

발 간 등 록 번 호  
33-9750000-000020-10

ISSN 2093-8888

# 헌 법 논 총

제 34 집



헌법재판소



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



## 목 차

### □ 특별기고

- 아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한 대한민국  
헌법재판소의 역할 ..... 이진성 ..... 7
- 헌법재판소 판례이론의 회고 ..... 박종보 ..... 35

### □ 특집주제 : 헌법과 행정법과의 관계

- 행정법이 묻고 헌법이 답하다 ..... 김성수 ..... 83
- 민주적 헌법국가에서 헌법과 행정법의 교호(상호)  
작용관계 ..... 김중권 ... 141

### □ 특집주제 : 재산권 보장과 제한

- 음주운전차량 압수와 몰수의 재산권 침해 여부  
..... 조재현 ... 201

### □ 일반논문

- 인도 헌법상 사법심사권의 실제와 분석 ..... 여경수 ... 261

미국 연방헌법상 기본권의 체계 및 위헌심사기준  
..... 이견석 ... 291

예방접종 프로그램의 헌법적 정당화 조건에 대한  
검토 ..... 이재강 ... 325

<부 록>

헌법논총 수록 논문색인 ..... 355  
헌법논총 제34집 논문 공모 개요 ..... 376  
헌법논총 발간내규 ..... 377  
헌법논총 윤리내규 ..... 385

아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한  
대한민국 헌법재판소의 역할\*

The Role of the Constitutional Court of the Republic of Korea  
in Developing the Association of Asian Constitutional  
Courts and Equivalent Institutions (AACC)

이진성(Lee, Jin-sung)

제6대 헌법재판소장  
변호사

- 목 차 -

I. 머리말 .....	9
II. 아시아헌법재판소연합(AACC) .....	10
1. AACC의 창설 .....	10
2. AACC의 구성과 기능 .....	13
3. AACC의 활동 .....	16
4. 소결 .....	19
III. AACC 연구사무국 .....	20
1. AACC 연구사무국의 설치 .....	20

---

\* 이 논문은 헌법논총 제34집 특별기고 의뢰에 따라 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제34집(2023)

2. AACC 연구사무국의 구성과 기능 .....	21
3. AACC 연구사무국의 활동 .....	22
4. AACC 상설사무국 사이의 교류 협력 .....	23
5. 소결 .....	24
IV. AACC의 발전을 위한 AACC와 대한민국 헌법재판소의 역할 .....	24
1. AACC 회원기관 확대와 회원기관의 비용 분담 .....	24
2. 아시아 인권보장제도 확립을 위한 국내·외 협력 .....	27
V. 맺음말 .....	29
* 국문초록 및 주제어 .....	31
* 영문초록 및 주제어 .....	32
* 참고문헌 .....	34



## I. 머리말

1920년 독립형 헌법재판소인 오스트리아 헌법재판소가 설립된 것을 시작으로 인간의 기본적 인권을 말살시키는 나치제국의 파멸을 초래한 제2차 세계대전 이후 독일 연방헌법재판소가 1951년에 설립된 것을 비롯하여 서유럽 각국에서 헌법재판소가 설립되었다. 구 소련의 몰락과 동구권의 사회주의체제 붕괴로 동유럽 각국에도, 또 아시아, 아프리카 지역의 민주화로 이 지역에서도 헌법재판소가 설립되기에 이르렀다. 이러한 독립형 헌법재판기관 이외에 세계 각국의 법원도 헌법재판을 담당하고 있다.

헌법재판은 인간의 자유와 권리, 평등과 정의라는 인류 보편적 가치를 수호하는 헌법에 기반을 두고 기본적 인권 보호를 목적으로 하는 재판이기 때문에 국가를 초월하여 보편성과 공통성을 가진다. 어떤 나라든 헌법과 헌법재판에 관한 경험과 지혜를 다른 나라와 공유하는 것은 인권 보호 수준을 신장하는 발판이 된다. 세계 각국의 헌법재판기관들은 이와 같은 필요성을 직시하여 협의체를 구성하여 활발하게 인적·물적 교류를 진행하고 있다.

유럽 지역은 1972년 유럽헌법재판소회의(CECC)를 창립하여 41개 회원기관과 1개 준회원기관으로 구성되어 있고, 아프리카 지역은 2010년 아프리카헌법재판소회의(CJCA)를 창립하여 46개 회원기관이 활동 중이며 알제리가 주도하고 있다. 스페인 주도로 1995년 창립된 이베로-아메리카헌법재판기관회의(CIJC)는 22개 회원기관이 가입하고 있으며, 이집트, 알제리, 튀니지가 주도하는 아랍헌법재판기관연맹(UACCC)은 1997년에 창립되어 15개 회원기관을 두고 있고, 1997년 프랑스 주도로 창립된 불어권헌법재판소연합(ACCF)은 48개 회원기관이 활동하고 있다.<sup>1)</sup> 이처럼 다양한 지역권과

1) 손인혁 외, AACC 및 연구사무국 중장기 발전방향 연구, 헌법재판소 정책개발연구 제12권, 2020

언어권에 헌법재판기관의 회의체가 구성되어 있는데, 아시아 각국은 헌법 재판의 역사와 경험이 그다지 길지 않았기 때문에 2000년대 초반까지도 협의체를 구성하지 못한 채 각국 나름대로 헌법재판제도를 운영할 수밖에 없었다. 그러던 중 헌법재판에 대한 경험과 지혜를 공유하고 민주주의와 법치주의의 발전을 촉진하기 위해 상설 협의체를 구성하는 것이 필요하다는 인식을 기반으로 2010년 아시아헌법재판소연합(Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, 이하 ‘AACC’)이 공식 출범하면서 아시아 지역에도 헌법재판기관들의 상설 협의체가 설립되었다.

필자는 헌법재판소 재직 시절 AACC 개최 총회, 이사회나 그 회원기관 헌법재판소가 주관하는 국제회의에 여러 차례 참석하는 과정에서 자연스럽게 AACC가 아시아 지역에 가지는 의미와 AACC가 나아갈 방향, 더불어 대한민국 헌법재판소의 AACC에서의 역할 및 아시아 지역 인권 보호 장치에 관하여 생각할 기회를 가지게 되었다. 이러한 필자의 경험을 바탕으로, AACC의 탄생과 현황 그리고 미래의 과제를 살펴보고, 현 상황의 AACC 안에서 대한민국 헌법재판소의 역할을 살펴보고자 한다.

## II. 아시아헌법재판소연합(AACC)

### 1. AACC의 창설

AACC는 2005년 9월 8일 몽골의 울란바토르에서 개최된 ‘제3차 아시아 헌법재판관회의’에서 태동되었다. ‘아시아헌법재판관회의’는 아시아 각국의 헌법재판소 간 상호교류 및 협력을 도모하고 헌법재판제도 등에 관한 토론 및 의견교환을 목적으로, 2003년 인도네시아에서 제1차 회의를 개최한 이

아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한 대한민국 헌법재판소의 역할

래 2010년 7차 회의까지 매년 개최되었으며<sup>2)</sup>, 추후 AACC의 창설에 중요한 밑거름이 되었다는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

2005년 몽골에서 개최된 ‘제3차 아시아헌법재판관회의’에는 6개국(대한민국, 몽골, 태국, 캄보디아, 필리핀, 인도네시아)이 참석하였으며, 몽골 헌법재판소가 최초로 ‘상설 아시아 헌법재판소 회의체’ 구성을 제안하여 아시아 헌법재판소 회의체 구성에 관한 논의가 시작되었다. 2007년 대한민국 서울에서 개최된 ‘제5차 아시아헌법재판관회의’에는 10개국(대한민국, 몽골, 태국, 캄보디아, 필리핀, 인도네시아, 일본, 중국, 베트남, 리투아니아(옵서버))이 참석하였으며, 이 회의에서 대한민국, 몽골, 필리핀, 인도네시아 등 4개국이 아시아헌법재판소연합(가칭, Association of Asian Constitutional Courts) 창설에 관한 방안의 일환으로서 준비위원회(Preparatory Committee) 발족에 대한 양해각서(MOU)를 체결하였다. 이 4개국은 양해각서를 통해 연합 창설 준비, 가입 장려, 준비위원회 회원 자격 및 활동 기간 등을 합의하고, 대한민국 헌법재판소가 준비위원회의 사무를 맡아 회원들 간의 의

2) 아시아헌법재판관회의 개최 현황

구 분	개최기간	개최지	주 제
제1차 회의	2003. 9. 7. ~ 9. 9.	인도네시아 자카르타	아시아에서의 헌법재판의 현상태와 미래의 발전
제2차 회의	2004. 3. 31. ~ 4. 2.	태국 방콕	헌법재판을 통한 법치주의 제고 및 강화
제3차 회의	2005. 9. 6. ~ 9. 9.	몽골 울란바토르	헌법재판소와 정치
제4차 회의	2006. 11. 28. ~ 11. 30.	필리핀 마닐라	국가, 문화, 종교 사이의 헌법재판 - 올바른 균형찾기
제5차 회의	2007. 10. 9. ~ 10. 11.	대한민국 서울	시민적, 정치적, 사회·경제적 권리보호에 있어서 헌법심사의 기준
제6차 회의	2009. 9. 25. ~ 9. 27.	몽골 울란바토르	헌법재판과 권력분립
제7차 회의	2010. 7. 13. ~ 7. 14.	인도네시아 자카르타	선거법

견교환과 교류를 포함한 행정적 지원을 제공하기로 한다는 점을 명시하였다. 2008년부터 2010년까지 4차례에 걸친 준비위원회 회의<sup>3)</sup>를 통해 「아시아헌법재판소연합 규약」(Statute of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, 「AACC 규약」)의 초안 및 최종작업 등 AACC 창설을 위한 준비작업을 진행하였다. 2010년 7월 12일 인도네시아 자카르타에서 열린 제4차 준비위원회 회의에서는 7개 회원기관<sup>4)</sup>이 서명한 「아시아헌법재판소연합의 설립에 관한 자카르타 선언」(Jakarta Declaration on the Establishment of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions)을 채택함으로써 AACC가 공식적으로 출범하였고 대한민국 헌법재판소를 AACC의 초대 의장기관으로 결정하였다. 이후 대한민국 헌법재판소는 2012년 5월 창립총회를 개최하였고, 10개 회원기관<sup>5)</sup>들은 ‘서울선언’의 채택을 통해 ① AACC 상호협력을 통해 경험과 지혜 공유, ② 아시아의 역사와 문화 및 전통적 가치관과 시대정신에 맞는 헌법재판제도 및 해석기준 모색, ③ 세계 각국의 헌법재판기관 또는 협의체와의 교류 협력 확대를 선언함으로써, AACC가 앞으로 나아갈 방향을 제시하였다.

최초 4개 기관의 참여로 미약하게 시작했던 AACC는 창립총회 당시 10개 회원기관, 2023년 현재 21개 회원기관으로 증가하는 등 아시아를 대표하는 유일한 헌법재판 관련 상설 협의체로 성장하여, 아시아 지역 헌법재판기관들이 각자의 헌법재판제도와 헌법해석기준 등을 서로 나누고 나아가 인권

- 
- 3) 1차회의(2008.4.7.-8., 대한민국 서울) : 준비위원장 선출, 연합규약 초안 작성  
2차회의(2009.5.13., 대한민국 서울) : 태국 등 4개국을 신규회원국으로 가입 승인  
3차회의(2010.4.6.-8., 대한민국 서울) : 연합규약안 확정  
4차회의(2010.7.12., 인도네시아 자카르타) : AACC 창설
  - 4) 대한민국 헌법재판소, 인도네시아 헌법재판소, 말레이시아 연방법원, 몽골 헌법재판소, 필리핀 대법원, 태국 헌법재판소, 우즈베키스탄 헌법재판소
  - 5) 대한민국 헌법재판소, 인도네시아 헌법재판소, 말레이시아 연방법원, 몽골 헌법재판소, 필리핀 대법원, 태국 헌법재판소, 우즈베키스탄 헌법재판소, 러시아 헌법재판소, 타지키스탄 헌법재판소, 터키 헌법재판소

아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한 대한민국 헌법재판소의 역할

보장을 위한 새로운 질서까지 모색할 수 있는 상호 소통의 장이 되고 있다.

## 2. AACC의 구성과 기능

### 가. 회원

AACC 규약에 따르면 아시아의 주권국가에서 단 하나의 기관만이 AACC의 회원이 될 수 있으며, 헌법재판소와 헌법재판권을 행사하는 유사 기관은 AACC 회원이 될 자격을 가진다. AACC 회원 가입은 이사회 결정으로 효력이 발생한다. 2023년 3월 현재 AACC 회원기관 국가와 가입 시기, 가입 승인 회의는 다음과 같다.

< AACC 회원기관 현황 >

회원기관 국가	가입시기	가입 승인 회의
한국, 몽골, 필리핀, 인도네시아, 태국, 말레이시아, 우즈베키스탄	2010. 7.	AACC 창설을 위한 자카르타 선언문 7개국 서명
러시아, 타지키스탄, 튀르키예	2011. 5.	AACC 창립총회 준비이사회(서울)
파키스탄	2012. 5.	AACC 이사회(서울)
카자흐스탄, 아프가니스탄 <sup>6)</sup>	2013. 4.	AACC 제2차 총회(양카라)
아제르바이잔 <sup>7)</sup>	2014. 4.	AACC 이사회(이스탄불)

- 6) 인도네시아 헌법재판소는 2022년 8월 몽골에서 열린 제5차 총회에서 아프가니스탄 헌법이행감독위원회의 해체 관련 내용을 회원기관에 공유하였는데 당시 의장기관은 이 위원회의 해체에 관한 공식 서한은 받지 못한 상태이었다.
- 7) 아제르바이잔은 2013. 4. 이사회(양카라)에서 가입이 논의되었는데, 당시 아제르바이잔이 지리적으로 아시아국가에 속하는지 의문이 있어 논의 끝에 가입이 보류되었다. 튀르키예 헌법재판소가 회원기관인데 그보다 동쪽에 위치한 아제르바이잔의 지리적 위치를 논의한다는 것이 의미가 없어서 2014. 이사회(이스탄불)에서 가입이 결정되었다.

키르기스공화국, 미얀마	2015. 8.	AACC 이사회(자카르타)
인도, 몰디브	2019. 11.	AACC 이사회(인도네시아)
방글라데시	2020. 8.	AACC 제4차 총회(카자흐스탄)
요르단	2021. 8.	AACC 이사회(카자흐스탄)
팔레스타인	2022. 8.	AACC 이사회(몽골)

## 나. 조직 구성

AACC는 이사회(Board of Members)와 총회(Congress)로 구성<sup>8)</sup>되며, 그 외에 사무국을 두고 있다. 차기 총회 개최 예정인 회원기관의 수장이 AACC 의장직을 맡아 총회와 이사회를 주재하며, 만약 차기 의장이 결정되지 않은 경우 이사회의 결정에 따라 현 의장의 임기를 연장할 수 있다.<sup>9)</sup>

### (1) 이사회

중요 의사결정기관인 이사회는 회원자격을 가진 헌법재판소와 헌법재판기관의 소장 또는 대표로 구성되며, ① 회원의 가입, 자격정지 및 탈퇴, ② 옵서버와 게스트의 승인과 거절, ③ 총회 시간과 장소 및 회의 주제 결정, ④ 총회 예산의 승인, ⑤ 총회의 재정 부담금 확정, ⑥ 제3자의 기부금 승인, ⑦ 총회 결과 선언문의 채택, ⑧ AACC 규약의 작성, ⑨ AACC 규약의 개정, ⑩ AACC의 해체, ⑪ 총회의 권고에 대한 결정, ⑫ 향후 2년 간의 업무 계획 채택, ⑬ 규약에 명시되지 않은 AACC 관련 문제에 대한 결정에 관한 권한을 가진다.<sup>10)</sup> 이사회는 가능한 한 총회와 총회 사이에 최소 1회, 그리고 기본적으로 총회 시작 전날과 폐회 전에 회의를 개최한다. 이

8) 「AACC 규약」 제4장 ‘조직’

9) 개정된 「AACC 규약」 제14조

10) 「AACC 규약」 제12조와 제13조

아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한 대한민국 헌법재판소의 역할

사회는 회원 과반수의 참석으로 개의하며, 회의에 참석하는 회원의 2/3 이상의 동의로 의결한다.<sup>11)</sup>

## (2) 총회

총회는 2년에 1회 개최한다. 총회에는 회원, 옵서버 및 게스트가 참여할 수 있으나, 옵서버와 게스트는 표결이나 의사결정 과정에는 참여할 수 없다.<sup>12)</sup>

## (3) 사무국

최초 AACC 규약 제정 시 사무국은 총회 개최를 준비하기 위한 임시의 사무국만을 두었으나, 2016년 8월 12일 이사회 결정을 통해 AACC의 목적 수행을 위한 모든 기능이 사무국을 통해 수행되어야 함을 분명히 하고, 종래의 총회 개최를 준비하기 위한 총회사무국(Host Secretariat) 외에 AACC의 일상적 기능수행을 위하여 행정사무국(Secretariat for Planning and Coordination, 'SPC'), 연구사무국(Secretariat for Research and Development, 'AACC SRD'), 연수 및 인적자원 개발센터(Center for Training and Human Resource Development, 'CTHRD')로 구성된 3개의 상설사무국(Permanent Secretariat)을 설치하였다.<sup>13)</sup>

## 다. 기능

AACC 규약은 AACC의 목표를 ① 인권보호, ② 민주주의 보장, ③ 법치주의 구현, ④ 헌법재판소 및 헌법재판기관의 독립성, ⑤ 회원 간 협력 및 경험·정보의 교류라고 밝힌다. 이러한 목표 달성을 위한 정기 회의 개

---

11) 「AACC 규약」 제15조, 제16조, 제17조, 제18조, 제19조

12) 「AACC 규약」 제6장 '총회'

13) 개정된 「AACC 규약」 제22조

최, 심포지엄, 워크숍, 세미나 등의 행사 조직, 헌법재판에 관한 경험 공유, 의견 교환, 헌법재판소의 독립성 제고, 회원 간 접촉 유지, 헌법 관련 기구와 협력 등 AACCC의 8가지 기능을 명시하고 있다.<sup>14)</sup>

### 3. AACCC의 활동

AACCC는 2010년 7월 설립 이후 여러 행사들을 개최함으로써 회원국들에게 결속을 강화하고 다양한 정보를 교환하는 정기적인 국제교류의 장을 제공하고, 회원국의 인권보호와 민주주의·법치주의 구현 및 헌법재판제도의 발전에 실질적으로 기여하는 실질적 협의체로서 기능하고 있다. 총회 및 이사회 개최 현황은 다음과 같다.

< AACCC 총회 및 이사회 개최 현황 >

주최	회의명	시기(장소)	주요 논의내용
대한민국	AACCC 창립총회 준비이사회	2011. 5. (서울)	• 창립총회 일정, 주제 및 초청대상 등 결정
	AACCC 창립총회, 이사회	2012. 5. (서울)	• 기간: 2012. 5. 20.(일) ~ 5. 24.(목) • 주제: 아시아에서의 헌법재판의 현재와 미래 • 참가자: 29개국, 2개 국제기구 등 총 92명
튀르키예	AACCC 제2차 총회 준비이사회	2013. 4. (앙카라)	• 제2차 총회 일정, 주제 및 초청대상 등 논의
	AACCC 제2차 총회, 이사회	2014. 4. (이스탄불)	• 기간: 2014. 4. 28. - 4. 30. • 주제 - 세션1: 헌법재판소의 사회권 보호 및 개인인정을 통한 인권 보장 - 세션2: 헌법재판소·대법원과 의회의 관계

14) 「AACCC 규약」 제3조와 제4조



아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한 대한민국 헌법재판소의 역할

			<ul style="list-style-type: none"> <li>- 세션3: 헌법재판에서의 해석 방법</li> <li>- 세션4: 헌법질서 수호를 위한 헌법재판기관의 역할</li> </ul>
인 도 네 시 아	AACC 사무처장회의	2015. 5. (자카르타)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 차기 이사회 논의사항 결정, 총회 장소 및 주제 제안</li> <li>• 연합 회원기관 사무처장 역할 강화 등 논의</li> <li>• 상설사무국 설립 및 서울 유치 제안(대한민국 헌법재판소)</li> </ul>
	AACC 제3차 총회 준비이사회, 사무처장회의	2015. 8. (자카르타)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 제3차 총회 일정, 주제 및 초청대상 등 논의</li> <li>• 상설사무국 설치 제안에 관한 논의</li> </ul>
	AACC 사무처장회의	2016. 5. (자카르타)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 상설사무국 운영방안 분석에 관한 연구보고서 논의</li> <li>- 한국, 인도네시아 공동사무국 설립 제안</li> <li>• 제3차 총회, 이사회 행정사항 및 주제 관련 논의</li> </ul>
	AACC 제3차 총회, 이사회, 사무처장회의	2016. 8. (발리)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 주제: 국민의 헌법상 권리의 증진 및 보호</li> <li>• 이사회 주요결정사항</li> <li>1) 한국(연구), 인도네시아(행정), 튀르키예(인적자원개발센터) 각 상설사무국 설립</li> <li>2) 실무 언어에 러시아어 추가(기존에는 영어만 규정)</li> <li>3) 상설사무국 설립 및 실무 언어 추가에 의해 규약 개정</li> </ul>
	AACC 이사회, 사무처장 회의	2017. 8. (솔로)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• AACC 차기 의장 선출</li> <li>- 말레이시아, 카자흐스탄, 몽골, 태국 순으로 의장직 수입</li> <li>• 분담금 도입을 위한 기초 조사에 합의</li> </ul>
	AACC 이사회, 사무처장 회의	2019. 11. (발리)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 말레이시아 연방법원 내부 사정으로 제4차 총회 미개최</li> <li>• 카자흐스탄 헌법위원회가 차기 의장기관 수입</li> </ul>

카 자 흐 스 탄	AACC 제4차 총회, 이사회, 사무처장회의	2020. 8. (누르술탄)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 코로나19로 온라인 화상회의로 개최</li> </ul>
	AACC 이사회, 사무처장회의, 국제심포지엄	2021. 8. (누르술탄)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 코로나19로 온라인 화상회의로 개최</li> <li>• 몽골 헌법재판소가 차기 의장기관 수임</li> </ul>
몽 골	AACC 제5차 총회, 이사회	2022. 8. (울란 바토르)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 주제: 아시아 헌법재판의 최근 동향                         <ul style="list-style-type: none"> <li>- 세션1: 도전적 시기의 위헌심사</li> <li>- 세션2: 헌법재판에 있어 장·단기적 시각 고 려</li> </ul> </li> <li>• 이사회 주요결정사항                         <ul style="list-style-type: none"> <li>- 팔레스타인 최고헌법재판소 회원가입</li> </ul> </li> </ul>

필자는 헌법재판소 재직 시절 2013년 제2차 총회 준비이사회, 2014년 제2차 총회, 2015년 제3차 총회 준비이사회 및 사무처장 회의, 2016년 제3차 총회, 2017년 이사회에 참석하였다. 당시 회의장에서 이루어졌던 열띤 토론과 심포지엄에서 여러 나라 재판관들과 나누었던 헌법재판과 관련한 고민들이 생생하게 기억에 남아있는데, 참석한 회의에서 일어난 일화 한 두 가지를 이 지면을 빌려 소개한다.

필자가 처음 참석한 2013년 제2차 총회 준비이사회에서는 Zakaria 말레 이시아 대법원장이 갑자기 혈압이 높게 올라 입원하는 일이 있었는데 회의를 주최한 튀르키예 헌법재판소 측에서 적절하게 조치를 취해 정상으로 회복이 되었고 참석자들이 감사 인사를 전한 적이 있었다. 국제회의를 주최하는 입장에서는 이러한 일이 발생할 것도 미리 염두에 두고 계획을 세울 필요가 있겠다.

필자는 2014년 서울에서 열린 제3차 세계헌법재판회의에서 튀르키예의 Arslan 헌법재판관과 대담 중 당시 튀르키예 헌법재판소장이 임기 만료를 앞두고 있어 그에게 차기 헌법재판소장이 될 것이라고 덕담을 하였는데,

그가 헌법재판소장이 된 후 2015년 제3차 총회 준비이사회에 참석하여 필자의 예언이 실현되었다는 대화를 한 적이 있었다. 2017년 이사회에서는 Arslan 튀르키예 헌법재판소장이 필자가 당시 공식이던 대한민국 헌법재판소장이 될 것이라고 하였는데, 그 해 가을 필자가 헌법재판소장에 임명되고 난 후 2018년 태국 헌법재판소 창립 20주년 기념 국제회의에서 다시 만나 두 사람의 수년에 걸친 예언 아닌 예언이 모두 현실이 되었다고 서로 웃음보를 터뜨린 적이 있었다.

#### 4. 소결

AACC는 여타 헌법재판 관련 지역협의체들과 마찬가지로 특정 국가들의 주도로 설립<sup>15)</sup>되었으며, 설립 이후 운영도 대한민국, 튀르키예, 인도네시아 등 특정 국가가 주도적인 역할을 수행하였다. 이는 국가 간 협의체의 일반적인 특성으로, 특히 민주주의 및 헌법재판의 역사가 짧고 국가별로 정치적·재정적 편차가 큰 아시아 지역에 있어서는 불가피한 선택이라고 볼 수 있다. 하지만 대한민국, 튀르키예, 인도네시아에 이어 말레이시아, 카자흐스탄, 몽골, 태국이 의장국을 맡는 등 AACC 활동에 대한 회원국들의 관심과 참여가 확대되고 있으며, 이는 AACC 운영에 있어 긍정적인 신호라 하겠다. 또한 역대 의장기관과 행정사무국을 운영하고 있는 인도네시아 헌법재판소의 노력으로 인도, 몰디브, 방글라데시, 요르단, 팔레스타인의 대법원, 최고재판소 등이 회원기관으로 가입하였고, 아프리카헌법재판소회의(CCJA), 유라시아헌법재판기관연합, 유럽헌법재판소연합(CCEC)과 양해각서를 체결하는 성과를 이루었다.

이처럼 AACC는 그 탄생의 주역인 대한민국 헌법재판소에게 특별한 의

15) 손인혁 외, AACC 및 연구사무국 중장기 발전방향 연구, 헌법재판소 정책개발연구 제12권, 2020, 180-181면 참조

미를 가지며, 이는 대한민국 헌법재판소의 AACC 연구사무국의 유치 및 운영으로 자연스럽게 연결되었다. 이어서 연구사무국과 그 운영과 관련한 대한민국 헌법재판소의 역할을 살펴본다.

### III. AACC 연구사무국

#### 1. AACC 연구사무국의 설치

AACC는 체계적인 협력과 연대 및 연구지원을 지원할 상시적 토대가 필요하다는 회원기관들의 공감대가 형성되고 있었다. 이에 따라 2015년 5월 인도네시아 자카르타에서 개최된 제1차 사무처장회의에서 대한민국 헌법재판소가 상설사무국 형태의 협력기구를 설립하자는 의견을 최초로 제기하였다.

이러한 제의에 대해 회원기관들은 관심을 보였으며, 2015년 8월 제2차 사무처장회의에서 인도네시아 헌법재판소가 상설사무국을 유치하겠다고 하여 상설사무국 유치를 위한 경쟁이 시작되었다. 대한민국 헌법재판소는 AACC의 짧은 역사를 감안하고 회원기관들 간의 화합을 도모하기 위하여 인도네시아 헌법재판소 측에 연구에 관한 상설사무국은 대한민국 헌법재판소가, 조율 기능을 담당하는 상설사무국은 인도네시아 헌법재판소가 운영하는 공동 상설사무국 유치 방안을 제안하였다. 이를 바탕으로 2016년 3월 서울에서 개최된 한-인니 헌법재판소장 회담에서 서울에는 연구사무국을, 자카르타에는 행정사무국을 설치하는 안에 대해 양 헌법재판소가 원칙적으로 합의하였고, 2016년 4월에는 인도네시아 실무단이 방한하여 이를 구체화하였다.

이러한 합의를 바탕으로 2016년 5월 인도네시아 자카르타에서 열린 제3차 AACC 사무처장회의에서 대한민국 헌법재판소와 인도네시아 헌법재판

아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한 대한민국 헌법재판소의 역할

소가 한-인니 공동 상설사무국 유치안을 제안하였으나, 튀르키예 헌법재판소가 공동 상설사무국 설치에 반대하며 단독 상설사무국 유치의사를 표명하는 등 합의가 이루어지지 않아, 제3차 총회 및 이사회 회의에서 결정하기로 하였다. 그 해 8월 AACC 이사회는 만장일치로 한-인니 공동 상설사무국을 설치하기로 결정하였고, 튀르키예 앙카라에 연수 및 인적자원개발센터를 설치하기로 의결하고 AACC 규약 개정을 통해 이를 명문화하였다.<sup>16)</sup>

## 2. AACC 연구사무국의 구성과 기능

AACC 상설사무국은 AACC 활동의 기획 및 조율, 회원기관 간 경험 공유의 체계화, 헌법재판에 관한 연구 수행, 입헌주의 이념의 확산, 헌법재판기관 활동의 홍보 등을 수행한다. AACC 규약은 상설사무국의 구성과 기능을 다음과 같이 규정하고 있다.<sup>17)</sup>

### < AACC 상설사무국의 구성과 기능 >

구 분	소 재 지	기 능
연구사무국	대한민국 서울	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 회원기관 간, 및 외부기관간의 공동연구활동 기획, 수행 및 조율</li> <li>- 연구 수행 및 학술연구활동 제안</li> <li>- 연구성과를 모아 국제학술저널 발행</li> <li>- 회원기관 기본 정보 및 주요 판례 DB 구축 및 운영</li> <li>- AACC의 입헌주의증진을 위한 연구 활동 수행</li> <li>- 연구주제에 관한 재판관급 및 연구관급 국제회의, 세미나, 포럼 개최</li> </ul>

16) 헌법재판소 30년사, 2018, 276-277면 참조

17) 개정된 「AACC 규약」 제22조

행정사무국	인도네시아 자카르타	<ul style="list-style-type: none"> <li>- AACC와 그 회원들에게 의전 및 행정지원 제공</li> <li>- 국제기구, 포럼 및 기타 외부 당사자들과의 대외 관계 및 활동 지원</li> <li>- 연수 및 인적자원 개발센터의 활동과 겹치지 않는 범위 내에서 인적자원 개발, 인적자원 교류, 장학금, 인턴십 활동 조율</li> <li>- AACC 활동에 관한 재정 기획 및 조율</li> </ul>
연수 및 인적자원 개발센터	튀르키예 앙카라	<ul style="list-style-type: none"> <li>- AACC에서 시행되는 서머스쿨, 워크숍 및 기타 유사 프로그램을 포함한 연수 프로그램 시행</li> <li>- 회원 기관에 교육 자료 제공</li> <li>- 연수 및 인적자원개발센터에서 시행하는 연수 활동에 회원기관 전문가 직원들의 참석 조율</li> </ul>

### 3. AACC 연구사무국의 활동

AACC 연구사무국의 활동은 ‘연구·조사업무’와 ‘연구 컨퍼런스 개최’로 구분할 수 있다.

연구·조사업무는 헌법재판, 기본권, 글로벌 입헌주의로 나뉘어 있다. 이러한 연구·조사업무의 결과물로서, 회원기관들과의 공동 연구를 통해 2018년부터 다섯 권의 연구자료집을 발간하였다. 2023년에는 ‘사법예의 접근: 헌법재판에 대한 접근을 중심으로’라는 주제로 연구·조사를 수행 중이다. 또한 연구사무국은 연구 주제와 연계하여 2017년 이후 2022년까지 세 차례의 재판관급 국제회의와 세 차례의 연구관급 국제회의를 개최하였다.

#### < AACC 연구사무국 발간 연구자료집 현황 >

연도	주제	참여기관
2018	AACC 회원기관의 관할과 조직	15개 회원기관
2019	AACC 회원기관의 위헌심사	14개 회원기관

2020	AACC 회원기관의 표현의 자유 보장과 한계	18개 회원기관
2021	AACC 회원기관의 헌법상 기본권	17개 회원기관
2022	생명권	17개 회원기관
2023	사법예의 접근: 헌법재판에 대한 접근을 중심으로	진행 중

#### 4. AACC 상설사무국 사이의 교류 협력

대한민국의 연구사무국은 개설 이래 비교헌법 연구를 수행하면서 회원기관 간 공동연구를 진행하고 재판관급과 연구관급의 국제회의를 개최하면서 연구, 조사 자료집을 발간하고 있다.

인도네시아의 행정사무국은 회원기관의 확대와 의전 및 행정 지원을 주된 임무로 하면서도 인적 자원 개발과 교류, 쇼트 코스와 같은 연수 프로그램을 운영하고 있다.

튀르키예의 연수 및 인적 자원 개발센터는 매년 회원기관의 연구관과 직원들에 대한 하계 연수 기회를 제공하고 있다.

대한민국과 인도네시아의 상설사무국들과 튀르키예의 연수 및 인적 자원 개발센터가 각자 자신의 고유 업무에 치중하면서 유사성이 있는 연수 프로그램을 운영한다는 것은 그만큼 헌법재판과 인권에 관한 연구 참여와 연구 결과의 공유, 지속적인 교육의 중요성을 입증하는 것이라 하겠다. 이제 상설사무국의 각자 운영이 수년 동안 이루어져 어느 정도는 궤도에 올랐다고 평가할 수 있는 단계에 왔으므로 앞으로는 사실상 3개의 상설사무국 운영이 상승효과를 이루어내는 방안이 모색되어야 할 것이다. 그러한 효과를 발휘하기 위하여 상설사무국들이 공동의 주제를 선정하여 공동 연구를 수행하고 이를 발표하는 기회를 가지면서, 회원기관의 공동 연구 참여를 독려하는 것은 좋은 방안이 될 것이다.

나아가, 이러한 공동 연구 결과의 발간과 함께 회원기관들이 참여하는 세미나를 개최하여 각국의 연구 참여자들이 의견을 나눌 수 있도록 한다면 연구 결과의 활용도를 더욱 높일 수 있을 것이다. 여기에 더해 국제학술저널을 발간하여 공동 연구 주제 외에도 각 국가의 연구자들이 자유롭게 연구 결과를 공유할 수 있도록 하는 것도 검토할 만한 방법이다. 그 연구 결과를 자료집으로 발간하여 회원기관 사이에 공유하는 프로그램을 마련하는 것은 상설사무국 사이의 협력 강화라는 결과물을 낳고, 회원기관들의 헌법재판과 아시아 지역의 인권 옹호에 이바지할 수 있을 것이다.

## 5. 소결

대한민국 헌법재판소는 AACC 연구사무국의 유치 및 운영으로 AACC 내에서 중추적 임무를 수행하면서 이에 비례하는 무거운 책임감도 가지게 되었다. 연구사무국은 그 역사가 짧지만 헌법과 헌법재판 및 인권보장에 관한 비교법적 연구를 통하여 헌법이론과 인권보장의 틀에 대한 지혜를 심화시키고 자료를 축적하는 기반이 되고 있다. 아래에서는 이러한 중추적 임무 수행과 책임감을 밑거름 삼아 AACC가 한 단계 도약하기 위하여 대한민국 헌법재판소가 어떠한 역할을 할 수 있을 것인지 살펴본다.

## IV. AACC의 발전을 위한 AACC와 대한민국 헌법재판소의 역할

### 1. AACC 회원기관 확대와 회원기관의 비용 부담

AACC가 공식적으로 출범한 지 10여 년의 시간이 흘러 회원기관이 양



적으로 증가하고 있지만 AACC가 근본적으로 추구하는 목표인 인권 보장, 민주주의, 법치주의 구현이 아시아 지역에서 어느 정도 실현되고 있는지를 평가해본다면 아직 높은 점수를 주기는 힘들어 보인다. 그 이유 중 하나는 AACC 내부에서는 회원기관들이 자신의 결정례 소개와 회원기관 사이의 교류, 협력에 그치고, 한 걸음 더 나아가 회원기관이 소속된 국가의 인권의 제도적 보장으로 의미 있게 확대되지 못하고 있는 것이 현실이기 때문이다. AACC가 그 목표를 아시아 지역 전체에서 실현하고 아시아 지역을 대표하는 헌법재판기관이 되기 위하여는 우선 회원기관의 확대와 함께 운영 비용의 적정한 분담이 선행될 필요가 있다.

현재 21개 회원기관으로 운영되고 있는 AACC는 동남아시아, 중앙아시아 국가의 회원기관이 주를 이루고, 세계적 강국이 위치한 극동에서는 대한민국만이 회원기관으로 참여하고 있다. AACC가 아시아 지역의 다양성을 포용하면서 아시아 지역을 대표하는 헌법재판기관의 연합으로 성장하기 위하여는 극동에 위치한 중국과 일본의 참여가 필요하다고 본다. 정치, 사회 체제가 상이한 중국의 참여는 AACC의 목표와 관련하여 회원기관들 사이에 논란이 있을 수도 있고 일본이 AACC 참여에 소극적 태도를 보이는 문제가 있으나, 이러한 장애물을 뛰어넘는 것은 AACC가 아시아 지역을 대표하는 헌법재판기관으로 도약하기 위한 통과의례라고 볼 수 있다.

그동안 역대 의장기관의 노력으로 인디아, 몰디브, 방글라데시, 요르단, 팔레스타인의 헌법재판기관이 회원기관으로 참여한 것은 AACC가 아시아 전역으로 그 발판을 넓히고 아시아 지역 민주주의의 발전과 기본적 인권의 보장을 위하여 바람직한 것이었다. 대한민국의 헌법재판소도 이웃하고 있는 국가인 중국과 일본 등 아시아 각국의 미가입 헌법재판기관의 가입을 위한 노력을 기울일 필요가 있다.

AACC는 규약에 따라 이사회, 총회, 심포지엄, 워크숍 및 세미나와 같은 행사와 관련해 비용을 회원의 동등한 분담금으로 충당하고, 총회사무국의

비용은 총회 개최 회원이 부담하도록 되어 있다. 그런데 실상은 총회를 개최하는 의장기관이 이사회, 총회, 심포지엄 등의 행사 비용을 모두 부담하는 형편이라서 의장기관의 재정에 일방적으로 큰 부담을 지우는 체제이다. 실제로 2018년 의장기관이던 말레이시아 연방법원의 사정으로 제4차 총회가 열리지 못하고 의장기관의 지위가 2019년 카자흐스탄 헌법위원회로 넘어간 사례가 있었다. 이제 10년 남짓 존속하는 신생 기관인 AACC로서는 불가피한 현상이라고 볼 수도 있겠지만, 장기적으로 AACC의 지속 가능성을 높이면서 의장기관이 총회를 열지 못하는 사태를 예방하고 어느 정도 분담금에 관한 규약을 현실성 있게 이행하기 위한 방안을 마련할 필요가 있다. 예를 들어, 행사 비용 중 상당한 부분을 회원기관이 동등한 분담금으로 충당하고, 나머지 비용을 의장기관에서 부담하는 것이 바람직하다.

이와 같은 비용 부담은 회원들의 재정 부담을 초래하겠지만, 현재와 같이 회원기관들의 협의로 각국의 회원기관이 교대로 의장기관을 맡으면서 비용을 부담하고 있는 상황 아래에서는 장기적으로 볼 때 회원기관들의 분담금으로 행사를 치르는 것과 마찬가지로 되고 있어 비대면 회의가 이루어지는 때를 제외한다면 결국 회원기관들 사이에 거의 비슷한 비용 부담이 예상된다. 이와 같이 비용 부담이 이루어진다면 AACC에 참여하는 모든 회원기관들이 이 기구 내에서 동등한 위상을 가질 수 있게 될 것이다. 또한 장차 아시아 지역의 강국인 중국이나 일본의 AACC 참여가 이루어진다면 몇몇 주도적인 회원기관에 의하여 그 기관의 전략대로 AACC가 운영될 우려도 없지 않다고 볼 것인데, 회원기관 전체가 골고루 비용 부담을 한다면 소수의 회원기관에 의한 독주를 방지하고 회원기관 전체의 의사에 따라 운영되는 것이 가능하게 되어 회의체의 지속성과 독립성을 담보할 수 있을 것이기 때문이다.

## 2. 아시아 인권보장제도 확립을 위한 국내·외 협력

제2차 세계대전 이후 국제적 차원에서 인권을 보장한다는 합의가 속속 탄생하였다. 국제연합은 1948년 보편적 인권협약인 세계인권선언을 채택하였고, 1966년 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약과 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약을, 이어서 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 고문방지협약, 아동권리협약등을 채택하였다. 유럽에서는 1953년 유럽인권협약이 발효되면서 이를 보장하기 위한 기관으로 유럽인권재판소를 설치하였다. 미주대륙에서는 미주인권협약과 보장기구인 미주인권재판소를, 아프리카에서는 아프리카인권헌장과 이행기구인 아프리카인권재판소를 두고 있다. 또한 이슬람교를 기반으로 하는 아랍국가연맹도 인권재판소는 없지만, 1994년 아랍인권헌장을 채택한 후 2004년 새로운 아랍인권헌장을 채택하였다.

아시아 지역에 위치한 나라들은 각자 나름대로 오랜 정치적, 사회적, 문화적 전통이 있지만 민주주의 역사가 짧은 편이라 고문, 불법 구금이나 내전 등 심각한 인권침해 상황과 민주주의의 발전을 위협하는 일들이 빈번히 발생하고 있다. 그럼에도 아직 지역 인권보장제도가 없는 아시아 지역에 공동의 인권협약과 이를 바탕으로 한 지역인권보장기구가 필요하다는 것은 의심의 여지가 없다. 그런데 아시아 지역 국가들은 서로 인접하여 살아가고 있으면서도 세계의 다른 지역과는 달리 정치, 경제, 문화, 언어, 종교적으로 많은 차이를 가지고 있고 이것이 인권 보장 제도를 확립하는데 큰 장애물로 작용하고 있다.

헌법재판이 각 국가의 민주주의와 법치주의 수준을 측정하는 기준이 된 지금, 서로의 제도를 비교하고 그 장단점을 분석하는 활동은 아시아 지역 국가들의 헌법재판제도 발전과 이를 통한 인권 의식 제고 및 공통의 인권

인식 형성에 매우 중요한 작업이 되고 있다. 아시아 지역에 보편성을 가진 헌법재판제도가 확산됨에 따라 적어도 헌법재판을 통한 인권 보장에 대해서는 지역국가들 사이에 공감대가 형성되고 있다. 아시아 지역에서 헌법재판을 통하여 이러한 보편성이 있는 작업을 수행할 수 있는 유일한 조직인 AACC는 이 지역 내에 범국가적 인권 보장 제도의 확립을 위한 기반이 될 수 있다.

대한민국 헌법재판소는 2014년 4월 이스탄불에서 열린 AACC 제2차 총회와 같은 해 9월 서울에서 열린 세계헌법재판회의 제3차 총회에서 아시아 지역 인권보장기구의 설립을 제안하였다. 당시 베니스위원회를 비롯한 유럽의 일부 국가는 이 제안을 높이 평가하였으나, 아시아 각국의 반응은 미미하였고 이후 대한민국 헌법재판소도 국내외적으로 단순한 제안 수준을 넘어 진전을 이룰 수 있는 방안을 내놓지 못하고 있다.

이와 같이 답보 상태에 놓여 있는 이유는 현재 국내적으로 헌법재판소를 제외하고는 아시아 인권보장제도 확립에 관하여 관심을 가지는 국가기관이 거의 없는 상태라서 국내에서조차 논의의 초기 단계에 불과하기 때문이다. 거기에 더해 아시아 지역 인권보장제도의 확립은 대한민국의 많은 국가기관 중 하나에 불과한 헌법재판소가 단독으로 수행할 수도 없고, 해서도 안 되는 국가적 과제이다.

헌법재판소로서는 이러한 여건의 미성숙과 현실적 어려움을 직시하고 외교부, 법무부, 국가인권위원회 등 각급 국가기관과 민간단체 사이에 아시아 지역 인권보장제도를 확립하자는 국내적 공감대를 형성한 다음 국가기관과 관련 민간단체를 포함한 범인권조직을 결성하는 방안을 생각해 볼 수 있다.<sup>18)</sup> 이를 통해 정부기구와 비정부기구들이 상시로 소통할 수 있는 공론의 장이 만들어져 공감과 협의를 이끌어내고, 이를 바탕으로 꾸준한 준비

---

18) 전학선 외, 아시아헌법재판소연합 회원국 간의 상호이해 증진을 위한 모색, 헌법재판소 정책개발연구 제8권, 2016, 289면 참조

를 거쳐 대한민국이 아시아 인권보장제도 창립을 주도한다면 아시아 지역 각국의 실천적 참여를 이끌어낼 수 있을 것이다. 무엇보다 중요한 것은 먼저 국내에서 컨센서스를 이루어 내는 일일 터인데, 국내적으로 이 과제의 시급성을 느끼지 않고 있는 상황에서 이를 이끌어내는 것이 지극히 어려운 일이지만 헌법재판소가 먼저 기나긴 여정의 발걸음을 내딛어야 할 것이다. 국내 관계기관들이 다수 참여하는 논의 속에서 정치적 리더에 의한 추진도 국내적인 아시아 인권보장제도 확립을 위한 실효적 방안이 될 수 있을 것이다.

이와 같은 국내적 추진 방안과 더불어 국제적으로도 아시아 인권보장제도의 설립을 위하여 유엔인권기구 및 지역별 인권보장기구, 베니스위원회 등과의 협력을 강화하고 실질적인 도움을 받을 필요가 있다. 향후 AACC 연구사무국에서 개최하는 연구 컨퍼런스에 이러한 기관들을 적극적으로 초청하여, 지역인권협약 및 지역인권보장기구의 설립에 관한 경험을 청취하고, 긴밀한 협력관계를 구축한다면 아시아 인권보장제도 확립을 향한 하나의 발걸음을 내딛는 일이 될 것이다. 또한 대한민국 헌법재판소로서는 AACC 총회나 이사회, 심포지엄 등 기회가 있을 때마다 아시아 인권보장제도의 시급성에 관해 역설함으로써 분위기 조성에 힘쓰고, AACC 회원기관 중 관심을 가지는 회원기관과의 협력을 통해 회원기관뿐만 아니라 회원기관이 소속된 아시아 각국의 주무 당국이 관심을 가질 수 있는 계기로 삼아야 하겠다.

## V. 맺음말

AACC는 아시아 지역의 민주주의 및 법치주의의 발전, 인권보호라는 핵심적 가치를 실현할 수 있는 중요한 기반이라는 점에서 그 의미가 각별하다.

아시아 지역 헌법재판기관들은 AACC를 통해 서로 긴밀히 교류하며 자국의 헌법재판제도를 발전시키고, 이러한 과정 속에서 공통된 인권 의식에 대한 공감대를 형성하여 왔다. AACC가 수행하여야 할 임무는 여기에서 그칠 것이 아니라 아시아 지역 대부분 국가 사이에 인권을 보장하는 제도적 장치를 확립하는 합의를 이끌어내는 디딤돌로서의 역할을 하는 것이다.

물론 현실적인 눈으로 바라볼 때 이에 도달하기 위하여는 오랜 시간이 필요하고 많은 장애물을 헤치고 나가야 하기 때문에 아시아 각국에서 상대적으로 작은 국가기관인 헌법재판기관들이 주도하기에는 벅찬 일이라고 볼 수밖에 없기는 하다. 그렇다 하더라도 우선 아시아 지역 헌법재판기관이 그동안 쌓아올린 각자의 경험을 다른 회원기관과 적극적으로 나누는 지금까지의 자세를 유지하는 것에서 나아가 아시아 각국의 정치, 사회, 문화, 종교적 차이에도 불구하고 다른 회원기관의 경험 중 받아들일 부분을 과감하게 수용하는 개방적인 자세를 보여줄 필요가 있다. 이러한 자세가 회원기관 사이에 확산된다면 10여 년 전에 씨를 뿌려 자라나고 있는 AACC의 설립 목표를 십분 달성하는 일이 될 뿐만 아니라 아시아 인권보장제도의 확립을 위한 발판이 될 것이다. 이를 달성하기 위해서는 AACC 회원기관 모두가 노력해야 하겠지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 AACC의 창설부터 깊이 참여하고, AACC 운영에 핵심적인 역할을 담당하는 연구사무국을 유지하여 운영하고 있는 대한민국 헌법재판소의 적극적 역할이 중요하다.

아시아는 전 세계 인구의 60%가 살고 있고 21세기 들어서 세계의 경제를 좌우하는 세계 최대의 지역이다. 아시아 지역의 보편적 인권 보장과 민주주의 증진은 세계의 평화와도 직결된다. 대한민국 헌법재판소가 무거운 책임감을 가지고 아시아 지역과 세계의 평화 유지에 기여할 수 있기를 기대해본다.

[국문초록]

2010년 출범한 아시아헌법재판소연합(AACC)은 아시아를 대표하는 유일한 헌법재판 관련 상설 협의체로서, 아시아 지역 헌법재판기관들이 각자의 헌법재판제도와 헌법해석기준 등을 나누고 나아가 인권 보장을 위한 새로운 질서까지 모색할 수 있는 상호 소통의 장이 되고 있다. 대한민국 헌법재판소는 AACC 탄생의 주역으로서 설립 이후 운영에도 주도적으로 참여해 왔으며, 특히 AACC 연구사무국 유치 및 운영을 통해 회원기관 간 공동연구 진행, 국제회의 개최 등 핵심적인 임무를 수행하고 있다. AACC가 인권 보장, 민주주의, 법치주의 구현이라는 목표를 실현하고 한 단계 더 도약하기 위해서는 중국과 일본의 참여 등 회원기관의 확대와 분담금에 관한 규약을 현실성 있게 이행하기 위한 방안을 마련하여 회원기관 간 운영비용의 적정한 분담이 이루어질 수 있도록 노력해야 한다. 아울러 AACC는 아시아 지역 내에 범국가적 인권보장제도의 확립을 위한 기반이 될 수 있는 바, 이를 위해 AACC에서 주도적 역할을 하고 있는 대한민국 헌법재판소가 국내적 공감대 형성 및 국제기구와의 협력을 강화하고 아시아 인권보장제도의 시급성에 대한 분위기 조성에 힘쓰는 등 적극적 역할을 담당할 필요가 있다.

**주제어**

아시아헌법재판소연합(AACC), AACC 연구사무국, AACC 발전 방안, 아시아 인권보장제도

[Abstract]

## The Role of the Constitutional Court of the Republic of Korea in Developing the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC)

The Asian Association of Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC) was established in 2010 and stands as the sole permanent consultative body dedicated to constitutional justice in Asia. It functions as a platform for mutual communication among Asian constitutional justice institutions, facilitating the exchange of their respective constitutional justice systems and standards for constitutional interpretation. It also encourages exploration of new avenues to ensure human rights protection. The Constitutional Court of the Republic of Korea has played a crucial role in the establishment and ongoing operations of the AACC. In particular, through the attraction and management of the AACC Secretariat for Research and Development, the Korean Constitutional Court has been instrumental in conducting joint research activities and hosting international conferences. To achieve the AACC's goals of safeguarding human rights and ensuring democracy and the rule of law and to advance further, it is vital to focus on two key objectives: expanding membership to include countries such as China and Japan and equitably sharing operating costs among members through measures aimed at practically implementing the AACC Statute concerning budget contributions. Moreover, the AACC can



아시아헌법재판소연합(AACC) 발전을 위한 대한민국 헌법재판소의 역할

serve as a cornerstone for establishing a cross-national human rights protection system within the Asian region. To accomplish this, the Constitutional Court of the Republic of Korea, taking a leading role in the AACC, should assume more active responsibilities, including fostering domestic consensus, enhancing collaboration with international organizations, and promoting a sense of urgency for establishing an Asian human rights protection system.

**Key-words**

Asian Association of Constitutional Courts and Equivalent Institutions (AACC), AACC Secretariat for Research and Development, AACC development plans, Asian human rights protection system

헌법논총 제34집(2023)

### 참고문헌

전학선 외, 아시아헌법재판소연합 회원국 간의 상호이해 증진을 위한 모색, 헌  
법재판소 정책개발연구 제8권, 2016

손인혁 외, AACC 및 연구사무국 중장기 발전방향 연구, 정책개발연구 제12권,  
헌법재판소, 2020

헌법재판소 30년사, 헌법재판소, 2018

# 헌법재판소 판례이론의 회고\*

— 그 개선가능성을 중심으로 —

Analysis on the Case Law Theory of  
the Constitutional Court of Korea  
- Focusing on its possibilities for improvement -

박 종 보(Park, Jong-bo)

한양대학교 법학전문대학원 교수

— 목 차 —

I. 글머리에 .....	37
II. 헌법일반이론 .....	38
1. 법률유보원칙의 의미 .....	38
2. 무죄추정의 원칙과 그 예외 인정 .....	44
3. 조약의 국내법적 효력 .....	51
III. 기본권 .....	55
1. 기본권의 충돌 .....	55
2. 외국인의 근로권 또는 직업의 자유 .....	62
3. 언론·출판에 대한 허가과 검열 .....	69

---

\* 이 논문은 헌법논총 제34집 특별기고 의뢰에 따라 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제34집(2023)

IV. 글을 마치며 .....	76
* 국문초록 및 주제어 .....	77
* 영문초록 및 주제어 .....	79
* 참고문헌 .....	82

## I. 글머리에

1987년 헌법이 시행된 이래 대한민국이 어엿한 민주적 헌법국가로 발전하는 데 헌법재판소가 기여한 바는 눈부시다. 헌법재판소 출범 이전에는 어떤 사태가 헌법 위반이라는 주장이 제기되어도 시비가 종결되지 않았다. 헌법재판소가 업무를 개시하고 그 결정을 통해 위헌적인 사태를 하나씩 교정해 나가면서 헌법은 비로소 ‘살아있는 법’(living law)이 될 수 있었다. 일반 법원의 재판이 사건 당사자들 간의 구체적인 법적 분쟁을 해결하는 것을 주된 목적으로 삼는 데 비해서, 헌법재판은 당사자들뿐만 아니라 사회 전체의 갈등을 해소하는 기능을 한다. 지난 35년 동안 헌법재판소는 이러한 역할을 성공적으로 수행해 왔고, 그 결과 한국 사회가 더 강하게 통합될 수 있었다.

헌법재판소는 헌법실무뿐만 아니라 헌법학이론의 발전에도 크게 기여하였다. 돌이켜보면 1988년 헌법재판소가 출범할 당시 우리나라 헌법학은 외국의 이론과 제도를 추상적으로 소개하는 수준에 머물러 있었다. 그 이론들이 헌법재판을 통해 실제 사건에 적용되면서 비로소 구체적인 의미를 갖게 되었고, 우리 문제를 해결하는 기준으로 적합한 것들과 그렇지 않은 것들이 구별되기 시작하였다. 헌법재판관들의 소명의식과 헌신, 그리고 헌법연구관들의 열정과 노력에 힘입어 우리 헌법학은 더 심오해지고 더 방대해졌다.

무릇 재판은 결론의 현실적합성과 이유의 타당성 양자를 다 추구해야 한다. 헌법재판은 일반재판에 비하여 그 파장이 크기 때문에 결론이 비현실적이라면 사회 전체에 부정적인 영향을 끼칠 수 있다. 그렇지만 아무리 결론이 현실에 적합하더라도 그 결론에 이르는 이유가 타당하지 않으면 결론의 설득력이 부족해지기 때문에 헌법재판이 사회를 통합시키는 힘이 약해진다.

그동안 헌법재판소의 판례이론은 정교하고 치밀하게 발전해 왔지만, 그 중 일부에는 근거 제시가 매끈하지 못한 부분이 아직 남아 있다고 생각된다. 법률실무자들은 아무래도 자기가 담당한 개별사건에서 결론의 현실적 합성에 우선적으로 초점을 맞출 수밖에 없을 것이기 때문에 판례이론은 대체로 헌법 전반에 걸친 이론체계를 구축하는 데 약점을 보인다.

이 글에서는 그런 문제의식에 따라 필자가 관찰해 온 결과 중에서 몇 가지 예를 제시하고자 한다. 이 글은 개별 판례나 특정 판례군에 대한 완전한 평석이 아니다. 여기서는 판례가 내린 결론의 근거가 되는 현실인식이나 결론에 포함된 가치판단에 대한 평가는 가급적 배제하고, 이유에 포함된 법리만 다루기로 한다. 그리고 헌법개정으로 해결해야 할 문제는 제외하고, 현행헌법 해석론만을 다룬다.

## II. 헌법일반이론

### 1. 법률유보원칙의 의미

법률유보라는 용어는 공법학에서 다양한 뉘앙스로 쓰인다. 헌법 분야에서는 대체로 “국가기관이 국민의 기본권을 제한하기 위해서는 법률상 근거가 있어야 한다.”는 의미로 사용되고 있다. 이 원칙을 위임입법에 적용하는 경우에는 “상위법의 명시적·구체적 위임을 받아야만 하위법령을 제정할 수 있다.”는 의미를 가진다. 그런데 헌법재판소는 ‘법률유보’라는 용어를 일관성 없이 다소 혼란스럽게 사용하고 있다고 평가된다.

대전시 공립중등학교교사 임용시험 가산점 사건에서<sup>1)</sup> 헌법재판소는 법

---

1) 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마882, 판례집 16-1, 441.

률유보원칙이라는 용어를 “법률의 위임을 받지 않고서는 하위법령을 제정할 수 없다.”는 일반적 의미로 사용하였다.

이 사건 가산점 항목에 관하여는 법률에서 명시적으로 규정하고 있지 않다. 이 사건 가산점 항목의 직접적인 근거규정은 교육공무원임용후보자선정경쟁시험규칙 제8조 제3항인 것으로 보이는데, 이 역시 그 법률적 근거가 매우 불분명하다. 피청구인은 위 시험규칙 조항이 “……공개전형에 있어서 담당할 직무수행에 필요한 연령 기타 필요한 자격요건과 공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”고 규정한 교육공무원법 제11조 제2항과 “……공개전형의 실시에 관하여 필요한 사항은 교육인적자원부령으로 정한다.”고 규정한 교육공무원임용령 제11조 제3항의 위임·재위임에 기초한 것이라고 주장하나, 교육공무원법 제11조 제2항은 시험과목이나 배점, 시험실시 공고 절차 등 공개전형을 시행함에 있어 필요한 기술적·절차적인 사항들을 위임한 것일 뿐, 가산점에 관한 사항까지 위임한 것으로는 보기 어렵기 때문이다.<sup>2)</sup>

그런데 헌법재판소는 군대내 불온도서 사건에서는<sup>3)</sup> 법률유보원칙을 포괄위임원칙과 같은 의미로 또는 법률유보원칙이 포괄위임원칙을 포함하는 관계인 것처럼 사용하였다.

군인의 복무에 관한 사항으로서 군인사법에 정하지 아니한 사항에 대하여는 대통령령에서 정할 수 있도록 규정한 군인사법 제47조의2가 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위반되는 것인지, 그 법조항이 포괄위임금지원칙에 위반된다면, 이 사건 복무규율조항이 법률유

2) 판례집 16-1, 441(463).

3) 현재 2010. 10. 28. 2008헌마638, 판례집 22-2하, 216.

보원칙을 준수한 것으로 볼 수 있는지가 문제이다.<sup>4)</sup>

이와 반대로 헌법재판소는 법률유보원칙과 포괄위임원칙이 다르다는 전제 하에서 위헌심사에 이 두 원칙을 병렬적으로 적용하기도 한다. 예를 들어 방송통신심의위원회 시정요구 사건에서<sup>5)</sup> 헌법재판소는 ‘포괄위임입법금지 원칙 위배 여부’를 다룬 후 이와 별도로 다시 ‘법률유보원칙 위반 여부’를 심사하였다.<sup>6)</sup>

앞서 본 바와 같이, 심의위원회의 심의 및 시정요구 대상인 불건전 정보는 이 사건 법률조항 및 그로부터 적법한 위임을 받는 시행령에 의하여 규정되어 있으므로, 법률유보원칙에 반한다고 할 수 없다.<sup>7)</sup>

위 결정에서 헌법재판소는 법률유보원칙을 “공권력행사에는 법률상 근거가 있어야 한다.” 그리고 “상위법의 위임이 있어야 하위법령을 제정할 수 있다.”는 일반적 의미로 사용하였다. 그런데 헌법재판소는 다른 사건에서는 법률유보원칙에 관해서 별다른 설명 없이 “위임입법이 허용되지 않으며 반드시 국회가 직접 법률로 규율하여야 한다.”는 의미, 즉 의회유보(議會留保)원칙의 의미로 사용하기도 한다. 의료사고 손해배상 대불비용 부담금 사건 1이<sup>8)</sup> 그 예이다.

---

4) 판례집 22-2하, 216(231). 헌법재판소는 이 결정에서 “군인사법 제47조의2는 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니하고, 이 사건 복무규율조항은 이와 같은 군인사법 조항의 위임에 의하여 제정된 정당한 위임의 범위 내의 규율이라 할 것이므로, 이 사건 복무규율조항은 법률유보원칙을 준수하였다.”고 결론지었다.

5) 현재 2012. 2. 23. 2011헌가13, 판례집 24-1상, 25.

6) 판례집 24-1상, 25(36-37).

7) 판례집 24-1상, 25(37).

8) 현재 2014. 4. 24. 2013헌가4, 판례집 26-1상, 587.



심판대상조항은 재정조달목적 부담금의 성격을 가지는 대불비용 부담금의 금액과 납부방법 및 관리 등의 규율을 대통령령에 위임하고 있으므로 포괄위임입법금지원칙을 규정한 헌법 제75조에 위반되는지 여부가 문제된다. 제청법원은 대불비용 부담금 금액의 결정에 관하여 국회의 관여를 배제한 채 대통령령에 위임한 것이 법률유보원칙에 위배된다는 점을 주된 제청이유로 삼았으므로, 개별 보건의료기관개설자의 구체적인 ‘대불비용 부담액’이 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 하는 사항인지 여부를 먼저 살펴보기로 한다.<sup>9)</sup>

때때로 헌법재판소는 포괄위임원칙 위반 여부 심사와 병행하여 별도로 ‘법률유보원칙 위반 여부’를 심사하면서 후자를 ‘의회유보’의 의미로 사용한다는 점을 직접 밝히기도 한다. KBS 수신료 사건 2가<sup>10)</sup> 대표적인 예이다. 의회유보원칙에 위반된다는 이유로 위헌결정을 한 예인 도시환경정비사업 사건도<sup>11)</sup> 그러하다.

오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에

9) 판례집 26-1상, 587(594-95).

10) 헌재 2008. 2. 28. 2006헌바70, 판례집 20-1상, 250. 이 결정에서 헌법재판소는 수신료 금액, 납부의무자의 범위, 징수절차 등 수신료 부과·징수에 관한 본질적인 요소들은 방송법에 모두 규정되어 있고, 징수업무를 한국방송공사가 직접 수행할 것인지 제3자에게 위탁할 것인지 등은 국민의 기본권제한에 관한 본질적인 사항이 아니기 때문에 이 사건 법률조항들이 법률유보원칙에 위반되지 않는다고 판시하였다.

11) 헌재 2011. 8. 30. 2009헌바128등, 판례집 23-2상, 304. 이 결정에서 헌법재판소는 도시환경정비사업시행인가신청 시 요구되는 토지등소유자의 동의정족수를 정하는 것은 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 기본적이고 본질적인 사항이므로 입법자가 스스로 결정하여야 할 사항인데, 사업시행인가 신청에 필요한 동의정족수를 자치규약에 정하도록 규정한 ‘도시 및 주거환경정비법’ 조항은 법률유보 내지 의회유보원칙에 위배된다고 판시하였다.

있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙).<sup>12)13)</sup>

이렇게 ‘법률유보원칙’의 의미가 다양하게 사용되기 때문에 간혹 개념상의 혼란을 야기한다. 심지어 방송통신심의위원회 시정요구 사건의<sup>14)</sup> 반대 의견은 법률유보원칙을 “법률이 일정한 사항을 반드시 하위법령에 위임하여야 한다.”는 납득하기 어려운 의미로 사용하기도 하였다.

입법자가 표현의 자유를 제한하는 시정요구 제도를 창설함에 있어서는 적어도 시정요구 제도를 구체화할 수 있는 시정요구의 상대방, 내용, 효과에 대해 입법자 스스로 결정하여, 법률에서 명확히 규정하거나 구체적 범위를 정하여 대통령령에 위임하였어야 함에도 불구하고, 이 사건 법률조항이 이에 대하여 전혀 언급하지 아니하고 대통령령에 이에 관한 위임을 하지도 아니한 채, 심의위원회의 직무의 하나로 ‘정보의 시정요구’를 규정하고 있는 것은 법률유보원칙에 어긋난다.<sup>15)</sup>

결론의 현실적합성은 별론으로 하고, 그 근거를 이루는 논리구조가 일관성이 없어 보이는 것은 극복되어야 한다. 이 문제는 다음과 같은 방법으로 해결할 수 있을 것으로 생각된다. 하나의 방법은 법률유보원칙이 ① 일반적 법률유보, ② 포괄위임금지, ③ 의회유보 세 가지 원칙을 포섭하는 상위개념이라고 보는 것이다. 첫째, 일반적 법률유보원칙은 법치주의 하에서

---

12) 판례집 20-1상, 250(261).

13) 판례집 23-2상, 304(321).

14) 현재 2012. 2. 23. 2011헌가13, 판례집 24-1상, 25.

15) 판례집 24-1상, 25(42).

공권력이 국민의 기본권을 제한하기 위해서는 국민이 선출한 대표들이 제정한 법률에 근거하여야 한다는 의미이다. 만약 법률상 근거가 전혀 없이 공권력을 행사한다면 그것은 일반적 법률유보원칙에 반하게 된다. 그리고 하위법령이 명확하게 규정되어 있더라도 상위법에 근거가 없다면 그 하위법령은 일반적 법률유보원칙에 위배되어 무효이다. 둘째, 포괄위임금지원칙은 위임입법의 필요성이 인정되지만 일정한 사항은 반드시 법률에서 정하여야 하고, 이를 포괄적으로 위임할 수 없다는 의미이다. 하위법령의 내용이 불합리하지 않더라도 상위법이 포괄적인 백지위임에 해당한다면 그 상위법은 포괄위임금지원칙에 위배되어 무효이다. 셋째, 의회유보원칙은 일정한 사항은 위임입법이 전혀 허용되지 않고 반드시 국민대표기관인 의회가 직접 법률로 규율하여야 한다는 의미이다. 이렇게 예외적이고 특별한 경우에는 하위법령의 내용이 정당한지 여부와는 무관하게 하위법령에 위임하였다는 사실만으로 그 법률은 의회유보원칙에 위배되어 무효가 된다. 이렇게 법률유보원칙이 ① 일반적 법률유보, ② 포괄위임금지, ③ 의회유보 원칙을 포섭하는 것으로 분류한다면, 헌법재판소로서는 ‘법률유보원칙 위반 여부’를 심사하면서 이 때 적용하는 기준이 일반적 법률유보원칙인지, 포괄위임금지원칙인지, 의회유보원칙인지를 구별해서 설명하면 된다.

또 다른 방법은 법률유보원칙을 포괄위임금지원칙 및 의회유보원칙과 다른 별개의 원칙으로 분류하는 것이다. 이 경우 헌법재판소로서는 협의의 법률유보원칙 내지 일반적 법률유보를 다룰 때에만 ① ‘법률유보원칙 위반 여부’라는 표제를 사용하고, ② ‘포괄위임금지원칙 위반 여부’나 ③ ‘의회유보원칙 위반 여부’는 별개의 표제 아래 다루면 된다. 이 때 ②와 ③에서는 ‘법률유보’라는 표현을 쓰지 않아야 한다.

## 2. 무죄추정의 원칙과 그 예외 인정

헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.”고 규정하고 있는데, 헌법재판소는 초기 판례에서부터 이 원칙의 적용범위를 형사절차 이외의 영역으로 확장하였다. 변호사 업무정지명령 사건 1에서는<sup>16)</sup> 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 법무부장관이 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있도록 규정한 구 변호사법 조항의 위헌 여부가 다투어졌는데, 헌법재판소는 형사절차 자체는 아니지만 형사절차와 간접적으로 관련되어 있는 직업의 자유 제한에도 이 원칙을 적용한 것이다.

변호사에 대해 형사사건으로 공소가 제기되었다는 사실만으로 업무정지명령을 발하게 한 것은 아직 유무죄가 가려지지 아니한 범죄의 혐의사실뿐 확증없는 상태에서 유죄로 추정하는 것이 되며 이를 전제로 한 불이익한 처분이라 할 것이다. 공소의 제기가 있는 피고인이라도 유죄의 확정판결이 있기까지는 원칙적으로 죄가 없는 자에 준하여 취급하여야 하고, 불이익을 입혀서는 안 된다고 할 것으로 가사 그 불이익을 입힌다 하여도 필요한 최소한도에 그치도록 비례의 원칙이 존중되어야 하는 것이 헌법 제27조 제4항의 무죄추정의 원칙이며, 여기의 불이익에는 형사절차상의 처분뿐만 아니라 그 밖의 기본권제한과 같은 처분도 포함된다고 할 것이다.<sup>17)</sup>

그리고 이러한 법리를 공소제기된 사립학교교원에 대한 필요적 직위해제,<sup>18)</sup> 공소제기된 공무원에 대한 필요적 직위해제,<sup>19)</sup> 미결수용자의 재소자

16) 헌재 1990. 11. 19. 90헌가48, 판례집 2, 393.

17) 판례집 2, 393(402-403).

18) 헌재 1994. 7. 29. 93헌가3등, 판례집 6-2, 1.

19) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가12, 판례집 10-1, 560.

용 의류 착용<sup>20)</sup> 등에 적용하였다. 무죄추정의 원칙은 형사사법체계 내에서는 예외가 인정되지 않는 절대적인 원칙으로 인식되고 있는데, 판결선고전의 구금일수 중 일부를 본형에 산입할 수 있도록 한 형법 조항이나<sup>21)</sup> 상소제기 후 상소취하 시까지 구금일수를 본형에 산입하지 않는 형사소송법 조항의<sup>22)</sup> 위헌 여부를 다루는 사건에 적용할 때에는 특별한 문제가 되지 않는다. 그러나 이 원칙을 다른 기본권 영역으로 확대해서 적용하면서 여기에 예외를 일절 인정하지 않는다면 새로운 문제를 야기할 수 있다. 현실세계에서 어떠한 경우에도 ‘예외 없는 원칙’을 관철하기란 쉽지 않기 때문이다.

필요적 지방자치단체장 권한대행 사건 2에서는<sup>23)</sup> 지방자치단체의 장이 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정되지 아니한 경우에 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법 조항의 위헌 여부가 다투어졌는데, 헌법재판소는 위헌 5 : 헌법불합치 1 : 합헌 3의 의견으로 헌법불합치 결정을 선고하였다. 이 중에서 위헌의견은 위 법률조항이 무죄추정의 원칙과 과잉금지원칙에 위반하여 공무담임권을 침해했다고 인정하였고, 반대의견은 과잉금지원칙에도 무죄추정의 원칙에도 위반되지 않아 합헌이라고 주장하였다. 이 결정에서 위헌의견과 합헌의견은 공히 ‘금고 이상의 형을 선고받은 사실’만으로 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은 ‘유죄인정의 효과로서의 불이익’에 해당된다고 인정하였다.<sup>24)</sup> 그러나 합헌의견은 형사절차가 아닌 다른 기본권 영역에 무죄추정의 원칙을 적용할 때에는 일정한 예외를 인정하여야 한다고 본 것이다.

20) 미결수용자의 재소자용 의류 착용 사건 1(헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등), 판례집 11-1, 653.

21) 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25, 판례집 21-1하, 784.

22) 헌재 2009. 12. 29. 2008헌가13등, 판례집 21-2하, 710.

23) 헌재 2010. 9. 2. 2010헌마418, 판례집 22-2상, 526.

24) 판례집 22-2상, 526(542-43; 558).

입혀서는 안 되는 불이익이 형사절차 내에만 국한되는 것이 아니라 법생활 전체의 여타 기본권의 제한영역에도 적용되는 개념으로 확대 해석되고 있는 이상, 형사피고인이 가지는 기본권에 대하여는 어떠한 형태의 불이익이라도 가해서는 안 된다는 절대적인 의미를 무죄추정의 원칙에 부여할 수는 없을 것이다. 특히 형사절차 내에서 가지는 기본권이 아닌 여타 기본권의 영역에서라면 무죄추정의 원칙 때문에 형사피고인이 일반 국민보다 특별히 우대를 받아야 할 아무런 이유가 없기 때문이다. 그래서 무죄추정의 원칙이 가하지 말 것을 요구하는 ‘불이익’이 여타 기본권 영역에 대한 제한일 경우에는 적어도, 기본권이 예외적으로 제한될 수 있듯이 무죄추정의 원칙상 금지되는 불이익도 예외적으로 허용되는 경우가 있을 수 있다고 해야 한다.<sup>25)</sup>

위 판례와는 대조적으로 필요적 지방자치단체장 권한대행 사건 3에서<sup>26)</sup> 헌법재판소는 지방자치단체의 장이 공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우 부단체장이 그 권한을 대행하도록 규정한 지방자치법 조항에 대해서 8 : 1의 의견으로 합헌이라고 결정하였다. 8명의 합헌의견은 위 법률조항이 과잉금지원칙과 무죄추정의 원칙에 모두 위반되지 않는다고 보았는데, 그 중 무죄추정의 원칙에 위반되지 않는다고 인정한 이유는 4 : 4로 나뉘었다. 한 갈래 재판관 4명의 합헌의견은 “무죄추정의 원칙상 금지되는 ‘불이익’이란 ‘범죄사실의 인정 또는 유죄를 전제로 그에 대하여 법률적·사실적 측면에서 유형·무형의 차별취급을 가하는 유죄인정의 효과로서의 불이익’을 뜻하고, 이는 비단 형사절차 내에서의 불이익뿐만 아니라 기타 일반 법

---

25) 판례집 22-2상, 526(558). 이 반대의견은 결론적으로 유죄로 확정될 개연성이 높은 자치단체장이 직무를 수행할 경우 주민의 신뢰를 상실함으로써 자치단체행정의 원활한 운영에 초래할 수 있는 구체적 위험을 예방하기 위하여 직무를 정지시키고 있는 것이므로 무죄추정의 원칙의 예외에 속하는 것으로 보는 데 무리가 없다고 보았다.

26) 헌재 2011. 4. 28. 2010헌마474, 판례집 23-1하, 126.

생활 영역에서의 기본권 제한과 같은 경우에도 적용된다.”는 종래의 입장을 고수하면서도 이 사건에서는 지방자치단체장이 ‘구금상태’라는 사실에 주목하여 이 사건 직무정지가 유죄인정에서 비롯되는 불이익이 아니라고 보았다.

‘공소 제기된 후 구금상태’에 있음을 이유로 형사피고인의 지위에 있는 자치단체장의 직무를 정지시키는 것은, 공소 제기된 자로서 구금되었다는 사실 자체에 사회적 비난의 의미를 부여한다거나 그 유죄의 개연성에 근거하여 직무를 정지시키는 것이 아니라, 구금의 효과, 즉 구속되어 있는 자치단체장의 물리적 부재상태로 인해 객관적으로 업무의 효율성이 저하되고 자치단체행정의 원활하고 지속적인 운영에 위험이 발생할 것이 명백하므로 이를 미연에 방지하기 위하여 직무를 정지시키는 것이다.

따라서 이 사건 법률조항이 가하고 있는 직무정지는 ‘범죄사실의 인정 또는 유죄의 인정에서 비롯되는 불이익’이라거나 ‘유죄를 근거로 하는 사회윤리적 비난’이라고 볼 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 헌법 제27조 제4항이 선언하는 무죄추정의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.<sup>27)</sup>

또 다른 갈래의 재판관 4명의 합헌의견은 이 사건 직무정지가 유죄인정의 효과로서의 불이익에 해당한다고 인정하면서 무죄추정의 원칙에 예외를 인정해야 한다고 주장하였다.

이 사건 법률조항이 부과하는 불이익은 자치단체장직의 직무정지로서, 자신이 정당하게 선출된 공직에 취임하여 직무를 수행할 수 있는 기회를 박탈당한다는 점에서 당사자에게 불이익한 효과를 가져 오는

---

27) 판례집 23-1하, 126(143-44).

처분입에는 틀림없다. 그리고 직무정지를 가하는 요건으로 “공소 제기된 후 구금상태에 있는 경우”가 유일한 이상 이는 형사피고인으로서 공소 제기되었고 구속사유가 인정되어 구속되었다는 사실을 전제로 한 것이므로 적어도 간접적으로는 유죄인정의 효과로서의 불이익에 개념상 해당한다고 하겠다.

그러나……이 사건 법률조항은 자치단체장에게 유죄인정의 효과로서 부과하는 불이익을 최소한에 그치도록 함으로써 비례의 원칙을 존중하고 있는 것으로 평가할 수 있다.……따라서 이 사건 법률조항은 자치단체장의 공무담임권을 제한함에 있어 무죄추정의 원칙에 위배되지도 않는다.<sup>28)</sup>

위헌결정을 선고하는 경우에 과잉금지원칙에 위반된다는 판단을 보강하는 논거로서 무죄추정원칙 위반은 유용하다. 그런데 형사절차와 간접적으로 관련이 있는 다른 생활영역에 불이익을 가하는 것을 합헌이라고 인정하는 경우에 무죄추정원칙은 매우 극복하기 힘든 장애물이 된다. 공직자의 권한을 반드시 대행시켜야 할 사유를 구속재판이나 유죄선고에 이은 법정 구속에만 한정하는 것이 과연 현실에 적합한가? 헌법재판소는 필요적 지방자치단체장 권한대행 사건 3에서는<sup>29)</sup> 구속되어 있는 물리적 부재상태로 인해 업무의 효율성이 저하되는 사유를 발견해 내었지만, 다른 모든 사건에서 이와 같이 유죄인정에서 비롯된 불이익이 아니라고 주장할 수 있는 특수한 사정을 찾아낼 수 있을 것이라고 단정하기도 어렵다.

이 문제를 해결하는 방법은 두 가지가 있다고 생각한다. 첫째, 무죄추정의 원칙을 형사절차가 아닌 생활영역에 계속 확대해서 적용하려면 그 예외를 인정해야 한다. 변호사 업무정지명령 사건 2에서는<sup>30)</sup> 일정한 조건(변호

28) 판례집 23-1하, 126(149-50).

29) 현재 2011. 4. 28. 2010헌마474, 판례집 23-1하, 126.

30) 현재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1하, 41.



사가 공소제기되어 그 재판의 결과 등록취소에 이르게 될 가능성이 매우 크고, 그대로 두면 장차 의뢰인이나 공공의 이익을 해칠 구체적인 위험성이 있는 경우) 하에서 법무부장관이 법무부징계위원회에 그 변호사의 업무 정지에 관한 결정을 청구할 수 있고, 법무부징계위원회의 결정에 따라 법무부장관이 해당 변호사에 대하여 업무정지를 명할 수 있도록 규정한 변호사법 조항의 위헌 여부가 다투어졌는데, 헌법재판소는 재판관 전원의 일치된 의견으로 합헌결정을 선고하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 무죄추정의 원칙에 예외를 인정하였다.

이 사건 법률조항은 공소제기된 변호사에 대하여 유죄의 개연성을 전제로 업무정지라는 불이익을 부과할 수 있도록 하고 있으나, 위 조항을 비롯한 법의 관련조항에서 그러한 불이익이 필요최소한에 그 치도록 엄격한 요건 및 절차를 규정하고 있으므로, 무죄추정의 원칙에 위반되지 아니한다.<sup>31)</sup>

둘째, 무죄추정의 원칙에 예외를 인정하지 않으려면 이를 형사절차에만 적용하고 다른 생활영역에는 적용하지 말아야 한다.<sup>32)</sup> 이 점과 관련하여 헌법재판소가 선례를 명시적으로 변경하지 않으면서 형사절차와 직접 관련 없는 불이익에 무죄추정의 원칙을 적용하지 않는 묵시적인 방법을 택한 경우도 발견된다. 헌법재판소는 미결수용자의 재소자용 의류 착용 사건 2에서<sup>33)</sup> 확정되지 않은 별도의 형사재판에 피고인으로 출석하는 수형자에게

31) 판례집 26-1하, 41(50).

32) 무죄추정의 원칙을 형사절차 아닌 영역에 처음으로 적용한 변호사 업무정지명령 사건 1(헌재 1990. 11. 19. 90헌가48)에서도 당해 변호사법 조항이 과잉금지원칙에 위반하여 직업의 자유를 침해하였다고 인정하였으므로 굳이 무죄추정의 원칙을 이 사건에 적용하지 않아도 위헌결정의 논거는 충분하였을 것이다.

33) 헌재 2015. 12. 23. 2013헌마712, 판례집 27-2하, 670.

사복착용을 허용하지 않는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 조항에 대하여 헌법불합치결정을 선고하면서도 미결수용자의 재소자용 의류 착용 사건 1과<sup>34)</sup> 달리 무죄추정의 원칙을 적용하지 않았다. 이 사건의 청구인은 심판대상조항이 형사사건으로 재판을 받고 있는 수형자의 사복착용을 불허함으로써 무죄추정의 원칙에 위반된다고 분명히 주장했음에도<sup>35)</sup> 불구하고, 헌법재판소는 이 법률 조항이 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해한다고만 인정하고 무죄추정의 원칙 위반 여부에 대해서는 침묵하였다.

심판대상조항이 형사재판의 피고인 및 민사재판의 당사자로 출석하는 수형자에 대하여 형집행법 제82조를 준용하지 아니함으로써 청구인은 재소자용 의류를 입고 일반에게 공개된 재판에 출석하여야 하는데, 이로 인하여 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권 및 행복추구권이 침해되는지 여부가 문제된다.<sup>36)</sup>……

따라서 심판대상조항이 형사재판의 피고인으로 출석하는 수형자에 대하여 형집행법 제82조를 준용하지 아니한 것은 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 공정한 재판을 받을 권리, 인격권, 행복추구권을 침해한다.<sup>37)</sup>

변호사 업무정지명령 사건 2에서 헌법재판소는 ‘무죄추정의 원칙 위반 여부’를 심사한 후 다시 ‘직업수행의 자유 침해 여부’를 심사하면서 “이 사건 법률조항이 과잉금지원칙을 위반하여 청구인의 직업수행의 자유를 침해한다고 할 수 없다.”고 결론지었다.<sup>38)</sup> 무죄추정의 원칙에 예외를 인정하는

34) 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137등, 판례집 11-1, 653.

35) 판례집 27-2하, 670(674).

36) 판례집 27-2하, 670(674-75).

37) 판례집 27-2하, 670(677).

38) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45, 판례집 26-1하, 41(50-52).

데 “필요최소한”이라는 기준을 제시했는데, 다시 과잉금지원칙 위반 여부를 심사하는 것은 넓은 의미의 비례성 심사를 중복적으로 수행하는 비효율이라고 지적할 수 있다.<sup>39)</sup> 헌법재판소는 미결수용자의 재소자용 의류 착용 사건 2에서와 같이 묵시적으로 무죄추정의 원칙의 적용범위를 계속 좁혀 나가거나, 무죄추정의 원칙을 형사절차 외에도 적용한 선례를 명시적으로 변경하는 방안을 강구해 볼 필요가 있다.<sup>40)</sup>

### 3. 조약의 국내법적 효력

마라케쉬협정 사건에서 헌법재판소는 “마라케쉬협정에 의하여 관세법위반자의 처벌이 가중된다고 하더라도 이를 들어 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라거나 행위시의 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라고 할 수 없다”고 설시한 바 있다.<sup>41)</sup> 결론의 현실적합성과는 별개로 이러한 표현은 심각한 오해를 야기할 위험성을 내포하고 있다. 헌법재판소의 결정서는 위에서 인용한 설시의 근거를 다음과 같이 밝히고 있다.

헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하여 적

39) 이 결정이 비례성원칙 위반 여부에 대한 검토와 무죄추정원칙 위반 여부에 대한 검토가 중첩됨으로써 양자의 본질적 상이점이 부각되지 못했다고 지적한 것으로 김해원, 기본권심사에서 심사기준의 분별과 중첩의 문제 - 변호사법 제102조 위헌소원 사건(헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45)에서 나타난 무죄추정원칙·적법절차원칙·비례성원칙의 활용을 중심으로 -, 영남법학, 제48호(2019.6), 1~32면.

40) 위 글에서는 각종 기본권심사기준들을 비례성원칙으로 일원화할 것이 아니라면, 기본권관계에서 일반적으로 활용되어야 하는 국가행위 통제기준인 비례성원칙이 갖고 있는 확장성을 통제하고, 다른 개별적 심사기준들의 독립성과 고유성을 확보하려는 헌법 이론적 노력이 필요하다고 촉구하고 있다. 김해원, 위의 글, 26면.

41) 헌재 1998. 11. 26. 97헌바65, 판례집 10-2, 685(699).

법하게 체결되어 공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 마라케쉬협정도 적법하게 체결되어 공포된 조약이므로 국내법과 같은 효력을 갖는 것이어서 그로 인하여 새로운 범죄를 구성하거나 범죄자에 대한 처벌이 가중된다고 하더라도 이것은 국내법에 의하여 형사처벌을 가중한 것과 같은 효력을 갖게 되는 것이다.<sup>42)</sup>

이러한 설시는 조약이 국내법으로 수용되는 과정과, 국내법으로 수용된 조약이 발휘하는 효력의 문제를 지나치게 단순화한 것이라고 지적하지 않을 수 없다. 국제법과 국내법의 관계에 관한 고전적인 논의는 일원론(monism)과 이원론(dualism)으로 나뉜다. 일원론에 따르면 국제법과 국내법은 하나의 법체계에 속하므로 조약을 체결하면 그것은 자동적으로 국내법체계의 일부로 수용된다(수용이론, doctrine of incorporation). 이원론에 따르면 국제법과 국내법은 별개의 법체계이므로 조약을 체결했다고 하더라도 그것이 입법이나 재판을 통해 국내법으로 변형되어야만(transform, umsetzen) 국내에서 효력을 발생한다(변형이론, theory of transformation).

유럽연합(European Union)은 법규범의 종류를 다양화하면서 국내법으로의 변형이 필요한지 여부를 명확하게 구분하였다. 예컨대 EU법체계에서 regulation은 모든 EU 회원국이 그대로 적용해야 할 의무를 지는 구속력을 가진 법규범이다. EU법체계에서 directive는 모든 EU 회원국이 달성해야 할 목표를 설정한 법규범인데, 이 목표를 달성하기 위한 구체적인 방법은 개별 회원국이 국내입법을 통해서 결정한다. 다시 말해서 regulation은 별도의 변형 없이 바로 EU 회원국의 국내법으로 수용되지만, directive는 국내법의 제·개정이라는 변형을 통해서 국내법체계의 일부가 된다.

우리 헌법 제6조 제1항이 “국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정한 것은 ‘원칙적으로’ 별도의 국내 입법이 없어도 조약이 국내법으로

---

42) 판례집 10-2, 685(699).

‘수용될 수 있다’는 의미라고 해석하는 것이 통설적 견해이다. 그런데 이것은 조약이 국내법적 효력을 발생하기 위해서 반드시 국내법 형식으로 변형되어야만 하는 것은 아니라는 의미일 뿐이고,<sup>43)</sup> 모든 조약이 변형 없이 자동적으로 적용될 수 있다는 의미는 아니라는 데 주의하여야 한다. 예컨대 “각 체약국은 민간 항공기 납치범죄를 엄중한 형벌로 처벌할 의무를 진다.”거나 “각 체약국은 특정 물품에 부과하는 관세를 10년 이내에 20% 이하로 인하하여야 한다.”는 조약은 그 내용상 바로 국내법으로 적용할 수 없다. EU의 *directive*처럼 각 체약국 정부가 국내 입법을 통해서 이를 이행할 국제법상 의무를 지는 것일 뿐이다. 그러므로 조약이 원칙적으로 국내법으로 수용된다고 인정하더라도 그 성질에 따라 특별한 입법조치가 필요하지 않고 개인에게 조약에 근거하여 직접 권리·의무를 부과하거나 법원이나 행정기관이 직접 적용할 수 있는 자기집행조약(*self-executing treaty*)과, 집행을 위해서 특별한 입법조치가 필요한 비자기집행조약(*non-self-executing treaty*)으로 구분할 수 있다.<sup>44)</sup>

마라케쉬협정 사건의 청구인은 사위(詐僞) 기타 부정한 방법으로 중국산 참깨 33톤, 시가 금 1억 6천만 원에 대한 관세 금 2억 4천만 원 상당을 포탈하였다는 범죄사실로 기소되었다. 당해사건에 직접 적용된 법률은 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’(특가법) 제6조 제2항,<sup>45)</sup> 구 관세법 제

43) 수용이론을 적용하더라도 조약의 성격을 문제삼지 않고 무조건 조약을 법률과 동위에 두거나 일의적으로 조약을 법률의 상위규범으로 보는 것은 너무 단순하다고 지적한 것으로 김대순, 국제법과 국내법의 관계에 관한 소고: 97헌바65 결정을 보면서, 헌법판례연구, 제3호(2001.11), 182면.

44) 조약의 자기집행력은 먼저 조약의 문언에 나타난 체약당사국의 의도에 따라 판단하여야 한다. 체약당사국의 의도가 명백하지 않은 경우에는 조약의 목적과 성질 등을 고려해서 개별적으로 판단하여야 할 것이다.

45) 구 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제6조(관세법위반행위의 가중처벌) ② 관세법 제180조에 규정된 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.

1. 포탈한 세액이 1억 원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

7조 제3항,<sup>46)</sup> ‘농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률’(농안법) 제10조의3이었다.<sup>47)</sup> 마라케쉬협정은 농안법 제10조의3, 구 관세법 제7조 제3항과 결합한 구 관세법 제43조의8을<sup>48)</sup> 통해서 특가법 제6조 제2항이 처벌하는 범죄의 구성요건으로 간접 적용되었다.

일반적인 관점에서 말하자면 죄형법정주의와 조세법률주의에서 말하는 ‘법’ 또는 ‘법률’은 국회가 의결하고 대통령이 공포한 형식적 의미의 법률이라고 보아야 할 것이다.<sup>49)</sup> 그렇다면 현행 국내법상 범죄를 전혀 구성하지 않는 행위를 조약에만 근거해서 처벌하는 것은 죄형법정주의에 위배된다. 또한 조약에만 근거해서 국내법상 관세 부과대상이 아닌 물품에 새로 관세를 부과하거나, 국내법상 전혀 근거가 없는 관세율을 적용하는 것은 조세법률주의에 반한다. 그런데 구체적으로 살펴보면, 마라케쉬협정 사건에서 위헌심판의 대상이 된 법률조항들은 관세포탈범죄를 구성하는 과세대

46) 구 관세법 제7조(세율) ③ 제2항의 규정에 불구하고 제2항 제2호의 세율은 기본세율·잠정세율 및 제2항 제3호의 세율보다 낮은 경우에 한하여 우선하여 적용한다. 다만, 제43조의8의 규정에 의하여 국제기구와 관세에 관한 협상에서 국내외가격차에 상당한 율로 양허하거나 국내시장개방과 함께 기본세율보다 높은 세율로 양허한 농림축산물 중 대통령이 정하는 물품에 대하여 양허한 세율(시장접근물량에 대한 양허세율을 포함한다)은 기본세율·잠정세율에 우선하여 적용한다.

47) ‘농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률’ 제10조의3(농산물의 수입추천 등) ① ‘세계무역기구(WTO) 설립을 위한 마라케쉬협정’에 따른 대한민국양허표상의 시장접근물량에 적용되는 양허세율로 수입하는 농산물 중 다른 법률에서 달리 정하지 아니한 농산물을 수입하고자 하는 자는 농림수산부장관의 추천을 받아야 한다.

48) 구 관세법 제43조의8(국제협력관세) ① 정부는 우리나라의 대외무역의 증진을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 특정국가 또는 국제기구와 관세에 관한 협상을 할 수 있다.

② 제1항의 협상을 수행함에 있어서 필요하다고 인정할 때에는 관세를 양허할 수 있다. 다만, 특정국가와의 협상을 수행함에 있어서는 기본관세율의 100분의 50의 범위를 초과하여 관세를 양허할 수 없다.

③ 제2항의 규정의 적용을 받을 물품·세율과 적용기간등은 대통령령으로 정한다.

49) 나아가 여기서 ‘법’ 또는 ‘법률’에 조약이 포함된다고 보더라도 대통령이 조약 체결의 형식을 빌려 새로운 범죄를 창설하고 조세율을 올리는 것을 무한정 허용해도 좋은가 하는 것은 별개의 문제이다. 김대순, 위의 글, 183면.

상, 관세율, 관세포탈금액 등의 요건과 그 범위에 부과되는 형벌에 관해서 규정하고 있으므로 문면상 정면으로 죄형법정주의와 조세법률주의에 반한다고 볼 수 없다. 단지 범죄구성요건의 일부인 양허세율을 법률로 직접 규정하지 않고 마라케쉬협정에 연계시켜 놓았을 뿐이다. 마라케쉬협정 사건에서 헌법재판소는 이런 특이한 방식의 관세율 결정과 형사처벌이 허용되는지를 더 구체적으로, 더 진지하게 검토했어야 한다.

