사이에 화해와 평화적 공존의 구도가 정착됨으로써 앞으로 북한의 반국가단체성이 소멸되는 것은 별론으로 하고, **지금의 현실로는** 북한이 여전히 우리나라와 대치하면서 우리나라의 자유민주주의 체제를 전복하고자 하는 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있고, **그들 내부에 뚜렷한 민주적 변화도 보이지 않고 있는 이상⁵¹⁾**, 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체라는 성격도 아울러 가지고 있다고 보아야 하고, 남북정상회담의 성사 등으로 바로 북한의 반국가단체성이 소멸하였다거나 국가보안법의 규범력이 상실되었다고 볼 수는 없다⁵²⁾.”고 함으로써 현실의 변화를 소극적으로 따라가는 태도를 보였다. 결국 판결 당시 대법관의 현실 인식이 북한의 법적 지위를 판단하는데 결정적인 영향을 미쳤다. 그렇다면 현실 인식은 시기마다 다를 수 있기 때문에 2021년 현 시점에서 남북한 관계를 어떻게 보아야 할지, 현재의 북한지위를 어떻게 보아야 할지는 새롭게 논의해볼 가치가 있다.

헌법재판소와 대법원의 판단이 가지는 의미에 대하여, 이는 남한의 공식적 태도를 확립한 것으로 최종적 유권해석이므로 이 판례가 변경되지 않는 한 남한의 모든 국가기관은 이 판례의 취지에서 벗어나는 행위를 할 수 없

51) 상대방의 태도에 따라 그 상대방의 법적 지위가 달라진다는 것은 논리적인 판단이라기보다는 주장이다. 만일 판례의 논리를 일반화한다면 상대방은 그들의 태도에 따라 반국가단체의 지위와 정상국가의 지위를 반복할 수 있게 된다. 필자는 이 문제를 볼 때 상대방의 법적 지위가 무엇인지(국가성) 여부와 그들을 어떻게 대할 것인지(국가 승인)의 문제는 구분해서 보아야 한다고 생각한다.

52) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도7281 판결, 이 사건은 피고인이 제작·반포 또는 소지한 표현물의 내용이 북한의 주체사상을 찬양·미화한다는 이유로 국가보안법 상 찬양·고무죄로 유죄가 인정된 사건이다. 같은 취지의 판결로는 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000도2536 판결, 2002. 2. 8. 선고 2001도4836 판결, 2002. 5. 31. 선고 2002도1006 판결 등이 있다.

다는 견해⁵³⁾가 있다. 그런데 이런 의견은 기성의 질서를 존중하는 안정성이 있는 반면에 변화하는 정치현실을 제때 수용하지 못할 우려가 있다. 즉, 권리구제가 본연의 목적인 사법부의 판단은 과거에 발생한 사건을 사후적으로 판단하는데 중점을 두게 되는데, 미래지향적인 측면에서 남북관계의 법과 제도를 형성하고 이를 통해 현실의 변화를 추구하는 현실 정치의 측면은 사법부의 판단과 다르거나 앞설 수 있다. 이런 구조적인 문제에도 불구하고 정치의 영역 또는 행정의 영역에서 독자적인 판단을 하지 않은 채 사법부의 판단을 주요근거로 전제하고 법제도를 형성하는 것은 문제가 있다. 필자는 이 논문을 작성하면서 변화된 현실을 바탕으로 미래지향적인 법제도를 구축할 때는 기존의 판례에 얽매일 이유가 없다는 생각을 하게 되었다. 실제로도 판례변화과정을 살펴보면 현실의 변화에 따라 판례도 변해왔다는 점에서 매시기마다 남북한관계는 새롭게 규정하여야 한다.

또한 대법원은 2010.7.23.선고한 사건에서⁵⁴⁾ “북한은 조국의 평화적 통일을 위한 **대화와 협력의 동반자이기도 하지만 다른 한편 남북한 관계의 변화에도 불구하고** 여전히 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체로서의 성격도 아울러 가지고 있고, 그 때문에 반국가단체 등을 규율하는 국가보안법의 규범력도 계속 유효하다는 것이 대법원의 확립된 견해이다”고 판단하여 북한의 이중적 지위에 대한 기존 입장을 유지했다. 다만 이 판결에는 국가보안법의 해석에 대해 반대의견이 있다.

53) 도회근, “영토조항과 북한의 법적 지위”, 한국헌법학회, 헌법판례100선, 법문사, 2012, 39.

54) 남북공동선언실천연대는 반국가단체로서의 북한의 활동을 찬양·고무·선전하거나 이에 동조한다고 인정하면서, 위 실천연대가 비록 표면적으로는 정식 사회단체로 관청에 등록하여 비영리민간단체지원법이 정한 형식적·절차적 요건까지 구비하여 정부의 보조금을 지원받은 적이 있다 하여도, 그 실질에서는 이른바 이적단체에 해당한다고 보기에 충분하다고 판결한 사건이다. 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전원합의체 판결.

한편 현실에서 발생하는 문제는 이중적 지위론만으로 해결하기 어려운 것도 있다. 헌법재판소 사건⁵⁵⁾에서, “우리 헌법이 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”는 영토조항(제3조)을 두고 있는 이상 대한민국의 헌법은 북한지역을 포함한 한반도 전체에 그 효력이 미치고 따라서 북한지역은 당연히 대한민국의 영토가 되므로, 북한을 법 소정의 “외국”으로, 북한의 주민 또는 법인 등을 “비거주자”로 바로 인정하기는 어렵지만, **개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민 등을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 규정할 수 있다고 할 것이다**(대법원 2004. 11. 12. 선고 2004도4044 판결 참조).”고 판단함으로써 특정사건에서는 북한을 외국에 준하는 지역으로 인정하였다. 이 결정문의 구조를 보면, 북한이 대한민국의 영토라는 것은 당연하다고 전제한 후, 그렇게 전제한 논리로는 해결하기 어려운 문제가 생기는 영역에서는 외국에 준하는 지역으로 규정한다고 선언했다. 논리적으로 일관되지 않는 판단을 할 수 밖에 없는 고민이 엿보인다. 이런 고민을 뒤집어 보면 문제가 생긴 이유는 남북한 관계에 대하여 정치적인 선언을 먼저 하고 그 틀 내에서 법률해석을 하였기 때문이다.

위 결정문을 조금 더 살펴보면, “남한과 북한의 주민 사이의 투자 기타 경제에 관한 협력사업 및 이에 수반되는 거래에 대하여는 우선적으로 남북교류법과 동법시행령 및 위 외국환관리지침이 적용되며, 관련 범위 내에서 외국환거래법이 준용된다. 그 결과 남한과 북한 주민 사이의 외국환 거래에 대하여는 대한민국 안에 주소를 둔 개인 또는 법인인지 여부가 문제되는 것이 아니라, 남북교류법상 “남한과 북한” 주민인지 여부가 문제되는 것이다. 그러므로 아태위원회가 ‘거주자’나 ‘비거주자’에 해당하는지 또는 남북교류법상 ‘북한의 주민’에 해당하는지는 법률해석의 문제에 불과한 것

55) 헌법재판소 2005.6.30. 선고 2003헌바114 결정.

이고, 헌법 제3조의 영토조항과는 관련이 없는 것이다.”라 했다. 필자가 헌법재판소의 긴 설명을 요약했는데, 남북한 주민의 외국환거래에서는 남한의 외국환거래법이 준용된다는 결론을 도출하고 있지만 논리전개는 명쾌하지 않다.

생각건대 남북한 특수관계론은 사건유형별로 그때그때의 상황에 따라 북한주민을 국민 또는 외국인이라는 이분법적 틀로 나누고 있다.⁵⁶⁾ 남북교류 협력에 관해서는 북한주민은 사실상 외국인으로 취급되고 국가보안법이 적용될 때에는 대한민국 국민으로 처벌된다. 북한이탈주민도 입국 전에는 무국적자이고 대한민국 영역 안으로 들어와 보호를 받겠다는 의사를 표시한 경우에만 국민으로 보호할 수 있다.⁵⁷⁾

한편 북한은 1992년 헌법 제9조에서 종전의 규정을 일부 수정하였으나 사회주의혁명을 통한 통일이라는 기본원칙을 그대로 유지하고 있어 실질적인 내용에는 변화가 없다. 또한 1998년 헌법에서 서문을 두면서 통일에 대한 내용을 추가하였으나 그 기본원칙은 사회주의혁명을 바탕으로 하는 통일이다. 그 이후의 개정에서도 큰 변화는 없는데, 북한이 한반도에서 유일한 정통성을 가진 합법정부라는 입장을 유지하면서 통일은 미수복지구인 남조선을 미제국주의로부터 해방하는 것이라고 인식한다.⁵⁸⁾

4. 장래 판례의 변화 방향

앞서 본 바와 같이 북한의 법적 지위 및 이를 바탕으로 한 남북한 특수관계론은 시대상황의 변화에 따라 만들어지고 변해왔다. 현재의 이론은 1990년대 초반에 형성되었다. 그런데 그 이후 지금까지 30년 동안 5차례의

56) 김현귀, 앞의 논문 68쪽.

57) 김현귀, 위 논문 68쪽.

58) 이효원, 앞의 책 64~67.

남북정상회담과 수백 건의 남북합의서 체결 등 남북관계는 상당한 변화가 있었다. 그렇다면 2021년 헌 시점에서는 남북한 특수관계론을 재검토할 필요가 있다. 특히 장래의 법제도를 형성함에 있어서는 더욱 그렇다. 앞서 언급한 것처럼 판례는 기왕에 발생한 사건에 대한 법적 평가라는 특성으로 인해 시대상황을 뒤늦게 반영하는 특성이 있고 그 성향상 기존질서를 유지하려는 보수적인 특성이 있음을 인정해야 한다. 따라서 남북관계의 장래에 대한 법제도를 구축함에 있어 기존 판례의 논리를 추종하거나 이를 유력한 근거로 제시하는 것은 조심해야 한다.

헌 시점의 남북한관계는 1990년대와 비교하여 질적 양적으로 크게 변화하였다. 이런 변화를 법제도에 반영하고 바람직한 미래를 구상하기 위해서는 기존의 남북한 특수관계론을 정상관계론으로 변화시킬 필요가 있다. 기존의 남북한 특수관계는 일시적이고 임시적인 상황을 전제로 할 것인바, 분단 70년이 지난 현재는 과거와 달리 헌 상태의 남북한 관계를 정상관계로 보고 법제도를 형성해 나가야 하지 않을까 생각해 본다. 또한 북한의 법적 지위와 관련하여 생각해 보면, 한 나라의 법적 지위는 객관적 상황에 따라 정해지는 것이지만 다른 나라의 그 나라에 대한 인식(남한이 북한을 어떻게 보는지 여부에 따라 혹은 그 반대상황에 따라)에 좌우된다고 보기는 어렵다. 북한 지역에서 정부가 수립된 1948년 이후 70년이 지났고, 북한이 전 세계 160여 개 국과 외교관계를 맺고 있으며 유엔에도 가입하였다는 객관적 사실이 중요하다. 이런 정도의 실체를 가지고 있는 나라인 북한을 국가가 아니라고 하기는 어렵다. 이 문제와 관련한 남한 판례는 앞서 본 바와 같이, 북한을 반국가단체로 보는 입장에서 출발하여 반국가단체와 교류협력의 상대방이라는 이중적 지위를 가진 집단으로 입장을 바꾸었는데, 이것은 정치상황의 변화에 따라 남한 사회내의 인식이 그렇게 변했기 때문이다. 그런 인식 변화는 남한이 북한을 국가로 승인할지 여부를 판단하는 결정요인이 될 수는 있겠지만 북한이 국가로서의 실체를 가지고 있는지를

판단하는 직접 자료는 아니다. 또한 앞서 언급한 대로 판례는 과거의 사건에 법률을 적용하는 과정에서 형성되는 것이기 때문에 과거지향적일 수밖에 없는 한계와 이미 형성된 사실관계와 판결 당시의 국민 여론을 반영하는 보수성을 떨 수밖에 없는 한계가 있다. 그런데 장래의 남북관계 정책은 변화된 현실에 맞추어 미래지향적으로 진행되어야 하는바 과거의 판례가 미래로 나아가는데 제약이 되어서는 안 된다.

필자는 현 시점 이후 북한의 법적 지위가 문제되는 사건이 있다면, 지난 30년간의 남북관계 변화상황, 장래 추구해야 할 통일방향을 종합적으로 고려하여야 하며 북한이 남한과는 별개의 국가라는 현실을 인정하는 모습을 보여야 한다고 생각한다. 판례의 특성상 변화가 조심스럽다면 적어도 변화된 현실을 고민하는 모습은 보여야 한다. 이러한 문제의식없이 기존의 판례를 그냥 따르는 것은 현실에 눈감고 변화 시도를 방해하는 잘못을 범하는 일이 될 것이다. 또한 연구자들의 입장에서도 남북관계의 제도를 구축함에 있어 판례를 주장의 근거로 삼는 것은 재고해야 한다. 과거 특정 시점에서 특정사건을 해결하기 위해 전개된 판례의 논리가 변화된 현실에도 그대로 적용되어야 하는지는 비판적인 검토가 필요하다.

IV. 특수관계론의 변화가능성 검토

1. 현실의 변화

중국과 북한의 접경지역인 단동의 일상을 연구한 문화인류학자 강주원의 보고⁵⁹⁾를 보면, 남북한 특수관계론을 전제로 한 현행 남북교류협력법의 한

59) 강주원, 나는 오늘도 국경을 만들고 허문다. 국경도시 단동을 읽는 문화인류학 가이드, 글항아리 2013.

계가 보인다.

“그는 2006~07년, 대북사업을 하는 한국인 회사의 자칭 ‘술상무’로, 여행사 가이드로, 한글학교 선생으로 일하며 연구를 진행했다. 우리말을 쓰는 네 종류의 인류인 북한, 한국, 조선족, 북한 화교의 삶 곁으로 뛰어든 것이다. 2000년 이후 단동의 북한 사람과 북한 화교는 2000여명, 조선족은 8000여명, 한국인은 2000명 전후로 추산됐다. 2010년을 기점으로 북한 사람이 중국 공장에 대거 취업하면서 인구가 증가했다. 중국 공장 취업 인원은 2만 명으로 추산된다. 네 인류가 공존하는 삶은 거리에서, 풍경으로 드러나지 않는다. 그는 매일 북한 사람들이 드나드는 세관, 기차역, 조선족 거리를 걸었다. 개성공단 이전부터 남북교역은 단동에서 이뤄져왔다. 단동엔 북한의 전 계층이 나온다. 파출부, 노동자, 음식점 복무원, 주재원까지. 도강증이라고, 통행증으로도 나올 수 있다.”⁶⁰⁾

강주원이 생활한 단동에선 남북한 주민이 수시로 만나는데, 그런 상황에선 남북교류협력법이 정한 바에 따라 북한주민접촉에 대해 사전에 승인을 받거나 사후에 신고하는 것이 불가능하다. 1990년 남북교류협력법 제정시에는 남북한주민의 접촉이 예외적인 상황이었고, 법률제정자는 휴전선을 넘는 남북접촉을 상정했다.⁶¹⁾ 그런데 그 이후 한중수교 등의 현실변화로 접촉 장소가 중국 접경지대인 단동까지 확대되면서 남북교류협력법의 한계가 드러나고 있다. 현실이 이렇게 변화하고 있는데도 이를 무시하고 장래에도 남북한 주민의 일상적 접촉에 대해 모두 승인을 받으라는 현재의 제도를 유지하기는 어려울 것이다. 이제는 기존의 교류협력제도를 근본적으로 바꾸어야 한다. ‘원칙적 금지와 예외적 허용’이라는 현재의 제도는 ‘원칙적 허용과 예외적 금지’로 바뀌어야 한다. 한편 이러한 구조변화에 대해,

60) “개성공단 이전에 단동의 역사 있었네” 한겨레신문 2016.3.25.자.

61) 남북교류협력법 제정과정에 대하여는 김천식, “노태우 정부의 남북교류협력법 제정과정에 관한 연구” 북한대학원대학교 박사학위논문, 2012.1.이 자세하다.

국가안보에 대한 우려가 있을 수 있다. 국가안보의 문제는 지난 30년간 발달한 정보통신의 신기술을 활용하여 정보기관이 주도적으로 해결해 나갈 수 있을 것인바, 막연한 우려가 법제도의 변화에 영향을 미쳐서는 안 될 것이다.

2021년 현재는 국제사회의 대북제재로 인해 남북경협은 물론이고 인도적 지원마저도 쉽지 않은 상황이다. 한편 문재인 정부가 추진하는 한반도 신경제구상의 주요 내용은 3대 경협벨트 구축, 남북 인프라 연결, 하나의 시장을 위한 경협 제도화, 평화경제이다. 이중 이 주제와 관련하여 의미 있는 것은 경협제도화이다. 하나의 시장형성을 위해서는 기존의 4대 경협합의서의 재정비와 함께 분야별로 남북합의서를 체결해 나가야 한다. 또한 남북한 사이의 인적 물적 교류를 확대하여 다양한 분야의 기술적 제도적 협력을 추진할 필요가 있고, 이를 위해서는 남북기본협정의 부속협정으로 남북경제협력협정을 체결하는 것도 고려할 수 있다.⁶²⁾ 이런 미래를 상정할 때 현재의 남북한 특수관계론 체제는 변화가 불가피하다.

과거 남북관계가 적대관계에서 상호인정관계로 변한 것은 정치상황의 변화에서 영향을 받았다. 국내적으로는 7.7선언, 국제적으로는 1990년 9월 남한과 소련의 수교⁶³⁾에서 시작되었다. 1988년 7월 ‘민족자존과 통일번영을 위한 특별선언(7.7선언)’발표와 동년 10월 ‘대북 물자교류에 관한 기본지침’ 발표를 계기로 남한은 남북교류협력을 시작하였다. 교역액 “0원”에서 시작된 완전히 새로운 출발이었다. 이어서 1991년 9월 17일 유엔 동시 가입으로 남북은 국제적으로 두 개의 독립된 주권국가임을 인정받았다. 양자 차원에서는 1991년 12월 13일 남북기본합의서를 체결하여 통일을 지향하는

62) 정은이 외, 한반도 신경제구상 추진전략과 정책과제, 통일연구원 2020. 42

63) 1990년 10월 8일 국회 외무통일위에서 최호중 외무장관은 “한-소 수교는 한반도에 서 냉전체제가 와해되기 시작했음을 뜻한다”고 발언했다. 한겨레 2021.4.20.자 이재훈의 1991~2021 ‘30년 전 사라진 핵우산’.

특수관계임을 선언했다. 또한 1991년 12월 31일 '한반도 비핵화 공동선언'을 함으로써 비핵 평화 한반도를 함께 선언하였다. 1991년 가을과 겨울 사이에 이루어진 일은 '먼저 온 미래⁶⁴⁾'였다.⁶⁵⁾

이런 현실변화를 정리해 보면, 남북사이에 교류와 협력이 없었던 시기(1단계)에서 제한된 방법으로 교류협력을 하던 시기(2단계)로 변화하였다면, 장래에는 전면적 교류협력을 추구하는 시기(3단계)로 변화해 나갈 것이다. 이렇게 3단계의 변화를 전제로 할 때 법과 제도도 그 단계별로 달라질 수밖에 없다.

2. 남북한법제의 변화과정

남북한 사이의 법제도는 두 방향으로 추진될 수 있다. 하나는 남북한이 합의서를 체결함으로써 남북교류와 경제협력의 원칙을 세우는 것이고, 다른 하나는 남북합의서가 남북 각각에서 법적인 효력을 갖도록 연결하는 조치이다.⁶⁶⁾ 남북한은 1972년 7.4 남북공동성명과 1991년 남북기본합의서 체결 이후 교류협력에 대한 여러 합의서를 체결하였다. 또한 남북이 합의한 사항을 이행하기 위한 연결법제로 남한은 1990년 '남북교류협력에 관한 법률', 2005년 12월 '남북관계 발전에 관한 법률'을, 북한은 2005년 7월 '북남경제협력법'을 제정하였다.

남북관계 특수론에 의하면, 남북은 민족적 이익을 극대화하기 위하여 남북경제관계를 민족내부 거래로 규정하여 남북교역을 무관세로 거래하고 상

64) 이제훈, 위 언론기사 중에서 인용.

65) 2021년 현 시점의 정치상황은 어떻게 변했는지 논란이 있을 수 있지만 이 분야는 필자의 관심과 능력을 넘어서는 것이므로 더 이상 언급하지 않겠다. 필자는 지난 30년간의 수많은 합의 그리고 현재도 진행 중인 관련 국가들 간의 협회에 주목한다.

66) 정은이 외, 위 책 160~161.

호에게 우대적 지위를 보장한다.⁶⁷⁾ 이것은 남북기본합의서에서 남북이 합의한 것이다. 문제는 이것이 국제규범에 위배될 수 있다는 점이다. 남북한은 독자적인 관세주권지역을 운영하고 있기에 WTO에 따라 남북교역을 대외무역과 동일하게 대우해야 하며 남북 상호투자도 외국인투자와 동일하게 대우하여야⁶⁸⁾하는 문제가 있다. 즉 남북한 특수관계론을 끝까지 밀고 나가기도 어려운 것이 현실이다. 한편 2007년 10.4선언에서는 ‘공동번영과 상호호혜적인 협력관계’를 합의하였는데, 이는 상품교역과 노동, 자본 투자, 서비스로 확장한 경제분야는 국제협정에 준하는 형식으로 남북합의서를 체결하는 한편 남북경협도 남북의 모든 경제협력 분야를 포괄할 수 있도록 확대해야 한다는 의미라는 견해⁶⁹⁾가 있다. 10.4 선언의 합의를 법과 제도로 뒷받침하기 위해서는 남북한 특수관계론을 넘어서는 남북한 정상관계론을 받아들일 필요가 있다.

3. 특수관계론에서 정상관계론으로

남북한 관계를 보는 시각은 시기에 따라서 분단직후의 적대관계, 1972년 이후의 ‘적대적 의존관계’⁷⁰⁾를 거쳐 1990년대 이후에는 특수관계론이 다수의견이다. 앞서 보았듯이 남북한 특수관계론은 정치상황의 변화에 따라 고안된 이론이다.⁷¹⁾ 남북한 특수관계론은 남북한 교류가 전무하던 시절에서

67) 정은이 외, 위 책 213.

68) 정은이 외, 위 책 213은 단기적으로는 남북관계의 특수성이 우선하겠지만 장기적으로는 남북관계의 특수성을 줄이고 일반성으로 수렴하여 WTO 규범에 저촉되지 않는 수준에서 특수성을 주장해야 할 것이라는 견해를 택한다.

69) 정은이 외, 위 책 214.

70) 손호철 외, 남북한 ‘적대적 의존관계론’에 관한 비판적 연구: 1972년 남한 유신헌법과 북한 사회주의헌법 제정을 중심으로, 2012, 통일법제데이터베이스.

71) 남북한특수관계론이 거론되기 시작한 것은 1990.9.18. 제1차 남북 실무대표접촉에서 시작하였고, 유엔가입문제와 남북기본합의서 체결과정에서 남북쌍방의 주장을 종합

제한된 범위 내에서 교류협력이 허용되던 시기로 변화된 남북관계를 설명하기 위한 것이었다.⁷²⁾ 그런데 지금은 1990년으로부터 다시 30년이 경과하였을 뿐만 아니라 남북한 특수관계론의 문제가 드러나고 있으므로, 이제는 전면적인 남북교류의 시대를 대비하기 위해 특수관계론의 한계를 극복해야 한다. 그 출발은 현행 헌법의 재해석에서 시작할 수 있다.⁷³⁾

가. 헌법상 영토조항⁷⁴⁾ 및 통일조항의 재해석 필요성

헌법 전문에서, “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여…우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서…”라 규정하였는데, 평화적 통일의 사명을 이루기 위해서 현재의 남북한 관계를 정상국가간의 관계로 보고 통일정책을 펴나가는 견해를 취할 수도 있다. 또한 “제3조 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.” “제4조 대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”는 조항을, 장차 통일된 한국의 영토는 한

하여 남북기본합의서의 문안 형태로 정리되었다. 자세한 내용은 제성호, 위 책 22~27.

72) 남북한 특수관계의 법적 성격에 대하여, 제성호는 남북한의 동등성과 상호성, 이중관계로서의 상호 정치실체 인정 및 존중관계, 잠정성을 들고 있다. 제성호, 위 책, 27~33. 필자는 특수관계의 법적 성격 중 잠정성의 문제를 재론하고자 한다. 30년의 시간과 그 동안 남북한이 제정한 법률과 쌍방이 체결한 합의서라는 객관적 현실을 바탕으로 그리고 이런 사태가 당분간 지속될 수 있다는 현실감을 전제로 특수관계의 잠정성이 갖는 한계를 지적한다.

73) 우리 사회의 지도원리를 발견하기 위해서는 헌법에서 출발하자는 주장이 있다. 선정원, “행정법학의 발전과 행정학과의 관계의 재형성-정책법학”, 행정법학 제20호, 2021.3. 124.

74) 영토조항 관련한 최근 연구로는, 정인섭, “제헌헌법 제4조 영토조항의 성립과 의미”, 서울대학교 법학 제61권 제4호 2020.12. 이 논문에서는 영토조항을 둔 이유가 남북분단에도 불구하고 대한민국 헌법의 적용범위가 기존 조선 고유의 영토 전체에 미친다는 의미를 표시하기 위한 의도였다고 한다.

반도와 그 부속도서라는 것으로 그리고 남한은 북한의 실체를 인정하고 통일을 위하여 평화적 통일정책을 수립하고 추진한다는 의미로 해석할 수 있다. 이런 해석을 할 경우에는 남북한관계를 국가 대 국가 간의 정상국가관계로 보면서 통일정책을 추진할 수 있을 것이다. 한편 이 문제를 헌법규범과 헌법현실 사이의 괴리로 파악하면서 극복하려는 시도가 있다. 즉 기왕의 다수의견과 판례는 동서냉전시대의 분단논리에서는 문제가 없었지만 남북한이 유엔에 동시가입하고 남북기본합의서가 체결되는 현실의 변화를 제대로 반영하지 못하므로 기존의 견해를 보다 전진적인 자세로 해석할 필요가 있다는 의견⁷⁵⁾인바, 타당하다고 본다. 또한 평화통일의 원칙을 헌법을 지배하는 기본원칙으로 보면서, 그 어떠한 헌법해석론이나 법률도 이 원칙에 반해서는 안되므로 영토조항도 평화통일의 원칙에 부합하는 범위 내에서 재해석이 불가피하다는 견해⁷⁶⁾가 있는바, 필자도 이 견해에 동의한다. 참고로, 북한의 경우 1948년 헌법에서 영토조항을 두지 않았으나, 제103조에서 수도는 서울이라는 조항을 두었고, 1972년 개헌시에 수도는 평양이라고 개정하였다.⁷⁷⁾

나. 정상관계론에 따른 법제도 변화방향

필자의 주장⁷⁸⁾처럼 남북한이 별개의 국가라고 인정한다면 두 국가 간의

75) 성낙인, 위 책, 312. 저자는 이런 필요성에도 불구하고 북한붕괴 사태가 발생할 경우 등을 고려하면 남북한의 관계가 대외적으로는 국가 대 국가의 관계라는 면이 있을지라도 대내적으로는 한민족 내부의 관계에 불과하다는 규범적 의미를 내포하고 있다는 견해를 택한다. 또한 평화통일조항과 영토조항을 조화롭게 해석하는 방법으로 영토는 한반도 전체이지만 대한민국의 실질적 통치권이 한반도 전역에 미치도록 하기 위한 수단으로 무력이 아닌 평화적 방법을 추구하고 있다고 이해한다.

76) 성낙인, 위 책, 317.

77) 정인섭, “제헌헌법 제4조 영토조항의 성립과 의미”, 서울대학교 법학 제61권 제4호 2020.12. 134, 이런 내용을 종합해 보면 북한은 자신의 영토가 한반도 전체를 가리키는 것으로 보인다.

관계를 정상국가관계로 수립하는 것은 법리적으로는 문제될 것이 없고, 남한 법률의 제정과 해석에서 북한이 별개 국가라는 현실을 어떻게 인정할 것인지 여부에 대한 정치적 결단만 남는다. 그런데 판문점 선언⁷⁹⁾ 등 남북 정상회담 합의서에 의하면, 남북은 서로를 별개의 국가로 인정한 것으로 볼 여지가 있다. 판문점 선언에서 남북정상이 각자의 국호를 밝히고 서명한 합의서의 형식이나 그 내용을 보면 남북은 각자 상대방을 국가로 승인한 것은 아니라 하더라도 사실상 인정한 것이라 할 수 있다.

필자는 이 문제는 엄밀하게 논증되어야 하는 법이론의 문제가 아니라는 점을 주목하고자 한다. 1990년대에 북한에 대한 적대적 관계를 특수관계로 바꾼 것은 정치적 상황변화에 따른 논리의 변경일 뿐이었다. 그렇다면 이미 도래한 상황변화 또는 장차 도래할 새로운 정치환경에서 그에 맞는 정치적 결단으로 남북한은 정상관계라 선언할 수 있다.⁸⁰⁾ 이때의 정상관계가 어떤 모습이 되어야 할지 및 그에 따른 법률 변화는 또 어떠한지 하는지는 공론의 장에서 논의하고 국가정책으로 채택하는 과정을 거쳐야 한다. 그 과정에서 시민의 동의를 받아야 정상관계론이 생명을 가질 수 있을 것이다. 필자가 생각하는 정상관계론은 남북한이 두 개의 나라라는 점, 그렇지만 두 나라는 역사와 문화의 공통성을 바탕으로 통일을 지향한다는 점, 통일의 방법과 절차는 기존의 남북합의에 따르고 장래 도래할 통일 완성 때

78) 권은민, 앞의 논문.

79) 판문점선언의 앞 부분은 “대한민국 문재인 대통령과 조선민주주의인민공화국 김정은 국무위원장은 평화와 번영, 통일을 염원하는 온 겨레의 한결같은 지향을 담아 한반도에서 역사적인 전환이 일어나고 있는 뜻깊은 시기에 2018년 4월 27일 판문점 평화의 집에서 남북정상회담을 진행하였다.”고 하였고, 마지막 부분은 “2018년 4월 27일 판 문 점 대한민국 대통령 문재인, 조선민주주의인민공화국 국무위원회 위원장 김정은”이라 하였다. [네이버 지식백과] 4·27 판문점 선언.

80) 김명인 칼럼, “평화가 절대선이다”(한겨레신문 2021.6.4.자)에 의하면, 현 상황에서 남북한관계의 가장 바람직한 미래상은 더 이상 통일이 아니라 상호 국가적 독자성을 지닌 상태에서의 항구적 평화체제 구축이라는 인식이 중요하다고 주장하는바, 필자도 남북한 상호 국가적 독자성을 인정하지는 점에 찬동한다.

까지는 두 나라의 관계가 제3국에 비하여 특수성이 있을 수 있다는 점, 남북한 두 나라의 특수성은 두 나라의 법률에서 적극적으로 고려되어야 하고 그 결과가 법제도에 반영되어야 한다는 점, 이 모든 과정에서 기본적으로 두 나라는 별개의 독립국가라는 점을 선언하고 존중한다는 점이다. 기존의 특수관계론과 다른 것은 법률에서 1국가 2체제를 2국가 2체제로 바꾸는 것이다. 그 동안의 1국가 2체제 주장 하에서는 법률상 북한은 법 적용 대상이 되지 못했다. 남북한이 하나의 나라라는 명분과 북한에 대한 실효적 지배력이 없다는 현실 속에서 북한은 남북교류협력법 등 일부의 법률에서만 법 적용 대상이 되었을 뿐 대부분의 일반법은 북한에 대한 고려가 없었다.

한편 남북한 정상관계론을 수용하였을 때 현재의 법제도에 어떤 영향을 미칠 것인지 생각해 보면, 우선 개별 법률의 적용대상에서 북한과 북한 주민이 그 법의 적용대상에 포함되는지 여부가 명확해진다. 예컨대 남한의 사회보장 관계법에서 북한주민을 지원할 의무가 있는지가 문제될 경우 그 법의 적용범위는 남한주민에 한정될 것이므로 북한주민 지원이 법적 의무가 아님을 분명히 할 수 있다. 또한 제3국을 지원하는 국제개발협력 관련 법령에서 북한을 지원대상에 포함시킬 수 있다. 그리고 북한이탈주민에 대한 법적 기준도 명확해질 것이다⁸¹⁾. 북한을 이탈하여 제3국에 체류 중인 북한이탈주민은 아직 남한 국민이 아니므로 그런 전제하에서 보호해야 할

81) 남북한 특수관계론을 전제로 북한주민을 남한의 잠재적 국민으로 보는 홍진영은, 이때의 북한주민은 대한민국이라는 국가에 대한 복종을 강요당하지 않되, 가능한 범위 내에서 외국인보다는 두텁게 기본권이 보장되며, 북한공민으로서의 정체성을 버리고 대한민국의 현실적 국민이 되길 원하는 경우에는 귀화 등의 요건과 절차를 요구함이 없이 간이한 절차를 거쳐 현실적 국민으로서의 법적 지위를 인정하게 된다는 점에서 대한민국의 현실적 국민과도, 외국인과도 그 법적 지위가 구별된다고 주장한다. 홍진영, “범죄를 저지른 북한이탈주민 추방의 법적 문제” 법조 제70권 제3호 2021.6. 268. 그런데 필자는 이 주장이 말하는 실익이 명확하지 않을 뿐만 아니라 행위규범으로서 기능하기 어렵다고 생각하며, 무엇보다 이렇게 복잡한 주장을 전개할 필요성이 있는지 의문이다.

것이고, 만일 북한이탈주민이 남한에 보호신청을 한 경우에는 북한이탈주민보호법에 따라 보호하게 될 것인바, 북한이탈주민과 관련한 논쟁⁸²⁾⁸³⁾을 정리할 수 있을 것이다.

보다 근본적으로는 현재의 판례 입장인 ‘대화과 협력의 동반자’가 무슨 의미인지 명확하지 않아 법적용에서 자의적 요소가 개입할 가능성이 있고, 남북한 관계가 국가간의 관계가 아니라면 도대체 무엇인지, 지방자치단체와 같은 공법단체간의 관계인지, 교전단체인지, 아니면 다른 어떠한 실체인가를 밝혀야 하는 문제⁸⁴⁾가 있는데, 남북한 정상관계론은 이런 문제를 해결하는데도 도움이 될 것이다.

더 나아가 남북한 정상관계론을 수용할 경우에는 현재의 남북교류협력법제를 전면 개정하는 논의가 시작될 수도 있다. 즉 현행법은 상대지역에 대한 방문을 출입국으로 표현하지 않고, 수출입을 반출입으로 표현하면서 정부가 북한과의 교류를 제3국에 비하여 엄격한 태도를 취하고 있는바, 장래 전면적 교류협력에 대비하기 위해서 남북교류협력제도를 재검토할 기회로 삼을 수 있다. 또한 현행법은 남북한 사이를 특수관계로 규정함에 따라 대외무역법, 외국환관리법 등 다수의 법을 준용하는데 이 과정에서 복잡한 현실에 제대로 대응하지 못하여 남북교류협력법의 적용과 해석에서 혼란이

82) 예컨대, 2019년 북한에서 범죄를 저지르고 동해상으로 표류한 탈북어부 사건, 남한에 입국하였으나 자신은 속아서 온 것이므로 북한으로 보내달라고 요구하는 김련희 사건 등이 있다.

83) 홍진영, 앞의 논문, 253, 이 논문은 2019.11. 발생한 북한선원 강제송환사건에서 남한의 지배권이 미치는 영역 내에서 귀순의사를 표시하였으므로 남한 국민으로 법적 지위를 획득하였고, 따라서 이들을 북한으로 추방할 수 없다는 견해를 취하였다. 그 결과 이들에게 남한 형법을 적용할 수 있는지의 문제가 발생하는바, 남한 형법을 바로 적용하기는 어렵다는 견해를 취하고 있어 법적용문제가 명확하지 않게 된다. 필자는 이들은 북한주민이고 북한이탈주민법상 보호신청절차를 거치지 않은 상황에서 남한 국민이 되었다고 보기 어렵다는 견해인바 위 논문의 입장과는 다른 견해다.

84) 도희근, “영토조항과 북한의 법적 지위”, 한국헌법학회, 헌법판례100선, 법문사, 2012, 40.

초래되는 경우⁸⁵⁾가 있는데, 남북한 정상관계론에서는 이런 문제를 근본적으로 해결할 수 있다. 남북한 정상관계론을 통해 남북한 사이가 국가 대 국가의 관계로 법제도에서 규정된다면 법제정과 적용에 대한 기준이 명확해질 것이다.

V. 결론

이 논문은 남북한 특수관계론의 형성과정과 의미를 살펴보고, 현 시점에서 특수관계론을 정상관계론으로 변화시키는 것이 가능한지를 점검해 보려는 의도에서 작성하였다. 앞서 살펴본 바와 같이 특수관계론은 남북한 사이의 정치상황 변화에 판례가 적응하는 과정에서 형성된 것으로 1990년대 초반에 정립된 이론이다. 그런데 그로부터 약 30년이 지난 현 시점에서는 특수관계론으로 해결하기 어려운 문제가 생기고 있어 기존 이론을 재검토해야 할 필요가 있다. 또한 남북관계의 미래를 위하여 그리고 통일을 위하여도 이제는 남북한 특수관계론을 남북한 정상관계론으로 변화시키는 논의를 해야 한다. 필자의 견해가 통일에 장애가 되는 것이 아닌지 의문을 가질 수도 있지만, 통일은 서로 다른 둘이 하나가 되는 과정인바, 서로 다른 존재가 단일 국가이든 분단국이든 그 주체의 법적 성질이 문제가 되는 것은 아니다. 오히려 현실을 인정하면서 통일의 필요성과 방법을 논의하는 과정을 거치는 것이 합리적이고 현실성이 있다고 본다.

남북한 정상관계론은 남북한이 별개의 국가라는 점에서 출발하겠지만 남

85) 외국환관리법 사건에서, 북한을 외국으로... 바로 인정하기는 어렵지만, 개별 법률의 적용 내지 준용에 있어서는 남북한의 특수관계적 성격을 고려하여, 북한지역을 외국에 준하는 지역으로, 북한주민을 외국인에 준하는 지위에 있는 자로 인정한 사례가 있다. 대법원 2004.11.12. 선고 2004도4044 판결, 헌법재판소 2005.6.30. 선고 2003헌바114결정.

헌법논총 제32집(2021)

한의 개별 법제도에서 이를 어떻게 반영하고 운영할 것인지는 구체적인 법률과 사안별로 논의해야 할 것이다. 1990년대에 형성된 특수관계론이 30년 동안 기능한 공적은 객관적으로 평가하되, 이론 정립 후 30년이 지난 현 시점에서는 그 이론의 변화가능성을 모색할 수 있다. 필자는 공론의 장에서 이 문제가 논의되기를 희망한다. 법과 이론도 특정사회의 구성원들을 위한 것일진대, 남북한 주민의 현재 생활과 장래를 위해서는 어떤 법이론이 더 적절한가를 같이 고민해 보자고 제안한다.

[국문초록]

이 논문은 남북한 특수관계론의 형성과정과 의미를 살펴보고, 현 시점에서 특수관계론을 정상관계론으로 변화시키는 것이 가능한지를 검토한다. 남북한 특수관계론은 남북한 사이의 정치상황 변화에 관례가 적응하는 과정에서 형성된 것으로 1990년대 초반에 정립된 이론이다. 그로부터 약 30년이 지난 현 시점에서는 특수관계론으로 해결하기 어려운 문제가 생김에 따라 기존 이론을 재검토해야 할 필요가 있다. 또한 남북관계의 미래를 위하여도 이제는 남북한 특수관계론을 남북한 정상관계론으로 변화시킬 필요가 있다. 필자가 제안하는 남북한 정상관계론은 남북한이 별개의 국가라는 점에서 출발하여 남한의 개별 법제도에서 북한을 어떻게 반영하고 운영할 것인지는 구체적 사안별로 논의하자는 제안이다. 1990년대에 형성된 특수관계론이 30년 동안 기능한 공적은 객관적으로 평가하되, 이론 정립 후 30년이 지난 현 시점에서는 그 이론의 변화가능성을 모색해야 한다. 필자는 공론의 장에서 이 문제가 논의되기를 희망한다. 법과 이론도 특정사회의 구성원들을 위한 것일진대, 남북한 주민의 현재 생활과 장래를 위해서는 어떤 법이론이 더 적절한가를 같이 고민해 보자고 제안한다.

주제어

북한, 남북한 특수관계론, 정상관계론, 북한의 법적 지위, 통일

[Abstract]

This paper looks into the formation process and meaning of the theory on special inter-Korean relations, and reviews whether it is possible at this time to deem the special relations theory as a theory on normal relations. The special inter-Korean relations theory was established in the early 1990s when the courts were adapting to the changes in the political relations between North and South Korea. As 30 years have passed since then, the special relations theory struggles to explain certain issues and thus should be reviewed. Furthermore, it is necessary for the future of the Koreas to transit to a “normal relations theory” from the special relations theory. The “normal inter-Korean relations theory” proposed in this paper is rooted in the fact that the two Koreas are independent countries, and from there, discusses specific issues on how to reflect and implement the individual laws of South Korea to the North Korean system. Whereas the special inter-Korean relations theory should be duly recognized for its contributions in the past 30 years since its establishment in the 1990s, now the theory should be reviewed for potential variability. The author believes that this matter should be up for public debate, and proposes that the reader contemplate what legal theory would be better fitting for the current and future lives of North and South Korean citizens, as laws and theories are purposed to work for the members of a society.

Key-words

North Korea, Special Inter-Korea Relations Theory, Normal Relations Theory, Legal Status of North Korea, Unification

참고문헌

[단행본]

- 강주원, 나는 오늘도 국경을 만들고 허문다. 국경도시 단동을 읽는 문화인류학 가이드, 글항아리 2013
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010
- 김갑식 외, 새로운 한반도 구상 추진전략과 정책과제, 통일연구원 2020
- 김상준, 코리아 양국체제, 아카넷, 2019
- 김철수, 헌법학신문(제21전정신판), 박영사, 2013
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2016
- 소성규 외, 통일교육과 통일법제를 이해하는 열두 개의 시선, 동방문화사, 2020
- 송인호, 통일법 강의, 법률신문사, 2015
- 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
- 이성신 외, KINU 통일의식조사 2020, 통일연구원, 2020
- 이효원, 통일법의 이해, 박영사, 2014
- 제성호, 남북한 특수관계론, 한울 아카데미, 1995
- 정은이 외, 한반도 신경제구상 추진전략과 정책과제, 통일연구원 2020
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006
- 한국헌법학회, 헌법판례100선, 법문사, 2012
- 한명섭, 통일법제 특강, 한울 아카데미, 2016

[논문]

- 권은민, “북한의 법적 지위에 대한 서론적 고찰:북한의 국가성 인정의 관점에
서” 북한법연구 제25호 2021 상반기
- 김선태, “민주적 개헌논의의 헌법적 조건”,헌법학회 세미나 자료집 2021.6.
- 김천식, “노태우 정부의 남북교류협력법 제정 과정에 관한 연구” 북한대학원대
학교 박사학위논문, 2012.1.
- 김현귀, “북한주민의 지위”, 헌법재판연구원 2019

헌법논총 제32집(2021)

도회근, “남북관계법제의 발전과 한계” 헌법학연구 제14권 제3호 2008

박종철, “남북기본합의서 체결 30주년의 의미와 과제” 민족화해 110호 2021.
5.

선정원, “행정법학의 발전과 행정학과의 관계의 재형성-정책법학”, 행정법학 제
20호2021.3.

손호철 외, “남북한 '적대적 의존관계론'에 관한 비판적 연구: 1972년 남한 유
신헌법과 북한 사회주의헌법 제정을 중심으로”, 통일법제데이터베이스
2012

송진호, “남북한 특수관계에서 국가면제이론의 유추적용 문제에 대한 고찰”, 통
일과 법률 2021.2.

이근관 “1948년 이후 남북한 국가승계의 법적 검토”서울국제법연구 제16권 제
1호 2009

정인섭, “제헌헌법 제4조 영토조항의 성립과 의미”, 서울대학교 법학 제61권
제4호 2020.12.

제성호, “해외 탈북자의 법적 지위와 처리방안”법조 제52권 제1호, 2003.1.

홍중현, “한반도 평화체제에 대비한 법제정비방향” 학술대회 자료집, 2020.12.

홍진영, “범죄를 저지른 북한이탈주민 추방의 법적 문제” 법조 제70권 제3호
2021.6.

여성의 재생산권에 대한 고찰*
- 임신중절 및 인공생식술을 통한 임신에 대한
권리를 중심으로 -

Eine Studie über reproduktives Recht von Frauen
- in Zusammenhang mit dem Recht auf Schwangerschaftsabbruch und
Schwangerschaft -

申 玉 株(Shin, Okju)
전북대학교 법학전문대학원 교수

- 목 차 -

I. 서론	53
II. 임신중절 권리의 실현을 위한 법적 공백의 문제 및 해결방안	54
1. 자기낙태죄 관련 형법규정 부재의 문제	55
가. 2019년 헌법재판소 낙태죄 헌법불합치 결정이후 형법적 공백의 문제	55
나. 진정부작위입법 위헌확인 헌법소원심판청구를 통한 법적 공백에 대한 권리구제방안	60

* 이 논문은 헌법논총 제32집 특집주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주).

2. 현행 모자보건법 제14조와 기본권침해의 문제	63
가. 정당화사유에 따른 예외적 낙태만을 허용하는 모자보건법 규정의 문제	63
나. 부진정부작위입법으로 인한 헌법소원심판청구를 통한 기본권침해 문제 해결방안	66
3. 법제정비와 입법을 위한 제안	68
가. 형법과 모자보건법의 개정 필요성과 방안	68
나. 성·재생산 건강과 권리 보장을 위한 기본법 제정 필요성과 방안	72
III. 재생산권으로 인공생식술을 통한 아이를 낳을 권리의 실현과 제한	74
1. 아이를 낳을 권리의 보장과 몸의 도구화 사이의 갈등	74
2. 기본권으로 임신·출산의 자유와 그 제한	75
가. 기본권성에 대한 검토	75
나. 인공생식술을 통한 임신·출산의 내용	76
다. 인공생식술을 통한 임신·출산의 자유 보장과 제한	78
3. 비혼여성의 인공생식술을 통한 임신·출산권보장과 그 제한 문제	81
4. 독일 기증정자등록법을 통해 본 인공생식술을 통해 출생한 아동의 뿌리를 알 권리보장 필요성	84
가. 법의 목적 및 구조	85
나. 정자추출기관	86
다. 인공생식술 시행기관	87
라. 독일 의학 문서·정보 연구소	88
IV. 결론	88
* 국문초록 및 주제어	91
* 독문초록 및 주제어	93
* 참고문헌	96

I. 서론

헌법재판소의 2019년 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 입법개선이 이루어지지 아니하여 2021.1.1.부터 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄 규정들의 효력이 상실되었다. 이로 인한 법적 공백으로 여성의 재생산권 즉, 안전하게 임신을 중지하여 아이를 낳지 아니할 권리가 침해되는 문제가 발생하고 있다. 또한 구 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄 규정에 기반한 의료법 등의 관련 규정들이 여전히 존재하고 있다. 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄의 위법성 조각사유에 해당하는 모자보건법 제14조 및 법시행령 제15조가 그대로 존치되고 있어 여성의 자기결정권을 침해한다는 문제가 제기되고 있다. 낙태죄 판결이후 나타나는 다양한 기본권침해의 문제의 해결을 위하여 헌법재판소를 통한 해결방안과 입법을 통한 문제해결 방안이 모색될 필요가 있다.

재생산권으로서 임신·출산의 권리는 모든 사람과 커플이 가지는 기본권으로서, 혼인을 기준으로 이러한 권리의 실현이 가능하다고 볼 수 있는 것이 아니다. 모자보건법상 난임지원이 규정되고 있어 임신방법상의 제한이 있다고 할 수 없으므로 자연적인 방법뿐만 아니라 인공생식술을 통한 방법도 포함된다. 인공생식술을 통한 임신·출산권리에 대하여 어느 정도의 제한이 헌법적으로 정당화가 될 수 있는 기본권의 제한인지에 대한 논의가 필요하다. 미혼여성의 경우 인공생식술을 통한 임신출산권보장이 되는지 여부도 법적인 근거가 모호한 상황이다. 또한 기증된 정자와 관련하여 독일의 기증정자등록법을 참조하여 아동의 뿌리를 알 권리를 실현을 위한 입법논의를 할 필요가 있다.

이 글에서는 헌법적 관점에서 재생산권으로서 임신중절의 권리와 비혼 여성의 인공생식술을 통한 임신·출산의 권리를 포함하여 아이를 낳을 권리에 대하여 살펴본다. 이러한 연구의 목적은 재생산권의 내용을 좀 더 명확하게 이해하고 관련된 법제를 개선하여 기본권으로서 재생산권리를 실현

할 수 있도록 하는데 있다.

II. 임신중절 권리의 실현을 위한 법적 공백의 문제 및 해결방안

임신중절 권리¹⁾는 2019년 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정²⁾에서 헌법 제10조에서 도출되는 여성의 자기결정권에서 도출되는 기본권임이 확인되었다. 임신중절 권리는 1994년 카이로의 유엔 국제인구·개발회의(ICPD: International Conference for Population and Development)에서 채택된 성·재생산 건강과 권리 중 재생산권리의 한 내용이다. 1995년 유엔이 발간한 1994년 카이로 ICPD보고서에 따르면 재생산권리란 국내법, 인권에 관한 국제문서 및 국제연합에서 합의한 기타 관련 문서에서 이미 인정된 인권의 일부이다. 이는 모든 커플과 개인들이 자신의 아이들 수, 출산간격 및 출산 시기를 책임을 가지고 자유롭게 결정할 수 있는 권리이다. 이러한 재생산 권의 실현을 위하여서는 재생산 정보와 수단을 얻을 수 있는 기본적인 권리 및 최고수준의 성에 관한 건강 및 재생산을 위한 건강을 얻을 권리의 보장이 전제가 된다. 이 재생산권리에는 차별, 강제, 폭력 없이 재생산에 관한 결정을 할 권리도 포함된다. 또한 사람들이 이 권리를 행사할 때는 자신의 욕구, 자녀의 미래, 사회에 대한 책임을 고려해야 한다.³⁾

1) 재생산권의 내용으로 임신중절에 대한 권리와 임신하지 아니할 권리는 구분된다. 임신하지 아니할 권리는 자유권으로서 피임, 불임수술 등을 통하여 실현된다. 미국에서는 피임의 자유는 프라이버시권의 하나로 이해되며 수정헌법 제14조 적법절차원칙에서 그 근거를 찾고 있다. 이호용, 낳지 않을 자유와 자기결정, 세계헌법연구(제16권 3호), 221-224쪽.

2) 현재 2017헌바127 형법 제269조 제1항 등 위헌소원 (낙태죄 사건).

3) Report of International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 Sep. 1994, A/CONF.171/13/Rev.1, UN publication Sales No. 95. XIII. 18, UN, 1995.

1994년 유엔 카이로 강령을 통하여 임신, 출산, 임신중절 등이 재생산권이며, 이 권리는 여성의 자유로운 자기결정에 따라 실행되는 것으로 이미 각 나라의 법률과 국제법규에서 수용이 된 인권임이 천명되었다. 지금까지 우리나라에서 임신, 임신중절 및 출산에 관련된 법과 정책 속에는 이를 여성의 권리로서 이해하기 보다는 인구정책의 관점에서 여성의 몸의 통제를 통한 출산정책의 실현이라는 관점이 투영되어 있었다.⁴⁾ 그러나 기본권인 여성의 재생산권의 관점에서 아이를 낳지 아니할 권리와 낳을 권리의 보장의 관점으로 전환이 될 필요가 있다.

1. 자기낙태죄 관련 형법규정 부재의 문제

가. 2019년 헌법재판소 낙태⁵⁾죄 헌법불합치 결정이후 형법적 공백의 문제

헌법재판소는 2019년 낙태죄 결정에서 형법 제269조 제1항 ‘자기낙태

보고서 Chapter 7 reproductive Rights and reproductive Helth 7.3. 40쪽에서 다음과 같이 정의함: “7.3. Bearing in mind the above definition, reproductive rights embrace certain human rights that are already recognized in national laws, international human rights documents and other consensus documents. These rights rest on the recognition of the basic right of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes their right to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence, as expressed in human rights documents. In the exercise of this right, they should take into account the needs of their living and future children and their responsibilities towards the community.

- 4) 자세한 내용은 신옥주, 헌법적 관점에서 본 여성의 재생산권 보장을 위한 방안, 공법연구 제49집 제2호(2020.), 307-330쪽 참조.
- 5) 이 글에서 헌법재판소의 결정, 법령상 표현, 다른 연구자의 논문내용 등을 설명할 때에는 그 자료에서 사용하는 대로 낙태라고 표현하고, 그 외의 경우에는 임신중절이라는 표현을 사용한다.

죄’, 제270조 제1항 ‘의사낙태죄’에 관한 부분이 모두 헌법에 합치되지 아니한다는 헌법불합치결정을 내리면서 입법자가 위 조항들을 2020. 12. 31. 을 시한으로 개정할 때까지 계속 적용하도록 하였다. 입법개선의 시한까지 입법개선이 이루어지지 아니하여 현행 형법에는 제269조 제2항의 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아서 낙태하게 한 자에 대한 처벌과 이러한 죄를 범하여 부녀를 상해 또는 사망에 이르게 한 자에 대한 처벌(제3항) 규정이 존재한다. 그러나 “부녀가 약물 기타 방법으로 낙태한 때”에는 처벌될 수 없다. 또한 제270조 제1항 의사, 한의사, 조산사, 약제사 또는 약종상이 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하게 한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다는 규정에서 “의사” 부분이 무효가 되었다. 제2항에 따라 부녀의 촉탁 또는 승낙이 없이 낙태한 자에 대한 처벌과 이러한 죄를 범하여 부녀를 상해 또는 사망에 이르게 한 자는 처벌(제3항)된다. 따라서 현재에는 의사가 부녀의 촉탁 또는 승낙을 받아 낙태하는 경우 처벌될 수 없다.

2019년 낙태죄결정에서 헌법재판소는 태아의 생명권과 국가의 생명보호 의무를 인정하면서, 태아가 모체를 떠난 상태에서 독자적으로 생존할 수 있는 시점인 임신 22주 내외에 도달하기 전이면서 동시에 임신 유지와 출산 여부에 관한 자기결정권을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기(헌법재판소는 착상 시부터 이 시기까지를 ‘결정가능기간’이라 함)까지의 낙태에 대해서는 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 판단하였다.⁶⁾ 이 결정에서 헌법재판소는 낙태의 문제를 태아의 생명권과 여성의 자기결정권의 충돌로 보고 생명권이 항상 우위에 있다고 보았던 기존의 입장에서 선화하여, 입법자들에게 태아의 생명권도 보호하면서 여성의 자

6) 신옥주, 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 합헌적 법제정비 방안에 관한 연구, 공법연구 제47집 제4호, 2019.6.

7) 헌재 2012.8.23. 2010헌바402 형법 제270조 제1항 위헌소원(낙태죄 사건, 이하 제1차 낙태죄 결정).

기결정권도 보장하는 입법을 요청하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 헌법재판소의 입법촉구시한이 지난 현재 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄가 폐지되어 낙태의 비범죄화가 이루어졌고 이를 통해 여성의 자기결정권의 완전한 실현이 이루어졌다고 평가⁸⁾하기 보다는 임신중절 관련 입법적 공백이 발생하였다고 평가하는 것이 좀 더 타당할 것으로 본다. 입법공백으로 인해 여성의 자기낙태 또는 의사에 의한 낙태가 임신주수와 사유의 제한 없이 가능하게 되어 태아의 생명권의 침해와 국가의 생명보호의무 위반 문제가 발생하고, 또한 여성의 자기결정권과 건강권의 침해의 문제를 야기한다.