### Ⅲ. 기본권

#### 1. 기본권의 충돌

기본권의 충돌이란 ‘복수의 기본권 주체가 동일한 생활관계에서 서로 대립되는 기본권을 적용해 달라고 국가에 대하여 주장하는 경우’를 말한다. 기본권 충돌을 해결하기 위한 방법으로 기본권의 위계질서 이론과 법익형량 이론 그리고 실제적 조화 이론을 들 수 있다. 기본권의 위계질서 이론이란 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위 기본권 우선의 원칙에 따라 하위 기본권이 제한될 수 있다는 이론이다. 헌법재판소는 금연구역 사건 1에서<sup>50)</sup> 공중이 이용하는 시설 중 시설의 관리자가 당해 시설의 전체를 금연구역으로 지정하거나 당해 시설을 금연구역과 흡연구역으로 구분하여 지정하도록 하고, 시설이용자가 이와 같이 지정된 금연구역에서 흡연하는 것을 금지하는 국민건강증진법시행규칙 조항의 위헌 여부를 심사하면서 이 문제를 기본권 간의 위계질서로 접근하였다.

흡연권은 위와 같이 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐

---

50) 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457, 판례집 16-2상, 355.

연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로  
협연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다. 이처럼 상하의  
위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의  
원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 협연  
권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.<sup>51)</sup>

헌법재판소는 반론보도청구권 사건에서<sup>52)</sup> 반론보도청구권을 보장하는  
법률이 신문사의 언론의 자유를 침해한 것인지 여부를 심사하면서 실제적  
조화 이론을 적용하였다. 헌법재판소는 반론권은 보도기관이 사실에 대한  
보도과정에서 타인의 인격권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 중대한 침해  
가 될 직접적 위협을 초래하게 되는 경우 이러한 법익을 보호하기 위한 적  
극적 요청에 의하여 마련된 제도이지 언론의 자유를 제한하기 위한 소극적  
필요에서 마련된 것이 아니라면서 반론권에 따라 언론기관이 누리는 언론  
의 자유에 대한 제약은 피해자의 반론권과 서로 충돌하는 관계에 있는 것  
으로 보았다.

이와 같이 두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유  
지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력  
을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고,  
결국은 이 법에 규정한 정정보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라  
그 목적이 정당한 것인가 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수  
단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적절한  
비례를 유지하는 것인가의 여부가 문제된다 할 것이다.<sup>53)</sup>

51) 판례집 16-2상, 355(361).

52) 헌재 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518.

53) 판례집 3, 518(529). 헌법재판소는 결론적으로 반론보도청구권은 언론의 자유를 일  
부 제약하는 성질을 가지면서도 반론의 범위를 필요최소한으로 제한함으로써 양쪽  
의 법익 사이의 균형을 도모하고 있다고 판시하였다.



헌법재판소는 또한 정정보도청구권 사건에서<sup>54)</sup> 사실적 주장에 관한 언론보도가 진실하지 않음으로 인하여 피해를 입은 자가 그 보도내용에 관한 정정보도를 언론사에 청구할 수 있도록 마련한 정정보도청구제도에 대해서도 정정보도로 인하여 위축될 가능성이 있는 신문의 자유와 진실에 부합한 정정보도로 인하여 얻어지는 피해구제의 이익 간에 조화를 이루고 있다고 할 것이므로, 이 조항이 신문의 자유를 침해하는 것이라고 볼 수는 없다고 판시하였다.<sup>55)</sup>

헌법재판소는 유니언샵협정 사건에서<sup>56)</sup> 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결을 예외적으로 허용하는 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 조항의 위헌 여부를 심사하면서 여기에서도 기본권이 충돌하는 것으로 보았다. 헌법재판소는 이 결정에서 근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 적극적 단결권의 충돌에 대해서는 기본권의 위계질서 이론을 적용하고, 근로자의 단결선택권과 노동조합의 집단적 단결권의 충돌에 대해서는 실제적 조화 이론을 적용하였다.

근로자가 노동조합을 결성하지 아니할 자유나 노동조합에 가입을 강제당하지 아니할 자유, 그리고 가입한 노동조합을 탈퇴할 자유는 근로자에게 보장된 단결권의 내용에 포섭되는 권리로서가 아니라 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 또는 제21조 제1항의 결사의 자유에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이와 같이 근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 적극적 단결권이 충돌하는 경우 단결권 상호간의 충돌은 아니라고 하더라도 여전히 헌법상 보장된 일반적 행동의 자유 또는 결사의 자유와 적극적 단결권 사이의

54) 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337.

55) 판례집 18-1하, 337(401).

56) 헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95등, 판례집 17-2, 392.

기본권 충돌의 문제가 제기될 수 있다.<sup>57)</sup>

개인적 단결권과 집단적 단결권이 충돌하는 경우 기본권의 서열이론이나 법익형량의 원리에 입각하여 어느 기본권이 더 상위기본권이라고 단정할 수는 없다. 왜냐하면 개인적 단결권은 헌법상 단결권의 기초이자 집단적 단결권의 전제가 되는 반면에, 집단적 단결권은 개인적 단결권을 바탕으로 조직·강화된 단결체를 통하여 사용자와 사이에 실질적으로 대등한 관계를 유지하기 위하여 필수불가결한 것이기 때문이다. 즉 개인적 단결권이든 집단적 단결권이든 기본권의 서열이나 법익의 형량을 통하여 어느 쪽을 우선시키고 다른 쪽을 후퇴시킬 수는 없다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색하되, 법익형량의 원리, 입법에 의한 선택적 재량 등을 종합적으로 참작하여 심사하여야 한다.<sup>58)</sup>

그런데 이상과 같이 헌법재판소가 지금까지 기본권의 충돌 문제로 보고 해결한 사건들은 기본권의 유사충돌이라고 부를 수 있을지는 몰라도 진정한 기본권 충돌이 아니다. 왜냐하면 복수의 대립당사자가 헌법재판소에 병립할 수 없는 각자의 기본권을 보장해 달라고 요구하는 경우가 아니기 때문이다. 헌법재판소에 심판을 청구한 주체는 자기의 기본권이 직접 침해되었다고 주장하는 국민(헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판) 또는

57) 판례집 17-2, 392(402). 헌법재판소는 이 쟁점에 관하여 결론적으로 단결하지 아니할 자유와 적극적 단결권이 충돌하더라도, 근로자에게 보장되는 적극적 단결권이 단결하지 아니할 자유보다 특별한 의미를 갖고 있다고 볼 수 있고, 노동조합의 조직강제권도 이른바 자유권을 수정하는 의미의 사회권적 성격을 함께 가지는 만큼 근로자 개인의 자유권에 비하여 보다 특별한 가치로 보장되는 점 등을 고려하면, 노동조합의 적극적 단결권은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 판시하였다.

58) 판례집 17-2, 392(403). 헌법재판소는 이 쟁점에 관하여 결론적으로 전체적으로 상충되는 두 기본권 사이에 합리적인 조화를 이루고 있고 제한에 있어서도 적절한 비례 관계를 유지하고 있으며, 또 근로자의 단결선택권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로도 볼 수 없다고 판시하였다.

일반법원에 계속 중인 사건의 일방 당사자인 국민(헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판)이거나, 일반법원의 재판부(위헌법률심판)이다. 심판의 대상은 입법권이라는 공권력을 행사한 결과물인 법률 조항이다. 이 심판절차들에는 헌법소원심판 청구인이나 제청법원 외에 다른 기본권 주체인 피청구인이 존재하지 않는다.<sup>59)</sup> 그러므로 재판에 대한 헌법소원이 원칙적으로 허용되지 않는 현행법하에서 헌법재판소의 심판절차에서 다른 권리주체 간의 기본권 충돌이란 애초에 발생할 수 없는 것이다.<sup>60)</sup>

이러한 기본권의 유사충돌에서 우리가 ‘충돌’한다고 착각하는 법익 중 하나는 입법자가 고려한 입법목적, 즉 공익이다. 다시 말해서 입법자가 국민의 ‘기본권을 보호하기 위한 목적으로’ 법률로써 다른 국민의 기본권을 제한하는 경우이므로<sup>61)</sup> 일반적인 법률에 의한 기본권 제한과 구조적으로

59) 예컨대 반론보도청구권 사건(헌재 1991. 9. 16. 89헌마165)에서 인격권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해당했다고 주장하는 원고와 표현의 자유가 침해되었다고 주장하는 피고는 언론중재신청사건을 재판하는 민사법원 앞에 있다.

60) 그런 관점에서 보면, 재판에 대한 헌법소원이 원칙적으로 허용되지 않는 우리나라에서 기본권의 진정충돌이 발생할 수 있는 경우는 일반법원에서의 민사재판이다. 선교의 자유와 명예권이 충돌한 대법원 1996. 9. 6. 96다19246 판결, 사립학교의 종교교육의 자유와 학생의 소극적 신앙의 자유가 충돌한 대법원 1998. 11. 10. 96다37268 판결과 대법원 2010. 4. 22. 2008다38288 판결 등을 그 예로 들 수 있다. 대법원 2008다38288 판결은 중등학교 강제배정이라는 위헌적인 제도의 틀 안에서 사립학교와 학생의 기본권 충돌문제를 사립학교의 기본권은 크게 제약하면서 학생의 기본권은 전적으로 보장하는 방법으로 해결하였다고 비판한 것으로 정형근, 사립학교의 종교교육의 자유 - 대법원 2010.4.22. 선고, 2008다38288 전원합의체 판결 -, 한양법학, 제21권 제3집(2010.8), 206면. 그리고 일반론으로 박중보, 사립학교에서 종교교육의 자유와 학생의 신앙의 자유, 법학논총, 제24권 제3호(2007.8), 49-67면 참조.

61) 중립자인 국가가 일방의 이익을 더 존중하여 상대방의 이익을 제한하는 경우는 국가에 의한 기본권 제한으로 환원될 수 있다고 지적한 것으로 김종철, 흡연권과 금연권의 우열관계에 관한 소고 - 헌법재판소 2004.08.26, 2003헌마457 결정을 중심으로 -, 법학연구, 제17권 제3호(2007.9), 73면. 입법에 의하여 기본권 충돌이 구체적으로 규율되어 그 입법 자체가 문제되는 경우, 기본권 충돌 문제는 그 입법의 합헌성 문제로 해결할 수 있다고 지적한 것으로 김종현, 노동조합법상 유니언 쉘 제도의 헌법적 검토, 법학연구, 제33권 제1호(2023.3), 165면. 단체의 적극적 단결권과 개인의 소극

같다.<sup>62)</sup> 입법자가 추구할 수 있는 보편적 공익 중에서 ‘기본권 보호’라는 입법목적이 좀 더 부각되는 경우일 뿐이다.

그렇다면 헌법재판소로서는 과잉금지원칙을 적용하면서 심판대상인 법률 조항의 입법목적이 기본권적 가치를 지닌다는 점을 충분히 고려하면 되고, 과잉금지원칙을 대체해서 기본권 충돌의 법리를 적용해서는 안 된다. 기본권의 유사충돌을 진정충돌로 오해하여 기본권 충돌의 법리로 해결하려고 하는 경우에 발생할 수 있는 현실적 문제점은 헌법재판소가 마치 민사법원이 원고 승소 또는 원고 패소 중에서 선택해야 하는 것처럼 전부 또는 전부를 선택해야 하는 것으로 쟁점을 인식할 가능성이 높아진다는 것이다.<sup>63)</sup>

특히 기본권의 위계질서나 법익형량을 해결방법으로 채택하는 경우에 이러한 폐단은 심각해진다. 과잉금지원칙을 적용할 때와 달리, 공익을 추구하면서 기본권을 최소한만 제한할 수 있는 다른 방법은 없는지를 진지하게 검토하지 않게 되기 때문이다.<sup>64)</sup> 실제적 조화 이론을 적용하는 경우에는 두 기본권의 병립가능성을 검토하게 되지만, 이것은 결국 넓은 의미의 비례의 원칙에 입각해서 추론하는 과정이라고 할 수 있다. 이러한 추론 과정은 과잉금지원칙을 적용하면서 침해의 최소성을 검토하는 추론 과정과 같

---

적 단결권의 충돌보다는 개인의 소극적 단결권의 제한으로 구성하는 것이 더 합리적이었다고 지적한 것으로 김진곤, *Union Shop* 조항에 대한 헌법적 검토, *세계헌법연구*, 제14권 제2호(2008.7), 82면.

62) 반론보도청구를 허용하는 법률은 언론보도로 피해를 입은 국민의 인격권과 사생활의 비밀과 자유를 보호하기 위하여 신문사의 언론의 자유를 제한하는 것이다. 언론의 자유를 제한하는 주체는 반론보도청구인이 아니라 이 법률을 제정한 입법자이다.

63) 국가의 기본권 보호의무에는 노사 간에 힘의 균형을 유지시키는 형성적 중립의무와 노사간에 힘의 균형이 나타났다면 국가가 노사 간에 간섭과 개입·침해를 하지 않을 수동적 중립의무가 있다는 지적도 비슷한 취지라고 할 수 있다. 이달휴, *노동3권의 법적 성질과 union shop 규정 - 현재 2005. 11.24. 2002헌바95에 대한 비판적 고찰 -*, *공법학연구*, 제7권 제4호(2006.11), 206면.

64) 하위에 있는 것으로 추정되는 기본권의 보장에 심대한 위협을 가함으로써 기본권의 균형 있는 보장에 역행할 수도 있다. 김종철, 위의 글, 74면.

거나 그보다 덜 정교하기 때문에 기본권의 충돌 법리로 과잉금지원칙을 대체해서는 안 되고, 기본권의 충돌 법리를 과잉금지원칙과 중복해서 적용할 필요도 없는 것이다.

이런 관점에서 보면, 헌법재판소가 서울대 입시요강 사건에서<sup>65)</sup> 서울대학교 지원예정자의 교육받을 권리와 서울대학교의 자율권이 충돌하는 경우라고 보아 대학의 자율권이 지원예정자의 균등하게 교육받을 권리보다 우위에 있다고 판단한 것은<sup>66)</sup> 명백한 오류에 해당한다.<sup>67)</sup> 이 결정의 반대의견들이 지적한 바와 같이 이 사건 청구인인 서울대학교 지원예정자들과 피청구인인 서울대학교 총장의 관계는 기본권 주체와 공권력 담당자의 관계일 뿐 기본권 주체 상호 간의 관계로 볼 수 없다.<sup>68)</sup> 헌법재판소는 이 사건에서 행정청인 서울대학교 총장이 공권력을 행사한 결과물인 입시요강이 지원예정자의 균등하게 교육받을 권리를 침해했는지 여부를 과잉금지원칙에 따라 심사했어야 한다.<sup>69)</sup>

헌법재판소가 기본권의 유사충돌로 볼 수 있는 사건에서 더 이상 쟁점

65) 헌재 1992. 10. 1. 92헌마68등, 판례집 4, 659.

66) “이러한 불이익은 서울대학교가 학문의 자유와 대학의 자율권이라고 하는 기본권의 주체로서 자신의 주체적인 학문적 가치판단에 따른, 법률이 허용하는 범위 내에서의 적법한 자율권 행사의 결과 초래된 반사적 불이익이어서 부득이한 일이다.” 판례집 4, 659(672).

67) 이 결정에는 그밖에도 많은 문제점이 있다. 피청구인을 서울대학교 총장으로 특정하면서도 결정 이유에서는 서울대학교의 기본권을 논한 점, 당시 법인격이 없는 영조물에 불과했던 국립대학이 기본권의 주체로 인정되는 이유와 그 한계를 전혀 설명하지 않은 점, 제도적 보장 또는 헌법원리인 대학의 자율성으로부터 대학의 자율권이라는 기본권을 도출한 점, 공행정을 수행하는 공권력 주체인 국립대학이 국민을 상대로 기본권을 주장할 수 있다고 본 점 등이 그것들이다. 자세한 것은 박종보, 국립대학의 기본권 주체성과 대학의 자율성, 법학논총, 제38권 제4호(2021.12), 18-20면 참조.

68) 판례집 4, 659(682).

69) 김선택, 공법인의 기본권주체성과 기본권제한의 특수문제로서 기본권충돌의 법리 - 서울대입시요강결정: 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고, 92헌마68, 76(병합) 결정-, 판례연구, 제7호(1995.9.) 88면도 같은 취지이다.

을 기본권의 충돌 이론으로 해결하지 않고 과잉금지원칙을 적용하는 경향이 관찰된다. 금연구역 사건 2에서<sup>70)</sup> 헌법재판소는 공중이 이용하는 시설의 소유자 등이 금연구역을 지정하도록 규정한 국민건강증진법 조항이 흡연자의 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부를 판단하면서, 심판대상은 다르지만 관련성 있는 선례인 금연구역 사건 1의<sup>71)</sup> 결정문 중에서 ‘과잉금지원칙의 위반 여부’ 부분만 인용하고, “상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.”고 설시한 ‘기본권의 충돌’ 부분은 인용하지 않았다. 그리고 이 사건의 심판대상인 법률조항이 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부를 심사하면서 과잉금지원칙만 검토하고 기본권의 충돌은 언급하지 않았는데, 이것은 바람직한 태도 변화라고 평가할 수 있다.

## 2. 외국인의 근로권 또는 직업의 자유

헌법재판소는 일찍부터 “‘국민’ 또는 국민과 유사한 지위에 있는 ‘외국인’은 기본권의 주체가 될 수 있다”고 판시하여<sup>72)</sup> 일정한 경우 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 외국인에게 모든 기본권이 무한정 인정될 수 있는 것이 아니라 원칙적으로 ‘국민의 권리’가 아닌 ‘인간의 권리’의 범위 내에서만 인정되는데, 예컨대 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 평등권은 ‘인간의 권리’로서 외국인도 그 주체가 될 수 있다고 보았다.<sup>73)</sup>

헌법재판소가 외국인 근로자의 권리를 다룬 최초의 판례는 외국인 산업기술연수생 보호관리지침 사건인데,<sup>74)</sup> 이 사건 심판의 대상은 당시 우리나라

70) 헌재 2014. 9. 25. 2013헌마411등, 판례집 26-2상, 609.

71) 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마457, 판례집 16-2상, 355.

72) 헌재 1994. 12. 29. 93헌마120, 판례집 6-2, 477(480).

73) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494, 판례집 13-2, 714(724).

라가 시행하던 외국인 산업연수생제도를 설계한 노동부예규, 즉 외국인 산업연수생에 대해서는 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하도록 규정한 ‘외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한 지침’이었다. 청구인은 이 지침에 의해 평등권과 직장선택의 자유 등을 침해받았다고 주장하였지만 헌법재판소는 근로의 권리 문제로 접근하면서<sup>75)</sup> “근로의 권리가 ‘일할 자리에 관한 권리’와 ‘일할 환경에 관한 권리’도 보장한다.”는 법리를 창안하였다.

근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자(後者)는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다. 즉 근로의 권리의 구체적인 내용에 따라, 국가에 대하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리는 사회권적 기본권으로서 국민에 대하여만 인정해야 하지만, 자본주의 경제질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 이러한 경우 외국인 근로자에게도 그 기본권 주체성을 인정함이 타당하다.<sup>76)</sup>

74) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297.

75) 헌법재판소는 위 노동부예규의 어느 규정도 산업연수생의 직장선택의 자유를 제한하고 있지 않으며, 정작 외국인 산업연수생이 연수장소를 임의로 변경하는 것을 제한하는 것은 출입국관리법 조항들인데, 이 법률 조항들은 이 사건의 심판대상이 아니므로 판단하지 않는다고 하면서 직업선택의 자유를 침해당했다는 청구인들의 주장을 배척하였다. 판례집 19-2, 297(316).

76) 판례집 19-2, 297(305).

한편, 헌법재판소는 외국인근로자 사업장변경횟수제한 사건에서는 우리나라가 외국인 산업연수생제도를 대체하여 시행한 고용허가제 하에서 외국인근로자의 사업장변경횟수를 제한하는 ‘외국인근로자의 고용 등에 관한 법률’ 조항은 근로의 권리, 즉 ‘일할 환경에 관한 권리’를 제한하는 것이 아니라 직업선택의 자유 중 직장선택의 자유를 제한한다고 보았다.<sup>77)</sup> 그리고 일반적으로 외국인은 직장선택의 자유의 주체가 될 수 있고, 구체적으로 이 사건 심판 청구인들은 직장선택의 자유에 대한 기본권 주체성을 가질 요건을 충족한다고 설시하였다.

직업의 자유 중 이 사건에서 문제되는 직장선택의 자유는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과도 밀접한 관련을 가지는 만큼 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 권리의 성질상 참정권, 사회적 기본권, 입국의 자유 등과 같이 외국인의 기본권주체성을 전면적으로 부정할 수는 없고, 외국인도 제한적으로라도 직장선택의 자유를 향유할 수 있다고 보아야 한다.<sup>78)</sup>

청구인들이 이미 적법하게 고용허가를 받아 적법하게 우리나라에 입국하여 우리나라에서 일정한 생활관계를 형성, 유지하는 등, 우리 사회에서 정당한 노동인력으로서의 지위를 부여받은 상황임을 전제로 하는 이상, 청구인들이 선택한 직업분야에서 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데 있어 국가의 방해를 받지 않고 자유로운 선택·결정을 할 자유는 외국인인 청구인들도 누릴 수 있는 인간의 권리로서의 성질을 지닌다.<sup>79)</sup>

헌법재판소는 결론적으로 이 사건의 심판대상인 외국인 고용법 조항이 직장선택의 자유를 침해하지 않는다는 합헌결정을 선고하였다. 이 결정에

77) 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083등, 판례집 23-2상, 623(638-39).

78) 판례집 23-2상, 623(639).

79) 판례집 23-2상, 623(640).



는 직장선택의 자유는 ‘인간의 자유’라기 보다는 ‘국민의 자유’라고 보아야 할 것이므로 외국인인 청구인들에게는 기본권주체성이 인정되지 않지만, 청구인들에게 일반적 행동자유권 중 근로계약의 자유에 대한 기본권주체성을 인정할 수 있다는 취지의 재판관 2명의 별개의견이 있다.<sup>80)</sup>

헌법재판소는 외국인 의료행위 사건에서<sup>81)</sup> 다시 한 번 외국인이 직업의 자유를 누릴 수 있는가 하는 문제를 다루었는데, 이번에는 직업의 자유에 대한 외국인의 기본권 주체성을 부정하였다.

직업의 자유는 국가자격제도정책과 국가의 경제상황에 따라 법률에 의하여 제한할 수 있고 인류보편적인 성격을 지니고 있지 아니하므로 국민의 권리에 해당한다. 이와 같이 헌법에서 인정하는 직업의 자유는 원칙적으로 대한민국 국민에게 인정되는 기본권이요, 외국인에게 인정되는 기본권은 아니다. 국가 정책에 따라 정부의 허가를 받은 외국인은 정부가 허가한 범위 내에서 소득활동을 할 수 있는 것이므로, 외국인이 국내에서 누리는 직업의 자유는 법률 이전에 헌법에 의해서 부여된 기본권이라고 할 수는 없고, 법률에 따른 정부의 허가에 의해 비로소 발생하는 권리이다.<sup>82)</sup>

국제화 시대를 맞아 노동인력의 국가 간 이동이 활발해지고 국내적으로는 저출산에 따른 인구감소와 노동력 부족이 야기하는 문제가 점점 더 심각한 국가적 과제로 부각되고 있다. 이러한 상황에서 외국인 근로자의 출입국·체류와 취업을 다루는 행정기관뿐만 아니라 헌법재판소도 그 결정의 노동경제학적 효과를 고려하지 않을 수 없다. 그렇지만 이렇게 예민한 문제일수록 헌법재판소가 현실적합성 있는 결론을 내리는 것 못지않게 설득

80) 판례집 23-2상, 623(648).

81) 현재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 215, 1423.

82) 공보 215, 1423(1424).

력 있는 이유를 제시하기 위해 노력해야 할 필요성이 더 커진다.

외국인이 누리는 기본권의 범위를 논할 때 유의해야 할 사항으로 우선 두 가지를 지적할 수 있다. 첫째, 외국인이 특정한 기본권의 주체가 될 수 있다고 말할 때 그것은 외국인이 우리나라 국민과 똑같은 내용의 법익을 보장받는다라는 뜻이 아니다. 외국인과 국민은 그 법적 지위가 근본적으로 다르므로 합리적인 이유가 있다면 외국인을 국민과 다르게 취급하는 것이 허용된다. 이것은 평등의 문제이다. 그러므로 입법을 포함한 공권력 행사가 동일한 집단에 속한 외국인과 국민을 다르게 취급하는 경우에는 그 생활영역에 적용되는 개별기본권에 과잉금지원칙을 적용해서 심사하는 것보다 평등권이 침해되었는지 여부를 심사하는 것이 더 적절할 수 있다.<sup>83)</sup> 둘째, 외국인이 특정한 기본권의 주체가 될 수 있다고 말할 때 그것은 외국인이 그 기본권의 보호영역에 속하는 모든 법익을 전부 누린다는 뜻이 아니다. 외국인이라는 이유로 그 기본권의 보호영역에 속하는 법익 전부를 완전히 부정당하는 것은 아니라는 뜻일 뿐이다.

예컨대 외국인이 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유의 주체가 될 수 없다면, 외국인은 그 보호법익인 국내 이전의 자유, 해외 이전의 자유, 국적 이탈의 자유를 전혀 누릴 수 없으므로 정부가 외국인의 거주지역을 제한하고 이전을 금지하더라도 외국인은 아무런 이의를 제기할 수 없다는 부당한 결론에 이르게 된다. 한편, 외국인의 출국의 자유를 일정한 조건하에 제한할 수는 있지만 이를 전적으로 박탈하는 것은 허용될 수 없다. 그러므로 외국인도 거주·이전의 자유의 주체가 될 수 있다고 보아야 한다. 그럼에도 불구하고 거주·이전의 자유의 보호법익에 포함되는 입국의

83) 헌법재판소는 외국인 산업기술연수생 보호관리지침 사건에서 위헌결정을 선고했는데, 적법요건에 관한 판단에서는 외국인이 근로의 권리의 주체가 될 수 있다고 인정하였으나, 정작 본안에 관한 판단에서는 평등권 침해 여부만 심사하고, 근로의 권리, 즉 일할 환경에 관한 권리 침해 여부는 심사하지 않았다는 점이 흥미롭다. 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297(312-16).

자유는 외국인이 누릴 수 없다. 조약상 입국을 허가할 의무를 지는 경우를 제외하고 주권국가가 특정 외국인에게 입국을 허가할지 여부는 전적으로 그 국가의 재량에 달려 있기 때문이다.

그러므로 헌법재판소로서는 ① 특정한 기본권의 보호영역으로부터 외국인을 전적으로 배제할 필요가 있는지 여부를 먼저 판단하고(예: 선거권과 공무담임권), ② 그렇지 않다면 해당 기본권에 대한 외국인의 주체성을 인정하는 것이 바람직하다(예: 거주·이전의 자유). ③ 원칙적으로 외국인이 누릴 수 있는 권리라고 하더라도 그 보호영역에 속하는 법익 중 구체적으로 당해 사건에서 문제되는 법익을 외국인에게 보장하는 것이 옳은지를 다시 검토한다(예: 입국의 자유). ④ 외국인이 누릴 수 있는 법익이라면 공익상 필요보다 더 많이 제한된 것은 아닌지 여부를 심사한다. ⑤ 공익을 위하여 필요한 최소한의 제한인지가 문제가 아니라 외국인을 국민과 달리 취급하는 것이 핵심적 문제라면 평등권 침해 여부를 심사한다.

헌법재판소가 외국인 산업기술연수생 보호관리지침 사건에서<sup>84)</sup> 근로의 권리의 보호법익을 ‘일할 자리에 관한 권리’와 ‘일할 환경에 관한 권리’로 나누는 것은 참신한 아이디어였지만, 이것만으로는 모든 쟁점을 명쾌하게 해결하지 못한다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 시장경제질서를 채택한 우리 헌법 하에서 본래의 의미의 근로권, 즉 직장알선청구권이나 생활비지급청구권은 추상적 권리에 불과하므로 우리나라 국민도 헌법만으로는 ‘일할 자리에 관한 권리’를 보장받지 못한다는 점에서 외국인과 다를 바 없다.<sup>85)</sup>

84) 헌재 2007. 8. 30. 2004헌마670, 판례집 19-2, 297.

85) “근로의 권리는 사회적 기본권으로서, 국가에 대하여 직접 일자리(직장)를 청구하거나 일자리에 갈음하는 생계비의 지급청구권을 의미하는 것이 아니라, 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그친다. 근로의 권리를 직접적인 일자리 청구권으로 이해하는 것은 사회주의적 통제경제를 배제하고, 사기업 주체의 경제상의 자유를 보장하는 우리 헌법의 경제질서 내지 기본권규정들과 조화될 수 없다.” 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668(678).

둘째, 부수적 의미의 근로권이라고 할 수 있는 ‘일할 환경에 관한 권리’가 사회권이 아니라 자유권이라고 단정할 수 없다. 우리 헌법체계상 직업 영역에서의 자유는 헌법 제15조가 규정한 직업의 자유가 보장하며, 헌법 제32조의 근로권은 본질적으로 사회권의 성격을 띤다.<sup>86)</sup> 셋째, 자유권이라고 해서 외국인이 무조건 그 보호법익을 전부 누리는 것은 아니다.

외국인이 직업의 자유의 주체가 될 수 있는가라는 질문에는 긍정적으로 답해야 한다. 외국인 근로자의 직업활동이 내국인 근로자의 취업·소득과 국가경제에 미치는 영향이 지대하다는 이유로 외국인의 직업의 자유를 전면적으로 부인할 수는 없다. 이주 노동자에 관한 경제학적 고려는 직업의 자유의 향유 여부가 아니라 그 제한의 문제로 접근해야 한다. 직업의 자유에 대한 외국인의 주체성을 인정하더라도 외국인이 직업의 자유의 보호영역에 속하는 법익을 전부 누리는 것은 아니다. 외국인은 직업의 자유 중에서 일부 법익만을 일정한 조건 하에서 누릴 수 있다는 입론은 충분히 가능하다.

외국인 노동력은 입국허가, 체류자격 부여, 노동허가 등으로 통제된다. 외국인은 입국의 자유를 누리지 못하므로 입국허가를 받지 못한 외국인은 근원적으로 직업의 자유를 누릴 수 없다. 입국허가를 받은 외국인은 그 체류자격의 범위 안에서 합법적으로 취업할 수 있다. 그렇다고 해서 외국인이 헌법상 직업의 자유를 전혀 누리지 못한다고 말할 수는 없다. 외국인도 직업의 자유의 주체이지만 공익을 위해서 그 권리가 제한될 수 있다고 이해하여야 한다.

이런 관점에서 보면, 외국인 의료행위 사건에서<sup>87)</sup> 헌법재판소의 법정의견이 외국인이 누리는 직업의 자유가 헌법에 의해서 부여된 기본권이 아니

---

86) 이 점에서 헌법 제33조가 보장하는 근로삼권이 본질적으로 자유권의 성격을 가지는 것과 다르다.

87) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마359, 공보 215, 1423.

라 법률에 따른 정부의 허가에 의해 비로소 발생하는 권리라고 본 것에는 동의할 수 없다. 부수적 의미의 근로권이든 직업의 자유이든 합법적으로 입국허가를 받은 외국인이 합법적인 체류자격의 범위 안에서 조건부로 누릴 수 있는 헌법상의 권리라고 보아야 한다. 그러한 기본권에 가해지는 제약에 대해서는 외국인의 기본권주체성을 부인하여 헌법소원을 각하하고 말 것이 아니라 본안에 관한 판단에서 공익을 보호하기 위하여 필요한 최소한의 제한인지를 진지하게 탐구하여야 한다.<sup>88)</sup>

### 3. 언론·출판에 대한 허가과 검열

헌법 제21조 제2항은 “언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”고 규정하여 ‘허가’와 ‘검열’을 명백하게 구별하고 있다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 허가과 검열을 엄밀하게 구별하지 않고 마치 이 두 용어가 동의어인 것처럼 사용하고 있다. 예컨대 인터넷신문 등록요건 사건에서<sup>89)</sup> 헌법재판소는 헌법이 금지하는 ‘허가’가 ‘표현의 내용 규제’라고 설명한다.

언론·출판에 대한 허가·검열금지의 취지는 정부가 표현의 내용에 관한 가치판단에 입각해서 특정 표현의 자유로운 공개와 유통을 사전 봉쇄하는 것을 금지하는 데 있으므로, 내용 규제 그 자체가 아니거나 내용 규제 효과를 초래하는 것이 아니라면 헌법이 금지하는 “허가”에는 해당되지 않는다.<sup>90)</sup>

88) 동지: 외국인 의료행위 사건의 반대의견. 공보 215, 1423(1426).

89) 현재 2016. 10. 27. 2015헌마1206등, 판례집 28-2하, 1.

90) 판례집 28-2하, 1(16).

헌법재판소가 내리는 ‘검열’의 정의는 조금 더 복잡하지만 본질적으로 ‘표현의 내용 규제’라고 보는 점에서는 같다. 심지어 ‘검열’의 정의 속에 ‘허가’라는 단어가 포함되어 있다.

검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사·선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻하고, 이러한 사전검열은 법률로써도 불가능한 것으로서 절대적으로 금지된다.<sup>91)</sup>

헌법이 금지하는 사전검열의 4가지 요건은 ① ‘허가’를 받기 위한 표현물의 제출의무, ② 행정권이 주체가 된 사전심사절차, ③ ‘허가’를 받지 아니한 의사표현의 금지, ④ 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단인데,<sup>92)</sup> 여기에도 ‘허가’라는 용어가 반복적으로 사용된다. 심지어 유선방송관리법 사건에서<sup>93)</sup> 헌법재판소는 내용 규제가 아니라면 헌법이 금지하는 ‘허가’가 아니고, ‘허가’와 ‘검열’이 본질적으로 같은 것이라고 언명하기까지에 이르렀다.

이 재판소는 위 제21조 제2항의 검열금지원칙이 적용되는 ‘검열’에 관하여 ‘행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사, 선별하여 발표를 사전에 억제하는, 즉 허가 받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도’라고 의미 규명한 바 있는데, 언론의 내용에 대한 허용될 수 없는 사전적 제한이라는 점에서 위 조항 전단의 “허가”와 “검열”은 본질적으로 같은 것이라고 할 것이며 위와 같은 요건에 해당되는 허가·검열은 헌법적으로

91) 영상물등급분류보류제도 사건(헌재 2001. 8. 30. 2000헌가9), 판례집 13-2, 134(148).

92) 판례집 13-2, 134(148).

93) 헌재 2001. 5. 31. 2000헌바43등, 판례집 13-1, 1167.

허용될 수 없다.

언론·출판에 대한 허가·검열금지의 취지는 정부가 표현의 내용에 관한 가치판단에 입각해서 특정 표현의 자유로운 공개와 유통을 사전 봉쇄하는 것을 금지하는 데 있으므로, 내용규제 그 자체가 아니거나 내용규제의 효과를 초래하는 것이 아니라면 위의 금지된 “허가”에는 해당되지 않는다고 할 것이다.<sup>94)</sup>

한편, 헌법재판소 초기의 판례들은 경우에 따라 언론·출판에 대한 ‘등록제’가 ‘허가제’로 변질될 수 있는 가능성도 인정하였다. 필수적 인쇄시설 등록 사건에서<sup>95)</sup> 헌법재판소는 일간 및 일반주간신문 등을 발행하려는 사람은 윤전기 1대 이상과 대통령령이 정하는 부수인쇄시설이 자기의 소유임을 증명하는 서면을 첨부하여 등록하도록 한 구 ‘정기간행물의 등록 등에 관한 법률’ 조항이 “해당시설을 자기소유이어야 하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다.”는 한정위헌결정을 선고하였는데, 그 이유는 등록제가 허가제로 남용될 위험이 있기 때문이라는 것이었다.

자기소유의 증명서를 갖추어 등록하도록 요건을 지나치게 엄격한 제한을 두어 이를 갖추게 하는 것은 사회통념상 신문발행인의 자유를 직접 또는 간접적으로 간섭하기 위하여 행정부에서 자의적으로 본법을 확대 해석하여 시행하고 있는 것이라고 못 볼 바가 아니어서 헌법상 금지된 허가제의 수단으로 남용될 수 있는 위헌적인 소지가 있다.<sup>96)</sup>

94) 판례집 13-1, 1167(1179). 헌법재판소는 진입규제로서의 허가제는 방송의 기술적·사회적 특수성을 반영한 것으로서 정보와 견해의 다양성과 공정성을 유지한다는 방송의 공적 기능을 보장하는 것을 주된 입법목적으로 하는 것이고, 표현내용에 대한 가치판단에 입각한 사전봉쇄를 위한 것이거나 그와 같은 실질을 가진다고는 볼 수 없으므로 헌법이 금지하는 ‘허가’에는 해당되지 않는다고 결론지었다. 판례집 13-1, 1167(1180).

95) 현재 1992. 6. 26. 90헌가23, 판례집 4, 300.

96) 판례집 4, 300(315).

반면에 헌법재판소는 헌법 제21조 제2항 조문에서 두 번째로 등장하는 집회·결사에 대한 ‘허가’라는 용어는 ‘검열’ 또는 ‘내용 규제’와 다른 의미로 사용하며, 이를 ‘신고’와 엄밀하게 구별하면서 ‘신고제’가 위헌적인 ‘허가제’로 변질될 가능성은 고려하지 않는다.

구 집시법 제6조 제1항은, 옥회집회를 주최하려는 자는 그에 관한 신고서를 옥회집회를 시작하기 720시간 전부터 48시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하도록 하고 있다. 이러한 사전신고는 경찰관청 등 행정관청으로 하여금 집회의 순조로운 개최와 공공의 안전보호를 위하여 필요한 준비를 할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로서, 협력의무로서의 신고라고 할 것이다.……집시법 전체의 규정 체제에서 보면 법은 일정한 신고절차만 밟으면 일반적·원칙적으로 옥회집회 및 시위를 할 수 있도록 보장하고 있으므로, 집회에 대한 사전신고제도는 헌법 제21조 제2항의 사전허가금지에 반하지 않는다고 할 것이다.<sup>97)</sup>

위에서 예시한 개별사건들에서 결론의 현실적합성은 비판할 여지가 적다. 그러나 그 결론에 이르는 논리체계에는 개선될 수 있는 여지가 적지 않다. 우선 헌법 제21조 제2항이 금지하는 ‘허가’와 ‘검열’이 동어반복에 불과하다고 볼 아무런 근거가 없고, 이러한 해석은 헌법제정자의 명시적 의사에 정면으로 배치된다. 다음으로 헌법 제21조 제2항에는 ‘허가’라는 단어가 두 번 등장하는데, 언론·출판에 대한 허가와 집회·결사에 대한 허가를 다르게 취급할 문리적·논리적 근거가 전혀 없다.

우리나라 헌법 제21조 제2항은 비교법적으로 독특한 규정이다. 검열금지와 허가금지를 명문으로, 그것도 예외가 허용되지 않는 절대적 원칙처럼

---

97) 옥회집회 사전신고제 사건(헌재 2009. 5. 28. 2007헌바22), 판례집 21-1하, 578(589-90).



규정한 예를 외국헌법에서 발견하기는 쉽지 않다. 그러므로 이 조항은 매우 조심스럽게 해석해야 한다. 미국에서 표현의 자유를 보호하기 위하여 발달한 법리 중 하나인 사전억제이론(prior restraint doctrine)은 검열을 포함하여 표현의 자유에 대한 사전억제를 원칙적으로 위헌으로 추정하지만, 이를 절대적 원칙으로 보지 않으며 일정한 예외를 인정하고 있다.

한편, 영어권의 문헌에서 검열(censorship)의 정의에 허가(license) 개념이 포함되어 있는 것은 자연스럽다. 왜냐하면 국왕의 허가를 받지 않은 문서의 출판을 원칙적으로 금지하고, 사전에 제출하여 그 내용을 심사받아 허가받은 문서만 예외적으로 출판할 수 있도록 하는 데에서 검열이 제도화되었기 때문이다. 그러나 이와 같이 ‘검열’ 개념에 포함된 ‘허가’가 우리 헌법 제21조 제2항에 규정된 ‘허가’와 같다고 보는 것은 비논리적이다. 만약 그렇다면 헌법제정자가 ‘검열’과 별도로 ‘허가’를 명시적으로 금지할 하등의 이유가 없기 때문이다.

그러므로 우리나라 헌법의 해석론으로는 ‘허가’가 ‘검열’과 다른 독자적 의미를 가진다고 보는 것이 자연스럽다. 헌법 제21조 제2항의 ‘허가’가 ‘검열’과 마찬가지로 표현의 내용 규제라고 보는 것은 까다로운 문제를 회피하려는 지나친 단순화라고 지적할 수 있다. 그렇다면 헌법 제21조 제2항의 ‘허가’를 어떻게 해석해야 할까? 필자는 그것이 ‘주체의 제한’이라고 생각한다. 다시 말해서 헌법 제21조 제2항이 금지하는 ‘검열’은 표현의 내용을 선별해서 어떤 내용은 표현하지 못하도록 제한하는 행위를 말하고, ‘허가’는 표현의 주체를 선별해서 어떤 사람은 표현하지 못하도록 제한하는 행위를 말한다. 이렇게 보아야만 헌법제정자가 언론·출판에 대한 ‘허가’와 ‘검열’을 구별해서 각각 금지한 의도를 살릴 수 있다.

신고제, 등록제, 허가제는 개념상 구별된다. ‘신고’는 국민이 어떤 사실을 행정청에 알리는 것을 말한다. ‘등록’은 행정청이 어떤 사실을 확인한 후 그것을 공적 장부에 기록하고 일반국민이 확인할 수 있도록 공개하는

것을 말한다. ‘허가’는 행정청이 주체를 선별해서 어떤 사람은 특정한 행위를 할 수 있도록 허용하고 어떤 사람은 할 수 없도록 금지하는 것을 말한다. 헌법 제21조 제2항이 금지하는 것은 허가제이므로 신고제와 등록제는 허용된다. 그러나 신고나 등록의 요건을 과중하게 설정하는 것은 그것이 허가제라서가 아니라 과잉금지원칙에 위반되기 때문에 표현의 자유를 침해할 수 있다. 등록제와 허가제는 다르므로 등록제를 허가제처럼 운용하는 것은 불가능하다. 초기 판례인 필수적 인쇄시설등록 사건에서<sup>98)</sup> 헌법재판소가 등록제가 “허가제의 수단으로 남용”될 수 있다고 표현한 것은 등록제 자체는 표현의 주체를 선별하지 않으므로 허용되지만, 등록요건을 충족시키기 어렵도록 까다롭게 설정하는 것은 과잉금지원칙에 위반될 수 있다는 의미로 선해하여야 한다.

헌법 제21조 제2항의 ‘허가’가 표현의 주체를 선별하는 행위를 뜻한다고 해석할 때의 난제는 방송(그리고 통신)에 대한 허가제를 어떻게 설명할 수 있는가 하는 현실적인 문제이다. 방송 기술이 개발된 이후 세계 각국은 예외 없이 허가제를 시행해 왔고,<sup>99)</sup> 이 점은 우리나라도 마찬가지이다. 그렇다면 현재 시행하고 있는 방송에 대한 허가제는 명백하게 위헌적인 사태를 방치하고 있는 것인가? 필자는 이 문제를 ‘허가’가 ‘검열’과 같이 표현 내용의 규제라고 개념을 조작하면서 우회할 것이 아니라, 방송은 헌법 제21조 제2항의 예외라고 솔직하게 인정하는 정공법으로 해결해야 된다고 생각한다. 헌법 제21조 제1항은 “언론·출판의 자유”(freedom of speech and press)라는 고전적인 용어를 사용하고 있지만 현대에 이르러 이 조항은 출판물 비롯한 모든 방법의 표현의 자유(freedom of expression)를 보장한 것

98) 헌재 1992. 6. 26. 90헌가23, 판례집 4, 300.

99) 방송에 허가제를 시행하는 이유에 관해서 언론학에서는 전파의 희소성, 막강한 영향력 등 여러 가지 근거가 제시되고 있으나 확실히 만족스런 설명을 찾기 어렵다. 필자는 현재의 기술 수준에서 가능한 대답은 상호 간섭을 방지하기 위한 주파수 할당의 필요성이라고 생각한다.

이고, 여기서 의사를 표현하는 수단에는 인터넷 등 지속적으로 발달하고 있는 모든 의사소통수단이 포함된다고 해석하는 데 이견을 찾기 어렵다.

우리나라 헌법제정자는 한 걸음 더 나아가 표현의 자유를 더 두텁게 보호하기 위한 목적으로 다른 나라에서 제도적·이론적으로 완성된 검열금지를 헌법 제21조 제2항에 명문으로 규정하면서 여기에 허가금지를 추가하였던 것으로 보인다. 이 때 헌법제정자는 점점 더 그 영향력을 확대하고 있는 방송은 염두에 두지 않고 고전적 표현수단인 ‘출판’, 즉 인쇄매체만을 상정하여 허가금지를 명문화한 것이라고 추정된다. 사실 종이라는 자원과 인쇄시설은 누구든지 접근할 수 있기 때문에 인쇄매체를 통하여 의사표현을 할 수 있는 주체를 정부가 선별하는 것은 기본권침해적인 효과가 크다. 그러나 방송은 전파라는 한정된 자원을 사용하기 때문에 방송을 통해 의사표현을 하기 위해서는 방송사 설립 단계에서부터 정부의 허가, 즉 주파수 할당이 필수적이다.<sup>100)</sup> 기술적 한계 때문에 소수의 국민만이 사용할 수 있는 전파라는 자원을 이용하는 매체에 허가제를 시행한다고 하여도 그 기본권침해적인 효과는 크지 않다고 할 수 있다.<sup>101)</sup> 요컨대 헌법 제21조 제2항의 ‘허가’는 표현의 내용이 아니라 주체를 선별하는 것이라고 해석해야 한다. 그러나 허가의 금지는 인쇄매체에만 적용되고 방송매체에는 적용되지 않는다고 보아야 한다.

100) “통신·방송의 시설기준……은 법률로 정한다.”고 규정한 헌법 제21조 제3항은 그러한 현실적인 사정을 인정한 것이라고 볼 수도 있다.

101) 기술의 발전에 따라 주파수 대역이 무한정 확대되어 국민 대다수가 이에 접근할 수 있는 상황이라면 정부가 주파수 사용의 주체를 선별하여 허가받은 사람만 이용할 수 있도록 하는 것은 심각한 기본권 침해가 될 수 있다. 현재 우리가 목도하고 있는 YouTube를 이용한 개인방송의 활성화가 그런 상황에 가깝다고 판단된다.

#### IV. 글을 마치며

헌법재판소 판례가 답습하고 있는 논리에 근본적인 의문을 제기하고 싶은 주제들 중 몇 개에 관해서 지금까지 살펴보았다. 각 주제와 관련하여 최종적인 대안이나 해결책을 제시하려면 입법연혁의 검토, 선행연구의 철저한 조사, 외국 이론과 판례의 참고, 다른 학자들의 주장에 대한 평가와 비판 등을 행해야 하겠지만, 그것은 새로운 방대한 작업이 될 것이다.

비판의식 없이 선례를 묵수(墨守)하면 그 선례가 교조(Dogma)로 흐를 위험이 커진다. 그러므로 우리는 선례를 비판적으로 재검토하는 고민을 멈추지 말아야 한다. 아직 해결되지 않은 모호한 부분에 대해 통찰(insight)을 얻는 데 이 글이 조금이라도 도움이 되기를 희망하며 각 주제를 심도 있게 다루는 것은 후속연구에 맡기고자 한다.

[국문초록]

그동안 헌법재판소의 판례이론은 정교하고 치밀하게 발전해 왔지만, 그 중 일부에는 근거 제시가 매끈하지 못한 부분이 아직 남아 있는데, 그 중 몇 가지 예를 제시한다.

헌법재판소는 ‘법률유보’라는 용어를 일반적 법률유보, 포괄위임금지, 의회유보라는 세 가지 의미로 일관성 없이 사용하고 있다. 이 문제는 다음 두 가지 방법 중 하나로 해결할 수 있다. 첫째, 법률유보원칙이 위의 세 원칙을 포섭하는 상위개념이라고 보는 것이다. 둘째, 법률유보원칙을 포괄위임금지원칙 및 의회유보원칙과 다른 별개의 원칙으로 분류하는 것이다.

무죄추정의 원칙은 형사사법체계 내에서는 예외가 인정되지 않는 절대적 원칙으로 인식되고 있는데, 이 원칙을 다른 기본권 영역으로 확대해서 적용하면서 예외를 전혀 인정하지 않는 것은 현실적으로 어렵다. 이 문제는 다음 두 가지 방법 중 하나로 해결할 수 있다. 첫째, 무죄추정의 원칙을 형사절차가 아닌 생활영역에도 계속 확대해서 적용하면서 그 예외를 인정한다. 둘째, 예외를 인정하지 않으려면 무죄추정의 원칙을 형사절차에만 적용하고 다른 생활영역에는 적용하지 말아야 한다.

조약이 국내법으로 수용되는 과정과 국내법으로 수용된 조약이 발휘하는 효력의 문제는 구별하여야 한다. 헌법 제6조 제1항에 따라 조약이 변형 없이 국내법으로 수용된다고 해석하더라도 모든 조약이 자기집행조약이 되는 것은 아니며, 그 성질에 따라 특별한 입법조치가 필요한 비자기집행조약이 될 수도 있다. 마라케쉬협정 사건에서 헌법재판소는 범죄구성요건의 일부인 양허세율을 법률로 직접 규정하지 않고 조약과 연계시키는 것이 허용되는지를 더 진지하게 검토했어야 한다.

헌법재판소가 지금까지 기본권의 충돌 문제로 보아서 해결한 사건들은 복수의 대립당사자가 헌법재판소에 병립할 수 없는 각자의 기본권을 보장해 달라고 요구하는 경우가 아니기 때문에 진정한 기본권 충돌이라고 볼 수 없다. 헌법재판소가 기본권 충돌의 법리로 과잉금지원칙을 대체해서는 안 되고, 기본권의 충돌 법리를 과잉금지원칙과 중복해서 적용할 필요도 없다. 과잉금지원칙을 적용하면서 심판대상인 법률조항의 입법목적이 기본권적 가치를 지닌다는 점을 충분히 고려하면 된다.

외국인이 특정한 기본권의 주체가 될 수 있다고 말할 때 그것은 외국인이 우리나라 국민과 똑같은 내용의 법익을 보장받는다고거나 외국인이 그 기본권의 보호영역에 속하는 모든 법익을 전부 누린다는 뜻이 아니다. 외국인이 직업의 자유가 보장하는 법익 중 일부만을 일정한 조건 하에서 누릴 수 있다는 입론은 충분히 가능하다. 근로권이든 직업의 자유이든 합법적으로 입국허가를 받은 외국인이 합법적인 체류자격의 범위 안에서 조건부로 누릴 수 있는 헌법상의 권리라고 보아야 한다.

헌법재판소는 헌법 제21조 제2항이 금지하는 허가와 검열이 똑같이 표현 내용의 규제라고 설명한다. 그러나 검열은 표현의 내용을 선별해서 제한하는 행위를 말하고, 허가는 표현의 주체를 선별해서 제한하는 행위라고 해석해야 한다. 그러나 허가의 금지는 인쇄매체에만 적용되고 방송매체에 적용되지 않는다고 보아야 한다.

### 주제어

기본권의 충돌, 무죄추정의 원칙, 법률유보원칙, 외국인의 기본권, 조약의 효력, 표현에 대한 허가와 검열, 92헌마68, 97헌바65, 2000헌바43, 2002헌바95, 2003헌마457, 2010헌마418, 2012헌바45, 2008다38288.

[Abstract]

**Analysis on the Case Law Theory of  
the Constitutional Court of Korea  
- Focusing on its possibilities for improvement -**

The jurisprudential theories of the Constitutional Court have evolved with precision and thoroughness over time. However, certain aspects within them still exhibit a degree of inconsistency. Several examples are provided to illustrate this point.

The term "statutory reservation" is employed by the Constitutional Court with an inconsistent application, encompassing general statutory reservation, blanket delegation, and parliamentary reservation. This issue can be resolved through one of two approaches. Firstly, considering the principle of statutory reservation as an overarching concept encompassing the three mentioned principles. Secondly, categorizing the principle of statutory reservation independently from the principles of blanket delegation and parliamentary reservation.

The principle of presumption of innocence, recognized as an absolute principle within the criminal justice system, becomes practically challenging to apply without exceptions when extended to other areas of fundamental rights. This issue can be addressed through one of two approaches. Firstly, expanding the principle of presumption of innocence to encompass not only criminal proceedings but also facets of life while acknowledging

exceptions. Secondly, confining the application of the principle of presumption of innocence solely to criminal proceedings and excluding it from other facets of life.

The issue of the process of incorporating treaties into domestic law and the issue of the effectiveness of such incorporated treaties must be distinguished. Even if interpreted under Article 6, Paragraph 1 of the Constitution as treaties being incorporated without alteration, not all treaties are self-executing, and some may be non-self-executing, requiring special legislative measures depending on their nature. In the Marakesh Agreement case, the Constitutional Court should have thoroughly examined whether it is permissible to link the concessional tax rate which is a constituent element of the crime, to the treaty without directly stipulating it in the law.

The cases that the Constitutional Court has resolved so far, viewing them as conflicts of fundamental rights, do not qualify as genuine clashes of fundamental rights. This is because they do not involve instances where multiple opposing parties demand the Constitutional Court to guarantee their incompatible fundamental rights. The Constitutional Court should refrain from substituting the rule against excessive restriction with the legal doctrine of conflicts in fundamental rights, nor is there a need to apply the rule alongside the legal doctrine of conflicts of fundamental rights. When applying the rule against excessive prohibition, it is sufficient to consider that the legislative purpose of the provision at issue possesses the value of a fundamental right.

When stating that foreigners can be subjects of specific fundamental rights, it does not imply that foreigners are entitled to the same legal interests as Korean citizens or fully enjoy all legal interests within the



scope of protection of that fundamental right. It is entirely plausible to argue that foreigners can only partially enjoy the legal interests protected by the freedom of occupation under certain conditions. The right to work or freedom of occupation should be regarded as constitutional rights that foreigners legally permitted to enter the country can conditionally enjoy within the legal framework of a legitimate residence permit.

The Constitutional Court interprets the prohibition of permission and censorship under Article 21, Paragraph 2 of the Constitution, equally as a regulation on the content of expression. However, censorship refers to the act of selectively limiting the content of expression, while permission refers to the act of selecting and restricting the speaker. Nevertheless, the prohibition of permission applies only to print media and not to broadcast media.

**Key-words**

clashes of fundamental rights, the principle of presumption of innocence, the principle of statutory reservation, fundamental rights of foreigners, validity of treaty, permission and censorship of expression, 92HunMa68, 97HunBa65, 2000HunBa43, 2002HunBa95, 2003HunMa457, 2010HunMa418, 2012HunMa45, 2008Da38288

## 참고문헌

- 김대순, 국제법과 국내법의 관계에 관한 소고: 97헌바65 결정을 보면서, 헌법판례연구, 제3호(2001.11),
- 김선택, 공법인의 기본권주체성과 기본권제한의 특수문제로서 기본권충돌의 법리 -서울대입시요강결정: 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고, 92헌마68, 76 (병합) 결정-, 판례연구, 제7호(1995.9).
- 김종철, 흡연권과 금연권의 우열관계에 관한 소고 - 헌법재판소 2004.08.26, 2003헌마457 결정을 중심으로 -, 법학연구, 제17권 제3호(2007.9).
- 김종현, 노동조합법상 유니언 슝 제도의 헌법적 검토, 법학연구, 제33권 제1호 (2023.3).
- 김진곤, Union Shop조항에 대한 헌법적 검토, 세계헌법연구, 제14권 제2호 (2008.7).
- 김해원, 기본권심사에서 심사기준의 분별과 중첩의 문제 - 변호사법 제102조 위헌소원 사건(헌재 2014. 4. 24. 2012헌바45)에서 나타난 무죄추정원칙·적법절차원칙·비례성원칙의 활용을 중심으로 -, 영남법학, 제48호(2019.6).
- 박중보, 국립대학의 기본권 주체성과 대학의 자율성, 법학논총, 제38권 제4호 (2021.12).
- 박중보, 사립학교에서 종교교육의 자유와 학생의 신앙의 자유, 법학논총, 제24권 제3호(2007.8).
- 이달휴, 노동3권의 법적 성질과 union shop 규정 - 헌재 2005. 11.24. 2002헌바95에 대한 비판적 고찰 -, 공법학연구, 제7권 제4호(2006.11).
- 정형근, 사립학교의 종교교육의 자유 - 대법원 2010.4.22. 선고, 2008다38288 전원합의체 판결 -, 한양법학, 제21권 제3집(2010.8).

# 행정법이 묻고 헌법이 답하다\*

- 신사조행정법과 헌법상 민주주의, 법치주의 원리 -

Verwaltungsrecht fragt, Verfassungsrecht beantwortet

김 성 수(Kim, Sung Soo)

연세대학교 법학전문대학원 명예교수

- 목 차 -

I. 문제의 제기 .....	85
II. 헌법상 민주주의원리 .....	90
1. 국가행정의 정당성과 민주주의원리 .....	90
2. 국민 개념의 다양성, 인공지능과 미래세대 .....	105
3. 미래세대 보호와 민주적 정당성 .....	108
4. 인공지능 등 기술발전과 민주적 정당성 .....	115
III. 법치주의원리 .....	119
1. 법치주의의 법적 형식과 효과 - 법적 기속의 경직성, 사회적 목적의 배제 .....	119
2. 반성적 법치주의 - 법적 기속인가? 행정의 책임인가? .....	123
IV. 맺는 말 - 신사조행정법학과 민주주의, 법치주의 .....	129

\* 이 논문은 헌법논총 제34집 특집주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제34집(2023)

* 국문초록 및 주제어 .....	132
* 독문초록 및 주제어 .....	134
* 참고문헌 .....	136

## I. 문제의 제기

“헌법은 사라지지만 행정법은 존속한다”. 이는 헌법과 행정법 질서의 관계에 대하여 Otto Mayer가 제기한 불후의 명제이기도 하지만 21세기 중반의 이 시점에서 헌법은 과연 홀연히 사라지는 것일까? 헌법이 사라진다는 것은 무엇을 의미하는 것이며 과연 타당한 이야기인가? 그리고 Mayer의 말처럼 행정법은 헌법질서와는 무관하게 그로부터 단절되어 홀로 존재하는 고립된 기술법의 체계에 불과한 것인가? 아니면 양자는 상호 간에 끊임없이 문제를 제기하고 적절한 해법을 제시하면서 서로의 변화를 모색하는 관계인가? 오늘날 대부분 공법을 연구하는 학자나 연구자들은 Mayer의 입장은 달리 헌법질서에 대한 행정법규의 적합성을 강조하기 위하여 “헌법 구체화법으로서의 행정법”이라는 양자 간의 관계를 지칭하는 명제를 일반적으로 받아들이는 경향이 있다. 이는 헌법상의 민주주의원리, 법치국가원리, 기본권 보장 등의 헌법질서가 특히 헌법재판제도를 통하여 행정법규를 포함한 명령 등 헌법의 하위규범의 합헌성을 통제하는 기준으로 일반화되면서 어떻게 보면 행정법의 헌법에의 종속성을 의미하는 것까지도 포함하는 것으로 이해하고 있다.<sup>1)</sup>

하지만 행정법의 헌법 종속성을 지나치게 강조하는 경우 행정법은 항상 헌법의 뒤만을 좇아 가고 스스로의 혁신이나 자기 변화에는 무관한 법체계로 오해될 가능성이 있으며, 이보다 더욱 큰 문제는 행정법학의 연구방법론이나 규범체계의 변화가 역으로 헌법질서에 주는 일정한 충격과 내지 새로운 관계설정을 백안시할 가능성이 존재한다는 것이다. 이와 관련하여 필자는 수년 전에 헌법과 행정법과의 관계에 대하여 “헌법은 존속하고 행정

1) 이른바 행정법의 헌법화 현상에 대한 다양한 찬반 논의에 대해서는 배상준, ‘신행정법학’과 기본권 도그마틱 - 신행정법학의 관점에서, 행정법의 헌법화에 대한 연구 -, 법학논고 제75집, 경북대학교 법학연구원, 2021. 10. 137-167면 (143면 이하).

법은 변화한다”는 명제를 제시하였는데,<sup>2)</sup> 이는 헌법 규범이 그 이념성이나 역사성에도 불구하고 헌정질서의 변화에 따라서 새로운 헌법질서에 자리를 내어주고 飄飄히 사라지는 것이 아니라 민주주의, 법치주의, 국민의 기본권 보장과 같은 영속적인 질서로서 헌법체계의 본질적인 구성요소로서 존속한다는 의미를 강조한 것이다. 한편 행정법이 변화한다는 것은 헌법질서를 일방적으로 수용하거나 이에 종속되는 것에 그치는 것이 아니라 시대의 변화, 특히 정보통신 혁명과 AI, 기후변화와 에너지 전환 등 신산업의 발전과 기후위기의 극복을 위한 행정법 체계의 대응과정에서 상시로 현실 적응력을 제고하면서 새로운 방법론을 모색하고 부단한 자기혁신을 지향한다는 의미이다.

그런데 이 연구가 주목하는 사실은 이와 같은 행정법 질서의 변화와 발전이 종국적으로는 헌법상 민주주의원리와 법치주의원리 등 공동체의 근본적인 규범 체계에 미치는 영향이나 의미상의 변화와 관련하여 미묘하고 복잡한 함의를 가질 수 있다는 점이다. 우리 헌법의 근간이 되는 민주주의원리는 흔히 대의민주주의 또는 의회민주주의로 상징되면서 국민의 직접선거에 의하여 선출된 국회가 입법권을 행사하고 행정부에 대한 견제권을 가지는 것으로서 대의기관으로서 선출되지 않는 조직이나 사인이 공권력을 행사하는 제도는 원칙적으로 민주주의원리에 반하는 것으로 보는 것이 보편적인 이해라고 할 수 있다.<sup>3)</sup> 행정의 현실에서 공권력의 행사나 의사결정에 사인이 참여하는 경우에도 이는 전적으로 행정청과 정부의 주도 하에 이루어지는 것이며, 사인이 행정청의 지위에 서는 경우에는 법령에 명시적으로 그 위임의 근거와 범위가 구체적으로 규정되어야만 가능하다는 것이 행정

2) 김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다. 공법연구 제41집 제4호, 2013. 6. 65 - 93면.

3) 김성수, 행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 - 국가물관리위원회 제도설계를 중심으로 - 부산대학교 법학연구 제48권 제2호, 2017. 5. 1-29면 (14면).

의 민주적 정당성에 대한 전통적인 견해라고 할 수 있다.<sup>4)</sup> 하지만 헌법상 민주주의원리를 반드시 의회민주주의를 근간으로 하는 민주적 정당성의 문제뿐만 아니라 등치하거나 환원하는 것이 합당한 것인가와 관련하여 오늘날 행정부의 활동과 의사결정에 민간부문이 대등한 협약의 당사자로서 혹은 민간 중심의 의사결정 거버넌스가 일반화하는 시대적 상황변화를 제대로 설명할 수 있을지 의문이다.<sup>5)</sup>

이러한 관점에서 신사조행정법학(Neue Verwaltungswissenschaft;<sup>6)</sup> New Administrative Law Scholarship<sup>7)</sup>)은 헌법상 민주주의원리를 민주적 정당성 일변도로만 접근하지 않고 국민주권원리에 따르는 개인의 직접 참여 내지 정치적 표현의 자유 등 기본권 실현의 차원과 결합하여 보다 유연한 시각에서 이해하자는 입장을 제시하고 있다.<sup>8)</sup> 물론 주권자로서의 국민은 법적인 단일체로서 법적 상상의 결과이기 때문에 현실적인 주권의 행사에 있어서는 반드시 국회, 정부, 법원과 같은 대의기관의 존재를 전제로 한다는 기존의 견해를 전혀 부정하는 것은 아니지만 ITC 기술의 발전에 따

- 4) 헌법재판소는 “헌법이 선거권과 선거원칙을 이같이 명문으로 보장하고 있는 것은 국민주권주의와 대의민주주의 하에서는 국민의 선거권 행사를 통해서만 국가와 국가권력의 구성과 창설이 비로소 가능해지고 국가와 국가권력의 민주적 정당성이 마련되기 때문이다”(헌재 2009.10.29. 2007헌마1462)라고 이야기 하고 있는데, 이는 앞서 언급한 바와 같이 국민의 선거를 통하여 선출된 권력만이 공권력을 행사하는 경우를 원칙적으로 민주적 정당성 원리에 부합하는 것으로 보기 때문이다.
- 5) F. Reimer, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab in : Hoffmann-Riem/Schmitt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 제2판, 2012, § 9, RN. 10-12.
- 6) 신사조행정법학의 방법론과 지향점에 대한 논의는 김성수, Mayer vs. Voßkuhle - 행정법학의 統一場 이론은 가능한가? 연세법학, 또 다른 백년, 연세대학교 법학전문대학원 편, 2021. 11. 연세대학교 대학출판문화원, 435-505면(특히 439면 이하).
- 7) Andreas Voßkuhle/Thomas Wischmeyer, The ‘Neue Verwaltungswissenschaft’ against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany, Comparative Law 2. Ed. (Susan Rose-Ackerman/Peter L. Linseth/Black Emerson, Edt.), 2017, 1-21면.
- 8) J. P. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Mohr Siebeck, 2016, 194 - 195면.

라서 한 번의 클릭으로 공적 의사결정에 참여할 수 있는 이른바 軟性參與의 길이 열린 세상을 직시할 필요가 있다. 신사조행정법학은 의회중심으로 민주적 정당성을 담보하려는 전통적인 견해가 민주주의원리를 협소하게 이해하는 것을 지양하면서 행정과 민간 등 다양한 주체가 참여하고 수행하는 과제에 대하여 업무 수행 주체의 책임성을 담보하는 정교한 법체계를 제안하고 있기 때문에 헌법상 민주주의원리의 이해에 대한 새로운 논의의 지평을 제공하고 있음을 부인하기 어렵다.<sup>9)</sup>

행정처분 등 행정청의 공식적이고 정형화된 형태의 국가행위에 대한 법적 기속을 강조하는 전통적인 법치주의원리는 행정의 명확성, 투명성, 예측가능성을 보장하여 법의 지배, 행정의 법률적합성 원칙을 확립하였다. 헌법상 고전적인 법치주의는 권력분립원리와 법의 지배에 따라서 행정권의 법적 권한과 한계를 강조하였지만 신사조행정법학은 행정권력이 처한 새로운 환경에서 행정이 수행하는 기능, 절차, 관행을 중시하면서 공식적인 국가행정과 함께 민간부문과의 협력이나 공적인 행정활동에 대한 시민들의 참여를 통하여 의사결정의 개방성, 합리성, 공정성, 수용성을 제고하는 것에 중점을 둔다. 따라서 신사조행정법은 특정한 행정활동이 적법인가 혹은 위법인가를 가리기 위하여 법원이 행정의 법률적합성이라는 심사기준을 적용하고 상대방의 권리 침해 여부를 심사하는 사법부 중심의 행정법 체계에서 벗어나서 최종적인 행정결정의 합리성과 공정성을 담보하고 국민들이 이를 어떻게 하면 “좋은 행정”으로<sup>10)</sup> 받아들일 수 있는가의 문제에

9) H. -H. Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in : Hoffmann-Riem/Schmitt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 제2판, 2012, § 6.

10) 이른바 좋은 행정(good governance)은 전통적인 행정의 법률적합성원칙에 의한 합법적인 행정을 넘어서서 행정의 효율성, 책임성, 투명성, 공정성, 수용성 내지 반응성(responsive), 포용성, 개방성 등을 목표를 지향하는 것을 말한다. Europäische Kommission, Europäisches Regieren - Ein Weißbuch, Kom(2001), 428 endg. v. 25.7 2001, 10면, 각주. 1.



치중한다.<sup>11)</sup> 따라서 신사조행정법은 법치주의가 단순히 법의 지배 혹은 행정은 의회가 제정한 법률에 적합한 것이어야 한다는 적법과 위법의 2분법 보다는 공적 의사결정의 합리성과 객관성, 공정성을 지향하는 행정법 체계라고 할 수 있다.

신사조행정법은 이러한 과정에서 특히 행정이 담당하는 공적 과제 수행의 책임성을 강조하고 필요하다고 판단하는 경우 이러한 책임을 민간부문과 분배하는 방식을 선택한다.<sup>12)</sup> 고전적인 헌법상의 법치주의 관점에서 보면 공공부문과 민간부문 간의 협치, 민간부문이 중심을 이루는 공적 의사결정의 거버넌스 등은 행정법의 기능이 행정의 권한과 책임의 한계를 명확하게 정함으로써 법의 지배를 확립하고 투명성과 예측가능성을 보장하는 근간을 흔들 수 있는 위험성을 가진 것으로 평가할 가능성이 크다. 행정법의 기능 역시 권한과 책임소재보다는 의사결정에 참여하는 주체 간의 협력 관계와 상호작용을 조율하는(steering;steuerung) 것을 강조하는 신사조행정법학의 중심원리가 행정활동과 의사결정의 모호성과 불확실성을 증대시킬 수 있는 것으로 우려할 수 있는 여지가 있는 것도 사실이다. 하지만, 행정활동의 최종 결정물인 행정처분의 상대방은 그것이 적법인지 혹은 위법인지의 문제보다는 합리적인 결정이고 자신이 수용할 수 있을 정도로 공정한 것인가에 보다 많은 관심을 가지고 있으며 이런 국민이 다수라는 점을 고려한다면 헌법상 법치주의원리를 권력분립과 법의 지배 원리가 지향하는 권한과 책임, 투명성과 예측가능성과 같은 고전적인 가치에만 둘 것인가에 대해서는 근본적인 성찰이 요구된다. 지난 30여 년 간 이어진 전통적인 행

11) 김성수, 전계논문(각주 6), 437면.

12) H. -H. Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor in : G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat. 1999, 13면 이하.; A. Voßkuhle, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor in : Schuppert 상계서., 47면 이하.

정법학과 신사조행정법학 간의 행정법학 연구방법론에 대한 논쟁과 더불어<sup>13)</sup> 현대 행정과 국민 간의 관계를 고려한다면 행정법의 사조변화가 헌법상의 민주주의원리와 법치주의원리 등 근본적인 헌법질서에 던지는 질문에 대하여 헌법은 사라지지 말고 그에 대한 답변을 제시해야 할 것이다. 행정법학의 연구방법론 변화에도 불구하고 헌법의 기본질서는 여전히 불변의 상태로 존속하는 것인지 아니면 행정법의 변화에 따라서 헌법질서 역시 일정한 변화가 불가피한 것인지, 만약 그렇다면 그러한 헌법적 변화의 방향과 내용은 무엇인지 이 글이 그에 관련된 문제를 제기하고자 한다.

## II. 헌법상 민주주의원리

### 1. 국가행정의 정당성과 민주주의원리

#### 가. 국가행정의 정당성에 대한 고전적인 견해

국민주권원리로부터 시작하여 의회민주주의를 거쳐 행정권 행사의 민주적 정당성에 이르기까지의 선순환 고리를 요구하는 것은 고전적인 헌정질서에서는 일반적인 헌법적 도그마이지만 과연 이러한 민주주의의 구조가 오늘날 국민의 의사를 진정으로 또 효과적으로 실현하고 있는가에 대해서는 상당한 논쟁의 여지가 있다. 혹시 의회민주주의와 정당민주주의가 오히려 공동체의 분파적 이익에 봉사하고 있는 것은 아닐까? 국민주권원리를 진정으로 실현하는 방식으로 의회민주주의 이외에 다른 대안은 없는가?<sup>14)</sup>

13) 이에 대한 상세한 논의는 김성수, (각주 6), 435-439면.

14) 함재학 교수는 국민주권론에 대한 역사적 고찰과 더불어 일반적으로 헌법학자들이 당연한 것으로 전제하는 주권의 담지자로서 절대화된 국민의 개념 등을 다양한 시각에서 비판하고 있다. 그는 국민주권원리를 실현하는 수단으로서의 대의제와 정당제 민주주의의 문제점을 지적하면서 그 허점을 교묘하게 파고드는 포퓰리즘에 대해서도 경계하고 있다. 국민주권과 대의제도 : 이상인가 환상인가? 연세법학, 또 다른 백

이 글은 오늘날 행정권력이 행사되는 현실에 비추어 볼 때 제기되는 이러한 단순한 물음에서 시작하였다. 국가의 행정활동은 왜 민주적 정당성을 가지는가. 아니 가져야만 하는가? 이러한 근본적인 문제를 제기하는 것은 행정이 가지는 권한의 근거와 그 한계를 설정하기 위한 첫 걸음이기 때문이다. 행정의 정당성 문제의 출발점은 첫째, 헌법상 국민주권원리에 따라서 국가행정의 정당성을 부여하는 주체가 주권자인 국민이라는 것이며,<sup>15)</sup> 둘째, 그 종착점은 국가행정은 항상 헌법적으로 민주적 정당성의 평가 대상이 된다는 의미이다.<sup>16)</sup> 우선 국가행정에 대한 정당성을 부여하는 주체로서의 국민은 헌법상 민주주의원리에 따라서 국가권력이 정당성을 가지는 원천이며, 국가권력을 행사하거나 이를 통제하는 영속적인 귀속의 주체가 된다.

근대 민주주의의 근본적인 사고의 원천은 국민주권원리에 따라서 지배권자와 피지배자가 동일하다는 것으로서, 이는 지배자와 피지배자의 명확한 구별을 전제로 군주가 행사하는 국가권력이 정당성을 가진다는 군주주권론을 헌법적으로 부인한다. 여기에서 주권자인 국민은 법적으로 모든 국민의 총체적 결합으로서, 공간적으로나 실체적으로 불특정 다수의 일반적인 국적자 전체로서의 국민을 의미한다. 따라서 대한민국의 총체적인 국민은 공간적으로나 실체적으로 일반적인 의미에서 국가행정의 정당성을 부여하는 주체가 될 수 있지만, 예를 들어 자치단체의 주민이나 공공조합, 공공단체의 회원 등 이른바 주권자의 일부를 구성하는 국민은 법적인 개념상으로는 공간적인 측면 또는 실체적인 측면에서 일반적으로 국가행정의 정당성을 부여하는 국민의 범주에는 포함될 수 없으며, 오직 자치단체와 공공단체의 권력행사의 정당성의 주체로서 인정될 뿐이다.<sup>17)</sup> 그런데 주권자로서 국민

년, 연세대학교 법학전문대학원 편. 2021. 11. 연세대학교 대학출판문화원, 169-202면.

15) BVerfGE 83, 37 (51); 83, 60 (71).

16) H. -H. Trute, a.a.O., (각주 9), § 6 RN. 5-6.

17) E. Schmitt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, § 2, RN. 89.

은 법적인 의미에서는 총체적으로 국가권력의 정당성의 주체이지만 이는 관념상으로만 존재할 뿐 스스로 주권을 실제로 행사할 수는 없기 때문에, 항상 의회, 정부와 행정청과 같은 그 대표자 또는 수임자를 필요로 한다.

결국 국민의 대표자로서 의회가 입법을 통하여 국민주권을 구체화하고 국가권력 행사의 민주적 정당성을 부여한다. 따라서 오늘날 헌법상 민주주의원리는 국민의 대표기관인 국회에 의한 대의민주주의 내지 의회민주주의 원리가 국가권력의 민주적 정당성을 부여하는 실질적인 근거라고 할 수 있다. 우리 헌법은 제1조 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정하여 국민주권원리를 선언하고 제40조에서 국회에 입법권을 부여하는 형식을 취하고 있다. 이에 비하여 독일기본법은 제20조 제2항 제1문에서 우리와 같이 국민주권원리를 선언하고,<sup>18)</sup> 바로 이어 제2문에서 이러한 국민주권은 선거에 의하여 입법권, 행정권, 사법권을 통하여 행사한다고 규정하여 양자 간의 관계를 보다 명확하게 설정하였다.<sup>19)</sup> 결국 헌법상 고전적인 민주주의는 의회가 제정한 법률에 따라서 이루어지는 국가행정에 그 정당성을 부여하는 방식으로 이해되었으며, 여기에는 앞서 언급한 바와 같은 자치행정이나 부분적 직능사회에서 공공단체가 행사하는 행정권력 등과는 달리 원칙적인 행정권력 행사의 정당성의 근거를 제시하였다.<sup>20)</sup>

특히 고전적인 민주주의원리에 따른 행정권력 행사는 관료제 방식과 밀접하게 관련되어 있다. 국가행정을 집행하는 개별 행정청은 주권자인 국민, 기본권의 주체로서의 개인 그리고 대의자로서 입법권의 존재라는 다중의 법률관계를 의식하면서 특히 기본권 주체로서의 개인과 국가권력이 직접적

---

18) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.

19) Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

20) BVerfGE 107, 59 (90).

으로 조우하는 행정법 관계를 형성한다.<sup>21)</sup> 다시 말하자면 개별 행정청은 입법자가 제정한 법률에 따라서 행정권력을 개별, 구체적으로 집행하되 개인의 자유와 주관적 공권을 존중하며 이를 침해하지 않을 의무를 부담한다. 만약, 행정청이 의회의 법률을 집행하는 과정에서 개인적 권익을 침해하는 경우에는 개인이 행정쟁송 등 권리구제 절차를 거치게 된다. 이러한 과정을 통하여 결국 행정법은 헌법상 개인의 기본권을 구체화하는 기능을 담당하는 것으로서 “헌법의 구체화”라는 과정을 거친다. 행정권력 행사의 민주적 정당성의 근거로서 의회민주주의 원칙에 따라 행정은 의회의 “뻗혀진 팔”의 지위를 가지며 개인의 기본권을 존중하며 성실하게 법률을 집행한다. 국가권력으로서 행정권은 의회가 제정한 법률이 규정하는 인사, 조직, 업무, 재정 등 관련된 실타래와 같은 복잡한 정당성의 연결고리를 늘 의식하면서 자신의 권한을 행사하고 관료제의 수직적 구조에 따라 장관 등 최상층부 행정주체에 대한 법적 책임을 진다. 결과적으로 고전적인 헌법상 민주주의원리는 의회가 제정한 법률이 절대적 우위를 점하며 오직 이러한 법률을 통해서만 국가행정의 모든 활동이 그 정당성을 획득할 수 있다. 예를 들어 행정청이 권한을 행사하는 과정에서 개인은 공권력의 상대방으로서의 지위를 가질 뿐이므로 행정에 참여하거나 더 나아가 사인과 동반자적 관계를 구축하여 공적 의사결정 시스템을 구축하는 경우에는 행정과 관료제 이외에 사인도 국가권력 행사의 정당성을 부여하는 두 개의 서로 다른 주체로 존재하는 결과가 되기 때문에 이는 헌법상 민주주의원리에 정면으로 반한다.<sup>22)</sup>

21) T. Groß, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL 66 (2007), 152면 이하 (170면); H. Schulze-Fielitz, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz, DV 32 (1999), S. 241면 이하 (257면 이하).

22) H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1993, S. 123; V. Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 271면.

반면에, 의회민주주의와 법률의 우위가 지배하는 고전적인 정당성 체계에서는 개인의 공권력 행사가 원천적으로 배제되기 때문에 이와 같은 행정의 정당성 문제는 발생하지 않는다. 그 이유는 이미 언급한 바와 같이 의회가 제정한 법률에 따라서 행정권한을 행사하는 공직자와 조직의 형태가 결정되고 구체적인 권력의 행사방법이 정해지기 때문에 행정권한의 행사가 인사, 조직, 과제, 재정과 관련된 실타래와 같은 복잡한 정당성의 연결고리를 일탈하는 경우에는 바로 위헌의 문제가 발생하며, 이와 같은 위헌성을 극복하기 위해서는 헌법적으로 이를 정당화하는 예외적인 사유가 제시되어야 한다.<sup>23)</sup> 의회의 법률에 의한 행정권한 행사라는 원칙에 대한 예외로서는 앞서 언급한 바와 같이 자치법규에 의하여 이루어지는 지방자치 행정과 일부 공공기관 내지 공공조합이 행정권한을 행사하는 경우를 들 수 있다.<sup>24)</sup> 하지만, 이 경우에도 이러한 자치행정 권한의 행사가 국민의 기본권 실현과 관련되는 경우에는 여전히 헌법상 법률유보원칙이 적용되어 중요하고 본질적인 사항에 대한 법률적 근거가 존재하는 범위 안에서 다소 광범위한 자치권이 인정되는 것에 불과하다.

앞서 언급한 바와 같이 행정조직 내부에서 민주주의원리와 법률의 우위를 실현하는 전통적인 기제가 바로 관료제인데, 의회는 관료제를 통하여 최상위에 위치한 행정각부의 장관 등을 의회의 법률에 기속시킴으로써 행정부의 권한 행사를 효과적으로 통제할 수 있으며, 이에 따르는 행정의 민주적 책임성을 담보한다.<sup>25)</sup> 이와는 대조적으로 입법 등 의회의 통제와 행정부의 감독과 지시로부터 다소 독립적인 민관 공동행정 내지 민관협력 형

---

23) BVerfGE 83, 60 (75).

24) Grezeszick in : T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 II, RN. 145.

25) E. Schmitt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource in : ders./W. Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 9면 이하 (56면 이하).

태의 행정권한의 행사 또는 정치적 중립성과 독립성이 요구되는 독립위원회, 중앙은행 등의 행정활동은 전통적인 의회민주주의 원리 내지 민주적 정당성, 통제 등의 관점에서 보면 업무상의 특수성과 정치적 중립성 등의 이유로 인하여 특별한 예외로 취급된다. 우리나라에서는 중앙행정기관이기는 하지만 강한 독립성과 정치적 중립성이 요구되는 방송통신위원회,<sup>26)</sup> 더 나아가 한국은행은 정부조직법상 중앙행정기관도 아니며 공공기관 운영에 관한 법률에 따르는 공공기관도 아니기 때문에 주무장관의 구체적인 감독이나 지시를 받지 않는 기관으로서 민주적 통제, 민주적 정당성이라는 관점에서 특별한 정당화 사유가 존재한다고 볼 수 있다.<sup>27)</sup>

물론 민주적 정당성에 대한 예외 또는 완화가 요구되는 경우에도 사전적인 통제나 감독은 이루어지지 않지만 감사원의 감사, 국회나 정부에 대한 보고 등 사후적인 통제가 면제되는 것은 아니다. 또한 의회가 이러한

26) 이는 정부조직법 제18조와 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제3조 제2항 간의 관계를 보면 분명해진다. 제18조(국무총리의 행정감독권) ① 국무총리는 대통령의 명을 받아 각 중앙행정기관의 장을 지휘·감독한다. ② 국무총리는 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정될 경우에는 대통령의 승인을 받아 이를 중지 또는 취소할 수 있다. 그런데 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제3조 제2항에 따라서 방송통신위원회는 정부조직법 제2조에 따른 중앙행정기관으로 보되, 다음 각 호의 사항에 대하여는 위 정부조직법 제18조를 적용하지 아니하도록 규정하고 있다. 1. 제12조 제1호(통신규제의 기본계획에 관한 사항은 제외한다)부터 제15호까지, 제17호부터 제21호까지 및 제25호의 사항, 2. 그 밖에 방송의 독립성 보장을 위하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항.

27) 행정청이지만 업무의 독립성, 정치적 중립성, 전문성이 요구되는 경우 민주적 정당성의 요청이 상당 부분 완화될 수 있지만 이를 비판하는 견해도 제기된다. 2006년 당시 독일 연방행정법원장이었던 Klaus Rennert는 유럽재판소가 개인정보보호 옵트아웃의 독립성과 전문성을 최대한 보장하기 위하여 회원국의 의회나 정부로부터의 지시 또는 감독권을 최소화하는 판결을 하였다고 개탄하면서(Neue Entwicklung im deutschen Verwaltungs- verfahrens- und -Prozeßrecht, Taipei 1. April 2016), 유럽재판소의 판결 이후에 독일연방의회가 민주주의원리를 방기하고 소리소문 없이 숨죽여서 유럽재판소의 요구를 반영하였다는 사실을 비판하고 있다. 김성수, 오토 마이어 선생님께 보내는 편지, 행정법학 제16호, 2019. 3. 사단법인 한국행정법학회, 기초발제문 141-154면 (145면) 재인용.

조직에 대한 예산이나 임원 등의 임면에 대하여 전적으로 또는 일정 부분 간여하는 것도 허용될 수 있으며, 이러한 인사나 예산상의 입법조치들은 민주적 정당성 내지 통제의 최소한의 보장 장치로서 이해할 수 있다. 행정 권력을 행사하는 공무원의 경우 입법자가 당해 공직에 부여한 권한만이 민주적 정당성을 인정받을 수 있으며, 공무원의 직무 행위가 법령에서 위임 받은 한계를 이탈한 경우에는 국가의 공식적인 행정권한의 행사가 아니기 때문에 민주적 정당성을 인정할 수 없으며, 이는 순수한 개인의 행위로 평가된다.<sup>28)</sup> 이와 같이 민관합동 내지 민관협력을 통한 행정권 행사나 독립적인 행정기관을 인정하는 것은 전통적인 민주적 정당성 내지 통제의 관점에서는 국가행정이 공법적 기속을 탈피하여 사법으로 도피한다는 비판을 받아온 것이 사실이다.<sup>29)</sup> 하지만 앞서 언급한 바와 같이 이러한 예외적인 상황에서도 입법자는 민관공동 내지 협력기관 등의 조직, 권한, 인사, 예산 등 기본적으로 중요한 사항에 대하여 대체적으로나마 입법적 조치를 취함으로써 민주적 정당성 내지 통제의 원칙을 가능한 정도로 실현하려는 것이 일반적이었음을 간과할 수 없다.<sup>30)</sup>

## 나. 민주적 정당성의 실현방식

국가의 행정권력 행사가 어떠한 방식으로 이루어지는 경우에 그 결과와 효과가 주권자인 국민에게 정상적으로 귀속되어 민주적 정당성을 가질 수 있는가에 대하여 전통적으로 아래와 같은 세 가지 범주가 제시되었다.

### (1) 제도적, 기능적 정당성

이는 행정권력이 권력분립원칙상 입법권, 사법권과 함께 헌법상 일정한

---

28) BVerfGE 93, 37 (68).

29) H. -H. Trute, 전게서, (각주 9), § 6 RN. 93 이하.

30) E. Schmitt-Aßmann, a.a.O., (각주 15), § 5 RN. 55; 김성수, 전계논문 (각주 2), 15-16면.



독자성을 가진 국가권력으로서 정당성을 가진다는 견해이다. 행정의 기능적 정당화론은 행정권력이 입법자와 의회에 완벽한 상태로 기속되는 경우에 한하여 민주적 정당성을 가질 수 있다는 견해가 헌법적으로나 현실적으로 타당하지 않다는 논거에서 출발하고 있다.<sup>31)</sup> 즉 행정권력이라는 헌법상의 제도화된 국가권력이 수행하는 기능은 제도적, 기능론적 관점에서 입법권이나 사법권과는 구별되는 독자적인 권력으로서 그 자체로서 정당성의 근거를 가지고 있다는 것이다.<sup>32)</sup> 흔히 행정권이 가지는 재량, 판단 여지, 행정처분을 비롯한 다양한 행위형식을 포함하여 이른바 규범구체화적 행정규칙과 같이 법규성을 가지는 행정입법권 행사 등은 입법권이나 사법권에서는 보기 어려운 직무 수행의 적극성과 다양성이 행정권력의 정당성을 표징하는 근거가 된다. 이와 같은 제도적, 기능적 정당성 이론은 통상적인 의회 및 법률우위 중심의 민주적 정당성론보다는 행정권력이 수행하는 특별한 기능과 능력을 중시한다.<sup>33)</sup> 예를 들어 Schmitt-Aßmann 같은 학자는 독일기본법상 행정권력의 정당성은 두 가지 원리를 바탕으로 하고 있다고 설명하면서, 하나는 의회민주주의원리에 입각한 국민주권원리이며, 다른 하나는 입법권을 포함하여 행정권, 사법권 등 서로 그 성격이 상이하면서도 모든 권력이 행사되는 법적 수단, 절차 및 조직법적 원리에 의하여 구체화되는 고유한 책임성 원리라는 것이다. 즉 입법기관, 행정부, 사법부가 헌법상 수행하는 절차와 집행수단이 서로 상이함에도 불구하고 각 권력이 실현하려는 독특한 헌법적 책임성이 각 권력의 정당성의 근거를 제공한다는 견해이다.

31) H. Hill, Neue Organisationsformen in der Staats- und Kommunalverwaltung in : E. Schmitt-Aßmann, /W. Hoffmann-Riem(Hrsg.), a.a.O., (각주 25), 65면 이하 (92면).

32) H. -H. Trute, 전제서, (각주 9), § 2 RN. 8-9.

33) R. Scholz, Parlamentarischer Untersuchungsausschuß und Steuergeheimnis, AöR, Bd. 105 (1980), 598면.

## (2) 인적 정당성

행정권력에 대한 조직적, 인적 정당성은 권력을 집행하는 개개인의 공직자를 중심으로 논의한다. 인적 정당성은 국민으로부터 직접 선거를 통하여 선출된 대통령, 대통령이 임명한 국무총리와 행정각부의 장관 및 정부를 구성하는 개개인의 공직자에 이르기까지 주권자인 국민의 의사가 이와 같은 일련의 인적 고리를 통하여 실현되므로 이들 조직과 인사가 민주적 정당성을 가진다는 의미이다.<sup>34)</sup> 따라서 이와 같은 인적 정당성의 고리로부터 단절되거나 외부에 존재하는 조직이나 인물이 공직을 수행하는 경우에는 당연히 민주적 정당성 원칙에 반하는 결과가 된다.<sup>35)</sup> 예를 들어 이와 같은 민주적 정당성의 고리의 범주에 들지 않는 민간인을 개방형 공직에 임명하거나 특히 민간중심의 거버넌스를 형성하여 행정적 의사를 결정하는 등 민관참여와 협력을 강조하는 신사조행정법학의 방법론은 전통적인 인적 정당성 원리에 비추어 문제가 될 수 있다.

## (3) 사항적, 내용적 정당성

사항적, 내용적 정당성이란 행정의 법률적합성원칙에 따라서 대의기관인 의회가 국민주권 원칙을 실현하는 수단으로서 제정한 법률의 내용과 사항적 관할권에 행정권력이 기속되는 경우에 한하여 민주적 정당성을 인정받는다는 것을 의미한다.<sup>36)</sup> 이러한 사항적, 내용적 정당성에 따라서 행정이 법률에 기속되며, 정부가 의회에 대하여 책임을 지는 결과 의회는 민주적 정당성의 원칙에 따라서 행정권력의 행사를 감시, 감독하거나 일정한 승인 내지 동의권을 유보할 수 있다. 행정의 법률적합성원칙은 의회민주주의의 체

34) BVerfGE 93, 37 (67).

35) S. Cassese, Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa in : von Bogdandy/ders./P.M. Huber (Hrsg.), IPE III, 2010, RN. 46.

36) V. Mehde, 전게서, (각주 22), S. 372면.

제하에서 내용적으로 민주적 정당성을 표징하는 원칙이며, 법률의 유보와 법률의 우위는 법치주의원리의 요체임과 동시에 의회의 제정법이 가지는 민주적 정당성을 행정권력에 요구하는 핵심적인 원칙이라고 할 수 있다. 결국 행정권력은 의회가 제정한 법률에 따라서 권력 행사의 내용과 사항적 관할, 한계 등을 요구받게 되며, 이는 의회가 의결하는 예산안에 따라서 정부의 재정활동이 이루어지는 것과 동일한 원리에 의한 것이다.<sup>37)</sup> 행정의 법률적합성원칙과 더불어 행정권력의 내용적 정당성의 실현방식의 다른 하나는 행정권력이 의회에 지는 정치적 책임이다. 예를 들어 의회는 국정조사, 국정감사, 총리 및 국무위원에 대한 국회에의 출석 및 답변요구권, 총리 및 국무위원에 대한 해임건의권 등을 통하여 행정권력의 행사가 의회에 대한 책임을 지도록 요구하며, 이것을 행정권력의 민주적 정당성을 실현하는 수단으로 이해하고 있다. 특히 관료제의 경우 앞서 언급한 인적 정당성을 실현하는 방식으로서 국무총리와 행정각부의 장관, 중앙행정기관의 하부기관에 이르기까지 상하 계층구조를 이루고 있는 행정에 대한 민주적 통제를 담보하는 중요한 수단이다.<sup>38)</sup> 따라서 민간중심의 거버넌스를 가지고 의결권을 행사하는 독립적인 위원회 등은 관료제의 범주에 속하지 않게 됨으로써 결과적으로 의회의 민주적 통제의 범주를 벗어나기 때문에 이러한 형태의 행정권력의 행사는 헌법이 명시적으로 인정하거나 예외적으로 정당화하는 사유가 있는 경우에만 허용된다.<sup>39)</sup>

#### (4) 민주적 정당성의 상대적 성격

최근 국가 행정권력의 민주적 정당성 내지 의회민주주의원리에의 기속성 여부는 앞서 언급한 제도적 정당성, 인적 정당성, 내용적 정당성 등 정당성

37) C. Bumke, *Relative Rechtswidrigkeit*, 2004, 122면 이하.

38) E. Schmitt-Aßmann, *전게서*, (각주 34), S. 329면 이하.

39) BVerfGE 83, 60 (75).