첫째 태아의 생명권의 침해와 국가의 생명보호의무위반이다. 2019년 3월 20일 서울 동작구 한 산부인과 병원에서 임신 34주 산모에 대하여 제왕절개수술 방식으로 낙태수술이 시행되었다. 태아의 몸무게는 3.4kg이었으며 수술 후 살아 있던 영아는 곧 바로 살해되었고, 사체는 의료폐기물인 것처럼 폐기되었다. 당시 수술을 주도한 전문의에 대하여서는 낙태죄에 대하여

8) 2017년 청와대 국민청원 게시판에 낙태죄 폐지와 자연유산 유도약 합법화 청원에 대하여 23만 5천명이 동의하면서 낙태죄의 폐지담론이 확산되었고, 2018년 ‘모두를 위한 낙태폐지 공동행동’이 55개 여성단체 주도로 출범하면서 2019년 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치 결정을 통하여 낙태죄 폐지와 비범죄화가 이루어졌다는 입장이 있다. 전운정, 성·재생산권으로써 낙태권리를 위하여-낙태제도 변동의 쟁점과 방향, 페미니즘연구 제20권 1호(2020), 5-6쪽. 헌법재판소가 2019년 낙태죄 결정을 통해 “임신·출산·육아 과정에서 발생하는 포괄적이고 다양한 사회경제적 사유들을 고려”해야 한다는 것과 “낙태죄가 여성의 자기결정권을 침해한다는 것을 인정”하는 등 더 이상 형법에서 낙태를 죄로 제한할 수 없음을 인정하였으며, 따라서 낙태에 관한 전반적인 내용이 새롭게 규정되어야 한다는 의견도 있다. 신유나/최규진, 낙태죄 제·개정 및 법적 논쟁의 역사: 사회·정치적 맥락을 중심으로, 민주주의와 인권(제20권 2호), 196쪽. 김은주, 인구관리의 생명 권력과 여성의 신체: 정상으로서 ‘생명’과 낙태죄를 중심으로, 한국여성학 제36권 제4호(2020년), 71-94쪽. 이글에서 김은주는 “주수를 명기하고 여성에게 선택권을 주는 개정 입법안은 생명권 수호를 강조하여 낙태죄를 유지함으로써 여성의 권리와 태아의 생명권 사이에서 선택의 결정의 책임을 개인 여성에게 부담으로 떠넘기는 동시에 여성에게 어머니됨을 강요하는 국가의 이해관계를 은폐한다”고 하면서 “통제, 관리, 포괄, 배제를 통해 복합적으로 작용하는 생명권력의 포획에서 벗어나야” 함을 주장하고 있다.

서는 무죄, 살인죄는 인정되어 징역 3년 6개월의 징역형이 대법원에서 확정되었다.⁹⁾

둘째 산모의 자기결정권 및 건강권 등의 침해가 문제된다. 자기낙태죄와 의사에 의한 낙태죄의 형법상 규정이 사라졌다고 하여도 의사들이 낙태수술을 할 수 있는 것도 아니다. 형법과는 달리 의료법 등에서는 형법 제260조와 제270조를 근거로 의료인에 대한 결격사유, 행정처분 등이 규정되어 있기 때문이다. 의사결격사유를 규정한 의료법 제8조 4.에 따라 형법 제269조, 제270조를 위반하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형의 집행이 종료되지 아니하였거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자는 의료인이 될 수 없다. 동법 제65조 제1항에 따라 보건복지부장관은 의료인이 동조에서 정한 각 호의 어느 하나에 해당할 경우에는 그 면허를 취소할 수 있고 다만, 제1호의 경우에는 면허를 취소하여야 한다고 규정하고 있는데 각호 1.은 제8조 각 호의 어느 하나에 해당하게 된 경우이다. 또한 의료관계 행정처분 규칙 [별표] 행정처분기준(제4조¹⁰⁾ 관련) 2. 개별기준 가. 의료인이 의료법 및 의료법 시행령을 위반한 경우 32) 비도덕적 진료행위를 한 경우 라) 형법 제270조를 위반하여 낙태하게 한 경우 자격정지 1개월의 처분이 된다.

법에서 임신중절에 관한 명확한 규정이 없는 가운데 의사들의 임신중절 수술에 대한 태도도 수술거부, 12주까지 가능, 그 이후 수술가능 등 매우

9) 경향신문, 기사입력 : 2021.06.11. 16:20, 최종방문 2021.08.25.

<https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202106111620001#csidx690b48ee54545b38576ec2d788fcbe6>

낙태죄부분에서 무죄결정을 받았기 때문에 논문이 주제와 직접 관련성은 없다고 할 수 있다. 그러나 일신 말기인 34주차 산모에 대한 낙태수술이 행해질 수 있다는 점에서 매우 시사적이며, 태아가 사망하여 태어난 경우 의사에게 어떠한 책임을 물을 수 있을지의 관점에서도 이 사례를 살펴볼 필요가 있다고 생각한다.

10) 의료관계 행정처분 규칙, 시행 2020.12.312. 보건복지부령 제773호 제4조(행정처분기준) 『의료법』 제68조와 『의료기사 등에 관한 법률』 제25조에 따른 행정처분기준은 별표와 같다.

다양한 것으로 나타난다. 또한 수술비용도 임신 7주 낙태수술의 경우 70만 원부터 12주 120만원, 그리고 그 이후의 경우 임신주수마다 추가비용을 300만원까지 요구하는 등 천차만별인 것으로 나타났다.¹¹⁾

입법 공백이 장기화되면서 임신중절 방법에 대한 정부의 대응도 혼선을 빚고 있다. 헌법재판소의 2019년 낙태죄 결정 후 보건복지부는 2021.1.1.부터 먹는 피임약을 허가하기로 결정했다. 한 제약회사가 ‘미프지미소’(Mifegymiso)를 국내에 도입한 뒤 허가 절차를 밟고 있지만 여전히 심사 중인 것으로 나타났다. 그 사이 온라인을 통한 ‘미프진’ 불법 판매가 횡행하면서 불법으로 구매한 약을 복용한 후 하혈 등 부작용을 겪는 사례가 빈번한 것이다.¹²⁾ 이러한 문제는 모자보건법 제2조 7.에서 임신중절의 방법은 임신중절수술만으로 정하고 있고 이에 따라 법제14조에서는 낙태를 위해서 인공임신수술만을 규정하고 있기 때문이다.

자기낙태죄 등 관련의 입법적 공백과 위에서 본 것 같은 낙태죄를 기반으로 하는 법규들이 존치되어 있는 상황에서 나타나는 다양한 의료현실로 인해 여성들의 자기결정권, 건강권 등을 침해된다. 병원마다 임신중절에 대한 태도가 상이한데, 임신중절을 시행하는 의료기관이 알려져 있지 않기 때문에 임신중절을 원하는 여성의 자기결정권이 제대로 보장되고 있지 못하는 것이다. 또한 아이를 낳을 권리를 실현하기 위하여서는 관련된 다양한 정보의 제공이 전제가 되는데, 현재까지 임신중절 방법 및 수술(시술) 종류, 임신중절 수술(시술) 의료기관, 수술 후 합병증, 계획 임신 등에 대한 정보가 부재하여 여성이 임신중절 또는 임신유지의 결정을 내리기 어려운

11) 데일리 굿뉴스, '낙태죄 입법 공백' 예고된 혼란... 법도 없고, 현장은 방치, 등록일: 2021-02-08 19:08:29, 최종방문일 2021.08.26.

http://www.goodnews1.com/news/news_view.asp?seq=108319

12) MEDICOPHARMA, 기사승인 2021.07.02. 05:59, 최종방문 2021.08.25.

<http://www.medicopharma.co.kr/news/articleView.html?idxno=57718>

[출처] 낙태죄 폐지 반 년...장기화된 입법 공백에 피해는 '환자 몫'.

상황이다. 안전하게 임신중절을 할 기회가 보장되지 않고 모자보건법과 정부결정의 상이함에 따른 불법적인 약의 유통과 복용부작용으로 인한 건강 침해와 더불어 임신중절비용에 대한 가이드라인이 없어 경제적 부담의 문제도 큰 것으로 나타난다.

나. 진정부작위입법 위헌확인 헌법소원심판청구를 통한 법적 공백에 대한 권리구제방안

법률제정은 입법권자인 국회의 권한으로서 재량사항이다. 그러나 헌법에서 입법의무를 부과한 경우와 헌법해석상 명백한 입법의무가 도출되는 경우 국회는 입법의무를 지게 되며, 국회가 입법을 하지 않은 경우 입법부작위 그 자체를 대상으로 하여 위헌확인을 구하는 헌법소원심판청구를 할 수 있다.¹³⁾

헌법재판소는 선거구 입법부작위 사건¹⁴⁾에서 헌법재판소가 입법개선시한을 정하여 헌법불합치결정을 하였음에도 국회가 입법개선시한까지 개선 입법을 하지 아니하여 국회의원의 선거구에 관한 법률이 존재하지 아니하게 된 경우, 국회에 국회의원의 선거구를 입법할 헌법상 의무가 인정된다고 판시하고 있다. 당해 사건에서 헌법재판소는 입법자에게 1년 2개월의 입법개선기간을 부여하였다. 동 재판소는 이 기간이 입법자가 입법을 하기

13) 헌재 2003,515. 200헌마192등; 성낙인 헌법학, 2020 법문사, 808쪽.

14) 헌재 2016.4.28. 2015헌마1177등 입법부작위 위헌확인(선거구 입법부작위 사건). 헌법재판소는 헌법소원 결정당시에 선거구가 확정되어 입법부작위상태가 해소되어 청구인들의 주관적 목적이 달성되어 권리보호의 이익이 없다고 하면서 각하하였다. 다수의견과는 달리 4인의 헌법재판관은 피청구인의 이 사건 입법부작위가 헌법의 명시적 위입에 의한 국회의 입법의무를 게을리 한 것으로서 중대한 헌법위반행위에 해당하고, 이와 같은 피청구인의 입법지체에는 이를 정당화할 특별한 사유가 발견되지 아니하므로, 피청구인의 이 사건 입법부작위는 입법재량의 한계를 넘는 입법의무 불이행으로서 제20대 국회의원선거에 출마하고자 하는 자 등의 선거운동의 자유 및 선거권자의 선거권 등을 침해한다는 의견을 제출하였다.

에 불충분한 시간이 아님에도 입법자가 입법개선시한을 도과하여 선거구 공백상태가 초래되었으며, 국회의원에 출마하고자 하는 사람의 선거운동의 자유가 온전히 보장되지 못하고 선거권자의 정보취득이 어렵게 되었다고 판단했다. 헌법재판소는 법률을 제정하지 않은 이 사건 입법부작위는 합리적인 기간 내의 입법지체라고 볼 수 없고 이러한 지체를 정당화할 다른 특별한 사유를 발견할 수 없어 입법자들이 헌법상 입법의무 이행을 지체한 결과 기본권침해가 발생한 것이라고 본 것이다.

헌법재판소에 의하여 헌법불합치 결정을 받은 낙태죄 사건은 2019.4.11.에 종결되었다. 동 재판소는 입법자에게 2020.12.31.까지 입법개선을 하도록 촉구하며, 입법개선이 이루어 질 때까지 잠정적용되지만 위 일자까지 개선입법이 이루어지지 않는 경우 위 조항들은 2021.1.1.부터 그 효력을 상실한다고 결정하였다. 헌법재판소의 헌법불합치결정은 본질적으로 위헌결정이다. 다만, 일정한 기간 내에 위헌상태를 제거하리라는 것을 전제로 효력상실 시기만을 잠정적으로 유보한 것으로 볼 수 있다.¹⁵⁾

입법자가 개선입법을 하지 않아 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄는 2021. 1.1.부터 효력을 상실하였고, 자기낙태와 의사낙태와 관련 규정이 형법 또는 모자보건법의 어디에도 없는 공백상태가 되었다. 헌법재판소의 입법개선촉구결정은 입법자에 대하여 기속적이다. 입법자는 여성의 자기결정권 보장, 의료기관 접근을 통한 건강권 보호, 자기결정권의 실행을 위한 전제가 되는 정보를 제공받을 권리의 보장을 위하여 자기낙태와 의사낙태에 관한 입법을 할 헌법적 의무가 있으며, 이와 관련한 입법을 하지 아니함으로써 헌법적 입법의무의 불이행이 인정된다. 입법자가 입법을 할 의무가 있다고 해도 입법의무 불이행이 바로 헌법위반이 되는 것으로 볼 수는 없다. 입법자가 입법의무를 상당한 기간을 넘어 정당한 사유 없이 해태한 경

15) 현재 2016.4.28. 2015헌마1177등 입법부작위 위헌확인(선거구 입법부작위 사건).

우에 해당하는지 여부를 함께 살펴보아야 한다.

헌법재판소가 국회에 부여한 약 1년 8개월의 기간은 국회가 여성의 자기결정권 보장과 태아의 생명보호를 위하여 필요한 입법개선을 하기에 상당한 시간이라고 할 수 있다. 헌법재판소의 낙태죄 헌법불합치결정 이전에 이미 낙태죄폐지부터 개정, 모자보건법의 전면개정부터 일부개정을 위한 매우 다양한 논의들¹⁶⁾이 있었다. 2020.4.15. 실시된 제21대 국회의원선거와 관련하여 국회활동에 어려움이 있다는 점을 감안하더라도 1년 8개월 정도의 기간은 개선입법을 마련하고 의견수렴을 하며, 수차례의 임시회와 본회의의 개최되는 기간이므로 필요한 법제정비를 하기에 시간적으로 불충분하다고 보기 어렵다. 또한 입법자가 상당한 시간을 넘어 입법지연을 할 정당한 사유도 찾아보기 어렵다. 낙태죄에 대하여 낙태반대의 “pro-life”와 낙태찬성의 “pro-choice”의 입장이 있으나 낙태죄 결정이후에는 기존의 자기낙태죄와 의사낙태죄가 유지될 수 없다는 점에는 의견이 같고 다만 임신중절의 허용시기 등에서 입장 차이를 보이고 있다.¹⁷⁾ 또한 헌법재판소가 2012년 제1차 낙태죄 결정에서 낙태죄를 합헌으로 판단했던 태도를 변경하여

16) 법무부와 보건복지부에서 헌법재판소 낙태죄 결정이후 법안준비작업을 진행하고 있었으며, 상당히 많은 연구자료도 축적되어 있었다. 학계에서 이미 오래전에 낙태죄 폐지와 관련된 연구들이 진행되어 왔다. 낙태죄 결정이 후의 비교적 최근의 자료들만 언급하면 다음과 같다: 신옥주, 헌법적 관점에서 본 여성의 재생산권 보장을 위한 방안, 공법연구 제49집 제2호(2020.); 신옥주, 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 합헌적 법제정비 방안에 관한 연구, 공법연구 제47집 제4호, 2019.6.; 신유나/최규진, 낙태죄 제·개정 및 법적 논쟁의 역사, 민주주의와 인권 20(2), 2020.6.; 전윤정, 성·재생산권으로써 낙태권리를 위하여-낙태제도 변동의 쟁점과 방향, 페미니즘 연구 20(1), 2020.4.

17) 여성운동은 이 헌법소원심판에 집중하며 낙태죄 폐지를 위한 대규모 시위, 각종 토론회, 캠페인 등을 통해 여론을 확산시켜나갔으며, 여성 임신중단의 전면합법화를 주장하는 여성 커뮤니티인 비웨이브(BWAVE)는 2019년까지 19차례 집회를 개최하였다. 종교계를 중심으로 낙태죄폐지 반대운동의 움직임이 있었으나, 대중들의 낙태찬성 인식을 돌리기엔 부족하였고 생명윤리학, 철학, 신학 연구자들이 낙태죄 폐지 찬성 성명서를 발표할 정도로 사회적 인식의 변화가 있었다. 신유나/최규진, 낙태죄 제·개정 및 법적 논쟁의 역사, 민주주의와 인권(제20권 2호), 195쪽.

2019년 낙태죄 헌법불합치 결정을 한 배경에는 임신중절 상황에 처한 여성의 현실을 고려하였다는 것도 참작하여 신속한 입법개선이 이루어질 필요가 있었다. 즉 헌법재판소가 판시한 것처럼 ① 자기낙태죄와 의사낙태죄의 실제 가동여부가 국가의 인구정책에 따라 좌우되고 있고 ② 모자보건법 제14조의 사유에 해당하지 않으면 형법 낙태죄 규정에 따라 어떠한 예외 없이 일률적으로 낙태를 처벌을 하고 있는데 ③ 모자보건법 제14조의 낙태정당화사유들은 사회·경제적 사유로 인하여 낙태를 고민하는 많은 여성들의 삶의 문제를 전혀 포섭하지 못하고 있어 임신갈등을 하는 여성들의 현실적 고통이 매우 크다는 점을 감안하여 낙태죄 관련 입법개선이 지체되지 않고 이루어져야 한다고 볼 수 있다.

입법자가 정당한 사유 없이 상당한 시간 내에 낙태관련의 입법을 하지 않음에 따라 임신중절을 하려는 사람들은 어느 병원에서 얼마만큼의 비용으로 어느 주수까지 중절수술이 가능한지, 임신초기의 경우 약물로 임신중절이 가능한지¹⁸⁾, 중절수술에 보험이 적용되는지¹⁹⁾ 혹은 국가의 지원을 받을 수 있는지 등에 대한 정보와 이를 위한 상담을 제대로 받지 못한 채, 안전하게 임신중절을 할 권리를 온전히 보장받지 못하고 있다.

2. 현행 모자보건법 제14조와 기본권침해의 문제

가. 정당화사유에 따른 예외적 낙태만을 허용하는 모자보건법 규정의 문제

1973년에 제정된 모자보건법은 총 14개의 조항으로 이루어져 있었으며,

18) 재생산의 관점에서 약품을 통한 피임, 임신중절을 연구한 논문으로는 김선혜, 약들을 둘러싼 한국의 재생산 정치 - 미프진 도입의 의미와 과제, 여성학연구, 제30권 제2호(2020.10.) 65-108쪽 참조.

19) 현재는 모자보건법 제14조 사유에 해당하는 경우 보험적용이 됨.

모성 및 영유아의 생명과 건강을 보호하고 건전한 자녀의 출산과 양육을 도모함으로써 국민건강에 이바지할 목적으로 제정되었다. 그러나 제2조 정의규정²⁰⁾의 대부분이 불임수술, 수태조절, 가족계획요원, 모자보건사업, 가족계획사업 등의 개념에 관한 것이고, 법의 내용도 임신중절, 수태조절, 가족계획, 인공임신중절 등이 주를 이루고 있으며, 의료법에서 낙태를 전면적으로 금지하고 낙태죄로 처벌하는 형법 제269조 제1항·제2항, 제270조 제1항의 적용배제²¹⁾ 및 낙태수술을 하였던 의사들에 대하여 처벌하는 조항의 적용배제²²⁾ 규정을 두고 있는 점 등으로 보아 모자보건법은 일정한 사유가 있으면 임신중절이 가능하도록 할 목적으로 제정된 것이라고 볼 수 있다.²³⁾ 제정 당시 법 제8조에서 규정하였던 인공임신중절수술의 허용한계

20) 모자보건법[시행 1973. 5. 10.] [법률 제2514호, 1973. 2. 8., 제정] 제2조 제2조 (정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “임산부”라 함은 임신중에 있는 여자와 분만후 6월미만의 여자를 말한다. 2. “영유아”라 함은 출생후 6년미만의 자를 말한다. 3. “불임수술”이라 함은 생식선을 제거하지 아니하고 생식할 수 없게 하는 수술을 말한다. 4. “인공임신중절수술”이라 함은 태아가 모체외에서 생명을 유지할 수 없는 시기에 태아와 그 부속물을 인공적으로 모체외부에 배출시키는 수술을 말한다. 5. “수태조절”이라 함은 임신이 가능한 자에 대하여 그 원에 따라 수술에 의하지 아니하고 피임기구 또는 피임약품등에 의하여 피임하게 하거나 그 피임을 중지하여 임신을 가능하게 하는 조절행위를 말한다. 6. “모자보건요원”이라 함은 의사·조산원·간호원·간호보조원의 면허를 받은 자로서 모자보건사업에 종사하는 자를 말한다. 7. “가족계획요원”이라 함은 의사·조산원·간호원·간호보조원의 면허를 받은 자 또는 보건사회부령으로 정하는 자격을 갖춘 자로서 가족계획사업에 종사하는 자를 말한다. 8. “모자보건사업”이라 함은 임산부 또는 영유아에게 전문적 의료봉사를 함으로써 정신적 신체적 건강을 유지하게 하는 사업을 말한다. 9. “가족계획사업”이라 함은 가족의 건강과 가정경제의 향상을 위하여 수태조절에 관한 전문적인 의료봉사·계몽 또는 교육을 하는 사업을 말한다.

21) 1973년 제정 모자보건법 제12조 (형법의 적용배제) 이 법의 규정에 의한 인공임신중절수술을 받은 자 및 행한 자는 형법 제269조제1항·제2항 및 형법 제270조제1항의 규정에 불구하고 처벌하지 아니한다.

22) 1973년 제정 모자보건법 제13조 (의료법의 적용배제) 이 법의 규정에 의한 모자보건요원중 간호원 및 간호보조원이 제5조의 규정에 의하여 행하는 조산행위에 대하여는 의료법 제25조 및 제65조의 규정을 적용하지 아니한다.

는 그동안 여러 차례의 법 개정에도 변함없이 존재하였으며 현행 모자보건법 제14조에 동일하게 규정되어 있다. 동 규정에 따라 의사는 배우자의 동의를 받아 1. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우²⁴⁾ 2. 본인이나 배우자가 대통령령으로 정하는 전염성 질환이 있는 경우²⁵⁾ 3. 강간 또는 준강간에 의하여 임신된 경우 4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우 5. 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심각하게 해치고 있거나 해칠 우려가 있는 경우 임신중절수술을 할 수 있다. 법시행령 제15조 제1항에 따라 법 제14조에 따른 인공임신중절수술은 임신 24주 이내인 사람만 할 수 있다.

낙태죄와 관련하여 우리나라는 이원적 법체계를 취하여 형법에서는 전면적 금지, 그리고 모자보건법에서는 일정한 사유에 의한 허용을 규정하고 있다. 모자보건법 제14조의 인공임신중절 허용사유는 형법상 범죄행위로 규정하고 처벌하였던 자기낙태죄와 의사낙태죄의 위법성조각사유에 해당한다. 위법성 조각사유의 원인이 되는 범죄행위인 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄가 더 이상 존재하지 않음에도 불구하고 여전히 조문의 개정 없이 그대로 존치되고 있는 것은 모순적이다. 더욱이 현재의 법적 공백상태에서 이론적으로는 임신 전 기간에 걸쳐 임신중절이 가능한 상태가 되었음에도

-
- 23) 신옥주, 헌법적 관점에서 본 여성의 재생산권 보장을 위한 방안, 공법연구 제49집 제2호(2020.); 전윤정, 한국의 모성정책 변화에 관한 연구, 정책 행위자들의 협력·대립양상을 중심으로, 여성건강 6(2), 2005.12.; 김선혜, 모성의 의무에서 재생산의 권리로, 『모자보건법』 비판적 검토 및 개정방향모색, 이화젠더법학 제12권 제2호(통권 제29호, 2020.8.); 전윤정, 성·재생산권으로써 낙태권리를 위하여 - 낙태제도 변동의 쟁점과 방향, 페미니즘연구 제20권 1호.
- 24) 모자보건법 시행령 제15조 제2항에서는 연골무형성증, 남성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환으로 규정함.
- 25) 모자보건법 시행령 제15조 제3항에서는 풍진, 톡소플라즈마증 및 그 밖에 의학적으로 태아에 미치는 위험성이 높은 전염성 질환으로 규정함.

모자보건법 제14조는 매우 한정적인 사유에 한하여 인공임신중절을 허용하고 있다.

헌법재판소는 2019년 낙태죄 판결에서 모자보건법상의 정당화사유에는 다양하고 광범위한 사회적·경제적 사유에 의한 낙태갈등 상황이 전혀 포섭되지 않는데 형법 제269조 제1항 자기낙태죄와 제270조 제1항 의사낙태죄 조항들은 모자보건법에서 정한 사유에 해당하지 않는다면 결정가능기간 중에 다양하고 광범위한 사회적·경제적 이유로 낙태갈등을 겪고 있는 경우까지도 예외 없이 전면적이고 일률적으로 임신유지 및 출산강제를 하고 위반시 처벌함으로써 침해최소성에 반하여 임신한 여성의 자기결정권을 침해한다고 판시하고 있다. 헌법재판소가 모자보건법 제14조가 여성의 자기결정권을 침해하여 위헌인지 여부는 판단하지 아니하였지만 모자보건법 제14조의 문제점, 즉 동 규정이 여성의 사회·경제적 상황을 전혀 고려하고 있지 못하다고 한 점에서 그 위헌성을 판단할 수 있는 단초를 제공한다.

나. 부진정부작위입법으로 인한 헌법소원심판청구를 통한 기본권 침해문제 해결방안

여성의 임신과 출산은 여성의 삶에 근본적이고 결정적인 영향을 미칠 수 있는 문제이므로 임신여성은 자율적으로 임신유지여부에 대하여 자율적으로 결정하고 실행을 할 권리가 있다. 모자보건법 제14조의 위헌성은 태아의 독자적 생존이 가능한 임신 22주(마지막 생리기간의 첫날부터 기산) 안에 태아의 생명권과 국가의 생명보호관점에서 여성의 자기결정권 제한을 조화롭게 보장될 수 있는 범주 내에서 정당화 사유에 의한 임신중절을 규정하고 있는지를 기준으로 판단할 수 있다.

모자보건법 제14조에 대하여 기본권침해로 인한 헌법소원심판 청구가 가능하다. 헌법재판소가 실시하듯이 모자보건법 제14조는 임신부의 다양하

고 광범한 사회적·경제적 임신갈등 상황을 전혀 포착하지 못하고 법에서 정한 특정한 사유에 해당하지 아니하면 임신기간에 관계없이 전면적이고 일률적으로 임신을 유지하고 출산을 하도록 강제하고 있다.

이러한 법의 목적은 태아의 생명을 보호하려는데 있다고 할 것이고 정당하다고 평가할 수 있으며, 수단의 적절성도 인정된다. 그러나 침해최소성 원칙을 견지하지 못하고 여성의 자기결정권을 침해하고 있다. 모자보건법에서는 임신을 유지하고 출산하는 것을 원칙으로 하고 예외적으로 특정한 사유를 이유로 임신중절을 정당화하고 있으나 임신 전 기간에 걸쳐 동일한 수준으로 태아의 생명과 국가의 생명보호의무가 충족될 수 없다는 것은 헌법재판소의 낙태죄 결정에서 잘 실시되고 있다. 현재 모자보건법 제14조의 정당화 사유는 자유롭게 결정할 수 있는 일정한 시기가 지난 이후의 임신중절이 정당화 될 수 있는지의 문제를 해결함에 있어서 고려할 사유들이라고 할 수 있다. 또한 법익의 균형성의 원칙에 반한다. 임신 주수에 관계없이 전 기간에 대하여 원칙적으로 임신중절을 금지하고 예외적으로 허용하는 공익이 태아의 생명보호라는 점을 인정하더라도, 일정한 기간 내에는 여성의 아이를 낳지 아니할 자기결정권이 매우 큰 사익이며 보장되어야 한다.

보건복지부는 낙태죄 불합치결정에서 제시한 입법개선기한이 경과됨에 따라 인공임신중절과 관련하여 ① 129(보건복지부 상담센터), 인구보건복지협회 등을 통해 관련정보 및 유관기관 안내 ② 위기갈등 상황의 임신·출산 상담 메뉴얼을 전국보건소에 배포 ③ 제약회사 등의 허가신청이 있는 경우 인공임신중절 의약품의 허가·심사 신속한 진행과 같은 사항이 시행됨을 안내하였다.²⁶⁾ 그러나 입법적 해결 없이 가이드라이상의 이러한 내용만으로는 임신중절을 위한 자기결정권이 보장되었다고 보기 어렵다.

26) 보건복지부 보도참고자료, 형법상 낙태죄 개선입법 기한 경과에 따른 인공임신중절 관련 사항 안내.

3. 법제정비와 입법을 위한 제안

가. 형법과 모자보건법의 개정 필요성과 방안

임신중절과 관련된 규정을 구체적으로 어떻게 할 것인지는 각 나라의 정치, 경제, 사회, 문화적 배경에 따라 나라마다 상이하다.²⁷⁾ 우리나라의 경우, 형법과 모자보건법의 임신중절 관련규정을 정비함에 있어서 중요한 것은 2019년 헌법재판소 결정의 취지에 따라 무제한적인 여성의 자기결정권을 보장하여 임신중절을 비범죄화 하고 임신중절에 관한 모든 사안을 보건의학적인 관점에서 관리하는 것 보다는 자기결정권에 대한 합헌적인 제한을 통해 자기결정권과 여성의 건강권 보호, 태아의 생명보호 및 국가의 생명보호의무 실현 사이에 조화를 이루도록 하는 것이다.²⁸⁾

먼저 낙태죄와 관련하여 형법상의 처벌 모자보건법상의 정당화 사유를 두는 이원적 규정방식을 지양하고, 형법에서는 임신중절과 관련하여 범죄가 되는 행위들에 대한 규정을, 그리고 모자보건법에서는 임신중절과 관련하여 갈등에 있는 사람들의 자기결정권을 지원하기 위하여 정보제공, 상담, 임신중절에 대한 경제적 지원, 건강지원 등을 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다.

27) 김학태, 낙태죄 헌법불합치 결정에 따른 연구, 외법논집 제45권 제1호(2021.2); 신옥주, 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 합헌적 법제정비 방안에 관한 연구, 공법연구 제47집 제4호(2019.6.), 13-19쪽.

28) 현재 국회에는 낙태죄 폐지 관련 다음과 같은 5개의 형법 개정안이 발의된 상태이다: 1. 형법에서 ‘낙태의 죄’를 규정한 조항을 전면 삭제하는 민주당 권인숙 의원안, 민주당 박주민 의원안, 정의당 이은주 의원안 2. ‘낙태의 죄’를 규정한 조항은 유지하고 임신 14주 이내의 낙태만 전면 허용하는 정부안 3. ‘낙태의 죄’를 규정한 조항은 유지하고 임신 6주 이내의 낙태만 전면 허용하는 국민의 힘 조해진 의원안 등이다. 민중의 소리, “뒤통수 때린 법사위, 공청회 진술인 8명 중 6명이 낙태죄 폐지 반대자”, 기사수정 2020.12.22. 18.55.23. 최종방문 2021.8.29. <https://www.vop.co.kr/A00001530504.html>. 2021. 6. 낙태죄 형법 개정안 심의가 제1법사소위 안건으로 상정되었지만 현재까지 심의되지 않고 있다.

형법상 낙태죄를 규정함에 있어서 제일 중요한 것은 임신중절에 대한 여성의 자기결정권의 보장과 제한에 관한 것이다. 임신중절의 허용과 관련하여 다음과 같은 안을 생각할 수 있다.

첫째, 임신초기에 해당하는 최종 생리일로부터 14주까지(수정 후 12주까지)의 임신중절은 낙태죄의 범죄구성요건을 충족하지 아니하는 것으로서 여성의 자유로운 결정에 따라 이루어져야 한다. 이 기간에서의 임신중절에 있어서는 상담은 필수적 요건이 아니며 어떠한 사유도 불요하다. 임신중절의 방법은 의사처방에 따른 약물과 의사에 의한 시술방법에 의하여 가능하다.

둘째, 임신중기인 최종 생리일로부터 14주 이후부터 24주까지의 임신중절은 태아의 생명보호를 위하여 원칙적으로 제한되며, 정당화 사유가 있는 경우 허용이 된다. 정당화 사유로는 ① 의학적 사유로 산모의 생명과 신체적·정신적 건강에 위협이 존재하는 경우 ② 범죄적 사유로 강간이나 준강간으로 임신한 경우를 들 수 있다. 현행 모자보건법 제14조 4. 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척 간에 임신된 경우는 최종 생리일로부터 14주까지 자유롭게 임신중절을 할 수 있게 되므로 정당화사유로 특별히 고려하지 아니하여도 될 것으로 생각된다.

정당화 사유로 이견이 많은 것이 사회·경제적 사유이다. 모자보건법 제14조에 사회·경제적 정당화 사유를 삽입하여야 한다는 입장은 2019년 헌법재판소의 낙태죄 결정 이전에도 존재하였다.²⁹⁾ 헌법재판소의 결정에서도 나타나듯이 임신갈등을 겪는 여성들의 많은 경우가 사회·경제적 사유에 의한 것이다. 2018년 연구보고서³⁰⁾에 따르면 임신중단 고려사유로 ① 경제적으로 준비되어 있지 않음 29.7%, ② 계속 학업이나 일을 해야 하는 상

29) 17대 국회에서 임기만으로 폐기된 여러 모자보건법개정안들이 발의 되었는데, 그중 홍일표 외 12인(2010.4.12.)은 사회경제적 사유를 추가하는 안을 발의하였다.

30) 이소영·변수정·김중훈·김희성·박중서·임정미·조성호·오신휘·김동식·신동일·김소윤·신옥주·이근택·한정열. 2018. 인공임신중절 실태조사. 보건복지부·한국보건사회연구원, 2018.

황 20.2%, ③ 결혼할 마음 없음 12.5%, ④ 이미 낳은 아이로 충분함 11.0% 등으로 나타났는데³¹⁾, 이는 임신중절의 대부분이 사회·경제적인 사유로 인한 것임을 나타내고 있다.

이 기간의 임신중절 정당화사유에 사회·경제적 사유를 포함시켜야 한다는 입장은 여성의 자기결정권을 최대한 보장하기 위해 필요하며³²⁾ 사회·경제적 사유의 객관적 기준을 마련하고 시대적 변화에 따라 탄력적으로 바꿀 수 있도록 시행령에서 정하는 것이 효과적이며 상담과 숙려기간 등 절차요건을 도입할 것을 주장하고 있다.³³⁾ 헌법재판소의 제2차 낙태죄 판결에서도 사회경제적 사유에 따른 낙태갈등상황의 10가지 예시를 들고 있다.

최종 생리 14주 이전의 경우 임신중절은 자유이므로 당연히 사회·경제적 사유여부를 불문하고 이 기간 동안에는 임신중절의 자유가 보장되는 것이다. 그러나 임신중기의 사회·경제적 사유에 따른 임신중절의 정당화를 위해서는 어려운 문제들이 나타난다. 첫째, 사회·경제적 사유에는 자녀수, 임신부 연령, 경제여건 및 생활여건, 기존자녀에 미치는 영향, 양육능력 등이 속하는데, 이러한 사유들에 따른 구체적인 기준을 마련하는 데에는 매우 큰 어려움이 있다. 둘째, 보다 더 근본적인 문제는 사회·경제적인 사유에 따라 재생산권리가 제한될 수 있다는 점이다.³⁴⁾ 비혼모, 사회적 취

31) 보건복지부의 2010년 인공임신중절 실태조사 잠정분석결과를 보면, 인공임신중절 사유는 원치 않는 임신 35.0%, 경제상 어려움 16.4%, 태아의 건강문제 15.9%, 미혼 15.3%, 가족계획 11.8%, 신체적 질병 2.4%, 사회활동 지장 2.1%, 10대 임신 1.1%로 나타나는데, 대부분의 임신중절이 사회·경제적 사유에 따른 것이라는 점은 큰 변화가 없다. 보건복지부, 10년 인공임신중절 실태조사 잠정분석결과, 2010.

32) 김지현/민영성, 형법 제269조 제1항 헌법불합치 결정에 따른 낙태죄의 법제정비방안, 법학연구 제61권 제1호, 통권103호, 52쪽.

33) 김학태, 낙태죄 헌법불합치 결정에 따른 연구, 외법논집 제45권 제1호(2021.2), 21쪽. 사회경제적 사유의 낙태를 허용하는 취지의 논문은 위 김학태 논문 각주 61) 참조.

34) 전윤정, 성·재생산권으로써 낙태권리를 위하여, 페미니즘연구 20(1), 27쪽.

약계층을 위한 사회경제적 안전망의 구축, 차별금지의 실현 등이 아직 미흡한 우리나라에서 사회경제적 사유에 따른 임신중절은 개인의 자율적이고 자유로운 자기결정권의 행사라고 보기 어렵고 사회경제적으로 강요된 결정이라고 할 수 있다.³⁵⁾ 셋째, 또 다른 한편으로는 국가는 사회국가원칙에 따라 사회·경제적 사유로 인한 임신중절이 발생하지 아니하도록 모든 국민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 사회·경제적인 여건을 조성할 책무가 있다. 따라서 14주이후부터 24주까지의 임신중절을 정당화하기 위한 사유로 사회·경제적 사유여부를 포함시키기는 어렵다고 생각한다.

이 기간에 임신중절을 하려는 경우에는 모자보건법에서 정한 상담소에서 상담을 한 후 3일의 숙려기간을 거쳐 본인의 동의하에 의사에 의하여 수술이 이루어지도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

셋째, 임신말기인 최종 생리 24주 이후의 임신중절은 태아의 생명보호를 위하여 금지된다고 할 것이다. 그러나 예외적으로 산모가 임신유지로 인하여 생명의 위협에 처하거나 신체적·정신적 건강에 중대한 위협에 처하게 되는 경우에 한하여 의학적 소견을 전제로 의사에 의한 임신중절수술이 가능하다고 생각한다.

모자보건법의 개정의 주요내용은 임신중절 방법으로 약물과 시술규정, 임신갈등여성뿐만 아니라 모든 사람이 성·재생산 건강과 권리에 관한 상담을 받을 수 있는 상담시스템의 구축, 임신중절 상담과 상담증서의 발부 및 상담소 관리·감독 등의 내용을 두는 것이 중요하다. 그리고 임신중절에 대한 개인의 동의에 관한 규정과 의사의 양심에 따른 임신중절수술 거부권 및 임산부의 생명이 위협한 경우 등과 같이 예외적인 경우 수술을 거부할 수 없다고 하는 규정을 두면 좋을 것 같다. 임신중절비용의 지원에 관한 규정도 필요하다. 먼저 정당화 사유에 따른 임신중절의 경우 현재와

35) 신옥주, 실질적 성평등 실현의 관점에서 살펴본 이명박 정부 성평등정책 평가 및 제언, 민주법학 제50호(2012.11.), 35-36쪽.

같이 국가가 지원하는 것이 바람직하다. 임신전·후의 상담과 처치, 약품, 관련 비용은 보험에서 지급한다. 임신중절이 자유로운 14주 이내의 임신중절의 경우 자기부담이 원칙이 될 것이다. 그러나 소득기준에 따른 지원을 하여 경제적 약자의 임신중단권이 실질적으로 실현될 수 있도록 할 필요가 있다. 독일의 경우 형법 제218a조에 따라 임신중절을 할 경우 임신전·후의 상담과 처치, 약품, 관련 비용은 보험에서 지급한다. 정당화사유에 따른 임신중절의 경우 국가가 비용부담을 하지만, 임신 12주 이내의 상담조건부 임신중절의 경우 비용은 본인이 부담한다. 그러나 경제적 어려움이 있는 임신부의 임신중절비용은 임신갈등법 제19조에 따라 국가가 부담한다. 2021.7.1.부터 월 수입이 1,258유로(약 174만원) 미만이고(임산부가 한 가정에서 자녀를 양육하는 경우 자녀당 298유로씩 추가계산), 단기적으로 처분 가능한 재산이 없는 경우가 이에 해당하며, 소득계산에서 부모, 배우자, 파트너 또는 다른 사람들의 재산은 고려되지 아니한다.

나. 성·재생산 건강과 권리 보장을 위한 기본법 제정 필요성과 방안

성·재생산 건강과 성·재생산 권리는 서로 밀접하게 관계를 맺고 있어 통합적인 관점에서 보장될 필요가 있다. 재생산건강은 가족계획에서 중요한 부분으로서 성적 자기결정권의 실현에 기여하며 부모의 권리보장과 더불어 적합한 상담과 재생산 건강급부에 대한 접근이 보장되어야 한다. 성건강은 재생산 건강을 위한 전제가 된다. 성건강을 위하여서는 섹슈얼리티 및 가족계획과 관련된 건강급부와 광범위한 설명의 제공이 중요하다. 재생산건강은 성적 자기결정권의 실현에 기여한다. 재생산 관련 상담과 재생산 건강을 위한 급부에 대한 접근보장이 중요하다. 성권리란 모든 사람이 자유롭고 안전하게 성생활을 할 권리라고 할 수 있다. 이 권리의 중요내용은

성적 생활에서 강압과 폭력으로부터 자유롭고 성별, 성적 지향 등에 따른 차별받지 아니하며 합의하에 안전하게 향유될 수 있는 것이다. 재생산권은 모든 커플과 개인이 자녀 수, 출산간격 및 시기를 자유롭고 책임 있게 결정할 수 있는 권리이다. 재생산권의 행사를 위하여 재생산 관련 정보와 수단을 제공받을 수 있어야 하며, 재생산권의 실현을 위하여서는 가장 높은 수준의 성적·재생산적 건강이 보장되어야 한다.³⁶⁾

현재 성·재생산 건강과 권리에 관하여서는 보건·노동·교육·평등·사회보장 등의 영역에서 기본법과 개별법들을 통해 보장하고 있다. 그러나 각각의 법률들이 성·재생산 건강과 권리의 보호라는 관점으로 서로 유기적으로 연결되어 있지 않다. 가장 관계가 깊은 모자보건법의 경우 여전히 임신과 출산, 그리고 이를 위한 모성의 보호에 중점을 두고 있어 성·재생산 건강과 권리를 유기적이고 생애 주기별로 보장하기에는 한계가 있다.

따라서 성·재생산 건강과 권리 보장을 위한 기본법의 제정을 통하여 권리관점에서 관계법령이 통일적으로 정비될 수 있도록 하고 국가기관 등에 성·재생산 건강과 권리보장을 위한 가이드라인을 제시할 필요가 있다. 기본법은 총칙, 추진체계, 기본시책, 관련 기관 및 시설지원 등의 구조를 가지게 된다. 기본시책의 내용에는 청소년기 건강보호, 월경보장, 피임지원, 임신중지지원, 난임지원, 임신·출산 건강보장, 중·노년기 건강관리, 포괄적 성교육, 성·재생산 건강과 권리 인식증진, 의료·교육·근로 영역에서 성·재생산 건강과 권리보호 등³⁷⁾이 포함되어 생애주기별 연령과 성별에 따른 권리의 보장과 이를 위한 법·제도적 지원이 필요하다.

36) 신옥주, 헌법적 관점에서 본 여성의 재생산권 보장을 위한 방안, 공법연구 제49집 제 2호 2020년 12월, 307-310쪽 참조; 하정옥, 재생산권 개념의 역사화·정치화를 위한 시론, 보건과 사회과학 제34집(2013.12).

37) 신옥주 외 2인, 성·재생산 건강과 권리의 보장을 위한 법제연구, 저출산고령사회위원회 연구보고서, 2020. 115-117쪽.

Ⅲ. 재생산권으로 인공생식술을 통한 아이를 낳을 권리의 실현과 제한

1. 아이를 낳을 권리의 보장과 몸의 도구화 사이의 갈등

기본권인 아이를 낳을 권리가 인공생식술을 통하여 실현되는 측면이 있다. 그러나 우리나라에서 인공생식술의 발전은 낳을 권리의 보장 측면보다는 모자보건법상 난임³⁸⁾부부의 불임지원사업의 확대³⁹⁾를 통한 출산률의 제고와 깊은 관련을 맺고 있다. 2020년 현재 우리나라의 합계출산률은 0.84명이다. 신생아는 줄고 있는데 난임시술을 통해 태어나는 신생아 수는 증가하고 있다. 2018년 8973명(전체 신생아의 2.8%), 2019년 2만6362명(전체신생아의 8.8%), 2020년 2만8699명(전체 신생아의 10.6%)이며, 2021년 5

38) 모자보건법 제2조 정의에 따르면 난임이란 사실상의 혼인관계에 있는 경우를 포함한 부부가 피임을 하지 아니한 상태에서 부부간 정상적인 성생활을 하고 있음에도 불구하고 1년이 지나도 임신이 되지 아니하는 상태를 말한다.

39) 2009년 개정된 모자보건법 제11조에 따라 난임극복 지원사업이 진행되고 있다. 1. 난임치료를 위한 시술비 지원 2. 난임 관련 상담 및 교육 3. 난임 예방 및 관련 정보 제공 4. 그 밖에 보건복지부장관이 필요하다고 인정하는 사업을 지원할 수 있다고 규정한다.

난임지원의 대상은 법적 혼인 상태에 있는 부부와 신청일 기준 1년 이상 사실혼 관계를 유지하였다고 관할 보건소로부터 확인된 사실혼 부부이다. 부부중 1인이 대한민국의 국민이어야 하며, 부부 모두 건강보험 가입자일 것이 요구된다. 2019.7.부터 난임지원연령제한이 폐지되고 소득기준이 기준중위소득 180% 이하로 상향되었다. 지원내용은 체외수정(신선배아, 동결배아), 인공수정 중 일부 본인부담금, 비급여 및 100% 전액 본인부담금 지원이다. 신선배아 최대 7회, 동결배아 최대 5회, 인공수정 최대 5회까지 지원하며, 지원금액은 신선배아(1-4회 최대 110만원, 5-7회 최대 90만원), 동결배아(1-3회 최대 50만원, 4-5회 최대 40만원), 인공수정(1-3회 최대 30만원, 4-5회 최대 20만원)이다. 45세 이상은 확대차수금액을 적용한다. 비급여지원항목은 착상유도제, 유산방지제, 배아동결·보관 비용을 포함한다. 2020년 보건복지부 난임 지원 지침.

월까지 1만3640명의 신생아가 난임시술로 태어났다.⁴⁰⁾ 문재인 대통령은 국민청원 4주년을 맞아 “올해 4분기부터 추가로 2번의 시술을 더 지원받을 수 있도록 제도를 개선하고, 만 44세 이하 여성이 시술을 받을 때 횟수에 따라 50%까지 적용되던 본인 부담률을 일률적으로 30%로 낮추겠다”고 발표하였다.⁴¹⁾

인공생식술을 통하여 여성의 재생산권의 보장되는 한편, 인공생식술을 통한 인구증가와 이로 인한 여성의 몸의 도구화, 그리고 그로인한 인격권의 침해문제가 발생한다. 따라서 아이를 낳을 권리의 내용과 그 제한의 문제가 헌법적으로 검토될 필요가 있다.

2. 기본권으로 임신·출산의 자유와 그 제한

가. 기본권성에 대한 검토

여성의 아이를 낳을 권리는 재생산권의 한 내용이며, 헌법 제10조 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권에서 그 근거를 찾을 수 있는 기본권이고 임신·출산의 자유를 포함한다고 할 수 있다. 임신·출산의 자유는 여성이 자신이 선택한 파트너와의 관계에서 자율적이고 자유로운 결정에 따라 임신과 출산을 할 자유라고 할 수 있다.

임신에 대한 권리를 실현함에 있어 임신방법은 문제가 되지 아니한다고 볼 수 있다. 인간의 생식방식에는 남녀의 성관계를 통한 수정에 따른 자연

40) 헬스경향, “부모 될 기회에 5회 제한이라뇨” 난임부부호소多, 2021.08.26., 최종방문 2021.08.28.

<https://post.naver.com/viewer/postView.naver?volumeNo=32243634&memberNo=28656674&vType=VERTICAL>

41) 베이비뉴스, “난임 치료비 너무 비싸요” 문재인 대통령 직접 답했다, 승인 2021.08.20. 11:35, 최종방문 2021.08.28.

<https://www.ibabynews.com/news/articleView.html?idxno=97543>

생식과 수정 등의 임신과정에 의료적으로 개입을 하는 인공생식이 있다. 모자보건법 제2조 정의규정에서는 보조생식술(Assisted reproductive technology)이란 임신을 목적으로 자연적인 생식과정에 인위적으로 개입하는 의료행위로서 인간의 정자와 난자의 채취 등 보건복지부령으로 정하는 기술을 말한다고 하고 있고, 보건복지부령인 모자보건법 시행규칙 제1조의2에서는 법상 보조생식술은 1. 남성의 정자를 채취 및 처리하여 여성의 자궁강 안으로 직접 주입하여 임신을 시도하는 자궁내 정자주입 기술 2. 여성의 난자와 남성의 정자를 채취한 후 체외에서 수정 및 배양하여 발생한 배아를 여성의 자궁강 안으로 이식하여 임신을 시도하는 체외수정 배아이식술(“체외수정 기술”)이라고 정의한다.

임신·출산의 자유에는 인공생식술⁴²⁾을 통한 임신의 자유도 포함된다고 할 것이다. 배우자의 정자뿐만 아니라 기증된 정자를 사용하여 임신하는 것이 임신·출산의 자유 내용에 포함되는지가 문제될 수 있으나, 기혼여성의 경우 임신이 반드시 자신의 배우자와의 관계에서만 이루어져야 하는 것으로 이해되는 것이 아닌 이상 타인의 정자를 기증받아 임신하는 것도 그 내용에 포함된다고 할 것이다. 또한 임신·출산의 자유를 행사하는 데에는 혼인여부가 그 기준이 될 수 없으므로 기혼뿐만 아니라 미혼의 경우도 향유할 수 있는 권리라는 점을 볼 때, 기혼여성 뿐만 아니라 미혼여성의 경우도 기증된 정자로 임신할 자유가 있다고 볼 수 있다.

나. 인공생식술을 통한 임신·출산의 내용

임신·출산의 자유에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 가능하다.

42) 보조생식술과 인공생식술은 개념적으로 같다. 기존에는 자연임신에 보조적으로 사용된다는 의미에서 보조생식술이라는 용어를 많이 하였으나, 이제는 일반적으로 인공생식술(Artificial reproductive technology)이라는 용어를 사용한다. 이 글에서도 모자보건법관련이 아닌 경우 인공생식술이라고 표현하기로 한다.

기증된 정자를 사용하여 임신하는 경우 인공생식술을 통하여 임신이 이루어지게 되므로 모와 아동의 건강보호를 위한 기본권제한이 어느 정도로 가능한지 여부가 검토될 필요가 있다.

인공생식술을 통하여 다음과 같이 다양한 방법⁴³⁾으로 임신이 가능하다.

사실혼을 포함한 부부의 경우			미혼여성의 경우		
남자	정자	임신	남자	정자	임신
배우자 남자	배우자 정자	본인 임신	본인 남자	기증 정자	본인 임신
배우자 남자	배우자 정자	대리모 임신	본인 남자	기증 정자	대리모 임신
기증 남자	배우자 정자	배우자 임신	기증 남자	기증 정자	본인 임신
기증 남자	배우자 정자	기증자 임신	기증 남자	기증 정자	기증자 임신
기증 남자	배우자 정자	대리모 임신	기증 남자	기증 정자	대리모 임신
배우자 남자	기증 정자	배우자 임신			본인 임신
배우자 남자	기증 정자	대리모 임신			
입양 배아		배우자 임신	입양 배아		본인 임신
입양 배아		대리모 임신	입양 배아		대리모 임신

이러한 임신방법 중에서 현행 법제 하에서 허용되지 아니하는 대리모임신⁴⁴⁾을 제외하고 본인 또는 배우자가 임신하는 경우 이를 제한하는 문제

43) 김명희, 비혼 단독출산의 재생산권 관련 제도 현황 및 정책 방향, 저출산고령사회위원회 발표자료, 2021.08.19. 6쪽.

44) 서울가정법원 2018.5.9. 선고, 2018브15 결정; 서울가정법원 2018.5.9. 선고, 2018브15 결정; 서울가정법원 2018.5.9. 선고, 2018브15 결정. 생명공학시대에 발생하는 다양한 쟁점을 파악하기 위한 참고자료로 권복규, 생명공학시대의 모성개념, 한국여성학 제2호(2002), 23-41쪽 참조.

를 다루기로 한다.

인공생식술의 종류에는 남편 또는 기증받은 정자를 자궁경부에 주입하는 인공수정이 있는데 이 경우 과배란이 유도되기도 한다. 체외수정은 정자와 난자를 추출하여 시험관에서 수정 후 양성을 통해 배아를 생성한 후 자궁 내 이식하여 착상시키는 방법이다. 절차를 좀 더 자세하게 살펴보면 주사를 통하여 자발적 배란을 억제하고 여러 개의 난자를 채취하기 위하여 과배란이 유도된다. 그리고 난포의 성숙을 유도하기 위하여 주사가 된다. 이 절차에서 클로미펜, 투오졸(페마라) 등의 약제와 황체형성호르몬방출호르몬, 성선자극호르몬, 난포성장호르몬, 인체 융모성 성선자극호르몬 등 다양한 호르몬제가 투여된다. 난자 채취시기를 정하기 위하여 난자성숙검사를 혈액검사 초음파검사를 통해 진행한 후 난자를 추출하여 배아로 배양한다. 배아를 자궁에 착상시키고 착상과 임신유지를 위하여 여성호르몬인 프로제스테론 제제를 주사한다.

인위적인 약물과 호르몬을 사용하여 과배란을 자극하면 과배란증후군이 발생(20-30%)한다. 증상으로는 복수, 심낭에 물이 참, 신장부전, 혈전, 사망이 있다. 배아이식의 방법은 과배란 유도를 이용한 체외수정기술에서 배아이식 후 남아 동결보존된 잔여 수정란을 해동한 후 자궁내에 이식하는 것이다.⁴⁵⁾

다. 인공생식술을 통한 임신·출산의 자유 보장과 제한

인공생식술은 약물부작용, 유산, 임신성 고혈압 및 고혈압, 조기폐경 등 여성의 건강침해문제를 가져온다. 또한 인공생식술을 통한 임신의 경우 일반임신(쌍둥이 출산률은 1-2%)에 비해 쌍둥이 출산율(2011년 보조생식술 지원사업 26.6%)이 매우 높는데 다태임신은 산모의 임신성고혈압 증가, 유

45) 김명희, 비혼 단독출산의 재생산권 관련 제도 현황 및 정책 방향, 8-37쪽.

산증가. 조기출산, 저체중 등 건강에 영향을 미친다.⁴⁶⁾ 더불어 인공생식술 자체가 가지는 윤리적 문제⁴⁷⁾ 및 인공생식술의 결과 발생하는 법적 문제⁴⁸⁾ 등도 있다.

생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 생명윤리법)에서 난자기증자의 건강을 위하여 두고 있는 규정은 다음과 같다. 법 제27조에서는 배아생성의료기관이 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 난자를 채취하기 전에 난자 기증자에 대하여 건강검진을 하도록 하며, 보건복지부령으로 정하는 건강 기준에 미치지 못하는 사람으로부터 난자를 채취하여서는 안 된다고 규정한다.⁴⁹⁾ 그리고 배아생성의료기관은 동일한 난자 기증자로부터 대통령령으로

46) 김명희, 비혼 단독출산의 재생산권 관련 제도 현황 및 정책 방향, 40-46쪽.

47) 착상전 진단을 통한 성의 선택과 임신중절, 정자·난자의 매매, 맞춤 아기 등. 생명윤리 및 안전에 관한 법률에서 이와 관련된 규정을 두고 있기는 하다. 법 제23조 제1항에서는 누구든지 임신 외의 목적으로 배아를 생성하여서는 아니 된다고 규정하고 제2항 1.에 따라 특정한 성을 선택할 목적으로 난자와 정자를 선별하여 수정시키는 행위는 금지된다. 또한 누구든지 금전, 재산상의 이익 또는 그 밖의 반대급부를 조건으로 배아나 난자 또는 정자를 제공 또는 이용하거나 이를 유인하거나 알선하여서는 아니 된다. 제27조 제4항에 따라 배아생성의료기관은 난자 기증에 필요한 시술 및 회복에 걸리는 시간에 따른 보상금 및 교통비 등 보건복지부령으로 정하는 항목에 관하여 보건복지부령으로 정하는 금액을 난자 기증자에게 지급할 수 있다. 생명윤리적 관점에서의 고찰은 김향미, 불임치료현장에서의 모성생명윤리, 생명윤리 10(2), 한국생명윤리학회, 2009.12, 25-33쪽.

48) 부 또는 모의 결정, 아동의 자신의 뿌리를 알 권리, 배아폐기와 여성의 자기결정권침해 문제 등

49) 생명윤리 및 안전에 관한 법률 시행규칙 제23조(난자 기증자에 대한 건강검진 등)
① 법 제27조제1항에 따라 배아생성의료기관이 하여야 하는 난자 기증자의 건강검진 항목은 별표 2(혈액형 검사(ABO/Rh Typing), 총혈구 검사(CBC), 일반 소변검사(Urine analysis), 혈당검사(Glucose), 혈액 크레아티닌(Creatinine), 혈액 요소질소(BUN), 혈액 간효소검사(SGOT/SGPT), 혈액 총 빌리루빈(Total bilirubin), 간염바이러스 검사(HBsAg, HBsAb, Anti-HCV), 매독검사(VDRL or RPR), 인체면역결핍바이러스 항체검사(Anti-HIV), 골반초음파검사(Pelvic Ultrasonography), 자궁경부 세포진검사(Pap smear))와 같다. ② 법 제27조제2항에서 “보건복지부령으로 정하는 건강 기준에 미치지 못하는 사람”이란 제1항에 따른 건강검진 결과 매독, 간염, 후천성면역결핍증 등의 질환이 발견되거나 이상 소견으로 난자를 채취하기에 부적절하다고

정하는 빈도 이상으로 난자를 채취하여서는 아니 된다. 생명윤리법 시행령 제11조에서는 법 제27조제3항에 따라 난자채취의 빈도는 평생 3회로 하되, 6개월 이상의 기간을 두고 난자채취를 하여야 한다. 그리고 난자채취로 부작용이 발생한 경우에는 그 부작용이 완치된 후 6개월이 지나야 난자를 다시 채취할 수 있다.