의 존재 방식과 수단에 지나치게 엄격하게 얽매이기 보다는 이러한 각 정당성의 존재 방식과 수단이 과연 어느 정도로 국민주권 또는 국민의 의사를 효과적으로 실현하고 있는지, 그 현실적 타당성과 정도를 상대적인 관점에서 바라보자는 견해가 제시되고 있다.<sup>40)</sup> 예를 들어 기능적, 제도적 정당성 방식은 행정권이 입법권 및 사법권과 함께 독자적인 권력으로서 정당화된다는 단순 논리가 아니라 이것이 과연 어느 정도로 국민의 의사를 효과적, 효율적으로 실현하고 있는가에 따라서 민주적 정당성 평가의 척도로 적용하자는 견해이다. 그렇다면 민주적 정당성 그 자체 보다는 그 실현의 정도가 중요한 문제로 등장한다. 예를 들어 고전적인 의회민주주의 하에서는 국민의 선거에 의하여 공직을 담당하는 주체가 공적 의사결정을 하여야 한다는 인적 정당성과 함께 국가행정 작용을 의회가 제정한 법률에 엄격하게 기속시키는 경우에 한하여 내용적인 측면에서 민주적 정당성을 인정받을 수 있다고 주장하지만 행정부 외부에 있는 민간 전문가로 하여금 특정한 행정적 과제를 보다 효과적으로 수행할 수 있다는 객관적이고 실증적인 근거가 있는 경우에는 행정의 법률적합성원칙을 훼손하지 않는 범위 안에서 인적 정당성과 내용적 정당성 기준을 다소 유연하게 적용하는 조합을 통하여 전체적으로 국민의 의사를 보다 효과적으로 실현할 수 있도록 민주적 정당성 문제를 상대적인 관점에서 평가하도록 하자는 것이다.<sup>41)</sup> 이는 민주적 정당성 문제와 의회민주주의원리를 教條的 관점에서 경직된 개념으로 이해하는 경우에는 오히려 행정의 전문성과 효율성을 저해하고 결과적으로는 국민의 의사를 왜곡하여 공익 실현에 장애를 초래할 수도 있다는 점을 고려한 것으로 보인다. 신사조행정법학에서는 결국 민주적 정당성의 개념을 상대적인 것으로 이해하고 그 실현의 수준이 중요한 문제라고 보기

40) H. Dreier, 전계서, (각주 22), 246면; E. Schmitt-Aßmann, 전계서, (각주17), § 2, RN. 97; A. Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 118면.

41) W. Hoffmann-Riem, 전계서, (각주 25), 355면 이하 (376면).

때문에 국가의 행정권력이 생산하는 최종 결과물, 예를 들어 복잡하고 다기한 현대 행정에서 대다수의 국민이 원하는 합리적이고 공정한 행정적 의사결정을 추구하는 방식을 광의의 민주적 정당성의 개념적 범주에 포함시키도록 제안하고 있다.

#### 다. 신사조행정법학과 다원적인 정당성 모델

신사조행정법학의 입장에서는 전통적인 의회민주주의, 행정권력 행사의 민주적 정당성 이론이 문제를 지나치게 인적, 사항적 정당성 판단기준에 가두고 있다고 비판한다. 앞서 언급한 바와 같이 특히 관료제는 인적 정당성과 관련하여 의회가 행정권력을 통제하는 수단이라는 점을 부인하기는 어렵다. 하지만, 오늘날 행정권력이 담당하는 복잡하고 다원적인 과제를 고려한다면 의회가 지시하고 통제하는 바에 따라서만 행정이 활동하는 경우 과연 이것이 국민주권과 국민의 의사를 진정으로 대변하는 제도인지 의문이 제기될 수 있다. 현대 행정에서 일반화된 독립규제위원회와 같이 의회의 지시와 감독에서 다소 벗어나서 정치적 중립성과 독립성, 전문성을 바탕으로 하는 행정조직과 활동이 일반화되어 감에도 불구하고 이것이 인적 정당성과 내용적 정당성에 반하는 행정행태라고 비난하는 것이 적절하다고는 보기 어렵기 때문이다. 독일연방헌법재판소는 인적 정당성 및 내용적 정당성이 가지는 경직성을 완화하기 위하여 앞서 언급한 제도적, 기능적 정당성론을 적절한 수준에서 종합적으로 고려할 것을 제시한 바 있다.<sup>42)</sup> 연방헌법재판소는 기본법 제20조 제2항, 제3항에 따라서 행정권은 입법권, 사법권과 함께 독자적인 국가권력으로 헌법상 승인을 받았으며, 행정에 고유한 과제를 수행하는 것 자체가 헌법적인 정당성의 근거라는 견해를 제시하고 있다.<sup>43)</sup> 그리고 이와 같은 제도적, 기능적 정당화론은 인적, 내용적

42) BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (88).

43) BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66ff.); 107, 59 (87).

정당화론과 적절한 조합을 이루면서 국민이 원하는 실질적인 정당성의 수준을 결정함으로써 현실의 세계에서는 민주적 정당성 그 자체가 문제되는 것이라기 보다는 다원적 정당화론에 따라서 그 수준이나 정도가 판단의 기준으로 등장한다.<sup>44)</sup>

이와 같이 제도적, 기능적 정당화론은 의회민주주의원리의 적용을 다소 희석화함으로써 민주적 정당성 문제에서 의회 중심주의를 벗어나 다원적인 정당화 이론의 단초를 제공할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이 다원적 정당성론에서는 전통적인 정당성 원칙이 상호 조합을 통하여 상대적으로 적용될 수 있으며, 의회중심의 민주주의 내지 정당성론에서는 인정되기 어려운 행정조직과 절차 등이 등장할 수 있다. 물론 이러한 상대적인 조합은 모두 국민주권과 국민의 의사를 보다 효과적으로 실현하기 위한 수단이 무엇인가 하는 고민에서 비롯된 것이다.<sup>45)</sup> 예를 들어 행정절차를 반드시 불이익 처분의 상대방에게 처분의 내용을 사전에 통지하거나 상대방의 의견을 청취하는 관행적 제도론에서 벗어나 다수의 이해관계인을 참여시키고 상호 지식과 정보를 공유하여 합리적이고 공정한 행정적 의사결정이 가능하도록 그 기능과 적용 범위를 확대할 수 있다면 민주적 정당성 판단에 절차적 정당성이라는 개념을 충분히 포섭할 수 있다.<sup>46)</sup> 그리고 과거 행정법규가 명령과 강제를 중심으로 상대방에 대한 불이익 처분을 집행하기 위한 수단이었다면 이제 상대방과 이해관계인에게 행정법규가 지향하는 목표를 실현할 수 있도록 행정절차를 통하여 그 수용성을 제고하는 이른바 조율기능(Steuerungsfunktion)이 보다 강조된다.<sup>47)</sup>

44) BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66).

45) BVerfGE 93, 37 (67).

46) J.-P. Schneider, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht in ; E. Schmitt-Aßmann, 전제서, (각주 25), 103면 이하 (137면 이하).

47) G. F. Schuppert, Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungs-

물론 국민이 행정절차에 참여하는 문제는 기본적으로 헌법상 일반적 행동자유권 내지 표현의 자유를 중심으로 하는 기본권 행사의 영역이며, 민주적 정당성 문제는 전적으로 헌법상 국민주권과 의회민주주의 원리와 관련되기 때문에 민주적 정당성과 국민의 직접적인 참여라는 다소 모순적인 명제를 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제가 신사조행정부법의 최대 과제 중의 하나라고 할 수 있다.<sup>48)</sup> 다시 말하자면, 행정절차에 광범위한 이해관계인이 참여하는 문제를 강조하는 경우에는 행정권력의 정당화 주체인 주권자로서의 국민과 기본권 주체로서 행정적 의사결정에 참여하는 국민이 두 쪽으로 갈라지는 상황적 모순이 발생할 수 있으며, 전통적인 민주주의원리 또는 민주적 정당성 원칙의 강고한 외관과 내포가 무너지는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 따라서 우리가 간과할 수 없는 사실은 행정절차 및 행정청의 의사결정에 민간부문의 이해관계인이 기본권을 실현하는 차원에서 참여하는 경우에도 행정의 민주적 정당성과 법률적합성원칙을 위반할 수 없기 때문에 민간참여의 방식, 결과 및 그에 따른 법적 효과에 대한 법률적 근거가 마련되어야 한다는 점이다.<sup>49)</sup>

이와 같이 행정의 법률적합성원칙에 따라서 민간참여의 근거와 내용, 절차 및 그 한계 등이 법률로 규정된다면 이해관계인이 참여하여 공적 의사결정에 일정 부분 구속력 있는 영향력을 행사함에도 불구하고 민주적 정당성 원칙의 본질이 훼손되는 것은 아니다. 따라서 의회민주주의 원리와 민주적 정당성의 근간을 침해하지 않는 범위 안에서 독일 연방헌법재판소는 기존의 내용적, 인적 정당성과 함께 절차적 정당성, 결과적, 효과적 정당성을 적절하게 조합하여 상호 보완하면서 정당성의 실현 정도를 나타내는

---

recht und Verwaltungswissenschaft in ; DV Beiheft 2, 1999, 103면 이하 (113면).

48) C. Crouch, Postdemokratie, 2008, 26면.

49) E. Schmitt-Aßmann, 전제서, (각주 17), § 2, RN. 84; H. Hill, 전제서, (각주 31), 65면 이하 (93면).

“정당성 수준”(Legitimationsniveau)이라는 용어를 사용하고 있다.<sup>50)</sup> 결국 민주적 정당성은 절대적인 기준이 아니라 현실 세계에서 달성 가능한 수준과 정도가 보다 중요하다는 의미이다. 예를 들어 공직에 민간 전문가의 개방을 허용하는 경우에 인적 정당성 기준을 충족시키지 못한다는 비판을 받을 수 있지만, 그 민간 전문가의 업무수행 능력이 탁월하여 국민들이 선호하는 합리적이고 생산적인 행정적 의사결정을 기대할 수 있다면 기능적 정당성이 인적 정당성의 흠결을 메움으로써 전체적으로 행정권력의 정당성의 수준이 제고될 수 있기 때문에 큰 문제가 되지 않는다는 것이 신사조 행정법학이 지향하는 다원적 정당성 모델이라고 할 수 있다.<sup>51)</sup>

따라서 입법자가 매우 단순한 형태의 인적, 내용적 정당성을 실현하기 위하여 형식적인 법적 근거를 마련했다고 하더라도 이것이 다원화된 민주적 정당성 원칙을 책임 있게 실현하는 형식이라고는 결코 긍정적으로 평가할 수 없다. 오히려 다원화된 정당성 모델의 경우에는 입법자가 행정권력이 수행하는 실질적인 업무의 결과가 효과적으로 달성될 수 있도록 정교한 정당성의 조합과 수준을 염두에 두어야 하기 때문에 상당한 입법적 부담을 지고 있는 것으로 보아야 하며, 정당성 문제를 민주적 책임성의 차원으로 격상시키면서 최종적인 결과물이 국민의 의사에 진정으로 합치하는가를 면밀하게 살펴보아야 한다. 이러한 관점에서 보면 신사조행정법학은 행정권력 행사의 민주적 정당성 문제를 분리시키고 고립시키기 보다는 실제로 업무를 수행하는 행정주체의 책임성과 효과성 기준과 결부시켜서 이해하려

50) 대표적으로 V. Mehde, 전게서, (각주 22), S. 197; E. Schmitt-Aßmann, 전게서, (각주 25), 9면 이하 (58면); C. Gusy, Konfliktmittlung beim Erlass von Verwaltungsvorschriften in : W. Hoffmann-Riem/E. Schmitt-Aßmann(Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen Band 2, 1990, 109면 이하 (124면); H. Rossen-Stadtfeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit in W. Hoffmann-Riem/E. Schmitt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 제2판, 2012, § 29, RN. 7.

51) H. -H. Trute, 전게서, (각주 9), RN. 14.



는 경향성을 보이고 있다. 다시 말하자면, 행정권력 행사의 책임성 문제를 고전적인 입장에서 이해하는 경우 관료제 내에서 하부 기관의 행위가 그 정점에 있는 장관 등에 대한 법적 책임으로 이해되는 것과는 대조적으로 신사조행정법학의 경우 분권화된 행정조직 내에서 개별 행정기관이 수행하는 과제와 권한 및 그 효과와 그에 대한 평가를 통하여 국민의 의사에 부합하는 행정적 책임성 실현 간의 직접적인 연결고리를 구축하고자 한다.<sup>52)</sup>

## 2. 국민 개념의 다양성, 인공지능과 미래세대

국가 행정권력의 정당성 문제에 대하여 전통적인 시각과 신사조행정법학이 바라보는 다원적 모델에 대하여 언급하였으나 민주적 정당성의 원천으로서 국민의 개념 역시 다양하며, 전통적인 시각과 다원적 모델 사이에 존재하는 불확실성은 상당한 정도로 국민 개념에 투영되어 있다고 볼 수 있다. 전통적인 견해에 따르면 국민은 국가권력 행사의 주체로서 이해관계인의 총합과 같은 산술적인 개념이나 일반적 원리로서 국민주권 원칙을 추상적으로 표현한 것이 아니라 특정 국가의 국적을 가진 자들의 집합적 단일체(kollektive Einheit)라는 법적인 개념으로 이해한다.<sup>53)</sup> 다시 말하자면, 법적인 개념으로서의 국민은 예를 들어 대한민국이라는 특정 국가와 불가분

---

52) 전통적인 의회민주주의 하에서 국민은 대표기관인 의회에 국가권력 행사를 위한 책임을 부여하고, 의회는 자신이 제정한 법률에 따라서 그 집행에 대한 책임을 정부와 행정에 위임하는 방식을 취하기 때문에 민주적 정당성과 책임성은 법적인 개념으로서 직접적인 관련성을 가지고 있다. 따라서 행정부 내에서 실제로 업무를 집행하는 개별 행정청은 관료제의 최상층에 대한 책임, 정부의 최상층에 속하는 총리나 각 부 장관은 의회에 대한 책임, 그리고 의회는 최종적으로 주권자인 국민에 대한 책임을 지는 형태로서 책임성은 비록 형식적인 연관성의 외관만을 고수하더라도 민주적 정당성을 실현한다는 점에서는 문제가 제기되지 않는다.

53) H. -H. Trute, 전제서, (각주 9), RN. 18.

의 관계에 있는 동질성을 가진 국적자들의 단일한 운명공동체로서 모든 국가권력을 행사함에 있어서 민주적 정당성의 원천이다. 이에 비하여 다원적인 모델로서 국민은 국가 이전에 존재하는 집합적 단일체가 아니라 자유와 평등의 주체로서 개인들의 다양한 집합이며,<sup>54)</sup> 이들은 반드시 집단적인 동질성이나 역사적 단일체로서 표상되는 것이 아니기 때문에 당연히 국민 상호간에는 다양한 형태로 이해관계의 대립이 존재한다. 따라서 여기에서의 국민 개념은 집합적 단일체가 아니고 존엄한 인간, 기본권의 주체로서 ‘개인들의 총합’(Summe der Einzelnen)으로 이해할 수 있다.

국민의 개념을 다원적인 모델로서 이해하는 견해에 의하면 인간으로서 존엄한 개인은 자신의 운명에 대한 자기결정권을 행사하기 때문에 이러한 개인적 존엄, 자유, 평등, 자기결정권이 국가권력 행사의 정당성을 제공하는 기초가 되므로 국민주권원리 역시 개개인의 인간존엄을 실현하기 위한 원천으로서 그 출발점이자 종착지라고 할 수 있다. 따라서 다원주의 모델에서 국민은 개인들의 다양성 내지 이질성을 특징으로 하기 때문에 사회적 갈등의 요소를 본질적으로 내포하고 있으며, 이들을 억지로 하나의 단일체로 구성하려는 견해와는 달리 다양성과 이질성 및 갈등 가능성을 인정하고 이를 헌법질서 하에서 통합하는 것이 국가권력 행사의 정당성을 가름하는 기준으로 등장한다. 국민 간에 존재하는 갈등과 이질성을 극복하고 이들을 헌법질서 안에서 통합하는 것을 국가권력 행사를 정당화하는 원천으로 이해하는 경우 이를 성취하기 위하여 갈등관리에 필요한 메커니즘의 개발, 공적 의사결정 주체의 다양화, 의사결정의 효과의 피드백 장치 마련 등이 법적인 과제로 등장한다. 다만, 앞서 언급한 바와 같이 민주적 정당성과 민주주의원리에 대한 도그마적 경직성에서 탈피하여 제도적, 기능적 정당성을 강조하는 성과지향형 행정 권력을 염두에 두는 경우 자칫 그 과정

---

54) H. -H. Trute, 전계서, (각주 9), RN. 19.

에서 발생할 수 있는 의회 중심의 민주주의원리와 유리될 수 있는 우려를 불식시키기 위한 부단한 노력도 필요하다. 성과지향형 행정이 행정권력에 고유한 기능적 정당성의 근거를 가지고 있다고 하더라도 국가의 모든 행정 활동은 항상 그리고 종국적으로는 국민주권원리를 의식하고 그러한 대원칙으로 회귀하여야 한다는 점을 망각할 수 없다. 이러한 관점에서 헌법상 국민 개념에 대한 다원적인 모델이 전통적인 견해로부터 비판의 대상이 될 수 있다는 점을 고려하여 민주적 정당성의 관점에서 국민주권원리의 한계와 틀을 벗어나지 않도록 필요한 통제장치를 마련하여야 한다는 것은 의문의 여지가 없다.

이와 관련하여 최근 제기되는 인공지능 등 행정적 의사결정에서 고도화된 기술을 사용하는 문제나 미래세대를 주권자인 국민 개념에 포함시킬 수 있는가의 문제 등은 이미 언급한 국민주권과 민주적 정당성의 문제를 다원적인 차원에서 이해하고 행정권력의 정당성 문제를 제도적, 기능론적인 관점에서 보완하는 것을 넘어서서 민주적 정당성에 대한 전혀 다른 새로운 차원의 문제를 제기하고 있다.<sup>55)</sup> AI에 의한 공적 의사결정에 대하여 제기되는 민주적 정당성의 문제를 행정의 독자성, 결과지향적 정당성의 문제로만 해소하기는 어렵다. 근본적으로 인공지능이 행하는 모든 행정적 의사결정이나 권력의 행사가 최종적으로 국민을 지향하고 국민의 의사로 회귀하는 구조를 가지고 있는가를 늘 깊이 고려할 필요가 있다. 또한 인공지능이 인간의 지능을 상회하고 극단적으로 객관적이고 합리적인 의사를 결정한다고 하더라도 의회중심의 민주주의원리를 형해화 하고 의회에 대한 정부의 책임원리를 우회하는 것은 아닌지도 성찰이 요구된다. 또 다른 문제이기도 하지만 기후변화가 야기할 수 있는 미래세대의 기본권 침해가 단순히 가정적 상황을 넘어서서 현실화 하고 있는 현 시점에서 과연 미래세대

---

55) 이에 대한 상세한 논의는 W. Hoffmann-Riem, Legal Technology - zum Einsatz im deutschen Recht, 공법연구 제50집 제1호 2021. 10. 59-84면.

를 기본권의 주체로 인정하고 이들을 헌법상 주권자로서 그리고 국민으로 받아들일 수 있는 것인가 하는 문제도 다원주의적 정당성론으로 설명할 수 있을지 검토가 필요하다. 더 나아가 미래세대의 추정적 의사를 의회가 어떻게 수용하고 민주적 정당성의 틀 속으로 이를 녹여낼 수 있는지 지난한 과제가 도사리고 있다. 우리나라에서도 탄소중립기본법이 제정되고 실제로 탄소중립을 실현하는 문제가 법적인 근거를 가지게 되면서 헌법적 차원에서 미래세대의 보호 필요성이 제기하는 경우, 기존의 의회민주주의 한계, 행정권력 행사의 민주적 정당성 문제는 더 이상 미룰 수 없는 현안이라는 점을 인정하지만 이를 어떻게 설명하고 해법을 제시할 것인가에 대해서는 여태까지의 논의와는 전혀 다른 차원의 헌법적 해명을 요구하고 있다.

### 3. 미래세대 보호와 민주적 정당성

#### 가. 미래세대는 주권자인 국민인가?

기후변화와 탄소중립, 에너지 전환이라는 시대적 과제를 수행하는 과정에서 미래세대의 보호 문제가 현안으로 등장하고 있다. 기후변화는 기성세대에는 비교하기 어려운 정도로 미래세대의 생명과 안전을 위협하고 있으며, 탄소중립을 위한 온실가스를 감축하면서 기성세대에게 보다 관대한 감축목표를 허용하는 경우 미래세대가 상대적으로 많은 감축의무를 부담하게 되고, 이는 결국 미래세대의 경제활동의 자유와 일반적 행동자유권을 과도하게 제약하는 결과로 이어질 수 있다. 최근 유럽연합과 그 회원국들은 기후보호법을 제정하고 개정하는 과정에서 이러한 미래세대의 보호를 위한 다양한 입법적, 행정적 조치를 취하고 있는데, 이러한 미래세대의 보호라는 국가적 아젠다가 앞서 언급한 국민주권, 의회민주주의원리 및 행정권력의

민주적 정당성 실현이라는 문제와 관련하여 여하히 관계를 설정할 것인지 깊은 성찰이 필요하다. 우선 행정권력의 정당성의 근거인 의회민주주의원리는 앞서 고찰한 바와 같이 국민주권주의로부터 출발하고 있다. 그런데 미래세대 보호의 문제는 바로 국민주권으로부터 의회민주주의로 이어지는 연결고리를 단절시킨다. 다시 말하자면, 미래세대를 국민주권의 주체인 국민으로 인정할 수 있는가 하는 문제부터 벽에 부딪히기 때문이다. 미래세대는 광의로는 아직 태어나지 않은 미출생 세대와 미성년자를 포함하는 아동과 청소년 등 기성세대를 포함할 수도 있으며, 협의로는 미출생 세대만을 가리켜 미래세대라고 할 수도 있지만, 여기에서는 협의의 미래세대만을 미래세대로 부르기로 한다.

일반적으로 국민을 “특정한 국가의 국적을 가진 자들의 집합적 단일체”로 보는 경우 미래세대는 아직 출생하지 않았기 때문에 국적을 가질 수 없고 따라서 전통적인 의미에서 국민주권의 주체인 국민이 될 수 없다. 국민개개인을 자유와 존엄의 주체로서 자신의 운명에 대한 결정권을 행사하는 다양한 인간의 총합이라는 다원주의적 국민 개념을 취하는 경우에도 미래세대가 추상적으로는 자유와 존엄의 주체가 될 수 있다는 점을 긍정하지만 현실적으로 자신의 운명에 대한 자결권을 행사할 수 없기 때문에 주권 행사의 주체인 국민으로 인정하기 어렵다. 그렇다면 미래세대의 보호를 위한 입법과 행정활동이 일반화하는 현시점에서 국민주권과 의회중심의 민주적 정당성의 문제는 어떻게 해결할 것인가 하는 문제의 출발점은 미래세대의 주권자 적격성을 부여하기 위한 논리와 근거를 발견하는 것이다. 우선 미래세대는 현실적으로 존재하는 국민이 아니기 때문에 국적법 등 실정법상으로 국민으로서의 법적 지위를 누리는 것은 가능하지 않다. 하지만, 헌법적 차원에서 미래세대는 특정한 국가의 영토에서 출생하거나 삶의 터전을 잡고 살아갈 것을 분명하게 예상할 수 있기 때문에 출생이나 국적 취득 여부를 조건으로 하여 주권자의 지위를 가질 수 있다는 점에서 잠재적 주권

자로 인정하는 것이 법리상 불가능할 것으로 보이지 않는다. 특히 미래세대가 자연인으로 출생하거나 특정 국가의 국적을 취득하는 것을 전제로 하여 인간으로서의 존엄과 가치를 가지고 자유권적 기본권 등 기본권을 향유하는 주체라는 점을 부인할 수 없기 때문에 잠재적인 국민의 지위를 헌법적으로 인정하는 것이 국민주권과 의회중심의 민주주의원리를 자연스럽게 연결할 수 있는 이론적 근거를 제공할 수 있을 것으로 보인다.<sup>56)</sup> 이와 같이 미래세대를 헌법상 ‘잠재적 가상주권자’로 인정하는 경우에는 이러한 잠재적 주권자의 지위를 헌법적으로 보호하기 위하여 이른바 미래세대를 대리하는 대표를 국민이 직접선거를 통하여 선출하는 문제를 입법적 차원에서 실현한다면 국민주권원리와 의회민주주의의 단절성 문제를 상당 부분 극복할 수 있을 것으로 보인다.

#### 나. 미래세대의 기본권 주체성에 대한 독일연방헌법재판소의 견해

독일연방헌법재판소는 2021년 3월 연방기후보호법에 대한 결정에서 처음으로 미래세대에 대한 국가의 헌법적 보호의무를 인정하여 주목을 받았는데, 특히 혐의의 미래세대, 즉 아직 출생하지 않은 미래세대의 경우 독일 기본법 제2조 제2항 제1문에 규정된 생명과 건강권에 대한 국가의 객관적 보호의무로부터 기본권 침해 여부를 가리는 흥미로운 논리를 전개하고 있다. 독일연방헌재는 국가가 기후변화로 인한 위험상태로부터 기본법 제2조 제2항 제1문의 생명권과 신체의 자유를 보호할 의무가 있다고 하면서, 헌법상 보장된 국민의 기본권은 국가의 공권력 행사에 대한 단순한 방어권으로서의 성격만 가지는 것은 아니라고 보고 있다. 연방헌재는 이와 같은 이른바 기본권의 이중적 기능 중에 주된 기능은 당연히 국가에 대한 주관적 방어권이며, 국가의 보호의무와 같은 기본권의 객관적 기능도 이와 같은

56) 김성수, 존엄한 미래를 위한 기본권 - 독일 연방헌법재판소 기후보호법 결정에 대한 평가와 한국법에의 함의, 공법연구 제50집 제1호, 2021. 10. 320면 각주 27.

주관적 방어권의 일부라는 점을 분명하게 밝히고 있다.<sup>57)</sup> 연방헌재는 기본권에 대한 국가의 보호의무라는 기본권의 객관적 기능이 국가에 대한 방어권이라는 기본권의 주관적 방어권의 일부라는 사실을 인정하면서도 국가가 이와 같은 보호의무를 스스로 위반하는 경우에는 헌법소원을 제기한 청구인의 기본권을 침해하는 것이라는 견해를 제시하고 있다.

이러한 판시 내용은 연방헌재가 법정대리인을 통하여 헌법소원을 제기한 아동과 청소년의 기본권 침해 문제를 언급한 것으로 보인다. 하지만, 연방헌재는 더 나아가 기본법 제2조 제2항 제1문에 따라서 국민의 생명과 신체의 불가침성을 보호하는 국가의 보호의무가 일차적으로는 아동과 청소년 등 기성세대를 그 대상으로 하기 때문에 헌법소원심판청구 적격을 가지지 못하여 법정대리인을 통하여 헌법소원을 제기한 국민들 뿐만 아니라 아직 출생하지 않은 미래세대도 그 대상이 된다는 점을 밝히고 있다. 연방헌재는 국민의 생명과 신체의 자유와 같은 기본권에 대한 국가의 보호의무는 이미 그 침해가 현실화한 경우에만 적용되는 것이 아니라 미래에 그와 같은 침해가 예견되는 경우에도 동일하게 적용되는 것으로 보았다. 특히 현재와 같이 무분별한 온실가스 배출이 계속되는 경우 기후위기로 인하여 미래세대가 겪게 될 생명과 신체의 자유에 대한 침해는 불가역적인 것이다. 다만, 연방헌재는 아직 출생하지 않은 미래세대가 ‘집합적 단일체’이거나 ‘개인들의 총합’ 중 그 어느 하나의 국민 개념에 해당하지 않아서 기본권의 주체가 될 수 없으며, 출생을 전제로만 비로소 기본권 주체성을 가지기 때문에 미래세대의 생명과 신체의 불가침성에 대한 국가의 세대 간 보호의무는 아동과 청소년 등 미성년 기성세대와는 달리 주관적 공권으로서 기본권을 그 대상으로 하는 것이 아니며 전적으로 객관적인 성격을 가지는 것

---

57) “Die aus der objektiven Funktion des Grundrechts abgeleiteten Schutzpflichten sind grundsätzlich Teil der subjektiven Grundrechtsberechtigung” BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021- BvR 2656/18 -, RN 145.

으로 보고 있다.<sup>58)</sup>

물론 연방헌재는 미래세대의 생명과 안전에 대한 국가의 보호의무는 오로지 기본권의 객관적 기능에서 비롯된 것이라고는 언급하였으나 기본권 주체성은 물론 주권자로서의 지위를 가지지 못하는 미래세대의 기본권 침해를 언급하였다는 사실은 상호 모순되는 논리는 아닌지 의문이 제기될 수 있다. 하지만, 기본권의 객관적 성격과 기능에 따라서 국민의 생명과 신체 보호라는 법익을 국가가 반드시 수호할 의무가 있는 가치질서로 이해하는 경우 미래세대가 현재 시점에서 주관적 방어권을 행사하는 기본권 주체성을 가질 수 없다고 하더라도 입법자가 장래에 출생할 미래세대의 생명과 안전을 보장하기 위하여 기후변화에 적극적으로 대응하여야 한다는 의미에서 일정한 객관적 보호의무를 부담하는 것을 법리적으로 모순이라고 볼 수는 없다. 그 이유는 미래세대가 아직 현존하는 인간은 아니지만 가상 공간 등에 머무르는 상상 속의 인간체가 아니라 언젠가는 특정 국가의 영토 안에서 반드시 출생할 것으로 예상되는 현실 세계에서 잠재적인 인간의 개체 또는 집단이기 때문이다. 따라서 언젠가는 미래에 반드시 출생하여 생활하게 될 미래의 인간과 생명체가 온실가스의 배출로 인한 기후위기라는 불가역적이고 미래위험적인 상황에 직면할 것이 거의 확실시 되고 또 그러한 위험이 현실적으로 존재하는 것이라면 국가가 미래세대의 생명과 안전을 보호하는 것은 그들의 기본권 주체성과는 관계없이 기본권의 객관적 보호 의무 및 기능으로부터 도출될 수 있기 때문이다.<sup>59)</sup>

---

58) BVerfG, RN. 146.

59) 김성수, 전계논문(각주 57), 317면.



**다. 결국 국민주권, 민주적 정당성은 성패의 문제가 아니라 그 실현의 정도와 수준이 중요하다.**

독일연방헌재가 미래세대의 기본권 주체성을 부정하면서도 이들에 대한 국가의 기본권 보호의무를 인정하는 것은 국민주권원리에도 시사하는 바가 있다고 할 수 있다. 전통적으로 국민주권은 주권의 주체로서 국민과 행사대상으로서 주권의 합성어라고 할 수 있다. 그런데 미래세대는 현실적으로 주권을 행사하는 주체는 아니라고 하더라도 출생을 전제로 그 필연성이 예상되는 것이기 때문에 잠재적 주권자인 미래세대는 헌법적으로 보호받고 존중되어야 하는 주체임이 분명하다. 다만, 미래세대를 잠재적인 주권자로 인정한다고 하더라도 미래세대는 현실적으로 선거 등을 통하여 그들의 대표자를 선출할 수 없고, 따라서 의회 내에서 이들의 주권적 의사를 실현할 방법과 수단이 부재하기 때문에 의회민주주의 원리와 행정권력 행사의 민주적 정당성이라는 측면에서는 여전히 그 연결고리가 빈약하다. 하지만, 민주적 정당성 문제를 평가하는 기준 중에서 인적 정당성과 관련해서는 앞서 언급한 바와 같이 미래세대가 선거를 통하여 그들의 대표를 선출할 수 없기 때문에 선출된 권력이 정부의 공직자를 임명하고 정부의 위계구조를 통하여 미래세대를 위한 행정권력의 행사를 담당하는 인적 정당성은 거의 부재한 상태라고 할 수 있다. 마찬가지로 미래세대를 위한 입법 역시 미래세대가 선출하지 못하는 의회권력이 담당하기 때문에 행정권의 행사에 대한 입법적 기속이나 내용적 정당성 문제 역시 법리적인 설명이 어려운 상황이라고 할 수 있다.

다만, 오늘날 기후변화와 에너지 전환이 가속화되는 시기에 미래세대의 보호가 국가의 우선순위에 속하는 공적 과제라는 점을 부인할 수 없다면 이를 보다 효과적으로 수행할 수 있는 의사결정의 구조를 구축하고 집행하는 행정의 독자적인 기능과 제도에 따르는 정당성을 인적, 내용적 정당성

의 빈약성과 조합하여 강조하는 방식을 취한다면 민주적 정당성에 대한 흠결을 상당 부분 해소할 수 있을 것으로 보인다. 특히 의회에 비례대표로서 미래세대만을 대표하는 의원을 선출하고 미래세대를 보호하는 정부 기구에 미래세대의 의사와 보호를 전담하는 공직자를 일정 비율로 참여시키는 경우에는 인적 정당성에 대한 우려를 완화할 수 있을 것으로 보인다.<sup>60)</sup> 결국 앞서 언급한 바와 같이 행정부의 권력 행사와 관련하여 의회민주주의와 민주적 정당성을 적용하는 문제는 “성공과 실패”라는 이분법이 아니라 인적, 내용적 정당성과 기능적 정당성 방식을 적절하게 조합하여 그 실현의 수준과 정도를 극대화하는 것이 보다 현실적인 해법이라고 할 수 있다. 오늘날 의회민주주의제도가 국가 행정의 민주적 정당성을 담보하는 일종의 철칙으로 언급되고 있지만 실제로 의회에서는 일상적인 권력 투쟁에 집중하고 선거 승리에 현실적인 정치적 자원을 소모하는 상황에서 기후보호, 연금 개혁, 출산, 인구변화 등과 같이 미래세대와 직접적으로 관련되는 장기적 과제는 표류하는 것이 일반적이다. 따라서 의회민주주의와 민주적 정당성이라는 고전적인 금과옥조가 국민주권 원리와 국민의 진정한 의사를 실현하는 통치과정이라고 자신 있게 이야기 할 수 있는 것이 아니다. 그렇기 때문에 미래세대의 보호를 일관되고 효과적으로 추진하기 위하여 입법부의 구성원리를 변화시키고 신사조행정법학이 지향하는 정부의 의사결정에 관련된 거버넌스를 미래세대 친화형으로 구축하는 노력이 현실화된다면 기능적 관점에서 민주적 정당성의 성취 수준과 효과적으로 조화를 이룰 수 있을 것이다.

---

60) 이에 대한 상세한 논의는 김성수, 미래세대 보호를 위한 법제 설계, 경희법학 제54권 제4호, 2019.12.30. 333-359면.

## 4. 인공지능 등 기술발전과 민주적 정당성

### 가. 인공지능, 알고리즘의 가능성과 한계

현대 행정이 컴퓨터나 인터넷 등 기술적 도움을 받는 것은 이미 오래된 일이지만 이러한 기술적 수단들은 공직자가 행정적 의사결정을 내리기 위한 정보 내지 자료를 수집하고 신속하고 정확한 판단을 위한 보조적 장치로서 기능하였다. 그리고 이와 같은 기술적 수단들은 향후에도 지속적인 발전을 통해서 행정권력이 보다 합리적이고 적절한 결정을 내릴 수 있도록 더욱 적극적인 역할을 할 것으로 기대되기 때문에 행정이 기술에 의존하는 정도와 빈도는 계속해서 증가할 것으로 예상된다. 하지만 최근에 인공지능이나 그에 따르는 알고리즘은 인간의 판단과 결정을 보조하는 기능에서 벗어나서 이를 대체할 수 있는 상황에 이르고 기존의 국가권력의 비효율성과 부패 등에 염증을 느낀 대중들은 오히려 인간을 대체하는 인공지능 등이 부패 문제로부터 자유롭다는 생각을 하고 있다. 즉 사람들은 기술권력 내지 디지털권력이 선출된 권력보다 합리적으로 공정한 공적 의사결정을 할 수 있다는 다소 근거가 희박하지만 낙관적인 기대를 가지고 있는 것이 사실이다. 물론 아직까지는 인공지능이나 알고리즘이 인간이 가지고 있는 소통이나 공감능력 또는 다양한 이해관계의 대립을 형량하는 능력을 완벽하게 구현하거나 이를 넘어서는 다른 자질을 보여준다는 확실한 증거는 없다.

알고리즘과 기술적 발전이 국가행정에 미치는 영향을 오래전부터 연구해 온 독일의 Hoffmann-Riem 교수는 알고리즘의 능력에 대한 현재 상황을 다음과 같이 기술하고 있다.<sup>61)</sup> “우선 현재의 기술적 실행 능력으로 볼 때, 알고리즘은 인간이 확실히 갖고 있다고 말할 수 있는 몇 가지 능력을 갖고

61) W. Hoffmann-Riem, 전제논문 (각주 56), 66면.

있지 않다. 예를 들어 알고리즘은 ‘암묵지’, 즉 그 출처를 명시적으로 지칭할 수 없더라도 인간이 경험에 기초하여 가지는 지식을 사용할 능력이 없다. 컴퓨터가 프로그래밍 되는 경우 컴퓨터는 응용되는 지식이 명시적이라는 사실, 즉 그 지식이 컴퓨터가 이해가능한 언어로 번역될 수 있다는 사실에 의존한다. 또한 컴퓨터는 몇몇 법적 결정에서 중요한 다른 능력도 없거나 최소한 충분히 갖고 있지 않다. 이러한 능력에는 법률가에게 중요한 공감능력, 창의성의 개발능력, 직관의 사용능력이 포함된다. 독일에서는 이를 가리켜 ‘법적 판단능력’(Judiz)이라고 한다. 또한 최소한 현재까지는 알고리즘은 논증을 통해 도출된 규범의 의미에 대한 해석을 하는데 한계가 있다. 알고리즘은 인과관계를 구성할 수 없고, 단지 상호관계만 구성할 수 있다. 또한 알고리즘은 모든 고려 요소에 대한 형량의 기준에 눈금을 매기는 능력에서 한계를 가진다”. 하지만 인공지능과 알고리즘이 이른바 deep learning을 통해서 형량능력과 가치판단 등의 능력을 제고하고 머지않은 장래에 인과관계에 대한 정확한 예측까지 할 수 있는 단계로 발전하리라는 것이 일반적인 예상이므로 인간이 일정한 자료와 지식을 입력하여 예상한 결과를 기대했던 것과는 전혀 다른 방향으로 의사결정이 이루어질 가능성을 배제할 수 없다. 인공지능을 비롯한 기술발전이 인간의 능력보다 고도화되고 인간의 지성과 감성을 대체하는 수준까지 이르는 경우 이제 기술은 행정의 단순 보조자가 아닌 행정의 주재자로서 기술권력자, 디지털권력자의 지위에 서게 된다.

행정적 의사결정 과정에서 국가와 지방자치단체의 기관 등 공공부문 뿐만 아니라 민간기업이나 개인, AI 등이 광범위하게 참여하여 영향력을 행사하는 경우가 흔해지면서 선출된 권력이 가지는 민주적 정당성에 대한 새로운 해석을 요구하고 있다. 예를 들어 최근 챗 GPT 등 첨단 AI가 공적 의사결정에 필요한 데이터를 분석하고 사람의 의사결정에 일정한 조언을 하거나 더 나아가 특정 결정을 추천할 수도 있다. 또한 행정청이 최종적인

의사결정을 하기 위한 일련의 사전 준비절차에서 실시간으로 AI가 자동으로 의사결정 하는 경우도 상정할 수 있다. 행정청이나 공공부문에서 일상적으로 이루어지는 의사결정을 위하여 거버넌스를 구축하고 그러한 결정의 합리성과 수용성을 제고하기 위하여 AI의 참여가 일상이 되는 것을 충분히 예상할 수 있으며, 국민들이 선출된 권력보다 AI에 의한 의사결정 쏠림 현상을 거부감 없이 오히려 자연스러운 것으로 받아들인다면 헌법상 민주주의원리, 민주적 정당성 원칙은 크게 위협받을 수 있다. 물론 AI나 민간부문의 공적 의사결정이 헌법상 민주주의원리, 법치주의원리에 의하여 한계가 설정되어야 하며 통제받아야 한다는 원칙론은 여전히 유효하지만 그것이 행정청이나 공공부문의 결정보다 합리적이고 공정하다는 의식이 국민간에 일상적으로 공유되는 경우 행정법 질서에 보편적으로 수용될 가능성을 부인하기 어렵다. 행정법 질서의 헌법기속성 원칙을 최종적으로 담보하는 헌법재판 제도 역시 실제로 이러한 상황이 벌어지는 경우 AI와 민간부문의 참여 하에 이루어지는 공적 의사결정을 허용하는 입법자의 광범위한 형성권을 부정하기 어렵고 국민들이 이를 오히려 선호하는 경우 기본권 침해 문제를 쉽게 인정할 수 없을 것이며 헌법상 기본권, 민주주의원리, 법치주의원리 등을 당해 법률의 위헌심사 기준으로 적용하기가 사실상 어려울 것으로 보인다. 따라서 우리는 기술과 효율성이 지배하는 현대 행정의 현실 속에서 다음과 같은 질문에 마주치게 된다. “과연 지고지순한 민주적 정당성이라는 원칙이 존재할 수 있는가?”

#### 나. 민주적 정당성으로부터 민주적 책임성으로

앞서 언급한 바와 같이 행정권력은 물론 입법권과 사법권의 행사가 사실상 알고리즘이나 인공지능에 의하여 이루어지는 경우 이는 결과적으로 국민주권이 아닌 기술주권주의가 현실화 된다는 것을 의미한다. 물론 이 경우에도 형식적으로는 국민이 헌법상 여전히 주권자이고 주권자의 위임에

따라 그 대표기관으로서 의회중심의 입법이 이루어지고, 또한 이와 같은 법률에 근거하여 국가행정과 사법작용이 작동한다면 여전히 국민주권, 의회민주주의, 행정권력의 민주적 정당성의 연결고리가 존재한다. 그러나 국민, 의회, 정부 그리고 사법권력의 기술에 대한 의존도가 심화되면 심화될 수록 사실상 법의 지배를 통하여 극복하려고 했던 사람의 지배를 대신하여 기술의 지배가 현실화된다. 그렇다면 국민주권, 의회민주주의, 민주적 정당성 문제는 상당 부분 후퇴가 불가피하고 앞서 언급한 내용적 정당성 및 인적 정당성과 행정의 기능적 정당성의 최적화된 조합 모델도 현실적으로는 제대로 작동하지 못한다. 그 이유는 행정의 효율성이나 공정성, 합리성 등을 강조하여 인적, 내용적 정당성의 흠결을 상당 부분 보완하고 민주적 정당성의 수준과 정도를 일정한 정도로 유지하고자 했지만 행정권력조차 사실상 기술의 지배가 현실화된 상태에서 행정의 독자적 기능론을 강조하는 정당성 이론이 설 자리가 협소하기 때문이다. 따라서 기술이 지배하는 사회에서는 민주적 정당성 문제보다는 인공지능과 알고리즘에 의한 행정적 결정을 민주적으로 통제하고 책임성을 확보하는 것이 훨씬 중요하고 효과적이라고 할 수 있다.

다시 말하자면, 기술의 지배를 불가피한 것으로 받아들인다고 하더라도 입법기관이 알고리즘의 메커니즘을 지속적으로 추적하여 그에 의존하는 결정이 분파적 이익에 매몰되지 않고 국민 다수의 민복과 공익 실현이라는 본래의 궤도를 이탈하지 않도록 입법적으로 통제하고 그에 대한 민주적 책임을 부담하도록 하는 것이다. 여기에서 말하는 민주적 책임성은 국민의 위임을 받은 의회가 기술사회를 견제하는 고도화된 입법기관으로서 가지는 국민에 대한 책임을 의미하며, 주권자인 국민은 국정 참여와 여론 형성을 통하여 기술 발전에 따르는 의회의 대응에 대한 책임성을 추궁한다. 정부 역시 합리적이고 객관적인 결정을 위하여 기술에 대한 의존도가 점차적으로 높아지는 현실의 불가피성을 인정한다고 하더라도 그러한 결정이 이루

행정법이 묻고 헌법이 답하다

어지는 절차, 형량의 기준, 국민들의 순응도, 약자에 미치는 영향 등을 면밀하게 모니터링하고 지속적인 평가과정을 통하여 국민과 의회에 대한 민주적 책임성을 실현하는데 보다 큰 비중을 두어야 한다.

따라서 의회는 물론 정부 역시 기술의 지배 상황이 기술 스스로의 규칙에 따라서 진행되는 것을 방관해서는 아니 되며, 앞서 언급한 바와 같이 행정권력은 현실을 정확하게 파악하고 기술이 실현하는 공익에 대한 평가 지표와 지수 등을 개발하며 실제적인 평가를 거쳐 그 결과를 입법기관으로 피드백하는 책임을 진다. 성찰하고 학습하는 국가(reflektierender und studierender Staat) 만이 algocracy를 극복하고 국민에게 책임을 다할 수 있다. 이 과정에서 국민의 참여는 다원적인 정당성 시스템 하에서 일종의 인풋으로서의 책임을 의미하며, 의회는 대의기관으로서 선거를 통하여 형성된 의회민주주의라는 플랫폼에 유입된 국민의 의사를 처리하는 책임을 부담하고, 행정은 그러한 과정을 거친 국민의 의사를 고려하여 일정한 결과물을 만들어 내는 책임을 실현하는 구조를 설계할 수 있다면 앞서 언급한 다원주의적 정당성 이론과 전통적인 민주적 정당성 간의 조화를 위한 논의에 상당 부분 일맥상통하는 내용을 발견할 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 법치주의원리

#### 1. 법치주의의 법적 형식과 효과 - 법적 기속의 경직성, 사회적 목적의 배제

법치국가원리는 프랑스 혁명을 거치면서 사람의 지배로부터 법의 지배를 확립하기 위하여 군주와 시민의 대표기관인 의회 간에 권력을 분립하고 국가행정은 의회가 제정한 법률에 따라야 한다는 권력분립과 행정의 법률적

합성 원칙을 탄생시켰다. 사람의 지배가 가지고 있는 자의성, 불확실성, 예측불가능성을 극복하고 국가 행정권의 행사가 법이 정한 내용, 절차, 요건에 따라 행하여지도록 함으로써 자의적 권력 행사를 지양하고 시민의 권리와 자유를 보호하고자 성립한 법치주의 원리는 국가통치 방식의 혁명적 대전환을 예고한 인류사적 의미를 가지고 있다. 따라서 법치주의의 본질은 권력분립원칙에 따라 입법권, 행정권, 사법권을 각각 다른 권력기관에 명확하게 배분하고 각 권력이 만들어 내는 법률, 행정작용, 재판이라는 형식과 그에 따르는 법적 효과를 강조함으로써 국가권력의 예측가능성과 법적 안정성을 추구하고자 하였다. 의회가 제정한 법률에 대한 기계적인 기속만을 강조하는 19세기적 형식적 법치주의가 20세기에 이르러 헌법상 국민의 기본권 보장, 신뢰보호원칙, 과잉금지원칙 등을 통하여 실질적, 실체적 요소가 포함된 실질적 법치주의로 변화하지만 법적 형식과 그에 따르는 법적 효과를 핵심으로 하는 고전적인 법치주의의 틀은 그대로 유지되었다. 실질적 법치주의는 법적 형식과 효과를 강조하는 기존의 법치주의의 본질을 존중하면서도 입법권 행사에 기본권의 효력 등 헌법적 기속을 가하는 형태로 변화한 것이다.<sup>62)</sup>

따라서 형식적, 실질적 법치주의를 가리지 않고 법치주의원리에는 법적 형식과 그에 따른 법적 효과를 예측하기 어려운 비공식적 행정활동, 예를 들어 권고나 협상, 민관협력은 지극히 예외적인 행정활동의 수단으로 고려될 뿐이다. 앞서 언급한 전통적인 민주주의원리 내지 국가행정의 민주적 정당성과 법치국가원리 간에는 특별한 기능상의 구분이 있었는데, 전자는 누가 행정적 의사를 결정할 것인가를 정하는 것이고, 후자는 이러한 행정적 의사를 어떠한 방식으로 집행할 것인가를 결정하는 것이다.<sup>63)</sup> 의회에서

62) 김성수, 일반행정법론 제9판, 2021. 32면.

63) C. Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, VerwArch 90 (1999), 187면 이하 (201면).



토론과정을 거쳐 제정된 법률은 행정으로 하여금 이를 행정처분 등 구체적인 형식으로 집행할 것을 요구함으로써 법률과 행정작용은 그 형식의 명확성, 단순성, 예측가능성을 법치주의 원리의 본질로 정착시켰다.<sup>64)</sup> 법치주의 원리는 법률과 행정활동의 형식을 중시하고 그 형식의 명확성과 더불어 그에 따라 예상되는 일정한 법적 효과를 예측하게 함으로써 후술하는 바와 같이 위법한 형식이나 그 효과에 상응하는 행정쟁송이나 국가배상 등 권리구제수단을 마련하고 있다. 따라서 권고나 협상 등 그 형식이 모호한 법적수단은 그 자체가 모순이며, 형식상의 흠결은 바로 위법이라는 효과와 결부되어 권리 침해에 따르는 구제수단으로 이어진다. 이와 같은 이른바 행정의 행위형식론(*Handlungsformenlehre*)은<sup>65)</sup> 현실 행정에서 빈번하게 이루어지는 협상, 권고, 지도 등과 같은 비공식적 행정활동이나 민관협력 등 이른바 비고권적 단순행정활동에 대해서는 당연히 처분성을 부인하지만, 그 결과 이들을 행정법 이론과 소송체계에 어떻게 편입할 것인가에 대해서는 만족할 만한 답을 내놓고 있지 못했다.<sup>66)</sup> 행정절차법과 우리나라에서 최근 제정된 행정기본법 등도 여전히 그 대상은 행정처분이 주요한 형식으로 다루고 있으며 여기에 비처분적 행정작용으로서 공법상 계약이나 행정계획 정도를 법의 적용 대상으로 포섭할 뿐이다. 하지만, 실제적인 행정의 일상에서 AI나 민간부문이 공적 의사결정에 참여하는 경우에는 적법 또는 위법이라는 2분법에 기반한 처분이나 입법보다는 권고적 대안이나 협상, 갈등관리 등을 문제 해결에 보다 유연하고 적합한 방식으로 제안할 것을 예상할 수 있기 때문에 법치행정의, 명확성, 예측가능성을 행정의 지향점으로

64) E. Schmitt-Aßmann, 전제서, (각주 17), § 2, RN. 2, 67.

65) R. Pitschas, *Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht* in : W. Blümel/R. Pitschas, *Reform des Verwaltungsverfahrensrechts*, 1994, 229면 이하 (239면).

66) 행정입법을 통한 비정형적 공권력 행사에 대한 통제와 신사조행정법과의 관계에 관한 논의는 배상준, 독일의 '신사조 행정법학'과 한국의 행정법학, 법학연구 통권 제 66집 전북대학교 법학연구소, 2021. 9. 83-107면 (94면).

삼기에는 어려움이 예상된다.

헌법상 법치주의가 행정법의 행위형식론에 결정적인 영향을 미친 결과 입법과 행정은 행위형식이라는 정확한 측정기를 가지고 행정이 나아가는 방향을 예측할 수 있다는 장점을 가지고 있다는 점을 부인할 수는 없을 것이다. 하지만, 앞서 언급한 바와 같이 행정절차법이나 행정기본법은 이러한 예측가능성과 명확성이라는 형식론에 매몰된 나머지 이른바 불이익 처분과 같은 최종적인 행정의 결과물에 대해서만 위 법률의 적용을 받도록 하고 여전히 비공식적 행정작용이나 단순고권적 행정활동은 여기에서 제외한 결과 이들이 행정현실에서 어떠한 법적 취급을 받고 그에 따르는 효과는 또 어떠한가, 권리구제는 어떠한 방식으로 이루어져야 하는지에 대해 여전히 법적인 침묵이 계속되고 있다. 행정의 행위형식론은 그 외관과 법적 효과에 매몰되어 발생하는 경직성을 극복하는 과정에서 예외적이기는 하지만 민관협력과 같은 비공식적 수단을 사용하는 경우도 있다. 그러나 이러한 시도는 대부분 “反법치주의 또는 半법치행정”이라는 비판을 받기 일쑤이다. 이러한 법치주의의 경직성은 특히 행정의 법률적합성 내지 법적 기속을 극단적으로 강조하는 경우에 그 절정에 다다르게 되는데, 비록 행정청이 재량을 가지는 경우에도 모든 국가 행정기관은 오직 의회가 제정한 법률만을 행동의 준칙으로 삼고, 그러한 법률이 탄생한 정치적 환경이나 사회적 목표 등은 모두 의식적으로 무시된다.<sup>67)</sup> 이 경우 법의 지배, 법치주의는 형식적인 법률의 지배를 의미함으로써 의회 다수파의 지배수단으로 단순화할 위험성도 존재한다.

이와 같은 경직된 법치주의원리 내지 행정에 대한 법적 기속은 다원화된 사회에서 법률의 제정과 적용을 둘러싸고 있는 정치적 환경이나 입법

---

67) W. Hoffmann-Riem/E. Schmitt-Aßmann (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 253면 이하(290면); Ladeur, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung, Liviathan 1979, 339면 이하 (357면).

목적 등을 고려하여 행정의 법적 기속성을 논의하는 것이 필요하다는 이른바 “反省的 법치주의”(reflektierte Rechtsstaatlichkeit)의 문제 제기 자체를 원천적으로 봉쇄할 수 있다.<sup>68)</sup> 이러한 현상이 지속되면 법의 기능과 목적에 대한 활발한 사회적 토론은 사라지고 다원적 민주주의에서 법치주의의 경직성을 경계하고 감시하는 국민적 논의나 문제 제기는 흔히 “體系不整合的 不合理性”(systemwidrige Irrationalität)으로 격하된다.<sup>69)</sup> 입법의 환경이나 법을 집행하는 사회적 과정 등에 대한 생산적 논의마저 “법치주의 체계를 흔드는 소란”으로 보는 시각이 고착화된다는 의미이다. 법에 대한 토론과 성찰 과정을 통한 법치국가의 창조적인 힘이 지속적인 다이내믹으로 이어지거나 확대 재생산 되지 못하고 의회가 제정한 법률이 정한 틀에 갇히는 결과로 이어지는 것이다.

## 2. 반성적 법치주의 - 법적 기속인가? 행정의 책임인가?

행정절차법과 행정소송법 등은 전통적으로 법치주의원리가 절차형성과 권리구제 과정에서 현실화되는 영역으로서 중요한 의미를 가지고 있다. 특히 행정소송법은 위법한 행정작용으로 인한 권리구제의 문제가 헌법상 재판청구권의 실현과 상호 작용하면서 사실상 사법부 중심의 행정법학 이론 형성에 지대한 영향을 미쳐온 것이 사실이다.<sup>70)</sup> 행정소송 과정에서 사법부는 특정 행정작용이 행정의 법률적합성원칙에 비추어 위법인지 혹은 적법한 것인지를 심사하는데 필요한 심사기준을 적용하는데 모든 역량을 집중

---

68) W. Hoffmann-Riem, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung in : ders./E. Schmitt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, 13면.

69) J. P. Schaefer, 전제서, (각주 8), 382면.

70) 김성수, 전제논문 (각주 11), 446면.

한 결과 국가와 민간부문이 참여하는 사회 영역에서 책임 소재가 혼란스럽게 뒤섞여 있는 경우에는 사법부가 적법, 위법이라는 이분법적 심사기준을 명확하게 적용하기 어렵다.<sup>71)</sup> 다시 말하자면, 공적 의사결정에 민간부문의 전문가 등이 참여하여 보다 공정하고 합리적인 결과를 이끌어 낸다고 하더라도 이러한 결정에 불복하여 소송이 제기되고, 사법부가 재판과정에서 이를 심사하는 경우 법령에 근거가 없는 민간 전문가가 참여하였다면 비록 이것이 합리적인 결정이라는 판단을 하더라도 민간참여의 법적 근거가 결여된 위법한 행정작용으로서 원고의 권리침해를 인정하는 판결을 할 수밖에 없다. 법원은 민간참여의 법적 근거가 없음을 이유로 당해 행정결정이 위법하고 행정소송을 제기한 원고의 권리 내지 법률상 이익의 침해라는 지점에만 사법심사의 역량을 집중함으로써 전통적인 법치주의 원리가 지향하는 사법권의 행사라는 점을 계속하여 기계적으로 실현하는 결과가 되는데, 과연 이러한 사법부의 태도가 바람직한 것인가에 대해서는 의문이 제기될 수 있다. 이는 사법부가 법 자체의 적용이 합리적인 것인가를 심사함으로써 법에 대한 객관적 통제를 하기보다는 이른바 주관적 공권 내지 권리 침해 여부를 중심으로 행정소송제도를 운영하여 온 독일이나 우리나라에서 법치주의 원리와 사법권 행사라는 근본적인 문제와 결부되어 있다. 이른바 보호규범론에 바탕을 둔 개인의 주관적 공권론은 행정처분과 같은 구체적, 개별적 행정작용이 법의 기속을 위반하여 규범에 의하여 보호되는 개인의 주관적 권리를 침해한 것인지에 사법심사의 포커스를 맞추다 보니 자연스럽게 원고적격과 같은 엄격한 소송요건을 요구하게 되고, 법원의 심사 범위 역시 처분의 위법성과 원고의 권리 침해에 집중하는 전통을 유지한 것이다.<sup>72)</sup>

71) H. -H. Trute, 전제서, (각주 9), 13면 (37면).

72) T. Würtenberger, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln? VVDStRL 58 (1999), 139면 이하 (149면); G. Wittkämper, Die politische Kontrollproblematik der öffentlichen Verwaltung in: J.J. Hesse (Hrsg.), Politikwissenschaft und Verwaltungswissenschaft, 1982, 190면 이하 (193면).

이는 프랑스 행정제도와 이를 수용한 유럽연합의 행정소송제도가 행정작용의 객관적 법률의 위반 여부를 사법부의 심사기준과 범위로 확장시킨 것과 대조를 이룬다.<sup>73)</sup> 독일과 우리나라의 사법부는 행정소송 과정에서 행정처분 등 개별적 행정작용이 이루어진 맥락이나 환경 등을 전혀 고려하지 않고 오로지 그 위법성과 원고의 권리 침해 여부만을 심사하고 사법부와 판례 중심의 행정법학의 방법론이 지배적인 상황에서 행정법학의 연구 대상 역시 실정법 해석에 대한 법원의 판례를 분석하고 평가하는데 치중하였다. 이와 같은 이유 때문에 앞서 언급한 바와 같이 법률의 제정과 적용을 둘러싸고 있는 정치적 환경이나 입법 목적 등을 고려하여 행정의 법적 기속성을 평가하고 이를 재차 입법기관의 법률 제정이나 개정 등을 위한 피드백 과정으로 논의하는 것이 필요하다는 이른바 “反省的 法治主義”는 행정법학의 논의와 연구의 대상이 되지 못하였다. 반성적 법치주의가 발을 붙이지 못한다는 것은 행정소송의 결과로부터 입법자와 일반 국민이 일정한 학습효과를 경험할 수 없다는 결론으로 이어진다.<sup>74)</sup> 주관적 공권 중심의 보호규범론은 단체소송 등과 같은 민중소송을 원천적으로 배제하기 때문에 객관적 소송을 통한 소송의 사회적 파급효과와 입법의 필요성 내지 법률 개정의 방향에 대한 사회적 논의를 어렵게 한다.

최근 유럽연합이 환경 분야를 비롯하여 다양한 형태의 단체소송을 도입하는 것도 바로 소송과정을 통하여 실제적 행정법에 대한 학습효과를 이끌어 내고 이를 향후 환경보호의 방향과 목적에 대한 사회적 공론화로 연결시켜 궁극적으로 입법에 이를 반영하기 위한 것이다. 따라서 오늘날 법치주의는 행정의 법적 기속, 법률적합성, 보호규범론과 주관적 권리구제라는

73) S. Kadelbach, Verwaltungskontrollen im Mehrebenen-System der europäischen Gemeinschaft in: E. Schmitt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, 205면 이하 (206면).

74) J. Pietzcker, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz in: E. Schmitt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem, 상계서, (각주 74), 89면 이하 (113면).

협소한 시각에서 벗어나 해석과 입법론에 대한 고리를 발견하기 위한 “비판적 공론화”(kritische Öffentlichkeit)를 제공하는 일련의 과정으로서 어떻게 보면 다분히 절차적 법치주의를 지향하는 것으로도 볼 여지가 있다.<sup>75)</sup> 또한 행정소송 중심의 주관적 권리구제 제도는 상대적으로 행정절차의 비중을 약하게 취급하는 경향성을 가진다. 이는 전통적으로 행정절차를 적법절차로서 독자적인 헌법원리로 이해하는 영미의 법체계와는 달리 실체적 결정을 내리기 위한 보조적 기능(dienende Funktion des Verfahrens)으로 보는 견해와 일맥 상통하며,<sup>76)</sup> 행정절차상의 하자 역시 독자적인 위법사유로 인정하지 않거나 절차적 하자의 치유와 전환 등의 요건을 매우 관대하게 인정하여 행정절차의 규범적 효력과 제도적 의의를 경시하는 태도를 보인다.<sup>77)</sup> 하지만, 오늘날 행정절차는 위에서 언급한 반성적 법치주의의 절차적 형성과정으로서 매우 중요한 의미를 가지며 개별적인 불이익 처분에 대한 사전통지와 의견청취에서 벗어나 다수의 이해관계인에게 영향을 미치는 행정적 의사결정을 위한 비판적 공론의 장으로서 행정과 이해관계인이 필요한 정보를 교환하고 새로운 지식을 창출하여 궁극적으로 많은 사람들이 수용할 수 있는 합리적이고 공정한 결정을 이끌어 내는 기능을 수행한다. 여기에서는 행정적 의사결정이 적법 또는 위법한 것인가는 중요하지 않음

---

75) J. P. Schaefer, 전제서 (각주 8), 400면.

76) 이에 대한 평가와 비판은 Pietzcker, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, VVDStRL 41 (1983), S. 193면 이하 (221면 이하); E. Schmitt-Aßmann, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung* in : W. Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, 429면 이하 (451면); ders., *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht* in: W. Hoffmann-Riem/ders./A. Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 제2판, 2012, § 10, RN. 100; G. F. Schuppert, 전제논문 (각주 48), 103면 이하 (123면 이하).

77) B. Holznagel, *Verfahrensbezogene Aufgabenkritik und Änderungen von Verfahrensstandards als Reaktion auf die staatliche Finanzkrise* in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmitt-Aßmann (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1988, 205면 이하 (220면).

며 최대한 이해관계인 간의 합의와 소통에 바탕을 둔 공적 의사결정의 수용성 제고가 관건이다.

전통적인 법치주의에 따르는 행정통제와 책임성 역시 동요하고 있다. 전통적인 법치주의원리에 따라 정부와 행정활동은 의회의 민주적 통제, 의회의 민주적 통제의 연장 선상에서 이루어지는 관료제 등 행정의 내부통제, 사법부의 적법성 통제, 감사원과 같은 기관이 행하는 독립적 전문 기관의 외부통제 등을 통하여 행정의 법률적합성과 법적인 책임성을 구현한다. 이는 법치행정의 기본적인 실현 과정이며 앞서 언급한 바와 같이 민주주의원리의 핵심적인 내용이다. 하지만 이와 같은 전통적인 행정통제는 행정적 의사결정이나 기타의 활동들이 법과 규정에 적합하면 문제가 없다는 합법성 통제에 머물게 되고 행정청이나 행정기관이 보다 공정하고 효과적이며 합리적인 대안을 찾는 노력을 스스로 포기하게 한다. 따라서 오늘날 반성적 법치주의는 행정에 대한 내부적 통제를 포함하여 감사원과 같은 외부적 통제기능도 합법성 통제에 국한하지 않고 효과성 통제, 代案的 통제 등의 다양한 통제기준을 활용하며, 국민감사청구 등의 제도를 통하여 과거지향적인 국가행정의 적법성은 물론 당해 감사 사안에 대한 국민들의 관심과 참여를 환기시킴으로써 미래에 동일 또는 유사한 행정기관이 감사결과로부터 일정한 교훈과 학습효과를 얻을 수 있도록 한다. 이와 동시에 행정의 책임성 개념 역시 법령에 따라서 자신에게 부여된 공적 과제를 단순히 법률에 적합하게 수행하는 적법성 책임으로부터 보다 효과적이고 생산적이며 합리적인 결과를 창출하는 것이 행정책임의 본질에 보다 부합하는 방향으로 진화하고 있다.<sup>78)</sup> 행정은 자신에게 고유한 기능적 정당성 원칙에 따라서 정부에 대한 의회의 합법성 통제와 의회에 대한 책임에 그치지 않고 경우에 따라서는 행정 스스로가 자신의 업무 수행에 대한 독자적인 책임을

---

78) H. -H. Trute, 전게서, (각주 9), 13면 이하 (25면).

부담한다는 사실을 의식하여야 하는데, 이는 의회보다는 주권자인 국민에 대한 책임을 보다 중시하고 국민들로부터 업무에 대한 평가를 받는 것을 의미한다. 따라서 행정은 국민에 대한 책임성 실현에 도움이 되고 보다 효율적인 수행방식이라고 판단하는 경우 광범위한 민관협력의 형식을 활용하는 것도 적극적으로 고려한다. 이는 공공부문이 민간부문과 협력하고 책임을 분담하는 구조를 의미하는 것으로서 행정의 입장에서 보아 스스로 자신의 업무를 수행하는 것이 국민에 대한 책임성 원칙에 부합하는 것인지 또는 민간부문의 협력과 지원을 받는 것이 업무의 효율성이나 합리성을 제고할 수 있는지 판단하여 후자의 방식을 선택하는 것이 오히려 공익과 民福 실현을 통한 책임성을 구현하기에 효과적이라는 확신이 있다면 그러한 방향으로 가는 것이 가능하고 또한 필요한 것으로 보는 것이다.<sup>79)</sup>

---

79) 행정의 책임성 실현에 민간을 참여시키는 경우에도 Hartmut Bauer 교수는 다음과 같은 원칙을 준수할 것을 제안하였다. 행정은 자신이 수행하는 공적 과제를 1차적으로 실행하는 책임을 지며, 행정 이외의 자가 공적 과제를 담당하는 경우 그러한 과제가 적절하게 수행될 수 있도록 보증책임을 부담한다. 행정은 민간부문이 공적 과제를 수행하는 경우 이를 적절하게 감독하고 통제하는 책임을 진다. 예를 들어 행정적 과제 내지 공적 업무가 탈행정화하여 민간으로 완전하게 이양되는 민영화(이른바 과제의 민영화)가 이루어지는 경우에도 행정은 기존에 당해 업무를 수행했던 공무원들에 대한 고용보장 등 보호책임을 지며, 공공부문의 영향력 하에 있는 민간부문 또는 사업자가 民事法에 따라서 공적 과제를 수행하는 과정에서 손해 등 타인에 대한 책임이 발생하는 경우 그에 대한 국가의 배상책임을 인정하는 등 전반적인 민영화로 인한 결과책임을 부담한다. 입법자는 민영화 과정과 결과를 지속적으로 모니터링하고, 민영화가 의도한 목적을 달성하지 못한다고 판단하는 경우 법적으로 가능하고 필요한 범위 안에서 공공부문이 다시 스스로 수행하는 공적 과제로 환원하는 책임을 부담한다. 이와 같이 행정의 법적 기속보다 업무 수행의 책임을 강조하는 경우에 형식적, 추상적인 관할권이나 법률적합성의 관점보다는 개별 행정기관이 수행하는 기능, 절차 및 관행, 제도 등이 결합하여 효율적이고 합리적인 결정을 내릴 수 있게 됨으로써 행정청과 행정기관이 의회와 상급 행정청 등뿐만 아니라 주권자인 국민에게 업무 수행의 책임을 지는 구조를 형성한다. H. Bauer, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, VVDStRL 54 (1995), 243면 이하 (280면).



#### IV. 맺는 말 - 신사조행정법학과 민주주의, 법치주의

의회민주주의를 중심으로 하는 민주적 정당성과 국민의 직접적인 참여라는 다소 모순적인 명제를 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제가 현대 행정법이 헌법 질서에 던지는 질문이다. 전자는 헌법상 국민주권, 민주주의원리, 후자는 기본권 문제와 직접적인 관련성을 가지고 있다. 민주주의원리에 대한 논의는 전통적인 대의제 내지 의회민주주의원리를 강조하는 정당성 개념과 모든 국가작용을 의회 중심으로부터 탈피하여 행정의 독자성 및 기능을 강조하는 다원적 정당성 원리에 대한 대립이 존재하고 있다. 특히 후자의 경우에는 국가행정이 보다 효율적이고 정책 수용성이 높은 공적 과제를 수행하기 위하여 민간부문과의 협력 등 다양한 방식을 채택한다. 의회 중심의 전통적인 민주주의원리 또는 민주적 정당성은 의회가 제정한 법률에 따라서 국가행정이 이를 집행함으로써 행정은 전적으로 의회에 대하여 책임을 지며, 행정은 위계구조에 따라서 최상부의 기관이 행정활동에 대한 법적 책임을 부담하는 구조라고 할 수 있다.

반면에 다원적 민주주의와 정당성 개념을 추종하는 신사조행정법학은 개별 행정기관 내지 행정청은 위계구조를 지양하고 법령에 따라서 부여된 자신의 업무를 효과성 원칙에 따라서 처리하고 그에 대한 책임도 스스로 부담하며, 자신에 대한 평가도 기꺼이 받아들인다. 개별 행정청이 수행하는 행정적 과제의 효율성, 합리성 등을 제고하기 위하여 선출된 권력 이외에도 공동체의 다양한 시민사회의 참여 등이 필요하다면 이를 이른바 다원적 민주주의원리에 포섭하고자 한다. 다시 말하자면 선출된 권력이 지배하는 의회중심의 민주주의로부터 국민들에게 수용성이 높고 합리적이며, 공정하다고 평가받을 수 있는 행정적 의사결정을 이끌어내기 위한 절차와 거버넌스의 중요성을 강조한다면 헌법상 전통적인 민주주의 원리는 보다 유연한 해석과 적용을 필요로 하고 있다고 볼 수 있다. 결국 중요한 것은 국민

주권 원리를 보다 실제적으로 파악하여 국민의 의사가 국정에서 보다 정확하고 만족스럽게 실현되는가 하는 문제이기 때문에 이를 위하여 의회민주주의가 전통적으로 지배적인 수단으로 고려되었지만 이제 다원적 민주주의론이 보다 효과적인 대안으로 등장할 수 있다면 양자는 얼마든지 공존할 수 있으며, 민주주의는 성공했는가 혹은 실패하였는가라는 이분법에 매몰되기 보다는 경우에 따라서 양자 간의 적절한 조합을 통하여 국민의 주권적 의사를 보다 효과적으로 실현하는 것이 헌법상 민주주의 원리를 보다 현실적으로 이해하는 것이라고 할 수 있다.

전통적인 법치주의의 핵심적인 제도라고 할 수 있는 권력분립, 행정의 법률적합성 내지 기속성, 행정작용의 행위형식과 그에 따르는 일정한 법적 효과, 주관적 공권론과 보호규범론에 입각한 권리구제 방식 등은 국가의 특정한 행정작용의 형식에 대하여 그 효과를 국민이 쉽게 예측할 수 있도록 하고 그에 따르는 법적 효과를 위법한 것으로 판단하는 경우 적절한 권리구제수단을 통하여 침해된 권리를 구제받도록 하는 일련의 명확하고 예측가능한 공법체계를 구축하였다. 법치주의가 확립한 행정제도와 행정법은 국가 행정권력이 남용되지 않도록 법률적인 근거와 한계를 설정함으로써 국민의 법적 지위를 확고하게 수호할 수 있었다는 점에서도 人治가 지배하던 국가 통치제도로부터 대전환을 이룬 것이며 그러한 의미에서 인류사에서 큰 획을 그은 위대한 법제도적 문화유산이라고 할 수 있을 것이다.

하지만 법치주의가 지향하는 법적 형식과 효과라는 제도적 고착성으로 인하여 그러한 형식을 통해서 궁극적으로 달성하려 했던 목적이 가려지는 것은 바람직하지 못할 것이다. 특히 의회가 제정한 법률에 대한 기속과 적합성을 통하여 행정을 적절하게 통제하는 것에만 치중하는 경우 법률을 통하여 행정이 정작 추구하는 사회적 기능이나 본연의 목표를 달성하는 일에는 소홀해질 수 있는데, 이는 형식이 실질을 포착하지 못하는 데서 오는 결과라고 할 수 있다. 특히 행정처분 등 특정한 행정의 행위형식이 일정한

법적 효과를 발생하는 것으로 그치고 위법한 법 적용이 있는 경우 사법부의 사후심사가 이루어지는 일련의 순환과정으로 법치주의 원리를 기계적으로 이해하는 경우 당해 행정법규가 과연 현재 시점에서 국민들의 생활수요와 우선순위를 적절하게 반영하는 것인지, 향후 국민들의 의식과 사회적 변화를 유의미하게 담아낼 수 있는 것인지, 만약에 그렇지 못한 경우라면 그 개정의 방향은 어떠한 것이어야 하는지 등 입법과 정책론에 대한 반성적 논의는 이루어지기 어렵다.

신사조행정법학이 제시하는 이른바 반성적 법치주의는 행정법규의 제정과 적용, 사법부의 재판 등 행정법의 循環過程에서 행정법의 기능과 목적을 深考하는 절차적 법치주의로서 오늘날 일반적인 의미의 법치주의원리에 대한 새로운 해석과 의미변화를 요구하고 있다. 이러한 새로운 흐름이 제기되는 이유는 실질적 법치주의가 일반화되고 있음에도 불구하고 전통적으로 행정의 특정한 행위형식과 효과를 중시하는 법치주의는 행정이 법령에 따라 수행하는 과제가 과연 주권자인 국민의 의사에 진정으로 부합하는 것인지, 행정의 의사결정은 합리적이고 공정하게 이루어지고 있는 것인지 등에 대해서는 둔감하기 때문이다. 오늘날 국민은 법치행정이 “행정활동은 법에 어긋나지 않아야 한다”는 최소한의 요구를 훨씬 넘어서서 “내가 그것을 아무런 거부감 없이 자연스럽게 받아들일 수 있을 정도로 합리적이고 공정하며 결과적으로 그를 통하여 나의 삶이 개선되었는가”에 보다 큰 기대를 하고 있다. 그렇다면 오늘날 법치주의가 행정의 법에의 기속이라는 원칙론만을 지키는 것으로 그칠 수 없으며, 좋은 결과를 생산하고 그에 대한 책임을 지는 방향으로 변화하는 것이 불가피하다. 과연 전통적으로 헌법의 기본원리인 민주주의와 법치주의가 그러한 변화에 대한 요구에 대응할 준비가 되어있는지 오늘날 새로운 행정법이 던지는 질문에 대해서 어떠한 답을 내놓을지 궁금하다.

[국문초록]

의회 중심의 전통적인 민주주의원리 또는 민주적 정당성은 의회가 제정한 법률에 따라서 국가행정이 이를 집행함으로써 행정은 전적으로 의회에 대하여 책임을 지며, 행정은 위계구조에 따라서 최상부의 기관이 행정활동에 대한 법적 책임을 부담하는 구조라고 할 수 있다. 반면에 다원적 민주주의와 정당성 개념을 추종하는 신사조행정법학은 개별 행정기관 내지 행정청은 위계구조를 지양하고 법령에 따라서 부여된 자신의 업무를 효과성 원칙에 따라서 처리하고 그에 대한 책임도 스스로 부담하며, 자신에 대한 평가도 기꺼히 받아들인다. 개별 행정청이 수행하는 행정적 과제의 효율성, 합리성 등을 제고하기 위하여 선출된 권력 이외에도 공동체의 다양한 시민 사회의 참여 등이 필요하다면 이를 이른바 다원적 민주주의원리에 포섭하고자 한다. 다시 말하자면 선출된 권력이 지배하는 의회중심의 민주주의로부터 국민들에게 수용성이 높고 합리적이며, 공정하다고 평가받을 수 있는 행정적 의사결정을 이끌어내기 위한 절차와 거버넌스의 중요성을 강조한다면 헌법상 전통적인 민주주의 원리는 보다 유연한 해석과 적용을 필요로 하고 있다고 볼 수 있다. 법치주의가 확립한 행정제도와 행정법은 국가 행정권력이 남용되지 않도록 법률적인 근거와 한계를 설정함으로써 국민의 법적 지위를 확고하게 수호할 수 있었다는 점에서도 人治가 지배하던 국가 통치제도로부터 대전환을 이룬 것이며 그러한 의미에서 인류사에서 큰 획을 그은 위대한 법제도적 문화유산이라고 할 수 있을 것이다. 하지만 법치주의가 지향하는 법적 형식과 효과라는 제도적 고착성으로 인하여 그러한 형식을 통해서 궁극적으로 달성하려 했던 목적이 가려지는 것은 바람직하지 못할 것이다. 특히 의회가 제정한 법률에 대한 기속과 적합성을 통하여 행정을 적절하게 통제하는 것에만 치중하는 경우 법률을 통하여 행정이 정

행정법이 묻고 헌법이 답하다

작 추구하는 사회적 기능이나 본연의 목표를 달성하는 일에는 소홀해질 수 있는데, 이는 형식이 실질을 포착하지 못하는 데서 오는 결과라고 할 수 있다. 신사조행정법학이 제시하는 이른바 반성적 법치주의는 행정법규의 제정과 적용, 사법부의 재판 등 행정법의 循環過程에서 행정법의 기능과 목적을 深考하는 절차적 법치주의로서 오늘날 일반적인 의미의 법치주의원리에 대한 새로운 해석과 의미변화를 요구하고 있다.

### 주제어

행정법, 헌법, 민주주의원리, 정당성, 법치주의원리, 신사조행정법

[Abstract]

### Verwaltungsrecht fragt, Verfassungsrecht beantwortet.

Im traditionellen Model der parlamentarisch-demokratischen Verwaltung ist sie die Verlängerung demokratisch-representativer Parlamentsherrschaft. Behörden sind organisationell, aber nicht funktional verselbständigt. Der administrative Vollzug schließt den Kreis zwischen freiheitsberechtigtem Bürger, autonombegabten Staatsvolk und gesetzgebendem Volksvertretung, indem sie den Freiheitsträger in unmittelbaren Kontakt zur Staatsgewalt bringt. Damit legitimieren Verfassungs- und Parlamentsgesetze die Ausübung von Staatsgewalt sachlich-inhaltlich. Gemgenenüber verbindet die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft legitimationstheoritische Fragestellungen mit dem Problem der Verantwortungs- und Zurechnungszusammenhänge im Verwaltungsrecht. Aus diesem Grund wurde die Rechtsfigur des angemessenen Legitimationsniveau des Deutschen Bundesverfassungsgerichts entwickelt. Dahinter verbirgt sich die Vorstellung, daß die Effektivität, nicht die Form der Legitimation verfassungsrechtlich entscheidend sei. Das rechtsstaatliche Verwaltungsrecht beruht auf einer formalisierten Status- und Funktionenordnung. Das Techtsstaatsprinzip steuert durch die Eindeutigkeit, Bestimmtheit und Klarheit seiner Gebote. Dagegen ist der informale Rechtsstaat ein Widerspruch in sich, denn wo es an der Eindeutigkeit des rechtsstaatlichen Gebots fehlt, gerät stattliches Handeln zwar notwendigerweise in den Zwiefalt brauchbarer Illegalität. Informalität kann

행정법이 묻고 헌법이 답하다

aber nach der Neuen Verwaltungswissenschaft das Verwalten erleichtern,  
wo Formalität Implimentierungshürden schafft.

**Key-words**

Verwaltungsrecht, Verfassungsrecht, Demokratieprinzip, Lgitimation,  
Rechtsstaatsprinzip, die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다. 공법연구 제41집 제4호, 2013. 6. 65 - 93면.
- 김성수, 행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 - 국가물관리 위원회 제도설계를 중심으로 - 부산대학교 법학연구 제48권 제2호, 2017. 5. 1-29면.
- 김성수, 미래세대 보호를 위한 법제 설계, 경희법학 제54권 제4호, 2019.12.30. 333-359면.
- 김성수, 존엄한 미래를 위한 기본권 - 독일 연방헌법재판소 기후보호법 결정에 대한 평가와 한국법에의 함의, 공법연구 제50집 제1호, 2021. 10. 320면.
- 김성수, Mayer vs. Voßkuhle - 행정법학의 統一場 이론은 가능한가? 연세법학, 또 다른 백년, 연세대학교 법학전문대학원 편, 2021. 11. 연세대학교 대학출판문화원, 435-505면.
- 김성수, 일반행정법론 제9판, 2021. 32면.
- 배상준, 독일의 '신사조 행정법학'과 한국의 행정법학, 법학연구 통권 제66집 전북대학교 법학연구소, 2021. 9. 83-107면.
- 배상준, '신행정법학'과 기본권 도그마틱 - 신행정법학의 관점에서, 행정법의 헌법화에 대한 연구 -, 법학논고 제75집. 경북대학교 법학연구원, 2021. 10. 137-167면.
- 함재학, 국민주권과 대의제도 : 이상인가 환상인가? 연세법학, 또 다른 백년, 연세대학교 법학전문대학원 편. 2021. 11. 연세대학교 대학출판문화원, 169-202면.

### [외국문헌]

F. Reimer, Das Parlements-gesetz als Steuerungsmittel und Kontrolmaßstab



- in : Hoffmann-Riem/  
Schmitt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts  
I, 제2판, 2012, § 9, RN. 10-12.
- Andreas Voßkuhle/Thomas Wischmeyer, The ‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’  
against the backdrop of traditional administrative law scholarship in  
Germany, Comparative Law 2. Ed. (Susan Rose-Ackerman/Peter L.  
Linseth/Black Emerson, Edt.), 2017, 1-21면.
- A. Voßkuhle, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung  
zwischen öffentlichem und privatem Sektor in : Schuppert, G. F.  
Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat.  
1999, 47면 이하.
- H. Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), 243면  
이하.
- C. Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 122면 이하.
- S. Cassese, Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa in : von Bogdandy/  
ders./P.M. Huber (Hrsg.), IPE III, 2010, RN. 46.
- C. Crouch, Postdemokratie, 2008, 26면.
- H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1993, S. 123; V.  
Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 271면.
- Grezeszick in : T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20  
II, RN. 145.
- T. Groß, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, VVDStRL  
66 (2007), 152면 이하.
- C. Gusy, Konfliktmittlung beim Erlass von Verwaltungsvorschriften in : W.  
Hoffmann-Riem/E. Schmitt-Aßmann(Hrsg.), Konfliktbewältigung durch  
Verhandlungen Band 2, 1990, 109면 이하.
- H. Hill, Neue Organisationsformen in der Staats- und Kommunalverwaltung in  
: E. Schmitt-Aßmann, /W. Hoffmann-Riem(Hrsg.), E. Schmitt-Aßmann./W.

- Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 65면 이하.
- W. Hoffmann-Riem/E. Schmitt-Aßmann (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 253면 이하(290면); Ladeur, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung, Liviathan 1979, 339면 이하.
- W. Hoffmann-Riem, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung in : ders./E. Schmitt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Band I, 1990, 13면.
- W. Hoffmann-Riem, Legal Technology - zum Einsatz im deutschen Recht, 공법연구 제50집 제1호 2021. 10. 59-84면.
- S. Kadelbach, Verwaltungskontrollen im Mehrebenen-System der europäischen Gemeinschaft in: E. Schmitt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungskontrolle, 2001, 205면 이하.
- C. Möllers, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, VerwArch 90 (1999), 187면 이하.
- J. Pietzcker, Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41 (1983), 193면 이하.
- R. Pitschas, Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht in : W. Blümel/ R. Pitschas, Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1994, 229면 이하.
- H. Rossen-Stadtfeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit in W. Hoffmann-Riem/E. Schmitt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 제2판, 2012, § 29, RN. 7.
- J. P. Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Mohr Siebeck, 2016, 194 - 195면.
- A. Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 118면 이하.
- J.-P. Schneider, Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für

행정법이 묻고 헌법이 답하다

- Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht in ; E. Schmitt-Aßmann, (Hrsg.), 103면 이하.
- E. Schmitt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR, Bd. 116 (1991), 365면.
- E. Schmitt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource in : ders./W. Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 9면 이하.
- E. Schmitt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, § 2, RN. 89.
- E. Schmitt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung in : W. Hoffmann-Riem/ders. (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 429면 이하.
- E. Schmitt-Aßmann, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht in: W. Hoffmann-Riem/ders./A. Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 제2판, 2012, § 10, RN. 100;
- R. Scholz, Parlamentarischer Untersuchungsausschuß und Steuergeheimnis, AöR, Bd. 105 (1980), 598면.
- H. Schulze-Fielitz, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz, DV 32 (1999), S. 241면 이하.
- G. F. Schuppert, Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft in ; DV Beiheft 2, 1999, 103면.
- H. -H. Trute, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor in : G. F. Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat. 1999, 13면 이하.
- H. -H. Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in : Hoffmann-Riem/ Schmitt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des

헌법논총 제34집(2023)

Verwaltungsrechts I, 제2판, 2012, § 6.

- G. Wittkämper, Die politische Kontrollproblematik der öffentlichen Verwaltung  
in: J.J. Hesse (Hrsg.), Politikwissenschaft und Verwaltungswissenschaft,  
1982, 190면 이하.
- T. Würtenberger, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das  
Verwaltungshandeln? VVDStRL 58 (1999), 139면 이하.

# 민주적 헌법국가에서 헌법과 행정법의 교호(상호)작용관계\*

Wechselwirkungsverhältnis zwischen Verfassungs- und  
Verwaltungsrecht im demokratischen Verfassungsstaat

김 중 권(Kim, Jung-Kwon)

중앙대학교 법학전문대학원 교수

— 목 차 —

I. 처음에-행정법이 헌법에 있고, 헌법이 행정법에 있기 위한 모색	143
II. 논의의 전제: 현대 헌법국가에서의 개인의 지위	145
III. 헌법과 행정법의 관계에 관한 논의상황	149
1. 논의의 전제	149
2. O. Mayer의 독자성 명제 vs F. Werner의 구체화 명제	153
IV. F. Werner의 구체화 명제의 문제점과 그 극복	157
1. 문제점	157
2. 구체화의 명제에 대한 비판적 입장의 개관	158
3. 제3의 길: 교호(상호)작용의 관계로서의 변증법적 접근	163

---

\* 이 논문은 헌법논총 제34집 특집주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제34집(2023)

V. 행정법에 대한 헌법적 작용효과 .....	166
1. 작용효과의 방식 .....	166
2. 행정법에서의 작용영역 .....	179
VI. 헌법에 대한 행정법적 작용효과 .....	182
1. 작용효과의 모습 .....	182
2. 역사적-발생학적 차원에서의 작용효과의 양상 .....	185
3. 헌법에서의 작용영역 .....	187
VII. 맺으면서-공법 및 공법학의 발전을 위한 습의 명제로서의, 헌법과 행정법 사이에 교호(상호)작용의 인정 .....	189
* 국문초록 및 주제어 .....	191
* 독문초록 및 주제어 .....	193
* 참고문헌 .....	195

## I. 처음에-행정법이 헌법에 있고, 헌법이 행정법에 있기 위한 모색

입헌주의가 확립된 이래로 헌법은 일정한 영토에서의 국민과 관련해서 사람들의 공동생활과 국가조직을 위한 법적 기본질서로서, 국가에서 실현되어야 할 것에 관한 본질적인 기본결단을 담고 있다. 국가 자체 및 그 임무와 권한, 그리고 국가의 대시민적 관계와 관련하여 헌법상으로 명시적, 묵시적으로 표현된 제 결정은, 구체적으로 실현되어야 할 경우에 행정과 행정법에 의해 비로소 나타난다. 헌법과 행정법의 관계에 관한 논의에서 전개된 양대명제인, O. Mayer의 명제와 F. Werner의 명제에는 그 시대의 공법의 위상 및 공법에 대한 요구가 투영되어 있고, 동시에 공법의 지향점이 나타나 있다.

헌법과 행정법의 관계를 논의해야 할 이유는 단지 양자의 효력관계를 서술하기 위함이 아니다. 양자의 고유성을 견지하면서도 교호(상호)작용에 의거하여 전체 공법의 차원에서 민주적 법치국가원리의 구현을 극대화하기 위하여, 그 논의가 필요하다. 일찍이 김남진 선생님이 헌법구체화법으로 행정법의 위상을 강조하였고,<sup>1)</sup> 자연스럽게 F. Werner의 구체화 명제가 오래 전부터 보편적 명제가 되었다. 그런데 후술하듯이, 독일에서는 민주적 법치국가원리가 고도로 구현됨에 따라 새로운 안목에서 F. Werner의 구체화 명제에 대한 비판적 인식이 지배하여 이미 그것을 극복한 제3의 국면이 전개되고 있다. 우리의 경우 일찍이 김남진 선생님이 헌법구체화법으로서의 행정법론의 문제점을 강력하게 환기하였음에도<sup>2)</sup> 불구하고, 안타깝게도 후속

1) 김남진, 행정법을 어떻게 공부할 것인가?, 행정법의 기본문제, 1994, 18면 이하.

2) 김남진, 행정법의 헌법구체화법론의 명암-행정법의 독자성에 대한 재인식-, 고시계 1992.5., 27면 이하. 이에 필자는 헌법구체화법으로서의 행정법론의 문제점을 인식하여 이 문제를 의식적으로 행정법의 차원에서 접근하였다. 김중권, 행정법이 헌법에

적 논의가 이어지지 않았다.

1988.9.에 헌법재판소가 출범한 이래로 민주적 법치국가원리를 공부하는 시간을 충분히 가졌다. 특히 2021.3.23.에 제정된 「행정기본법」(법률 제 17979호)은 여러 基幹 행정법제의<sup>3)</sup> 경우처럼, 공공법제 전반에 심대한 후과를 낳는다. 일찍이 Lorenz von Stein이 행정을 ‘행동하는 헌법’(tätig werdende Verfassung)으로 명명하였는데,<sup>4)</sup> 공법에 공통된 내용까지 담겨 있어서 행정의 기본법인 「행정기본법」은 ‘헌법의 구체화의 플랫폼’이자 ‘행동하는 헌법’이라 할 수 있다.<sup>5)</sup> 그리하여 ‘민주적 법치국가원리의 구체화’로서의 행정법이 되면서, 헌법과 행정법의 관계에 관한 논의는 새로운 국면을 맞이한다.<sup>6)</sup> 학문으로서의 법학을 정립하기 위해서,<sup>7)</sup> 필자는 기왕의 공법적 기본틀에 관한 문제인식을 바탕으로, 공법의 현대화를 목표로 삼아 행정법이 헌법에 있고, 헌법이 행정법에 있기 위한 모색을 강구하였다.<sup>8)</sup> 이하에서는

---

있고, 헌법이 행정법에 있기 위한 모색 - 민주적 법치국가원리를 바르게 구현하기 위한 행정법과 헌법과의 대화 -, 헌법학연구 제26권 제4호, 2020.12.31., 207면 이하.

- 3) 이에 속하는 것이 「행정심판법」과 「행정소송법」(1984년), 「행정절차법」(1996년), 정보공개법(1996년), 「행정규제기본법」(1997년) 및 「행정조사기본법」(2007년)이다.
- 4) ders., Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl. 1888, Bd. I, S.6.
- 5) 헌법 제4장 제2절 행정부에서 규정된 내용은 정무적 성격이 짙어서 행정에 관한 것이라 보기 어렵다. 헌법상으로 행정의 위상이 확고하지 않은 상황에서 행정법의 헌법에 대한 관계는 자칫 의례적인 수준에서 논의될 우려가 있다. 헌법과 행정법의 관계를 교호(상호)작용관계로 접근하여 얻어진 논의의 결실이 향후 헌법개혁의 차원에서 수용되길 기대한다.
- 6) 대표문헌: 홍중현, 행정기본법 제정의 헌법적 의미와 발전방안 : 헌법 원칙의 행정법을 통한 구체화의 체계, 공법학연구 제22권 제2호, 2021, 90면 이하.
- 7) E. Schmidt-Aßmann 교수에 의하면, 학문으로서의 법학은 진행되는 법발전을 관찰하며, 그 상관관계를 분석하고, 입법·행정·사법에서의 법실무에 대해 가능한 발전관점을 지적하는 것이다(ders., Ansätze zur Internationalisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, in: Liber Amicorum R. Wolfrum, Bd.2, 2012, S.2119).
- 8) 김중권, 행정법이 헌법에 있고, 헌법이 행정법에 있기 위한 모색 - 민주적 법치국가원리를 바르게 구현하기 위한 행정법과 헌법과의 대화 -, 헌법학연구 제26권 제4



이런 문제의식을 전제로 헌법과 행정법간의 교호(상호)작용의 양상을 중심으로 살펴보고자 한다.<sup>9)</sup>

## II. 논의의 전제: 현대 헌법국가에서의 개인의 지위<sup>10)</sup>

개인이 민주적 헌법국가에서 어떤 위상을 갖는지 즉, 개인에 의해 국가가 존재하는지 아니면 정반대의 상황인지는 선행적으로 논의하지 않은 채 헌법과 행정법의 관계를 단지 양 법역간의 관계만으로 접근하는 것은 계발적인 논의가 되지 못한다. 따라서 민주적 헌법국가에서의 헌법과 행정법의 관계를 논의하는 데 있어서 선행적으로 논의가 필요한 것이 민주적 헌법국가에서의 개인의 위상 문제이다. 대부분의 공법문헌들은 국민과 국가와의 관계를 (일반·특별) 권력관계로 접근한다. 이는 기본적으로 국민을 주체성이 인정된 개인(das Individuum)이 아니라 과거 전제군주의 통치권의 객체인 臣民(Utertan)으로 보는 것을 바탕으로 한다. 헌법을 구성하는 理想인 ‘자율적 시민’(der autonome Bürger)이 헌법의 지도원칙의 하나이다. 일찍이 독일 연방행정법원이 “개인은 공권력에 복종하지만 臣民(Utertan)이 아니라 시민(Bürger)이다. 그는 원칙적으로 단순히 국가적 활동의 대상이 되

---

호, 2020.12.31., 207면 이하; 憲法裁判所の判例が行政法에 미친 影響에 관한 小考, 헌법논총 제24집, 2013.10.29., 393면 이하.

- 9) 한편 M. Ibler 교수가 H. Maurer 교수의 팔순 기념논문집에 게재한 “어떻게 행정법은 헌법을 구체화하는가?” 제명의 논문(Wie konkretisiert Verwaltungsrecht Verfassungsrecht?, in: M. Ibler(Hrsg.), Verwaltung Verfassung Kirche. Konstanzer Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von H. Maurer, 2012, S.1-16)의 서문에서, 독일의 대표적인 행정법 교과서의 저자인 H. Maurer 교수가 행정법 교과서 12판을 출간한 이후에 국가법(Staatsrecht) I 을 1999년에 출간한 점을 지적한 점은, 매우 흥미로우면서도 의미심장하게 여겨진다.
- 10) 김종권, 행정법 제5판, 2023, 9면 이하; J. Masing, §10 Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3.Aufl., 2022,

어서는 아니 된다. 오히려 그는 독립적이고 도덕적으로 책임 있는 인격체로서, 그래서 권리와 의무를 지닌 사람으로 인식된다.”고 하면서 인간존엄성 규정(제1조)은, 필수적인 생활수요의 보장과 관련해서 사람을 단지 국가적 활동의 대상으로 여기는 것을 금지한다고 판시하였다.<sup>11)</sup> 독일 연방헌법 재판소 역시 동일하다: 사람을 국가내에서 객체(대상)로 만드는 것은 인간의 존엄성에 반한다.<sup>12)</sup>

헌법상의 인간존엄성 규정(제10조)은 현대 헌법국가의 이론적 바탕을 참조하도록 한 것이다. 즉, 국가는 그 정당성이 그 시민들의 자유에 있으며, 전적으로 시민들로부터 정당화되고, 시민들을 위하여 존재한다.<sup>13)</sup> 국가적 상태는 그것의 주위환경에 대해 스스로 설정한 관계에서의 개인의 자기책임적 전개와 자유를 목표로 한다. 따라서 단체적 구속에서 벗어나 개인은 법질서의 기초이자 목표가 된다. 즉, 자유로운 주체가 현대 헌법국가의 선행적인 것(*das a priori*)이고 모든 정당성의 최종적 주체가 된다.

민주성에 따라 국가중심적 공법에서 벗어나기 위한 토대가 필요하다. 국가의 기본법인 헌법 제1조는 국가의 근본이자 목표를 제시하는데, 여기서 국가체제를 규정한 현행 헌법 제1조가 과연 이상에서 본 헌법국가의 가치에 부합하는지 고민이 필요하다. 국권침탈의 역사에서 ‘대한민국’이라는 국가 공동체를 맨 먼저 앞세우는 것이 나름 타당할 수 있지만, 과연 그것이 바람직한 근대국가의 모델에 맞는 것인지 의문스럽다. 민주화는 주체적 개인(*das Individuum*)이 자유로운 주체적 지위를 갖는다는 것을 전제로 한다. 민주국가에서 국민은 더 이상 통치의 대상이 아니다. 나아가 국가에 의한 배려의 단순한 객체에 머물지 않는다. 지금과 같이 선 국가와 후 국민의 설정을 선 개인과 후 국가의 설정으로 바꾸는 것이 기왕의 국가중심적 공

---

11) BVerwGE 1, 159ff.

12) BVerfGE 27, 1(6).

13) J. Masing, a.a.O., §10 Rn.8.

법에서 벗어나게 하는 첫걸음이다. 기실 1949년 기본법의 제정 이후 독일은 과거의 공화주의적 관헌국가와 결별하였다. 그 출발점이 인간존엄성의 불가침 및 기본권의 존중, 입법·행정·사법권의 기본권구속성을 표방한 기본법 제1조이다. 1945년 이후 독일 법질서에 대해 과해진 임무는, 법치국가에로의 귀환이고 그로써 나찌 시대에 자행된 반자유적이고 최고도로 개입적인 공법을<sup>14)</sup> 철폐하고 민주적 법치국가원리에 부합하는 공법으로 대체하는 것이다. 기본법의 보호하에 행정을 법치국가원리에 맞춰 규율하는 것이 2차 세계대전 이후 공법 및 행정법의 관심사였다, 그 핵심사고가 개인의 주체적 지위의 설정 및 그에 따른 권리주체성의 인정이다. 그리하여 국가가 정점에 있는 것이 아니라, 고유한 인간의 존엄성을 지닌 개인주체가 정점에 있으며, 국가는 인간을 위하여 존재하는 것이 되었다.<sup>15)</sup> 선거와 투표와 같은 정치영역에서 정당성의 부여가 민주화의 전부 아니다. 모든 국민은 행정과의 관계에서 행정활동 및 공권력행사의 대상이자 객체가 아니라, 주체로 대우를 받아야 한다.<sup>16)</sup> 국민은 적어도 자신의 중요한 법적 이익 즉, 권리가 문제되는 한, 국가를 상대로 주관적 권리의 주체이다. 다시 말해, 행정의 차원에서 국민은 권력의 대상이자 객체가 아니라, 국가를 상대로 주관적 권리의 주체이다(행정법의 주관적 권리화).<sup>17)</sup>

국가(행정)와 국민(시민)과의 관계를 군신관계마냥 명령복종의 권력관계를 접근하는 입장을 명시적으로나 묵시적으로 견지하는 한, 시대에 맞는

14) 가령 1933년부터 1945년 사이에 영업과 관련한 기초가 자유에서 감시로 바뀌었는데, 1945년 이후 경제제한적 규범이 종전의 의미가 상실될 정도로 실질적으로 제거되었다.

15) 참조: M. Stolleis, Innenansicht des deutschen Verfassungsrechts, in: Konferenz deutschsprachiger Juristen in Ostasien, 2019, S.1(4).

16) Vgl. BVerfGE 9, 89(95); 27, 1(6); 28, 386(391); 45, 187(228); 50, 166(175); 87, 209(228).

17) 여기서 괴테가 “법률만이 우리에게 자유를 줄 수 있다.”(das Sonett)고 지적한 것을 상기할 필요가 있다.

공법적 접근은 기대할 수 없다. 민주의 참된 의미는 주체적 개인을 전제로 한다. 민주적 법치국가원리에 입각하여 인간존엄성과 기본권의 보장에 따라 당연히 주관적 권리의 차원에서 공법관계를 접근해야 한다. 여기서 「행정기본법」이 국민의 권익보호를 구현하기 위하여 ‘행정의 민주성’을 제1차적 목표로 규정한 것을 계기로 행정의 민주성에 따른 시민의 공법적 지위를 새롭게 설정하여 국가중심적 공법이 아니라 국민중심적 공법을 만들어야 한다.<sup>18)</sup> 특히 ‘국민의 좋은 행정에 관한 권리’의 차원에서 행정법을 새롭게 접근해야 한다.<sup>19)</sup> 이를 위해 시급한 것이 개인의 주관적 공권에 관한 바른 이해의 구축이다. 기왕의 청구권에 터 잡은 사법적 기초에서 벗어나, ‘행정에 대해 법대로 집행할 것을 요구하는 것’으로 공권을 바르게 정립해야 한다.<sup>20)</sup> 나아가 헌법 제1조 제1항의 민주공화국 규정의 적실성도 재고할 필요가 있다. ‘대한민국헌법’이라는 표제 자체가 민주공화국으로서의 공동체를 표방한다. 지금의 대한민국이 없어지는 일은 있을 수 없고, 공화국이 아닌 정치체제로의 변화 역시 허용되지 않는다고 하면, 개인이 중심에서 계몽주의와 이성법이 지배하는 바른 근대국가 즉, 본연의 헌법국가가 실현되도록 하기 위해 헌법상의 인간존엄성 규정(제10조)을 헌법 제1조 제1항으로 옮길 필요가 있다.<sup>21)</sup>

18) 행정의 책무를 상세히 규정한 「행정기본법」 입법예고안 제2장 제2절이 실현되지 않아 너무 아쉽다.

19) 당연히 민주성의 차원에서 그리고 국가중심적인 기왕의 행정법제에 대해 종래의 해석과 집행을 계속하는 것을 비판적으로 성찰해야 한다.

20) 상론: 김중권, 規範執行에 관한 權利로서의 行政法上の 主觀的 公權論에 관한 小考, 공법연구 제40집 제4호(2012.6.20.).

21) 독일의 경우에도 1949년의 기본법이 제1조 제1항을 인간존엄성 규정으로 함으로써, 과거의 관헌국가적 전통과 결별하고 민주적 헌법국가로 나아갔다. 바이마르 공화국은 진정한 민주적 공화국이 아니라 관헌국가적 공화국에 해당한다. 상론: 김중권, 개인을 국가보다 앞세우는 헌법의 개혁이 필요하다. 법률신문 제5125호, 2023.10.30.

### Ⅲ. 헌법과 행정법의 관계에 관한 논의상황<sup>22)</sup>

#### 1. 논의의 전제

##### 가. 법개념의 명확화

논의대상들의 관계를 언급하기 위한 전제로, 그 대상들이 겹치지 않고 서로 구분되어야 한다. 헌법과 행정법의 관계를 논의하는 데<sup>23)</sup> 있어서 먼저 선행적으로 해야 하는 것은 헌법과 행정법의 개념을 설정하는 것이다. 실질적 의미의 헌법은 정치의 전체적 법, 헌법기관의 직무와 관련한 법규정, -국회법과 같은 기관과 관련한 시행법을 포함하면서 행정영역과는 아무런 관련을 갖지 않는다. 형식적 의미의 헌법은 -법생성의 상관관계에서 최상위에 위치하고 원칙적으로 포괄적인 법적 배척력을 보유하는- 실정 헌법전을 의미한다. 행정법에 대한 헌법의 관계는 형식적 의미의 헌법의 차원에서 제기되는 문제이다.

성문의 행정법이 존재하지 않음에도 불구하고 행정법은 존재한다. 다른 법역이 실정법에 기반한 ‘법률의 법’(Gesetzesrecht)인 데 대해서, 행정법은

22) 참고문헌: 김남진, 헌법과 행정법, 공법학의 역사와 미래(2019년 한국공법학회 신진 학자학술대회) 발표문(2019.2.14.); 김영훈, 憲法과 行政法의 關係에 관한 小考, 법학논총 제2호(1986); 홍정선, 憲法과 行政法의 關係, 사회과학논총 제6호(1986); 강경근, 憲法과 行政法, 공법연구 제32집 제1호(2003.10.31.); 홍준형, 헌법재판과 행정법, 헌법논총 제19집(2008.12.); 박정훈, 헌법과 행정법 -행정소송과 헌법소송의 관계, 법학 법학 제39권 제4호(1999); 김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다, 공법연구 제41집 제4호 (2013.6.20.); 김유환, 헌법재판과 행정법의 발전, 공법연구 제27집 제1호(1998.10.31.); 이계수, 헌법재판과 행정법이론, 공법연구 제37집 제2호(2008.12.31.); 하명호, 헌법재판과 행정법이론, 공법연구 제45집 제2호(2016.12.31.); 김민호, 헌(憲), 헌법, 그리고 행정법, 행정법학 제19호(2020.9.). 배상준, ‘신행정법학’과 기본권 도그마틱, 법학논고 제75집(2021). 한편 김민호 교수는 헌법과 행정법의 상호영향을 미국판례에 의거해서 상술하였다(27면 이하).

23) 여기서 유의할 점은 헌법과 행정법의 관계를 재판의 차원에서(헌법재판과 행정재판) 그리고 사법기관의 차원에서(헌법재판소와 대법원) 접근해서는 곤란하다는 점이다.

‘법률가의 법’(Juristenrecht)이다. 법사학적으로 「행정기본법」의 제정으로 행정법이 더 이상 ‘법률가의 법’이 아니라 다른 법역과 마찬가지로 ‘법률의 법’이 된 것은 사실이지만, 그것은 부분적이다. 따라서 행정법은 실질적 의미의 그것만이 존재할 수 있다.<sup>24)</sup> 다만 관계설정에서 대상이 되는 행정법은 개별행정법을 총괄하는 행정법 총체가 아니라 일반행정법을 의미한다.<sup>25)</sup> 그런데 형식적 의미의 헌법에는 행정법적 의의를 지닌 규정이 있을 수 있다. 경계의 비대칭성으로 인해 헌법과 행정법은 상호 대립되지 않고, 행정법이 잠재적으로 헌법 내에서도 존재하게 된다. 행정법적 내용을 담은 헌법규정의 상황이 ‘헌법상의 행정법’(Verfassungsverwaltungsrecht)<sup>26)</sup> 또는 ‘행정적 헌법’(Verwaltungsverfassungsrecht)<sup>27)</sup>이라 표현되는데, 전자는 내용을, 후자는 헌법적 위계를 강조한 것이다. 요컨대 헌법에도 행정법이 존재하는 경우가 있을 수 있다.<sup>28)</sup>

24) 여기서 행정법의 임무에 관한 바른 이해가 필요하다. 행정법은 개개의 행정활동을 일정한 보호관계에서 행하는 정도로 하게 할 수는 없다. 행정법은 개입법과 급부법만이 해당하는 것이 아니라, 조직법과 행정내부적인 정보획득과 결정형성에 관한 법도 포함한다. 따라서 행정법을 司法的 권리보호의 관점에 국한해서 접근하는 것은 곤란하고, 사법적 통제의 예봉이 도달하지 못하는 영역도 고려에 넣어야 한다. 이 점에서 행정법을 비롯한 공법을 전적으로 쟁송적 사고로 바라보는 것은 시급히 지양해야 한다. 오늘날 행정법은 행정활동을 제한하는 임무 말고도 행정적 활동을 가능하게 하고 그것의 실효성을 확고하게 해야 할 유발임무(Bewirkungsauftrag)가 병존한다. 행정법은 행정활동을 규율하는 임무와 행정활동을 유효하게 하는 임무와 같은 이중적 임무를 수행한다. 따라서 행정법에서 행정의 기능적합성의 사고 역시 중요하다.

25) 질서이념으로서의 일반행정법(Das allgemeine Verwaltungsrecht)은 개별법제도상의 정령(법규정)의 상관관계, 지속적인 발전계보와 적합성을 항상 재차 확인하는 데 이바지한다. 그것의 바탕은 일반화되어야 할 분석적 사고의 합리화효력에 관한 통찰이다. 질서이념으로서의 일반행정법은 지속적인 성찰과 시스템형성의 장소이자 임무에 해당한다. E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht, 2.Aufl., 2004, S.1ff.

26) J. Kersten, Was kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?, DVBl. 2011, S.585(587).

27) F. Wallenschläger, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, in: VVDStRL 75(2016), S.187(195).

28) 한편 ‘헌법적 사법’(Verfassungsprivatrecht)의 표현이 등장하는데, 이는 헌법이 사법

## 나. 헌법과 행정법의 관계가 논의되는 상황

고전적 행정법은 법치국가원리의 구체화로서 생겨났으며, 그것은 오늘날에도 변함이 없다. ‘헌법의 구체화’와 동반하여 또는 그에 갈음하여 ‘민주적 법치국가원리의 구체화’로 행정법을 자리매김할 수 있기에, 행정과 행정법은 본질적으로 그 시대의 헌법에 의해 정해진다. 모든 헌법상의 역사적 전환점이 그에 부응한 행정유형과 그에 걸맞는 행정법을 생성시킨다. 그러나 헌법적 문제인식이 거세된 상황에서는 행정법은 행정부를 법률집행에서 제품자판기, 집행기계나 자동포섭기와 같은 존재에 머물게 하는 기계의 수준을 넘어서지 못한다. 독일에서 F. Werner의 명제가 기본법이 제정된 후에 주장되었다. 따라서 실효적인 헌법재판 및 공법재판을 통해 헌법이 ‘살아있는 법’으로 규범력을 가질 때<sup>29)</sup> 비로소 헌법과 행정법의 관계가 문제되고, 그 논의가 필요하다. 헌법이 규범력을 갖지 못하여 명목상의 존재에 그치는 한, 헌법과 행정법의 관계는 효력우위의 차원에서 기술되는 수준에 그칠 것이다. 1987년 민주항쟁 이후 개헌에 따라 헌법재판소가 출범하여 비로소 헌법이 ‘살아있는 법’이 됨으로써, 헌법적 문제인식이 공법 전반을 貫流하게 되어 새로운 상황이 전개되었다. 요컨대 헌법과 행정법의 관계는 1987년 민주항쟁 이후 1988년에 헌법재판소가 출범한 후에 비로소 바람직하게 공법적 주제가 될 수 있다.<sup>30)</sup>

---

의 입법자는 물론 - 직접적으로 헌법적 평가에 바탕을 둔- 사법적 판례를 통해서 사법에서 전개되는 양상을 나타내는 것이다. Vgl. A. Röthel: *Verfassungsprivatrecht aus Richterhand?-Verfassungsbindung und Gesetzesbindung der Zivilgerichtsbarkeit*, JuS 2001, 424ff.

29) 독일에서 2차 대전 이후에 행정법의 발전양상에서 가장 중요한 특징은 전체 행정법 질서에 대해 강력하게 기본권이 스며든 것이다. E. Schmidt-Aßmann, in: B. Bender u.a.(Hrsg.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz*, Festschrift für K. Redeker zum 70. Geburtstag, 1993, S.225.

30) 그런데 흥미로운 현상은 이 주제가 대부분의 행정법 문헌에서는 의미 있게 다루어지고 있지만, 대조적으로 헌법 문헌에서는 그다지 관심사가 아니라는 점이다.

#### 다. 헌법과 행정법의 관계에 따른 우리 공법학의 시대적 분류

기실 독일은 1949년 기본법의 제정 이후 과거의 공화주의적 관헌국가와 결별하였다. 1949년 기본법 제정 이후의 독일 공법학의 변화상을 일찍이 R. Wahl 교수는 독일 공법학의 첫 번째 국면의 전개로 표현하였다.<sup>31)</sup> 2차 세계대전 이후 독일 행정법의 관심사는 기본법의 보호하에 행정을 법치국가원리에 맞춰 규율하는 것이었다.<sup>32)</sup> 이에 비견해서 보면, 우리의 경우 1948년 제헌헌법 이후로부터 헌법재판소를 출범시킨 1987년 개헌까지의 시간 즉, 헌법재판이 존재하지 않아 공법적 권리구제가 제 기능을 하지 못한 기간은 -민주적 법치국가원리가 제대로 구현되지 못하였다는 의미에서- 우리 공법학의 첫 번째 국면이다. 독일의 경우 1949년 기본법의 제정 이후 20여년 동안에 기본법이 행정법에 대해 지대한 영향을 미쳤듯이, 1984년에 행정소송법이 제정에 해당하는 전면 개정이 이루어져 1986년부터 시행되기 시작하였고, 여기에 헌법재판소가 출범하여 유효한 공법적 권리구제가 가능하게 되어 그에 따라 중요한 공법상의 변화가 많이 일어났으며 또한 일어나고 있다. 따라서 공법학의 역사에서 지금의 우리 공법학의 국면을 두 번째 국면으로 설정할 수 있다.<sup>33)</sup>

31) ders., Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38(1999), S.495(496ff.).

32) 1949년 기본법의 제정 이후 20여년 동안에 기본법이 행정법에 대해 지대한 영향을 미쳤다고 평가된다.

33) R. Wahl 교수는 유럽화에 따른 변화상을 독일 공법학의 두 번째 국면의 전개로 표현하였다. 한편 행정법만의 경우에는 L. Michael 교수는 연방 행정법원의 개원(1953년)의 전후를 첫 번째, 두 번째 국면으로, 행정절차법을 통한 일반행정법의 법전화를 세 번째 국면으로 나누었다. Ders., a.a.O., S. 131(145f.). 이런 국면전개에 비견해서 우리의 경우에도 1986년 이전의 상황을 첫 번째 국면으로, 「행정기본법」의 제정 이전까지를 두 번째 국면으로, 「행정기본법」의 제정 이후를 세 번째 국면으로 나눌 수 있다.



## 2. O. Mayer의 독자성 명제 vs F. Werner의 구체화 명제<sup>34)</sup>

### 가. O. Mayer의 독자성 명제

기본적으로 당시의 헌법적 변화에 긍정적이지 않았던 O. Mayer는 1924년에 출간 그의 독일 행정법 제3판 서문에서, “1914년과 1917년 이래로 크게 새로운 것을 추가할 필요는 없다. 헌법은 사라져도 행정법은 남는다 (Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht)”고 서술하였다. 시민과 국가간의 관계 -신민과 관헌간의 관계- 를 기본적으로 인정하는 데 바탕을 두었던 입헌군주제하의 행정법이 민주공화적 헌법질서에 그다지 마찰 없이 이행될 수 있다는 것이다. O. Mayer의 독자성 명제는 헌법에 대한 행정법의 비의존성이자 행정법의 불변성(지속성)(Beständigkeit)을 나타낸다. 또한 헌법의 속성상 변하기 쉬운데, 행정법이 그 변화로 영향을 받는 것을 부인하는 셈이어서, O. Mayer의 독자성 명제는 기술적 성격으로 인한 행정법의 시대초월성을 나타내기도 한다. - 보통 기왕의 법을 새로운 질서에 편입시키는 새로운 헌법과 행정법이 관련이 없다는 데서, 행정법의 역사가 헌법의 역사보다 훨씬 더 강력한 연속성(일관성)을 제시한다는 것을 확인할 수 있다.<sup>35)</sup>

그런데 O. Mayer의 독자성 명제와 관련해서 유의할 점이 있다. 저서에서 O. Mayer 교수는 헌법이 국민대표에게 입법에 대한 몫을 부여하여야만 헌법이 최상의 권력의 질서가 되며, 이에 일치하는 국가가 헌법국가 (Verfassungsstaat)라 하면서, 헌법국가가 행정법의 전제조건이라고 기술하

34) 원래 비교는 동일한 조건하에 행해져야 하므로, 여기서의 논의는 이들 명제를 비교하는 것이 아니라 일종의 시계열적으로 대비하는 것이라 할 수 있다.

35) E. Forsthoff, VerwR I, 1973, S.13.

였다.<sup>36)</sup> 즉, O. Mayer 교수가 행정법을 헌법과 완전히 무관하게 바라본 것은 아니다. 이 점에서 O. Bachof 교수는 O. Mayer 교수가 행정법의 헌법의존성에 대해 의문을 가진 것은 아니라고 타당하게 지적하였다.<sup>37)</sup> F. Werner 교수조차 ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’을 내세운 글에서<sup>38)</sup> O. Mayer 교수에게 중요한 것은 행정법에 대해 법학시스템에서의 정당한 위상을 부여하는 것이고, 헌법을 하찮은 것(quantité négligeable)으로 만드는 것은 그에게 관심사가 아니라고 지적하였다.

기실 O. Mayer의 독자성 명제는 원천적인 헌법의존성을 부인하는 것은 아니며, 행정법의 성립 이후에 발생한 국가형태의 헌법적 변화(군주제에서 공화제로의)에 나름 대응한 것에 불과하다.<sup>39)</sup> 한편 M. Stolleis 교수는 이 문구와 관련해서, (O. Mayer 교수 자신이) 마음에 들지 않은 새로운 헌법에 대해 거리를 두고자 함이며, 극히 작게 추가하면 된다고 생각한 저자의 자기만족적인 탄식에 불과하기에, 이를 확대해석하는 것은 금물이라고 지적하였다.<sup>40)</sup> 역설적으로 O. Mayer의 독자성 명제는 행정법이 헌법의 영향 하에서 기능하는 상황에서 더 부각된다.

#### 나. F. Werner의 구체화 명제

이에 대비되는 것이, F. Werner 교수가 ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’

---

36) ders., DVwR, Bd. I, 1924, S.1f.

37) ders., Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegegwartaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30(1972), S.193(204f.).

38) ders., Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527ff.

39) 사실 그는 자신의 프랑스 행정법의 비교에서 얻은 관찰의 결과(헌법은 바뀌지만, 행정법은 지속한다)를 도발적으로 침례화한 것이다. Ders., Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886, S.3 Fn.6.

40) Ders., Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland IV: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945 - 1990, 2012, S.247.

을<sup>41)</sup> 내세워서 공감대가 급속히 확산된 F. Werner의 구체화 명제이다.<sup>42)</sup> 헌법에 대해 회의적인 2차 대전 이후의 당시 독일의 상황에서 당시 독일 연방행정법원장으로 재임한 F. Werner 교수는 이 명제를 통해 행정법의 헌법적 특징을 부각시켰다.<sup>43)</sup> 곧바로 이 논제 자체가 시대적 유행어가 되어 무감각하게 인용되는 상황이 빚어졌고, 급기야 행정법의 헌법화를 통한 행정법의 향상에 관한 진전된 설명의 문구로 그것이 애용되기에 이르렀다.<sup>44)</sup> 이 입장은 행정법을 전적으로 헌법의 기능으로서 파악하는데, 여기서 행정법은 헌법에 의해 고도로 특징이 지워지며, 헌법의 근본적인 변화의 지배를 받는다. F. Werner 교수는, 헌법적 물음에 대한 외면과 더불어, 정치적 회피와 과도한 사실성에 대한 헌법의 취약성을 시대정신의 구현의 장애물로 여겼다. 그리고 F. Werner 교수는 당시에 구체적인 과오를 기술적으로 처리하기 위하여 행정법이 강력하게 동원되어 행정법에는 긴 호흡이 걸려 된 결과, 성급한 입법으로 법률이 확실성을 낳기는커녕 불확실성을 낳는다는 점과 그 당시에 법률에 관한 낙관적 견해가 더 이상 통용되지 않으며 시민이 법률을 신뢰하지 않는다는 점을 지적하였다. 그의 주장은 당시에 처한 행정법의 이런 문제상황을 타개하기 위함이다. F. Werner의 구체화

41) 흥미롭게도 언어적 매력에 지닌 구체화란 표현이 종종 등장하였다. 가령 일찍이 F. Werner의 친구인 Ule 교수는 행정절차법을 ‘구체화된 헌법’이라 명명하였다. C.H. Ule/F. Becker, *Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat*, 1964, S.4. 그리고 U. Battis 교수는 ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’이라는 F. Werner의 구체화 명제를 빌어 ‘구체화된 공동체법으로서의 행정법’의 제명으로 관련 논의를 전개하였다. Ders., *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht*, DÖV 2001, 988ff.

42) F. Werner, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, DVBl. 1959, 527ff.

43) 한편 M. Stolleis 교수는 전후 바뀐 헌법상황이 전환되어야 한다는 방향에서의 분명한 신호가 된 것이 - 기본권의 대사인적 효력을 인정한- 1958년의 Lüth-판결과 F. Werner 교수의 ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’ 표제라고 평가하였다. Ders., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland IV*, S.249.

44) C. Schönberger 교수는 문제가 많은 퇴행적 서술(Verfalls-Narrativ)이라 평가하였다. Ders., in: M. Stolleis(Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz*, 2006, S.53(57).

명제는 ‘모든 행정법적 사건은 잠재적인 헌법사건’이라는 Bachof의 명제와<sup>45)</sup> 동일하게 행정법의 기본권적 함의를 상징적으로 표현한다.<sup>46)</sup> 요컨대 F. Werner의 구체화 명제는 전후 독일 공법 및 행정법을 바르게 향도하는 목표이기도 하였다.<sup>47)</sup>

#### 다. 소결

법질서의 단계적 구조나 규범의 피라미드에서 상위법은 하위법보다 우위에 있다. 헌법구속적 권력과는 대조적으로 국민의 헌법제정권력에 대해서는 최상의 권위가 주어지므로, 헌법국가에서는 내국적으로 헌법이 최상의 서열을 갖는다. 헌법은 국가조직상의 기본틀이나 (아직은 완성되지 않은) 대강질서를<sup>48)</sup> 제공할 뿐만 아니라, 공동체에서의 공동생활을 위한 근본적인 결정을 발한다. 해서 헌법은 ‘법률의 법’(Gesetzesrecht)을 위한 원칙과 지도원리, 법률적 수권의 필요성, 법률하위의 법, 법률법의 집행과 나머지 국가의 활동을 담고 있다. 비록 행정(및 입법)의 헌법적 의무에 관해 헌법상으로 명시적인 근거가 없지만, 행정(및 입법)은 헌법상의 내용이 최적으로 유효하게 되도록 그것의 실현을 위하여 적극적으로 노력해야 할 헌법적 의무를 진다.<sup>49)</sup> 그리고 헌법국가에서 행정법은 헌법에 의거하여 가늠되어야 한다. 헌법이 살아 있는 법이 된 현재시점에서 보아, 행정법의 헌법의존성을 극명화한 F. Werner의 구체화 명제가 O. Mayer의 독자성 명제보다는

45) O. Bachof, Staatsbürger und Staatsgewalt, Band 1, 1963, S.4.

46) 개별법의 규범이 다투어지더라도, 시민과 - 행정활동을 하는- 국가간의 행정법적 분쟁은 잠재적인 기본권적 분쟁이다. B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2022, §90 Rn.283.

47) R. Wahl 교수는 1945년 이후 법의 갱신을 위하여 기본법의 발효는 시대적, 정신적 수단이라 평하였다. Ders., Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S.16.

48) 현행 헌법에서 지방자치제 규정이 이에 해당한다고 할 수 있다.

49) Vgl. D. Ehlers/H. Pünder, Allg. VerwR, 16.Aufl., 2022. §6 Rn.2.

더 설득력을 지니고 그 자체로 타당하다고 할 수 있다.

사회와 학문의 진보가 자연스럽기에, 시대역행적이고 퇴영적이지 않는 한, 뒤에 등장하는 것이 타당할 수밖에 없다. 그런데 비록 시계열적 대비라고 하지만 자칫 단순 비교로 치부되면 심각한 오해가 빚어진다. 지금과 다른 헌법의 시대에 내려진 O. Mayer의 독자성 명제를 F. Werner의 구체화 명제에 단순 대비시켜서 평가하는 자체가 문제이다. 그리고 F. Werner 교수는 헌법의 본보기를 구체화하는 것이 행정의 임무이고, 헌법국가와 행정국가가 모순관계가 아니라고 지적하였다.<sup>50)</sup> 헌법의 의의와 성격이 다른 시대에 제기된 명제를 기본조건의 차이를 무시하고 동일한 지평에서 평가하는 것은 바람직하지 않다. 통시적 관점에서 보면, 양 명제는 각기 당대에 나름 타당성을 갖는다고 할 수 있다.

#### IV. F. Werner의 구체화 명제의 문제점과 그 극복

##### 1. 문제점

행정법의 헌법적 구속의 의미는 행정법과 관련해서 입법과 행정이 헌법을 위반해서는 안된다는 즉, 소극적인 데 그치지 않는다. 입법과 행정이 기본권적인 보장과 국가목표결정을 최적으로 유효하게 하도록 헌법이 적극적으로 작용영향을 미쳐야 한다는 점에서, Werner의 전제-행정법이 현저한 범위에서 구체화된 헌법이거나 헌법이어야 한다는 입증된다. 비록 F. Werner 교수가 구체화의 의미를 다양성의 측면에서 행정법을 단지 헌법의 도출, 연역이나 구체화로만 파악해서는 곤란하다고 지적하였지만, F. Werner의 구체화 명제는 헌법과 행정법의 상관관계의 복잡성을 충분히 설

---

50) ders., a.a.O., S.527(529).

명하지 못한다.<sup>51)</sup> 그리고 법률유보의 강화로 인해 ‘과도한 헌법적 순수주의(Verfassungspurismus)’가 통용될 수 있다. 나아가 구체화의 명제에 매몰되어 행정법에 대한 헌법의 매우 세분화된 영향을 분석하는 것을 곤란하게 할 뿐만 아니라, 헌법은 행정법으로부터 무엇을 배울 수 있는가의 물음이 외면될 수 있다. 헌법공백의 상황에서 현실에서의 요구에 부응한 입법화를 통해 개별행정법의 규범위계적 격상이 일어나고, 간접적으로는 입법자에 의한 헌법의 발전이 일어난다. 이런 상황에서는 ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’의 모습이 아니라, ‘추상화된 행정법으로서의 헌법’의<sup>52)</sup> 모습이 확인된다. 그런데 구체화의 명제와 의존성의 명제는 특히 헌법변천(Verfassungswandel)에 직면하여 곤경에 처한다. 헌법변천은 헌법의 내용이 헌법개정권자의 개입이 없더라도 시간이 지나면서 변할 수 있다는 것인데, 구체화는 명백히 새로운 헌법에 대한 행정법의 일회적 적용으로 끝나지 않고, -입법이든, 행정적·사법적 법률적용이든 새로운 적용단계를 요구할 것이다. 그리하여 행정법의 변천은 헌법변천을 따른다.

## 2. 구체화의 명제에 대한 비판적 입장의 개관

지금은 광범한 헌법화(입헌화, Konstitutionalisierung)<sup>53)</sup> 진행되었으며, 민주적 법치국가원리가 의문시되는 시대가 아니기에 자연스럽게 그 명제

51) 이 명제에 대한 비판 내지 소극적 반응은 후술하는데, 기본적으로 이것은 후술할 ‘헌법은 행정법으로부터 무엇을 배울 수 있는가?’의 물음으로 이어진다.

52) 이 표현은 다음의 문헌에서도 확인된다: Ch. Waldhoff, Kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?, in: FS für M. Kloepfer, zum 70. Geburtstag, 2013, S.261(270.).

53) ‘헌법화’란 용어는 신비로울 만큼 매력적인데, 일각에서는 과정으로 축소시켜 넓은 의미에서의 실질적-헌법적 요소로 법질서를 채우는 것으로 정의하기도 한다. Vgl. G. Biaggini, Die Idee der Verfassung- Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?, ZSR 119(2000), S.445(469ff.).

자체의 적실성이 도마에 오른다.

가령 Ch. Möllers 교수는 법학방법론의 차원에서 그것 자체가 내용적 과잉을 낳을 뿐더러, 법현실을 적절하게 기술하는지 강한 의구심을 나타낸다고 하면서 다음과 같이 매우 강하게 비판하였다<sup>54)</sup> : 헌법이 특히 강하게 (직접적인) 영향을 끼친 영역과,<sup>55)</sup> 강하게 추정되는 영향을 끼친 영역과,<sup>56)</sup> 거의 (직접적인) 영향이 없는 영역이<sup>57)</sup> 각기 행정법에서 상호 성립한다는 점을 지적하고, 거꾸로 환경법, 독일 기본법 20조의a와 통신법과 기본법 제87조 이하에서는 드물지 않게 ‘추상적인 행정법으로서의 헌법’(Verfassungsrecht als abstrahiertes Verwaltungsrecht)이 나타난다.<sup>58)</sup> 그리고 행정재판이 심지어 헌법재판소가 개발한 기준을 적용하는 식만이 아니라, 헌법적인 기준을 스스로 개발하는 식으로도 행정법의 헌법화를 독자적으로 강구하였다. 그리고 F. Reimer 교수 역시 구체화의 개념에는 실제로 얼마나 모호한지가 가려져서 다음과 같은 치명적인 문제점을 안고 있다고 지적한다<sup>59)</sup>: 먼저 구체화된 헌법에서 구체화의 주체가 여전히 불확실하게 남아 있어서, 입법, 사법 그리고 학문(학계)의 상이한 역할이 사라지게 된다. 이런 주체의 부분별성은 헌법의 작용(영향)을 언급할 경우에 여전히 관찰될 수 있다. 그리고 행정법을 - 구체화로 인해 그 특징을 띄게 되는- 헌법의 부분집합으로 나타내는지 아니면 헌법과 공통점이 없는 상이한 규범적 집합으로 나타내는

54) ders., §2: Methoden, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C.h. Möllers(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3.Aufl., 2022, Rn.13.

55) 가장 분명하고 통일적인 것이 독일 기본법 제19조 제4항에 의한 행정소송법이다.

56) 가령 기본권에 의해 촉발된 데이터보호법은 이미 탈헌법화(De-Konstitutionalisierung)의 국면에 있다.

57) 가령 독일 자갈채취결정(BVerfGE 58, 300) 이후의 水法이 이에 해당한다.

58) 비슷한 표현이 ‘행정법의 추상화’이다. M. Kloepfer/C. Franzius, Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in: E. Schmidt Aßmann u.a.(Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S.329(330).

59) ders., §10: Wechselwirkungen von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: W. Kahl/M. Ludwigs(Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts I, 2021, Rn.6.

지<sup>60)</sup> 여부가 그 명제에서는 명료하지 않다. 이론상으로는 헌법상의 법정립 수권을 사용하는 것 모두를 헌법구체화라 할 수 있어서, 모든 입법이 이에 속하고 나아가 간접적으로 모든 행정활동까지도 그러하다. 대부분은 그 이상을 의미할 수도 있다. 즉, 구체화의 구상은 의문스러운 방식으로 법정립과 법해석 사이에서 변화한다. 확대된 헌법해석과 연계하여 현저한 정도로 그러한 기준을 진지하게 받아들이면, 거의 모든 법률이 헌법구체화적 행위가 되어 버린다.

구체화의 개념에 내재한 개념적 문제점으로 인해, 그 사이에 가령 행정법은 헌법에 의존하고 있다거나<sup>61)</sup> 행정법은 헌법에 의해 구조되어 있다거나<sup>62)</sup> 행정법이 헌법 앞에서 사라지지 않는다는<sup>63)</sup> 식으로 구체화의 명제의 공감대가 축소되었다. 그리하여 A. v. Bogdandy 교수와 P. M. Huber 교수는 종종 간과되는 헌법의 행정법 의존성을 지적하며,<sup>64)</sup> E. Schmidt-Assmann 교수는 개개의 헌법적 기준의 신뢰성에 대한 기대를 과장해서는 아니 되고, 헌법은 대단히 구체적이고 밀도가 높은 법이 아님을 강조하면서, 구체화의 사고로 인해 -개별적인 헌법적 언명의 성과는 과대하게 평가되는 반면 전체로서의 행정법의 구상을 위한 헌법의 포괄적인 의의가 바르게 고려되지 않는- 이종의 측면에서 오해가 빚어졌다고 지적한다.<sup>65)</sup> H. Maurer 교수 역시 -후행의 행정법이 선행의 헌법에 영향을 미친다는 의미에서- 행정법의 헌법에 대한 소급효를 확인하며,<sup>66)</sup> F. Wallenschläger 교수 역시 헌법

---

60) 이는 개개의 요소가 헌법의 구체화로부터 유래하지만 그래서 더 이상 헌법에 속하지 않게 되어서 빚어진다.

61) O. Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, S.334(335).

62) J. Ipsen, Allg VerwR, 2019, §1 Rn.73.

63) S. Storr/R. Schröder, Allg VerwR, 2010, Rn.29.

64) ders., in: v. Bogdandy/Cassese/Huber(Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, 2010, §42 Rn.68.

65) ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S.10f.

66) H. Maurer/C. Waldhoff, Allg. VerwR, 19.Aufl., 2017. §2 Rn.2.



상의 일반행정법 즉, ‘행정적 헌법’(Verwaltungsverfassungsrecht)에 의거하여 행정법이 구체화된 헌법 이상의 것을 강조하면서, 위계에 반하게 행정법이 헌법에 거꾸로 영향을 미친다고 지적한다.<sup>67)</sup> J. Kersten 교수는 헌법이 행정법으로부터 무엇을 배울 수 있는가의 물음을 본격적으로 학습의 조건, 학습의 형식 및 학습의 동기와 관련해서 상론하였다.<sup>68)</sup> M. Ludwigs 교수는 “구체적 헌법으로서의 행정법”이라는 전통적인 명제는 작용효과의 양방향성에 모순된다고 강조하였다.<sup>69)</sup> 심지어 Ch. Möllers 교수는, 독일 법질서의 고도의 헌법화로<sup>70)</sup> 헌법상의 기준을 직접적으로 손대는 것의 의의가 감소하는 경향이어서 많이 인용되는 F. Werner의 구체화 명제는 행정법의 역사에서 타당하지도 바람직하지 않다고 강변하였다.<sup>71)</sup> 같은 맥락에서 L. Michael 교수는 모든 행정법 및 일반행정법이 헌법적으로 구조되어 있다는 것은 신화라고 혹평하고 F. Werner의 경구가 일반행정법을 헌법제정의 신화에 참여하게 만들었다고 지적하면서, 일반행정법은 헌법으로 구조화된 질서이념이 아니라 고유한 합리성을 지닌 시스템형성으로 재구성해야 한다고 강조하였다.<sup>72)</sup> 심지어 J. Masing 교수는 F. Werner의 문구가 수사적

67) ders., a.a.O., S.187(210ff.). 다만 그는 헌법의 자립도 유의해야 한다고 지적하면서, 일반행정법의 일체의 규율을 헌법적 명령으로 보는 것이 금지되듯이, 헌법의 내용을 일반행정법에서의 구체화와 동일시하는 것 역시 금지된다고 강조한다(S.212).

68) ders., a.a.O., 585ff.

69) ders., Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht - Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, NVwZ 2015, S.1327(1334).

70) G. Schuppert/Ch. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 39ff.

71) Ch. Möllers, a.a.O., §3 Rn.13. 물론 그 역시 헌법이 행정법을 학문적으로 서술하는 것을 위하여 나름의 포기하기 어려운 직접적인 영향을 발휘한다는 점은 긍정한다.

72) Ders., Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, in: VVDStRL 75(2016), S.131(133, 135). 그는 질서시스템을 헌법하에서, 즉 구체화된 헌법으로 인정하는 자를 헌법주의자(Konstitutionalist)로 설정하면서, 헌법이라 하여 그 모두가 질서구상은 아니며, 질서구상이라 하여 모두가 헌법은 아니라고 지적한다. 그는 헌법 말고는 다른 질서구상을 갖지 않는 ‘헌법주의자’란 개념사용에 대한 주의를 타당하게 환기시켰다(S.132 Fn.2).

으로 인상적인 미사여구에 의한 誤導의 위험을 보여주는 예라고 혹평하였다.<sup>73)</sup>

이처럼 일찍부터 독일의 대부분의 공법학자들은 F. Werner의 구체화 명제에 관한 비판적 접근을 통해 행정법의 독립성 및 헌법과 행정법의 교호적 관계를 긍정하는 입장을 취한다. 하지만 일각에서는 이런 흐름에 반론을 제기한다. Ch. Waldhoff 교수는 이런 변혁의 움직임이 너무 이르다고 하면서, 행정법의 실제적 과다결정이 헌법에 퍼질 수 있어서 - 헤겔의 주인과 노예의 변증법적 모습(“노예는 자신의 주인이 아는 것보다 훨씬 더 잘한다.”)에 연계시켜- 헌법에 대해 행정법의 논리를 강요한다고 강변한다.<sup>74)</sup>

한편 O. Mayer의 (헌법적 변화에 대한) 독자성 명제는 유럽화에 즈음하여 역설적 상황을 낳고 있다. 독일의 경우 유럽화로 헌법은 별반 영향을 받지 않지만, 행정법의 경우 그 바탕에서부터 심대한 영향을 받고 있다. “헌법은 남는데, (고유의) 행정법은 사라진다.”라는 식의 반대명제가 상징적으로 운위될 정도이지만,<sup>75)</sup> 이미 유럽연합이 범공동체가 됨으로써 개별 회원국의 헌법은 주권의 상징적 존재가 되었고, 회원국의 행정법은 유럽연합법의 구체화법이 되어 버렸다. 이미 개별국가의 헌법의 존재감이 과거와 다르게 즉, 상대화되어 헌법구체화의 명제 역시 무색하게 되었다. 나아가 독일 행정법학이 1970년대의 전초적 논의를 거쳐 이미 1980년대 말부터 포괄적인 변혁의 국면에 진입하여, -비판이 있긴 하나- 방법론상의 새로운 지향을 바탕으로 ‘새로운 행정법학’을 시대 모델로 전개하였다.<sup>76)</sup> 그리하여 F. Werner의 구체화 명제는 급격히 공감대가 축소되었다. 이런 내외

73) ders., a.a.O., §10 Rn.63.

74) ders., a.a.O., S.261(275f.).

75) 그런데 여기서 헌법은 국민주권을 위하여 존속하긴 하나, 이미 초국가적 법질서하에 있기에 그 의의 역시 심대하게 바뀌었다고 할 수 있다. 따라서 헌법은 아무런 변화가 없다는 인식은 심각한 오해를 낳을 수 있다.

76) 이런 변혁의 양상을 대표하는 문헌으로 A. Voßkuhle/M. Eifert/C.h.Möllers(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, II, 3.Aufl., 2022.

적 변화로 인해 독일에서 F. Werner의 구체화 명제가 자연스럽게 극복된 새로운 국면이 전개된 것이다.

### 3. 제3의 길: 교호(상호)작용의 관계로서의 변증법적 접근

O. Mayer의 (헌법적 변화에 대한) 독자성 명제를 극복한 그것을 단순히 O. Mayer의 (헌법적 변화에 대한) 독자성 명제와 대비시키는 차원에 머물면, 양 명제의 대립을 단지 표어 수준에서 접근할 위험이 있다. 그동안 F. Werner의 구체화 명제-‘구체화된 헌법으로서의 행정법’-를 행정법의 차원에서만 바라보았는데, 이는 단선적이다. 헌법의 차원에서 행정법이 헌법을 구체화하는 과정과 그 결과를 성찰하면 헌법적 논의는 물론 행정법적 논의까지도 더욱더 심화시킬 수 있다. F. Werner의 구체화 명제를 고수하지 않고 이미 그것에서 벗어난 것이 독일 공법학의 대세인 것과는<sup>77)</sup> 대조적으로 우리의 경우 아쉽게도 F. Werner의 구체화 명제의 극복 문제가 그동안 학계에서 활발히 논의되지 않았다.<sup>78)</sup>

헌법의 존재를 전제로 하여 법집행을 해야 하기에, -F. Werner의 구체화의 명제가 시사하듯이- 행정 및 행정법의 헌법의존성은 자연스러운 현상이

77) 2015년 독일 국법학자 대회에서 ‘Verfassung als Ordnungskonzept’를 주제로 ‘Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation’ 문제가 다루어졌는데, 두 발제자(L. Michael 교수와 F. Wallenschläger 교수)가 공히 F. Werner의 구체화 명제에 대해 매우 비판적인 입장을 견지한 것이 독일에서의 논의의 현주소를 여실히 보여준다.

78) 우리의 경우 독일과는 달리 공법의 문제를 전체 공법의 차원이 아니라 각기 헌법과 행정법으로 분화되어 접근한다. 나눔은 하기에 근본적인 한계가 있을 수밖에 없다. 이 점에서 20여년 전의 김남진 선생님의 선도적인 글(행정법의 헌법구체화법론의 명암-행정법의 독자성에 대한 재인식-, 고시계 1992.5., 27면 이하)은 행정법의 학설사적으로 의미가 크다. 독일에서의 脫 F. Werner 명제의 경향에 관한 일본 문헌으로 三宅雄彦, 憲法具体化と行政法 : フリッツ・ヴェルナー行政法学と技術社会, 社会科学論集 第134号, 2011.12., 1-23.

다.<sup>79)</sup> 그러나 행정과 행정법은 상위법만이 아니라, 그 시대의 정치적, 사회적, 경제적, 기술적 그리고 문화적 관계에 의해 정해진다. 즉, -자율적인 시민, 계획, 서비스지향, 슬람국가, 디지털행정과 같은 시대적 이상이 행정법의 발전국면을 만든다.<sup>80)</sup> 행정과 행정법은 직면한 시대의 요구에 대응해야 하고 기술적 가능수단으로 대처해야 하므로, 입법자의 개입이 요구되는 새로운 헌법적 자극이 행정법과 행정실무로부터 생겨난다.<sup>81)</sup> F. Werner의 구체화 명제를 성찰하고 그것에서 벗어나면, 헌법과 행정법 사이에 교호(상호)작용(Wechselwirkungen)을 인정하는 차원에서<sup>82)</sup> 양자의 관계를 설정할 수 있다.<sup>83)</sup> 이것은 일반행정법을 독립적인 시스템형성(emanzipierte Systembildung)으로 보는 것을 전제로 하면서, 헌법은 행정법으로부터 무엇을 배울 수 있는가의 물음으로 이어진다.<sup>84)</sup>

79) 앞에서 보았듯이, O. Mayer 교수 역시 행정법의 원천적인 헌법의존성을 부인한 것은 아니다.

80) E. Schmidt-Aßmann 교수는 행정법적 시스템형성에서 주권자는 바로 理想을 정의하는 자라고 기술하였다. Ders., *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2013, 17.

81) 동지: 홍준형, *행정법*, 2017, 16면.

82) 이는 상호 작용효과를 미치는 것을 나타내는 것인데, 여기서 작용효과(Einwirkungen)는 단순히 영향을 미치는 수준(influence)을 넘어서 구조적 변화를 수반하는 수준(impact)에 이르는 것을 의미한다.

83) 대표적 문헌으로 F. Reimer, §10: Wechselwirkungen von Verfassungs- und Verwaltungsrecht. in: Kahl/Ludwigs(Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts I*, 2021,

84) “헌법은 행정법으로부터 무엇을 배울 수 있는가?”와 관련해서 구체적으로 헌법이 행정법으로부터 계수적(rezipierend) 배움이나 반응적(reagierend) 배움의 물음에서 접근할 수 있다. 계수적 배움에서 헌법은 행정법의 내용, 기법, 제도 및 도그마틱적 기초를 받아들이기 위하여 이들의 유용성에 대하여 물음을 제기하지만, 반응적 배움에서는 헌법이 행정법의 새로운 발전에 대해 법(보완적)형성(Rechtsfortbildung)으로써 답한다. 반응적 배움에서 헌법은 행정법적 새로움을 위헌이라 여겨 지지하거나 행정법적 새로운 도전에 대한 대응에서 승인하곤 한다. Kersten 교수는 계수적 배움은 헌법과 행정법의 기능적 차이에서 문제가 있다고 비판하는 반면, 반응적 배움은 그 차이를 감안한 것이고, 헌법과 행정법을 단락(短絡)하지 않고 (양자의) 사회적, 정치적, 경제적, 역사적 맥락을 연계시키는 학습의 과정에 해당한다는 점에서 긍정적인 평가를 한다. J. Kersten, a.a.O., S.585(587. 589).

F. Werner의 구체화 명제가 성찰되지 않은 상황에서 헌법과 행정법 사이에 교호(상호)작용을 인정하는 것 자체가 우리에게 매우 낯설게 여겨진다. 헌법재판소가 출범한 이후인 우리 공법학의 두 번째 국면에서 두드러진 특징은, 모든 쟁점사항이 공법적인, 특히 헌법적인 이슈가 된 점이다. 헌법은 행정법에 대해 효력우위를 누릴 뿐이고 행정법이 적용우위를 누림에도 불구하고 공법적 이슈에서 종종 개별법적 차원을 경시한다거나 헌법예로의 곧바로 안락하게 도피하곤 한다. 공법적 이슈가 순전히 헌법적 원리에 의거하여 논증이 전개되는데, 이런 논증의 인플레이 배후에는 헌법과 그것의 원리에 대한 높은 치유기대감과 절제되지 않는 만족감이 존재한다. 특히 법을 헌법으로 채운다는 의미에서의 헌법화의 이슈로 인해, 헌법에 대한 행정법적 작용효과가 바람직하지 않게도 간과되고 있다.<sup>85)</sup> F. Werner의 구체화 명제가 피상적으로 이해되어 단지 헌법우위를 내세우기 위한 논거로 그것이 곧잘 등장하는 수준이다. 사실 구체화를 광의의 의미에서 헌법의 보완과 (일정한 경우로의) 제한, 심지어 헌법의 배척과 대체까지 포함하여 이해하면, 행정법이 헌법에 대해 영향을 미치는 것은 자연스럽게 인정된다.<sup>86)</sup>

F. Werner의 구체화의 명제는 처음에는 헌법과 행정법의 관계를 자각하는 단초를 제공하였지만, 대대적인 유행으로 행정법의 헌법화가 고도로 이행됨에 따라 역설적으로 부정적인 되먹임이 생겨서 그것의 적실성에 대해 강한 의구심이 생겨났다. 변증법적 논증의 차원에서 보면, 헌법과 행정법 사이에 교호(상호)작용이 인정되는 상황은 正(O. Mayer의 명제)과 反(F. Werner의 구체화의 명제)의 슘이다. 결국 현재적 관점에서 보면, F. Werner의 구체화 명제는 시대적 소임을 다하여 공법 및 공법학이 지나온 다리인 셈이다.<sup>87)</sup>

85) 여기서 “악마는 디테일에 있다.”(Der Teufel steckt im Detail)는 점을 상기할 필요가 있다.

86) M. Ibler, a.a.O., S.2ff.

87) 그리하여 O. Lepsius 교수는 한물갔다(passé)고 평하였다. Ders., Bestz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, S.409f.

## V. 행정법에 대한 헌법적 작용효과<sup>88)</sup>

### 1. 작용효과의 방식

행정법에 대한 헌법의 작용효과(Einwirkungen)는 행정법이 헌법을 매개로 단지 영향을 받는 수준에 그치는 메커니즘이 아니라, 행정법이 헌법에 의해 구조적 변화와 같은 수준으로 직접적으로 영향을 받는 메커니즘에서 인정된다. 규범적 차원에서의 작용효과는 헌법을 행정법적 입법을 위한 결정인자로 또는 행정활동을 위한 직접적인 기준으로 삼는 경우에 인정된다. 이와 구분된 것이 - 헌법이 재판을 통해 행정법에 대해 직접적으로 영향을 미치는 사법제도적 차원에서의 작용효과이다.

#### 가. 규범적 차원에서의 작용효과

헌법은 규율적 성격을 지닌 의미를 개념화하는 것이어서 헌법적 작용효과는 헌법에 규정된 법효과로 나타난다. 여기서 헌법상의 규율이 입법기관에 해당하는 것인지 아니면 행정 자체에 해당하는 것인지에 따라 나뉜다.

##### (1) 입법을 위한 규율

헌법이 입법을 위한 규범적 결정인자의 기준으로 법영역에 대해 작용효과를 발생시키는데, 여기서 입법부는 입법을 통해 해당 법영역을 수용하고 전환해야 한다. 헌법이 명시적으로 묵시적으로 부여한 입법형성에 의거하여 만들어진 것이, 헌법상의 일련의 규정에 따라 보면 다음과 같다: 공선법, 국적법, 재외동포법, 군인복무기본법, 공무원법, 정당법, 여러 문화법,

---

88) 이를 포함한 ‘헌법에 대한 행정법적 작용효과’의 내용은 F. Reimer 교수의 글을 참고하여 우리의 상황을 대입하여 전개하였다.

인권과 관련한 법률, 차별금지법, 형사법, 사생활을 보호하는 일련의 법률, 개인정보보호법, 양심의 자유와 관련한 병역법, 종교와 관련한 법률, 언론법 및 집시법, 학문·예술과 관련한 법률, 재산권 및 공용개입과 관련한 법률, 청원과 관련한 법률, 재판과 관련한 일련의 법률, 형사보상청구법, 국가배상법, 범죄피해자보호법, 교육법, 노동과 관련한 법률, 사회복지법, 환경법, 혼인·가족생활을 보호하는 법률, 기본권제한과 관련한 법률, 국회법, 정부조직법, 국가원로자문법, 국가안전보장회의법, 국민경제자문회의법, 민주평화통일자문회의법, 감사원법, 법원조직법, 행정심판법, 군사법원법, 헌법재판소법, 선거관리위원회법, 지방자치법, 경제와 관련한 법률, 자원과 관련한 법률, 농지법, 국토계획법, 농업법 및 수산업법, 소비자법, 대외무역법, 민간경제의 원칙과 관련한 법률, 과학·표준과 관련한 법률, 국민투표법 등 무수한 행정과 관련된 제 법률이다. 여기서 작용효과의 메커니즘은 입법의 헌법구속(*Verfassungsbindung*)에서<sup>89)</sup> 성립한다. 의회정치에서 정치적 과정의 종착점에 성립하는 것이 법률이고, 이런 법률적 매개(*Gesetzesmediatisierung*)를 통해서 비로소 행정은 헌법의 해당 부분을 느끼게 된다고 할 수 있다.<sup>90)</sup>

입법이 헌법상의 결정인자를 사실상 따르고 그에 따른 법률이 효력을 발생하면, 헌법과 행정법간의 발생적(*genetisch*) 상관관계 역시 규범적 상관관계에 일치한다.<sup>91)</sup> 헌법 제29조 제2항 및 국가배상법 제2조 제1항 단서에 의해 군인 등의 국가배상청구권이 부인, 즉 박탈된 상황이 이에 해당한다.<sup>92)</sup> 그런데 헌법준수의 바램과는 달리, 비법적 요인 역시 법개정을 유발

89) 우리의 경우 입법의 헌법구속을 명문화한 독일 기본법 제20조 제3항과 같은 헌법규정을 두고 있지 않지만, 최고법으로서의 헌법의 의의에서 당연히 수긍할 수 있는데, 차후에 입법의 헌법구속을 명문화할 필요가 있다.

90) F. Wallenschläger, a.a.O., S.187(199f.).

91) 본질상 규범적 물음과 발생적 물음을 L. Michael은 구분한다. Ders., a.a.O., S.131(137 Fn.18).

92) 이들 조항의 변천사는 우리 헌정사는 물론 현대사의 질곡의 양상을 그대로 응변한다. 헌법 제29조 제2항 자체는 물론 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 위헌여부

할 수 있는데,<sup>93)</sup> 그러면 헌법적 연관은 단지 수사적으로만 만들어질 것이다. 비록 독일처럼<sup>94)</sup> 국민의 알권리가 명문화되어 있지 않음에도 불구하고, 헌법재판소가 초기부터 그것을 헌법상의 기본권으로 인정하여 왔고, 그리하여 일반적 정보공개청구권을 인정한 정보공개법이 제정되었다(1996년). 이에 반해 일찍이 행정절차법의 제정(1986년)에서는 절차의 헌법적 의의가 중요하게 논의되지는 않았고, 사전적 권리구제의 일환으로 접근하였다. 헌법재판소가 적법절차의 원칙을 강조하는 경향에서<sup>95)</sup> 행정절차가 행정결정의 민주적 정당성을 고양하는 데 이바지한다는 절차의 헌법적 의의가 고양되어 확산되었다. 행정절차법의 제정이 결과적으로 절차적 권리에 관한 헌법적 감수성(Verfassungssensibilität)을 發芽시킨 셈이다.<sup>96)97)</sup>

---

에 관한 일련의 헌법재판소결정(현재 1995.12.28. 95헌마3 등)이 잘 보여주듯이, 개헌만이 유일한 해결책인 양 운위될 뿐, 헌법의 본질을 훼손하지 않고 우회적으로 이 문제를 해결하려는 시도마저 강구되지 않는다. 개헌을 통한 정도의 해결책이 실현되기 어려운 이상, 국가배상법 제2조 제1항 단서를 삭제하여 우회적으로 헌법 제29조 제2항을 무력화시키는 모색이 필요하다. 이는 일종의 ‘헌법존중적 헌법침훼’로 궁극적으로 선의의 헌법변천을 야기할 수 있다.

93) H. Maurer/C. Waldhoff, a.a.O., §2 Rn.2.

94) 독일 기본법 제5조 제1항 후단에서 “일반적으로 접근가능한 정보원으로부터 정보를 수집할 수 있는 권리”로 규정하고 있다. 그러나 이것이 행정에 대한 사인의 공법적 정보청구권을 헌법적으로 인정한 것은 아니다.

95) 현재 1992.12.24. 92헌가8 등. 그런데 헌법재판소가 적법절차의 원리를 정의한 것이 과연 그에 맞는 것인지 의문이 든다. 오히려 그것은 마치 실질적 법치주의에 대한 것으로 여겨질 정도로 너무 넓다. 동지: 이준일, 헌법학강의, 2019, 490면 이하.

96) 독일 행정절차법의 제정 역시 우선은 행정의 간소화인데, 제정 이후 절차에 대한 헌법적 감수성(Verfassungssensibilität)이 發芽하였다.

97) 절차에 대한 헌법적 감수성을 인정하더라도, 우리의 경우 판례와 문헌들이 절차하자에 대해 지나치게 엄격한 태도를 취하는 것은 문제가 있다. 절차하자의 치유가 원칙적으로 봉쇄되는 것에 대한 문제인식이 아쉽게 여겨진다. 자칫 과도한 절차요청으로 인해 행정의 신속이 중대하게 저지될 수 있다. 한편 대법원 2021.7.29. 선고 2015다221668판결은 기왕의 절차고유가치설에서 벗어나 탄력적인 접근을 가능하게 하는 절차봉사설에 입각하였다. 참고문헌: 김중권, 위법한 행정절차에 대한 국가배상책임에 관한 소고, 법조 제751호(2022.2.28.).



한계를 설정하거나 특징을 각인하는 다른 규범적 결정인자가 (행정법의) 입법의 내용을 목표로 하는데, 그런 것은 다수의 헌법상의 규범에서 생겨나고, 광범한 행정법적 주제와 관련이 있다. 결정인자의 강도에 따른 스펙트럼이 매우 넓은데, 기본권구체화적 법률유보에서의 언론기관시설·기능법정주의를 규정한 헌법 제21조 제3항(독일 기본법 제104조 제2항)처럼 명확한 기준에서부터, -탄력적이고 의문의 여지가 없으며 절대적인 것으로 여겨지는- 법치국가원리나 민주주의원리까지 이른다. 일정한 대상에 대해 법정주의를 헌법이 규정한 경우에는 입법에 대해 덜 유동성이 부여되는 셈인데, 여기서 일종의 ‘헌법적으로 고정된 행정법’(verfassungsfixiertes Verwaltungsrecht)<sup>98)</sup> 생겨난다. 정반대로 헌법상의 기준이 덜 구체적이면 덜 구체적일수록, 입법자의 구체화를<sup>99)</sup> 위한 여지는 더욱더 커진다.

헌법은 입법 자체를 위한 기준만은 아니다. 오히려 정보공개법이 법인·단체 또는 개인의 경영·영업상 비밀에 관한 사항을 원칙적인 비공개대상으로 규정하듯이(동법 제9조 제1항 제7호), 법률의 내용결정을 위해서도(헌법의 방사효의 방법이나 법률의 헌법합치적 해석의 방법으로) 헌법이 적용되어야 한다. 합헌성이 의문스러운 규율은 해석이나 무효선언을 통해 제거되는데, 이것은 일종의 실질적인 헌법화(입헌화)이다. 이런 실질적 헌법화는 결국 입법행위를 무용하게 만든다.

## (2) 행정을 위한 규율

법효과에서 보면, 헌법은 자유로이 할 수 있는 것,<sup>100)</sup> 의무·책무사항에 해당하는 것(일종의 헌법지시)<sup>101)</sup> 그리고 법적으로 허용·금지되는 것

98) E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S.11.

99) 헌법이 입법의 대상을 표방한 이상, 여기서 구체화의 의미는 법률에 의한 헌법정립(gesetzliche Verfassungsrechtssetzung)이 아니라, 입법자에 의한 헌법서술의 모색(gesetzgeberischer Verfassungsrechtsbesschreibungsversuch)이라 할 수 있다.

100) 이는 일련의 헌법상의 자유권에 해당한다.

101) 가령 헌법 제16조에 의한 영장주의, 제23조 제1항에 의한 재산권보장이 이에 해

을<sup>102)</sup> 규정하고 있다. 이처럼 헌법은 -입법을 매개로 하지 않은 채- 행정을 위하여 직접적으로 법효과를 규정함으로써 행정에 대해 각별한 의미를 지닐 수 있다.<sup>103)</sup> 여기에 조직법적 규정이 중요하게 덧붙여진다. 조직법적 규

---

당한다. 제26조 ②국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다. 제31조 ②모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다. ③의무교육은 무상으로 한다. ④교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다. 제32조 ②모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다. ③근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다. 제34조 ②국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다. ③국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다. ④국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다. ⑥국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다. 제35조 ①모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ③국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다. 제36조 ②국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.

102) 가령 헌법 제11조 ②사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다. 제13조 ①모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다. 제12조 ②모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다. 제18조 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다. 제20조 ②국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다. 제21조 ②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 제23조 ②재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률으로써 하되, 상당한 보상을 지급하여야 한다. 제29조 ②군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다. 제33조 ③법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다. 제37조 ①국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

103) 여전히 우리 공법을 지배하는 권력관계적 기초 및 이른바 특별권력관계론은 우리 공법을 국민중심적 공법으로 나아가는 것에 대한 치명적인 장애물이다. 이런 기초와 결연히 결연하기 위해서는 독일 기본법 제1조 제3항의 행정의 기본권구속과 같

율은 행정을 특별히 또는 우선적으로 목표로 하거나 행정을 포함시켜 전체 국가권력을 상대로 한다. 위계적인 상한이 없는 행정법개념은 이러한 규범군을 곧바로 포함하는데, 다수의 행정법적 규율을 이런 방식으로 직접적으로 발하는 것은 헌법제정에서 재량적 사항이라 할 수 있다.<sup>104)</sup>

적용우위의 원칙에 따라 직접적으로 행정과 관련이 있는 헌법이 가장 먼저 적용될 경우는 헌법을 매개하는 법률이 없는 경우인데, 즉 행정활동의 영역에 대해 아무런 법률적 규율이 없는 경우(법률로부터 자유로운 행정)나 법률이 행정에 대해 자유여지를 부여하는 경우가 그러하다. 결합이 있는 법률적 규율의 경우에도 직접적으로 행정과 관련이 있는 헌법이 경우에 따라서는 포용(포괄)질서(Auffangordnung)로서 이용된다(불충분한 법률에서의 행정).<sup>105)</sup> 물론 이 경우에 헌법이 얼마나 많은 내용적 규율을 제공할지는 다른 물음이다. 다만 법치국가원리의 풍부함을 너무 과대평가하지 않는 것이 바람직하다.<sup>106)</sup>

---

은 법규정을 향후 개헌에서 마련할 필요가 있다.

104) 그리하여 각국의 행정시스템은 다를 수밖에 없다.

105) 여기서 생각할 수 있는 사안이 거부처분에서의 사전통지 문제이다. 비록 대법원 2003.11.28. 선고 2003두674판결에 의해 예외인정의 가능성이 시사되긴 하지만, 판례의 기초는 거부처분이 법문상의 '권익을 제한하는 처분'에 해당하지 않음을 들어 사전통지가 필요하지 않다고 본다. 이는 헌법재판소의 결정에서 강조되는 적법절차의 원칙에서 문제가 있다. 한편 독일 행정절차법 제28조가 청문의 대상으로 부담적 처분을 규정함에 따라 거부처분이 청문대상인지 여부를 둘러싸고 우리와 동일한 상황이 전개되는데, 판례는 부정설을 취하지만 통설은 긍정설을 취한다.

106) 왜냐하면 논증에서 자칫 법치국가원리에로의 도피가 생겨날 수 있기 때문이다. 무조건 법치국가원리에 근거를 두는 것은 결코 바람직하지 않다. 먼저 개별 기본권과 개별법에서 설득력이 있는 논거를 찾는 것이 正道이다. 참고로 독일의 연방헌법재판소는 과거와는 달리, 근자에는 특히 부진정소급효의 헌법적 허용성에 관한 심사에서 해당 기본권(예: 재산권, 직업자유 등)으로부터 당사자의 신뢰보호를 도출하고 있으며, 다만 신뢰를 보호할 만한 상황이 개별기본권의 보호영역에 포함될 수 없는 경우엔 법치국가원리를 동원하였다. 즉, 전체적 경향은 기본권으로부터 신뢰보호를 도출하되, 법치국가원리는 보충적으로 동원하고 있다. BVerfGE 45, 142(168); 72, 200(242).

그러나 법률이 적용되는 영역에서도 직접적으로 행정과 관련이 있는 헌법이 특히 기본권의 형태로<sup>107)</sup> 주효할 수 있는데, 양자가 내용적으로 같으면 어려움이 없지만, 내용상 모순이 있으면 상반된 메시지가 전달되어 행정은 이러지도 저리지도 못하는 곤혹스러운 상황인, 이중구속(이중메세지, double-bind)의 상황에 처한다. 이 문제는 위헌인 법률의 적용 및 그것의 배척에 관한 문제가 되는데, 헌법재판소가 행정청이 행정처분 단계에서 당해 처분의 근거가 되는 법률이 위헌이라고 판단하여 그 적용을 거부하는 것은 권력분립의 원칙상 허용될 수 없다고 판시한 이상,<sup>108)</sup> 문제의 법률을 행정은 적용할 수밖에 없다.

#### 나. 사법제도적 차원에서의 작용효과

헌법은 사법제도적 측면에서도 영향을 미친다. 헌법적 위상의 규범이 존재함으로써, 모든 사법주체는 입법과의 관계에서 정치적 지렛대는 물론, 법적 지렛대를 동원할 수 있다. 이를 기회로 헌법재판소는 물론 법원 및 법학은 행정법에 대해 헌법적 영향을 발생시킨다. 다만 여기서 기왕의 선례 구속에 사로잡히면, 긍정적인 작용효과를 기대하기가 힘들다. 특히 우리 공법의 태생적인 문제인 관헌국가적 성격, 즉 국가중심적 성격을 심각하게 고려하여, 그것에서 벗어난 정당한 顛覆的 사고를 전개할 필요가 있다.<sup>109)</sup>

107) H.-D. Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999, S.179f.

108) 헌재 2008.4.24. 2004헌바44. 그러나 독일의 경우에는 판례가 긍정하는 태도를 보여서 논란이 된다.

109) 여기서 과거를 다루는 국가권력으로서의 사법기관은 과거사를 다루지만 과거의 분석과 평가로부터 현재는 물론, 미래를 결정하는 권력이 된다. 즉, 과거와 현재의 중재자이기도 하다. 판례가 사전에 규정된 것을 雷同하는 것(Nachsprechen) 이상이듯이, 판사는 입법권의 使者만은 아니고, 법률적 기준의 동반적 해석자이다. 결국 판사는 국가 및 법의 갱신능력을 보장하는 자이기도 하다.

### (1) 헌법재판소의 차원

헌법규범이 쟁점이 되는 즉시, 헌법재판소는 문제의 사안에서 헌법상의 규범이 적용가능하다고 여김으로써 헌법화과정에서 결정적인 주체가 된다. 헌법재판에서 헌법재판소는 헌법규범의 적용영역을 광범위하게 다루고, 새로운 헌법규범을 주장하는 자극을 스스로 느끼곤 한다.<sup>110)</sup> 가령 행정정보 공개의 출발점인 국민의 알권리와 관련해서 비록 독일처럼<sup>111)</sup> 그것이 명문화되어 있지 않음에도 불구하고, 헌법재판소는 초기부터 그것을 헌법상의 기본권으로 인정해 왔다.<sup>112)</sup> 알권리의 청구권적 성질에 연계하여, 자연스럽게 공공기관이 보유하는 모든 정보에 대하여 국민 일반이 그 공개를 요구할 수 있는, 일반적 정보공개청구권이 국민의 기본권으로서 인정되어서 결국 국 정보공개법이 제정되기에 이르렀다.<sup>113)</sup> 개별법에 대한 헌법적 요청을 형성하기 위한 제도적 전제조건이 헌법재판이 된다. 여기서 헌법재판은 헌법재판소만을 국한하는 형식적인 의미에서의 그것이 아니라 법률규범에 관해 나름의 사법심사를 한다는 실질적 의미에서의 그것이다. 따라서 법원에 의해서도 행정법의 헌법화가 기대될 수 있다.<sup>114)</sup>

110) 그러나 여기에는 다음의 세 가지의 위험이 있다: i) 법적 형성력을 의회에서 헌법재판소로 이전하는 것, ii) 편재적인 헌법을 쓸모없게 만드는 것, iii) 명확하다고 추정되는 법상황에 대해서도 - 언제든지 가능한- 헌법적 공세로 인해 법적용상의 불확실성이 존재하는 것.

111) 독일 기본법 제5조 제1항 후단에서 “일반적으로 접근가능한 정보원으로부터 정보를 수집할 수 있는 권리”로 규정하고 있다. 그러나 이것이 행정에 대한 사인의 공법적 정보청구권을 헌법적으로 인정한 것은 아니다.

112) 현재 1989.9.4. 88헌마22 등.

113) 개별법률에 의거한 구체적 형성이 마련되기 전에 일반적 정보공개청구권을 기본권의 차원에서 인정하는 것은 자유권적 기본권이 청구권적 기본권으로 전화(轉化)되는 셈이어서 자칫 기본권이론의 체계를 허물 수 있다. 그런데 역설적으로 문제가 있는 헌법재판소의 결정이 결과적으로 정보공개법의 제정을 가져다주었다.

114) 여기서 가령 성전환에 따른 가족관계등록의 정정 건이 보여주듯이, 법원이 애써 법원의 차원에서 사안을 해결하려고 무리하게 허용되지 않는 법형성에 나서는 것은 바람직하지 않다. 적극적으로 위헌법률심판제청을 하는 것이 바람직하다.

헌법재판이 행정법에 대해 헌법적 작용효과를 발생시킨 주요 사례는 다음과 같다: 헌법재판소는 행정규칙의 법규성 문제에서 일찍부터 행정법 문헌상의 지배적인 입장처럼 독일식의 전환규범적 논증을 추가하였다.<sup>115)</sup> 우리의 경우 독일과는 달리 강학상의 법규명령 개념이 명문상 사용되지 않는데, 현재 2004.10.28. 99헌바91이 헌법상 위임입법의 형식의 예시성을 인정하였다.<sup>116)</sup> “한국방송공사법 제36조 제1항에서 국회의 결정이나 관여를 배제한 채 한국방송공사로 하여금 수신료금액을 결정해서 문화관광부장관의 승인을 얻도록 한 것은 법률유보원칙에 위반된다.”고 판시한 현재 1999.5.27. 98헌바70을 계기로 그에 따라 개정된 법률은 물론, 현행 방송법 제65조는 역시 수신료의 결정이 입법형식으로 정해지는 것이 아니라 단지 국회의 승인을 얻도록 규정하고 있다.<sup>117)</sup> 헌법재판소가 종래의 입장을<sup>118)</sup> 바꿔 건강기능식품에서 광고 사전심의의 위헌성을 긍정한 것을<sup>119)</sup> 계기로 현행 ‘식품등표시광고법’이 제정되었다. 현재 2018.5.31. 2015헌마476이 혼합살수방법은 법령에 열거되지 않은 새로운 위해성 경찰장비에 해당함을 이유로 그것에는 법률유보의 원칙이 적용되어야 한다고 봄으로써,<sup>120)</sup> 그에 따라 살수차를 이용한 최루액 혼합살수의 근거를 마련하기 위하여

115) 현재 1990.9.3. 90헌마13. 법원 역시 이를 따랐다(대법원 2009.3.26. 선고 2007다88828, 88835판결 등). 그러나 대통령제국가인 우리와는 존재지평이 완전히 다른 독일의 불필요한 전환규범적 논증이 추가됨으로써, 향후 방향전환을 모색하기가 곤란하게 되었고, 체계정합적인 논의 역시 기대난망이게 되었다.

116) 동지: 대법원 2017.5.30. 선고 2014다61340판결.

117) 그런데 이 내용은 수신료를 특별부담금으로 보아 법률유보의 대상임을 분명히 한 현재 1999.5.27. 98헌바70에 정면으로 배치된다. 한국방송공사가 영조물법인으로서 행정주체라는 점과 수신료의 징수근거를 법률이 규정한 점이 충분히 고려되지 않은 채, 그 당시에 거센 수신료거부란 사회적 이슈에 법적 논증이 매몰되었다.

118) 현재 2010.7.29. 2006헌바75.

119) 현재 2018.6.28. 2016헌가8 등.

120) 이 결정은 기왕의 현재 2014.6.26. 2011헌마815의 반대의견에 터 잡은 것으로 여겨진다.

2020.1.7.에 ‘위해성 경찰장비의 사용기준 등에 관한 규정’(대통령령) 제13조의2(살수차의 사용기준)이 신설되었다. 병마개제조업자가 경쟁하는 시장에서 국제청장이 특정업체를 납세병마개제조자로 지정하였을 때 그 지정을 받지 못한 경쟁 병마개제조업자가 납세병마개제조자 지정처분을 다툰 사건에서, 헌법재판소는 경쟁의 자유에 의거하여 원고적격을 인정하였다.<sup>121)</sup> 현재 2006.2.23. 2005헌가7 등이 과거 교원만이 교원소청심사위원회의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있도록 한, 구 교원지위법 규정이 학교법인의 재판청구권을 침해한다고 판시한 것을 계기로 학교법인을 포함시키는 식으로 법률이 개정되었다.<sup>122)</sup> 강원대학교 법학전문대학원에 대한 교육부장관의 모집정지처분과 관련해서, “국립대는 당사자능력이 인정되지 않는다.”고 판시한 서울행정법원 2012.5.17. 선고 2011구합32485판결 등과는 달리, 헌법재판소는 대학의 학문의 자유권에 기하여 강원대학교의 헌법소원심판의 청구인능력을 정당하게 인정하였다.<sup>123)</sup> 헌법재판소는 이주대책이 헌법 제23조 제3항의 정당보상의 범주에 들어가지 않는 시혜적인 조치에 불과하다고 판시하였다.<sup>124)</sup> 헌법재판에서 확립된 ‘과소보호 금지원칙’의 위

121) 현재 1998.4.30. 97헌마141. 이는 기본권의 규범외부적 영향을 보여주는데, 경쟁상황에서 어느 일방을 위하여 기본권에 의거하여 개인적 보호를 모색하는 것은 정당화되기 힘들다. 행정법의 적용우위의 차원에서 관련 법령에서 권리침해여부를 모색하는 데 경쟁의 자유가 동원된 것으로 보는 것이 타당하다.

122) 그러나 동 결정은 문제가 있다. 교원소청심사위원회의 결정은 사립학교법인에 대해서는 침익적 행정처분과 다를 바 없어서 아무런 문제없이 행정소송으로 다툴 수 있다. 헌법재판소가 이를 간과하고 바람직하지 않게도 법률차원의 문제로 접근하였다.

123) 현재 2015.12.23. 2014헌마1149. 참고문헌: 이일세, 행정주체 또는 그 행정기관(국립대학 포함) 사이의 항고소송에 관한 판례분석-당사자능력, 원고적격 및 처분성을 중심으로-, 강원법학 제57권(2019); 김중권, 行政訴訟에서 大學의 當事者能力과 原告適格에 관한 小考, 강원법학 제36권(2012.6.); 승이도, 국립대학의 대학 자율권 주체성 및 헌법소원심판 청구인능력 연구: 헌법재판소 2015.12.23. 2014헌마1149 결정을 중심으로, 저스티스 제155호(2016).

124) 현재 1993.7.29. 92헌마30.

반 여부를 기준으로 삼아, 국가배상책임을 성립시키는 국가의 보호의무 위반을 인정한다.<sup>125)</sup> 그런데 이른바 권력적 사실행위와 관련해서 헌법재판소는 헌법소원심판의 대상성을 인정하는 기왕의 입장을 견지하는데, 행정판례 및 대부분의 문헌이 -논거는 다르지만- 일치되게 그것의 처분성을 인정하는 이상, 기왕의 입장을 버려야 한다.

## (2) 행정법원의 차원

법원 역시 적용법률의 합헌성을 심사할 의무가 있기 때문에,<sup>126)</sup> 헌법재판소만이 아니라 법원 역시 논증에서 헌법을 지렛대로 사용하곤 한다.<sup>127)</sup> 그리고 위법한 공권력의 행사에 대한 최후의 보호수단이 헌법소원인 점에서도, 행정재판에서 기본권적 인식이 배여 있어야 하는 것은 당연하다. 헌법재판소에의 제청이 강제되지 않는 한, 법원은 무효도그마턱을 쫓아 위헌이라 여겨지는 법률을 스스로 적용하지 않을 수 있다. 구체적 사안에서 행정의 결정근거를 부인할 도구가 법원에 주어진 셈이다. 법원이 적용법률의 합헌성을 심사하는 경우에 나름의 헌법합치적 해석을 통해 행정법에 영향을 주곤 한다. 나아가 행정사건에서 법원은 헌법을 직접적인 기준으로 삼아 심사할 수 있다. 요컨대 행정법원을 매개로 하여 헌법이 행정법에 대해 구조적 영향을 미친다.

행정재판이 행정법에 대한 헌법의 작용효과를 발생시킨 주요 사례는 다음과 같다: 대법원 역시 헌법재판소와 마찬가지로 이주대책이 생활보상의 일환으로 국가의 적극적이고 정책적인 배려에 의하여 마련된 제도라고 판

125) 서울고등법원 2018.2.8. 선고 2017나2017700판결

126) Ph. Kunig 교수는 헌법재판소로서의 개별법원이라 지적한다. Ders., Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. in: VVDStRL 61(2002), S.34(43).

127) 가령 포괄위임금지의 법리의 적용이 보여주듯이, 과거와는 달리 최근에는 곧잘 법원의 판례에 헌법재판소의 논증이 채용되기도 한다. 특히 많은 판사가 헌법재판소 재직할 것이 공법재판에서 동조화를 낳는다.



시하였다.<sup>128)</sup> 대법원 2012.4.19. 선고 2010도6388 전원합의체판결(이른바 전 교조 시국선언 사건)이 “집회에 대한 허가는 인정되지 아니한다.”는 헌법 제21조 제2항에 입각하여 집회신고를 정보제공적 신고로 접근한다.<sup>129)</sup> 대법원 2018.8.30. 선고2016두60591판결은 기본권 제한의 헌법상 원칙들을 지켜야 한다는 견지에서 금주조항이 사관생도의 모든 사적 생활에서까지 예외 없이 금주의무를 이행할 것을 요구하는 것은 사관생도의 일반적 행동 자유권은 물론, 사생활의 비밀과 자유를 지나치게 제한하는 것이라 하여 위법, 무효라고 판시하였다.<sup>130)</sup> 최근에는 대법원 2023.4.27. 선고 2023두30833판결이, 법인의 해산을 초래하는 설립허가의 취소는 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유에 대한 침해 여부와 과잉금지의 원칙 등을 고려하여 엄격하게 판단해야 한다고 판시하였다.<sup>131)</sup>

### (3) 행정법학의 차원

마지막으로 행정법학 역시 헌법을 지렛대로 사용할 수 있다. 학문은 기성질서에 대한 비판적인 입장을 견지하는 것이 그 생명력이다. 현행 법질서에 대해 비판적 안목을 전개하는 데 있어서 그것보다 상위의 법계층(Rechtsschicht)의 존재가 학술적 이로움을 제공한다.<sup>132)</sup> 행정법학은 규범을

128) 대법원 1994.5.24. 선고 92다35783 전원합의체판결 등.

129) 이것의 제1심판결은 헌법재판소의 판례는 물론 독일 연방헌법재판소의 판례(BVerfGE 69, 315/351/352)까지 직접 인용하여 논증하였다. 상론: 김중권, 情報提供의 申告로서의 集會申告의 公法的 意義에 관한 小考, 안암법학 제43호(2014.1.31.), 77면 이하. 참고문헌: 박균성, 집회신고에 대한 행정법적 고찰, 제20권 제4호(2019), 205면 이하.

130) 그런데 육군3사관학교 학칙 및 징계처분이 모법률에 근거가 없다는 점도 문제가 된다.

131) 동지: 대법원 2017.12.22. 선고 2016두49891판결, 이는 종래 헌법 규정을 내세우지 않고 논증한 것(대법원 2014.1.23. 선고 2011두25012판결)과는 분명한 차이를 나타낸다.

132) 이런 이로움은 일종의 ‘학술전략상의 이점’(wissenschaftsstrategischer vorteil)이다. H. Röhl, Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie?, in: H.H. Trute u.a.(Hrsg.), Allg. VewR, 2008, S.821(822, 835f.).

체계내에서 비판할 수 있는데, 법정책적 평가에 국한하지 않는다. 행정법학은 행정법을 헌법적으로 적극적으로 규명함으로써 변화를 유발하기도 하였다. 가령 원래 행정규칙인 국세청의 훈령에 규정되었던 고액·상습체납자의 명단공개 제도가 2003.12.30.에 국세기본법에 규정된 것이 좋은 예이다. 구 건축법 제69조 제2항상의 공급거부제도가 부당결부금지의 원칙에 의거한 비판이 주효하여 2005.11.8. 법률개정을 통해 삭제된 것 역시 예가 된다.

특히 행정판례에 관한 헌법적 관점에서의 비판적 평석이 판례로부터 주목을 받는다.<sup>133)</sup> 현행 행정법의 골간이 민주적 법치국가원리가 지배하지 않은 관헌국가 시대에 형성된 점에서 행정법을 현대화하는 데 있어서 행정법학의 역할은 매우 중요하다. 그러나 아쉽게도 헌법을 통한 행정법의 현대화의 움직임은 그다지 활발하지 않은데, 결정적인 원인은 현행 행정법의 원천적인 문제상황에 관한 인식이 강하지 않은 데 있다. 가령 국가배상법에 따라 국가배상책임의 인정에는 주관적 책임요소가 요구되는데, 현행 헌법 제29조의 명문에 견줘 그것의 위헌성 문제가 별로 논의되고 있지 않다.<sup>134)</sup> 공법 및 행정법을 민사법의 단순한 연장에서 바라보는 것에 대한 맹省이 요구된다.<sup>135)</sup>

#### 다. 수사적 차원에서의 작용효과

행정법적 논의에서 헌법재판소 등은 ‘헌법의 정신’이나 민주적 법치국가

133) 가령 국가배상청구권의 소멸시효와 관련한 대법원 판례에 관한 비판으로 김진곤, 국가배상청구권의 소멸시효에 관한 입법구조와 그 문제점, 헌법학연구 제18권 제1호(2012.3.).

134) 헌법 제29조 제1항상의 불법행위를 고의나 과실이 전제된 위법행위를 의미하는 것으로 주장할 수도 있지만, 헌법상의 배상책임의 성질을 독일과는 달리 국가배상법상의 그것과 분리시켜 검토하면, 국가배상법상의 주관적 책임요소(고의나 과실)는 명문에 반한다.

135) 상론: 김종권, 행정법이론의 발전과 행정판례의 동향에 관한 비판적 고찰, 인권과 정의, 제515호(2023.8.1.).

원리와 같은 헌법의 구성원칙을 내세워 논증하곤 한다. 이처럼 헌법을 강력하게 정당하게 연관짓는 것 즉, 행정법적 논의에서 헌법을 논거로 내세우는 것<sup>136)</sup> 역시 헌법과 행정법의 사회적 실체에 속한다. 헌법을 호출하는 것이 일종의 수사적 기능을 실현하고 헌법적 사고의 분위기를 조성한다. 하지만 반대의 측면도 있다. 고유한 법을 과장하고, 헌법지향성을 상실하며, 헌법에 대한 염증을 유발할 위험이 있다. 최악의 경우에는 학문에서의 요체인 가치의 자유(Wertfreiheit)가 위태로울 수 있으며, 패거리주의가 횡행할 수 있다. 규범과 유리된 채 정략적 슬로건의 차원에서 헌법이 膾炙되는 것(헌법적 포퓰리즘)에 대응해서, 법치국가원리적 방과제를 확실하게 구축해야 한다.<sup>137)</sup>

## 2. 행정법에서의 작용영역

행정법에 대한 헌법적 작용효과는 양 측면에서 나뉘는데, 많은 것이 해당 헌법규범에서 비롯되고 그리하여 민주적 법치국가원리를 중심에 놓는다. 행정에 관한 대부분의 헌법적 언명은 개개의 사물영역에 국한하지 않아서 일반행정법에 귀속될 수 있다. 이것은 행정조직, 행정인력과 (물적 수단으로서의) 행정재산에 관한 대부분의 규율 및 행정활동을 위한 규율에 통용된다. 그리고 헌법규율에 따라 특별(개별)행정법을 성립하게 한다. 가령 헌법 제7조에 의해 공무원법, 헌법 제23조에 의해 토지행정법, 계획행

136) 대비되는 것이 공권력행사의 정당성을 제고하기 위하여 국가를 논거로 내세우는 것이다. Ch. Möllers, *Staat als Argument*, 2011.

137) 헌법적 포퓰리즘에 관한 문헌으로 박진완, 포퓰리즘과 헌법: 민주주의 원리와의 관계를 중심으로, 법학논고 제82집(2023); Ch. Möllers, 'We are (afraid of) the people'. *Constituent Power in German constitutionalism*, in: M. Loughlin/N. Walker(Hrsg.), *Constituent Power in Comparative Perspective*, Oxford 2007 Oxford University Press, 87-105.

정법, 헌법 제31조에 의해 교육행정법이 성립한다. 행정법에 영향을 미치는 헌법적 기준은 행정구성과 행정활동으로 구분하여 영향을 미친다. 이하의 내용은 앞에서 본, 규범적 차원에서의 작용효과와 사법제도적 차원에서의 작용효과와 겹치기도 한다.

### 가. 행정구성의 차원에서의 작용효과의 양상

행정은 구조적으로 행정조직, 행정인력과 행정재산으로 구성된다. 먼저 행정조직의 측면에서 헌법은 행정을 제도로 형성하기 위한 즉, 어떤 부서에 대해 행정임무와 행정권능의 행사가 맡겨져 있는지 그리고 이런 부서가 어떻게 헌법의 제도적 질서에 접목되어야 하는지를 위한 조직상의 방향설정(轉軌)을 담고 있다. 헌법은 행정기능을 국가행정(헌법 제94조부터 제96조까지)과 지방행정(헌법 제117조와 제118조)으로 나누고,<sup>138)</sup> 행정인력의 측면에서 헌법 제7조를 통해 공무원법을 만들게 한다.<sup>139)</sup> 행정재산과 관련하여 우리 헌법은 독일 기본법의 법상환(제134조와 제135조)과는 다르게 아무런 언급이 없다.

### 나. 행정활동의 차원에서의 작용효과의 양상

행정활동의 차원에서 논의대상은 행정권능과 행정절차이다. 행정활동을 위한 헌법적 기준의 핵심이 헌법 제37조 제2항에 의한 법률유보의 원칙인데, 동 원칙은 국가와 시민의 관계에서 행정청에 대해 한계를 설정하고, 동

---

138) 그런데 이들 규정이 과연 행정을 제대로 규율하는지는 의문이다. 차후에 국가행정과 지방행정의 구체적인 내용을 헌법상으로 규율할 필요가 있다(참고 독일 기본법 제83조 이하).

139) 우리 헌법이 독일 기본법과 극명하게 대비되는 부분이 행정조직과 행정인력과 관련해서이다. 특히 파생적 행정주체인 공공단체에 의한 공권력행사에 관해 헌법 자체에서 아무런 언급이 없는 것은 문제이다. 향후 개헌에서 유의할 점이다.

시에 행정기능을 입법의 규율대상으로 만든다. 법률유보의 원칙은 기본권 개입의 종속성으로 인해 기본권과 조화되게 확대되는 것은 자연스럽다. 반 법치주의적인 특별권력관계에 관한 이해 역시 자연스럽게 바뀌었다.<sup>140)</sup> 그런 맥락에서 「행정기본법」 제8조가 ‘국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우’에 법률유보의 원칙이 통용되게 규정하였다. 그러나 법률유보적 물음에 아직 철저히 못하고,<sup>141)</sup> 특히 제도적 법률유보에 관해서는 논의가 아직 미미하다. 비록 헌법 자체가 행정절차에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않음에도 불구하고 앞에서 보았듯이 헌법상의 적법절차의 원칙이 절차적 요청에 대해 강하게 영향을 미치고 있다. 한편 이런 행정절차 외에 행정상의 권리구제절차가 헌법의 영향을 받는 것 역시 포함시킬 수 있는데, 법치국가원리와 조화되지 않는 대표적인 법제도인 행정소송법상의 집행부정지의 원칙과 같은 현행 행정소송법의 문제점을 헌법의 차원에서 비판적 안목에서 제기하는 움직임은 이십계도 미약하다.<sup>142)</sup>

---

140) 그러나 전혀 존재하지도 않는 것까지 소개되는 등 대부분의 문헌에서 특별권력관계는 여전히 비중이 있게 다루어지고 있다. 판례 역시 그 존재를 인정한다. 하루 바빠 완전히 결별할 필요가 있다. 김종권, 앞의 책, 141면 이하.

141) 가령 대법원 2011.9.8. 선고 2009다77280판결은 법률유보적 물음은 제쳐두고 전 역허가재량의 위법성의 차원에서 접근하였다.

142) 상론: 김종권, 공법재판에서 잠정적 권리구제시스템의 개혁에 관한 소고, 국가와 헌법 I (성낙인 총장 퇴임기념논문집), 2018.6.20., 1519면 이하.

## VI. 헌법에 대한 행정법적 작용효과

### 1. 작용효과의 모습

규범의 방향성은 위에서 아래로 진행되는 것이어서, ‘행정법에 대한 헌법적 작용효과’는 자연스럽게 여겨진다. 하지만 현실에서는 작용효과가 반대로 즉, ‘헌법에 대한 행정법적 작용효과’가 발생할 수 있으므로, 헌법은 행정법으로부터 무엇을 배울 수 있는가의 차원에서 접근할 필요가 있다.<sup>143)</sup> 구체적으로 앞에서 본대로, 헌법이 행정법으로부터 계수적(rezipierend) 배움이나 반응적(reagierend) 배움을 하여야 할지의 물음에서 접근할 수 있다. 여기서도 규범적 결정문이 결코 중요하지 않을 수 있으므로, 작용효과의 방식에 관한 철저한 분석이 필요하다. 사실 이 문제는 상위규범이 하위규범을 통해 영향을 받는 양상에 관한 것이다. 그래서 -상호 자극을 받아들이거나 배움- 헌법과 행정법을 의인화시켜 어떻게 고수하는지가 중요하지 않고, 그때그때 행정이 활동하는 것에 대해 이름을 붙이는 것이 중요하다. 여기서도 작용효과의 방식은 규범적인(그러나 한정적이지는 않은) 작용효과의 양상과 행정법적 내용과 현실로 인한 -헌법개정과 헌법 해석에 대한- 사실적·사회적 작용효과의 양상으로 구분된다.