이처럼 여성의 건강에 대한 침해를 가져오는 인공생식술의 사용을 통한 임신·출산에 대하여서는 아이를 낳을 권리와 여성의 건강권의 조화적 입장에서 그 제한문제를 바라볼 수 있다. 인공생식술의 사용을 통한 임신·출산에 대하여서도 물론 헌법 제37조 제2항에 따른 비례원칙이 적용되는 것이지만 좀 더 광범위한 제한이 가능하다고 생각한다. 이때 제한의 기준을 어떻게 설정하는 것은 매우 중요하다. 생명윤리 담론에서 일반적으로 재생산권에 대한 제한의 기준으로 삼는 것이 위해원칙(harm principle)이다. 이 원칙은 재생산이 개인의 정체성과 존엄, 개인의 삶의 의미에 핵심적인 역할을 담당하므로 재생산의 권리는 도덕적 권리이고, ‘타인들의 구체적인 이익’에 분명하게 해를 입히지 않는 한 제한될 수 없다고 설명된다.⁵⁰⁾

법학적 관점에서 누구에 대한 위해인지의 문제에서 잠재적 아이를 대상으로 하는 위해가 고려대상이 되기는 어려울 것이다. 그러나 인공임신생식술의 사용으로 인하여 여성당사자에 대한 건강상의 위해는 기본권 제한의 중요한 기준으로 적용될 수 있다고 생각한다. 보조생식술과 여성의 건강침해와의 관련성에 대하여서는 당사자 여성의 입장에서의 의견은 존재하나 공식적 임상적 자료와 통계가 부재하여 객관적 자료가 적다는 한계가 있다. 그러나 인공임신술에서 사용되는 과배란 유도제의 부작용에 대하여

판단되는 사람을 말한다. ③ 배아생성의료기관은 제1항에 따른 건강검진 결과를 해당 난자 기증자에게 통보하여야 한다.

50) 김정아, 재생산권에 대한 제한원칙으로서 위해원칙의 한계, 한국의료윤리학회지 제18권 제3호(통구너 제44호): 2015년 9월, 242쪽.

서는 객관적인 자료들로서 입증되고 있다. 또한 인공임신의 성공률이 20-30%로 낮은 반면 신체적 건강과 정신적 건강에 대한 침해는 크다는 유의미한 연구결과들도 많이 존재한다. 또한 다른 나라에서의 임상과 연구결과에서는 인공임신생식술과 여성의 신체적 건강과 정신적 건강에 대한 침해와의 관련성이 나타난다.⁵¹⁾ 이와 함께 사회적 인식과 미혼 여성의 보조생식술을 통한 출산과 더불어 발생하게 되는 법적 문제들도 종합적으로 고려될 필요가 있다.

3. 비혼여성의 인공생식술을 통한 임신·출산권보장과 그 제한 문제

모든 여성의 임신의 자유는 기본권으로서 보장된다. 비혼여성이 자기결정에 따라 자연임신과 출산 및 양육을 할 수 있도록 미혼여성이 구성한 한부모가족에 대한 다양한 법적·현실적 차별들을 금지하고 국가는 아동과의 삶이 가능한 사회·경제적 여건을 형성해야 할 의무가 있다.⁵²⁾ 아직 충분하지는 않지만 그동안 우리사회는 비혼 한부모가족의 인간다운 삶과 사회·경제적인 안전망을 구축하는 방향으로 나아가고 있다고 생각한다.⁵³⁾

51) 이현아, 난임부부지원사업 개선연구: 난임여성 안전 및 삶의 질 보호방안 마련을 중심으로, 입법과 정책 제8권 제1호 2016.6, 537쪽-541쪽; 김명희, 비혼 단독출산의 재생산권 관련 제도 현황 및 정책 방향, 2021.08.19. 저출산고령사회위원회 발표자료

52) 신옥주, ‘미혼모’의 인권제고를 위한 법제개선방안 비교법적 연구, 법학논집 제21권 제2호, 2016. 12, 233-272쪽 참조.

53) 저소득 한부모가족 교육지원, 저소득 한부모가족 양육비지원, 저소득 가정 가사·방문지원, 취약·긴급위기가족의 가족역량지원강화 사업, 방과후 보육료 지원, 저소득층을 위한 매입임대주택지원사업, 한부모가족복지시설 지원, 고교학비 지원 사업, 저소득 한부모가족 및 조손가족의 교육비 지원, 미혼모·부 초기지원, 청소년 한부모 고교생 교육비지원, 청소년산모 임신·출산 의료비 지원 등. 보건복지부, 한눈에 보는 복지정보, 최종방문 2021.08.31.

<http://www.bokjiro.go.kr/wellInfo/retrieveWellInfoBoxList.do?searchIntClId=08>

현재 비혼여성의 임신·출산의 권리와 관련하여 관심의 중심에 있는 것은 비혼여성이 기증된 정자를 사용하여 인공생식술을 통한 임신과 출산을 할 권리가 있는지 여부이다. 사실혼을 포함한 기혼여성의 경우 기증된 난자와 정자를 사용하여 임신·출산을 할 수 있다. 임신·출산이 모든 여성의 권리이고 자연적·인공적 방법이 법률에 따라 모두 허용이 된다고 한다면, 비혼여성에게도 원칙적으로는 인공생식술을 통한 임신·출산권이 인정된다. 다만 건강적 측면, 법적인 측면 등에서의 자격조건을 정하는 등의 일정한 제한은 가능하다고 생각한다. 어느 정도의 제한이 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권의 제한으로서 헌법적으로 정당화될 수 있는지가 문제가 될 것이다.

생명윤리법 제24조에 따라 배아생성의료기관은 배아를 생성하기 위하여 난자 또는 정자를 채취할 때에는 1. 배아생성의 목적에 관한 사항 2. 배아·난자·정자의 보존기간 및 그 밖에 보존에 관한 사항 3. 배아·난자·정자의 폐기에 관한 사항 4. 잔여배아 및 잔여난자를 연구 목적으로 이용하는 것에 관한 사항 5. 동의를 변경 및 철회에 관한 사항 6. 동의권자의 권리 및 정보 보호, 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 사항에 대하여 난자 기증자, 정자 기증자, 체외수정 시술대상자 및 해당 기증자·시술대상자의 배우자가 있는 경우 그 배우자(이하 “동의권자”)의 서면동의를 받아야 한다. 다만, 장애인의 경우는 그 특성에 맞게 동의를 구하여야 한다. 이 규정에는 비혼여성의 경우 기증된 정자를 받아서 체외수정 방법의 인공생식술을 할 수 있는지 여부가 명확하지 않지만 “해당 기증자·시술대상자의 배우자가 있는 경우 그 배우자(이하 “동의권자”)의 서면동의를 받아야 한다”는 문언만을 가지고 본다면 동의권자인 배우자가 없는 비혼여성의 경우는 배우자 동의 없이 인공임신시술이 가능한 것으로 볼 수 있다. 그러나 대한산부인과학회 보조생식술 윤리지침⁵⁴⁾을 보면, 정자 공여시술은 사실상의 혼인관계를 포함한 부부만을 대상으로 시행함을 원칙으로 한다고 규정

하고 있다.

이 사안과 관련된 생명윤리법의 문제점은 비혼여성의 인공생식술을 통한 임신·출산과 관련된 모든 문제를 열어두고 있다는 점이다. 인공생식술의 사용은 여성의 건강, 태어날 아동의 법적 지위 등과 관련하여 법률로서 규정되어야 하는 매우 중요한 내용들을 가지고 있는데, 현재의 상황은 법에서는 아무런 규정을 두지 아니한 채 중요한 내용들이 산부인과학회의 보조생식술 윤리지침에서 규정⁵⁵⁾되어 실행되고 있다. 비혼여성의 인공생식술을

54) 대한산부인과학회 보조생식술 윤리지침, 대한산부인과학회 보조생식술위원회, 2021.1.1.(Version 9.0), 9쪽. 독일의 경우 의사협회에서 이식법(Transplantationsgesetz), 정자기증등록법(Samenspenderegistergesetz)에 근거를 두고 재생산을 위한 지침을 제정하고 있다. 우리나라의 지침과 다른 점은 지침과 지침내용에 대하여 법적 근거를 명확하게 밝히고 있다는 것이다. Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keinzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion, Bundesärztkammer 2017.10.06.

55) 1. 정자 수증자의 조건 및 기준

가. 정자 공여 시술은 원칙적으로 부부(사실상의 혼인 관계에 있는 경우를 포함)만을 대상으로 시행한다. 나. 정자 공여 시술은 시술 대상 부부에게 정자 공여 및 수증에 관한 본 학회 윤리지침과 관련 법률, 시술 과정과 합병증을 충분히 설명한 후에 시술 대상 부부 모두가 이를 수락하고 동의한 경우 시행되어야 한다.

다. 시술 대상 부부는 정자 공여 시술로 태어난 출생아를 정상적으로 양육할 능력이 있어야 하며 출생아는 제반 문제에 있어서 친자와 동일시되어야 한다.

라. 정자 수증자의 조건

- 1) 비가역적인 무정자증으로 판단된 남성불임
- 2) 심각한 유전 질환 또는 염색체 이상을 가지고 있는 경우
- 3) Rh 항원에 감작된 Rh 음성 여성에서 남편이 Rh 양성인 경우
- 4) 기타 정자 공여 시술이 필요하다고 판단된 경우

2. 정자 공여자의 조건 및 기준

가. 신체적·정신적으로 건강한 젊은 남성으로서 간염, 매독, 후천성 면역 결핍증 등 정액을 매개로 전염될 수 있는 질환이 없다고 판정받아야 한다. 가. 정액검사 소견이 시술에 적절한 범위에 속해야 한다. 나. 정자 공여자와 수증자의 배우자(아내)가 팔촌 이내의 혈족인 경우에는 공여를 승인하여서는 안 된다. 다. 정자 공여자는 어떠한 경우라도 정자 공여 시술로 태어난 출생아에 대해 친자 관계를 청구할 수 없음에 동의해야 한다. 라. 한 공여자당 정자 공여를 출생자

통한 임신·출산의 제한이 가능하다고 볼 수 있지만, 명시적인 법률적 근거가 없이 윤리지침에 따라 기본권이 제한되는 것은 문제가 되므로 개선될 필요가 있다.

‘보조생식술’과 관련하여서는 생명윤리법과 모자보건법에서 규정을 두고 있다. 그러나 이 두 법률들은 임신과 연구를 총괄하는 인공생식술 전반을 포괄하지 못하고 있다. 모자보건법은 난임부부시술비지원사업의 체계화를 지원하는 법으로서 구조적 한계를, 그리고 생명윤리법은 보조생식술 관련 연구를 지원하기 위한 법의 목적에 따른 한계를 노정하고 있다는 지적을 받는다. 특히 모자보건법상의 난임시술 의료기관의 지정 및 관리 요건 등이 생명윤리법상의 배아생성의료기관들의 관련요건들과 정합하지 않아 일관성·효율성의 문제를 야기하고 있고 보조생식술이 갖는 특성상 의료적, 사회적, 윤리적 차원에서의 엄격하고 포괄적인 법규가 필요하다는 의견에 귀를 기울일 필요가 있다.⁵⁶⁾

4. 독일 기증정자등록법을 통해 본 인공생식술을 통해 출생한 아동의 뿌리를 알 권리보장 필요성

독일 연방헌법재판소는 다양한 결정문에서 인간존엄과 결부된 인격권으로부터 모든 사람은 자신의 생물학적인 뿌리를 알 권리가 있다고 판시하고 있다.⁵⁷⁾ 독일 윤리위원회는 베이비박스의 문제를 헌법적으로 살펴보면서

10명 이하로 제한적으로 사용한다.

대한산부인과학회 보조생식술 윤리지침, 대한산부인과학회 보조생식술위원회, 2021.1.1.(Version 9.0), 9쪽.

56) 이러한 문제의식에서 2017년에 인재근 의원이 난임치료 지원 및 관리에 관한 법률을 발의한 바가 있다. 이현아/문한나/김보배/김명희, 보조생식술 관련 법제도 개선방안 연구: 『모자보건법』과 『생명윤리 및 안전에 관한 법률』의 비교를 중심으로, 생명, 윤리와 정책 창간호(제1권 제1호): 2017년 4월, 109쪽-138쪽.

침해되는 기본권으로 제일 먼저 기본법 제1조와 결부된 제2조 제1항에서 도출되는 후손의 자신의 뿌리를 알권리가 침해된다고 보고 있다.⁵⁸⁾ 우리나라도 자녀의 자신의 뿌리를 알 권리를 헌법 제10조에서 도출되는 기본권이라고 인정할 수 있다고 생각한다.⁵⁹⁾ 모자보건법과 생명윤리법 모두에서 이에 관한 규정을 두고 있지 않아 입법적 해결이 필요하다.

독일의 경우 2017.07.17. 정자의 이성간 사용에 있어서 출신을 알 권리를 규율하기 위한 법률(약칭 기증정자등록법)⁶⁰⁾을 제정하였다. 이 법은 이성간 사용되는 기증된 정자를 등록하기 위한 기관을 설립하고 인공생식술을 통하여 태어난 아동에게 자신의 뿌리를 알 권리를 보장하기 위하여 그들에게 출신에 대한 정보를 제공하기 위한 것이다.

우리나라에서도 부부 경우 기증정자를 이용한 인공생식술을 통한 임신과 출산이 가능하고, 향후 법제정비를 통하여 비혼여성의 경우도 기증정자의 이용이 가능하게 될 수 있으므로 인공생식과 관련하여 정자기증자, 인공생식술을 통한 임신 및 출산아동 등에 관한 정보를 기록하고 제공하는 법률을 제정할 필요가 있다. 독일의 기증정자등록법이 입법을 위한 한 예가 될 수 있을 것으로 생각하여 이하에서는 이 법의 내용을 살펴보고자 한다.

가. 법의 목적 및 구조

제1조 제1항에서는 독일 의학 문서·정보 연구소(Deutschen Institut für Medizinischen Dokument und Information)에 정자등록처를 마려하고 동연

57) BVerfGE 79, 256ff; BVerfGE 90, 263 ff; BVerfGE 117, 202(226).

58) Deutscher Ethikrat, Das Problem der anonymen Kinderabgabe, Stellungnahme, 2009, S. 60.

59) 신옥주, 독일의 입법례를 중심으로 살펴본 제한적 익명출산제도의 도입필요성 연구, 한양법학 제25권 제4집(통권 제48집) 2014.11, 331-367쪽 참조.

60) Gesetz zur Regelung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung bei heterologer Verwendung von Samen vom 17. Julie 2017.

구소가 이 업무를 담당한다고 규정한다. 그리고 제2항에서는 이 범상 정자 등록의 목적이 공여된 정자를 가지고 인공생식술을 통하여 태어난 사람의 뿌리를 알권리를 확보하기 위한 것이라고 밝히고 있다.

법의 구조는 크게는 4개의 Artikel로 구성되어 있다. Artikel 1은 제1조에서 13조까지이다. 제2조-제4조 정자추출기관(Entnahmeeinrichtung), 제5조 인공생식술시행기관(Einrichtung der medizinischen Versorgung), 제6조-제8조 독일 의학 문서·정보 연구소, 제8조 정자등록정보의 저장과 삭제, 제10조 자신의 정자공여자를 알 권리를 위한 절차, 제12조 벌금규정, 제13조 경과 규정으로 이루어진다. Artikel 2와 3은 민법의 개정 및 민법에 삽입될 새로운 조항에 관한 것이며, Artikel 4는 시행일 규정으로 동 규정에 따라 이 법은 2018.7.1.에 발효된다.

법의 주요내용은 다음과 같다.

나. 정자추출기관

제2조 제1항에서는 인공생식술을 통하여 이성간에 사용이 가능한 정자를 추출하는 기관의 설명의무를 규정한다. 정자공여자는 자신의 정자를 추출하는 기관으로부터 추출 이전에 다양한 내용에 대한 설명을 듣고 정자추출에 대한 동의를 하게 된다. 그가 듣는 설명중 하나가 자신의 정보가 독일 의학 문서·정보 연구소에 등록되며, 동 연구소가 자신의 정자를 통하여 태어난 아동에게 자신의 정보를 제공할 의무가 있다는 점에 관한 것이다. 정자공여자가 설명내용에 서면동의를 하면 제2항에 따라 공여정자를 받는 추출기관에게 기증자의 가족성(가족성이 다른 경우 태어난 성), 이름, 생년월일 및 출생지, 국적, 주소를 제공한다. 정자를 공여 받은 당해 추출기관에서는 공여자가 제공한 이름 등의 정보 외에 의약법명령 및 마약성 약품생산명령(Arzneimitte- und Wirkstoffherstellungsverordnung) 제41b조

제1항 3문에 따라 정자인식연속데이터(Spendenerkenntnissequenz) 또는 제 41b조 제2항 1문에 따라 공여자가 인식될 수 있는 표식을 함께 기록한다. 제3항에 따라 공여정자를 받는 추출기관은 제2항에서 규정된 정자공여자의 의무적 언명 이외에 당해 공여자의 인적사항이나 공여배경 등을 부가적으로 등록할 수 있다. 제4항에서는 제3항의 정보와 제4항의 정보가 각 각 분리 되어 등록되어야 할 것과 이 정보가 10년의 보존기간이 지나면 삭제되어야 함을 규정하고 있다.

제3조에 따라 제공된 정자는 다른 성의 인공생식술을 위해서만 제공될 수 있다.

다. 인공생식술 시행기관

제4조 제1항에서는 의사가 인공생식술을 시행하기 이전에 정자를 제공 받는 여성에게 하는 설명의무를 규정하며, 당해 여성은 설명을 듣고 그 내용을 이해하였다는 것을 문서로 승인해야 한다.

제5조 제2항에 따라 공여정자로 인공생식술을 받는 여성은 인공생식술 시행기관에게 가족성(가족성이 다른 경우 태어난 성), 이름, 생년월일 및 출생지, 주소를 제공해야 하고 인공생식술 시행기관은 이 정보를 등록한다. 제3항에 따라 인공생식술 시행기관은 인공생식술 시행시간, 이를 통해 이루어진 임신시점, 추산된 출생일시의 정보를 함께 등록해야 한다. 동기관이 아동의 출생을 알게 되면 그 출생일을 기록해야 하고, 공여정자를 받은 여성이 출산을 알리지 않은 경우에는 출산에 대하여 물어볼 수 있다. 제6항에서는 수집된 산모정보의 보관과 폐기를 규정한다. 제2항의 정보와 제3항의 정보는 각 각 따로 등록되며, 이 정보들은 독일 의학 문서·정보 연구소가 조사한 뒤 6개월 후, 또는 제6조 제3항의 경우 즉시 삭제된다.

제6조 제2항에 따라 아동의 출생을 인지한 인공생식술 시행기관은 독일

의학 문서·정보 연구소에 제5조 2항의 산모정보, 출생 아동의 출생일, 출생아동의 수를 통지해야 한다. 그리고 제3항에서는 인공생식술 시행기관이 임신이 성공하지 못하였다는 것을 알았을 경우 제2항의 정보는 사용될 수 없다고 규정한다.

라. 독일 의학 문서·정보 연구소

제7조 제4항에 따라 독일 의학 문서·정보 연구소는 정자공여자등록정보를 등록하고 이 사실을 정자등록자에게 고지한다. 동 연구소는 필요한 경우 담당관청에 정자공여자의 현주소에 대하여 문의할 수 있다.

제8조에서는 제6조에 의해 수집·등록된 정보는 110년 등록된다고 규정한다. 그러나 독일 의학 문서·정보 연구소가 등록된 공여정자로 임신이 이루어지지 않은 사실을 안 경우 즉시 등록정보를 삭제해야 한다.

제10조는 독일 의학 문서·정보 연구소가 뿌리를 알권리를 위하여 정보를 제공하기 위한 전제조건과 정보제공에 관하여 규정하고 있다. 자신이 기증된 정자를 통하여 출생되었다고 생각하는 사람은 독일 의학 서류·정보 연구소에 정자기증자에 대한 정보를 요청할 권리가 있다. 만 16세 이후에는 직접 정보요청을 해야 한다. 제4항에 따라 동연구소는 정자등록정보에 있는 기증자정보를 제공해야 하며, 정보를 제공하기 이전에 기증자에게 특별한 상담과 현존하는 상담프로그램에 대한 안내를 하여야 한다. 제5항에서는 정보제공에 대한 요청이 있을 후 정보제공 4주 이전에 정자공자에게 이 사실을 알려야 한다고 규정한다.

IV. 결론

헌법재판소의 2019년 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 입법개선이 이루어

지지 아니하여 2021.1.1.부터 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄 규정의 효력이 상실되었다. 이로 인한 법적 공백으로 안전하게 임신을 중지하여 아이를 낳지 아니할 권리가 제대로 보장되지 못하고 있다. 자기결정권의 행사를 위한 정보제공이 잘 이루어지지 않아 임산부는 어느 병원이 임신중절수술을 하는지, 중절 비용은 얼마인지, 임신 몇 주차까지 임신중절이 허용되는 것인지, 임신초기 임신중절의 경우 산모가 약품을 사용하여 중절이 가능한지 등을 알 수 없고, 결국은 안전한 임신중절을 할 수 없게 된다. 또한 구 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄 규정에 기반한 의료법 등의 규정 등이 여전히 존재하고 있다. 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄의 위법성 조각사유에 해당하는 모자보건법 제14조 및 법시행령 제15조가 그대로 존치되고 있는데 그 규정에 따른 임신중절을 정당화 하는 사유가 너무 협소하여 여성의 자기결정권을 침해하는 문제가 있다. 법적 공백과 위헌적 법률규정에 대하여서는 헌법재판소에 헌법소원 심판청구를 통한 대응이 가능하겠지만, 궁극적으로는 임신중절과 관련된 형법과 모자보건법의 개정 및 성·재생산 건강과 권리 보장을 위한 기본법의 제정을 통하여 여성의 재생산권을 보장하는 것이 중요하다고 생각한다.

재생산권으로서 임신·출산의 권리는 모든 사람과 커플이 가지는 기본권이며, 혼인을 기준으로 이러한 권리의 실현을 할 수 있는 것이 아니므로 모든 여성이 향유주체가 된다. 모자보건법상 보조생식술에 의한 난임지원이 규정되고 있어 임신방법상의 제한이 있다고 할 수 없으므로 자연적인 방법뿐만 아니라 인공생식술을 통한 임신방법도 포함된다. 정부는 저출산의 대응책으로 보조생식술을 통한 난임지원을 확대하고 있다. 그러나 이러한 난임지원이 여성의 낳을 권리보장의 측면보다는 저출산정책의 일환으로 확대되고 시행되어 여성 몸의 객체화 문제가 제기된다는 점과 난임시술의 확대를 통한 여성건강의 침해문제에 대하여도 주목할 필요가 있다. 또한 비혼여성의 인공생식술을 통한 임신·출산권 보장을 위하여 법적 근거를

헌법논총 제32집(2021)

마련할 필요가 있다.

기증된 정자를 사용하여 모자보건법상의 보조생식술을 통한 난임시술을 하는 경우 필요한 사항들을 규정하는 법률이 부재하여 기증정자의 질, 기증정자를 통해 인공생식술을 받은 자, 임신 및 출산여부 등에 대한 정보기록과 정보보호 등이 제대로 이루어지고 있지 않다. 독일의 경우 소위 기증정자등록법을 통하여 정자공여자와 인공생식술을 받은 여성과 공여정자로 태어난 아이에 관한 정보 등을 등록하고, 일정한 전제조건이 충족되면 청구에 따라 공개함으로써 아이의 자신의 부에 대하여 알권리를 보장하고 있는데 우리나라도 이러한 입법례를 참조하여 기증정자의 관리 및 알권리 실현 등을 위한 입법을 할 필요가 있다.

[국문초록]

임신을 중지하여 아이를 낳지 아니할 권리는 재생산권의 내용으로서 2019년 헌법재판소 낙태죄 헌법불합치결정 이후 아이를 낳지 아니할 여성의 자기결정권을 헌법상 기본권으로 이해하는 데에는 별다른 이견이 없다. 헌법재판소의 2019년 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 입법개선이 이루어지지 아니하여 2021.1.1.부터 형법상 자기낙태죄와 의사낙태죄 규정들이 모두 효력이 상실되어 법적 공백이 있는 상태이다. 이에 대하여서는 헌법재판소에 입법부작위로 위헌확인 헌법소원심판청구로 대응할 수 있다. 또한 헌법재판소의 결정에 반하여 여성의 자기결정권을 침해하는 모자보건법 제14조 및 법시행령 제15조가 그대로 존치되고 있어 부진정부작위입법으로 인한 기본권침해가 이루어지고 있는 점에 대하여서는 헌법소원심판청구로 대응할 수 있다. 궁극적으로는 임신중절과 관련된 형법과 모자보건법의 정비 및 성·재생산 건강과 권리 보장을 위한 기본법(가칭)의 제정을 통하여 여성의 재생산권을 보장하는 것이 중요하다.

재생산권으로서 임신·출산의 권리는 모든 사람과 커플이 가지는 기본권으로 혼인을 기준으로 이러한 권리의 실현을 할 수 있는 것이 아니다. 임신의 권리 내용 안에는 자연적 임신뿐만 아니라 인공생식시술을 통한 임신·출산의 권리가 포함되어 있다.

부부의 난임지원에 대하여서는 모자보건법에서 규정하고 있는데 국가는 저출산대책의 차원에서 난임지원을 확대하고 있다. 2019년 지원대상의 연령제한이 폐지되었고, 소득기준이 기준중위소득 180% 이하로 상향되었다. 시술횟수도 신선배아 7회, 동결배아 5회로 확대되었다. 2021.8. 대통령은 동결배아 시술지원을 2회 더 늘리겠다고 발표하였다. 난임시술은 여성의 건강에 중대한 침해를 가져오므로 제한 없이 난임지원을 하는 것은 임신출

헌법논총 제32집(2021)

산권을 보장하는 측면과 더불어 여성건강권의 침해와 몸의 도구화문제를 일으킨다. 따라서 국가가모자보건법상의 난임시술을 가능하면 광범위하게 지원해서 임신출산권을 최대한 보장해야 한다고 할 수 없다.

또한 비혼여성의 인공생식술을 통한 아이를 낳을 권리의 보장과 그 제한을 어떻게 할 것인지에 대한 법적 근거가 필요하다. 기증정자의 사용을 통하여 인공생식술을 경우, 법률이 부재하여 기증정자의 질, 수술 받는자와 임신과 출산여부 등에 대한 정보기록과 등이 이루어지고 있지 않다. 독일의 경우 소위 정자등록법을 통하여 정자의 관리, 태어난 아이의 알권리 등을 규정하고 있는데 이러한 입법례를 참조하여 우리나라도 관련 법률을 제정할 필요가 있다.

주제어

출산의 권리, 임신중절의 권리, 인공생식술, 난임지원, 자신의 뿌리를 알 권리

[Zusammenfassung]

Nachdem 2. Schwangerschaftsabbruchentscheidung des KVerfGs 2019 ist nicht einzuwenden, dass das Recht auf Schwangerschaftsabbruch als Grundrecht aus Art 10 KG gewährleistet werden muss. In jener Entscheidung beschloss das KVerfG, § 269 ① und § 270 ① des Straftgesetzes, die Abtreibung seitens Schwangeren und Ärzten ohne Ausnahme mit Straf verfolgt, als verfassungswidrig erklärt und fordert dem Gesetzgeber bis 2020.12.31. die Regelungen verfassungsmässig zu revidieren. Gesetzgeber bleibt untätig bis heute.

Daher theoretisch gesehen, könnten Frauen ohne Begrenzung Schwangerschaftsabbruch aufnehmen. Es könne als perfekte Gewährleistung von reproduktives Recht von Frauen bewertet werden. Aber es ist ein rechtliches Vakuum, das als verfassungswidrig anzusehen ist. Denn der Staat ist zum Schutz des Lebens verpflichtet nach Art 10 KG. Daher könne Verfassungsbeschwerde wegen der Untätigkeit des Parlaments eingelegt werden.

In dem Gesetz für Gesundheitsversorgung von Müttern und Kindern sich verankern die Indikationen, die die Straftate von § 269 ① und § 270 ① des Straftgesetzes nicht strafrechtlich verfolgen. Das Gesetz bleibt unverändert nach der 2. Schwangerschaftsabbruchentscheidung. Obwohl Schwangerschaftsabbruch als selbstbestimmungsrecht von Frauen anerkannt worden und Schwangere das Recht ausüben können, erlaubt das Gesetz den Schwangerschaftsabbruch immer noch nur nach den Indikationen. Es ist verfassungswidrig, weil sie das Recht auf Schwangerschaftsabbruch

eingreifen.

Schwange zu werden und Kinder zu gebären ist allgemeine Handlungsfreiheit und gehört zu reproduktivem Recht von Frauen. Nach § 11 vom Gesetz für die Gesundheitsversorgung von Müttern und Kindern werden Ehepaaren bei der Unbefruchtbarkeit mit der ‘Assisted reproductive technology’ unterstützt. Bei der Erweiterung derer Unterstützung muss man vorsichtig abwägen zwischen der Gesundheit und dem reproduktiven Recht von Frauen.

Klare rechtliche Bestimmung ist notwendig, um unverheirateten Frauen mit ‘Assisted reproductive technology’ das reproduktive Recht zu gewährleisten. Denn nach dem Gesetz für Bioethik und Sicherheit ist es unklar, ob unverheirate Frauen auch mit gespendeten Samen künstlich befruchtet werden können. § 24 des Gesetzes bestimmt lediglich über den Samenspender und die Zustimmung, wenn es ein Ehepartner oder Partner gibt. Aber in der Richtlinie der koreanischen Ärztkammer für Gynäkologen steht, dass ‘Assisted reproductive technology’ nur bei Ehepaar und Lebenspartner zur Verfügung steht. Das Grundrecht des reproduktiven Rechts hinsichtlich der Schwangerschaft der unverheirateten Frauen dank ‘Assisted reproductive technology’ kann nur nach einem Gesetz beschränkt werden, in dem sich der Inhalt und die Grenze von ‘Assisted reproductive technology’ von unverheirateten Frauen geregelt sind. Ein Gesetz wie das Samenspenderregistrierungsgesetz Deutschlands ist behilflich den durch Samenspenden geborenen Kindern bei der Verwirklichung des Rechts auf das Kennntnis der Abstammung.

Stichwörter

Recht auf Schwangerschaft, Recht auf Schwangerschaftsabbruch, künstliche Befruchtung, Unterstützung bei der Unfruchtbarkeit, Recht auf Kenntnis der Abstammung

참고문헌

- 김명희, 비혼 단독출산의 재생산권 관련 제도 현황 및 정책 방향, 저출산고령 사회위원회 발표자료, 2021.08.19.
- 김선혜, 약들을 둘러싼 한국의 재생산 정치 - 미프진 도입의 의미와 과제, 여성학연구, 제30권 제2호(2020.10.).
- 김선혜, 모성의 의무에서 재생산의 권리로, 『모자보건법』 비판적 검토 및 개정 방향모색, 이화젠더법학 제12권 제2호(통권 제29호, 2020.8.).
- 김정아, 재생산권에 대한 제한원칙으로서 위해원칙의 한계, 한국의료윤리학회지 제18권 제3호(통권 제44호): 2015년 9월.
- 김지현/민영성, 형법 제269조 제1항 헌법불합치 결정에 따른 낙태죄의 법제정 비방안, 법학연구 제61권 제1호, 통권103호.
- 김은주, 인구관리의 생명 권력과 여성의 신체: 정상으로서 '생명'과 낙태죄를 중심으로, 한국여성학 제36권 제4호(2020년).
- 김향미, 불임치료현장에서의 모성생명윤리, 생명윤리 10(2), 한국생명윤리학회, 2009.12.
- 김학태, 낙태죄 헌법불합치 결정에 따른 연구, 외법논집 제45권 제1호(2021.2).
- 권복규, 생명공학시대의 모성개념, 한국여성철학 제2호(2002).
- 대한산부인과학회 보조생식술 윤리지침, 대한산부인과학회 보조생식술위원회, 2021.1.1.(Version 9.0).
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020.
- 신유나/최규진, 낙태죄 제·개정 및 법적 논쟁의 역사: 사회·정치적 맥락을 중심으로, 민주주의와 인권(제20권 2호).
- 신옥주, 헌법적 관점에서 본 여성의 재생산권 보장을 위한 방안, 공법연구 제49집 제2호(2020.).
- 신옥주, 낙태죄 헌법불합치 결정 이후 합헌적 법제정비 방안에 관한 연구, 공법연구 제47집 제4호, 2019.6.
- 신옥주 외 2인, 성·재생산 건강과 권리의 보장을 위한 법제연구, 저출산고령

- 사회위원회 연구보고서, 2020.
- 신옥주, '미혼모'의 인권제고를 위한 법제개선방안 비교법적 연구, 법학논집 제 21권 제2호, 2016. 12.
- 신옥주, 독일의 입법례를 중심으로 살펴본 제한적 익명출산제도의 도입필요성 연구, 한양법학 제25권 제4집(통권 제48집) 2014.11.
- 이현아, 난임부부지원사업 개선연구: 난임여성 안전 및 삶의 질 보호방안 마련을 중심으로, 입법과 정책 제8권 제1호 2016.6.
- 이현아/문한나/김보배/김명희, 보조생식술 관련 법제도 개선방안 연구: 「모자보건법」과 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」의 비교를 중심으로, 생명, 윤리와 정책 창간호(제1권 제1호), 2017.4.
- 이호용, 낳지 않을 자유와 자기결정, 세계헌법연구(제16권 3호).
- 이현아/문한나/김보배/김명희, 보조생식술 관련 법제도 개선방안 연구: 「모자보건법」과 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」의 비교를 중심으로, 생명, 윤리와 정책 창간호(제1권 제1호): 2017년 4월,
- 전윤정, 성·재생산권으로써 낙태권리를 위하여-낙태제도 변동의 쟁점과 방향, 페미니즘연구 제20권 1호(2020).
- 하정옥, 재생산권 개념의 역사화·정치화를 위한 시론, 보건과 사회과학 제34집(2013.12).
- Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen im Rahmen der assistierten Reproduktion, Bundesärztkammer 2017.10.06.
- Report of International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 Sep. 1994, A/CONF.171/13/Rev.1, UN publication Sales No. 95. XIII. 18, UN, 1995.
- 경향신문, 기사입력 : 2021.06.11. 16:20, 최종방문 2021.08.25.
<https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202106111620001#csidx690b48ee54545b38576ec2d788fcb6>
- 데일리 굿뉴스, '낙태죄 입법 공백' 예고된 혼란...법도 없고, 현장은 방치, 등록일: 2021-02-08 19:08:29, 최종방문일 2021.08.26.

헌법논총 제32집(2021)

http://www.goodnews1.com/news/news_view.asp?seq=108319

MEDICOPHARMA, 기사승인 2021.07.02. 05:59, 최종방문 2021.08.25. <http://www.medicopharma.co.kr/news/articleView.html?idxno=57718>[출처] 낙태죄

폐지 반 년…장기화된 입법 공백에 피해는 ‘환자 몫’.

민중의 소리, “뒤통수 때린 법사위, 공청회 진술인 8명 중 6명이 낙태죄 폐지

반대자”, 기사수정 2020.12.22. 18.55.23. 최종방문 2021.8.29.

<https://www.vop.co.kr/A00001530504.html>.

<https://www.vop.co.kr/A00001530504.html>.

보건복지부, 한눈에 보는 복지정보, 최종방문 2021.08.31.

<http://www.bokjiro.go.kr/welInfo/retrieveWelInfoBoxList.do?searchIntClId>

=08.

Deutscher Ethikrat, Das Problem der anonymen Kinderabgabe, Stellungnahme,

2009.

혼인과 가족의 의미에 관한 헌법적 연구*

A Constitutional Study on the Meaning of Marriage and Family

許 眞 誠(Huh, Jinsung)

釜山大學校 法學專門大學院 副教授

－ 목 차 －

I. 서론	101
II. 전통과 헌법	103
1. 헌법 조문의 이해	103
2. 헌법재판소 결정의 검토	109
가. 동성동본금혼	109
나. 호주제	112
다. 여성주의	115
3. 전통과 헌법의 조화 방안	119
가. 전통의 효용성	119
나. 본래의 전통적 세계관	122
다. 자유롭고 평등한 계약으로서의 관계	126
라. 자유롭고 민주적인 의사 형성의 강조	127

* 이 논문은 헌법논총 제32집 특집주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주).

헌법논총 제32집(2021)

마. 특정한 관계에 대한 국가의 선택적 존중의 부정	129
Ⅲ. 혼인과 가족의 의미에 대한 헌법적 이해	130
1. 서설	130
2. <i>Obergefell v. Hodges</i>	131
3. 평가	136
Ⅳ. 결론	139
* 국문초록 및 주제어	144
* 영문초록 및 주제어	145
* 참고문헌	146

I. 서론

근래 한 방송인의 비혼 출산 소식이 세간의 관심을 모으는 일이 있었다. 해당 인물은 외국에서 정자은행에 보관 중이던 남성의 정자를 기증받아 시험관 기술을 통해 출산을 한 것으로 알려졌는데, 이를 계기로 비혼 여성의 출산에 관한 권리가 논의의 중심으로 떠오르게 되었다.¹⁾ 이 방송인은 외국인 신분이었기 때문에 한국인이려면 현행법상 이러한 선택을 할 수 있는지, 그렇지 않다면 이것이 가능하기 위해서는 어떠한 법적 변화가 이루어져야 할 것인지 등에 대한 여러 언론 보도가 있었고,²⁾ 정부에서도 관련된 논의에 착수할 것을 밝힌 바 있다.³⁾

출산에 관한 권리에 대해서는 일찍이 생식권(reproductive rights) 또는 재생산권의 이름으로 논의가 있어 왔는데, 생식권은 개별 국가의 법, 국제인권문서, 그리고 다른 합의문서들에 의해 인정되고 있는 인권들을 아우르는 것으로서 모든 커플과 개인들이 자유롭게 책임 있게 자식의 수, 태울, 시기를 결정하고 그렇게 할 수 있는 정보와 수단을 누릴 수 있는 기본적인 권리와 가장 높은 수준의 성적, 생식적 건강을 향유할 수 있는 권리의 인정에 근거하는 것이다. 여기에는 인권문서에서 표현된 바와 같이 차별, 강제 및 폭력으로부터 자유롭게 생식에 관한 결정을 할 수 있는 권리가 포함

-
- 1) 사유리 임신, 한국선 불법... “아이 낳을 권리 허하라” 논란 불지퍼, 조선일보, 2020.11.17. <<https://www.chosun.com/culture-life/2020/11/17/WZGTNAG7QRDUJL5P46JXPBTNGY/>> (2021.10.26. 최종 방문)
 - 2) 예를 들어 “왜 한국선 정자기증 안되나” 비혼모 사유리가 던진 네가지 질문, 중앙일보, 2020.11.17. <<https://www.joongang.co.kr/article/23922746>>; [포커스 취재] 사유리가 던진 질문 '출산의 권리', 한국일보, 2020.11.20.~2021.4.1. <<https://www.hankookilbo.com/Series/S2020111917140000905>> (2021.10.26. 최종 방문) 등 참조.
 - 3) 사유리처럼 ‘비혼 출산’ 가능해질까...여성가족부, 의견 수렴 나선다, 동아일보, 2021.4.27. <<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20210427/106641235/1>> (2021.10.26. 최종 방문).

된다. 이러한 권리를 행사함에 있어 이들은 그들의 생활과 미래의 자식들의 필요, 그리고 공동체에 대한 그들의 책임을 고려해야 한다. 모든 사람들이 이러한 권리를 책임 있게 행사할 수 있도록 촉진하는 것은 정부와 공동체의 가족 계획을 포함한 생식적 건강 영역에서의 정책과 프로그램의 근본적인 기초가 되어야 한다.⁴⁾

이러한 생식의 권리에 대해 이것이 헌법 제10조의 행복추구권에 포함되는 헌법상 기본권⁵⁾이라는 언급이 일찍이 있었는데, 그것이 논자에 따라 헌법체계상 어떠한 방식으로 설명이 되든 그러한 권리 자체가 부정될 가능성은 높지 않다고 본다. 이미 사회의 모습이 변천해가는 가운데 전통적인 의미의 혼인과 가족도 변화하고 있다. 그리고 출산에 대해서도 의료기술의 발전이 과거 주어진 것으로서 인간이 어찌해볼 수 없는 필연적인 상황으로 여겨졌던, 생물학적인 조건에 따르는 난점들을 극복할 수 있는 여러 가능성을 열어주고 있고, 이로써 혼인과 이에 따른 가족의 구성이라는 사정과 별개로 개인의 희망에 따라 출산이 이루어질 수 있는 환경이 조성되고 있다.

이러한 선택을 제한할 만한 정당한 공적 이유가 무엇이 될 수 있을지에 대해서는 여러 의견이 있겠지만, 적어도 헌법상 명문으로 개인의 이와 같은 결정을 부정할 만한 근거는 확인되지 않는다. 여기서 초점을 두고 있는 것은 출산에 관한 권리 자체가 어떤 헌법 규정에 근거를 두고 인정될 수 있는지와 같은 문제를 보다 근본적으로 규정할 수 있는 차원의 것으로서, 헌법상 혼인과 가족의 문제에 대한 접근이 어떻게 이루어지고 있으며, 헌법적 가치와 전통적 관습이 마주하는 부면에서 어떠한 결정이 있어 왔는지, 이러한 상황 속에서 문제에 접근하는 인식들은 어떻게 구성되어 있으

4) 이상 생식권에 관한 설명은 Report of the International Conference on Population and Development, A/CONF.171/13/Rev.1, 1994, 40-41면. <https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/icpd_en.pdf> (2021.10.26. 최종 방문).

5) 윤진수, 보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향, 서울대학교 법학 제49권 제2호, 2008, 93면.

며, 앞으로는 어떠한 방향으로 나아가게 될지, 이와 같은 문제에 대해 영향을 미치게 되는 다른 요소들은 어떠한 것들로서 파악이 될 수 있을 것인지 등의 사안들이다. 이러한 사항들에 대해 살펴봄으로써 자유롭고 평등한 개인들의 공동체를 규정하는 헌법적 관점에서, 혼인과 가족이라는, 인간 사회에 필수적인 요소로서 이해되어 온 주제들이 어떻게 파악되어야 할 것인지에 대한 단서를 얻고자 한다.

II. 전통과 헌법

1. 헌법 조문의 이해

헌법 전문에서는 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민”을 주어로 하고 있고, 제9조에서는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다”고 하고 있다. 한편 제36조 제1항에서는 “혼인⁶⁾과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 규정하고 있다. 우리 대한민국 국민들은 유구한 시간과 문화의 흐름 위에서 있는 스스로의 위치를 조감하는 가운데, 그러한 국민들이 만들어 낸 국가는 그토록 오랜 역사에 걸쳐 전통적으로 형성, 전래되어 온 민족의 문화를 계승, 발전하고 이를 창달하는 데 노력을 기울여야 한다는 것, 그리고 이러한 국가에서 개인의 혼인과 가족생활은 다만 전래의 그것일 수만은 없는 것이어서 또한 개인의 존엄과 양성의 평등이라는 가치를 토대로 성립되고 유지되어야 한다는 것을 헌법의 기본적인 가치와 지향점으로 삼고 있다.

6) 이 글에서는 헌법 조문에 명시되어 있는 ‘혼인’이라는 용어를 주로 하되, 경우에 따라 ‘결혼’과 혼용하기로 한다.

유구한 역사와 전통에 빛나는 대한국민의 자부심, 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달이라는 국가의 과제는, 오랜 단일한 공동체의 구성원으로서 국민들이 지니는 귀속감과 동질감을 전제로 할 때, 쉽게 그 의미와 뉘앙스를 이해할 수 있는 개념이라고 할 것이다. 단지 계약이나 합의에 의해 법적으로 강제되는 어떠한 추상적 구조물이 아닌, 보다 삶의 본질에 다가선, 비공식적이고 직접적인 차원에서 경험되는 생활세계의 관념과 정서를 배경으로 할 때 더 잘 설명될 수 있는 표현으로 여겨진다.

혼인과 가족생활도 개인이 타인과 관계를 맺고 가장 기본적인 삶의 단위를 구성하는 차원에 관련되는 문제로서, 공동체의 습속과 가치관에 깊게 배어 있는 문화적 요소의 큰 부분을 차지하는 주제라고 할 것이다. 새롭게 탄생하는 자손은 부모와 조상을 통해, 세계를 바라보는 관점과 사람과 교류하는 방식과 자아를 실현하는 능력을 배우고 익히며 공동체의 구성원으로 성장하고, 그 과정에서 문화적 연속성을 체험적으로 구현해 내게 된다.

공동체와, 공동체를 규정하고 가능하게 하는 그 문화, 공동체 구성원의 결합과 탄생과 소멸이 경험되는 가장 직접적인 사람들의 만남은 이러한 차원에서 서로 영향을 주고 받으며 분리해 낼 수 없는 깊은 연결성을 갖고 있다. 그러나 그 어떠한 것도 정적으로 고정되어 있는 것은 아니고 새로운 사정과 생각의 변천에 따라 지속적인 변화에 노출되어 있는 것이 현실적 상황이다. 전통의 영향이 강하던 시절에는 일견 이견이 있기 힘들어 보였던 이러한 사안들도, 그러나 인간사의 많은 일들이 그러하듯이, 종래 대체로 수용되어 오던 견해와 입장에 대한 이의의 제기, 이에 따라 심화되는 의견의 대립이라는 문제로부터 자유롭지 않았다. 경제적인 발전과 이와 함께 야기되는 사회적인 변화에 따라 개인들의 삶은 사회 전반에 공유되고 준수되던 종래의 가치관과 규범의 무게로부터 점차 벗어나게 되었고, 이를 추동하는 현실적인 여건의 변화와, 동시에 변화를 원하고 좇는 사람들의 심리적 경향 등 요소가 서로 복합적으로 영향을 주고 받으며, 사회 구성원

들이 무엇을 소중하게 생각하고 어떤 것을 마땅한 것으로 여기는가는 점차 다채롭고 개별적인 추구의 양상을 띠게 되었다.

물론 좀 더 비관적인 관점에서 이러한 사회 변화의 모습을 평가한다면, 그 다채로움의 실상이란 기대만큼 실질적인 것은 아니라고 볼 수도 있다. 공동체를 통해 덕성을 도야하고 관계 속에서 나의 모습을 성찰하고 가꾸어 나가던 인간의 삶이, 그저 물질적인 만족을 위한 경제 활동으로 단순화함에 따라, 각양각색의 소비와 향락으로 그 모습을 드러내는 것이고, 근본적 차원에 있어서는 말초적인 욕구에 종속된 채 그 의미와 목표를 잃고 이리 저리 방황하고 있을 뿐이라는 점에서 우려스러운 정도로 획일화되어 있다고 판단할 수도 있을 것이다.

그러나 여기서는 그러한 변화된 사회의 모습 속에서 관찰되는 인간의 생활상이 과연 바람직한 것인지, 여기서 우리는 달리 어떠한 방향을 지향할 것이며, 어디로부터 일신된 관점과 기운을 회복할 수 있을 것인지, 그럼으로써 어떻게 더 나은 사회, 더 좋은 인간의 삶을 실현할 수 있을 것인지에 대해 실체적인 내용을 미리 규명하거나 직접 검토하는 것에 집중하지는 않는다. 헌법에서 규정된 바에 따라, 개인들이 각자의 삶을 어떻게 형성해 나가고 어떻게 자아를 실현하며 타인과 관계를 형성하고 사회와 교류할 것인지에 대해서는 그 자유가 보장된다. 그러한 자유의 공간을 통해 개인들의 선택이 집적되어 사회의 모습을 구성하고, 이는 동시에 구성원들의 생각과 판단에 영향을 미치게 된다. 개인이 향유하는 자유의 가능성이 마음껏 발휘되는 상황을 통해 이루어지는 개인 간의 공존과 교류와 공감은 결국에는 공동체가 진리와 선을 향해 서서히 나아가도록 할 것이라는 기대와 자신감이 이러한 기획을 뒷받침하는 세계관이다. 그러나 그것이 결과적으로 어떠한 모습 일지에 대해 구체적이고 확정적으로 단언하여 미리 규정해둘 수는 없다.

헌법이 권력과 자유의 조화의 기술⁷⁾이라면 자유의 보장과 공동체의 모

7) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2021, 7면.

습 간의 관계에 대한 성찰과 실제 사정에 대한 분석 및 검토를 통하여 국가권력이 자유로운 개인의 공동체적 삶을 위해 무엇을 해야 할 것인가에 대해 말해 줄 것이 있어야 한다고 생각할 수도 있다. 그러나 늘 문제가 되는, 가장 원초적인 논의의 초점은 근대입헌주의헌법 이래 헌법학의 관심은 개인의 자유를 침해하는 국가권력에 대한 경각심을 떠날 수 없고, 그래서 도 안 된다는 것이다. 이는 자유와 평등의 실질적 조건을 구현하기 위한 국가의 역할을 수용하는 현대사회복지주의헌법⁸⁾에서도 역시 부인되지 않는 근본이라고 할 것이다.

이와 같이 국가가 개인의 자유가 어떻게 행사될 것인가에 대해 미리 목표와 우선순위를 구체화해 줄 수 있는 전통 시대의 임금과 스승과 부모의 그것에 상응하는 역할을 수행할 수도 없고 그것이 기대되지도 않는다면, 실제로 개인의 사고와 선택에 영향을 미치는 것은 무엇이 될 수 있겠는가. 그것은 개인의 삶이 영위되는 공동체 차원의 일정한 습속과 생활양식이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 요소들도 그것이 부모나 친척, 교사에서부터 늘 접하는 대중매체나 사람들의 관심을 끄는 유명인이나 때로는 정치인에 이르는 등의 갖가지 유형의 인물이나 경로를 통해 영향을 주게 될 것이지만, 분명한 것은 개인의 선택과 판단이 문화적인 진공 상태나 일체의 전통과 습속과 관행과 인습 등의 과학적으로 검증되지 않은 것으로 판단되는 요인들을 배제한 상태에서 이성의 빛에 오로지 의거하여 이루어지는 것은 아니라는 것이다.

이러한 공동체의 문화적 공감대는 앞서 언급한 바와 같이 전통 시대의 사회 모습에 가까울수록 상대적으로 그 비중과 무게가 더해진다면, 경제적 자유와 과학적 세계관이 진전된 상황이 될수록 그 강도와 색채는 약해진다고 할 것이다. 유구한 역사와 전통에 빛나는 대한민국 국민, 전통문화의 계

8) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2021, 18면.

승·발전과 민족문화의 창달이라는 관념은 비록 현실적으로 더 이상 전통 사회의 가치관과 모습과 상황을 그대로 배경으로 하는 것은 아니지만, 변화된 시대적 국면에서 새롭게 발견되고 인식된 그러한 민족적 정체성과 공동체 및 전통에 관한 의식을 통해 그 실체성을 부여받게 된다. 이러한 상황 속에서 혼인과 가족생활도 사회의 변화에 그대로 노출이 되면서도 가능한 범위에서 전통적인 의미와 중요성을 그대로 인정받게 된다.

여기서 문제가 되는 것은 역시 상술한 바와 같은 사회의 다원화 경향으로 인해 단일한 공동체의 문화적 공감대가 지너 오던 동질적 감각이 와해되어 가는 상황에서 발생한다. 이러한 상황은 사회적 변화를 배경으로 발생하는 것으로, 직접적으로 작용하는 이의 제기의 수단은 자유와 권리라고 할 것이다. 전통 시대는 문명권을 막론하고 구체적인 실태의 차이는 있을 지언정 일종의 종교적인 세계관에 입각하여 인간 존재의 의의와 나아갈 바에 대한 일정한 답안을 전제로 하여 국가생활이 형성되는 것을 특징으로 한다. 이러한 상황에서는 인간이란 무엇이며 어떻게 사는 것이 인간의 길인가에 대해 초월적 권위를 빌어 규정된 바가 문화의 총체를 구성하는 핵심을 이루게 되므로, 개인의 선택 가능성은 그러한 전제 아래에서만 인정되고 의미를 부여받게 된다. 그러나 오늘날 헌법에서 의미하는 국가는 자유와 평등, 정의에 입각한 공동체의 모습을 지향하는 것으로서 이러한 법적·정치적 차원에서의 기획에 반하는 습속은 개인의 헌법적 지위를 침해하는 것으로서 그 정당성이 부인되게 된다.

이러한 상황 속에서도 물론 사정의 구체적인 편차와 다양성은 존재한다. 개인들의 생각이 변화하는 방향과 속도에 영향을 미치는 요소는 매우 다양하고 그 선후관계를 파악하기란 거의 불가능에 가까운 것으로 보인다. 설사 일정한 역사적, 사회적 해석과 평가가 가능하다 하더라도 그러한 관점 또한 다양하게 제시될 수 있는 것이 오늘날의 합리적 세계관의 성격이다. 그러나 기본적으로 파악할 수 있는 것은 장기적으로는 자유롭고 평등한 개

인의 위상을 일관되고 전면적으로 관찰시키려 들수록 전통적인 인간관과 그러한 인간관에 기반한 윤리적, 정치적 선택과 기획은 그 타당성을 널리 인정받는 것이 매우 힘들어질 것이라는 점이다. 이와 같은 상황에서 유구한 역사와 전통이 과연 무엇을 의미하는 것인지, 전통문화와 민족문화라는 것은 어떠한 것인지, 그러한 요소가 완전히 배제된 사회는 가능한 것인지, 만약 그러한 부문이 더 이상 종래와 같은 방식으로 유지가 되지 않을 것으로 보인다면 무엇을 해야 할 것인지, 이러한 사색과 노력이 과연 정당하고 필요한 것인지 등에 관한 많은 문제들이 법과 정치의 관점에서만으로는 파악하거나 분석하기 어려운 어딘가에서 스스로를 드러낸다.

이는 혼인과 가족생활에 대해서도 마찬가지이다. 여기서 초점을 두고 있는 것은 특히 바로 우리가 이해하는, 전통적으로 이어져 오는 혼인과 가족생활의 관념의 핵심은 어떠한 것이고 어떻게 계승될 것인가와 관련된 문제이다. 혼인과 가족생활이 인간의 삶, 문화의 가장 친근하고 핵심적인 영역을 차지하는 주제인 만큼 문화적 공감대가 와해된다는 것은 혼인과 가족생활이 더 이상 전래의 의미와 양상과 같은 것으로 당연히 수용되는 것이 매우 어렵게 될 것이라는 점을 암시한다. 이는 단지 예언적 전망에 그치는 것이 아니라 이미 현실화되고 있음은 쉽게 관찰되는 사실이다. 종래의 관념이 종교적 세계관에 기반한 관념에 뿌리를 둔 것으로서, 남성과 여성의 생애를 함께 하는 진실한 결합과 축복스러운 자손의 탄생에 관한 모든 국면에서, 감각적 관찰로 환원시키기 어려운 초월적이고 전일적인 삶 전체의 의미와 연결된 가치와 중요성을 인식하고 있었다면, 오늘날 개인 간의 혼인과 가족의 구성은 그러한 입증되기 어려운 형이상학적 구성보다는 자유롭고 평등한 권리 주체 간의 합의에 의한 작은 사회의 형성이라는 문제로 이해된다.

우리 사회에서도 혼인과 가족생활은 그간 전통적인 관념의 일부를 계승해 오는 한편, 변화된 사회 현실 속에서도 이러한 관념을 나름 일정한 의

식과 행사와 풍습을 통해 구현해 오고 있었는데, 관점의 연원이 오래된 반면에 현실의 변화는 급격한 것이어서 괴리가 있었던 것에 더하여, 오늘날에는 본격적으로 종래의 관습적 개념과 방식에 자유와 평등이라는 잣대가 적용됨에 따라, 그러한 문화적 공감대의 붕괴가 공식적으로 확인되는 시대적 일면을 보여주고 있다. 물론 이러한 양상은 헌법이 규정하는 자유, 평등, 정의를 토대로 하는 새로운 문화적 공감대의 형성과 생활상의 보편화 과정을 보여주는 것이라고 볼 수도 있다. 실제로 그러한 과정이기 때문에 그와 양립하기 힘든 종래의 세계관이 후퇴하고 있는 것이다. 아래에서는 이러한 문제와 연결된 헌법재판소 결정들을 검토함으로써 그 구체적인 사정을 더 자세히 들여다보고자 한다.

2. 헌법재판소 결정의 검토

가. 동성동본금혼

동성동본인 혈족 사이에서는 혼인을 하지 못하도록 하고 있는 구 민법 제809조 제1항에 대한 결정⁹⁾에서 헌법재판소는 “동성동본금혼제는 결국 그 제도 생성(生成) 당시의 국가정책, 국민의식이나 윤리관 및 경제구조와 가족제도 등이 혼인제도에 반영된 것”으로서 “여러가지 사회환경의 변화로 말미암아” “그 존립기반이 더 이상 지탱할 수 없을 정도로 근본적인 동요를 하고 있음은 이를 부인하기 어렵”고 “따라서 동성동본금혼제를 법제도로서 더 이상 존치할 이유가 있는지의 여부는 헌법이념 및 규정에 의한 새로운 조명과 가치판단이 있어야 한다”고 보았다. 이러한 관점에서 “혼인제도와 가족제도는 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야” 하고, “따라서 혼인에 있어서도 개인의 존엄과 양성의 본질적 평등의

9) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6등.

바탕위에서 모든 국민은 스스로 혼인을 할 것인가 하지 않을 것인가를 결정할 수 있고 혼인을 함에 있어서도 그 시기는 물론 상대방을 자유로이 선택할 수 있는 것이며, 이러한 결정에 따라 혼인과 가족생활을 유지할 수 있고, 국가는 이를 보장해야 하는 것”이라고 판단한다.