#### 가. 규범적인 차원에서의 작용효과의 양상

헌법우위의 원칙에서 개별법률상의 행정법은 헌법의 제·개정에서 규범적 기준이 될 수 없다. 헌법상의 수권을 사용하는 것이라는 의미에서 모든 입

---

143) 여기서 과정(Prozess)으로서의 일반행정법은 높은 현실관련성을 지닌, 고유한 그리고 항상 새로운 -자극을 제공하는- 방법론을 모색하고 있다는 L. Michael 교수의 지적(ders., a.a.O., S.131(142f.))을 상기할 필요가 있다.

법은 헌법의 적용에 해당한다. 그리하여 입법은 헌법에 의해 구축된 법질서를 보완한다. 여기서 행정법은 헌법보완적 기능을 발휘한다. 그럼에도 불구하고, 개별 행정법을 위한 헌법상의 수권이 헌법적 수준에서의 법효과 자체를 야기하는 경우에는, 개별 행정법에 의한 헌법적 보완이라 말할 수 있다. 그런데 헌법규범 그 자체가 -성립요건상으로 개별법적 보완과 관련이 있으며 그 보완내용을 헌법적 효력이 있게 보호한다는 의미에서- 내용적 형성을 허용할 수 있다.<sup>144)</sup> 함께 생각해야 하는 것이 규범적 특징을 지닌 기본권이다. 여기서 행정법은 ‘법규범적 특징을 지닌, 기본권적 보호영역을 구체화하는 법’이 된다.<sup>145)</sup> 이런 메커니즘은 특히 -개별법상으로 만들어진 재산권적 지위를 적용하도록 지시한- 헌법 제23조 제1항의 재산권보장에서 주지하듯이 확인할 수 있다. 헌법재판소가 개성공단 전면중단조치를 재산권에 대한 개입의 차원에서 접근하여,<sup>146)</sup> 그 조치 이전의 상황이 재산권적 상황인 것을 전제로 한 것으로 볼 수 있는 이상, ‘개시되어 행사된 영업에 대한 권리’(das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) 역시 재산적 가치가 있는 구체적인 권리로서 재산권의 보장에 포함된다. 『소상공인 보호 및 지원에 관한 법률』의 코로나 손실보상 규정(제12조의2부터 제12조의7)은 이런 맥락에서 접근할 수 있다.<sup>147)</sup> 알권리가 헌법상 기본권으로 인정됨에 따라 알권리의 청구권적 성질에 연계하여, 국민의 기본권으로서 일반적 정보공개청구권을 토대로 정보공개법이 만들어졌다. 『국가배

144) 생각할 수 있는 예가 헌법 제107조 제3항이 행정심판절차에서 사법절차의 준용을 규정한 것이다. 비록 헌법이 행정심판절차의 준수법화를 표방하지만, 행정심판의 본질이 간이절차이자 사후 행정절차인 점에서 그리고 필요적 전치주의가 포기된 점에서, 행정심판절차의 준수법화는 입법정책적으로 바람직하지 않다.

145) E. Schmidt-Aßmann, in: FS Konrad Redeker, S.225(242).

146) 헌재 2022.1.27. 2016헌마364.

147) 이 보상규정을 통해 헌법상 보장되는 재산권에 ‘개시되어 행사된 영업에 대한 권리’가 포함되는 식으로 확대될 수 있다. 상론: 김중권, 코로나 19시대 영업제한·금지 에 따른 손실보상의 문제, 공법학연구 제23집 제1호(2022.2.28.).

상법』의 차원에서 군인 등의 국가배상청구권을 부인, 즉 박탈하고자 한 시도에서 그것을 명문화한 헌법 제29조 제2항이 만들어졌고, 이를 구체화한 것이 국가배상법 제2조 제1항 단서이다.<sup>148)</sup> 주목할 것이 「행정기본법」인데, 여기서 목표로 제시되는, ‘행정의 민주성’, ‘행정의 적법성’, ‘행정의 적정성’ 및 ‘행정의 효율성’이다. 현대 헌법국가에서의 개인의 지위에 견주어 ‘행정의 민주성’은 당연하지만, 우리 헌법에 명문의 규정이 없기에, 「행정기본법」의 제정을 통해 헌법차원에서 그것이 영향을 미친다고 할 수 있다. 국가활동의 효율성의 원칙 역시 새롭게 헌법원칙이자 행정법의 일반원칙으로 부각된다. 특히 「행정기본법」 제8조(법치행정의 원칙)<sup>149)</sup> 법률우위와 법률유보의 차원에서 법치국가원리를 명문화하였는데, 특히 주목할 점은 본질사항유보의 원칙을 표방한 점이다.<sup>150)</sup> 그리고 동법 제14조(법 적용의 기준) 규정<sup>151)</sup> 헌법 제13조와 더불어 소급효금지의 원칙을 더욱 체계화

148) 법치국가원리 및 국가책임제도의 본지(本旨)와는 어울릴 수 없는 헌법 제29조 제2항의 경우, 입법자는 굳이 그것의 개별법적 구체화를 강구할 필요가 없다. 일찍이 C. Schmitt는 헌법침해를 헌법무시적인 것과 헌법존중적인 것으로 나누어 후자의 경우 예외적으로 헌법상 인정된다고 주장하였다( Ders., Verfassungslehre, 8.Aufl., 1993, S.100). 개헌을 통한 정도의 해결책이 실현되기 어려운 이상, 국가배상법 제2조 제1항 단서를 삭제하여 우회적으로 헌법 제29조 제2항을 무력화시킬 수 있다. 이런 일종의 ‘헌법존중적 헌법침해’로 궁극적으로 선의의 헌법변천(憲法變遷)을 낳을 수 있다.

149) 제8조(법치행정의 원칙) 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.

150) 최근 본질사항유보의 차원에서 주목할 주제가 우리의 경우 대부분의 국가와는 달리 ‘성전환자의 가족관계등록상의 문제’를 실정법이 없는 채 전적으로 법원에 맡겨져 있는 것이다. 김중권, 성전환에 따른 성별정정허가가 과연 판례법적 사항인가?, 법률신문 제5040호, 2022.12.8.

151) ① 새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다. ② 당사자의 신청에 따른 처분은 법령등에 특별한 규정이 있거나 처분 당시의 법령등을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 처분 당시의 법령등에 따른다. ③ 법령등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은



시켰다. 그리고 「개인정보보호법」 제6조 제2항에 의해 개인정보의 처리 및 보호에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 동법의 목적과 원칙에 맞도록 하여야 하기에, 「개인정보보호법」 제4조 제6호 및 제37조외에 의해 자동화된 결정에 대한 정보주체의 권리는<sup>152)</sup> 독일 브레멘주(1947년) 헌법 제12조(제1항: 사람은 기술과 기계보다 우위에 있다)처럼 헌법적 메시지를 담고 있다.

## 2. 역사적-발생학적 차원에서의 작용효과의 양상

행정법과 그에 기반한 행정실무는 - 긍정적이든 부정적이든- 새로운 헌법적 문제제기를 환기하여 헌법의 주체를 자극하면서 일종의 사실적-사회적 성격의 작용효과를 발생시킬 수 있다.<sup>153)</sup> 이는 본질에서 헌법이 행정법적 새로움을 직면하는 상황을 의미한다. 행정법이 전범으로서 기능하는 이런 상황은 헌법개정의 차원만이 아니라, 해석의 차원에서 생길 수 있다.

### 가. 헌법개정의 차원에서

개별법상의 규범성립요건은, 헌법의 차원에서 헌법 이전에 존재한 경우에는 헌법제정에, 헌법 이후에 존재한 경우에는 헌법개정에서 받아들여질 수 있다.<sup>154)</sup> 우리의 경우 1948.7.17. 헌법제정과 동시에 발효한 정부조직법이 제1호 법률이므로, 독일의 경우와는 달리 헌법제정 이전의 행정법

---

법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 법령등을 위반한 행위 당시의 법령등에 따른다. 다만, 법령등을 위반한 행위 후 법령등의 변경에 의하여 그 행위가 법령등을 위반한 행위에 해당하지 아니하거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우로서 해당 법령등에 특별한 규정이 없는 경우에는 변경된 법령등을 적용한다.

152) 그 핵심이 완전히 자동화된 개인정보 처리에 따른 결정을 거부하는 권리이다.

153) J. Ipsen, a.a.O., §1 Rn.76.

154) M. Ludwigs, a.a.O., S.1327(1328)..

(vorkonstitutionelles Verwaltungsrecht)은 존재할 수가 없어서 헌법의 정립 (Verfassungsrechtssetzung)에서 헌법개정만이 관심사가 된다.<sup>155)</sup> 가령 독일의 경우 1990년대의 기본권개혁(Grundrechtsreformen)을 통해 주거감시를 위한 기계장치의 설치와 관련한 규정(기본법 제13조 제3항, 제4항)이 도입되었다. 특히 주목할 것이 미래세대를 보호하기 위한 기본법 제20조의a이다.<sup>156)</sup> 우리의 경우에도 정보공개법의 제정을 계기로 기본권으로서의 알권리가 헌법에 새롭게 명문화될 수 있을 것이며, 「행정기본법」 제20조(자동적 처분) 및 AI에 대응한 입법적 모색의 상황에서 자연스럽게 헌법상으로 디지털 기본권의 신설 역시 예상할 수 있다. 하지만 연성헌법인 독일과는 달리 경성헌법인 우리의 경우 새로운 시대적 요구에 헌법이 적실하게 반응하기 어려운 태생적 한계가 존재한다. 지금의 국가적 상태가 시대에 조용한 법공동체로서 기능하지 못하며, 아날로그 시대의 산물인 기왕의 법질서가 지금의 디지털시대와 심각한 부조화를 드러낸다는 점에서, 헌법을 헌법개정의 수준이 아니라 헌법개혁의 차원에서 시급히 현대화시키는 것이 요구된다.<sup>157)</sup>

## 나. 헌법해석의 차원에서

행정법에서 차용하여 헌법을 개정하는 것의 정당성은 문제가 되지 않지만, 헌법에 관한 해석이 전적으로 학술적으로나 재판상으로 행해질 때 보

---

155) 일반행정법이 헌법제정자에게는 다룰 주제가 아니어서, 행정과 그 조직은 그 자체로 헌법의 고유한 주제에 해당하지 않았다.

156) 독일 연방헌법재판소가 현재와 미래 사이의 ‘서로 다른 시점 간의 자유보장’(intertemporale Freiheitssicherung)의 입장에서 연방기후보호법이 동 규정에 합치하지 않는다고 결정을 내린 것(BVerfG 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18 Rn.192ff./214ff.)은, 헌법 제35조상의 환경권이 환경소송에서 원고적격을 인정하기 위해 동원될 수 없다는 우리 판례의 입장과 비교해서 극명하게 차이가 난다. 참고문헌: 최윤철, 헌법개정과 환경권-독일 기본법 제20a조와 비교-, 유럽헌법연구 제28호, 2018, 151면 이하.

157) 독일과 같은 연방국가에서 각주 헌법에서의 논의가 매우 계발적이다.

충적으로 행정과 관련한 내용을 행정법으로부터 차용하여 숙고하는 것은 문제가 있을 수 있다. 우리의 경우 경성헌법의 체제에서 개헌이 쉽지 않다는 점에서, ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’의 차원이 아니라, ‘추상화된 행정법으로서의 헌법’(Verfassungsrecht als abstrahiertes Verwaltungsrecht)의 차원에서 적극적으로 접근해야 한다. 즉, 행정법(가령 중립성의 규정: 『행정절차법』 제29조)은 헌법의 불가피한 추상적인 기준(가령 법치국가원리적 중립성 요청)의 해석을 이끌 수 있다. 여기서 행정법의 입법이 전적으로 행정판례를 성문화한 경우에는<sup>158)</sup> 한 단계가 더해진다(행정판례→행정법→헌법). 헌법해석에서의 이런 양상은 성찰을 전제로 수궁할 수 있다. 하지만 이전에 헌법에 주입한 것을 헌법의 형성력에 기하여 헌법에서 알아낸다는 점에서 순환논증이라는 비난이 가해질 수 있다. 사실 『행정기본법』의 내용은 정반대로도 설명될 수 있어서, 여기서는 -중요한 핵심근거로 제도의 개선에 이바지하지 못하는 한- 헌법화가 단지 수사적 강조를 위하여 행해질 수도 있다.<sup>159)</sup>

### 3. 헌법에서의 작용영역

행정법적 내용으로써 헌법을 충전하기 위한 밸브가 되는 것이 -내용상으로 미확정적이며 통합적인 것으로 여겨지는- 법치국가원리와 기본권 규정이다.<sup>160)</sup> 이들에 의거하여 여러 행정법적 원칙이 도출된다. 먼저 내용적으로 논쟁의 여지가 없이 가장 중요한 -행정법에서 만들어져 헌법에 자리

158) 가령 『행정기본법』 제17조 제4항은 부관의 내용적 한계에 관한 기왕의 판례의 태도를 성문화한 것이다.

159) 이런 헌법화의 내용적 위험은, 격상의 결과 입법자의 형성여지가 더욱더 제한되고, 자칫 개별법상의 현재상태가 형식적으로 굳어지는 것이다. F. Reimer, a.a.O., Rn.65.

160) 반면 행정법적 내용은 드물게 국가조직법에 반영된다.

를 잡았다는 의미에서의 수입품으로 여겨지는 것이 비례원칙이다.<sup>161)</sup> 여기서 「행정기본법」이 - 헌법에서의 논증구조와 다르게- 비례원칙을 명문화한 것(제10조)은 공법적으로 큰 의미를 갖는다. 비례원칙이 계획법상으로 발전된 형량명령(Abwägungsgebot)<sup>162)</sup> 역시 나름의 역할을 한다. 행정결과와 관련한 신뢰보호의 원칙<sup>163)</sup> 역시 법의 일반원칙으로 주요한다. 편견 있는 담당자의 제척제도(중립성의 원칙) 역시 행정법으로부터 법치국가원리의 일환으로 격상된다. Mülheim- Kärlich 판결에서 독일 연방헌법재판소는, 기본법 제2조 제2항의 보호의무로 인해 국가는 원자력발전소와 관련한 허가의 발급을 실제적, 절차적 요건과 결부시켜야 한다고 판시함으로써, 효과적인 기본권보호를 위해서라면 기본권이 실제적 권리뿐만 아니라 절차적 권리에 대해서도 영향을 미친다고 주장하였다.<sup>164)</sup> 독일에서는 절차에 의한 권리보호가 행정법에서 시작하여 일반적인 기본권의 이론하에서 강조된다.<sup>165)</sup> 독일에서는 기본권의 간접적·사실적 제한이 인정됨으로써 기본권개입의 성립요건이 확대되었는데, 이는 법적 효과를 직접적으로 발생시키지 않는 사실

161) 원래 비례원칙은 개괄수권조항에 의거한 경찰권발동의 한계로서 등장하여 행정법의 일반원칙으로 심화되어 종내 공법 전반을 커버하는 대원칙이 되었다. 그리고 비례원칙은 보편화되 글로벌 법원칙이다. 다만 유럽최고재판소(EuGH)는 독일식의 논증구조(적합성, 필요성, 상당성)를 그대로 따르지 않는다.

162) 형량명령은 계획형성의 자유를 정당화시키거나, 계획결정이 지닌 법률상의 축소된 결정인자의 결핍을 법치국가원리의 차원에서 메우기도 한다. 이 점에서 형량명령은 법치국가원리의 표현인 동시에 헌법적으로 주어진 것으로 볼 수 있다. Oldiges, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8.Aufl., 2006, III B, Rn.42. 참고로 독일 연방행정법원은 법치국가원리로부터 형량명령을 도출하기도 한다((BVerwGE 41, 67ff.).

163) 독일 판례의 전체적 경향은 기본권으로부터 신뢰보호를 도출하되, 법치국가원리는 보충적으로 동원하고 있다(BVerfGE 45, 142(168); 72, 200(242)). 다수 문헌 역시 법치국가원리 -법적 안정성- 의 동원에 찬성하면서도 우선적으로 기본권으로부터의 도출을 선행시키고 보충적으로 법치국가원리를 동원한다.

164) BVerfGE 53, 30.

165) 이를 두고서 Ch. Waldhoff 교수는 기본권도그마틱을 행정법으로 혁신적으로 학습하는 과정이라 평하였다. Ders., a.a.O., S.261(272).

행위에 대한 행정법도그마틱적 접근에 대한 헌법도그마틱적 대응인 셈이다. 이는 일정한 제품의 위험성에 관한 경고 등과 같은 정보제공활동과 관련한 법률유보의 문제와 직결되는데, 아쉽게도 우리의 경우 기본권의 간접적·사실적 제한에 관한 논의가 활발하지 않은데, 다른 한편 바람직하지 않은 행정법도그마틱의 형상인 권력적 사실행위가 여전히 헌법도그마틱에서도 주효하고 있다.<sup>166)</sup>

## Ⅷ. 맺으면서-공법 및 공법학의 발전을 위한 숨의 명제로서의, 헌법과 행정법 사이에 교호(상호)작용의 인정

헌법재판소가 출범한 이후 헌법과 행정법의 관계를 자각하는 단초를 제공한다는 점에서, F. Werner의 구체화의 명제는 그 자체로 타당하였지만, 역설적으로 구체화가 진행됨에 따라 공법발전을 위한 새로운 인식의 발흥을 저지하는 바리케이드가 되고 있다. 특히 헌법화란 매력적인 표제하에 헌법구체화의 명제가 제대로 실현되고 있는지를 깊이 성찰하지 않고, 그것을 피상적으로 접근하고, 인플레이 된 논증을 전개한 결과, F. Werner의 구체화 명제가 지닌 문제점과 한계가 간과되어서, 그것이 단지 표어에 머물 뿐인 상황이다.

행정법에 의한 헌법의 구체화를 헌법의 차원에서 접근하는 것이 일종의 top-down의 방식이라면, 구체화의 명제에서 벗어나 행정법이 헌법에 대해 상당한 영향을 미친다는 차원에서 접근하는 것이 일종의 'bottom-up'의 방식이다. 'top-down'의 방식은 현실과 유리된 접근으로 낳을 수 있어서, 자칫 현실에서의 변화가 도외시될 우려가 있다. 사회과학인 법학이 현실과

166) 헌법재판이 제 궤도에 오른 이상, 이제 권력적 사실행위에 대한 헌법소원심판은 재고될 필요가 있다. 동지: 한수용, 헌법학, 2022, 1488면.

유리된 상황은 그 자신의 토대를 스스로 허무는 것이다.<sup>167)</sup>

F. Werner의 구체화의 명제는 처음에는 헌법과 행정법의 관계를 자각하는 단초를 제공하였지만, 대대적인 유행으로 행정법의 헌법화가 고도로 이행됨에 따라 역설적으로 공감대가 현저히 줄었다. 현재적 관점에서 보면, F. Werner의 구체화 명제는 공법 및 공법학을 발전을 위한 지나온 다리에 해당한다. 우리 공법학이 헌법과 행정법으로 각기 분화되어 있으며, 경성헌법의 체제에서 시대와 조응한 개헌이 쉽지 않아서 독일에서의 상황과 많이 다르긴 해도, 공법 및 공법학의 시대조응한 발전을 강구하기 위하여, F. Werner의 구체화 명제에서 벗어나 正(O. Mayer의 명제)과 反(F. Werner의 구체화의 명제)의 승의 명제로서 헌법과 행정법 사이에 교호(상호)작용의 인정에 나서야 한다.

---

167) “주어진 관계에서 노동으로부터 면제된 것은 실업자에 대해서든 그 반대의 경우이든 불구를 의미하기도 한다. ‘위에 있는 자들은’ 자신이 더 이상 다룰 필요가 없는 삶을 단지 ‘기체(基體)’로서만 경험하며 그래서 전적으로 명령하는 자로 굳어진다.”는 지적(Max Horkheimer/Theodor W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, 1969, S.52.)을 상기할 필요가 있다. M. Ibler, a.a.O., S.1(2).

[국문초록]

헌법재판소가 출범한 이후 헌법과 행정법의 관계를 자각하는 단초를 제공한다는 점에서, F. Werner의 구체화의 명제는 그 자체로 타당하였지만, 역설적으로 헌법의 구체화가 진행됨에 따라 공법발전을 위한 새로운 인식의 발흥을 저지하는 바리케이드가 되고 있다. 특히 헌법화란 매력적인 표제하에 헌법구체화의 명제가 제대로 실현되고 있는지를 깊이 성찰하지 않고, 그것을 피상적으로 접근하고, 인플레이 된 논증을 전개한 결과, F. Werner의 구체화 명제가 지닌 문제점과 한계가 간과되어서, 그것이 단지 표어에 머물 뿐인 상황에 처해 있다. 행정법에 의한 헌법의 구체화를 헌법의 차원에서 접근하는 것이 일종의 top-down의 방식이라면, 구체화의 명제에서 벗어나 행정법이 헌법에 대해 상당한 영향을 미친다는 차원에서 접근하는 것이 일종의 bottom-up의 방식이다. top-down의 방식은 현실과 유리된 접근으로 낳을 수 있어서, 자칫 현실에서의 변화가 도외시될 우려가 있다. 사회과학인 법학이 현실과 유리된 상황은 그 자신의 토대를 스스로 부정하는 것이다. F. Werner의 구체화의 명제는 처음에는 헌법과 행정법의 관계를 자각하는 단초를 제공하였지만, 대대적인 유행으로 행정법의 헌법화가 고도로 이행됨에 따라 역설적으로 공감대가 현저히 줄었다. 현재적 관점에서 보면, F. Werner의 구체화 명제는 공법 및 공법학을 발전을 위해 지나온 다리에 해당한다. 우리 공법학이 헌법과 행정법으로 각기 분화되어 있으며, 경성헌법의 체제에서 시대와 조응한 개헌이 쉽지 않아서 독일에서의 상황과 많이 다르긴 해도, 공법 및 공법학의 시대조응한 발전을 강구하기 위하여, F. Werner의 구체화 명제에서 벗어나 正(O. Mayer의 명제)과 反(F. Werner의 구체화의 명제)의 승의 명제로서 헌법과 행정법 사이에 교호(상호)작용의 인정에 나서야 한다.

헌법논총 제34집(2023)

### **주제어**

민주적 법치국가원리, 민주적 법치국가원리의 구체화로서의 행정법, 헌법과 행정법의 교호작용관계, 구체화된 헌법으로서의 행정법, 행정법에 의한 헌법의 구체화, 헌법상의 행정법, 행정적 헌법, 추상화된 행정법으로서의 헌법



[Abstract]

## Wechselwirkungsverhältnis zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht im demokratischen Verfassungsstaat

Die Formel von F. Werner(Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht) ist insofern gültig, als er einen Anhaltspunkt für die Anerkennung des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht nach der Gründung des Verfassungsgerichtshofs liefert. Paradoxerweise wird sie jedoch mit fortschreitender Konkretisierung zu einer Barrikade, die die Entstehung eines neuen Bewusstseins für die Entwicklung des öffentlichen Rechts blockiert. Insbesondere werden die Probleme und Grenzen von F. Werners Konkretisierungsformel übersehen, wenn man oberflächlich an die Sache herangeht und handlungsbezogene Argumente entwickelt, ohne tief darüber nachzudenken, ob die Konkretisierungsformel unter dem attraktiven Titel der Konstitutionalisierung ordnungsgemäß verwirklicht wird. Wir sind in einer Situation, in der es nur ein Slogan bleibt. Die Konkretisierung des Verfassungsrechts durch Verwaltungsrecht von der Verfassungsebene her anzunähern, ist eine Art Top-Down-Ansatz. Andererseits ist es eine Art Bottom-up-Ansatz, sich von Konkretisierungsformel zu lösen und ihn aus der Perspektive anzugehen, dass das Verwaltungsrecht erhebliche Einwirkungen auf das Verfassungsrecht hat. Der Top-Down-Ansatz kann zu einem realitätsfernen Ansatz führen, so dass die Gefahr besteht, dass Veränderungen in der Realität ignoriert werden. Die Situation, in der das

Recht, eine Sozialwissenschaft, von der Realität getrennt wird, zerstört seine eigene Grundlage. Die Konkretisierungsformel von F. Werner lieferte zunächst einen Anhaltspunkt für das Bewusstsein für das Verhältniss zwischen Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, doch paradoxerweise nahm der Konsens deutlich ab, als die Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts als weitverbreiteter Trend stark umgesetzt wurde. Aus heutiger Sicht entspricht die Konkretisierungsformel von F. Werner der Brücke, die für die Entwicklung des öffentlichen Rechts und der öffentlich-rechtlichen Studien geschlagen wurde. Da sich unser Studium des öffentlichen Rechts in Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht gliedert und es im harten Verfassungssystem nicht einfach ist, das Verfassungsrecht zeitgemäß zu ändern, ist die Situation ganz anders als in Deutschland. Um jedoch die Entwicklung des öffentlichen Rechts und der öffentlich-rechtlichen Wissenschaft zeitgemäß voranzutreiben, sollten wir uns von F. Wernersformel lösen und das Wechselwirkungsverhältnis zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht als dialektischer Satz erkennen.

**Key-words**

demokratischer Rechtsstaat, Verwaltungsrecht als Konkretisierung des demokratischen Rechtsstaats, Wechselwirkungsverhältnis zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, Konkretisierung der Verfassungsrecht durch Verwaltungsrecht, Verfassungsverwaltungsrecht, Verwaltungsverfassungsrecht, Verfassungsrecht als abstrahiertes Verwaltungsrecht

## 참고문헌

- 강경근, 憲法과 行政法, 공법연구 제32집 제1호(2003.10.31.).
- 김남진, 행정법을 어떻게 공부할 것인가?, 1982
- \_\_\_\_\_, 행정법의 헌법구체화법론의 명암-행정법의 독자성에 대한 재인식-, 고  
시계 1992.5.,
- \_\_\_\_\_, 헌법과 행정법, 공법학의 역사와 미래(2019년 한국공법학회 신진학자  
학술대회) 발표문(2019.2.14.); 학술원통신 제309호, 2019.4.1.
- 김민호, 헌(憲), 헌법, 그리고 행정법, 행정법학 제19호(2020.9.).
- 김영훈, 憲法과 行政法의 關係에 관한 小考, 법학논총 제2호(1986).
- 김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다, 공법연구 제41집 제4호(2013.6.20.).
- 김유환, 헌법재판과 행정법의 발전, 공법연구 제27집 제1호(1998.10.31.).
- 김중권, 행정법 제5판, 2023.
- \_\_\_\_\_, 개인을 국가보다 앞세우는 헌법의 개혁이 필요하다. 법률신문 제5125호  
(2023.10.30.).
- \_\_\_\_\_, 위법한 행정절차에 대한 국가배상책임에 관한 소고, 법조 제751호  
(2022.2.28.).
- \_\_\_\_\_, 코로나 19시대 영업제한·금지에 따른 손실보상의 문제, 공법학연구 제  
23집 제1호 (2022.2.28.).
- \_\_\_\_\_, 행정법이 헌법에 있고, 헌법이 행정법에 있기 위한 모색 - 민주적 법  
치국가원리를 바르게 구현하기 위한 행정법과 헌법과의 대화 -, 헌법  
학연구 제26권 제4호(2020.12.31.).
- \_\_\_\_\_, 공법재판에서 잠정적 권리구제시스템의 개혁에 관한 소고, 국가와 헌  
법 I (성낙인 총장 퇴임기념논문집)(2018.6.20.).
- \_\_\_\_\_, 情報提供的 申告로서의 集會申告의 公法的 意義에 관한 小考, 안암법  
학 제43호(2014.1.31.),
- \_\_\_\_\_, 憲法裁判所의 判例가 行政法에 미친 影響에 관한 小考, 헌법논총 제24  
집(2013.10.29.).

헌법논총 제34집(2023)

\_\_\_\_\_, 行政訴訟에서 大學의 當事者能力과 原告適格에 관한 小考, 강원법학 제36권(2012.6.).

\_\_\_\_\_, 規範執行에 관한 權利로서의 行政法上の 主觀的 公權論에 관한 小考, 공법연구 제40집 제4호(2012.6.).

김진곤, 국가배상청구권의 소멸시효에 관한 입법구조와 그 문제점, 헌법학연구 제18권 제1호(2012.3.).

박균성, 집회신고에 대한 행정법적 고찰, 제20권 제4호(2019).

박정훈, 헌법과 행정법 -행정소송과 헌법소송의 관계, 법학 법학 제39권 제4호 (1999).

박진완, 포퓰리즘과 헌법: 민주주의 원리와의 관계를 중심으로, 법학논고 제82집(2023).

배상준, ‘신행정법학’과 기본권 도그마틱, 법학논고 제75집(2021).

승이도, 국립대학의 대학 자율권 주체성 및 헌법소원심판 청구인능력 연구: 헌법재판소 2015.12.23. 2014헌마1149 결정을 중심으로, 저스티스 제155호(2016).

이계수, 헌법재판과 행정법이론, 공법연구 제37집 제2호(2008.12.31.).

이일세, 행정주체 또는 그 행정기관(국립대학 포함) 사이의 항고소송에 관한 판례분석-당사자 능력, 원고적격 및 처분성을 중심으로-, 강원법학 제57권(2019).

이준일, 헌법학강의, 2019.

최윤철, 헌법개정과 환경권-독일 기본법 제20a조와 비교-, 유럽헌법연구 제28호 (2018).

하명호, 헌법재판과 행정법이론, 공법연구 제45집 제2호(2016.12.31.).

한수웅, 헌법학, 2022.

홍정선, 憲法과 行政法의 關係, 사회과학논총 제6호(1986)

홍종현, 행정기본법 제정의 헌법적 의미와 발전방안 : 헌법 원칙의 행정법을 통한 구체화의 체계, 공법학연구 제22권 제2호(2021).

- O. Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, 334ff.  
\_\_\_\_\_, Staatsbürger und Staatsgewalt, Band 1, 1963,  
\_\_\_\_\_, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegewartsaufgaben der  
Verwaltung, in: VVDStRL 30(1972), 193ff.
- U. Battis, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001,  
988ff.
- G. Biaggini, Die Idee der Verfassung- Neuausrichtung im Zeitalter der  
Globalisierung?, ZSR 119(2000), S.445(469ff.).
- A. v. Bogdandy/P. M. Huber, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber(Hrsg.), Ius  
Publicum Europeum, 2010.
- D. Ehlers/H. Pünder, Allg. VerwR, 16.Aufl., 2022.
- E. Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 1973, S.13.
- W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des  
Verwaltungsrecht Bd. I (2006, 2010), Bd. II(2008), Bd. III(2009).
- H.-D. Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999.
- M. Ibler, Wie konkretisiert Verwaltungsrecht Verfassungsrecht?, in: M.  
Ibler(Hrsg.), Verwaltung Verfassung Kirche. Konstanzer Symposium  
aus Anlass des 80. Geburtstages von H. Maurer, München 2012, 1ff.
- J. Ipsen, Allg VerwR, 2019,
- W. Kahl/M. Ludwigs(Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts I, 2021,
- J. Kersten, Was kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?,  
DVBl. 2011, 585ff.
- M. Kloepfer/C. Franzius, Die Entfaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, in:  
E. Schmidt Aßmann u.a.(Hrsg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht,  
2003, 329ff.
- Ph. Kunig, Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und  
Fachgerichtsbarkeit. in: VVDStRL 61(2002), 34ff.
- O. Lepsius, Bestz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002.

헌법논총 제34집(2023)

- M. Ludwigs, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht - Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, NVwZ 2015, 1327ff.
- J. Masing, §10 Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C.h. Möllers(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3.Aufl., 2022,
- H. Maurer/C. Waldhoff, Allg. VerwR, 19.Aufl., 2017.
- O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1924.
- \_\_\_\_\_, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886.
- L. Michael, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation, in: VVDStRL 75(2016), 131ff.
- Ch. Möllers, Staat als Argument, 2011.
- \_\_\_\_\_, §2: Methoden, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C.h. Möllers(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3.Aufl., 2022, Rn.13.
- \_\_\_\_\_, 'We are (afraid of) the people'. Constituent Power in German constitutionalism, in: M. Loughlin/N. Walker(Hrsg.), Constituent Power in Comparative Perspective, Oxford 2007 Oxford University Press, 87-105.
- Oldiges, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8.Aufl., 2006, III B,
- F. Reimer, §10: Wechselwirkungen von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: W. Kahl/M. Ludwigs(Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts I, 2021.
- H. Röhl, Verfassungsrecht als wissenschaftliche Strategie?, in: H. Trute u.a.(Hrsg.), Allg. VewR, 2008, 821ff.
- A. Röthel: Verfassungsprivatrecht aus Richterhand?-Verfassungsbindung und Gesetzesbindung der Zivilgerichtsbarkeit, JuS 2001, 424ff.
- E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht, 2.Aufl., 2004.
- \_\_\_\_\_, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013.
- \_\_\_\_\_, in: B. Bender u.a.(Hrsg.), Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und

- Rechtsschutz, Festschrift für Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, 1993, 225ff.
- \_\_\_\_\_, Ansätze zur Internationalisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, in: Liber Amicorum R. Wolfrum, Bd.2, 2012, 2119ff.
- L. v. Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, 3. Aufl. 1888 Bd. I .
- B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2022.
- C. Schmitt, Verfassungslehre, 8.Aufl., 1993.
- M. Stolleis(Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006.
- \_\_\_\_\_, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland IV: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945 - 1990, 2012.
- \_\_\_\_\_, Innenansicht des deutschen Verfassungsrechts, in: Konferenz deutschsprachiger Juristen in Ostasien, 2019.
- S. Storr/R. Schröder, Allg VerwR, 2010,
- H. Trute u.a.(Hrsg.), Allg. VewR, 2008.
- C. Ule/F. Becker, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, 1964.
- A. Voßkuhle/M. Eifert/Ch. Möllers(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I , II, 3.Aufl.,2022.
- R. Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006,
- \_\_\_\_\_, Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38(1999), 495ff.
- F. Wallenschläger, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation? in: VVDStRL 75(2016), 187ff.
- Ch. Waldhoff, Kann das Verfassungsrecht vom Verwaltungsrecht lernen?, in: FS für M. Kloepfer, zum 70. Geburtstag, 2013, 261ff.
- F. Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, 527ff.

헌법논총 제34집(2023)

三宅雄彦, 憲法具体化と行政法 : フリッツ・ヴェルナー行政法学と技術社会,  
社会科学論集 第134号, 2011.12., 1-23.



# 음주운전차량 압수와 몰수의 재산권 침해 여부\*

- 미국의 민사몰수 도입 가능성을 중심으로 -

A study on infringement of property rights by seizure and  
forfeiture of drunk driving vehicles  
- Focusing on the possibility of introducing civil forfeiture in the United  
States -

조 재 현(Cho, Jaehyun)

동아대학교 법학전문대학원 교수

- 목 차 -

I. 들어가며 .....	203
II. 음주운전차량 몰수와 재산권 .....	207
1. 음주운전차량 몰수제도 .....	207
2. 헌법상 재산권의 보장과 사회적 이익 .....	210
3. 범죄수익과 범죄수단 재산의 몰수 .....	215
4. 음주운전차량의 몰수와 재산권 .....	219
III. 재산의 몰수제도 .....	221

---

\* 이 논문은 헌법논총 제34집 특집주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제34집(2023)

1. 형사몰수 .....	222
2. 행정몰수와 사법몰수 .....	223
3. 민사몰수 .....	228
IV. 범죄수단 재산 몰수의 정당성 .....	241
1. 민사몰수제도의 도입 가능성 .....	241
2. 재산의 몰수와 헌법상 비례원칙 .....	244
3. 음주운전차량의 몰수와 재산권의 사회구속성 .....	248
V. 나가며 .....	252
* 국문초록 및 주제어 .....	254
* 영문초록 및 주제어 .....	256
* 참고문헌 .....	258

## I. 들어가며

2022. 12.에 있었던 스텔존 내 음주운전으로 인한 초등생 사망사고를 비롯하여 음주로 인한 사망사고가 끊이지 않는다. 대검찰청과 경찰청은 코로나 19 이후 다시 늘어나는 음주운전 사고를 근절하고자, 음주운전 사망사고를 야기한 자, 상습 음주운전자 등 중대 음주운전 범죄자의 차량에 대한 압수와 몰수를 주요 내용으로 하는 ‘검·경 합동 음주운전 근절 대책’을 수립하고 2023. 7. 1.부터 시행하고 있다.<sup>1)</sup> 대검찰청과 경찰청은 보도자료에서 “음주운전하면 차량몰수”라는 국민적 인식이 확고히 자리 잡도록 다각도의 노력을 할 것과, 국민이 안심하고 다닐 수 있는 도로교통 환경을 조성하겠다는 강력한 대응정책을 유지하기로 하였다. 차량에 대한 압수·몰수의 기준이 되는 음주운전범죄는 중대 음주운전 사망사고(사상자 다수, 사고 후 도주, 음주운전 전력자의 재범, 음주운전 이외의 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 위반 존재), 5년 내 음주운전 2회 이상 전력자의 음주운전 중상해 사고, 5년 내 음주운전 3회 이상 전력자의 음주운전, 기타 피해 정도와 재범가능성 등을 종합적으로 고려하여 차량의 압수·몰수가 필요하다고 판단되는 경우 등이다. 실제로 경찰청은 특별수사기간(7~10월) 운영 첫 한 달 동안 상습 음주운전자 차량 총 29대 압수하였다.<sup>2)</sup> 그렇지

1) 대검찰청 보도자료 2023. 6. 28.(수). 상습 음주운전, 중대음주 사망사고의 경우 차량 몰수 - 음주운전 근절을 위한 검·경 합동 대책 시행 -.

2) 경찰청 보도자료 2023. 8. 7. 전국 최초 압수사례는 임의제출형식으로 이루어졌다. 경기 오산에서 카니발 차량 및 보행자 등을 충격 후 도주한 사건 관련하여, 피의 차량을 압수하였다. 제1호 영장에 의한 압수사례는 경기 부천시에서 신호대기 중인 차량 후미 및 보행자를 충격 후 도주한 사건 관련하여 피의 차량을 압수하였다. 법원에서 압수영장이 기각되었으나, 보강 수사를 한 후 재신청하여 압수한 사례도 있었다. 서울 서초구 건물 주차장에서 이면도로로 진입 중 주차차량 및 정차차량을 충격한 피의 차량 압수한 경우가 그 예이다.

만 대검찰청과 경찰청의 의도와 달리 압수한 음주운전 차량 모두가 그대로 몰수로 인정되는 것은 아니다. 법원에서 음주운전차량에 대하여 몰수결정을 하더라도 그 몰수는 형법 제48조에 기한 것으로 형사범죄의 유죄를 전제로 하여 부가적으로 부과되는 형벌의 일종이다. 음주운전 등 범죄의 수단으로 차량이 이용되는 경우 그 동안의 우리 사법부 판단에 비추어보면, 차량이 압수되었다고 하더라도 최종적으로 몰수될 것이라는 판단은 쉽지 않다. 특히 그 차량이 음주운전자의 소유가 아닌 경우에는 압수도 할 수 없다.

음주운전자의 차량몰수는 범죄자로부터 범죄수단을 몰수함으로써 음주상태에서의 운전을 억제할 수 있을 뿐만 아니라 향후 잠재적 음주운전자의 음주운전 시도를 차단함으로써 사회의 안전에 기여할 수 있다는 사회적 공익에 기여하는 바가 크다. 미국 등 다수의 국가에서는 범죄의 수단으로 이용된 음주운전차량에 대한 몰수를 허용하고 있다. 특히 미국에서는 불법 약물 및 밀수품 등에 대한 재산권은 인정되지 않는다는 점이 일반적으로 인식된다. 법은 금지된 방식으로 사용된 일상용품에 대한 재산권을 박탈한다는 사실을 인정한다. 예컨대 누군가가 불법 약물을 자동차로 운송하는 경우 연방의 물질통제법(Controlled Substances Act)에 따라 자동차 소유권이 연방 정부로 넘어간다.<sup>3)</sup> 개인 재산뿐만 아니라 주택과 토지를 포함한 다른 많은 유형의 재산도 마약 밀매와 관련하여 사용되거나 그러한 밀매의 수익인 경우에는 유사하게 몰수된다.<sup>4)</sup> ‘미국 조직범죄처벌법(Rocketeer Influenced and Corrupt Organization Act, ‘RICO법’)과 ‘포괄적 약물규제법(The Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970)’에서 이를 규율하고 있다. RICO법이 1970년 10월 15일에 발효되면서 대인(對人)몰수인 형사몰수는 위 법률에 의해 최초로 도입되었다. 대물몰수인

3) 21 U.S.C. § 881(a)(4), (h).

4) Caleb Nelson, “The constitutionality of civil forfeiture”, 125 Yale L.J. 2446, 2016, p. 2448.

민사몰수는 관습법에 의해 이미 인정되고 있었다.<sup>5)</sup> 미국에서는 범죄수익뿐만 아니라 범죄수단에 대해서 그것이 사유재산인 경우에도 형사몰수뿐만 아니라 행정몰수와 민사몰수가 광범위하게 인정된다.

우리 대검찰청과 경찰청이 음주운전 근절대책으로 대응하고 있는 차량의 압수와 몰수는 형사상의 조치로서 미국의 몰수제도와는 차이가 있다. 음주운전이 사망사고라는 사회적 공익에 중대한 피해를 가져오는 해악이라는 점에 비추어 볼 때, 음주운전에 대한 우리의 대응방식과 형사상의 몰수조치로는 실효성에 의문이 있을 수밖에 없다. 음주운전에 대한 단순한 단속을 넘어 음주운전을 하나의 중대범죄로 인식하고, “범죄에서 파생되거나, 범죄와 관련되거나, 범죄를 더 쉽게 저지르거나 범죄에 대한 탐지를 어렵게 만드는 재산을 빼앗는 것”으로서의 몰수<sup>6)</sup>를 허용하는 것을 신중하게 고려할 필요가 있다. 범죄수단에 대한 몰수를 통해 사회적 공익을 달성하기 위해서는 기존의 형사상 처벌방식으로서 몰수의 부가형만으로는 부족하다. 미국에서의 차량에 대한 행정몰수나 민사몰수는 형사상의 처벌을 전제로 하지 않는다. 범죄자의 유죄판결을 전제로 하는 형사몰수(criminal forfeiture)만을 인정하는 우리나라와는 달리 유죄판결이 없더라도 물건에 대해 몰수할 수 있는 형사몰수와 민사몰수(civil forfeiture)를 함께 또는 선택적으로 진행할 수 있다.<sup>7)</sup> 다만 범죄에 이용되었다는 이유만으로 차량의 가액을 묻지 않고 차량 자체를 몰수하는 것은 범죄와 형벌의 비례성 유지라는 헌법원칙에 문제될 수 있다. 미국에서도 사법부의 개입 없이 완료되는 행정몰수와 형사상의 유죄판결을 전제로 하지 않는 민사몰수가 권리침해

5) 신도욱, “범죄수익 환수를 위한 몰수·추징과 소급입법 금지 원칙”, 『형사법의 신동향』 제72호, 2021, 131면.

6) Steven A. Morley, “Federal asset forfeiture and the military”, 63 A.F. L. Rev. 197, 2009, p. 620.

7) 신도욱(주 5), 128면.

해의 위험성이 크다<sup>8)</sup>는 가능성은 인식하고 있다. 특히 범죄와의 밀접성이나 잠재적이고 실질적인 해악의 발생 가능성을 고려하지 않고 몰수를 한다든지 또는 차량의 소유자와 운행자가 다를 수 있는 경우 다른 합법적 목적으로 이용될 수 있는 가능성이 더 큰 경우에도 차량을 몰수하는 것은 개인의 재산권에 대한 중대한 제한은 아닌지 의문이 제기될 수 있다.

국가가 개인의 재산권에 자의적이거나 과도하게 개입하게 되면, 그것은 재산권에 대한 침해를 의미할 뿐만 아니라 경제 성장을 저해할 수 있다. 그것은 오랜 사회적 합의로 존재한다. 사유재산제도가 안전하지 않으면 국제 투자자들은 해당 국가에 대한 장기 투자를 기피한다. 경제 성장의 핵심 요소로서 안전하고 안정된 사유 재산권의 중요성은 오랫동안 강조되어 왔고, 사유 재산에 대한 정부 개입은 경제성장의 가장 중요한 제도적 예측 변수라는 것이 경험적 연구의 결과이기도 한다.<sup>9)</sup> 그 때문에 헌법은 정부의 자의적이거나 과도한 몰수로부터 개인 재산을 보호하는 데 중요한 역할을 해야 한다. 헌법은 사유재산을 존중하고 그것이 안전하다는 신호를 보낼 수 있어야 하고, 그러한 약속에서 이탈할 때에는 국가의 능력을 제한할 수 있다는 다양한 메커니즘을 포함해야 한다. 그럼으로써 헌법은 국가가 안전한 재산권과 관련된 장기적인 경제적 이익을 거두는 데 도움이 될 수 있다.<sup>10)</sup>

음주운전차량의 몰수는 범죄의 수익이 아닌 범죄의 수단을 대상으로 한다는 점에서 헌법상 재산권에 대한 중대한 제한을 의미한다. 그럼에도 불구하고 범죄의 수단으로 사용된 차량을 몰수함으로써 개인의 사유재산권을 박탈하려고 하는 것은 잠재적인 중대한 해악발생 가능성을 차단하거나 적

---

8) Rebecca Hausner, “Adequacy of notice under CAFRA: Resolving constitutional due process challenges to administrative forfeitures”, 36 *Cardozo L. Rev.* 1917, 2015, p. 1919.

9) Mila Versteeg, “The politics of takings clauses”, 109 *Nw. U. L. Rev.* 695, 2015, p. 695.

10) Mila Versteeg(fn 9), p. 696.

어도 그러한 피해를 줄이고자 하는 고민의 결과이다. 사회적 구속성의 한계 내에서 행사될 수 있는 개인의 재산권을 사회적 공익을 이유로 어느 정도 제한할 수 있는가의 문제이다.

## II. 음주운전차량 몰수와 재산권

### 1. 음주운전차량 몰수제도

미국은 다수의 주에서 음주운전차량 몰수를 포함하여 범죄와 관련된 재산을 몰수하고 있다. 매사추세츠 주법률(Massachusetts General Laws Annotated)에서는 혈중 알코올의 백분율이 8/100이상인 자동차를 운전한 경우 음주운전과 관련하여 최소 3회 또는 유죄판결을 받은 경우에는 차량 몰수하도록 정하고 있다.<sup>11)</sup> 음주운전이 심각한 테네시 주에서도 2회 이상 음주운전위반에 대해서는 처벌을 강화하고 있으며,<sup>12)</sup> 음주운전차량은 압수 및 몰수의 대상이 될 수 있다고 규정한다.<sup>13)</sup> 1999년 루돌프 줄리아니 뉴욕 시장은 음주운전 혐의로 기소된 사람들의 차량을 주정부가 압수할 수 있도록 허용하는 자동차 몰수 정책을 일찍이 도입하였다. 그러나 *Krimstock v. Kelly* 사건에서 뉴욕시나 정부가 차량의 압수 또는 지속적인 보유와 그에 따른 몰수에 대하여 상당한 이유를 제시하지 않고 음주운전 위반자의 재산을 압수 및 보유할 수 있도록 허용한 뉴욕시몰수법 규정(N.Y.C.Code § 14-140)은 위헌이라고 결정하였다.<sup>14)</sup> 그 후 음주운전차량의 몰수에 대한

---

11) M.G.L.A. 90 § 24W.

12) <https://www.johnbarneslaw.com/2021/06/22/what-to-know-about-tennessees-dui-vehicle-forfeiture-laws/>.

13) T.C.A. § 55-10-414.

14) <https://caselaw.findlaw.com/court/us-2nd-circuit/1003199.html>.

남용의 문제는 지속적으로 지적되었으며, 최근에는 뉴욕주 시장은 차량물수를 포함하는 몰수법의 남용을 완화하는데 관심을 기울이고 있다.<sup>15)</sup>

우리나라에서 음주운전차량 압수와 몰수는 형사상의 처벌에 종속하는 부가형으로서의 성격을 가진다. 대검찰청과 경찰청이 음주운전자의 차량에 대하여 공권력을 발동하는 기준은 형법상의 몰수규정에 그 근거를 두고 있다. 그 동안 음주운전의 경우에 차량의 압수와 같은 재산권 환수조치는 소극적이었다. 개인의 재산권에 대한 강력한 공권력 대응의 필요성과 공권력 행사의 엄정 대응의 논리가 등장한 것은 오늘날 음주문화와 국민정서 등 그 밖의 사회적 분위기와 무관하지 않다. 개인의 자유에 대한 인식이 지금 처럼 고양된 적은 없었다. 개인의 권리의식 향상은 사회 전체적으로 긍정적 효과를 가져온다. 다만 높은 권리의식에는 남용이 따르기 마련인데, 이는 곧 사회적 부작용을 양산한다. 흉악범죄 특히 청소년 흉악범죄가 증가하고, 컴퓨터범죄는 다양해지고 심각해진다. 환각범죄, 음주운전과 같이 죄의식이 박약한 생활 질서사범이 만연해지면서, 사법당국으로 하여금 엄격한 법집행이라는 사회적 요청을 수용하도록 하는 결과를 가져왔다. 미국에서 잘못된 자유의 행사에 대하여 연방대법원의 판례를 통해 공권력 발동의 기준으로 강경대응의 법리가 등장하게 된 것도 이와 유사한 맥락이다.<sup>16)</sup>

정부의 기본적인 역할은 공중 보건과 안전을 규제하고 평화를 유지하며 일반 복지를 제공하는 것이다. 이러한 일을 할 수 있는 권한을 일반적으로 경찰권이라고 한다.<sup>17)</sup> 미국에서 경찰권은 공동선의 추구 내지 공공의 안녕

---

15) <https://www.law.com/newyorklawjournal/2019/09/25/new-yorks-major-revisions-to-the-civil-forfeiture-laws/?slreturn=20230824100753>.

16) 박민영, “미국의 음주운전자 차량에 대한 차량몰수제도에 관한 고찰”, 『법학연구』 제24권 제3호, 2012. 2, 56면.

17) Philip A. Talmadge, “The myth of property absolutism and modern government: The interaction of police power and property rights”, 75 Wash. L. Rev. 857, 2000, p. 857.



과 질서의 유지 등을 위하여 개인의 자유를 제한하는 법률적·사실적 행위를 할 수 있는 법률상의 힘을 의미한다.<sup>18)</sup> 경찰권의 행사는 오랫동안 정부 자체의 본질의 일부를 형성하였다. 고대 그리스인들은 그들의 정치철학에서 경찰력의 중요성을 일찍부터 인식했다. 아리스토텔레스는 국가를 시민을 위한 최고의 선을 달성하기 위해 존재하는 최고의 공동체 형태로 간주하였다. “국가의 목적은 좋은 삶이다.” 라고 하여 국가의 목적을 최고선과 일치시켰다.<sup>19)</sup> 미국 헌법은 경찰권을 구체적으로 언급하지는 않지만 헌법 기초자들은 열거된 권한 범위 내에서 연방 정부가 적극적으로 경찰권을 행사할 것을 구상하였다. 헌법기초자들은 경찰권을 정부 주권 중에서도 필수적인 속성을 갖는 것으로 간주하였다.<sup>20)</sup> 그 결과 정부는 공익을 증진하고 공공의 안전을 확보하며, 공공의 평화, 건강 및 복지를 보존하도록 고안되었다. 그것이 시민 정부를 만드는 정확한 이유이다. 그 때문에 경찰력은 정부 자체의 힘과 사실상 일치한다. 경찰력의 행사는 사회에서 함께 살아가는 일반적인 능력을 촉진하는 방식으로 대인 관계를 조정하는 데 필요하다.<sup>21)</sup> 경찰력은 정부의 핵심 기능에 영향을 미치며, 그에 대한 입법권한은 필연적으로 모든 대상에까지 확장된다.<sup>22)</sup> 미국 연방대법원은 주정부가 ‘공익이 요구하는 모든 곳’에 간섭할 수 있음을 인정했으며, 입법 결정으로 채택된 특정 조치와 관련하여 주정부에 상당한 존중을 계속 제공하고 있다.<sup>23)</sup> 따라서 재산 사용이 공공질서에 악영향을 미치는 영역에서 정부의 권한은 축소되어서는 안 된다.

미국 헌법에 따른 경찰력 행사가 광범위하며 정부 자체의 권한과 거의

18) 박민영(wn 16), 40면.

19) Philip A. Talmadge(fn 17), p. 861.

20) Philip A. Talmadge(fn 17), p. 867.

21) Philip A. Talmadge(fn 17), p. 904.

22) New York v. Miln, 36 U.S. 102 (1837). at. 128

23) Lawton v. Steele, 152 U.S. 133, 136 (1894).

일치한다고 하여 그 힘이 무제한이라는 것은 아니다. 미국 수정헌법도 수용권이나 적법절차조항에서 주 정부의 경찰권 행사에 대한 상당한 제한을 포함하고 있다.<sup>24)</sup> 경찰의 권한 행사가 그 한계를 넘는 경우 법원은 관련 법령이 공공의 안전이나 건강, 복지와 관련한 문제를 합리적으로 다루고 있는지 결정할 권리를 보유한다.<sup>25)</sup> 실질적인 적법절차원칙은 경찰력의 과도한 사용에 대하여 매우 효과적인 제동 장치를 구성한다.<sup>26)</sup> 경찰 권한의 행사를 제한하는 실질적인 적법절차의 개념은 특정 자유와 재산상 이익이 정부가 영향을 미칠 수 있는 권한범위를 넘어선다는 믿음에서 그 근거를 찾는다.<sup>27)</sup> 주정부의 경찰권 행사에 대응하여 모든 개인의 사유재산권 역시 헌법과 법률의 적용을 받기 때문에 재산권의 절대성을 옹호하는 사람들은 재산권 규제에 있어서 정부의 근본적인 속성으로서 경찰력의 중요성을 부인한다.<sup>28)</sup> 그렇지만 개인의 재산권에 대한 묵시적 제한 개념 역시 오래전부터 인식되어 왔다. 헌법상 보장되는 재산권으로서 인정된 가치는 묵시적 제한 아래 향유되며 일정한 경우 경찰권에 양보해야 한다.<sup>29)</sup> 결국 음주운전자의 차량에 대한 몰수의 허용여부는 강력한 공권력 행사에 대하여 재산권이 어느 정도 양보할 수 있는가에 관한 문제이다.

## 2. 헌법상 재산권의 보장과 사회적 이익

음주운전차량 몰수는 범죄의 수단으로 사용된 재산권에 대한 박탈이 헌

---

24) Philip A. Talmadge(fn 17), p. 888.

25) Philip A. Talmadge(fn 17), p. 905.

26) Philip A. Talmadge(fn 17), p. 905.

27) Philip A. Talmadge(fn 17), p. 894-895.

28) State v. Lawrence, 165 Wash. 508, 517, 6 P.2d 363, 366 (1931).

29) Michael Bothe, "Property Rights and Local Zoning v. Nature Protection: Some comparative spotlights", 42/43 Urb. Law. 357, 2011, p. 359.

법상의 재산권을 침해하는 것은 아닌지에 관한 문제이다. 우리 헌법 제23조는 개인의 재산권을 기본권으로 보장하고 있다. 국가권력이나 통치자로부터 재산을 보호하는 전통은 1215년 대헌장(Magna Carta Libertatum)의 제정까지 거슬러 올라간다. 영국 의회가 1689년 권리장전을 제정한 후 법원 판결 없이 사전에 재산을 몰수하는 것을 금지하였다. 재산에 대한 헌법적 보호원칙의 현대적 기원은 토머스 제퍼슨(Thomas Jefferson)의 1776년 7월 4일 미국독립선언으로 거슬러 올라간다. 소유권은 모든 인간의 고유한 권리라는 개념이 미국 헌법(특히 1791년의 권리 장전)과 프랑스혁명 기간 동안 ‘인간과 시민의 권리 선언’에서 반복되었다.<sup>30)</sup> 1789년 프랑스 인권선언은 제17조에서 “소유권은 신성불가침의 권리”라고 하였다. 1791년 미국 수정헌법 제5조는 “정당한 법 절차 없이는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 않을 권리”라고 하여, 성문헌법에 재산권의 보장을 명문화하였다. 그 이후 재산권은 각국의 성문헌법에 필수적인 기본권으로 규정되면서 헌법의 영역에서 재산권이 보장되기 시작하였다. 제2차 세계대전 이후 재산 보호 문제는 1948년 유엔의 세계인권선언과 유럽보호협약 추가의정서 제1조에서 다시 확인되었다.<sup>31)</sup> 우리나라도 1948년 제헌헌법에서부터 재산권을 보장하고 있다.

헌법상 재산권은 금전적 가치뿐만 아니라 현존하는 소유권 자체를 보장한다. 재산권은 현재 소유자의 손에 있는 기존 재산을 보호하는 것을 목적<sup>32)</sup>으로 설계되었으나, 그 보장범위는 헌법의 규정이나 기본권보장의 역사에 비추어 항상 동일한 것은 아니다. 독일과 미국도 헌법상 재산권의 보

30) Jozef Forystek, “The rule of law and the effectiveness of enforcement of claims of former owners wrongfully deprived of their property”, 41 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 489, 2018, p. 489-490.

31) Jozef Forystek(fn 30), p. 491.

32) Gregory S. Alexander, “Property as a fundamental constitutional right? The german example”, 88 Cornell L. Rev. 733, 2003, p. 746.

장범위를 두고 차이가 있다. 미국 수정헌법 제5조<sup>33)</sup> 및 제14조는 재산권을 헌법상의 권리로 보장하고 있다. 미국에서는 재산권이 언론과 결사의 자유, 여행의 자유 등과 같은 기본권들과 관계가 나쁘지 않다. 인간의 존엄성 등과 같은 근본적인 가치를 내포하지 않고 경제적 기본권으로서 최대한의 보장을 누리지 못하는 독일헌법에 의한 재산권보장에 비하여 미국 헌법에서는 재산권이 보다 더 강력한 보호를 받는다는 견해<sup>34)</sup>가 있다. 이러한 입장에 의하면 재산권 그 자체가 가지는 목적보다는 개인의 사생활 보호나 자아실현과 같은 실질적인 가치를 위해 설계된 도구로서 기능하는가에 따라 미국과 독일의 재산권 이론은 차이점을 보인다는 것이다. 독일의 경우 경제적인 부를 창출하는 재산권과 인간의 존엄성이나 개인의 지위에 기여하는 재산으로 구분하여 후자의 경우에만 헌법적 또는 근본적으로 보호한다는 점이 그 차이라는 것이다.<sup>35)</sup> 독일의 사회국가원리나 인간의 존엄성은 미국의 경제이론이 주장하는 것처럼 부의 극대화나 개인 선호의 만족보다는 오히려 객관적이고 명백하게 도덕적이거나 시민적인 의미에서 자기실현이나 자기개발이 재산권의 핵심 목적이라고 이해하게 된다.<sup>36)</sup> 재산권이 헌법적 권리라는 주장은 기본적으로 개인의 자유 보호라는 긴밀한 맥락에서 보아야 한다는 것이 독일 재산권이론에 가깝다. 일반적인 헌법상 권리체계 내에서 재산권이 갖는 기능은 그 소유자에게 경제 분야의 자유권을 확보하여 자치생활을 영위할 수 있도록 하는 것으로 이해하게 된다.<sup>37)</sup> 이처럼 독일의 재산권 접근방법을 검토하는 것은 미국 재산권 이해에 기초를 제공한

33) 미국 수정헌법 제5조에서는 누구든지 “적법절차에 의하지 아니하고 생명이나 자유 또는 재산이 박탈당해서는 아니된다. 또 사유재산권은 정당한 보상 없이는 공익 목적을 위하여 수용되어서는 아니된다.”고 규정한다.

34) Gregory S. Alexander(fn 32), p. 740.

35) Gregory S. Alexander(fn 32), p. 738-739.

36) Gregory S. Alexander(fn 32), p. 745.

37) BVerfGE 24, 367, 389.

다. 다만 독일의 재산권이론이 미국에 비하여 강한보호를 추구하지는 않는다고 하더라도, 독일헌법보다 미국헌법에서 재산권이 보다 더 존중받고 보호된다고 말하는 것은 오해의 소지가 있다.<sup>38)</sup>

재산권의 보장은 재산권의 대상인 재산의 보유뿐만 아니라, 그 재산을 어떻게 행사할 것인지에 관한 재산권에 귀속되어 있는 권능도 함께 보장한다. 재산권의 행사는 재산권의 주체가 공공복리나 제3자에게 손실을 주지 않는 한 자유롭게 할 수 있다. 그렇다고 하여 재산권 행사의 자유가 재산권자의 자유의사에 따라 제한 없이 행사될 수는 있다는 의미는 아니다. 현대 헌법의 특징은 재산권의 행사도 보장하지만, 재산권 행사에 있어서 공공복리를 강조함으로써 사회적 의무를 요구하고 있다.<sup>39)</sup> 재산권은 사유재산에 대한 이익보다 공익을 강조하는 것에서 더 나아가 사유재산이 가지는 의무를 강조한다. 재산권의 행사와 사용은 공공의 이익에 기여해야 한다. 따라서 사익과 공익 사이에는 긴장의 존재할 수밖에 없으며, 공공의 이익과 사익이 충돌하는 경우 법적으로 보장된 개인의 지위보다 공공의 이익이 우선할 수 있다.<sup>40)</sup>

헌법 제23조 제2항은 재산권의 보장을 원칙으로 하고 있지만 재산권의 자유로운 행사에는 제약을 가함으로써 공동체의 이익에 반하는 재산권의 행사를 차단할 뿐만 아니라 공동체의 이익에 부합하도록 행사할 것을 요구한다. 공공의 이익에 반하는 재산권의 행사에 대해서는 보상을 하지 않는 것을 정당화 하고 있다.<sup>41)</sup> 헌법은 재산권의 사회적 구속성을 규정함으로써 재산권에 대하여 사적 유용성 이외에 공공복리에 적합해야 한다는 공적 기능을 부여하고 있다. 재산권은 공공복리를 위하여 행사되도록 함으로써 사

38) Gregory S. Alexander(fn 32), p. 775.

39) 신형구/김상겸, “헌법상 재산권 보장과 그 제한의 현대적 의미”, 『토지공법연구』 제 90집, 2020. 5, 106면.

40) Michael Bothe(fn 29), p. 358.

41) 신형구/김상겸(주 39), 106면.

유재산제에 기초하는 재산권에도 공공성이 있다는 것을 보여준다.<sup>42)</sup> 우리 헌법재판소도 재산권 행사와 관련한 결정에서 “재산권 행사의 사회적 의무성을 헌법 자체에 명문화하고 있는 것은 사유재산 제도의 보장이 타인과 더불어 살아가야 하는 공동체 생활과의 조화와 균형을 깨지 않는 범위 내에서 보장”이라고 하여 재산권 행사의 사회적 구속성에 대한 헌법적 규범력을 강조하고 있다.

사유재산의 이익과 그로 인해 상쇄되는 공공의 이익 사이의 긴장을 어떻게 개별적으로 처리할 것인가의 문제는 헌법 규범에 의한 사유재산의 보호의 정도를 어떻게 결정할 것인가에 관한 문제이다. 자신의 재산을 유익한 목적으로 사용할 수 있는 권리가 어디까지 확장될 수 있는가 하는 것과 재산권 그 자체로 어느 정도까지 제한될 수 있는지, 또는 법에 의해 어느 정도까지 제한될 수 있는지에 관한 문제이다.<sup>43)</sup> 미국 대법원은 재산권에 대한 제한과 사회적 이익에 대한 관계를 다음과 같이 확인하였다. “사유재산의 권리는 신성하게 보호되며, 우리 공동체도 권리를 가지고 있다. 모든 시민의 행복과 안녕은 그들의 충실한 보존에 달려 있다는 사실을 잊지 말아야 한다.”<sup>44)</sup>

소유권을 정당하게 취득한 자의 재산과 이익은 두 가지 원칙이 충돌한다. 재산 규칙은 소유권이 소유자의 동의 없이 양도되거나 파괴되는 것을 방지한다. 그러나 헌법은 재산규칙만을 정하고 있는 것은 아니며, 재산규칙과 양립할 수 있는 책임규칙도 내포하고 있다.

---

42) 신형구/김상겸(주 39), 106면.

43) Michael Bothe(fn 29), p. 357-358.

44) Philip A. Talmadge(fn 17), p. 865. *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U.S. (11 Pet.) 420, 548 (1837).

### 3. 범죄수익과 범죄수단 재산의 몰수

우리 현행법체제와 판례에 의하면 범죄수익은 헌법상의 재산권으로 보장되지 않는다. 범죄행위로 인해 직접 또는 간접적으로 취득한 모든 재산은 박탈하여 국고에 귀속시키는 ‘범죄수익 몰수’를 원칙으로 하고 있다. 우리의 몰수 규제방식은 「형법」총칙에서 정하는 유체물 등의 물건에 대한 몰수와 각종 특별법상 범죄수익에 대한 몰수제도로 이원화되어 있다. 「형법」상 몰수는 범죄의 반복을 막거나 범죄로부터 이득을 얻지 못하게 할 목적으로 범죄행위와 관련된 재산을 박탈하여 국고에 귀속시키는 ‘재산형’이라 정의된다.<sup>45)</sup> 「형법」 제48조에서는 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건, 범죄행위로 인하여 생겼거나 취득한 물건, 이러한 행위의 대가로 취득한 물건 등이 범인 외의 자의 소유에 속하지 않거나 범죄 후 범인 외의 자가 사정을 알면서 취득한 경우에는 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다고 규정한다. 물건을 몰수할 수 없을 때에는 그 가액을 추징한다. 「형법」상의 몰수는 타형에 부가하여 과하지만, 행위자에게 유죄의 재판을 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.<sup>46)</sup> 「형법」에서 정하는 몰수 외에도 각종 특별법 제정을 통한 몰수도 인정한다. 물건에 한정하는 「형법」상 몰수제도의 한계로 인하여 몰수집행이 어려운 상황에서, 1995년 우리나라 최초의 범죄수익에 관한 몰수특별법인 「공무원 범죄에 관한 몰수 특별법」이 제정되게 되었다. 이러한 범죄수익 몰수제도는 1980년대 마약범죄가 기승을 부리자, 미국, 영국, 독일 등이 약물범죄 및 약물범죄의 배후에 존재하는 조직범죄에 대한 대응을 강화하기 위하여 도입하기 시작하였고, 2000년대에는 그 적용영역을 부패범죄까지 확대

45) 박성진, “독립몰수제도 도입에 관한 최근 입법동향 및 개선방안”, 『법조』 제71권 제1호, 2022. 2, 313면.

46) 형법 제49조.

하였다.<sup>47)</sup> 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」에 따라 몰수·추징의 대상은 특정 공무원범죄로 얻은 이익과 이로부터 유래한 재산까지로 확대되었다.<sup>48)</sup> 그 밖에 우리나라의 현행 범죄수익환수법률을 보면, 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌에 관한 법률」, 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」, 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」 등이 있다. 그리고 위 법률에서는 각 법률이 적용될 수 있는 범죄들을 나열하고 있는 형식을 취하고 있다.<sup>49)</sup>

특례법에서는 범죄수익에 대한 몰수를 추구하지만, 「형법」상 몰수와 마찬가지로 여전히 형사몰수라는 한계를 가지고 있으며, 범죄수익 몰수제도가 부가성(附加性)을 원칙으로 함에 따라 몰수대상 범죄에 대해 유죄판결을 받지 않는 경우에는 해당 재산을 범죄자 및 제3자가 그대로 보유하게 된다는 문제점이 있다.<sup>50)</sup> 현행 범죄수익 몰수제도인 「공무원범죄에 관한 몰수 특례법」, 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」, 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌에 관한 법률」, 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」, 「불법정치자금 등의 몰수에 관한 특례법」 역시 모두 「형법」 제49조와 마찬가지로 부가성(附加性)을 원칙으로 하므로, 범죄자가 사망한 경우 또는 범죄자가 도주하여 공소시효가 완성된 경우 등에는 ‘공소권 없음’으로 수사가 종결되거나, 재판에 계류 중인 경우에는 ‘공소기각’ 판결이 내려지게

47) 정웅석, “특별법상 범죄수익의 몰수에 관한 연구”, 『형사소송 이론과 실무』 제8권 제2호, 2016. 12, 199면.

48) 정웅석(주 47), 200면.

49) 신도욱(주 5), 140면.

50) 현행 형법 및 범죄수익규제법 등 각종 특별법상 몰수는 ‘특정한 물건 또는 재산’에 관한 것으로서 그 물건 또는 재산이 원칙적으로 범인에게 귀속되어 있을 것을 요건으로 하고, 다만 범인 외의 자가 그 정황을 알고 취득한 경우 등 일정한 경우에는 제3자로부터 몰수할 수 있도록 규정하고 있다. 몰수가 가능할 때에는 추징이 문제되지 아니하지만, 몰수할 물건이 선의취득 등 여러 가지 사정으로 몰수할 수 없게 되는 경우에는 현행법은 범인으로부터 추징하도록 하고 있다.



되고, 이에 따라 부가형인 몰수도 선고할 수 없게 된다. 물론 예외적으로 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 경우에는 몰수만을 선고할 수 있지만, 판례는 이 경우에도 주된 범죄에 대하여 공소는 제기되어야 한다는 입장이다.<sup>51)</sup> 즉, 물건에 대하여 몰수하기 위해서는 그 소지자 또는 보관자에 대한 범죄혐의가 “합리적인 의심이 없는 정도로 증명”되어야 한다. 몰수가 사람에 대한 유죄판결과 밀접하게 관련되어 있는 것이다.<sup>52)</sup>

그 때문에 우리나라의 경우에도 독립몰수제의 도입 필요성이 주장된다. 독립몰수제는 주형(主刑)에 대한 선고와 ‘독립’하여 몰수 또는 추징할 수 있는 제도를 말한다. 외국에서는 ‘유죄판결에 기초하지 않은 몰수 (Non-Conviction Based Confiscation Order, ‘NCB Confiscation’)’ 등의 형태로 정의<sup>53)</sup>되고 있다. 2014년 세월호 사건 관련하여 수사가 개시된 고 유병연 세모그룹 회장이 숨지면서 유 전회장에 대한 재산환수가 무산된 사건, 국내 최대 음란물 사이트였던 ‘소라넷’의 공동운영자 1명이 해외로 도피하여 기소중지되면서 재산환수가 이루어지지 못한 사건에서는 범죄수익이 환

51) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도700 판결. 형법 제49조 단서는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다고 규정하고 있으므로 몰수뿐만 아니라 몰수에 갈음하는 추징도 위 규정에 근거하여 선고할 수 있다고 할 것이다. 그러나 우리 법제상 공소의 제기 없이 별도로 몰수나 추징만을 선고할 수 있는 제도가 마련되어 있지 아니하므로 위 규정에 근거하여 몰수나 추징을 선고하기 위하여서는 어디까지나 그 몰수나 추징의 요건이 공소가 제기된 공소사실과 관련되어 있어야 하고, 공소사실이 인정되지 않는 경우에 이와 별개의 공소가 제기되지 아니한 범죄사실을 법원이 인정하여 그에 관하여 몰수나 추징을 선고하는 것은 불고불리의 원칙에 위반되어 불가능하다고 보아야 할 것이다. 뿐만 아니라 가사 몰수나 추징이 공소사실과 관련이 있다 하더라도 그 공소사실에 관하여 이미 공소시효가 완성되어 유죄의 선고를 할 수 없는 경우에는 몰수나 추징도 할 수 없다고 보아야 할 것이다.

52) 김희균, “민사몰수제도의 도입에 관한 연구”, 『피해자학 연구』 제19권 제1호, 2011. 4, 62면.

53) 박성진(주 45), 312면.

수되지 못하였다. 2008년 수배 직후 중국으로 밀항한 뒤 사망한 것으로 추정되는 유사수신 사기사건 피의자 조희팔도 재산이 유족에게 상속된다면 5 조원에 이르는 범죄수익을 환수할 방법이 없는 상황이다. 현행법상 몰수·추징의 부가성으로 인해 범죄수익에 대한 환수가 불가능했던 사건들이다. 이후 독립몰수의 구체적인 절차와 내용을 담은 개정법률안 등이 제출되었다. 2020. 4. 제20대 국회에서 처음으로 독립몰수의 구체적 절차 내용을 담은 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 일부 개정법률안(송기현 의원 대표발의, 의안번호 24864호)이 제출되었다. 이 법안은 당시 세상을 떠들썩하게 했던 소위 ‘n번방’ 사건 등 디지털 성착취 범죄에 대한 강력하고 효과적인 대응을 하고자 발의된 것이다. 제21대 국회에도 과거 법안의 내용을 보다 확대·발전시킨 「범죄수익은닉규제법」(백혜련 의원 대표발의, 의안번호 9209호) 및 「형법」(백혜련 의원 대표발의, 의안번호 9221호) 일부 개정법률안이 제출되었다. 21대 국회에는 이 외에도 「범죄수익은닉규제법」에 독립몰수의 일반적 규정을 두는 내용의 「범죄수익은닉규제법」 일부 개정법률안(한정애 의원 대표발의, 의안번호 490호)과 「형법」 제49조를 개정하여 독립몰수에 관한 일반적 규정을 두는 「형법」 일부 개정법률안 (유기홍 의원 대표발의, 의안번호937호) 등이 제출되었다.

범죄의 동기를 근절하고 형사사법정의를 실질적으로 실현하기 위해서는 사법기관은 끝까지 범죄수익을 추적하여 환수할 필요가 있다. 사회가 선진화될수록 범죄수익환수의 필요성과 중요성은 더욱더 커지고 있다.<sup>54)</sup> 범죄수익을 박탈하는 것은 개인 범법자를 단순히 기소하고 투옥하는 것을 뛰어넘어 범죄퇴치 능력을 강화시킨다. 많은 범법자들은 불법 활동의 수익을 유지할 수만 있다면 기꺼이 감옥에서 몇 년간 보내는 것을 감수한다. 따라서 범죄수익을 몰수하는 것은 범죄를 억제하기 위해 필요한 수단인 동시에

---

54) 박성진(주 45), 350면.

형사사법제도의 중요한 요소<sup>55)</sup>로 인식된다. 범죄수익의 환수가 필요한 사안임에도 불구하고, 범인이 사망하거나 불특정 되었다는 등을 이유로 기소하지 못하여 범죄수익을 몰수하지 못하는 현 제도는 국민의 법 감정이나 사회적 요구에 더 이상 걸맞은 법체계라 보기 어렵다.<sup>56)</sup>

독립몰수의 도입 필요성에 강력한 동기를 부여하는 것이 이른바 미국의 민사몰수제도이다. 유죄판결을 기초로 하지 않고 인정되는 민사몰수제도는 독립몰수론 필요성을 인식하는 우리의 논의에 많은 시사점을 제공해주고 있다.<sup>57)</sup> 그럼에도 불구하고 독립몰수는 여전히 형사몰수로서의 성격을 유지한다. 독립몰수제는 범죄수익의 환수라는 측면에서는 일응 그 효과를 발휘할 수 있으나, ‘범죄수단’으로 사용된 재산의 환수는 형사몰수로서의 성격을 유지하는 한 그렇게 쉽지 않다. 미국의 민사몰수는 범죄수익뿐만 아니라 범죄수단도 몰수를 가능하게 함으로써 범죄의 억제력도 보유하는 제도라는 장점을 가진다. 다만 우리 법제는 민사와 형사절차를 엄격히 구분하고 있고 물건을 대상으로 하는 소송 개념은 있지 않다는 점에서, 형사몰수가 가능한 경우에도 중첩적으로 민사몰수를 폭넓게 허용하고 있는 미국의 법제를 그대로 수용하기에는 다소 무리가 있다<sup>58)</sup>는 지적이 있다.

#### 4. 음주운전차량의 몰수와 재산권

대검찰청과 경찰청은 음주운전차량에 대한 압수에 이어 몰수도 달성하겠다는 강력한 대응방침을 세우고 있다. 음주운전차량에 대한 압수와 몰수는 형벌의 일종으로 실시되는 것으로 미국의 음주운전차량에 대한 민사몰수와

---

55) 정용석(주 47), 200면.

56) 박성진(주 45), 350면.

57) 박성진(주 45), 323면.

58) 박성진(주 45), 324면.

는 성격이 많이 다르다. 미국의 민사적 또는 행정적 몰수를 승인하는 법령은 연방 헌법이 보장하는 재산권과 형사 절차상의 권리를 모두 심각하게 침해하는 것처럼 보일 수 있다.<sup>59)</sup> 사람이 아닌 물건을 대상으로 한 민사몰수는 일반 국민들의 지지를 받을 수는 있지만, 헌법상 재산권에 대한 제한적 현상이 두드러진다는 것이 문제이다. 범죄수단 재산이 타인의 소유인 경우에는 재산권 침해여부가 더욱 문제된다. 예컨대 *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 사건에서는 빌려 준 요트에서 마리화나 담배한 개비가 발견되었다는 이유로 요트 자체가 민사몰수 되었다. 요트를 대여한 대여주가 이에 대해서 소송을 제기했으나, 대여주는 “빌려 준 요트 위에서 불법적인 활동이 이루어지고 있다는 것을 몰랐고, 또, 불법적인 활동을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취했다”는 점을 입증해야 몰수된 물건을 되찾을 수 있다는 판결이 내려졌다.<sup>60)</sup> 이러한 현상을 두고 재산권을 제한하는 그 정당성 근거가 과연 무엇인지가 문제 될 수 있다.

현행 대검찰청과 경찰청의 음주운전차량에 대한 압수와 몰수는 음주운전에 대한 강력하고 엄정한 대응임에도 불구하고 실효성 있는 대책이 될지는 의문이다. 음주운전 근절을 위한 보다 강력한 법적 대응을 위해서는 미국의 민사몰수와 같은 형사유죄판결을 전제로 하지 않는 대물소송의 형식을 도입하는 것이 효과적일 수 있다. 미국의 음주운전차량의 몰수는 범죄로 인한 수익이 아니라 개인의 사유 재산이 범죄의 수단으로 사용되었다는 이유로 사유재산권을 박탈하는 경우이다. 범죄의 수단으로 사용되었다는 이유로 개인의 재산을 몰수하는 것이 범죄와 형벌의 비례의 관점에서 정당한지, 음주운전 이후에 직업수행 등 다른 합법적 활동과의 관련이 더 큰 경우에도 잠재적인 해악의 가능성으로 재산을 박탈하는 것이 정당한지, 재산의 소유자가 음주운전의 범죄자가 아닌 무고한 소유자인 경우에도 그 소유

---

59) Caleb Nelson(fn 4), p. 2446.

60) 김희균(주 52), 73면에서 재인용.

자의 재산권을 박탈하는 것이 정당한지는 헌법상 재산권의 관점에서 심각한 문제를 야기할 수 있다. 이하에서는 범죄수단으로 이용된 개인의 재산권 박탈의 정당성을 인정하고 있는 미국의 민사몰수제도를 살펴봄으로써 범죄수단 몰수의 정당성의 문제와 재산권 침해여부를 검토한다. 아울러 미국의 민사몰수의 도입 가능성과 우리 헌법 체계에의 부합여부도 함께 검토한다.

### Ⅲ. 재산의 몰수제도

영국은 몰수를 두 가지의 유형으로 구분한다. 몰수(forfeiture)는 특정범죄의 목적으로 사용되거나 범죄의 결과인 ‘재산’이나 ‘물건’(property) 등의 유체물에 대한 몰수를 의미하고, 범죄수익의 몰수(confiscation)는 범죄로 취득한 물건이나 현금 등 ‘범죄수익’(proceeds)에 대한 몰수를 의미하는 것으로 구분한다. 물건에 대한 몰수(forfeiture)는 다시 두 가지로 분류한다. 첫째는 물건의 소유가 공공의 이익에 반하는 경우, 예를 들어 위조통화나 마약, 음란물 등을 몰수하는 경우이며, 둘째는 관세법 등 재정정책을 집행하기 위하여 제정된 ‘법령상의 몰수’(statutory forfeiture)로써, 예컨대 밀수에 사용된 운송수단이나 관세미납의 주류, 담배 등 행정집행과 관련된 몰수를 의미한다. 이들은 다시 ‘형사적’(criminal)으로 처리되는지 또는 ‘민사적’(civil)으로 처리되는지에 따라 형사몰수(criminal forfeiture), 민사몰수(civil forfeiture), 형사 범죄수익몰수(criminal confiscation), 민사 범죄수익 몰수(civil confiscation) 등으로 나누어진다. 영국에서 몰수(forfeiture)의 개념은 대부분 유죄판결이 필요한 형사몰수(criminal) 개념이고, 예외적으로 ‘마약밀매와 관련된 현금몰수’(cash forfeiture)만이 민사몰수(civil forfeiture) 개념에 해당한다. 하지만 ‘범죄수익규제법’에서는 민사몰수(civil forfeiture)

와 민사 범죄수익몰수(civil confiscation)의 개념을 통일하여 민사환수(civil recovery)라는 용어를 사용하고 있다.<sup>61)</sup>

미국의 자산몰수법제는 형사몰수(criminal forfeiture), 민사몰수(civil forfeiture), 행정몰수(administrative forfeiture)라는 세 가지 유형으로 분류<sup>62)</sup>하고 있다. 형사몰수는 사람을 대상으로 하고, 민사몰수는 사물을 대상으로 하는 소송이라는 점에서 차이가 있다. 형사몰수와 민사몰수는 각각 사람과 사물을 대상으로 하여 모두 소송을 제기한다는 점에서 소송을 제기하지 않고 행정적 절차로 진행되는 행정몰수와는 본질적으로 구별된다.<sup>63)</sup> 특히 동물의 압수와 관련해서는 소송이라는 사법적 수단으로 진행되는 민사몰수가 특징적이며, 여기에 대한 논의<sup>64)</sup>도 활발하게 전개되고 있다.

## 1. 형사몰수

형사몰수는 재산 자체에 대해 진행되는 것이 아니라 특정 형사피고인을 상대로 진행되며 해당 피고인에 대한 형사처벌의 일부로 간주된다. 형사몰수는 재산에 대한 소송이 아니라 ‘사람’에 대하여 제기되는 대인소송(in personam)이므로 유죄판결을 받은 사람에게만 부과된다. 정부는 형사기소에 몰수 혐의를 포함시켜 형사몰수 절차를 시작한다. 정부는 재판에서 또는 유죄 인정을 통해 피고인의 범죄에 대해 유죄임을 입증한다. 형사몰수는 사람에게 대한 형벌의 일종으로 간주되므로 생존한 사람에게 대한 유죄판결

61) 김학경, “영국의 범죄수익 민사환수제도에 관한 연구: 범죄수익규제법 중심으로”, 『경찰학연구』 제14권 제3호, 2014. 9, 127면.

62) Rebecca Hausner(fn 8), p. 1922.

63) 박성진(주 45), 319면.

64) Rebecca J. Huss, “Ensuring effective tools for a challenging task: Amending the Animal Welfare Act’s animal fighting venture civil asset forfeiture provision”, 78 U. Pitt. L. Rev. 399, 2017, p. 408.

이 필요하고, 더불어 그 소지자 또는 보관자에 대한 범죄혐의가 ‘합리적인 의심이 없을 정도로’(beyond reasonable doubt) 증명되거나 또는 자유심증주의에 의한 법관의 ‘내적확신’(intimate conviction)이 요구된다.<sup>65)</sup> 형사법은 형벌의 일부로서 몰수 가능성을 승인하고 있으므로 피고인이 범죄로 유죄판결을 받지 않은 이상 그와 관계된 물건은 형사몰수 대상이 되지 않는다.<sup>66)</sup>

미국에서는 민사몰수와 형사몰수가 서로 배타적인 구제책이 아니다. 정부는 동일한 재산에 대해 별도의 소송을 제기할 수 있다. 정부가 소송 중 하나에서 패하더라도 해당 재산에 대한 소유권을 얻으려는 노력이 배제되지 않고 다른 몰수방법이 가능하다. 형사몰수는 정부가 한 번의 절차로 자산몰수와 유죄판결을 처리할 수 있기 때문에 더욱 효율적일 수 있으며, 정부가 민사적 구제를 통해 범죄를 처벌할 수 없기 때문에 형사몰수는 더욱 합법적인 것처럼 보일 수 있다는 장점이 있다.<sup>67)</sup> 형사몰수의 가장 큰 단점은 자산을 획득하기 전에 형사상 유죄판결을 받아야 한다는 점이다. 또한 피고인이 재판을 받기로 결정되면 정부는 유죄여부에 대한 사건과 자산몰수 사건이라는 두 가지 사건을 함께 진행해야 할 수도 있다.<sup>68)</sup>

## 2. 행정몰수와 사법몰수

### 가. 사법몰수와 비사법적 몰수

미국은 형사몰수제도가 생기기 이전부터 민사몰수(civil forfeiture) 제도

---

65) 김학경(주 61), 122면.

66) Catherine E. McCaw, “Asset forfeiture as a form of punishment: A case for integrating asset forfeiture into criminal sentencing”, 38 Am. J. Crim. L. 181, 2011, p. 193.

67) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 195.

68) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 196.

를 관습법에 의해 오래전부터 인정하였다. 그 후 통일적인 절차 마련 등을 위해 민사재산몰수개혁법(Civil Asset Forfeiture Reform Act, ‘CAFRA’)이라는 민사몰수에 관한 통합법을 2000년 8월 23일에 제정하였다.<sup>69)</sup> 형사몰수의 결함을 극복하기 위하여, 2000년대 초부터 유죄판결에 기초로 하지 않는, ‘물건’에 대한 대물몰수(in rem)인 민사몰수제도가 국제사회에서 관심을 끌기 시작한다. 2003년 UN부패방지협약(UNCAC: United Nations Convention Against Corruption) 제54조 제1항 C호에서 “사망, 도주 또는 부재를 이유로 기소될 수 없거나 그 밖의 다른 적절한 경우 유죄판결 없이도 관련 재산을 몰수할 수 있는 방안의 도입을 고려해야 한다.”라고 규정함으로써, 국제협약 최초로 민사몰수제도의 도입을 명문화하고 있다.<sup>70)</sup>

미국에서 물건이나 재산에 대한 대물몰수는 물건을 압수함으로써 몰수 절차가 진행된다. 대물몰수는 물건 압수 후 행정몰수와 사법몰수로 민사몰수 절차가 진행된다. 행정몰수는 사법적 절차를 거치지 않는 몰수이며, 민사몰수는 검사가 특정한 범죄와 일정한 관계가 있는 물건(수익을 포함한다) 자체에 대하여 민사소송절차에 따라 물건에 대한 소(in rem action)를 제기하여 그 물건을 몰수하는 것을 말한다.<sup>71)</sup>

## 나. 행정몰수

행정몰수는 대부분의 민사몰수소송에서 첫 번째 단계 절차이며, 개인 재산에 대해서만 가능하다.<sup>72)</sup> 연방 법률과 규정이 제공하는 수단을 통해 진행되는 연방몰수의 대부분은 본질적으로 행정적이다. 행정몰수라는 용어는

---

69) 신도욱(주 5), 136면.

70) 김학경(주 61), 122면.

71) 이승섭, “범죄수익환수법안과 민사몰수제도에 관한 몇 가지 검토”, 『법학연구』 제26권 제1호, 2015. 4, 246면.

72) Caleb Nelson(fn 4), p. 2449.



재산이 법적으로 몰수 가능하다고 믿을만한 상당한 근거가 있는 경우 사법 절차를 통하지 않고 연방 법집행기관이 재산을 몰수할 수 있는 절차를 의미한다. 이는 법령에서 권한을 부여받은 연방 수사기관이 범죄수익과 관련하여 사용되었거나 수익이었던 자산을 압수하는 경우를 의미한다.<sup>73)</sup> 행정 몰수는 사법적 절차를 거치지 않는다는 점에서 형사몰수 및 민사몰수와는 구별되며, 법원이 아닌 재산을 압수한 법집행기관이 처리하기 때문에 비사법적 몰수로 간주된다.<sup>74)</sup> 연방수사국(Federal Bureau of Investigation, FBI) 및 마약단속국(Drug Enforcement Administration, DEA)과 같은 법집행기관은 법원의 도움 없이 스스로 재산 몰수를 추구한다.

미국 법무부(Department of Justice, DOJ)는 재산을 압수한 후 재산에 대한 소유권을 주장할 수 있는 당사자에게 몰수 의사 통지를 보낸다. 몰수 사건이 행정적으로 시작되는 경우, 해당 재산에 대해 알려진 모든 잠재적 청구인에게 행정몰수 통지를 발송해야 하며, 신문을 통해 전 세계에 통지해야 한다.<sup>75)</sup> 정부는 일반적으로 재산 압수 후 60일 이내에 통지를 제공해야 한다.<sup>76)</sup> 이 때 통지는 “압수된 재산에 대해 이해관계가 있는 당사자에게 행정적으로 물건을 몰수하려는 의도를 통지”한다. 이는 소유자 또는 이해당사자에게 몰수에 대하여 이의를 제기하고 해당 기관이 민사상 손해배상소송을 시작하도록 강제할 수 있는 기회를 제공하기 위한 것이다. 이 경우 청구인은 몰수에 대하여 이의를 제기하여 이를 다투거나 재산몰수의 면제를 청원할 권리를 가지게 된다. 면제 청원은 본질적으로 재산을 몰수할 기관의 권리에 이의를 제기하지 않고 관용을 요청하는 것이다. 법집행기관은 면제 청원을 승인하거나 몰수를 완화할 재량권을 갖고 있다.<sup>77)</sup> 일단 재

73) Steven A. Morley(fn 6), p. 201.

74) Rebecca Hausner(fn 8), p. 1923.

75) Steven A. Morley(fn 6), p. 201.

76) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 189.

77) Steven A. Morley(fn 6), p. 201.

산이 행정적으로 몰수되면 소유자는 몰수에 대해 이의를 제기할 수 있는데, 법집행기관은 몰수결정에 대한 사법적 검토 권한은 없기 때문에 청구가 접수되면 기관은 재산이 압수된 지역의 사법처리를 위해 전체 몰수 사건을 미국 검찰청(United States Attorney's Office, USAO)에 회부해야 한다.<sup>78)</sup>

법집행기관이 적시에 청구나 청원을 접수하지 못하거나 절차에 대해 적시에 청구를 제출하는 사람이 없다면 재산에 대한 행정적 몰수가 선언된다. 법집행기관은 행정몰수 절차를 통해 법원의 사법적 개입 없이 재산을 몰수할 수 있다. 행정몰수의 목적은 다툼이 없는 재산에 대하여 몰수 절차를 효율적으로 처리하는 것이다. 행정몰수 선언 이후 30일이 지나면 재산에 대한 소유권은 정부에 이전되며, 정부는 몰수재산에 대한 명확한 소유권을 얻는다. 사법부와의 접촉 없이 몇 주 내에 재산을 처분할 수 있으며,<sup>79)</sup> 재산은 경매를 통해 청산되고 판매로 인한 수익금은 해당 기관에 지정된 적절한 기금에 예치된다.<sup>80)</sup>

청구인이 행정몰수에 이의를 제기하는 경우 해당 문제는 연방 법원에서 판결되는 민사몰수소송의 대상이 된다. 민사몰수는 행정몰수에 대한 개인의 이의제기 이후 또는 정부가 재산에 대해 별도의 민사소송을 제기할 때 발생한다. 이 때 당사자는 적절한 통지를 받지 못했다고 주장할 수 있지만 무고한 소유자였다고 주장할 수는 없다.<sup>81)</sup>

정부는 대부분의 경우 행정몰수에 의존할 수 있다. 행정몰수의 대상이 되는 재산 유형에는 제한이 있다. 정부는 재산 가치가 \$500,000 미만인 경우, 재산이 미국으로 합법적으로 수입될 수 없는 경우, 재산이 규제 약물

---

78) Steven A. Morley(fn 6), p. 201.

79) Rebecca Hausner(fn 8), p. 1923.

80) Steven A. Morley(fn 6), p. 201.

81) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 189.

운송에 사용된 경우 또는 재산이 화폐 수단인 경우 행정 몰수를 사용할 수 있다. 재산이 위 범주 중 하나에 속하더라도 부동산에 대한 소유권을 얻기 위해 행정몰수를 사용할 수 없다. 몰수 조치의 약 80%는 다툼이 없다. 다툼이 없는 몰수 조치의 비율을 정확하게 결정하는 것은 어렵지만 마약 사건의 몰수 중 약 80%는 다툼이 없는 것으로 보고된다.<sup>82)</sup> 몰수 절차에 다툼이 없어 행정몰수로 선언되면 그것은 사법명령과 동일한 효과로 인정된다.

정부가 행정적 몰수를 선호하는 이유는 분명하다. 법무부는 행정몰수의 ‘속도와 효율성’이 향상되므로 가능할 때마다 기관에 행정몰수를 권고한다. 어떤 경우에는 당사자들이 몰수에 이의를 제기하지 않는다. 몰수에 대해 이의를 제기하게 되면 불법 활동에 연루되었다는 사실을 인정하게 되는 경우가 있기 때문이다. 또한 몰수에 이의를 제기하는 비용이 해당 재산의 가치를 초과하는 경우에도 이의를 제기하지 않는다. 행정몰수는 소유자가 몰수에 이의를 제기하지 않는 경우 정부가 재산에 대한 소유권을 효율적으로 획득하는 것을 가능하게 하며<sup>83)</sup>, 권석 판결과 유사한 절차를 통해 법원의 개입 없이 재산에 대한 소유권을 획득한다.<sup>84)</sup> 만약 정부의 행정몰수에 대해 청구인이 이의를 제기하는 경우 몰수는 사법몰수로 전환되어 판사 앞에서 그 절차가 진행된다. 정부가 행정몰수를 통해 얻으려고 시도한 재산에 대해 청구인의 이의 청구가 있는 경우에는 법무부 변호사가 그 역할을 수행하게 되며, 변호사는 90일 이내에 사법몰수를 시작하거나 해당 재산을 원고인 청구인에 반환해야 한다.<sup>85)</sup>

---

82) Rebecca J. Huss(fn 64), p. 410.

83) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 212.

84) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 189.

85) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 190.

### 3. 민사몰수

민사재산몰수(Civil asset forfeiture)는 사람이 아닌 재산에 대한 것이다.<sup>86)</sup> 법원은 민사몰수소송에서 해당 재산에 이해관계를 가진 사람 모두를 참여시켜 그 재산에 관한 모든 이슈를 한 번에 종결할 수 있다. 이 때 정부는 원고(plaintiff), 재산은 피고(defendant), 이해관계를 주장하는 사람은 청구인(claimant)의 지위를 갖고 참여하게 된다. 민사몰수는 테러리스트나 해외도피자 등 미국 영역 외에 있는 범죄자의 재산과 같이 형사몰수의 효력이 미칠 수 없는 재산도 몰수할 수 있도록 기능한다. 특히 사망자 또는 피고인이 불특정 된 경우 등에도 재산회복을 허용한다는 점에서 그 특색이 있다.<sup>87)</sup>

민사몰수는 정부가 보유한 가장 강력한 법 집행 도구 중 하나이며, 범죄에 연루된 것으로 의심되는 재산을 정부가 압수하는 민사소송이다. 민사몰수를 통해 주와 연방 정부는 매년 수십억 달러의 재산을 압류한다.<sup>88)</sup> 민사재산몰수는 의심할 여지없이 연방과 주의 수익성을 높였으며, 법집행기관은 재산 몰수를 통해 압수한 재산을 보관하는 경우가 많기 때문에 몰수를 추구하려는 강한 동기를 가지고 있다.<sup>89)</sup> 형사몰수와는 달리 민사몰수 절차를 시작하기 전에 범죄로 기소되거나 유죄판결을 받을 필요가 없다<sup>90)</sup>는 점에서도 법집행기관에게는 매력적인 법집행도구로 인식된다.

---

86) Rachel Jones, “Excessively unconstitutional: Civil asset forfeiture and the excessive fines clause in Virginia”, 25 Wm. & Mary Bill Rts. J. 1393, 2017, p. 1413.

87) 박성진(주 45), 321면.

88) Christine A. Budasoff, “Modern civil forfeiture is unconstitutional”, 23 Tex. Rev. L. & Pol. 467, 2019, p. 468.

89) Elizabeth Weaver, “Money doesn’t grow on trees: Civil asset forfeiture reform is a necessary precursor to police reform”, 87 Mo. L. Rev. 343, 2022, p. 347.

90) Andrea M. Jakkola, “Civil forfeiture reform: The challenge for congress to preserve its legitimacy while preventing its abuse”, 23 J. Legis. 93 Journal of Legislation 1997, p. 95.

민사몰수 조치는 최근에 그 사용이 크게 증가하였다. 민사몰수는 이미 미국에서는 오랜 법적인 역사를 가지고 있다. 미국 몰수법의 기원은 17세기 영국 해상법으로 거슬러 올라간다. 영국 해상법은 법 위반 시 선박과 화물에 대한 압류 및 몰수로 처벌할 수 있도록 허용하였다. 이 법을 차용하여 1789년에 미국 의회는 관세법 위반과 관련된 선박이나 화물의 몰수를 승인하기 위해 연방 몰수법령을 만들었다.<sup>91)</sup> 이후 1970년대와 1980년대 의회와 주 의회는 초기에는 마약과의 전쟁에서 민사 및 행정몰수를 점점 더 중요한 법 집행 도구로 만들었으며, 점차 다른 분야로 확대하였다.<sup>92)</sup> 1978년에는 의회가 정부에게 마약범죄 수익금을 몰수할 수 있는 권한을 부여하기 위해 연방 마약몰수법을 다시 개정하였다. 이후 1984년에는 의회가 ‘약물남용 방지 및 통제법’(Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act) 개정의 일환으로 마약범죄를 조장하는 데 사용되는 재산(단순한 수익금이 아닌)을 몰수할 수 있는 권한을 정부에 부여하면서 민사몰수법이 크게 변경되었다.<sup>93)</sup> 정부의 몰수 권한과 민사몰수 사건의 수는 두 차례의 법률 변경으로 인해 크게 증가하였다.<sup>94)</sup> 이러한 경향에 비판적 시각을 가진 입장에서는 1990년대에 자신의 재산이 잘못 이용됨으로써 곤경에 빠지게 되는 책임이 없는 무고한 소유자가 발생할 수 있다는 점에 대하여 우려를 제기했다. 그러면서 경찰서나 기타 집행기관이 민사몰수의 방법을 통해 자금을 조달하거나 또는 잘못된 재산을 몰수하는 것을 방지하고, 남용적인 재산 몰수의 위험성으로부터 절차적 보호를 위한 제도적 장치의 필요성이 대두되었다.<sup>95)</sup> 의회는 민사재산몰수개혁법(Civil Asset Forfeiture

91) Rishi Batra, “Resolving civil forfeiture disputes”, 66 U. Kan. L. Rev. 399, 2017, p. 404.

92) Caleb Nelson(fn 4), p. 2450.

93) Rishi Batra(fn 91), p. 405.

94) Caleb Nelson(fn 4), p. 2450.

95) Caleb Nelson(fn 4), p. 2450.

Reform Act of 2000, CAFRA)의 제정을 통해 이러한 비판을 수용하였다. 이 법률은 1980년대와 1990년대의 광범위한 법 집행 남용과 연방대법원 판결에 대응하여 통과되었다. 초당적 개혁이라 일컬어지는 민사몰수법제의 개혁으로 연방의 민사몰수 권한은 다소 축소되었다. 일부 주에서는 민사 재산 몰수를 완전히 폐지했으며, 다른 주에서는 민사재산몰수 조치에 앞서 형사유죄판결을 요구하기도 하였다. 다른 주에서는 민사재산몰수소송에 있어서 증거의 우세라는 기준보다는 명확하고 설득력 있는 증거라는 더 높은 기준을 채택함으로써 입증책임을 높였다.<sup>96)</sup> 민사재산몰수개혁법은 정부가 통지를 제공하고 몰수 조치를 신청할 수 있는 시간의 제한, 무고한 소유자에 대한 변호, 부동산 소유자에 대한 보호 등의 조치를 강화하였다. 민사재산몰수개혁법은 또한 청구인이 아니라 정부로 하여금 재산이 범죄와 관련되어 있음을 증명하도록 요구한다.<sup>97)</sup> 민사몰수제도가 남용되는 다양한 현상을 해결하기 위하여 민사재산몰수개혁법은 다양한 입법적 시도를 하였으나, 그럼에도 불구하고 민사재산의 몰수는 여전히 존재한다.<sup>98)</sup>

민사몰수는 다양한 목적을 위해 설계되었다. 우선 민사몰수는 처벌과 교정 목적을 달성한다.<sup>99)</sup> 민사몰수는 불법행위에 사용되거나 불법행위를 통해 취득한 재산을 범죄자로부터 박탈하여 범죄행위를 저지하고, 처벌하기 위해 존재한다.<sup>100)</sup> 연방대법원은 *Austin v. United States* 사건<sup>101)</sup>에서 민사몰수가 처벌의 한 형태임을 인정하였다. 재산이 소유자에게 반환되는 경우

---

96) Erik Luna, “The perils of civil asset forfeiture”, 43 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 23, 2020, p. 29.

97) Rishi Batra(fn 91), p. 405.

98) Rachel Jones(fn 86), p. 1400.

99) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 196.

100) Elizabeth Weaver(fn 89), p. 346.

101) *Austin v. United States*, 509 U.S. 602(1993).

에도 “몰수는 적어도 부분적으로는 소유자를 처벌하는 역할을 한다.”<sup>102)</sup>는 것이다. 재산에 대한 몰수는 그것이 형사몰수이든 민사몰수이든 그것의 형태와 상관없이 대체로 별개의 처벌 형태로 기능한다.<sup>103)</sup> 민사몰수는 범죄자에게 개인적으로 관계를 맺어 온 재산을 포기하도록 강제하면서, 부자와 가난한 사람을 유사하게 대우하는 방식으로 처벌한다. 또한 민사몰수는 범죄자뿐만 아니라 일반 국민에게도 그들의 행동이 금지되어 있다는 사실을 전달한다. 이처럼 민사몰수는 처벌의 형태를 띠면서도 범죄자가 받는 형벌에는 포함되지 않는다.<sup>104)</sup>

민사몰수는 범죄예방에도 기여한다. 금전적 처벌의 형태를 띠는 민사몰수는 범죄의 수익성을 떨어뜨려 범죄를 예방하는 기능을 한다. 이론적으로 몰수는 범죄 활동에 참여하는 개인의 자분을 제거하여 범죄를 저지한다고 볼 수 있다. 그러나 실제로는 증가된 몰수 자금이 범죄와의 싸움에 의미 있는 영향을 미치지 않으며, 오히려 재산의 몰수가 경찰과 대중 간의 관계를 왜곡시킨다는 비판이 제기된다. 법집행기관으로 하여금 공공의 안전을 보장하기보다 민사몰수를 통해 기관 스스로의 이익을 극대화하는 행동에 참여하도록 장려한다는 것이다.<sup>105)</sup> 민사몰수의 범죄예방 기능에 대한 비판적 의견에도 불구하고 여전히 민사몰수는 범죄억제력을 가진다고 평가된다. 범죄를 저지르는 이유가 되는 금전적 이득을 빼앗길 수도 있다는 사실은 범죄자로 하여금 범죄를 저지를 동기나 의향을 줄일 수 있다는 것이다.<sup>106)</sup> 어떤 사람들에게는 징역형으로 인한 투옥의 위협이 충분한 범죄억

102) Christine A. Budasoff(fn 88), p. 485. 미국 연방대법원은 재산(property)에 대한 몰수는 “형벌(punishment)”임에 의문이 없다고 판시하고 있다. U.S. v. Gorshki, 47 M.J. 370, 373 (1997); U.S. v. Collova, 47 M.J. 829, 830(1998).

103) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 203.

104) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 203.

105) Elizabeth Weaver(fn 89), p. 347.

106) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 197.

제력으로 작용할 수 있지만, 다른 사람들에게는 사업을 수행하는 데 드는 비용보다는 오히려 투옥 기간이 위협을 감수할 가치가 더 있다고 생각할 수도 있다. 민사몰수는 특별하게 고통스러운 방식으로 재정적 불이익을 주기 때문에 오히려 보다 효과적인 가능성이 크다는 주장도 있다. 라딘(Margaret Jane Radin)의 주장과 같이, 사람들은 대체 자산이 아닌 특정한 자산에 특별한 애착을 가지고 있다. 사람들은 개인적 관계 등을 이유로 집의 객관적 가치를 잃는 것보다 집 그 자체를 잃는 것을 더 고통스럽게 느낄 수 있다. 민사몰수에서는 범죄자에게 단순히 현금이나 은행계좌가 아닌 자동차, 부동산 등 개인적 관계가 있는 재산을 빼앗는 경우가 많기 때문이다. 또한 민사재산의 몰수는 범죄자가 자신의 재산 중 어느 재산을 포기할지 선택할 수 있는 기회를 박탈한다.<sup>107)</sup> 정부가 벌금을 부과한다면 범죄자는 돈을 모으기 위해 무엇을 팔 것인지 선택할 수 있으나, 민사몰수 사건에서는 정부가 특정 재산을 대상으로 하기 때문에 범죄자는 더 이상 이러한 선택권을 갖지 못한다.<sup>108)</sup> 개인 재산이 가지는 상징성과 그에 대한 처벌에 어떻게 반응하는가는 사람에 따라 동일하다고 일률적으로 말할 수 없으며 재산몰수는 널리 알려진 처벌이 아니기 때문에 대중이 어떻게 생각하는지 판단하기 어렵다. 범죄자가 개인의 특정한 재산을 포기하는 것이 더 불행할 것처럼 느끼고 따라서 이러한 처벌을 더 고통스럽다고 느끼기 때문에 재산의 몰수보다는 징역형으로 대체하는 것이 더 적합하다고 인식할 가능성이 높다는 것을 예측하는 것은 충분히 가능하다.<sup>109)</sup> 민사몰수에는 대중이 이를 적어도 징역형의 일부에 대한 유효한 대체 수단으로 간주할 것이라는 점을 시사하는 많은 특징이 있다. 그리고 재산의 몰수는 범죄자에게 개인적인 관계가 있는 재산을 포기하도록 강제함으로써 별개의 처벌 형

---

107) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 197.

108) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 198.

109) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 198.



태를 유지하기 때문에 법집행기관이 민사몰수와 징역형을 함께 사용하면 보다 더 강한 범죄억제력을 가질 수 있다고 주장되기도 한다.<sup>110)</sup>

민사몰수에 대한 두 번째 정당성은 재산의 몰수를 통해 정부에 필요한 세입을 제공한다는 것이다. 민사몰수는 정부가 압류한 재산 가치의 대부분을 국가의 재산으로 귀속시키기 때문에 국가수익을 창출한다. 이론적으로 범죄자에게서 빼앗은 재산은 법을 준수하는 시민의 이익을 위해 법의 지배 원리를 촉진하는 역할을 한다.<sup>111)</sup> 분명한 것은 민사몰수는 정부의 비용이 발생하도록 하는 것이 아니라 정부를 위한 자금을 조달한다는 것이며, 이는 징역형에 비해 실질적인 이점을 가진다.<sup>112)</sup> 징역형은 범죄자를 우리들이 확보하는 거리에 두지 않음으로써 그들을 무력화시키지만, 민사몰수는 범죄자가 감옥을 떠난 후에도 여전히 그들을 무력화시킬 수 있다. 불법적인 사업도 그것을 운영하려면 자본이 필요하다. 정부가 마약 운반차의 차량을 압수하는 것은 단순히 개인적인 의미가 있는 재산을 압수하는 것이 아니라 그 범죄를 저지르는 수단마저도 빼앗아 가는 것이다. 민사몰수의 이러한 특성은 징역형의 일부를 대체할 수 있는 매력적인 대안이 된다.<sup>113)</sup>

민사몰수의 정당성은 역사성에서도 찾는다. 미국의 민사몰수는 영국 관습법에서 비롯되었으며 오랜 기간 동안 다양한 형태로 시행되어 왔다. 민사몰수는 헌법 비준 이전부터 또는 그 이후에도 계속 존재해 왔고 지금도 헌법에 수용되고 있다.<sup>114)</sup>

민사몰수의 오랜 역사에도 불구하고 여전히 그것의 남용가능성은 널리 알려진 사실이다. 불법 마약 산업과의 싸움에서 민사몰수의 가능성이 명백해짐에 따라 남용의 가능성도 분명해졌다. 일부 극단적인 반대론들은 민사

110) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 197.

111) Christine A. Budasoff(fn 88), p. 469.

112) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 198.

113) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 198.

114) Christine A. Budasoff(fn 88), p. 468.

몰수가 보상 없이, 소유자에 대한 형사유죄판결 없이, 그리고 적절한 헌법상의 보호 없이 재산을 위헌적으로 취득하는 것이라고 보아 폐지되어야 한다고 주장한다.<sup>115)</sup> 그러나 미국 사법부는 민사몰수를 오랫동안 합헌인 것으로 수용해왔다. 미국 수정헌법은 적법한 절차 없이 개인의 재산을 취득할 수 없다고 규정하고 있지만, 민사몰수에서 재산 소유자에게 제공되어야 하는 절차적 적법절차보호의 내용을 명확하게 정의하지 않고 있으므로 법원은 소유자에게 통지나 의견청취절차를 제공하지 않고 부동산을 압류하는 것이 허용된다고 판결하였다. 재산 압수 후 소유주에게 몰수에 대해 이의를 제기할 수 있는 적절한 기회를 제공하였다는 때문에 적법절차조항을 위반하지 않았다는 것이 그 이유이다. 따라서 집과 사무실은 사전 예고나 의견청취절차 없이 압류될 수 있으며 압수 후 몰수까지 재산을 박탈당할 수 있다.<sup>116)</sup>

법령과 판례에 의해 민사몰수가 인정되고 있음에도 불구하고 민사몰수 반대론자들은 여전히 민사몰수를 위헌으로 간주한다. 반대론자들은 민사몰수가 적법절차조항에도 위배되는 것으로 본다. 정부의 재산 박탈로부터 개인을 보호하고 있는 적법절차조항에도 불구하고 민사몰수가 합헌적이라는 주장은 목적과 수단을 혼동한다는 것이다. 정부 자금 조달이 필요하기 때문에 적법절차조항이 민사몰수에 장애물이 되어서는 안 된다는 주장은 헌법을 뒤집는 것이며, 목적이 수단을 정당화시킬 수는 없다는 것이다.<sup>117)</sup> 민사몰수의 명백한 이점에도 불구하고 반대론자들은 이러한 재정적 차별에 대하여 여전히 저항하고 있다. 이들은 재정적 차별과 관련하여 두 가지 문제를 제기한다.<sup>118)</sup> 우선 민사몰수와 같은 재정적 차별은 재산이 다른 개인

---

115) Andrea M. Jakkola(fn 90), p. 97.

116) Andrea M. Jakkola(fn 90), p. 98.

117) Christine A. Budasoff(fn 88), p. 469.

118) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 198.

에게는 다르게 영향을 미친다고 주장한다. 평균 재산을 가진 사람을 저지할 수 있을 정도의 재정적 처벌은 부유한 사람에게는 사소해 보일 수 있다. 그러나 부유한 사람에게는 고통스러울 정도가 아닌 재정적 처벌의 인상이 가난한 사람에게는 부당하게 부담스러울 수도 있다는 것이다. 개별적인 지불 능력에 따라 재정적 처벌이 부과되어야 이러한 문제를 해결할 수 있지만 법의 지배는 개인의 특성에 관계없이 모든 사람을 동등하게 대우할 것을 요구하기 때문에 이러한 접근 방식은 매력적이지 않다는 것이다.<sup>119)</sup> 재정적 처벌과 관련된 두 번째 어려움으로 민사몰수는 범죄자에게 특정 활동이 금지되어 있다는 사실을 전달하지 못할 수도 있다는 사실이다. 금지되어야 할 특정한 행위태양을 전달하기보다는 오히려 해당 활동에 일정 금액의 비용이 든다는 점만 전달할 수 있다는 것이다. 재정적 처벌은 메시지의 전달내용이 불분명하며, 일부 범죄자가 기꺼이 지불할 의사가 있는 정도까지만 메시지를 보낼 수 있다는 지적이다. 로버트 쿠퍼(Robert Cooter)는 이 두 가지 재정적 처벌의 차이점을 편의를 위한 재산몰수와 제재의 차이로 설명한다.<sup>120)</sup> 제재는 모든 행위자가 법적 기준을 준수할 만큼 충분한 높은 비용을 부과함으로써 금지 사항을 전달한다. 편의 재산의 몰수는 수익금의 몰수와 동일한 대칭성을 갖지 않는다. 범죄자가 잃을 수 있는 금전적 가치가 저지른 범죄의 액수와 밀접한 관련성을 갖지 않는다. 예를 들어, 오래된 구형 차량으로 마약을 운반한 경우와 고가의 차량을 몰고 동일한 범죄를 저지른 경우 편의를 위한 재산의 몰수는 잠재적으로 유사한 상황에 있는 형사피고인 사이의 불균형을 초래할 수도 있다. 두 명의 범죄자가 한 명의 자동차에서 동일한 범죄를 저지르면 소유자는 다른 범죄자보다 더 무거운 처벌을 받게 된다. 두 사람 모두 징역형을 받게 되지만 소유자는 자동차를 잃게 되기 때문이다. 이러한 차이로 인해 편의를 위한 재산의 몰수

119) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 199.

120) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 199.

는 부당한 처벌이므로 없어져야 한다는 주장이다.<sup>121)</sup>

물론 민사몰수가 유사한 상황에 있는 범죄자들 사이에 불평등한 처벌을 초래할 수 있다는 것은 사실이다.<sup>122)</sup> 유사한 범죄를 저지르고 다른 처벌을 받는다는 점과 형사처벌의 한 형태인 재산몰수에 대해 거의 인식하지 못하는 경우도 있다는 점 등이다. 게다가 재산몰수는 형사피고인이 받는 형벌 전체에 통합되기보다는 징역형과 완전히 별도로 계산되는 것도 문제이다.<sup>123)</sup> 그렇지만 일반적으로 민사몰수의 문제점이나 남용은 개혁을 통해 적절하게 시정될 수 있다고 본다.<sup>124)</sup> 민사몰수를 지지하는 견해뿐만 아니라 민사몰수에 비판적 입장도 현행 몰수법제를 수정하고 개혁해야 할 필요성을 부인하지는 않는다. 그러한 우려 사항이 적절하게 해결되는 타협점에 도달하도록 하는 것은 물론 의회의 과제라고 할 수 있다.<sup>125)</sup>

민사몰수는 법집행기관이 범죄행위에 연루된 재산을 압류할 수 있는 절차 차이므로, 정부는 돈, 자동차 또는 집과 같은 개인의 재산 그 자체에 대하여 대물소송을 제기한다.<sup>126)</sup> 개념적으로 민사몰수가 가능한 재산에 대하여 몰수가 발동되는 상황은 세 가지 유형으로 구분할 수 있다. 첫째는 밀수품으로, 애초에 소유하는 것이 불법이기 때문에 압수할 수 있다. 이러한 유형의 몰수는 논란의 여지가 없다. 누구도 불법 약물, 불순물이 첨가된 음식, 음란물과 같은 자산에 대해 적법한 재산 이익을 주장할 수 없기 때문이다. 둘째, 범죄수익이다. 1970년 RICO(Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act)법의 통과를 시작으로 그 이후 제정된 여러 법령에서 범

---

121) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 200.

122) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 201.

123) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 204.

124) Andrea M. Jakkola(fn 90), p. 97.

125) Andrea M. Jakkola(fn 90), p. 108.

126) Christine A. Budasoff(fn 88), p. 469.

죄활동 수익금은 몰수되는 것으로 간주되었다.<sup>127)</sup> 셋째, 가장 문제가 되는 유형으로 범죄수단의 몰수이다. 역사적으로 이것은 선박 압류의 이론적 근거였다. 선박이 왕실에 대한 범죄를 저지르는 데 사용되었다면 압수될 수 있었다. 여기서 범죄수단 몰수의 정당성은 범죄억제의 측면에서는 어느 정도 설명할 수 있다. 예컨대, 범죄수단인 선박이 압수되면 더 이상 이를 목적으로 사용할 수 없기 때문에, 선박의 소유자는 자신의 재산을 다른 사람이 범죄수단으로 사용하지 않도록 주의를 주도하도록 하는 동기를 부여한다는 점에서 어느 정도 범죄의 억제력은 설명할 수 있다는 것이다. 그러나 범죄수단 몰수의 정당성은 밀수품이나 범죄수익의 몰수 정당성보다는 그 근거를 찾기가 쉽지 않다.

민사몰수는 정부가 몰수할 재산에 대해 소송을 제기하는 대물소송의 유형으로, 이를 사법몰수라고도 한다.<sup>128)</sup> 민사몰수는 재산 자체에 대하여 형사기소 없이 몰수소송을 제기할 수 있기 때문에 형사기소나 형사몰수가 불가능할 때 그 대안이 될 수도 있다. 형사유죄판결이 필요하지 않다는 점은 민사몰수소송의 가장 큰 실무적 장점이다.<sup>129)</sup> 범죄자가 도주하여 기소가 불가능하거나 중지된 경우, 범죄자가 이미 사망했거나 유죄판결 전에 사망했을 경우, 형이나 공소를 면제받을 때, 범죄자에게 유죄판결이 내려졌으나 입증부족 등을 이유로 몰수형이 선고되지 않았을 때, 범죄와 관련된 재산이 누구의 것인지 불확실할 때, 증거불충분 등으로 기소나 유죄판결이 불가능한 경우, 즉 기소가 불가능하거나 실효성이 없는 경우에도 민사몰수 절차를 통하여 범죄로 인한 재산 및 수익금을 몰수할 수 있다.<sup>130)</sup> 그 밖에도 정부는 재산 소유자가 저지른 범죄혐의가 너무 약해서 유죄판결을 받을

127) David Pimentel, "Civil asset forfeiture abuses: Can state legislation solve the problem?", 25 Geo. Mason L. Rev. 173, 2017, p. 176.

128) Rebecca J. Huss(fn 64), p. 412.

129) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 196.

130) 김학경(주 61), 126면.

수 없는 경우에도 그의 재산권을 박탈하기 위해 민사몰수를 추구할 수 있다. 연방 정부는 또한 주 법원에서 유죄 판결을 받은 피고인에 대해서는 민사몰수를 사용해야 한다. 연방 형사몰수에는 연방의 형사유죄판결이 필요하기 때문에 형사몰수를 사용할 수 없기 때문이다.<sup>131)</sup>

민사몰수소송의 가능성은 정부가 공평이 요구하는 대로 더 적은 처벌을 추구할 수 있도록 허용한다. 정부는 형사처벌이 너무 가혹하다고 판단되면 형사처벌 대신 민사몰수를 추진할 수도 있다. 예를 들어, 청소년이 자신의 휴대전화를 사용하여 미성년 동급생의 나체 사진 등 아동 음란물을 유포한 경우, 검사는 그에게 범죄혐의를 지우는 대신 휴대전화를 압수하도록 요구하여 그를 처벌할 수 있다.<sup>132)</sup> 동일한 범죄에 대하여 민사몰수 및 형사몰수를 모두 제기하는 것 역시 허용되며, 이것은 수정헌법 제5조 이중 위협 조항을 위반하는 것은 아니다.<sup>133)</sup> 대법원이 민사몰수는 이중 위협의 목적에 따른 징벌적 조치가 아니라고 판단했기 때문에 정부는 자유롭게 소송을 제기할 수 있다. 재산 소유자가 기소된 후에도 민사몰수소송을 제기할 수 있다.<sup>134)</sup>

민사몰수에서 정부는 해당 재산에 대해 잠재적인 법적 이해관계가 있는 모든 사람에 대해 별도의 민사 소송을 제기할 필요도 없다.<sup>135)</sup> 다만 정부의 관점에서 볼 때 민사몰수의 불리한 점은 재산을 범죄행위와 더 직접적으로 연관시켜야 한다는 점이다.<sup>136)</sup>

민사몰수의 출발점은 재산의 유죄이다. ‘재산에 유죄’가 있다는 것이라면, 소유자가 누구인지, 소유자가 유죄인지 여부는 중요하지 않다. 해당 재

---

131) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 196.

132) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 196.

133) Rishi Batra(fn 91), p. 407.

134) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 191.

135) Rebecca J. Huss(fn 64), p. 412.

136) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 196.

산이 범죄행위에서 유래했거나 범죄행위에 사용된 경우에는 몰수 대상이 된다. 몰수에 대한 재판은 두 단계로 진행된다. 민사몰수소송에서 정부는 몰수할 재산에 대하여 해당 재산이 범죄행위와 관련되어 오염되었기 때문에 몰수 대상이 된다고 주장해야 한다.<sup>137)</sup> 이 때 정부는 그 재산이 몰수 대상이라는 점을 압도적인 증거를 통해 입증해야 한다. 정부는 단지 소유자만이 아니라 재판 중인 재산이 범죄행위와 연관되어 있음을 입증해야 한다.<sup>138)</sup> 범죄사실 그 자체가 의심할 여지없이 증명되고 소유자가 유죄판결을 받은 사람이라 하더라도 그 자체로 재산의 몰수를 정당화할 수는 없기 때문에 국가는 해당 재산이 범죄 활동으로 인한 수익이거나 범죄 수행을 촉진하는 데 사용되었음을 입증해야 한다.<sup>139)</sup> 이 경우 몰수대상인 재산이 실제 품목인 경우에는 입증과정이 비교적 간단하지만, 금전과 같은 대체가 능한 재산인 경우에는 복잡할 수 있다. 예컨대, 정부가 \$100,000달러가 마약 거래로 얻은 수익임을 입증하려고 하는 경우, 마약상이 은행계좌에 마약 거래로 얻은 수익인 \$100,000과 합법적으로 벌어들인 또 다른 \$100,000을 가지고 있다면, 어떤 달러가 오염되었는지 추적하는 것은 어려울 수 있다.<sup>140)</sup> 몰수를 실행하는 데 필요한 입증 기준이 낮기 때문에 법집행기관이 소유자의 사유 재산권을 거의 고려하지 않고 재산을 쉽게 가져갈 수 있다. 민사몰수소송에서는 몰수 가능성이 소유자의 유죄가 아니라 재산의 유죄로 결정되고, 재산의 유죄 외에는 소유자가 누구인지 소유자가 유죄인지의 여부는 중요하지 않기 때문에 무고한 재산 소유자가 몰수 위협에 처해질 수 있다는 사실이 문제된다.<sup>141)</sup> 범죄로 유죄판결을 받은 사람이 반드시 압수된 재산의 소유자는 아닐 수 있기 때문이다. 연방대법원은 완전하고 명백

137) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 191.

138) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 191-192.

139) David Pimentel(fn 127), p. 201.

140) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 191-192.

141) David Pimentel(fn 127), p. 177.

히 무고한 당사자가 차량에 대한 재산적 이익을 보유하고 있음에도 불구하고 확실한 사실에 근거하여 차량몰수를 허용한다고 판결한 바 있다.<sup>142)</sup>

다음으로 정부가 재산이 몰수 대상이라고 믿을 수 있는 상당한 이유를 확인하면 재산의 결백 또는 소유자로서 그의 결백을 증명하기 위한 부담은 재산 소유자에게 이전된다.<sup>143)</sup> 정부가 해당 재산이 몰수 대상임을 확인한 후 청구인은 무고한 소유자의 항변을 주장하여 이익을 제기할 수 있다. ‘무고한 소유자’의 항변은 무고한 개인으로부터 재산을 압류하는 데 내재된 불평등을 처리하기 위해 고안되었다. 청구인은 여러 가지 방법으로 무고한 소유자로서의 소유권을 입증할 수 있다. 청구인은 우선 해당 재산이 불법적인 목적으로 사용되었다는 사실을 전혀 몰랐음을 보여줄 수 있다. 또한 청구인은 불법행위에 대해 알고 있었지만 해당 재산의 사용을 종료하기 위해 그 상황에서 합리적으로 기대할 수 있는 모든 조치를 취했음을 보여줄 수 있다.<sup>144)</sup> ‘완전히 무고한 소유자’에 대한 관심은 미국에서 계속해서 발전하고 있는 몰수 개혁 노력의 중요한 원동력이었다. 민사재산몰수개혁법(CAFRA)은 자신이 무고한 소유자였으며 몰수가 과도한 벌금에 해당한다는 점에 대하여 이익을 제기<sup>145)</sup>할 수 있도록 하는 ‘무고한 소유자’의 방어를 창설했지만, 대신 방어를 주장하는 소유자에게 무죄를 입증해야 하는 부담을 부과했다.<sup>146)</sup>

---

142) *Bennis v. Michigan*, 516 U.S. 442, 453 (1996); *J.W. Goldsmith, Jr.-Grant Co. v. United States*, 254 U.S. 505, 513 (1921).

143) Andrea M. Jakkola(fn 90), p. 105.

144) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 192.

145) Catherine E. McCaw(fn 66), p. 202.

146) David Pimentel(fn 127), p. 202.



## IV. 범죄수단 재산 몰수의 정당성

### 1. 민사몰수제도의 도입 가능성

대륙법계 국가에서 범죄수익 몰수는 형사몰수의 단일체계가 일반적이지만, 미국은 범죄수익에 대한 형사몰수뿐만 아니라 민사몰수와 행정몰수도 가능하다. 미국의 민사몰수제도를 도입하자는 논의에도 불구하고 그것이 우리나라에 도입될 수 없었던 것은 민사문제와 형사문제를 구분하는 우리의 법체계에 적합하지 않다는 것이 주요한 이유이다. 미국의 민사몰수제도는 우리 형사법 체제와 조화되지 않기 때문에 바로 도입하는 것은 적절하지 않다는 견해<sup>147)</sup>와 우리나라는 물건을 대상으로 하는 소송 개념이 없다는 점에서 미국의 민사몰수를 수용하는 것은 다소 무리가 있다<sup>148)</sup>는 견해 등이 제시된다. 그 보다 더 민사몰수의 도입에 소극적인 이유는 단지 재산이 범죄에 사용되거나 이용되었다는 이유로 개인의 사유재산권을 박탈하는 것이 헌법상 재산권보장의 관점에서 문제가 될 수 있기 때문에 위헌시비를 피하기 위한 신중론의 입장을 취하기 때문이다.

미국 연방대법원도 재산(property)에 대한 몰수는 형벌<sup>149)</sup>의 일종으로 보고 있으며, 민사몰수 역시 징벌적일 수 있기 때문에 헌법상의 보호가 수반되어야 한다는 입장이다. 연방대법원은 민사몰수절차도 권리장전의 보호로부터 격리되지 않는다고 보아,<sup>150)</sup> 수정헌법 제8조 과도한 벌금조항, 수정헌법 제5조와 제14조의 적법절차조항, 수정헌법 제5조 이중위험조항의 관계

147) 유지연/김기윤, “가상자산 범죄에 있어서 자산 동결 제도 도입 제안”, 『형사법의 신동향』 통권 제75호, 2022, 104면.

148) 박성진(주 45), 324면.

149) U.S. v. Gorshki, 47 M.J. 370, 373 (1997); U.S. v. Collova, 47 M.J. 829, 830 (1998).

150) Andrea M. Jakkola(fn 90), p. 101.

에서 위헌성을 검토한다. 연방대법원은 *Austin v. United State* 사건에서 민사몰수는 수정헌법 제8조의 과도한 벌금조항이 적용되기 때문에 수정헌법 제8조를 준수해야 된다고 판결하였다.<sup>151)</sup> 민사몰수도 몰수되는 재산적 가치가 지나치게 높아 그것이 징벌적인 성격을 갖거나 과도한 경우에는 허용되지 않는다는 헌법상의 한계를 가진다는 것이다.<sup>152)</sup> 따라서 정부가 재산에 대한 민사몰수를 진행하는 경우 몰수가 과도한지 여부를 판단할 때 범죄행위의 성격과 정도를 고려해야 한다.<sup>153)</sup> 적법절차조항의 위배여부와 관련해서는 몰수사실의 통지와 이의신청 등의 사후절차를 보장하고 있다면 민사몰수절차가 위헌은 아니라고 보고 있으며, 이중위험과의 관련성은 인정하고 있지 않다.<sup>154)</sup> 결국 우리 입장에서 미국 판례의 태도를 분석하면 민사몰수도 범죄와 형벌간의 균형이라는 비례의 원칙을 지킨다면 비록 그것이 사유재산권을 박탈하는 것이라고 하더라도 허용될 수 있다는 입장이다. 범죄의 수단인 재산이 제3자의 소유에 속한다고 하더라도 그가 무고한 소유자가 아닌 경우에는 제3자 소유의 재산권도 박탈이 가능하다는 것이다.

음주운전은 무고한 선의의 피해자를 양산하면서 그들과 그들 주변의 사

151) Andrea M. Jakkola(fn 90), p. 97-101.

152) Elizabeth Weaver(fn 89), p. 355. 인디애나주는 헤로인 운송혐의로 팀스(Timbs)를 체포하고 그의 차량(Land Rover)을 압수하면서 민사몰수 조치를 하였다. 팀이 형사 사건에서 유죄를 인정하자, 1심 법원은 몰수요구를 고려하여 팀스의 차량이 범죄행위를 용이하게 하는 데 사용되었지만 차량 가치가 형사유죄판결에 대해 팀스에게 부과될 수 있는 벌금보다 4배 이상 높기 때문에 몰수할 수 없다고 판결하였다. 법원은 팀스의 차량에 대한 몰수는 “팀스의 범죄의 중대성에 비해 매우 불균형적이며 따라서 수정헌법 제8조의 과도한 벌금 조항에 따라 위헌”이라고 언급하였고, 인디애나주 항소 법원은 1심 법원의 판결을 지지했지만 인디애나 대법원은 과도한 벌금 조항이 연방의 조치에만 적용되며 주의 조치에는 적용되지 않는다고 말하면서 이를 뒤집었다. 그 후 팀스 사건이 원심 법원에 환송되면서 2020년 5월 인디애나주 법 집행기관이 팀스의 차량을 그에게 반환하였으나, 압수 후 거의 7년이 지난 후였다.

153) Rachel Jones(fn 86), p. 1419.

154) 민사몰수와 적법절차 및 이중위험원칙과의 관계는 이 논문 III. 3.에서 설명하고 있다.

람들에게 결코 잊을 수 없는 상처를 입힌다. 우리나라와 미국뿐만 아니라 세계 각국에서는 음주운전과의 전쟁을 벌이고 있다. 미국 교통부는 연방 법률에서 모든 신차에 운전자의 음주 여부를 감지하는 고성능 알코올 감지 기술을 장착하도록 하는 규정을 제정할 것을 요구하고 있다. 고속도로안전 보험연구소(Insurance Institute for Highway Safety)에 따르면, 모든 차량에 알코올 감지 기술이 장착되면 매년 약 7,000명의 생명을 구할 수 있다고 한다.<sup>155)</sup>

우리 대검찰청과 경찰청이 음주운전에 대한 엄정대응논리에 기초하여 음주운전차량에 대한 압수와 몰수절차를 시행하겠다는 것도 음주운전의 피해가 매우 가혹함에도 불구하고 음주운전이 여전히 근절되지 않고 있는 현실에서 국민의 재산권에 대한 제한을 감수하고서라도 음주운전의 피해를 줄여보겠다는 교육정책의 결과일 수 있다. 다만 대검찰청과 경찰청의 대응은 형법상의 몰수에 부가해서 실시되는 것이므로 사법상의 한계로 인하여 그 효과를 담보하기는 쉽지 않은 상황이다. 사법적 한계로부터 우리가 직면한 이러한 현실적 상황이 바로 미국의 민사몰수의 도입필요성에 대한 조심스러운 접근이 요청되는 시점이다. 민사몰수의 도입은 음주운전차량의 몰수뿐만 아니라 그 밖의 범죄수단에 대한 몰수도 가능하다는 점에서 형사사법 시스템의 사각지대에 놓여 있는 범죄를 추적하여 처벌하고 범죄동기를 감소시켜 범죄를 예방할 수 있다는 장점을 가진다.

오늘날 범죄는 다양화해지고 지능화 된다. 범죄 피해가 대규모로 확산되거나, 범죄수익이 해외로 유출될 가능성이 커서 수사 초기 단계에서 법원의 최종판단을 기다릴 여유가 없는 사건들이 증가하고 있다. 매일 새롭게 등장하는 범죄에 적극적으로 대응해야 할 필요성도 점점 커지고 있다. 예컨대, 비트코인 등의 암호화폐, 스테이블 코인(Stable Coin), NFT(Non-Fungible

---

155) Mothers Against Drunk Driving, Key Legislation and Priority Laws([http://www.madd.org/pub\\_pol/rts20-00/LAWS.pdf](http://www.madd.org/pub_pol/rts20-00/LAWS.pdf)).

Token) 등 재산적 가치를 인정받는 가상자산이 국경의 제한 없이 빈번하게 거래가 이루어지면서 광범위한 영역에서 새로운 형태의 범죄피해가 발생하고 있다. 이러한 신종범죄로부터 발생하는 범죄피해의 확산을 방지하고 범죄수익을 차단하기 위해서는 압수나 몰수의 방법에 의해 가상자산을 동결할 필요성이 있다.<sup>156)</sup> 미국에서도 검찰이 바나나펀드(banana fund)라고 불리는 폰지 사기 조직에 동원된 전자 지갑을 압수한 후 대물민사소송을 청구한 사건이 있었다.<sup>157)</sup> 범죄수단으로 사용된 재산에 대한 민사몰수는 음주운전에 대한 강력한 대응수단으로서의 기대뿐만 아니라 형사사법의 사각지대에서 발생하는 다양한 범죄의 처벌과 예방을 위해서라도 그 도입을 신중하게 고민할 필요가 있다.

## 2. 재산의 몰수와 헌법상 비례원칙

우리 현행법체계에 민사몰수를 도입한다면 민·형사를 구분하는 형사사법시스템과의 조화 외에도 가장 우선적으로 검토되어야 하는 것은 그것의 헌법합치성 여부이다. 민사몰수는 범죄의 수단으로 사용된 재산권에 대한 제한을 의미하므로 제한의 정당성을 승인받는 것은 민사재산몰수제도 도입을 위한 전제조건이 된다.

헌법상 재산권에 대한 제한은 비례성원칙에 위반되지 않아야 한다. 행위자가 범한 범죄와 그에게 부과되는 형벌이 균형을 이루어야 한다는 원칙은 단순히 형법상의 죄형법정주의의 내용에 그치지 않고 헌법상 요청되는 원칙이라고 할 수 있다.<sup>158)</sup> 우리 헌법은 범죄와 형벌이 균형을 이루어야 한다는 취지의 ‘잔혹하고 비정상적인 형벌’을 금지하고 있는 미국 수정헌법

---

156) 유지연/김기윤(이하 147), 90면.

157) 유지연/김기윤(이하 147), 101면.

158) 이훈동, “죄형균형의 원칙에 관한 고찰”, 『외법논집』 제37권 제1호, 2013, 225면.

제8조와 같은 규정을 두지 있지 않으며, 비례원칙에 관한 독일형법 제62조와 같은 규정도 두고 있지 않다. 우리 헌법체계에서 범죄와 형벌의 균형원칙은 법치국가이념으로부터 도출된다. 헌법재판소는 “헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있으며, 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례 관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함”<sup>159)</sup>한다고 결정하였다. 실질적 법치국가의 이념은 범죄와 형벌 사이에 균형이 유지될 것을 요구하기 때문에 어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 데 대한 입법자의 입법형성권 역시 무제한한 것이 될 수는 없다. 입법자는 형벌의 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜지도록 해야 하는 의무를 가진다.<sup>160)</sup>

범죄와 형벌의 균형을 요구하는 헌법상 비례성원칙은 구체적 심사과정에서 적합성과 필요성의 요구를 충족할 것을 의미한다. ‘적합성’은 국가가 사용하는 수단이 목적에 비추어 목적을 달성하거나 최소한 목적달성의 촉진에 기여하는 것이야 한다는 의미이다. 적합한 수단이 되기 위해서는 목적을 실현에 조금이라도 도움이 되는 효과적인 수단이어야 하고, 일정한 목적의 실현을 가능한 한 최대로 실현하도록 요구한다는 점에서 ‘최대화 명령(imperative of maximization)’이라고도 한다.<sup>161)</sup> 우리 헌법재판소는 수단

159) 헌재 2020. 9. 24. 2018헌바171.

160) 헌재 2020. 9. 24. 2018헌바171.

161) 김은일, “형벌과 책임에서 헌법의 비례성 원칙이 가지는 의미”, 『고려법학』 제83호 2016. 12, 101면.

의 적합성 또는 방법의 적절성 심사를 한다. ‘필요성’은 적합성 심사를 통과한 수단이 목적을 달성하기 위해 필요한 정도에 비추어 가장 침해가 적은 것이어야 함을 의미한다. 따라서 필요성 원칙은 그 목적에 대한 피해를 최소화하도록 요구하므로 최소 침해명령(Gebot des geringst möglichen Eingriffen) 또는 최소 개입명령(Gebot des Interventions minimums)이라고도 한다.<sup>162)</sup> 이는 우리 헌법재판소가 침해의 최소성의 관점에서 심사하는 것을 말한다.

형벌과 책임에서 헌법상 비례성 원칙이 지켜지기 위해서는 기본권 제한 수단이 국가가 추구하는 목적을 달성하기 위한 적합하고 필요한 수단이어야 하며, 최소한도의 침해에 그쳐야 한다. 음주운전차량에 대한 압수와 몰수도 그것이 합헌적 수단으로 기능하기 위해서는 필요 최소한의 침해에 그쳐야 한다. 미국에서도 민사몰수가 과도한 정도에 이르는 경우에는 금지되는 것으로 본다. 우리 대검찰청과 경찰청이 시행하고 있는 음주운전차량에 대한 압수와 몰수 대책은 음주운전 사망사고를 야기한 자, 상습 음주운전자 등 중대 음주운전 범죄자의 차량을 압수·몰수할 수 있도록 함으로써 범죄와 형벌의 비례성을 유지하려는 고려를 하고 있다. 다만 형사절차에 부가해서 이루어지는 음주운전차량의 몰수에서 나아가 형사유죄책임과는 별개로 범죄수단으로 사용된 재산에 대한 몰수를 가능하게 하는 미국의 민사재산몰수제도를 도입하기 위해서는 보다 엄격한 비례성심사를 필요로 한다. 행위자에 대한 형사유죄판결 없이 범죄의 수단으로 사용되었다는 이유로 개인의 사유재산권을 박탈하는 것은 적합성과 필요성의 심사정도와 관점이 달라질 수 있기 때문이다. 특히 재산이 범죄자 이외의 제3자의 소유에 속한다든지, 재산권을 박탈하는 사유가 재산몰수의 효과를 야기한 운전 행위뿐만 아니라 잠재적 해악발생 가능성까지도 고려하는 것이라면 더욱더

---

162) 김은일(주 161), 102면.

비례성심사는 엄격해질 수밖에 없다.

재산권이 범죄수익으로 형성된 경우뿐만 아니라 범죄수단으로 행사된다면 그것은 재산권의 본질인 사적 유용성을 위한 정상적인 재산권 행사의 범위를 벗어난 것이다. 음주운전은 재산권의 행사방법으로는 절대적으로 금지되는 형태이다. 음주운전차량은 재산권 소유자에 의한 정상적 행사권한뿐만 아니라 원칙적 처분권마저도 포기된 것으로 간주할 수 있으며, 그것은 행정적 대응에 위탁된 재산이라고 보아야 한다.

강력한 법적·행정적 대응에도 불구하고 음주운전은 줄어들지 않는다. 음주운전으로 인한 피해는 점점 중대해지고 심각한 양상을 띠고 있다. 음주운전은 국민의 생명과 신체에 중대한 위해요소가 되고 있다. 전 세계적으로 음주운전을 근절하기 위하여 다양한 대책을 실시하고 있다. 입법을 통해 알코올 감지기술을 적용하려는 등의 새로운 수단을 도입하려는 움직임도 있다. 이러한 수단이 음주운전차량의 몰수보다 반드시 덜 제약적인 수단이라고 평가하기는 쉽지 않다. 새롭게 출시되는 모든 차량에 대한 알코올 감지기술을 적용하는 것은 입법적 경과를 지켜봐야 하겠지만, 그러한 기술이 적용된다고 하더라도 음주를 가능하게 하는 또 다른 변칙적 방법의 출현도 배제할 수 없다.

음주운전차량의 몰수는 처벌과 예방을 함께 추구한다. 음주운전차량의 몰수는 엄정대응의 논리로 등장하였지만 재정적 처벌로 기능하면서 범죄의 동기를 약화시킨다. 재정적 처벌을 예고함으로써 범죄동기를 압박하는 것은 처벌기능보다는 교정으로서 기능하게 된다.<sup>163)</sup> 음주운전차량에 대한 몰수는 심리적 압박을 통하여 음주운전에 대한 동기를 어느 정도 감소시킬 수 있다. 차량 소유자의 경제적 능력에 비례하여 재정적 처벌을 부과하는

---

163) United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 277 (1996). Elyssa R. Ellis, “The silent war on individual property rights: The necessary reform of the Kansas Standard Asset Seizure and Forfeiture Act”, 59 Washburn L.J. 103, 2020, p. 127.

효과를 나타낼 수 있어 형평의 원칙에도 부합하게 된다. 중대한 음주운전 범죄는 곧바로 차량이 몰수될 수 있고, 경미한 음주운전으로 경미한 형사 처벌이 예정되는 경우라도 그것이 반복된다면 차량이 몰수될 수 있다는 사실을 경고함으로써 행위자에게 금지되는 범죄사실을 명확하게 전달하는 기능을 수행한다. 또한 음주운전차량에 대한 몰수는 잠재적인 해악발생 가능성을 고려하여 차량을 몰수한다기보다는 이미 음주운전이라는 범죄행위에 의해 야기된 사회적 범죄에 대한 책임을 묻는 것이므로 이를 비례원칙의 관점에서 문제가 된다고 보기는 어렵다. 경미한 음주운전을 포함하여 모든 음주운전차량을 몰수하도록 한다면 그것은 음주운전차량의 잠재적인 해악발생 가능성에 기하여 몰수를 하는 것이므로 비례원칙의 관점에서 문제될 수 있으나, 경미한 음주운전도 반복되는 경우 잠재적 해악발생 가능성을 증대시키는 것이므로 그러한 경우에는 차량몰수조치가 비례성원칙에 위배된다고 보기 어렵다. 음주운전차량이 범죄자의 소유가 아닌 제3자의 소유인 경우에는 타인의 재산권을 박탈하는 것으로 비례원칙의 관점에서 더욱 더 문제될 수 있다. 이러한 경우에는 미국 민사몰수에서의 무고한 소유자의 항변으로부터 시사점을 얻을 수 있을 것으로 생각된다. 음주운전을 직접 하지는 않았다고 하더라도 음주운전을 방조하거나 적극적으로 종용한 경우에는 무고한 소유자에 해당하지 않는다는 것은 명확하다.

### 3. 음주운전차량의 몰수와 재산권의 사회구속성

음주운전차량에 대한 압수와 몰수는 「도로교통법」 제44조와 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의11에서 정하는 음주운전이라는 범죄행위에 대한 처벌로서 사유재산권을 박탈하는 것이다. 우리 헌법은 재산권 행사의 헌법적 한계로서 공공복리적합의무를 규정함으로써 재산권 행사에 대



한 사회적 구속성(Sozialbindung des Eigentums)을 규정하고 있다. 사회적 구속성에 관한 헌법조항은 기본권으로서의 재산권의 행사에 관하여 특정한 도덕적 방향성을 제시하고 있다. 재산권은 공동체 구성원들에 대한 사회적 책임성을 내포하고 공익에 부합하는 방향으로 행사되도록 끊임없이 성찰되어야 한다는 사회적 제약을 수반하는 권리로 새로이 이해되고 있다. 재산권은 다른 기본권들과 달리 외부 대상에 대하여 그 법적 지위를 표상하는 권리이다. 외부 대상에 대한 권리의 행사는 다른 기본권의 행사와 비교하여 타인에게 더 큰 영향을 끼칠 수 있다. 타인에게 큰 영향력을 미치는 권리일수록 그에 대한 제한의 여지도 함께 커질 수밖에 없다.<sup>164)</sup> 사회적 구속성에 의한 제한은 공공복리를 위한 제한을 의미한다. 소극적인 공공질서나 안전을 위한 것뿐만 아니라, 적극적으로 사회적 정의와 효율성을 실현하기 위한 것을 포함한다. 재산권의 사회적 구속성은 재산권에 대한 공법적 제한뿐 아니라, 권리남용금지과 같은 사법적 제한도 포함하며, 사회적 구속이 미치지 않는 범위 내에서만 재산권의 행사가 보장된다.<sup>165)</sup>

독일헌법 제14조 제2항에 규정된 사회적 구속성은 공법상 인접권의 범위와 관련하여 논의되기도 한다.<sup>166)</sup> 재산권의 사회구속성의 내용과 규범프로그램은 계속 변화하고 있다. 그 결과 재산권의 사회구속성은 재산에 대한 정당한 이용명령에서 나아가 공동체에 반하는 재산행사의 금지를 의미하는 데까지 확장된다. 제3자 고려의 명령도 재산권의 사회적 구속성에 관한 새로운 이론으로 받아들여지고 있다.

재산권의 사회구속성의 내용으로서 ‘공동체에 반하는 재산행사의 금지’는 공공복리에 반하는 재산권자의 권리행사뿐만 아니라 공동체에 반하는

164) <https://isearch.court.go.kr/view.do>. 이황희, “재산권의 특수성에 관한 고찰”, 헌법실무연구 15권, 2015.

165) 이장희, “재산권의 개념과 변화”, 연구보고서, 2016, 24면.

166) 정극원, “독일기본법상의 기본권의 사회구속성”, 『공법연구』 제25집 제4호, 1997. 6, 607면.

재산의 소유도 제한된다는 의미로 이해되고 있다. 이러한 제한의 목적은 공동체에 위협을 초래하는 재산권자의 권리행사의 남용을 방지하려는 데 그 목적이 있다. 공동체의 이익이나 국민의 건강을 현저하게 해치는 경우에는 보상 없이 재산권을 박탈할 수 있도록 한다는 데 그 의의를 둘 수 있다. 예컨대 광견병이나 광우병에 걸린 동물을 도살하는 경우를 그 예로 들 수 있다.<sup>167)</sup> 재산권의 사회적 구속성에 의한 제한을 재산권에 대한 박탈적 수용까지는 확대하지 않는 것으로 보는 경우<sup>168)</sup>도 있으나, 특수한 사정 하에서는 재산권에 대한 박탈까지도 사회적 구속성의 범위에 포함되는 것으로 해석할 수도 있다. 재산권의 사회적 구속성에 대한 새로운 이론으로서 제3자 고려의 명령은 재산권자가 권리를 행사할 때에는 보호받아야 할 마땅한 제3자의 이익을 고려해야 한다는 것이다. 재산권자가 정당하게 권리를 행사하는 경우에도 제3자의 이익이 현저히 감소하는 경우에는 권리행사를 제한할 수 있다는 것으로, 이는 ‘정당한 권리행사’라는 점에서 공동체에 반하는 재산권 행사금지와는 구별된다.<sup>169)</sup>

재산권의 사회적 구속성은 헌법의 직접 의무자인 입법권자뿐만 아니라 재산권자도 직접 구속한다.<sup>170)</sup> 재산권의 사회적 구속성은 소유자로 하여금 재산권의 행사가 정의에 합치되도록 행사할 것을 요구하는 것으로 재산권 행사의 주체에 의하여 악용이나 남용 등 무제한적인 행사로 초래될 수 있는 사회적 폐단을 최소화하고자 하는 규정이다. 그것은 재산권의 보장과 사유재산제도를 유지하기 위한 최소한의 자기희생이나 양보를 의미한다.<sup>171)</sup>

음주운전은 재산권 악용 및 남용의 대표적 사례이다. 음주운전은 사회적

---

167) 정극원(주 166), 614면.

168) 이장희(주 165), 24면.

169) 정극원(주 166), 615면.

170) 정극원(주 166), 621면.

171) 고현환, “토지재산권의 사회적 구속성의 한계에 관한 법리”, 『법학연구』 제24집, 2006. 11, 62면.

구속성의 내용에 해당하는 공동체에 반하는 재산권 행사의 금지와 제3자 고려의 명령에 위배되는 재산권 행사이다. 재산권 남용으로 인한 효과는 재산권의 행사뿐만 아니라 재산의 소유 자체도 제한한다. 재산권의 절대성을 주장하는 입장에서는 음주운전이라는 범죄의 수단이 되었다는 이유로 개인의 사유재산권을 박탈하는 것은 침해의 최소성에 위배되어 헌법에 위반된다고 주장할 수도 있다. 재산권에 대한 제한 필요성도 박탈적 수용까지는 이르지 않는다는 것이다. 그런데 만약 고가의 품종으로 재산적 가치가 인정되는 반려견이 광견병에 걸려 아동을 비롯한 시민들의 생명과 신체를 위협하고 있다면 개인의 사유재산이라는 이유로 도살이 절대적으로 금지될 수 있는지를 생각해 볼 필요가 있다. 도살 이외의 방법이 있을 수 있으나, 생명·신체의 급박한 위협을 막기 위해서 도살이 불가피하다면 재산권의 박탈이라는 수단을 사용할 수밖에 없다. 재산권을 제한하는 경우 가장 최소한의 침해를 가져올 수 있는 수단을 선택해야 한다는 점을 고려하더라도 재산권에 대한 박탈이 절대적으로 금지된다고 할 수는 없다. 음주운전은 위 사례보다 생명·신체에 대하여 더 큰 위해를 발생시킨다. 음주운전으로 생명을 잃기도 하며 회복할 수 없는 장애를 안고 살아가기도 한다. 음주로 인한 잠재적 피해의 발생가능성 역시 무시할 수 없는 상황이다. 이러한 현실에도 불구하고 음주운전에 대한 제한을 재산권의 사회구속성의 범위 밖에서 규율하려는 것은 올바른 대응이라고 보기 어렵다. 생명·신체에 대한 중대한 침해를 야기하거나 이와 유사한 경우에 음주운전 차량을 몰수하는 것은 그 정당성을 부인하기는 어려운 것으로 생각된다.

## V. 나가며

우리의 일상이 되는 거리에서 생명과 신체에 위협을 가할 수 있는 통제되지 않는 차량이 달리고 있다면 그러한 차량을 만나지 않기를 희망하는 일 외에 다른 방법은 없는 것일까?

대검찰청과 경찰청은 음주운전 사고를 근절하기 위하여 중대 음주운전 범죄자의 차량에 대한 압수와 몰수를 주요 내용으로 하는 ‘검·경 합동 음주운전 근절 대책’을 수립하여 시행하고 있다. 차량의 압수와 몰수는 형법의 몰수형에 근거하여 실시되는 것이어서 형사상의 부가형으로서만 몰수를 인정하는 사법부의 태도에 비추어보면 이 대책이 성공적인 효과를 거둘 수 있을지는 의문이다. 우리나라뿐만 아니라 대다수의 나라에서도 음주운전을 근절하기 위하여 다양한 정책을 시행하고 있다. 미국 등에서는 음주운전차량에 대한 몰수를 허용한다. 미국은 범죄의 수익뿐만 아니라 범죄수단으로 사용된 개인의 재산에 대하여 행정몰수, 민사몰수, 형사몰수 등을 독립적으로 또는 중첩적으로 허용하고 있다. 특히 사법몰수로서 민사몰수는 개인의 재산에 대하여 대물소송의 형식으로 진행되는 것으로서 처벌로부터의 완전한 자유와 형사사법제도에 완전히 참여하는 것 사이의 중간 지대를 형성한다. 미국의 음주운전차량 몰수는 개인의 사유 재산이 범죄의 수단으로 사용되었다는 이유로 사유재산권을 박탈하는 것으로, 범죄자로부터 범죄수단을 몰수하여 음주상태에서의 운전을 억제할 수 있을 뿐만 아니라 잠재적 음주운전 시도를 차단함으로써 사회의 안전에 기여할 수 있다는 사회적 공익에도 기여하는 바가 크다. 따라서 우리 법체계에서 미국의 민사몰수를 도입하는 것은 상이한 법제도의 이식에 따르는 다양한 법적 문제점에도 불구하고 신중하게 고려할 필요가 있다. 민사몰수제도의 도입가능성 검토에서 우선적으로 해결되어야 할 문제는 민사몰수가 개인의 사유 재산권을 보

장하는 우리 헌법에 합치하는지의 여부이다. 음주운전차량에 대한 압수와 몰수가 합헌적 수단으로 기능하기 위해서는 재산권에 대한 필요 최소한의 제한에 그쳐야 한다. 음주운전차량에 대한 압수와 몰수 대책은 음주운전 사망사고를 야기하거나 상습 음주운전자 등 중대 음주운전 범죄자의 차량을 압수할 수 있도록 함으로써 범죄와 형벌의 비례성을 유지하려는 고려를 하고 있다. 재산권 행사의 주체도 공공복리적합의무라는 사회적 구속성에 의한 제한을 받는다. 재산권은 사회적 구속성이 미치지 않는 범위 내에서만 행사가 보장된다. 생명·신체에 대한 중대한 침해를 야기하거나 이와 유사한 경우에 음주운전차량을 몰수하는 것은 재산권의 사회적 구속성의 관점에서도 그 정당성을 부인하기는 어려울 것으로 생각된다.

[국문초록]

대검찰청과 경찰청은 음주운전 사고를 근절하기 위하여 중대 음주운전 범죄자의 차량에 대한 압수와 몰수를 주요 내용으로 하는 ‘검·경 합동 음주운전 근절 대책’을 수립하여 시행하고 있다. 미국 등 다수의 국가에서는 범죄의 수단으로 이용된 음주운전차량에 대한 몰수를 허용하고 있다. 우리 대검찰청과 경찰청이 음주운전 근절대책으로 대응하고 있는 차량의 압수와 몰수는 형사상의 조치로서 미국의 몰수제도와는 차이가 있다. 대검찰청과 경찰청의 음주운전차량에 대한 압수와 몰수는 음주운전에 대한 강력하고 엄정한 대응수단임에도 불구하고 형사상 부가형으로 집행되는 몰수로서의 성격 때문에 실효성 있는 대책이 될지는 의문이다. 음주운전을 근절하기 위해서는 미국의 민사몰수와 같은 형사유죄판결을 전제로 하지 않는 대물소송의 형식을 도입하는 것이 효과적일 수 있다. 미국의 음주운전차량의 몰수는 범죄로 인한 수익이 아니라 개인의 사유 재산이 범죄의 수단으로 사용되었다는 이유로 사유재산권을 박탈하는 것이다. 음주운전차량의 몰수는 범죄자로부터 범죄수단을 몰수함으로써 음주상태에서의 운전을 억제할 수 있을 뿐만 아니라 잠재적 음주운전자의 음주운전 시도를 차단함으로써 사회의 안전에 기여할 수 있다는 사회적 공익에도 기여하는 바가 크다. 따라서 우리 법체계에 미국의 민사몰수를 도입하기 위해서는 우선적으로 그것의 헌법합치성 여부가 검토되어야 한다. 민사몰수는 범죄의 수단으로 사용된 재산권에 대한 제한을 의미하므로 제한의 정당성을 승인받는 것은 민사재산몰수제도 도입을 위한 전제조건이 된다. 음주운전차량에 대한 압수와 몰수가 합헌적 수단으로 기능하기 위해서는 재산권에 대한 필요 최소한의 제한에 그쳐야 한다. 미국에서도 민사몰수가 과도한 정도에 이르는 경우에는 금지되는 것으로 본다. 우리 대검찰청과 경찰청이 시행하고 있는

음주운전차량에 대한 압수와 몰수 대책은 음주운전 사망사고를 야기하거나 상습 음주운전자 등 중대 음주운전 범죄자의 차량을 압수할 수 있도록 함으로써 범죄와 형벌의 비례성을 유지하려는 고려를 하고 있다. 재산권 행사의 주체도 공공복리적합의무라는 사회적 구속성에 의한 제한을 받는다. 재산권의 사회적 구속성은 재산권에 대한 공법적 제한뿐 아니라, 권리남용금지와 같은 사법적 제한도 포함한다. 재산권은 사회적 구속성이 미치지 않는 범위 내에서만 행사가 보장된다. 생명·신체에 대한 중대한 침해를 야기하거나 이와 유사한 경우에 음주운전차량을 몰수하는 것은 재산권의 사회적 구속성의 관점에서 그 정당성을 부인하기는 어려울 것으로 생각된다.

#### **주제어**

재산권, 음주운전, 민사몰수, 행정몰수, 형사몰수, 재산권 사회적 구속성

[Abstract]

A study on infringement of property rights by seizure and  
forfeiture of drunk driving vehicles  
- Focusing on the possibility of introducing civil forfeiture  
in the United States -

In order to eradicate drunk driving accidents, the Supreme Prosecutors' Office and the Korean National Police Agency is implementing measures focusing on seizure and forfeiture vehicles of serious drunk driving criminals. Many countries, including the United States, allow the forfeiture of drunk driving vehicles used as a means of crime. The seizure and forfeiture of vehicles, which our Supreme Prosecutor's Office and the Korean National Police Agency are responding to as a measure to eradicate drunk driving, is a criminal measure and is different from the forfeiture system in the United States. Although the seizure and forfeiture of drunk driving vehicles by the Supreme Prosecutor's Office and the Korean National Police Agency, which is a forfeiture executed as an additional criminal punishment, is a strong and strict response to drunk driving, it is questionable whether it will be an effective measure. In order to take stronger legal action to eradicate drunk driving, it may be effective to introduce a form of litigation in rem that does not require a criminal conviction, such as civil forfeiture in the United States. The forfeiture of drunk driving vehicles in the United States is a case of depriving



individuals of their private property rights on the grounds that their private property was used as a means of crime, rather than the proceeds of a crime. The forfeiture of a drunk driver's vehicle not only deters driving while drunk by forfeiture the means of crime from the criminal, but also contributes greatly to the social public interest in that it can contribute to the safety of society by blocking future drunk driving attempts by potential drunk drivers. In order to not violate the Constitution, the seizure and forfeiture of drunk driving vehicles must be carried out to the minimum extent necessary. Even in the United States, civil forfeiture is considered prohibited if it reaches an excessive level. The seizure and confiscation of drunk driving vehicles implemented by the Supreme Prosecutor's Office and the Korean National Police Agency also maintains the proportionality of crime and punishment by allowing the driver's vehicle to be confiscated in cases of serious drunk driving. Property rights are limited by the social constraints of public welfare. The social binding nature of property rights includes not only public law restrictions on property rights, but also judicial restrictions such as prohibition of abuse of rights. Property rights are guaranteed to be exercised only within the scope of social constraints. It seems difficult to deny the legitimacy of confiscating a drunk driving vehicle when it causes serious infringement on life or body or in similar cases, even from the perspective of the social binding nature of property rights.

**key-words**

property right, drunk driving, civil forfeiture, criminal forfeiture, administrative forfeiture, social binding nature of property right

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 고현환, “토지재산권의 사회적 구속성의 한계에 관한 법리”, 『법학연구』 제24집, 2006. 11
- 김은일, “형벌과 책임에서 헌법의 비례성 원칙이 가지는 의미”, 『고려법학』 제83호 2016. 12
- 김학경, “영국의 범죄수의 민사환수제도에 관한 연구: 범죄수익규제법 중심으로”, 『경찰학연구』 제14권 제3호, 2014. 9
- 김희균, “민사몰수제도의 도입에 관한 연구”, 『피해자학 연구』 제19권 제1호, 2011. 4
- 박민영, “미국의 음주운전자 차량에 대한 차량몰수제도에 관한 고찰”, 『법학연구』 제24권 제3호, 2012. 2
- 박성진, “독립몰수제도 도입에 관한 최근 입법동향 및 개선방안”, 『법조』 제71권 제1호, 2022. 2
- 신도욱, “범죄수의 환수를 위한 몰수·추징과 소급입법 금지 원칙”, 『형사법의 신동향』 제72호, 2021
- 신형구/김상겸, “헌법상 재산권 보장과 그 제한의 현대적 의미”, 『토지공법연구』 제90집, 2020. 5
- 유지연/김기윤, “가상자산 범죄에 있어서 자산 동결 제도 도입 제안”, 『형사법의 신동향』 통권 제75호, 2022
- 이승섭, “범죄수익환수법안과 민사몰수제도에 관한 몇 가지 검토”, 『법학연구』 제26권 제1호, 2015. 4
- 이장희, “재산권의 개념과 변화”, 연구보고서, 2016
- 이황희, “재산권의 특수성에 관한 고찰”, 헌법실무연구 15권, 2015
- 이훈동, “죄형균형의 원칙에 관한 고찰”, 『외법논집』 제37권 제1호, 2013
- 정극원, “독일기본법상의 기본권의 사회구속성”, 『공법연구』 제25집 제4호, 1997. 6

정웅석, “특례법상 범죄수익의 몰수에 관한 연구”, 『형사소송 이론과 실무』 제 8권 제2호, 2016. 12

[외국문헌]

Andrea M. Jakkola, “Civil forfeiture reform: The challenge for congress to preserve its legitimacy while preventing its abuse”, 23 J. Legis. 93 Journal of Legislation 1997

Caleb Nelson, “The constitutionality of civil forfeiture”, 125 Yale L.J. 2446, 2016

Catherine E. McCaw, “Asset forfeiture as a form of punishment: A case for integrating asset forfeiture into criminal sentencing”, 38 Am. J. Crim. L. 181, 2011

Christine A. Budasoff, “Modern civil forfeiture is unconstitutional”, 23 Tex. Rev. L. & Pol. 467, 2019

David Pimentel, “Civil asset forfeiture abuses: Can state legislation solve the problem?”, 25 Geo. Mason L. Rev. 173, 2017

Elizabeth Weaver, “Money doesn’t grow on trees: Civil asset forfeiture reform is a necessary precursor to police reform”, 87 Mo. L. Rev. 343, 2022

Elyssa R. Ellis, “The silent war on individual property rights: The necessary reform of the Kansas Standard Asset Seizure and Forfeiture Act”, 59 Washburn L.J. 103, 2020

Erik Luna, “The perils of civil asset forfeiture”, 43 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 23, 2020

Gregory S. Alexander, “Property as a fundamental constitutional right? The german example”, 88 Cornell L. Rev. 733, 2003

Jozef Forystek, “The rule of law and the effectiveness of enforcement of claims of former owners wrongfully deprived of their property”, 41 Loy. L.A. Int’l & Comp. L. Rev. 489, 2018

헌법논총 제34집(2023)

- Michael Bothe, “Property Rights and Local Zoning v. Nature Protection: Some comparative spotlights”, 42/43 Urb. Law. 357, 2011
- Mila Versteeg, “The politics of takings clauses”, 109 Nw. U. L. Rev. 695, 2015
- Philip A. Talmadge, “The myth of property absolutism and modern government: The interaction of police power and property rights”, 75 Wash. L. Rev. 857, 2000
- Rachel Jones, “Excessively unconstitutional: Civil asset forfeiture and the excessive fines clause in Virginia”, 25 Wm. & Mary Bill Rts. J. 1393, 2017
- Rebecca Hausner, “Adequacy of notice under CAFRA: Resolving constitutional due process challenges to administrative forfeitures”, 36 Cardozo L. Rev. 1917, 2015
- Rebecca J. Huss, “Ensuring effective tools for a challenging task: Amending the Animal Welfare Act’s animal fighting venture civil asset forfeiture provision”, 78 U. Pitt. L. Rev. 399, 2017
- Rishi Batra, “Resolving civil forfeiture disputes”, 66 U. Kan. L. Rev. 399, 2017
- Steven A. Morley, “Federal asset forfeiture and the military”, 63 A.F. L. Rev. 197, 2009

# 인도 헌법상 사법심사권의 실제와 분석\*

## A Study on the Practice and Analysis of the Judicial Review in the Constitution of India

여 경 수(Yeo, Gyeong-su)

한국방송통신대학교 법학과 강사

### — 목 차 —

I. 머리글 .....	263
II. 인도 사법부의 특성 .....	264
1. 인도 헌법상 사법부의 체계 .....	264
2. 인도 헌법상 준연방제를 반영한 사법부의 특징 .....	265
3. 인도 헌법상 사법부 구성 .....	266
4. 인도 헌법상 사법부의 독립성 .....	267
5. 인도 대법원의 헌법상 권한 .....	268
6. 인도 대법원 판결의 효력 .....	268
III. 인도 헌법상 사법심사권 .....	269
1. 인도 대법원의 사법심사제 .....	269
2. 인도 의회의 권한인 개헌에 관한 심사권 .....	271
3. 인도 대법원이 내린 위헌법률심사 대표적인 사례들 .....	276

---

\* 이 논문은 헌법논총 제34집 일반주제 공모를 통하여 투고되었음(편집자 주)

헌법논총 제34집(2023)

IV. 인도 대법원의 공익소송 운영과 실제 .....	278
1. 인도 헌법상 공익소송의 특징과 헌법상 근거 .....	278
2. 인도 헌법상 공익소송의 실제 .....	279
3. 인도 대법원의 공익소송에 관한 평가 .....	281
V. 나오는 말 .....	282
* 국문초록 및 주제어 .....	283
* 영문초록 및 주제어 .....	284
* 참고문헌 .....	286

## I. 머리글

인도 헌법상 사법의 권한을 담당하는 국가기관은 대법원이다. 인도의 대법원은 사법적인 분쟁의 최종심과 위헌법률심사권과 같은 권한을 담당하고 있다. 인도에서는 대법원은 헌법의 수호자로 인식되고 있다. 인도에서 대법원에 관한 신뢰가 형성된 배경과 대법원의 권한이 강한 까닭은 나름의 이유가 있다. 인도는 다양한 민족과 언어, 종교가 존재하고 있다. 인도 대법원은 사회 갈등의 해결에서 적극적으로 개입하여 해결하고 있다. 때로는 인도 대법원은 급진적인 사회개혁에 제동을 걸기도 했지만, 인도 사회의 고질적인 폐습을 타파한 사례도 많다. 인도 대법원은 이러한 수단으로는 위헌법률심사권과 공익소송제도를 활용하고 있다.

인도의 헌정사에서는 인도 대법원은 사법부의 독립성을 상실하지 않았다. 인도 대법원은 인도 의회와의 관계에서는 견제와 균형을 유지하였다. 인도 대법원은 행정부와의 관계에서는 헌법상 자문제도와 공익소송을 통해서, 인도의 중요한 국가정책에도 적극적으로 개입하였다. 이와 같이, 인도에서는 사법부의 역할은 인도 헌정에서 발생하는 부작용을 상쇄하였다. 한편 인도에서 사법부의 역할은 헌정질서의 중단을 미연에 방지하는 효과도 있었다고 평가할 수 있다.

본 논문의 제2장 인도 대법원의 구성과 권한(II)에서는 인도 헌법상 사법부의 체계와 인도 사법부 구성의 특성과 독립성 그리고 인도 대법원의 헌법상 권한과 판결의 효력에 관한 내용을 살펴보고자 한다.

제3장 인도 대법원의 위헌법률심사권(III)에서는 인도 대법원의 위헌법률심사권의 유형과 헌법상 근거를 분석하고, 인도 대법원의 실제 사례를 분석하고자 한다. 특히 비교법적으로 드문 사례인 인도 대법원이 지니고 있는 개헌에 관한 심사권에 관한 판결들을 살펴보고자 한다.

제4장 인도 대법원의 공익소송 운영과 실제(V)에서는 인도 헌법상 공익소송의 특징과 헌법상 근거를 분석하며, 실제 사례들을 살펴보고자 한다.

본 연구에서는 인도의 헌법소송제도를 여러 측면에서 비교하며, 분석하고자 한다. 물론 우리나라와 인도는 헌법소송과 관련된 담당 기관의 상이성, 헌법소송의 범위의 차이점, 헌법상 기본권 목록의 체계에서 차이점이 있다. 뿐만 아니라 헌법상 단일국과 연방국이라는 국가형태에서도 다른 점이 있다. 이러한 이유로 인도가 경험한 헌법소송이 우리나라에 주는 직접적인 교훈을 쉽사리 찾을 수 없을지라도, 인도의 헌법소송제도가 우리나라에 주는 나름의 시사점은 도출할 수 있으리라고 본다. 우리나라와 인도가 운영한 헌법소송의 성과는 서구의 헌법소송과도 비교할 수 있을 만큼, 나름의 성과를 축적하고 있다고 평가할 수 있다. 아울러 인도의 헌법학을 바탕으로 하여 인도의 대법원과 위헌법률심사권에 대한 검토와 소개가 우리 헌법학과 헌법재판제도에 전하는 영향 및 시사점에 대한 보다 실질적이고 의미 있는 내용들의 추가 연구가 진행된다면, 우리 헌법학과 헌법재판제도의 의미 있는 발전에 좋은 영향을 줄 수 있을 것으로 기대된다.

## II. 인도 사법부의 특성

### 1. 인도 헌법상 사법부의 체계

인도의 법체계는 영국의 보통법 체계의 영향을 받고 있다. 예를 들면, 인도에서 의회주권의 원리와 영장발부 절차, 법원의 조직, 법률가 양성제도, 보통법 체계를 계수한 사례이다. 다만, 인도법의 형식은 서구의 헌법을 모방하였지만, 인도만의 고유한 문화들이 헌법상 반영되어 있다. 예를 들면 종교간 갈등, 카스트와 낙후계층의 존재, 광범위한 빈곤, 언어의 다원성과



같은 사회현상을 인도 헌법에서 규율하고 있다.<sup>1)</sup> 이를 반영하듯이, 인도 현실에 맞도록 인도의 사법부는 구성되어 있으며, 외국의 사례와도 여러모로 비교되는 독특한 방식으로 사법부를 운영되고 있다.

## 2. 인도 헌법상 준연방제를 반영한 사법부의 특징

헌법상 국가형태가 단일국인지 또는 연방국인지에 따라서는 사법부의 체계가 구분될 수 있다. 주로 연방제 국가는 주마다 주의 헌법이 존재하며, 주마다 대법원이 존재한다. 다만 최고사법기관은 최종심의 권한과 위헌법률심사권을 지닌다. 한편 우리나라와 같은 단일국의 경우에는 최고사법기관을 정점으로 전국적으로 단일한 사법체계를 구성한다. 이와 같이 연방국가는 연방과 주의 중층적 구조로 인해 주마다 헌법에 따라 그 영역 내에서의 사법체계가 별도로 존재하고, 연방 헌법에 따라 연방 차원의 사법체계가 별도로 존재한다. 이것은 사법체계의 본질적인 차이가 아니라 사법부 체계의 구조적인 차이에 불과할 수 있다.

인도 헌법상 원칙적으로는 연방주의를 채택하고 있다. 다만 인도 헌법은 다른 연방제 국가들과는 달리 중앙정부의 권한이 강한 연방제를 운영하고 있다. 이러한 측면에서 인도의 국가형태를 순수한 연방제 국가가 아니라 이른바 준연방제 국가라는 평가가 있다.<sup>2)</sup> 특히 인도는 헌법상 대법원을 정점으로 하는 단일한 사법체제를 운영하고 있다. 인도는 우리나라와

1) 강경선, 인도헌법에서의 의회주권과 사법심사제의 각축, 정치와평론 제26집, 2020, 60쪽. ; Mukherjee, M. (2023). Justice as Equity and the Making of the Indian Constitution. In N.S. Bui & M. Malagodi (Ed.). Asian Comparative Constitutional Law, Volume 1: Constitution-Making (pp. 337 - 362). Oxford: Hart Publishing. Retrieved September 12, 2023.

2) 강경선, 1947년 이후 인도의 정치와 사회통합, India-Korea International Symposium Theories and Cases on the Multiple Governmentality, 2020, 41쪽.

유사하게 단일국 형태의 사법체제를 운영하고 있다. 인도의 사법체계는 인도의 국가형태가 준연방제 국가임을 나타내는 하나의 증표가 된다.

### 3. 인도 헌법상 사법부 구성

#### 가. 인도 헌법상 대법원장과 대법관의 임명과 자격

대법원은 대법원장 1인과 33인의 대법관들로 구성된다(헌법 제124조 제1항).<sup>3)</sup> 인도 대통령이 대법관을 임명할 경우, 인도 대법원장과 반드시 협의해야 한다(인도 헌법 제124조 제2항). 인도 헌법상 대법관 임명될 자격으로는, 최소 5년 동안 고등법원 판사에 재직할 경력과 같은 일정한 경력을 요구한다. 또한 대통령이 인정하는 저명한 법학자도 대법관의 자격이 있다(인도 헌법 제124조 제3항). 인도 대법관의 자격으로 법학자에게도 자격을 부여한 측면은 대법관 구성의 다양성을 확보한 나름의 방안이라고 볼 수 있다.

#### 나. 인도 헌법상 대법원의 운영방식

인도 대법원은 부로 구성되어 있으며, 최대 31명의 대법원 판사가 합의체를 구성할 수도 있다. 특히 헌법의 해석에 관한 중요한 법률문제와 관련된 문제는 대법관 5명이 구성된 부에서 판단한다(인도 헌법 제145조 제3항).<sup>4)</sup>

---

3) 인도 대법관의 인원은 대법원장을 포함하여 지난 1950년 헌법에서 총 8인으로 규정된 이후, 1956년 11인, 1960년 14인, 1978년 18인, 1986년 26인, 2008년 31인, 2019년 34인으로 확대되고 있다.

4) Nick Robinson, Structure Matters : The Impact of Court Structure on the Indian and U.S. Supreme Courts, The American Journal of Comparative Law, Vol 61(1), 2013, at 101. Pages 101-138.

#### 4. 인도 헌법상 사법부의 독립성

인도 헌법 제정과정에서는 헌법상 사법부의 독립은 당연한 것으로 인식했다.<sup>5)</sup> 인도에서는 사법부의 독립을 다음과 같이 국가정책의 지도원칙으로 규정하고 있다. 국가는 국가의 공적인 사무에서 행정부로부터 사법부를 분리시키기 위한 조치를 취해야 한다(인도 헌법 제50조). 이와 같이, 인도 헌법상 행정부로부터 사법부의 독립을 위한 지향점을 인도 헌법에서는 명시하고 있다.<sup>6)</sup>

법관의 임기를 종신제로 규정한 국가들이 있는 반면, 법관의 정년을 규정한 경우가 있다. 인도 대법관의 정년은 65세이다(인도 헌법 제124조 제2항). 인도 헌법상 부정행위 또는 행위 능력 상실을 이유로 상원과 하원에서 해당 의회의 재적인원 과반수가 출석하여, 출석 의원 2/3 이상이 동의하면, 대통령의 명령에 따라서 법관직에서 해임된다(인도 헌법 제124조 제4항). 한편 인도 연방의회가 법률로 정한 봉급을 대법관에게 지급해야 하며, 법관의 특권과 수당 그리고 휴가와 연금에 관한 권리는 임명된 후 불리하게 변경될 수 없다(인도 헌법 제125조).

다만 인도 대법관은 재직 이후의 일정한 의무도 있다. 대법관을 역임한

---

5) Singh, Mahendra Pal and Deva, Surya, *The Constitution of India: Symbol of Unity in Diversity*. *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Yearbook of Public Law (Germany)*, Vol. 53, 2005, at 649. ; Srikrishna, B. N. "Judicial Independence, , in Sujit Choudhry, Madhav Khosla & Pratap Mehta eds., *The Oxford Handbook of Indian Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

6) Robinson, Nick, *Judicial Architecture and Capacity*, in Sujit Choudhry, Madhav Khosla & Pratap Mehta eds., *The Oxford Handbook of Indian Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016, at 330. ; Deva, S. (2014). *The Indian constitution in the twenty-first century: The continuing quest for empowerment, good governance and sustainability*. In A. Chen (Ed.), *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century (Comparative Constitutional Law and Policy*, pp. 343-366).

자는 인도 영토 내 어떠한 법원 또는 기관에서도 소를 제기하거나 활동할 수 없다(인도 헌법 제124조 제7항). 인도에서는 이른바 전관예우의 문제점을 헌법적인 차원에서 사전에 방지하고 있다고 평가할 수 있다.

## 5. 인도 대법원의 헌법상 권한

인도 대법원은 특정한 사건의 고유한 재판권과 상고심 재판권 그리고 권고적 의견에 관한 재판권을 가진다. 이를 살펴보면, ① 대법원이 가지는 특정한 사건의 고유한 재판권은 연방과 주 또는 주들 사이의 분쟁에 대한 재판권을 가진다(인도 헌법 제131조). ② 대법원은 항소심인 고등법원의 결정에 관한 상고심 재판권을 가진다(인도 헌법 제132조, 제133조, 제134조). 특히 법원이 선고한 판결이나 명령을 검토할 권한이 대법원에 있다(인도 헌법 제137조).<sup>7)</sup> ③ 대법원은 대통령이 요청한 경우 특정한 법률적인 문제에 대하여 권고적인 의견을 제시할 수도 있다(헌법 제143조). ④ 대법원은 위헌법률심사권을 중심으로 헌법소송을 담당하고 있다. 인도 대법원의 위헌법률심사권과 공익소송에 관한 권한은 뒤에서 목차를 달리해서 자세히 다루고자 한다.

## 6. 인도 대법원 판결의 효력

인도 헌법상 인도 대법원의 법률해석은 인도 내의 모든 법원에 기속력을 가진다(인도 헌법 제141조). 그리고 인도 대법원은 그 권한을 행사함에 있어 대법원 심리 하에 있는 사건 또는 사안에서 정의 구현을 위해 필요한

---

7) Choudhury, Abhisek, Review Jurisdiction of Supreme Court of India : Article 137, 2012.

결정 또는 명령을 할 수 있다. 또한 인도 대법원은 개인의 출석 확보, 문서의 발견 또는 작성 또는 법원 모독에 대한 조사 또는 처벌을 목적으로 명령을 제정할 수 있다(인도 헌법 제142조).

### Ⅲ. 인도 헌법상 사법심사권

#### 1. 인도 대법원의 사법심사제

##### 가. 인도 대법원의 사법심사제 특성

인도는 위헌법률심사권을 대법원의 권한으로 부여하고 있다. 인도 헌법상 헌법재판소와 같은 형태의 특수한 법원을 설치하지 않은 이유는 영미법계 국가의 전통이 반영된 것으로 추론할 수 있다.

실제로 인도에서는 대법원이 위헌법률심사권을 가지게 된 배경은 독특하다. 인도는 성문헌법 국가이다. 그러므로 사법심사제도를 헌법상 제도적으로 수용하는 것은 무리가 없다. 다만 인도는 의원내각제 국가이며, 인도 의회가 일정한 경우 헌법에 관한 개정권력을 가지고 있는 만큼 의회의 권한이 강한 국가이다. 이러한 상황에서 인도에서 의회와 대법원 간의 분쟁은 인도 헌정사에서 핵심적인 장면이 되었다.<sup>8)</sup> 실제 인도에서는 위헌법률심사권을 중심으로 의회와 대법원간의 헌법 해석과 기본권 보장에 관한 경쟁이 이루어졌다. 이것은 결과적으로는 인도 헌법의 규범력을 확보할 수 있는 계기가 되었다.

---

8) 강경선, 아시아 제일의 헌법 국가, 인도, 아시아지역리뷰 『다양성+Asia』 제3권 제3호, 2020, 4쪽.

## 나. 인도 헌법상 사법심사제의 근거

인도 헌법에서는 대법원이 위헌법률심사권을 지닌다는 명문의 규정은 없다. 다만 인도에서는 미국의 사례처럼, 헌법의 해석상 사법부는 위헌법률심사권을 가진다고 해석한다.<sup>9)</sup> 한편, 인도 헌법은 미국 헌법과는 달리 헌법상 법률의 효력을 무효로 할 수 있는 규정은 존재한다.<sup>10)</sup> 구체적으로는, 인도 헌법상 위헌법률심사권에 관한 인도 헌법의 근거 조항으로는 인도 헌법 제13조 제2항과 제32조이다. 인도 헌법 제13조 제2항에 따르면, ‘국가는 기본권을 박탈 또는 약화하는 법률을 제정할 수 없으며, 그러한 법률은 그 위배되는 범위 내에서 효력을 상실한다’고 규정되어 있다.<sup>11)</sup> 또한 인도 헌법 제32조는 기본권의 구제를 보장하는 권리를 규정하고 있다. 인도 헌법 제32에 따르면, ‘인도 헌법상 기본권 규정이 부여한 권리의 실현을 위하여 적절한 소송절차를 통한 대법원에 상고할 권리는 보장된다’라고 규정되어 있다.<sup>12)</sup> 인도 대법원은 이러한 헌법 규정에 근거하여 위헌법률심사권을 행사하고 있다.

---

9) Gambhir C, Walia J. Judicial Activism : A Retrospective Indian Experience. *Indian Journal of Public Administration*. 57(4), 2011, at 939.

10) S. P. Sathe, *Judicial Activism: The Indian Experience*, 6 WASH. U. J. L. & POL’Y 29, 2001, at 38. ; Raeesa Vakil, *Constitutionalizing administrative law in the Indian Supreme Court : Natural justice and fundamental rights*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16(2), 2018, at 493.

11) 인도 헌법 제13조 제2항의 원문은 다음과 같다. 13. Laws inconsistent with or in derogation of the fundamental rights - (2) The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void.

12) 인도 헌법 제32조의 원문은 다음과 같다. 32. Remedies for enforcement of rights conferred by this Part. - (1) The right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed.

#### 다. 인도 대법원의 사법적극주의 경향성

인도 대법원은 절차적 권리와 실체적인 권리를 보장하는 권한이 세계에서 가장 강한 사법기관으로 평가된다.<sup>13)</sup> 이를 반영하듯, 인도 대법원의 판례 중에는 사법적극주의 경향의 사례가 많이 있다.<sup>14)</sup> 물론 인도 사법부의 광범위한 권한 행사로 인해 제기되는 문제점도 일부에서는 다음과 같이 제기한다. 예를 들면, 권력분립 원칙 훼손의 문제와 공익실현의 실효성, 공익을 가장한 사익 목적의 소송제기로 초래되는 소송남용, 그리고 인기영합주의와 같은 부작용이다.<sup>15)</sup> 또한 인도 대법원 권한의 강화 현상이 자칫 인도의 헌정질서를 위태롭게 할 수 있다는 경고도 일부에서는 제기한다.<sup>16)</sup>

하지만 이러한 일부의 비판적인 견해보다는 오늘날 인도의 대법원은 사법적극주의의 단점보다는 장점을 부각하고 있다.

## 2. 인도 의회의 권한인 개헌에 관한 심사권

인도의 사법심사제의 가장 큰 특성은 인도에서는 의회가 개정한 헌법과 국회가 입법한 법률을 모두 심사대상으로 삼고 있는 것이다. 인도 대법원의 헌법 조문에 관한 사법심사의 경우에는 법률에 관한 사법심사와 달리 인도 헌법의 기본구조 법리를 심사기준으로 삼는 것이 가장 큰 차이점이다.

---

13) Lokaneeta J., Debating the Indian Supreme Court : Equality, Liberty, and the Rule of Law. *Law, Culture and the Humanities* 13(3), 2017, pp. 353-368.

14) Payel Rai Chowdhury, Judicial activism and human rights in India: a critical appraisal, *The International Journal of Human Rights* Vol 15(7), 2011, at 1056.

15) 정채연·안현주, 인도의 공익소송제도에 대한 비판적 고찰, *이화여자대학교 법학논집* 제22권 제2호 통권 60호, 2017, 369쪽.

16) DAM, Shubhankar, Is the Indian Supreme Court Bound by the Indian Constitution, *Public Law*, 2005, at 239.

### 가. '연성적' 헌법 개정 절차

인도는 헌법 제368조에서 헌법 개정에 대한 절차를 규정하고 있다.<sup>17)</sup> 인도에서 헌법의 개정 권한은 의회가 지니고 있다. 의회의 제정법으로써 헌법의 개정이 이루어지고 있다. 보통의 경우에는 상원 또는 하원에서 발의한 개정안은 의회 양원을 통과하여야 하며, 이때 양원에서 각각 재적의원 과반수 및 출석의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.<sup>18)</sup> 이와 같이 인도의 개헌절차는 우리나라의 경우와 비교하면 연성적인 절차를 지니고 있다.

### 나. 인도 대법원의 헌법 조문에 관한 사법심사 사례들

인도의 헌정사에서 의회와 대법원의 법리적인 논쟁은 궁극적으로는 기본권 보장과 헌정질서는 수호하는 결과로 이어졌다. 인도의 개헌 과정에서 의회와 대법원 사이에서 이루어진 대표적인 논쟁 사례를 살펴보면 다음과 같다.<sup>19)</sup>

17) 인도 헌법 제368조([헌법을 개정하고 그에 관한 절차를 개정하는 연방의회의 권한]) 제2항 본 「헌법」의 개정안은 연방의회의 양원 중 한 곳에서 헌법 개정 목적의 법안 발의를 통해서만 개시될 수 있으며, 법안이 양원 모두에서 해당 의회의 재적의원 과반수와 출석의원 2/3 이상에 의해 통과될 경우, 해당 헌법은 법안의 내용에 따라 개정된다.

18) Rajagopalan, Shruti, Constitutional Change: A Public Choice Analysis (March 3, 2016). Oxford Handbook of the Indian Constitution, 2016.

19) 아래의 인도 대법원의 판결들에 관해서는 다음과 같은 기존의 연구성과가 있다. 정하명(인도 대법원 위헌법률심사권의 최근 동향, 경북대학교 아시아연구소, 아시아연구 제5호, 2009, 89쪽-113쪽)과 백좌흠(인도 헌법의 소유권 규정의 변천 - 토지개혁과 관련된 헌법수정을 중심으로-, 한국인도학회, 인도연구 제5권, 2010, 127-152쪽) 그리고 강경선(인도 헌법의 형성사, 에피스테메, 2014, 467쪽)의 선행 연구가 있다. Arun K. Thiruvengadam, The Constitution of India: A Contextual Analysis, Oxford and Portland, Oregon, 2017. 책자의 제7장(CONSTITUTIONAL CHANGE)에서 인도 헌법의 개헌과 인도 의회의 개헌에 관한 인도 대법원의 사법심사를 적용한 사례를 자세히 해설하고 있다.