헌법상 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야” 할 것을 규정하고 있는 이상 일단 이러한 사고가 특별한 것은 없다고 할 수 있다. 문제의 초점은 이에 반대하는 의견¹⁰⁾이 개진하는 입장을 통해 더 잘 드러난다. 이에 따르면 동성동본금혼제는 “적어도 600년 이상 지켜온 우리 민족의 미풍양속으로서 전통·관습·문화”이고, “사회 환경이나 의식의 변화가 있었다고 하여 불과 몇 십년만에 우리의 혼인관습이 본질적으로 변하였다고 볼만한 자료는 없다.” “혼인관계의 강한 사회성으로 인하여 혼인에 관한 각종 규범들 가운데 중요한 원칙들이 공적 제도 및 법에 의하여 뒷받침됨으로써 혼인에 의한 가족관계가 안정될 수 있는 것이므로 관습으로 이어온 금지혼의 범위를 법으로 명확히 하여 혼인관계의 유무효를 명백히 함이 사회질서의 유지를 위하여도 필요하기 때문에 그 정당성이 인정된다고 할 것이다.” “동성동본인 혈족간의 혼인을 금지한다고 하더라도 우리나라의 인구와 성씨의 분포 및 그 구성원의 수에 비추어 볼 때 혼인 상대방을 자유롭게 선택할 기본권을 본질적으로 침해하는 정도에까지 이른다고 할 수는 없”고, “행복추구권이라 할지라도 반사회적 내지 반자연적 행위를 금지하는 규범이나 전통문화로 인식되어 온 국민의 법감정에 반하여 이를 남용할 수 없음은 물론 타인의 행복추구권을 침해하거나 방해할 수 없음은 너무나 당연하다고 할 것이며 적어도 국민의 의사에 정면으로 반하지 아니하는 한 전통·관습에 반한 행복추구권을 추구할 수는 없다고 할 것이다.”

10) 재판관 이재화, 재판관 조승형의 반대의견.

이러한 관점에서는 혼인이라는 문제가 자유롭고 평등한 개인 간의 약속이라는 차원으로 단순화되어 이해되기보다는, “혼인관계의 강한 사회성”이라는 표현에서도 드러나듯이 개인이 공동체 생활을 경험하는 가장 친밀하고 원초적인 단위의 기본적인 중요성을 가지고 있다는 점에 주목하면서, 이러한 맥락에서 “적어도 국민의 의사에 정면으로 반하지 아니하는 한 전통·관습에 반한 행복추구권을 추구할 수는 없다”고 판단하며, “행복추구권은 전통문화의 계승이라는 한계내에서만 보장되고 있음이 헌법규정상 분명하다”고 보게 된다.

여기서 언급되는 “우리 민족의 미풍양속으로서 전통·관습·문화”라는 관념은 앞서 서술한 바와 같이 단일하고 동질적인 공동체의 기억과 정서를 전제로 할 때 잘 이해되는 사고라고 할 수 있다. 문화적으로 이러한 공동체적 감정이 유효하게 살아 있는 상황을 전제할 때 그 구성원들이 각자 자유롭고 평등한 권리의 행사를 추구한다고 하더라도 그러한 자기결정과 계약의 형성은 일정한 문화적 공감대의 범위 안에서 이루어지게 된다. 자유가 일정한 범위를 자연스럽게 전제한 가운데 행사된다면 자유의 이름으로 가능한 기존 관습과 제도에 대한 이의 제기나 비판은 상당히 완화된 차원에서 이루어지거나 아니면 주어진 울타리 안에서의 개인의 선택의 여지 정도로 의미가 축소되게 됨에 따라 전래의 문화적 공감대를 와해시키는 측면에 있어 그 영향력은 그다지 크지 않을 수 있어 상대적으로 갈등을 덜 유발할 수 있게 된다. 이와 같은 시각에서 “행복추구권은 전통문화의 계승이라는 한계내에서만 보장되고 있”는 것으로서 “국민의 의사에 정면으로 반하지 아니하는 한 전통·관습에 반한 행복추구권을 추구할 수는 없다”는 판단이 가능하게 된다. 그러나 만약 개인의 자유가 더 전면적으로 행사됨에 따라 다양한 세계관을 가진, 서로 다른 문화적 공감대를 보유한 개인들이 각자의 작은 공동체에 대한 귀속감에 집착한 상태에서 한 국가를 구성하게 되는 상황이라면, 국가의 차원에서 헌법적으로 개인의 자유로운 선택

에 대해 이를 제약할 수 있는 범위로서 제시할 수 있는 전래의 문화적 자산은 그다지 많지 않을 수 있다.

나. 호주제

비슷한 사정을 호주제에 대한 헌법재판소 결정¹¹⁾에서도 살펴볼 수 있다. 헌법재판소의 입장에 따르면 “가족제도는 민족의 역사와 더불어 생성되고 발전된 역사적·사회적 산물이라는 특성을 지니고 있기는 하나, 그렇다고 하여 가족제도나 가족법이 헌법의 우위로부터 벗어날 수 있는 특권을 누릴 수 없”는 것으로서, “오늘날 헌법은 가족생활관계도 이를 단순히 사인(私人) 간의 사적 문제로만 파악하지 않고 그것이 국민생활 내지 국가생활의 한 요소가 될 수 있다는 것을 인정하고 이를 헌법사항에 포함시키기에 이르렀다.” “따라서 가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다”. “혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역”으로서 “혼인과 가족생활을 국가가 결정한 이념이나 목표에 따라 일방적으로 형성하는 것은 인간의 존엄성을 최고의 가치로 삼고 민주주의원리와 문화국가원리에 터잡고 있는 우리 헌법상 용납되지 않는다. 국가는 개인의 생활양식, 가족형태의 선택의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하”고, “따라서 혼인·가족제도가 지닌 사회성·공공성을 이유로 한 부득이한 사유가 없는 한, 혼인·가족생활의 형성에 관하여 당사자의 의사를 무시하고 법률의 힘만으로 일방적으로 강제하는 것은 개인의 존엄에 반하는 것이다.”

이에 대한 재판관 2인의 반대의견¹²⁾에 의하면, “헌행법상의 호주제는” “고대 이래 조선 중기까지 이어져온 우리 고유의 합리적 부계혈통주의의

11) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등.

12) 재판관 김영일, 재판관 권 성의 반대의견.

전통을 이어받아 부계혈통주의의 존립을 위한 극히 기본적인 요소만을 담고 있는 것으로서, 일제의 잔재로서의 색채를 불식하고 우리 고유의 관습으로 복귀한 것으로 평가할 수 있다.” “더욱이 헌법 제9조는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”라고 하여 국가의 전통문화의 계승·발전 의무를 명문으로 규정하고 있는 터이므로, 현재의 혼인제도 및 가족제도가 전통문화의 근간을 이룬다고 할 수 있는 우리 고유의 혼인제도와 가족제도를 그대로 답습해야 하는 것은 물론 아니라 하더라도, 그로부터 완전히 유리된 형태의 것이 되어서는 안 될 것이다.”

이에 더하여 재판관 1인의 반대의견¹³⁾에 따르면, “헌법 제36조 제1항은 일차적으로 어떤 경우에도 혼인과 가족생활 자체는 보장하겠다는 것을 분명히 하고 있으므로, 혼인제도와 가족제도의 존재 그 자체는 서로 상이한 가치관의 대립에도 불구하고 유지되어야 한다는 것이 헌법제정권력자의 가치적 결단”이고, “입법자는 헌법적으로 보호되는 가족제도를 법률로써 구체적으로 형성할 수 있지만, 이러한 입법적 형성은 가족제도 자체를 폐지할 수 없음은 물론이고 그 본질적 내용을 침해할 수 없다는 한계 내에서 이루어져야 한다. 그리고 제도보장의 대상인 가족제도는 그 존재 자체 또는 본질적 내용을 보장하기 위하여 필요한 범위 내에서는 일정 부분 국민의 기본권 제한을 정당화하는 사유가 될 수 있고, 그 범위 내에서 입법자는 가족제도 존치의 정당성에 대한 논증책임에서 해방될 수 있다고 보아야 한다.” “적어도 가족제도와 더불어 ‘호주’라는 관념은 우리의 전통문화에 깊이 뿌리 내린 문화적 침전물이라고 할 수 있음을 보여주는 것이므로, 헌법 제9조에 의하여 그 계승·발전이 보장될 필요가 있다.”

이 결정에서도 가족제도가 “헌법의 우위로부터 벗어날 수”는 없는 것이고 따라서 “가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에

13) 재판관 김효종의 반대의견.

관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안 된다”는 점에서 제도화된 전래의 관습의 정당성이 부정되고 있다. 그런데 여기서는 “혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역”으로서 이를 “국가가 결정한 이념이나 목표에 따라 일방적으로 형성하는 것”은 “헌법상 용납되지 않는다”고 하면서도 또한 “오늘날 헌법은 가족생활관계도 이를 단순히 사인(私人)간의 사적 문제로만 파악하지 않고 그것이 국민생활 내지 국가생활의 한 요소가 될 수 있다는 것을 인정하고 이를 헌법사항에 포함시키”고 있다는 점이 언급되고 있다. 혼인과 가족생활이 가장 친밀하고 원초적인 영역으로서 국가가 그것이 특정한 모습으로 형성되고 일정한 내용을 담은 것이어야 함을 설계하고 강요할 수는 없는 것이겠지만, 다른 한편으로 혼인과 가족생활은 헌법에 의해 규율되는 사항으로서 단지 사적인 문제로만 이해될 수는 없는 측면 또한 있다. 혼인과 가족생활이 지나는, 이와 같은 지극히 사적이면서 또한 공적이기도 한 성격으로 인해 이를 둘러싼 법적 규율에 관하여 쉽게 해결하기 힘든 논의들이 발생하는 것이다.

반대의견에서는 역시 호주제가 의미 있는 전통문화로서의 성격을 지닌다는 점을 지적하면서 오늘날의 혼인 및 가족제도도 우리 고유의 관습과 제도로부터 완전히 별개의 것일 수는 없는 것으로서 그 계승과 발전이 보장되어야 한다고 보고 있다. 개인의 존엄 및 자유와 평등이라는 헌법적 가치를 근거로 하여 전래의 관습과 전통이 오늘날의 헌법 질서하에서는 수용되기 어렵다는 판단에 대한 주요한 반대의 논거는 혼인이나 가족이 지닌 도덕적이고 사회적인 성격과 이에 따른 전통성이라고 할 수 있다. 즉 “혼인과 가족생활은 인류의 역사와 더불어 전통과 관습의 모습으로 존재하면서 오늘에까지 이어져 온 것이므로, 혼인과 가족관계를 규율하는 가족법은 전통성·보수성·윤리성을 강하게 가질 수밖에 없”는 것으로서 “헌법 제36조 제1항이 보장하고 있는 혼인과 가족생활에 대한 제도적 보장도 혼인과 가

족생활의 민족문화적 전통성 때문에 당연히 이에 바탕을 둔 혼인제도와 가족제도의 보장을 뜻한다고 보아야”하고,¹⁴⁾ “헌법은 각 개인은 가족관계에서 사회적 관계의 공고한 기초를 찾아야 하고, 이를 기초로 할 때에만 사회적 연대성의 강화와 정치적 통합이 가능하다는 전제에 서 있다고 보아야” 하는 것이다.¹⁵⁾

이러한 관점에 따를 때 자유와 평등에 입각한 개인의 자유 실현을 이유로 한 전래의 관습과 가치관에 대한 이의 제기와 반대는 삶의 총체성과 문화적 연속성을 고려하지 않은, 파괴적이고 가치없는 것으로 여겨지게 된다. 처음부터 인간의 인식과 가치와 지향을 형성해 내는 데 있어 배제할 수 없는 요소인 전통과 사람 간의 관계라는 시공간적인 망을 걷어낸 채 독립적이고 자율적인 개인의 존재를 상정한 것이 과도하게 단순화된 인간학적인 오류로 이해되기 때문이다. 따라서 이와 같은 입장에서는 “기존의 전통과 질서, 권위가 부정되고 해체되어 가는 경향을” 띠는 현대사회에서 “평등의 이념이 전통부정과 질서해체의 논리로 남용될 가능성도 경계하지 않을 수 없”다는 시각에서, 가족법 영역에서도 “도식적인 평등의 잣대로 우리의 전통문화를 함부로 재단함으로써 전통가족문화가 송두리째 부정되고 해체되는 결과를 초래해서는 안될 것”이라고 우려하게 된다.¹⁶⁾

다. 부성주의

부성주의에 관한 헌법재판소 결정¹⁷⁾에서도 이러한 구도는 마찬가지로 파악된다. 재판관 5인¹⁸⁾은 자는 부의 성과 본을 따를 것을 규정하고 있는

14) 재판관 김영일, 재판관 권 성의 반대의견.

15) 재판관 김효종의 반대의견.

16) 재판관 김영일, 재판관 권 성의 반대의견.

17) 현재 2005. 12. 22. 2003헌가5.

18) 재판관 윤영철, 재판관 김효종, 재판관 김경일, 재판관 주선희, 재판관 이공현의 의견.

구 민법 제781조 제1항에 대하여 부모 중 어느 쪽의 성을 따르든 다른 한 쪽의 혈통관계가 성에 반영될 수 없다는 점은 마찬가지이고, 부모의 혈통을 모두 성으로 표현하는 방안도 “성의 혈통 상징 기능 자체가 약화”되는 상황을 초래할 것이라는 점, “부성주의는 규범으로서 존재하기 이전부터 생활양식으로 존재해 온 사회문화적 현상”으로서 “여전히 우리 사회의 대다수 구성원이 자연스럽게 받아들이고 있는 생활양식이라고 판단”된다는 점, “부성주의는 개인의 구체적인 권리의무나 법적 지위에 실제적인 영향을 미치지 않”는다는 점을 들어 헌법 제10조, 제36조 제1항에 위반된다고 할 수 없다고 하였으나, “가족관계의 변동 등으로 구체적인 상황 하에서는 부성의 사용을 강요하는 것이 개인의 가족생활에 대한 심각한 불이익을 초래하는 것으로 인정될 수 있는 경우에도 부성주의에 대한 예외를 규정하지 않고 있는 것은 인격권을 침해하고 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것”이라고 보았다.

5인 의견에서는 부성주의가 오랜 생활양식으로서 현재도 수용되고 있는 바이고 적절한 대안도 찾기 어렵다는 점을 인정하면서 다만 그 예외적인 경우에 대한 고려가 부족하다는 정도의 판단에 만족하지만, 인간 관계 형성이 기본적으로 자유와 평등이라는 헌법적 가치에 기반한 것이어야 한다는 원칙을 직접 적용하고자 할 때에는 이러한 설명은 충분하지 않게 된다. 재판관 2인¹⁹⁾은 이에 대해 부성주의 자체의 정당성을 인정하지 않는 입장에 선다. “부성주의는 부(父)와 남성(男性)을 중심으로 한 혈통 계승을 강제하여 부와 남성을 가족의 중심에 놓게 하여 가부장적(家父長的) 가치질서를 유지, 강화하고 가족 내 여성의 지위를 남성에 비해 부차적이고 열등한 것으로 놓이게 하여 여성을 차별하고 있”고, “그와 같은 차별을 정당화할 수 있는 아무런 구체적인 이익을 찾을 수 없다”는 것이다. “헌법 제36

19) 재판관 송인준, 재판관 전효숙의 의견.

조 제1항은 혼인제도와 가족제도가 인간의 존엄성 존중과 민주주의의 원리에 따라 규정되어야 함을 천명하여 가족생활이 ‘양성의 평등’을 기초로 성립, 유지될 것을 명문화한 것으로 입법자가 가족제도를 형성함에 있어서는 이를 반드시 고려할 것을 요구하고 있”는 이상, 그 전면적인 관철을 기대하는 입장에서는 “부성주의가 오랜 기간 유지되어 왔”다는 점은 단지 부당한 관습이 오랜 세월 자행되어 왔다는 이상의 의미를 지닐 수 없게 된다.

이와 선명한 대조를 이루는 시각을 보여주는 입장이 재판관 1인²⁰⁾의 의견이다. 여기서는 부성주의가 단순히 오래된 질곡이 아니다. 헌법적 가치가 인간 사회의 문화 일반을 바로 재단해버릴 수 있는 지고의 준칙으로 받아들여져야 하는가에 대한 의문과 관련하여 한결 신중한 관점을 제시한다. “가족제도, 그 중에도 부성주의(父姓主義) 같은 것은, 분명히 헌법에 선행하는 문화의 하나”로서 “기존의 문화 내지 제도가 후행의 헌법적 가치에 어긋난다는 의심을 받는 경우에는” 우선 “기존의 문화가 가지는 합리성을 확인하고 그 합리성과 헌법적 가치 사이의 간극의 크기를 측정”한 후, “그 간극의 크기가 더 이상 용납하기 어려운 경우에는 그 간극을 해소하는 기술의 합리성을 확인”해야 하며, 또한 “시기의 적합성을 판단”해야 한다.

부성주의가 지닌 합리성에 대해서는 그 사회적 효용성이 핵심적으로 제시된다. “부성주의는 자(子)의 부계혈통을 대외적으로 공시하는 기능을 가지는 동시에 생래적으로 모에 비해 약화되기 쉬운 부와 그 자녀간의 일체감과 유대감을 강화하여 가족의 존속과 통합을 보장하는 기능을 가”지는 것으로서 “그 내용과 헌법적 가치 사이에 무슨 위헌의 문제를 일으킬 정도의 간극이 존재한다고 볼 수 없어 위헌이라고 보기 어렵다.” 나아가 “부성주의와 일부일처주의 그리고 이를 공시하는 기왕의 우리 나라의 호주 및 호적제도는, 물론 일부 개선의 여지를 갖긴 하지만, 전체로서의 이들 제도

20) 재판관 권 성의 반대이견.

와 장치는 인류 그리고 우리 나라가 성취시킨 고도의 합리성을 갖는 문화적 산물 내지 장치로서 그 이상의 합리적 대안을 당분간은 발견하기 어려울 것이”다.

이와 같은 관점은 오래된 생활양식과 같은 문화적인 요소에 대해 그 유기적이고 복합적인 면모를 충분히 고려하지 않은 상태에서 추상적인 가치와 개념을 단순하게 적용시킴으로써 이를 재단하고 폐지, 훼손하려는 것은 선부르고 경솔한 태도일 수 있다는 우려를 전제로 한다. “그러므로 시대의 변천과 사회 구성원의 구체적인 생활상의 변화에 따라 생활양식과 문화의 변화가 선행된다면 생활양식과 문화현상을 반영하는 규범도 변화된 생활양식과 문화를 따라 자연스럽게 변화되는 것이 사물의 자연스러운 이치이다. 이러한 이치와는 달리 의도적인 규범의 변경을 통하여 생활양식과 문화의 변화를 앞장서서 강제하고자 하는 것은 새로운 규범이 만인 공감의 고도의 합리성을 갖는 것이 아닌 한 수없이 많은 새로운 문제와 심지어는 불법까지를 야기한다.” 시대적 조건과 사람들의 생활, 생각이 변화하면서 공동체의 삶의 방식과 모습에 관하여 서로 관련된 여러 요소들이 변천과 조정을 경험하며 자연스럽게 양상을 변모시켜 나가는 경우에만, 이러한 오랜 세월 에 걸쳐 축적된 시도와 실수의 경험들이 산출해낸 유기적 문화양식이 적절히 진화해 나갈 수 있다는 것이다.

2인 의견에서는 “혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역”으로서 “혼인·가족생활의 형성에 관하여 당사자의 의사를 무시하고 법률의 힘만으로 일방적으로 강제하는 것은 개인의 존엄에 반하는 것”이라는 근거에서 부정주의를 법률로 강제하는 것이 문제가 있다고 보는 데 반하여, 1인 의견에서는 “의도적인 규범의 변경을 통하여 생활양식과 문화의 변화를 앞장서서 강제하고자 하는 것”은 “규범의 변경을 통해 생활양식과 문화 현상의 변화를 일거에 성취하고자 하는 반문화적인 공권력의 행사에 해당하고 이는 시기상조(時機尙早)의 부적절한 일”이라고 하

고 있다. 두 경우는 각각 부성주의에 대해 위헌과 합헌의 의견을 대변하고 있는데도 일견 모두 법에 의해 강제적으로 사람들의 사적인 생활을 함부로 재단하는 일에 대한 우려를 이유로 하고 있는 듯이 보인다.

물론 각 입장이 표명하고자 하는 바는 정반대의 관점이다. 2인 의견에서는 부성주의를 법에 의해 강제하는 것이 자유롭고 평등하게 형성되어야 할 개인 간의 관계에 대한 헌법상 원칙에 부합하지 않는다는 것을 말하는 것이고, 1인 의견에서는 바로 그러한 헌법적 가치를 잣대로 하여 공동체 구성원들이 향유해 오고 있는 구체적인 삶의 방식을 함부로 재단하는 것이 자못 파괴적일 수 있다는 염려를 표현하는 것이다. “오늘날 헌법은 가족생활관계도 이를 단순히 사인(私人)간의 사적 문제로만 파악하지 않고 그것이 국민생활 내지 국가생활의 한 요소가 될 수 있다는 것을 인정하고 이를 헌법사항에 포함시키기에 이르렀다”고 할 때, 전자와 같은 입장이 헌법이 국민들의 국가생활에 관해 규정하는 최고법이자 기본법인 이상, 추가적인 고려로 나아갈 필요가 없다고 보는 관점이라면, 후자와 같은 시각에서는 수많은 개인들이 모여 형성된 공동체의 삶의 방식을 규정하는 여러 요소들의 상호 관계가 지닌 유기적 속성을 고려할 때 그것은 “단순히 일면적 법 논리에 의해서만 평가할 수는 없”는 것이라고 판단하는 것으로서 이는 “인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역”과 헌법이 규정하는 국가생활의 범주 및 그 관계에 대한 더 깊은 고찰이 필요하다는 관점을 담고 있는 것이다.

3. 전통과 헌법의 조화 방안

가. 전통의 효용성

그렇다면 이러한 해체 경향을 저지 내지 완화하면서 오늘날의 헌법적

가치와 합리적인 전통을 조화롭게 실현할 수 있는 방안에 대해 사색하는 것은 정당한 이유가 있다고 할 것이다. 그러나 전통적인 관습과 문화를 구성해 낸, 세계와 가치에 대한 이해 자체가 헌법적 지향을 형성하는 관점과 본질적으로 다르기 때문에, 방향과 색채를 같이 하는 일정한 흐름 속에서 단지 세부적인 편차와 불일치를 조정하는 작업에 비유할 수 있는 문제는 아니라고 할 것이다. 호주제에 관한 결정의 반대의견²¹⁾에서도 이러한 난점을 인식하고 있어 언급하기를, “혼인과 가족생활에 관한 헌법 또는 가족법의 규정을 해석·판단함에 있어서는 그 성격상 긴장관계에 있는 양성평등의 요청과 전통존중의 요청을 함께 충족시킬 수 있는 조화로운 방안을 모색하여야 할 것이나, 오늘의 시점에서 우리의 혼인과 가족생활에서 요구되는 평등의 내용이 구체적으로 어떠한 것이어야 하는지를 규명하는 것은 결코 쉬운 일이 아니”라고 한 바 있다.

위에서 살펴보았듯이 재판관 1인의 반대의견에서는 “헌법 제36조 제1항은 일차적으로 어떤 경우에도 혼인과 가족생활 자체는 보장하겠다는 것을 분명히 하고 있으므로, 혼인제도와 가족제도의 존재 그 자체는 서로 상이한 가치관의 대립에도 불구하고 유지되어야 한다는 것이 헌법제정권력자의 가치적 결단”이라고 함으로써 헌법 해석을 통하여 “혼인제도와 가족제도의 존재 그 자체”의 유지에 대한 양보할 수 없는 증거점을 확보하고자 한다. 그러나 역시 같은 의견에서 언급하고 있듯이, “경우에 따라서는 헌법 제36조 제1항이 정한 헌법적 가치, 즉 혼인과 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성의 평등이라는 가치와 상충되어 이를 해결하기 위한 헌법적 해석이 요구될 수 있”고, 이러한 상황에서는 다시 “조화로운 방안을 모색”해야 하는 결코 쉽지 않은 과제를 마주해야 한다.

본래 인간 사회에 일정한 규범과 제도가 자리잡게 되는 데에는 일정한

21) 재판관 김영일, 재판관 권 성의 반대의견.

현실적인 필요와 어찌할 수 없는 상황적·환경적 요인과 더불어 사람들의 존재와 삶에 대한 이해와 판단이 영향을 미치게 된다. 이러한 사람들의 생각과 관념은 최초의 비전과 이를 풍부하게 하는 여러 주석과 해설을 통해 하나의 거대한 지적 체계를 이루게 되는데, 이러한 노력의 결과가 오늘날에 와서는 정치적·법적인 차원에서 우리의 삶을 규정하는 공적인 자격을 획득하지 못하고 있고, 지적으로는 과학의 이름으로 그 정당성이 부정되는 지경이 되었다. 이러한 상황에서 전래의 문화적 전통에서 발견되는 사고와 제도의 가치를 발견하고 승인하기 위해서는 우선 그것이 유효한 선택이었다는 점에 호소하는 것이 가능하다. 그것이 오늘날의 헌법적 가치에 비추어 별로 아름답지 못한 형상의 것일지언정 실지에 있어서는 긴요하고 절실한 필요에 부응하는 선택의 결과로서 이루어진 것이라는 설명이고 나름으로 인간 사회에 유용하고 이익이 되는 작용과 기능을 발휘하면서 전승되어 온 것이라는 관점이다.

이를테면 호주제 결정의 반대의견²²⁾ 중 부계혈통주의에 대해 설명하는 부분에서 이러한 입장을 확인할 수 있다. “가족이나 친족집단의 존속과 통합을 꾀하기 위해서는 가통의 정립을 통한 최소한의 기준과 질서의 부여가 요청된다는 점은 이를 부인하기 어렵다. 가통의 정립이 반드시 부계혈통주의에 의해서만 가능한 것은 아니라 하더라도, 우리나라뿐 아니라 세계 대부분의 나라가 전통적으로 부계혈통주의 및 이에 입각한 가통계승을 통하여 가족집단 및 친족집단의 유지에 필요한 질서를 부여하는 방법을 택하여 왔으며, 여기에는 남녀의 자연적 차이 및 사회적·경제적·정치적 여건 등이 복합적으로 작용하였을 것으로 추정된다. 가족에 있어서 모자관계는 생래적으로 증명되고, 인간이 출생하여 성장하는 과정에서 모자간의 공동생활과 이를 통한 양육이 필수적이라고 한다면, 부자관계나 부자간의 공동생

22) 재판관 김영일, 재판관 권 성의 반대의견.

활은 반드시 그러하다고 볼 수 없다. 이러한 상황에서 부성주의(父姓主義) 등으로 대표되는 부계혈통주의는 부의 자에 대한 책임의식을 고취함으로써 모자관계에 비하여 소원할 수밖에 없는 부자간의 유대강화에 이바지하고 나아가 가족의 존속과 통합에 크게 기여하였을 것으로 생각된다.” “이와 같이 부계혈통주의는 정도의 차이는 있을지라도 필연적으로 여성의 소외를 수반한다는 점에서 그동안 단점만이 지나치게 부각되어 온 점이 있으나, 부계혈통주의는 가족 및 친족집단 나아가 인류사회에 질서를 부여함으로써 인류가 문명사회로 나아가는 데 커다란 기여를 하였고, 이에 입각한 가통 계승제도는 인류로 하여금 천박한 당대주의(當代主義)에서 벗어나 문화의 전승을 가능하게 함으로써 인류문명에 폭과 깊이를 더하여 왔다는 점에서 그 의미를 과소평가할 수 없고, 이러한 사정은 지금에 와서도 크게 다를 것이 없다고 할 것이다.”

나. 본래의 전통적 세계관

그러나 이에 상대되는 개인의 존엄과 자유 및 평등이라는 가치는 그것이 실제로 쓰임새가 있다거나 관계되는 구성원 모두에게 많은 이익을 가능하게 한다는 실용적인 이유에서 지지되는 것이 아니다. 물론 이러한 설명이 헌법적 가치의 정당성을 강화해주는 중요한 근거가 되는 것은 사실이지만, 그보다 더 근본적인 차원에서 자유롭고 평등한, 존엄한 개인이라는 관념은 국가 이전의 천부인권적인 사고와 연결되며 자연권적인 뿌리를 가진 것으로 이해된다. 바로 이러한 지점이 전통적인 세계관과 규범 및 제도를 구성하는 바로 그 근본적인 바탕과 괴리 및 상충을 유발하는 부분이며 시대의 흐름에 따라 여기서 주도적 지위를 넘겨주게 된 전통적 관점은 오늘날 그 정당성을 인정받기 위해 스스로의 이론적 타당성을 증명해내기보다는 실제적인 유용성에 대한 호소에 의거할 수밖에 없게 된다.

헌법이 “가족생활관계도 이를 단순히 사인(私人)간의 사적 문제로만 파악하지 않고 그것이 국민생활 내지 국가생활의 한 요소가 될 수 있다는 것을 인정하고 이를 헌법사항에 포함시키”고 있는²³⁾ 오늘날의 체제에서 전통적 세계관이 공적인 문제와 관련하여 그 내적인 정합성을 관철시키는 것은 지난한 일이라고 할 것이다. 규범적으로 개인의 선택이 어떠한 것이어야 하고, 국가는 어떤 작용을 해야 하는가 하는 문제에 대해서, 이러한 종래의 시각과 관점도 다소간의 유익한 점이 있어 살려 쓸 필요가 있다는 주장은, 이미 공적 영역에서의 사고와 논의의 주된 부문에 있어 그 도덕적 고지를 내주었기 때문에, 그래도 그것이 완전히 도외시될 정도로 무가치한 것은 아니라는 정도의 미약한 호소력을 지닌 것으로만 받아들여지게 된다. 헌법적으로 이미 혼인과 가족에 관한 사안의 가장 근본적인 차원이 어떠한 방식으로 이해되고 형성되어야 할 것인지가 규정된 상황에서 이와 온전히 합치하기가 이치상 도저히 곤란할 수밖에 없는 전통적인 가치관은 매우 주변적이고 지엽적인 수준의 문제에 대해 경험세계를 구성하는 하나의 문화적인 요소로서 고려될 여지가 있을 뿐이라고 보는 것이 실상에 가까울 것이고, 이미 그렇게 되어 버린 이상 살아 있는 문화로서 공동체를 규정할 수 있을 정도의 활력을 유지하기란 매우 어려운 일이 될 것이다.

이러한 사정을 전통적인 세계관에서 바라본 혼인의 의미와 중요성에 비추어 본다면 그 격차의 심대함을 체감할 수 있다. 이는 동서양을 막론하고 인간 존재의 의의와 목표를 삼라만상 전체를 아우르는 전일적 관점에서 설명하려고 했던 시도에 바탕을 둔 것으로, 이러한 관점에서 이해되는 혼인의 의미는 우주적인 차원의 것으로 파악된다. 예를 들어 유교적 관점에서 설명하는 혼인의 의의가 지닌 웅장함은 다음과 같은 문장에서 확인된다. “배필은 사람을 낳는 시초가 되고 만복의 근원이 된다. 혼인의 예가 바르

23) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9등.

게 되어야만 만물이 이루어져서 천명이 온전해진다. 공자(孔子)께서 《시경》을 논평하면서 〈관雉(關雉)〉 장을 그 맨 처음으로 삼은 것은 임금이 백성의 부모이기 때문에 부인의 행위가 천지와 짝할 만하지 못하면 신령의 계통을 받들어 만물이 제대로 다스려질 수 없다는 것을 말한 것이다. 그러므로 《시경》에, ‘정숙하고 아름다운 숙녀는 군자의 좋은 짝이다.’라고 한 것은 그 정숙한 것을 다하고 그 지조를 변치 않으며, 욕정을 느끼는 것이 엄숙한 태도를 해치지 않고 행동에 드러나지 않는 것을 말한 것이다. 그런 뒤에야 지존(至尊)의 짝이 되고, 종묘를 받드는 주인이 될 수 있다. 이것은 기강(紀綱)의 으뜸이며 임금이 교화(教化)를 이루는 실마리이다. 상고 시대 이래로 삼대의 흥망이 이것으로부터 말미암지 않은 것이 없다.”²⁴⁾ “천하에 어찌 배우자 없이 홀로 존귀한 자가 있겠습니까?”²⁵⁾ “후비(后妃)의 덕은 땅의 덕이다. … 오로지 천하의 지극한 고요함이라야 능히 천하의 지극한 강건함의 배필이 될 수 있는 것이다. 세상 모든 변화의 원천은 모두 여기에서 비롯되는 것이니, 아직 배필을 얻지 못했다면 어찌 근심하지 않을 수 있으며, 이미 얻었다면 어찌 즐겁지 않을 수 있겠는가?”²⁶⁾

서양의 기독교적 세계관에서도 혼인은 자연법적으로, 그리고 종교적으로 정당하고 신성한 것으로서 이해되었다. 이러한 관점에 따르면, 인간은 본성상 부부 간의 결합으로 향하는 경향이 있고, 그러므로 결혼 또는 혼인은 자연스러운 것이다. 자연적 이성인 우선 혼인의 주된 목적인 자식이라는

24) 이 이, 성학집요(聖學輯要) 5 제3 정가(正家) 제3장 형내(刑內), 율곡선생전서 제23권, 한국고전종합DB.

<https://db.itkc.or.kr/dir/item?itemId=BT#dir/node?grpId=&itemId=BT&gubun=book&depth=5&cate1=H&cate2=&dataGubun=%EC%B5%9C%EC%A2%85%EC%A0%95%EB%B3%B4&dataId=ITKC_BT_0201B_0190_010_0010> (2021.10.26. 최종 방문).

25) 위의 책.

26) 真德秀, 大學衍義 卷三十六 齊家之要一 重妃匹 謹選立之道, 中國哲學書電子化計劃. <<https://ctext.org/wiki.pl?if=gb&chapter=806889>> (2021.10.26. 최종 방문) 원문의 해석은 진덕수(이한우 옮김), 대학연의 하, 해냄, 2014, 383-384면을 토대로 수정함.

선으로 향하는데, 본성은 자식을 보는 것에 더하여 인간으로서 완벽한, 덕 있는 상태에 이를 때까지 교육과 성장을 의도한다. 즉 사람은 부모로부터 존재와 양육, 그리고 교육을 얻어내게 되는데, 아이는 분명한 부모가 있어야 기쁨과 가르침을 받을 수 있고, 남자와 여자 사이에 맺어짐이 있어야 부모가 있을 수 있으며, 혼인은 바로 여기서 존재하게 되는 것이다. 혼인의 다음 목적이 되는 것은 가정사에 있어 배우자 간에 서로를 돕는 상호 봉사이다. 자연적 이성이 지시하듯이, 인간은 삶에 관한 모든 일에 있어 자족적이지 않기 때문에 함께 살아야 하고, 바로 그러한 이유에서 인간은 본성상 정치적 사회로 향하는 경향이 있다고 묘사되는데, 인간으로서의 삶에 필요한 일들 중에 어떠한 것들은 남자에게, 다른 것들은 여자에게 어울리는 것이다. 그러한 이유에서 본성은 혼인을 구성하는 남자와 여자의 만남을 명하는 것이다.²⁷⁾ 또한 성례는 죄에 대해 이를 신성하게 하는 치유책으로서 지각할 수 있는 표적으로 인간에게 주어진 것을 의미하는데,²⁸⁾ 혼인은 그리스도의 교회와의 결합이라는 신비를 표상한다는 점에서 성례로서 이해된다.²⁹⁾

이러한 관점에서 결혼은 조건이 성취되거나 당사자 간 합의가 이루어짐에 따라 소멸되는, 무상한 인간 욕망의 현세에 우리를 속박하는 계약이라기보다는, 조건도 없고 파기될 수도 없는, 바로 그렇게 함으로써 우리 자신을 시간과 변멸의 바깥에, 지금 여기에서의 행위로 표현될 수 있지만 그러나 또한 조락해가는 것들의 세계 위에 그리고 그 너머에 존재하는 영적 결합의 상태에 두게 되는, 그러한 서약으로 이해되는 것이다.³⁰⁾

27) Aquinas, *Summa Theologiae*, Suppl., q. 41, a. 1. <<https://www.newadvent.org/summa/5041.htm#article1>> (2021.10.26. 최종 방문).

28) *Id.* q. 42, a. 1. <<https://www.newadvent.org/summa/5042.htm#article1>> (2021.10.26. 최종 방문).

29) *Id.* q. 42, a. 2. <<https://www.newadvent.org/summa/5042.htm#article2>> (2021.10.26. 최종 방문).

다. 자유롭고 평등한 계약으로서의 관계

이와 같이 종래 혼인의 마땅함과 성스러움을 뒷받침했던 세계관은 과학의 힘으로, 그리고 민주주의의 이름으로 벌어진 시대의 격변 속에서 공동체의 삶을 법적·정치적 차원에서 규정하는 힘을 잃게 되었고, 오늘날에 와서는 그것이 “가족 및 친족집단 나아가 인류사회에 질서를 부여함으로써 인류가 문명사회로 나아가는 데”, 그리고 “문화의 전승을 가능하게 함으로써 인류문명에 폭과 깊이를 더하여 왔다는 점에서 그 의미를 과소평가할 수 없”다는 정도의 지지를 그 정당성의 토대로 의지하게 되었다. 이제 혼인은 존엄한 개인 간의 자유롭고 평등한 결합으로 이해가 되는 시대가 된 것이다. 칸트(Kant)의 견해에 따르면, 성(性)은 자신이나 상대방을 단지 수단으로 대하는, 도덕적으로 문제가 되는 대상화의 이슈와 관련되는데, 결혼에 의한 권리는 사물에 대한 권리와 유사한 사람에 대한 권리로써 배우자들에게 상대방의 성적 속성에 대한 평생에 걸친 소유권을 부여하는 것으로, 이는 성을 인간에 대한 존중과 함께 할 수 있도록 하는 거래인 것이다.³¹⁾ 결혼에 대한 그의 논의는 사랑과 같은 경험적 고려로부터 분리된 법적 관계에 초점을 둔 것으로서, 결혼을 상대방의 성기에 대한 상호적인 접근권으로 다루는데, 각 배우자가 결혼 관계에서 상대를 즐거움의 수단으로, 즉 하나의 사물로서 이용하게 되지만, 결혼 계약의 상호성이 그들 자신에게서 목적으로서의 그들의 인격을 회복시키게 되는 것이다.³²⁾

30) Roger Scruton, *Becoming a Family*, City Journal, Spring 2001.

<<https://www.city-journal.org/html/becoming-family-11806.html>> (2021.10.26. 최종 방문).

31) Elizabeth Brake, *Marriage and Domestic Partnership*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward N. Zalta ed., Fall 2021 ed.). <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/marriage/>> (2021.10.26. 최종 방문).

32) Frederick Rauscher, *Kant's Social and Political Philosophy*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Edward N. Zalta ed., Summer 2021 ed.). <<https://plato.stanford.edu/archives/summer2021/entries/kant-social-political-philosophy/>> (2021.10.26. 최종 방문).

혼인과 가족의 구성이 자유롭고 평등한, 존엄한 개인 간의 자유로운 선택과 자발적인 합의에 의거하여 이루어져야 할 관계의 형성이라면, 그것이 남자와 여자의 만남, 자식의 탄생으로 구성되는 그러한 것이어야만 한다고 볼 이유는 없을 수 있다. 만약 그것이 그러한 것이어야만 한다고 하되, 그러한 주장이 자유롭고 평등한, 존엄한 개인 간의 합의에 따라 형성된 국가에 의해 보장되는 자유와 평등에 반하는 것이라면 그러한 요구를 수용할 이유는 없는 것이고, 그것이 과학적으로 그 필요성과 정당성을 입증할 수 없다면 또한 받아들일 이유는 없는 것이다. 따라서 이러한 맥락에서 결혼이 반드시 남자와 여자의 결합을 의미하는 것이어야 한다고 보는 것은 전래의 관습이나 종교적 신념에 근거한 것으로서 개인의 인생관으로 이를 지지하는 것은 무방할지 모르겠지만, 이를 법적으로 강제하는 것은 개인의 자유와 평등에 반하는 것으로서 정당성을 인정할 수 없다고 볼 수 있다. 여기서 이슈가 되는 것이 바로 동성 결혼에 대한 논의로서 개인의 자유로운 선택을 최대한 보장하는 것이 국가의 존재 의의이고 정당한 법은 그러한 내용을 담은 것이어야만 한다고 볼 때 이를 인정하는 것은 자연스러운 결론일 수 있다.

라. 자유롭고 민주적인 의사 형성의 강조

그러나 오래된 역사의 무게 내지 전통의 부담과 무관하게, 개인의 자율적 선택과 상호 간의 자발적 합의에 최우선적인 중점을 두고 개인의 삶과 사회의 모습이 어떠해야 할 것인가를 바라보는 관점에서도 전통적인 혼인과 가족의 가치가 반드시 부정되는 것은 아니다. 여기서 동성 간의 결합에 대해 전통적인 의미의 혼인에 상응하는 그러한 법적 지위를 부여하고 마찬가지로 경제적 혜택을 향유할 수 있도록 하는 것에 대해서는 반대하지

stanford.edu/archives/sum2021/entries/kant-social-political/ (2021.10.26. 최종 방문).

않는다. 이러한 입장에서 초점을 두고 있는 것은 결혼이 무엇인가에 대해 과연 국가가 이를 규정하고 국민들에게 그것을 받아들이도록 강제할 자격이 있는가 하는 것이다. 개인의 자유가 정치적으로 최고의 우선순위를 지닌 가치로서 이해되는 체제에서 국가는 개인의 자유로운 선택이 이루어질 수 있는 법적 질서를 유지하는 것에 존재의 의미와 이유가 있는 것이지, 개인의 생활이 어떠한 것이어야 할 것인가 하는 문제에 대해서 미리 무엇인가를 규정하고 설정하여 이를 법으로 강제할 수는 없다고 보는 것이다. 이렇게 볼 때, 결혼은 이를 지칭하는 어휘의 생성, 발전과 변화가 본래 그러했듯이 정부 관료들이 그 내용을 채워 넣을 수는 없는 것이다. 정부는 오히려 개인들의 자유로운 선택과 결정이 끊임없이 무제한적으로 형성, 소멸하면서 상호 작용하는 가운데 이루어지는 변화에 개입하지 않아야 한다. 결혼이라는 말이 무엇을 지칭하는가 하는 것은 사람들의 어휘 사용례의 실제에 준거하여 결정되는 것일 뿐이지, 그것이 자유와 평등을 명분으로 한 것이라 하더라도 정부가 강제로 단어의 의미를 확장하거나 축소하거나 변형하는 일은 개인의 자유에 대한 침해로서 정당한 권한의 범위를 벗어나는 일이라고 보아야 한다. 언어의 의미 변화는 삶 속에서 생성되어야 하는 것이지 권력에 의해 강제로 부과될 수는 없는 것이다.³³⁾

이러한 관점에서는 전통적인 결혼의 의미를 국가가 달리 규정하려는 시도에 대해 부정적으로 평가하지만, 이는 그 인간관이나 세계관이 근대 이전의 입장과 같거나 유사해서 그러한 것이 아니라, 단지 결과에 있어 전통적으로 있어 온 형태의 혼인과 가족의 유지에 상대적으로 우호적일 수 있는 논지를 펴고 있는 것이다. 따라서 이와 같은 입장을 개진한다고 하여 전통적인 혼인과 가족의 정당성과 합리성에 대해 특별한 의미를 부여하고 있는 것은 아니고, 그 의미와 내용이 실제로 사람들의 자연스러운 선택의

33) 이러한 관점으로 Mazen M. Guirguis, *How a Libertarian Might Oppose Same-Sex Marriage*, Reason Papers 33 (Fall 2011), at 93-94 참조.

결과로서 변화하는 것이 아니라면 국가권력이 이를 달리 규정하여서는 아니 된다는 것이다.

여기서 파악되는 것은 이러한 관점에서조차 전통적인 혼인과 가족의 형태는 그 입장의 결과적으로 우호적인 일면에도 불구하고, 역시 사람들 간에 형성될 수 있는 관계 양상의 한 종류로서 그 지위가 격하된다는 것이다. 사람들은 자유롭고 평등하기 때문에, 존엄한 인간으로서 타인을 해치는 것이 아니라면, 얼마든지 원하는 대로 다양한 모습으로 만나 함께 삶을 영위할 수 있고, 국가는 이러한 가능성을 보장해야 한다. 거기에 오래된 화석 같은 전통적인 결혼과 가족이라는 모습 또한 존재하는 것이고 만약 그 역사성과 아마도 존재할 사회적 유용성으로 인해 국가가 이를 이미 법적으로 승인하고 보호해 왔다면, 예를 들어 동성 간의 결합에 대해서도 그것이 개인 간의 자유로운 선택의 결과인 이상 국가는 이를 종래의 결혼이나 가족과 마찬가지로의 위상을 지닌 것으로 대우해 줘야 한다. 이 지점에서 국가가 자유와 평등의 가치에 충실하기 위해서 결혼이 무엇인가를 달리 규정하여 더 포괄적인 의미를 갖는 것으로 강제해야 할지, 그러한 월권적 조치에 나서지 말고 개인들의 자유로운 선택이 이루어질 수 있도록 하되 모든 유형의 선택을 동등하게 대우해줘야 할지에 대해 지향하는 바의 차이가 있게 되는 것이다.

마. 특정한 관계에 대한 국가의 선택적 존중의 부정

여기에서 한 걸음 더 나아가 본다면, 과연 개인 간의 어떤 형태의 결합이 왜 전통적인 의미의 결혼이라는 것을 전제로 이해되어야 할 것인가 하는 의문이 들 수 있다. 전통적인 의미의 결혼이라는 것이 이미 지적이고 정치적인 차원에서 정당성을 잃은 것으로 이해되고, 사회적인 효용성조차도 반드시 고유한 특징이 아닐 수도 있다고 여겨지는 것이 현실이라면, 왜

그러한 결혼은 인간의 만남이 만들어 내는 양상의 가장 근본적이고 친밀한 차원의 것으로서 중요성과 가치를 독점해야만 하는 것일까 하는 문제가 제기되는 것이다. 이러한 관점에서는 전통적인 결혼이 개인 간에 형성될 수 있는 여러 만남의 유형에 대해 결정적인 표준으로 작용함에 따라 그것이 얼마나 전통적인 의미의 결혼에 근사한 것인가에 따라 그 가치가 평가되는 인식의 틀을 문제시하면서, 이렇게 전통적인 결혼이 차지하고 있는 규범적으로 우월한 위상을 와해시키기 위해 개인 간의 결합이 이루어지는 사회적 영역의 중심을 결혼이 아니라 우정으로 대체시킬 것을 제안한다.³⁴⁾ 문제가 되는 것은 여러 유형의 개인 간의 만남이 결혼으로서 인정받지 못하고 있고, 이들에게도 결혼할 권리가 인정되어야 한다는 것이 아니라, 애초에 전통적인 의미의 결혼을 모종의 표준으로서 받아들이고 있는 인식 자체인 것이다. 전통적인 혼인과 가족의 의미가 구래의 종교적 세계관을 배경으로 한 역사적 유산에 불과한 것이고, 오늘날의 헌법은 어디까지나 존엄한 개인의 자유와 평등을 핵심적인 가치로서 보장하고 있다면, 현대 사회에서 개인이 자유롭게 선택한 결과로서 그 결합의 형태는 어디까지나 동등하게 가치를 인정받고 그 자유로운 형성과 해소가 보장되어야 한다고 보는 것이다.

Ⅲ. 혼인과 가족의 의미에 대한 헌법적 이해

1. 서설

혼인과 가족의 문제를 바라보는 관점은 전통적인 세계관에 근거한 입장을 한 축으로 하여 위에서 살펴본 바와 같은, 현대의 헌법적 가치에 의거

34) Katherine M. Franke, *Longing for Loving*, 76 *Fordham L. Rev.* 2685, 2686-87 (2008).

한 관점들이 세부적인 차이를 드러내면서 다른 한 축에서 분기하고 있다. 그동안 제시되어 온 것으로서 의미 있게 검토할 만한, 이 주제에 대한 설명들은 대체로 이러한 지적 스펙트럼의 범위 내에서, 구체적인 사실의 차원에서 서로 다른 소재들을 활용하여, 모형이 되는 이러한 견해들을 다양하게 변주해내고 있다고 본다. 이는 현재 인간 사회의 이와 같은 문제에 대한 인식의 구조와 여건이 자연히 그러한 범위의 결과를 도출해 내도록 되어 있기 때문인 것인데, 따라서 이러한 사정은 외국의 경우에도 다르다고 할 수 없다. 여기서는 미국의 경우를 소재로 하여 이와 같은 상황이 어떻게 전개되고 있는지 살펴보는 기회를 갖고자 한다.

2. *Obergefell v. Hodges*

미국 연방대법원에서는 *Obergefell v. Hodges* 사건³⁵⁾에서 수정헌법 제14조에 의거하여 동성 커플이 모든 주에서 결혼에 관한 기본적 권리를 행사할 수 있고, 한 주가 다른 주에서 이루어진 합법적인 동성 결혼에 대해 그것이 동성 간의 것임을 이유로 하여 이를 인정할 것을 거부할 수 있는 법적 근거가 없음을 판시한 바 있다.³⁶⁾ 이 사건은 동성애자 권리 보장을 위한 오랜 노력의 결실로서³⁷⁾ 시민적 자유에 관한 기념비적인 판결³⁸⁾로 평가된다. 사건의 여파는 현실적으로도 심대해서 판결 당시 미국 내 동성 결

35) 576 U.S. 644 (2015).

36) No. 14-556, slip op. at 28 (U.S. June 26, 2015). <https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf> (2021.10.26. 최종 방문).

37) Adam Liptak, *Supreme Court Ruling Makes Same-Sex Marriage a Right Nationwide*, The New York Times, Jun. 26, 2015. <<https://www.nytimes.com/2015/06/27/us/supreme-court-same-sex-marriage.html>> (2021.10.26. 최종 방문).

38) Donald H.J. Hermann, *Extending the Fundamental Right of Marriage to Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in Obergefell v. Hodges*, 49 IND. L. REV. 367, 394 (2016).

혼 커플은 242,000쌍으로 추산되는데, 이 수치는 약 5년이 지난 2020년 3월 현재 513,000쌍으로 두 배 이상 증가했다.³⁹⁾

이 판결은 동성 간 성행위 처벌이 위헌이라고 한 2003년 *Lawrence v. Texas* 사건⁴⁰⁾의 열두 번째, 혼인보호법(Defense of Marriage Act, DOMA)이 수정헌법 제5조의 적법절차조항에 따라 보장되는 평등한 자유의 침해로서 위헌이라고 한 2013년 *United States v. Windsor* 사건⁴¹⁾의 두 번째 기념일에 이루어졌다.⁴²⁾

이 두 사건을 비롯하여 다른 여러 앞선 사건들이 본 판결의 결론에 이르는 데 기여하였는데, 그 역사적 전개 과정을 요약하자면, 부부의 결혼 생활에 관한 프라이버시권을 천명한 1965년 *Griswold v. Connecticut* 사건⁴³⁾과 이러한 권리가 반드시 결혼한 부부에게 한정되는 것이 아니라고 한 1972년 *Eisenstadt v. Baird* 사건,⁴⁴⁾ 혼인의 정의에는 다른 인종의 사람들이 포함될 수 있다고 함으로써 그 개념의 진화 가능성을 함축한 1967년 *Loving v. Virginia* 사건,⁴⁵⁾ 성적 지향을 이유로 한 보호 조치를 금지하는 1992년 콜로라도(Colorado)주 수정헌법 제2조가 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 위반된다고 한 1996년 *Romer v. Evans* 사건,⁴⁶⁾ 이에 따라 인종과 마찬가지로 성적 지향에 관해서도 소수에 대한 헌법적 보호가 이루어져

39) Christy Mallory & Brad Sears, *The Economic Impact of Marriage Equality Five Years after Obergefell v. Hodges*, Brief, The Williams Institute, UCLA School of Law, May 2020, at 2. <<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Economic-Impact-SS-Marriage-May-2020.pdf>> (2021.10.26. 최종 방문).

40) 539 U.S. 558 (2003).

41) 570 U.S. 744 (2013).

42) Raymond C. O'Brien, *Obergefell's Impact on Functional Families*, 66 CATH. U. L. REV. 363, 420-21 (2016) 참조.

43) 381 U.S. 479 (1965).

44) 405 U.S. 438 (1972).

45) 388 U.S. 1 (1967).

46) 517 U.S. 620 (1996).

야 한다는 관점의 변화를 반영한 위의 2013년 *United States v. Windsor* 사건 등으로 제시될 수 있다.⁴⁷⁾

이와 같이 동성 결혼에 관한 합의점에 도달하기까지 사법적 판단의 여정을 담아내고 있는 본 사건에서 헌법상 기본적인 권리로서 보장되는 결혼할 권리가 동성 커플에게도 적용된다고 보는 이유는 다음과 같이 설명된다. 결혼에 관한 개인적 선택의 권리는 개인의 자율성 개념에 내재해 있는 것⁴⁸⁾이고, 결혼할 권리는 그것이 관여 당사자들에게 그 중요성에 있어 다른 어떠한 것보다도 같지 않은 두 사람 간의 결합을 지지하기 때문에 기본적이라고 할 수 있는 것이다.⁴⁹⁾ 그것은 아동과 가족을 보호하고 그럼으로써 육아, 출산, 교육의 관련된 권리들로부터 의미를 끌어내는데,⁵⁰⁾ 많은 동성 커플들도 생물학적이든 입양에 의한 것이든 그들의 자식들에게 애정 어린 양육이 이루어지는 가정을 제공하고 있다.⁵¹⁾ 헌법상 결혼의 권리에는 많은 측면이 있는데 출산은 단지 그 중 하나일 뿐인 것으로서 결혼할 권리가 출산을 조건으로 하는 것은 아니다.⁵²⁾

더하여 결혼은 사회 질서의 핵심을 이루는 것⁵³⁾인데, 이러한 원칙은 동성 커플과 이성 커플 사이에 아무런 차이점이 없다.⁵⁴⁾ 그러나 동성 커플이 이러한 제도로부터 배제됨에 따라 주에서 결혼과 관련하여 제공하는 여러 혜택들로부터도 제외되게 되고, 이러한 손해는 단지 물질적 부담에 그치는 것이 아니어서 동성 커플은 많은 이성 커플이 자신들의 상황이라면 참을

47) O'Brien, *supra* note 42, at 421.

48) *Obergefell*, slip op., *supra* note 36, at 12.

49) *Id.* at 13.

50) *Id.* at 14.

51) *Id.* at 15.

52) *Id.* at 16.

53) *Id.*

54) *Id.* at 17.

수 없는 것으로 여겼을 불안정함을 경험하게 된다.⁵⁵⁾

이러한 문제에 대해서는 국민들의 충분한 의견 교환을 통한 민주적 과정이 진행될 수 있도록 하여야 한다는 견해에 대해서 다수의견은 아래와 같은 이유에서 부정적이다. 민주주의는 기본권을 제약하지 않는 한, 변화를 위한 적절한 절차이다.⁵⁶⁾ 헌법에 의해 보장되는 자유는 한 본질적인 차원에서는 개인이 정부 권력의 불법적인 행사에 의해 침해받지 아니할 자유로 구성되는 것이고, 그래서 국민들의 권리가 침해될 때 민주적 의사결정의 더 일반적 가치에도 불구하고 헌법은 법원에 의한 구제를 요구하는 것이므로, 개인은 그가 침해를 받았을 때, 심지어 더 광범위한 대중이 동의하지 않고, 입법부가 움직이기를 거부할 때라도, 헌법적 보호에 대한 권리를 주장할 수 있는 것이니, 다시 말해 기본적 권리들은 투표에 회부되지 않고 선거의 결과에 의존하지도 않는 것이다.⁵⁷⁾

앞서 논술한 내용에 비추어 이러한 결론을 특별하게 받아들일 이유는 크지 않다고 할 것이다. 문제의 세부적인 초점은 이에 반대한 의견들을 검토함으로써 더 잘 살펴볼 수 있다고 본다. 반대의견을 개진한 4인은 로버츠(Roberts) 대법원장과 스칼리아(Scalia), 토마스(Thomas), 알리토(Alito) 대법관인데, 이들의 견해는 대체로 전통적인 혼인의 의미에 대한 지지와 다수의견이 민주주의적 관점에서 부적절한 사법부의 개입이라는 것을 요지로 하는 것으로서, 이미 서술한 바 헌법적 가치에 중점을 두고 혼인과 가족의 의미를 이해하는 오늘날의 시각 중 전통적인 혼인과 가족의 가치와 유지에 상대적으로 우호적인 입장의 맥락을 그대로 따르고 있다.

우선 반대의견에서는 혼인의 전통적인 의미에 대한 지지를 기본적으로 표명하고 있다. 이는 전통적인 혼인의 시작을 설명해주는 실제적 효용성과

55) *Id.*

56) *Id.* at 24.

57) *Id.*

그 필요성에 대한 설명을 아우른다. 즉 결혼은 한 남자와 한 여자의 결합으로 보편적으로 정의되는 것으로서 평생에 걸친 관계의 안정된 조건하에 양육에 헌신하는 부모 사이에 자식이 잉태되도록 하려는 결정적 필요에 부응하기 위한 것으로 이해된다.⁵⁸⁾

이에 더하여 다수의견에 대해서는 그것이 엄밀한 법적인 논증이라기보다는 도덕적인 문제에 대해 스스로 확신하는 바를 그저 선언하는 것에 불과한 것이고, 이와 같은 조치는 국민들의 민주적인 의사 형성 과정을 무시하고 사법부가 부적절한 월권을 한 것이라는 요지의 비판적 평가를 하고 있다. 이에 따르면, 다수의견은 헌법에 근거한 것이라기보다는 도덕적 확신에 의존한 것으로서⁵⁹⁾ 실제적 적법절차원칙의 이름으로 오로지 개인적인 견해만을 지남으로 삼아 헌법의 영역에서 마음껏 배회⁶⁰⁾한 결과로, 분명한 사고와 냉철한 분석⁶¹⁾, 훈련된 법적 추론이라기보다는 포춘 쿠키의 알 수 없는 잠언⁶²⁾과 같은 것이고, 전통적인 결혼 관념을 따르는 편견 없는 사람들을 부당하게 공격하고 있으며⁶³⁾, 또한 그러한 방식으로 이용될 것이다.⁶⁴⁾

이는 결국 사법부가 헌법의 조문으로부터 벗어나서 민주적 과정을 전복시키고, 그들에게 권위를 부여해 준 국민들을 희생하여 스스로를 높인 것⁶⁵⁾으로서, 동성 결혼에 대하여 이루어지고 있던 토론이⁶⁶⁾ 대법원의 결정으로 인해 중단⁶⁷⁾되어 버림에 따라 동성 결혼의 지지자들은 국민들을 설

58) *Id.* at 4-5 (Roberts, C.J., dissenting).

59) *Id.* at 19-20.

60) *Id.* at 2 (Thomas, J., dissenting).

61) *Id.* at 9 (Scalia, J., dissenting).

62) *Id.* at 8 n. 22.

63) *Id.* at 28-29 (Roberts, C.J., dissenting).

64) *Id.* at 6 (Alito, J., dissenting).

65) *Id.* at 2 (Thomas, J., dissenting).

66) *Id.* at 2-3 (Scalia, J., dissenting).

67) *Id.* at 4.

득하여 그들 주장의 정당성에 대한 참된 승인을 얻어낼 수 있는 기회를 잃어버리게 되었다.⁶⁸⁾ 이러한 다수의견은 복혼(複婚)에 대한 권리 주장에도 마찬가지로 이용될 수 있을 것⁶⁹⁾이고, 종교적 자유에 대한 심각한 문제를 야기하게 될 것이니, 많은 선량하고 단정한 사람들이 동성 결혼에 대한 반대를 신앙의 교의로 삼고 있는데, 그들이 종교적으로 활동할 수 있는 자유는 다수의견에서 상상해 낸 권리와 달리 수정헌법 제1조에 실제로 명기되어 있는 것이다.⁷⁰⁾

3. 평가

다수의견에서는 역시 자유롭고 평등한 개인이 가장 친밀하고 원초적인 관계 형성을 스스로의 의사에 따라 이루어낼 수 있어야 한다는 주장을 정당한 것으로 받아들이고 있다. 위에서 서술한 바와 같이 이러한 주장을 배척하거나 저지할 만한 사유가, 헌법적 가치에 순전히 입각할 때에는 찾아질 수 없을 것이기 때문이다.

다수의견에서도 결혼은 사랑, 충실, 헌신, 희생과 가족이라는 최고의 이상을 구체화하는 것이기 때문에 어떠한 결합도 이보다 심오할 수는 없는 것이고, 결혼이라는 관계를 형성함으로써 두 사람은 본래 그들이 그러했던 것보다 더 위대한 어떠한 것이 된다고 함으로써 결혼의 신성함과 소중함에 대한 관념은 그대로 수용하고 있다.⁷¹⁾ 혼인이 인간사와 우주 만물을 아우르는 어떤 총체적 진실이라는 관점에서 그 결정적인 위상이 확인되었던 전통적 세계관의 형이상학적 체계는 이미 공적으로 부인되었지만, 그 결과물

68) *Id.* at 27 (Roberts, C.J., dissenting).

69) *Id.* at 20-21.

70) *Id.* at 27.

71) *Id.* at 28.

내지 유산으로서 혼인의 범상한 일상사를 뛰어넘는 중요한 의미와 가치에 대한 인식과 인정은 일부 유지가 되고 있는 것이다. 이러한 전통의 파편적 계승에 더해진 것이 오늘날의 헌법적 관점에서 이루어지는 자유와 평등이라는 가치관에 입각한 판단으로, 바로 이러한 지점에서 그 신성한 혼인은 관습적으로 승인되었던 제한된 유형의 만남에만 적용될 이유가 없게 되는 것이다.

전통적인 세계관은 창조, 생성, 탄생이라는 키워드로 요약되는 존재의 신비와 진리의 세계에 대한 지향을 배경으로 구축된 것이었다면, 오늘날 공적 위세가 붕괴된 그 유허에 들어선 것은, 신비의 휘장에 싸여 경탄과 외경의 대상이 되었던 존재의 적나라한 실상을 파헤치고 필연적인 것으로 여겨졌던 한계와 난관을 극복해낸 것으로 칭송되는 과학과 기술에 대한 신앙이다. 바로 그러한 자리에서 출산의 능력이나 의향, 또는 약속은 유효한 혼인의 조건이 될 수 없다⁷²⁾고 판단되지만, 그 함의는 종래와 근본적으로 다른 것이어서, 전통적인 관점에서 출산이 혼인의 법적 요건이 아니라 생명과 삶에 관한 결정적 요소로서 인생의 의의를 이를 배제하고 생각하기 힘든 그러한 문제였다면, 오늘날의 시각에서 출산은 필연적으로 인간 존재를 규정하는, 초월적 의지가 구체적으로 실현되는 어떤 심오한 사태가 아니라, 개인의 선택에 따라 가능할 수도 있는 하나의 선호의 실현과 같은 사안으로서 이해된다고 할 것이다. 따라서 이러한 관점에서 성적 지향과 관련된, 사람들 간의 특정한 유형의 결합에 대해 출산 가능성의 결여를 이유로 그 의의를 부정하고 법적 승인을 거부할 이유는 없게 된다. 이미 이와 같이 그 결론이 자명한 것이라면 반대의견에서 제시하듯이, 국민들의 민주적 의사 형성을 기다리며 그 자유와 권리가 부인되고 침해되는 것을 방관하는 것은, 국민의 자유와 평등을 보장하기 위한 국가의 존재 의의를

72) *Id.* at 15-16.

방기하는 것이 아닐 수 없을 것이다.

이에 대해 반대의견에서 헌법적 가치를 가능하게 하는 세계관 자체를 어찌할 수 없는 이상 실제로 제시할 수 있는 방안은 전통적 혼인과 가족의 사회적 효용을 강조하고, 이러한 문제에 대하여 국민이 스스로 결정할 수 있어야 한다는 민주주의적 관점에 입각한 사법의 자제를 당부하는 것이다. 실제적 적법절차조항을 통하여 사법부가 스스로 생각하는 도덕적 확신과 선호를 마치 정당한 헌법의 내용인 것처럼 선언하는 월권행위를 통해 엄밀한 법적 추론이 무너지는 과오는 차치하고라도, 국민들이 자유롭게 토론하고 교류하며 의사를 형성해가는 민주적 과정을 바로 그 국민들로부터 부여 받은 권력으로 차단하고 압도해버리는 잘못을 저질렀다는 것이다.

이는 앞서 살펴본 바와 같이 국가가 개입하여 언어의 용례와 같은, 사적인 교류가 자유롭게 이루어지는 가운데 형성되어 가야 할 영역에 대해 어떤 결론을 위에서부터 강제적으로 덮어씌우는 식으로 선불리 나서서는 안 된다는 관점과 같은 맥락에서 있는 시각으로 여기서는 이를 헌법적 차원에서 민주적 의사 형성이라는 주제로 달리 표현하고 있는 것이다. 본래 개인의 자유로운 선택과 자발적 합의에 최우선적 가치를 두고 공동체의 문제를 바라보는 관점에서는 민주주의의 이름으로 이루어지는 집단적 의사결정에 대해 그것이 개인의 자유를 억압할 가능성에 대한 우려로 인해 상대적으로 덜 친화적인 모습을 보이는 경향이 있는데, 여기서는 바로 그러한 관점이 민주주의의 이름으로 지지되는 상황이 관찰되고 있다. 이는 우선 개인들의 자유로운 의사 표현과 교류 및 관계 형성이 어우러지면서 실현되는 사회의 변화 과정 자체를, 그것이 개인의 자유 보장을 전제로 하는 한 긍정적으로 바라보는 입장에서 수용된, 상황에 내재한 민주주의적 가치에 대한 인정을 바탕으로 하고 있는 것이지, 투표나 다수결이 이루어지는 특정한 사건을 전제로 한 어떠한 결정의 계기에 국한하여 민주주의의 실현을 이해하고 있지 않다는 점에서 가능한 것이고, 더 근본적으로는 전통적인

혼인과 가족의 의미를 지지할 수 있는, 헌법적으로 정당화될 수 있는 형이상학적 관점을 확보하기 힘든 상황에서 실제로 가능한 선택은 국가의 강제적 결정에 대한 개인의 자유에 초점을 두는 것일 수밖에 없고, 이는 그러한 개인들의 자유가 어우러져 자연스럽게 발현되는 민주적 의사 형성 과정에 집중하는 것일 수밖에 없다는 점에서 또한 가능한 사정으로 이해된다. 즉 삶의 내용과 방식에 직접 영향을 미치는 국가의 강제적 조치에 대해 공동체의 집단적 결정에 도달하기 위한 합리적이고 수용 가능한 수단으로서 개인의 자유를 보장하는 것을 우선하는 방안을 채택함으로써 국가의 권한 확대와 남용 가능성을 저지하려는 시도라고 할 것이다.

IV. 결론

호주제에 관한 헌법재판소 결정에서 보았듯이, “오늘날 헌법은 가족생활 관계도 이를 단순히 사인(私人)간의 사적 문제로만 파악하지 않고 그것이 국민생활 내지 국가생활의 한 요소가 될 수 있다는 것을 인정하고 이를 헌법사항에 포함시키기에 이르렀”고, “가족제도에 관한 전통·전통문화란 적어도 그것이 가족제도에 관한 헌법이념인 개인의 존엄과 양성의 평등에 반하는 것이어서는 안”되는 것이다. 그런데 또한 “혼인과 가족생활은 인간생활의 가장 본원적이고 사적(私的)인 영역”으로서 “혼인과 가족생활을 국가가 결정한 이념이나 목표에 따라 일방적으로 형성하는 것은 인간의 존엄성을 최고의 가치로 삼고 민주주의원리와 문화국가원리에 터잡고 있는 우리 헌법상 용납되지 않는다. 국가는 개인의 생활양식, 가족형태의 선택의 자유를 널리 존중하고, 인격적·애정적 인간관계에 터잡은 현대 가족관계에 개입하지 않는 것이 바람직하”고, “혼인·가족제도가 지닌 사회성·공공성을 이유로 한 부득이한 사유가 없는 한, 혼인·가족생활의 형성에 관하여 당

사자의 의사를 무시하고 법률의 힘만으로 일방적으로 강제하는 것은 개인의 존엄에 반하는 것이다.”

요약하자면 오늘날 혼인과 가족생활은 가장 사적인 영역이면서도 헌법에 의하여 규율되는 매우 공적인 문제가 되어 있는 것이라고 할 수 있다. 혼인과 가족이라는 영역에서 국가가 정당하게 강제력을 행사할 수 있는 사회성 내지 공공성이라고 하는 것은 어떠한 비중에서 내지 어떠한 범위에서 “가장 사적인 영역”에 “일방적으로 강제”될 수 있는 것일까. 이러한 사회성 내지 공공성은 결국 혼인과 가족생활까지도 규율하는 헌법적 가치를 의미하는 것이고 이는 존엄한 개인의 자유와 평등, 그리고 그러한 당사자 간의 상호 합의를 핵심으로 하는 것이다. 이러한 가치가 혼인과 가족에 관한 국가적 승인의 토대를 구성하고 있는 이상 이러한 구도에서 전통적인 혼인과 가족의 의미와 중요성을 인정하는 세계관이 그 가치와 유효성을 인정받고 수용될 수 있는 여지는 그다지 크지 않다고 본다.

개인의 존엄성이 자유롭게 자신의 삶에 관한 선택과 영위를 할 수 있는 자격과 가능성을 그 내용으로 하고 있고, 이것이 법적·정치적 의미에서 개인의 위상을 규정하는 핵심을 이루고 있다면, 그러한 개인의 관계 형성을 제약하려는 모종의 관점과 사유는, 특히 그것이 오늘날의 과학적·민주적 관점에서 정당화되기 힘든, 모호한 성질의 것일 경우에 헌법적으로 수용되기 어렵게 된다. 자유와 평등의 이름으로 구축된 가치의 체계는 개인들의 다양한 선택과 결정을 담아낼 수 있는 포용력 있는 형식적인 울타리로서 기능하는 것이 아니라 그 자체가 여타의 관점들을 전면적으로 배제하는 실체적인 내용을 담고 있는 것으로 이해되는 것이 타당하다. 진리에 대한 상대주의적 관점을 전제로 하여 구성원들의 자유와 평등을 보장하는 중립적인 정부의 이상은 각자의 개성과 다채로운 관점의 추구를 가능하게 해 줄 하나의 틀이자 열개로서 연상되지만, 실상에 있어서는 스스로가 기존의 모든 것들을 대체하게 되는 강고한 실질을 갖춘 세계관이라고 할 수 있는

것이다. 이러한 사정은, 시간의 촉급과 지연의 차이는 있을지언정 그 결과에 있어서는 전통적인 의미의 혼인과 가족의 위상을 지지하는 세계관의 공식적 해체와 이에 대한 국가적·법적 지원의 상당한 또는 전면적인 철회를 지향하게 될 것으로 본다.

이러한 사정은 개인의 자유와 평등을 핵심 가치로 하는 자유주의적 기조를 배경으로 형성된 근대입헌주의헌법 이래 오늘날 문명국가의 기본적인 모습으로 이해되는 체제하에서는 그 개인과 국가를 바라보는 형이상학적 전제 자체에 내재된 잠재적 가능성으로 인해 그 발현이 이미 예견된 상황이었던 것으로 이해한다. 설사 그러한 변화의 범위와 속도에 대해 의견의 차이가 있어 그것이 국가의 적극적 강제에 의해 지금 여기에서 실현되어야 할 결정된 가치로서 헌법에 함장되어 있다고 볼 것인지, 그러한 국가의 개입이 개인의 자유로운 선택이 어우러져 진행되어야 할 사회적 모습의 변화에 강제력을 가하는 부적절한 것으로서 경계되어야 할 것인지에 대해 입장이 갈릴 수 있다 하더라도 그러한 결론적 상태에 대한 현실적 수용에 대해서는 부정적인 입장이 아니라는 점에서 다를 것이 없다. 전자는 헌법의 해석을 통해 자유와 평등이 어떠한 사회적 현실을 결과적으로 구현해 내야 할 것인가에 대한 국가적인 판단을 전통적인 관념에 대한 전면적인 부정이라는 부담을 감수하면서 강제로 실현한다는 점에서 과격하다고 볼 수 있다 면, 후자는 그것이 포괄적이든 협애한 것이든 간에, 국가가 혼인이라는 이름으로 특정한 형태의 구성원 간의 결합에 대해 어떠한 특별한 승인과 처우를 행하는 것 자체가 자유의 보장이라는 정부의 기능에 어울리지 않는 월권행위라고 본다는 점에서 더욱 근본주의적이라고 볼 수도 있을 것이다. 그러므로 전통적 세계관이 한 극단이고, 자유와 평등에 기반하여 전통적 의미의 혼인과 가족의 특별한 위상을 인정하지 않는 것이 다른 한 극단이라고 한다면, 미국 연방대법원의 입장에서도 보았듯이, 오늘날 이러한 문제의 대립은 전통과 현대 사이의 그것이라기보다는 헌법적 가치를 전제로 한

상태에서 자유란 어떠한 것이어야 하는가의 문제에 대한 국가의 결정 권한을 지지하거나, 아니면 그러한 결정은 국민의 집단적 의사 형성에 따라 자연스럽게 이루어져야 한다고 보는, 다른 한 극단의 양 갈래 사이에서 일어나는 것이라고 할 것이다.

헌법재판소는 그간 형법상 혼인빙자간음죄⁷³⁾와 간통죄⁷⁴⁾, 낙태죄⁷⁵⁾ 등 조항에 대해 헌법에 위반되거나 헌법에 합치되지 아니한다고 결정한 바 있다. 이와 같은 결정들은 모두 개인의 자유와 평등을 근거로 하여, 전통적으로 혼인과 가족의 형성, 자손의 탄생과 같은 인간 사회의 조직 구성과 운영, 유지, 전승이 효과적으로 이루어질 수 있도록 고안되었던 사회적 장치들이 종래 공동체의 문화적 동질성과 전통의 관성이 상대적으로 강하던 시절에 법제화되었던 것들에 대해 그 정당성을 부정하고 폐기해온 궤적이라고 할 것이다. 서두에 소개한 방송인의 비혼 출산 사례는 이러한 거대한 변화의 흐름을 구성하는 작은 단면이라고 할 것이다.

특별한 사정이 없다면, 이러한 추세는 그대로 이어질 것이고 강화될 것이다. 헌법재판소는 “헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞는 실질적 국민 주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다. 그러므로 헌법의 해석과 헌법의 적용이 우리 헌법이 지향하고 추구하는 방향에 부합하는 것이 아닐 때에는, 헌법적용의 방향제시와 헌법적 지도로써 정치적 불안과 사회적 혼란을 막는 가치관을 설정하여야 한다”고 밝힌 바 있다. 이러한 입장이 일관되게 관철되지 않을 이유를 달리 찾을 수 없다면, 헌법재판소의 이와 같은 성격의 문제들에 대한 입장이 결과적으로 어떠한 것이 될지가 반드시 난측의

73) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58.

74) 헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17.

75) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127.

영역에 속할 문제라고 볼 이유는 없을 수 있다고 본다.

다만 공동체 구성원들의 인식이, 법적·정치적 영역을 구성하는 헌법적 가치와 이를 실현하기 위해 나서는 국가의 역할에 대해, 이것이 각자의 고유한 세계관과 선택에 따라 이루어질 수 있어야 할 사적 부문의 자유로운 형성 가능성을 온전히 포섭하는 상위의 것이 될 수는 없다는 것에 이르는 지점 내지 국가가 인간의 삶을 가장 기본적인 부분에서부터 규정하는 최고·최종의 포괄적인 권위를 가질 자격이 있는 존재인가에 대한 의구심을 분명히 하는 부분, 즉 국가란 무엇인가에 대한 정교한 비판적 관점을 견지하는 정도에 따라 이러한 흐름이 완화되거나 늦추어질 수는 있을 것이다. 달리 말해 자유롭고 평등한 당사자 간의 계약에 상응하는 어떠한 모습으로 환원될 수 없는 삶의 총체의 복잡성에 대한 이해가 또 다른 문화적 공감대로서 얼마나 지지를 받느냐에 따라 전통적 혼인과 가족의 모습이 특별한 의미와 가치를 부여받을 수 있는 여지가 확보될 수 있을 뿐이다. 이는 지속적으로 사적 영역의 고유성과 공적 개입의 정당성에 대한 논의를 상기시키겠지만, 사안과 관련된 주제의 어려움에 비해 국가의 작용이 실제로 관철되는 양상이 그러한 사정과 충실히 연결성을 가질 것으로 단언하기는 쉽지 않다. 이러한 상황은 근대입헌주의헌법 이래 정치와 법을 규정하는 가장 깊은 차원의 인식에 가닿는 재검토를 요청하는 문제인데, 관련된 사정에 대한 입체적이고 포괄적인 연찬을 통해 문명사적 전환으로 칭할 수 있을 법한, 근본적인 차원에서 일어나는 삶의 방식의 변화에 대처하기 위한 면밀한 숙고와 사색이 필요할 것이다.

[국문초록]

헌법상 국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력할 것과 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 할 것이 규정되어 있다. 문화의 핵심을 이루는, 인간의 가장 친밀하고 원초적인 관계는 혼인과 이에 따라 형성되는 가족이라고 할 수 있다. 그런데 전통적인 가족의 의미를 뒷받침했던 세계관은 근대 이후 그 공적인 차원의 효력을 잃게 되었고, 오늘날의 법적·정치적 질서는 자유와 평등이라는 헌법적 가치에 의해 규정된다. 이러한 상황에서 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 하여 이해되는 혼인과 가족의 모습은 전통적인 관념에 의해 전승되어 온 혼인과 가족의 거의 모든 것들의 정당성을 배제하는 방향으로 작용하게 된다. 이러한 추세에 대해 전통적인 혼인과 가족의 실제적 효용성 및 국민들의 자유로운 의사 표현을 통한 민주적 과정을 거침으로써 삶의 모습이 형성될 수 있어야 한다는 민주주의의 요청에 중점을 두고 신중한 접근을 강조하는 입장이 가능하다. 혼인과 가족의 헌법적 이해가 문명사적 변모를 가져올 정도로 큰 함의를 지니고 있으므로 관련된 제반 문제에 대한 입체적이고 면밀한 검토가 필요하다고 할 것이다.

주제어

혼인, 결혼, 가족, 헌법, 전통, 문화, 비혼, 임신, 출산, 생식권

[Abstract]

The Constitution stipulates that the state shall strive to sustain and develop the cultural heritage and to enhance national culture, and that marriage and family life shall be entered into and sustained on the basis of individual dignity and equality of the sexes. Marriage, and the subsequent formation of a family, can be deemed as mankind's most intimate and fundamental relationship, which lies at the heart of culture. Nevertheless, the worldview that supported the traditional meaning of family has lost public recognition in the modern times, and today's legal and political order is defined by the constitutional values of freedom and equality. In such a situation, the idea of marriage and family understood within the context of individual dignity and equality of the sexes has the effect of undermining the legitimacy of nearly every aspect of marriage and family that has been passed down through tradition. To address this trend, a cautious approach may be appropriate, focusing on the practical utility of traditional marriage and family as well as the democratic request that individuals' lives ought to be shaped by the democratic process through expression of public opinion. Since the constitutional understanding of marriage and family has such immense implications that it can bring about transformations in the history of civilization, a three-dimensional and thorough review of all related issues is essential.

Key-words

matrimony, marriage, family, constitution, tradition, culture, non-marriage, pregnancy, childbirth, reproductive rights.

참고문헌

[단행본]

성낙인, 헌법학, 법문사, 2021.

진덕수(이한우 옮김), 대학연의 하, 해냄, 2014.

[논문]

윤진수, 보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향, 서울대학교 법학
제49권 제2호, 2008.

Elizabeth Brake, *Marriage and Domestic Partnership*, The Stanford
Encyclopedia of Philosophy (Edward N. Zalta ed., Fall 2021 ed.).
<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/marriage/>>.

Mazen M. Guirguis, *How a Libertarian Might Oppose Same-Sex Marriage*,
Reason Papers 33 (Fall 2011).

Katherine M. Franke, *Longing for Loving*, 76 Fordham L. Rev. 2685 (2008).

Donald H.J. Hermann, *Extending the Fundamental Right of Marriage to
Same-Sex Couples: The United States Supreme Court Decision in
Obergefell v. Hodges*, 49 IND. L. REV. 367 (2016).

Raymond C. O'Brien, *Obergefell's Impact on Functional Families*, 66 CATH.
U. L. REV. 363 (2016).

Frederick Rauscher, *Kant's Social and Political Philosophy*, The Stanford
Encyclopedia of Philosophy (Edward N. Zalta ed., Summer 2021 ed.).
<<https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/kant-social-political/>>.

[기 타]

1. 고 전

이 이, 성학집요(聖學輯要) 5 제3 정가(正家) 제3장 형내(刑內), 을곡선생전서
제23권, 한국고전종합DB.

<https://db.itkc.or.kr/dir/item?itemId=BT#dir/node?grpId=&itemId=BT&gubun=book&depth=5&cate1=H&cate2=&dataGubun=%EC%B5%9C%EC%A2%85%EC%A0%95%EB%B3%B4&dataId=ITKC_BT_0201B_0190_010_0010>

眞德秀, 大學衍義 卷三十六 齊家之要一 重妃匹 謹選立之道, 中國哲學書電子化計劃. <<https://ctext.org/wiki.pl?if=gb&chapter=806889>>

Aquinas, *Summa Theologiae*. <<https://www.newadvent.org/summa/>>

2. 보고서

Christy Mallory & Brad Sears, *The Economic Impact of Marriage Equality Five Years after Obergefell v. Hodges*, Brief, The Williams Institute, UCLA School of Law, May 2020.

<<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Economic-Impact-SS-Marriage-May-2020.pdf>>

Report of the International Conference on Population and Development, A/CONF.171/13/Rev.1, 1994.

<https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.development/files/icpd_en.pdf>

3. 언론 보도

사유리 임신, 한국선 불법... “아이 낳을 권리 허하라” 논란 불지퍼, 조선일보, 2020.11.17.

<<https://www.chosun.com/culture-life/2020/11/17/WZGTNAG7QRDUJL5P46JXPBTNGY/>>

사유리처럼 ‘비혼 출산’ 가능해질까...여성가족부, 의견 수렴 나선다, 동아일보, 2021.4.27.

<<https://www.donga.com/news/Society/article/all/20210427/106641235/1>>

“왜 한국선 정자기증 안되나” 비혼모 사유리가 던진 네가지 질문, 중앙일보, 2020.11.17. <<https://www.joongang.co.kr/article/23922746>>

[포커스 취재] 사유리가 던진 질문 ‘출산의 권리’, 한국일보,

헌법논총 제32집(2021)

2020.11.20.~2021.4.1.

<<https://www.hankookilbo.com/Series/S2020111917140000905>>

Adam Liptak, *Supreme Court Ruling Makes Same-Sex Marriage a Right Nationwide*, The New York Times, Jun. 26, 2015.

<<https://www.nytimes.com/2015/06/27/us/supreme-court-same-sex-marriage.html>>

4. 그 밖의 자료

Obergefell v. Hodges, No. 14-556, slip op. (U.S. June 26, 2015).

<https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf>

Roger Scruton, *Becoming a Family*, City Journal, Spring 2001.

<<https://www.city-journal.org/html/becoming-family-11806.html>>

재외국민 보호의무에 관한 비교법적 연구*

- 외교적 보호(Diplomatic Protection)를 중심으로 -

成 王(Sung Wang)

헌법재판소 선임헌법연구관

- 목 차 -

I. 머리말	151
II. 외교적 보호(Diplomatic Protection)의 개념과 역사, 의무 인정 여부	152
1. 외교적 보호(Diplomatic Protection)의 개념	152
가. 외교적 보호에 관한 규정 초안	152
나. 외교적 보호의 요건	153
다. 인도적 개입 및 영사 지원과의 구분	155
2. 외교적 보호의 역사	157
3. 국제법상 외교적 보호 ‘의무’의 인정 여부	159
가. 바텔의 의제와 그 유효성	159
나. 외교적 보호 행사 여부에 관한 정부의 재량	163
(1) 외교적 보호에 관한 규정 초안	163
(2) 조약 및 국제 관습법에 근거한 국제법상 의무 인정 여부	164

* 이 논문은 2018. 12. ~ 2019. 6. 국외전문문화연수 중 작성한 내용을 일부 수정한 것임.

III. 각국의 헌법상 재외국민 보호의무와 국내법상 외교적 보호의무 인정 여부	166
1. 각국의 헌법상 재외국민 보호의무	166
2. 각국의 국내법상 외교적 보호의무 인정 여부	168
가. 외교적 보호에 관한 사법심사	168
나. 각국의 사례	169
(1) 독일: The Rudolf Hess Decision(1980)	169
(2) 스페인: Comercial F SA v. Council of Ministers	170
(3) 영국: Abbasi & Anor v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs(2002)	171
(4) 캐나다: Khadr v. Canada(Minister of Foreign Affairs)	172
(5) 네덜란드: M. K. v. The Netherlands	172
(6) 남아프리카공화국	173
(7) 기타	175
IV. 우리 헌법상 재외국민 보호의무	176
1. 헌법의 규정 및 입법현황	176
2. 헌법재판소의 관련 결정	177
가. 헌법 제2조 제2항의 해석	177
나. 구체적 작위의무의 도출 여부	178
3. 우리 헌법상 재외국민보호의무의 구체화	180
가. 기본권 보호의무와 재외국민보호의무	180
나. 신뢰보호와 재외국민보호의무	181
V. 결어	182

I. 머리말

인권조약과 국제 인권기구들의 발전과 함께 외국인에 대한 처우의 최소 기준이나 외국에서 기본적 권리의 침해를 당한 자국민에 대한 구제와 관련한 외교적 보호(Diplomatic Protection)는 그 중요성을 잃어가고 있다고 흔히 이야기되고 있다. 또한 외교적 보호는 지나치게 유럽국가 중심의 국제법이라는 이유로 피식민지였던 남아메리카 국가 등에서 거부되기도 하였고, 최근에는 외교적 보호를 국가 자신의 권리로 파악하는 종래의 지배적 이론과 판결례가 잘못된 의제에 기초하고 있다거나 개인을 국제법상 권리 주체로 인식하고 개인의 인권을 강조하는 최근의 경향에 맞지 않는다는 이유로 시대에 맞지 않는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되고 있다. 그러나 이와 같은 논의는 대체로 국제법학계를 중심으로 펼쳐져 왔으며, 각국의 국내법상의 논의는 상대적으로 많이 알려져 있지 않다.

외국에서 거주하거나 단기 체류하는 자국민이 외국의 공권력 주체의 불법행위에 의하여 권리의 침해를 받는 일은 그 빈도가 줄어들었다고 하더라도 계속하여 발생하고 있으며, 이때 국가가 자국민의 권리 보호를 위하여 어떤 의무를 진다고 볼 수 있는지, 피해를 입은 국민이 자국에 보호를 구할 권리가 있는지 여부의 문제는 국민의 기본권 보장과 국가의 의무에 관한 것으로 국내법적으로 해명될 필요가 있다. 특히 우리 헌법은 제2조 제2항에서 명문으로 재외국민 보호의무를 규정하고 있다는 점에서 헌법 해석의 문제로서 다루어져야 할 것임에도 학계에서나 실무적으로 여전히 불분명한 부분이 존재한다.

이 글에서는 국제법상 외교적 보호의 개념과 의무 인정 여를 살펴보고, 각국의 헌법상 재외국민 보호의무와 우리나라 헌법상 재외국민 보호의무의 내용 및 국내법상 외교적 보호의무의 수용 가능성에 대하여 차례로 검토하기로 한다.

II. 외교적 보호(Diplomatic Protection)의 개념과 역사, 의무 인정 여부

1. 외교적 보호(Diplomatic Protection)의 개념

가. 외교적 보호에 관한 규정 초안

외교적 보호의 개념에 대해서는 논란이 있으나, 이 글에서는 1996년 유엔 국제법위원회(International Law Commission)의 결정에 의하여 논의되기 시작되어 2006년 최종채택된 ‘외교적 보호에 관한 규정 초안’(Draft Articles on Diplomatic Protection)에 기초하여 논의하기로 한다. 국제법위원회는 1997년 모하메드 베누나(Mohamed Bennouna)를 특별보고관으로 임명하였고, 2년 후 존 두가드(John Dugard)를 특별보고관으로 다시 임명하여 초안을 완성하였다. 위 초안은 다자 협정으로 공식 체결되지는 않았으나, 현재 존재하는 국제적 관습을 성문화한 것에 가깝다고 볼 수 있다.¹⁾

이에 따르면 외교적 보호(Diplomatic Protection)란, 자국 국민(자연인 또는 법인)이 외국(가해국) 정부로부터 국제적 불법행위로 인해 피해를 입은 경우 본국의 정부가 피해를 입은 국민을 대표해 가해국을 상대로 외교적 조치, 또는 다른 평화적 분쟁해결수단을 행사해 가해국의 책임을 묻는 것을 말한다.²⁾

과거에는 최후의 수단으로서 무력의 행사 역시 가능한 것으로 보기도 하였으나,³⁾ 오늘날에는 국제법을 존중하는 범위에서 가능한 모든 조치를

1) John Dugard, *International Law: A South African Perspective*, 4th edition, 282쪽 참조.

2) 유엔 국제법위원회(UN International Law Commission)의 ‘외교적 보호에 관한 규정 초안’ (Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006) 제1조 제1항 참조.

3) Bochar, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International*

할 수 있지만 무력의 사용은 이에 포함되지 않는 것으로 이해된다. 유엔 헌장 제2조 제4항 및 제51조는 회원국에 대한 침략에 대항하기 위한 자기 방위권의 행사 등을 제외하고 무력 사용을 자제할 것을 규정하고 있다. 물론 현실에서는 1945년 이후에도 자국민 보호를 위한 무력 개입이 종종 발생하였으나, 이는 과거의 불법행위로부터 입은 피해의 구제보다는 장래 발생할 위험과 침해를 제거하기 위한 것에 가까우며, 그것이 국제법상 정당화된다고 하더라도 외교적 보호 권한의 행사라고 보기는 어렵다.

나. 외교적 보호의 요건

국가가 외교적 보호를 행사하기 위해서는 ① 자국 국적을 가진 국민이, ② 외국에서 외국의 국제법에 위반한 행위로 피해를 입고, ③ 가해국 내의 구제절차를 모두 거쳤을 것이 요구된다.

상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice, PCIJ)는 파네브지스(Panevezys-Saldutiskis Railway) 사건에서 피해자인 개인과 국가 사이에 국적(Nationality)을 통한 유대만이 국가에 외교적 보호를 행사할 수 있는 권리를 부여한다고 보았다.⁴⁾ 또 국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ)는 노트봄(Nottebohm) 사건에서 외교적 보호 권한을 행사한 리히텐슈타인과 피해자 사이의 유대는 극히 미약한 반면 가해국인 과테말라와 피해자가 오히려 긴밀한 관계에 있다고 보고, 외교적 보호 행사를 위한 국적 요건이 충족되지 않았다고 판단하였다.⁵⁾ 국적 부여의 요건은 각 국가가 법률을 통해 정하는 것이지만, 외교적 보호의 행사는 국제법적 문제가

Claims, the Banks Law Publishing, 1916, 439쪽 참조.

4) PCIJ Reports ,Series A/B, No. 76(1939), 16.

5) 1955 ICJ Report 4. 30년 이상 과테말라에 거주하며 사업을 영위하던 Nottebohm은 본래 독일 국적자였으나, 사업적 이유로 2차 세계대전 중 중립국인 리히텐슈타인 국적을 취득하였는데, 리히텐슈타인 법상 국적 취득요건인 3년의 거주기간을 채우지는 않았다.

므로, 외교적 보호에 관한 규정 초안 제4조는 국적 부여가 국제법에 저촉되어서는 안 된다는 점을 분명히 하였다. 그러나 노트봄(Nottebohm) 사건에서와 같은 진정한 유대의 요구에 대해서는 소극적 입장을 표시한 것으로 보인다. 또한 다중국적과 관련하여 제6조에서 어떤 국적국이든 비국적국에 대해 외교적 보호를 행사할 수 있음을 명시하였고, 제7조에서 국적국 사이의 외교적 보호와 관련하여 가해 및 제소 시점에서 실질적 유대가 강한 국가가 외교적 보호 권한을 행사할 수 있도록 하였다.

가해국 내에서 법적인 구제절차를 완료할 것(Exhaustion of Local Remedy)은 국제사법재판소(ICJ)의 인터한델(Interhandel) 사건에서 국제관습법으로서 인정되었다.⁶⁾ 가해국이 자신의 법체계 내에서 스스로 배상할 기회를 가져야 한다는 것이다. 외교적 보호에 관한 규정 초안 제14조에서는 구제절차에 대해, 피해에 책임이 있는 국가의 법원이나 기관을 통해 피해자에게 열려 있는 법적 구제책을 말한다고 규정하고 있다. 이러한 요건은 국민의 피해 외에 국가 자신에 대한 직접적 피해가 있는 경우에는 요구되지 않는데, 국가의 직접적 피해와 간접적 피해, 혼합된 피해의 구분은 명확하지 않다. 국제사법재판소(ICJ)는 이란 인질(Hostages) 사건에서 이란이 미국 외교관과 영사를 보호하는 데 실패한 것에 관하여 직접적 피해가 우세하다고 판단했고,⁷⁾ 멕시코가 미국을 상대로 멕시코인 죄수에 대한 부당한 대우를 주장한 아베나(Avena) 사건에서는 국가와 피해자의 권리가 상호 독립적이므로 구제절차 완료가 불필요하다고 판단하였다.⁸⁾ 한편 외교적 보호에 관한 규정 초안 제15조에서는 구제절차가 무기한 지연되거나 피해자가 구제절차를 거치는 것이 명백히 불가능한 경우, 피해자가 가해국과 연고가 없는 경우에는 이러한 요건이 적용되지 않도록 하였다.

6) 1959 ICJ Reports 6.

7) US v. Iran, 1980 ICJ Report 3.

8) Mexico v. USA, 2004 ICJ Report para 40.

외교적 보호 권한의 행사는 국가 자신의 피해에 기초한 권리라고 보는 전통적 이해와 위 요건은 서로 조화를 이루기 어려운 것이지만, 국가 자신의 피해는 의제된 것이고 실질적으로 개인의 권리 구제를 위한 것이라는 점에서 요구된 것으로 이해된다.

한편, 외교적 보호 행사의 전제가 되는 국제적 불법행위의 범위는 외교적 보호에 관한 규정 초안 논의과정에서 다루어지지 않았다. 다만 조약이나 국제관습법 등을 통해 보장되는 일반적 인권에 대한 침해 등을 포함하는 것으로 이해된다. 디알로(Diallo)사건에서 국제사법재판소(ICJ)는 콩고민주공화국이 시민적, 정치적 권리에 관한 규약과 아프리카 인권헌장, 영사 조력에 관한 비엔나 협약에 위반하여 기니의 사업가인 디알로를 체포, 구금하였으므로 기니에 배상할 의무가 있다고 판단하면서, ‘최근 몇십년 동안 개인의 권리에 관한 국제법의 실질적 발전에 힘입어 외국인에 대한 최저수준 보호에 한정되던 외교적 보호의 범위는 국제적으로 보장된 인권의 보호로 실질적으로 확장되었다.’고 판단하였다.⁹⁾

다. 인도적 개입 및 영사 지원과의 구분

외교적 보호는 무력의 사용을 포함하지 않는다는 점에서¹⁰⁾ 인도적 개입(Humanitarian Intervention)이나 보호책임(the Responsibility to Protect, R2P)과 구분된다. 인도적 개입은 통일적 개념 정의가 존재한다고 보기 어렵지만, 일반적으로 국가의 전략적 이익과 관계없는 인도주의적 목표에 의하여 타국의 영역에 군대를 파견하여 군사력을 사용함으로써 내정에 간섭하는 것을 주된 특징으로 하는데, 1999년 코소보에 대한 나토의 개입 이후

9) Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo, 2007 ICJ Reports para 47.

10) 19세기에서 20세기에 이르기까지 외교적 보호 목적의 무력 사용은 금지되지 않았으나[Dugard, First Report on Diplomatic Protection, International Law Commission, A/CN.4/506(2000)], 국제법위원회는 외교적 보호에 관한 규정 초안에서 무력의 사용을 허용하지 않기로 결정하였다(초안 1조).

외교 정책적 쟁점으로 남아있다.¹¹⁾ 보호책임은, 2005년 세계 정상 회담(the 2005 World Summit)에서 유엔 총회의 모든 회원국이 만장일치로 채택한 정치적 합의를 말하는데,¹²⁾ 각 국가는 대량 학살, 전쟁 범죄, 인종 청소 및 인류에 대한 범죄로부터 인명을 보호할 책임이 있으며, 평화적 수단을 통한 그러한 범죄 예방이 원칙이지만, 평화적 수단이 부적절한 경우 무력의 사용도 배제하지 않는다. 다만 무력의 사용은 다른 모든 조치가 실패한 경우와 UN 안전 보장 이사회의 승인을 받은 경우에만 최후의 수단으로 수행될 수 있으며, 인종 학살, 전쟁 범죄, 인종 청소 및 인류에 대한 범죄 등 4가지 대규모 잔학 행위와 관련해서만 가능하다는 점에서 인도적 개입과 차이가 있다.¹³⁾ 국제적 불법행위로 인한 피해를 구제하기 위하여 외교적 보호 이외에 다른 조치나 절차를 따를 국가, 개인의 권리들은 외교적 보호에 관한 규정 초안의 영향을 받지 않는다.¹⁴⁾

외교적 보호는 가해국의 국제적 불법행위의 존재와 가해국 내의 구제절차를 모두 거친 것을 전제로 한다는 점에서 영사 지원(consular assistance)과도 구분된다. 영사 지원은 재외공관이 자국민을 보호하는 것을 말하는데, 체류국에 체포·구금된 국민이 차별이나 부당한 처우를 받지 않도록 영사가 방문하여 면담하도록 하는 영사접견권(영사관계에 관한 비엔나협약 제36조 제1항)이 대표적이다. 논란이 있으나 영사접견권에 대한 고지는 개인의 권리로도 인정된다.¹⁵⁾ 한편, 영사업무 범위의 모호성으로 인하여 영사

11) Alton Frye. 'Humanitarian Intervention: Crafting a Workable Doctrine.' New York: Council on Foreign Relations, 2000.

12) UN General Assembly Resolution A/63/308, 2009 참조.

13) UN General Assembly Resolution A/63/677, 2009(Implementing the responsibility to protect, Report of the Secretary-General) 참조.

14) 유엔 국제법위원회(UN International Law Commission)의 '외교적 보호에 관한 규정 초안' (Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006) 제16조 참조.

15) LaGrand 사건(Germany v. USA), ICJ Reports, 2001 참조. 미국은 ICJ의 유사 판결이 반복되자 2005년 선택의정서 가입을 철회하였다. 미국 연방대법원은 영사접견 고지

지원의 범위도 불분명한 부분이 있으나, 체류국의 불법행위가 있는 경우를 전제로 해서만 영사 지원이 가능한 것은 아니며, 가해국 내 구제절차 종료 를 전제로 하지도 않는다. 국제법위원회 특별보고관 존 두가드는 외교적 보호와 영사 지원(consular assistance)의 차이에 대해 후자는 예방적 성격으 로 가해국 내의 구제절차가 완료되기 전에 제공된다고 본 바 있다.¹⁶⁾

2. 외교적 보호의 역사

자국민에 대한 외국의 부당한 처우에 대해 외교적으로 피해의 회복을 강구하는 외교적 보호의 개념이 본격적으로 문제된 것은 근대 주권국가가 성립하고 외국과의 인적·물적 교류가 증대하면서 권리 개념의 발전과 함께 국민과 외국인에 대한 보호가 문제되면서부터이다. 학계에서는 대체로 바텔(Vattel)이 1758년에 출간한 책(The Law of Nations, or the Principles of Natural Law)으로부터 ‘재외국민에 대한 침해는 그의 국적국에 대한 침 해로 간주된다.’는 외교적 보호 개념의 전제가 도출되었다고 본다. 이 즈음 현실에서 외교적 보호 개념에 영향을 미친 사례로는, 1794년 미국과 영국 사이의 조약(The Jay Treaty)을 꼽을 수 있다. 이 조약에서는 영국 선박에 의한 미국 선박의 불법적 압류나 미국 항구에서 발생한 프랑스 선박의 영국 선박 납치로 인한 소송과 관련하여 중재위원회를 설치하는 규정을 두었다. 이는 국제중재재판의 시대를 연 것일 뿐만 아니라 재외국민에 대한 외교적 보호를 둘러싼 증가하는 분쟁을 해결하는 한 방법을 소개한 것이

없이 이루어진 신문에서의 자백 배제 주장을 배척하였고 적시에 이루어지지 않은 재 심청구 역시 기각하였다. ICJ의 결정이 미국 연방대법원을 구속하는 것도 아니라고 보았다. 다만 영사접견 고지권이 개인의 권리가 아니라고 명시적으로 부인하지는 않았다.(Sanchez Llamas v. Oregon 참조)

16) UN International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, 28쪽 참조.

다.¹⁷⁾

그러나 외국인에 대한 처우와 관련한 법이 발전하고 외교적 보호 권한의 행사가 본격적으로 시작된 것은 19세기 이후이다. 유럽국가들의 교류 증대와 해외식민지 건설, 식민지 독립을 거치며 자국민의 생명과 재산의 보호에 관한 규정을 조약에 포함시키는 것이 일반화되었다. 그러나 국가간 힘의 격차에 따라 정당화되는 외교적 보호의 범위에 관한 견해차가 존재하였다. 외교적 보호 권한 행사의 사례는 유럽국가보다 라틴아메리카 국가와 같은 신생 국가에 대해 빈번하게 발생하였다. 외국인에 대한 보호의 부족이 영토 정복의 단초가 될 수 있다는 두려움은 라틴아메리카 여러 나라에서 외교적 보호에 반대하거나 가능한 좁은 범위에서 외국인에 대한 보호를 인정하려는 경향으로 나타났다. 아르헨티나 법학자인 칼보(Calvo)는 외국인은 거주국가의 국민과 동등한 대우를 받을 뿐 더 나은 처우를 주장할 수 없으며, 거주국 내 구제절차가 열려있는 한 국제소송은 근거가 없고, 거주국 내 재판의 결과가 확정되면 국적국에서 재심할 수 없다고 보았는데, 이러한 주장이 라틴아메리카 전체로 확산되며 칼보 독트린으로 확립되었다. 19세기 후반부터 20세기 초까지 라틴아메리카에서의 외교적 보호를 둘러싼 분쟁은 수차례 무력개입으로 비화되었다.¹⁸⁾

외교적 보호 권한의 행사가 국제법 체제 안으로 편입된 것은 20세기 들어 세계대전을 거친 이후이다. 이전에 강대국이 약소국에 대한 무기로 이용하던 데서 나아가 일반적인 제도로 자리잡았다. 다만 그 제도적·이론적 존재가 확고하다고 하더라도 외교적 보호 권한의 행사 요건이나 개인의 권리와의 관계에 관한 논란은 계속중이며, 현실에서 서구 강대국의 특권처럼 활용되는 경향이 있는 것은 부인하기 어렵다.

17) Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, oxford university press, 2008, 12-13쪽 참조.

18) 위의 책, 14-16쪽 참조.

3. 국제법상 외교적 보호 '의무'의 인정 여부

가. 바텔의 의제와 그 유효성

해외에서 거주하는 자국민의 보호는 발달된 정치제도를 가지고 다른 사회와 교류하는 모든 국가에서 발생하는 보편적 문제로서 국제법의 본질에 가까우며, 근대에 이르러 처음 문제된 것은 아니지만,¹⁹⁾ 근대적인 외교적 보호의 제도적 기초는 바텔(Vattel)의 의제로부터 비롯되었다고 보는 것이 일반적이다. 바텔의 의제는 '어느 나라 국민에 대한 부당한 처우는 그의 국적국을 간접적으로 침해하는 것'이란 가정을 말한다.²⁰⁾

원칙적으로 국민과 국가는 별개의 법인격을 가지므로 국민에 대한 침해가 곧바로 국가에 대한 침해가 되는 것은 아니다. 가해국 내의 구제절차를 거칠 것과 같은 외교적 보호 행사의 요건은 외교적 보호의 권한이 전제하는 '의제'의 성격을 드러낸다. 또 초르조우(Chorzow)사건에서 상설국제사법재판소(PCIJ)가 자국민이 입은 피해는 국가가 입은 피해에 대한 기준을 제 공하며, 개인이 입은 피해 액수에 상당한 금전 배상을 명한 것 역시 의

19) Tuck, Richard, *The rights of war and peace: political thought and the international order from Grotius to Kant*, 1999, 32-34쪽 참조.

20) "Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen. The sovereign of the injured citizen must avenge the deed and, if possible, force the aggressor to give full satisfaction or punish him, since otherwise the citizen will not obtain the chief end of civil society, which is protection. ... it can not be asserted in general that one has been injured by a Nation because one has been injured by one of its citizens. But if the Nation, or its ruler, approve and ratify the act of citizen, it takes upon itself the act, and may then be regarded by the injured party as the real author of the affront of which the citizen was perhaps only the instrument. ... A sovereign who refuses to repair the evil done by one of his subjects, or to punish the criminal, or, finally, to deliver him up, makes himself in a way an accessory to the deed, and become responsible for it." [Vattel, *the Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Translation of the Edition of 1758, Carnegie Institution of Washington(1916), 136-137쪽]

제의 성격을 명백히 보여준다.²¹⁾ 다만 바텔은, 자유로운 시민의 결사체로 시민의 행복과 안전을 책임져야 하는 국가의 목적 내지 존재 의의에 기초하여²²⁾ 국제법상 권리주체성을 완벽히 인정받기 어려운 국민의 보호를 위해 위와 같이 가정하였던 것으로 이해함이 상당하다.

국가 자신의 권리를 가정하는 바텔의 의제는 상설국제사법재판소(PCIJ)의 마브로마티스(Mavrommatis) 결정에서 명확하게 채택되었고,²³⁾ 국제사법재판소(ICJ)의 노트봄(Nottebohm) 결정에서도 마찬가지였다.²⁴⁾

국제법 위원회의 ‘외교적 보호에 관한 규정 초안’ 작성 작업 과정에서 개인의 권리 침해로 국가에 대한 침해로 의제하는 것에 관한 의문이 제기되었으며, 개인이 모든 절차적 통제권을 가져야 한다는 주장이 제시되었다.²⁵⁾ 그러나 결과적으로 의제는 여전히 유효하다. 다만 초안 제19조²⁶⁾를

21) Germany v. Poland, PCIJ, Series A, No. 17, 1928.

22) “Nations or States are political bodies, societies of men who have united together and combined their forces, in order to procure their mutual welfare and security.”(Vattel, 전계서, 3쪽) “The end of natural society established among men in general is that they should mutually assist one another to advance their own perfection and that of their condition; and Nations, too, since they may be regarded as so many free persons living together in a state of nature, are bound mutually to advance this human society. Hence the end of great society established by nature among all nations is likewise that of mutual assistance in order to perfect themselves and their condition.”(Vattel, 전계서, 6쪽) “If a Nation is bound to preserve its existence it is not less bound to preserve carefully the lives of its members.”(Vattel, 전계서, 14쪽)

23) By taking up the case of one of its subjects and resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. (PCIJ, Series A, No. 2, 112)

24) Diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defense of the rights of the State. (Liechtenstein v. Guatemala, 1955, ICJ Rep 24)

25) Comments and Observations Received from Governments, International Law Commission, A/CN.4/561/Add.2, 2006, 1쪽 참조.

26) Article 19. Recommended practice. A State entitled to exercise diplomatic protection

통하여 종래 국제재판소를 통해 확고하게 정립된 국가의 권리이론을 완화하고, 개인의 위치를 고양시킬 수 있도록 하였다.

외교적 보호 권한의 행사 논의는 이제 진부한 것이거나, 그 바탕이 되는 바텔의 의제는 폐기되어야 한다는 주장은 2차 세계대전 이후 개인의 권리 보장이 강화되면서 비롯된 것이다. 오늘날 대다수 국가는 국제 인권조약에 가입하고 있고, 외국인에 대해서는 내국인과의 동등한 대우 및 국제 조약 등에 따른 최소기준 이상의 처우가 요구된다. 개인은 유엔 인권위원회(UN Human Rights Committee), 유럽인권재판소(European Court of Human Rights), 지역 인권위원회나 재판소(African Commission on Human and Peoples' Rights, Inter American Court of Human Rights 등)에 제소할 수 있다. 이에 따라 외교적 보호 권한의 행사는 최후의 수단으로서, 피해를 입은 개인의 요청이 있는 경우에 한하여, 개인을 대리한 권리 행사로서 인정될 수 있을 뿐 국가 자신의 권리 행사가 될 수 없다는 주장이 힘을 얻게 된 것이다. 또한 외교적 보호 권한의 행사가 남용되거나 강대국이 현실적으로 유리한 위치에 서게 된다는 실제 경향 역시 위와 같은 주장에 영향을 미쳤다.

20세기 초와 달리 개인의 국제법적 지위가 매우 고양된 것은 사실이다. 외국인이라고 하더라도 그 자신의 국적국과는 관계없이 인간으로서의 권리를 누리며 국제법상 주체로 인정된다. 그러나 개인은 여전히 국제법 분야에서 영향력을 충분히 가지고 있지 못하다. 인권보장에 관한 다자조약들은 권리구제를 위한 권리까지 보장하지 않으며, 인권기구에 의한 구제의 지역

according to the present draft articles, should: (a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred; (b) take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and (c) transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions.

별 편차도 크다. 예컨대, 지역 인권위원회나 인권재판소에 의한 구제의 효과가 유럽인권재판소에 의한 것과 같다고 볼 수 없으며, 아시아에는 지역 인권재판소 자체가 없다. 또 상설국제사법재판소(PCIJ)나 국제사법재판소(ICJ)는 소송 당사자를 국가로 한정하고 있다.²⁷⁾

결국 국제인권법에 위반한 개인의 권리 침해에 대해 최대한의 보호를 하기 위한 하나의 수단으로서 바텔의 의제와 그에 기초한 외교적 보호 권한의 행사는 여전히 필요하다.²⁸⁾ 특별보고관 존 두가드도 의제의 폐기를 주장하는 것은, 국제 조약에 의한 인권 보장의 범위를 매우 과장하는 것이며, 단지 비논리적이거나 가정에 기초했다는 이유로 인권 보호의 유용한 수단을 거부하는 것은 옳지 않다고 주장하였다.²⁹⁾

다만 위와 같이 의제의 유효성을 인정한다는 것이 의제 자체를 보호해야 한다는 의미는 아니다. 의제는 단지 ‘개인의 인권 보장’이라는 목적을 달성하기 위한 수단일 뿐이다.³⁰⁾ 그러므로 외교적 보호 권한의 행사의 요건이나 범위, 효과와 관련하여 개인을 완전히 배제하기 보다는 실질적으로나 절차적으로 확장되고 있는 개인의 권리에 발맞추어 해석할 필요가 있다. 예컨대, 외교적 보호 행사의 결과 실질적으로 이익을 향유하는 대상이 개인이라고 하더라도, 외교적 보호가 국가의 권리라고 의제하는 이상 개인이 자신의 권리 실현을 추구하는 절차와 외교적 보호는 그 법적 성격을 달

27) PCIJ 규정 제34조는 국가와 국제연합의 회원만이, ICJ 규정 제34조는 국가만이 소송 당사자가 될 수 있다고 규정하고 있다.

28) UN International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, 26쪽; Annemarieke Vermeer-Kuenzli, As if: The Legal Fiction in Diplomatic Protection, The European Journal of International Law Vol.18, 2007 참조.

29) John Dugard, Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the international Law Commission, Australian Year book of International Law, 24, 2005, 77쪽 참조.

30) John Dugard, First Report on Diplomatic Protection, UN, Document A/CN.4/506, 21 단락 참조.

리 한다. 양자는 독립적으로 진행될 수 있다. 독일과 폴란드가 당사자였던 초르조우(Chorzow) 사건에서, 폴란드는 동일한 사실을 기초로 피해 기업이 독일과 폴란드 사이의 중재법정에 소를 제기하였으므로 상설국제사법재판소(PCIJ)는 청구를 각하하여야 한다고 주장하였으나, 위 재판소는 양 법정에서의 분쟁은 당사자 및 본질적 주제가 다르다고 보았다.³¹⁾ 외교적 보호에 관한 규정 초안 제16조는 피해에 대한 배상을 확보하기 위해 국제법에 따라 외교적 보호 이외의 조치나 절차로 나아가는 국가, 자연인, 법인, 또는 기타 단체의 권리는 본 초안의 영향을 받지 않는다고 규정하고 있다.

나. 외교적 보호 행사 여부에 관한 정부의 재량

(1) 외교적 보호에 관한 규정 초안

외교적 보호 권한에 관한 전통적 이론의 가장 큰 약점은 그 행사 여부가 정부의 재량에 맡겨져 있다는 점이다. 사실 바텔은 국가의 의무를 강조하였으나, 바텔은 국제적인 차원에서 개인의 권리가 인정되지 않는다는 전제에서 전쟁을 포함하는 국가 중심적 주권행사를 중심으로 논의하였기 때문에 바텔의 이론 전부를 현대적인 의미의 외교적 보호 논의에 수용하기는 어렵다.³²⁾ 국제사법재판소(ICJ)가 바르셀로나 트랙션(Barcelona Traction) 결정에서 명시한 것과 같이,³³⁾ 외교적 보호 행사를 어떤 수단

31) Germany v. Poland, PCIJ, Series A, No. 17, 1928.