첫째, 인도 대법원은 1967년 골라크나트(Golak Nath) 판결에서는 헌법상 기본권과 관련된 헌법 개정의 한계를 판시한다.<sup>20)</sup>

지난 1951년 인도 대법원은 의회가 제정한 토지개혁법안이 헌법상 재산권의 침해라는 사유로 위헌 결정을 한다.<sup>21)</sup> 하지만 인도 연방의회는 제1차(1951년 개헌 ; 당시 제31조A조와 제31B조를 추가하여, 주에서 통과한 토지개혁법(Land Reforms Law)의 효력을 인정한다.), 제4차(1955년 개헌 ; 제31조와 제31조A를 수정하여, 토지 보상의 적절성 여부는 소송의 대상이 되지 못한다고 규정한다.) 그리고 제17차(1964) 개헌에서는 헌법상 토지개혁법안의 합헌성을 강조한다. 당시 인도 대법원은 다음과 같이 헌법 개정의 한계를 밝혔다. 첫째, 인도 헌법상 기본권은 헌법 제368조의 개정절차에 의해 축소 또는 삭제되어서는 아니 된다. 둘째, 개헌을 통한 헌법 조문은 제13조 제2항의 ‘법률’에 해당되며, 따라서 인도 헌법상 기본권들을 축소 또는 삭제하는 경우에는 인도 대법원이 무효로 선언할 수 있다. 셋째, 기본권의 축소 또는 삭제를 위한 헌법 개정이 필요하면, 기존의 의회가 아니라 헌법제정회의를 소집하여, 헌법제정회의에서 새롭게 헌법을 제정해야 한다. 이와 같이 인도 대법원은 의회가 지니고 있던 헌법의 개정권에 관한 견제를 하였다.

둘째, 인도 대법원은 1973년 케사바난드(Kesavananda) 판결에서는 <헌법의 기본구조(Basic Structure of Constitution)>라는 법리를 최초로 제시한다.<sup>22)</sup> 이 사건의 배경을 살펴보면 다음과 같다. 인도 대법원의 골라크나트 판결 이후, 인도 의회는 제24차(1971년)와 제25차(1971년) 헌법을 개정한다.

20) GolakNath v. State Of Punjab (1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762).

21) Sankari Prasad Singh Deo v. Union of India (1951 AIR. SC 458).

22) Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr (AIR 1973 SC 1461). ; Ullah, Dr Aman, and Samee Uzair. “Basic Structure of Constitution: Impact of Kesavananda Bharati on Constitutional Status of Fundamental Rights.” South Asian Studies 26.2 (2020).

당시 이들 개정 헌법 조항들에 따르면, 헌법 개정과 관련된 조문들은 인도 대법원의 사법심사대상이 될 수 없도록 규정한다.<sup>23)</sup> 하지만 인도 대법원은 여전히 의회의 헌법 개정이 헌법의 기본구조를 침해하는 경우에는 해당 헌법 조문을 무효로 할 수 있다고 밝혔다. 이것은 인도 사법부가 헌법 개정의 한계를 법리로 형성한 것이다.<sup>24)</sup>

셋째, 인도 대법원은 1980년 미네르바직물공장(Minerva Mills Ltd.) 판결에서는 인도 의회에서 개정된 헌법 조문을 무효로 선언한다.<sup>25)</sup> 이 사건의 배경을 살펴보면, 인도 의회는 제42차(1976년) 헌법의 개헌에 대해서는 인도 대법원이 사법심사를 할 수 없도록 명문으로 규정한다.<sup>26)</sup> 특히 제42차 개헌은 당시 인도 총리였던 인디라 간디의 독단적인 국정을 위한 개헌이었다는 평가가 있었다. 인도 대법원은 헌법의 기본구조이론에 근거하여 해당 조항을 무효라고 판결한다. 이는 인도 대법원이 권위주의 헌정체제를 지향하던 당시 인도 정부를 통제할 수 있다고 평가할 수 있다.

넷째, 인도 대법원은 법관 임명 및 해임과 관련한 헌법개정에 관한 조문에 관하여 위헌으로 결정한 바 있다.<sup>27)</sup> 지난 2014년 제99차 헌법 개정으로,

---

23) 제24차 개헌에서 헌법 제368조 제3항을 추가하여 연방의회는 인도 헌법상 제3부(기본권조항)를 포함해 어떤 헌법 규정도 수정할 수 있도록 하였다. 제368조 제3항을 살펴보면 다음과 같다. 제368조 제3항 제13조의 어떠한 규정도 본 조에 의거한 개정에서 적용되지 않는다.

24) 인도 대법원이 제시한 헌법의 기본구조이론은 독일에서 형성된 이론을 인도의 사정에 맞게 수용한 것이다. ; Monika Polzin (2021) *The basic-structure doctrine and its German and French origins: a tale of migration, integration, invention and forgetting*, *Indian Law Review*, 5:1, 45-61,

25) *Minerva Mills Ltd. and Ors. v. Union Of India and Ors.* (AIR 1980 SC 1789).

26) 헌법 개정은 사법심사의 대상에서 배제하는 근거로 헌법 제31D, 제39A조, 제43A조, 제48A조, 제368조 제4항과 제5항을 신설하였다.

27) *Supreme Court Advocates-on-Record Association v Union of India* (2016) 4 SCC 1. ; Kadri, Dr. "Judicial Appointments Mechanism in India and Independence of Judiciary-A Critical Analysis." *Judicial Appointments Mechanism in India and Independence of Judiciary-A Critical Analysis* (December 30, 2017). National Capital

대통령이 대법원장과 대법관을 임명하는 경우에는 국가사법임명위원회(National Judicial Appointments Commission)의 추천이 필요하도록 규정하였다(제124조 제2항). 하지만 인도 대법원은 이 규정이 권력분립과 사법부의 독립을 훼손한다는 결정을 한다. 한편, 인도 대법원의 이번 결정에 관하여는, 사법부 스스로 자신들의 기관의 이기주의적 관점에서 위헌심사권을 행사한 측면을 강조하는 견해들이 있다.<sup>28)</sup>

#### 다. 인도 헌법의 기본구조 법리의 시사점

헌법개정에 관한 위헌심사제의 문제점은 권위주의 국가에서 사법부가 집권세력에 의해 장악된 상황이라면 오히려 권위주의적 통치를 정당화하는 도구로 변질될 수 있다. 하지만 인도의 경우에는 사법부의 독립과 기본구조 법리의 형성으로 이와 같은 우려를 불식시키고 있다.

인도 대법원은 인도 의회의 헌법개정권한에 사법심사에서 그 심사기준으로 헌법의 기본구조 원리를 제시한다.<sup>29)</sup> 인도 대법원은 헌법의 기본구조의 예시로는 ‘사법부의 독립, 민주주의, 공화주의, 법치주의, 자유롭고 공정한 선거, 평등권과 생명권과 같은 기본권’이라고 밝혔다. 특히 인도 대법원은 인도 의회의 헌법개정권을 인정하면서도, 그것이 헌법의 기본구조를 변경할 때에는 인도 대법원이 사법심사권을 가진다는 것을 분명히 하였다. 인

---

Law Journal 16 (2017).

28) Chandrachud, Chintan. “Constitutional falsehoods: the fourth judges case and the basic structure doctrine in India.” *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (2018) : 149-168.

29) 인도 대법원이 당시 무효로 판결한 조문은 다음과 같다. 인도 헌법 제368조 ④ 본 조에 의거하여 이루어진 또는 이루어지고자 한 본 「헌법」의 개정(제III편의 규정 포함)은 [「1976년 헌법」(42차 개정헌법) 제55절의 시행 이전 또는 이후에] 어떤 사유로든 법원에 제소될 수 없다. ⑤ 불명확성을 해소하기 위해, 여기에 추가, 변경 또는 폐지를 통해 본 조에 의거하여 본 「헌법」의 규정을 개정할 수 있는 연방의회의 헌법 제정 권한에 어떠한 제한도 두지 않음을 선언한다.

도 대법원은 인도 의회의 헌법 개정에 관한 권한을 견제한 것이다. 오늘날 인도 대법원이 제시한 ‘헌법의 기본구조 이론’은 남아시아국가들 뿐만 아니라 동남아시아 국가들의 헌정질서에 많은 영향을 미치고 있다.<sup>30)</sup>

특히 위헌적 헌법개정이란 논제는 우리나라에 주는 시사점도 있다. 우리나라의 경우에는 헌법이 실체적 헌법개정의 한계를 명문으로 규정하지 않은 상황이며, 헌법재판소의 헌법개정에 대한 위헌심사권도 명문으로 부여하지 않은 상황이다. 이러한 이유로 우리나라의 경우 형식적 또는 절차적 측면에서의 헌법개정의 위헌성 심사의 가능성에 한계가 있을 수 있다.<sup>31)</sup> 그러므로 인도에서 논의된 헌법의 기본구조이론은 헌법 조문에 관한 사법심사의 가능성과 헌법 개정의 한계 범위에 관한 참고자료가 될 수 있다.

### 3. 인도 대법원이 내린 위헌법률심사 대표적인 사례들

인도 대법원이 인도 의회가 제정한 법률에 관한 위헌 결정을 한 대표적인 사례를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 인도 대법원은 동성 간의 성관계를 처벌하는 법률에 관한 위헌결정을 내린 사례가 있다.<sup>32)</sup> 인도의 의회가 성적소수자에 대한 배제와 혐오

30) Md. Abdul Malek (2017) Vice and virtue of the Basic Structure Doctrine : a comparative analytic reconsideration of the Indian sub-continent's constitutional practices, *Commonwealth Law Bulletin*, 43:1, 48-74. ; Andrew J Harding, 'Is the 'Basic Structure Doctrine' a Basic Structure Doctrine?' in Rehan Abeyratne and Ngoc Son Bui (eds), *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2021).

31) 유은정, 위헌적 헌법개정에 대한 사법심사의 가능성, *법학논총* 제52집, 2022, 157쪽.

32) Navtej Singh Johar v. Union of India, (2018) 10 S.C.C. 1. 이 사건에 관한 자세한 해설은 다음의 논문에 게재되어 있다. Pratik Dixit, Navtej Singh Johar v Union of India : decriminalising India's sodomy law, *The International Journal of Human Rights* 24(8), 2020, at 1011. ; 우리나라에 소개된 논문으로는 다음과 같다. 이현정, 아시아에서의 성소수자 권리의 발전 - 인도와 대만의 최신 판례 분석을 중심으로 -,

적인 입장을 법률로 반영하였지만, 인도 대법원은 성적소수자에 관한 관용과 다양성에 초점을 둔 결정을 내렸다.

둘째, 인도 대법원은 형법상 간통죄와 관련해서도 위헌결정을 내린 사례가 있다. 당시 인도 형법상 간통죄 규정에 따르면 결혼한 여성과 간통한 남성은 최대 5년의 징역형 혹은 벌금형에 처해졌다. 다만 여성은 간통한 남편을 고소할 수가 없었다. 또한 해당 형법 규정은 남성만 처벌하는 단서가 있다. 그 이유는 여성을 의사결정권의 주체로 인정하지 않기 때문이다. 인도 대법원은 형법상 간통죄 규정은 여성의 사회적인 지위를 종속적으로 만들고, 인간의 존엄성을 부정하며, 여성의 성적 자기결정권을 부정하는 법률이라고 밝혔다.<sup>33)</sup>

셋째, 인도 대법원은 모든 여성이 임신중단권을 가진다고 밝혔다. 그동안 인도에서는 성폭력 피해자나 기혼여성에게만 일정한 경우 임신 중지를 허용하였다. 하지만 인도 대법원은 “여성의 결혼 지위가 원치 않는 임신을 중단할 권리를 박탈할 근거가 될 수 없다”고 밝혔다. 인도 대법원은 “임신을 유지하거나 종료하기로 한 결정은 여성의 신체 자기 결정권과 본인의 삶의 방향을 선택할 수 있는 권리에 근거하며, 원치 않는 임신은 교육, 직장생활, 정신적 안녕에 영향을 주어 해당 여성의 삶 전반에 부정적인 영향을 미칠 수 있다”고 밝혔다.<sup>34)</sup>

유럽헌법학회, 유럽헌법연구 제37호, 2021, 271쪽.

33) Joseph Shine v. Union of India, (2017). 이 사건에 관한 자세한 해설은 다음의 논문들에 게재되어 있다. Kala, N B Chandra and Anuradha, A, The Social Impact of the Supreme Court Ruling on Adultery in India, The IUP Law Review Vol. IX(3), at 28.

34) 인도에서는 지난 1971년 ‘의학적 임신 중단법’을 도입하면서 일정한 경우에는 임신 중단을 합법화했다. 인도 대법원은 <목적론적·합헌적 법령해석을 통한 미혼여성 등의 낙태권 인정> 판결에서, 미혼여성(사별, 이혼 등으로 혼자인 여성)도 기혼여성(사별, 이혼 등으로 혼자인 여성)과 마찬가지로 임신 24주까지 낙태할 수 있다고 판단하였다. 인도에서는 2021년 임신중절법 개정으로 낙태 가능 주수가 임신 20주에서 24주로 늘어났으나, 임신중절규칙조항에서 규정하고 있는 ‘임신 24주까지 낙태가 허용되는 여성’의 범위에 미혼여성이 명시적으로 포함되어 있지는 않았는데, 이번 판결에서 대법원은 해당

이와 같이 인도 대법원은 인간의 존엄을 비롯한 헌법의 이념에 근거하여 인도 사회의 폐습을 타파하는 나름의 역할을 수행하고 있다.<sup>35)</sup>

## IV. 인도 대법원의 공익소송 운영과 실제

### 1. 인도 헌법상 공익소송의 특징과 헌법상 근거

#### 가. 인도 헌법상 공익소송의 특징

인도의 공익소송은 서구의 공익소송의 영향을 받으면서 형성된다. 서구에서는 공익소송이 현대사회에서 새로이 출현하는 유형의 소송형태인 단체소송이나 집단소송과 같은 형태로 형성되었다.

인도의 공익소송제도는 사회적 취약계층이 스스로 권익을 보장받을 수 있도록 보장하는 사법접근권의 측면에 중점을 두고 있다. 그러므로 인도의 공익소송은 그 제도의 초창기부터, 민사소송의 유형보다는 헌법소송의 한 부분으로 인식되어 발전하여 왔다. 인도 대법원은 이미 1970년대 후반부터 법원에 쉽게 접할 수 없는 이들의 기본권의 침해를 시정하는 방법으로 공익소송을 활용하는 방안을 모색하였다.<sup>36)</sup> 예를 들면, 공익소송의 확대를

---

조항에 대한 목적론적·합헌적 해석을 통해 미혼여성의 임신중단권을 인정하였다. ; X v. The Principal Secretary, Health and Family Welfare Department, Govt. of NCT of Delhi & Anr. Civil Appeal No 5802 of 2022. ; 이 판결에 관한 소개는 다음의 보고서에 자세히 기술되어 있다. 임기영, 목적론적·합헌적 법령해석을 통한 미혼여성 등의 낙태권 인정, 세계헌법재판 조사연구보고서 제53호, 2023, 53-72쪽.

35) Baruah, P. (2022). Human Dignity in Indian Constitutional Adjudication. In J. Hsu (Ed.), Human Dignity in Asia: Dialogue between Law and Culture (pp. 21-39). Cambridge: Cambridge University Press.

36) Deva, Surya, Public Interest Litigation in India : A Critical Review, Civil Justice Quarterly, Vol. 28, 2009, at 27. ; Mate, Manoj, The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India, Boston University International Law Journal, 2015, at 181.

위한 방안으로 인도 대법원은 소의 적법성 요건을 완화하여, 소송의 본안 심리에 접근성을 용이하게 하였다.<sup>37)</sup>

### 나. 인도 헌법상 공익소송의 근거

인도 헌법상 제3장에서 기본권을 규정하고 있다(제12조-35조). 그리고 제4장에서는 국가정책의 지도원리를 규정하고 있다(제36조-51조). 특히 인도 대법원은 인도 헌법 제21조 규정에 근거하여 다양한 기본권을 도출하고 있다. 인도 헌법 제21조에 따르면, 누구도 법률로 정한 절차에 따르는 경우를 제외하고 자신의 생명 또는 개인의 자유를 박탈당하지 아니한다고 규정하고 있다.<sup>38)</sup> 인도 대법원은 제21조를 사회정의의 실현을 위한 실체법과 절차법의 헌법적인 근거로 해석하여, 판결에서 적용하고 있다.<sup>39)</sup> 그리고 앞에서 살펴봤던 인도 헌법 제32조에 근거하여 공익소송이 이루어지고 있다.

## 2. 인도 헌법상 공익소송의 실제

인도에서 공익소송은 환경소송과 사회권과 양성평등과 관련된 부분에서 활발히 이루어지고 있다. 인도의 공익소송상 대표적인 사례를 아래에서 소개하고자 한다.

---

37) Anuj Bhuwania, *Courting the People : Public Interest Litigation in Post-Emergency India*. Cambridge University Press, 2017, at 17. ; A. K. Thiruvengadam. (2013). *Revisiting The Role of the Judiciary in Plural Societies (1987): A Quarter-Century Retrospective on Public Interest Litigation in India and the Global South*. In A. K. Thiruvengadam, V. Raghavan, & S. Khilnani (Eds.), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (341 - 369). Oxford University Press.

38) 인도 헌법 제21조의 원문은 다음과 같다. 21 Protection of life and personal liberty.  
- No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.

39) 이지훈, 인도 헌법 제21조의 법률해석 변화와 적용확대, 인도연구 제21권 2호, 2016, 25쪽.

첫째, 인도에서는 환경분야에서 공익소송이 활발히 이루어지고 있다. 인도 헌법상 기본권 목록에는 환경권이 규정되어 있지 않다. 다만 법적인 강제력이 없는 국가정책의 기본원리에 환경정책에 관한 내용이 있을 뿐이다. 하지만 인도 대법원은 환경소송에서도 헌법 제21조에 규정된 생명권을 근거하여 환경권을 적극적으로 해석하고 있다.<sup>40)</sup> 특히 인도 대법원은 환경소송에서 원고 적격을 넓게 인정하고 있으며, 환경오염을 유발한 기업에 관한 책임을 엄격히 부여하고 있다.<sup>41)</sup>

둘째, 인도 대법원은 사회권과 관련해서도 공익소송을 인정하고 있다. 인도 대법원은 사회적 취약계층들의 소송에 관한 접근권을 공익소송을 통해서 보장하고 있다. 이러한 인도 대법원의 사회권에 관한 적극적인 해석은 행정부와의 긴장 관계를 초래하기도 한다. 인도에서 사회권과 관련한 대표적인 사례는 다음과 같다. 인도 대법원은 대기근의 상황에서 행정부가 비축된 곡식이 있음에도 불구하고, 이를 적절히 활용하지 않은 것은 행정부의 책임이라 밝혔다.<sup>42)</sup> 한편 인도 대법원은 주거권이 인도 헌법상 직접 규정되어 있지는 않지만, 헌법 제21조에 근거한 생명권에 근거한 사회권으로 파악하고 있다. 인도 대법원은 주거환경이 열악한 곳에서 거주하는 이들을 정당한 보상이나 적절한 집행절차 없이 퇴거시키는 것은 주거권의 침해라고 밝혔다. 이와 같이 인도 대법원은 주거권을 생명권의 일부로 파악하며, 주거권의 법적 성질을 국민이 국가에 대한 사법적으로 청구할 수 있

---

40) Badrinarayana, Deepa, The 'Right' Right to Environmental Protection: What We Can Discern From the American and Indian Constitutional Experience (2017). Brooklyn Journal of International Law, Vol. 43, at 76. ; Arun K. Thiruvengadam, The Constitution of India: A Contextual Analysis, Oxford and Portland, Oregon, 2017. 책자의 제4장(FUNDAMENTAL RIGHTS, DIRECTIVE PRINCIPLES AND THE JUDICIARY)에서 인도 헌법상 기본권의 사법심사의 적용에 관한 자세한 해설이 서술되어 있다.

41) M.C. Mehta And Anr vs Union Of India & Ors on 20 December, 1986.

42) People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Others (2001) SCC 196.



는 권리로 인식하고 있다.<sup>43)</sup>

셋째, 인도 대법원은 양성평등과 관련된 사안에서도 적극적인 입장을 취한다. 예를 들면, 인도의 한 힌두교 사원에 일정한 연령의 여성(10세~50세)들의 출입이 금지되었었다. 하지만 인도 대법원은 이 규정들이 헌법상 양성평등에 위배된다는 판결을 내린 사례가 있다.<sup>44)</sup>

### 3. 인도 대법원의 공익소송에 관한 평가

인도에서 공익소송은 개인의 권리보장뿐 아니라, 인도 사회내의 민주주의의 발전에도 중요한 역할을 하고 있다.<sup>45)</sup> 인도 대법원은 공익소송 과정에서 헌법상 규정되어 있지 않은 권리도 그 규범성을 인정하는 사례가 있다. 인도의 공익소송 제도에 대해서는 판결을 통한 사회정의의 실현과 기본권 침해에 대한 구제, 법원의 판결을 통한 사회구조적 변화를 이끌어 내는 데에 기여하였다는 긍정적인 평가가 대체적이다.<sup>46)</sup> 특히 인도에서 공익소송의 과정에서 공익의 실현은 시민과 국가간의 대화와 소통이 전제되므로, 공익소송은 사회적인 대화의 창구와 같은 역할을 하는 기능도 가지고 있다.<sup>47)</sup> 실제로 인도에서는 공익소송은 공익을 둘러싼 여러 가지의 담론을 형성하고 있으며, 인도 사회 내에서 민주주의와 법치주의와 같은 헌법적인 가치를 실현하는 기능을 수행하고 있다.

43) Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation (1985) 3 SCC 545. ; Shantistar Builders v Narayan Khimalal Totame (1990) 1 SCC 520.

44) Indian Young Lawyers Association & Ors. v The State of Kerala Writ Petition(Civil) No. 373 of 2006.

45) Holladay, Z., Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations. Indiana Journal of Global Legal Studies 19(2), 2012, at 555. 555-573.

46) 김태호 외 3인, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 사법정책연구원 연구총서, 2017, 250쪽.

47) 박태정, 인도 공익소송제도의 운영실태와 한국적 함의, 아시아연구 18(3), 2015, 99쪽.

## V. 나오는 말

인도 헌법상 권력분립의 운영은 주로 의회와 법원이 서로 경합하면서 길항의 작용을 하였다. 특히 인도 의회와 인도 대법원의 그들이 가진 헌법상 권한을 바탕으로 때로는 대립하며, 때로는 협력하며 인도의 헌정질서를 수호하였다. 그러한 관계에서 인도의 헌법이론과 판례는 정밀성과 정합성을 갖추어 왔다. 인도에서는 대법원이 인도 사회의 폐습을 타파하는 역할을 수행한 사례가 적지 않다. 인도 대법원은 사법적극주의를 통하여 위헌법률심사권과 공익소송제도를 통해서 스스로의 역할을 자리매김하였다. 오늘날 인도 대법원은 국민의 기본권 보장에 충실을 기하며, 때로는 행정부의 정책까지도 강력하게 뒷받침하는 역할을 하고 있다. 궁극적으로는 인도 대법원의 견제로 인도의 헌법상 국가작용의 권한을 가진 기관들은 인도 헌법의 이념을 실현하기 위해 노력하는 모습을 보여주고 있다.

물론 인도 헌법소송의 운영이 직접적으로는 우리나라에 주는 시사점을 도출하기는 어려울 수 있지만, 인도의 헌법소송이 우리나라에게 주는 나름의 자극은 있다. 오늘날 우리나라의 1987년 헌법 체제에서는 헌법재판소의 신설과 법원의 독립성이 보장된 측면이 있다. 특히 오늘날 우리나라의 헌법재판소가 이룬 성과는 세계적으로도 긍정적인 평가를 받고 있다. 향후 우리나라의 헌법재판소와 인도 대법원의 위헌법률심사제에 관한 비교법적인 연구가 축적될수록, 향후 아시아 지역의 헌정질서가 더욱 성숙할 것이다.

[국문초록]

본 논문에서는 인도 대법원의 사법심사권에 관한 내용을 분석하고자 한다. 인도 헌법상 인도 대법원은 최종심의 권한을 지닌 사법기관이다. 다른 입헌주의 국가들처럼 인도의 대법원은 독립성을 유지하고 있다. 특히 인도 헌법상 대법원장을 비롯한 대법관들의 임명 절차를 상세히 규정하고 있다. 오늘날 인도 대법원의 권한은 세계에서 가장 강력한 사법기관으로 평가된다. 실제로도 인도 대법원은 헌법상 기본권의 보장에 관한 사안에서는 적극적인 자세로 심리하고 있으며, 인도 대법원의 선도적인 판례들은 아시아를 비롯한 국제사회에서도 주목을 받고 있다.

인도 대법원은 사법적극주의의 경향성을 지니고 있으며, 인도 대법원은 사법심사권과 공익소송제도를 적극적으로 활용하고 있다. 특히 인도 대법원은 인도 헌법상 의회가 지닌 헌법개정권을 판결로 견제하고 있다. 특히 인도 대법원은 헌법 개정의 한계를 이론으로 기본구조이론(Basic Structure Doctrine)을 판례로 형성하였다. 오늘날 세계적으로 기본구조이론은 위헌적인 헌법 개정에 관한 통제이론으로 주목을 받고 있다. 또한 인도 대법원은 인도 의회가 제정한 법률에 관한 사법심사를 행사하고 있다. 특히 인도 대법원은 인도 헌법 제32조에 규정된 기본권 구제조항을 적극적으로 해석하며, 인도 헌법 제21조에 규정된 생명권을 중심으로 헌법상 기본권의 범위를 확장해서 해석한다. 한편 인도 대법원은 공익소송을 확대하여, 공익소송을 사법심사제의 유형으로도 활용하고 있다.

**주제어**

인도 대법원, 인도 헌법, 위헌법률심사, 사법적극주의, 공익소송, 인도 헌법, 기본구조 이론

[Abstract]

## A Study on the Practice and Analysis of the Judicial Review in the Constitution of India

This article aims at examining the constitutional adjudication in India. In India, one of the major arenas of study thus has been the role of the Supreme Court, considered one of the most powerful judiciaries in the world, in ensuring procedural and substantive rights. The Supreme Court of India is the highest judicial forum and the final court of appeal of India, established under the Constitution of India, according to which the Supreme Court is the highest constitutional court and acts as the guardian of the Constitution. India has an integrated and yet independent judiciary.

The Supreme Court of India has long been thought of as a court for the common people. This perception is rooted in the Indian constitution, which grants the Supreme Court original jurisdiction to hear cases alleging violation of fundamental rights.

Unconstitutional constitutional amendment has been one of the most popular topics in comparative constitutional law scholarship, specifically through the lens of the basic structure doctrine. As a judicial limit to constitutional change, this notion has been created by the Indian Supreme Court and has spread throughout the world. The impact of the constitutionalization of administrative law is not limited to changing the understanding of constitutional rights ; it has had significant consequences

for how rights have been enforced as well. Article 32 of the Indian Constitution provides remedies for the enforcement of fundamental rights ; indeed, taking recourse to the Supreme Court for such enforcement is itself a protected right. The Indian Supreme Court is widely known for its thrust towards judicial activism. Given that the birth of public interest litigation(PIL) in India was connected to the evolution of PIL in the United States. The focus of PIL in India has shifted from poor to the middle class and from redressing state exploitation of disadvantaged groups to pleas for civic participation in governance. The instrument of PIL became the tool for judicial activism in the environmental field.

By comparing and analyzing constitutional adjudication in Korea and India, we intend to derive significant implications for constitutional adjudication in Korea.

**Key-words**

Supreme Court of India, Constitution of India, Judicial Review, Judicial Activism, Public Interest Litigation, Basic Structure Doctrine

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 강경선, 1947년 이후 인도의 정치와 사회통합, India-Korea International Symposium Theories and Cases on the Multiple Governmentality, 2020.
- 강경선, 아시아 제일의 헌법 국가, 인도, 아시아지역리뷰 「다양성+Asia」 제3권 제3호, 2020.
- 강경선, 인도 헌법의 형성사, 에피스테메, 2014.
- 강경선, 인도헌법에서의 의회주권과 사법심사제의 각축, 정치와평론 제26집, 2020.
- 김태호 외 3인, 공익소송 제도의 현황과 개선방안, 사법정책연구원 연구총서, 2017.
- 박태정, 인도 공익소송제도의 운영실태와 한국적 함의, 아시아연구 18(3), 2015.
- 백좌흠, 인도 헌법의 소유권 규정의 변천 - 토지개혁과 관련된 헌법수정을 중심으로-, 한국인도학회, 인도연구 제5권, 2010.
- 유은정, 위헌적 헌법개정에 대한 사법심사의 가능성, 법학논총 제52집, 2022.
- 이지훈, 인도 헌법 제21조의 법률해석 변화와 적용확대, 인도연구 제21권 2호, 2016.
- 이현정, 아시아에서의 성소수자 권리의 발전 - 인도와 대만의 최신 판례 분석을 중심으로 -, 유럽헌법학회, 유럽헌법연구 제37호, 2021.
- 임기영, 목적론적·합헌적 법령해석을 통한 미혼여성 등의 낙태권 인정, 세계헌법재판 조사연구보고서 제53호, 2023.
- 정채연·안현주, 인도의 공익소송제도에 대한 비판적 고찰, 이화여자대학교 법학논집 제22권 제2호 통권 60호, 2017.
- 정하명, 인도 대법원 위헌법률심사권의 최근 동향, 아시아연구 5, 2009.

### [외국 문헌 참고]

#### 1. 단행본

Arun K. Thiruvengadam, The Constitution of India: A Contextual Analysis,

Oxford and Portland, Oregon, 2017.

Anuj Bhuwania, *Courting the People : Public Interest Litigation in Post-Emergency India*. Cambridge University Press, 2017.

孝忠延夫 : 浅野宜之, *インドの憲法 - 「国民国家」の困難性と可能性 -*, 関西大学出版部, 2018.

## 2. 논문

Andrew J Harding, 'Is the 'Basic Structure Doctrine' a Basic Structure Doctrine?' in Rehan Abeyratne and Ngoc Son Bui (eds), *The Law and Politics of Unconstitutional Constitutional Amendments in Asia* (Routledge 2021).

Badrinarayana, Deepa, *The 'Right' Right to Environmental Protection: What We Can Discern From the American and Indian Constitutional Experience* (2017). *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 43, pp. 76-128.

Baruah, P. (2022). *Human Dignity in Indian Constitutional Adjudication*. In J. Hsu (Ed.), *Human Dignity in Asia: Dialogue between Law and Culture* (pp. 21-39). Cambridge: Cambridge University Press.

Chandrachud, Chintan. "Constitutional falsehoods: the fourth judges case and the basic structure doctrine in India." *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies* (2018) : 149-168.

DAM, Shubhankar, *Is the Indian Supreme Court Bound by the Indian Constitution*, *Public Law*, 2005, pp 239-248.

Deva, S. (2014). *The Indian constitution in the twenty-first century: The continuing quest for empowerment, good governance and sustainability*. In A. Chen (Ed.), *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century* (*Comparative Constitutional Law and Policy*, pp. 343-366).

헌법논총 제34집(2023)

- Deva, Surya, Public Interest Litigation in India : A Critical Review, *Civil Justice Quarterly*, Vol. 28, 2009, pp. 19-40.
- Gambhir C, Walia J. Judicial Activism : A Retrospective Indian Experience. *Indian Journal of Public Administration*. 57(4), 2011, pp. 939-952
- Holladay, Z., Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 19(2), 2012, pp. 555-573.
- Kadri, Dr. “Judicial Appointments Mechanism in India and Independence of Judiciary-A Critical Analysis.” *Judicial Appointments Mechanism in India and Independence of Judiciary-A Critical Analysis* (December 30, 2017). *National Capital Law Journal* 16 (2017).
- Kala, N B Chandra and Anuradha, A, The Social Impact of the Supreme Court Ruling on Adultery in India, *The IUP Law Review* Vol. IX(3), pp. 28-35.
- Lokaneeta J. Debating the Indian Supreme Court : Equality, Liberty, and the Rule of Law. *Law, Culture and the Humanities* 13(3), 2017, pp. 353-368.
- Mate, Manoj, The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India, *Boston University International Law Journal*, 2015, pp 169-224.
- Md. Abdul Malek (2017) Vice and virtue of the Basic Structure Doctrine : a comparative analytic reconsideration of the Indian sub-continent’s constitutional practices, *Commonwealth Law Bulletin*, 43:1, 48-74
- Monika Polzin (2021) The basic-structure doctrine and its German and French origins: a tale of migration, integration, invention and forgetting, *Indian Law Review*, 5:1, 45-61.
- Mukherjee, M. (2023). Justice as Equity and the Making of the Indian Constitution. In N.S. Bui & M. Malagodi (Ed.). *Asian Comparative Constitutional Law, Volume 1: Constitution-Making* (pp. 337 - 362).



- Oxford: Hart Publishing. Retrieved September 12, 2023.
- Nick Robinson, Judicial Architecture and Capacity, in Sujit Choudhry, Madhav Khosla & Pratap Mehta eds., *The Oxford Handbook of Indian Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Nick Robinson, Structure Matters : The Impact of Court Structure on the Indian and U.S. Supreme Courts, *The American Journal of Comparative Law*, Vol 61(1), 2013, pp. 101-138.
- Payel Rai Chowdhury, Judicial activism and human rights in India: a critical appraisal, *The International Journal of Human Rights* Vol 15(7), 2011, pp. 1055-1071.
- Pratik Dixit, Navtej Singh Johar v Union of India : decriminalising India's sodomy law, *The International Journal of Human Rights* 24(8), 2020, pp. 1011-1030.
- Raeesa Vakil, Constitutionalizing administrative law in the Indian Supreme Court : Natural justice and fundamental rights, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16(2), 2018, pp. 475 - 502.
- Rajagopalan, Shruti, *Constitutional Change : A Public Choice Analysis* (March 3, 2016). *Oxford Handbook of the Indian Constitution*, 2016.
- S. P. Sathe, Judicial Activism: The Indian Experience, 6 *WASH. U. J. L. & POL'Y* 29, 2001, pp. 30-109.
- Sen S. The 'Public Interest' in India: Contestation and Confrontation before the Supreme Court. *Diogenes* 60(3-4), 2013.
- Singh, Mahendra Pal and Deva, Surya, *The Constitution of India: Symbol of Unity in Diversity*. *Jahrbuch des Offentlichen Rechts der Gegenwart, Yearbook of Public Law (Germany)*, Vol. 53, 2005.
- Ullah, Dr Aman, and Samee Uzair. "Basic Structure of Constitution: Impact of Kesavananda Bharati on Constitutional Status of Fundamental Rights." *South Asian Studies* 26.2 (2020).

헌법논총 제34집(2023)

3. 인도 대법원 판례

Sankari Prasad Singh Deo v. Union of India (1951 AIR. SC 458).

Golaknath v. State Of Punjab (1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762).

Indian Young Lawyers Association & Ors. v The State of Kerala Writ  
Petition(Civil) No. 373 of 2006.

Joseph Shine v. Union of India (2017).

People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Others (2001) SCC  
196.

Kesavananda Bharati Sripadagalvaru & Ors. v. State of Kerala & Anr (1973 4  
SCC 225 ; AIR 1973 SC 14.

M.C. Mehta And Anr vs Union Of India & Ors. (1986).

Minerva Mills Ltd. and Ors. v. Union Of India and Ors. (AIR 1980 SC  
1789).

Navtej Singh Johar v. Union of India (2018) 10 S.C.C. 1.

X v. The Principal Secretary, Health and Family Welfare Department, Govt. of  
NCT of Delhi & Anr. Civil Appeal No 5802 of 2022.

Olga Tellisv. Bombay Municipal Corporation (1985) 3 SCC 545

Shantistar Builders v Narayan Khimalal Totame (1990) 1 SCC 520

Supreme Court Advocates-on-Record Association v Union of India (2016) 4  
SCC 1.

미국 연방헌법상 기본권의 체계 및  
위헌심사기준\*

: 근본적 권리에 관한 판례를 중심으로

The Structure of the Individual Rights of the U.S.  
Constitution and the Standard of Judicial Review  
: Focusing on case law on Fundamental Rights

이 건 석(Lee, Geon-Seok)

헌법재판소 헌법연구관

- 목 차 -

I. 서론 .....	293
II. 미국 연방헌법상 기본권 보장의 체계 .....	293
III. 미국 연방헌법상 근본적 권리와 수정헌법 제9조 및 제14조 .....	301
1. 근본적 권리의 개념 .....	301
2. 수정헌법 제14조 .....	304
3. 수정헌법 제9조 .....	305

---

\* 이 글은 2020년 국외연수 중 작성한 내용을 일부 수정한 것으로서 관련 문헌 내용을 정리한 것임.

IV. 근본적 권리에 관한 구체적 사례 .....	306
1. 투표권 .....	306
2. 주간 이동의 자유 .....	308
3. 법원접근권 .....	309
4. 프라이버시권 .....	310
5. 근본적 권리 인정이 부인된 사례 .....	312
V. 근본적 권리에 관한 위헌심사기준 .....	313
1. 미국 연방대법원의 위헌심사기준 일반론 .....	313
2. 근본적 권리에 관한 위헌심사기준 .....	316
VI. 결론 .....	319
* 국문초록 및 주제어 .....	320
* 영문초록 및 주제어 .....	321
* 참고문헌 .....	323

## I. 서론

과학기술의 발달, 사회현상 및 가치관의 변화로 인해 기존의 기본권 체계만으로 포섭하기 어려운 새로운 기본권적 위험 상황은 늘 발생할 수 있다. 우리 헌법은 제10조 제2문(“국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”)과 제37조 제1항(“국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”)을 두고 있고, 미국 연방헌법 수정 제9조<sup>1)</sup> 또한 “이 헌법에 특정 권리를 열거한 사실이, 개인이 보유하는 다른 여러 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다.”라고 하여 헌법에 열거되지 않았으나 보호받을 수 있는 새로운 기본권의 가능성을 확인하고 있다.

이하에서는 미국 연방헌법상 기본권 보장의 체계, 미국 연방대법원이 판례로서 확립해 온 근본적 권리(fundamental rights)의 내용과 도출 근거 및 구체적 사례, 근본적 권리가 침해되었을 때 미국 연방대법원의 위헌심사기준 등을 살펴본다.

## II. 미국 연방헌법상 기본권 보장의 체계

1787년 제정된 미국 연방헌법은 총 7개조로 구성되어 있는데, 이 중 국민의 기본권에 관한 규정은 별로 없다. 이는 많은 주들이 그들의 주 헌법에 이미 기본권 조항을 가지고 있었기 때문에, 헌법에 특별히 권리장전들을 필요가 없고 기본권 보장 논쟁을 헌법 비준 이후로 미루고자 한 생각에

---

1) 수정헌법 제9조 (열거되지 않은 권리) 이 헌법에 특정 권리를 열거한 사실이, 개인이 보유하는 다른 여러 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다. Amendment IX The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

기인하였다.<sup>2)</sup>

1787년 헌법이 명시적으로 규정한 권리는 다음과 같다.<sup>3)</sup> 제1조 제9항 제3호와 제10항 제1호<sup>4)</sup>는 연방과 주가 재판에 의하지 않은 사권박탈법과 소급입법을 제정하는 것을 금지한다. 제1조 제9항 제2호<sup>5)</sup>는 반란 또는 침략의 경우를 제외하고는 인신보호영장의 특권을 정지할 수 없도록 보호한다. 제1조 제10항 제1호는 주정부가 계약상 의무를 해하는 법률을 제정하

---

2) 박종보, 미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구, 2006, 45-46면; 표명환, 미국연방대법원의 기본권 확장의 법리에 관한 고찰, 법학연구, 2011, 50-51면 참조.

3) 이하 권리장전의 구체적 내용에 관하여 박종보, 미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구, 2006, 46면; 표명환, 미국연방대법원의 기본권 확장의 법리에 관한 고찰, 법학연구, 2011, 51면; Spaeth, Harold J.; Smith, Edward Conrad, The Constitution of the United States, 13th ed, HarperCollins Publishers 1991, p.15 이하 참조.

4) 이하 조문의 내용은 헌법재판소 헌법재판연구원, 국가별 법령집 미국편, 2019 참조. 제1조 (입법부)

제9항 (연방의회에 금지된 권한)

3. 사권박탈법 또는 소급입법을 통과시키지 못한다.

No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.

제10항 (주에 금지된 권한)

1. 어떠한 주라도 조약, 동맹 또는 연합을 체결하거나, 나포면허장을 수여하거나, 화폐를 주조하거나, 신용 증권을 발행하거나, 금화 및 은화 이외의 것을 채무 변제의 법정수단으로 삼거나, 사권박탈법, 소급입법 또는 계약상의 의무를 해하는 법률을 제정하거나, 또는 귀족의 칭호를 수여할 수 없다.

No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.

5) 제1조 (입법부)

제9항 (연방의회에 금지된 권한)

2. 인신보호영장의 특권은 반란 또는 침략의 경우에 공공의 안전상 요구되는 때를 제외하고는 정지될 수 없다.

The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.

는 것을 금지한다. 제4조 제2항 제1호<sup>6)</sup>는 다른 주로 들어가는 비거주자가 그 주의 주민과 차별받지 않을 권리를 보장한다. 제6조 제3항<sup>7)</sup>은 공직취임의 요건으로 종교 심사를 실시하는 것을 금지한다.

1787년 제정헌법에 비준한 각 주들은 곧바로 권리장전 채택을 요구하였고, 초대 연방의회는 권리장전 채택을 헌법 비준 이후로 미루자고 주장하였던 연방주의자 James Madison에게 이를 기초하게 하였다. 이 권리장전은 1791년 비준되어 최초의 10개 헌법개정조항 즉 권리장전이 되었다.<sup>8)9)</sup>

6) 제4조 (주와 주 및 연방과의 관계)

제2항 (주 사이의 시민권 인정, 범죄인 인도 등)

1. 각 주의 시민은 다른 어느 주에서도 그 주의 시민이 향유하는 모든 특권 및 면책 권을 가진다.

The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States.

7) 제6조 (이전 채무, 국가의 최고법, 공직 선서)

3. 앞서 언급한 상원 및 하원의원, 각 주의 주의회 의원, 합중국 및 각 주의 행정관 및 사법관은 선서 또는 확약에 의하여 이 헌법을 옹호할 의무가 있다. 다만, 미합중국의 어떠한 관직 또는 위임에 의한 공직에도 그 자격 요건으로서 종교상의 심사는 요구되지 않는다.

The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.

8) 박종보, 미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구, 2006, 46면; 표명환, 미국연방대법원의 기본권 확장의 법리에 관한 고찰, 법학연구, 2011, 51면 참조.

9) 헌법 추가 수정조항

AMENDMENTS

권리장전 전문

Preamble to the Bill of Rights

합중국 연방의회는 1789년 3월 4일 수요일에 뉴욕시에서 소집되어 개최되었다.

Congress of the United States begun and held at the City of New-York, on Wednesday the fourth of March, one thousand seven hundred and eighty nine.

각 주들이 헌법을 채택하던 당시에 다수의 주들로 이루어진 회의에서 그 권력의 오남용을 막기 위하여 더 선언적이고 제한적인 규정이 추가되어야 하고, 이는 정부에

앞의 8개 개정조항은 시민의 권리 보호를 규정하고 있다. 제1조<sup>10)</sup>는 종교, 언론, 출판, 집회 및 청원의 자유를 보장한다. 제4, 5, 6조는 일련의 형사절차상의 권리를 보장하는데, 제4조<sup>11)</sup>는 부당한 수색과 압수의 금지 및

---

대한 대중적 신뢰의 지평을 확대하여 그 제도의 유익한 목적을 가장 잘 보장할 것이라는 소망을 표명하였다.

THE Conventions of a number of the States, having at the time of their adopting the Constitution, expressed a desire, in order to prevent misconstruction or abuse of its powers, that further declaratory and restrictive clauses should be added: And as extending the ground of public confidence in the Government, will best ensure the beneficent ends of its institution.

소집된 연방의회에서 양원의 3분의 2의 찬성으로 다음의 조항을 미합중국 헌법의 수정조항으로 각 주의 주의회에 제안하여 전부 또는 일부의 조항이 전술한 주의회 4분의 3에 의해 비준되는 경우 사실상 헌법의 일부로서 효력이 발생하는 것으로 미합중국 의회의 상·하원이 의결하였다. 즉,

RESOLVED by the Senate and House of Representatives of the United States of America, in Congress assembled, two thirds of both Houses concurring, that the following Articles be proposed to the Legislatures of the several States, as amendments to the Constitution of the United States, all, or any of which Articles, when ratified by three fourths of the said Legislatures, to be valid to all intents and purposes, as part of the said Constitution; viz.

연방의회에 의하여 발의되고 각 주의 주의회에 의하여 비준된 미합중국 헌법의 추가 수정조항은 원 헌법 제5조에 따른 것이다.

ARTICLES in addition to, and Amendment of the Constitution of the United States of America, proposed by Congress, and ratified by the Legislatures of the several States, pursuant to the fifth Article of the original Constitution.

10) 수정헌법 제1조 (종교와 표현의 자유)

연방의회는 국교를 수립하거나 또는 자유로운 신앙 행위를 금지하는 법률을 제정할 수 없다. 또한 언론·출판의 자유나 평화로이 집회할 수 있는 개인의 권리 및 고충의 구제를 위하여 정부에 청원할 수 있는 권리를 제한하는 법률을 제정할 수 없다.

Amendment I Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

11) 수정헌법 제4조 (수색 및 체포 영장)

부당한 수색, 체포, 압수로부터 신체, 가택, 서류 및 동산(動産)의 안전을 보장받는 개인의 권리는 침해될 수 없다. 영장은 상당한 이유에 근거하고, 선서 또는 확약에



영장제도를, 제5조<sup>12)</sup>는 대배심에 의한 기소, 이중위험의 금지, 형사상 불리한 증언의 강요금지 등을, 제6조<sup>13)</sup>는 신속한 공개재판을 받을 권리, 배심

의하여 뒷받침되고, 수색될 장소, 체포될 사람 또는 압수될 물품을 구체적으로 기재하지 않고는 발부될 수 없다.

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

12) 수정헌법 제5조 (생명·신체·자유·재산의 보호)

누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소에 의하지 않는 한 사형에 해당하는 죄 또는 중죄에 대하여 처벌받지 않는다. 다만, 전신나 사변(事變) 시 복무 중에 있는 육군이나 해군에서 또는 민병대에서 발생한 사건에 관해서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 범행에 대하여 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 않으며, 어떠한 형사사건에 있어서도 자기에게 불리한 증언을 강요당하지 않고, 적법절차에 의하지 않고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 않는다. 또 정당한 보상 없이, 사유 재산을 공공용(公共用)으로 수용당하지 않는다.

Amendment V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

13) 수정헌법 제6조 (형사피고인의 권리)

모든 형사 소추에서, 피고인은 범죄가 행하여진 주 및 법률이 미리 정하는 지역의 공정한 배심에 의한 신속한 공판을 받을 권리, 기소의 성질과 이유에 관하여 고지 받을 권리, 자기에게 불리한 증인과 대질 심문을 할 권리, 자기에게 유리한 증인 확보를 위해 강제 절차를 제공 받을 권리, 자신의 변호를 위하여 변호인의 도움을 받을 권리를 가진다.

Amendment VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

재판을 받을 권리, 혐의내용을 고지받을 권리, 불리한 증인과 대질 심문할 권리, 변호인의 도움을 받을 권리 등을 규정하고 있다. 제7조<sup>14)</sup>는 일정한 민사배심재판을 받을 권리를 보장하고, 제8조<sup>15)</sup>는 과도한 보석금 및 벌금과 잔혹하고 비정상적인 형벌을 금지한다. 제2, 3조는 군사에 관한 조항으로서 제2조<sup>16)</sup>는 민병과 무기를 보유할 권리를 보장하고 제3조<sup>17)</sup>는 군대의 숙영을 제한하는 조항이다. 한편 제5조는 적법절차에 의하지 않은 생명, 자유 또는 재산의 박탈을 금지하고 정당한 보상 없는 사유재산의 수용을 금

14) 수정헌법 제7조 (민사소송에서의 권리)

보통법상의 소송에서, 쟁송의 액수가 20달러를 초과하는 경우에는 배심에 의한 심리의 권리가 보장된다. 배심에 의하여 심리된 사실은 보통법의 규칙에 의하는 외에는 합중국의 어느 법원에서도 재심받지 않는다.

Amendment VII

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

15) 수정헌법 제8조 (잔혹하고 비정상적인 형벌의 금지)

과다한 보석금을 요구하거나, 과도한 벌금을 과하거나, 잔혹하고 비정상적인 형벌을 과하지 못한다.

Amendment VIII

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

16) 수정헌법 제2조 (무기소지의 권리)

규율있는 민병은 자유로운 주의 안보에 필요하므로 무기를 보유하고 휴대하는 개인의 권리는 침해될 수 없다.

Amendment II

A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.

17) 수정헌법 제3조 (군인의 숙영)

평화 시에 군대는 어떠한 주택에도 그 소유자의 동의 없이는 숙영(宿營)할 수 없다. 전시에도 법률이 정하는 방법에 의하지 않고는 숙영할 수 없다.

Amendment III

No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

지한다. 제9조<sup>18)</sup>는 헌법이 열거하는 일정한 권리 외에 개인이 보유하는 다른 권리를 부인하거나 경시하여서는 안 된다고 규정하고 제10조<sup>19)</sup>는 헌법이 연방정부에 위임하지 않거나 주정부에 금지하지 않은 권한은 주정부 또는 국민에게 유보된다고 규정한다.<sup>20)</sup>

권리장전 채택 이후의 헌법개정조항은 1992년 개정 제27조에 이르기까지 기본권과 통치기구에 관한 것이 혼재되어 있다. 그 중 중요한 것은 남북전쟁에 이은 재건 시대에 주정부의 권한을 제한하기 위하여 채택된 남북전쟁 개정조항 즉 개정 제13, 14, 15조들이다.<sup>21)</sup>

1865년에 비준된 개정 제13조<sup>22)</sup>는 노예제도와 강제노역을 폐지한다.

---

18) 수정헌법 제9조 (열거되지 않은 권리)

이 헌법에 특정 권리를 열거한 사실이, 개인이 보유하는 다른 여러 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다.

Amendment IX

The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

19) 수정헌법 제10조 (주와 국민이 보유하는 권리)

이 헌법에 의하여 합중국에 위임되지 않았거나, 각 주에게 금지되지 않은 권한은 각 주나 국민이 보유한다.

Amendment X

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

20) 박종보, 미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구, 2006, 46-47면; 표명환, 미국연방대법원의 기본권 확장의 법리에 관한 고찰, 법학연구, 2011, 51-52면 참조.

21) 박종보, 미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구, 2006, 47면 참조.

22) 수정헌법 제13조 (노예제의 폐지)

[1865년 1월 31일 가결, 1865년 12월 6일 비준]

제1항 노예 또는 강제 노역은 당사자가 정당하게 유죄 판결을 받은 범죄에 대한 처벌이 아니면 합중국 또는 그 관할에 속하는 어느 장소에서도 인정되지 않는다.

제2항 연방의회는 적절한 입법에 의하여 이 조의 규정을 시행할 권한을 가진다.

Amendment XIII [Passed by Congress January 31, 1865. Ratified December 6, 1865.]

Section 1. Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for

1868년에 비준된 개정 제14조 제1항<sup>23)</sup>은 미국 내에서 출생하였거나 귀화한 모든 사람이 미국연방과 그 거주하는 주의 시민임을 천명하였다. 이 조항은 흑인노예는 연방법원에 소송을 제기할 자격 있는 시민이 아니라고 하는 남북전쟁 전 연방대법원의 *Dred Scott* 판결<sup>24)</sup>을 번복하는 것이었다. 개정 제14조 제1항은 미국연방 시민의 특권과 면책권을 주정부가 침해할 수 없도록 보장한다. 그리고 이 조항은 주정부가 적법절차에 의하지 않고는

---

crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

Section 2. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

23) 수정헌법 제14조 (공민권)

[1866년 6월 13일 가결, 1868년 7월 9일 비준]

제1항 합중국에서 출생하거나 귀화하고, 합중국의 관할권에 속하는 모든 사람은 합중국 시민이자 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 합중국 시민의 특권과 면책권을 제한하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 않고는 어떠한 사람으로부터도 생명, 자유, 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대해서도 법률의 평등한 보호를 거부하지 못한다.

Amendment XIV [Passed by Congress June 13, 1866. Ratified July 9, 1868.]

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

24) *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857) 연방대법원장 Taney의 법정의견은, 연방헌법 제정 시 헌법상 시민의 개념에 흑인 노예가 포함되지 않았음을 자세히 설명하면서, 어느 주가 흑인을 자유롭게 하였다고 해서 그 주의 시민으로 만든 것을 의미하는 것은 아니며, 따라서 다른 주에서 원래 주에서와 같은 특권과 면책(privileges and immunities)을 인정받을 수 없다고 하였다. 일단 *Dred Scott*이 어느 한 주를 떠나 다른 주(미주리주)에 거주하는 이상, 그의 법적 지위는 다른 주의 법에 따르는 것인데, 미주리 주법상 노예는 시민이 아니므로 결국 그는 연방법원에 다른 주의 주민을 상대로 한 소송(diversity jurisdiction)을 제기할 능력이 없다고 판단하였다(이명웅, 미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정, 헌법논총, 2011, 255-256면 참조).

사람의 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없고, 법에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다고 규정한다. 1870년에 비준된 개정 제15조 제1항<sup>25)</sup>은 인종이나 과거의 예속 상태 등을 이유로 선거권(투표권)을 부인하지 못하도록 금지한다. 1920년에 비준된 개정 제19조<sup>26)</sup>에 의하여 성별에 의한 투표권 제한이 금지됨으로써 여성의 참정권이 보장되었다.<sup>27)</sup>

### Ⅲ. 미국 연방헌법상 근본적 권리와 수정헌법 제9조 및 제14조

#### 1. 근본적 권리의 개념

미국 헌법판례상 근본적 권리(fundamental rights) 또는 근본적 이익

- 
- 25) 수정헌법 제15조 (투표권) [1869년 2월 26일 가결, 1870년 2월 3일 비준]  
제1항 합중국 시민의 투표권은 인종, 피부색 또는 과거의 예속 상태로 인하여 합중국이나 주에 의하여 거부되거나 제한되지 않는다.  
Amendment XV [Passed by Congress February 26, 1869. Ratified February 3, 1870.]  
Section 1. The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.
- 26) 수정헌법 제19조 (여성의 투표권) [1919년 6월 4일 가결, 1920년 8월 18일 비준]  
1. 합중국 시민의 투표권은 성별을 이유로 합중국이나 주에 의하여 거부 또는 제한되지 않는다.  
2. 연방의회는 적절한 입법에 의하여 이 조를 시행할 권한을 가진다.  
Amendment XIX  
[Passed by Congress June 4, 1919. Ratified August 18, 1920.]  
The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex.  
Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.
- 27) 박종보, 미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구, 2006, 48면; 표명환, 미국연방대법원의 기본권 확장의 법리에 관한 고찰, 법학연구, 2011, 53-54면 참조.

(fundamental interests)은, 보통 “미국 연방헌법 수정 제14조(제1항)의 ‘자유(liberty)’의 중요한 구성요소로서 그 침해에 대하여는 법원에 의하여 엄격한 심사를 받는 영역을 말하며, 연방대법원의 판례에 의하면 투표권, 주간 이동의 자유 그리고 프라이버시의 여러 측면이 이에 해당한다.”라고 설명된다.<sup>28)</sup> 미국 연방대법원은 어떤 자유들은 매우 중요하기 때문에 그들은 근본적 권리로 보아야 하고 따라서 일반적으로 정부가 이들 권리를 침해하려면 엄격한 심사기준을 만족시켜야 한다고 하였다. 연방대법원이 근본적 권리인지 여부를 다룬 자유의 유형에는 가정의 자율성, 생식권(生殖權), 성적행위, 치료를 받을지 여부를 결정할 권리, 여행할 권리, 투표권, 법원 접근권 등이 있다. 이들 권리는 거의 헌법전에는 명시적으로 언급되어 있지 않다. 연방대법원은 정부가 근본적 권리를 침해하려면 관련 정부행위가 정부의 불가피한 공익을 달성하기에 꼭 필요한 수단이었음을 입증해야 한다고 판시하였다.<sup>29)</sup>

미국 연방대법원은 근본적 권리의 행사를 제한하는 정부행위에 대하여는 적법절차조항과 평등보호조항에 근거하여 엄격한 형태의 사법심사를 하고 있다. Rotunda/Nowak에 따르면 근본적 권리 분석은 1798년의 *Calder v. Bull*<sup>30)</sup> 사건에서 Chase 대법관에 의해서 처음으로 제기된 자연법개념의 현대적 인식(재발견)에 다름 아니라고 보고 있다.<sup>31)</sup> 프라이버시나 여행, 결혼 또는 가정생활과 같이 헌법에 명시적으로 표현되지 않은 이익을 보호하는데 근본적 권리라는 측면에서 접근하는 것은 새로운 옷을 입은 실제적 적

28) Black's Law Dictionary 7th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999, p.683.

29) 김현철, 미국헌법상 근본적 권리와 한국헌법상 열거되지 아니한 자유와 권리의 도출 근거, 법학논총, 2013, 265-266면; Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, New York: Aspen Law & Business, 1997, p.638 참조.

30) 3 U.S. 386 (1798).

31) Ronald D. Rotunda/John E. Nowak, Treatise on Constitutional Law Vol. 2, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992, pp.427-428.

법절차<sup>32)33)</sup>에 다름 아니며, 이러한 영역에서의 사법심사권한의 사용은 새로운 형태의 자연법론에 불과하다는 비판이 있다.<sup>34)35)36)</sup>

- 32) 연방대법원은 법률의 위헌판단의 근거로서 실체적 적법절차론을 발전시켜왔는데, 1905년, *Lochner v. New York* 판결(198 U.S. 45 (1905))에서 ‘고용계약을 체결할 권리(right to enter into an employment contract)’는 수정 제14조에 규정된 ‘자유(liberty)’의 일부로서 실체적 권리(substantive right)라고 판단하면서, 최장근로시간을 규율한 주 법률은 이러한 당사자의 계약체결권을 침해하여 주의 일반적 경찰(police power)의 한계를 벗어났으므로 위헌이라고 선언함으로써 경제영역에서 실체적 적법절차론을 전개하였다. 1937년, 여성노동자의 최저임금을 보장하도록 한 Washington 주법을 합헌으로 판단한 *West Coast Hotel v. Parrish* 판결(300 U.S. 379 (1937))이후 실체적 적법절차론은 더 이상 정부의 경제규제 관련법률에 대한 위헌판단의 근거로 원용되지는 않았으나, *Lochner* 판결에서 ‘실체적 적법절차’에 의해 헌법에 명문규정이 없는 계약의 자유를 ‘근본적 권리’로 확인한 이래로 연방대법원은 열거되지 아니한 개인의 다양한 권리와 자유가 수정 제14조 적법절차조항의 ‘자유’에 포함되는지 여부를 판단함으로써 개인의 자유에 대한 정부규제의 합헌성을 심사해왔다. 비경제적 영역에서 ‘실체적 적법절차론’은 열거되지 아니한 권리를 인정하거나 부정하는 주요한 정당화 근거(내지 방법론)로 적용되어 온 것이다(권혜령, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법- 실체적 적법절차론과 수정 제9조에 의한 분석론, 공법학연구, 2009, 6-7면 참조).
- 33) 적법절차 조항은 단지 법률이 공정한 절차를 통해 모든 사람에게 적용될 것을 요구할 뿐이며, 법률의 실질 내지 내용에 대한 규정은 아니라는 점에서 연방대법원의 실체적 적법절차론에 대한 비판이 있다. Bruce N. Morton, “John Locke, Robert Bork, Natural Rights and the Interpretation of the Constitution”, 22 *Seton Hall L. R.* 709 (1992), at 756.
- 34) Jerome Barron/Thomas Dienes, *Constitutional Law* 4th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999, p.191.
- 35) 실체적 적법절차이론은 그 실체가 불명확한 역사와 전통에 의존하는 결과, 분석기준이 모호하고 사안별로 비일관적이며 때로는 판사 개인의 선호에 따라 권리의 존재 여부가 좌우될 수 있는 위험성마저 내포한다. 이러한 모호한 기준과 판사 개인의 선호에 의존하게 되는 실체적 적법절차를 적용함으로써 법원이 보수적인 사법자제(judicial self-restraint) 또는 반대로 사법창조(judicial creativity)를 한다는 비판을 피하기 위해서는 보다 명확한 헌법적 근거에 그 기반을 두어야 하는 바, 실체적 적법절차분석을 대체할 수 있는 방법론으로서 수정 제9조에 대한 논의가 있는 이유이다(권혜령, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법- 실체적 적법절차론과 수정 제9조에 의한 분석론, 공법학연구, 2009, 11-12면; Lawrence E. Mitchell, “The Ninth Amendment and the Jurisprudence of Original Intent”, 74 *Georgetown L. J.* 1719 (1986), at 1727 참조).
- 36) 김현철, 미국헌법상 근본적 권리와 한국헌법상 열거되지 아니한 자유와 권리의 도출

## 2. 수정헌법 제14조

근본적 권리의 대부분은 수정헌법 제5조, 제14조의 적법절차와 수정헌법 제14조의 평등보호조항의 양자 또는 어느 한편에 의한 보호를 받는다. 연방대법원은 1990년의 *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 사건에서, 의사결정능력 있는 사람은 적법절차조항에 의해 보호받는 자유(liberty)의 일부로서 원치 않는 의료조치를 거부할 수 있는 권리를 갖는다고 보았다.<sup>37)</sup> 1969년의 *Shapiro v. Thompson* 사건에서는 복지급여를 받기 위해서는 당해 주에서 최소 1년 이상 거주하여야 한다는 수급자격 요건을 둔 규정들은 평등보호조항에 의해 보호되는 여행의 자유를 침해하는 것이라고 판시함으로써 여행할 권리는 평등보호조항에 의해 보장된다고 하였다.<sup>38)</sup> 1966년의 *Harper v. Virginia Board of Elections* 사건에서는 인두세를 내지 않아 선거인 등록을 할 수 없었던 버지니아주 주민들에 의해 제기되었고 주단위 및 지방선거에 있어 인두세는 수정헌법 제14조의 평등보호를 위배한 것이라고 판시하였다.<sup>39)40)</sup>

근본적 권리의 근거로서 적법절차조항을 사용하는 것과 평등보호조항을 사용하는 것 사이의 차이는 헌법재판에 있어 논증을 어떻게 하느냐 하는 점이다. 만일 적법절차조항에 의해 보호되는 것이라면, 헌법재판에 있어서의 쟁점은 정부의 그 권리에 대한 ‘침해’가 충분한 입법목적(공익)에 의해 정당화될 수 있는가 하는 점에 있다. 그리고 만일 그 권리가 평등보호조항

---

근거, 법학논총, 2013, 266면; 석인선, 미국헌법상 기본적 권리(fundamental rights)론의 전개와 평가, 세계헌법연구, 2007, 285면 참조.

37) 497 U.S. 261 (1990).

38) 394 U.S. 618 (1969).

39) 383 U.S. 663 (1966).

40) 김현철, 미국헌법상 근본적 권리와 한국헌법상 열거되지 아니한 자유와 권리의 도출 근거, 법학논총, 2013, 266-267면 참조.



에 의해 보호되는 것이라면 쟁점은 누가 그 권리를 행사할 수 있는가에 대한 정부의 ‘차별’이 충분한 입법목적에 의해 정당화될 수 있는가 하는 점에 있게 된다.<sup>41)</sup>

### 3. 수정헌법 제9조<sup>42)</sup>

미국의 연방헌법 수정 제9조는 “이 헌법에 특정 권리를 열거한 사실이, 개인이 보유하는 다른 여러 권리들을 부인하거나 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다.”라고 하여, 우리 헌법 제37조 제1항과 유사하게 규정하고 있다. 우리 제헌헌법(건국헌법) 제28조는 “국민의 모든 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로써 경시되지는 아니한다.”라고 규정하였는데, 이 조항은 미국 연방헌법 수정 제9조의 영향을 받은 것으로 평가되기도 한다.<sup>43)44)</sup>

---

41) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 344-349면; Erwin Chemerinsky, Constitutional Law, (New York: Aspen Law & Business 1997), p. 639 참조.

42) 개인의 자율권(personal autonomy rights) 즉 프라이버시권리 영역에서, 수정 제9조 분석은 다음 두 가지 요소에 대한 판단으로 열거되지 않은 권리를 확인한다. ①관련 행위가 실질적으로 사적인 것(substantially private)인가?, ②그 행위가 개인이나 전체 사회를 위협하는 것인가?(Niles, Mark. C., “Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights”, 48 UCLA L. R. 85 (2000), at 152) 실제적 적법절차분석에서는 열거되지 않은 권리를 주장하는 개인이 구체적 권리를 입증하도록 하는 반면, 수정 제9조 분석에서는 정부가 그 행위 규제법률의 합헌성을 입증하도록 입증책임이 전환된다.(권혜령, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법- 실제적 적법절차론과 수정 제9조에 의한 분석론, 공법학연구, 2009, 13면 참조).

43) 김선택, 행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석, 안암법학, 1993. 184면.

44) Thomas McAfee는 수정헌법 제9조는 절대로 독자적인 의미를 지닐 수 없으며 그것은 수정헌법 제10조와의 체계조화적 해석 하에서만 그 본질이 밝혀질 수 있다고 주장한다. 그 결과 제9조상의 권리는 제10조상의 권한을 제외한 나머지 권리 즉 잔여

미국 연방대법원은 헌법에 열거되지 아니한 권리를 근본적 권리로 인정함에 있어 수정헌법 제9조를 근거조항으로 하는 데 소극적이다. 미국 연방대법원에 의하면 근본적 권리의 대부분은 수정헌법 제5조, 제14조의 적법절차와 수정헌법 제14조의 평등보호조항에 의한 보호를 받는다.<sup>45)</sup> 이에 대하여 새로운 헌법적 권리를 창출하는 근거조항으로 수정헌법 제5조와 제14조의 적법절차조항에 의존한 연방대법원의 접근은 바람직하지 못하며 수정헌법 제9조가 근거조항으로서 더 바람직하다고 보는 견해, 적법절차조항보다는 수정헌법 제9조가 명시되지 아니한 권리를 인정하기에 유용한 조항이라고 주장하는 견해 등이 존재한다.<sup>46)47)</sup>

## IV. 근본적 권리에 관한 구체적 사례

### 1. 투표권

수정헌법 제15조 제1항은, “합중국 시민의 투표권은 인종, 피부색 또는 과거의 예속 상태로 인하여 합중국이나 주에 의하여 거부되거나 제한되지

---

적 권리를 의미한다고 한다. 반면 Randy Barnett은 헌법제정자들이 수정헌법 제9조를 통하여 헌법에 열거되지 않은 여러 가지 구체적 권리들을 보장하려 하였고 따라서 이러한 권리들에 대한 사법적 보장은 전적으로 정당하다고 하였다(강승식, 헌법에 열거되지 아니한 권리- 미수정헌법 제9조를 중심으로, 미국헌법연구, 2004, 255, 258-259면 참조).

45) 헌법에 언급되지 아니한 권리를 도출해 내는 것은 적법절차조항을 통해서만 가능하다는 견해로는 J. Kelley, Comment, Unenumerated Rights - Substantive Due Process, The Ninth Amendment, and John Stuart Mill, Wisconsin Law Review, 1971, p.930 참조.

46) John Choon Yoo, Our Declaratory Ninth Amendment, 42 Emory Law Review, 1993, 1035-1043. Calvin R. Massey, Silent Rights : The Ninth Amendment and the Constitution's Unenumerated Rights, 1995, p.114.

47) 김현철, 미국헌법상 근본적 권리와 한국헌법상 열거되지 아니한 자유와 권리의 도출 근거, 법학논총, 2013, 268면 참조.

않는다.”라고 규정하고 있다. 그 밖에 미국 연방헌법은 제19조, 제24조 제1항 등에서 투표권에 관한 규정들을 두고 있지만, 투표권 그 자체에 관한 명시적인 보호규정을 두고 있지는 않다. 이로 인하여 투표권은 적법절차조항의 ‘자유’의 한 형태로 인정되기도, 평등보호조항에 의해 보호된다고 판단되기도 하였다. 연방대법원은 1964년 *Reynolds v. Sims*<sup>48)</sup> 사건에서, 양원 의석은 인구수를 기준으로 하여 배분되어야 한다는 원칙이 강조되고 주 입법에 의한 의원수 할당이 평등보호에 위배된다고 보았다. 자신이 선택한 후보자에 투표할 권리는 민주사회에서 필수적이고, 참정권은 자유민주주의 사회에서 하나의 근본적인 문제에 해당하며, 투표할 권리가 침해되었다는 주장은 면밀하고 꼼꼼하게 심사되어야 한다고 판시하였다.<sup>49)</sup>

한편 수정헌법 제24조<sup>50)</sup>는 ‘연방’공직선거에서 투표를 위한 조건으로 인두세를 부과하지 못하도록 하였다. 연방대법원은 1966년의 *Harper v. Virginia Board of Elections* 사건에서, ‘주’의 인두세는 평등보호원칙에 위반된다고 판결하였다.<sup>51)</sup> 연방대법원은, “주가 투표자의 재산의 다과 여부

48) 377 U.S. 533 (1964).

49) 김지영, 미국 헌법상 열거되지 않은 권리의 보장 체계, 헌법재판연구원, 2017, 45-46면 참조.

50) 수정헌법 제24조 (인두세의 폐지) [1962년 8월 27일 가결, 1964년 1월 23일 비준] 제1항 대통령 또는 부통령, 대통령 또는 부통령 선거인들, 또는 연방 의회의 상원의원이나 하원의원을 위한 예비 선거 또는 그 밖의 선거에서의 합중국 시민의 선거권은 인두세나 기타 조세를 납부하지 않았다는 이유로 합중국 또는 어느 주에 의하여 거부되거나 제한되지 않는다.

제2항 연방의회는 적절한 입법에 의하여 이 조를 시행할 권한을 가진다.

Amendment XXIV [Passed by Congress August 27, 1962. Ratified January 23, 1964.]

Section 1. The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay any poll tax or other tax.

Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

51) 383 U.S. 663 (1966).

또는 어떤 수수료를 선거의 기준으로 삼는다면 그것은 평등보호조항을 위반하는 것이다. 투표할 자격은 부와는 아무런 관계가 없으며 인두세 또는 다른 어느 세금이라도 이를 내는지 여부와도 관계가 없다.”라고 하였다.<sup>52)</sup>

## 2. 주간 이동의 자유

주(州)간 이동의 자유 내지 여행할 권리(right to travel)는 자신의 주거나 직장을 옮길 수 있는 권리이다. 주가 어떤 사람의 주거나 직장을 다른 주로 변경할 권리에 부담을 주는 경우에는 엄격한 심사를 받게 된다.<sup>53)</sup> 연방 헌법에는 명시적으로 여행할 권리를 규정하지 않았다. 연방대법원은 이 권리 도출의 헌법적 근거에 대해서 명백히 밝히지 않았으나, 일반적으로 평등보호조항이 보호하는 근본적 권리라고 보았다. 연방대법원은 1969년의 *Shapiro v. Thompson*<sup>54)</sup> 사건에서 주의 복지혜택을 받으려면 그 주에 1년간 거주해야 한다는 요건을 정한 주 법률을 위헌판결하면서, “이 법률은 주간 여행이라는 근본적 권리를 제약하는 것이기 때문에 이에 대한 합헌성을 심사하려면 그러한 제약이 주의 필수불가결한 이익을 증진시키는 것인지 여부를 살피는 엄격한 심사기준을 적용해야 한다.”라고 판시하였다.<sup>55)</sup>

주간 이동의 자유에 대한 제약이 언제나 엄격한 심사를 받은 것은 아니었다. 소위 선의거주기간 요건(bona fide residence requirement)<sup>56)</sup>은 일반적

52) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 352면 참조.

53) Steven L. Emanuel, *Constitutional Law Capsule Summary* (Larchmont, N.Y.: Emanuel Publishing Corp. 2000), p. 333 참조.

54) 394 U.S. 618 (1969).

55) 김지영, 미국 헌법상 열거되지 않은 권리의 보장 체계, 헌법재판연구원, 2017, 49면; 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 359-360면 참조.

56) 선의거주기간요건이란 어떠한 자격의 전제로 그 시나 지역에 계속하여 거주하고 있어야 한다는 요건을 말한다. 연방대법원은 이러한 선의거주요건, 즉 계속거주요건

으로 합리성심사기준이 적용되었고 이에 따른 합헌결정을 받았다. 1976년의 *McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission* 사건에서는 시공무원이 되고자 하는 자는 그 시의 거주자이어야 한다는 규정이 합헌판단을 받았고,<sup>57)</sup> 1983년의 *Martinez v. Bynum* 사건에서는 자녀가 공립학교에서 무료교육을 받으려면 그 지역에 거주해야 한다는 규정에 대하여 합리성심사를 하여 합헌판단을 하였다.<sup>58)59)</sup>

### 3. 법원접근권

재판에 관한 권리를 규정하고 있는 조항으로는 연방헌법 수정 제6조 및 제7조가 있다. 그러나 이와 별개로 법원에 재판을 청구할 수 있는 권리를 근본적 권리로 인정하여 보호해왔다. 법원접근권의 근거로는 연방헌법 수정 제14조의 적법절차조항과 평등보호조항 외에도 수정 제1조의 청원권 조항이나 권력분립원칙, 연방주의에 근거하기도 하였다.<sup>60)</sup>

만일 주(州)가 형사사건에서 부자만이 낼 수 있고 가난한 자는 낼 수 없는 수수료를 부과하고 있는 경우에는 엄격심사기준이 적용된다. 예컨대, 주는 가난한 사람에게 형사사건의 소송기록복사 수수료를 부과할 수 없다.

---

(requirement of continuing residency)을 보통의 거주요건, 즉 과거의 어느 시점 또는 '1년'과 같이 주어진 기간 동안의 거주요건(requirement of prior residency of a given duration)과 구별하였다{*McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645, 647 (1976)}.

57) 424 U.S. 645 (1976).

58) 461 U.S. 321 (1983).

59) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 361-362면 참조.

60) 김지영, 미국 헌법상 열거되지 않은 권리의 보장 체계, 헌법재판연구원, 2017, 47-48면 참조. 미국에서의 법원접근권 논의와 보장제도에 대한 비교분석으로는 조수혜, 재판청구권의 실질적 보장을 위한 소고 - 수용자의 경우를 중심으로 한국과 미국의 논의 비교 -, 홍익법학, 2013, 433-468면 참조.

1956년의 *Griffin v. Illinois*<sup>61)</sup> 판결에서 연방대법원은 “적법절차와 평등보호에 관한 헌법적 보장은 형사재판에 있어서 어떠한 불공평한 차별도 허용하지 않는 절차를 요구한다.”라고 하면서, 주정부는 필요한 사실심의 기록을 가난한 사람에게 무료로 제공해 주어야 한다고 판시하였다. 이후 연방대법원은 *Griffin* 원칙을 따랐고, 가난한 형사피고인에 대한 소송기록을 제공할지에 대해서 정부가 판사에게 재량권을 부여한 경우까지 위헌으로 선언하였다.<sup>62)63)</sup>

#### 4. 프라이버시권

미국 연방헌법상 프라이버시권(right of privacy)에 대하여 명시적으로 규정한 것은 없지만, 연방대법원은 1965년의 *Griswold v. Connecticut*<sup>64)</sup> 사건 이래로 계속하여 이러한 권리는 특별한 헌법적인 보장에 의해 창설되는 ‘사생활의 영역’에 포함되어 있는 것이라고 판시하여 왔다. 프라이버시권과 관련 있는 분야는 피임, 결혼, 가족생활, 치료받을(받지 않을) 권리 등의 영역이 있다.<sup>65)</sup>

연방대법원은 1965년의 *Griswold v. Connecticut* 사건에서 7:2의 판결로, 피임기구를 사용하거나 동 사용을 교사 또는 방조하는 것을 금지한 *Connecticut* 주법률은 헌법상의 프라이버시권을 침해한 것이라고 선언하였다. *Douglas* 대법관이 집필한 다수의견은 근본적 권리인 프라이버시권이 위 법률에 의하여 침해되었음을 인정하였다. 다수의견은 이 권리가 몇몇

---

61) 351 U.S. 12 (1956).

62) *Eskridge v. Prison Board of Washington* 사건 357 U.S. 214 (1958).

63) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 362-363면 참조.

64) 381 U.S. 479 (1965).

65) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 366면 참조.

권리장전 규정의 반음영지역(penumbras)에 있는 권리라고 판시하였다. 하지만 Douglas 대법관은 권리장전의 어느 부분에서 그 근거를 찾을 수 있는지 명시하지는 않았다. Goldberg 대법관은 동조의견에서, 프라이버시권은 권리장전의 어떠한 구체적 보장규정에 의존하지 않고도 인정되어야 한다고 주장하면서 수정헌법 제9조는 권리장전을 포함한 헌법의 문언에 명시되지 아니한 본질적인 권리를 헌법적 권리로 인정하는 독자적인 근거가 될 수도 있다고 하였다. 다수의견과 결론은 같지만 이유를 달리한 별개의견을 쓴 Harlan 대법관은, 문제의 코네티컷 주법률은 미국사회에 이미 질서화된 자유(ordered liberty)의 개념에 함축된 근본적 가치(프라이버시를 의미함)를 침해하기 때문에 수정헌법 제14조의 적법절차를 침해하는 것이라고 하였다. Stewart 대법관이 동참한 반대의견에서 Black 대법관은 이 사건 법률이 규율하는 영역에 대하여는 헌법상 프라이버시권을 인정할 만한 명문규정이 없고 또한 방사(emanation) 내지는 반음영(penumbra)의 효과도 인정할 수 없으며, 따라서 Goldberg 대법관이 들고 있는 수정헌법 제9조나 Harlan 대법관이 들고 있는 수정헌법 제14조의 적법절차에 의한 접근방법은 재판관의 개인적인 가치관을 반영할 수밖에 없는 “자연적 정의”(natural justice) 또는 “자연법”(natural law)을 헌법재판에 끌어오는 것으로서 이는 헌법의 기초자들이 의도한 것이 아니라고 반대하면서 이 법률은 주권한의 적절한 행사였다고 실시하였다.<sup>66)</sup>

한편 연방대법원은 1975년의 O'Connor v. Donaldson<sup>67)</sup> 사건에서 본인의 의사에 반한 정신병원 수용은 자유권의 박탈이며 적법절차조항의 보호를 받는다고 판시하였다. 그러나 정신이상인 성인인 경우 스스로 또는 타인에게 위험하거나 병원 이외의 장소에서는 안전하게 생존할 능력이 없을 때 강제수용이 가능하다. 또한 연방대법원은 1990년의 Cruzan v. Director,

66) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 366-368면 참조.

67) 422 U.S. 563 (1975).

헌법논총 제34집(2023)

Missouri Department of Health<sup>68)</sup> 사건에서, 정부는 명백하고 확신이 가는 증거를 제시하며 특정인의 사실상의 희망을 입증하고 병원에 수용할 수 있다고 판결하였다.<sup>69)</sup>

## 5. 근본적 권리 인정이 부인된 사례

복지수급에 관한 권리는 근본적 권리에 해당하지 않으며, 국민의 인간다운 삶을 위한 최저한의 수준을 보장해야 할 국가의 의무도 인정할 수 없다는 것이 연방대법원의 확립된 입장이다.<sup>70)</sup> 즉 미국에서 복지수급권의 헌법적 권리로서의 성격은 부인되며, 다만 수정 제14조 평등보호와 적법절차 위배가 문제되는 사안에서 엄격심사기준이 적용됨으로써 간접적으로 복지수급권이 보장되기도 한다.<sup>71)</sup>

1970년의 *Dandridge v. Williams*<sup>72)</sup> 사건에서 연방대법원은, 가족의 수에 관계없이 복지혜택을 받을 수 있는 상한선을 설정한 Maryland주법에 대하여 합리성심사기준을 적용하여 합헌이라고 판결하였다. Maryland주법에 의하면 가족 수가 많은 가정의 자녀들은 소가족의 자녀들보다 1인당 복지혜택을 적게 받게 되었는데, 연방대법원은 이 법률은 사회·복지에 관련되어 있기 때문에 합리성심사기준을 적용하는 것이 적당하다고 판시하였다. 연방대법원은, 한정된 공적부조금을 할당함에 있어 가지는 주(州)의 이익은 이 법을 정당화하기에 충분하다고 하였다.<sup>73)</sup>

---

68) 497 U.S. 261. (1990).

69) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 374면 참조.

70) 홍석한, 미연방헌법과 복지권 논의, 미국헌법연구, 2012, 345-346면 참조.

71) 김지영, 미국 헌법상 열거되지 않은 권리의 보장 체계, 헌법재판연구원, 2017, 55-56면 참조.

72) 397 U.S. 471 (1970).

73) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 376면 참조.



한편 연방대법원은 1973년 *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*<sup>74)</sup> 사건에서 공공교육에 투자하기 위한 재산세 사용에 관한 *state action*과 평등보호의 문제를 다뤘다. 즉, Texas주가 공립학교에 재정보조를 함에 있어서 학생당 많은 재산세를 내는 지역의 교육에 더 많은 예산을 사용한다 하여 평등보호위반이 문제된 사건이다. 전통적으로 공립학교 교육의 재정은 당해 학교지역구에 부과되는 재산세를 통하여 조달되었다. 이 사건에서 연방대법원은 5:4의 판결로, 교육 그 자체는 근본적 권리가 아니라고 판시하고, 공립학교 재정보조조치가 엄격심사의 대상이 되려면 그것이 의심스러운 분류와 관련되어 있거나, 또한 여기에서 문제가 된 부의 여하에 따른 구분에 의해 어떤 기대되는 이익이 완전히 박탈되었을 경우이어야 한다고 하였다. 그러므로 텍사스주의 위 조치는 합리적관계 심사만을 거치면 되었다. 교육에 재정보조를 함에 있어서 재산세를 사용하는 것은 각 학교지역의 주민들이 받게 되는 교육에 대한 통제권한이라는 주의 정당한 목적달성을 위한 합리적인 방법이기 때문에, 단순한 합리적 심사기준을 만족한 것이라는 설명이다.<sup>75)</sup>

## V. 근본적 권리에 관한 위헌심사기준

### 1. 미국 연방대법원의 위헌심사기준 일반론

#### 가. 3가지 위헌심사기준

미국 연방대법원의 위헌심사기준은 일반적으로 3가지로 구분된다. 최소한의 심사기준인 합리성심사기준(*rationality review; rational-basis scrutiny*),

74) 411 U.S. 1. (1973).

75) 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001, 376면 참조. Norman S. Goldberg / Peter Tenen, *Casnote Legal Briefs - Constitutional Law* (Santa Monica, CA: Casenotes Publishing Co. 1996), p. 86.

보다 높은 강도의 심사기준인 엄격심사기준(strict scrutiny), 그리고 그 중간 강도의 중도적 내지 중간심사기준(intermediate scrutiny)이 그것이다.

원칙적인 위헌심사기준으로서 최소한의 심사기준(minimal scrutiny) 또는 합리성심사기준은 입법부와 행정부의 결정과 행위에 대해 이를 ‘극도로 존중(extreme deference)’하는 입장으로 볼 수 있고, 이에 위헌법률심판에서 법률의 합헌성 추정을 깨기 위해서는 입법이 명백하게 비합리적임을 보일 것이 요구된다. 한편 연방대법원은 표현의 자유를 포함한 헌법에 명시적으로 열거된 기본권, 프라이버시권과 같이 헌법에 명시되지는 않았으나 근본적 권리, 인종과 같이 위헌의 개연성이 현저한 분류기준(invidious suspect classification)에 기초한 정부의 행위 등이 포함된 경우 위헌성을 심사함에 있어 보다 엄격한 심사기준을 적용한다. 이러한 엄격심사에서는 정부의 행위가 합헌으로 추정되지 않으며, 당해 행위가 중대한(긴절한) 국가 이익(compelling state interest)의 달성에 필수불가결한 수단임이(necessarily related) 입증되는 경우에만 합헌으로 판정된다. 또한 합리성심사기준과 엄격심사기준의 중간 강도의 심사기준인 중간심사기준 하에서는, 심사대상인 정부의 행위가 중요한 정부의 이익(important governmental interest)에 실질적으로(상당한 정도로) 관련되어 있으면(substantially related) 이를 합헌으로 판단한다. 이러한 중간심사기준은 평등권을 제한하는 입법에서 입법부가 사용한 분류의 기준을 평가하기 위해 고안되었으며, 성차별에서처럼 위헌의 개연성이 있는 기준(suspect classification)과 유사한 특징을 갖는 기준이 분류의 기준으로 사용된 경우 당해 정부의 행위(입법)의 합헌성을 판단하는 데 사용되어 왔다. 그 밖에 표현에 대한 제한이 사상과 이념의 내용과 무관한 경우의 표현의 자유 관련 사안 등에서도 사용되고 있다.<sup>76)</sup>

---

76) 이우영, 미국의 위헌심사기준으로서의 ‘이중 기준’, 서울대학교 법학, 2009, 419-423면 참조.

#### 나. 위헌심사기준에 대한 비판적 시각(경직성, 실질적인 헌법적 분석의 저해)

위헌심사기준 체계의 가장 큰 문제점으로 비판되어 온 점은 이러한 체계가 갖는 경직성이다.<sup>77)</sup> 위헌심사기준 체계 하에서의 법률의 위헌성 판단은, 당해 사안의 구체적 사실관계와 관련법에서 출발한 실질적 분석의 이전에, 미리 정해져있는 세 지점 중 어느 한 곳이 지정되고 이 지점에서 합헌성 분석이 시작된다는 경직성을 갖는다. 이는 심사대상인 정부의 행위 혹은 입법의 합헌성이 당해 사안에 적용되는 심사기준의 종류에 의해 이미 결정되는 결과를 초래한다.<sup>78)</sup>

위헌심사기준 체계의 또 다른 문제점은 이러한 체계가 질문의 초점을 구체적 사안의 본안과는 거리가 먼 추상화된 단계의 일반화된 개념에 맞추므로써 위헌심사에 필요한 직접적이고 실질적인 헌법적 분석을 저해한다는 점이다. 이 체계 하에서는 심사에서의 초점이 적용될 심사기준의 선택에 필요한 분류기준, 이익, 심사의 강도 등 일반화된 추상적 개념에 맞추어지기 때문에, 구체적 사안에서의 구체적 사실관계와 분쟁의 내용, 법적 쟁점에 대한 분석이 상대적으로 경시될 수 있다. 더욱이 이와 같은 체계는 헌법적 이익형량 과정에 유형화된 범주(categorization)개념의 도입을 초래함으로써 헌법적 분석을 저해할 우려가 있다. 모든 헌법재판에서는 그 구체적인 실현 구조와 무관하게 공익과 사익 간의 형량(balancing)이 필수적이다. 즉, 모든 헌법재판 사안에서 핵심이 되는 쟁점은 정부가 규제를 통해 추구하는 이익이 그로 인해 제한되는 사인의 이익을 능가할 만큼 충분히 중요한가라는 것이다. 그러나 이 체계 하에서는 각각의 기준이 추상적 개

77) Gerald Gunther, "The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection," 86 HARVARD LAW REVIEW 1, 8-12면 (1972)

78) 이우영, 미국의 위헌심사기준으로서의 '이중 기준', 서울대학교 법학, 2009, 437면 참조.

념에 의존하고 있어서, 이러한 헌법적 이익형량에서 이익의 분석과 평가가 사전적(事前的)으로 유형화된 범주를 통해 걸러진다. 따라서 범주화된 이익형량(categorical or definitional balancing)이라는 결과가 초래된다.<sup>79)</sup>

## 2. 근본적 권리에 관한 위헌심사기준

### 가. 근본적 권리에 관한 엄격심사기준

연방대법원의 판결에서 ‘엄격심사’라는 용어는 1942년 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535(1942)에서 Douglas 대법관에 의하여 최초로 사용된 것으로 보인다. 이 사건에서는 특정 범죄자들에 대한 강제적 불임수술이 범죄 유형에 따른 차별에 해당되는지가 다투어졌다. 심사기준과 관련된 부분은 다음과 같다. “그러나 이 입법은, 비록 우리가 오클라호마 주에, 다른 앞선 사건들에서 요구되었던 것과 같은 넓은 입법존중(*large deference*)을 준다고 해도, 평등보호규정을 위반하는 것이다. 우리가 여기서 다루고 있는 것은 사람의 기본적 시민권의 하나에 관한 입법이다. 결혼과 생식은 인종의 존재와 생존에 근본적이다. 행사될 경우, 불임을 시키는 권력은 예민하고, 광범위하고 황폐화시키는 효과를 가져올 것이다. 악의적이거나 부주의한 행사일 경우, 그것은 지배적인 집단에 사이가 나쁜 인종이나 특정 부류의 사람들을 약하게 하거나 사라지게 할 것이다. 법이 미치는 사람들에게 대한 구제책은 아무데도 없다. 주가 행사하는 여하한 실험은 그에게 회복할 수 없는 피해이다. 그는 영원히 기본적 자유를 박탈당한다. 우리는 이 문제를 주의 규제권한 범위를 재심사하려고 언급하는 것이 아니다. 우리는 단지 주가 불임시키는 법을 통하여 만드는 구분(*classification*)에 대해서는,

---

79) 이우영, 미국의 위헌심사기준으로서의 ‘이중 기준’, 서울대학교 법학, 2009, 438-439면 참조.

부지불식간에 특정한 집단이나 부류에 대하여 정당하고 평등한 법의 헌법적 보장에 위반하여 악의적 차별(*invidious discrimination*)이 이루어지지 않게 하기 위해서, 엄격심사(*strict scrutiny*)가 필수적이라는 것을 강조하려는 것이다. ‘법의 평등 보호는 평등한 법의 보호에 대한 서약’의 보장이라는 것이다. 법이 본래적으로 동일한 죄질의 범죄를 저지를 사람들을 차별하여 누구는 불임시키고 누구는 하지 않는 것은 마치 특정한 인종이나 국적을 억압적 조치의 대상으로 선택하여 악의적인 차별을 행하는 것이다.” 이 판결에서 우리는 합리성 심사가 근본적 권리 침해에 부적합하다는 점이 지적되고 있으며, 입법자의 재량에 대한 존중보다는 개인의 자유에 미치는 침해의 심각성 때문에 차별적 취급이 정당화되기 위해서는 악의적 차별이 아니어야 한다는 법리의 전개를 볼 수 있다. 이는 차별목적이 악의적이어서는 안 된다는 점을 강조하면서 피해의 중대성을 강조하고 있다는 점에서 오늘날의 엄격심사 기준의 효시라고 할만하다.<sup>80)</sup>

#### 나. 위헌심사기준에 대한 비판적 시각(내적 일관성의 결여)

위헌심사기준 체계에 관해서는 사전적(事前的)으로 유형화된 범주들이 전체로서의 위헌심사기준 체계에 내적 안정성 내지 일관성을 제공하지 못하고 있다는 비판이 제기되어 왔다. 위헌심사기준 체계의 내적 일관성의 결여를 보여주는 예로 “근본적 이익(*fundamental interest*)”의 개념이 지적되기도 한다. 위헌심사기준 체계의 정립 초기에는 연방대법원은 법원이 그 사회적 중요성이 대단히 크다고 판단한 바의 이익을 “근본적 이익”이라고 보았다. 이러한 입장에 대해서는 연방대법원이 헌법적 사항을 판단함에 있어 자연법적 입장에 귀의한다는 비판이 줄곧 가해져 온 바,<sup>81)</sup> 오늘날에 이

80) 이명웅, 미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정, 헌법논총, 2011, 285-286면 참조.

81) Kenneth L. Karst, “Invidious Discrimination: Justice Douglas and the Return of the

르기까지 연방대법원의 “근본적 이익”의 판단은 상당한 주관성을 띠고 있고 일관성이 결여된 측면이 있다고 비판받는다. 예컨대, 연방대법원은 비교 고찰의 관점에서 이를 설명함이 없이 프라이버시권은 근본적 권리라고 판시하고 있으나 재산권은 그렇게 보고 있지 않다. 헌법재판에서 궁극적 가치 판단은 불가피한 것이라고 하겠으나, 연방대법원 내에서도 이러한 주관성에 대해서는 줄곧 문제의식이 제기되어 왔다. 1973년 연방대법원은 이러한 “근본적 권리 또는 이익”의 개념을 제한적으로 판시하여, 연방헌법 본문에 의해 명시적 혹은 묵시적으로 보장된 권리와 이익만이 근본적 권리 또는 이익이라는 입장을 취했다.<sup>82)</sup> 이러한 정의는 이전의 정의에 비해 상대적으로 더 객관적이기는 하지만 주관성이 전적으로 배제된 정의는 아니다. 왜냐하면 헌법이 어떠한 권리 또는 이익을 묵시적으로 보장하는지는, 그리고 심지어 때로는 헌법이 어떠한 권리 또는 이익을 명시적으로 보장하는지도, 불변의 사항이 아니라 가변적 해석과 판단의 여지가 있는 개념이기 때문이다. 따라서 연방대법원의 근본적 권리 또는 이익의 정의는 여전히 일관성이 결여되어 있다.<sup>83)</sup>

한편, 엄격심사기준이 적용되는 대상에 예외를 더 많이 인정하게 되면 엄격심사기준의 적용대상 내지 적용영역이 축소되고 엄격심사기준으로부터 그만큼 더 벗어날 수 있게 된다. 이러한 방식 역시 미연방대법원이 실제 사용한 바 있으며, 이와 같은 예외의 한 예로서 주간 이동의 자유를 들 수 있다. 이와 같은 엄격심사기준 적용의 예외의 확대는 연방대법원이 위헌심사기준 체계의 경직화를 우려하고 그 경직화된 적용에서 벗어나고자 함을 보여주는 하나의 예라고 할 수 있다.<sup>84)</sup>

“Natural-Law-Due-Process Formula,” 16 UCLA LAW REVIEW 716 (1969).