32) Noura Karazivan, Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially, Canadian Year Book of International Law, 2006, 307-309쪽 참조.

33) Within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the National or legal person on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. All they can do is resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress ... the State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, and to

을 통해 어떤 범위에서 행사할 것인지를 결정하는 것은 국가 자신의 권리로 보는 것이 국제법 학계와 실무의 일반적 경향이었다.

특별보고관 존 두가드가 작업한 2000년 초안에서는 개인의 권리 보호를 위해 국제 강행규범(jus cogens)에 위반한 침해에 대해서는 외교적 보호를 행사할 의무를 인정하였으나(제4조), 국제법위원회의 지지를 받지 못하였다.³⁴⁾ 몇몇 국가는 집단학살과 같은 사건이 있을 때 국가가 수동적으로 남을 수는 없다며 우호적인 의견을 표명하였으나, 이는 개인의 권리 보장 차원이라기보다 국제사회 전반의 이익을 위한 것이었고, 다수 국가는 외교적 보호의 행사는 국가의 특권으로 남아야 하며, 아직 논의가 충분히 성숙하지 않았다고 보았다.

2006년 최종 채택된 초안은 국가 ‘자신의’ 권리(its own right)라는 표현을 삭제하였으나 여전히 정부의 재량과 권리를 인정하였다(A State has the right to exercise diplomatic protection). 다만 초안 제19조에서 ‘권고 시행’(recommended Practice)이라는 제목 하에, 중대한 침해가 발생한 경우에는 적절한 고려(due consideration)를 하여야 한다(should)고 하여 완곡하게 국가에 제한적 의무를 부여하고 있다.

(2) 조약 및 국제 관습법에 근거한 국제법상 의무 인정 여부

시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)³⁵⁾ 또는 유럽인권협약(European Convention

what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case ... the State enjoys complete freedom of action.(Belgium v. Spain, 1970, ICJ Rep 44, 78)

34) 당시 강행규범의 의미가 불확실하다는 것도 한 이유가 되었으나, 2006년 국제사법재판소(ICJ)는 강행규범의 개념을 명시적으로 인정하였다(Democratic Republic of Congo v. Rwanda).

35) 1966년 12월 16일 UN총회에 의하여 채택된 다자조약으로서, 1976년 3월 23일 발효

on Human Rights, ECHR) 등을 통하여 국제법상 외교적 보호의무를 인정하려는 논의가 있다.

시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조 제1항은 이 규약의 당사국의 영토 내의 그리고 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대해 규약상 권리 보장을 규정하고 있다. 이 규정에 의하여 재외국민의 권리 침해에 대한 보호의무 도출을 주장하는 견해가 제시될 수 있다. 위 규약에 의하여 설치된 인권위원회(Human Rights Committee)는 당사국의 영토 내에 있지 아니하더라도 당사국의 관할권 아래에 있는 개인에 대해서 본 규약에 적용될 수 있다고 본 바 있다.³⁶⁾ 또 국제사법재판소(ICJ)는 위 규약이 원칙적으로 영토 내에서 적용되는 것이라고 보면서도, 국가가 영토 밖에서 관할권의 행사로서 한 행위에 규약이 적용된다고 보았다.³⁷⁾

한편 유럽인권협약은 비인간적 처우를 받지 않을 권리를 규정(제3조)하는 한편, 관할권 내에 있는 모든 사람에게 협약이 적용된다고 규정(제1조)하는데, 이에 근거해 범죄인 인도를 할 수 없다고 판단한 유럽인권재판소의 쇠링(Soering) 결정³⁸⁾과 같이 유럽인권협약 가입국은 국민이 해외에서

되었다. 우리나라는 국회동의를 거쳐 비준하여 1990년 4월 10일 가입서를 기탁하였다.

36) Human Right Committee, "General Comment No. 31 : The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant", UN. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (2004).

37) Legal Consequences on the Construction of a Wall in the Occupied Palestine Territory, 43 I.L.M. 1009(2004)

38) 독일 국적자인 쇠링은 미국에서 사형을 선고받을 수 있는 살인죄를 저지르고 영국으로 도주하였고, 범죄인 인도명령이 이루어지자, 사형을 선고하지 않는다는 보장 없이 범죄인 인도를 하는 것은 유럽인권협약상 비인간적 처우를 받지 않을 권리를 침해한다고 주장하였다. 유럽인권재판소는 유럽인권협약상 비인간적 처우를 받지 않을 권리는 범죄인인도절차에도 적용되나, 유럽인권협약은 특정한 상황에서 사형을 부정하지 않으므로 사형을 선고받을 우려가 있다는 것만으로 범죄인 인도가 비인간적 처우가 되는 것은 아니라고 보았다. 다만 구금자의 상황이나 형벌의 비례성, 구금의 환경 등을 고려하여 결정할 수 있다고 보고, 쇠링의 인도가 비인간적 처우를 받지 않을 권리를 침해한다고 판단했다.

부당한 처우를 받을 때 외교적 보호를 행사할 의무가 있다는 견해가 제시될 수 있다.³⁹⁾ 그러나 위 결정은 사형제와 범죄인 인도, 추방과 관련한 것으로 예외적이다. 알 아드사니(Al-adsani)사건에서 유럽인권재판소는 유럽인권협약의 역외적용은 한계가 있으며, 피해의 발생에 가입국의 어떤 개입이나 관련성이 있다는 주장이 없다는 이유로 청구를 받아들이지 않았다.⁴⁰⁾

피해자의 국적국의 관할권이나 피해 발생에 관한 국적국의 개입, 관련성 등 개념이나 요건의 엄격성, 조약의 당사국과 지역적 한계 등을 고려하면 위와 같은 다자조약으로부터 일반적인 외교적 보호의무 도출은 곤란할 것으로 보인다. 한편 현재 유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union) 제46조는, 모든 유럽연합 시민은 자신의 국적국의 조력을 받을 수 없는 제3국에서 유럽연합의 다른 어떤 국가로부터라도 외교적, 영사적 보호를 받을 자격이 있다고 규정하여 해석상 외교적 보호 의무를 도출할 여지를 부여하고 있다.

Ⅲ. 각국의 헌법상 재외국민 보호의무와 국내법상 외교적 보호의무 인정 여부

1. 각국의 헌법상 재외국민 보호의무

민주주의와 법의 지배, 기본권의 보호는 많은 국가의 헌법에 규정되어

39) Noura Karazivan, Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially, Canadian Year Book of International Law, 2006, 329쪽 참조.

40) 알 아드사니는 쿠웨이트와 영국의 이중국적자로서 영국에서 쿠웨이트를 상대로 고문에 대한 배상을 청구하는 소를 제기하였으나 주권면제법에 의하여 청구가 기각되었다. 알 아드사니는 주권면제법 적용이 비인간적 처우를 받지 않을 권리를 침해한다고 주장하며 영국을 상대로 유럽인권재판소에 소를 제기하였다.(Al Adsani v. United Kingdom, no. 35763/97 ECHR, 2002)

있으며, 정부는 이에 기속된다. 다른 국가의 영역에 체류, 거주하는 재외국민 보호의 문제는 타국과의 관계 설정에 관한 정부의 외교정책 결정, 행사와 관련되어 있고, 외교행위에 있어 특별한 헌법적 한계나 의무가 규정되어 있지 않다고 하더라도 적어도 국내법상 외교정책의 결정과 행사를 포함한 모든 행위는 헌법의 근본원리에 기속된다.⁴¹⁾

재외국민의 기본권 보호와 관련하여 특별한 규정을 두고 있는 국가들도 있다.⁴²⁾ 러시아 헌법은 재외국민에 대한 보호와 지원을 보장함을 규정하고 있고,⁴³⁾ 포르투갈 헌법은 재외국민의 헌법상 권리 행사에 관한 국가의 보호를 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 스페인의 경우 공권력이 해외 스페인 노동자들의 경제적, 사회적 권리에 주의를 기울일 것을 요구하고 있고,⁴⁵⁾ 이탈리아 헌법도 해외 노동자를 보호하도록 하는 규정을 두고 있으며,⁴⁶⁾ 헝가리 헌법은 정부가 재외국민의 삶에 책임이 있다고 규정한다.⁴⁷⁾ 다만 이러한 규정들은 대체로 완곡한 표현(*shall, care, concern* 등)을 사용하고 있고, 이러한

41) European Commission for Democracy through Law, Report on the Legal Foundation for Foreign Policy & Appendix, 1998, 6쪽 참조.

42) 국문번역은 국회도서관이 발간한 세계의 헌법(제3판) 제1권, 제2권에 의한다.

43) 1993년 러시아 헌법 제62조 제2항 러시아연방 국민은 외국국적을 취득하여도 연방 법률이나 러시아연방이 체결한 국제조약에 달리 규정되지 아니하는 한 그 권리와 자유가 축소되지 아니하고, 러시아 국민으로서의 의무가 면제되지 아니한다.

44) 2005년 포르투갈 헌법 제14조 해외에 있거나 주재 중인 포르투갈 국민은 출국중인 그들의 상황에 부합하는 범위 내에서 권리 행사시 국가의 보호를 받으며 그러한 범위 내에서 의무를 준수한다.

45) 1992년 스페인 헌법 제42조 국가는 특히 외국에 있는 스페인인 노동자의 경제적·사회적 권리의 보호에 유의하고 그들의 귀국에 관한 정책을 수립하여야 한다.

46) 1947년 이탈리아 헌법 제35조 국가는 모든 형태와 실무상의 노동을 보호한다. ... 해외에서 근무하는 이탈리아 노동자를 보호한다.

47) 2011년 헝가리 헌법 D조 헝가리는 하나의 헝가리 국가만이 존재함을 인식하고 외국에 거주하고 있는 헝가리인의 운명을 책임지고 공동체의 생존과 발전을 촉진하여야 하며 헝가리인으로서의 정체성을 이어가고자 하는 그들의 노력, 개인적 및 집합적 권리 주장, 공동체의 자치정부설치, 그들이 살고 있는 곳에서의 번영을 뒷받침하여야 하고 상호간 헝가리와의 협력을 촉진하여야 한다.

규정들이 인정하는 재외국민의 권리나 국가의 의무가 국내법상 어떤 범위에서 실효성을 지니는지, 재외국민이 영사접견권 이외의 추가적인 권리를 갖는지 여부는 불확실하다.

한편 명문의 규정이 없더라도 헌법의 해석으로부터 재외국민 보호에 관한 의무를 인정하는 국가도 있다. 독일은 불가침의 인권을 규정한 헌법조항이 부당한 처우를 당한 재외국민에 대한 외교적 보호의무의 근거가 된다고 본다.⁴⁸⁾ 각국의 국내법상 외교적 보호의무의 인정 여부 및 범위에 대해서는 다음 항에서 사례를 중심으로 구체적으로 다시 살펴본다.

2. 각국의 국내법상 외교적 보호의무 인정 여부

가. 외교적 보호에 관한 사법심사

지난 30년 동안 자국 정부를 상대로 외교적 보호의 불행사 또는 실패를 다투는 많은 소가 제기되었다. 당사자들은 중대한 인권 침해의 경우, 국가는 외교적 보호를 할 의무가 있으며, 이를 법원에서 다룰 수 있어야 한다고 주장했고, 법원은 이를 제한적으로 인정하는 경향을 보였다.

전통적으로 외교적 보호의 행사 여부는 국가의 재량으로 인정되어 왔고,⁴⁹⁾ 사법부는 외교적 보호에 관한 사법심사에 소극적이었다. 국제법위원회

48) 1870년 독일 제국 헌법은 ‘모든 독일인은 외국으로부터 제국의 보호를 구할 동등한 권리를 지닌다.’고 규정하였으며(제3조), 1919년 바이마르 헌법도 그와 유사하게, ‘모든 독일 국적자는 영토 내외에서 외국으로부터 국가의 보호를 요구할 수 있다.’(제112조)고 규정하였다. 현재 독일 헌법은 이와 같은 규정을 두고 있지 않지만, 독일 연방 헌법재판소의 입장은 헌법의 역사적 해석으로부터 영향을 받아 외교적 보호의무를 인정하는 것으로 보인다(BVerfGE 55, 349).

49) Bochar, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, the Banks Law Publishing, 1916, 29쪽 참조. 20세기 초에 외교적 보호에 관한 논의를 집대성하여 단행본을 저술한 Bochar는 외교적 보호가 의무라면, 이는 법적 의무가 아니라 도덕적 의무이며, 국제법상 이를 강제할 수단이 없고, 다만 국내법

회의 외교적보호에 관한 규정 초안의 특별보고관으로 존 듀가드가 선임되기 전 특별보고관이었던 베누나(Bennouna)는 외교적 보호는 사법심사 대상이 아니며, 외교적 보호의 의무는 법적 의무가 아니라 도덕적 의무라고 보았다.⁵⁰⁾

그러나 최근 각국의 법원의 결정례를 살펴보면, 대체로 사법심사를 하고 있다. 법원들은 외교적 보호의 행사의 재량적 성질 및 정부가 보호의 종류나 정도를 결정하기 적절한 기관이라는 점을 인정하면서도 정부가 이러한 권한을 적절하게 행사하였는지 여부가 원천적으로 사법심사의 대상에서 제외되는 것은 아니라고 보았다.

나. 각국의 사례

(1) 독일: The Rudolf Hess Decision(1980)⁵¹⁾

독일은 헌법상 외교적 보호에 관한 국민의 권리를 인정하는 오랜 전통을 가지고 있지만, 헌법이 외교적 보호의 최소수준을 특정하고 있는 것은 아니다. 외교적 보호의 불행사가 문제된 첫 사례는 루돌프 헤스 결정이다. 나치전범인 루돌프 헤스는 1947년 종신형을 선고받고 전승 연합국이 공동으로 관리하는 베를린 스파다우 교도소에 수용되었는데, 1977년 6월 국제법에 위반한 구금환경과 관련하여 정부가 외교적 보호를 행사할 의무가 있다고 주장하며 소를 제기하였다. 1980년 12월 연방헌법재판소는, 정부는 국민에 대한 외교적 보호의무가 있지만 그 행사에 광범위한 재량이 인정된

상 의무인지 문제될 수 있지만, 일반적으로는 국내법적으로도 의무가 없다고 보았다. 또 개인이 자국 정부에 외교적 보호를 구할 권리 역시 도덕적 차원의 것이고, 명시적으로 헌법에 규정한 나라(당시 독일)에서도 이를 강제할 수단이 없다고 보았다. 한편 외교적 보호를 행사할 국가의 '권리'는 국내법에 의하여 제한될 수 없다고 보았다.

50) Bennouna, Preliminary Report on Diplomatic Protection, International Law Commission 50th Session, A/CN.4/484 참조.

51) BVerfGE 55, 349.

다고 판단하였다. 연방헌법재판소는, 정부가 연합국 측에 청구인의 노쇠한 건강상태에 비추어 석방이 정당화될 수 있다는 문제를 제기하였으나, 청구인의 석방이 뉘른베르크 군사재판(2차대전 후 전범재판)의 정당성에 의문을 불러올 수 있어 부적절하다고 결정된 점, 정부가 청구인의 구금의 정당성에도 불구하고 청구인의 환경을 개선하기 위한 노력을 한 점을 지적하면서, 이것이 청구인이 원하는 결과를 가져오지 못했다는 사실만으로는 헌법에 의하여 연방정부가 더 나아가 특정한 조치를 취하여야 할 의무를 인정하기 충분하지 않다고 보았다. 이 결정은 외교적 보호는 개인의 권리가 아니라 정부의 재량적 권한이라는 관점을 확고히 한 것으로 해석되기도 하지만, 법원은 사법판단을 회피하지 않았으며, 재량에 대한 통제가능성을 열어둔 것으로 볼 수 있다.⁵²⁾

(2) 스페인: Comercial F SA v. Council of Ministers

적도기니의 탈식민지화 이후 국제법에 위반한 침해를 겪었다고 주장하는 스페인 국민과 회사들은 1987년 외교적 보호의 부족을 주장하며 스페인대법원에 소를 제기하였다. 스페인은 1968년 적도기니를 해방시켰는데, 이후 적도기니의 법질서는 급속히 무너졌고, 1979년 군사쿠데타 후에도 마찬가지였다. 청구인들은 새로 독립한 국가의 정부기관들의 자의적 조치에 의하여 재산을 박탈당하였으나, 스페인 정부는 충분한 보호조치를 하지 않았다고 주장했다. 외교적 보호는 개인의 권리가 아니라 국가의 권리라는 정부의 주장에 대하여, 스페인 대법원은, 정부의 주장을 받아들이지 않았고, 사실관계의 파악이 필요하다고 보았으나, 제소기간이 도과하였다고 판단했다.⁵³⁾

52) Annemarieke Vermeer-Kuenzli, Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, *Nordic Journal of International Law*, 75(2006), 286-287쪽 참조.

53) Annemarieke Vermeer-Kuenzli, Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection, *Nordic Journal of International Law*, 75(2006), 289쪽 참조.

(3) 영국: *Abbasi & Anor v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*(2002)

아프가니스탄에서 체포되어 관타나모 기지에 구금된 압바시(Abbasi)는 자신에 대한 구금이 자의적 구금을 금지하는 국제 인권법과 국제 강행규범에 위반한 것이라고 주장하며 영국 정부가 외교적 보호를 행사할 것을 주장하였다. 법원은 압바시에 대한 처우가 국제법에 합치하지 않는 점을 인정하였다. 그러나 국제법상 외교적 보호를 행사할 의무는 아직 인정되지 않고, 국내법적으로 보더라도 인권법(Human Right Law)이나 유럽인권협약(ECHR)에 의하여 외교부가 관타나모에 있는 압바시에 대하여 의무를 부담하지 않는다고 보았다. 다만 기본적 인권에 대한 침해로 고통받는 영국 국민에 대한 외교적 지원을 거절하는 것에 대해 사법심사가 완전히 배제된다고 볼 수는 없다고 판단했다. 영국법원은 정당한 기대(*legitimate expectation*) 이론을 인용했다. 정부가 재외국민의 보호와 관련한 지속적 정책을 실시해 왔다면, 국민은 정부가 그에 따라 행동할 것이라는 정당한 기대를 할 수 있다. 특히 정부가 명시적인 입장을 밝힌 부분에 대해서는 외교적 보호의 재량적 성질에도 불구하고 사법심사가 가능하다. 법원은 외교부가 압바시의 지원 요청에 대해 검토했고, 압바시가 합리적으로 기대할 수 있는 것은 더 이상 없다고 보아 청구를 기각하였다. 영국법원의 입장은 인권보호 및 법적 안정성의 보장원칙에 따라 개인에게 외교적 보호를 구할 권리를 인정하는 외에 개인의 권리를 구제할 다른 선택지를 열어주었으며, 정부에 불가능한 요구를 할 수는 없다는 점을 인정하면서도 최소한의 관여를 강조한 것으로 평가된다.⁵⁴⁾

54) Annemarieke Vermeer-Kuenzli, *Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection*, *Nordic Journal of International Law*, 75(2006), 293-295쪽; Noura Karazivan, *Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially*, *Canadian Year Book of International Law*, 2006, 314-317쪽 참조.

(4) 캐나다: *Khadr v. Canada*(Minister of Foreign Affairs)

캐나다 시민인 카드르는 알카에다와 관련된 혐의로 아프가니스탄에서 체포되어 관타나모 기지에 구금되었고, 그의 가족은 캐나다 정부에 영사적, 외교적 보호를 요청하는 소를 제기하였다. 청구인은 캐나다 인권헌장에 의한 권리를 주장했으나, 법원은 캐나다 인권헌장에 의한 권리는 선례에 의할 때 역외에서 효력을 인정하기 위한 기준(캐나다 정부의 행위가 침해와 충분한 관련성이 있고 전제가 되어 침해의 결과가 예측 가능할 것)을 충족하지 못한다고 보았다. 다만 청구인의 외교부법 위반 주장과 관련하여, 외교부법은 정당한 기대를 창출하며 청구인은 영사적 지원을 받을 수 있다고 보았다. 법원은 시민적, 정치적 권리에 관한 규약(ICCPR)이나 아동권리협약이 캐나다 정부에 외교적 지원에 관한 의무를 부과하는 것은 아니라고 보았지만, 영사관계에 관한 비엔나협약이 개인의 권리를 창출했음은 인정하였다. 이에 따라 캐나다 시민에게 영사적 지원을 요구할 권리가 외교부법 또는 국제법에 의하여 인정될 수 있게 되었다.⁵⁵⁾

(5) 네덜란드: *M. K. v. The Netherlands*

마약거래 혐의로 방콕에서 재판 전 구금을 당한 네덜란드인은 신속하고 정당한 재판을 받을 권리와 자유권이 침해당하였다며, 네덜란드 정부는 그의 상황을 개선하기 위한 모든 필요한 조치를 취할 의무가 있고, 태국 주재 대사관은 그의 석방을 위한 성명을 발표해야 한다고 주장하며 소를 제기하였다. 법원은 정부가 청구인의 처우를 개선하기 위해 외교적 노력을 한 사실을 인정하였고, 청구인의 주장은 설득력이 없으며 입증되지도 않았다는 이유로 배척하였다. 이 사례는 영사보호 및 외교적 보호 모두와 관련되어 있는데, 법원은 영사보호가 국제법상 개인의 권리임을 확인하였으나

55) Noura Karazivan, *Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially*, *Canadian Year Book of International Law*, 2006, 317-319쪽 참조.

양자를 구분하지는 못하였다. 다만 정부가 청구인의 상황을 개선하기 위한 노력을 계속할 것을 명하여 정부의 재량을 제한하였다.⁵⁶⁾

(6) 남아프리카공화국

- *Kaunda v. The President of the Republic of South Africa*(CCT23/04)⁵⁷⁾

적도기니 정부의 전복을 위한 쿠데타와 관련하여 위험한 무기를 소지한 혐의 등으로 짐바브웨에 구금된 카운다(Kaunda)와 68명의 남아프리카공화국 국민들은 그들에 대한 구금이 국제법에 위반한 것이며, 짐바브웨 정부가 그들을 적도기니에 인도하여 그들이 정당한 재판을 받지 못하고 사형당할 위험이 있으므로 남아공 정부가 외교적 보호권을 행사해야 한다고 주장하며 소를 제기하였다.

남아공 헌법재판소는 국제 강행규범에 위반한 중대한 침해가 있는 경우 피해자의 국적국이 외교적 보호를 행사할 법적 의무가 있는지, 그것이 국제법상 개인의 권리가 될 수 있는지를 명확하게 실시하였다. 헌법재판소는 현재의 통설에 따라 외교적 보호가 국제법상 개인의 권리로 인정될 수 없으므로 청구인들이 국제관습법을 근거로 청구할 수는 없다고 보았다. 그러나 남아공 헌법 제7조 제2항은 권리장전에 포함된 권리들을 존중·보호·고양시킬 것을 규정하고 있고, 정부의 국민에 대한 헌법상 의무는 재외국민에 대해서도 마찬가지로라는 점에서 이러한 헌법규정이 역외에서 효력을 가질 여지가 있으나, 헌법을 통해 외교적 보호에 관한 권리를 인정하는 것이 타국의 주권에 대한 침해가 될 수 있으며, 이는 국제법에 저촉되거나 인정되지 않을 수 있다는 점, 특히 외교적 보호를 통한 요구가 가해국의 법절차의 준수에 대한 것을 넘어 남아공 헌법상의 권리 보호에 관한 것이라면 국가주권의 원칙에 어긋난다고 보았다. 다만 헌법재판소는 헌법상 평

56) Annemarieke Vermeer-Kuenzli, *Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection*, *Nordic Journal of International Law*, 75(2006), 296-297쪽 참조.

57) <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2216>.

등보호조항(제3조)에 근거하여 외국의 불법행위에 관하여 정부에 국제법에 따른 보호를 구할 권리가 있으며, 국민의 요청은 적절히 고려되고 답변되어야 한다고 보았다. 한편 두 명의 재판관은 별개의견을, 한 명의 재판관은 반대의견을 내어, 남아공 헌법에 의하여 재외국민에 대한 중대한 인권 침해의 경우에는 외교적 보호 의무가 인정된다고 보았다.

법원은, 외교적 보호의 요청이 국제관습법의 일부를 이루는 인권의 실질적 침해와 관련된 경우 누구도 정부가 소극적이라 생각하지 않는다는 점을 적시하고 외교적 보호의 기초에 관한 논쟁이 현재 진행중이지만, 침해된 권리의 실질적 주체가 개인이라는 점은 의문의 여지가 없으며, 심각한 인권 침해가 발생한 경우 정부에 대한 요청은 거부되기 어렵다고 보았다. 정부의 거부는 정당화될 수도 있지만, 법원이 적절한 조치를 명할 수도 있음을 강조하였다. 한편 정부는 보호가 필요한지 여부를 평가하는 데 법원보다 적합한 기관이란 점 역시 분명히 하였다.

이 사건에서 법원은 정부가 적절하게 행위하고 있음을 확인하였고, 한편 청구인이 적도기니로 추방될지 모른다는 점이 명백하지 않으며, 그런 경우라면 세심한 협상이 필요한 정부의 권한 범위 내의 것이라는 점에서 청구를 기각하였다. 다만 압바시 결정과 같이 청구인은 정부 정책에 기초한 정당한 기대권을 가지며, 남아공 정부는 국민에 대한 사형선고의 경우 대응한다는 정책을 가지고 있으므로 사형집행이 국제법 위반은 아니지만(따라서 외교적 보호가 문제되지 않지만) 정부는 보호의무를 이행해야 한다는 점을 지적하였다.

이와 관련하여, 때로는 정부의 조용한, 비공식적 외교가 국민 보호의 가장 확실한 수단이 될 수 있다는 점에서 정부의 조치를 법원에 드러내도록 하는 것은 외교적 보호의 효과를 약화시키는 부작용을 초래할 우려가 있다는 비판이 있다.⁵⁸⁾

58) Mary Cooms, Duty to Provide Diplomatic Protection, American Journal of International

- *Josias van Zyl and others v. The Government of the Republic of South Africa and Others*

어떤 보상이나 배상 없이 레소토의 다이아몬드 광산 채굴권을 박탈당한 회사의 주주였던 남아공 국민이 정부에 외교적 보호를 구하였고, 이와 관련하여 남아공 대통령은 레소토 정부에 서한을 보냈으나, 그 이상의 외교적 보호는 거부되자, 남아공 국민은 이것이 남아공법과 국제법에 반한다고 주장하며 소를 제기하였다. 남아공 법원은 이 사건은 재산 박탈이 문제되었으며, 법인의 권리와 관련되어 있다는 점에서 앞서 살핀 카운다 사건과는 구분된다고 보았고, 청구는 기각되었다.⁵⁹⁾

- *Von Abo v. the Government of the Republic of South Africa*

짐바브웨에서 농장의 몰수를 당하고, 짐바브웨 법원에서 구제를 받지 못한 남아공 국민이 외교적 보호의 행사를 요구한 사안에서, 법원은 국제법상 외교적 보호를 구할 권리가 없음을 인정하면서도 *Kaunda* 결정을 인용하며, 정부가 신의성실에 부합하지 않게 비합리적으로 행위하였는지를 법원이 심사할 수 있다고 보고, 정부가 아무런 조치를 취하지 않은 것은 헌법에 위반된다고 결정하였다.⁶⁰⁾

(7) 기타

이스라엘에는 재외국민 보호의무를 정한 성문법이 없지만 이스라엘 대법원은 1952년 국가는 우호국 정부를 통한 보호가 가능하다면 적국에 있는 국민을 보호할 의무가 있다고 본 바 있다. 미국의 경우도 헌법상 재외국민 보호의무를 정하고 있지 않지만, 이른바 인질법(*Hostage Act*)상 대통령의 개입이 요구된다는 것이 법원의 견해이다. 미국 시민이 외국 정부에 의해

Law, 99(2005), 685쪽 참조.

59) 2005(11) BCLR 1106 (T).

60) 2009(2) SA 526(T).

부당하게 자유를 박탈당한 경우, 대통령은 전쟁을 발생시키거나 불법하지 않은 범위에서 석방을 위해 필요하고 유효한 조치를 취해야 한다. 한편 스위스의 경우, 헌법의 몇몇 조항이나 영사협약을 통해 스위스의 이익을 침해하지 않는 범위에서 자국민을 보호할 제한된 의무가 있음에도 스위스 법원은 자국민을 위해 정부가 외교적 보호 권한을 행사할 의무는 없다고 본다.⁶¹⁾

IV. 우리 헌법상 재외국민 보호의무

1. 헌법의 규정 및 입법현황

우리 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 하여, 일반적인 국가의 기본권 보장 의무를 규정한 것과 별도로, 제2조 제2항에서 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다.”고 하여 재외국민 보호 의무를 규정하고 있다.

재외국민 보호에 관한 조항은 1980. 10. 27. 제8차 헌법 개정을 통해 처음 헌법에 규정되었는데, 당시에는 ‘재외국민은 국가의 보호를 받는다’고 하여 의무로 규정되지 않았다. 위 조항은 재외국민의 참정권 보장에 관한 주장이 제기되어 논의 중 이를 명시적으로 인정하지 못하게 되자 삽입된 것으로 보인다.⁶²⁾ 이후 1987. 10. 29. 제9차 헌법 개정 과정에서, 우리나라의 국제적 지위 향상과 함께 증가하고 있는 해외교민을 적극적으로 보호해

61) Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, oxford university press, 2008, 83-84쪽 참조.

62) 헌법연구반 보고서(1980. 3.) 헌법심의자료, 40-42쪽; 배종인, 국가의 재외국민보호 의무의 범위와 한계-헌법 제2조상의 재외국민보호와 국제법상의 외교적·영사적 보호-, 법조 2007. 12., 161쪽에서 재인용.

야 한다는 주장에 따라 현재와 같이 국가의 의무 형태로 규정되었다.⁶³⁾

현재 재외국민등록법 및 재외국민 교육지원 등에 관한 법률이 제정되어 시행중이고, 소방기본법이나 해외긴급구호에 관한 특별법 등에서 재외국민의 보호에 관한 개별 규정을 두고 있다.

한편 헌법상 재외국민 보호의무 규정에도 불구하고 재외국민보호에 관한 일반 법률이 마련되어 있지 아니하여 관련 영사업무가 행정규칙에 따라 이루어지고 있는 등 재외국민이 해외에서 사건·사고 등 위급한 상황에 처할 경우에 대비한 적절한 보호체계가 정립되어 있지 못한 점을 고려하여 해외 위난 상황 등 각종 사건·사고로부터 재외국민을 보호하기 위하여 필요한 제반사항을 규정하기 위해 2019. 1. 15. 법률 제16221호로 ‘재외국민보호를 위한 영사조력법’이 제정되어 2021. 1. 16. 시행되었다. 이 법에서는 ‘재외국민’을 외국에 거주, 체류 또는 방문하는 대한민국 국민을 말한다고 규정하여 종래 다른 법률에 비하여 폭넓게 정의하고(제2조 제1호),⁶⁴⁾ 국가는 영사조력을 통해 사건·사고로부터 재외국민의 생명·신체 및 재산을 보호하기 위하여 노력하여야 하며, 이를 위하여 필요한 재외국민보호 정책을 수립·시행하여야 한다고 규정하고 있다(제3조 제1항).

2. 헌법재판소의 관련 결정

가. 헌법 제2조 제2항의 해석

헌법재판소는 ‘헌법 제2조 제2항에서 정한 국가의 재외국민 보호의무에 의하여 재외국민이 거류국에 있는 동안 받게 되는 보호는, 조약 기타 일반

63) 제137회 국회 국회본회의회의록 5호(1987. 10. 12.), 2쪽 참조.

64) 재외국민등록법의 등록대상인 재외국민은 ‘외국의 일정한 지역에 계속하여 90일 이상 거주하거나 체류할 의사를 가지고 그 지역에 체류하는 대한민국 국민’(제2조)이고, 재외국민 교육지원 등에 관한 법률에 의한 지원대상인 재외국민은 ‘외국에 거주하는 대한민국 국민’(제2조 제1호)이다.

적으로 승인된 국제법규와 당해 거류국의 법령에 의하여 누릴 수 있는 모든 분야에서 정당한 대우를 받도록 거류국과의 관계에서 국가가 하는 외교적 보호와 국외 거주 국민에 대하여 정치적인 고려에서 특별히 법률로써 정하여 베푸는 법률·문화·교육 기타 제반영역에서의 지원을 뜻하는 것'이라고 본 바 있다(헌재 1993. 12. 23. 89헌마189, 판례집 5-2, 622, 646; 헌재 2001. 12. 20. 2001헌바25, 판례집 13-2, 863, 887; 헌재 2010. 7. 29. 2009헌가13, 판례집 22-2상, 124, 135 참조). 헌법재판소는 위 실시에서 '외교적 보호'라는 표현을 사용하였다. 그러나 전체 문맥에 비추어 보면, 외국의 우리 국민에 대한 불법행위로부터 우리 국민의 피해를 구제하기 위한 외교적 수단으로서 국제법적으로 통용되는 '외교적 보호(Diplomatic Protection)'의 개념에 한정하여 위와 같이 표현한 것으로 보기는 어렵고, 영사 지원(Consular Assistance)을 포함하여 외교적 수단을 통한 재외국민의 권익 보호를 포괄적으로 표현한 것으로 이해된다.

나. 구체적 작위의무의 도출 여부

헌법재판소는 2011년 일본군위안부 피해자인 청구인들이 일본국에 대하여 가지는 배상청구권이 '대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정'(이하 '한일청구권협정'이라 한다) 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 한일청구권협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 대한민국 정부의 부작위가 청구인들의 기본권을 침해하여 위헌이라고 결정하였다(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788).

헌법재판소는 피청구인 대한민국 정부의 작위의무는 헌법 제10조의 기본권보호의무, 제2조 제2항의 재외국민보호의무, 헌법 전문의 대한민국 임시정부의 법통 계승의 정신에서 유래한 것으로서 '공권력 주체의 작위의무

가 법령에 구체적으로 규정되어 있는 경우'에 해당한다고 보았다.

이는 헌법 조항이나 그 해석으로부터 직접 구체적 작위의무가 도출된다고 인정한 것은 아니며, 다만 조약으로서 국내법의 효력을 지니는 한일청구권협정으로 구체화된 법령상 작위의무를 인정한 것으로 이해된다.

헌법재판소는 2000년 재일 한국인 피징용부상자들의 보상문제가 한일청구권협정에 의해 타결된 것인지에 관한 한·일 양국정부의 분쟁이 있음에도 우리나라 정부가 중재회부를 하지 않고 있는 것에 대하여 '행정권력의 부작위'의 위헌확인을 구한 헌법소원 사건에서 중재요청의무는 헌법상 작위의무로서 인정되지 않는다고 본 바 있다(헌재 2000. 3. 30. 98헌마206, 중재요청불이행 위헌확인사건).

위 2000년 결정과 2011년 결정이 구별되는 것은, 2000년 결정이 한일청구권협정 제3조 제2항의 '중재회부에 의한 분쟁해결' 방식을 취할 의무가 있는지에 관한 것이었던 반면, 2011년 결정은 한일청구권협정 제3조 제1항 및 제2항에 따라 '한일청구권협정의 해석에 관한 분쟁을 해결하기 위하여 위 협정의 규정에 따른 외교행위 등을 할 작위의무'가 있는지에 관한 것이어서(헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 판례집 23-2상, 366, 387-388 참조) 법령으로부터 도출되는 작위의무의 범위에 따라 위 두 결정의 결론이 달라진 것으로 이해된다.

결국 선례에 의하면, 우리 국민이 대한민국 영토 밖에서 타국의 불법행위로 입은 피해를 입은 경우, 조약 등 법령에 피해 구제를 위한 일정한 작위의무가 규정되어 있지 않은 한 우리 국민의 피해 구제를 위해 대한민국 정부가 외교행위 등을 할 구체적 작위의무가 일반적으로 인정된다고 볼 수 없으며, 우리 헌법상 재외국민보호의무의 범위와 내용은 여전히 모호하게 남아있다.

3. 우리 헌법상 재외국민보호의무의 구체화

가. 기본권 보호의무와 재외국민보호의무

헌법은 국민의 기본권 보호를 위하여 국가 권력의 행사를 제한하고 억제하는 데 그치지 않고, 적극적으로 기본권을 신장시킬 의무와 책임을 부과한다. 더구나 우리 헌법은 기본권 보호의무 및 재외국민보호의무를 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 우리 국민이 대한민국 영토 밖에서 타국에 의해 기본권을 침해당한 경우, 적어도 헌법 제10조에 의한 기본권 보호의무의 내용에 준하여 재외국민보호의무를 이해할 필요가 있다. 기본권 보호의무란 생명·신체의 안전 등 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위협으로부터 보호하여야 하는 국가의 의무를 말하는 것(헌재 2011. 2. 24. 2008헌바40, 판례집 23-1상, 1, 6)으로 이해되고, 국가 주권이 미치지 않는 외국을 사인과 같이 보기는 어려우므로 헌법 제10조에 의한 기본권보호의무 자체가 문제된다고 할 수는 없으나, 재외국민 보호의무의 해석에 있어 기본권보호의무의 해석론을 인용하는 것은 가능하다고 본다. 따라서 재외국민이 생명·신체의 안전과 같은 주요한 기본권적 법익을 외국정부 등 공권력에 의하여 침해당한 경우, 헌법재판소로서는 국가가 국민의 법익보호를 위하여 적어도 적절하고 효율적인 최소한의 보호 조치를 취했는가를 기준으로 심사할 수 있다고 본다.

기본권보호의무와 관련하여 헌법재판소는, 국가가 특정조치를 취해야만 당해 법익을 효율적으로 보호할 수 있는 유일한 수단인 특정조치를 취하지 않은 때에 보호의무의 위반을 확인하게 된다고 보고 있다(헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 103-104 참조). 그런데 국가 주권이 미치지 않는 타국에 대하여 우리 헌법상의 가치를 곧바로 강제하거나 피해 회복을 위한 조치를 이행하도록 강제력을 행사하는 것은 현실적으로 불가

능하므로 국가가 취할 수 있는 조치는 외교적 보호 권한의 행사로 귀결되며, 구체적으로 어떤 조치가 효율적 보호수단이 될 것인지에 관하여는 정부의 재량이 인정될 수 있다고 할 것이지만, 남아공 헌법재판소가 인정한 바와 같이 재외국민의 보호요청에 대하여 적절히 고려하고 답변할 의무는 결과적으로 이루어져야 할 특정한 조치의 내용이 어떤 것이든 수반되어야 하는 조치라고 할 것이므로 이를 이행하지 않는 경우 재외국민보호의무에 위반한 것으로 보아야 한다. 다만 헌법재판소가 정부의 정치적 예측판단을 대신하여 집행부의 기능을 대신 행사하는 결과가 되지 않도록 정치적 형성의 광범위한 공간이 인정되도록 주의할 필요가 있다.

이러한 의무의 인정이 밀행성을 요구하는 사안에서 오히려 국민의 보호에 불리할 수 있다거나 외교적 보호가 가해국과의 우호관계를 저해할 수 있다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 답변의무는 정부가 취하고 있는 조치나 외국과의 합의의 내용 전부를 일반에 공개하라는 취지가 아니라 합리적 이유 없이 외교적 보호 권한의 행사를 거부할 수 없다는, 말하자면 거부사유를 밝히는 데 초점이 있는 의무로 이해한다면 밀행성이 크게 저해되지 않을 수 있다. 또 타국의 불법행위는 국가에 귀속되는 행위지만 구체적 행위자는 별도로 존재하는 것이 보통이고 크게 보아도 정부의 행위로 귀결되므로 외교적 보호 권한의 행사가 상대 국가 존재에 대한 비난이나 공격이 되는 것 아니다. 외교적 보호의 수단은 다양하고, 양국의 우호관계는 분쟁 해결에 오히려 유리한 조건이 될 수 있다고 보아야 한다.

나. 신뢰보호와 재외국민보호의무

앞서 살핀 영국법원의 결정에서 실시한 합리적 기대가 있는 경우는 우리 헌법상 신뢰보호의 문제와 유사한 것으로 이해될 수 있다. 외교적 보호 권한의 행사 및 그 내용에 대해 보호가치 있는 신뢰가 형성된 경우라면 재

외국민보호의무의 이행에 있어 신뢰보호의 원칙에 위반되지 않을 것이 요구된다.

V. 결어

전통적으로 외교적 보호의 행사 여부는 국가의 재량으로 인정되어 왔고, 사법부는 외교적 보호에 관한 사법심사에 소극적이었다. 그러나 최근 각국의 법원의 결정례를 살펴보면, 법원들은 외교적 보호의 행사의 재량적 성질 및 정부가 보호의 종류나 정도를 결정하기 적절한 기관이라는 점을 인정하면서도 정부가 이러한 권한을 적절하게 행사하였는지 여부가 원칙적으로 사법심사의 대상에서 제외되는 것은 아니라고 보고 있다.

헌법재판소에 의한 헌법규범의 적용과 해석으로부터 완전히 자유로운 국가의 공권력 행사는, 헌법이 스스로 명문으로 규정하지 아니하는 한 어떠한 영역에서도 인정될 수 없다. 외교·국방 영역에서의 정부의 정치적 결정이 사법심사의 대상이 되지 않는 경우가 많은 것은 그러한 결정이 개인의 권리침해를 직접 야기하지 않는 경우에 해당하기 때문이지 그 자체로 사법심사의 대상에서 배제되는 것은 아니다. 오늘날 개인이 국제법상 권리구제수단을 갖는 경우가 늘어나고 있다고 하더라도 국제관계에서 국가가 자국민의 권리침해에 대응하는 것은 개인의 권리 보호를 위해 중요하며, 이에 관한 사법심사의 준거규범으로서 재외국민 보호의무에 대한 적극적 해석론의 전개를 기대한다.

오스트리아 헌법과 헌법재판소의 발전 및
오스트리아 근현대사 연구*

- 1867년 제국법원 설립부터 1955년 국가조약 체결에
이르기까지 -

鄭 致 彦(Chung, Chieon)

헌법재판소 헌법연구관

- 목 차 -

I. 서론	187
II. 1848년부터 제1차 세계대전 전까지	188
1. 신성로마제국 시기부터 1867년 오스트리아-헝가리 대타협 전까지	188
가. 신성로마제국과 합스부르크 제국의 통치	188
나. 1848년 혁명과 3월 함정헌법	189
다. 1852년 황제 헌장부터 1861년까지	190
라. 1866년 오스트리아·프로이센 전쟁에서의 패배	192
2. 1867년 오스트리아·헝가리 대타협 및 12월 헌법	193
가. 1867년 대타협	193

* 이 논문은 2019. 5. ~ 2020. 10. 국외장기연수 중 작성한 내용을 일부 수정한 것임.

나. 12월 헌법	195
다. 제국법원의 설립	196
III. 제1차 세계대전 참전부터 1938년 독일제국에의 합병 전까지	198
1. 제1차 세계대전과 공화국의 설립	198
가. 제1차 세계대전에서의 참전과 패전, 생제르맹 조약 체결	198
나. 공화국의 설립	200
2. 1920년 연방헌법(B-VG)의 제정과 헌법재판소의 설립	201
가. 연방헌법(B-VG) 제정의 배경 및 내용	201
나. 헌법재판소(Verfassungsgerichtshof)의 설립	205
3. 1925년과 1929년의 연방헌법 개정과 헌법재판소의 모습	206
가. 연방헌법 개정	206
나. 1929년까지의 헌법재판소	207
4. 1930년대의 정치적 혼란	208
가. 돌푸스 정권과 전시경제수권법(KWEG)	208
나. 1934년 헌법	209
다. 헌법재판 기능의 마비와 연방재판소의 설립	211
IV. 1938년부터 1945년까지	212
1. 독일제국 시기	212
가. 1938년 독일·오스트리아 합병(Anschluss)	212
나. 헌법재판 기능의 상실	214
2. 1945년 제2차 세계대전의 종전	215
가. 1943년 모스크바 선언과 1945년 종전	215
나. 1920년 헌법으로의 복귀	217
V. 1955년 이후	219
1. 국가조약의 체결	219
2. 중립 선언과 그 이후의 행보	221
가. 중립 선언	221

오스트리아 헌법과 헌법재판소의 발전 및 오스트리아 근현대사 연구

나. 중립 선언 이후	221
3. 헌법 개정과 헌법재판소의 관할	224
가. 1964년 이후의 주요 헌법 개정	224
나. 연방헌법(B-VG) 이외에 헌법적 지위를 갖는 다른 법률 등	227
다. 헌법재판소 현황	228
VI. 결론	229
* 참고문헌	231

I. 서론

오스트리아는 1920년 연방헌법(Bundes-Verfassungsgesetz)¹⁾을 제정하면서 같은 해 세계 최초로 헌법재판을 전담하는 헌법재판소를 설립한 후 2020년 헌법재판소 설립 100주년을 맞이하였다.²⁾ 연방헌법(B-VG)은 1929년 개정을 통해 그 기본구조가 완성되었으며, 그즈음 함께 완성된 헌법재판의 기본구조 역시 오늘날까지 유지되어 오고 있다.³⁾ 연방헌법(B-VG)은 제1차 세계대전을 겪은 신생 오스트리아 제1공화국의 불안하고 불확실한 출발의 기반이었다. 1929년 개정 이래로 연방헌법(B-VG)에 관한 논의는 널리 지속적으로 이루어져왔고, 연방헌법(B-VG)은 그 이후로도 수차례 개정되어 왔으며 때로는 그 기능과 효력이 크게 훼손되기도 하였다. 연방헌법(B-VG)은 1934년 전체주의적 성격의 ‘5월헌법’(Maiverfassung)으로 대체되기도 하였고, 1938년 국가사회주의자들은 법치주의에 입각한 모든 헌법적 사고에 작별을 고하기도 하였다. 연방헌법(B-VG)은 제2차 세계대전이 끝난 1945년 효력을 되찾고 오스트리아 제2공화국의 법과 정치에 관한 여러 규율들을 정립하였다. 오스트리아가 두 차례 세계대전을 겪으면서 연방헌법(B-VG)을 제정하고 공화국을 설립한 과정들을 돌이켜보면 한 국가의 수립과 정체성 확립에 헌법이 갖는 핵심적 역할과 중요성을 다시 한 번 느낄 수 있다.

현재까지 국내에서 오스트리아 헌법이나 헌법재판제도를 소개한 문헌은 많지 않고, 심지어 오스트리아 내에서도 헌법재판에 관한 연구가 생각보다는 활발하지 않다.⁴⁾ 다른 많은 국가들과는 달리 오스트리아 헌법이 단일의

1) 이하 ‘1920년에 제정된 연방헌법’은 ‘연방헌법(B-VG)’으로 표시한다.

2) 오스트리아 헌법재판소는 2020년 한 해에 걸쳐 설립 100주년을 기념하는 여러 행사들을 기획하였으나, 코로나 바이러스 감염 확산으로 인해 2020. 3. 이후의 거의 모든 일정을 취소하거나 연기하였다. https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/100Jahre/100_Jahre_VfGH_-_Veranstaltungen_ueberblick.de.html 사이트 참고.

3) 유남석, ‘오스트리아의 헌법재판제도’, 재판자료 제92권, 법원도서관, 2001, 153쪽.

헌법전(憲法典)으로 구성되어 있지 않다는 점도 그 연구를 어렵게 하는 이유 중 하나로 꼽힌다. 그럼에도 불구하고 오스트리아 연방헌법(B-VG)의 제정과 공화국의 설립 및 2020년 오스트리아 헌법재판소 설립 100주년이 갖는 헌법사(憲法史)적 의미는 비단 그 당사자 국가의 헌법과 헌법재판소의 과거와 현재, 그리고 미래를 논함에 있어서뿐만 아니라, 몇 년 전 설립 30주년을 맞이한 우리 헌법과 헌법재판소의 그것을 논함에 있어서도 상당하다고 여겨진다.

아래에서는 오스트리아를 600년 넘게 통치한 합스부르크 제국이 1848년 혁명을 거치면서 흡정헌법을 제정한 시기부터 현재에 이르기까지의 오스트리아 근현대사와 함께 오스트리아 헌법 및 헌법재판소의 발전 역사와 과정을 살펴보면, 주로 1867년 12월 헌법에 기초하여 현재 헌법재판소의 전신이라 할 수 있는 제국법원이 설립된 때부터 1955년 국가조약 체결에 이르는 시기를 중심으로 살펴본다.

II. 1848년부터 제1차 세계대전 전까지

1. 신성로마제국 시기부터 1867년 오스트리아-헝가리 대타협 전까지

가. 신성로마제국과 합스부르크 제국의 통치

오늘의 오스트리아를 이루는 지역은 기원전 1세기 말부터 5세기까지 로마 제국에 복속되었고, 4세기 이후 이 곳에는 게르만족이 다수 유입되어 주류를 이루고 있었다. 8세기 프랑크왕국의 카를 대제(Karl der Große)가 신성

4) 헌법재판에 관한 교과서나 주석서가 없고 헌법재판에 관한 논문을 접하는 것도 쉽지 않다. 허완중, 오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2016, 2쪽.

로마제국을 세우면서 오스트리아는 신성로마제국의 동방 변경으로 편입되었고, 이로 인해 동방의 나라, 오스트마르크(Ostmark)라는 이름을 얻었다. 신성로마제국 황제는 976년 이 지역을 바벤베르크(Babenberg)가(家)에 넘겨주었는데, 1278년 합스부르크(Habsburg)가(家)가 바벤베르크 왕국의 왕위를 승계하면서, 합스부르크 왕가는 1918년 붕괴될 때까지 약 640년 동안 꾸준히 영토를 확장하여 중부 유럽 지역에 대제국을 건설하였다.⁵⁾

합스부르크 왕가는 1438년부터 1806년까지 신성로마제국의 황제를 겸하며 유럽을 대표하는 최고의 명문가로 부상하였고, 1740년부터는 마리아 테레시아(Maria Theresia)가 40년간 오스트리아를 통치하면서 오스트리아 역사상 최고의 황금기를 구현하였고 오스트리아를 근대국가로 전환시켰다.

나. 1848년 혁명과 3월 흠정헌법

18세기 후반 프랑스 대혁명이 유럽 전역을 강타한 이후, 1848. 2. 프랑스에서 다시 시작된 혁명의 격류는 오스트리아에도 빠른 속도로 옮겨와 그 해 3월에는 빈, 프라하, 부다페스트, 밀라노, 베네치아 등지에서 절대주의에 맞선 여러 봉기가 일어났다(Märzrevolution).⁶⁾ 그러나 1849. 8. 13. 헝가리 혁명군이 러시아의 지원을 받은 오스트리아 정부군에 항복함으로써 1848. 3. 13. 빈에서 시작되어 합스부르크 제국 전역으로 확산된 혁명은 최종 진압되었다.

혁명의 와중이었던 1849. 3. 4. 황제 프란츠 요제프 1세는 제국헌법(Reichsverfassung 또는 “Oktroyierte Märzverfassung 1849”, 이하 ‘3월 흠정헌법’이라 한다)을 공포하였는데, 이는 절대왕정을 입헌군주제로 전환하는 내용을 담고 있었다.⁷⁾ 3월 흠정헌법은 합스부르크 제국 내 헝가리를 포함

5) 안병영, 왜 오스트리아 모델인가, 문학과 지성사, 2013, 29-30쪽.

6) 프리츠 하르통(김효전 역), ‘오스트리아의 헌법발전(1804-1867)’, 동아법학 제20권, 동아대학교 법학연구소, 1996, 311-313쪽.

7) 임종대, 오스트리아 역사와 문화 3, 유로서적, 2014, 23-25쪽.

한 모든 나라들을 적용 대상으로 하고 있었고, 이는 몇몇 기본권에 관한 내용도 포함하고 있었다.⁸⁾ 예를 들면 법 앞에서의 평등, 노예제 폐지 등에 관한 내용이 그것이었으나, “선동적인” 헝가리 및 이탈리아 지방에 사는 주민들은 정치 활동에 필수적인 기본권들, 즉 언론·결사의 자유 등은 향유할 수 없었고, 대부분의 기본권에 대해서는 일시적인 유예도 가능했다.

3월 흄정헌법은 공포되기는 하였지만 시행되지 못했는데, 그 이유는 절차적으로 3월 흄정헌법을 인준할 제국의회(Reichsrat)가 1849. 3. 7. 해산되었기 때문이었다.⁹⁾ 그러나 3월 흄정헌법이 공식적으로 효력을 잃은 것은 1851. 12. 31.이었다. 이 날 프란츠 요제프 1세는 3월 흄정헌법은 오스트리아 상황에 적합하지도 않고 그대로 시행될 수도 없다고 기재된 황제 헌장(ein kaiserliches Patent)에 서명함으로써 절대군주로 회귀했고, 이로써 신절대주의 시대가 시작되었다.¹⁰⁾

다. 1852년 황제 헌장부터 1861년까지

(1) 1851. 12. 31. 프란츠 요제프 1세는 “오스트리아 제국의 영토 내의 조직에 관한 36가지의 원칙”을 담은 1852년 황제 헌장(ein kaiserliches Patent oder “Verfassungsgrundsätze 1852”, 이하 ‘1852년 황제 헌장’이라 한다)¹¹⁾을 작성함으로써 오스트리아는 재차 황제가 최고 집권자가 되는 제국이 되었음을 알렸다. 제국의회(Reichsrat)는 황제의 자문기구로 전락했고, 장관회

8) Robert Walter/Heinz Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts. 9., durchges. und erg. Aufl., Manz, 2000, S. 13.

9) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, Rechts- und Verfassungsgeschichte, 5., überarbeitete Auflage, facultas, 2018, S. 196-197.

10) Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, Zur Entwicklung der österreichischen Bundesverfassung vor dem Hintergrund der Zeitgeschichte, Verlag Österreich, 2018, S. 14-15; 임종대, 전계서 23-25쪽.

11) 오스트리아에서는 12. 31.을 질베스터(Sylvester)라고 부르는데, 1852년 황제 헌장이 질베스터에 작성되었다 하여 ‘Silvesterpatent’라 부르기도 한다.

의(Ministerrat)는 1852년 폐쇄되었다. 1852년부터 1860년까지의 정부 형태는 절대군주제였으며 일반 국민들이 국가 권력에 참여하는 것은 배제되었다.¹²⁾

이후 오스트리아는 1854년 크림전쟁에서의 외교적 실패에 이어 1859년 제2차 이탈리아 전쟁(프랑스 제2제국 및 사르데냐 왕국과의 전쟁)에서 패배함에 따라 이탈리아 북부 롬바르디아 지방을 잃음으로써 제국 밖의 상황이 급격히 악화되었고, 제국 내부에서는 심각한 재정 위기를 겪었다. 이러한 위기를 타개하기 위해서는 경제적으로 우세한 부르주아 계급의 국정 참여가 절실하게 요구되었고, 1860~1861년 사이에 두 차례의 헌법초안(Oktoberdiplom 1860, Februarpatent 1861)이 제시되면서 제한적이나마 의회주의 실험이 시작되었다.¹³⁾

(2) 1859년 제2차 이탈리아 전쟁에 막대한 액수의 비용을 지출하고도 패전한 프란츠 요제프 1세는 자유주의자와 절대주의자들 사이에서, 중앙집권주의자들과 연방주의자들 사이에서, 합스부르크 제국 내 슬라브족의 이익을 대변하는 자들과 마자르족의 이익을 대변하는 자들 사이에서 휘청거렸다. 특히 마자르 헝가리 귀족들의 재정적 지원이 절실했던 황제에게는 적어도 가시적인 입헌제로의 회귀가 불가피했다.¹⁴⁾

이에 프란츠 요제프 1세는 1860. 10. 20. “제국의 내부적 헌법 상황에 관한 칙서”(Oktoberdiplom, 이하 ‘10월 칙서’이라 한다)를 공포하였는데, 이는 1852년 황제 헌장과 마찬가지로 간단한 문서 형식의 칙서였다. 1849년에 창설되어 1860년에 10월 칙서에 의해 보강된 제국의회는 직접선거에 의해 선출된 것이 아니라 지역의회(Landtag)에서 파견된 의원들로 구성된 의회였다.¹⁵⁾ 제국의회는 세금에 관한 입법권한을 가지고 있었으나,¹⁶⁾ 여전

12) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 201.

13) 안병영, 전계서, 35쪽.

14) Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, a.a.O., S. 14-15.; 임종대, 전계서 60-61쪽.

15) 임종대, 전계서, 61쪽.

히 재정·경제정책 영역에서 황제의 자문기구에 불과했고, 입법권의 범위도 황제의 의해 제한되었으며, 외교·국방정책 역시 황제의 고유권한으로 남았다. 결과적으로 10월 칙서에 대해 오스트리아 자유주의자들은 그들이 요구한 중앙집권주의 정신이 훼손되었다고 불만을 터뜨렸고, 헝가리 귀족들은 그들의 권리와 의무에 대한 결정권이 헝가리 의회에 부여되지 않은 점에 반발함에 따라 납세거부운동이 일어났다.¹⁷⁾

(3) 결국 10월 칙서는 공포된 지 4개월 만에 2월 헌장(Februarpatent)으로 대체되었다. 2월 헌장은 제국의회에 개입 없이 1861. 2. 26. 황제의 헌장 형식으로 제정된 것으로, 10월 칙서를 뒤늦게 시행한 것이라기보다는 완전히 새로운 헌법이었다.¹⁸⁾ 2월 헌장에 의하면 입법권은 황제와 제국의회 양원, 즉 상원과 하원에 나뉘어져 있었는데, 제국의회는 군대, 관세, 통상, 교통, 재정 등 모든 영역에 관한 결정 권한을 갖고 있었다.¹⁹⁾ 그러나 제국 내에서 특수한 독립적 지위를 지속적으로 주장해온 헝가리는 제국의회에의 참가를 일체 거부함으로써 제국의회는 완전한 모습으로는 한 번도 회동하지 못하였다.²⁰⁾ 결국 2월 헌장은 1865. 9. 20. 황제의 선언에 의해 정지되었고, 10월 칙서와 2월 헌장이 제국 전체에서 실행되어야 한다는 주장에도 불구하고 이는 결국 실현되지 못하였다.

라. 1866년 오스트리아·프로이센 전쟁에서의 패배

오스트리아는 1806년 신성로마제국이 붕괴된 후 1815년 창설된 독일 연방(Deutscher Bund)에 참여하였으나, 이후 새로운 입헌주의 독일제국 형성

16) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 203.

17) 임종대, 전계서, 62-63쪽; Robert Walter/Heinz Mayer, a.a.O., S. 17.

18) Robert Walter/Heinz Mayer, a.a.O., S. 17.

19) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 205.

20) 프리츠 하르툼(김효진 역), 전계논문, 320-321쪽.

을 위해 소집된 프랑크푸르트 국민회의에서 독일 통일을 둘러싸고 오스트리아를 중심으로 하자는 ‘대독일주의’, 프로이센을 중심으로 하자는 ‘소독일주의’가 맞서게 되었다. 이러한 분위기 속에서 독일 연방의 주도권을 두고 1866년 전쟁을 벌인 오스트리아·프로이센 간의 전쟁에서 오스트리아가 패함으로써, 오스트리아는 베네치아를 포기해야 했고 독일 연방은 해체되었다. 오스트리아는 오스트리아 및 독일 남부 지역의 몇몇 공국을 제외한 북독일연방(Norddeutscher Bund, 1866-1871)의 수립을 수인해야 했다.²¹⁾

1866년 이후의 오스트리아 헌법의 발전에는 첫째, 1866년 오스트리아·프로이센 전쟁에서의 패배와 제국의 약화, 둘째, 제국 내에서 더욱 거세지는 민족주의 열풍, 셋째, 단체 형성 및 정치 운동을 통해 표출되는 일반 시민들의 열망이 주요한 영향을 끼쳤다. 그 당시 헌법적으로 가장 큰 진전은 1867. 12. 21. 제정된 국가기본법(Staatsgrundgesetz)이었다. 이는 시민들이 오랫동안 기다려온 기본권, 특히 자유권에 관한 내용을 담고 있었다.²²⁾ 아래에서는 1867년 이후의 헌법 발전에 대해 살펴본다.

2. 1867년 오스트리아·헝가리 대타협 및 12월 헌법

가. 1867년 대타협

오스트리아·프로이센 전쟁에서의 패배로 오스트리아는 기존의 합스부르크 제국의 다민족 문제를 해결하고 보수적인 통치형태와 헌법체제를 대폭 바꿔야만 하는 상황에 놓이게 되었다. 대내외적으로 합스부르크 제국의 위세가 더욱 약화된 상황에서 오스트리아는 오랫동안 지배해온 헝가리를 이른바 ‘대타협’(Ausgleich)을 통해 자치왕국으로 격상시키는 커다란 정치적 양보를 하게 된다. 이를 통해 1867년 오스트리아·헝가리 이중제국(Österreich-

21) 안병영, 전계서, 35쪽; Walter Robert Walter/Heinz Mayer, a.a.O., S. 19.

22) Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, a.a.O., S. 14.

Ungarische Monarchie, K. U. K. Doppelmonarchie)이 출범함과 동시에 입헌군주제의 헌정체제가 들어서게 되었다.²³⁾

헝가리는 합스부르크 제국 내에서 독립을 원하는 가장 극렬한 저항세력 중 하나였고, 독일계 오스트리아에 이어 두 번째로 큰 비중을 차지하고 있었다. 대타협을 통해 오스트리아 제국과 헝가리 왕국에는 각각 독립적인 행정부와 입법부가 존재하게 되었고, 오스트리아 황제가 헝가리 국왕을 겸함으로써 국가연합의 형태를 취하였다. 오스트리아 제국과 헝가리 왕국은 각국의 국내문제에 대해 독립적인 권리를 행사하는 주권국이었다.²⁴⁾

헝가리 왕국 의회(Landtag)는 1867. 2. 27. 오스트리아 제국의회(Reichsrat)와 동등한 제국의회(Reichstag)로 부활했고, 1867. 3. 15. 헝가리 총리 온드라시와 그 내각이 헝가리 ‘국왕’(프란츠 요제프 1세)에게 충성 서약을 함으로써 오스트리아·헝가리 대타협의 효력이 발생하였다. 오스트리아·헝가리 이중제국의 한쪽은 황제(Kaiser)가, 다른 한쪽은 국왕(König)이 국가원수였으나, 이는 동일 인물(프란츠 요제프 1세)이었다.

대타협은 두 국가 간의 조약이라기보다는 기득권을 지키려는 헝가리 귀족계급과 오스트리아 황제 사이의 계약이었다. 헝가리는 이중제국의 외교·재정정책이 자국 이익에 부합되지 않는다고 판단되면 이에 즉각 반발했다. 마자르인들이 헝가리 왕국의 통치를 받고 있는 타민족들에게 취한 무자비한 정치적 박해는 비마자르민족의 빈의 중앙정부 및 황제에 대한 불신과 반감을 증폭시켰고, 그 결과 무엇보다도 이중제국 내의 슬라브 민족과 중앙정부와의 관계가 심각하게 악화되었다. 이는 1918년 제1차 세계대전의 종전과 동시에 제국을 붕괴하게 만든 여러 이유들 중 하나라고

23) 당시 헝가리 왕국 역시 다민족 국가로, 여기에는 오늘날의 헝가리뿐만 아니라 슬로바키아, 크로아티아, 루마니아의 일부, 오늘날 오스트리아 부르겐란트(Burgenland) 주도 포함되어 있었다. 안병영, 전계서, 36쪽.

24) 박재영, ‘오스트리아-헝가리 이중제국(Austro-Hungarian Dual Empire)의 성립에 관한 소고’, 경주사학 24·25호, 동국대학교사학회, 2006. 8., 100-104쪽.

역사가들은 지적하고 있다.²⁵⁾

나. 12월 헌법

12월 헌법(Dezemberverfassung)은 1867년 오스트리아·헝가리 이중제국의 출범과 함께 제정된 제국의 마지막 헌법이다. 12월 헌법은 하나의 통일된 헌법전이 아니고, 여러 “국가기본법”(Staatsgrundgesetz, StGG)들로 이루어져 있었는데, 이들 중 1867. 12. 21. 제정된 5개의 국가기본법은 특히 중요한 의미를 갖고 있었다. 이는 아래와 같다.

① 1867. 2. 26.자 제국대표에 관한 국가기본법(das Grundgesetz über die Reichsvertretung von 26. 2. 1867), ② 시민의 일반 권리에 관한 국가기본법(das StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, 이는 자유권에 관한 규정으로 현재도 유효함), ③ 제국법원²⁶⁾의 설립에 관한 국가기본법(das StGG über die Einsetzung eines Reichsgerichtes), ④ 법관의 권한에 관한 국가기본법(das StGG über die richterliche Gewalt), ⑤ 정부와 집행 권한에 관한 국가기본법(das StGG über die Regierungs- und Vollzugsgewalt).²⁷⁾

12월 헌법에 의하면 황제와 그가 임명한 총리가 헌정체제의 한 축이라면, 입법기관인 제국의회가 또 다른 축이었다. 의회는 양원으로 구성되었고, 하원의원은 재산과 소득에 따라 선거권이 주어지는 불평등 남성선거법에 따라 선출되었다. 황제가 임명한 정부는 의회에 대해 정치적 책임을 부담하지

25) Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, a.a.O., S. 14.; 임종대, 전계서, 151-152쪽.

26) 이 글에서는 ‘Gericht’는 ‘법원’으로, ‘Gerichtshof’는 ‘재판소’로 번역하였다. ‘Gericht’와 ‘Gerichtshof’ 모두를 ‘재판소’로 번역할 경우, 아래에서 살펴볼 2012년 행정재판제도 개혁으로 도입된 Verwaltungsgerecht와 Verwaltungsgerechtshof를 구분하기 어려워진다. 위와 같이 번역한 용어를 사용한 저서로, 김태호, 오스트리아 사법제도 연구, 대법원 사법정책연구원, 2015, 16쪽.

27) Robert Walter/Heinz Mayer, a.a.O., S. 20-21.; Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 212.

않았으나, 의회는 불신임투표로 정부를 붕괴시킬 능력이 없었다. 반면 황제와 정부는 긴급명령을 통해 의회의 입법기능을 무력화할 수 있었다.²⁸⁾

그 이전 헌법들과는 달리 흡정헌법이 아닌 이 12월 헌법은 의회와 제국이 협업하여 만들어 낸 것이었고, 12월 헌법을 통해 이중제국은 입헌군주제 국가로서 헌법적 기반을 부여받았다. 12월 헌법은 제국주의 원칙과 자유주의 원칙 사이의 타협의 결과물로서 초기의 다양한 입헌적 요소들을 담고 있었다. 12월 헌법은 의회를 제국의회(Reichsrat)로, 장관회의를 “왕의 회의”(Rat der Krone)라고 표현하였고, 황제는 행정부 내의 최고 권력자였을 뿐만 아니라 입법 영역에서도 법률을 승인할 권한을 갖고 있는 등 여전히 막강한 권한을 행사할 수 있었다. 한편, 이 시기의 기본권은 주관적 공권(subjektiv- öffentliche Rechte)으로 간주되기 시작하였으나, 법률이나 황제의 명령으로 제한될 수 있었다.²⁹⁾ 기본권은 주로 전통적 개념의 자유권적 성격의 것들이었고, 일부 기본권들은 인권(Menschenrechte)으로 논의되기도 하였으나, 일부 기본권은 여성들에게는 적용되지 않는 것으로 여겨졌다(예를 들면 법 앞에서의 평등권, 상속권 등).³⁰⁾

다. 제국법원의 설립

제국법원(Reichsgericht)의 설립은 1867년 ‘제국법원의 설립에 관한 국가 기본법’(das StGG über die Einsetzung eines Reichsgerichtes)을 통해 이루어졌다. 제국법원은 1869. 6. 2. 업무를 개시하였고, 최초의 변론은 같은 해 11. 29. 이루어졌다.³¹⁾

제국법원은 헌법재판소의 주요한 두 가지 기능(권한쟁의 및 기본권소원

28) 안병영, 전계서, 37쪽.

29) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 213.

30) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 225.

31) Kurt Heller, Der Verfassungsgerichtshof, Verl. Österreich, 2010, S. 99-101.

에 관한 결정)을 갖고 있었기 때문에 애초부터 헌법재판소로 간주되었다.³²⁾ 실제로 제국법원의 관할은 일부 기관들 간의 권한쟁의(bestimmter Kompetenz-konflikte), 지역 당국에 대한 재산권 분쟁 및 지역 당국들 간의 재산권 분쟁과 더불어, 시민들의 정치적 권리가 침해되었을 경우 이에 대한 소원 정도로 한정되어 있었지만, 이러한 권한들은 이후 1919년 독일-오스트리아 헌법재판소(Deutsch-österreichischer Verfassungsgerichtshof)로 이관되었고, 1920년에는 오스트리아 제1공화국의 헌법재판소(Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich)로 이관되면서 이전보다 권한이 좀 더 추가된다.³³⁾ 당시 제국법원의 위헌법률심사권은 명시되지 않았고 선거의 위헌성을 심사할 권한도 제국법원에 부여되어 있지는 않았다.³⁴⁾³⁵⁾

제국법원장과 그 대항자는 황제가 그의 전권으로 임명한 반면, 나머지 12명의 법관과 4명의 예비법관은 제국의회 의원에서 각각 공평하게 제청한 후보자들 중에서 임명되었다. 법관으로 임명되기 위한 특별한 자격 요건은 없었고 법관은 종신직이었다. 제국법원장은 가부동수의 경우가 아닌 한 투표권이 없었다.³⁶⁾

32) Kurt Heller, a.a.O., S. 127.

33) https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html

34) 허완중, 전계서, 8-9쪽.

35) 1897년 오스트리아 국립사전에 따르면, 제국법원은 “...헌법적으로 보장된 기본권을 보호하는 헌법재판소로서의 기능을 갖는다...”고 정의되어 있다. 당시 헌법재판소의 관할 내지 기능의 발전에 가장 크게 기여한 인물은 옐리네크(Georg Jellinek)로, 그는 1885년 “오스트리아의 헌법재판소”(Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich)라는 저서를 출판하였다. 그 저서에서 옐리네크는 19세기 입헌 정부를 설립하기 위한 정치적 투쟁은 전제 군주에 대항하는 것이었으며, 헌법과 법률에 기초한 법치국가 설립은 정부의 자의적 횡포와 불의를 막기 위한 것이었다고 밝히고 있다(Kurt Heller, 전계서, S. 128-130).

나아가 옐리네크는 입헌제도를 유지하고 입법부에서의 다수자의 권한 남용에 대처하기 위해서는 헌법재판을 담당할 하나의 특별법원을 설치하여 선거의 유효성에 관한 심판, 헌법과 법률, 제국법률과 주법률의 저촉문제를 해결하기 위한 사전심판을 관장하도록 하여야 한다고 주장하였다(유남석, 전계논문, 158쪽).

헌법논총 제32집(2021)

1867년에는 장관의 위헌행위 또는 위법행위로 인한 책임을 묻는 탄핵소추 사건을 관장할 목적으로 국사재판소(Staatsgerichtshof)도 설립되었다. 국사재판소는 법률 분야에 식견이 있는 일반 시민 24명으로 구성되었는데, 이들은 6년 임기로 하원(Abgeordnetenhaus)과 상원(Herrenhaus)에서 각각 12명씩 선출되었다. 그러나 국사재판소는 단 한 건에 대해서도 선고한 적이 없다.³⁷⁾ 이후 1875년에는 제국법원의 관할에 속하는 특별행정재판(헌법소원심판)을 제외한 나머지 모든 일반행정재판을 담당할 법원으로 행정재판소(Verwaltungsgerichtshof)가 설립되었다.³⁸⁾

Ⅲ. 제1차 세계대전 참전부터 1938년 독일제국에의 합병 전까지

1. 제1차 세계대전과 공화국의 설립

가. 제1차 세계대전에서의 참전과 패전, 생제르맹 조약 체결

오스트리아·헝가리 제국이 1908년 보스니아와 헤르체코비나를 합병하자, 같은 슬라브계 국가인 세르비아 왕국은 이에 강력히 저항하였다. 당시 세르비아 왕국은 보스니아와 헤르체코비나를 통합시켜 대 세르비아제국의 재건을 지향하고 있었던 반면, 오스트리아·헝가리 제국의 황태자였던 프란츠 페르디난트는 재정·외교·국방을 제외한 기타 영역에서 독일민족, 마자르족, 슬라브족의 자치권과 동등권을 보장하는 삼중제국(오스트리아·헝가리·남슬라브 제국)을 구상하고 있었다. 이러한 삼중제국 구상은 오스

36) https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html.

37) https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html.

38) 유남석, 전계논문, 157쪽.

트리아·헝가리 제국 내에서는 물론이고 세르비아 왕국의 엄청난 저항을 초래하였다.³⁹⁾

84세의 노황제 프란츠 요제프 1세를 대신해 보스니아 주둔 오스트리아 제국군 기동훈련부대를 사열하기 위해 사라예보를 예방한 프란츠 페르디난트 황태자 부부는 1914. 6. 28. 보스니아 출신의 세르비아 민족주의자의 저격을 받아 현장에서 사망했다.⁴⁰⁾ 오스트리아는 1914. 7. 28. 베오그라드 정부에 전쟁을 선포하였고, 독일과 영국의 전쟁 국지화를 위한 노력은 수포로 돌아갔다. 이렇게 시작된 제1차 세계대전은 1918년 오스트리아의 패배로 끝났고, 전쟁 중이던 1916. 11. 20. 프란츠 요제프 1세가 타계하면서, 29세의 카를 1세가 왕위를 승계하였다.⁴¹⁾

1438년부터 1806까지 신성로마제국의 황제, 1804년부터 1867까지 오스트리아 제국의 황제, 1867년부터 1918년까지 오스트리아·헝가리 이중제국의 황제를 배출해 온 합스부르크 왕가는 제1차 세계대전에서의 패배로 몰락하였다. 오스트리아·헝가리 이중제국 붕괴의 외적 요인은 제1차 세계대전에서의 패배, 내적 요인은 다민족 제국 내에서의 민족주의 열망이었다. 패전과 제국의 해체 이후 오스트리아의 거의 모든 정치세력은 독일과의 합병을 추진하였고, 이는 1918년 임시헌법(Vorläufige Verfassung)에도 반영되어 “독일오스트리아는 독일공화국의 한 부분”(제2조)임을 명시하기에 이르렀다.⁴²⁾ 그러나 연합국과 오스트리아가 체결한 생제르맹(St. Germain) 조약에 따라 독일과의 합병은 불가능해졌다. 이는 생제르맹 조약 체결 4개월 전 연합국과 독일제국 간에 체결된 베르사유 평화조약에서도 이미 가장 중요한 조항이었다. 제헌국민의회(Konstituierende Nationalversammlung)는

39) 임종대, 전계서, 188쪽.

40) 임종대, 전계서, 174-175쪽.

41) 임종대, 전계서, 191-197쪽.

42) 라영균, ‘합스부르크 유산과 오스트리아의 정체성’, 동유럽연구 제25권 특집 기획호, 한국외국어대학교 동유럽발칸연구소, 2011, 24쪽.

1919. 10. 21. 생제르맹 조약을 비준함과 동시에 국호를 독일오스트리아 공화국에서 오스트리아 공화국으로 변경하였다.⁴³⁾

나. 공화국의 설립

1911년 실시된 이중제국의 마지막 총선에서 선출된 제국의회 의원들로 구성된 임시국민의회(Provisorische Nationalversammlung)는 1918. 10. 30. ‘독일오스트리아의 국가권력기관에 관한 결의안’을 통과시키면서 ‘독일오스트리아’(Deutschösterreich)라는 국명의 새로운 국가가 탄생할 것임을 알렸다.⁴⁴⁾ 그런데 카를 1세는 1918. 11. 11.에서야 국정에 더 이상 관여하지 않겠다고 사실상 퇴위를 선언하였기 때문에, 1918. 10. 30.부터 1918. 11. 11.까지 빈에는 두 개의 정부, 즉 독일오스트리아 공화국 정부와 이중제국 정부가 상존하였다. 카를 1세가 위와 같은 선언을 한 다음날인 1918. 11. 12. 임시국민의회는 독일오스트리아 공화국의 출범을 공식적으로 선포하였다.⁴⁵⁾ 학자들은 대체로 독일오스트리아 공화국이 출범한 1918년부터 오스트리아 공화국이 독일에 합병된 1938년까지를 제1공화국, 제2차 세계대전이 끝난 1945년 이후 시대를 제2공화국으로 구분한다.⁴⁶⁾

1918. 11. 사회민주주의노동자당(Sozialdemokratische Arbeiterpartei, 이하 ‘사회민주당’이라 한다), 기독교사회당(Christlichsoziale Partei), 독일민족주의계 정당들의 의원들은 사회민주당 지도자인 카를 레너(Karl Renner)를 총리(Staatskanzler)로 선출하였다.⁴⁷⁾ 1919. 2. 16. 치러진 총선에서 사회민

43) 임종대, 전계서, 226-227쪽.

44) Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 261.

45) Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 259-260.

46) 임종대, 전계서, 221쪽.

47) 1889년 창당된 사회민주당은 19세기 후반 급속한 산업화 과정에서 대두된 산업 프롤레타리아를 기반으로 태어난 대중정당이였다. 같은 해에 출범한 기독교사회당은 가톨릭 교리를 토대로 하여 사회개혁을 지향하는 다수 단체의 연합체로 출발하였고,

주당은 전체의 40.8%를 득표하여 제1당이 되었다. 이는 1907년 남성에 한하여 보통·평등선거가 도입된 이후 최초로 여성에게도 선거권이 부여된 선거였다.⁴⁸⁾ 기독교사회당은 사회민주당의 뒤를 이어 35.9%, 독일민족주의계 정당들은 20.8%를 득표하였다. 총선을 거치면서 임시국민의회는 제헌국민의회로 명칭을 바꾸었다. 이후 카를 레너를 수반으로 사회민주당과 기독교사회당 연립정부가 구성되어 국가 형성을 위한 가장 중요한 두 과제였던 연합국과의 평화협정체결, 그리고 새 헌법의 제정에 나섰다. 한편, 합스부르크가의 사유재산은 1919. 4. 3. 제헌국민의회에 의해 제정된 합스부르크법(Habsburgergesetz)에 따라 모두 국유화되었다.⁴⁹⁾

2. 1920년 연방헌법(B-VG)의 제정과 헌법재판소의 설립

가. 연방헌법(B-VG) 제정의 배경 및 내용

(1) 오스트리아의 역사를 살펴보면 의회주의는 단계적으로 도입되었다. 1848년 혁명의 실패와 신절대주의 시대를 거치면서, 1861년부터 의회주의의 점진적 발전이 시작되었다. 이 시기의 오스트리아 제국은 입헌군주제 국가였지만 의회주의의 성숙에는 한계가 있었다. 오스트리아가 제1차 세계 대전에서 패전한 후 1918년 합스부르크 왕가가 붕괴되면서 1920년 제정된 연방헌법(B-VG)은 의회민주주의를 규정하기에 이르렀다. 오스트리아는 1920년 1874년 스위스 헌법 및 1919년 독일헌법의 많은 부분을 모방한 연방헌법(B-VG)을 제정하면서 제정에서 공화정으로 거듭났다.⁵⁰⁾

마지막으로 제3의 진영인 민족주의 진영은 독일민족주의, 자유주의를 바탕으로 하는 반교권적, 반사회주의적 진영이었다. 이 진영에는 다양한 작은 정당들이 있었다. 안병영, 전게서, 43-45쪽.

48) Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, a.a.O., S. 15; Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 268.

49) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 269.

(2) 1918. 10. 30. 임시국민의회는 1914년 제1차 세계대전이 발발하면서 행해졌던 검열제도를 폐지하였고 언론·출판·표현의 자유 역시 복원시켰다. 또한 여성에 대한 정치단체 가입 금지도 해제되었다.⁵¹⁾ 1919. 2. 16. 총선을 거쳐 구성된 제헌국민의회가 임무였던 헌법 제정은 1919. 9. 10. 생 제르맹 평화조약이 체결된 이후에야 가능했다. 이 시대의 주된 헌법적 관심은 국가와 주들 간의 관계를 설정하는 것이었다. 어떠한 국가형태를 취할지와 관련하여, 느슨한 국가연합 형태에서부터 중앙집권적 단일국가 형태에 이르기까지 다양한 의견들이 존재하였고, 정부와 주들 사이에서 뿐만 아니라 정당들 간에, 심지어는 정당 내부에서조차 의견이 나뉘었다. 주의 대표들은 잘츠부르크(1920. 2.)와 린츠(1920. 4.)에서 열린 회의에서 합의점을 찾으려고 노력하였다.⁵²⁾ 연방헌법 초안은 법철학자이며 헌법학자인 빈 대학 교수 한스 켈젠(Hans Kelsen)과 두 명의 정치가 카를 레너(Karl Renner, 사회민주당), 미하엘 마이르(Michael Mayr, 기독교사회당)에 의해 입안되었다.⁵³⁾

1920. 7.부터 제헌국민의회는 헌법위원회 산하 7명으로 구성된 소위원회에서 협의가 시작되었는데, 오토 바우어(Otto Bauer)가 의장, 이그나츠 자이펠(Ignaz Seifel)이 대표, 한스 켈젠(Hans Kelsen)이 전문가로 초빙되었다.⁵⁴⁾ 협상의 결과 초기의 연방헌법(B-VG)은 그저 몸통(Torso) 정도의 모습만 갖추고 있었다. 부분적으로 예전에 헌법적 지위를 갖고 있던 것들이

50) 김정현, '오스트리아의 권력구조와 연립정부', 헌법학연구 제21권 제1호, 한국헌법학회, 2015. 3., 395쪽.

51) Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 266.

52) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, Verfassungsrecht, 12., überarbeitete Auflage, facultas, 2019, S. 43-44.

53) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 43-44.; Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 273.

54) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 43-44.; Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 273.

효력을 발생하게 할 수밖에 없었고, 이러한 상황은 특히 기본권 영역에 영향을 끼쳤다. 새로운 규정들을 만드는 대신 앞서 언급한 1867년 ‘시민의 일반 권리에 관한 국가기본법’(das StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger) 등이 연방헌법(B-VG)의 일부로 채택되었다.⁵⁵⁾ 그 밖에 합스부르크법(Habsburgergesetz), 전시경제수권법(Kriegswirtschaftliches Ermächtigungsgesetz, KWEG),⁵⁶⁾ 귀족폐지법(Adelsaufhebungsgesetz), 생제르맹 조약의 소수자보호규정(die Minderheitenschutzbestimmungen des Vertrags von St. Germain) 등도 연방헌법(B-VG)의 일부가 되었다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

55) 박일환, ‘헌법소원제도의 연혁과 도입’, 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 헌법재판소, 1990, 276-277쪽; Gerhart Holzinger/Benedikt Kommenda/Stefan Leo Frank, Verfassung kompakt, 2. aktualisierte Aufl., Linde, 2013, S. 33.

56) 1867년 12월 헌법 §14에 따르면 황제는 제국의회가 회기 중이 아닐 때 “긴급한 필요”가 있을 경우 긴급명령을 내릴 권한이 있었다. 이후 1914년 들어 정부는 위 §14에 의거하여 제1차 세계대전 중 “특히 농업, 산업, 무역, 상업 분야에서 경제적 삶을 고양시키기 위해 필요한 물자를 제공하고 국민들에게 식량을 보급하기 위해 명령을 내릴 수 있는 권한”을 부여 받게 된다. 제1차 세계대전 중 이러한 긴급명령의 형식으로 약 500개의 명령이 발효되었고, 1917년 재소집된 제국의회는 이와 같은 명령의 법적 근거를 만들고자 위의 전시경제수권법(KWEG)을 통과시켰다. Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 215-216.

57) Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 274.

58) Artikel 149.

(1) Neben diesem Gesetz haben im Sinne des Art. 44 Abs. 1 unter Berücksichtigung der durch dieses Gesetz bedingten Änderungen als Verfassungsgesetze zu gelten: Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, RGBl. Nr. 142, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder (Anm.: Art. 8 aufgehoben durch Art. 8, BGBl. Nr. 684/1988); Gesetz vom 27. Oktober 1862, RGBl. Nr. 88, zum Schutze des Hausrechtes; Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918, StGBL. Nr. 3; Gesetz vom 3. April 1919, StGBL. Nr. 209, betreffend die Landesverweisung und die Übernahme des Vermögens des Hauses Habsburg-Lothringen; Gesetz vom 3. April 1919, StGBL. Nr. 211, über die Aufhebung des Adels, der weltlichen Ritter- und Damenorden und gewisser Titel und Würden; Abschnitt V des III. Teiles des Staatsvertrages von Saint-Germain vom 10. September 1919, StGBL. Nr. 303 aus 1920.

앞서 언급한 것처럼 독일오스트리아 공화국 건립이 선포된 이후인 1918. 11.경부터 임시국민의회에 의해 통과된 임시헌법이 존재하고 있었으나,⁵⁹⁾ 그로부터 약 2년 뒤인 1920. 10. 1. 드디어 제헌국민의회는 민주주의·공화주의·연방주의·법치국가 원리에 기반을 둔 연방헌법(B-VG)을 제정한다.⁶⁰⁾ 연방헌법(B-VG)은 사회민주당이 주장한 중앙집권주의와 기독교사회당이 선호한 연방주의가 적절히 혼합되어⁶¹⁾ 공화주의 원칙을 토대로 국회의 위상 및 연방정부의 지위를 강화한 내용으로 출발하였다.⁶²⁾ 연방대통령(Bundespräsident)은 4년 임기를 한 차례 연임할 수 있었고, 국민의 직선이 아닌 양원 합동선거를 통해 선출되었다. 연방대통령의 권한은 엄격하게 제한되었고, 연방대통령에게 정부 임면권이나 의회 해산권은 주어지지 않았다.⁶³⁾ 연방헌법(B-VG)의 제정 당시에는 연방주의적 성격이 약했지만, 1925년 헌법 개정을 통해 그 성격이 상당 부분 바뀌었다. 이후 1929년 헌법 개정을 통해 강력한 의회민주주의 형태가 다소 포기되었고, 연방대통령의 권한이 격상됨으로써 혼합형 의회·대통령제 민주주의 체제로 탈바꿈했다.⁶⁴⁾

(3) 단일의 헌법전이 없는 오스트리아 헌법을 설명함에 있어 가장 주요

59) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 43.

60) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 256.

61) 사회민주당은 의회주의에 입각하여 주권은 마땅히 의회에 놓여야 하고, 국가 형태는 중앙집권적 단일국가여야 한다는 입장이었던 반면, 기독교사회당은 강력한 국가수반, 상대적으로 약한 양원제, 분권화된 연방 국가를 선호하였다. 연방헌법(B-VG)은 두 진영 간 타협의 산물이었으나, 실제로는 사회민주당의 의도가 더 많이 반영되었다. 즉, 연방헌법(B-VG)은 약한 연방대통령, 중앙집권적인 연방체제, 그리고 의회 주권을 주요 내용으로 하였다. 의회는 명목상 양원제이나 실질적 정치권력은 하원인 국민의회(Nationalrat)에 집중되었고, 지역 이익을 대표하는 상원인 연방의회(Bundesrat)에는 이렇다 할 권한이 주어지지 않았다. 초기의 사회민주당과 기독교사회당은 소위 대연정을 통해 절박한 국가적 과제를 해결하였지만, 공동의 목표가 성취된 이후에는 점차 상호 협력이 어려워졌다. 안병영, 전계서, 606-607쪽.

62) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 256.

63) 김정현, 전계논문, 395-396쪽.

64) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 256.

한 헌법문서(Verfassungsurkunde, auch Stammgesetz)는 1920. 10. 1. 제정된 연방헌법(B-VG)이다. 이는 1929년 헌법 개정을 거친 이후 현재까지 120번 이상 개정되었다.⁶⁵⁾ 앞서 언급한 것과 같이 연방헌법(B-VG)이 제정될 당시 연방헌법(B-VG)만이 유일하게 헌법적 효력을 갖는 것은 아니었다. 연방헌법(B-VG)과 함께 1920년 이전부터 이미 존재했던 일련의 규정들이 헌법적 효력을 갖는 것으로 채택되었다.

나. 헌법재판소(Verfassungsgerichtshof)의 설립

(1) 1919년: 독일-오스트리아 헌법재판소

제1공화국 시대 들어 1919. 1. 25. 독일-오스트리아 헌법재판소(Deutsch-Österreichischer Verfassungsgerichtshof)가 설립되었다. 종전에 제국법원과 국사재판소가 수행하던 임무들은 이제 독일-오스트리아 헌법재판소가 맡게 되었다.⁶⁶⁾ 또한 제한된 범위 내에서나마 최초로 독일-오스트리아 헌법재판소는 중앙정부(Staatsregierung)의 요청이 있으면 주(州)의회 법률안의 합헌성을 심사할 권한을 부여받았는데, 이 심사에 회부된 주(州)의회 법률안은 독일-오스트리아 헌법재판소가 합헌이라고 선언한 경우에만 공포될 수 있었다.⁶⁷⁾ 독일-오스트리아 헌법재판소는 설립 당시에는 소장, 부소장, 8명의 재판관과 4명의 예비재판관으로 구성되었다가 얼마 지나지 않아 재판관은 12명으로, 예비재판관은 6명으로 늘었다.⁶⁸⁾

(2) 연방헌법(B-VG)에 기초한 헌법재판소의 설립

1920. 10. 1. 연방헌법(B-VG)이 제헌국민의회에 의해 통과되고 1920.

65) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 26.

66) Kurt Heller, a.a.O., S. 155.

67) 유남석, 전계논문, 159쪽.

68) https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html.

11. 10. 발효되자, 이에 의거하여 헌법재판소(Verfassungsgerichtshof)가 설립되었다. 헌법재판소는 이전과는 전혀 다른 새로운 임무들, 예를 들면 중앙정부의 제청에 의한 명령(Verordnungen) 및 주(州)정부의 제청에 의한 연방법률의 합헌성 심사(독일-오스트리아 헌법재판소는 이미 주(州)법률의 합헌성을 심사할 권한을 갖고 있었다), 직권에 의한 연방법률 및 주(州)법률의 위헌성 심사, 선거의 위법성 심사, 국제법 위반 여부의 심사 권한 등을 부여받았다. 이러한 권한들은 대체로 현재 오스트리아 헌법재판소가 행사하는 권한들과 일치한다. 한편, 당시에는 일반법원이나 개인은 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 권한이 없었다. 일반법원은 자신의 관할 내에서 구체적인 사건에 적용될 법률 내용에 합헌성에 관한 의심이 있다 하더라도 이를 심사할 수 없고 당해 법률을 적용할 수밖에 없었다. 이후 1929년 헌법개정을 통해 민·형사최고법원과 행정법원은 계속 중인 사건과 관련하여 위헌법률심판제청권한을 부여받게 된다.⁶⁹⁾

헌법재판소는 소장, 부소장, 그리고 12명의 재판관과 6명의 예비재판관으로 구성되었고, 이들 중 절반은 하원(Nationalrat)에서, 나머지 절반은 상원(Bundesrat)에서 종신직으로 선출되었다. 이들은 반드시 법률가일 필요는 없었다.⁷⁰⁾

3. 1925년과 1929년의 연방헌법 개정과 헌법재판소의 모습

가. 연방헌법 개정

제1공화국 기간(1918년-1938년) 중 연방헌법(B-VG)은 1925년 및 1929년

69) 유남석, 전계논문, 162쪽.

70) https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html.

두 차례에 걸쳐 개정되었다.

(1) 1925년 개정된 연방헌법(B-VG-Novelle 1925)은 1925. 10. 1. 발효되었다. 1925년 헌법 개정은 연방과 주들 사이의 권한 배분을 위한 것이었고, 헌법재판소에는 그 권한 확인이 요청되었으며, 주의 행정조직을 재정비하는 내용을 담고 있었다.⁷¹⁾ 또한 이 개정을 통해 헌법재판소와 행정재판소 관할의 확장이 이루어졌다. 전체적으로 1925년 헌법 개정은 1920년 헌법의 기본 원칙들의 연장선상에서 이루어진 것이라 할 수 있다.⁷²⁾

(2) 이후 정치적 권력관계가 보수진영에 유리하게 전개되자, 가톨릭 보수주의 세력은 강력하게 헌법 개정을 요구하고 나섰다. 1929년 연방헌법 개정(B-VG-Novelle 1929)은 헌법질서에 광범위한 재조정을 불러왔다. 1929년 헌법 개정의 핵심적인 목적은 의회의 권한에 대응하여 연방대통령의 지위를 강화하는 것이었다. 구체적으로 살펴보면, 연방대통령을 국민이 직선하도록 하고, 연방대통령의 임기를 7년으로 늘리고 무제한 연임이 가능하도록 하며, 연방대통령에게 정부 구성 및 의회 해산 권한을 부여하는 반면,⁷³⁾ 의회의 권한을 약화시키고 행정부 권한을 강화시키는 것이었다.⁷⁴⁾ 1929년 개정된 연방헌법은 1934년까지 통용되다가 제2차 세계대전 후 다시 오스트리아 제2공화국 헌법으로 승계되었다.

나. 1929년까지의 헌법재판소⁷⁵⁾

(1) 1925년 연방헌법 개정(B-VG-Novelle 1925)을 통해 겸직금지(Unvereinbarkeit)에 관한 규정이 처음으로 도입되었다. 헌법재판소의 권한

71) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 45.

72) Robert Walter/Heinz Mayer, a.a.O., S. 28.

73) https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ ueberblick.de.html.

74) Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, a.a.O., S. 19-20.; 김정현, 전개논문, 396-397쪽.

75) https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ ueberblick.de.html.

도 일부 수정되었는데, 예를 들면, 연방정부 또는 주(州)정부의 제청에 따라 특정 입법행위 또는 집행행위가 연방정부 또는 주(州)정부 권한에 속하는지 여부를 심사할 권한도 부여받게 된 것이다(Kompetenzfeststellung).

(2) 1929년 연방헌법 개정(B-VG-Novelle 1929)은 “헌법재판소의 탈(脫)정치화”라는 기조 아래 재판관 및 예비재판관의 임명방법을 변경하였고, 이는 현재에도 거의 유사한 형태로 유지되어 오고 있다.

이에 따르면, 재판관 및 예비재판관은 연방대통령에 의해 임명되었고, 이들 중 절반은 연방정부에 의해, 나머지 절반은 양원에 의해 제정될 수 있었다. 헌법재판소 구성원은 소장, 부소장, 12명의 재판관과 6명의 예비재판관에 한정되었고, 이들 모두는 법률가로서의 자격이 요구되었다. 겸직금지(Unvereinbarkeit)에 관한 규정도 보완되어 정당의 임직원은 헌법재판소 구성원이 될 수 없다는 규정이 신설되었고, 정년을 70세로 하는 규정도 추가되었다. 헌법재판소의 권한에도 변경이 생겼는데, 법률과 규정의 위헌제청을 할 수 있는 주체로 민·형사최고법원과 행정법원이 추가되었다.

4. 1930년대의 정치적 혼란

가. 돌푸스 정권과 전시경제수권법(KWEG)

민주주의를 안정시키기 위한 1929년 헌법 개정에도 불구하고 당시 오스트리아의 정치적 상황은 나아지지 않았다. 1930. 11. 선거에서 사회민주당은 다수 의석 확보에 성공하였고, 카를 레너는 국회의장으로 복귀하였으나, 그 이후의 정치적 상황은 아주 좋지 않았다.⁷⁶⁾

1932. 5. 20. 엔겔베르트 돌푸스(Engelbert Dollfuß) 총리가 이끄는 내각이 들어섰으나, 하원 투표권 행사를 위해 국회의장 및 부의장 3명이 연속으로

76) Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, a.a.O., S. 20.

사임하자, 돌푸스 총리는 1933. 3. 2. 이를 정치적 기회로 삼아 의회를 폐쇄하였다. 이후 연방정부는 이 사건을 “하원의 자기제거”(Selbstausschaltung des Nationalrates)라고 표현하면서 의회의 재소집을 금지하였다. 그 후로 연방정부는 앞서 언급한 제1차 세계대전 당시 전시경제를 위해 마련했던 1917년 전시경제수권법(KWEG)을 기초로 입법기관의 견제 없이 명령들을 발령하였고, 이 명령들에 대한 위헌심사청구가 100건 넘게 헌법재판소에 접수되었지만, 역시 전시경제수권법(KWEG)에 기초한 정부 명령으로 인해 헌법재판소는 정상적으로 기능할 수 없었고, 이에 대한 결정을 내리는 것도 불가능하였다. 이것이 헌법 위반이었음은 현재에도 부정할 수 없다.⁷⁷⁾

나치의 발호와 공산주의의 확산을 염려한 돌푸스 총리는 1933. 5.~6. 오스트리아 국가사회주의당과 공산당을 모두 해체하였고, 이듬해 2월에는 사회민주당도 해체하는 등 돌푸스 정권의 반대세력을 모두 제거하였다. 이후 돌푸스 정권은 파시스트-이탈리아를 본보기로 하여 권위주의 국가의 틀을 다져나갔다. 돌푸스 정권은 1933. 9. 보수주의 세력의 집결체인 ‘조국전선’(Vaterländische Front)을 창설하였고, 1934. 4. 24. 돌푸스 정권과 조국전선 소속 의원들은 ‘연방국가 오스트리아’(Bundesstaat Österreich)를 위한 새 헌법(1934년 헌법)을 통과시켰다. 1934년 헌법을 통해 조국전선은 단일 정당으로서 정치적 독점권을 공인받았다.⁷⁸⁾ 이 ‘연방국가 오스트리아’는 오스트리아가 1938년 독일제국에 합병되기 전까지 4년간 존속하였다.

나. 1934년 헌법

전시경제수권법(KWEG)을 기초로 1934. 4. 24. 1934년 헌법(Verfassung 1934)이 제정되었고, 곧이어 1934. 4. 30. ‘헌법의 영역에서 비상조치에 관

77) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 46.; https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html.

78) 안병영, 전계서, 71-72쪽.

한 연방헌법'(das Bundesverfassungsgesetz über außerordentliche Maßnahmen im Bereich der Verfassung oder Ermächtigungsgesetz, 이하 '1934년 수권법'이라 한다)이 통과되었다. 정부는 이제 법률안 통과 여부를 결정할 권한을 갖게 되었다. 심지어 1920년 제정된 연방헌법(B-VG)에 의하면 헌법의 전부개정을 위해서는 국민투표가 필요했지만, 이제는 이러한 절차 없이 정부가 헌법을 수정하거나 보다 간소하게 헌법을 제정할 수 있었다(권위주의 헌법, ständisch-autoritäre Verfassung).⁷⁹⁾ 법치주의의 후퇴는 기본권 영역에서도 명백히 드러났다. 1934년 헌법에는 새로운 기본권 목록이 포함되었지만, 연방정부의 명령을 통해 기본권의 일시적·지역적 유보가 가능했고, 광범위한 법률유보와 국가의 간섭 가능성의 확대로 인해 기본권 보호는 굉장히 축소되었다.⁸⁰⁾

헌법 전문에는 종교적 신념이 표현되었으며, 헌법 제정 권력은 국민이 아니라 정부였고 정부는 신에게 의지하였다. 오스트리아는 더 이상 민주주의 공화국이 아니었고, 1934년 헌법에는 권위주의적 요소가 특히 강조되었다. 더 나아가 1934년 헌법의 특색은 직업군 내지 동종 직업을 가진 집단(berufsstände)에 관한 언급이었다. 돌푸스에 의하면, 이는 “국민을 여러 계층으로 서열화하는 신분제를 반대”한다는 표현이었다. 돌푸스 표현에 의하면, 국민이 입법과정에 참여할 수 있는 유일한 수단은 “진정한 민주주의”를 표방하는 위와 같은 동종의 직업 집단을 통해서만 가능했다.⁸¹⁾

하원과 상원으로 구성되었던 종래 양원제는 폐지되고 그 대신 단원제 연방의회가 들어섰다. 조국전선을 제외한 모든 정당이 해체된 이후 오스트리아의 유일한 정치적 의사결정의 주체는 이제 조국전선이었고, 오스트리아는 이탈리아를 닮은 전체주의 국가로 바뀌었다. 조국전선은 정당과 노동

79) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 46.; Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 287.

80) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 293.

81) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 289-290.

조합을 인정하지 않았고 대중들의 지지를 얻는 데 실패하였다.⁸²⁾

다. 헌법재판 기능의 마비와 연방재판소의 설립

앞서 언급한 것처럼 연방정부가 전시경제수권법(KWEG)을 토대로 명령의 형식으로 입법을 남발하기 시작하였을 때, 이러한 명령들에 대한 심사는 헌법재판소에 의해 가능했을 수도 있었다. 1933. 3. 4. 이후 발령된 정부 명령들을 무효화함으로써 헌법재판소는 돌푸스 독재정권의 사법적 기반을 무너뜨릴 수 있었을 것이다. 헌법재판소가 이러한 권한을 행사할 우려는 연방정부로서는 정권 유지에 큰 걸림돌이자 위험요소가 되었는데, 이러한 위험은 빈 주정부가 전시경제수권법(KWEG)에 근거하여 발령된 명령들의 위헌심사를 헌법재판소에 청구하고 이에 대하여 헌법재판소가 1934. 4. 말부터 심사절차를 개시하였을 즈음부터 구체적으로 드러나기 시작했다.⁸³⁾

빈 주정부는 1933년 봄부터 연말까지 전시경제수권법(KWEG)을 기초로 통과되었던 명령들의 위헌심사를 헌법재판소에 총 82건을 청구하였고, 헌법재판소는 접수된 사건들에 대해 직권으로 심사절차를 개시하였다. 연방정부는 헌법재판소가 연방정부의 입법에 제동을 걸 것을 두려워하고 있었다. 헌법재판소는 이미 1933. 4. 30.까지 연방정부에 답변서 제출을 요구한 상태였고, 심리는 6월 회기 중에 예정되어 있었다. 그 와중에 예비재판관 중 한 명인 로버트 헤흐트(Robert Hecht)는 1933. 4. 28. 돌푸스 총리에게 서신을 보냈고, 정부와 다수당에서 임명한 재판관들을 사임시킴으로써 결정정족수에 이르지 못하게 하자는 제안을 하여 헌법재판소를 마비시키려고 하였다. 결국 이러한 방식을 통해 헌법재판소 기능은 마비(Lahmlegung) 상태에 이르렀다.⁸⁴⁾

82) 임종대, 전계서, 257-258쪽.

83) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 284-285.

84) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 285.; Kurt Heller,

결국 헌법재판소와 행정재판소가 모두 해산된 후 1934년 헌법에 의해 연방재판소(Bundesgerichtshof)가 설립되었다. 1934년 헌법에 의하면 연방재판소는 입법의 합헌성과 행정의 합법성을 보장할 임무가 있었고, 종전의 행정재판소와 헌법재판소가 갖던 권한들을 거의 모두 보유하였다. 연방재판소의 소장, 부소장, 그리고 정확한 수치가 정해지지 않은 나머지 재판관들은 연방정부의 제청에 따라 연방대통령에 의해 임명되었다. 이들이 임명되기 위해서는 법률가로서의 자격요건과 10년의 경력을 갖출 것이 요구되었고, 겸직 금지 의무도 규정되어 있었다. 연방재판소는 결정을 선고함에 있어 헌법위원회(Verfassungssenat)에 의존하였다. 헌법위원회에는 4명의 또 다른 재판관들이 있었는데, 이들은 국가의회(Staatsrat)와 주의회(Länderrat)가 각각 3인씩 추천하는 후보자들 중에서 연방대통령이 임명하였다.⁸⁵⁾

IV. 1938년부터 1945년까지

1. 독일제국 시기

가. 1938년 독일·오스트리아 합병(Anschluss)

(1) 돌푸스 정권은 독일 나치 정권의 엄청난 정치적 압력과 극단으로 치닫는 국내의 비합법적인 나치 활동 때문에 큰 어려움을 겪었다. 1936년 이탈리아 무솔리니가 끝내 히틀러와 손을 잡게 되자, 돌푸스 정권은 대외 정치의 거점을 잃고 고립무원의 신세가 되었다. 1934. 7. 25. 나치친위연대 소속대원들에 의해 살해된 돌푸스 총리의 뒤를 이은 쿠르트 폰 슈슈니크

a.a.O., S. 258.

85) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 293.; https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ ueberblick.de.html.

(Kurt von Schuschnigg) 총리가 힘겹게 버텨보았으나 역부족이었다.⁸⁶⁾

(2) 1938. 2. 12. 독일 베르히테스가덴에 있는 히틀러의 별장에서 열린 슈쉬니크와 히틀러 간의 회담에서, 히틀러는 오스트리아 내각의 핵심 부처에 국가사회주의자가 임용되어야 한다, 독일이 체코를 침공할 경우 오스트리아는 독일을 지원해야 한다, 오스트리아는 독일의 인종법과 같은 반유대인법을 제정해야 한다는 등의 요구를 하였다. 슈쉬니크 총리는 모든 것이 미클라스 연방대통령의 승인 여부에 달려 있다고 즉답을 피했고, 히틀러는 1938. 2. 15.을 답변 시한으로 제시했으나, 슈쉬니크 총리는 히틀러의 요구를 피할 방법을 찾지 못했다. 베르히테스가덴 협약(Berchtesgadener Abkommen)은 회담장에서 문서가 교환되어 체결된 조약이 아니라, 회담이 끝난 후 코뮌니케 형식으로 베를린과 빈에서 동시에 발표된, 오스트리아로서는 굴욕적 강제 조약이었다.

슈쉬니크 총리는 국민투표를 통해 오스트리아 국민의 압도적 다수가 국가사회주의를 거부한다는 사실을 입증하려 하였고, 1938. 3. 13.자로 국민투표를 실시하겠다고 선언하였다. 이에 국민투표가 연기되지 않으면 독일 제국 군대가 오스트리아에 진주한다는 독일 헤르만 괴링(Hermann Göring) 장관의 통첩이 전달되었고, 결국 슈쉬니크 총리는 국민투표를 연기하지 않을 수 없었다. 1938. 3. 11. 17시 30분까지 국가사회주의자인 자이스-인크바르트(Seyz-Inquart)에게 총리직을 양도하라는 것이 괴링의 최후통첩이었다. 결국 슈쉬니크 총리는 1938. 3. 11. 16시 사임하였고, 미클라스 연방대통령은 괴링이 최후통첩에서 제시한 시한 직전 나치 무장친위대에 둘러싸인 채 신임총리 임명동의서에 서명하였다.⁸⁷⁾

다음날 오스트리아 린츠에서 회동한 자이스-인크바르트 신임총리와 히틀러는 과도기 없는 즉각적인 재통일에 구두 합의하였고, 그 다음날인 1938.

86) 안병영, 전계서, 73쪽; 임종대, 전계서, 259쪽.

87) 임종대, 전계서, 265-271쪽.

3. 13. 앞서 언급한 1934년 수권법(Ermächtigungsgesetz)을 기초로 ‘오스트리아와 독일제국의 재통일에 관한 연방헌법’(das Bundesverfassungsgesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich)이 자이스-인크바르트 정부에 의해 통과되었다. 미클라스 연방대통령은 서명을 거부하여 사임하였다.⁸⁸⁾

(3) 이로써 오스트리아는 나치 독일제국에 합병되었고 1920년 연방헌법(B-VG)은 폐기되었다. 1930년대 들어 독일에서 국가사회주의 독일노동자당(National Sozialistische Deutsche Arbeiterpartei, NSDAP)이 급부상하면서 오스트리아 내 민족주의 진영도 독일과의 합병을 표방하면서 독점적 지위를 차지하였고, 결국 이들이 독일·오스트리아 합병의 전초 역할을 맡았다. 1938. 10. 14. 이후 오스트리아는 히틀러에 의해 구제국 오스트마르크(Altreich Ostmark)로 불리게 되었으나, 히틀러는 1942. 4. 이후에는 오스트리아의 10세기 때의 명칭인 ‘오스트마르크’가 갖는 역사적 의미마저 말살시키기 위해 오스트리아를 도나우-알프스 제국지방(Donau-Alpenreichsgaue)으로 부를 것을 강요하였다. 한편 이미 완료된 독일·오스트리아 합병과 관련하여 히틀러의 지시로 1938. 4. 10. 실시된 국민투표에서는 인종 또는 정치적 이유로 35만 명의 선거권이 박탈되었고, 총 투표인단의 99.71%가 위 합병에 대해 찬성하였다.⁸⁹⁾

나. 헌법재판 기능의 상실

독일제국(das Deutsche Reich), 혹은 제3제국(das Dritte Reich)은 민주주의, 의회주의, 다수정당제, 연방주의, 입헌주의 및 법치주의를 “영도자 국가”, “인민국가”라는 국가사회주의당적 개념으로 대체했다. 형식적 의미의

88) Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 297.

89) 허완중, 전제서, 9쪽; Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, a.a.O., S. 25.

“헌법”은 더 이상 존재하지 않았다. 현실적 의미에서의 헌법은 수많은 법률들, 특히 국가사회주의당이 권력을 장악하면서 만든 법률들이었다. 나치 독일제국의 일부가 된 오스트리아에서도 헌법 재판이라는 것은 존재하지 않았다.⁹⁰⁾

오스트리아가 독일제국에 합병된 후 연방재판소는 헌법적 권한을 상실하였다. 합병 이후에도 연방재판소가 존속하기는 하였지만, 1940년에는 “빈 행정재판소”(Verwaltungsgerichtshof in Wien)이라는 이름으로 독일제국의 한 부속기관으로 전락했고, 1941년 베를린에 제국행정재판소가 설립된 이후에는 독일제국 행정법원의 일부(Reichsverwaltungsgericht, Außensenate Wien)로 전락하고 말았다. 재판관들 대부분은 체포되거나 도망가거나 퇴임을 강요받았고 그 수는 현저히 줄었다.⁹¹⁾

2. 1945년 제2차 세계대전의 종전

가. 1943년 모스크바 선언과 1945년 종전

(1) 1939년 제2차 세계대전이 시작된 이후 1943년까지 미국·영국·소련·프랑스 연합국은 독일·오스트리아의 합병을 기정사실로 받아들이고 있었다. 그러나 종전이 다가올수록 연합국은 독일제국이 전쟁을 통해 획득한 영토를 축소시킴으로써 독일의 세력을 약화시키려하기보다는, 오스트리아의 독자생존능력이라는 관점에 보다 주된 초점을 두고 해결책을 찾고 있었다. 연합국은 오스트리아가 전후 독자적으로 생존할 수 있는 능력에 회의론을 갖고 있었기 때문이었다. 1943년 말 모스크바에서 개최된 미·영·소

90) Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 310.

91) Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 308.; Kurt Heller, a.a.O., S. 295-296.; https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/history_overview.en.html.

외무부장관 회의에서 드디어 의견의 일치를 보았고, 1943. 11. 1. 소위 ‘오스트리아에 관한 모스크바 선언’(Moskauer Erklärung über Österreich, 이하 ‘모스크바 선언’이라 한다)을 통해 연합국은 “1938. 3. 15.(실제로는 3. 13.) 오스트리아의 독일제국에의 합병”을 무효로 선언하였다. 연합국은 오스트리아가 자유로운 독립국가로 재건되기를 희망한다고 선언하였다.⁹²⁾

1945년 이후의 오스트리아 헌법의 발전은 그 자체만 따로 떼놓고 생각할 수 없다. 이는 연합국의 군정과 지배라는 상황과 전 유럽을 배경으로 하여 이루어졌다. 1943년 모스크바 선언은 오스트리아를 “전형적인 히틀러 정치의 희생양”인 “최초의 자유로운 국가”로 간주하였지만, 동시에 오스트리아는 “히틀러 독일의 편에서 전쟁에 참가한” 데에 대한 “책임”이 있는 것으로 선언되었다. 후자의 측면에서 오스트리아는 “자유로운” 국가가 아니라, 군사적으로 독일제국에 종속된, 독일제국과 마찬가지로 패전국으로 취급되었다.⁹³⁾

(2) 1945. 5. 8. 독일의 항복으로 제2차 세계대전은 종언을 고하였고, 오스트리아는 이후 10년간 전승 4개 연합국의 분할 통치를 받게 되었다. 모스크바 선언의 뒷부분에는 오스트리아가 히틀러 편에서 참전한 데 대한 책임을 부담하여야 하며, 자국의 해방을 위해 스스로 얼마나 기여했는지 숙고해보아야 한다는 문구가 첨부되었다. 모스크바 선언은 전후 오스트리아가 처하게 된 특수 입장을 집약적으로 표현하고 있었다. 연합국 특히 미·영·프 3개국은 오스트리아를 나치의 희생자·피해국 내지 나치로부터 해방된 나라이자 동시에 패전국·가해국·공범국으로 다루었다. 그들이 오스트리아를 10년간 점령했던 것도 오스트리아가 다름 아닌 패전국이었기 때문이다.

스탈린은 종전 직전인 1945. 4.초에 이미 오스트리아 제1공화국 총리였던 카를 레너에게 임시정부(Provisorische Regierung)를 구성해 줄 것을 제

92) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 309-310.

93) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 315.

안하였다. 같은 해 4월 중순 기존의 사회민주당과 혁명사회당이 합당하여 오스트리아 사회당(Sozialistische Partei Österreichs, SPÖ)이, 곧이어 기존의 기독교사회당 대신 오스트리아 국민당(Österreichische Volkspartei, ÖVP)이 창당되었고, 공산당(Kommunistische Partei Österreichs, KPÖ)도 재건되었다. 1945. 4. 27. 반파시즘 기초를 내건 이 세 정당은 독일·오스트리아 합병을 무효로 선언하고 독립선언문(Unabhängigkeitserklärung)을 발표함에 따라 오스트리아 민주공화국이 1920년 연방헌법(1929년 개정) 정신에 따라 재건되었다. 이 선언을 실행에 옮기기 위해 카를 레너의 주도로 반파시즘 정당들이 참여하여 임시정부(Provisorische Staatsregierung)가 설립되었고, 임시 정부는 완전한 입법권 및 행정권한을 부여받았다. 연합국은 1945. 7. 4. 모스크바 선언에 준거하여 이른바 제1차 통제조약(1. Kontrollabkommen)을 체결함에 따라 4개 연합국의 분할점령지역을 확정하였다. 아울러 분할 통치의 정상기관으로 연합국 평의회(Allierter Rat)가 구성되었다.⁹⁴⁾

나. 1920년 헌법으로의 복귀

(1) 1945년 오스트리아는 독일과의 합병 이전인 1937년의 국경선과 제1공화국 당시의 1920년 연방헌법(1929년 개정)을 바탕으로 독립국가로 재탄생하였다. 1920년 연방헌법(1929년 개정)으로의 복귀는 1934-38년 권위주의 체제와 1938-1945년의 전체주의 시대의 역사 전개를 무효화하고자 하는 의지와, 제1공화국과 이제 막 출범하는 제2공화국의 역사적 연속성을 강조한 것이었다. 제1공화국 헌법의 승계는 두 공화국이 기본적으로 똑같은 정치제도의 틀 위에서 출발했다는 것을 의미하였다.⁹⁵⁾ 이러한 이유로 당시 정치권에서는 오스트리아의 새로운 출발의 기반으로서 1920년 연방헌법

94) Arbeitgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 310.; 안병영, 전계서, 82-83쪽.