82) San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 33-34 (1973).

83) 이우영, 미국의 위헌심사기준으로서의 ‘이중 기준’, 서울대학교 법학, 2009, 440-441면 참조.

84) 이우영, 미국의 위헌심사기준으로서의 ‘이중 기준’, 서울대학교 법학, 2009, 445면 참조.

## VI. 결론

이상으로 미국 연방헌법상 기본권 보장의 체계, 미국 연방대법원이 판례로서 확립해 온 근본적 권리(fundamental rights)의 내용과 도출 근거 및 구체적 사례, 근본적 권리가 침해되었을 때 미국 연방대법원의 위헌심사기준 등을 살펴보았다.

미국과 우리의 헌법체계와 헌법제정의 역사가 다르므로 인하여 미국에서의 논의를 그대로 수용하는 데에는 한계가 있다. 그럼에도 불구하고, 미국 연방대법원의 판례 등을 살펴보는 것은 기본권의 강화, 소수자 권리의 보호, 심사기준의 구체화 등의 측면에서 의미가 있다.<sup>85)</sup>

사회현상의 변화에 따라 헌법제정자가 헌법 제정 당시에 인식할 수 없었고 예견할 수 없었던 새로운 사회상황, 즉 자유를 위협하는 새로운 위험상황이 발생한다. 이에 따라 자유를 위협하는 새로운 위험상황에 대하여 기본권적 보호를 제공해야 할 필요성이 있다. 따라서 헌법에 열거되지 아니한 새로운 기본권을 인정한다는 것은 사회현상의 변화에 따라 자유에 대하여 새로이 발생하는 위협적 상황에 적절하게 대처하고자 하는 국가의 시도이다.<sup>86)</sup>

지금까지 살펴본 미국 연방헌법상 기본권 보장의 체계, 미국 연방대법원의 판례에 따른 근본적 권리의 내용과 사례들은 우리 헌법재판소가 사회현상의 변화에 따라 새로운 기본권을 인정해야 하는지 고민할 때 좋은 참고자료가 될 수 있을 것이다.

---

85) 권혜령, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법- 실체적 적법절차론과 수정 제9조에 의한 분석론, 공법학연구, 2009, 4면 참조.

86) 한수용, 헌법학, 법문사, 2015, 376-377면 참조.

[국문초록]

사회현상 및 가치관의 변화로 인해 기존의 기본권 체계만으로 포섭하기 어려운 새로운 기본권적 위험 상황은 늘 발생할 수 있다. 우리 헌법 제10조와 제37조 제1항 및 미국 수정헌법 제9조 등은 헌법에 열거되지 않았으나 보호받을 수 있는 새로운 기본권의 가능성을 확인하고 있다.

미국 연방대법원은 헌법전에는 명시적으로 언급되어 있지 않더라도 자유(liberty)의 중요한 구성요소로서 그 침해에 대하여 엄격한 심사를 받는 영역을 근본적 권리로 발전시켰다. 근본적 권리의 도출 근거로는 미국 수정헌법 제14조에 따르는 견해, 미국 수정헌법 제9조에 따르는 견해 등이 제시된다.

미국 연방대법원은 투표권, 주간 이동의 자유, 사법접근권, 프라이버시권 등에서 근본적 권리를 인정한 사례가 있고, 그 심사기준에 있어서 언제나 동일한 것은 아니지만 대체로 엄격심사기준이 적용된다. 이에 대해서는 심사기준의 경직성이나 실질적인 헌법적 분석의 저해, 내적 일관성의 결여 등이 지적되기도 한다.

미국 헌법상 기본권의 체계, 미국 연방대법원의 판례에 따른 근본적 권리의 사례들은 우리 헌법재판소가 사회현상의 변화에 따라 새로운 기본권을 인정해야 하는지 고민할 때 좋은 참고자료가 될 수 있을 것이다.

**주제어**

근본적 권리, 수정헌법 제14조, 수정헌법 제9조, 엄격심사기준



[Abstract]

### The Structure of the Individual Rights of the U.S. Constitution and the Standard of Judicial Review: Focusing on case law on Fundamental Rights

Due to changes in social phenomena and values, new fundamental rights risks may arise at any time that are difficult to capture in the existing system of fundamental rights. Articles 10 and 37(1) of the Korean Constitution and the 9th Amendment of the United States Constitution confirm the possibility of new fundamental rights that are not enumerated in the Constitution but can be protected.

The U.S. Supreme Court has developed fundamental rights as areas that are not explicitly mentioned in the Constitution, but are important components of liberty and whose infringement is subject to strict scrutiny. Fundamental rights are derived from the Fourteenth Amendment and the Ninth Amendment.

The U.S. Supreme Court has recognized fundamental rights such as the right to vote, right to travel, access to the courts, and the right to privacy, and the standard of review is generally, but not always, strict scrutiny. Some critics have pointed to the rigidity of the test, the lack of substantive constitutional analysis, and the lack of internal consistency.

The system of fundamental rights in the U.S. Constitution and examples of fundamental rights under the U.S. Supreme Court's precedents can be a

헌법논총 제34집(2023)

good reference when considering whether the Korean Constitutional Court should recognize new fundamental rights in response to changes in social phenomena.

**Key-words**

Fundamental Rights, Fourteenth Amendment, Ninth Amendment, Strict Scrutiny Standard

## 참고문헌

### [국내문헌]

- 강승식, 헌법에 열거되지 아니한 권리- 미수정헌법 제9조를 중심으로, 미국헌법 연구, 2004
- 권혜령, 미국 연방헌법상 헌법에 열거되지 아니한 권리의 분석방법- 실체적 적법절차론과 수정 제9조에 의한 분석론, 공법학연구, 2009
- 김선택, 행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리의 기본권체계적 해석, 안암법학, 1993
- 김지영, 미국 헌법상 열거되지 않은 권리의 보장 체계, 헌법재판연구원, 2017
- 김현철, 미국헌법상 근본적 권리와 한국헌법상 열거되지 아니한 자유와 권리의 도출근거, 법학논총, 2013
- 김현철, 미국헌법판례상 근본적 권리, 헌법논총, 2001
- 박종보, 미국헌법상 기본권의 체계와 이론적 특징, 미국헌법연구, 2006
- 석인신, 미국헌법상 기본적 권리(fundamental rights)론의 전개와 평가, 세계헌법 연구, 2007
- 이명웅, 미국 연방대법원의 3단계 심사기준의 성립 과정, 헌법논총, 2011
- 이우영, 미국의 위헌심사기준으로서의 ‘이중 기준’, 서울대학교 법학, 2009
- 조수혜, 재판청구권의 실질적 보장을 위한 소고 - 수용자의 경우를 중심으로 한국과 미국의 논의 비교 -, 홍익법학, 2013
- 표명환, 미국연방대법원의 기본권 확장의 법리에 관한 고찰, 법학연구, 2011
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2015
- 헌법재판소 헌법재판연구원, 국가별 법령집 미국편, 2019
- 홍석한, 미연방헌법과 복지권 논의, 미국헌법연구, 2012

### [외국문헌]

- Bruce N. Morton, John Locke, Robert Bork, Natural Rights and the Interpretation of the Constitution, 22 Seton Hall L. R. 709, 1992

헌법논총 제34집(2023)

- Calvin R. Massey, *Silent Rights : The Ninth Amendment and the Constitution's Unenumerated Rights*, 1995
- Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, New York: Aspen Law & Business, 1997
- Jerome Barron/Thomas Dienes, *Constitutional Law 4th ed.*, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999
- J. Kelley, Comment, *Unenumerated Rights - Substantive Due Process, The Ninth Amendment, and John Stuart Mill*, *Wisconsin Law Review*, 1971
- John Choon Yoo, *Our Declaratory Ninth Amendment*, 42 *Emory Law Review*, 1993
- Kenneth L. Karst, *Invidious Discrimination: Justice Douglas and the Return of the 'Natural-Law-Due-Process Formula*, 16 *UCLA LAW REVIEW* 716, 1969
- Lawrence E. Mitchell, *The Ninth Amendment and the Jurisprudence of Original Intent*, 74 *Georgetown L. J.* 1719, 1986
- Niles, Mark. C., *Ninth Amendment Adjudication: An Alternative to Substantive Due Process Analysis of Personal Autonomy Rights*, 48 *UCLA L. R.* 85, 2000
- Norman S. Goldberg / Peter Tenen, *Casnote Legal Briefs - Constitutional Law* (Santa Monica, CA: Casenotes Publishing Co., 1996
- Ronald D. Rotunda/John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law Vol. 2*, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992
- Spaeth, Harold J.; Smith, Edward Conrad, *The Constitution of the United States*, 13th ed, HarperCollins Publishers, 1991
- Steven L. Emanuel, *Constitutional Law Capsule Summary* (Larchmont, N.Y.: Emanuel Publishing Corp., 2000

# 예방접종 프로그램의 헌법적 정당화 조건에 대한 검토\*

Review of the constitutionality of vaccination programs by  
public authorities

이 재 강(Lee, Jaekang)

헌법재판소 헌법연구관, 법학박사

— 목 차 —

I. 들어가며 .....	327
II. 예방접종 프로그램의 의미와 필요성 .....	329
1. 예방접종 프로그램의 의미 .....	329
2. 감염병예방법에 의한 예방접종 프로그램 .....	330
3. 예방접종 프로그램의 필요성과 기본권 제한 .....	331
III. 불이익조치를 수반한 예방접종 프로그램의 헌법적 정당화 조건 .....	333
1. 불이익조치의 종류와 제한되는 기본권 .....	333
2. 예방접종 프로그램의 목적의 정당성 .....	341
3. 예방접종 프로그램에 따른 불이익조치의 최소침해성 .....	343
4. 달성되는 이익과 침해되는 이익의 비교형량 .....	346

\* 이 논문은 2020. 12. ~ 2022. 6. 국외장기연수 중 작성한 내용을 바탕으로 그 이후에 업데이트된 이론을 반영하여 발전시킨 것임

헌법논총 제34집(2023)

IV. 나오며 .....	347
* 국문초록 및 주제어 .....	349
* 영문초록 및 주제어 .....	351
* 참고문헌 .....	353

## I. 들어가며

인간은 집단을 이루어 생활하는 한 전염성 질병에 대한 우려로부터 자유로울 수 없다. 도시화가 진행되어 사람 간 접촉이 긴밀해지고 사회가 더 조직화되면서 감염병 확산은 더 용이해졌다. 공권력의 존재 이유는 사회 질서를 유지하고 시민의 안전을 보장하는 데 있으므로, 공중보건 정책을 수립하고 시행하는 것은 공권력의 핵심 과제라 하여도 과언이 아니며, 감염병 확산 방지는 공중보건 정책 목표에서 가장 우선순위에 선다.

널리 알려진 바와 같이, 예방접종(vaccination)의 역사는 영국에 거주하였던 의사 에드워드 제너(Edward Jenner)가 1796년 시행한 소위 ‘우두법’으로 거슬러 올라간다. 예방접종의 효용은 여러 국가에서 받아 들여져, 대부분의 국가는 접종 시기나 대상자 연령 등을 정하여 예방접종을 강제 또는 권고하고 있다. 한국에서도 ‘감염병의 예방 및 관리에 관한 법률’(이하 ‘감염병예방법’이라 한다) 제24조에 ‘필수예방접종’에 대한 정의와 그 대상 감염병을 정해두고 있으며,<sup>1)</sup> 필수예방접종에 대하여 국가가 지정한 백신(vaccine)으로 보건소와 지정의료기관에서 예방접종을 할 경우에 접종 비용을 지원하는 ‘국가예방접종사업’을 운영하는 등 일정한 예방접종 프로그램이 운영되고 있다.

예방접종의 뚜렷한 효용에도 불구하고, 특별한 의학적 사유가 없는데도 다양한 이유로 예방접종에 거부감을 느끼는 개인이 있다. 뒤에서 자세히 살펴보는 바와 같이, 예방접종을 하지 않을 자유는 원칙적으로 보장된다. 그러나 소위 ‘집단면역’(Herd immunity)의 달성을 위하여 일정한 비율의

---

1) 감염병예방법

제24조(필수예방접종) ① 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 질병에 대하여 관할 보건소를 통하여 필수예방접종(이하 “필수예방접종”이라 한다)을 실시하여야 한다. (각 호 생략)

구성원이 병원체에 대한 면역을 가지도록 유도해야 하는 보건당국 입장에서는 그러한 개인이 많아지는 것은 상당한 고심거리가 된다. 예방접종은 집단면역을 확보하는 주된 방법이므로, 공권력은 예방접종을 의무화하고 이에 응하지 않는 경우 제재를 가하거나, 예방접종에 응하지 않은 사람의 출입과 체재·근무·이동 등을 제한하여 간접적으로 이를 강제하는 방안을 모색하기도 하고, 접종 비용을 국가 등 공공의 부담으로 하거나 다수의 의료기관을 지정하여 편리하게 접종받을 수 있도록 하는 등의 혜택을 제공하여 예방접종을 받도록 유도하기도 한다. 후자와 같이 편의를 제공하는 것을 넘어, 보건당국이 예방접종을 의무화하거나 간접적으로 강제하는 방안을 마련하면 이는 곧 개인의 기본권을 제한하게 된다.

2019년 말 시작되어 전 세계를 혼란에 빠뜨렸던 ‘SARS-CoV-2’에 의한 감염증(이하 ‘코로나19’라 한다)의 경우 유례없이 빠른 속도로 백신 개발이 진행되어 예방접종이 시행되었는데, 이로 인하여 예방접종에 대한 거부감도 크게 확산되었다. 일상을 회복하기 위하여 빠른 속도로 집단면역이 확보되기를 원하는 보건당국과 이를 거부하는 개인의 대립이 부각되었고, 예방접종 의무화 또는 간접적인 강제에 대한 찬반 논의도 뜨거웠다.

이와 같이 예방접종은 감염병에 대응하는 주요한 수단이지만, 법령이나 이에 기초한 일정한 행정적 조치를 통하여 예방접종을 의무화하거나 미접종자에 대하여 불이익을 주어 간접적으로 이를 강제하는 것이 어디까지 허용될 것인지에 대해서는 논란이 있다. 이 글은 예방접종을 의무화하거나 간접적으로 강제하는 공권력 주도의 예방접종 프로그램이 헌법적으로 정당화될 수 있는 조건들을 살펴보는 데 목적이 있다. 이를 위하여 독일을 중심으로 한 외국의 여러 사례를 참고하여 시사점을 얻고자 한다.



## II. 예방접종 프로그램의 의미와 필요성

### 1. 예방접종 프로그램의 의미

‘예방접종’(vaccination)이란 ‘감염병 예방을 목적으로 백신을 인체에 주입하여 면역이 형성되도록 돕는 행위’로 정의할 수 있고, 백신의 제조·확보 방법이나 인체에 대한 주입 방법, 이를 통하여 인체에서 면역이 형성되는 구체적 과정에 대한 이론 등은 의료·과학기술의 발전에 따라 계속 변화하고 있다. 세균·바이러스·기생충 등 병원체(病原體)의 등장·변형과 기후·생활환경의 변화에 따라 공중보건을 위협하는 감염병의 목록도 끊임 없이 바뀐다.

대부분의 국가는 접종 시기나 대상자 연령 등을 정하여 예방접종을 강제 또는 권고하고 있다. 공권력의 주도 아래 백신을 조달하고 접종을 시행하며 그 이력을 관리하는 일련의 계획을 ‘예방접종 프로그램’(vaccination program)이라 지칭할 수 있을 것이다. 예방접종을 받는 사람이 많을수록 해당 개인의 면역력 확보에 도움이 되는 것은 물론, 집단면역의 달성에도 유리하므로, 예방접종 프로그램에는接种의 편의를 보장하는 수단이나 미접종자에 대한 불이익 조치가 수반될 수 있다.

공권력이 주도하는 예방접종 프로그램에는 보통 공중보건의 확보 차원에서 대응해야 하는 감염병이 특정되고, 그에 맞춘 백신이 지정 또는 조달·공급되며, 최적의 접종 연령이나 시기가 제시된다. 또한 예방접종에 드는 비용의 전부나 일부를 국가 등이 직접 부담하거나 의료보험 체계에서 부담하도록 하고, 공·사 의료시설에 접종을 시행하도록 권고·강제하는 조치가 수반된다.

세계보건기구(WHO)는 예방접종 프로그램의 개발을 조력하기 위하여, 권

장되는 예방접종의 종류와 시기·간격·용량, 의료종사자에 대한 권장사항 등을 정리한 자료를 제공하고 있으며,<sup>2)</sup> 이는 특히 저개발국 등 의료체계가 불충분한 국가들에 도움이 될 것이다.

## 2. 감염병예방법에 의한 예방접종 프로그램

감염병예방법은 필수예방접종을 정하고(제24조 제1항), 공중보건상 필요에 대응할 수 있는 임시예방접종에 관한 규정을 두고 있으며(제25조),<sup>3)</sup> 예방접종 기록의 보존(제28조 제1항), 이상반응에 대처할 수 있는 역학조사 근거 규정을 마련하고 있다(제29조). 또한 개인이 예방접종에 대한 관심을 가지도록 유도하기 위하여 예방접종주관을 설정할 수 있도록 하고(제32조 제1항), 예방접종을 받은 근로자에 대한 유급휴가 및 이에 대한 국가·지방자치단체의 비용 지원에 대한 근거를 마련하고 있으며(제32조의2), 예방접종약품의 계획 생산이나 비축, 생산보고(제33조, 제33조의2, 제33조의3)에 관한 규정도 두고 있다. 예방접종을 받은 사람이 그 접종으로 인하여 질병에 걸리거나 장애를 얻은 경우 또는 사망한 경우에는 국가가 이를 보상하도록 하고 있다(제71조). 누구든지 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로

---

2) 세계보건기구(WHO) 홈페이지, Immunization, Vaccines and Biologicals 웹페이지 참조.  
URL: <https://www.who.int/teams/immunization-vaccines-and-biologicals/policies/who-recommendations-for-routine-immunization---summary-tables> (2023. 9. 13. 검색)

3) 감염병예방법

제25조(임시예방접종) ① 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 관할 보건소를 통하여 임시예방접종(이하 “임시예방접종”이라 한다)을 하여야 한다.

1. 질병관리청장이 감염병 예방을 위하여 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 예방접종을 실시할 것을 요청한 경우
2. 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 감염병 예방을 위하여 예방접종이 필요하다고 인정하는 경우  
(이하 생략)

예방접종을 받아서는 아니되고(제32조 제2항), 이를 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 예방접종을 받은 사람은 처벌될 수 있으나(제81조), 필수예방접종이라 하더라도 이를 받지 않은 경우에 대한 처벌 규정이나 과태료 부과 규정은 발견되지 않는다. 후술하는 바와 같이 일정한 예방접종을 받지 않은 데 대한 제재를 두고 있는 입법례가 있는 것과 비교된다.

질병관리청은 국민의 전부 또는 일부에 대하여 접종비용을 지원하는 ‘국가 예방접종’ 제도를 운영하면서, 예방접종을 어린이와 성인으로 나누어 연령·시기별로 체계화한 ‘표준 예방접종 일정표’를 제시한다.<sup>4)</sup> 다른 주요 국가의 사정도 비슷하다고 할 수 있는데, 미국 질병통제예방센터(CDC)도 어린이 및 청소년과 성인으로 나누어 ‘권장 예방접종 일정’(Recommended vaccination schedule)을 제시하고 있다.<sup>5)</sup> 유럽 질병통제예방센터(ECDC)는 유럽 각국의 예방접종 일정을 확인할 수 있는 통합검색시스템을 제공하고 있다.<sup>6)</sup>

### 3. 예방접종 프로그램의 필요성과 기본권 제한

예방접종 프로그램이 수립되면 백신의 조달·공급이 표준화·체계화되고 접종을 시행할 의료기관이 지정되며 비용 분담 체계가 확립되어 대규모 예방접종이 가능해진다. 또한 예방접종 프로그램이 시행되면 개인은 감염병의 위험성과 예방접종의 필요성에 대하여 자각하게 되고 접종 연령·시기·방법에 대한 정보를 얻을 수 있게 된다. 이로써 예방접종을 받는 개인

4) 질병관리청 홈페이지 참조. URL: <https://nip.kdca.go.kr/irhp/infm/goVcntInfo.do?menuLv=1&menuCd=115> (2023. 9. 13. 검색).

5) 미국 질병통제예방센터(CDC) 홈페이지 참조. URL: <https://www.cdc.gov/vaccines/schedules/index.html> (2023. 9. 13. 검색).

6) 유럽 질병통제예방센터(ECDC) 홈페이지 참조. URL: <https://vaccine-schedule.ecdc.europa.eu/> (2023. 9. 13. 검색).

이 늘어날수록 집단면역이 달성될 확률이 높아진다. 대부분의 국가에서 공권력에 의한 예방접종 프로그램이 시행되는 것은 위와 같은 필요성에 기인한다.

예방접종 프로그램이 공중보건의 확립이나 개인의 건강 유지라는 목적을 달성하기 위한 지도·권고·조언 등 단순한 행정지도 차원에서 이루어지는 경우라면 이는 소위 ‘비권력적 사실행위’로서 기본권을 제한하지 않는다. 그러나 예방접종을 받는 사람이 많을수록 구성된 개개인의 면역력 확보에 도움이 되는 것은 물론, 집단면역의 달성에도 유리하므로, 예방접종 프로그램에는 감염병이나 예방접종에 대한 정보나 편의를 제공하는 데 그치지 않고 미접종자에 대한 불이익조치를 두는 경우가 있을 수 있다. 이처럼 일정한 불이익조치가 예정되어 있어 예방접종 프로그램이 규제적·구속적 성격을 가지는 경우 대상자의 기본권을 제한하게 된다. 이러한 규제가 처벌이나 과태료 등 행정상 제재를 부과하는 경우는 물론이고, 설사 행정지도의 외관을 가지고 있다 하더라도 규제적·구속적 성격이 강하다면 헌법소원의 대상이 될 수 있다.<sup>7)</sup>

이하에서는 예방접종 프로그램이 미접종자에 대한 불이익조치를 둠으로써 일정한 규제적·구속적 성격을 가지는 경우, 이러한 불이익조치를 수반한 예방접종 프로그램이 어떠한 조건 하에서 헌법적으로 정당화될 수 있는지 검토한다.

---

7) 헌재 2023. 9. 26. 2020헌마1235: “행정청의 사실행위는 경고·권고·시사와 같은 정보 제공 행위나 단순한 행정지도와 같이 대외적 구속력이 없는 ‘비권력적 사실행위’, 그리고 행정청이 우월적 지위에서 일방적으로 강제하는 ‘권력적 사실행위’로 나눌 수 있고, 이 중에서 권력적 사실행위만 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하는데, 일반적으로 어떤 행정청의 사실행위가 권력적 사실행위인지 또는 비권력적 사실행위인지 여부는 당해 행정주체와 상대방과의 관계, 그 사실행위에 대한 상대방의 의사·관여정도·태도, 그 사실행위의 목적·경위, 법령에 의한 명령·강제수단의 발동 여부 등 그 행위가 행하여질 당시의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다. 한편, 어떠한 조치가 행정지도의 외관을 띠고 있더라도, 그것이 단순한 행정지도로서의 한계를 넘어 규제적·구속적 성격을 강하게 가지고 있다면, 이는 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당한다.”

### III. 불이익조치를 수반한 예방접종 프로그램의 헌법적 정당화 조건

#### 1. 불이익조치의 종류와 제한되는 기본권

##### 가. 의무화된 예방접종

예방접종 프로그램에서 성인인 개인 또는 미성년자의 법정대리인에게 특정한 예방접종을 하도록 법적 부담을 지우는 경우, 이를 ‘의무화된 예방접종’으로 지칭할 수 있을 것이다. 의무화된 예방접종이 있는 경우, 수범자는 ‘특별한 의료적 판단에 의한 사유’가 있는 경우를 제외하면 원칙적으로 그에 따를 의무가 있고, 단순한 신념이나 자신이 신봉하는 종교상 교리, 부작용에 대한 우려, 접종 필요성에 대한 불신, 질병의 전염성이 낮다는 개인적 판단 등을 이유로 하여 접종을 거부할 수 없다.<sup>8)</sup> 이에 위반하는 경우 일반적으로 형사 또는 행정적 제재가 수반된다. 이 경우 수범자는 의무로서 예방접종을 받아야 하므로, 이를 요구하는 예방접종 프로그램은 신체에 대한 자기결정권 등 수범자의 기본권을 직접 제한한다.

의무화된 예방접종의 대표적 예는 유럽 지역에서 확산하고 있는 홍역에서 찾아볼 수 있다. 유럽 질병통제 예방센터에 따르면,<sup>9)</sup> 홍역 예방접종은

8) 김진곤, 「예방접종과 기본권의 관계」, 공법연구, 한국공법학회, 제49권 제3호, 2021. 2., 65면 참조.

9) 유럽 질병통제예방센터(ECDC)는 2005년부터 운영되고 있는 유럽연합(EU)의 공중보건 임무 담당 기관이다. 스톡홀름에 본부를 두고 있으며, 코로나19, 인플루엔자, 에이즈, 간염, 홍역, 결핵, 항균제 내성, 예방접종 등 50개 이상의 감염병 관련 주제에 대한 데이터를 수집, 분석, 공유하며, 유럽 지역에 대한 감염병 위협을 평가하고 개별 국가가 공중보건상의 위협을 예방하고 대응할 수 있도록 지침을 제공하는 임무를 담당한다.

URL: <https://www.ecdc.europa.eu/en/about-ecdc> (2023. 9. 1. 검색).

체코 등 11개국에서 ‘의무화된’(mandatory) 것으로 평가된다.<sup>10)</sup> 홍역은 바이러스에 의하여 초래되며 공기를 매개로 전염되는 감염병으로, 전염성이 매우 높고 심각한 합병증과 사망을 초래할 수 있는 것으로 알려져 있다. 세계보건기구는 홍역 예방접종이 안전하고 합리적 비용으로 제공되고 있음에도 2021년에 전 세계적으로 128,000명이 홍역으로 사망했고, 이들은 대부분 미접종자이거나 예방접종을 충분히 받지 않은 5세 이하의 어린이라고 보고하였다.<sup>11)</sup>

의무화된 예방접종은 기본권을 직접적으로 제한하므로 감염병 대규모 확산, 그에 따른 개인 건강에 대한 위협과 공중보건의 위기가 현실화하거나 임박한 경우에 예외적으로 도입되는 것이 바람직하다. 한국을 비롯하여 상당수의 국가는 일반적으로 예방접종을 의무화하지 않고 있고, 의무화하더라도 그 범위를 특정한 연령 등으로 제한하는 경향을 보인다. 최근 유럽 지역을 중심으로 홍역 예방접종을 의무화하는 움직임이 있는 것도 홍역이 가지는 높은 전염성,<sup>12)</sup> 최근 들어 어린이를 중심으로 예방접종률이 떨어지고 있는 경향 등을 이유로 한다.<sup>13)</sup>

코로나19의 대규모 확산 상황에서 일부 국가는 새롭게 개발·도입된 예방접종을 의무화하려는 움직임을 보였다. 예컨대 오스트리아에서는 2022. 2. 5. ‘코로나19 예방 접종법’(COVID-19-Impfpflichtgesetz)이 발효되었는데

---

10) 유럽 질병통제예방센터 홈페이지, Measles: Recommended vaccinations 웹페이지 참조. URL: <https://vaccine-schedule.ecdc.europa.eu/Scheduler/ByDisease?SelectedDiseaseId=8&SelectedCountryIdByDisease=-1> (2023. 9. 1. 검색).

11) 세계보건기구(WHO) 홈페이지, Measles, 웹페이지 참조. URL: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/measles> (2023. 9. 1. 검색)

12) 유럽지역 홍역 환자수는 최근 들어 크게 증가하고 있다. Jann L. Ellinghaus, Das Masernschutzgesetz als Teil des Infektionsschutzgesetzes -Verfassungsmäßigkeit und Umsetzung in der Kinder- und Jugendhilfe, KSV Verwaltungspraxis, 2021, 23면.

13) 세계보건기구(WHO) 홈페이지, Measles, 웹페이지 참조. 2022년의 어린이 접종률은 2008년 이후 가장 낮은 수치로 보고되었다. URL: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/measles> (2023. 9. 1. 검색)

이에 따르면, 거주지가 오스트리아 내에 있는 18세 이상의 모든 사람은 코로나19 예방접종을 받아야 하고, 의학적 이유로 접종을 할 수 없는 경우 등 몇 가지 예외만이 인정되었다. 법은 일정한 유예기간을 부여한 후, 예외 사유에 해당하지 않는 미접종자에게는 최대 3,600유로의 벌금을 부과하도록 하였다. 그런데 국가나 지방자치단체가 예방접종 이력을 관리하는 통합된 시스템을 운영하지 않는다면, 구체적으로 미접종자를 확인하고 그에 대한 개별적인 제재를 부과하는 것은 상당한 행정적 부담을 초래한다. 위 법에도 경찰의 모니터링 등 제재를 부과할 수 있는 방안이 마련되어 있으나, 접종대상 국민을 특정하고 그 중 미접종자를 선별하며 예외에 해당하는지를 판단하여 최종적으로 제재를 부과하는 작업이 순조롭게 진행되기는 어려워 보였다. 그 후 소위 ‘오미크론’(omicron) 변이 바이러스의 출현으로 전면적인 봉쇄와 광범위한 예방접종만으로는 이 감염병의 차단이 사실상 어려워지자, 결국 2022. 3. 12. 연방사회복지부령으로 위 법률의 적용을 일시적으로 중단하도록 하였고,<sup>14)</sup> 2022. 7. 7. 해당 법률과 관련 규정은 모두 폐지되었다.<sup>15)</sup> 일련의 경과를 감염병의 특성과 확산 상황, 그것이 공중보건에 부담을 주는 정도 등 사정에 따라 예방접종의 의무화도 가변적일 수 있다는 점을 보여준다.

14) 연방법률관보(BGBl), II Nr.103/2022; 오스트리아 연방 사회·보건·의료·소비자보호부 홈페이지, Impfpflicht: Allgemeine Informationen.

URL: <https://www.sozialministerium.at/Corona/Impfpflicht/Allgemeine-Informationen.html> (2022. 6. 23.자, 2022. 6. 28. 검색).

15) 오스트리아 의회 홈페이지, Nationalrat beschließt einstimmig Aus für COVID-19-Impfpflicht 웹페이지 참조:

URL: [https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr\\_2022/pk0843#XXVII\\_NRSITZ\\_00168](https://www.parlament.gv.at/aktuelles/pk/jahr_2022/pk0843#XXVII_NRSITZ_00168) (2023. 9. 1. 검색).

### 나. 미접종자에 대한 간접적 제재

법령 등을 통하여 예방접종을 의무화하지 않고, 단지 미접종자에 대하여 근무·등교·출입·이동·집합을 제한하는 것과 같이 일정한 차별적 불이익을 주는 경우가 있다. 예방접종을 직접적으로 강제하지는 않지만, 미접종자에 대하여 직업이나 학업 활동과 같은 필수적인 활동을 제한하는 것인데, 그 불이익의 정도가 의무화된 예방접종보다 낮다고 일률적으로 말할 수 없다. 보건당국은 간접적 제재를 통하여 예방접종 프로그램을 원활하게 운영하고자 하는 것이므로, 예방접종을 의무화하는 것과 의도가 다르지 않다. 일정한 예방접종을 하였음을 증명하도록 하고 이를 증명하지 못하면 일정한 불이익을 주는 경우, 대상자가 스스로 결정하여 접종을 하였더라도 이는 외부적·법적 강제에 의한 것이므로 그러한 제재의 정당성은 기본권 제한이 정당화될 수 있느냐 하는 관점에서 검토되어야 한다.

독일의 경우 코로나19 예방접종과 관련하여 의무화와 미접종자에 대한 간접적 제재의 방법을 모두 모색한 바 있다. 코로나19 감염자가 늘어나 사망자와 중증환자가 급증하면서 의료체계에 상당한 부담이 초래되자, 독일의 각 주는 저마다의 기준에 따라 각종 봉쇄·제한 조치를 도입·시행하였다. 대응조치가 주마다 달라 효율성이 떨어지고 혼란이 가중된다는 지적이 잇따르자, 2021. 4. 24. 연방 차원에서 ‘인간 감염병의 예방 및 퇴치를 위한 법률’(Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen, IfSG, 이하 ‘독일 감염보호법’이라 한다)을 개정하여 소위 ‘비상브레이크’(Notbremse) 조치를 도입하였다. 이는 로베르트코흐연구소(RKI)<sup>16)</sup>가 집계하는 발생률 수치(Inzidenz), 즉 ‘매일 단위 지역에서 감염자가 인구 10만 명당 발병한 수를 7일간 평균한 수치’를 기준으로 하여, 일정 기준을 초과하면 사적모임 제한이나 야간 통행제한, 소매점 등 개인

16) 한국의 질병관리청에 대응되는 독일의 감염병 대응을 위한 연방 기관이다.



사업장에 대한 입장 제한, 재택근무 전환, 대면수업·유아보육 제한 등의 조치를 자동적으로 적용하는 것을 내용으로 한다.<sup>17)</sup> 그러나 이러한 조치는 국가 경제에 상당한 어려움을 초래하고 국민들의 생활에 큰 불편함을 가져왔기 때문에, 코로나19 백신 공급이 본격적으로 이루어진 2021년 여름부터는 방역조치보다는 예방접종의 활성화를 통하여 집단면역을 달성하지는 목소리가 커졌다.

그리하여 60세 이상의 사람에게 2022. 10. 15.까지 코로나19 예방접종을 받도록 하는 내용의 ‘부분적인’ 예방접종 의무화 법안이 의회에 제출되었으나, 이는 2022. 4. 7. 연방하원에서 378인의 반대, 296인의 찬성을 얻어 의결정족수에 미치지 못하여 부결되었다. 사실 코로나19 확산이 심각하였던 2022년 초에는 18세 이상의 사람에게 예방접종을 의무화하지는 의견이 부상하였으나, 그에 대한 저항이 적지 않았기 때문에 입법안을 만드는 과정에서 타협하여 60세 이상으로 의무화 대상을 완화하였음에도 결국 의회의 벽을 넘지 못하였다.<sup>18)</sup> 이로써 독일에서는 예방접종이 의무화되지 못하였다.

그런데 독일 감염보호법에 의하면 2022. 3. 16. 이후 병원·요양원, 재활클리닉, 분만센터와 응급서비스 등 의료분야에서 근무하는 사람 등은 근무 시작 전 근무처에 자신이 코로나19 예방접종을 하였거나 이에 감염되었다가 회복되었다는 증거 또는 의학적 이유로 예방접종을 받을 수 없다는 증거(Impfnachweis)를 제출하여야 한다.<sup>19)</sup> 이는 코로나19 예방접종을 직접 의무로 규정하지 않으므로, 엄밀한 의미에서 ‘예방접종 의무화’의 범주에

17) tagesschau, “‘Bundesnotbremse’ - was wann wo gilt”, 24/04/2021.

URL: <https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/faq-corona-notbremse-101.html> (2022. 6. 30. 검색).

18) Beck-Actuell, Heute im Recht, Entwurf für Corona-Impfpflicht im Bundestag gescheitert, 2022. 4. 7.자.

19) IfSG 제20조a, 제22조a, 제73조 1a항 7e부터 7h.

포함하기는 어렵다. 그러나 위와 같은 증거를 제출하지 못하면 해당 분야에서 근무할 수 없고, 증거 없이 종사하는 경우는 행정상 제재가 부과되므로, 직업 활동을 위하여 생계를 유지하여야 하는 측면에서 보면, 대상자에 대한 사실상의 강제력이 크다.

위와 같은 분야의 종사자, 사업자, 소비자 등은 해당 분야 종사자로 하여금 경영진에게 코로나19 예방접종을 받았거나 감염 후 회복되었다는 증거 또는 의학적 이유로 예방접종 예외에 해당한다는 증거를 제공하도록 하고, 경영진은 그러한 증거가 제출되지 않은 경우 보건당국에 알리도록 하며, 이에 위반한 경우 행정적 제재를 부과하는 감염보호법 제20조 제1항 제1문, 제2항 제1문 및 그 제재 조항 등이 자신들의 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다. 이에 대하여 독일 연방헌법재판소는 위 법률조항들이 독일기본법 제2조 제2항 제1문의 신체의 완전성에 관한 기본권,<sup>20)</sup> 제12조 제1항의 직업의 자유를<sup>21)</sup> 제한하지만, 이러한 분야 종사자는 그 특성상 취약한 처지에 있는 사람들과 정기적으로 집중적이고 긴밀한 접촉을 하고 있으며, 자신이 치료하고 돌보는 사람에 대해 특별한 책임이 있음을 고려해야 한다고 설시하고, 청구인들의 기본권을 침해하지 않는다고 판단하였다.<sup>22)</sup>

다만 실무상 독일에서 위와 같은 증거를 제출하지 못한 사람에 대한 고용 배제 조치 또는 벌금 부과 등 제재가 철저하게 지켜지지는 못한 것으로 알려졌다.<sup>23)</sup> 이는 코로나19 확산 국면에서 문제된 의료시설 인력 확보의

20) 독일기본법 제2조 제2항 제1문: “누구든지 생명권과 신체적 훼손을 받지 않을 권리를 가진다.”

21) 독일기본법 제12조 제1항: “모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 가진다. 직업의 행사는 법률에 의하거나 법률에 근거하여 제한될 수 있다.”

22) 1 BvR 2649/21

23) rbb 24, “Corona-Impfpflicht im Gesundheitswesen läuft Ende des Jahres aus”, 2022. 11. 22. 보도, URL: <https://www.rbb24.de/politik/thema/corona/beitraege/2022/11/>

어려움이 여전히 해소되지 않았고, 법령을 준수하지 않은 경우를 일일이 확인하는 데 큰 부담이 초래되기 때문으로 보인다. 이미 해당 시설에 종사하는 상당수의 사람이 접종을 받았고, 예방접종의 실효성도 높지 않다는 지적이 이어지면서 당초 2022. 12. 31.까지 한시적으로 시행되었던 증거 제출의무화 법령은 결국 연장되지 않고 만료되었다.<sup>24)</sup> 이처럼 예방접종 프로그램이 접종을 의무화하거나 다양한 방법으로 강제한다고 하더라도, 그 미접종자를 확인하고 제재하는 것은 그 자체로 상당한 행정상 부담을 초래하며, 직업·학업 활동과 같은 필수적인 활동을 제한하는 경우 해당 개인뿐만 아니라 사회 전체에 큰 혼란을 초래할 수 있다.

이상 독일의 사례에서 보는 바와 같이 미접종자에 대한 간접적 제재는 직무 활동과 연계하여 이루어질 수도 있고, 등교·보육과 관련하여 부과될 수도 있으며, 소매점의 출입이나 대중교통 이용과 같이 필수생활시설에 대한 출입·이용 제한으로 나타날 수도 있다. 제한되는 분야가 생활과 밀접할수록 기본권 제한의 정도는 커지게 된다.

#### 다. 제한되는 기본권

국가나 지방자치단체 등이 예방접종 프로그램을 운영하면서 예방접종을 권고하고 정보를 제공하는 데 머문다면 일반적으로 기본권 제한 문제는 발생하지 않는다. 그러나 코로나19 확산 국면에서 본 것과 같이, 감염병의 확산이 공중보건을 심각하게 위협하거나 위협할 가능성이 높아지는 경우 다른 입법례와 같이 예방접종을 의무화하거나 미접종자에 대한 간접적 제재를 도입할 여지가 있으며, 이때는 기본권 제한 문제가 발생하게 될 것이다.

[impfpflicht-gesundheitswesen-laeuft-aus-ende-2022.html](#) (2023. 9. 3. 검색)

24) Haufe, “Einrichtungbezogene Impfpflicht für Ärzte und Pflegepersonal ausgelaufen”, 2023. 1. 1. 보도, URL: [https://www.haufe.de/oeffentlicher-dienst/personal-tarifrecht/impfpflicht-fuer-beschaefigte-in-krankenhausern-und-pflegeheimen\\_144\\_556896.html](https://www.haufe.de/oeffentlicher-dienst/personal-tarifrecht/impfpflicht-fuer-beschaefigte-in-krankenhausern-und-pflegeheimen_144_556896.html) (2023. 9. 3. 검색)

일반적 행동의 자유의 보장 범위에는 일정한 의료행위를 받지 않음으로써 자신의 생명·건강을 위협에 노출할 자유도 포함되는 것으로 볼 수 있다.<sup>25)</sup> 예방접종이 개인의 감염병에 대한 보호를 강화하는 데 도움이 된다 하더라도, 신체에 대한 자기결정권을 가지는 개인은 예방접종을 받지 않거나 특정 시기를 선택할 자유를 행사할 수 있다. 예방접종을 의무화하는 경우뿐만 아니라, 이를 간접적으로 강제하는 경우에도 국가의 간섭을 받지 않고 예방접종을 받을지 여부와 방법, 시기 등을 스스로 결정할 자유가 제한되는 점은 마찬가지이다.<sup>26)</sup>

앞서 본 바와 같이 독일 연방헌법재판소는 코로나19 예방접종 등에 관한 증거 제출 의무화가 쟁점이 된 사건에서, 독일기본법 제2조 제2항 제1문의 신체의 완전성에 관한 기본권 침해 여부 등을 살펴본 바 있다. 예방접종을 받으면 건강과 면역 상태에 대한 일정한 변화가 초래되므로, 이러한 측면에서 신체의 완전성이 제한된다고 볼 여지가 있다. 한국 헌법 제12조에 의하여 보장되는 ‘신체의 자유’에 신체의 완전성에 관한 기본권, 즉 신체를 훼손당하지 않을 권리가 포함되는지 여부에 대해서 논란이 있다. 다만 예방접종이 대상자를 감염병으로부터 보호하기 위하여 시행되는 점 등을 고려할 때, 예방접종을 의무화하거나 간접적으로 강제하는 예방접종 프로그램과 관련해서는 ‘신체의 훼손’ 보다는 ‘신체에 대한 자기결정권 제한’이 더 직접적으로 문제된다고 할 수 있다.<sup>27)</sup>

---

25) 헌재 2016. 2. 25. 2015헌가11, 판례집 28-1상, 1, 8면; Katherine Eichelbaum, “Is Mandatory Vaccination an Unjustified Limit on Human Rights?”, *Auckland University Law Review*, Vol. 25., 2019, 115-116면.

26) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518, 판례집 15-2하, 185, 199면: “일반적 행동자유권에는 …… 위험한 스포츠를 즐길 권리와 같은 위험한 생활방식으로 살아갈 권리도 포함”

27) 김진곤, 「예방접종과 기본권의 관계」, *공법연구*, 한국공법학회, 제49권 제3호, 2021. 2., 75면은 “접종이행에 대한 선택권은 헌법 제12조에 보장된 신체의 자유의 한 내용으로서 신체를 훼손당하지 않을 권리에 따라 보장된다”고 보고 있다.

예방접종 프로그램에서 미접종자에 대하여 일정한 제재를 부과하는 경우, 해당 제재의 성격이나 제재가 이루어지는 분야에 따라 제한되는 기본권이 달라질 수 있다. 제재는 독일의 사례에서 보는 것과 같이, 미접종자의 취업·근무 제한이 대표적인데, 이 경우 직업의 자유가 제한되며, 독일 연방헌법재판소도 해당 사건에서 직업의 자유 침해 여부를 살펴본 바 있다. 미접종자에 대하여 등교나 학업 관련 시설 출입을 제한하는 방안이 도입될 수도 있는데, 코로나19 확산 상황에서 ‘특별방역대책’의 일환으로 학원이나 독서실, 스터디카페와 같은 학업 관련 시설 출입 시 ‘접종증명·음성확인제’에 따른 증명서(소위 ‘방역패스’)를 제출하도록 한 것이 그 예이다.<sup>28)</sup> 이러한 제재를 부과하는 경우 대상자의 ‘교육을 받을 권리’의 침해 여부가 쟁점이 될 수 있다.

한편, 국가, 지방자치단체 등이 예방접종 프로그램을 형성하는 경우 일반적으로 공권력에 의한 접종 이력 수집·처리가 수반된다. 한국과 같이 국가가 접종 이력을 총체적으로 관리하는 경우는 물론(감염병예방법 제28조, 제33조의4 참조), 이러한 관리를 하지 않더라도 취업·출입 등 일정한 계기에 개인으로 하여금 접종 의 증거를 제시하도록 하는 경우, 해당 증거의 공신력은 결국 공권력에 의하여 담보되는 경우가 많을 것이며, 이때 공권력은 개인의 접종 이력을 수집·처리하게 되는바, 이로 인하여 사생활의 비밀 보장, 개인정보자기결정권이 제한될 수 있다.

## 2. 예방접종 프로그램의 목적의 정당성

예방접종 프로그램을 통하여 접종을 의무화하거나 간접적으로 강제하는 것은 예방접종이 가지는 효용성, 즉 사회 구성원 중 일정 비율 이상의 사

---

28) 2022. 1. 14. 서울특별시 공고 제2022-0007호 참조.

람이 접종 등을 통하여 면역을 획득한 경우에 공중보건의 위기를 막는 데 도움이 된다는 것을 전제로 하는바, 그 효용성은 감염병의 특성과 백신의 효능에 관한 과학적·통계적 분석에 따라 판단될 것이다. 감염병의 급속한 확산 국면에서는 예방접종을 강제하고 미접종자에 대한 제재적 조치를 도입하기로 한 입법자나 공권력의 판단이 감염병에 대한 불충분한 정보나 지식에 기반하여 이루어질 수도 있다. 감염병에 대한 충분한 이해에는 시간이 필요하고, 따라서 이전의 정보나 지식이 잘못된 것이었다는 것이 밝혀질 수도 있다. 법령이나 일정한 조치를 심사하는 헌법재판기관으로서 입법자나 공권력이 해당 시점에서 충분히 신뢰할 수 있는 근거에 기반하였는지를 살펴보게 될 것이다. 이를 위하여 입법자나 공권력이 실제로 전문성을 가진 기관이나 개인 전문가의 의견을 청취하여 이를 진지하게 반영하였는지 구체적으로 따져볼 필요가 있다.

일반적으로 예방접종은 감염병으로부터 개인을 보호하는 것과 동시에, 감염병의 확산을 차단 또는 지연시켜 공중보건의 위기가 초래하는 것을 막는다. 그러나 예방접종은 면역 체계 교란이나 그 밖의 부작용을 초래하여 오히려 개인의 건강을 해칠 위험을 안고 있는 것도 사실이다. 예방접종을 의무화하거나 간접적으로 강제하는 데는 예방접종이 가지는 이와 같은 다양한 측면을 함께 고려하여야 한다.<sup>29)</sup> 즉, 감염병 확산 국면에서 감염된 사람은 스스로 감염의 ‘피해자’(victim)가 되는 동시에 병원체를 운반하는 ‘매개체’(vector)가 되어 공중보건의 위협 요소가 되는 이중적 지위를 가지는데, 미접종자에 대한 제재는 예방접종이 피해자·매개체가 되는 것을 효과적으로 차단할 수 있다는 두 측면 모두로부터 정당성을 얻을 수 있다.<sup>30)</sup>

29) 유기훈·김옥주, 「코로나19 공중보건 위기 상황에서 백신접종 의무화 정책의 정당성 검토」, *한국의료윤리학회지* 제25권 제1호, 2022. 3, 3-4면.

30) 유기훈·김도균·김옥주, 「코로나19 공중보건 위기 상황에서의 자유권 제한에 대한 ‘해약의 원리’의 적용과 확장」, *의료법학*, 대한의료법학회, 제21권 제2호, 2020. 10, 111면.

이러한 특성으로 인하여, 개인은 자신이 예방접종을 받지 않음으로써 감염될 가능성이 더 커진다는 위험을 감수하는 것만으로는 예방접종을 회피하는 것이 정당화되지 않는다.<sup>31)</sup>

### 3. 예방접종 프로그램에 따른 불이익조치의 최소침해성

#### 가. 다른 방역조치 또는 치료 수단의 제공

예방접종 의무화 또는 간접적 강제는 예방접종이 접촉 제한 등 방역조치에 비하여 감염병을 차단하는 데 우수하고 개인의 자유를 제한하는 정도나 사회적 혼란을 야기하는 정도가 덜 하다는 전제 위에서 정당화된다. 헌법재판기관은 입법자 또는 공권력이 그 당시의 지식에 기반하여 충분히 이를 고려하였는지 심사하게 된다.

감염병 확산 국면에서 광범위한 예방접종 없이 접촉 제한이나 치료 수단을 제공하는 것만으로 개인의 건강을 확보하고 공중보건의 위기를 막을 수 있다고 단언하기는 어렵다. 일반적으로 접촉 제한과 같은 강도 높은 방역조치는 개인에게 상당한 불편을 초래하고, 필수생활시설이 원활하게 운영되지 못하면 사회경제적으로도 큰 손실이 초래된다. 따라서 예방접종 프로그램에 따른 불이익조치의 도입이 다른 방역수단과의 관계에서 침해의 최소성을 갖추지 못했다는 판단을 하는 것은 이례적인 것으로 평가될 수 있다.

한편, 코로나19 확산 국면에서 관찰된 것과 같이, 유전자증폭검사(소위 ‘PCR검사’)와 같이 감염자가 아님을 입증하는 효과적인 수단이 존재한다면 검사에서 음성 판정을 받은 사람은 해당 시점에서 타인에 대한 감염을 유발하는 ‘매개체’는 아니다. 그러나 해당 개인에게 면역이 없다면 자신이 감

---

31) 앞의 글, 127-128면 참조.

염되어 ‘피해자’가 될 수 있고 이로 인하여 미래의 시점에서 ‘매개체’가 될 수 있으므로, 그러한 효과적 수단이 있다고 하더라도 미접종자에 대한 불이익조치가 침해의 최소성을 갖추지 못한 것으로 보기는 어려울 것이다.

### 나. 의무화 또는 간접적 제재의 대상 범위

예방접종 의무화 또는 간접적 제재의 대상 범위는 감염병의 특성과 직업군, 생활환경, 연령, 건강 등을 고려하여 제한될 수 있다. 앞서 본 바와 같이, 독일에서는 코로나19 확산 국면에서 예방접종 의무화 대상 연령을 60세 이상으로 제한하여 입법을 시도하였다가 좌절된 사례가 있고, 접종 등 증거 제출의무를 대상을 의료·요양시설 종사자 등으로 제한하여 입법한 바 있다.

감염병의 치명률이 상대적으로 낮고 감염시 증상을 고려할 때 의료기관에 의한 특별한 치료가 요구되지 않는다면 예방접종 의무화 또는 간접적 제재는 과도하다고 평가될 수 있다. 이미 많은 사람이 예방접종을 마쳤거나 감염 후 회복되어 면역을 획득하는 등의 이유로 확산에 제동이 걸렸다고 판단되는 경우도 마찬가지이다. 그러나 감염시 후유증은 장기적 관찰이 필요할 수 있고, 면역력은 시간이 지날수록 감쇄될 수도 있으므로 헌법재판기관이 위와 같은 이유로 침해의 최소성을 갖추지 못했다는 판단을 하기는 어려운 측면이 있다.

감염병이 특정 연령·건강상태에 있는 사람에 대하여 특별히 위험한 경우라면, 의무화 또는 간접적 제재의 대상을 그러한 사람 또는 그러한 사람을 자주 접촉하는 직업군·생활영역군으로 한정할 여지가 있다. 그러나 사회 구성원 대다수가 면역을 확보하는 것이 그러한 사람을 보호하는 데 긴요하다고 인정되는 경우에는 예방접종에 부작용을 겪을 가능성이 낮은, 건강한 중간연령대의 사람을 대상으로 할 수 있을 것이다.



예방접종 의무화 또는 간접적 제재가 정당화하려면 반드시 접종을 받을 수 없는 사람에 대한 예외를 설정하여야 한다. 의학적 관점에서 부작용이 예상되거나 부작용을 겪은 전력이 있는 사람, 예방접종을 받을 건강상태에 있지 않은 사람에 대한 예외를 두지 않는다면 침해의 최소성 요건을 충족하기 어렵다. 감염 후 회복 등 사유로 이미 충분한 면역을 획득하였고 볼 수 있는 사람에 대해서는 예방접종을 받지 않아도 되는 예외를 설정할 여지도 있다. 또한 입법자 또는 공권력이 예방접종의 부작용을 진단·치료하고 보상하는 등의 대책을 마련하고 있는지도 보충적으로 고려될 수 있다.<sup>32)</sup>

#### 다. 제재의 강도와 범위

미접종자에 대한 제재의 강도와 범위는 헌법재판기관이 침해의 최소성을 갖추었는지 판단하는 데 큰 비중을 차지하는 것으로 볼 수 있다. 미접종을 범죄화하고 이에 대한 형벌을 규정하는 경우, 형벌권의 행사는 최소한의 범위로 제한되어야 한다는 형벌의 최후수단성 관점에서 검토가 필요하다.

미접종자에 대한 간접적 강제를 두는 경우, 그 강제가 정당화되는지에 대한 판단은 제재 분야 등을 고려하여 면밀하게 이루어져야 한다. 예컨대

---

#### 32) 감염병예방법

제29조(예방접종에 관한 역학조사) 질병관리청장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 구분에 따라 조사를 실시하고, 예방접종 후 이상반응 사례가 발생하면 그 원인을 밝히기 위하여 제18조에 따라 역학조사를 하여야 한다.

1. 질병관리청장: 예방접종의 효과 및 예방접종 후 이상반응에 관한 조사
2. 시·도지사 또는 시장·군수·구청장: 예방접종 후 이상반응에 관한 조사

제30조(예방접종피해조사반) ① 제71조제1항 및 제2항에 규정된 예방접종으로 인한 질병·장애·사망의 원인 규명 및 피해 보상 등을 조사하고 제72조제1항에 따른 제3자의 고의 또는 과실 유무를 조사하기 위하여 질병관리청에 예방접종피해조사반을 둔다.

② 제1항에 따른 예방접종피해조사반의 설치 및 운영 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

미접종자로 하여금 특정 직업군에 대한 취업·근무를 제한하거나 교육시설에 출입할 수 없도록 하는 경우, 직업의 자유, 교육을 받을 권리 등을 전면적으로 제한하게 된다. 사람 상호 간 접촉 없이 원격지에서도 동등한 정도로 업무를 수행하거나 교육을 받을 수 있는 경우 또는 특수한 의복·장비를 착용하여 감염 차단이 가능한 경우라면, 이를 전면적으로 제한하는 것이 정당화되기 어렵다.

#### 4. 달성되는 이익과 침해되는 이익의 비교형량

예방접종을 의무화하거나 미접종자에 대한 제재를 두는 경우 더 많은 예방접종이 이루어질 가능성이 높고, 이 경우 면역을 획득하는 사람이 많아져 감염병의 확산이 효과적으로 저지되는 측면에서 달성되는 공익이 있다. 예방접종과 관련하여 특이한 것은 예방접종이 일반적으로 대상자를 감염병으로부터 보호하여 사익이 증대될 수 있다는 점에 있다. 따라서 과잉금지원칙의 마지막 잣대인 ‘법익의 균형성’을 판단하는 데 있어 ‘달성되는 공익’과 ‘침해되는 사익’의 비교형량이라는 구도는 여기서 일정 부분 수정이 필요하다고 생각된다.

독일 연방헌법재판소는 앞서 본 증거 제출의무 사건에서 의료·요양시설 종사자를 특정하여 그들에 대한 증거 제출의무를 두는 것은, 감염병이 고위험군에 속한 사람에게 미치는 치명성과 함께, 고위험군에 속한 사람은 예방접종이 용이하지 않아 스스로 감염위험을 낮추기 어렵다는 점을 고려할 때 정당화된다고 판단한 바 있다. 연방헌법재판소는 증거 제출의무가 대상자의 신체의 완전성을 중대하게 제한한다고 하면서도, 의료·요양시설에서 일하는 사람은 고위험군에 속한 사람과 밀접한 접촉이 불가피한데, 고위험군에 속한 사람은 예방접종을 받기 어려워 스스로 감염위험을 낮출

수 없으므로 이에 대한 국가의 보호의무가 가중된다고 실시하고, 이를 위해서 입법자가 고위험군의 보호를 우선시하는 결정을 한 것은 법익의 균형성을 충족한다고 보았다.<sup>33)</sup>

#### IV. 나오며

예방접종은 감염병으로부터 인류를 보호하는 유용한 수단이 되어 왔다. 천연두는 오랜 세월 인간의 건강을 위협하여 왔으나, 천연두 백신이 대량 생산·보급되고 광범위한 예방접종이 이루어지면서, 1980. 5. 8. 세계보건기구는 제33차 세계보건총회(World Health Assembly)에서 인류가 천연두로부터 자유를 얻었다고 공식 선언한 바 있다.<sup>34)</sup> 천연두가 절멸된 이후, 세계보건기구는 예방접종의 탁월한 효용성을 강조하면서 다른 국제기구, 개별 국가와 협력하여 예방접종이 효과적으로 이루어질 수 있도록 하는 데 더욱 힘을 써왔다. 예방접종 프로그램을 수립하고 시행하는 것이 감염병에 대응하는 가장 유용한 수단 중 하나라는 데 의문을 제기하기는 어렵다.

예방접종 프로그램은 충분한 수의 사람이 접종을 마친 경우에 감염병의 확산을 효율적으로 저지할 수 있다는 전제에 기반하고 있다. 감염병의 확산이 거셀수록, 개인에게 치명적일수록, 의료시설의 과부하를 초래할 위험이 클수록 예방접종 프로그램에 따르지 않은 사람에 대한 제재는 정당화될 여지가 크다. 헌법재판기관으로서 입법자나 공권력이 감염병과 백신에 대한 당대의 한정된 정보·지식에 기반하여 일정한 조치를 도입한 것이라

---

33) 1 BvR 2649/21

34) 세계보건기구(WHO) 홈페이지, Commemorating Smallpox Eradication - a legacy of hope, for COVID-19 and other diseases 웹페이지 참조. URL: <https://www.who.int/news/item/08-05-2020-commemorating-smallpox-eradication-a-legacy-of-hope-for-covid-19-and-other-diseases> (2023. 9. 13. 검색)

헌법논총 제34집(2023)

는 사정을 이해하는 토대 위에서 헌법적 정당성을 심사하게 되며, 예방접종에 따라 달성되는 개인의 건강과 공중보건의 확보라는 이익 외에도 구체적인 조치와 관련된 사람들의 취약성을 널리 고려하여 이를 제재에 따른 불이익과 형량하게 된다. 요컨대 예방접종 프로그램의 헌법적 정당화 조건을 살펴보는 데 있어 헌법재판기관은 특별한 심사기준을 도입할 필요는 없으나, 감염병의 특성과 예방접종의 기능·한계를 종합적으로 살피는 해안을 발휘하여야 한다.

[국문초록]

예방접종은 감염병에 대응하는 주요한 수단이지만, 법령이나 이에 기초한 일정한 행정적 조치를 통하여 예방접종을 의무화하거나 미접종자에 대하여 불이익을 주어 간접적으로 이를 강제하는 것이 어디까지 허용될 것인지에 대해서는 논란이 있다. 이 글에서는 독일, 오스트리아 등 국외의 입법과 판례를 참고하여 예방접종을 의무화하거나 간접적으로 강제하는 공권력 주도의 예방접종 프로그램이 헌법적으로 정당화될 수 있는 조건들에 대하여 살펴보았다.

예방접종 프로그램이 수립되면 백신의 조달·공급이 표준화·체계화되고 접종을 시행할 의료기관이 지정되며 비용 분담 체계가 확립되어 대규모 예방접종이 가능해진다. 이것이 공중보건의 확립이나 개인의 건강 유지라는 목적을 달성하기 위한 지도·권고·조언 등 단순한 행정지도 차원에서 이루어지는 경우라면 이는 소위 ‘비권력적 사실행위’로서 기본권을 제한하지 않는다. 그러나 예방접종을 받는 사람이 많을수록 구성원 개개인의 면역력 확보에 도움이 되는 것은 물론, 집단면역의 달성에도 유리하므로, 예방접종 프로그램에는 미접종자에 대한 불이익조치를 통해 예방접종의 확대를 유도하는 장치를 둘 수도 있다. 이러한 구속적·규제적 접근은 대상자의 기본권을 제한하므로 이것이 헌법적으로 정당화되는지 검토가 필요하다.

헌법재판기관은 입법자나 공권력이 감염병이나 백신에 대한 한정된 정보·지식에 기초하여 조치를 도입한 것이라는 사정을 이해하면서도, 전문정보·지식을 실질적으로 충분히 고려하였는지 살펴보아야 한다. 이를 토대로 예방접종에 따라 달성되는 개인의 건강과 공중보건의 확보라는 이익 외에도 구체적 조치와 관련된 사람·분야의 특성을 널리 고려하여 이를 제재에 따른 불이익과 형량하여야 한다. 이를 통하여 예방접종 프로그램이

헌법논총 제34집(2023)

접종을 의무화하거나 간접적으로 강제하는 것이 헌법적으로 정당한지 판단할 수 있다.

### **주제어**

감염병, 예방접종, 백신, 공중보건, 코로나19

[Abstract]

## Review of the constitutionality of vaccination programs by public authorities

Vaccination is a major means of responding to infectious diseases. However, there is controversy as to how far it will be permissible to mandate or indirectly enforce vaccination. This article examines the conditions under which public power-led vaccination programs that mandate or indirectly force vaccination can be constitutionally justified, referring to legislation and precedents in Germany and other countries.

As a vaccination program is implemented, the supply of vaccines is standardized and systematized, hospitals or institutions to administer vaccinations are designated, and a cost-sharing system is established among them. This makes large-scale vaccination possible. If this is guidance, recommendation, advice, etc. to achieve the purpose of establishing public health or maintaining personal health, it does not restrict the individual's fundamental rights under the Constitution. However, the more people who get vaccinated, not only helps individuals achieve immunity, but also helps achieve herd immunity. Therefore, most vaccination programs include measures to induce the expansion of vaccination by imposing disadvantageous legal measures on unvaccinated people. Since this approach based on legal force limits basic constitutional rights, it is necessary to review whether this approach is constitutionally justified.

헌법논총 제34집(2023)

The Constitutional Court must understand that legislators and public authorities introduced measures based on limited information and knowledge about infectious diseases and vaccines at the time, but must determine whether they have substantially and sufficiently considered the information and knowledge from experts. In addition, the Constitutional Court should look at the advantages of securing individual health and public health achieved by spreading vaccination and the characteristics of the people or fields involved in specific measures. These advantages must be weighed against the disadvantages of those subject to legal sanctions. Through this, it is possible to determine whether it is constitutionally justifiable for a vaccination program to mandate or indirectly force vaccination.

**Key-words**

infectious disease, vaccination, vaccine, public health, COVID-19



## 참고문헌

### [국내문헌]

- 김하열, 헌법강의, 박영사, 2020
- 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2023
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2023
- 김진곤, 「예방접종과 기본권의 관계」, 공법연구, 제49권 제3호, 2021. 2.
- 박지용, 「Jacobson v. Massachusetts 판결의 역사적 의미 - 공중보건법학의 효시-」, 미국헌법연구, 제28권 제1호, 2017. 4.
- 유기훈·김옥주, 「코로나19 공중보건 위기 상황에서 백신접종 의무화 정책의 정당성 검토」, 한국의료윤리학회지 제25권 제1호, 2022. 3.
- 유기훈·김도균·김옥주, 「코로나19 공중보건 위기 상황에서의 자유권 제한에 대한 ‘해약의 원리’의 적용과 확장」, 의료법학, 대한의료법학회, 제21권 제2호, 2020. 10.
- 이노홍, 「코로나 시대 기본권 제한의 새로운 쟁점과 법치주의」, 헌법학연구, 한국헌법학회, 제27권 제4호, 2021. 12.
- 정문식/정호경, 「코로나위기와 헌법국가 -독일에서의 코로나위기 대응에 대한 헌법적 논의를 중심으로」, 헌법재판연구, 제7권 제2호, 2020. 12.
- 홍선기, 「코로나19 극복을 위한 독일의 법적 대응과 기본권 보호」, 헌법학연구, 제27권 제2호, 2021. 6.

### [외국문헌]

- Thüsing, Gregor / Bleckmann, Lena / Rombey, Sebastian, “Impfpflicht des Arbeitnehmers? Arbeits- und datenschutzrechtliche Implikationen“, COVID-19 und Recht, (2021. 2.), C.H.Beck.
- Häberle, Peter / Lutz, Hans-Joachim, Infektionsschutzgesetz: IfSG Kommentar, C.H.BECK. 2020
- Gerhardt, Jens, Infektionsschutzgesetz: IfSG Kommentar (5.Auflage), C.H.BECK, 2021



## 헌법논총 수록 논문색인

## 제 1 집(1990년)

논 제	필 자	수록면수
美國 違憲審査의 政治的 背景과 憲法裁判의 動向	韓炳宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅰ)	李時潤	57
命令·規則에 對한 憲法訴願	邊精一	83
過剩禁止의 原則 - 特히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로 -	梁三承	111
陳述拒否權과 그 侵害與否가 問題되는 事例	金鍾彬	159
스페인 憲法の 發展過程	金泳哲	189
美國 憲法裁判所制度和 裁判에 관한 根本理論	孫容根	217
憲法法律의 效力 - 憲法裁判所法 第47條 第2項의 憲法的 檢討 -	尹眞秀	273
違憲法律審判에 있어서 憲法裁判所와 一般法院의 憲法解釋權	鄭宗燮	323
憲法訴願審判의 決定類型과 效力에 관한 考察 - 認容決定을 中心으로 -	李石淵	359
言論에 비친 憲法裁判	李宰鎬	399
憲法訴願의 對象에 관한 小考	金顯哲	431
國家的 計劃作用에 대한 憲法訴訟에 관한 考察	辛奉起	483

## 제 2 집(1991년)

논 제	필 자	수록면수
規範統制의 對象과 特別審判節次	韓炳宗	7
憲法裁判에 관한 管見(Ⅱ)	李時潤	111
國家秘密의 保護法理와 그 適用動向	丘秉朔	135

헌법논총 제34집(2023)

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 제34집(2023)

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	李康懺	121
憲法學論 및 憲法學 教育	崔大權	153
原處분에 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 제34집(2023)

논 제	필 자	수록면수
基本權의 本質的 內容保障에 관한 考察	丁 泰 鎬	279
뉴미디어의 발전과 언론자유법의 새로운 전개	李 仁 皓	363
日本の 憲法裁判과 憲法訴訟 理論	金 學 根	401

제 9 집(1998년)

논 제	필 자	수록면수
憲法裁判所判例에 비추어 본 幸福追求權	金 善 擇	7
平等權의 構造와 審査基準	韓 秀 雄	41
憲法裁判과 刑事訴訟	李 石 淵	107
알 權利	成 樂 寅	151
職業選擇의 自由 - 헌법재판소의 지난 10년간의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	211
憲法裁判所의 判例에 있어서 財產權保障	鄭 夏 重	277
租稅와 憲法裁判	蘇 淳 茂	341
우리 憲法上 節次的 基本權 - 헌법 제27조와 재판청구권에 관한 해석론 -	張 哲 朝	431
社會的 基本權과 憲法裁判所의 判例	丁 泰 鎬	601
比例의 原則과 判例의 論證方法	李 明 雄	671
經濟關聯 憲法規定들에 대한 考察	崔 甲 先	727
憲法訴願의 適法要件	金 顯 哲	765
法律에 관한 變形決定의 類型과 效力	南 福 鉉	813

제 10 집(1999년)

논 제	필 자	수록면수
集會의 自由-集團的 表現의 自由	朴 容 相	5
基本權體系	金 善 擇	129



논 제	필 자	수록면수
相續制度의 憲法的 根據	尹 眞 秀	173
限定違憲決定과 限定合憲決定에 관한 研究	黃 道 洙	209
憲法裁判에서 事實認識의 問題	李 明 雄	253
憲法裁判所法 제68조 제1항의 違憲與否	韓 秀 雄	283
憲法 제27조의 裁判請求權	韓 秀 雄	339
自由權의 基本權의 侵害與否 判斷構造 및 判斷基準	崔 甲 先	383
獨逸社會保險法上 給與受給權과 產權保障 - 독일연방헌법재판소의 판례를 중심으로 -	方 勝 柱	431

(註) 「헌법재판소법 제68조 제1항의 위헌여부(\* 필자: 한수웅)」는 '96년도(제7집)의 게재논문으로 선정되었으나 연구대상 사건들이 係屬中이었던 事由로 선고후 게재기로 결정되어 제 10집에 게재됨.

제 11 집(2000년)

논 제	필 자	수록면수
自由權의 法的 性格과 體系	金 哲 洙	5
選舉活動과 表現의 自由	朴 容 相	41
相續의 單純承認 擬制規定에 대한 憲法不合致決定의 問題點 - 특히 憲法不合致決定의 主文과 관련하여 -	尹 眞 秀	175
政策國民投票의 性格과 效力	金 善 擇	233
明確性的 原則에 관한 研究	洪 起 台	267
憲法 제23조의 構造	李 明 雄	303
美國聯邦大法院의 平等保護에 관한 判例와 違憲審查基準	金 顯 哲	349
公法人·私法人의 區別에 대한 管見	咸 仁 善	387
立法者의 平等에의 拘束과 그에 대한 統制	金 周 煥	431
<外國論文> 獨逸의 憲法訴願制度	Peter Häberle (翻譯: 桂禮悅)	481

제 12 집(2001년)

논 제	필 자	수록면수
‘編輯權’ 論議의 法的 照明	朴 容 相	5
生命工學時代에 있어서 學問研究의 自由	金 善 擇	229
選舉와 法治 그리고 美國民主主義	裴 輔 允	277
憲法裁判所法 제68조 제2항 憲法訴願制度 - 實務上 爭點을 中心으로 -	李 明 雄	309
美國憲法判例上 根本的 權利	金 顯 哲	341
憲法 제19조의 良心의 自由	韓 秀 雄	387
構造化 法規範理論과 그 方法論 - 實踐的 基本權解釋論의 定礎 -	金 周 煥	443

제 13 집(2002년)

논 제	필 자	수록면수
표현의 자유와 음란규제 및 청소년보호	朴 容 相	5
國家機能으로서의 立法權	桂 禧 悅	269
性差別에 관한 美國聯邦大法院 判例	金 顯 哲	303
憲法積極主義(Constitutional Activism)	明 載 眞	345
미국헌법상의 국교설립금지 원칙	朴 洪 佑	379
브렌넨(Brennan)의 헌법관 - 낭만적 자유주의 헌법관을 중심으로 -	成 鮮 濟	443
憲法 第8條(政黨條項)의 兩面性	李 明 雄	471
1人1票 國會議員選舉制度의 違憲性 - 현재 2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합) 사건과 관련하여 -	鄭 然 宙	513
自由權的 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 杓	357
個人情報自決權의 憲法的 根據 및 構造에 대한 考察 - 동시에 教育행정정보시스템(NEIS)의 위헌여부의 판단에의 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 杙	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 제34집(2023)

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 공무원담임권과의 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 제34집(2023)

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 제34집(2023)

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 제34집(2023)

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

제 32 집(2021년)

논 제	필 자	수록면수
남북한 특수관계론에서 정상관계론으로 변화가능성 연구	權 殷 玫	7
여성의 재생산권에 대한 고찰	申 玉 株	51
혼인과 가족의 의미에 관한 헌법적 연구	許 眞 誠	99
재외국민 보호의무에 관한 비교법적 연구	成 王	149
오스트리아 헌법과 헌법재판소의 발전 및 오스트리아 근현대사 연구	鄭 致 彦	183

제 33 집(2022년)

논 제	필 자	수록면수
과밀수용 판단의 법적 근거와 기준	李 準 一	7
모욕과 표현의 자유	韓 渭 洙	57
공용수용에 있어 공공필요의 검증과 헌법재판	鄭 基 相	135

헌법논총 수록 논문색인

프랑스에서 권력분립원칙과 헌법재판	田 鶴 善	193
탄핵심판의 당사자	鄭 柱 白	249
종교예식관련 코로나19 감염증 방역조치에 대한 미연방대법원 재판 동향	張 惠 珍	291
블록체인 기술 및 블록체인 관련 미국의 규제 개관	宋 昌 盛	349

## 헌법논총 논문 공모 개요

헌법재판소는 헌법과 헌법재판에 대한 연구를 활성화하고 헌법재판제도의 발전을 도모하기 위해 1990년에 「헌법논총」을 창간하여 매년 발간하고 있습니다.

헌법논총 제34집은 일반주제(헌법논총이나 타 학술지에 게재되지 아니한 헌법 및 헌법재판 관련 독창적 주제)와 특집주제(①재산권 보장과 제한, ②헌법과 행정법과의 관계)를 논제로 하여 2023. 9. 15.까지 논문을 접수하였고, 논문심사위원회의 심사 및 편집위원회의 심의를 거쳐 게재논문을 선정하였습니다. 이와 함께 헌법재판소 창립 35주년을 기념하여 특별기고 논문을 수록하였습니다.



## 헌법논총 발간 내규

소관 부서 : 심판정보국 자료편찬과

제정	2011. 7. 1	내규 제126호
개정	2014. 8. 19	내규 제164호
	2016. 2. 19	내규 제184호
	2016. 11. 1	내규 제192호
	2017. 2. 14	내규 제201호
	2020. 2. 21	내규 제236호
	2023. 2. 9	내규 제268호
	2023. 12. 6	내규 제273호

### 제1장 총 칙

**제1조(목적)** 이 내규는 헌법재판소가 발간하는 헌법논총에 게재할 논문의 모집·작성 방법·심사 및 편집 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

**제2조(발간)** 헌법논총은 매년 12월 중에 1회 발간하는 것을 원칙으로 하며, 발간처는 헌법재판소로 한다. 다만, 편집위원회가 특별히 필요하다고 인정하면 헌법논총을 추가로 간행할 수 있다. <개정 2023·2·9>  
[전문개정 2014·8·19]

**제3조(논문 공모 안내)** 매년 3월까지의 헌법논총에 수록할 논문의 공모 안내절차를 시작한다. <개정 2023·2·9, 2023·12·6>

**제4조(원고료 및 표창)** ① 제출된 논문에 대하여는 논문심사결과에 따

헌법논총 제34집(2023)

라 예산의 범위 안에서 원고료를 지급할 수 있으며, 원고료는 편집위원회에서 결정한다.

② 게재논문에 대하여는 최우수, 우수 등 등급을 정하여 표창을 수여하고, 원고료를 등급에 따라 차등 지급할 수 있다. <신설 2016·2·19, 개정 2017·2·14>

**제5조(전자출판 등)** 헌법논총은 종이책자 외에 전자출판이나 인터넷 홈페이지에 게재하는 등(이하 “전자출판 등”이라 한다)의 방법으로 발행할 수 있다.

**제6조(저작권 등)** ① 헌법논총 게재논문의 전자출판 등과 공익목적의 논문전송 및 사용 동의 등에 관한 사항은 공모 시 공고하는 바에 따른다.

## 제2장 편집위원회

**제7조(편집위원회 구성)** ① 편집위원회는 위원장 및 부위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원장은 헌법재판소장이 임명한 재판관으로 하고, 부위원장은 헌법재판소사무차장으로 하며, 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 위원장의 추천에 따라 헌법재판소장이 임명 또는 위촉한다.

1. 헌법연구위원, 헌법연구관, 헌법연구관보 또는 헌법연구원
2. 4급 이상의 헌법재판소 공무원
3. 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람
4. 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람

③ 위원의 임기는 2년으로 한다.

④ 위원회의 효율적 운영을 위하여 간사를 두며, 간사는 헌법논총 발간 소관부서의 과장으로 한다.

**제8조(위원장의 직무)** ① 위원장은 편집위원회를 대표하며, 편집위원회의 업무를 총괄한다.

② 부위원장은 위원장 유고 시 그 직무를 대행한다.

**제9조(권한)** 편집위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다. <개정 2016·2·19, 2017·2·14>

1. 논문의 모집, 게재, 편집 및 표창에 관한 사항
2. 심사위원의 추천에 관한 사항
3. 헌법논총 발간 내규 및 헌법논총 윤리 내규 개정에 관한 사항
4. 그 밖에 헌법논총 발간에 필요한 사항

**제10조(운영)** ① 편집위원회는 위원장이 필요하다고 인정하거나, 위원 3인 이상의 요청이 있는 경우에 위원장이 소집한다. 다만, 편집위원회를 소집하기 어렵거나 위원장이 필요하다고 인정하는 경우에는 서면의결로 회의에 갈음할 수 있다.

② 편집위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

③ 간사는 편집위원회 회의 개최 시 마다 그 요지를 담은 회의록을 작성하고 위원장과 함께 기명날인 또는 서명한다.

**제11조(심사의뢰)** 위원장은 제출된 논문의 심사를 위하여 논문심사위원회에 심사를 의뢰한다.

**제12조(수당 등 지급)** ① 위원에게는 예산의 범위 안에서 수당을 지급할 수 있다.

② 조사·연구에 필요한 경비 및 여비 등은 예산의 범위 안에서 실비를 지급할 수 있다.

### 제3장 논문 작성 방법

**제13조(논문의 요건)** 논문은 헌법 또는 헌법재판과 관련된 주제로서 독창성을 가져야 하며 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다.

**제14조(투고 자격)** 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 논문을 투고할 수 있다. <개정 2017·2·14, 2020·2·21>

1. 전현직 재판관·사무처장·사무차장
2. 헌법재판소 소속 각 위원회의 위원
3. 헌법재판소 공무원
4. 헌법재판소의 전직 헌법연구원·헌법연구관보·헌법연구원·4급 이상 공무원
5. 박사학위 소지자 또는 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람
6. 법학 관련 석사학위 소지자
7. 판사, 검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람
8. 편집위원회에서 투고를 요청하거나 허락한 사람

**제15조(작성 방법)** ① 논문은 ‘훈글’로 작성하되 200자 원고지 150매 내외 분량(A4용지 30매 내외)으로 작성함을 원칙으로 한다.

② 논문은 표지, 목차, 본문, 논문초록(국문 및 외국어), 주제어(국문 및 외국어, 각 10개 내외) 순으로 작성하되, 논문초록은 국문 및 외국어 각 500자 내외로 작성한다. <개정 2016·11·1>

③ 논문의 표지에는 논문 제목[국문 및 외국어(로마자)], 저자의 성명[한글 및 괄호 안에 외국어(로마자)], 소속 및 직위 등의 인적사항을 기재한다. <개정 2016·11·1, 2023·2·9>

④ 공동으로 집필한 논문은 주 저자(책임연구자)와 공동 저자를 구분하여 주 저자, 공동 저자의 순서로 표시한다.

⑤ 논문은 한글로 다음 각 호의 규격에 따라 작성한다.

1. 용지 여백: 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15
2. 본문: 글꼴 신명조, 글자크기 11, 줄간격 200%, 들여쓰기 10pt
3. 목차: 글꼴 신명조, 글자크기 13, 줄간격 200%, 첫째단위인 “I. ○ ○ ○...”, 둘째 단위인 “1. ○ ○ ○...” 까지 작성
4. 각주: 글꼴 신명조, 글자크기 8, 줄간격 130%, 구분선 길이 5cm

⑥ 각주는 다음과 같이 기재한다.

1. 단행본: 저자, 서명, 출판사, 출판연도, 면수
2. 정기간행물: 저자, “논문제목”, 잡지명, 제○○권 ○○호(출판연도), 면수
3. 기념논문집: 저자, “논문제목” ○○○○○기념논문(기념논문집명), 면수
4. 판례: 현재 선고일, 사건번호, 판례집, 시작면수, 인용면수(예: 현재 1999. 2. 25. 97헌바3, 판례집 11-1, 122, 136)
5. 인터넷 자료명: 저자, 자료제목(검색일자 연월일)
6. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 방식에 따라 표기할 수 있다. 일본국 판례를 인용하는 경우, 선고일이 연호로 되어 있으면 ( )안에 서기연도를 기재한다.

⑦ 본문 문단번호는 I. 1. 가. (1) (가) 1) 가) ① ㉠ 순으로 하되, 첫째 문단번호(예: I)부터 넷째 문단번호(예: (1))까지는 위아래로 한 줄씩 비우고, 나머지 단위는 위아래를 붙인다.

⑧ 직접 인용할 때에는 “ ”를 사용하고, 강조할 때에는 ‘ ’를 사용한다.

⑨ 학술용어, 외국 법률이나 제도 등은 한글 표기를 원칙으로 하며, 번역된 용어의 이해를 돕기 위하여 괄호 안에 영문 등 원어를 기재할 수 있다. 다만, 번역이 곤란한 경우에는 원어를 사용할 수 있다.

⑩ 참고문헌 목록은 다음과 같이 기재한다.

1. 단행본의 경우

가. 동양서: 저자, 서명, 출판사 또는 발행처, 출판연도

나. 서양서: 저자, 서명(이탤릭체), 출판사 또는 발행처, 출판연도

2. 논문의 경우

가. 동양서: 저자, 논문명, 학술지명(제 권 제 호), 출판사 또는 발행처, 발행연월

나. 서양서: 저자, 논문명, 학술지명(이탤릭체), 권수(Vol.), 호수(no.), 출판사 또는 발행처, 발행연월

## 제4장 논문심사위원회

**제16조(논문심사위원회 구성)** ① 공모 논문의 심사를 위하여 논문심사위원회(이하 “심사위원회”라 한다)를 둔다. <개정 2023·2·9>

② 심사위원회는 심사위원장과 2인 이상의 심사위원으로 구성한다.

③ 심사위원장은 편집위원회 위원장이 겸임하거나 심사위원 중 헌법재판소장이 임명 또는 위촉한다. <개정 2014·8·19>

④ 심사위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 제9조에 따라 추천된 사람을 헌법재판소장이 임명 또는 위촉한다. <개정 2014·8·19>

1. 전현직 재판관·사무처장·사무차장

2. 10년 이상 경력의 헌법연구관·판사·검사·변호사

3. 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있는 사람

4. 헌법연구위원

**제17조(심사기준)** 심사위원은 다음 각 호의 기준에 따라 논문을 심사한다.

1. 주제의 참신성
2. 내용의 독창성
3. 논지 전개 of 일관성
4. 참고문헌의 충실도
5. 학문적 기여도
6. 그 밖에 심사위원장이 필요하다고 인정하는 사항

**제17조의2(논문표절방지시스템 활용)** 헌법재판소는 제출된 논문에 대하여 논문표절방지시스템을 통한 표절검사를 실시하여야 한다. 표절 여부 판정을 위하여 검사결과는 해당 논문의 심사위원회 및 편집위원회에 제공되어야 한다. <신설 2016·11·1>

**제18조(심사결정)** ① 논문심사와 관련된 결정은 다수결로 하되 가부 동수인 경우에는 심사위원장의 결정에 따른다.

② 심사위원회는 제17조의 심사기준에 따라 다음 각 호 중의 하나를 결정한 후 그 결과를 편집위원회에 제출한다. 수정계재 또는 게재유보 결정을 받은 논문 제출자가 논문을 수정·보완하여 다시 제출한 경우에도 또한 같다. <개정 2016·2·19, 2017·2·14>

1. 게재(최우수·우수 등 등급 포함)
2. 수정계재
3. 게재유보
4. 게재불가

**제19조(심사결과 통지)** 간사는 논문심사 최종 결과를 논문 제출자에게 통지한다.

**제20조(심사료 지급)** 심사위원에게는 예산의 범위에서 심사료 및 수당을 지급할 수 있다. <개정 2014·8·19>

헌법논총 제34집(2023)

부칙

이 내규는 2011년 7월 1일부터 시행한다.

부칙<2014·8·19>

이 내규는 2014년 8월 19일부터 시행한다.

부칙<2016·2·19>

이 내규는 2016년 2월 19일부터 시행한다.

부칙<2016·11·1>

이 내규는 2016년 11월 1일부터 시행한다.

부칙<2017·2·14>

이 내규는 2017년 2월 14일부터 시행한다.

부칙<2020·2·21>

이 내규는 2020년 2월 21일부터 시행한다.

부칙<2023·2·9>

이 내규는 2023년 2월 9일부터 시행한다.

부칙<2023·12·6>

이 내규는 2023년 12월 6일부터 시행한다.



## 헌법논총 윤리 내규

소관 부서 : 심판정보국 자료편찬과

제정 2011. 7. 1 내규 제127호

개정 2016. 11. 1 내규 제193호

### 제1장 총 칙

**제1조(목적)** 이 내규는 헌법논총에 게재할 논문의 저자와 편집위원회 위원 및 논문심사위원회 위원이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 규정함으로써 연구윤리를 확립하고 건전한 연구문화의 정착에 기여함을 목적으로 한다.

**제2조(일반원칙)** 논문의 저자, 편집위원, 심사위원은 원고 등을 두고, 편집, 심사함에 있어 학술적 저작물의 연구와 발행에 관한 일반원칙을 준수하여야 한다.

### 제2장 논문 저자의 윤리

**제3조(연구부정행위의 금지)** ① 논문의 저자(이하 “저자”라 한다)는 연구과제의 제출, 연구과제의 수행, 연구결과의 보고 및 발표 등에서 연구부정행위를 하여서는 아니 된다.

② 제1항에서 ‘연구부정행위’란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

1. 존재하지 않는 자료 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위
2. 연구자료 또는 연구과정 등을 인위적으로 조작하거나 임의로 변형  
· 삭제함으로써 연구내용 또는 연구결과를 왜곡하는 행위
3. 타인의 연구내용 또는 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이  
도용하는 행위
4. 연구내용 또는 연구결과에 대하여 공헌 또는 기여를 한 사람에게  
정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 공헌 또는  
기여를 하지 않은 사람에게 논문저자 자격을 부여하는 행위
5. 본인 또는 타인의 부정행위 의혹에 대한 조사를 고의로 방해하거  
나 제보자에게 위해를 가하는 행위

**제4조(중복제출 또는 이중출판의 금지)** ① 저자는 국내외를 막론하고  
기 출판된 자신의 연구결과(출판예정 또는 심사 중인 연구결과를 포  
함한다)를 새로운 연구결과인 것처럼 제출하여서는 아니 된다.

② 저자는 헌법논총에 제출한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 다  
른 학술지에 중복해서 제출하여서는 아니 된다.

③ 저자는 기 출판된 연구물(박사학위 논문을 포함한다)의 일부를 사용  
하여 제출하고자 할 경우에는 기 출판 정보를 편집위원회에 제공하여  
야 하고, 간사는 중복게재나 이중출판 해당 여부를 확인하여야 한다.

**제5조(검증을 위한 연구 자료의 공유)** ① 편집위원회는 연구결과가 헌  
법논총에 게재된 이후 다른 기관으로부터 그 연구결과에의 검증을 목적  
으로 저자가 제출한 연구자료를 요청받는 경우에는 연구 참여자에 대  
한 비밀이 침해되지 않는 범위 안에서 자료를 제공할 수 있다.

② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 기관은 오로지 해당 목적으로  
만 연구 자료를 사용할 수 있으며, 다른 목적으로 연구 자료를 사용  
하고자 할 경우에는 편집위원장 및 저자의 사전 동의를 받아야 한다.

**제6조(인용 표시방법)** ① 저자가 다른 사람의 연구내용 또는 연구결과

등을 인용할 경우에는 「헌법논총 발간 내규」 제15조에 따라 정확하게 그 출처를 밝혀야 한다.

② 저자가 개인적으로 얻은 비공개 자료는 이를 제공한 사람의 동의를 받아 인용할 수 있다.

**제7조(논문의 수정)** 저자는 논문의 편집 및 심사 과정에서 제시된 편집위원과 심사위원의 의견을 가능한 한 수용하여 논문에 반영하되, 그 의견에 동의하지 않을 경우에는 편집위원회에 그 사유와 근거를 밝혀야 한다.

**제7조의2(논문연구윤리 준수 확인서의 제출)** 저자는 별지 제1호서식의 논문연구윤리 준수 확인서를 제출하여야 한다.

[본조신설 2016·11·1]

### 제3장 편집위원의 윤리

**제8조(편집방법)** ① 편집위원은 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하여야 한다.

② 편집위원은 저자의 성별, 연령, 소속 기관, 개인적인 친분 등을 떠나 오로지 논문 심사기준과 학문적 평가에 따라 논문을 공정하게 취급하여야 한다.

**제9조(비밀준수)** 편집위원은 투고된 논문의 게재 여부가 확정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니 된다.

### 제4장 논문심사위원의 윤리

**제10조(심사방법)** ① 논문심사위원(이하 “심사위원”이라 한다)은 저자의

인격과 독립성을 존중하여야 한다.

② 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문이 제3조의 연구부정행위 또는 제4조의 중복제출 등에 해당되는 경우에는 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

**제11조(공정의무)** ① 심사위원은 개인적인 학술적 신념이나 저자와의 친분관계를 떠나 객관적 기준에 따라 성실하고 공정하게 논문을 심사하여야 한다.

② 심사위원은 자신이 논문의 내용을 평가하기에 책임자가 아니라고 판단될 경우에는 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

**제12조(비밀준수 등)** ① 심사위원은 심사 대상 논문에 대한 비밀을 지켜야 한다.

② 심사위원은 논문의 평가를 위하여 특별히 필요한 경우를 제외하고 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 심사 중인 논문을 다른 사람에게 보여 주는 행위
2. 심사 중인 논문의 내용에 관하여 다른 사람과 논의하는 행위
3. 논문이 게재되기 전에 그 내용을 인용하는 행위

## 제5장 연구윤리위원회

**제13조(연구윤리위원회 구성)** ① 편집위원장은 구체적인 제보 등 이 내규 위반을 의심할 상당한 사유가 있는 경우에는 연구윤리위원회를 구성할 수 있다.

② 연구윤리위원회는 위원장 1명을 포함하여 6인 이상의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원회 위원장은 편집위원장으로 하고, 위원은 편집위원

장이 임명 또는 위촉한다.

④ 편집위원장이 이 내규 위반을 사유로 피조사자가 되는 경우에는 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

[전부개정 2016·11·1]

**제14조(연구윤리위원회 회의)** ① 연구윤리위원회 위원장은 회의를 소집하고 그 의장이 된다.

② 연구윤리위원회의 회의는 특별한 규정이 없는 한 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

③ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

[본조신설 2016·11·1]

**제15조(위반행위 조사)** ① 연구윤리위원회는 이 내규 위반행위의 존재 여부를 조사한다.

② 연구윤리위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술, 이의제기 및 반론의 기회를 동등하게 보장하여야 한다.

③ 연구윤리위원회는 조사과정에서 필요한 경우 제보자·피조사자·증인·참고인 등에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.

④ 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 연구윤리위원회 위원은 조사 및 안건의 심의·의결에서 제척된다.

[본조신설 2016·11·1]

**제16조(조사내용 및 결과 확정)** ① 연구윤리위원회는 제보자와 피조사자의 의견진술, 이의제기 및 반론의 내용 등을 토대로 조사내용 및 결과를 확정한다.

② 연구윤리위원회는 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2이상의 찬성으로 피조사자의 행위가 이 내규를 위반한 행위임을 확인하는 판정을 한다.

[본조신설 2016·11·1]

**제17조(조사결과의 통지)** 연구윤리위원장은 조사결과에 대한 연구윤리위원회의 결정을 서면으로 작성하여 제보자 및 피조사자 등 관련자에게 통지한다.

[본조신설 2016·11·1]

**제18조(제재조치 건의)** 연구윤리위원회는 이 내규 위반행위에 대하여 제19조에 따른 제재조치를 편집위원회에 건의할 수 있다.

[본조신설 2016·11·1]

**제19조(제재조치 부과)** 편집위원회는 이 내규 위반행위에 대하여 다음 각 호의 제재조치를 부과할 수 있다.

1. 경고
2. 논문 목록 삭제
3. 이미 지급된 원고료의 환수
4. 위반의 정도에 따라 3년 이상 5년 이하의 기간 동안 헌법논총 투고 금지
5. 헌법재판소 홈페이지에 위반사항 공지
6. 한국연구재단 등에 위반사항 통보
7. 기타 윤리 내규의 준수를 위해서 필요한 사항으로서 연구윤리위원회가 정하는 제재조치

[본조신설 2016·11·1]

**제20조(제보자와 피조사자의 권리 보호와 비밀 준수)** ① 연구윤리위원회 위원 등은 어떠한 경우에도 제보자의 신원을 노출시켜서는 아니 된다.

② 연구윤리위원회 위원 등은 위반행위 여부에 대한 최종적 조치가 완료될 때까지 피조사자의 명예나 권리가 침해되지 않도록 비밀을 준수하여야 한다.

[본조신설 2016·11·1]

**제21조(수당 등 지급)** 연구윤리위원회 위원에게는 예산의 범위 안에서 수당을 지급할 수 있다.

[본조신설 2016·11·1]

부칙

이 내규는 2011년 7월 1일부터 시행한다.

부칙<2016·11·1>

이 내규는 2016년 11월 1일부터 시행한다.





版 權  
所 有

## 헌 법 논 총 (제34집)

2023년 12월 12일 인쇄

2023년 12월 22일 발행

발행처 : 헌법재판소

주 소 : 서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전 화 : (代) 708-3456

인 쇄 : 성문인쇄사 02)2272-7553

(비매품)