95) 안병영, 전계서, 88쪽.

(1929년 개정)을 수용하고자 했고, 새로운 헌법 도입에 관한 논쟁은 피하는 것이 최선이었다.⁹⁶⁾

임시정부는 1945. 5. 1. 앞서 언급한 독립선언문의 연장선상에서 ‘1920년 연방헌법(1929년 개정)의 새로운 효력에 관한 헌법’(Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929)을 통과시켰다. 이 헌법 제정의 이유는 1920년 연방헌법(1929년 개정)과 나머지 연방헌법(Bundesverfassungsrecht)을 “1933. 3. 5. 당시의 입법 이전의 상태로...재차 효력을 발생시키기 위한 것”이었다. 이에 따라 1920년 연방헌법(1929년 개정)과 나머지 연방헌법(Bundesverfassungsrecht)은 1945. 5. 1. 재차 발효되었다. 그리고 소위 하원(Nationalrat)의 “자기제거” 이후 1933. 5. 1. 이래로 통과된 연방헌법과 헌법명령들, 독일제국 시절 통과된 헌법적으로 관련 있는 모든 규정들과 규칙들은 모두 취소되었다. 1934년 헌법, 1934년 수권법, ‘오스트리아와 독일제국의 재통일에 관한 연방헌법’은 “특별히” 취소된다고 선언되었다.⁹⁷⁾

나아가 1938. 3. 13. 이후 오스트리아 또는 그 일부 지방과 관련하여 제정된 법률 및 규정들은 1945. 5. 1. 발효된 ‘오스트리아 법적질서의 회복에 관한 헌법’(Verfassungsgesetz über die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich, R-ÜG)에 의해 ① 자유독립국가 오스트리아의 존속을 위협하지 않고, ② 진정한 민주주의 일반원칙과 상충되지 않으며, ③ 오스트리아 민족의 법감정에 어긋나지 않고, ④ 전형적인 국가사회주의 이념을 담고 있지 않는 경우에 한하여 다시 그 효력이 발생하게 되었다.⁹⁸⁾

(2) 오스트리아 헌법의 발전 과정을 보면 법적 연속성이 여러 차례 중단

96) Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, a.a.O., S. 26.

97) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 311.; Theo Öhlinger /Harald Eberhard, a.a.O., S. 48.

98) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 49.

되었음을 알 수 있다. 1918년과 1945년 두 차례 민주적 헌법질서로 전환하는 과정에서 오스트리아는 새로운 법질서를 즉시 형성해낼 수가 없었다. 두 차례의 큰 전쟁으로 너무나 취약해진 입법적 능력으로 인해 오스트리아는 기존 법질서의 대부분을 어쩔 수 없이 고수하는 방식을 선택했다.⁹⁹⁾ 제2공화국은 기존의 1920년 연방헌법(1929년 개정)으로 복귀함으로써 한 국가의 통일성을 저해할 수 있을 헌법적 논의들을 거치는 수고는 덜었지만, 제1공화국에서 맞본 민주주의의 실패에 관한 지적인 성찰의 기회 역시 놓치고 말았다.¹⁰⁰⁾

한편, 오스트리아와 국가사회주의 독일제국과의 관계 역시 헌법적·법적·행정적 영역에서 즉시 논의되었다. 앞서 언급한 독립선언 이후 며칠 되지 않아 임시정부는 ‘국가사회주의자 활동의 금지에 관한 헌법’(Verfassungsgesetz über das Verbot der NSDAP)을 통과시켰고, 이는 이후 수차례 개정되어 1947년에는 국가사회주의법(Nationalsozialistengesetz)이 최종 통과되었다. 국가사회주의법은 국가사회주의당 및 그 강령을 위한 활동 일체를 금지하고 있으며 이는 현재에도 유효하다.¹⁰¹⁾

V. 1955년 이후

1. 국가조약의 체결

제2차 세계대전의 종전 후 오스트리아 제2공화국의 영토는 1938년 독일·오스트리아 합병 이전의 상태로 회복되었고, 헌법은 1920년 연방헌법(1929년 개정)으로 회귀했다. 전후 미·영·소·프 연합국은 오스트리아를

99) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 48.

100) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 47.

101) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 314-315.

분할 점령하였으나, 오스트리아는 소련이 동유럽 국가들을 위성국가로 삼는 것을 보고 경계하면서 친서방 경향을 나타내었다. 1955. 4. 오스트리아와 소련은 오스트리아의 영세중립을 전제로 점령군이 철수하고 오스트리아 주권의 완전한 회복에 동의한다는 각서를 교환하였다.¹⁰²⁾

1955. 5. 15. 연합국은 빈 벨베데레 궁전에서 ‘빈 국가조약’(Staatsvertrag von Wien)에 서명함으로써(오스트리아는 서명 당사자가 아니었다), 오스트리아는 국제법적으로 완전한 주권을 회복하였다. 오스트리아의 중립은 빈 국가조약 체결을 위해 소련이 요구한 사전 조건이었고, 이에 대한 어떠한 명문의 규정도 빈 국가조약에 명시적으로 포함되지는 않았다.

빈 국가조약에는 오스트리아·독일의 정치적·경제적 합병 금지(제4조), 슬로베니아와 크로아티아 소수민족의 권리(제7조), 민주주의 수호 의무(제8조), 나치 조직 금지 및 국가사회주의 재건 활동 금지(제9조, 제10조), 합스부르크법 준수(제10조) 등의 내용이 담겼다. 그간 오스트리아의 주권은 앞서 언급한 1945. 7. 4. 제1차 통제조약 체결 이후 제한적으로만 인정되었고, 1946. 6. 28. 제2차 통제조약(2. Kontrollabkommen) 체결 후에는 오스트리아 법률들은 연합국이 30일 안에 만장일치로 반대하지 않는 한 승인된 것으로 간주되었으며 헌법의 경우에는 연합국의 만장일치 승인이 필요하였다. 그러나 빈 국가조약이 1955. 5. 15. 체결되고 7. 27. 발효되면서, 같은 해 10. 25. 모든 점령군은 오스트리아 영토 내에서 철수하였고, 오스트리아는 독립국가로 거듭났다.¹⁰³⁾

102) 당시 소련은 오스트리아로 하여금 스위스의 현 상태와 동일한 형태의 영구중립국으로서의 지위를 준수할 의무를 국제적으로 부담한다는 조항을 삽입하는 것을 조건으로 국가조약에 서명할 준비가 되어 있었다. Gerhart Holzinger/Benedikt Kommenda/Stefan Leo Frank, a.a.O., S. 62.

103) 김정현, 전제논문, 394쪽; Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 47.

2. 중립 선언과 그 이후의 행보

가. 중립 선언

1955. 6. 7. 오스트리아 하원(Nationalrat)은 만장일치로 오스트리아의 중립을 승인하였고, 같은 해 10. 26. “자유외지로” ‘오스트리아 중립에 관한 연방헌법’(Bundesverfassungsgesetz vom 26. Oktober 1955 über die Neutralität Österreichs)을 통과시켰다.¹⁰⁴⁾ 오스트리아가 중립국임을 선포함으로써 유럽 내 동쪽(소련) 세력과 서쪽(미국) 세력의 영향권에 관한 분쟁을 끝낼 수 있었다. 중립 선언을 통해 오스트리아는 군사동맹 가입과 오스트리아 영내 외국 군대 주둔 거부를 명백히 하였다.¹⁰⁵⁾ 이로써 오스트리아와 오스트리아의 중립을 인정한 나라들 사이에는 이러한 내용의 국제법적인 관계가 성립되었고, 오스트리아는 모든 수단을 동원하여 중립을 수호하여야 할 의무를 부담하게 되었다. 10월 26일은 1967년부터 오스트리아의 국경일(Nationalfeiertag)로 지정되었다.¹⁰⁶⁾

나. 중립 선언 이후

(1) 중립 선언에도 불구하고 오스트리아는 1955년부터 이미 활발하게 국제 정치에 관여하였으며, 같은 해 유엔(UN, Vereinte Nationen)에 가입하였고, 1956년에는 유럽의회(Europarat), 1960년에는 유럽자유무역연합(Europäische

104) Artikel I. (1) Zum Zwecke der dauernden Behauptung seiner Unabhängigkeit nach außen und zum Zwecke der Unverletzlichkeit seines Gebietes erklärt Österreich aus freien Stücken seine immerwährende Neutralität. Österreich wird diese mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln aufrechterhalten und verteidigen.

(2) Österreich wird zur Sicherung dieser Zwecke in aller Zukunft keinen militärischen Bündnissen beitreten und die Errichtung militärischer Stützpunkte fremder Staaten auf seinem Gebiete nicht zulassen.

105) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 322.

106) Gerhart Holzinger/Benedikt Kommenda/Stefan Leo Frank, a.a.O., S. 62-63.

Freihandelsassoziation)에 가입하였다. 그러나 당시 유럽공동체(Europäische Gemeinschaft) 가입은 중립 선언의 정신에 어긋나는 것으로 판단하여 가입하지 않았다. 헌법적으로 의미 있는 것은 1958년 유럽인권협약(Europäische Menschenrechtskonvention) 가입이다. 유럽의회가 작성한 이 기본권목록은 국제 조약이었고, 체약국들의 유럽인권협약 준수 여부는 유럽의회가 프랑스 스트라스부르에 창설한 기구들에 의한 감독 대상이었다. 유럽인권협약은 오스트리아의 1964년 헌법에 의해 확고한 헌법적 지위를 가지게 됨에 따라 헌법재판소는 유럽인권협약에 포함된 기본권들을 적용할 수 있게 되었다.¹⁰⁷⁾

(2) 이후 1980년대 말 소련 및 동구 공산권이 붕괴되자, 오스트리아는 중립국으로서 냉전시대에 누렸던 이점을 크게 잃었다. 오스트리아는 이제 경제적 관점에서 유럽으로 눈을 돌리고, 유럽공동체 가입을 서둘렀다. 오스트리아는 1989. 6. 브뤼셀의 집행위원회에 가입신청서를 제출하였고, 1993. 11. 유럽공동체가 유럽연합(Europäische Union)으로 명칭을 바꾼 후, 오스트리아는 1994년 유럽연합 가입에 대한 국민투표에서 약 2/3의 찬성을 거쳐 1995년 드디어 유럽연합의 일원이 되었다.¹⁰⁸⁾

유럽연합 가입을 통해 오스트리아는 본래 의미의 중립국으로서의 의미를 상당 부분 상실하였다. 오스트리아는 ‘오스트리아 중립에 관한 연방헌법’을 개정하는 대신 연방헌법(B-VG) 제23j조를 개정하였는데, 그 개정된 내용에 따르면, 오스트리아는 위기 상황 조정 및 평화 유지 등을 위해 유럽연합의 일반 외교 및 안보 정책에 참여하고, 제3국에 대한 경제적 보복 조치 등을 취할 수 있다는 것이었다.¹⁰⁹⁾ 이는 예전의 영구중립국으로서의 지

107) Theo Öhlinger/Harald Eberhard, a.a.O., S. 48.; Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, S. 322-323.

108) 안병영, 전거서, 103쪽.

109) Artikel 23j.

위에서는 상상할 수 없는 조치들이었다.¹¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 오스트리아에서 중립성은 여전히 많은 국민들에 의해 정체성을 결정짓는 중요한 요소로 받아들여지고 있다.

(1) Österreich wirkt an der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union auf Grund des Titels V Kapitel 1 und 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon mit, der in Art. 3 Abs. 5 und in Art. 21 Abs. 1 insbesondere die Wahrung beziehungsweise Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen vorsieht. Dies schließt die Mitwirkung an Aufgaben gemäß Art. 43 Abs. 1 dieses Vertrags sowie an Maßnahmen ein, mit denen die Wirtschafts- und Finanzbeziehungen zu einem oder mehreren Drittländern ausgesetzt, eingeschränkt oder vollständig eingestellt werden. Auf Beschlüsse des Europäischen Rates über eine gemeinsame Verteidigung ist Art. 50 Abs. 4 sinngemäß anzuwenden.

(2) Für Beschlüsse im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union auf Grund des Titels V Kapitel 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon gilt Art. 23e Abs. 3 sinngemäß.

(3) Bei Beschlüssen über die Einleitung einer Mission außerhalb der Europäischen Union, die Aufgaben der militärischen Beratung und Unterstützung, Aufgaben der Konfliktverhütung und der Erhaltung des Friedens oder Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen und Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten umfasst, sowie bei Beschlüssen gemäß Art. 42 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon betreffend die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik ist das Stimmrecht im Einvernehmen zwischen dem Bundeskanzler und dem für auswärtige Angelegenheiten zuständigen Bundesminister auszuüben.

(4) Eine Zustimmung zu Maßnahmen gemäß Abs. 3 darf, wenn der zu fassende Beschluss eine Verpflichtung Österreichs zur Entsendung von Einheiten oder einzelnen Personen bewirken würde, nur unter dem Vorbehalt gegeben werden, dass es diesbezüglich noch der Durchführung des für die Entsendung von Einheiten oder einzelnen Personen in das Ausland verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahrens bedarf.

110) Gerhart Holzinger/Benedikt Kommenda/Stefan Leo Frank, a.a.O., S. 64.

3. 헌법 개정과 헌법재판소의 관할

가. 1964년 이후의 주요 헌법 개정

현행 오스트리아 헌법은 제8장 헌법과 행정의 보장(Garantien der Verfassung und Verwaltung) B. 헌법재판(Verfassungsgerichtsbarkeit) 제137조 내지 제148조에서 헌법재판에 관한 규정들을 두고 있다. 헌법재판에 관한 보다 자세한 규율은 헌법재판소법(Verfassungsgerichtshofgesetz)과 헌법재판소규칙에 두고 있다(Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofs). 헌법재판소는 1945년 다시 설립되어 1933년 이전에 보유하던 권한을 회복하였고, 1946년부터 활동을 재개하였다. 이후 해가 갈수록 헌법재판소 권한은 확장되었고, 헌법재판소 조직에 관한 규정들도 보완되었다.¹¹¹⁾

1964년 이후의 주요 헌법 개정의 내용들을 요약하면 다음과 같다.¹¹²⁾

① 1964년 헌법 개정을 통해 헌법재판소는 조약의 합법성을 심사할 권한을 부여받았다.¹¹³⁾

② 1975년 헌법 개정을 통해 법률과 명령에 대한 위헌심사 규정들이 수정되면서 그 위헌심사를 신청할 수 있는 당사자들이 이전보다 추가되었다. 소수정당의 보호 차원에서 하원(Nationalrat) 의원의 1/3의 동의가 있으면 헌법재판소에 연방법률에 대한 위헌심사를 제청할 수 있게 하였다. 매우 엄격한 조건 하에서만 가능하긴 했지만, 처음으로 사인(私人)도 헌법재판소에 법률·명령의 위헌심사를 직접 청구할 수 있게 되었다.

③ 1981년과 1984년 헌법 개정은 헌법재판소 업무 부담의 경감 목적으

111) 아래에서 인용되는 헌법 조항들은 모두 현행 연방헌법을 기준으로 표시한다.

112) https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html 참고.

113) Artikel 140a.

Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Rechtswidrigkeit von Staatsverträgen. (이하 생략)

로 이루어졌다. 헌법재판소는 특정 조건 하에서는 연방헌법 제144조에 따라 행정행위에 대한 헌법소원 사건을 처리하지 않아도 되었다. 1981년에는 옴부즈만위원회가 설립되어 헌법재판소에 명령의 위헌심사를 청구할 수 있게 되었다. 1991년부터는 1988년 설립된 독립행정위원회(die Unabhängigen Verwaltungssenate)가 법률·명령의 위헌심사를 청구할 수 있는 권한을 부여 받았다. 헌법재판소는 행정당국이 직접 행한 행정행위에 대해서는 더 이상 심판하지 않게 되었고, 독립행정위원회가 이에 대한 심판을 행하였으며, 헌법재판소는 독립행정위원회의 결정에 대한 불복 사건에 대해서만 심판하였다. 나아가 상원(Bundesrat)은 의원의 1/3의 동의가 있으면 연방법률의 위헌심사를 청구할 수 있었다.

④ 헌법재판소 재판관들의 임명을 제청할 수 있는 권한에 관한 규정은 1994년 헌법 개정으로 수정되었다. 하원(Nationalrat) 및 상원(Bundesrat)이 연방대통령에게 각 3명의 재판관 후보를 추천하는 절차는 폐지되었고, 이들은 각 1명의 재판관 후보만 추천할 수 있게 되었다. 1997년 헌법 개정으로 독립연방난민위원회(der Unabhängige Bundesasylsenat)가 특별 관할권을 갖는 또 하나의 독립적인 위원회로 설립되었고, 2002년에는 연방조달청(Bundesvergabamt)도 법률·명령의 위헌심사를 청구할 수 있게 되었다.

⑤ 2008. 7. 1.부터 헌법재판소는 난민재판소(Asylgerichtshof, 난민 문제와 관련하여 독립연방난민위원회 결정에 대한 항소법원으로 기능함)의 결정에 대한 심판을 할 권한을 갖게 됨에 따라, 이와 관련된 기본권 침해 행위 또는 위헌적 법률 또는 위법한 명령에 대한 신청에 대해 심사하였다.

⑥ 2012년 행정재판제도 개혁(Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012)이 있는 후 이는 2014. 1. 1.부터 시행되었다. 행정재판제도 개혁은 행정분야에서의 새로운 보호체계를 가져왔다. 행정심판절차 - 특정 처분에 대해 상급행정관청에서 다룰 수 있는 절차 - 는 폐지되었고, 종전까지 상급행정관청으로 기능하던 기관들 - 각 지방의 독립행정위원회 및 연방조달청 포함

-의 업무는 이제 총 11개의 행정법원(elf Verwaltungsgerichte)[중전의 난민재판소의 업무를 승계한 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht), 연방재정법원(Bundesfinanzgericht), 그리고 9개의 각 주(州)마다 설립된 9개의 지방행정법원(Verwaltungsgericht des Landes)¹¹⁴⁾]이 이어받았다.¹¹⁵⁾ 위 행정법원의 판결에 대해서는 행정재판소(Verwaltungsgerichtshof)에 상고할 수 있고,¹¹⁶⁾ 헌법재판소에 제소할 수도 있다.¹¹⁷⁾ 행정법원 판결에 대한 행정재판소에의 상고가 허용되면,¹¹⁸⁾ 헌법재판소에 소원 제기는 불가능하며 소송당사자는 오직 행정재판소에만 상고할 수 있다.¹¹⁹⁾ 행정법원 역시 기본

114) 오스트리아는 총 9개의 주로 구성되어 있다: Wien, Burgenland, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Kärnten, Steiermark, Tirol, Vorarlberg. 한편, 연방국가인 오스트리아는 연방헌법(Bundesverfassung), 그리고 9개 주에는 각 주헌법(Länderverfassung)이 있다.

115) Artikel 129. Für jedes Land besteht ein Verwaltungsgericht des Landes. Für den Bund bestehen ein als Bundesverwaltungsgericht zu bezeichnendes Verwaltungsgericht des Bundes und ein als Bundesfinanzgericht zu bezeichnendes Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen.

116) Artikel 133 (1) Der Verwaltungsgerichtshof erkennt über
1. Revisionen gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes wegen Rechtswidrigkeit

117) Artikel 144.
(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes, soweit der Beschwerdeführer durch das Erkenntnis in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.

118) 상고의 허용은 근본적으로 중요한 법률문제(Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung)의 존재 여부이다. 즉 행정법원의 판결이 행정재판소의 판례와 다를 경우, 행정재판소의 판례가 없을 경우, 또는 법률문제가 행정재판소의 판례와 일치하게 해결되지 않을 경우에 근본적으로 중요한 법률문제가 발생하였다고 본다. 상고의 허용이 충족되었을 경우 행정법원은 판결문에 상고의 허용을 기재하여야 한다. 이것을 정식 상고(ordentliche Revision)라고 한다. 이승희, ‘오스트리아 행정재판의 개혁과 난민 재판’, 세계헌법재판동향, 헌법재판연구원, 2014, 168-169쪽.

119) Artikel 144

권을 보호할 책임이 있지만, 기본권과 관련된 특별 행정 문제에 있어서는 헌법재판소가 관할권을 행사하기 때문에 행정법원이 기본권 문제에 있어 갖는 통제는 제한적이다.¹²⁰⁾

⑦ 또 다른 혁신은 2015. 1. 1. 발효되었는데, 이는 소송당사자가 위헌법률심판을 제청할 수 있게 된 것이다. 즉, 1심 민·형사 재판의 소송당사자는 법원 판결에 불복하면서 당해 1심에서 적용된 법률규정의 위헌심사를 헌법재판소에 청구할 수 있게 되었다. 현재 1심 법원을 비롯한 모든 법원은 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청할 권한을 갖는다.¹²¹⁾

나. 연방헌법(B-VG) 이외에 헌법적 지위를 갖는 다른 법률 등

현재 오스트리아에는 연방헌법(B-VG) 이외에도 30개가 넘는 연방헌법들(Bundesverfassungsgesetz)이 존재한다. 앞서 언급한 ‘오스트리아 중립에 관한 연방헌법’, ‘방송의 독립보장에 관한 연방헌법’(Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks), ‘남녀 사회보장연령에 관한 연방헌법’(Bundesverfassungsgesetz über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten) 말고도 연방헌법(B-VG) 제 149조 제1항에서는 일부 법률과 조약이 헌법적 지위를 갖는 것으로 명시하고

(5) Soweit das Erkenntnis oder der Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Zulässigkeit der Revision zum Inhalt hat, ist eine Beschwerde gemäß Abs. 1 unzulässig.

120) Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, a.a.O., S. 329-330.

121) Artikel 139.

(1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Gesetzwidrigkeit von Verordnungen
1. auf Antrag eines Gerichtes;
4. auf Antrag einer Person, die als Partei einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, aus Anlass eines gegen diese Entscheidung erhobenen Rechtsmittels;

있다.¹²²⁾ 또한 연방헌법(B-VG)은 헌법적 지위를 갖는 법률 규정을 둘 수 있는 여지를 두고 있고,¹²³⁾ 유럽인권협약과 같이 완전한 헌법적 지위를 갖는 조약도 있다. 이처럼 헌법으로서의 지위를 갖는 규정들(Bundesverfassungsrechts)이 여기저기 분산되어 있다 보니 오스트리아 헌법 체계를 전체적으로 한 눈에 조망하기는 여전히 쉽지 않다.

더욱이 오스트리아의 각 주(州)에는 주헌법(Landesverfassung)이 있고, 각 주는 주헌법과 같은 지위를 갖는 주헌법규정(Landesverfassungsgesetz)을 제정하거나 주법률에 헌법적 지위를 갖는 규정들(Verfassungsbestimmungen)을 추가할 수도 있다.¹²⁴⁾

다. 헌법재판소 현황

현재 오스트리아 헌법재판소는 소장, 부소장, 12명의 재판관, 6명의 예비재판관으로 구성되어 있다. 이들 구성원 모두는 연방대통령이 임명하나, 사전에 여러 정부기관들이 추천권한을 행사한다. 소장, 부소장, 6명의 재판관과 3명의 예비재판관은 연방정부의 제청에 의해 임명된다. 이들은 모두 판사, 행정공무원(연방, 주 또는 자치단체), 또는 대학의 법학과 교수이어야 한다. 나머지 3명의 재판관과 2명의 예비재판관은 하원(Nationalrat)의 추천에 의해, 3명의 재판관과 1명의 예비재판관은 상원(Bundesrat)의 추천에 의해 임명된다. 모든 재판관은 법학을 전공한 자이어야 하고 관련 분야에서

122) 각주 59) 참고.

123) Artikel 44.

(1) Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen können vom Nationalrat nur in Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden; sie sind als solche („Verfassungsgesetz“, „Verfassungsbestimmung“) ausdrücklich zu bezeichnen.

124) Gerhart Holzinger/Benedikt Kommenda/Stefan Leo Frank, a.a.O., S. 34-35.

최소한 10년 이상의 경력이 있어야 한다. 실제로 현재 재판관들은 판사(행정법원 또는 일반 법원), 행정공무원, 대학 교수, 변호사 경력이 있는 자들로 구성되어 있다.¹²⁵⁾

재판관들은 오스트리아의 다양한 지방 출신으로 구성되며, 각기 다른 사회정치적 배경을 가지고 있다. 법관, 변호사, 대학교수인 재판관은 계속해서 본업에 종사할 수 있다. 행정공무원이 재판관이 된 경우 상부 행정관청의 지시를 받아야 하는 상황이 일어날 수 있고 이는 재판 업무에 지장을 줄 수 있기 때문에 겸직할 수 없다. 재판관은 70세가 되는 해의 연말에 정년을 맞는다. 헌법재판소 소장은 연방장관의 지위를, 부소장은 차관의 지위를 갖는다. 나머지 재판관들의 서열은 연장자순이다.

VI. 결론

오스트리아는 600년이 넘는 세월에 걸친 합스부르크 왕가의 영화를 뒤로 한 채 제1차 세계대전의 패전을 계기로 1920년 공화국으로 거듭나면서 연방헌법(B-VG)을 제정하였고 같은 해에 헌법재판소를 설립하였다. 이후 계속되는 국내외 경제적·정치적 위기 속에서 돌푸스 총리의 권위주의 정권, 독일제국에의 합병, 제2차 세계대전에서의 패전을 차례로 겪으며 또 한 차례 법적 연속성이 중단되는 위기를 맞았지만, 1945년 독립선언을 거쳐 연방헌법(B-VG)으로 회귀하며 역사적 일관성 및 연속성을 재확인하고자 하였다.

오스트리아의 근현대사 속에서 헌법과 헌법재판소 발전의 과정을 돌이켜 보면 역사의 중심에 헌법이, 헌법의 중심에 역사가 있었음을 알 수 있다. 여전히 오스트리아에는 단일의 헌법전이 존재하지 않고, 산발적인 연방헌

125) Gerhart Holzinger/Benedikt Kommenda/Stefan Leo Frank, a.a.O., S. 363.

헌법논총 제32집(2021)

법규정들을 재출판하거나 새로 편찬하려는 노력이 끊임없이 있어 왔음에도 현재까지 이 작업은 실현되지 못했다. 그리고 이 작업은 아마도 적어도 단기간 내에 이루어질 것으로 보이지는 않는다.

이러한 표면적인 한계에도 불구하고 오스트리아가 1848년 이래 다민족 제국 내에서의 민족주의 문제와 프로이센과의 전쟁에서의 패배 및 외교적 실패를 거치면서 1867년 제정한 12월 헌법에서부터, 제1차 세계대전 패전 이후 1920년 제정한 연방헌법(B-VG), 이를 보완하기 위해 1929년 개정한 연방헌법(B-VG), 돌푸스 정권이 제정한 1934년 권위주의 헌법, 1938년 독일제국과의 합병 이후 1945년 되살린 연방헌법(B-VG)에 이르기까지, 민주주의 체제의 상실과 세계대전에서의 두 차례 패전이라는 쓰라린 경험을 통해 지켜온 헌법과 헌법재판의 역사는 우리에게도 시사하는 바가 크다 할 것이다.

참고문헌

[국내문헌]

- 김정현, '오스트리아의 권력구조와 연립정부', 헌법학연구 제21권 제1호, 한국헌법학회, 2015. 3.
- 김태호, 오스트리아 사법제도 연구, 대법원 사법정책연구원, 2015.
- 라영균, '합스부르크 유산과 오스트리아의 정체성', 동유럽연구 제25권 특집 기획호, 한국외국어대학교 동유럽발칸연구소, 2011.
- 박일환, '헌법소원제도의 연혁과 도입', 법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상, 헌법재판소, 1990.
- 박재영, '오스트리아-헝가리 이중제국(Austro-Hungarian Dual Empire)의 성립에 관한 소고', 경주사학 24·25호, 동국대학교사학회, 2006. 8.
- 안병영, 왜 오스트리아 모델인가, 문학과 지성사, 2013.
- 유남석, '오스트리아의 헌법재판제도', 재판자료 제92권, 법원도서관, 2001.
- 이승희, '오스트리아 행정재판의 개혁과 난민재판', 세계헌법재판동향, 헌법재판연구원, 2014.
- 임종대, 오스트리아 역사와 문화 3, 유로서적, 2014.
- 프리트 하르툽(김효진 역), '오스트리아의 헌법발전(1804-1867)', 동아법학 제20권, 동아대학교 법학연구소, 1996.
- 허완중, 오스트리아 헌법재판제도에 관한 연구, 헌법재판연구원, 2016.

[국외문헌]

- Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, Rechts- und Verfassungsgeschichte, 5., überarbeitete Auflage, facultas, 2018.
- Gerhart Holzinger/Benedikt Kommenda/Stefan Leo Frank, Verfassung kompakt, 2. aktualisierte Aufl., Linde, 2013.
- Heinz Fischer/Brigitte Bierlein/Alexander van der Bellen, Zur Entwicklung der österreichischen Bundesverfassung vor dem Hintergrund der Zeitgeschichte,

헌법논총 제32집(2021)

Verlag Österreich, 2018.

Kurt Heller, Der Verfassungsgerichtshof, Verl. Österreich, 2010.

Robert Walter/Heinz Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts.

9., durchges. und erg. Aufl., Manz, 2000.

Theo Öhlinger/Harald Eberhard, Verfassungsrecht, 12., überarbeitete Auflage,
facultas, 2019.

[기타]

https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/geschichte_ueberblick.de.html(오스트리아 헌법재판소)

헌법논총 수록 논문색인

제 1 집(1990년)

논 제	필 자	수록면수
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓炳宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李時潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊精一	83
過剩禁止의 原則 - 특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁三承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金鍾彬	159
스페인 憲法の 發展過程	金泳哲	189
美國 憲法裁判所制度和 裁判에 관한 根本理論	孫容根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹眞秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭宗燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李石淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李宰鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金顯哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛奉起	483

제 2 집(1991년)

논 제	필 자	수록면수
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓炳宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李時潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘秉朔	135

헌법논총 제32집(2021)

논 제	필 자	수록면수
社會的 基本權의 憲法規範性考 - 憲法訴訟的 實現을 위한 試論 -	權 寧 星	177
違憲審査의 基準	尹 英 根	209
스페인 憲法裁判所의 管轄과 그 運用現況 - 우리 制度와의 比較를 中心으로 -	金 泳 哲	237
言論出版의 自由와 著作權의 相衝과 調整 - 憲法上 言論出版의 自由를 理由로 하여 著作權 侵害에 대한 免責特權을 認定할 것인가? -	李 亨 夏	279
美國 憲法訴訟上의 Standing 法吏	金 弘 燁	321
法人의 基本權에 관한 研究 序說	鄭 宗 燮	391
憲法裁判의 認識度에 관한 調查研究	姜 潤 遠	457
憲法訴願審判請求의 適法要件으로서의 「自己關聯 性」의 判斷基準 - 獨逸判例를 中心으로 -	黃 道 洙	533
權限爭議審判制度에 관한 比較法的 考察	辛 奉 起	583

제 3 집(1992년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判의 決定과 變形判決	韓 炳 案	7
憲法裁判에 관한 管見(III)	李 時 潤	101
韓國統一과 統一憲法制定問題	金 哲 洙	121
合憲的 法律解釋의 本質과 限界 - 우리 憲法判例의 내용과 문제점 -	許 營	169
美國判例法上 過度한 廣範性的 原則	李 東 洽	201
憲法研究官制度의 改善方案	梁 三 承	229
憲法裁判所決定의 既判力 - 특히 獨逸에서의 論議를 중심으로 -	金 知 衡	275

논 제	필 자	수록면수
憲法訴訟과 行政訴訟：現行 命令·規則에 대한 違憲審判節次의 問題點과 그 解決 方案	鄭宗燮	333
美國憲法上 權利章典과 適法節次法理	金顯哲	379
權力的 統制와 合理化 裝置로서의 韓國憲法 - 헌법재판소의 기능을 중심으로 -	李明雄	409
憲法裁判과 法과 政治	李郁漢	445

제 4 집(1993년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判의 請求人	韓炳索	7
判斷主義的 憲法概念과 그 問題點 小考	桂禧悅	125
憲法訴願審判請求에 있어서의 請求期間에 관한 研究	鄭宗燮	149
檢事の 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 刑事司法的 評價	李石淵	205
憲法上 平等概念의 理解	黃道洙	233
憲法訴願審判의 特殊性 小考	金顯哲	265
法律의 해석·적용과 基本權 - 司法作用에 대한 憲法的 統制의 필요성 -	李明雄	321
憲法上的 財産權 概念과 正當補償의 內容	崔在健	369
시청자의 법적 지위와 권리	金鍾書	427
憲法裁判과 國際法規範	羅仁均	485

제 5 집(1994년)

논 제	필 자	수록면수
미국연방 헌법과 헌법판례 개관	金容均	7
條例制定權의 憲法的保障	徐元宇	99

헌법논총 제32집(2021)

논 제	필 자	수록면수
獨逸聯邦憲法裁判官의 選出問題	裊俊相	129
憲法과 歷代政權의 政策 이데올로기	韓相範	189
基本權條項 이외의 憲法規定으로부터의 基本權 導出에 관한 研究	鄭宗燮	239
選舉區劃定에 관한 美國 聯邦大法院의 判例動向	朴洪佑	289
憲法裁判의 行政統制機能에 관한 小考	姜潤遠	337
우리나라의 憲法裁判官 選任制度	辛奉起	401
韓國憲法の 領土條項과 國籍問題	羅仁均	451
정정보도청구 제도의 문제점과 대안	金鍾書	483
憲法政策論에 있어서 憲法裁判의 역할	吳虎澤	537

제 6 집(1995년)

논 제	필 자	수록면수
스위스 憲法訴願(訴訟)에 있어서의 제3자 原告適格	丘秉朔	5
環境權考	金哲洙	47
憲法的 視覺에서의 環境問題	李康懾	121
憲法學論 및 憲法學 教育	崔大權	153
原處分에 대한 憲法訴願	黃道洙	191
原處分の 憲法訴願對象性에 관한 小考	丁泰鎬	249
違憲提請型 憲法訴願	金顯哲	305
權限爭訟法 改正試論	辛奉起	371
韓國憲法과 統一의 法的 問題	羅仁均	445
憲法不合致決定의 憲法的 根據와 效力 - 독일에서의 판례와 이론을 중심으로 -	韓秀雄	481

제 7 집(1996년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判과 新當事者主義	徐元宇	5
自己決定權과 그 制限 - 座席安全띠 및 乘車用安全帽 着用義務와 paternalism -	金柱賢	25
行政指導와 憲法訴願	李景民	95
法規範으로서의 平等의 史的 展開	黃道洙	187
憲法裁判에 의한 政策形成	姜潤遠	217
憲法裁判官에 대한 忌避와 憲法訴訟法의 獨自性	丁泰鎬	255
獨逸 聯邦憲法裁判所의 立法者에 대한 統制의 範圍와 強度	方勝柱	299
憲法不合致決定의 理由에 基礎한 改善立法義務	辛奉起	349
獨逸과 韓國에서의 權限爭議審判節次	崔甲先	385

제 8 집(1997년)

논 제	필 자	수록면수
現行憲法上 基本權의 法的性格과 體系	金哲洙	5
自由言論과 責任言論을 위한 言論法制 - 新聞의 경우를 中心으로 -	權寧星	43
憲法上 宗教의 自由	桂禧悅	61
兒童·靑少年保護의 憲法的 基礎 - 미성년 아동·靑소년의 헌법적 지위와 부모의 양육권 -	金善擇	77
裁判의 前提性에 관한 考察	金柱賢	105
憲法裁判의 限界 및 審査基準 - 헌법재판소와 입법자의 관계를 中心으로 -	韓秀雄	185
韓國 憲法裁判에서의 評決方式 考察 - 독일 재판에서의 評決방식을 기초로 -	崔甲先	243

헌법논총 제32집(2021)

논 제	필 자	수록면수
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

제 9 집(1998년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	211
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權 - 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론 -	張 哲 朝	431
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

제 10 집(1999년)

논 제	필 자	수록면수
集會의 自由-集團的 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129

논 제	필 자	수록면수
相續制度의 憲法的 根據	尹 眞 秀	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究	黃 道 洙	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題	李 明 雄	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否	韓 秀 雄	283
憲法 제27조의 裁判請求權	韓 秀 雄	339
自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準	崔 甲 先	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 產權保障 - 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	431

(註) 「헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부(* 필자: 한수웅)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제 10집에 게재됨.

제 11 집(2000년)

논 제	필 자	수록면수
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性的 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禮悅)	481

헌법논총 제32집(2021)

제 12 집(2001년)

논 제	필 자	수록면수
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由	金 善 擇	229
選舉와 法治 그리고 美國民主主義	裴 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

제 13 집(2002년)

논 제	필 자	수록면수
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 국교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넨(Brennan)의 헌법관 - 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -	成 鮮 濟	443
憲法 第8條(政黨條項)의 兩面性	李 明 雄	471
1人1票 國會議員選舉制度의 違憲性 - 현재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -	鄭 然 宙	513
自由權的 基本權의 “制限”에 관한 考察 - 이른바 사실상의 기본권제약을 중심으로 -	丁 泰 鎬	561

논 제	필 자	수록면수
憲法上의 人格權 - 특히 헌법 제10조의 幸福追求權, 一般의 人格權 및 헌법 제17조의 私生活의 保護에 관하여 -	韓 秀 雄	623

제 14 집(2003년)

논 제	필 자	수록면수
放送의 自由의 保護와 그 形成	朴 容 相	5
獨逸에서의 環境保護 - 기본법 제20a를 중심으로 -	高 文 炫	117
美國聯邦大法院 判決文에 대한 理解	金 成 珍	165
憲法不合致決定의 理論과 實際	金 顯 哲	201
사이버스페이스의 憲法的 含意	成 鮮 濟	269
自由와 平等의 關係 - 상호 調和의 觀點 -	李 明 雄	301
美國 Law Clerk制度	全 鐘 杻	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단 에의 그 응용 -	丁 泰 鎬	401
憲法 第36條 第1項에 의한 婚姻과 家族生活의 保障	崔 甲 先	497
規範統制決定의 既判力	崔 熙 洙	535
本質性理論과 立法委任의 明確性原則	韓 秀 雄	567
美國聯邦大法院과 平等保護 (The United States Supreme Court and Equal Protection)	Sean Christopher Hayes	637

제 15 집(2004년)

논 제	필 자	수록면수
경제활동과 표현의 자유	朴 容 相	5
環境憲法の 바람직한 규정형태	高 文 炫	107
憲法慣習의 法規範性에 대한 考察	金 昇 大	133
刑事司法制度에 관한 우리나라와 美國의 憲法 등에 대한 比較法的 檢討 - 美國의 憲法이 우리 刑事司法制度에 미친 영향 등을 중심으로 -	金 時 徹	177
補償規定 없는 財産權制約法律에 대한 憲法的 審査	金 顯 哲	271
搜查上 電子通信資料의 取得에 關한 憲法的 問題	吳 奇 斗	347
憲法·家族法·傳統	尹 眞 秀	411
미연방대법원의 국가행위심사기준 중 긴밀 관련성 (Close Nexus) 이론에 관한 고찰	李 魯 弘	471
비례의 원칙의 2단계 심사론	李 明 雄	509
헌법 제5조 제1항 ‘침략적 전쟁 부인’의 의미	全 種 杓	545
公權力 行使 및 根據法律에 대한 憲法訴願審判 併合請求의 問題點 - 憲裁 1997. 1. 16. 宣告 90헌마110·136 決定 評釋 -	鄭 求 桓	581
사립학교법상 기간임용제의 헌법적 문제 - 헌재 2003. 2. 27. 2000헌바26 구 사립학교법 제53조의 2 제3항 위헌소원 사건을 중심으로 -	鄭 然 宙	629
위임입법에 있어서의 명확성 원칙 - 헌법재판소 결정에서 나타난 문제점을 중심으로 -	池 成 洙	665
소급입법 과세금지원칙	崔 甲 先	705
정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) - 정치공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단 -	Sean Christopher Hayes	753

제 16 집(2005년)

논 제	필 자	수록면수
언론의 자유와 공정한 재판	朴 容 相	5
출생전 인간생명의 헌법적 보호	金 善 擇	145
위헌법률심판절차에 관한 몇 가지 논의	金 時 徹	181
憲法訴訟의 特殊性에 관한 一考察	金 顯 哲	255
사인에 대한 헌법적용문제에 대한 고찰 - 미국의 논의를 중심으로 -	李 魯 弘	315
Marbury v. Madison 판결의 비교법적 쟁점	李 明 雄	351
재산권의 보호영역	全 鍾 杓	399
憲法訴願의 對象으로서 소위 法令補充的 行政規則	鄭 南 哲	445
정당국가에서의 당내민주주의의 개념과 본질	丁 泰 鎬	479
행정상 인신구속과 구속적부심사제도의 도입에 관하여	河 明 鎬	549
國家經濟政策의 憲法的 根據와 限界 - 헌법 제119조 이하의 규정을 중심으로 -	韓 秀 雄	631

제 17 집(2006년)

논 제	필 자	수록면수
헌법 제72조의 대통령의 국민투표 부의권	李 永 模	5
憲法解釋에 관한 決定理由와 先例拘束의 原則	金 時 徹	35
개인의 위헌심판청구(Individualantrag) 및 이와 관련된 된 보충성(補充性) 요건 - 오스트리아의 헌법재판제도 -	金 又 洙	97
法令에 대한 憲法訴願의 直接性 要件	金 顯 哲	167
상업광고 규제의 합헌성 심사기준 - 미국 연방대법원 판례의 동향을 중심으로 -	盧 熙 範	207
수용자의 기본권 제한	李 明 雄	255

헌법논총 제32집(2021)

논 제	필 자	수록면수
기본권침해의 직접관련성에 관한 헌법재판소 결정의 정리와 체계화 시도	李 承 桓	299
私人을 위한 公用收用の 違憲性判斷	鄭 南 哲	373
위헌결정의 기속력 - 이른바 반복입법의 허용문제를 중심으로 -	鄭 然 宙	403
인간생체정보의 이용의 헌법적 한계에 관한 고찰	丁 泰 鎬	431
직업공무원제도와 공무원임권과의 관계 - 헌법재판소 판례를 중심으로 -	池 成 洙	501

제 18 집(2007년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判所決定의 效力과 넓은 의미의 具體的 規範統制의 法的 性格 - 先例拘束의 原則의 적용 및 本案的 規範統制와 附隨的 規範統制에 대한 비교·검토를 중심으로 -	金 時 徹	5
헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자	金 顯 哲	95
기본권의 제한과 형성 - 합헌성 심사기준을 중심으로 -	盧 熙 範	139
권한쟁의심판제도의 문제점	明 載 眞	165
위헌결정의 효력발생시기 - 헌법재판소법 제47조 제2항의 ‘결정이 있는 날로부터’에 대한 해석론을 중심으로 -	史 奉 官	203
민주주의와 헌법재판 - 헌법재판의 정당성 문제 -	李 明 雄	243
한정위헌청구의 허부 및 허용범위에 관하여	李 俊 相	273
광고의 규제와 표현의 자유	韓 渭 洙	341

제 19 집(2008년)

논 제	필 자	수록면수
헌법재판과 입법	許 營	9
헌법재판소와 대법원의 관계 - 비교법적 검토 -	金 哲 洙	53
韓國 憲法裁判 및 憲法裁判所의 改革	鄭 宗 燮	91
憲法裁判과 行政法	洪 準 亨	129
민주주의와 법치주의-헌법재판의 정치학	崔 大 權	177
헌법재판과 남북한 통일	金 昇 大	225
간통죄 존폐논의에 비추어 본 현재의 형법질서관	金 日 秀	263
규범통제제도의 형성과 발전 - 규범통제 심사기준과 심사밀도를 중심으로 -	韓 秀 雄	315
헌법소원제도의 형성과 발전	黃 道 洙	373
권한쟁의심판의 발전과 과제	金 河 烈	415
헌법상 인격권의 보장체계와 보호법익 - 헌법재판소판례를 중심으로 -	金 善 擇	489
평등권의 보장과 발전	成 基 鏞	525
財産權의 保障과 限界 - 憲法裁判所判例에 대한 評價를 중심으로 -	金 文 顯	563
신문법 및 언론피해구제법에 관한 헌재결정 - 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등 신문법 등 위헌확인 사건 -	朴 容 相	599
선거권 및 피선거권의 보장과 발전	丁 泰 鎬	685
사회적 기본권과 헌법재판	全 光 錫	741
조세법과 헌법재판	金 性 洙	773
<外國論文> 재판소원의 저주와 축복	Otto Depenheuer	819
한국과 프랑스의 헌법재판소에 관한 비교 검토	Thierry Rambaud	859

제 20 집(2009년)

논 제	필 자	수록면수
국가의 중립성 원칙과 정부언론	朴 容 相	5
인터넷상 表現의 自由와 사이버 侮辱罪	金 顯 哲	205
헌법불합치결정의 사례별 결정주문과 핵심쟁점의 부조화 분석	南 福 鉉	243
IT(정보기술) 기본권의 체계화에 관한 연구	明 載 眞	287
부담금의 헌법적 정당화 요건 - 헌법재판소 판례에 나타난 심사기준의 분석 -	李 垚 根	321
헌법불합치결정의 사유 및 효력	李 明 雄	369
헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로-	全 光 錫	407
韓國憲政史에서 憲法訴願制度의 出現과 制度化	鄭 宗 燮	433
과잉금지원칙의 제문제	黃 致 連	463

제 21 집(2010년)

논 제	필 자	수록면수
민사절차상의 재판을 받을 권리	李 時 潤	5
헌법상 사전검열금지의 원칙	朴 容 相	75
안전 관념의 변천이 기본권에 미친 영향	金 敏 培	251
電子情報에 대한 基本權保障과 位置情報追跡 搜查權	吳 奇 斗	289
의료분야 헌법판례의 분석	李 明 雄	399
표현의 자유와 민사책임 - 미연방대법원의 판례를 중심으로 살펴본 이론적 동향 -	李 鍾 根	445
지역통합과 역사사법기구에 대한 전망	李 鎬 善	491
실질과세원칙의 헌법적 고찰 - 헌법재판소 결정례를 중심으로 -	曹 瑛 植	525

제 22 집(2011년)

논 제	필 자	수록면수
독점금지법상 제약강제의 헌법적합성 - 독일 연방헌법재판소 결정과 시사점 -	李 奉 儀	5
미국 연방법원판결에 나타난 성역할의 고정관념화 - 임신 및 낙태의 성차별관련성에 관한 헌법적 고찰 -	李 相 莖	45
헌법상 평생교육의 개념 정의(定義)	李 濬 熙	83
빈곤사회와 생존권 논쟁 - 일본의 학설과 판례를 중심으로 -	金 敏 培	129
친권포기각서의 위헌성	李 準 一	177
미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차 - Writ of certiorari 제도를 중심으로 -	金 珍 漢	207
미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정	李 明 雄	249
프랑스 헌법재판소 결정의 효력 - 국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -	金 慧 眞	311
헌법재판소결정에 따른 입법자의 의무	許 完 重	357
헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정(금연구역지정 사건)에 대한 판례평석 - 기본권의 충돌과 그 해결방안을 중심으로 -	韓 秀 雄	447

제 23 집(2012년)

논 제	필 자	수록면수
학문의 자유와 대학의 자치 - 헌법재판소의 판례에 대한 비판적 검토를 중심으로 -	李 準 一	5
미국 연방대법원의 표현의 자유에 대한 엄격심사의 문제점 - Brown v. Entertainment Merchants Association, 131 S.Ct. 2729 (2011) -	李 明 雄	49

헌법논총 제32집(2021)

논 제	필 자	수록면수
야간옥외집회금지 조항의 허가제성 - 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청 사건에 대한 분석 -	鄭 柱 白	93
선거구 획정과 평등선거 - 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 -	金 敏 培	135
학교에서의 휴대폰의 수색과 학생의 프라이버시 - 미연방대법원의 판례 분석을 중심으로 -	李 鍾 根	189
현행 의료법의 문제점	金 慶 濟	229
헌법불합치결정과 입법시한	池 成 洙	275
행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성	鄭 光 賢	315
헌법에 위반되는 헌법 시행 전 법률의 효력상실시기	朴 燦 柱	353

제 24 집(2013년)

논 제	필 자	수록면수
국가기능으로서의 '집행개념'에 관한 소고	桂 禧 悅	5
헌법개정에 대한 위헌심사	李 煌 熙	45
헌법의 실종과 헌법을 만드는 미국의 사법부	文 光 三	105
평등권의 심사 기준 - 헌법 제11조 제1항 후문 사유의 성격을 중심으로 -	鄭 柱 白	185
미연방헌법 수정 제1조와 정부언론의 법리	李 鍾 根	225
헌법재판소의 사회적 기본권에 대한 심사방법과 심사기준	池 成 洙	271
명령·규칙에 대한 헌법불합치결정	許 完 重	311
위치추적 전자감시제도의 소급적용에 대한 비판적 고찰	朴 贊 傑	347
憲法裁判所の 判例가 行政法에 미친 影響에 관한 小考	金 重 權	393

제 25 집(2014년)

논 제	필 자	수록면수
기본권의 대사인적 효력과 기본권보호의무 그리고 기본권충돌의 관계	許完重	5
방송의 자유의 주체	金顯龜	65
종교조항과 위헌심사의 기준	金敏培	129
原電閉鎖와 財産權保護 - 독일 원자력법 제13차 개정 법률의 위헌성 여부를 중 심으로 -	鄭南哲	205
동성결혼의 헌법적 문제	李鍾根	241
이산가족의 ‘가족에 관한 권리’	李準	289
한국 헌법재판소의 역할과 기능 재조명 - 소수자 보호를 중심으로 -	郭沅錫	327
헌법재판의 정치화에 대한 이론적 검토 - 미국 연방대법원의 경우 -	李明雄	371
위헌법률심판에서의 ‘재판의 전제성’에 관한 비판 적 고찰	韓秀雄	409

제 26 집(2015년)

논 제	필 자	수록면수
통일한국의 미래와 헌법재판소의 기능과 역할 - 헌법이념과 위상 정립을 중심으로 -	崔恩碩	5
주권 개념의 형법 영역에서의 발현 및 동 영역에서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위	朴燦柱	67
성적 자기결정권과 성폭력 관련 법제 및 관례에 대 한 헌법적 고찰	李熙勳	173
평등권에 관한 최근 헌법재판소결정의 문제점	韓秀雄	241
법률의 헌법소원 대상성에 관한 관견(管見)	鄭柱白	299

헌법논총 제32집(2021)

논 제	필 자	수록면수
헌법재판소 결정의 효력 -기속력의 주관적·객관적 범위를 중심으로-	鄭 鎬 庚	345
유럽의 헌법재판소 연합에 대한 검토	朴 眞 完	381

제 27 집(2016년)

논 제	필 자	수록면수
미국에 있어 ‘살아있는 헌법’ 논의에 관한 소고	金 文 顯	5
헌법해석과 원의주의의 쟁점	金 敏 培	61
아리스토텔레스 정식 비판	鄭 柱 白	141
알 권리의 법적 성격과 내용	金 培 元	183
정당해산결정에 부수하는 의원지위상실결정의 허용성	朴 燦 柱	245
브라질의 헌법재판에 관한 연구	盧 昊 昶	359

제 28 집(2017년)

논 제	필 자	수록면수
법치주의와 국가의 폭력독점의 한계에 관한 담론	金 鍾 昊	5
기본소득의 헌법적 근거에 관한 모색적 연구	盧 昊 昶	111
독일 제2차 원전폐쇄법에 관한 독일 연방헌법재판소 판결의 공법적 의의	金 重 權	193
문화재보호와 재산권보장에 관한 소고	鄭 南 哲	253
세계헌법 제정에 관한 고찰	趙 柄 倫	301
이탈리아의 헌법과 헌법재판제도	金 東 鏞	379

제 29 집(2018년)

논 제	필 자	수록면수
<특별기고논문> 헌법재판소의 도전(挑戰)과 과제(課題)	李 康 國	9

논 제	필 자	수록면수
헌법재판과 헌법실현 -제도와 운영의 성찰-	許 營	39
양성평등에 관한 위헌심사기준	金 文 顯	89
사회적 기본권 이론의 형성과 전개 -인간다운 생활을 할 권리를 중심으로-	全 光 錫	143
기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論)	金 河 烈	217
국회법의 헌법적 지침과 한계	韓 秀 雄	289
정치적 사법화와 헌법재판소의 역할 -주요 사건에 대한 분석을 중심으로-	尹 榮 美	357
<공모논문>		
헌법재판 30년 - 헌법재판 미래와 어떻게 대화할 것인가?	金 性 洙	401
민주주의의 의미와 본질에 대한 고찰: 대의민주주의와 참여민주주의 - 심의민주주의의 관계를 중심으로	李 章 熙	447
자연재난에 대한 국가의 공법상 보호의무	申 弦 錫	493
헌법재판소 결정의 법률요건적 효력	許 完 重	547

제 30 집(2019년)

논 제	필 자	수록면수
기본권 제약 개념 확장을 통한 헌법 제37조 제2항의 해석	許 完 重	5
입법에 대한 사법심사 제한조항의 해석 -유신헌법 제53조 제4항의 해석론을 곁하여-	李 煌 熙	61
개인정보자기결정권에 관한 검토	盧 賢 淑	109
혐오표현의 규제에 대한 인권법적 고찰 -국제조약상 입법화 의무를 중심으로-	韓 渭 洙	141
다수결원칙의 근거와 가중다수결 근거규정에 대한 축소헌법 해석의 당위성	朴 燦 柱	201

헌법논총 제32집(2021)

제 31 집(2020년)

논 제	필 자	수록면수
한국정치와 헌법재판	朴 漢 徹	5
국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 등 사회보 상법과 헌법재판	全 光 錫	69
중국의 인격권과 개인정보권 검토	申 侑 眞	131
숨겨진 빈곤과 공공부조에서의 보충성원칙	李 恩 宣	175
단순고권작용에 의한 기본권침해와 헌법소원의 위 헌심사기준	鄭 南 哲	219

헌법논총 제32집 수록논문 공모 안내

헌법재판소는 헌법과 헌법재판에 대한 연구를 활성화하고 헌법재판제도의 발전을 도모하기 위해 1990년에『헌법논총』을 창간하여 매년 발간하고 있습니다. 2021년 제32집에 수록할 논문을 아래와 같이 모집하오니 많은 관심과 참여를 부탁드립니다.

1. 논제

- (일반주제) 헌법논총이나 타 학술지에 게재되지 아니한 헌법 및 헌법재판 관련 독창적 주제(특정 결정에 대한 판례평석은 제외)
- (특집주제) 비혼 임신·출산·미성년자 입양과 관련된 헌법적 쟁점

2. 응모자격

- 전·현직 재판관·사무처장·사무차장, 헌법재판소 소속 각 위원회의 위원, 헌법재판소 공무원, 헌법재판소의 전직 헌법연구관·헌법연구관보·헌법연구원·4급 이상 공무원
- 박사학위 소지자 또는 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람
- 법학 관련 석사학위 소지자
- 판사, 검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람
- 편집위원회에서 투고를 요청하거나 허락한 사람

3. 논문 제출

- 논문 제출 기한 : 2021. 8. 31.(화) 18:00
- 제출방법 : 이메일(judmaterial@ccourt.go.kr)
※ 문의사항 ☎ 02-708-3864(헌법재판소 심판지원실 자료편찬과)

4. 논문 분량

- 200자 원고지 150매 내외(A4용지 30매 내외, 분량 준수 요망)

5. 논문 심사결과 통지

- 2021년 11월 중 이메일로 개인별 통지

6. 표창 및 원고료

- 게재논문 중 최우수논문, 우수논문 등으로 선정 시 표창 수여 예정
- 게재논문 등급에 따라 원고료를 차등 지급

7. 유의 사항

- 논문은 일반주제 또는 특집주제 중 1인 1편 제출하며, 개인 기본사항과 논문연구윤리 준수 확인서를 함께 제출하여야 함.
- 논문의 작성은 원고작성 방법 및 논문작성 형식에 의거하여야 함.
- 논문 저자는 제출된 논문의 홈페이지 게재 등 공익 목적 사용에 동의한 것으로 봄.



헌 법 논 총 (제32집)

2021년 11월 28일 인쇄

2021년 11월 30일 발행

발행처 : 헌법재판소

주 소 : 서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화 : (代) 708-3456

인 쇄 : 성문인쇄사 02)2272-7553

(비매품)

